

# 独禁法措置体系改革について

——回顧と展望——

楠 茂 樹

## 一 はじめに

二〇〇六年一月から改正独占禁止法（以下、「独占禁止法」を「独禁法」と略す）が施行される。おおよそ四半世紀ぶりの措置体系大幅改訂がなされた独禁法改正法は、二〇〇五年四月二〇日、参議院本会議を通過、成立した<sup>(1)</sup>。小泉純一郎首相が就任時の所信表明演説で「競争政策強化」を打ち出してから約四年、途中、紆余曲折を経ながらもようやくゴールに迎り着いた<sup>(2)</sup>。制定から約六〇年が経過した独禁法の歴史の中でも、改正をめぐり政官財の調整がここまで難航した例は珍しい。公正取引委員会（以下、「公取委」）と日本経済団体連合会（以下、「日本経団連」）、日本経団連と与党、与党と民主党……。各々の思惑が交錯し、利害が衝突し、激しい駆け引きがなされた<sup>(3)</sup>。

マス・メディアの関心も近年稀に見る高さであった。大規模食中毒、欠陥自動車リコール隠し、金融庁に対する検査妨害、有価証券報告書虚偽記載と立て続けに生じた企業不祥事は、マス・メディアによる企業叩きを増長させた。名立たる大手企業のコンプライアンスへの取り組みの貧困さを嘆き、独禁法改正に反対する財界を「自浄作用が期待できず信用できない」と評した。独禁法改正の政治的決着が大詰めを迎えた二〇〇四年秋、後に独禁法史上最大規模の刑事事件となる橋梁にかかわる入札談合が発覚、財界で主要な役割を果たしている大手企業が並ぶこの事件は、マス・メディア

アの格好のターゲットとなった。<sup>(4)</sup>

二〇〇五年独禁法改正は、「独禁法違反に対してより重い不利益を科し、違反抑止効果を高める」「手続を迅速化、円滑化し、効率的な事件処理を可能にする」と単純化された構図で捉えられる傾向が強い。確かに、そのような捉え方は、改正法を理解する出発点としては正しい。しかし、改正に関連して、そのように単純化できない問題が多数存在することを見逃してはならない。

本稿は、二〇〇五年独禁法改正に係る、比較的重要と思われる問題を取り上げ、考察、検討することを課題とする。<sup>(5)</sup>二では、二〇〇五年独禁法改正までの軌跡を辿る。改正前の措置体系はどのようなもので、どのような問題点があると指摘されてきたのか。改正論議が始まったきっかけは何か。改正作業はどのような変遷を経たのか。これらの「歴史」を探ることは改正に係る問題を考察するための予備知識として重要であろう。三では改正法の概要をまとめる。そして四では、改正に係る問題の考察、検討を行う。具体的には、課徴金制度に関連して「課徴金と刑事罰の並列関係」「課徴金の法的性格」「課徴金算定率の水準」「リーニエンシー制度の内容」「二重処罰問題」を、審査・審判手続に関連して「犯則調査権限」「審判前の行政処分」「審判官の構成」を考察・検討の対象とする。最後に五で結語を述べる。

改正法の附則には「施行後二年以内の再見直し」の規定が盛り込まれている。<sup>(6)</sup>二〇〇五年改正は措置体系見直し作業のゴールであると同時にスタートでもある。筆者は、本稿を、今後展開されるだろう再見直し作業に向けて材料提供と提言を行うものでもあると位置付けている。

#### 註

(1) 二〇〇五年法律第三五号。

(2) 現行法に至るまでの独占禁止法措置体系の展開については、郷原信郎『独占禁止法の日本の構造…制裁・措置の座標軸的分

析』(二〇〇四) 第二部が詳しい。なお、独禁法改正の背景事情については、多田敏明「独占禁止法改正検討の経緯」

Corporate Compliance 二号八四頁以下参照。

(3) 後述ニ参照。

(4) 本稿後注40参照。

(5) 本稿の記述のうち、四のそれは、拙稿「独占禁止法改正について」：要点整理と検討」Corporate Compliance 三号六六頁以下を加筆、修正したものである。

(6) 本稿三(九) 参照。

## 二 改正までの経緯

(一) はじめに

制裁・措置制見直しを睨んで開催された公取委「独占禁止法研究会」立ち上げから約二年半。途中、提示された法改正の理論的根拠を公取委が撤回、他の根拠に置き換えるなどの紆余曲折を経ながらも、二〇〇五年春、ようやく見直し作業はゴールに辿り着いた。と同時に、改正法の附則に「二年以内の措置体系再検討」が盛り込まれ、更なる見直し作業がスタートした、とも言える。施行は二〇〇六年一月からである。<sup>7)</sup> 以下、改正に至るまでの経緯をやや詳しく確認しておく。

(二) 経緯Ⅰ：日米構造協議後の制裁・措置の状況(～二〇〇年)

一九九〇年前後の日米構造協議(Structural Impediments Initiative)を通じて、米政府は日本政府に対して閉鎖的な取引慣行を是正させるべく独禁法の制度面、運用面での見直しを迫った。それに対する日本政府側の回答の一つが、

制裁・措置制度及び運用の強化であつた。<sup>(8)</sup> 一九九一年には違反行為にかかわる売上高に乗じる課徴金算定率が最大二%から六%に引き上げられ、翌年には法人に対する罰金の法定刑が「五〇〇万円以下」から「一億円以下」に引き上げられた(なお、法人に対する罰金の法定刑は二〇〇二年に「五億円以下」に引き上げられた)。また、公取委は、一九九〇年六月、①一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ボイコットその他の違反行為であつて、国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案、②違反行為を反復して行っている事業者・業界、排除措置に従わない事業者等に係る違反行為のうち、公取委の行う行政処分によっては独禁法の目的が達成でないと考えられる事案、の二つの類型の違反行為に対して積極的に告発を行つていく方針(告発方針)を公表した。<sup>(9)</sup>

執行面が強化された独占禁止法であるが、同時に問題を孕むものでもあつた。「不当利得の剥奪」という法的性格を有する課徴金における不当利得の擬制は、一九九一年当時の「営業利益率」にリンクさせられていたが、この根拠が薄弱であるという実質的理由の他、九〇年代の不況下で営業利益率自体が低下し、形式的にも課徴金額≠不当利得額の擬制が困難となり、実質上制裁として機能するようになっていた。一方、法人に対する罰金の上限は一億円であり、二〇〇二年改正で五億円になったが、それでも数十億円にも上る課徴金とのアンバランスが存在した。公取委による刑事告発は、違反事実の証明をめぐる検察と公取委との認識の違い、独禁法違反という価値中立的な犯罪の立件に対する検察側の躊躇などが足枷となつていたようであり、告発方針公表後二年に一回程度しか行われず、独禁法上の刑事制裁が機能しているとは決して言い得ない状態が続いた。法人について言えば、告発、起訴されたとしても法定刑の軽さから制裁としての機能を十分には果たさない状況にあつた。法人に対する制裁的機能は専ら(画一的、機械的に算定される)課徴金によって果たされるという状況となつていた。個人について言えば、告発された場合の、(たまたま談合行為に

参加していただけた、刑事処罰価値の低いと思われる実行行為者としての個人が「巻き添え」的に身柄を拘束され、起訴され、有罪となるという事態が生じた。<sup>(11)</sup>

入札談合が独禁法強化によって減少したかと言えば、そうではなかった。入札談合が大半を占める不当な取引制限禁止違反に対する公取委による処分件数は、独禁法強化後減少してはならず、<sup>(12)</sup>当時の制裁・措置では十分な抑止効果をもたらされていない、という認識が強まっていった。全体として独禁法の制裁・措置は機能不全状態に陥っていた。<sup>(13)</sup>

(三) 経緯Ⅱ…先鞭を付けた「企業犯罪研究会報告書」(〇〇〇〇一年)

二〇〇五年独禁法改正に至るまでの独禁法制裁・措置制度見直し論議の先鞭を付けたのは、二〇〇一年三月の「企業犯罪研究会報告書(法務省法務総合研究所)」である。<sup>(14)</sup>同報告書は、前記のような現状を踏まえて、制裁として機能不全状態にある刑事制裁及び制裁として機能しているが制裁とは説明されない硬直的で適正さを欠く課徴金によって構成されている独禁法上の制裁・措置体系の法体系としての歪みを鋭く指摘し、これを是正するための方策として「EU競争法型の制裁金制度の導入」又は「米国型の法人処罰制度の導入」を真剣に検討すべきことを示した。同報告書の公表は、公正取引委員会による刑事告発方針公表(一九九〇年)、課徴金(独禁法七条の二)算定率引上げ(一九九一年)、法人に対する刑事罰の強化(一九九二年)後、一時下火になりかけた独禁法制裁・措置体系論議を一気に再燃させることとなった。<sup>(15)</sup>

(四) 経緯Ⅲ…制裁・措置制度見直し論議の高まり(〇一〇二年)

