

「独占禁止法における違反抑止制度の在り方等に関する論点整理」に係る意見・情報募集に対し寄せられた意見・情報

\*原則として、原文のまま全文(前置きに当たる部分等を除く)を順不同で掲載。

1	検討の際の視点・留意点	2
2	違反抑止制度の在り方	7
	(1) 法執行手段等の多様性について	7
	(2) 課徴金制度について	11
	ア．現行法の課徴金の抑止力(算定率等)について	11
	イ．課徴金納付命令の対象となる独占禁止法違反行為類型の範囲について	17
	ウ．課徴金減免制度について	25
	エ．課徴金の法的性格、算定方法(不当利得相当額等を根拠とする必要性)等について	28
	オ．企業において法令遵守の取組が行われていた場合に、このことを課徴金の算定に当たって考慮する仕組みについて	36
	(3) 刑事罰について	39
	(4) 違反行為のあった法人の代表者に対する制裁の強化について	52
	(5) 民事訴訟の活用について	55
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)	66
	(1) 審判官の在り方について	66
	(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	71
	(3) 不服審査の在り方について	88
	(4) 排除措置命令と課徴金納付命令の在り方について	107
	(5) 審査・審判と適正手続の保障について	110
4	不公正な取引方法に対する措置の在り方	129
5	その他	144
	(1) 公共調達における入札談合問題について	144
	(2) 公正取引委員会が行う警告、注意について	150

「論点整理」の項目	寄せられた意見・情報
1 検討の際の視点・留意点	
<p>(1) 違反行為に対して十分な抑止力が確保されていること 違反行為を行った事業者等については、行政処分や刑事処分が課(科)されるが、これらの処分は、違反行為を抑止する観点から、十分なものでなければならない。</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。(中略) の違反行為に対して十分な抑止力が確保されることとあるが、その抑止力の意味が明確性を欠く。抑止力が誰に向かっているか。ある違反行為を犯した当の事業者に対してであるか、他の事業者に向かっているか。この点は、違反行為の排除措置では十分でなく、抑止力の確保ということで課徴金の対象とする違反行為の範囲を定めるかということに関連する。当の事業者に対してであるなら、再犯防止ということになるが、過去の違反行為で再犯が行われていないものに対し、課徴金を賦課する必要があるかということになる。例えば、不公正な取引方法、排除型私的独占である(支配型私的独占、あるいは購入量カルテルも同様である。)。他の事業者に対する抑止力ということであるなら、これまで同類型の違反事件が生じていない行為に対し、何故課徴金を賦課するかということになる。これも私的独占あるいは不公正な取引方法についてである。課徴金の対象を拡大することは、私的独占であるなら刑事罰との兼ね合いが常に問題とされるのであり、必要不可欠な分野に限定すべきであると思料する(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p>
<p>(2) 実効的な法執行が可能な制度であること 違反行為を行った事業者等に課され得る処分が十分であっても、実際に処分がなされなければ抑止力が確保されず、実効的な法執行が可能な制度であることが重要である。</p>	<p>ここに示された視点・留意点には異論はない(流通科学大教授 小畑徳彦)。</p>
<p>(3) 行政処分に際して適正手続が保障されていること 独占禁止法の法執行の中心をなすのが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)であるが、その際に、公正で透明な手続が確保されることも要請される。</p>	<p>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)。</p>
<p>((2)(3)の両者に関連して) 適正手続に配慮しつつ、いかに実効的な法執行を確保していくかという視点が重要である。</p>	<p>「(1)違反行為に対して十分な抑止力が確保されていること」及び「(2)実効的な法執行が可能な制度であること」について</p>
<p>(4) 国内の他の制度や外国の制度とも比較しつつ検討すること 我が国において参考となると考えられる制度(税法、証券取引法等)と比較しつつ検討することは有益である。また、海外主要国の制度との比較も参考となるが、その際には、単に競争法だけで比較するのではなく、それぞれの国における基本法制(司法制度や行政手続)の在り方の相違も踏まえて比較・検討が行われるべきである。</p>	<p>「(1)違反行為に対して十分な抑止力が確保されていること」及び「(2)実効的な法執行が可能な制度であること」について</p> <p>(1)委員意見における「これらの処分」や(2)委員意見における「処分」が、独占禁止法における処分のみを指すのかどうかは必ずしも明らかでないが、実際には、独占禁止法違反行為に対しては、独占禁止法に基づく行政処分や刑事処分のほか、民事請求や監督官庁による監督処分、指名停止など、さまざまな処分が重疊的に行われている事実がある。特に、指名停止については、地方自治体による指名停止が国土交通省の定めた基準と異なり、不透明な運用が行われているという大きな問題がある。</p> <p>独占禁止法違反行為を防ぐためには的確かつ有効な抑止力の確保が重要である。ただし、課徴金引上げ等の一方的な措置だけでは、企業活動に萎縮効果を生じさせてしまい、結局、国民経済の健全な発達を阻害し、本法の目的を達成することができなくなってしまうおそれがある。</p> <p>真に実効性を高めるためには、これら独占禁止法における違反抑止制度にとどまらず、独占禁止法違反行為に対する措置全体としての実効性ある抑止力に配慮しつつ、海外主要国の制度とも比較しながら、効率的で適正な手続を確保する必要がある。</p> <p>特に、「予見可能性が確保されていること」及び「国民経済的に損失のない合理的な制度であること」という視点も加えて、今後、議論を深めるべきである。</p>

「(3) 行政処分に際して適正手続が保障されていること」について

「行政処分」について

適正手続の確保の観点からは、「行政処分」に限らず、公正取引委員会等の行う「行政指導」等に関しても、企業活動に与える影響が大きい。したがって、行政処分のみならず、「行政指導」等を含めた公正取引委員会等の措置・指導全般に際して、公正で透明な適正手続が確保される必要がある。

違反行為に対する公正取引委員会等による措置は、行政処分に限られないのであるから、適正手続の保障が、行政処分に限定して必要とされるかのような表現は、適切ではなく、今後の議論においては留意すべきである。

「適正手続」について

違反抑止制度は、事業者に不利益を課(科)すものであることから、少なくとも、公正で透明な手続が確保されることは、必須であるが、「適正手続」という文言を抽象的に用いるのは避け、その具体的内容として、各論につなげるよう、規定の明確性への配慮、行為と処分の均衡、謙抑主義的な考え方を各論として議論する必要がある。

「(4) 国内の他の制度や外国の制度とも比較しつつ検討すること」について

単に国内外の制度比較を行うのではなく、外国企業との国内市場における競争激化を前提に、外国企業に対する本法適用の在り方に関して海外主要国の制度との比較・検討を行うことが重要である。

そのうえで、外国企業への法適用も念頭に、海外主要国における適正手続の実態を含めた比較・検討を行うべきである。ただし、外国法制度の表面的な引用により安易に制度設計がされないよう、十分な議論を重ねるべきである。

「その他(独占禁止法の運用)」について

市場における公正かつ自由な競争を尊重し促進することが重要であることは確かであるとしても、個々の市場は必ずしも一様ではなく、特に規制緩和が進められている市場については、公正な競争の在り方には差異があり、競争至上主義的な観点によりすべての市場を画一的に捉えることはできないことにも留意する必要がある。

例えば、わが国のエネルギー市場における競争については、エネルギーセキュリティや環境問題等とのバランスをよく考慮した上で、広く国民にとっての利益及び中長期的な国益とは何かという点を踏まえて考える必要がある。独占禁止法の運用に当たっては、このような国家レベルでの政策、視点との整合を図りつつ、市場における公正競争の在り方が十分に検討、考慮されなければならない点も看過すべきでない。

また、エレベータ事故にみられたように、業者の信頼性や品質の優位性など、数値化し難い重要な要素が軽視され、最も重視されるべき安全性の確保がおろそかにされたり、営業秘密、ノウハウ等の知的財産権が軽視されたりする弊害があり、価格競争だけを重視する風潮の是正も必要である(経営法友会)。

われわれが独禁法の違反抑止制度に対して期待する原則は、大きく二つある。公正で透明なルールに則り、違反行為を適正手続の保障(デュー・プロセス)の原則に従って的確に取り締まり、弊害の程度に見合った措置を行うこと。上記の措置は、その目的および趣旨が明確で、執行者たる行政の裁量の余地がない、透明かつ予見可能性の高いものであること(経済同友会)。

適正手続、透明性及び予見可能性の確保

お客様に信頼・安心して商品・サービスを利用して頂けるよう法令遵守の徹底に日々努めることは、経済活動を行なう企業として当然の責務であり、これが経済憲法とも言われる独占禁止法に関して特に妥当すべきことは言を俟たないところであります。

かかる社会基盤の上で、独占禁止法に関する準司法的権限を有する公正取引委員会による法執行・法運用面での

適正手続・透明性が十全に確保されていること、及び独占禁止法の法適用に関し高い予見可能性が確保されていることは、企業による独占禁止法に対する過度な警戒心あるいはそれに伴う企業の営業活動の萎縮を回避することに繋がり、以って一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するという独占禁止法の究極の目的に資することになると考えます。

そこで、「論点整理」2頁目の「1 検討の際の視点・留意点」に関する意見として、貴室において独占禁止法における違反抑制制度の在り方等を議論するにあたっては、これまでの公正取引委員会による法執行、法運用及び法適用の状況分析・評価や各方面から提供された意見・情報等を踏まえ、適正手続、透明性及び予見可能性を確保し、公正で明確なルール作りに向けた検討が行なわれることを希望いたします(KDDI)。

「1 検討の際の視点・留意点」では、基本的視点において掲げられている「抑止力」「実効性」が違反行為を行った当事者の再犯抑止に止まらず、独占禁止法違反行為の根絶という法目的達成のため、単に個別的違反事例に対する処分を厳しくするだけでは一面的に過ぎると言わざるを得ない(建築業協会)。

独占禁止法違反に対する抑止制度は、独占禁止法上の課徴金、刑事罰等のみならず、請負契約に基づく違約金や、指名停止措置など様々な方策が取られており、これら全体の方策の関連を明確にしつつ、違反抑止のための制度全体として整理すべきである(8月1日付で公表された経済団体連合会の意見 2と同旨)(首都高速道路)。

昨年の独占禁止法改正により、独占禁止法違反行為に対する行政処分が大幅に強化されると共に、審判制度も大きく変更された。これにつき、まず、現行の制裁制度が、違反行為を抑止するのに必要十分であるか、あるいは、行為の程度や態様に応じて適正であるか、という観点から現行制度を検討することが必要であると考え。さらに、公正取引委員会が厳しい行政処分を課すことが可能である以上、その前提である審査・審判手続制度について、企業が不測の損害や不利益を受けることのないよう、適正手続が十分に保障されているか、他により適切な制度がないか、という観点から現行制度およびその運用を検討することが必要であると考え(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、法執行手続き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、法執行手続き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)。

(1)ないし(4)に関しては、いずれも同感である(全国石油商業組合連合会)。

昨年の独占禁止法の改正により、違反行為に対する制裁の水準は大幅に引上げられ、国際的に見ても遜色のない抑止力を確保したものとなったが、厳しい制裁を課す以上、当然の前提として法執行における適正手続(Due Process)が十分に確保され、その運用の公正性、透明性が制度的に確保され、事業者はもとより国民全般からも予見可能性が高いものとする必要がある。

さらには、そもそも違反行為の態様、程度に応じた適正な制裁が設けられているかにつき、禁止行為類型の見直し、違反行為に対する制裁内容のあり方など、総合的に検討することが必要である。

適正手続の保障や、透明性、予見可能性が確保されなければ、国際化が進展する中で、外国企業も含む個々の事業者に予期せぬ不利益が及ぶ可能性があり、新たな国際摩擦を招き、また正当な競争行為を萎縮させ、独占禁止法が促進すべき競争がむしろ阻害され、国民経済の発展を阻害し、結果的に消費者をはじめとする国民の利益が損なわれかねない(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

独占禁止法違反に対する抑止制度は、独占禁止法上の課徴金、刑事罰等のみならず、損害賠償（違約金を含む）不当利得返還請求や業務停止命令、指名停止等、重疊的に様々な手続を経て、様々な処分が行われている。これらを整理し、相互の関連性を明確にすることにより、違反抑止のための制度全体として、十分な抑止力を確保しつつ、違反行為の悪質性との均衡を図るべきである。

また、その手続についても、人的・財政的に限られた国家資源により運用されるものである。そのような中で、実効あるエンフォースメントを行うためには、同一事業者の同一の行為に対して、抑止と制裁という共通の目的を担う課徴金と刑事罰が、別々の機関によって二重に課され、審判と裁判とが二重に必要とされている構造を解消し、より、簡明で効率的な制度とすることが求められる（日本経済団体連合会、日本化学工業協会）。

「違反行為を行った事業者等については、・・・十分なものでなければならない。」については賛同いたしますが、違反行為を行った事業者に対する重疊的な処分が加えられたことから、現在事業者はコンプライアンスの徹底に取り組んでおり、今後、行き過ぎた制裁とならないようにしていただきたい。

法執行手続等において、国際的に整合性を持った制度にする方向で検討していただきたい。その際、他の国の公共調達法制を含めた比較・検討をお願いしたい（日本建設業団体連合会）。

昨年来、橋梁談合、防衛施設庁談合などの談合事件を中心に、大企業も関わった独占禁止法違反事件が多数明らかになっている。カルテルや談合は消費者利益の侵害や租税の浪費につながるものとして、消費者・市民にとって許しがたい犯罪であり、これらの競争阻害行為を厳正かつ迅速に取り締まることができるように、規制に関わるルールや措置体系を整備し、独占禁止法の執行力を強化することは緊急の課題である。このことはまた、日本経済のカルテル・談合体質からの脱却と、消費者利益の確保や租税の有効活用を進める意味からも重要である。こうした基本的立場は、これまでに提出した『独占禁止法研究会報告書に関する意見』（2003年11月19日提出）『独占禁止法改正（案）の概要及び独占禁止法改正（案）の考え方に関する意見』（2004年6月11日提出）と同様である。

現在、昨年の法改正の際に附則に規定された施行2年後の見直しに向けて、その内容が独占禁止法基本問題懇談会において検討されている。上記の問題意識から、消費者・市民として、施行2年後の見直しを検討する上での基本的な立場は、改正法の施行状況も見定めつつ、十分な抑止力を備えた違反抑止制度を厳正かつ迅速に運用できるような制度的な枠組みを構築することにおくべきと考える（日本生活協同組合連合会）。

#### 【意見】

「独占禁止法における違反抑止制度の在り方等に関する論点整理（以下「論点整理」という。）では、独占禁止法（以下「独禁法」という。）における違反抑止制度の在り方を今回検討する視点、留意点について以下の5つの意見が紹介されているが、いずれにも賛成である。

- 1 違反行為を抑止するために十分な抑止力が確保されていること。
- 2 実効的な法執行が可能な制度であること。
- 3 行政処分に対して適正手続が確保されていること。
- 4 （2、3に関連して）適正手続に配慮しつついかに実効的な法執行を確保していくかという視点が重要であること。
- 5 国内の他の制度や外国の制度とも比較しつつ検討すること。

#### 【理由】

独禁法は平成17年4月に大幅に改正（以下本意見書で「今回の改正」というときは平成17年の改正をさす。）されたが、それは、課徴金算定率の引き上げ（基本算定率を売上げ高の6%から10%へ）、課徴金減免制度

の導入、 犯則調査手続の導入、 審判手続の見直し（審判の位置づけを処分を行う事前審査から処分後の事後審査へ変更）などを内容とするものであり、公正取引委員会（以下「公取委」という。）の行う行政処分（排除措置命令、課徴金納付命令）、検察と共同で行う刑事手続をより円滑に行えるよう目指したものであった。わが国においては未だに談合カルテルなど悪質明白な独禁法違反行為が横行しており、これら違反行為抑止のためにはまずこれら行政上、刑事上の措置を強化すべきは喫緊の課題であるので、当連合会はこの改正の方向を強く支持したものである。もっとも前回の改正は、違反抑止力の強化を求める立場から見れば課徴金算定率が当初目標値よりも低く抑えられ、課徴金が課される対象行為の拡大も最小限であり、民事的措置（差止め、損害賠償）の改正は手つかずであり、不十分なものであった。反面行政処分の対象となる事業者側からは課徴金の制裁的機能が強まった関係で公取委の行政処分手続における適正手続の確保が強く求められることになった。

当連合会は、独禁法上、違反行為に対する行政上、民事上の措置規定は未だ不十分であり、違反行為類型ごとにさらに適切なる抑止、制裁、被害回復のための措置を充実させる法改正が必要であると考え。それとともに事業者及び関係者である個人の側の手続的権利の保障も図る必要がある。適正手続に配慮しつつ、違反行為を抑止する実効的な法執行が可能な制度を構築する必要がある（日本弁護士連合会）。

「1 検討の際の視点・留意点」中の「委員の意見」で「(1) 違反行為に対して十分な抑止力が確保されていること」として、「違反行為を行った事業者等については、行政処分や刑事処分が課（科）されるが、これらの処分は、違反行為を抑止する観点から、十分なものでなければならない。」について、抑止力を確保するために、違反行為を抑止出来るだけの課徴金率に引上げとともに、リンクして発注官庁による長期間の指名停止を義務付けるようにすべきと考える。

その理由として、従前から見ると、行政処分や刑事処分が厳しくなったと言えるものの、しかし、十分な抑止力になっているかというところとは言えない。

多くの社長の口から漏れ聞こえてくるのは、公取委の調査や課徴金納付命令は何も怖くは無いが、発注官庁から入札等の指名停止を受けるのが怖いと言う。

こうした話が出てくる背景には、談合等のカルテル行為で稼いできているので、偶々公取委の調査を受けて課徴金を支払ったとしてもお釣りが出るが、発注官庁から指名停止等を受けたのでは、業績が大幅に落ち込むなど、大きな影響を受けるということにある（個人）。

結論：検討の視点として、委員の意見として挙げられているものの他、重要な柱として、以下の2点について留意されるべきである。

）今次の見直しにおける全ての制度構築に当たっては、どのような制度設計とすることが、最も一般消費者の保護ないし利益に資するのか、という観点から検討されるべきである。

）独禁法秩序の法執行の担い手としては、公正取引委員会のみならず、私人相互間及び消費者団体等による私訴も重要であることから、これらの担い手による民事訴訟制度を通じた独禁法の執行力強化の枠組みについて抜本的拡充が図られなければならない。

理由：上記 ）については、独禁法1条の「一般消費者の利益を確保する」との文言を待つまでもなく、競争法秩序の確保と消費者保護が表裏一体の関係にあることは、諸外国における競争法制の上では常識的な事柄であり、消費者保護の分野では、複数の海外競争当局者の発言として「競争法秩序の維持と消費者保護とは同じコインの裏表である」、「一般消費者利益の確保・増大は、事業者相互間の競争の推進によって最も良く図られる」等の箴言が知られている。事業者間の能率競争を推進するのは、その結果として一般消費者即ち全国民の利益が増大することを

	<p>究極的な目的としているのであるから、具体的な制度構築に当たっては、どのような制度設計を行うことが最も良く消費者利益に適うのか、という観点が見過されてはならない。</p> <p>上記 )については、独禁法違反行為のうち、不当な取引制限及び不公正な取引方法については、公正取引委員会のみならず、車の両輪として、私人間の民事訴訟の遂行を容易にすることが法執行の上で効率的と考えられる。この点、現独禁法上の私訴（損害賠償・差止）は制度として極めて使い勝手が悪く、かつ貧弱であり、これらを抜本的に拡充することが喫緊の課題である(弁護士 山口廣、宮城朗、大西聡、小原喜雄、上条剛、松葉謙三、藤森克美、田島啓己、佐藤千弥、川村哲二、黒田一弘、千葉達朗、中野和子、高山光雄、織田幸二、小関敏光、大橋昭夫(以下、弁護士 山口廣他))。</p>
<p>2 違反抑止制度の在り方</p>	
<p>(1) 法執行手段等の多様性について</p> <p>違反行為の抑止のためには、抑止につながる様々な法執行手段があることが効果的である。</p> <p>違反行為を行った事業者に対しては、独占禁止法の法執行に加えて、違反行為により損害を受けた者等による損害賠償請求・不当利得返還請求、監督官庁による監督処分、発注者による指名停止・違約金請求も行われ得るが、全体として事案の悪質性・重大性に応じた措置等による抑止力の在り方を考えるべきである。</p>	<p>違反行為の抑止のためには、様々な法執行手段があることが効果的との共通認識に賛成である(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>違反行為の抑止のために、抑止につながる様々な法執行手段があることが効果的であるが、それらの間の整合性をとり、全体として抑止力が十分働く制度とする必要がある(流通科学大教授 小畑徳彦)。</p> <p>「論点整理」でも触れられているが、違反行為を行った事業者に対しては、独占禁止法の法執行に加えて、違反行為により損害を受けた者等による損害賠償請求・不当利得返還請求、監督官庁による監督処分、発注者による指名停止・違約金請求等の制裁が重畳的に行われているにも拘らず、抑止制度全体としての整合性が図られていないのが現状である。したがって、今後の違反抑止制度の在り方の検討に当たっては、違反抑止につながるさまざまな法執行手段を総合的に検討し、運用面も含めて全体的な整合性を図っていく必要がある。</p> <p>また、抑止力としての的確性、信頼性及び納得感の観点から、個々の違反行為の悪質性・重大性に応じた措置が図られることが重要であるが、すべての法執行手段がその機能を担う必要はなく、どの法執行手段に依拠すべきかについても総合的かつ整合的に検討する必要がある。</p> <p>その際、留意すべきは、独占禁止法違反事件の場合、独占禁止法の法執行以外の法執行手段は、公正取引委員会の何らかの「判断」がトリガーとなって、事案ごとにその軽重が判断または決定される事後的措置であること、その意味で公正取引委員会の下す「判断」自体が、抑止力全体に極めて大きな影響を与えること、及び それぞれの法執行手段ごとに執行主体（判断主体）と根拠法令が違うこと、の3点である。</p> <p>現在、公正取引委員会には、その判断の根拠となる事実認定と法適用に関して大幅な裁量が認められているが、透明性や予見可能性の観点からさまざまな問題が顕在化している。これに加えて、課徴金の算定等の法執行手段にまで公正取引委員会の裁量の幅を広げることには基本的に反対である。本来であれば、個々の違反行為の悪質性・重大性に応じた措置については、透明かつ適正な手続のもと、客観的な違反行為の事実認定と法適用が期待できる司法機関の判断に基づいて行われるべきである。他の機関が行う場合には、透明性と予見可能性が確保される明確な基準に基づくことが不可欠である。</p> <p>したがって、(1) に関して、課徴金、刑事罰等の独占禁止法の法執行に加え、損害賠償(違約金を含む)、不当利得返還請求や監督官庁による監督処分(業務停止命令を含む)、発注者による指名停止等を含め、違反抑止制度全体として、総合的に検討を行い、悪質性・重大性に応じたものとともに、特に、その運用についても整合性を図るべきである。</p> <p>例えば、談合事件が発生した際に、事業者は地方公共団体等から多数の指名停止を受けることになるが、このよ</p>

うな指名停止を発動する時期や期間はバラバラであり、業法に基づく営業停止処分とも何ら調整なく行われるものである。また、誤って全く関係ない事件についての指名停止が出されたり、同じ事案に対して、排除勧告、課徴金納付命令、審判開始決定、審判審決等、それぞれのタイミングで指名停止が出されることもあり、根拠もなくグループ会社全体に適用したりするなど、慎重さに欠ける運用状況も見られる。

指名停止は、これを受ける企業にとっては、影響の極めて大きい実質的な制裁となっていることから、指名停止の在り方についても、併せて議論すべきである(経営法友会)。

意見 に賛成である。独占禁止法上の法執行だけでなく、指名停止、監督官庁による監督処分、違約金などの制裁処分があり、これらとの整合性をとる必要がある(建築業協会)。

独占禁止法違反行為に対する抑止制度については、本年 1 月施行の改正独占禁止法における課徴金算定率の大幅な引上により強化された一方で、その位置づけは明確に整理されておらず、刑事罰、損害賠償請求、業務停止命令等の制裁との調整による制度全体としての抑止力の確保が重要となっている(国際企業法務協会)。

違反行為に対する重畳的な制裁措置を見直し、違反抑止制度全体として抑止力のある制裁とすること

公共調達市場においては、独占禁止法の違反行為に対して、独占禁止法の課徴金、刑事罰、発注者からの損害賠償請求(違約金を含む)、不当利得返還請求、指名停止、監督官庁の営業停止処分など、様々な制裁措置が重畳的に課(科)される。また、当該事業者に対する株主からの損害賠償請求(株主代表訴訟)も行われ得ることになっている。

このような現状を踏まえ、違反行為に対する各種の制裁措置は、その関連性を明確にし、重複して課(科)すことを解消して、違反抑止制度全体として抑止力が確保される制裁とすべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

については、同感である(全国石油商業組合連合会)。

独占禁止法の違反行為に対して、独占禁止法の課徴金、刑事罰、発注者からの損害賠償請求(違約金を含む)、不当利得返還請求、指名停止、監督官庁の営業停止処分など様々な制裁措置が重複的に課される。

このような現状を踏まえ、違反行為に対する各種の制裁措置は、その関連性を明確にし、重複して課すことを解消して、違反抑止制度全体として抑止力が確保される制裁とすべきである(全国中小建設業協会)。

委員からも「違反行為を行った事業者に対しては、独占禁止法の法執行に加えて、違反行為により損害を受けた者等による損害賠償請求・不当利得返還請求、監督官庁による監督処分、発注者による指名停止・違約金請求も行われ得るが、全体として事案の悪質性・重大性に応じた措置等による抑止力の在り方を考えるべきである。」との意見があるように、独占禁止法違反行為への措置・制裁等を抑止力の観点から検討する場合には、独占禁止法そのものの執行以外にも、事業法に基づく処分などの様々な措置・制裁が科され得ることを考慮すべきである。

一件の事案に対して、独占禁止法の法執行に加えて、様々な手続・手段の下で措置・制裁が科され得る場合、それらが全体として事案の悪質性・重大性に相応する程度のものとなるべきであり、措置・制裁が発動される基準についても、整合が図られるべきであると考えらる。

また、独占禁止法における禁止規定については、必ずしもその構成要件が明確とは言えないこともあり、そもそもその適用についての判断は容易ではない。それにもかかわらず、抑止の観点を強調するあまり、独占禁止法違反行為への措置・制裁を過重なものとする場合には、事業者の正当な活動をも萎縮させることとなり、かえって正常で活発な競争を期待し得なくなることが懸念される(全日本空輸)。

現行独禁法は一定の違反行為に対する刑事罰を維持した上で、課徴金算定率の引上げ、繰返し違反に対する算定率



の割増およびいわゆるリニエンシー制度の導入を実現した。その効果をどのように評価するかも、なお若干の時間を要すると思われるが、しかし、新聞報道等をみる限り、建設業界の入札談合が少なくとも一定の範囲で困難となりつつあるようであり、改正独禁法の違反抑止効果は認められるものといえよう（ただし、現行の課徴金算定率で十分かどうかは、なお予断を許さない）。違反抑止力の強化に貢献したものは次のような要因であったと考えられる。

