

独占禁止法の執行力強化と国際的ハーモナイゼーション

おお つか まこと
大 塚 誠

目次

第1章 問題の所在	46
第1節 競争法の執行力とハーモナイゼーション	46
第2節 二つの方向性	46
第3節 本稿の立場	46
第2章 各国法の比較	47
第1節 合衆国法	47
第2節 EC法	52
第3節 日本法	57
第3章 各国法の特徴と日本法の評価	62
第1節 各国法の特徴	62
第2節 日本法の執行制度はいかにあるべきか	65
第4章 独占禁止法の再構築	67
第1節 行政的制裁と刑事的制裁との併存	67
第2節 民事的制裁と刑事的制裁との併存	72
第3節 排除措置命令と仮処分	72
第4節 民事的制裁手段	72
第5節 公正取引委員会への人的資源配分	73
第6節 手続法における執行力の強化	74
第7節 執行の透明性確保	75
第5章 終わりに	75
注	75

第一章 問題の所在

第一節 競争法の執行力とハーモナイゼーション

競争法は自由市場維持を目的とする法である。自由市場経済は市場における競争によってその効率化を果たすのであり、競争の存在こそが自由市場経済の合理性の根拠である。

近年のポスターレス経済の下、市場は国境を越えた広がりを見せているため、競争も国境を越えた広さで維持する必要がある。各国間での競争に関する法制度の違いはコストの差を生じるが、競争コストの点で有利な企業は効率の点で比較劣位でも生き残りが可能だからである。しかも、実体法・手続法の不一致および執行の多重性は、ジョイント・ベンチャーや技術移転等、事業の国際的展開を行なおうとする際の障害となっている⁽¹⁾。

また、自由市場の旗の下、関税などの経済的障壁が除去された状態にあっては、国際競争力の差はそのまま自国の産業の盛衰に直結している⁽²⁾。そのため、外国の不正通商により自国産業が被害を受けていると考えた国家は、輸出補助金に対する相殺関税などの防衛策を講じることになる。しかし、自国産業の国際競争力の低下は、外国の不正通商のみならず自国産業の不効率性によっても生じる事態である。そのため、このような防衛策を放置することは、自由競争維持の名を借りた保護貿易の手段を放置することになりかねないといえる。

このようにして、各国は経済制度のハーモナイゼーションを図る必要に迫られている。WTOなどの場で各国の保護主義的な措置を抑制するのも重要であるが、そもそもの問題は、各国間に存在する（と信じられている）競争条件の不均等にある。競争法のハーモナイゼーションは、このような経済制度のハーモナイゼーションの一内容として重要な課題になったのである⁽³⁾。そして、競争条件の均一化を図るためには、競争法の規制内容のみならずその執行力も均一でなければならない。そこで本稿では、競争法の執行力に焦点を当ててそのハーモナイゼーションを検討する。

第二節 二つの方向性

では、どのような方法で競争法のハーモナイゼーションの実現を目指すべきだろうか。

この点、従来から二つの方向性が検討されている。一つは、国境を越えた一元的な法によって全面的なハーモナイゼーションを実現しようとするものである⁽⁴⁾。その究極の姿は、競争法に関する共通の立法・執行・司法機関を設置し、かつ判決／決定の強制執行権限を与えることであろう。このような方向性を指向している現実の国際条約の例としては、欧州連合（EU）設立条約があげられる。

これに対して、合意可能な部分のみ各国のイニシアティブで国内法の改正を行おうという、部分的なハーモナイゼーションを求める方向性がある⁽⁵⁾。競争法の内容や執行方法を明確かつ透明にすることで、法の適用を受ける事業者の予測可能性を確保するのである。本稿で問題としている執行力の局面においては、違反行為をなした事業者が負わねばならない負担を可及的に同程度とすることで、事業者にとってはどの国で事業を行っても競争法による負担が同程度と評価されればよいことになる。

第三節 本稿の立場

もし、全面的なハーモナイゼーションをめざすならば、国家主権という障害を克服せねばならない。欧州連合には後述するように共同体法優越の原則があるが、この原則を構成国の全ての最上級審裁判所が承認したのはEEC成立から32年後、1989年のことである⁽⁶⁾。しかも、現在でもEC司法裁判所には判決の強制執行権限がない。また、そもそも競争法で何を違法とするか自体、各国で意見の一致が見られていないのである。例えば、欧州連合では市場統合という目的のためにテリトリ制が厳しく規制されているが、日本や合衆国では経済と競争に与える影響が慎重に測られている。そのうえ、執行方法についても、各国はその歴史に根ざした方法を採用しており、その統一は困難である。

競争法のハーモナイゼーションの歴史⁽⁷⁾は、国際貿易機関 (International Trade Organization; ITO) 憲章、いわゆるハヴァナ憲章 (Havana Charter) にまで遡ることができる。その第5章にはカルテルの禁止を始めとする規制が盛り込まれ、国際機関である国際貿易機関に制限的取引慣行の調査と各国政府への勧告権を与えることとされていた。しかし、このハヴァナ憲章は合衆国内で議会を中心とする反対に会い、結局採択されなかったのである⁽⁸⁾。また、1950年代には競争制限行為の国際的コントロールの問題が国連の経済社会理事会で扱われ、国連の特別委員会による報告書の提出まで至っている。この報告書においても競争制限規制のための国際機関設置が勧告されていたが、公企業の扱いをめぐって合意に達しなかった。さらに、競争法の国際的ハーモナイゼーションの問題はGATTを経て経済協力開発機構 (OECD) に引き継がれ、競争政策に関する調査研究の促進および用語の統一による相互理解・政策調整を目的とする作業が続けられている。

このような歴史と現状に鑑みれば、全面的なハーモナイゼーションを求めることは今のところ現実的でないと思われる。したがって、本稿では、部分的なハーモナイゼーションを実現する方向性で日本法を検討することとする。すなわち、日本という社会に最も適した執行方法を考え、それをどのように運用し立法化していけば、競争法による負担が国際的に要求されている水準⁽⁹⁾となるのかを検討する。

第二章 各国法の比較

前章で検討したように、各国の競争法における執行力のハーモナイゼーションのためには、その抑止力をほぼ同程度にするべく国内法を改正していくことが現実的である。規制法の抑止力は、実体法の厳格さのみならず、手続法の利用しやすさ、運用担当の員数、法の運用のしかた等、複合的な要素によって規定されるはずである。したがって、本稿では、実体法、執行機関、手続法、運用の実態の4点について、合衆国法、EC法⁽¹⁰⁾、日本法を

検討する。

第一節 合衆国法

一 連邦法と州法

合衆国は連邦制国家であり、連邦は連邦憲法によって各州から委譲された権限のみを行使しう。連邦憲法には州際通商に関する授權規定⁽¹¹⁾ (commerce clause) があるため、州際通商における競争法である連邦法と、州内通商における競争法である州法とが並存している。

通信・交通・運送が発達した現代においては、州際通商の占める割合は非常に大きなものである。また、多くの州における競争法は連邦法と同一または若干の修正を施したにすぎない⁽¹²⁾。そこで、本稿では連邦法とその運用について検討する。

二 実体法

合衆国の連邦レベルにおける競争法は、シャーマン法⁽¹³⁾、クレイトン法⁽¹⁴⁾、連邦取引委員会法⁽¹⁵⁾ (FTC法) を中心として、これらを修正し補完する一群の法律によって構成されている。

1. 行政的制裁

(1) 排除措置命令

FTCは、行政的手続によって制裁を課することができる。審判手続を経てFTC法5条違反が認定されると、同法5条に基づく排除措置命令 (cease and desist order) が出されることになる。この命令は現在の違反を中止させ将来の違反を防止するためのものであるが、その内容は非常に広範なものが許される。その結果、合併規制などの多くの類型では、排除措置命令による反競争状態の是正で足りると考えられている。

しかし、価格協定や再販売価格維持行為といった類型では、是正措置による制裁だけでは足りない。価格協定の全てが摘発されるわけではない以上、摘発されなかった協定のもたらす超過利益が摘発された場合の社会的信用の失墜および当局への対応コストを上回ると考えられ、長期的にみれば反競争行為をした方が利益になるからである。そこで、この類型にあっては、刑事制裁や私訴を

活用していくべきとされている。

(2) 入札手続からの排除

連邦または州の反トラスト法に違反した企業および個人は、連邦におけるすべての入札手続から排除される。この排除には審査期間中の停止 (suspension) と審査終了後の締出し (debarment) とがあるが、締出しの場合に限っては、締出し手続開始によって入札からの排除の効果が生じる⁽¹⁶⁾。締出し期間は、原則として最長3年である⁽¹⁷⁾。起訴は停止のための、有罪判決ないし違反を認める判決は締出しのための、それぞれ適正な証拠となる⁽¹⁸⁾。

なお、停止も締出しも刑罰ではないとされており、かかる処分は国家の利益を保護するために必要な場合に限定されている⁽¹⁹⁾。

(3) 緊急措置

FTCは、正式手続による排除措置命令を待つことが公益に反する場合、裁判所に対して一方的緊急停止命令 (temporary restraining order) または仮差止命令 (preliminary injunction) を請求することができる (FTC法13条)。

2. 民事的制裁

(1) 差止命令

連邦司法省 (DOJ) の民事訴訟の提起により、裁判所は現在の違反を中止させ将来の違反を予防するために必要な差止命令を出すことができる (シャーマン法4条, クレイトン法15条)。この命令はエクイティ上の権限であるから、その内容は非常に広範なものとなりうる。「営業または財産」に対する損害に限定されず、作為・不作為命令に限られることもない。また、将来の違反の防止をも目的とし、「現実の損害 (actual damage)」の存在を要件とはしていない。そして、いわゆる企業分割命令 (資産分離; divestiture) も、同条による救済の一環として発することが可能である⁽²⁰⁾。

また、競争法違反により私人が損失または損害を受けるおそれのある場合 (threatened loss or damage) には、裁判所に対して当該行為の差止を命じる判決を求めることができる (クレイトン法16条)。この差止命令による救済 (injunctive

relief) は同法15条に基づく連邦政府の差止命令訴訟と同様に扱われ、企業分割を含むとされている⁽²¹⁾。

(2) 損害賠償請求

私人による損害賠償請求訴訟においては、クレイトン法4条によりいわゆる三倍賠償請求が認められる。この強力な制裁力を発揮する私訴は、後述する刑事罰と並んで反トラスト法の有する抑止力の中核的存在である。さらに、クラス・アクションと成功報酬制度によって弁護士に対するインセンティブを高め、反トラスト法違反行為の抑止を図っている。

この私訴を補うものとして、合衆国政府による三倍賠償請求 (クレイトン法4 A条) や、州の司法長官による州民を代表しての三倍賠償請求 (同法4 C条) が認められている (父権訴訟; *parens patriae*)。父権訴訟はクラス・アクションの欠陥を補い大規模な消費者訴訟を可能にするための制度であり、勝訴後は可能なかぎり被害者を捜し出して賠償金を分配する。

また、公共工事の入札談合など政府調達に関する事件では、不正代金請求法⁽²²⁾に基づき、私人が連邦政府の名において三倍額の賠償および虚偽請求1件あたり1万ドルまでの民事罰を求める訴訟を提起することができる (刑事的民事訴訟; *qui tam action*)。連邦司法省はこの訴訟を引き継ぐか否かを決定することができ、提訴者は賠償額の15~25%と適切な訴訟費用を受けとることができる。司法省が引き継がなかった場合、提訴者が得られる金額は賠償額の25~30%となる。強力な内部告発のインセンティブである。

3. 刑事的制裁

(1) 法定刑

シャーマン法は本来刑事罰規定である。1条で取引制限を、2条で独占化を禁止し、その違反を処罰する。シャーマン法1, 2条違反に対する法定刑は、訴因一つにつき、法人に1,000万ドル以下の罰金、個人には3年以下の禁固および/または35万ドル以下の罰金である⁽²³⁾。

違反者は他の刑事罰規定に違反していることも

多く、その場合には同時に訴追される。例えば、公共工事の入札にあたっては、談合を防止するために、入札の意図、入札価格、その積算について他の者となんらの連絡をとることなく独自に決定したものであることの証明書（独立価格決定証明；Certificate of Independent Price Determination）の提出が義務づけられている⁽²⁴⁾。虚偽の独立価格決定証明の提出は詐欺の一類型である⁽²⁵⁾。談合を行った場合、虚偽の独立価格決定証明が提出されているはずであるから、違反者は反トラスト法違反と同時に詐欺罪でも訴追されることになる⁽²⁶⁾。

なお、ロビンソン・パットマン法3条⁽²⁷⁾は、包括的価格差別、競争排除目的の地域的価格差別、および略奪的不当廉売に対して5,000ドル以下または／および1年以下の禁固刑を科すと定めている。

(2) 量刑ガイドライン

水平的競争制限行為の量刑については、量刑ガイドライン⁽²⁸⁾が制定されている。量刑ガイドラインは裁判所ごとの量刑の不均衡を統一・合理化すると共に、仮釈放（parole）の廃止や保護観察（probation）の制限などにより実際に適用される刑罰を強化し、犯罪の抑止力を高めることを目的としている。

個人に対する禁固期間は、違反によって影響を受けた商品または役務について、当該個人の責任に帰せられる取引額を基礎として定められる⁽²⁹⁾。個人に対する罰金は取引額の1～5%（ただし、2万ドルを下回ってはならない）である。法人に対する罰金は、違反行為による金銭的損失を基礎として定められる。ガイドラインは価格協定による利得を販売価格の10%、損失は20%と推定している⁽³⁰⁾。さらに、事件の重大性その他を示す乗数は最低0.75であり、裁判官は原則として取引額の15%以上の罰金を義務づけられている。

このような制度は、利潤追及が企業行動の動機であるとする仮説の下、摘発されないものも含めた全反トラスト法違反行為の社会的コストを完全に償う額の罰金を科すのが最適であるという最適

抑止（optimal sanctions）理論に基づいている⁽³¹⁾。このような巨額なコストが予定されていることによって、企業の自己抑制が期待できるとするのである。

三 執行機関

行政庁としての執行機関は連邦司法省（DOJ）反トラスト局および独立行政委員会たる連邦取引委員会（FTC）である。DOJとFTCの権限には競合する分野が存するが、歴史的に形成された得意分野による事実上の調整が行なわれており、独自の権限分野では資料提供などの協力が行なわれている⁽³²⁾。また、各州の反トラスト局も州の反トラスト法を執行しており、連邦機関が取締りに消極的な垂直的制限の分野での活躍が目立っている⁽³³⁾。さらに、父権訴訟を担当する各州の司法長官も重要な執行機関である。

1. DOJ

DOJ反トラスト局は基本的に民事・刑事の訴追機関であり、捜査にあたってはFBIの協力を得ることができる。

1994会計年度予算案によれば、反トラスト局の定員は686人、うち捜査と訴追を直接担当する連邦検察官（U.S. Attorney）は311人である。

2. FTC

FTCは委員長と4人の委員とで構成され、反トラスト法の執行のみならず消費者保護をも担当する独立行政委員会である。その下には総務局、経済局、競争局、消費者保護局、事務局が配置され、競争局と消費者保護局の活動をその他の局が支援する、という構造になっている。

FTCの定員は、1994会計年度ベースで954人である⁽³⁴⁾。

四 手続法

1. 刑事手続

シャーマン法1、2条違反は重罪（felony）であり、文書提出令状（subpoena duces tecum）・証人喚問令状（subpoena ad testificandum）などの強制的証拠収集手続を利用できる。また、必要が

あれば刑事免責⁽³⁵⁾を与えたり司法取引に応じたりして証拠収集に努めることになる。

2. 行政手続

FTCは、違反事件についての審査の後、適当と判断する場合には相手方に対して同意命令 (consent order) 案を示す。同意が得られれば同意命令が発せられるが、同意が得られない場合には審判手続が開始される。

審判手続はFTCの審査官を原告とし被審人を被告とする対審構造の手続であり、行政法判事 (administrative law judge) が審判官となる。審判が終結すると、審判官は仮決定 (initial decision) を下すが、被審人の異議申立や委員会の再調査命令がない限り、この仮決定が最終審決 (final decision) となる。

審決の不服に対しては連邦控訴裁判所に取消訴訟を提起できるが、差止命令の内容についてFTCの広い裁量権が認められており、裁判所の審査権限は排除措置命令と違法行為の間の合理的関連性に限定されている。

3. 民事手続

反トラスト法違反を理由とする民事訴訟も、一般の民事訴訟手続の中で処理される。したがって、裁判所による強力な証拠開示手続 (discovery) が利用できる他、DOJがシャーマン法4条に基づいて提起する事件では、民事審査請求 (civil investigative demand; CID) によって起訴前の情報収集を行っている⁽³⁶⁾。合衆国では文書を多用する傾向があり、しかもファイリングシステムが発達しているために資料紛失の主張が通用しにくい。文書破棄は証拠湮滅罪に問われるのである。さらに、企業活動への弁護士との関与の多さを背景として、文書破棄に関与した弁護士が弁護士倫理規定違反として資格を剥奪されることも、証拠開示手続の実効性担保に一役かっている。

また、私人による民事訴訟手続でも、後述するように特別な扱いがなされている。

(1) 原告適格

クレイトン法4条に基づく三倍賠償請求の効果は絶大であり、しかも同条の文理上は広範な適用

が可能である。そこで、その適用を制限するため、原告適格 (standing) の法理が形成されている⁽³⁷⁾。

原告適格を有する者を違反者からの直接購買者に限定し、直接購買者から更に商品を購入するにすぎない消費者など間接購買者の原告適格は否定されている。判例は、直接購買者はその損害額を間接購買者に価格転嫁した以上損害を被っていないはずである、との被告側からの主張を否定し⁽³⁸⁾、ついで損害転嫁の理論を背景とした間接購買者からの損害賠償請求を否定した⁽³⁹⁾。裁判所の負担の軽減、被告が重複して責任を負う可能性、反トラスト法違反行為発見のため知識・経験を有する直接購買者の私訴のインセンティブ、の3つの理由があげられており、主として司法政策的判断から損害転嫁の理論が拒否されたと評価できる。また、クレイトン法4C条の定める父権訴訟は手続法上の規定であって、実体法上の責任を定めたものではない⁽⁴⁰⁾ため、原告適格を有していない間接損害者は父権訴訟を通じた損害賠償請求も不可能である。ただし、間接購買者の原告適格を肯定する州法は有効である⁽⁴¹⁾。