同報告書公表後、この問題にかかわる論稿や報告書が多数公表されることとなった。二〇〇一年度日本経済法学会年

次大会のシンポジウムが「独占禁止法のエンフォースマメント」というテーマの下行われた<sup>(16)</sup>。また、公取委は二〇〇一年二月に（具体的な法改正を睨んで組織された二〇〇二年版の研究会とは異なる）「独占禁止法研究会」を組織し、同年秋に独禁法の制裁・措置制度の展望を含む「独占禁止法研究会報告書」を公表した<sup>(17)</sup>。ただ、これらの動きは一部を除き、上記「企業犯罪研究会報告書」の有していた問題意識のうち、「独禁法現行制裁・措置制度の下での違反抑止効果の不十分さ」ばかりを強調するようになっていった。

このような動きの中、独禁法改正に強い追い風が吹いた。小泉純一郎内閣の誕生である。二〇〇一年五月七日新しく就任した小泉首相はその所信表明演説で、競争政策の充実、そのための公取委の体制強化を宣言した<sup>(18)</sup>。これにより、約一〇年ぶりの独禁法制裁・措置制度見直し作業が現実味を帯びることとなった。翌年夏に内閣官房副長官補であった竹島一彦氏が公取委委員長に就任し、竹島体制の下、独禁法制裁・措置制度見直し作業が本格化することとなった。

#### （五）経緯Ⅳ…公取委「独占禁止法研究会報告書」（二〇〇三年）

二〇〇二年秋、「独占禁止法研究会」が立ち上げられ、その中に「措置体系見直し部会」（以下、「部会」）が設けられた。その構成メンバーの多くは経済法学者であり、その他に刑法学者、行政法学者、経済学者、ジャーナリスト、日本経団連関係者などが参加した。

部会の問題意識は、ひとことで言えば「独禁法の実効性の確保」に置かれていた。これは言い換えれば「違反の効果的抑止」「制裁・措置の迅速化、容易化」ということである<sup>(19)</sup>。上記「企業犯罪研究会報告書」が述べた「制裁・措置の機能不全状況」は広く「適正化」という視点が取り込まれていたが、部会の視点はより狭いものであった。部会の議論において、制裁・措置制度の「歪み」が問題とされることは殆どなかった、と推測される<sup>(20)</sup>。

部会の議論の焦点は「課徴金算定率を引き上げるか」「リーニエンシー制度を導入するか」等といった、「実効性の確保」の点のみに当てられることとなった。

これに対しては経済界が激しく反発した。経済界の主張を簡単に言えば、(一) 独禁法違反に対する制裁・措置は(入札談合に対する発注機関の違約金特約等を併せ考えれば)現状でも十分過ぎるくらいの制裁的機能を果たしている、(二) もし課徴金算定率を引き上げるようなことがあれば、(そもそも制裁である) 刑事罰と(制裁としてしか説明が付かなくなる) 課徴金の併科は(二度の制裁を科すという意味で) 憲法上の二重処罰の禁止(憲法第三九条) 違反<sup>(21)</sup>なる恐れがある、というものであった。<sup>(22)</sup>しかし、このような主張は主張の当事者である日本経団連関係者以外の部会メンバーには受け入れられず、日本経団連関係者は部会においては四面楚歌であったようだ。独占禁止法研究会報告書公表前に(関係者を部会に参加させている) 日本経団連がこの問題にかかわる見解を公表した<sup>(23)</sup>という異例の事態は、理解者が研究会に存在しないことへの「憤り」の表れであったと言えよう。

独占禁止法研究会報告書は、部会の報告書と部会と同時並行で進められてきた「独占・寡占規制の見直し部会」から上がってきた報告書を併せるかたちで取りまとめられ、二〇〇三年一〇月に公表された。その内容は表Aのようなものであった。<sup>(24)</sup>そこにおける1.(3)、3.及び4.に関しては少なくとも公刊された文献において報告書公表前に議論された形跡<sup>(25)</sup>は殆どなかったが、「独禁法の実効性の確保」という視点では一貫している、<sup>(26)</sup>と言えるものだった。

多くの論者の関心は1.及び2.に向けられ、3.及び4.に関しては、一部実務家(実務家出身の研究者)を除き、報告書公表時点ではあまり議論の焦点とはされなかった。

表 A 独占禁止法研究会報告書の提案内容（措置体系に係る部分を抜粋）

<p>1. 課徴金制度の見直し</p>	<p>(1) その性格を「不当利得の剥奪」から「違反行為に伴う損失相当と擬制できる金銭の徴収」へと変更。</p> <p>(2) 課徴金算定の一定率を引き上げ、繰り返し違反行為を行った場合等について加算制度を導入。</p> <p>(3) 課徴金の適用範囲を「シェア・取引先制限カルテル」「購入カルテル」「対価に係る私的独占」「競争事業者を排除する私的独占等」にも拡大。</p>
<p>2. 措置減免制度導入</p>	<p>(1) カルテルからの離脱インセンティブを与え、競争秩序の早期回復を図るために、課徴金制度に措置減免制度を導入。</p> <p>(2) 「違反事業者が自ら公正取引委員会に情報提供等を行う」「自発的に違反行為から離脱する」などの法定要件に該当すれば、課徴金を減免。</p>
<p>3. 刑事告発手続・罰則規定の見直し</p>	<p>(1) 刑事告発の積極化、適正手続の確保等の観点から犯則調査権限を導入。</p> <p>(2) 刑事訴訟にかかわる東京高裁の第一審専属管轄を見直す。</p> <p>(3) 間接調査権限及び確定審決違反罪に係る罰則の引上げ。</p> <p>(4) 不公正な取引方法については、違反行為による被害が著しく、競争秩序を侵害する程度の大きいものなどへの罰則導入。</p>
<p>4. 審判手続等の見直し</p>	<p>(1) 排除措置と課徴金納付命令の同時化。</p> <p>(2) 勧告を排除措置命令とし、命令前に意見申述等の機会を付与。</p> <p>(3) 課徴金納付命令について不服があり、審判開始決定した場合には、課徴金を納付させるか又は供託させる制度とする。</p>



(六) 経緯 V…公取委「独占禁止法改正(案)」(〇四年春)  
 同報告書に対しては、日本経団連を始めとする各種経済・事業者団体、<sup>(27)</sup> 経済法学者、独禁法専門弁護士等から、激しい批判が浴びせられた。<sup>(28)</sup> 批判の内容は多岐に渡るが、主として課徴金算定率引上げの理論的根拠の薄弱さや二重処罰禁止の問題に向けられた。結果、公取委はその修正を余儀なくされた。<sup>(29)</sup> 結果導き出されたのが、二〇〇四年四月の公取委「独占禁止法改正(案)」(以下、「改正(案)」)<sup>(30)</sup> である。<sup>(31)</sup> 同案は、凡そ表 B のような内容のものであった(「課徴金額算定手法」及び「課徴金対象行為」に限定して挙げる。前述独占禁止法研究会報告書(表 A)の 3. 及び 4. については殆ど変更されていない)。

表 B 独占禁止法改正(案)の概要(一部抜粋)

1. 課徴金算定率の引上げ等	(1) 現行の算定率(製造業等…大企業六%、中小企業三%、卸売業…一%、小売業…大企業二%、中小企業一%)をそれぞれ、二倍程度に引き上げる。 (2) 過去一〇年以内に課徴金納付命令が課されたことのある違反事業者の場合は、(1)の算定率に五割程度加算した算定率を適用する。 (3) 課徴金と法人に対する刑事罰(罰金)が併科される場合は、課徴金額から罰金額の二分の一に相当する額を控除(課徴金納付命令が行われた後に、公訴が提起された場合等は、当該課徴金納付命令の効力を停止する)。 (4) 中小事業者が協同して事業を行う組合等を中小企業の算定率の適用対象とする。 (5) 課徴金の算定期間の上限を三年間から四年間に延長。 (6) 課徴金の納付を命ずることができない額を五〇万円未満から一〇〇万円とする。
----------------	--

<p>2. 課徴金適用 対象範囲の 見直し (課徴金適用対 象を下に掲げる 行為とする) ※</p>	<p>(1) 不当な取引制限で、対価に係るもの又は実質的に供給量、市場占有率若しくは取引の相手方を制限することにより対価に影響することとなるもの。</p> <p>(2) 他の事業者の事業活動を支配することによる私的独占で、当該他の事業者が供給する商品若しくは業務の対価に係るもの又は実質的に当該他の事業者が供給する商品若しくは役務の供給量、市場占有率若しくは取引の相手方を制限することにより対価に影響することとなるもの。</p> <p>(3) 購入に係る不当な取引制限で、対価に係るもの又は実質的に需要量、市場占有率若しくは取引の相手方を制限することにより対価に影響することとなるもの。</p>
--	---

※競争事業者を排除する私的独占・不当な取引制限については、対象としない。

(七) 経緯VI…自民党独禁調という壁(〇四年春〜秋)

公取委としては、改正(案)に基づく政治的決着を期待したのであるが、その目論見は上手くいかなかった。改正(案)では、課徴金の「違反抑止(防止)目的」<sup>(32)</sup>が明確化され、また罰金と課徴金の調整が提案されるなど公取委としてはぎりぎりの妥協点を探るものであったが、経済団体等から激しい批判を受けた。<sup>(33)</sup>このような事態を受けて、二〇〇四年五月、与党自由民主党の独占禁止法調査会(自民党独禁調)は、結局、同年通常国会での法案提出を見送ることを決定した。<sup>(34)</sup>この決定に対するマスコミの論調は概ね批判的のものであった。<sup>(35)</sup>

