

平成29年6月30日

公正取引委員会事務総局経済取引局企画室  
独占禁止法研究会担当 御中

「独占禁止法研究会報告書」に対する意見

競争法フォーラム

## 第1 はじめに

競争法フォーラムでは、公正取引委員会（以下「公取委」という。）において現行の課徴金制度の見直しの検討が開始され、とりわけ裁量型課徴金の導入を含む課徴金制度の在り方について研究する「独占禁止法研究会」が発足したことを受け、フォーラム内部に「裁量型課徴金制度研究会」を設け、平成28年5月31日から既に数回にわたり研究会を行い、平成28年8月31日には、独占禁止法研究会の同年7月13日付け「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見等の募集がなされたのに対応して、「『課徴金制度の在り方に関する論点整理』に対する意見」を公表した。

競争法フォーラムでは、その後、優越的地位の濫用に関する課徴金制度、単独行為に対する課徴金制度などについても研究の対象に含めるべく、「裁量型課徴金制度・確約制度に関する研究会」を設け、平成29年3月13日以降数回にわたり、国内外の競争法の実務経験を多数有する実務家の参加のもと、研究を続けてきたが、本年4月25日に「独占禁止法研究会報告書」（以下「報告書」という）が発表され、意見等の募集がなされたことから、同報告書の内容について検討し、今般これに対する意見を集約し、公表することとした。

本意見書においては、基本的に報告書の内容に沿って、その内容を分析して、重要と思われる点について意見を述べる形とした。

裁量制の導入の可否を含む課徴金制度の改正は、公取委の独占禁止法執行の目的、プライオリティーなど、独占禁止法執行の根幹にも関わる重大な問題であり、その具体的改正内容の如何によって、企業側が影響を受けるというだけでなく、独占禁止法執行の公平性、透明性、合理性に大きな変化をもたらし、今後の競争のあり方にも多大な影響を与えることが予想されることから、合理的かつ妥当な制度となるよう、本意見書の内容が来たるべき独占

禁止法の改正に当たって十分に反映されることを強く望むものである。

## 第2 報告書「第2 課徴金制度の見直し（総論）」について

### 1 「1 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」（報告書2p）について

#### （1）硬直的な算定・賦課方式（1（1））について

現行の課徴金制度を見直すこと自体については、その必要性について十分な吟味がなされ、かつ、見直し後の制度において、課徴金を課された事業者がその内容に不服がある場合に争うことが可能とされるのであれば、合理性を有すると考える。

しかし、報告書が、課徴金納付命令の内容に不合理・不平等な結果が生じている具体的な事案として挙げている①～⑤については、以下のとおり、いずれも、法律の整備により対処すべきものであって、裁量型課徴金の導入が必要であることの論拠となるものではない。

#### ア 「①」について

「課徴金を課することができない」とされる事案について、課徴金を課す必要があるとするならば、課徴金を課す要件とその算定方法を原則として法律で明確に定めて、課徴金を課すようにすべきであって、課徴金を課すか課さないか、またその算定を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

#### イ 「②」について

外国で制裁金等を課せられた場合における減額に当たっては、減額する要件やその計算方法を原則として法律で明確に定めて、課徴金を減額すべきであって、課徴金を減額するかしないか、また減額額の算定を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

#### ウ 「③」について

中小企業又は卸売業者として軽減算定率を適用することが不合理な事案があるというのであれば、中小企業又は卸売業者に該当するかの基準を変更することによって対応すべきであって、この要件や判断は、原則として法律で明確に定めるようにすべきで、その適用を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

#### エ 「④」について

早期離脱の軽減算定率については、制度趣旨を明確にし、制度趣旨に該当するものだけが軽減算定率の対象になるよう、原則として制度趣旨及び軽減算定の対象になるものの判断の方法を法律で明確に定め、制度を維持すべきある。

オ 「⑤」について

義務的に課徴金を賦課することが不合理な場合についても、その要件を原則として法律で明確に定めるようにすべきであり、その適用を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

## **(2) 調査協力インセンティブの欠如(1(2))について**

### **ア 調査が対立構造にあるとする点(同②)について**

事業者と公取委との間で、事実や法的評価の認識違いがある場合に、違反認定をするために調査を行う公取委が、事業者の主張や考え方に理解を示すことがない現状では、対立関係になるのは当然のことである。

また、現行のリニエンシー制度においては、事業者は独占禁止法違反行為を構成する事実を認めること（現実には、違反行為の存在を認めることに等しい）が減免申請の要件とされているため、事業者は申告する範囲で事実関係と違反行為を認めることが必要であり、その範囲では、事実関係も法的評価についても争う権利を放棄することになる。したがって、公取委の認定しようとしている事実及び法的評価がリニエンシーの申請の範囲内であれば、申告者には、これを争うメリットはなく、むしろ他社を同じく違反者とする方向で公取委に協力するインセンティブが働くし、対立関係とはならない。そして、申告した範囲についても必要な協力をしないことに特段のメリットがなく、しかも、減免申請が認められない又は取り消されることとなれば、弁護士過誤として責任追及されるリスクがあるにもかかわらず、事業者に対し、協力をしないよう働きかける弁護士がいるとすれば、それは例外であり、そのような事例には減免申請を認めないという対応をすべきである。

もちろん、減免申請をした場合であっても、公取委が、事業者自身が申告した内容や範囲と異なる事実関係の認定や、もしくは異なる法的評価を行おうとしているとする場合には、その範囲では、公取委と会社とは対立構造になるのであって、これは当然のことである。

### **イ 国際カルテルにおいて協力が軽視されるとする点(同③)について**

国際カルテルで、どの国への調査を優先するかについては、刑事罰、市場規模、制裁などを総合的に考えることはあっても、日本への協力

を軽視することはない。事業者が各法域の当局に対してリニエンシー申請をする順番が、米国1番、EU2番となるのは、刑事罰、市場規模からいって当然のことである。なお、我が国の場合、立入調査から20日以内という制限があるので、それよりは遅くならない。

