

「独占禁止法研究会報告書」に対する意見書

2003年11月21日

日本弁護士連合会

本年（2003年）10月28日付で公表され、公正取引委員会より意見募集がなされている「独占禁止法研究会報告書」（以下「報告書」という）のうち、第一部「措置体系の見直し」に対し、次のとおり意見を述べる。

意見の趣旨

1．課徴金の率の引き上げと加算制度，課徴金への措置減免制度の導入，価格カルテル以外の重大な違反行為への課徴金の導入，違反事件調査への犯則手続の導入，不公正な取引方法についての刑事罰の導入，審判手続の見直しに賛成し，早期の立法化を求める。

なお，措置減免制度の設計にあたっては，申告する動機づけを強化するなど，実際に機能する制度になるよう十分に配慮されること。

入札談合事件における非落札者に対しても課徴金を課する制度を導入すること。

不公正な取引方法に違反する行為に対し課徴金を課する制度を導入すること。

犯則調査については，いかなる基準でこれを発動するかについての基準が公表されるべきである。

専属告発制度は撤廃し，検察官が公正取引委員会の告発を待たずして捜査に着手し，起訴できるようにするべきである。

2．報告書で触れられていない違反行為に対する民事救済制度（損害賠償，差止）の強化改正の検討にも早急に着手すべきである。

意見の理由

第1．はじめに

わが国においては，依然としてカルテル，入札談合，新規参入排除などの私的独占を繰り返す事業者が少なくなく，これらの禁止の実効性があがっていないとの認識の下，公正取引委員会（以下「公取委」という）は，昨年10月から独占禁止法研究会を開催し，その下に独占禁止法違反行為に対する各措置

(排除措置，課徴金，刑事罰，民事損害賠償，差止め，入札談合に対する指名停止，違約金条項など)の見直しに関する部会を設けて検討し，本年10月28日に最終報告書を公表した。その内容は，課徴金の率の引き上げ(現行は売上高の6%)と加算制度の導入，価格カルテル以外のカルテル，私的独占に対する課徴金の導入，課徴金に対する措置減免制度(リーニエンシー)の導入，公取委の調査について令状に基づく犯則調査権限の導入，審判手続の見直しなどである。日弁連は見直しの必要性の趣旨に賛同する。

すなわち，独占禁止法(以下「独禁法」という)は，1977年に大幅な改正が行われてから四半世紀が経過した。その間わが国の経済秩序・社会構造は大きく変化してきており，独禁法の果たすべき役割についての社会の期待は，ますます大きくなってきている。

しかるに現在のわが国において強く指摘されるのは，独禁法が有する排除措置，課徴金，刑事告発等の措置体系が，カルテル，入札談合等の独禁法違反行為に対して十分に機能しているものとは認められないのではないかということである。すなわち，独禁法違反行為を認定されて課徴金を課されながら，さらにその後も違反行為を繰り返す事業者が少なからず存在している。また，日本企業が関与している国際カルテル事件に関し，米国やEUは多額の罰金あるいは制裁金を課しているのに対して，わが国ではせいぜい警告を発する程度の措置しかなされておらず，米国・EUと日本の競争当局の対応較差が拡大していることが明白である。さらに，措置減免制度を導入している米国やEUでは，国際カルテルの摘発が進んでいるのに，わが国の措置体系は，国際カルテルの摘発には効力を発揮し得ていないことが問題視されている。カルテルや入札談合等に対するわが国の行政の監視，取締りが不十分であると受けとめる国民が過半数にのぼることからも，独禁法が十分に機能しているは見なすことはできない。

以上により，日弁連としても今回，公取委が措置体系の抜本的な見直しに取り組むことに賛同するものである。

第2．報告書第一部「第1 措置体系全体の見直し」について

1．見直しの必要性

日弁連は，2002年10月，全都道府県と全政令指定市に対し，平均落札率など入札制度改革に関するアンケート調査を実施したところ，43都府県と10市から回答が寄せられた。

落札率(落札価格の予定価格に対する割合)は，談合しているかどうかを判断するための主たる基準になるところ，長野県が75.5%，宮城県が79.5%，神戸市が82.6%と，他の50自治体の平均落札率より大幅に低くなっており，この3自治体は，おおむね談合を防止できる入札制度に改革したと判断することができる。長野県は，入札制度改革前の平均落札率が96.4%

であったのが改革後は75.5%となり、20%以上急落した。宮城県は、改革前の平均落札率が95%であったのが改革後は79.5%となり、15%以上急落した。その主な原因は、指名競争入札から制限付一般競争入札への制度改革である。この結果から、50社ないし100社以上の業者が入札に参加が可能になると、談合は困難になり、15%ないし20%程度落札率が下がると推定される。しかし、その他の50自治体の平均落札率は、おおむね90%を越えており、談合を防止できる入札制度を実施しているとは言えず、特に平均落札率95%以上の自治体(30県市)は、未だに入札談合が蔓延していると推定できる。