独禁法改正作業は、同年秋から開催される臨時国会での法案提出を目指し、仕切り直しとなった。自民党独禁調の「見送り決定」後も公取委側と経済界側との間で水面下での激しい攻防が繰り広げられた、と推測される。この間、各社新聞社説等<sup>(36)</sup>や学者による新聞紙上の解説等<sup>(37)</sup>による改正への批判勢力批判、公取委主催のシンポジウムに招聘した外国独禁当局責任者による制裁・措置体系強化への支持表明<sup>(38)</sup>、更には上記独占禁止法研究会メンバーであった経済法学者を

中心とする学識経験者等の連署による（公取委案による）早期改正実現支持<sup>(39)</sup>、など公取委案支持の論調を強める動きが盛んになった。そして、後に刑事事件となる橋梁をめぐる大規模な入札談合が発覚、一〇月初旬に公取委が立入検査を行うに至り、マスコミの経済界批判は最高潮に達した<sup>(40)</sup>。もう一方の与党である公明党による仲介もあつたようで、（改正（案）を一部変更しただけの案で）自民党独禁調の説得に成功<sup>(41)</sup>、改正法案が内閣提出法案として同年秋季の臨時国会に提出された<sup>(42)</sup>。法案は、課徴金算定率もこれまで公取委が提案してきた二倍程度（即ち、最大で一二％程度）から最大で一〇％（再犯の場合は除く）となり、経済界側にも一応の配慮がなされる形で落ち着いた。これにより一応の決着が付くものと思われた。

（八）経緯Ⅶ…継続審議に持ち込んだ民主党（〇四年秋～〇五年春）

ところが、民主党からも議員立法の形で法案が提出され<sup>(44)</sup>、政府・民主党両案が検討されることとなったことで、短期間で終了する臨時国会では審議が尽くせなくなった。結果、法案は（民主党法案とともに）次期国会に継続審議となった。民主党法案は政府法案をベースとしつつも、（一）再犯事案における課徴金算定率をよりフレキシブルにする（最高率をより高くする）、（二）リーニエンシー対象事業者の射程を拡大する（政府法案のように一～三番目に限定しない）、（三）課徴金から罰金相当額を全額控除することとする、（四）催告制度を廃止し審判前の行政処分を可能にする案は、適正手続上問題があるので採用しない、などの変更を加えるものであつた<sup>(45)</sup>。

（九）経緯Ⅷ…成立へ（〇五年春）

上記のように、独禁法改正法案は（政府法案、民主党法案とともに）継続審議となり、二〇〇五年の通常国会に持ち越

されることとなったが、与党内部での調整が終了している以上、後は時間の問題であった。予算審議が終わった同年三月から独禁法改正の審議がスタートし、一通りの質疑がなされた後、政府法案が賛成多数で衆参両議院を通過（民主党法案は三月一五日衆議院本会議で否決された）、四月二〇日に改正法が成立した。改正前と改正後の対比は表Cにまとめられた通りである。

表C 改正前後の対比 ※は法改正事項ではなく政府による説明の変更

課徴金算定率	改正前	改正後
課徴金の法的性格※	不当利得の剥奪	違反防止の効果的実現
課徴金対象違反行為の射程	対価に係る又は対価に影響を与える（供給者側の）不当な取引制限（3条後段）及び事業者団体による実質的競争制限（8条1項1号） なし	左記の違反行為+購入カルテル+支配型私的独占で被支配企業の対価に係るもの及び対価に影響を与えるもの 「1」公取委の調査開始日前に単独で違反にかかわる情報提供を行った、 ①最初の事業者：一〇〇％免除 ②2番目の事業者：五〇％減額 ③3番目の事業者：三〇％の減額 「2」①②③について三社に満たなかった場合には、①②③と併せて三社に達するまで、④調査開始日以後一定期日までの違反にかかわる事実について
リーニエンシー制度		

独禁法措置体系改革について

<p>課徴金・罰金の調整</p>	<p>なし</p>	<p>の情報提供を行った事業者に対し三〇%の減額                  (*「1」「2」いずれの場合も、「虚偽の報告でないこと」等、一定の条件を満たすことが求められる)                  罰金相当額から半額を課徴金から控除</p>
<p>罰則規定</p>	<p>確定排除措置命令違反罪…                  個人…二年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金                  法人…三〇〇万円以下の罰金                  調査拒否罪…                  個人…二〇万円以下の罰金                  法人…なし</p>	<p>確定排除措置命令違反罪…                  個人…同上                  法人…三億円以下の罰金                  調査拒否罪…                  個人…一年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金                  法人…三億円以下の罰金</p>
<p>犯則調査権限</p>	<p>なし</p>	<p>導入</p>
<p>刑事訴訟にかかわる東京高裁の専属管轄</p>	<p>あり</p>	<p>廃止</p>
<p>審判手続等の改正</p>	<p>勧告↓審判手続・審決(又は勧告審決)↓排除措置命令・課徴金納付命令↓課徴金納付命令についての審判手続(*) (不服がなければ確定)                  *この場合、課徴金納付命令は失効する。</p>	<p>告知・聴聞↓排除措置命令・課徴金納付命令↓(公取委への)不服申立て↓審判開始決定↓審判↓審決                  *審判開始決定によっても命令は失効しない。</p>

(7) 法改正前であるが、法改正作業の概要を取りまとめた文献として、根岸哲「独占禁止法の改正と議論の経緯」ジュリ一二七〇号六頁以下、金井貴嗣「課徴金制度の見直しについて」ジュリ一二七〇号一五頁以下等がある。

(8) その他に、公正取引委員会が、「流通・取引慣行ガイドライン」(一九九一年)を公表し、不当な取引制限(独禁法三条後段)や不公正な取引方法(一九九条)といった独占禁止法上の禁止規定の射程を拡大、明確化した、ということを押げることができるとする。

(9) 九〇年代前半の独禁法制裁・措置制度及び運用の強化策をその前後でまとめると次のようになる。

	強化前	強化後	問題点
課徴金	最大二%	最大六%(九一年)	<p>*法的には制裁ではない課徴金が制裁的機能を果たす(本来の趣旨からの乖離)</p> <p>*不当利得の擬制として無理が生じている</p> <p>*画一的・機械的算定がなされるので効果的な抑止を実現できない</p>
刑事罰	個人…三年以下の懲役又は五〇〇万円以下の罰金 法人…五〇〇万円以下の罰金	個人…同上 法人…一億円以下の罰金(九二年)	<p>*罰金の法定刑が低いので大規模事案に対応できていない(法人)</p> <p>*個人処罰が「巻き添え」的になされる場合があり、適正さを欠く</p> <p>*証拠の充実度や証明の程度について公取委、検察間で認識の違いがあり、連携が上手くいっていない</p> <p>*独禁法違反に対する処罰価値のコンセンサスが十分でない</p>
	告発の方針は特に策定・公表されていない。	悪質・重大な競争制限行為、違反行為が反復してなされている場合等に対して積極的に告発(九〇年)	

- (10) 正確には、「一九九一年から遡って一〇年間の法人企業統計における大企業の平均的営業利益率」である。
- (11) 後注70参照。もちろん、すべての事案がそうであると言っている訳ではない。二〇〇五年五月に公取委が告発した、橋梁の入札談合事件では、起訴された(違反事業者の)一部幹部は長年に渡って談合を仕切っていた、とのことである。例えば、日本経済新聞二〇〇五年五月二七日朝刊四二面など参照。
- (12) 公取委年次報告書における統計資料参照。処分件数の変遷のみから抑止効果を語るには無理があるだろう。ただ、入札談合が尚も頻発していたという程度のことと言えるであろう。
- (13) 以上、郷原・前掲注(2) 第二部参照。
- (14) 企業犯罪研究会(資料) 企業犯罪研究会報告書——独占禁止法の制裁制度に関する研究」法律のひろば五四巻五号三八頁。
- (15) 同報告書公表以前の独禁法措置体系にかかわる論稿として、阿部泰隆「課徴金制度の法的設計」松田保彦ほか編『国際化時代の行政と法』成田頼明先生横浜国立大学退官記念(一九九三)、求生新「阿部教授の「課徴金制度の法的設計」に対する反論」独占禁止法解釈と経済理論(2)「横浜国際経済法学四巻二号五一頁以下、沢田克己「課徴金制度の再検討」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』(一九九七) などがある。
- (16) 以下の論稿が同年の同学会誌に掲載された。古城誠「公取委エンフォースメントと私訴」日本経済法学会年報二二号一頁以下、金井貴嗣「独占禁止法違反に対する課徴金・刑事罰の制度設計」日本経済法学会年報二二号一七頁以下、白石忠志「独禁法の民事的なエンフォースメント」日本経済法学会年報二二号四一頁以下、平林英勝「公的執行の役割と課題」日本経済法学会年報二二号六二頁以下、郷原信郎「独占禁止法違反に対する制裁の現状と課題」日本経済法学会年報二二号八〇頁以下。
- (17) 公取委ウェブ・サイト ([www.jfrc.go.jp/pressrelease/01october/01103101.pdf](http://www.jfrc.go.jp/pressrelease/01october/01103101.pdf)) 参照。そこでは、課徴金の法的性格を変えることについては(否定はしないものの)正面から議論していない(解説として、小林渉「独占禁止法の手続規定等の整備——独占禁止法研究会手続関係等部会報告書について」NBL七二〇号二七頁以下、南雅晴「一般集中規制及び手続規定等にかける独禁法の見直し——独占禁止法研究会報告書について」NBL七二五号一九頁以下等参照)。
- (18) 小泉首相は「市場の番人たる公正取引委員会の体制を強化し、二一世紀にふさわしい競争政策を確立します。」と述べている。