A 刑事罰の維持

B 課徴金算定率の引上げ・割増算定率の導入

C リニエンシー制度の導入

これらが組み合わされて違反抑止力の強化をもたらしつつあるものと考えられるが、その中でも特に A が重要である。この点は高額な行政制裁金（fine）を課すことはできるが刑事罰を科す権限がない EU では同一の事業者が繰返しカルテルを行っていることを鑑みれば了解できよう。これを抑止するためには行政制裁金の引上げで対処せざるを得ず、現実にも本年 6 月に欧州委員会は制裁金算定ガイドラインを改定したが、これでどの程度抑止力が強化されるはなお不明である。これに対し、刑事罰は「最も峻厳なペナルティー」であり、そのスティグマ効果を考えると、法人に対する処罰を含めて、これを放棄することは得策とはいえない（早大教授 土田和博）。

独占禁止法違反に対する抑止制度は、独占禁止法上の課徴金、刑事罰等のみならず、損害賠償（違約金を含む）、不当利得返還請求や業務停止命令、指名停止等、重疊的に様々な手続を経て、様々な処分が行われている。これらを整理し、相互の関連性を明確にすることにより、違反抑止のための制度全体として、十分な抑止力を確保しつつ、違反行為の悪質性との均衡を図るべきである（日本経済団体連合会、日本化学工業協会）。

違反行為に対する重疊的な制裁措置を見直し、総合的な制度設計を行うこと。そのため、課徴金は、刑事罰との併科を解消するため、制裁は課徴金に一本化し刑事罰を廃止すること。また、公共調達市場で、違約金が導入されている場合は、課徴金と違約金を調整する仕組みを構築すること（日本建設業経営協会）。

委員の意見 「違反行為を行った事業者に対しては、・・・抑止力の在り方を考えるべきである」に概ね賛同いたします。

独禁法の法執行に加えて、建設業の場合は、建設業法をはじめとする関係法令等により種々の制裁が予定されています。

主なものとして 独禁法による排除措置命令、課徴金、罰金のほか、建設業法による営業停止処分、発注者からの指名停止処分、違約金請求及び それ以外の発注者からの指名停止処分等があり、ただ単に独禁法の中だけで抑止力を考えるのではなく、総合的な見地から検討していただきたい。

また、その運用についても多重刑罰とならないような整合性が必要である（日本建設業団体連合会）。

現行法は各種の抑止制度（行政上の措置、刑事罰、民事的な救済手段）が定められていますが、違反行為は後を絶たず、同一事業者によって違反が繰返されているのが実態であり、抑止力は未だ十分とはいえません。違反抑止制度の実効性を向上させるためにそれぞれの抑止手段について改善・充実を図ることが必要です（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））。

【意見】

委員の意見 の「違反行為の抑止のためには、抑止につながる様々な法執行手段があることが効果的である」との意見に賛成である。

委員の意見 の「違反行為を行った事業者に対しては、独占禁止法の法執行に加えて、違反行為により損害を受

けた者等による損害賠償請求、不当利得返還請求、監督官庁による監督処分、発注者による指名停止・違約金請求も行われ得るが、全体として事案の悪質性・重大性に応じた措置等による抑止力の在り方を考えるべきである」との意見もさらに検討すべきである。

【理由】

現行独禁法は独禁法違反行為に対しては公取委による行政措置、刑事措置、私人による民事措置、という3種類の措置を用意している。また独禁法以外の法律に基づき違反事業者に対し監督処分、指名停止などが課されることがあり得る。これら様々な措置が用意され、違反により損なわれた法益に応じ、その回復を実現すべき適切な法主体により各措置が求められ、損なわれた競争秩序、被害が回復されるのである。この現行法の措置体系自体はおおむね適切である。もっとも、実際のところ刑事措置はそれがとられる件数が少なく、民事措置も不十分である。これは問題であり実効化の方策が検討されなければならない。

他方、複数の措置が用意されていることで事業者にとって例えば罪刑均衡の原則等から見て不都合な事態が生じないように配慮すべきである。(日本弁護士連合会)

抑止力を確保するために、違反行為を抑止出来るだけの課徴金率に引上げとともに、リンクして発注官庁による長期間の指名停止を義務付けるようにすべきと考える。

その理由として、従前から見ると、行政処分や刑事処分が厳しくなったと言えるものの、しかし、十分な抑止力になっているかというところとは言いえない。

多くの社長の口から漏れ聞こえてくるのは、公取委の調査や課徴金納付命令は何も怖くは無いが、発注官庁から入札等の指名停止を受けるのが怖いと言う。

こうした話が出てくる背景には、談合等のカルテル行為で稼いできているので、偶々公取委の調査を受けて課徴金を支払ったとしてもお釣りが出るが、発注官庁から指名停止等を受けたのでは、業績が大幅に落ち込むなど、大きな影響を受けるということにある。(個人)

独禁法違反の抑止のための法執行は、産業政策と混同されるべきではない。

当社は、独禁法違反となる企てを抑止するためには、抑止につながる様々な法執行手段があることが効果的であることには賛成する。しかしながら、同時に、独禁法違反の抑止のための法執行と産業政策を混同することを避けることが重要である。

競争政策は、適切な枠組みと環境を提供することによって、公正かつ自由な競争を促進するものである。市場参加者への直接的な作用によってではなく、公正なルールに支配された市場を保障することによって、公正かつ自由な競争を達成することに努めるべきである。それゆえ、独禁法は競争者を保護するのではなく、競争それ自体を保護するものと言われる。他方、産業政策は、市場参加者及び/または市場参加者の団体に配慮し、国家戦略を実行し、特定の産業団体を促進し、保護するために彼らに直接作用しようとする。それゆえ、理念が完全に異なるのである。

特筆すべきもうひとつの要因は、経済の急速なグローバル化である。これらの環境下においては、競争政策は、世界を取り巻くGATT/WTOルールに基づく自由貿易政策と調和させなければならない。この点において、競争政策は、単に、しばしば国内産業の利益に焦点を当てる産業政策とときに矛盾を生じる(マイクロソフト)。

結論：この部分の意見 「違反行為の抑止のためには、抑止につながる様々な法執行手段があることが効果的である」に賛成である。

理由：能率競争の推進により一般消費者の利益が確保されるためには、様々な手段により独禁法の執行力が強化さ

	<p>れる必要がある(弁護士 山口廣他)。 違反行為抑止力強化は重要なことであるが、どのようなことに対して何が行われるかということを明確にしないと、企業側は、何かある程度の受け止め方にしかならず、多様性の効果は薄いと思われる。また、企業側としては、だまし討ちに合うという結果になりかねない(事業者)。</p>
<p>(2) 課徴金制度について</p>	
<p>ア．現行法の課徴金の抑止力(算定率等)について 改正法による課徴金の算定率の引上げは抑止力の向上に資するものである。算定率は企業の利益率等の実態を踏まえた十分な水準にある。 課徴金の算定率の引上げはまだ不十分である。事業規模及び業種により別途低い算定率が設けられているのは適当ではない。 課徴金の算定期間が最大3年間に限定されているのは適当ではない。</p>	<p>公正取引委員会は、課徴金の法的性格を「不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みである」と国会で答弁したように、不当利得相当額の妥当な金額について議論すべきである。建設業は製造業に分類されているが、入札価格は上限があり、製造業になじまないと思う。建設業界は全産業で最も利益の低い業種であり、大変疲弊している現状である。 課徴金は施行高で算定されるが、利益に対しての算定や、製造業と同じ聴取率が適当かどうかなど不当利得の観点からの議論を期待したい(石川県建設業協会)。 今回の課徴金の改正においても、課徴金算定の対象も、3年間に限定されているので、欧米における最近の改正により、欧米との課徴金の格差はそれほど埋まっておらず、先進国の中で圧倒的にリニエント(寛容)な制裁しか課されておらず、十分でない状況であることはそれほどかわっていない。談合に関しては、指名停止措置が課徴金がリニエントである点を補っているが、独禁法の執行として十分なレベルの制裁を課し、指名停止という制裁を廃止するのが本来の姿である。指名停止企業が多い場合、指名停止期間中の入札価格がむしろ高止まりし(競争が、不活発となり)、独禁法の目的と反する結果を招いているように思われる(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。 改正法はまだ施行されたばかりであり、改正法による課徴金の算定率の引上げが十分であるかどうかは、今後の実績を見て判断すべきである(流通科学大教授 小畑徳彦)。 課徴金の算定期間が最大3年間に限定されているのは適当ではない。長期間続いた違反行為に対しては課徴金の額をより重くすべきである。売上高を3年間以上遡って調査することが困難であるとしても、3年以上前の違反行為に対する課徴金を過去3年分の課徴金を基準として算定する等の方法が考えられるであろう(流通科学大教授 小畑徳彦)。 現行の違反行為に対する制裁は、違反抑止力が期待されるものであり適切であると考えますが、課徴金制度については企業において法令遵守の取組が行われていた場合には、これを課徴金算定にあたって考慮される仕組みを取り入れた方が、企業におけるコンプライアンス体制の充実・活性化につながり、ひいては違反行為の減少化の原動力になりうるのではないかと考えます(京セラ)。 改正法による課徴金算定率の引上げは、一義的には抑止力の向上に資するものであるが、法改正時の引上げ幅の根拠は、合理性・明確性を欠くものであり、他の法執行手段との全体整合の観点からの検証も行われていない。 また、現在の課徴金水準では、行為の態様や責任の度合い等に相応した相当性、妥当性という点で、個々の事案に画一的に適用することにも問題がある。まずは、抑止制度全体における課徴金の位置づけ、機能、水準について根本的な再検討が必要である(経営法友会)。 自由で公正な市場競争を促進するという観点からは、違反行為に対しては厳正に対処するとともに、違反行為を抑止するために十分なものでなければならない。この点、現行の違反抑止制度は、経済界を含む幅広い関係者の意見が踏まえられて検討されたものであり、まずはその結論を尊重し、施行状況を十分注視する必要がある。 その上で、現行の制度が抑止力の観点から十分な実効性を確保できているか、課徴金の算定率等について経済実態や企業規模を踏まえた水準となっているか、課徴金の算定方法等について透明性が確保されているかといった点</p>

について、経済界、学界、実務界等の関係者の意見を十分に踏まえて検討されることが必要である(経済産業省)。今回の改正に伴う、課徴金算定率の引き上げそのものに関しては、かねてより違反行為に対する抑止力を高めるために有効であると考えており、一定の評価をしている。

しかしながら、算定率の水準については、「不当利得相当額以上の金額を課す」としながらも、大企業に比べ中小企業が著しく低い水準にとどまっているなど、企業規模による算定率の差異に加え、業種・業態別の差異も依然として残ったままになっている。

特に、企業規模による差異については、課徴金を科すにあたり、本来は一律とすべき性質のものである。このような差異を維持するのであれば、その合理的な根拠を明示すべきである(経済同友会)。

「1 検討の際の視点・留意点」では、基本的視点において掲げられている「抑止力」「実効性」が違反行為を行った当事者の再犯抑止に止まらず、独占禁止法違反行為の根絶という法目的達成のため、単に個別的違反事例に対する処分を厳しくするだけでは一面的に過ぎると言わざるを得ない(建築業協会)。

課徴金率は、過大である。課徴金算定率が「不当利得相当額以上」であるにしても、算定率算出根拠(入札談合事件における利益率推計8%)の妥当性に疑問がある。

委員の意見に反対である。課徴金の算定期間は、取引の安定・公訴時効とのバランスなどから、3年程度と定めることが適当である(建築業協会)。

算定率は引き上げたばかりであることから、当面は様子を見るべきである。

算定期間について、現行法の「3年間」に合理性があるかは別途検討が必要ではあるが、案件ごとに公正取引委員会の裁量で年限を定めることはさけるべきである(国際企業法務協会)。

課徴金の算定率については、違法行為の抑止という観点からは、昨年の独占禁止法改正により既に十分な水準に達していると考えられる。従って、今後は、事案の実情に応じた機動的な制裁を課すことができるよう、企業のコンプライアンス体制の整備状況、調査への協力状況、違法行為の態様、責任の度合等、課徴金を減算あるいは加算できるような制度の導入を行うべきであると考えられる。かかる制度の導入にあたっては、法令あるいはガイドラインにおいてその基準を明確にし、企業の予測可能性を高めると共に、恣意的な運用がなされないような制度とすべきであると考えられる(住友金属工業)。

課徴金算定率は抑止力として十分すぎる水準にあり、違反行為抑止のためには公共調達制度の改善が不可欠であること

現行の課徴金算定率は、原則として10%となっており、建設業の利益率(建設業全体の売上高経常利益率1.8%)を考えると制裁としては過大であると言える。さらに、罰金、営業停止、発注者からの違約金請求、指名停止等、他の制裁措置をあわせると抑止力は十二分にある。違反行為の抑止のためには、制裁措置をさらに強化するよりも、会計法などの見直しを含め公共調達制度の改善が不可欠である。

課徴金の法的性格を考えると、算定率に業種等により格差を設けることに合理性はないこと

現行の課徴金の法的性格は「行政上の制裁」とされていることから、業種等により格差を設ける合理的な理由はない(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

17年改正法で、強化された方向性を支持します。罰金・制裁金の水準としては欧米に比べ低くいまだ不十分であり、下記の事項について検討する必要があります。

なお、少なくとも課徴金の対象となるカルテル・談合については、一担当者の意向で行われることはありえず、組織ぐるみであることは明白です。そもそもコンプライアンスが働いていれば起こりうるはずはなく、法令遵守の

取組みが行われていた場合に、減額要素とする事など論外です。

< 検討すべき項目 >

- ・算定率について、特に中小企業の算定率を含めて再検討すべきです。
- ・「排除型の私的独占」も課徴金の対象にすることや、実行期間の上限規定の見直しなどを検討すべきです。
- ・また早期離脱については、一律に算定率を2割軽減する措置については、より合理的な措置を検討すべきです。(全国消費者団体連絡会)

独占禁止法における禁止規定については、必ずしもその構成要件が明確とは言えないこともあり、そもそもその適用についての判断は容易ではない。それにもかかわらず、抑止の観点を強調するあまり、独占禁止法違反行為への措置・制裁を過重なものとする場合には、事業者の正当な活動をも萎縮させることとなり、かえって正常で活発な競争を期待し得なくなることが懸念される(全日本空輸)。

EUの改定された新ガイドラインと比較すると、日本の現行課徴金制度は、課徴金の対象となる違反期間に制限があること(3年)、基本課徴金額(繰返し違反による加重やリエンシー制度による軽減が行われる前の課徴金額)が売上額の10%にとどまっていること、10年以内の繰返し違反の場合に50%増額されるにすぎないことが明らか異なる。ただし、EUにおいては刑事処罰が可能でないのに対し、日本の独禁法は刑事罰が科される可能性があるという相違がある。しかし、入札談合については刑法96条の3による訴追が増えているとはいえ、公取委が刑事告発をすることができるのは告発ガイドラインに規定されている2つの場合だけであって、必ずすべての独禁法違反行為に刑事罰が科されるわけではないことを考えれば、上の、はEUとの比較において改善の余地があるといえよう。特に は帳簿の保存期間を考慮しても、より長期間の違反を対象とすることができると考えられる(早大教授 土田和博)。

課徴金制度は、平成17年度の改正で欧米と比べればまだまだ不十分ながら強化されました。今後もより強化される方向を望みます(東京都地域婦人団体連盟)。

基本的には、委員の意見 「改正法による課徴金の算定率の引上げ・・・十分な水準にある。」に賛同いたします。

建設業の売上高利益率の現状から見て、不当利得剥奪という水準をはるかに超えており、二重処罰の問題も残るため、現状の算定率は問題である。建設業の場合課徴金に加えて、他の行政処分や違約金請求等が予定されており、制裁としては過大であるといわざるを得ない。

委員の意見 「課徴金の算定率の引上げはまだ不十分・・・」については、算定率について「行政上の制裁」としての機能からすれば、事業規模及び業種により課徴金の率に差をつけるのは合理的な理由がないので、一律にすべきと考えられる。中小企業と大企業との算定率に倍半分の差を設けるだけの収益力の差があるとは考えられず、説明も十分になされていない。公共工事依存度が相対的に高い中小企業の算定率を低く抑えることは、入札談合抑止との観点からは首尾一貫せず、不公平感がぬぐえない。

委員の意見 に関しては、算定期間が3年間に限定されていることについては、特に問題はないと考える。証拠保全の関係から長期間に亘って対象とするのは事業者側にとって過大な負担を負わせることになり、その間の人事異動等も勘案すると、証拠よりも記憶に頼った防御方法とならざるを得なくなる。刑法の競売入札妨害罪等も公訴時効が3年であり、特に期間が短いとまで断言できないと考えられる(日本建設業団体連合会)。

改正法における課徴金の算定率は、企業の利益率等の実態と比較して十分な水準にあり、これ以上の引上げは不要である。

また、事業規模および業種により別途低い課徴金算定率が設けられていることについては、市場の競争秩序に与

える影響が小さいことに加えて、事業規模の小さい企業の利益率の低さを考慮して定められたものであることから、当然維持されるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

現行法は各種の抑止制度(行政上の措置、刑事罰、民事的な救済手段)が定められていますが、違反行為は後を絶たず、同一事業者によって違反が繰返されているのが実態であり、抑止力は未だ十分とはいえません。違反抑止制度の実効性を向上させるためにそれぞれの抑止手段について改善・充実を図ることが必要です(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))。

課徴金制度は独占禁止法違反行為に対する経済的な抑止力を目的とした重要な制度であり、2005年の法改正はその抑止力強化につながるもので、基本的な方向性は適切と考えます。しかしながらアメリカ・EUにおける罰金・制裁金の水準と比較した場合、日本の課徴金制度は未だその域に達していません。排除型の私的独占も課徴金の対象とすることや課徴金の算定率を不当利得の推計水準を考慮して引き上げること等、実効的な抑止力という見地からさらなる強化を目指すことが必要です(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))。

昨年の法改正によってカルテル・談合に対する経済的な不利益処分である課徴金の算定率は大企業の製造業等で10%まで引き上げられた。しかし、公正取引委員会からは、カルテル・談合事件の推計不当利得は単純平均で16.5%にのぼるとのデータも出されており、日本の課徴金制度の水準は今なお、アメリカやEUの制裁金と比較して十分ではないと指摘する研究者も多い。

経済事犯である独占禁止法違反事件において、課徴金制度の果たす役割は重要であり、算定率の水準の見直し、算定期間の上限設定(3年)の見直しなど、課徴金制度のさらなる強化について検討すべきである(日本生活協同組合連合会)。

論点整理「2.(2)エ. 課徴金の法的性格、算定方法(不当利得相当額等を根拠とする必要性)等について」では、課徴金制度について違反行為による不当利得の剥奪と捉えるか行政制裁と捉えるかなどを取り上げているが、課徴金の性格や算定の根拠をどのようなものと捉えるとしても、大企業と中小企業について異なる算定率を設定することおよびその算定率については、その合理性も含め見直すべきである。

原則として上限を10%とする現行の算定率は適切であると考えられる(日本ゼネラル・エレクトリック)。

刑法の競争入札妨害罪等の公訴時効と比べても、算定期間が3年に限定されていることは妥当性があること

「委員の意見」には、課徴金の算定期間が3年に限定されていることは適当でないとするが、証拠保全の関係から長期間にわたり課徴金算定の対象とすることは、事業者には過大な負担を負わせるとともに、経済取引の安定性を欠くことになりかねない。

刑法の競争入札妨害罪等の公訴時効が3年であることなどを考えると、現行の課徴金算定期間は妥当である(日本土木工業協会)。

#### 【意見】

平成17年度改正法の実効性を検証し、必要であればさらに算定率を上げることも検討すべきである。

#### 【理由】

平成17年度の改正法では、課徴金について不当利得の剥奪の性格より行政制裁金的性格が強まったのであるが、増率した課徴金の実効性について検証する前にこれを再度増加することは適当ではないし、また制裁としての性格が否定できないのであるから、憲法の二重処罰の禁止に触れるか否かは別として、少なくとも罪刑均衡の視点から

吟味する必要がある。今回の改正法で、課徴金の算定率が大会社で10%に増率したが、その実効性を検証し、もし実効性が薄いという結果であれば、将来は20%などの増率も検討することが制度趣旨に添うものである。

他方、検証に当たっては、課徴金だけではなく、民事損害賠償、営業停止・入札資格の停止期間、刑事罰などの制裁や官製談合防止法など他の措置や関連法に基づく措置の実効性も併せて総合的に考慮する必要がある(日本弁護士連合会)。

課徴金算定率については、本年1月の法改正後の水準についても、課徴金・制裁金・罰金など位置づけの違いはあるものの、欧州などと比較すると依然として低い水準にあると考えられる。不公正な取引が横行することは健全な産業構造の構築を遅らせ、ひいては日本の国際競争力を引き下げることにつながるため、今回の法改正の効果を見極めつつ、罰金額とあわせた水準で国際水準並みの対応を検討することも必要と考える(日本労働組合総連合会)。

日本企業が関与したカルテルを含め、カルテル規制の執行に長期にわたり携わってきた経験から、独占禁止法(独禁法)下の現行のレベルでの課徴金だけで果たして日本市場における強硬なカルテル行為に対し効果的な抑止力となり得るのかについて我々は非常に疑問に思います。企業に大きな利益をもたらさうるカルテルを効果的に抑止するためには、制裁金は、不当利得の没収に上乗せした金額でなければなりません。通常カルテルは秘密に行われるため、特定のカルテルを摘発し起訴する可能性は100パーセントよりも格段に低くなっています。したがって、捕まらない確率が高いという認識のもとで企業のそのような行為に携わるのを抑止するためには、制裁金が実際の不当利益よりも大幅に高くなければなりません。

米連邦量刑ガイドラインはカルテルが最低10パーセントの価格引き上げをおこすという控えめな見積もりを基準にしています。実際には多くのカルテルがそれよりはるかに上回る価格引き上げをしています。例えば、私共の計算の結果、横須賀と横田の米軍基地による調達において、談合により20パーセントを有に超える価格引き上げがあることがわかりました。日本の公正取引委員会の算定によると、日本の主なカルテルの価格への影響は約17パーセントと私共は理解しています。したがって、共謀に関わった大きな製造業者やサービス業者にとって、課徴金の現行のレベルが売上げの10パーセントということは、多くの場合カルテル参加者の不当利益額にさえ相当しないということです。それに比べ米連邦量刑ガイドラインでは、企業に対する罰金の基準は、共謀に関わった取引量の20パーセントであり、その組織の過失性およびその他の悪質性によっては罰金は80パーセントまで引き上げることが可能です。日本の現行の課徴金制度は、課徴金の算定期間が最大3年間に限定されていることで三年以上存続するカルテルに過剰な利益をもたらす、課徴金自体が有効な抑止力となるには不十分なものとなっています。このような不十分な抑止力をさらに弱体化させているのは、中小企業の製造業者やサービス業者であるカルテル参加者に対する低い課徴金設定です(4パーセント)。これらの企業は頻繁に大企業と同等のカルテルに関わり、同等に水増しされたカルテル価格を設定しているにもかかわらず、格段に低い課徴金の対象にしかありません。

(中略) 要約すれば、私共は法人に対する処罰が引き続き独禁法において規定されるよう提言します。加えて、最長三年の課徴金賦課命令と中小の事業者に対して低く設定された課徴金が妥当かどうかの検討を通してカルテルへの抑止力がさらに改善できるか否か検討するよう懇談会に提言します(米国司法省・連邦取引委員会)。

委員の意見 賛成。

課徴金のみでも相当の抑止力になるが、ほかに、刑事制裁があり(会社に対する罰金は廃止するのを相当と考えるが)入札談合においては、自治体訴訟或は住民訴訟、発注者からの損害賠償ないし不当利得変換請求等がなされるから、これらを総合すれば、現行の課徴金をこれ以上引き上げる必要はない(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論：委員の意見 の「課徴金の算定率の引き上げはまだ不十分である」、意見 の「課徴金の算定期間が最大3年間に限定されているのは適当ではない」について、いずれも賛成である。但し、課徴金率は平成17年改正で引き上げられたばかりであるので、当面はその結果を見るのが相当であると考えられるが、上記改正法施行後、数年以上を経ても談合抑止について十分な実効性が認められない場合には、速やかに再度の引き上げが検討されるべきである。これに対して、課徴金の算定期間は、4年間程度までの引き上げが直ちに検討されるべきである。

理由：納税者である一般消費者の利益が不当に侵害されないためには、現状としては全国的に蔓延している談合行為は、独禁法の執行力強化により根絶される必要がある。しかるに、平成17年改正時における公取委独禁法問題研究会に対する公取委の報告に拠れば、談合事件における違反事業者の平均的利益率は14～15%以上であり、その他、全国各地における住民談合訴訟の判決においても20%程度の損害賠償を命ずる例が散見される。真に実効性のある規制を行おうとすれば、談合行為に参加した違反事業者が収める平均的収益以上の課徴金を課さなければならないことは自明であり、そのためには少なくとも20%程度までの課徴金率の引き上げが必要と考えられる。更に、本来は、談合行為が長期間に亘り継続されていた場合に課徴金の算定期間を限定する理論的根拠は存在しないところ、平成元年改正時に課徴金の算定期間を3年に限定されたのは、公取委において証拠資料を獲得できる合理的期間がその程度と想定されたことにある。とすれば、執行力強化の観点からすれば、公取委において立証可能である限りは算定期間を3年に限定する必要性は存在しないのであって、執行力強化の見地からは、算定期間を少なくとも4年間程度に延長される必要がある(弁護士 山口廣他)。

抑止力を確保するために、違反行為を抑止出来るだけの課徴金率に引上げとともに、リンクして発注官庁による長期間の指名停止を義務付けるようにすべきと考える。

その理由として、従前から見ると、行政処分や刑事処分が厳しくなったと言えるものの、しかし、十分な抑止力になっているかというところとは言えない。

多くの社長の口から漏れ聞こえてくるのは、公取委の調査や課徴金納付命令は何も怖くは無いが、発注官庁から入札等の指名停止を受けるのが怖いと言う。

こうした話が出てくる背景には、談合等のカルテル行為で稼いできているので、偶々公取委の調査を受けて課徴金を支払ったとしてもお釣りが出るが、発注官庁から指名停止等を受けたのでは、業績が大幅に落ち込むなど、大きな影響を受けるということにある。(個人)

現行の課徴金率では不十分である。

その理由としては、現行の課徴金率が低過ぎるため、事業者側に談合等のカルテル行為で長年稼いでおき、仮に摘発を受けて課徴金を支払ったとしても、十分にお釣りが出て利得が得られるなどやり得になっているという論理が働いている。

