

独占禁止法基本問題懇談会  
第2回議事録

内閣府大臣官房  
独占禁止法基本問題検討室

**塩野座長** おはようございます。

定刻になりましたので、ただいまから第2回「独占禁止法基本問題懇談会」を開催させていただきます。

議題に入ります前に、前回所用により御欠席だった根岸委員、浜田委員から、一言ずつごあいさついただきたいと思います。根岸さんからお願いします。

**根岸委員** 神戸大学の根岸でございます。経済法を専門にしております。よろしく願いいたします。

**浜田委員** 名古屋大学の浜田でございます。どうぞよろしく願いいたします。

**塩野座長** よろしく願いいたします。

それでは、前回も御案内したとおり、本日は違反行為抑止のための行政措置及び刑事制裁につきましてヒアリングをすることとします。

これ関連して、前回の会合で私から提案させていただきましたが、海外の主要国で刑事制裁及び行政上の措置がどのようになっているかということも踏まえて、議論をしていく必要があるかと思えます。

そこで本日は、こうした調査をお願いする専門調査員に来ていただいております。御紹介させていただきます。

法政大学の今井教授です。

**今井専門調査員** 今井でございます。刑法を専攻しております。よろしく願いいたします。

**塩野座長** 次に、東京大学の川出教授です。

**川出専門調査員** 川出でございます。専門は刑事訴訟法を専攻しております。よろしく願いいたします。

**塩野座長** こちらは、東京大学岩橋助教授です。

**岩橋専門調査員** 岩橋でございます。行政法を研究しております。

**塩野座長** このお三方には、11月に予定しております第4回会合ないし12月に予定しております第5回の会合で、海外主要国の状況について報告をしていただきたいと思いますと考えております。

なお、場合によってはそのほかにも海外調査をお願いしたいという方が、後から考えて出るかもしれません。そのときは、またこの席で御紹介をさせていただきます。

日程等に支障がない限り、このお三方には原則として懇談会に出席していただき、また御質問があれば、必要に応じてそれに答えていただくということにしたいと思います。よろしく願いいたします。

それでは、続きまして議題に入ります。

事務局から配布資料の紹介をお願いいたします。

田和独禁法基本問題検討室次長 川口の後任になりました田和と申します。これからよろしくをお願いいたします。

事務局といたしまして、本日の資料について簡単に御説明をさせていただきます。

資料1は、この後西田先生から御説明いただく「行政刑法について」でございます。

資料2は、宇賀先生から御説明をいただきます「行政上の義務違反に対する『制裁』」でございます。

資料3は、最後の時間を利用いたしまして、御相談頂きたく考えております「今後の進め方」でございます。

資料4として、既にホームページで公開しておりますが、第1回の議事録を参考までに配布させていただきました。

そして、一番下でございますが、参考資料という位置づけで榎野委員がお書きになった社説をお配りしております。

今後こういった先生方の論文等で情報提供していただけるような資料等がございましたら、事務局の方に言っていただくなりすれば、参考という形で席上に配布をさせていただきたいと思っております。ただ、参考までという趣旨でございますので、懇談会の資料として公表をすることまでは考えてございませんので、その点はよろしくお願ひしたいと思っております。

以上でございます。

塩野座長 資料の御確認をお願いしたいと思ひます。

今、最後に事務局から御案内がありましたように、委員の皆様方には是非見てほしいという論文等があれば、席上配布させていただきます。ただ、会議の議事録に載せるのが適切だと思われる資料、論文については席上配布ということだけでなく会議資料として取り扱わせていただきます。基本的には皆様方のお書きになったものは、是非積極的にお出しただいて、委員の皆様方が考えるときの参考資料にさせていただきたいと思ひますので、よろしくお願ひします。

それでは、本日は会議次第にもありますとおり、西田委員と宇賀委員から行政刑罰及び行政上の義務違反あるいは行政上必ずしも適切でない行為に対する措置につきまして、我が国の現状及び問題点、論点を御紹介していただきたいと思ひます。

両委員からは、それぞれ30分程度でお話をいただき、その後に議論、質疑応答を行うということにしたいと思ひます。

宇賀委員の御発表の後は、宇賀委員に対する質問等をお願いいたしますけれども、西田委員の御報告等も含め、まとめて御質問いただくということでもよいと思います。

それでは、西田委員よろしくをお願いいたします。

**西田委員** 独禁法あるいは租税法、あるいは証取法などを中心として、行政犯罪について概略を説明せよ、また、論点を指摘せよという座長の御下命でございました。御列席の先生方の中には、日野先生、増井先生を始めとして御専門の方はたくさんおられるのに、釈迦に説法のような部分が大変ございますが、一応の基本的な知識を整理するという意味合いにおきまして、特に行政刑法というものについて概略を御説明したいと思います。

刑法というのは、勿論違反行為に対する制裁が刑罰であるというものをいうわけでございます。明治40年に制定、施行されました刑法典という法律が代表的なものでございます。通常、刑法というとこれを指すわけでございます。

しかしながら、刑法以外にも、これを拡充し補充するような特別刑法というのがたくさんございます。爆発物取締罰則ですとか、その他いろいろあるわけですが、そのほかに大きな領域として、行政法上の義務を課し、その義務違反に制裁を加えて義務の履行を担保するという領域がございます。ほとんどの行政規制の法規については、この罰則というのが必ず最後に付いています。行政官庁として余りよく考えずに付けているところ、何しろ付けておけばよいというので付けているところもあるとは思われますが、こういうものを特に行政刑法と呼んでおります。

その中でも、独禁法、証取法、租税法の3つを特に取り出しまして、近時では経済刑法という用語で呼ぶようになっております。しかし、これも行政刑法の一部であることは間違いのないわけでございます。

行政法上の義務違反に対するサンクションとしては、必ずしも刑罰に限られず、さまざまなものがございます。「過料」とは、刑法上の財産刑としての「科料」というものと区別するために「あやまちりょう」と呼ばれております。他方、同じ「かりょう」という発音でございますが、刑法上の「科料」は「とがりょう」というふうに呼んで、「過料」と区別しておりますが「あやまちりょう」の方は、純然たる行政罰でございます。

課徴金、過怠金、重加算税、その他業務停止あるいは指名停止、あるいは許可登録の取消、パブリシティ・サンクションなどがございます。これらについては、後に宇賀委員からの御報告で詳しくあると思いますので、ここではこれ以上のことは申し上げません。

ただ、いかなる場合に行政罰として刑罰を用いるか。それともそれ以外

の、例えば過料にするかということについては、一応、「重大な義務違反」のときには刑罰を用い、「手続上の義務違反にすぎない」ようなものについては過料にするというようなことが言われておりますが、必ずしもそういうふうに分れるものではなく、これまで立法においてどちらを使うかということについては、余り深く考えられてこなかった、むしろ先ほど申し上げたように、何しろ罰則を付けておくというのが、これまでの慣例であった。我々は「刑罰のインフレーション」というふうに呼んでおりますが、そのために行政罰則、行政刑罰というものが非常に肥大化しております。

反面、何を処罰しようとするのかということがよくわからない。結局、現在の規制緩和の中では、まさにこれが問題で、企業活動としても罰則に触れるかもしれないなら、それはやめておこうとなるけれども、実際は触れるか触れないかというのはよくわからない。

そこで「ノーアクションレター」というような制度が出てまいりましたが、行政官庁は原則として刑罰に触れるかどうかについては、アントボルトしないということがございますから、これはある意味で非常に日本の企業活動を萎縮させている大きな原因であるということができると思います。

ここでは副次的な問題なので、このぐらいにさせていただきます。

ところで、サンクションとしての刑罰というものは、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収というものに分かれる。これは刑法9条に法名として刑罰名が書かれているわけがございます。

この中の死刑は、当然生命刑。

懲役、禁錮、拘留というのが、自由を拘束する罪であります。ここで拘留というのは、1日以上30日未満の自由刑を言います。

罰金と科料というものが財産刑でございます。科料というのは、1,000円以上1万円未満のものをいうということで、拘留、科料は、例えば軽犯罪法違反のような非常に軽微な犯罪についての法定刑でございます。

このうち罰金につきましては、これを完納できないときについては、換刑処分としての労役場留置処分というものが設けられておりまして、例えば300万円の罰金に処すという言い渡しがなされて、もし完納することができないときには、1日当たり10万円に換算して30日間の労役場留置に処す、あるいは3億円というような罰金のときには、1日当たり1,000万円に換算してという形で、ある一定金額を1日当たりの額に換算して、労役場留置に処し、自由を奪うという刑に転換するということになっているわけがございます。

罰金とといいますのは、原則としては定額制でございます。例えば 300 万円以下の罰金に処す。あるいは 5 億円以下の罰金に処すということでございますが、例外的にスライド制というのがとられております。

所得税法の 238 条によりますと、脱税犯、所得税連脱犯は 5 年以下の懲役、もしくは 500 万円以下の罰金、またはこの両者を併科するというのが原則でございます。同法 238 条の 2 項によりますと、連脱額が 500 万円を超えるときには、情状によって、罰金額は免れた連脱額に相当する金額以下とすることができるという規定になっており、税法の直接税については、ほとんどスライド制がとられているということでございます。

法定刑の一般的な加重事由といたしましては、懲役刑に関してだけでございますが、累犯加重、何度もやっているという人に対しては、懲役刑の長期、例えば窃盗でございますと 10 年以下の懲役であります。累犯加重がなされますと長期は 2 倍になりまして、20 年以下の懲役という範囲内で処断されることになるわけでございます。

