

「論点整理」の項目	寄せられた意見・情報
<p>3 審査・審判の在り方（公正取引委員会における手続の在り方）</p>	
<p>(1) 審判官の在り方について</p> <p>審判手続においては、証拠に基づく事実認定が重要であり、審判官は法曹資格者であることが望ましい。</p> <p>経済実態や独占禁止法についての知識を持っていることも重要である。</p> <p>審判官の独立性・中立性の観点からは人事の在り方についても考慮が必要ではないか。</p> <p>米国の行政法判事(Administrative Law Judge)のような制度の是非についても検討すべきではないか。</p> <p>審判官の審決案作成までの間における公正取引委員会からの独立性を検討すべきではないか。</p> <p>審判官の除斥・忌避手続の創設について検討すべきではないか。</p>	<p>審判官の独立性については、審判官に裁判官同様の独立性が要請されており、公取委は審判官の判断を極力覆すべきではないかのように主張されることが多く、中間論点整理もそのような考え方に多分に影響されている。しかし、審判官が事案の解釈において正しいと信じる限り従来の公取委の解釈の枠を打ち破る判断を審決案で打ち出すことは審判官の独立によって保障されてはいるが、審判官は公取委という機関の判断を行うのであるから、公取委の法解釈と異なる解釈が最終の判断となることが制度的に確保されているものではない。審判官が独立するといっても、公取委で許容できない法律解釈がとられた場合は、(公取委が公取委の審決について審決取消訴訟を起こせない以上、)公取委がその審決案が破棄する権限を有するのは当然である点が看過されがちである。比較法的にも、EUにおいては、(審判官に相当する)聴聞官(hearinig officer)の独立というのは、行政手続が手続上の瑕疵なく行われているか、十分な証拠(実質的証拠)に基づいて事実認定がなされているかについて審査スタッフから独立して判断することであり、そのようなものとして運用されている。聴聞官の作成する報告書も、勧告委員会の意見に従って修正されたうえで、最終の報告書となる。米国の行政手続では行政審判官(Administrative Law Judge(ALJ))が自庁ではなく外部から選任されるが、このALJも最終の決定(final decision)を行えるわけではなく、仮決定(initial decision)を行うにすぎない。ALJの判断が行政機関としてのFTCの解釈と異なるならば、ALJの仮決定は破棄され、FTC自身による最終の決定が下される。従って、ALJにより、従来の行政解釈の枠を打ち破る法解釈に基づく仮決定を出す権限はあるが、その仮決定を受け入れるか否かは、委員会自身の最終判断にゆだねられている。実際に仮決定が覆されたり修正されたりする例は、独禁法関連の事件だけでも、毎年のように見られる。検討室では、審判官の審決の暫定性、その判断が当該執行機関の判断となることに由来する独立性の限界について十分認識されずに議論が行われているのではないかと懸念される。</p> <p>なお、そのような限界があるとしても、審判官の独立は、行政庁による審査(審判制度)の透明性を担保し、審査の柔軟性などの利点を確保する意味で不可欠な意義を有することについては、(3)(不服審査の在り方)のコメントを参照(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>改正法においては、審判官が審判手続を主宰する場合の権限を明確化するなど、審判官の公正取引委員会からの独立性を高める規定が設けられたものの、審査と審判を一つの機関が行うという公正取引委員会の審判構造については、例えば、参議院経済産業委員会の附帯決議において、審判部門の分離・独立の在り方について明確な対応を示すこととされるなど、結論が得られていない。</p> <p>審判手続の在り方については、中立性・独立性を確保するという視点に立って、改正法の施行状況を注視しつつも、原則として、現行の審判制度を廃止し、地方裁判所に対する行政処分取消訴訟の提起という仕組みに改めることを検討すべきである。あるいは、移行措置として、現行の審判制度を維持しつつも、地方裁判所に対する取消訴訟の提起という選択等も可能とするといった仕組みについても検討することが必要である。その際には、競争法に</p>

精通する裁判官の養成など訴訟手続の迅速化に向けた対応も併せて検討すべきである(経済産業省)。  
量的な人員の確保のみならず、質的な充実を図るべく、法曹資格を有する人材や、企業経営に精通した、経済の実態に明るい人材などを確保することが必要である(経済同友会)。

改正独占禁止法で制裁と権限の強化が図られたことから、それに見合った適正手続を確保する必要がある。そのための方策として、以下の提案を行う。

公取委が、審査・審判の両方を兼ねることは、適正手続の保障についての不信感を拭えないことから、公取委による審判を廃止し、公取委の行政処分に対する不服申立は、裁判手続に委ねるべきである。その場合、東京地裁又は大阪地裁に専門部を設け、専属管轄裁判所とすることが考えられる。

上記が実現されない場合は、審判は、公正取引委員会から独立した機関で行うものとし、審判官は、全て法曹資格者に限定するものとする。

上記が実現されない場合は、審査・審判の間に厳重なファイア・ウォールを設けた上で、事前審査制度に戻すこと(建築業協会)。

公正取引委員会が、自らが下した行政処分に対する異議申立について、自ら審判においてその適否を判断する現行の審判制度は、処分者と裁定者が同一という点において、審判官の独立に関してもいかなる運用を行ったとしても、制度の公平性に対する不信感を完全には払拭できない制度であるといえる。加えて、このように、自ら下した処分を自ら審査する制度は世界的にみても少数であることから、現行の審判制度は廃止し、地方裁判所において取消訴訟を提起して争う制度に変更すべきであると考えられる。この点、公正取引委員会の専門性を重視する考え方もあるが、かかる専門性は排除措置命令の事前手続を拡充することにより十分発揮できると考える(住友金属工業)。

審判においては、証拠に基づく事実認定が重要であり、審判官は法曹資格者であることが望ましい。

審査・審判制度の見直しができないのであれば、公正取引委員会の審判制度は廃止し、裁判所に対する取り消し訴訟とすべきである。

審判における準備書面をみると、受注調整行為について審査官が全ての事案について行為事実を説明せずに、一部について行為事実を説明し、他のものについては、「優に推認できる」として、行為事実の存在を主張している。しかも、このような審判の結果において、違反行為の認定が取り消された事例は皆無に等しい。

このことは、公正取引委員会の審査官が自ら審査により行った排除措置命令等の行政処分の適否を、自らの審判において判断することとなり、公正な審理が確保されていないことを立証している(全国建設業協会)。

【意見】委員会が自分で下した判断を再度自分で審査する不服審査制度は改正されるべきであるが、これができないのだというのであれば、審判手続のうち、審決案の作成までを担当する審判官の中立性・独立性を最大限確保することで、不服審査手続における「第三者性」を確保するための次善の策とするべきである。(したがって、あくまでも次善の策として、「論点整理」13頁(1)の意見に賛成である。)

また、審判官の中立性・独立性をよりよく確保する観点からは、ア)審判官は委員会の直属の機関とする、イ)審判官の過半数を、事務総局職員ではなく、法曹出向者にすべきであり、かつウ)審判官の合議体(3名)の構成においても2名を法曹出向者にする、エ)審判官の事務総局職員への再任を禁止する、べきである。

さらに、審判手続の「第三者性」を可及的に確保するべく、ア)委員会からの審判に関する審判官への指示は全て記録にとどめる、イ)事件の審査に関与した者と審判官との審判廷外での情報伝達を禁止する、べきである。

【理由】前記のとおり、不服審査制度に対する信頼を確保するためには、公正・公平な判断「主体」による不服審査が行われる必要がある。ところが、審判官も法曹出向者以外の者は、公取委事務総局のいわゆるプロパー職員から選任されるため、現行法における「職能分離」(「論点整理」12頁脚注8参照)も結局は「事務総局内部におけ

る職能分離」に過ぎない。そして、審判官もまた公取委事務総局の一職員である以上、人事的には何ら独立しておらず、身分保障制度が完備されているわけでもない。かように、公正取引委員会からの身分的・職務的独立性にはおのずから限界があることから、制度的にみて、審判官の「公正・公平らしさ」に疑念が持たれる結果となっている。すなわち、結局は身内が身内を裁いているとの外観を呈するため、審判手続の「公正・公平さ」及び「公正・公平さの外観」が損なわれている。

そこで、既に現行法では審判官は事務総長の指揮命令の対象とはならないとされているが(35条3項)、さらにこれを推し進めて直裁に委員会直属とすることで、外形的に「身内が身内を裁いている」構図を打ち消すべきであり、審判官全体の過半を法曹出向者とするとともに、合議体の構成においても法曹出向者を過半数とすることで、身内が身内を裁くという外観をなくし、審判官の任期終了後に、事務総局職員に再任されることとなると審判官在任中にも有形・無形の影響力が作用する危険性があることから、審判官の事務総局職員への再任を禁止し、委員会からの指示があった場合にはその内容を記録のとどめ、被審人が確認できるようにすることで、委員会による審判官への不透明な指揮が行われないようにし、正式な手続によらない情報に基づく心証形成が行われないよう事件の審査に關与した者と審判官との審判廷外での情報伝達を禁止するべきであると考え(日比谷総合法律事務所 弁護士 多田敏明)。

全ての委員の意見に賛成します。 と は、一見矛盾しますが、経済事情、経済学、経営学、国際経済等の方面に幅広く深い専門的知識を備えた法曹が審判官の職責を果たすのがベストであると考えます。とにかく、独禁法等が対象とする生の経済をよく知っている者が、その専門的知見を動員して審判審理を行うことが肝要であると考えます(学習院大教授 常岡孝好)。

独禁法の審査・審判制度は、事実の調査・審査を行う審査官(検察官役)と審判を行う審判官(裁判官役)が公取委の職員であり、いずれの最終決定権者も同じ公取委の委員であるため、身内が集めた証拠をもとに予断を持った上で審判に当たっているのではないかと危惧を払拭できないところに根本的な問題がある。

先の独禁法の改正において事前審判制から事後審判制に変更されたことにより、公取委による審判制度の意義が失われていることを考えれば、この点に関する(社)日本経済団体連合会経済法規委員会より提出されたコメント(・・・行政訴訟の一般原則に立ち返って、地方裁判所に対する取消訴訟の提起という仕組みに改めるべきである。)は、十分理由があり、当連合会としても下記(3)の通りと考えているが、敢えて、審判制度を維持するのであれば、下記(2)に記すように事前審判制度に戻したうえで、準司法機関としての体制をより一層厳格に整備する必要がある。

最低限、以下の審査・審判間のファイアー・ウォールを明確に設ける必要がある。

(ア)審判官は法曹資格者に限定する等資格の厳格化を図る

(イ)審判における立証責任は、審査官が負うことを制度上明確にする

(ウ)処分の事前通知の段階で認定事実の十分な説明、裏付ける全ての証拠の提出、それらに対する事業者からの反論について公にするなど事前手続の充実

(エ)審査官と審判官の人事を別系列とする(日本建設業団体連合会)

審判官は審判審理の公平性を確保するために審査官および委員会からの独立性を法律で明記する必要がある。

また、独占禁止法の規制対象は、政府規制の緩和によって実質的に著しく拡大しており、各分野の市場構造や競争の形態も多様であるため、証拠に基づく事実認定を行うために、審判官は経済に精通した法曹有資格者であるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

「論点整理」13ページの(1)審判官のあり方について、「審判手続きにおいては、証拠に基づく事実認定が重要であり、審判官は法曹資格者であることが望ましい。」との意見に関して、同感である)。

「論点整理」12ページの(公正取引委員会における審判手続)において、審判官の定員および現時点での法曹資格者数が記載されているが、定員に対する法曹資格者の割合(基準)が明確に定められているのかどうか。また、基準が定められているのであれば、今後、いつまでに基準を達成するのか、具体的な達成時期を公表してはどうか(日本製紙)。

上記のいずれの制度改正(事務局注:本資料101-102頁の日本土木工業協会意見参照)もなされないのであれば、審査・審判間の厳格なファイアー・ウォールを明確に設けた上で、事前審判制度に戻すこと

(審査・審判間のファイアー・ウォール)

公正取引委員会による審判を維持するのであれば、準司法機関としての体制をより一層厳格に整備すべきであり、最低限、以下の審査・審判間の厳格なファイアー・ウォールを明確に設ける必要がある。

ア) 審判官は公正取引委員会以外の機関から派遣された者をあてること

イ) 経済実態についての知見より、むしろ証拠に基づく事実認定が非常に重要であることから、審判官は法曹資格者に限定すること。これが実現できない場合、合議体を構成するときには、審判官の過半数は法曹資格を有する者とし、かつ、審判長は法曹資格者に限定すること

ウ) 審判官の独立性、中立性の観点から、審査官と審判官の人事を別系列とすること

エ) 審判官が当該事件について審査官としての職務を行っていた場合あるいは審判の公平性が維持されない虞がある場合には、刑事訴訟法、民事訴訟法と同様に、審判官の除斥、忌避の申立てができるよう規定することあわせて、以下の措置を講ずべきである。

ア) 審判における立証責任は、審査官が負うことを制度上明確にすること

イ) 処分の事前通知の段階で認定事実の十分な説明、それを裏付ける全ての証拠の提出、それらに対する事業者からの反論について公にするなど、事前手続きの充実を図ること

ウ) 独占禁止法第80条(実質証拠主義)を廃止すること

(事前審判制度に戻すこと)(事務局注:以下省略。省略部分は、本資料84-85頁以降の日本土木工業協会意見参照)(日本土木工業協会)

【意見】

審判官には、独禁法の知識・経験を持った弁護士など法曹資格者を指定し、審判の公平性・専門性を高める方策をとるべきである。

【理由】

公取委という同一の行政機関に所属する委員及び職員が独禁法違反事件について審査、排除措置命令等、審判、さらには審決を行うことは、独禁法違反事件手続の準司法的性格に鑑み、これらの公平性及び適正手続の保障という観点から問題がある。現行法において、ある事件について審査に関与した職員は、当該事件の審判官として指定されないとの制度(独禁法56条)となっており、この範囲で一定の公平性の担保はある。しかし、審査官・審判官は、同一行政官庁の職員であり、配転により交流がある。さらに、審判手続は、証拠に基づく事実認定をすることが重要な部分を占めている。したがって、審判の公平性、適正手続性及び専門性を確保するためには、独禁法の知識・経験を持った弁護士などの法曹資格者を審判官として指定すべきである。排除措置命令等及び審決を決定するのは公取委(合議体としての委員会)であることから、審判官の公取委からの独立性については一定の限界はあ

るものの、法曹資格者である審判官は、公取委職員である審判官より公取委という行政機関から独立して審判手続、審決案の作成ができると期待される。また、審判手続においては証拠に基づく事実認定が重要な部分を占めることから、法曹資格者は、このような訓練・経験を有しており適任である。また、審判官は、最終的に認定した事実に独禁法を適用し、審決案を作成することとなるのであるから、独禁法の知識・経験を有している法曹資格者が審判官として適任である。なお、審判官となる法曹資格者は、審判官としての職務を行う前後を問わず、公取委において審査官として指定された者でないことを要する。また、当然のことながら、審査部門と審判官との間に一切の情報交換等を行えないようなファイアウォールを構築すべきである(日本弁護士連合会)。

審判手続においては証拠に基づく事実認定が重要であることを指摘する意見、審判官の独立性・中立性への配慮の必要性を指摘する意見、米国の行政法判事のような制度導入を検討すべきとする意見は、いずれも適切であると考えられる。

逆に、経済実態や独占禁止法についての知識の必要性を強調しようとする意見については、従来から見受けられる指摘ではあるが、合理的根拠に乏しい。独占禁止法に関して求められるような抽象的・規範的な法的判断は、他の法分野におけるものに比べて、格段に専門性を求められるほどのものではなく、本来、裁判所において十分に適切に判断されうる。事実、独占禁止法に関する事案において、公正取引委員会による判断を追認する場合であっても、あるいはこれを覆すような場合であっても、裁判所が、規範の定立やあてはめにおいて、自らの見解を踏み込んだ形で示すことにより適切な判断を導いている事案は数多く存する。

ただし、上記のとおり、公正取引委員会における審査・審判の在り方については、審判官の在り方のみを検討するだけでは解決され得ない(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。

委員の意見は、事実認定に関する審判官の能力、資格の問題( )と審判官の独立性の問題( )とに分かれる。

事実認定の問題に関しては、 の意見ともそれぞれ尤もであり、法曹資格を有するからといって、直ちに事実認定に優れていると言えないから、審判官が公取委の一職員である限り、現状のままで差し支えないと考える。

独立性は、現行のように、審判官が公取委の組織のなかにいる限りは、常に問題が生ずる。しかも、現行制度は、委員会が検討して排除命令、課徴金納付命令を発し、それに対する事業者からの審判請求により審判が開始されるのであるから、これら命令を覆すことは委員会の判断を誤りとするものであり、命令当時には委員会の検討資料となっていなかった証拠が新たに審判に提出されたような場合を除いて、事実上困難と考えるのが普通である。

仮に審判官が、自己の良心に従って審決案を作成したとしても、被審人は、それが自己の意に反するものであれば、審判官が委員会に迎合したと批判することは避けられない。それを避けるには、審判官制度を廃止する他はない。

現行の制度を維持するならば、意見 の審判官の独立は重要と考える。実際の執務における審判官と委員会との関係は外部から窺い知る事は出来ないが、もし、審決案の作成に委員会或は委員が関与していたとすると、審決案に対する異議申立てに理由があると考えても、当該審決案の結論を変更することは、事実上困難と考えられる(委員或は委員会のそれまでの関与の仕方が間違っていたことになる。)から、審決案の作成に委員会或は委員が関与しないことを規則などに明記し(規則における独立性の規定(審判規則13条2項)がその趣旨を含むことを明記すべきである。)これに則った運用を行なうのが望ましい。審判官の独立を明記したからといって、審判官が委員会に遠慮しないで審決案を作成するようになるとは、直ちにいえないのであるが、明記しないよりは増しと考えられる(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

	<p>結論：法曹資格者である審判官を増員すべきであること、審判官の独立性・中立性が制度的に確保されるべきこと、等の意見については賛成である。</p> <p>理由：審判手続の適格性・迅速性を確保するために必要と考えられる(弁護士 山口廣他)。</p>
<p>(2) 審判を経て処分を行う手続を処分後に不服審査としての審判を行う手続としたことについて</p> <p>行政処分前に審判を行う改正前の独占禁止法と比べると、行政処分が出された後で争う審判制度とした改正後の独占禁止法は適正手続の観点から問題がある。</p> <p>改正法による手続の見直しは、適正手続の保障と法執行の実効性確保の両者の要請の調和という観点から制度設計されたと理解できるのではないか。事前手続だけではなく、事後の審判手続も含めて総合的に判断すべきではないか。</p> <p>事前手続と事後の審判手続は重複する部分が多く、審決までの期間の長期化、公正取引委員会及び被審人の負担の増加につながるおそれがあるのではないか。</p> <p>事前手続は意見申述・証拠提出の機会を与える簡易な手続であり、事後の審判手続とは重複しないのではないか。改正後の独占禁止法の運用を見る必要がある。</p> <p>課徴金の不利益性を強めた場合、審判手続にも影響があるのではないか。</p>	<p>適正手続の保障ということで、事前手続と事後手続を一連の手続として、そこで適正手続が確保されればよいという考え方も見られる。しかし、前述のように、独占禁止法の運用手続における公正取引委員会の事実認定の機能の意義に照らすなら、このような考え方では不十分である。重要なのは、事前手続における公正取引委員会の事実認定であり、その間における適正手続の保障である(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p> <p>05年の独占禁止法改正を見ると、多くの点で与することができないものがある。</p> <p>1 勧告制度の廃止と排除措置命令の創設について</p> <p>(1) 05年の改正により、勧告制度が廃止され、新たに排除措置命令制度が創設された。排除措置命令は行政処分である。排除措置命令は被命令者に対する不利益処分であるから、処分の公正性を期するために、事前に相手方に hearing の機会を与える手続による適正性を確保することが求められる。これがこれまでの(始審的)審判手続である。勧告制度は、迅速な簡易な略式手続である。排除措置命令では、被命令者からの意見の申述制度が組み込まれた。</p> <p>排除措置命令は、名宛人に排除措置命令書の謄本を送達することによってその効力が生ずる(49)。また、課徴金納付命令も排除措置命令と同時に送達され、その納付命令書の謄本の送達により、効力が生ずる(50)。つまり、名宛人は、排除措置命令による命令の内容を実行し、課徴金の納付をしなければならない。実質的には1個の違反行為に対し、形式的には排除措置命令と課徴金納付命令という2個の行政処分の実行をとき置かずして強いられる。その後から、60日以内に、不服があれば、審判を請求できる(49)。</p> <p>(2)そこで、これまでの審査 審判 審決あるいは、簡易、迅速な手続である審査 勧告 勧告審決という違反事件処理手続を改めた理由は何か問われる。</p> <p>「排除措置命令における事前手続の簡略化は、それを必要とする明確な理由があって行われたものでない。…今回の独禁法改正においては、排除措置命令に、課徴金納付命令の時期を合わせるための変更が行われた。排除措置命令の簡略化は、両命令の時期を統一した際の副産物だといってよい」(古城誠・独禁法違反調査と排除措置命令手続・日本経済法学会年報26号93頁)という。ただ、実質的理由として想定することができるのは、審判事件数の増加と事件処理の迅速化であろう。これについて私見を申し述べる。</p> <p>(3)審判事件数の増加</p> <p>近年、審判事件数が増加した。このことが迅速な事件の処理の要請から遅延の一因であるとされ、05年改正で排除措置命令の導入の有力な理由とされたのであろう。</p> <p>独占禁止法研究会報告書(2003・10)によると、問題点として「現在、審判事件の大部分は課徴金納付命令に係るものであり、その中には、勧告については応諾するが課徴金納付命令については不服を申し立てる事案も多い」とし、対応策として「審判手続の効率化の観点からは、勧告(排除措置)と書き納付命令を同時期に行い、両手続の一体化を図ることが適当である」とする(32頁)。この考え方が05年改正に反映されたのであろう。</p> <p>課徴金納付命令に係る審判事件には二つのタイプがあった。その一は、(勧告、同意、審判)審決が出されているが、課徴金納付命令には不服を申し立てるもの。その二は、違反行為がなくなった日から勧告までに1年が経過したために排除措置を命ずることができないが、課徴金納付命令を出すことができ、その課徴金納付命令に不服を申し立てるものである。この後者の場合には、違反行為の存否そのものを争うことができる。このタイプの審判事件</p>

が増大したのである。しかし、05年改正により、排除措置命令のできる期間が3年となったので、後者のタイプの課徴金納付命令の審判事件は無くなるであろう(公正取引委員会が審査を開始して3年経過しても排除措置命令のできない事件があったとしたら、それは命令をすべきでない。)

審決が出されている上での課徴金納付命令審判事件の争点は、カルテルの始期、終期、新製品への課徴金の賦課の是非など課徴金そのものを巡っての事案である。それであるなら、そこでの争点は審判手続として当然に想定されていたというべきものである。このような争点をケースバイケースで処理するというのが公正取引委員会による事案処理の当然の在り方である。そうであるなら、課徴金審判事件が増加するから手続を簡易化するというにはならない。つまり、排除措置命令を導入する実質的理由が無かったということになる。なお、課徴金の納付を遅らせるための審判という事件があるが、これは審判手続を簡易化する理由になるほどのものでない。

#### (4)事件処理の迅速性

違反事件処理を迅速に行うということから、排除措置命令制度を導入したことは妥当であると主張する向きがある。しかし、実際問題として、これは理由にならない。というのは、カルテルであるなら、公正取引委員会の立入検査の時点でほぼ全てが消滅するし、リニエンシー制度の導入により事件の報告者がカルテルから離脱しているのであるから、その時点でカルテルは消滅するであろう。また、私的独占、不公正な取引方法の事件で、公正取引委員会が立ち入り検査後も行為を中断するのが通常である。例外として、違反被疑行為を続けているというのであるなら、緊急停止命令(70の13)を申し立てればよいのである。したがって、事件処理の迅速性の必要から、排除措置命令の妥当性を根拠づけることはできない。

審判手続開始後において、違反被疑事件処理の遅延ということはあるが、その理由は種々である。審判開始決定時から審決時まで物理的に長すぎるということもあろう。これには、被審人側が徒に抵抗するいわば時間稼ぎをすると批判的意見も見られるが、経験してみてもそうとは言えない。他方、被審人による最終意見を陳述後審判官による審決案ができるまで、1年ないしそれ以上の時間を要する事例がみられる。このことは、事案が事実においても法的にも難しい点を含んでいることを示唆する。ということは、排除措置命令が通常の行政事件と同様の事前手続で処理してよいかという疑問が生ずる。

#### (5)排除措置命令による不利益性

不当な取引制限、支配行為による私的独占であるとして独占禁止法違反とされるなら、排除措置命令のほかに課徴金が課される。単独の行為に対する重複的行政処分である。いずれも、被命令者にとっては重い不利益の課される行政処分である。その事前手続が意見の申述という行政手続法による口頭の聴聞より簡易である。課徴金制度が創設される以前でも独占禁止法の実体規定違反には、審決により排除措置が命じられた。その当時でも、慎重な審判手続が用意されていたのである。その上にさらに、被審人に不利益となる課徴金が課されるようになったら、簡易な手続で足るということにはならないであろう。

### 2 始審的審判手続から覆審的審判手続へ

(1) 05年改正以前の審判手続は、始審的審判手続であった。そこでは、審査 審判手続 審決と経過する。この手続における公正取引委員会の機能は事実認定にあることは前述のとおりである。司法権との関連で機能の分担が定められている。事実問題は行政機関たる公正取引委員会、法律問題は裁判所である。また、実質的証拠の原則(80)があり、1審が省略され(85)、また、コロラリーとして証拠の提出が制限される(81)。05年の改正により、排除措置命令制度が導入され、審判手続は、その排除措置命令に対する不服申立ということになる。覆審的審判手続の焦点は原処分の違法性の審査にあり、排除措置命令に対する是非が争点となる。事実認定の是非は二次

的なものとなり、したがって、審判手続の性格が変わったということになる。

(2) 覆審的審判手続の創設により、排除措置命令に対する不服申立てである審判手続を公正取引委員会に求めることは、適正手続に反するのではないかという論議を誘発することとなった。却って、地方裁判所に排除措置命令の取消請求訴訟を提起することの方が手続の公正を維持できるのではないかというのである。あるいは、選択的にするかということがある。現行法は、排除措置命令に対する不服申立ては、公正取引委員会に対する審判開始請求に限定している。この理由としては、事実認定における専門性にあるという。しかし、これは説得的でない。

違反被疑事件を刑事事件として処理するのは公正取引委員会の専属告発によるが、管轄裁判所は地方裁判所である。地方裁判所が独占禁止法違反被疑事件について事実認定をするのであるから、そこでの事実問題の専門性はどうなっているか。専属告発によるので、それに公正取引委員会の判断が反映しているということになる。これと対比するなら、公正取引委員会は、排除措置命令をしており、そこで事実認定をしており、専門性を駆使しているのであるから、それに対する不服申立ては地方裁判所で足るであろう。しかも、審判手続は、覆審的なものであり、その焦点は排除措置命令の適否にあり、事実問題は二次的となったのであるから、公正取引委員会に専属的にする必要性は消滅したのである。しかも、公正取引委員会は排除措置命令で、既に違反事件の存否に係る証拠を評価しており、バイアスがある。その不服を公正取引委員会が審査するというのは、手続の公正性に欠くことになる。審判手続は、処分の公正性を確保するためのものである。それが公正性を欠くというのであるなら、審判の意義は薄れる。

(3) この問題に如何に対処するかというのが、審判手続の在り方の最も基本となる課題である。私は、これに対応するには、排除措置命令に対する審判開始請求がある場合には、その排除措置命令（課徴金納付命令とともに）の効力を失効させるのが適当であると考えられる。05年改正前の課徴金納付命令に対する審判手続の請求による課徴金納付命令の扱いと同様にするというのである。これにより、公正取引委員会の事実認定の機能が活かされるし、その事実認定を巡る適正手続を確保することができる。また、排除措置命令に対する不服申立て先を地方裁判所とするという主張を回避することができる。

（中略）05年改正については、多くの点で私見と異なるが、既に施行されている。このことに十分に配慮する必要があるので、現時点で改めるべきであるとするなら、排除措置命令に不服で審判手続開始の申立てがあった場合には、その排除措置命令（課徴金納付命令も含む。）の効力は失効すると改めるべきことが最も重要であると考えている。これにより、覆審的審判手続であるが、始審的審判の課題である事実認定という公正取引委員会本来の機能に適切に対応できる。また、適正手続を確保でき、しかも、公正取引委員会の専門性を尊重し、司法機関との関係の維持にも寄与できる（北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児）。

課徴金に関しては、今回の17年改正において、審査の後、審決の確定なく、排除措置命令と同時に課徴金納付命令を出すという形に改正されている。この点は、刑事罰金よりも高額になることもある課徴金を賦課することについて、単に事前通知と意見申述・証拠提出の機会があるからといっても、適正手続として十分ではない。適正な防御の機会を奪っており、憲法違反ではないか。改正前の審決の確定後課徴金納付命令を出すという形に戻すべきである（出光興産）。

旧制度は事前手続であるのに、行政手続におけるデュープロセス保障のための事前聴聞手続というより、事後手続である刑事訴訟手続を参考に設計され運用されていた。その結果、排除勧告を争うことにより、独禁法の執行を停止させる効果が生じることになり、争うことを促進する制度となっているという独禁法の執行について致命的な欠陥を有していたので、新制度はこの欠陥を是正したもので、大きな改善である。改正法の事前聴聞手続でも、他の

行政手続と比較すると遜色のないものである。特に、旧法下の排除勧告前の手続に比べ、情報開示や、説明義務を課している点はデュープロセスの観点からは、改善されている。

むしろ、新制度の審判手続規則が、手続的保障にこだわるあまり、審理の集中化・柔軟化という審判制度のメリットを生かす制度設計ができていないことがむしろ新制度の最大の問題のように思われる。審判制度のメリットとして、処分庁と被審人が比較的フォーマルでない制度のもとで、議論できることは重要であり、制度が硬直的にならないよう配慮する必要がある(この点は(3)のコメントを参照)が、新しい審判規則にはそのような制度の柔軟性への配慮は希薄である。新しい審判規則は、審判期日・証拠調べの集中化など審判制度の本来の利点を生かすための柔軟かつ改革的な制度設計を行うべきであったと考えられる。この関係でとくに疑問があるのは、審判制度に和解手続が明記されていない点である。実務上和解は可能であるが、その利用は限定的であり、課徴金の額が主として争われる談合事件などでは、事件を早期に終結するため和解手続を積極的に活用することができるように和解制度を明記すべきであったと思われる(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。

#### (1) 事前聴聞手続の必要性

市場経済の基本法としての独占禁止法については、その特徴として、規制対象分野は、商工業のほか、電力・運輸・電気通信・金融など全産業に及び、その分野は政府規制の緩和によって実質的に著しく拡大している。そして、これらの各分野ではその市場構造も市場行動も極めて多様で流動的であり、そこでの競争の態様も様々である。

独占禁止法の基本規定には「競争の実質的制限」、「公正競争の阻害」、「不当に」など極めて抽象的な要件が含まれ、その内容は個別事件ごとに、ケース・バイ・ケースで市場の実態に対応して解釈・適用される場合が多く、基本的に判例法的性格が強い。また、違反構成要件が比較的明確な価格カルテル(競争者間の競争制限の合意)などにおいても、その事実認定と証拠の評価は極めて微妙である。企業にとって独占禁止法違反とされた場合、排除措置には企業分割などの構造規制措置が含まれ、制裁金も1社100億円を超える場合もあり、その経営に及ぼす影響は極めて大きい。独占禁止法違反事件は、その90%以上が利害関係者の申告により秘密裏に審査が開始され、この場合審査は一方的な立場に立って行われがちであるが、同法違反事件は取引関係や競争関係の利害関係が複雑に絡んでいるので、少なくとも一方的な審査の終了時点で被処分者の意見を十分に聴取して審理する手続を採ってから処分を行うことが、公正な処分を行うため必要であり、またこの事前手続をおくことが専断的な審査の抑制に寄与する。

以上の特徴をもつ独占禁止法の運用においては、特定の事業分野に適用される各種事業法や対象行為が特定されている税法の場合のように、規制官庁が一方的な視点から行われた審査により処分することは不適切であり、処分を行う前に被処分者の視点からの意見を十分に聴く事前聴聞手続をとることが、被処分者の防御権の側面を含めて、適正な行政処分を行うために必要不可欠である。

わが国の独占禁止法の違反事件処理は、制定当初から、事前聴聞手続を採ることの必要性が認識され、それは同法の実体規定と規制機関の性格とも密接に関連して、制度設計されていた。独占禁止法起草委員会の橋本龍伍委員長は、独占禁止法違反事件は、「民事的行政事件ともいふべき性質のものであるから、この法律の運用機関としては、事件の直接処理については行政官庁をしてこれに当らせ、裁判所を第二次的な処理機関として行政機関の処分に対して監査的な機能を発揮させることが適当である。ただ事件の民事的性質から言って、当該行政機関には裁判所的な性格を有せしめ、司法的事務に準じて準争訟手続に従い事件を処理させることが妥当とであるといわなければならない。」と述べている(橋本龍伍、独占禁止法と我が国民経済、日本経済新聞社、昭和22年、162頁)。また、上記起草委員会石井良三委員(司法省代表)は、「本法の運用にあたる機関は、公正取引委員会と裁判所であるが、我々

は、この二つの機関がその具体的な活動を通じて、本法の抽象的にして一般的な規定に健やかな血肉を与え、高い識見に裏打ちされた立派な公権的解釈を示され、正しい判例法をうち建て」る必要があり、また、「本法の適用を受ける事件は、本来、行政事件に属するものではあるが、民事の領域に密着し、これと不可分の浸透関係にあるものであって、いわば、民事的行政事件ともいうべき性質のものであるから、本法の運用機関としては、事件の直接処理には行政官庁をしてこれに当たらせ、裁判所を第二次的な処理機関として行政官庁の処分に対して監査的な機能を発揮させることが適当である。ただ、事件の民事事件の性質から行っても、当該行政機関には裁判所的性格を有せしめ、司法事務に準じて、準争訟手続に従い、事件を処理させることが妥当であるといわなければならない。」としている（石井良三、独占禁止法、海口書店、1947年、319頁以下）。

さらに、起草委員会の審議に実質的に関与した矢沢惇東大教授は、「独占禁止法の規定が抽象的であり、対象が複雑であることからして、各具体的事件の判定が重要であり、しかもその措置が私人の権利と国民経済に影響するところが大きいので、行政処分を訴訟手続に準じた審決手続をもって行うことにしている」と説明している（矢沢惇、独占禁止法の基本原理、国家学会雑誌 63 巻 5・6 号（昭和 24 年 5・6 月） 4「独占禁止法の執行」：[再録：矢沢惇、企業法の諸問題、商事法務研究会、1981 年、470 頁以下]）。公正取引委員会の解説書も、「行政機関である公正取引委員会が行う行政処分即ち審決について、このような準司法的な争訟手続が規定されているのは、審決が関係人に重大な利害を与えるのみでなく、国民経済全般に対しても重要な影響を及ぼすからである」と解説している（公正取引委員会事務局、改正独占禁止法解説、日本経済新聞社、1954 年、339 頁）。

米国では司法省の独占禁止法違反事件処理手続では、事前裁判手続が、連邦取引委員会の場合には事前審判手続が法制定当初から採用されている。これらの事前聴聞手続は、適正な手続によらなければ、市民は生命、自由、又は財産を奪われないという米国憲法 5 条の「適正手続の保障」（due process of law）の原則から根拠づけられている。東京高裁は、平成 6 年 2 月 25 日の東芝ケミカル事件判決において、「日本国憲法が、デュー・プロセスの保障の点において、アメリカ合衆国連邦憲法と基本的理念を共通にしていること並びに被告のような公正取引委員会の制度が、法の支配の原則のもとに設けられた同国の準司法機関とその設立、運営の理念において同様の立場にある」と判示している（日本憲法 31 条参照）。また、西欧大陸法系諸国においても、独占禁止法の違反事件執行手続においては、欧州連合（EU）などにみられるように、事前聴聞手続が採用されている（EU2003 年理事会規則 1 号 27 条；ドイツ競争制限禁止法 56 条）。

事前聴聞手続の採用の問題は、行政手続の民主化の面からも重要である。今村成和北海道大学教授は、「わが国の行政法は、従来、行政主体の人民に対する優越性の観念に支配されていたから、行政法規の適用も、行政機関の専断によるのが、むしろ当然と考えられていた。そして、個人の権利保障のための手続としては、必要に応じ事後的な審査の途を開いておけば足りる、とされていたのであるが、戦後における英米の法思想の導入に伴い、処分の公正と、関係者の権利保護を目的とした、事前手続の制度が広く取り入れられるようになって来た。」と述べ、独占禁止法においては事前聴聞手続が原則になっているとしている（今村成和、独占禁止法入門（4 版）、有斐閣、1993 年、203 頁以下）。

## （２）事前聴聞手続に関連する手続

事前聴聞手続においては、規制官庁が対象事案について処分の理由である事実（違反被疑行為）を被処分者に処分前に告知し、その事案の審査で収集した証拠がすべて開示されて審理されること、聴聞主宰者の独立性が保障されていること、被処分者が弁護士を代理人にして防御できる権利が確保されていることが必要である。

事前聴聞手続がとられる場合、手続が長引くおそれがあるため、行政処分の緊急性に対応した一時的措置として、

通常、緊急停止命令手続が併置されている（現行法 20 条の 13）。また、被処分者が独占禁止法上の問題点（被疑内容）を告知され、その措置に同意する場合には、略式手続により、処分理由（事実の認定と法令の適用）の承認を求めることなく、迅速に処分する手続が認められているのが通常であり（旧法の勧告手続）。この略式手続は、被処分者の現実的な解決措置として重要であると同時に、規制官庁にとっても迅速な措置をとるために便宜な行政手段である。

米国連邦取引委員会（FTC）の事前聴聞手続は、裁判手続と同様に、その手続が公開されているところから事前審判手続とされているが、連邦取引委員会法（FTC 法）5 条（b）項で規定され、欧州連合（EU）の場合には 2003 年理事会規則 1 号（競争法執行手続理事会規制）8 章 27 条及び 2004 年委員会規則 773 号（競争法執行委員会規則）5 章 10 条-14 条で規定されている。事前手続が採られる場合、処分までに時間が必要な場合があるので、緊急停止命令手続が置かれており（米国シャーマン法 4 条・クレイトン法 15 条・FTC 法 13 条・連邦規制規則 16 篇（16. Code of Federal Regulations[16CFR]）3.11A 条：EU2003 年理事会規則 1 号 8 条；ドイツ競争制限禁止法 60 条）、また各国で同意判決、同意命令など略式手続がおかれている。

### （3）事前審判手続廃止の理由の問題

わが国においても、米国 FTC 法をモデルに、制定当初から極めて整備された事前聴聞手続（事前審判手続）と略式手続（勧告手続）が置かれ、60 年以上にわたって運用されてきたが、05 年の法改正により廃止された。2005 年改正を提案した 2003 年 10 月 28 日の公正取引委員会の独占禁止法研究会報告書は、かねてから検討していた課徴金の引上げ、リニエンシー問題等を取り扱っているが、その中で突如事前審判手続の問題を取り上げ、事前審判手続廃止の提案をしている（33 頁）。ここでは事前審判手続廃止の理由について簡単な記述があるだけであり、独占禁止法の上記特徴から由来する事前聴聞手続の必要性などは全く検討されていない（33 - 34 頁）。報告書における廃止理由は、「審判事件の増加及び審理の長期化」の予想であるが（32 頁）、審判事件が増加したのは課徴金審判事件であり、本案の排除措置審判事件ではないので、このことが本案審判手続の廃止の理由とはならない。また、審判手続の長期化であるが、この問題については当初から緊急停止命令と略式手続が置かれ、殆んどどの事件は略式手続で処理されていたので、このことも廃止の理由にはならない。また、米国の FTC では審判官審判を原則として 1 年以内に終わらせる規定を置いており（連邦規制規則 16 篇 3.51 条（a）項）、わが国でも改正後の新審判規則では 2 年以内に審判を終わらせる規定を設けており（新審判規則 18 条）、審判長期化は審判官の手続進行指揮により解決可能である。

国会の改正案の審議では、「現行制度は、まず勧告、それに不服があれば審判、審判が終わって審決で初めて行政処分というふうになっているわけですが、これを変えたい、初めから行政処分をしたい」（平成 16 年 11 月 17 日第 161 国会衆議院経済産業委員会議事録 7 号 10 頁）、「一般の行政処分と同様に」したい（平成 16 年 11 月 24 日第 161 国会衆議院経済産業委員会議事録 9 号 2 頁）と率直に言明されており、ここでは事前聴聞手続の重要性・必要性は全く無視されている。改正により違反行為の抑止力を強化するために制裁金を抜本的に上げたのであるから、本来、被処分者に対する手続をより慎重にすべきであり、事前聴聞手続を上記のような考えで廃止することは、適正手続の保障の見地からみて極めて疑問である。

公正取引委員会が、一方的に措置をとるのではなく、事前聴聞手続により被処分者の意見を十分に聴いて処分することが、被処分者の防御権として重要であるばかりでなく、適正な行政処分を行うためにも必要であり、そのことが公正取引委員会への信頼性を増大させ、長い目で見て独占禁止法の執行力を強化することになると考えられるので、事前審判手続の廃止は目先の執行力強化にとらわれ、本質を見誤った措置であるように思われる。行政処分

の迅速性の問題は、上述の他の諸手段によって対応できるはずである。

#### (4) 事後審判手続で代替できない

事前審判手続を廃止しても事後審判手続があれば、被処分者の防御権の侵害にはならないとされているが(上記報告書 34 頁) 次の理由で賛成できない。

上記(1)に記載した独占禁止法の性格から事前聴聞手続が被処分者の防御権として必要であり、事後聴聞手続では代替できない。

事前聴聞手続の場合には、事案はまだ未確定の状況にあり、独立の聴聞主宰官が聴聞手続において被処分者の視点・意見も聴取して、公平に審理され、審決案、審決が出されるが、事後聴聞手続の場合には、排除措置命令(法 49 条)及び課徴金納付命令(法 50 条)は、審査官が一方的に審査した事案に基づいて公正取引委員会が合議により検討し出席委員が記名押印して決定して執行力を持っている命令であり、この命令について、同委員会の職員である聴聞主催官(審判官)が審理する手続である。排除措置命令は行政処分として成立し、事実上の推定力をもっており、審判官が十分公平に審理できるとは考えられない。

事後審判手続は、排除措置命令等に不服がある名宛人の審判請求によって開始されるので(法 49 条 6 項 : 50 条 4 項) 基本的に命令に対する不服審査手続であり、排除措置命令等は正式行政処分として事実上の推定力を持ち、命令に重要な瑕疵があるか否かが主たる審理対象になり、旧法の場合のように白紙の状態事実認定案と法令の適用案を争う場合とは、審理の趣旨と視点が根本的に異なっている。事後審判制度は、事前審判手続に較べて、被処分者にとって極めて不利である。審判官の直接の上級機関である委員会がすでに合議で行った命令について、委員会事務局の職員である審判官が公正に審理できるかは、極めて疑問である。

独占禁止法の排除措置としては、営業の一部譲渡、団体の解散などの構造的な措置がとられる場合があり(法 7 条) また課徴金について 1 社 100 億円を超える場合もありうるのに、このように企業経営にとって重大な影響を与える行政処分を、事前聴聞手続なしに、一方的な排除措置命令や課徴金納付命令によって行うことは、それ自体、適正手続の保障からみて問題があり、このことは事後審判手続では解決できない。行政手続法は、重大な不利益処分に対しては事前聴聞手続によることを定めており(同法第 3 章) 独占禁止法の排除措置や課徴金納付命令のように重大な不利益処分に対して、従来からあった事前審判手続を廃止したことは、行政手続法の精神からみて問題である。独占禁止法は行政手続法を適用除外しているが(同法 117 条) これは改正前の独占禁止法の事前審判手続が行政手続法の事前聴聞手続よりはるかに慎重な事前手続だったからである。

法人に対する刑事罰の場合には、最高で 5 億円であるが(法 95 条) 慎重な事前裁判手続が採られているのに対し、それより遥かに高額の金銭的制裁金が一方的な行政措置により課せられることは、適正手続の保障の原則に反する。また、この事前審判手続の廃止は、証券取引法が課徴金納付について事前審判手続を採用していることとも不均衡である(内閣府・平成 18 年 5 月 19 日懇談会(12 回)・金融庁提出資料 3 頁 : 証券取引法 6 章の 2 第 2 節 : 178 条以下)。

