

改正独禁法の基本的問題点

2005年11月29日

弁護士 伊 従 寛

(あさひ狛法律事務所)

はじめに

公正な競争の促進がより強く要請されている情勢の中で、独禁法の執行力を強化することは必要である。とくに、密に行われ獲得される利益が大きく、違反の捕捉率が極めて低い価格カルテルについては、カルテルにより得られた利得を大幅に上回る制裁金制度を設ける必要がある。また、リニエンシー制度の導入は、カルテル規制に効果がある。今回の改正はこの2点が中心になっており、評価できる。しかし、以下の点で問題がある。

1. 独禁法における排除措置の事前聴聞制度の必要性

(1) 抽象的な規制規定と複雑な規制対象：

各国の独禁法の基本規制規定は、「競争を制限すること」、「市場を独占すること」、「公正な競争を阻害すること」等抽象的な要件を定めているが、それは独禁法が市場経済体制の基本法として対象産業がほぼ全経済分野にわたり、その規制対象行為が現実の競争と密接に関係し流動的だからである。また、独禁法の違反に対する措置は、違反行為の排除と競争状態の回復のために、不作為義務、企業分割、団体の解散などの行為規制と構造規制の措置、高額な制裁金賦課など企業活動に重大な影響をもつ措置を採る場合が多く、この措置をとるためには実態に即した正確な事実認定が必要である。さらに、独禁法による規制は、国会で具体的な税率まで詳細に規定された税法の規制、形式的に行為規制を主内容とする商法の規制、裁量的判断要因の多い事業法の規制などと異なり、公序良俗違反の不法行為法的規制の性格をもつ抽象的な規制であって、具体的事実の認定が重要である。このため、米国・欧州連合等の独禁法は、措置を採る前に、まず被疑事実を告知し、規制対象者が十分に争えるように、慎重な事前聴聞(審判)手続をおいている(別紙資料)。

事前聴聞手続で重要なことは、被疑事実の事前告知・聴聞主宰官(審判官)の独立性・被聴聞者の防禦権の保障・審査官手持資料の開示である。この手続が実態に即した排除措置を可能にし、優れた判例法の形成の基礎となり、独禁法の抽象的な規則を具体化する。事前聴聞制度は、独禁法の執行における憲法の「適法手続の保障」の要請に応える制度であるとされている。

(2) 改正による事前聴聞制度の廃止

わが国の独禁法は、米国連邦取引委員会の制度をモデルとした事前聴聞(審判)

制度を法制定以来維持してきたが（４９条）、０５年改正で廃止された。そして、違反事件を迅速に処理するために排除措置命令制度（新４９条）を導入し、簡易な事前手続を設けた（新４９条３項）。この事前手続では、命令の名あて人側に命令案に対する意見具申と証拠提出の機会を与えているだけで、公正取引委員会側には命令案の根拠となる事実認定の説明や証拠の開示等についての義務は一切なく、一般行政庁の不利益処分の場合に処分庁に課している行政手続法 18 条のミニマム・スタンダード（審査官所持資料の開示等）も全く充たしていない。この一方的な手続の下で、営業の一部譲渡や高額の課徴金賦課という重大な措置が採られるということは、憲法の「適正手続の保障」に違反すると考えられる。

従来の審判手続は、形式的には事後不服審査手続として残されているが（新 52 条・55 条以下）、事前聴聞手続と事後不服審査手続では形式的には同じ審判手続であっても、手続の意義と性格は全く異なる。事前審判手続においては、審査官側が、措置案の基礎となった事実認定を説明し、その事実を基礎づける証拠を提出して、法令の適用を含めて、被審人に事案を説得する義務があり、被審人は提示された事実認定と法令の適用の案について全面的に争う権利がある。これに対して、事後審判手続においては、すでに委員会が正式に署名押印し、行政処分として効力が発効している措置命令に対して、命令の名あて人が申し出た不服（審判請求）に理由があるか否かが審理の実質的对象であって、命令の名あて人が審判請求の理由を主張し立証する義務をもち、審査官側は命令の根拠となる認定事実と法令の適用について積極的に主張し立証する義務は負っていないのである（新 52 条）。一般に、効力が発効した行政処分については、一種の適法性・公益性の推定が行われ、その行政処分を争うことは極めて困難である。今回の改正により事前聴聞（審判）制度は廃止され、残された事後審判手続は事前手続の代わりにはならないことは明かである（参考文献・別添）。