(19) 「独禁法の実効性の確保」という言葉は「ぬえ」のような言葉で、さまざまな文脈で用いることができる（実際、用いられている）。極端な話、何でもこの言葉に放り込むことができる。ここでは、二〇〇三年秋に公表された独占禁止法報告書の内容から「独禁法の実効性の確保」＝「違反行為の効果的抑止」という理解をした。

(20) 独占禁止法研究会の議事録については、ごく簡単な概略版のみが公表され、詳細なものは公にされていない。

(21) 憲法三九条後段は「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない。」と定めているが、これが何を意味するか、についてはさまざまな議論がある。法文を素直に眺めれば、二度の刑事罰を禁止する（または、二重起訴を禁止する）と読めることとなるが、純粹に刑事罰に限定しないで「同じ行為について二度の法的制裁を受けないこと」と考える者が多い。

(22) これは二重処罰禁止の憲法解釈にかかわることがらである。拙稿「独禁法における違反事業者に対する制裁・措置について」産大法学三八巻三＝四号注94参照。

(23) 「独占禁止法の措置体系見直しについて―日本経団連としての見解―」二〇〇三年九月一六日 (<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2003/088.html>)。

(24) 報告書の内容は「独占禁止法改正について」と題する公取委ウェブ・サイト・ページ (<http://www2.jftc.go.jp/kaisei.htm>)にて確認することができる。同報告書中、措置体系見直しにかかわるものは、「措置体系見直し1」「措置体系見直し2」「措置体系見直し3」である。なお、公取委側の独禁法制裁・措置制度見直しに係る資料は、同サイト参照（なお、以下言及する公取委公表の資料については特に断りのない限りこのURLを参照のこと）。

(25) 全くないわけではない。例えば、犯則調査権限導入については議論の若干の集積がある。互敦史「独占禁止法違反の犯罪の現状と今後の課題」法律のひろば五四巻一―九頁以下等を参照。

(26) 解説及び補足として、諏訪園貞明「独占禁止法研究会報告書と措置体系の見直しについて」公正取引六三七号二頁、同「独占禁止法研究会報告書と措置体系の見直し」商事法務一六八〇号一―六頁、同「独占禁止法研究会報告書と措置体系の見直しについて」NBL七七三号一―八頁、舟田正之「課徴金制度の強化に向けて」NBL七七四号八頁、同「課徴金制度の強化―補足的メモ」立教法学六五号一―四五頁、岸井大太郎「独占禁止法の措置体系のあり方―課徴金制度の見直しを中心に」公正取引六三七号一―頁、高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠づけ」NBL七七四号二〇頁、井手秀樹「独占禁止法の措置体系の見直し―課徴金の引き上げ」公正取引六三七号二二頁以下等を参照。



- (27) ただ、経済団体のすべてで反対していたわけではない。例えば経済同友会は早い段階から課徴金算定率引き上げに賛成していたし、公取委案を最後まで一貫して支持していた。
- (28) 郷原信郎「独禁法の制裁・措置体系を考える——桐蔭横浜大学公開討論会の議論を参考に——」NBLe七七五号六頁、伊從寛「独禁法研究会報告「措置体系の見直し」の問題点」商事法務一六八四号一四頁、(社)日本経済団体連合会経済法規委員会「独占禁止法研究会報告書」に対する意見(二〇〇三年一月二八日)(<http://www.keidamren.or.jp/japanese/policy/2003/117.htm>)、三輪芳朗・M・ラムザイヤー「競争政策の望ましい姿と役割(上)私的独占、刑事罰、公正取引委員会」ジュリー二六二号七頁、阿部泰久「独占禁止法改正(課徴金の見直し)に対する経団連意見」建設オペニオン一巻二二六八頁、川崎隆司「公正取引委員会の公正取引委員会による公正取引委員会のための独禁法改正案」建設オペニオン一巻二二六〇頁等参照。
- (29) 前者について。二〇〇三年一〇月公表の公取委『独占禁止法研究会報告書』では、提言された独禁法上の課徴金算定率引上げの根拠を、「違反事業者が社会に与えた損失を補填・負担すること」に見出した。しかし、経済界、法曹界、学界等から激しい批判を浴び、結果公取委は、二〇〇四年春に公表した改正(案)においては、この考え方を撤回した。
- (30) 公取委ウェブ・サイト(<http://www2.jftc.go.jp/kaisai.htm>)参照。
- (31) 改正(案)についての解説として、根岸哲「独占禁止法の改正と議論の経緯」ジュリー二七〇号六頁以下、金井貴嗣「課徴金制度の見直しについて」ジュリー二七〇号一五頁以下、土田和博「市民生活と独占禁止法——改正論議によせて」法学セミナー四九巻一〇号一頁以下等参照。改正(案)を前提とした独禁法改正問題を扱う論稿として、郷原信郎「課徴金と刑事罰の関係をめぐる問題と今後の課題」ジュリスト一二七〇号二頁以下、志田至朗「課徴金減免制度について」ジュリスト一二七〇号三頁以下、白石忠志「課徴金対象行為類型の拡大論について」ジュリスト一二七〇号四〇頁以下、佐藤英明「犯則調査権限導入に関する若干の論点整理」ジュリスト一二七〇号四七頁以下、宇賀克也「審判手続等の見直し」ジュリスト一二七〇号五三頁以下等がある。
- (32) 同案では新課徴金制度の目的・趣旨として、「違反行為抑止」という言葉を使用せず「違反行為防止」という言葉を使用している。この意図は必ずしも明らかではないが、「抑止」という言葉が刑罰の目的としてよく用いられることを意識して、新課徴金の刑罰との性格の相違を際立たせるために(すなわち政策色を浮き彫りにするために)「防止」という言葉を使用した

と考えることができる。

- (33) 日本経済団体連合会『独占禁止法改正(案)』の概要に対する「日本経団連意見」(<http://www.keidanten.or.jp/japanese/policy/2004/030.html>) (二〇〇四年四月二十五日)。
- (34) 日本経済新聞二〇〇四年五月十五日付朝刊。
- (35) その例はここでは省略する。
- (36) その例はここでは省略する。
- (37) 泉水文雄「独禁法改正を問う(下)(経済教室)日本経済新聞二〇〇四年九月三日付朝刊三二面。
- (38) 公取委ウェブ・サイト参照 (<http://www2.ftic.go.jp/cprc/events/2004sympo/symposium.html>)。
- (39) 「措置体系に関する独占禁止法改正(案)について」法律時報七六卷一一号九六頁以下。
- (40) とりわけ、日本経済新聞二〇〇四年一〇月六日付朝刊の社説(「だから独禁法の強化が急がれる(社説)」)は手厳しい。
- (41) 結果的に政府法案がそのまま(施行日だけ変更された形で)国会を通過したので、ここでは触れない。後述三で詳述する改正法の解説を参照頂きたい。
- (42) 大手マス・メディアではほとんど報じられないが、独禁法改正法案と同時期に法案が国会に提出され通過した「品質確保法」(正式名称は、「公共工事における品質確保の促進に関する法律」(二〇〇五年法律第一八号))は、独禁法改正作業(とりわけ与党内部のそれ)に少なからぬ影響を与えたと推測される。品質確保法の概要と検討については、拙稿「政府調達法制の新展開…公共工物品質確保法のポイント」Corporate Compliance 四号一一五頁以下参照のこと。
- (43) 改正案公表後内閣による法案提出に至るまでの議論として、例えば、「ハ特集」独禁法改正の方向をよむ——措置体系の見直し」ジュリー一二七〇号、「ハ特集」独禁法改正の動向を探る」建設オペニオン一一巻七号等を参照。
- (44) 第一六一回衆第四号。民主党法案の内容については本稿の検討対象外とし、その内容はここでは触れない(衆議院ウェブ・サイト ([http://www.shugin.go.jp/index.nsf/html/index\\_gian.htm](http://www.shugin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm)) 参照)。
- (45) 民主党案の意図するところは必ずしも明らかではないが、政府法案の意図するところと思われる(課徴金算定手法の)「画一性」に対しては「柔軟性」を強調するものであり、(制裁・措置制度全体を通じて言える)「実効性」に対しては「適正さ」を強調するものであると評価することができる。もちろん、政府側から言わせれば政府法案であっても可能な限り十分「柔軟