2. 見直しの方向性

報告書では、従来通り公取委による行政処分中心の措置体系を維持するのが望ましいとしつつ、悪質重大な事案については、積極的に刑事告発を行うことが適当とし、調査権限の見直しも検討するとしている。

ア) 報告書が刑事告発の積極化と違反事件の調査について、従来の間接強制による調査にとどまらず、より強力な調査権限の導入の検討の必要を指摘した点は支持できる。

イ) 公取委による行政処分中心の措置体系を維持するのがよいとの点については、公取委の人員が他国と比べても圧倒的に少なく、国家財政逼迫のあり、今後も大幅な増員は期待できないことを十分に踏まえて検討すべきである。公取委だけにまかせるのではなく、刑事司法をになう警察、検察、民事訴訟をになう私人など多くの人的資源に独禁法の運用を委ねる発想が求められよう。

ウ) 公取委の告発がなければ罪に問えないとの制度(専属告発。法96条)は、見直す必要がある。

エ) 課徴金に措置減免制度(リーニエンシシー)を導入する提言に賛成する。既にアメリカ、EU、韓国など国際的に導入されている制度であり、違反行為の摘発に力を発揮している。密室で行われるカルテルを摘発・立証するには、共同行為者の当局の調査への協力を促進する制度が必要であること論を待たない。

第3 報告書「第2 課徴金制度の見直し」に対する意見

1. 課徴金制度の法的位置づけ、加算制度、措置減免制度、減免対象者の刑事告発の取扱い

(1) 課徴金の法的性格をどうみるか

課徴金の法的性格については、これまでは、違反行為によって不当に得た経済的利益を違反者から剥奪するための制度であるとする説が有力であった。

しかし、独禁法違反の事実により社会にもたらされる各種の損失の総体は、

違反者が受ける経済的利益を超過すると解される。そして、かかる社会内の各種損失が回復されるための措置がとられることが必要不可欠であり、社会正義にも合致すると言うべきである。

報告書16頁は、「違反行為のために社会に及ぼした経済的厚生損失を負担又は補償させるとの観点から、違反行為によって需要者にもたらされる損失と擬制できる水準まで違反行為者から徴収することとする」のがもっとも妥当であるとする。

違反行為によって社会にもたらされる損失としては、市場価格よりも高い価格で購入せざるを得なかったことによる当該購入者の損失はもちろんのこと、自由かつ公正な競争が阻害されたことによる市場内外での価格上昇にともない社会内の購入者等がこうむる損失も含めて考慮しなければならない。このような必要性に基づき、課徴金をもって、独禁法違反行為により社会に及ぼされた経済的損失を負担、または補償させる制度と捉えることが可能である。そうすると、課徴金をもって、違反行為にともなって社会内にもたらされる各種の損失相当額と認められる水準の金員を違反行為者から徴収する制度とする報告書の立場は肯定されてよい。

もっとも、このような説明が課徴金の性格づけをいささかわかりにくくすることは否めない。端的に課徴金の法的性格は、行政上の制裁金であると捉える立場が、今後は検討に値する。

(2) 課徴金の引上げ

課徴金を不当利得の剥奪と解する不当利得説との整合性を重視する立場から、現行独禁法において課徴金は、原則として違反行為が継続した期間の当該商品の売上高の6%と定められてきた。しかし、入札談合に関する刑事事件の中で、被疑者・被告人は捜査機関に対し犯行状況を供述しているが、その自白内容によると、入札談合によって事業者にもたらされる経済的利益の割合は6%程度のものではない。また、日弁連が2003年7月付で公表した「入札制度改革に関する調査報告書」に掲載したとおり、入札改革に真摯に取り組み成果を挙げた宮城県や長野県における平均落札率の低下の実績は15%ないし20%を示している。したがって、独禁法違反行為によって違反者に得られる経済的な利得は6%を超える場合が多いと認められる。

このように現行の6%の課徴金の水準は、不当利得説から見ても相当低額であることは明らかであり、違反者は15%ないし20%の利得を得ているものと解すべきである。そうすると、違反行為によって社会全体にもたらされる損失は、これを凌駕するものと認められる。よって、以上のような考え方からすれば、課徴金を少なくとも20%以上に引き上げるのが妥当である。措置減免制度が機能するようにするには20%でもまだ低すぎると思われる。

課徴金の水準を検討する際には、各国の制度設計に相違のあることは認識しつつも、欧米で実際に課されている罰金あるいは制裁金の金額を参考にすこ

とが必要である。

(3) 加算制度

報告書18頁は、加算制度を取り入れることが適当であると述べているが、カルテルや入札談合等に対する実効性確保を図るために、課徴金の加算制度を導入することは有効であるので賛成である。