2. 緊急停止命令制度

慎重な事前聴聞制度を採用した場合、違反行為が停止されないまま継続して行われ、公益が害されないかという問題があるが、米国も欧州連合も必要がある場合には迅速に違反行為を一時停止させる緊急停止命令制度が置かれている（資料）。わが国でも米国法をモデルに制定当初から緊急停止命令制度が置かれ（67 条：新 70 条の 13）利用されてきているので、事件処理の迅速な処理はこの制度の利用で可能であり、迅速な違反行為の排除は、事前聴聞制度廃止の理由にはならない。

なお、事前聴聞手続が遅延することを防止するため、米国では規則で事前聴聞手続の審理期間を原則 1 年に制限し、欧州連合でもほぼ 1 年以内に手続を終わらせている。

3. 略式手続の廃止の問題

（1）略式手続の必要性

独禁法の事前聴聞手続は、同法の正式の運用には必要不可欠であるが、事案によっては相手方が排除措置に同意する場合には、通常、略式手続により簡便かつ迅速に措置を採ることとしているが、それは当事者双方にとって便宜であり、行政目的にも適合する。したがって、各国の独禁法は審査段階において、相手方の同意を得て排除措置を採る略式手続制度を必ず置いている（資料）。

（２）改正による略式手続（勧告手続）の廃止

わが国では米国法をモデルとして、事前聴聞手続と並んで略式手続がとれるように勧告手続を規定していたが（４８条）今回の改正では事前審判制度の廃止と同時に廃止された。平成１６年度までの５年間における公取委の排除措置関係の審決中勧告審決は９０％以上を占めている。

４．行政制裁金制度における最高限度額の設定と量刑裁量制

（１）行政制裁金制度における最高限度額

わが国の課徴金制度は、今回の改正により不当利得剥奪制度から行政制裁制度に移行した。価格カルテルは密かに行われ、利益が大きく、違反の捕捉率が極めて低いため、抑止効果のある高額な制裁金制度を設けることは必要である。

しかし、制裁制度において制裁金が売上高に対する一定比率等により算定される場合には必要以上に高額になりうる場合があるため、最高限度額を設定する必要がある。米国では最高刑事罰金額が１企業１訴因当たり１億ドル（シャーマン法１条・２条）又はカルテルによる超過収益額の２倍（量刑改革法）までであり、欧州連合では１企業の直近の１年間の全売上高の１０％までである（０３年理事会規則１号２３条２項）。

わが国の課徴金率は、改正により、カルテル対象商品の売上高の１０％に増額されたが、この課徴金率により算出された金額は、最高限度額ではなく、公取委はこの金額を国庫へ納付することを命じることが義務づけられており（７条の２：８条の３）裁量は認められていない。この課徴金率により算出される課徴金額は、場合によっては膨大な額に上りうる。例えば、１９７４年に公取委が刑事告発した石油カルテルが改正法施行後に３年間行なわれたとした場合、課徴金率１０％で計算した課徴金額は、トップ企業で１兆円を超え、全石油産業で５兆円を超えることになる。現在までに欧米において価格カルテルに対して課せられた最高額は、ビタミン剤カルテルでトップ企業に約５００億円（米国・欧州連合）、業界全体で約１０００億円（米国）である。

仮に課徴金額が不当利得相当額であっても不当利得相当額が擬制により算出される場合には、最高限度額の設定が必要であり、まして制裁金制度の場合には最高限度額の設定が必要である。わが国でも独禁法違反の刑事罰の場合には、法人の最高限度額は５億円に設定されている。制裁制度で最高限度額のないものはない。緊急関税などの場合には、課徴金の最高限度額を定めずに一定率の関税が課される

