

# 独占禁止法基本問題懇談会

## 第5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** それでは、定刻でございますので、ただいまから第5回独占禁止法基本問題懇談会を開催いたします。

本日の議題でございますが、本日は前半で日本チェーンストア協会の鈴木善統専務理事、それからあさひ狛法律事務所の伊従寛弁護士、法政大学の岸井大太郎教授から御意見を聴取することとしております。休憩をおいた後、競争法の国際比較についての説明を公正取引委員会をお願いしております。

それでは、まずチェーンストア協会の鈴木専務理事からお話をいただきます。よろしくお願いたします。

**鈴木専務理事** おはようございます。日本チェーンストア協会専務理事の鈴木でございます。本日はよろしくお願いたします。座って説明させていただきます。

このような機会を与えていただきまして大変ありがとうございます。本日は、意見と申しますか、我々が納入業者との関係で公正な取引を推進するためにどういうことをやっているかという実態を御説明させていただくということを中心にお話を申し上げたいと思います。

まず、チェーンストア協会というのは総合スーパーマーケット、それから食品スーパーマーケット中心に、約100社、現在若干少なくなって94社程度であります。そういった企業をメンバーとする団体でございます。

特に総合スーパーになるとバーゲニングパワーというようなことで納入業者等の中で公正な取引を推進しなければいけない。我々のビジネスモデルというのは、暗黒大陸と言われた流通の中にいかに合理的なものを導入して、消費者に安くいいものを提供していくか、という形で、それを進化させてきております。その過程で納入業者との関係については、慎重に対応していかなければいけないということでこれから申し上げるような取り組みをしているということでございます。お手元に概要をまとめた簡単な資料をお配りしてありますので、それに基づきまして御説明申し上げます。

まず我々会員企業と納入業者との取引についていうと、昭和29年の百貨店業告示及び「不公正な取引方法」、これもまた独占禁止法の告示でありますけれども、この2つをベースに優越的地位の濫用が規制されてきたというふうに認識しております。我々の協会は昭和42年に設立されておりました40年くらいになろうとしておりますけれども、当初から重点事業の一つとして適切な公正取引の推進を掲げて会員企業と納入業者との公正な取引を推進するための取り組

みを行ってきたということでございます。

まずベーシックな対応としては、自主基準を作成し、それを発展させたものとしてクエスチョン・アンド・アンサーをつくって会員企業に配布してきているということでございます。まずは納入業者との公正取引に関する自主規制基準というものを昭和54年につくりました。それ以降返品に関する自主規制基準、この1と2を統合したものを更に改定いたしまして、加えて資料中 にありますけれども、下請取引適正化のためのガイドブックを作成し、更に納入業者との公正な取引を推進するためのQ & Aというものを冊子としてまとめて会員企業に配っているということでございます。

委員の皆様方のお手元にQ & Aをお配りしておりますが、これは最新版でございます。これは後で申し上げます百貨店業告示が改正されて最近11月1日から施行されたものでございますから、それを踏まえてそれに合うような形でリバイスしたものを早速つくって会員企業にお配りしてあるということであり、これがベーシックな対応でございます。これがいかに会員企業の皆さんに利用していただけるかということがまず根本でありますけれども、これに加えて次のような活動を行っているということでもあります。

まず、我々の協会の中に取引推進委員会というものをつくりまして、これは会員企業の担当役員、部長クラスで構成しておりますけれども、この取引推進委員会を定期的に開催して、必ず1回は公正取引委員会の担当課長において、この優越的地位の濫用を中心にした公正な取引方法についてお話を伺うということをしております。

それから、これは毎年10月に臨時総会をいろいろな関連で開きますけれども、このときに公正取引委員会の取引部長を始め、関係の担当課長においていただいて公正取引に関する懇談会を開催し、意見交換をしているということでございます。

合わせて、先ほど御説明しましたQ & A、これは会員企業でも人事異動がございますので、その人事異動の時期に合わせて、なかなか新しい方というのはこういったことについて知識、経験が足りませんので、このQ & Aを使ってよく研修をしてくださいというようなお願いをしております。

また、百貨店業告示を始め景品表示法の改正などが行われたときには、公正取引委員会に講師派遣を依頼して説明会なども適宜開催しておりますし、更に資料中 にありますように「下請取引適正化推進月間」の周知等を始め、こう

した下請取引についての啓蒙もやっているということでもあります。

加えて次のページにまいりますけれども、会員企業に対しては社内の体制を整備してくださいというような指導、あるいはマニュアルを整備してくださいというような指導、それから仕入担当者が商談を行う際の取引の公正・適正性の確保に関するチェック等の公正取引推進体制の整備を行ってくださいというようなことを協会の方から会員企業の皆さんに周知徹底するようにしているということでもあります。

ただ、これはなかなか協会として会員企業にこういったことが周知徹底できないという悩みは持っておりますが、最近になって2件ほど優越的地位の濫用について公正取引委員会から勧告を受けるという事態が発生しております。

平成16年12月と平成17年4月でありますけれども、一般の卸価格に比べて著しく低い対価で納品させたとか、相手様の従業員を不当に派遣してもらっていたというようなことで、相次いで会員企業の中で2つの企業が勧告を受けたということでもあります。それ以前は余り事例もなかったんですけども、最近になって2つ勧告を受けたという事態を協会として重く見ております。こうした勧告が出されたときには、再度、今申し上げたような流れの中で会員に徹底させるというようなことをやっております。

そうしたことでありますが、今回新たに昭和29年の百貨店業告示が模様替えされて、大規模小売業者による納入業者との取引における不公正な取引方法、これは大規模小売業告示というふうに一般的に言われておりますけれども、これがリニューアル、充実されて今年の11月1日から施行されています。協会としては、今御説明したような平成16年、17年に相次ぐ勧告、それに加えて今回の新告示、これをある意味で好機ととらえましてこの周知徹底に努めているということでもあります。

具体的にこういう形でやっておりますというようなことで、資料中 からまでまとめた形になっておりますが、まず新告示と運用基準が出たときにはすぐに会員企業に送付をして、先ほど御説明いたしましたとおり担当課長に取引推進委員会へおいでいただいて新告示の内容を説明していただき、それから、東京、大阪で説明会を開催し、今年の10月の臨時総会時に公正取引委員会の取引部長以下、担当課長においでいただいて再度説明をしていただいております。加えて、お手元にお配りしたQ & Aを早速つくって会員企業に配っているということでもあります。

それから、不幸にしてというか、いろいろ至らなかったことが積み重なって16年、17年のあの勧告を受けたわけでありましてけれども、そうした勧告を受けた企業というのは現実にはどういう対応をしているかということ資料中2にまとめてございます。この2社とも公正取引推進の担当部署を設けて複数名の人員を配置して、そこは社内教育を含めて公正取引の推進の組織的な中核になっております。それから、全納入業者と書面契約を再締結する。また、社外の第三者に納入業者からのクレームを受けるシステムを作る、要するに、社内ではなく社外に設置して、そういうクレームを受けやすいような形にするという対応をしています。

更に、こうした勧告を受けたということもありまして非常に慎重になっておりまして、担当者がどうやったらいいかわからないという限界事例みたいなものについて判断に迷うときには必ず公正取引委員会に照会しながら進めている。公正取引委員会もそういう相談を受けること自体について非常に歓迎をしているようでございまして、そういった相談をベースに、更に公正取引委員会としてのQ & Aを充実させていきたいということです。ある意味でそうしたものの積み重ねができて、それがしっかりとオープンにされることによって企業側にとって今後の行動についての予見可能性というか、こうしたことはやっていいけれども、こうしたことはだめなんだということが割合明確にわかっていくというようなプロセスになっていくのではないかと考えております。

以上が実態でございますけれども、こうした優越的地位の濫用を中心に不正な取引方法について勧告とか、それ以上の例えば課徴金の対象にするとか、いろいろな議論があろうかと思っておりますけれども、まさに新告示が施行されて、法律の世界でいう判例がまだまだ出て充実していない。従来、一般指定としての判例というものはあるわけでありましてけれども、そうしたものの判例の充実の中で、企業がこういった行動をしていいのかということがわかるようになっていくという姿がこれから期待できるのではないかと思います。我々もそうしたことに対する公正取引委員会との関係とか、会員企業との関係とか、そういったことに留意をしまいたいと思っております。

以上、簡単でございますが、実情の説明と若干の意見を述べさせていただきました。ありがとうございました。

**塩野座長** どうもありがとうございました。それでは、今のチェーンストア協会からのことについて御質問あるいは御意見がございましたらよろしくお願

いたします。どなたからでも結構でございます。

**日野委員** まだこのQ & Aをきちんと拝見したわけではありませんので御質問するのはどうかと思うのですが、GMSの中にはリベートを要求して取って、中にはそれが原因で破綻に至ったところがあるというようなことをよく聞いておりますが、これにはそれは載っているのでしょうか。

**鈴木専務理事** 今度の特殊指定で協賛金についてもいろいろ明確化する方向で示されておりますけれども、そのリベートというのはいいものと悪いものがあるという言い方はちょっと変ですが、やはり納入者側にとってはこれを販促として売っていきたいということはあるまして、そうしたものを小売り側に協力するというような形での協力というのはあるかと思えます。

ただ、そうした取決めなしに後になって法外なものを要求するようなことは、「そうしたものはいかんだ」というようなことになっておりますし、そうしたことについてはこのQ & Aにもまとめてあります。

そうした流れの中で対応していくということではありますが、御指摘のようなリベートの件について、我々は正直申し上げまして納入業者側からの苦情のようなものについては全く協会の方には知らされていない。言いにくいというようなこともあるのでしょうか。それから、逆に申しますと会員企業についてもどんなことをやっているかということは協会も組織的に調べたことはありませんし、言ってこないということもあって、新告示プラス・Q & Aの中でしっかり対応してくださいということではないかと思っています。

**金子座長代理** 建設業者の事業者団体からも意見は聞いているのですけれども、独占禁止法の遵守に関して講習会をしているとか、勉強会をしているとか、社員教育を徹底しているとかという話はいつも出てきている問題なのです。にもかかわらず、なかなか遵守が徹底しない。それで、お話の中で16年、17年に勧告がなされたということで取り組みの強化をしたとおっしゃっているわけですが、基本的にどこに問題があると考えて、今回の取り組みで従来と違った取り組み、原因を究明してそこに焦点を当てた取り組みをするという特徴があればお話いただければと思います。

**鈴木専務理事** 団体という意味では同じなのかもしれないですし、業種の違いみたいなものについて余り言っても仕方がないと思いますが、基本的にはこうした法律及び告示も含めてやっていけないこと、やっていいことをしっかり周知させていくということしかないのではないかと思います。

それから、そういう努力をしてきたけれども、この16年、17年の勧告を受けたということで、協会自身としてもある部分でショックを受けてはいるわけであり、他方、ある意味でそうした勧告を受けたことによって少なくとも2つの企業は、前のやり方はまずかったんだ、しっかり反省をしてしっかり体制を整えて公正取引委員会と相談しながら、更に言えば公正取引委員会と相談することがQ & Aという形、公正取引委員会のQ & Aという形で判例法の世界として積み増されていくということで、それはそれでもう一つの違う次元の世界が拓けてきているのではないかと思っています。

それからもう一つは、この2つの勧告を受けたところはいろいろ会員企業から相談を受けているというようなことで、協会が行っていることに加えてそうした勧告を受けた企業がそれぞれいろいろなことで迷っている会員企業にこうしたらいい、ああしたらいいというような形で、ある部分、水面下ではありますけれども、システム化されてきているというようなことで、一度やられたことは再犯というとおかしいですけれども、再度繰り返すという形にはなっていないし、またそういう水面下のシステム化によって抑制的に働くということになっているのではないかと思います。

**金子座長代理** 1つ私が考えるのは企業のトップの意識、認識の問題です。社員教育だけではなくて、トップが認識を変えていかないといけない。最近、私の知っている事例で営業利益が財務諸表上マイナス、要するに低価格販売をしているから営業利益がマイナスになるわけです。営業利益マイナスですが利益は計上しているのです。どこで利益を計上しているかということ、営業外利益で損失補填、要するにマイナスになったことを仕入れ先に補填させるという形で利益を計上する。こういうような営業の仕方に問題があるわけです。