加算制度を設ける場合には、行政の透明性、事業者の予見可能性を確保するために加算制度適用の要件を予め特定し、具体的に明確にしておくことが必要不可欠である。

加算制度適用の要件として、過去の一定年数の間に独禁法違反行為を行い審決を受けていること、この場合過去の独禁法違反行為の種類を問わないとすること(すなわち、同種である必要はない)が相当である、違反行為の期間が一定の年数を越えて長期間にわたって行われたこと、大規模な事業者による違反行為であること、違反事業者の役員が関与している場合であること、違反行為の首謀者、あるいは首謀者的立場にある者であることなどが考えられる。

(4) 二重処罰の禁止に反するか否か

課徴金の水準を引き上げるとともに加算制度を導入した場合に、憲法39条後段の二重処罰の禁止規定に違反するか否かが問題となり得る。

課徴金は、違反行為によって社会にもたらされた損失を負担または補償させ、社会的公正を確保するという行政上の目的を達するための行政罰であり、違反行為が継続している期間にわたり一律に一定率の金額を徴収する。加算制度もまた上記目的の実効性確保の観点から、法定された客観的要件に該当する場合に定率の付加をされて課される金額である。したがって、刑事罰とは趣旨、目的、手続を異にしており、課徴金と刑事罰を二重に課したとしても二重処罰禁止の原則に違反するとは言えない。

(5) 措置減免制度

欧米の独禁法に措置減免制度が導入されたことによって効果をあげていること、事業者に対してカルテルや談合組織から自発的に離脱する機会を与える必要があることなどから、わが国独禁法に措置減免制度を導入する必要性は高い。先進国であると途上国であるとを問わず、制度導入の流れができつつあり、わが国だけ例外を決め込むことはできない。むしろ、わが国においては根深い癒着・談合体質が社会全体に存在し、カルテルや入札談合等の摘発に非常な困難がともなうと言えるので、これを覆すような確固たる措置体系を構築することが肝要である。措置減免制度は、実効性確保のために有効であることが明らかであり、わが国でもこれを導入するべき時期を迎えていると言わなければならない。よって、報告書が措置減免制度を取り入れるとする点は賛成である。

いわゆる司法取引と区別するために減免の要件・水準を法律に明記し、当該要件に該当する事態が生じた場合には、所定の課徴金を減免する制度とする必

要がある。要件としては、違反事業者が自ら公取委に対し、必要かつ十分な情報提供等を行うこと、自発的に違反行為から離脱することが考えられる。

減免措置の対象となる違反者は、一番目の申告者だけに限定するなど、一番目の申告者と二番目以降の申告者の取扱いには、明確な差を設けるべきである。二番目以降の申告者も同様の減免措置を受けうるとの制度を作れば、仮にある違反者が最初の申告をしたとしても、その他の違反者は、情勢を静観しながら申告するか否かを検討すれば足りると考えられるので、緊張感が失われ、制度の実効性を確保し得ないおそれがある。

違法行為を行っておきながら、自発的に申告するだけで減免の措置を受けられる制度には、モラル上の弊害があるとの指摘も存する。しかし、措置減免制度の違法行為摘発上の手段としての有効性が、モラル上の弊害という不利益を上まわると解すべきである。

(6) 減免対象者の刑事告発の取扱い

課徴金措置減免制度の適用を受けたとしても、刑事告発の対象となるのであれば、措置減免制度を利用する意味が薄れることは容易に理解できる。したがって、課徴金減免制度の実効性を確保する観点から、減免要件に該当する事業者については、刑事告発しない措置をとり得るように制度を構築することが必要である。報告書 21 頁は、「一定の減免要件に該当する事業者については告発しないようにする措置を設けることが必要である」と述べているが、賛成である。

減免措置を受けるための要件として、公取委が調査を開始する前に最初に情報提供を行ったこと、を規定することが考えられる。上記の要件を充足した事業者は、公取委に対し自首したものと認められるので、かかる減免要件に該当した者を公取委が告発しないとする制度設計は、刑事法制上の理論と整合性を有し、妥当である。

ところで、報告書 22 頁は、「カルテル参加事業者のうち一部の事業者のみ告発しなかったとしても、告訴不可分の原則の適用を受けるので、検察官の公訴権を侵害することにはならない」と述べている。確かに、公取委が減免要件を満たした事業者を除外して、他の違反事業者を検察官に告発した場合、検察官は告訴不可分の原則に則って全ての被疑者について捜査を行い、終局処分を決定することとなるので、検察官の公訴権を侵害するおそれはない。しかし、ある事業者が公取委に違反行為の情報提供を行った結果、課徴金については減免措置を受けながら、他方で刑事事件で有罪とされる事態が生ずるというのでは、申告の意欲を減ずる結果につながるものと危惧される。したがって、減免要件を充足する場合には、課徴金が減免されるだけでなく、刑事処分も受けられないですむというように、一貫した手続を整備する必要がある。