#### (5) 意見具申権の問題

改正法の排除措置命令には、その事前手続として、被処分者の意見具申と証拠提出が定められているが(法 49 条 3 項) これは意見を具申し、証拠を提出するだけであり、従来から審査段階で事実上行われていたことであって、上記(1)でいう事前聴聞手続とは異なり、被処分者の防御権が規定されていない。意見具申手続を修正して事前聴聞手続に近づければ、事後審判手続と重複し、手続を複雑にするだけであり、事後審判手続を事前審判手続に戻すことが基本的に必要である。

#### (6) 取消訴訟の提起の問題

改正法の排除措置命令に対しては、処分庁である公正取引委員会の事後審判制度では公正性に欠けることから、被処分者が直接裁判所に取消訴訟を提起する方法がある。裁判所は独立した中立性・公正性のある第三者機関であるが、排除措置命令は正式の行政処分として成立して事実上の推定力をもち、微妙な問題についてすでに合議制の専門機関が判断し効力を持っている行政処分に対し、処分前の状態に戻して公平な審理を期待することは困難である。取消訴訟は、公正取引委員会の審判制度に対する不信に基づきその廃止を前提としているが、上記(1)に記した独占禁止法の処分の性質に対応した審理方法としては、処分前に処分案についての事前聴聞(審判)手続が必要である。米国の場合には司法省が裁判所に一定の措置を求めて提訴する方法がとられ、提訴段階では措置(処分)は未確定であり、被処分者の防御権を十分に認めた典型的な事前審理手続であって、行政処分後の取消訴訟は米国の事前裁判手続による審理とは全く異なる。

また、裁判所への取消訴訟と公正取引委員会への不服申立(審判請求)の選択の方法もあるが、いずれも事前聴聞手続ではなく、処分前における被処分者の聴聞権と防御権を認めたものではない上、カルテルや入札談合事件のように1事件で複数の事業者がそれぞれ裁判所と公正取引委員会に別個に取消訴訟や審判請求を行なう場合には、事件処理上の混乱が生じるので、適切な方法ではない。

#### (7) 事前審判手続の修正問題

事後審判手続を改正前の事前審判手続に戻すとしても、次のような修正問題がある。第一は、審判手続の公正性を保障するため、手続中の審判官の独立性及び審判官の作成する審決案に関する規定を法律に明記することである。審判官の資格問題とともに独立性の明記は重要である。審判官の職務は、委員会の最終審決の前の審決案の作成までであるので、この審判手続中、審判官は審査官のほか委員会からも独立して事案を公正に審理することを保障することは委員会制度と矛盾しない。審決案に対しては、被審人、審査官、その他の手続参加者が委員会に異議の申立ができることを法律に明記し、委員会は、審決案に対して不服がある場合は、審決で理由を付して修正できるようにして、手続の公正性と透明性を明確にすべきである。審判官の独立性の明記は、米国の連邦取引委員会の事前審判手続で実施されている(内閣府「論定整理」資料17・18頁:FTC法5条(b)項・15条(b)2項)。EUにおいても事前聴聞手続が採られ、事前聴聞官の独立性は法律に明記されている(2003年理事会規則1号27条:2004年委員会規則773号14条1項)。

第2に、審判における審理対象に排除措置案を加え、審判中に同意審決の申立があった場合には、事実認定案や法令の適用案を承認することなく、排除措置の適否とその範囲について審理できるようにする。排除措置は、違反行為を排除するために必要最小限度とする原則があり、その適否と範囲は裁判所で検討されているので(昭和28年12月7日東宝・新東宝事件東京高裁判決等)審判手続においても検討できるようにすべきである。排除措置案について当事者同士で交渉し同意により事案を解決できるようにすることも必要である(旧53条の3の修正)。これは裁判上の和解(民事訴訟法267条)と同様である。排除措置については同意審決により執行力が生じるが、事実認定と法令適用は確定しない。審査官が事実認定と法令適用の確定が事件処理に重要と考える場合には、同意審決の申立を拒否できることが必要である。

第3に、審判における審理対象に、排除措置案のほか課徴金納付案を加えることにする。課徴金は、価格カルテルが密かに行われ、それによる利益が極めて大きい、捕捉しにくく、排除措置では対処できない(上げられた価格を下げられない等)ため、排除措置の補完として導入されたので、課徴金納付を同一事件の排除措置の補完措置として位置づけ、審判手続においては排除措置案と課徴金納付案を同時に審理対象とする。この場合、審判の対

象となる事実認定案及び法令適用案は、排除措置案と課徴金納付案の理由として十分具体的に記述される必要がある。この修正により、排除措置命令と課徴金納付命令を1本の手続で行うことができる。

#### (8) 略式手続の必要性

事前聴聞手続は、排除措置の根拠となる事実と法令の適用を争うことが主眼となるので一定の時間を要し、規制機関にとっても被審人にとってもかなりの負担となる。したがって、正式手続として事前聴聞手続をとる場合も、通常略式手続として、事実と法令の適用を別にして排除措置についてのみ合意し、執行力を与える略式手続が設けられている。2005年改正法は、勧告された措置に応諾した場合に行う勧告手続(略式手続)を廃止したが、独占禁止法違反事件の正式事件の殆どはこの略式手続で行われ、規制機関にとっても被処分者にとっても便利な手続であった。略式手続は、交通違反事件などでも用いられている。米国やEUなどの独占禁止法違反処理手続でも規定され(米国 Tunney Act・連邦規制規則 16 篇 2.31 条以下: EU2003 年理事会規則 9 条) 頻繁に用いられているものであると同時に、この略式手続は被処分者の防御権としての性格を持っている。略式手続は、被処分者の防御権の保障としての事前聴聞手続と一体となって、行政手続の迅速性と具体的妥当性に寄与するものであり、各国で殆どの事件が略式手続で処理されているので、違反事件の処理ないし解決上の現実的效果は大きい。わが国では、民事裁判事件についてもその過半は和解で終わっている。

勧告手続の場合には、被勧告人は勧告された措置に応諾するだけで、措置の理由である事実認定と法令の適用に応諾するのではないので、そこにおける事実認定については裁判所は拘束されないし、事実上の推定力は少ない(平成元年12月8日の鶴岡灯油事件最高裁判決等)。勧告手続(略式手続)は、一種の裁判上の和解であり、措置についてのみ執行力が生じる。排除措置命令は正式の行政処分として事実上の推定力をもち、第三者による損害賠償請求訴訟や株主代表訴訟に事実上の影響力をもつが、略式手続の場合はこれと異なる。平成元年12月8日の鶴岡灯油事件最高裁判決は、勧告審決の事実上の推定力が低く、事実上の推定が否定される場合があることを判示している。

勧告手続を復活する場合も、上記1(4)の第2及び第3記載の措置についての交渉と措置には課徴金を含ませる修正を行う。規制官庁は、事実認定と法令の適用の確定が重要と考える場合には、略式手続を拒否して正式の事前聴聞手続をとることができる。欧米においては、以上の点を含めて略式手続が採用されている(競争法研究協会)。

#### 事前審判手続の問題

(1) 独占禁止法は、その適用範囲が全産業にわたり、規制の対象は広範で事業者のすべての競争活動と取引行為に及び、またその規制は極めて抽象的であって、具体的事例に即してその要件の有無を判断して判例法的に運用されるため、規制機関が直ちに行政措置を採るのではなく、問題点を相手方に提示し、相手方に意見がある場合にはそれを聴取する事前聴聞手続を前置して措置を採ることが適当とされている。また、独占禁止法違反行為に対しては、会社分割や事業者団体の解散など構造的な措置も採られるほか、高額な制裁金が課せられることから、一方的な措置ではなく、事前聴聞手続が必要とされていると考えられる。米国・欧州連合(EU)等における独占禁止法違反の処理手続は、従来から事前聴聞手続がとられ、しかも次第に整備されてきている。

わが国においては、独占禁止法制定の頃の資料によれば、上記独占禁止法の特徴から、同法の施行機関として準司法的な合議制の行政委員会を設置し、行政措置を採る前に準争訟手続により相手側に争う機会を与える事前審判手続が当初から採用されていたことが明らかである。この手続は憲法31条の適正手続の保障の規定に対応したものと考えられる。

2005年の改正では、60年間維持されてきた事前審判手続を廃止したが、この場合事前審判手続が独占禁止法の実体規定の適用にとって基本的に重要であるという認識は少なく、十分な検討を行うことなく廃止されたように

思われる。行政措置の迅速性の問題については、緊急停止手続が置かれていたし（70条の13：旧法67条）審判事件の増大は、略式手続としての勧告手続（旧法48条）で対処しえた筈である。独占禁止法では、適用除外の認可の取消しの場合にも事前審判手続が用いられており（70条の12：旧法66条）それ以上に関係者に重大な不利益処分である違反事件の処理について事前審判手続を廃止することは、同一法令の中の整合性を損なう措置であったと考えられる。2005年の独占禁止法改正は、課徴金の大幅引上げを行っており、本来は手続をより慎重にする必要があるのに、反対に手続を簡略にすることは適切ではない。証券取引法は平成15年改正による課徴金制度の導入において、事前審判手続を導入している（6章の2：178条以下）。以上の点から考察すれば、2005年法改正による事前審判手続の廃止の根拠については疑問である。

（2）2005年改正法は、排除措置命令と課徴金納付命令を行った後に、不服のある場合には事後審判手続を採ることとし、そこでは旧事前審判手続が形式的にはほぼそのまま採用されている。しかし、独占禁止法違反事件の処理については、上述したように行政措置前に聴聞手続をとる必要があるため、事後審判手続では事前審判手続の代案にはならない。排除措置命令（課徴金納付命令を含む）について委員会が正式に行政処分として決議し、その執行力が生じている事案についての事後審判手続と事前審判手続とは、たとえ形式的な審判手続が同じであっても実質的には異なる。独占禁止法違反事件の事実認定と法令適用は、極めて微妙な問題を含んでおり、それを委員会が合議で決定した後に審理するか、措置決定前に仮定的な問題点として審理するかは極めて重要な問題であり、そこには実質的に大きな差異がある。そして、委員会が合議で決定した事案について、委員会事務局の職員である審判官が、事後審判手続において十分公正に審理できるかについて強い疑問が残る。

（3）以上の点から考えて、独占禁止法違反事件の処理においては、改正前の事前審判手続に戻ることが基本的に適切であると考えられる。事前審判手続の採用により、公正取引委員会の手続についての信頼性が増大すれば、それは独占禁止法の実質的な執行力強化になる。

事前審判手続に戻す場合においても、審判手続の公正性を確保するために、審判官の委員会及び審査官からの独立性を法律で明記すること、審査官の手持ち資料の閲覧謄写権（20条の15）をより実質的に強化することなどさらに審判関連手続の見直しを検討する必要がある。また、相手方が措置について同意した場合の略式手続としての勧告手続（旧法48条）も必要である。

公正取引委員会の処分が行われると、それに伴って、この10年間に100件の損害賠償請求事件が発生し、それが実質的に原告勝訴になっている場合が多いが、このような重大な影響を持つ公正取引委員会の処分が事前聴聞手続の機会を与えられることなく一方的に行われることには、この面からも問題である（競争法フォーラム）。意見申述・証拠提出などを目的とする、現行の事前手続は、デュー・プロセスを遵守するために必要な手続であり、不服審査時の審判手続と重複していることにはならない。

行政処分後に不服審査を行うことを定めた現行法は、改正前に比べて迅速な処分を講じることを優先した結果によるものであり、改正の必要性はないと考える（経済同友会）。

改正独占禁止法で制裁と権限の強化が図られたことから、それに見合った適正手続を確保する必要がある。そのための方策として、以下の提案を行う。

公取委が、審査・審判の両方を兼ねることは、適正手続の保障についての不信感を拭えないことから、公取委による審判を廃止し、公取委の行政処分に対する不服申立は、裁判手続に委ねるべきである。その場合、東京地裁又は大阪地裁に専門部を設け、専属管轄裁判所とすることが考えられる。

上記が実現されない場合は、審判は、公正取引委員会から独立した機関で行うものとし、審判官は、全て法曹

資格者に限定するものとする。

上記 が実現されない場合は、審査・審判の間に厳重なファイア・ウォールを設けた上で、事前審査制度に戻すこと(建築業協会)。

事前手続と事後の審判手続は重複する部分が多く、審決までの期間の長期化、公正取引委員会および被審人の負担の増加につながるおそれがある(国際企業法務協会)。

改正前の手続では、審決まで支払い義務が生じないため審判増加や長期化により課徴金の支払いを引き延ばされる等、事業者にとって「争い得」の制度であったものが、改正によって大きく改められたことは重要です。違反行為を適切かつ迅速に取り締まるためにも手続の流れについては改正法の枠組みを維持すべきです。また、審判を「裁判所に委ねよ」の声もありますが、公正取引委員会による専門性は重要であり、審判制度の廃止には反対です(全国消費者団体連絡会)。

委員の「 行政処分前に審判を行う改正前の独占禁止法と比べると、行政処分が出された後で争う審判制度とした改正後の独占禁止法は適正手続の観点から問題がある。」との意見に賛成である。

適正手続の観点に関して、行政手続法 13 条は、行政庁が不利益処分を行う場合に、特に名あて人等の利益損害が大きい場合には「聴聞」の手続を、その他の場合には「弁明」の手続を経なければならない旨、定めている。

改正前の独占禁止法においては、排除措置は審決により命じられることとなっており、審決の前提として、審判による決定、または名あて人の勧告への応諾、もしくは審決内容への同意が存在する形となっていた。これにより、名あて人となる事業者の意見申述機会は、「聴聞」と同等以上に慎重な手続により確保されていたと考えられる。

一方、改正後の独占禁止法では、排除措置命令を出す前に、名あて人となる事業者に、意見申述・証拠提出の機会を付与することとなっているが、これは行政手続法 13 条でいうところの「弁明」に近いものと解される。

改正前の独占禁止法は、その第 70 条の 2 において、公正取引委員会の行う審決については、行政手続法第 3 章(13 条を含む)の規定は適用されないことを定めていた。これを受けて、改正後の独占禁止法も、その 70 条の 21 において、排除措置命令について行政手続法第 3 章(13 条を含む)の規定が適用されないとの条項が引き継がれているが、その意味する内容は、改正前とはまったく異なるものとなってしまっている。すなわち、改正前の独占禁止法においては、審決に至る手続の中で、名あて人の意見申述の機会について、行政手続法が求める以上に慎重な手続が確保されており、それゆえ、行政手続法の適用を除外しても、その趣旨を逸脱することとはならなかった。これに対して、改正後の独占禁止法では、排除措置命令の前には「弁明」と同等程度の機会しか付与されていない。

行政手続法 13 条が適用された場合には「聴聞」を経ることが要件とされているにもかかわらず、排除措置命令処分では、名あて人たる事業者に対して、これを下回る程度の意見申述の機会しか付与されていない。排除措置命令という処分が、名あて人たる事業者の利益を大きく損なう可能性が高いことを考慮した場合、かかる不均衡はきわめて重大な問題である。要するに、改正後の独占禁止法が定める手続では、行政庁が処分を行う前に適正な意見申述の機会を確保するという行政手続法の趣旨に反する事態が発生しており、その適用を除外することで、同法違反の問題を回避するような規定形式となってしまっているのである。

形式的に、行政手続法が適用されないからといって、その規定をすべて無視すべきではない。行政手続法の趣旨や適用除外の背景にかんがみれば、排除措置命令を出す前の意見申述の機会付与に関し、改正後の独占禁止法所定の手続は不十分であり、事前に審判を行う制度に回帰することが相当である(全日本空輸)。

の意見に賛成します。 、 、 はいずれも不十分又は妥当でない見解であると考えます。改正前の排除措置命令に係る審判手続は事前手続と位置づけられるものでしたが、改正後の審判手続は排除措置命令についても課徴金

納付命令についても事後手続となり、事前手続としては意見申述等の手続が置かれるだけとなりました。この意見申述手続は、行政手続法でいえば不利益処分の手続の一つである「弁明の機会の付与」(以下、「弁明手続」という)(行政手続法 13 条 1 項 2 号)程度のもに過ぎません。排除措置命令も課徴金納付命令も、不利益度の強い処分であると考えられ、これらについて弁明手続程度で済ませることは、この分野で行政手続法の適用がないとしても、行政手続法の趣旨に反していると考えます。課徴金は、場合によっては億単位の額になるのに、不利益度の軽い処分なのではないでしょうか。また、課徴金賦課の前提としての違反行為の認定が実は非常に微妙な場合があるのに(だからこそ、従来は事前手続として排除措置命令に係る行政審判という慎重な手続が置かれ、そこで微妙な認定や法適用が行われ、それを前提として課徴金賦課の手続があったし、課徴金賦課に係る審判手続も存在し、この審判手続が開始されると課徴金納付命令は失効し審決によってはじめて課徴金納付義務が確定的に生ずる仕組みとなっていた) そうした微妙で困難な認定・判断をする際に弁明手続という簡便な手続で十分なのではないでしょうか。私はそうは思いません。公取委の手続に行政手続法の適用は基本的にありませんが、行政手続法を前提にして考えれば、排除措置命令のための事前手続としては、最低限、聴聞手続が必要ではないかと考えます。

確かに、排除措置命令は行政手続法 13 条 1 項 1 号イ、ロ、ハのいずれにも当たらないかもしれませんが、しかし、その不利益度、及び認定判断の困難性はこれらイ、ロ、ハに優るとも劣らないものといえるのではないのでしょうか。つまり、排除措置命令は許認可の停止ではなく、取消に比肩できる重大性を事業者に及ぼす行為と考えられます。それゆえ、行政手続法 13 条 1 項 1 号二に該当して行政庁がほとんど常に「相当」と認めなければならない種類の不利益処分であると考えます。また、課徴金納付命令については、「一定の額の金額の納付を命じ」る処分(13 条 2 項 4 号)に該当するといえそうです。しかし、行政手続法 13 条 2 項 4 号は、金銭賦課に係る大量処分の場合等を想定しています。改正前の課徴金納付手続は、所定の通知書を送達しこれに対して文書で意見陳述を行うという簡易な手続でしたが、それは、違反行為該当生の判断が既に排除措置命令に係る審判手続において行われていたからです。つまり、従来の課徴金納付命令の手続は、排除措置命令に係る審判手続における違反行為の認定判断と、通知書送達・文書等による意見陳述という二層的・複合的な手続でした。したがって従来の課徴金納付命令の手続を、通知書送達・文書による意見陳述のみと捉えることは間違いといえます(前述のように、課徴金賦課に係る審判手続も存在し、この審判手続が開始されると課徴金納付命令は失効し、審決によってはじめて課徴金納付義務が確定的に生ずる仕組みとなっていた)。とにかく、課徴金納付命令は違反行為の認定判断と金銭納付の認定判断との二段階からなる複合的な処分といえます。そうすると、課徴金納付命令は行政手続法 13 条 2 項 4 号が想定しているような単純な金銭賦課の処分ではないと考えられます。以上のように、排除措置命令にしても、課徴金納付命令にしても、いずれも、名宛人にとって重大な不利益を及ぼす処分であり、これらの処分を下すためには、行政手続法を仮に前提にするとすれば、いずれについても弁明手続程度では足りず、少なくとも聴聞手続が必要であると考えられます。改正法が導入した意見申述手続の仕組みは立法ミスというべきであろうと思います。

の意見のうち法執行の迅速な実効性の確保という点については、従来から存在している裁判所による緊急停止命令の制度を活用すべきであると考えます。法執行の迅速な実効性確保のために排除措置命令や課徴金賦課命令の手続を意見申述手続という手続的保護のレベルを極めて弱いものに下げってしまうことは、法執行の便宜を偏重しすぎていると考えます。また、「事前手続」と「事後手続」を統合して全体的な評価を下すべきであるとの意見についてですが、この議論は、実体的効果発生の時期の問題を等閑視するものと考えます。改正法の下における審判審決の性質や法効果と従前の審判審決の性質や法効果とがまったく同じというなら、意見申述手続と審判手続とを総合して捉え、それと従来の審判手続とを比較し、両者の慎重度、公正さを比較することには意味があるといえまし

よう。しかし、改正前と改正後とでは審判手続の位置づけが変わり、審決の持つ法効果も異なっています。改正前では、審判審決によって初めて排除措置に係る執行力が生じたわけですが、改正後では、意見申述手続を経た排除措置命令、課徴金納付命令がいわゆる執行力等を持つことになりました。そして審判審決は、この排除措置命令、課徴金納付命令という第一次処分<sup>1)</sup>の効力を否定するものへと変わったのです。このように、改正法では、簡易な手続による排除措置命令、課徴金納付命令によって、重大な不利益が名宛人に生ずることになり、この段階で名宛人は排除措置命令所定の具体的処置を行うべき法的義務を負い、また課徴金納付命令所定額の課徴金を支払うべき法的義務を負うことになったわけです。改正法の下で、名宛人は、審判手続という慎重で公正な手続によることなく、簡易な手続による排除措置命令・課徴金納付命令の段階で多大な不利益を法的に課せられることになったといえます（従来の課徴金納付制度においては、審判手続の開始による課徴金納付命令の失効制度があり、審判手続が開始されたとき、審決をまって初めて課徴金の納付義務が発生することになっており、事前・事後を総合すると手厚い手続保障があったといえます。しかし、改正法はこうした仕組みを変更しました。事前・事後を総合すべきであるという見解だけでは、従来のような課徴金賦課の手続の在り方を否定しこれを変更することはできないはずです。）名宛人、被審人<sup>2)</sup>にしてみれば、このような仕組みと従来の仕組みとの差は歴然としています。手続問題を実体問題（不利益効果発生時期等の問題）と切り離して論ずることに限界があると考えます。

事前手続と事後手続とを総合してみるべきだという見解は、事後手続が行われる場合にはじめて成り立つ議論ですが、これは事後手続を必ず行うべきである、つまり名宛人の側で必ず審判請求すべきであると言っているに等しい議論ではないかという印象を受けますが、必ず事後手続を行わなければならない仕組みは仕組みとしておかしいのではないのでしょうか。また、事前手続と事後手続とを総合して適正手続の保障を考えるべきであるというなら、審判手続という慎重で公正な事後手続が保障されている以上、事前手続はまったく存在しなくてよいことにもなっていますが、意見申述手続が置かれているということはそこまで極端ではないということだと思えます。しかし、事前・事後を総合して考えるという発想はこうした極論まで許す発想であり採用すべきではないと思えます。こうした極論はさておき、事前手続と事後手続を総合して適正手続の保障の程度や質を考えるべきであるという発想は理解できますが、いくら事後手続が充実していたとしても、それで事前手続が貧弱でよいということにはならないと思われま<sup>3)</sup>す。特に、排除措置命令、課徴金納付命令という一般に事業者<sup>4)</sup>に大きな不利益を及ぼす処分についてはそう考えます。

や の意見では、事前手続と事後手続の重複が問題となっていますが、両方で重複が生ずるのはある意味で当然ではないのでしょうか。つまり、独禁法違反行為があったかなかったか、仮にあったとして排除措置命令の内容はどのようになるのか、課徴金額はいくらであるのかといったことが結局は手続の対象なり争点になるものと思われま<sup>5)</sup>す。事前手続・事後手続という二層構造の手続を定めた以上、重複という問題はやむを得ないのではないのでしょうか。 の見解は、事前手続・事後手続を総体としてどのようにしようとしているのか不明です。仮に、この見解が、重複問題を解消するため、事後手続をより簡便なものにするという方向だとするなら、それは適正手続保障の見地から許されないものと思われま<sup>6)</sup>す。このように事後手続まで簡便なものにしてしまうのは、審決取消訴訟における一審級省略という現行制度の趣旨からして許されないと思えます。逆に、 の見解が、事前手続をむしろ手厚くすべきであるというのなら、私見と同意見であるといえます（学習院大教授 常岡孝好）。

1) 公正取引委員会における審判を廃止し、地方裁判所での取消訴訟とすること。

1) ができなければ、2) 審判は公正取引委員会と組織的につながらない他の機関で行うこと。

1)、2) いずれもなされないのであれば、3) 企業が納得できる審査・審判間の厳格なファイアー・ウォール（例

例えば、審査官と審判官の人事を別系列とする等)を設けること(日本建設業経営協会)。

委員の意見 「行政処分前に審判を行う改正前の・・・適正手続に問題がある」に賛同いたします。

事前審判から事後審判への変更は適正手続の後退であり、問題がある。

独禁法は、規制規定が抽象的であり、規制対象が広範であって、複雑な競争関係の行為を規制するため、事実を正確に把握し、実態に即して規制を行うことが本来必要である。また、今回の改正で、制裁の強化が図られるとともに公取委の権限が強化されており、そのため、より一層の適正手続を確保する制度設計が重要である。

以上からすれば、排除措置命令については事前に審判の場で、双方の意見申述、証拠の提出を経て、審決を得てから発するような事前審判制度に戻すべきである(日本建設業団体連合会)。

独占禁止法の基本規定には「競争の実質的制限」、「公正競争の阻害」、「不当に」など抽象的な要件が多く、その内容は個別事件ごとに解釈・適用されるなど、事実認定と証拠の評価・判断が難しいケースが多い。独占禁止法は改正によって被審人に対する処分は従前よりも重くなっており、誤審の場合、取り返しのつかない打撃を被審人に与える可能性もある。従って、独占禁止法の運用においては、規制官庁が一方的な審査により処分することは不適切であり、被処分者の防御権として処分を行う前に被処分者の意見を十分に聴く事前聴聞手続を前提とした、改正前の事前審判手続とするべきである。

仮に、現行の事後審判手続を維持するのであれば、公正な審理および手続の信頼性、透明性の確保が重要であり、不服審査のあり方については、裁判所への取消訴訟を提起する方法をとるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

改正前の手続きでは、審決まで支払い義務が生じないため、審判増加や長期化により課徴金の支払いが引き延ばされる等、事業者にとって「争い得」の制度であったものが、改正法によって大きく改められました。

事業者からは、審判を事前手続きに戻す(争い得の状況に戻す)などの主張がされていますが、基本的な手続きの流れについては、違反行為を適切かつ迅速に取り締まるためにも、現行法の枠組みを堅持すべきです(日本消費者連盟)。

独占禁止法違反行為に対する現行の審査・審判手続きの枠組みは基本的に妥当であると考えます。審判を事前手続きに戻し、「争い得」の状況に戻すような愚挙はとるべきではありません(日本消費生活アドバイザー・コンサルタント協会 消費者提言特別委員会、同協会同委員会委員(個人)、消費生活コンサルタント(個人))。

審査・審判手続についても、違反行為の厳正かつ迅速な取締りという観点が重要である。昨年の法改正において審査・審判手続が見直され、排除措置命令と課徴金納付命令が同時に行われるようになるとともに、審判手続が事後手続に位置付けられた。従来は、手続の完了までに時間がかかり、しかもその間の金利負担が生じなかったことにより、審判事件が急増して事件処理のさらなる長期化につながっていた。昨年の法改正はこうした状況の改善を図るものであり、消費者・市民の立場から積極的に評価できる。当面は改正法の運用状況を注視すべきであり、今回の検討における見直しは不要と考える(日本生活協同組合連合会)。

上記のいずれの制度改正(事務局注：本資料 101-102 頁の日本土木工業協会意見参照)もなされないのであれば、審査・審判間の厳格なファイアー・ウォールを明確に設けた上で、事前審判制度に戻すこと  
(審査・審判間のファイアー・ウォール)(事務局注：以下中略。中略部分は、本資料 69 頁の日本土木工業協会意見参照)  
(事前審判制度に戻すこと)

公共調達市場においては、排除措置命令又は課徴金納付命令が発せられると、発注者は指名停止処分を執ること

としていることから、措置命令の際の事前手続きにおいて、慎重かつ公正な判断が下される必要がある。

改正前の排除勧告制度や課徴金制度は、公正取引委員会が示した排除措置や課徴金を受け入れるか、審判で争うかを事業者任せ、機動的に行政的解決を図る制度であり、審査と審判を同一の機関が行う制度の下では、適正手続きに配慮した制度であった。しかしながら、今回の改正で、直ちに排除措置命令や課徴金納付命令がなされる制度に変更されたことは、適正手続きの確保の観点から大きな後退である。排除措置命令や課徴金納付命令は事業者の営業の自由や財産権に関するものであり、上記のいずれの制度改正(事務局注：本資料 101-102 頁の日本土木工業協会意見参照)もなされないのであれば、事前審判制度に戻すべきである(日本土木工業協会)。

**【意見】**

準司法的手続の性格を持つとされている独禁法違反事件手続において、対審構造による審判手続を経ずに排除措置命令等が効力を生ずるのは、適正手続きの観点からさらに検討する必要がある。そこで、排除措置命令等に対する不服がある名宛人は、審判請求をするか、又は命令取消訴訟を地方裁判所へ提起することができることとし、不服申立につき選択性を採用すべきである。

**【理由】**

現行法は、公取委が独禁法違反を認定し、排除措置命令等をしようとするときは、予定される措置の内容、それについての説明、違反事実を認定した証拠の説明を名宛人に行い、名宛人は、それに対し意見を述べ、証拠を提出することができるように定めている。しかし、この手続において、名宛人は、公取委に対し説明の範囲・内容を指定し、証拠の開示を請求する権利を有するものではなく、あくまで公取委の裁量による説明の範囲・内容及び証拠の説明(開示は認められない)にとどまるものである。名宛人は、制度上、有効な防御権を保障されていない。他方、公取委は、これらの説明を行い、名宛人から意見の申述、証拠の提出を待って、理由がないと認めるときは、排除措置命令等を行うことができる。そして、当該排除措置命令等は直ちに効力を生じるものとされていることから、名宛人は、指名停止、課徴金納付義務等の不利益を直ちに受けることとなり、審判請求をする利益を事実上ほとんど奪われることとなる。したがって、旧法に比べ名宛人の防御権は弱くなり、さらに審判請求の機会も少なくなっていることにより、現行法は、適正手続きの点からさらに検討する必要がある。

このように、準司法手続と性格づけられている独禁法違反事件手続において対審構造による審判手続の道が狭められたのであるから、適正手続きの観点から、名宛人の防御権を十分保障する必要がある。したがって、名宛人は、排除措置命令等に不服がある場合、審判請求するほか、当該命令等の取消訴訟を地方裁判所へ提起することもできるとすべきである(日本弁護士連合会)。

確かに、事前審判が事後審判となったことのみをもって直ちに適正手続きの保障が損なわれたと結論づけることはできず、事前手続と事後審判の両者を含めて総合的に判断すべきであろうと思われ、その限りでは、意見よりもむしろ意見の方が適切であると評価することもできる。そしてその場合、少なくとも現時点までの、沖縄入札談合事件及び床材カルテル事件における平成 17 年改正法の運用を見る限りでは、事前手続と事後審判手続は、扱われる争点の同一性はともかくとして、手続自体の簡易性の程度の違いにおいて、重複するものとは評価できない。その限りにおいて、意見が指摘するような審決までの期間の長期化、公正取引委員会等の負担の増加につながるおそれは必ずしもなく、むしろ意見が、実情の指摘として適切であると思われる。

しかし、事前審判が事後審判となったことによって、審判手続よりも簡易な意見申述等に基づき排除措置命令等が発せられることになった(そしてそれらは審判請求によっても失効しない)のであるから、少なくとも、適正手続きの保障が改正前に比べて後退したことは否定できない。意見も、かかる現状を踏まえて、事前手続と事後審判

の両者を総合評価することによる正当化を試みるものである。問題は、改正前よりも手続保障が後退した事後審判制度について、新たに制度化された事前手続が、その損なわれた部分を補うほどの手続保障の意義を持ち得ていないことにある。

沖縄入札談合事件においても、床材カルテル事件においても、排除措置命令書等の中で、対象事業者が提出した意見申述の内容について、個別に争点として取り上げて証拠を摘示するなどしてこれに反論するといった姿勢は見受けられず、それらの意見申述の内容を斟酌した上で当該認定・結論に至ったことやその検討の過程について、何らの手がかりも示されていない。かかる実情からすれば、意見申述とは、単なる一方通行な上申の機会に過ぎず、さらには、来るべき事後審判手続においていかなる反論を主張するつもりなのかという、事業者側「手の内」の事前開示でしかないと言えらる。

適正手続の保障とは、まさに手続が適正になされたか否かという点が問われるのであるから、その点についての検証可能性が確保されていなければならない。手続を執り行う者が、「手続は適正に行った」と述べるにとどまり、第三者はおろか審査対象の事業者さえその検証を行う可能性が与えられていないのでは、適正手続の保障の観点から意義のあるものはなり得ない。

なお、平成 17 年改正法の下での運用において上記に関連する事項として、排除措置命令手続と課徴金納付命令手続とが並行して進められ（得）ることとなった点が挙げられる。これにより、排除措置命令（案）に関する事前手続の前に、課徴金納付命令のための報告命令がなされ、その「課徴金の算定に係る意見」において、事実上、当該事案に関する事業者としての見解を述べることになる（課徴金算定に係る意見は、少なからず、排除措置命令に関する意見にも共通する内容となる）。従って、排除措置命令（案）に関する事前手続よりも前に、相当程度、担当審査部側と審査対象の事業者側との間では、争点の整理が進められ（得）ることになる。例えば床材カルテル事件においても、排除措置命令（案）の通知よりも前にある程度争点整理はなされており、担当審査部側によっていわば非公式な関連証拠の事前説明等の機会も付与され、本来の事前説明では、事業者側からの意見に対応する関係証拠の開示等もなされた。その限りにおいて、当該審査部は、平成 17 年改正法の下でできる限り事業者側の意見を斟酌しつつ審査を進めようとしたものと評価することもできる。しかしながら、問題は制度自体にある。いかに担当審査部側が慎重に手続を進めようとも、その適正さを担保する装置が存在していないのである。関係証拠が公正取引委員会（担当審査部）側に一方的に偏在する状況において、審査対象事業者側としては、争点に関連する証拠資料が、説明されているような自らに不利なもののみなのか、有利なものは存在しないのかすら、判断し得ない。そして、まさにその点に関する判断を行うべき者が、合議体としての公正取引委員会なのだとしても、上記のように排除措置命令書において、争点に関する判断プロセス等が一切示されないような状況では、適正手続の保障について客観的な確証を得ることはできない。適正手続の保障とは、制度的に保障されるべきものであって、審査を行う側の裁量・差配によってなされるべきものではない(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。法律上の適正手続は、効率性の犠牲になるべきではない。

政府が実際に公正かつ平等な全般的決定手順を有し、社会の全構成員がその手順について同じ認識をもち、よって法制度を尊重するということが基本である。適正手続の重要性は、論点整理全体にわたって十分に認識されている。例えば、懇談会は、公正かつ透明な手続を用いること、及び法律上の適正手続に注意を払う必要性を唱えている。さまざまな手続に対する諸委員の意見においてもその点は認識されている。

日本の公正取引委員会の審判手続は、もともと米国の公正取引委員会のそれに基づいて設けられたものである。最近の改正は、この手続についての最初の改正といえるものである。現時点では、公正取引委員会は、単に事件審

査において違反の存在を指摘するだけで、排除措置命令を発行することができる。事業者が命令に納得できない場合、審判を求め、それを受けて公正取引委員会は審判を開始する。言い換えれば、審判は措置が命じられてから行われる。その点において、平成17年改正法による改正が、実際、極端すぎるものであるのは明白である。これについては、先進諸国全体において、行政上の審判は何らかの措置が課される前に行われるという国際基準から日本は逸脱している。

公正取引委員会委員長である竹島一彦氏が公的に説明しているように、行政審査制度に関する法律は、効率的な事件処理を促進し、速やかに違反を排除し、国際的に動きの早い経済において迅速に競争状態を回復する必要があるという考えに対応するために改正されている。平成17年改正法の成立時の頃、他の公正取引委員会の職員は、迅速さと効率性を根拠として、時間を要する審判手続を回避するような制度上の改正を同様に正当化していた。実際、論点整理は法改正の説明として「事件処理の効率化、速やかな競争回復」を強調している。

特にカルテル行為に対処する場合において、迅速さと効率性の重要性は理解できるものの、効率性の問題に対応するために適正手続が犠牲になるのは問題である。適正手続確保の重要性は、最優先されるべきであり、この場合もそのように認識されるべきである。カルテルの問題に対処する効果的方法は他にもあり、その中には平成17年改正法の一部として既に制定されているものもある。例えば、リーニエンシー制度の設置は、執行当局によるそのようなカルテルの迅速な解体を可能にする早期の情報提供を促す強力かつ効果的な方法である。公正取引委員会が、法制度全般がより敏速なものとなり、問題をより早く解決できる必要があると考えるのであれば、適正手続の確保を犠牲にすることは、そのような目的を達成する最適な方法とはいえない。それよりも、より適切な方法で、効率性を向上する仕組みを作ることを決定するために委員会を設置すべきである。そのためには、米国の公正取引委員会が用いているような内部行政手続で、制度並びに独立した行政法判事を確保することを目的とする証拠上及び機密保持上の規則を兼ね備えた手続に立ち返ることを当社は提言する。また検討すべき他の案として、違反があったのか否かを判断する審判において行われる分析と重複する課徴金審判制度の改正も挙げられる。

要するに、公正取引委員会における手続の改正は、措置を課す前の審判制度を廃止することにより、国際基準から大幅に例をみないほどに逸脱したものである。公正取引委員会が、その手続が適正手続を確保する一方、効率性が十分ではないと考えるのであれば、迅速さと効率性を達成するための他の極端すぎない方法の検討を当社は提言する（マイクロソフト）。

課徴金納付命令について、審判開始請求をしても、その金額を納付しなければならないとされたこと（7条の2、17項）、排除措置命令も審判開始請求の有無にかかわらず原則として執行されること（54条）が、大きな改正であり、当事者の批判にさらされない証拠で、当事者の利益を剥奪する命令を発することが出来るとするのは、適正手続の面から問題があると考えられる。適正であるためには、事前手続において、当事者の意見を聞いて証拠の十分な検討がなされるという運用が不可欠であり、他方、そのような運用がなされると、委員意見のような重複に伴う問題が生ずる。いずれにしても、実際の運用を見てからでないと、正確な判断は難しいと考える。

なお、審判手続においては、従来は審査官の審判開始決定書の朗読から始まったが、改正法においては、被審人からの審判請求の趣旨の陳述から始まることになった（審判規則24条1項）。これだけ見ると、立証責任（違反の不存在など）が被審人にあるかのように見えないではないが、その2項は審査官の準備書面による原処分の内容等の陳述義務を課しており、また、証拠の申し出も審査官から行なうこととしているから（審判規則39条1項）、立証責任が審査官にあるという従来の考えに変わりはないと考えられる。当然のことといえよう（あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力）。

	<p>結論：この点に関する現行制度は相当であり、これを拙速に見直す必要性は認められない。少なくとも、平成17年改正によって制度変更を行ったばかりであり、その効果を相当期間見てから、見直しの要否について検討すべきである。</p> <p>理由：平成17年改正以前の制度では、課徴金の支払いを引き延ばす手段として合理的根拠無しに審判に持ち込む例が多かったために、濫用防止の観点から現行制度のような形とされたことにも合理性が認められる。審査・審判手続を全体として見れば、適正手続の要請は充たされているとの意見の趣旨に賛成である(弁護士 山口廣他)。</p>
<p>(3) 不服審査の在り方について</p> <p>主要国の競争法においては、競争当局が行った処分について自らが審判により不服審査を行う制度は例がないこと、制度に対する不信感がぬぐえないことから、排除措置命令・課徴金納付命令は、審判ではなく、取消訴訟によって争うようにすべきである。</p> <p>公正取引委員会に対する審判請求と裁判所に対する取消訴訟の提起のいずれかを選択できるようにすることも考えられるのではないか。</p> <p>選択制ではなく、すべて地方裁判所で争うこととするなど、どちらかに割り切るべきではないか。</p> <p>公正取引委員会という独立行政委員会を設置した趣旨を踏まえると、一次的には専門知識に基づいて委員会が慎重に判断する機会を設けるとするのは十分理由がある。</p> <p>独占禁止法違反行為に占める割合の大きい入札談合事案については、違反行為の有無といった事実認定が問題となり、関連市場の画定等の競争政策上の専門性がそれほど重要とは言えないのではないか。</p>	<p>2 始審的審判手続から覆審的審判手続へ</p> <p>(1) 05年改正以前の審判手続は、始審的審判手続であった。そこでは、審査 審判手続 審決と経過する。この手続における公正取引委員会の機能は事実認定にあることは前述のとおりである。司法権との関連で機能の分担が定められている。事実問題は行政機関たる公正取引委員会、法律問題は裁判所である。また、実質的証拠の原則(80)があり、1審が省略され(85)、また、コロシアムとして証拠の提出が制限される(81)。05年の改正により、排除措置命令制度が導入され、審判手続は、その排除措置命令に対する不服申立ということになる。覆審的審判手続の焦点は原処分の違法性の審査にあり、排除措置命令に対する是非が争点となる。事実認定の是非は二次的なものとなり、したがって、審判手続の性格が変わったということになる。</p> <p>(2) 覆審的審判手続の創設により、排除措置命令に対する不服申立である審判手続を公正取引委員会に求めることは、適正手続に反するのではないかという論議を誘発することとなった。却って、地方裁判所に排除措置命令の取消請求訴訟を提起することの方が手続の公正を維持できるのではないかというのである。あるいは、選択的にするかということがある。現行法は、排除措置命令に対する不服申立は、公正取引委員会に対する審判開始請求に限定している。この理由としては、事実認定における専門性にあるという。しかし、これは説得的でない。</p> <p>違反被疑事件を刑事事件として処理するのは公正取引委員会の専属告発によるが、管轄裁判所は地方裁判所である。地方裁判所が独占禁止法違反被疑事件について事実認定をするのであるから、そこでの事実問題の専門性はどうか。専属告発によるので、それに公正取引委員会の判断が反映しているということになる。これと対比するなら、公正取引委員会は、排除措置命令をしており、そこで事実認定をしており、専門性を駆使しているのであるから、それに対する不服申立は地方裁判所で足るであろう。しかも、審判手続は、覆審的なのであり、その焦点は排除措置命令の適否にあり、事実問題は二次的となったのであるから、公正取引委員会に専属的にする必要性は消滅したのである。しかも、公正取引委員会は排除措置命令で、既に違反事件の存否に係る証拠を評価しており、バイアスがある。その不服を公正取引委員会が審査するというのは、手続の公正性に欠くことになる。審判手続は、処分の公正性を確保するためのものである。それが公正性を欠くというのであるなら、審判の意義は薄れる。</p> <p>(3) この問題に如何に対処するかというのが、審判手続の在り方の最も基本となる課題である。私は、これに対応するには、排除措置命令に対する審判開始請求がある場合には、その排除措置命令(課徴金納付命令とともに)の効力を失効させるのが適当であると考えられる。05年改正前の課徴金納付命令に対する審判手続の請求による課徴金納付命令の扱いと同様にするというのである。これにより、公正取引委員会の事実認定の機能が活かされるし、その事実認定を巡る適正手続を確保することができる。また、排除措置命令に対する不服申立先を地方裁判所とするという主張を回避することができる(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p> <p>排除措置命令を事業者が争う場合には、不服審査として扱う制度となり、事業者の側で必要な証拠の説明を行うこととなっている。罰則が強化された上、無実の証明を事業者自ら立証するのは不合理である。お互いに争える制度</p>

にすべきと考える(石川県建設業協会)。

自ら審査を行い、排除措置命令や課徴金納付命令を出す公正取引委員会が、自ら行った行政処分の当否を自らの審判において判断することは、公正な審理が本当に確保されるのか疑問であり、審査官と審判官とのファイア・ウォールをいかに強化しても根本解決にはならない。公正取引委員会の現在の審判は廃止し、地方裁判所による取消訴訟という仕組みにすべきである(出光興産)。

マスキング調書など、民事訴訟では許容されるか疑義のある審査官による立証活動が審判ではなされており、審判官はこのような審査官の立証活動に対して抑止力たり得ていない(ここで第一に問題にされるべきは、将来の審査がやりやすいかではなく、不利益処分を課されるにあたって、適切な反論・防御権が保障されているかどうかである。)また、現在の独占禁止法上、「不当な証拠」を利用して事実認定がなされた場合に、実質的証拠法則(独占禁止法第80条)を制限するという条文があるわけでもない。