また、現行の事業規模及び業種により別途低い算定率が設けられているのは、談合等のカルテル行為ありきの発想であり、宜しくない。

適正な課徴金率を定めて、そこから大規模事業者、違反行為を繰返す事業者などには、割り増しする考え方に改めるべきである(個人)。

独占禁止法違反事例が続出してきたこと其の事が、従来の課徴金の抑止力のなさを証明している。昨年の改正により課徴金の算定率は引き上げられたが(製造業大企業で関連売上高の6% 10%)、この程度の引き上げでは抑止力大幅増は期待できない。

利益率は業種、企業により大きく異なるものであり、平均利益率を基準にすると優良企業は常に法を犯すリスク



が小さくなってしまいうため、むしろ優良企業の利益率を上回る懲罰的算定率を設定すべきである。それにより企業は法を犯すことに尻込みをすることになる。違反事例に頻繁に登場するゼネコンや建設業が製造業に分類されていることを考慮すれば、最低下記以上の懲罰的算定率が必要と思われる。

	大企業・中小企業
製造業	30%
小売業	20%
卸売業	20%

賄賂はびこる社会は、法律があっても法治国家とは言えないように、独占禁止法違反がはびこる社会は、自由市場であっても真の(消費者のためになる)自由市場経済ではない。違反の重要性をもっと認識しなければならない。上記算定率は従来のもものと比べると高いように見えるが、違反関連売上に対する比率であり、全売上に対する影響は薄まる。違反関連売上の全売上に対する比重が高く、課徴金の影響が大きくてやって行けない企業があるとすれば、そのような企業は市場から退出した方が国民のためである(個人)。

論点整理 5 頁の委員意見 「課徴金の算定期間が最大 3 年間に限定されているのは適当ではない。」に全く賛成です。

違反している全ての期間を課徴金の対象にしないと、3 年を超える期間の売上には企業の「やり得」が発生してしまう。当該規定は改定すべきである(個人)。

課徴金については、会社の規模を考慮した制度とすべきである(事業者)。

課徴金の算定率は、もう少し細分化すべきである。業界によっては、利益率が大きく異なることをもう少し考慮すべきである(事業者)。

イ．課徴金納付命令の対象となる独占禁止法違反行為類型の範囲について(後記 4 と関連)

課徴金納付命令の対象となっていない私的独占(排除型) 不公正な取引方法についても課徴金の対象とすべきではないか。

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。

(検討の視点・留意点の) の違反行為に対して十分な抑止力が確保されることとあるが、その抑止力の意味が明確性を欠く。抑止力が誰に向かっているか。ある違反行為を犯した当の事業者に対してであるか、他の事業者に向かっているか。この点は、違反行為の排除措置では十分でなく、抑止力の確保ということで課徴金の対象とする違反行為の範囲を定めるかということに関連する。 当の事業者に対してであるなら、再犯防止ということになるが、過去の違反行為で再犯が行われていないものに対し、課徴金を賦課する必要があるかということになる。例えば、不公正な取引方法、排除型私的独占である(支配型私的独占、あるいは購入量カルテルも同様である。) 他の事業者に対する抑止力ということであるなら、これまで同類型の違反事件が生じていない行為に対し、何故課徴金を賦課するかということになる。これも私的独占あるいは不公正な取引方法についてである。課徴金の対象を拡大することは、私的独占であるなら刑事罰との兼ね合いが常に問題とされるのであり、必要不可欠な分野に限定すべきであると思料する。

(中略) 05 年の改正により、支配行為による私的独占に対しても課徴金を課することとした。私的独占には、排除行為によるものと支配行為によるものがあるが、主流は排除行為によるものである。理論的にも、事例としてもそうである。しかるに、05 年改正では支配行為による私的独占にのみ課徴金を課することにしている。そのほか、購入量カルテルにも課徴金を課することとした。課徴金は制裁であり、それを課す根拠は違反行為の抑止にある。しかし、違反行為の抑止というときの「抑止」の意義が必ずしも明確でないことは先に摘示した。これらの違反は、再犯があるわけでないし、頻発するものでない。独占禁止法の基本的規制手法である排除措置のみで不十分な根拠が明確でないにも係わらず、制裁として課徴金を課する根拠が説得的でない。

その上、さらに、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。これまでも、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。

(中略) 次の改めるべきでないという点を指摘するなら、課徴金の賦課する違反行為の範囲を拡大すべきでないということである。この理由は、既に述べた点から明らかであろう(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。

課徴金の対象となる違反行為類型を、私的独占(排除型)や不公正な取引方法にも拡大すべきである。そうしなければ抑止効果がない点はカルテルや談合と変わりがない。アメリカで差止(排除措置)だけなのは、差止そのものが企業分割を含むドラステティックな排除措置が取れること、私訴により、被害企業が三倍額損害の請求が可能だからである。マイクロソフトの件では、マイクロソフトは、欧州委員会の課した700億円という制裁金の数倍の金額をアメリカの競争事業者の提起した私訴に対する和解金として支払っている。日本で、三倍額訴訟のない日本では、欧州型の制度を採るべきである(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。

私的独占について、支配型か排除型かで課徴金対象となるかどうかを分けることには根拠がない。支配型であろうと排除型であろうと一定の取引分野における競争を実質的に制限するものであり悪質性に変わりはない。また、不当利得に着目するとしても、いずれも違法行為により価格支配力を獲得するものである以上、区別する根拠はない(流通科学大教授 小畑徳彦)。

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」があるだけで課徴金を課すことは適当ではない(流通科学大教授 小畑徳彦)。

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ことは予見可能性の点で問題がある。

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。

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)。  
課徴金制度は、価格カルテルが、密かに行われ、捕捉されにくく、それによる利益が大きく、頻繁に用いられ、排除措置では価格カルテルのやり得が防止できないので、その排除措置の補完として導入されたものであるから、課徴金の対象行為は価格カルテルに限定すべきであり、法7条の2第2項は削除すべきである。課徴金制度は上述のように価格カルテルに対する排除措置に抑止力がなく、やり得となり、頻繁に行われる行為類型であったために導入されたのであり、他の行為類型にはこのような性格はない上、価格カルテルの構成要件は、競争者間の「競争制限的な合意」ということで明確であるが、法7条の2第2項の行為類型の立証対象構成要件には「競争の実質的制限」等その内容が不明確な要件があり、制裁の対象とするには適切ではない(裸の価格カルテルの場合には、合意それ自体で「競争の実質的制限」になると解されている)。米国では裸の価格カルテル(bare price fixing)以外に刑事罰は科せられることはなく、排除措置で対処している。不明確な要件の違反行為に課徴金を課すことにした場合、企業活動は萎縮し、かえって競争は抑圧されるおそれがある(競争法研究協会)。

私的独占(排除型)や不公正な取引方法については、違法となる構成要件が曖昧であり、事業者にとっての予見可能性が低く、経済活動を過度に萎縮させる可能性があること等から、課徴金の対象とすべきではない(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ことが必要である。

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、ま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(建築業協会)。

課徴金の対象に関する意見 (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くかったり、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)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)。

「課徴金納付命令の対象となっていない私的独占(排除型) 不公正な取引方法についても課徴金の対象とすべきではないか」との委員の意見であるが、排除行為は、通常の競争の過程でも当然に行われるもので、絶対的な違法性は必ずしも存在せず、課徴金の対象とすべきではない。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)。

支配型私的独占を課徴金の対象行為としておきながら、排除型私的独占を対象としないことは理論的には考えにくい。支配型私的独占については独禁法違反行為としての重大性や競争を制限する程度の大きさを考慮して課徴金の対象としたというのが自然な見方であって、そうであれば排除型私的独占も対象の外においておくのは理論的に不自然である。排除型私的独占や不公正な取引方法は正当な競争行為と区別が困難であること、あるいは競争に与える影響が軽微であることを理由に課徴金の対象とすべきでないとの意見もあるようである。しかし、排除型私的独

占の中には、市場支配力を形成、維持、強化することによる利益以外には経済的に合理的とは考えられない手段による排除行為や（短期的な）利益を犠牲にして行う排除行為が含まれ、これらは正当な競争行為と区別可能である。不公正な取引方法の中にも再販売価格維持行為など世界的にみても独禁法違反行為類型として重大なもの、ブランド内競争を制限するものを含んでおり、それについて課徴金の対象とすることは十分に考えられる選択肢である。

算定率については、競争の実質的制限をもたらす行為に関して同一の算定率で揃えることが考えられることから、排除型私的独占についても10%の算定率で算定することとしてよい。また不公正な取引方法が競争に与える影響が軽微であることは、算定率を低くすることにはなっても、これを全く対象としないことには繋がらない(早大教授 土田和博)。

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))。

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、私的独占（排除型）や不公正な取引方法は、構成要件が曖昧であり、正当な競争との区別が難しいことや、特に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」の段階で規制がなされ、競争の実質的制限が要件とされていないことから、制裁としての課徴金を課して抑止すべき必要性に疑問があり、課徴金の対象とすべきではない(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

委員の意見 「私的（排除型）や不公正な取引方法・・・正当な競争行為と区別も難しかったり・・・課徴金の対象とすべきか慎重に判断すべきである。」に賛同いたします。

不公正な取引方法等と正当な競争行為との区別の基準が明確でない限り、課徴金納付命令の対象とするのは不適當である(日本建設業団体連合会)。

2005年改正法で強化されましたが、罰金・制裁金の水準としては欧米に比べて未だ低く、下記の事項の検討を求めます。

< 検討すべき事項 >

- ・ 中小企業の算定率を含めて、算定率の再検討。
- ・ 「排除型の私的独占」も課徴金の対象とすることや、実行期間の上限規定の見直し等。
- ・ 早期離脱に対し、一律に算定率を2割軽減する措置については、より合理的な措置の再検討(日本消費者連盟)。

課徴金制度は独占禁止法違反行為に対する経済的な抑止力を目的とした重要な制度であり、2005年の法改正はその

抑止力強化につながるもので、基本的な方向性は適切と考えます。しかしながらアメリカ・EUにおける罰金・制裁金の水準と比較した場合、日本の課徴金制度は未だその域に達していません。排除型の私的独占も課徴金の対象とすることや課徴金の算定率を不当利得の推計水準を考慮して引き上げること等、実効的な抑止力という見地からさらなる強化を目指すことが必要です(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)。

私的独占(排除型)や不公正な取引方法を課徴金納付命令の対象とするか否かは慎重に検討を要すること

「委員の意見」は、経済取引の実態をよく踏まえており、賛成する(日本土木工業協会)。

#### 【意見】

不公正な取引方法については、後述する。私的独占(排除型)については、私訴の充実・強化を含め、今後さらに検討すべきである(日本弁護士連合会)。

#### 【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、を前提とするべきである。

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(本書第2の5参照)

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、公取委の手持ち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。その見地が

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)。

刑事罰を課すことは、カルテル及び入札談合行為に関して適切である。

カルテル行為(入札談合を含む)は、特に悪質な行為であると長い間認識されている。このような共謀行為は、明確に定義され、その違法性は経済界全体にわたってよく理解されており、カルテルは関与する者による故意の行為であることを要件とし、間違いなく価格上昇をもたらす、消費者に害を与える不利益を補うような利点はない。要するに、カルテルは、独占禁止において刑事罰が適切な行為の類型である。

過去10年間、経済協力開発機構(OECD)は、反カルテル活動の主導的役割を担ってきた。OECDは、この共謀行為の性格及びその影響を的確に説明している。

カルテルは、疑いなく悪である。カルテルにより毎年数十億ドルにも及ぶ損害が生じている。競争市場及び国際取引を阻害する。先進国と発展途上国の双方に影響を与え、特に後者への影響が悪質である。カルテルの関与者は、その行為が違法であることを知りながら、秘かに活動する。その摘発及び訴追は、あらゆる政府の最優先事項であるべきである。

公正取引委員会は、カルテルについて同様の見方をしている。かかる行為及びその非常にマイナスの影響を抑止するため、個人に刑事責任を負わせることを含め、カルテル及び入札談合に対する制裁を強化することをOECDは提言している。

独禁法を改正する平成 17 年改正法の主要な目的は、実際は、カルテル及び入札談合活動を標的とすることであり、かかる行為を排除するためにより厳しい制裁を課すことであった。前公正取引委員会事務総長の上杉秋則氏は、平成 17 年改正法についての討議において「いずれの競争当局にとっても最も重要な任務は、違反行為に対する競争法の厳正な執行である。とりわけ、カルテルや入札談合に対する厳正な執行と迅速な排除が市場における競争を促し、新規参入及びイノベーションを促進し、経済を活性化させ、消費者一般に便益をもたらすことは明らかである。」と認めている。共謀行為及び常習的にカルテルを形成する違反者の長い歴史に鑑み、平成 17 年改正法は、ハードコア・カルテルに適用される課徴金を 6%から 10%に引き上げ、常習的違反者に更に高い比率を適用することにより、この甚だしい反競争的行為を抑止しようとするものである。よって、カルテル及び入札談合については、平成 17 年改正法において日本政府が行った措置は、OECD の提言に沿うものであり、世界各地の政府の措置と一致している。

これを考慮すると、カルテル及び入札談合に対して課される措置は、懇談会が認識するとおり、抑止手段として十分効力があり、その目的を達成するために実施されなければならない。同時に、懇談会が述べるように、公正かつ透明な手続を用いることが、適正手続を確保するために必要不可欠である。これは常に言えることであるが、一旦根拠のない主張がなされると、告発された者の評判に対して回復困難な損害を生じるため、刑事責任が発生する場合には特に重要である。更に、日本でも認識されているように、カルテル及び入札談合に対する執行の国際的調和は、国際カルテルがもたらす特別な脅威、国境を越えた摘発の難しさと協調の必要性の理由からとりわけ重要である。したがって、主要な海外諸国の他の法制度に目を向けることは、現在の反トラスト体制への変更を検討するにあたって有用である。同時に、当社は、日本と優先事項を同じくする国々の制度を中心に目を配ることを推奨する。例えば、米国と日本は共にイノベーションに大きく依存しており、それほど悪質でない行為を規制することによりイノベーションを阻むことのないよう適切に注意を払う必要がある。

カルテル及び入札談合においては、刑事罰及び/または課徴金のような行政措置は、通例のこととして適切である。当社は、懇談会が、刑事罰及び/または課徴金の性格及び範囲を決定するために用いられる確立された基本方針を策定し、あらゆる事業者がカルテル及び入札談合に対する処罰を知り、十分に理解するように、そのような基本方針を公表することを求める。また、以下に述べるとおりこれまでの審判制度に戻ることを含め、十分な適正手続を確立することは、社会のあらゆる構成員が何らかの措置が課される前に、告知・聴聞に関する基本的権利を与えられるようにするために、特に重要である。これらの措置が成功するには、社会のあらゆる構成員が、設けられた制度を理解、尊重し、その根本的な公正さを信じることが不可欠である。これらの措置が実行されることを条件として、カルテル及び入札談合に関与した事業者に当該制裁を課すことは、合理的かつ適切である。

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ともに、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を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)。

委員の意見 に賛成。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(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論： ) 排除型の私的独占についても、課徴金導入が検討されるべきである。

) 不公正な取引方法については、課徴金を課するほどの執行力強化の必要性が高く、かつ一般消費者の利



	<p>害の観点から看過し得ない一部の行為類型については、課徴金を課することを検討すべきである。</p> <p>理由：上記 )については、行為類型の明確性という観点からは、支配型私的独占と排除型私的独占を区別して取り扱う合理的理由を見出しがたいからである。</p> <p>上記 )については、不公正な取引方法においては、公取委の排除措置命令による将来的抑止だけでは、執行力として充分ではないこと、違反者と被害者との間の力関係が隔絶している場合には、民事訴訟による抑止が期待できないことである。現行の不公正な取引方法が行為類型として明確とは言えず、行為の外縁が判別し難いという問題点については、一定範囲の行為類型に限定して、現行の一般指定とは区別して明確な行為類型を法定する規定を新設することにより、立法的解決が可能と考えられる(弁護士 山口廣他)。</p> <p>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。</p> <p>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>私的独占(排除型)や不公正な取引方法については、他の独占禁止法違反行為類型に比し悪質性・重大性が軽微なものもありうることから一切の行為を課徴金の対象とすることはさらなる検討を要する(事業者)。</p>
<p>ウ．課徴金減免制度について</p> <p>減免対象事業者数を3社まで認める必要はないのではないか。調査開始後の申請者にまで減額を認める必要はないのではないか。</p> <p>減免対象事業者数を3社に限定する合理的な理由はないのではないか。</p>	<p>1 支配型私的独占を課徴金減免申請対象行為に含めるべきであること</p> <p>現行独占禁止法上、いわゆる支配型私的独占が課徴金減免申請対象行為から外されている。このことにより、たとえば談合事案における幹事会社は、不当な取引制限に該当すると思料して課徴金減免申請を行い公正取引委員会に対して大量の報告及び資料提出を行いながら、最終的には当該行為が支配型私的独占に該当するとの判定を受け、減免申請が受理(独占禁止法第7条の2第10項)されないこととなるリスクを背負い込む事態となっている。</p> <p>課徴金減免申請がより活用される制度となるためには、いわゆる支配型私的独占を課徴金減免申請対象行為とすることにより、申請者が申請を躊躇することなき制度整備を行う必要がある。</p> <p>2 課徴金減免申請の不受理に対する不服申立制度を整備すべきであること</p> <p>現行独占禁止法上、課徴金減免申請が何らかの理由により受理(独占禁止法第7条の2第10項)されなかった場合における不受理通知制度が法令上は設けられておらず、またそれゆえ不服申立手段も整備されていない。課徴金減免申請及びその後の任意の資料提出により膨大な資料を進んで公正取引委員会に対して提出しておきながら、当該報告及び資料が有効な申請として受理されない場合、現行法令上、申請者は課徴金納付命令を待つ当該命令に対して不服を申立てるよりなく、減免申請者を長期間にわたり不安定な地位に置く結果を生んでいる。</p> <p>課徴金減免申請がより活用される制度となるためには、減免申請の不受理の制度を不利益処分として新設し、課徴金納付命令発出前に争う機会を保障することにより、申請者が申請を躊躇することなき制度整備を行う必要がある。</p> <p>3 企業集団による集团的課徴金減免申請を許容すべきであること</p> <p>現行独占禁止法上、企業集団による課徴金減免申請に対する制度上の手当てが行われておらず、著しい不都合を生じうる状態となっている。すなわち、課徴金減免申請は単独申請を厳格に求める結果、たとえば、親会社及び販売子会社が連名により課徴金減免申請を行い同一順位となる(例えば2社ともに第一位申請者として課徴金の免除</p>

を受ける) ことができない。このことは、(i) 企業集団による課徴金減免申請において申請者が課徴金免除を受ける確証を申請時に得られない点において、また(ii) たとえば 3 社以上で構成される企業集団が減免申請を行った場合にはその後の同業他社の減免申請意欲が著しく損なわれることとなる点において、課徴金減免申請を通じた公正取引委員会による違反事実の探知の進展を阻害する結果となるものである。

また、わが国独占禁止法におけるかかる規律は、欧米その他各国におけるリーニエンシー制度その他類似の制度における運用と著しい齟齬を生じており、競争政策の国際的ハーモナイゼーションの観点からも看過し得ないものである。

課徴金減免申請がより活用される制度となるためには、企業集団による減免申請を許容し、所要の手續整備を行うことによって、申請者が申請を躊躇することなき制度整備を行う必要がある。

#### 4 課徴金減免申請に係る提出資料の秘密保持を法令上保障すべきであること

現行法令上、課徴金減免申請者が公正取引委員会に対して提出した報告書及び資料の秘密保持が保障されていない。

すなわち、談合事件等に関連して企業の役員に対する代表訴訟の提起が活発化しているところ、課徴金減免申請をした企業が公正取引委員会宛提出した秘密資料である課徴金減免申請及び資料が情報公開法に基づき開示されれば、それが当該企業役員に対する責任追及等に用いられることとなるおそれを否定できない。課徴金減免申請・資料は、責任追及を予定する者にとって「宝の山」であるにもかかわらず、これが情報公開制度に基づき開示請求された場合に開示を確実に食い止める法令上の手当ては存在しないといわざるを得ないのである。また、民事訴訟法上の文書提出命令に関しても、課徴金減免申請をした企業が公正取引委員会宛提出した秘密資料が民事訴訟法第 220 条第 4 号口の「公務員の職務上の秘密に関する文書」に該当するか、また申請者の手許に残った写しが文書提出命令の対象となるかは明確であるとはいえない。

したがって、課徴金減免申請がより活用される制度となるためには、減免申請に関連する提出資料等を情報公開法その他関連法令において開示の適用除外文書として明記し、申請者の秘密保護を法令上明確かつ確実に保障すべきである(弁護士 江崎滋恒、中野雄介、青柳良則、平山賢太郎(以下、弁護士 江崎滋恒他))。

課徴金減免制度はまだ導入されたばかりであり、今後の実績を見て改正の必要があるか、どのような改正が必要かを判断すべきである(流通科学大教授 小畑徳彦)。

独禁違反行為を行った会社が課徴金減免制度の適用を受けるためには、当該会社の代表取締役が社印を押した文書を公取委に Fax することが要件とされている。従って、独禁違反行為の存在を知った社員が公取委にいきなり内部告発しても、課徴金減免制度の適用を受けることはできない。課徴金減免制度と公益通報者保護制度とを整合的に運用するためには、独禁違反行為の存在を知った社員が同社の然るべき窓口はその事実をまず通報し、社内的に課徴金減免制度を申請する方向に同社を誘導する必要がある(神戸大名誉教授・弁護士 小原喜雄)。

「論点整理」に現れた、課徴金減免制度に関する各委員の意見を見ると、一部にこの制度そのものを、制限的に運用をするべきであるとの思想が現れているようである。適用事業者数の減少を求めたり、調査開始後の申請者に減額を認めない取り扱いを求める意見は、これに該当する。

しかし、係る意見は、経済の実態を知らない観念論に過ぎない。欧米では、大規模な国際カルテルがリーニエンシー制度の導入により頻繁に摘発されるようになったが、まさにこうした制度そのものが、本来このような制度がなければ発覚しなかったであろうカルテルを白日にさらけ出すという効果を産み出したのであり、リーニエンシー制度のもたらした社会的経済的な意義はきわめて大きいのである。

加えて、係る制度が設けられたことにより、欧米では関係企業が一齐に刑事罰や制裁金の減免を求めて調査当局に協力し、迅速かつ効率的な事件の解明を実現させているのである。寧ろ、我が国のように、減免対象を3社までに限定してしまう硬直的な対応は、事実の解明の妨げにこそなれ、事実の解明の促進には繋がらないものと思われる。

更に、カルテルや入札談合の案件でも、関係企業の当該行為への関与の度合いには濃淡があるのが通例であり、中心にいた企業と周辺にいた企業とでは、持っている情報量、ひいては事案の解明に対する貢献度に大差が生じることも充分考えられるところである。仮に、事件の周辺にいた企業3社が課徴金減免申請をしたようなケースを考えると、果たして事案の解明にどこまで貢献できるか心もとないところである。

いずれにしても、課徴金減免制度により一層の柔軟性が付与されるべきであろう(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)。

課徴金減免制度の対象事業者数を3社に限定することや、他の事業者との共同申請を認めないことに合理的な理由はなく、一定の時期までに申請したすべての事業者について減免を認めるべきである(欧州のリニエンシーでは、会社数を限定していない)。

また、現行制度では、公共調達において官製談合が行われているケースにおいて、相対的に弱い立場にある受注事業者(特に地方の零細事業者)が単独では離脱しがたい場合等に対応できない。官側の不正を是正していくためにも、減免事業者対非減免事業者という構図だけでなく、発注者対受注者の構図も視野にいれ、複数の事業者が共同して減免申請できるような制度に拡充すべきである(経営法友会)。

公正取引委員会の調査によれば、事業者による自らの違反行為に係る事実の報告が行われた件数は、改正後3ヶ月間で計26件にのぼっている。したがって、当該制度自体は今後有効に機能することが期待されるものであり、制度の導入意義について、一定の評価をすべきと考える(経済同友会)。

課徴金減免制度については、より実効性ある制度とするため、課徴金減免制度対象事業者に対し、公正取引委員会から、諸官庁に対して、指名停止及び監督処分を免除することもできる制度とするよう要請すべきである。

6頁委員の意見に賛成である。減免対象事業者数を3社に限定する合理的理由はないと考える(建築業協会)。

導入されたばかりであることから、当面はその運用について様子を見るべきである(国際企業法務協会)。

減免対象事業者を3社に限定することは合理的な理由はなく、3社に限定する必要はないこと

減免対象事業者数を3社に限定したことに合理的な理由、根拠があるのか疑問である。事業者の違法行為からの離脱・決別を促進するとの趣旨から、対象事業者は3社以上の多数であっても認めるべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

調査開始後の申請者に減免を認める必要はないものとする(全国建設業協会)。

委員の意見 「減免対象事業者数を3社に限定する合理的な理由はないのではないか。」に賛同いたします。

減免対象事業者数を3社に限定しているのは根拠があるのか疑問である。事業者の違法行為からの離脱・決別を推進するとの意味からは限定する必要はなく、合理的理由がないと考えられる(日本建設業団体連合会)。

#### 【意見】

課徴金減免制度の改正については、本年導入されたばかりであり、その運用の状況を検討した上で、不具合な点があれば将来改正を検討することはあっても、原則として現時点で改正をする必要はない。ただ、最初に課徴金の減免を申請した事業者は、指名停止などの処分を受けないこととすべきである。