性」はあり、「適正さ」は担保されているということになるが、ここではその評価は差し控えておくこととする。

### 三 改正法の内容

以下では改正内容のポイントをまとめることとする。<sup>(46)</sup>

#### (一) 課徴金算定率

課徴金算定手法それ自体は従来とは変わっていない。改正後も、違反行為にかかわる売上高に一定率を乗じるという形で算定される（算定対象期間が「最長三年」であるという点も変わっていない）。変わったのは課徴金算定率である。改正後の算定率は（従来と同じように）違反事業者の業種と規模ごとに定められており、それは改正前、改正後と対比すると各々次の通りである。<sup>(47)</sup>

表D 改正法による課徴金算定率の変更

	(改正前) 大企業 (改正後)		(改正前) 中小企業 (改正後)	
製造業等	六%	↓	一〇%	↓
小売業	二%	↓	三%	↓
卸売業	一%	↓	一・二%	↓
			四%	↓

なお、改正法は、過去一〇年以内に課徴金納付命令等を受けたことがある場合には五割加算することとし、事業者が調査開始日の一月前の日までに違反行為を止めた場合二割減額することとしている。<sup>(48)</sup>

従来、課徴金の法的性格は「不当利得の剥奪」であると説明されてきた。現行の最大六%でも十分過ぎるぐらいの制裁の機能を果たしている、との声もあり、改正法による算定率引上げ後は、もはや「不当利得の剥奪」という説明では耐えられないと判断したのであろう、改正（案）では「違反行為防止という行政目的を達成するため」と説明されることとなった。<sup>49</sup>改正法における課徴金の法的性格について、その後政府は同様の説明を行っている。

## （二）課徴金対象違反行為の射程

改正前はあまり議論の対象とされてこなかったが、改正によって課徴金の対象となる違反行為の射程が私的独占（の一部）にまで拡大することとなった。改正前は、（供給者側による）不当な取引制限（三条後段）及び事業者団体による実質的競争制限（八条一項一号）のうち、違反行為が対価に係るものか、又は違反行為が対価に影響を与えるものに対して課徴金が科されてきた（七条の二等）。

改正法は、（一）私的独占（三条前段）のうち、「他の事業者の事業活動を支配」するタイプのもので、「当該他の事業者が供給する商品若しくは役務の対価に係る」もの又は「対価に影響することとなるもの」、そして（二）「購入に係る不当な取引制限」で、「対価に係るもの」又は「対価に影響することとなるもの」にまで課徴金賦課の対象を拡大した。<sup>50</sup>なお、独占禁止法研究会報告書では、他の事業者を排除するタイプの私的独占をも課徴金の対象とすることを提案したが、この案は改正（案）では削除された。設定されることとなる課徴金算定率の合理的説明を行うのが困難となるだろう等の理由が推測される。

(三) いわゆるリーニエンシー制度創設

改正法では、①公取委の調査開始日前に単独で違反にかかわる情報提供を行った最初の事業者に対しては課徴金の一〇〇％免除、②同じく二番目の事業者には五〇％減額、③同じく三番目の事業者には三〇％の減額、となっている(①)〜③の減免を受けるためには、加えて、(一) 調査開始日以後違反行為をしていないこと、(二) 虚偽の報告・資料提供がなされていないこと、(三) 報告要求、資料提出要求に応じること、(四) 他の事業者に対し違反行為の強要、違反行為の取りやめの妨害をしていないことが含まれていないこと、のすべての条件を満たす必要がある。また、①〜③について三社に満たなかった場合には、三社に達するまで、④調査開始日以後一定期日までの違反にかかわる事実についての情報提供を行った事業者に対し三〇％の減額、を認めることとなっている(この場合、①)〜③の追加的条件のうち(二)〜(四)までと、「情報提供時以後の違反の取り止め」のすべての条件を満たすことが求められている<sup>(51)</sup>)。手続等詳細は施行日(二〇〇六年一月一日)までに策定される公正取引委員会規則で定められることとなっている。

(四) 課徴金と罰金との調整

改正法は「罰金の半額を課徴金から控除する」とする、一見すると中途半端であるかのような調整規定を盛り込んでいる<sup>(52)</sup>。その根拠を、政府は、「機能面の重なり合いを考慮した政策的な調整」と説明している。そこでは、改正法における課徴金と刑事罰の併科による二重処罰の問題は「基本的には」生じない、と考えられている<sup>(53)</sup>。機能面が重なりあいながらも二重処罰問題とは無関係であるかのように説明する、その意味するところは一見分かり難い。政府法案は、刑事罰の趣旨・性格につき、「過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して道義的・社会的非難を加えることを本旨とし、これに伴い違反行為の抑止(一般予防)効果も期待する

もの<sup>(54)</sup>」という理解を前提としていることはほぼ疑いない。すなわち、違反抑止効果は刑事罰の本来の趣旨ではないのだから、違反行為抑止を本来の趣旨とする新課徴金と重なり合っても、趣旨が違以上二重処罰問題は生じない、と考えられているのである。

#### (五) 罰則規定の改正

確定排除措置命令違反に対する罰金額の上限は、これまででは対法人と対個人で同じであった(三〇〇万円)が、改正法では法人のそれが三億円に引き上げられている<sup>(55)</sup>。また、事件について必要な調査をするための事件関係人等に対する処分等(調査拒否)に係る罰則を一年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金とするとともに、法人に対しても罰金刑を科すこととされている<sup>(56)</sup>。これらはいずれも独禁法の(排除措置及び行政調査権限の)実効性確保のためになされるものである。

#### (六) 刑事告発のために犯則調査権限の導入

改正法によって公取委はいわゆる犯則調査権限を付与されることとなった<sup>(57)</sup>。犯則調査権限とは、「裁判所の許可を得るなどの条件の下」で、「行政庁が、その所管する特定の法律に関する特定の種類の違反事件を刑事法的に処理することを目的として」、臨検、搜索、差押え等の直接強制を行うことができる調査権限のことである。従来は、全くの任意か、(拒絶した者に対して罰金を科すという形の)間接強制かのいずれかによって調査がなされてきたが、専属告発権限<sup>(59)</sup>を有しながらも告発できるだけの十分な証拠を収集する強力な調査手段を公取委は与えられてこなかった。独禁法が経済の基本法であると言われ、公取委が独禁法の番人であると言われながらも、それに見合ったツールに欠けてい

た、そういう認識が改正の背景にある。国税庁や証券取引等監視委員会が有する犯則調査権限を公取委に付与することによって独禁法の実効性を高める、という意図が改正法にはある。

(七) 刑事訴訟にかかわる東京高裁の第一審専属管轄の廃止

改正法では、刑事事件に係る東京高等裁判所の専属管轄及び審級省略制度を廃止し、第一審の管轄を全国の地方裁判所に拡大するとともに、各高等裁判所所在地の地方裁判所及び東京地方裁判所の管轄にも属することとしている。<sup>(60)</sup> この改正は、被告が東京高裁の管轄地外にある場合の権利保障上の問題及び審理の効率性上の問題という観点からなされたものである。

(八) 審判手続等の改正

改正法における手続面に係る最大のポイントは、審判前の排除措置命令・課徴金納付命令を可能にする、ということである。改正法では、独禁法違反が認められた場合、公取委が勧告を行うという従来の手続きを止め、直接排除措置命令を行うこととし、課徴金対象違反行為であればそのまま課徴金納付命令も下せるものとしている。<sup>(61)</sup>

当該排除措置命令に不服がある場合には審判を請求することができるが、審判が開始されたとしても、排除措置命令、課徴金納付命令ともに失効しないこととなっている。<sup>(62)</sup>

(九) 附則において、施行後二年以内の見直しを規定

改正法はその附則において、次のように定めている。「政府は、この法律の施行後二年以内に、新法の施行の状況、

社会経済情勢の変化等を勘案し、課徴金に係る制度の在り方、違反行為を排除するために必要な措置を命ずるための手続の在り方、審判手続の在り方等について検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする<sup>(63)</sup>。このことは今回の改正が暫定的なものであることを示している、と言える。今後の状況如何では、課徴金算定率がさらに引上げられるかもしれない。課徴金の算定手法それ自体が変更されるかもしれない。また、適正手続を徹底するという意識が高まれば、手続面も大幅に見直されるかもしれない<sup>(64)</sup>。再改正への攻防は既に始まっている。

#### 註

- (46) 価格の同調的引き上げに対する報告徴収規定（一八条の二等）の廃止も改正法の内容となっているが、これは「独占・寡占規制の見直し」の部類に属することからであり、本稿の対象外とした。
- (47) 新法七条の二第一項、第四項。
- (48) 新法七条の二第五項、第六項。
- (49) 「独占禁止法改正（案）の考え方」<http://www2.jftc.go.jp/sisyoun3.pdf> 1（1）参照。ここでは「見直し後の課徴金の算定率は、違反行為防止という行政目的を達成するために必要な水準として設定」するとしている。
- (50) 新法七条の二第一項～第二項。
- (51) 新法七条の二第七項～第一三項。
- (52) 新法七条の二第一四項。
- (53) 二〇〇四年一月四日衆議院本会議における細田博之官房長官の発言。
- (54) 公取委「独占禁止法改正（案）の概要及び独占禁止法改正（案）の考え方」に対して寄せられた意見について（八月四日公表）中の、「別紙2. 独占禁止法改正（案）の概要及び独占禁止法改正（案）の考え方」に対して寄せられた主な意見と公正取引委員会の考え方」[http://www.jftc.go.jp/pressrelease/04\\_august/040804-3.pdf](http://www.jftc.go.jp/pressrelease/04_august/040804-3.pdf) 参照。
- (55) 新法九五条一項二号他。
- (56) 新法九四条及び九五条二項三号。