そういう点で、経営者の認識を変える必要があるのではないか。その辺りの取り組み、トップが独占禁止法遵守について先頭に立ってマニュアルの作成から講習会の開催までやっていかないと、なかなか独占禁止法の遵守は定着しないと思うのですが、そういった取り組みはしているのですか。

**鈴木専務理事** そこも非常に貴重な御指摘だと思っています。そうしたことを込めて、リーダーというか、トップが出てくる総会、臨時総会の際に公正取引委員会から取引部長と担当課長に来てもらって、1時間以上かけて話をさせていただくということはやっているんですけども、その後ですね。そのリーダーが帰って社内ですらどうするのかというところの対応はもう少し協会としてこ

うしましょうというようなことにしていかなければいけないと思います。

リーダーはちゃんと遵守しなきゃいけないと言っているつもりなんですけれども、中間管理職だとか、過去からやっていたいいと思っていたということ現場でこういうことが行われてしまっているというようなこともあるものですから、リーダーから中間管理職、現場というところにつながっていくプロセスがしっかりできていけばいいと思います。ただ、そこに協会が余り入り過ぎると協会は何だというような話も若干あるものですから、これは権限を持った協会ではありませんので、逆に言うと隔靴搔痒の感じのところは正直言ってあるということでございます。

**増井委員** 協会として、今お話のように、なかなか全容が把握し切れない面はあるかと思うのですが、不公正な取引方法、とりわけ優越的地位の濫用は、最も問題があると思われるようですね。

その場合、どのような種類のものが最も問題なののでしょうか。例えば頻度が非常に多い、度々行われている、あるいは企業を倒産に追い込むような深刻な問題を起こすのは、どのような種類のものなのでしょうか。今までお話をされた例のように低価格納入、リベートの種類のものが多いのか、あるいは、従業員の派遣という例が多いのか。また、昔は多かったけれども、今は減ってこちらの方が多んだということもあるのかもしれませんけれども、そういった具体的な類型としてどんなものがあるのか。そこを把握しておられる限度でお話いただけたらと思います。

**鈴木専務理事** 大変申し訳ないのですが、そこら辺の類型とか、頻度とか、限度とか、把握できていないのが正直なところでございます。

これは公正取引委員会からのいろいろなレクチャーを何度も何度も受けるわけです。それで、我々が今一番気を付けなければいけないとされていて、それが比較的徹底されつつあると思うのは、納入業者からの従業員派遣です。これは納入業者の方々も自分たちの商品を販促したい、という意味もあって、自分たちの棚のところを販売促進のために人を派遣するということはよくあることでありますし、現在の新告示でもそうしたことは許されているわけです。原則は禁止なんですけれども。

ただ、そういったことを奇貨としてというか、それをどんどん拡張解釈するような形で、例えばそういった人たちを駐車場の整理に使うとか、全く関係のないことをしてもらおうとかというようなことは、もちろん不当な利益というこ

ともありますけれども、人様の労働力を自分たちのために使うというようなことで問題が起きるのではないかと考えています。ただ、そういうことが徹底されてきているプロセスの中で、今度は人を集めなければいけないんだけど、少し景気がよくなってきているのでなかなか人が集まってこないというような逆の事象も生じているというようなこともあります。

それから、倒産に追い込むようなリベートという御指摘があったというようなことについては、協会の中でも問題意識を持って対応したいと思いますが、これもある意味で販促ということに結び付いているわけで、そうしたものをどんどん拡張解釈していくことは、当然新告示の中でも問題だということになっています。そういう御指摘を受けたこととの関係で、協会の中で問題を絞って対応したいと考えています。

**塩野座長** 私から1つですが、告示の運用を見守りたいということでございますけれども、それはそれとして、この告示の制定に際して協会あるいは会員はどんな形で参画されたことがございますか。

**鈴木専務理事** 告示の制定そのものについてはプロセスの中には入っておりませんが、公正取引委員会が公聴会を開かれました。そのときに私どもの方から行って、新告示そのものについては賛成である旨申し上げました。ただ、これは先ほどから判例と申し上げておりますけれども、Q & Aをしっかり示してほしい。なるべく早くつくって早く示してほしいということを公正取引委員会にはその公聴会の場ではお願いしております。

平成16年度には、我々の方としては非常に困ったというようなことも若干ありました。それは消費税の絡みの件でして、従来は税抜き価格表示だったわけですが、平成16年4月1日から税込み価格表示になるということで、税込み価格の設定をどうするかという話です。その設定いかんによっては納入業者との関係は非常に微妙な問題になってきますものですから、その際に公正取引委員会は税込み価格表示体系にいく中でこの優越的地位の濫用の問題に関してガイドラインというか、Q & Aを示していただいたんですけども、時期が少し遅かったということと、それから割合抽象的な表現にとどまったことですから、我々は税込み価格表示への移行でいろいろな意味で大変なときになかなか対応の方向が決められないという経験もあったものですから、今回はなるべく早くQ & Aを示して欲しいということを公正取引委員会にお願いしました。

今回は非常に素早くやっていただいておりますし、勧告を受けた企業が慎重

になって、こういうことはどうですか、ああいうことはどうですかと聞いて、これはいいです、これは悪いですということがどんどん積み重なっていけば、これは割合具体的なQ & Aになっていくのではないかと考えています。

**塩野座長** 増井委員の御質問とも関係しますが、協会としてもう少し情報収集に取り組むということがあるのかどうか。つまり、別の全く違った団体ではクレームは全部そこで一括で引き受けて、そこで一種の判断をするということまでいっているところもあるんですけども、お宅の協会の場合にはその辺について今後の取り組みはいかがですか。

**鈴木専務理事** 実はいろいろ要望の形では出てくるんです。例えば、納入業者の団体から従業員派遣で困っているとかというような要望もあります。この要望についてはわかりました、会員によく伝えますが、ただ、現実こういう要望が出てきている背景はどういうことなんでしょうかとお尋ねしています。実際にいろいろな御意見があるんだろうから、その意見を持っている企業名を言えとは言わないけれど、どういうことが実際に行われているかということをも具体的に示してほしいというようなお願いも我々の方からはするんですけども、まだまだ慎重になられていてストレートにはお話いただけないというのが実情です。ただ、そういうものがある程度のもでも示された場合は、会員企業の人たちに、こういう要望があった、その背景にはこういうことがあるよということも合わせてすぐ伝えるような形にはしております。

**神田委員** 情報収集ができて、はじめて協会の役割が果たせるのではないかとこのふうにも思いました。

それと、今日の資料をいただいた最後のところに、会員企業が新告示を遵守しようとする意識が高まっているというふうな表現がございますし、お話もありました。それで、今のやり取りの中で全体の実施状況だとか、いろいろな問題については把握できないというお話が一方ございまして、この意識が高まっているというのはどういう点からそういうふうにお感じになれるのかということをお聞きしたいのが1つです。

それから、勧告については重要だというお話、非常にショックだというお話もございましたけれども、もう一つ、警告ということがございました。その警告についてはどんな受け止めに企業の方はなさるのか。警告も私は重要なことではないかと思うんですけども、その警告と勧告は重みが違うということはおわかりますが、受け止め方がどう違うのかとか、対応の仕方に違いがあるのか

というようなところをお聞きしたいと思います。

**鈴木専務理事** これは先ほどから御説明しておりますが、16年の勧告、17年の勧告、新告示と、この3つの中で新しいものを遵守していこうという意識が高まっているということでもあります。その意識が高まっているということは先ほどからもお話していますように、会員企業が勧告を受けて、いろいろな相談をするような形で対応しているとか、そうしたことは今までなかったことではないかということをとらえて慎重になっているということをご報告したということでもあります。

それから、会員企業以外ではいろいろあるのかもしれませんが、チェーンストア協会として御説明をさせていただければ、独占禁止法の関係で優越的地位の濫用というようなことで警告を受けたことはないんです。お酒の不当廉売で受けたことはあります。これは平成13年から3回くらい不当廉売の警告を受けたということでもあります。会員企業が優越的地位の濫用ということで公正取引委員会から何かの措置を受けたというのはこの2年間の勧告が初めてであります。そうした意味でも警告、勧告にとどまらず、我々は警告とか勧告とか分けて考えているということではありませんで、たまたま優越的地位の濫用で受けたのがその2回の勧告だった。しかも、2年間立て続けにということで、そういう意味でショックであったということでもあります。

**佐野委員** 資料中2.の(3)に「社内の第三者に納入業者からのクレームを受ける部署を設置」とあります。お話によるとクレームの背景は協会としてよくわからないということなのですが、これは各社で実施しているのか、だれが第三者的役割をしているのか、簡単に御説明いただけますか。

**鈴木専務理事** これは勧告を受けた2社のうちの1社です。それで、こうした勧告を受けたことによっていろいろな工夫というか、組織的に対応しなければいけないということで、第三者にクレームを受ける窓口を設置したという項目をヒアリングをして聞いていますが、ヒアリングをしていないので、それが弁護士事務所なのか、あるいはほかの組織なのか、この場では不確かなことをお答えするのも申し訳ございませんので、改めて調べて御報告します。

**塩野座長** 時間がまいりました。多少、委員の側では協会に重きを置き過ぎているのかもしれないですね。あるいは、期待を込めてです。そういう雰囲気、今後それがどうなるかというのは、これまたそれぞれお考えなんでしょうけれども、そんな期待をかけてももともとそういう業界ではないんだから無理だよ

という御返事をいただいても結構ですし、また改めてお伺いすることになるかと思えます。

**鈴木専務理事** 期待をかけていただくことは非常にありがたいことでございますし、そうした期待が協会にあるんだぞということを更に会員企業にも伝えた上で徹底を図っていきたいと思っております。

**塩野座長** どうもありがとうございました。それでは、続きまして伊従弁護士からお話を伺います。どうぞ、伊従さんお願いいたします。

**伊従弁護士** 伊従でございます。お手元に資料が4種類ばかり出してあります。資料2と書いてありますが今日の説明資料でございます。それから、別紙が幾つかあります。別紙1が関係外国手続概要ということで、手続の問題を国際的に比較する必要があると思えます。ただ、ここで比較の対象にしましたのは主として米国と欧州連合です。というのは、今回の改正で参考にしているのが米国と欧州連合ですので、ここでもそれについて関係部分の概要を整理しております。

その次が、関係法令の資料でございます。4つありまして、まずは日本の公正取引委員会に一番似ているといえますか、モデルにしました米国連邦取引委員会の法律です。それから米国連邦規制規則16編、これは米国の連邦取引委員会の手続規則でございます。それから、欧州連合の競争法執行関係の理事会規則、これは2003年の1月に改定された理事会規則1号です。4番目が、2003年1月理事会規則1号に基づきまして欧州委が出しております2004年規則第773号です。これらはすべて原文でございます。概説の方で条文などを引用したりしておりますので、その場合にもし必要があれば御参考ということでございます。

それから、最後の資料が関係の参考文献で、2件は私の論文でございます。もう一つは入札談合の問題についてのもので、最近アメリカの入札制度についての紹介文献がありましたので、それを配付しております。

それでは、資料2の資料に従いましてお話をいたしたいと思えます。初めに、改正問題についての私の考えでございますが、価格カルテルのように非常に密かに行われて利益が多く、かつ、違反が行われても規制官庁の補足率が非常に低い事件については、これは捕まえた場合に大幅な課徴金や制裁を加えないと抑止できない。今回、そういう意味で課徴金を引き上げたこと自体については私は賛成でございます。

それから、やはり価格カルテルのような談合が密に行われるし、お互いに団結する違反行為に対しては、いわゆるリニエンシーを導入し、その中の1人が最初に情報を提供した場合に免訴にする。課徴金を免ずるという制度は非常に米国でもEUでも、それからほかの国でも使われておりますが、これは巧妙で、それをやりますとカルテル自体が怖くてできなくなるわけです。ですから、この制度を入れること自体で非常に抑止力となる。これについても賛成でございます。

