

独占禁止法基本問題懇談会報告書に対する意見書

2007（平成19）年8月23日
日本弁護士連合会

第1 はじめに

1. 内閣官房長官の私的懇談会である独占禁止法基本問題懇談会（以下「懇談会」という。）は、2007（平成19）年6月26日、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）の改正に関する報告書を公表した。これを受け立法当局が半年以内に独占禁止法改正案を立案することになっている。報告書の重要性に鑑み、これに対する当連合会の見解を以下のとおり明らかにする。

2. 2005（平成17）年独占禁止法改正と懇談会設置の経過

独占禁止法は2005（平成17）年4月に大改正され、2006（平成18）年1月4日から施行されているが、主として公正取引委員会による独占禁止法の執行力を強化するための改正であり、課徴金算定率の引き上げと課徴金減免制度の導入、犯則調査権限の導入、審判制度の改正（審判の位置づけを処分前の事前審査から処分後の事後審査に変更）が主たる内容であった。

当連合会は、独占禁止法は経済活動の基本法であるところ、実体規定の整備においては国際的に遜色がないものになっているが、公正取引委員会を中心とした法の執行力が極めて不十分であり、カルテル・入札談合など悪質な違法行為が横行しているとの認識の下、法改正に賛同した。一方経済界からは、課徴金と刑罰の併存・併科や、適正手続について強い反発があった。このため改正法の附則13条に「政府は、この法律の施行後二年以内に、新法の施行の状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、課徴金に係わる制度の在り方、違法行為を排除するために必要な措置を命ずるための手続の在り方、審判手続の在り方等について検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」との検討規定が入った。懇談会はこの附則を受けて設置されたものである。

3. 独占禁止法見直しにあたっての当連合会の視点

平成17年改正法施行後1年半経過した現在の状況を見ると、入札談合の分野では課徴金減免制度、犯則調査の利用等により公正取引委員会の活動が活発化し、大手ゼネコンの談合決別宣言など、改正法の効果が着実に出ている。公正取引委員会に対する審判請求は激減しており、時間稼ぎのための審判利用を防ぐという改正法のねらいも効果を上げている。しかし、事後審査となった審判手続において、被審人の手続的保障が十分でないことが指摘されている。

他方、公正取引委員会についても、談合以外のカルテル、新規参入排除、不公正な取引排除の分野についての活動は、未だ十分とはいえない。また、独占禁止法執行の一翼を担うことを期待された私人による民事差止請求については、2000（平成12）年の導入後、約40件の提訴案件中、和解により終了した件を除いて認容判決が1件も出ておらず、期待された効果をあげていないうことが明らかになっている。

以上の状況を踏まえ、当連合会は独占禁止法違反行為に対する行政上、民事上の措置は未だ不十分であり、さらに適切なる抑止、制裁、被害の回復のための措置規定を充実させる改正が必要であると考える。その際、独占禁止法執行における公正取引委員会の役割は引き続き重いが、規制緩和の時代においては行政機関だけに頼らない総合的な独占禁止法執行力の強化が求められよう。また、公正取引委員会の権限強化の反面、それに対応した被審人側の事業者及び関係者個人の手続的権利の保障も整備すべき時期に来ていると認識している。

第2 違反金制度の在り方

1. 違反金と刑事罰の在り方について

(1) 違反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】

違反行為に対して過重な罰則を課すこととなれば罪刑の均衡を害することになり憲法上の問題も生じかねないが、そうでなければ報告書と同様、違反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と考える。

【理由】

違反金と刑罰の併科については、行政目的を達するために必要な違反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、二重処罰の禁止に違反することはない。このことは、罰金刑が課せられた法人に対してさらに違反金を課することは憲法が禁ずる二重処罰に当たらないとする最高裁判例（最判平成10・10・13社会保険庁シール談合事件）で判示されたとおりである。ただし、違反行為に対して過重な罰則を課すことになれば、同一行為に対して当事者にかかる二重の不利益により罪刑の均衡を害し、憲法上の問題も生じかねないことから注意を要する。

(2) 立法政策としての違反金と刑事罰の併存とその間の調整について

【意見】

違反金と刑罰の併存を維持すべきである。ただし、高額な違反金を非裁量的に課すのであれば、現行の一部控除制を維持すべきである。また、仮に裁量的違反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】

行政罰としての違反金と刑事罰としての刑罰は、その目的・内容も異なることから併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併科が二重処罰として違憲の問題は生じないとしても、違反行為に対して過重な罰則を課すことにな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、高額な違反金を非裁量的に課すのであれば、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、裁量的違反金制度には現時点では反対であるが、もし裁量的違反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。