近年の現実の国際カルテルの執行を見れば、公取委は、欧州及び米国その他各国と共同して同時立入調査を実行できており、申告や協力の日時に多少の差があったとしても、調査に支障を来すようなものとは考えられない。さらに、国際カルテル事件において、日米欧その他の競争当局が一斉に調査を開始した事件を見れば、他の競争当局に比して公取委が圧倒的に早く排除措置命令、課徴金納付命令などの行政処分を行っているというのが事実である。したがって、公取委に対する協力が他の競争当局に対して劣後しているとの指摘があるとすれば、それは、あくまでも前後に順番をつければどうなるかという問題であり、実際に調査に支障をきたすようなものとは考えられない。

### **(3) 国際標準制度からの乖離(1(3))について**

#### **ア グローバル企業間で不合理・不平等が生ずるとする点(同①)について**

報告書の述べる不合理・不平等は、各競争当局が独自の考え方に基づき制裁を決めているため二重制裁の状況が生ずるから起こる問題であり、日本における売上のない海外企業に課徴金を課したからといって、このような不合理な状況が解決するものではなく、単に、海外企業にも二重制裁をかけられるようにして悪平等を実現しようとするものに過ぎない。

#### **イ 国毎にコンプライアンスが異なってしまうとする点(同②)について**

国毎のコンプライアンスを考える場合に、事業者はリスクを基準にして優先順位を定めることが一般的であるが、我が国の企業や、我が国でのプレゼンスの高い企業は、リピュテーションも含め、日本でのコンプライアンスを軽視するとは考えられない。

また、グローバル企業にあつては、日本国内における行為であってもそれが海外の市場に影響があれば、当該地域の競争法の適用を受けることは十分認識しており、コンプライアンスについてダブルスタン

ガードをとることが極めて危険なことは理解しており、日本国内外で異なるコンプライアンス基準を持つと考えるのは現実的ではない。

### ウ 日本市場への信認が失われるとする点（同③）について

現行の課徴金制度ゆえに、日本の市場への信認が失われるとは考えられない。きちんとした競争法の執行、透明性が市場の信認においては重要であって、制度の違いや課徴金の大小によって市場への信認が決まるものではない。このことは、課徴金額が大きいブラジルやインドの市場が日本より信認できるという評価を受けているかを考えれば容易に分かることである。

## 2 「2 課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）」（報告書4p）について

課徴金制度は不当利得の剥奪だけを目的としたものではなく、将来の違反行為の抑止という目的を持っていることについては、特に異議はない。

しかし、どのような言葉を用いて説明しようが、課徴金が制裁（しかも、他に類を見ないほど重い制裁）であること、少なくとも制裁としての側面を持っていることは否定のしようのない厳然たる事実である。

したがって、課徴金制度は公平性、透明性を有するものでなければならないことは当然のことであり、同時に不利益処分を受ける当事者が、きちんとその処分の正当性を争えることは最低限必要である。

その意味で、課徴金制度の改正に当たっては、「当局の広範な裁量に問題の解消を委ねる方法ではなく、可能な限り問題を解消するための対処規定を個別に設け、公正取引委員会がその専門的知見により事案に応じて個別に課徴金の算定・賦課の内容を決定する裁量は、それによらなければ解消できない範囲に限定して認める方法を採用」（報告書4～5p）べきことは、当然のことといわなければならない（二重処罰の問題とは別問題である）。

具体的な制度設計においても、この原則をしっかりと守るべきであって、その意味で、報告書10p（11）における、

「① 公正取引委員会による適正な運用が確保される制度とする必要があること（例えば、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねる裁量の範囲の限定、比例原則・平等原則・透明性・予見可能性等の行政上の一般

原則、処分の性質・内容に応じた適正手続、審査手続における実態解明の確保に留意する必要がある。)

② 我が国における憲法上の要請や法体系・法理論を踏まえた制度とする必要があること（例えば、課徴金と刑事罰の併科による二重処罰の問題、現行課徴金制度の趣旨・性格や他法令の制度との整合性に留意する必要がある。）」

との指摘は、正しい方向を示していると考ええる。

他方、課徴金制度の機動的・効率的運用を必要以上に強調して、上記①、②の原則が損なわれることのないように、十分な注意が必要である。

例えば、「違反被疑事業者の従業員等が供述聴取に応じる負担を軽減する」（報告書 10p）ことは、供述聴取の方法の改善によるべきものであって、課徴金賦課の要件や立証負担の見直し、軽減といった課徴金による不利益を受ける被疑事業者の不利益によって解決すべきものではない。

そもそも、我が国の独占禁止法執行を海外当局の執行の状況と比較すれば、排除措置命令、課徴金納付命令のいずれにおいても、欧州及び米国（平均 4～5 年）に比べて格段に早く結論が出されており、これは国際カルテルをみても同様である。その意味で、課徴金制度を含め我が国の独占禁止法の執行が機動的でないとか効率的な運用ができていないという実態になることは明らかであり、課徴金制度の機動的・効率的運用をことさら問題視しなければいけないという状況はなく、ましてや課徴金という事業者にとって不利益となるような改正を行ってまで、機動性、効率性を高めなければいけないという実態が存在しないことは明確である。

### **第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について**

#### **1 「1 現行課徴金制度の法的位置づけ」（報告書10p）について**

課徴金制度は不当利得の剥奪だけを目的としたものではなく、将来の違反行為の抑止という目的を持っていることについては、特に異議はない。

特に、課徴金の導入当時と異なり、カルテルに対する損害賠償が一般化している（公共工事については、違約金制度が存在し、一般のカルテルでも、損害の賠償がなされている）状況にあり、しかも、課徴金が税法上損金算入されないこと、さらに、指名停止、営業停止その他の企業

の受ける制裁、不利益等も合わせ考えれば、カルテルに対する制裁による企業の金銭的な負担は、明らかに、単純な不当利得の額を相当程度超えており、このことから、現行の課徴金は単純な不当利得の剥奪だけでは説明がつかなくなっている。