ところが、この改正につきましているいろいろなところで手続上、問題があるというので、この幾つかの点について私はこれからお話をしたいと思います。

第1は、事前聴聞制度の廃止の問題です。日本も事前審判制度を置いていたのですが、これを廃止しました。独占禁止法というのは非常にいろいろ細かい規定もありますけれども、どこの国でも法3条といいますか、規制していることは大体3つで、競争制限協定をしてはいけない、独占をしてはいけない、公正な競争を阻害してはいけない、というこの3つの規定があり、いずれも非常に抽象的な規定となっております。なぜ抽象的かといいますと、独占禁止法では市場経済の基本法という形で適用分野が非常に広い。商工業だけではなくて金融業、運輸業、一般のサービス業など、ほぼ全産業に対して規制している。しかも、規制対象の行為は、競争者間あるいは取引業者との間でも極めてデリケートな問題となるから、非常に不明確な問題が多いわけです。

また、違反行為に対する配慮措置、制裁というものが非常に高額になるので、措置としても単に違反行為をやめろということだけではなくて、営業の一部譲渡、企業分割、団体の解散という構造的な規制措置をとることになります。価格カルテルなどに対する課徴金は今回、引き上げましたけれども、恐らく一企業に対して数十億、数百億になる。

そこで、この数値をとる場合には事前に問題点を指摘して、被疑事実を告知して、それで相手方に十分防御の機会を与えて処分する。これが基本原則でございます。今から言いますと100年以上前でございますが、アメリカで1890年にシャーマン法ができたときに司法省が競争制限的協定、独占を取り締まる場合にも司法省が処分するのではなく、司法省はその処分についての措置を裁判所に請求して、ちょうど刑事事件と同じように、裁判の結果、判決をもって措置を命じ、罰金を課するという形になっております。それから、シャーマン法を補完するために1914年に連邦取引委員会法ができたときも、連邦取引委員会

は自分で処分するけれども、その場合には被疑事実をまず相手方に告知して、相手方は弁護士を付けて争えるようにしました。それから、自分で調査した資料は全部開示する。それで、十分審議した後で処分するという形です。

日本では1947年にアメリカの連邦取引委員会法をモデルにしましたから、非常にしっかりした事前審判手続があったわけです。それを今回なくした理由は、改正のための平成15年の報告書によると、課徴金審判が非常に増えたことを挙げております。今は160件くらいなのですが、これは課徴金審判で課徴金について非常に不可解でわからないから争っているわけですから、排除措置の問題とは別の問題ですから、これは余り理由にならないと思います。

また、国会での答弁を見ますと、一般の行政官庁をやるのと同じように迅速に処分するために、事前審判制度をやめて排除措置命令という形で公正取引委員会が処分するという考えが出されております。この迅速性については後でまたちょっと議論したいと思います。

この排除措置命令を出すときに事前手続があるのですが、事前手続というのは相手方に意見を具申することと証拠を出すことができるという規定です。これは公正取引委員会は、排除措置命令の案を示すだけで他に何も義務がないんです。この手続は事前聴聞手続とは言えないものと思います。

ただ、一般に公正取引委員会の説明では事後審判制度があるといえます。要するに、審判制度は残し、事後に慎重にやるから、それと合わせて考えればいいということです。これは私は全然違うと思います。事前に、要するに提示して問題、事前聴聞手続の場合には正式の処分をする前に、違反事実の疑いを示し、疑いの基礎となった証拠を開示し、相手に防御の機会を事前に与えて審議した後措置をとります。事前審判手続では、事実の認定と法令の解釈について公正取引委員会の審査官が主張し立証する義務があります。

事後審判手続ではそれが無いわけです。実質的には不服を申し立て、審判を請求した方が、その審判を請求する理由があることを主張・立証するわけです。審判ではその違反事実などについて公正取引委員会が説明すると思うのですが、重要なのは白黒がはっきりしている問題はいいけれども、独占禁止法は「競争の実質的制限」など非常にグレーの問題が大きいわけです。グレーの問題についてだれが立証責任を持つか。事前審判手続の場合に公正取引委員会がそれについて責任を持って立証する必要がある。事後審判手続になると審判を請求した理由があるかどうかを被審人の方が立証しないとイケないから、そのこのとこ

ろは大きな差がある。これをもって事前審判手続を省略していいということにはならない、これは非常に大きな意味での防御権の制限であると思います。

1980年頃から行政改革ということがずっと言われてきて、現在でも行政改革と言われている。行政改革の中身は、行政の簡素化と行政の民主化だと思うのです。それで、後者の行政の民主化の内容というのは、行政をやるときに行政の処分の対象者に問題をよく説明し納得出来るようにしなさいということで、これは内容的には、行政処分をする場合には行政庁の専権的な一方的処分ではなく、事前手続をとるということです。行政処分の事前手続の問題は、憲法31条の適法手続の保障の問題だと思うのです。事前聴聞制度の廃止は、この点からみて問題があると思います。

アメリカでは司法省も連邦取引委員会も事前手続をとりますが、これはアメリカの憲法の第5条に適法手続、いわゆるデュープロセス原則の規定があって、何人も法の適正な過程によらなければ生命、自由または財産を奪われることはないという規定があるからです。まず問題点を整理して相手に十分反論できるチャンスを与えるという事前手続を行う。改正法の内容は、この原則に照らし、私は問題があるのではないかと思います。

この規定は防御権だけの問題ではなくて、適正な行政処分をするために必要だと思うのです。規制側にとってもプラスがあります。去年の3月にEUでマイクロソフトのパソコンのOSについての極めて大きな事件がありました。アプリケーションソフトを抱き合わせたということでもって違反の審決を出したのですが、その前の1年間はやはり事前聴聞手続を行って、この事前手続が終わった後に処分しました。マイクロソフト側もコミッション側もこの手続をやって非常によかったとしています。自分たちは相手の立場がよくわかったというのです。やはりこれをやることによって処分される方も説得できるわけで、またそこから相互の信頼が出てくるので、そういうことは必要ではないかと思うのです。

今、問題になっている耐震強度偽装の問題ですが、建築士の免許取消しの事前聴聞をやったところ、建築士の方は、自分がやったのは取引先から要請されたんだということを主張し、この点も調査することになった。一方的な視点だけではなく相手方の視点も聞いて事実を検討する方が適正な行政措置がとれると思います。

第2点は、緊急停止命令の問題です。いずれにしましても事前手続をやると

処分までの時間がやや長くなるという問題があります。

それで、EUでも、それからアメリカでも事前手続をとる場合には、緊急な必要があるときには裁判所の命令で緊急停止命令を置いているわけです。緊急措置については、まずその命令で違反行為を押さえてしまう。日本もアメリカ法をモデルにしましたからそれは入っているのですが、それがあから迅速性ということが事前審判手続制度廃止の理由にはなりません。

各国ではやはり事前聴聞制度というものが長引くおそれがあるというので、規則でもって期間を限っています。アメリカでは先ほどの連邦規制規則（CFR）の3.51条ですが、ここで審判は原則として1年間としています。EUでも制限の規定はありませんが、大体1年としています。ですから、これは主宰者の方、規制官庁が努力をすれば1年間でできるわけで、余り緊急性ということには私は理由にならないのではないかと。

第3点として略式手続の廃止の問題です。略式手続はアメリカでもEUでも、それから日本でももちろんありました。相手方が措置に同意する場合、必要があればこれは同意だけで、事実認定や法律の適用について同意しなくても、措置に同意するだけで手続を終えるのが略式手続です。アメリカでは同意命令協定と言っておりますが、日本では勧告手続と言っていて、いわゆる本案審決、課徴金でない本案についての審決では90%以上が勧告審決です。ですから、殆どの事件は勧告手続がとられるわけですが、今度それを廃止してしまいました。要するに措置命令ですぐ処分するから不必要というのですが、やはり行政というものは相手が同意するのであれば、同意を得てやる方が適当なので、これを同意に関係なく、一方的に処分するというのはやはり問題ではないか。この一般に言われています略式手続、勧告手続の廃止というのは、私は行政の便宜性、迅速性の面から見ると非常に問題があると思います。

第4点として、行政制裁制度に日本の課徴金制度には最高限度額がないし、裁量もしていないということです。今度の改正で課徴金というのは不当利得の剥奪ということから離れてというか、含みながらいいましょうか、制裁的性格を強化したわけです。およそ上限がない制裁というのではないし、裁量のない制裁というのもない。各国でもそういう例はないし、日本の制裁として最も典型的な刑事制裁においても最高限度額があり、そして裁量があるというのが原則です。

日本の課徴金の場合には裁量が全然できないという原則に立って、課徴金の

算定は売上比率で画一的に実施しているのです。売上比率 10%という、一般にどのくらいかわからないんですが、これを計算してみますと、例えば、74年に刑事告発した石油カルテルについて、もし今そのカルテルについて課徴金をかけるとすると、カルテルを3年間やったとしてトップ企業で1.2兆円、全産業で5.4兆円なんです。石油産業がこれを取ったらつぶれます。しかもこれは取らなければならないと規定されているわけです。

今までの価格カルテルについて世界の事例での最高金額は、欧米で1企業で500億円、それから1産業、これはビタミン剤カルテルの件ですが、1,000億円です。それに比べてもはるかに高くなる。やはりこういうものについては最高額を決めて、その限度内で裁量の中で基準をちゃんと決めてやる必要がある。裁量の基準を決めることによって抑止力は高められるんだと思います。

第5の問題点は、コンプライアンスの視点が無視されていることです。裁量の問題は、このコンプライアンスの問題に関係があります。現在、国家と市場ということが言われておりますが、戦争の可能性が少なくなったことなどで国家が弱くなってきているのに対し、市場は経済発展とともにどんどん強くなってきている。国家と市場との関係で市場が優位になっている。そうすると、何か規制をする場合に国家と市場との関係をよく考えて、市場で活動している企業、殊に大企業に対して自主的な規制をさせるということが非常に重要なことになってきています。

例えば、環境問題などについてもかつてはすぐ罰則を強化しろということが主張された。罰則強化ということも必要だけれども、企業にそれを守らせる。環境について環境規制を守らせるという努力が必要で、現在大企業はほとんど環境報告書というものを出して自分で自主規制している。そして、資本市場でもそれを評価して企業に投資するかどうかを決めている。そういう体制をどんどん推進する必要がある。

アメリカの場合、独占禁止法についても同じ状況にあります。そして、企業が独占禁止法のコンプライアンスをちゃんと実施しているかどうかということが刑罰の裁量のときに関係してきます。もちろん違反行為が行われた限り、コンプライアンスがどんなに厳しく実施されていても、それによって免訴になるということはありません。しかし、量刑の裁量では考慮されます。しかも、それは非常に厳密で、幹部がそういうことに対して熱心にやっていなければ、幹部の個人責任が追及され、共犯として幹部が牢屋にぶち込まれる可能性もあり

ます。

結局、今、独占禁止法の規制というのを整理すると、まずは違反があった場合に企業に対し、高額な課徴金、制裁金がかかるかもしれないと恐れを抱かせて、最高額を決めその下で裁量を行う。また裁量のときにはコンプライアンスのことを考えて、慎重に法令を守っているかどうかを考慮することが必要です。

かつ3番目に、高額な罰金や何かをかける場合、あるいは排除措置をとる場合には、事前に聴聞するという制度を置いて、相手方も十分納得できるような形にする。これは防衛権の保障の問題でもあるし、しかもそれによって極めて優れた判例をつくることができる。

先ほど、鈴木専務理事から関係の判例がないとありましたが、日本は判例が少ないのです。アメリカは何万という判例があり、EUもありますが、日本は数十件です。だから、判例をできるだけ豊富にし規制を具体化していく必要があります。判例というのは経済社会の変化に伴って3年、5年でどんどん変わるし、判例変更もある。日本では法令遵守と言っても、内容の法令遵守が大陸法的な六法を見ればわかるというようなことをやっているのだから、法令遵守をやっている大企業がいろいろスキャンダルを出しております。法令というのはどんどん変わるんだという考え方で対応することが必要だと思います。いずれにしても、私はその3つを組み合わせないと独占禁止法の本当の意味での執行力というものは出ないのではないかと思います。