2. 違反金の抑止力（算定率等）について

【意見】

報告書では、違反金の引き上げについては両論併記となっているが、まず平成17年改正法の実効性を検証し、そのうえで必要であれば、さらに算定率を上げることを検討すべきである。

【理由】

平成17年改正により、違反金の水準が引き上げられ、違反金の制裁金的性格が強まった。このように増率された違反金について、その抑止力が十分か否かが検証される前に、再度増率を提言することは適当ではない。また、違反金が制裁であるならば、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。平成17年改正で違反金の算定率が大会社で10%に増率されたが、その実効性を検証し、そのうえでもし実効性が薄いという結果であれば、将来は20%などへの増率も検討することとすべきである。

なお、実効性の検証に当たっては、違反金だけではなく、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関連法の実効性を含め、総合的に検証する必要がある。

3. 違反金の加減算要素の考慮について

【意見】

違反金の算定に当たり加減算要素を考慮する仕組みについては報告書に賛成であるが、企業における法令遵守の取組みを違反金の減額要素とすることには反対である。裁量的違反金の導入については現時点では否定的である。

【理由】

裁量的違反金の導入については、刑事罰を含めた総合的な枠組みの中で違

反金の在り方を検討すべきであるところ、行政手続の迅速性・機動性を損なうこと、行為者の態度や主觀といった悪質性の要素は刑事罰で斟酌することが適切であり行政措置としての違反金になじまないことからすれば、やはり違反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。

これに対して、裁量のない加減算要素の考慮については、効果のある違反金制度の実施という観点から、合理的範囲の要素を考慮することには賛成である。ただし、法令遵守に取り組んでいたという事情について、現実には違反を抑止できなかったにもかかわらず、それを減額要素として考慮することは適切ではない。法令遵守の取組みは、独占禁止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の中に記載することで徹底を図る問題である。

4. 私的独占（排除型）不公正な取引方法を違反金の対象にするかどうか

【意見】

報告書のように、私的独占（排除型）を違反金の対象とすることに賛成である。不公正な取引方法について違反金を課す場合には、公正取引委員会の告示ではなく、法律で具体的に対象行為類型を規定すべきである。私的独占（排除型）についても、その対象行為を法律で明確に限定すべきである。

【理由】

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が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ことから、不公正な取引方法については違反行為に対して制裁措置を課す必要性のある事例が生じてきている。

しかし、行政制裁金の性格の強い違反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違反金を課す場合には、公正取引委員会の告示ではなく、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違反金の制裁の対象とすることは問題である。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、これをそのまま違反金の対象とするのでは、自由な取引に対する萎縮効果も生じかねない。

なお、対象行為類型を明確化した場合でも、不公正な取引方法の類型のうちどれを違反金の対象とするかについては慎重に検討すべきである。ただし、不公正な取引方法のうち、欺瞞的顧客誘引に関しては不当景品類及び不当表示防止法が、優越的地位の濫用については下請代金支払遅延等防止法が既に法整備されおり、これらについて違反金を課することを検討することは妥当性があると考える。

また、私的独占（排除型）についても、自由な競争取引を保障するという独占禁止法の本来的な目的からすると、無限定に違反金の対象とすることは

かえって正当な競争行為に対する萎縮効果を生じかねないことから、その対象行為を法律で明確に限定すべきである。

5. 違反金の算定期間及び除斥期間について

【意見】

違反金の算定期間については、平成17年改正法の実施状況・効果を判断して、将来検討することとすべきである。除斥期間については、独占禁止法第7条の2第21項の除斥期間を、3年から5年に延長すべきである。

【理由】

報告書は、国際比較の観点、抑止力確保の観点から、違反金の算定期間と除斥期間についても考慮する必要があるとする。EU法では算定期間についての制限がなく、算定率は企業グループにおける直近の全売上高の10%を上限とすることとの比較から、独占禁止法第7条の2第1項の算定期間を5年に延長することも考えられる。しかしながら、違反金算定率の問題と同様に、平成17年改正の実施状況・効果の検証をまず行うべきである。

除斥期間については、国際カルテル事件において、除斥期間が5年である欧米（EUでは調査開始まで5年、調査開始からさらに5年で通算最大10年間）では莫大な違反金・罰金が賦課されているのに対して、我が国では3年の除斥期間が徒過しているため警告にとどまる例も多い。このように、同一事件に対する競争当局間の執行の顕著なアンバランスが生じており、それを是正するため、除斥期間を3年から5年に延長することが必要である。