他方、刑法上は裁判官の裁量による刑の減輕事由といたしまして、自首減輕、自ら犯罪を犯しましたということを検査機関あるいは被害者に申し出ますと、自首減輕ということが行われます。

その他、刑法 66 条によりますと、情状酌量の余地があるときには、刑を減輕することができるとなっております。ただ、刑の減輕といたしましても、「お前は懲役 10 年だけれども、減輕して 2 年にしてやる」という意味の割引の減輕ではございませんで、減輕の仕方というのは、例えば窃盗罪は 1 か月以上 10 年以下の懲役というのが法定刑でございます。これに酌量減輕を加えますと、上限下限を 2 分の 1 に減ずるとというのが減輕でございます。したがって、上限が 5 年、下限は 15 日ということになって、その範囲内で刑を宣告するということになる。

ですから、減輕といたしますのは、具体的に言い渡す刑を割り引くということではなく、あくまでも法定刑を処断刑に変えるときに上限下限を 2 分の 1 にするという意味であり、罰金刑も同じでございます。

一定の場合には、執行猶予ということが可能であります。これは 3 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金の場合に限って、5 年以内の期間で刑の執行を猶予することができるという規定になっております。

特に、行政刑法等の関連で重要だと思われるのは、没収・追徴ということでございます。これは刑法第 19 条に原則的な規定がございますが、これによりますと、財物について、次に挙げるものを没収、つまり「その所有権を剥奪して、国庫に属させる」ということになっているわけです。

第 1 の類型は、犯罪を組成した物件。例えば、詐欺のために使われた偽

造文書などが組成物件であります。

第2の類型は、犯罪行為に供した物。これを供用物件と申しますが、典型的なものは殺人に使われたピストルや日本刀でございます。

第3の類型としては、3つございまして、犯罪行為から生じた物、犯罪行為によって取得した物、そして犯罪行為の報酬として得た物。第4の類型としては、第3類型に掲げる物の対価として得た物がございます。

そして、特に重要なのは、犯罪行為により取得した物でございまして、これは例えば密猟によって得られたけものですか、賭博でたまたま勝ったお金がこれに当たります。独禁法、租税法、証取法などの違反行為によって得られたものを「取得物件」と申しますが、そちらに波及していくということになるわけでございます。

これらの物件のうち、類型3、類型4の物件につきましては、没収できないときにはその価格を追徴することができるとしています。要するに賭博で100万円勝ったけれども、現金自体は遊興費で使われてしまったというような場合で、現物としての金はもうないというときには、もう物は没収できないので、それに相当する価格を追徴するという規定になっております。

これらの没収・追徴の規定の趣旨としては、殺害に使われた日本刀のようなもの、あるいは薬物というような危険なものを「保安処分」的な見地から没収することです。

もう一つの重要な目的は、犯罪の違法収益を犯人に残さないというところに存在するわけでございます。

しかしながら、刑法19条及び19条の2が規定しております没収・追徴の特徴は、あくまでも「財物」を前提としている。第二に裁量的であるという点です。言い渡しは、裁判官の裁量によるということになっているわけですが、したがって、これは利益没収ということができません。場合によっては、必要的に没収する場合もあるわけですが。

そこで没収・追徴の範囲を利益没収、債権、その他の利益についても可能にしようという議論があります。かつ没収は、必ず没収しようという形で幾つもの特別法ができております。これは刑法19条の没収・追徴を物から利益へ、裁量的なものから必要的なものへというふうに修正することによってございまして、主たる目的はやはり違法収益の剥奪というところにあると聞いていいかと思えます。

典型的な例は、刑法197条の5にあります収賄罪における賄賂の没収・追徴というものでありますし、そのほか関税法とか、麻薬特例法などにも必要的な利益没収というものがございます。

この考え方は、証券取引法にも大幅に取り入れられまして、後で御覧頂ければと思いますが、証取法の 198 条の 2 の相場操縦やインサイダー取引のような不公正取引によって得られた財産は、必要的に没収・追徴するという規定が設けられております。

また同法 200 条の 2 におきましては、損失補てんの罪、要するに客が損をしたときに証券会社がこっそり花がえ等の手段によって、その損失を補てんする、若しくは一部の大口の顧客についてだけ損失を補てんするというような不公正なものについては、財産上の利益は必要的に没収することになっているわけでございます。

これらの没収・追徴の規定は、薬物犯罪などにおいても非常に重要性を持ってきておりまして、違法収益を維持させないという意味では、罰金刑などより、没収・追徴を運用、執行するという方が、刑事政策的にも非常に重要であるということが認識されまして、現在その整備が進んでいるところでございます。この前の三菱会の事件なども、その一例ということができるわけでございます。

次に 4 に移ります。

行政刑罰は当然のことながら犯罪でございますから、刑法典の総則の規定が適用されると同時に、その実現については刑事訴訟法という手続法が適用されることとなります。

犯罪の成立要件といたしましては、第 1 に犯罪の構成要件、犯罪類型に該当すること。

第 2 に正当行為、正当防衛のような違法阻却事由、正当化事由がないということ。

第 3 は、責任能力や故意、過失のような非難可能性があること。大ざっぱに言えばそういうことでございます。

構成要件として、例えば刑法 199 条の殺人は「人を殺した者」ということで、極めて単純でございますが、これが独禁法ですと、構成要件が何かというのを見るのはなかなか難しいのでございます。

例えば、独禁法におけるカルテル、あるいは入札談合というのを禁止している規定は、独禁法 3 条でございます。独禁法 3 条は「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない」が構成要件になっているわけです。

しかし、これだけだと何のことだかわかりませんので、独禁法は 2 条の第 6 項において、この法律において「不当な取引制限とは、・・・」ということで、その定義規定を上げているわけでございます。これによって、やっとおぼろげながら不当な取引制限罪というのは、こういうものなのだ



ということがわかる。

あとは、「やむを得ずやった」であるとか、「生き残りのために談合をやりました」といったことが言いわけになるかというようなことが、犯罪成立上は問題となります。

もう一点刑法総則の規定としては、刑法 60 条～63 条、共同正犯、教唆犯、幫助犯が重要かと思います。

この前の橋梁談合におきましても、最終的に道路公団の役員も共謀共同正犯として逮捕されましたが、このようにある犯罪を行ったという人だけではなく、それを一緒にやった、共謀した、あるいはそれを助けてやったというような人も共犯として処罰されるということになっているわけです。

共同正犯ないし教唆犯、唆すというようなものは、正犯と同じ法定刑で処罰されますし、幫助犯になりますと、役割が小さいということでワンランク下げまして、刑は必要的に減軽する、すなわち、先ほど申し上げたように、上限下限を 2 分の 1 にして、その枠内で処断するということができます。

特に行政犯につきましては、行政上の義務主体というものを定め、その義務主体に一定の義務を課します。義務違反を処罰いたしますので、例えば独禁法上の不当な取引制限罪の主体は事業者です。「事業者」というのは、1 つの身分ですので、これを「身分犯」というふうに申します。当然のことながら、身分犯は単独でやる場合には、その身分以外の身分の者は罪を犯すことはできないわけであります。

しかしながら、身分者がその身分犯、例えば独禁法違反の罪を犯そうというときに、非身分者が、それに関与したという場合には、刑法第 65 条 1 項というところの身分犯の共犯という規定が適用されます。身分によって構成すべき犯罪に加功した者は、身分なき者といえども共犯とすることが可能でございますので、これによって処罰範囲が拡張されるということになります。

橋梁談合事件で申しますと、橋梁メーカーの方が事業者としての身分犯で、道路公団の職員等は関係ない非身分者であります。刑法 65 条 1 項によって非身分者も身分犯に加担できるということになります。その役割は、刑法 60 条以下の共同正犯か幫助犯という形で共犯関係が成立します。そこまで処罰の範囲は拡張されるということに注意する必要があるわけです。

次に訴訟法に移りますが、訴訟法では令状主義の下で裁判所の令状による捜査、差押え、逮捕、勾留などの強制処分が認められております。特に

身柄の勾留ができるということが大きいわけですが、何でもできるわけではございません。罪証隠滅のおそれ、逃亡のおそれというものがあるときに身柄の拘束ができるということになっております。

行政庁による犯則調査では、身柄の拘束まではできません。昔は、行政検束というようなものもございましたが、戦後はそういうものは一切否定されておりますので、行政調査において身柄を拘束をして、取り調べるといようなことはできません。これに対して、刑事訴訟法によれば、そこまでの強制処分が可能であるということがございます。

捜査を遂げますと、検察官は嫌疑不十分によって不起訴にするか、嫌疑はあるがなお刑事政策的な考慮から起訴猶予にするか、あるいは地裁に対して正式な公判請求をするか、あるいは50万円以下の罰金等についてのみであります。簡易裁判所に対して被疑者の同意の下で略式命令請求というものをいたします。略式命令を請求いたしますと、直ちに命令ですべての手續は終わると。恐らく日本の刑事事件の中の95%ぐらいまでは、この略式で処理されているものと思われます。

ただし、検察官が起訴するという場合でも、親告罪につきましては、告訴、告発があるということが訴訟条件となっております。これは様々な理由から告訴、告発が訴訟条件とされているわけですが、例えば刑法上の強姦罪というものにおきましては、被害者である女性が告訴しているということが訴訟条件になっているわけです。