(2) 証拠法

取引社会の複雑化に伴い、ある競争法違反行為が価格形成にどのような影響を与えているのかの完全な立証は非常に困難となった。そこで、価格に与えた影響の立証が要求される場面では、要求される立証の程度が重要な問題となる。また、私人による立証活動を国家がどのように協力していくかも問題となる。

(一) 違法性

入札談合 (bid-rigging) などの当然違法 (per se illegal) とされる行為については行為の存在を立証すれば足り、「損害」の存在すら問題にされない⁽⁴²⁾。このような類型については、原告の立証責任が著しく軽減されているといえる。

これに対して、合理の原則 (rule of reason) が適用になる行為類型については、原告側が行為の違法性を立証せねばならない。水平的制限は全て当然違法であるが、垂直的制限行為の多くは合理

の原則にしたがうとされている。

(二) 「損害」の有無

損害の有無について、その立証の程度は緩やかなもので足りるとするのが伝統的な考え方である。損害立証の困難性によって違反行為者が民事責任を免れることを不公平と感じる正義観、および私訴の違反行為抑止機能の重視を背景としている⁽⁴³⁾。その結果、現実の損害の発生(actual injury)の立証は最低限必要とされる⁽⁴⁴⁾ものの、その立証の程度は相当程度緩やかで足りる⁽⁴⁵⁾。

ところが、近年になって、判例は「損害」の内容を限定する傾向を見せている。すなわち、反トラスト法上問題とされる損害とは全ての損害ではなく、「反トラスト法上の損害(antitrust injury)」に限られる。ここに「反トラスト法上の損害」とは、反トラスト法によって抑止しようとしている種類の損害(injury of the type the antitrust laws were intended to prevent)のことをいう。違反行為の「競争を減少させる側面」から生じた損害に限られ、競争を持続させたり激化させたりする側面から生じた損害を含まない⁽⁴⁶⁾。

そして、この「反トラスト法上の損害」の要件はクレイトン法4条に独自のものではなく、クレイトン法16条にも共通する要件であるとされている⁽⁴⁷⁾。

(三) 損害額

損害額の認定について、判例は、単なる憶測(speculation)または推量(guess work)では足りず、公正かつ合理的な推測(just and reasonable estimation)が必要であるとしている⁽⁴⁸⁾。ただ、原告の立証が「公正かつ合理的な推測」といえるかどうかは、専門家たる鑑定人が提出した数字をどう評価するかにかかっている。また、専門家の手による算定であっても、仮定的状況を基礎とする以上、鑑定人によって結論が大きく異ならざるをえない⁽⁴⁹⁾。ところが、陪審員は被害者を救済しようとする強い傾向を示すものであるという指摘がある⁽⁵⁰⁾。このような事情の下、損害額についても非常に緩やかな立証で足りるとされている⁽⁵¹⁾。例えば、連邦巡回裁判所レベルには、Malcolm事

件⁽⁵²⁾のように、「憶測との境界線上(border on the speculative)の損害額の証明は、反トラスト法上の政策を容易にするために許容される」と判示するものまで現れている。

(四) 因果関係

損害と違反行為の因果関係も立証困難であるため、被告の違反行為が損害の唯一の近因(sole proximate cause)であることを立証する必要はなく、損害の主要な原因(material cause)ないし近因(proximate cause)であることが立証されれば足りる⁽⁵³⁾とするのが判例である。しかも、因果関係を認定するのは専門家でない陪審員であるから、損害額同様に甘く認定される傾向がある。また、反トラスト法関連の専門家証人(expert witness)の意見は所属する経済学派によって大きく左右されるうえ、原告・被告いずれかの利益のためにフルタイムで雇われることが多い("expert witness")という問題も指摘されている⁽⁵⁴⁾。

(五) コモンロー上の抗弁

反トラスト法関連の民事事件では、同罪の抗弁(in pari delicto)と求償の原則とがコモンロー上の抗弁として主張されている。

同罪の抗弁とは、原告も違反行為の共犯者であるから、被告と同等に有責である場合には被告は責任を免れるとの抗弁であるが、連邦最高裁は反トラスト法事件への適用を拒絶している⁽⁵⁵⁾。さらに、連邦最高裁は原告と被告とを共同不法行為者と捉えて有責度に応じた負担を要求する求償の原則の適用も否定しており、各違反行為者が合同してまたは単独で全責任を負担すると判示している⁽⁵⁶⁾。

(六) 政府勝訴判決の推定効

私訴の制裁機能を十分に発揮させるためには、私人の立証活動を国家が支援する制度が有用である。反トラスト法は、前述した証拠開示手続の他に特別な制度を置き、私訴を支援している。

クレイトン法5条a項は、政府がシャーマン法・クレイトン法違反の民刑事事件で得た勝訴判決が、別訴であるはずの私人による損害賠償請求

事件でも一応有利な証拠 (prima facie evidence) となると規定する。「一応有利な証拠」とされるのは判決中の禁反言 (estoppel) の法理が適用になる部分だけであるが、それは当事者が事実審理において十分な主張・立証を行なった部分であるから、かかる推定を覆すのは事実上不可能に近いといえる。

五 運用の実態

合衆国法においては刑事制裁と民事制裁とが中核的な制裁手段であるため、本稿ではこの両者についてだけ概観する。

1. 民事制裁

反トラスト法関連の私訴件数は1970年代に頂点に達し、77年度には1,611件の私訴がなされている。しかし、1980年代以降に原告に不利な判決が相次いで出されたため、86年度には877件、90年度には452件まで減少している。一時は私訴による反トラスト法の濫用的な運用が指摘されていた⁽⁵⁷⁾が、現在はそのような傾向が失われている⁽⁵⁸⁾という主張もある。

2. 刑事制裁

前述の通り、法人のシャーマン法違反に対しては罰金が、個人の違反に対しては罰金とともに拘禁刑が科されている。ただし、連邦法違反として実際に刑事訴追がなされるのは、当然違法である水平的競争制限行為に限られている。

合衆国では、個人に対して刑事罰を積極的に科すことが反トラスト法違反行為の抑止に役立つとされる⁽⁵⁹⁾。1990年のシャーマン法改正によって罰金額の上限が従来の100万ドルから1,000万ドルへと引き上げられたが、具体的な事件に即して量刑を分析してみると、事件毎の量刑水準は法改正によって変化していないことが推測できる⁽⁶⁰⁾。

第二節 EC法

一 EC法と構成国の国内法

1. EC法の優位性、直接適用性

ECは共同体であるが、共同体法に国内法的効力を肯定するならば構成国の主権が制限されること

になる。この点、各国は、憲法改正と判例法の蓄積によって主権の制限を肯定している。EC法には原則として国内法に対する優先効があり⁽⁶¹⁾、かつ構成国の国民に直接適用される⁽⁶²⁾。したがって、EC競争法が適用になる場合には構成国の国内競争法は適用されない。

では、どのような場合にEC法が適用になるのだろうか。以下、カルテル規制、支配的地位の濫用規制、合併規制について簡単に検討する。

2. カルテル規制

カルテルに対してEC競争法が適用になるのは、その行為の効果が構成国間の通商に影響を及ぼすおそれのある場合である (ローマ条約85条)。「構成国間の通商に影響を及ぼす」かどうかについて、EC司法裁判所は市場統合の促進 (ローマ条約2条、3条) という見地から判断を下している⁽⁶³⁾。したがって、それは複数の構成国にまたがるものである必要はなく、一構成国内部でのみ有効となる協定であっても「影響を及ぼす」とされる場合がある⁽⁶⁴⁾。

なお、EC裁判所とEC委員会は、85条の対象となるカルテルを「競争制限効果が感知可能な行為」に制限している (感知可能基準; appreciability criterion)。85条の対象となる行為には量的 (quantitative) および質的 (qualitative) に感知可能であることが要求されるのである。量的に感知可能とは、影響を受ける市場の5%を越える市場占有率または協定参加企業の年間売上高合計が2億ECUを越えることをいう。質的に感知可能とは、ライセンス契約における守秘義務などの合法的権利を保護するため必要な制限に含まれないことをいう。また、量的感知可能基準については重要性の低い協定に関する委員会通告⁽⁶⁵⁾があるが、これらはあくまで原則 (as a general rule) にすぎない。

3. 支配的地位の濫用規制

ローマ条約86条も、85条と同様、「構成国間の貿易」が影響を受ける場合に適用がある⁽⁶⁶⁾。したがって、支配的地位を有する地域的範囲が共同体全域である必然性はなく、一構成国⁽⁶⁷⁾や構成国内

の一地域⁽⁶⁸⁾であってもEC法が適用になる。ただし、関連市場が共同体全域でない場合、共同市場の実質的部分 (substantial part of the common market) に該当しなければならないとされている。

4. 合併規制

ローマ条約上、合併を直接規制する規定は存在しない。EC司法裁判所は85条を株式取得による合併に適用し⁽⁶⁹⁾、86条を現に支配的地位を有している企業がその地位をさらに強化する合併に適用している⁽⁷⁰⁾。しかし、協定によらない株式取得や、新たに支配的地位を生じさせる類の合併には両条項が適用できないため、EC理事会 (Council) はEC合併規制規則⁽⁷¹⁾を制定し、企業結合を広く規制することとした。

合併規制規則が適用されるのは「共同体規模 (community dimension)」の企業結合である。すなわち、原則として、合併関連企業の世界全体での売上高合計が50億ECU以上であり、それらの企業のうち少なくとも2社のEC域内での売上高がそれぞれ2億5,000万ECU以上であり、かつ、それぞれがその売上高の3分の2以上を同一の構成国であげていないこと、の3要件を満たす合併にEC法が適用される。もっとも、EC法の優先性 (21条2項) の例外として、構成国は競争法以外の公共の安全、報道機関の複数性などの正当な利益を保護するための措置をとることができる (3項)。また、構成国の「区分された市場 (distinct market)」における有効な競争を阻害する場合、構成国の通知によってEC委員会は審査を当該国の競争当局に付託することができる (9条；いわゆる「ドイツ条項」)。逆に、共同体規模を有していない場合でも、構成国の要請があればEC委員会が審査できる (22条3項；いわゆる「オランダ条項」)。

二 実体法

EC競争法は、ローマ条約85-94条とその派生法たるEC理事会規則、EC委員会の適用除外規則、EC委員会の審決、EC司法裁判所の判例法から成り立っている。

1. 刑事的制裁

EC競争法には刑事罰規定がなく、刑事的制裁は行なわれていない。そのかわり、後述する過料制裁が重要な地位を占めている。

2. 民事的制裁

(1) 損害賠償請求・差止請求

EC法上、委員会には損害賠償を命ずる権限が与えられていない。したがって、損害賠償請求は構成国の国内裁判所に対して提訴することになる。

(2) 違反行為の私法上の効力

ローマ条約85条2項は、85条1項違反行為を当然無効 (automatically void) と定めている。しかしEC司法裁判所は、同項が無効にするのは85条違反の部分だけであるとし、当該契約の残りの部分は当然には無効とならないとした。したがって、残余部分だけで契約が履行可能かどうかは、構成国の国内法に従うこととなる⁽⁷²⁾。

このように、85条1項に違反する行為が当然無効であるとする、契約当事者が個別的適用除外の認否に関する解釈を間違えた場合、契約が当初から無効だったこととなって法的安定性が損なわれる。そこでEC司法裁判所は、委員会に適法に届出た協定は個別的適用除外を認める決定がなされるまでの間は暫定的に有効 (provisional validity) であり⁽⁷³⁾、遡って有効性が覆されることはない⁽⁷⁴⁾と判示している。ただ、暫定的有効性は個別的適用除外を認定するための手続を定めた規則17号施行以前の旧協定 (old agreement) のみに適用され、それ以後の新協定 (new agreement) には適用されない⁽⁷⁵⁾。新協定の場合、EC委員会が個別的適用除外を肯定するまでの間、構成国国内裁判所は当該協定を無効として扱わねばならないことになる⁽⁷⁶⁾。EC委員会は個別的適用除外を認めるかわりに安心レター (comfort letter) を出して手続を終了させることが多いが、安心レターは違反不存在を認定する法的判断ではないため、安心レターが出て国内裁判所は当該協定を無効とせざるをえない点にかわりはない。判決後に個別的適用除外を肯定する決定がなされる可能性は残っており、その場合には判決が覆される⁽⁷⁷⁾のである。

3. 行政的制裁

(1) 排除措置命令

EC競争法違反行為が認定された場合、EC委員会は排除措置命令を出して違反行為を終結させることができる(規則17/62号3条)。この排除措置命令において一定の作為命令を出すことも⁽⁷⁸⁾、合併規制に関して企業分割命令を出すこともできる。また、違反行為がなくなっている場合でも、違法宣言を出してEC委員会の法的判断を明らかにすることができる⁽⁷⁹⁾。

(2) 過料

過料は、EC法における最も有力な制裁手段である。故意・過失による85条、86条違反行為に対しては、100万ECUまたは前年度の総売上高の10%を超えない額が課せられる(規則17号15条2項)。過料の支払いを命じられる客体は「事業者(undertakings)」または「事業者団体(association of undertakings)」であるが、事業者団体には売上高というものがないため、事業者団体に対する上限は100万ECUとなる。ここに「事業者」とは経済的単位(economic unit)をいい⁽⁸⁰⁾、企業グループとして経済活動を行なっている場合には企業グループ全体を「事業者」とすることもできる(group economic unit理論)し、子会社の責任を親会社に問うこともできる⁽⁸¹⁾。そして、「売上高」とはこの経済的単位の総売上高、すなわち全世界所得を意味するが、当該違反が営業の一部であった場合、それに応じて過料額を減額することができる⁽⁸²⁾。

この過料は違反の重要性・企業規模・責任に比例した額でなければならない。同様の状況にある事業者間では公平でなければならない。とはいえ、政策的必要性から過去の過料水準よりも高い一般的水準を定めることもEC委員会の裁量の範囲内である⁽⁸³⁾。

このように強力な抑止力を有する過料であるが、その法的性質は刑罰ではない(15条4項)。しかし、実質的には刑事罰であるとする主張もある⁽⁸⁴⁾。

三 執行機関

EC競争法の中心的な執行機関は、EC委員会(Commission)である。また、EC司法裁判所(Court of Justice)も重要な役割を担っている。

1. EC委員会

EC法上、EC委員会にローマ条約85条以下の執行権限を与える包括的規定はない。85条・86条に関する理事会の決定によって、また89条・90条に関してはローマ条約上、監視・監督権限が与えられているのみである。しかし、その監督権は構成国政府のみならず私企業にも及ぶのであり、また競争法違反行為の存在を確認する決定を行なう固有の権限(89条2項)を行使しうる。さらに、コミュニケの発表などによって、EC法を解釈・適用する義務を負う国内裁判所に協力している。これらにより、EC委員会は競争法分野での事実上の執行機関となっているのである。

EC委員会における競争法担当部局は第四総局(Directorate General IV; DG IV)である。DG IVは合併タスクフォースと5つの部局(Directorate)によって構成される。A局は競争政策立案と調整を担当し、F局は国家援助(state aids)を担当する。競争制限行為の監視・摘発はB-D局の担当であり、それぞれが特定の産業を受け持っている。

2. EC司法裁判所

EC司法裁判所は、委員会の決定に対して無制限の(unlimited)司法審査権を有している(ローマ条約172条)。かかる規定を受けて、規則17号17条は、EC司法裁判所に対して委員会の命じた過料を取消し、減額し、または増額する権限を与えている。

なお、単一欧州議定書の発効に伴って第一審裁判所(the Court of First Instance)が設置されたため、1989年以降、競争法に関するEC委員会決定の審査など一定の事項についてはEC司法裁判所との二審制になった。その場合、EC司法裁判所は法律審として法律上の争点のみを扱うことになる。もっとも、構成国またはEC機関からの訴えや構成国国内裁判所から先行判決を求められた事件

は、EC司法裁判所のみが取り扱っている。

四 手続法

1. 民事手続

民事事件は専ら国内法の問題であるが、EC委員会は、委員会の行政負担の軽減とEC競争法の生きた法律 (living law) 化のため、国内裁判所と私人による執行を推奨している⁽⁸⁵⁾。「EC条約85-86条の適用のための構成国裁判所とEC委員会の協力に関する通告」⁽⁸⁶⁾は国内裁判所とEC委員会との協力関係を定めており、国内裁判所はEC委員会が個別的適用除外を認めるか否かに関する暫定的意見 (interim opinion) を要求できる。

2. 行政手続

EC委員会の行政手続は、規則17号の定めに従って行なわれる。前述の通り、過料による制裁が事実上の刑事処罰であるという実態を重視して、その手続は刑事事件に類する慎重な手続となっている。

(1) 制裁手続

(一) 調査の開始

EC委員会は、委員会自身の職権、構成国の申告、または利害関係者の申告に基づいて、EC競争法違反の疑いがある事件の調査を開始することができる(3条)。委員会は受理した申告の調査義務を負う(規則99/63号6条)が、非公式・匿名の申告の場合は調査開始義務を負わない。利害関係者は、申告却下の決定に対してEC司法裁判所に提訴することができる⁽⁸⁷⁾。

(二) 調査

EC委員会が調査と証拠収集を行なうため、事業者や構成国政府に対して情報の提供を要求することができる(11条)。ここで提供すべき「情報」とは、競争法違反の有無に関するあらゆる文書をいう。社内弁護士とのやりとりをも含むが、構成国のいずれかの弁護士資格をもち、かつ依頼者との雇用関係にない弁護士とのやりとりについては、いわゆる「法律職特権 (legal professional privilege)」を享受することができる⁽⁸⁸⁾。

