

⑥ 課徴金制度の改革をめぐる論点

岸井大太郎教授（法政大学法学部）

ただ今ご紹介にあずかりました岸井です。研究会にメンバーとして参加させていただきましたので、そういうことでわかる点も含めてお話をしたいと思いますけれども、私がこれからお話しすることは、もちろん私自身の考えではあるのですけれども、きょうお話しいただいた安保先生はじめさまざまなメンバーの方々、それから多くの研究者の方々と議論して、それに非常に多くを負っているわけでありまして、そういうなかでの私の考えである、もちろん責任は私にありますけれども、そういうことでお話をさせていただければと思います。

それから、お話しする際に、基本的な問題点については、先ほどの諏訪園さんのご報告、それから大西さん、安保さん等の報告、松葉さんの非常に詳しい実態についての報告でかなり議論が出ていると思いますので、私は、特に今回の改正案に対する各種の反対論に焦点を当てて議論していきたいと思います。

当然、反対論といってもいろいろあるわけですし、もちろん、さまざまな建設的な、あるいはくむべき批判もあるわけですが、今回の改正に関する議論をみえますと、少しきつい言い方をすると、ためにすると言っては語弊があるかもしれませんが、議論が進むこと自体を妨げるというか、遅らせるというか、ストップさせるというか、そのようなかたちでされている議論も少なくないと思受けられるわけでありまして。そういうのをなるべく腑分けして建設的な議論が進むといえますか、まさにこれが立法をするときの民主主義の基本だと私は思いますので、そのような観点からお話をしていきたいと思います。もちろん、すべてに触れることはできませんので、必要な点は適宜またディスカッションなどで補っていただければと思います。

それでは、お配りしました資料の61頁に

簡単なレジメを作ったので、これに沿って順番にお話をしていきたいと思います。

最初に「課徴金制度の位置づけ」ということです。先ほど安保さんも、なんのための課徴金なのかということをお話してくださいましたけれども、これは独禁法の実効性を確保するというで、基本的には、企業に経済的な負担を課すことで違反行為を抑止する制度と位置づけることができるわけです。

私の資料の66頁に、独禁法で最初に課徴金が導入されたときの、これは当時——昭和48年ですけれども——、独禁法研究会の座長をされていた金沢良雄先生が定式化したものですけれども、66頁の左側の「このうち、」というところに書いてありますが、「企業に対し、独禁法違反行為を行うことは損であるとの認識を与えることによる予防効果」を発揮させる、こういう説明が当初からなされていたわけでありまして。そのあと、立法の過程でいろいろな修正が加えられていくわけですが、基本的にはこういうところから出発しているわけです。

これは、法律的な性格としていいますと、行政上の措置、あるいは広い意味での行政的制裁と位置づけられております。これは東大の行政法の宇賀さんが非常に簡明な定義をしておりますが、「行政上の義務違反を理由として、違反者に不利益な効果を及ぼし、将来の違反行為も抑止しようとする性格をもった刑事罰以外の制裁をいう」と説明、整理をされているわけです。

このようにみますと、これは、いわゆる民事的救済、損害賠償とか不当利得、それから刑事罰と並ぶ第3のグループと整理できるわけで、そういうものとして認められているわけです。これは例えばアメリカでは「民事罰」、EUでは「制裁金」という言い方をしておりますが、日本では「課徴金」とか、あるいは

租税法の加算税などがこれに該当するのではないかと思います。

ところで、この課徴金の性格をめぐって、特に経済団体から、これは制裁ではないかという議論がなされているわけです。この議論が問題を非常にわかりにくくしているというか、混乱させている面があると思います。

というのは、そもそも制裁といっても、刑事制裁と行政制裁は性格が違うわけですから、いろいろな意味がある。多義的なわけです。そうすると、なんらかの制裁性があるかどうかというかたちで、いわば二元的な議論をして、どちらかというかたちで議論をしていても、例えば二重処罰の問題はどうか、あるいは、制度的にどういう手続的な手当てをしていかなければいけないのかについて、一義的な判断がそこから導かれるわけではないわけです。これは制度の具体的な内容に即して個別的に議論をしなければいけない問題なわけです。これを制裁か否か、あるいは不当利得か制裁か、このようなかたちで二元的な議論をしてしまいますと、きわめて短絡的で硬直的な議論になってしまいます。

これは行政法の高木先生が言っておられますが、不当利得か制裁かというかたちで二元論を立ててしまうと、これは結局、民事か刑事かと言っていることで、第3のグループの行政法はそもそも存在しない。世界の法律システムの中で、民事システムと刑事システムの二つしかないという非常に一面的な世界、こういうかたちで議論をいわば狭いところに押し込めようとしている、そのような批判をしておりますけれども、まず、この点を議論するときの出発点として、私は注意をしなければいけないと思います。

その次に、論点の2番目として「刑事罰との併存」というところです。最初に土田先生から論点の整理をしていただきましたけれども、刑事罰のみでやる方法もあります。それから、課徴金のみでやる方法も選択としては考えられます。どうしてこういう方法をとら

ないで、両方を組み合わせる方式をとったのかということ、経済界などからは、どちらかにすべきではないか、こういうかたちで批判がなされているわけです。

これについては、私の資料の64頁から65頁ぐらいのところに書いてありますので、そちらを参照しながらお聞きいただきたいのですが、刑事罰のみで抑止効果を発揮させるのが非常に難しいことは、研究会でももちろんそうでしたが、この点はあまり異論がないのではないかと。刑事罰の場合は、個人の実行行為者を具体的に特定する。そのために膨大な証拠を集めなければいけません。それから、実際に起訴まで持ち込んだとしても、厳格な刑事訴訟の手続ありますから、おそらく刑事事件としてやろうとすると、年に数件やるのでもものすごいエネルギーを使うと思います。こういう方法は、まったく不可能ではないですけれども、逆に、重大な事件しか法的な処分が下されないという危険を生むということはしばしば指摘をされているわけです。

アメリカは、刑事罰1本で制度的にやっております。そうすると、アメリカ型にすればいいのではないかと、このようなことを言う方がいるのですが、アメリカの場合は、これは野村先生などがご専門だと思っておりますけれども、代位責任という考え方をとっております。実行行為者の特定が日本法に比べてはるかに緩やかで、その面で立証が容易だということがあります。

それから、向こうの司法省、日本の検察にあたることに反トラスト部という独禁法専門の非常に大きな組織があって、そこが組織的に刑事罰の執行をしている。このようなかたちで刑事罰1本でやっているのは、もともとアメリカの独禁法が刑事罰から出発したこともありまして、私は歴史的な特殊性がかなり大きいと考えております。

それから、もう一つの方法として課徴金だけでやればいいのではないかと、EUの例をとっ

てEU型にすればいい、刑事罰はやめてしまつて課徴金1本でできないのか。これについては、やはり64頁から65頁に書いてありますけれども、一番大きな問題は、刑事政策などでは「抑止のワナ」と呼ばれているものですが、課徴金をどんどん高くしようとすると、罪刑均衡とか、高すぎることによるさまざまな法的な障害が出てきて、結局、高くしてどんどん抑止効果を高めようとすると、そういう点で足を引っ張られるということが指摘をされております。

それから、手続面でも課徴金をどんどん上げていくことになると、どうしても刑事的な制裁の性格が実質的に強くなって、そういう色合いが強くなって、手続面での機動性が損なわれる危険も出てくるわけであり、

EUでは課徴金1本でやっているではないか。と言われるかも知れませんが、EUの場合、これは解釈上ですけれども、そもそも自由刑を含む刑事罰を科す権限はEUでは認められておりません。これはなぜかという、EUは超国家的組織であり、各国の法制度がワークしていることを前提に、いわば国家連合として存在している面があるわけで、明文ではないですけれども、刑事罰を科す権限は認められていないのです。そういうなかで、やむを得ずという、いわば課徴金だけで独禁法違反行為を抑止する方法がとられてきているわけですから、その意味ではEUの課徴金は、私が見るところでは、刑事制裁に代替するような要素がかなり入ってきていると私は考えております。

このように考えますと、よくEU型制裁金を導入しろとか、アメリカ型を検討しろというようなことが言われるのですけれども、そもそも、それぞれの国の制度はそれぞれの国の歴史的ないろいろな制度の前提のもとに生まれてきているものですから、そういうことを前提にして議論をすべきであり、特定の国の、あるいはEUのような超国家組織