しかし、課徴金制度は、将来の違反行為の抑止のために、もともと排除措置命令が存在しているところ、これを補完する目的で、いわゆる「やり得」を防止するために、違反事業者に金銭的負担をさせ、カルテルは割に合わないという認識を持たせ、違反を防止するためのものとして作られたという基本的な性格自体は今も同様と考えられる。

課徴金は制裁としての実態と意味を持っていることは間違いなく、課徴金制度は「将来の違反行為の抑止」を目的としているという理由で、企業にどのような金銭的な不利益を課しても良いということにはならず、違反者が受ける不利益と違反行為の抑止という目的との均衡性が存在していなければならないはずである。

この点では、刑法等における刑罰も、単に過去に行われた犯罪を罰することに止まらず、将来の犯罪を抑止するという目的を持っていることは争いのないところであるが、そこでも罪と法定刑の均衡性は当然のこととされていることと同様である。

そして、課徴金の制裁としての公平性、均衡性の有無を判断する基準としては、不当利得以外に合理的なものはないと考える。

したがって、課徴金の算定に当たっては、不当利得を基準にするという原則を崩すべきではなく、課徴金制度は、「将来の違反行為の抑止」を目的としているという説明だけで、課徴金の算定と不当利得とを切り離すことは許されないと考える。ここで、不当利得を基準とすべきということは、不当利得を超えてはいけないということの意味するのではないが、不当利得と関連を断ち切って良いということにはならないということである。

もちろん、厳密に不当利得を計算することは不可能であるし、厳密にすればするほど手続が煩雑になることは事実であり、一定の合理的な範囲でこれを簡素化し、本当に必要があれば不当利得を擬制することもあ

り得ると考えるが、あくまでもそれは、必要最小限度の範囲にとどめるべきであって、安易に「専門的知見」の名の下に執行側の裁量に委ねるべきものではない。

また、独占禁止法の執行においては、競争秩序の回復を行うことが最も重要な機能であり、課徴金はこれを多く賦課することを目的としているわけではなく、制度の異なる欧州、米国その他の国や地域に比べて制裁金が多い少ないという議論は意味がない。

## 2 「2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲」(報告書 13p) について (1) 課徴金の算定基礎についての基本的な考え方 (2 (1)) について

課徴金の算定基礎とする売上額をどのように捉えるかは極めて重要な問題である。この点、報告書 14p では、「諸外国でも、違反行為に関連する又は影響を受ける売上額を制裁金等の算定基礎とすることが一般的である」、「諸外国でも、制裁金などの算定基礎とする売上額の範囲は事案に応じて当局が柔軟に認定できる制度が一般的である」とするが、欧州及び米国においても、何が、違反行為に関連するまたは影響を受ける売上に含まれるかについては、極めて慎重に検討され、被疑事業者との協議の対象にもなるし、争いがあれば裁判の対象にもなる。

これに対し、報告書 14p では、課徴金の対象となる売上に含まれるか否かを争った審判及び審決取消訴訟において、被審人側が勝ったことはほとんどなく、課徴金制度の機動的・効率的な運用が損なわれているとして、争わせることが無駄であるかのような趣旨の記載がある。さらには、これを避けるために、争われるような規定を変えてしまって、争えないように改正しようとするものと理解されるが、これは著しく不合理と言わざるを得ない。

前回の独占禁止法の改正において、審判制度を廃止し、裁判所で争えるようにしたのは、審判では公平性が保てないからという理由からであったはずで、どのような場合に、何を不当利得算定のための売上に含めるべきなのかは、それこそ米国や欧州と同じように裁判所で判断し、それを蓄積していくのが本筋であって、それを、規定の改正や、「裁量」という争うことの出来ない権限を与えることによって、裁判所の判断から免れるというのは、審判制度廃止の目的とも逆行する。



また、企業や従業員の事情聴取の負担の軽減というが、これは事情聴取のやり方で解決すべき問題であり、企業の不利益を持って解決すべき問題ではない。

## (2) 課徴金の算定基礎の範囲の見直しの必要性及び方向性(2(2))について

課徴金が違反行為の抑止という目的を有しているとしても、不当利得と切り離して考えることは誤りであることは既に述べたとおりである。

報告書 15p は、「違反行為の実施時において違反行為者が一般的に期待し得る利得を徴収する観点から、また、課徴金制度の機動的・効率的な運用を確保する観点から、前記(1)ア②の要件を撤廃し、現実に相互拘束が及んだか又は具体的な競争制限効果が発生したかといった結果にかかわらず、違反行為の対象とされた商品又は役務の売上額については、一律に課徴金の算定基礎とすることが適当」とするが、この考え方は、合意の対象として相互拘束を受けなかった売上までを課徴金算定の基礎となる売上に含めようとするものであり、明らかに課徴金と不当利得とを切り離すものである。

明確に対象商品・役務の範囲を限定(合意の対象外とする範囲の明確化を含む)した拘束力の強いカルテルや談合の場合には、対象商品・役務のすべてを対象にしてカルテルが行われるため、現実の不当利得が大きくなりやすいが、対象商品・役務の範囲が明確でなく、拘束力の弱いカルテルや談合では、対象商品・役務に係るすべての取引にはカルテルの拘束力が及ばないため、実効性が低く、不当利得も小さくなりやすい。しかるに、報告書の考え方によれば、前者よりも後者の場合の方が課徴金が大きくなってしまふ。

「基礎売上額」といった不明確、抽象的な概念を持ちだして、算定の基礎としなければならない理由はどこにもないし、このような概念を課徴金算定の基礎にした場合には、公取委には、当該違反行為がどのような範囲の商品・役務を対象にしているかという点を含め、どのような違反行為であるのかを正確に認定するインセンティブに欠けることになる。結局、公取委が、極めておおざっぱな認定をすればするほど、課徴金の額は大きくなるという不均衡が生じてしまふ。

特に、今後も減免申請事業者の情報に依拠して、情報交換によるカルテルを認定する事案が増えてくれば、当該減免申請事業者の提供する一面的な情報に基づき、本来課徴金の対象とすべきでない売上まで含めて抽象的に認定がなされる危険性がますます大きくなる。