また、裁量的な課徴金制度を導入するのであれば、課徴金の減額制度との調整が必要である。

	<p>【理由】</p> <p>公取委によると課徴金の減免申請は相当数に上っているということであり、制度が機能し始めていることが窺われる。歴史上初めての制度であり、不具合がないのであればしばらく運用状況を検証することが妥当である。</p> <p>もっとも、談合の摘発で、事業者が最も痛手を被る処分は、課徴金や罰金ではなく、行政からの指名停止処分である。独禁法は当然に、この点に関して規定していないが、課徴金減免制度を実効あらしめるために、国土交通省は平成18年2月14日に「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領の運用基準について」(国地契第127号)を公表している。この基準7の四によると、一番目に談合を申告した者に対しても、指名停止期間を半分にする運用を行うことになるようである。しかし、これでは、指名停止をおそれて減免申請を躊躇することになるから、課徴金減免制度の実効性を大きく否定することになる可能性がある。そこで、国土交通省を含む官公庁の指名停止の運用基準を、課徴金減免制度にあわせて策定し、談合を申告したことが不利益を伴わないようにすることが必要である。</p> <p>他方、課徴金を裁量的に課すことにする場合、課徴金の減額制度との均衡を図らなければならない。裁量ガイドラインを明確にして諸要素を機械的に勘案して増減する制度にするならば、その中で2番目以降の申請を減額要素として勘案すればよいのではないかと考える。(日本弁護士連合会)</p> <p>結論：委員の意見 ・ にもあるとおり、リーニエンシーについて、3番目まで減免を認める合理的必要性は認められない。せめて2番目程度までにすべきである。</p> <p>理由：リーニエンシーを有効に機能させ、執行力を強化するためには、違反事業者による自己申告をより積極的に行わせる動機付けのために、減免対象事業者の数を本来は1社とすることが望ましい。公取委において追加資料による裏付けを強化する必要性があるにしても、その目的のためには2番目までの減免を認めれば必要にして充分である(弁護士 山口廣他)。</p> <p>制度の主旨を鑑みれば、(少なくとも調査開始前の)減免事業者数の制限を撤廃してもよいのではないかと考えられるが、現在の制度が実際にどの程度の効果を上げるか、運用を見てから判断すべきと考える。また、申請の先後のみならず、提供情報の重要さに応じた減免の制度を策定することも検討の余地があるのではないかと(事業者)。</p>
<p>エ．課徴金の法的性格、算定方法(不当利得相当額等を根拠とする必要性)等について</p> <p>現行の課徴金は不当利得相当額を算定の根拠としているが、こうした考え方に拘束されるべきではなく、抑止のために必要な金額を課せるようにすべきではないか。</p> <p>多くの国においては、不当利得の観念を要せずに事案の実情に応じて金額を設定でき、その賦課も裁量によるため柔軟に運用できる金銭的不利益処分を設けており、独占禁止法の課徴金についてもこのような制度にしていくべきで、そうすれば現行の課徴金の対象となっていない違反行為類型にも課すこともできるようになる。また、排除措置命令を課徴金納付命令とともに、一つの決定で下すことができ、減免制度も欧米と同様に弾力的に活用することができる。</p>	<p>05年改正により課徴金の性格は、「不当な利得の剥奪」から「制裁」へ変わった。課徴金の性格が「不当な利得の剥奪」であるとするなら、たとえば、リーニエンシーの1番目報告者に対し課徴金を全免することは、その者に「不当な利得」の保持を許容することになるという奇妙な結果をもたらす。また、違反行為を繰り返した者に対し、課徴金を重く課するというような操作ということでは、「不当な利得の剥奪」という考えは採れない。そこで、課徴金の性格は、「制裁」ということになる。</p> <p>課徴金の賦課手続は、50条6項の規定による文書による意見の申述と証拠の提出のみである。排除措置命令と同時納付命令とが同時に提出されるので、それに対する意見の申述も同時に行われる。課徴金の性格が「制裁」であるとする、罰金と性格上類似しているといえる。そうであるから、罰金と課徴金との重複に対し二重の処罰論が提起される。その違憲論を避けるために、罰金と課徴金との調整規定がおかれた(51)。このような調整規定がおかれるということは、違憲論は別としても相互に制裁として性格的に近似性があり、二重性があることを前提としている(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p> <p>課徴金の賦課・額の算定について、事案の実情に応じて、柔軟に対応できる制度とすべきかどうかについては、諸外国でもそのようになっており、そのようにすべきである。そうしなければ、制度の柔軟性が失われ、実質的に公平な結果を確保できない(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p>

不当利得相当額をベースにしないとしても、刑事罰ではなく行政処分なので、その算定に合理的な根拠が必要なのではないか。

裁量制を導入するとしても、あまりに裁量の幅の広い制度とすると法執行面で支障が生じる懸念がある。最近の最高裁判決においても、課徴金制度は行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものとして評価されている。

現行の課徴金と主要国における金銭的不利益処分についてそれぞれの制度のメリット・デメリットについて更に検討し、抑止力の観点から望ましい課徴金制度の在り方を検討していくべきである。

我が国に悪質性・重大性等事案の実情に応じて加減される金銭的不利益処分を導入することについて、そのような行政処分の法的性格をどう考えるべきか、導入について根本的な制約がないかについても検討すべきである。

不当利得相当額を根拠としない金銭的不利益処分を設けるとしたら、日本の従来法体系の中では、どのように位置づけられるか検討すべきである。

課徴金を違反行為抑止のための制度として位置付ける以上、抑止のために必要な額を徴収すべきであり、不当利得相当額に拘泥すべきではない(流通科学大教授 小畑徳彦)。

抑止のために必要な額を算定する際にも違反行為による利得は考慮要因のひとつとなるであろうが、その際には、現在の課徴金の算定方法が違反行為による利得の額を算定する方法として適当かどうか、もう一度原点から考え直す必要があるのではないかと(流通科学大教授 小畑徳彦)。

わが国においては、行政処分としての課徴金を課するか否かも、また、その額も、画一的な算定率によって決まっており、公取委の裁量を認める余地はないものとされている。しかしたとえば EC では、制裁金額の上限を算定率をもって定めた上で、その枠内において、事案の悪質性、重大性、調査への協力状況その他に応じて、裁量的に課徴金額を決められることとされている。しかしながら、完全な裁量が認められているわけではなく、一種の量刑基準ともいえるガイドラインに従った算定が行われており、このガイドラインは公表されている。さらに、こうした制裁金の金額について、欧州第一審裁判所に対して取消訴訟を求めることが可能であり、実際に、相当多くの案件で一定額の削減が裁判所によって認められている。

裁量的課徴金制度は、従前から議論の対象となっており、理論的な面、実際的な面においてさまざまな意見のある中で、独禁法の改正のたびに浮かんでは消える論点であった。理論的な側面では、刑事罰と行政制裁金の二重処罰の問題に絡めて、現状における裁量性のない課徴金と刑事罰の併科を問題視し、裁量性を認めて、二重処罰の問題を実質的に解決しようという意見のある一方で、公取委は司法機関ではないことから、公取委の課す課徴金の額に裁量性を認めるべきではないとする見解も法務省を中心としてかつてはあった。課徴金は行政機関の行う行政処分であるから画一的であるべきで、そこに主観的な要素を含む裁量制を導入するのは、行政処分としてのあり方を混乱させるという意見もある。

一方、実際的な面を考えると、課徴金の計算が画一的な算定率によって一律であれば、公取委はこれをそのまま当てはめるだけでよく、競争制限の程度や市場規模等を綿密に調査したり、事案の悪質性、重大性や事業者の法令遵守への努力、公取委の審査への協力状況の程度等を勘案した上で、事業者の直接的な不利益につながる課徴金の額を決定するという面倒な作業をしなくてもよいことになる。さらにいえば、大企業に課される高額な課徴金ばかりが一般の目を引くが、地方の建設談合のように課徴金が課される企業には実際には中小企業が多く含まれる中で、仮に多額の課徴金の納付によって対象企業が経営的に困難な状況に追い込まれた場合などに、「中小企業を保護すべき」との観点から、公取委が高額な課徴金を課したことについて説明を求められるような事例も考えられるが、裁量権がなければこのような構造からも解放される。公取委にとって、裁量性の導入は、一見、権限の拡大とも思われるが、必ずしも歓迎すべきことだけではないかと思われる。

しかし、一般に、多くの企業が関与している事件において、事案の悪質性、すなわち、事業者の主導性や過失の程度や、発覚後のコンプライアンスへの努力の程度、公取委の審査への協力状況等は、それぞれの企業において千差万別である。特に、発覚してからの経営トップの自覚・再発防止への努力の程度については、相当の差が出ることであり、独禁法の目的を達成する必要性からすれば、この点は重視してしかるべきであろう。このような中で、関与した対象が同一であるということだけで、画一的に一律の算定率の課徴金を課せられるのでは、企業は今後の努力や公取委への協力のインセンティブを失ってしまいかねない。

今般の課徴金減免制度の導入によって、企業の公取委への協力の程度やコンプライアンスへの努力が、一定の範囲で結果に反映される基礎が生まれている。課徴金減免制度の導入の際、司法取引類似の制度の導入と認識されたことから、裁量制の導入も議論されたが、時期尚早ということで見送られ、結局、申請の順序によって一定の率で

課徴金の減免を受けるといった非裁量的な制度となった。

もちろん、法令遵守の取組みが機能しているのであれば、そもそも違反行為は起らないはずであり、課徴金の減額要素とするのは適切でないという意見もある。それは正論であるが、今後の取組みに向けてのインセンティブを与えるということも一つの要素として考えてもよいと思われる。

一部であれ裁量制を導入すれば、公取委による調査・交渉・判断の必要性が生じ、確かに公取委に大きな負担がかかることは否めず、また、基準も手続保障もなく不透明さを残したまま導入することに多大な不安を持つ企業もあると思われる。これに対して、ECのようにガイドライン等を作成し、できるだけ一定の基準に基づいて課徴金額の判断を下せるようにするというのも重要であろう。つまり、裁量性のもつ柔軟さを法令遵守の意識を高めるために用い、同時にガイドラインの策定により予測可能性も担保するというのが望ましい。

このように、課徴金の金額の決定に、一定の限度で裁量制度を導入することも真剣に検討されるべきである(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)。

課徴金の算定率は、製造業でいえば1977年の導入時で2%、1991年改正で6%、昨年の改正で10%と、導入当初に比べて5倍まで引き上げられている。

また、課徴金の対象となる違反行為の種類も増加している。しかし、様々な行為類型や違反行為の態様に無関係に一律の算定率によることは妥当性を欠き、具体的な課徴金の決定に当たっては様々な要素を総合的に勘案する必要がある。

従って、課徴金額の決定にあたっては、上限額ないし基準額を定めた上で、個々の具体的な状況を反映して金額算定ができるよう、透明性のある一定の加減算基準を設定し、この基準に従って個別決定すべきであり、この基準は法律に明記すべきである(関西経済連合会)。

#### 制裁の上限設定と裁量制度の導入

改正法による課徴金率10%で試算すると、場合によりかなり高額な課徴金額になる場合がある。1974年に刑事告発された石油カルテルが3年間行われたとすると、課徴金率10%でトップ企業の課徴金額は約1.8兆円である。米国では法人に対する罰金額の上限は1億ドル(約115億円)又は超過収益金の2倍、EU及びその加盟国(ドイツ、フランス、イギリス等)の場合にはその上限は企業の前年度総売上額(全世界)の10%(上記石油のトップ企業の場合には6000億円)である(内閣府「論点整理」資料10頁)。1.8兆円は必要以上に過大であり、合理的な上限設定が必要である。制裁制度には基本的にすべて上限があり、とくに売上額に対する比率による算定の制裁金については、かなりの高額になる場合があるので、上限設定は必要不可欠である。

制裁金の上限設定と同時に、対象事案については、行為の態様、責任の度合等に応じ、制裁金に加減の裁量を加えることが基本的に必要であり、実質的な執行力の強化にもなる。制裁の場合には刑事罰を含めて原則として裁量制度がある。駐車違反のような軽度の違反の場合には、確定額による画一的制裁が、規制側にも規制を受ける側にも便宜である場合がありうるが、高額になる可能性のある場合には合理的な上限設定と裁量が必要である。米国、EUにおいては上限設定の下で裁量基準が設定されている(米国1991年刑罰量刑委員会ガイドライン(2004年改正): EU1998年委員会通達(OJ 1998 C9/3; 内閣府「論点整理」資料12頁)。

課徴金に対する行政裁量が恣意的にならず、合理的に行われるようにするためには、基準額又は基準率(例えば対象売上額の10%)を法定し、加重要因と軽減要因の基準も法定し、行政裁量について司法審査の対象にすることで可能である。また、例えば、行政裁量の軽減要因として規制機関の調査への協力の程度を導入すれば、調査の円滑化になるほか、リニエンシー制度の合理的な説明要因にもなり、法の執行力強化になる。

公正取引委員会が平成 13 年 11 月 14 日に公表した「21 世紀にふさわしい競争政策を考える懇談会」(座長・宮沢健一)の提言書は、わが国の課徴金制度について、「EU における制裁金を例に、その性格を行政制裁金へと転換し、その上限を上げるとともに、公正取引委員会の裁量を認める制度とすること」が考えられ、これにより独占禁止法の抑止力が高められるとしていた(9 頁以下)(競争法研究協会)。

2005 年改正により課徴金の制裁的性格が強くなったので、その上限制と裁量制を導入する必要がある。裁量については、それが恣意的にならないように基本的な基準は法定する必要がある。また、裁量基準には企業内の独占禁止法コンプライアンスの設定遵守状況を含め、企業のコンプライアンス制度の推進を図ることが独占禁止法の実質的な執行力強化に必要である(競争法フォーラム)。

課徴金の賦課・額の算定について、事案の実情に応じて、柔軟に対応できる制度とすべきか否かについては、そもそも事案の悪質性・重大性に応じた抑止力を課徴金に依拠する必然性はなく、抑止制度全体の観点から慎重に検討すべきである。その結果、行政上の制裁として現行の課徴金水準を存続させるのであれば、事案の特性に応じた賦課・額の算定が行えるようにすべきである。その場合、事業者にとって透明性・予見可能性が確保されていることが不可欠であり、賦課・算定基準の法定化により公正取引委員会の恣意的な裁量の余地を排除すべきである。なお、実際の運用に当たって法定化が難しい場合であっても、透明性と予見可能性を確保できる詳細なガイドラインを策定し、それに基づく的確な運用が図られるべきである。

また、課徴金の位置付けが制裁色を帯びて算定率が大きく上げられる一方で、罰金や指名停止も重疊的に課されるうえに、さらに発注官庁の「不当利得」請求を認めることは、少なくとも発注側の関与が疑われるケースにおいては適切ではない。算定根拠が明確でない金額を、課徴金納付命令後 3 年以上も経過した後に、発注官庁が支払日の翌日起算で、過去に遡って 6 % の法定利息を賦課して事業者に対して請求するというような事例が現実に存在している実態を考慮する必要がある。

なお、現在の課徴金は、消費税込みの売上金額が対象となっており、消費税率が上げられれば自動的に課徴金額が増加する仕組みとなっている。しかし、消費税は、企業にとっての利得ではなく、また、消費税率の上げによって違反行為抑止のための課徴金の水準を上げる必要はないことから、消費税を除外した売上金額に対して、算定率を掛けるように、現在の運用を変更すべきである(経営法友会)。

自由で公正な市場競争を促進するという観点からは、違反行為に対しては厳正に対処するとともに、違反行為を抑止するために十分なものでなければならない。この点、現行の違反抑止制度は、経済界を含む幅広い関係者の意見が踏まえられて検討されたものであり、まずはその結論を尊重し、施行状況を十分注視する必要がある。

その上で、現行の制度が抑止力の観点から十分な実効性を確保できているか、課徴金の算定率等について経済実態や企業規模を踏まえた水準となっているか、課徴金の算定方法等について透明性が確保されているかといった点について、経済界、学界、実務界等の関係者の意見を十分に踏まえて検討されることが必要である(経済産業省)。

課徴金は、行政の裁量権が極力働かないよう、その算定基準が明確でなければならない。また、現行の課徴金制度が、「不当利得相当額の返還」に「抑止力効果」を加えるという目的で、「不当利得相当額以上の金銭的不利益処分を課す」という考え方そのものに異論はない(経済同友会)。

課徴金の制裁金としての性格を十分認識し、課徴金の賦課・額の算定について、上限制(10%以下)を設け、かつ詳細な裁量基準を公にした上で、事案の実情に応じて、柔軟に対応できる制度の構築を検討すべきである。

過去 10 年以内に課徴金納付命令を受けた事業者が違反行為を繰り返した場合、課徴金は 5 割加算されることとなったが、この 10 年という期間は、刑法の再犯規定(5 年)と比べてもあまりに長過ぎる。また、5 割増とする根拠

も明確でない(建築業協会)。

違反行為対象商品の売上高と不当利得とは一定の相関関係にあるとの前提にたち、売上高を算定の基準としている課徴金について、不当利得の徴収としての性格を維持すべきである。

事案に応じて課徴金額の加算・減算を行う場合には、課徴金額自体が争いになることを避けるため、上限額を定め、たうえで算定基準を事前にガイドライン等で明らかにし、公正取引委員会の裁量の余地をできる限り排除すべきである(国際企業法務協会)。

課徴金の性格を、不当利得の徴収から、現在の実態に合わせて制裁・抑止的なものとの意味づけに変更し、刑事罰をなくして制裁を課徴金に一本化にすべきである。その場合、競争秩序への悪影響の程度が低い違反行為については、減額要素として課徴金算定率を軽減し、競争秩序への悪影響の程度が高い違反行為については、増額要素として課徴金算定率を増額するなど、悪影響の程度を基準とした課徴金制度に変更するのが望ましい(昭和電工)。

課徴金の算定率については、違法行為の抑止という観点からは、昨年の特許法改正により既に十分な水準に達していると考えられる。従って、今後は、事案の実情に応じた機動的な制裁を課することができるよう、企業のコンプライアンス体制の整備状況、調査への協力状況、違法行為の態様、責任の度合等、課徴金を減算あるいは加算できるような制度の導入を行うべきであると考えられる。かかる制度の導入にあたっては、であると考えられる(住友金属工業)。

刑事罰との併科を解消するため、法人に対する制裁は課徴金に一本化し、刑事罰を廃止するなど、他の制裁措置を含めた総合的な制度設計を行うこと

特に、公共調達市場においては違約金が広く導入されており、課徴金から違約金の額を控除するなど課徴金と違約金を調整する仕組みを構築すること

公正取引委員会は、改正独占禁止法における課徴金の法的性格について、「不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みとすることで行政上の制裁としての機能を高めた」と説明しているが、曖昧な説明であり、刑事罰との二重処罰の問題、刑事罰など他の制裁との調整の問題を生起する結果となっている。

現行の課徴金は「行政上の制裁」であることを明確にし、法人に対する制裁は課徴金に一本化し、刑事罰を廃止すること等、他の制裁措置を含めた総合的な制度設計を検討すべきである。

特に、公共調達市場においては、発注者が談合防止の観点から、損害賠償の予約として契約額の10%（地方自治体によっては30%の場合もある）の違約金を徴収することを契約書で定めることが定着してきている。違約金の徴収により不当利得が解消される以上、課徴金の算定において違約金相当額を控除し、又は徴収した課徴金のうち不当利得相当額を還付する仕組みを構築する必要がある(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

課徴金の法的性格が「行政上の制裁」であるならば、課徴金は最高限度額を定め、法律に定めた基準に基づき算定すること

現行の課徴金は、事業者の売上高を基に一律の算定率で算定されるため、事案によっては行き過ぎと思われる巨額な課徴金も発生することが想定される。また、現行では、刑事罰の上限額である5億円を超える課徴金が課されることもある。

法人に対する非裁量型課徴金制度と刑事罰の併科はわが国だけの特殊な制度であり、刑事罰との併科を解消した上で、EUの行政制裁金に倣い最高限度額を設けた上で、課徴金の決定が恣意的に行われぬように法律に定められた基準に基づき金額が決定される制度とすべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

ないし のような課徴金は必ずしも不当利得相当ではなく、独禁法違反行為への抑止力であるとする考え方に同感である。ただし、算定に合理的根拠が必要とする にも同感である(全国石油商業組合連合会)。



法人に対する制裁は課徴金に一本化し、刑事罰を廃止すること等、他の制裁措置を含めた総合的な制度を検討すべきである。

特に、発注者が談合防止の観点から、損害賠償の予約として契約額の10%（地方自治体によっては30%の場合のある）の違約金を徴収することを契約書で定めることが定着してきている。違約金の徴収により不当利得が解消される以上課徴金の算定において違約金相当額を控除する仕組みを構築する必要がある（全国中小建設業協会）。  
昨年の独占禁止法改正の際、課徴金の算定率を引き上げるにあたり、その性格について、公正取引委員会は、違反行為の抑止を目的として不当利得相当額以上を課すものと説明しており、そのことは課徴金が一種の行政制裁として機能することを認める趣旨と解される。しかしながら、二重刑罰の禁止という憲法上の制約との兼ね合いについての議論を避けるためか、「行政制裁」としての位置付けにつき、明確な説明が避けられているのがこれまでの実態のように見受けられる。今一度、課徴金の行政制裁としての性格を明確にし、刑事罰との併科の適否等についても、正面から論議を行うべきであると考ええる。

また、抑止力という観点を中心に算定率を考慮している実情からは、算定率に関する説明において「不当利得相当額」といった概念に言及すること自体、適当ではないと思われる。なぜならば、「不当利得」という概念を基盤に据える限り、現行制度において、課徴金減免制度と不整合が生じるからである。たとえば、違反事件の摘発等に協力したことにより「不当利得」が消滅したり、その額が縮減したりされるような事態は想定し難い。また、不公正な取引方法における大半の行為類型の場合のように、「不当利得」額の想定が難しい違反行為に対して、課徴金の賦課を検討することも、その妥当性が疑われることとなる。

課徴金の算定率は一律にするのではなく、事案の態様・悪質性等に応じて個別具体的に算出することを検討すべきである。これにより、当局の説明義務が明確化し、当該事案に対して課徴金を賦課することの適格性・妥当性が担保されるとともに、当該制度の「制裁」的な意味合いも一層明らかになるであろう。また、この整理によってはじめて、公正取引委員会への自主的な申告や調査への協力に基づき課徴金が減免されるという課徴金減免制度の仕組みが、より説得力を持つものになると考える。（全日本空輸）。

2005年独禁法改正前における課徴金制度は、不当な経済的利得をその枠内で徴収することによって、その限りで違反抑止を図るという制度であり、この両面がコインの裏表のような関係にあったといえよう。

昨年の独禁法改正により課徴金制度は、売上額の10%を原則としながら、10年以内の繰返し違反の場合に加重し、リニエンシー制度によって自主申告・調査協力とリンクさせてこれを軽減する制度となった。違反抑止の面が強化されたことは否定できない。問題はこのような変化によって現行課徴金制度が行政制裁金（行政の実効性を確保する手段として義務違反者に対して、狭義の金銭的制裁を課すことによって、義務違反を一般的に抑止することを目的とする行政上の措置）となったといえるかである。この点に関しては様々な見方があるが、私自身は、違反行為者であっても不当な利得がない事業者には課徴金が課されないこと（例えば入札談合に参加していた事業者が違反期間において売上額がない場合、課徴金は課されない）、事業者団体自身の違反であっても、利得が生じる構成事業者に課徴金が課される仕組みが残されていること、卸売業と小売業の算定率をその他の業種と区別するのは業種別の利益率の違いに由来すると考えられること、公取委の資料によれば、1991年以降の36件の価格カルテルと入札談合の平均利益率は16.5%、繰返し違反の場合24%とされているが現行課徴金の算定率は原則10%、繰返し違反15%であり、少なくとも狭義の制裁とはなっていないことから、昨年の改正によって不当な経済的利得と無関係に賦課される行政制裁金に完全に变化したものとはいえないと考える。

しかし、このことは、今後、行政制裁金制度を導入することに反対であると述べているわけではない。むしろ、

違反の重大性や競争に与える影響の大きさを根拠にし、その違いに応じて制裁金額を決定する金銭的サンクションを導入することは望ましいことであると考え。その場合、裁量性はできるだけ少なく設計する方が望ましく、予見可能性・透明性を高める必要もあるので、ガイドラインにおいてできる限り詳細に規定することが必要であろう。また、現行課徴金制度を行政制裁金に変えていく手掛かりは既に現行法の中にある。支配型私的独占である。この違反に対する算定率は10%であるが、これがなぜ10%であるのかは、行政制裁金としての算定率であるという以上に合理的な説明は私には見出しがたい(早大教授 土田和博)。

検討の中で、法令遵守の取り組みが行われている場合、減額要素とするという考え方も出されていますが、本来、コンプライアンスが真に確立していれば、法令違反が起こるわけもなく、このような考え方には反対です(東京都地域婦人団体連盟)。

課徴金の法的性格について、公正取引委員会は、国会答弁において「不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組み」としているが、未だ曖昧な説明である。不当利得相当額以上の金銭を徴収する現行課徴金は、違法行為の抑止を目的とする「行政上の制裁」としか説明できないものであるならば、そのような位置づけであることを明確にすべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

課徴金と刑事罰の併科を解消するため、独占禁止法違反行為に対する制裁について、法人に対しては独占禁止法上の課徴金に一本化することを前提に、公正取引委員会による恣意的な裁量の余地を極力排除し、制度の透明性、予見可能性を確保する必要がある(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

課徴金額の決定にあたっては、行為の態様、責任の度合等に相応した相当性、妥当性を反映するとともに、具体的な状況に合わせて加算・減算するための透明性、予見可能性のある一定の基準を設定(企業の法令遵守の真摯な取り組みを反映する仕組みの導入も含む)し、できる限り法律で明定すべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

事案の実情(行為の態様、責任の度合い、悪質性・重大性等)に応じた課徴金制度とすることに賛成であり、その場合、透明性・予見可能性を確保する観点から、算定方法について出来るだけ法律(出来ない場合はガイドライン等)で明確にすべきである(日本建設業団体連合会)。

まずは、課徴金の法的性格を明確に位置付け、課徴金と刑事罰という二重制裁を解消することが先決である。今回の改正で課徴金を「行政上の制裁」として位置付けたと考えられるので、刑事罰の併科は避けるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

#### 【意見】

裁量的課徴金の導入については現時点では否定的である。万一これを導入することとなる場合には、裁量を適正に行使することができるよう公取委の組織体制を整える必要があり、審判官の職務の独立性の強化など同委員会の準司法作用を強化すること、ECのように課徴金算定についての裁量のガイドラインを設け、これを公開し透明性の高い基準とすること、裁判所への不服申立の手続を容易にすること、を併せて実施すべきである。

#### 【理由】

裁量的課徴金の導入については、高額な課徴金を課す場合にこれを非裁量的に課すのであれば刑事罰と併科することで二重処罰禁止に触れる可能性があること、違反事案に対して実質解決に資するような柔軟な解決ができること、わが国独自の刑事処分との併科を止めて法人については課徴金に収斂することが可能になること、などのメリットもあると言われている。

他方、課徴金の算定に当たって考慮すべき要素(行為の重大性と悪質性があり、前者は競争制限効果の程度、市

場規模の大きさ、違反行為の期間の長さなどであり、後者は違反行為の反復性、事業者の主導性、経営トップの関与の有無、法令遵守コンプライアンス体制の程度、企業規模、過失の程度や期待可能性の有無などがある)の中で悪質性を考慮して裁量的課徴金を認めるべきであるとする議論を展開しているようであるが、行為の悪質性は判断に時間を必要とし、行政手続の迅速性・機動性を損なうこと、行為の悪質性は行為者の態度や主観面を考慮するので行政措置としての課徴金になじまないこと、そのような悪質性は刑事罰において考慮すべきで刑事罰との総合的な枠組みの中で考えるべきであることに照らせば、やはり課徴金に裁量性を導入することには現時点では否定的である。

将来もし裁量的課徴金を一部でも(カルテルなど)採用する場合には、公取委が対象事業者ごとに課徴金額を検討しなければならず、それを適正に行使することができるような組織体制にする必要がある。審判官の職務の独立性の強化など同委員会の準司法作用を強化することに加え、ECのように課徴金算定についての裁量のガイドラインを設け、これを公開し透明性の高い基準とすべきである。公開によって、抑止効果も高まると言われている。また、裁判所への不服申立の手続を容易にすることが必要である。このような、組織構造及び制度の見直しをする前に課徴金に裁量性を導入することは避けるべきである(日本弁護士連合会)。

改正により、課徴金が制裁としての性格を持つにいたったことは、異論がないであろう。そうすると、刑罰と同じように、課徴金額についての裁量が認められるようにすることが望ましい。