の制度をそのまま絶対化して、このタイプでやれと言うこと自体が具体的な制度設計をするときには適切ではないのではないかと考えております。

そういうことで、両方を組み合わせる選択肢が、さまざまな手法を組み合わせる最も効果的な抑止を図るという考え方で、今回の報告書は議論がされたということであり、

その次に「新課徴金の性格」ということです。これも先ほどいろいろ説明がなされたので、基本的なポイントだけお話しさせていただきますけれども、不当利得の剥奪が従来の課徴金の性格づけなり基本的な考え方でありましたが、これでは現在の水準も不十分です。それから、そもそもこの考え方だけでいきますと、そこにいろいろ書きましても、もともと不当利得の剥奪というところを取ろうということになりますから、どうしても過少計算になってしまいます。

それから、カルテルなどで考えますと、例えばカルテルの値上げをするとき、10%の値上げをしようとしてカルテルをしたとします。しかし、実際にはそれが100%値上げ目標を達成できないこともしばしばあるわけです。そうすると、では、完全に目標を達成できないかもしれないカルテルはやらないかという、10%上げられる可能性があるからやるわけです。

そうすると企業は、予想の利益がどれくらいで経営判断を決める、あるいはカルテルに突入するかどうかを決めることがありますから、利益という場合は、予想利益を含めて考えないと、先ほど言った引き合わない、あるいは損であるという認識を企業にもたせることができない。そうすると、現実には不当利得でやることは、そもそも課徴金の利益を上げさせないという考え方からしても、あるいはそういう見込みを与えないことからしても、私は不十分だと思うわけです。

そこで、今回、社会的損失という概念が導入されることになったわけであり、この

概念についてはいろいろ議論があると思いますが、基本的なポイントとして私が理解しておりますのは、一つは、カルテルによっていろいろな経済的な利得を上げられる。それは予想利益もあるわけですが、それとまったく別個に社会的損失という考え方が生まれてきたのではなく、利益を確実に取ろうとすると、どうしても取り損ねるとか不十分であることが出てくるので、そこをきちんと確実にカバーして取るための、私は「底上げ」とか「上乘せ」と言っているのですけれども、その考え方としてまず出てきたと私は理解しております。

したがって、この概念の一番大きな意味は何かというと、要するに、従来の不当利得よりも確実に大きい額がこの中に含まれる。これは社会的損失という概念をとると確実に言えるわけでありまして、課徴金の算定の基礎をそういうかたちで発展させるというか転換させる、これに意味があると考えております。

これについては、例えば財界などからは「正確な算定ができるのか」ということがいろいろなかたちで言われておりますが、アメリカとかその他の国でさまざまなかたちで課徴金なり——アメリカの場合は罰金ですが——、そのための算定の基礎として実際に使われております。ですから、いろいろ推計をしなければいけないのですけれども、これを計算することは可能であると思います。

逆に、不当利得の場合も、こういうものを100%正確に算定することはもともと不可能でありまして、例えば、これを個別的に全部正確に算定しろというようなことを経団連の意見書などでは言っておりますが、こういうことをしろということは、逆に言ったら不可能なことをしろということですから、これは結局、制度をつくるなどと言っているに等しいと言わざるをえません。

それから、先ほど安保さんが制裁金のかたちにしてしまえばいいのではないかと、そちらのほうが簡明ではないかと述べられました。

私も、基本的な考え方としてはまさに制裁金説に賛成でありまして、そういう方向でいくべきだと思います。

ただ、いろいろ考えますと、では、制裁金といった場合も、その内容、基準はどうするのかということ、やはりそれについての根拠というかスケールは何か持ってこざるを得ないです。ですから、そういう意味での法的根拠は制裁金といってもどうしても必要になる。そうすると、その場合に、社会的損失は、内容的には従来のいわゆる広い意味での利得と、それから、社会に与えたさまざまな損害、消費者に与えた損害なども全部含めますけれども、そういうものが含まれるということでこの概念が用いられたわけで、私の理解では、研究会の中でも、何らかの根拠は必要であろうということを出されてきたと理解しております。

論点に沿ってお話ししているので少しわかりにくいかもしれませんが、従来、課徴金制度について、社会的公正を確保することが言われてきて、今回の報告書でも「社会的公正の確保」が課徴金制度の趣旨・目的であると言っております。

この点に関連して、「社会的公正」とはいったいどういう意味なのかについてさまざまな議論がなされております。ある論者は、この概念が入ったら、結局、従来と同じではないかというようなことを主張する方もいらっしゃいます。そもそも社会的公正の確保ということで、従来の課徴金制度、不当利得の剥奪という従来の枠組みを維持したのか否かということが議論をされております。

これについては、当初、課徴金制度が導入されたときには、不当利得を剥奪することによって抑止効果を発揮するのが課徴金制度なのだ、それは同時に社会的公正の確保の目的にも資するのだ、だから社会的公平の確保ということなのだ、という説明がなされていたわけです。具体的な例でいきますと、例えばラップ・カルテル

事件の判決でありますとか、中国塗料事件の審決などではこういう考え方だったわけです。

ところが、その後、裁判所の判決のニュアンスというか重点が変わってきまして、例えば、社会保険庁シール談合事件では、「課徴金制度にはカルテル行為に対する一定の抑止効果が期待されているという側面があり、それは社会的に一種の制裁としての機能をもつことは否定できないが、課徴金の基本的性格は社会的公正を確保するためのカルテル行為による不当な経済的利得の剥奪という点にあることは明らかである。」。あるいは、これは機械保険連盟事件の判決ですが、「あくまで経済的利得の剥奪が基本的性格である」と。

従来は抑止効果のために不当利得の剥奪とあって、それが同時に社会的公正の確保にも資するという議論だったのが、いわば主従が逆転してしまって、社会的公正の確保が主目的で、それがいわば付随的に抑止効果をもつ、法的にはそのように理解されるのだと。判例の読み方ですからいろいろな読み方が可能ですけども、後者のニュアンスにとれるような判決が増えてきまして、実際にこれを根拠にして利得の剥奪として正確であるかどうかということが裁判でも、あるいは審決でも審判でも、しばしば争われることになってきたわけです。

ですから、今回の社会的公正の確保、社会的損失という考え方は、当初の意味での社会的公正ということは言っておりますが、社会的公正の確保が主目的であって、抑止効果は副次的である、このような従来の一部の判決の解釈は修正しようというのが共通の理解になっていて、そういう意味でこの概念を使っていると理解していただけたらと思います。

なぜこういうことを言うのかですが、こんなことを言う必要はないのではないかと言う方もいらっしゃるのですが、私は、刑事罰ではない行政的な措置として経済的な負担を一般私人に課すわけですから、それを正当化する、要するに、取られてもしかたがな

いと相手に納得してもらおう理屈がなんらかのかたちで必要ではないかと考えているわけでありまして、そういう意味で、こういう概念は必要ではないかと思っております。あくまでそれは抑止効果という主目的と並ぶ副次的な目的というか、それに付随するといえますか、そのようなものであると理解をしていただけたらと思います。

それから、「加算・減免制度の導入」という問題があります。これは具体的にどういう内容にするかもまだ詰められておりませんが、議論がしにくいところもあるのですが、先ほどもいろいろ議論が出ましたけれども、加算制度だと刑事制裁みたいになって二重処罰の問題が出てくるのではないかと、このような議論が盛んに繰り返されているわけでありまして。

ただ、実際に報告書で提案された内容を見ますと、これで十分かどうかという問題はあるのですが、まず、長期間の違反を加算すると言っております。現在は課徴金の計算期間は3年ですから、3年で切られてしまうわけですけども、例えば5年やっている、10年やっているカルテルの場合はこれを加算するということですが、これは、今までだったら取れなかった過去のカルテルの利得を取るということですから、いわゆる広い意味での経済的利得の剥奪ということ、これを確実に取るという枠組みで十分説明できるのではないかと思います。

それから、再度の違反、繰返しです。そうすると、これは刑法と似ているのではないかとというような議論も出されるのですが、繰返しは、従来の課徴金では抑止効果がなかった。つまり、従来、違反行為をやっても得をしていたから繰返すわけでありまして、これもやはり違反行為による利益を確実にカバーしようという目的だと説明することは可能だと思います。

特に繰返しの場合、実際の談合とかカルテルを見てみますと、企業に学習効果が働きま

して、なるべく見つからないようにやるのがうまくなくなってしまいます。そうすると、繰り返せば繰り返すほど相手の状況もだいたいわかってきますし、見つかりにくくなる。見つかりにくくなると、例えば3回に1回は見つかったとしても、あとの2回がうまく見つからなければ、その分、利益は増えるわけです。だから、そういうのを捕まえないといけないということで予想利益も増えるわけですから、そうすると私は、経済的利得ということでかなり説明が可能なのではないかと思えます。

