

經濟事件における
違法行為の事実認定・立証と執行制度の在り方についての
民事・刑事・行政分野の総合的研究

越 知 保 見

目次

序論	本論文の問題意識	1
第1部	カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠	4
	はじめに	4
第1章	カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠	6
	I 日米欧のカルテルの事実認定の現状と日本の問題の概観	6
	1 ハードコアカルテルの成立要件についての日米欧の比較	6
	2 合意の立証対象についての日米欧の比較	7
	3 合意を推認する間接事実・状況証拠からの事実認定	9
	(日米欧のカルテル規制の範囲・概念のイメージ図)	12
	II 欧米の事実認定手法、協調行動理論	13
	1 アメリカにおける合意の立証対象	13
	2 ECにおける立証対象と状況証拠からの事実認定	22
	III 行政事件におけるハードコアカルテルの事実認定の現状とその課題	32
	1 不当な取引制限の意義	32
	2 カルテル契約的発想の実務・学説への影響と先例の展開	33
	3 共同行為(合意又は意思の連絡)の対象・成立時期についての実務の現状	41
	4 不当な取引制限の解釈論の再検討	46
	5 共同行為又は意思の連絡の証拠、間接事実・状況証拠からの事実認定	50
	IV 入札談合の事実認定	59
	1 入札談合の要件・審査の対象	59
	2 入札談合と一定の取引分野における競争の実質的制限	67
	3 入札談合における状況証拠からの事実認定についての方法	68
	4 課徴金審判実務及び損害賠償請求訴訟をめぐる個別調整の立証	76
	V 要件事実論と独禁法の実事認定	83
	1 要件事実論の整理	83
	2 主要事実・間接事実の区別と弁論主義・証明責任	84
	3 要件事実をカルテル・入札談合の事実認定に適用する場合の注意点	84
	4 具体的事例におけるブロックダイヤグラムによる事実整理	86
	VI 刑事事件の事実認定の現状とその課題	91
	1 公訴時効の起算点と罪質	91
	2 刑事事件における共同行為の立証	92

第2章 平成20年審判決の総合的研究	95
はじめに	95
I 入札談合	95
1 大石組入札談合審決取消訴訟の東京高裁判決	95
2 下水道ポンプ事件審決取消訴訟東京高裁判決	97
3 ゴミ焼却炉入札談合事件審決取消訴訟東京高裁判決	99
4 郵便区分機事件	104
5 多摩地区談合事件審決	105
6 港町管理事件審決—最低入札価格での落札と具体的競争制限効果	116
7 多摩地区談合事件損害賠償請求事件判決	117
II 価格カルテル事件	118
1 種苗事件東京高裁判決	118
2 ポリプロピレン事件東京高裁判決	120
III 刑事事件	122
鋼橋談合宮地鐵工所等刑事事件東京高裁判決	122
IV 共同の取引拒絶(グループ・ボイコット)	122
着うた事件審決	122
V 補論：意識的並行行為と共同認識説	128
第3章 多摩談合事件・郵便区分機事件・ポリプロピレン事件の総合的検討—情報交換活動の評価と公取委の事件処理のあり方	135
はじめに	135
I 多摩談合事件東京高裁判決の総合的検討	136
1 事実の概要・争点・判決の概要	136
2 多数判決	138
3 第5判決	142
4 第5判決をどう評価すべきか	147
II ポリプロピレン事件(PP事件)東京高裁判決	148
1 PP事件の事実と判決の概要	148
2 実質的証拠法則の意義	149
3 将来のナフサ価格の見通しについての情報交換の評価	152
4 将来価格の情報交換がある場合の要証事実	154
5 審決の事実認定・証拠の活用の在り方	154
III 区分機事件東京高裁差戻審判決	156

1	事実・事件の推移と判決の概要	156
2	何が重要な事実か一問題の所在	158
3	分析	159
4	市場環境要因の評価	161
5	事実認定における間接事実の取り上げ方(まとめ)と論争の意義	163
6	競争の存在の論点について	164
IV	多摩談合事件・PP事件と手続問題	165
1	手続の問題の重要性	165
2	審判における主張の変更(理由の差し替え)の許容範囲	165
3	審決取消訴訟の段階での主張の追加的変更	167
4	PP事件と多摩談合事件における釈明権行使・争点整理の問題	169
5	争点整理の誤りと主張変更	170
6	多摩談合事件の第5判決の教訓	171
7	多摩談合事件のその他の問題	172
第2部	違法行為是正措置のための執行制度の研究	174
第1章	独禁法改正法案についての概論—聴聞手続としての性格の明確化の意義	174
I	第2部と本章の背景	174
II	手続の在り方論	177
1	議論の整理	177
2	事後審判手続の評価	178
3	裁判手続指向型事前審判手続の問題	179
4	新手続とB案・C案の比較	187
5	新手続の理由づけのレベル(D1案かD2案か)	189
6	C案に対する批判	191
III	意見聴取手続についての解説	191
1	手続主宰者の資格等	191
2	手続の公開	192
3	証拠開示	192
4	意見陳述に関する手続内容	192
5	関係人参加	193
6	調書報告書と参酌義務	194
7	命令書の記載事項と公表	194
8	今後の課題	194
IV	その他の意義	195
1	行政法先例の蓄積に貢献できるという意義	195

	2 課徴金の裁量化等の今後の改正との関係との連動性	195
第2章	行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則	197
	I EU判例の展開と加盟国行政法のコンバージェンス	197
	II 裁量の意義	198
	III 日本の伝統的な行政裁量論のアプローチと実質的証拠法則	199
	1 裁量の逸脱と濫用	199
	2 効果裁量の「裁量の逸脱と濫用」	199
	3 要件裁量の「裁量の逸脱と濫用」	199
	4 要件裁量の統制手法	200
	5 実質的証拠法則と明白の原則(manifest error rule)	200
	IV 欧米の行政裁量	201
	1 欧米と日本の行政裁量論の枠組の違い	201
	2 欧米の要件裁量(事実認定)についての審査	202
	3 欧米の効果裁量についての審査	206
	4 欧米の行政裁量に関する従来の理解に対するコメント	207
	V 裁量統制の基準の再検討	210
	1 行政裁量についての欧米の理論の応用可能性	210
	2 「実質的証拠」の意義	211
	3 日本流の合理性の基準・明白の原則	212
	4 行政機関の事実認定に賛同できないが、違法との心証は得られた場合の取扱	212
	5 専門技術的な事項への裁量統制のあり方	213
	6 経済分析の評価と裁量統制についての最近のEUの事例	214
	7 効果裁量についての裁量統制	215
第3章	欧州委員会の事前聴聞手続	217
	I はじめに	217
	II 調査の端緒	218
	1 苦情申立人の位置付	218
	2 苦情申立人の秘密保護	219
	III 欧州委員会の調査手続	219
	1 情報収集権限	219
	2 調査権限	220
	3 供述調書を取る権限	220
	IV 欧州委員会の聴聞手続	220

1	EUの事件処理手続とデュープロセス	220
2	防御権の保障	221
3	違反行為告知書の交付と答弁書	221
4	欧州委員会のファイルにアクセスする権利	222
5	共同防衛契約	223
6	口頭聴聞期日	223
7	利害関係人の告知聴聞を受ける権利	226
8	聴聞官の報告書(暫定版)	227
9	勧告委員会	228
10	仮差止命令	228
V	共同体裁判所での審理	228
1	明白な違反の原則	228
2	立証水準	229
3	手続上の瑕疵の取扱	229
4	法務調査官制度	230
第4章	英独仏及び米国FTCの最新の競争法執行手続	232
I	欧州の聴聞手続きの概要と最新動向	232
1	英独仏の執行手続の概要	232
2	フランスの執行手続	232
3	英国競争法の執行手続	234
4	ドイツの執行手続	236
II	米国FTCの審判手続	241
1	米国FTCの審判手続の概要と最近の動向	241
III	米国モデルと欧州モデルの比較	243
1	審判官の独立	243
2	公開・対審構造	244
3	行政処分決定権限についての思想の違い	244
4	共通点	245
5	欧州モデルの合理性	246
第5章	日本の執行手続の比較法的観点からの評価	248
I	平成17年改正前の審判手続の問題点	248
1	審理の遅延の問題	248
2	独特の制度設計に対する独特の理論と批判	249
II	平成17年改正後の事後審判手続の評価	251

1	平成 17 年改正後の事後審判手続についての 2 通りの評価	251
2	事後手続化に対する批判(手続的保障の後退論)についての上杉教授の反論	252
3	現行手続における事前手続と欧州の事前手続の比較	254
III	平成 22 年改正案とその評価	255
1	平成 22 年改正案	255
2	手続管理官を置いたことの意義	256
3	準司法的性格とルールメイキング機能の問題	257
4	独立の審判官による判断を排除したことの意義	258
5	特例手続ではなく、通常の行政手続法の延長で位置づけられることの意義	260
第 6 章	Quasi-judicial とは何かー準司法的手続・審判・準司法的機関の意義の再構築	261
I	新手続の概要と問題の所在	261
II	審判・準司法的手続の伝統的意義と比較法的見地からの検討	262
1	「審判」・「準司法的手続」の伝統的意義	262
2	「審判」と「準司法的手続」の意義の再構成の必要	264
3	比較法的見地からの検討	265
4	控訴審が専属管轄になる場合の審判ないし準司法的手続の意義	267
III	審判・準司法的手続の意義の再構築	268
1	審判手続をとるメリットの面からの審判手続の意義の検討の必要性	268
2	専門性の観点ー行政裁量の回避	269
3	実質的証拠法則との関係	269
4	柔軟性・効率性・迅速性の観点と公開・対審構造の要否	270
5	裁定者の独立とルールメイキング機能の観点	272
6	「審判」「準司法的手続」の意義の再構築	274
IV	準司法的機関の意義の再構築	275
1	準司法的機関の意義	275
2	準司法的機関と準司法的手続の関係	275
3	新手続と独立行政委員会制度の関係	277
V	伝統的理論の功罪	277
VI	結 語	280
第 7 章	行政調査における防御権と調査妨害	281
	はじめに	281
I	問題の所在	281
II	EU の調査手続	282

1	証拠収集手段	283
2	調査権限の範囲と調査妨害に対する対抗手段	283
3	立入調査における弁護士の立会権	284
4	立会における弁護士の役割	284
5	欧州委員会の質問権と回答義務	285
6	ドイツの黙秘権・自己負罪拒否特権についての考え方と日本の議論への示唆	286
7	弁護士依頼者特権	291
III	日本の調査手続	291
1	強制調査と任意調査	291
2	刑事手続における保障の適用可能性	293
3	事情聴取と供述調書の位置づけ	294
4	事情聴取における弁護士の立会	298
5	調書の閲覧・謄写	301
6	弁護士依頼者特権	302
7	検査に対する不協力・妨害に対する制裁	307
IV	犯則調査手続	308
1	犯則調査手続の存在理由	308
2	犯則調査の場合の供述調書の意味	309
3	行政事件と犯則事件間の事件処理の移行	309
V	弁護士立会を認める場合に必要実務の改革	311
	結語	313
	第3部 経済犯罪における証拠収集・立証手法・サンクションのあり方	315
	-日米欧の独禁法事件の執行の経験からの示唆	315
	はじめに	315
	第1章 経済事件についてのサンクションのあり方	319
I	現行制度のサンクションの枠組み	319
1	行政処分による金銭的制裁の例外性と非裁量性	319
2	「罰金」と「過料」「課徴金」その他の金銭的制裁の異同	320
II	刑事罰中心の制裁体系がもたらす歪み	321
1	金銭的制裁は、刑事罰であるという考え方の不合理性	322
2	規制緩和による許認可権限(事前規制権限)の喪失—制度設計の前提の変化—	327
3	経済のグローバル化に対応する執行制度—国際的執行—の観点	330

4	課徴金の非裁量性がもたらすゆがみ	331
5	小括	336
III	制裁についての比較法的検討	337
1	欧州の考え方	337
2	ドイツの考え方	337
3	米国の考え方	339
4	小括	340
IV	行政事件と刑事事件の役割分担のあり方	340
1	行政による裁量的金銭的制裁を制度設計する場合の仕組み	340
2	刑事事件として取り上げる案件の射程	343
3	国際的執行における公取委と検察庁の連携のあり方	346
	結語	346
第2章	司法取引なしに、近代刑事司法は機能するか	348
I	村木事件の教訓と問題の概観	348
1	供述調書依存の刑事司法実務を維持することの限界性	348
2	村木事件の教訓	348
3	村木事件の事件処理のアプローチの問題	349
4	供述調書依存の立証方法が行政事件に拡散されている問題	350
5	裁判所の側の問題	350
6	司法取引の意義(和解型と訴追免除合意型)と必要性	351
II	供述調書依存の刑事司法実務と黙秘権・自己負罪拒否特権との関係	352
1	行政事件と刑事事件の証拠収集手法の相違	352
2	なぜ供述調書に依拠する実務が可能なのか—取り調べ受忍義務を肯定する実務	353
3	逮捕勾留を前提とすることの問題	356
4	自白調書と検面調書の特信状況を安易に認める問題	357
5	直接主義・公判中心主義に反するという問題	358
6	取り調べ受忍義務を肯定する実務の論理	359
(1)	弾劾主義か糾問主義かの問題なのか(法文化の相違の問題なのか)	359
(2)	日本の実務を支える思想	361

(3) 宇川論文の指摘	362
7 黙秘権・自己負罪拒否特権についての欧米の考え方	363
(1) 総論	363
(2) 黙秘権と自己負罪拒否特権の関係	363
(3) 欧米の黙秘権保障の範囲	364
(4) 日本との考え方の違い	365
8 黙秘権の淵源	366
(1) 米国における黙秘権・自己負罪拒否特権の根拠	366
(2) 拷問の禁止からの説明	366
(3) 自己決定権からの説明	367
(4) 弾劾主義からの説明	367
(5) コモンローの沿革	368
(6) 宗教的背景	369
(7) 身体・生命の自由の侵害の観点からの説明	370
9 弾劾主義か糾問主義かという思想の位置づけ	370
10 供述調書に頼る実務がもたらしたもの—「精密」司法カラフ・ジャスティスカ	372
III 司法取引的手法の有用性とカルテル事件の経験	373
1 経済事件処理手法としての不可欠性	374
2 国際的執行における不可欠性	375
3 カルテル事件の経験	375
IV 司法取引に関する解釈論の再検討	378
1 日本の学説・判例の状況	378
2 ロッキード事件判決	379
3 ロッキード事件をどのように解釈すべきか	381
4 約束による自白についての判決	382
V 訴追免除の撤回	384
1 訴追免除合意型の司法取引で、訴追免除される要件と撤回	384
2 米国の経験—ストルト・ニールセン事件	385
結語	387
第3章 経済事件における情況証拠・客観証拠の活用	388
—刑事事実認定の現代化の方向性—	388

I	刑事事実認定の構造的問題点	388
II	刑事事件一般での問題	388
	1 状況証拠・客観証拠からの立証がほとんど行われないのはなぜか	388
	2 犯行態様まで、「合理的疑いを入れない程度」の立証対象と考えがちであること	389
	3 主観的要件の立証は供述によらなければ立証できないと考えがちであること	391
	4 立証水準が高くなりすぎていることが疑われる問題	391
	5 状況証拠からの認定の不確実性	395
	6 裁判官の側の問題	396
III	経済事件・独禁法事件の立証	398
	1 経済事件の立証対象と目撃者のいない殺人事件の立証の困難性との比較	398
	2 独禁法のカルテル事件の教訓	400
IV	ポリプロピレン事件とごみ焼却炉事件	405
	1 ポリプロピレン事件とごみ焼却炉事件の意義	405
	2 ポリプロピレン事件(PP 事件)	405
	3 ゴミ焼却炉入札談合事件	408
	4 主張変更・訴訟手続上の問題	413
V	大森工業事件—決定的証拠・客観証拠の評価を誤った行政事件の先例	417
VI	金商法で主観的要件の成立が否定された事例—ビックカメラ事件	425
	1 ビックカメラ事件の意義および事実の概要	426
	2 虚偽記載の有無	427
	3 「知りながら」の要件についての問題	432
結 論		436

1 問題意識

筆者は経済法及び商事法の専門家であり、実務家として、20年にわたり日米欧の実務に携わってきた経験を持っている。商事法・経済法の分野では筆者が実務家として活動してきた1980年代以降、世界では、一方で規制緩和の流れがあり、他方で社会主義システムの崩壊があり、市場経済の重要性が格段に高まり、市場経済を適切に機能させるための競争法・証券取引法・その他の各種の経済法規の重要性が飛躍的に向上した。市場経済化は、事前規制から事後規制への流れを促し、違法行為に対するサンクションが強化された。

この流れ自体は日本でも同じであるが、日本では事後規制違反に対する監視や執行制度のあり方が不十分ないし不適切な面があり（刑事事件で司法取引ができず、課徴金の金額について裁量のない機械的な算定となっているのはその典型的な例である）、また違法行為か否かを最終的に認定する機関である裁判所も経済事件の処理に慣れていないため、あるいは一般的な刑事事件での供述調書依存が染みついていることにより、客観証拠を適切に評価することができないため、違法行為を認定できる決定的な証拠がありながら、違法行為の存在を否定した先例が独禁法のカルテル・談合事件においては少なからず存在する。

本研究は、市場経済の利点が正しく発揮できるよう、このような日本の問題に対処するための事実認定、執行制度についての総合的研究を意図するものである。

2 取り組みの経緯

筆者の取り組みは、まず「欧米独占禁止法の解説」（商事法務 2000年）において市場経済の要である競争法について、欧米の制度を判例の展開を詳細に追いながら解説した著作をあらわし、次いで「日米欧独占禁止法」（商事法務 2005年）を著し、欧米の制度・学説判例の展開と日本の制度・学説判例の展開についての概括的な比較研究を行っている。同書は本論文における研究の土台をなすものとなっている。

3 本論文の独自性・創作性

市場経済を規律する体系を考えるには、いかなる違反行為を取り締まるか、どのようなサンクションを規定するかという基本的な制度設計の問題のほかに、違反要件についてどのように事実認定と立証を行うか、違反行為の取り締まりのためにどのような執行制度が必要かも重要な問題であり、違反行為に対する制裁を強化する場合、実務上、激しく争われるのは、実は、こうした問題であることが独禁法違反事件の執行の経験である。このような問題については、民事・刑事・行政分野の横断的・総合的な研究が必要であるが、研究者も縦割りであり、このような研究分野を横断した総合的研究がなされることはなかったと思われる。本論文はその意味で、時代の要請にこたえる内容となっていると思われる。

3 本論文の構成

第1部は、事実認定と立証の問題を取り上げるもので、独占禁止法のカルテル・入札談合の「意思の連絡」に関する事実認定・状況証拠の活用の仕方、要件事実論についての詳細な研究を行った。これは独禁法固有の問題のように見られがちであるが、村木事件で、村木氏の指示があるか否かの問題でも、究極的には、村木氏と係長間の意思連絡の証拠を示せるかであり、意思連絡の立証は、経済事件における事実認定と証拠収集・状況証拠の活用についての基礎と位置付けられるものである。

第2部では、執行システムに関し、独立行政委員会と審判手続という独禁法の執行システムを取り上げ、その意義と従来解釈論の問題点と新たに提言されている制度設計(独禁法手続改正法案)についての評価を行っている。

第1部、第2部は独禁法を中心とした研究であるが、第1部は要件事実論などの民事法、第2部は行政救済論などの行政法についての解釈論・制度論を論じるものとなっている。

これに対し、第3部は、より広く経済法一般についての制裁制度の在り方を論じるとともに刑事司法の事実認定・証拠収集のあり方についての変革を促す内容となっている。

第3部では、まず、市場経済を規律するためのサンクションのあり方として広範な刑事罰規定を有する日本の制裁のあり方が時代の要請にこたえられない不適切なものとなっており、サンクションの体系を規制緩和と事後救済の強化の趣旨に従って再構築する必要性を提言する(第1章)。第2章、第3章では、さらに、村木事件を題材として、供述調書を証拠の中心に備えそれを精密司法称する刑事司法は、実は、自白中心の前近代的司法であり、ときにラフ・ジャスティスと揶揄される欧米の刑事事実認定のあり方が、黙秘権・自己負罪拒否特権を人権として保障する憲法の規範に整合する事実認定であることを検証し、日本においても客観証拠を中心としたそのような事実認定に移行するべきであることを提言している。そのために客観証拠の正しい評価と司法取引の導入が不可欠であることを論じている。

5 先行研究との関係

学際分野の横断性の観点から、各部を整理すると、第1部は、民事法との関係、第2部は、行政法との関係、第3部は、刑事法との関係が論じられ、各部は独立しながらも有機的に関連し、第1部から第3部を通じ独禁法専門家の観点から、民事法、行政法、刑事法の現代的課題に示唆を与えるものとなっている。

独禁法が行政法・民事法・刑事法と交錯することについては従来から意識されており、経済法学会には民事法、行政法、刑事法の専門家が呼ばれ論文が寄稿されることも多かった。しかし、伝統的に、日本法の法体系における独禁法の位置づけが著しく低かったため、これらの隣接法域の研究の結果は、むしろ独禁法の解釈論が欧米理論と乖離する独自の独禁法解釈を促し、今日の課題は、そのような負の遺産の克服にあるというのが筆者の認識である。独禁法は、資本主義・自由主義経済の信奉する市場経済を適正に機能させる要になる法律であり、その先例は民事法・行

政法・刑事法の先端的先例を形成するものである。欧米の独禁法の先例は、その他の法分野の先例に比べ、学者のみならず実務家でも入手が容易であることから、独禁法事件から先端的な民事、行政、刑事事件での欧米の実務運用を知ることができる。本研究はそのような環境を活用し、独禁法およびその他の商事法における筆者の比較法的研究および実務経験をもとにし、民事・行政・刑事法実務の改革を促すことをも意図している。

第1部 カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠

はじめに

第1部は、不当な取引制限、特にいわゆるハードコアカルテルに関する事実認定・立証責任・事実の推認と事実上の立証活動の負担(以下「立証負担」という。)の問題、要件事実論との関係(主要事実と間接事実の区別、その立証方法)に焦点をあて、同違反行為の独占禁止法上の要件が裁判規範においてどのように機能するか又はするべきかについての指針を与えることを目的としている¹。

¹ 本論文においてしばしば用いられる次の文献は、それぞれ略記する。

拙著『日米欧独占禁止法』(商事法務 2005)(以下、「越知・日米欧」という)

越知保見・荒井弘毅・下津秀幸「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠」(判例時報 1979号、1980号、1982号、1983号、1980号 37頁(以下「状況証拠Ⅰ」という)。本論文は共著であるが、本博士論文第1部第1章においては、筆者の執筆部分のみを掲載しており、状況証拠Ⅰからの引用においても、筆者の執筆部分のみが対象となっている。

拙稿「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠 PartⅡ」(判例時報 2034号 3頁、2035号 3頁)(以下「状況証拠Ⅱ」という)

拙稿「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠 PartⅢ—多摩談合事件・郵便区分機事件・ポリプロピレン事件の総合的検討(上)(下)」判例時報 2094号 3頁 2095号 18頁(以下「状況証拠Ⅲ」という)

拙稿「欧州委員会の事前聴聞手続と改正独占禁止法の運用への示唆(上)(下)」国際商事法務 34巻 9号 1131頁、10号 1277頁(2006)(以下、「越知(2006)」という)、

拙稿「行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」国際商事法務 37巻 3号 309頁(2009)(以下、「越知・行政裁量」という)、

拙稿「独立行政委員会と聴聞手続・審判手続」(国際商事法務 37巻 4号 439頁、5号 590頁(2009)(以下、「越知・聴聞手続」という)、

拙稿「行政調査における防御権と調査妨害—日本固有の問題を分析したうえでの欧州との比較」国際商事法務 38巻 2号 151頁(2010)(以下「越知・行政調査」という)、

拙稿「英独仏及び米国 FTC の最新の競争法執行手続と日本の新執行手続—米国型から欧州型への転換による新時代の到来」国際商事法務 38巻 5号 585頁(2010)(以下、「越知・新執行手続」という)

拙稿「Quasi-judicial とは何か—準司法的手続・審判・準司法的機関の意義の再構築—」日本経済法学会年報 第31号 59頁(以下「越知・年報」という)。

酒井紀子「独占禁止法3条後段の主張立証にかかる試論」判例タイムズ 1199号(以下「酒井論文」という。)

白石忠志『独占禁止法』(有斐閣 2006)(以下「白石(2006)」という)

白石忠志『独占禁止法事例の勘所』(以下「白石・勘所」という)

酒井紀子『独占禁止法の審判手続と主張立証』(民事法研究会 2007)(以下「酒井・主張立証」という)

厚谷襄児, 糸田省吾ほか編『条解独占禁止法』68頁以下[厚谷襄児](弘文堂, 1997年)(以下「条解」という)

これまで、ハードコアカルテルに関する事実認定の問題は、不当な取引制限の行為要件である「共同して、相互にその事業を拘束し、又は遂行すること」(相互拘束又は共同遂行)の解釈問題ととらえられ、学説上、相互拘束と共同遂行の關係に多くの学説が生まれるに至った。今日では、どの学説に立とうと、(東芝ケミカル事件²の先例に依拠して)相互拘束又は共同遂行は意思の連絡で足りると解されることから、日本と欧米のカルテルの規制範囲に違いはないものと解されがちである。しかし、実務的には、その対象が何か、その立証方法などについて、カルテルの規制範囲には、欧米と日本の間に大きな差異があり、日本の審判・裁判においては、今日の欧米では論点になり得ないような問題について延々と主張が行われ審判の遅延が生じる原因となっている。

なお、「共同して、相互にその事業を拘束し、又は遂行すること」の意義について、法文上は、合意という用語は使われていないものの、アメリカ反トラスト法や EC 競争法で、合意という言葉が使われているため、日本法でも、合意という言葉がよく使われ、本論文でも、合意という用語を用いている箇所が多い。この場合の「合意」とは私法契約上の合意でないことが今日の欧米の当然の前提であり、独禁法 2 条 6 項の定義規定は、そのことを明言するために規定されたものであると考えられるにもかかわらず、定義規定の趣旨に反して、カルテル・入札談合に関する実務は、私法上の「合意」概念に引きずられて、本来、価格を上昇させる旨の合意(価格カルテル)や受注予定者を話しあって決める(入札談合)などの単純な合意の存在で足りるはずのカルテル・入札談合の行為要件(共同行為)に過度の特定性・明確性を求めることにより、条文で要求されていない要件が付加されて審理の遅延・執行の停滞を招いているように思われる。本研究は、ハードコアカルテルに関し、欧米において、ハードコアカルテルの「合意」はきわめて単純化されていることを示し、不当な取引制限の要件、特に行為要件である共同行為に関し、欧米の解釈論と整合的な、不当な取引制限の行為規定の解釈を確立することを目的としている。

現行実務を整理した文献として、酒井論文があり、本論文は、この論文に多くの示唆を得ている。そのほかのカルテルの事実認定に関しては次のような論文を参照。郷原 信郎 「独占禁止法違反の立証に関する検討(上)(下)」 公正取引 496号(1992年2月号)・497号(1992年3月号)・514号(1993年8月号)、谷原 修身 「米国における入札談合の法規制」 公正取引 521号(1994年3月号)、恩田 宗紀 「カルテル立証における状況証拠の活用について」 公正取引 605号(2001年3月号)、村上 政博 「価格カルテルの状況証拠による認定」 『独占禁止法研究Ⅲ』(弘文堂 2000)、舟田 正之 「談合と独占禁止法」 日本経済法学会年報第 25号(2004年)、川濱 昇 「カルテル規制の再検討-合意の機能と協調促進的慣行」 法学論叢 140 卷 5・6号、荒井 弘毅 「共同性認定に関する独占禁止法違反事件の証明度達成の補強策について」 公正取引 613号・614号(2001年11月号・12月号)

² 東京高判平成7年9月25日 審決集42卷393号

第1章 カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠

I 日米欧のカルテルの事実認定の現状と日本の問題の概観

1 ハードコアカルテルの成立要件についての日米欧の比較

いわゆるハードコアカルテルはアメリカのシャーマン法1条、EC競争法のEC条約81条で規制しているが、アメリカでは、司法省が刑事手続、民事手続を用い、FTCが行政手続を用い、かつ私人が損害賠償請求を行うというように多面的に規制されていることはよく知られるが、状況証拠をどこまで活用できるか、どのような制裁又は救済が各手続に用意されているかについて、やや混乱して議論が行われている場合があるので、その点を最初に整理する³。

ハードコアカルテルについての要件を日米欧で比較すると、まずアメリカでは合意のみが立証要件である。アメリカの場合、Socony-Vacuum事件(1940年)⁴において、価格協定は、目的、効果、カルテル参加企業の市場シェア、価格水準(価格を競争価格以上につりあげる合意のみならず、競争価格又はそれ以下に維持する合意を含む)に関わりなく当然違法(illegal per se)であると明言されたので、日本における競争の実質的制限についての要件はない⁵。これに対してEUでは、Agreement, Decision or concerted practiceとされている。ここにコンサーティッドプラクティス⁵が加えられていることの意味は、合意を私法上の合意の成立要件で考えた場合に合意の段階に至らないとも考えられる協調行動を違法なものとして取り込むことを意図するものである。ただし、この協調行動の成立範囲はアメリカで、合意が認定できる範囲とほぼ同じ範囲であり、実務上は、アメリカよりカルテルの成立範囲が拡張されているわけではないことに注意を要する。

なお、アメリカで合意の射程外のものとしてFTC法5条に規定する不公正な取引方法として規制されるものがあるが、これを含める場合、EUの合意プラスコンサーティッドプラクティスよりもアメリカの違反行為の範囲はより広くなるとも考えられる。

EUでは、市場に対する影響又は取引制限を行う意図ないし計画が要件とされる。ただし、ハードコアカルテルの事例においては、市場に影響を与える意図が明白であるとして、ハードコアカルテル自身が認定される事例において、これが独立した問題となることはほとんどない。

³ 欧米の先例の網羅的詳細については、越知・日米欧第2章第1節及び第2節を参照。本論文では、この先行研究に依拠し、欧米での調査結果をもとに、先例の再評価を行っている。その他の欧米の事実認定についての解説として、舟橋 和幸 欧州諸国のカルテル規制法制と運用状況 公正取引 466号(1989年8月号)、滝川 敏明 状況証拠によるカルテルの認定(上)(下) 公正取引 513号(1993年7月号)・514号(1993年8月号)、上杉 秋則 米国カルテル規制と立証問題 ジュリスト 967号(1990年11月15月号)、平林 英勝 EC競争法におけるカルテルの立証 ジュリスト 967号(1990年11月15月号)

⁴ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

⁵ 日本でも、ハードコアカルテルは当然違法的に処理されているとの認識している者もいるが、当然違法原則とは、目的、効果、カルテル参加企業の市場シェアについての要件を一切不要とし、合意が存在するか否かのみを要件とするものであるが、日本の3条後段は、そのようには処理されていない。

日本の場合、合意に相当する要件は、相互拘束又は共同遂行である。この両者をあわせて共同行為と呼ばれることがある(なぜ、共同行為と呼ばれるかについては、III5 参照)。相互拘束と共同遂行の関係については、通説は、共同遂行に独自の意味はなく、相互拘束が行為要件であると解している⁶。この相互拘束又は共同遂行という行為要件の射程については、相互拘束又は共同遂行の内容(立証対象)及び間接事実・状況証拠の評価方法の違いにより、実務上は、アメリカの合意や EU の合意プラスコンサーティッドプラクティスという行為要件よりも限定されたものとして運用されているといえる。この点が本研究の主たるテーマであり、II 以下で詳述するが、日米欧の相違についての要点は、以下の 2 及び 3 で整理している。

なお、日本においては、相互拘束又は共同遂行を立証する以外に、一定の取引分野における競争の実質的制限が生じたことを立証する必要があるが、EU の場合と異なり、競争の実質的制限については実質的な検討が行われており、競争の実質的制限がないことを理由として 8 条 1 項 1 号の成立を否定する先例も存在する⁷。

2 合意の立証対象についての日米欧の比較

合意(EU では合意又はコンサーティッドプラクティス、日本では共同行為)の立証対象は何かについて、アメリカでは、1930 年代において決定的な先例が現れ、この問題に終止符を打っている。それが Interstate Circuit 事件⁸であり、本事件により、合意の立証対象は抽象的に価格の固定、生産量の制限などの制限合意があれば足り、価格の引上げ幅をどうしたか、どのような計画で価格を上げようとしたか、生産量を制限したか、その取決めの条件は何かなどは立証対象ではないことが確立している。この判例によりアメリカでは、会合の内容がどのようなものであったか、そこでの協議に参加者が拘束される意図を有していたかなどの抗弁はほとんど有効なものと考えられなくなり、主要な判例においてこの点が問題とされた例はほとんどなく、カルテルの事実認定の関心は、合意を推認するために間接事実や状況証拠をどこまで活用できるか、特に価格引上げという徴表的な事実はどうの場合にカルテルを推認する状況証拠となるかに移り、この分野で圧倒的に進んだ先例の形成が行われている。合意の成立時点や価格引上げ幅についての合意が必要とされないことが協調行動理論への展開の第一歩であり、Interstate Circuit 事件判決が協調行動規制の先駆的判例である前提として、合意の対象は何かその立証はどのようなもので足るかを明確にした点は見過ごされがちだが実は重要である。

これに対して、EU では、ドイツで、合意を私法上の合意と平行に捉える考え方から、合意の内容、成立時期が特定され、最終的な合意内容、合意に拘束力があることが立証される必要があるというアプローチがとられ(私法上の合意の成立要件と平行に考えるこのアプローチをカルテル契約又はカルテル契約論と呼ぶ。)、日本同様、最終的な合意が立証されなかったこ

⁶ 条解 68 頁以下

⁷ この点については、本研究のテーマとはしていないが、詳細については、越知・日米欧 287 頁以下参照。

⁸ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939)

とを理由に独禁法違反を認めなかった事例がある。EU の競争法において合意以外にコンサーティッドプラクティスが違法行為の類型とされたのは、合意をカルテル契約論的に捉え、カルテルの成立範囲が限定されることに対応したものである。ドイツにおいても合意をカルテル契約的にとらえる先例が出た直後に法改正がなされ、実体法の要件を EC 競争法に合わせ、合意及びコンサーティッドプラクティスに変更することで問題を解決している。上記のようなドイツにおけるカルテル契約論的な発想の影響もあり、EU では、1980 年代半ばまでのカルテル事件で、(日本同様に)合意の対象は何か、あるいは当事者間の接触や心の連携(agreement in mind)はどこまでを合意といえるかについて引き続き問題とされてきている。この論点について、初期の判例は、コンサーティッドプラクティスという類型を活用し、合意に当たらないとしても当事者間で接触した事実があれば、コンサーティッドプラクティスを認定できるとした(Dyestuff 事件⁹)。1980 年代半ばの Polypropylene 事件¹⁰のころから、合意とコンサーティッドプラクティスを一体化して解釈するアプローチが取られ、合意が私法上の合意よりも広く、準備段階でも、違法な合意が成立することが最近の先例で明示されるに至った(Pre-insulated Pipe 事件¹¹)。

日本では、合意ではなく相互拘束又は共同遂行(共同行為)という文言を用いているので、カルテル契約的に相互拘束又は共同遂行(共同行為)を解釈する必然性はなく、学說的にもカルテル契約として解釈する必要はないとの解釈が確立している。しかしながら、実務的には、合意の成立時点として主張された会合においてカルテルの最終合意が成立していなかったとして、カルテルが否定されるという、欧米ではあり得ないような事例もある(三菱ビルテクノ事件¹²)。談合事件においては、必ずしも談合の成立時点を立証する必要はないと解釈されるようになってきているが(協和エクシオ事件審決¹³)、ごみ焼却炉に関する住民訴訟である静岡地裁判決(IV参照)は三菱ビルテクノ事件と同じ誤りを犯している。刑事事件では、実行行為・訴因の特定性などの要請から、合意の成立を必要とする考え方が維持され、橋梁事件¹⁴のような談合事件においても、談合が成立する期間中において談合ルールの変更なり確認なりを行った会合を(実行行為の成立時点として)認定する必要があると解している。このように、共同行為の成立時点や価格引上げ幅など合意の内容が明らかにされねばならないというカルテル契約論的な発想に立つ限り、並行行為プラスファクターからハードコアカルテルを認定するいわゆる協調行動規制を行うことは極めて難しく、日本で協調行動規制が行われない理由はここにある。

⁹ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619 CMLR 557

¹⁰ Polypropylene OJ 1986 L230/1 [1988] 4 CMLR 347 (決定)

¹¹ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 (決定)

¹² 審判審決平成6年6月2日 審決集41巻46号

¹³ 審判審決平成6年3月30日 審決集40巻49頁, 東京高判平成8年3月29日 審決集42巻424頁

¹⁴ 排除勧告平成17年9月29日

3 合意を推認する間接事実・状況証拠からの事実認定

状況証拠からの合意の認定の範囲に関しては、民事手続と刑事手続では、状況証拠の活用の範囲が異なるので、アメリカの事実認定の事例を検討するに当たっては、それは刑事事件のものか、民事事件のものか、又は FTC の行政手続によるものかを意識する必要がある。民事手続及び行政手続においては、立証水準は、証拠の優越(preponderance of evidence)で足りるが、刑事手続による場合の立証水準は、合理的な疑いを入れない程度(beyond reasonable doubt)であり、民事及び行政事件の方が状況証拠を積極的に活用できる。民事手続の救済方法は差止請求(日本では排除措置)が原則である。ただし、政府が購入者の場合は、government purchaser の理論により、損害賠償請求をすることができるが、そうでなければ、差止請求のみが原則であることの認識が重要である。これが 1990 年代の案件において、司法省が提起する民事事件で和解が多い理由である(今行っているプラクティスをやめるだけで金銭的損失がない。また、損害賠償請求は私訴によって請求され、和解によって敗訴判決を受けるのを避ければ、私訴による損害賠償請求での敗訴の可能性も低くなる。もっとも、ATP 事件¹⁵では、司法省と和解したにもかかわらず、航空会社は、莫大な支払を行って、クラスアクションを行った原告と和解している。)

なお、行政事件(FTC 手続)では、合意を認定できないような場合でも、不公正な取引方法での規制が可能であり、その規制理論に「助長のための道具の理論」があるが、助長のための道具の理論によって、規制範囲が劇的に広がっているわけではなく、黙示の合意論による並行行為プラスファクターからの事実認定と大差はなく、黙示の合意論に準じて考えることができる。

刑事手続においても、状況証拠(刑事では「情況」という用語が用いられる)が活用されない訳ではないが、その範囲は民事手続に比べるとはるかに限定的であり、主として会合における価格の情報交換活動を価格協定の証拠として活用するなどの場合である。情報交換合意そのものを刑事訴追する例として、Gypsum 事件¹⁶があるが、合理の原則のとられる情報交換合意についての立証要件が厳格に判断されたため、同事件以後、情報交換合意そのものが刑事訴追された例はないとみられる。ただし、リーニエンシー制度のおかげで最近では、直接証拠による事例がむしろ大半になってきたようである。ただ、日本ならば状況証拠からの事実認定といえるような事例が、アメリカの場合、ほとんど直接証拠に近い事例として評価されることがある。例えば、将来価格についての情報交換や、市場分割協定における顧客リストの交換(Stolt-Nielsen 事件¹⁷)の事例がある。

以上のとおり、アメリカでは(i)会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の合意形成の推認の問題は刑事手続の問題であり、(ii)不自然な価格行動(徴表的事実)があるが、会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての証拠がない場合に、徴表的事実を含む間

¹⁵ United States v. Airline Tariff Publishing Civ. A. No. 92-2854 SSH. (1993)

¹⁶ United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978)

¹⁷ Stolt-Nielsen S.A., Stolt-Nielsen Transportation Group, Ltd. And Richard Wingfield, No.04-CV-537

接事実・状況証拠をどこまでカルテルの事実認定として活用できるかという問題は、民事又は行政手続の問題である。

EU においては、日本同様カルテル理論的発想が残っていたため、カルテルメンバーで行われた会合がある場合に会合に参加した当事者のカルテルにコミットしていないとの主張がどこまで可能かという問題も 1980 年代までよく主張され、この問題の克服に関し日本で参考になるような事例が展開されている。また、後者に関しては、EU ではアメリカほどの先例の蓄積はないが、不自然な並行行為が、カルテルの証拠になること自体は、Dyestuff 事件¹⁸において確立している。ただし、Wood Pulp II 事件¹⁹以降は協調行動の規制について、欧州委員会はやや消極的になっているといえ、アメリカとの間に協調行動規制の理論についての先例の展開に差異が生じている。

なお、EU の手続は、日本の公取委の審判手続と同じく行政手続であり、行政手続に課徴金(EC では制裁金の性格が鮮明であるため、本論文では「制裁金」という)やリーニエンシー制度が設計されている点も日本と同じである。したがって、協調行動規制の場合にも差止(排除措置)でなく、全世界売上高を基にした極めて多額の制裁金が課されることになる。この点が、1990 年代以降、協調行動規制に慎重になっている実質的理由であるといえるかもしれない。EC の行政手続の立証水準については、刑事手続に準ずるとする判例もあるが、事実の推定をかなり広汎に認めており、実際には、民事の証拠の優越より幾らか慎重というレベルの立証水準である。

日本では、要証事実をどのような間接事実・状況証拠から認定できるかという問題は、これまでほとんど、前者(会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の共同行為の推認)の問題であり、状況証拠からの共同行為の推認手法の準則を判示した重要な先例である東芝ケミカル事件高裁判決²⁰も前者の事例についての推認理論である。東芝ケミカル事件判決は、そのような事実認定を黙示の合意と呼んでいるため、日本では、黙示の合意を、状況証拠からの事実認定と同意義に理解する文献もあるが、アメリカにおける黙示の合意(tacit collusion)とは、状況証拠からの事実認定のうちでも、会合が存在しない場合にも、独立して行動したことを排除する証拠(並行値上げなどの徴表的事実プラスファクター)があれば、合意を認定できるとする理論であり、状況証拠からの事実認定よりも狭い意義で使われており、注意を要する。本論文では、特別の断り書きのない限り、「黙示の合意」とは、アメリカの黙示の合意(tacit collusion)を指し、東芝ケミカル事件の黙示の合意理論については、東芝ケミカル事件理論として紹介することにする。

なお、本論文は、東芝ケミカル事件から、後者の協調行動理論に発展する理論を構成することは可能であり、東芝ケミカル事件理論は協調行動規制への重要な一歩であることを否定するものではない。

