

独占禁止法の審査手続・課徴金制度に関する意見

2016年8月31日

経営法友会

はじめに

公正取引委員会の独占禁止法研究会は、本年7月「課徴金制度の在り方に関する論点整理」（以下、「論点整理」）を公表し、8月31日を締め切りに意見募集を行った。

論点整理では、①裁量型課徴金制度の導入の是非、②公正取引委員会の調査に対する企業の協力のインセンティブの在り方、③数次にわたる国会の附帯決議等により継続的課題とされてきた適正手続の在り方が、論点として挙げられている。

これらの論点は、今後様々な外国企業も参加していくであろう我が国の市場の競争秩序の維持及び我が国企業のコンプライアンスの在り方に重要な影響を及ぼすものである。また、導入以来法的正当性が一貫して不安定であり、訴訟や学説上の争点であり続けてきた我が国独占禁止法のエンフォースメント体系の根幹に関わる、いわば我が国法秩序の正当性に関わる問題でもあることから、経営法友会として意見を示すこととした。

I. 意見骨子

1. 平成21年改正時の附帯決議及び平成25年改正法附則に基づく課題解決が未了であること

平成25年改正法附則において掲げられた、事件関係人の基本的な防御権の保障をはじめとする審査手続における適正手続の確保（あるいは権利の確認）が未だ不十分であり、また、平成21年改正時の附帯決議において掲げられた「競争法の国際調和」のうち、直ちに取り組むべき不備（弁護士・依頼者間秘匿特権等）の解決も未了である。

論点整理の検討に先立ち、国会により付託されたこれらの課題の解決を優先すべきである。

2. 今般の論点整理の前提として提出された11の「問題点」が、裁量型課徴金制度導入に係る立法事実としてはいずれも適当でないこと

論点整理の前提として公正取引委員会事務局より提出された立法事実は「課徴金制度の

概要と見直しの視点（資料編）平成 28 年 2 月 23 日（独占禁止法研究会第 1 回会合資料）」6 頁より 16 頁に記載される 11 の「問題点」である。しかしながら、これらの「問題点」はいずれも現行法の解釈の是正で対応可能であるか、改正が必要であるとしても現行制度の微修正で対応可能なものばかりであり、論点整理（特に裁量型課徴金制度導入）の前提としての立法事実としては適当でないと考える。

3. 本格的国際調和のための検討の方向性

我が国独占禁止法は国際的に特異なものであり、法律の構成及び施行において様々な無理や不都合が生じていることは事実である。

我が国の独占禁止法は、刑事罰を中心に構成されていた米国型独占禁止法に昭和 52 年改正より欧州型課徴金制度を接ぎ木し、その後課徴金の算定比率を段階的に上げ、かつ減免制度を導入し、課徴金制度を充実させてきた。一方、罰金刑の上限額の引き上げや懲役刑の最長年数の引き上げを行い、刑事罰も強化しており、今般成立した改正刑事訴訟法により、刑事罰に係る司法取引制度も導入し、米国型と欧州型の制度をそれぞれ拡充し、現在に至っている。

我が国の独占禁止法の制度上の特徴及び問題は、課徴金制度について裁量型が採用されていないことにあるのではなく、この接ぎ木としての基本構造にある。今後数十年の運用に耐えるような検討を行うならば、この基本構造の見直しを行うべきであり、「裁量型課徴金制度」を導入しさえすればすべての問題が解決できるとは考えにくい。

なお、裁量型課徴金制度はペナルティに係る行政への授権が許される範囲の観点からも問題があると考え（「課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって、・・・そのような算定方式が採用され、維持されているものと解される。」（最判平成 17 年 9 月 13 日））。

一方、事業者側の防御権の確保をはじめとする審査手続における適正手続の保障については、平成 25 年改正時の附帯決議において指摘されている事項であり、いわば「積み残し」の事項といえる（その後、改正法の下での事例は未だ非常に少ない状況であり、審判制度を廃止した改正法やそれに伴う適正手続の保障が十分かどうかの検討はほとんどなされていない状況といえる。）。