それはなぜかということ、強姦という被害を受けた上に法廷に引っ張り出されて、またそこで嫌な思いをするというのはかわいそうだ。したがって、犯人の処罰を求めるか否かというのは、被害者の意思に委ねようという趣旨で、強姦罪は親告罪という告訴がなければ公訴を提起することができない犯罪になっているわけです。

ただし、その場合でも2人以上の者が強姦した、いわゆる輪姦ですとか集団強姦のようなものになりますと、これは反社会性が強過ぎて、被害者の意思に任せておけないということで非親告罪になっております。親告罪の1つの類型は、被害者の意思の尊重というところがございます。

もう一つ独禁法との関係では、公正取引委員会の専属告発というものがあるわけで、独禁法の96条にこの不当な取引制限罪等については「公正取引委員会の告発を待つて、これを論ずる」という規定がございます。これも告発が訴訟条件ということで、告発が伴っておりませんと、裁判所は判決で公訴を棄却しなければならないということになっているわけであります。

なぜ専属告発なのかということ、むしろ経済法の先生方にいろいろお

教えいただきたいのですが、私の推測では、事案の軽微性、重大性、経済全体に与える影響、その他を考慮して、やはり高度な経済情勢判断において、刑事罰まで求めるのが適当事案であるかどうかということについて、公正取引委員会の専門的な判断に委ねようという考慮が働いているんだろうというふうに思います。

それと同時に、これについてはこのたび犯則調査が導入されました。独禁法の96条では専属告発ということになっているんですが、74条によりますと、犯則調査の結果、犯罪の心証を得たとき、公正取引委員会は告発しなければならないという規定がございます。

もともと刑訴法にも公務員の告発義務というのがございます。その他独禁法上には、犯罪があると思料したとき、公正取引委員会は告発しなければならないと。刑訴法上の告発義務、独禁法上の一般的告発義務、独禁法上犯則調査によって、犯罪があると思料したときの告発義務のものと、いや、それでも専属告発であると。最終的に独禁法違反として刑事罰を求めるかどうかは、公取の裁量にかかっているというところをどう整合するのか。これは後に公正取引委員会の方から御説明をいただければありがたいというふうに思っております。

刑事手続は、原則として第一審、控訴審、上告審という三審制でございます。しかし、平成17年改正までは、独禁法違反の罪については、東京高裁の専属管轄が認められておりました。結局は公正取引委員会における審判制度というものが実質的に第一審、東京高裁が第二審、そして最高裁ということで、形式的には二審制がとられていたわけでございます。

しかしながら、17年改正におきまして、刑事事件につきましては、地裁からできるということで、原則的な三審制に戻っております。ただし、これは独禁法上の刑事事件についてのみでございます。独禁法の85条によりますと、審決の取消訴訟あるいは納付命令の取消訴訟等は、従前どおりやはり東京高裁が第一審ということで、なお二審制がとられているということでございます。

あと、駆け足で申し上げますが「法人処罰」ということも1つの大きな柱だと思います。法人を処罰するということのもともとの出発点は、業務主を処罰するということでございました。人を使って事業をやっていて従業員が違反行為をしたというときに、雇い主を処罰しなくていいのかと。当然処罰すべきであるというのは、明治以来の考え方でございます。

当初は、違反行為をした自然人の責任を事業主が負うんだということで、転嫁罰規定というふうに申しておりました。業務主処罰、事業主処罰の事業主が自然人からだんだん法人にまで拡大していきますと、法人事業主も

処罰すべきであるということになって、初めて明治 33 年にそういう法律ができたわけでございます。

ただし、個々の処罰規定の中に、懲役刑しかない、法人を刑務所に入れるというわけにはいきませんので、自由刑しかないときには、法人については 300 円以下の罰金に処するという一般的な規定が設けられたわけであり、このように、業務主処罰の「業務主」の中に法人業務主が入ってきた。

次にそれだけではやはり足りないということで、戦前の統制経済の中で、直接違反行為をした者と使用者である法人の両方を処罰すべきであるという考えが急速にふくれ上がってきまして、そこでできたのが「両罰規定」という考え方でございました。これは、直接的に違反行為をした自然人行為者も罰するが、雇い主である自然人あるいは法人も罰するという意味で、「両罰」規定というふうになっています。

両罰規定の性格については、戦前は無過失責任であるとされてきました。英米法でバイカリアスライアビリティー (vicarious liability) といいますが、代位責任あるいは使用者責任的な考え方で、無過失責任ということに統一されていたのであります。

戦前から美濃部達吉先生は、やはり責任主義という観点から見ると、少なくとも従業員が違反行為をしないように、選任・監督をしていたはずであるが、その選任・監督上に過失があった、だから処罰するんだということで、最低限そういう過失を推定した規定であると解すべきという過失推定説を主張されました。

ということは、自分には選任・監督上の過失はなかったということを立証すれば、無過失免責が認められるということになるわけで、美濃部先生の主張は、戦後の最高裁の大法廷判決によって取り入れられまして、現在の両罰規定の解釈としては、従業員が違反行為をしたというとき、法人が責任を問われるのは監督責任であると。したがって、過失責任であるということ。ただし、代表者そのものが違反行為をしたというときには、代表者の行為が法人の行為になりますので、これは法人そのものの責任であるという理解が一般的になっております。

そうはいいまして、無過失免責を認めた例は、ほとんどゼロに等しいといっているもので、これは一種のリップサービスではないかということで、現在では、安全体制確立義務を履行している、あるいは法令遵守制度、コンプライアンス・プログラムをきちんとやっているというような場合には、それをもって過失はなかったという認定をすべきであるとする意見もあり、コンプライアンスとこの法人の過失を結び付けて議論して、少しでも

過失推定説を実質的なものにしようという方向が有力になっております。

他方で、法人についてはこれまで各本条の罰則が適用されるということで、罰金刑は自然人も相手にするために非常に低かったわけです。そこで法人に対しては、そんなのでは効き目がないということで、法人罰を切り離して、法人については特に重い罰金刑を規定するという方向が平成4年以来とられました。

その嚆矢となりましたのが証取法であります。実質的に先鞭をつけたのは独禁法95条で、平成4年で1億円以下の罰金、平成14年改正で5億円以下の罰金となっているわけです。

独禁法の両罰規定につきましては、大体お話しいたしましたが、法3条、法89条が構成要件と罰則でありまして、法95条におきまして、初めて両罰規定というのが出てくるわけです。「法人の代表者または代理人、使用人、従業者が違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、法人または人に対しても当該各号に定める罰金刑を科する」ということで、法人については5億円以下ということになっているわけです。

しかし、独禁法違反の罪は、事業者を主体とする身分犯であるということで、その処罰範囲が95条の「行為者を罰するほか」というところで、言わば身分者の範囲が従業者にまで広がられている。その従業者と共謀関係に立った、例えば道路公団の役員等は、刑法65条によって共犯として処罰されるということになるわけでございます。

次に「7．二重処罰の問題」でございます。

憲法39条は、何人も「『同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない』」と規定しております。これは連邦憲法修正第5条に由来するものとされておりますが、刑訴法あるいは実体法の解釈としても、1回有罪判決が出された場合には、難しくいいますと、公訴事実を同一にする範囲内において、既判力が及ぶ範囲内の行為については一事不再理であるとされています。2回処罰してはいけない、2回審理してはいけないという趣旨に理解されております。したがって、行政罰は刑事罰ではございませんから、文理上は本条には当たらないというのが筋であるという見解が大体主流でございます。

しかし、学説の中には、課徴金も実質的には罰金と同じではないかと。したがって、同じ行為に同じ性質の制裁を2回加えるということは、やはりダブルパンチメント(double punishment)として、少なくとも39条の趣旨に反するんだという主張はなおございます。

これとは別に、憲法39条には抵触しないけれども、憲法31条のデュー・プロセス・オブ・ローの原則は、違反行為の反社会性や有責性というも

のと、それに対するサンクションとが比例する、均衡するということを要求しているとする見解もあります。これを刑事的には「罪刑均衡」の要請と申しますが、行政罰や民事罰も含め、より一般的には、恐らく「比例原則」と呼ばれる考え方だろうと思いますが、この比例原則あるいは罪刑均衡の原則という観点から見て、刑事罰、行政罰、その他すべてをひっくるめて、ある行為に制裁が科されるというときに、その行為の持っている社会的な有害性と、総体としてのサンクションとが余りに釣り合わないというときには、やはり憲法 31 条違反であるという余地はあるという理屈は現在でもとられております。

ただし、現在までのところ、課徴金と刑罰、あるいは重加算税と刑罰、あるいは刑罰と課徴金と不当利得の返還請求を同時に併科しても、いずれも憲法 39 条、31 条、29 条に反するものではないというのが、ほぼ確定した最高裁判例になっているということでございます。

この点については、宇賀委員の報告で補充されると思います。

最後に「刑事罰と行政罰の併科の現状とその調整」ということをざっと見ておきたいと思います。

「租税法」の領域でございますが、脱税行為が行われますと、まず第一に税務署長によりまして、納税額の更正・決定処分が行われます。要するに、足りなかった分は新たに税額として認定して納めなさい、もし納めなければ、国税徴収法によって公売等の強制執行が行われるということになり、「遁脱した分はキチンと取ります」ということが行われる。その上で隠ぺい、仮装行為というような悪質な行為が行われますと、遁脱額の 35% ~ 40% という相当高額な重加算税が科されるということになります。その上に、更に 5 年以下の懲役または 500 万円以下の罰金というものがございまして、かつその罰金額は、先ほど申し上げたスライド制でございますので、遁脱額以下で罰金を科することができるという規定になっています。