なお、アメリカで、黙示の合意(tacit collusion)理論により刑事訴追されることはないが、

¹⁸ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619 CMLR 557

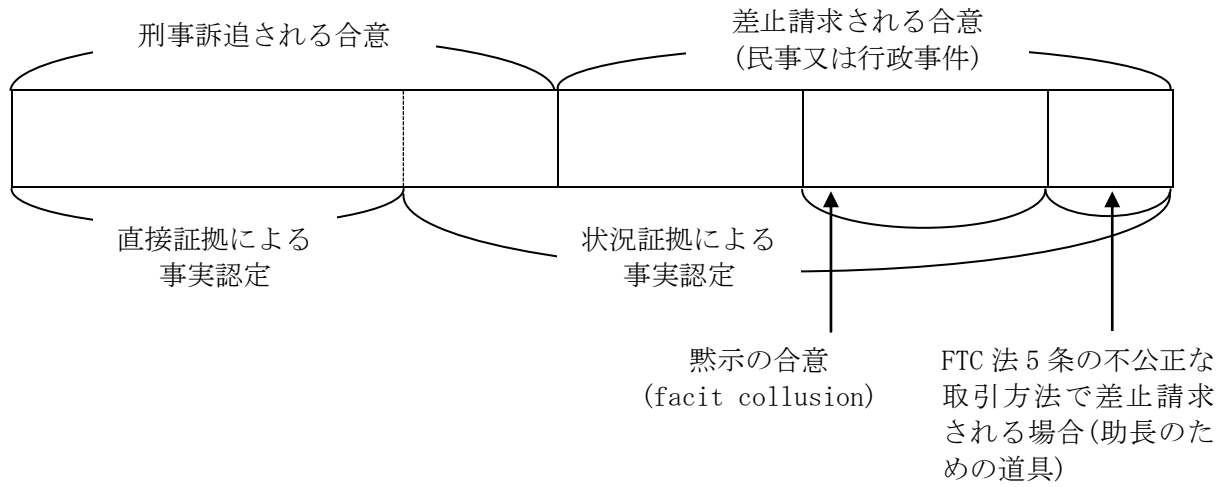
¹⁹ Ahlstrom v. Commission (Wood Pulp II) [1993] I ECR 1307 [1993] 4 CMLR 407

²⁰ 東京高判平成7年9月25日 審決集42巻393頁

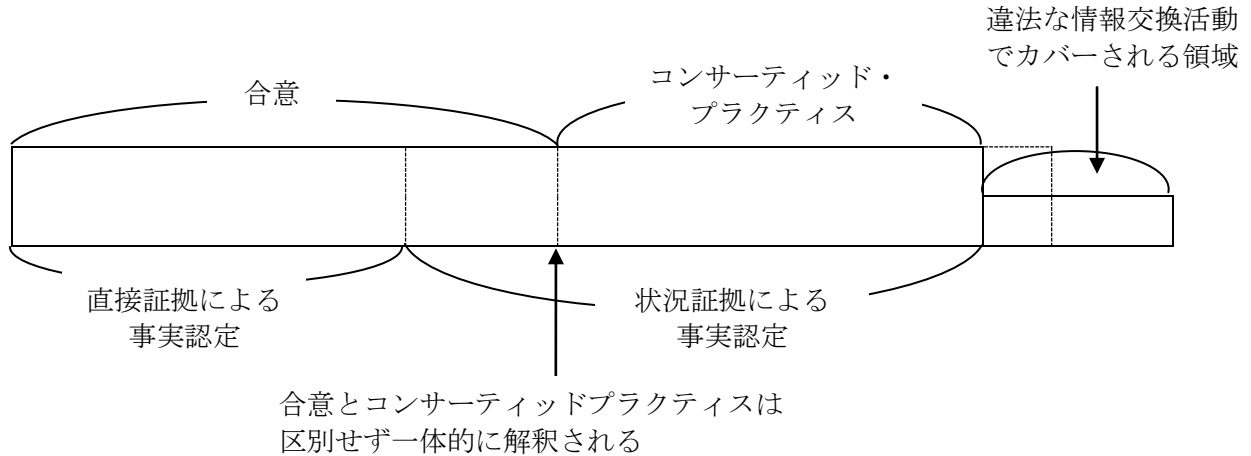
刑事訴追でも、(民事事件より用いられる範囲は限定されるものの)状況証拠(circumstantial evidence)からの事実認定は行われている。今日では、リーニエンシー制度により(通報に基づく共犯者の供述調書などの)直接証拠を得ることが多くなったので、刑事訴追では、状況証拠が以前ほど用いられなくなっているといわれるが、アメリカで、直接証拠からの事実認定と呼ばれる場合でも、日本では、状況証拠の事実認定と考えられる場合もあるので注意が必要である。

(日米欧のカルテル規制の範囲・概念のイメージ図)

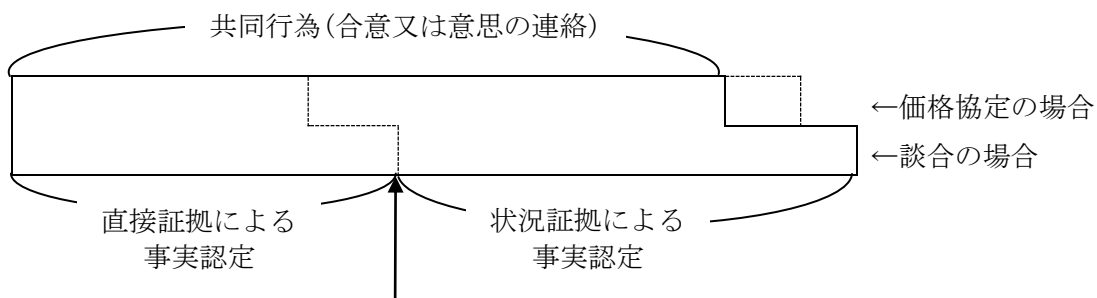
アメリカ



EC



日本



価格協定では合意の成立に固執する結果、
欧米の直接証拠とみられる証拠も状況証拠として取り扱われることがある。

II 欧米の事実認定手法、協調行動理論

1 アメリカにおける合意の立証対象

(1) 合意の立証対象と民事手続における状況証拠からの合意の認定

(a) Interstate 事件-合意の存在のみが要件であることを明確にしたことの意義

カルテルの会合の事実なしに、価格の同調的値上げ(並行行為)からカルテルを認定した先駆的判例である Interstate Circuit 事件²¹であるが、本判例が、会合による合意が必要ないと判示したことにより、価格の固定という抽象的内容の合意の存在が立証されれば足り、合意の成立時点や価格の引上げ幅、実行の条件などの合意の内容が要証事実ではないことを当然の前提としていることが看過されがちである。本件の事実関係は以下のとおりである。

封切り映画興行主であるインターステート社はテキサス州の6都市において封切館に関し支配的地位を有していた。インターステート社の支配人は映画フィルム配給業者8社に対しインターステート社が封切映画の上映価格を従来の価格(夜間入場料40セント)で継続するには、第2次上映のためのフィルム配給について、夜間入場料を25セント以上、2本立て上映の禁止という条件を課すよう求めて書簡を発送し、8社はこれを実行した。本書簡発送前には、第2次映画の上映は15セント以下で、かつ、他の映画との2本立てで行われるのが通常であった。インターステート社が出した書簡には写し送付先としては同業者7社の社名を記載しており、各配給業者は書簡が8社すべてに配布されていたことを承知していた。

本件ではインターステート社と配給業者の会合も開かれており、地裁ではこの会合から合意を認定したが、最高裁は会合による合意が違法な共謀に不可欠ではないとして次のように判示した。「配給業者間の会合に対する地裁判決の認定は、その証拠により支持されているが、本件のような状況においては、2次上映館についての制限を課すこの会合が、違法な共謀に不可欠ではない。協調行動が企図され、引き起こされたことを知っていれば、配給業者がその計画に参加することで十分である。各々の配給業者には、他の者も計画に参加するよう誘われているということが通知されており、計画が実施されたならば、取引の制限をもたらす、シャーマン法の精神に背くものであること、そしてそれを知らずながら他の者がその計画に参加しているということを各々が認識していたのである。そのような認識を有しつつ、彼らは引き続き2年間にわたりその計画を実施してきたのである。これらの事実は違法な共謀が存在することの説得的証拠である。」

つまり、カルテルを認定するには、(i)1社で行動し得ないような高いリスク、(ii)合意なしに行うことが不自然な程の大幅な取引条件の変更、(iii)カルテルへの誘引行為が必要ということになる。

²¹ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939)

カルテルの立証について、合意の成立した会合やその取決めの詳細を明らかにする必要はないとの準則が本判例で明らかになったため、アメリカにおいては、どの会合で合意が成立したか、どの時点で合意が成立したかが問題にならなかった(争われる事例が存在しなかった)。この点は、助長のための道具の理論など協調行動を規制する理論が大きく展開することができた背景としても看過してはならない点である。

(b) マツシタ・モンサント準則

1980年代に入り、裁判所は、水平的合意については、共謀による略奪的価格設定(ダンピング販売)についての Matsushita 事件(1986年)²²、垂直的合意については再販価格維持に関する Monsanto 事件(1984年)²³により相次いで、「状況証拠により共謀を立証する場合には、被告が独立して行動しているという可能性を排除するものでなければならない」という状況証拠を合意の証拠とするための一般準則を判示した。この、マツシタ・モンサント準則はインターステート理論を修正しているかが問題となるが、上記インターステート理論の(i)(ii)(iii)がそろえば、独立して行動しているという可能性を排除するものであるため、インターステート理論自体が修正されたわけではないと考えられる。しかし、これらの事件後は、マツシタ・モンサント準則に従って、被告が独立して行動しているという可能性を排除する証拠があるか否かが黙示の合意(tacit collusion)を認定するための基準となっている²⁴。

マツシタ・モンサント準則の帰結として、被告が独立して行動しているという可能性を排除するような証拠があれば合意の推認を妨げないことになり、この結果、価格引上げが会合で協議されている場合や将来の価格譲歩の交換が行われていることは、まさに、被告が独立して行動しているという可能性を排除するような証拠となるので、マツシタ・モンサント準則後も、会合における合意の推認は当然のこととして問題にならなかった。マツシタ・モンサント準則は、EUのWood Pulp II 事件²⁵に影響を与え、東芝ケミカル事件²⁶後、学説で展開されている日本の意思連絡論も、抽象的には、この準則の影響のもとに合意の推認理論を展開したものであると言い得る。

²² Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

²³ Monsanto Co. v. Spray-rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)

²⁴ なお、EC 競争法では、Wood Pulp II 事件においてマツシタ準則に類似する準則が判示され、並行行為からの合意等の推認について、欧米の基準が共通化したが、アメリカでは、1990年代以降においては、並行行為プラスファクターにより黙示の合意を認定する理論がむしろより活発に展開する一方、ECでは、同事件後は、並行行為プラスファクターにより、concerted practiceを認定することは慎重になっている。

²⁵ Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

²⁶ Monsanto Co. v. Spray-rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)

(c) 1990年代以降の展開—徴表的事実の評価

1990年代以降は、FTCの行政事件であるが、マツシタ・モンサント準則の「独立して行動したことを排除する証拠」の運用が問題となる事例が多い。この点で、重要な事例が同準則を緩やかに運用した Toys “R” Us 事件²⁷である。本件は、大規模小売業者であるトイザラス社がおもちゃの製造業者に、ディスカウント店におもちゃを販売しないように影響力を行使した事例で、FTCは、コルゲート理論²⁸の適用を拒否し、本件については価格に影響を与える水平的合意を認定し、価格に関する水平的合意は当然違法であり、また、本件合意に合理の原則を適用するとしても、やはり違法である(FTC法5条に違反する)とした。

FTCによればウェアハウスクラブ(以下「ディスカウントクラブ」という)が、より低いマージンで低価格販売を行えば、トイザラス社の有するもっとも低価格の店であるというブランド・イメージが崩れることを懸念し、おもちゃ製造業者の大手10社に対し、特定のおもちゃをトイザラス社だけに供給するか、ディスカウントクラブに供給するおもちゃをトイザラス社より高く売るように強制した。さらに個々のディスカウントクラブとの協定により、トイザラス社がとりまとめ役となり、各ディスカウントクラブが協定の抜駆けを行わないように監視するシステムを構築していた。FTCは、上記の協定により10社間に黙示の合意が生じたので、当然違法のグループ・ボイコットに該当するとし、また、合理の原則の下でも、トイザラス社が米国における40%のおもちゃの売上を有し、上記10社の30%の売上を占める点でマーケットパワーを有するとし、トイザラス社が垂直的協定を10社と結ぶことによってとりまとめ役と監視役を行っている上、ボイコットを正当化するビジネス上の理由がないから、違法なグループ・ボイコットに該当するとした。

FTCは、トイザラス社が、おもちゃ市場で32%の市場を有し、優越的地位(dominant outlet)にあり、その影響力を製造業者に行使し得ることから、各製造業者が当然トイザラス社の要請に応えるであろうとの確実性(assurance)を有するため、黙示の合意が存在すると認定した。

これに対する高裁への取消訴訟において、被告は、「被告が独立して行動しているという可能性を排除する証拠」はなく、マツシタ・モンサント準則に従えば、本件で共謀を認定することはできないと主張した。FTCは、「マツシタ・モンサント準則における並行行為を行ったものが独立に行ったことを排除する証拠とは、独立に行動したことについてのすべての可能性を排除するものではない。100%の確実性を原告に課すことはおろかであり、法律的にも基盤がない(absurd and legally unfounded)。協調行動を示す何らかの証拠(some evidence which would support a finding of concerted behavior)があれば足る。」と主張した。他方、トイザラス社は「トイザラス社の方針は、製造業者が独立に行動したことを示

²⁷ Toys” R” Us v. FTC 221 F 3d 928 (7th Cir. 2000)

²⁸ 「再販売価格維持の合意」が認定できない事案では、製造業者の取引拒絶の自由(契約の打ち切りの自由)が認められるとの理論。Colgate 事件 (United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)) に依拠している。越知・日米欧 317 頁

す証拠である。なぜなら、業界の巨人との関係を良好に保つのと、ディスカウントクラブから少しだけ売上を伸ばすのとどちらが得かは自明だからである」と主張した。

裁判所は、FTC の考え方は裁判所のとる基準ではないとしつつも、「本件では、製造業者はトイザラス社だけに依存したがっていたわけではなく、多角的に商売をしたがっていたことを示す証拠がある。各製造業者は各自でこの新しい取引相手との取引を行わないことにより、競争者に新しいニッチ市場をとられるのではないかと恐れていたとの事情が存在する。FTC は各製造業者がトイザラス社の要求に合意する条件が競争者が同じ行動をとることを確実にするところまで、すなわち製造業者とトイザラス社の証言の信用性を崩すことまでは要求されていないとして、マツシタ・モンサント準則に従えば、本件で共謀の存在を認定できる。」と判示した。

本件で裁判所はマツシタ・モンサント準則の独立に行動したことを排除する証拠に関し、協調行動を示す何らかの証拠があれば足るとの FTC の主張に賛成しなかったが、「各製造業者が競争者が同じ行動をとることを確実にするところまで、すなわち製造業者とトイザラス社の証言の信用性を崩すことまでの立証は FTC に要求されていない。」と述べ、独立に行動したことについてのすべての可能性を排除するものである必要はないとの FTC の主張を実質的に支持した結果となっている。

シカゴスクールの指導者であるポズナー判事(同判事は、近年、協調行動規制に積極的となっている²⁹)により下された JTC Petroleum 事件(1999 年)³⁰では、サマリー・ジャッジメントにおける証拠の評価の点につき、マツシタ・モンサント準則の並行行為を行ったものが独立に行ったことを排除する証拠となり得る可能性のある証拠資料の範囲を緩やかに解した事例である。本件は、道路事業の入札に関する談合を維持するためのグループ・ボイコットに関する事案に関し、地裁が証拠不十分を理由にサマリー・ジャッジメントにより、請求を棄却したのに対し、高裁でポズナー判事がこれを覆したものである。高裁は、本件でアスファルト製造業者が JTC にアスファルトを売らなかったことについて、被告が主張する正当理由は口実に過ぎず、製造業者が取引拒絶を行う見返りとして金銭が供与されることを推認する証拠が出されているとして、状況証拠からグループ・ボイコットを推認し得る可能性があり、トライアルによる審理を行うべきであるとして、事件を地裁に差戻した。

(d) 黙示の合意(tacit collusion)理論

並行行為プラスファクターから合意を認定する状況証拠は、独立して行動したことを排除する証拠でなければならない。会合での価格引上げについての協議や将来情報の交換は、独

²⁹ 同氏の Antitrust Law(University of Chicago, 2001)では協調行動に対する従来の消極的立場を微妙に修正している(シカゴスクールの代表的論者は協調行動によるカルテルの成功の見込みが弱く、反カルテルの行動をとる動機も強いことから、協調行動規制に消極的であった)。

³⁰ JTC Petroleum Co. v. Piasa motor Fuels, Inc. 179 F.3d 1073 (7th Cir. 1999)

立して行動したことを排除する証拠と当然に評価される³¹が、このような会合がない場合は、必ずしも容易でない。それは、寡占市場においては、ある価格引上げに追従する方が、価格を据え置くという判断より、利益をもたらす合理的行動であると言い得る場合が多いからである。これが、寡占的相互依存(oligopolistic interdependence)又は意識的並行行為(conscious parallelism)の問題である³²。

1980年代には、寡占的相互依存の問題について並行的価格引上げを助長する道具(facilitating device。以下「助長のための道具」という)が存在する場合、それは、人為的なカルテル形成のシステムであり、カルテルの状況証拠とみなすことができるの考え方(以下「助長のための道具の理論」という)が現れた³³。ただ、直接の伝達行為(communication)もない場合、そのようなシステムがあるというだけで、合意の状況証拠があるといえるか懐疑的な見解も多かったため、合意が明示の要件とされていないFTC法5条³⁴の不正な取引方法(unfair practice)として、排除措置を講ずるという手法が模索され、1980年代初めFTCはこの手法を活用して、カルテル助長のためのシステムを利用した同調的値上げを規制しようとした。Ethyl事件³⁵がそのもっとも有名な事件であるが、このようなシステムを採る正当理由がある場合には、不正な取引方法とはならないとする判断が示され、1980年代では、正当事由のハードルを越えることが難しいと考えられていた。1990年代には、情報交換(や情報の拡散)を、プラスファクターとして合意の推認に活用するようになった。すなわち、不自然な並行行為の背後に情報交換や情報の拡散が行われた場合には、この情報交換を(情報交換合意自体をシャーマン法1条に反する合意と構成するのではなく)マツシタ・モンサント準則の「独立に行動したことを排除する証拠」(価格協定の証拠)として活用するようになった。ここでの情報交換はいわゆる会合での事業者間の情報交換だけでなく、事前公表などの方法による不特定多数のものに対する情報の伝播行為も含まれ、後者は事業者間の情報交換と区別して、情報拡散(data dissemination)と呼ばれることもある。その先駆的判例は、Petroleum Products事件(1990年)³⁶である。

本件は、アリゾナ州、カリフォルニア州、オレゴン州及びワシントン州の各州(原告)が、

³¹ それゆえ、アメリカでは会合での協議における合意の推認というものが、ほとんど問題にならない。

³² 詳細は、越知・日米欧 125 頁以下、寡占的協調とカルテルの同質性に関し、川濱 昇 「カルテル規制の再検討-合意の機能と協調促進的慣行」 民商法雑誌 140 巻 5・6 号 180 頁以下。

³³ 助長のための道具理論についての先例については、越知・日米欧 128 頁以下

³⁴ FTC Act Section 5

Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are declared unlawful.

連邦取引委員会法第 5 条(不正な競争方法)

取引における若しくは取引に影響を及ぼす不正な競争方法、及び不正な若しくははぎまんの行為又は慣行は、違法である。

³⁵ E. I. Du Pont De Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

³⁶ In re Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990). 下津秀幸 石油製品事件(1990年) 公正取引 608 号(2001年6月号) 参照。

スタンダードオイル社ほか石油製品会社(被告)は、石油製品の価格の引上げ若しくは安定について共謀しており、これらの行為を助長するために、被告等は、継続的に価格及び価格関連情報について意見を交換しているとして、民事差止請求を行った事例である。本件は、価格がある一定期間に渡ってなだらかに下降し、突然急上昇する、その後上昇地点から再びなだらかな下降が起き、一定期間後に再び価格が急上昇するというのこぎりの刃型の価格形成がなされ、その背景として、価格が急上昇する直前における事前発表及び業界内での情報交換活動の事実が存在していた。地裁は、1986年11月、本件をサマリー・ジャッジメントにより原告を敗訴せしめたが、高裁(第9区)は以下の理由で、サマリー・ジャッジメントによったことは違法であるとして事件を第一審に差戻した。その後、被告側は、FTCの提案を受け入れ、事前公表と情報交換活動を止めることに同意し、事件は同意判決により終了した。

- (i) 寡占市場のようなあまり競争的でない市場において原告が示すようなのこぎりの刃型の価格の推移は自然な価格形成の結果ではないとみられるかもしれない。ただし、価格の動きだけを捉えてシャーマン法違反を認定することはできない。
- (ii) 卸価格の情報の共有が、競争者の追随のみを目的としていることは証言からも明らかである。そして、卸価格の引上げの事前公表が競争相手の追随値上げを得るために行われたと認められる場合は、明示若しくは黙示にかかわらず価格の引上げ若しくは安定のための合意とみなすことができる。さらに(i)の「のこぎりの刃型」の価格の推移に鑑みても原告が被告の共謀を推認する合理性がある。
- (iii) 第一審では、被告の悪意の秘匿を理由とした出訴期間の進行の停止を求める原告の申立について判断を示すことなく事件を終了しているが、この出訴期間の進行の停止について再度審理する必要がある。出訴期間の進行の停止が認められていたならば、原告が提出している証拠は、被告の行為を違法と認定するのに十分である。また、Container 事件³⁷前の口頭での情報交換が Container 事件最高裁判決後の被告等の新聞、郵便を利用した情報交換につながっており、両社(口頭での情報交換と郵便等での情報交換)は基本的に同様の効果・目的(価格の安定・引上げ)を有するものである。

情報交換・情報拡散をカルテルの重要な状況証拠として活用する事例のなかでとりわけ有名なのは、航空業界において CRS(Computer Reservation System)を利用してコンピューター上で値上げを公表し、他社が追随しなければこの値上げを直ちに撤回するという手法が価格についての協議をコンピューター上でやっているものとして、司法省や消費者が航空業界を訴えた一連の事件³⁸である。このような値上げの公表による誘引行為はプライス・シグナリングと呼ばれることがある。これらの事件は同意判決によって終了しており、裁判所の最終的な判断は下されていないが実質的に合意の存在を認めた前提での同意判決となっている。

³⁷ United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

³⁸ In re Domestic Air Transportation Antitrust Litigation, MDL No. 861 (1993)など。越知・日米欧 134 頁以下参照。

る。

(e) 並行行為における不自然性の程度

協調行動理論については、並行行為にプラスファクターがある場合に、違法な協調行動になるとの準則を分析する場合、プラスファクターが独立に行動したことを排除するだけの証拠かという点から分析するのであるが、並行行為についてその不自然性の程度がプラスファクターとして要求される証拠の水準に影響を及ぼす可能性があることが見過ごされがちである。しかし、不自然性の程度が低ければ、そのような価格行動をとる合理性(正当事由)の立証がされやすいため、違法な協調行動を認定しにくい。実際、先例を具体的にみていけば、並行行為プラスファクターから違法な協調行動が認定される事案は並行行為による価格形成の不自然さが大きい事例であり、逆にこれが否定された事例は並行行為の不自然性の程度が大きくなり、並行行為が形成されたことについて正当な理由を立証できる場合であるともいえる。つまり、並行行為がある場合でも正当事由がある場合においては、FTC 法 5 条の適用が否定されることが判示された前述の Ethyl 事件では、価格が極端に引き上げられたわけではないため、そのような、価格形成が合理的であるとの説明がしやすい事例であったとも解し得る。これに対して、先駆的先例である Interstate Circuit 事件は、映画上映館の価格が 15 セント以下から 25 セント以上という 2 倍程度といてよい引き上げられ方をしており、通常ありえないような不自然な価格引き上げが行われているため、独立に価格が形成されたという合理性の説明が難しい事例である。また、Petroleum Products 事件では、価格が急速に上昇してはなだらかに下降するというのこぎりの刃型の価格形成となっており、Interstate Circuit 事件ほどではないにしろかなり不自然性は大きいといえる。このような場合、価格形成自体から合意を認定することはできない(同事件の中間的判断における判旨)にしても、事前公表や情報拡散などの何らかのプラスファクターが存在し、このような価格形成について独立に行動した場合も起こり得ることについて、合理的な説明がなされていないので、独立に行動したことを排除するだけの証拠について立証がなされたとみなされたものと考えられる。Matsushita 事件では、価格が協調的に引き上げられるのではなく引き下げられた事例であり、1 社が価格を引き上げた場合他の競争者は競争に勝つためにはこのような低価格に対して対抗的に価格を引き下げるのが通常であり、この事例では、価格形成の不自然性の度合いが著しく低く、そのような事例では、プラスファクターから違法な協調行為を認定するのがもともと難しい事例であったと解することもできるように思われる。

日本では、不自然性の程度について十分な注意が払われていないが、予定価格近辺に落札価格が集中するという現象は、まさに不自然な価格形成を問題にするべき事例といえる(IV 参照)。

(2) 情報交換活動の評価-情報交換合意そのものを違法な合意ととらえるアプローチから価格カルテル等の証拠として活用するアプローチへ

情報交換活動に関しては、ある種の情報交換自体を違法な合意とみることができる場合がある一方、カルテルの証拠としても活用される。教科書的には、情報交換活動そのものを違法な合意とみることができるか、どのような場合に違法な合意となるかについての先例 (Maple Flooring 事件³⁹, Container 事件, Gypsum 事件) が有名であるが、Gypsum 事件以降は、情報交換活動そのものを違法な合意とする先例は途絶えており、価格協定の証拠として活用される事例がほとんどとなっている。ポズナー判事が、情報交換合意そのものが消費者福祉を害するものではなく、情報交換の結果としてとられた行為が消費者を害する場合があるので、情報交換の結果とられた行為に関する、カルテルの証拠として情報交換の事実を活用すべきであると主張したことも影響している。

なお、EU では Wood Pulp II 事件以後、協調行動的な形態を価格協定として立件することが難しくなったため、むしろ、1990 年代に入り、情報交換の合意そのものを 81 条 1 項違反に問擬する事例が増えている (U.K. Agricultural Tractor 事件⁴⁰などを参照)。

情報交換合意については、合理の原則が適用される (Maple Flooring 事件⁴¹)。過去の売上についての全体的データは景気や経済を計測する上で欠かせない競争促進的なものである。反面、将来的な価格についての情報を交換することはほとんどカルテルをやっていることと同じである。いかなる情報交換までが適法な情報交換かについて、以下のような先例が展開している。

Maple Flooring 事件⁴²では、同業者間で過去の価格情報が配布された事例であるが、このような過去の統計的情報については、価格情報であっても違法な情報交換とは判断されないと判断された。これに対し、Container 事件⁴³では、事業者は競争者が顧客に提示している価格を顧客や自らの記録で割り出せない場合、競争者から直接、価格情報を提示しあうという情報交換を違法な合意と判断している⁴⁴。このような情報の交換は、現在の情報交換であり、秘密の値引きを抑制し、市場を透明にする効果を有するため、違法とされたものだが、今日的には、価格協定の証

³⁹ Maple Flooring Manufactures Ass' n v. United States, 268 U.S. 563 (1925)

⁴⁰ United Kingdom Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992 L68/19 [1993]4 CMLR 358

⁴¹ Maple Flooring Manufactures Ass' n v. United States, 268 U.S. 563 (1925)

⁴² Maple Flooring Manufactures Ass' n v. United States, 268 U.S. 563 (1925)

⁴³ United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

⁴⁴ 本判決は、価格情報の交換合意を当然違法とするものではないが、合理の原則の適用にあたり、価格情報交換の合意にある要因 (plus factor) が加われば、違法となり得ること、当該産業の市場構造的要因もプラスファクターになり得ることを前提とし、品質面に差がなく、価格競争が最大の競争手段であり、供給過剰により、価格が下落傾向にある市場構造の場合、価格に関する情報交換活動はカルテルを誘発する競争阻害効果の強いものであるとの判断を行ったものであると理解されているが、むしろ、本件の価格情報の交換が「過去」の価格情報ではなく、「現在」の価格情報である点も本件の情報交換が違法とされた重要な要因として考えられる。一般に、情報交換に「現在」価格の情報が含まれているとすれば、情報交換は価格を透明にし、抜け駆けの価格競争を抑制するため競争阻害効果が強いものと考えられる。

拠としても活用の可能な事例である。

価格の情報交換が現在だけでなく将来の価格の情報交換である場合はさらに競争阻害効果が高まる。将来の情報交換が、価格の事前公表によって行われる場合は、追従値上げは、合理的活動となる余地があるが、会合において将来の情報をどうするかについて意見交換するということはカルテルの会合そのものと考えられ、将来の価格の情報交換についての証拠がある場合は、原則的に刑事手続が活用されている。このような会合に出席しながら、自分は価格を情報交換したレベルに上げる意図はなかったという議論は、実際にその者が価格を引き上げた場合はもちろん引き上げなかった場合においても抗弁となり得ない。

なお、情報交換合意については合理の原則によって判断されるということは、民事訴訟上目的又は効果についての主張立証が必要とされる⁴⁵。これに対して、当然違法とされる価格協定については、民事上は目的・効果の立証は不要である(Socony-Vacuum 事件⁴⁶でそのように判示されている)。Gypsum 事件は刑事事件であるが、裁判所は、民事事件の情報交換合意の違法になる基準についても、傍論で「民事事件では、犯意(mens rea)の立証は必要でなく、競争阻害効果を立証すれば足る。」との判断を示している。

(3) 刑事手続におけるカルテルの認定

(a) 当然違法類型に属する行為の場合

刑事事件においては、犯意の立証が必要であるが、当然違法原則の適用される価格引上げの場合、価格引上げについての認識があれば、当然に犯意は立証されていると考えられている。ただし、状況証拠から黙示の合意を認定する場合についてはやや議論がある。当局が当然違法を直接証拠から立証できなかった場合には、当局は犯意の立証を要求されるとする先例もあるといわれる。

(b) 合意の成立か存在か

アメリカの場合の事実認定は陪審によってなされるが、陪審に対しどの会合によって事実認定がなされたかそのカルテルの合意が成立した時期についての検察官の主張が正しいかについて陪審員が認定する事実として、陪審員指示(jury instruction)が与えられるわけではなく、単にカルテルの合意が存在しているかどうかだけが陪審員指示の対象となる(これは民事事件でも同じである)。例えば、アメリカの刑事手続で検察官が会合 A で合意が形成されたと主張したが、陪審員は会合 A ではカルテルの合意は形成されておらず、べつの会合 B

⁴⁵ 刑事上は、さらに目的及び効果まで主張立証されなければならない。

⁴⁶ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

においてカルテルの合意が形成されたと心証形成した場合、検察官の側から会合 B においてカルテルの合意が成立したという主張がない場合においてもカルテルの合意の認定は一般に妨げられない。

US v. MMR Corp. 事件(1990 年)⁴⁷では、入札談合に関する陪審員指示の内容も争点となり、被告は、シャーマン法 1 条の合意(conspiracy)として落札者より高い入札を行うか又は入札をしない旨の合意があるかないかを判断するよう陪審員に対して指示すべきであったと主張したが、裁判所は、陪審員に対する指示は、特定の内容の合意があったか否かではなく、単にシャーマン法 1 条に反する合意が存在したか否かだけであると判断している。

(c) 情報交換活動の場合

これに対し、情報交換活動については、合理の原則で判断されるため、目的(犯意)⁴⁸及び効果まで立証されなければならない。犯意については、主要な 6 製造業者が価格を検証しあうプログラムにより情報交換活動を行っていたとして刑事訴追された Gypsum 事件において、被告はこのような価格情報の交換を行うのはロビンソン・パットマン法上の対抗価格の抗弁として許容される価格引下げを適法な形で行うためになされるもので、被告には情報交換を行うための正当な目的があるから違法な情報交換活動ではないと主張したことに関し、最高裁は、刑事事件においては、当局は競争阻害効果だけでなく情報交換活動の目的を立証する必要があり、目的(犯意)は価格に影響する価格情報の交換から法律上推定されるものではないと判示した。

Gypsum 事件の結果、情報交換合意より、価格の合意さえ示せば違法とされる価格協定そのものの方がはるかに立証しやすいことになったため、情報交換活動そのものを理由として刑事訴追される例はほとんど見当たらなくなり、情報交換活動を状況証拠とした価格協定により刑事訴追が行われるようになった。その場合、上記 2 で既に述べたとおり、将来の価格についての情報交換活動はカルテルの決定的証拠として活用されている。

2 EC における立証対象と状況証拠からの事実認定

(1) EC における合意・コンサーティッドプラクティスの意義と推認理論

(a) コンサーティッドプラクティスの意義と 2 とおりの活用

EC 競争法では、合意(agreement)以外に concerted practice を行為要件に取り込んでいる。ただし、concerted practice は協調行動と訳されることが多く、ここから EC 競争法に

⁴⁷ US v. MMR Corp., 907 F.2d 489 (5th Cir. 1990)

⁴⁸ この目的の立証は日本における故意の立証(有責性の立証)に近いと考えられる。

おけるカルテル規制の範囲が、アメリカ反トラスト法より広いものとして議論されることがあるとすれば、その前提は正しくない⁴⁹。既に指摘しているように、concerted practice がカバーする範囲はアメリカの黙示の合意論がカバーする範囲より広い範囲にわたるものではなく、EC 条約 81 条の合意プラス concerted practice がシャーマン法 1 条の agreement とほぼ同じ射程を有するという関係にある。以下に示すように、concerted practice は、アメリカで並行行為プラスファクターから合意を認定する場合に活用されるよりも(そのような例として、以下の(2)で紹介する事例を参照)むしろ、会合はあるが、会合での結論が不明、あるいは価格の引上げ幅等の価格協定の条件が決まった時点がはっきりしない案件で、合意を認定するのがためらわれた初期の案件について、concerted practice を認定した事例が多い(そのような例として、以下の(3)で紹介する事例を参照)。もっとも、このような場合に合意が存在していないというわけではなく、合意と concerted practice のいずれに該当するかを区別することは意味がなく、合意と concerted practice は一体的に解釈されるべきであるとの準則を明らかにした。そうすると concerted practice を並行行為プラスファクターから違法行為を認定する協調行動規制のみに対応するかにみえる協調行動と訳すのは必ずしも適切ではないといえる。そこで、本論文では、concerted practice をコンサーティッドプラクティスとそのまま表現することにし、合意又はコンサーティッドプラクティスを一体解釈する場合など、両者を総称して用いるときは「合意等」と表記することにする。

Dyestuff 事件⁵⁰はコンサーティッドプラクティスの意義を判示し、会合による合意がなくとも並行行為プラスファクターから 81 条違反の合意等を認定できることを示したリーディング・ケースである。本件は、事前公表と並行的価格引上げという協調行動規制の問題について、各国市場が分断されているとの市場構造的要因がある場合において、「値上げの事実公表と引上げの時期・引上げの割合が同一で、価格引上げが、市場の分断構造に全く影響を与えないような、価格引上げが行われた場合、独立した並行行為の結果と考えるのは不自然過ぎる。」として、81 条違反を認定した事例である。この基準は反トラスト法の Interstate Circuit 事件で示された独立した並行行為の結果と考えるのは不合理な場合に、合意を認定するのに似通っている。「市場の正常な条件に対応しない競争条件が導かれることは、価格引上げを成功させようとの共通の意図なしに説明できない。」と述べている点も、Interstate Circuit 事件における独立した行為というにはリスクの高すぎる行為がなされという状況と似通っており、独立した経済行為としての合理性のない場合にコンサーティッドプラクティスを認定する点でもインターステート理論に通じる点があるといえる。本件で、3 度目の価格引上げの前にスイスのバーゼルにおいて協調行動参加者の会合が開かれ、その会合で 1 社が、価格引上げの時期・引上げ幅など具体的に価格引上げを明らかにし

⁴⁹ そのような、前提での議論となっているように思われるものとして正田彬編 『全訂独占禁止法 [I]』(日本評論社 1980) 230 頁。アメリカ反トラスト法の合意概念を「カルテル契約」的に捉えた上での議論となっている。

⁵⁰ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619 CMLR 557

たのに対し、他社が検討中である旨応じたという証拠があり、価格を議題とする会合が開かれている事案であり、会合からの合意の推認が可能な事例であり、そのようにせず、あえて協調行動規制の理論を打ち立てた点も Interstate Circuit 事件と共通している。

また、本件で、コンサーティッドプラクティスを「合意が形成される段階まで達していないけれども、競争上リスクを生ぜしめる当事者間の協力(coordination)の方式である。」と定義したことは、会合はあるが、会合での結論が不明、あるいは取決め(価格の引上げ幅等)の条件が決まった時点がはっきりしない事例について、コンサーティッドプラクティスを活用する道を開くもので、以下の(3)で解説するとおり Suiker Unie 事件⁵¹、Pioneer 事件⁵²では、コンサーティッドプラクティスを合意の推認理論の代替として用いている。

(b) 協調行動規制としてのコンサーティッドプラクティス

協調行動規制としてのコンサーティッドプラクティスに関しては、アメリカ、カナダ、スカンジナビアの材木パルプの製造業者の国際カルテルが問題になった Wood Pulp II 事件⁵³において、「並行行為は協調行動であることが並行行為に対する唯一の説得力のある(only plausible reason)場合にのみ、協調行動の証拠になる。」との重要な準則が判示された。

本件の事実関係及び判決要旨は以下のとおりである。木材パルプ市場は製造業者と顧客の間の長期的関係に特徴があり、価格について、製造業者は四半期毎に、次の四半期の最高価格を公表し、顧客のためにパルプの必要量の確保を保証していた。欧州委員会は、この価格公表システムと値引きシステムにより、製造業者は取引の不確実性を低減することができるので、事前の価格公表システムは協調行動の証拠になるものとして、「協調行動」を認定した。しかし、欧州裁判所は、裁判所は並行行為は協調行動であることが並行行為に対する唯一の説得力のある説明(only plausible reason)である場合にのみ、協調行動の証拠になるものと判示し、以下のとおり、公表システムや値引システムでは取引の不確実性は低減せず、事前告知のシステムをもって「協調行動」の証拠とすることはできないものと判断した。ただし、本件でも、情報交換活動についての違法性は認定されている。

価格公表システムについては、欧州裁判所は、欧州委員会が提出したテレックス・文書などの書証について釈明を求めたのに対し、欧州委員会は、「並行行為のすべての関連企業及び全期間にかかるもの」と回答した。欧州裁判所は、この回答では、それぞれの書証について協調行動をとった当事者及び協調行動の時期の特定ができないとして、これらの書証を証拠から排除することを決定した。その結果、当事者間の事前の接触については証拠がなく、

⁵¹ Suiker Unie v. Commission [1975] ECR 1663 [1976] 1 CMLR 295

⁵² Musique Diffusion Francaise v. Commission (Pioneer), [1983] ECR 1825 [1983] 3 CMLR 221

⁵³ Ahlstrom v. Commission (Wood Pulp II) [1993] I ECR 1307 [1993] 4 CMLR 407

4 半期ごとの価格公表システム、価格の公表時期の一致又は近接性、公表価格の一致が、違法な協調行動であることの唯一の説得力のある説明(only plausible reason)であるかが判断された。本件においては鑑定証人が、価格公表が同時に行われることは木材パルプ市場の特性(特に市場の透明性)に基づく必然的結果であり、並行行為は市場の正常な機能の結果であるとみなす方が協調行動であるとみなすよりもより説得力のある説明であると証言しており、裁判所はこの鑑定証拠に依拠し、協調行動であるとの委員会決定を覆した。

Wood Pulp II 事件の、「並行行為は協調行動であることが並行行為に対する唯一の説得力のある(only plausible reason)場合にのみ、協調行動の証拠になる」との基準自体はアメリカにおける Matsushita 事件の「状況証拠により共謀を立証する場合に被告が独立して行動しているという可能性を排除するものでなければならない」との基準に非常に近い表現となっており、マツシタ・モンサント準則の影響が認められる。ただ、唯一の説得力のある(only plausible reason)場合のみカルテルの証拠となるというのは狭すぎ、接触に関する証拠が排除されなければ(上記のとおり、本件は、接触に関するすべての証拠が排除された結果、プラスファクターがなくなり、並行行為だけが証拠となっている特殊な事例であることに注意が必要である。)、マツシタ・モンサント準則に従えば、協調行動を認定できる事例ではないかとの疑問もある。実際、マツシタ・モンサント準則のもとでも、アメリカでは、「被告が独立して行動しているという可能性を排除するものでなければならない」という点は、100%の確実性を原告に課すこととまで要求されていないとの実務運用(Toys”R”Us 事件参照)により、1990年代において Petroleum Products 事件、航空業界におけるプライス・シグナリング等協調行動規制について一定の成果を収めてきたのに対し、ヨーロッパでは、本判決以降、会合の存在のない並行行為の事例については、協調行動を認定することに慎重となっており、会合の存在しない不合理な並行行為についての規制の実務運用の水準は、「協調行動」(concerted practice)を違法行為と明記していないアメリカの方が厳格(規制に積極的)である。ただし、EC では、1990年代以降は、情報交換活動自体を積極的に規制することで、協調行動規制に対応しようとしている。

(c) 合意の推認理論の代替としてのコンサーティッドプラクティス

Dyestuff 事件はコンサーティッドプラクティスの意義を「合意が形成される段階まで達していないけれども、競争上リスクを生ぜしめる当事者間の協力(coordination)の方式である。」と定義したことは、会合はあるが、会合での結論が不明、あるいは価格協定(価格の引上げ幅等)の条件が決まった時点がはっきりしない案件で、合意の成立を認定するのが明確でない事例について、コンサーティッドプラクティスに該当することで、最終的合意の内容が不明であるので合意が成立していないとの主張を封じるように運用されており、むしろこちらの運用の方が重要である。

Suiker Unie 事件⁵⁴は、価格協定の事例ではなく、水平的独占的販売契約の事例である

⁵⁴ Suiker Unie v. Commission [1975] ECR 1663 [1976] 1 CMLR 295

が、そのような事例では、価格引上げより合意の内容の立証が難しい。本件で、事業者は、「合意」の条件が明らかでないことから共同計画の立証はなされていないと主張したが、本判決により、共同計画の全容の立証はなされていなくとも、すなわち、独占的取扱いの条件などの合意内容の詳細が明らかでなくとも、条件について協議(判決では、「接触」(contact)と表現されている。)されたことが立証される場合は、(接触によって相手方の行動を知り得る場合には、自ら単独で行うことによる不確実性のリスクが除去されているのだから、)コンサーティッドプラクティスを認定できるとするものである。その結果、いわゆる合意の成立時期、取決めの条件などの合意内容の詳細が明らかでなくとも、違法な行動がなされれば、その協議の結果、違法な行動が推認できるとするものである。このような、コンサーティッドプラクティスの活用により、合意がどこで成立したか、取決めの具体的条件は何かを明らかにすることは欧州委員会に求められなくなり、単に合意又はコンサーティッドプラクティスが存在したということだけが、立証の対象となった。