なお、報告書は公取委の専属告発制度の維持を前提に減免対象者の刑事告発の取扱いについて言及している。しかし、後述するとおり、公取委の専属告発

制度は撤廃すべきであり，このような見地からは，減免対象者の刑事罰の取扱い，独禁法上刑の免除を定めるなどの手続を整備する必要がある。

2．価格カルテル以外のカルテルや私的独占に対する課徴金の導入等の提言についての意見

(1) 価格カルテル以外のカルテルに対する課徴金の導入の提言について

現行課徴金制度は，不当な取引制限のうち，商品・役務の対価に係るもの，または実質的に供給量を制限することにより対価に影響があるものに限定されている。しかし，供給シェア，取引先，供給地域等を制限するカルテルは，その経済実態が価格カルテルと同様に経済的利得を獲得しているとみられるので，それを課徴金納付命令の対象とすることは相当である。

購入カルテルは，商品・役務の需要者間の競争を制限するものであり，違反者は対象商品・役務の購入価格を低下させること等によって自らの利益を増加させるので，価格カルテルと同様に経済的利得を獲得しているとみられる。このカルテルは，購入価格を低くすればする程経済的利得が大きくなるのに反して課徴金が逆に小さくなるので，実効性を確保するためには，購入額を基準として課徴金を算定することが必要である。

(2) 私的独占に対する課徴金の導入

現行課徴金制度は，私的独占に対して課徴金の納付を命じていない。しかし，業界の主導的な事業者が，他の事業者の対価，供給量，供給先等を指示することによって，市場全体の価格，供給量を制限して，競争を実質的に制限する場合には，これらの行為は価格カルテルと同様に経済的利得を獲得しているとみられるので，それを課徴金納付命令の対象とすることは相当である。

また，業界の主導的な事業者が，規制緩和後も，新規参入者を排除することによって市場における独占的地位を維持し，経済的利得を獲得している場合には，新規参入者を排除することによって得られる独占的利潤（＝高度寡占市場における首位企業の利潤率と平均的市場での利潤率との差）に対し課徴金の納付を命じることが，実効性を確保するために必要である。

(3) カルテルの実行期間の終期に係る問題

カルテルの算定期間の終期は，カルテルが終了した時点とされているのであるが，違反行為からの離脱のインセンティブを高めるためには，カルテル終了時点以前に違反行為を取りやめていた事業者については，取りやめていた期間を課徴金の算定対象から除外とする報告書の立場が妥当である。

(4) 不公正な取引方法に対する課徴金の導入の必要性

現行課徴金制度は，不公正な取引方法に対する課徴金を定めておらず，今回の報告書もその変更を求めている。これは，不公正な取引方法は，独占化の萌芽であるから制裁を課さない米国反トラスト法を継受したことによる。しかし，日本の独禁法を継受した韓国の公正取引法は，不公正な取引方法，就中，

再販売価格維持に対し課徴金を導入している。わが国も，韓国の法律とその運用を研究して，不公正な取引方法に対しても課徴金を課す制度を導入する工夫をすべきである。

- (5) 入札談合事件における非落札者に対しても課徴金を課す制度の導入の必要性
- 現行課徴金は，違反者の売上高に一定の比率と実施期間を乗じて算出されるので，入札談合事件では，受注予定者に決定され，落札した事業者のみに課徴金が課される。受注予定者に決定されず，落札しなかった事業者には課徴金が課されないままでよいのか疑問がある。入札談合事件における課徴金制度の実効性を改善するには，非落札者も受注予定者の決定に係る基本的な合意に参加したのであるから，共同正犯として前者と同様に責任を負わせるべきである。韓国の公正取引法は，落札者の売上高に一定比率を乗じて算出される通常の課徴金を課すのみならず，売上高のない非落札者にも一定額の特別の課徴金（10億ウォン＝1億円を超えない額）を課す。わが国も，韓国の法律とその運用を研究して，入札談合事件における非落札者に対しても課徴金を課す制度を導入する工夫をすべきである。

第4．報告書「第3 刑事告発手続・罰則規定の見直し」について

1．「刑事告発手続の見直し」について

(1) はじめに

独禁法違反の事例が後を絶たず，中には，極めて悪質とみうるような事例も散見される。その背景には，談合に象徴されるいわゆる日本的取引慣行が厳然と存在することは明らかである。このような日本的取引慣行を刷新するためには，同種の独禁法違反の事例や極めて悪質とみうる事例に対し，適切かつ実効性ある再発防止手段を用意しておく必要がある。

この点，報告書27頁は，「悪質かつ重大な事案について，更に刑事告発を積極化する必要があると考えられ，そのためには，事件審査の組織・体制について引き続き整備を図っていく必要があるものと考えられる」としているが，日弁連としても賛成である。