第3 審判制度

1. 事前審査型審判方式を改めて採用することについて

【意見】

報告書は、一定の条件が整った段階で、現行の不服審査型審判方式をやめて事前審査型審判方式を改めて採用することが適当であるとするが、賛成できない。

【理由】

平成17年改正による不服審査型審判方式への変更は、入札談合事案の増大に対応するための一時的緊急的措置としてなされたものではない。旧法の事前審査型審判方式に戻すとの報告書の結論は、独占禁止法一般の執行力強化を目的とした平成17年改正の趣旨を否定することとなり、当該改正が目指した公正取引委員会による独占禁止法の迅速な執行を再び妨げるおそれがある。

平成17年改正前の事前審査型審判方式では、公正取引委員会が審判を開始しても審決が出るまで違反行為が継続されることがあり得た。また、被審

人は、審判請求をすることにより課徴金納付命令や談合事件における指名停止処分を遅らせることができた。そのため、経済がスピード化・グローバル化する中で、速やかな競争回復を図る観点から、公正取引委員会の調査の結果、違反行為があると認められる場合には、その時点で当該措置を差し止める排除措置を命じる制度としたのである。

同改正により、改正前は審判係属事件が百数十件あり審判期間が平均で2年もかかっていたが（11回懇談会資料）、改正後は審判が開始される割合が17.6%から2.2%に減った（32回懇談会資料）。改正法の効果は十分にあがったと評価できる。

2. 審判制度と適正手続

【意見】

被処分者は、現行法の方式の下で公正取引委員会に審判を申し立て、不服審査を受けるか又は課徴金が課される重大事件については、地方裁判所へ直ちに取消訴訟を提起する道を開くべきである。すなわち、不服申立てについての選択制を採用すべきである。

なお、仮に選択制を採らない場合にも、手続の迅速化と適正手続を確保する観点から、審判手続が1年を経過しても審決がないときは、直接地方裁判所に提訴することを許す制度を検討すべきである。

報告書は、審判官の構成について法曹を含めた外部からの任用を進め、審決案を委員会が変更するときには理由の説明をするなどとしているが、賛成である。審査部門と審判官との間に一切の情報交換等を行えないようなファイアーウォールを構築すべきである。

審判請求した被処分者の権利保護のため、執行停止の手続が利用しやすいよう手続の明確化などの措置を講じるべきである。

【理由】

(1) 問題点

公正取引委員会の専門性、独立性

独占禁止法は、独立行政委員会としての公正取引委員会の専門性、独立性を重視し、同委員会の事実認定・判断を不服審査及び司法手続において尊重する仕組みを探っているといえる。この仕組みについて、報告書は「実質的証拠法則を伴う公正取引委員会の審判制度により早期の紛争解決を図ることができる。このような審判制度が審決の蓄積等を通じて独占禁止法の法形成に果たした役割は大きい。今後ますますこの役割は増大する。」として高く評価している（23頁）。

当連合会も公正取引委員会の専門性と独占禁止法の法形成に対し審判制度がこれまで果たしてきた役割を評価するものである。しかし、行政処分に対

して速やかに裁判所に司法救済を求めることができる権利や司法の三審制は、民主国家における基本原則である。改正前の事前審判方式では、公正取引委員会の行政処分は裁判類似の準司法手続を経てなされることになっており、行政処分に対しては東京高裁に取消訴訟を提起できる制度であったから、これらの基本原則は尊重されていた。ところが現行の不服審査方式では、公正取引委員会の行政処分に対して同じ委員会に不服審査を申し立てる方法しかなく、直ちに司法救済を求めることができない。不服審査も同一機関による審査であり、一旦決定した結論を覆すことは現実にはほとんど期待できないため裁判の一審に代わりうる手続とはいえず、適正手続上問題である。

また、審判官は審判を経て審決案を作成するが、審決自体は必ずしも審決案にとらわれず審理に関わっていない5人の委員が決定する点、直接主義に反する。

不服審査型の他の行政審判との比較

公正取引委員会の審判制度は、原処分者と不服審査の裁決者が同一機関であること、取消訴訟における審級省略、実質的証拠法則、新証拠提出の制限などにより、公正取引委員会の判断が制度上も事実上も尊重される制度となっており、その反射として他の行政審判制度と比較しても被処分者の防禦上の地位はかなり弱いといえる¹。

例えば、国税不服審判所は原処分庁から組織上独立した機関であり、かつ取消訴訟には審級省略も実質的証拠法則もない。

また、取消訴訟で審級省略・実質的証拠法則を採用している行政審判としては、「鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律」（以下「調整手続法」という。）による公害等調整委員会の裁定と、電波法による電波監理審議会議決に基づく総務大臣の裁決がある（第10回懇談会配布資料4）。しかし、これらにおいては、原処分とそれに対する不服審査の裁定・裁決は別の機関が行う（調整手続法）か、あるいは別の機関を介在させてその議決に基づいて行う（電波法）こととしており、不服審査の独立性について一定の配慮がなされている²。