Pioneer 事件⁵⁵は、垂直的制限に関する協調行動の事例であるが、そこで示されたアプローチは Suiker Unie 事件理論の延長にある。本件ではホテルの会合で並行輸入についての話合いがなされたことは認められるものの、パイオニアが協調行動の阻止を具体的に指示した証拠は提出されなかった。しかし、裁判所は、パイオニアが並行輸入を阻止しようとしたという具体的証拠を提出しなかった以上、ホテルの会合への参加によりコンサーティッドプラクティスに賛同したものと推定できると判断した。これにより、当事者間で違法な行動を行うことについての会合がある場合、会合での結論が明らかにならなくとも(会合で違法行為を行うことの結論がはっきりしていなくとも)、コンサーティッドプラクティスを認定できるとの理論が確立した。

(d) ドイツのカルテル契約論

このような運用が生じた背景として、EC においては、日本同様、合意をカルテル契約的に発想する見解も当時存在したからであると思われる。ドイツにおいては、かつて、カルテルの合意についてカルテル契約と解釈した裁判例があるが、この裁判例の結果、ドイツ法が EC 条約 81 条に矛盾する(カルテルの成立範囲が狭くなる)ことになったため、EC 競争法との調和の観点から concerted practice が条文に追加されたという経緯がある⁵⁶。EU で合意の推認理論として、コンサーティッドプラクティスが活用されたことは、「合意」という概念に関し、1980 年代前半まではカルテル契約的発想が EU でも残されていたことを示しているともいえる。最近の Pre-insulated Pipe 事件では、「合意」は民法上の合意とは異なるものであることが判示され、最終的な包括合意が形成される以前の交渉過程における初期段階においても合意が認定される場合もあること、合意は状況証拠から推認され、ある観点か

⁵⁵ Musique Diffusion Francaise v. Commission (Pioneer), [1983] ECR 1825 [1983] 3 CMLR 221

⁵⁶ 細田 孝一 「ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル概念とその立証」 ジュリスト 967 号(1990 年 11 月 15 月号)参照。

らは不明確な特定しないものであってもよいこと、合意又は共同の計画(common scheme)へのコミットメントの程度は多様であり、内部的に利益相反があり、時にはある参加者が他の参加者をだますことがあっても、合意の存在を妨げないことが説示され(共同体裁判所もこの決定を支持している)、合意は私法上の合意とは異なる概念であること、最終的な合意でなくとも、81条1項の agreement に該当し得るとされ、カルテル契約的な発想からの訣別が明確な形で示された。

(e) 合意とコンサーティッドプラクティスの一体解釈論

Pioneer 事件の後、欧州委員会及び欧州裁判所は、合意とコンサーティッドプラクティスについてはどこまでが合意で、どこからがコンサーティッドプラクティスカを明らかにする必要がないとの準則を打ち立てた⁵⁷。まず、欧州委員会は、かつて合意とコンサーティッドプラクティスの間に概念的な区別が必要であるとの立場をとっていたが、1980年頃の Van Landewyck v Commission 事件⁵⁸において合意とコンサーティッドプラクティスを区別することは意味がないとの法務調査官 Reich の見解に依拠し、この区別を行わずに合意又はコンサーティッドプラクティスが存在するという形でカルテルの立証を行うようになってきている。例えば、下記に詳細に紹介する Polypropylene 事件では、欧州委員会は、合意とコンサーティッドプラクティスを区別せずに(以下「合意とコンサーティッドプラクティスの一体解釈論(joint classification)」という)、当事者企業が合意等に参加したと事実認定したが、CFI は複雑なカルテルの事案では欧州委員会は合意とコンサーティッドプラクティスを正確に区分することができないが、いずれの行為も 81 条に違反することにはかわりがないので両社を正確に区分する必要はないとして、合意とコンサーティッドプラクティスの一体解釈論を許容した。

(f) 「全体として単一の合意」の概念

複雑なカルテルにおいては長期間において全体として単一の合意等(a single overall agreement)が成立する。Polypropylene 事件以来、欧州委員会は全体的な一個の合意というコンセプトを発展させてきた。これは、多数回の会合と多数回の並行的な価格引上げがあり、多数回の会合の中にはある当事社が欠席する場合もあり、欠席した当事者が価格引上げを行わなかった場合もあるような事案について、これを1個の合意等とみなすことができるとの理論である。同事件においては15社が7年以上にわたり、会合と価格引上げを繰り返していた。ただし、この当事者の中にはすべての会合に参加していない当事者もあり、当事者の一部には意思決定を明確にしておらず、むしろ自らはカルテルに同調せず、他の当事

⁵⁷ Whish Competition Law (Fifth Edition) Butterworths (2001) p. 78-81

⁵⁸ Van Landewyck v Commission [1978] ECR 2111

者を出し抜いて利益を上げようとたくらんでいる当事者もいたという事案についてこのような当事者にも 81 条 1 項違反の合意が成立するものと判断した。PVC 事件⁵⁹において CFI はこの全体としての単一の合意というコンセプトを支持し、当事者企業は、会合の一部にしか参加せず、一部の価格引上げについてのみ参加したという場合でも全体としてのカルテルに責任があるとした⁶⁰(ただ、参加の度合いについては制裁金額の算定においては減額事由として考慮される)。カルテルについては、効果が発生しなくても価格引上げについての目的を持って合意することだけで 81 条 1 項違反の合意が存在することも明らかにした。

(g) 接触・会合への参加という事実と証拠の十分性

カルテルの場合、証拠となる書面を発見することはできず、カルテルの証明は状況証拠を積み重ねるという方法によらざるを得ない。このような場合、接触・会合への参加の事実があるものの決定への参加自体について明白な証拠がない場合、接触・会合への参加の事実がどの程度まで状況証拠として証明力を有するかが問題となるが、この点についても Polypropylene 事件(CFI 判決)⁶¹は先例となっている⁶²。前記の Polypropylene 事件決定の決定取消請求訴訟において、CFI は、次のような点を証拠の十分性の分析の基準に挙げ、CFI はほとんどの当事者について全体のスキームへの関与について十分な証拠があるとした。

- (i) 当該企業は競争者と接触していたか
 - (ii) 当該企業は会合に出席していたか
 - (iii) 当該企業は会合における決定に参加していたか
- (iii)については、当該企業の課長級の者が会合に出席していれば当該企業が決定に参加したとの推定は決定的なものであろうとする。

(h) Pre-insulated Pipe 事件

Pre-insulated Pipe 事件⁶³決定は、「合意」と「コンサーティッドプラクティス」の意義、カルテルの事実認定の分析手法など、それまでの先例理論を整理・発展させた重要な先例である。本件で、欧州委員会は、「コンサーティッドプラクティスとは、合意が事前に存在しな

⁵⁹ PVC OJ 1989 L74/1; [1990]4 CMLR 345, PVC II OJ 1994 L239/14

⁶⁰ Limburgse Vinyl Maatschappij NV etc v. Commission (1999)

⁶¹ 決定取消訴訟は各事業者ごとに分離して判決が下されており、主要なものは以下の通りである。Hercules (T-7/89), [1991] ECR II-1711, [1994] 4 CMLR 84, ICI (T-13/89), [1992] ECR II-757, Shell (T-11/89), [1992] ECR II-757

⁶² Marc vander Woude, 'The Court of First Instance: The First Three Years' (1983) 16 Fordham Int'l LJ 412, Valentine Korah Cases & Materials on EC Competition Law (2001) p. 303

⁶³ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402

くても、相互に依拠して協調を生み出しやすい状況を作り出す協調のための道具(collusive devices)を故意に設置し、これに従うことをいう。⁶⁴]として Dyestuff 事件におけるコンサーティッドプラクティスの定義をより具体化した上、複雑なカルテルの事案では合意と協調は行動が判然一体となって行われ、競争を制限する場合があります、このような場合、(合意とコンサーティッドプラクティスをいちいち区別せず)全体として一個の 81 条 1 項違反を認定することができるものとしている⁶⁵。

さらに同判決では合意の意義についても次のように述べ、カルテル契約的に「合意」を解釈すべきでないことを明確にしている。「「合意」は民法上の合意とは異なるもので、基本計画に対する特定の合意だけでなく、当事者が関与する共謀の過程を一体として合意と認定することができる。また明確に合意したものだけでなく、合意に基づく実行も「合意」と認定することができる。参加者の各自の行動を拘束するルールを含む最終的な包括合意が形成される以前の交渉過程における初期段階の合意についてもカルテルが認定される場合もある。合意は状況証拠から推認され、ある観点からは不明確な特定しないものであってもよい。合意の一部が他の一部と矛盾することもあり得るし、合意によって競争が完全に排除されない場合もある。参加者の合意又は共同の計画(common scheme)へのコミットメントの程度は多様であり、内部的に利益相反があり、時にはある参加者が他の参加者をだますこともある。合意をしていてもカルテルが破られ、むしろ激しい価格競争が起こることもある。このような事情は合意又はコンサーティッドプラクティスの認定を妨げるものではなく、継続した 1 つの競争者の競争制限行為が存在しているものと認定できる。不確実性が除去されてしまうことが合意の要件となるものではない。その過程でカルテル参加者が増えたり減ったりすることは起こり得る。ある参加者が計画の細部すべてを了解しているわけではない場合でもカルテルの認定を妨げるものではない。」⁶⁶

(2) 情報交換合意及び情報交換活動からのカルテルの認定

価格情報交換合意自体が 81 条 1 項に違反するか否かについては、81 条 3 項の適用免除に関する Cobelpa 事件⁶⁷、Hasselblad 事件⁶⁸及び欧州委員会告示により、統計情報を事業者団体を通じて配布することは許容されるが、情報交換の対象が企業の営業秘密に属する情報の場合、違法な情報交換合意となるとの一般理論が確立しているが、EC 競争法の実務においても、価

⁶⁴ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 パラ 130。アメリカにおける「助長のための道具の理論」であり、Hercules 事件においても同趣旨の判示がなされている。

⁶⁵ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 パラ 131。Polypropylene 事件以来のアプローチを確認するものである。

⁶⁶ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 パラ 134

⁶⁷ Cobelpa/VNP OJ 1977 L242/10; [1977] 2 CMLR D28

⁶⁸ Hasselblad, 2 December 1981 OJ 1982 L161/18; [1982] 2 CMLR 233

格情報の交換は価格カルテルの証拠として活用されることが多い。

前述した Polypropylene 事件は、情報交換活動からカルテルを認定している点でも重要な先例である。EC 競争法でも、価格についての情報交換は 81 条 1 項に該当するとされるが、価格についての情報交換それ自体を 81 条 1 項違反と認定する場合と情報交換から価格協定を認定する場合がある。1980 年代には、できる限り価格協定を立証して、巨額の制裁金を課し、抑止効果を高めようとしていたように見受けられる。Polypropylene 事件のホテル会合における情報交換は、情報交換活動と斉一的な価格引上げが組み合わされることにより価格協定を認定している重要な先例となっている。

1990 年代に入ると、価格、生産量についての情報交換自体を 81 条 1 項違反の合意と認定し、巨額の課徴金を課す例も現れている。U.K. Agricultural Tractor 事件⁶⁹では、情報交換契約は、正確な販売量、正確な市場シェア、商品別の生産量、地区毎及び月毎の細かい販売量など営業秘密とされるような事項に及んでいた。他方、本件における市場は、80%を 4 社で占め、88%を 7 社で占める寡占市場であり、情報交換契約に参加していない企業の市場シェアは 12%に過ぎなかった。広汎な販売網とサービスネットワークが参入に不可欠であり、また顧客のブランド・ロイヤルティも高いので新規参入のための参入障壁は高かった。共同市場外からの輸入はほとんどなかった。契約当事者は定期的に情報交換のための会合を開いていた。情報交換により、不確実性と秘密性が排除され、競争者の競争方法を察知して直ちに対策を取ることが可能となっていた。

裁判所は以下のような理由から本件の情報交換を 81 条 1 項に反するものとした。情報交換により、あらゆる(秘密の)競争手段(販売量の増加、販売価格の低下)は直ちに他の契約当事者の知るところとなり、他の競争者は追随した行動をとることができるので、競争手段を最初に用いた当事者はリスクにのみさらされ、リターンを得ることが難しい。それゆえ、契約当事者間で競争手段をとる動機付けを失わせることになる。不確実性こそ競争により生じる正常なリスクであり、不確実性の排除はこのような活発な競争を抑制することになる。これらの情報交換は価格に及んでいないが、価格についての情報は電話を使えば直ぐ入手できるし、顧客の方から価格情報をもってくるので、価格情報が含まれていないことにより適法とされるものではない。新規参入者がこの契約に加入しなければ、この者は市場の情報入手について、競争者に比べ不利な地位に立たされる。逆にこの契約に加入してしまうと、新規参入者が行う積極的競争手段は直ちに競争者の知るところとなり、対応策がとられるので積極的競争手段により、市場シェアを拡張することは困難である。そうすると結局リスクを冒して市場に参入するインセンティブがないことになる。

本判決は寡占市場における情報交換活動に関し、市場構造を考慮して情報交換がどこまで許されるかを判示したものである。本判決は、価格情報の交換を含むものではなく過去の統計的情報であっても、それが詳細に渡り、隠れた競争を排除することになれば違法となることを確認した重要な判決である。

⁶⁹ United Kingdom Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992 L68/19 [1993]4 CMLR 358

U.K. Agricultural Tractor 事件⁷⁰に依拠し、反競争目的のために用いられる情報交換を 81 条 1 項違反として欧州委員会が審判開始を決定した Cartonboard 事件⁷¹がある。本事件は、1986 年半ばから 1991 年 4 月にかけて、欧州に Cartonboard を供給する同製品製造業者 19 業者が、市況、製品価格、各社の供給能力等についての情報を交換し、同製品の価格引上げ、市場分割等のカルテルを行ったと欧州委員会が認定したものである。本事件において、欧州委員会は、会合における事業者の秘密に当たる情報の交換は、合意した価格を実施する状況が可能な限り都合のよいものであることを確認するための明らかに反競争的なものであり、そのような会合はカルテルを助長する道具 (facilitating device) であると認定している⁷²。また、情報交換の目的が反競争的なものであるならば、カルテルとして摘発するために欧州委員会が必ずその市場に与える影響を分析しないといけないというわけではないが、本件では、関連市場へ与える悪影響を示す証拠が存在するとして、上記製造業者が人為的に需給を調整して、カルテル価格の維持を図っていることを記載している⁷³。

2000 年代に入っても、U.K. Agricultural Tractor 事件における「不確実性こそ競争により生じる正常なリスクであり、不確実性の排除はこのような活発な競争を抑制することになる」という考えは維持されている。組織的な情報交換活動から 81 条 1 項違反が認められ、莫大な制裁金 (総額 1 億 2426 万ユーロ) が課された欧州の Lombard Club 事件⁷⁴は、オーストリアの銀行が 1994 年から 1998 年までの間、金利の変化率や広告手段等について意見交換するために、300 回以上、会合 (毎月開催される各社トップレベルの会合が Lombard Club と呼ばれる。) を開催し、貸出金利や各種サービスに対して消費者が支払う手数料等についてカルテルを締結していた事件であるが、欧州委員会は「このような定期的な会合を重ねることにより、本件原告 (オーストリアの銀行) は競争業者の競争的な事業活動についての不確実性を除去する若しくは少なくとも減少した」⁷⁵と認定し、81 条 1 項違反を決定している⁷⁶。

⁷⁰ United Kingdom Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992 L68/19 [1993]4 CMLR 358

⁷¹ Cartonboard OJ 1994 L243/1 [1994]5 CMLR 547

⁷² Cartonboard OJ 1994 L243/1 [1994]5 CMLR 547 パラ 134

⁷³ Cartonboard OJ 1994 L243/1 [1994]5 CMLR 547 パラ 127

⁷⁴ Commission press release of 11 June 2002, 14 December 2006。EC 決定については、<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/36571/en.pdf> を参照のこと。なお、本件は、2002 年 6 月の EC 決定に対し、原告 (オーストリアの銀行) が制裁金の額について、CFI に不服を申し立てたが、2006 年 12 月、CFI が EC 決定を支持するほぼ支持する判決を出したものである。

⁷⁵ EC 決定 (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/36571/en.pdf>) パラ 423

⁷⁶ ただし、本件では、カルテルを立証する文書等の証拠が多数存在している。"The hundreds of documents found - minutes of meetings, memoranda, records of telephone conversations, correspondence, etc. - unearthed a network of cartel committees which covered the whole of Austria and all banking products and services as well as advertising, or rather the lack of it" (Commission press release of 11 June 2002)

Ⅲ 行政事件におけるハードコアカルテルの事実認定の現状とその課題

1 不当な取引制限の意義

日本では、カルテルは3条後段の不当な取引制限として規制される。3条後段の不当な取引制限の要件は(1)共同して対価を決定し、維持し、もしくは引き上げ、又は数量・技術・製品・設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業を拘束し、又は遂行すること(相互拘束・共同遂行)及び(2)一定の取引分野における競争の実質的制限である。欧米の合意(EUでは合意又はコンサーティッドプラクティス)に相当する要件は、相互拘束又は共同遂行である。相互拘束と共同遂行の関係については、通説は、共同遂行に独自の意味はなく、相互拘束が行為要件であると解している。しかし、この行為要件は、共同行為と呼ばれることが多い。筆者は、Ⅲ4で述べるとおり、行為要件は「事業拘束」と表現することが最も適切であると考えているが、本論文では、行為要件として共同行為という用語を用いることにする。共同行為という行為要件が、合意と異なるかについては、意思連絡があれば足り(東芝ケミカル事件)、合意よりも広いと解され、通説は、日本の共同行為の要件は、欧米の合意(EUでは合意又はコンサーティッドプラクティス)と同様の射程を持っており、東芝ケミカル事件により、並行行為と独立した行動をとることを排除した証拠があれば合意の存在を認めるとの理論をとることも可能であると思われる⁷⁷。しかし、(本章で詳説するとおり、カルテル契約的発想⁷⁸が依然として残るため)アメリカの合意やEUの合意プラスコンサーティッドプラクティスという行為要件よりも限定されたものとして運用されているのが実務の実情である。共同行為・相互拘束・共同遂行の意義・関係については、これまでのいずれの学説にも問題があり、実務の現状を整理した後に、行為要件の再構成をⅢ4で提案する。

(2)の競争の実質的制限の要件は、通説によれば市場支配力の形成である。したがって、一定の取引分野において価格を引き上げたカルテルの参加者が相当程度の市場シェアを有している事実の認定が必要とされる。加えて、学説の中には競争の実質的制限に関し、市場に対する具体的害悪が生じること及び共同行為との因果関係を求める見解があり、その見解に依拠しているとみられる8条1項1号に関する審決がある(日本冷蔵倉庫協会事件⁷⁹)。しかし、カルテルの成立に関して、因果関係⁸⁰を考慮するべきではなく、この点についても、Ⅲ4で詳説する。

⁷⁷ 条解 65・66ページ

⁷⁸ カルテルの合意を私法上の合意と平行に捉える考え方から、合意の内容、成立時期が特定され、最終的な合意内容、合意に拘束力があることが立証される必要があるというアプローチをいう。

⁷⁹ 審判審決平成12年4月19日 審決集47巻3頁

⁸⁰ EUでは、市場に対する影響又は取引制限を行う意図ないし計画が要件とされるが、ハードコアカルテルの事例においては、市場に影響を与える意図が明白であるとして、ハードコアカルテル自身が認定される事例において、これが独立した問題となることはほとんどない。

2 カルテル契約的発想の実務・学説への影響と先例の展開

(1) カルテル契約的発想の実務・学説への影響

日本では、合意ではなく相互拘束又は共同遂行(共同行為)という文言を用いているので、カルテル契約的に相互拘束又は共同遂行(共同行為)を解釈する必然性はなく、学説的にもカルテル契約として解釈する必要はないとの解釈が確立している。しかしながら、実務的には、石油カルテル刑事事件判決⁸¹以後、カルテル契約的発想が判審決の中に強く残存してきた。カルテル契約論的発想とは、不当な取引制限における合意の立証対象ないしその事実認定の手法について、私法契約における契約の成立要件の考え方に従ったアプローチをとる考え方である。この考え方によると、合意の成立時期、合意(取決め)の内容・条件、合意が最終的なものか、合意に拘束される意図を有していたか等が問題となる。三菱ビルテクノ審決が、「いつ、どのように共同して、各社の標準料金につき、いかなる内容の共通の認識を形成するに至ったのか明らかでなく、本件料金協定を認めることはできないといわざるを得ない。」としたのは、典型的カルテル契約論のアプローチである。三菱ビルテクノ事件審決は、東芝ケミカル高裁判決によって克服されたが、立証の対象を抽象的価格引上げ(談合では話し合っただけ)の存在のみで足りるというところまではいっておらず、共同行為の成立時点や価格引上げ幅など合意の内容が明らかにされねばならないというカルテル契約論の残滓のような考え方が、最近の私訴の損害賠償請求事件などで実務上根強く残っている。カルテル契約論の発想を完全に克服できていない限り、並行行為プラスファクターからハードコアカルテルを認定するいわゆる協調行動規制を行うことは極めて難しく、日本で協調行動規制が行われない理由はここにある。

日本の学説は一致して、共同行為とはカルテル契約ではないと解しているにもかかわらず、実務のカルテル契約的発想による判断を批判してきていない。学説は共同行為の意義の問題ととらえ、相互拘束と共同遂行の関係に多くの学説が生まれるに至った。今日では、どの学説に立とうと(いわゆる共同認識説に立たなくとも)、(東芝ケミカル事件の先例に依拠して)共同行為は意思の連絡で足りると解されることから、今日では、アメリカのような協調行動規制をとることが可能となっていると解する見方が多いように思われる。ところが、他方で、学説は、意思の連絡を、事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致の三種類に分類して整理するものが多い⁸²。この場合、その意思の連絡が生じた時点の問題にしたり、意思の連絡によって形成された共同意思の具体的内容(例えば価格引上げ幅)は何かというところまでの立証が必要であると解するならば、共同行為を意思の連絡に置き換えたからといって、協調行動規制が可能となるものではないことに注意が必要である⁸³。合意であろうが共同行為であろう

⁸¹ 最判昭和 59 年 2 月 24 日 審決集 30 卷 237 頁

⁸² 金子・川濱・泉水 独占禁止法第 2 版 50 頁。条解 65 頁。

⁸³ この整理自体が、カルテル契約の発想の影響を払拭し切れていない点については、以下の 4 (2) で詳述する。

が意思連絡であろうが、価格の引上げ幅をどうしたか、どのような計画で価格を上げようとしたか、その取決めの条件は何かなどまでの立証が必要と解されたり、共同行為(意思連絡)の成立時期が特定され、最終的な共同行為(意思連絡)の内容、共同行為(意思連絡)に拘束力があることが立証される必要があると解されれば、カルテル契約的アプローチに逆戻りすることになるのであり、上記の学説の整理は、カルテル契約ではないとの学説の前提に矛盾しているように思われる(Ⅲ4 で詳述する。)。問題は、合意であるか共同行為であるか意思連絡であるかのラベルの問題でなく、共同行為(意思連絡)の内容、成立時期、最終的なものであること、拘束される意思を有することなどが私法契約並みに要求されるものではなく、抽象的に価格の固定、生産量の制限などの事業活動の制限について、意思を通じ合う関係があれば足り、そのように意思を通じたか否かは、外形的な事実(並行的な価格の引上げ)とそれが独立の行動によって行われたことを排除する事実によって立証されるという共同行為の立証対象についての解釈論が確立するか否か、及びこれを立証対象事実を推認するために、どこまで徴表的事実や情報交換、当事者間の接触や話し合いの事実などがどこまで状況証拠として活用できるかである。その意味で、以下では、本2の(2)以下で基本先例の展開を整理し、3で、「相互に事業活動を拘束し」の解釈として、抽象的に価格の固定、生産量の制限などの事業活動の制約について、意思を通じ合う関係があれば足り、そのように意思を通じたか否かは、外形的な事実(並行的な価格の引上げ)とそれが独立の行動によって行われたことを排除する事実によって立証されるという立証対象についての解釈論、4で、間接事実・状況証拠からの事実認定などの立証方法の問題を取り上げる。

(2) 昭和20年代の審決例(新聞販路協定事件)のアプローチ

この点につき、昭和20年代の審決例は、カルテル的発想ではなく、アメリカの Interstate Circuit 事件的な解釈をとろうとしていた。例えば、新聞販路協定事件⁸⁴がある。第2次世界大戦中、新聞販売をするべき地として、各新聞発行本社が立ち会う形での各新聞販売店間の相談により、各新聞販売店が一定地域内において事業活動を行うことが取り決められていた。終戦後、東京都内では約430の新聞販売店に編成され、昭和23年4月にこのような新聞販売についての地域制限を行う共販連盟が解散するまで続いていた。共販連盟解散後も1地域には1販売店のみが販売店とされ、同一地域に2以上の販売店はないとの実態が継続していた。これについて、公取委は各販売店が地域外に進出することは他の販売店が自己の地域に進出し、この地域を保全し得なくなることから地域協定が依然として効力を維持し続けているものとして3条後段違反を認定し、東京高裁もかかる判断を支持したものである。

本件は、EC競争法の Soda-ash 事件⁸⁵類似の事件である。協定が廃棄された後も事実上当事者間で協定内容が黙示的に維持されていたという事案について黙示の合意を認めるものであ

⁸⁴ 東京高判昭和28年3月9日 審決集4巻145頁

⁸⁵ Soda asy-Solvey ICI OJ 1991 L152/1

る。ただ、本件について公取委は、他の販売店の地域に進出すれば他の販売店から自己の地域への進出を許し、結局自己の地域を保全し得なくなると認識していたことが黙示の合意になるとするが、今日的には、かかる認識は、カルテルの合意ではなく、並行行為の合理的な理由であるとも考えられるのであり、独立に行動したことを排除した証拠として十分ではないように思われる⁸⁶。

なお、入札談合について同様のアプローチを取るものとして、湯浅木材事件⁸⁷がある(IV参照)。

(3) 石油カルテル刑事事件

しかしながら、昭和 20 年代の審決例は実務上あまり省みられず、刑事事件である石油カルテル事件⁸⁸がむしろ実務の出発点となっているように思われる。この事件において検察官が、共同行為の成立時期及び価格引上げ幅までを立証しなければ有罪に持ち込めないとの立場から、事実上カルテル契約論的アプローチに立つ立証活動を行ない、裁判所も、ある被告人(太陽石油)には合意に拘束される意思がなかったことを理由として、同社を無罪とした⁸⁹。

石油カルテル刑事事件は、昭和 48 年の石油危機時に OPEC による原油価格の引上げに便乗して石油元売会社 12 社の営業担当役員らが 5 回にわたって、共同して石油製品の価格を引き上げる合意を結び、価格を引き上げた事例に対し、公取委がはじめて専属告発権限を行使したもので、専属告発権限行使後の検察庁と公取委の協力関係のあり方に関しても課題を残した事例である⁹⁰。本件では 12 社のうち 1 社(太陽石油)が無罪の判断を受けることになった。無罪となる理由として、最高裁は、(i)同社が 5 回の会合に出席しかつ会合後に価格の引上げを行っていたものの、同社が販売する石油製品の一部は日銀の卸売物価指数にリンクした価格で他の元売会社に売り渡すことが契約上義務づけられ、他の石油製品についても全量を原油の供給を受けている商社に売り渡しており、商社側に原価を把握されていることから、他社と同様に需要者との値上げ交渉を行うことができない立場にあったこと、(ii)価額の引上げ幅、引上げの時期などについては他の 11 社と異なる形態を採っていたこと、(iii)これらの事情から同社は合意の内容の実施に向けて努力する意思を有しておらず、また他社においてもそのことを暗黙のうちに了解していたのではないかという合理的疑いが未だに払拭されていないことを理由として述べている。

⁸⁶ 本件は、厳格な地域制限という垂直的制限の事例であるが、本件で、裁判所は垂直的合意については、3 条後段は適用にならないと判示している。

⁸⁷ 審判審決昭和 24 年 8 月 30 日 審決集 1 卷 62 頁

⁸⁸ 石油カルテル刑事事件 最判昭和 59 年 2 月 24 日 刑集 38 卷 4 号 1287 頁

⁸⁹ ある会合で合意が認定できる状況にある場合においても、その会合での賛否を明らかにしなかったものが、合意に従わないで別のやり方で価格を引き上げた主張した場合、その当事者が合意に参加していなかったと判断した。

⁹⁰ 郷原信郎 『独占禁止法の日本的構造』(清文社 2004) 47 頁以下、越知・日米欧 1057 頁以下

本判決を、「合意」の内容どおりに価格引上げがなされていなければ、合意に拘束される意思がなかった(疑いがある)と解した先例とみるべきではない。本件当時、通産省(現在の経済産業省)が、石油製品の値上げに関し値上げ幅を抑制するための行政指導を行っており、その行政指導が必ずしも弱いものではなかったため、行政指導を無視して各社がその個別的判断によって価額を引き上げることは事実上困難な状況があり⁹¹、太陽石油は、会合に出席し、価格についての情報交換について知ってはいたものの、通産省の指導もあり、やむなく会合にだけは参加したのであり、会合の合意に従う意図はなく、自らの需給についての予測に基づいた価格を設定するつもりであり、実際に、価格は引き上げられたものの競争者の価格とは全く異なる動き方をしていたという事例であるすなわち、(行政指導等により)会合への参加が強制されたため、やむなく会合には出たが、会合の結果に拘束される意思を持っていなかった当事者にも、違反行為の成立を否定した事例であると理解すべきである。東芝ケミカル事件東京高裁判決が「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情」を有する場合とは、太陽石油の事例を念頭に置いているものと思われる。

なお、その他の特段の事情として、情報が公衆への発表などにより伝達されている場合(dissmination)、一方的に将来の価格情報を伝達される場合は「特段の事情」に該当する場合があると考えられる。なお民事上はこのような dissmination の場合にも米国では共謀の成立が認められる場合がある⁹²。ただし、そのような先例は日本の独禁法の前例には存在しない。米国であってもこのような一方的な公衆への情報伝達は競争事業者間での情報の伝達とは区別して考えられる。公衆への情報の伝達によって競争事業者にも価格情報を伝える場合には一定の場合には民事上「合意があるとされる場合がある。しかしそのような事例は刑事事件の対象とはならず、その意味で刑事事件はカルテル・入札談合についての決定的な情況証拠がなければ立件しないという実務が確立していると思われる(第1部第1章VI参照)。

(4) 三菱ビルテクノ事件⁹³

ところが、石油カルテル刑事事件の太陽石油に関する最高裁判決後、被審人から、同判決を、ある会合で合意が認定できる状況にある場合においても、その会合での賛否を明らかにしなかった者が、合意に従わないで別のやり方で価格を引き上げたと主張した場合、その当事者が合意に拘束される意思がなかったと判断された先例として主張されるようになり、審判事件実務において、合意の成立時点として主張された会合において共同行為の最終的内容が成立していなかったことを理由として、将来の価格引上げを協議し、将来の価格についての情報交換

⁹¹ 判決は「値上げに関する通産省の了解を得る必要があったという特殊事情があったために業界の価格に関する話し合いが独禁法上一切許されないと解することは妥当でないと述べている。」

⁹² 第1部第1章IIまたは状況証拠I(1)判例時報1979号9頁。越知・日米欧134頁

⁹³ 審判審決平成6年6月2日 審決集41巻46号

まで行っている(欧米でカルテルが否定されることはありえないような)事例に関し、カルテルの成立が否定された事例が現れた(三菱ビルテクノ事件)。本審決は、短い審決文のほとんどの箇所に致命的な誤りがあるように思われる。以下、大きな、視点での誤りをイタリック体で示しつつ、審決を紹介する。⁹⁴

三菱ビルテクノ事件の概略は次の通りである。

- ① 昭和 57 年 3 月頃：昭和 58 年度の昇降機の保守の標準料金値上げについての要請と了承
- ② 昭和 57 年 6 月～7 月：引上げ幅の協議
- ③ 昭和 57 年 8 月初旬～半ば：標準料金の改定案について、三菱と日立との間で情報の交換
(この結果、三菱と日立は 3%の価格引き上げ案を内部的に決定)
- ④ 昭和 57 年 8 月 17 日：標準料金の値上げ幅についての協議
日立や三菱は 3%程度を考えていたが、日本オーチスは 5%程度、東芝は 4%程度と意見が分かれていた
- ⑤ 昭和 57 年 8 月 8 日頃：三菱の担当者が各社を訪問し、各社の改定案を三菱の用意した用紙に記入し、三菱の担当者に交付。この聴取結果を基に三菱が一覧表を作成
- ⑥ 三菱は改定案をフジテック、日テレの担当者に伝達。併せてフジテック・日テレの改定案についての連絡を受ける。
- ⑦ 昭和 57 年 8 月 31 日、被審人 5 者での会合：審判官は当日における価格カルテルの成立を否定。
- ⑧ 三菱の担当者が上司に、昭和 57 年 8 月 31 日以後各社からの価格についての情報の訂正の報告を受け、保守料金一覧表を作成して上司に報告

(三菱ビルテクノ事件審決)

「8 月 31 日の・・・会合で・・・料金協定・・・をしたというのであれば、当然に、三菱の担当者は、被審人 5 社に対して被審人各社の改定案を具体的に報告し、・・・その報告に基づき各社の改定案について検討してしかるべきもの[*そもそもの経験則違反*]と思われるが、右事実を直接認めるに足る証拠はなく、本件全証拠によるも、事前にあるいは 8 月 31 日の本件会合において、三菱の担当者が被審人 6 社の改定案をとりまとめた一覧表等を配布した事実は認められず、右会合における議題数(13 議題)と会合の開催時間・・・を考慮すると時間的にも被審人各社の改定案を詳細に検討する余裕はなかったと思われること[*そもそもの経験則違反*]、・・・実質的な討議、検討がされたとすれば 8 月 31 日前に行われていたとみるのが相当であるが、本件全証拠によるも、右のような事実を認めることができないこと、・・・に照らすと、被審人 6 社は、8 月 31 日の本件会合において三菱の担当者の

⁹⁴ 本審決に肯定的な評釈として、村上 政博 『独占禁止法研究Ⅲ』(弘文堂 2000)「価格カルテルの状況証拠による認定」

収集した各社の改定案を検討し、本件標準料金表どおりの料金(確定額)に改定することを決定したとは考え難い面がある[カルテル契約論的アプローチの誤り]ことは否定できない。」

「三菱の担当者が被審人 5 社に三菱の改定案を教える代わりに各社の改定案を収集した行為について右が・・・料金協定の前提、準備行為として行われたものであれば、事前に三菱の改定案を参考、基準にして、他の被審人の改定案を調整し決定するという趣旨の話合いがあつてしかるべきである[そもそもの経験則違反]・・・。そして、右のような話合いがなされるとすれば、・・・8 月 18 日の会合以外には考えられないところ、審査官は右会合でそのような方針が打ち出されたとの趣旨の主張をまったくしておらず[刑事事件的アプローチの誤り][要件事実論の誤った適用]、・・・また、・・・被審人 6 社が自社又は自社系列メーカー製の昇降機のみを保守している現状では、事前の話合いもなく、被審人 5 社が三菱の改定案を知ると引換えに自社の改定案を教えることは有り得ないことではないこと・・・等を考えると、被審人各社は、被審人 6 社間との料金協定を前提とすることなく個別に自社の改定案を調整したと考える余地もある。[刑事事件的アプローチの誤り][そもそもの経験則違反]

「被審人 6 社が、本件昇降機の標準料金につき何らかの料金協定をしているとの疑いは拭いきれない[刑事事件的アプローチの誤り]が、本件全証拠によるも、被審人 6 社が、いつ、どのように共同して、各社の標準料金につき、いかなる内容の共通の認識を形成するに至ったのか明らかでなく[カルテル契約論的アプローチの誤り]、・・・本件料金協定を認めることはできないといわざるを得ない。」

本件の誤りは、カルテル契約論的アプローチをとったことだけにとどまらず、(a)刑事事件的アプローチ⁹⁵プラス経験則違反及び(b)要件事実論を誤って適用しているという問題があり、この点についても略述する。

(a)については、カルテルの成否について合理的疑いがあるかという基準で判断しており(何らかの料金協定をしているとの疑いは拭いきれないと説示している)、かつその判断には経験則違反がある。(i)「8 月 31 日の会合で料金協定をしたというのであれば、当然に、三菱の担当者は、被審人 5 社に対して被審人各社の改定案を具体的に報告し、その報告に基づき各社の改定案について検討してしかるべきものとした点、(ii)右会合における議題数(13 議題)と会合の開催時間考慮すると時間的にも被審人各社の改定案を詳細に検討する余裕はなかったと思われることを、8 月 31 日に協議が行われていないことの理由とするが、カルテルの謀議というのは目配せでも成立するものであり、時間をかけた協議は必要ないという経験則に違反している。

また、「三菱の担当者が被審人 5 社に三菱の改定案を教える代わりに各社の改定案を収集した行為について、右が、料金協定の前提、準備行為として行われたものであれば、事前に三菱の改定案を参考、基準にして、他の被審人の改定案を調整し決定するという趣旨の話合

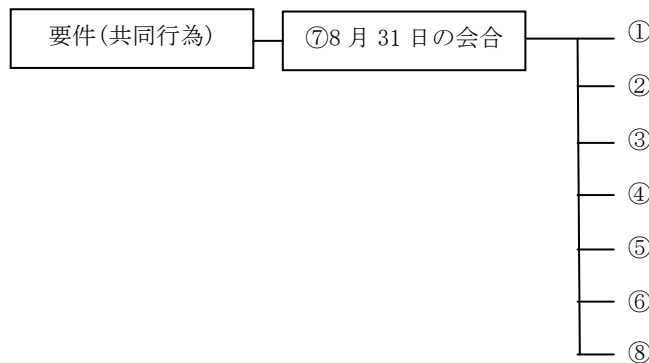
⁹⁵ 日本の審判手続が刑事裁判的になっていることの問題については、第 2 部第 1 章・第 3 部第 3 章等参照。

いがあるべきである」とするが、情報交換に、事前の交渉がなければならないとする理由はなく、価格情報の交換から話し合いが推認されるというのが、本来の事実認定の流れである。

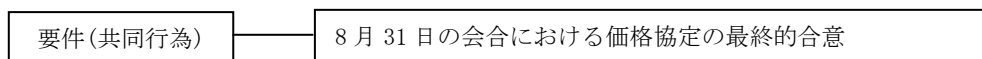
さらに、審査官主張の変更がない場合に、異なる判断ができないとした点は、審判開始決定書を訴因的に解釈するとの誤りを犯している。8月18日の会議を推認する必要があるのであれば、「審判開始決定書記載の事実については、社会的同一性があれば、審判の範囲は、審判開始決定書記載の事実と多少異なった事実に移ったとしても事実の同一性を害せず、審判手続全体の経過からみて被審人に防御の機会を閉ざしていない限り許される」(東宝スバル事件、第1次粉ミルク事件、日本冷蔵倉庫協会事件)とする先例に依拠し、8月18日の会議を認定すればよい(ただし、本件で、そもそも、そのように特定の会合での合意の成立を認定する必要はない)。

(b)については、直接証拠から事実認定できないことにより、要件事実が立証されていないとしていることである。すなわち、三菱ビルテクノの事案においては、⑦を除く①乃至⑧の事実が認定されているのに、⑦の事実なしに共同行為(合意)を認定できないと解しているが(下(i)参照)、本来の事実認定のあり方としては、合意が最終的に決定した会合からの直接証拠による事実認定だけでなく、将来の引上げ価格についての価格情報を交換していたという事実及び価格引上げの事実からの事実認定(将来情報の交換を決定的間接事実として事実認定する場合)、引上げについての交渉と価格引上げについての事実という間接事実から事実認定を行う場合という状況証拠からの事実認定の方法があり、審決はこのような分析を行わずに、直接証拠から事実認定できないことにより、要件事実が立証されていないとしている。この点をブロックダイアグラムで示せば以下のとおりである。

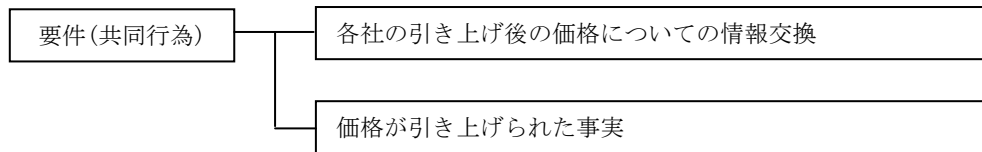
(i) 三菱ビルテクノ事件審決の事実認定の仕方



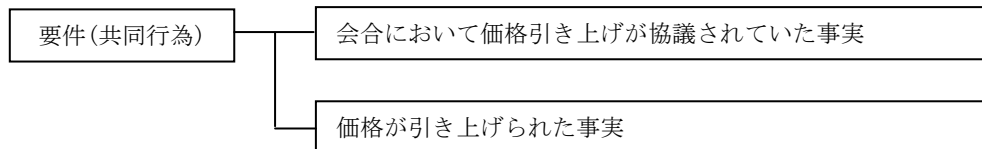
(ii) 三菱ビルテクノ事件の本来の事実認定の仕方



または



または



(5) 東芝ケミカル事件

東芝ケミカル事件⁹⁶は、共同行為の推認の枠組みを明らかにしたもので、カルテル契約的発想ではなく合意の存在だけを要件とする欧米型の発想に接近したと見られる判決である。ただし、本件は、価格の引上げ幅などまで、黙示の合意の対象にしているともいえ、Interstate Circuit 事件のように大胆に立証対象を価格引上げ合意で足りるとしたのではなく、立証対象自体についてのカルテル契約論的発想の残滓が認められる(これが要件事実論の考え方にあるのではないかと考えられる点についてIV参照)。本件の事実関係は以下のとおりである。

東芝ケミカルは、テレビ、ビデオテープレコーダー等の機器のプリント配線板の器材として使用される紙基材フェノール樹脂銅張積層板等(以下「本件商品」という)の市場において、同業7社とともに合成樹脂協会の担当部会に所属していた。昭和60年6月10日の臨時部会において、大手3社から本件商品を平米あたり300円又は15%の値上げを行いたいとするとする表明があり、残り5社に対する追従値上げの要請が行われ、同要請に対して5社から特に反対の意見は表明されなかった。

8社に対し、独禁法3条後段違反であるとの勧告を行い、同業7社は勧告を応諾したが、東芝ケミカルは、かかる部会において同社は表明を受諾したわけではないから合意は成立しないとして、これを審判手続で争った。公取委は、この主張を認めず、東芝ケミカルの違反行為を認め、東京高裁もこの判断を支持した。

東京高裁は、「意思の連絡とは複数の事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識・認容するのみでは足りないが、事業者相互で拘束することを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価引上げ行為を認識して、暗黙のうちに容認することで足りる。対価引上げがなされるにいたった前後の諸事情を勘案して、事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきであり、そして右のような観点からすると、特定の事業者が、他の事業者との