また、昨年 12 月に「独占禁止法審査手続に関する指針」を公表した際にも、公正取引委員会は、「公表後 2 年を経過した後、本指針に基づく事件調査の運用についてフォローアッ

プを実施し、関連する法制度の状況等を踏まえながら、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権、審尋調書の形式等についての検討を含め、必要に応じ本指針の見直しを行っていく」としている。

Ⅱ. 各論

1. 平成 21 年改正時の附帯決議及び平成 25 年改正法附則に基づく課題解決が未了である

こと

従業員等からの供述聴取を中心とした現在の自白偏重の審査手法は、真実解明の観点からも限界があり、効率的とも言えない。まずは、適正手続を確保し、その問題の解決を優先すべきである。

また、「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「今後、本懇談会において現状の仕組みの下で実施すべきとしているもの以外の防御権の強化を検討するのであれば、裁量型課徴金制度を含む事業者が公正取引委員会の調査に協力するインセンティブ及び調査への非協力・妨害へのディスインセンティブを確保する仕組みの導入について併せて検討を進めていくことが適当である」（37 頁）と述べられているように、今後の独占禁止法エンフォースメント体系の見直しについては、まずは「防御権の強化」の検討が行われることが想定されており、その進行に寄り添うように「インセンティブ、ディスインセンティブの仕組み」の検討が行われることが想定されている。

その点、論点整理ではこの優先順位が逆転されており、内閣府からの付託にできていない。

さらに、「インセンティブ、ディスインセンティブの仕組み」にはどのような方策があり、いずれが最も優れているか、という検討は行われておらず、逆に「裁量型課徴金制度導入の是非」を検討課題に据えている。この点においても、論点整理の検討は不十分である。

国会附帯決議の付託及び内閣府の課題設定に応じた検討を行うのであれば、具体的に以下の検討を行うべきである。

1 弁護士・依頼者間秘匿特権

弁護士・依頼者間秘匿特権の導入を検討すべきである。日本企業の独占禁止法遵守のためには、まずはコンプライアンスの徹底にむけた企業の自主的な取り組みが最も効果的で

ある。徹底した社内調査のためには、弁護士・依頼者間秘匿特権が必須である。

この「特権」により、違法行為が隠ぺいされるのではないかとの疑念が有り得るが、制度上、この「特権」により保護される対象を、事実関係に係る資料そのものではなく、弁護士と依頼者の間の連絡内容とすることにより、その懸念を払拭することができる。

また、「特権」の対象には該当しない情報（例えば違反を示す証拠）を「特権」により隠した場合には、厳格な罰則等が適用されるべきである。「特権」が正しく用いられていることの検証方法はいろいろ設計し得る。それでもなお「特権」の悪用を心配するとすれば、それは我が国弁護士のモラルを信頼するか否かという問題に帰着する。仮に我が国の弁護士のモラルがこの制度に堪えないものであるとした場合、モラルをいかに高めるかという課題（弁護士会の懲戒の在り方、あるいは行政による資格停止等、様々考えられる。）を設定すべきである（信頼に足る弁護士の存在は健全な法治国家の前提条件である。）。

なお、この「特権」がないことにより、国際カルテル事件の対応にあたり、海外で「特権」を活用して行われている連絡内容を我が国に持ち込めないという重大な問題があることは度々指摘されている。我が国企業が国際的に不利益な立場に立つことが適切でないとは言うまでもない。

2 供述聴取の改革

供述聴取は、全くの任意と審尋のいずれかの方法により行われる。また、いずれの場合でも、対象者が黙秘権を持つ場合と持たない場合とがある。

まず確認すべきは、任意の聴取の際に弁護士の立会いを求めることは、当然可能ということである（福岡高裁平成5年11月16日判決参照。なお、公正取引委員会作成の平成27年12月付「独占禁止法違反被疑事件の行政調査手続の概要について（事業者向け説明資料）」（以下「行政手続きの概要」）においては「認められません」と記載されているが、それは公正取引委員会の希望にすぎず、不服のある被聴取者は弁護士の立会いが認められない限り出頭を拒めばよく、その場合には公正取引委員会は審尋に切り替える必要がある。）。