この場合は、利益没収という規定がございません。脱税額の分は更正・決定処分でもう取り直しているわけですから、今さら没収・追徴する必要はなく、その上、重加算税を取り、罰金の方はスライド制をとるとしています。これについて最高裁は合憲であると言っておりますが、さすがにちょっとひどいのではないかという意見はさまざまございます。

裁判官の書かれたものを読みますと、実際のところは、罰金がスライド制といっても遁脱額の 30% 止まり、結局重加算税をどのくらい納めているかということ常をにらみながら、現実の罰金刑を量刑しており、それを大体平均すると 30% 止まりであるとして、それが上限である、ということを実際の裁判官の方が書いておられます。

次に証取法でございますが、先ほど申し上げましたように、証取法の場合にはインサイダーとか、あるいは相場操縦で不正に得た金については、必要的な没収・追徴の規定が入りました。それに加え、刑罰というものが科せられます。

新たに課徴金の制度が設けられたわけでありますが、さらに没収・追徴ができると規定されています。その上に課徴金を科して両者を調整しようということで、刑事手続きにより、没収・追徴額が科され、それが課徴金額を超えるというときには、課徴金は取られません。他方、没収・追徴額が課徴金を下回る場合には、その差額を課徴金で取るというしくみで調整が図られているわけであります。

独禁法はどうなっているかといいますと、まず違反行為に対しては、行政措置処分としての排除措置命令がなされます。

課徴金は、これまで不当利得の剥奪と言われてきましたが、今回の改正で10%に加重され、かつ加重減免の措置等が導入されましたので、一部制裁的な性格を持つものであるという説明が主流となっているかと思われまします。しかし、これはいってみれば、不当にもうけた部分を取り上げるといって性格を持っていることは間違いのないわけです。

そのほかに、刑罰規定、法人重課の規定がございますが、証取と違って没収・追徴の規定はございません。また、税法のような更正・決定処分というものもございません。したがって、課徴金がなければ、不当にもうけた部分を取り上げるといえることはできないわけです。かつ刑法の19条の任意的没収・追徴ができるかということ、これはできない。なぜかということ、これは物ではなくて利益でございますので、利益没収・追徴というのは、刑法の19条ではできない。したがって、新たに利益没収規定を独禁法の中につくれば、不当利得の没収はできますけれども、現行法上の刑法ではできない。したがって、その部分を課徴金が担って、更にプラス制裁的な性格を持っていると。そういう位置づけになろうかと思えます。

簡単でございますが、以上です。

**塩野座長** どうもありがとうございました。

大変広範囲な問題について簡単に説明してくれと言ったものでございますので、西田委員はなお御発言したいところが多々あるかと思えます。特に独禁法の課徴金との問題については、西田委員は、もうかなり御自身の御意見をお持ちのようですけれども、今日の段階では、問題点をそこはかとなく指摘しているというところにとどめていただきました。

ということで御質問も、確認的なものにして頂きたいと思えます。

まず、私の方からですけれども、「利益没収」というのは、刑法総則に

一般的な規定として置くということはどうなんでしょうか。

**西田委員** 現在のところは、考えられておりません。

**塩野座長** それはなぜなんですか。

**西田委員** やはり物の没収が原則で、必要に応じて特別法で手当していけばいいとされているためです。刑法上の利益没収は、例えばわいせつ物の販売によって得た利益を没収するというようなことは現金でもらっているわけですから、現金という物がありますので可能なわけです。

それに対して、例えばお前の借金はチャラにしてやるというような賄賂の贈り方もあるでしょうし、あなたには特別な優遇利率で融資をいたしますというような賄賂の渡し方もある。こういうのは金融の利益と言えますが、これはさすがに物ではないので、刑法 19 条では没収も追徴もできない。そこで特別な規定が要するということになるわけです。

**塩野座長** そうするとそれは本来の刑罰ではないんですか。

**西田委員** 没収は、これを付加刑とするという規定でございます。

**塩野座長** 物の場合は、それで理屈はわかるんですけども、利益没収を付加刑としないということはどういうことなんですか。

**西田委員** 特別法上利益没収が行われるときは、付加刑になるわけです。ただ、諸外国の立法ですと、独立没収制度というのがございまして、本刑を科さないときでも没収だけはできるというものがドイツでもアメリカでもございます。

特にアメリカなどの場合は、没収、フォーフェチャー（forfeiture）というのが特別会計になっておりまして、自分のところで没収してくると、私のところの会計に入るというので、行政庁がこれを運用することに非常にインセンティブをもつわけです。そういう規定に変わった途端に没収率が物すごく上がったといえます。課徴金なども特会に入れるということになると、大分変わってくるのかなという気もいたします。

**塩野座長** 諸石委員、どうぞ。

**諸石委員** 最初に御説明のありました行政制裁という中で、行政刑罰とそれ以外の制裁というもののすみ分けといえますか、普通は悪質重大なものは刑罰をもって、それ以外は他の手段もの、というようなすみ分けがあるかと思うわけです。

ただ、一方からいうと、行政刑法の適用になれば、刑法総則の適用があり、刑事訴訟法の慎重な手続によることになる。しかし、一方で、そうでないということになれば、簡易な手続で科すことができるし、その結果としての制裁の大きさの観点から言っても、その点で何らかの制約があるのでしょうか。



例えば、今の課徴金の議論で、かつてありました石油カルテルがもし今日行われたならば、最大シェアのメーカーの課徴金は1兆2,000億円だろうという試算がある。そうすると、そういうような刑罰以外だから軽いんだとは必ずしも言えないような不利益が行政命令だけで課せられるというようなことを考えますと、行政刑法の適用範囲と、それ以外の行政制裁とをどうすみ分けるかということは問題があるんだろうと思いますが、その辺はいかがでございましょうか。

**西田委員** この点は、ドイツの秩序違反法、ドイツにおける行政罰則、行政制裁すべてにつきまして、手続法を定めている。しかし、その他すべての行政制裁については、手続法的にも実体的にも総則規定ということになっておりまして、そこでは責任主義とか、いろんな刑法と同じような原則、あるいは手続上の原則がきちっと決められているわけでございます。

そういう意味で、確かに諸石先生御指摘のように、日本の行政制裁については、それを賦課する手続の公正さというものを担保する十分な立法あるいは法典、あるいは規制があるかという点については私も疑問を持っているところで、これはここで大いに御議論いただければいいのではないかと考えております。

**塩野座長** どうぞ。

**村田委員** 5ページ7の最後のところで、「最高裁は…刑罰・課徴金・不当利得返還の併科は憲法違反ではないとしている」と書いておられる部分でございますが、これはシール談合事件のことをおっしゃっておられるのでしょうか。

**西田委員** はい。

**村田委員** そうなりますと、あの事件(不当利得請求事件)は上告受理の申立てが受理されず、上告については単純に棄却された事案だったと思うのですが、そういう意味で最高裁の判決として、課徴金と不当利得返還の併科が常に憲法違反でないという認定がなされた事案としてとらえるのは疑問があるのではないのでしょうか。

**西田委員** シール談合は、刑事罰と民事の不当利得返還請求と両方ございまして、刑事罰においては、刑罰と課徴金は二重処罰に当たらないと。そのほかに不当利得の返還請求につきましても、最後まで民事で争いまして、結局三重苦を与えるのは憲法29条財産権の保障に反すると主張したんですが、最高裁はそれを蹴った。ですから、刑事事件と民事事件という2つでございます。

**村田委員** ただ、そういうことでございまして、一般論として、どんな場合であっても併科が憲法違反にならないということが判例で確定して

いるとまではいえないのではないのでしょうか。例えば最近特に多い官製談合に対する公取委の処分、あるいは課徴金と不当利得返還請求との関係につきましては、やはり別の要素を今後は考えていかなければいけないのではないかという印象を持っております。特に官製談合で、発注者側に本来、責任がある場合であっても、公取委の行政処分の中では、発注者は、直接違反の対象にならないというのが現在の独禁法のしくみになっているわけですね。勿論幫助罪だとか、今回のように共謀共同正犯という形になれば別ですけれども。

**西田委員** 公取委というのは行政機関であり、行政的義務違反を律するところですので、行政的な義務者についてのみ義務違反のところがめ立てはできるわけです。したがって、義務者でない者については、まさに身分犯の理屈をもって、刑事罰ですと刑法 65 条の身分犯の規定によって、かつプラス共犯という規定によって責任が問える。

ですから、場合によっては独禁法違反についても共犯規定を置くことが考えられる。全く制裁的な意味ですけれども、行政規則の中に共犯者についても課徴金を課すというような立法をするということも可能になると思いますが、現行法上はできません。ただ、当然共同不法行為という形で、民法 709 条に基づく損害賠償請求は可能だと思います。

**村田委員** そのときには、勿論、発注者側に有責性があれば、過失相殺の対象になるということですね。

**西田委員** そうですね。それはそうだと思います。

**塩野座長** どうぞ。

**増井委員** レジューメ 3 ページの「5 法人処罰」の中の「両罰規定」の関係で伺いたいと思います。

まず、4 ページを拝見しますと、3 条は「事業者」を犯罪主体とする身分犯であると書かれています。そして、独禁法の 3 条を受けて、先ほど御指摘の 95 条の両罰規定というものが設けられているわけです。しかし、この両罰規定に規定されている事業者の構成要件は、従業者等の構成要件よりはやや重くなっているようですね。つまり、従業者等は 89 条で責任を負う訳ですが、これは単純に 3 条の違反があれば責任を負うというふうになっています。ところが、95 条を見ますと、事業者については、「業務または財産に関して」という要件も加わりましょうし、直接自分の行為でない従業者の違反行為があったときはという要件も加わっている。そういう意味では、少し要件が過重され、事業者の責任が限定されている。