第6の問題は、二重制裁の問題です。これは沿革的に先ほどちょっと触れましたけれども、独占禁止法は最初は排除措置とか刑罰だけだった。それで、オイルショックのときに刑罰がやはり使えないというので課徴金制度が導入されたけれども、これはもう刑罰は使わないという前提でもってやった。ところが、90年になって日米構造問題協議でアメリカから、日本の独占禁止法の制裁が非常に弱い。課徴金だけではだめだ。課徴金を上げると言ったけれども、上げただけではだめであるといわれた。これはアメリカだけではなくてEUからも言われました。日本の市場が非常に閉鎖的なのでそれを打破するために求められたのです。

それで、90年に今度は刑罰も一緒に積極的に活用する。両方活用することになったのです。そして、その後、課徴金が2%から6%、今度は10%になった。刑罰は企業に対して500万円だったのが今は5億円に上がっている。それで、今度は犯則調査権と両建てでどんどんやろうとしております。これはおかしい

形です。これは理論的に考えたことではなく、なし崩し的にその場の問題があって、それに対して対処するかたちで行われてきました。対処してきたことはいいのですが、今、考えてみるとこれは非常におかしくなっている。

いずれにしても、これを何か直さないと非常に問題が多い。法人で見ると、企業にとってみると違反を1つやった場合、2つの機関から2つの手続で同時にやられる可能性がある。これは規制としては非常に適正ではないですね。公正取引委員会の行政的規制の場合は、企業の経済活動を対象とし、経済的情報を集め、経済経験則や状況証拠を使い、経済を分析して推認する方法を用いながら企業の行動を調査する。他方、刑罰の場合、基本的に個人の行動を対象に、いつ、どこで、だれが、何をしたか、ということが調査されます。だから、調査方法が全然違う。違うものを企業の方では同時に調査され、それに対応せざるを得ない。こういうことになると、非常に企業の方にも負担がかかる。それから、二重制裁については、憲法問題もありますが、憲法問題を別にしても、行政の制度として問題がある。どこの国でも二重制裁制度はとっていないのです。

独占禁止法では個人を原則的に規制していないですから、実際に違反行為を行った個人に対して刑罰をかけるのには理由があります。

しかし、法人に対して高額の課徴金を課した上でさらに刑罰をかける必要があるだろうか。悪質・重大な違反事件に対する課徴金は、今回の改正で、数十億円、数百億円になると考えられるが、これに対して5億円以下の罰金をかける意味があるのだろうか。

アメリカでは法人にも個人にも刑罰ということで現在やっていますが、最近の改正で個人に対しては3年以下の禁固というものを10年以下の禁固にしました。それで、罰金も35万ドル以下だったのを100万ドル以下とした。個人を追求しようというのがアメリカの傾向です。会社の方に対してはコンプライアンスを本当にやっているかどうかということで追求して、やっていなければ、違反の共犯者としての幹部の追求を厳しくする、もし、会社の取締役会が違反を容認していたら当然全取締役が追及されます。

次に、第7の問題として、審査手続の問題です。今度の改正では余り知られていませんが、検査妨害罪の罰則が、20万円から1年以下の懲役または300万円以下の罰金に格段に強化されています。しかし、審査手続規則は審査権限を定める手続であるのと同時に、審査権限が適正に行使されることを規定するも

のです。

日本の場合、調べられる方の防御権が弱いのです。審査といいますとまず立入調査ですが、アメリカの場合は立入調査は原則としてありません。連邦取引委員会は権限そのものを持っていない。司法省も民事事件については立入調査の権限は持っていません。刑事事件については一般的には司法省は押収、逮捕、差押えの権限を持っていますが、独占禁止法についてはまず行使することはないです。刑事事件で何をするかといえば、疑いがある場合には大陪審で調査します。その場合には報告命令書、提出命令書、出頭命令書で承認を取るといって立入調査はしない。また、FTCの場合には同じです。調査手段は報告命令、提出命令、それから呼んで供述調書を取るといってことです。

日本の場合には、ほとんどすべての事件についてまず立入調査が行われる。本来は立入調査というのは資料を見て調書にするだけなのですが、それと同時にすぐに提出命令を出して、その場で持って行きます。差押え、押収と同じ形で行われる。コピーを取ることほとんど不可能です。

それで、どういう形になるかというと、審判を請求して主張する場合、全部資料を押収されていて、被審人が持っている資料は何もないという状況が出てきます。だから、防御するにも防御できない状態です。欧米諸国では被疑者が出した資料は全部その時点において被疑者は持っている。資料提出命令に対してもコピーの提出で構わない。情報を提供するのにコピーが虚偽だったら、これは罰則になります。

アメリカの場合には、供述調書を取るときに弁護士を同伴出来る。日本において審判で争われるのは、大概供述調書は皆、脅かされ押印したとか、長い時間、12時間以上帰されなかったとか、そういう問題が多いのです。アメリカではそういうことは起こり得ない。弁護士が付いていて、そういうことがないようにチェックするのです。また、日本の場合には調書を取られても皆、審判廷でそれを証言によって引っくり返す。それで時間がかかる。それよりは、むしろ弁護士を同伴させた方がいい。証言するのは本人で、弁護士は証言できないのです。弁護士はそばにいて、そういうことでいいかどうか、それから法律についてわからないことを聞かれた場合に法律の知識を与えるということに付いている。

日本では、アメリカやEUのように会社が調査された時点で調査内容を把握できない上、事前聴聞手続でも審査官手持資料の開示が認められていません。

欧米の場合には、いずれにしてもA企業は、A企業の職員から出た資料は全部その時点で手元にある。それで、審判が始まると審査官の方で持っている事件についてほかの人から留置した資料も全部見ることができる。日本では見られないんです。だから、防御権がそのところで全然違う。まず審査の段階でちゃんと防御権を与えないと、これはできない。

ですから、公正取引委員会の審査に対して非常に不満が多いのです。不満が大きいままで執行力が強化されるということはありません。規制機関に対する信頼性が出てきて初めて執行力が増すので、こういう形で審査が一方的に行われているということは基本問題の一つだと思います。

**塩野座長** どうもありがとうございました。多少時間が迫っておりまして、質問の時間も取っておきたいと思います。そこで、残されている8、9、10のところでございますが、10は最終的な締めくくりですか、8、9について一言ずつ本当に1、2分をお願いします。あとは、これは資料ですので、委員会の資料として皆さんが当然読むべきものとしてお配りしてありますので、ごく簡単をお願いします。

**伊従弁護士** 第8は、不公正な取引方法の制裁規定の問題です。日本の独占禁止法がアメリカの法制度をモデルにしております。そのアメリカの連邦取引法5条というのは、不公正な取引方法についての罰則を置いていませんでした。それは不公正な取引方法は経済社会の変動とともに変わるからということです。しかし、アメリカでは70年代から変わってきています。

まず不当表示や何かで消費者に被害を与えた場合は、これについて消費者に補償するという形で、ときとして10億円を超える金額が支払わせる場合があります。consumer redressといわれています。

それから、民規則や審決例で明確な違反行為については、連邦取引委員会法5条m項で民事制裁金制度が導入され、1万ドル以下の制裁金が課せられます。日本でも下請法については、親事業者が下請事業者に損害を与えた場合には公正取引委員会は金銭を補償させており、最近では正式の勧告でも行っています。

下請法も優越的地位の濫用行為の規制法で、不公正な取引方法の規制の一部ですから、他の不公正な取引方法についても、行為類型が具体化されている場合には同じように金銭的制裁を課すべきだし、制裁規定を導入すべきだと思います。不正競争防止法も従来は違反に対して罰則はなかったのですが、最近それを導入し、強化しています。

不当廉売についてはアメリカの場合には州法で刑罰と3倍額の損害賠償を定めています。ドイツ・フランスでも不当廉売に制裁規定をおいています。現在競争は激しく、それに伴って不正競争も多くなっているため、それを制裁金によって抑えるということは非常に重要なことです。アメリカを含め欧米のこの規制は変わってきています。もし価格カルテルなどについて課徴金などを欧米並みに上げるといふんだったら、こちらの方についてもやるべきではないかと思えます。

次に第9は、入札制度の問題です。官製談合などについては、官製談合防止法があって、官が主因であるという場合にそれを防止するために規制しています。そうであれば、官の違反に対して罰則をかけないというのは法制の欠陥です。むしろ被害者というか、それに関係したというだけで民間だけがその措置をとられるというのはおかしい話です。違反問題を起したところに罰則、あるいは排除措置をかけるべきということだと思います。

それとは別に、日本の価格カルテルの規制の中で入札談合事件が非常に多くて8割以上となっています。外国では1割あるかどうかくらいですから、日本は異例なのです。配付した資料にあります専門家の論文によると、アメリカの連邦政府の調達では、日本と同じような完全価格競争入札は約4分の1で、あとは競争的な交渉方法、日本で言うところの見積り合わせが半分くらい占めています。また、州政府レベルでは入札はやるけれども、最低価格者と契約するのではなくて、最低価格者から数社を取って、そのところで交渉して決めるということです。考えてみますと、市場経済では取引先選択の自由というものがあって、一般には皆、事業者は売り手と買い手とお互いに選択をし、自分のいいと思った取引先と取引する。要するに、それで市場経済が成立しているわけですが、日本の場合にはそれが100%目隠し競争となっている。取引先を決めるのに自分で決めなくて機械的な競争入札をやる。それで今、問題になっているのは、目隠しをしているのにちょっと見たとか、そういう形式的なことなのです。

なぜそういうふうになっているのか。そもそも日本で入札制度を入れたのは公務員の規律の問題からです。賄賂を取ったり、自分のコネ、自分の親戚とかに仕事をやるといけないからということでこういう形になった。だから、公務員の規律のためなので、適正な購入を考えるためではないのです。もちろん5社とか10社について能力や技術からみて甲乙つけがたい場合にくじ引きのように価格競争入札ですというものは合理的です。ですから価格競争入札制度を含

めて、経済の実情に対応した選択的な調達方法を検討する必要があると思います。公務員の規律は調達方法ごとに、別途考えるのが適切です。

民間の入札での談合はほとんどありません。官庁の入札ばかりです。官庁の方も本当に物資の購入について責任を持ってやっているかどうかはわからない。決められた規則にだけ従い、目隠しでやる。目隠しで、自分の取引相手を決めるというのは本来おかしい。入社試験や入学試験も最後はやはり面接をしてちゃんと決めたいというのは当然のことなので、そういうことが全面的に禁止された形になっているのは私はやはりちょっと異常ではないかと思います。その結果として、価格カルテルのうち80%以上が入札談合となっているのですが、この状況は、やはり基本的に問題があるのではないかと思います。

それから、最後の問題は国際的なハーモナイゼーションの問題です。現代のようなグローバル経済の下では、手続という問題は国際的な整合性を持たないといけない。グローバル化の時代でこの10年くらいで欧米で取り上げられている国際カルテルは30件以上あり、その殆どの事件で日本企業も制裁を受けている。日本でもマイクロソフトやインテルなどは、日本の支社ではなくて外国の本社が独占禁止法の適用を受けている。こういう場合に手続が違うということは非常に摩擦が多く、摩擦が起こってから問題を解決するのではなくて、起こる前に整理しておく方がいい。

また、日本の独占禁止法というのは東アジアについては非常に強い影響力がありますから、商慣習の異なる東アジアで一方的な措置などが取られた場合、日本の企業はそういうところで非常に混乱が生ずる。だから、今のうちに東アジアを含めて、世界的に共通した整合性のある手続をつくるということは、非常に急務だと思います。