ではなぜ現実には日本企業はそこまでしないかという、任意の聴取に応じずに審尋を求めるという、当然の権利行使が「調査不協力」、さらに進んで「リニエンシー失権」という取扱いを招くのではないかという不安があるからである。そのようなことを述べる現場の審査担当官もいると言われている。公正取引委員会は行政手続きの概要において、「任意の聴取を断り、審尋を求めたとしても、全く不利益はない。」と明記すべきである。また、併せてどのような場合にリニエンシー失権となるのかについても明記すべきである。

なお、「独占禁止法審査手続に関する指針」（平成 27 年 12 月 25 日）において、「審査官等が供述聴取の適正円滑な実施の観点から依頼した通訳人、弁護士等」は立会いが認められており、現実には、外国企業の営業担当者に対する聴取にあたっては弁護士立会いが認められる運用があると言われている。イコールフットイングの観点から問題があることは論を俟たないが、これは、外国企業が弁護士の立会いは当然認められるものと考えていることの証左でもある。

また、現在刑事訴訟法上一定の重大犯罪について導入・試行されている録音・録画についても併せて導入を検討すべきである。なぜなら、場合によっては課徴金が数百億円にのぼるケースもあり得る独占禁止法行為は、少なくとも経済的には「重大犯罪」と同等以上の重いペナルティが課されることとなっており、同等以上の厳格な取調べ手続を整備すべきであるからである。また、弊害として指摘される「口裏あわせに用いられるのではないか」という懸念については、録音・録画の活用時期を調査終了後とすることにより何の弊害もなく解消できる。

いずれにしても、真の意味での事実解明の観点から、任意聴取においても、今後は現在の「ストーリー簡潔記述型」の調書を作成することはそろそろ断念し、一問一答式の忠実な聴取内容再現型の調書を作成すべきである。

3 インセンティブ、ディスインセンティブ制度の在り方

我が国では、独占禁止法違反行為は、会社ぐるみの犯罪であるとの認識が根強い。確かに、過去においては、特定の部署で代々カルテルの仕組みを業務として維持していたといった事例が多数見られたことは事実である。しかしながら、その点については、文化的背景にも配慮する必要がある。すなわち、かつて、我が国では、社会通念上許される範囲であれば談合しても違法ではないという考え方があったからである。

「業者間でのある程度の協定は、一般の取引観念からみて許されるが、それが公正な価格を害しまたは不正の利益を得る目的で行なわれた場合に本罪を構成する」

「競落者・落札者が契約上の利益を得るかわりに他の者は談合金を得るのが通常であるが、それが社会通念によって是認される程度をこえるときは、不正の利益になるわけである。」

（団藤重光『刑法綱要各論』（増補）昭和 56 年 60 頁）

しかしながら、近年の我が国企業のコンプライアンスへの取り組み強化の結果、上記の

ような考え方は一掃された。(例外的な企業がないとは言えないものの)ほとんどの企業はコンプライアンス活動を強化しており、その過程でカルテルを発見した場合、公正取引委員会と協力し、事実解明を行っていく姿勢及び準備が整っている。

そのことから、今後の効率的な独占禁止法のエンフォースメント活動においては、企業の取り組みとの連携をより深く意識し、かつ、その取り組みを円滑に行うための基盤整備を行うべきである。企業は「悪い」存在であり、厳しい鞭と猛烈な甘い餌を用意せねば企業の協力は得られない、という認識から制度改正を検討してもあまり効果は得られない。むしろ、企業の自主的活動を円滑化する方策を検討すべきである。