もう一つは、先ほどお話がありました昭和 32 年や昭和 40 年の最高裁の判例によると、独禁法 95 条の両罰規定は、管理監督上の過失を問題にし

ているというような発想でできている。

このように、本来は3条に基づいて、むしろ事業者の方を重く罰すべきところが、要件としても従業員あるいは代理人等より重くなり、責任が限定されているし、責任の内容も事業主管理監督上の過失責任ということになっている。

そうすると今、委員のお話を伺いながら、95条の両罰規定は立法としてバランスがとれているのだろうかと思います。3条の規定を重く見て、それに反した者を処罰、端的に法人自体の責任を問題にすべきではないかという考え方が出てきそうに思うんです。

米国の方でも課徴金ではなく、刑罰で対応するということになっているようですけれども、その際は、「代位」責任として問題を取り上げると聞いています。両罰規定よりはストレートに事業者の責任を問うということはできないのかどうか、その辺も含めてどう考えたら教えていただければと思います。

**西田委員** 第一の点の3条の事業者というのは、法人事業者も自然人事業者も含みます。しかし、法人事業者というのは、自分は肉体も精神も持っていないわけですから、法人自身が違反することは当然ないわけで、結局代表者あるいは従業員というものを介して違反するということになるわけです。

その場合の規定ぶりとして、事業者の中にも法人は含むんだというような規定も勿論可能でございます。例えば、フランス刑法などはそういう改正をいたしましたし、イギリスやアメリカでは、例えばパーソンと言った場合には法人も当然含んでいる。マンスローター(manslaughter・故殺犯、過失致死罪)ですら、法人による殺人というのもあるという判例になっています。他方、日本では、やはり明治以来の伝統として両罰規定という方式を採用し、これがもう完璧に実務的にも定着しておりますので、その枠内で考えるのが現時点においては、合理的であろうと。これ以外に法人の行為はこれを罰するというような単純な規定ができるだろうかということ、それは恐らく私は無理ではないかと考えております。

その場合でも、「代表者がやった場合には、それは即法人の責任である」と。従業者がやったときには、法人の監督不行き届きである。したがって、監督不行き届きというのは、やはり故意犯ではなくて過失犯なのだ」ということや「代表者がやれば法人の故意犯だけれども、従業員の監督不行き届きは代表者を介して法人の過失犯である」という感覚がどうしても現行法の中にはあるわけで、それが先生の御疑問につながっているのかと思います。現在ではもっと端的に法人に故意、法人の過失というものを、特に

コンプライアンスと関連づけて、直接的にそれを認定していいではないかという主張も強く、非常にアメリカの組織体理論の影響を受けて、そういう主張も若い学者の方の中からは出てきておりますけれども、当分立法としてそれが実現するという見通しは、私はまずないというふうに見ております。

**増井委員** すみません。3条の規定は、2条の定義規定を受けていると思うんです。2条で事業者とはということで、商業、工業、金融業、その他の事業を行う者を言っている。これは法人は含まないというふうに見てらっしゃいますか。

**西田委員** いや、それは当然法人です。

**増井委員** そうすると、3条も当然法人は含むということですね。

**西田委員** 本来従業者というのは事業者ではないわけです。したがって、従業者自体が違反、例えば営業部長辺りがカルテルを結んだといたしましても、事業者ではありませんので、直に3条には該当しないんです。

そこで最高裁の解釈は、95条に「行為者を罰するほか」とあり、行為者を罰するほかというので処罰するとしています。これを構成要件拡張説というふうに呼んでおります。3条の事業者処罰の部分を、本来事業者でない従業者に拡張するのが、「行為者を罰するほか」であると。これで従業者を処罰できるんだというのが最高裁の解釈になっているわけでございます。

**塩野座長** いろいろ御議論があろうかと思いますが、今日はとにかくできるだけ共通の知識、あるいは認識を得るということだと思っております。

ただ、今日いろいろ御質問がございました中に、例えば外国についてのお話もございましたが、これはちょうどいい機会でございますので、本日出た御質問について、例えば法人処罰の件についての外国事情であるとか、なぜ外国で当前のことが日本ではそうでないのかという点が今後の検討会のポイントの1つだと思っております。

宇賀委員にお願いしたいと思っております。

**宇賀委員** 私からは、行政上の義務違反に対してとられる措置についてお話をすることにしたいと思っております。

まず最初に、既にこの懇談会でも、「行政制裁」とか、「行政上の制裁」という言葉が使われておりますが、混乱を避ける意味で、その点について簡単にお話をさせていただきたいと思っております。

そもそも「制裁」という言葉は、実は学者の間でも一義的に使われておりませんで、人によりさまざまな意味に使われております。違法行為により得た利益の剥奪の場合は含まないという使い方もございます。かつての

独禁法の課徴金について、違法行為により得た利益の剥奪であるから、そもそもそれは「制裁」ではないという言い方がされたこともあるわけです。

それから、義務違反を理由とせずに、相手方に不利益な効果を及ぼす場合として、例えば、宅地開発指導要綱に基づく、いろいろな不利益な措置がとられた例もあります。それがそもそも許されるかどうかは別の問題なのですが。この点との関係で、独禁法と同じ「課徴金」という言葉が使われておりますが、国民生活緊急措置法にも「課徴金」という制度がございます。これは、特定標準価格を定めまして、それよりも高く売りますと、その部分については課徴金として言わば召し上げるという制度がございます。この課徴金が、義務違反を理由とするものかどうかということは、必ずしも明確でない点がございます。立法に携わった方の論文などを見ますと、「違反に対する制裁として課徴金を取る」といった表現も見られるんですけども、どうも立法過程の資料を見ますと、そもそもこれは違反行為を前提としているものではないとされています。それでは、なぜ取れるかということ、これは言わば租税と同じような性格のものだという、そういう説明の方が多く見受けられました。

それから、授益的処分の撤回についても、例えば、交通事故を起こした者に対して、「こういう人に運転をさせておくのは危険だから」ということで免許を撤回するといったものは、相手を懲らしめるということを目的としていませんので、一般的にこういうものは「制裁」には含んでおりませんし、私もそういうものは含めておりません。

ただ、立法政策として、実効ある「制裁」として授益的処分の撤回等を活用することは検討に値するということです。

後でまた独禁法との関係で、この点について触れたいと思います。

次に、公表制度ですが、これは違反者やその違反行為を公表するということです。0 - 157 事件がその典型ですけれども、この場合の公表は、国民への情報提供を行うことを目的としたものであって、別に相手方に対して不利益を及ぼすということを目的としたものではありませんので、「制裁」には含まれません。しかし、そうした「制裁」目的での公表という制度もないわけではございません。

次に「行政罰」についてですが、「行政刑罰」に関する部分もレジュメの中には書いておりますが、これはさきほど、西田先生の方から御報告がありましたので、時間の関係もあり省略したいと思っております。

行政上の措置とも関係してくるところとして、「行政犯の非刑罰的処理（ダイバージョン）」がございます。これは、違反が犯罪であるが、直ちにそれに対して刑罰を加えるのではなくて、それを非刑罰的に処理する仕

組みで、その非刑罰的処理に応じない者のみを起訴するという仕組みでございます。その①にあります「国税犯則取締法の通告処分」がその典型的な例でございます。この場合には、罰金または科料に相当する金額を納付すべきことが行政的に通告されます。これに従うかどうかは、犯則者の自由に委ねられておりまして、払わなくても構わないわけです。ただ、払わないと刑事事件に移行して、公訴が提起されてしまい、払えば告発の手続はとられないということで、多くの場合は非刑罰的に処理されるということです。

一番なじみの深いのが、次の②の「道路交通法の反則金」ということになるかと思えます。軽微な道路交通法違反で犯罪とされているものについて、これを直ちに刑事手続に移行して処理するのではなく、反則金を納付すべきことが通告され、それに応じて、払うと起訴されないということです。したがって、駐車違反などで反則金の納付を通告されますと、払う義務は法的にはないわけですが、払わないと起訴されるということで、ほとんどの人が実際に払っているということでもあります。

③にありますように、やはり刑事手続に移行するというのを避けたいということで、この制度の実効性は非常に高いということでもあります。

ただ、事前手続の整備については、なお検討の必要があるのではないかと指摘もございます。

このような非刑罰的処理の制度というのが、非常に実効性が高いものですから、もっといろんな分野で活用すべきではないかということも言われております。他方でこの制度が取られた場合には、実際にはほとんどすべての事案が行政上の制裁金の支払いによって処理されてしまい、起訴される事案は、極めて例外的と考えられるために、そもそもその行為を犯罪にしておくこと自身の問題点が意識されにくくなる恐れがないわけではないといったことも言われております。

次に「(3)行政上の秩序罰」のところでございますが、これは行政上の秩序の維持のために違反者に科される金銭的な制裁ということで、例えば、住民基本台帳法では、転入したときの届出を怠った場合には、秩序罰としての過料が科されるということでございます。これは、法律違反の場合だけではなく、条例や規則の違反に対してもこの過料を科することができます。