¹ 審決に対する取消訴訟は、公正取引委員会の判断を尊重するため以下の制度がとられている。

- ・ 審級の省略（審決取消の訴えは、東京高等裁判所の専属管轄となっており（独占禁止法85条）最高裁との二審制である。）
- ・ 実質的証拠法則（審決取消訴訟では、「公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する。」（独占禁止法80条1項））
- ・ 新証拠提出の制限（審決取消訴訟において提出できる新たな証拠について制限を設けている（独占禁止法81条））。

² 公害等調整委員会（調整手続法1条2号）の委員は、両議院の同意を得て内閣総理大臣が任命する（公害等調整委員会設置法7条1項）とされており、その裁定は処分庁を拘束する（調整手続法44条1項）。すなわち、原処分と裁決とは異なった機関が行うことになっている。

平成17年改正法の問題点

十分な防御のないまま出された行政処分による権利侵害の問題は、他の行政処分一般に通じる問題ではある。しかし、独占禁止法においては、平成17年改正法前は行政処分が出る前に裁判類似の手続が置かれ（事前審査型審判）、対審構造をとった審判手続を経たうえで行政処分が出されていた。これが事後審査型に変更されたことにより、審判手続を経ることなく出される行政処分に対する不服申立てとして直ちに取消訴訟が提起できず、行政内部の不服審査である審判を経なければならなくなつた。加えて、独占禁止法においては違法・合法の判断が微妙な類型が多いという特殊性もある。これらを考えれば、公正取引委員会の処分を受けた者は、対審構造による十分な手続保障のないまま処分を受けることになるのであるから、一般的行政処分より処分の効力停止の要件を広げるなどの救済制度を整備することがより求められるといえる。

(2) 解決の方向性

取消訴訟との選択制の導入

独占禁止法の執行力強化と適正手続確保は、どちらも揺るがせにできない重要な目的であるが、その両立は、現行審判手続と司法手続をバランス良く組み合わせることで解決を図るべきである。現行方式のもとでは、根拠無く争うことにより行政処分の発効・執行を遅らせるという動機づけは働かないで、独占禁止法の執行力は格段に強化された。他方、争う根拠を持つ被処分者には権利救済の手続の保障を講じるべきである。すなわち、排除措置命令等に不服のある被処分者は、自己の判断で、公正取引委員会に審判を申し立て、独立性がより確保された審判官による審判制度のもとで不服審査を受けるか又は課徴金が課される重大事件については、地方裁判所へ直ちに取消訴訟を提起する道を開くこととし、これにより執行力維持と適正手続の両立を図るべきである（不服申立てにおける選択制）。

この仕組みは、実質的証拠法則を伴う公正取引委員会の審判制度により高度な専門性に基づく執行判断を担保させ、競争制限状態の早期の是正を図る

電波法では、総務大臣の処分について被処分者が異議申立てをすれば（電波法83条）総務大臣は、異議申立てを却下する場合を除いて、事案を電波監理審議会へ付議する（同法85条）。電波監理審議会は、事案についての決定案を議決（同法93条の4）し、総務大臣は、その議決により異議申立てについての決定を行う（同法94条1項）。このように電波法の手続においては、原処分庁と裁決者は同じ総務大臣であるが、両議院の同意を得て任命された委員からなる電波監理審議会の議決により裁決することになっている。総務大臣が異議申立てを却下した場合は、通常の行政訴訟に服し、専属管轄の規定は、適用されない（同法97条）。また、実質的証拠法則が適用されるものの（同法99条）新証拠申出の制限は無い。なお、電波監理審議会については、総務大臣の行う原処分にも関与している（同法99条の11）ことから、不服審査審議機関としての独立性について批判があることに留意すべきである。

という現行法の仕組みを維持しつつ、被処分者に大きな不利益が課される重大事件については、適正手続を保障しようとするものである。

なお、仮に選択制を採らない場合にも、手続の迅速化と適正手続を確保する観点から、審判手続が1年を経過しても審決がないときは、直接、地方裁判所に提訴することを許す制度を検討すべきである。

以上の提案は、行政事件訴訟法が原則的に審査請求と処分取消の訴えとの自由選択主義を採用し（行訴法8条1項）、例外的に審査請求前置とした場合でも「審査請求があった日から3箇月を経過しても裁決がないとき」は裁決を経ないで処分の取消しの訴えを提起できるとしている（同条2項1号）こととも平仄が合うものである。