この場合、まず、情報提供の要求書が事業者に

送付され(2項)、任意の提供がない場合には情報提供要求の正式決定がなされる(5項)。正式決定の実効性は、過料(15条1項)ないし強制履行金(16条)で担保されている。ただし、企業には公正な聴問を受ける権利があるため、違反行為の存在を自認せざるをえないような回答を要求することはできない⁽⁸⁹⁾。違反行為の存否の立証責任はEC委員会にあるからである。これは刑事事件における自己負罪拒否特権に類似する。

また、11条の他に、EC委員会自身の手で情報を収集する手続として14条を定めている。委員会は、構成国の権限ある機関が発行した令状 (authorization) を示して立入調査をする権限を職員に与えることができるが、これにも正式決定による場合とよらない場合とがある。正式決定による立入調査(3項)を拒むと過料(15条1項)または強制履行金(16条1項)による制裁があるが、正式決定によらない立入調査(2項)を拒んでも制裁はない。3項による立入調査の際には机の引出しの解錠などを求めることもでき、構成国政府は職員の調査に協力する義務がある(14条6項)。

(三) 聴聞

EC委員会が排除措置を命ずる決定や過料を課す決定を行なうためには、告知および聴聞の手続をとらねばならない(19条)。委員会は事実関係と決定をなすべき法的根拠とを記した通知 (statement of objections) を当事者に送付し、当事者は書面による意見提出の後、非公開の口頭聴聞会を要求できる。その後、EC委員会は各構成国代表で構成される「制限的慣行及び独占に関する諮問評議会 (Advisory Committee on Restriction Practices and Monopolies)」と協議せねばならないが、協議会の意見には拘束されない。また、協議会の意見書も公表されない。

ここで告知されるのは委員会が制裁を決定しようとしているという事実だけであり、過料額を事前に知ることが、金額について意見を述べることもできない。制裁金額があらかじめ見積もることができるようでは抑止力として十分でないとの考えによるのである⁽⁹⁰⁾。

(四) 決定

EC委員会は、調査の結果ローマ条約85条・86条違反を認定した場合には、決定(Decision)により排除措置命令や過料・強制履行金の支払いを命ずる。過料による制裁には除外期間があり、調査が開始されることなく一定期間(手続規定違反の場合は3年、その他の違反の場合は5年)を経過した場合、もはや過料を課すことはできない(規則2988/74号1条)。

(2) 暫定措置

このようにしてEC委員会は排除措置命令を出すのであるが、その決定には時間がかかるため、正式決定を待ったのでは利害関係者が反競争的行為によって回復不可能な損害を受けることがありうる。そこで、当該反競争行為の申告者の請求により、委員会は適切な暫定措置を命ずることができる⁽⁹¹⁾。暫定措置を命ずるか否かは委員会の裁量に属する。

(3) 適用除外と不問証明, 安心レター

ローマ条約85条1項に形式的に抵触している協定でも、実質的には競争促進的である場合には、当該協定を適用除外(exemption)にすることができる(同条3項)。適用除外には一括適用除外(block exemption)と個別的適用除外(individual exemption)とがあり、前者は理事会規則で定められる。後者は届出に基づいてEC委員会が85条3項の要件に合致しているかどうかを決定する(規則17号4・5条)。個別的適用除外を与えることができるのはEC委員会のみである。

一括適用除外規則で白とされている協定は届出をしなくても適用除外を受けることができるが、委員会にはローマ条約85条3項の要件に合致しないと認めて適用除外を撤回することができる(撤回手続withdrawal procedure)。規則で灰色とされている種類の協定に対して適用除外を受けるにはEC委員会への届出が必要であるが、事業者が委員会に届出してから6ヶ月以内に委員会が反対をしない場合には当該協定は適用除外を受けたことになる(反対手続opposition procedure)。ただし、構成国が3ヶ月以内に反対するよう要請すれば、

EC委員会は当該協定に反対せねばならない。

これらに対して、不問証明(negative clearance)は、委員会が下す85条1項違反行為不存在の意見表明である(2条)。これは委員会の単なる意見表明であるから、構成国国内裁判所やEC司法裁判所を拘束しないし⁽⁹²⁾、EC司法裁判所に取消訴訟を提起することもできない⁽⁹³⁾。ただし、国内裁判所は、EC法との適用関係を検討する際に不問証明の内容を検討する義務がある⁽⁹⁴⁾。

ところがEC委員会は、これらの正式決定がなされる前に、当該協定がローマ条約85条1項に該当しないこと、または85条3項の適用除外要件を満たすことを内容とした安心レター(comfort letter)を送付して記録を閉鎖し、手続を終了してしまうことが多い。この安心レターも委員会の単なる意見であるが、不問証明とは異なり、国内裁判所には安心レターの内容を検討する義務がない⁽⁹⁵⁾。

(4) 司法審査

委員会の行なった決定に対しては、ローマ条約172条に基づいてEC司法裁判所に提訴することができる。前述の通り、EC司法裁判所は過料額をどのようにでも修正できるのであり、現実にも多くの事例が減額修正されている。

(5) 証拠法

EC法には損害賠償請求規定がなく、EC司法裁判所における立証の問題を抱えているのはEC委員会のみである。

また、EC法にあっては、カルテル規制違反が認定されるためには競争制限の目的ないし意図(object or intention)があれば足り、現実には競争を制限したか否か(actual effect)を問わない。また、挙証責任も、ある程度は違反行為者側に転換されている⁽⁹⁶⁾。カルテルは締結しただけで当然違法であり、その効果が生じたのか否かを立証する必要はない。さらに、過料額も実際の被害額に依存せずに決定できる。したがって、競争法により効果的な執行のために証拠法を工夫する必要は、日本法や合衆国法よりも少ないのである。

五 運用の実態

EC委員会は近年になって1社あたり100万ECUを超える過料を課すようになってきている。また、1,000万ECUを超える高額過料を課すことも珍しくなく、執行力強化の傾向は著しい。ECとしての摘発件数はあまり多くないが、全ての構成国が競争法を有するに至っているため、全体としての威嚇力はかなりのものがあると考えられる。

委員会はセメント・カルテルに関し、33社と9業界団体に対して合計2億4,800万ECU(約300億円)の過料を命じており⁽⁹⁷⁾、これが過去の金額となっている。もっとも、この金額はカルテル廃止時である1992年の全世界売上高の5～6%である⁽⁹⁸⁾と報道されており、上限である10%に近い7,500万ECU(当時約150億円)が1社単独に課せられたテトラパック事件⁽⁹⁹⁾の方が重い制裁であったといえる。

第三節 日本法

日本は合衆国のような連邦国家でもEUのような共同体でもなく、法秩序は一元的である。

一 実体法

日本における競争法は、独占禁止法とその附属法規である。

1. 刑事的制裁

独占禁止法による規制の中核は、私的独占・不当な取引制限・不公正な取引方法の禁止である⁽¹⁰⁰⁾。

刑法典中に談合罪(96条の3第2項)⁽¹⁰¹⁾があるほか、独占禁止法中にも刑事罰規定がある。独占禁止法は3条で私的独占と不当な取引制限とを禁止し、違反者には三年以下の懲役または500万円以下の罰金が科される(89条1号)。不当な取引制限に関する国際協定を禁ずる6条(事業者団体は8条1項2号)に違反した場合には、行為者には二年以下の懲役または300万円以下の罰金が科せられる(90条1号)。

事業者たる個人・法人・法人でない団体も両罰規定により処罰される。罰金上限は、3条違反の

場合は1億円(95条1項1号、2項1号)、その他の違反で処罰される場合は違反行為者個人と同じである。事業者たる法人の代表者は、3条および6条違反防止の不作为に対しても違反者個人と同じ刑が科される(三罰規定;95条の2)。その団体が公法人や公共団体であったとしても、競争に参加していれば独占禁止法の適用を受ける⁽¹⁰²⁾。さらに、事業者団体も、個人の場合と同様の罰金が科せられる(89条2号、95条1項1号、90条1号、95条1項2号)。

ただ、入札談合事件において、たとえ発注者たる公共団体が談合を主導していたとしても、法人たる公共団体が処罰されることは現行法上ありえない。独占禁止法上の刑事罰は3条違反行為に対して科せられるが、3条は「事業者」すなわち競争を行いうる者に対して一定の行為を禁止する規定であって、受注競争に参加するはずがない「発注者」の事業者性は否定されざるを得ない。そして、刑法典は伝統的に個人を対象としてきたため、解釈変更によって法人に刑法典を適用することは罪刑法定主義に反する⁽¹⁰³⁾。したがって、法人には違法の連帯性を認める刑法65条1項も談合罪規定も適用されず、結局は不可罰である。

なお、不公正な取引方法(2条9項、19条)に対する刑事罰規定は存在しない。不公正な取引方法の規制と競争秩序維持との関係はあまり高くないために、刑事罰による担保までは必要がないのだと考えられている⁽¹⁰⁴⁾。

2. 民事的制裁

(1) 損害賠償

まず、独占禁止法違反行為をなした事業者は、被害者に対して「損害賠償の責に任ずる」(25条1項)とされている。同条2項はこの責任がいわゆる無過失損害賠償責任であることを定めており、不法行為責任一般よりも本条による責任追求の方が原告にとって有利である。

また、民法709条と独占禁止法25条は請求権競合の関係にあると解されており、どちらを根拠として損害賠償請求をなしてもよい⁽¹⁰⁵⁾。

(2) 独占禁止法違反行為の私法上の効力

合衆国やECと異なり、日本の通説・判例は、独占禁止法違反であるという事実が公序違反性（民法90条）判断の一要素となることを承認するのみであり、当然に無効とはしていない⁽¹⁰⁶⁾。また、いかなる場合に私法上も無効とされるのかについては必ずしも一致がみられず、統一的な判例原則も成立していない⁽¹⁰⁷⁾。

3. 行政的制裁

(1) 公正取引委員会によるもの

(一) 勧告, 排除措置, 課徴金

競争制限行為に対する公正取引委員会の行政処分には、勧告（48条）、排除措置命令（7条）、課徴金納付命令（7条の2）がある。排除措置命令は、日本においても現実の競争制限状態を将来に向かって解消するための作為・不作為を命じる行政処分と理解されている。勧告は違反者に対して当該違反行為を中止し、違反の排除のために必要な措置をとることを求める行政指導である。

この排除措置命令には、違反に対する制裁としてみる限り、過去の利得を問題にできないという欠点がある。そこで、対価に影響を与えるカルテルに対する課徴金納付命令（7条の2）という制度が用意されている。課徴金額は、原則として、競争制限行為が行なわれていた期間における当該商品または役務の売上額の6%（小売業は2%、卸売業は1%）である。事業者団体が競争制限行為を行なった場合には、構成事業者に対して課徴金が課せられる（8条の3）。かかる制度の副産物として、現実の利得額を超える課徴金を納付させることがあり、この超過額が事実上の制裁として機能することになる。また、長期にわたって得てきた利得を集中して剥奪すること、課徴金は税法上の損金にならないこと、さらには多額の課徴金が企業の資金計画を狂わせることも、課徴金に制裁機能を与えている。

なお、平成3年の法改正によって課徴金額計算の乗数を引き上げた反面、算定の基礎となる実行期間を、終期から起算して3年を限度とすることとなった（7条の2第6項）。3年を超えるカルテルは例外的であることから、抑止力を落さずに企

業の過大な負担を防ぐことができると説明されている⁽¹⁰⁸⁾。

このような制度に対しては後述するように憲法上の疑義があるが、通説・判例は課徴金制度を不法に得た過去の利得を剥奪する制度であると理解している。ただ、厳密な意味での利得額は算定困難であるため、課徴金制度の必要性および行政費用節約という観点から、カルテルによる利益をみなし算定する制度もやむを得ないとされている⁽¹⁰⁹⁾。

(二) 警告, 注意と公表

以上のような「法的措置がとられなかった場合であっても、違反の疑いがあるときは、関係事業者に対して警告を行ない、是正措置を採るよう指導している。さらに、違反行為の存在を疑うに足る証拠が得られないが、将来違反行為が行なわれるおそれがある場合には、未然防止を図る観点から注意を行なっている」⁽¹¹⁰⁾。注意はその件数が公表されるのみであるが、警告がなされると原則として事実の概要が公表されている（43条参照）。

(2) 他の行政庁によるもの

まず、公正取引委員会や検察庁による処分を受けて、公共工事の入札の指名停止処分がなされる⁽¹¹¹⁾。その期間は最長で2年と定められているが、中央公共工事契約制度運用連絡協議会の「指名停止措置要領」モデルによれば、談合の場合、最長12ヶ月である⁽¹¹²⁾。特に建設業界にとって指名停止処分は最も重大な制裁である。

さらに、独占禁止法違反をした会社の役員は、叙位・叙勲の対象から一定期間（3～5年）外されることになっている。他社の社長が勲章を受けたのに自分は貰えないという事態は、大企業のトップの横並び意識に訴えること著しいという⁽¹¹³⁾。少なくとも、違反行為をしようとする従業員に対して、心理的な抑制効果があることは否定できないであろう。

二 執行機関

独占禁止法執行の中心となる機関は、独立行政委員会たる公正取引委員会である。裁判所や検察

庁も様々な形で執行に関与するが、後述するように、日本では民刑事の訴訟による独占禁止法の執行があまり機能しているとは言い難い。また、公正取引委員会の処分内容が判決の重要な根拠とされている裁判例もある⁽¹¹⁴⁾。うえ、公正取引委員会は原告および受訴裁判所に意見書を提出し、また各種資料を提供するという形で民事訴訟にも関与している⁽¹¹⁵⁾。そして、刑事訴訟にあっては、独占禁止法違反事件には公正取引委員会の告発が訴訟要件となっている（専属告発権；96条）。したがって、日本法の執行は公正取引委員会を中心としてなされているといえる。

公正取引委員会は委員長1名と委員4名の合計5名で構成される。委員会の下には事務局があり、定員は1994年度末で506名である。もっとも、公正取引委員会の職務は独占禁止法の執行に限られているわけではなく、下請法や景表法の執行機関でもある。事務局は官房、経済部、取引部、審査部によって構成されている。

独占禁止法違反事件を直接担当する審査部の定員は、1994年度末で203名となっている。

三 手続法

1. 刑事手続

独占禁止法違反事件も通常の刑事事件と同様の手続で処理されるが、いくつかの特徴がある。

(1) 専属告発権と証拠収集

前述の通り、独占禁止法違反事件は公正取引委員会が専属告発権を有している。告発は検事総長に対して行ない(73条1項)、不起訴処分にした場合には検事総長が法務大臣を経由して文書で内閣総理大臣に報告する(73条2項)。

公正取引委員会は収集した証拠を元に告発の可否を判断するが、証拠収集の過程で裁判所の令状を求めることはできず、したがって公正取引委員会が収集した証拠は検察庁に送付できない(46条4項参照)。もっとも、談合罪捜査のために捜査機関が収集した証拠を公正取引委員会が行政処分のために利用することは禁じられていない。

(2) 裁判管轄

談合罪は刑法犯であるから、通常通り各地方裁判所が第一審となる。ただ、談合罪では法人の刑事責任を問うことができないため、法人は独占禁止法違反で立件することになる。ところが、独占禁止法違反事件は東京高等裁判所の専属管轄(85条3号)であるから、同一事件であるにも関わらず自然人と法人とで裁判管轄も審級も異なってしまうことになる。

また、後述するように、行政的制裁にあっては公正取引委員会の準司法的手続による審決が第一審裁判所の判決にかわるものとされている。しかし、刑事事件では、第一審裁判所にかわりうる手続が用意されていない。にもかかわらず東京高裁の専属管轄とされるのは、公正取引委員会の専門性を根拠に、その判断を尊重しているものと考えられる⁽¹¹⁶⁾。

2. 民事手続

独占禁止法違反に関する民事事件も、原則として通常の民事訴訟として処理される。したがって、損害の発生および違反行為の存在、そして両者の相当因果関係の有無については原告側が挙証責任を負担することになる。反面、これらが立証できる限り、一般消費者などの間接購買者であっても損害賠償請求がなしうる⁽¹¹⁷⁾。ただし、独占禁止法25条による損害賠償請求には公正取引委員会の確定審決が必要であり(26条)、東京高裁が専属管轄権を有している(85条2号)⁽¹¹⁸⁾。また、民事事件であっても、前述の通り、公正取引委員会は資料や意見書を提出して原告や受訴裁判所に協力することがある。

3. 行政手続

(1) 処分手続

公正取引委員会は、排除措置命令や課徴金納付命令を出すにあたって審査・審判・審決という一連の手続を経る必要がある。これらの命令は行政処分であるが、処分の公正と当事者の利益保護のために裁判類似の慎重な手続が要求される⁽¹¹⁹⁾。そのため、これは公正取引委員会の準司法的権限と呼ばれており、行政手続法第2章(申請に対する処分)・第3章(不利益処分)の適用を受けない(独

占禁止法70条)。

(一) 審査

審査は独占禁止法違反行為が行なわれたかどうかの調査であり、審判を開始するか否かを決定する。審査開始の契機となるのは、私人の申告(45条1項)、検事総長からの通知(74条)、中小企業庁からの通知(中小企業庁設置法3条)、公正取引委員会の職権による調査開始(独占禁止法45条4項)である。私人の申告は単なる情報提供であり、調査開始義務はあるが審判開始などの法的手続開始義務はない⁽¹²⁰⁾。

公正取引委員会(および46条2項による審査官)の審査においては、必要な場所への立入、帳簿等の検査、物件の提出命令と留置・審訊のための出頭命令などの強制処分がなしうる(46条1項)。

審査の結果、違反の容疑がある場合には、当該被疑事実について行為者に勧告を発し、または審判開始決定をすることになる。被勧告者が勧告を応諾するならば、審判手続を経ないで勧告と同趣旨の審決をなすことができる(勧告審決;48条)。

なお、警告は行政手続法上の「行政指導」(同法2条6項)にあたるが、警告に違反した場合に予定される取扱いは勧告ないし審判手続という正式手続への移行であり、これらは警告を発したか否かに関わらず当然に予想されることである。したがって、これは行政手続法にいう「不利益な取扱い」にはあたらないと解されている⁽¹²¹⁾。