⁹⁶ 東芝ケミカル事件 東京高判平成7年9月25日 審決集42巻393頁

間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思の連絡があるものと推定されるのもやむをえないと言うべきである」①8 社が事前に情報交換・意見交換の会合を行っていたこと、②交換された情報・意見の内容が本件商品の価格引上げに関するものであったこと、③その結果としての本件商品の国内需要者に対する販売価格引上げに向けて一致した行動がとられたことが認められる。すなわち原告は本件商品につき、同業 7 社の価格引上げの意向や合意を知っていたものであり、それに基づく同業 7 社の価格引上げ行動を予測した上で、昭和 62 年 6 月 10 日の結果の決定と同一内容の値上げをしたものであり、右事実からすると原告は 7 社に追随する意思で右価格引上げを行い、7 社も原告の追随を予想していたと推認される。」と判示して、カルテルの合意を認定した。

本件は、会合の存在と、会合における価格引上げ合意の存在が認定されることを前提に会合において明示に合意への参加を(明確に)表明しなかったが、価格を引き上げた当事者について合意を認定した(当然と言えば当然の)事例である⁹⁷。本判例は、意思の連絡の意義を明らかにし、推認の準則を明らかにした点はきわめて重要であり、3、4 で詳述する。

3 共同行為(合意又は意思の連絡)の対象・成立時期についての実務の現状

(1) 共同行為(合意又は意思の連絡)の対象・成立時期

合意の事実認定については、カルテル契約的発想のもとで価格の上げ幅、合意の成立時点を立証する必要があるとの認識に立ち、審査官主張の日時に、合意が成立していないこと、最終的な価格の引上げ幅を合意する直接証拠がないことから、カルテルの成立を否定した事例である三菱ビルテクノ事件審決があるが、現状の実務は、東芝ケミカル事件高裁判決を活用しつつ、三菱ビルテクノ事件審決を克服しようとしている。合意の成立時点の特定に関しては、東芝ケミカル事件高裁判決により、価格引上げ日までに、実際に引き上げた金額、又は引上げ公表価格(実務上は打ち出し価格と呼ばれる)まで引き上げる旨の合意があったと認定することができる結果、今日の実務では、特定の日でなくとも、価格の引上げ日までに合意が成立したと主張をすればよいとの考え方がとられるようになっている。その意味で成立時点も実質的には立証対象でなくなっているといえる。

価格の引上げ幅についても、合意の内容として価格の引上げ幅の立証まで必要であるとの認識は根強い。その理由として、価格引上げ幅について決まっていなくても価格を引き上げよう

⁹⁷ ただし、石油カルテル刑事事件では、会合に出席し、価格を引き上げた 1 社について無罪とされている。本件の被審人の主張は、同事件の判例に依拠したものと思われる。ただし、同事件で無罪となった者は、会合の結果と同内容の価格引上げを行ったものではない。同判例については後記 4. を参照。

と決めただけで合意が成立するとすれば、協議が続き、引上げ幅について交渉している段階の証拠が出ている状況でも、最初に価格引上げを合意した時点でカルテルの合意が成立したことになるが、合意は実行可能なものである必要があり、引上げ幅をあとから交渉している証拠が出てくると価格を引き上げようとした段階の合意は実行可能なものではなかったのではないかとの疑問が生じるからであるとされる。

しかし、東芝ケミカル事件高裁判決により、価格引上げ日までに、実際に引き上げた金額、又は引き上げ公表価格(実務上は打ち出し価格と呼ばれる)まで引き上げる旨の合意があったと認定することができる結果、実際に引き上げた金額、又は引き上げ公表価格(実務上は打ち出し価格と呼ばれる)まで引き上げる旨の合意があったと主張することができることとされているので、価格引上げ幅をどこで決められたかを立証する必要はなくなっており、その意味で価格引き上げ幅は実質的には立証対象でなくなっているともいえる⁹⁸。

既に、ほとんど形骸化したといえるにもかかわらず、合意の成立に固執する理由として、課徴金の算定に関する3年の除斥期間との関係で合意の成立時点の認定が不可欠だとする意見がある。しかし、課徴金算定の問題は、価格引上げや落札した事業者にのみ課されるもので、その始期は「実行としての事業活動を行った日」の解釈になるのであり、事業活動とは、価格引上げ又は入札であるから、価格の引上げ行為時や入札日が課徴金算定の関係での始期となるのであり、課徴金算定の基準時の問題のために合意の成立時を確定しなければならない必要性は存在しない。(公訴時効の起算点の問題については、VI参照。)

除斥期間の問題以外に、合意の成立が必要だとする見解の背景は、日本の要件事実論で、私法上の合意の要証事実として、特定の日に成立した〇〇という内容の合意が原告の要証事実と解されていることから⁹⁹、これとカルテルの合意をパラレルに考えることによって生じているように思われるが、その考え方がカルテル契約そのものであり、私法上保護されるべき契約の要件事実と同じものを私法契約として保護されるものではないカルテルにおける合意に応用すること自体に合理的理由がない。法文上は、「相互にその事業を拘束し、又は遂行すること」が要件となっているだけであり、特定の日に成立した〇〇という内容の合意が要証事実であると解さなければならない理由も見出し難い(下記IVを参照)。

価格の引上げ幅についていえば、上記のような、除斥期間からの理由もなく、価格引上げ幅を合意の対象とすることの合理的理由はいっそう見出しがたい。

価格引上げ幅を合意の対象としたうえ、打ち出し価格により、打ち出し価格まで価格を引き上げる旨の取り決めを守る意思があったと解するのは、最終的合意の立証が必要という考え方に結びつきやすく、ある特定時点における最終的な合意という最も保守的な見解に逆戻りしや

⁹⁸ 同判決により、打ち出し価格を公表するという行動が合意に基づく行動であって、そこから拘束を導くことができるので、實際上それだけ価格が上らなかった場合にも、拘束がないとは言えないと解されている、という見方すら生まれた。

⁹⁹ 私法上、執行力をもって保護される契約であるためには、内容が特定される必要がある。執行可能性が判断できないような不明確なものは、私法上保護に値する契約ではないとの考え方によるものであろう。ただし、日付までが要証事実かについては疑問がある。

すくることが懸念される。また、打ち出し価格というような価格の公表がないような場合にも対応が困難となる。具体的な価格上昇幅までの立証は不要と考える方が、現実的であり、この考え方で実務を確立していくべきである。

なお、価格を引き上げる合意の存在でなく、価格引上げ時までのある価格引上げ幅についての合意の成立が要件(事実)と解すると、何が直接証拠かについての範囲に違いが生じる。欧米的に、価格を引き上げる旨の合意で足りるとすれば、価格を協議していることが立証されている個々の会合はすべて、カルテルの直接証拠となり得る。会合はあるが会合の内容が不明な会合でも、その会合の目的がはっきりしない理由が不自然すぎ、合理的に考えるとカルテルや入札談合の謀議に違いないとの心証が形成されるなど、場合によっては状況証拠となり得る。しかし、価格引上げ時までのある価格の引上げ幅についての合意の成立を要件(事実)とすると、最終的な合意内容が確定した会合以外については、価格を協議している会合であっても状況証拠としかなり得ないのではないかと思われ、カルテルの対応に不慣れな裁判所において、三菱ビルテクノ事件の誤りを生じやすい危険がある。

また、攻撃防御の対象を確定するためには、合意の内容・成立時点が主張されなければ反証活動が行えないとの手続的保障の観点に依拠して、特定の日に成立した特定の内容の合意が要証事実になるとして主張されることもある。しかし、攻撃防御(手続的保障)の観点からは、カルテルの合意として主張される個々の事実(状況証拠)について、釈明により主張内容が明らかにされれば足りることであり、要証事実の特定とは別問題である。

なお、共同行為という要件を、「過失」の概念と同じく規範的要件であり、その基礎となる事実を主張しなければならないと解した場合には(その見解に賛成し得ないことについては、V参照)、基礎となる事実とは、会合の存在や情報交換などのコミュニケーションに関する具体的事実であり、特定の日に成立した特定の内容の合意は具体的事実の結果の評価であって要証事実ではなくなるであろう¹⁰⁰。

(2) 最終的な合意内容が立証される必要があるか

単に価格引上げ合意の存在があれば、違法な合意の存在を認定できるとの欧米のアプローチに立てば、最終的な合意にこだわる必要がないのは自明である¹⁰¹。しかし、価格協定で価格の引上げ幅を合意の内容として主張しなければならないと解した場合には(そのようなアプローチ

¹⁰⁰ なお、藤村雅行『民事要件事実講座 2』(青林書院 2005) 336 頁は、行政訴訟における裁量権行使の適否を基礎付ける事実に関し、このような規範的要件を基礎付ける事実が間接事実であり、裁量権行使の範囲を逸脱又は濫用したとの主張だけで、弁論主義の観点での主張は十分であるとする。

¹⁰¹ EC の Pre-insulated Pipe 事件決定では、「参加者の各自の行動を拘束するルールを含む最終的な包括合意が形成される以前の交渉過程における初期段階の合意についてもカルテルが認定される場合もある。このような合意は状況証拠から推認され、ある観点からは不明確な特定しないものであってもよい。合意の一部が他の一部と矛盾することもあり得るし、合意によって競争が完全に排除されない場合もある。」と説示している。

は誤りであるが)、最終的合意内容を立証しなければならないのではないかと、三菱ビルテクノ事件のように合意の成立した会合における料金表が、実際の 価格引上げ行動と一致しない場合に立証がなされていないと考えるべきではないかとの疑問が生じる。しかし、最終的合意の成立を立証する必要があると解したとしても、最終的な合意の成立を直接証拠から立証する必要はないので、価格の引上げ幅についての協議が行われていたことが立証されれば、実際の引上げ内容に改定された合意が価格引上げ時まで成立していることが推認され、最終的な合意内容が直接証拠により立証されなくとも、合意の立証は妨げられない。

しかし、そのような推認理論を介入させねばならないこと自体に、最終的合意内容を立証しなければならないと解する説の問題がある。そもそも、最終的な合意に至るもの以外は準備行為であるという考え方は、契約の履行が国家によって保護される私法契約理論の世界の議論であり、「法的拘束力」のあるはずもないカルテルの事実認定を契約法のアプローチで考えることはナンセンスなものである。

実際的にみても、カルテルが行われる場合の会合は実務レベル、部長レベル等各段階の会合が錯綜してカルテルの意思が形成されることが多いが、会合レベルでの引上げ幅などが相違したり、矛盾する場合も同様である。いずれにしろ価格引上げの合意がなされているのであるから、合意の認定が妨げられるものではない。複数のレベルの会合が矛盾していても価格引上げが実行に移されることはよくあることである。

(3) 合意の拘束力(合意に拘束される意思)はどこまで必要か

最終的な合意でなければならないとの主張は、カルテルの合意のあとに各社が、価格引上げ幅を調整すれば、合意に拘束力がなかった(合意に拘束される意思がなかった)との主張もみられる(三菱ビルテクノ事件の審判官はそのように考えられている。)。そのように評価できるならば、カルテルを行うものは、合意後、引上げ額を修正して実行すればカルテルが存在しなくなるという(したがって、カルテルは合意後に自ら引上げ幅を変えることで合法化されるという)おかしな結論になってしまう。これも私法上の契約の拘束力の観点から、相互「拘束」を解釈しようとするカルテル契約的発想の表れである。後記 5 で詳述するが、2 条 6 項では「相互に事業活動を拘束し」と規定されているのであるから、「拘束」とは、「当事者」を拘束するのではなく、「事業活動」を拘束するのであり、事業活動に制約が生じていれは拘束性の要件は充足されているのである。すなわち、合意したことが、独立した事業活動の決定の何らかの制約になっていれば(合意に影響されて事業活動の決定が行われていれは)、合意内容に 100%従ってなくても、事業活動に対する「拘束」が生じているといえる。カルテルは違法な合意であるから、合意に拘束されるといっても、私法契約のように常に 100%の実施が期待されるものではない。合意に従わなかったとしても(裁判所に履行請求できるものではなく、)私的制裁があるだけであり、そのような制裁に対しては、当局への通報という形で報復できるのでカルテルにおける拘束の意味はそれが自分にとって得になるという損得勘定からの誘引以外にはなく、損得勘定からいったん合意した内容に従わないことはよくあることである。カルテルの合意が議事録から認定できるような事案であったとしても、各社は個別に自社の改定案を調整すること

はできるのであり、そのような可能性は、カルテルの認定を民事上はもちろん刑事上も妨げるものではない。拘束性の要件が満たされない場合とは、石油カルテル刑事事件の太陽石油の事例のように、会合への参加が行政指導により強制され、会社として会合の決定に従う意思はなく、実際に従ってもいない場合に限られ、このような場合が、東芝ケミカル事件最高裁判決で合意の拘束力を欠くとされる「特段の事情」に該当する。

(4) 審査官主張の事実と審判官の心証形成が異なる場合(弁論主義・不意打ち防止)

例えば、価格協定において3月22日の会議Aにおいて価格協定の合意が行われたと審査官が主張したが、3月22日の会議Aにおいては価格協定についての合意は行われておらず、3月12日の会議Bでカルテルの合意が成立したとの心証を審判官が得た。この場合、審判官はカルテルの合意を認定できるか。また、会議Bではなく被審人間の情報交換活動から価格協定を認定することができるであろうか。また、談合において、審査官が談合でチャンピオン(受注予定者)を決めるルールがAであったと主張したが、実際はそのルールとは違ったルールでチャンピオンが決まるという心証を審判官は得た。このような場合、審判官は談合の事実を認定することができるであろうか。

欧米では、ある時点における合意の成立を認定する必要はないが、認定される場合でも、この点は、当事者の主張に拘束されることなく、証拠から裁判官・審判官が自由に認定される。例えば、あるカルテルの会合が、Aという日とBという日に開かれ、審査官がBという日におけるカルテルの主張に固執したとしても、審判官はAという日においてカルテルの成立が認められるという心証を得た場合には、カルテルの存在を認定でき、また、Aという日かBという日かはっきりしないが、いずれにしろAかBの遅い方の日までにカルテルが存在していることの心証を得ている場合には、カルテルの存在を認定することに疑いはない¹⁰²。この点は、アメリカの刑事手続であっても同様である。検察官の主張に拘束されるわけではない。陪審員はカルテルが存在するか否かを認定するのであり、カルテルがいつ成立したかについては認定しないし、いつカルテルが成立したとの主張を検察官が行ったとしても(そもそもアメリカの検察官はそのように主張を行わないようだが)、検察官の主張の当否の判断に制約されるものではない¹⁰³。このような、個々の会合の事実は状況証拠であり、状況証拠からの事実認定について、審判官(裁判官)は、審査官の検察官の主張に拘束されるものではない。

談合ルールについても同様の考え方ができる。つまり、審査官が談合ルールはAであると主

¹⁰² EC競争法の行政事件の実務について、私が多数の実務関係者に質問したところ、「審判官はAという日にカルテルが成立すると考えれば、その日にカルテルの成立を認定し、あるいは両方の会合により合意が形成すると考えれば、Aという日に会合が開かれその内容はこれこれ、Bという日に会合が開かれその内容はこれこれという事実認定をfact finding(事実認定)で行い、その法的評価としてカルテルが存在するものと評価できるとconclusion of law(法令の適用)の項目で書いておけばよい。」との意見であった。

¹⁰³ アメリカの大手法律事務所・司法省でヒアリングを行ったが、すべての実務家は一致してこのように考えている。

張していたとしても、審判官がそのルールとは違ったルールBでチャンピオンが決まるという心証を得た場合、審判官はルールBによる談合の事実を認定することができる。

この問題も、立証対象が何かで議論が変わってくる。立証対象を価格引上げ合意と解すれば、変更できることは当然である。弁論主義に関しても、合意の日時や談合ルールの内容は、要証事実ではなく、間接事実であるから弁論主義の問題にもならない。しかし、現行の実務では、当事者同士がある会合でのカルテルの成立に固執している場合、別の時点でのカルテルの成立を認定することは防御権の侵害という問題があるのではないかとの考えが根強く、審判官は、審査官主張の事実と異なる事実認定をすることに慎重であり、まず、審査官に主張の変更を促す対応をとる必要があると考えているようである¹⁰⁴。しかし、防御権とは、主張の機会の保証であるが、裁判官がとる法的構成をあらかじめ示して、それについての反論を行う権利まで保障するものではない。このような機会の保証は、審級制度を通じて保障されているのであり、独禁法審判では、審決取消訴訟で是正される問題であり、主張の変更を促す必要はないと思われる。

4 不当な取引制限の解釈論の再検討

(1) 「共同して、相互に事業活動を拘束し」の意義

現在の実務のカルテル契約論の影響を払拭するためには、共同行為・相互拘束・共同遂行の意義・関係について、2条6項を整理し直す必要があると思われる。

2条6項は、不当な取引制限の定義について以下のとおり規定する。

「不当な取引制限とは、事業者が、契約・協定その他何らの名義をもってするかを問わず、共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量・技術・製品・設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう」。

この定義で、不当な取引制限の行為要件は、相互拘束又は共同遂行であり、「共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量・技術・製品・設備若しくは取引の相手方を制限する等」は、相互拘束又は共同遂行の例示であると解すべきであると思われるが、「共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量・技術・製品・設備若しくは取引の相手方を制限する等」として例示列挙された行為を共同行為と呼び、この「共同して」の文言の解釈として意思の連絡が必要となると解している。しかし、「対価を決定し、維持し、もしくは引き上げ、又は数量・技術・製品・設備もしくは取引の相手方を制限する等」の部分は例示なのであるから、このような行為を共同行為と呼ぶ必要はなく、相互拘束・共同遂行と呼べばよいように思えるが、共同行為という呼び方が残された理由は、2条6項が、原始独占禁止法の

¹⁰⁴ このような主張の変更は、社会事実関係が同一であれば可能と解されている。また、審判官から主張の変更を促すことについて、刑事訴訟における訴因変更命令のような制約はないと解されている。

2条4項及び4条を統合した条項であるという本条の立法経過に由来する。以下の規定が原始独禁法の2条4項及び4条の規定である。

第2条第4項（不当な取引制限）

「この法律において不当な取引制限とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義を以てするかを問わず、他の事業者と共同して相互にその事業活動を拘束し又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」

第4条（共同行為）

「事業者は、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 1 対価を決定し、維持し、又は引き上げること
 - 2 生産数量又は販売数量を制限すること
 - 3 技術、製品、販路又は顧客を制限すること
 - 4 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること
- ② 前項の規定は、一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には、これを適用しない。」

原始独禁法の立法者の意図は、上記の原始独禁法の4条がいわゆるハード・コア・カルテルについての当然違法原則であり、第2条第4項は、水平的制限のみならず垂直的制限に適用される不当な取引制限一般の規定であったと思われるが、原始独禁法2条4項と4条を統合した後の現行法2条6項の解釈論としては、不当な取引制限は水平的制限にのみ適用されるとの解釈が新聞販路協定事件¹⁰⁵によって確立している。

4条の共同行為が2条6項の不当な取引制限の例示行為として規定されたとしても、同条においては一定の取引分野における競争の実質的制限が生じるとの要件がかかってくるため、4条の規定を2条6項に例示列挙する意義は乏しいと考えられるが、以後の解釈論では、ハードコアカルテルについての不当な取引制限の行為要件は、相互拘束・共同遂行ではなく共同行為とよぶことが一般的となっている¹⁰⁶。

いわゆる、「意思の連絡」の問題は、上記の「共同して・・・(中略)・・・取引の相手方を制限する等」の部分(以下この部分を「例示部分」という)、特に「共同して」の解釈論として位置付けられている。しかし、意思の連絡の問題は、ハードコアカルテルだけでなく、不当な取引制限のすべての行為態様に共通するものであるから、「共同して、相互に」の部分の解釈問題と位置づけるべきではないかと思われる。

まず、相互拘束と共同遂行の関係については、共同遂行に独自の意義はないと解するのが通説であるとされている¹⁰⁷。さらに相互拘束については、石油カルテル刑事事件最高裁判決において、「協定内容の実施に向けて努力する意思をもち他の者もこれに従うものと考えて当該協

¹⁰⁵ 東京高判昭和28年3月9日 審決集4巻145頁

¹⁰⁶ 4条が廃止されても、ハードコアカルテルに関する行為だけは、当然違法的に解したとの意図があったのかもしれないが、条文上はそのように読むことはできず、単に概念の混乱を招いているだけのようにも思われる。

¹⁰⁷ 条解69頁

定を締結した場合には・・・(中略)・・・「相互に事業活動を拘束し」の要件を充足する」と解されている¹⁰⁸。

上記の解釈論により、「相互に事業活動を拘束し」の拘束性とは、法的な拘束性でないこと(私法上の binding の意味ではないこと)が、最高裁判例で確立されているにもかかわらず、「相互拘束」を合意と呼ぶことも多いため、独禁法に不慣れな裁判官が、合意とは、申込みと承諾から成る意思表示であるという私法的な感覚を「相互に事業活動を拘束し」の解釈に持ち込み、当事者が拘束されるという意味に解しがちである。三菱ビルテクノ事件審決はその典型例であるといえよう。「相互に事業活動を拘束し」の要件という「拘束」の原語は restricting であり、「制約」という意味である¹⁰⁹。定義語である取引制限とは、trade restraint であり、trade restraint とは事業活動に対する restriction であるというのが定義の本来の意味である。したがって、「共同して相互に事業活動を拘束し」とは、相互に「事業活動への制約」が生じることであり、事業活動への制約に関し、事業者間で意思の連絡があれば、不当な取引制限の行為要件が充足されるというのが本定義の本来の意味である。このような解釈の結果として、「相互に事業活動を拘束」する場合とは、価格の固定、生産量の制限などの事業活動の制約について、連絡行為により意思を通じ合う関係があれば足り、そのように意思を通じたか否かは、外形的な事実(並行的な価格の引上げ)とそれが独立の行動によって行われたことを排除する事実によって立証されることになり、本定義は、共同遂行について独自の意義がないと解釈しても、協調行動を規制する tacit collusion の場合まで射程に入れた定義であると解することができる。

現行の実務では、依然として、つまり、抽象的な合意、統一的に価格を決めて上げる、あるいは、協調的に値上げをするといった意思の合致では違法行為としての特定性を欠くと考える実務家が多い¹¹⁰が、特定性が必要という発想が、合意を私法契約的にとらえていることの結果であるように思われる¹¹¹。「合意」を、私法契約的発想を離れて、事業活動の拘束(制約)となるか否かの観点から考えれば、単純に値上げをするといった意思でも、「事業を拘束して」の要件は充足される。ただ、このような場合に価格引上げが行われなかったなら、そのような単純な(抽象的な)合意に拘束される意思はなかった(合意したのではなく、戯言を言っただけという

¹⁰⁸ かつて、公取委は昭和 34 年に行われた事前の申し合わせに基づく新聞購読料の一斉値上げについて、拘束力ある申し合わせがあったとの証明がなかったとして不当な取引制限の成立を否定したことがあったが、この解釈は変更され、申し合わせの実施・維持義務の有無にかかわらず不当な取引制限の行為要件である「相互拘束」を満たすものとして解釈している。

¹⁰⁹ 競争政策研究センター『原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆』泉水文雄、西村暢史(2006年)75頁以下

¹¹⁰ 酒井論文脚注 40 参照。

¹¹¹ 要件事実論が、私法契約の「合意」に関し、特定性や明確性を要求するのは、大陸法上、契約として保護される「合意」に関し、英米法の parol evidence rule はないため、口頭の合意であれ、書面化された合意であれ、合意が存在すれば、その合意に対して法が保護を与えるという建前がとられていることに起因しているのではないかと思われる。第 6 章 I 脚注 219 を参照。そのような法的保護を与えるための要件である特定性や具体性というアプローチを違法行為の限定の問題として用いることは不合理であり、政策的にも妥当でない。

ことになる)。しかし価格引上げが行われた場合には、価格引上げの事実は拘束性の重要な証拠となり、それが独立した行動であることを示すような特段の事情がない限り¹¹²、事業拘束性が立証される。したがって、合意が抽象的であることはなんら、「事業を拘束して」の要件充足の障害となるものではない。むしろこのような、単純な(抽象的な)合意のみを要件事実とするために、すなわち、私法上の合意概念にとらわれずに事業活動に対する制約が生じたか否かで、不当な取引制限があるかないかを定めるために、「合意」という表現ではなく、わざわざ「共同して相互に事業活動を拘束し」という表現が、使われているように思われ、単純な(抽象的な)合意のみが要件事実であることが、事業拘束性の要件の本質であるように思われる。

また、違法行為の範囲が広がりすぎるのではないかという政策的懸念から特定性を要求する見解も生じ得るのかもしれないが、日本の独禁法の場合、行為要件が充足されても、競争の実質的制限が生じることを要求されており、カルテル・談合の範囲は十分に限定されているのであり、「共同して相互に事業を拘束して」の要件をシンプルに解したとしても、違法行為の範囲が広がりすぎるとの懸念が生じる懸念はなく、むしろ特定性・具体性を要することによる立証負担により、ナイーブなカルテルや地方の談合案件ばかりが執行の対象となり、隠蔽性の強い巨額のカルテル・談合についての執行が困難化するという政策上、許容しがたいアンバランスが生じる¹¹³ことに注意するべきであり、政策的懸念からはむしろ、合意の内容は、単純な内容で足りるとの方向に向かわなければならない。

上記の観点からは、「拘束」の意味が当事者を拘束する契約的な意味で解釈されることを避けるためには、「共同して相互に事業活動を拘束し」の要件について、相互性を重視したいわゆる「相互拘束」という呼び方よりもむしろ事業活動への制約の点を重視した「事業拘束」との用語を用い、当該要件のうち「共同して相互に」を意思連絡の問題、「事業活動を拘束し」の部分はいかなる内容の拘束(制約)かという問題として整理するほうが適当であるように思われる。

(2) 「意思の連絡」の問題の位置づけ

いわゆる、「意思の連絡」の問題は、「共同して」の解釈論いわゆる共同性の要件の問題として位置付けられている。しかし、意思の連絡があれば相互性も同時に満たされ、行為要件の問題としては、後は事業活動の制約に向けられたものかという問題だけとなるので、「共同して、相互に」の部分の解釈問題と位置づけるべきではないかと思われる¹¹⁴。

¹¹² 例えば、行政指導等により)で会合への参加が強制された場ため、やむなく会合には出たが、会合の結果に拘束される意思を全く持っていなかった場合(石油カルテル刑事事件で無罪となった太陽石油の事情である。本章Ⅱ.3参照)がこのような例にあたる。

¹¹³ 昨今の審判事件の長期化を見れば、懸念は現実化しているといえる。

¹¹⁴ 「共同して」の部分も例示として、「相互に」の解釈論と位置づける方がむしろすっきりするともいえる。

5 共同行為又は意思の連絡の証拠，間接事実・状況証拠からの事実認定

状況証拠がどこまで集まれば，合意を認定できるかについては，東芝ケミカル事件高裁判決で「共同して，相互に」の要件が意思連絡を意味すると解されたことから意思連絡の推認の問題となることが多い。この推認の問題は，(i) 会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の意思連絡の推認の問題と，(ii) 並行的な価格引上げその他の不自然な価格引上げはあるが，会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての直接的な証拠がない場合に，間接事実・状況証拠をそこまでカルテルの事実認定として活用できるかという問題がある。

(1) 意思連絡の推認についての考え方

学説では，意思の連絡を，事前の連絡交渉，連絡交渉の内容，行動の外形的一致の3種類に分類して整理することが一般的のようである¹¹⁵が，意思の連絡を推認する間接事実は，情報交換，公表など様々な事実があり，事前の連絡交渉，連絡交渉の内容，行動の外形的一致は，限定列挙として不適切であることはもちろん，例示列挙としても適切ではない。むしろ，意思連絡は，事業拘束を生ぜしめるようなあらゆる連絡行動(コミュニケーション)を含み，コミュニケーションは，直接他の事業者に働きかける必要はなく，公表やプライスシグナリングのような情報拡散による場合も含まれると解することが重要である。しかし，意思連絡は，連絡行為により価格を引き上げること，生産量を削減することといった事業拘束の内容について意思の合致が生じた¹¹⁶ことまでの特段の立証を要求されるものでもなく，価格を引き上げること，生産量を削減することといった事業活動が独立して決定されたのではないことが伺われる程度の情報の伝播がなされていれば足りると解すべきである。意思の合致は黙示的なものも含むので，事業活動が独立して決定されたのではないことが伺われる程度の情報の伝播が立証できれば，黙示に意思の合致があると解することができるからである。例えば，情報交換により，価格を引き上げること(又はその他の事業活動)についての不確実性が除去されるか若しくは減少される場合には，事業活動が独立して決定されたのではないことが伺われる程度の情報の伝播がなされている場合に該当するといえる。

これに対して，なんらのコミュニケーションもなしに同じ事業活動の決定(価格引上げなど)がなされた場合，この決定について，他の事業者が同じ決定をすることを認識していたとして

¹¹⁵ 金井貴嗣・川浜昇・泉水文雄 『独占禁止法第二版』(弘文堂 2006) 50 頁。条解 65 頁。白石(2006)229 頁では，事前の連絡交渉，結果としての行為の一致とするが，意思連絡をめぐる間接事実はほかにもあることを銘記するべきとする。

¹¹⁶ 合意に意思の合致を要するとの見解として酒井論文 22 頁。

もこれは意識的並行行為であり、「意思連絡」があったとは認められず¹¹⁷、「共同して相互に事業活動を拘束し」の要件は充足されないことになる。ただし、談合の受注調整の合意については、その合意を合意の相手方の協力なしに実行できないので、意識的並行行為という問題が生じず、連絡行動なしに意思連絡が生じる場合があると考えられる(IV1(3)で詳述する。)

事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致の3種類に分類して整理しようという発想はカルテル契約の発想に引きずられているように思われる。つまり、私法契約においては、契約は、事前の交渉を経て(事前の連絡交渉)、合意の内容が特定され(連絡交渉の内容)、それが履行される(外形的一致)ことであり、意思連絡をこのように整理したのでは、共同行為の意義を意思連絡に緩和した東芝ケミカル事件理論は骨抜きになってしまうであろう。東芝ケミカル事件判決では、複数の事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げ¹¹⁸を実施することを認識ないし予測し、暗黙のうちに容認することで足りるのであり、価格を引き上げるなどの事業活動の制約についての意思連絡であること以上に「事前」の連絡「交渉」があることやその内容を明らかにすることを求めるものではなくまた求めるべきでもない。意思連絡は、プライス・シグナリングのように価格引上げと同時になされることがあり「事前」である必要はないし、その内容が競争制限的行為を共同することへの誘因的なものであれば足り、その内容が特定される必要はない。独立して行動したことを排除する程度の連絡行為があれば足りる。行為の外形的一致に関しても、10万円の価格引上げに合意していた当事者のいずれかが7万円しか引き上げなかったとしても、意思連絡が否定されるものではないことは前記3(3)で述べたとおりである。

(2) 独立に行動したことを排除する証拠及び因果関係論

意思連絡があることは、独立に行動したことを排除する証拠からも推認される。この推認は、日本ではまだ行われていないが徴表的事実である不自然な価格形成プラスファクターによる合意の推認は、独立に行動したことを排除する証拠から合意が推認されるというアプローチなしに生まれ得ない。この問題を考えるに当たっては、カルテルや談合の場合、因果関係が問題にならないことを認識することが重要であるが、日本では、カルテルや談合の場合にも、共

¹¹⁷ 東芝ケミカル事件東京高裁判決では、歩調をそろえる意思があれば足り、連絡行為は必要ないようにも思われるが、本判決は、会合に参加した当事者において、歩調をそろえる意思により意思連絡を認めるものであり、なんらの連絡行為もなく、単に競争者の追随を予測しこれを確信して、価格引上げを行った場合(いわゆる意識的並行行為の場合)には、「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情がある」という除外要件に該当するといふべきであろう。日本では、意識的並行行為の場合も、「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当すると解する学説があるが(いわゆる共同認識説)、東芝ケミカル事件最高裁判決がかかる立場をとったものとは解されていない。

¹¹⁸ 本来的には同内容又は同種である必要もなく、相手方が価格引上げを行うことを認識することで足りるといふべきである。

同行為(事業拘束)と競争の実質的制限との間の因果関係を問題にされることがある。¹¹⁹。

因果関係論が問題となるのは、実行行為である共同行為(事業拘束)を行った当事者と結果である実施行為(価格の引上げ又は合意した価格での入札)を行った主体との間が異なる可能性があり、カルテルや談合の場合には、合意があるかないかはともかく、合意したことが疑われるものが価格を引き上げたこと自体は間違いがない。すなわち、価格引上げという行為自身を、被疑事業者が行ったことは疑いがなく、価格の引上げが独立に行われたか合意に基づいて行われたかだけが問題となるのである。そこから「独立に行動したことを排除する証拠がある場合にカルテルが認定される」という米国における合意を認定するための有名な準則が導かれるのである。つまり、価格の引上げという結果はいずれにせよ発生しており、これは合意の結果行われたか、独立した決定によって行われたかの2つの選択肢しかない。カルテルを立証するのは独立に行動したことを排除する証拠が示せれば、独立に行動したという可能性が消える結果として、合意に基づいて行動したことになる。つまりダイレクトにいずれかの会合や情報交換により合意が成立したことを立証しなくても、独立に行動したことを排除する証拠を示すことによってカルテルを認定することができるのである。この準則を示した Matsushita 事件では、カルテルの認定が否定される理由付けとしてこの準則を持ち出したため、この準則は協調行動からの事実認定に慎重な米国判例の傾向を示す準則と位置付けられることもあるが、この準則自身は、「合意」の認定に関し、直接に合意そのものを立証しなくても価格の引上げに対し独立に行動したことを排除する証拠が示されれば、間接的に合意の存在が推認されることを明確にした点が重要であり、その考え方は Interstate 事件の延長上にある点が看過されてはならない。Interstate 事件と Matsushita 事件の結論の相違は、独立に行動したことを排除する証拠の有無及び並行的な価格形成についての不自然性の度合いについての有無が決定的に異なるためである。

なお、意思連絡が事業活動を拘束することに向けられているか(事業拘束を生ぜしめるものであるか)を因果関係の問題というならば、因果関係の問題は存在するといえるであろうが、行為要件としての十分性の問題であり、行為と結果との間の関係を問題とする因果関係論の問題ではない。同様に、入札談合で、基本合意と個別調整の両者の因果関係を要する¹²⁰というのも必ずしも正しくない。この両者が存在しなければならないものではなく、個別合意それ自身が事業拘束と評価できるならば基本合意との因果関係がなくとも個別合意自体を事業拘束行為と評価できるからである。

(3) 会合・接触・情報交換からの共同行為の推認

¹¹⁹ 白石(2006)128頁。企業結合であれば、企業結合という行動と将来的な価格引き上げの中に、起因性が必要であり、これを因果関係といってもよい。つまり、企業結合があろうとなかろうとかが価格が上昇する蓋然性が高ければ、企業結合により競争が実質的に制限されることにはならないと解される。

¹²⁰ 酒井論文 31頁以下では、実務上、課徴金審判では基本合意と個別調整の両者の因果関係の立証が問題とされているようである。

ア 会合・接触からの推認

(i) 事業者 X が、価格についての話し合いがあった会合への出席を認めつつ、ある事業者が「うちは価格を上げざるを得ない」と述べたところ、X はそれに明示に同意しなかったが、明示に反対もしなかった場合に、カルテルの会合に参加する前に価格引上げを自分の意思で決めていたとの主張により、合意の参加を否定できるか。X が会合に出席しておらず、会合の結果について連絡を受けた場合はどうか。

欧米では、会合に出席した場合、この会合に参加した者は、会合で合意に参加するとの明確な意思表示をしなくとも、カルテルに参加するとの意思があったものと(事実上)推定され、これに対する反証は、事業者の側で行わなければならないとの推定ルールがある。この反証活動については、単に、会合後に社内で検討し、合意した金額どおり価格を引き上げなかったこと、合意とは別のメカニズムで価格を引き上げたこと、合意の半分程度しか価格を引き上げなかったこと、価格を全く引き上げなかったことという主張は、いずれもカルテルの合意を否定するに十分な反証があったとは認められないものと解されている。

日本では、石油カルテル刑事事件(太陽石油についての判断部分)において、ある会合で合意が認定できる状況にある場合において会合に出席したが、会合で合意に参加するとの明確な意思表示をせず、合意に従わないで別のやり方で価格を引き上げたと主張した場合について、当該当事者をカルテルに参加していないとして、無罪とした判断したため、審判事件でも、カルテルの会合に参加していないながら、カルテルの会合の合意の影響を受けずに独自に価格を決めたのであり、合意に参加していないとか合意がその者に対し、拘束力を有していないとの主張が繰り返される。しかし、同判決は、行政指導により、会合への参加が事実上強制されたために会合に参加した特殊な事例であり、自由な判断で会合に参加した事例についての先例とはなり得ない。東芝ケミカル事件高裁判決は、会合・接触から共同行為を推認する手法を説示したので、同事件判例により、この問題はある程度、欧米の事実認定の手法に従う基礎ができて¹²¹いる。同判決は、「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思の連絡がある。」と説示した。同判決により、会合に出席した場合、この会合に参加した者は、会合で合意に参加するとの明確な意思表示をしなくとも、カルテルに参加するとの意思があったものと(事実上)推定され、これに対する反証(特段の事情の立証)は、事業者の側で行わなければならないとの欧米流の推定ルールが確立したといえる。

上記の事例では、会合に参加し価格を引き上げているので、東芝ケミカル事件の推認理論

¹²¹ しかし、学者や実務家のなかには、東芝ケミカル事件の射程の認識が十分でなく、事例の評釈ではカルテル契約的発想が抜け切れていないものが多く、審判廷でも、上記の主張は依然行われている。

が働くと考えてよい。カルテルの会合に参加する前に価格引上げを自分の意思で決めている場合、東芝ケミカル事件の特段の事情に該当するかが問題になるが、既に自分が価格引上げを決定していたなら会合に出る必要はなく、会合に出て、他の事業者の行動を知ることにより、自分の行動が損をしないことについての確信が得られるのであり、他の事業者の情報を収集した以上、他の事業者の事業活動による制約を受けているのであり、もはや「他の事業者と無関係に」価格を引き上げたとはいえない。カルテルの会合に参加することにより、自らの行動が損をしないとの確信が得られ、決定を実行に移すことについての不安が除去されるのであり、そのような効果を伴う以上、共同性も事業拘束性の要件も充足しているといえる。したがって、欧米と同じく、単に、会合後に社内で検討し、合意した金額どおり価格を引き上げなかったこと、合意とは別のメカニズムで価格を引き上げたこと、合意の半分程度しか価格を引き上げなかったことなどの主張は、いずれも特段の事情とは認められないものと解すべきであろう。（会合に参加したが、価格を引き上げなかった場合については、エを参照。）

では、会合に出席していないにもかかわらず、会合の結果について連絡を受けた場合はどうであろう。基本的に全く、カルテルによる価格引上げに応じそうにないものに連絡することは考えがたい。そのような連絡は、カルテルのアウトサイダーにカルテルを出し抜くチャンスを与える（敵に塩を送る）ことにしかならず合理的行動と考えられないからである。このような連絡を受けたものが、事前の社内決定に基づいて価格を引き上げたに過ぎないと主張したとしても、連絡を受けたとき直ちにカルテルには加わらないことを表明していたこと（及び連絡を受ける以前の社内決定がなされていたこと）等が立証されない限り、合意への参加が推認される（立証されていると評価する）（広島市連合会事件¹²²ではこのような連絡によるカルテルへの参加が認定されている。）。

イ 将来の価格情報の交換

(ii) 事業者 X が、ある会合への出席を認めつつ、その会合で、価格についての話合いがあったことを否定し、会合の趣旨が業界内の一般的情報交換であると主張した。その場合に、会合参加者の間で現在、顧客に対して提示している価格の情報交換を行ったこと又は、将来の需給見通しから X は近い将来価格を引き上げる予定であるとの情報を会合参加者に伝達したことが証拠から明らかになった場合、違法行為を認定できるか。

欧米では、価格情報の交換が「過去」の価格情報ではなく、「現在」価格の情報が含まれているとすれば、情報交換は価格を透明にし、抜け駆ける価格競争を抑制するため競争阻害効果が強いものと考えられる。

価格の情報交換が現在だけでなく将来の価格の情報交換である場合はさらに競争阻害効果が高まる。将来の情報交換が、価格の事前公表によって行われる場合は、追随値上げは、合

¹²² 審判審決平成9年6月24日 審決集44巻3頁

理的活動となる余地があるが、会合において将来の情報をどうするかについて意見交換するという事はカルテルの会合そのものと考えられている。このような会合に出席しながら、自分は価格を情報交換したレベルに上げる意図はなかったという議論は、実際にその者が価格を引き上げた場合はもちろん引き上げなかった場合においても抗弁となり得ない。

したがって、欧米では、会合で価格引上げに合意されなくとも、事務レベルで、今後(将来)の価格についての情報交換(事前に公表されることによる場合を除く)があれば、行政事件・民事事件による場合はもちろん刑事事件においても(よほどの正当事由が認められない限り、)その事実だけでカルテル合意を認定できると解されている。すなわち、今後(将来)の価格についての情報交換の事実は直接証拠に近い決定的証拠(conclusive evidence)と解されている。

日本では、業界内の一般的情報交換であることが立証されるならば、合意が推認されない場合も多い。しかし現在価格の情報が含まれていたり、過去の価格情報であっても、営業秘密に属するような情報が交換されていたり、情報交換の結果として、攻撃的な価格設定をしたものに対する制裁的行動が行われるような場合には、合意を推認する証拠として使われる。

将来価格の情報交換が行われた場合には、東芝ケミカル事件判決¹²³に従い、共同行為を認定できる。競争上の秘密である自社の将来の価格行動を競争者に示すことはカルテルの誘引行為であり、それに対し、自社の価格行動についての情報を提供することは、カルテルの参加についての賛意を示す行為にほかならないから、直接証拠に近い決定的証拠(conclusive evidence)と解することが合理的である。

なお、将来価格の情報交換後、当事者が価格引上げ方法を変更した場合(三菱ビルテクノ事件はこのような事例である)でも、上述のとおり、情報交換時点での違法な合意を否定する論拠にはなり得ない。むしろ、交換された情報をもとに、自社の価格引上げ方法を変更したということは交換された情報が、情報を交換した事業者の価格形成に影響を与えていること(すなわち、競争の制限効果を生じていること)を示す事実といえる(岩谷産業カルテル事件¹²⁴で似たような認定がなされている。)

ウ 会議の目的について説明のつかない会合の評価

(iii) 事業者 X が、ある会合への出席を認めつつ、その会合で、価格についての話し合いがあったことを否定し、会合の目的が全く別であると主張する。しかし、事業者 X の主張する別の目的の存在を裏付ける証拠はない。このような場合に、会合をカルテルの合意の間接事実とすることができるであろうか。また、目的・議