(1) 個人刑事罰免責の範囲拡大

現在の運用では事前第1位のみ個人刑事罰が免責されているが、企業による自主的事実解明及び公正取引委員会への担当者個人の協力確保の観点から、その免責範囲を広げるべきである。海外企業の営業担当者が日本の公正取引委員会による聴取への協力を逡巡する理由に個人刑事罰があると言われている。なお、現在の個人刑事罰の免責には法令上明確な根拠がなく、単に検察官の運用に任されてなされていることも障害となっていると言われている。その点についても手当を検討すべきである。

(2) 弁護士・依頼者間秘匿特権

上記のとおり企業の自主的活動を支援するために重要である。

(3) 公正取引委員会手持証拠へのアクセス

現時点では「口裏あわせ」を懸念するあまり、調査段階での資料、あるいは検討状況の開示は一切行われていない。企業の協力を求めるとした場合、missing piece の探索を企業に求めること等が当然有効なはずであり、柔軟なコミュニケーションを模索すべきである。

(4) インセンティブ、ディスインセンティブの在り方

EU型制度への本格転換の検討を行うならば格別、現行法の枠組みを維持する限り、インセンティブについては現行リニエンシー制度の微修正で、またディスインセンティブについては現行法の罰則適用で充分と考える。

また、万一、調査協力度合いに応じた課徴金の減額・増額を行う場合、論点整理(10頁)にも挙げられているとおり、公正取引委員会の方針に迎合せざるを得ない等、弊害

も多いと考える。導入検討にあたっては、何が有益な証拠とみなされるのか、減額・増額の対象範囲・方法・額等を事業者が合理的に予想できるようにし、これをもとに適正な活動が行えるようにすべきと考える。

2. 一般の論点整理の前提として提出された 11 の「問題点」が、裁量型課徴金制度導入に係る立法事実としてはいずれも適当でないこと

今回の論点整理では、一律かつ画一的な現行課徴金制度では適正に対応できないとされる事例が挙げられ、対応すべき課題として位置づけられている。

しかし、これらの事例はいずれも「裁量型課徴金制度導入」のための立法事実とは言えない。挙げられた 11 の事例は、いずれも、現行法の解釈の是正または現行制度の微修正で対応可能なものか、対応が必要ないと思われるものである。

なお、今後の我が国の独占禁止法が有効に機能し、外国企業による日本市場に係る違反行為を有効に摘発することが何より重要であるとの問題意識から、特に独占禁止法研究会第 1 回会合資料 4 の事例①について、運用による早急な解決を求めたい（海外市場を含めた市場認定をすることにより支障なく課徴金を課すことができ、法文上も何の支障もない。）。

3. 本格的国際調和のための検討の方向性

日本のカルテル審査で特徴的なことは、「供述調書中心主義」とでも言うべき審査手法である。「立入検査」の後には、主に、従業員等の個人からの「任意」の供述によって違法行為を立証しようとしている。「審尋」での「供述調書」の書式に制約（原則、一問一答形式）があることなどから、応じないなら間接強制への移行も可能という力を背景に、「任意」の「事情聴取」で厳しい取調べが行われているのが実態といえる。

EU では、「事情聴取」（インタビュー）はあくまで「任意」であり、会社に対する「情報提供要請」による証拠集めがベースとなっている。つまり、従業員等の個人に対する調査は会社に行わせ、会社からの報告をもって証拠にするという建付けをとっている。

今回の「裁量型課徴金制度」導入の検討の理由の一つとして、日本では会社側に審査に協力するインセンティブがないということが挙げられている。会社の「協力」・「非協力」に対し、課徴金減額・増額の「裁量」を導入して、それを梃子に EU のように「情報提供要請」による調査を強化しようという趣旨とも考えられる。

「事情聴取」から「情報提供要請」にかじを切るということであれば、企業にとっては、「弁護士・依頼者間秘匿特権」制度の導入がより切実に必要なものとなる。但し、そもそも、この目的のために、企業側の「協力」・「非協力」いかに課徴金の減額・増額ができるように公正取引委員会に「裁量」を与えることが必要かどうかは議論のあるところではないか。すべてのケースまで拡大せずとも、リニエンシーの対象（現行、最大5グループ）を拡大することでも、相当程度、目的を達せられるのではなかろうか。