(二) 課徴金納付命令

審査の結果、対価に影響のあるカルテルの事実があると認められた場合、告知・聴聞を経て課徴金納付命令を発することになる(48条の2第1項、3項)。勧告や審判開始決定とは異なり、公正取引委員会には課徴金納付命令を発するか否かについての裁量権がない。命令を受けた者は30日以内に審判開始の請求をすることができ(48条の2第5項)、請求があれば納付命令は失効する(49条3項)。

(三) 審判

審査の結果審判開始決定がなされた場合、裁判と同様の対審構造を有する審判が行なわれる。ま

た、課徴金納付命令を受けた者の請求があった場合にも審判開始決定がなされる(49条2項)。審判は公正取引委員会自身が行うか、または職員を審判官に指定して行わせる(51条の2)。ただし、職員である審判官が行いするのは審決案作成までであり、審決は委員会のみが有する権限である。

審判開始決定後であっても、被審人は審判開始決定書記載の事実の存在および法の適用を認め、公正取引委員会に対して自ら排除措置についての具体的提案を申し出ることができる(53条の3)。委員会がこれを適切と認めれば、審判手続を打ち切って申出と同趣旨の審決を下すことができる(同意審決)。

(四) 審決

このようにして審判手続が進められ、結審すると、委員会は審決案・事件記録・審決案への異議・直接陳述された意見を検討して、審決を下すことになる。一般にこれを正式審決と呼んでおり、当該事件における最初の法律的判断となる。

また、審判手続を経て対価に影響のあるカルテルの存在が認定されると、委員会は審決によって課徴金納付命令を発せねばならない(54条の2第1項)。ここでも、公正取引委員会の裁量権は否定されている。

(2) 緊急停止命令

このように、審判手続は裁判類似の慎重な手続であるため、排除措置命令が出されるまでには時間が必要である。それまでの間は違法状態が放置されざるをえないのであるが、それでは競争事業者が耐えられずに撤退してしまうなどの事態が生じうる。そこで、緊急の必要がある場合には、公正取引委員会は東京高裁に緊急停止命令を申し立てることができる(67条1項)。一種の保全処分である。

(3) 司法審査

公正取引委員会の審決に対しては、裁判所に司法審査を求めることができ、東京高裁に専属管轄権がある(85条)。行政庁による審理をもって地裁の審理にかえるのは公正取引委員会の専門性ゆえであるから、その認定事実は裁判所を拘束するの

がその趣旨に合致する。ただ、三権分立原則に反しないようにするため、審決を支える実質的な証拠の有無を認定する権限は裁判所自身に与えられている（実質的証拠法則；80条）。

審決取消請求訴訟も行政訴訟であるから、原告適格がある者にのみ司法審査を求める権利がある。そこで、正式審決による排除措置命令の受命者以外の者の原告適格が問題となる。

正式審決でない審決の名宛人の原告適格について、石油カルテル（審決取消請求）事件で最高裁は勧告審決の拘束力を禁反言の法理に求め⁽¹²²⁾、名宛人の原告適格を否定した。同意審決についても、同判決は傍論で被審人の自認に拘束力の根拠を求めている。したがって、勧告・同意審決に対する司法審査は不可能である。

次に、審決の名宛人以外の者の原告適格について、判例は原告適格を厳格に解釈する傾向を示している。天野・ノボ事件最高裁判決⁽¹²³⁾では、契約の一方当事者のみが名宛人となっている勧告審決に基づく契約破棄命令について、名宛人でない他方当事者は勧告審決の拘束力を受けず、したがって相手方に対して契約不履行責任を追及しうることを理由として他方当事者の原告適格を否定している。主婦連ジュース事件最高裁判決⁽¹²⁴⁾では、景表法に基づく公正取引委員会の公正競争規約認定に関する不服申立（同法10条6項）適格について、消費者等は具体的権利を害されることがないとして申立適格を否定している⁽¹²⁵⁾。

4. 証拠法

独占禁止法違反行為による被害は、複数の取引関係者の様々な行為が複雑に絡み合った結果として生じることが多く、因果経過や損害額の立証には困難がつきまとう。この点、日本法にあっては、因果関係および損害額の双方について、一般の民事訴訟と同様に原告側の挙証責任を肯定している。

(1) 因果関係

因果関係について、鶴岡灯油訴訟事件で最高裁は⁽¹²⁶⁾別事件である石油カルテル損害賠償請求事件最高裁判決⁽¹²⁷⁾を引用し、元売価格から卸売価格への転嫁を経て小売価格の上昇をもたらしたとい

う関係の立証が原告側に求められていると判示している。

(2) 損害額

前述の通り、損害額の立証には想定購入価格すなわち「違反行為なかりせば形成されていたであろう価格」の推定と立証が求められる。最高裁はその推定方法について、一般的には協定の実施直前の価格をもって推定購入価格と推認されるとしつつ、「協定の実施以後消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす顕著な経済的要因の変動があるときは、協定の実施直前の小売価格のみから想定購入価格を推認することは許されず、右小売価格のほか、当該商品の価格形成上の特性および経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因を検討しなければならない。」と判示した⁽¹²⁸⁾。

松下電気再販損害賠償請求事件⁽¹²⁹⁾では、再販売価格維持がなされなかった場合の想定購入価格として系列外の「自由市場」で形成された価格を基にする原告側の主張に対し、この「自由市場」があまりにも特殊な価格であること等を根拠に原告側を敗訴させている。

学説においても、合衆国の議論を参考にしつつ推定の方法が模索されているが、いまだ研究途上の観が強い。少なくとも、立証責任の転換すら認めない現在の判例法理の下では、回帰分析などの統計学的手法に頼った立証が十分な説得力をもつとは期待できないと思われる。

(3) 実質的証拠法則

前述のように、審決取消訴訟では公正取引委員会の認定事実について実質的証拠法則の適用があるが、独占禁止法25条の損害賠償請求には規定がない。判例は事実上の影響力を認めつつこれを否定している⁽¹³⁰⁾。

四 運用の実態

1. 刑事的制裁

1984年の石油カルテル事件を除けば、近年に至るまで刑事罰規定は用いられないままであった。近年、重大事件については刑事告発を積極的にな

すよう公正取引委員会の方針が変更された⁽¹³¹⁾。かかる方針転換に伴い、平成3年度にラップカルテル事件⁽¹³²⁾が、平成4年度に社会保険庁目隠しシール談合事件⁽¹³³⁾が、平成6年度には下水道談合事件⁽¹³⁴⁾、それぞれ刑事告発されている。しかし、「積極的」といっても毎年1件程度が告発されているにすぎず、一罰百戒の域を脱してはいない⁽¹³⁵⁾。

2. 民事的制裁

現在のところ、民事訴訟において独占禁止法違反が認定された例はあまり多くない。しかし、近年の民事裁判所の傾向は、独占禁止法違反を積極的に認定しようとしているように思われる。これは、東芝エレベータ事件⁽¹³⁶⁾、野村証券損失補填事件⁽¹³⁷⁾、資生堂対富士喜本店事件第一審判決⁽¹³⁸⁾などにかがわれるが、資生堂対富士喜本店事件控訴審判決⁽¹³⁹⁾はメーカーの販売政策を重視しており、この傾向が判例法理として定着するかどうか不明である⁽¹⁴⁰⁾。

なお、野村証券損失補填事件⁽¹⁴¹⁾は株主代表訴訟による事件である。また、平成6年7月18日には、大成建設の相談役である佐古一氏が一連の建設談合・汚職事件の事後処理を不満として、株主代表訴訟を提起するために大成建設の監査役に取締役の責任を追及するよう請求している。企業内部での争いの道具としてであれ⁽¹⁴²⁾、株主代表訴訟で企業トップの責任を追及しうることを鮮明にした事件であるといえよう。

3. 行政的制裁

正式・同意審決は毎年1件あるかないかであるが、近年の公正取引委員会の人的充実に伴い、勧告審決数は1989年度の10件から90年度の17件、91年度27件、92年度37件と急増している。

さらに、課徴金額は1社あたり平均して約2千万円であり、課徴金納付命令が出された事件数も従来の10件以下から近年は20件程度と増加している。なお、1991年には課徴金額が原則として4倍に引き上げられており、現行法の課徴金制度は従来の運用実績から予想される以上の威嚇力を有しているといえる。

また、日本法の特徴として、各種の事前相談制

度が活発に利用されていることがあげられる。例えば、事業者団体の活動に関する1991年度の相談件数は845件、1992年度は960件、1993年度には808件となっている。

第三章 各国法の特徴と日本法の評価

第二章で検討したように、各国の競争法執行制度には様々な形がみられる。それぞれの法制度について比較法的側面から特徴を検討し、あわせて日本法のあるべき姿を検討する。

第一節 各国法の特徴

一 実体法

1. 制裁手段

実体法において特徴的なのは、各国法上の制裁手段が全く異なることである。合衆国では民刑事の訴訟がその執行力の中核を構成している。逆に、EC法には刑事罰規定がなく、行政的制裁によって担保されている。これに対して、日本法は民事・刑事・行政すべての制裁が用意されている。

このような違いは、執行の中心となる機関の差になって現れる。合衆国においては、反トラスト法の執行に占める裁判所の役割の大きさが注目に値する。さらに、クラス・アクションによる弁護士意欲の喚起、証拠収集能力の低い私人への証拠法における配慮など、私人による三倍賠償請求訴訟の制裁力に大きな期待がかけられており、裁判所の役割は非常に重大といえる。裁判所は常に具体的事件を前提として判決を出すため、このような制度によって形成される現実の違法性判断基準は、非常に明確であるという利点がある。他方、裁判所は経済問題に対して素人であるため、必ずしも経済実態に合致した判決が出るとは限らない欠点が指摘される⁽¹⁴³⁾。また、判決にはその射程の問題がつきまとうし、時間の経過によって事情に変化が生じて、判例の変更は容易ではない。

逆に、日本法とEC法は、行政庁中心の運営を行っている。EC法には刑事罰規定を置くことができないという制度上の理由もあるが、EU構成国の競争法も刑事罰規定に頼らないのが通常である。例えば、ドイツ競争制限防止法(GWB法)は違反

で得た利得額の3倍までの過料と契約無効によって担保され、刑事罰は存しない。フランスでも執行の中心は制裁金の賦課である。その他、イタリア、スペイン、英国等、最近になって競争法を改正ないし制定した国では、その内容はEC法とほぼ同一である⁽¹⁴⁴⁾。

なお、日本にあっては、民事訴訟がほとんど認められないという運用と専属告発権とによって、行政庁中心の執行が確立している。その結果、行政指導に通常以上の事実的強制力が生じているといえる。すなわち、独占禁止法違反行為は、当該市場で今後も取引を継続する意思のある企業が行うのが典型的⁽¹⁴⁵⁾である。そのような企業は、違反行為をなしたとの企業名の公表だけで企業イメージの損傷という大きな損害を受ける可能性がある。しかも、公正取引委員会が制裁を課せば、裁判所がその審決を覆すであろう場合であっても応訴の負担を負わねばならない。したがって、企業は執行機関たる公正取引委員会の見解に敏感にならざるをえないのである⁽¹⁴⁶⁾。これを企業側からみた場合、公正取引委員会の出したガイドラインや事前相談の結果に従いさえすれば、独占禁止法違反の制裁を受ける心配がほとんどないことになる。そのため、行政庁の専門的判断によるバランスのとれた経済政策が可能となり、情勢に応じた迅速な政策変更が可能である⁽¹⁴⁷⁾。

ただ、このような行政的手法の欠点としては、公正取引委員会の裁量事項が多くなる結果、恣意的な運用がなされる危険が高くなることが指摘されている。ガイドラインは行為規範としては抽象的にならざるをえず、必然的に運用の透明性が低下する。そこに行政指導中心の運用が重なると、どうしても違反のおそれのある事項を広く規制する過剰規制になったり、逆に違反のおそれのある事項を見過ごしたり軽く制裁したりする事態がもたらされがちになる。そして、この点が、従来の日本法の運用における欠点となっていたといえる。

2. 制裁金の金額および決定方法

金銭による制裁が命じられる場合、その金額の決定方法にも各国で差異がみられる。

まず、合衆国では、罰金や三倍賠償により巨額の制裁金が科されるべきことを明らかにする一方、その額は量刑ガイドラインや裁判所の裁量を許さない三倍賠償規定によって事前の予測が可能である。これに対してECでは、同じく巨額の制裁金の賦課を予定しつつも、具体的な金額については予測不可能であることを重要視している。そして日本では、不法な利得を越えないとされる額の課徴金が、公正取引委員会の裁量を一切排除して売上高から機械的に算出されている。したがって、日本における制裁金は、事前の予測可能性が非常に高く、かつ負担感が合衆国やECに比べて少ないといえる。

後述するように、制裁金額はただ多ければいいというものではなく、適正な水準でなければならぬが、「適正」な水準を定めることは非常に困難である。経済学的な分析は、ある水準を設定した場合の結果ないし企業行動の変化を予測する道具にすぎず、その結果をみて「適正」か否か判断するのは政治家、ひいては国民なのである。ここに、各国で制裁金額が異なる最大の理由があると思われる。

3. 私法上の効力

さらに、反競争行為の私法上の効力であるが、合衆国・ECでは違法とされるのに対して、日本では私法上の効力と公法上の効力とを別に考え、私法上の効力を肯定する傾向にある。すなわち、競争法違反行為は社会的な悪であり許容すべからざるものとされている合衆国・ECに対して、日本では、「過当競争」という語が存在するように、必ずしも悪とは考えられていない。そのため、日本では、独占禁止法違反行為であっても私法上の効力を肯定する傾向があったといえる。ただ、近年、当該契約は原則として無効であるが有効としなければ第三者に不測の損害を与える場合には有効とすべきとする説(原則無効説)⁽¹⁴⁸⁾や、契約は無効であるが既に履行されていた場合には現状回復を認めないとする説(制限的無効説)⁽¹⁴⁹⁾が有力に主張されている。また、最近の判例にも、独占禁止法違反行為の私法上の効力を否定するものがあらわ

れている⁽¹⁵⁰⁾。

4. 「競争」概念

各国における「競争」概念の相違は、例えば優越的地位の濫用規制の姿で現れる。合衆国では、シャーマン法は市場における効率性という側面に焦点をあてて運用されている。しかし、ECの場合、市場における健全性、公平性、完全雇用といった側面をも反映した競争政策がなされている。このように、「競争」に経済学的意味以上の意味を与えている結果、例えばカルテル規制において市場統合との整合性が論じられたり、優越的地位の濫用が厳しく規制されたりするのである⁽¹⁵¹⁾。「公正な取引方法」の存する日本法は、「競争」概念にECと同様の広い意味を与えているといえる。

二 執行機関

合衆国においては、レーガン大統領時代にDOJ反トラスト局の定員が著しく削減され、1980年度の982人から89年度の509人へと半減していた。この時代は「シカゴ学派の勝利」と呼ばれていた時代であり、反トラスト法の執行が著しく緩和されていた姿が推測できる。ブッシュ政権以後、次第にその定員が増員されてはいるが、1995年度でも763人までしか回復していない。また、FTCの職員数も、1980年度の1,719人から89年度には870人まで削減されており、その増減の傾向はDOJと軌を一にしている。

他方、日本では、近年の独占禁止法執行強化の流れを受けて、公正取引委員会の定員増が著しい。特に審査部門の定員増が顕著であり、94年度は89年度の129人と比較して約57%増、203人となっている。また、1995年9月現在、事務局体制から事務総局体制への組織拡大も検討されている。行政改革の流れの強い時期であることを勘案すれば、このような人的増加は突出したものといえる。

にもかかわらず、独占禁止法執行に対する人的・物的資源の投入量を比較してみると、合衆国に肩を並べるとは言いがたい。大雑把な比較であるが、公正取引委員会の審査部門の職員数はDOJ反トラスト局の検察官の3分の2程度にすぎない

のであるから、FTCの職員数や各州の反トラスト法執行機関の人数、さらにはFBIの捜査官の協力や私訴における私人の分だけ人的資源の投入量が少ないことになる。

組織構成の面では、ECでは業界ごとに担当者が定まっており、業界の内情に通じた審査官が審査を行なうことで審査能力の向上を図っている。合衆国のDOJでも業界ごとに担当する連邦検察官が事実上定まっているが、転職が頻繁であるために捜査能力の向上という目的が達せられているか疑わしいという⁽¹⁵²⁾。

なお、日本では、大蔵・通産両省の出身者が公正取引委員になることが多く、委員長はほとんどが元大蔵官僚であるという点も特徴的である。欧米各国の場合、競争政策の最高責任者は弁護士や学者が多く、経済官僚を最高責任者に据えることには慎重だという⁽¹⁵³⁾。

三 手続法

手続法における合衆国法の特徴は、私訴に対する配慮である。クレイトン法4条の責任追及におけるクラス・アクションや父権訴訟、立証の程度の著しい緩和などは、日本法にもEC法にもみられない。合衆国における訴訟手続は抑止力強化という政策的目的を最優先しているといえる。

他方、日本法では、民事事件の立証の程度について特別な手当がなされていないという特徴がある⁽¹⁵⁴⁾。日本の民事訴訟において、最高裁は実質的証拠法則の適用すらも拒んでおり⁽¹⁵⁵⁾、私訴による独占禁止法の執行は困難といえる。

四 運用の実態

第二章で検討したように、合衆国においては一部に過剰とまで評されるほどの厳格な執行がなされている。ECでも、近年の執行強化が著しく、1,000万ECUを超える過料制裁を受けることも珍しくはなくなっている。合衆国では起訴後に却下ないし訴えの取下げ (dismiss) のなされる例が比較的多いこともあってか、EC競争法の執行は合衆国法よりも厳格であるとする論者もいる⁽¹⁵⁶⁾。ま

た、合衆国・ECともに州や構成国という本稿では検討していない競争法執行当局が存在し、活発に活動している。

これに対して、日本では、唯一の執行機関たる公正取引委員会の摘発数が合衆国の連邦とほぼ同数程度であり、課した制裁額も大雑把に言えば合衆国の刑事罰と同じくらい、ECの過料額よりも1ケタ少ない状況である。