条例の場合には、原則として5万以下の過料、法律に特別の規定がなければ5万円以下と非常に低い額になっております。また、普通地方公共団体の長の規則に基づく過料も地方自治法上は5万円以下というふうに非常に低くなっております。

ただし、詐欺その他不正の行為によって、分担金、使用料、加入金または手数料の徴収を免れた者については、条例でその徴収を免れた金額の5倍に相当する金額以下の過料を科す旨の規定を設けることができるというものがございます。個別法においても、5万円を超える過料を条例で定めることを認めている例がございます。

行政刑罰と秩序罰の区別については、先ほども西田先生からお話がありましたように、反社会性が強い行為は行政刑罰で、軽微な義務違反は秩序罰というのが基本的な考え方でございます。

5ページの方にまいりますが、労働組合法ですと確定判決によって支持された労働委員会の命令違反は行政刑罰になっております。それに対して、裁判所の緊急命令違反とか、出訴されずに確定した労働委員会の命令違反の場合は秩序罰となっております。

独禁法上も、確定審決違反の場合は行政刑罰となっておりますが、未確定の審決違反の場合は秩序罰という使い分けがございます。

続いて④のところでございます。法律違反に対する秩序罰の場合には、これは刑事訴訟法は適応されず、非訟事件手続法に基づいて課されるということになります。管轄は、過料に処せられるべき者の住所地の地方裁判所ということになります。

次に2004年の道路交通法改正によって、放置違反金という制度が新たに導入されております。この放置違反金制度は、放置駐車違反を防止するという使用者の義務違反に対して、その車両の使用者に科される行政上の秩序罰というふうに位置づけられておりますが、立法趣旨によれば、これは非訟事件手続法に基づいて裁判所が科すわけではなくて、都道府県の公安委員会が科すこととしておりますので、過料とは異なる独自の制度というふうに位置づけられております。

そして、事前手続としては、事前に弁明の機会が付与されておりますし、これを払わない場合滞納処分に準じた手続で強制徴収できます。さらに、これを払わないと車検の拒否とリンクしているということで、これがかなり実効性を持つのではないかと見られております。

条例・規則違反に対する過料の場合には、手続は全く異なりまして、普通地方公共団体の長が行政処分によって納付を命ずるという形を取っております。また、これについては、事前に弁明の機会が与えられるということになっております。

なお、払わない場合には地方税の滞納処分の例によって強制徴収することができるということでございます。

ただ、行政上の秩序罰につきましては、この過料の額が一般的にいいま

すと非常に低廉であります。特に先ほど見ましたように、条例・規則違反の場合などは、法律に特別の定めがなければ5万円以下というふうに非常に少額なために、一般的に言うと余り実効性がないのではないかとということが言われております。

しかし、最近では、過料と言いましても100万円以下というふうにそれなりの額が科される例が増加してきております。

実は道路交通法の反則金制度を導入するに際しましても、さまざまな選択肢が検討されまして、その中で最後まで候補として残ったのが、過料の制度と反則金の制度であったわけですが、この過料制度の難点として、強制徴収の実効性の問題があるために、最終的には反則金を選択されたという経緯があります。

放置違反金の場合につきましても、強制徴収のみでは実効性を欠くということが懸念されたことから、車検を拒否するという仕組みを併せて設けることによって実効性を高めようとしたわけです。

行政刑罰と行政上の秩序罰を併科することができるのかどうかという点については、まだ最高裁の判例はございません。行政刑罰と司法上の秩序罰との併科につきましても、最高裁の判例がございまして、「両者は目的、要件および実現の手段を異にし、必ずしも二者択一の関係にあるものではなく併科を妨げないと解すべきである」として、併科は違憲ではないと判断しております。この論理からすると、行政上の秩序罰との併科についても同じ結論になるのではないかと考えられます。

ただし、個別法におきましては、独占禁止法もそうですが、同じ構成要件に対して刑罰を科すときには、過料は科すことができないとして、両者を併科しない旨の明文の規定が設けられているという例もございます。

3番の「加算税」につきましても、これは先ほど西田先生の方からもお話がありましたので、ここは簡単にとどめたいと思います。

「②種類」については、今のところ、4種類の加算税があるわけがございます。

「③事前手続」の点につきましても、行政手続法の適用除外となっております関係で、なお整備の必要があるのではないかとといった議論がございます。

行政刑罰と重加算税の併科につきましても、これはそこに書いておきましたが、先ほど西田先生から御説明があったとおりでございます。

「4 課徴金」でございます。これにつきましても、もう既にここでもかなり議論がございましたけれども、当初は違法に得た利益を行政的に没収するという意図したものとして、1977年に導入されました。199



1年に課徴金額を引き上げたときにも、この説明は基本的に維持されたわけですが、今年の独占禁止法の改正におきましては、違法に得た利益の剥奪にとどめるという説明は放棄されまして、それを超える行政上の制裁金というふうに位置づけられております。これに加え、過去10年以内に課徴金納付命令が出されていた反復違反者に対する加算、あるいは早期に離脱した者に対する減額、更に違反行為について情報提供を行って、自発的に違反行為から離脱した場合に課徴金を減免する措置、こうしたものが導入されているということでございます。

「②事前手続」につきましては、課徴金の納付命令をする前に意見及び証拠を提出する機会が保障されており、更に納付命令に不服がある場合には、公正取引委員会に対して審判手続の開始を請求することができるということで、事前の審判手続が、行政過程における事後の審判手続というふうに位置づけが変わっているわけでございます。

「③行政刑罰との併科」につきましては、先ほど西田先生から御説明がございましたので、省略いたします。

「(2)証券取引法の課徴金」でございます。2004年に証券取引法の改正で導入されております。そこでは、基本的には違反行為により得た利益相当額となっておりますが、「金融審議会金融分科会第1部会報告」の中では、課徴金の水準としては、少なくとも違反行為により利得の吐き出しは必要であるけれども、違反行為が市場への信頼を傷つけるという社会的損失をもたらしていることをも考慮し、抑止のために十分な水準となるよう検討すべきである、ということで、当面この違法行為によって得た利益を取り上げることが、金額の算定の目安とされているわけですが、それにとどめるという趣旨ではないというふうに思われます。

今後、それを超えた額に引き上げるということも視野に入れた上での制度の導入であったのではないかと思われます。

「②事前手続」としては、審判手続となっております。

③のところでございますが、行政刑罰との併科というところでは、調整があるということは、先ほど西田先生からお話がありましたので、ここは省略いたします。

「5 公表」でございますが、先ほど申しましたように公表制度には、大別しますと情報提供を主たる目的とする、すなわち消費者に対して危害情報等を主たる目的として行われるものと「制裁」を主たる目的として行われるもの等が考えられるわけでありまして。前者の場合には、法律や条例の留保は及びません。法律や条例の根拠がなくてもできるというのが判例でございますが、「制裁」を主たる目的とする場合には、法的な拘束力が

なくても、やはり法律、条例の留保が及ぶという考え方が通説と言っているかと思えます。

それから、やはり公表がもし誤っていた場合に、大変な不利益を相手方に与えますので、事前手続の重要性ということも指摘されているところでございます。

「6 授益的処分の撤回・停止等」ということで、行政上の義務違反を理由として行われる授益的処分の撤回・停止は、一般的に言いますと、その義務違反者に許認可等に関わる業務を継続させることによる公益への支障を排除するということを直接の目的として行われているということですが、間接的には制裁的な機能も持っているということでございます。

これを直接的にも「制裁」目的を持ったものとして使用することも、立法論としては考えられるということ、実際、懲戒としての授益的処分撤回の例がございます。

事前手続としては、現在こうした場合には、一般的に行政手続法が適用されまして、聴聞手続が行われることとなります。

次に「7. 行政サービス、許認可等の拒否」ということでございます。①にございますように、行政機関は国民に対して多様な行政サービスを提供しておりまして、また多くの許認可等の権限を有しています。そこで、行政サービスとか許認可等の拒否を行政上の義務違反に対する「制裁」として用いるということも考えられます。これは、行政上の義務の実効性を高める上では有効な手法ということが言えるんですが、勿論その行政上の義務違反が当該行政サービスや許認可等の拒否事由として認められるというふうに解釈できる場合でなければ、こうした拒否は違法な権限の結合ということになってまいります。

それから、立法論として考えた場合には、行政上の義務違反に対する「制裁」として行政サービスや許認可等の拒否をより広範に認めることも検討されてよいのではないかということが、最近かなり言われるようになってまいりました。

例えば、納税義務を履行しないものが、税金による行政サービスを受けるのは不合理と言えます。また、実際には滞納処分制度の実効性が欠如しているために、それを補完するものとして、行政サービスを拒否する制度が、特に自治体において真剣に検討されております。小田原市では納税義務を履行しない滞納者に対しては、行政サービス等の拒否を認めるそこにある条例が制定されております。

群馬県の太田市などでは、市営住宅の住居入居資格の1つとして、市町村税を滞納していない者であるということを挙げており、入居の申し込み

をする際に、納税証明書を添付しなければいけないということになっております。

国におきまして、自動車重量税が納付されていないということは、その自動車の安全性とは直接関係しないわけですが、立法政策としてこうした場合には車検証を交付しないとなっておりますし、税だけではなくて自動車のリサイクルの料金も車検制度とリンクされておりまして、リサイクル料金を納めていないと車検が拒否される仕組みとなっております。これなどは、車検の目的、自動車の安全性ということとは直接結び付かないんですが、こうした形でのリンクが実際に行われている例があるということでございます。