(2) 犯則調査権限について

報告書も問題点の中で指摘するとおり，現行の公取委の調査手続に関し，独禁法46条4項との関係で，公取委が，行政調査の結果に基づき刑事告発をすることは，適正手続の観点から問題がある。現行法を前提とする限り，實際上，捜査機関と協力しながら調査を進めることは困難である。

したがって，刑事告発の積極化を視野に入れながら，かつ，適正手続保障を図るには，公取委が犯則調査権限を持つことが望ましい。そして，公取委が犯則調査権限を持つことにより，捜査機関と密接に協力し，連携を図ることが可能になり，従前の問題とされていた犯罪事実の立証に必要な証拠の収集も，時宜を得た充実したものとなる。

問題は、適正手続保障の観点から、いかなる基準ないし要件のもとで、行政権限で収集した証拠を端緒として犯則調査権限のある調査手続へ移行することができるかという点である。報告書28頁では、「行政機関の内部で刑事告発に相当する事案についての判断基準を明確にし、当該基準に従い、行政調査部門が調査した事案を適切に犯則調査部門へ配分する体制とす」ることが示されている。この点、行政処分では独禁法の実効性・執行力を確保することが困難であるため、刑事告発を行うべき事案であるなど、いかなる要件のもとで犯則調査権限に基づく調査を開始できるのかについて独禁法上規定しておく必要がある。仮に、公取委内部での規則として定めるとしても、その内容が開示されるべきものであるのは当然である。

(3) 専属告発制度との関係

専属告発制度の趣旨は、「違反事件について行政処分にとどめるか告発を行うかの判断は、経済構造や企業行動に係る専門的知見を有する公取委が行うことが適当である」というところにある。

しかし、日弁連が「独禁法・景表法改正とその運用改善についての意見書」（1991年3月）の中で述べたところであるが、公取委の専属告発制度は、独禁法の実効性・執行力の強化という観点からは、むしろ障害となっている。公取委の「専属」告発制度を残すことは、一般消費者ないし国民からみた悪質かつ重大な事案について、公取委による告発がなければ刑事責任の追及ができない、という制度上の不合理さだけが残ることは明らかであろう。公取委だけでなく、一般消費者ないし国民が独禁法の運用状況を監視することは、国民経済の民主的で健全な発達にとって、必要不可欠であるし、独禁法の実効性・執行力の強化につながるものである。

したがって、公取委及び捜査機関が、相互に協力・連携して事件に対処する方向が望まれることは疑いないところであり、その実現方法として、上記日弁連意見書の中で述べたとおり、公取委の専属告発制度を撤廃して、検察官が公取委の告発を待たずして、悪質違反事件の捜査に着手し、起訴できるようあらためるとともに、検察庁に特捜部と同室の独禁取締部を設置する等して、捜査機能の充実を図ることが、今回の見直しにおいて是非とも検討されるべきである。

(4) 東京高裁専属管轄について

まず、被告人の審級の利益について、報告書29頁にもあるとおり、「審決取消訴訟と異なり、公取委により告発が行われるものの、審判に基づく事実認定が前置されているわけではなく、また、他法令で審級が省略されている例は刑法の内乱罪しかない（同予備罪・幫助罪を含む。）」ことからして、これを奪うのは適切でない。国家による刑罰権の行使の場面であるから、被告人の裁判を受ける権利、被告人の防御権、適正手続に関する権利など憲法上の保障を弱めることは許されないと考えられる。

そして、被告人をはじめ証人等の関係者や証拠等が遠隔地に集中している場合、被告人の防御権行使に支障が生じることは明白である。また、裁判員制度のもとでの連日的開廷による集中審理、迅速・充実した審理を妨げることが予想される。

したがって、東京高裁専属管轄は廃止すべきであり、基本的には全国の地方裁判所に裁判管轄を与えることが適当である。

もっとも、独禁法の訴訟は、刑事事件とはいえ、専門的判断を要するものである。しかも、被告人が複数ある場合に、裁判管轄がバラバラになることにより事実認定や量刑判断が区々になることを回避して、統一的に判断する必要がある。また、東京地方裁判所に特別の管轄を与えることは、地方に居住する被告人の防御権の観点からは適切ではない。したがって、このような場合が想定されるので、各高等裁判所所在地の地方裁判所に管轄を与えることが適当である。

2. 「罰則規定の見直し」について

(1) はじめに

入札談合や独禁法違反事例が後を絶たないのは、結局、業者にとって入札談合などの独禁法違反行為は「儲かる」からである。現行の独禁法は、このような業者の「やり得」を適切に防止する機能を果たしていなかったと言えよう。

したがって、業者の「やり得」を適切に防止する機能を果たさせるためには、感銘力ないし威嚇効果を有する刑罰をはじめ、独禁法の実効性を担保する措置を強化する必要がある。