五 小括

このように検討してみると、独占禁止法の執行は合衆国・ECに比べて全面的に弱体であると言わざるをえない。競争法を厳格に執行すれば競争は促進されるであろうが、反面、競争法違反とされることを恐れる企業が事業活動を自粛してしまう可能性がある。競争法に関する企業の負担は、過大であっても過小であっても自由市場経済にとって好ましいことではないのである。その適正な水準を測るには詳細な経済分析が必要であるが、日本法の用意している制裁が過小であることは間違いない⁽¹⁵⁷⁾。年間の税引前利益が数百億円に達しようかという法人であっても罰金の上限はわずか1億円であるし、課徴金は不法な利得の剝奪を超えてはいないとされている。また、独占禁止法違反行為の私法上の効力は必ずしも否定されず、独占禁止法執行のために投入している人的資源も多くはない。したがって、競争法のハーモナイゼーションのためには、日本法を今以上に強化する必要があるということになる。

このように緩やかな立法・解釈・運用が行なわれる背景には、競争制限を必ずしも反社会的とは考えていない国民感情がある⁽¹⁵⁸⁾。日本社会が談合体質だといわれるのも、公正取引委員会が刑事告発をためらう大きな理由も、ここにあると考えられる。

いわゆる「ムラ」社会は、労働力や資本の流動性が否定された状態を前提として、競争による完全な敗者を生ぜしめないことによって全構成員の生存を確保してきた。しかし、現代社会は自由主義経済を前提としており、ある分野では敗者に

なったとしても別の分野で勝者になることができる。この点では、「ムラ」社会の合理性は失われているといえる。第一章で検討したように、日本社会は自国最優先の道を選ばず、自由主義経済の下で世界市場に組み込まれていくことを選択しているのであるから、その障害となる国民感情は変化せねばならないのである。

このように考えてみると、独占禁止法の執行力強化が必要である根本的な理由は2つあることになる。1つは、ボーダーレス経済に伴う経済関係法のハーモナイゼーションの必要性があげられる。自由主義経済の利点を最大限享受するためには、国境という障害を可及的に低くする必要があるのである。もう1つの理由は、日本社会の意識を自由主義経済に適応させることがあげられる⁽¹⁵⁹⁾。この分野にあっては、法が国民感情をリードしていかなければならないのである。

第二節 日本法の執行制度はいかにあるべきか

以上のような理解を前提として、日本法の執行制度を再構築する基本的な考え方を検討する。

競争法の執行制度としては、大きく分けて合衆国型とEC型との2種類があるとされている。前者は裁判所を中核とする民・刑事の制裁に依存する型であり、後者は行政庁による行政処分に依存する型である。ところが、日本法には民事・刑事・行政の全ての制裁手段が立法上用意されており、現実には行政制裁を中心に運用されている。このような現行法の姿からみる限り、独占禁止法を貫く思想は必ずしも明らかではない⁽¹⁶⁰⁾。そこで、現行法がどのような思想に基づいて制定されているのか、さらに検討することとする。

一 独占禁止法の立法思想

1. 制定の歴史

独占禁止法は、第2次世界大戦後の「経済民主化政策」の一環として制定された法律である(1947年)。この最初の独占禁止法は原始独占禁止法とも呼ばれ、合衆国反トラスト法の強い影響の下に制定されたことは疑いがないが、実際には当時の反

トラスト法よりも厳格であったとされている⁽¹⁶¹⁾。しかし、経済復興のために資本の集中が必要であった当時の事情に合致しておらず、1949年には外資導入および証券消化を円滑ならしめるための最初の改正がなされている。

その後、朝鮮戦争を契機として合衆国の対日政策は変化し、経済民主化よりも経済復興が優先されるようになった。そのため、1952年の講和をきっかけにして1953年に全面改正がなされ、再販売価格維持行為などの適用除外、カルテル規制の弊害排除への変更などの緩和が行われた。もっとも、この改正で不公正な取引方法の禁止が導入されるなど緩和一辺倒だったわけではなく、当時の実情に合わせた規制へと修正するものであったといえることができる。

この後、独占禁止法はしばらく停滞期に入る。朝鮮戦争後には行政指導に基づく生産調整カルテル（勧告操短）が広く行なわれ、事実上黙認されていた。また、輸出取引法などの適用除外法が数多く制定され、運用の面でも日産・プリンス合併事件や八幡・富士合併事件などの大型合併が行なわれている。

このような停滞期も、日本経済が経済成長最優先の時代を抜けることで終了する。第一に、1960年代に入って物価上昇が定着し、物価対策は経済構造の問題と認識されるようになった。第二に、経済の拡大は貿易・資本の自由化を要請し、開放経済体制への移行が必要となった。第三に、日本社会が豊かになって、消費者意識が高まった。これらの要因を背景として、違法な価格協定や再販売価格維持行為の取締り、適用除外カルテル認可の慎重な取り扱いなどの対策が打ち出されている。

かかる時代の変化の中で、1970年代前半の石油ショックに乗じた一部企業の暴利行為が発生し、独占禁止法施行のさらなる強化が求められた。この時、日本の立法当局者が選択したのが課徴金制度である。これは合衆国にはない制度であり、したがって合衆国法をモデルとしたそれまでの独占禁止法とは必ずしも整合的ではない。刑事罰は全く役に立っていなかったのである⁽¹⁶²⁾。

さらに、最近の独占禁止法強化の流れを支えるものとして、スーパー301条、日米構造協議、日米包括経済協議の3つの枠組を通じた合衆国による対日批判がある。この対日批判は日本側から多くの譲歩を勝ちとろうとするあまり首尾一貫しなかった⁽¹⁶³⁾が、それに応じて日本の競争当局が出した結論は、一貫しない批判を無原則に受け入れて民事的・行政的・刑事的制裁全てを強化することであった。1991年には課徴金が、1992年には刑事罰が、それぞれ引き上げられている。民事訴訟に対しても、積極的に資料提供などを行なうこととしたのである。

2. 日本法の跛行性

以上のように、独占禁止法の骨格部分は合衆国法を継受しているが、日本特有の事情による改正を受けており、しかもその改正に一貫した思想を見出すことはできない。合衆国法を継受した原始独占禁止法以来、制裁手段としては刑事罰が予定されている。しかし、本来は制裁であってはならない課徴金制度を制裁に流用する運用がなされ、本来的に制裁である刑事罰が利用されていない。日本法の制度と運用とは、ねじれた跛行的関係にあると言えるのではなからうか。

二 独占禁止法の目指すべき方向性

このように検討してみると、独占禁止法の制度と運用とを一貫した思想の下で再構築する必要があるといえる。では、どのような方向性を目指すべきか。

現在の実体法に従って刑事罰による制裁を中心とする合衆国型を目指すならば、制裁の強化は罰金額の引き上げと個人・法人の積極的な訴追によって達成されるべきことになる。しかし、運用の変更は制度の変更よりも困難である。また、個人を積極的に訴追しようとしても、せいぜいが中間管理職の責任が立証しうるにとどまる。個人の転職が一般的でない日本では、中間管理職は「会社のため」に違法行為を強制されるのであり、「会社のため」であれば免責されるはずという意識がある⁽¹⁶⁴⁾。企業のトップではなく部下の刑事責任を

追及するのは、日本社会の正義観に著しく抵触するのである⁽¹⁶⁵⁾。

前述したように、独占禁止法は日本社会の意識変化をリードしていくべき責務を負っている。しかし、現在の社会の意識と法文とが離れていれば、その法は利用されずに空文と化してしまう危険がある。そもそもの問題は独占禁止法の強力な執行ができるようにすることであるから、それが達成できる限り、現在の国民感情に抵触する部分がより少なく、かつ利点の大きい方が好ましい。とするならば、行政庁を中心とするEC型の制度によって独占禁止法の執行力強化を図るべきである。それが現行法の運用であるし、執行を行政庁に集中することによって他の政策と連動した運用がないうという利点もある。

この点、私訴に対する制度上の障害を強調し、それを撤廃すれば合衆国型の強力な執行が行なわれるようになるはずだとする主張がある⁽¹⁶⁶⁾。しかし、私訴に期待する執行のあり方は、訴訟という公的な紛争解決手段を積極的に活用する社会意識が前提になっているはずである。とするならば、「訴訟嫌い」の日本社会では私訴の利用があまり期待できないであろう。この「訴訟嫌い」の理由は、私訴に対する制度上の障害のみを理由とするのではない。日本の場合、公的手段による紛争解決に社会的制裁が加えられることがあり⁽¹⁶⁷⁾、裁判所も法を条文通りに適用するのではなく、仲裁に近い判断を下す傾向がある⁽¹⁶⁸⁾。日本社会は、社会的要求に抵抗して自己の利益を主張する者⁽¹⁶⁹⁾の出現を減少させるシステムを有しているのである。

このように考えてみると、日本においては、行政庁を中心とする執行を指向した制度を構築すべきであろう。独占禁止法違反事件は経済分析を必要とする事件であり、専門家である行政庁に第一次的判断権を委ねた方が合理的である。また、行政庁の方が経済政策的に柔軟な解釈・運用が可能であるからでもある。司法権という名の付いた国家機関をむやみに重視するのは合衆国の特殊事情によるのであり、同様の特殊事情を有しない国で採用すべき必然性はない。

もつとも、行政庁の政策的判断を広く認めるならば、現在のように緩やかな執行が温存される危険性が無視できない。したがって、その運用の透明性を高めることなどの手段によって、行政庁の執行を監視していく必要がある。重要なのは、どのような人物がどのような手続で決定するのかであって、専門家たる行政庁に委ねれば大丈夫とか、有権者代表が参加する民主的な手続によるのが常に最良⁽¹⁷⁰⁾、などというわけにはいかないのである。

第四章 独占禁止法の再構築

では、このような比較検討の下、日本法はどのように解釈され、また立法されていくべきだろうか。例えば、入札談合防止のための入札ポンド制の採用、価格以外での競争を可能にするための会計法の改正など、反競争行為抑止という観点からは、独占禁止法のみならず、広い範囲での制度改革が検討されねばならない。しかし、本稿の主たる関心は独占禁止法にあるため、以下は独占禁止法とその執行を中心に論ずることとする。

第一節 行政的制裁と刑事的制裁との併存

従来から問題とされているのは、二重の危険禁止の法理と課徴金制度との関係である。

一 従来議論

1. 課徴金制度の法的性格

課徴金制度の法的性質について、通説は、課徴金を不法な利得の徴収である⁽¹⁷¹⁾と捉えている。したがって、課徴金制度は二重の危険禁止の法理に反しないが、経済的利得の徴収を実質的に越える程度の徴収もなし得ない。最高裁は、税法上の追徴税（現行の加算税）と刑事罰との併科を肯定し⁽¹⁷²⁾、ついで重加算税との併科をも同様に肯定した⁽¹⁷³⁾。最高裁によれば、重加算税は「納税義務違反の発生を防止し、もって徴税の実を挙げようとする趣旨に出た行政上の措置であり、違反者の不正行為の反社会性ないし反道徳性に着目してこれに対する制裁として科せられる刑罰とは趣旨・性質を異にする」。しかし、このような議論では、行

政過程での不利益処分であれば常に二重の危険禁止の法理の問題は生じないことになる。やはり、当該不利益処分が実質的に見て制裁であるか否かによって判断すべきであろう⁽¹⁷⁴⁾。すなわち、不法な利得の徴収という枠内で制度化するかぎり課徴金は制裁にあらず、刑事罰と併科しても二重処罰の関係にないことになる⁽¹⁷⁵⁾。

ただ、かく解する限り、課徴金制度は「バレてもともと」と考える者に対する抑止力を持たない。したがって、なんらかの方法によって「合理的経済人ならば違反をしないであろう」程度の経済的不利益を与えることが可能でなければならないのである。

2. 制裁力強化への努力

そこで、このような障害を乗り越える方法が学者によって模索されている。

1992年には刑事罰を強化する法改正が行なわれたが、罰金額の上限を定額にするのではなく、スライド制にできないかという議論が経済法学者からなされている。この議論は税法上の通脱税額を参考にしたものであるが、刑事法学者には否定的見解が強い。通脱税額とは異なり、課徴金は裁判手続でなく行政処分によって課せられるものである以上、これを科刑の基準とすることはできないというのである⁽¹⁷⁶⁾。企業規模によるスライド制も、「情状要素の一つにすぎない事業者の規模のみを基準に法定刑を類型化することは、相当とは認められない」⁽¹⁷⁷⁾とされている。

また、課徴金制度を正面から制裁と認め、二重の危険を回避するために刑事罰との選択とする立法論、およびそのような運用をするべきとの解釈論もある⁽¹⁷⁸⁾。しかし、刑事罰と行政処分とは利用できる証拠方法や立証の程度が異なるため、行政処分としては十分な立証がなされていても刑事罰としては不十分という境界領域が存在する。この領域の事件が告発された場合には無罪判決が出ることになるが、正面から制裁と認めた以上、改めて行政処分を行なうのは二重の危険禁止の法理の趣旨に反する。したがって、もはや行政処分すらしえないという欠点がある。

さらに、阿部教授は、課徴金制度を不法な利得剥奪のための課徴金と「儲けすぎをこえる課徴金（加算課徴金）」との2種類に分け、前者は現行法と同様に常に徴収するが、後者を制裁と位置付けて公正取引委員会の裁量に委ねることを提言している⁽¹⁷⁹⁾。そして、刑事罰との二重処罰を回避するために、加算課徴金は事業者に、刑事罰は個人に科すものとし、両罰規定を廃止する、とする。加算課徴金は事業に対して、刑事罰は違反行為者に対して科すという機能分担を図るのである。この制度によるならば、不法な利得の剥奪たる課徴金は従来の議論通り二重処罰の問題を生じず、しかも刑事罰と加算課徴金とが併課されることはない。また、加算課徴金の賦課については公正取引委員会の裁量に委ねるのであるから、内部告発や調査への協力、再発防止への努力のインセンティブを与えることができよう。裁量権の濫用に対しても、不法な利得部分の剥奪には裁量の余地がないという歯止めがある⁽¹⁸⁰⁾。

しかし、このように「法人に対しては刑事罰を科さない」という一種の割り切りをすることには問題がある。課徴金制度はその算定の基礎を取引額に置いているが、課徴金による制裁の対象を拡大していくと、取引額がゼロである場合に遭遇せざるをえないのである。例えば、条件付一般競争入札制度の下で、入札可能な事業者の条件を緩和しようとする発注者に圧力をかける目的で「入札に参加しない」という談合を行った場合である。もし、加算課徴金だけを賦課するならば、それは刑事手続によらない刑事罰ではないだろうか。刑事事件に関する憲法上の規定の趣旨が行政手続にも準用されるとの理解が有力⁽¹⁸¹⁾である日本法の解釈にあっては、これは重要な問題である。従来の学説が課徴金を「制裁」としてこなかったのは、二重処罰の問題のみならず、民刑事峻別の原則や憲法上の令状主義などとの関係を、もう一度検討してみる必要があるからであろう⁽¹⁸²⁾。

二 課徴金の法的性格の再検討

このように見てみると、従来は、課徴金につい

て「いかにして憲法規範との抵触を避けるか」に労力が注がれてきたといえる。しかし、例えばデモ行進を制限する条例の合憲性を肯定する場合のように、憲法規範の例外が許容されるならば、当該制度の合憲性は肯定されるはずである。そこで、課徴金制度に制裁の性格を付与できないかを検討する。

1. 懲罰的損害賠償制度

ここで参考になるのは、英米法にみられる懲罰的損害賠償である。懲罰的損害賠償制度とは、加害者の悪性が強いときには、これに制裁を加える意味で、通常の方法で算定された損害賠償と並んで、裁判所は懲罰的な意味をもつ特別の損害賠償を認めることができるとする制度をいう⁽¹⁸³⁾。この懲罰的損害賠償は、被害者たる原告の事情ではなく専ら加害者たる被告の事情が考慮される点が通常の損害賠償と異なっている。

懲罰的損害賠償は、私人の手によってなされる不法行為への「制裁」、法のエンフォースメント手段である⁽¹⁸⁴⁾。また、被害者に実損害以上の利得を与えることによって不法な行為を告発する誘因を与え、もって不法な行為の発生を予防する機能がある。

懲罰的損害賠償制度への総論的批判としては、通常、民刑事峻別の原則という日本法の構造、憲法原理への抵触⁽¹⁸⁵⁾、制度の実効性と公平性への疑問が挙げられている。実効性と公平性への疑問は制度の当否の問題であるから、日本法への導入の立法論的な可否については、前二者を検討すればよい。そして、民事的手段によって制裁を課するという考え方は、現行法上および解釈論上、日本法にも存在すると言わざるをえないのである。

(1) 現行法上の例外

現行法上、民刑事峻別の原則の例外として指摘されているのは、労働基準法114条に基づく未払賃金相当額の附加金請求制度である⁽¹⁸⁶⁾。

労働基準法114条の性格については争いがあるが、下級審判例には「使用者の履行を確実にさせるためと右給付義務に違反した場合の制裁を労働者の利益に帰せしめるため」⁽¹⁸⁷⁾とするものがある。

また、最高裁も、「労働基準法114条の附加金の支払義務は、労働契約に基づき発生するものではなく、同法により使用者に課せられた義務の違背に対する制裁として裁判所により命じられることによって発生する義務」としている⁽¹⁸⁸⁾。学説上も、使用者の義務の履行確保すなわち強制と制裁とを目的とすると解する⁽¹⁸⁹⁾のが一般である。

かく解するならば、現行法上も民事的（ないし行政的）な制裁と刑事的な制裁とを併科する規定が存在することになる。本規定が憲法上有効であるならば、民刑事峻別の原則のみならず、抵触を指摘される適正手続条項（憲法31条）⁽¹⁹⁰⁾や二重の危険禁止の法理（39条）等も例外を排除する規定ではないことになるのではなかろうか。