欧州及び米国においても、何が違反行為の対象の売上となるのかは、厳密に認定されている。米国においても、何を VOC に含めるかについては、反証可能な推定にすぎず、裁判所で争うことが可能とされているし、EU においても、当然に裁判の対象になる。

また、欧州の自動車部品事件における認定を見ても明らかなように、品種毎に違反行為の対象となった自動車メーカーや、違反行為の対象となった RFQ を個別に認定し、対象となるべき売上の算定を行っている。

### **(3) 基礎売上額がない場合に対処する必要性及び方向性 (2 (3)) について**

売上がない場合に課徴金を課すのであれば、課徴金を課す場合と計算方法を法律で明確にすべきで、基本的に公取委の裁量に委ねるべきではない。

名目的な課徴金では抑止効果はないだろうし、多額の課徴金を賦課するのであれば、事業者が争う可能性も高くなる。

したがって、売上がない場合に課徴金を課すことにどの程度の合理性があるのかを良く吟味すべきである(たとえば、入札談合であれば、受注しておらず課徴金は課せられないとしても、排除措置命令を受ければ指名停止になるのであって、課徴金がないから抑止力がないといえるのか疑問である)

いずれにせよ、基礎売上額がない場合において、課徴金を賦課したり賦課しなかったりという状況は不公平というほかない。

## **3 「3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間 (報告書 18 p) について**

### **(1) 算定期間の上限の見直しの必要性及び方向性 (3 (1)) について**

もし、課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間を 10 年とするのであれば、違反行為の始期の認定が極めて重要になる。現在は 3 年という限定があるから、3 年を超えるものであっても「遅くとも・・・から」

という認定で争わないが、10年を超えない限り、違反行為期間中であれば全て課徴金の対象とするというのであれば、当然、始期について明確な証拠をもって認定されなければならないであろうし、争う例も増えてくる。

この考え方を採る以上、明確に始期を認定して違反期間中の売上について課徴金を賦課しなければいけないはずで、「遅くとも」式認定は許されないし、極めて不公平な結果になってしまう。例えば、同じく8年前から行われていたカルテル事案において、一方の案件においては8年前の始期を認定して8年分課徴金を賦課し、他方の事案においては始期の立証が難しいとの理由で遅くとも5年前からと認定し、課徴金の算定期間が短くなるのでは、それこそ不公正であるし、不透明である。

しかも、この問題は、単に課徴金の額の算定の問題に止まるものではない。すなわち、公取委が課徴金を賦課するには、始期だけでなく、違法行為が課徴金を課そうとする期間継続して存在したことを立証しなければならないが、疑いを持たれた事業者には、古くなればなるほど書類の残っている量は少なくなるから、結局、事実関係の立証は供述などに頼らざるを得なくなる。そして、ここでの事業者やその従業員、さらには退職した従業員の負担は、報告書が課徴金の算定範囲の見直しで述べている((2)ア(報告書 15p))従業員や企業の負担に比して遙かに大きいものであって、報告書が随所において強調する課徴金の機動化・効率化に文字どおり逆行するものである。

さらに、疑われた企業としては、反論、反証を行うためには、10年を超える関係資料を保管しておかなければならないことになる。課徴金の期間を延ばすことの可否・当否は、単に会計書類の保存期間との兼ね合いでのみ検討すればよい問題ではない。

例えば次項の課徴金算定期間の始期終期の問題などのように、課徴金を課せられる側にとって有利と考えられる事項について公取委として立証の必要なものについては、従業員等の負担を強調してこれを不必要とし、企業にとって不利益に働く課徴金期間の延長については、立証のための従業員、企業側の大幅な負担増を全く顧みないのは、著しく不合理といわざるを得ない。

現に、現行制度の下に行われる調査において過去10年にわたっての膨大な資料の提出を求められるような事例があるが、企業の負担は非常に重い。

さらに、報告書が別紙12で挙げる内容を精査すれば、3年を大幅に超える違反行為は、ほとんど全てが自動車用部品に関する事件であるところ、これは自動車メーカーと部品メーカーの継続的な取引という特殊の関係の中で存在したもので、従来あまり違法性が認識されてこなかった民間事業者が行う見積り合わせに関するものであって、特殊性を有するものであり、一般的に3年を超えるカルテルが常態化しているような状況にあるとの証拠はない。

除斥期間との関係で、企業は違反行為のなかったことを示すために5年間程度は関係書類を保管するようにしているところであり、課徴金の期間を延長するのであれば、5年を限度にすべきであり、これによってほとんど全ての事案が違反期間内に収まることになる。

報告書が随所において強調している課徴金制度の機動的・効率的な運用を目指すのであるなら、課徴金を3年に限定する方が合理的であり、せいぜい5年を限度とすべきと考える。

違反行為がなくなってから相当時間が経つ事件であれば、始期の認定は、立証する方も反証する方も大変であるが、それを認定することにどれだけの意味があるのか、課徴金を多く賦課するためだけに遡って認定することにどれだけの意味があるのかを十分考える必要があると考える。

## **(2) 算定期間の始期及び終期の見直しの必要性及び方向性(3(2))について**

原則として違反の対象となった売上を基準とする考え方からすれば、違反行為の実行としての事業活動を行った日から違反行為がなくなる日までの売上を基準とすべきことは当然であり、「違反行為をした日から」とすることに合理性はない。たとえば、3ヶ月後から価格値上げをするという合意をした場合に、違反行為時を起算点とすれば、値上げをしていない正当な取引の時期の売上も課徴金の対象になってしまう。

前述のとおり、米国においても、何を VOC に含めるかについては、反証可能な推定にすぎず、裁判所で争うことが可能とされているし、EU においても、当然に裁判の対象になる。また、欧州の自動車部品事件における認定を見ても明らかなように、品種毎に違反行為の対象となった自動車メーカーや、違反行為の対象となった RFQ を個別に認定し、対象となるべき売上の算定を行っており、我が国においてだけおおざっぱな認定をして良いという合理性はない。