¹²³ 「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、・・・特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思の連絡があるものと推定されるのもやむをえないと言ふべきである。」と述べている。この点は客観的証拠からの事実認定についての核心的問題であり、第3章、第3新第3章Ⅲ以下(とくに大森工業事件中の評決)でも繰り返し論じている

¹²⁴ 審判審決平成12年3月27日

題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない多数回の接触・会合をカルテルの状況証拠として活用することができるであろうか。

会合の目的が不明な場合の評価に関しアメリカでは、会合の趣旨について事業者から説得的な説明が得られない場合に、他の証拠と総合的に評価して、その会合におけるカルテルの合意の推認を認める場合がある¹²⁵。EU でも目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない多数回の接触・会合の事実を、他の証拠と総合的に評価して、合意又はコンサーティッドプラクティスの証拠として考えている先例が多い。目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない接触・会合が多数回に及ぶ場合は、より証拠の価値が増すがあくまで他の証拠との総合評価となる。

日本でも、他の証拠と総合的に評価して共同行為の証拠として活用することが考えられる。例えば、三菱ビルテクノ事件で第1回目の会合で価格を引き上げようとするについて合意しているとの事実認定が可能で、第2回以降の会合についてはその会合の目的が価格引上げ幅の交渉であることが認定できない場合であっても逆にそれらの会合が他のどのような目的で開かれたかが合理的に反証できないとすれば、ほとんど同一メンバーによるカルテルの会合に引き続く数回の会合は価格引上げ幅その他の具体的実施方法についての会合であるとの可能性が高いので、それらの接触の事実及び価格引上げの事実と合わせカルテルの合意を認めることができる場合がある。日本の現行の実務では、多数回の接触自体は状況証拠とならないと考えられているようだが、独立して決定されたとみるには不自然な価格形成がなされている場合に、目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない多数回の接触・会合が存在する事実はカルテルの状況証拠となると解する余地もあり、談合のように、価格形成自体がまったく不自然な予定価格の100%近くにとどまる事例においては、より重要な状況証拠となり得るように思われる(IVを参照)。ただし、日本では、これまで、そのような証拠は、カルテルを認める供述調書(これ自体は直接証拠である)を補強する証拠として用いられているにとどまることが多い。

エ 複数回の価格引上げの一部でのみ価格を引き上げた場合

(iv) 事業者 X が、ある会合への出席及び価格についての話合いがあったことも認めつつ、X は明示に同意しなかったが、明示に反対もしなかった場合で、当該会社が価格を引き上げなかった場合、また、5回の会合が各回の会合後の価格引上げ、暴落、また引上げという形で続いていた場合、X は第2回目だけ引き上げ、残りの4回は引き上げなかった場合、5回についてカルテルの合意があるといえるか。また、5回が課徴金の対象となるか。

東芝ケミカル事件の推認の要件として価格を引き上げていることが必要であり、賛同した

¹²⁵ Areeda Antitrust Law Vol. VI (Little Brown Company) p99

かが不明な当事者が価格を引き上げない場合については東芝ケミカル事件理論では、カルテルの合意を認定できない。しかし、後段の例では、5回の価格引上げを包括的な一個のカルテルの合意を認定することができる。「タキイ種苗ほかに対する件¹²⁶」では、「遅くとも平成10年3月19日以降、4種類の元詰種子について、販売価格の低落を図るため、種類ごとに、販売価格を定める際の基準となる価格を毎年決定し、各社は当該基準価格の前年の基準価格からの変動に沿って各社の4種類の元詰種子の品種ごとの販売価格を定めて販売する旨の合意」がされたと認定し、各年の個別価格協定行為を違反行為とするのではなく、各年の個別協定から、包括的な合意と推認しこれを違反行為としている¹²⁷。

このような場合、全5回を課徴金対象としてよいであろうか。これまでの実務では、実際に値上げが実現した売上げでないと課徴金の対象としないという運用は行われていない（値下げされても、それは相手との力関係で結果的にそうなっただけと考えている）¹²⁸ため、原則として5回とも課徴金の対象となると解している。しかし、入札談合ではフリー物件が明らかでない場合、当該物件は課徴金算定の対象外となるのに対して、価格カルテルでは、何らかの理由で価格カルテル行為を実行することができなかったと思われる場合でも課徴金算定の対象となっており、この点に違和感を感じる。これは、公取委は課徴金の納付を命じないといけなくされていることが影響していると思われる。課徴金算定の対象について、公取委の裁量を認めない現行制度の是非について検討する余地があるものと思われる。

(4) 徴表的事実の活用(協調行動規制)

合意についてその存在だけが要件事実(立証対象)であることが確認されると、価格の引上げ方の不自然性も共同行為の証拠となり得る。アメリカでは、インターステート理論以来、並行的な価格引上げその他の不自然な価格引上げはあるが、会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての直接的な証拠がない場合に、間接事実・状況証拠をそこまでカルテルの事実認定として活用できるかについての先例がもっとも高度に展開しており、石油製品事件では、片のこぎりの刃型の不自然な価格変動、ATP事件では、コンピューターリザベーションシステムを利用した価格の引上げ行為をシグナリング(価格情報の同業者への伝達行為)とみなして、合意の状況証拠に活用している。EUでは、ダイスタッフ事件において、価格引上げ幅の不自然性をコンサーティッドプラクティスの状況証拠として活用している。ところが、日本では、昭和20年代の合板談合事件では、不自然な入札行動を談合の証拠としたり、従前の市場分割協定の協定破棄後もまったく市場の競争が生じなかったという徴表的事実から市場分割協定が維持されていることを認定した例があるが、昭和30年代以降価格カルテルについてはこのような事例は現れておらず、談合についても、落札価格が予定価格の100%近く

¹²⁶ 審判審決平成18年11月27日

¹²⁷ ECのように、全体としての一個の合意の考え方を取る先例が現れているといえる。

¹²⁸ 東京無線タクシー共同組合に対する審決(課徴金の納付を命ずる審決)(平成11年11月10日)

に張り付くという最も重要な間接事実が、談合の証拠として十分活用されていない(談合に関してはIVで詳述する)。

徴表的事実の活用が進まない理由の1つに、日本の民事訴訟で要求される高度の蓋然性という基準を、70%又は80%程度の証明度を有すると解されており¹²⁹、欧米と比べるとかなり立証のハードルが高い(証拠の優越による基準を取る英米法系の国では、50%を超えればよい)。三菱ビルテクノ事件やごみ焼却炉に関する静岡地裁判決では、この、高度の蓋然性をほとんど刑事立証水準並みに考えている。これらの先例は異例で、実務上は、そこまでの高い証明度で判断されてはいないと思われる¹³⁰が、一般的に説かれる70%又は80%程度という証明度の高いハードルも状況証拠の活用による事実認定が進まず供述調書に依存する実務を形成してきた要因となっていると思われる¹³¹。

¹²⁹ 共同行為に関する証明度に関する研究として荒井 弘毅 「共同性認定に関する独占禁止法違反事件の証明度達成の補強策について」 公正取引 613号・614号(2001年11月号・12月号)

¹³⁰ 高度の蓋然性を判示したルンバル事件最高裁判決(昭和50年10月24日 民集19巻9号1417頁)は、医学の専門家の鑑定人の大勢は因果関係について否定的な意見であったにもかかわらず、因果関係の存在を否定した原審判断を経験則違背として破棄した事例であり、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、」「経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得る程度であることを必要とし、かつそれで足りるものである。」と判示するもので、「高度の蓋然性」を高いハードルと考えるべきではないことをむしろ判示している事例として位置づけるように思われる。

¹³¹ 越知・日米欧 65頁及び1040頁以下。ケグイン・M・クラームント 三木浩一「民事訴訟の証明度における日米比較」 国際商事法務 33巻5号(2005年5月号)

IV 入札談合の事実認定

1 入札談合の要件・審査の対象

(1) 入札談合における受注調整，基本合意，個別調整の意義

ア 合意の具体性・拘束力

入札談合における違反行為(「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当する行為)とは、競争せずに落札者¹³²を入札者間で定めることに合意することである。業界では、競争せずに落札者を入札者間で定める行為を「受注調整」と呼ぶので、違反行為を受注調整と表現することも多いが、違反行為として「受注調整」という用語を用いる場合にビジネス上の用法に引きずられることなく法律的な意義を確認する必要がある。受注調整の過程は、基本合意と呼ばれる「受注予定者を調整することに合意することと、この合意にしたがって、(個別物件に受注希望者が複数になった場合に)受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにする個別合意ないし個別調整の2段階の行為が観念できるとされている¹³³。談合行為の認定においては基本合意が違反行為を構成し、個々の談合行為はその基本ルールという一定の合意に基づいて行われた実施行為であるとし、基本合意のみで不当な取引制限に該当する合意になるとするのが判審決の立場である。これに対し、話し合って入札を決めるという抽象的な内容の基本合意しかない場合、そのような抽象的な合意だけでは誰が受注予定者か決まらないし、具体的調整ルールが明確でない場合、基本合意に拘束は生じておらず、3条後段の共同行為の要件は満たさないとの見解もあるが¹³⁴、協和エクシオ事件の審決取消訴訟に関し、東京高裁判決¹³⁵は、「受注を希望する者の間で話し合いをすること自体に相当な競争を制限する効果があるというべきである」と述べ、受注を希望する者の間で話し合いをすることという抽象的な合意のみで競争制限効果があることを判示している¹³⁶。

談合の本質は、競争で決める入札過程を、発注者に競争の結果落札しているようにみせかけ、受注希望者間の自主ルールで決定することを合意することであるから、違法行為は、「受注予定者を決める」行為ではなく、「受注予定者を話し合って決めるよう取り決めること」である。条文解釈としても、本来的には自由に入札価格を決め、あるいは入札するかどうかを決めるべきとこ

¹³² 公取委の認定では、「受注予定者」ということが多い。しかし、入札参加者で決めるのは、誰が落札するか(誰がベストプライスをオファーするかであり)である。受注予定者を決めるのではなく、発注者が受注予定者を決める過程で競争を偽ることに談合の本質があるので、落札者という表現の方が適切ではないかと思われる。

¹³³ 個別物件に受注希望者が一名しかいない場合、個別調整は行われないことに注意を要する。

¹³⁴ ごみ焼却炉談合についての静岡地裁判決はそのような立場に立っているものと思われる。その詳細は下記IV参照。学説の中にも、基本合意の存在の中で一定の案件について必ず受注調整するとの基本合意のルールが不明確である場合、受注調整ルール自体が明確でなく、単に話し合って決めるという以上の基本合意の内容を立証し得ないなど、基本合意の拘束力が弱いと認められる場合には個別案件の受注調整行為の立証が必要であるとの立場があるようである(高橋 岩和 入札談合と課徴金 平成11年重要判例解説242頁)。白石(2006)もこの立場に近いと思われる。ただし、価格カルテルで抽象的な合意を不十分と考える実務家も入札談合については、これを十分と考えるものが多い。

¹³⁵ 東京高判平成8年3月29日 判時1581号37頁

¹³⁶ 「特定の注文者が継起的に発注する工事又は役務等につき、その取引分野に属する請負業者が、受注予定者を協議して定める旨の抽象的・包括的な内容の協定・・・のみによっては、特定の受注予定者が直ちに定まるものではなく、また、個々の工事又は役務等の受注に当たっての協議において、特定の受注予定者を決定することのできないことがあり得ることを考慮しても、なお右のような目的をもって受注を希望する者の間で話し合いをすること自体に相当な競争を制限する効果があるというべきであるから、当該協定は、前記合意に該当するものと解すべきである。」と述べている。

ろがそのルールに制約されて事業活動の意思決定を行うことになるのであるから、「相互に事業活動を拘束し、」の要件は、自由に札を入れるという意思決定が、話し合って受注者を決めるといふ合意に制約された時点で既に充足されており、「受注予定者を決める」行為は、(違法な)合意を履行する行為に過ぎないから協和エクシオ事件判審決の立場が妥当である¹³⁷。

ところが、協和エクシオ事件の判審決にもかかわらず、課徴金審判実務では個別調整を改めて立証して始めて、課徴金賦課の対象となるとの実務がとられてきたようである。その理由として、基本合意の射程(範疇)が基本合意では不明確であることが理由とされるが、その問題点については、後述4で詳説する。

イ 受注調整の意義

法律的意義としての「受注調整」を個別調整のみを示すように位置づけ¹³⁸、あたかも個別調整が違反行為であるかのような用語の使い方がなされることがある。実務上、談合の違法行為を「(合意の下、)受注予定者を決定し受注予定者が受注出来るようにしていた」と審決書などで表現する¹³⁹ことが多い¹⁴⁰ため、受注調整は個別調整を意味するかのように使われがちになる理由かもしれない。しかし、談合という違反行為を意味する法律用語として受注調整という用語を用いる場合は、基本合意の身か基本合意と個別調整を包括するような用い方をすべきである。既に述べたとおり、談合の違法行為の本質は、「受注予定者を決定する」ことではなく、事業者の間で入札するか否か、落札価格をどうするかについて「調整する(各自が自由に意思決定せず、必要があれば競争者と話し合いをする)ことを合意する」ことであり、「受注予定者を決定し、受注できるようにする」行為は合意(調整)の履行(実施行為とも呼ばれる)に過ぎないのであるから、受注調整という用語は、違法行為である基本合意のみで用いるべきであり、ビジネス用語と平仄をあわせる必要

¹³⁷ 話し合って決めるというだけでは具体性又は拘束力を欠くという発想が、独禁法における基本合意を私法契約における合意になぞらえて分析しているという問題のほかに、そうした考え方は、刑事事件の共謀共同正犯ですらとられていないのではないかと思われる。殺人の共謀共同正犯に関し、殺害を実行する意思が確認された場合に、実行計画についての全貌が明らかにならないからといって、殺人罪についての共謀共同正犯を否定するであろうか。

¹³⁸ 白石(2006)242頁もこの立場をとる。課徴金実務で、個別受注調整の立証を要するとの考え方にたつため、とくに課徴金審判実務で、個別調整を受注調整と呼んでいる例が増えている。菊池麻緒子「課徴金審判実務に関する一考察」公正取引(668号—669号)などでもそのような用語法をとっている。

¹³⁹ このような用語の用いられ方が、課徴金審判実務で、個別調整を個々に立証するという実務につながっている可能性がある。

¹⁴⁰ 酒井論文によれば、上記の他に(i)合意し、(ii)合意をし、これに基づき、受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようにしていた、(iii)受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようにするとの合意の下、・・・の方法により受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようにしていた、の3つのパターンがあるが、最近では本文で述べたパターンが多いとされている。なお、酒井論文では、本文のパターンの場合、個別の物件の受注調整ルールについて合意していることについての立証が行われ、その合意が立証出来ない場合には、合意の抽象性から違反行為の特定性の問題になると解しており、入札談合の場合においても、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようにする」だけでは合意の内容が具体性を欠き、他の違反行為との区別が出来ないことから、違反行為の特定としては不十分と解しているようにも読めるが、そのような解釈は、協和エクシオ事件その他の審決の立場ではない。(同論文33頁)

から基本合意と(基本合意だけで、受注予定者が一本化できなかった場合の再調整としての)個別調整を包括する概念として用いるべきである。

ウ 談合における基本合意と個別調整による「調整」のメカニズム

受注調整を個別調整を意味するものとして用いたり、個別調整を談合の違反行為として捉えたり、課徴金賦課には個別調整の個別的立証を行う必要があるとする考え方は、個別調整が必ずなされることを前提とするが、そもそも個別物件については「調整」(話し合い)なくして受注希望者が決定する場合もあり、個別「調整」が必ずなされるかのように前提することは談合の実態に即していない¹⁴¹。実質的個別調整なく、受注予定者が決まる場合まで、「個別調整」があると考えれば「個別調整」は必ず存在するが、実際に調整が行われる場合と混乱が生じるので、実質的個別調整なく受注予定者が決まる過程を「個別調整がない」と表現する)。実務が、「受注予定者を決定する」行為を違法行為又は受注調整を特定する表現として用いていることは、再考の余地がある。「決定する」ことではなく、「各自が自由に意思決定せず、必要があれば競争者と話し合いをする(調整する)」ことを違法行為の中核に添えた表現に改められるべきであるように思われる。以下、基本合意と個別調整の根本的なメカニズムについてまず確認する。

話し合いで決めるという抽象的な基本ルールについて合意がなされ、個別物件において受注意欲のある者の中で受注調整が行われるという大枠が説明されるので、日本の談合においては、必ず個別調整が行われるかの錯覚がもたれているように思われる。しかし、基本ルールというのは、事業者間での仕事の分配(分かち合い)であり、その分配は、基本的にはどれだけ汗をかいたか、その案件を誰が担当するのがふさわしいかという観点から事業者間で決め、その決めごとを守るルール(要するに縄張りを決め縄張りを守るルール)であり、ルール自体は、事業者間で公平になるよう取り決められるものであるから、一定の合理性を有する。しかし、そのような決め方で決定された受注予定者は、(実質的に無競争入札となるので)マーケット・パワーをもち、競争価格による落札が行われなくなることに談合の違法性の本質がある。したがって、事業者間での縄張りが決まっている物件については個別調整は行われぬ。例えば、地方案件では、個別物件でどの業者を落札予定者にするかについて、物件に対する事業所の距離とか、その事業者が何を得意としているか等、長年の慣行により形成された要素により、(個別受注調整などしなくとも)談合参加者間で共通の認識に達する(縄張りが決まってくる)例も多くある。そのような案件では、ほとんどすべての個別入札案件で個別調整なく受注予定者が決まることになり、個別受注調整行為は具体的な受注予定者を決めるというより、受注予定者以外に誰がサクラとなって札を入れるか、つまり競争を偽装するためだけの目的で協議の機会がもたれることも多い。このような場合には、個別合意の目的は、実質的な調整行為ではなく、競争の偽装だけである。

また、個別調整を当初必要とする物件であっても、個別調整を何回か経れば、個別調整における落札予定者決定のルールが当事者間に浸透してそれが基本ルール化し、基本ルールが具体化する

¹⁴¹ 後述する郵便区分機事件は、全く個別調整のない(要確認)事例であり、協和エクシオ事件でも、個別調整のなかったのは、入札希望者が一名しかおらずそもそも個別調整の必要ない事例であった。

ることになるので、個別調整が行われない物件も増えてくる。あるいは、基本合意について幹事を務める者が、個別物件についての落札予定者を具体的なポイントなどで決めることとし、その算定方式を談合参加者間に知らしめておけば、参加者はポイントを計算することによりどの物件が自分の割当か分かることになり、このような場合にも個別調整は必要なくなる。個別物件で、本来的な調整が行われるのは、基本合意により受注予定者をまとめることができなかつた場合の決め直しの必要がある場合であり、その意味で個別調整は、いわゆるデフォルト・规则的に機能することが多いと思われる¹⁴²。

したがって、談合参加者が固定されている談合期間の長い案件においては、新参加が出てくるような案件やアウトサイダーが出てくるような案件でない限り、個別調整を行うことは少なくなってくる。個別調整が多く物件に存在している案件というのは、談合ルールの浸透の薄い、その意味で談合の歴史の浅い悪性の比較的弱い事例であり、談合の歴史が深く、談合組織が強固である悪性の強いと考えられる事例ほど、個別調整の必要性は少なく、個別の調整が行われる度合いは減ってくる(希望表明すれば、誰も対抗馬として名乗りを上げず、実質的調整なく、落札予定者に選ばれる)のである。

このような個別調整と基本合意のメカニズムからすれば、課徴金審判実務や私訴における損害賠償に関して、基本合意の存在を認定しながら、個別調整行為の立証を要求するのは存在しない行為の証明を求めるに等しく、より強固な悪性の高い談合を見逃し、歴史の浅い悪質性の薄い談合を厳しく処罰することになり、法執行のあり方が妥当でなくなる危険性があることを執行に携わる実務家は十分に留意する必要がある。

エ 欧米との比較

欧米では談合の違反行為である合意を基本合意と個別合意の二つの合意に分けて考えることは、行われていない¹⁴³。欧米では、入札談合については、基本的には1件毎の入札についての談合行為をとらえることが一般的である。欧米での談合では、ある物件についての談合での協力の見返りを他の物件で取り返すのではなく、その物件での見返り(バックペイメント)で精算する場合が多く、その場合は一回の談合で完結する、ある物件についてのバックペイメントがなされない場合でも、談合での協力の見返りがどの案件かということは、裁判所や執行当局が談合の認定をするにあたって必要ないし重要な間接事実とは考えられておらず、当該物件について、競争しないことの約束があるだけで取引制限合意を認定する¹⁴⁴。ただ、この一回的な合意であっても、「落札者を決める」行為ではなく、「落札者を話し合って決めるよう取り決めること」が違法な合意と認識されており、欧米では、日本の「個別調整」を違反行為としているわけではない。

なお、日本で基本合意と個別合意という区別を行うことは日本の公共工事発注方式の特殊な事情によるところが大きいように思われる。日本における公共工事の発注は、1回で発注できる工事を何社もの事業者が発注案件を落札できるように数回に分割して発注されるのがむしろ原則で

¹⁴² 「デフォルト・规则的に機能する」とは、うまく、受注希望者を一本化できなかったときのルールという意味で用いている。

ある。この分割発注された一連の工事について談合参加者の間で分かち合いができるように談合が仕組みられ、参加者がすべての案件の受注にあずかれるようになっていくことが地方の典型的な談合案件の事例である¹⁴⁵。

(2) 基本合意の存在か成立か

基本合意については、長年、談合を繰り返してきた業界ほど、会合などでいちいち基本合意の内容を確認する必要もないので、基本合意を取り決める会合や基本合意の成立時点を認定することは価格協定より一段と困難である。ところが、価格協定に関し、合意の成立にこだわる審査・審判実務も、入札談合の審査・審判実務に関しては、入札談合における基本合意の成立時点・形成過程は立証される必要はなく、その存在が示されればよいと考えてきている¹⁴⁶。最近の大石組審決取消訴訟判決¹⁴⁷も、「独占禁止法の規制対象たる不当な取引制限における意思の連絡とは、入札にさきだって各事業者間でその行動に事実上の拘束を生じさせ、一定の取引分野において実質的に競争を制限する効果をもたらすものであることを意味するのであるから、その意思の連絡があるとは、各事業者がかかると意思を有しており、相互に拘束する意思が形成されていればよく、その形成過程について日時場所をもって具体的に特定することまでを要するものではない」と判示している。ただ、実務上は、遅くともある時点以降基本合意が維持されているという主張を行うことも多いようである。

なお、刑事事件においては、談合事件でも、基本合意の「成立」にこだわっており、当該談合の前に談合の基本合意についての確認行為や修正同意があったことを主張立証するか各年の基本合意を認定する実務となっている（VIを参照）。

(3) 意思の連絡

基本合意の内容は、競争せずに落札者(ベストオファーをする者)を入札者間で定めることで足るが、「共同して相互に」の要件を充足するために「意思の連絡」が必要となる。上記2で述べたとおり、意思連絡の形成過程について日時場所をもって具体的に特定することは必要ない¹⁴⁸とされ

¹⁴³ 米国の入札談合についての文献として、谷原 修身 米国における入札談合の法規制 公正取引 521号 (1994年3月号)参照。

¹⁴⁴ Leigher 事件参照。EU の Pre-insulated Pipe 事件では、個別受注行為についての一連の会合の事実から全体として一個の合意を認定しているが、このように談合の全貌が明らかにされることはむしろまれである。

¹⁴⁵ その意味で、日本の公共工事の発注方式自体が談合を誘発しやすいようなものとなっている。したがって、地方の水道工事や道路舗装などの談合案件ばかりに、入札談合の執行を強化することは執行のあり方としてバランスがとれたものか注意が必要である。

¹⁴⁶ 入札談合についての先例を整理した文献として、舟田 正之 談合と独占禁止法 日本経済法学会年報第 25号(2004年)、

¹⁴⁷ 東京高判平成 18年 12月 15日

¹⁴⁸ 東京高判平成 18年 12月 15日 (大石組審決取消訴訟判決)

ているが、連絡行為(コミュニケーション)が行われていることが立証される必要があるかが問題となる。この点、競争せずに落札者(ベストオファーをする者)を入札者間で定めることそれ自体が立証される場合¹⁴⁹は、このような行為は各事業者が単独でできる行為ではないから、特段の連絡行為が立証されなくとも、事業者相互間に受注調整(競争せずに落札者を入札者間で定めること)についての共同の認識、認容が形成されていると考えることができる¹⁵⁰。これに対して、競争せずに落札者(ベストオファーをする者)を入札者間で定めることそれ自体が直接立証されていないが、落札価格が、予定価格近辺に集中しているなどの不合理な価格形成が行われているとき、そこから基本合意を推認する場合¹⁵¹には、価格カルテルにおける協調行動からの合意の推認同様、意思連絡の立証が問題となる。この場合、個別調整が一件でも行われていれば、個別調整が、東芝ケミカル事件最高裁判決が意思連絡が否定される場合である「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情」を否定する事情であり、個別調整が行われている事実により、個別調整が立証された案件のみならず、基本合意の射程に含まれるすべての案件について、談合参加者間で、事業者相互間に受注調整(競争せずに落札者を入札者間で定めること)についての共同の認識、認容が形成されていることの有力な証拠となり得る。ただし、個別調整のない事例については、基本合意の射程に含まれることについての立証が必要である。このような立証は、幹事会社や仕切り役のものを情報センター又は連絡係として情報を拡散するシステムの存在や(いわゆるハブアンドスポーク型共謀)、仕切り役に対する参加の意思の表明等により可能である¹⁵²。

なお、連絡行為は、談合(競争せずに落札者を入札者間で定める合意)に加わることで足り、個別物件の受注予定社の決定過程についての認識・認容が必要なわけではない。違反行為は、基本合意であるから、基本合意についての意思連絡で足りる。

なお、基本合意について意思連絡がはっきりしない場合は、個別物件についての調整を独立した共同行為と認定する余地は残されている¹⁵³。

(4) 談合参加者の外延を明らかにする必要があるか

また、談合に参加する者の外延を明らかにする必要があると解すべきではなく、談合参加者の一部だけを排除命令の対象とすることも許されると解すべきである。談合では、一定の取引分野に属する一連の入札の中で全く自分の分け前を持たず、一定の取引分野外の別の案件で分け前を

¹⁴⁹ 供述調書などで、立証が行われる場合である。

¹⁵⁰ 多摩談合事件(東京地判平成18年11月24日)では、合意の成立時期にこだわり、基本合意はないが、慣行があるとしたが、このような慣行は、意思疎通なしに行われぬものであり、このような慣行それ自体も、「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当するものであり、私法的な合意概念にこだわって、基本合意を認めなかった本判決は、誤った法解釈を行っているといわざるを得ない。

¹⁵¹ 私訴で、公取委の収集した証拠を活用できない場合が典型例である。

¹⁵² 個別合意から基本合意を推認した協和エクシオ事件(後掲脚注157参照)では、かぶと会を通じた情報交換が行われていた。

¹⁵³ 後述する厚木基地訴訟の控訴審ではこのような主張が予備的主張としてなされた。

獲得する例が生じることは自然である。例えば、関東地区の入札案件で貸しを作り、東北地区の入札案件でその貸しを返してもらうようなことがあり得る。そのような場合には、貸しを作っている関東地区の入札案件については、会合にも出席しないであろうし、関東地区での基本合意のルールには関心を持たないであろうから、供述調書以外、関東地区の談合に参加していることを示す証拠を収集するのは難しいし、仮にこれを立証し得たとしても関東地区では自分が受注案件をもっていないのであるから、課徴金納付命令の対象にならず、立証活動を行う実益より、審理が遅延化するデメリットの方が大きい。反トラスト法の私訴でも、協力者がどこで見返りを受けるかなどは、要証事項とされておらず、単に損害賠償の対象となる落札者が競争せずに、競争相手の協力があつたことが認定されているのみである(Reicher 事件¹⁵⁴参照)。当該案件において話合いによって受注がなされたことすなわち競争して入札していないことさえ立証出来れば、法益の侵害は明白なのであるから、そのような話合いに参加したことが立証されている当事者間に談合が存在するか否かを明らかにすれば足り、その他に参加者がいたかどうかを立証する必要はないと解すべきである¹⁵⁵。

(5) 受注能力のない参加者を談合の参加者から外すべきか。

その案件を落札する能力のないものを落札できないからといって、談合参加者に含めることができないと解すべきではない。受注能力のないものでも他の案件での貸しとして、談合に参加することはありうるからである(協和エクシオ事件はこのような事例として理解できる)。安藤造園事件¹⁵⁶では、超特 A のランクのものだけが入札できる案件について、超特 A のランクを持たない業者は落札する可能性がないものとして、談合の参加者から除外されているが、その妥当性に疑問がある。

(6) 審判官の合意内容についての心証が審査官主張の内容と異なる場合

¹⁵⁴ United States V. Reicher 938 F.2d 168 (10th Cir. 1992). 本件の事実関係は以下のとおりである。ライファーはロスアラモス・ナショナル・ラボラトリー(以下「ラボ」という)の入札について談合に加わったという容疑で訴えられた。この契約は Optical Channel Assembly(OCA)というレーザーのテストについての特別なストラクチャーの設計に関する契約であった。ラボの担当者から入札のパッケージが送られてきた。ライファーはギオラスという会社の担当者に自分たちより高い価格で入札するよう要請し、ライファーが落札した。本件で問題になったのは、ギオラスが OCA 契約で偽のビッド(ライファーとの間の合意により負けると分かっているながら出したビッド)についてギオラスが競争者と言えるかという点であった。また、ギオラスには自らこの契約を実行する能力がなかったので、現実又は潜在的競争者との間の合意があったとは言えず、シャーマン法に違反しないと主張した。しかし、裁判所は、US v. MMR Corp. 事件(第 2 章 I 3(2) 参照)その他の事件を引用し、偽の入札を行った当事者自身が入札に参加したプロジェクト全体を取り仕切る能力がない場合、あるいは当事者が受けることができるボンドの上限を超えている場合でも入札談合は成立するとし、偽の入札により入札過程においてあたかも正当な競争があるかのように装う行為については、入札する能力がないことを理由としてこのような汚れたディールについての責任から逃れることは出来ないと判示した。

¹⁵⁵ アメリカなどでは、カルテルの参加者が複数に渡っている案件でも、案件について全体を 1 件として立件せず個別事業者毎に立件する傾向が強まっている。

¹⁵⁶ 安藤造園事件 審判審決平成 13 年 9 月 12 日 審決集 48 巻 112 頁

被審人が、審査官主張のルールは存在しないと主張され、審判官において、審査官主張のルールは、実際のルールとは違っており、審判官は別のルールが存在するとの心証を得た場合、どのように判断されるべきか。

審判官において、実際のルールの心証が形成されているのであれば、そのルールを事実認定し、基本合意の存在を認定すればよい。審判官において、ルールはあるようだがはっきりせず単に話し合いで決めるという抽象的なルールがあることまでは確信できる場合でも、受注について競争ではなく交渉(話し合い)で決めるという事実が認定できるならば、基本合意が存在するとの認定を行うことができる。最近のごみ処理施設の談合事件における審決及び損害賠償請求事件判決(静岡地裁判決を除く)はこのような事例であり、受注調整ルールとされている指数計算ルールの内容が明確でなくとも、被審人の間で、話し合って受注予定者を決めることが合意されていることにより基本合意を認定している。

2 入札談合と一定の取引分野における競争の実質的制限

分割発注方式の下に行われる談合は、談合参加者間での受注工事の分かち合いであるため、一連の発注案件について一定の取引分野を画定することになる。古い判例の中には一定の取引分野という意義が時間的又は空間的に幅のある概念であることを理由とするものがあるが、そのような文言的なアプローチは妥当ではない。入札の場合、各入札案件ごとに、競争が行われるのであるから、入札市場においては、入札案件ごとに市場が画定されると考えることが基本である。ただし、談合事件においては、談合参加者間での市場の分割が行われているので、談合の受注調整の範囲(すなわち基本合意の範囲)で、関連市場を画定することも合理的理由があるといえる。ただ、受注調整の貸し借りは、同種工事の中で行われなくてもあり、必ずしも、基本合意の範囲として、単一の市場を画定する必要があるわけではなく、複数の関連市場にまたがった基本合意が形成されている場合もあると考えるべきである。ごみ焼却炉のようなケースでは、発注者ごとに複数の関連市場にまたがった基本合意が形成されているものと解すべきではないかと思われる。

入札談合でも、競争の実質的制限により、市場支配力の形成が必要と解されている。そこで、談合のアウトサイダー落札案件が 50%を超える場合、支配されていないと解する余地が生じるので、審査官は一般に 50%を超えていると解する必要はないとの解釈的な留保をしつつも本件は 50%を超えているという形で主張を行うようである。しかし、入札の場合、60%について談合がなくとも、40%の個別案件で、受注調整にしたがって落札が行われれば、競争価格と異なる価格での取引が行われるので、40%の個別案件について競争制限効果は発生している。入札では市場支配力を落札シェアでみることは意味がなく、基本合意の範囲にある物件(関連市場における物件)について、談合参加者が落札した案件については、落札シェアにかかわらず、競争の実質的制限が生じているとみるべきである。

のみならず、アウトサイダーが落札した物件でも他の入札者が談合しているとの予想の下に、談合していなければ 80 で入札するところ、談合している者は 100 以下の価格をつけないとの予

測の下に 90 で入札するということがありえる。そうすると、談合参加者が落札していないとしても市場の価格形成に悪影響を与え、競争を実質的に制限することになる。入札事例では、談合による落札が行われた場合には、談合参加者が落札していなくてもその物件について競争の実質的制限が生じている可能性を排除すべきではない。

3 入札談合における状況証拠からの事実認定についての方法

(1) 個別物件についての受注調整行為からの基本合意(意思連絡)の推認理論

基本合意についてその存在を立証すれば足り、その形成過程を立証する必要がないとしても、基本合意は歴史的に形成されたものであることが多く、その立証は必ずしも容易でない。長年、談合を繰り返してきた業界ほど、会合などでいちいち基本合意の内容を確認する必要もないので、特定の会合での基本合意の成立を立証することは難しい場合が多い。そこで、特定の者の供述を、基本合意の証拠(それ自体は直接証拠である)とすることが多い。しかし、供述という伝聞証拠だけで、意思連絡を推認することは必ずしも好ましいものではない。供述という伝聞証拠以外に、談合参加者間で意思の連絡があることを推認する証拠として、ある物件で実際に個別の受注調整が行われたことが立証されれば、それが有力な証拠となる。このような証拠は、個別調整がない案件についても、基本合意による受注調整の結果無競争となったことを推認でき、独立して行動したことを排除する証拠が存在するといえるからである。そのような推認理論の先駆的先例が協和エクシオ事件である。

協和エクシオ事件¹⁵⁷は、4件についての話合いの事実から各社の米国センター発注の27物件についての基本合意を認定したものであるが、本件では、4件についての個別の受注調整行為だけから、(個別の受注調整行為のない、23物件を含めて)基本合意を推認した(その余の23件について、話合いは行われていないとされている)。本審決は、談合の場となった組織の設立及びその解散の経緯は本件基本合意を認定する上で有力な間接事実であるとし¹⁵⁸、審決で具体的に認定されている4件についての話合いの事実及び当事者が認定され、同协会会员の間では発注の全物件について話合いを行う体制が継続的に維持されていた事実は本件基本合意の事実を推定する有力

¹⁵⁷ 協和エクシオ事件 審判審決平成6年3月30日 審決集40巻49頁、東京高判平成8年3月29日 判時1581号37頁

¹⁵⁸ 審決によればそれまで米軍センターの物件は、日本電機インフォメーションテクノロジー(日電インテック)が受注しており、9社はこれと競争して受注することは技術的能力から当初は困難であると考えたが、日電インテックは9社が米軍センター発注の物件の入札に参加することにより、受注価格が低下するおそれがあることを危惧していた。そこで、9社と日電インテックは米軍センター発注物件について情報交換をする場としてかぶと会を発足させ、かぶと会の設立頃までに米軍センター発注物件について予め入札に参加するかぶと会会員による話合いにより、受注予定者を決めること、受注予定者以外の入札参加者は受注予定者が落札できるように協力することを内容とする基本合意が認定された。被審人は審決において、かぶと会会員のうち日電インテック以外は受注能力も受注意思もなく競争自体が存在しなかったから、基本合意は存在しないと主張したが、審決は、かぶと会を発足させた経緯、かぶと会の解散とともに、談合が行われなくなった事実、各社の米国センター発注の27物件へ対応の仕方は本件基本合意の存在を推認させる事実であり、本件についての基本合意の存在を認定できるとした。

な根拠とすることができるとして基本合意を推認した。かかる分析手法は東京高裁でも支持されている。

本件で個別調整のなかった 23 件は、個別調整がなく落札予定者が決まったと見られる事例であり、4 件の受注調整と談合のための話合いの場の存在から基本合意を推認することは合理的である。最近の判審決では、談合のための話合いの場を認定できない場合について、個別調整なく落札予定者が決まった案件でも、受注表明と組み合わせてこのような推認を行う事例が多いが、受注表明があれば、基本合意を推認できるのは当然であるが、これがない場合に、基本合意を推認できないと考えるべきではない。

京都市発注舗装工事事審判審決¹⁵⁹では、対象期間中 74 件の舗装工事について、複数の受注希望者間の協議で受注予定者が決定したのは 3 件のみであるが、残り 71 件のうち 51 件については受注希望者が予め希望表明をした直接証拠があり、他の 20 件についても積算内訳書の配布など予め受注予定者を決定していた証拠があるとしている。そのうえで、これらの受注態様に関する事実から基本合意を推認している。

本件では、個別調整が少数の物件でしか行われていない点が協和エクシオ事件に似た事例である。少数の個別調整しか立証できない場合、どこまでの物件が基本合意の対象となっているのかが明確でなくなるケースが生じうる。協和エクシオ事件ではかぶと会という談合組織の存在により、基本合意の及ぶ範囲を確定し得たが、本件では、受注希望者による希望表明や積算内訳書の配布などから、個別調整のない物件でも基本合意の射程に含まれるとしたものである。受注希望表明は競争相手に手の内を見せる行為であり、基本合意がない限り行われたい行為といえるのでこのような認定は合理的である。

大石組審決取消訴訟判決¹⁶⁰でも、対象期間中に発注された 105 物件のうち、80 物件について個別の受注調整の具体的証拠があるとされ、それ以外の案件も受注希望の表明などがあり、これらの行為から基本合意が推認された。

(2) 徴表的事実の活用

ア 落札価格の不自然性の評価

個別受注行為から基本合意を推認するといっても、基本合意として、単に話合いで決めるという抽象的な合意しか見出せない場合には、どの案件までがその射程に入るかが問題となりうる。協和エクシオ事件の場合、入札案件が明確で、かつその入札を目的とした組織が設立され、組織に加入したもので入札が行われていたので、基本合意の射程(「基本合意の範疇」とも呼ばれる)は明確であった。この射程の問題が課徴金審判では徹底的に争われ、課徴金審判では実質

¹⁵⁹ 審判審決平成 16 年 7 月 22 日

¹⁶⁰ 東京高判平成 18 年 12 月 15 日 審決集 53 卷 1000 頁

上、個別調整行為を基本合意から推認することはできず、個別に立証する必要があるとの実務に傾いている(後述4を参照)。

合意の成立でなく存在が要件であるとされ合意の存在が状況証拠から認定できることになる場合、不自然又は不合理な価格形成はそれ自体もハードコアカルテルの存在を推認する重要な状況証拠である。欧米の協調行動規制について、並行行為にプラスファクターがある場合で、プラスファクターが独立に行動したことを排除するだけの証拠である場合には、違法な協調行動になるとの準則が確立しているといえるが、並行行為についてその不自然性の程度がプラスファクターとして要求される証拠の水準に影響を及ぼす可能性があることはII1で指摘したとおりである。すなわち、価格形成の不自然性のみにより、カルテルを認定できないことはいうまでもないとしても、不自然性の程度が高ければ、そのような価格行動をとる合理性(正当事由)の立証がされにくくなる。しかし、日本では、審判事件では、価格形成についての不自然性自体をカルテル又は談合の重要な状況証拠として活用した事例はあまりない。

最も古い活用例は、以下のイで紹介する合板入札談合事件であるが、それ以降最近まで積極的活用がなされてこなかった。以下のウで紹介する郵便区分機事件では、価格形成の不自然性自体が証拠として活用されているが、以下のエで紹介するごみ焼却炉事件審決では、予定価格の100%近辺であることについての不自然性に言及しているが、会合又は情報交換の目的が談合又はカルテルの形成にあったことについての間接事実(間接事実を証する間接事実)として、判示されるにとどまっている。しかし、以下の4(2)ウで紹介するごみ焼却炉事件の損害賠償請求事件では、個別調整の立証にを落札率その他の徴表的事実を重要な状況証拠として認定しており、画期的な判断といえる¹⁶¹。

入札に関し、落札価格が予定価格の100%近辺に常に張り付くことはInterstate Circuit事件の2倍の価格上昇に比肩しうるような不自然性の程度が極めて大きいといえるのではないかとと思われる。予定価格の100%近辺で落札されるということが統計的に分かっているならば、競争して落札する気があるのであれば、統計上の落札されている価格を少し下回る価格をつければ、落札できるのである(例えば予定価格の97%に張りついているのであれば、落札しようという意思を有していれば96%ないし95%の指し値を入れれば落札できることになる)。したがって、予定価格の100%近辺で張りついている場合に、これを破ろうとするものがないということは、競争する意思をもって入札価格を差し入れていないことの証拠であり、これは談合の証拠となりうる。米国では勝つ気のないビッドを差し入れることは談合の証拠であるとの先例がある(前出のReicher事件はこのような事例である)。日本では、指名競争入札制のもとで、採算の悪い物件についても、入札業者から外れないようにするため、皆が予定価格近辺の入札価格を入れ、予定

¹⁶¹ その他、広島県石油商業組合広島市連合会審決(平成9年3月31日)では、「広島地区での価格引上げは、顕著に均一の傾向を示し全国的に特異であって、非人為的な経済現象としては説明しづらい」とし、価格形成の不自然性を状況証拠として活用している。

価格の近辺の価格で落札されることはあり得るかも知れない¹⁶²が、大多数の物件又は過半数の物件について、予定価格の 100%近辺で落札が行われている場合、このような落札価格の形成それ自体に加え、入札事業者間で合理的説明のつかない接触行動があるとか、落札物件についての情報交換が行われるなどの事実があるだけで、独立して行動したことを排除する証拠が提出されていると評価できるように思われる。もちろん、このような推定は反証を許さないものではなく、100%近い落札価格での入札が続くことが経済行為としてありうるものが立証されるならば、その推認は打ち碎かれる¹⁶³。