また、外部から見て、「生え抜き審判官」が公正な判断をしてくれるという信頼が持ちにくい。実際に公正な判断をしているかどうかはここでは問題ではなく、「公正な判断をしていないのではないか」という疑問が差し挟まれること自体が問題である。

こうした現状に鑑みれば、審判を廃止すべきという主張には理由がある。

審判を存置すべきという意見の論拠として、「公取委の経済的専門性」が挙げられる。しかし、現時点において、エンフォースメントの焦点は入札談合及びカルテルであり、これらについて、当然違法・合意時説が判例上確定しているため、「経済的専門性」といっても大半の事件では全く不要であり、裁判官による事実認定を第一審段階において仰ぐのが妥当である。また、それら以外の事件についても、「経済的専門性」が特段必要とは思われないし、そのような事件があれば、経済専門家の鑑定意見を求めれば足りる(弁護士 江崎滋恒他)。

「論点整理」の3「審査・審判の在り方」の中の(3)不服審査の在り方について、委員の意見に賛成します。

理由は、まず第一に、事業者の不服申立てに対して公正中立の審判官が公開の準司法的手続を経て審決案を下し、審判記録、異議申立書等とともに審決案を調査した上で委員会が審決を下すという現在の仕組みは、単に事業者に準司法的手続を保障するためだけでなく、独禁法1条、43条、70条の3、70条の15の趣旨を踏まえて考えた場合、一般消費者への違反に関する情報の公表、被害者を含む利害関係人の民事救済の支援という趣旨を含むと解されるところ、公取委の処分を裁判所で直接争う方法を認めた場合、違反に係る情報の公表・民事救済の支援という、審判手続が果たすべきもう一つの重要な機能が損なわれてしまうからです。例えば、裁判所への処分の取消訴訟を考えると、行政事件の訴訟記録や決定の公開は著しく不十分であり(第三者は訴訟記録の閲覧はできても謄写ができず、アメリカのように判決を含む訴訟記録の公開は行われていない)特に公取委の行政処分が手続を理由に取消された場合、違反に係る情報は全く公表されないことが危惧されます。また、民事訴訟で行政事件の訴訟記録を使うことは可能ですが、訴訟提起の前に訴訟記録の謄写ができないなど、実際上は使いにくいのに対し、審決は、誰でも即時にアクセスすることが可能なだけでなく、審判の事件記録は、公取委のような調査権限を有しない被害者が民事救済を受ける上で不可欠です。このような事態を考慮して、独禁法70条の15は、利害関係人に審判事件記録の閲覧謄写を保障したと考えられます。

第二に、審判官は独禁法事件のみを扱い、公取委の職員でもあるが故に、研修や経験によって専門的な判断が確保されると考えられますが、裁判所で直接争えるシステムにすると、裁判所のモニタリングが不可能であるため、実際問題として、一般の民事裁判官が独禁法事件を片手間に扱うという事態を招くであろうことはみやすい道理です。したがって、専門的判断を確保するという見地からも、現在の審判制度を維持することは必要であると考えま

す。審判の公正性の確保については、法曹資格者を公取委の職員として採用した上で、法曹資格者を審判官に任命することによって確保できると考えます(早大教授 岡田外司博)。

行政処分の取消訴訟は、審判制度をおく場合であっても、地方裁判所を第一審としている(行政訴訟法第12条)がこれは、むしろ、行政事件訴訟が頻繁に提起され高裁を第1審としたのでは訴訟実務上高裁の負担が大きくなりすぎる場合(例えば、税務訴訟や環境訴訟など)には合理的であるが、係属事件数が比較的少なく、早期に事件の最終的判断を下す必要性が高く、事件の判断に高度の専門性を必要とする独禁法事件の場合、高等裁判所を専属管轄とする方が合理的ではないかと考えられる。独禁法事件を処理してきた歴史が長く、裁判所が独禁法独特の分析手法に通じている米国を除き、欧米では独禁法の専門性に対処するためのなんらかの手当てが置かれている例が多い。例えば、英国では、当局であるOFTの下した処分に対しては、競争法裁判所(competition tribunal)という専門裁判所に上訴を集中させている。EUの共同体裁判所は、独禁法専門部ではないが、共同体裁判所が取り扱う事件のうち競争法事件の重要性は十分に認識されており、法務調査官により、事件の論点についての詳細な調査がなされる。むしろ、日本でも、知的財産訴訟のように独禁法事件の専門部を創設するか、最高裁判所の調査官制度のような調査官(専門委員)制度を導入することが検討されるべきであるように思われる。

経団連等から提起されている審判制度の廃止の点については、自庁審判であることを理由に審判制度を否定するのであれば、すべての行政手続における行政機関の内部的不服申立制度の廃止が検討されねばならないが、そのような制度設計が、行政事件の専門性と事件処理の効率上適切か疑問がある。

審判制度の廃止論は、審判制度という行政不服審査を行政機関の内部で行うことのメリットについての十分な分析がなされていないように思われる。審判制度には、( )まず専門的知識を有する行政庁で、集中的、効率的に高いレベルの事件の分析を行えること、( )裁判所より手続面で柔軟に運用できるため、期日や公開原則などの制約にとらわれることなく審査スタッフと事業者が短期間で集中的な議論が行えること(欧米では、このような柔軟性の利点を生かすため、審判制度は非公開とされる場合が多い)、( )行政庁による第一次的な審査を経由した上で、その審査の当否を裁判所で審査させるという枠組みの方が専門家でない裁判官にとって、(白地から判断を下すよりも)適切と信じる判断に到達しやすく行政裁量論の発動も回避でき、審理期間も短縮できることなどの多くのメリットがあり、行政事件に関し審判制度を経由することは、事件スタッフ以外による透明性の高い審査が行われる限り、法の支配の原理の下でも合理性を有するのである。審判官の独立は、そのような行政庁による審査の透明性を担保するためのものであり、審判官の独立の機能は、裁判官の独立とは異なる側面があることに留意する必要がある。

加えて、審判制度の廃止の提言で懸念されるのは、合意の存在を争う談合・カルテル事件ばかりが念頭に置かれ、私的独占や企業結合などの専門性の高い事件について、大陸法的な行政法理論に依拠する日本の行政訴訟において生じうる帰結に十分配慮されていないのではないかと訝られることである。このような専門性の高い事件では通常の民事事件と異なる経済的視点を融合した分析が不可欠であるが、地方裁判所判事がこのような分析に不慣れな結果、市場への影響についての緻密な独禁法分析から結論を導くのではなく、行政法学の一般理論に依拠し、行政裁量論的な考え方や、(理論上の立証責任は公取委に帰属するとしても)事実上の立証負担が不適切な形で事業者に転換されてしまうことにより、行政処分を追認する判断が下されたりする状況が生じる可能性がある。また、排除措置命令に対する執行停止を得ることも、現行制度より困難になる可能性が高い(行政事件訴訟法25条に基づく執行停止の要件は「重大な損害を避けるため緊急の必要あるときは」であり、独禁法54条1項の「必要あると認めるときは」に比べて格段に厳しい)。このような状況は、事業者には有利とはいえないであろう。

しかしながら、旧制度下の独禁法の審判手続は、司法手続におけるデュープロセスの観点そのまま持ち込み、

裁判手続的に運用しているため、行政庁の専門性・迅速性、手続きの柔軟性という審判制度のメリットがほとんど活用されていない状況となっていた。このような運用が新制度のもとでも維持されるのであれば、確かに、直接、裁判所への不服申立を認めた方がむしろ効率的であるとも言える。審判制度の本来の利点を生かすための規律を与える方法として、審判手続が一定期間(例えば、一年以内)に終結しない場合は、行政処分の取消を直接東京地裁に申し立てることを認め、正式な審判手続を経た場合には、東京高等裁判所が管轄を有するとの制度設計を取ることも考えられる。なお、地裁への取消訴訟と審判の両制度の選択を被審人に認める案については、行政の運営上、非効率すぎ、税金の無駄使いという批判に耐えられないであろう。加えて、複数の救済を与えられるべきは、本来、被擬事業者でなく被害者であり、2つの制度を用意するほどの手続的保障を深刻な違法行為を犯した疑いのある被擬事業者に与えるのは、諸外国から、日本の独禁法では、被擬容疑者の方が被害者より手厚く保護されているとの印象を与えかねないのではいかと危惧される。

なお、企業結合については、事前相談制度のためほとんど事件が継続しないため問題とされなかったのであろうが、届出から処分決定の期間に十分事業者と議論がなされるので、事前審査に加え事後的な審判手続を経ることのメリットはないように思われる。届出から処分決定の期間までに、制度上聴聞の機会を付与し、待機期間の延長を柔軟化する制度を導入し、排除措置命令(企業結合を禁ずる命令)がでた場合、ただちに、東京高裁に排除措置命令の取消請求ができるようにすべきではないかと考えられる(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。  
次の理由から、排除措置命令・課徴金納付命令に対する不服審査は、公正取引委員会による審判を経ず、初めから裁判所に対する取消訴訟によって行うこととすべきである。

審判は、公正取引委員会が行った排除措置命令・課徴金納付命令に対する不服審査を同じ公正取引委員会が行うものである以上、どのように改善しても公正さに対する不信感を払拭できないこと、

審判が排除措置命令の事前手続であったときは、行政機関である公正取引委員会が慎重な事前手続である審判手続を経て行政処分を行うことに合理性があったが、現行制度は公正取引委員会が既に採った行政措置が合法かつ適当だったかどうかの事後的判断であり、取消訴訟の前に原処分を行った公正取引委員会の審判手続を経させる必要性・合理性が認められないこと、

独占禁止法違反の有無に関する判断は、医療過誤の有無に関する判断、知的財産権侵害の有無に関する判断等と比較して特に専門性が高いとはいえず、また、独占禁止法に係る判例も近年蓄積されてきていることから、専門行政機関である公正取引委員会に事実認定を委ね裁判所は公正取引委員会の事実認定が実質的証拠に基づくものかどうかのみを審査するという現行制度(80条)にはもはや合理性が認められないこと(流通科学大学教授 小畑徳彦)。

現行の審査・審判については、平成17年独禁法改正の結果、それ以前のそれと比べて大きな変更を見ることとなった。とりわけ、排除措置命令が事前の審判を経ることなく下されることになった影響は、それ以前の勧告制度の下での手続と比べると、審判制度の本質を変容させることとなっている。

即ち、従前の制度の下で、審判手続きを経た上で下される審決は、行政処分であって、その取り消しを求める手続として行政訴訟が用意されていたのであるが、新たな制度の下での排除措置命令は、行政処分であるにもかかわらず、その取り消しを求めるには、係る処分を命じた行政庁である公取委の審判を経る必要がある。しかし、自ら処分を命じた行政庁による審判手続きを経ない限り取消訴訟を求めることが出来ないとすることは、処分を行った行政庁に自らの誤りを認めることを求めるに等しく、無意味という外ない。このような制度は欧米でも見られないところであって、到底妥当とは言いがたい。

これに対しては、公取委の有する専門知識なるものを根拠に、現行制度を維持するように求める見解もあるかもしれない。

確かに、次ページにコピーした EC 委員会の DG Trade(事務局注：添付されていたコピーは省略)のように、担当官を専門分野別に配置し、各事業分野毎の専門家を育成しているような制度の下では、かかる専門性という主張はある程度は理解できるところである。

しかしながら、我が国の公取委の事務総局の審査局の職員は定期的に異動を繰り返しており、専門家の育成とは異なった人事システムの下にある。また取り扱っている事案も、その多くが入札談合案件で、事実関係を否認する関係企業の担当者の口を割らせる業務に従事しているというのが実態であって、自白を取るという意味での割り屋としての専門性はあるかもしれないが、各事業分野に通じた専門家とは到底言いがたい。こうした現実を鑑みると、専門性・専門知識なるものの実態は不確かという外ない。寧ろ、各事業分野を所管し、各事業分野の様々な担当者と頻繁な接触を有している経済産業省等の経済官庁の方が、各事業分野については遥かに専門知識を有しているといっても良いかもしれない。

このように考えると、従前の勧告制度を廃止した以上、排除措置命令および課徴金納付命令については、公取委による審判ではなく、直接に行政訴訟において争うことができる制度を導入するべきであろう(西村ときわ法律事務所 弁護士 川合弘造、島田まどか、藤井康次郎)。

排除措置命令および課徴金納付命令に対する審判手続は、事後審理手続きとなった以上、処分を行った当事者である公正取引委員会において再度審判手続を行うことに意味があるとは到底言いがたい。公正取引委員会の行った行政措置に対しては、審判手続を経ずして直ちに地方裁判所で取消訴訟を行うことができるようにすべきである。

そもそも、公正取引委員会が審判手続を行うこと自体、一身に検察官と裁判官が兼任しているようなものである。また、審判手続は審判官が行うが、審決自体は、審判官ではなく、公正取引委員会が行うとされており、こうした制度は、予断排除の原則、直接主義の観点からも問題が大きい。

なお、審判を廃止した際には、独占禁止法に関する取消訴訟の増大およびこれに対応する専門的知識を有した司法機関の拡充の必要性が予想される。

こうした事態を想定して、各地の高等裁判所所在地の地方裁判所ごとに専門部として「公正取引部」を設置することも含めて、別途、抜本的な検討を行うべきである(関西経済連合会)。

公正取引委員会が出す排除措置命令や課徴金納付命令の適否を公正取引委員会自身が判断する現在の審判制度では、法を適用する機関と適用結果に対する不服申立ての審査を行う機関が同一となっており、制度の信頼性を確保することが困難である。

従って、公正取引委員会による審判制度を廃止し、排除措置命令・課徴金納付命令の適否に対する不服審査は、通常の行政事件と同じく、裁判所に委ねるべきである(キヤノン)。

#### 取消訴訟の提起の問題

改正法の排除措置命令に対しては、処分庁である公正取引委員会の事後審判制度では公正性に欠けることから、被処分者が直接裁判所に取消訴訟を提起する方法がある。裁判所は独立した中立性・公正性のある第三者機関であるが、排除措置命令は正式の行政処分として成立して事実上の推定力をもち、微妙な問題についてすでに合議制の専門機関が判断し効力を持っている行政処分に対し、処分前の状態に戻して公平な審理を期待することは困難である。取消訴訟は、公正取引委員会の審判制度に対する不信に基づきその廃止を前提としているが、上記(1)に記した独占禁止法の処分の性質に対応した審理方法としては、処分前に処分案についての事前聴聞(審判)手続が必

要である。米国の場合には司法省が裁判所に一定の措置を求めて提訴する方法がとられ、提訴段階では措置（処分）は未確定であり、被処分者の防御権を十分に認めた典型的な事前審理手続であって、行政処分後の取消訴訟は米国の事前裁判手続による審理とは全く異なる。

また、裁判所への取消訴訟と公正取引委員会への不服申立（審判請求）の選択の方法もあるが、いずれも事前聴聞手続ではなく、処分前における被処分者の聴聞権と防御権を認めたものではない上、カルテルや入札談合事件のように1事件で複数の事業者がそれぞれ裁判所と公正取引委員会に別個に取消訴訟や審判請求を行なう場合には、事件処理上の混乱が生じるので、適切な方法ではない（競争法研究協会）。

事前の聴聞手続を採用せず、改正後の直接の排除措置命令制度が在置される場合には、事後審判手続には上記の欠陥があるので、次善の策として、一般行政官庁の処分の場合のように、措置命令に対して裁判所に取消訴訟を提起できるようにし、公正取引委員会の審判制度は廃止する方法がある。この場合、訴訟提起があったときには、措置命令は失効し、必要な場合には緊急停止命令（20条の13）を用いることとする。課徴金については緊急停止命令の適用はないが、本来制裁金の場合には、刑罰の場合と同様に、裁判所の判断の後に課すことが原則であり、国家財源となる税金の徴収の場合とは異なる（競争法フォーラム）。

行政処分を行った公正取引委員会自らが不服審査を行うという制度に対する不信感は、いかに審査官と審判官とのファイアウォールを強化しても払拭できていない。公正な審理確保に対する信頼性向上のために、排除措置命令・課徴金納付命令については、現在の審判制度を廃止して、地方裁判所における取消訴訟によって争えるようにすべきである。

なお、審判制度を存続させる場合には、審級省略の廃止と実質的証拠法則の廃止等を検討する必要がある（経営法友会）。

改正法においては、審判官が審判手続を主宰する場合の権限を明確化するなど、審判官の公正取引委員会からの独立性を高める規定が設けられたものの、審査と審判を一つの機関が行うという公正取引委員会の審判構造については、例えば、参議院経済産業委員会の附帯決議において、審判部門の分離・独立の在り方について明確な対応を示すこととされるなど、結論が得られていない。

審判手続の在り方については、中立性・独立性を確保するという視点に立って、改正法の施行状況を注視しつつも、原則として、現行の審判制度を廃止し、地方裁判所に対する行政処分取消訴訟の提起という仕組みに改めることを検討すべきである。あるいは、移行措置として、現行の審判制度を維持しつつも、地方裁判所に対する取消訴訟の提起という選択等も可能とするといった仕組みについても検討することが必要である。その際には、競争法に精通する裁判官の養成など訴訟手続の迅速化に向けた対応も併せて検討すべきである（経済産業省）。

処分の迅速性および実効性の確保のために、行政処分後に不服申立てを受け付けるという現行制度のしくみ自体は合理的である。しかしながら、処分を下した公取委がその審判を自ら行い、その申立てに対して審決を出すことができる現行制度は、公正・中立性に欠ける。仮に誤った行政処分を行った場合には、重畳的な誤謬に発展するだけでなく、審判を請求した企業側にとって、重大な時間的損失が発生し得ることを懸念する。

したがって、審判官制度を公取委から完全に独立した機能として位置づけるよう制度上改めるか、少なくとも不服申立ての段階で、企業側が公取委による審判請求か、裁判所への取消訴訟の提起を選択できるよう改正すべきである（経済同友会）。

改正独占禁止法で制裁と権限の強化が図られたことから、それに見合った適正手続を確保する必要がある。そのための方策として、以下の提案を行う。

公取委が、審査・審判の両方を兼ねることは、適正手続の保障についての不信感を拭えないことから、公取委による審判を廃止し、公取委の行政処分に対する不服申立は、裁判手続に委ねるべきである。その場合、東京地裁又は大阪地裁に専門部を設け、専属管轄裁判所とすることが考えられる。

上記が実現されない場合は、審判は、公正取引委員会から独立した機関で行うものとし、審判官は、全て法曹資格者に限定するものとする。

上記が実現されない場合は、審査・審判の間に厳重なファイア・ウォールを設けた上で、事前審査制度に戻すこと(建築業協会)。

公正取引委員会の処分について公正取引委員会自らが審査を行うことは、制度上公正な手続きが確保されているとはいえない。不服審査手続きを廃止し、裁判所での取消訴訟の提起に一本化すべきである(国際企業法務協会)。

公取委による審判制度を廃止し、地方裁判所に対する取消訴訟によるものとするべきである。

理由：前回の法改正により、違反行為に対する制裁が強化され、国際的に見ても遜色のない水準となり、かつ、処分後に不服審査としての審判を行なう制度となったが、これは公取委が処分を決定するにあたり、公取委内で慎重な審査が行なわれることが前提となっていると考えられる。そうしてみると、自ら下した処分の当否を同一の組織で再度判断するという公取委による審判制度を廃止し、地方裁判所に対する取消訴訟によるものとするのが合理的・効率的と考える(JFEスチール)。

審査官と審判官との間にファイア・ウォールを設けても、公正取引委員会が自ら下した処分を、同委員会内部の審判制度を通じて審査を行うのは、公平性・公正性に欠けて非常に奇異である。知的財産権をはじめとする高度に専門性を要する分野でも地方裁判所に対する取消訴訟で十分対応できるのだから、独禁法だけが特別な審判制度を設ける必要はなく、公正な審理に対する信頼性を欠くという大きな問題がある以上、現在の審判制度を廃止すべきである(昭和電工)。

独占禁止法違反事件に対する手続には、刑事手続と行政手続とがあるが、後者については、公正取引委員会内に「審査部門」と「審判部門」とが並存している。公正取引委員会は、審判部門の独立性は法令等により保障されている旨を主張するが、このように同一の行政組織において、完全に独立であるべき2つの部門が並存する状況は、外部から見て極めて分かりにくく、また、行政手続の透明性という観点からも問題があるものとする。

行政手続の透明性を確保するためには、審判機能を裁判所の指揮による司法手続に服させるべきであり、公正取引委員会による審判手続は廃止すべきである(新日本石油)。

公正取引委員会が、自ら下した行政処分に対する異議申立について、自ら審判においてその適否を判断する現行の審判制度は、処分者と裁定者が同一という点において、審判官の独立に関してもいかなる運用を行ったとしても、制度の公平性に対する不信感を完全には払拭できない制度であるといえる。加えて、このように、自ら下した処分を自ら審査する制度は世界的にみても少数であることから、現行の審判制度は廃止し、地方裁判所において取消訴訟を提起して争う制度に変更すべきであると考えられる。この点、公正取引委員会の専門性を重視する考え方もあるが、かかる専門性は排除措置命令の事前手続を拡充することにより十分発揮できると考える(住友金属工業)。

審判においては、証拠に基づく事実認定が重要であり、審判官は法曹資格者であることが望ましい。

審査・審判制度の見直しができないのであれば、公正取引委員会の審判制度は廃止し、裁判所に対する取り消し訴訟とすべきである。

審判における準備書面をみると、受注調整行為について審査官が全ての事案について行為事実を説明せずに、一部について行為事実を説明し、他のものについては、「優に推認できる」として、行為事実の存在を主張している。

しかも、このような審判の結果において、違反行為の認定が取り消された事例は皆無に等しい。

このことは、公正取引委員会の審査官が自ら審査により行った排除措置命令等の行政処分の適否を、自らの審判において判断することとなり、公正な審理が確保されていないことを立証している(全国建設業協会)。

審判を「裁判所に委ねよ」の声もありますが、公正取引委員会による専門性は重要であり、審判制度の廃止には反対です(全国消費者団体連絡会)。

【意見】「事前手続と事後の審判手続は重複する部分が多」という意見(「論点整理」13頁(2))は、公正取引委員会の判断が重複する手続という意味において的確な指摘であり、その点で、事後審判制度は「競争当局が行った処分について自らが審判により不服審査を行う制度」(同14頁(3))であるため、「(事後審判)制度に対する不信感がぬぐえず、委員会に対する審判請求の他に、裁判所に対する取消訴訟提起を選択できるようにするべきである(同)。

【理由】現行の事後審判制度は、排除措置命令という委員会としての最終判断(行政処分)を再度、委員会自身が見直すという点において、「第三者性」を全く欠く制度となっており、さらに判断(審判審決)の根拠となる証拠等についても排除措置命令を下した際のものと同質なものであるため、手続として「公正・公平らしさ」「公正・公平らしい外観」を有していないという点において決定的な欠陥がある。

1. 手続的正義における「公正・公平らしさ」「公正・公正らしい外観」の重要性

(1) 判断内容の公平・公平さと判断手続の公正・公平さとの関係

「公正らしさ」「公正らしい外観」という言葉は多くの人にとって聞き慣れないものであるかもしれないが、以下に述べるとおり、国家機関の判断内容について国民からの信頼を得るにあたって極めて重要な要素である。

およそ国民の負託を受けて公的業務を行う国家機関が、公正・公平な判断又は処分を行わなければならないことは当然のことであり、公取委も例外ではない。現行法では、独禁法違反被疑事件に対して委員会が違反事実を認め、その判断は排除措置命令により示され、これに不服のある名宛事業者は審判手続により委員会の判断の見直しを求めることになる。そして、「公正・公平な不服審査」という観点からは、究極的には不服審査の結果である審判審決の「内容」が公正かつ公平であることが最も重要なことであり、これさえ確保されていれば審判審決に至る手続及び判断主体の公正・公平さは問題にならないという考え方もあり得ないわけではない。

しかしながら、一体どのような内容であれば判断として公正・公平であるのかは、「公正」「公平」という概念が価値に満ちたものであることもあり、また立場によっても異なり得るものであるため、この判断「内容」の公正・公平さの有無・程度を見極めることは容易なことではない。そこで、この「内容」の公正・公平さを担保するために、判断「主体」を含めた判断「手続」の公正・公平さ、さらには公正・公平という外形を確保することが考えられることになる。すなわち、判断の「内容」について利害関係を持つ者や国民から見て、判断をする「主体」と判断に至る「手続」とが公正かつ公平であれば、下された判断もまた公正かつ公平なものであろうとの推測が働き、判断内容に対する利害関係者の信頼・納得が得られる可能性も高くなるわけである。逆に、判断主体と判断手続が不公正・不公平な場合、そしてさらには不公正・不公平な外観を呈する場合、当該判断に利害関係を持つ者はもちろん一般国民をも含め、その判断内容も公正さ・公平さを欠くものなのではないかという不信感を生ぜしめる結果、判断内容についても信頼・納得も得られないことになる。

したがって、判断「内容」への信頼を獲得するためには、判断「主体」を含めた判断「手続」の公正・公平さ、さらには「外形としての公正・公平さ」を維持すること、すなわち、「公正・公正さを認識し得る外形的な公正さ」を確保することが極めて重要な課題となってくる。

以上の点を審判審決にあてはめるならば、審決内容への信頼を確保するためには、「公正・公平らしさ」を審判者と審判手続について確保することが重要な課題となる。

しかるに、現行の事後審判制度では、排除措置命令を下した主体である委員会が再度、自らの判断を審査するため、不服審査の判断主体に全く「第三者性」が確保されていないという意味において手続が公正・公平でないとの素朴な法感情を生ぜしめ、ひいては事後審判手続は対審構造や当事者主義的な構造の形式だけを拝借した排除措置命令是認に向けてのセレモニーなのではないかとの不信感を生み出すことになりかねない。

このような不信感に対しては、根拠のないものとして切り捨てる論者もいるかもしれないが、前述のとおり、判断主体が全く「第三者性」を欠き、しかも判断の基礎となる証拠の点でも事前手続と同質のものを用いているという点で（後述2参照）利害関係人はもちろん、一般国民から見ても不信感が残ることは不可避であり、そうであるとすれば、審判審決の内容についても不信感が残ることは避けられない。被審人を含めた国民の審判手続に対する信頼を抜きにして審判審決が説得力・感銘力を得ることは考えられないからである。

#### （2）第一次東芝ケミカル事件審決取消訴訟判決

上記のような判断主体（審判者）の公正・公平さ、さらに公正・公平らしさが委員会レベルで求められている点については、第1次東芝ケミカル事件の東京高裁判決においても指摘されている。すなわち、同判決は、

「職能分離の規定は設けられていないものの、準司法手続に関する法の基本原則として、審判者の公平を確保することが、公正取引委員会又はその委員に対しても審決をするに当たっては可能な限りもと求められているものと解すべきである」とした上で、「当該事件の判断をするに当たり、その公平さが疑問とされる客観的事由があるときあるいは公平らしい外観が損なわれる事由があるときには、審決に関与する資格を失うものというべきである」

#### 2．立法担当者の説明に対する反論（事前手続と事後手続の判断の同質性）

以上のような議論に対し、立法担当者は、旧法においても「勧告及び審判開始決定を行う要件は、公正取引委員会自体が、『違反する行為があると認める場合』であり」、現行法の審判手続も旧法のそれも「公正取引委員会がいったん違法であるという判断を下した事件について、それを再度審理するという基本構造に変化はない」と解説している。

しかしながら、旧法では、勧告及び審判開始決定を委員会が決断するにあたり、被疑事業者の意見や提出証拠を勘案することは法制度上予定されていなかった。すなわち、委員会は、勧告・審判開始決定は、自らが収集した証拠に基づいて行われることになっていたのであり、被疑事業者の意見や提出証拠を踏まえたうえで「違反する行為があると認める」制度設計とはなっていなかった。したがって、勧告・審判開始決定と審判審決が双方ともに「違反する行為があると認める場合」という同じ要件のもとに出されるものであったとしても（旧法48条1項・54条1項）勧告・審判開始決定は、被疑事業者の意見・提出証拠を考慮しないで「違反する行為があると認める場合」に出されるものであるのに対し、審判審決は、被審人の意見・提出証拠を十分に考慮したうえでなお「違反する行為があると認める場合」に出されるものなのであるから、形式的な文言上、両者が同じ要件のもとに出されることをもって両者が質的に同じ判断であると結論づけることは余りに早計であり、むしろ、両者は、被審人からの反論・反駁と反対証拠の検討を経ているかどうかという点において質的に異なる判断といわざるを得ない。さらにいうならば、勧告・審判開始決定は、被疑事業者からの反駁等を経ずして、公取委が収集した証拠だけで判断しているという点において、そこで認定されている事実は「嫌疑」としての意味を有しているに過ぎなかったといえる。

これに対し、現行法では、旧法下の勧告に位置づけられる排除措置命令は、被疑事業者の意見申述・提出証拠を吟味したうえで出されるものである。したがって、排除措置命令は、旧法の勧告・審判開始決定とは異なり、被疑

事業者の反論・反対証拠を吟味した上で出されることになるのであるから、審判手続を経て出される審判審決と同質の判断ということになるはずである。もちろん、一回的手続を念頭に置いている意見申述制度と被審人と審査官が主張反論を繰り返していく審判制度とでは、被審人の反論の詳細さや提出証拠の数は異なるが、審判で主張される反論の骨子や反対証拠の中心的なものは事前手続においても委員会に示されるはずであり、事前手続と審判手続とで被疑事業者(被審人)の反論・反対証拠は量的な差こそあれ、質的な相違はないと思われる。とりわけ、被疑事業者は、排除措置命令案の基礎となった証拠についても説明を受けることが審査規則において認められており(審査規則25条)この説明を受けたうえで意見申述や証拠提出が行われることを考えると、なおさら事前手続においてなされる被疑事業者の反論・反証と審判手続においてなされる被審人の反論・反証とは同質的なものとなり、それぞれの手続の結果下される判断にも質的な相違は認めにくくなる。

したがって、旧法においては、被疑事業者の反論・証拠を考慮することなく出した勧告・審判開始決定(嫌疑)について、審判手続において被審人の反論・反対証拠を吟味した上で、委員会が再度判断を下すことにはそれなりの意義があったといえるが、現行法においては、排除措置命令後に再度委員会が判断を行う意義は見当たらない。

### 3. 従来の行政審判制度論との関係

なお、立法担当者は、委員会が自ら下した判断について自ら判断することについては、従来から行政審判制度について論じられてきた問題と異なる位置付けた上で、塩野宏教授の以下の記述部分を引用して、現行の審判制度を擁護している。

「手続構造上、糾問的手続をとっている場合には、訴追機能と審判機能が同一の機関によって行われることから、自然的正義の原則...との関係で問題が生じる。この点については、わが国ではとりわけ、公正取引委員会について問題とされてきたところであって、手続内部において訴追機能に携わるものと、審判機能に携わるものを分離する試みがなされている...。審判機関と訴追機関を完全に分離しない限り、問題の根本的解決にはならないが、完全分離では、専門的行政委員会を置いて規制行政を行わしめるという趣旨に適合的でないことがあり、二つの要請を同時に完全に満足させることは困難であろう。」

しかしながら、この記述は、旧法下の事前審判制度を念頭に置いたものであって、新法下の事後審判制度までも射程に入れたものではあるかは明確ではない。また、上記記述は、審判機能と訴追機能とが公取委に存在することが前提とされているところ、審判開始決定制度が廃止された現行法においては、訴追機能は審査局が排除措置命令案を委員会へ提出する場面で発揮され、その後、委員会において被疑事業者に通知する排除措置命令案の決定と、被疑事業者の意見申述等を経た上で排除措置命令を下す場面で審判機能が発揮されるのであるから、執行力のある排除措置命令を単独で行える以上、訴追機関と審判機関とは分離されていないのであり、不服審査を裁判所によって行うことになったとしても、専門的行政委員会を置いて規制行政を行わせる趣旨は全うされているといえよう。

### 4. 専門性の問題

不服審査を裁判所が行うことについて、竹島一彦公取委委員長は「経済や競争政策に精通した公取委が裁判でいう第一審を担...う現在の制度は合理的」であり、「第一審を裁判所が担うことになった場合に、どこまで競争法などの専門知識を備えた裁判官を確保できるかなど現実的な問題が残る」と発言したことが新聞報道されている。すなわち、公取委の専門性を根拠とした審判制度の維持を主張しているようであるが、以下の理由から、公取委の専門性も、自らの判断を自ら再度審査するという手続的正義を著しく損なう現行の事後審判制度を正当化するほどの決定的根拠にはならないと思われる。

#### (1) 専門性が要求される範囲

まず、独占禁止法違反の有無を判断するにあたり、公取委の専門的知見が要求される範囲について今一度検討することが必要である。今日の独占禁止法違反事件の大多数を占めているカルテル事件・入札談合事件にあって争点となるのは、「競争業者間の合意」の有無であり、「一定の取引分野」や「競争の実質的制限」が争点となることは少ない。そして、競争業者間の合意の存否などは、契約成立における黙示の合意や共謀などの主観的事実に関する認定を数多く経験している裁判官でも十分に対応できるのであって格別の専門性が要求されるものではない。

また、課徴金審判にあっては、個別の入札物件について基本合意に従って受注調整（談合）が行われたのかどうか問題なることがほとんどであり、刑法の入札談合罪を処断できる裁判官がこのような問題を判断するにあたって専門性を欠くとは考えられない。

さらに、不公正な取引方法については、確かに公正競争阻害性については専門的な知見が要求される面があることは否定できないものの、この点を強調していくなれば、差止請求訴訟（24条）が不公正な取引方法のみに限定して認められていることを説明できないであろう。むしろ、差止請求訴訟において公取委への求意見制度が認められており（83条の3）この制度を利用することで裁判所が不公正な取引方法（公正競争阻害性）についても判断を下せることを独禁法自身が認め、かつ実際に判断を下している現状に鑑みるならば、公取委の専門的知見は、取消訴訟における一方当事者となった場合にも十分に発揮できるものと思われる。

#### （2）事件を経験することによる専門性の修得

次に、第一審的機能を公取委に集中させることは、公取委による独禁法運用の独占化とともに、いつまでたっても司法府に独禁法の専門家が育成されないという弊害を生むことになる。法律実務家は、生の事件を担当することによって成長していくものであり、逆に言えば生の事件を数多く経験していくことで知見を得ていくことができることからすると、裁判所に独禁法の専門家がいらないとする竹島委員長の発言も、いかに独禁法の運用が公取委だけに独占されてきたかを裏付けるものに他ならない。

また、現在では、知的所有権や医療過誤など高度の専門性を有する事件についても裁判所においても数多く審理されている。とりわけ、特許訴訟については独禁法訴訟と甲乙が付け難いほどの高度の専門性があることは、公取委同様に特許にも行政審判制度があることからしても明白である。それにもかかわらず、近年では、特許庁が独占的に扱ってきた「特許の有効性」についても裁判所が第一審から判断するようになってくるが（特許法104条の3）このことは高度の専門性ある分野であっても裁判官がそれらの事件を多数扱っていく中で十分に専門的知見を修得することができることを如実に物語るものである。

そうだとすれば、独占禁止法違反事件の第一審的機能を裁判所が担う場合の問題点は、独占禁止法に関する専門的知見を修得した裁判官が育つまでの過渡的な対応をどうするかという課題に過ぎず、これに対しては、特許庁職員の裁判所調査官制度（裁判所法57条2項）と類似の制度を導入すれば十分に対応は可能であると考えられる。そして、独占禁止法の運用を裁判所にも開放することが、長期的に見れば司法部門における独禁法の専門家を増大させ、ひいては競争政策の担い手を広く確保していくことができるというメリットを生み出すことになる。

#### 5. 他の事後審判制度との関係

独占禁止法以外に、事後手続として準司法的手続が法定されている例としては、不利益処分を受けた職員の不服申立てについて人事院が行う審理（国家公務員法91条） 鉱業法等に基づく処分に対する不服申立てについて公害等調整委員会の裁定委員会が行う裁定に係る審理（鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律30条以下、以下「土地利用調整法」という） 地方労働印委員会の処分に対して中央労働委員会が行う再審査（労働組合法25条2項） 総務大臣の処分に対する異議申立てについて電波監理審議会が行う審理（電波法86条以下）

公正競争規約の認定・取消しに係る審判（景品表示法12条6項）、特許庁の特許拒絶査定不服申立てに対して行う審判、地方海難審判庁審判官の判決の不服申立てに対して行う審判、国税に関する法律に基づく処分に対する不服申立てに対して行う審判があるとされている。

しかし、上記からは、原処分決定権者と事後審判（不服審査）を行う者が別であり、「第三者性」が確保されていることから、これらの制度の存在は、現行法の事後審判制度の合理性を基礎付けるものではない。すなわち、については、例えば休職、免職、懲戒処分等の不利益処分は任命権者（国家公務員法55条）が行うものであり（国家公務員法61条・84条1項）、これらの不利益処分に対する不服申立ての審理は人事院が行い、については、鉱業法等により行われた処分の決定権者とは異なる裁定委員会（公害等調整委員会の委員長及び委員のうち3名により構成される）が裁定を行い（土地利用調整法2条）、についても原処分の決定者（地方労働委員会）と再審査を行う者（中央労働委員会）とが異なることは明らかである。

また、～については、審理の対象となっている事柄がテクニカルな性格の強いことを根拠として審判制度が採用されている点や、経済全体へ与える影響の度合いという点において独占禁止法とは全く異なる。すなわち、独占禁止法違反が認められた場合には、審決により排除措置命令や課徴金納付命令が確定し、被審人の経済活動に及ぼす影響や不利益が甚大になる危険性があるだけでなく、独占禁止法が生成変化する複雑な経済事案を対象とし、経済全体への決定的な影響を及ぼす点において、要請される判断の公正・公平さが全くなる。電波、景品表示における公正規約、特許、海難、国税の問題が経済に何ら影響を与えないとまでは言えないが、いずれも局地的な問題であって、独占禁止法ほど経済全体に影響を及ぼすものではないだろう。

以上より、他にも事後審判制度があることをもって独占禁止法の事後審判制度を合理的なものとして説明することには無理があると思われる。

#### 6. 小括

判断主体の「第三者性」は公正・公平な不服審査の最低条件であるところ、委員会が合議体であることを勘案したとしても、合議体として自ら下した判断について第三者的・中立的に判断することは困難であり、不服審査の場であるはずの審判手続が、自らが排除措置命令において下した判断にほころびがあった場合にそれをつくろうための場であるとの印象を与える危険性存在する。

したがって、以上より、当職は、不服審査における「公正・公平らしさ」、すなわち「公正・公正さを認識し得る外形的な公正さ」を確保することで不服審査制度に対する国民の信頼を獲得する観点からは、独占禁止法違反事件における不服審査については、「第三者性」を確保するべく裁判所への取消訴訟提起の途が開かれてしかるべきと考える。

もっとも、公取委が競争法について専門的知見を有していることもまた事実であることから、排除措置命令の名宛事業者が望むのであれば、公取委に審判を請求する権利は認められるべきであるので、公取委への審判請求と裁判所への取消訴訟提起の選択制が適当と思料する。但し、選択制にする場合には、カルテル・入札談合等の複数の事業者が排除措置命令の名宛人となり、その一部は裁判所への取消訴訟提起を、他の一部は公取委への審判請求を行った場合には、事件が裁判所と公取委とに分属しないような立法的な手当てが必要である（日比谷総合法律事務所 弁護士 多田敏明）。

審判手続については、裁判官としての審判官と 検察官 としての審査官が同じ事務総局のなかに置かれている仕組みとなっており、公正性の面で問題があり、見直しが不可欠である。このためには、公取委の審判ではなく、全て裁判所で行うという根本的な仕組みの見直し案も検討してもらいたい（中部経済連合会）。

事業者、事業者団体が排除措置命令に不服がある場合、公取委が事後的に審判において原処分の当否の判断を行うことなく、地方裁判所に取消訴訟を提起することができることとすべきではないかとの意見は、要するに公取委の審判を廃止することを提案するものである。しかし、独禁法を運用する専門機関・準司法的機関である公取委の第一次的判断を経ることなく、直ちに裁判所（しかも地方裁判所）に取消訴訟を提起できることとすれば、独禁法に係る事件（私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法、事業者団体の禁止行為などに関する事件）の専門性からして、経済実態や専門的知見に基づいた法的判断が導かれぬおそれがある。入札談合についても、一定の取引分野の画定や違反行為者の範囲等に関して専門的判断が必要な場合があり、入札談合の事件についてだけ直ちに裁判所へ取消訴訟を提起することができることも妥当でない(早大教授 土田和博)。

について。こうした見解が出てくること自体、改正法が導入した手続が基本的な発想において間違いであったことを象徴しているように思われます。つまり、公取委の専門性・中立公正性・独立性に期待しない簡易な手続で下された排除措置命令等は、一般の行政処分と同視できるということです。ここから、一般の行政処分についての効力否定の方式である行訴法3条1項の取消訴訟が救済手段として想定されるのは順当なところでしょう。しかし、この見解は、公取委という中立公正な審判を行う専門的な独立の行政機関としての存在意義を否定するもので到底容認することはできません。この見解を採用したとすると、公取委は一般の省庁と変わりなくなってしまいます。独立行政機関としての公取委の自殺行為ともいえる見解で、賛成できません。

そもそも改正法が簡易な審判手続を不服申立の手続に位置づけてしまったことが誤りであると思います。その理由は、前記私見1で述べたとおりです。

について。この場合も、と同様、公取委の独立行政機関としての存在意義がなくなると思われます。

について。基本的に賛成です。

について。事案解決にとって公取委の法的・経済政策的専門能力が是非とも必要なハードケースをどのように処理するのかが問題であるといえます。ハードケースについて公取委の専門的知見に期待すべきであり、その点で、（事前手続とするか、事後手続とするかの位置づけはともかく）公取委の審判官が行う審判手続には大きな意義があると考えます(学習院大教授 常岡孝好)。

主要国の競争法において、競争当局が行った処分の不服申立てについて、自らが審判により対応することは例がなく、判断の公正性の確保の観点から、行政訴訟の一般原則にしたがい、地方裁判所に対する取消訴訟の提起によって対応すべきである(電子情報技術産業協会(JEITA))。

自ら審査を行い、排除措置命令・課徴金納付命令を出す公正取引委員会が、自ら行った行政処分の当否を自らの審判において判断することは、如何に審査官と審判官とのファイア・ウォールを強化しても、公正な審理が本当に確保されるのか、不信感は払拭できず、根本解決にはならない。

この際、自らが行った行政処分の適否を自ら判定する公正取引委員会の現在の審判は廃止し、公正取引委員会の行政処分に対する不服申立ては行政訴訟の一般原則に立ち返って、地方裁判所に対する取消訴訟の提起という仕組みに改めるべきである。

これについては、独占禁止法の執行に関する専門性を理由に、審判制度の必要性を主張する考え方もあるが、専門性の高い知的財産分野における訴訟制度の近年の充実を鑑みれば、専門的知識を備えた裁判官の養成等を前提に、事実認定の最初の段階から裁判所で行うことが、むしろ当然の姿である(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

1) 公正取引委員会における審判を廃止し、地方裁判所での取消訴訟とすること。

1) ができなければ、2) 審判は公正取引委員会と組織的につながらない他の機関で行うこと。

1)、2)いずれもなされないのであれば、3)企業が納得できる審査・審判間の厳格なファイアー・ウォール(例えば、審査官と審判官の人事を別系列とする等)を設けること(日本建設業経営協会)。

委員の意見 「主要国においては・・・排除措置命令・課徴金納付命令は、審判ではなく、取消訴訟によって争うようにすべきである。」に賛同いたします。

主要国で競争当局が行った処分について自らが審判により不服審査を行う制度は例がないこと、公正取引委員会の構成(審査官・審判官が同じ公取委の職員)からすれば公平性に対する不信感がぬぐえないことから、処分に対する争いは、審判の手続きを経ることなく、地方裁判所の取消訴訟で争うようにすることも検討に値する。

特に今回の改正に伴い処分が重くなり、様々な制裁(違約金、営業停止、指名停止、刑事告発等)が伴う場合は、単に法曹資格者の拡充や審判官の独立性確保といった現行制度内での改革では不十分で、制裁を受けるに値する厳正な判断(裁判)の要請は大きくなると考える。

なお、委員の意見 「独占禁止法・・・入札談合事案については、競争政策上の専門性がそれほど重要とは言えないのではないか。」の通り、入札談合事案は、事実認定が重要な課題で、競争政策上の専門性は重要とは言えないと考えますので、この面からも、公正取引委員会が専属的な第一審である必要性は薄いと考えます(日本建設業団体連合会)。