どうも長くなりましてすみませんでした。

**塩野座長** どうもありがとうございました。それでは、大変時間が押しておりますが、もし資料の点について質問があれば質問という形ではお受けいたします。

増井委員、何かございますか。

**増井委員** 事前聴聞制の関係で、資料とも関係するのですが、2つほど御検討いただければと思います。

1つは、2ページで事前手続の流れでは、命令の名宛人は、意見陳述と証拠提出の機会を与えられただけで、行政側の事実認定の説明や証拠の開示等の義

務が一切ないではないかと強調しておられます。しかし、もともとこの課徴金の納付については行政手続法では弁明の機会を付与する必要がないとしているし、排除措置命令について行政手続法では、弁明の機会を付与すれば足りることになっているわけです。今、手持ち資料の開示がないということで、同法 18 条のミニマムスタンダードも満たしていないということを非常に問題にしておられる。しかし、新しい独占禁止法自体は 18 条も含めて不利益処分全体について適用しないことにしているわけですね。そのような状況の下で、この一部の 18 条の開示というところを取り上げられるとちょっとどうかなという感じもします。私は審判手続について問題がいろいろあると思うのですが、ここに書いておられるように意見陳述と証拠提出の機会があれば最低限度のヒアリングの要請は満たしているという見方もできるのではないかと。この 2 ページの書き方は正確なのかということが 1 つです。

それからもう一つは、先ほど迅速性の関係で緊急停止命令制度の存在を強調されたのですが、一方では独占禁止法違反の事件は、経済事犯ですから迅速性ということのウェイトは高い。そればかりでなく、緊急停止命令制度というのはやはり例外的な制度です。例外的な制度ですから、「緊急の必要性」というように要件が厳しいわけですから、そういうものを余り重く見た議論を展開して、全体的な経済的な事犯に対する迅速な対応という要請に十分対応し切れるのだろうかという感じがしております。その辺の資料も併せ、全体を見てお話いただければと思います。

**伊従弁護士** ご指摘ありがとうございます。第 1 点でございますが、独占禁止法の場合には行政手続法の適用を従来から外しています。改正前の独占禁止法では、恐らく日本で一番慎重な事前聴聞制度である事前審判制度をとっていました。証券取引法への課徴金導入のときにも公正取引委員会と同じようにするという話もあったくらいで、非常に典型的な手続だったのです。ミニマムスタンダードだった行政手続法を排除してもそれ以上に保護されていたから適用除外にしても問題がなかった。

ところが、今度は簡便な排除措置命令になったわけですから、これは非常に重要な問題です。増井委員から御指摘があった行政手続法の点について言うと、改正法は 13 条をモデルにしたのかもしれないのですが、行政手続法の基本的な考え方は、不利益処分をする場合に事前の聴聞をするという 18 条の方が本来の考え方だと思います。今度の場合には 13 条をモデルにしたような形ですけれど

も、本来行政手続法は、行政処分をする場合に事前手続を充実させるということが眼目だったわけで、改正法はそれに対してはそれに反しているということを私は言いたかったわけです。

**増井委員** 2点目はいかがですか。迅速性との関係で、緊急停止命令制度を強調されることはいいのかということです。

**伊従弁護士** 迅速性についての問題ですが、例えば不当表示をやっているといつて、仮に不当表示について調査をして処分しようとする、調査時点で通常は不当表示を止めています。カルテルについてなどもそうです。現在、価格カルテルについて調査に入ると大体それで止めるというので、大体調査時点までしか課徴金をかけていません。調査をした後は止めているということが通常です。ですから、立入調査されてなお違反行為を継続して行っていて違反行為を差し止める緊急の必要があるという場合は極めて例外的な場合なんです。

ですから、そういう面で言いますと制度としては緊急の必要があるときには緊急停止命令をかけると言っていますが、緊急停止命令をかける事で十分だと思います。

今度は排除措置命令を出すのだから、それだけで非常に迅速にできるわけです。ですから、なぜ緊急停止命令制度をそのまま置いているのかわかりません。事前聴聞制度の下で緊急停止命令制度は必要だし、それは裁判所の判断による命令で、適切な制度だと思います。

**塩野座長** 手続法との関係は私もいろいろ議論のあるところですが、今日はこういうことでさせていただきたいと思います。

根岸委員、どうぞ。

**根岸委員** 意見ということではなくて感想ということでお聞きいただきたいと思います。

簡単に申し上げますけれども、基本的には欧米を参考にするということは非常に重要なことだと思います。しかし、欧米を参考にする場合には独占禁止法だけではなくて、さまざまな経済法制を全体として見る必要があるし、そこでやはり司法制度と行政手続制度というのはかなり異なりますので、その全体を評価した上で独占禁止法の位置付けというのはやる必要があるのではないかとというのが1点です。

次に日本のことですが、今もお話がありましたが、一方では迅速処理の要請というものがあるわけです。そして、それと適正手続というものがもち

ろんあって、そのバランスだと思います。それで、結局今回の改正で事前と事後の手の全体として見て、これが適正手の保障の観点から見てどうかという判断をする必要があると思うんです。

その際、先生はおっしゃっていなかったかもしれませんが、指摘のあった問題点について、例えば規則で事前の手のところでもう少し相手方に説明をしてやろうという規則をつくっていますね。それから、コピーについても規則をつくっているということです。したがって、法と規則の全体を眺めてみて、適正手という要請との観点で検討する必要があるのではないかというのが2点目です。

それから3点目ですけれども、確かに審判を請求するのは被審人というか、企業の方なんですけれども、企業の方はいわば何が争点かという責任は負っていると思います。しかし、その争点になった問題について、例えば違反行為があったかどうかというようなことについてはあくまでも公正取引委員会が立証責任を負っているわけです。したがって、今回変わったからと言ってその立証責任が引っくり返ったということはないと思います。これが3点目であります。

それから、ECの場合はECとアメリカのFTCとは違うので、ECはいわゆる聴聞であっていわゆる行政審判というのと違いますので、その点は区別する必要があるのではないかと思います。

これ以上言いますと時間が足りなくなりますので、一方的に申し上げて申し訳ありません。

**塩野座長** コメントとしていただきたいと思います。それでは、ほかにもいろいろあるかと思いますが、以上で伊従弁護士からのヒアリングを終えたいと思います。どうもありがとうございました。また何でもお寄せいただければ、資料としてはお配りします。

**塩野座長** それでは、岸井さん大変お待たせいたしました。どうぞ。

**岸井教授** それでは、私の資料は「2年後の見直しに向けた課題」というレジュメで、詳しい部分と簡単な部分がありますが、簡単な部分については必要に応じて口頭で補足をさせていただきます。

それから、資料としては1つは今年の10月に経済法学会で独占禁止法改正についてのシンポジウムがなされまして、私が課徴金制度の強化について報告をさせていただきましたので、その論文と、それから説明の際に議論も出るかと思うので補足しておいた方がいいだろうということで、参考資料の追加を付け

ております。

それでは、時間も迫っておりますのでお話をさせていただきます。ヒアリングのお話をいただきまして大変光栄なのでありますが、どういうふうにお話をしようかと考えたんですけれども、私は独占禁止法の研究を20年以上続けてまいったものであります。今回の独占禁止法の改正についてもいろいろ公正取引委員会の研究会の方では関わらせていただいたものであります。そういう立場から今回の改正、それから恐らく基本問題懇談会自体が2年後の見直しということですので、2年後の見直しに向けてどういうことを考えられるのか。そもそも論をやり出しますと10年後あるいは場合によっては100年後の話になる可能性も出てくるので、2年後の見直しということに焦点を絞ってお話をしたいと思っております。

最初にレジュメのところの「平成17年改正の内容と特徴」ということですが、これは学会誌の論文に書きました点のエッセンスの要約でありますので、基本的にはそちらを参照していただくということで省かせていただきたいのですが、1点だけ、課徴金制度の趣旨・目的について、今回の改正で変わったのか、変わらないのかというようなことが学会のシンポジウムでも議論になりました。私は基本的には従来、「不当利得の剥奪」ということが下級審の判例などで目的として直接言及されておりますが、今回の改正は不当利得を剥奪するという目的は取らないという立場でなされたと理解しております。

参考資料ということで掲げておきましたが、皆さん御存じかと思っておりますけれども、この改正の成立した後に出た最高裁判決ですね。機械保険連盟の課徴金最高裁判決で、これは旧法下の制度についての判示であります。基本的に改正法を部分的に先取りするような、実は成立したのが先ですから判決の方が影響を受けたのかもしれませんが、基本的に不当利得の剥奪という目的に言及しないような形で制度の趣旨を理解しております。

それから、これに書いていませんで、当然のことなので落としてしまったのですが、リニエンシー制度ですね。これについては私の論文の37ページをござらんになっていただきますと、ここでは簡単に書いてあるだけなんですけれども、リニエンシー制度の機能として私は2つを考えております。1つは違反行為の発見機能です。これは要するに全然わからないゼロのところから事件が申告によって明るみになる。それからもう一つは、事件処理の効率化ということです。これは当初の立法の際にもそういう視点が出ておりますが、例えば事件の調査

をして一回検査に入る。そうすると、そこではある部分の違反行為について検査をしたんだけど、ほかの部分も出てくるという可能性があるわけです。そういうときに検査に入った後、これはいわゆる検査開始後のリニエンシーですけれども、こういうものを安易に認めてはまずいと思うんですが、これも非常に効果的ですので、リニエンシーというのは両方を含めてその効果を判断すべきだと考えております。

それから、次の(2)の「平成17年改正の評価と今後の課題」ということで、先ほど申しましたように2年後の見直しということを見据えてどういう課題があるのかということを考えてみました。最初の文章は17年改正の私の基本的な評価ですけれども、そのレジュメの下から2行目ですね。「課徴金制度の実体面では、違反行為の抑止効果という点で、基本的に必要最低限の水準を確保したものと評価できる」。それから、手続面の改正も「規制の実効性の向上を目的としたものであり、今後、運用面の充実は必要であるが、改めて制度を変更ないし修正する必要性は認められない」。これは今の私の2年後を見据えた基本的なスタンスであります。

ただし、実体面ではそこに「国際的に見て」と書きましたけれども、不十分な点は当然あるわけですし、やるべきことは多々残っております。手続面でも、運用面では先ほど根岸先生が規則の話をされておられましたが、こういう点も含めて検討の余地は残されていると考えております。

当面、可能なものというので必要最低限のこととして、実体面については対象範囲の拡大ということで1つは排除行為、これは今回の改正案でも当初は検討されていたものです。

それから、2番目は再販売価格維持行為ですね。これは研究会にいますときからそういうことは言っていたのですけれども、是非対象にすべきであろうと思います。

それから、算定区分の引上げということで、いわゆるハードコアカルテルの原則の算定率ですね。10%ということですが、加算制度なども基本的には12%を前提にして考えておりましたので、政治的にはこれはいわば値引きされてしまったわけですが、これは当初の考え方でやれるのではないかと。

それから、違反効果の期間の長さによる加算制度です。後でもし議論がありましたらこれはお話いたしますが、通常のカルテルは5年以上のものが多くいわけで、そもそも3年で区切っているということは、不当利得という視点で考え

ても、経済的利得という視点で考えても、実質的には半分くらいしか取れていないのではないかというふうに私は個人的には思っておりまして、期間の長さによる加算というのは是非必要であろうと思います。手続面については後でお話をいたします。

次に(3)ということで、この検討会でも課徴金制度の裁量的な制度を導入するかどうかということについていろいろ議論がされていると聞いております。これはどれぐらいのスパンでどれくらい制度をいじるかということではいろいろな選択肢が出てまいりますので一律にはもちろん言えないわけでありましてけれども、皆様がこれから検討される基本的な視点ということでそこに掲げておきました。

1つは違反行為の重大性と悪質性ということで、特に刑事罰との関連でこういう議論がされておまして、重大性・悪質性を考慮するためには裁量性を導入する必要があるという議論。それから、事案に応じたフレキシブルな対応をするためには裁量性を導入する。この2つかと思ひまして、これはその記述に基本的に譲らせていただきますが、私は不当利得の剥奪という目的が外れましたので重大性まではいいと思うんですけれども、悪質性というものを考慮し始めると、これがかなり大きな転換でありまして、そもそもそこまでできるのか、あるいは可能なのかということで、私はここら辺は難しいのではないかと思っております。

それはレジュメの3枚目のところに、悪質性は基本的に考慮しない。これは今回の改正もそういう立場だったので、それを私なりに解釈したことでございますけれども、ちょっとそれを読ませていただきます。

#### 「(1) 行政措置としての課徴金と刑事罰との区別および役割分担

悪質性は行為者の態度や主観的意思を問題にするものであるから、行為に対する倫理的な非難の色彩を帯びる可能性があり、行政措置としての課徴金と刑事罰の区別が曖昧となるおそれがある。また、重大性に加えて悪質性がある場合には、課徴金に加えて刑事罰を科すことで、執行手段全体として総合的な抑止効果を発揮させることが可能である。このようなことが1つあるのではないかと。