なお、予定価格の 100%近辺で落札が行われている事実があるとしても、そのような価格形成の不自然性のみにより、入札談合を認定できないことはいうまでもない

地方案件においては、地方の業者の供給能力が限られているため何件かある案件のうち、1 件だけ受注すれば十分でありかつ、それ以上に受注してもこれを施工する能力がないとの事情があり、各社が自分の番がどこにあるかということを経験に照らして予想できるために、自分の番のときにだけ落札が予定される水準の価格を差し入れ、その他の場合にはそれよりも少し高い価格でビッドを行うということは意思連絡なく意識的並行行為として起こりうる。このような意識的並行行為が成立する場合には、価格形成に対する正当事由が存在すると言いうことは可能であろう。ただし、個別調整が行われている事実があれば、この事実と落札率や乖離率などの不自然な価格形成を組み合わせることにより、このような価格形成は、意識的並行行為ではなく、意思連絡の結果であると推認することができる。

イ 合板入札談合事件

なお、このような、入札価格の不自然性が談合の状況証拠となることは、実は、昭和 20 年代の合板入札談合事件(湯浅木材事件)¹⁶⁴で説示されている。本件では、会合が開かれ価格についての協議がなされているものの、指定製造業者の大多数がほとんど同一価格で入札するという行為があったことにより合意の存在を推認したもので、上記の落札価格の不自然性につながる内容の審決である。

本件は、特別調達庁が進駐軍向けの合板の調達に際し、多数の製造業者に対し、入札見積り合

¹⁶² 例えば、前掲脚注 137 の菊池論文では、「参考人が『予定価格は積算ツツの使用では 100%わかる、また受注を希望しない物件でも役所との関係上予定価格とあまりにも乖離する価格を入札価格とはしないなどと述べる事が多く、結局、この入札物件は旨味が無く自分を含めて誰も受注を希望しなかったから、落札率が高く、すべての指名業者の入札価格が予定価格付近に固まっているのだ、落札した自分はババを引かされた』などと弁解されてしまうこともままあった。」と述べている。

¹⁶³ 意識的並行行為の結果として、予定価格の 100%近辺に張り付くことはあり得るが(ゲーム理論のフォーク定理が適用になる局面など)、そのようなことがあり得るならば、競争入札という制度を採用することが合理的でないことになるであろう(どうせ、予定価格でしか、落札されないのならば、入札のコストと手間は無駄であり、予定価格で随意契約を結んだ方が、入札コストと手間の節約になる)。ただし、そのような理論が適用されたとしても、意志連絡に関するプラスファクターが存在すれば、談合の認定を妨げないであろう。

¹⁶⁴ 合板入札談合事件(湯浅木材事件) 審判審決昭和 24 年 8 月 30 日 審決集 1 巻 62 頁

せという方式を用いて入札を実施したところ、入札価格の程度の判断について苦心していた入札参加者(被審人)は会合又はその他の場所において見積価格について種々雑談¹⁶⁵の末、各自自己以外の者は旧例外許可価格の約一割高の価格をもって入札するであろうことを察知するとともに自己もまたこれに歩調をそろえて入札しようと決意し、右決意に従って入札したとの認定を行った事例である。被審人らが入札価格の一致は別に指標となるもの(旧統制価格)があったことから生じたもので協定の結果ではないと主張したが、審判官は、「各事業者の原価計算の結果が区々であることの明白な本件において指定製造業者の大多数がほとんど同一価格で入札するがごときとは、そこに被審人等主張のごとき合理的根拠があって行われたものとは到底認めがたい。」と述べているのである。

ウ 郵便区分機事件審決

郵便区分機事件¹⁶⁶は、郵便番号自動読み取り機(以下「区分機」という)について受注者間での意思連絡について、価格形成の不自然性などの徴表的事実が活用された事例である。協調行動を認定した事案である。区分機の発注は昭和 61 年度までは随意契約により、昭和 62 年度から平成 6 年度までは指名競争入札の方法により、平成 7 年度以降は一般競争入札の方法により発注されていた。一般競争入札の導入前には、東芝及び NEC の 2 社が指名入札事業者となり、両者がほぼ半分ずつの受注を獲得していた。受注にあたっては、発注者が受注をしてほしい会社の方に情報を開示し、情報の開示を受けた事業者だけが入札するという方法で、事実上無競争での落札となっていた。このような入札形態は、随意契約の時代の発注を継続していたものとみられる。一般競争入札後も、発注者、東芝及び NEC は一般競争入札前の受注システムを継続し、総務省から情報開示を受けた事業者のみが入札し、その者が受注を獲得するという状況を継続していた。公取委の立入検査後、日立が入札に参加し、このような総務省からの一当事者に対する情報開示が行われなくなり、落札価格も従前より大幅に低下した。指名競争入札から一般競争入札への移行にあたっては、東芝及び NEC は、一般競争入札への移行に反対し、あるいは一般競争入札へ移行後も情報開示を継続するよう総務省に働きかけており、総務省と 2 社との間でこの働きかけに関する事実が認定されており、かつ総務省との話し合いの後に 2 社間で対応についての情報交換が行われたことも事実認定されている。

本件での事業拘束に該当する行為は情報の開示を受けた者が当該物件の入札に参加し、他の者は当該物件の入札に参加しないことであり、これに関し、共通の認識が形成されているので意思の連絡があるものと認定された。意思連絡を認定する理由として、本審決は競争入札下では考えられない不自然な受注結果になっていること、公取委の立入検査後、入札価格が顕著に急落した

¹⁶⁵ 「このような価格はどうですかね。」「いい値段ですね。」などの雑談が交わされているようであるが、判旨からは明らかではない。

¹⁶⁶ 郵便区分機事件 審判審決平成 15 年 6 月 27 日 審決集 50 卷 14 頁。東京高裁は、実体的な争点について判断せず、本件の排除命令が、排除措置を特に必要とする理由が示されていないことを理由に取り消したが、最高裁において、破棄差し戻され、東京高裁で違反事実が確定したが、本章脱稿時には、最高裁に係属中であった。本件については、第 2 章、第 3 章で差戻し審を中心にして詳述している。

こと、本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であったことから談合が起りやすい状況にあり、意思の連絡がなければ起りえない不自然な行動が存在することをあげている。

本件での共通の認識は指名競争入札の時代に既に形成されていた認識を継続するものであるが、このような共通の認識を継続させるためには、一般競争入札移行後も発注者が一方にだけ情報を開示するという制度を維持するという行為がなければ成立しえないし、逆にこのような2社の一方への開示という制度が維持される限り、両者が共通の認識に達することは容易である。すなわち、発注者が情報伝播のハブとなり、共通の認識が継続されていることになる。入札談合では、一般にすべての談合参加者が情報を直接やり取りするわけではなく、仕切り役(幹事役又は談合組織)が情報伝播のハブとなり、個別物件について調整の必要な談合参加者との間でのみ、情報の伝播が行われる。発注者を仕切り役と同視すれば、意思の連絡を認めてよいとも思われるが、談合において発注者は通常被害者であり、被害者をハブとした情報伝播で意思の連絡があると認めうるか(アメリカでは被害者をハブとみることができるかについては消極的な見解が多い)¹⁶⁷、また本件は、談合参加者が受注希望を出すのでなく、発注者が受注予定者を決めて落札させるという意味で、発注者が、競争させないようなルールを主導しているといえる。そこで、本件のような事例は、発注者が会計法に違反して入札過程を随意契約化したに過ぎず、それは独禁法上の談合ではなく、刑法上の入札妨害罪として刑事告発を行うべき事例であり、独禁法で保護される消費者利益が存在しないのではないかが問題となる。

しかし、米国の反トラスト法でも、保険等のエージェントが発注者となる場合は、ある本人に対する善管注意義務に反して、相手方の利益のために行為することもありうるので、発注者を含めた入札談合が生じうることは認めている。発注者が公共機関の場合、保険のエージェント同様、納税者に対する信認義務に反して、相手方の利益のために行為することもありうるものであり、まさしくそれが日本の官製談合であるとの日本の実務の現状に照らせば、納税者の利益に反して、発注者や発注担当者がハブとなりうることを保険等のエージェントと区別する理由はないとも考えられる。

ただ、本件では、そのような複雑な構成をとらなくとも、指名競争入札から一般競争入札への移行時に、2社と総務省又は2社間で受注予定者への開示という制度を維持することを求める協議(情報交換)を何度も行ったことが認定されており、この事実から、一般競争入札移行後の行動が、独立した決定に基づくことを排除する十分な証拠があるといえる。ここから、2社の情報の開示を受けた者が当該物件の入札に参加し、他の者は当該物件の入札に参加しないという事業活動を拘束する行為について、意思の連絡が認められる。なお、Vでは、ブロックダイアグラムを用いて更に詳細に分析している。

¹⁶⁷ 筆者の海外における調査結果では、「被害者自身が関与する場合、保護されるべき法益が欠如しているからである。そのような事例は、談合よりもさらに重大な犯罪である Government Fraud に発注者が問われる事例である。但し、保険会社が被害者の場合には、保険料を高くするためにこのような共謀を仕組む動機があり得る。」との意見が多かった。

エ ごみ焼却炉事件審決

ごみ焼却炉事件では以下の事実から入札談合を認定している。

- ① 5 社がストーカ炉の発注予定物件につき受注予定者を決定する行為をしていたこと、又は受注予定者を決定していたものと認定していたことについて、以下の供述がある
- ② 5 社が、会合等で、地方公共団体が建設を計画しているストーカ炉の建設工事の情報を交換し、ストーカ炉の建設工事の情報を共通化しようとしていたことを、各社の社内資料等から認めることができる。
- ③ 5 社は、地方公共団体の発注に係るストーカ炉の受注予定者を決めるための会合を開催し、各社ごとに受注希望表明を行っていたことを、各社の社内資料等から認めることができる。
- ④ 5 社のストーカ炉の営業担当者に 5 社あるいは 7 社のストーカ炉の受注に関して工事のトン数を加算した数値を算出していたものがあった。
- ⑤ 5 社の各社に未発注のストーカ炉をとりまとめ、これに受注予定者を記載したとみられるリスト、あるいはそれ以外のものでこれに受注予定者を記載したとみられるリストがある。

本審決が、基本合意の成立について、合意の内容は立証対象ではなく、受注を調整する(話し合いで受注者を決める)ことが要証事実である点を前提として、審決理由を構成していること及び審査官の事実認定の主張にとらわれず、どのような間接事実があれば基本合意が認定できるかという点から、審決書を構成し直し、その各事実についての証拠をあげて評価するという方法を採ったことは高く評価される。ただし、その基本合意を認定するにあたって最も重要な状況証拠である落札価格が予定価額の 98.6%である点が独立の状況証拠として挙げられておらず、上記の基本合意の認定する各事実を補強する間接事実として述べられてはいるが、落札価格の点は基本合意を認定するにあたって最も基本的かつ決定的な間接事実として列挙すべきであった。本審決では、状況証拠の整理の仕方として、原田供述を一番目の状況証拠としたのは、直接証拠に近いからだと思われるが、伝聞証拠よりも、客観的事実である落札率の点を状況証拠の中心にすべきではなかろうか。また、受注調整についてその具体的内容が要証事項でないことを審決書の中で明確に説示すべきであったと思われる。

オ 損害賠償請求事件における活用

ごみ焼却炉談合事件に関する住民訴訟による損害賠償請求事件で原告の請求を認容した事例では、個別調整についての個別の証拠がなかったが、落札率や乖離率などの価格形成の不自然性を状況証拠として活用している。たとえば、さいたま地判平成 17 年 11 月 30 日では、「個別的な特定にかかる証拠がないとしても、入札金額等からその工事について結果的に談合による落札で

はないと窺われる特段の事情¹⁶⁸がない限り，基本合意に基づく落札であることが推認される」としている。本来の基本合意の推認のケースではなく基本合意の範囲に入るかの認定であるが，ごみ焼却炉入札という基本合意の対象となる入札工事案件である限り，同じ一定の取引分野に属し，5社による頻繁な情報交換活動などから談合組織の結束が伺われる案件であり，入札金額等からその工事について結果的に談合による落札ではないと窺われる特段の事情がない限り，基本合意の対象に含まれると解したものである。

ごみ焼却炉事件以外にも，最近では，落札率や乖離率についての不自然な価格形成を理由として住民訴訟による損害賠償請求が行われているが，このような訴訟の多くは，落札率や乖離率についての不自然な価格形成のみが基本合意の双方の証拠となっている事例が多い。価格形成だけでは意思連絡の十分な証拠とならないのはいうまでもなく，今後，独立して行動したことを排除する証拠として，プラスファクターの証拠を収集し得るかが課題である¹⁶⁹。

カ その他の状況証拠

(ア) コストの内訳書

工事の内訳が斉一的であることから，コスト構造が全く同じになることが不自然であることを利用する手法に関しては，発注者が内訳書をすぐに受注希望者に返還してしまうため，このような証拠が残りにくく，現状では工事の内訳書を談合の証拠として活用することは行われていない。発注者が談合探知の見地からこのような内訳書を保存するよう誘導することが重要であると思われるが，返還されているとしても，各受注希望者に内訳についての報告を求めることができるように思われる。

(イ) 積算ソフトによる受注価格差し入れについて

積算ソフトを使ったり，業界が公表している基準価格表を用いることにより，札を入れる行為は広く行われている。確かに，このような受注行為をすることは，勝つ気がない(受注する気がない)ことの表れであるといえるものの，そのような行動を取る理由としては指名業者から外れたくないのでとりあえず入札自体は行うという合理的な動機が存すると考えると基準価格表や積算ソフトを使って勝つ気がないというのは談合の並行行動であるとまでは言えないのではないか。やはり，誰をチャンピオンにするかということについての意思連絡(連絡行為)について立証が必要ではないかとい

¹⁶⁸ 同判決は特段の事情として，「極めて処理能力の小さなストーカ炉であるとか，極端に予定価格を下回る価格で落札されているなど，本件個別談合が行われなかったこと，あるいは，本件基本談合が存在するにもかかわらず受注予定者以外のものが低額で落札したことが不合理でない特段の事情がある場合」をあげている。

¹⁶⁹ 名古屋高判平成19年1月15日は，談合についての情報提供ををこのプラスファクターとして主張したといえる事例であるが，情報の出所，信頼性に疑問があるため，証拠として活用されなかった。

う認識を持っている。

4 課徴金審判実務及び損害賠償請求訴訟をめぐる個別調整の立証

(1) 課徴金審判実務

課徴金審判実務においては、基本合意が認められる場合、基本合意の対象となる一定の取引分野の範疇に属する物件は、審査官による個別物件ごとの受注調整に関する具体的な主張・立証がなくても、特段の事情のない限り合意の拘束が及んでいて、原則としてすべての物件が課徴金の対象となり(能美防災事件¹⁷⁰)、①基本合意に基づいて受注予定者が決定されることによって、②具体的に競争制限効果が発生するに至った物件は、受注調整行為を示す直接行為がなくても、個別の受注調整を推認することができ、課徴金の対象となり、個々の受注調整の詳細を立証する必要はないとの先例理論が確立していた。最近の白川土建審決¹⁷¹も、「本件違反行為に係る受注調整は、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件において一般的に行われていたものと認めることができる。従って、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件においては、受注予定者間の話合がまとまらず、各社が自由に入札に臨んだ等の特段の事情があった物件を除いて、本件基本合意に基づき受注予定者が決定されていたものと推認することができる」と述べている。これらの先例に従えば、基本合意の対象となる入札物件でありながら、個別受注調整が失敗し、競争の結果、落札者が決まっただけのフリー物件と呼ばれる競争の行われたことが被審人の側で立証された物件を、基本合意の対象から明示的、黙示的に除外されたことを示す特段の事情がある物件(具体的に競争制限効果が発生していない物件)として除外すれば足りると解することになる。

ところが、最近の課徴金審判の実務では、個別物件における受注調整が行われたこと(フリー物件でないこと)の主張・立証責任は審査官にあるとの実務運用が行われている¹⁷²。このような実務は、先例理論を不合理なまでに被疑企業に有利に拡大解釈した実務運用であるといわざるを得ない。特に、実質的調整の行われなかった案件を個別調整の立証を行うことは出来ないとして除外したのでは、談合参加者間で縄張りの決まっている案件を課徴金対象から外すことになり、談合の結果、落札された物件が、課徴金対象からはずされることになり、法の趣旨に著しく反す

¹⁷⁰ 課徴金審決昭和 60 年 8 月 6 日

¹⁷¹ 課徴金審決平成 18 年 4 月 26 日

¹⁷² 最近の白川土建審決(課徴金審決平成 18 年 4 月 26 日)は、「本件違反行為に係る受注調整は、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件において一般的に行われていたものと認めることができる。従って、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件においては、受注予定者間の話合がまとまらず、各社が自由に入札に臨んだ等の特段の事情があった物件を除いて、本件基本合意に基づき受注予定者が決定されていたものと推認することができる」と述べ、上記の立場によっている。

る結果となる¹⁷³。

なお、土屋企業についての審決取消訴訟¹⁷⁴では、課徴金を課される企業の関与しない受注調整手続によって競争制限効果が発生した場合は、課徴金の対象から除外するとの判断が示されているが、これもフリー物件となったものをはずす趣旨であり、すべての個別物件における個別調整が行われたことの主張・立証を審査官に課したのではない。

仮に、当該物件が基本合意の対象に含まれているとの何らかの証拠が求められるとしても、そのような証拠は、基本合意プラス個別調整が行われた場合と同様の落札率や乖離率などで足りると解すべきである¹⁷⁵。下記(2)ウのごみ焼却炉事件に関する損害賠償請求を認容した裁判所の判断は、「競争の結果入札されたと解すべき特段の事情が伺えない限り」、落札率や乖離率などの状況証拠から個別物件が基本合意の対象であったと認定している。このような裁判所の判断は合理的であり、損害賠償請求訴訟に関する裁判所の判断に従い、課徴金審判実務を運用すべきであろう。

もちろん、政策的な考慮をおくことが、絶対に悪であるとまで言い得ない場合もないではないであろう。日本の場合、課徴金賦課について、公取委の裁量が全く働かないため、法の機械的執行が、ある事業者に気の毒な結果となることがあるからである(土屋企業事件もこのような場合といえる)。例えば、(i)ある物件で、特殊な能力のため、基本合意がないとしても、他の事業者が施工することができないような特殊な物件であった場合、(ii)ある物件について、発注者が特定の事業者に、発注前からすでに仕事をさせている場合(先行取得物件といわれる)、(iii)誰もとりたがらない案件を指名入札の指名から外されないように皆が予定価格付近で入札した場合には、課徴金賦課の対象から外すことは政策的にはあり得るかもしれない。このような案件のうち、(i)と(ii)は本来随意契約で発注すべき案件ともいいうるからであり、(iii)は一般競争入札とし、受注希望者が現れない場合、予定価格を上げるなどの対応がとられるべきだからである¹⁷⁶。ただ、そのような場合を常態化することなく、入札制度の改革の提言と並行して行うべきであろう(根本的には、課徴金に裁量性を導入すべきである)。

また、基本合意が本案で認定されていない案件で、談合の仕切り役ないしインフォメーションセンターの存在がはっきりしない場合には、談合参加者間の意思連絡の立証が不十分となり¹⁷⁷、

¹⁷³ このような案件を無競争案件としているが、それは、受注調整たる基本合意の結果、縄張りが決まるために無競争になるのであり、無競争とはいえない。そもそも、受注調整は競争を消滅させる行為だから、無競争案件が多いということは談合が成功し、談合参加者の結束が固いことを示すものである。ごみ焼却炉事件では、被審人らは発注自治体に対し5社を指名業者にするよう働きかけてきた経緯などがあり5社の結束が固いことが認められる事案である。このような事情のもとでは、少なくとも5社が指名業者となった物件について、個別受注調整の証拠がないことから、競争の結果と落札が行われたと見るのは著しく不合理である。

¹⁷⁴ 東京高判平成16年2月20日 審決集50巻708頁

¹⁷⁵ 基本合意が存在するので、落札率や乖離率などで、独立に行動したことを排除する証拠があるといえる。

¹⁷⁶ このような場合であっても、受注調整が行なわれていることにより、自分の物件について、誰かが介入するという不確実性が除去されるという意味では、理論的には、競争制限効果が発生していないとはいえないと思われる。

¹⁷⁷ 供述調書の信用性に関わる問題であり、供述調書の証拠力を評価する刑事訴訟実務からは、立証がないとはいえないとも考えられる。

意識的並行行為の主張が可能である場合はあるであろう(上記 1(3)及び 3(2)ア参照)。しかし、談合組織や仕切り役の存在が認定できたり、談合参加者間で情報交換が行われたりしていたり、ある案件で、受注調整者間での個別調整があることが認定される案件では、独立して行動したことを排除した証拠があるものとして、談合参加者が受注した当該案件の一定の取引分野に属する物件は基本合意の対象に含まれると解することができる。このようにして、基本合意の対象であることが立証できれば、原則として、さらに、当該物件での個別受注調整の立証は必要ないと解すべきである。

(2) 損害賠償請求訴訟における個別調整の要否

ア 総論

私訴における損害賠償請求訴訟において談合の個別調整を直接証拠から立証できない事例について注目すべき二つの流れの判断が最近相次いで下されている。このような判決の中には、独禁法に不慣れな裁判官が案件を担当する結果として、独禁法における基本合意を私法契約における合意になぞらえて分析している事例がある一方、個別調整に直接的証拠がなくとも、「競争の結果入札されたと解すべき特段事情が伺えない限り」、落札率や乖離率などの状況証拠から個別物件での受注調整を推認できるとして、損害賠償を認容した注目すべき判断がある。前者の例として、イのごみ焼却施設に関する静岡地判平成 17 年 7 月 29 日、ウの米軍厚木基地損害賠償請求事件、エの多摩談合に関する東京地判平成 18 年 11 月 24 日があり、後者の例として、イの静岡地判平成 17 年 7 月 29 日を除くその他の判例がある。

イ ごみ焼却施設に関する損害賠償請求事件

(a) 判決の状況

ごみ焼却施設に関し、公取委から事件記録を取得して行われた入札談合を理由とする損害賠償請求事件の判決の状況¹⁷⁸は以下のとおりである。

- ① 静岡地判平成 17 年 7 月 29 日 住民敗訴 指名 5 社+アウトサイダー 2 社 落札率 94.26%
- ② 京都地判平成 17 年 8 月 31 日、住民勝訴、指名 5 社+アウトサイダー 2 社 落札率 97.82%
- ③ 福岡地判平成 17 年 11 月 15 日、住民勝訴、指名 5 社 落札率 99.7%

¹⁷⁸ これ以外に、ダイオキシンをめぐる訴訟などでは、落札率が高率であることから、入札談合による損害賠償請求が行われることが多いが、このような訴訟は、落札率のみに依存し、事業者間での意思の連絡について殆んど立証を行っていないために立証がないものとして、請求が棄却されているものが相当数あると思われるが、これらについては検討の対象としていない。

- ④ さいたま地判平成 17 年 11 月 30 日 住民勝訴 指名 5 社) 落札率 100%
- ⑤ 東京地判平成 18 年 4 月 28 日, 住民勝訴, 指名 5 社 落札率 98.997%
- ⑥ 横浜地判平成 18 年 6 月 21 日, 住民勝訴, 指名 5 社 落札率 99.12%及び 99.66%
- ⑦ 鳥取地判平成 18 年 9 月 26 日, 住民敗訴, 指名 5 社+アウトサイダー4社 99.84%
- ⑧ 新潟地判平成 18 年 9 月 28 日, 住民勝訴, 指名 3 社 3 階の入札すべてが予定価格を上回ったため, 随意契約となり, 被告が落札
- ⑨ 神戸地判平成 18 年 11 月 16 日 住民勝訴 指名 5 社 落札率 98.6%
- ⑩ ②の控訴審, 大阪高判平成 18 年 9 月 14 日 (控訴棄却)
- ⑪ ⑤の控訴審 東京高判平成 18 年 10 月 19 日 (控訴棄却)

(b) 各事件の分析

①と⑦以外は基本合意ならびに個別物件における受注調整のいずれも認定されている。そのうち、④⑤⑥⑧⑨については個別物件の受注調整につき直接的な証拠のないものである。

例えば④は、「少なくとも平成 6 年 4 月以降平成 10 年 9 月 17 日までの間のストーカ炉の建設工事については、きわめて規模が小さい場合は例外として、原則的に 5 社の受注調整の対象となったと見るのが相当であって、特に 5 社のみが参加して 5 社のいずれかが落札した工事については、・・個別的な特定にかかる証拠がないとしても、入札金額等からその工事について結果的に談合による落札ではないと窺われる特段の事情がない限り、5 社は予め受注予定者を決め、その受注予定者が落札できるよう入札金額を連絡して協力するなどの行動を取り、その結果受注予定者が落札したと推認するのが相当である。・・本件工事では、落札率が 100 パーセントであり、被告日本鋼管と他の 4 社の価格差は 2 回目の入札で最大で 8000 万円にとどまっていたということは、5 社が見積価格や入札価格を連絡していたことを窺わせる 1 つの事情とあって差し支えない。」とし、基本合意の対象物件であることのほか、落札率、乖離率等を談合による落札の推認のための証拠としている。

⑤は、「本件基本談合に参加した本件 5 社のみを入札参加者として指名するよう営業活動を行うように内部で指示がされていたような状況であるにもかかわらず、本件工事に係る本件入札においては、本件基本談合から離れて実質的な競争が行われたと考えることは不合理である。このような事情に加え、一般に談合は秘密裏に行われることを勘案すると、極めて処理能力の小さなストーカ炉であるとか、極端に予定価格を下回る価格で落札されているなど、本件個別談合が行われなかったこと、あるいは、本件基本談合が存在するにもかかわらず受注予定者以外のものが低額で落札したことが不合理でない特段の事情のない限り、本件基本談合にそった個別談合が行われて・・被告が工事を落札したと推認するのが相当である。」とし、本件が 5 社の営業活動として、発注者に対し指名業者を 5 社に絞るよう働きかけていた事実をとらえ、その思惑どおりに指名業者が 5 社に絞られた場合に受注調整が行われてないはずがない、とするもので極めて特徴的である。

なお、落札率が 98.997%と高率である点については、特に証拠として言及されていない。

⑥では、「違反行為期間中の物件であること、5 社のみが参加していること、規模が大き

いストーカ炉であること、落札率が高いこと(99パーセント以上)が認められるのであって、他方、これらの工事について談合が行われなかったことを疑うべき事情は見当たらない」と述べ、落札率を談合による落札の推認の証拠としている。

⑧では、3回の入札で3回とも入札参加3社は予定価格を上回った結果、入札が流れ、受注予定者が随意契約で受注した案件について、それも個別受注調整の結果だとされたものである。本件では、指名競争入札の時期が本件対象期間に含まれ、契約金額が少なくないこと、本件指名競争入札において、3回の入札で3回とも3社は予定価格を上回ったが3回とも被告が最低価格を入れていること、原告から積算根拠を明らかにするよう求められたが明らかにしないことなどから、個別具体的な証拠はないが、談合による落札を認定している。本件では、競争していれば当然説明できること(積算根拠)を説明しなかったことを推認の証拠としているが、このような推認は合理的であり、今後の活用が期待される。

⑨は、本件工事は、300T/日以上施設を3つも作る大型工事であること、入札参加者は5社のみであること、本件入札は1回目2回目いずれも川崎重工(現JFE)が最低価格で入れていること、落札率98.6%であること、個別受注調整の対象から外れたことが伺える事情が全くないこと、などから談合による落札を認定した。

損害賠償が認められなかった①と⑦のうち、①(静岡地裁)については、三菱ビルテクノ事件のようなカルテル契約論的発想から、合意内容の不明確性を理由に基本合意が認められないとして請求棄却となっている。

⑦は基本合意は認定されたが、当該物件にアウトサイダーが存在し、アウトサイダーに協力要請がなされたもののこれを拒否されたという事情が存在するため、競争により落札された(フリー物件となった)可能性があるとして、当該個別物件における受注調整を認めなかったものである。アウトサイダーが存在する案件で、アウトサイダーの協力が認定されない事例での、損害賠償請求の困難さを示す事例といえる。

①と⑦を除き、少なくとも対象期間中の指名業者が5社の物件については、落札率等を勘案し特段の事情のない限りは、直接的な証拠がなくても基本合意だけで受注調整が認定できるとの判断を行ったことは妥当である。①の静岡地判以外は、妥当な分析がなされているといえよう。

ウ 米軍厚木基地損害賠償請求事件¹⁷⁹

米軍厚木基地談合事件は、米軍厚木基地にかかる建設工事98件についての入札談合を原因とする損害賠償請求訴訟について東京高裁は、以下のように述べて、個別調整を認定することのできなかつた43件について¹⁸⁰、共同行為の立証がないものとして請求を棄却した原審を認容した。控訴審では、基本合意からの推認に加え、個別物件ごとの独立した受注調整

¹⁷⁹ 東京高判平成18年10月5日 判時1960号28頁

¹⁸⁰ 個別調整が行われた43件については和解されており、個別調整のない物件のみが審理の対象になっている。

を予備的請求として追加したが、「控訴人は、当審における予備的請求として、個別の談合行為を主張し、その証拠として、甲号証を提出するが、これらの証拠は、そのほとんどが単に入札に参加した事業者名を特定するものにすぎず、これをもって直ちに個別の談合行為の成立を認定することはできない。すなわち、控訴人は、入札に参加した事業者は本件基本合意に基づき入札をしたものであるから、上記証拠により談合行為の成立を立証することができるという前提に立っているようであるが、原判決が説示するように、本件においては、個々の工事について個別に入札参加事業者による話合が行われて受注予定者が決定されたこと、決定された受注予定者が当該工事を落札したことを立証しなければならないが、上記証拠は、その事実を直接に証するものではない」と判断された。

本件の原審で、98 件中の過半数である 55 件についての個別調整があり、個別調整のなかった案件にも、希望表明が行われていることが推認できるにもかかわらず、基本合意の推認を認めなかったことには疑問が残る。確かに本件では、公取委の事件記録の閲覧・謄写を経た事例でないため原告の入手した証拠は限られており、基本合意に関する一括調査や談合組織、受注調整の仕組みなどについての立証などができず、談合が認定された工事においても、工事種は多岐にわたり、受注価格も数百万円程度から1億円を超えるものまで幅広いことから基本合意の範囲が明確でなかったとも考えられる。判決は、「談合によるものではないとされた工事 19 件について、その業種、内容、それが談合によるものではないと判断された理由、その件数が統計学上十分に意味のある数値であるかどうかなどを的確に判断することのできる資料はない」として、落札率についての資料を証拠として評価せず、「・・・の各契約について、いずれも話合による受注予定者の決定が行われたと認めることができないことは、原審判断の通りである」と判断している。

しかし、98 工事における乖離率（落札価格／政府見積価格）が 104.86%であるのに対し、談合をしていないとされる工事 19 件の乖離率は 85.66 パーセントであるから、そこに有意な差があり、経験則上、統計学上の有意な資料が存在すると思われるべきではないかと思われる。いかに雑多の案件であるとはいえ、半数以上について、似たような個別調整が行われていれば、話し合って決めるという受注調整の基本合意が存在するという推認ができ、落札率・乖離率・入札過程からみて競争して落札されたとみる特段の事情がうかがわれない場合は、基本合意の射程に含まれることが推認できるのではないかと思われる。本件では、地域性、継続・関連性といった要素から話合いをせずとも無競争での単独入札により受注予定者が決まる場合が多いので、そのような場合は意識的並行行為にすぎないとの反論はあり得るが、個別調整が広く行われている事実は、そのような意識的並行行為の推認を覆す証拠（独立して行動したことを排除する証拠）であり、無競争物件について、基本合意が及んでいないと考える原審及び本判決の事実認定は疑問である。本件のように過半数で個別調整が行われている以上、意識的並行行為の主張には無理があるように思われる。

エ 多摩談合事件¹⁸¹

本件では、受注調整の慣行は存在するとしながら、基本合意について成立時期その他の特定が不十分として、基本合意は成立しないとしつつ、慣行に基づく個別調整が認定できるとして、損害賠償を認容した。基本合意に関し、私法的な合意概念にこだわったためにこのような混乱した判断となったのであり、基本合意といおうが本件慣行といおうが、いずれにしても「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当することを端的に示すべきであった。

¹⁸¹ 東京地判平成 18 年 11 月 24 日

V 要件事実論と独禁法の実事認定

1 要件事実論の整理

(1) 日本の要件事実論における主要事実、間接事実、要件事実の意義の整理

日本の要件事実論において要件事実は法律要件を基礎付ける具体的事実とされ、その要件事実は主要事実と解されている。主要事実とは証明責任を負う当事者が主張立証しなければならない事実であり、弁論主義が適用になる。これに対し、主要事実を推認する個々の具体的事実を間接事実という。間接事実は証拠的なものであり、弁論主義は適用されず、証拠共通の原則が適用される。

(2) 欧米における法律要件と事実の関係・規範的要件に関する問題

欧米の独禁法の実事認定に関しては(他の法領域も同じと思われるが)、あまり主要事実と間接事実の区分が議論されることはなく、むしろ、直接証拠(direct evidence)か状況証拠(circumstantial evidence)かの区別がよく用いられる。法律要件を直接証拠から直接に事実認定できる場合が主要事実による事実認定であり、直接証拠から法律要件を認定できない場合に間接事実又は状況証拠から法律要件を認定するのが、状況証拠からの事実認定である。理論的には、直接証拠から間接事実を認定する場合もありうるはずだが、実際にはそのような認定で直接証拠による認定の事例(direct evidence case)と呼ぶことはほとんどないのではないかと思われる。また、日本では、状況証拠(間接事実)は主要事実を推認するものと考えられているが、要件そのものを状況証拠から推認する場合もありうる。規範的要件を基礎付ける事実を権利根拠事実として主要事実とする(弁論仕儀の適用がある)という最近の有力な考え方では、状況証拠からの事実認定の問題はすべて主要事実の推認の問題となってしまうが、これは欧米の直接証拠(direct evidence)か状況証拠(circumstantial evidence)の考え方からは相当奇異に映る考え方であるように思われる。

規範的要件についての独特の考え方を独禁法事件のような行政事件に適用すると、ほとんどの要件が規範的要件となり、要件を充足させるための個々の事実が広く権利根拠事実として主要事実となりかねないことも危惧される。例えば、カルテルの共同行為(合意又は意思の連絡)はそれ自体評価を伴うものである。私法上の契約とはその点が異なる。しかし、同時に直接証拠からある事実だけで認定することができないわけではない。例えば、カルテルの会合においてカルテルの合意が書面化された合意で残っていれば、あたかも私法上の売買契約書の存在から売買契約を認定できるように、これを直接証拠として事実認定できる。その意味で合意それ自体が要件事実であるともいえる。しかしながら、ほとんどの場合には、会合が繰り返され、その間に多数回の接触を積み重ねて合意が存在することが主張され、このような場合にはこれらの複数の事実を組

み合わせて合意が推認できないかを判断することになる。この評価は合意の有無は各事実によって合意と評価できるかという規範的评价であり、その意味で合意も規範的要件であるともいえる。このように行政事件の要件の該当性は規範的评价を伴うものの、そのような事実を直接証拠から認定できる場合もあり、規範的要件的人格と規範的要件でない性格を併せ持っていると言える。少なくとも、直接証拠で認定可能な、共同行為(合意又は意思の連絡)については、規範的要件ではないと解すべきであろう。

さらに、一般論としても、規範的要件について、それを基礎付ける事実を主要事実と解する見解は、本来、要件事実ではない事実を要件事実として認識したならば、要件事実でない事実についての裁判官・審判官の事実認定の自由度を著しく奪い、不合理な結論を導いてしまう危険がある。本来要件事実ではないような事実が要件事実と誤認されて主張自体失当のような主張に延々と審理が続くという事態が独禁法審判ではながらく行われてきている¹⁸²。

2 主要事実・間接事実の区別と弁論主義・証明責任

主要事実でない事実は裁判官にとっては主張責任の問題を考える必要がなくなるが、主要事実であっても、相手方当事者の不利益陳述は裁判の基礎とでき、どちらの当事者からも主張されていない事実を裁判所が職権探知して事実を認定することはあまり考えられないので、その点での違いは実は大きくない。審判官は、弁論主義の適用される主要事実であっても、証明責任を負わない当事者の主張する自己に不利な事実をも裁判の基礎とできるので、(争点として議論しなかったとしても)事実関係が弁論に現れて、十分な証拠に支えられていれば裁判官・審判官は自由に事実認定できるのである¹⁸³。

3 要件事実をカルテル・入札談合の事実認定に適用する場合の注意点

カルテルや入札談合における要件事実論の影響として、カルテルや談合の共同行為という要件を、私法契約的発想¹⁸⁴で考えがちなことである。これは、共同行為が合意と考えられていることから、申込と承諾から成る意思表示であるという私法的な感覚を「相互に事業活動を拘束し」の解釈に持ち込みがちであることに原因があるのである。「相互に事業活動を拘束し」の拘束性と

¹⁸² 典型的な例がゴミ焼却炉事件審判審決において受注予定者決定のルールが違っているという主張についての審理がある。受注予定者の決定のルールがどのようなものであれ、話し合っただけで決めたということさえ立証されていれば、入札談合の要件事実である共同行為又は基本合意が成立しており、入札ルール(ここでは受注機会を均等化するための指数計算のルール)についての審査官の認識が正しいかどうかは、上記の1千万円が窃取されたか詐取されたかの違いと同じく、要件事実ではなく間接事実には過ぎない。

¹⁸³ 日本では、当事者の防御権の保障の問題として、口頭弁論で証明責任を負う当事者の主張と異なるやり方での事実認定が制約されるかのように認識されることがあるが、主張共通の原則に反する考え方である。

¹⁸⁴ カルテル契約的発想とは、合意を私法上の合意と平行に捉える考え方から、合意の内容、成立時期が特定され、最終的な合意内容、合意に拘束力があること立証される必要があるというアプローチである(第1章2.参照)

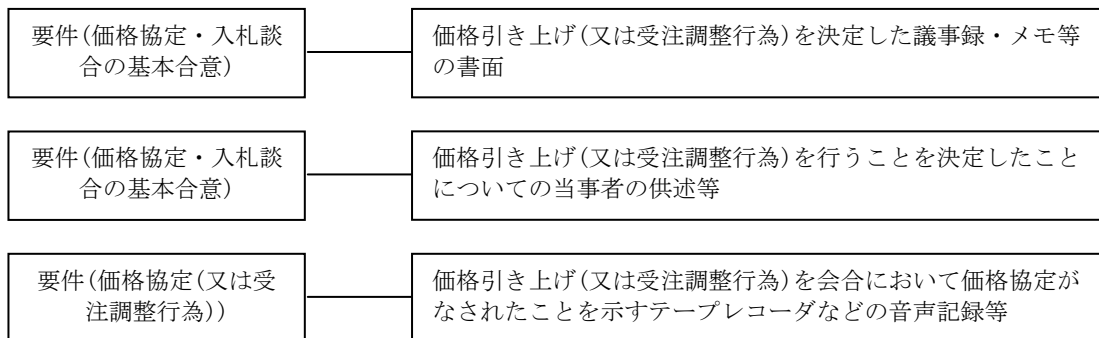
は、法的な拘束性でないこと(私法上の binding の意味ではないこと)が、石油カルテル刑事事件最高裁判例で確立されていることを再確認しておく必要があるが、既にⅢ4で指摘したように、「相互に事業活動を拘束し」の解釈では、「相互性」よりも「事業活動の」拘束であること、「拘束」の原語は restricting であり、「制約」という意味であることを確認することが重要である。すなわち、「相互に事業活動を拘束し」とは、相互に「事業活動への制約」が生じることであり、意思の連絡がある場合に「相互に」の要件が満たされ、事業活動への制約に関し、事業者間で意思の連絡があれば、拘束性の要件(不当な取引制限の行為要件)が充足されると言うのが本定義の本来の意味であり、合意の認定においては、事業活動に対する制約があるか否かの観点から認定すれば足り、私法契約的に申込と承諾の意思表示がいつなされたかという発想で認定を行うべきではない¹⁸⁵。このような解釈の結果として、「相互に事業活動を拘束」する場合とは、「独立に行動したことを排除する証拠」がある場合ということになり、欧米の合意(EU の場合、合意又はコンサーティッドプラクティス)の認定手法と同一の手法がとられることになる(欧米の手法の詳細についてはⅡを参照)。

¹⁸⁵ そもそも、私法契約における「合意」の要件の認定というのは、実はかなり特殊な面があるように思われる。コモン・ローにおいては、parol evidence rule というものが存在し、書面化されていない契約の拘束力は大幅に弱められたものになっている。大陸法上は、このような parol evidence rule はないため、口頭の合意であれ、書面化された合意であれ、合意が存在すれば、その合意に対して法が保護を与えるという建前がとられている。しかし実際問題として、単なる口頭の合意でいいとなれば、戯れ言や冗談で合意しているような内容まで法が保護を与えねばいけないということになりかねないため、parol evidence rule ではないにしても、その合意が真剣に結ばれたものであることを明らかにする必要があり、契約内容の明確性というものが実務上要求される。この契約内容の明確性は、契約が成立した日時、契約の主要な条件が特定されていること(売買契約であれば売買代金や支払時期が特定していること)によって達成され、その結果として合意を立証するための要件事実のように取り扱われている。しかし、本来立証すべきは「合意」であるから、要件事実も、合意されていることであり、契約した日時や契約条件などは間接事実過ぎないと解されるのが本筋であり、このように要件事実を、明文の規定以上に広げることは、コモン・ロー的な裁判例に基づく要件の加重という考え方をもって初めて是認されうるものであるように思われる。したがって、このような私法契約における「合意」についての要件事実の考え方は、あくまで法により保護されるに足る契約という観点から構築されたものであり、法によっておおよそ保護されることが予定していない違法な合意について、このような加重された要件によって、合意の有無を認定することは、本来の法の趣旨に反するものであり、原則に立ち返って合意の存在のみが要件事実であることを認識する必要がある。私法契約的な発想に立つために、価格カルテルについては、価格の引上げ幅であるとか、合意の成立時を立証しなければならず、かつそのような合意が最終的なものでなければならないという錯覚が生じてしまうのであり、三菱ビルテクノ事件はこのような錯覚によってもたらされた審決例である。価格の引上げ幅は、打ち出し価格から認定し、合意の時期については、価格引き上げ時まで合意されているという形で要件を緩和することは、一つの解決ではあるが、カルテル契約的発想をベースにしたものであり、このような発想から脱却する必要がある。

4 具体的事例におけるブロックダイアグラムによる事実整理

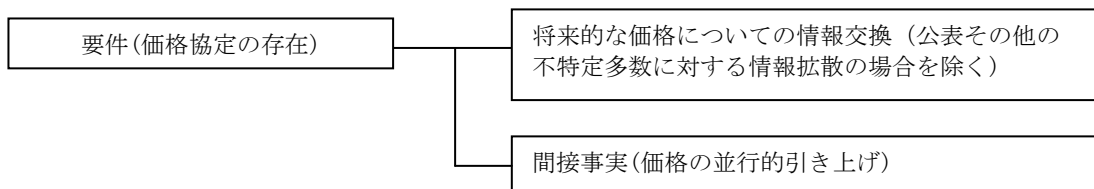
(1) 直接証拠から共同行為認定するケース

まず、合意の存在を直接証拠から認定できないかを検討する。直接証拠とは、合意の存在を裏付ける議事録であるとか、当事者の供述、会合においてカルテルの合意がなされたことを示すテープレコーダの録音記録などである。ただし、供述調書は伝聞証拠であり、証拠としてはより客観的状況証拠が重視されるべきである。