独占禁止法の基本規定には「競争の実質的制限」、「公正競争の障害」、「不当に」など抽象的な要件が多く、その内容は個別事件ごとに解釈・適用されるなど、事実認定と証拠の評価・判断が難しいケースが多い。独占禁止法は改正によって被審人に対する処分は従前よりも重くなっており、誤審の場合、取り返しのつかない打撃を被審人に与える可能性もある。従って、独占禁止法の運用においては、規制官庁が一方的な審査により処分することは不適切であり、被処分者の防御権として処分を行う前に被処分者の意見を十分に聴く事前聴聞手続を前提とした、改正前の事前審判手続とするべきである。

仮に、現行の事後審判手続を維持するのであれば、公正な審理および手続の信頼性、透明性の確保が重要であり、不服審査のあり方については、裁判所への取消訴訟を提起する方法をとるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

審判を「裁判所に委ねよ」との意見もありますが、公正取引委員会が有する専門性は尊重すべきです。従って、審判制度の廃止には反対です(日本消費者連盟)。

公正取引委員会の審判制度は、市場構造や取引慣行などの経済実態を踏まえた専門性という見地から判断するために設けられている制度ですから、審判制度の廃止はするべきではありません(日本消費生活アドバイザー・コンサルタント協会消費者提言特別委員会、同協会同委員会委員(個人)、消費生活コンサルタント(個人))。

なお、経済界からは公正取引委員会による審判制度を廃止すべきとの意見も出されている。しかし、独占禁止法違反事件の審査には経済実態や競争・市場についての専門的な知見と判断が必要であり、専門機関としての公正取引委員会の審判を経てなお不服ある場合に裁判により争うという現行の枠組みを堅持すべきと考える(日本生活協同組合連合会)。

[基本的な考え方]

改正独占禁止法では、大幅に制裁の強化がなされたが、審査・審判制度は制裁強化に見合ったものとはなっていない。根本的な問題として、事実の調査を行う審査官と審判を行う審判官が公正取引委員会の職員であり、いずれの最終決定権者も同じ公正取引委員会の委員であるため、身内が集めた証拠をもとに予断を持った上で審判に当たるといふ、欧米主要国の制度には例のない特異な制度となっている。

審査・審判制度の見直しに当たっては、憲法第31条が求める「適正手続き」を保障し、欧米主要国に倣った民主的な制度とすることが必要である。

このため、当協会としては、

ア) 処分を巡っての争いは、

公正取引委員会における審判を廃止し、地方裁判所による取消訴訟とすること〔意見1〕

地方裁判所による取消訴訟とすることができないのであれば、審判は、公正取引委員会とは組織的につながりのない他の機関で行うこと〔意見2〕

イ) 上記のいずれの制度改正もなされないのであれば、審査・審判間の厳格なファイアー・ウォールを明確に設けた上で、事前審判制度に戻すこと〔意見3〕

を提案する。

〔提案の内容〕

〔意見1〕 違反行為に対する制裁が重くなっており、処分を巡っての争いは公平性を確保するため、公正取引委員会による審判制度を廃止し、地方裁判所での取消訴訟とすること

今回の改正独占禁止法では違反行為に対する制裁が強化されたこと、また、独占禁止法の処分に伴う様々な制裁（違約金、営業停止、指名停止、刑事罰等）が課（科）されることが定着してきており、違反行為に対する制裁は極めて重くなった。このような状況における処分を巡っての争いは、公平性を確保することはより重要となっており、単に法曹資格者の拡充や審判官の独立性確保といった現行制度内での見直しでは不十分であり、厳正な裁判における判断が必要である。

また、現在の制度では、審判を第一審と位置づけ、審決取消訴訟を高等裁判所からスタートさせていること、加えて独占禁止法第80条（実質証拠主義）により、高等裁判所での事実認定が公正取引委員会で行われた審判の結果に拘束されることは、三審制の確保という点からも大いに問題である。

以上の理由から、現在の審判制度を廃止して、地方裁判所での取消訴訟とすべきである。

〔意見2〕 独禁法による処分を地方裁判所による取消訴訟とすることができないのであれば、審判は、公正取引委員会とは組織的につながりのない他の機関で行うこと

上記、〔意見1〕に示した制度整備がなされないのであれば、公平性を確保するため、審査官と審判官が同一組織に属する職員であることを解消することが必要である。このため、審判は公正取引委員会とは組織的につながりのない他の機関で行うこととすべきである。

〔意見3〕 上記のいずれの制度改正もなされないのであれば、審査・審判間の厳格なファイアー・ウォールを明確に設けた上で、事前審判制度に戻すこと(事務局注：以下省略。省略部分は、本資料 84-85 頁の日本土木工業協会意見参照)(日本土木工業協会)

【意見】

カルテルや入札談合に対する排除措置命令及び課徴金納付命令に対する異議申立手続は、公取委による審判手続と地方裁判所に対する命令取消訴訟のいずれかを選択できる制度に改めるべきではないか。

【理由】

(1) 価格カルテル、談合、さらに今回の改正でシェア・カルテル、取引先カルテルなどが課徴金の対象行為となり、課徴金の割合も増額された。その結果、これらの行為に対する排除命令や課徴金納付命令は制裁的要素を色濃く有するものとなった。このため、かかる行為に対する命令については、事業者としても迅速・適正な司法的

判断を求める切実な必要性和合理性が生じている。

(2) 公取委における審判手続については、かねてより次の疑問が提示されてきた。これらの疑問点の克服は決して容易ではないことを考えると、排除措置命令に対する異議申立手続のうち課徴金納付を伴う重大事案については一審から地方裁判所で争う余地を認めることが公平性、公正性を制度的に確保できると思われる。

現行制度では、公取委の委員が合議の上排除措置命令や課徴金納付命令を決定した事案について、審判手続を経た上で、公取委の同じ構成の委員が合議の上結論を下すことになっている。しかし、一旦決定した結論を同じ委員が覆すことは極めて困難であると考えられ、このことについての異議申立する側の疑問、不信はぬぐいがたいものがある。

また、審判手続を主宰する審判官は審判の案文こそ作成するものの、最終結論を下すのは審判に常に臨席しているわけではない公取委の委員である。このように審判手続に直接立会うことのない委員が異議申立に対する結論を下すということについても事業者側の不満があった。

他方、審判手続における証拠の詳細な検討、審査官と被審人間の攻撃防御、競争に関する考え方の新たな理論的展開などの結果、審判手続を経て「違反事実なし」として審判開始決定が取り消された事例が過去に13件存在している。これは、公取委における審判手続の公正さが確保されてきたことの証左と評することもできよう。

さらに、審判官は審判の案文を作成することが制度上保障されることにより、判断者としての独立性が制度上もより確保されたとも言えよう。

しかしながら、行政機関たる公取委が訴追機能と審判機能を併有することについては、とりわけ課徴金納付対象となる重大事件においては、審判手続の公正さの保障の観点から問題が残ると言わざるを得ない。

排除措置命令に至る審査手続を担当する公取委の職員と、審判手続を主宰運営する公取委職員との間のファイアーウォールの確保についても実際上困難が伴うであろう。また人事異動などによるファイアーウォール確保への疑問が提示されている。

カルテルや談合事件の審判手続において求釈明論争や証拠の取扱い等をめぐって紛糾し、手続が長期化する傾向が指摘されている。懇談会に提出されたデータでは事業者に代理人弁護士がついた事件や課徴金納付が伴う審判審決事件で、どの程度の審判期間を要しているか不明である。

また、裁判所における民事訴訟手続と公取委の審判手続において、証拠書類や供述に関する取扱いの在り方や証拠価値の評価について、相当の差異があるため、手続上の混乱や公平性への疑問が指摘されてきた。

このような審判手続の長期化を防ぎ、手続の公平を期すためには、むしろ裁判所で迅速処理した方が効率的な事件もあると思われる。

審判手続を効率化し、対審構造の公正・公平を期すため、審判官として裁判官など司法資格を有する者を採用したり、公取委に出向するよう求めたりすることがなされており、その実施は望ましいことである。現在も7名中3名が有資格者で、うち2名が元裁判官である。そのような人事面の努力によって、審判機能の充実を図ることは緊急の課題である。他方、そのような人事異動を追及するのであれば、裁判所で初めから審理することで足りるのではないかという指摘もなされている。

現行審判制度は、独禁法違反事件には裁判所の審理になじまない特殊性や経済活動の専門性があるとして、第一審の判断を公取委の審判によることとされた。しかし、現代社会では、知的財産権や医療過誤等の特殊事件も裁判所で審理されており、もはやこの特殊性は現行制度の根拠とはなり得ない。確かに企業結合の是非につ

いての判断は優れて経済活動の現場に密着しており、専門性を尊重すべき面はある。しかし、カルテルや談合等の課徴金納付対象行為については、事実認定が主要な争点となるのであり、裁判所の審理によることも十分可能である。現に多くの談合事件が、裁判所において刑事・民事の両面で審理されてきたが、裁判官の専門性に疑問を生じるような不合理な判決がなされたとは思われない。

この分野の裁判例は必ずしも多くない。このため、判断基準が必ずしも明確になっていないという指摘がなされてきた。意見の趣旨に即した制度の改正で、一審の判断を地方裁判所が下すことによって、司法上の判断基準が判例の集結に基づいて明確化するので、公取委の審査手続も法的安定性を確保しやすくなることが期待できる。

(3) 上記制度改正によって、公取委の負担は当初は増えることになるかと思われるが、司法手続に慣れることによって、審判手続は司法手続と同様の公平性・透明性を確保し国民から信頼されることが期待できる。

(4) このような選択制は例えば不当労働行為についての労働委員会の救済命令に対して、中央労働委員会と裁判所のどちらに異議申立をするか選択できるとしていることと類似している。

また選択制はわが国と類似した独禁法制下にある韓国ではすでに採用されている(日本弁護士連合会)。

「排除措置命令」や「課徴金納付命令」という行政処分を出した公正取引委員会が、自ら行った行政処分の可否を審判において判断することは適当とは思われず、第三者が客観的な立場から行政処分の妥当性を判断すべきである。したがって、公正取引委員会の審判は廃止し、行政処分に対する不服申立ては、裁判所に対する取消訴訟で対応すべきと考える(日本貿易会)。

審査・審判の在り方については、判断権者の独立性の問題、事前手続と事後の不服審査とのそれぞれにおける適正手続の保障の仕組みや両者の関係の整理など、相互に関連する点の総合的な解決が求められる。

事前審判制への復帰や、審判制度の廃止(地方裁判所での取消訴訟への一本化)など、様々な方策が論じられているところであり、以下各項目との関係で個別に見解を申し上げるが、既に施行されている平成17年改正の内容を生かしつつその改善を図るための方策としては、地方裁判所での取消訴訟という途の、審判請求と選択的なものとしての創設が、適切であると考えられる。

(関連事項として)上記の審査・審判の在り方に関連する事項として、排除措置命令の執行手続の運用において、執行に関する公正取引委員会への承認申請の期限が、審判請求の期限よりも相当程度前の日付として設定されることは、法が不服申立期間(60日)を保障していること(法第49条第6項、同50条第4項)を事実上没却するものとして、問題であると考えられる。

この点通常は、一般の行政行為に関する公定力等に関する議論をまつまでもなく、いわゆる裁決主義をとる法第77条第3項や審判請求によっては執行が停止されないことを定める法第54条等の解釈として、上記のような運用がなされうる(それが上記不服申立期間の保障とは必ずしも矛盾しないと解することも可能である)と理解されているように思われる。事実、例えば床材カルテル事件においても、承認申請の提出期限は、当該事件における審判請求の期限よりも20日弱、前の日において設定された(これに対して、沖縄談合事件では、承認申請の提出期限は、審判請求の期限と極めて近接した日に設定されていた)。

しかしながら、手続対応の中で、発令された排除措置命令に関して不服を有しており、審判請求を行うことも検討している事業者の立場からすれば、当該排除措置命令に従った執行の承認申請を行うことは、相矛盾する2つの行動を同時並行して進めることを事実上強いられることになる。

かかる不合理な事態を回避するためには、事業者としては、承認申請の期限よりも前に審判請求を行った上で、

公正取引委員会の職権による執行停止(法第54条第1項)を求めて上申するか、裁判所による執行免除の申立て(法第70条の6)を行う必要がある。いずれにしても、事実上、法が保障する審判請求のための検討期限(60日間)よりも前に対応を決断せざるを得ない状況に置かれることになる。しかも、そういった状況に置かれることになるのか否かは、公正取引委員会側の運用(執行に関する承認申請の期限の設定の如何)に委ねられることになる。

そもそも排除措置命令の執行停止については、改正前の検討では審判請求があった場合には原則として執行を停止することが予定されていたとの指摘があるが、実際の平成17年改正法は、これとは全く逆の内容となっている。かかる状況を踏まえ、被審人の申立権と執行停止要件の明記などの規定の整備が必要であることが強く指摘されている。

ただし、仮に被審人の申立権と執行停止要件の明記などが実現されたとしても、それが審判請求の存在を前提とするものであるならば、事業者としては、審判請求を行った上で執行停止を得ない限り、執行のための承認申請を免れ得ないことになり、その承認申請の期限が、審判請求期限よりも前に到来するのであれば、結局のところ、本来法が保障する審判請求期限よりも前に、審判請求の判断とそのための準備を強いられることになる。これは重大な適正手続保障違反である。

これを解決するためには、例えば従前の勧告(とその応諾)制度のような略式の手続により、事業者側の納得が得られている場合には引き続いて直ちに執行手続に入ることとし、それが無い場合、少なくとも不服申立て(審判請求、あるいは地方裁判所への取消訴訟(上記))をなし得る期間中に執行手続を進めること(同期間経過前の承認申請期限の設定)は許されず、同期間経過による命令の確定をもって執行手続が進められることとし、仮に不服申立てがあった場合には執行は許されないこととする、という制度設計が考えられる。なお付言するに、平成17年改正が多発する審判請求への対応を意図するものであったところ、かかる制度設計はそれに逆行するものであるとの指摘も考えられなくはないが、そもそも平成17年改正前に懸念されていたのは課徴金納付命令に関する審判請求の問題であり、ここでの検討の対象である排除措置命令に関する問題とは切り離して考えるのが適切である(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。

競争当局が行った処分について自らが審判により不服審査を行うという制度自体に対する不信感がぬぐえないという意見は、極めて適切な指摘である。その解決策として、地方裁判所での取消訴訟に一本化するのか(意見)公正取引委員会への審判請求との選択制とするか(意見)については、いずれにも長短があるところである。いずれにしても、公正取引委員会への審判請求ではなく地方裁判所での取消訴訟を提起するという途が設けられるべきである。

公正取引委員会という独立行政委員会を設置した趣旨を踏まえると、一次的には専門知識に基づいて委員会が慎重に判断する機会を設けるべきであるとする意見については、むしろそういった趣旨は排除措置命令等が発せられるまでの過程において十分に実現されている(実現されるようにすべき)と考える。いかに法執行の実効性確保が重要としても、その効果・影響の大きさに鑑みれば、排除措置命令等について安易・拙速な発令が許されてよいわけではない。専門知識に基づいて慎重に判断された上で発令された命令である以上、公正取引委員会としてはもはや自身による再考の機会は無用であり、確信を持って第三者(裁判所)による判断を仰ぐべきである(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。

上述(1)で述べた理由(事務局注：本資料70頁の宮代弁護士意見参照)により、の意見に賛成する(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論：

）不服審査の権限を公取委から裁判所に移すべきであるとの見解、あるいは公取委の審判手続と裁判手続との選択とすべきであるとの見解については、適正手続の徹底と審判手続の効率化の観点から、事実認定が判断の主たる部分を占める入札談合事件のみに限定すれば、このような制度枠組みにも一定の合理性は認められる。

）しかし、その場合は、現状として公取委が処理する事件全体の7割以上を占める入札談合事件について、その多くの不服申立が裁判所に持ち込まれるとすると、公取委の大幅の負担増に繋がることは必至であり、入札談合の分野における独禁法執行力の低下が懸念される。

）また、その他のカルテル、私的独占、企業結合等については、公取委による専門的分析が必要であるので、不服審査を民事裁判に付するには馴染まないし、入札談合事件についても、その全てが経済分析抜き的事实認定だけの問題とは断言できない。

）従って、このような独禁法執行の基本構造を大きく変更する改正については、平成17年改正後の効果や実務上の問題点を相当期間見てから、その要否について将来的課題として検討すべきである。

理由：確かに、公取委による審判手続が、追及する部門と審決により判断する部門が公取委という同一機関に同居して客観的判断が可能であるのかとの懸念、事実認定については民事手続に長じた裁判所の方が効率的に処理できるのではないかと、との見解には理解できる部分もある。そして、入札談合事案に限定すれば、その多くは、単なる談合行為と違法な利得額に関する認定・評価の問題に過ぎないので、公取委の専門性が不可欠とまでは言えない。

しかし、私的独占、カルテル、不公正な取引方法、企業結合等の問題については、公取委の専門的知識・経験は欠かせないし、入札談合事案の一部にも専門的経済分析を必要とするものも存在する。その中で、入札談合のみを裁判所の取消訴訟に付する合理的説明は付かない。

現実問題としても、現在の入札談合の全国的蔓延状況に引き較べた場合の公取委の人員・予算規模からして、談合事案のほぼ全件が訴訟事案に持ち込まれた場合、その摘発能力に支障を来すことが懸念され、それは結局、独禁法秩序の深刻な低下を招くことが強く危惧される。公取委による入札談合やカルテルの摘発は、納税者である一般国民に代わって、公益を代表して迅速に法執行を行うためのものであるから、それが迅速に行われる審判手続は、一般消費者の利益保護のために重大な役割を果たしていると評価できるから、そのような公取委の任務が著しく阻害されるような結果となるのであれば、行うべきではない。

従って、少なくとも次期改正においては、現状の基本構造は維持した上で、将来的に談合事件等について審判手続から裁判所の民事手続に移行させるにしても、その場合には、訴訟負担増に耐えるだけの公取委の遂行能力（予算・人員面）の抜本的拡充、裁判所側の体制整備（専門部の設置と担当裁判官の研修・訓練、独禁法問題に通じた専門委員の登用等）をも同時に行うことが前提とならなければならない（弁護士 山口廣他）。

排除措置命令等を争う場合の「公正取引委員会自らの審判」は、法制度運用の公平性の確保、期待に水を差すものである（事業者）。

勧告制度が廃止され、公正取引委員会における審査手続により排除措置命令が出される以上、当該命令は事業者の弁解/是正努力の余地を著しく制限している制度となっている（事前手続は存在するがどの程度事業者の主張を保証できるのか運用事例がない以上現段階ではなんともいえない）。当該制度のもとで出される行政処分に対しこれに異議をとなえる場合、行政処分権限のある当局ではなく第三者の判断つまり裁判所による判断の取得が重要になる局面があると考えられる。一方、公正取引委員会においても自ら下す処分の是非を第三者である裁判所に委ねることにより、当該処分の適正性を裁判所により保証されうる機会ともなる。行政処分に対する不服申立てとして、これ

	<p>を公正取引委員会の審判手続きに委ねるのかそれとも行政訴訟に委ねるのか、事業体に選択の余地を残しておくべきではないか(事業者)。</p>
<p>(4) 排除措置命令と課徴金納付命令の在り方について</p> <p>カルテルは、調査開始によって崩壊するのが通例であって、その場合排除措置命令を課す必要はない。</p> <p>排除措置命令と課徴金納付命令は事実の認定と法律の適用という点で共通しており、別の手続とする必要はないのではないか。</p> <p>改正法は、もともと別の手続であった排除措置命令と課徴金納付命令をできるだけ統合しようとしたものであるが、課徴金納付命令に係る審判では売上額など個別具体的な問題を扱うことから、完全に一緒にすることは難しいのではないか。まずは、改正後の独占禁止法の運用をしてみる必要があるのではないか。</p>	<p>手続きの効率を考えれば、排除措置命令と課徴金納付命令は当然一体化すべきである。排除命令を中心とする考え方にこだわる必要はなく、課徴金納付命令のみ行うことも考慮されてよい(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>公正取引委員会の調査開始によりカルテルが崩壊し既往の違反行為となっている場合、排除措置命令を行うことができるのは、現行法上も「特に必要がある」場合に限られており(7条2項)、この点について改正する必要は認められない(流通科学大教授 小畑徳彦)。</p> <p>排除措置命令と課徴金納付命令は、事実の認定を法律の適用という点で共通しており、不服審査を別々に行うことは非効率であることから、1つの手続とする方が合理的である。しかし、そのような制度とする場合には、課徴金の算定に時間がかかるために排除措置命令が遅れるという事態が生じることがないように、排除措置命令を先行して行うこともできる仕組みを設ける必要があると考える(流通科学大教授 小畑徳彦)。</p> <p>現状では排除措置命令に関する基準が明確でなく、透明性に欠けるところがあるため、どのような案件にどのような措置を講じるか一定のガイドラインを作成して公表すべきであると考えます(京セラ)。</p> <p>排除措置は、事業者の自由及び財産に対する公権力の行使であり、必要最小限の範囲に止めるとともに、同様の事案における措置の公平性も求められる。しかし、現状では、排除措置命令で命ずることのできる内容については、大幅に公正取引委員会の裁量に委ねられている。公正取引委員会は既往の違反行為に関する排除措置として「過去、違反行為を取りやめていることの確認」について取締役の決議を求めるが、本来、取締役会における決議は、各事業者の「業務執行の決定」であり、排除措置で求める決議は、取締役会の決議事項として会社法上適切なものか疑問がある。さらに、昨今の事例では、従業員の配置転換や、それを取締役会で決議することまで、公正取引委員会の排除措置として命じられている。このような事業者の自治・専決事項に踏み込む措置命令は慎重に発せられるべきであり、一定の歯止めを設けるべきである(経営法友会)。</p> <p>委員の意見に賛成である。排除措置命令を受ければ、建設業者は、発注者から指名停止処分を受けて大きな打撃を受けることになるので、排除措置命令を発令することについては、慎重に対処されたい(建築業協会)。</p> <p>両命令について、違反行為の程度、態様に応じて使い分けることについては、一定の意義がある。ただし、これらを別の手続とすると、企業としては同一案件について二重の対応を要求されることとなるため、実務上の弊害が生じることから、一定の調整が必要である(国際企業法務協会)。</p> <p>排除措置命令に関し、同命令を行なう要件(特に、すでに違法行為がなくなっている場合について)ならびに同命令の内容・範囲について法律で規定すべきである。</p> <p>理由：現行、その必要がないものについてまで排除措置命令が出されているおそれがあり、さらに、命令の内容・範囲につき大幅に公取委の裁量に委ねられている現状を見直すべきである(JFEスチール)。</p> <p>排除措置命令の内容は、公正取引委員会の裁量に大幅に委ねられており、透明性に欠ける。近年、「今後、違反行為をしないことについて取締役会の承認を得ること」など内容が具体的に過ぎる命令も散見され、排除措置が競争維持に要する間接規制の範囲を超えないよう、取りうる排除措置命令の内容を法律で限定列挙すべきである(昭和電工)。</p> <p>行政機関である公正取引委員会は、非身体的・非金銭的制裁の機能(排除措置命令等)に特化し、その内容は、法令に基づき、公正取引委員会の行政裁量を可能な限り縮減し、行政制裁の名宛人に反駁の機会を十分に与えるなど、</p>

適正手続が十分に確保されるものに限定すべきである(新日本石油)。

現行の排除措置命令については、その適用について明確な基準がなく、公正取引委員会の裁量が非常に大きくなっているため、措置が適切であるかどうかを判断するのが困難である。従って、ガイドライン等により適用についての基準あるいはルールを設け、かかる基準に従って排除措置命令を行う、より透明性がある制度にすべきであると考える(住友金属工業)。

排除措置命令は、違反行為がなくなっている場合にはその必要はなく、独占禁止法第7条2項の趣旨に即し限定的に行うこと

独占禁止法第7条2項は、違法行為が既になくなっている場合は原則として排除措置を命ずることができず、例外的に「特に必要があると認めるとき」に排除措置を命ずることができると規定している。

「委員の意見」にあるとおり、カルテルなど違法状態は、公正取引委員会の調査開始により解消するのが通例であり、その場合には排除措置命令の必要はない。まして、公正取引委員会が調査開始後1年を経過した案件は課徴金納付命令だけで十分である。

以上より、排除措置は原状回復、課徴金には行政制裁という趣旨を逸脱することのないよう、明らかに公正な競争環境に回復している場合には、制裁的に排除措置を命ずることのないよう、独占禁止法第7条2項の趣旨を徹底した運用がなされるようにすべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

に基本的に賛成。排除措置命令と課徴金納付命令とは重要部分で重なっていると考えます。つまり、事実の認定と当該行為が独禁法違反行為であるかどうかの法的判断の面で共通しています。違いは、当該違反状態を是正するためにどのような措置を命ずるのが妥当か、あるいは当該違反者に対してどの程度の額の課徴金を課したらよいかのレベルです。つまり、違反行為に対する対応策・是正手段・サンクションの具体的な中身の点(remedies)で異なっているだけであるといえます。それゆえ、両者を同一の手続内で行うことも一つの案であると考えます。ただし、繰り返し述べているように、改正法のように意見申述手続という簡易な手続の中で両者を統合することには反対します(学習院大教授 常岡孝好)。

排除措置は、受命者の自由および財産に対する公権力の行使であるため、競争維持のために必要最小限の範囲に止めるとともに、同様の事案には、同様の措置が講じられるべきである。現状では、排除措置命令に係るルールがなく、大幅に公正取引委員会の裁量に委ねられており、透明性に欠けるところがある。排除措置命令において、どのような範囲の措置を命じ得るか、どのような事案に対してどのような措置を講じるか等について一定のルールを設けるべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

委員の意見 「カルテルは、調査開始によって崩壊する・・・その場合排除措置命令を課す必要がない。」に賛同いたします。

独禁法第7条第2項において規定されている通り、カルテル等の違法行為が既に解消されている場合には、原則として排除措置を命令できず、例外的に「特に必要があると認められたとき」においてのみ排除措置を命ずると限定されており、違法行為が解消されている場合には、課徴金納付命令と併せて制裁的に排除措置を課されるべきでない。

さらに、排除措置命令については、当該命令に争いがある場合であっても公共調達の発注者より公取委の排除措置命令に連動して、直ちに指名停止処分を受けるといった不利益が発生するので、そのような不利益の発生を排除する法的規定を整備されたい。(日本建設業団体連合会)

独占禁止法の基本的禁止規定における基礎要件が「競争の実質的制限」または「公正な競争を阻害するおそれ」と

いう抽象的な要件をおいているため、排除措置命令および課徴金納付命令の根拠となる「事実」を具体的な事案に即して詳細かつ具体的に示すことが必要である(日本商工会議所・東京商工会議所)。

【意見】

「カルテルは、調査開始によって崩壊するのが通例であって、その場合排除措置命令を課す必要はない。」との委員の意見に賛成であり、排除すべき違反事実が公取委の調査の過程ですでに存在しなくなっている場合には、排除措置命令を課すべきではなく、独禁法7条2項の「排除されたことを確保するために必要な措置」も合理的な理由なく命ずるべきではない。その関連で、同項にいう「排除すべき違反事実が存在しなくなっている」と認定できる要件を具体的に示すべきであり、また、「排除されたことを確保するための措置」が特に必要な場合も具体的に示すべきである。

次に、「排除措置命令と課徴金納付命令は事実の認定と法律の適用という点で共通しており、別の手続とする必要はないのではないか。」との委員の意見に賛成であり、排除措置命令と課徴金納付命令は同じ手続内で同時に行うべきである。

【理由】

排除すべき違反事実が公取委の調査の過程ですでに存在しなくなっている場合には、排除すべき対象がないのであるから独禁法7条1項の排除命令を出す理由も必要性もない。同条2項の排除されたことを確保するために必要な措置も、条文上で「特に必要があると認めるとき」に限定されており、合理的な理由と必要性を厳格に検討すべきであり、単なる制裁的な目的のために安易に命じるべきではない。改正法においては「排除すべき違反事実が存在しなくなっていること」が重要な意味を有するので、排除すべき違反事実が存在しなくなっていると認定できる要件を具体的に示すべきである。また、公正取引委員会の安易な命令を防ぐために、排除されたことを確保するための措置が特に必要な場合も具体的に示すべきである。

次に排除措置命令と課徴金納付命令は事実の認定と法律の適用において共通部分が多く、弁護活動の迅速性と効率性からも同じ手続内で同時に行うことが合理的で公平である。公取委の従来の実務を考えても、従来よりも多少時間を要したとしても同時に行うことは十分可能である。したがって、委員の意見には賛成できない。なお、排除すべき違反事実が公取委の調査の過程ですでに存在しなくなっている場合には、課徴金納付命令だけが課される場合もあるが、課徴金納付命令だけでも違反事実は明らかにされるので、防御活動に支障はない(日本弁護士連合会)。

基本的に、意見が妥当であり、排除措置命令と課徴金納付命令に関する手続を完全に統合することは困難であろうと思われる。

なお、調査の開始によってカルテル行為が崩壊する場合などについて、排除措置命令の要否が検討されるべきであるとする意見は、従来比較的無批判に受け入れられてきた運用に関して、極めて適切に問題点を指摘している(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。

委員意見のカルテルは調査開始によって崩壊するとの考えはすべてに妥当するものではないので、排除命令は必要であろう。

排除命令と課徴金納付命令を同時に発することが可能であれば、同時が望ましいし、命令の時期が異なることにより別々に審判になったとしても、争点に関係ないなら別として、同時に審理するのを原則とすべきであろう(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論：当面は現行制度の運用を見守るべきであり、拙速な見直しの必要はない。

	理由：違反行為自体は認めても、課徴金の評価に対しては争うという事案が多いことに鑑み、両者は別の手続とせざるを得ない(弁護士 山口廣他)。
<p>(5) 審査・審判と適正手続の保障について</p> <p>審査段階における事件関係人の手続的な権利が確保されるべきである。例えば、審査官による関係人からの事情聴取の際に弁護士を同席させるべきではないか。</p> <p>審判において被審人は審判官に審査官に対する文書提出命令を求めることができるが、審査官が立証に使う証拠以外にどのような証拠を持っているのかは被審人には分からないので、証拠開示の観点で問題があるのではないか。</p> <p>刑事罰金よりも高額になることもある課徴金を賦課するため適正手続として現在のもので十分と言えるか検討が必要である。</p> <p>審査・審判手続の多くは公正取引委員会規則で定められており、法制度の問題というよりは、運用・規則の問題である。</p>	<p>1 審査官による関係人からの事情聴取の際に弁護士等の同席等を認めるべきであること</p> <p>論点整理3.(5)における委員の意見（「審査段階における事件関係人の手続的な権利が確保されるべきである。例えば、審査官による関係人からの事情聴取の際に弁護士を同席させるべきではないか。」との意見）に賛成し、審尋及び供述時においては本人の委任を受けた弁護士又は法務担当者の立会いを認めるべきであると思料する。</p> <p>この点、公正取引委員会の調査に関しては、供述聴取や供述調書作成の方法が適正さを欠く旨の実態が指摘されており、かかる実態に鑑みれば、供述聴取や審尋の際に弁護士等を同席させることを認めるべきである。特に、被疑者や被告人に、法律上、黙秘権等の権利が認められている刑事手続と比較しても、公正取引委員会による供述聴取や審尋は人権侵害等のおそれが十分あるにもかかわらず、事情聴取を受ける関係人の権利の保護のための方策が法律上十分に規定されていないため、かかる弁護士等の同席を認めるべき必要性は大きい。会社の法務担当者等の立会いまで認めた場合に、立会いが認められる者の範囲が不明確になる乃至広がりすぎる等の懸念があるようであれば、少なくとも弁護士の立会いを認める規定を法律上置くべきである。</p> <p>また、上記のような供述聴取や供述調書作成の方法が適正さを欠くおそれに鑑みれば、審査官が作成した調書については、被調査者の請求があれば、その写しを提供すべきと思料する。</p> <p>2 提出資料のコピーをとること等を認めるべきであること</p> <p>公正取引委員会が、その審査においてあえて資料原本を精査する必要性は必ずしも高くはなく、他方、公正取引委員会の調査によって、被審人の他の業務までが妨げられるいわれはないのであって、そのような日常業務への支障等を考慮すれば、公正取引委員会の調査に対する提出書類は、原則として「写し」とすべきであり、提出者が原本を提出することによって防御権の行使や日常への業務運営に支障を来たすことのないようにすべきであると思料する。少なくとも提出資料のコピーをとることは認められるべきである。</p> <p>公正取引委員会の調査手続の運用の実態について、被審人側の防御権に対する配慮がないとして、「提出命令を受けた書類のコピーをすることを禁止される」、「立入検査中、メモを取っていると、当該メモの提出命令を受ける場合がある」等といった実態が指摘されている。</p> <p>この点に関して、平成17年独占禁止法改正後の公正取引委員会の審査に関する規則第18条第1項が、「法第47条第1項第3号の規定により帳簿書類その他の物件の提出を命じられた者は、当該物件を閲覧し、又は謄写することができる。ただし、事件の審査に特に支障を生ずることとなる場合にはこの限りではない。」と規定した点は一定の評価を与えることができる。しかしながら、同項ただし書きに基づき、公正取引委員会の裁量により閲覧及び/又は謄写を認めないことも可能であり、また、閲覧又は謄写を認める場合であっても、第2項において閲覧・謄写の日時・場所及び方法は公正取引委員会が指定することとなっているため、被審人の防御権の保護の観点からは十分でない。さらに、かかる規定は公正取引委員会の規則上認められているに過ぎないことに鑑みれば、法第47条第1項第3号の規定による提出が命じられる際に、検査妨害罪の拡張的解釈が行われることによって、提出命令対象書類の謄写が事実上禁止されるが如き運用がなされることがないよう、「立入調査当日において謄写を行ってから提出すること」が検査妨害罪を構成しないことを法律上明らかにすべきであると思料する。</p> <p>3 弁護士秘匿特権を認めるべきであること</p> <p>アメリカにおいては、弁護士及び依頼者間の連絡の内容については証言を拒否でき、また、かかる連絡文書も提出を拒否できる旨が定められている。これは弁護士秘匿特権 (attorney-client privilege) と呼ばれているが、か</p>

かかる権利が日本の独占禁止法上の手続では認められていないため、国際的なカルテル事件において、公正取引委員会に文書を提出することが、弁護士秘匿特権が認められるアメリカ等の手続に影響を与えるなどの不都合が認められる。したがって、かかる権利を日本の独占禁止法上の手続にも認めるべきである。

また、かかる弁護士秘匿特権を認めた上で、かかる権利の実効性を担保すべく、調査に対する資料の提出にあたっては、弁護士の意見書や弁護士との間の交信内容を提出する必要がない旨を、資料を提出する関係者に告知することを義務づけるべきであり、また、事情聴取にあっても、弁護士に対する相談内容やこれに対する弁護士の回答等について供述する必要はない旨告知することを義務づけるべきである。

#### 4 審判における武器対等の保障を徹底すべきであること

審判手続における審査官手持ち証拠等に対する文書提出命令の申立は、そもそもその要件が硬直的に運用されているといわざるを得ないのみならず、民事訴訟手続における文書提出命令と異なり、文書特定のための手続であるインカメラ手続等の整備が行われていない。被審人は文書提出命令の申立を行おうにもそもそも審査官がいかなる証拠を手中に秘匿しているか窺い知る制度上の手当てがなく、そのような状況の下において被審人に対し具体的な必要性や相当性の主張が要求される実情においては、文書提出命令制度は事実上空文化しているとの評価を免れないものである。

またインカメラ手続その他の文書特定手続が審判規則（及び旧審査審判規則）に設けられていないことにより、審判手続中においては真実発見に資する審査官手持ち証拠が十全に開示されず、それゆえ審決取消訴訟における再度の文書提出命令申立を経るまで真実発見を実現できないという不合理を招いている（なお、審決取消訴訟において再度の文書提出命令の申立が可能たりうることは、東京高裁平成7年9月25日判決（東芝ケミカル事件）が明らかにしている通りである）。

以上の次第であるから、審判手続においても被審人の手続保障を少なくとも審決取消訴訟におけると同程度に保障し、もって早期の真実発見の実現を手続上も担保することが重要であるものと思料する。

上記3にも言えることであるが、国際カルテルの抑止を達成するには、防御権の保障についても、国際基準に合わせる必要があると考える。とりわけ、欧州では、Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004が整備されており、当事者が欧州委員会のファイルに入っている資料へのアクセスをすることの手続的保障がなされていることが参考になるとと思われる（弁護士 江崎滋恒他）。

審判手続における告知聴聞の権利に関しては、日本の他の行政不服審査制度と比較するならば、現行の制度であっても、圧倒的に手続的保障が厚いといえ、むしろ、手続的保障に神経質になりすぎるあまり、審判制度のメリットを没却するような制度設計・運用になっていることが大きな問題である。ただし、事前手続段階で公取委のファイルへの完全なアクセスがないという情報開示の点および意見聴取における代理人の立会権がない点は適正手続の保障として大きな問題である（西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見）。

17年度独禁法改正によって導入された課徴金減免制度は、我が国における独禁法に関する審査審判手続を欧米等の海外の調査実務と同等のものとする可能性をもたらした。とりわけ、今後は国際カルテルについて外国企業がリニエンシー申請をすることになると思われる中で、日本の手続保障の後進性が原因となって、円滑な審査や調査活動の妨げになる事態も充分想定されるところである。

特に、我が国の審査審判手続においては、密室における自白取得を目指した取調べを主体とした捜査が継続して

いるが、欧米ではリニエンシー制度の導入に伴って、リニエンシーの申請を行った企業及びその代理人である弁護士と調査当局が密接に連絡を取り合い、勿論、取り調べ対象者の事情聴取にも同席するなどして、協力して真実解明に努める努力を行っているのが現状である。

また、リニエンシー申請企業の代理人弁護士の業務の実態をみても、刑事処分（米国）や制裁金（EC）の軽減のために積極的な協力姿勢を示すように努めていると見受けられる。我が国でも、リニエンシー制度は導入されたばかりであるが、リニエンシー制度に基づいて申告が行われ、調査が開始されたとされている事件では極めて短時間に事案が解決し、多くの企業が積極的に事実関係を認めたとされており、おそらく事案の処理の状況は欧米型に急速に変化していくことになると思われる。

そうだとすれば、審査審判全般のあり方においても、欧米では当然に認められている手続保障が導入されるべきである。これはリニエンシー制度の在り方全般にもかかわるところであるが、公取委の審査官（犯則調査調査職員）は、わが国の従来審査対象企業の代理人弁護士は、あえて公取委の審査に黙秘を貫いたり、否認を強いるなどして審査妨害しているとの先入観を持っているようであるが、寧ろ、公取委が自ら、各企業の代理人弁護士との間で密接な協力関係を構築した方が、結局は事案の効率的な解決に繋がることは既に欧米では実証済みであるし、そうした関係を構築するためにも、十分な適正手続保障が必要ではなからうか。例えば、先にも述べたが、手続保障を充実させることにより、外国でもリニエンシーを申請した事業者が、当該外国競争当局と日本の競争当局との間で、案件の実態や証拠につき情報交換することをウェーバーすることをためらうことが少なくなると考えられ、日本における摘発もより促進されることとなるだろう。

なお、当職が、欧米企業の法務担当者に対して日本における事情聴取の実態（弁護士の立会いもないことなど）を説明するたびに、日本の制度における手続保障の遅れについて指摘を受け、嫌悪感を示されているのが実情である。今後、公取委も国際カルテル案件などに積極的に取り組む必要が生じている中で、手続保障の遅れ、例えば弁護士の立会いすら保障されていない取り調べを受忍せざるを得ないことなどから、関係者が事情聴取のために来日を拒絶することなども容易に予想されるところであり、この意味でも、グローバルスタンダードに基づいた適正手続保障が早急に図られるべきである（西村ときわ法律事務所 弁護士 川合弘造、島田まどか、藤井康次郎）。

公正取引委員会による行政処分（排除措置命令・課徴金納付命令）に関する手続については、公正で透明なルールに則り、先進諸外国において確立されている「適正手続の保障」の原則に従った法執行が厳格に保障される必要がある（関西経済連合会）。

公正取引委員会による審査は、審査の対象となる企業に不相当な不利益を与えてはならず、また、審査の対象となる企業が適切に防御することができる機会が保障されなければならない。予見可能性と法的安定性を確保するため、審査手続について法律で詳細に規定すべきである（キヤノン）。

資料の閲覧・謄写制度の充実と秘密保持

#### （１）審査段階での問題

法 47 条の審査官の調査権限の行使によって審査官が取得した情報は、原則として提出した時点で審査対象者がその提供情報を所有できることが、その防御権として当然であり、この点を整備し、法律に明記する必要がある。米国・EU 等の独占禁止法の手続規定では提出資料は資料そのものではなく写しである（米国 FTC 法 20 条（c）項（8）号・（9）号： EU2003 年理事会規則 1 号 20 条 2 項（c）号）。また、供述（証言）がとられた場合には、供述調書の写しが供述者に提供される（米国独占禁止民事手続法 3 条（i）項（6）号・FTC 法 20 条（c）項（14）号（G）・連邦規制規則 16 篇 2.9 条（a）項： EU2004 年委員会規則 773 号 3 条 3 項・4 条 2 項）。米国では供述（証言）録取の際

に、弁護士の同伴を認められているが(独占禁止民事法3条(i)項(7)号・FTC法20条(c)項(14)号(D)・連邦規制規則16篇2.9条(b)項)これは供述調書の公正性を担保することになるし、わが国の審判手続で多発している供述調書の信用力に関する紛争を防ぐためにも有益であり、採用する必要がある。

#### (2) 聴聞(審判)段階での問題

審査官は、公益的見地から公権力を用いて、関係資料を取得したのであるから、聴聞(審判)手続が開始されたら、法70条の15の規定に従って審査官手持資料のすべてを、事業者の秘密事項を除き、手続当事者に閲覧・謄写(開示)させる必要がある。この防御権には、審査官手持ち資料の一覧表(資料目録)の開示が含まれる必要があり、一覧表がない限り有効な資料開示要求が不可能である。米国及びEUにおいては審査官手持ち資料の全面開示が規定されている(米国連邦刑事手続規則4章16条(a)項(1)号・連邦民事手続規則5章26条(a)項・連邦規制規則16篇3.31条以下:EU2003年理事会規則1号27条2項・2004年委員会規則773号15条)(競争法研究協会)。

#### 審査手続上の問題

審査手続において審査官が取得した資料の写しは、その提供者に対して提供の時点において取得できるようにすべきである。例えば、供述調書が作成された場合には供述者にその写しを提供されるべきである。これらのことは、米国、EU等では被処分者の防御権として認められている。供述調書が採られる場合に、弁護士を同伴できる措置も許容されるべきである(競争法フォーラム)。

#### はじめに

制裁の多寡、必要性等については、ある程度政策的な議論であり、立法論としても裁量の幅は広いと考えられる。しかし、適正手続の保護は、憲法上の要請であり、司法手続に携わる弁護士の立場からは、審査・審判手続が適正手続の観点から問題がないかを厳格にこれを分析する必要がある。適正手続の保護を、執行機関である公正取引委員会の運用に委ねる部分は必要最小限にとどめるような法整備を行うよう、意見を述べるべきである。

また、公正取引委員会があくまでも行政機関であるということを忘れてはならず、三権分立の見地からも、行政機関である公正取引委員会の執行に対する有効な司法的なチェックが働くシステムとなっているかを確認しておく必要がある。

以上のような基本的な観点から、審査・審判と適正手続の保障についての問題を述べる。

#### 独占禁止法の性格の変化と適正手続の必要性

独占禁止法は、昭和52年に課徴金が導入されるまでは、違反行為に対し排除措置命をずることが唯一の行政処分権限であったと言える状況であった。

この制度においては、公正取引委員会は、独占禁止法違反を発見した場合には、違反行為の排除を内容とする排除勧告を行い、名宛人がこれを応諾する場合には、証拠による事実認定などの手続をとることなく、確定的な効力を有する勧告審決を出すことができる仕組みであった。これは、裁判のような時間のかかる手続を経ることなく、違反行為をやめさせるという目的からであり、現実には、課徴金の導入以前は、排除勧告を応諾するという事案がほとんどであった。ここでは、公正取引委員会の処分に制裁としての色彩は全く存在しない。