それからもう一つは「運用の機動性・迅速性の必要性」ということで、「悪質性を考慮する場合には、カルテルなどの違反行為の形成・運用の具体的な意思決定プロセスに立ち入った、詳細な事実認定が必要となることが多い」。これは、その上の悪質性として考慮されている要素を1から7まで掲げておきました。

れども、例えば繰り返しはまだいいのですが、主導的地位があるかとか、経営のトップが関与したかどうか、さっき出たコンプライアンスですね。それから報復措置があるとか、さまざまな形でこれが実際にカルテルを形成されるプロセスで個人がどういうふうに動いたかということまで含めて考えていかなければいけないのではないかと。

しかも、これは1つだけ考慮して、例えばコンプライアンスだけ考慮して、では別の要素は考慮しないのかということ、悪質性として考慮したらやはり全部トータルに考慮しないと公平ではないというか、バランスが取れないのではないかと思うので、結局これは全部の要因について、いわゆる犯状とか、情状とか、故意・過失と言われているものについて公正取引委員会が結局詳しく審査し、認定をする必要が出てきます。そうすると、裁量だといっても根拠なく裁量権を行使することはできないわけですから、これは公正取引委員会の立証能力とか調査能力の人員なども含めたそういうキャパシティの問題はありますので絶対的なものでももちろんありませんが、現在の時点でこれは大丈夫かと思っているわけでありませぬ。

それから、裁量制のもう一つの要素である、私は可変性と言いましたけれども、現在も実は広い意味での裁量はない制度にはなっておりませんで、一律の基準に加算減額ですね。繰り返しによる加算とか、それから早期中止による減額とか、可変的な基準を設けているわけで、いわゆる可変的な基準と一律の基準という区別をしますと、そこに書いてありますように組合せはいろいろあり得ると思っております。いわゆるフレキシビリティを導入するには、私はそこに狭義の裁量的算定としましたが、E U型のルールというか、制度をいきなり導入する必要は必ずしもないので、可変的なビジョンを組み合わせることでこれを拡大するというのもやれる部分はかなりあるのでないかと考えております。

こういうことですので、この節の最後に資料中のまとめというところに書いてあります。これが私の基本的に2年後の見直しを展望した基本的な考え方ですけれども、実体面での強化については重大性に加えた悪質性を広く考慮する狭義の裁量型課徴金、E U方式というアプローチのほか、違反行為の重大性も考慮した可変的だが定型的な算定規準を算定するというアプローチもあるということで、悪質性を考慮するとどうしても狭義の裁量的算定を導入する必要が大きくなっていきますので、現在の点から考えると後者でも課徴金の裁量

を前提にして念頭に置かれている内容のかなりの部分は考慮することが可能であって、これと今回の改正で犯則調査権限が導入された刑事罰と組み合わせれば、E U型と基本的には同等の抑止効果を発揮させることができる。そういう方向で評価することが可能ではないかと考えております。

ただ、その場合、これはむしろ皆様さまざまな専門の方がおられますので検討を具体的にさせていただきたいんですけども、ハイブリッド型ということも考えられまして、裁量的要素を一部導入するというようなこともやり方としては私は可能だと思っています。例えば、課題として掲げた違反行為の期間の長さによる加算制度というものがございまして、これは計算期間を3年から4年に延ばす。それで、計算書類の保存期間は4年しかないんですね。だから、4年以上は今までどおりのやり方では難しい。

けれども、例えばこれは10年までに上限で10%という基準を設けて、その範囲で結局公正取引委員会が過去どれくらい違反行為をやったかというのはこれは調査をしてわかっているわけですから、その範囲で裁量を認める。こういう形での加算制度は、私は十分に現在の制度でも可能ではないか。だから、部分的な裁量というのは私は今、言ったような形でやってもいいのではないか。その意味でハイブリッドというふうに書きました。具体的なイメージはいろいろ考えられますが、まだそこまで議論が進んでいないと思いますので、基本的な考え方ということでお話を申し上げた次第であります。

その次に、レジユメでは少し短いんですけども、補足しながらお話をさせていただきたいと思いますが、審判手続の問題であります。これについては、先ほど伊従先生がいろいろな議論をなさっているので、この会でも意見が違う方もいらっしゃるようなんですけれども、基本的なところで私の考え方をお話します。まず結論から申しますと、先ほど言ったようにこれは運用で片付く問題だと、いろいろ問題はありますけれども、規則の制定、改定など場合によっては考えられますが、運用によって片付く問題だと考えております。

まず、通常の行政処分は現在の日本の制度の前提では執行不停止でありまして、その上で行政手続法の弁明の機会の付与というものを導入しておりますから、私はその意味では行政処分としての現在の制度でミニマムを満たしていると思います。

その上で、審判手続というものをそこに事後にかませているわけです。そこで事前にせよ、事後にせよ同じだという議論は基本的に正しいと思っているん

ですけれども、ただ、審判手続をかませているということで、そこで命令の名  
あて人が争う権利を保障する。それから、審判手続というのは処分を慎重にす  
るという考え方であるわけですから、この2つの視点を入れて手続を考えてい  
かなければいけないと思います。

この視点から見て、まずそこに書いてある課徴金の納付命令の方からいきま  
す。これは事前か事後かを一律に論じようとする一つの手続のパターンとし  
て認識されますが、結局具体的にどこと違って来るかということ、命令が執行さ  
れるのか。それとも、執行されないで一時停止されるとか、事実上それに近い  
効果を与えるのかということでもありますので、こういう視点から考えるとす  
ると、そもそも課徴金と排除措置は命令の性格が異なりますから一律に論じられ  
ません。

そこで課徴金の方からいきますと、そこに書きましたが、金銭の賦課で事後  
的な回復が可能であるということが基本的に行政処分としてこういうふうと言  
えるんですけれども、さらに審判手続中は強制徴収されず延滞金も減額され  
ると、条文でこういう形になっています。これは延滞金の問題はありますけれ  
ども、それもかなり減額されるということでもありますから、実質的に事後徴収と  
余り変わらないのではないかと思うわけです。そうすると、事前と事後でこれ  
は実質的に変わらないのではないかと思います。

それから、排除措置命令の方ですけれども、これもそこに書きましたが、供  
託による命令の執行免除の制度というものが導入されました。導入という意味  
は、以前は審決の執行免除だったんです。ですけれども、命令の執行免除とい  
うことで制度が命令に振り替えられたわけですが、通常の行政命令にはこうい  
う制度はないと思っています。執行に対する一種の仮の救済に類似する機能  
を持つわけで、民訴の仮処分に近い性格を持っているのではないかと、持ち得るの  
ではないかと思っています。

ですから、こういう形での手当てがひとつなされているというのは、通常の  
行政処分と違ってまさに審判手続が関与していることをこういう形で考慮して  
いるというふうに考えております。

それから、執行停止制度の運用というふうに書きましたけれども、行政事件  
訴訟法が今度改正されて重大な損害が生ずるような場合には執行停止が認めら  
れるという制度が導入されましたので、これなどを参考にして執行停止の条件  
を、例えば公正取引委員会のガイドラインなどで定めていけば、さっき言った

名あて人の争う権利の保障、それから審判手続をかませたことによる慎重な手続というのは基本的に果たされるのではないか。

具体的にお話をしますと、先ほど迅速性という話が出ましたが、独占禁止法のうち特に排除効果を持つ違反行為類型ですね。私的独占の排除もそうですが、不公正な取引方法でもあります。取引拒絶などもそうですが、これは競争者がどんどん売上げを失っていくわけですね。そういうものについて、執行停止しないで審判で争った場合もずっと続いていくということになると、場合によっては2年から3年ずっとそのまま違反行為が放置されるという結果をもたらすわけです。

そこで、こういうようなものは、先ほど緊急停止命令の話が出ましたが、緊急停止命令というのは基本的に審査に着手してからもすぐ発動できるんです。ですから、これは審査段階から発動できるということである意味では限定された制度で、先ほど例外というような話がありましたが、そういうものだと思うわけで、今、言ったような排除効果を持ったものについての執行を停止させる必要性というのは非常に大きいと思います。他方、この排除行為というのは結局競争者を排除する、いわばアグレッシブな競争手段をとっているわけですから、それを一時停止させても事業者側に特に損失が生じるとか、そういうことではないのではないかと思います。

逆に、例えば組織とか、構造的組織と言いましたけれども、組織の解体とか、事業団体の解散とか、そういうものに関わるような場合は執行停止をしてもいいのではないかと思います。

1つの例を申し上げましたが、このような形で具体的に一定のガイドラインなり何なりを考えていけば、私は執行に関する問題は基本的に解決する。そして、これによって審判手続が事前か、事後か、実質的には変わりはなくなると考えております。

それから、これは補足というか、議論が出ておりますので、こちらで議論されたと思い、参考資料の追加で出しておきましたが、刑事罰との関係についてです。これは審判手続と少しずれてしまうんですけども、刑事罰の手続と、それから行政手続ですね。課徴金の手続を分けるということで、例えば分け方が実体面で分けるとすると先ほど伊従さんが言ったように、刑事罰は個人だけというような形です。手続的に分けるのは郷原さんが言っていることなんですけれども、刑事でいく場合には課徴金の手続はストップさせるというか、そも

そもその手続は取らないというやり方です。住み分け論というか、振り分け論と言っていますけれども、これもお読みになっていただければと思いますが、実際に制度設計をしようとするといろいろ問題が多くて、私はこれはまずいのではないかと考えております。その内容についての説明はこちらに譲らせていただきます。以前にシンポジウムでお話をした内容です。

ちなみにこれについて見ますと、法人処罰については刑法の先生なども似たようなことをおっしゃっている方がいらっしゃいます。

最後に、これは全くレジユメには書いていないんですけれども、さっきの審判手続の事後手続化に関わって取消訴訟における裁決主義を外す、つまり審判を経ないでも直接地方裁判所に出訴できるような制度にしたらいんじゃないかという主張をする人がいるというふうなことを聞いております。そういうふうに伊従先生もたしかお書きになっていたのではないかと思うんですけれども、最後にこれについても簡単にコメントしておきます。さっき言ったように執行停止の問題を解決すると事後手続化の問題というのは実質的には解決するので、そもそもこういうことをする必要はないと思うんですけれども、制度をすっきりさせるという意味でこういうことをやるという議論もあり得ると思うんですが、基本的にこれは、行政審判制度を形骸化させるおそれがある。審判を経ないでいきなり地裁に行くということになると、行政審判の場合は実質的証拠がかかるわけです。そうすると、争う方にしたら地裁に行った方が2回事実認定（証拠調べ）を争えるということになりますから、私は行政審判のバイパスという現象がかなり広範に起こってくるのではないかと思います。

そもそも何で行政審判制度を設けたかという、専門機関の事実認定を尊重するという基本的な建て前があるわけで、例えばアメリカのFTCなどは基本的にこのルールでやっておりますし、それからこれはできたら是非調査をしていただきたいのですが、EUの第一審裁判所（CFI）というのも基本的に法律問題だけなんです。事実認定をしないという構造です。恐らく国際的に見ても専門機関である競争当局の事実認定を尊重するというのは、独占禁止法についての基本的なスタンスなのではないかと思いますので、やはりこの基本的な前提を崩すようなことはすべきではないし、またその必要もないと考えております。

ちょっと時間が長くなりましたが、以上です。

**塩野座長** どうもありがとうございました。それでは御質問あるいは御意見、感想でもよろしゅうございますけれども、適宜お述べいただければと思います。

どなたからでも結構でございます。

**根岸委員** 不公正な取引方法と課徴金のところですけども、再販売価格維持行為に対し、課徴金をもって対処すべきという意見ですね。しかし、それはなかなか難しいと私は思うんです。というのは、基本的な考え方としては、不当な取引制限及び私的独占にある「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」という要件の下で課徴金の対象にしようということがありますね。そして、いわゆる「ハードコア」というので、支配型の私的独占も実質的にはハードコアカルテルと同じようなものだからというような説明ですね。そうしますと、日本では再販売価格維持行為というものは不当な取引制限ではないんです。これに対する意見はもちろんありますけれども、そういう取扱いが行われていないで「不公正な取引方法」の一つである。こういうことになると、なぜ不公正な取引方法の中のこれだけを取り上げるかという問題があるのではないか。