(57) 新法七四条一項、一〇一条～一一八条。

(58) 佐藤・前掲注(31)四七頁。

(59) 第九六条各号参照。

(60) 新法八四条の三及び八四条の四。

(61) 新法四九条等。

(62) 新法四九条、五四条等。現行法五三条等参照。

(63) 附則八条一項。

(64) 本稿四(二)参照。

#### 四 検討と展望

##### (一) 課徴金制度改革

(a) 準備作業・「歪んだ二階建て構造」への軌跡

これまでの記述と一部重なるが、検討のための準備作業として、独禁法制裁・措置制度の歴史的成り立ちについて簡単に触れておく。<sup>(65)</sup>

米国独禁法(反トラスト法)をモチーフに作られた我が国独禁法は、カルテル・談合に対しては米国同様刑事罰による厳格な対応が意図されていたが、米国と異なり公取委という行政機関が独禁法を執行する体制を採った我が国では、制定当初から刑事罰は機能不全状態にあり、長い間殆ど適用されてこなかった。<sup>(67)</sup> 後、オイル・ショック期に石油元売業者が石油製品の値上げを協定したという疑いで告発、起訴された、いわゆる「石油カルテル事件」<sup>(68)</sup>は、公取委・検察間の立証に対する認識の違い、独禁法における個人処罰の妥当性への懐疑等、さまざまな問題を噴出させることになり、

独禁法刑事罰の限界を認識させる皮肉な結果を招いた。そこで導入されたのが課徴金制度（一九七七年）である。しかし、刑事罰を存続させたが故に、（後に見る二重処罰禁止（憲法三九条）との関係から）課徴金の趣旨を「制裁」とは位置付けられず、「不当利得の剥奪」と説明するに止まり、ケースごとに不当利得額を算出することは技術的に困難であるという理由で、「違反行為の対象商品・役務の売上額に一定率を乗じる」という硬直的な算定手法を選択したのである。それも、法人企業統計に見る当時の大企業の経常利益率の二分の一という、独禁法違反による獲得利得とは凡そ無関係の指標が用いられた（最大で二％）。

とは言え、「不当利得の剥奪」という理屈について、この程度の水準では、事業者側からすればまだ容認できるものではあった。しかし、一九九〇年前後の日米構造協議を経て、米国の要求に應える形でなされた独禁法改正によって、この算定率が一気に最大六％へと引き上げられた（今度は、営業利益率と同水準という、これもまた凡そ無関係の指標が用いられた）ことによって、実質的にはもはや「不当利得剥奪」ではなく「制裁」である、との認識が事業者側を中心に強まることとなった。一方、刑事罰については、「国民生活に重大な影響のある違反」「繰り返し違反」<sup>(69)</sup>に対して公取委は積極的に告発を行うとする「告発方針」を公表し（一九九〇年）、後、現在までに八件の告発がなされてきたが、個人処罰の「巻き添え」<sup>(70)</sup>的性格が目立ち、法人処罰については同時に科される課徴金との比較では小額に止まり、「制裁」としては殆ど機能していない状況が続いてきた。

郷原信郎教授は、このようにして出来上がった課徴金（二階部分）と刑事罰（二階部分）の「二階建て構造」を歪んだものとして捉え、クリアに説明している。そのポイントを列挙すると示すと次のようになる。<sup>(71)</sup>

・二重処罰禁止の問題があり、課徴金の「制裁」としての法的性格を正面から認めることはできない（「不当利得剥

奪」と説明されている)が、制裁としての機能が予定されており、課徴金は得体の知れない「ぬえ的」な性格を有していること。

・課徴金額は、その法的性格故に(個別事案における不当利得額算定の困難性を理由に)、違反行為に係る売上額に一定率を乗じて機械的に算定されるものとなっており、その「制裁的機能」が事案の悪質性・重大性に対応するものになっていないこと。

・一階部分の課徴金は事業者に対するものであるのに、二階部分の刑事罰は日本の刑事司法制度の下では行為者責任中心とならざるを得ず、独禁法の解釈・運用上のズレが生じることとなる、ということ。

・行政処分における独禁法解釈・運用と刑事事件における捜査・公判の実務との間にはギャップがあり、両者を、全体として事案の悪質性・重大性に応じた適正な制裁として機能化させることは困難である、ということ。

(b) 「歪んだ二階建て構造」にはメスを入れず

さて、このような「歪んだ二階建て構造」に対して、今回の独禁法改正作業はメスを入れたかどうか。答えは否である。今回の独禁法改正作業は、刑事罰規定にはタッチせず課徴金制度のみを修正しようという結論が「先にありき」であったようにも見受けられる。

課徴金、刑事罰の「歪んだ二階建て構造」を是正せず、課徴金制度のみを修正することを正当化する論拠として、政府法案支持者から頻繁に提示されたのが「刑事は刑事、行政は行政の役割分担がある」というものである。しかし、課徴金と刑事罰の、歪んで倒錯した機能不全状況が問題視されているのにも拘らず、その中身を問うこともせず、ただひたすら「課徴金と刑事罰は役割が違う」と繰り返すことは、議論のはぐらかし以外の何ものでもない。

結局のところ、改正法に関して言えば、従来なされてきた継ぎ接ぎ的な独禁法制裁・措置制度改革の延長線上にあると言わざるを得ない。<sup>(72)</sup>

(c) 課徴金の法的性格の修正…「不当利得剥奪」から「効果的防止(抑止)」へ

一九七七年に課徴金制度が独禁法に導入されてからこれまで、課徴金の趣旨・目的は一貫して「不当利得の剥奪」であると説明されてきた。しかし、公取委は、今回の見直しで課徴金算定率を引き上げるに当たって、「不当利得剥奪」という説明を放棄することとなった。公取委提示の課徴金算定率引き上げの理論的根拠に対する批判を受け、改正法のベースとなった二〇〇四年春の改正(案)では、課徴金の趣旨・目的が正面から「違反行為の防止」と位置付けられた。しかし、新課徴金について公取委側は一時期から「制裁」という表現を避けようとしている。恐らくは二重処罰問題(憲法三九条)を回避する(提起させない)ためであろう。

改正法における課徴金制度の法的趣旨・性格については、後で再び触れるが、ここでは政府法案↓改正法のベースとなっている、公取委「独占禁止法改正(案)」の概要及び独占禁止法改正(案)の考え方に対して寄せられた意見について(二〇〇四年八月四日公表)における、新課徴金及び(法人に対する)刑事罰の法的趣旨の理解を確認しておく。

(新) 課徴金…カルテル・入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するため、不当利得相当額以上の金銭を徴収する行政上の措置。

刑事罰…過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して

道義的・社会的非難を加えることを本旨とし、これに伴い違反行為の抑止（一般予防）効果も期待するもの。

(d) 課徴金算定手法とその水準・硬直性の解消は実現したか？

独禁法制裁・措置制度見直し論議において最も激しい攻防が繰り広げられたのが、課徴金算定率引き上げ<sup>(74)</sup>の程度であった。

公取委が提示した、課徴金算定率引上げ（改正法では、引上げ後の算定率は最大一〇%、「違反行為の繰り返し」が認定された場合は最大一五%となっている）の主たる根拠は、①相変わらず頻発する入札談合等への対応、②米欧独禁法における制裁水準と比較、の二つである。なお、改正法では、違反行為を早期に取り止めた事業者に対しては二〇%の減額を認めるものとなっている。

①について、公取委が提示する根拠は、(一)カルテル・談合等の処分件数と、(二)立入検査後の落札率下落割合等から判断した不当利得の水準、である。これに対しては、入札談合の場合、(A)調達機関による指名停止や特約に基づく違約金請求等、課徴金以外の不利益を総合的に考慮するのであれば、独禁法違反事業者は十分すぎるぐらいの制裁を受けており、課徴金算定率引き上げは妥当ではない、といった指摘や、(B)入札談合の多くは官製談合（発注機関側の関与によって行われる入札談合）であるといわれているにも拘らず、官側への対処なしに、事業者側だけの負担を増やす改正は妥当でないし、抑止効果も十分には期待できない、との指摘がある。また、不利益の水準自体まだまだ低い、という指摘は頻繁になされている。

②について、公取委は米国反トラスト法やEU競争法における制裁水準を示しつつ、これを我が国の現状と比較し、あまりにもかけ離れていることを強調する。これに対しては、(A)米欧独禁法上の制裁についてその水準のみを表面