所謂官製談合のように、発注者が事実上受注者を決めていたとか、事業者が競争できないような制度を発注者が作っていた等の場合でも、一律に売上金額を基準にして課徴金額を算定することとされ、裁量の余地がないという方針は改正法でも変更されなかった。

それは、官製談合であっても、談合した以上、その責任は事業者にあるとの考えに基づくものであろう。しかし、事業者が発注者の関与なしに談合した場合と、発注者の意向に従った場合とを同視するのは、公平ではない。事業者は、発注者の意向に背くことは事実上出来ないのであるから、一般刑事事件において被害者に責任がある場合それが情状として考慮されるのと同様に考えなければおかしい。それを無視して一律の課徴金を課するのは正義に反するというべきである。そのような不正義を避けようとするなら、課徴金にも裁量を認める他はない。課徴金額が引き上げられた改正法の下では、その必要性が大きい。

その基準をどのように定めるか困難な問題であるが、発注者の関与の在り方、程度によって、売上額から算定された課徴金額を半分にするとか、3分の1にするなどの措置を認めるべきである(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

結論：

) 課徴金の法的性格は、社会的制裁を中心と捉えるべきであり、その意味で課徴金の上限が不当利得相当額に限定される必要性は認められないが、課徴金率の定めるに当たっては、有効な抑止のためには違反事業者利益を上回る制裁を課することが必要であるから、違反事業者における平均的利益率を基礎としてそれを上回る課徴金率を定めるという限度で違反事業者の不当利得額はどの程度かを勘案する必要がある。

) 裁量的課徴金制度を設けることについては、反対である。

理由：

上記 )については、執行力を徹底させて消費者被害を防止する観点から、事業者の不当利得額を上回る課徴金を課する必要性が認められるが、他方で、違反行為抑止のための必要性を上回る過重な制裁を課することも相当でないので、そのバランスの観点から、違反事業者における平均的不当利得額を上限ではなく、これを上回る適切な

	<p>課徴金率を定める場合の基礎とすることは相当と考えられる。</p> <p>上記 )については、裁量性を設けることにより、課徴金の算定基準の明確さが失われ、違反事業者に争う余地を増やして審査・審判手続が徒に長期化する懸念があり、その場合は、公取委による執行力が大幅に低下する可能性がある。独禁法違反行為を迅速に摘発して違反事業者の不当な利益を剥奪すると共に社会的制裁を加えることを可能にするためには、課徴金の算定は一義的に明確である必要がある。このように課徴金の算定基準が一義的に明確であり、かつ違法行為抑止のために十分な重さを持っていることが、リーニエンシー制度を有効に機能させるための前提ともなる(弁護士 山口廣他)。</p> <p>課徴金は、抑止のために必要な金額で課すようにすべきである。</p> <p>その理由としては、談合等のカルテル行為を行なう事業者は、仮に公取委の調査を受けて課徴金を支払ったとしても、長年にわたる談合等のカルテル行為で既に稼いでおり、お釣りが出るとの考えがあるので、現行の課徴金率では抑止力の働きが弱いものになっている(個人)。</p>
<p>オ．企業において法令遵守の取組が行われていた場合に、このことを課徴金の算定に当たって考慮する仕組みについて</p> <p>企業における法令遵守の取組を促進する観点から、こうした取組を評価し得る制度（課徴金の算定に当たって減額要素とする等）とすべきではないか。</p> <p>法令遵守の取組が機能しているのであれば、そもそも違反行為は起こらないはずであり、減額要素とするのは適当でない。</p> <p>法令遵守の取組を減額要素とするのであれば形式的なもので認めることには意味がないので、実質を伴っているか詳細な調査が必要になると考えられるが、そうなることと実効的な法執行が困難になるので適当ではない。</p> <p>むしろ減額要素ではなく、課徴金減免制度の適用に当たって、企業が法令遵守の取組を進めることを条件とするべきである。</p> <p>企業の自主的な調査協力を課徴金の減額要素としてもよいのではないか。</p>	<p>取り組んでいても実効化していないのであれば、形の上だけであることになる。諸外国においても、コンプライアンス規則を置いていたこと自体は減額事由とはされていない(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>考慮することができる仕組みにすること自体には賛成だが、形式的に取組を行っていただけで考慮することは適当ではない。考慮するのは、企業の法令遵守の取組が実効的に行われていたにもかかわらず従業員が独断で違法行為を行ったような例外的な場合に限るべきである(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>委員の意見 に賛成(神戸大名誉教授・弁護士 小原喜雄)。</p> <p>もちろん、法令遵守の取組みが機能しているのであれば、そもそも違反行為は起らないはずであり、課徴金の減額要素とするのは適切でないという意見もある。それは正論であるが、今後の取組みに向けてのインセンティブを与えるということも一つの要素として考えてもよいと思われる(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> <p>現行の違反行為に対する制裁は、違反抑止力が期待されるものであり適切であると考えますが、課徴金制度については企業において法令遵守の取組が行われていた場合には、これを課徴金算定にあたって考慮される仕組みを取り入れた方が、企業におけるコンプライアンス体制の充実・活性化につながり、ひいては違反行為の減少化の原動力になりうるのではないかと考えます(京セラ)。</p> <p>コンプライアンス制度の促進</p> <p>市場経済の発展に伴い、市場経済を担う企業特に大企業のコンプライアンス(法令遵守)の必要性は、環境問題、安全問題、企業会計問題、消費者保護問題等あらゆる面で増大してきており、独占禁止法のコンプライアンス問題も、全体としての独占禁止法の執行力強化にとって、極めて重要な問題である。制裁金の裁量の場合の考慮要因として、コンプライアンスの有無・その実効性を掲げることは、そのこと自体でこのコンプライアンスの促進、法の執行力強化にとって大きな影響力を持っている。このコンプライアンスの考慮要因の運用を厳しくして、仮に軽減措置の適用が実際に行われる場合が少なくても、そのコンプライアンスの促進効果は極めて大きいと考えられる。ある企業のコンプライアンス制度が不十分で軽減措置が適用できないということが規制機関で判断され公表されれば、そのことが当該企業のみならず他の各企業のコンプライアンス制度の整備強化を促進することになる。</p> <p>米国の独占禁止法違反の1991年刑罰量刑ガイドライン(2004年改正)に企業のコンプライアンスの有無・程度が考慮要因として明記されているが、このことが実際にコンプライアンス促進効果をもっていることは、米国企業が厳格なコンプライアンス制度を整備し実施していることから明らかである。</p>

現在、環境規制において大企業は環境報告書を公表して企業の自主規制体制を説明し、それが資本市場での企業評価にも影響を及ぼし、環境規制の重要な側面となってきたが、現在の市場経済体制の下でのコンプライアンス制度の必要性は極めて高く、独占禁止法の制裁金裁量制度の下でのコンプライアンス制度に関する考慮要因の有無とその運用は、独占禁止法の全体としての執行力強化の見地から極めて重要である(競争法研究協会)。

2005年改正により課徴金の制裁的性格が強くなったので、その上限制と裁量制を導入する必要がある。裁量については、それが恣意的にならないように基本的な基準は法定する必要がある。また、裁量基準には企業内の独占禁止法コンプライアンスの設定遵守状況を含め、企業のコンプライアンス制度の推進を図ることが独占禁止法の実質的な執行力強化に必要である(競争法フォーラム)。

法令遵守に向けた事業者の主体的、真摯な取組みを反映することは有効であり、このような仕組みを導入すべきである。ただし、透明性・予見可能性のある一定の基準を法定化することが不可欠である(経営法友会)。

各企業が真剣に法令遵守に取り組むべく、適切な体制を構築し、日々内部統制を的確に実施するよう努力することは好ましい。しかしながら、法令遵守の取り組みの適切さを実質的に判定するのは困難であることから、当該減免措置は導入すべきでないとする(経済同友会)。

法令遵守への取組については、課徴金軽減目的の形式的な導入を助長するおそれがあることから、明文化すべきではない(国際企業法務協会)。

法令遵守の取り組みが課徴金の算定にあたって考慮されれば、法令遵守の取り組みを企業に積極的に促すことになり、違反抑止の観点で好ましいのではないかと考える。

また、「法令遵守の取り組みが機能しているのであれば、そもそも違反行為は起こらないはずであり、減額要素とするのは適当ではない。」との委員の意見については、たとえ取り組みが機能していたとしても、会社の意に背いて独断で違法行為に走ってしまう者が現れるおそれもあり、かならずしも妥当ではない。会社が法令遵守のための善管注意義務を尽くしていた事実が認められれば、酌量として、課徴金の減額要素とすることが適当である(昭和電工)。

現行の課徴金制度は、課徴金減免制度等一部の例外を除き、公正取引委員会に算定に関する裁量の余地がない制度であるため、企業が独占禁止法遵守の徹底のための努力をしても、あるいは全くしていなくても算定率が変わることはなく、企業にとって遵守努力へのインセンティブを維持しづらい制度となっている。従って、企業による独占禁止法の遵守の徹底を促進するため、企業のコンプライアンス体制の整備を課徴金の減額要素として考慮するインセンティブ制度について、これを導入すべきであるとする。これについては、2(2)オ.「法令遵守の取組を減額要素とするのであれば形式的なもので認めることには意味がないので、実質を伴っているか詳細な調査が必要になる(略)」との意見もあるが、減額が適用される基準(あるべき体制の基準)を事前に公表し、この基準に到達している企業については減額を適用する、といった制度が考えられる(住友金属工業)。

課徴金の算定に当たっての企業における法令遵守への取り組みの評価について検討されるべきであること

企業における法令遵守への取り組みを促進する観点から、課徴金の算定に当たっての企業の取り組みについて検討すべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

少なくとも課徴金の対象となるカルテル・談合については、一担当者の意向で行われることはありえず、組織ぐるみであることは明白です。そもそもコンプライアンスが働いていれば起こりうるはずはなく、法令遵守の取組みが行われていた場合に、減額要素とする事など論外です(全国消費者団体連絡会)。

課徴金額の決定にあたっては、行為の態様、責任の度合等に相応した相当性、妥当性を反映するとともに、具体的

な状況に合わせて加算・減算するための透明性、予見可能性のある一定の基準を設定（企業の法令遵守の真摯な取組みを反映する仕組みの導入も含む）し、できる限り法律で明定すべきである（日本経済団体連合会、日本化学工業協会）。

会社法において、企業不祥事を起こさないための内部統制システム構築が要求されており、実効的なコンプライアンスシステムに関する監査役の事業監査報告等をもとに減額要素となるかどうか評価することも可能と思われる（日本建設業団体連合会）。

「企業において法令遵守の取組みが行われていた場合に、このことを課徴金の算定に当たって考慮する仕組み」（7頁・オ）などは論外です。課徴金の対象となるカルテル・談合については、一担当者の判断ではなく組織ぐるみで行われていることは明白であり、法令遵守に取り組んでいる企業においては起こり得ないと考えます（日本消費者連盟）。

法令遵守プログラムが存在するにもかかわらず違反行為が行われたということに鑑みると、当該法令遵守プログラムは、違反行為が行われた以上、結局のところ効果的ではなかったということになるという意見もあり得るが、企業による真摯な努力については、米国の「量刑ガイドライン」においても責任を軽減する要素とされており、企業によるこのような真摯な努力についてはこれを支援する方向で考えるべきである。したがって、法令遵守プログラムの存在は、課徴金の算定に当たって責任を軽減する要素と認められるべきである（日本ゼネラル・エレクトリック）。

**【意見】**

企業における法令遵守の取組みを課徴金の減額要素とすることには反対である。

**【理由】**

法令遵守の取組みは、独禁法違反行為の抑止には大変重要であるが、それは違反事業者に対する排除措置命令や課徴金減免制度の適用に当たって考慮すべき問題であり、実効性がないから違反行為が起きてしまった制度を減額要素として考慮することには違和感がある。

また、もし考慮要素とすると、それは違反事件では実効性がある法令遵守の制度はあったが、たまたま一部の従業員が違反をしてしまった事例であろうが、そのような実態を調査し判断することに時間がかかり、迅速な行政措置を実施することが困難となってしまう（日本弁護士連合会）。

コンプライアンス態勢の評価は、特に減額要因として考慮する場合には、それが実質的に行われていたかについて詳細な調査が伴わざるを得ず、必然的に実効的な法執行は困難となるとの意見には説得力がある。私もこれを減額要因として考慮することには反対である。仮に、コンプライアンス・プログラムを課徴金の算定にあたって考慮するという仕組みにするならば、減額要因としてだけでなく、増額要因としても考慮されることがありうることとすべきである。すなわち、法令順守態勢・取組みを形式的に整えた上で独禁法違反を行う場合、あるいは独禁法違反の悪質な隠蔽工作の一部としてコンプライアンス態勢を利用する場合であり、このような場合には課徴金が増額される仕組みとすべきである（早大教授 土田和博）。

委員の意見 に賛成（あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力）。

結論：委員の意見 に賛成である。

理由：独禁法違反行為が行われた事実は、当該事業者のコンプライアンスが有効に機能していなかったことの如実に示していることから、これを減額理由とする合理的理由は皆無である（弁護士 山口廣他）。

法令遵守の取組が行われていたことを、減額要素とするのは適当でない。

	<p>その理由としては 法令遵守の取組が機能していれば違反行為は起こらない筈なのに起きているという矛盾がありながら、減額要素とする論理に合理性がない。</p> <p>仮に、真に日々法令遵守の取組んでいて何かの事情で偶々違反行為が行われた事業者を減額したいがために、その他の法令遵守に取り組んでいる事業者と区別することなく一律に減額要素とするのは、適当でない。</p> <p>違反行為を行う事業者の多くには、代表者などが事業者の護身のために表向き法令遵守の取組をアピールするのみで、真の取り組みが行われていない状況にあって、そうしたものに減額要素とするのは、事業者の思う壺にはまることになり適当でない。</p> <p>その証左になるのが、独占禁止法違反業者の中に法令遵守に取り組んでいる事業者が多数見られることである。(個人)</p> <p>委員意見 「企業の法令遵守の取組状況を課徴金の算定にあたって減額要素とする等」に対して反対です。</p> <p>どのような取組が行われていたとしても、法令違反が起これば価値はない。むしろ法令遵守の取組を進めることを課すべきである(個人)。</p> <p>委員意見 「企業の自主的な調査協力を課徴金の減額要素としてもよいのではないか」に関する私の意見は、企業が調査に協力するのは、法治国家の企業市民として当然のこと。むしろ非協力的な企業に対しては、課徴金を加算すべき(個人)。</p> <p>法令遵守の取組が機能しているのであれば違反行為は起こらないのでは、という意見は一理あるとは考える。</p> <p>再発防止の観点から言えば、違反行為の発生後、当該取組を行っているにもかかわらず何故違反行為が発生したのか、どの点が機能しなかったのかという分析が重要であり、あらかじめこのような取組を整備、実施するよう誘導するためには、社内取組の整備のあった企業については課徴金減額等の一定のメリットを与えるような制度は必要と考える。</p> <p>また、取組があったか否かに加えて、違反後に当該事業者において法令遵守体制の是正まで行ったことを、課徴金算定の考慮の条件とすることなども検討の余地があるのではないか(事業者)。</p> <p>企業は、減額を受けるために、公正取引委員会对応用の形式的な法令遵守の取組を行うおそれがあり、こうなると実質的な法令遵守を促進することに逆行する(事業者)。</p> <p>法令遵守の取組が機能しているのであれば違反行為は起こらないのでは、という意見は一理あるとは考える。</p> <p>再発防止の観点から言えば、違反行為の発生後、当該取組を行っているにもかかわらず何故違反行為が発生したのか、どの点が機能しなかったのかという分析が重要であり、あらかじめこのような取組を整備、実施するよう誘導するためには、社内取組の整備のあった企業については課徴金減額等の一定のメリットを与えるような制度は必要と考える。</p> <p>また、取組があったか否かに加えて、違反後に当該事業者において法令遵守体制の是正まで行ったことを、課徴金算定の考慮の条件とすることなども検討の余地があるのではないか(事業者)。</p>
(3) 刑事罰について	
<p>ア．課徴金と刑事罰の併科と憲法の禁止する二重処罰について</p> <p>独占禁止法違反に対する法人処罰と課徴金の併科については、最高裁判決もあり憲法にいう二重処罰の問題は</p>	<p>05年改正により課徴金の性格は、「不当な利得の剥奪」から「制裁」へ変わった。課徴金の性格が「不当な利得の剥奪」であるとするなら、たとえば、リニエンシーの1番目報告者に対し課徴金を全免することは、その者に「不当な利得」の保持を許容することになるという奇妙な結果をもたらす。また、違反行為を繰り返した者に対し、課徴金を重く課するというような操作ということでは、「不当な利得の剥奪」という考えは採れない。そこで、課徴金</p>

<p>生じない。</p> <p>当該判決は個別事案についてのものであり、一般的に二重処罰の問題は生じないといえるか疑義がある。</p>	<p>の性格は、「制裁」ということになる。</p> <p>課徴金の賦課手続は、50条6項の規定による文書による意見の申述と証拠の提出のみである。排除措置命令と同時納付命令とが同時に出されるので、それに対する意見の申述も同時に行われる。課徴金の性格が「制裁」であるとする、罰金と性格上類似しているといえる。そうであるから、罰金と課徴金との重複に対し二重の処罰論が提起される。その違憲論を避けるために、罰金と課徴金との調整規定がおかれた(51)。このような調整規定がおかれるということは、違憲論は別としても相互に制裁として性格的に近似性があり、二重性があることを前提としている(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p>
<p>イ．課徴金と刑事罰の併科等について</p> <p>課徴金と法人処罰の併科が憲法問題を生じないとしても、世界的にみると、競争法の分野ではこのような立法例はめずらしく、何らかの方法で二重賦課を解消すべきである。具体的には、ア)課徴金と刑事罰金を同一法人に科す場合、前者から後者の額を控除する、イ)事件ごとにどちらを賦課するかを決める、ウ)法人に対する刑事罰を廃止(個人に対する刑事罰は維持)するという方法が考えられる。</p> <p>違反行為に対しては原則として課徴金を課すことにより迅速に対応するとともに、悪質・重大な事案については、併せて刑事罰を科するという現行法における役割分担は十分に機能している。</p> <p>刑事罰にはスティグマ(stigma、烙印)効果があり、法人に対する刑事罰を廃止して担当者だけが刑事責任を問われるのは適当ではないので、法人に対する刑事罰は維持すべきである。</p> <p>両罰規定(従業者が、事業主の業務について違反行為を行った場合、違反行為をした従業者を罰するとともに、事業主も罰することを定める規定)は、従業者が違反行為をした場合、従業者に対する選任監督上の過失責任を問うものに過ぎないから、法人に対する処罰の在り方として疑問がある。</p> <p>現行法において、課徴金と法人への刑事罰金が併科された場合に、課徴金から刑事罰金額の半分を控除することは、司法判断の後に、行政処分により調整するものであり適当ではない。刑事罰の判断に当たって、行政処分の存在を踏まえつつ量刑を判断するのが妥当である。</p> <p>そもそも どのような調整の必要自体がない。</p> <p>証券取引法における継続開示義務違反に刑事罰と課徴金が併科されるときと同様に罰金額全額を控除すべきではないか。</p> <p>刑事処分の手続が進行している場合には、行政処分の手続を停止して、刑事処分の結果を待つべきではないか。</p>	<p>課徴金と刑事罰 課徴金と罰金の二重性を回避するために、法人で事業者には課徴金、個人には刑事罰(懲役、罰金)といった、課徴金と刑事罰分離論がある。これは、社会的意識と整合するか疑問である。会社の従業員である個人が起訴されるなら、就業規則により懲戒免職となり、その上、刑事罰を科される。他方、事業者である会社は、課徴金のみである。従業員からすると、会社の業務として談合を余儀なくされたのに、会社は課徴金だけかという不満を持つことになる。課徴金も制裁であるいはいえ、刑罰と比するなら重みが全く異なるし、社会的受入方が異なる。このように見ると、課徴金、刑事罰分離論には与することができない(北大名誉教授・弁護士 厚谷襄児)。</p> <p>課徴金は、不当利得相当額以上の金銭を徴収することで、違法行為の抑止を目的とする「行政上の制裁」であり、その機能は刑事罰と重なっている。このような二重構造は先進諸国に例がないものであり、法人・個人に対する独占禁止法上の刑事罰は廃止し、課徴金に一本化すべきである(出光興産)。</p> <p>平成17年改正独占禁止法においては、課徴金と刑事罰の関係に関しては、罰金が科された場合には課徴金額から罰金額の2分の1を差し引く制度が設けられている。これは、課徴金と刑事罰は違反行為を抑止するという機能面で共通する部分があるため、併科する場合には、この共通する部分に係る調整として、罰金相当額の2分の1を課徴金額から控除することが政策的に適当であると判断されたものであると説明されている。しかしながら、このような独占禁止法上の課徴金と刑罰の関係に関しては、憲法第39条後段の二重処罰の禁止に反するのではないかと指摘が従前から存在する。この点について、平成17年改正前の独占禁止法上の課徴金に関しては、違反行為抑止のために金銭的不利益を課す行政上の措置であると考えられており、そのような考え方に基づいてか、課徴金と刑罰の併科に関して憲法第39条に違反しない旨判示した最高裁判例(最高裁平成10年10月13日第3小法廷判決・判時1662号83頁)がある。しかしながら、平成17年改正後の課徴金に関しては、制裁としての機能をより強めたものであると説明されることもあり、したがって同様に考えられるかは明らかではない。また、独占禁止法の課徴金が制裁的色彩を持つとすれば、二重処罰の禁止に違反することになる旨指摘した裁判例(東京高裁平成13年2月8日判決・判時1742号96頁)も存在する。したがって、平成17年改正後の課徴金に関しては、刑事罰との間で二重処罰の禁止に違反するおそれがあるものといえる。</p> <p>そのような場合に、かかる二重処罰の禁止違反を回避する方法としては、刑事罰への一本化、課徴金等の行政上の制裁金への一本化、罰金額の課徴金額からの全額控除、刑事罰と課徴金を並存させるが刑事罰を科す行為には課徴金を課さないとする振り分け制、等が考えられる。このうち、あるいは が理論的には明快である。</p> <p>の欠点としては、現行法上の罰金額が課徴金として課することができる金額よりも小さいことが挙げられるが、これは脱税や偽造通貨取得後知情行使罪(刑法第152条)に対して適用される罰金スライド制を導入することによって対処可能と思われる。 については、カルテル等に対しては刑事罰が有効である旨の反論が考えられるが、法人に対しては課徴金に一元化し、個人に対しては刑事罰を残すというような対応も考えられる。 については、現行の証券取引法第185条の7第4項等がかかる制度を定めている。いずれにせよ、現行の独占禁止法の罰金が科され</p>



刑事処分を待たずに、時宜に応じて行政処分を行うことが適当であることもあるのではないか。

た場合には課徴金額から罰金額の2分の1を差し引くという制度は、政策的な妥協の産物であるとしても、理論的な説明が難しく、また、二重処罰の禁止に違反するおそれのあるものであり、かかる懸念のない制度に改正されるべきであるとする(弁護士 江崎滋恒他)。

二重処罰の問題が生じ得るのは、課徴金の金額が被害の回復の程度を超える水準となつてからであると考えられるが(アメリカのHudson事件参照)、10%程度では被害額の範囲と推認され、3年という期間制限があることから、違法行為の再発の50%加算を考慮しても現行制度は二重処罰の問題を生じ得る状況には至っていない。二重処罰の問題を真剣に議論するには期間の限定が除外され、取引対象額の20%以上のレベルに引き上げられることが前提であろう。現行制度では、課徴金制度では、3年以上の長期にわたる悪質なカルテルに対しては不当利得すらも回収できないので、刑事告発のアナウンス効果により、悪質な事業者に対する道義的非難(しばしばスティグマ効果と呼ばれる)を与えることで、課徴金の抑止効果の不十分性を補う必要があると言わざるを得ない。

課徴金の上限が20%以上の水準に引上げられ、かつ3年という期間制限が撤廃された場合でも、刑事事件の罰金が、課徴金のレベルに達しない場合、刑事罰をとった方が法人には制裁が軽いということになるので、刑事の罰金も、制裁金並みに引き上げられる必要があり、そのような状況に達した場合には、刑事手続で行くか、行政手続で行くかは、選択的執行によることになるものと考えられる。しかし、この議論は、あくまで、行政手続と刑事手続がそれぞれ一本だけで十分な制裁として機能する場合であつて、現状(課徴金と刑事手続あわせてようやく十分な水準の課徴金という状況といえる)では、二重処罰の問題は生じない。

課徴金の上限が20%以上の水準に引上げられ、かつ3年という期間制限が撤廃された場合、法人に対する刑事罰を廃止するという考え方はありうる。しかし、執行の多元化という観点からは、検察庁もハードコアカルテルに対する独禁法の執行をになう方が好ましく、違反行為の抑止のためには、様々な法執行手段があることが効果的であることが共通認識であるならば、法人に対する刑事罰廃止という考え方は、とりえないのではないか。むしろ、専属告発制度の廃止が考えられてよい。ただし、公取委が、告訴した案件については、公取委主導で(公取委の実務・法解釈を尊重して)、立件・事件処理を行うべきである。イギリスの2002年企業法では、そのように制度設計され運用されている(拙著、日欧米独占禁止法1075ページ参照)(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。

課徴金と刑事罰の併科は、直ちに憲法の禁止する二重処罰に当たらないと考えられる(流通科学大教授 小畑徳彦)。課徴金と刑事罰の併科が憲法問題を生じないとしても、これを併科とする仕組みが適当かどうかは別問題である。法人に対する課徴金も罰金も金銭的制裁という点では同じであり、異なる手続で重ねて行うことは効率的ではなく、また、事件関係者に二重の負担を課することになるから、個々の事件ではいずれかに一本化すべきである。刑事罰の感銘力や官製談合事件等における公正取引委員会の審査能力と検察庁の捜査能力の違いを考えると、法人に対する刑事罰を廃止することは適当ではないので、刑事罰を科すべき場合には課徴金を課さず、刑事手続に一本化することが適当と考えられるが、現行の刑事罰の水準は課徴金の水準に比し著しく低いという問題がある。会社に対する罰金として課徴金相当額を科すこと、又は刑事判決により不当利得相当額を没収することの可能性を検討し、このような方法が可能であれば刑事罰に一本化することが適当である(流通科学大教授 小畑徳彦)。

委員の意見 (独占禁止法違反に対する法人処罰と課徴金の併科については、最高裁判決もあり憲法にいう二重処罰の問題は生じない)に賛成。ただし、欧州裁判所のヴィルヘルム事件判決(1969年2月13日、独占禁止法基本問題懇談会資料(第8回資料)資料8参照)を踏まえて、課徴金と刑事罰に関する現行の調整規定に賛成(神戸大名誉教授・弁護士 小原喜雄)。