昭和52年に課徴金制度が導入されたが、この際の議論では、我が国においては損害賠償等が機能しておらず、カルテルによる不当な利益が違反企業に残りやり得になっていることを議論の前提として、課徴金は制裁ではなく、単なる不当利得の剥奪にすぎず、公正取引委員会の権限は基本的には違反行為を早期に排除する排除命令が基本であり、課徴金は排除命令に付随するものにすぎないという建前の下、審査、審判の手続について大きな変更がなされることはなかった。

その後、課徴金率の引き上げがなされ、課徴金の制裁色が強まっていったが、審査、審判手続きについては根本的な改正がなされることはなかった。

今般、課徴金率大幅に引き上げられたこと、同時に、損害賠償による不当利得の剥奪の常態化（少なくとも、入札談合については違約金条項による損害の回復）が認められることを考え合わせれば、課徴金は導入当初の不当利得の剥奪という趣旨から、一種の制裁に大きく意味を変えていることは明らかである。

同時に、今回の改正によって、公正取引委員会は違反行為が存在しなくなってから3年間は排除命令を行うことができることになり（従来は1年間）、これによって、独占禁止法の行政処分の目的そのものが、課徴金導入前の違反行為を早期に終了させるというものから、違反行為に対して制裁を課す方向（欧米型）に大きく比重を移してきたことは明らかである。

このように、独占禁止法は少なくとも不当な取引制限（一部私的独占）に対しては、制裁を課すことを主たる目的とするものとなったと考えられる。それにもかかわらず、審査、審判手続きについては、従来の手続きを一部修正するだけの手当しかなされていない。

本来、審査、審判手続きについては、このような独占禁止法の基本的な性格、目的の変更に適合するように、全面的に変更されるべきであった。たとえば、単に排除措置命令にとどまる不公正な取引方法と、高額な課徴金、場合によっては個人に対するものも含む刑事罰という制裁の対象となる不当な取引制限を同一の手続きで行うことは、適正手続きの点から当然疑問を生ずる。

今回は全面的な手続きの改正は望むべくもないが、以上のような基本的な問題が存在することを前提に、具体的に変更すべき点を明らかにする。

#### ・審査手続における問題点

##### 1. 令状なしの搜索押収の範囲の限定

公正取引委員会は、犯則調査手続きによらない場合、47条により、裁判所の令状なしで、搜索・押収ができるが、個人の自宅への搜索押収については、裁判所の令状を要するとすべきである。

#### <理由>

令状なしに行われている個人の自宅の立ち入り調査については、個人のプライバシーの保護、家族を含めた個人の人権という意味でも、会社の立ち入りと同様に全く公正取引委員会の裁量にゆだねて良いのか慎重に考える必要がある。

公正取引委員会からすれば、重要な資料が自宅に持ち帰られることが多く、自宅の調査が必要な場合があるという主張になるのであろうが、個人の自宅は基本的に個人の日常生活の場であり、家族を含むプライバシーの保護の最も重要な場所である。公正取引委員会が、重要な資料が自宅にあると考えるのであれば、その事実を疎明する資料を添えて、裁判所に令状を請求する手続きをとることとすることを要求しても、侵害される利益とのバランスから考えて公正取引委員会にとって大きな負担とならないと考える。刑事手続き、犯則調査であれば、当然自宅の調査には令状が必要となるのに、同じようにプライバシーの侵害を生ずる調査であっても、行政手続きだと言うだけの理由で、全く公正取引委員会の自由裁量の範囲であるとするには強い疑問を抱かざるを得ない。更に、公正取引委員会の権限では、第三者の自宅であれ、その裁量のみで自由に立ち入り調査、書類の押収ができるのであり、何らかの歯止めが必要と考える。

また、独占禁止法違反は刑事事件となった場合はもちろん、独占禁止法違反行為が直接懲戒につながる現状にあつては、企業の利益と個人の利益とは同じではなく、企業と個人の利益との相反が存在することを前提に個人の権

利保護を別途考慮する必要性が高くなったと考えるべきである。

## 2. 供述強制の問題点

犯則調査手続きによらない公正取引委員会の供述録取については、1年以下の懲役を含む間接強制が認められているが、このような間接強制は、適正手続き保護の観点から疑問がある。

<理由>

犯則調査権が導入され、当初から刑事告発につながる可能性が明らかな事件については一応令状主義が保証されることとなった。犯則調査権の導入の理由の一つは、従来、行政手続きによって収集された証拠が結果的に刑事事件に使われることが適正手続きの面から問題となるのではないかという疑問があったことがあげられる。

確かに今回の改正により、当初から犯則調査権に基づいて調査が行われる場合には、黙秘権その他憲法上の適正手続きの要請は満たされると考えてよい。

問題となるのは、行政手続きによる調査が開始され、結果として刑事告発につながる事件である。とりわけ、今回の改正により供述強制が強化されたが、行政的な手続きにより供述を強制された個人が結果として刑事告発された場合に、憲法上保証された自己不罪拒否特権の侵害に該当するのではないかという従来存在した疑問がいっそう深刻なものとなったと言わなければならない。

公正取引委員会は、犯則調査部門と行政調査部門との間にファイアウォールを設け、行政調査によって得られた情報が犯則調査部門に流れないようにするので問題ないとするが、結局は犯則調査、行政調査を統括する審査局長の下にすべての情報が集まるという仕組みであり、行政調査から刑事告発を前提とした犯則調査に進む段階では、既に審査局長には間接強制により得られた供述調書も含め行政調査の内容が熟知され、その内容は当然犯則調査の方針にも影響を及ぼすことになる。

更に、行政調査によって収集された証拠、資料は、刑事手続きの段階で令状により押収されるという方法で結局刑事手続きに利用されるというのが実態である。押収された証拠、物についてはそのまま証拠となる。また、供述調書については、令状により押収されても、もちろんそのまま証拠にはならないが、刑事事件の資料となり刑事被疑者の追及に用いられるとするなら、自己不罪拒否の特権は実質的に大きな侵害を受けると考えざるを得ない。

刑事事件の証拠にならないことを根拠とする。しかし、現実の運用では、行政調査と刑事事件とを明確に区別することは不可能であり、特に、個人にとっては常に刑事被告人となるという立場にあることは動かしようのない事実である。

公正取引委員会の取り調べに対し供述を拒む事例には、刑事告発へつながる可能性があることを憂慮して供述を拒絶するケースが多く、このような場合に行政調査であるからという理由で間接的にせよ供述を強制するのは、明らかに憲法の趣旨に反すると言わざるを得ない。

また、現在の公正取引委員会の取り調べの現場では、地道な証拠の積み重ねに基づいて供述を求めるという方法ではなく、「談合をやっているのは判っているのだから喋れ」、「喋らないなら刑事告発してやる」、「喋らないなら社長を呼び出してやる」といった恫喝による供述の聴取が日常的に行われている。行政手続きにすぎないから、このような取り調べの方法は許されるのであろうか。間接強制を認めることは、本来ならば証言拒否は刑事罰の対象になるのだから、この程度のことは問題ないとして現状の追認につながる可能性があると考えられる。

公正取引委員会は、談合やカルテルなどは密室で行われるので、証拠が得にくく、供述が必要だという。しかし、供述に頼った調査がいかに危険なものかは歴史が物語っており、そのために憲法上自己不罪拒否の特権が認められているはずである。

更に、今般、公正取引委員会はリニエンシープログラムを導入し、同制度では公正取引委員会の調査開始後であっても最初に協力を申し出た場合も含めて、違反者の供述を得やすくなっている。本来、個人の供述を引き出すためには、憲法上保証された自己不罪拒否特権を侵害する疑いを払拭できない間接強制によるべきではなく、他のより憲法上の疑義を持たない手段によるべきであり、現実に公正取引委員会にはその手段としてリニエンシーも認められた以上、間接強制による供述強制はこれを廃止すべき方向になるべきであり、強制の程度を強化した、今回の改正には問題が多い。

特に、企業の利益と個人の利益が相反する可能性が高いことを考えると、個人に対して強制的に供述させることには疑問を持たざるを得ない。

なお、懇談会資料では、米国においては手続き上あたかも違反者に黙秘権や自己不罪拒否特権が認められていないような説明になっているが、懇談会で議論の中心となっているカルテル、談合は米国では刑事訴追の対象であり、当然のことながら黙秘権、自己不罪拒否特権が完全に保証されている。その意味で、米国の例でFTCの手続きを引用することは正しくない。EUの場合は、あくまでも企業に対する制裁金しか存在せず、個人に刑事罰が科される可能性がないことが前提となる。

### 3. 取調手続きの透明性の確保

取り調べの透明性の関知からも、検察の取り調べで議論されているようなビデオの導入などを考えるべきである。

<理由>

公正取引委員会の事情聴取においては、刑事事件におけると同様、供述調書が供述者本人が述べた通りの内容か否かが問題とされる場合が多く、しかも、公正取引委員会の立証は供述調書による部分が非常に多い。従って、取り調べの透明性、適法性維持の観点から、ビデオの導入などを考慮すべきである。

. 審判手続き

#### 1. 公平性に対する基本的な疑問

一種の訴追機関である公正取引委員会が、同一の事件において判断をする現在の審判制度は、元々矛盾を内在しており、これを廃止するか、少なくとも争う側に裁判所での審査の選択を認めるべきである。

<理由>

審査の対象となる排除措置命令は公正取引委員会での審議の上決定されるものであり、排除措置命令を発する段階で委員会のメンバーは審査官が違反ありとする証拠にアクセスすることが可能であり、それによって心証が既に形成されている。審判となれば排除措置命令が起訴状と同様の意味を持つものであり、委員会そのものが既に証拠にアクセスして起訴状の内容を決定したのと同じことである。

そして、審判は審判官の判断が最終の結論となるのではなく、委員会が最終的な決定権限を持っている。

このような訴追側 = 最終決定権者という元々公正さに疑問のある構造の中で、排除措置命令決定時に委員がアクセスした証拠が全て証拠として審判に提出されるとは限らず、審判外の証拠も含めて形成された委員会の心証を、審判によって覆すのは、もともと極めて困難である。

#### 2. 審判手続きと規則への委任の問題点

審査審判手続きについては、公正取引委員会に規則制定権が与えられているが、立証責任を含め手続き的な重要な部分について法律で定めないまま、審査審判の主体となる行政機関である公正取引委員会に委任することは極めて深刻な問題を生ずる。従って、少なくとも以下述べるような重要な点については、法律で定めるべきである。

##### 1) 立証責任

<理由>

常識的には、違反行為の存在を立証する責任は公正取引委員会にあると考えられるが、実際には法律でこの点が明らかにされていない。そのため、公正取引委員会の規則 9 条のように、争う側に具体的主張及び証拠の提出を義務づけるような規則が制定され、實際上立証責任が転換されたような運用が行われることになる。このようなことが起こらないよう法律で明記すべきである。

2) 立証の程度

<理由>

課徴金導入にあたっての議論では、日本では違反行為があっても損害賠償請求が起こらないため違反行為による利得が違反者の手元に残り、やり得となるので、不当利得の取り上げを目的として課徴金制度を導入するという説明がなされていた。

現在では、公共工事には違約金条項が定められており、現実に損害賠償請求も常態化している。従って、課徴金は不当利得の取り上げとしての色彩を限りなく薄め、制裁化していることは疑いがない。

従って、立証の程度も刑事事件と同様とまでとは行かなくとも、単なる一般の行政処分とは異なる高い立証を要請することが適正手続きの点からも当然と考えられる。

この立証の程度についても、法律には全く定めがなく、公正取引委員会は民事訴訟の立証と同様の程度で足りると考えているようであり、そのような運用がなされていると考えられる。

従って、立証の程度についても基準を法律で明確に定めるべきである。

3) 証拠能力

<理由>

審判における証拠能力についても法律には定めがない。現実には、関連性があると認められればどのようなものであっても証拠として認められ、採用されている。

この中には、明らかな伝聞証拠も含まれるし、マスキング調書とよばれる誰の証言かも不明なものも含まれる。

独占禁止法違反については、ある程度厳格な立証が必要であるという立場を前提とする場合には、反対尋問が不可能な調書などを証拠として採用することには強い疑問が生ずるし、いずれにしても証拠能力についても法律で定めるべきであろう。

4) 証拠開示

<理由>

公正取引委員会の手もとには、争う側に有利な証拠も存在するはずであるが、争う側としてその存在は判らない。特に、カルテル、談合などの場合には、公正取引委員会は多く争っている会社以外の会社の証言や書証を証拠として利用することが多い。この場合、審査官は審査官の主張にその部分だけを証拠として提出するにすぎない。

被審人側としては、有利な状況をあげ(場合によっては、被擬会社から審査の段階でこのような状況について調査をしてくれるよう審査官側に要請することもある)、このような状況についての証拠提出を求めることがあるが、審査側からは調査していないので判らないとの回答しかないのが通常である。

被審人側が他の会社について調査することは事実上不可能であることを考えると、少なくとも被審人に有利な証拠については、法律上、審査官にこれを提出する義務を負わせることが必要であり、これに反した場合には、有利な事実が存在するという推認の上判断をするような仕組みとして、審査官側の証拠開示を実効性があるものとするべきである。

特に、今後は何時違法行為をやめたか、違法行為からの離脱と認められるかなど、従来のような単純に違法行為があったかなかったという事例ではない複雑な事件が増大することが予測されるが、このような主張をして争う側の証拠収集能力には限度があるため、公正取引委員会側に被審人の主張に沿う証拠がある場合には、審査官に提出義務を負わせるべきである。

更に、今回の改正により調査の開始から、排除措置命令まで3年かかるケースも考えられるところ、排除処置命令が出て、その内容を確認してから反論の証拠をそろえることは争う側としてはほとんど不可能であり、その意味でも証拠の開示の必要性は刑事事件の場合に比しても遙かに高い。

・取消訴訟

1．審判を経ない取消訴訟を認めるべきである。

<理由>

公正取引委員会の判断に対し争う場合に、最初から裁判所で行うことに何らの問題がないことは既に議論したとおりである。特に、米国で不公正な取引方法なものについて裁判所での判断ではなく FTC による審判手続きも定められているのは（不公正な取引方法について民事訴訟は裁判所で一般的に行われているし、その方が遙かに数が多い）、米国で裁判所という場合には陪審員による評決であることを忘れてはならず、日本で裁判官より公正取引委員会の審判官や審査官の能力が優れているというのは幻想にすぎない。

2．実質証拠主義は廃止すべきである。

<理由>

実質証拠主義は、陪審員制度を前提とする米国だからこそ必要なものであり、三権分立を持ち出すまでもなく、法律の解釈、その適用の是非の判断は行政機関ではなく裁判所が行うという当然の前提を考えても、実質証拠主義によって裁判所の法解釈、認定に制限を課す合理性はない。（競争法フォーラム）

公正取引委員会の審査段階において、事件関係人に対する事情聴取が長時間に及んだり、審査官の態度が圧迫的になったりしている現状を踏まえ、弁護士の立会いを認めるなど、事業者の正当な防御権を確保すべきであり、犯則調査時には被調査者に対する供述拒否権の告知も義務付けるべきである。

なお、これらの点を含め、審査・審判の適正手続については、規則や運用ではなく法律に、弁護士秘匿特権の確保、証拠法則（伝聞証拠、違法収集証拠の排除）の採用、犯則調査と行政調査の間のファイアウォール等も含めて規定すべきである（経営法友会）。

委員の意見 に賛成である。審査手続において、事業者に正当な防御権が保障されるよう、弁護士の立会い、供述拒否権の告知などの権利が法律で確保されるべきである。

審査官の作成した調書については、被調査人が求めれば、写しを提供するように改めるべきである。

また、犯則調査で差押えた帳簿書類等については、事業に支障がでるおそれがあるので速やかにコピーをとる機会を与えるべきである（建築業協会）。

公取委による審査手続においては、適正手続の下で、被調査者に正当な防御権を確保するため、提出資料につき、すべて写しとするもしくは写しをとることを認めることおよび 審査官が作成した調書については、被調査者がその写しの交付を請求できることを含め、手続に関するルールを明確に法定すべきである（JFEスチール）。

被審人の防御権の確保と適正な手続の実施を目的とした審査手続を、公正取引委員会の内部規則に委ね、いつでも公正取引委員会内部で変更できることは、公正取引委員会の独断的な手続の制定・改正を許すことになり問題である。これらの手続は、法律で定める、公正取引委員会だけの意思が反映された変更を許さないルールとす

べきである(昭和電工)。

公正取引委員会による審査とバランスの取れた適正な防御を被審人側にも保障すべきで、そのために審尋及び供述時の弁護士の立会いを認めるべきである。

資料の提出者が原本を資料として公正取引委員会に提出した場合、提出者は防御や日常業務に大きな支障を来たすため、原則として写しの提出とすべきである(昭和電工)。

行政機関である公正取引委員会は、非身体的・非金銭的制裁の機能(排除措置命令等)に特化し、その内容は、法令に基づき、公正取引委員会の行政裁量を可能な限り縮減し、行政制裁の名宛人に反駁の機会を十分に与えるなど、適正手続が十分に確保されるものに限定すべきである(新日本石油)。

昨年改正により、排除措置命令及び課徴金納付命令を出す前の事前手続として証拠開示・意見申述手続が設けられたが、適正手続の観点から、かかる事前手続の拡充を図るべきであり、以下の検討が必要である。この点、適正手続の保障が充実している欧米、特に欧州の手続が非常に参考になると考える。

- a. 違反事実の要旨、排除措置の内容、証拠文書等、公正取引委員会の主張を明確に記載した排除措置命令(案)および課徴金納付命令(案)を名宛人へ送付すべきである。
- b. 前記 a. を受領後、一定期間内において、答弁書を公正取引委員会に提出できる権利を名宛人に与えることにより、相互に充実した攻撃防御を行う機会を設けるべきである。
- c. 名宛人が聴聞を受けることができるようにすべきである。
- d. 攻撃防御の手段を公平に確保できるよう、名宛人が公正取引委員会の保有する事件記録を閲覧できるようにすべきである。

公正取引委員会は、以上の事前手続後に初めて正式命令を発することとし、排除措置命令には証拠の分析まで、課徴金納付命令には課徴金算定根拠まで(減額措置の場合の適用減額基準を含む)を記載すべきである(住友金属工業)。

公正取引委員会による審査・審判については、行政手続といえども適正手続が保障されなければならないのはいままでもないが、現行の審査手続については、適正手続の観点からは、必ずしも適切とはいえないものが存在すると考えられ、以下の検討が必要である。

- a. 審査時の提出資料について原本を提出することとなっているが、原本の提出により企業は防御権の行使について著しい制約を受けざるをえないことから、公正取引委員会への提出資料は原則として写しとすべきである。
- b. 審査官による関係人の審尋の際には、現行、弁護士の立会いは認められていないが、弁護士の立会いを認めると共に、関係人から請求があれば調書の写しを提供すべきである(住友金属工業)。

制裁措置を欧米主要国並みの水準に引き上げるだけでなく、法執行手続においても国際的に整合性をもった制度とすること

経済がグローバル化している状況下においては、経済活動の基本ルールである独占禁止法は、制裁措置を欧米主要国並みの水準に引き上げるだけでなく、法執行手続においても国際的に整合性を持った制度とする方向で見直しが必要がある。この場合、適正手続及び公正性・透明性の確保、処分内容の明確性、並びに予見可能性があることが、制度として必要不可欠である(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

除措置命令、課徴金納付命令、指名停止、賠償金請求、営業停止等、様々な処分が行われる結果の重大さから、事業者に防御権が保障されるべきであり、以下のような措置が必要不可欠である。

(1) 審査官による関係人からの事情聴取の際に、弁護士の同席を認めること。

実際に、事情聴取を受け、供述調書を作成された被調査者から、異常な状態の中での審査官による供述調書作成に恣意性が強く、事実と異なるなど、多くの問題点が指摘されている。

(2)提出資料は原則として「写し」とし、提出者が原本を提出することによって、防御権の行使や業務運営に支障を来たすことのないようにすること。

(3)事情聴取を行った場合は、任意の供述であっても、必ず調書を作成すること。

(4)審査官が作成した供述調書は、被調査者に写しを交付すること。

(5)犯則調査権限は、実質的に刑事手続きに準じるものであり、被調査者に対する「供述拒否権の告知」を規定すること(全国建設業協会)。

委員の「 審査段階における事件関係人の手続き的な権利が確保されるべきである。(以下、略。)」との意見、および「 審判において被審人は審判官に審査官に対する文書提出命令を求めることができるが、審査官が立証に使う証拠以外にどのような証拠を持っているのかは被審人には分からないので、証拠開示の観点で問題があるのではないか。」との意見に賛成である。

改正前の独占禁止法における審査・審判手続きについても、上記と同様に、被審人側の防御権をより明確に保障すべきとの意見が出されていたにもかかわらず、昨年の独占禁止法改正に際しての審査・審判手続きに関する改正内容は、審査・審判手続きの早期化・効率化にばかり重点が置かれ、上記のような意見への対応について、検討が不足しているように感じられる。この点、委員の「 刑事罰金よりも高額になることもある課徴金を賦課するため適正手続として現在のもので十分と言えるか検討が必要である。」との意見は正鵠を射たものであると思われ、より慎重な議論・検討を望むものである(全日本空輸)。

#### 1 現行法における適正手続保障の後退

【意見】論点整理15頁(5)にあるとおり、審査・審判手続における適正手続が現在のもので十分かどうかについては再考を要し、被疑事業者(事件関係人)・被審人の防禦権を充実させる方向で検討が行われるべきである。

#### 【理由】(1) 現行法に至る経緯

適正手続が保障されるべき度合いは、当該法律によって課される不利益ないし制裁の大きさに比例するべきものである。この点、独占禁止法は制定以来昭和52年改正で課徴金制度が導入されるまでは、行政的執行については、排除措置(違反行為の除去)という制裁的色彩のない行政的執行を中心とする体系であったところ、昭和52年に不当な取引制限に限定してではあるが、事業者に金銭的不利益を強いる課徴金制度(原則として売上額の2%)が導入された。この際、事業者側の防禦方法についてはさしたる改正はなされず、その後も、平成3年に課徴金の料率が3倍の6%になった段階でも審査・審判手続及び事業者側の防禦方法については大きな改正はなく、原始独占禁止法以来の排除措置を命じることのみを念頭においた審査・審判手続制度が維持されてきた。

しかしながら、排除措置そのものは、競争秩序の侵害行為を除去することだけを目的とする行政処分であって事業者に法的な不利益を科すものではないことから、刑事手続のような厳格な手続や証明を要せず、違反事実についてもある程度抽象的な認定で足りるとされていたのに対し、課徴金は金銭の出捐が強制され、経済的な不利益を課される行政処分であることからすれば、本来であれば昭和52年又は平成3年の改正時に、審査・審判手続における適正手続の保障は強化されていてしかるべきであったといえる。

このような状況にあって、現行法では、課徴金の料率は原則として10%(従来の1.5倍、導入時の5倍)最大15%とさらに大幅に引き上げられ、制裁的な色彩を帯びることになったにもかかわらず、課徴金納付命令は審判請求をしても失効しなくなり、排除措置も審判手続を経ることなく公取委に命じられ執行されることになる。

かように、現行法は、カルテル・入札談合に対しては、従前の排除措置中心の措置体系（違反行為の排除）から制裁的な課徴金を中心とする措置体系（違反行為の抑止）に軸足を移し、事業者に課す不利益を増大させておきながら、事業者側の適正手続保障は少なくとも事前手続のレベルでは後退しているといわざるを得ない。

#### （２）事前・事後を通じた総体的手続保障論

これに対し、適正手続保障は、事前手続のみならず事後手続も含めて判断すれば、現行は総体としての手続的保障を弱めるものではないと考え方もある。しかしながら、前述 ２（１）のとおり、事前手続（意見申述・証拠提出）も事後手続（審判手続）も同質なものである以上、同質の手続を同じ判断者によって重ねて行ってみても適正手続の保障の度合いが高まるものではない。

また、行政手続についてのユニバーサル・スタンダードである行政手続法が適用されるとすると、排除措置については、事前手続は弁明の機会の付与で足り、課徴金納付命令については弁明の機会の付与すら義務化されておらず、行政手続法の手続的保障の水準は上回っているとの指摘もある。しかしながら、事前審判制度のもとで課徴金料率が６％時代の審決取消訴訟判決においてすら、公取委の審決の結果が被審人の経済活動に及ぼす影響や不利益は甚大になる危険性があることを指摘されていること、さらには前述のとおり、独占禁止法違反の事実を「起点」に様々な不利益措置（刑事告発、発注者との違約金請求を含めた損害賠償請求、指名停止、営業停止、補助金支給停止、株主代表訴訟等）が降りかかって来ることに鑑みるならば、かかる独占禁止法違反の特殊性を考慮すれば、行政手続法と単純に比較することは必ずしも適切ではないと思われる。

むしろ、被疑事業者の適正手続保障を確保する観点から、審査・審判手続における防禦権を充実させる方向で審査・審判手続を見直していくべきである。（見直すべき事項は多数にのぼるであろうが、本書面では以下２つだけ指摘したい。）

#### ２ 供述調書の写しの交付義務

【意見】「論点整理」１４頁（５）にあるとおり、審査段階における事件関係の手続的な権利が確保されるべきであり、その一つとして供述調書が作成された場合には、その写しを供述人の求めに応じて交付するべきである。

【理由】現行法では、審判が事後手続化した上に、審査終了段階で出される排除措置命令には執行力があり、当該命令を実施しなければ制裁が科される（９７条等）ことになることを考えると、被疑事業者の防禦権は審査段階において充実させる必要がある。特に、意見申述を充実したものにするためには、排除措置命令案が送付されるよりも前の段階から証拠を確保させ、事実関係の把握や証拠価値の検討を十分に行える時間的余裕を与えることが重要である。

このような観点からは、審査段階で供述調書が作成された場合には、供述人の求めに応じて供述調書の写しが交付されてしかるべきである。

これに対し、公取委は、審査規則１８条との関係で、審尋調書、供述調書等については、被処分者・供述人に対してそれらの写しを提供する旨規定すべきとの意見が出されたところ、「これらの調書については、審査官作成名義に係る公文書であり、写しの提供を要するものとは考えていない。また、これらの調書の写しを提供すれば、関係人による証拠隠滅等その後の審査活動に対する重大な支障を招くおそれがあることから適当でない」と回答している。しかしながら、供述調書には供述人の署名押印が求められており、作成名義人（文書の意味の主体）は供述人ということになるはずである。この供述調書が後日審判手続等に提出される場合には、審査官ではなく、供述人の意思・認識を示す文書・証拠として利用されるはずであり、実質的に見ても作成名義人は供述人のはずである。供述調書に審査官の署名押印があることを重視するとしても、少なくとも供述人は共同作成名義人となるは

ずである。

また、供述調書の写しを提供すると、関係人による証拠隠滅等その後の審査活動に対する重大な支障を招くおそれがあるとするが、供述人の認識を記載した供述調書がいかなる点で証拠隠滅につながるのかが不明である。むしろ、被疑事業者としても、当該事件との関係で供述人の認識をすることによって、よりよく事実関係を把握する結果、公取委との間で事実認識の相違による無用な争いを避けることができる。

米国連邦取引委員会及びE C委員会の競争法の行政調査においては、供述人に供述調書又はその写しの入手が保障されており、このことは供述調書の写しを提供することが審査活動に対する重大な支障に直ちに結びつくものではないことを示しているといえる。

### 3 審判手続における審査官側の証拠開示義務

【意見】「論点整理」14頁(5)にも指摘されているが、審判手続においては、審査官側に被審人から収集した証拠以外の証拠についても証拠開示義務が課されるべきである。

【理由】被審人としては、審査官が事件関係人以外の第三者から入手した証拠物や録取した供述の中で被審人にとって有利なものがある可能性は否定できない。

公益的見地から真実発見を目指す審判手続においては、審査官の手持ち証拠を被審人にとって有利不利を問わず開示することで、被審人の防禦権を保障し、充実した攻撃防禦が行われていく中で真実を発見していくという対審構造の利点をより良く生かしていくことが肝要である。また、これまで見てきたとおり、公取委が独禁法上与えられた、広範かつ強力な強制調査権限により証拠が収集されているのに対し、被審人にはこのような権限は存在しない以上、このような著しい権限の差を埋めていくことが実質的な意味での当事者対等主義に近づき、被審人の適正手続の保障に資することになる。

とりわけ、審判規則9条では被審人側に審判開始当初に争点に関する証拠を記載することが求められていることを考えると、審判の初期段階での証拠開示の必要性は旧法以上に強まっている。この点については、近時改正された刑事訴訟法における証拠開示制度(同法316条の17)が一つの参考となり得る。すなわち、同法では弁護側の予定主張の明示と証拠請求・開示という審判規則9条と類似の制度が導入されたが、弁護側がこの制度の適用を受けるのは、あくまでも類型証拠の開示(同法316条の15)を検察官から受けた後の段階であり、公権力側の証拠開示が先行していることに着目する必要がある。

さらに、行政手続法18条は、聴聞手続において、行政庁に対し、当該事案について調査した結果にかかる調書その他当該不利益処分の原因となる事実を証する資料を求めることを認めている。審判手続も行政手続であることからすれば、行政手続法の理念からしても被審人以外の第三者関係の証拠についても開示が検討されてしかるべきである(日比谷総合法律事務所 弁護士 多田敏明)。

審判手続においては十分な証拠開示が行われるべきです。については、まさにその通りであると考えます。前述のように、行政手続法の適用はないものの、行政手続法を前提にして考えるとき、課徴金納付命令については、少なくとも行政手続法上の聴聞手続が必要であると考えます。それゆえ、改正法を改正して課徴金納付命令の事前手続をより手厚くすべきです。この点については、電波法99条の12の免許取消の場合の意見の聴取及び当該取消処分に対する異議申立についての同法85条の電波監理審議会への付議手続が参考になると思われます。このように、事前手続をより手厚くしてゆくと、結局は、改正前の事前手続つまり審判手続と大差ないものとなるかもしれません。そうすると、改正前の状態に戻した方がすっきりとすることでしょう。審査・審判手続の詳細について公取委には法律上規則制定権が認められています(76条)。しかし、事前手続を事後手続に変えてしまうなど、制度の性

格を根本的に変更するようなことは、規則レベルではできないと考えられます(学習院大教授 常岡孝好)。

審査段階における事件関係人の手続保障が確保されるべきである。例えば、審査手続におけるヒアリング調査にあたって、弁護士や法務担当者の同席を認め、事後の異議申立て等における手続保障につなげるべきだと考える。提出資料については原則として「写し」とし、提出者が、原本を提出することによって、後日の防御権行使や日常の業務活動に支障を来たすことがないようにすべきである。

審査官が作成した調書については、被調査者の請求があれば、その写しを提供し、後日の防御権の行使等に支障を来たすことがないようにすべきである(電子情報技術産業協会(JEITA))。

公正取引委員会による審査手続については、適正手続の下で、事業者に正当な防御権が保障されることが不可欠であるにもかかわらず、現在、審査手続を「公正取引委員会規則」に委ねているとともに、その内容も先進諸国の確立した適正手続と比較して、はるかに見劣りするものであることは問題である。以下の事項を確実に実施するとともに、これを「法律」に規定すべきである。

(1) 審尋および供述時における本人の委任を受けた弁護士または法務担当者の立会いを認めるべきである。

(2) 提出資料は原則として「写し」とし、提出者が原本を提出することによって防御権の行使や日常への業務運営に支障を来たすことのないようにすべきである。

(3) 任意の供述であっても、必ず調書を作成することとすべきである。

(4) 審査官が作成した調書については、被調査者の請求があれば、その写しを提供すべきである。

(5) 犯則調査権限は実質的に刑事手続に準ずるものであり、被調査者に対する「供述拒否権の告知」を規定すべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

委員の意見 「審査段階における・・・事情聴取の際に弁護人を同席させるべきではないか。」に賛同いたします。

適正手続の保障は、常に重視されなければならないことであり、実際の行政調査や事情聴取の場合でも、犯罪者の取調のような状況は排除しなければならない。審査官による事情聴取の際に弁護人を同席させる等人権に配慮した審査であることが必要であります。

委員の意見 「審判において・・・審査人が立証に使う証拠以外にどのような証拠を持っているのかは被審人には分からないので、証拠開示の観点から問題があるのではないか。」に賛同いたします。

また、証拠の取り扱いについても証拠法則(伝聞証拠、違法収集証拠の排除)の採用を明確にする必要があり、これらで規制することにより適正手続も確保されると考えます。

委員の意見 「刑事罰金よりも高額になることもある課徴金を賦課するため適正手続として現在のもので十分と言えるか検討が必要である。」についても賛同いたします。

委員の意見 「審査・審判手続の多くは公正取引委員会規則・・・運用・規則の問題である。」とあるが、適正手続の保障については、公取委規則に委ねることは問題である。人権の保障の一環であり基本的に法律で定めるべきである。

特に、以下の点について検討すべきである。

(ア)文書提出命令の申立て(審判規則第46条)については、被審人の権利である以上、規則ではなく法律で定めること

(イ)独禁法第54条では、排除措置命令の執行停止が定められており、公正取引委員会が必要と認める場合にしか執行停止ができないことになっているが、名宛人に原状回復不能の損害が生じるおそれがある場合には名宛人が執行停止を申し立てることが出来る規定を法律で整備すること

(ウ)独禁法第47条第1項第1号の供述強制が、憲法第38条の不利益供述の強要禁止に抵触するか否か明確にすること(日本建設業団体連合会)

審査・審判における適正手続を確保するために、資料の閲覧・謄写制度の充実と秘密保持を徹底するべきである。

審査段階においては、独禁法第47条による調査権限の行使によって、審査官が取得した情報は、原則として提出した時点で審査対象者がその提供情報を所有できることが防御権として当然であり、この点を整備し法律に明記すべきである。これは米国・EUの独占禁止法の手続規定で保障されており、例えば供述調書がとられた場合には、供述調書の写しが供述者に提供される。また、米国では供述(証言)録取の際に、弁護士の同伴を認めているが、これは供述調書の公正性を担保し、後に生じる供述調書に関する証拠価値の争いを防ぐためにも有益である。

また、審判段階での問題としては、審査官は、公益的見地から公権力を用いて、関係資料を取得したのであるから、審判手続が開始されたら、独禁法第70条の15の規定に従って審査官の手持ち資料のすべてを、事業者の秘密事項を除き、手続当事者に閲覧・謄写(開示)させる必要がある。

この点、最高裁判例は異なった解釈をしているが、手続の公正さを担保し、被審人の防御権を拡充するため、この判例の考え方を変更するような立法を行うべきである。なお、ここでいう防御権には、審査官手持ち資料の一覧表の開示が含まれる。米国及びEUにおいては審査官手持ち資料の全面開示が規定されている(日本商工会議所・東京商工会議所)。

「委員の意見 ~」はいずれも、現行の審査・審判手続きについて適正手続き確保の観点から問題を指摘するものであり、制裁強化に見合った適正な手続きが保障される制度とするため、以下の諸点の見直しが必要である。

〔意見1〕制裁強化に見合った手続きを保障する制度とするため、弁護士の立会いや証拠の開示など、正当な防御権の保障を図ること

(弁護士等の立会い)

事件関係人又は参考人から事情聴取するに当たり、本人から委任を受けた弁護士又は少なくとも当該事業者の法務担当者の立会いを認めるべきである。

(証拠の開示等)

米国・EUでは準司法的な事前聴聞手続きに際して、事件関係に関する手持ち調査資料の全てを閲覧させることによって、被聴聞者の防御権が確保されているが、わが国では審査段階も含め、事前手続きにおける証拠資料の開示の点で欧米主要国の制度に比べ極めて見劣りするものである。事業者の適切な防御権行使に著しい制約がある手続きにより、高額な行政制裁金である課徴金賦課などの行政処分が課されるのは、適正手続きの保障の観点から問題であり、事前通知の時点で事実認定の基礎となった証拠資料について、その証拠目録及び証拠資料を開示すべきである。

また、事業者がかかる証拠を閲覧、謄写することができ、それを十分検討できる時間が確保されるべきである。

事件関係人又は参考人の審尋調書又は供述調書が作成された場合は、供述人からの請求があればその写しを交付すべきである。

立ち入り検査時に提出命令書に基づき関係書類を留置した場合は、速やかに謄写し、原本を事業者に還付すべきである。

証拠の取り扱いについても証拠法則(伝聞証拠、違法収集証拠の排除)の採用を明確にするべきである。

〔意見2〕審査・審判手続きは規則ではなく法律で定めること及び、事件関係人の手続きの権利確保の観点から諸規定を見直すこと

被審人の手続き上の権利といった重要な内容は、適正手続きを確保するため、法で定められるべきであり、「委員の意見」には反対する。

以下の点について検討すべきである。

ア) 文書提出命令の申立て(審判規則第46条)については、被審人の権利である以上、規則ではなく法律で定めること

イ) 独占禁止法第54条では排除措置命令の執行停止が定められており、公正取引委員会が必要と認める場合にしか執行停止ができないことになっているが、名宛人に原状回復不能の損害が生じるおそれがある場合には名宛人が執行停止を申し立てることができる法律の規定を整備すること

ウ) 独占禁止法第47条1項1号の審尋に関して、憲法第38条の不利益供述の強要禁止との関係を明らかにすること(日本土木工業協会)

**【意見1】**

個人の自宅への立ち入り調査をする場合には裁判所の令状を必要とする犯則調査として行われるべきであり、罰則を伴う独禁法47条の調査は可能な限り避けるべきである。

**【理由】**

個人の自宅の立ち入り調査については、個人のプライバシーの保護、家族を含めた個人の人権という意味でも、会社の立ち入りと同様に全く公取委の裁量に委ねてよいのか慎重に考える必要がある。

公取委からすれば、重要な資料が自宅に持ち帰られることが多く、自宅の調査が必要な場合があるという主張になるのであろうが、個人の自宅は基本的に個人の日常生活の場であり、家族を含むプライバシーの保護の最も重要な場所である。公取委が、重要な資料が自宅にあると考えるのであれば、その事実を疎明する資料を添えて、裁判所に令状を請求する手順をとることとすることを要求しても、侵害される利益とのバランスから考えて公取委にとって大きな負担とならないと考える。

さらに、現行法では、公取委は、第三者の自宅であれ、その裁量のみで自由に立ち入り調査、書類の押収ができるのであり、何らかの歯止めが必要と考える。

また、独禁法違反が刑事事件となった場合はもちろん、独禁法違反行為が直接懲戒につながる現状にあっては、企業の利益と個人の利益とは同じではなく、企業と個人の利益相反が存在することを前提に個人の権利保護を別途考慮する必要性が高くなったと考えるべきである。

**【意見2】**

独禁法47条の強制調査のうち、供述強制については、その運用によっては、自己負罪拒否を定めた憲法の趣旨に抵触するおそれがあり、1年以下の懲役を含む重い刑罰による間接強制を伴う同条に基づく供述録取は避けるべきである。

**【理由】**

独禁法47条に定める公取委による強制調査のうち関係人からの供述については、今回の改正により、間接強制の罰則が1年以下の懲役にまで引き上げられ、強化された。この改正によって、不利益供述が事実上強制されるといった懸念が指摘されている。犯則調査権が導入され、当初から刑事告発につながる可能性が明らかな事件については一応令状主義が保障されることとなった。また、当初から犯則調査権に基づいて調査が行われる場合には、黙秘権も認められており、憲法上の適正手続の要請は満たされると考えてよい。

問題となるのは、行政手続による調査が開始され、結果として刑事告発につながる事件である。つまり、今回の

改正により関係者に供述を求める場合の間接強制が大幅に強化されたが、当初、犯則調査によらない行政的な手続により供述を強制された個人が結果として刑事告発された場合に、憲法上保障された自己負罪拒否特権の侵害に該当するのではないかという深刻な疑問が存在する。

この点、公取委は、犯則調査部門と行政調査部門との間にファイアーウォールを設け、行政調査によって得られた情報が犯則調査部門に流れないようにするので問題ないとするが、結局は犯則調査、行政調査を統括する審査局長の下にすべての情報が集まるという仕組みであり、行政調査から刑事告発を前提とした犯則調査に進む段階では、すでに審査局長には間接強制により得られた供述調書も含め行政調査の内容が熟知され、その内容は当然犯則調査の方針にも影響を及ぼすことになる。

間接強制を合憲だとする立場からは、行政手続と刑事手続は峻別可能であり、行政調査による証拠はそのまま刑事事件の証拠にならないことを根拠とする。しかし、現実の運用では、行政調査と刑事事件とを明確に区別することは不可能であり、特に、個人にとっては常に刑事被告人となるという立場にあることは動かしようのない事実である。

公取委の取調べに対し供述を拒む事例には、刑事告発へつながる可能性があることを憂慮して供述を拒絶するケースが多く、このような場合に行政調査であるからという理由で間接的にせよ供述を強制するのは、憲法の趣旨に照らして大きな疑問が残ると言わざるを得ない。

公取委は、談合やカルテルなどは密室で行われるので、証拠が得にくく、供述が必要だと言う。しかし、供述に頼った調査がいかにか危険なものかは歴史が物語っており、そのために憲法上自己負罪拒否の特権が認められているはずである。

さらに、今般、公取委は課徴金減免制度を導入し、同制度では公取委の調査開始後であっても最初に協力を申し出た場合も含めて、違反者の供述を得やすくなっている。本来、個人の供述を引き出すためには、憲法上保障された自己負罪拒否特権を侵害する疑いを払拭できない間接強制によるべきではなく、他のより憲法上の疑義のない手段によるべきであり、現実に公取委にはその手段として課徴金の減免も認められた以上、間接強制による供述強制はこれを廃止すべき方向になるべきであり、強制の程度を強化した今回の改正には問題が多い。

特に、今後は企業の利益と個人の利益が相反するケースが発生する事例が増加するであろうことを考えると、個人に対して強制的に供述させることには疑問を持たざるを得ない。

**【意見3】**

取調べの透明性の関知から、検察の取調べに関して議論されているようなビデオの導入などを考えるべきである。

**【理由】**

公取委の事情聴取においては、刑事事件におけると同様、供述調書の内容が供述者本人が述べたとおりのものであるか否かが問題とされるケースが多く、しかも、公取委の立証は供述調書による部分が非常に多い。したがって、取調べの透明性、適法性維持の観点から、ビデオの導入などを考慮すべきである。

**【意見4】**

審査審判手続については、公取委に規則制定権が与えられているが、立証責任を含め手続的な重要な部分については法律で定めるべきである。

**【理由】**

違反行為の存在を立証する責任は公取委にあると考えられるが、実際には法律でこの点が明らかにされていない。そのため、公正取引委員会の審判に関する規則9条のように、争う側に具体的主張及び証拠の提出を義務づけるよ

うな規則が制定され、運用次第では、実質的に立証責任の転換が行われることにもなり得る。このようなことが起こらないよう審判手続において重要な事項は、法律で明記すべきである。少なくとも、定めのないものについては民事訴訟の例によるといった類の法の規程を設けることが必要で、このような根拠がないと手続について争いがある場合の判断基準、根拠が明確とならない。

**【意見5】**

公取委には広範な証拠開示に応ずる義務を負わせるべきである。

**【理由】**

現行法では、どの範囲で公取委側に証拠開示義務があるのか明らかではないが、少なくとも、民訴法で認められている範囲での証拠開示請求には応ずる義務があることを明示することが必要であり、さらに、争う側に有利と考えられる証拠がある場合にはこれを提出する義務を負わせるべきである。

公取委側に広範な証拠開示義務を認めることは、公取委と争う側の証拠収集能力の違いからも必要なことであって、独禁法24条に基づく差止請求について原告側に一般民事事件より広い証拠開示請求権を認めるべきであるという主張の根拠と、基本的には同じである。すなわち、公取委の手元には、争う側に有利な証拠も存在するはずであるが、争う側としてその存在は判らない。特に、カルテル、談合などの場合には、公取委は多く争っている会社以外の会社の証言や書証を証拠として利用することが多い。この場合、審査官は審査官の主張に沿う部分だけを証拠として提出するにすぎない。

被審人側が他の会社について調査することは事実上不可能であることを考えると、少なくとも被審人に有利な証拠については、法律上、審査官にこれを提出する義務を負わせることが必要であり、これに反した場合には、有利な事実が存在するという推認の上判断をするような仕組みとして、審査官側の証拠開示を実効性があるものとするべきである。