具体的には、報告書の述べるとおり、犯則調査権限の実効性を確保するための罰則、確定審決違反罪への法人重科規定の創設、不公正な取引方法について罰則の導入を検討する必要がある。

(2) 調査権限に係る罰則について

調査権限に基づく調査に対する妨害等に係る罰則については、報告書では、具体的な内容が必ずしも明確でないので、具体的な意見を述べることは困難である。しかし、「少なくとも他の経済法令並みに、自由刑や両罰規定の対象となる違反行為類型を拡大し、他の経済法令の規定も参考としつつ、罰金額を引き上げることが適当である」という報告書の方向性については賛成である。

(3) 確定審決違反罪に係る罰則について

独禁法違反による企業の「やり得」が許されてはならないのは当然のことであり、再発防止の必要性は高いことから、排除措置の実効性を確保する必要性は大きい。したがって、報告書30頁の「排除措置の実効性を確保し、独禁法の執行力を強化する観点から、確定審決違反の罪について法人重科規定を導入することとし、その水準については、他の経済法令の規定も参考としつつ、引き上げることが適当である」という立場に賛成である。

(4) 不公正な取引方法に対する措置

報告書でも述べられているとおり、「現行の不公正な取引方法に対する措置は、排除措置のみであることから、不公正な取引方法の禁止規定の実効性が十分に確保されていない」。この実効性を確保するためには、刑事罰の導入だけでなく課徴金の導入、民事的な救済手段（差止・損害賠償請求）の充実・強化を検討することが必要である。

報告書でも述べているとおり、「不公正な取引方法のうち、消費者保護等の観点から、違反行為による被害が著しく、競争秩序を侵害する程度の大きいものなどについて、刑事罰の対象とすることが適当なものもあると考えられる」ので、刑事罰を導入するという方向には基本的に賛成である。たとえば、行為の悪質性に鑑み、欺瞞的顧客誘引及び再販価格拘束については、罪刑法定主義の観点から構成要件を明確化した上で、刑事罰を導入することが検討されるべきである。

もっとも、独禁法が禁止している不公正な取引方法に該当するかどうかは、「市場の商慣行や経済構造等によって変化」するものであり、個別・具体的な判断とならざるを得ない。したがって、不公正な取引方法全体について、罪刑法定主義の観点から、明確かつ画一的な構成要件を構想することは極めて困難である。

これに対し、民事的な救済手段であれば、時代に即応して、柔軟かつ弾力的に不公正な取引方法を捉えることができるし、民事的な損害賠償が認められることで実効性の確保を図ることができるとともに、直接的に消費者被害を回復できる。

したがって、不公正な取引方法全体について民事的救済制度を充実させて、有効に機能させることを検討すべきである。具体的には、これまで日弁連が述べてきたとおり、損害に関する推定規定や公取委において調査した資料の開示など民事的救済制度を有効に機能させる制度を創設すべきである。

第5．報告書「第4 審判手続等の見直し」について

1．基本的視点

報告書「第4」の冒頭部分記載のとおり、今次の措置体系見直しにあたっては、一方では課徴金制度の実効性確保のための審判手続の迅速性・効率性（これはカルテルに対する措置体系の上では「実効性確保」と同義である）という観点からと同時に、他方で水準引上げ・加算制度・措置減免制度の導入により従来の不当利得の吐き出しとの基本的位置づけから、社会的制裁の色彩を強めることに対応して、適正手続保障の観点もまた欠くことはできない、との論旨については、一般論としては基本的に同意できる。

しかし、これら両要請は、法分野の如何を問わず、公権力が、何らかの意味における不利益を伴う広義の社会的制裁（social sanctions）としての処分、

あるいは措置を執る場合には、これらはしばしば相対立する要請として顕れ、その間の調整が問題となる。

そこで、課徴金審判手続との関係で、同様の議論を行うに際しては、以下の各視点が重要であると考える。

課徴金制度が導入された1977年当時は、カルテル事件発生が猖獗を極め、多くの大企業が摘発を受けたばかりか、繰り返しも多く、かかる「やり得」状況を前にして、将来に向けた排除措置は無力であったことから、同制度が創設された。その導入の結果として、一時はカルテル事件の摘発数は減少したかに見えたが、他方でカルテルの手法が巧妙化（書面を残さない、裏組織の設置等）し、地下に潜らせただけに終わったとの評価も存在する。

その後、日米構造協議における批判を受けて、1991年改正による課徴金引上げ（原則6%）となるが、他方で、算定期間の限度が3年に限定されたことから、単純に引き上げとは言えない側面もあり、再びカルテル審判件数は増大し、かつ高額化してきている。