委員の意見 (刑事罰にはスティグマ(stigma、烙印)効果があり、法人に対する刑事罰を廃止して担当者だけが刑

事責任を問われるのは適当ではないので、法人に対する刑事罰は維持すべきである)に賛成(神戸大名誉教授・弁護士 小原喜雄)。

課徴金制度は、制度制定当初の立法趣旨である不当利得相当額の剥奪による社会的公正の確保手段から違反行為者に対する制裁手段へとその本質が大きく変化しており、そうであるならば、課徴金と刑事罰の併科には憲法上の二重処罰禁止の問題が生じている。先の改正法では、課徴金と刑事罰の間には、調整規定が設けられているが、不徹底であり、理論的根拠に欠ける。

したがって、現行のような課徴金と刑事罰の金額面での調整のような中途半端な仕組みを設けるのではなく、例えば、欧州委員会が行政制裁金に一本化していることなどを参考に、法人については刑事罰を廃止し、制裁は課徴金に一本化すべきである(関西経済連合会)。

行政上の制裁として課される課徴金の制度と刑事罰の制度は、独占禁止法違反の抑止制度として機能が重複しており、その両方を制度として維持する必要性に乏しい。

そこで、法人に対する抑止制度としては刑事罰の制度を廃止し、課徴金の制度のみとすることで、独占禁止法違反の抑止制度の重複を解消し、制度の整理を図るべきである。

一方、個人に対する刑事罰の制度は、違反に対する抑止力を確保するという観点から、制度の妥当性を検討すべきである(キヤノン)。

#### 二重制裁解消の問題

価格カルテルに対する課徴金制度は、1973年の石油危機の際に多発した値上げカルテルに対して、排除措置のみでは抑止力を持たず、値上げされた状態がそのまま維持され、それに対する刑事告発も効果的に運用できないため、排除措置を補完して価格カルテルのやり得を防止する措置として1977年改正で導入され、その後は価格カルテルに対して刑事告発ではなく、課徴金のみが用いられた。しかし、1990年に日米構造問題協議で米国等から日本の独占禁止法の価格カルテルに対する抑止効果が弱いと批判され、課徴金の引上げのほか、刑事告発も積極的に活用することとなった。当時は法人に対する標準課徴金率は2%、刑事罰は500万円であったが、その後刑事罰が5億円に引上げられたほか、課徴金が2005年改正で10%又は累犯の場合に15%に引上げられ、課徴金の制裁的性格が強くなり、課徴金と刑事罰の二重制裁問題が改めて問題になっている。

同一法人の同一行為に対して、同じ高額の金銭的制裁を重複的に課すことは、それ自体で理論的・制度的に問題であるのみならず、適用を受ける企業としては耐え難い負担を強いられる。すなわち、この二重制裁手続は、刑事手続と行政手続という別個の手続の下で、個人犯罪の視点からの捜査と会社の違法行為の視点からの審査が、

別々の機関により、別個の手続により、ほぼ同時期に実施され、同じ金銭的制裁が課せられることは、企業にとって、必要以上の負担を強いられる。このことは、実際に二重制裁が適用される場合だけでなく、企業が違反の予防対策を講じる場合にも、極めて大きな負担である。今回の課徴金引上げにより矛盾が増大した二重制裁制度は、憲法上の疑義があるばかりでなく、企業への過度の負担と重複行政の弊害を増大させている。問題は、この二重制裁制度が理論的・制度的に検討されたものではなく、外国からの要請により緊急措置として導入されたことである。

法人に対して米国では刑事罰1本、EUでは行政制裁金1本で、二重制裁が正面から実施されているのは日本だけであり、この解決は急務である。独占禁止法執行手続の透明性と統一性の確保の見地から、法人企業に対する制裁は、EU型の行政制裁1本への単純化が必要である。法95条の両罰規定に、課徴金の対象になる違反行為については、両罰規定を適用しない旨の規定をおくことで対処できる。刑罰には課徴金と異なる感銘力がありその存置が必要と

するのであれば、課徴金 ( surcharge ) の呼称を「行政制裁金」( administrative fine ) と変えればよいのである。また、独占禁止法違反行為は、実際には特定の違反行為者によって行われるので、違反行為の抑止のためには、行為者個人の処罰の強化の問題が重要であり、米国では価格カルテルに対しては、実際に違反行為を実行した行為者個人の責任を追及することに注力しており、独占禁止法違反行為を殺人・強盗等と同様の重罪 ( felony ) とし、行為者に対する禁固刑を 3 年から 10 年に延長し、実刑を課して対処している ( 競争法研究協会 )。

1977 年改正により課徴金制度が導入されたのは、石油危機のときに多発した大企業の値上げカルテルに対して排除措置では抑止力がなく、それを補完する措置として違法行為による不当利得を剥奪し、そのやり得を防ぐ措置としてであった。この課徴金制度に刑事告発を併用することになったのは、1990 年の日米構造問題協議において、独占禁止法の執行力強化が要請され、それに対応する緊急措置としてであった。その後、課徴金は売上高に対する標準比率が 2% から 10% に引上げられて制裁的性格が明確になり、刑罰も法人に対して 500 万円から 5 億円に上げられた。現在の状況からみると、二重制裁の問題が発生し、憲法上の疑義があるばかりではなく、制裁制度の単純化と透明性の点から課徴金か刑罰のどちらかにすべきである。二重制裁は、事業者に対する過度の負担となっている。罰金額よりは課徴金額の方が高額の場合が多いと考えられるので、課徴金制度 1 本にすることが適切である。刑事罰の場合に感銘力が強いというのであれば、課徴金の名称を行政制裁金又は行政罰とすることが考えられる ( 競争法フォーラム )。

以下の理由により、課徴金と刑事罰の併科が憲法上の問題を生じないといえるか疑義がある。なお、現行法において、課徴金から刑事罰金の半分を控除していることはこの問題を考慮したことによるものと考えられるが、半分を控除することに合理的な理由はなく、証券取引法上の課徴金と刑事罰金との関係とも不整合が生じており、疑念を払拭することはできない。

課徴金と刑事罰の併科を合憲とする意見は、課徴金が刑事罰と趣旨、目的、手続等を異にすることを理由として併科を合憲としている最高裁判例に依拠しているが、最高裁判例は、趣旨、目的、手続等が異なれば、なぜ二重処罰にあたらぬのか十分な説明を行っておらず、説得力に乏しい。

また、独占禁止法基本問題懇談会でも指摘されているように、最高裁判例は、平成 17 年の課徴金引上げ前のものである一方、平成 17 年の課徴金引上げの際には、「見直し後の課徴金制度は、不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みとすることで行政上の制裁としての機能をより強めたもの」と説明されており、平成 17 年の課徴金引上げ後の課徴金に、従前の最高裁判例が直接受当するか疑問がある。

さらに、平成 17 年の課徴金引上げ時には、「両者 ( 課徴金と刑事罰 ) は、違反行為を防止するという機能面で共通する部分があるため、併科する場合には、この共通部分に係る調整として、罰金相当額の 2 分の 1 を課徴金額から控除することが政策的に適切であると判断した」と説明されており、課徴金と刑事罰の併科を合憲とすることには無理がある ( 経営法友会 )。

仮に課徴金と刑事罰の併科に関して憲法上の問題が生じないとしても、抑止力全体の観点から、必ずしも併科の必要性は認められず、過重なものとなっている。既に課徴金は制裁として十分な水準にあることから、課徴金の位置づけ、算定率を変更し ( 引き下げ ) ないのであれば、独占禁止法上の違反行為に対する刑事罰は廃止 ( 個人への刑事罰は存続 ) し、課徴金に一本化すべきである。仮に一本化ができない場合であっても、課徴金から刑事罰金額の全額を控除する仕組みにすべきである ( 経営法友会 )。

課徴金を今般の改正により「不当利得相当額以上」としたのは、違反行為に対する抑止力を高めるべく、制裁金に相当する金銭的不利益処分を課すためである。しかしながら、刑事罰は「重大かつ悪質な事案」に限定して科され

る罰則であり、課徴金と刑事罰ではその制裁目的が異なることから、結果的に併科となったとしても、一定の合理性があるものとする(経済同友会)。

法人に対して課徴金と罰金刑を併科することについては、最高裁判決で二重処罰の問題は生じないとの判断があるにせよ、改正独占禁止法における課徴金制度は、より一層制裁的な要素を強めていることから、法人から見れば二重に経済的制裁をうけることになる。最高裁判決との関係からも、再度二重処罰禁止規定との抵触の問題を検討すべきである。

法人については、刑事罰(罰金)を廃止し、課徴金に一本化すべきである。それによって、課徴金を「行政上の制裁」として位置付け、行為の悪質性、重大性に応じた算定方法を法律で定めるべきである。

一本化できないとしても、両者を選択的に適用する等の検討をすべきである(建築業協会)。

平成5年5月21日東京高裁判決(業務用ストレッチフィルムのカルテル事件)において、「課徴金は、カルテルによる経済的利得を国が徴収し、違反行為者がそれを保持し得ないようにすることによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置」とし、課徴金は二重処罰の禁止に抵触しないとして根拠付けていることから、従来の裁判所の判断との整合との関係上、課徴金のレベルが上がれば、二重処罰の問題が出てくる可能性があると考えられる。

課徴金の引上と刑事罰は、合わせて議論すべきである。

高額な課徴金となる場合にまで罰金を科すべきではなく、法人に対する罰金の廃止や課徴金と罰金との調整を検討すべきである(国際企業法務協会)。

課徴金の法的性格について、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を持つものであることを明確にするとともに、独禁法違反行為に対する制裁については、法人に対する独禁法上の課徴金に一本化すべきである。

理由：前回の法改正における課徴金算定料率の引上げおよび再犯者に対する料率の引上げの導入によって、課徴金の趣旨は、不法な経済的利得の国庫への納付という趣旨から、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を持つものへと変質してきていると考えられる(JFEスチール)。

共に違反行為に対する制裁の目的を持つ課徴金と刑事罰を併科させることに特段の意義は見当たらず、そのような二重構造を解消し、課徴金に一本化すべきである。独禁法違反は、自然人よりも法人に利得が帰属することから、法人犯罪の性格が強く、その意味からも個人に対する刑罰は廃止し、制裁は法人に対する課徴金の賦課に一本化すべきである(昭和電工)。

独占禁止法に基づく課徴金については、一般に違反行為によって不当に得た利得の相当額を剥奪する機能を有すると説明されるが、算定比率の引上げにより制裁色を強め、実質的に行政罰として機能していると考えられる。

本来、被疑者に対する身体的・金銭的制裁については、適正手続を踏まえた司法手続に基づく刑事罰により構成されるべきであって、行政罰たる課徴金の賦課は二重処罰の懸念が残る。このため、身体的・金銭的制裁は刑事罰に一本化して、課徴金制度は廃止し、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)。

課徴金について、現行の算定率からはその法的性格は制裁であることは明らかであり、制裁制度が刑事罰と課徴金との二重構造になっている。このような、他国に類を見ない状態は解消すべきであり、制裁制度のあり方を抜本的に見直す必要があると考えられる(住友金属工業)。

「論点整理」9項の「イ 課徴金と刑事罰の併科等について」に関し、課徴金と刑事罰の併科について、たとえ二重処罰の問題を生じないとしても、i)世界的にみてもこのような二重構造の制度は稀であること、ii)課徴金の算定率の上昇に伴い、課徴金と刑事罰の機能および目的が相当程度重なり合ってきていること、を考慮すると、かかる二重構造を抜本的に見直し、より効率的な制度に変更すべきであるとする。

具体的には、かかる二重構造解消のため、法人については刑事罰をなくし、機動的かつ効率的な運用が可能な課徴金に一本化すべきであるとする。併せて、制度の弾力的な運用のため、課徴金の加算・減算制度の導入を検討すべきであるとする(住友金属工業)。

課徴金と刑事罰の併科は憲法で禁止する二重処罰になるものと考えられ、解消されるべきこと

法人に対する制裁は課徴金に一本化するか、課徴金と刑事罰を選択的に適用するなど、二重処罰の問題を解消すること

現行の課徴金は、違反行為を防止するために、行政上の制裁としてその機能が強化されており、刑事罰における法人処罰(罰金)との併科に伴い、憲法で禁止する二重処罰との指摘もあり、これを解消する必要がある。同一の行為に対して、同じ金銭上の制裁が二つの異なる機関により異なる手続によって別個に課(科)されるわが国の法制は、海外の先進主要国における制度でも例を見ないものであり、法人に対する制裁は課徴金に一本化すべきである。仮に課徴金と刑事罰を併存するのであれば、両者を選択的に適用するなど、二重処罰の問題を解消し、合理的かつ公平な制度に改正すべきである。

改正独占禁止法では、課徴金と法人への刑事罰が併科される場合は、罰金の2分の1相当額を控除することとされているが、憲法上の二重処罰の禁止について、2分の1相当額を控除すれば、合憲とする理論的な根拠が明らかにされていない。性格と目的の相違から二重処罰に当たらないとする課徴金と刑事罰との間で金額を調整できる法的根拠が曖昧である(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

カルテルや談合は『犯罪=反社会的行為』として処罰されるという考え方を明確にする趣旨から、刑事罰は必要です。課徴金と刑事罰の併科は、憲法で禁止されている二重処罰には該当しないという最高裁判決を踏まえるべきです(全国消費者団体連絡会)。

刑事罰との併科を解消するため、法人に対する制裁は課徴金に一本化し刑事罰の廃止など他の制裁措置を含めた総合的な見直しをすること、また課徴金から違約金の額を控除するなど課徴金と違約金を調整する仕組みを構築すること。

法人に対する制裁は課徴金に一本化し、刑事罰を廃止すること等、他の制裁措置を含めた総合的な制度を検討すべきである。

特に、発注者が談合防止の観点から、損害賠償の予約として契約額の10%(地方自治体によっては30%の場合のある)の違約金を徴収することを契約書で定めることが定着してきている。違約金の徴収により不当利得が解消される以上課徴金の算定において違約金相当額を控除する仕組みを構築する必要がある(全国中小建設業協会)。

課徴金が行政制裁であるとの位置付けを明確にすることを前提として、委員の「課徴金と法人処罰の併科が憲法問題を生じないとしても、(中略)何らかの方法で二重賦課を解消すべきである。」との意見に賛成である。具体策としては、同意見中の「ウ」法人に対する刑事罰を廃止(個人に対する刑事罰は維持)するという方法によるべきであるとする。

この場合、課徴金の算定率は一律にするのではなく、事案の態様・悪質性等に応じて個別具体的に算出することを検討すべきである。これにより、当局の説明義務が明確化し、当該事案に対して課徴金を賦課することの適格性・

妥当性が担保されるとともに、当該制度の「制裁」的な意味合いも一層明らかになるであろう。また、この整理によつてはじめて、公正取引委員会への自主的な申告や調査への協力に基づき課徴金が減免されるという課徴金減免制度の仕組みが、より説得力を持つものになると考える(全日本空輸)。

自由な経済活動を保証し、企業の国際競争力を維持・強化する観点から、欧米で例をみない課徴金と法人に対する刑事罰の併科を解消し、欧米の独占禁止法とも整合性のある法改正を行うべきであると考えます。

したがって、「論点整理」9項の「イ・課徴金と刑事罰の併科等について」(委員の意見)内にある「ウ」法人に対する刑事罰を廃止」という意見をもとに、一本化に向けた改正案を検討してもらいたい。(中部経済連合会) 現行独禁法は一定の違反行為に対する刑事罰を維持した上で、課徴金算定率の引上げ、繰返し違反に対する算定率の割増およびいわゆるリニエンシー制度の導入を実現した。その効果をどのように評価するかも、なお若干の時間を要すると思われるが、しかし、新聞報道等を見る限り、建設業界の入札談合が少なくとも一定の範囲で困難となりつつあるようであり、改正独禁法の違反抑止効果は認められるものといえよう(ただし、現行の課徴金算定率で十分かどうかは、なお予断を許さない)。違反抑止力の強化に貢献したものは次のような要因であったと考えられる。

A 刑事罰の維持

B 課徴金算定率の引上げ・割増算定率の導入

C リニエンシー制度の導入

これらが組み合わされて違反抑止力の強化をもたらしつつあるものと考えられるが、その中でも特に A が重要である。この点は高額な行政制裁金(fine)を課することはできるが刑事罰を科す権限がない EU では同一の事業者が繰返しカルテルを行っていることを鑑みれば了解できよう。これを抑止するためには行政制裁金の引上げで対処せざるを得ず、現実にも本年 6 月に欧州委員会は制裁金算定ガイドラインを改定したが、これでどの程度抑止力が強化されるはなお不明である。これに対し、刑事罰は「最も峻厳なペナルティー」であり、そのスティグマ効果を考えると、法人に対する処罰を含めて、これを放棄することは得策とはいえない(早大教授 土田和博)。

このように、正確には支配型私的独占については既に行政制裁金となっている現行課徴金制度を共同行為についてもそのような性格の制度に改めたとして、次に生じうる問題は刑事罰との関係である。独禁法違反行為に対する刑事処罰は、いわば最後の手段であり、これが科される行為類型は実際には価格カルテルと入札談合に限定され、しかもそのうち、公取委の刑事告発基準に該当するような悪質・重大な違反の場合に限られる。したがって、大部分の独禁法違反は行政制裁金でサンクションが課され、一部の違反についてのみ刑事罰と行政制裁金が併科されることになるが、これによって二重処罰や比例原則との関係で憲法違反の問題が生ずるかということである。

憲法 39 条は「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」(傍点筆者)としているのであって、行政上の措置が刑罰と同視しうるほど例外的に過酷な場合を除いて、刑事罰と行政罰の併科は一般に憲法 39 条違反とはならないと考える。最高裁判決においても、この結論は繰返し支持されている。また、比例原則の問題も、今後、独禁法の金銭的サンクションの算定率が大幅に引き上げられるのならばともかく、現行の算定率程度であり、しかも刑事罰金の半分に相当する額を課徴金から控除する制度(7 条の 2 第 14 項、51 条)を残す限り、この問題も杞憂というべきであろう。

したがって、独禁法の金銭的サンクションを行政制裁金に変えた場合、それが刑事罰と併科されたとしても憲法違反であるとはいえないこと、前述のとおり刑事罰には特有のスティグマ効果があることから、刑事罰を廃止することは必要でないし得策でもない(早大教授 土田和博)。

課徴金について「行政上の制裁」であるとの見解を示されているが、刑事上の制裁との二重賦課の懸念を払拭でき

ず、合理的な説明を求めるものである。もとより、十分な抑止力を確保するための制裁制度の確立は必要であるが、同一の行為により、「制裁」金の支払いが二重に求められる合理的な根拠は必ずしも明らかではないと考える。二重賦課の懸念を払拭するためには、独占禁止法違反行為に対する制裁については、少なくとも法人については刑事罰を廃止し、制裁を課徴金に一本化することを検討すべきだと考える(電子情報技術産業協会(JEITA))。

二重処罰には該当しないという最高裁判決をふまえるべきであり、カルテルや談合は犯罪であるということを明確にするためにも、刑事罰も必要であると考えます(東京都地域婦人団体連盟)。

不当利得相当額以上の金銭を徴収する現行の課徴金は、違法行為の抑止を目的とする「行政上の制裁」であり、その機能は刑事罰と重なる完全な二重構造となっている。このような二重構造は先進諸国に例を見ないものであり、既に、国際的に見ても遜色のない、十分な抑止力を確保した制裁を設けた独占禁止法の抜本改正にあたっては、二重構造を抜本的に解消し、効率的、合理的な仕組みとする必要がある。

具体的には、独占禁止法違反行為に対する制裁については、法人に対する独占禁止法上の課徴金に一本化(法人・個人に対する独占禁止法上の刑事罰は廃止)するか、少なくとも法人については刑事罰を廃止し、制裁を課徴金に一本化することを検討すべきである(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

違反行為に対する重畳的な制裁措置を見直し、総合的な制度設計を行うこと。そのため、課徴金は、刑事罰との併科を解消するため、制裁は課徴金に一本化し刑事罰を廃止すること。また、公共調達市場で、違約金が導入されている場合は、課徴金と違約金を調整する仕組みを構築すること(日本建設業経営協会)。

委員の意見 「課徴金と法人処罰の併科が憲法問題・・・」に賛同いたします。

世界的に見て珍しい立法例である二重賦課を解消し、法人に対する制裁は課徴金に一本化するか、課徴金と刑事罰を併存するのであれば、両者を選択的に適用することを検討願いたい。

課徴金が行政上の制裁と位置付けられ、課徴金と罰金が同時に科された場合には、罰金の2分の1を課徴金から減額することにより調整することになっているが、2分の1の論理的な根拠が示されていない。併科の在り方を含めて検討する必要がある。

委員の意見 「違反行為に対しては原則として課徴金を課す・・・」の中で、悪質・重大な事案については、併せて刑事罰を科するという現行法における役割分担は十分に機能しているとの事だが、悪質・重大な事案の具体的基準が明確になっていないと考える。今回の改正で10年以内に再度課徴金納付命令を受けた場合は5割増の課徴金となるが、これは悪質性を評価したものと考えられるため、刑事罰との役割分担がより微妙になってきているといえる(日本建設業団体連合会)。

まずは、課徴金の法的性格を明確に位置付け、課徴金と刑事罰という二重制裁を解消することが先決である。今回の改正で課徴金を「行政上の制裁」として位置付けたと考えられるので、刑事罰の併科は避けるべきである(日本商工会議所・東京商工会議所)。

カルテルや談合は、「反社会的行為 = 犯罪」として処罰すべきという考え方を明確に位置づけるために、刑事罰は必要です。言うまでもなく、課徴金と刑事罰の併科は、憲法で禁止されている二重処罰には該当しないという最高裁判決が出されています(日本消費者連盟)。

課徴金と刑事罰の併存について、刑事罰の廃止との意見がありますが違反行為への抑止力を持たせるために刑事罰は維持すべきと考えます。刑事罰を廃止した場合、独占禁止法違反の行為は[犯罪](非難すべき反社会的行為)ではなくなり、単なる行政取締法規違反という評価になってしまう恐れがあります。課徴金制度は未だ十分な抑止力を持っているとはいいいがたい状況の中で刑事罰による抑止効果は大きく、現行の枠組みを維持すべきと考えます(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)、消費生活コンサルタント(個人))。カルテルや談合は消費者や納税者の利益を侵害する反社会的行為であり、刑事罰の対象である犯罪として位置付けることが必要である。この間、事業者の違法行為に関しては、実行に関与した者の責任だけでなく、それを抑止し得なかった代表者の責任や法人自体の責任も厳しく問われるようになってきている。経済界などから出されている法人に対する刑事罰の廃止論は、こうした社会の流れに逆行するものであり、適切ではない。

なお、経済界を中心に、課徴金と刑事罰の併科について憲法の二重処罰禁止条項(第39条)との関係を問題視する意見もあるが、最高裁の判決では問題とされていないことを踏まえるべきである(日本生活協同組合連合会)。論点整理においては、課徴金と刑事罰の併科について賛否両論が記載されているが、いずれにせよ、一の違反行為に対して、刑事罰と課徴金という二種類の制裁が課されることは適切ではなく、事実上二重に制裁を課する結果になることや結果として過重な処罰が行われることを回避するという観点からは、課徴金と刑事罰が併科される場合には、調整や控除など一定の配慮を行うべきである(日本ゼネラル・エレクトリック)。

[課徴金と刑事罰の併科と憲法の禁止する二重処罰について]

【意見】課徴金と刑事罰を併科しても憲法の禁止する二重処罰に違反しない。

【理由】

課徴金と刑罰の併科については、罰金刑が課せられた法人に対してさらに課徴金を課することが憲法が禁ずる二重処罰に当たらないとする最高裁判例(最高裁平成10年10月13日判決)で判示されたとおりであり、行政目的を達するために必要な課徴金と法益侵害に対する刑事処罰である刑罰はその目的において異なるのであって、二重処罰の禁止には違反することはない(日本弁護士連合会)。

[課徴金と刑事罰の併科等について]

【意見】

課徴金と刑罰の並存を維持すべきであるが、高額な課徴金を非裁量的に課するのであれば現行の一部控除制を維持すべきである。また、裁量的課徴金制度を導入するのであればその減額要素として刑事罰を法人が受けたこと及びその金額を考慮すべきである。

【理由】

行政罰としての課徴金と刑事罰としての刑罰は、ともに独禁法違反を抑止するために機能してきたのであって、その目的・内容も異なることから並存を維持することに意義がある。

しかし、刑事罰と行政制裁金との二重処罰には当たらないとしても、違反行為に対して過重な罰則を課するのであれば罪刑の均衡を害することになり対象事業者にとっては過重な負担となることも確かである。そこで、高額な課徴金を非裁量的に課するのであれば、刑事罰と併科する場合には平成17年改正法で導入されたような一部控除制が現状では望ましいと考える。

また、もし裁量的課徴金制度を導入するのであれば、罪刑均衡の要請を考慮して、刑事罰を法人が受けたこと及びその金額を減額要素として考慮すべきである(日本弁護士連合会)。

違反行為に対しては課徴金と刑事罰が課されるが、二重処罰の感をぬぐえない。先進国にも例をみない制度である。違反行為に対する制裁のあり方についても、根本的に整理すべきと考える(日本貿易会)。

独禁法違反企業に対する刑事罰の撤廃は、悪質なカルテル行為を阻止する有効な独占禁止制度の構築にむけた日本の努力を大きく後退させるものであるというのが私共の見解です。現行の公取委の政策では「非常に悪質かつ深刻」な独禁法違反にのみ刑事罰が課せられます。それに比べ、米国家務省の反トラスト法執行政策は、(減免制度の



適用を受けた企業を除く)すべてのカルテル行為をした会社が刑事告訴されます。特に悪質なカルテル行為に参加したと公取委に認定された企業に刑事罰を与えることを可能にすることは、執拗なカルテル行為に関与した企業に対し適応される標準的行政処分である課徴金などを補完するきわめて重要な罰則措置であると私共は考えます。

違反企業に対する刑事罰の撤廃は、往々にして残念な結果を招くものです。まず第一に、独禁法の弱体と映る事、そして独禁法違反者がたとえその行為がいかに悪質で深刻なものであろうと、もはやそれが深刻で刑事罰の対象とはみなされないという意図せぬ、厄介なメッセージを送ってしまいます。このメッセージは一般の人々と経済界の独禁法への支持を損ねるものです。また、これは日本の裁判官の独禁法違反に対する見解にも影響を及ぼすでしょう。第二に、前述一つの結果として、企業の役員を起訴する際、検察官の能力や志気に悪い影響を与えるかもしれません。現行の制度で日本の法廷は一度も独禁法の違反行為をした企業の役員に実刑を課したことはありません。カルテル行為から利益を得るのは通常個々の役員ではなく企業であるため、もし企業が刑事犯罪を犯していないとみなされれば、その企業の役員に対し有罪判決を下したり、厳しい罰則を課したりする可能性が少なくなるというリスクがあります。第三に、特筆すべき公取委の新しい減免制度の成功を傷つけることになるでしょう。公取委はカルテルに参加している企業で最初に減免制度の適用を申し出た企業に対しては刑事告発はしないと公表したので、刑事責任の撤廃は、減免制度の適用を申し出るよう企業を奨励することにはならないでしょう。