次に、これは行政サービスの拒否というのとは、また少々次元が違うのですが、明治8年太政官布告第54号の運用上、独禁法の違反審決を受けた企業や事業者団体の社長・会長については、一定期間、叙勲の対象から除外するという取り扱いがされているわけございまして、これが実際上かなり効果があるのではないかというふうに言われているところでございます。

こうした制度を立法的に活用するということは、実効性確保という面では非常に有効だと考えられますが、勿論安易に結び付けることは避けなければならないわけであって、政策的合理性については慎重な検討が必要だろうと思われれます。

次に「8 契約関係からの排除」でございしますが、国や地方公共団体はさまざまな契約を締結しているわけでございます。物品の調達契約とか、庁舎等の建設の請負契約とか、あるいはさまざまな公共事業の請負契約という形で、さまざまな契約を締結しておりますので、その契約関係から排除されるということは、事業者によっては大変大きな不利益を与えることとなります。

現在、中央公共工事契約制度運用連絡協議会の方で「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領中央公共工事契約制度運用連絡協議会モデル」というのをつくっておりますが、そこでは独占禁止法の違反行為も指名停止等の理由になっておりまして、独禁法違反行為があった場合に一定期間指名を受けられなくなるということで、これは公共工事に依存している建設業者にとっては非常に大きな不利益を与えることとなります。

これが、先ほど冒頭に申しました「制裁」に当たるのかどうかということとは、必ずしも明確でございませんで、そもそもそういう者が入札に参加するということがふさわしくないから排除するんだといった説明がされているものを読んだこともございませうけれども、他方で独禁法違反に対す

るペナルティとしてこうした指名停止をするんだというふうに、明確に言い切っている説明もございますので、これをどう位置づけるのかという点については、議論があり得るところなんです、実際にはこれが大きな意味を持っているということでございます。

最後に、行政法的な観点から見た独禁法上の措置について、若干のコメントをしておきたいと思えます。

まず、現在独禁法違反に対して行政的に科される金銭上の制裁として、秩序罰というのも一方においてございます。レジユメに過料として排除措置命令違反、それから緊急停止命令違反というのがあるわけでございます。過料については、何万以下の過料に処するというので上限が設定されております。過料に処するという言い方がされておりますので、違反があった場合に必ず科さなければいけないのかどうか、これは必ずしも明確ではありません。そこに効果裁量を認める趣旨とも見ることができます。次に課徴金の場合の書き方です。課徴金の場合には、納付することを「命じなければならない」という書き方になっておりますので、これは科すか科さないかについての裁量を認めない趣旨と見ることができるかと思えます。

先ほど申しましたように、排除措置命令の場合に刑を科するときには過料は課さないという明文の調整規定が置かれているわけでございます。

また、課徴金は基本的には、例えば何億円以下の課徴金に処するといったような書き方ではなくて、画一的に算定するという方式になっておりまして、かつ納付することを命じなければならないという書き方になっておりますから、明らかに過料の場合とは違う考え方で制度が仕組みられているということが言えるかと思えます。上限ではなく、下限が設定されておりまして、額が100万円未満であるときには納付を命ずることができないという仕組みになっております。この課徴金が、画一的に算定して、かつ納付を命じるかについての裁量も否定する形で導入されたというのは、恐らく立法当時刑罰との違いということを際立たせる必要があって、画一的に算定して違法に得た利益を必ず取り上げるものであるから刑罰と異なるということで二重処罰にはならないと説明するということがあったのかなというふうに推測しております。しかし、他面でそれが画一的過ぎるのではないかという意見もあったのですが、この点につきましては今年の改正で、違反行為を反復する者に対する加重とか、あるいは早期に違反行為をやめた者への軽減、更にリニエンシー制度の導入によって画一性が緩和されたということでございます。

この点について、どう評価するかということですが、行政上の措置であっても、リニエンシー等の一定の場合は別として、原則的には、画

一的に算定して、必ず納付を命じるという仕組みというのは、他にも例があります。証券取引法の課徴金も、それから道路交通法違反の場合の行政犯の非刑罰的処理としての反則金、あるいは昨年導入されました放置違反金も、言わば画一的に額が決まってくるという制度でありまして、行政上の措置であってもこうしたものは当然考えられるわけでございます。見方によってはむしろこの方が裁量が限定されていて、そして透明性が高いという見方もできるかもしれません。

そして、罰金との併科の場合の控除の問題については、これは先ほど申しましたので、省略いたします。

実際には、排除措置命令まで行かずに警告処分で済まされているものが実務上たくさんあるというふうに承知しておりますが、その警告処分で済まれるものの中には、どうも証拠不十分であるので法的な拘束力のない警告処分にとどめているものもあれば同時に、他方で一応証拠は十分あるんだけれども、軽微なために排除措置命令はせずにこうしたものは警告処分です済ましているといったものもあるようです。

こうした場合の公表についてはどうかということについては、独禁法第43条で、公正取引委員会は、この法律の適切な運用を図るため、事業者の秘密を除いて必要な事項を一般に公表することができるという公表の根拠規定が置かれております。

刑罰との関係では、行政法学者の中には、独禁法の分野にも、先ほどお話しいたしました通告処分とか反則金と同じような制度を導入してはどうかと提唱されている方もおられます。

許認可基準とのリンクの可能性ということにつきましては、現在建設業法で営業停止処分について、独禁法違反があった場合及び他の法令違反があった場合、営業停止処分が可能ということになっております。これが違反行為に対する「制裁」なのかどうかという点も必ずしも明確ではございませんが、それを明確に違反行為に対するペナルティであるというふうに位置づけているものもございます。これは、しかし、こうした許認可基準とそもそも結び付けることができるのかどうかという点について検討する必要があることは言うまでもございません。

最後でございますが、契約関係からの排除については、先ほどちょっと申しましたように、現在既に指名停止措置という形で独禁法違反の場合に契約関係から排除するということが行われておりますけれども、これについて實際上非常に大きな不利益を相手に与えるということからしますと、これを法定化して基準を明確にするといったことも検討の余地はあるのかなというふうに感じたところでございます。

時間の関係がございますので、これで終わらせていただきます。

**塩野座長** どうもありがとうございました。せっかく御準備いただいたところ、全部御説明いただく時間的余裕がございませんでしたけれども、資料的にはこのレジュメをそのまま掲載するということにしたいと思えます。したがって、これは資料としてこの検討委員会に提供されたものというふうに理解をしております。

何かこの際御質問はございますか。

**根岸委員**、どうぞ。

**根岸委員** 先ほど西田委員の方からもお話がございましたが、現在、行政上の許認可処分等については、行政手続法というものがあります。そういうものと、ここで言う行政上の制裁というものについての手続を考える場合に、行政手続法とは別のものを考えるのか、同じように考えるのか。さきほどドイツでは、秩序罰についてそのような規定があるということでしたが、それは、いわゆる一般の行政手続法とは別に特別にあるという理解でよろしいんですか。証拠能力等とおっしゃいましたが、もしそういうものを何か考えるとすると、一般の行政手続とは少々違うようにも見える。しかし、それをどんどんやっていると刑罰と同じになってしまって、せっかく行政上の実効性を確保しているのに全然意味がなくなってしまうということになり、それを全体としてどういうふうに考えたらいいのかなと。私の感じでは、何となく行政手続法を標準に考えて、そこの乖離を考えればいいのかなと一般には考えていましたけれども、もしそのようなことについて御意見がございましたらお願いいたします。

**宇賀委員** 行政上であっても、相手方に不利益を課す場合には、やはり原則として憲法上の適正手続の要請が及んでくると思います。行政手続法も不利益処分の手続などについては、それを念頭に置いて制定されているものというふうに私は認識しております。

行政上のこうした不利益な措置について、さまざまなものがございしますが、課徴金などの場合には、恐らく秩序罰と区別されるのは、同じ行政上の制裁であっても、独禁法の場合、今回違反行為によって得た利益を剥奪するものにとどめるという説明は放棄しましたけれども、やはり基本には違反行為によって得た利益というものがまずあって、それ以上を取るとのことだと思えますので、場合によっては非常に高額になって、これまで秩序罰で科されていた額などをはるかに超えるような大きな額が科されることになると思えますので、それが行政手続で科される場合であってもデュー・プロセスとして十分な措置が当然必要になってくるだろうと考えます。秩序罰は、現在のような額にとどめられているということになりま

すと、現在とられているような事前手続でも特に問題はないのかなと思っております。

それから、先生がおっしゃられたものの中で、例えば、授益的処分の撤回につきましては、行政審判手続ほどまではいきませんが、現在でも基本的に行政手続法で聴聞というかなり慎重な手続が取られておりますので、私も基本的にはそれで足りるかなとも思っております。ただ現在は基本的には「制裁」という位置づけというよりも、的確でないものを排除するという観点からやっております。これを今度別に立法政策として、正面から「制裁」としてある部分で導入するということになり、それが課されることによるスティグマなどを考えますと、もう少し慎重な手続を考える余地もあるのかなという感じがいたします。