課徴金と不当利得との関係で考えるならば、実行としての事業活動を行った日を基準とすべきだし、そうすることが、原則を変えなければいけないほどの大きな障害となるとは考えられない。

#### 4 「4 課徴金の基本算定率」(報告書20p)について

報告書別紙 16 の結論の正確性については、検証のしようがないが、先に述べた(6頁 第3の1)とおり、既に、カルテル認定によって企業の受ける経済的負担が不当利得の金額を超えていることは明らかであり、課徴金だけを捉えて不当利得の剥奪さえ出来ていないというのは誤りと考えられる。

繰り返し違反行為があった例として、別紙 17 が提出されているが、同別紙には、事件の処理日が記載されているだけで、いつの違反行為であるのかが不明であり、違反として摘発された後にも同様の行為を摘発されているのかが重要であるにもかかわらずこの点が明らかにされておらず、別紙として不完全であり、立法事実を裏付けるものとはいえない。

次に、国際的な比較でいうなら、米国司法省は個人に対する刑事罰こそが抑止力の最も重要なものだと述べているように、米国での抑止力は個人への刑事罰が最大のものであり、また、欧州では、日本とは比べものにならないほどの制裁金を課しているが、欧州企業によるカルテルの摘発は続いており、制裁金が高ければ高いほど抑止力が高いとは一概にはいえず、制裁金の多寡だけで執行力の強弱を論ずることは合理性を欠く。

また、事件数の減少が、意見聴取手続による事件処理期間の長期化が原因であるとするのなら、具体的にどの程度、事件処理期間が長期化したのかを明らかにすべきであるし、そもそも処分前手続が導入された直後に同

手続導入の影響が出たというのであればともかく、手続導入から既に3年以上を経過していることを考えれば、事件数が減少していることを処分前手続の導入によるものとするに合理性はない。

また、摘発された事件には、摘発の相当程度前に既に違反行為が終了している例も多く含まれており、現行の課徴金が抑止力として不十分とする根拠には乏しい。

もちろん、摘発後にも同じ行為を繰り返すという悪質な事業者がいることは否定できない。このような悪質な事業者に対しては、再犯加重の要件を見直して明確に定め、再犯加重率を50%ではなく、100%つまり課徴金を2倍にする方が分かり易く、抑止力もあり、再犯の防止に直結すると考える。

## 5 「5 業種別算定率」(報告書22p)について

業種別算定率は、売上を課徴金の対象とすることから生ずる、業種による不当利得の違いに着目したものであり、基本的な考え方は維持すべきであり、これを全面的に廃止することは、かえって不公平感を招く。報告書において問題ありとしている事例は、業種の定義が本来の業種別算定率制定の趣旨に符合するように定まっていないから起こる問題であり、これを法令で整備することで、ほとんどの問題は解決するはずであり、それでも争いのある事例は裁判所で判断をし、事例を積み重ねれば良いだけであって、業種別算定率を必要なしとする合理性はない。

同じような問題について、中小企業については法令整備で解決できるとしているのであるから、業種別も出来るはずである。

## 6 「6 中小企業算定率」(報告書25p)について

法令を本来の趣旨に符合するように法令で整備し、存続すべきことに異論はない。

## 7 「7 課徴金の加減算」(報告書27p)について

### (1) 早期離脱

違反行為から早期に離脱させることは、独占禁止法の本来の目的の競争秩序の回復という点から考えれば極めて重要なことであり、早期離脱による減額の考え方は基本的に維持すべきものであり、法令を本来の趣

旨に適合するように法を整備すればよいだけのことと考える。

最大60%の減額があり得ることは当初から予測されたことである。本来の趣旨に沿う早期離脱と正当な減免申請の場合に、60%の課徴金減額は多すぎるとする根拠が明らかではない。

## (2) 繰り返し違反

繰り返し違反の加重については、現行の制度では、調査開始時まで同一企業が複数の事件に関与しており、刑法でいえば併合罪のような事案であっても、公取委の処分時期、調査開始時期によって繰り返し加算がなされるという取り扱いになってしまう。

繰り返し違反は、一旦摘発されたにもかかわらず、再度同様の行為を繰り返すという本来の再犯に限定するように法の内容を変更すべきである。この場合に、単純に同一企業が再度の違反をした場合には、現行と同じく50%増とし、当該企業が既に排除措置命令を受けたのと同様の行為を繰り返した場合には、100%の増額を行うとする制度とすれば、摘発を受けた企業にとって再犯を抑止する直接的な抑止力となりうる。ここで、全ての再犯の場合を100%増額としないのは、部門が沢山ある企業にとってはコンプライアンスを一律に行うことは、現実的に困難であり、違反認定を受けた範囲もしくはそれに関連する範囲についてのコンプライアンスについては、厳重に行わせるという意味がある。

## 8 「8 調査協カインセンティブを高める制度」(報告書29p)について

### (1) 課徴金減免制度の拡充 ((2) ア (ア)) について

我が国の課徴金減免制度は、要件が明確であることが特徴であるが、減額申請してもそれが認められるかすら不明であり、認められてもどの程度の減額なのか最後まで判らないような状況となれば、調査協力をすることのインセンティブを欠くことにならないのかという疑問がある。

現実の課徴金減免申請をみると、平成25年から2年間、課徴金の減免申請数が大幅に少なくなっていたものが、平成27年から100件を超えるようになってきているというデータが示されている。なぜ再び減免申請数が増えたのか、全く分析結果は明らかにされていないが、このデータからみれば、現行のままでも課徴金減免制度は順調に機能しているといえるわけで、これは、現行の課徴金減免制度が合理性を有していること

を示しているものと考える。

また、事件の数が減少していることは、課徴金の引き上げ及び課徴金減免制度の改正の効果がそれなりに出ていると考えるのが極めて自然と考える。

特に、課徴金減免申請は、違反行為を基礎づける事実を認めることが前提であり、現行法では、減額を受けられるメリットと争えないことのデメリットを比較することが可能であるが、裁量制が取り入れられるとどれだけ減額を受けられるかが不確実になりそれが出来なくなる。