(2) 解釈論上の例外

また、解釈論上も民刑事峻別の原則の例外と主張されている分野がある。精神的損害賠償における損害額算定の方法である。

日本法において、損害賠償制度は損害の公平な分担を目的にするとされている。そして、金銭を加害者から徴収するという意味では私的制裁の要素を含んでいるものの、「私的制裁の面をあまり強調するのは損害の填補による当事者間の公平の回復という民事責任の本質と衝突する」⁽¹⁹¹⁾との理解が通説といえよう。

しかし、かかる通説に対しては有力な批判が存する。すなわち、精神的損害賠償の算定にあつては加害者側の事情を広く考慮することが一般に承認されており、これが填補賠償に限定する立場と矛盾するのではないかというのである⁽¹⁹²⁾。かかる指摘に対しては、加害者の行為の悪性の強弱によって被害者の被害感情に差が生じる、との説明がなされているが⁽¹⁹³⁾、加害者の財産状態を考慮することまで説明できてはいない。やはり、民刑事峻別の原則は、解釈論において必ずしも貫徹されていないというべきであろう⁽¹⁹⁴⁾。

2. 懲罰的制裁制度の立法論的当否

では、懲罰的損害賠償制度を導入することは日本法にとって有益なのだろうか。

(1) 実効性への疑問

懲罰的損害賠償制度の実効性が疑問視されるのは、保険によって賠償金を支払うこととの関係である。保険を肯定するならば保険料という形で間接的に、保険を否定するならば直接的な形で、製品価格の上昇によって結局は消費者に転嫁されてしまうのであり、制裁の実効性に欠けるというのである。これに対しては、保険加入の審査が個別になされる以上は保険料の高額化や加入拒否がありうるという反論、そして市場における競争が十分になされているならば価格転嫁は容易ではないとの反論がなされている。

(2) 公平性への疑問

また、懲罰的損害賠償制度の公平性が疑問視されるのは、株主に負担をかける制度であること、制裁が行き過ぎになりうること、の2点である。前者は、懲罰的損害賠償による賠償金を消費者に転嫁できなかった場合、その負担は何ら悪くない株主にかかってくることになる、との批判である。後者についての批判は、さらに3点に要約される。すなわち、第一に、懲罰的損害賠償額が過大になりかねないこと、第二に、懲罰的損害賠償を受けられた者と受けられなかった者との被害者間での公平が問題とされる。第三に、被害者が多数の場合、一人の被害者の訴えで懲罰的損害賠償を認めると、後続の被害者からの訴訟でも懲罰的損害賠償を課すことになり、結局行き過ぎた制裁となるのではないか (over-kill)、という点が批判される。

では、かかる批判に対しては、いかなる反論がなされるか。まず、株主への負担である点については、株主は「悪しき取締役」を選任した責任を負うべきであり、「何ら悪くない」はずはない。次に、懲罰的損害賠償額が過大になりかねない(いわゆる「暴走する陪審 (run-away jury)」の問題)点であるが、職業裁判官が賠償額をも認定する日本法とは無縁の問題ということが一応は可能である。また、課徴金納付命令の命令権者は公正取引委員会だけである以上、被害者間の公平やover-killの問題は生じない。もっとも、民事賠償請求がなされればその分だけover-killの危険が生じ

るが、例えば合衆国における父権訴訟のように被害者に分配する制度を構築することで回避しうるはずである。

このように考えてみると、懲罰的損害賠償制度は、その制度構築と運用次第によっては問題なく機能すると思われる。前述したような憲法上の問題を解決しうる限りにおいて、民事による制裁という制度を日本法に持ち込むことも、検討の対象に含めるべきであろう。

3. 民刑事峻別の原則の絶対性

以上のような批判を抱えつつも、通説があくまでも民刑事峻別の原則にこだわるのは、必ずしもその中央集権的思想⁽¹⁹⁵⁾ばかりが理由ではない。民刑事峻別の原則には、行政権の濫用から国民を保護する機能があることを無視してはならないのである。刑事手続に比べて手続的保障の弱い民事手続や、執行力を有する行政手続で、事実上の刑事罰を科すことは、刑事手続に関する厳格な規定を潜脱するおそれがある。したがって、民刑事峻別の原則の例外を認めたり否定したりすることは慎重な考慮の上でなすべきである。

しかし、既に検討したように、民刑事峻別の「絶対則」を維持するのは困難である。また、重加算税に関する最高裁判決のような論法によって、その潜脱を許してしまうおそれもある。民刑事峻別の「絶対則」が司法政策上得策でない⁽¹⁹⁶⁾とするならば、例外を許容するための要件を検討した方が有益であろう。問題の核心は、民刑事峻別の原則に例外を認めた場合の機能と限界とを明らかにし、その濫用の危険を最小限にとどめつつも効用を最大限に発揮させるためには、どのような制度にすべきかという点にあるのである⁽¹⁹⁷⁾。

4. 二重の危険禁止の法理

同様のことは、二重の危険禁止の法理にもいえる。前述のように、労働基準法114条に基づく附加金請求制度を根拠にして民刑事峻別の原則の例外を肯定するならば、二重の危険禁止の原則も例外を肯定できるのではなからうか。第三章で検討したように、独占禁止法違反行為の中核となる大企業にとって、「刑事罰を科せられた」という事実そ

れ自体の抑止力は無視できない。また、刑事処罰の可能性を残しておくことは、司法警察の協力を得て調査を行うことが可能であるという意味も有している。前述の通り、企業犯罪についてトップ以外の個人の責任を問うことにためらいのある現状を前提とする限り、企業への刑事処罰を否定することは刑事訴追の機会を減少させることにつながる恐れがある。したがって、二重の危険禁止の法理の例外を肯定するための要件を研究する方が建設的であると思われる⁽¹⁹⁸⁾。

三 小括

このように考えてみると、民刑事峻別の原則や二重の危険禁止の法理を、従来の議論のように動かしたい所与の前提として扱う必然性はないことになる。したがって、懲罰的損害賠償制度の採否はひとまずおき、課徴金の性格を正面から制裁と位置づけることの立法論的可否に戻ってみるならば、そのような立法は必ずしも不可能でないように思われる。事実、1989年6月20日に公表された公正取引委員会の刑事告発に関する方針⁽¹⁹⁹⁾によれば、刑事告発がなされるのは「国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案」および「公正取引委員会の行う行政処分によっては独占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案」である。国民生活への影響は主としてその規模によって測られると考えられるが、前述したように、企業規模と反社会性の程度とは必ずしも一致しないとされている⁽²⁰⁰⁾から、反社会性が低くとも前者に該当する事案があるはずである。とするならば、行政的制裁と刑事罰との質的差異を認めず一元的に理解する考え方⁽²⁰¹⁾が、ここに顔を出していると解することもできるのである。

したがって、民刑事峻別の原則および二重の危険禁止の法理に例外を許容するための明確な基準が設定でき、かつその基準によれば独占禁止法上の民事制裁と刑事制裁の併存が許容されることを前提として、本稿における結論⁽²⁰²⁾は以下の通りである。

まず、税法上の制裁構造を参考にして、阿部教

授の提言と同様に二階だての課徴金制度を創設する。公正取引委員会に対する国民の信頼度を考慮すれば、現行課徴金は裁量の余地なく徴収する必要がある。しかし、内部告発に対するインセンティブを高めることは証拠収集を容易にするから、加算課徴金には公正取引委員会の裁量を認め、手続に協力したり発覚前に是正措置を講じたりした場合には加算課徴金額の減免を許すべきであろう。現行刑法にも類似の制度があり⁽²⁰³⁾、日本法に馴染みのない発想というわけではない。ただ、合衆国のように告発者に報奨金を与える制度については、日本では許容しえないと思われる。

加算課徴金の上限は、経済的かつ実質的な制裁として適正なものとならなければならない。そして、加算課徴金は刑事処罰と同質である以上、刑事訴訟類似の証拠法則を適用し、かつ令状による強制調査を認めるべきである。また、加算課徴金は違反行為者の利得を問題とする必要はなく、ECの過料制裁のように企業規模を基準として上限を計算することになる。これに対して現行課徴金は不法な利得の剝奪であり、不法な利得のない場合には課すことができない。なお、EC法では制裁額が不明であることの威嚇力が重視されるが、日本ではその裁量権の行使について監視が可能である方を重視すべきと考えられる。

刑事罰の上限は証券取引法の法人処罰規定と同様に3億円まで引き上げるべきであろうが、本稿では加算課徴金によって十分な程度の経済的不利益を与える制度を考えているのであるから、刑事罰の上限引上げにこだわる必要はない。私見において、刑事罰には、罰金による不利益よりもそれによって喚起される社会的制裁の方が期待されているのであるし、制裁を科される側にしても二度の負担を強いられ、二重の危険禁止の法理により個人の自由を保障しようとした憲法の趣旨にも反するであろう。

また、社会的制裁は企業のトップにこそ科せられるべきであるから、現行法通り三罰規定を維持すべきである。現行法は企業側のみを処罰の対象としているが、例えば談合事件における発注者側

など、違反行為の関与者をも広く処罰の対象とすべきであろう⁽²⁰⁴⁾。独占禁止法の保護法益は個人の財産や国家の利益ではない以上、発注者側を処罰することも理論的には可能なはずである。

第二節 民事的制裁と刑事的制裁との併存

では、さらに進んで、懲罰的損害賠償制度を導入すべきであろうか。前述の通り、民事的制裁と刑事的制裁とを併科することも可能であると考えられる以上、その採用可能性は立法政策上の当否によることとなる。

ここで思い出さねばならないのは、懲罰的損害賠償制度は私人に法の強制を委ねる制度であることである。懲罰的損害賠償制度を採用した場合、企業が公正取引委員会の判断に従っていても制裁を受けてしまう可能性が高まり、行政庁に執行を集中した場合の利点の一つたる経済政策上の柔軟性が失われることになりかねない。私人による法の強制が司法経済・行政経済に資するのみならず法の民主性にも資する⁽²⁰⁵⁾としても、無原則にこのような思想を取り入れてよいものではないのである。

とはいえ、合衆国・クレイトン法4条のように損害額を超える賠償を認めるか否かについての判断権を裁判所に与えなければ、over-killや被害者間の公平性の問題は生じない。また、確定審決を要求する独占禁止法25条の損害賠償請求についてのみ数倍賠償制度を導入するならば、公正取引委員会の第一次的判断権が確保できるはずである。しかし、確定審決があれば課徴金納付命令が発せられているのであるから、私見のような加算課徴金制度を前提とすれば、被告には既に十分な水準の経済的制裁が科されているはずである。したがって、懲罰的ないし数倍損害賠償制度は不要であると思われる。

第三節 排除措置命令と仮処分

公正取引委員会の排除措置命令は、前述の通り、将来に向かって反競争的状态を除去するためになされる行政処分であるが、公正取引委員会による

緊急差止命令の申立を待たずに、被害者自らのイニシアティブで自己の利益保護を実現することはできないのだろうか。排除措置の仮処分とも言うべき訴えの可否が問題となる。

日本法では、被保全権利の有無として検討される。判例には、小売業者とメーカーとの間でメーカー側が供給契約締結申込に対して原則的に承諾義務を負う形の継続的供給契約を締結していた場合に、出荷停止の差止請求権を被保全権利とする仮処分を申立てた事件があらわれている⁽²⁰⁶⁾。裁判所は、メーカー側の行為が独占禁止法19条に違反することを認定しつつ、同条は私法上の差止請求権を認めたものではなく被保全権利が存在しないと判示している。

思うに、具体的な権利義務関係があるのならば債務名義を得て強制執行できるはずであるから、仮処分が問題になる事例とは基本契約のみがあるにとどまる（あるいは基本契約すらもない）事例、すなわち仮処分命令によって権利義務の具体的内容を形成せねばならない事例である。とするならば、少なくとも申込に対する承諾の意思表示が形骸化していない場合、裁判所が具体的な権利義務の内容を形成してしまうのは私的自治への介入が過ぎるといわざるをえない。また、たとえ承諾の意思表示が形骸化していたとしても、相手方の信用不安などの事情が生じた場合に取引を拒絶する利益を奪うことは妥当とは思われぬ。判例の指摘する通り、このような仮処分は否定すべきである。

第四節 民事的制裁手段

一 民事訴訟への支援

民事的制裁は裁判所と私人とによる制裁であるから、本稿のように公正取引委員会に執行を集中すべきとする考え方からは、あまり重要ではないことになる。しかし他方、不法に損害を被った者には救済が与えられるべきである。したがって、合衆国法のように、私人に要求する立証の程度を全面的に引下げてしまうのではなく、損害額や因果関係などの合理的な推定方法を研究し、それに

よって裁判所の要求を満たすことが望まれる。

ここで問題になるのは、独占禁止法25条による民事訴訟に実質的証拠法則が適用できないか、である。前述のように、判例は法律的な拘束力を否定しているのであるが、学説には適用を肯定するものがある⁽²⁰⁷⁾。25条の損害賠償請求も審決取消請求も審決の存在を前提としている。実質的証拠法則の合理性の根拠が公正取引委員会の専門性にあるからには、同じく正式審決を前提とする訴訟で同じように扱うことができないという理由は乏しい。しかも、刑事訴訟とは異なり、民事訴訟にも行政訴訟にも証拠能力に関する厳しい制限があるわけではない。判例は⁽²⁰⁸⁾25条の損害賠償請求権の発生を審決の反射効とするが、そのように考える必要はないというべきである。

なお、同意審決や勧告審決にも実質的証拠法則を適用できるかも問題となりうるが、これらは公正取引委員会の法的判断ではなく、肯定することは困難であろう。

二 代表訴訟と課徴金

また、課徴金の性格の一部に代表訴訟的なものを認め、被害者は公正取引委員会が取り立てた課徴金の中から救済を受ける制度が提案されている⁽²⁰⁹⁾。これは課徴金に合衆国のクラス・アクション類似の機能を営ませようというものであり、現在の父権訴訟にも通じるものがある。前述のように、独占禁止法違反に関する民事訴訟で勝訴するのは非常に困難であるから、公正取引委員会が比較的簡易な立証で分配を行なうことは消費者の被害の回復に役立つであろう。

ただ、課徴金をこのように位置付けると、通常の損害賠償との関係が問題になってくる。いくら不法行為者であるとはいえ、損害賠償を二重にとられるべき理由は存しないはずである。そこで、課徴金が課された事件の損害賠償は第一に課徴金から支払われ、足りない場合に限って被告が支払うような制度にすればよいのではないだろうか。これによって、独占禁止法違反者に課せられる制裁額の合計が民事訴訟の結果によって左右される

可能性が減少し、加算課徴金によって適正な制裁額を科すことができるようになると考えられる。そして、課徴金から支払いを受ける以上、公正取引委員会を共同被告人としたり、訴訟告知したりすることによって、公正取引委員会に判決の拘束力を及ぼすべきである。また、民事訴訟で前提となっていた課徴金額と実際に徴収された課徴金額とが異なるという事態を防ぐために、課徴金の納付を命ずる審決の取消訴訟と当該事件に関する民事訴訟とを併合する必要がある⁽²¹⁰⁾。

なお、消費者の被害の回復を最優先すれば、合衆国における父権訴訟の賠償金分配のように、宣誓などの極めて緩やかな立証手段を許容することになる。しかし、嘘の宣誓をして不法な利得を得る者の存在が日本社会で許容されるとは思われない。したがって、例えば品目の入ったレシートの提出など、一応合理的な程度の立証を要求すべきである。

第五節 公正取引委員会への人的資源配分

一 定員増

前述したように、日本における独占禁止法執行への人的・物的資源の投入量は合衆国よりも少ないことは確かである。審査官数の増加は同時処理が可能な事件数の増加を意味する。現状を改善しないと、独占禁止法の執行に対する日本国政府の意思が疑われかねないのである。それは対外的にも問題といえるが、何よりも、企業の独占禁止法遵守への意欲を減少させるという重大なデメリットを抱えている。

二 組織改革

定員増と並んで重要なのは、公正取引委員会の組織改革である。

この点につき、独占禁止法を競争秩序に関する法と位置付け、競争への影響のない「不公正な取引方法」を独占禁止法から排除して別の法律に移すべきとの主張もある⁽²¹¹⁾。ラムザイヤー教授によれば、『裁判官や学者にとって「不公平」と思われている取引の多くは、双方の当事者にとっては「好

ましい取引」と思われているからこそ行われているのであり、双方の当事者にとって事前的に有利になる取引の強制を拒絶することは、当事者を事前的に害することになる場合が多い』のである。

ただ、この「好ましい取引」の語は、経済学的な意味で用いられていることに注意が必要である。例えば零細なネジ部品メーカーが元請会社に単価の引き下げを要求されたとしても、労働時間の延長などで従業員ともども食べていけるだけの収入が得られるならば、値下げを拒絶して仕事を失うより有利であるとも考えうる。与えられた状況下での最も有利な選択である以上、このような結果も経済学的にみれば「好ましい取引」である。しかし、それでもなお、状況次第ではこのような取引を「不公平」な取引の一種と認定して禁止し、経済的弱者を保護しようとする⁽²¹²⁾のが近代法と比較した際の現代法の特徴である。例えば、民法の分野でも契約内容に介入する借地借家法や利息制限法、さらには継続取引における信頼関係理論が存在するし、「給付の均衡」法理⁽²¹³⁾も展開されている。「不公正な取引方法」は消費者保護や競争における経済的弱者保護という社会的機能を有しており⁽²¹⁴⁾、競争法と民法とが境を接する領域なのである⁽²¹⁵⁾。

確かに、独占禁止法の保護しようとする自由主義経済は、利得の極大化を図ることを可能にするための経済体制である。優越的地位を有する企業にとって、その地位を利用することは利得の極大化を図る有益な手段であるが、その濫用は市場経済の基盤である取引秩序ないし取引倫理を傷つける可能性がある⁽²¹⁶⁾。そこで、利得の極大化を全面的に肯定することはできず、一定程度の内在的制約が必要なのである⁽²¹⁷⁾。