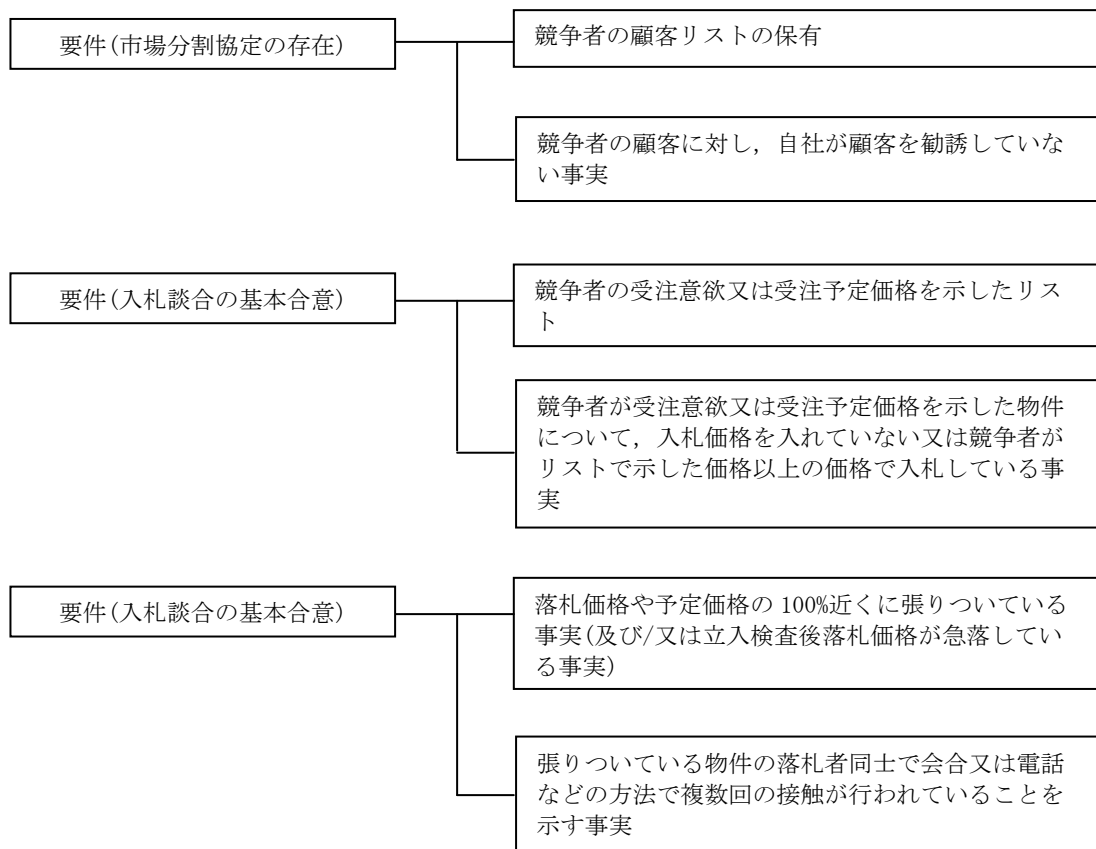


(2) 決定的間接事実から共同行為を認定する場合

直接証拠で認定出来ない場合、間接証拠(状況証拠)による事実認定を考える。この事実認定に当たって、間接証拠であってもほぼ直接証拠に近い決定的証拠というものがないかを検討する。直接証拠に近い決定的証拠の例は、競争者間の情報交換のうち、将来の価格情報を交換する場合である。ただし、公表などの方法により不特定多数に向けられたいわゆる情報拡散は、状況証拠にはなりうるが、決定的な証拠ではない。同様に市場分割協定においては、他の競争者の顧客リストを持っており、この他の競争者の顧客リストの顧客に対しては、積極的な誘致活動を行っていないという事実がある場合には、これらは市場分割協定の決定的な証拠となる¹⁸⁶。



¹⁸⁶ このように、決定的な証拠はある場合、アメリカでは刑事訴追の対象であると考えられており、日本で刑事告発を行う場合の参考になる。



(3) 複数の間接事実・状況証拠から事実認定を行う事例

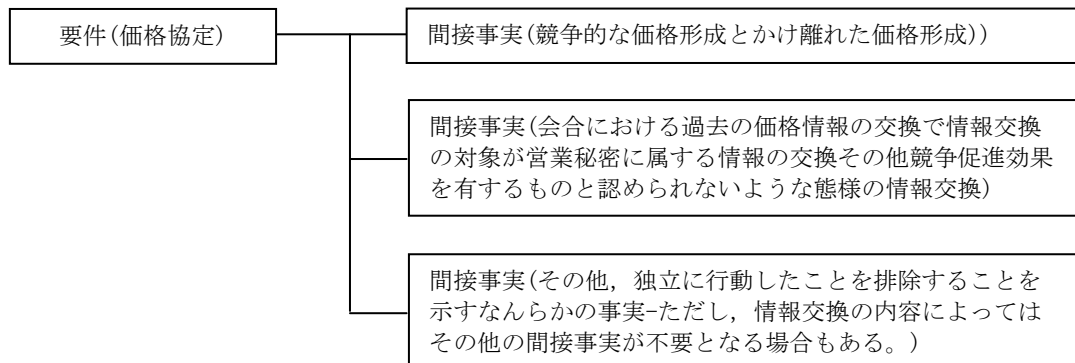
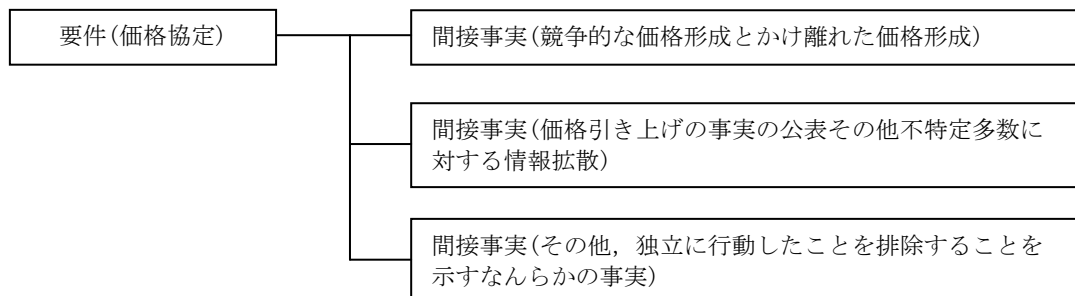
このような決定的事実がない場合には、会合における接触の事実、情報交換活動(会合における情報交換のみならず、公表などの情報格差なども含むが、それぞれの証拠としての価値は異なる。)及び価格が引き上げられた経緯を総合評価することになる。会合における接触において、価格引上げが協議されていれば、その価格引上げの協議が最終的に明確に価格を引き上げることが合意されていない場合(交渉の途中であるような場合)であっても、実際に価格引上げが行われた事実を組み合わせると合意の存在を認定することができる。情報交換に関しては、将来価格についての情報を公表などの方法で不特定多数の者に拡散する場合、価格引上げの態様次第によっては、違法な合意となりうる¹⁸⁷。もちろん公表という形の情報拡散以外にも、会合における過去の情報交換であっても、そのような過去の価格情報が、営業秘密に渡る情報である場合に、不自然な並行的価格引上げが行われれば、カルテルの合意が認定される可能性がある¹⁸⁸。

価格の引上げの方法が競争的な価格形成とかけ離れていることが立証できるような場合には、会合における接触において価格引上げが協議されていることが明確でなくても、断片的に価格に

¹⁸⁷ これが、1990年代のアメリカで並行行為プラスファクターからカルテルの合意を認定する、いわゆる協調行動規制として活用された例である。第2章Iの1(4)参照

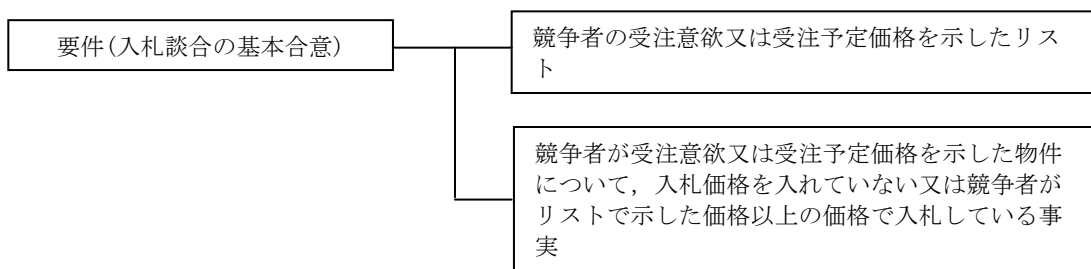
¹⁸⁸ EUでは、情報交換合意そのものを違法とし、情報交換そのものに対して課徴金を課す場合もある(UK Agreicultural Tractor 事件)。第2章Iの2参照。

についての協議が行われていることが示されるか、会合の目的がはっきりしない場合でも、カルテルを認定できる場合がありうる。ただし、価格の引上げが競争的な価格形成とかけ離れている場合とは、例えば、いわゆる価格カルテルでは、価格が 2 倍近くに引きあげられる(米国の Interstate Circuit 事件)、価格がある一定期間に渡ってなだらかに下降し、突然急上昇する、その後上昇地点から再びなだらかな下降が起き、一定期間後に再び価格が急上昇するというのこぎりの刃型の価格形成がなされる(米国の石油製品事件)場合があり、入札談合では、落札価格が常時、予定価格の 100% 近辺に張りつくという場合がある(事項 4 を参照)。単に数%程度並行した価格上昇があるに過ぎない場合など不自然さの度合いが少ない場合、価格形成が需給を反映したものであることの立証により、価格形成が独立して行動した可能性があることを示せば合意の推認を妨げることができる(Wood Pulp II 事件)¹⁸⁹。

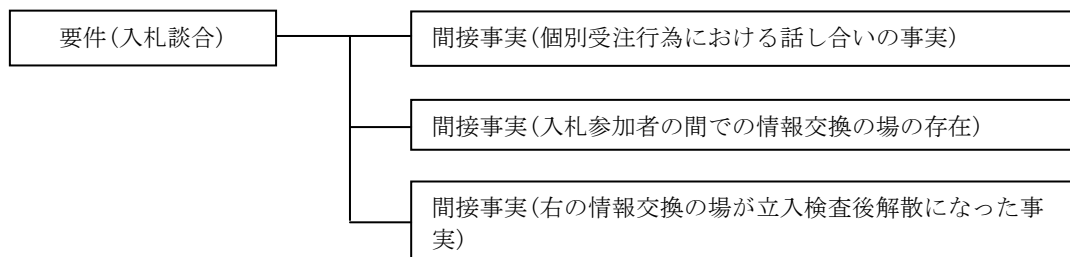


¹⁸⁹ 本件では、断片的な証拠であるコミュニケーションの事実についても大半の証拠が排除されてしまっている(第 2 章の Wood Pulp II 事件の解説を参照)。しかし、会合・接触の事実についての断片的な証拠について、事業者の側で合理的な説明がなされていない場合には、これらの会合・接触の事実を状況証拠とすることができるとの考え方もありえ(第 3 章IV参照)、Wood Pulp II 事件のようなケースは合意が認定できるとの考え方もあり得る。

(情報交換:入札談合)



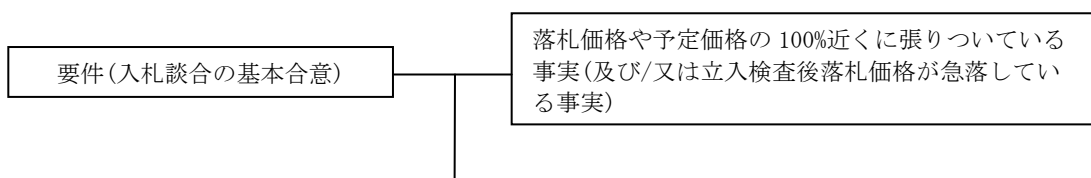
(協和エクシオ)



上記の個別受注調整行為からの基本合意の推認の事例は、協和エクシオ事件をモデルとするものであるが、本来、個別受注行為があることから基本合意自身は推認できるものの、その基本合意の射程となる範囲が不明確であることから、どの範囲で受注調整を行う旨の基本合意が存在するのかを確定するための間接事実が必要となる。

(4) 入札談合における落札率からの推認

日本の入札談合における落札価格が常時、予定価格の 100%近辺に張りつくという価格形成については、競争的な価格形成ではあり得ない価格形成であると評価することが可能ではないかと思われる。入札談合の場合、落札価格が予定価額の 100%近辺に張りついているという価格形成の事実そのものが合意の有力な証拠(独立に行動したことを排除する証拠)となりうるものであり、このような価格形成に関し、事業者の側からそのような価格形成が競争的な価格形成としてありうることの説得的な反証がない限り、話し合っただけであることを認める供述などの直接証拠又は会合において受注者を決める将来の情報交換の事実などが無い場合でも、入札前に入札者間で多数回の接触・会合があり、この会合の内容についてそれが受注者決定の目的ではなく別の目的の会合であること等の説明が出来ない場合には、入札談合の状況証拠となりえ、不合理な価格形成(落札価格が予定価格の 100%近辺に常時張りついている価格形成)プラス入札前に入札者間でおこなわれた多数の会合・接触の事実が入札談合の基本合意を認定する有力な状況証拠になりうる。

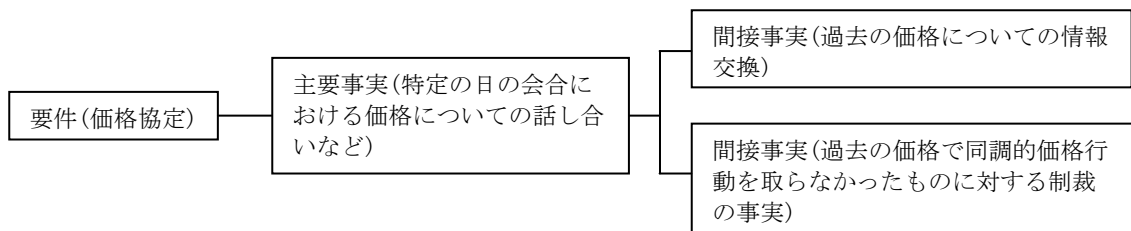


入札希望者と仕切り役との接触・情報交換（例えば、入札希望を仕切り役に流した事実）

のほかに、各社の費用項目の共通性という間接事実の他に事業者の稼働率その他の費用要因に関係なく受注が行われている事実も間接事実となり得る。平成 16 年の競争政策研究センターの報告によれば、入札談合の立入検査があった結果として談合が解消した前後を比較すると、立入検査前(すなわち談合があったと考えられる時期)においては稼働率に関係なく受注が行われているのに対し、立入検査後(落札率が 95%程度から 80%程度に急落した後であり、談合が解消したものと推定される時期)においては、稼働率と受注の間に強い相関関係が見られることが実証されている。ただし、この経済的証拠がどの程度有用かについてはなお検討を要するであろう。

(5) 主要事実を推認するために間接事実が用いられるケース

間接事実はある会合で価格協定が行われたという直接証拠にかかわる事実を立証するための間接事実として用いられる場合もある。



VI 刑事事件の事実認定の現状とその課題

1 公訴時効の起算点と罪質

不当な取引制限の罪の罪質が状態犯であるか継続犯であるかが永年の問題とされ、裁判所もこの問題について明確な判断を行っていない。これは既遂時期の問題とも絡み、公訴時効の起算点がいつになるかという観点から問題とされるものである。状態犯説によれば、公訴時効の起算点は合意の成立時で、価格引上げが行われている間にも、公訴時効が進行することになるとされる。一方、継続犯説によれば、価格引上げ行為が終了するまでは公訴時効が進行しないことになるものとされることが多い。状態犯説によれば、合意(事業拘束)の成立時点が問題になるため、検察官は、立件にあたって状態犯説の可能性を考慮し、談合の事例であっても、合意の成立時点を主張立証しないければいけないと考え合意の成立時点のはっきりしない事件を取り上げることに躊躇することになる。そうすると、永年続いた談合のように、成立時点のはっきりしないカルテル・談合が刑事事件で取り上げづらく、成立時期のはっきりしたナイーブなカルテルの方が刑事事件として立件しやすくない、違法性の高いカルテルより違法性の低いカルテルの摘発が強化されるリスクが生じたり、公訴時効の起算点のために、カルテルの合意の成立時点を遅らせるような事実認定がなされる(業務用ラップ事件では、部長級の会合までカルテルの成立を遅らせた)「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体を歪める危険があり、実際にそのような結果が発生しているように見える事例もあるように思われる¹⁹⁰。

常識的には、価格引上げ行為が継続している間に公訴時効が進行するのは、不合理であるから継続犯説の立場のほうが常識にかなう結果が導かれるが、刑事法学者の間で、不当な取引制限の罪の実行行為は、合意の成立したときに終了せざるを得ないとし、状態犯説の支持が根強いようである¹⁹¹。しかし、実行行為後の価格引上げ行為は不可罰的事後行為と評価される行為ではなく、共謀罪を実現する行為であり、構成要件に該当する行為(実行行為)でなくとも、状態犯が予定する事後的な不可罰行為と解されるべき行為ではない。そもそも犯罪の罪質論から公訴時効の起算点を導くことが妥当かは疑問で、公訴時効の起算点は、罪質論にかかわらず、法益侵害の終了したとき(価格協定ならば合意に基づく価格引上げが終了したとき)と解すべきであり、アメリカではそのように解されている。むしろその前提から罪質が議論されるべきであって、罪質により公訴時効の起算点を導くことは主客転倒しているように思われる。

状態犯説に立ちつつ、アメリカと同様の帰結を導くため、合意を相互拘束行為という実行行為と捉え、他方において遂行行為を別の実行行為と捉え、遂行行為は相互拘束行為による不当な取引制限の罪とは別の種類の犯罪行為であり、遂行行為がなされた場合、相互拘束行為による犯罪

¹⁹⁰ 越知・日米欧 第9章

¹⁹¹ 神山 敏雄 「独禁法犯罪の研究」『経済犯罪の研究第2巻』(成文堂 2002) 207頁以下

とは包括一罪になるとの見解が刑事法学者から提唱されている¹⁹²。この見解は相互拘束行為による共謀罪の他に、共謀が実行に移された場合の実行罪を別の犯罪類型と捉えるものである。しかし、共謀罪が成立する場合、結果発生により、別罪が成立するとの考え方は、欧米ではとられておらず、公訴時効の起算点をずらすために、別の犯罪類型の成立を認めるというのもまた主客転倒しているように思われる。また、それでは、合意の成立時点にこだわるあまり、「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体が歪められているという問題の解決につながるか疑問である。

この問題は、わが国の刑事訴訟法上、共謀罪が一般的でないことから生ずるカテゴリーの不足(状態犯か継続犯しかないこと)に問題があるようにも思われる。共謀罪的な犯罪において、共謀内容を実行に移す行為がある場合には、少なくともそのような行為が行われている間は犯罪が継続しているのであり、公訴時効の制度から言えば、犯罪結果を生じ続けている間は時効が進行しないと解するのが当然であるから、犯罪結果の発生が継続しているかどうかを基準として公訴時効を考えれば足りるのではないか。したがって、共謀罪においては共謀の結果行われる行為の結果発生が継続する限り、公訴時効が進行しないと考えればよいと思われる。しかも、過失犯では、公訴時効の進行は、最後の結果が発生した木から進行するとされており、薬害等では、薬害の対象となった薬品の製造を中止しても、その薬害の結果、死亡した最後の人間の死亡時から初めて公訴時効の進行が開始されるとされている。このような考え方が、なぜ、故意犯について、とられないか不思議である。この問題は「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体を歪めており、至急立法的手当てが取られるか、裁判所により、公訴時効や除斥期間は、カルテルの合意の効力が失われるまで(引き上げた価格が維持できなくなるなどカルテルが崩壊するまで)進行しないことが明確に説示されるべきである¹⁹³。

2 刑事事件における共同行為の立証

不当な取引制限の罪の構成要件は、行政事件におけるカルテルの成立要件と同じである。既にI.3(2)述べたとおり、石油カルテル刑事事件最高裁判決により、刑事事件においても価格の引上げという結果の発生なく、犯罪は既遂に達すると解されている。

しかし、刑事事件の不当な取引制限にあたり得るのは、競争促進効果のない類型の行為に限られるであろう。会合や情報交換のない事例で、不自然な価格形成プラスファクターから合意を推認することは刑事立証水準が民事の立証水準より高いことから難しいであろう。

しかし、そのような差異以外に、刑事事件では状態犯説への考慮から合意の存在という考え方は取れず、合意の形成が立証されなければならないとされ、談合事件でも、基本合意の「成立」に

¹⁹² 西田 典之 「独占禁止法と刑事罰」『岩波講座・現代の法 6・現代社会と刑事法』(岩波書店 1998) 特に談合で、基本合意がはるか昔に形成されていた場合、個別受注調整行為を遂行行為とみなし、個別受注調整行為がある限り、公訴時効が進行しないと解釈論を導くものである。

¹⁹³ 日本だけ公訴時効や除斥期間の論点だが、すべての理論構成に影響し全体の解釈論をゆがめているにもかかわらず、早急な司法的又は立法的対策をとることができないというのは、日本の法システム上の問題のようにも思われる。

こだわっており、公訴時効の期間内に談合の基本合意についての確認行為や修正同意があったことを主張立証するか各年の基本合意を認定する実務となっている。さらに、合意の形成の立証には、合意の拘束力や事業者間の合意の成立時期・具体的内容が明らかにされる必要があると解されがちであり、合意の成立時期に関して、「単に価格を上げるとの合意があった程度では、未だ各社を拘束する協定となるものではなく、それが各社の協定となるためには、さらにこれを守るために各種の細かな取り決めと各社のその部門のトップによる明確な確認が必要であったと認められる」とする先例(業務用ラップ事件)がある。業務用ラップ事件に関して、裁判所が、合意の成立時期を最終的な本部長会議まで遅らせた実質的理由として、本件の業界では、これまでカルテルを行おうとしてもいつもカルテル破りがでて成功したためしがない業界であるとの特殊事情の下に、実効性の期待できるカルテルが合意されたのは、最終的な本部長会議であると考えたためであり、刑事事件において、常に最終的な合意の立証が必要とされると解されたものではないことに注意を要する。しかしそのような事情があったとしても、一般論としていえば、実効性の有無は合意の存在に必要な要件ではなく(石油カルテル刑事事件最高裁判決)、部長レベルによる最終的な打ち合せ会合によって合意が成立するとの解釈は遅すぎる。

カルテル・談合の行為要件(共謀共同正犯の実行行為と区別するためここでは「事業拘束」という。)が共謀に似ていることから、刑事事件実務においては、共謀共同正犯あるいは共謀罪についての実務に影響され、合意時の特定等が要求されているのかもしれない。しかし、近時の判例では、刑事事件の共謀共同正犯の事例についての共謀の日時の特定は必ずしも必要ないと解されている。

しかし、共謀共同正犯と独禁法における事業拘束の間には因果関係の問題で大きな違いがある。Ⅲ5(2)で述べたとおり、独禁法において事業拘束を行った当事者が価格を引き上げたことについては疑いがない。共謀共同正犯で問題となる共謀を行ったものが共謀で意図した結果を引き起こしたかということに関する因果関係の問題は独禁法の事業拘束の場合には存在しないのである。共謀共同正犯では、結果発生行為を行った者が、共謀したものかどうかが常に自明ではなく、共謀者に結果発生行為の責任を負わせる事が出来ない場合があるのではないかという問題が生じるが、事業拘束の場合にはこの問題が生じない(価格を引き上げたものが被擬事業者であることは疑いがなく、ただ独立して引き上げたか事業拘束の結果引き上げたかが問題になるに過ぎず、共謀の内容を特定していかなければならないという理由は存在しない。)

なお、共謀共同正犯であっても、そもそも共謀の内容は抽象的であるからといって、行為に対する影響が十分でないとは解することは妥当でなく(暴力団の親分的存在の者はめくばせだけで部下に実行行為を行わせることができるのであり、その点、目配せによって共謀が成立する関係にある。)、共謀の内容の具体性を要求する実務は、共謀共同正犯の問題においても変貌してきているものと思われるが、独禁法の事業拘束の解釈にあっては合意の抽象性はより問題にならないと思われる。

また、石油カルテル刑事事件では、合意の実効性確保手段の存在は構成要件ではないと判示されたが、実務上は、前述した合意の具体性との関係で、相互拘束を立証する上での必要(不可欠)な間接事実(情況証拠)と解される傾向がある。しかし、実効性確保手段が強固に決められている事例は、カルテル破りが頻発することの裏返しであり、むしろ拘束力の弱さの現れであるともい

え、実効性確保手段の有無を拘束力の(必須の)間接事実と考えることは何が悪性の強いカルテルかについての評価を見誤る危険性がある(実効性確保手段もはっきりせず、あうんの呼吸で決まるカルテルこそ長年にわたって維持されてきた悪性の強いカルテルであるのに、このような事件は刑事事件の対象とならず、実効性確保手段まで取り決めてやっとなし実行にこぎつけたある意味でナイーブなカルテルが(悪性の強いカルテルとして)刑事事件の対象となるという本末転倒の結果となる可能性がある)。

第2章 平成20年審判決の総合的研究

はじめに

筆者が、平成19年に発表したカルテル・入札談合の事実認定についての詳細な研究である注1、第1部第1章または状況証拠I)は、大きな反響があり、平成20年に下された判審決のなかには、筆者らの主張の多くの点が採用され、カルテル・入札談合についての判例に画期的な進展が見られることになった。カルテルについては、種苗事件において、カルテルの価格引上げの合意が抽象的なもので足り、本件合意の徴表やその成立時期、合意をする動機や意図についての認定が必要であるとの主張を排斥し、また合意の成立時期の立証も必要ないものとした。談合に関しては、本来の競争入札のルールとは相容れない別のルールに従って入札がなされていることが推認することができるならば違法行為を認定できるとし、受注過程自体の詳細な認定を行うまでもなく、事業活動の拘束が認定できるとした(大石組入札談合審決取消訴訟東京高裁判決、下水道ポンプ事件審決取消訴訟東京高裁判決)。刑事事件においても、不当な取引制限罪が継続犯であることが明言された。

平成20年は、審理が長期化していたカルテル・入札談合事件のほとんどについて、何らかの判断が示されたという点で、独禁法先例のターニングポイントとなる年であった。とくに大きな点は、裁判所のカルテル・入札談合の理解が深まり、以前に比べ、的確な判断が下されるようになってきていることである。本章は、平成20年に下された主要な判審決を評釈し、その中でいくつかの未解決の論点について整理と示唆を行うものである。

I 入札談合

1 大石組入札談合審決取消訴訟の東京高裁判決¹⁹⁴

本件は、平成20年の判決ではないが、平成20年に下された一連の判断のリーディングケースとなる判断であり、平成20年3月7日、最高裁の上告不受理の決定により確定した事件であるので、まず、紹介する。

大石組と24名(当初28名であったが、4名の事業者が倒産したりB等級に降格した結果24名となったとされる。)が旧清水市の発注する土木工事においてA等級の格付けを受けた事業者であり、制限付一般競争入札や指名競争入札に参加していた。本件で工事発注のうち80件で受注調整が行われ、原告・大石組が参加した60件の入札において原告が受注した5物件を含む8物

* なお、本章は競争政策研究センターの研究成果ではない。本稿に関し、荒井弘毅氏、荻原浩太氏より有益なコメントを頂いた。

¹⁹⁴ 東京高判平成18年12月15日。大槻文俊 『「大石組審決取消請求事件(旧清水市等発注土木工事の入札談合)-最高裁平成20年3月7日決定-」』公正取引No.694

件において原告自身が受注調整に参加していたとされた。

東京高裁判決は、「原告は、被告が、原告と他の28名との間で、本件違反行為を行うこと等につき認識を共有するための意思連絡をした日時、場所、担当者等を特定していないと主張をし、確かに当裁判所に顕出された被告の本件一件記録においても、その点についての直接証拠を見出すことはできない。しかしながら、独占禁止法の規制対象たる不当な取引制限における意思の連絡とは、入札に先だって各事業者間で相互にその行動に事実上の拘束を生じさせ、一定の取引分野において実質的に競争を制限する効果をもたらすものであることを意味するのであるから、その意思の連絡があるとは、各事業者がかかる意思を有しており、相互に拘束する意思が形成されていることが認められればよく、その形成過程について日時、場所等をもって具体的に特定することまでを要するものではない。」「受注希望の表明、受注予定者の決定、入札価格の連絡、入札での協力という四過程が存在し、対象期間内全105物件のうち80物件において四過程に相当する経過で基本合意に即した受注調整が行われている事実、さらに相談者がいて受注予定者決定の話し合いがつかないときに相談を受け、説得・助言に当たり受注調整をより実効的なものにしてきたとの事実は、旧清水市の土木業者が、基本合意のもと、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていたことを示す重要な間接事実である。」として、「本来の競争入札のルールとは相容れない別のルールがあり、これに基づいて受注調整が行われたことを推認することができる」ならば違法行為を認定できるとした。

本判決に関し、入札談合の意思の連絡の立証を受注調整における(i)受注希望の表明(ii)受注予定者の決定(iii)入札価格の連絡(iv)入札価格での協力の四過程に絞って、基本合意を推認するための重要な間接事実を提示したことが重要であるとし、これを4過程論と呼ぶ評釈がある¹⁹⁵が、あたかも、意思の連絡を基礎付ける事実を定型化することが重要であるかのようなアプローチは、価格協定の意思連絡を事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致の3種類に分類して整理することと同じ問題を生じやすい¹⁹⁶ことに留意が必要である。すなわち、このような4過程の全てが立証対象であるかのように誤解しがちとなるという問題である。談合の過程は、事件によって千差万別であり、常に4過程に定型化して考えることができるものではない。本件では、このような4過程が観察できるというだけであり、いずれも本件固有の間接事実であり、4過程全てが立証されなければならないものではない。

本判例も、このような、4過程に分けて考えることが必要だとは述べておらず、四過程の全部が実行されなくても、例えば、複数の事業者が受注希望を表明し、話し合い等が行われたが、結局受注予定者を絞りきれずに競争になった場合にも、「受注希望の表明、話し合いという基本合意に即した反競争的な行為が行われているのであるから、直ちに基本合意を否定する事情になるものではない」としている。逆に、4過程以外の事実である特定の者が相談役となっていたことについても、「相談者がいて受注予定者決定の話し合いがつかないときに相談を受け、説得・助言に当

¹⁹⁵ 種貫俊文 『「最近の最高裁・高裁判決の総括的な検討-郵便番号読取区分機・土木工事・野菜種子・特許インクタンク-』』公正取引No.694、4頁

¹⁹⁶ このような間接事実の定式化の問題については、第1部第2章または状況証拠Ⅱで詳細に論じている。第1部第2章または状況証拠Ⅱ1980号34頁参照。

たり受注調整をより実効的なものにしていたとの事実は、旧清水市の土木業者が、基本合意のもと、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていたことを示す重要な間接事実であ」としており、4過程の間接事実に絞って、談合を認定しているものではない。

本判決で重要な点は、談合の過程についての特定の間接事実の定型化ではなく、「本来の競争入札のルールとは相容れない別のルールがあり、これに基づいて受注調整が行われたことを推認することができる」ならば違法行為を認定できるとして、特定の間接事実にとらわれずに、本来の競争ルールと異なるルールが存在することをうかがわせる徴表的事実がすべて推認の要素となりうると判示した点である。この点は、その後の判決に大きな影響を与え、入札談合の推認の手法を大きく前進させるリーディングケースとなっている。

2 下水道ポンプ事件審決取消訴訟東京高裁判決¹⁹⁷

本件判決は、大石組事件の判審決理論を展開させ、「独立して行動したことを排除する証拠」の有無を検討するというカルテル・入札談合における不当な取引制限合意の有無についての欧米の基準を考慮して判断が下されている点でカルテル・談合の事実認定を大きく前進させた判決である。

本件は、下水道ポンプ談合に関し、新明和工業が審決取消訴訟を求めたものである。本件で新明和工業が談合に関与したことに関し、「この業界で受注調整ルールを認識しない業界関係者と出会うことがなかったこと。ポンプメーカーが受注調整のルールによらずに受注したことがあればすぐに業界の話題となるはずであるが、そうした業界のルールを無視して受注したポンプメーカーの話など聞いたことがない」との供述から、「一人原告がそうした受注調整にかかわることなく入札に参加したというのであれば、上記のように関係業者間においてそれまで反復継続して混乱をもたらすこともなく整然と行われてきた受注調整の結果、本命業者とされた業者を中心としていわばルール破りの一匹狼的参入者の原告を意識した言動なり対応がとられてしかるべきものと思われるのであるが、そうしたことをうかがわせるような事情は全く認めることができない」として原告（被審人）が談合の参加者であることを認めた。

本判決は、大石組事件東京高裁判決の「本来の競争入札のルールとは相容れない別のルールがあり、これに基づいて受注調整が行われたことを推認することができる」ならば違法行為を認定できるとした考え方を発展させ、被審人である原告が、談合に関与していなければどのような行動が取られるかという観点から、独立した意思決定を行っている証拠が全く存在しないことを談合を認定する理由に挙げている。独立して行動したことを排除する証拠があるか否かで、意思連絡の有無の基準(テスト)とすることは、欧米では当然とされることであるが、日本では、この当たり前の観点がこれまで判審決の中に現れてこず、審査官主張の事実の見方や調査のあり方（供述調書の信用性）の非を攻撃する被審人の主張に引きずられ、審査官主張の事実の見方や調査のあり方に非があるか否かを検討することに全精力を傾け、被審人が「独立して行動したか否か」の有無を検討するというカルテル・入札談合における基本的な観点が見失われがちになってい

¹⁹⁷ 東京高判平成20年12月5日

た。その典型的な事例が、次項以下に解説するごみ焼却炉事件である。今後の判例が、本判決に依拠し、独立して行動したことをうかがわせるような証拠があるか否かの観点から事案を検討し、カルテル・入札談合の有無について、的確な判断がなされるよう期待したい。ただ、厳密には、本件で、「一人原告がそうした受注調整にかかわることなく入札に参加したというのであれば、」「ルール破りの一匹狼的参入者の原告を意識した言動なり対応がとられてしかるべきものと思われる」という表現は、競争者は攻撃的な対応をとらなければ、事業活動の拘束があるとも解され、そう解するとすれば理論的には正しいとはいえない。協調的な行動を独立した意思決定でとった場合には、相互拘束があるとはみなされるべきではないからである。これは、「真の競争者テスト」が抱えている問題であり、このテストの問題について、以下で論じる。

「真の競争者テスト」と「独立に行動した(意思決定した)証拠」のテスト

談合やカルテルの事業拘束があるか否かに関し、筆者は、原告らが独立に行動した証拠を全く示していないという事情があるかないかをテストするのが適切だと考えるが、これに似通った考え方として、「真の競争者」ならどのように行動したかを考えるべきだと主張がなされており¹⁹⁸（「真の競争者テスト」と呼ばれている）、本判決もそのアプローチをとったとみる余地がある。真の競争者テストは、独立に行動した証拠が有るか否かのテストとほぼ同じテストに見えるが、価格カルテルなどの協調行動との境界の問題では、誤った結論を導きかねないという問題がある。

すなわち、寡占市場の協調行動(並行行為)は、競争者が独立した意思決定で協調的に行動することを決める場合であるが、真の競争者テストによると、真の競争者ならば、「追随値下げしないはずだ」という結論を導く可能性がある。寡占市場の意識的並行行為は、各当事者が独立に行動する限り、カルテルではないとするのが、欧米の共通の認識であり、この点は、日本でも同様である¹⁹⁹(欧米より、厳しい基準を取ろうとする共同認識説²⁰⁰は批判されてきている)。ところが、「真の競争者テスト」では、この共同認識説的な帰結を招きかねないという問題がある。共同認識説とその問題点については、後記の着メロ事件で、この点は、詳細に論じるが、寡占市場の協調行動(意識的並行行為)に関し、各当事者が独立に行動する限り、カルテルではないとする認識と完全に整合的なのは、「独立に行動した証拠」があるか否かを端的にテストすることであり、第1章では、このテストの有用性を詳説している²⁰¹。言い換えれば、限界事例においては、「真の競争者」テストによるなら場合、競争者が協調的であるというだけでは、真の競争者でないとはいえず、「独立に行動した証拠」があるか否かの観点で分析しなおす必要が生じる。このテ

¹⁹⁸ 平林英勝 『最近の入札談合事件審決にみるカルテルの立証-「共同行為によってしか説明できないかどうか」のテストおよび「真の競争者ならどうしたか」のテストの活用について-』判例タイムズ No. 1228(2007. 3. 1) 72 頁

¹⁹⁹ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ1980号40頁注115

²⁰⁰ 共同認識説については、正田彬編・全訂独占禁止法1 234-235頁。詳細は後述V.を参照。

²⁰¹ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ35頁。このテストは、米国反トラスト法のマツシタ・モンサント準則であるが、欧州でも、ほぼ同一の基準が取られていると考えてよいと思われる。

ストの目的は、「意思の連絡」の有無、事業活動の「拘束性」の有無、「相互性」の有無の判断であるから、仮定的な「真の競争者」を持ち出して、更に仮想的な行動との整合性を見るよりも、「独立に行動した証拠」があるか否かをテストした方が簡明かつ適切である。「独立に行動した証拠」が各当事者にあなければ、意思の連絡は否定され、事業活動の「拘束性」や、相互性も否定される。逆に、「独立に行動した証拠」がなければ、意思の連絡は肯定され、事業活動に「拘束」が生じたこと、事業活動に「拘束」についての相互依存関係があることも判断できる。すなわち、このテストは、3つの要件すべてを一挙にテストすることができる点でも優れている。

3 ゴミ焼却炉入札談合事件審決取消訴訟東京高裁判決²⁰²

(事実・判決の概要)

本件は、日立造船、JFEエンジニアリング、タクマ、三菱重工、川崎重工の5社が主導した、地方公共団体が指名競争入札等により発注する全連続燃焼式および准連続燃焼式ストーカ炉の建設工事についての全国的な規模での入札談合の事例である。審決は、以下の事実を認定し、5社は、受注機会の均等化を図るため、会合を開いて、受注物件の情報交換を行い、受注実績を指数化して、受注調整を行っていたことを認定した。

- ・ 5社がストーカ炉の発注予定物件につき受注予定者を決定する行為をしていたこと、又は受注予定者を決定していたこと
- ・ 5社が、会合等で、地方公共団体が建設を計画しているストーカ炉の建設工事の情報を交換し、ストーカ炉の建設工事の情報を共通化しようとしていたこと
- ・ 5社が、各物件ごとに受注希望表明を行っていたこと
- ・ 5社のストーカ炉の営業担当者に5社あるいは7社のストーカ炉の受注に関して、受注機会の均等化を図るため、工事のトン数を加算した数値を算出していたこと。

上記の認定の主な証拠は以下の通りである。

- ① 受注調整の会合に出席していた三菱重工の原田が受注調整の概要を認めた供述調書(立入り検査当日に、審査官が録取したもので、受注調整の均等化のために、指数化された受注調整ルールが存在することの供述がある)。
- ② 日本鋼管の山田が上司等から受注調整について飲食店で聞き取ったことをまとめたメモと供述調書(同)ほか受注調整が行われていたと認識する数名からの供述調書
- ③ 未発注ストーカ炉建設工事のリスト
リストには、各社の略称が付された物件があり、その後のリストから当該物件が記載されなくなっている。
- ④ 会合において、受注希望の表明をしていたことをうかがわせる手帳

²⁰² 東京高判平成20年9月26日

- ⑤ 5社の受注状況を指数化していた営業担当者のメモ
- ⑥ 入札実施前に入札価格の連絡等をしたことをとうかがわせる資料
- ⑦ 個別の工事で受注調整していたことをとうかがわせる資料
- ⑧ 5社のいずれかが落札した物件のほとんどがの96.6%という高い落札率であった事実

審判開始決定書の記載及び審査官の当初の主張では、「各社の受注実績等を基にあらかじめ定めた一定の方式により算出した数値（筆者注：これが「指数」である）を勘案して、指数の低い者から順番に受注希望を表明して受注予定者を決定していた」「当該工事の処理トン数にJV工事及び土建分離発注工事の場合は0.7を、入替工事の場合は0.5を、その他の場合は1.0を乗じて得た数値を、受注予定者の分母及び分子に、受注予定者以外の指名競争入札等参加者の分母に加算し、原告5社それぞれ累計の分子を累計の分母で除して得た数値（指数）が0.2になるようにすることを念頭においていた」とされていた。しかし、第19回審判期日で陳述された審査官の最終意見では、「受注予定者は各社の受注が均等になるようにすることを念頭において決定する。これは、各社が受注する工事のトン数の合計が均等になるようにし、各社の指数を勘案して行う」と変更された。さらに、審決では、審査官の主張のうち「指数を勘案して」を欠落させて、「受注予定者各社の受注の均等を念頭において決定する。この受注の均衡は各社が受注する工事のトン数を念頭において決定する。」とだけ認定し、地方公共団体が建設を計画していることが判明した工事について、①各社が受注希望の表明を行い、受注希望が1名のときはその者を受注予定者とし、複数のときは希望者間で話し合い決定する、②5社以外のアウトサイダーが入札等に参加するときは協力を求める、③受注すべき価格は受注予定者が定め、受注予定者以外の者は受注予定者がその価格で受注できるように協力する、旨の合意に基づいて受注調整を行った、ことを認定した。

この間、5社のうちいずれか1社が受注したのは、地方自治体の総発注件数87件のうち66件（受注トン数、受注金額だといずれも約87%）であった。5社は、公取委の立入り検査以降、会合は開催されなくなった。

（評釈）

判決の構成

審決取消訴訟判決は、審判審決の内容に従ったものであるが、その構成においてより適切なアプローチが取られている。審判審決においては最初の供述調書の任意性・信用性から判示を行ったのに対し、東京高裁判決では、入札談合における談合の立証においては基本合意の存在が立証されれば良いとした上で基本合意を推認する間接事実としてリストの形成のされ方、情報交換活動、落札率を基本的な事実関係として先に述べた上で原田供述の任意性・信用性に言及し任意性・信用性を肯定している。いわば供述調書を立証の中心ではなくダメ押しのものとして用い