従って、現状の順位による一定率の課徴金減額という制度を維持しつつ、加えて、調査協力を証拠物の提出に限定し、証拠の付加価値に応じて個別に減額加算する方式とするのであれば、合理性があると考えられる。その場合にも、減算加算は、不公平感を生じず、かつ過大とならない一定率を上限とし、要件を法令により明示すると共に、減額に関する証拠の開示と減額の合理性についての説明をすべきである。

また、協力に対して追加の減額が認められなかった企業は、その正当性について争える制度とすることが必要である。

## **(2) 調査協力度合いの判断基準、考慮事項 ((2) ア (イ)) について**

協力の範囲に供述を含めないことは当然と考えられる。

次に、報告書 34 p では、「調査協力度合いに応じた課徴金の減算制度を導入する趣旨は、自己に不利益となる事実を自ら進んで当局に報告するインセンティブを与えるところにある」とし、自ら不利益となる違反行為の立証に資する証拠が提出された場合のみを減算対象とすることが適当とするが、この点には合理性がないと考える。

公取委の調査は、真相解明にあるはずで、誤った事実を認定しようとしている場合もあり得るわけであり、その場合に事業者が正しい事実を示す物的証拠を提出したとすれば、公取委の調査にとっては極めて有益であることは間違いがないはずである。そして、有利不利を問わず事実の解明に役に立ったか否かは、最終的な公取委の認定に当たってどの程度有益であったかという観点から客観的に判断が可能はずで、そこに、



自社に有利か否かという判断基準を持ち込む必要はない。

自社に不利益となる証拠でなければ価値を認めないというには、審査の考える事実認定＝ストーリーに符合するものは認めるが、そうでないものは認めないという考え方につながる。また、事業者にとっても、事実認定にとって重要な事実であっても、自社に不利益とは認められないと判断した証拠については、これを審査段階で提出するインセンティブがなく、結局、後に裁判などの場で提出されることになり、機動的、効率的な運用という考え方とも明らかに矛盾する。

したがって、提出者に有利か不利かを問わず、客観的に事実認定にとって重要な証拠の提出であったかどうかを協力度合いの判断基準とすべきである。

### **(3) 継続協力義務及び減免失格事由 ((2) イ) について**

減免申請をしている以上、一定の調査協力義務を課すことは良い。ただし、個人の協力を協力義務に含めるべきではないことを明示すべきである。

また、調査協力義務はあくまでも課徴金の減免申請をし、違反を認めた事実の範囲に限られるべきものであって、これを超える部分についての協力義務のないこと、減免失格事由にならないことが明らかにされるべきである。

特に、現在、公取委は、欧州及び米国でも存在しない、被疑事実との関連性が必ずしも明らかでないような広範な事実について報告や資料の提出を求める報告命令を出すといった運用を行っているが、もし、このような運用がなされ、これに従わない場合には協力義務違反であるとか、減免失格であるというような処分がなされとすれば、著しく不当であり、このようなことがないように、協力義務が申告内容に含まれる被疑事実に関連する範囲に限られることを明示し、不当に協力義務の範囲が広がらないようにすべきである。

むしろ、会社に対し、報告命令によらず、ある程度特定して資料の提出を求め、それに応ずる義務を負わせるなど協力義務の内容を明示し、協力を求めるといった運用をし、協力義務そのものが合理的な範囲のも

のであることが後に明らかになるような運用をすべきと考える。

**9 「9 和解制度」(報告書36p)について**

特にコメントすべきことはない。

**10 「10 賦課方式」(報告書37p)について**

課徴金は、重大な不利益処分であるから、比例原則、透明性、平等原則、予見可能性に照らして、基本的に全て法定化すべきである。

経済・社会環境の不断の変化を理由として課徴金の算定方式を政令や規則等に委ねる制度を設ける必要性や許容性は認められない。

課徴金を義務的に課す必要はないが、不利益処分を課すか課さないかの基準は法的に明確にすべきであり、専門的知見といった裁量に委ねるべきではない。

もし、法制化することが本当に難しい事項であれば、裁量の幅を極めて限定し、要件を可能な限り明示し、事後に裁量にかかる関係書類を開示し、その裁量の合理性について争うことの出来るようにすべきである。

**11 「11 行為類型による相違」(報告書39p)について**

優越的地位の濫用については、現行の課徴金制度では、違反行為の認定の仕方により、行為内容に比して、課徴金額が膨大になるという制度上の問題があると考えられる。もし、現行のまま課徴金の算定期間を10年に延長した場合には、制度上の問題がより大きくなってしまおうと考えられるので、優越的地位の濫用に関する課徴金については、期間は現行のまま3年間とし、同課徴金制度の見直しに併せて期間についての検討を行うべきである。

**12 「12 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係」(報告書42p)について**

特に、現段階でコメントすべきことはない。

**13 「13 調査妨害行為に対するペナルティー」(報告書44p)について**

調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分を導入することに

については反対である。

#### 14 「14 新制度の下での手続保障」(報告書46p)について (1) 事前手続及び供述聴取手続における防御権 ((2) 及び (4)) について

競争法フォーラムは、従前より、公取委による事件調査手続に関して整備されるべき手続保障についての提言を行ってきた<sup>1</sup>。

しかしながら、報告書は、例えば事前手続に関し「調査協力インセンティブを高める制度を導入したとしても、現行の意見聴取手続は、基本的には、当事者の権利保護を図る観点から必要十分な制度であり、見直しを行う必要性が認められないことから、現行の意見聴取手続を見直す必要はない。」とし、また「供述聴取手続における防御権については、供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることは可能であることが明らかにされているなど、現行制度において十分保障されており、これ以上の拡充は必要性を超える防御権となって実態解明機能を損ねるおそれがあるため、今回の見直しに併せて拡充する必要はない。」とするなど、何らの改善も不要としている。これは、手続保障の意義を何ら理解せず、ことさらに「実態解明機能に与える影響、我が国における他法令の手続等」(同報告書第3 14 (1) 総論参照)ばかりを強調して安易に結論を導くものであり、誠に遺憾である。なお同所では、「各種防御権の濫用防止措置を併せて整備することを前提として、必要な範囲で見直す」とも述べつつ、結局のところ上記の事前手続等については濫用防止措置どころか懸念される濫用自体についてさえ十分な検討もないままに、何らの見直しも行わないとしているのであって、要するに総論部分で述べている内容すら、各論において踏まえていないという不備がある。