そうしますと、加算制度は、いわゆる刑法の加算とか刑の加重みたいところでしばしば問題にされる悪質性とか有責性というようなことは基本的には問題にしていない。例えば、先ほど、刑事的な要素が少し入っていると言ったEUの課徴金の場合ですけれども、EUの加算制度では、日本で問題にされている加算要因のほかに、委員会の調査への協力拒否または妨害が問題にされています。それから、故意か過失かでも区別しています。今の場合だと、故意だったら減額しないで、過失だったら減額するかたちですけれども、故意か過失かで区別しています。

こういうことは現在日本で提案されている制度では問題にされておられませんので、その意味では、これは加算といっても、刑事的な意味での刑の加重とはかなり性格が違っていると私は考えております。あまり正確な表現ではないかもしれませんが、私は、予想利益も含む経済的な利得を確実にカバーするために、いわば課徴金の計算を修正する、そういう定型的な修正計算の制度、少なくとも現在提案されている加算制度はそういう性格が強いのではないかと思えます。

再度の違反も、これは刑法の累犯加重のような、改悛の意思がないことを非難するものではありませんで、繰り返すということは、通常の算定率では利得がまだ十分に切り切れていない、かなりもうけているということだ

から、そこを加算してカバーしましょうというものと理解できると思います。

それから、減免制度ですけれども、こちらは情報提供を十分にしていれば違反行為から離脱したということで、これも先ほどいろいろな説明がなされておりまして、そういう内容ですが、実は減免制度といたしても、またEUの例を出しますけれども、EUの減免制度の場合は、例えば故意ではなく過失だった場合には減免されるのです。それから、カルテルの追随者で、例えば首謀者の人たちが参加する会議に参加していなかったら減免されるとか、非常に細かい——その意味では、そういうことを考慮することはいろいろ意味があるのですけれども——ことをやっておりますが、こういういわば悪質性とか有責性を考慮して減免するということはしていないで、あくまでこれは情報提供をして証拠を全部提供してくれたかどうかだけで減免するかたちの制度を設けております。ですから、これが「減免制度」というよりは「リニエンス制度」と言われるのは、まさにそのへんに着目しているからであります。

そうしますと、これもしばしば刑事の司法取引と同じではないか、このようなことを言われるのですけれども、基本的に、現在提案されている制度は、調査に全面的に協力した場合に、いわばオール・オア・ナッシングのかたちで減免を与える、免除を与える制度であります。ですから、減免の過程で個別的に、例えば証拠を10出したらいくつ、20出したらいくつというかたちで、個別的なバーゲニングをして減免する制度ではありません。そこでの交渉の余地は基本的にない制度として構想されております。

ですからこれは、刑事訴訟法の川出先生などは「リニエンス」と呼んで、狭義の司法取引とは区別すべきだというような提案もされております。広義の司法取引の一種だとも言えますが、性格はかなり異なるわけです。あくまで調査への全面的な協力を引き出して、

これはもちろん摘発率も高まりますし、それから、先ほど松葉先生が指摘したように、調査開始後にリーニエンシーを認めたら合意が崩れるのが非常に早くなります。それから、そこで証拠を入手する、調査のいろいろな資料を集めるのも非常に容易になってくるわけで、そういう意味で抑止効果を高める制度であると言うことができると思います。

それから、責任ということていいますと、しばしばこれは刑事免責などと対比されることがあるのですけれども、——これは基本的には自己の犯罪を認めることによって有利な取扱いを受けるのではなく、調査に協力して違反行為の立証に役立つ情報を提供した情報提供に対する見返りとして減免を受けるものでありますから、これは「捜査協力型」と言われているのですけれども——、有責性とか責任性と直接リンクしているわけではないわけです。そういう意味で、刑事の司法取引とは性格が異なる行政上の措置として、こういう減免制度を設けることは十分可能ではないかと思えます。

最後に、二重処罰の問題が立法過程でも、あるいはさまざまな新聞報道などでも大きな議論になっております。二重処罰の問題は、私も刑法の専門家ではないので、あとで野村先生などに補足していただきたいのですが、非常に観念的なのというか、ドグマティックな議論がこれについてなされる面がありまして、わかりにくい空中戦みたいなのところもあるのですけれども、一つ押さえていただきたいのは、先ほどの制裁の内容の区別にかかわるのですけれども、刑事制裁が二重に科された場合に二重処罰が問題になるのです。単に一般的になんらかの制裁的な性格をもった措置が二つ重なっていたから二重処罰になるのではないのです。これは当然のことでありまして、ですから、課徴金が刑事制裁と同等と見なされるような措置であるかどうか、まず、二重処罰か否かを考えるときの基本的なポイントでありまして、これを抜かして、制裁だけ

ら二重処罰だというのは明らかに議論をすり替えるものであります。

それから、こういうかたちで二重処罰を問題にする場合、実際に何を問題にしているかという、「罪刑均衡」と言いますけれども、実際に犯した罪とそれに対する罰則とのバランスがあまりに失っているのを問題にするということで、罪刑の均衡というようなかたちで、従来、刑法学などではそのへんを実質的には議論してきたのではないかと私は思います。ですから、先ほど安保先生がおっしゃったように、憲法39条の問題でないことはもちろんでありまして、もし憲法論として問題にするとしても、罪刑均衡ということではないかと思うわけでありまして。

そして、現在の課徴金は、先ほど言ったように、いわゆる刑事制裁的な要素があまり強く出るところは抑えているところもありますから、憲法上の二重処罰や罪刑均衡の問題は、生じない。まったくと言ったら強すぎるかもしれないけれども、そもそも実際に生じる余地はないと思えます。

ただ、これについては、いくつかの調整をすべきだというような提案がなされております。これについて簡単にコメントさせていただきますと、たしかに憲法問題は生じないのですけれども、一般的な意味で複数の制裁が科されることで、それがあまりに不必要に過大になるような制裁であったら、これはなんらかの手当てをすべきではないかと思えます。不必要なという意味は、例えばそれで抑止効果が落ちてしまうとか、あるいは課徴金制度を設けた意味が低下してしまうとか、そのようなことが生じない限りで、一定の調整のルールをつくることも一つの考え方としてはありうるのではないかとは思えます。

ただ、なんべんも言ったように、これは憲法問題ではありません。あまりに過大にならないようにという一つの政策的な調整にすぎないわけでありまして、これによって違反行為の抑止効果を低下させるとか、あるいは

調整をやると制度が複雑になってしまう危険があるというのであれば、そんなことはやらないほうがいいし、必要もないと思うわけです。

そういう点からしますと、一部でそのような報道がなされていたので、それで取り上げるのですけれども、刑事罰が科される場合、課徴金の額から罰金額を全額差し引くような話が新聞で報道されたことがあります。これは実際にどうなるかわからないのですけれども、私は、今言った点からいって、非常に問題が多いと思います。今言った意味で不必要に過大かどうかを考えると、刑事罰を科する事件は重大で悪質な事件です。つまり、課徴金だけでは効果が上がらないから刑事罰を科しているのです。そのときに課徴金から罰金額を引いてしまったら、また元に戻ってしまうことが多いと考えられますから、自然人の処罰はできますけれども、結局、法人にとってみたら、刑事罰を科されても課徴金分しか経済的な負担は課されないということになりかねません。私は、調整をするとしても、全額一律に差し引くようなやり方はとるべきではないと思っています。

それからもう一つ、二重処罰の問題とか手続の重複の問題を回避するために、課徴金と刑事罰のすみ分けを提案するものもあります。例えば、これは以前公正取引委員会にいた、伊従弁護士などですけれども、事業者・法人には課徴金、刑事罰は個人に対する自由刑に限定するという提案であります。

それから、先ほど土田さんが言っておられましたが一時的適用、これは郷原検事が提案しているのですけれども、刑事罰を適用する事件には課徴金を課さない、あるいは控訴を提起したら課徴金の納付は命じない。要するに、重複していろいろ問題が起こる可能性があるから最初からすみ分けてしまおう、これがこれらの論者の主張であります。

しかし、私は、実際の制度としてみると、先ほど言った抑止効果の問題、それから手続

の複雑さの問題で、どちらも問題が多いと思います。

最初の法人と自然人で課徴金と刑事罰を振り分けるのは、一見非常にすっきりいくようですけれども、いわゆる法人処罰には、まず罰金があります。それから、独禁法の条文を見るとおわかりになります。政府契約への参加を3年停止するという規定も——これは使われたことはないのですけれども——あるのです。それから、最近では、法人処罰の一環として、例えば保護観察的な制度を設けるようなことも提案されたりしております。しかし、刑事罰を自然人の処罰に限定することになると、このような刑事上の法人処罰は一切科せないことになってしまうのです。これは独禁法の抑止効果を著しく低下させるものであると思います。