特に、今後はいつ違法行為をやめたか、違法行為からの離脱と認められるかなど、従来のような単純に違法行為があったかなかったという事例ではない複雑な事件が増大することが予測されるが、このような主張をして争う側の証拠収集能力には限度があるため、公取委側に被審人の主張に沿う証拠がある場合には、審査官に提出義務を負わせるべきである。

さらに、今回の改正により調査の開始から、排除措置命令まで3年かかるケースも考えられるところ、排除処置命令が出て、その内容を確認してから反論の証拠をそろえることは争う側としてはほとんど不可能であり、その意味でも証拠の開示の必要性は刑事事件の場合に比しても遙かに高い。

**【意見6】**

実質証拠主義の合理性については、引き続き検討すべきである。

**【理由】**

合併などのように高度に専門性を有するものを除いて、公正取引委員会の判断を事実認定の専門家である裁判所に優先させなければならない理由は存在せず、三権分立を持ち出すまでもなく、法律の解釈、その適用の是非の判断は行政機関ではなく裁判所が行うという当然の前提を考えても、実質証拠主義によって裁判所の法解釈、認定に制限を課す合理性に疑問があるとの意見がある。したがって、実質証拠主義の合理性については、引き続き検討すべきである(日本弁護士連合会)。

公正取引委員会は、審査手続きを経て、「排除措置命令」や「課徴金納付命令」という行政処分を出しており、これらの処分は公表される。「排除措置命令」や「課徴金納付命令」は、行政処分とはいえ非常に重いペナルティーであ

り、これらが公表されることと相俟って、刑事制裁と同等のインパクトがもたらされるといっても過言ではない。したがって、このようなペナルティーが課されることとなる審査手続きにおいては、適正手続きが確保され、正当な防御権が保障され、運用の公正性、透明性が制度的に確保される必要がある(日本貿易会)。

機密情報の保護や公正取引委員会によって収集された文書への適時アクセスを提供することに関するルールといった適正手続きに合致するための改善、さらには裁判所の令状の取得が要件となっていないにもかかわらず公正取引委員会が立入調査の際に行使する調査権限に関する明確なルールの改善を含む重要な改正を検討することを提言する(マイクロソフト)。

意見 については、まさにそこで指摘されているように、審査・審判制度の多くが公正取引委員会規則で定められており、法制度の問題というよりは運用・規則の問題となってしまうこと、それ自体が問題である。

審査段階における証拠収集との関係では、まず物的証拠の提出に際して、少なくとも提出に先立って事業者側で写しを作成することが許されるよう、明確に規定されなければならない。第47条第1項に基づく行政調査権限は、直接的な強制力を行使して行うことはできず、あくまで相手方である事業者の承諾を得て行われるものである以上、写しを作成した上で提出するという提出方法は、かかる承諾の一環として当然に認められるべきものである。改正前の実務においては、かかる写しの作成の可否は運用に委ねられていたが、かかる行政調査権限の法的性質や、適正手続きの保障、さらには財産権の保障の観点から見ても、運用に委ねておくことのできる問題ではない。

これに対して供述内容については、物的証拠の場合のような閲覧謄写の機会(審査規則第18条)も与えられておらず、ただ事前説明の際に一部の開示がなされるのみである。その際も、許されるのは開示にとどまり、謄写は許されないため、事業者側としては事前説明の際を利用しての転記等の作業を行うことになる。この転記等の作業は、それ自体として極めて不合理・不効率であり、開示閲覧が許され、転記が許されている以上、謄写が制限されるべき合理的理由は見出せない。加えて、仮に謄写が許されるとして、その時期は、上記のような事前説明の時点まで遅れるものとされるべき合理的理由はない。各調書作成の時点で、直ちに供述者本人に少なくとも写しが交付されるべきである。審尋調書(審査規則第13条)でさえ、上記の行政調査権限に基づき、相手方の承諾に基づきつつ検査拒否に関する罰則という間接強制の形で作成されるものであり、まして通常行われている供述調書の作成は、審尋のための出頭要請を行うことなく、出頭の要請と任意の聴取という形で作成されるものである。作成される調書は、審査官側と供述者側のいわば共同作業による成果物であり、供述者側がその写しすら保持し得ないというのは極めて不当である。調書の内容は供述の内容を忠実に反映したものであるべきであり、それが実現されている限り、当該調書の内容が当該供述者から隠されるいわれはないはずである。加えて、審査官側の関与の下で作成される供述調書について、物的証拠の閲覧謄写との関係で言われるような、「写しを持ち寄っての口裏合わせへの悪用」といった事態は生じ得ない。逆に、このように写しが交付されることによって、事情聴取の手續の適正について、供述者側からの一定の信頼感が生じることが重視されるべきである。この点、厳格な証拠法則が適用される刑事手続きでは、例えば共犯者が自白している旨の虚偽の事実を告げるなど偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合における自白は、任意性に疑いがあるとされる(最判昭和45年11月25日刑集24巻12号1670頁)。このような厳格な証拠法則の適用がない現行の審判手続では、そういった不適切な事情聴取に基づく供述調書を証拠として、事業者に排除措置命令等の負担・制裁が課されるといった事態が生じうることについて、制度上何らの手当もなされていない。

以上のように、自社提出の物的証拠については、提出前に写しを作成することが許されるべきであり、また供述調書・審尋調書については、作成の時点で供述者に写しが交付されるべきである(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁

	<p>護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。  適正手続きという点から言えば、 が重要と考える。  両方とも、現段階では、捜査でも認められていないので、実現は困難かもしれないが、 の証拠物については、少なくとも、自分のところにあった物を見ることができないのはおかしい。証拠隠滅のおそれがない以上、請求があれば開示すべきものとする(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。  結論：当面は現行制度の運用を見守るべきであり、拙速な見直しの必要はない。  理由：委員の意見のうち、審査段階で弁護士同席を認めたり、審判手続に使用されない証拠開示を求めるようなことは、他の行政手続や刑事手続においても認められるような事柄ではないので不適切である(弁護士 山口廣他)。  違反行為に対する処分経過の透明性を確保する必要がある(事業者)。</p>
<p>4 不公正な取引方法に対する措置の在り方</p>	
<p>不公正な取引方法に対する措置の在り方について(課徴金や刑事罰の対象とすることについて)</p> <p>不公正な取引方法についても、欧州等で一般的に導入されている事案の実情に応じて柔軟に運用できる金銭的不利益処分の対象とすることは可能ではないか。</p> <p>不公正な取引方法に対して、過料のように上限額を設けて、公正取引委員会が自力執行力を持つ金銭的不利益処分を設けることは可能ではないか。</p> <p>不公正な取引方法は、「公正な競争を阻害するおそれ」という広汎で明確でない構成要件となっており、刑事罰や課徴金の対象とすると、憲法で保障された営業の自由を侵害する懸念があるし、またその構成要件があいまいで不明確なために憲法で規定する罪刑法定主義にも反するおそれがあるのではないか。</p> <p>特定の行為が規制されても、他の手段で競争を行うことは可能であり、営業の自由を侵害するとはまでは言えないのではないか。</p> <p>不公正な取引方法の定義が抽象的との意見もあるが、むしろ諸外国に比べると明確なのではないか。</p> <p>違反行為の具体的な構成要件を行政庁が定めている国は他になく、罪刑法定主義の趣旨から刑事罰や課徴金の対象とすることに問題があると考えられることから、不公正な取引方法については、公正取引委員会の告示による指定ではなく法律で定めるべきである。</p> <p>法律である程度の定義を定めた上で、委員会の告示で具体的な要件を定めたとしても刑事罰や課徴金の対象と</p>	<p>排除行為による私的独占および不公正な取引方法にも課徴金を賦課すべきであるとの論議もある。しかし、これらへの課徴金の拡大は上記に述べた理由から与することができない。さらに、不公正な取引方法についていうなら、不公正な取引方法は不当な事業活動であるといっても、それらは正常な事業活動と明確に区分できない。いわば紙一重なのである。それを区分するのが公正取引委員会の審判手続における事実認定である。これまで、そのような不当な行為を公正取引委員会が事実認定し、排除措置として処理してきており、これまで不都合があったとは思えない。違反の形が類似しているとか、片方のみでは片手落ちであるといったことで制裁を拡大することには疑問である(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p> <p>不公正な取引方法は、「公正な競争を阻害するおそれ」にすぎない段階で規制するものであるから、本来、課徴金や刑事罰の対象とすることにはなじまない。予見可能性を確保するために各行為類型の構成要件を明確にするとともに、公正取引委員会の「告示」による指定ではなく法律で定めるべきである(出光興産)。</p> <p>不公正な取引方法については、刑事罰化は、反対であるが、抑止効果の確保の観点からは、課徴金の対象とすべきである(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>不公正な取引方法の要件は、「公正な競争を阻害するおそれ」という明確さに欠けるものとなっており、刑事罰や課徴金の対象とすると、かえって自由な営業活動を阻害することとなるおそれがあり、適当ではない(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>不公正な取引方法に係る特別法である景品表示法及び下請法の違反行為類型の一部は、法律によって要件を明確に定めているので(景品表示法4条1項1号・2号、下請法4条1項各号)、これらの違反に罰則規定を設けることを考えてはどうか(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>私的独占(排除型) 不公正な取引方法は違法とされる行為と適法とされる行為の区別が明確ではないため、これらの行為に課徴金を課することは予見可能性の点で問題がある。</p> <p>また、不公正な取引方法は、「競争の実質的制限」には至っていないが「公正な競争を阻害するおそれ」のある行為を違反とする予防的規定であるため、課徴金納付命令の対象とすることは妥当ではない。</p> <p>従って、私的独占(排除型)および不公正な取引方法は、課徴金納付命令の対象とすべきではない(キヤノン)。</p> <p>不公正な取引方法についてはガイドラインが出されていますが、それでもなお違反かどうかの判断がわかりにくい部分が残っていると考えております。今までの違反事例等での考慮すべき要件等を加えて、ガイドラインの充実を図って頂きたいと考えます(特に「拘束条件付き取引」について)(京セラ)。</p>

することに問題が必ずしもあるというわけではない。

何が不公正な取引方法かということは社会経済情勢において変化し得るものであり、公正取引委員会の判断を尊重すべきである。

不公正な取引方法は、公正な競争を阻害する「おそれ」という段階で違反とするものであり、刑事罰や課徴金の対象とすることには無理があるのではないか。

確定排除措置命令違反に刑事罰を科すという現在の枠組みが適切なのではないか。

競争の中で中小企業に対する値引き要請など不公正な取引方法が行われるような構造が生じている。不公正な取引方法については、違反かどうかの判断が分かりにくく、ガイドラインの充実を図る必要がある。

消費者保護の観点からは、(不当表示などの)欺瞞的顧客誘引を積極的に取り締まるべきである。

不公正な取引方法にも様々な行為類型があり、刑事罰や課徴金の対象とすべきものとそうでないものを分けて議論する必要があるのではないか。

不公正な取引方法として規制の対象とする際には、それぞれの行為類型につき、構成要件の在り方を検討する必要があるのではないか。

#### (1) 一般的な問題

不公正な取引方法は、独占禁止法の3つの基本的な規制対象行為であり、様々な行為類型があるが、競争が激化する中で競争の公正化が強く求められており、とくに一般消費者の正しい商品選択を歪める不当表示など不当顧客誘引行為の規制と、中小企業の事業活動を抑圧する大規模小売業の濫用行為(不当廉売、優越的地位の濫用行為など)に対する規制が重要である。この場合の規制を効果的にするためには、「一般指定」は「不当に」または「正当な理由がないのに」等の抽象的な要件が含まれ、事案ごとの規制になっているので不十分であり、「特殊指定」を活用して規制対象行為を特定して明確にし、規制を効率化する必要がある。行為の明確化が行われた後、実効性担保のため、制裁規定や団体訴権が検討される必要がある。ドイツでは、2004年の不正競争防止法改正により、同法の消費者指向を明確にし、この面の規制は、実質的には商業会議所が設立した不正競争防止センターと消費者団体の総合機関が、団体訴権制度を用いて、問題事案を裁判所に提訴する方法で効果的な実施を行っている。

#### (2) 一般消費者保護のための規制

一般消費者の正しい商品選択を妨げる景品付販売や不当表示は、以前には独占禁止法2条9項に基づく「特殊指定」で規制されていたが、販売競争の激化に伴って「特殊指定」が増大する傾向があり、この面の「特殊指定」の総括的な補完法として「景品表示法」が昭和37年(1962年)に制定された。この景品表示法においても、規制対象となる景品付販売や不当表示については、同法3条及び4条1項3号で「指定制度」がとられているので、この指定制度を活用することが必要である。景品表示法の対象にならない不当顧客誘引行為は、「一般指定」8項と9項で規制されるが、特定して効果的に規制することが必要な行為類型(特定情報の開示を含む)については「特殊指定」や「指定制度」を活用する必要がある。現在の市場では技術革新の下で新しい新商品が続々出現し、企業は様々な手段を使って商品の販売促進を図っているのであるから、販売促進手段であって一般消費者の商品選択を歪めるものについては、「指定制度」と「特殊指定」とを活用して具体的に特定し問題点を明確にして規制する必要がある。この種の販売促進行為は、ある1社がやれば他社も対抗して行い、相互にエスカレートして行う傾向があり、伝播性と亢進性をもつ不当な販売促進行為については、行為を具体的に特定し問題点を明確にして規制しなければ効果的な規制は困難である。消費者の正しい商品選択を歪めるおそれがある販売促進手段を禁止することによって、価格・品質・サービスによる公正な競争が促進され、消費者とともに誠実な企業も保護されるのである。具体的な規制対象行為が特定された後、制裁規定の導入と団体訴権が検討される必要がある。

米国では、連邦取引委員会が、FTC法5条で一般的な不公正な取引方法を抽象的に規制しているが、FTC法18条の取引規制規則の制定により、又は公正貸付法、公正包装標示法、繊維製品標示法などの補完法により、規制対象行為を具体的に特定し、それをFTC法5条違反として効果的な規制を行っている。FTC法18条の取引規制規則は、関係事業者の意見を聞き、公聴会を開催して設定され、その規則設定に問題がある場合には関係者は司法審査を求めうることができる。取引規制規則はわが国の「特殊指定」や「指定制度」と同様の規制制度であるが、これにより子供向けテレビ広告における特定事項が禁止され、電話勧誘行為における特定情報の開示などが行われ、消費者選択を歪める行為が効果的に規制されている。具体的に特定された事項に違反する場合には、FTC法5条違反とされて、排除措置が採られるほか、同法5条(1)項・(m)項により民事制裁金(civil penalty)の対象になり、また消費者に損害を与える場合には、FTC法19条(b)項により、損害の補償(consumer redress)が求められる。これらの具体的な特定事項を中心とした規制は、消費者保護法の第一線で現在活発に運用されている。

わが国の場合、独占禁止法2条9項、景品表示法3条、及び4条1項3号等の「特殊指定」および「指定制度」を活用して、規制対象行為を具体的に特定し、必要な場合に行政制裁金の対象にすることなどが検討される必要が

ある。不当誘引行為の規制の徹底による一般消費者の商品選択の保護は、同時に誠実な競争者の事業活動の保護にもなり、価格・品質・関連サービスによる能率競争（公正競争）の促進に寄与する。

### （３）中小企業の規制

#### 不当廉売

市場経済では、各企業は採算を考慮して経営を行っており、資本市場では企業の採算性に基づく利益率を基準に企業評価が行われている。企業活動においては採算性の考慮が重要であるが、多数の品目を扱っている大企業が、一部の品目について、競争手段としてまたは宣伝手段としてコスト割れ販売を行なう場合には、廉売対象商品を主力商品とする中小企業は極めて不利な立場に立たされる。これは、とくに小売市場で行われ、一部の大規模小売業者がコスト割れ販売を客寄せの手段として行えば、他の大規模小売業者も対抗してこれを行い、結局小規模の専門小売店が被害を受けるほか、大規模小売業者は商品の仕入先に値引きを要求して優越的地位の濫用の問題を引き起こす。

各国ではこの種のコスト割れ販売を不当廉売または略奪価格行為として、独占禁止法や不正競争防止法等で規制している。米国では、不当廉売は連邦段階でシャーマン法 1 条とロビンソン・パットマン法 3 条で略奪価格（私的独占）として、平均可変費用を基準に禁止されているほか、州のコスト割れ販売規制法または不公正取引法で規制され、罰則も定められている。EU では、市場支配的事業者の略奪価格は条約 82 条で規制され、ドイツでは、不当廉売は不正競争防止法で規制されるほか、競争制限禁止法 19 条及び 20 条 4 項により市場支配的事業者の経済力濫用の一形態として規制され、制裁金の対象となっている。

不当廉売については、わが国では独占禁止法 2 条 9 項 2 号に基づく「一般指定」6 項で規制対象行為とされ、また同法 3 条の私的独占の略奪価格として規制されている。しかし、「一般指定」の規定も「私的独占」の規定も抽象的であり、違反構成要件が必ずしも明確でなく有効な規制が行われていない。平成 18 年 5 月 18 日のガソリンの不当廉売排除措置命令で、当該店舗の「仕入価格に人件費等の販売経費を加えた価格」を下回る価格であるか否かが不当廉売のコスト基準として明らかにされたことは、当然のことではあるが、評価できる。昭和 46 年に公正取引委員会が作成し、全国的に各地で公聴会にかけた不当廉売に関する「特殊指定案」のような不当廉売の特定化を行い、その上で制裁規定と団体訴権を検討することが必要である。

#### 優越的地位の濫用と差別対価

大規模事業者の優越的地位を濫用する行為は、法 2 条 9 項 4 号に基づく「一般指定」14 項に規制規定があり、また大規模小売業者の強大な購買力による濫用行為については、平成 17 年に「特殊指定」が行われている。製造段階の優越的地位の濫用規制の一部は、下請取引について 1956 年の下請法により規制されているが、同法違反については違反行為により下請業者に与えた損害を返還させる措置が正式に採られてきており、事実上の制裁になっている。流通段階の優越的地位の濫用行為に対しても同様の措置が採られるべきであろう。

米国では、連邦取引委員会が FTC 法 5 条に基づき大規模事業者のこの種の濫用行為を規制し、「指針」を出している（連邦規制規則 16 編 240 条；松下満雄、アメリカ独占禁止法、東大出版会、1982 年、251 頁以下）。また、メーカーが大規模小売店に対して一般小売店に対するよりも不当に有利な価格を提供すること、又は大規模小売店がこのような要求をすることを差別対価として厳しく禁止し（クレイトン法 2 条：ロビンソン・パットマン法）差別対価により被害を受けた小売店は 3 倍額の損害賠償請求ができるので、この差別対価規制が大規模小売業者の優越的地位の濫用の抑制策となっている。

ドイツでは、大規模小売店の優越的地位の濫用を競争制限禁止法 20 条 3 項で規制すると同時に、供給業者が大規

模小売業者に対して差別的優遇策をとることを供給業者間の公正競争規約（競争制限禁止法 24 条）により規制しており、多くの規約では 1974 年 11 月の連邦経済省の「購買力濫用行為カタログ」で指摘された行為を規制対象として採り入れて大規模小売業者の濫用行為に対抗している。

供給業者による大規模小売業者に対する優遇的な差別対価の規制は、大規模小売業者の購買力の濫用規制と不当廉売規制とに効果的であり、この面から差別対価の規制（「一般指定」3 項）を「特殊指定」により具体化することが重要である。「差別的取引」の禁止は、公正競争の促進のため、とくに大企業と小企業との間のイコルフッティングな競争を確保するために重要である。

#### （４）「特殊指定」の活用と整備

現在の激しい販売競争状況と多様な販売促進方法の展開の中であって、不公正な取引方法の規制については、伝播性と亢進性の強い不公正な取引方法の根源となる具体的行為や項目を特定して効果的に規制する必要がある。このことは、米国が FTC 法 18 条の「取引規制規則」や各種の「指針」を活用して問題行為を特定し、活発な規制を行っていることから明らかである。したがって、独占禁止法の「特殊指定」と景品表示法の「指定制度」の活用が重要である。

平成 17 年 11 月に、公正取引委員会は古い「特殊指定」5 件の一括廃止方針を公表し実施した。これは不公正な取引方法の規制の新しい流れに反する措置である。とくに教科書の「特殊指定」の廃止は、問題である。教科書の「特殊指定」は、国公立・私立を含むすべての小学校、中学校、及び高等学校の全科目の教科書の販売について、その購入選択者が教師・学校・教育委員会など極めて少数であるため、売込み競争が激しく、供給その他の経済的利益の提供競争が横行し、社会的に強く非難されたので、昭和 31 年に有識者の意見を聞き公聴会にかけて（法 71 条）教科書の正しい選択を確保するために、経済的利益の供与を禁止する「特殊指定」が制定されたが、文字通り公共の利益に適合した措置であった。この教科書の「特殊指定」について、公正取引委員会は、上述の一括廃止方針に基づき、平成 18 年 4 月に廃止の方針を固め、一般の意見募集を行った。これには 4600 を超える意見が寄せられ、その殆どが廃止反対の意見であり、また元東大総長 2 人などを含む学識経験者、教育関係者などが多数反対意見を提出し、文部科学省も反対であったが、「特殊指定」は必要なしとして、公聴会を開くことなく、同年 6 月初めに一方的に廃止を実施した。このような一方的な措置は、処分前に相手方の意見等を考慮することを定める行政手続法（注）の精神から見ても問題であり、独占禁止法 71 条の公聴会開催を、景品表示法 5 条のように、「特殊指定」の「制定」の場合だけでなく、その「変更」または「廃止」の場合にも義務づけ、司法審査に服するようにする必要がある。「特殊指定」は、業界の公正競争ルールの基礎として重要であり、その制定、改廃が経済社会の実情に対応して民主的に行われ、一方的な専断的な措置が採られないように、手続が整備される必要がある。

伝播性と更新性をもつ不当顧客誘引行為の規制のための「特殊指定」の規制や景品表示法の規制については、業界の自主規制と相互監視が重要であるので、公正競争規約が設定され（同法 12 条）公正取引協議会が設置され、それは価格と品質による能率競争の促進と一般消費者の利益保護に役立っている。公正競争規約は、自動車・家電・食品・不動産・金融など 100 余の主要業種で設定されている。教科書についても、「特殊指定」を基礎に業界の自主規制が行われ、それにより教科書選択者への不正な供給等は排除されていた。このような自主規制と一体となった「特殊指定」の規制を規制官庁が一方的に廃止することは、適正手続上問題である（競争法研究協会）。

（１）全産業において競争は極めて激しくなり、競争の公正性確保が重要になっている。この場合、不公正な取引方法の規制が重要である。具体的には、一般消費者の正しい商品選択を歪める販売方法の規制と小規模事業者の事業機会の確保の見地からの規制が重要である。

## (2) 一般消費者

現在、技術革新によって新しい新商品が次々に現れ、また多様な媒体による様々な販売促進と広告宣伝によって、消費者の正しい商品選択は困難になってきている。この面の消費者保護のためには、独占禁止法の不当顧客誘引行為(2条9項3号：一般指定8項・9項)及び景品表示法の規制が重要である。現在の不当誘引行為は明白な不当性というよりは紛らわしい誘引行為が多くなり、1社が行えば他社も行う場合が多く、具体的に不当行為を特定して規制する必要がある。このために、従来から景品表示法4条1項3号の指定により、無果汁飲料の規制や原産国表示の規制などが行われているが、これを強化する必要がある。景品表示法上記指定制度や独占禁止法2条9項の特殊指定制度の活用により、一般消費者の正しい商品選択を歪めるような紛らわしい誘引行為を有効に規制するために、特定行為の禁止や特定事項の情報開示が必要であり、またこのための実態調査が必要である。米国においても連邦取引委員会は同法18条の取引規制規則を活用して特定行為の禁止や特定情報の開示を指定して、強力な消費者取引の規制を行っている。

規制されるべき行為が特定された後、制裁規定が検討されるべきである。また、公正取引委員会の措置と同時に、消費者が民事訴訟により救済を求めうるようにする必要がある。この場合、消費者が単独では訴権を実際に行使することが困難であるので、団体訴権制度が検討される必要がある。

不当顧客誘引行為の規制の強化は、一般消費者の利益の保護になるだけでなく、良心的な事業者の活動の保護にもなり、公正な競争の促進に寄与するものである。

## (3) 小規模事業者

独占禁止法は公正な競争を促進して大企業の濫用行為を抑制し、小規模事業者の事業機会を保護することが重要な機能となっている。この面の規制では不当廉売の規制と大企業の優越的地位の濫用行為の規制が重要であるが、この点についても具体的な規制行為の特定が必要であり、独占禁止法2条9項による特殊指定の活用が必要である。この場合にも、特定行為が明確になった後に、違反に対する制裁措置と団体訴権が検討される必要がある。小規模事業者も、個々では実際に訴権を行使することは困難である(競争法フォーラム)。

不公正な取引方法は、「公正な競争を阻害するおそれ」という段階で違反とするものであるから構成要件が曖昧であり、よって、課徴金や刑事罰の対象とすることは罪刑法定主義に反するおそれがある。また、何が不公正な取引方法かは社会経済の変動に応じて変化し得るものであることに鑑みると、罰則を導入することは却って事業者の正当な競争行為をも萎縮させる弊害がある。

一方で、現行の不公正な取引方法の一般指定(告示)は、1982年以降、一度も見直しをされていない。これまでに法的措置がとられたことがないような行為類型もあるので、そもそも不公正な取引方法を課徴金や刑事罰の対象とするかどうかを検討する前に、不公正な取引方法の規制の在り方や構成要件自体を見直す必要がある。

また、不当廉売については、排除勧告も出されていない中で、小売業と比べガイドライン上も明確ではない安値入札の事案に関して、告示の構成要件を満たさないまま警告が多数出されているのは問題である(経営法友会)。不公正な取引方法に対する措置の在り方を検討するにあたっては、現行制度が抑止力の観点から実効性を確保できているかといった点について十分に議論がなされた上で、必要に応じて、新たな措置の在り方を検討すべきである。

また、例えば、不公正な取引方法を課徴金や刑事罰の対象とすることについては、告示で指定してはじめて禁止規定が確定する行為類型であることから罪刑法定主義に反していないか、不公正な取引方法における不当利得の考え方を含め課徴金の具体的かつ合理的な算定方法が設定できるかといった点について、関係者の意見を十分に踏まえて検討される必要がある。

いずれにしても、自由で公正な競争を促進するという観点からは、不公正な取引方法に対する厳正な対処が重要であり、企業の予見可能性を高め違反行為に対する抑止力を高めるために、先ずは取引実態に応じて独占禁止法の考え方を示したガイドラインを充実させるなど違反行為を明確化していく必要がある(経済産業省)。

不公正な取引方法による違反行為に対し、その抑止効果を高めるため、課徴金などの金銭的不利益処分を科すことを今後検討していくことに異論はない。しかしながら、既述のとおり課徴金の算定基準と根拠は明確でなくてはならず、規制を強化し、金銭的不利益処分を科すのであれば、その合理的な算定根拠を明示する必要がある。

公取委が指定した違反行為の類型には、不当利得相当額の算定が困難なものが多いと考えられるが、算定の可能性について具体的に検討すべきである。

また、ビジネス環境の変化に伴い、新しいタイプの違反行為も生じていると思われ、現在公取委が指定している違反行為の16類型については再度見直しを行い、適宜改定しながらガイドラインの充実化を図る必要がある(経済同友会)。

委員の意見 に賛成である。不公平な取引方法に対する措置として、課徴金や刑事罰の対象とすることは不適當である(建築業協会)。

意見 を支持する。特に流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針の見直しを行うべきである。

意見 および についても検討に値する。

「私的独占(排除型)や不公正な取引方法については、正当な競争行為との区別も難しかったり、競争に与える影響が軽微であったりすることから、課徴金の対象とすべきか慎重に判断すべきである」との意見を支持する。

不公正な取引に対する制裁は、下請法や建築業法等の他の業法でも定めており、課徴金の対象とする行為類型を拡大する必要はない(国際企業法務協会)。

排除型私的独占や不公正な取引方法について課徴金納付命令の対象とすることについては反対である。

理由：正当な競争行為との区別が困難であり(委員の意見 )また、特に不公正な取引方法については、競争制限のおそれがある場合でも規制の対象としていることから、課徴金納付が違法行為の抑止を目的とした制裁という刑事罰と同じ性格のものであるのに、「おそれ」の段階でもその対象とすることには問題があると考えられる(JFEスチール)。

不公正な取引方法については、違法性の要件が、公正競争阻害の「おそれ」があるにとどまり具体的な競争秩序への悪影響が存在しないものも対象としているが、そのようなものについてまで課徴金を課して抑止する対象とすべきではない(昭和電工)。

当・不当の判断の分岐点が極めて不明確であるため、予見可能性を確保するために規制の明確化を図るべきである。ガイドラインでは、不当性の判断について、市場集中度、商品の特性、新規参入の難易性等を総合的に考慮して判断すると説明しているが、「総合的に考慮して」では、不明瞭であり、数量基準等、明確な基準を用いるべきである(昭和電工)。

不公正な取引方法について、「(略)金銭的不利益処分の対象とすることは可能ではないか」との意見があるが、i)公正な競争を阻害するおそれ、という明確でない基準により違法性が認定されてしまうこと、ii)公正取引委員会の「告示」により構成要件が決定されており罪刑法定主義上問題があること、iii)不公正な取引方法には様々な行為類型があり、その違法性も一律ではないこと、から、一律に金銭的不利益処分を課すことにはなじまないと考える。

仮に金銭的不利益処分を導入するのであれば、各行為の違法性を十分考慮し、金銭的不利益処分を課すべき行為

類型とそうでない行為類型を分類した上で、前者について構成要件を法律で明確に定める、等の措置が必要である  
と考える(住友金属工業)。

独占禁止法が禁止する不当廉売は、同法第2条第9項に基づく不公平な取引方法第6項において『正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価を継続して供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせる恐れがあること』と規定されている。

建設業における不当なダンピング受注は、他の事業者の事業活動を困難にさせるものであり、下記の理由により、早急な独占禁止法に基づく不当廉売対策が必要である。

(1)【正当な理由がないのに著しく下回る対価】とは

特に公共工事については発注者が定めた予定価格という正当な理由があるのに、正当な理由も無く予定価格を著しく下回る対価として受注されたものは不当廉売とするのが妥当と考える。著しく下回る対価については予定価格の何割以上減額した場合等は今後議論が必要と思われる。

(2)【継続して供給した】場合について

建設業は受注産業であり、同じ商品を多数扱う小売業等とは異質のものであり、建設業者が2回、3回と継続してダンピング受注した場合はこの規定を適用するのが妥当と考える。

そのために、昭和59年に小売業者を対象に策定された「不当廉売ガイドライン」と同様に建設業における公共調達にも、「不当廉売ガイドライン」の策定を求める(全国建設業協会)。

不公正な取引方法が課徴金や刑事罰の対象ではなく、「やり得」とも言える状況を改善することが重要です。少なくとも再販売価格の拘束は課徴金や刑事罰の対象にするべきです。また、「消費者団体訴訟制度」の導入を含め、民事的救済制度の方策を講じることを検討すべきです(全国消費者団体連絡会)。

及び については、同感である。

については、先ず、当連合会が導入を主張している不公正な取引方法の抑止策としての課徴金は、刑事罰ではなく行政制裁措置にとどまるものであることから、罪刑法定主義はそれほど厳密である必要はないものとする。しかるに、独占禁止法第2条第9項に規定されている不公正な取引方法の定義規定では、公正な競争を阻害するおそれのあるもののうち、公正取引委員会が指定するものとされている。もともと不公正な取引方法の内容は経済取引の実態に即して適時適切に定められるべき性質があり、たしかにある程度広汎な規定はやむを得ないと考えられるものの、一般指定や特殊指定の内容を不断に見直し、実態に即したものであって、より明確なものとして指定するよう努めることで、この公正取引委員会の指定をもって課徴金の賦課要件は十分に明確にされ得ると考える。すなわち、そのような指定がおこなわれれば、営業の自由を不当に侵害するおそれ等はなくなることができると考えられる。なお、公取委は、一般指定等を不断に見直し、常に実態に合ったものとしていく責務がある。

及び については、異見はない。

については、(委員の意見)と同様の立場であり、 の指摘は当たらないと考える。

及び については、同感である。

については、たしかに不公正な取引方法は『公正な競争を阻害する「おそれ」(公正競争阻害性)』が要件であり、競争の実質的な制限である私的独占や不当な取引制限に至る中途段階での予防的規制であるとも考えることもできなくはない。しかし、公正競争阻害性の存在自体が既に独禁法の保護法益を侵害するものであるとも考えられるし、取引実態を見ても、優越的地位の濫用や不当廉売等は、仮にそれが競争の実質的な制限に至る以前の段階であっても、競争に大きな悪影響を及ぼすものであることは明らかであり、ゆえに独禁法はこれらを規制対象としている

と考えられる。そうであれば、不公正な取引方法も独禁法「違反行為」でありその法益を侵害するという点では、他と同様であるから、実効的な抑止策として、課徴金等一定の制裁措置が導入されたとしても、理論的にも実際上も何ら不都合はないと考える。そこで、実態をみると、優越的地位の濫用や不当廉売等不公正な取引方法に実質的に該当する行為は後を絶たないばかりか増加している感すらあるのであり、現行の排除措置命令のみでは当該規制の実効性確保はおぼつかないのが現実である。もっとも、不公正な取引方法は、カルテル行為等に比較して、競争への侵害度が低いとされ、課徴金や刑事罰が設けられていない理由の一つになっているが、そうであるとしても、課徴金賦課率に差を設けて対応することは可能であって、不公正な取引方法の規制を実効あるものとするためには、カルテル等と同様な制裁措置である課徴金制度を設ける必要は大きいと考える。

については、一定の評価はなし得るが、しかし、排除措置命令が発令され、それが確定しない限り、刑事罰がないというのでは、独禁法違反行為である不公正な取引方法の抑止策としては、事実上全く不十分であると考え。また、実際にも、現在の枠組みでは、カルテル等については、一回目の違反行為でも課徴金が必ず課され、その上刑事罰も科されるようになっているにもかかわらず、不公正な取引方法については、二回目の違反行為から排除措置命令違反としての刑事罰が科されるだけである。不公正な取引方法を用いることによって、行為者には何らかの利益が生じると考えられることから、一回目の違反行為はやり得ということになり、金銭的不利益処分の伴わない排除措置命令だけでは抑止力がない。

については、たしかに不公正な取引方法に該当するか否かの判断は、それが通常取引と連続的に接するものであることから、難しい面があるのは事実である。しかし、その点は、公取委の一般指定等の一層の明確化、精緻化、あるいは新たにガイドライン等を示すことで対応可能であるとともに、公取委の独禁法運用の透明化の観点からも、重要であると考え。

については、特に反対するものではないが、この点は、むしろ景品表示法等の充実で対応するのが適切であると考え。

及び については、ひとつの見識であり、分類根拠を明確にした精緻な議論が必要であることは、基本的に同感である(全国石油商業組合連合会)。

委員の「違反行為の具体的な構成要件を行政庁が定めている国は他になく、罪刑法定主義の趣旨から刑事罰や課徴金の対象とすることに問題があると考えられることから、不公正な取引方法については、公正取引委員会の指定ではなく法律で定めるべきである。」との意見に賛成である。

また、仮に、不公正な取引方法に該当する行為類型を法律で定めたとしても、現行の内容では、「不公正な取引方法は、公正な競争を阻害する「おそれ」という段階で違反とするものであり、刑事罰や課徴金の対象とすることには無理があるのではないか。」との委員の意見が、なお該当するものと思われる。したがって、不公正な取引方法を刑事罰や課徴金の対象とするには、個々の行為類型ごとに、どういった段階で違反とするか、刑事罰や課徴金の対象とすべきかといった諸点について、慎重に議論・検討を重ねていくことが必要である(全日本空輸)。

不公正な取引方法は「公正な競争を阻害するおそれ」という広汎で明確でない構成要件となっていることから課徴金の対象とできないという意見もみられたようであるが、一般指定の文言を法律中に規定することで法律主義の問題は解決できるし、そうすれば、現在課徴金が課される支配型私的独占よりもはるかに明確な構成要件となる。他の事業者の事業活動を支配することにより、公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限することを要件とする支配型私的独占にさえ課徴金が課されるのであるから、これより要件が明確である不公正な取引方法に課すことに問題はない。

また不公正な取引方法は公正な競争を阻害する「おそれ」という段階で違反とするものであるから、課徴金の対象とすることには無理があるとの意見も述べられている。これについては様々な議論がありうるが、最も現実的と考えられるのは、現行の不公正な取引方法はそのまま維持し、新たに課徴金の対象とすべき不公正な取引方法を選び出して、「公正な競争を阻害する」行為類型として法律に規定するというものであろう(早大教授 土田和博)。

課徴金納付命令の対象となる違反行為類型の範囲については、私的独占(排除型)及び不公正な取引方法については、構成要件が曖昧であり、適法行為の予見可能性の観点から、課徴金の対象とすることが適切か疑問である。また、不公正な取引方法については「おそれ」の段階で規制がなされることから、課徴金の対象として、違反行為の抑止機能を確保することが合理的か疑問である(電子情報技術産業協会(JEITA))。

東京都石油商業組合では、わが国の給油市場での競争を阻害している現在の給油市場での構造について、公正取引委員会事務総局に対し、次ページ記載の4点について、独禁法2条の公正な競争を阻害する恐れのある公正取引委員会の指定する行為ではないかとの申告をしております。

差別対価、優越的地位の濫用の判定は難しいとの慎重さが、むしろ不公正な恐れのある取引の「やり得」を助長しているように思えます。給油を本業とする業者は石油精製会社の、競争にならない差別仕切、直営給油所への事後調整、発券店値付けカード、の3つの取引で市場での競争は消滅します。

その背景には、1997年、石油流通問題小委員会が行政不介入と自己責任を宣言し、わが国のエネルギー政策基本法がその目的として安定供給を市場競争よりも優先させており、国内の給油市場にまで、揮発油等の品質確保法等を法源として、精製元売の品質証明と商標権が現実大きく根をおろし、公正かつ自由な競争を維持・促進するために必要な市場競争原理は、安定供給という優先される目的に抹殺されています。

わが国の独禁法の母国アメリカの給油市場では、1984年以降、全米で石油元売が精製の利益を直営の安売りの給油所に注入し、また、ウォルマートに代表される大規模小売業者が、本業への客寄せのオトリ販売に格安の価格で市場を席捲し、その犠牲者が連邦取引委員会に対して略奪的価格設定の訴えを起しましたが、原告が勝った訴訟は一つとしてありませんでした。こうして連邦法の反トラスト法は何の役にも立たないという批判が全米各地で広がり、市場構造を競争的に保つという使命は州の司法権に移りました。

過半数の州が公正競争立法をし、石油に特化した公正競争法が少なくとも17州で制定されました。首都ワシントンと6州では石油精製会社が給油所を営営することを禁じた分離法を導入し、アメリカでは、反トラスト法のもう一つの理念である「法の下での平等」の達成に州議会が貢献したと考えます。

こうした観点から、わが国の独禁法の改正にあたっては、「国民経済の民主的発展」という理念が、わが国の法文化に定着するよう、公正取引委員会が積極的にその理念に取り組むことを要望いたします。

わが国の給油市場で、公正かつ自由な競争が出現し、その競争を高めていくためには、現在、既に公正取引委員会が把握している二つの実態をまず解消する必要があります。

一つは二元的仕切方式を一元化することで同じ競争基盤に立つことができます。

他の一つは、元売の直営給油所の赤字への事後調整を廃止させることで、市場の競争がようやく生まれます。給油市場での競争を公正にさせ、その競争を高めていくためには、連結決算でつながる精製元売の子会社である給油所は、その利益と経費の社内融通までは、競争概念上把握できないので、給油市場の競争に精製元売が直営給油所の出店を規制することを要望いたします。

その上で、更にわが国の給油市場を蝕んでいる大きな問題は、石油精製会社が不透明な卸価格と不当な代行手数料の上に成り立って、消費者を直接取り込んでいる発券店値付けカードです。現行の不公正な取引の一般指定の「優越

的地位の濫用の禁止」で取り締まることがグレーゾーンであるならば、給油所業界での特殊指定での禁止を求めます(東京都石油商業組合)。

不公正な取引方法は、公正な競争を阻害する「おそれ」にすぎない段階で、個別事情を踏まえ、公正取引委員会が「告示」により指定した行為について規制するものであるから、本来、課徴金や刑事罰の対象とするにはなじまない。そもそも、不公正な取引方法については、従来、法的措置がとられたことのないような行為類型もある中で、競争促進の観点から現行の規制内容自体が適切かどうか、予見可能性を確保するために規制の明確化を図る必要がないか、公正取引委員会の指定に委ねていくことが適切かどうか等について、検討する必要がある(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

委員の意見 等の通り、「公正な競争を阻害するおそれ」の要件が不明確であり、そのまま課徴金や刑事罰の対象とすることについては不適切である。特に現在問題となっていながらも、未だ排除措置が出ていない不当廉売については、何をもって不当廉売とするか明確ではなく、課徴金や刑事罰の対象とすることは、適切ではない(日本建設業団体連合会)。

長期にわたるデフレの進行やグローバル化経済による国際競争の激化など、国内外の経済環境の変化のなかで、中小企業は熾烈な価格競争の渦中にある。市場における競争の公正性が必ずしも十分に確保されていない現状において、交渉力の弱い中小企業のなかには、過度な値引きを要請される優越的地位の濫用や石油や酒の小売に見られる不当廉売に苦しむ企業が多い。さらに最近の原油価格の高騰は、価格転嫁が難しい中小企業の経営をさらに困難にしており、不公正な取引方法を規制することは急務である。

不公正な取引方法は、一般指定と特殊指定によって規制されているが、一般指定の場合は「不当に」または「正当な理由がないのに」等の抽象的な要件が含まれているため構成要件が曖昧であり、個別の事案ごとに規制を行うため、十分な効果が得られていないのが現状である。

これを是正するためには、規制対象行為の特定と明確化を行う特殊指定を活用して、速やかな排除措置が行われるような手当てが講じられるべきである。この点で本年5月に出されたガソリンの不当廉売の排除措置命令では、「仕入価格プラス人件費等の販売経費を加えた価格」が不当廉売のコスト基準として明確化されたことは、今後の規制のあり方を示すものとして評価するべき例である。

このほかにも、中小企業が大企業と対等な競争条件を確保するために、差別対価の規制(一般指定3項)を特殊指定により具体化することや、独占禁止法の補完策として公正競争規約の活用をするべきである。

また、団体訴訟制度の導入については、小規模事業者が実際に訴訟を提起することが困難であること及び不公正な取引方法に対する規制が不十分である現状に鑑み、特殊指定の活用を前提とする規制の実効性を担保することを考慮すると同時に、適格団体の認定や乱訴の防止など課題も多い制度のため、引き続き慎重な検討がなされるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

消費者取引に関する近年の公正取引委員会の活動は、景品表示法分野にほぼ限定されていますが、様々なタイプの欺瞞的な勧誘が氾濫する中で不十分なものとなっており、一層の充実が必要です。さらに不公正な取引方法は、課徴金や罰則の対象ではなく経済的な制裁がないため、「やり得」となっており、改善が必要です。また消費者団体訴訟制度の導入を含め民事的救済制度[損害賠償・私的差止]を活用しやすくするための方策を講ずることが必要です(日本消費生活アドバイザー・コンサルタント協会 消費者提言特別委員会、同協会同委員会委員(個人)、消費生活アドバイザー(個人)、消費生活コンサルタント(個人))。

不公正な取引方法については、課徴金や刑事罰の対象外であることから抑止制度の不十分さが指摘されているが、

不公正な取引方法の行為類型が多岐にわたることもあって、一律に論じることは難しい。しかし、少なくとも再販売価格の拘束については、価格自体の拘束によって消費者利益を直接侵害するものであり、課徴金や刑事罰の対象とする方向で検討すべきである。

また、不公正な取引方法については民事救済制度の活用も考えられる。しかし、現状では私的差止制度や損害賠償請求制度があまり機能しておらず、団体訴権制度の導入も含めた活性化策を積極的に検討すべきである(日本生活協同組合連合会)。

本項(委員の意見)(16頁)に明記されているとおり、「不公正な取引方法」の構成要件はあいまいで不明確であるため、どのような行為を行うと刑事罰に服するのかを事前に判断することはできず、罪刑法定主義に反するおそれがあり、また、不公正な取引方法のように個別具体的な事案について競争阻害性を検討する必要な行為類型について刑事罰を課す場合には、事業者の自由な営業活動を阻害するおそれがある。したがって、「不公正な取引方法」をはじめ、いわゆる「合理の原則」によって判断されるべき事項については刑事罰の対象とすべきではない(日本ゼネラル・エレクトリック)。