競争法フォーラムとしては、事前手続について、課徴金制度の改正を待つまでもなく、審判制度が廃止されている現時点において既に、「違反被疑事実の説明(告知)後、調査対象事業者からの意見(反論)に対す

---

<sup>1</sup> 競争法フォーラム「『課徴金制度の在り方に関する論点整理』に対する意見」(平成28年8月31日)、同「『独占禁止法審査手続に関する指針』(案)に対するコメント」(平成27年7月29日)、同「『独占禁止法審査手続についての懇談会報告書』についての意見」(平成27年3月24日)、同「『独占禁止法審査手続に関する論点整理』に対する意見書」(平成26年7月11日)、同「審判制度に関する意見」(平成22年1月28日)、同「審査手続の在り方に関する提言書」(平成21年11月10日)。

る公正取引委員会としての見解（再反論）が示され、上記『処分前手続の充実化・透明化』の趣旨に従って、聴聞手続が行われるようにすべきである」ことを意見表明してきた<sup>2</sup>。今回の課徴金制度の見直しにより、公取委による事実認定とそれに基づく行政処分権限の行使のいずれもが公正適正であることの必要性はより一層高まるのであり、そのためにも意見聴取手続の充実化と透明化が不可欠である。

また、処分前の関係証拠の閲覧謄写の範囲についても、競争法フォーラムは、審判制度の廃止を受け、「公正取引委員会が事実を認定するために関連する証拠」とされるべきであること、その理由として「そもそも公正取引委員会は、専門的知見を有する機関として、ある事実を認定する際に、違反事実の存在を直接裏付ける証拠だけでなく、それを否定する（かの如く見える）証拠についても、十分に参酌し、両者を総合的に評価することによって事実認定を行う必要がある。そして、事前手続における関係証拠の開示の範囲についても、それらのいわゆる消極証拠、反対証拠まで含めて開示の対象とされることにより、初めて、聴聞手続が充実し、またこれを踏まえて取消訴訟の審理がなされることにより、初めて、裁判所における専門的知見の蓄積が図られうる（ひいては、公正取引委員会としての専門的知見についても、更なる向上が図られうる）。行政手続法における閲覧対象文書（同法18条）についてさえ、『当該事案についてした調査の結果に係る調書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料』との文言により、立法の過程で『当事者等にとって有利となるような資料』も閲覧対象に含まれる余地が残されたとの説明がなされている。複雑な市場における経済事象を取り扱う独占禁止法の分野においては特にこの点が留意されなければならない。」ことを主張してきた<sup>3</sup>。

この点、独占禁止法研究会の論点整理の時点で示されていた「『事前手続についても、国内制度との整合性のほか、諸外国の制度との整合性にも留意すべきではないか（例えば、証拠への完全アクセスの必要性等）。』というポイントは、課徴金制度の見直しの際に考慮されるべき事項についての指摘として極めて正当」であったにもかかわらず<sup>4</sup>、同報告書作成の場面でこれが全く生かされなかったことは、極めて遺憾である。

<sup>2</sup> 審判制度に関する意見 1 頁。

<sup>3</sup> 審判制度に関する意見 2 頁。

<sup>4</sup> 「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見 33 頁。

さらに、供述聴取手続における防御権についても、競争法フォーラムは、「供述を録取するための手続が適正に行われることを確保する観点から、供述聴取時の弁護士の立会いが認められるべきであり、その前提として、供述聴取開始時に供述人に対して弁護士の選任権が告知されるべきである。また、仮に、被疑事業者の弁護士が供述録取に立ち会うことについて被疑事業者と供述人との間に利益相反等の支障がある場合には、供述人個人の弁護士の立会いが認められるべきである」ことを主張してきた<sup>5</sup>。

この点、報告書には、「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員等から録取する供述調書は課徴金減免制度における減算率を決定する際の評価対象とはしない。」との検討結果が示されているところ、あたかもそれが、今般特段の見直しが必要とはならないことの理由になるかの如くである。

しかし、当然のことながら、供述聴取手続において防御権の保障が必要とされる理由は、上記のような「審査方針への迎合」といった懸念への対処には止まらない。これは、競争法フォーラムとしても従前より、その一例として、「弁護士・依頼者間秘匿特権（後述）が不適切な供述聴取により侵害されることのないようにするためにも、この供述聴取時の弁護士の立会いが確保されるべきこと、そしてその意味で、供述聴取時の弁護士の立会いが確保されることも、弁護士・依頼者間秘匿特権と同様に、実態解明機能とのバランスにおいて不可欠のものと言わざるを得ないことが、留意されなければならない」旨を述べてきている<sup>6</sup>ことから、明らかである。そしてこれは、供述聴取過程の検証可能性の確保（録音・録画等の記録化）、適切な主張反論のための情報の開示（供述調書作成時における供述人への供述調書の写しの交付、及び供述聴取時における供述人による供述内容のメモの録取）について同様に妥当するのである。

## **（２） 弁護士・依頼者間秘匿特権（（３））について**

報告書は、弁護士・依頼者間秘匿特権に関する検討の結論として、以

---

<sup>5</sup> 「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」についての意見 5 頁。

<sup>6</sup> 「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見 37 頁。

下の3点を述べている。

- ① 弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるという、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。
- ② 一方、今回の見直しにより、課徴金減免制度が拡充された場合には、課徴金減免申請を行うために弁護士に相談するニーズがより高まると考えられるため、新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、運用において、新たな課徴金減免制度の利用に係る弁護士とその依頼者（事業者）との間のコミュニケーションに限定して、実態解明機能を損なわない範囲において、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である。
- ③ その場合でも、我が国の現行法体系上秘匿特権が認められていないこと等に十分留意する必要がある。