が、それは制裁制度ではなく関税制度の問題だからであり、高すぎれば相手国から対抗措置がとられる。

(2) 制裁金の裁量の問題

制裁金制度の場合には、最高限度額の枠内で違反事件の態様に応じて裁量制度があるのが通常である。違反事件の規模・期間・影響の程度、故意(intent)過失の程度、当局の審査への協力の程度などが考慮要因となる。米国においても欧州連合においても、裁量が恣意的に行われないように具体的な裁量基準が公表され、実施されており、裁量基準の公表は企業行動の抑制に実質的に強い影響を与えている。裁量基準の具体的事案への適用については、裁判所で審査される。リニエーションも、裁量制度の一環として行われている。

制裁金の裁量によって、違反事件の経済的社会的評価が行われ、その裁量が適正であれば、それは独禁法運用に関する当事者及び一般に対する法の理解と信頼の増大に寄与し、独禁法の執行力は実質的に強化される。平成13年11月14日の公正取引委員会の「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)の報告書は、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、その上限を引き上げるとともに、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る」として、その方向への法改正を期待していた。独占禁止法研究会の後藤晃教授も同じ意見であった(03年8月10付日本経済新聞)。

5. 企業の法令遵守体制促進の問題

(1) 企業における法令遵守体制促進の重要性

国家と市場との関係においては、相対的に国家の力が弱くなり市場の力が強くなってきているので、経済社会における法令遵守体制については市場担当者である企業、とくに大企業の自主規制体制に法令遵守の責任を求める傾向が強くなってきている。このことは、環境規制において顕著であり、大企業の環境報告書が資本市場でも評価され、大企業の自主規制体制に不備があれば社会的に強く非難される。

独禁法の執行力強化においても、企業の自主的な独禁法遵守体制(コンプライアンス)の促進が進められる必要があり、各国の独禁当局は、違反防止のために企業の自主的な独禁法遵守体制の整備は不可欠との立場をとっている。川濱昇教授も同じ見解を表明している(「独占禁止法の執行強化とコーポレート・ガバナンス(下)」、月刊「監査役」478号、2003年)。

(2) 法令遵守体制と制裁金の裁量

制裁金の裁量においては、企業の故意(intent)・過失(negligence)の程度と対象商品の規模・影響力が重要な要因である。この場合、企業の故意・過失は違反行為者の故意・過失に連動されるので、社内独禁法遵守体制が存在することにより企業の故意・過失が否定されることはないが、遵守体制の整備の状況と遵守のための努力の状況は違反行為の認定に際しても、量刑の際の故意の程度の判断におい

ても影響を与える。そこでは誠実な遵守のために十分な考慮と努力が払われていたか否かが詳細に吟味される。米国の場合、独禁法遵守体制の不備は、企業幹部の個人的刑事責任追求の要因となりうる。

我が国の場合には、制裁金に裁量制度がなく画一的に適用されるので、課徴金制度が企業の法令遵守体制の促進に用いられる余地はない。

(3) 独禁法執行力強化のための3要因

独禁法の執行力強化のためには、違反行為に対してそれを抑止するのに十分高額な制裁金制度を設け、最高限度額の下での裁量制により、厳正に執行されること、企業の自主的な独禁法遵守体制を、制裁金の裁量を通して十分に促進し、整備させること、制裁金の賦課については、慎重な事前聴聞制度により相手方の防禦権を尊重して説得的な運用をして独禁法適用に関する理解と公正性・透明性を高めると同時に、事前聴聞制度を通して実態に即した優れた審判決例を積み上げ、具体的な行為指針となる判例法を形成することの3要因の組合せが必要である。