特に法人に対する罰金は、日本では自然人に刑事罰を科しても、実行行為者のレベルではだいたい部長クラスまでしか行かないのです。トップは直接関与していないことが多い。要するに、知っているのしょうけれども、刑事的な意味で実行行為者として特定することは難しい場合が多いのです。そうすると、法人処罰として罰金が課されるのは、法人の、特にトップ経営者に対する広い意味での信用を失わせるという意味での制裁としては、私は今のところ、唯一のものではないかと思えます。こういうものもなくなってしまうことになるので、一見きれいに整理できるようですが、私は抑止効果の点で非常に問題だと思います。

それから、刑事罰を科するときには課徴金は課さない。先ほどの郷原検事のような提案ですけれども、これも一見うまくいきそうですが、実際にやろうとすると多くの問題が出てきます。

一つは、現在、刑事の罰金は5億円ですが、課徴金を課しないとすると、刑事の罰金は少なくとも課徴金相当あるいはそれ以上に引き上げなければいけません。だから、刑事の

罰金の大幅な引上げが必要になってきます。それでは、どういう基準でどうやるのかはなんでしょうか。まず総額の上限を設定する方法では、不十分なケースが多く出てくるでしょう。そうすると、例えば租税法のように利得とスライドさせるが考えられます。しかし、先ほど言ったように、利得の剥奪では追いつかないのがまさに独禁法の制裁の特徴でありますから、これでは不十分です。

それからもう一つは、たとえそれはできたとしても、今度は課徴金と刑事の罰金の算定基準が二重になってしまうというダブルスタンダードの問題が生じます。例えば課徴金でリーニエンシーを認める場合刑事でどうするのか。どういう基準でやるのか。これは全部二つ作らなければいけなくなります。そうすると、きわめて複雑なかたちの制度になってしまうのではないかと思います。

それから、これは実際には日本の制度ではそれほど起こらないと言うかもしれませんが、刑事で無罪になることがあります。刑事で無罪になったときにどうしますか。もし課徴金も課されないとしたら、これはノーマークということになってしまいます。そうすると結局、課徴金の手続も進めておいて、刑事が無罪になっても課徴金は課するというにしなければいけないので、結局、手続を二重に動かしておかないと機能しません。

⑦ 刑法から見た独占禁止法改正問題

私は独禁法の専門の研究者ではなく、経済刑法という講義を担当するなかで独禁法についても多少触れなければなりません。今日は土田先生からのお誘いもありましたので、勉強の機会ですので参加させていただきました。この前の打合せ会で土田先生から、特に犯則調査権限とか、あるいは専属告発にからむ問題とか、あるいは、告発しないという約束の

あるいは、検事の方は、絶対に無罪にしないのだ、起訴したからには絶対に有罪にするのだという自信があるかもしれませんが、実際に独禁法でも、石油カルテル事件などで一部無罪になった例がありますから、こういうことに対する対処も不可欠であります。

提案されているすみ分け方式は一見きちんと整理されるようですけれども、実際に制度として設計しようとする問題が多いと言わざるを得ません。なんらかの調整をすることは、必ずしも否定するわけではないのですけれども、私は、今言ったようなかたちでの方法はまずいのではないかと考えております。

時間を少しオーバーいたしまして、細かい制度論にも立ち入ったかと思いますが、その他の論点については、時間も押しておりますので、もし議論がありましたらのちにさせていただくということで、これで私の報告を終わりにさせていただきます。ご清聴どうもありがとうございました。

○大橋幹事（司会） ありがとうございます。では、次の報告に移りたいと思います。今までは弁護士と経済法学者でしたけれども、今度は視点を変えまして刑法学者が登場いたします。早稲田大学の野村稔先生から、「刑法から見た独占禁止法改正問題」についてご報告をいただきます。よろしく願いいたします。

野村 稔教授（早稲田大学法学部）

もとで供述を取った場合の証拠能力等々について報告してほしいということだったので、そういったことを中心にして若干の感想めいたものをお話ししていきたいと思います。

まず、措置体系ということでは排除措置と課徴金、刑事罰が主たるものでありますが、ここでは刑事罰を中心にして、罰則規定の見直しとか、犯則調査権限の導入とか、刑事手

続の見直しといったことを中心にして考えていきたいと思います。私の基本的なスタンスは、独禁法違反は一部自然犯化しつつも法定犯であるということでありまして、したがって、われわれ刑法学者は、刑法の謙抑性というか補充性ということから、できるだけほかの措置によってカルテル等が抑止できれば、刑法はあとから出ていくというスタンスであります。しかしながら、この場合に自然犯化しつつということ、先ほど安保先生が、カルテルは合意を結ぶだけで一般消費者から多額の財産を収奪する行為であり、詐欺に匹敵する悪性があり自然犯だにご見解が述べられましたけれども、私は、独禁法の犯罪は、あくまでも自由競争市場に対する抽象的危険犯であると考えておりますので、経済政策・経済活動における自由競争をどの程度尊重すべきかについては、そのときどきのいろいろな状況等もあると思いますので、これに対する侵害・阻害行為が一概に自然犯的なものだとは考えておりません。安保先生のように、消費者がどの程度被害を被ったかに着眼すれば、あるいはこういう発想になるのかもしれませんが、その点は少しスタンスに違いがあります。

そこで、戦後、憲法でもって、政治的には自由主義・民主主義ということを出発してございましたけれども、経済競争・経済活動の面では、ご承知のように、独禁法では自由競争秩序ということを高らかにうたって出発したわけではありますけれども、おそらくこれは絵にかいたモチであって、最近になってやっと食べられそうなモチになったのではないかと考えているわけでありまして。と申しますのは、戦後、日本が経済復興するために、自由競争ということではなく、官僚主導の、やや自由を制約するようなかたちで経済復興が行われたこと。そして、そのなかで日本的な雇用環境であります労使協調とか、あるいは終身雇用といったことが日本の経済・産業の復興に役立ってきたところから、そういった体

質がやはりずうっとそのままに来ていた。そうこうするうちに経済復興を遂げて国際競争力がついてまいりますと、外国との貿易上の軋轢といったようなものが出てまいりますと、それに対しては自由競争秩序といったことからその攻撃を受けるといったかたちで、自由競争秩序を現実にもわれわれは手にして、いざ食べられるモチとして意識するようになったところに、今日の問題があるのではないかと同時にそれは、刑罰を用いながらも、刑罰を活用するための犯則調査手続がなかったといったことにも現れているわけです。

また、石油カルテルが初めて告発されたのは、独禁法が制定された27年後でありますし、その間の検察当局と公取委との紆余曲折のために、その後しばらく告発がなされませんで、その後、やっと17年後に業務用ストレッチフィルム・カルテルで告発されたという経緯があるわけです。そんなことで、日本の独禁法は生まれながらにやや特殊な環境のもとで育ってきたというところが、今日いろいろなひずみを生んでいるのだらうと思います。

まず、罰則規定の見直しということで、報告書によりますと、行政調査の場合の間接強制のための検査妨害とか調査違反について、刑罰を相応に引き上げるとことでありますし、また、確定審決によって排除措置等の命令が確定した場合でも、それに従わない業者がいる、あるいは課徴金の納付命令等についてもそうですが、そのようなことで、それについて執行力を確実にするというところで、特に確定審決違反罪については、法人重科規定を導入すべきという提案がなされているわけです。現在では、各本条の罰金刑ということで300万円以下の罰金ですが、このようなことについては基本的に妥当な方向だらうと思います。

もう一つは、不公正取引に関する罰則について現在はありませんけれども、これに罰則を導入すべきだということが提案されてお

ます。それについて罪刑法定主義からの明確性の要請、これは行為の予測可能性を保障するというございですが、それと、市場の商慣行なり経済構造などによって、何が不公正取引かについて、かなり変更というか、可能性があることとの関係で、報告書は、最低限度、消費者保護の観点から違反行為による被害が著しいもの、あるいは競争秩序侵害の大きいものということで、やや結果無価値的なところに重点をおいて行為の類型化を図る。あるいはまた、日弁連の報告書では、行為の悪質性から欺瞞の顧客取引とか再販売価格拘束といったような、やや行為無価値的な側面に重点をおいたものをとらえていらっしゃる。あるいは、そのほか、事業活動の萎縮を妨げるために消費者に対する行為に限定すべきかどうか。あるいは、不当廉売とか差別対価、優越的地位の濫用等々の議論がありますけれども、これはおそらく、かなり類型化が難しいだろうと思います。これも罰則の利用に踏み切らざるを得ない段階にきているのではないかと考えております。