結局、以上の経緯に照らし、本意見書「第1」の部分においても述べているとおり、現行の措置体系は、有効なカルテル抑止策となり得ていない。このようなカルテル規制における過去の経験からすれば、今次の改正にあたっては、規制の実効性確保のための方策が、究極的にまで推進される必要がある。適正手続の要請を重視するあまり、今次改正によるカルテル防止策が中途半端なものに終わることがあってはならない。

そのためには、第1に、適正手続による権利保護の名の下にその無意味な濫用によって、課徴金制度の実効性（迅速性・効率性）が阻害されないような配慮が必要と考える。

第2に、措置体系のいわば本体である違法なカルテルの認定そのものについては、今次改正により公取委の調査権限が強化されることでもあり、不服がある場合の審判については、厳格な適正手続が要求されるべきであるが、カルテルの存在が認定されたことを前提とする課徴金算定の局面における不服による審判については、元々課徴金制度が、カルテル参加者に違法な利得と価格上昇の利益を保持させないことによって、抑止効果の実を挙げるとの観点から導入された、一律の基準による擬制に過ぎないことに鑑みれば、手続の迅速性・効率性の方がより重視されるべきである。

そこで以下、このような観点から、報告書に述べられている問題点を検討するが、その項目は次のとおりと理解されるので、順次検討する。

勧告（排除措置）と課徴金納付命令の一体化・同時化と、これに伴う処分
の統一の是非。

審判手続開始により納付命令を失効させないことの是非。

審判手続の位置付け変更と適正手続の保障。

審判手続における迅速性・効率性確保のための方策の如何。

2. 排除措置と課徴金納付命令の一体化・同時化と処分の統一

加算制度及び措置減免制度の導入に伴い、加算要件事実（報告書の例示によれば、再度の違反・長期間の違反・大規模な事業者による違反・違反事業者の役員の間与等）については、違反事実本体と関連性が高いこと等から、審判手続の効率化のために、両手続を一体化・同時化することは適切と考えられる。

また、両者を一体化した場合には、排除措置の除斥期間である違反行為から1年間を、課徴金納付命令の除斥期間である3年間に合致させ、3年間とすることは理に適っている。

しかし、公取委の審査開始後も違反行為が継続しているような事例を想定して、カルテルの終期につき「審査開始時までの期間を実行期間とみなして課徴金額を算定」という評価手法については、合理性にやや疑問がある。現在においても、違反行為が摘発されて公取委の立入検査と審査が開始されるに至った企業は、「終期」が伸びて課徴金が累積することを避けるために、自主的にカルテル破棄を明確にする処置を執る等して対応している実態からすれば、むしろカルテルの速やかな解消を促進するためにも、この点についてのみは「カルテルの存続期間」とする現行法制を維持すべきではないか、と思料される。

次に、勧告と課徴金納付命令の同時化に伴い、処分の法形式を行政処分に統一させる、との報告書の見解は相当と考える。また、両者を一体化した場合には、理論的にも、現実的にも、そうならざるを得ないように思われる。

したがって、勧告を課徴金納付命令と同様の行政処分と再構成し、事前通知の上、意見申述・証拠提出の機会を与え、不服のある事業者は審判手続の開始を請求する仕組みとすべきである。

3. 審判手続開始による納付命令失効回避

課徴金納付命令が、不服申立によって失効するとされている現行制度の下では、カルテル摘発を受けた事業者の多くが、勧告に対しては争わずに、同意審決の途を選択して違反行為の存在自体は争わないとしつつも、他方で、課徴金納付命令については、厳しく争い、最悪の場合でも審判審決に至るまで延滞金や遅延利息抜きに課徴金延納という経済的メリットを得ようとするケースは珍しくない。

即ち、違反行為者としては、客観的には受け入れられる可能性がほとんどないような無益な主張・立証を様々に展開することによって、上記の失効のメリットを受けることになり、争い得となっている。このような状況は、課徴金審判手続を徒に煩雑化・長期化させる結果となり、その迅速性を大きく阻害していることは論を俟たない。そして、このような争いのための争いは、本来の正当な適正手続による弁明の機会保障という趣旨を逸脱した濫用行為である。

この弊害に対応する手段としては、報告書にあるように、課徴金納付命令は、

不服申立による審判手続開始決定が下されても失効しないとして、供託金納付または供託させるという方法が、確かに有効な方法と考えられる。

しかし、実効性を挙げるという観点からすれば、通常の民事裁判において支払請求を受けている被告の場合と同様に、争う機会は与えられるが、その結果敗訴判決を受けた場合には、無条件で遅延利息の支払いを命じられるのと同様の取扱いが望ましい。即ち、審判手続によって争うことは自由であるが、その主張が合理的根拠に欠けることが後に審決によって明らかになった場合には、督促状発布の後と同様に、無条件で年14.5%の延納金納付義務を生ずるとの取扱いなども検討されるべきである。