一方で、「供述調書中心主義」を維持しつつ、会社の「協力」について、会社の指示によらない従業員等の個人の行動まで評価の対象に含めようということであれば、あるべき真相究明のための妥当な手段とは評価できない。リニエンシーにおける「協力」についてもそうであるが、あくまでも、会社による「協力」・「非協力」と従業員等の個人の行動とは区別して考えるべきである。確信犯的な従業員等の個人に対して会社から是正を図ることは不可能であるという認識を共有する必要がある、会社と従業員等の個人とが一体であるとの認識は現時点では必ずしも正しくないと考えられるべきである。すなわち、独占禁止法に反する違法行為を根絶したいと考えている会社が、どれほど違反の不利益を社内で啓発しても、違反行為に及ぶ行為者（その時点で、既に会社方針に反している者）に、（違反発覚前には会社方針に従わなかったのに）違反発覚後であれば会社方針に従わせることができるということは現実的ではないということを共通認識としていただく必要があると考える。

EUは、行政罰という「制裁」によりカルテル等の防止を図るという考えから、過大ともいえる罰金額を課し得ることとした上で、当局に幅広い裁量権を与えている。一方で、EUでは、due processには非常に手厚い。日本では未だ実現していない、供述録取の際の弁護士の同席、供述調書の写しの提供、弁護士・依頼者間秘匿特権等、すべて認められている。さらに、「武器対等の原則」として、当局が決定の際に勘案するすべての証拠へのアクセス権が（異議告知書（statement of objection）発出後は）事業者認められている。これも日本では未だ認められていない。

また、EU型の制度の大前提には、従業員等の個人の不可罰がある。なぜなら、従業員等の協力を得ることなく企業が自主的に情報提供要請に応えることは困難であるからである（前述のとおり、我が国でもそのことから、事前第1位のリニエンシー申請会社の役職員は不告発としているが、インセンティブを強化し、自主的情報提供型制度を目指すならば、不告発の範囲を広げる必要がある、結果的に刑事罰の対象者が大変限られた範囲に留まることとなり、最終的には刑事罰の撤廃を行うことを検討せざるを得ない。）。

このような中、独占禁止法をめぐる状況はさらに不安定さを増す懸念がある。すなわち、我が国刑事訴訟法が改正され、刑事事件を入口に独占禁止法違反を摘発すべしとの我が国

国会の意思が示されたところである。この国会の意思は尊重されるべきであるものの、リニエンシーを中心に構成された我が国独占禁止法エンフォースメント体系の中で、司法取引制度がどう機能するか、制度上の混乱は生じないのか、運用を見守る必要がある。

現在、実質的証拠法則がようやく廃止され、初めて、手続の適正性、証拠の評価等が裁判所の判断に委ねられる状況が生み出されている。EUのように多くの裁判の蓄積の上にガイドラインが設定され、判例の蓄積を踏まえた上で和解制度の導入が行われるのであれば問題は少ないが、それが無い状況で（裁量型課徴金制度やそれと連動し得る）和解制度を導入する場合、司法判断が容易に生まれず、結果、審判制度を廃止した際の国会の価値判断が無効化されてしまう恐れがある。よって、和解制度の導入の検討は、十分な判例の蓄積を待ってから行われるべきである（なお、以前の「同意審決」でも、制度上は取消訴訟提起の道が開かれていた。）。

日本は、欧米とは競争法エンフォースメントの体系が異なる。今後世界に通用する競争法として我が国独占禁止法を育てていくことを志向するならば、いずれの体系として制度を整備するか、十分な検討を行った上で選択していく必要がある時期に来ていると考える。

検討にあたっては、透明性・予見可能性確保の視点が重要である。これらの確保が損なわれると、企業活動において適切なリスク判断や従業員等への教育が行えず、独占禁止法違反行為の防止に関する企業の自主的な取り組みを有効に実施できなくなる上、経済活動が委縮しかねないと考える。

以 上