的に強調し、これら独禁法においては違反行為の悪質性・重大性に応じて柔軟に制裁水準が決められていることを半ば無視している、(B) 米欧では公共調達制度それ自体が入札談合を発生させにくいものとなっていることへの配慮がない、(C) 官製談合等日本特有の問題を無視している、といった指摘がなされている。<sup>(75)</sup> 公取委の説明は、米欧を表面的になぞったという印象を強く残すものである。

(e) 減免措置（リーニエンシー）

情報提供者に対する制裁・不利益の減免措置（いわゆるリーニエンシー）制度は、カルテルや入札談合において、違反行為の効果的摘発、違反事業者間に生じる疑心暗鬼による違反行為防止等に一定程度の効果があると考えられており、企業の法令遵守活動を促進する（支援する）効果が期待できるとの指摘もある。国際カルテルの摘発のために各国足並みを揃える、という国際的なニーズもある。

問題はどのような事業者にどのような減免を認めるかである。

改正法では、公取委の調査開始日前の情報提供者に対して上位三社（二位一〇〇％免除、二位五〇％減額、三位三〇％減額）まで課徴金の減免を認め、これで三社に満たなかった場合には三社になるまで調査開始後の情報提供者にも一定の減額（最大三〇％）を認めるというスキームとなっている。

改正法に示された、要求される追加条件は、調査開始日以後（調査開始日以後の情報提供の場合は、情報提供時以後）違反行為をしていないということ、当局の報告・情報提供要求に応じること、提供された情報に虚偽の内容が含まれていないこと、他の事業者に対する違反行為強要等がなかったこと、である。その他のあり得る条件、例えば、提供される情報の質やタイプ（例えば、「調査開始や違反行為立証に決定的な役割を果たすか否か」「公取委が当該情報類似

の情報を事前に有していないことが必要か否か」等）について、改正法に記載はない。

リーニエンシー制度は、密室で行われるカルテル・入札談合の違反事業者間の信頼・信用の連鎖を断ち切るといった、インセンティブ構造への働きかけにその本質がある。とするならば、重要なのはその「仕掛け・仕組み」である。違反企業がリスクを乗り越え情報を提供し、当局にとっては提供された情報に基づき調査・審査活動がより強化され、結果、違反行為が効果的に抑止される、そういった目標が最大化されるようなスキームが必要である。しかし、改正法には、提供されるべき情報の質・タイプについて規定が一切存在しない（この点については民主党案も同様）。志田至朗弁護士は、「どのような情報を提供すれば、課徴金の減免が受けられるかどうかということはこの制度のいわば根幹をなす部分であって、その点に対する議論を欠いたままでは、事業者からみてその適否を論ずる判断材料がないに等しい」と的確にコメントしている。<sup>(76)</sup>

なお、改正法において、リーニエンシー対象事業者数が三社に限定されていることの合理性、妥当性も再吟味の必要がある。

(f) 二重処罰禁止（憲法三九条）の問題

課徴金と刑事罰の併科が、憲法三九条の禁止する二重処罰<sup>(77)</sup>に該当するか否かという論点は課徴金制度導入時からの論点であり、これまでは課徴金の法的性格を「不当利得剥奪」と説明することでこの問題を回避してきた。しかし、今回の改正作業でこの説明が放棄されたことにより、二重処罰問題が再燃することとなった。

繰り返すが、改正法では「罰金の半額相当分を課徴金から控除する」という調整を行っている。その根拠を、政府は、「機能面の重なり合いを考慮した政策的な調整」<sup>(78)</sup>と説明している。そこでは、改正法における課徴金と刑事罰の併

科による二重処罰の問題は「基本的には」生じない、<sup>(79)</sup>と考えられている。

二重処罰禁止に関する判例は、(一) 刑事罰が二度(以上)科されるかそうでないかで判断するもの、と(二)二度(以上)科される不利益の趣旨・性質の重なり合いの有無で判断するもの、などさまざまであり、<sup>(80)</sup>課徴金と刑事罰の併科について(二)を採用した場合(重加算税・追徴税と刑事罰、独禁法上の課徴金と刑事罰の併科が問題とされたケースについてはこのロジックだった)、独禁法上の課徴金と刑事罰の併科は、両者の趣旨・性質次第では、二重処罰禁止に違反することとなる可能性は否定できないものとなる。

二重処罰問題については、これまで「課徴金の法的趣旨・性質」ばかりに焦点が当てられてきたように思われる。「新しい課徴金は制裁か否か」「不当利得を超えるか否か」といった具合に、である。しかし、しばしば引き合いに出される、重加算税・追徴税と刑事罰、独禁法上の課徴金と刑事罰の併科が二重処罰禁止に反するかが問われた判決では、いずれも、刑事罰の法的趣旨・性質を違反行為の「反社会性ないし反道徳性に着目して科される制裁」であるとしており、これら判決を前提にする限り、併科される課徴金が「反社会性ないし反道徳性に着目して科される制裁」でなければ二重処罰禁止には触れない、ということになる。

判例は、確かに、事業者に対する刑事罰であっても、その趣旨・性質を「反社会性ないし反道徳性に着目して科される制裁」であるとしている。しかしそれは既に存在し、相当の期間運用され続けてきた制度を「違憲」としないための苦しいロジックであるようにも見える。刑罰の目的・性格をめぐる議論は、どの教科書にも書いてあるように、応報刑論と目的刑論(一般予防等)とがあり、どちらか一方では説明し尽くせないと考えるのが一般的である。また、最近盛んに議論されるようになった法人処罰論においては、法人に対する刑罰の意味と意義という根本問題への省察がなされるようになった。<sup>(81)</sup>そのような(法人処罰の意味と意義が根本的に問われている)中、政府の「公式見解」として、「事



業者」に対する刑罰の法的趣旨・性質を「反社会性ないし反道徳性に着目して科される制裁」であってそれ以外ではない、と断言できるかどうか注目されるところである。<sup>(82)</sup>

改正法における課徴金と刑事罰との間に法的趣旨・性質に重なり合いがあるのであるならば、課徴金と罰金との間の調整は二重処罰回避のための方策と把握できることとなる。その場合は「半額」によって何故に回避できるのか、が問題になる。憲法違反の疑義という重要問題であるにも拘らず「半額」という便宜的な処理を行う姿勢は問題視せざるを得ない。

政府の言うように、この処理が「機能面の重なり合いを考慮した政策的な調整」なのであれば、「政策的な調整」という観点から「半額」の妥当性が吟味されることとなる。「政策」であれば何でもよいという訳ではあるまい。合理性と妥当性に欠けるのであれば、それは新課徴金制度の正当化に失敗する、ということの意味する。

## (二) 審査・審判等手続面をめぐる争点

### (a) 調査活動の適正さ・犯則調査権限導入等

一九九〇年の告発方針公表後、これまでの一〇数年間で公取委による独禁法上の告発は僅か八件に止まっており、独禁法刑事罰の機能不全は否定できない状況にある。その大きな原因として、「現在公取委が有する調査権限（間接強制権限）では、十分な証拠収集を行うのが困難である」といった指摘がなされることがある。そこで、犯則調査権限を公取委に付与すべきとの意見が法学者や実務家から提示されてきた。<sup>(84)</sup> 改正法では公取委の犯則調査権限が導入される。<sup>(83)</sup>

犯則調査権限の導入によって公取委の調査活動に関わる問題のひとつが解決することは確かである<sup>(85)</sup>。しかし、次のような課題が残ることに注意が必要である。

ひとつは、犯則調査権限を行使する部門と間接強制による行政調査を行う部門とを分離し、両者の間には厳格なファイアー・ウォールを設けること、そして犯則調査権限部門に令状請求及び直接強制による捜査・調査の実務に習熟した人材を配置することといった、犯則調査権限導入に関連するフォロー・アップである<sup>(86)</sup>。

もうひとつは、たとえ犯則調査権限導入に係る問題が解決されたとしても、それによって公取委の調査活動の問題点が全て解決したことにはならないということである。例えば、立入検査等の公取委の調査活動の適正さへの疑問は、これまでしばしば提起されてきた<sup>(87)</sup>。犯則調査権限導入は、調査活動改善策の一部に過ぎない。

#### (b) 審判前の排除措置命令・課徴金納付命令

改正法における手続面に係る最大のポイントは、審判前の排除措置命令・課徴金納付命令を可能にする、ということである。すなわち、独禁法違反が認められた場合、公取委による勧告又は審判開始決定を行うという従来の手続きを止め、直接排除措置命令を行うこととし、課徴金対象の違反行為であればそのまま課徴金納付命令も下せるものとしていることである。なお、当該排除措置命令に不服がある場合には審判を請求することができるが、審判が開始されたとしても、排除措置命令、課徴金納付命令ともに失効しないこととなっている。審判前の課徴金納付命令を可能にする（未納者に対しては延滞金を付加して請求することができることとする）ことで、「単なる時間稼ぎ」のためだけの審判手続を回避させ、手続進行の迅速化に資するというメリットがある、と言われている。

この改正については「審判を経ないで、命令の名宛人の同意もなしに、一方的に排除措置命令、課徴金納付命令を下

すこと」は適正手続保障の観点から許されないのではないか、という疑問が呈されている。<sup>(88)</sup>  
このような、疑問に対しては以下のような応答が可能である。<sup>(89)</sup>