4. 審判手続の位置付けと適正手続の保障

報告書に述べられているとおり、審判手続を当初命令の再審査手続と位置付け変更を行ったとしても、被審人には、事案全体について攻撃・防御を尽くし、反論・反証の機会を十分に保障されるとの実態に変化はないのであるから、適正手続の観点からも何の問題も生ずる余地はない。

5. 審判手続における迅速性・効率性確保の方策

(1) 排除措置命令の事前手続について

排除措置命令の発令に先立ち、事前通知、書面による意見申述、証拠提出の機会を付与する機会を与えるべきことは先に述べたとおりであるが、これが争点集中の機能を果たし、事件処理の迅速性に資する場合もあることについては、同意見である。

(2) 排除措置の迅速性確保について

カルテル摘発を受けた事業者側の対応としては、カルテルの認定による排除措置命令には不服がないが、課徴金納付命令にのみ不服がある場合と、排除措置命令によるカルテル認定自体に不服がある場合とが有り得る。

この場合、の課徴金納付命令のみについて不服がある場合については、現行法制下と同様に、課徴金算定の基礎事実の認定・評価（課徴金算定率を決する業種認定・カルテル実行期間・売上高等）のみに絞って審判手続を進め、排除措置本体のカルテル認定の根拠となった違反事実については、もはや争えないこととすることが、排除措置の迅速性確保のために必要であることについては同意見である。

問題は、の排除措置命令に対する不服申立のケースであるが、この点、通常の民事損害賠償請求訴訟等にあっても、審理促進の見地から、まずは賠償義務の存否を決する責任論に集中して主張・立証を尽くさせることは、良く行われているところであり、このような手法は事案の早期解決に役立っている。

かかる見地からは、排除措置命令の適否についてのみを切り離して、先に審決を行う制度を設けることも有効と考えられる。

(3) 同意審決制度の見直しについて

現行の同意審決制度をより柔軟なものに変更し、被審人が審理の過程で違反事実の大部分を認めている場合に、早期解決の見地から、同意審決を申し出ることのできる制度を導入することについては、特に反対すべき理由はない。

第6．違反行為に対する民事上の措置の強化について

今回の報告書では独禁法違反行為に対する民事的救済制度の改正強化については何ら検討がなされていないが、極めて残念である。独禁法が定める違反行為に対する措置体系の中で、民事的救済制度（差止、損害賠償）は重要な位置を占めている（同法24条、25条、84条）。ところが実際には、これらはほとんど機能していないといっても過言ではない。

日本全国で発生する数多くの独禁法違反行為に対し、諸外国に比べても圧倒的に少ない公取委の人員で対処することは到底不可能であり、私人による独禁法の執行は、当然に同法が期待しているものなのである。かかる観点からみて現在の民事的救済制度の機能不全の状態は、速やかに改善されなければならない。これまでに日弁連は民事的救済制度の改革について、以下のとおり多くの意見書を提出してきた。

「独禁法違反に基づく損害賠償制度の改正意見書」（1990年6月15日）

「独禁法・景表法改正とその運用改善についての意見書」（1991年3月28日）

「独禁法の民事訴訟を活発化する立法を求める意見書」（1998年5月）

「独禁法違反行為に対する民事的救済制度についての意見書」（2000年5月）

日弁連としては、これらの提言が速やかに政府部内で検討されることを期待するものである。これらの中でとくに重要と考えられる点に限って述べると以下のとおりである。

(1) 損害賠償制度の見直しについて

- ・ 損害の認定について、推定規定を設けるべきこと。
- ・ 公取委の事件記録を活用するための規定を設けるべきこと。
- ・ 民事訴訟法第248条と類似の規定の新設。
- ・ 懲罰的損害賠償。
- ・ クラスアクション。
- ・ 弁護士費用の片面的敗訴者負担。

これらについて早急に検討が開始されるべきである。

(2) 差止制度の見直しについて

2000年に創設された差止制度であるが、残念ながら活用されている状況にはない。独禁法違反行為が広く存在しているにもかかわらず、利用されていないという事実は、制度自体が極めて利用しにくいものとなっていることを示している。

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り、差止請求訴訟を提起するための経済的、時間的な負担が大きいことはもちろんのこと、小企業が、違反者である大企業に対抗することは、取引関係の維持の面から実際には極めて困難である。

このような場合に差止請求を行使しやすくするためには、一被害者だけに原告適格を認めるのではなく、事業者団体や消費者団体による団体訴権を認めるべきである。これによって、広く社会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となると考えられる。とりわけ欺瞞的顧客誘引による消費者被害の差止には、消費者団体が訴権者となるのが適切でもある。消費者契約法などで、団体訴権の立法化が前向きに検討されている現在、独禁法や景品表示法、下請法の分野でも、団体訴権制度の立法化を早急に検討されるべきである。さらに景表法違反や、不当な取引制限、私的独占にも差止制度を導入することも早急に検討すべきである。