なお、取消訴訟を扱う地方裁判所については、事業者たる当事者の負担や、多数当事者が異なる地方裁判所に提訴することによって生じる混乱を防止する必要があることを考慮し、当面、東京地方裁判所及び大阪地方裁判所に限定してよいと考える。

このように、不服審査型審判方式と地方裁判所による排除措置命令等の取消訴訟が併存すると、公権的判断に違いが生じ、また訴訟経済上も無駄であるとの反論もあるが、同一事件について当事者が異なる場合には、いくつもの訴訟が異なる裁判所に係属することは多々あり、また判断が異なることも少なくないのであるが、最終的には最高裁判所の判断により統一されるのであるから、これらの反論は理由がない。

審判官の在り方

報告書は、「審判に対する信頼性を高めるために審判官の構成、審判官作成の審決案の取扱い等に関し所要の措置を講ずることが適當である」とし、法曹を含めた外部からの任用を進め、審決案を委員会が変更するときには理由の説明を要するなどとしているが、これに賛成である。審判官が委員会から独立して審判して審決案を作成すること、委員会がそれと異なる審決をするときは書面で理由を説明することは、法律で明記すべきである。また、審査部門と審判官との間に一切の情報交換等を行えないようなファイアーウォールを構築すべきである。

執行停止制度の活用

現行独占禁止法54条1項は、公正取引委員会が必要と認めるときは命令の執行を停止することが出来るとの規定を置いているが、この規定ぶりでは執行を停止するかどうかは公正取引委員会の裁量に委ねられている。また停止されるのは執行だけであって処分の効力の停止は含まれていないから、他の官庁による指名停止を阻止する効果は期待できないと思われる。独占禁止法70条の6第1項に東京高裁に執行免除を申し立てる制度もあるが、これも執行の免除だけであり、その要件も明確でない。審判請求した被処分者の

執行停止の権利について、明確化が必要である。

第4 行政調査手続（審査）の在り方

【意見】

報告書は、行政調査の在り方については基本的に現行制度を維持するのが妥当との評価を前提として、供述調書の写しの提供、供述録取の際の弁護士の同席、弁護士秘匿特権については我が国の他の行政手続では認められていないことからいずれも導入は不適当としたが、反対である。これらの制度の導入を積極的に検討すべきである。

【理由】

独占禁止法は、他国に倣い課徴金減免制度という実質的に司法取引と類似するともいえる手続を我が国司法制度において他に先駆けて導入した。各国独占禁止法は、国際的整合性が求められており、諸外国で採り入れられている被審人側の手続的権利についても積極的に採用を検討すべきである。

取調べの可視化

刑事事件においても可視化が一部導入されているのと同様に、公正取引委員会の取調べについても、ビデオの導入など可視化が図られるべきである。

弁護士秘匿特権

米国、EUにおいては、弁護士と依頼者との間のやり取りについては、弁護士の秘匿特権としてその間の会話内容を開示する必要はないとして、弁護士と依頼者間の文書については、これを押収することは許されないとされている。この弁護士秘匿特権は、弁護士と依頼者間のコミュニケーションを保護し、依頼者の防御権の行使を保障するという観点から認められているものであり、これが認められていないというのは世界的に見ても異例である。

米国、EUの制度を参考にして、適切な定義づけ、要件を定めて弁護士秘匿特権を我が国にも導入するよう積極的に検討すべきである。

第5 独占禁止法違反行為に係る民事訴訟の在り方について

1. 民事手続の強化について

【意見】

報告書では、独占禁止法違反行為に係る民事訴訟の在り方について不十分にしか検討されていない。独占禁止法違反行為に対する民事訴訟の実効性強化の方向での積極的な見直しが必要である。

【理由】

平成17年改正は、公正取引委員会を主体とする行政的措置及び刑事的措置の実効性確保についての改正であったが、独占禁止法の執行力を強化する方策としては、公正取引委員会を主体とする措置だけでは不十分である。消

費者・中小事業者など、独占禁止法違反による被害者救済の観点からは、私人による民事的な措置の強化、実効性の確保が重要である。米国においては私人による損害賠償請求や差止めが独占禁止法の執行の重要な部分を占めている現実があり、EUにおいても、独占禁止法の私訴の強化を図ろうとする大きな動きが出てきている。このような世界の趨勢とともに、公正取引委員会の人的体制の強化に限界があることなどを考えると、私人による独占禁止法の執行力強化の要請は必然である。独占禁止法24条の差止制度、同25条の損害賠償制度は、私権の実現のみならず、被害者である私人を独占禁止法の執行主体に加えることによって独占禁止法の執行力の強化を図り、もって公正取引委員会の限られた体制による法運用では至らない部分を私人により補完させようとする公益的な制度でもある。このような制度の役割を踏まえ、多面的な視点で民事訴訟制度の強化を図ることは、独占禁止法違反行為に対する措置の方策として重要である。