6. 二重制裁制度の問題

(1) 二重制裁制度発生の経緯

課徴金の基準率は、導入時の77年の関係売上高2%から91年に6%となり、05年に10%となった。また、課徴金導入に際して刑事罰適用は原則的にしないこととされていたが、90年に刑事罰の積極的活用方針が関係施行当局から公表され、同年以降現在までに9件刑事告発が行われ、法人に対する罰金額も500万円から5億円に引き上げられた。

行政制裁と刑事制裁は本来両立しうるものである。行政制裁は通常特定の事業法に基づいて監督官庁が法令違反者に対し事業認可の取消し、営業の停止、責任者の処分などと併せて刑罰を科すが、多様な制裁手段を用いて業界を監督することは業界の秩序維持のために適切で合理的な場合が多い。しかし、独禁法の場合、一般産業界に適用される一般法として、違反行為の排除措置のほか制裁措置としては制定当初刑事制裁のみが定められていたところ、73年の石油危機の時に値上げカルテルの頻発により価格カルテル対策としては従来制度では十分に対応できず、77年に価格カルテルに対する刑事制裁に代わるものとして課徴金制度が導入され、刑事制裁は使われないこととされたが、90年の日米構造問題協議による緊急対策として刑事告発も積極的に活用することとして二重の制裁金制度の運用が始まり、その後それぞれの制裁額が飛躍的に増大し、二重の制裁金制度の運用が強化され、規制手続が重複し複雑になってきている。今回の課徴金率の引上げに際しては、同時に公取委に犯則調査権限も与えられて、二重の制裁金制度の運用が両面において強化されている。

(2) 二重制裁制度の問題点

同一法人の同一行為に対して、同じ金銭上の制裁が2つの異なる機関により2

つの異なる手続によって、同時に高額の制裁金が別個に課せられることは、憲法 39 条の二重処罰の禁止規定に違反しないかの問題がある。従来課徴金は不当利得の剥奪で制裁ではないから違反しないとされてきたが、05 年改正により課徴金の性格は制裁に変わったのであるから憲法違反の疑いは強くなっている。

憲法違反の問題を別にしても、二重制裁制度は違反事件処理手続として適切ではない。公取委の行政調査は、企業を対象として企業の経済活動における違反行為を調査し、その調査においては経済経験則・経済的状況証拠が用いられるのに対して、刑事捜査は基本的に個人犯罪を対象にした調査であり、誰が・何時・何処で・誰と・何をしたかという行為者個人の具体的行為の調査が中核であり、両者の調査手続には質的な相違がある。したがって、相互に協力しても時により軋轢が起ることは新聞でも報道されている（産経新聞 02 年 4 月 10 日付産経新聞「検察と対立 人事交流も不発」、03 年 2 月 5 日付朝日新聞「公正取引委員会五話」、03 年 7 月 7 日付読売新聞「公取と検察の深い溝」など）。今回の課徴金率は欧米の水準に課徴金額を引上げることを目途として行われ、1 企業当り数十億円、数百億円の課徴金が課せられる場合もありうる。そして、この課徴金の結果、株主代表訴訟や住民訴訟などが随伴し、企業に対する制裁としては極めて効果的である。これに加えてさらに刑事制裁を加える合理性があるのだろうか。刑事制裁は行為者個人に対して科せば十分である。同一の企業の同一の行為に対して、同時に 2 つの機関が並行して手続を進めることは、行政コストを増大させて国民の税負担を増加させ、行政の運用も複雑・不透明になり、事件処理の行政効率も阻害される。

法の規制を受ける企業側から見た場合、同一企業の同一行為に対して、2 つの性格をことにする官庁から別個の手続で別個の調査方法により、同一の企業・同一の職員の多数の者が調査対象として同時に重複して調査され、別個の金銭的制裁が加えられることは、必要以上に過大な負担が強えられることになる。本来、同一の違反行為については、最終的な制裁金額の多寡は別として、企業に対して必要最小限度の負担により単純・明快な手続で規制が行われるべきである。