**塩野座長** 続いて御質問いただきましょう。まず、諸石委員、浜田委員、まとめて宇賀委員にお答えいただいて、どうぞ。

**諸石委員** 先ほど西田委員に御質問しましたことにも関連しますし、根岸先生の御質問にも関連するんですが、行政手続法がベースになって、それよりも不利益度合の多いものには、それよりも慎重な手続というようなお考えかと思えます。

それから言いますと、今回改正された独禁法によりますと、行政手続法が排除されて、行政処分として、先ほど申しました多い場合には1兆というのを科すのに、そこで示されるのは委員会が認定した事実と罰条、言わば起訴状だけで、それに関する証拠書類の開示ということに対しては、公取委は非常に消極的です。最高裁判例で、利害関係人があれば第三者でも全部見られるけれども、その当事者に対して証拠は開示しないというお考えのようで、今回の規則の中にもそこらは盛り込まれていない。

それに対しては、意見の申し出と証拠の提出はできるけれども、それだけで、逆に言うと通常の行政手続よりもより簡略な手続で制裁としての行政処分を行うと。

それともう一つは、それに対して事後手続の審判で争っている間には、強制執行はされないけれども金利がかかる。これは刑法の世界で言いますと、起訴されてから判決までの間を罰金に金利を付けるという話は余り聞いたことないんですが、この辺も今回の事後手続化したことによって意図してか、意図せずか、そういういろんな問題が起こってきております。事後審判になったがゆえに事前手続としては極めて簡略な手続で課せるようになった。それがしかも制裁としての行政処分であり、その上限は相当に大きいものになると考えたときに、今回の特に審判を事後手続化したことによる簡略な行政措置ということについては、さきほどのお考えから言

うと逆の方向に行っているのではないかと思うんですが、いかがでございましょうか。

**塩野座長** どうぞ。

**浜田委員** 経済的な企業犯罪などの場合には、不当に得た利益を剥奪することが重要な意味を持つということ、それがゆえに刑事罰としてもその辺りを考えていかなければならないし、行政罰としてもそういう問題にどう取り組むかということが大きな課題になってきていることがよく理解できました。ところで、不当な利益を得る者がいる一方で、損害を被った者がおりますときには、民事訴訟によって利益を返していただくという手続があります。そういう観点から見ますと、制裁とはいっても、不当な利益を返すとか、利益を剥奪するという場合には、民事手続との関係の調整と言いますか、それを有効利用すると言いますか、そういう視点があり得るのかなと思いつつながら、先ほどのご報告を伺っておりました。

それから、不当な利益を民事手続で奪おうにも、被害者がはっきりしていないとか、損害賠償請求を時間と費用をかけてしていく力量もないという場合には、公益的なところでもってしっかりと利益の剥奪を進めていただくということでしょうけれども、もしも本当の被害者がわかる形で存在している場合にも、利益の剥奪によって得たものが全部国庫に行ってしまうということになりますと、その後被害者たちが意を決して自分たちの損失を補てんしてもらおうと思って裁判を起こしても、もう会社にはお金がない、倒産しているということも生じるかもしれません。こういう問題をどうするのかという問題も考えなければならなくなりそうです。

したがいまして、利益の剥奪にあっては、民事的なものも一緒に考えなければならぬ側面が大きくなるのかなと思いつつながらお話を伺っておりました。そこで、これらの点につき、諸外国ではどう扱っているのかということなども、もし教えていただけたら大変ありがたいと思います。

**塩野座長** 重要な御指摘でございます。外国法制の紹介、それから日本法でもいろいろ問題がございますので、それはまた。これは適宜取り上げたいと思います。

前の諸石委員の御質問に対して、お答えをお願いします。

**宇賀委員** 恐らく今回の独禁法の手続の改正では、デュー・プロセスというものを行政過程の事前手続だけでとらえるということではなくて、事前と事後とを総体としてとらえるという見方が恐らくあったのではないだろうかと思いつついます。

そうすると、事前に意見聴取手続を定めて、かつ事後に行政審判による慎重な準司法的な手続を設けているということで、総体として見てデュー



・プロセスに反しないという判断をされたんではないかというふうに理解をしております。ただ、個別に現在のシステムでいいのかどうかということは、恐らくこの懇談会でこれから検討されるテーマだと思いますので、ここではそれにとどめさせていただきたいと思います。

**塩野座長** どうぞ。

**村田委員** 先ほどの浜田先生がおっしゃった民事の問題もございまして、宇賀先生がおっしゃったように、指名停止や、営業停止処分、そして違約金特約等が、行政上の制裁になるかどうかの議論も十分尽くされていないという部分も含めて、刑事罰だけではなく、違反行為に対するトータルでの不利益、ペナルティの賦課、サンクション・スキームとしての不利益をどういう形で考えるべきかということ、是非今後の議論のベースとして皆様にお考えいただきたいと考えております。

制裁について、刑事罰は刑事罰だけ、行政罰は行政罰だと専門分化したばらばらの状態で議論し続けていると、刑事罰ではないから二重に科しても問題がないのだということにもなりますが、そうではなくて、やはり全体のサンクションに対するスキームという広い観点から評価し、検討すべきであると思います。

また、先ほど御紹介いただきました公正取引委員会の警告については、公取委は、はっきりと基準を明示しておられまして、日米構造協議の前までは、警告について公表する場合としない場合があったわけですが、日米構造協議の後には、警告は、すべて社名を公表するという運用に変わってきております。そうすると、正式な違反ではない事案についても、排除勧告と同じレベルで公表されてしまう。それに対して、企業側は法的に争う手段もないというのが現状でございますし、警告が報道された結果、指名停止がなされるケースも実際でございます。

特に指名停止ということにつきましては、中央官公庁の場合は、国土交通省が明確な基準を示しておられますので、それに基づいて「一事不再理」が徹底されておりますけれども、自治体の場合には、排除勧告が出た時点と課徴金納付命令が出た時点と、同じ事件に対して2回、指名停止がなされることもありますし、公取委の独禁法違反の認定を争う審判開始請求をしたことを理由として、指名停止が課されることもあるというのが実態でございます。このような恣意的な指名停止の実態も視野に入れて、是非今後サンクションについて御議論いただきたいと思います。

**塩野座長** ありがとうございます。今、村田委員のおっしゃったようなこと、私も賛成でございます。その趣旨でお二方から大変幅広く御説明があったことと思います。それを我々の共通認識として、二重処罰だけ、

刑事だけに限らずに議論をしていきたいと思います。どうもありがとうございました。

それから、行政法学者から一言だけ付け加えさせていただきますと、今のような形でいろんなスキーム、あるいはインストルメントを考えていくと、余り制裁とかという言葉で議論するのは、私は生産的ではないと思います。むしろ「ある行為をするのをやめさせるという抑止効果をねらうスキームはどういうものか」ということで、幅広く拾っていったら、その中で更に刑事罰に近い制裁的なものもあるし、そうではなくて、とにかく「市場から出ていってください」、「あなたは適格性を欠きます」という観点からのものなど、いろんなものがあると思うのです。そういう形で御議論をしていった方がいいと私は思います。

そこで、宇賀委員も、最初から制裁という言葉はいろいろありますよということは、そういったことも布石としておっしゃったことだと思いますので、今、村田委員のおっしゃったこともそういう趣旨に理解したいと思います。

それから、行政手続の関係で言いますと、現在の手続法は余り指標にならないですね。というのは、あのときいろいろ議論しまして、金銭に対するものについては適用除外をいたしました。その場合も不利益処分という形で適用除外しておりますので、制裁とか、そういったものとは無関係に、とにかく金銭を課すようなものは適用除外をすることになりました。ただ、適用除外をするということは、手続がなくていいということを言っているわけではありません。手続法は適用しませんと、すなわち国税は国税で、独禁法は独禁法でそれなりの手続をお考えくださいという趣旨でございます。したがって、これからこの手続がどうあるべきかということ、議論していただくことになろうかと思えます。

それでは、まだいろいろ御質問もおありかと思えますけれども、こういう形で議論がだんだん深まってくることを期待しております。

そこで、あと資料3として、今後の進め方について、事務局と相談したものがございます。これを今日は皆様方に御披露して、十分御検討いただく時間がございませんので、こういうことを考えておりますということで、次回に改めて提案をさせていただきたいと思えます。

ただ、それだけですと、次回及び次次回ぐらいのところはなかなかうまくいきませんので、大変恐縮でございますけれども、次回の第3回はこういうことで提案させていただきます。また、第4回も外国法制研究の方にお願ひしてよろしゅうございますでしょうか。

それから、第5回以下、どういうふうにやっていったらいいか、考えて

いるところでございますので、第5回は第3回と似たような形になるかもしれませんが、ここは一応、案にあるとおりとして、第6回は、フリーなディスカッションをして、ヒアリングで得たもの、あるいは足りなかったものを整理していただくことを考えておりますが、この点の御議論は次回の終わりにしていただきたいと思っております。

この検討会の進め方について御意見があるときは、どうぞ事務局の方に次回までにお寄せいただければ、それを斟酌した上でまた今後の進め方の案をとりまとめ、皆様にお示しすることにしたいと思っております。

次回の日程について、事務局の方から願います。

**田和独禁法基本問題検討室次長** 次回、第3回につきましては、資料3のところにも書いてあるとおり、10月4日火曜日、午前10時からでございます。場所は、この庁舎5階の特別会議室でございます。第4回も、11月18日金曜日、午前9時半ということでございます。今、座長からお話ございましたけれども、第5回、第6回等、今後の進め方は次回相談させていただきます。日程の方につきましては、皆さん年末に向けて大変お忙しくなることが考えられますので、今後、事務的に確認させていただきたいと思っておりますので、よろしく願います。

**塩野座長** 本日は、どうもありがとうございました。