2. 具体の方策

【意見】

文書提出命令の強化、差止制度の抜本的強化、差止めの団体訴権の導入、損害の推定・団体訴訟による損害賠償・クラスアクション・父権訴訟・懲罰的賠償といった損害賠償制度の強化、独占禁止法違反の契約・不当な契約解除の無効制度の創設を検討すべきである。

【理由】

(1) 文書提出命令制度の強化

民事訴訟においては、被害を受けた消費者・企業が独占禁止法違反の事実の立証責任を負うが、独占禁止法違反事件の場合、被害者の手元にある資料・証拠は乏しく、違反事業者が保有している事件に関する資料の提出が図られなければ違反行為の立証ができない場合がほとんどである。独占禁止法違反事件は、構造的に証拠偏在型訴訟であり、容易かつ迅速に文書提出命令が出される制度にしなければ訴訟が機能しない。したがって、独占禁止法違反訴訟においては、民事訴訟法の特例を設けて文書提出命令制度の強化を図る必要性がある。同様の特例は既に不正競争防止法、特許法等では設けられている（不正競争防止法7条、特許法105条等）。

営業秘密についての取扱いの特例を設けるべきこと

文書提出命令が申し立てられた場合、当該文書が営業秘密文書であるとして所持者が提出を拒む場合が多い（民事訴訟法220条4号ハ）。この場合、裁判所はインカメラ手続（民事訴訟法223条6項）により当該文書が営業秘密を含むものであるか否かを判断することになるが、当該文書が営業秘密に該当するかどうかについて当事者の意見を聞く制度や、仮に該当した場合でもこれを証拠として提出させるための制度が民事訴訟法上は手当てされて

いない。この点、例えば不正競争防止法は、インカメラ手続において必要な場合に営業秘密を含む書証を相手方に開示し、その該当性についての意見を聞く手続(不正競争防止法7条3項)当事者に対する秘密保持命令の制度(不正競争防止法10条)営業秘密に関する当事者等の尋問等について裁判の公開停止制度(不正競争防止法13条)などを定めている。特許法でも同様である(特許法105条以下)。民事訴訟法にはこれらの制度がない。独占禁止法違反に係る民事訴訟においても、不正競争防止法や特許法の訴訟と同様に文書提出の必要性と営業秘密保護の要請が衝突する場面が多いのであるから、独占禁止法においても同様の制度を採用すべきである。なお、不正競争防止法等に設けられている秘密保持命令制度については、これまで裁判実務上、秘密保持命令を出した例がほとんどなく、当事者間の守秘義務契約で代替している場合が多い。したがって、独占禁止法上の民事手続において秘密保持命令制度を導入することには慎重であるべきである。

自己使用文書除外を不適用とすべきこと

1996(平成8)年の民事訴訟法改正で文書提出義務が原則化されたが、除外対象の「自己使用文書」(民事訴訟法220条4号の二)を最高裁がその後広く解釈したため、未だに文書提出命令制度は十分に機能しているとは言いたい。民事訴訟法の改正議論としても、自己使用文書の除外規定を削除すべきであるとの議論があるが、前記のように独占禁止法違反訴訟は構造的に証拠偏在型の訴訟であり、被害者が任意に収集できる証拠では独占禁止法違反の立証は困難であることが多い。また、公正取引委員会の調査に対して所持者は自己使用文書を理由として提出を拒否することはできないが、独占禁止法違反に係る民事訴訟は、限られた人員しかない公正取引委員会の機能を補完し、数ある独占禁止法違反行為を私人により摘発抑止する目的を持った制度である。以上に鑑みれば、民事訴訟法一般において自己使用文書の除外規定を存置するとしても、独占禁止法に民事訴訟法の特則を設け、独占禁止法違反にかかる民事訴訟においては自己使用文書の例外規定を不適用として、訴訟において文書提出命令が広く認められるようにすることに合理性がある。

(2) 差止制度の抜本的強化の必要性

差止制度は2000(平成12)年に独占禁止法の私人による執行を強化する目的で新設された制度であるが、2005(平成17)年までの6年間に提訴された差止訴訟は約40件ある。そのうち一部の和解を除き、差止認容判決は1件も出ておらず、棄却か取り下げで終了している。これらの判決例を検討すると、以下のとおり、差止認容判決が出ることに支障となる制度上の欠陥が浮上してきており、速やかな法改正が必要である。