それから、犯則調査権限の導入であります。ご承知のように独禁法46条1項は、行政調査手続として規定はされておりますけれども、そこでは事件関係人等に対して、出頭命令、審訊、意見・報告徴収の権限でありますとか、鑑定人に鑑定をさせるとか、あるいは帳簿書類等の物件の提出命令とか、これを留置する処分、あるいは事件関係人の営業所等への立入検査というものでありますが、そして、これにつきましては、例えば事件関係人の出頭命令とか審訊、意見・報告徴収に反するような場合には罰則をかけるということで、間接強制ということでやっているわけです。そして、昭和52年の独禁法の改正のときに46条の4項ができて、この行政調査手続は犯罪捜査のために使えないのだという規定が追加されたわけです。そうしますと、従来は行政調査手続を利用して、排除措置とか課徴金といったような行政処分をするため

に調査すると同時に、当然のことながら構成要件は同じでありますので、告発基準に達すればそれで告発がなされてきたわけです。それが昭和52年に46条4項が追加されたということで、行政調査が専ら告発を目的として調査することはできない。もしすることになりますと、憲法38条1項の不利益な供述を強要することになるということで、違法収集証拠として証拠能力を排除されるという問題が出てくる可能性がある、違憲の疑いがあるということでもあります。従来はおそらく、行政調査をしながら告発に至るような証拠が集まった段階で、結果として検察庁に告発するという運用だったのだらうと思いますが、やはり刑事罰を積極的に運用することからすると、告発を念頭においた証拠収集手続が必要だということで、犯則調査手続を導入することは基本的に妥当な方向でありますし、これは日弁連とかその他関係の意見の中でも、おおかた肯定されているところだろうと思います。

なお、犯則調査権限については、すでに国税犯則取締法に規定があるわけでありすけれども、そこでは犯則調査権限の内容としては、犯則嫌疑者に対する任意処分として、質問、検査、領置のほかに令状による臨検、搜索、差押という行政処分が認められ、そして告発に至るわけです。そこで事件が検察官に行きますと、国税犯則取締法ですと、18条によって領置された物件なり差押物件が引き継がれる。その後、刑法の規定によって、必要ならば捜査機関によって被疑者の身柄が確保されることになってくるわけではありますけれども、このようなかたちでなされている。そのようなことがおそらく公取委にも認められることになってまいりますと、今度は、排除措置とか課徴金ということで行政調査を始めるということであったわけですが、途中から告発することができるのではないかとといったような場合に、それをどのように使うのか。当然それは犯則調査部門に事件を移送

して処理することになろうかと思えますし、また、最初から告発を目指して犯則調査を開始したけれども、結局告発には至らずに、むしろ排除措置とか課徴金納付命令に至る場合もあるだろうと思えます。

ところで、問題となりますのは、本来的に刑事責任追及の目的でない行政調査の中で告発に至るだけの証拠が集まったときに、それを犯則調査部門に移管すること自体が憲法に違反するのではないかという議論も考えられなくはないだろうと思えますけれども、これを否定することになりますと、両方を認めることの実際の意味がないので、それは組織の中で、例えば公取委の審査部門の中で、行政調査をする部門と犯則調査をする部門をつくり、その間の事件の移送は当然やらざるを得ないし、やれることだろうと思えます。問題は、行政調査の場合は間接強制で供述を取ることができますけれども、犯則調査の場合は意見聴取等については強制処分がないわけでありますので、ややもすると、行政調査を利用して関係者の供述を取ることが起こりかねない面もあります。そこで、行政調査と犯則調査等の垣根をスムーズに移行させつつ違憲の疑いを排除するためには、どういう基準で行政調査から犯則調査へ移行するのが問題でありまして、これは日弁連の報告のご紹介のときにありましたように、ここが一番問題だろうと思えます。そこで、その発動基準ということですが、少なくとも独禁法違反があると思料する場合に公取委は調査を開始するわけではありますけれども、それだけでは不十分であって、現在公表されている告発基準から見て悪質・重大な事案であることと、それから、告発するということは、排除措置命令とか課徴金納付命令という行政処分では不十分であるという判断と同時に、刑事責任を追及するためには実行行為者を特定するような状況に至った場合に犯則調査部門に移行する。また、そうして移行するかどうかの基準は、独禁法の中に書くことは難し

いと思えますので、その部門に関する規則等の中に書くことができるだろうと思えます。それから、当然のことながら、そういうことを前提にしますと、行政調査の結果得られた資料を犯則調査とか刑事訴追に利用できると考えざるを得ないわけですが、しかしながら、行政調査の場合に間接強制で得られた供述証拠にも証拠能力は認めていいと思えますし、判例もそうでありますけれども、専ら刑事責任を追及するためにそれを利用した場合には、やはり認めるべきではないだろう。つまり行政調査における間接強制を潜脱する危険性があるだろうと思えます。したがって、あくまでも行政調査をやる過程で犯則調査なり刑事訴追に利用できるような証拠が集まった場合にそれを利用するというので、したがって、厳しい見解によりますと、両者の場合に証拠能力を否定するという考えがありますが、なんの目的で使えるかということで片面的に、証拠能力の問題は考えるべきだろうと思えます。

それから、刑事手続の見直しという点では、まず、専属告発制度については維持すべきだと考えております。これは独禁法研究会の報告書でもそうなっておりますが、日弁連の意見によりますと、これは廃止すべきだということになっておりまして、特に「一般消費者・国民から見て悪質かつ重大な事案が公取委の告発がなければ起訴できないのは、国民経済の民主的・健全な発達という観点から問題がある」ということでありますけれども、私は、自由競争秩序を考えた場合に、国の経済政策なり、あるいは、それを受けて独禁法を運用する所管官庁の考え方を根幹に据えるべきだろうと思えますと同時に、あくまでも刑法の謙抑性・補充性という観点からして、そのへんの判断は検察庁ではなく、やはり公取委が妥当な判断をできるのではないかとということで、基本的に専属告発制度は残すべきだろうと思えます。

そうしますと、告発する前には捜査機関は

何もできないのかということでもありますけれども、現実には任意捜査もやっていないと聞き及んでおりますが、私は任意捜査は可能でありますし、特に、強姦罪のようにプライバシーに関係するようなこととは違いますので、告発するかどうかは、あくまでも自由競争秩序に対する政策的な判断によって、しかも、刑罰的制裁が必要かどうかという政策的な判断によって告発の有無が出てくることを考えますと、強制捜査はともかく、任意捜査は可能であろう。したがって、例えば、一般人は何人でも検察官にも独禁法違反の事実を告発することができるわけでありまして、その場合に検察官は、ある程度の任意捜査を遂げて、独禁法違反の事実があるとすれば、今度は45条1項によって、たぶん公取委に事実を申告するかたちになるだろうと思います。それからまた、告発については、私は、公取委にまったく裁量が認められているわけではなく、一定の告発基準に達した場合には告発しなければいけないという、ある意味で羈束的な裁量行為であると思います。それと同時に、現在、告発問題協議会等を通して独禁法上の問題、あるいは公判を遂行できるかどうか、あるいは実行行為者の特定といったような点の協議が行われるだろうと思いますし、そういったところの相互信頼的な関係によって告発ができる、あるいは起訴もできるということで、私は基本的に専属告発性は認めていいのではないかと思います。

それから、先ほど、情報申告者に対して措置減免、あるいは告発しないということがありまして、告訴不可分の原則等の問題が指摘されておりましたけれども、これはご承知のように、告発しないということではなければ、情報提供に対する動機づけとしては不十分であろう。起訴されてしまえば有罪ということになると、情報提供ということでは動機づけは不十分だろうということは非常に理解できるわけでありまして。しかしながら現行の刑法の規定を前提とする限りは、公正取引委員会

の告発はしないという意思を検察庁で事実上尊重して起訴・不起訴を決めるという、公取委と検察庁との紳士協定みたいなものができればいいとは思いますが、そうでない場合には、公正取引委員会が告発しなくても、結局、ほかの人を告発すれば告訴不可分の原則で起訴されてしまうことがあるわけですので立法的にそれを解決するには、刑訴238条に「ただし、特別の定めがある場合にはこの限りではない」といった立法化をする必要があるのではないかと思います。それと同時に、日弁連ではこの場合、免除規定を提案されているわけでありまして、この場合に免除規定があったとしても、結局起訴はされるわけでありまして、刑の免除があったとしても有罪判決であることには変わりませんので、起訴された場合は、それに対して応訴しなければいけないという負担がありますので、本来ならば、告発しても起訴されないことが動機づけには一番いいと思いますが、それは現行法に対してどのような手当てを加えれば可能なのかについては、なお検討する余地がいろいろあるだろうと思います。