(3) 欧米諸国には二重制裁はない。

欧州連合とその参加諸国では、企業（法人）に対する独禁法違反行為に対して行政制裁 1 本の単一手続で実施されており、ドイツ、フランス、イギリスでは行為者個人に対しては刑事制裁を定めている。米国では、企業の違反行為（裸の(naked) 価格カルテルのみ）に対し刑事制裁 1 本であり、その行為者に対しては刑事制裁（100 万ドル以下の罰金と 10 年以下の禁錮）である。欧米では、企業に対し行政制裁と刑事制裁の二重制裁手続をとっている国はない。米国の最近の運用では、企業に対しても高額な罰金を科すが、現実の違反行為は行為者個人が行うので行為者個人に対する刑事制裁を強化すること、とくに長期の禁固刑を科すことが違反の抑止に最も効果的であるとして重視され、最近禁固刑の上限は 10 年に延長されている。

わが国においても、企業には行政制裁金制度 1 本にして（95 条の削除） 手続を単一化し、刑事制裁は実際に違反行為を行った行為者個人に対してのみ行うことが適切である。

7. 審査手続における若干の問題

今回の改正により独禁法違反事件の審査権は、著しく強化された。違反事件の審査処分違反の罰則は、従来の 20 万以下の罰金から 1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金になった（94 条）。審査手続規則は、一方で規制機関に審査権限を与えると同時に、その規制権限が公正に行使されることを保障する必要がある。

わが国の場合、審査手続における審査対象者の権利保護に不十分な点がある。例えば、米国では供述調書をとられる場合に、審査対象者に、弁護士の立会いが認められ、欧米では供述調書作成後にその供述調書の写しの提供が保障されているが（資料） わが国では両者とも認められていない。欧米では、資料提出も原則として写しで十分であり、審査対象者は規制機関に提出した資料・供述調書などは、提出時点においてそのコピーを所有し、事前聴聞手続が開始されれば審査官手持資料のすべてについて原則的に閲覧謄写が可能で、防禦権が保護されているが（資料参照） わが国ではそうではない。

8. 不公正な取引方法に対する制裁金

独禁法 19 条は、米国連邦取引委員会法（FTC 法）5 条（a）をモデルに 1947 年に制定された。FTC 法 5 条(a)は、単に不公正な取引方法を禁止すると規定し、不公正な取引方法は市場と競争の変化に応じて変動するので、具体的な定義規定をおかず、事前聴聞手続を経て排除措置をとり、罰則を置かないこととしていた。わが国の独禁法 19 条も不公正な取引方法を禁止し、2 条 9 項により一定の基準の下で公取委が告示で指定する形を取っていたが、米国法にならい罰則をおかず、排除措置のみで対処してきた。

しかし、1970 年代に入ると FTC 法 5 条(a)違反のうち消費者に対する不当表示等について違反行為の是正措置として消費者への損害救済措置（consumer redress）が導入され（FTC 法 19 条） また違反行為が取引規制規則や審決例で明確な行為について故意又は過失により行なった場合に 1 万ドル以下の民事制裁（civil penalties）が課されることとなった（FTC 法 5 条(m)）。前者では 10 億円を超える補償金支払いが命じられている。両者とも、相当数の事件があり、制裁金・補償金を含めて、略式手続である同意命令で決着するが多い。わが国でも、不公正な取引方法の規制に関する特別法である下請法の運用では、是正措置として被害者である下請業者に補償金の支払いをさせている（公取委各年次報告）。特定商取引法、消費者契約法、金融商品販売法など広義の不当表示・不当誘引行為の規制には制裁規定が置かれているのに、その基本的規制法ともいべき独禁法・景品表示法の不当表示・不当誘引行為の規制に制裁規定がないのは問題である。一定の

要件の下に制裁規定を置く必要がある。

米国では不当廉売などは州公正取引法により規制され、違反には刑事罰と三倍額損害賠償請求権が定められている。ドイツでは、従来不当廉売は不正競争防止法で規制されていたが、1998年の独禁法改正により独禁法の中にコスト割れ販売行為自体の規制規定が加えられ(20条4項)、違反に対しては排除措置と行政制裁金が定められ、連邦カルテル庁が規制することになったが、その適法性は2002年11月12日のドイツ・ウォールマート事件最高裁判決で確認されている。