私自身は、ここで結論的な意見を申し述べる時期は早いと思いますけれども、しかし、不公正な取引方法は公正取引委員会が指定するという仕組みになっていますね。したがって、そういうものについて確かに再販は国際的に少なくとも最高価格維持行為を除いて確定、最低価格維持行為は「当然違法」というのが原則だと思いますけれども、しかし、日本のそういう位置付けから見るとやはりなかなか難しいのではないかと思います。その点はどうでしょうか。

**岸井教授** 大変重要な御指摘で、私もそこは少し悩んだところではあるんですけども、まず国際的な比較でいきますとヨーロッパではEUの場合ですね。そもそも全体を考えていただきたいのですが、EUレベルでは支配的地位の濫用と、それからカルテルの規制しかありません。日本でいう不公正な取引方法の規制というのは基本的に支配的地位の濫用と、それからカルテル規制の拡大ということですね。競争の実質的制限よりももっと低い段階であって、この両方でカバーされているということになるわけです。

そうすると、日本と重ね合わせますと、日本の不公正な取引方法でEUで課徴金が課されているのは、結局縦のカルテルの垂直的制限だけなんです。私的独占の排除は対象にするという前提です。そうすると、やはり再販が出てくるのかなと思うわけです。それで、EUの場合、block exemption という適用除外規定がありますが、この除外にかからないのがまず再販なんです。イギリスなどはそこに書いておきましたが、再販だけは課徴金をかけるということにして

おりまして、やはりヨーロッパとの比較からすると再販が入っていないとちょっとバランスが取れないかなというのが国際比較からの問題です。

それで、根岸さんがおっしゃった制度化の問題ですけれども、これはこういう問題も出てきます。現在の日本の再販は 12 項でやっているんですけれども、12 項は商品で、サービスに関する再販は 13 項なんです。ですから、再販に課徴金をかける場合、私は課徴金を対象にした新しい類型みたいな形でくり出さないと難しいと思います。そういうことを前提にして課徴金を再販だけにかけるということは、私は一つのアプローチとしては考えられるかと考えた次第であります。

**村田委員** 資料の 2 ページ目の 1 行目のところで、「今後、運用面の充実は必要であるが、改めて制度を変更ないし修正する必要は認められない」とおっしゃっておられますが、今の審判の手續の中では、企業側の防禦権が十分に保障された状況にはないという認識を持っております。例えば、本人の供述調書でありながら、実際に供述したことが必ずしも供述調書に取られるわけではないとか、審判になった時点でも、もともと企業側は立入検査のときに自社の資料ですらコピーはごく一部しか許されないことが多い中で、審判開始決定後も、審査官が事件に関する資料、証拠を全て開示するわけではないというのが実態ではないかと思えます。要するに、審査官が自分達の立証に必要な範囲でしか証拠を開示せず、場合によっては、被審人に有利な証拠や審査官の立証に不都合な証拠があったとしても、被審人はその存在すら認識できないまま、審決が出されている可能性もあるというのが今の審判の手續的な問題ではないかと思っております。このような部分につきましては、今後、制度の変更を検討する余地があるのではないかと思っております。

それからもう一点、参考資料で御説明いただいた 2 ページ目の 2 行目から 4 行目に関して、「政府契約への参加を 3 年間停止するという条文は使われたことがない」とご説明いただきましたが、これも実質的には指名停止措置がなされているから適用されていないのではないかと考えられます。また、「法人処罰の一環としての保護観察的な制度」の導入に言及しておられますけれども、今の日本の刑事司法をよほど劇的に変えないと実際には無理なのではないかと思っております。むしろ公正取引委員会が行政処分としての業務改善命令の一環で、保護観察的なことを行うほうが機動性に富むのではないかと考えます。現在は、公正取引委員会の「審決執行後の監査」という制度も事実上あまり機能

していないように思われますので、このような点に関しましても制度の改善・変更ということも考えられるのではないかと思います。先生の御意見をお伺いできればと思います。

**岸井教授** 制度を改正する必要はないというふうに書いたことを批判する意味でおっしゃっているんですか。それとも、私の今の話は全部運用で基本的に片付くと思っているので、例えば証拠開示の問題なども新しく審判規則ができましたのでそこら辺の運用の問題だと思います。先日も私はNTT東日本のケースで審判を見学してきましたけれども、証拠開示は文書提出命令とかを出したりしますから、そういう意味での一定のルートはあるわけで、それを更にどういうふうに拡大するかという問題ではないか、あるいはその必要があるのかわからないかということが問題点ではないかだと思います。ですから、運用の問題ということでは私も全く問題がないとは言っていないので、意見はその辺では一致している。ただ、どこまで拡大するかというのは具体的な審判の手續など見た上でやるべきではないかと思います。

それに関して言いますと、先ほどの伊従先生のお話もそうだったのですが、審判請求をしてどういうふうに争えとか、これを実際に運用するのは公正取引委員会ですから、公正取引委員会が実際にこれからどういう運用をするつもりなのかとか、その辺については皆さんは意見をお聞きしているのかもしれませんが、そこはちゃんと踏まえた上でやらないと、とにかく法律の条文にこう書いてあるからこういうふうになるではないかと議論をしていると空中戦で余り実質的に生産的な議論にならないと思います。

それから、刑事罰についてはまさに私も同様でありまして、これは動いていないんです。動いていないので、今トップの経営者が社会的に制裁されるというのは、やはり罰金を科するというのは非常に大きいんです。それはむしろ現場にいらっしゃるので御存じではないかと思うんですけれども、そこを私は強調したかった点で、そういう意味でこういうことを書いたわけです。よろしいでしょうか。

**塩野座長** 行政法の点では裁量のところが一番興味のあるところなんですけれども、岸井教授の説明では、刑事の方は主観的な要素を入れるもの、行政の方は主観的要素を入れてはいけないもの、としています。行政だって結構主観的要素を入れていろいろなことをやりますね。今は国立大学ではないですけれども、昔は懲戒処分あった。だから、その場合、独占禁止法の場合には、「お

よそ行政処分だから…」ということではなくて、こういう理由で主観的な考慮要素は排除すべきだということをもう少し丁寧におっしゃっていただきたらと思ったのですが、別添の講演の記録の方にはその裁量のところは余り詳しく出ていなくて、裁量の典型的云々と言われたのは今回初出ですか。

**岸井教授** 初出です。この前、シンポジウムでは口頭で申し上げましたけれども。

**塩野座長** 初出だということであれば、もう少し丁寧に書いていただきた方が我々の参考にはなると思いますので、またできたら文書でお願いしたいと思います。

**岸井教授** また改めていろいろと書いてみたいと思います。

それから、悪質性の方の問題なんですけれども、一言言っておきますと、私も悪質性として問題にされている要素が一切考慮すべきでないというドグマティックなことを言っているのではなくて、の最後のところで、ハイブリッド方式で抑止効果とか、あるいは重大性と場合によっては絡むようなこともあるかもしれませんが、そういう形で部分的に取り込むことは可能だと思っています。

私が申し上げたかったのは、悪質性というものをトータルに正面から問題にするということになりますと非常に広範になるし、例えば今回の改正でも繰り返しのいわゆる累犯加重と言われておりますけれども、あれは結局利益は実際に調べてみたら大きいので、悪質性ということではなくて抑止効果の観点から導入したので、ああいう形ならばハイブリッドの制度設計というのは十分可能だと思います。そういう趣旨として御理解いただければと思います。

**塩野座長** ほかに何かこの際ございますか。

伊従さん、この際、最後に何か言いたいことはありますか。ごく1、2分でいいですから。

**伊従弁護士** 根岸先生から経済法制全体との関係でみるようにという御指摘ですが、それは当然だと思います。課徴金制度は殊に今度の改正で非常に高額になり、恐らく公正取引委員会の方でも目標にするのは数十億、数百億という欧米並みのことを考えてやっていると思いますが、シミュレーションでは、例外的な場合かもしれないけれども、非常に高額になる場合があるので、上限を入れた方がいいということです。改正独占禁止法は非常に独特な法律になっていて、ほかの法制との整合性を考えても、上限を置かないといけないのではないかと思います。

殊に昨今グローバルな市場になってきていてお互いに域外適用をしているときに、日本は非常に特殊な手続をつくってしまったのです。最初はそうではなかったが、沿革的につくり上げられてしまった。これを今の段階で見直す必要が私はあるのではないかとということです。

それからもう一点、事後審判のことですが、やはり事後審判の場合には審判請求に従って審判開始をして、審決も実質的に審判請求に理由があるかどうかについて行われることになるのでは、私は根本的に間違っていると考えます。これは運用で解決することはできないと考えます。

**塩野座長** 最後の点は御意見として伺いますが、最初に言われた「独占禁止法については特別の世界なんだからそれだけに焦点を当てればいいではないか」という御意見でございますけれども、これは私どもは、当初からそういうアプローチはいけないということで検討しております。この研究会では、独占禁止法だけをやってきた人たちが集まって、独占禁止法の世界だけで議論をしていたのでは日本国民の全体として理解を得られないのではないかと、という点が基本にあります。

そこで今回は、もう少し幅広い間口から、幅広くそれぞれの国の中で独占禁止法というもの、あるいは制裁措置がどういう位置付けを持っているのかということをとことん突き詰めて掘り下げていかなければいけないのではないかとということでございます。

**伊従弁護士** 幅広く検討する必要があることはそのとおりだと思います。

ただ、課徴金制度の問題については、高額で画一的な課徴金が簡易な手続で賦課されますが、こういう議論は独占禁止法のほか例がありません。全然裁量がなくてこういう高額な金銭が賦課されるのは極めて特殊です。91年のセメントカルテルでは実際に2地区で112億円の課徴金が取られました。全国だったらさらに高額です。加えて2%のときで112億円ですから、10%になればその5倍取られるわけです。だから、かなり重要です。こういうことについてはっきりその上限を保障しないでやるというのは、おかしい問題だと思います。

**塩野座長** 確かに御指摘はよくわかりますので、問題点として承ります。どうもありがとうございました。

それから、今日の冒頭に休憩を入れますと言いましたけれども、私の司会の不手際とお2人の頑張りでも休み時間はなくなりましたので、このまま続行させていただきます。

(伊従弁護士、岸井教授退室)

**塩野座長** それでは、残り時間は余りございますが、後半の議題へ移ります。前回お約束と申しますか、もしできればということで事務局に主要国の法制の横断表作成をお願いいたしまして、それがお手元の資料のかたちになりましたので、御覧下さい。これは全くの素案の素案という扱いです。「主要国における違反行為に対する措置の概要(横断的整理項目案)」ということで出ております。これは西田・宇賀教授、それからお3人の専門委員の方の御報告を事務局の方でこういう形で取りまとめましたというものでございます。正確性とか、そういう問題ではなくて、こんな形で取りまとめました。こういうことをもう少し正確さを含めて、あるいは詳しさ等々を含めて、そしてもう一つ重要なのは一覧性ですから、一覧性ということも含めてブラッシュアップしていったほうがいいでしょうかということでございます。今日直ちに御意見を承る必要はないとは思いますが、こういう作業をしておりますということでございます。結構これを見ていると面白いと思うところもいろいろありますので、ごらんいただければと思います。

それでは、今日の本題の一つということになっていたはずのものでございませぬけれども、公正取引委員会の方から日本と海外主要国の競争法についての説明をお願いいたしたいと思います。時間を区切って大変申し訳ございませんが、15分程度でお願いできればと思います。よろしく申し上げます。