委員の意見、にあるように、不公正な取引方法は、「公正な競争を阻害するおそれ」という広汎で明確でない構成要件となっていることから、ケース・バイ・ケースで対処している実情からすると、刑事罰や課徴金の対象とすることには無理があると考えます。

従って、不公正な取引方法に対する措置において、刑事罰や課徴金を対象とすることには反対であります(日本チェーンストア協会)。

不公正な取引方法に対する措置として課徴金や刑事罰の対象とすることは不相当であること

不公正な取引方法については、公正な競争を阻害するおそれのある段階で、告示により指定した行為について規制するものであるから、罪刑法定主義に照らしても、課徴金や刑事罰の対象とすることは不相当である。

また、「委員の意見」に示されているように、不公正な取引方法は、多様な行為を対象としていることから、規制対象として適切か否か、またその行為類型と構成要件等について再検討する必要がある(日本土木工業協会)。

【意見】不公正な取引方法に関する措置体系として、公取委による排除措置命令のほかに私訴の充実・強化を図るべきであり、それについて改善する立法が望まれる。

不公正な取引方法に関する措置体系として刑罰を科すべきではない。また、現行法のように公取委の一般告示により抽象的な文言で列挙する方法であれば課徴金の対象とすることにも問題がある。もし、不公正な取引方法に課徴金の制度を導入するのであれば、対象となる行為類型を特定し、法律により対象となる違反行為を具体的に規定すること、を前提とすべきである。

また、不公正な取引方法違反行為に対する排除措置命令に違反した場合の制裁の強化を図るべきである。

#### 【理由】

##### (1) 私訴について

米国では、日本の不公正な取引方法に当たる行為類型では、私人による賠償請求が強力な制裁機能を果たしている。わが国においても、今後私人による独禁法のエンフォースメントの強化は必然であり、不公正な取引方法違反に対する措置体系は、この私人による差止め・損害賠償の強化を中心に議論すべきである。

その際に、差止めに関する独禁法の改正及び消費者団体などによる団体訴権を独禁法違反にも認めることは早速すべきである。また、クラスアクションの導入、懲罰賠償の導入についても可及的速やかに検討されることが望まれる。

また、独禁法違反事案では事業者に証拠の偏在が顕著であることから、文書提出命令の拡張・強化、公取委の手持証拠の開示も迅速に導入すべきである。

#### (2) 刑罰について

不公正な取引方法は、様々な行為類型を対象とするものであり、これに景品表示法、下請法といった関連法律も存在する。これらは沿革的な理由や社会的需要を反映して、「公正な競争を阻害するおそれ」という文言に表れるように、競争に対する抽象的危険の段階で予防的に規制するところにその役割があると言われている。その見地から、不公正な取引方法は、公取委の告示により対象を定め、競争当局による柔軟な運用を可能にしたのである。

したがって、そのような沿革的な見地からすれば、その違反行為について行政措置ではない刑罰で直接に強制することには無理がある。また、不公正な取引方法について、現在の措置体系からすると刑罰を科すことについては公取委の告示違反を刑罰の対象とすることになり、またその文言が抽象的に規定されている条項も多く、罪刑法定主義の観点から問題である。

#### (3) 課徴金について

近時、購買力を利用した大規模販売店による納入業者への不当な条件付購買や、銀行による取引先へのリスクのある金融商品の押し付け販売など、優越的な地位の濫用事例が散見されるなど、不公正な取引方法には違反行為に対して制裁措置を課す必要性のある事例も生じてきている。

しかし、行政制裁金の性格の強い課徴金にも罪刑法定主義の精神が援用されるべきであることから、不公正な取引方法に対して課徴金を課す場合には公取委の告示ではなく、法律で具体的に対象行為類型を規定すべきであり、現在の抽象的な文言を含む行為類型のまま告示を存続させて課徴金の制裁の対象とすることは上記の点で問題である。例えば不当廉売や優越的地位の濫用といった類型については、「廉売」や「濫用」の定義が極めて曖昧であり、これを課徴金の対象とすることについては、自由な取引に対するチリング・エフェクトも生じかねない。

したがって、もし不公正な取引方法に課徴金の制度を導入するのであれば、対象となる行為類型を特定し、法律により対象となる違反行為を具体的な規定すること、を前提とすべきである。

#### (4) 排除措置命令に違反した場合の制裁について

現在のところ、不公正な取引方法違反行為に対する排除措置に違反した場合には、未確定な命令違反に対しては過料の制裁(97条) 確定した命令に違反すると刑事罰(90条3号)が規定されており、後者については両罰規定(3億円以下の罰金)(95条1項2号)もある。

今回の改正で審査手続が改正され、排除措置命令に対しては事後審査中心となり迅速な手続を志向したことから、その実効性と上記の制裁による担保の実施状況を検証した上で、必要であればこうした排除措置命令に違反した場合の制裁の強化を図るべきである(日本弁護士連合会)。

「公正な取引関係の確立」には、中小企業などに不当な不利益を与える優越的地位の濫用や不当廉売などの不公正な取引を放置してはならないというのが基本的な考え方である。

下請けの中小企業などにおいては、不公正な取引の情報提供・申告等に対する「取引停止などの報復」を恐れ、何ら行動が起こせず違反行為が表面化しない実態もある。課徴金や刑事罰の対象とすることに異を唱えることはないが、罰則強化のみに依存するのではなく、報復措置を根絶するような仕組みの導入や、違反行為があった場合に速やかに排除措置命令を出すとともに、さらに違反があった場合の取り締まりもしっかりと行えるような公正取引委員会の体制強化なども、併せて検討すべきである(日本労働組合総連合会)。

我々が取り組むべきふたつめの重要課題は、懇談会が検討している独禁法第19条にある不正取引をした企業が課徴

金もしくは刑事罰を科されるべきかについてです。現行の独禁法では第 19 条に違反する行為を行った企業に対し、排除措置命令が出されると定めています。排除措置命令に違反した企業は刑事罰を科されます。私共は現行のシステムを保持し、不公正な取引を行った企業に課徴金も刑事罰も科されることの無いことを提言します。

公取委は、独禁法に定められた権限により 16 の不公正な取引行為を指定しています。これらの指定されている不公正な取引方法のほとんどが単独的非価格制限行為です。それらの行為が非競争的であり違法であるかどうかは、その周辺事実の分析とその制限による関係市場での影響を分析してからのみ確定されます。我々の長年の経験によると、非價格的制限行為は、競争促進的であることが多いことがわかっています。ある特定の行為が必然的な非競争的効果やあいまいな指定範囲に当てはまるかどうかは前もって明確でないことが多く、第 19 条の法律違反を行政的課徴金や刑事罰の対象とすることは有益で競争的な行為を抑える結果を招きます。企業はあいまいな定め違法行為を無意識に行わないように商行為に必要以上に注意深くならざるおえなくなるでしょう。これは良き競争促進的行為を必要以上に妨害し、日本の消費者と経済全体を損なう結果になります。

同様なことが「不当廉価」についても言えます。多くの場合、消費者に利益をもたらす肯定的で合法的な価格競争と不当廉価を区別することは非常に困難です。「優越的地位の濫用」の判断は、不当廉価を判断すること以上に困難をきたします。というのも、どのような行為をもって濫用と判断するのかということに加え、一事業者の優越的地位は、当該事業者が事業を行っている市場のどの市場を基準にするかによってその定義が変わってくるからです。従って、不公正な取引行為に対する措置を検討するにあたり、私共は、慎重なアプローチを取る必要があると考えます。

反トラスト法の施行における私共の経験をもとに、米国は、独禁法第 19 条が適用される行為に対する最も適切な措置は改善命令だと考えます。不当競争の禁止規定 (15 U.S.C. '45) 違反に対し、米連邦取引委員会法は、罰則規定を認めていませんが、その代わりに、排除措置命令規定 (15 U.S.C. '45 (b)) を定めています。もちろん、最終的な排除措置命令に事業者が従わない場合は、日本の公正取引委員会と同様に、米連邦取引委員会は、米連邦地方裁判所において処罰を求める権限が与えられています。(15 U.S.C. '45 (1)) 米司法省による反トラスト法の執行に関して言えば、長年の執行政策として、米司法省は、反トラスト法上、違法と認められない行為については刑事訴追は行いません。司法省が、単独あるいは協調してはいるもののカルテルでない行為を反競争的と判断する場合は、罰則措置ではなく公正な改善措置を求めるために裁判所に民事上の強制措置を取るよう要求します。

最適な救済措置の構築に当たっては、本法の対象となる全ての企業のインセンティブに与える影響について考慮する必要があります。基本的行為の違法性が不確実な場合に実質的制裁が課された場合には、救済措置は反競争法的行為だけでなく有益で競争的な行為までも同様に阻害しかねません。上記に論じたように、カルテル行為と違い、単独行為やその他の不公正取引行為はしばしば競争促進的な正当性をもつため、独占禁止法執行が不適切かつ消費者・経済双方にとって潜在的に有害なものとなってしまいます。それ故に、過度な抑止により合法的で競争促進的な行為を阻害する危険が高い救済措置を用いることのない、経済的に健全な独占禁止体制が非常に重要です。

したがって、私共は、現状の排除措置命令の制度が独禁法に留保されること、また第 19 条に違反して不公正取引行為に関与したと断定された企業が行政課徴金にも刑事罰にも課せられないよう提案します。不正行為を終わらせ市場の競争的条件を回復し促進することを目的とした救済措置を発する公取委の権限を継続することで、競争促進的な行為を阻害することなく独禁法の目的を達成できます(米国司法省・連邦取引委員会)。

刑事罰の対象をカルテルから不公正な取引方法に拡大することは、不確実性を生み、日本経済に悪影響をもたらす可能性がある。

当社は、カルテル及び入札談合を対象とする刑事罰及び抑止措置は支持するものの、平成 17 年改正法が、刑事罰または課徴金等の行政措置を用いる対象を独占禁止法に違反するその他の行為にまで拡大することを目的とせず、あるいは拡大するために用いられるべきではないと考える。平成 17 年改正法は、非常に限られた問題を対象としていた。すなわち、企業全般または常習的な違反者による日本の独禁法違反のうち最も悪質な共謀行為をいかに抑止し、独禁法のより効果的な執行を可能にする手続をいかに確立するかという問題である。最も悪質な共謀行為の枠を超えた刑事罰の対象の全面的な拡大は、事業運営の方法に影響を与えると同時に、混乱と不確実性が生じ、進行中の日本経済の再生を妨げかねない。

論点整理では、「不公正な取引方法を課徴金や刑事罰の対象とすることについて」で論じられている。この問題は、同書の最後の数ページで取り上げられているが、多くの議論を生み、この問題に対して具体的には 14 もの意見が示されている。これには、懇談会のまとめた同書における他のどの論点よりもはるかに多い意見が寄せられている。論争の規模は、この変更がもたらし得る法律上の、重大かつ例をみない程の拡大を考えれば、驚くようなものではない。これまで、不公正な取引方法は、課徴金と刑事罰のいずれの対象にもなっていなかった。現行のアプローチは、不公正な取引方法の特徴からすれば、完全に適切なものである。かかる行為を定義するのに用いられてきた基準（「公正な競争を妨げるおそれ」）は、実際、曖昧で不明確であり、十分な明確性があるとはいえない。言い換えれば、ある行為について、一義的に悪いか悪くないかを明らかにできる基準ではないのである。懇談会の委員の一人が指摘しているように、「不公正な取引方法は、『公正な競争を阻害するおそれ』という広汎で明確でない構成要件」となっている。たとえ基準を満たしたとしても、刑事上責任があると合理的にみなすことのできるような種類の行為とは到底言えない。例として、価格競争が発生し、消費者が低価格という形で恩恵を受けている競争の激しい状況にあっても、行為によっては不公正な取引方法とみなされる可能性さえ生じるのである。

実際、不公正な取引方法は、刑事上の責任の適用を正当化するカルテル行為の議論における上記の基準のいくつかを満たすものではない。違反とされる行為は、明確に定義されておらず、その違法性は、経済界全体によってよく理解されておらず、関与する者の故意の行為を要件とせず、定義における明確性の欠如を考えると、かかる行為を一義的に悪いものとして位置づけることは到底できない。行為が明確に定義されていないこのような状況で刑事罰を課すことは、過剰な抑止効果をもたらす可能性がある。別の言い方をすれば、刑事責任のリスクがあるような場合には、ほんの少しでも不公正な取引行為に関連すると認められる可能性があれば、事業者があらゆる種類の正当な活動を控えてしまう可能性がある。

懇談会も示唆しているように、日本が独禁制度の抜本的な改正を検討するに際して他の法制度を検証することは、有益である。この点においては、米国、ヨーロッパ及びその他の先進諸国において制定された法律では、まさに上記の理由により不公正な取引方法を刑事犯罪の対象としていない。基準の曖昧さによって、企業にとっては、どのような場合に行為が不公正な取引行為となるのか、それとも日本法上完全に合法と認められているのかを十分な確実性をもって見極めるのが困難となる。結果として、企業が刑事責任のリスクも回避しようとするために、大幅に過剰な抑止力が生じる可能性が大きい。日本が、刑事責任の対象を不公正な取引方法にも拡大する措置を講じれば、世界中の独禁法執行機関が目指すものとは逆に行くアプローチをとることになる。これは、危険性をはらんだ提案であり、それがもたらす可能性の高い不確実性に鑑みれば、結果として益となるよりも害となるアプローチである。

日本が独禁法に基づきより広い範囲の行為を刑事責任の対象とする方向の継続を決めるのであれば、不公正な取引方法に対する当該法律の適用に関して明確性及び予見可能性の向上を慎重に検討する責務を負う委員会の設置を当社は主張したい。法の拡大により生じる付随的な問題を前もって把握するのに十分な時間をかけなかったために

著しい不確実性が生じる状況を回避することが重要である。この点において国際的な規則に従い、カルテルという特に明確な範囲に刑事犯罪化を限定することが、明らかに好ましいといえるが、別の選択肢もあることを認め、このアプローチを採用し、多くの意図しない結果に苦しめられる前に、その欠点及び望ましくならぬ効果を十分に把握することを当社は提言するものである(マイクロソフト)。

談合や価格カルテルと異なり、問題とされている違反類型特に不公正取引は成立要件が難しいから、課徴金を課するのは適当でない。(中略) なお、刑事罰等を課するのであれば、意見 のように、対象となるものとそうでないものを分けて議論し、課するものは、構成要件を明確にすべきである。(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論：

) 不公正な取引方法のうち、一定範囲の行為類型、具体的には「ぎまんの顧客誘引」、「再販売価格維持」、「優越的地位の濫用」の3者については、課徴金の対象とすることは検討されて良い。

) 但し、課徴金の対象とする場合は、公取委による一般指定のままではなく、行為類型としての明確化のために独禁法の条文自体に、上記3類型を抜き出して課徴金の対象とするための規定を新設し、課徴金の対象となる行為類型の明確化(それは一般指定よりも限定されたものとなる)と、課徴金の算定基準が明示されなければならない。

) その他、景表法上の不当表示についても、行為類型として明確であることから、課徴金の対象とすることが相当である。

理由：不公正な取引方法の一般指定のうち、ぎまんの顧客誘引、再販売価格維持行為、優越的地位の濫用の3類型は、一般消費者の利害と関わりを持つことが多いが(特に再販売価格維持行為) 他方で力関係に差がある継続的取引先との間で生ずることが多いことから、被害事業者からの提訴は期待しにくいのが一般である。そのような場合の独禁法秩序の維持のためには、前記のとおり消費者団体訴訟を認める他、併せて公取委による課徴金納付命令により違法利益を剥奪することが、違法行為の抑止のために最も効果的であると考えられる。

具体的には、ぎまんの顧客誘引としては豊田商事事件やホリティ・マジック株式会社の件、優越的地位の濫用としては脱サラの個人事業者を対象とするフランチャイズ被害、最近のものとしてはS M B Cによるスワップ金利押付販売事件、再販売価格維持行為については幾つかの流通系列化における大手メーカーの事件等を挙げることができる。これらの行為について、課徴金制度が導入されていれば、違法行為の抑止にとって多大な成果が挙げられたであろうことは想像に難くない。

しかし、他方で、不公正な取引方法の一般指定には、公取委の告示で定められるという手続の問題と、対象となる具体的行為の範囲が必ずしも明確でないための萎縮効果という問題点が認められるところである。

そこで、上記3類型について、公取委告示による一般指定とは別に、独禁法上に新設規定を設けて、課徴金の対象となる行為類型の詳細について具体的に規定すると共に、それぞれの行為類型における課徴金算定基準を明定することにより、上記の不都合を回避することが可能と考えられる。

なお、景表法上の不当表示については、行為類型として比較的明確であるため、課徴金納付の対象とすることについて問題は少ないと考えられる(弁護士 山口廣他)。

違反行為が蔓延る「不公正な取引方法」の禁止規定の実効性を確保するための手段として、同行為に対しても課徴金を課して徴収すべきものとする。

その理由としては、これまでの課徴金を徴収する位置付けが、禁止規定の実効性を確保するために、旧法では対価に係る不当利得額の徴収、改正法では対価に係る又は対価に影響することとなる不当利得相当額以上を課すとさ

	<p>れているが、「不公正な取引方法」にも課徴金を徴収することで、禁止される同行為がそれなりに抑止される。</p> <p>その場合の考え方としては、「不公正な取引方法」を行うことにより、事業者はそれなりに経済上の利益を得るのであるから、当該行為に係る売上高などを基準にして課徴金を算定することは可能であると考え(個人)。</p> <p>論点整理にても引用されているように不公正な取引方法とは「複雑かつ流動的な取引社会のうちに生じる経済現象である」と定義され得る。固定化することができない経済状況の中でさらに公正な競争を阻害するおそれという不明確な構成要件となる不公正な取引方法に課徴金や刑事罰まで科すのは事業活動を行う上で法的安定性および予見可能性を阻害することになるといわざるをえない(事業者)。</p>
<p>5 その他</p>	
<p>(1) 公共調達における入札談合問題について</p> <p>独占禁止法の実効性を確保するためには、独占禁止法の抑止力の確保だけでなく、独占禁止法違反行為として摘発される事案の多くが公共調達における入札談合事案である中で、改善すべき課題として公共調達における構造的な問題(調達制度、予算制度、発注者の在り方等)の存在を認識する必要がある。</p> <p>公共調達における入札談合の構造的な問題点の改善は必要であるが、改正後の独占禁止法により、入札談合の摘発が進み、入札制度の改革に向けた取組が行われているところでもあるので、当面は状況を注視していくことが適当である。</p>	<p>建設業界は上限拘束性のなかで、品質確保を目指し競争していることから、入札談合については、公共調達における構造的な問題(調達制度、予算制度、発注者の在り方等)の観点から議論がなされるのが先決と考えます(石川県建設業協会)。</p> <p>公共調達における構造的な問題は、国土交通省や公正取引委員会において検討されてはいるが、予算制度等とも関係し、省庁をまたがる問題であることから、今後内閣府において検討すべきであると思われる(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>入札談合問題</p> <p>わが国の独占禁止法違反事件では入札談合事件が圧倒的に多いが、欧米諸国ではそれは極めてまれである。わが国の入札談合事件では官製談合の割合が多く、これは入札談合の根底に発注官庁と外郭団体の癒着、公務員の天下り慣行等の社会的な構造問題が潜んでいるからであり、この構造問題と入札制度それ自体を抜本的に再検討しなければ解決できないように思われる。独占禁止法の規制対象となる経済問題以前の社会問題が含まれている。また、公共機関の入札制度の対象になる調達物資は千差万別であり、これを一律の競争入札制度で合理的に購入できるかどうかは疑わしい。米国の連邦政府段階の工事調達では、競争入札で調達されるのは25%といわれている(鈴木一、アメリカ連邦政府工事における調達手続きについて、建設マネジメント技術、2005年2月号)。入札談合問題を解決するためには、政府に上記構造問題と入札制度自体の徹底的な再検討を提案することが適当である(競争法研究協会)。</p> <p>わが国の独占禁止法の運用においては、価格カルテルの規制における官公庁の入札談合事件が異常に多いという特殊性がある。これは入札制度が発注官庁と一部企業の癒着や公務員の天下りなど日本独特の社会構造が影響していると見られ、この構造問題を含めた入札制度の抜本的検討が重要であると考えられる(競争法フォーラム)。</p> <p>論点整理にも一部ある通り、違反行為の多くが官製市場において繰り返されていることに鑑みて、官製談合防止法など、独禁法以外の関連法制等をも含めて一体として見直すべきである(経済同友会)。</p> <p>公共調達における入札談合は、独占禁止法違反の摘発案件において大きな割合を占めており(カルテル事案の7~8割を占めている)、「制裁が甘いから事業者が法律違反を犯す」というような単純な批判は的を射ておらず、構造的な問題が根源にあるということは、これまでも産業界から度々指摘してきたところである。入札談合に対する取り組みなくして、独占禁止法違反の抑止を議論する意義は薄いとも言える。</p> <p>「論点整理」は、主として独占禁止法の改正に向けて検討すべき点を整理したものであるが、このような背景を踏まえて改正の在り方を議論すべきであるし、また独占禁止法改正の枠を超えた構造的な問題解消が抜本的な対策として不可欠であり、今後も特別に取り上げて国民的な議論として行くべき論点であると考え。</p>

入札談合は、個々の業界において惰性的に継続されている側面がある。こうした惰性を打破するためには、対策を小出しにするのではなく、種々の対策を一気に講じることが効果的である。入札談合の根絶への機運が高まっているときだからこそ、他の対策も多面的に講じるべきであり、「論点整理」の意見のように、「状況を注視」していたのでは、その間に入札談合根絶の歴史的好機を逃す可能性がある。

特に、昨今は官製談合が大分注目されるようになったが、談合案件の大半のケースでは、官側の意向が何らかの形で働いている。何故そのような事案が起こるのか根本原因を考えてみると、国家プロジェクトや国防などをはじめとする国策の遂行、予算の効率的執行、地元資本の振興などの合理的な目的達成を目指す中で、予算制度や調達制度の在り方が障害となり、結果として無理な発注慣行に繋がっているという実態もある。何でも入札に掛けようとする傾向が見られ、事態の悪化を招いていることも懸念される。適切な公共調達のポイントは、「良いものを、信頼出来る事業者から、適切な価格で購入出来る」ということであり、例えば、独占禁止法基本問題懇談会に倣って、内閣に公共調達制度改革のための省庁横断的な組織を設置して、検討するなど、調達制度、予算制度における現実の問題を踏まえて、在るべき姿を早急に議論すべきである(経営法友会)。

委員の意見に賛成である。公共調達における構造的な問題を改善することが談合の根絶に不可欠である。公共調達については、平成17年3月に「公共工事の品質確保の促進に関する法律」が制定され、入札における総合評価方式の定着、発注者機関への支援等が着実に行われてきている。このような時期であるからこそ、学者・民間の意見を吸い上げて、真に公正で公平な競争が行われるような法整備・環境づくりを急ぎ、公共調達を取り巻く構造的な問題を解決する必要がある(建築業協会)。

意見を支持する(国際企業法務協会)。

国民共通の財産となる社会資本の整備に関わる公共調達においては、透明性が高く、真の競争性が確保される入札契約が行われることが求められ、この点は民営化後の弊社においても変わることはないと認識している。他方、民営化の趣旨に鑑み、良いものをより合理的な価格で調達することが従来以上に強く求められていることから、入札契約においても柔軟な発想に基づく制度化・運用を図ることが重要と考えており、技術と価格を段階的・総合的に評価する技術提案価格交渉方式の導入などを進めているところである。

入札談合問題についても、こうした公共調達全体のあり方の中で広く議論されることが望ましいと考える。

さらに、民営化後の会社が柔軟な発想に基づく入札契約を実現しようとする場合、発注者の立場から不公正な取引方法に該当しないか疑義が生じる事態も懸念され、ガイドラインの充実など、基準の明確化についての検討が望まれる(首都高速道路)。

公共調達における入札談合については、発注者側に競争的な水準の価格で物品を調達するインセンティブが余りない点にも、問題があるのではないかと懸念される。予算制度、地域要件による地元業者保護等の公共調達システムの抜本的な改革が必要である(昭和電工)。

違反行為を抑止するためには、これ以上の制裁の強化よりも、公共調達制度の見直しが不可欠であること

独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争を実現するためには、独占禁止法などの制裁強化を図るだけでなく、わが国の公共調達制度の基本となっている会計法及び予算法、地方自治法及び施行令等の抜本的な見直しをすることが不可欠である。

公共調達については、平成17年3月に「公共工事の品質確保の促進に関する法律」が制定され、入札における総合評価方式の定着、発注者機関への支援等が着実に行われてきている。このような時期であるからこそ、学者・民間等の意見を吸い上げて、真に公正で公平な競争が行われるように調達制度、予算制度など公共調達を取り巻く

構造的な問題を早急に解消する必要がある(全国建設業協会、全国中小建設業協会、日本土木工業協会)。  
いわゆる官製談合は許しがたい行為です。入札制度、天下りの慣行など構造的問題に総合的な方策検討が必要であり、防止の実効性を高める措置の検討を講ずることが必要です。

< 検討すべき項目 >

- ・行政側の職員による関与への刑事罰適用
- ・天下り防止への実効的な措置
- ・一般競争入札を原則として、少数事業者による指名競争入札を禁止すること(全国消費者団体連絡会)。

わが国において、公正な競争を確保するためには、独占禁止法のみならず、入札・契約制度改革、官製談合防止策の強化など、総合的な施策を一体的に組み合わせていくことが不可欠であると考えます。このためには、国・地方ならびに官・民からなる幅広い検討組織を立ち上げてもらいたい。

したがって、「論点整理」17項の「(1)公共調達における入札談合問題について」(委員の意見)内にある「独占禁止法の実効性を確保するためには、独占禁止法の抑止力の確保だけでなく、独占禁止法違反行為として摘発される事案の多くが公共調達における入札談合事案である中で、改善すべき課題として公共調達における構造的な問題(調達制度、発注者の在り方等)の存在を認識する必要がある。」を支持するものである(中部経済団体連合会)。  
独占禁止法違反行為を根絶するためには、摘発事案のほとんどが公共調達における入札談合事案であることを踏まえ、入札制度、予算制度、発注者の在り方等、公共調達制度全体について見直し、構造的な問題を解消する必要がある。「論点整理」では、「当面は、改正法の施行状況を注視していくことが適当」との意見があるが、昨今のような入札談合根絶の歴史的な好機を逃がすことがあってはならず、喫緊の課題として対策を検討すべきである。

したがって、懇談会において、公共調達に内在する問題点の改善の方向性について、一定の考え方を示し、国民的論議の深まりを期待するとともに、早急に、内閣に公共調達制度改革のための具体案について集中的な検討を行う省庁横断的な臨時の組織を設置し、経済実態に精通する民間人も含めて検討すべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

公正・公平な競争が行われるために、調達制度、予算制度など公共調達を取り巻く構造的な問題を早急に根本から解消すること(日本建設業経営協会)。

委員の意見 「独占禁止法の実行性を確保するためには、・・・公共調達における構造的な問題(調達制度、予算制度、発注者の在り方等)の存在を認識する必要がある」に賛同いたします。

公共調達については構造的な問題にメスを入れなければ実効性は上がらないと考えます。単に罰則強化による違反行為の抑止だけでは、入札談合問題を構造的に解決することは難しく、公共調達制度の見直しと連動した施策が必要であります。

この点に関し、(社)日本土木工業協会において本年4月に公表された「透明性ある入札・契約制度に向けて - 改革姿勢と提言 - 」において、公共工事の入札・契約制度及びその運用に関し公正な競争の障害となっている点を明らかにし、その改善を提言しているが、この提言内容を始めとする抜本的な改善が早急に求められているところである。

一方、委員の意見 「公共調達における・・・改善は必要であるが、・・・当面は状況を注視していくことが適当である。」については消極的な意見ではないかと考えます。

公共調達については、平成17年3月に「公共工事の品質確保の促進に関する法律」が制定され、入札における総合評価方式の定着やそれに向けた発注者側の体制強化等が着実に進められてきています。このような時期であるか

らこそ、学者・民間等の意見を吸い上げ、真に公正で公平な競争が行われるような法整備・環境作りを急ぎ、公共調達を取り巻く構造的な問題を解決する必要があると考えます。基本問題懇談会においても、この点に関する基本認識を明確に示していただくことが重要であると考えます(日本建設業団体連合会)。

発注者のあり方および予算、会計制度を含む公共調達制度全体の見直しが必要であり、早急かつ抜本的に検討すべき内容である(日本商工会議所・東京商工会議所)。

いわゆる官製談合は、本来効率的に使われるべき税金を、公務員が関与して浪費する許し難い行為です。これを防止するためには、入札制度、天下りの慣行などの構造的な問題を見据えた措置が必要であり、総合的な方策の検討を求めます。

< 検討すべき事項 >

- ・行政側も職員による関与への刑事罰の適用
- ・天下り防止への実効性のある措置
- ・一般競争入札を原則として、少数事業者による指名入札を禁止すること(日本消費者連盟)

官製談合を防止するためには、入札制度、天下り慣行などの構造的な問題を見据えた措置が必要です。課徴金制度の強化・充実の独占禁止法の措置とともに、関与行為の拡大、改善措置を受けた調査結果の公表、損害賠償請求要件緩和など実効性を高める各種の措置を講ずることが必要です(日本消費生活アドバイザー・コンサルタント協会 消費者提言特別委員会、同協会同委員会委員(個人)、消費生活アドバイザー(個人)、消費生活コンサルタント(個人))。

租税の浪費につながる入札談合の取締りは重要な課題であり、課徴金制度の強化など独占禁止法のあり方の検討やさらなる法執行の充実を図る必要がある。

その一方、昨年から今年にかけて、橋梁談合、防衛施設庁談合、水門工事談合など、いわゆる官製談合が相次いで発覚した。こうした中で、今年の通常国会には入札談合等関与行為防止法の改正案が与党と民主党の両方から提出され、審議未了で継続審議となっている。

官製談合は消費者・市民にとって許しがたい犯罪的行為である。独占禁止法の枠内にとどまらず、官製談合を一掃するために必要な施策について、必要に応じて検討の場を設定しつつ、総合的なとりまとめを図るべきである(日本生活協同組合連合会)。

当協会においては、本年4月に「改革姿勢と提言」を公表するとともに、公共工事の入札・契約制度の改善について、関係方面に要請をしてきているが、内閣府においては、公正かつ自由な競争を実現する観点からわが国の制度全体を見直すための幅広い検討をすべきである(日本土木工業協会)。

【意見】

今般の独禁法の基本問題の検討に当たり、入札談合をめぐる背景や原因に関する実証的な分析・究明とそれに対する対策の検討が不可避・不可欠であり、独禁法の基本問題の検討と同時並行的に行われなければならない。

【理由】

現在、公取委が独禁法違反を認め法的措置をとっている案件の大半は入札談合事件であり、ことに課徴金の対象とされた不当な取引制限のほとんどは入札談合事件である。

しかして、入札談合事件については、最近において東京地検特捜部が刑法上の談合罪(刑法96条の3第2項)として事件処理した一連の防衛施設庁発注の各種工事をめぐる入札談合事件に見られるように、明らかに発注者側の「官」が主導権を握って事業者に受注調整行為(入札談合行為)を行わせていたと見られる事案の存在することが白日の下に晒されるに至った。

入札談合が行われる背景や原因としては、そのほか、かねてからわが国の予算制度や地元産業の保護育成策等に根ざす問題が強く指摘されているところである。

したがって、入札談合問題への対処を検討するに当たっては、上記のような入札談合行為が行われる原因や背景に関し事実に根ざした実証的な分析・究明を行い、果たしてわが国における公共調達（発注方法）が真に事業者（品質と価格による公正かつ自由な競争を促す合理的なシステム）となっているか、について検証を行った上で、真に事業者（品質と価格による公正かつ自由な競争を促すためにどのような制度設計とすべきか、の対策の検討が喫緊の課題となっており、それを避けては通れない。

それらの検証・検討を疎かにし、違反に対する制裁についてのみ議論するのは、いわば、「本来、入札談合が行われることとなる真の背景や原因には目を瞑り、結果としての違反の制裁についてばかり議論する」との批判を免れ得るものではないだろう。

したがって、今般の独禁法の基本問題の検討に当たっても、現状における独禁法違反のいわば中心をなしている入札談合事件をめぐる上記のような課題の検討が不可避・不可欠であるのは言うまでもなく、その検証・検討は、衆知を集めて速やかに、上記独禁法の基本問題の検討と同時並行的に行われなければならない（日本弁護士連合会）。談合のない「公正な取引関係と透明な市場の確立」の実現には、国や地方自治体の公共工事などの談合に発注者である「官」が深く関与する、いわゆる官製談合の問題も見逃せない大きな問題である。

官製談合防止法では、国や地方自治体などの職員が談合を指示したり、予定価格などの秘密を漏らしたりすれば、改善措置権限を公正取引委員会に付与することや、談合に関わった職員に対する損害賠償請求などの措置が図られているが、罰則規定が明確でないこともあり、現実には官製談合は未だ横行しており、法の実効性には疑問が残る。

このような状況に鑑みれば、早急に法改正等を行い官製談合の撲滅を図るべきであり、独占禁止法と同じ問題認識の上で一括の議論をすべきである（日本労働組合総連合会）。

意見 に賛成する。

（１）入札特に公共入札においては、発注者が優越的地位にある。取引の対象となる商品などの価格が上昇傾向にあるとか品不足である等特別の場合を除いて、発注者側に競争がなく、受注者側にのみ競争があるというのが、他の取引と異なる入札の特色である。

したがって、入札者の間に激しい競争が行なわれ、時には原価割れの価格での入札が行われる。それが続けば、経営の成り立たない業者が出てくるから、談合が行なわれやすい、ということになる。

（２）随意契約をすると癒着しているとの非難がなされるから、公共機関が競争入札によって物品などの調達を行なうのは、止むを得ないが、場合によっては、公共機関の調達について、随意契約のほうが効率的であり、かつ、技術進歩のために望ましい場合があるのではないか。

例えば、公共機関の業務については、改善の余地のあるものが多く、これについて、技術の研究等を行なった関連業者が改善の方法等の提言を行なうことにより当該機関がその提言に従って物品等の製造或は工事の発注をすることがあるが、このような場合、提言をした業者との随意契約を締結して良い場合があるのではないか。それは、技術の進歩にも役立つと考えられる。

制度上随意契約が出来ないために、或はその要件を整えるのが面倒なために、競争入札に付されるが、競争者は、入札に至る事情が分かっているから、提言した者に受注を譲ろうとすることがあり得る、これが談合の一つの原因となる。

また、商品によっては、立地や製造能力の関係で、一社が競争上優位な地位にあり、他は競争能力のないこと

が明らかな場合もある。これを競争入札に付するのは、効率的でないし談合を誘発することにもなり兼ねない。

事案によることであるが、実体に応じ、従来よりも随意契約を弾力的に行なうこととすべきであろう。問題は、癒着と価格の公正さであるが、客観的な立場にある者に事業者の能力を判断させ、価格を適正に評価させることにより、癒着を防ぎ公正な価格を維持することは可能と考える。

(3) 競争させれば原価割れになるのが当然というような現状は異常である。受注者側にのみ競争があるという競争入札制度自体の見直しも必要なのではないか。癒着との批判をおそれる余り、どのようなものでも競争入札に付するのは、優越的地位にある発注者が、受注しようとする事業者の犠牲において責任を免れようとするもので、妥当ではないと考える。

合理的な理由があれば随意契約をすることも必要であろう。安ければよいというものではないから、最低予定価格の設定を義務付けることなど調達制度の見直しを検討すべきものとする(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論：入札談合問題については、独禁法による課徴金・刑事罰という上からの規制だけではなく、併せて入札制度改革という談合行為根絶のための環境整備が不可欠である。具体的には以下のとおりである。

）国・地方公共団体におけるあらゆる公共調達について、一般競争入札を原則とすること。

）各地方公共団体において、入札参加事業者に対する地域制限を撤廃し、多数の事業者が境界抜きに入札に参加できるようにすること。

）公共事業における質の確保に関しては、価格競争を中心に据えながらも、総合評価方式を併用すること。但し、その総合評価方式の基準の内容は、公共調達の対象となる商品役務の品質保持の観点から適切かつ合理的なものとされるべきこと。

）官製談合の問題に関しては、国会における審議が継続している官製談合防止法改正が確実に実現し、かつその運用が適正に行われること。

）リーニエンシー制度の実効性を確保するために、談合摘発後の指名停止に関しても、停止処分の減免が認められるべきこと。

理由：全国各地の公共調達において、入札談合が蔓延している根本原因は、指名競争入札により、いずれの公共入札においても参加事業者の数が極めて限定されており、かつ地域制限があるために参加事業者の顔ぶれが何時もほぼ同一であるというところであり、更にこれに官側の積極的関与や黙認放置という官製談合の構図が加わることで、根絶が極めて困難な状況となっている。

そこで、このような入札談合を抑止するためには、何よりも一般競争入札を原則化すると共に地域制限を撤廃して多数の事業者が参入可能な枠組みを作ることが何よりも肝要である。

加えて官側の関与も、談合蔓延の要因として軽視できないことから、現在審議の途上にある官製談合防止法の改正が確実に成立し、官側に対する規制が強化されることも必要である。

このような見解に対しては、一般競争入札を原則化すると、特に高度技術を必要とする一定の分野について、公共事業の品質低下が懸念されるなどの批判はあるが、その点については、価格競争を中核に据えながらも技術・品質面も併せ評価する総合評価方式を併用することにより品質低下の問題は優に回避可能である。

なお、リーニエンシー制度が真に実効的に機能するためには、課徴金減免だけではなく、摘発後の指名停止処分に関しても同様の減免が保障されるのであれば、違反行為の自己申告に対する動機付けとして不十分である。中央公共工事契約制度運用連絡協議会(中央公契連。事務局は国土交通省)においては、リーニエンシー適用事業者については、

	<p>指名停止期間を2分の1とする運用などを平成18年から開始したようであるが、2分の1の期間短縮だけではなお不十分であり、全面的免除という方法も検討されるべきである(弁護士 山口廣他)。</p> <p>公共調達における入札談合問題に関して、関与した発注者側に対しても直接罰則が課せられるようにする。</p> <p>その理由としては、公共調達における入札談合に関しては、発注者側が絡んでいることが多いことから、関与した発注者側にも直接罰則を課せられるようにして、違反行為の抑止を図る(個人)。</p>
<p>(2) 公正取引委員会が行う警告、注意について</p> <p>法律に明文の根拠規定がないにもかかわらず警告をし、社名を含めて公表することは問題なのではないか。</p> <p>行政指導である警告については、争う手段がないという問題もある。</p> <p>違反行為の防止の観点から警告・注意も有効である。</p> <p>警告・注意については、事前相談への対応を含めた行政指導一般の問題として検討すべきである。行政指導を含めた抑止力の在り方として、一般論としては、警告・注意を維持すべきである。</p>	<p>法律上明文の根拠規定がないにもかかわらず、公正取引委員会が警告や注意を行って、社名まで公表することは問題である。あたかも独占禁止法違反行為が行われたかのような報道がなされれば、多大な不利益を被ることとなるが、このような行政指導に対して、事業者が法律的に争う手段がない。社名を公表することは廃止すべきである(出光興産)。</p> <p>公取委は警告に安易に依拠すべきでないが、警告を争う手段がないという指摘については、疑問がある。警告に対し、そのような警告は誤っており、従う意図がないと野見解を公表することで事実上争うことが可能である。公取委が、あえて正式措置をとらなければ、事実上の勝利となるので、警告を争う手段がないというのは本質的な議論ではないと思われる(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>違反行為が認定されなかったが違反のおそれがある場合に、違法行為の防止という行政目的を達成するために警告・注意をすることが必要・有効な場合があるので、警告・注意自体を廃止することは適当ではない。しかし、違反行為が認定されなかった以上、社名を含めて公表することは適当ではない(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>警告・注意を行ったことを公表する際には、なぜ法的措置を採らずに警告・注意としたのか、理由を明確に記載するようにすべきである(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>公正取引委員会による行政指導が独占禁止法違反を抑止するために果たすべき役割を再検討し、その内容や運用方法を法律で規定すべきである(キヤノン)。</p> <p>警告等の場合の具体的会社名等の公表の禁止</p> <p>独占禁止法違反として具体的な会社名等が正式処分ではなく警告により公表された場合、被告警告者は極めて重大な損失を受けるが、法的に争うことが困難であるので、警告公表は禁止されるべきである(競争法研究協会)。</p> <p>審査案件について具体的名称を明らかにした警告を公表する場合は、警告の名宛人がその警告を争うことは困難であるので、具体名を挙げた警告は原則として行うべきではない(競争法フォーラム)。</p> <p>現状では法律上の根拠規定がないにもかかわらず、警告や注意の場合であっても社名の公表が行われています。この公表によりマスコミ等で大きな報道がなされれば、企業として受けるダメージは非常に大きいにもかかわらず、企業が法律的に争う手段が確保されていません。そのため、排除措置命令、課徴金納付命令を出すに至らない警告、注意については、より慎重な取り組みを行って頂くとともに、一定の基準を作成・公表して頂きたいと考えます(京セラ)。</p> <p>「論点整理」、に記載されているとおり、正式な行政処分ではない行政指導(注意・警告)により、法律上の明文規定がないのに、事業者の社名が公表され、違法行為を行ったことが確定したかのような見方をされることは、事業者にとって大変な損失であるにも拘らず、法的に争う手段もない。行政指導の目的は、そのまま放置しておいた場合に独占禁止法違反のおそれが生じると認められる場合や、現段階で違反のおそれがある場合にその行為を止めさせることであり、基本的には、このような行政指導に関する公表をやめるべきである。</p> <p>ただし、事業者名の公表を廃止した場合でも、透明性・予見可能性の確保の観点から、事案の概要の公表が望ましいと考えるときは、対象事業者の了解を得ることを条件とした上で、公表すべきである(経営法友会)。</p>

委員の意見 に賛成である。不服申立ができず、名誉挽回方法のない「警告」では、社名の公表は廃止すべきである。

その他、違反行為の未然防止を図るために、より使いやすい制度となるよう事前相談制度を拡充することが望まれる(建築業協会)。

警告について、社名を含めて公表することは問題である(国際企業法務協会)。

公正取引委員会が警告、注意を行なう場合には、対象事業者名を公表すべきではない。

理由：公正取引委員会が現状行なっている警告、注意についてその根拠が法定されていない。違反行為の抑止措置としての行政指導というのであれば、当該事業者に対して行なえば十分と思われる(JFEスチール)。

警告・注意のような必ずしも違法性の存在が明らかでない案件では、社名が公表されれば報道などにより実質的に被公表者が被る不利益は大きく、行為と不利益のバランスを欠く結果になるため、社名を公表すべきではない(昭和電工)。

「論点整理」17項の「5(2)公正取引委員会が行う警告、注意について」に関し、公正取引委員会の警告・注意により企業名が公表されてしまうと、警告・注意を受けた企業は、新聞報道等により事実上の制裁を受けるに等しく、i)反論の機会がなく、ii)法律上の明確な根拠がない、にもかかわらず、多大な不利益を受けることとなる。これは、適正手続上大きな問題であり、警告・注意は廃止するか、あるいは、警告・注意を行う場合には、少なくとも企業名を公表することは止めるべきであると考え(住友金属工業)。

法的な根拠のない警告や注意の場合には、社名は公表すべきではないこと

公正取引委員会は、平成2年、日米構造協議における米国からの指摘に従い、排除措置命令を出すに至らない場合には、当該事業者等に警告や注意を行い、事業社名等を公表している。

行政指導を含めた抑止力の在り方として、一般論としては、違反行為を防止するためには、警告・注意などの措置も意味のあることと理解はしているが、以下の理由により、社名を公表することは取り止めるべきである。

ア) 警告や注意は法律上明文の根拠規定がないこと

イ) 社名を公表することは事実上の制裁であり、行政指導を逸脱していること

ウ) 事業者とその事実関係を争う手段が法律上確保されていないこと

エ) 主要諸外国における事例は見当たらないこと(全国建設業協会、日本土木工業協会)

社会通念上法律違反に近い行為があった場合にその内容を公表することは、消費者・市民の立場から重要です。違反行為の抑止の為に、違反を起こした事業者への警告とその公表は、維持強化すべきであると考えます(全国消費者団体連絡会)。