このように、「不公正な取引方法」が自由主義経済そのものに内在する規制だとすると、それを公正取引委員会が執行するのも何ら矛盾がないことになる。競争法の執行を行政庁に集中すべきとする本稿の立場の利点の一つは他の経済政策との整合性をとりやすいことにあるのである。

このように、同一の行政庁が競争緩和規定と競

争促進規定の双方を執行することが肯定されるとしても、さらに同一の職員までも両規定の執行を担当するのは混乱の元であり、好ましくない。前者は主として価値的・規範的 (normative) な判断に基づくのに対して、後者は実証的 (positive) な分析に依存している。後者の担当者に規範的判断を行う習慣がつく可能性は、可及的に排除すべきであろう。そこで、競争緩和規定を担当したところのある者は審査部に異動しないよう、公正取引委員会内部の人事異動を工夫すべきである。また、ECのDGⅣにならって審査部を担当産業別の組織とし、専門性を高めて審査能力を向上させることも検討に値するであろう。

第六節 手続法における執行力の強化

一 情報収集能力の向上

前述の通り、合衆国にあってはDOJの審査官はU.S. Attorneyであり、シャーマン法違反事件の捜査にはFBIの協力も得られる。これに対して日本では、談合罪の捜査がない限り警察の協力が得られない。しかし、刑事告発をなすためには、刑事訴訟に耐えられるだけの証拠収集が不可欠なのである。また、捜査の専門家である警察との技術交流は、審査官の証拠発見および審査能力の向上にも大きく役立つであろう⁽²¹⁸⁾。したがって、審査官への科学的捜査技術教育を積極的になすとともに、立法論としては裁判所の令状による調査を認めるべきである。現行法では審査官の調査が刑事事件の捜査であってはならないとされているが、それは裁判所の令状がないためにすぎない。証券取引等監視委員会は令状に基づく調査がなしうる(証券取引法211条)のであるから、公正取引委員会がなしえないとする立法論上の根拠に乏しいのである。

二 専属告発制度

前述の通り、独占禁止法89条から91条までに定める罰則の適用には、公正取引委員会の告発が公訴提起の要件となっている(96条)。もちろん、公正取引委員会には、独占禁止法違反行為があった

と思料する場合には告発せねばならないとされている（73条1項）が、これは訓示規定であるとされている。そこで、告発権を公正取引委員会のみで与えることは狭きに失するとの批判がなされている⁽²¹⁹⁾。しかし、本稿のように公正取引委員会中心の執行をなすべきとする立場によるならば、公正取引委員会の第一次的判断権を奪う方向での立法は好ましいことではない。もっとも、その判断権は適正に行使されねばならず、何らかの手段で民主的コントロールを図る必要がある。例えば検察審査会制度も参考になるであろうし、「特別調査官」を新設して再調査を行わせるべき⁽²²⁰⁾とする説もある。一定の要件を備えた申告・通知があれば審査開始義務を負わせ、法的処分を行わない場合には当該申告者・通知者の請求により不処分理由の告知義務を課するのが現行法（45条3項）であるが、これに対する抗告訴訟は立法論としても好ましくないと考えられる。

三 専属管轄

現行法上、独占禁止法に関する訴訟事件の多くは東京高裁の専属管轄である。しかし、公正取引委員会の事務所が各高裁所在都市にあり、かつ全てが審査部門を備えるに至った現在、東京以外の高裁の管轄を否定する理由に乏しいといわざるをえない。したがって、東京高裁の事務処理負担を軽減するためにも、訴訟当事者の便宜のためにも、管轄権を各高裁に与えるべきである。同時に、告発先も検事総長ではなく各高検とし、不起訴処分の場合に内閣総理大臣への報告を義務づける制度も廃止することで、刑事告発における意味の薄い「重さ」を排除すべきである⁽²²¹⁾。

第七節 執行の透明性確保

第一章で検討したように、競争法の部分的ハーモナイゼーションの実現を目指す本稿の立場からは、独占禁止法の執行力強化のみならず執行の透明性の確保も重要な問題である。執行が不透明であると現実の違法性判断基準が不明確になり、予測可能性が低下して競争条件の不均等の原因とな

るからである。

この点、公正取引委員会は各種ガイドラインを積極的に公表しており、また1990年度からは警告事件も原則として公表している。これらは現実の違法性判断基準を明らかにする上で非常に有用ではあるが、ガイドラインは広く妥当させるために抽象的たらざるをえないし、警告事件の公表も概要だけであって、どうしても具体性に欠ける傾向がある。そこで、ある程度具体的な事実と法の適用とが公表される勧告審決を積極的に活用すべきである。競争制限的か競争促進的かを問わず、透明性に欠ける行政指導の多用は好ましいことではないのである⁽²²²⁾。

第五章 終わりに

以上、検討してきた私見は、民刑事峻別の原則（および二重の危険禁止の法理）の例外を認めるための基準という、より詳細な分析と研究が必要な問題を抱えている。この基準を提示しうるまでに研究が至らなかったため、単なる問題提起に留まらざるをえないことは残念である。また、競争法の執行力を考えるためには、入札制度など独占禁止法以外の法制度も同時に検討する必要があるはずであるが、本稿ではそこまで踏み込むに至らなかった。手続法の面での立法論・解釈論を含めて、このような点をさらに研究してみたいと考える。

注

- (1) see "Introduction and Recommendation of ABA Antitrust Law Section's Special Committee on International Antitrust" 62 ATRR 161.
- (2) 松下満雄「独占禁止法の国際的ハーモナイゼーション（上）」国際商事法務20巻9号1031頁。
- (3) 競争法を世界経済の唯一の共通ルールとまで評する論者もいる。村上政博「日米関係における独占禁法の役割」NBL502号11頁。
- (4) 例えば、国際反トラスト法研究会（International Antitrust Code Working Group）による国際反トラスト法案（Draft of International Anti-

- trust Code) が、この立場である。65 ATRR SplSupp, 8/19/93.
- (5) 例えば、前掲注1のABA報告書がこの立場である。
- (6) フランス国務院 (Conseil d'Etat) は、1989年10月20日のNicolo判決において、ようやくEC司法裁判所との実体上の協力 (coopération matérielle) に着手している。ピエール・ボナシ「EC裁判所とヨーロッパ共同体の司法制度」小島武司他編フランスの裁判法制 (中央大学出版部、1991) 298頁参照。
- (7) 詳細は松下 前掲注2, 1036頁以下および同論文の注17-20参照。
- (8) このハヴァナ憲章の一部が、GATTの前身である。
- (9) GATTのウルグアイラウンドでは、知的財産権に関する最低の保護水準を定めた協定 (TRIPs) が成立している。このように、最低水準だけを国際協定で定めることによって各国の制度の差異を減少させる手法は、将来行なわれるであろう競争法に関する国際協定にとって重要な先例となると思われる。
- (10) 本稿では、「EC」の語を、旧EECと現EC双方を指すものとして用いる。
- (11) U.S. Const. art.I, §8, cl.3
- (12) ペンシルバニア州とバーモント州の州法には反トラスト法が存在しないが、入札談合を禁止する規定や一定の不正な取引を禁ずる規定は存在する。
- (13) Sherman Anti-Trust Act, 15 U.S.C. §§1-7.
- (14) Clayton Anti-Trust Act, 15 U.S.C. §§12-27.
- (15) Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§41-58.
- (16) 連邦調達規則 (Federal Acquisition Regulation; FAR) 48 C.F.R. §9.405 (1994).
- (17) 48 C.F.R. §9.406-4 (a) (1994).
- (18) 48 C.F.R. §9.407-2, §9.406-2 (1994).
- (19) 48 C.F.R. §9.402 (b) (1994).
- (20) Schine Chain Theatres, Inc., v. United States, 334 U.S. 110 (1948).
- (21) California v. American Stores Co., 110 S. Ct. 1853 (1990).
- (22) False Claims Act, 31 U.S.C. §§3729-3731.
- (23) 代替的な最高額として、それぞれ違反による利得または与えた損害の2倍以下、を選択することもできる。
- (24) 48 C.F.R. §52.203-2 (1994).
- (25) 48 C.F.R. §52.214-4 (1994), 18 U.S.C. §1001.
- (26) 談合の具体的内容が立証できなくても、独立価格決定証明が虚偽であったことの立証は可能である場合も多い。
- (27) Robinson-Patman Act, 15 U.S.C. §13a.
- (28) 18 U.S.C. §§3551-3581に基づき、連邦量刑委員会 (Federal Sentencing Commission; 28 U.S.C. §994) が制定する。
- (29) 入札談合は価格協定よりも重く処罰される。量刑ガイドラインは、その理由を「取引額は事件の重大性を過少に示すものである」ことに求めている。
- (30) 量刑ガイドラインは、損失を利得の2倍とした理由を、「当該商品を高い価格では購入できない、または他の理由で購入しない消費者に侵害が及んでいること等の理由による」としている。
- (31) William M. Landes, "Optimal Sanctions for Antitrust Violations" 50 U. Chi. L. Rev. 652.
- (32) 村山楨ほか「欧米独禁法事情(2)」NBL481号19頁以下。
- (33) 村上正博「独占禁止法の日米比較—政策、法制、運用の相違 [下]」(弘文堂、1992) 115頁。
- (34) 66 ATRR 166.
- (35) 1970年組織犯罪規制法 (Organized Crime Act of 1970, 18 U.S.C. §6002) による。
- (36) The Antitrust Civil Process Act, 15 U.S.C. §§1311-1314.
- (37) 正確には、行為類型ごとに検討する必要がある。村上政博「アメリカ独占禁止法—シカゴ学派の勝利」(有斐閣、1987) 159頁以下参照。
- (38) Hannover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968).
- (39) Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

- (40) *Kansas & Missouri v. Utilicorp United, Inc.*, 110 S.Ct. 1519 (1990).
- (41) *California v. ARC America Corp.*, 109 S.Ct. 1661 (1989).
- (42) *Glen Eden Hosp., Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*, 740 F. 2d. 423 (6th Cir. 1984).
- (43) *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251 (1946); *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100 (1969).
- (44) *Truett Payne Co., Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 451 U.S. 557 (1981).
- (45) これに対して、日本の民事裁判所は、原告の主張が50%よりも大幅に立証されなければ原告勝訴の判決を出さない。最判昭50年10月24日民集29巻9号1417頁。
- (46) *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977); *Cargil, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.* 479 U.S. 104 (1986); *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 110 S.Ct. 1884 (1990).
- (47) *Cargil, Inc. v. Monfort of Colorado*, supra note 46.
- (48) *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, supra note 43.
- (49) 損害額算定の際に不可避免的に生じる問題を指摘するものとして、Jeffrey H. Howard & David Kaserman, "Proof of damages in construction industry bid-rigging cases" 34 *Antitrust Bull.* 364.
- (50) 賠償金を支払うのは陪審員本人ではないため、原告側弁護士の主張になびきやすいという分析もなされている。David McIntosh, "Without Malpractice Reform, Forget Health-Care Reform", *Wall St. J.*, Sept. 22, 1993, at A19.
- (51) 具体的な損害額の算定に関する方法論は、村上前掲注33, 106頁以下参照。
- (52) *Malcolm v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 845,861 (5th Cir. 1981).
- (53) *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, supra note 43.
- (54) 石田英遠「米国独禁法民事訴訟の留意点(上) —損害賠償額の認定をめぐって—」公正取引489号9頁。
- (55) *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Corp.*, 392 U.S. 134 (1968).
- (56) *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).
- (57) 松下満雄「アメリカ独占禁止法」(東京大学出版会, 1982) 415頁以下。
- (58) "Commentary: Antitrust and International Competitiveness" 58 *Antitrust L. J.* 592におけるWood発言。もっとも、訴訟が過大か否かという判断は、すぐれて主観的なものである。
- (59) Christopher D. Stone, "Large organizations and the law at the pass: Toward a general theory of compliance strategy" 1981 *Wis. L. Rev.* 865.
- (60) シャーマン法改正が法人に対する罰金額に与えた変化を分析するため、時系列モデルを基礎とする介入分析を行なった。ここで用いた介入分析の統計理論については、G.P.E. Box & G.C. Tiao, "Intervention Analysis with Applications to Economic and Environmental Problems" 70 *J. AM. STAT. ASS'N.* 70 (No. 349, 1975)参照。ATRRL誌掲載の量刑速報を基にして、1983年7月～1994年6月の四半期ごとの平均を求め、10を底とする対数変換を行って44の観測点からなる原データとした。介入項 I_1 : 1990年11月1日のシャーマン法改正, I_2 : 1991年11月1日の量刑ガイドライン改正として分析を行った結果、最尤モデルは時間軸に対して水平、定数項は5.0123であった。定数項以外の介入項のパラメータはt統計量が絶対値で1.80以下であり、 $\alpha = 5\%$ でパラメータが0であるとの帰無仮説を棄却できなかった。すなわち、シャーマン法改正は罰金水準の上昇をもたらしたのではなく、その運用にあたって「天井」を上げる効果があったにすぎないことを意味する。事実、法改正前には上限である100万ドルの量刑があった事件も決して珍しくないが、改正後に1,000万ドルの量刑がなされた事件はない(本稿脱稿後, ICI Explo-

- sives USA, Inc.社に1,000万ドルの量刑がなされたとの報道に接した。68 ATRR 294.いくつかの訴因の合計額なのか,それとも1訴因のみなのかは不明である)。
- (61) 競争法規定について, Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, case 14/68, [1969] ECR 1。ただし,本事件でEC司法裁判所は,EC法の統一的適用を損なわない限り,EC競争法適用事件でも構成国国内官庁が国内法に基づく手続を進めうると判示している。
- (62) Van Gend en Loos v. Nederlandse administratie der belastingen, case 26/62, [1963] ECR 1で初めて直接適用性が判示され, Ahmed Saeed v. Zentrale, case 66/86, [1989] ECR 803でローマ条約85条(カルテル規制)・86条(優越的地位の濫用規制)も直接適用性を有することが確認された。
- (63) Consten and Grundig v. Commission, case 56 & 58/64, [1966] ECR 299.
- (64) Cementhandelaren v. Commission, case 8/72, [1972] ECR 977.
- (65) Commission's Notice on Agreements of Minor Importance, [1986] OJ C231/2.
- (66) Hugin v. Commission, case 22/78, [1979] ECR 1869.
- (67) Michelin v. Commission, case 322/81, [1983] ECR 3461.
- (68) Suiker Unie and Others v. Commission, case 40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73, [1975] ECR 1663.
- (69) Philip Morris case; BAT and Reynolds v. Commission, case 142 & 156/84, [1987] ECR 4487.
- (70) Continental Can Co., Inc. v. Commission, case 6/72, [1973] ECR 215.
- (71) Council Regulation No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, [1990] OJ L257/14.
- (72) Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, case 56/65, [1966] ECR 235.
- (73) de Geus v. Bosch, case 13/61, [1962] ECR 45.
- (74) de Bloos v. Bouyer, case 59/77, [1977] ECR 2359.この事件のAdvocate-Generalは絶対的有効性 (absolute validity) と表現している。
- (75) Brasserie de Haecht v. Wilkin, case 48/72, [1973] ECR 77.
- (76) もちろん,構成国国内裁判所が当該協定のローマ条約85条1項該当性を否定するならば,当該協定を有効と扱うことができる。
- (77) このような問題は,個別的適用除外を与える権限がEC委員会にのみ存することに由来している。そこで,マーストリヒト条約B条およびローマ条約3 b条に定められた補完性 (subsidiarity) 原則に基づき,規則17号を改正して各構成国の競争当局にも個別的適用除外を認める権限を与えるべきであるとする主張もある。Dieter Wolf/Reinhard Fink, "Mit der Verordnung Nr. 17 ins Nächste Jahrtausend?", WuW, April 1994, S. 289-293.
- (78) Commercial Solvents v. Commission, case 6 & 7/73 [1974] ECR 223.
- (79) GVL v. Commission, case 7/82, [1983] ECR 483.
- (80) Zinc Producer Group case; [1984] OJ L220/27.
- (81) Commercial Solvents v. Commission, supra note 78.
- (82) Pioneer case; Musique Diffusion Française v. Commission, case 100-103/80, [1983] ECR 1825.
- (83) Id.
- (84) Quinine case; Boehringer Mannheim v. Commission, case 7/72, [1972] ECR 1281におけるAdvocate-Generalの意見参照。
- (85) EC Commission, Fifteenth Report on Competition Policy, 1986, points 38-43.
- (86) Notice on Cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, [1993] OJ C39/6.
- (87) CICCE v. Commission, case 298/83, [1985] ECR 1105.