それから、専属管轄制度・二審制度ですが、現在は、ご承知のように東京高裁だけが専属管轄ということで、控訴審が省略されているわけでありまして、それと同時に、私は、控訴審を省略することにまったく合理性がないかということ、まったくなくはないだろうとは思っておりますが、ただ、一般の刑事事件が常に控訴審があるのに対して独禁法違反事件の場合にそれが無いことについて、それをどう評価するかですが、私は、現在の最高裁の状況等を考えてみますと、日本の上告理由は事実上かなり広いわけでありまして、職権破棄事由というようなこともありますし、と同時にまた、特別部で詳細な事実認定がされることが期待されるわけでありまして、また、精密司法がいいかどうかはわかりませんが、日本では、ほぼ有罪に持ち込める事案だけが起訴されているとしますと、事後審査

としての控訴審を常におこななければいけないかという、おいたほうがいいけれども、おかない利益とおいた不利益とを考えると、おかなくてもいいのではないかという感じがしますが、おいた場合でも、すべての地裁・高裁におくのは問題だろうと思えますので、こういうものは一国の経済政策にかかわるものでもありますので、広げたとしても、八つの高裁ないしは高裁のある地裁というようなことになってくるだろう。

それから、先ほどの課徴金と罰金との併存といった問題にもかかわってくるわけではありますけれども、わが国の独禁法の措置体系に非常にゆがみをもっている一番の基本は、私は、法人処罰規定が不自然であるところにあるのではないだろうか。「現行の法人処罰は、例えばカルテルの不当取引制限などは、現実にカルテルを結ぶときには自然人、つまり役員とか中間管理者が出てくるわけでありまして、これは個人でやっているわけではなく、あくまでも事業者の意思を体してやっているわけです。そして、そのカルテルによる利益は事業者に帰属されるわけですので、そういう意味で実態は法人事業者の企業活動であって、行為者は、意思決定を形式的にできる立場にいる人もあれば、それに準じた人もいるということでもありますけれども、事実上、法人事業者の意思を体して行っている。利益が事業者に帰属するということであるとすれば、やはり不当取引制限罪として処罰する第1の犯罪主体は法人事業者であるべきなのに、日本の規定の仕方は、行為者がまず第一次的に処罰され、そして第二次的に両罰規定、しかも、両罰規定は一般的に監督責任という過失責任を問うものだなかなかで、本来、法人事業者がじかに独禁法違反の犯罪をやっているのに、いびつな形で処罰規定をおいている。例えば、罰金刑1本でいくならば、法人事業者の処罰規定を設けて、先ほどの岸井先生ご指摘の租税捕脱罪の場合のように、あくまで罰金刑を引き上げる

ようなかたちで租税捕脱の不当利益を吐き出せるような罰金にすることも考えられるわけでありまして、わが国の法人処罰はこのようないびつな形になっておりますので、どうしても罰金と課徴金の併存のシステムを規定せざるを得ないところに問題があるだろうと思えます。したがって私は、独禁法の改正にあたっては、基本的には法人事業者の犯罪を正面から規定していくべきで、そして、そういった行為を行った法人事業者の自然人については、処罰するかどうかについての検討を含めて考えるべきだろうと思えます。おそらくそういうことが喫緊の課題として、今後検討していかなければいけない重要な問題なのではないかと思えます。

最後に、供述の証拠能力であります、告発しないという前提で、自らがカルテルに加わった事実と、カルテルに加わった業者等の名前とか役割とか日時・場所といったことが供述されることになろうと思えます。なかには厳しく考える論者もおられるわけですが、これは申告者以外の者にとっては自白ではありませんので、約束による自白といったような問題は起こってこないだろうと思えます。また、約束による自白の証拠能力が否定されるのは、違法排除というか、適正手続の観点ではなく、あくまでも虚偽排除というか、実体的真実主義の観点から入ってくるわけでありまして、そういう意味で、実体的真実主義の観点からしますと、わが国では職業裁判官の自由心証に任せればいいのではないか。問題は、申告者以外のカルテル参加事業者の刑責を認定していく場合には、もしこの供述を書面として利用する場合には、おそらくいわゆる3号書面になってくるだろう。3号書面であると、結局は絶対的特信状況が必要でありますので、それをどのように確保するかということが問題になってくるだろうと思えますが、一つには、例えば、そのような場合には、弁護人を立ち会わせることによって供述を取るようなことも考えられるで

しょうけれども、そもそも、そういうものを3号書面として証拠請求して同意されればいいですけども、同意されなかった場合は、基本的には公判廷で証人尋問するのが本来の原則だろうと思います。

そのようなことで、若干門外漢ではありますが、刑法というか刑事法の観点から、土田先生から割り当てられた事項について若干コメントさせていただきました。ご清聴ありが

とうございました。

○大橋幹事（司会） どうもありがとうございます。それでは、報告の最後になりますけれども、東京証券取引所執行役員の天野富夫さんから、「証券取引法における規制のエンフォースメント」ということで報告していただきます。よろしく申し上げます。

⑧ 証券取引法における規制のエンフォースメント

天野富夫氏（株式会社東京証券取引所執行役員）

東京証券取引所の天野でございます。証券取引法の規制のエンフォースメントについて報告をさせていただきます。

最初に土田先生から、近隣する法律でも同じような動きがあってというようなご紹介がありましたけれども、新聞等でお読みになっていると思いますが、証取法も今、独禁法とだいたい同じテンポで法律の改正作業が進んでおります。正確にいきますと、証取法のほうが若干早く進みまして、きのうの閣議で法律の改正案が了承されております。

今回、いろいろな面で証取法の改正が行われておりますけれども、その中の一つに証取法上の規制の実効性を高めるという観点で、制裁の多様化あるいは強化というような観点での改正作業がございます。その中のメニューとして課徴金を入れることが——これは新聞等に出ているとおりでございます——入っております、そういう意味では、きわめて似たような議論が証取法の世界でも行われておるわけでありまして、そのお話をすることできのうのシンポジウムの参考にしていただけるのではないかと思います。

ただ、今回の証取法改正の動きは実は独禁法の制裁制度のあとを追うかたちになっておりまして、証取法のほうが、独禁法について今言われているさまざまな問題をクリアするだけのパワーがあって、どんどん先に進んで

いるかといいますと、そうではございません。証取法は、独禁法で議論されている課徴金の性格等について、その行方を見守っているというのが本当のところでございます、残念ながら、あまり頼りにならない応援団として来ていることになるのかもわかりません。

きょうのお話は、現在の証取法がもっております規制とその制裁の内容の現状を簡単にご紹介をさせていただきます、そのあとで、ちょうどきのう閣議決定をされました法律の改正案の内容と、それから、そういう内容にした背景、目的などについてお話をさせていただきます。それから、時間の関係もあるのですけれども、もし可能であれば、私ども証券取引所は実は自主規制機関として規制・制裁をやっておりまして、その関係も少し触れさせていただければと思います。

お手元の資料では77頁に「証券取引法における規制と制裁等の概要」が出ておりまして、これに沿ってご説明をいたします。

まず、規制と制裁の関係ですが、証券取引法は、ご存じのように、有価証券市場における有価証券の売買あるいは発行等に関する法律でございます、規制としては、ここにありますように大きく三つの規制がございます。開示規制、証券会社の行為規制、それから不公正取引規制でございます。

これは皆さんよくご存じのところだと思

ますけれども、開示規制は、いわゆる証券に関する情報の開示についての規制でございます。不特定多数の人が入ってくるのが証券市場の特徴でございますので、そこで取引の対象になる証券、これは見た目ではどんな価値かわからないわけです。ですから、取引の当事者に、自分が取引をするあるいは購入をする証券の価値がどういうものであるかがわかるような情報を開示しなければいけないことを法律が証券の発行者に義務づけているわけです。そのような重要な情報を開示しないと、か、真実と異なる開示をするようになった場合に必要な制裁が下されることになっておりまして、行政処分、民事責任規定、刑事罰が用意をされている。

それから、行為規制といいますのは、営業に関するきわめて行政的な規制でございますので、金融業でございますので、お客さまに対してきちんとした対応をすることが当然、証券会社に求められているわけでありまして、これに違反した場合については行政処分が行われる。ちなみに、民事責任規定あるいは刑事罰は、これについては基本的にはないと言われております。

それから、不公正取引規制は一番一般的でありまして、相場操縦規定でありますとかインサイダー規定でございますけれども、これに関しましても当然、証券会社がその不法行為にかかわった場合は行政処分が行われますし、一部、相場操縦規定などについては損害賠償責任、民事責任規定が決められております。さらには、当然のことながら刑事罰も用意をされているということでもあります。

実際にこういう制裁のシステムになっているのですけれども、これが本当にきれいに働いているかということで、現在、法律の改正作業が進んでいるのですが、改正の方向としましては、いかに実効性を高めるか、つまりエンフォースメントを確保していくかというような観点から検討が進んでいるということでございます。