差止請求権の要件として「著しい損害を生じ又は生じるおそれ」とあるが「著しい」の文言を削除すべきであること

差止制度導入時から「著しい」との文言については差止制度が機能するうえでの大きな障害になるとの批判があったところであるが、現に、損害の発生は認められながら「著しい」とはいえないとして、まさにこの要件が障害となり請求を棄却した裁判例も存在している（関西国際空港新聞販売共同ボイコット事件、大阪地判平成16年6月9日・大阪高判平成17年7月5日）。

独占禁止法上の差止めの対象は事業者の営利行為であり、事案によっては早期に差止めを行わないと被害が広範かつ深刻になるおそれがある。また、「著しい損害」との要件は、どの程度の損害の発生をいうのか曖昧であり、立証が困難である。同じく事業者の営利行為に対して適用される不正競争防止法上の差止請求については「著しい」損害は要件とされていない。

そもそも、「著しい」損害の要件も相当性及び必要性の要件に収斂されるのであって、特別の要件ではないというべきである。また、差止請求が認められたのは、独占禁止法違反事件は事案によって被害が広範かつ深刻に生じさせる性質を持っていることや、私人に公正取引委員会の機能を広く補完させようとしたことによることからすれば、差止めは利益侵害又はそのおそれ、損害の発生又はそのおそれの有無で判断されれば足り、「著しい」損害の発生まで要件に入れる必要はない。さらに、立法担当者の説明によると、この要件の基礎に「違法性段階論」を据えている（かつ、最判平成7年7月7日の判例がこの理論を示していると解釈する）ようであるが、同判決は、単に差止めにおける違法性判断が、損害賠償の場合とは異なる独自のものでなければならないということを述べているに過ぎないというべきである。

なお、濫訴防止のために「著しい」の要件が必要であるといわれることもあるが、濫訴の防止は、現行法において担保制度（独占禁止法83条の2）が採用されているので、それで対応すべき問題である。

差止請求権が認められる対象行為の拡大

現行法は不公正な取引方法違反だけを差止めの対象にし、不当な取引制限、私的独占を対象外としているが、その理由は明らかではない。不公正な取引方法は、私的独占に比べて構成要件がより抽象的であり、違法性も低いとされている行為である。これに対する差止めを認めるのであれば、より裁判所に判断がしやすい場合が多くかつ抑止の必要性も高い不当な取引制限、私的独占を民事差止の対象からはずす理由はない。

(3) 差止めの団体訴権の導入

独占禁止法違反事件の被害者は、一般に中小零細企業や消費者であり、差止請求訴訟を提起遂行するための経済的、時間的負担からして、これら被害者が単独で差止制度を利用することはかなりの困難を伴う。また、下請代金支払遅延等防止法違反などで中小企業が違反者である大企業を訴えるのは、取引関係の維持の面から実際上困難なことが多い。このような場合に差止請求権を行使しやすくするために、団体訴権の導入が有効である。2006（平成18）

年、消費者契約法違反行為について消費者団体訴訟による差止制度が導入されたところであり、独占禁止法違反行為、不当景品類及び不当表示防止法違反行為についても団体訴権の立法化が実現されるべきである。(2007《平成19》年6月14日付日本弁護士連合会「独占禁止法・景品表示法上の団体訴権に関する意見書」参照)

(4) 損害賠償制度について

推定規定

独占禁止法違反行為に対する損害賠償については、従来、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、損害賠償請求を行うことが事実上困難になっている事情があり、違反事業者の「やり得」を許す結果となっている。そこで、独占禁止法違反行為による損害に関して推定規定を設け立証責任の転換を図ることにより、因果関係や損害額の立証の困難性を少しでも軽減するのが妥当である。具体的には、被害者が一定の事実及び損害額を立証すれば、反証がない限りその額を賠償されるべき額と推定する損害額の推定規定を設けることを検討すべきである。

団体訴訟による損害賠償制度、クラスアクション、父権訴訟

独占禁止法違反行為に対する損害賠償制度は重要な意味を持つ。しかし、個々の被害者の訴訟提起に委ねていたのでは、被害者全員が訴訟提起することはほとんど期待できず、違反事業者のもとに不当な利益が残ることは避けられない。このような違反の「やり得」を許さないためには、違反事業者に対する法的手段として、団体訴訟による損害賠償制度やクラスアクションが必要かつ有効であり、これらの制度の導入が真剣に検討されるべきである。そして、将来的には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。