**南部国際課長** 国際課長の南部と申します。よろしく申し上げます。

早速ですが、時間がございませんので、この資料の内容の説明というよりも資料の説明ということで御了承いただきたいと存じます。

1ページにございますのは違反に対する措置で、行政と刑事と民事が3種類あるところでそれぞれどう割り振られているか。日本の場合は課徴金と刑事罰があり、しかも対象となるのは法人と自然人があり、加えて損害賠償がある。そういう形で並べた表で、アメリカはごらんのとおりで刑事のみ。それから、欧州系は行政処分のみ。ただ、個別にフランスあるいはドイツのような国の中では刑事処分もあるという表でございます。

それから2枚めくっていただいて、3ページは「行政上の金銭的不利益処分の概要」、その制裁金とか課徴金の関係であります。日本は御案内のとおり10%

ということ、それからEUの場合は基本的には裁量に基づいて行われますけれども、上限額が決まった上でこのような裁量に基づいて算定される。イギリスも同様、フランス、ドイツも同様ということで、右にあります裁量の有無につきましては日本以外は裁量に基づいて判断をしているということです。

それから、その右は過失の有無を判断するかどうかということで、裁量を取っているヨーロッパでは過失の有無を判断している。フランスについてはバツ印が付いておりますけれども、これは制定法上過失について判断するという記述がないということでもあります。

ただ、実際の運用のところでは一切判断をしないのかどうかということまでは正直なところではわからないのではないかとということです。

それから「手続」でございますけれども、行政処分の事前事後の手続きということで、日本は御案内のとおりでありますし、アメリカの場合はFTC、連邦取引委員会の制度でありますけれども、日本法の親法でございますから日本と同じように事前手続としての連邦取引委員会の審判があるということ。それから、EUの場合はEU委員会の審判ということではございませんので、欧州第一審裁判所の不服申立処分が行われるということ。それから、イギリス、フランス、ドイツということでここに記載のとおりでございます。

それから、5ページのところで行政審判を行う審判官の資格要件というものがございます。アメリカは連邦取引委員会の行政法判事、ただし日本の場合とは異なり、かなり連邦取引委員会との人事上のつながりは薄いといいますが、独立性が強いというようなことが言われております。

それから、5ページの下に調査権限というものがございます。基本的には間接強制権限、行政上の調査権限を許可状を取らずに行う。日本の場合は許可状を取る調査手続も加えられますけれども、こういう形になっている。EUの直接強制権限は、EU加盟国の裁判所の権限を得てEUの職員が直接強制権限を行使することができる場合もあるということだそうであります。

それから、イギリスのように間接強制権限を使いつつ、また令状を取って直接強制的な行為を行う場合もある。フランスも間接と直接と両方使うことができる。ドイツの場合には間接強制権限もございますけれども、いわゆる制裁金を取るという手続、カルテルなどに対しては令状を取った直接強制で処理がされるということだそうであります。

右の方に自己負罪拒否特権あるいは黙秘権の有無についての整理をしてござ

います。

それから6ページでございますけれども、これは変わりました不公正な取引方法に対する規制でございます。廉売規制は日本につきましては独占禁止法の19条、不公正な取引方法と、それから私的独占の3条に当たる場合がある。アメリカの場合はシャーマン法2条のほかロビンソン・パットマン法という法律がございます。このロビンソン・パットマン法といいますのはクレイトン法の改正法のような形でありまして、差別価格に対する特別の規制が置かれていて、競争を阻害するおそのの段階での規制が可能であり、しかも刑事罰がかかるという意味合いのものであります。ただ、實際上この規定はほとんど運用されていないと伺っているところです。

EUの場合は基本的に市場支配的地位の濫用として規制が行われるということで、イギリスも同様であります。フランスとドイツにつきましては、個別に国内法として競争者を排除する目的あるいは競争者を排除する意図を持った廉売行為に対する規制が設けられているということでもあります。

それから、優越的地位の濫用の規制につきましては日本は不公正な取引方法で、アメリカ、EU、イギリスについては基本的にはない。ただし、優越的地位の濫用ではなくて独占的な地位の濫用ということであれば対象になることもあろうかと思えますけれども、そういうレベルに達しない段階での規制ということでは存在しないということ。それから、フランス、ドイツにつきましては経済的な従属状態に対する規制という観点から特別の規制があるということだと思えます。

最後に再販でございますけれども、先ほど御紹介がございましたようにアメリカではシャーマン法の規定があり、少なくとも最低再販売価格については「当然違法」ですが、最高再販売価格については「合理の原則」に基づいて判断される。あるいは、ECについても記載のとおり、フランスについても記載のとおりということで、大変短くて恐縮でございますけれども、資料の説明ということでは以上でございます。

**塩野座長** どうもありがとうございました。時間の関係で私の方から一言だけ申しますと、公正取引委員会の方の資料ですね。訳語ではなくてやはり原語を入れておいていただけませんか。それぞれ国の言葉でペナルティだとかサンクションだとかですね。それぞれにどういう言葉を使って書いているかということで、これの訳語と原語を入れていただけませんか。ほかにどうぞ。

**村上委員** 1点だけ、むしろ要望事項になるのですが、主要国の分析対象として2か国、カナダとオーストラリアを入れてもらえないかというのが願いです。

その理由だけ申し上げます。排除措置命令を出すまでの手続について世界の行政的手続を見ますと、1つは大陸法的な行政処分を下して執行力を持たせてそれで取消訴訟を裁判所に持っていくということが典型的なものになります。それからもう一つが独立行政委員会の下で事前の行政審判を裁判所的にやって、その審決で執行力ある措置を命じ、審決取消訴訟をやる。これがアメリカの連邦取引委員会の手続です。

ただ、前回アメリカの例で説明していただきましたように、英米法の手続で見ると場合には行政庁が民事の訴追機関となって裁判所に対して民事訴追を起こして、裁判所が命令判決とか、もしくは行政制裁金を課す手続の国は英米法では非常に多いかと思えます。その中でカナダはそういう意味で民事訴追の手続で排除命令を出す国でありますし、オーストラリアは当局が民事訴追して排除措置命令を課するのと同時に、シビルペナルティという民事制裁金も裁判所はそこで課するというシステムになっていますので、英米法的な3つ目のいわゆる行政措置を取る場合の典型手続類型を見ていく場合にも非常に役に立つと思えます。

それからもう一つ、カナダは制裁としてある意味で刑事罰と懲罰的損害賠償を重視するアメリカ型の国であるということです。それから、オーストラリアはある意味で行政制裁金と全く同じものである民事罰をシビルペナルティという言葉で、それを裁判所が課す国である。そういう意味で、世界の行政手続を見る場合において主要国でできたらカナダとオーストラリアの2か国を入れてもらえると非常に役に立つのではないかと。むしろ要望という形でお願いできればと思えます。

**塩野座長** 公正取引委員会には情報の蓄積はあるでしょうか。

**南部国際課長** カナダとオーストラリアのこの表と同じ程度の情報は我々は持ち合わせておりますので、それは大丈夫です。

**塩野座長** たまたまオーストラリアに興味を持っておられる方もありますし、カナダに興味を持っている方もおられますので、その方々を通じて何か資料を得るということは可能だと思います。

それで、今、言われているように違うんですね。だから、それをグローバル

だからスタンダードは1つだということで伊従さんのようにアメリカ型を皆、飲み込めと言われてもなかなか困るところがありますので、その辺は村上委員もよろしく御配慮いただきたいと思います。

**村上委員** そういうことで、参考になるという意味は日本の今回の事前通知意見陳述を行い、行政処分である命令を下して、それから事後審判になって審決を下して審決取消訴訟というものを裁判所に持っていくというその手続と、スタンダードと言うとおかしいですが、諸外国である手続とを比較してみることの価値はあるのではないかと。そういう意見であります。

**塩野座長** そのどこがスタンダードかというのは、ヨーロッパとアメリカでは……。

**村上委員** それぞれにそれぞれの価値はあると思いますが、それらと比べても日本の手続というのはちょっと変わっているところがあるのではないかと。う感じはします。

**塩野座長** どうもありがとうございました。

では、根岸委員どうぞ。

**根岸委員** 今の公正取引委員会の資料の1ページで、私もそうではないかと思ったのですが、事業者の全世界売上げの10%というものがありますね。これはEUはそうであり、イギリスも、フランスも、ドイツもそうなんです。それで確認を……。

**南部国際課長** これはEU法に習って各国が上限についてはそろえたということですね。

**根岸委員** その点だけ確認です。

**塩野座長** この2つの表のつくりはなかなか難しく、完全に溶け込ませることも可能だと思いますけれども、そうするとかえってわかりにくいところもありますので、それぞれの項目をつくるに際して、ドイツ法から見るとこの整理はおかしいとか、ドイツ法から見ると公正取引委員会の方で調べられた独占禁止法の制度というのはもう少し言葉の使い方なり、あるいは制度の位置付けなり、こういうところはこういうふう整理した方がいいのではないかと。御注意があるかもしれません。その点はこれからこの2つの表が内容的に統一された形ででき上がるように努力したいと思いますので、外国法の専門の先生方とよく御相談をしてください。

何度も繰り返して申し訳ありませんが、公正取引委員会事務局は公正取引委

員会事務局で固まってしまう、あるいは独占禁止法をやっておられる先生とのお話し合いで終わってしまう。そうではなくてたまには独占禁止法なんか見たこともない刑法の先生の情報も入れると随分いろいろな道が拓けるといふふうには私は思うものですから、そこはよろしくお願ひしたいと思います。

ほかにいかがでしょうか。

**村田委員** 根岸先生から御指摘があった部分なんですけれども、前回の先生方の御報告の中ではイギリスとドイツは全世界売上げではなくて法人レベルということではなかったのでしょうか。

**根岸委員** そうなんです。だから確認したんですけれども。

**村田委員** どちらが正確なんでしょうか。

**今井調査員** イギリスに関しましては前回も申し上げましたけれども、“relevant turnover” になっておりまして、解釈としてイギリス域外も含んでおりますが、明文で全世界というのはなかったと記憶しております。フランスは明文でございます。

**川出調査員** ドイツについては、競争制限禁止法の条文上は、直近の事業年度における売上高の10%とされているだけで、その売上高の基準までは明示されておりません。規則レベルで規定があるのだと思いますので、この点は、再調査をいたします。

**南部国際課長** 制裁金の上限額、シーリングとしての上限額についての規定はそれぞれ全世界の売上げの年度の10%ということでございますけれども、実際にそのガイドラインに基づいて算定するとき、イギリスのようにまず関連する事業の売上高をベースにして決めていくことになりますから、実際の課徴金なり制裁金の算定の手法のときの基準とシーリングとはある意味で懸け離れている面があるということで、日本はある意味でそれをきっちり取っていますけれども、欧米諸国ではそこは違っているということです。

**塩野座長** まだいろいろ御質問もあろうかと思いますが、御質問のある向きは事務局にお寄せいただければ、事務局から公正取引委員会事務局に取り次ぐということでも捕捉は可能でございますので、そこはよろしくお願ひしたいと思います。

そこで、時間もまいりましたので次回の御案内ということにしたいと思ひます。事務局から御説明をお願いいたします。

**寺川参事官** それでは、次回以降の日程について御説明させていただきます。

今日お配りしている資料に次回第6回以降の予定を書いておりますのでそれをごらんいただきたいと思います。

次回につきましては12月15日木曜日の午前9時30分から、場所はこの建物の3階にあります特別会議室で開催させていただきます。この第6回会合におきましては公正取引委員会から最初にヒアリングを行った上で、そのヒアリング事項に加えまして、これまでのヒアリングを踏まえて、各委員の方に議論をしていただくということを考えております。全体では12時以降、昼食を含めまして3時間程度の会議ということを考えております。昼の予定につきましても、事務局の方から後で委員の皆様の御都合を確認させていただきますので、どうぞよろしくお願いいたします。

それから、来年の1月以降の予定ですが、お手元の資料にございますように、第7回会合につきましては1月20日金曜日の午前9時30分から、第8回につきましては2月17日金曜日の午後1時30分から、第9回につきましては3月6日月曜日の午後1時30分から、第10回につきましては3月30日木曜日の午後1時30分からということで、3月までの予定はこのように決めさせていただいております。以上でございます。

塩野座長 ありがとうございます。次回は昼食も出るということでございますので、会議自体が12時を過ぎるということを前提に御予定をいただきたいと思います。

それでは、どうも今日はありがとうございました。

(了)