各規制の実態がどのようになっているか、現状を少し詳細にご説明しますが、今回の改正が規制の実効性確保に力点をおいておりますのは、これからご説明する実態がその背景になっているということでもあります。まず、開示規制について言いますと、行政処分としては間違った届出の効力の停止をする、あるいは、正しいもの出し直しをさせることがあり、これは頻繁に行われておこなわれております。しかし、民事責任規定につきましては、これは現状、法律では損害賠償責任が虚偽の届出をした人たち、あるいは会社に課せられているのですが、これを使って損害賠償訴訟が起こったケースは過去に1例もありません。唯一、届出について問題であったという訴訟は、民法の不法行為に基づく損害賠償訴訟ということになります。

なぜできないかということになりますけれども、そもそも、不実の開示等によって損害が発生したことの事実を証明することが非常に困難であるという現状があります。原告側に、私はこういう損害を受けましたということを証明することが求められているのですけれども、例えば株式の取引でいいますと、そういう損害の発生について、果たして不実の開示に伴って幾らの損害が出たのかとか、幾ら株価が下がったのかとか上がったのかというようなことについてはきわめて証明が困難です。

たしかに、株の取引でいうと、株価はいろいろな要素で形成をされますから、例えば下がったとしてもそれは、例えば金利が上がったとか下がったとか、あるいは為替が変動したとか、そういう他の経済的な要因に伴って株価も変動しますから、いったい下がったものどどこが不実の開示等によって発生したもののなにかを原告が証明するのは非常に困難であるわけです。したがって、現在、こういう民事責任規定はあるのですけれども、事実上その効果が出ていないというか、まったく動いていないのが現状であるわけです。

それから、証券会社の行為規制は、先ほど言いましたように証券業・金融業でございますので、主にお客さまとの関係のビヘイビアに関してさまざまな規制が行われておりますけれども、これは、いってみれば行政上の規制でございますので、これに違反した者は当然、対象が証券会社自身ですから、証券会社あるいはその経営者・社員等に対して行政上の処分が下されることになっておりまして、これに関して民事損害賠償責任とか、あるいは刑事罰は基本的にはないということがあります。

それから、不公正取引規制でございますけれども、こちらは相場操縦などが一番イメージしやすいと思いますが、これも先ほども言いましたように、証券会社がそこに加担をしていけば行政処分が下されますけれども、あわせて民事責任規定が一部にございます。ただ、すべての不公正取引について民事責任規定があるわけではありません、いわゆる相場操縦がらみのものです。相場を釘付けするとか、あるいは相場を引き上げるとか、そのようなことで出てきたものに関しましては損害賠償をすることができることになっております。

それから、刑事罰は少し特徴的なものでございまして、刑事罰につきましては、懲役とか3,000万円以下の罰金があるのですが、もう一つ、財産の没収がありまして、これは平成10年に証取法が改正されまして新たに導入された罰則規定ですけれども、これもすべての不公正取引について適用されるわけではありません。基本的には相場操縦等の行為について、そこで不当利得があった場合について、これを没収することができるとなっております。加えて、財産の没収をした場合に、あわせて民事責任の追及をされるようなことがあったときは、それについては勘案をするといえますか、金額が省かれるといえますか、免除されるというような調和を図る規定も用意をされております。

一方、行政処分についていいますと、証券会社がお客さまの注文を受けて、不公正取引、相場操縦をした場合は、当然、証券会社は加担をしたということで、営業の停止だとか免許の停止の行政処分を受けるのですけれども、実際にその処分の形態はきわめて限られたメニューしかありませんで、主には営業停止になってしまうわけです。これは、さきほどの行為規制にかかる行政処分でも同じ問題なのですが、仮に、Aというお客さんの注文を受けて証券会社が不公正取引をして、その証券会社自身は営業の停止を受けることになると、Bというまったく関係のないお客さんは、その証券会社を使って今までやっていた取引ができなくなってしまうわけです。あるいは、Cというお客さんも買うことができない。

そうするとどんなことが起きるかということ、お客さんは別の証券会社に新たに口座を開くわけですが、口座を開くについていろいろ細かいことを聞かれたりなどしてやっと口座を開いて、そこで取引の再開をするとか、自分が買ったものを売るようなことになるわけです。要するに、それだけの時間がかかりますので、実際に投資のタイミングをそこで損なってしまうようなことが出てくる可能性があるわけです。つまり、行政処分のメニューとして、果たして営業停止のように顧客に影響が及ぶようなもののみでいいのかどうかということが現状、問題としてあるわけでありまして。

それから、少し話がそれるようですが、制裁の現状として、法律上の制裁以外に、私ども東京証券取引所は自主規制機関ですので、自主規制機関としての規制と制裁がございまして。具体的には、これは証券取引法自身が自主規制機関というような概念をもちまして、そこに制裁を求めようなかたちになっておりまして、法律の中で、自主規制機関はまず、その参加者である証券会社メンバーに対して法律等の遵守を義務づける、約束させるといようなことが法律で予定をされておま

す。そのうえで調査をしなさいと法律で書かれておりまして、調査をした結果、法律違反を発見した場合については適切な罰則をかなさいということになっております。

しかも、その罰則については、基本的にどのような違反行為に対してどういうメニューの罰則をかけるかは自主規制機関である取引所に決定がゆだねられてはいるのですが、法律そのものの中に「過怠金」というようなメニューをすでに用意しておりまして、要するに、罰金を取りなさいとなっております。

この過怠金の処分は、実際のところは今の証取法には課徴金がありませんので、事実上それを代替するようなかたちにすらなっております。性格はまさしくペナルティーといえますか、制裁そのものでございます。5億円以下の過怠金をかけることができるようになっており、1億円レベルの過怠金をかけた事例もございます。もちろん、不当利得の吐出しではなく、さらにそれを越えたところで過怠金をかけておりますし、同じような事案で証券会社が繰り返して犯則をするようなことになれば当然、過怠金の額は加重的に上がっていくというようなシステムでもあるわけでありまして。

以上が、今の証券取引法上の規制と制裁のシステムでありまして、これに関しまして、そういった規制の実効性が十分に上がっていないのではないかという議論が背景となって、今まさしく法律改正が行われているということでもありますけれども、もうひとつ、背景としてありますのは、日本の金融システムの大きな環境変化があります。

これはご承知のところですが、明治維新後百数十年たつて、西欧にやっとならなってきたというところで、安定的な経済成長が日本の現状になっておりますけれども、そうしたなかでは銀行中心の間接金融システムは成り立たない、やはり直接金融あるいは市場型の間接金融に移行していかなければならない、というのが国家的というか国民的な

大きな課題であるわけでありまして。直接金融といえますのは市場に自らリスクテイクをする、自分でリスクを取ってくる方が市場に直接入ってくるというのがまさに直接金融の世界でございまして、そうしたリスクテイクをしてくる方が、そこで不公正取引で損をするとか、あるいは不実の開示できちんとした情報をもたえられないで損をする、インサイダーがあつて損をするというようなことがあつては直接金融そのものが成り立たないという基本観がございまして。

1996年から始まりました金融ビッグバンは、まさにそういう観点で始まったわけでありましてけれども、現在の小泉内閣も「構造改革2002」でこの方針を継承しているということでもあります。

こういった金融システムの大きな変革という背景があり、かつ、先ほど来言っていますように、必ずしも今の制裁規定が十分効果的ではない、働きにくいシステムになっているようなことから、証取法におきましても改めて制裁に関しまして、その多様化と実効性を高めるための強化という観点で改正作業が行われたということでもあります。

今、お手元には、金融審議会第一部会の答申内容として、私が申し上げたようなことを書いているのですが、先ほども言いましたように、昨日、閣議がございまして、証取法の改正案がそこで通っております。そろそろオープンになるところだと思いますし、先取りして新聞が何紙か書いたところもございまして、現在通った法案の内容をご紹介したほうが、フィットしていると思いますので、すでにご承知かと思っておりますけれども、エンフォースメントに関する部分についてだけ簡単にご報告をいたします。

まず、課徴金が改めて制裁に導入をされることになっております。新聞にも出ておりますけれども、行政処分の中の一つという位置づけで課徴金が導入されますが、実際に課徴金が賦課される対象の行為は限定をされてお

りまして、先ほど来出ております違反行為のすべてに対して課徴金がかけられるわけではありません。

大きくは四つでございまして、一つは、開示規制のいわゆる虚偽記載を行ったような場合、その募集を行った者に対して課徴金がかけられるようになっております。その金額は一般的に募集額の1%、株式は公募等がございまして2%ということで、これを納付しなければなりません。