・改正法では、排除措置命令等を行う前に意見陳述、証拠提出といった聴聞の機会を付与することとなっているので、適正手続保障は配慮されている。

・改正法では、事後的な審判手続が用意されており、被審人の防御活動がこれまでと比べ困難になったわけではない。

改正法の説得性はこの二つの論拠の説得性と言い換えることができる。

その評価は差し控える。ここではこの問題を考える視点のみを示しておく。

適正手続保障は、単に手続の形式面のみから評価されるべきものではなく、手続進行の実態、そこから得られる帰結といった実質面も併せ考えなくてはならない。問題の本質は、公取委の判断、処分が適正になされる保障があるか否かである。この点、一応形式的には対審構造を採っている審判手続ですら（審判官の独立性・中立性の欠如から）その判断の歪みが夙に指摘されてきたところであって、そのような構造すら有さない排除措置命令前の聴聞手続も判断・処分の適正さを担保するものではないのではないかという疑念が、少なくとも事業者サイドからは持たれることとなる。これにどう答えるか。また、審判前に処分が下され、審判手続開始後も効力を失わないのであれば、（シロ審判を出す場合のインパクトがこれまで以上に大きくなることから）審判官はますます審査官寄りになるのではないか、という疑念が抱かれることとなる。<sup>(90)</sup>

以上のような疑念を解消するためには、処分後に控える（審判官の構成も含めた）審判手続における適正さの充実、又は実質的証拠法則適用のとりやめ（そうすれば、審決取消訴訟が公取委の判断の適正さを確保ならしめることとなる）等が検討されなければならない。

(c) 審判手続・特に審判官の構成について

審判官の独立性・中立性の制度的担保の欠如は、公取委の判断・処分に対する不信の最も大きな原因のひとつとなっている。現行の審判手続は、確かに米国の連邦取引委員会（Federal Trade Commission: FTC）の審判手続と同様に、対審構造の下進められているが、FTCの審判官は、FTCとは異なる組織である人事管理局（Office of Personnel Management）所属で法曹資格および行政裁判の一定期間以上の実務経験を有する行政法判事（Administrative Law Judges）がこれにあたり、FTCからは独立し、中立的な立場であることが制度的に担保されている<sup>(92)</sup>。一方、公取委の審判官は、審査官と同じ事務総局に所属し、プロパーの職員が大半を占め、法曹有資格者は僅かである。また公取委からの独立性、中立性を確保ならしめる制度整備は米国との比較では充実しているとは言いがたい。

審判に関しては、審判官の問題以外にも、例えば、審判開始時点における関係資料の閲覧開示の問題等、さまざまな問題点が指摘されている<sup>(92)</sup>。法曹資格を有する審判官を充実させれば審判手続の適正さが十分に担保されたかのようにコメントする経済法学者もいるようであるが、決してそのようなものではないことは強調されるべきだろう。

註

(65) 以下の記述は、郷原・前掲注(2)第二部の記述に拠っている。

(66) 厳密には、米国独禁法の執行機関は、訴追機関たる司法部（Department of Justice）と行政機関である連邦取引委員会

(Federal Trade Commission) の二本立てとなっている。この内、カルテル・談合を禁止する規定が置かれているシャーマン法 (Sherman Act) は司法省によって執行されている。従って、やや不正確ではあるが、読者の理解の便宜を図り本文のような記述をすることとした。

(67) 一九六〇年前後までは刑事罰のみならず独禁法それ自身が殆ど適用されなかった、「独禁法冬の時代」が続いた。

(68) 最判一九八四年二月二四日刑集三八巻四号一二八七頁等。

(69) 本稿二(一)参照。

(70) 「……独禁法違反に対して第一次的には課徴金の「制裁的機能」が働き、刑事罰がそれを補完していると理解すれば、課徴金の「制裁的機能」のみでは十分でないとの判断は、事業者に対する制裁の必要性を中心に行われるはずであり、それにもかかわらず、現実には告発される事案において、ほぼ必然的に事業者のみならず行為者個人も処罰の対象とされるということになると、個人が事業者の「巻き添え」のような形で処罰されることにもなりかねない。」(郷原・前掲注(16) 九六頁)。

(71) 郷原・前掲注(2) 一〇四〜一〇五頁。

(72) ここで予想される反論は「何もしないよりマシ」というものであるが、独禁法制裁・措置制度の本質的問題に蓋をし、又は無視してしまったことの害悪を考えれば、そのようなことは到底言えない筈である。

(73) 本稿二(六)参照。

(74) 現行独禁法上の課徴金は、違反行為の対象となった商品・役務の売上額に一定率を乗じる形で算定されている(七条の二等)。この点については改正法も同様である。

(75) 以上、例えば、拙稿「独禁法措置体系改革の視点としての「国際比較」建設オペニオン」一巻七号三〇頁以下等参照。

(76) 志田・前掲注(31) 三五頁参照。志田弁護士のコメントは直接改正法に向けられたものではないが、同じコメントが改正法に対して妥当するものと思われる。

(77) 本稿注21参照。

(78) 二〇〇四年一月四日衆議院本会議における細田官房長官の発言。

(79) 同前。

(80) 公取委「独占禁止法研究会報告書」(二〇〇三)「別紙」参照。

(81) 拙稿・前掲注(22)三八頁注33参照。

(82) この点、公取委「独占禁止法改正(案)の概要及び独占禁止法改正(案)の考え方に対して寄せられた主な意見と公正取引委員会の考え方」の、「刑事罰は、過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して道義的・社会的非難を加えることを本旨とし、これに伴い違反行為の抑止(一般予防)効果も期待するものである。」という説明に納得がいくかどうか、がポイントとなろう。

(83) 本稿三(六)参照。

(84) 例えは、五・前掲注(25)参照。

(85) 犯則調査権限を行使する場合には、通常の行政調査手続における審尋(独禁法四六条一項一号等)とは異なり、嫌疑者には黙秘権が保障されることとなる。そういった制約下で公取委の証拠収集能力が果たして向上するか、疑問視する見解もあり得よう。なお、犯則調査権限に関連する諸問題についての検討として、佐藤・前掲注(31)参照。犯則調査権限導入に批判的な見解として、平林英勝「入札談合の規制と公正取引委員会の事件審査について」ジュリー二〇一〇号一〇七頁等参照。

(86) 郷原・前掲注(2)二〇一頁以下。

(87) 例えは、伊従寛「審判手続の改正等の問題点——事件処理の効率化より適正手続の確保を」建設オピニオン一一巻七号一八頁以下参照。

(88) 例えは、平林英勝「独占禁止法上の手続規定に関する見直しについての問題点——適正手続の保障の後退」判タ五五巻七号二七頁以下。

(89) 例えは、宇賀・前掲注(31)五三頁以下等参照。

(90) 平林・前掲注(88)二九頁等参照。

(91) 詳しくは、例えは、常岡孝好「審判手続きの透明化を超えて(上)(中)(下—1)」公正取引六一八号二七頁以下、六二〇号六一頁以下、六二三号四五頁以下等を参照。

(92) 伊従・前掲注(87)二二頁等。

## 五 おわりに

二〇〇五年独禁法改正においては、公取委も、それを支持する学者も、それらを支持するマス・メディアも挙って「対応は急務」と連呼した。それにより、さまざまな問題を抱えながらも、改正法は正当化された。当にその場凌ぎである。しかし、九〇年代初めの一連の改革の時点で、将来を見据えた議論を展開しておけば、そのような事態は避けられたのではないだろうか。独禁法が経済社会の基本法であるならば、基本法に見合った足腰の確りした措置体系により支えられていなくてはならない。改正法の附則においては、改正法施行後二年以内の、独禁法措置体系再検討が規定されている。次こそは、継ぎ接ぎ改正ではない、本格的、抜本的な見直しが求められよう。

付け加えていふべき重要な点は、独禁法違反問題は独禁法の問題としてだけ捉えられるべきものではない、ということである。例えば、独禁法違反行為として最も焦点が当てられている入札談合の問題は、官製談合の問題でもあり、公共調達制度の問題でもある。入札談合に対する抜本的取り組みの必要性は、独禁法の抜本見直しのみならず、談合に關与した官側への対策の抜本見直し、そして公共調達制度の抜本見直しをも求めるものである<sup>(94)</sup>。これらは当に、これからの日本に求められる「経済司法」を機軸とした自由経済体制の構築への取り組みの一環として捉えることができる<sup>(95)</sup>。

歴史的に繰り返されてきた独禁法の「場当たりの修正」を再び行うことで「お茶を濁す」か、新しい世紀における「この国のすがた」を描くか。独禁法改正問題は、さまざまな局面で岐路に立たされている日本の「これから」を決める、重要な試金石となりそうだ。

〔付記〕

本稿脱稿後、「独占禁止法改正法の施行に伴い整備する公正取引委員会規則の原案」（公取委、二〇〇五年六月三〇日公表）に接した。

註

(94) 品質確保法（本稿注42参照）がどのように運用されるか注目されるところである。

(95) この点で示唆に富む著作として、郷原・前掲注（2）参照。