競争法フォーラムは、「(1) 依頼者と代理人弁護士の間で懸念事項について自由闊達な相談・交信がなされうるようにすることが、事業者の自主努力によりコンプライアンスを確立し改善していくことにとって極めて重要であること、(2) 懸念としてあげられているような証拠の隠匿等は、本来その保護の対象とされ得るものではなく、それ自体、検査妨害として、あるいは弁護士法上の懲戒制度により、制裁処分の対象となり得ること、(3) 本来秘匿が保障されるべき文書を公取委に提出せざるを得ないこととなることで事業者が負担する不利益は、公取委の守秘義務の運用によって回避されうるものではないこと、(4) この保障の不存在は、国際社会における日本の法制度の信頼性を害し、特に国際カルテル事件に関して、公取委への情報提供（それによる法執行）にも、重大な支障となり得ること、などを理由に、秘匿特権の導入が喫緊の課題である」ことを主張してきた<sup>7</sup>。

しかるに、上記の①や③はいずれも、その事実認識自体が極めて不十分・不適切であるといわざるを得ない。

---

<sup>7</sup> 「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」についての意見 3頁。

実際に、①については、海外の弁護士から日本では弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていないため相互主義の観点から自国の裁判所が弁護士・依頼者間秘匿特権を認めないと解されるため、当該弁護士から当該国で確認された事実関係に関する情報共有が拒否されるということが発生している。また、公取委が問題のないことの前提としたと思われる米国の判例についても、米国司法省の元高官によれば、日本で弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていないことが主張された場合に裁判官によって対象となる情報について弁護士・依頼者間秘匿特権が否定される可能性が存在すると示唆される状況にある<sup>8</sup>。このように、日本の独占禁止法違反行為に関する情報を日本の弁護士が確認することができない可能性のある事態は何時起きてもおかしくないのである。

また②についても、様々な限定や留保をつけつつ結論として「運用において・・・配慮」とするにとどまっております、未だ弁護士・依頼者間秘匿特権の意義を理解しようとしなないものとなっていることは、甚だ遺憾である。本来その意義を正しく理解して導入するためには、独占禁止法研究会報告書自体が上記①でもその定義として示しているように少なくとも、「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる」ことについて、特段の限定や留保のない形での確保が必要である（濫用や弊害への対処は、例えば上記の競争法フォーラムの指摘(2)のように、その保障のための制度の外に置かれることで十分である）。この点については、既に「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」（平成26年12月24日）において、秘匿特権に関する同様の定義を踏まえつつ、「秘匿特権を全面的に否定するものではなく、十分検討に値する制度であることから、今後の検討課題として、調査権限の強化の問題と並行して、本懇談会で示された懸念や疑問点を解決できるよう、一層議論が深められることが望まれる。」との見解が取りまとめられていたことから、容易に理解されるべきことである（すなわちそこでは、「新たな課徴金減免制度の利用に係る弁護士とその依頼者（事業者）との間のコミュニケーションに限定して、実態解明機能を損なわない範囲において、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に」などといった限定や留保はつけられていない）。

---

<sup>8</sup> スコット・D・ハモンド、矢吹公敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入（上）」NBL1067号13頁。

この点特に、「新たな課徴金減免制度の利用に係る」という限定については、仮にそれが「新たな課徴金減免制度を利用した申請者についてのみ」といった趣旨と理解されるようなことになれば、弁護士・依頼者間秘匿特権を「運用（により）配慮」という趣旨すら、完全に没却されてしまうことが、明確に理解されなければならない。この秘匿特権は上記のとおり、依頼者と代理人弁護士の間で懸念事項について自由闊達な相談・交信がなされうるようにするためのものであり、その相談・交信を行う時点では未だ課徴金減免制度を利用すべきか否かは分かっていないのであるから、「制度を利用した申請者についてのみ」というような、その後の展開次第で「配慮」の有無が変わるのであれば、そのような「配慮」（すら）受けられないことを想定して行動せざるを得なくなるからである。

このように、報告書には、それ自体不十分・不適切である箇所や、今後の具体的な制度設計において不十分・不適切な理解に基づく作業を許容してしまいかねない部分が少なからず見受けられており、今後の議論において修正改善が強く求められる。

以上

提出者：

競争法フォーラム（会長 中藤 力）

<http://www.jclf.jp/>

事務局：東京都港区愛宕1-3-4

矢吹法律事務所内

電話：03-5425-6761

ファックス：03-3437-3680

e-mail：[info@jclf.jp](mailto:info@jclf.jp)



別紙

裁量型課徴金制度・確約制度に関する研究会 有志

No.	氏名	所属
1	雨宮 慶	伊藤見富法律事務所
2	池田 毅	森・濱田松本法律事務所
3	伊藤 憲二	森・濱田松本法律事務所
4	宇都宮 秀樹	森・濱田松本法律事務所
5	江崎 滋恒	アンダーソン・毛利・友常法律事務所
6	大月 雅博	阿部・井窪・片山法律事務所
7	大軒 敬子	ホワイト&ケース法律事務所
8	小田 勇一	弁護士法人 大江橋法律事務所
9	川合 竜太	日比谷総合法律事務所
10	木村 智彦	矢吹法律事務所
11	坂野 吉弘	シティニューワ法律事務所
12	篠浦 雅幸	一般社団法人 日本経済団体連合会
13	鈴木 正貢	ベーカー&マッケンジー法律事務所 (外国法共同事業)
14	大東 泰雄	のぞみ総合法律事務所
15	中野 清登	西村あさひ法律事務所
16	中藤 力	日比谷総合法律事務所
17	花本 浩一郎	TMI 総合法律事務所
18	向 宣明	桃尾・松尾・難波法律事務所
19	矢吹 公敏	矢吹法律事務所
20	山田 篤	アンダーソン・毛利・友常法律事務所
21	山田 香織	フレッシュフィールドズブルックハウスデリンガー法律事務所
22	渡邊 新矢	外国法共同事業 ジョーンズ・デイ法律事務所