懲罰的損害賠償制度

独占禁止法違反行為の再発を防止するためには、単に違反による利益を奪い損害を回復するだけではなく、懲罰的損害賠償制度の導入を検討すべきである。

(5) 独占禁止法違反の契約、不当な契約解除の無効を主張できる規定の創設

独占禁止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。不公正な取引方法のうち被害者の保護・救済の観点から特に重要と考えられる優越的地位の濫用、欺瞞的顧客誘引等の類型についてなされた独占禁止法違反の契約については、被害者の側から無効を主張でき、また、独占禁止法に違反してなされた契約解除の無効を主張できる規定の創設が検討されるべきである。なお、それらの場合、違反行為を

した側からの無効主張は、信義則違反ないし権利濫用として認められないものとすべきである。

第6 その他

1. 公共調達における入札談合問題について

【意見】

報告書に賛成である。今般の独占禁止法に関する基本問題の検討に当たり、入札談合をめぐる背景や原因に関する実証的な分析・究明とそれに対する対策の検討が不可避・不可欠であり、独占禁止法の基本問題の検討と同時並行的に行われなければならない。

【理由】

現在、公正取引委員会が独占禁止法違反を認め法的措置をとっている案件の大半は入札談合事件であり、ことに課徴金の対象とされた不当な取引制限のほとんどは入札談合事件である。

入札談合が行われる背景や原因としては、かねてから官製談合の多発の問題とわが国の予算制度や地元産業の保護育成策等に根ざす公共調達の在り方の問題が強く指摘されているところである。入札談合問題への対処を検討するに当たっては、上記のような入札談合行為が行われる原因や背景の実証的な分析・究明を行い、わが国における公共調達の在り方（発注方法）について、どのような制度設計に改善すべきかが喫緊の検討課題である。

具体的には、官製談合の問題については、近時、官製談合防止法の強化が行われたので、その後の効果を検証することや、公共調達の在り方の問題については、現在、国土交通省や各地方自治体が推進している一般競争入札の拡大をさらにその原則化まで徹底させること、地域制限の地域割を緩やかにして入札参加事業者の数を増大し、談合を行いにくい環境を作ること等が考えられる。

2. 公正取引委員会が行う警告、注意について

【意見】

基本的に、報告書に賛成である。特に、警告・注意の要件を特定した法律の明文根拠を設けること及び名宛人の公表について、以下のような手続を定めるべきである。すなわち、注意については、名宛人を公表することはできないものとする。警告については、公正取引委員会は、名宛人を公表することが適当であると判断した場合（名宛人そのものを公表しなくとも、事案の内容によって名宛人を特定できる場合を含む）には、名宛人に対して名宛人等を公表して警告を受けることの承諾を得なければならず、この場合には公正取引委員会は、証拠等を示して名宛人等の公表に応ずるよう説明することができる。この説明にもかかわらず、名宛人が公表を承諾しなかった場合に

は、公正取引委員会は排除措置命令を行うか、名宛人等を公表しない警告を行ふにとどめるか、いずれかの選択をしなければならない。

【理由】

独占禁止法違反行為を早期に抑止する必要性、また、公表それ自体に類似事案において独占禁止法に抵触するおそれがあるという点を対世的に明示して一般予防に資するというメリットがあることからも、警告・注意の制度自体は維持すべきである。

ただし、法律の明文が存在しないこと、争う手段がない警告の場合に社名を含めて公表することの問題性は理解できるので、この点については、法律の明文で公正取引委員会に正面から権限を付与するとともに、警告・注意を行うことができる場合の要件を特定することを検討すべきである。また、名宛人を公表する場合の手続を明確にするとともに、適正手続の面から争う手段のないまま、名宛人の意思に反して社名等が公表されることのないような法制度とすべきである。

さらに、公表については、最初の警告から社名を含めて公表するのではなく、公正取引委員会からの最初の警告に対して当該事業者が然るべき対応を行わずに、なお相当期間独占禁止法違反のおそれのある行為を継続した場合に初めて公表できるというような運用が検討されるべきである。

3. 消費者保護局の設置

【意見】

公正取引委員会の中に消費者保護局を設置することを検討すべきである。

【理由】

現在わが国には、公正取引委員会の中に消費者を独占禁止法違反から保護することを専門に扱う部局は設置されていない。しかし、独占禁止法違反事件は、事案によって広く一般国民に深刻な被害をもたらす可能性がある。したがって、違反行為を早期に発見し被害の拡大を最小限に食い止めることが重要な課題となるが、そのような機能を私人や私的組織のみに期待することはできない。それは国の機関が第一義的に役割を担うべきものであり、のような観点から、公正取引委員会の中に消費者保護局といった部局を設けてその任に当たらせることが必要かつ有用であると考えられる。そこで、わが国においても外国の例にならい、公正取引委員会の中に消費者保護局を設置することが検討されるべきである。

以上