- 独占禁止法の執行力強化と国際的ハーモナイゼーション
- (88) A, M & S Europe Ltd. v. Commission, case 155/79, [1982] ECR 1575. 社内弁護士とのやりとりを利用して過料額を決定した例として, John Deere case, [1985] OJ L35/58がある。
- (89) Orkem v. Commission, case 374/87, [1989] ECR 3283.
- (90) 「海外競争当局との意見交換の概要について」公正取引483号43頁。
- (91) Camera Care Limited v. Commission, case 792/79R, [1980] ECR 119.
- (92) Procureur de la République v. Guerlain, case 253/78 and 1-3/79, [1980] ECR 2327.
- (93) Commission Notice on Procedures concerning notifications pursuant to Art. 4 of Council Regulation 17/62, [1983] OJ C295/6.
- (94) Supra note 92.
- (95) Supra note 92.
- (96) 立証問題の詳細は, 村上正博「EC競争法」(弘文堂, 1995) 347頁以下参照。
- (97) Cement, [1994] OJ L343/1. イタルセメント社の約3,250万ECUを含めて, 1,000万ECU以上の過料が課された会社は7社に及んでいる。
- (98) 1994年12月1日付朝日新聞(夕刊)参照。
- (99) Tetra Pak II, [1992] OJ L72/1.
- (100) 日本法独特の規制として持株会社の禁止などがあり, その他確定審決違反の罪などの手続違反にも刑事罰を科しているが, 本稿では割愛する。
- (101) 対象となるのは公の入札や競売だけであり, 私的入札についての談合は不当な取引制限にあたらぬ限り不可罰である。かかる差異は, やはり官尊民卑の考え方の名残なのであろうか。
- (102) 最一判平元年12月14日 民集43巻12号2078頁。
- (103) 大判明36年7月3日 刑録9輯1202頁, 平野龍一「刑法総論I」(有斐閣, 1972) 115頁。
- (104) 松下満雄「経済法概説」(東京大学出版会, 1992) 139頁以下。
- (105) 鶴岡灯油訴訟最高裁判決(最二判平元年12月8日 民集43巻11号1059頁)。
- (106) 岐阜商工信用組合事件最高裁判決(最二判昭52年6月20日 民集31巻4号449頁), 松下 前掲注
- 104, 217頁, 今村成和「独占禁止法 [新版]」(有斐閣, 1978) 221頁以下, など。
- (107) 松下 前掲注104, 215頁以下参照。
- (108) 加藤秀樹「課徴金の引上げに係る独占禁止法の改正について」公正取引487号18頁以下。現行法の水準で, 情状とは関わりなく過大な負担がありうる点に注意を要する。
- (109) 田中利幸「行政制裁と刑罰との併科」団藤重光先生古希記念祝賀論文集第三巻(有斐閣, 1984) 112頁, 125頁。
- (110) 公正取引委員会年次報告平成5年版16頁。
- (111) 予算決算及び会計令71条1項2号, 地方自治法施行令167条の4第2項2号。
- (112) 指名停止は刑事罰ではなく, しかも有罪の判決によらずに不利益を課すものである。このような「疑わしきは排除する」制度は法の明文に反しており, 解釈で長期の指名停止を根拠づけるのは限界があるとの指摘もある。碓井光明「公共契約をめぐる法律問題(一)」自治研究62巻9号75頁参照。
- (113) 伊従寛「独占禁止法違反行為に対する行政処分・課徴金と刑事罰」ジュリスト996号82頁。
- (114) 例えば, 石油カルテル(生産調整)事件東京高裁判決(東京高判昭55年9月26日 判時983号22頁)。
- (115) 公正取引委員会は, 1991年5月に「独占禁止法違反行為に係る損害賠償請求訴訟に関する資料の提供等について」を公表し, 民事訴訟にも積極的に協力していくこととした。
- (116) 公正取引研究会編「実務独占禁止法」(第一法規, 1992) 3531頁。
- (117) 東京高判昭52年9月19日 行裁例集28巻9号938頁。
- (118) 刑事の場合には専属告発制度があるため, 被疑者に刑事責任を問いうるかについての公正取引委員会の一応の判断が行われているといえる。しかし民事の場合には, 違法行為の存在について公正取引委員会の判断があるにすぎず, 損害額や因果関係についての判断はない。公正取引研究会 前掲注116, 3531頁は民事事件についても公正取引委員会の専門性を根拠に求めるが, 説得力に乏しい。

- (119) 松下 前掲注104, 197頁。
- (120) エビス食品企業組合不作為違法確認請求事件 (最一判昭和47年11月16日 民集26巻9号1573頁)。
- (121) 今村成和「独占禁止法と行政指導」公正取引526号17頁。
- (122) 最三判昭53年4月4日 民集32巻3号515頁。
- (123) 最三判昭50年11月28日 民集29巻10号1592頁。
- (124) 最三判昭53年3月14日 民集32巻2号211頁。
- (125) このように原告適格の範囲を厳格に解することは、学説の強い反対を受けている。原田尚彦「消費者の不服申立適格」独禁法審決・判例百選(第2版)225頁, 向田直範「消費者の不服申立適格」独禁法審決・判例百選(第3版)192頁, 渋谷達紀「公正競争規約の認定に対する消費者の不服申立適格」独禁法審決・判例百選(第4版)240頁, など参照。
- (126) 前掲注105。
- (127) 最一判昭62年7月2日 民集41巻5号785頁。
- (128) 前掲注127。
- (129) 東京高判昭52年9月19日 高民集30巻3号247頁。
- (130) 前掲注122。
- (131) 「独占禁止法違反に対する刑事告発に関する方針」平成2年6月20日 公正取引委員会年次報告平成3年度版46頁。
- (132) 東京高判平5年5月21日 判時1474号31頁で有罪(確定)。
- (133) 東京高判平5年12月14日 判タ840号81頁で有罪(確定)。
- (134) 1995年3月7日付朝刊各紙。日本の基幹産業に対しても刑事告発を行った点が注目に値する。
- (135) 刑事罰の抑止効果には、経済的不利益から生じる側面と、責任非難を受けて違法意識が高まったために生じる側面とがある。後者の側面を重視するならば、刑事訴追は長期かつ恒常的に行われねばならない。松原英世「刑事制裁によるカルテル規制政策について」法と政治46巻1号181頁参照。
- (136) 大阪高判平5年7月30日 判時1479号21頁。
- (137) 東京地判平5年9月16日 判時1469号25頁。
- (138) 東京地判平5年3月29日 判時1457号92頁。
- (139) 東京高判平6年9月14日 判時1507号43頁。
- (140) 価格決定メカニズムや流通ネットワーク構築に対して国家が(司法権という形であれ)介入することに慎重な見解として、川越憲治「資生堂東京販売事件控訴審判決の概要」NBL554号7頁, 555号19頁。
- (141) 前掲注137。
- (142) 1994年8月4日付日本経済新聞参照。
- (143) 以下の分析につき、村上政博「独占禁止法の日米比較[下]—政策・法制・運用の相違」(弘文堂, 1992)1頁以下参照。
- (144) ドイツでは、GWB法第六次改正によるEC法とのハーモナイゼーションが論じられている。Hermann-Josef Bunte, "Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle", WuW, Januar 1994, S. 5参照。
- (145) 法律学者には、これを市場支配力(market power)で説明する者が多い。しかし、市場支配力なき企業によるカルテルも、その他の企業がアウトサイダーとして協定と共同歩調をとれば安定的に成立するのである。市場支配力を有する大企業にとって、自分に不利益な協定ならば共同歩調をとらなければよく、しかも協定に参加しなかったことは公正取引委員会の調査の際に有利に働くと期待できる。少なくともこの局面では、独占禁止法の法文上存在しない「市場支配」概念の存在意義は薄い。
- (146) 神山敏雄「独占禁止法におけるサンクション体系」岡山大学法学会雑誌40巻1号45頁。
- (147) 競争政策を経済政策の一環であるとする立場による限り、この点は大きな長所である。
- (148) 松下 前掲注104, 217頁。
- (149) 今村 前掲注106, 221頁。
- (150) 具体例は、後掲注165参照。
- (151) Barry E. Hawk, "The International Application of the Sherman Act in its Second Century" 59 Antitrust L.J. 168.
- (152) 上杉秋則「米国司法省における事件処理手続(上)」公正取引510号46頁。
- (153) 村山眞, 山口廣「欧米独禁法事情」NBL481号19頁, 484号53頁。
- (154) EC競争法自体には民事訴訟規定がなく、このよ

うな配慮は不要である。構成国の国内競争法も、多くは民事訴訟を重要視していない。

- (155) 前掲注122。
- (156) 61 ATRR 376で報じられたブリタン卿の発言。
- (157) 本文で前述したように、日本法をどこまで強化すればいいのか、については明確な回答がない。独占禁止法のハーモナイゼーションが当然に執行強化を意味するわけではないのである。ただ、現在の状況をみる限り、いずれ形成されるであろう国際的な共通認識の下で「適正」とされる水準が、日本の現行法よりも厳格であろうことは想像に難くない。
- (158) 郷原信郎「独占禁止法の刑事罰適用をめぐる諸問題（上）」公正取引510号25頁。
- (159) 戦後すぐの民主化政策に続く第二の民主化が求められている、と表現する論者もいる。杉山洋二「競争政策と国際情勢」公正取引483号22頁参照。
- (160) 「日本型」という第三の型があるとも考えうるが、あまり目的合理的な型ではない。
- (161) 松下 前掲注104, 28頁。
- (162) その理由として、刑事罰が日本の法的伝統や風土に合致していなかったためであるとの理解が常識的である。松下満雄「独占禁止法の執行」経済法学会年報13号10頁。
- (163) 松下満雄「日米構造問題協議と経済制度調整」ジュリスト965号20頁参照。
- (164) 例えば、いわゆるゼネコン汚職事件にからんで、「たとえ会長、社長がわいろを指示したとしても、部下がかばって罪をかぶるのが、建設業界の常識だ」と発言するゼネコン幹部があり、「会社のためと思ってやったことだろうから、反感は持ちません」と話す社員がいたと報道されている。1993年9月21日および23日付朝日新聞。
- (165) 企業トップの場合、「会社のため」であっても私法上の責任を免れないとする傾向が生じつつある。東京地判平6年12月22日判タ864号286頁は、贈賄について元常務取締役の商法上の責任（商法266条1項5号）を認めている。また、野村証券損失補填事件に対する東京地判平5年9月16日判時1469号25頁では、傍論ながらも独占禁止法を商法266条1項5号の「法令」にあたるとしている。

- (166) Mark Ramseyer, "The Cost of the Consensual Myth: Antitrust Enforcement and Institutional Barriers to Litigation in Japan" 94 Yale L.J. 604.
- (167) 特に、継続的取引関係においては顕著である。六本佳平「裁判所外の紛争解決」川島武宜 編 法社会学講座6 紛争解決と法2（岩波書店、1972）109頁、および内田貴「契約の再生」（弘文堂、1990）116頁以下参照。
- (168) 例えば、最一判昭46年11月4日判時654号57頁では、訴訟当事者の利害関係の分析が多数意見と大隅裁判官とで異なっており、それが結論にも影響を与えうることが指摘されている。
- (169) Ramseyer, supra note 166は、「和」の精神を強調する分析に対して、このような者の存在を忘れていていると批判している。
- (170) 映画「12人の怒れる男たち」のストーリーが成立するためには、意見があるらしいから聞いてみよう、と発言する老人と、それを是とする人々と、提出された意見を理解し吟味する知識・能力が不可欠なのである。
- (171) 塩野宏「行政法I」（有斐閣、1991）191頁、実方謙二「独占禁止法 [新版]」（有斐閣、1992）230頁、田中誠二=久保欣哉「新版 経済法概説（三全訂版）」（千倉書房、1990）149頁など。なお、今村 前掲注106, 345頁は、刑罰ではないが制裁であるとし、後掲注172の最高裁判決を引用する。
- (172) 最大判昭和33年4月30日 民集12巻6号938頁。
- (173) 所得税法につき、最二判昭45年9月11日 刑集24巻10号1333頁。法人税法につき、最二判昭45年3月13日 判時586号97頁、最一判昭36年7月6日 刑集15巻7号1054頁。
- (174) 田中利幸 前掲注109, 121頁以下。
- (175) 阿部泰隆「課徴金制度の法的設計」国際化時代の行政と法 成田頼明先生横浜国立大学退官記念（良書普及会、1993）120頁以下。
- (176) 西田典之「独占禁止法における刑事罰の強化について」経済法学会年報13号77頁。
- (177) 独占禁止法に関する刑事罰研究会報告書（公正取引501号27頁）参照。

- (178) 来生新「独禁法の運用強化—課徴金」ジュリスト965号34頁。
- (179) 阿部 前掲注175, 130頁以下。
- (180) もっとも、課徴金の納付を命ずるには審決が必要であり、審判手続に移行するか否かという点で裁量の余地がある。
- (181) 憲法31条につき最判平4年7月1日判時1425号45頁、憲法35・38条につき最判昭47年11月22日刑集26巻9号554頁。芦部信喜「憲法」(岩波書店, 1993) 182頁など。
- (182) 臼井滋夫「行政罰則とその手続きをめぐる若干の問題—独禁法罰則を中心に—」福田平・大塚仁博士古希祝賀記念論文集刑事法学の総合的検討(上)(有斐閣, 1993) 483頁以下参照。
- (183) 田中英夫=竹内昭夫「法の実現における私人の役割」(1987, 東大出版会) 140頁参照。
- (184) 田中=竹内 前掲注183, 172頁。
- (185) この点、合衆国では刑事手続にのみ適用されると解釈されている。第8修正(過重な罰金刑の禁止)につき、*Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.*, 109 S.Ct. 2909 (1989)。また、第14修正(適正手続条項)についても、*Pacific Mutual-Life Insurance Co. v. Haslip*, 59 LW 4157 (1991)で連邦最高裁は、裁判所による陪審評決の具体的・実質的審査が可能であれば憲法上の要請を満たすとしている。さらに、同判決は、シャーマン法が明確性を欠くとの主張を、脱法防止の観点から退けている。
- (186) 船員法116条にも同趣旨の規定がある。
- (187) トリオ工業事件(東京地判昭30年7月12日 労民集6巻4号494頁)。
- (188) 最二判昭51年7月9日判時819号91頁。
- (189) 労働省労働基準局編著「全訂版労働基準法 [下]」労働法コンメンタール3(労務行政研究所, 1988)954頁、有泉亨「労働基準法」法律学全集47(有斐閣, 1963) 60頁、など。
- (190) もっとも、同条が合衆国流の「適正手続」を保障していると読んでいるのは解釈によるものであるし、現実の刑事訴訟手続においても手続法の全面的優位を承認しているわけではない。日本では「適正手続保障」を後退させることによる真実発見への指向性が強く現れている。松尾浩也「刑事訴訟法上 [補正第二版]」(弘文堂, 1987) 15頁以下。
- (191) 加藤一郎「不法行為 [増補版]」(有斐閣, 1974) 228頁。
- (192) 樋口範雄「制裁的慰謝料論について—民刑峻別の「理想」と現実」ジュリスト911号22頁。
- (193) 加藤 前掲注191, 135頁。
- (194) 樋口 前掲注192, 24頁。
- (195) 田中=竹内 前掲注183, 173頁。
- (196) 樋口 前掲注192, 24頁。また、森永砒素ミルク事件を契機として、刑事事件に民事的要素を取り込もうとする主張もなされている。すなわち、加害者に民事での和解に応じさせる手段として、刑事裁判官が過失を緩やかに解することを肯定しようというのである。三井誠「過失犯における予見可能性と個人の監督責任の限界」ジュリスト552号38頁。
- (197) 小島武司「私的制裁としての損害賠償」法学セミナー1972年2月号23頁参照。
- (198) この点、田中 前掲注109, 113頁は、「一方の制裁の目的が他方のそれを越える等、両制裁間で目的が相互に重ならない場合、両制裁の保護する利益が異なる場合、両制裁の手続き間で関連性を持たせることが困難な場合、一方が他方の加重類型である等から生じうる、他方を待たずに一方を科す緊急性の高い場合等」という基準を提示する。しかし、かかる基準では、労働基準法114条の附加金制度を肯定することができるのかどうか疑わしい。
- (199) 公正取引委員会年次報告平成2年度46頁。
- (200) 西田 前掲注176参照。
- (201) 神山 前掲注146, 36頁。
- (202) 本稿では割愛しているが、排除措置命令を軽視しているわけではない。制裁を金銭に限るのは有害無益であり、より有効な排除措置命令の出し方を研究する必要は大きい。実方謙二「反トラスト法による排除措置の運用状況の分析」北大法学論集44巻4号1031頁。
- (203) 中止犯に対して刑の必要的減免を肯定(刑法43条但書)し、自首に対して刑の任意的減軽を肯定(刑法42条1項)している。

- (204) いわゆる下水道談合事件では、発注者たる下水道事業団自身が受注予定者に対して談合を指示していたとされている。前述の通り、発注者たる法人の刑事責任を問うことは不可能であり、本事件でも担当者が幫助犯として起訴されるにとどまっている。刑法典自体の改正論はひとまずおき、独占禁止法だけでも発注者たる法人を刑事処罰しようよう改正することが望まれる。通常の場合、独占禁止法3条違反行為は法人という組織を利用した犯罪なのである。
- (205) 田中=竹内前掲注183, 173頁以下参照。
- (206) エドウィン仮処分事件 大阪地決平5年6月21日 判時1490号111頁(確定)。
- (207) 松下 前掲注104, 211頁, 今村 前掲注106, 229頁。
- (208) 前掲注122。
- (209) 松下満雄「課徴金と刑事罰」法律時報47巻2号59頁。
- (210) 松下 前掲注209, 59頁は課徴金納付命令の手續と併合すべきであるとするが、行政手續と司法手續との併合は困難であろう。
- (211) マーク・ラムザイヤー「法と経済学日本法の経済分析」(弘文堂, 1990) 166頁。
- (212) 値下げ交渉に失敗した元請会社は、部品を海外に発注するかもしれない。現行法が本当に経済的弱者保護に成功しているのかは、別途論じられるべきであろう。
- (213) 米倉明「法律行為(27) —公序良俗違反の法律行為」月刊法学教室70号52頁以下参照。
- (214) 松下 前掲注104, 133頁以下。
- (215) 根岸哲「民法と独占禁止法(下)」法曹時報46巻2号15頁および注4参照。
- (216) 独占禁止法は「公正且つ自由な競争」を維持するための法である(1条)が、伝統的通説は「公正」=「自由」と解する。田中=久保 前掲注171, 89頁など。しかし、「自由かつ自由な競争」は同義反復であり、解釈論として妥当ではない。「公正」の語は、生産者や消費者など取引関係者間の利得分配を含めた広い意味で用いられていると解すべきである。松下前掲注104, 39頁以下。なお、実方 前掲注171, 246
- 頁, 今村 前掲注106, 96頁も参照。
- (217) 自由経済を理論化したアダム・スミスが経済倫理学者であったことは示唆に富む。
- (218) 前述した下水道談合事件においては、公正取引委員会の審査能力を疑問視する報道が一部になされている。1995年3月7日付朝日新聞参照。
- (219) 例えば, 松下 前掲注104, 219頁。
- (220) 今村成和「独禁法改正と公取委改組論」法時47巻2号72頁。
- (221) 岩村修二「独禁法の抑止力強化の動向について —刑事罰の積極活用を中心として」判例タイムズ737号37頁以下, 根岸哲「公取委と独禁法の執行力・抑止力の強化」法時66巻7号24頁, 参照。
- (222) 村上政博「日米関係における独禁法の役割」NBL502号18頁。