競争の激化に伴って不正競争が増えている現状と欧米諸国における不公正な取引方法に対する規制方法の最近の流れをみれば、明確な行為類型の不公正な取引方法については制裁規定の導入が適切である。また、消費者や小規模事業者に係る違反行為については団体訴権制度の導入が必要である。

9. 入札制度の問題点

わが国では違反事件中入札談合事件が過半を占め、平成16年度の価格カルテル事件27件中22件が入札談合事件であり、入札談合の撲滅が強く要請されている。官が主導した官製談合であれば、それを効果的に排除するためには首謀者である官を処罰することがまず必要があるのに、官製談合防止法で官に対する処罰規定がないのも問題である。しかし、欧米諸国の独禁法の運用では入札談合事件が極めて僅かであることを考えると、わが国の入札制度そのものに問題があるのではないかと考えられる面がある。

わが国の入札制度では、すべて原則として完全最低入札価格制であり、しばしば適正な積算をすることなく1円入札で物件の獲得を狙う入札が行われるが、欧米の場合には積算根拠等を考慮して落札者を決める場合がかなりあるのが通常である。米国では入札方式は、連邦段階では完全価格競争型(sealed bid)・競争的交渉型(competitive proposal)・組合せ型(combination)・受注者限定型(set aside)・随意契約に分かれ、価格交渉型が発注額で48%、件数で38%を占めて最も多く、日本の競争入札に相当する完全価格競争型はそれぞれ24%、25%を占めるに過ぎず、競争的交渉型入札では、競争的方法を用いつつも、技術力・管理能力・施行実績・経営力等を考慮して最終決定が下される(鈴木一、アメリカ連邦政府工事における調達手続きについて、建設マネジメント技術、05年2月号：参考文献・別添)。州段階では、最低価格入札者のほか低価格入札者から数社を選び、数社との交渉により契約者を決める場合が多いといわれている。

市場経済では通常取引当事者は相互に相手方選択の自由を持ち、自由な取引先選択を通して、競争が行われている。わが国の公的機関の競争入札では、法令によりすべての場合について最後まで当事者の目隠し競争が機械的に強行されており、当事者双方にとって不満が残る場合が多いと考えられる。わが国の入札制度が公務執行の公正性・公務員の規律維持を主眼としたために、入札制度が現実の市場状

況から乖離している面があるように思われる。わが国においても、入札に際して対象物件の品質・技術を重視する法律が最近成立しているが、入札制度そのものを改善しない限り、その実際への反映は困難である。欧米の入札制度を勘案し、誠実な積算根拠に基づく自主的な入札が助長され、市場の実情に適合し、健全で公正な競争が促進される入札制度そのものの検討が必要であるように思われる。市場の条件を考慮した複数の選択的な入札方法を構築し、そこにおける公務員の規律と取引の公正性は別途十分に規制することが必要である。

10. 手続制度の国際的整合性

経済のグローバル化に伴って、独禁法違反事件についても新しいグローバル化の影響が顕著に現れ、90年代半ば以降の欧米を中心として30件を超える国際カルテルが摘発されたが、その殆どすべての国際カルテルにおいてわが国企業が外国独禁法の適用を受けると同時に、外国企業がわが国独禁法違反に問われる事例が急速に増えてきている。このような状況下で、独禁法違反事件処理手続の国際的ハーモナイゼーションの必要性が高まっている。独禁法が国際的にみて市場経済体制の基本法としての性格をもっていることから、このことは重要である。この点から考えると、わが国の独禁法の運用上の沿革から生じた上記の特殊な制度は、国際的整合性を持った制度に早急に調整される必要がある。そして、単純・明快で国際的にも整合性がある説得的な手続が、独禁法の執行力を強化すると考えられる。