独禁法違反行為を行った事業者に対して課徴金び刑事処罰の両方を課すことが果たして合憲であるか否か、疑問視する日本の関係者がいると理解しています。また昨年の最高裁判決によって、課徴金をカルテルによって得た不当な利益額以上に合法的に設定できるようになったと了承しています。米国では独禁法の違反行為に対し行政処分と刑事処分が併科されることはありませんが、独禁法以外の制定法では同一の行為に対して行政、刑事両処分課す場合があります。米連邦憲法上の二重処罰の条項は同違反行為に対する複数の刑事処罰を重ねて訴追することのみ禁止しているとして、米国最高裁判所は先の判断を支持しています。よって、州議会機関が刑事罰の訴追対象を行政処分の対象にもなり得よう法規を制定した場合、実質的に同じ行為に対して既に民事(或いは行政)罰が課されていたとしても二重処罰の条項により刑事訴追が排除されることはありません。この規定の唯一の例外は、民事制裁の目的或いは効果があまりにも過酷であり、「明らかに民事制裁を目的としたにも関わらず刑事処罰に変質してしまった」ことが「明らかに論証できる」場合です。この例として、Hudson v. United States、522 U.S. 93 (1997)を参照下さい。

要約すれば、私共は法人に対する処罰が引き続き独禁法において規定されるよう提言します。加えて、最長三年の課徴金賦課命令と中小の事業者に対して低く設定された課徴金が妥当かどうかの検討を通してカルテルへの抑止力がさらに改善できるか否か検討するよう懇談会に提言します(米国司法省・連邦取引委員会)。

同じ事実について二つの制裁が課される現行の制度は、憲法の禁止する二重処罰に当たる疑いがあると考えます。委員の意見(ア)に賛成(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)

公取委の行う行政処分の手続きと法人に対する罰金刑を科する刑事手続きとの差異により生ずる弊害を考えると法人に対する刑事罰は廃止すべきである。

(ア) 法人に対する罰金刑は、両罰規定によるものであるから、個人に対する刑事責任(少なくとも構成要件に該当する事実の存在)が認められて(実際に個人を処罰するかどうかは別)初めて課することが出来る。

そのために、課徴金を課することはできても罰金を科することが出来ない場合が生ずる。

公取委による処分の手続きは独禁法に基づくものであるが、同法は、排除命令、課徴金納付命令に記載する違反事実の記載の仕方を規定していない。これに対して、刑罰を科する手続きである刑事訴訟法は、256条において、

起訴状記載の公訴事実について、「公訴事実は訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法をもって罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」旨規定している。したがって、同じ違反について、公取委の行政処分は可能でも、刑罰を科することができないという場合が生ずる。

例えば、公取委の事実認定においては、入札談合の例によく見られるように、「遅くとも・・・頃から・・・の合意の下に」というような違反事実の摘示が見られるが、このような事実しか判明していなければ、刑事訴訟法256条の要求する合意の日時、場所、方法等を明らかにして罪となる事実を特定できない。特定できなければ訴追できないから、特定の個人が、構成要件に該当する行為を犯したと認定できず、したがって、個人及び法人に対する刑事訴追は不可能である。

不当な取引制限であることに変わりはないのに、刑事訴追のできないものと出来るものがあるというのは、おかしいとの考えがあり得る。

勿論一方は行政上の必要によるものであり、他方は刑事制裁であるから、それを発動する要件が異なるのは、理論的にはおかしくはないが、おかしいとの感じを与えるものがあることが重要である。特に法律を十分に理解していない一般人は、矛盾を感じるであろう。

(イ) 刑事訴追ができない場合があるのは、上述のとおり刑事訴訟法の256条の存在によると考えられるが、同法の規定が不合理でないとすれば、公取委の運用がおかしい、という批判もあり得る。行政処分の前提としての事実認定も、刑事手続きと同じでなくてはいけないのではないかと、いう考えである。入札談合に係る審判において、合意の日時場所を明らかにするよう求める被審人が多いのは、このような考えによるといえる。

実際にも、価格カルテルにおいては、入札談合と異なり、刑事手続きと同様の厳格な事実認定により行政処分を行っていると考えられる。入札談合でそのようにしないのは、本来おかしいのではないかと、との疑問がある。

(ウ) 公取委の運用の問題は措いて、同じ不当な取引制限でありながら、手続面の制約から刑事訴追をすることが出来ない事案と出来る事案が存在するという不合理(そのように考える人が多い。)を避けるためにも、法人についての刑事訴追を廃止することが望ましい。

法人に対する罰金額は5億円以下であるが、実際には、違反は1年のみでなく数年に渡って行なわれることが多いから、それ以上の額の罰金を課されることもあり得る。同じような違反でありながら、制度上、課徴金のみで済む事案と課徴金、罰金の双方を課される事案とがあるというのは好ましいことではない。

(エ) 公取委による行政処分ができて刑事訴追ができないのはおかしいという一般人の考え所謂世論が、検察、裁判に事実上大きな影響を与えることは否定できない。

捜査に当たる検察官は、公取委の行政処分の行われた事案或は行なわれることが当然と考えられる事案で社会の関心が高い事案については、両罰規定により法人を処罰しなければ検察の威信にかかわるとの意識が働くから、行為者個人に対する強引な捜査が行われやすい。その結果真相が歪められるおそれがある。また、起訴することを優先する余り、刑事訴訟法256条を軽視することも起こり得る。

裁判所は法律の専門家であるが、一般人の感覚に影響され、検察と同様に、談合をした以上は処罰されるのは当然との感覚(誤りである)を持ちやすい。それは、実体に関する判断に影響を及ぼし、刑事訴訟法256条を無視することになりかねない。

これらの理由からも、法人に対しては、両罰規定による刑罰を廃止し、課徴金のみとすべきものとする。

なお、行為者に関しても、不当な取引制限に関与しながら刑事訴追が出来ない場合と出来る場合があるという問題は存在するが、訴追できない場合というのは、違反の日時、場所等を特定できない(刑事訴訟法256条の要件

を充たさない) 場合であり、それは、入札談合事件においては、先輩の引継ぎを受けて、違法性の意識のないままに、或はその意識はあっても、会社のために、いわば慣例に従って違反行為を行なったという場合であって、偶々そのポストにいたために責任を負わされる(違反行為を実行した者は責任を負わない。)というのであるから、情状面からみても、訴追が妥当でない場合といえる。法人の場合と比較して不合理の度合いは低いといえよう。個人が刑事責任を負うのは、入札談合であれば、談合の日時場所や談合のルールの明確な悪質事案に限られるであろう。

個人に刑事制裁を課しながら、会社に刑罰を科さないのはおかしいとの考えもあり得るが、会社に課される課徴金も制裁であり、そのほかに会社に対しては指名停止、営業停止、損害賠償請求、不当利得返還請求などもなされるから、行為者個人にのみ責任を負わせるといえないし、行為者については、その行為が悪質である場合にのみ刑事訴追の対象となるのであるから、会社に対する罰金刑を廃止して、個人に対してのみ刑事責任を問うこととしても、不合理ではない、といえる(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。

課徴金と刑事罰の併科と憲法の禁止する二重処罰について

結論：課徴金と刑事罰を併科することは、憲法上の二重処罰とは関わりが無く、抵触の虞はない。

理由：理論的には、課徴金は前記のとおり違反行為を効果的に抑止することを目的とした行政罰としての社会的制裁であり、刑事罰とは性格を異にするので、二重処罰の問題は生じ得ない。実質的に考えても、憲法39条の定める二重処罰禁止規定の沿革が、何の後ろ盾もない個人としての刑事被告人が同一の被疑事実について再度の刑事責任を問われることが無いように配慮された人権保障のための規定であるところ、社会的強者であることの多い違反事業者において、そのような深刻な人権侵害が問題となるようなケースは想定し難い。むしろ、談合行為やカルテルにより自らが関知しないうちに不当な社会的不利益を蒙らされる個人としては極めて弱い立場にある一般消費者に対する人権侵害の可能性こそが、より重視されるべきである。

但し、刑罰均衡の観点から併科が理論的に問題となる余地はあるが、これも現行制度の程度の課徴金率の下では全く問題とならない(弁護士 山口廣他)。

イ．課徴金と刑事罰の併科等について

結論：

）我が国における全国的な談合行為蔓延の状況を踏まえると、課徴金と刑事罰の併科は必要不可欠である。

）課徴金から刑事罰相当額の半額を控除するという平成17年改正により導入された調整規定も不要と言うべきであり、今次の見直しにより、旧来に戻って金額の面でも完全な併科とすべきである。

理由：少なくとも、現行の上限10%程度の課徴金率の引き上げでは、課徴金だけでは違反行為抑止のためには全く力不足である。従前の上限6%の課徴金率では全国的に蔓延する談合を抑止できなかったのであるから、それが4%程度上乗せされただけでは、抜本的な執行力強化に結びつくはずがない。前記のとおり違反事業者の平均的利益率でさえも14～15%を上回り、また公取委において全ての談合事件を摘発し尽くすことは不可能である。課徴金率を上回る利益率の談合事業者に対しては不当な利得の吐き出しの金額にさえも届かず無力である。これらの諸事情を総合的に考えると、公取委において悪質かつ重大な違反行為で社会的影響が大きいと認められる違反行為について、刑事罰を科することを可能にしておくことは理に適っている。また、前記のとおり併科自体に理論的に問題がないとする以上は、刑事罰相当額の半額控除も根拠が無く、かつ現実的な必要性としても何も認められず、これは平成17年改正時における経済界からの反発に配慮した不合理な政治的妥協の産物に過ぎない(弁護士 山口廣他)。

委員意見 「刑事罰にはスティグマ効果があり法人に対する刑事罰を廃止して担当者だけが刑事罰を問われるのは

	<p>適当ではないので、法人に対する刑事罰は維持すべきである。」に賛成です。</p> <p>「刑事罰」の意義は「課徴金」と同じではなく、違反が悪質な場合は企業に両方課すことによって懲罰的意味合いがより鮮明になり、予防効果も生ずることになる。この趣旨から課徴金より罰金を控除する必要はない(個人)。独占禁止法の違反行為があった場合の制裁について、法律上の課徴金制度への一本化して刑事罰を廃止することを検討すべきとの考えであるが、刑事罰は残すべきである(事業者)。</p> <p>現行法下における課徴金と罰金刑の併科が他の先進諸国に例がない特殊な制度である以上、これを何らかの方法で解消していくことは重大な課題である。現行法では、併科される場合に課徴金の額から罰金額の2分の1相当額を控除することでバランスをとろうとしているが、説得的な理由に欠け、中途半端な制度になっている感は否めない。例えば、課徴金の額から罰金額の全額を控除する、逆に、刑事処分手続が開始したときは行政処分手続は停止し、さらに判決確定のときは行政処分手続は失効させ、事案の重大性は量刑に反映させる、などの制度の導入を検討していくべきと考える(事業者)。</p>
<p>(4)違反行為のあった法人の代表者に対する制裁の強化について</p> <p>実効的な違反抑止のためには、法人の代表者に対して過失犯として罰金刑を科せるようにするべきではないか。</p> <p>違反行為者である個人が刑事罰を科されないとしても取締役等にはなれないようにすること、法人が刑事罰金を科された場合にその代表者が何年間か取締役等になれないようにすることも効果的ではないか。</p> <p>現行法で罰金刑を科すことが既に規定されており、現状で十分である。</p>	<p>現行の独占禁止法においても、いわゆる三罰規定(第95条の2)に基づき、違反行為が行われた場合、当該法人および違反行為者に加えて、罰金刑や懲役刑が科され得ることとされている。</p> <p>また、会社の代表者や役員個人に対して損害賠償責任の追及(株主代表訴訟等)もなされ得る。よって、現状で十分である(出光興産)。</p> <p>イギリスの2002年企業法のように、取締役の欠格事由とすることを考えるべきである(委員の意見に賛成)(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p> <p>違反行為のあった法人の代表者に対する制裁の規定は既にあるにもかかわらず活用されていない。制裁を強化する前に現行法の活用を図るべきである(流通科学大学教授 小畑徳彦)。</p> <p>委員の意見に賛成(神戸大名誉教授・弁護士 小原喜雄)。</p> <p>会社の取締役は、法令遵守およびリスク管理のための内部統制システムを整備する義務を負っており(会社法第348条第3項・第4項および同法第362条第4項・第5項)、会社に独占禁止法違反があったときは、取締役としての義務に違反したとして株主代表訴訟を提起されるリスクに直面する。独占禁止法上の制裁の強化を論じる前に、かかる取締役個人として直面するリスクが独占禁止法違反の抑止力として不十分かどうかを検証すべきである(キヤノン)。</p> <p>法人代表者に対する抑止力としては、現行法第95条の2で十分である。過去、本条の適用事例がまったくないことをもって、制裁を強化する必要があるとまではいえない。</p> <p>また、法人代表者の責任については、会社法改正により内部統制システム整備の基本方針を取締役会において決議することを義務づける等により監督責任が一層強化される一方で、法人の代表者の監督過失について刑事責任を問う規定は存在しない。法人の代表者(個人)は、株主代表訴訟において責任を問われる立場にあること等から十分に重い責任を問われる立場にあり、独占禁止法において、制裁を強化する理由に乏しい(経営法友会)。</p> <p>現行の違反行為に課される重疊的な制裁の問題として慎重に検討されるべきである。</p> <p>法人代表者に対しては、株主からの株主代表訴訟が提起されることが考えられる。株主代表訴訟は、場合によれば独占禁止法の制裁(罰金)を遥かに上回る損害賠償を法人の代表者に求めるものであるため、独占禁止法の法人代表者に対する制裁を強化するに際して、株主代表訴訟の実態を把握することが必要ではないかと考える(建築業協会)。</p> <p>株主代表訴訟もあり、法人の代表者に対する責任追及の機会はあることから、現行法で十分である。</p>

制裁を強化することよりも、社内のコンプライアンスを向上させるための体制の構築を代表者に対し義務付ける方が、再犯を防ぐためには効果的ではないか(国際企業法務協会)。

違反行為のあった法人の代表者に対する制裁の強化の必要はないと考える。

理由：現行法 95 条の 2 において刑事罰が定められており、それなりの抑止の機能を果たしていると考えられる(JFE スチール)。

刑事上、民事上ともに法人の代表者に対する制裁措置は、現在でも十分備わっており、代表者に対する制裁の強化は不要である。法人の代表者の過失責任を追及し、独禁法遵守の抑止力を高める必要があるのならば、新たな制裁強化よりも、第 95 条の 2 の規定の運用を検討するのが先である(昭和電工)。

近年では、特に上場企業においては、独占禁止法違反を認定された企業の取締役に対して、株主代表訴訟の提起等により民事上の損害賠償責任の追及が行われる例が多くなっている。かかる賠償責任の追及は、企業の代表者に対する抑止力として十分機能しており、加えて、法人の代表者に対する刑事処分が行われたことがないという事実を考慮すると、法人の代表者に対する制裁の強化は不要であると考え(住友金属工業)。

重畳的な制裁の問題として、慎重な検討が必要であること

現行の違反行為に課(科)される重畳的な制裁の問題として慎重に検討されるべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

2006 年 4 月から公益通報者保護法が施行されており、会社の従業者個人等が、当該会社が独禁法違反行為を行っていることに気づいた場合、会社の公益通報窓口へ通知し、それが会社代表者の知るところとなる可能性は、以前に比べて高まっている。このような場合、会社代表者が「その是正に必要な措置を講じなかった」とときには、当該代表者が処罰される可能性がある(95 条の 2)。会社が独禁法違反行為を行っていることを知りつつ、必要な措置を講じないのは故意犯であって、現在は罰金刑しか科されないが、罰金刑のみでよいかは検討の余地があるのではない(早大教授 土田和博)。

「論点整理」では、「違反行為のあった法人の代表者に対する制裁の強化」が指摘されている。しかし、現行の独占禁止法においても、いわゆる三罰規定(第 95 条の 2)に基づき、違反行為が行われた場合、当該法人および違反行為者に加えて、違反計画または違反行為を知って防止または是正を行わなかった代表者にも、罰金刑が科され得ることとされている。また、会社の代表者が違反行為に加担していた場合には、懲役刑の適用も規定されている。

そもそも会社の代表者(役員)には、企業におけるコンプライアンスへの取り組みを徹底することが求められており、万一、このような取り組みを怠り、会社に損害を生じさせた場合には、会社の代表者(役員)個人に対して損害賠償責任の追及(株主代表訴訟等)もなされ得る。

会社の代表者に対する制裁の強化を論ずる前に、このような規定の運用状況を総合的に検証した上で、問題があれば、独占禁止法上の制度の実効的な運用方法を検討することが先決である(日本経済団体連合会、日本化学工業協会)。

委員の意見 「現行法で罰金刑を・・・現状で十分である。」に賛同いたします。

法人の代表者に対しては、独占禁止法による制裁の他に、株主からの株主代表訴訟が提起されることが考えられます。株主代表訴訟は、場合によれば独占禁止法の制裁(罰金)を遥かに上回る損害賠償を法人の代表者に求めることもあるので、独禁法の法人の代表者に対する制裁を強化することを議論するに際しては、このような株主代表訴訟等の実態を把握することが必要ではないかと考えます(日本建設業団体連合会)。

違反行為が行われた場合、現行法第 95 条の 2 において、法人の代表者も刑事罰の対象となり得ることが規定され

ており、これ以上の制裁の強化はわが国の法体系上の整合性において論外である(日本商工会議所・東京商工会議所)。

【意見】基本的には現状で十分と思料される。

【理由】

違反行為のあった法人の代表者に違反行為への共謀が認められれば、違反行為の共謀者として(刑法60条の共同正犯として)、違反行為の実行行為者と同様に処罰されることとなる。また、教唆犯・幫助犯として処罰される可能性もある。

独禁法では、上記の共謀者としての責任のほかに、95条の2において「その違反の計画を知り、その防止に必要な措置を講ぜず、又はその違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかつた当該法人の代表者に対しても、各本条の罰金刑を科する」と規定し、違反のあった法人の代表者に対する刑事責任を追及しやすくしている(もっとも、同規定により法人の代表者に対する処罰が行われた例はないと言われている)。したがって、基本的には、すでに十分な制裁規定が設けられているものと思料される。

もちろん、違反行為のあった法人の代表者に対し、上記の共謀者としての責任なり、95条の2の責任なりを現実には追及し得るかどうかは、違反の実態と証拠の有無・評価の問題である。

そして、その証拠収集の面についても、今般の独禁法の改正により、公取委には、犯則事件調査にかかる新たな権限が認められ、検察庁などの捜査機関との連携・合同による調査・捜査に途が開かれるとともに、その調査権限の強化が図られたところである。

よって、それらを含め考慮しても、すでに、違反法人の代表者に対する制裁規定としては、基本的に現状で十分であると思料される(少なくとも、上記のとおり、公取委の犯則事件調査の権限強化が図られているので、さらに議論するにしても、それらの法改正による効果を見極めた上で議論する必要があり、しばらくは様子を見るのが相当である。)(日本弁護士連合会)。

これまでに生じた数々の違反行為においては、1個人による判断で行われたものは極めて少数と考えられ、ほぼすべての行為が組織的に行われており、個々人については「企業犯罪」の一端を担わされている側面もある。通常の組織であれば、重大な法令違反については懲戒処分を受け、社会的地位や収入を失うことにもなるため、組織の中で企業犯罪に手を染めさせられている従業員個人に対して刑事罰を科す場合には、意思決定を行う立場にあった管理者や、そのような組織文化を容認していた代表者に限定した運用を行うべきである(日本労働組合総連合会)。

法人の代表者に対する厳しい制裁は、カルテル及び入札談合に制限すべきである。

論点整理では、明らかに反競争性のある行為を抑止するために、法人の代表者に対してより厳しい制裁を課するという考え方を提示している。これもまた、明らかにカルテル及び入札談合を念頭に置いて持ち上がった概念である。しかし、現行の独禁法第95条第2項は、法人の代表者に対する刑事罰が私的独占の場合にも適用されると規定されている。法人が私的独占に関与していたことがわかった場合に、法人の代表者も刑事上の責任を問われるのか否かについては検討を要する問題である。この点については、上記と同様の論理が用いられると当社は考える。法人の代表者により重い制裁を課すことは、やはりカルテルと入札談合において、明らかに刑事上責任のある故意の行為である場合に慎重に限定すべきである。さもなければ、会社経営者にとって、どのような行為が可能であって、どのような行為が禁じられているのか判断するのが非常に困難な問題を生じるであろう。また、違反を認識するだけでは、個人の刑事責任を問うべき行為のレベルには達しない。

個人への制裁には強力な抑止力があり、平成17年改正法で意図した効力と同じようにリーニエンシー制度の効力

	<p>を増強する可能性があることは認められる。罰金または刑事責任のリスクに直面した場合、個人は、カルテルから脱してリーニエンシーを求める方をよしとするであろう。そのようなカルテルからの離脱により、執行当局は、さもなければ摘発の困難な活動についてより多くの情報を得て、それによってなかなか減少しない極めて悪質な行為を阻止することができるようになる。しかし、カルテルの範囲を超えた法人の代表者に対する厳しい制裁の拡大は、極めて有害な形で有益な経済活動を阻む可能性のある過剰な抑止力を生むことから、望ましくない。法人の代表者は、社会全体にとって悪質かつ不利益を及ぼす行為に対するものを除き、刑事制裁の可能性にさらされるべきではない(マイクロソフト)。</p> <p>代表者に対する制裁の強化は、抑止に役立つように思われるが、故意ある者を罰するにしても、過失犯を罰することにしても、実際にそれによって制裁を受けるのは、中小企業の代表者のみとなるであろう。大企業の場合は、行為者と代表者との関係が薄いから、故意は勿論過失を認定することも困難だからである。</p> <p>そうすると、公平、妥当な運用が難しいのではないか。</p> <p>これまで、現存の法が適用されなかった理由の一つと考えられる。</p> <p>もっとも、営業担当者等の行為者との共謀の事実が認められれば、会社代表者などに刑事制裁を課するのに躊躇する必要はないと考える。</p> <p>委員意見の ①に言う、違反行為者である個人が刑事罰を受けた場合は取締役になれないとか、法人が刑事罰を受けた場合には代表者が何年間か取締役になれない、というようなことは、違反抑止の観点からのみすれば、もっともといえるかもしれないが、本来会社内部の問題である人事にまで制裁の範囲を広げることの合理性に疑問がある。上述したように、摘発、行政処分、刑事制裁等に随伴して行なわれる指名停止、営業停止、損害賠償請求、不当利得返還請求があり、また、社会からの批判を受けて行われる辞職、公職の辞退等の社会的制裁もあるから、当事者の自律に任せることで足りるのではないか(あさひ・狛法律事務所 弁護士 宮代力)。</p> <p>法人の代表者に対して過失犯として罰金を科せられるようにすると良い。</p> <p>その理由としては、代表者が真に法令遵守に取り組んでいる場合には、基本的に違反行為が起らない。</p> <p>しかし、法令遵守をしていたのでは利益が得られないとの考えから、代表者は表向き法令遵守を唱えながらも真に取り組まず、一切見ないように、又拘らないようにして責任を回避しているのが、実態である。</p> <p>そうした代表者に過失犯を適用させると、代表者は真に法令遵守に取り組むこととなり、違反行為が大幅に減少する抑止効果が得られる(個人)。</p> <p>違反行為のあった会社の代表者に対しては、これまでと同様に法的制裁が必要である(事業者)。</p> <p>代表者に対する制裁については、現行法の故意犯についての刑罰のみならず、過失犯についても刑事罰を科すべき、法人が処罰されたときは取締役の欠格要因とするべき、などの強化論があるが、当該違反行為につき故意がなかった代表者の過失責任とは、実質的には監督上の過失に対する責任を意味するのであるから、かかる間接的な責任について刑事罰を科すことは、故意犯の原則の趣旨に鑑みると妥当ではない。また、自らが代表を務める法人が処罰されたにすぎない代表者に、会社法の定める取締役の欠格事由と同等の事由があるとまではいえないと思われるので、欠格要因とすることも妥当ではない。他に新設すべき適切な制裁が見あたらない以上、結論として、代表者の責任については、故意犯についての刑罰、株主代表訴訟、解任等、現行制度における制裁で十分であると考え(事業者)。</p>
<p>( 5 ) 民事訴訟の活用について 私人による差止請求訴訟、損害賠償請求訴訟は違反抑</p>	<p>損害賠償請求訴訟、差止請求訴訟を活用しやすくする措置を検討することに賛成である(西村ときわ法律事務所 弁護士 越知保見)。</p>

止制度の重要な柱の一つであり、独占禁止法違反行為により被害を受けた私人による差止請求訴訟・損害賠償請求訴訟が機能するようにすべきである。具体的には、ア) 差止請求訴訟の対象となる違反行為類型を不公正な取引方法だけでなくその他の独占禁止法違反行為にも広げること、イ) 差止請求訴訟を提起するための損害要件(「著しい損害」)の緩和、ウ) 団体訴訟制度(一定の要件を満たす団体による訴訟提起を可能とすること)を導入すること、エ) 独占禁止法違反行為に係る差止請求訴訟・損害賠償請求訴訟における文書提出命令の要件を不正競争防止法や特許法と同様に緩和することが適当である。

違反の抑止と被害者の救済をともに図るために、課徴金として徴収された金銭を被害者に対する損害賠償や不当利得返還の原資として活かし得る仕組みを考えるべきである。

消費者は独占禁止法違反行為により被害を受けることから、消費者の利益保護を明確にし、不当利益の吐き出しを命じて消費者のために活かし得る制度、消費者の解約できる権利を検討すべきである。

違反行為の被害者が損害賠償請求をしやすくすることは、被害者救済の観点からも違反行為抑止の観点からも重要である。したがって、差止訴訟の対象となる違反行為類型を拡大し私的独占及び不当な取引制限も対象とすること及び団体訴訟制度の導入を進めるべきである(流通科学大学教授 小畑徳彦)。

委員の意見、およびに賛成(神戸大名誉教授・弁護士 小原喜雄)。

団体訴訟制度とは、一定の要件を満たす団体が、広く国民全体のために、事業者に対して訴訟を提起することを認めるものである。しかし、独占禁止法については、同法を運用する行政機関として独立行政委員会である公正取引委員会が設置されており、また、被害者による差止請求を認める制度が、既に導入されている。

したがって、独占禁止法においては、公正取引委員会の役割を重視すべきであり、団体訴訟制度を直ちに導入すべき状況であるとは言い難い(関西経済連合会)。

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。

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。

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) 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、このような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)。

わが国の民事訴訟制度上、私人による適正な差止請求訴訟や損害賠償請求訴訟が認められることは重要であるが、民事訴訟は行政上または刑事上の措置とは目的も性格もまったく異なるものである。既に現行法上、独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求訴訟や不公正な取引方法に対する差止請求訴訟が認められており、独占禁止法違反行