委員の「法律に明文の根拠規定がないにもかかわらず警告をし、社名も含めて公表することは問題なのではないか。」との意見、および「行政指導である警告については、争う手段がないという問題もある。」との意見に賛成である。

公正取引委員会の指摘が「警告」に留まるケースは、違反行為が行われたとの確たる証拠が存在しない状況が主であるにもかかわらず、「違反の疑い」があったということだけをもって、社名も含めた公表が行われているのが現状である。このような警告を受けたことについて、社名も含めた公表が行われた場合、世間一般の印象は、「独禁法違反の事実があった」との指摘を受けた場合とほとんど差はなく、指名停止等の実質的な措置につながるケースもあるなど、明らかに事業者の不利益が課される処分となっている。これは「疑わしきは罰せず」との刑事裁判の原則とはまったく相容れないもので、行政訴訟等によりその取消を求め、名誉を回復することができないという観点

から大いに問題であり、また、上記4.においても述べた、不利益処分を課すに際しての意見申述の機会確保も不十分であり、行政手続法上も問題があると考えられる。

「警告」について、法定の処分ではなく行政指導の一環として運用されるものである限り、現行の「注意」の場合の運用と同様に、当該行為者への指摘・指導にとどめ、対外的な公表は行わない取扱いに一本化すべきであり、当該行為者に対して不当に不利益を課すこととならないよう配慮しなければならないと考える(全日本空輸)。

【意見】公取委の行う警告については、社名を公表すべきでないので、「論点整理」17頁(2)に賛成である。また、同 にも賛成であり、公表を行うのだとすれば、事後的に争う手続を創設すべきである。

【理由】独禁法違反が認められず、その「疑い」しか認められなかった事件については被疑事業者に事実上の是正措置をとらせる警告処理(行政指導)が行われているが、この警告処理も新聞発表など公表されている。その趣旨とするところは行政の透明性を確保するためとされているが、この公表についても独禁法上の明確な根拠規定はない。警告処理の公表によって被疑事業者の社会的信用が著しく毀損され、公表自体が実質的に制裁となっている。

さらなる問題点としては、警告には不服申立ての方法がなく、警告処理の適正さについて事後的に検証する制度がない。事実認定の事後的検証システムの存在は、後々自らの判断の当・不当がチェックされるという緊張感をもたらすため、杜撰な事実認定に対する心理的抑制となるのに対し、事後的チェックシステムのない場合には、仮に警告にするだけの証拠がなかった場合でも警告を行うことができ、その結果、例えば、証拠が僅かしかなくとも警告を出す政策的意義が極めて大きい(政策的意義が証拠の薄さを補う)場合には、公取委が警告に発することができることになる。極論すれば、証拠がほぼゼロであったにもかかわらず、警告が出され社名が公表された場合であっても、そのことをチェックする手立てがない。それにもかかわらず、社名と事案が公表されることで、被疑事業者の社会的信用は著しく毀損されることになるのは問題である(日比谷総合法律事務所 弁護士 多田敏明)。

公正取引委員会は、法律上明文の根拠規定がないにもかかわらず、独占禁止法の違反行為の疑いがあるとの理由で、事実上の行政指導として、社名等を公表したうえで、警告を行う場合がある。この場合、事業者には、法律上、争う手段が与えられておらず、同違反行為を行った(と一般に理解される)事業者として、事業活動上不利益を甘受せざるをえない。したがって、警告制度においては、社名を公表することは止めるべきである(電子情報技術産業協会(JEITA))。

公正取引委員会は、法律上明文の根拠規定がないにもかかわらず、警告や注意を行って、社名まで公表することは問題である。当該事業者について、あたかも独占禁止法違反行為が行われたかのような報道がなされれば、多大な不利益を被ることとなるが、このような行政指導に対して、事業者が法律的に争う手段がない。

したがって、当該事業者が、違反事実がないことを主張し、公正取引委員会として排除措置命令・課徴金納付命令を出すに至らない警告においては、社名を公表することは廃止すべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

委員の意見 「法律に明文の根拠規定がないにもかかわらず警告・・・」及び 「行政指導である警告については・・・問題もある。」に賛同いたします。

法律の明文規定のない警告に対して社名まで公表するのは問題である。主要国で「警告」のような行政指導の公表を行った事例は見当たらないとの事なので、なおさらである(日本建設業団体連合会)。

具体的な会社名等が、正式な処分ではなく警告により公表された場合、事業者は重大な損失を被るだけでなく、法的に争うことが困難であることから、警告による公表は禁止すべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。社会通念上、法律違反に近い行為があった場合に、社名を含めてその内容を公表することは、消費者・市民の立場

からは当然の措置であると捉えられます。

違反行為の抑止のためにも、違反行為を起こした事業者はもとより、違反の疑いがある事業者への警告及びその公表は維持強化すべきです。また、違反につながるおそれのある行為がみられる場合の注意も、維持強化することが違反行為抑止の措置として大切です(日本消費者連盟)。

委員の意見、にあるように、法律の明文規定がないにもかかわらず警告を発したり、行政指導である警告については、争う手段がないという問題があるので、企業に弁明、反論等の機会を設けるべきであります(日本チェーンストア協会)。

【意見】基本的に、「違反行為の抑止の観点から警告・注意も有効である」との委員の意見に賛成である。

ただし、警告・注意の要件を特定した法律の明文根拠を設けること及び名宛人の公表について、以下のような手続を定めることが必要である。

すなわち、注意は、名宛人を公表することはできないものとする。警告については、公取委は、名宛人を公表することが適当であると判断した場合(名宛人そのものを公表しなくとも、事案の内容によって名宛人を特定できる場合を含む)には、名宛人に対して、名宛人等を公表して警告を受けることの承諾を得なければならず、この場合には公取委は、証拠等を示して名宛人等の公表に必ず説明することができる。この説明にもかかわらず、名宛人が公表を承諾しなかった場合には、公取委は、排除措置命令を行うか、名宛人等を公表しない警告を行うにとどめるかいずれかの選択をしなければならない。

【理由】独禁法違反行為を早期に抑止する必要性、また、公表それ自体にも、類似事案において独禁法に抵触するおそれがあるという点を対世的に明示して一般予防に資する、というメリットがあることから、警告・注意の制度自体は維持すべきである。

ただし、委員の意見・に指摘されるように、法律の明文が存在しないこと、争う手段がない警告の場合に社名を含めて公表することはどうか、との問題意識は理解できるので、この点については、法律の明文で公取委に正面から権限を付与するとともに、警告・注意を行うことができる場合の要件を特定することを検討すべきである。また、名宛人を公表する場合の手続を明確にするとともに、適正手続の面から争う手段のないまま、名宛人の意思に反して社名等が公表されることのないような法制度とすべきである、と考える。

また、公表については、最初の警告から社名を含めて公表するのではなく、公取委からの最初の警告に対して当該事業者が然るべき対応を行わずに、なお相当期間独禁法違反のおそれのある行為を継続した場合に初めて公表できるというような運用が検討されるべきである(日本弁護士連合会)。

公正取引委員会によってなされる警告、注意は廃止されるべきである。

「警告」及び「注意」に関する明確な法律上の規定は存在しない。法的な措置を取るための十分な証拠は獲得できなかったが、違反の疑いが残る場合、公正取引委員会は、適切な対策が取れるように当事者に指導を行う場合がある(警告)。「違反の疑いが残る場合」が意味する何を意味するのか全く明確ではないが、当該文言は、公正取引委員会が問題となっている行為について確信をもっていないことを示している。にもかかわらず、「警告」は、会社名とともに公表され、しばしば当該名称を公表された会社に大きな打撃を与える。警告に異議を申し立てる手段がなく、また、会社が違法な行為を行っていたか否かに関わらず、対象者の評判は、警告によって汚名を被せられることになる。この手続は、適正手続の原則に反するものであり、廃止されるべきである(マイクロソフト)。

の意見に賛成。

の「違反防止」という点から見ても、警告をした場合に特定の業者の名前を挙げて公表するのは妥当ではな

	<p>い。それによる違反防止の効果と業者の受けるダメージとを比較した場合、後者のダメージが大きいから、これらの措置の当否について争う手段がないことを考えると、公表すべきでない。</p> <p>一般予防的な意味であれば、個別の業者名を伏せて、具体的な事案についてどのような問題点があるかを説明し、排除措置を採らずに警告にとどめた理由更には不問に付さないで警告を行なった理由を明らかにすべきである。</p> <p>しかし、現状は、業者名と違反事実を挙げて警告したということを公表するのみで、どの点が問題なのか、排除措置を採らないで警告にとどめた理由、不問に付さないで警告にした理由の何れも明らかにされていない。</p> <p>当該事業者に対しても、公表に当たって当然なされるべき上記事項に関する説明はなされていないのが普通であろう。これでは、当該事業者は、同種事案に対する今後の明確な方針を決めることが出来ないから、制裁の意味があるだけで、当事者に対しては、理由の明確でない警告を受けたという不満を抱かせるという結果を齎し、当該事業者に対する関係でも、一般予防の観点からも違反防止に役立たない、と言わざるを得ない。</p> <p>なお、注意については、公表はなされていないようであるが、報道されることがある。当事者が漏らしたのであれば止むを得ないが、その内容を見ると、警告の場合と同様に、注意にとどめた理由が示されていないと思われる。そこまで示さなければ、当事者にも何故注意されたか不明のままということになる。一般予防にも役立たないのではないか(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。</p> <p>公正取引委員会が行う警告は、調査前の警告も必要ではないか(事業者)。</p> <p>法的措置をとるに足る証拠が得られない場合や違反の疑いがあるのみの段階で社名を含めて公表するのは会社のレピテーションリスクの観点から非常に問題であると考え。確かに違反行為の防止という観点から有効かもしれないが、あえて公表せずとも公正取引委員会からの個別の警告などによりそれを是正すべく会社としては対応していくと考えられ、違反行為の防止という目的は公表というリスクを事業体に負わせずともはたされるのではないか(事業者)。</p>
[資料について]	資料6のうち、「欧州委における制裁金算定の流れ」については、6月末に公表された新告示(ただし、〇J未搭載につき、未発効)により改訂することが適切です(個人)。
【その他の意見・情報(順不同)】	
[検討の進め方]	<p>今回示された論点整理は、内閣府に設置された基本問題懇談会における議論を整理したものであるが、いまだ一定の方向性を有しているものではない。</p> <p>独禁法が事業者の経済活動、ひいては国民の消費者利益に重大な影響を与えることに鑑みれば、具体的な改正法案(法律案要綱)作成にあたっては、細部にいたるまで時間をかけた国民的議論を必要とすることは論を待たない。</p> <p>内閣府においては、今回の意見聴取によって寄せられた意見をもとに、速やかに改正の方向性とその範囲を定めるとともに、具体的な法案作成の段階で、十分な時間的余裕をもって、いま一度広くパブリック・コメントに付すことを求める(経済同友会)。</p> <p>今後の検討を踏まえた最終報告等についても、再度、パブリックコメントに付した上で、仕上げられることを求めたい(経営法友会)。</p>
[公正取引委員会が公権力を用いて取得した資料の第三者への閲覧・謄写]	<p>公正取引委員会が法47条に基づき公権力を用いて取得した資料は、独占禁止法違反に対する同法上の措置をとるために用いられるのであるから、その資料は原則として同法の手続当事者以外には開示されるべきではない。この点は、民事訴訟法第6章(132条の2以下)の場合とは異なる。少なくとも、独占禁止法の手続が終了するまでは手続当事者以外に開示されるべきではない。</p> <p>米国では、公権力の下で収集した資料の開示は、手続開始後の手続当事者に限定され、当事者以外の第三者について</p>

	<p>は、議会の要請等の場合を除き、原則非開示が法令に明記され、行政情報公開法についても適用除外となっている（刑事訴訟法6条(e)項：独占禁止民事手続法4条(c)項(3)号・FTC法21条(b)項(3)号(c)及び(f)項)。また、裁判所の資料開示(ディスクバリー)の場合でも、公権力を背景に取得した資料については、当事者が事案の立証について対等の権利を公平に持つべきであるとの原則(当事者主義の原則)から、その資料の開示を原則として除外し、明らかに立証能力が弱体である者に対する援助等極めて例外的な場合にのみ開示が認められることが判例法により確立している。EUでは2003年理事会規則1号28条1項で「強制的審査により収集した情報は、収集した目的にのみ使用しなければならない」と規定し、また04年委員会規則773号15条3項・4項でも同様の規定を定め、手続当事者以外の第三者への資料開示は禁止されている。</p> <p>わが国の場合、法70条の15の「利害関係者」を極めて広く解釈し、公権力で取得した資料が広範な第三者に開示され、損害賠償訴訟等に用いられて、欧米の手続当事者に限定されているのと著しく異なっている。そのため、公正取引委員会の措置を受けた後、被審人は、公正取引委員会の審判のみならず、同じ事案に対する損害賠償請求訴訟等をその時点で並行して多数抱え、審判での実質的に防御権が侵害され、重大な負担を強いられている。この第三者への資料開示を欧米並みに限定し、少なくとも公正取引委員会での審判が終了した後に開示が行われることを法律に明記すべきである。現在関連損害賠償請求訴訟が10年間で100件以上提起されている。欧米では、独占禁止法違反の関係損害賠償請求訴訟等は、通常、規制機関の最終結論が出されてから行われている。(競争法研究協会)</p> <p>公正取引委員会は、独占禁止法に基づく措置を採るために公権力を用いて収集した証拠資料を第三者の民事訴訟に広く提供し、公正取引委員会の審判手続に並行して多数の民事訴訟が進行しているが、このよう民事訴訟への資料の提供は被審人の防御権を実質的に抑圧するものである。米国・EUなどで公権力を背景にして収集した資料の第三者への提供は、少なくとも審判が終了するまでは、原則的に禁止されており、わが国でも同様の禁止措置を採るべきである(競争法フォーラム)。</p> <p>審判記録の閲覧謄写に関する改正法70条の15の規定を改正するなどして、プライバシー情報や営業秘密情報等について閲覧謄写請求を拒否できる仕組みを設けるべきです。理由の詳細は、自治研究2006年10月号参照(学習院大教授 常岡孝好)。</p>
[横の協定と縦の協定の区別、排他的条件付取引]	<p>不公正な取引方法の「一般指定」11項から13項までは、不当拘束条件付取引を規定しているが、この類型の行為は欧米では取引業者間の縦の協定として検討され、競争者間の横の協定とは明確に区別されている。米国では、1960年代には横の協定と同様に縦の協定についても競争に悪影響があるとされ、「当然違法の原則」が適用されたことがあったが、その後横の協定とくに価格協定は競争者間のブランド間競争に直接影響を与え制限するものとして厳禁すべきであるが、縦の協定は実質的には同一ブランド内の取引業者間の販売促進の効率化の問題であり、ブランド内競争の調整は取引関係や販売組織を強化してブランド間競争を促進する機会が多いことが指摘され、また縦の制限協定を利用したフランチャイズ制度が流通のシステム化と小規模事業者の組織化を通してダイナミックな競争を促進していることも評価されてきた。1977年のシルベニア事件最高裁判決は、縦の非価格制限協定について、1960年代の「当然違法の原則」を破棄して「合理の原則」に転換し、独占禁止法の規制の主眼は競争者間のブランド間競争促進であり、ブランド内競争の制限はブランド間競争に弊害を与える場合にのみ規制すべきであることを明確にした。EUにおいても1997年に縦の協定に関するグリーン・ペーパーを公表し、1999年に関係規則を改定し、2000年に指針を発表して、縦の協定の規制緩和を行っている。わが国においても、最高裁は、1998年12月の資生堂販社事件及び花王販社事件において、「販売方法に関する制限を課した場合……多かれ少なかれ小売価格が安定する効果が生ずるが、右のような効果が生ずるというだけで、直ちに販売価格の自由な決定を拘束しているということとはできない」と判示した。1991年の公正取引委員会の「流通指針」</p>

	<p>では、販売方法の制限など縦の非価格制限協定について、「これにより価格が維持されるおそれがある場合」には、原則違法となるとされており、上記最高裁判決や縦の協定に関する欧米の法解釈と異なっており、同指針の見直しが必要である。縦の協定は、消費財産業の販売促進活動にとって極めて重要であり、この面の不明確性を排除し、ダイナミックな競争を活発にすることが基本的に重要である(競争法研究協会)。</p> <p>不公正な取引方法に関する「一般指定」11項から13項までは、不当な拘束条件付取引を指定している。不当な拘束条件付取引は、欧米では縦の制限協定として規制され、この規制は1960年代においては厳格であったが、1970年代末より緩和されてきている。それは、独占禁止法が規制の主眼とするのは、競争者間の横の制限協定とくに価格カルテルであり、縦の制限協定は取引業者間の協定で実際の売買取引に付随して合理性を有する場合が多いことが認識されてきたからである。すなわち、独占禁止法の規制においては、競争者のブランド間競争が重要であり、取引業者間のブランド内競争の制限はブランド間競争の促進になる場合が多いこと、ダイナミックな競争の促進にはこの区別が重要であることなどが認識されてきたからである。このことは、米国では1977年のシルベニア判決以降の判例により明確になり、EUでは1997年の縦の制限協定に関する欧州委員会のグリーン・ペーパーにより関係規則が改正され明確になってきている。わが国の独占禁止法の運用においても、この点を明確にする必要がある(競争法フォーラム)。</p>
[地方的違反事件の執行体制の整備]	<p>独占禁止法違反事件は、国際カルテルのように国境を越えた問題から理容・美容業、クリーニング業などの地域的な価格協定事件など様々な事件があり、それぞれの規制が重要である。米国では、連邦独占禁止法のほか州や市の独占禁止法があるし、ドイツでは、連邦カルテル庁のほか州カルテル庁が競争制限禁止法の執行を行っている。わが国でも、独占禁止法の全体としての効率的な運用を確保するためには、地方的な事件の執行については地方公共団体へ権限委任し、公正取引委員会は都道府県にまたがる事件、全国的事件又は国際的事件と、全体の政策的業務を行うようにする必要があると考えられ、この問題を政府において別途検討する必要がある。すでに、公正取引委員会が所管する景品表示法については、地方公共団体への権限委任が行われている(同法7条-11条)(競争法研究協会)。</p>
[規制手続の国際的ハーモナイゼーションの必要性]	<p>現在経済のグローバル化が急速に進み、取引規制制度の国際的ハーモナイゼーションの必要性が増大してきている。この規制制度には規制手続が含まれる。わが国の独占禁止法執行手続には、上述したように、事前聴聞手続の欠落、略式手続(同意手続)の欠落、二重制裁制度の存在、上限のない画一的課徴金制度など欧米にないわが国特有な制度が存在しており、今後のグローバル経済の進展を考えると、この面から上記諸制度の改善が必要と考えられる。わが国の手続関係法令が欧米諸国のそれから乖離していることは、経済のグローバル化の進展の流れの中で公正な競争を促進する観点からみて極めて問題であり、そのハーモナイゼーションを強力に進める必要がある。外国企業がわが国の独占禁止法の適用を受ける際に、事前聴聞手続なしに、一方的な排除措置命令が採られることは、独占禁止法の域外適用が内外において増加している現状において、国際的摩擦の原因になりかねない。規制手続のハーモナイゼーションは、国際的な公正競争の推進にとって重要である(競争法研究協会)。</p> <p>経済のグローバル化が現在急速に進展しており、これに対応して独占禁止法の国際的ハーモナイゼーションが重要問題になってきている。実体法の分野では、このハーモナイゼーションはかなり進んでおり、価格カルテル規制は各国でほぼ同様に行われている。しかし、手続規定のハーモナイゼーションは遅れており、わが国の手続には事後審判手続、二重制裁制度、制裁に上限がないことなど独特の措置体系を採っており、早急にこれらの調整を行う必要がある。とくに、事前聴聞手続の整備は、社会的、文化的背景の異なる外国企業への独占禁止法の適用の場合には極めて重要である(競争法フォーラム)。</p>
[申告制度の改善]	<p>違反事実の公正取引委員会への申告に関する制度がありますが、申告後の扱いが明確ではなく、真摯な検討とその結果がフィードバックされるような仕組みを検討すべきです(全国消費者団体連絡会)。</p>

	違反事実を公正取引委員会へ申告する制度がありますが、申告後の扱いが明確でなく、その検討と結果がきちんと反映されるような仕組みを検討すべきです(日本消費者連盟)。
[公正取引委員会の体制強化]	違反行為の厳正な取り締まりのために、公正取引委員会の体制強化についても検討もすべきです(全国消費者団体連絡会)。 違反行為の厳正な取り締まりのために、公正取引委員会の体制強化についての検討も必要です(日本消費者連盟)。 「公正な取引関係の確立」には、中小企業などに不当な不利益を与える優越的地位の濫用や不当廉売などの不公正な取引を放置してはならないというのが基本的な考え方である。 下請けの中小企業などにおいては、不公正な取引の情報提供・申告等に対する「取引停止などの報復」を恐れ、何ら行動が起こせず違反行為が表面化しない実態もある。課徴金や刑事罰の対象とすることに異を唱えることはないが、罰則強化のみに依存するのではなく、報復措置を根絶するような仕組みの導入や、違反行為があった場合に速やかに排除措置命令を出すとともに、さらに違反があった場合の取り締まりもしっかりと行えるような公正取引委員会の体制強化なども、併せて検討すべきである(日本労働組合総連合会)。
[談合防止への研修について 会計検査院と公正取引委員会]	1. 「談合防止への研修」の在り方につき取り上げてみたい。 国の二つの機関である会計検査院と公正取引委員会とは、「官製談合」という課題については、それぞれ独立の機関とはいえ、その防止策については十分な横の連絡、意見交換が行われる必要がある。 2. 会計検査院受検機関職員の研修 ・合宿研修施設(群馬県 安中研修所)で年間6コース開催。 ・研修のねらい 上記の研修により、会計検査院による外部チェックと、各省庁等の内部監査が充実強化され、いわば車の両輪として予算執行の適正化を推進出来ることとなる。 ・研修の対象者 各省庁や政府関係機関等国の出資法人、都道府県等地方公共団体の会計事務職員、内部監査職員を対象。 ・6講習会の名称 各省庁内部監査業務講習会～ 全都道府県内部監査業務講習会(非工事コース) 3. 公正取引委員会は国等の調達機関との間で「公共入札に関する公正取引委員会との連絡担当官会議」を開催し、都道府県等の調達担当者を対象とした研修を実施している。・国の本省庁の連絡担当官、公団・事業団 累計128回・都道府県等の地方自治体の調達担当者・累計350回・連絡担当官とは、独占禁止法違反の可能性のある行為に関する情報提供等のために調達機関において指名される者で、各官庁においては、会計担当課長等が指名されている(平成5年度から開催)・公団・事業団等の調達担当者を対象とした研修会(平成7年度から) 問題提起 (1)「談合」の問題は多岐にわたるが、まず「官製談合」排除に行政が率先垂範すべきである。 (2) 会計検査院と公正取引委員会がそれぞれ独立機関として有機的に前向きな姿勢と行動を示すべきである。(個人)
[刑事罰の範囲の拡大]	刑事罰を課す範囲を広げて、違反行為を行う事業者に刑事罰を課すようにする必要がある。 その理由としては、仮に公取委に摘発されても、告発により刑事罰を課されるのは重大な事件又は繰返し違反行為が行われるなどに限定されていることから、多くの事業者にとっては告発により刑事罰を課されることは無いと受け取られて、抑止力になっていない(個人)。
[一定の取引分野]	「私的独占」や「不当な取引制限」の定義(独占禁止法第2条第5項、6項)において、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」とされているが、この「一定の取引分野」が過去の訴訟・審判等をみると、事例によって広狭さまざまに認定されており、公正取引委員会の恣意的な判断に委ねられている。これでは、違反行為となるのかどう

	<p>かの判定が困難で、予見可能性が低い。また、最大日本全体を市場として捉えるに止っており、グローバルに商品が行き来する現実から目を外らしているのではないか？ 法改正によって判断基準を明確に定めるべきである(出光興産)。</p>
[事後規制主義から事前規制主義への回帰]	<p>公正取引委員会は、独占禁止法のエンフォースメントにあたり、一定の配慮(事前相談制度の拡充)を講じつつも、昨今の規制緩和の流れの中で、事前規制から事後規制へと基本方針を転換しているところである。</p> <p>事業者としては、独占禁止法遵守の観点から、自己の行動の合法(違法)性解釈が極めて微妙であることを理由に、予め公正取引委員会に相談を行うことになるが、こういった相談に対して、公正取引委員会は、個別具体的な行為については判断できないといった回答を行うことがしばしばあり、これは事業者の遵法意欲を殺ぐものになりかねない。</p> <p>徒らに事前規制強化をはかることには与しないが、独占禁止法のエンフォースメントを確保する観点から、公正取引委員会がこういった事業者による相談に柔軟に対応し、具体的な指導を行うことは、事業者による公平・公正な経済活動に資するものでもあり、独占禁止法の本旨に即したものであると考える(新日本石油)。</p>
[独占禁止法基本問題懇談会の委員構成]	<p>本懇談会の委員として、独禁行政に長く関わり、手続問題にも詳しい行政実務家が加わっていないことが問題であると感じます。個人名を上げるのは当該個人には失礼かもしれませんが、伊従寛氏、鈴木孝之氏など改正前の実務の意義や問題点について見識のある実務家がなぜ委員として選任されていないのか、疑問です(学習院大教授 常岡孝好)。</p>
[独占禁止法及び運用、違法事例の周知の強化]	<p>違法事例の周知を強化すべき(事業者)。</p> <p>独占禁止法及び運用を詳細に周知・説明する事で法の抑止力が機能するものとする。また、周知内容は、具体的なQ&amp;A等を例示し、わかり易くすることが重要と考える(事業者)。</p>
[国際カルテルへの取り組みの強化]	<p>平成17年度に改正された独占禁止法の改正作業で課徴金減免制度が導入されたことにより、外国企業が世界的にリニエーション申請をする際に、課徴金減免申請制度を設けた日本においても、同時に申請を行うような事態が増えることになるものと思われる。また、そのような申請を受けた世界各国の競争当局がそれぞれ調整の上でほぼ同時に立入調査を行うとともに、一斉に関係者の事情聴取を行うという事態も考えられよう。このような中で、日本の競争当局のみが、同種の課徴金減免申請を受けながら、こうした立入調査を回避することは、日本の競争当局の能力そのものを国際的に問われる事態にもなりかねない。このように考えると、我が国においても、課徴金減免制度を導入した以上、国際カルテルへの取り組みの強化のための対策を強化することは不可避となっているように思われる。以下、若干ではあるが、より具体的な検討課題を取り上げることとする。</p> <p>本邦の独禁法は、独禁法違反の行為が海外で行われた場合であっても、本邦の競争が影響を受ける場合に、海外における行為に対しても適用があるとされている(いわゆる「効果理論」)。しかしながら、欧米で取り上げられたビタミンカルテル事件やソルビン酸等の大型の国際カルテル案件については、その影響は日本国内にも及んだ可能性が高いにもかかわらず、公取委が本格的な審査を開始することは今までなかった。その原因としては、現実問題として海外における証拠収集の困難さと、海外事業者に対して日本の競争当局に対して証拠の提出を強制する能力の欠如があったためと考えられる。特に、前者については、海外に公取委が審査官を派遣して証拠調べを行うことは、相手先の国における権力の行使に当たり、相手側の国の主権侵害になる可能性が高い。また、後者についても、實際上、外国企業に対して、強制力を持って証拠の提出や関係者の事情聴取の受忍を強いることは現在公取が用いることの出来る手段では不可能であろう。</p> <p>さらに、日本の公取委の審査手続は、欧米のスタンダードから見て、たとえば「依頼者-弁護士間」の通信文書を証拠収集の対象から除外していない、審査対象企業の関係者の事情聴取に弁護士の立会いを認めないなど、欧米では当然視されている適正手続の保障がなされておらず(手続保障については後述する)それだけに欧米企業の関係者がわざわざ来日して公取委の事情聴取に応じるインセンティブはなかったものと考えられる(かかる公取委の審査の実態を海外</p>

の法律実務家や企業内弁護士に説明するたびに、強い拒絶反応を受けているのが実態であった。

もちろん、各国の競争当局間では一定の情報交換は存在しているようであるが、証拠を相互に融通するには至っていない模様である。

また、現実問題として、公取委の審査官の多くが取り扱ってきた事件は、国内の入札談合事件が中心で、かかる案件では事情聴取の対象者に入札談合の事実を自白させるといった自白偏重の審査が、現在までの主流であったために、国際カルテル案件の審査に当たって必須と考えられる外国語で書かれた証拠の分析をしたり、外国語で関係企業の担当者の事情聴取をする能力がある審査官は、殆どいないといっても過言ではなからう。

こうした現状に対応するためには、外国語対応ができる審査官を増加させることはもちろんであるが、それ以上に根本的な対策が不可欠であるように思われる。

即ち、日本国内における証拠の収集だけでは十分な証拠が得られない場合には、外国企業や在外の関係者の任意の協力を得ない限りは、公取委は国際カルテル案件に取り組むことはきわめて困難となるし、むしろ、こうした海外在住者の任意の協力を得るための方策を真剣に検討すべき時期に来ているように思われる。例えば、国際的な常識に則った手続保障のある審査手続に変更して外国企業の担当者の任意の協力を得られるようにし、外国企業が公取委の審査に協力しやすい体制を構築するとともに、課徴金減免制度のあり方を再検討しその範囲を拡大することも必要となるように思われるし、審査対象企業の代理人弁護士とも密接な協力関係を構築する必要性が高い。いずれにしても、国内の入札談合に対して行っているような自白偏重の審査の姿勢で国際カルテル案件に取り組むことはきわめて困難ではないであろうか。

具体的には、飴と鞭の両面での対策が不可欠と思われる。

#### 当局の権限の強化

米国において、国際カルテルへの取り組みが効率的に行われている最大の理由は、独禁法の執行にあたる当局が司法省ということもあって、日本のように課徴金の問題というよりも、刑事手続の問題として捉えられるために、海外に居住しているカルテルの実行行為者やその周辺人物は、米国に入国すれば身柄を拘束され刑事訴追されてしまうという状況下に追い込まれることになる。

このために、刑事訴追の回避や罰金額の減額を巡って、外国企業の代理人弁護士と司法省との間で司法取引的な交渉が行われ、その過程で、多数の証拠が収集され、国際カルテルの解明が行われるのである。現在の公取委の調査制度は、犯則調査制度が導入されたとはいえ、専属告発制度が足枷となって、公取委の調査が先行する形となっており、早期に検察当局を巻き込む形となっていない。外国企業やその担当者にすれば、日本に来れば逮捕されてしまう、あるいは、犯罪人引渡条約に基づいて速やかに身柄の引渡しを求められてしまうという可能性を回避することを希望することは間違いないところであって、この意味で、国際カルテル案件については、すべからず犯則調査案件とするとともに、出来る限り早期に検察当局に事件関与を求めるとともに、専属告発制度そのものを撤廃するなどの対応をするべきものと考えられる。

#### 外国企業へのインセンティブの付与

米国等での実務を見ると、上記の権限が裏づけとなって、逆に、係る権限を行使しないことを条件とした司法取引的な交渉が行われることとなろう。即ち、米国では、の刑事訴追の可能性を回避できることが強力なインセンティブとなって、関係当事者の任意の協力が得られるとともに、必要な証拠の収集も可能となっているのである。これは現行の極めて硬直的な課徴金減免制度の在り方を考える上でも別途考慮すべきであるところであるが、少なくとも、国際カルテルへの取り組みの強化のためには、日本の公取委の権限の及びにくい海外にいる関係者に対して、公取委・

	<p>検察の調査や捜査へ協力をするに強力なインセンティブを与えることが、不可欠であるように思われる。</p> <p>加えて、欧米のみならず韓国ですら当然に認められている関係者の事情聴取への弁護士の立会いや、弁護士と依頼者間の通信の秘密の保持の尊重など、グローバルスタンダードに従った適正手続の保障が必須となるように思われる。また、係る適正手続保障を充実させることにより、外国でもリニエンシーを申請した事業者が、当該外国競争当局と日本の競争当局との間で、案件の実態や証拠につき情報交換することをウェーバーすることをためらうことが少なくなると考えられ、日本における摘発もより促進されることとなる。</p> <p>なお、公取委の関係者は、文書の送達については、在外者への文書送達を民事訴訟法 108 条の規定を適用して可能にする改正が平成 14 年に行われており（独禁法 70 条の 17）、独禁法の執行で最も重要なのは、書類の送達であるなどという見解を述べている（鶴瀬恵子編『独占禁止法実務の手引き』12 頁〔横手哲二〕（判例タイムズ社、2006））。しかし、かかる書類の内容の強制的執行が前述のとおり相手側の国の主権侵害になる可能性が高いため、この制度は有名無実なものとなっている。国際カルテルの摘発強化を図るのならば、係る改正に満足するのではなく、さらなる抜本的な施策を打ち出していくべきである（西村ときわ法律事務所 弁護士 川合弘造、島田まどか、藤井康次郎）。</p>
[独禁法違反行為の主体としての企業集団]	<p>現在の独禁法の法の適用の対象は、業界団体のようなものを除くと、個別の自然人又は法人であって、一個の中核企業を中心として形成された企業集団を法の適用の対象とは考えていない模様である。しかしながら、この原則を貫くと、企業グループによる経済活動を前提とする現代の経済社会の常識に反する結論に到達することになりかねない。</p> <p>したがって、明文上は規定されていないが、一般的に、親子会社や同一の親会社を有する子会社間の価格協定は独禁法違反の不当な取引制限には該当しないと考えられているように思われる。たとえば、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成 13・7・11）によれば、親子会社間の取引については、その多くについて、不公正な取引方法に該当しないとされている。この規定は、不公正な取引方法に関する一般指定にかかるものではあるが、同じ考え方は不当な取引制限に関する規定にも当てはまるであろう。また、「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（平成 16・5・31）においても、親子会社等の同一企業グループ内での結合については審査の対象外となるとの指針が示されている。</p> <p>また、「金融機関の業態区分の緩和及び業務範囲の拡大に伴う不公正な取引方法について」（公取委平成 16・12・1 公表資料）によれば、独禁法上問題となる行為をしている場合であっても、当該子会社と持株会社との間で共同して当該行為を行ったと認められるときは持株会社も違反者となり得るとしている点で、公取委も、特段、法人格単位で独禁法の適用を捉えるのではなく、規範的・実質的観点から企業グループ単位で考えることを排斥していないということなのかもしれない。</p> <p>にもかかわらず、公取委の関係者と議論を行ったり、審査審判に至るような事件について取り扱っていると、あくまで法人格別に法的用の対象を考える伝統的な考え方を墨守するあまり不合理な結論に至ることもしばしば見られるところである。当職が接触した公取委の担当官は、この点は、法人格を基準とする日本の法人制度全体に関わる問題であることから、独禁法だけ例外とすることは難しいという考え方を示していたが、そもそも独禁法は、経済法として企業の集中や結合の問題を取り扱う法体系であり、私法上の権利義務の主体を定め、その主体間での権利義務関係を規律するという目的を異にする民法をはじめとする民事法体系と取り扱いを常に同一にするべきとも思われない。とりわけ数次に亘る商法改正を経て、会社制度そのものが大幅に変更され、かつ連結納税制度等をはじめ、企業グループを前提とする制度設計が整備されつつある中で、公取委が硬直的に法人単位で法の適用対象を捉える対応を続けていると、現実の社会経済現象には対応が困難になりかねないように思われる。独占禁止法は社会経済法なのであり、目的の異なる民法理論に拘泥し、その法政策的趣旨を没却するようなことがあってはならない。</p> <p>以下では、もう少し具体的な問題は取り上げて検討する。</p>

#### 課徴金減免申請との関係

課徴金減免申請にかかる規定には、親子会社や兄弟会社の場合の取扱いに関する規定は存在していない。むしろ、独禁法7条の2は、文理上は法人格単位で申請者を厳格に捉えているようであるし、現実にも、公取委は課徴金減免申請を企業グループ単位で考えるよりも法人格単位で考える可能性がきわめて高いように思われる。しかし、不当な取引制限について、同一の企業グループに属する複数の企業が関与をしている事態も容易に想定できるところである。課徴金減免制度を硬直的に法人単位で適用するとすれば、以下に述べるような不都合が生じかねない。

第1に同一企業グループに属する複数の企業が、一斉に申請を行うような場合には、容易に第3順位までをすべて占めてしまい、事実上、その他の企業が申請を行う機会を失わせかねない。その結果として、ほとんど同種の情報しか公取委には集まらず、また他企業の申請のインセンティブを著しく阻害しかねない。

第2に、同一の企業グループに属する企業が課徴金減免申請をすると、それは自動的に、同一グループに属するその他の企業にとっては、第2順位以下の課徴金減免申請しかできないこととなってしまうために、課徴金の減額は受けられずとも、刑事処罰の可能性や課徴金の賦課を生じさせることとなってしまう。このような場合、企業グループ全体としてみれば、課徴金減免申請を行うことがかえって不利益となりかねない可能性もあり、グループ全体の課徴金減免申請を行うインセンティブを抑圧しかねない。

特に、国際カルテルのような場合には、参加企業がそれぞれ各国に現地法人を有していることが多く、このような場合に法人格単位でカルテルに関わっている企業の数数を数えることとすれば、膨大なものにもなりかねない。こうした問題点が存在することから、明文の規定は存在していないものの、欧米では、実務上、基本的には企業グループ単位での申請を認めている模様であるが、現状のように、公正取引委員会がその裁量により事態の打開を図ろうとしない、あるいは法令解釈上難しいということなのであれば、日本では何らかの立法的な解決が求められるところである。

#### 国際カルテルの場合

国際カルテルの場合には、各グループ企業の中核的な組織の担当者間での世界市場を対象とした大まかなカルテル行為、各国の販売子会社間での地域市場毎のより具体的なカルテル行為、主要な個別のあるいは一定範囲の顧客・ユーザー毎の担当者（レベルは様々）間のカルテル行為等が重疊的に行われることがしばしば見られるところである。

また、親会社間での世界的な価格カルテルの場合の場合にも、親会社のみでの行為で完結するわけではなく、かかるカルテルに基づき本社の指示を受けて営業を行った各国の多数の現地子会社、更に、本社の指示で競争事業者の本社担当者とカルテル行為を行った従業員の所在する別の現地子会社など、その他の関係会社もカルテルに関与することとなる。

このような事態を見た場合に、形式的に法人格別に行為を分けて考えて、各法人毎に法を適用すると、グループ企業全体による私的独占と評価されるべき行為が不当な取引制限とされるなど必ずしも適切な結論に到達しない可能性も出てくるし（この場合には、私的独占については課徴金の減免が認められず、不当な取引制限については課徴金の減免が認められているところ、本来であれば減免を受けることが妥当でないのに、減免を受けることが可能となるという不都合が生まれかねない）、また、例えば課徴金の計算に当たっても、親子会社間での売買金額を、その基礎として用いるような不合理な結論にも到達しかねない。このような場合には、各社ともグループ単位で、カルテルの実行にかかわっているわけであって、個別の法人単位でカルテルを実行しているわけではないのである。こうした現実を無視した法の形式的な適用はいずれ破綻をきたすことになると思われる。

#### 排除措置命令

近年、入札談合案件等で立入調査を受けた事業について、子会社等に営業を移転するような例が見られ、そのような事態に対応して、公取委は17年独禁法改正前の事案で、排除勧告にあたって、当該営業を子会社に譲渡した親会社に対

	<p>して、当該子会社を親会社として指導監督するように命じる例が多数見られようになってきた。これは、当該親会社は事業を最早営んでいないので、排除措置を講じることを直接に命じることは出来ないし、他方で、営業を譲り受けた子会社は立入調査の時点で事業を営んでいないために違反行為者ではなく排除措置を命じることが出来ないということから発案された、公取委の苦肉の策である。</p> <p>しかし、事態を直截に見れば、企業集団としては一体なのであって、これを法人格単位で形式的に捉えるために、無理な措置を講じているとしか言いようがない。係る場合には、直接に、同一の企業集団に所属している企業として子会社に対して排除措置を講じることを命じ、継続的な報告を受ける措置をとるべきであると思われる。</p> <p>いずれにしても、形式的な法人格単位での法の適用が、独禁法の効果的な運用に困難を生じさせているところであって、この点は早期に是正が必要と思われる。他の社会経済法の分野では、例えば、証券取引法のグループ単位での開示規制や租税法分野での連結納税制度が導入されているのと比べると、独占禁止法の取り組みは遅れていると言わざるを得ない(西村ときわ法律事務所 弁護士 川合弘造、島田まどか、藤井康次郎)。</p>
<p>[立ち入り検査における公表]</p>	<p>立入検査が行われた場合、具体的会社名等が多数の報道機関に公表されているが、立入検査はまだ審査の初期であり事案は違反の疑いの下で行われているのであるから本来規制機関の秘密事項であり、それが正式処分前に公表されることは法 39 条（秘密漏示等の禁止条項：罰則 93 条）に違反する疑いがある。正式処分前の違反被疑者の情報開示は企業経営に重大な損害を与えるので、その禁止を明記する必要がある。欧米諸国では規制機関によるこのような情報開示は行われていない(競争法研究協会)。</p> <p>立入検査の場合の具体的な企業名の公表は、立入検査が通常審査の冒頭に行われ、未だ関係企業は未だ初期の被疑状況にあるので、この段階での企業名公表は企業活動に重大な影響があるので、禁止されるべきである(競争法フォーラム)。</p>
<p>[質問書 不公正な取引方法について]</p>	<p>質問書 不公正な取引方法について &lt;建築工事業の現状・現場からの質問&gt;</p> <p>社会保険について？</p> <p>国民年金不正処理の問題で、社会保険庁の職員 1752 人処分と平成 16 年 8 月 29 日マスコミにて大々的に報道がされましたが、これは、間違った対処ではなからうか。その場しのぎの対処であり、処分を受けた職員は生贄とされ、罪人を作っただけで、公への見せしめとしか写らない。社会保険事業は国家管掌事業(独占?)であり国民全員が加入しているのが当たり前であり、未加入者があってはならぬべきと考えます。事業者(国家)が講じるべき措置を怠っている。</p> <p>事業主(国家)が講じるべき措置とは、共存共栄で知恵を絞るのが正解では？</p> <p>そして、われわれ建設業に携わる事業主として、直面する問題</p> <p>社会保険適用除外とゆう、特別扱いがありますが、目的・理由がわかりません。また、適用除外事業所を調査していますか？</p> <p>工事発注窓口(確認審査窓口)での、専門工事業者の社会保険未加入業者への発注をしない事の指導及び審査をしていますか？</p> <p>並びに建設業許可登録窓口&lt;国交省・都道府県&gt;での、未加入者への建設業許可の取り消しまでの、法的処分がなぜ為され無いか？</p> <p>労働基準監督署について</p> <p>労働災害保険では、中小事業主・一人親方が、工場・建築現場等で事故に合い、怪我あるいは死亡しても労災保険は適用されませんか。</p> <p>事業主・一人親方は自社あるいは個人で特別労災上乘保険をかける事と監督署より行政指導がありますが、工場・建築現場他で起きた事故は事業主であれ誰であれ、労災保険で面倒見れないのでしょうか？社会保険加入逃れの、一人親</p>

	<p>方として認める温床ではないでしょうか！</p> <p>P S . 先般、地元国会議員の方に同じような質問書を秘書の方に提出しましたので、まだまだ、矛盾することが沢山ありますので添付いたします。</p> <p>今回、内閣府の政府広報での独占禁止法に関する意見・情報の主旨とは、若干違いがあるとは思いますが、我々、建設専門工事事業者は事業をするに置いて社会保険加入が義務づけられて要るにも関わらず、社会保険適用除外を受けたり、社員を外注扱いににして自前で国保・国民年金に加入させ、特別労災上乘せ保険でもしにも、対応する。こんな事業者が7割のも達しています。元請建設業者も経費の掛かる業者は使えないと、ハッキリ断言するゼネコンも存在します。正直に社会保険をかけている我々とそうでない事業者とあまりのも不公平すぎます。建設業界はコスト低減で安値受注競争が激化し、我々への単価低下要求も激しい中、この問題は切実な問題です。ご一考の事、宜しく願い申し上げます(事業者)。</p>
[特許制度]	<p>関係ないかもしれませんが、特許制度がどうしても大企業に有利なのが、気になります。同じ特許料でも中小企業と大企業では費用に対するリスク(ダメージ)が全然違うのでご考慮いただければと思います(個人)。</p>