それから、不公正取引行為につきましては、風説の流布、偽計を用いる売買——これは158条でございすけれども——、それから相場の操縦をする一連の売買ということで159条関係、それからインサイダー取引、この三つにつきましても課徴金をかけることになっております。

それで、課徴金の金額ですけれども、新聞では、途中、不当利得の2倍とか1.5倍とか、いろいろなことが言われておまして、私どもも、不公正取引がなかなか後を絶たない現状からすると、抑止力といいますか、高い金額を賦課することが効果的であろう、エンフォースメントといえまさにそういうことだろうとある程度考えていたのですけれども、現実には、不当利得そのものの金額、いわゆる1.0倍ということですから、不当利得を得てもそれを返せばチャラになってしまうにとどまったわけでありまして。

ただ、私どもの考えとしますと、現在、独禁法で非常に微妙なこの問題について——先ほど来、先生方が課徴金の性格をおっしゃられておりますけれども——議論をされておまして、もし独禁法サイドの考え方が不当利得の吐出しではなく、さらに社会的な制裁だとか社会的厚生への損失に対する補償だとか、そのような要素が加えられるのであれば、当然、証券取引法でも、あるいは次の改正の時期になるか、それはわかりませんが、そういった方向でこの金額を上げる動きをしていくことは可能だと考えております。

そういう意味では、今回課徴金が導入されたわけですから、新たに1頁が加わって半歩以上の前進があったと評価していいと考えているところであります。

また、課徴金につきまして、手続は独禁法に倣っているのですが、一つは調査権限の問題がありまして、これは当然、課徴金を賦課することになれば、調査の必要が出てきますので、報告、徴求、検査を行うことができるようにすることが法律上きちんと明記をされることになっております。

それから、審判の手続も独禁法に倣いまして規定化がされております。

さらに、先ほど言いました没収・追徴との関係ですけれども、課徴金に関しまして、同一事件について没収・追徴の確定裁判があった場合は、課徴金額から没収・追徴額を控除するというところで、実際に二重に取ることがないように法律で規定をされることになっておまして、そういう意味では、独禁法で議論されている、あるいは現に規定されているところを踏襲をするかたちになっているわけでありまして。

そういうかたちで、実際のところ、すでに証取法の改正案が進んでおりますので、本来どうあるべきであったかという議論はいまさらできないように思いますが、課徴金の問題について少しお話をいたしますと、有価証券取引の世界は日本よりも欧米、特にアメリカのほうが進んでおまして、アメリカでも、不公正取引についてきちんとした制裁等を用意しております。そうしたアメリカを中心にした欧米において、証券取引の世界で課徴金がどのように扱われているのかということでもあります。

今回の証取法改正をする際に、アメリカ等の制度をベースに、日本にも導入できないかという視点が一つあったわけでありまして、今回はなかなかそういう整理まで行き着かなかったことは事実ですけれども、しかし、さらに次なる改正を考えた場合に、アメリカ等

の現状は一つの参考になると思いますので、簡単にご紹介をします。

いわゆる民事制裁金と申しますか、行政上の課徴金に近いもの、名前は少しずつみんな違いますけれども、あえてここでは「課徴金」と言いますが、アメリカは、課徴金、民事制裁金と刑事罰はもともと両立をするという考え方をもっております。それで、民事制裁金はSECが実際に金額を決めるのですけれども、もちろん金額の絶対額は少ないものが多いのですが、ただ、非常に大きな違反行為に対しては、よく新聞報道等でご覧になっていると思いますが、何億ドルという非常に大きな制裁金を下されるようなケースもあるわけです。

民事制裁金の金額を決定する際にSECが何をやっているかという、実務上は、刑事罰の罰金の状況を見極めながら賦課金額の決定をしているのが現実であります。このへんは非常に微妙でございまして、法律できちんと書くのか、運用の世界にゆだねてしまうのかというところがあるのですけれども、アメリカは運用の世界が中心に運用されていると思います。

それからイギリスですけれども、イギリスにも民事制裁金がありまして、これは刑事罰の罰金と併課されうることになっているのですが、これも現実の運用は、アメリカでいうSECはイギリスではFSAですけれども、このポリシーとしては、実際はどちらか一方しか課さない。内容として重いものについては刑事罰、軽いものについては民事制裁金を取るかたちになっております。

それからドイツは、どちらか一つということで、刑事処分が行われていないケースについては行政制裁金を課することができるという規定がございまして、両方ではないということのようです。

フランスは明らかに並立でして、両方かけることができるとなっているのですが、ただ、実際には、フランスにつきましても、制裁金

がもし先にあった場合は罰金に充当することになっておりまして、事実上、金額としては罪刑均衡と申しますか、そこは保たれているということでもあります。

そのようなことで、証券取引の先進国では、マーケットの秩序維持だとか、あるいは国民経済だとか、その国の経済機構に与える影響が非常に大きいという観点で規制がありますので、その重要性にかんがみまして厳しい制裁、サンクションを予定しているわけです。それを犯せば二度と立ち上がれないぐらいに厳しいものを予定しておりまして、それはとりもなおさず、繰返しになりますけれども、証券市場なりマーケットのもっている国民経済に与える重要性といったものが背景にあるからだと思います。

当然、わが国も同じでございまして、たとえば、私ども東京証券取引所では、1日にだいたい数千件の取引を洗い出しまして、調査をしていくわけですが、月間でだいたい3,000件ぐらい怪しいと思うものの調査をしております。

今のシステムですと、それが証券取引等監視委員会に報告されていくわけでありまして、日々の実際の調査を見ておきますと、同じような取引だとか、あるいは証券会社による行為が繰り返し起こっている。非常に残念なことですけれども、透明性はなかなか一気に獲得できないのが現状であります。そのことの重要性と申しますか重大性を考えますと、そこに関しては必要な制裁をきちんと用意をし、かつ、運用していく姿勢が必要ではないかと思っております。

最後に自主規制機関として過怠金についてお話させていただきます。これは先ほど言いましたように5億円以下で、法令違反をしました証券会社等に対しまして賦課するもので、一般的には、数千万単位で過怠金をかけております。

今回、証取法の中に課徴金が入りましたので、この課徴金と過怠金をどのように調整す

るかが今後の一つのテーマであろうと思っております。自主規制機関の制裁でありますから、規制の実効性を高めるために過怠金という一つのサンクションを用意するのは一つの流れでございますので、過怠金という制裁金を取ってしまうことはないのでありまして、自主規制をやっている以上は、その結末として過怠金というサンクションが用意をされているという構図は変わりません。

一方で、行政の法令違反についての調査に関しましても課徴金という制裁メニューが入るということですので、こちらも過怠金があるから課徴金はいらぬとはならないわけであります。

ただし、証券取引法という法律が、自主規制機関である証券取引所に対しまして過怠金をかけなさいと書いているのは、まさに法益を守るために予定をしているサンクションの一つでありますし、今回導入される課徴金も、まさしくそういうものでありますから、実際の運用上は課徴金と過怠金の関係がきちんと調整をされる必要があると思えます。それぞれが論理的には貫徹して、規制の行き着く先の制裁として存在はするのですけれども、その二つはいずれも、証券取引法の中での一つの制裁措置という点では共通のところに立っているわけでありまして、当然、金額的には、そこについてある程度の調整をしなければならぬ。

具体的に「法律において調整をする」というような書き方にするのか、あるいは、現実の運用としてそれを調整するのは今後検討していきたいと思っておりますが、アメリカでは、ニューヨークの証券取引所とSECが運用においてきわめてきれいなすみ分けをしておりますので、大変参考になると思っております。

具体的には、最初の案件が生じたときに、その調査自体からすみ分けをしているようでありまして、たとえば、これはニューヨークの証券取引所が最初に見つけた案件なので、

SECはそこは任せてオーバーサイトするだけだと自分で調査をしない。したがって、その結末として発生した違反行為に対しては、ニューヨークの証券取引所の罰金がそこで課されて、SECはそれ以上は追及しないようになっておりますし、逆に、SECが自分で調査をするとか、案件の大きさから自分でやると決めた場合については、ニューヨークの証券取引所はそれをSECにゆだねてしまつて、事実上は自分たちの制裁金・過怠金をかけないというような運用をしておるようです。金額を幾らにするとか調整をするという以前に、調査の段階から案件によってすみ分けをするようなことが非常にスムーズに行われているようでありまして、このへんも参考にしていきたいと思っております。

証券取引法の世界でございますので、本日のテーマである独禁法とどれぐらいの連関があるのかわかりませんが、私のご報告は以上にしたしたいと思います。ありがとうございました。

○大橋幹事（司会） ありがとうございます。