為に対しては、これを摘発、是正する専門機関として公正取引委員会が設置されているのであって、まずはその機能がしっかりと果たされることが重要である。その上で差止請求訴訟の対象拡大や団体訴訟制度の導入等が必要か否かについては濫訴の弊害も視野に入れて慎重に検討すべきである。なお、近年増加している住民訴訟については、事業者が何ら法的な処分・処罰を受けていないにもかかわらず、「入札談合で受注した件名に違いない」という住民の一方的な思い込みにより提訴されているケースも見受けられ、結果として、事業者側が勝訴した場合でも、そのような訴訟対応コストも、結局は、事業者のコストアップ要因につながっており、究極的には、商品価格に反映されることになり、消費者利益に資するとはいえない側面があることを留意すべきである。

また、発注官庁による「不当利得」請求については、少なくとも発注側の関与が疑われるケースにおいては適切ではない(経営法友会)。

違反抑止と被害者救済の観点から、損害賠償請求訴訟、差止請求訴訟を活用しやすくする措置については、違法行為の被害者の救済は、独占禁止法違反の被害者だけでなく、他の刑法犯の被害者にも共通した問題であり、我が国における刑法及び民事訴訟の体系を踏まえた本質的な議論をすべきである(建築業協会)。

現行法においても私人による損害賠償請求訴訟の提起は可能であることから、特段強化する必要はないのではないか。

意見を支持する(国際企業法務協会)。

現行制度のもとで、一定の民事訴訟、民事救済は可能であり、団体訴訟制度の導入などその範囲・方法を拡大すると濫訴を招くおそれがあるので反対する(JFEスチール)。

「団体訴訟制度を導入すること」との委員の意見については、独禁法の保護法益が公正且つ自由な競争の促進であることから、この目的に適う方法を採用すべきである。少額の訴訟費用で多数の被害を救済する団体訴訟制度は、消費者が持つ賠償請求権の行使に寄与することにより消費者の保護を目的とするもので、独禁法の保護法益とは直接的な関連性に欠けており、独禁法に団体訴訟制度を導入すべきではない(昭和電工)。

論点整理中、「(略)団体訴訟制度(一定の要件を満たす団体による訴訟提起を可能とすること)を導入すること、(略)が適当である」との意見があるが、団体訴訟制度の導入について独占禁止法と他の法令とを区別して検討すべき理由はなく、損害賠償請求制度全体の問題として別途議論すべき事項であると考え。一方、私人による差止請求については、これを不公正な取引方法に限定する合理的な理由はなく、他の違法行為類型にも拡大することを検討すべきであると考え(住友金属工業)。

民事訴訟法、刑事訴訟法など他の法制を踏まえ慎重に検討することが望まれること

損害賠償請求訴訟、差止請求訴訟を活用しやすくする措置については、独占禁止法違反に限定される問題ではないので、わが国における刑事及び民事訴訟の体系を踏まえた本質的な議論をすべきである(全国建設業協会、日本土木工業協会)。

(不公正な取引方法について?)「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)。

については、全く同感であり、その実現を望みたい(全国石油商業組合連合会)。

「論点整理」では、独占禁止法にも団体訴訟制度を導入すべきとの意見が示されているが、消費者契約法とは異なり、独占禁止法における違反行為を摘発、是正する専門の機関として、公正取引委員会が設置されているのであって、その役割が十分に果たされることこそ重要である。

しかも、既に2002年の法改正により、独占禁止法には、不公正な取引について、被害者による救済を認めた同趣

旨の制度（差止請求）が導入されていることから、消費者契約法における消費者団体訴訟制度の導入とは状況が異なり、独占禁止法に団体訴訟制度を導入する必要性には疑問がある。団体訴訟制度の導入については、慎重に検討する必要がある。

なお、損害賠償請求に係る団体訴訟制度については、既に個々の消費者が独自に請求権を有している現行制度を前提とすれば、損害賠償請求制度の在り方自体の検討を要するものである。したがって、このような制度の当否については、民事訴訟全体に及ぶ根本的議論と切り離して検討すべきではない。（日本経済団体連合会、日本化学工業協会）

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）。

現行法は各種の抑止制度（行政上の措置、刑事罰、民事的な救済手段）が定められていますが、違反行為は後を絶たず、同一事業者によって違反が繰返されているのが実態であり、抑止力は未だ十分とはいえません。違反抑止制度の実効性を向上させるためにそれぞれの抑止手段について改善・充実を図ることが必要です（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））。

差止請求訴訟の対象となる違反行為類型を不公正な取引方法だけでなく、その他独占禁止法違反行為にも広げること、差止請求訴訟を提起するための損害要件の緩和、団体訴訟制度の適用を差止め請求のみにとどめず、損害賠償請求への拡大を図る等、民事的救済制度を充実させていくことを求めます（日本消費者連盟）。

（不公正な取引方法について？）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）。

論点整理のなかでも最も重要な指摘は、民事訴訟に活用に関するものである。論点整理の該当項目に列挙された委員の意見は基本的に民事訴訟の活性化を企図したものであり、特に は、団体訴訟の導入等、民事訴訟の要件を大幅に緩和することを提言しているが、これらの委員の意見、特に 記載の意見については、現在 EU 競争当局が同様に私訴の活性化に向けて見直しを行う際に示された種々の懸念がそのまま当てはまるものであり、これらの懸念を真摯に検討する必要がある。また、とりわけクラスアクションなどの濫訴によって、企業が訴訟への対応によって疲弊し、正常な企業活動が阻害されるまでにいたっている米国の問題点についても慎重に検討し、米国における過ちを繰返さないように、他の手段について検討すべきである。したがって、このような訴訟制度の変更（特に、導入）には慎重であるべきである（日本ゼネラル・エレクトリック）。

独占禁止法において課徴金は制裁措置として位置づけられており、被害者の救済については、別の体系で論ずるべきであって、課徴金を被害者救済の原資とすることは不適切であり、「委員の意見」には反対である（日本土木工業協会）。

【意見 1】

論点整理 2 ( 5 ) 「民事訴訟の活用について」を考えるに当たっては、まず、様々な方法で消費者を含む被害者の救済が行われるようにすべきである。

【理由】

委員の意見でも不当利益の吐き出しを命じて被害者のために活かし得る制度や消費者の解約できる権利を検討する前提として、被害者の利益保護を明確にすべき趣旨が述べられている。独禁法違反行為は、その性質上被害が広範に及ぶ可能性があり、被害の拡大防止や適正な損害の回復が図られなければならない。したがって、民事訴訟の活用を考えるに当たっては、多面的な視点が必要となるのである。

【意見 2】

次に、すでに立法化されている違反行為に対する私人による差止請求手続をいっそう使いやすく改正すべきである。具体的には、

差止制度をより使いやすくするため、独禁法 24 条にいう「著しい損害」の「著しい」の文言を削除すべきである。

【理由】

「著しい」の文言が差止制度を使いにくくしている障害となっている可能性があり、現に「著しい」の要件があることを理由の一つに挙げて差止請求を棄却した判決も存在している。差止制度導入後 6 年が経過するが、未だに勝訴例がなく、個人の被害者からの差止請求例がないことも異常である。これは差止制度が極めて使いにくいものとなっていることを示すものであり、「著しい」の要件はその原因の一つになっていると考えられるのである。当該被害者だけに原告適格を認めるのではなく、消費者団体等にも原告適格を認め、消費者団体等による団体訴権制度を導入すべきである。

【理由】

消費者や競争者による差止請求制度は、公取委による権限発動ではカバーしきれない違反行為を抑制・是正するための手段として有効である。違反行為による損害回避が急がれる事案においては、被害者が直接行使できる差止請求制度の活用が大きく期待される場所であり、私人による差止請求は、公取委による措置と相まって、独禁法の規制の実効性を高めるものである。しかしながら、前述のとおり平成 12 年に創設された差止請求制度は、十分活用されている状況にない。独禁法違反行為が広く存在しているにもかかわらず、差止請求があまり活用されていない状況は、異常であると言わざるを得ない。

独禁法違反事件の被害者は一般的に中小零細企業や消費者である。そのため、独禁法違反事件の被害者にとって、差止請求訴訟を提起するための経済的、時間的負担が大きいのはもちろんのこと、中小企業が違反者である大企業に対抗するのは、取引関係の維持の面や経済的打撃の大きさから実際上極めて困難である。しかし、大企業の独禁法違反行為が、多くの企業や消費者に広く被害をもたらしている場合には、社会的にも差止請求を行う必要性が高く、まさに差止制度の活用が求められる場面である。このような場合にいっそう差止請求権を行使しやすくするためには、団体訴権の導入が不可欠である。これによって、広く公共的見地からの執行力強化を図ることができ、より実効性のある独禁法の規制が可能になる。消費者契約法において団体訴権制度の立法化が行われた現在、独禁法や景品表示法などの分野でも団体訴権制度の立法化が早急に検討されるべきである。

差止請求権が認められる範囲を広げ、私的独占、不当な取引制限等の独禁法違反行為に対する差止請求も検討されるべきである。

【理由】

差止請求は公取委のみならず一般私人に対しても違反行為の差止請求権を認めることで多面的な違反行為の抑止、被害の拡大防止を図る趣旨で設けられた制度である。したがって、その対象範囲を広げることで、執行力の強化を図ることができるし、人的・物的体制に限界のある公取委の活動を補完するためにも差止の機会を拡大されるべきである。

**【意見3】**

損害賠償請求制度についても、被害者が被った損害を回復させるとともに、立証責任の転換を図るべきである。具体的には、

特許法102条や証券取引法21条の2等の規定を参考に、独禁法の中で、違反事業者に対し、被害者が損害の賠償を請求する場合において、一定の事実を立証すれば、反証がない限りそれを上限として賠償されるべき額と推定する損害の推定規定を設けるべきである。

**【理由】**

損害賠償請求については、従来より被害者側からは損害額や因果関係の立証が困難であるなどの理由で、独禁法違反行為者に対して損害賠償請求を行うことが事実上困難になっている実情があり、違反事業者の「やり得」を許す結果になっている。そこで、まず独禁法違反行為による損害に関し、推定規定を設け立証責任の転換を図るのが妥当である。そして、事業者側において十分な反証ができなかった場合、上記推定額を上限として裁判所が相当な額を認定するような制度が考えられるべきである。

団体訴訟による損害賠償請求制度の導入ないしクラスアクションの導入が有効であり、これらの制度の導入が真剣に検討されるべきである。なお、差止めは団体訴訟で、損害賠償はクラスアクションで行うという制度設計もあり得ると思われる。そして、将来的にはこのような制度からさらに進んで公取委等の公的機関が被害者に代わって違反事業者に対し損害を賠償するよう裁判所に訴えを提起し、取得した賠償金を被害者に配当する、いわゆる父権訴訟の創設も検討されるべきである。

**【理由】**

多数の被害者に被害を与える企業の独禁法違反行為があった場合、差止制度によって当該企業における将来の違法行為が抑止できたとしても、すでに行われた違法行為によって発生した損害が賠償されないのでは違法の「やり得」となり、同種違反行為の再発は防止できない。違法行為で得た利益を残らず被害者に返させることによって初めて被害者の救済を図ることができ、同種違反行為の再発を防止することができるからである。なお、クラスアクションについては、手を挙げた人のみ救済するオプトイン方式と積極的な除外の申出がない限り判決や和解の効力が及ぶオプトアウト方式の2つの方式があるが、実効性を期するためにはオプトアウト方式の方が妥当である。その場合、除外の申出の機会が与えられるよう訴訟の通知を構成員に徹底させるとともに、もし構成員が代表者による訴訟を望まないならば、判決や和解の効力を受けるクラスから除外できる自由を十分保障する制度作りが必要である。

被害者が多くその行為も悪質であるなど社会的に強く非難されるべき違反行為については、実際に生じた損害の賠償に加え、違反者に対する制裁と将来の違反行為の抑止のために違反行為者側の事情を考慮して損害賠償額を算定し命ずることができる懲罰的損害賠償制度も導入されるべきである。

**【理由】**

独禁法違反の被害は広範に及ぶ可能性があり同種事案の再発抑止のために懲罰的損害賠償の制度の導入が是非必要であるし、わが国の法体系や裁判例の動向に照らしても導入は可能である。すなわち、わが国の法律の中

には、労働基準法114条や船員法116条等懲罰的損害賠償を認めたものや鉄道営業法18条2項等のように制裁的意味合いの賠償を認めた規定が存在している。また、判例上、慰謝料の算定に当たっては、当事者双方の社会的地位、職業、資産、加害の動機及び態様等諸般の事情を参酌すべきであるとされている（最高裁昭和40年2月5日判決民集77号321頁）が、このように加害者の動機を問題とし、特に悪質な故意の場合等に慰謝料額が多くなるとすれば、わが国の裁判実務は慰謝料を制裁的意味を込めて算定していると解することができる。裁判例にも「故意による債務不履行の場合には、懲罰的ないし制裁的意味を有する慰謝料の支払い義務を科することができる」として懲罰的な損害賠償を認めたもの（京都地裁平成元年2月27日判決）や、結論的には、懲罰的な損害賠償を認めなかったものの「慰謝料のうちに制裁的な要素が含まれてよいことは、当裁判所もこれを否定するものではない。」としたもの（東京高裁平成4年7月20日交通民25巻4号787頁）もある。このような法律の存在や裁判例からしても懲罰的損害賠償の導入は十分可能である。

独禁法に関する民事訴訟については、圧倒的な資料の保有量の差に鑑み、文書提出命令の特則を設け原告の証拠収集権限を強化することが必要である。

**【理由】**

独禁法違反に関して民事訴訟となった場合、被害を受けた消費者等の一般市民は、立証のための資料・証拠が乏しく、その収集手段も限られている。これに対し、当該違反事業者は、事件に関する豊富な資料を保有しており、訴訟準備段階において圧倒的な情報量の差がある。このような状況を考えれば、独禁法83条の3や84条の規定が十分生かされるべきことは当然としても、それだけでは不十分である。この点、民訴法には文書提出命令が規定されているが、除外対象の「自己使用文書」（民訴法220条4号の二）の解釈について判例はこれを比較的緩く解釈する傾向があり、現実には十分な証拠開示が認められているとは言えない。したがって、独禁法上、民訴法の特則を設け、第三者に対するものも含め広く文書提出命令が認められるべきである。なお、この点に関し、不正競争防止法や特許法と同様に緩和することが適当との意見があるが、その程度では効果は期待できず、より広い開示が認められるべきである。

**【意見4】**

独禁法違反の契約の取消・解除、不当な契約解除の取消規定の創設

被害者の保護・救済の観点から、不公正な取引方法のうち、特に、再販売価格維持、優越的地位の濫用、欺瞞的顧客誘引の三類型についてなされた独禁法違反の契約について被害者の方から取消ないし解除でき、また、独禁法に違反してなされた契約解除を取り消すことができる規定の創設が検討されるべきである。

**【理由】**

独禁法違反の契約ないし契約解除がなされた場合、差止請求や損害賠償請求だけでは、被害を受け、又は受けようとしている者の保護・救済としては不十分な場合がある。そのような場合、締結された契約ないし契約解除の効力を否定することができれば効果的である。裁判例においても独禁法違反を認める場合には公序良俗違反をも認めて当該契約条項を無効と判断するものが増えているし、学説においても民法上の公序良俗判断を媒介とすることなく、直接独禁法により、あるいは独禁法が擁護する競争秩序を民法上の公序の内容に取り入れることにより、独禁法違反の契約・契約解除は原則として無効とすべきであるという見解が有力になっていることも大きな理由である（有斐閣「独占禁止法概説（第2版）」根岸哲・舟田正之著338頁参照）。

なお、委員の意見 で言われている「消費者の解約できる権利」というのは上記意見と同様の趣旨と思われる。（日本弁護士連合会）

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)。

民事手続を用いることは、行政指導や公正取引委員会の審査手続のような行政手続と比較して、民事手続を通じて独禁法の執行のルールがより明確になるメリットがある。しかし、民事手続は、私人間の紛争を解決するための手段であって、公共の利益のための手段ではないことに注意すべきである。公正取引委員会による独禁法の執行は、公共の利益のうち公正かつ自由な競争を促進するためのものである。それゆえ、民事訴訟で私人の利益を追求するために独禁法を使いたい私人が、公共の利益である公正かつ自由な競争を促進するために公正取引委員会が有するのと同じ手段を持たせる必要性は必ずしもないのである。

加えて、団体訴訟制度の導入案は、濫用の危険があり、注意していくべきものである。

米国の制度を見れば、民事訴訟当事者が、より広範な集団の利益のために訴訟を提起する権利を与えられている状況で、極端な場合に何が起こり得るかを見ることができる。かかる団体訴訟は、個人消費者の利益について多くの関心をもたないが、自己のためにかかる団体訴訟に伴う多額の手数料を請求するというような原告弁護士による濫用の機会をもたらしている。真の目的が違法行為を抑止することであって、原告弁護士を金持ちにすることでないことを鑑みると、権利侵害を受けた当事者、すなわち競合会社及び販路参加者が直接訴訟を起し損害賠償を請求することが最も適切であり、抑止効果がある。

この観点から、当社は、現在の民事手続の枠組みは、私人の利益を守るために十分なものと考え、差止請求訴訟を提起するための必要な要件「著しい損害要件」を緩和すること及び団体訴訟制度の導入することに反対する(マイクロソフト)。

#### 1 差止請求の対象行為の拡大(意見アについて)

差止制度が導入された平成 12 年改正に関する国会審議において、対象行為が不公正な取引方法に限定されている理由、及び将来的な対象行為の拡大の是非に関し、「私的独占とか不当な取引制限というのは非常に公益的な色彩が強い、片や不公正な取引方法というのは私益的な色彩が強いということで、差し当たり、私益的な色彩の強い不公正取引について差しとめ請求を認めるのが相当」であること、今後必要に応じて見直しの必要があり得ることなどが言及されている。

そもそも立証の難易を制度設計の段階で先回りして考慮し差止請求の対象行為から外す必要はなく、むしろかかる立証の困難を解決する方策が考慮されるべきである。現行の差止請求制度が創設されることとなった平成 12 年改正当時の社会情勢・企業動向は、その後の様々な変動(会社法など企業活動に関わる法制度等の改正を含む)を経て、大きな変貌を遂げている。当時、差止請求の対象は「差し当たり」不公正な取引方法としておけば足りるであろうとの判断がなされたことの背景として、企業間で直接的に係争対象として取り上げられる独禁法違反行為の大多数が不公正な取引方法であるとの統計値に基づく印象が指摘されることもあったようである。日本において日本企業同士による敵対的買収といった事態が生じることなど、全く想定されていなかった。事前調整型から事後調整型への社会システム(企業意識)の変革が生じるにつれて、事後調整のための手段の整備が大きな問題となる。公正な競争が確保されているか否かを、日々、最も敏感に感得できるのは、当該業界に身を置く当業者らである。公正な競争が歪められたとき、それを感じ取った者にとって、それを是正するための手段が唯一公正取引委員会への申告に限定されるべきいわれはない。もとより、差止請求制度の導入の際に参考とされた米国の制度においては、差止請求は、エッセンシャル・ファシリティへの接続拒否に関する問題、ボイコットに関する問題のほか、合併の

阻止に関する問題との関係で固有の意義を有するとの説明がなされているとのことである。

以上に鑑みれば、私的独占、不当な取引制限のほか、企業結合等も含め、独禁法違反行為は全般的に差止請求の対象に含められるべきである。

## 2 「著しい損害(のおそれ)」の要件の要否(意見イについて)

「著しい損害(のおそれ)」の要件については、その要否自体について、立法論的観点から、強い疑問が指摘されている。差止請求制度の創設のための国会審議において、この「著しい損害」の要件の不明確性が指摘された際に、制度が制限的・抑制的に運用されないようにするべきであるという点が政府側との間でも確認されていた。そもそも、独禁法違反とそれによる利益侵害の事実は認められるが著しい損害がないという場合に、公取委なら排除措置命令を出すのに裁判所は侵害の停止又は予防を命じ得ないというのでは、法の実現という面ではマイナスにしか働かないことが指摘されている。

この要件の理論的背景をいかに解すべきかについて、そもそも明確な整理がなされ得ていない上に、仮にこれを一定の弊害事象の回避のための要件と解するとしても、そういった弊害は、「利益侵害」など他の要件との関係で解決を図ることが可能であると解されることが指摘されている。以上に鑑みるに、立法論としては、この「著しい損害」の要件の削除は、十分に合理的な選択肢の1つであると考えられる。

## 3 証拠収集手続の整備・強化(意見エについて)

差止請求制度の拡充に関してその他議論されている点としては、訴訟のための証拠収集手続の整備・強化が挙げられる。この点に関して、差止請求制度の創設に際しての議論において、証拠資料等の収集のため利用可能な手段の整備・運用が必ずしも十分ではない旨が指摘されていた。

当事者による証拠資料等の収集手段の整備・強化との関係で参考となるべき法制度として、知的財産権関連訴訟との関係で、文書提出命令等に関する民事訴訟法による一般的な規定(第220条)の拡充(平成11年改正及び平成16年改正)を挙げることができる。そこでは、証拠が偏在するという状況下において、侵害行為の立証のために必要となる書類について適切に文書提出命令が活用されうるようにしなければならないという、権利侵害に対する救済手段の拡充という側面と、そのようにして拡充される手段の濫用・悪用(相手方の営業秘密等を入手することを目的とする文書提出命令申立など)を適切に防止する必要があるという側面とをいかに調整するかが問題となった。そして、上記の2度の法改正を経て、文書提出義務の範囲の拡大(インカメラ手続の導入。特許法第105条第3項)を前提としつつ、秘密保持命令(同第105条の4ないし6)や裁判の公開停止(同第105条の7)といった措置によって、かかる利害の調整がなされるべきこととなった。

関連する証拠資料等の収集の手段として、現時点で考えられるものとしては、その他に、文書送付嘱託(民事訴訟法第226条)あるいは独禁法第70条の15に基づく事件記録の閲覧等・審決書の謄抄本の交付請求、さらには情報公開法第3条に基づく開示請求を行うことが考えられる。しかし、これらの手続に関して、いわゆるインカメラ審理(開示請求者の立会)や秘密保持命令といった上記の知的財産権関連訴訟のような手当はなされておらず、上記のような救済手段の拡充とその濫用の防止との調整の問題が残されることになる。

以上のような状況を踏まえつつ、証拠収集手続の整備・強化の具体的な方策が検討されるべきである(桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 松尾眞、向宣明、岩波修)。

結論：現行法下では、ほとんど機能していないと言っても過言ではない独禁法違反行為に対する民事訴訟制度を抜本的に見直して拡充すべきである。具体的には以下のとおりである。

)独禁法24条の差止請求訴訟について、「著しい損害」の「著しい」という文言を削除し、対象行為の範囲につ

いても、不公正な取引方法だけではなく、少なくとも不当な取引制限、景表法上の不当表示等についても対象とすべきである。

）紛争の直接的な当事者である被害事業者だけでなく、一定要件を具備した適格消費者団体にも差止請求訴訟の原告適格を肯定すべきである。

）空洞化が指摘されて久しい独禁法 25 条の損害賠償請求訴訟についても、いわゆるクラスアクション制度の導入またはここでも団体訴権の導入を検討すると共に対象範囲を景表法上の不当表示にも拡大し、その場合のクラスまたは消費者団体からの提訴を容易にすべく因果関係や損害額についての推定規定の新設等の方策が検討されるべきである。

）文書提出命令について独禁法上の特則を設けること等により、被害事業者や消費者団体における証拠収集能力の拡充が図られるべきである。

）独禁法違反行為（景表法違反・下請法違反も含む）について、端的に民事的効力を肯定し、取消または無効を認める規定の新設を検討すべきである。

）弱小事業者にとって提訴自体が困難である場合や、消費者団体によるのでは主張・立証面で訴訟追行が困難である等、私訴による被害回復が期待できない事件類型については、公取委自体の提訴によるいわゆる父権訴訟制度の新設が検討されるべきである。

理由：独禁法の執行力の徹底は、公取委という人員的にも予算的にも限界のある一機関のみに委ねられるべき事柄ではなく、民事訴訟制度の活用が有用であることは諸外国の例に照らしても明らかである。しかるに、従来の独禁法制の下では、民事訴訟はほとんど機能して来なかった。独禁法 25 条の損害賠償請求訴訟においては灯油裁判等の例にあるとおり、損害と因果関係の立証の壁が厚いために実効性に乏しく空洞化がつとに指摘され、平成 12 年に新設された独禁法 24 条の差止請求訴訟も数年間を経た現在も全国で勝訴例が 1 例も存在しない状況である。これは競争法制としては非常にいびつな状態であり、このままでは独禁法秩序全体としての執行力の徹底は望めない。

そこで、まず差止請求訴訟については、対象行為を拡張すると共に、訴訟の間口を広げるべく「著しく」の文言を削除することにより、現状よりも使い勝手の良い制度とすることが模索されるべきである。

更に、独禁法違反行為や景表法上の不当表示により直接間接に一般消費者が被害を蒙ることは少なくないが、現行 24 条の下では、個々の消費者が原告となることは理論的に困難である。しかし、他方において不公正な取引方法の場合には、事業者間の力関係から提訴自体が困難である場合が少なくなく、その場合に当事者適格を被害事業者のみに限定してしまうと、民事訴訟による執行力強化はそもそも期待できないことになってしまう。のみならず、カルテルや不当表示等の被害事業者が想定できない違反類型については提訴の主体が存在しないことになりかねない。従って、適格消費者団体に対して端的に原告適格を肯定することが、24 条訴訟を活性化するために最も有効な手段である。

損害賠償請求訴訟についても、例えば価格カルテル、不当表示、再販売価格維持行為、抱き合わせ販売等により個々の消費者が経済的不利益を蒙ったとしても、各人の被害額が少額であるような場合には採算性からして、そもそも個別訴訟に馴染まないことが多く、その場合は適格消費者団体を訴訟の担い手とするか、米国におけるいわゆるクラスアクションと同様の制度を導入するしか方策はない。あるいは、もう一つの選択肢としては、公取委自体を訴訟の担い手としていわゆる父権訴訟を追行させ、回収した違法利益を一般消費者に配分するような制度枠組みが考えられる。

いずれにしても、24 条訴訟も 25 条訴訟も、現行法制の下では被害事業者または消費者団体の側において、独



禁法違反行為と損害との間の因果関係及び損害額の評価について主張・立証を行うことは非常に困難であり、それが民事訴訟による執行力強化のための高いハードルとなっている。そこで、損害と因果関係についての推定規定の新設や、文書提出命令の拡充による立証手段強化等の方策が検討されなければならない。

現行法下では、独禁法違反行為についての民事的効力の定めを欠くために、被害事業者あるいは消費者団体の側から、独禁法違反行為の無効・取消を主張する道筋が非常に限定されたものとなっている。民法上の公序良俗違反の規定を介して無効を一定範囲で認めているのが現状であるが、迂遠に過ぎる。独禁法違反行為自体がその反社会性からして直ちに公序良俗違反と認めるべきものであり、端的に無効・取消を認める規定の新設が検討されるべきである(弁護士 山口廣他)。