ており、本来好ましい事実認定の仕方であるといえる²⁰³。

審理における争点形成は適切であったか

反面、確かにそのような間接事実から受注機会の均等化を図るルールが存在を認定したことは適切であるが、審査官主張の事実(とくに受注機会の均等化を図るルールの内容)の見方や調査のあり方(供述調書の信用性)の非を攻撃する被審人の主張に引きずられ、この点の審理に膨大な時間を費やす一方、被審人が「独立して行動したか否か」の有無を検討するというカルテル・入札談合における基本的な観点が見失われがちになっていたように思われる。本件は、審判手続開始から審決取消請求訴訟の東京高裁判決まで8年を要した事件であるが、審判手続において原告(被審人)が物件の入札において独立に意思決定をしたという証拠を提出したことはなく、膨大な時間が被告(審査官)の主張するような指数計算受注調整ルールが存在しないとか不合理であるとの主張及び原田供述調書の任意性・信用性を争うことに費されており、各事業者が独立して意思決定し、各物件に札入れを行った過程というものは何ら積極的に主張されたり、立証されたりしていない(各事業者が独立して意思決定したことがうかがわれる証拠があるかという点は、直接には論点とすらなっていない)。本件の審判決は、原告らが独立に行動したことについて、主張も立証も全く行っておらず、各事業者が独立して意思決定し、各物件に札入れを行ったことを推認させる事情が存在しないことを重要な間接事実として指摘すべきであったように思われる。その意味で、この観点に立ち、独立して行動したことを示す事情の存否に言及した上記下水道事件東京高裁判決は、カルテル・談合事件の事実認定の方法を改善させたものとして高く評価されるべきである。

リストの変遷状況の評価

本件で最も特徴的な証拠は、入札前に談合参加者間で会合が開かれ、ごみ焼却炉の発注状況の情報収集の結果である物件リストが多数証拠として提出されていることである。リストには、物件の受注予定者となる予定のものを推認する手書きのメモがあり、加えて、リストから特定の物件が落とされている。そのリストから、ある物件が落とされているリストの変遷状況は、受注予定者が決まった物件をリストから落としているか、あるいは受注予定者が決まった案件について、他の事業者にシグナルを送っている可能性が推認できる²⁰⁴。しかも、本件では、リストの状況の変遷についての事業者から合理的な説明は示されていない²⁰⁵。そうであれば、このリストの変遷

²⁰³ この点は、第1部第2章または状況証拠Ⅱ(判例時報1981号9頁)で指摘したとおりである。リストアップの仕方の点が、会議が受注予定者決定の会合であることの判示も、わかりやすくなっている。

²⁰⁴ シグナリングが、意思の連絡の推認となることについては、後述V.および第1部第2章または状況証拠Ⅱ1979号9頁を参照。シグナリングの典型事例については、米国反トラスト法のUnited States v. Airline Tariff Publishing Civ. A. No. 92-2854 SSH. (1993)を参照。同判例の解説については、「越知・日米欧」134頁

²⁰⁵ 合理的説明がない場合に、意思連絡の証拠となる点については、第1部第2章または状況証拠Ⅱ1980号37頁

状況は、受注予定者が決まったこと、あるいは受注予定者の決定について、受注予定者以外の事業者がシグナルを送っていることを推認させる証拠であり、談合を推認できる決定的証拠と位置付けることができる。本件の審決・判決も、リストの変遷状況を重要な証拠と位置づけ、受注予定者が決定した物件がリストから消されている状況を緻密に認定している。その点は適切であるが、本件ほど完璧にリストの変遷状況と受注予定者の関係を解明する必要性が常にあるとまで考えるべきではないであろう。リストの変遷状況は受注予定者が決まった物件が何かについて他の事業者が何らかのシグナルが送られている可能性を推認できるので、被審人の側で、その証拠について独立に意思決定して入札したことがうかがわれる合理的な説明が示されない限り、受注予定者の決定についての意思の連絡を推認することができると思われるべきである。

会合による物件情報の情報交換の評価

また、仮に、リストの変遷状況という決定的証拠がないとしても、入札前の会合において、5社で、ごみ焼却炉の発注状況の情報収集の結果である物件リストを交換していること自体が談合の有効な証拠である。(リストから、特定の物件が削除されていたり、メモ書きで、受注予定者が推認できるという事情がなくても、)本来、競争相手に見せたくないはずの情報収集の結果である物件リストを交換していることの合理的説明はなされておらず、リストアップされた物件のほとんどが、96.6%程度の落札率で落札されている事実と組み合わせれば、それだけで、談合の存在を認定する実質的証拠が存在するといえる。入札前に、会合を開いて、5社で、情報収集の結果である物件リストを交換し合えば、各社がどの物件に受注意欲があるかは目配せでも推測することができるので、物件リストは、入札価格に影響を及ぼす情報の交換といえるからである²⁰⁶。

立証対象は何か

確かに、会合による情報交換や、リストの変遷、落札率だけでは、本件の特徴である受注均等化のための指数計算ルール(チャンピオンの決定の仕方)がどのようなルールであったかはわからないが、話し合っ受注予定者を決めていくということ自体は立証されており、何が立証対象かという観点から適切な審判指揮が行われていれば、本件は、より早期一年以内に解決できる事件と思われる。

立証対象は、競争入札ルールと相容れないルールがあるか否かであり、情報交換により、受注予定者を決定していたならば、立証対象は、競争入札ルールと相容れないルールがあること(競争を制限する合意があること)は立証されている。指数計算ルールがあることは、談合の立証のための間接事実であるが、それがどうしても不可欠な間接事実というわけではない。間接事実は証拠的なものであるから、指数計算ルールについて審査官が正しく理解し、その内容を明らかにすることまで求められるものではなく、裁判官・審判官は、審査官や被審人の主張に拘束される

²⁰⁶ 価格に影響を及ぼす情報交換がカルテルの証拠となることについては、第1部第2章または状況証拠II 1980号37頁

ことなく、自由に事実を組み立てることができる。従って、(仮に、推認のために必要な間接事実であったとしても、) その主張の変更は、弁論主義や、防御権の保障の問題は引き起こすものではないのは当然である²⁰⁷。

主張変更と防御権保障

本件では、この受注均等化のための指数計算ルールの正しさやそれを原田証言から基礎付けようとして、延々とした審理が続いたうえ、最終的に審査官が最初の主張を変更し、審決案では更にそれとも異なる方法で受注調整が実施されたと認定した。そこで、審決取消訴訟では、そのような変更が、防御権保障に反するかが争点となった。東京高裁判決は最初に詳細な判示を行って、防御権保障に反するとの主張を退けている。すなわち、「本件基本合意が存在し、原告5社が、それに基づいて受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていたということが本件の主要事実であることは明らかであり、個別の物件についての受注調整行為は間接事実にすぎないから、この物件について審査官が対象物件として主張していないとしても、被告が証拠に基づいてこれを認定することは当然に許されるものであり、この点に関して弁論主義違反の問題は生じないというべきである。」としている。また、「審査官の最終意見における主張事実は、審判開始決定記載の事実と対比して、入札談合の基本合意があったという点において変更はなく、受注調整の方法において趣を異にするものとなっているにすぎないところ、入札談合は、共同して受注予定者を決定し、受注予定者が受注することができるようにするとの合意をし、このような合意のもとに受注予定者を決定し、受注予定者が受注することができるようにすることにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することであり、受注調整の方法が異なっても、社会的事実としての入札談合そのものとしては同じであるから、上記の点で変更があるとしても、事実の同一性に変更をきたすものではないというべきである。」として、社会的事実として同一の入札談合と認められれば、受注調整の方法が異なっても審判開始決定記載の事実との同一性を失わない、としている。

基本的に正当であるが、「原告5社が、それに基づいて受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていたこと」をも、主要事実と認定している点については、この事実は本件の主要事実である基本合意の存在またはその拘束力を裏付ける間接事実と位置づけるべきである。

事件処理のあり方

その意味で、本件では、原田証言の信用性や任意性をめぐる審理に膨大な時間をかける必要もなく、入札前に、会合を開いて、5社で、情報収集の結果である物件リストを交換し合っていること自体、およびリストの変遷状況が決定的証拠になっているのだから、原田証言の信用性や任意性をめぐる審理に膨大な時間をかける必要もなく、より迅速に事件処理が行われてしかるべき事件であるように思われる。ただ、上記のような指摘は、上記、大石組事件判決、下水道ポンプ

²⁰⁷ 主張の変更、審査官主張の事実と審判官の心証形成が異なる場合の取り扱いについては、第1部第2章または状況証拠II 1980号32頁

事件判決が出た今日においては、自然に受け入れられると思うが、この審判が開始された当初は、意思の連絡を、事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致から、立証されると解されることが一般的であったし²⁰⁸、指数計算ルールを明らかにしなければならないかのように審判官がふるまったため、審査官・被審人とも、リストの変遷状況という中心的証拠を脇において、膨大な時間が審査官の主張するような受注調整ルールが存在しないと不合理であるとの主張及び原田供述調書の任意性・信用性を争うことに費される結果となっている。その意味で、審判官が、どこまでの立証が必要かについて、適切に指揮を執っていない点が、本件の審理の長期化の根本原因であったと思われる。指数計算ルールは、合意の内容というより、談合当事者にしかわからない秘密の暴露と位置づけ、原田証言の信用性を基礎付ける情報としてのみ活用していけばよかったように思われる。およそ独立に行動したこと(本来の競争入札ルールにしたがって行動したこと)が証拠上、うかがわれない案件に、最終解決まで10年以上かかる(まだ、課徴金事件が係属中であり、10年を超えることは必至である)事態が生じ、(本件が直接の原因でないにせよ)最終的には、事前審判制度の廃止の原因の一端となったわけであるから、審判事件の処理のあり方を、再考すべき事例であると思われる。

4 郵便区分機事件²⁰⁹

郵便区分機事件は、審判審決(平成15年6月27日)の取消訴訟である東京高裁の原審(東京高判平成16年4月23日)は、実体的な争点について判断せず、本件の排除命令が、排除措置を特に必要とする理由が示されていないことを理由に取り消したが、最高裁により東京高裁に破棄差し戻しされ(最判平成19年4月19日)、差し戻し審は、公取委の事実認定を合理的なものと認めた(東京高判平成20年12月9日)。

郵便番号自動読み取り機(以下「区分機」という)の発注は昭和61年度までは随意契約により、昭和62年度から平成6年度までは指名競争入札の方法により、平成7年度以降は一般競争入札の方法により発注されていた。一般競争入札の導入前には、東芝及びNECの2社が指名入札事業者となり、両者がほぼ半分ずつの受注を獲得していた。受注にあたっては、発注者が受注をしてほしい会社の方に情報を開示し、情報の開示を受けた事業者だけが入札するという方法で、事実上無競争での落札となっていた。このような入札形態は、随意契約の時代の発注を継続していたものとみられる。一般競争入札後も、発注者、東芝及びNECは一般競争入札前の受注システムを継続し、総務省から情報開示を受けた事業者のみが入札し、その者が受注を獲得するという状況を継続していた。公取委の立入検査後、日立が入札に参加し、このような総務省からの一当事者に対する情報開示が行われなくなり、落札価格も従前より大幅に低下した。指名競争入札から一

²⁰⁸ そのような発想は談合・カルテルの合意を私法契約の合意と平行に考えることから生じる誤りであることは第1部第2章または状況証拠Ⅱで詳細に指摘したとおりである。

²⁰⁹ 郵便区分機事件 審判審決平成15年6月27日 東京高判平成16年4月23日、最判平成19年4月19日、東京高判平成20年12月9日、東京高裁の原審については、排除措置の必要性を否定した判断の妥当性もさることながら、違法行為の有無の判断を行わずに実体判断を行わなかったことが最大の問題であるように思われる。沢田克己 『「郵便番号自動読取区分機類入札談合事件-最高裁(第1小)判決平成19年4月19日-』 公正取引No.694

一般競争入札への移行にあたっては、東芝及び NEC は、一般競争入札への移行に反対し、あるいは一般競争入札へ移行後も同様な方法での情報開示を継続するよう総務省に働きかけており、総務省と 2 社との間でこの働きかけに関する事実が認定されており、かつ総務省との話し合いの後に 2 社間で対応についての情報交換が行われたことも事実認定されている。

審決は、意思連絡を認定する理由として、本審決は競争入札下では考えられない不自然な受注結果になっていること、公取委の立入検査後、入札価格が顕著に急落したこと、本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であったことから談合が起りやすい状況にあり、意思の連絡がなければ起りえない不自然な行動が存在することをあげているが、差戻し審は、指名競争入札から一般競争入札への移行時に、2 社と総務省又は 2 社間で受注予定者への開示という制度を維持することを求める協議(情報交換)を何度も行ったこと、一般競争入札移行直前に 2 社だけで会って、内示を受けた社の図面や部品表を仕様書に添付することを打ち合わせたことなどが認定されており、この事実と一般競争入札移行後の行動から、「少なくとも黙示的な意思の連絡があったことは優に認められる」としている。この点は、第 1 章の指摘がそのまま採用されているといえる²¹⁰。

差戻し判決が、審決の理由付けに賛同できないが、別の理由付けで違法との心証を得ている場合に、別の理由付けで審決の結論を維持することは、米国の FTC の事例では、よく見られるが、日本では珍しい事例²¹¹ではないかと思われ、このような、判示は、今後のポリプロピレン事件、多摩談合事件の処理に当たってリーディングケースとなるものと思われる²¹²。本件については第 3 章でも、さらに詳細に解説している。

5 多摩地区談合事件審決²¹³

(事実・判決の概要)

多摩地区談合事件は、排除措置命令を経ないいわゆる「一発課徴金」の事例であるが、その審理はごみ焼却炉事件と並んで長期化し、7 年間に渡る審理の末、平成 20 年 7 月 24 日ようやく審決が行われた。

本件では、基本合意の存否に関し多摩地区に営業所を置くゼネコンのうち 33 社（審決は 34 社

²¹⁰ 第 1 章 1981 号 9 頁。武田邦宣『官製談合における意思の連絡の立証-郵便区分機入札談合事件差戻審判決』ジュリスト 1374 号 48 頁

²¹¹ 横石興業審決に対する審決取消請求訴訟判決（東京高判平成 18 年 2 月 3 日）では、裁判所が、違法行為を認定し直しているが、これは、勧告審決を経たのちの課徴金審判では違反行為の存否を争うことができないとした審決の判断を覆したという特殊事情があった。

²¹² この点の詳細は、第 2 部第 2 章または越知・行政裁量参照

²¹³ 大成建設ほか 33 名に対する件。審判審決平成 20 年 7 月 24 日。横田直和「『多摩入札談合事件・課徴金審決について(公正取引委員会平成 20 年 7 月 24 日審判審決：大成建設(株)ほか 33 社に対する件)』」公正取引 No. 698

のうち 1 社については基本合意の当事者ではないとしている) について、「33 社は①自社が受注意欲や関連性を有するときは他の違反行為者が協力すべきこと及び②他の違反行為者が受注意欲や関連性を有するときは自社が協力すべきことを相互に認識認容していたことを認めることができ、本件基本合意の存在が認められる」としたものの、「その他のゼネコン 46 社(筆者注: この中には、大手のゼネコンが含まれている。)は一部のものが受注予定者とされた違反行為者からの協力依頼に応じて受注予定者の受注に協力しているのみであって・・・自社が受注意欲や関連性を有するときは他の違反行為者が協力すべきことについての相互の認識・認容を認めるに足りる証拠はない」として本件基本合意の当事者とは認められないとした。

評釈

本審決は、いろいろな意味で古い考え方を引きずっており、問題が多い。

(1) 談合事件における「相互拘束」と協力者の概念

最初の問題は、その他のゼネコン 46 社を当事者ではなく「協力者」とする判断が妥当かである。

この点について、その他のゼネコン 46 社の大部分は課徴金のために法律上設定された終期から遡って 3 年間という実行期間にたまたま受注実績がなかっただけであり、受注実績のあった 34 社とはその認識や行動の点で大差はないとし、その他のゼネコン 46 社を協力者とした審決を批判する評釈が存在する²¹⁴。しかし、本件では必ずしも課徴金のために法律上設定された終期からさかのぼって 3 年間という期間制限だけが、その他のゼネコン 46 社が受注実績がなかった理由ではなく、何年さかのぼっても、その他のゼネコン 46 社の相当数からは受注実績が出てこない事例であることが問題の核心であると思われる。その他ゼネコン 46 社は、合意当事者とされたゼネコン 34 社に協力することで、多摩地区以外のその他の公共工事の談合で見返りと得ようとした可能性が高い。つまり、入札が行われた物件で構成される本件の一定の取引分野の中では、談合の分かち合い又は貸し借りが完結しない事案であることに本件決の特徴がある。そこで、談合を認定した一定の取引分野あるいは、基本合意の中では、受注実績や受注意欲のないものをどのように扱うかが問題となる。

安藤造園事件審決とその問題点—「一方的拘束」とは何か

²¹⁴ 岡田外司博「アウトサイダーが存在する談合の基本合意と競争の実質的制限」ジュリスト 1366 号 118 頁。

この点に関し、安藤造園事件審決²¹⁵では、多摩地区事件同様、工事規模により業者を超特 A ランク、特 A ランク、B ランクにランク分けしていたが、超特 A ランクの物件について、超特 A ランク以外の業者が指名された場合、超特 A ランクの業者の受注調整に協力していたとしても、基本合意の参加者ではないとした。超特 A ランク以外の業者が自ら受注せずに超特 A ランクの業者に協力するのは、自己のランクにおける受注に関して超特 A ランク業者の協力を得ることを期待するとともに、将来自分が超特 A ランク業者になった場合に利益を享受できる見込みがある反面、超特 A 業者に協力しなければ業界ぐるみの制裁を受けるおそれがあったためであり、合意によって事業者間の相互拘束をしていたのではなく、一方的に超特 A 業者に協力していたに過ぎないと認定された。

しかし、相手に協力するためのに勝つ見込みのない札入れを相互性のない「一方的拘束」と認定したことは、重大な誤りであるといわざるを得ない。

本件の審決は、すなわち、「相互性」を満たすには、一定の取引分野の中で、貸し借りが完結するものではない（談合の見返りが、一定の取引分野にない）という不合理な前提をとってしまったことにある²¹⁶。

談合では、分割発注方式の下に行われる談合は、談合参加者の中での受注工事の分かち合いであるため、一連の発注案件について一定の取引分野を画定され、その範囲で、談合参加者は全て落札物件を有している当事者となる。しかし、談合はそのような単純な案件ばかりではない。受注調整の貸し借りは、同種工事の中で行われないこともあり、一定の取引分野の画定の仕方によっては、複数の関連市場にまたがった基本合意が形成されることもある。そのなかで、その一部だけが、発覚して排除命令・課徴金賦課におよぶ場合もある。このような、一定の取引分野の中で、貸し借りが完結できない場合でも、そこでの貸しは、別の工事で返ってくるのであるから、このようなものを協力者というのは、談合の広がりや複数の商品、複数の地域に及ぶような複雑な場合ほどに、当事者の範囲が狭まるという不合理な結果をもたらす²¹⁷。

「一方的拘束」になる場合というのは、当事者間の一方が、事業活動の拘束(制約)を受けていな

²¹⁵ 安藤造園事件審判審決平成 13 年 9 月 12 日。本件では、落札金額 1 億円以上を「超特 A ランク」、5000 万円以上 1 億円未満を「特 A ランク」、2000 万円以上 5000 万円以下を「A ランク」、600 万円以上 2000 万円未満を「B ランク」とし、業者は自己の属するランクより上の工事を受注できず、超特 A ランクの工事は同ランクの業者だけが受注できるものとして、話し合いを行っており、超特 A の工事については指名を受けた業者は市造協事務局にファクシミリで指名通知書を送信し、市造協の中で運営委員と称する者が「優先順位表」（表 1 参照）に記載の優先順位にしたがって割り振りを行い、受注予定者を決定していたと認定されている。

²¹⁶ このような前提に立つ有力学説もある（白石・勘所 162 頁）同学説は、四国ロードサービス事件（審判審決平成 6 年 3 月 30 日）に関し、四国支社発注物件としつつ、中国支社発注案件について、四国ロードサービスが拘束を受けたことを相互性の根拠とすることができるかに疑問を呈する。一定の取引分野が単一の取引でも成立するとの立場をとられる白石教授の立場と、この前提が結びつくと、一定の取引分野の中で貸し借りが完結しない事例は多数発生すると思われ、一定の取引分野を狭く解することができるように談合を仕組むことにより、かなり容易に、不当な取引制限の適用を回避するような談合を作り出すことが可能になるように思われる。

²¹⁷ 談合参加者の外延を明らかにする必要がないこと、受注能力のない参加者を談合の参加者から外すべきでないことは、第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱ 1982 号 6 頁でも指摘しており、第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱも参照されたい。

い場合である。しかし、自ら落札する意思がない者でも、独立した意思決定では行わないはずの札入れ(勝つ見込みのない札入れ)をしているのだから、その行動自体で事業活動の拘束(制約)が認定でき、その行動について他の札入れしているものとの間に意思を通じているので、一方的拘束とはいえない。

まして、安藤造園事件では、自己のランクにおける受注に関して見返りを受けようというのであるから、「一方的」と考える理由は全くないし、入札に参加している理由が、超特 A 業者に協力しなければ業界ぐるみの制裁を受けるおそれがあったためであるなら、その意味でも「一方的」と考える理由は全くない。しかし、そのような、見返りを得ようとしていた事実や、制裁を恐れているという事情がなくても、札入れしたものが独立した決定のもとで、札入れしたものではないという事実と、その決定について、他の事業者と意思の連絡があるという事実だけで、相互性の要件は充足される。

受注能力のないもの、受注意欲のないものは、落札できないのだから、競争関係にない(東宝・新東宝事件東京高裁判決²¹⁸参照)という考え方が取られているのかもしれないが、入札資格のないものに談合が成立することは、一定の取引分野が成立することが社会保険庁シール談合事件ですでに判示されている²¹⁹し、当該関連市場で、見返りを受けなくとも、別の関連市場での工事で見返りを受けることができるのであるから、受注能力のないもの、受注意欲のないものの札入れにより価格形成が歪められることがある以上、が競争関係にないといえるものではない。これも、一定の取引分野の中で、貸し借りが完結しなければならないとの誤った前提から出発するものである。米国の判例でも、受注能力のないもの、受注意欲のないものにもシャーマン法 1 条違反が成立することは、第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱで指摘したとおりである²²⁰。むしろまた、貸し借りが必要だ一定の取引分野の中で、貸し借りが完結しなければならないという考え方は、合意に対価性を必要とする私法契約(大陸法では、必ずしも対価は契約の成立要件ではないが、利益を生まないものには拘束されないと考えているのであろう。)的な考え方を引きずっているのかも知れないものと思われる。しかし、3 条後段の「拘束」は、当事者の意思が拘束されるのではなく、事業活動が拘束されるのであり、対価を得ていないものでも、独立した決定のもとで、札入れしたものであるならば事業活動が(相互に)拘束されていると解することに何らの制約はない。いわゆる一方的拘束となりうる事例というのは、ある事業者が、カルテル・談合に参加する意思がなく、独立して価格や入札への参加の意思決定を行った後に、同業者から、カルテルや談合の連絡を受けたがそれに影響されずに当初の意思決定どうりの事業活動(価格決定、入札への参加)を行ったような特殊な事例である。本件のように、当該一定の取引分野での分け前がないから相互拘束がないというのでは、複雑な談合事例では、談合のアレンジメントの中心にいる事業者を協力者とみなさざるを得ないような帰結を招きかねず、不合理きわまる解釈をも

²¹⁸ 東京高判総和 28 年 12 月 7 日 高民集 6 卷 13 号 906 頁

²¹⁹ 東京高裁昭和 61 年 6 月 13 日 判決・行政裁判例集 37 卷 6 号 765 頁 本件では、一定の取引分野を、下請けレベルまで拡大することにより、受注能力のないもの(指名業者でないもの)にまで、談合の成立を認めており、同事件は、異なる取引段階のものにも談合の成立を認めるものと評価されている。

²²⁰ 第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱ 1982 号 6 頁

たらず可能性がであるといわざるを得ない。3 条後段の「拘束」に、意思表示の世界の「拘束」を持ち込むのは、カルテル契約的な思考方法の残滓であり、三菱ビルテクノ事件の過ちに匹敵する重大な誤りを招くことに留意されるべきである²²¹。

「協力者」・「アウトサイダー」とは何か²²²

この誤りは、単に、拘束の「相互性」、「一方的拘束」の意義だけでなく、「協力者」の概念を不合理に拡大することにもなるしていることも問題である。

「協力者」という概念のこれまでの使われ方は、2つあると思われる。

「協力者」の概念が用いられるのは、第 1 に、アウトサイダーが協力した場合である。アウトサイダーとは、基本合意に加わっていないもの(基本合意に加わっているとまで、認定できないものを含む)を指す概念として使われている。談合参加者からアウトサイダーに談合への協力要請が行われることがあり(そうしないと、受注予定者に落札させることができない)、その場合、アウトサイダーが、協調を拒む場合と、協調に応じる場合がある。後者の場合は、基本合意の参加者と紙一重の関係にあるが、証拠上、基本合意に加わっているとまで認定できないものは、アウトサイダーとして扱われている。この意味での、協力者というのは、基本合意に参加していないが、個別調整には参加しているものである²²³。

第 2 に、個別の受注調整を経ることなく、受注予定者が決まるような場合に、競争を偽装するため、落札する気がないのに、札入れする末端の事業者に対して用いられていたと思われる。このような偽装による札入れをする事業者は、基本合意の参加者であるが、事件の端っこにいる存在の場合には、談合の当事者に含めるのはかわいそうであるという配慮から、厳密には、当事者であるが、末端の事業者に対し、協力者という用語が使われることがある。

ところが、安藤造園事件審決は、受注能力のないもの、受注意欲のないものは、落札できないのだから、「相互拘束」がなく、当事者にはなりえず、協力者であると判断している。これは、アウトサイダー(基本合意の参加者でないもの)か末端の参加者当事者が前提であった「協力者」概念を、基本合意の参加者でありながら、一定の取引分野の中で見返りを受けないもの(分け前のないもの)に拡大したということであるが、その結果、本件では、基本合意の形成維持に積極的に関与した可能性のある大手のゼネコンまで協力者にするという事案の実体からあまりに乖離する結果が導かれている。

本件は、課徴金審判であるから、落札しないものを協力者といおうが、当事者といおうが結論に差異はでてこない。しかし、相対的に規模の小さい規模の大きな(力の強い)通常、市場を支配する力のない事業者が相対的に規模の小さい市場でのプレゼンスの大きい支配的な規模の大き

²²¹ 第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱで詳細に論じているが、事業活動の拘束性の意義の再構成については、1980 号 33 頁

²²² 酒井・主張立証 340 頁以下参照

²²³ 個別調整段階では談合に加わっているのであるから、協力者を当事者にしないという構成がよいかは、再考の余地は残る。

な（力の強い）事業者を従え、協力させているという構図は、あまりにも不合理でほとんど滑稽といってもよいほどである。この多摩談合事件は、私訴でも、奇妙な論理が登場しており、平成19年の判決が下されるまでの日本の談合事件の混乱振りを象徴する判審決となっている。

一定の取引分野のなか外で貸し借りが完結しない談合の考え方

本件のように、多摩地区における新都市建設公社の発注する特定土木工事という一定の取引分野の外で貸し借りを精算する談合は、いわゆるバックペイメント型の談合の変型と考えればわかりやすい。バックペイメントは、案件ごとにキャッシュで精算される必要はなく、いわゆる貸し借りのような形（法的に執行できない債務）で存在することもありうる。その場合、（貸し借りは法的に執行できるものではないから、談合参加者間でも明らかにされるものではないから）、貸し借りの内容を明らかにする必要はないと解すべきである。

談合の当事者となるには、談合の貸し借りが一定の取引分野のなかで完結しなければならないものだという現実離れした前提が、安藤造園事件審決や、多摩談合事件審決の、「一方的拘束」の私法契約の概念に引きずられた解釈、談合の果実が一定の取引分野の中で分け与えられるものが当事者、その外側で分け与えられるものが協力者という不合理な当事者と協力者の仕切りを導いている。当該事件で画定された一定の取引分野において、談合の果実を得るか否かを、当事者か協力者かのしきりにするべきではない。安藤造園事件前の判例、審決例上も、協和エクシオ事件判決²²⁴、四国ロードサービス事件審決²²⁵では、落札を行わない事業者の協力行為や入札意欲・能力のない事業者も「相互拘束」性を失わないとしていた。この判審決例に立ち返り、「協力者」という概念を戻すべきであると思われる。

形式論理においては、関連市場の外側（あるいは基本合意の外側）であれば、全く同じものが当事者となるものではないので、関連市場の外側で貸しが返ってくることは不確実であるとの反論がなされるかもしれない。しかし、それは、基本的には、談合サークルは、多少の出入りはあるものの、共通しており、東京のつけを、例えば青森でという形で取り戻すことは、實際上、十分に期待可能である。少なくとも、何の見返りもなく、協力することの方がよほど経済合理性に反する行為であるから、どこかで、見返りが受けられると期待して、協力したと見ることは、経験則に合致しており、そうであれば、一方的な「拘束」であるとはいえず、審決の構成は非現実的であるといわざるを得ない。

さらに、実務的観点にたつなら、一方的拘束について、審決のような立場に立つことは、もともと悪性の高い実体の見えにくい（基本合意がどこまで及んでいるかわかりにくい）全国規模の談合を見逃し、地方の公共工事の分かち合いが明白な談合ばかりを取り締まることになりかねず、談合の執行が地場業者の弱い者いじめになる危険性が強い。その意味で、安藤造園事件や多摩談合事件で取った一方的拘束についての解釈は、談合の執行を歪めかねず、ない専門機関としての

²²⁴ 協和エクシオ課徴金事件 審判審決平成6年3月30日 審決集40巻49頁、東京高判平成8年3月29日判時1581号37頁

²²⁵ 四国ロードサービス事件 審判審決平成6年3月30日 審決集40巻49頁

公取委がとってはならない解釈のように思われる。

(2) 談合における一定の取引分野

上記に関連する論点として、談合における関連市場（一定の取引分野）の画定の考え方が問題となる。最近、談合における関連市場の問題を課徴金減免制度の減免枠がどのように確定されるかの問題にも関連することを前提に議論が行われることがあるが、独禁法における関連市場（一定の取引分野）の画定は事業者が市場支配力を形成するか否かの分析のためのものであり、課徴金減免制度の恩恵にあずかれるかどうかは、政策的な判断の問題でもあるので、同一の観点から決定されるべきであるかどうかは疑問の余地がある。

入札談合においては、ひとつの入札案件において、競争者が競争的に札を差し入れるわけであるから個別の物件について物件について競争が存在する。そうすると、関連市場は、競争の場の確定作業であるとする、各物件ごとに関連市場が確定されるという考え方が生じることになり、白石教授はこの考え方にたち、なおかつ入札市場以外の市場にも徹底させる立場をとられる²²⁶。しかし、通常の独禁法分析では、一取引で一市場を画定することは原則として行わない。なぜなら、独禁法の保護法益は、一回的な取引の保護ではなく反復継続される取引によって構成される市場というものを保護しているからである。個別の取引ではなく、市場機能または、取引秩序ではなく、一般的競争秩序を保護しているといってもよい。談合の場合も、一回だけの入札に談合があるならば、刑法上の談合罪とすべしとする最高裁の判例²²⁷があり、またそれは詐欺であり取引当事者間で詐欺による不法行為に基づく損害賠償請求を行えば足りる問題である²²⁸。これが繰り返しなされることによって市場機能又は一般的競争秩序への侵害が生じることになる。従って、原則として談合においてもひとつの物件の発注工事だけで関連市場を画定すべきではない。ただ入札談合の場合、非常に大きな物件(巨大プロジェクトだと何百、何千億円規模になることもある)についてはそこで行われた談合による市場へのインパクトは大きいものがあるので、そのような場合には一物件での市場の画定を認めてもよいであろう²²⁹。古い判例に「一定の取引分野は幅のある概念である。」として一物件での一定の取引分野の確定を否定した事例があるが上記のような文脈においてその判例は支持される²³⁰。

つぎに、同一発注者による同一の入札参加者を前提とする物件で、一定の取引分野を画定すべきであろうか。「一定の取引分野」の画定は、需要との供給の代替性で決まり、具体的には、需

²²⁶ 白石・勘所 264 頁

²²⁷ 最判昭和 32 年 12 月 13 日 刑集 11 卷 13 号 3207 頁

²²⁸ 談合については、ドイツなどは詐欺の問題として、カルテル全般に刑事罰が導入される以前から、刑事罰を適用していた。なお、入札談合罪と独占禁止法違反罪は観念的競合の関係にあり、両罪が成立する。

²²⁹ 日本下水道事業団工事談合事件(東京高判平成 8 年 5 月 31 日,平成 7 年(の)1 号,高刑集 49 卷 2 号 320 頁)では、A 物件のみを持って「一定の取引分野」と認めるのが相当であるとされている。

²³⁰ 第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱ 1982 号 6 頁の、「入札の場合、各入札案件ごとに、競争が行われるのであるから、入札市場においては、入札案件ごとに市場が画定されると考えることが基本である。」との記述は、本段落の本文の記載のように修正する。

要者グループの同一性、供給者グループの同一性で決まることが一般である。公共工事の場合、需要者は発注者で、供給者は、建設事業者である。多くの場合、需要者は一人で、供給者の範囲が同一である範囲で、関連市場を画定したものが多く。

しかし、供給者が完全に同一でない工事の間に、ひとつの関連市場を画してもよい場合がある。松下電器産業交通弱者感応化等工事事件²³¹では、プロ多信号機工事と集中信号機工事、談合を行っている事業者が異なっていた。審決は、「各事業者が、違反行為の対象となるべき取引全てに参加しうるまで必要としないと解すべきである。」と述べている。商品(工事)の異なるもので、ひとつの市場を画定することに疑問を呈する見解がある²³²が、(4)で述べるとおり、談合事件において、一定の取引分野の画定と基本合意の拘束力の及ぶ範囲は重なり合うので、この両工事での談合が、共通の基本合意のもとで行われているものなら、両者合わせて、一つの市場と見るべきであろう。ただ、供給の代替性を重視して、プロ多信号機工事と集中信号機工事を別の市場とし、両方合わせて、クラスター市場と考えてもかまわないだろう。そのように、ある程度、裁量的に関連市場を画定できる理由については、(4)を参照。

また、発注者が違う同種の案件でも、供給者グループがほぼ同一ならば、ひとつの関連市場を画定させた方がよい場合もある。ゴミ焼却炉談合はそのような事例である。

このような場合に関連市場の一部(地理的市場の一部、商品市場の一部)でしか談合に関与していないものが課徴金減免を申請した場合、その課徴金減免の枠は関連市場全体で費消されたと見るか、この談合参加者が参加することが可能な入札の範囲内で課徴金減免枠が消費されたと見るかは一つの論点であるが、それは一定の取引分野として、地方にまたがって(複数の発注者をまたいで)関連市場を画定することができないということではない。

(3) 談合における市場支配力の形成の要否

多摩地区談合事件は50%近い物件が談合流れになった案件である。画定された関連市場の中で談合流れ案件が50%近いかあるいは50%を超えている場合、基本合意の参加者には市場支配力が形成されておらず、競争の実質的制限がないと見るべきであろうか。合併に関する市場支配力を要求する東宝スバル事件東京高裁判決²³³では、競争の実質的制限が生じる前提として、市場支配力の存在を必要と解している。

50%以上が談合流れになったとしても残りの40%で談合が形成されていればその形成された案件については市場価格より高い価格での落札が行われており、市場のメカニズムは侵害されているのであるから「競争の実質的制限」は存在している。すなわち一件でも個別調整による談合が成立しているのなら競争の実質的制限は生じているのであり、何%かが談合流れになると(100%が談合流れにならない限り)競争の実質的制限の発生の要件は満たされている。

²³¹ 公取委審判審決 平成18年3月8日 審決集52巻277頁

²³² 白石・勘所 222頁以下

²³³ 東京高判昭和26年9月19日 高民4巻14号497頁

価格カルテルの場合、50%などの市場シェアを持たなければ価格を上昇させることができないという意味で市場支配力の形成を要件とするのも一応意味がある（ただここでも50%又は市場支配力がなくても実際には上昇した価格で物件を購入した人がいれば、競争の実質的制限は発生しているのであり、カルテルにおいても市場支配力を要求するのは適切ではないと思われる）が入札談合の場合、一物件でも個別調整が成功すればその物件について市場価格より高い価格での落札が行われるのであるから、市場の自律調整機能を害されており、競争の実質的制限の要件は充足される。その意味で多摩談合事件が50%を越えていることに固執したことはあまり意味がないと思われる。市場支配力を要求する東宝スバル事件東京高裁判決は、競争促進効果との比較検討が要求される合併に関するもので、市場シェアが50%を超えなければ、合併の競争制限効果を立証できないが、競争促進効果がない談合に関しては、談合による落札があれば、その物件で、競争制限効果は発生しているのであり、談合による落札物件のシェアの低さは、競争制限効果の発生や基本合意の拘束力を否定するものではない。

なお、その場合、50%以下、あるいは、談合による落札の割合が低い場合には基本合意の拘束力が弱いのではないかが問題になる。なお、基本合意の拘束力の強さは、基本合意の内容の具体性として議論されることがある²³⁴が、基本合意の内容の具体性で決まるものではなく、基本合意の及んでいる範囲で、どれだけ物件がフリー物件となったかで決まる。その意味で、談合による落札物件のシェアが低いことは、基本合意の拘束力の弱さを意味することは確かである。しかしながら、落札物件のシェアが低く、基本合意の拘束力が弱いとしても、基本合意に従って落札された物件が存在する以上、その物件については、事業活動の拘束により、競争制限効果が生じたことは疑いがないのであるから、落札物件のシェアが低いことにより、基本合意が拘束力を失っているわけではなく、不当な取引制限に該当することは疑いがない。課徴金の算定に裁量が働く場合には、基本合意の拘束力の強さが重要な要因になるが、課徴金の算定においては、具体的競争制限効果の発生していない物件は外されるという土屋企業事件東京高裁判決のもとでは、課徴金賦課の範囲の問題で考慮すれば足りるので、基本合意の認定の段階で、基本合意の拘束力の強さを議論する実質的意義は乏しいといえる。

(4) 一定の取引分野の画定と基本合意の拘束力の及ぶ範囲の関係

そのように考えると、談合において、一定の取引分野を画定することはどういう意味があるかが問題になる。貸し借りの範囲を画する意味も、市場支配力を計測する意味もないのであれば、一定の取引分野を画定する意味はあまりないことになる。独禁法分析において、関連市場の画定の意味は、競争促進効果も生じるような行為について、市場支配力を計測するための作業としての側面が強く、競争阻害効果しか発生しないカルテル・談合では、関連市場の厳密な画定がなくても、基本合意の拘束力が及んでいるかが明らかになれば、市場への害悪が生じていることは明らかである。すなわち、談合における市場画定では、基本合意の拘束力の範囲の問題と関連市場の画定の問題は重なり合い、関連市場の画定の問題は独立の意義を持たない。貸し借りが、関連

²³⁴ 越知・日米欧 293 頁注 279 高橋 岩和 入札談合と課徴金 平成 11 年 重要判例解説 242 頁

市場内で完結しなければならないという不合理な前提に立つと、関連市場は重大な意味を持ってしまいが、貸し借りは同種商品市場で完結させなければならないものではないことは前述の通りであり、貸し借りの完結は関連市場の問題とは関係がない。

談合に関する判例²³⁵には、「一定の取引分野」は、「競争の行われる場を意味し、・・・その競争が実質的に制限される範囲をもって画定される。」とするものがあるが、本来、競争が制限されているか否かの分析のために、一定の取引分野を画定するのであるから、この判例の立場は、理論的には、さかさまのように見える。しかし、これは、談合における競争の実質的制限の有無は、一定の取引分野を画定せずとも、基本合意の拘束力が及んでいる範囲を画定すればわかることを意味する。この判例は、談合事件では、実務上は、基本合意の拘束力が及んでいる範囲で関連市場が画定されることを認めたものと解することができる²³⁶。

ただ、基本合意は、全く別の商品(工事)をまたいで成立することもあろう。その場合は、基本合意が、商品ごとにあると考えることもできるし、複数の商品にひとつの基本合意の拘束力が及んでいると考えてもよい²³⁷と思われる。

基本合意が、全く別の地域の工事にまたがっており、一部の参加者は、特定の地方案件に参加しているが、全国規模の参加者は、全ての地域の工事に参加している場合は、どのように考えるべきであろうか。このような場合に、基本合意がどこまで広がっているか現実問題として把握できない場合、地方ごとに、関連市場を認定せざるを得ないが、基本合意が全国規模で存在することを立証できる場合、全国規模で関連市場を画定できる。多摩地区談合事件は前者、ごみ焼却炉談合事件は、後者の例といえる。実際の基本合意の拘束力が及んでいる範囲は、公取委の認定した範囲より広い場合もありうるが、しかし、そのような場合でも、真の基本合意の一部を基本合意の範囲と考え、そこで市場を画定することもできると考えられる。その範囲で、競争制限効果が発生しているのであれば、その範囲での部分市場の成立が認められると考えられるからである。

そのように考えると、部分市場が認められる以上、関連市場の画定には、公取委にある種の裁量があるかにみえ、そのことを正面から認める立場もある²³⁸。関連市場の画定に、公取委の裁量が認められるというのは、奇異な表現のように聞こえるが、部分市場を肯定する限り、実務的にはそれに近い状況にあることは確かであり、談合における関連市場の画定が、実体的な違法行為の分析の側面では、独立した意味がないことから、このような帰結もさほど不合理なものではない。

(5) 談合におけるリニエンシー申請の関係での「一定の取引分野」

²³⁵ 東京高等裁判所平成5年12月14日・高刑集46巻3号322頁(社会保険庁シール談合刑事事件判決)

²³⁶ 栗田誠『実務研究競争法』(商事法務 2004)20-23頁などもこのような考え方をとっている。批判的な見解として、白石・勘所 225頁

²³⁷ その場合、複数の商品の間にひとつの市場が存在すると解してもよいし、クラスター市場が成立すると解してもよいと思われる。

²³⁸ 岡田羊祐・林秀弥『独禁法の経済学』(東大出版会 2009)第1章の安藤造園事件の解説ではこのような立場が取られている。

課徴金減免枠の問題については、関連市場の画定の問題とはきりはなして考えるべきではないかと思われるが、実体要件の問題での重要性が薄い結果、こちらの問題の方がよほど重要な問題となることは否定し得ない。

ごみ焼却炉事件のように、発注者の異なる全国の案件をひとつの関連市場とした場合、地方の一部でしか談合に関与していないものが課徴金減免を申請した場合その課徴金減免の枠は関連市場全体で費消されたと見るかこの談合参加者が参加することが可能な入札の範囲内で課徴金減免枠が消費されたと見るかが問題となるが、基本的には当事者が参加可能な工事について課徴金減免枠が使われたと考え、申請者が参加できない地方についてはその枠はまだ残されていると考えるべきであろう。最近の事例では、課徴金減免申請の枠をできる限り与える関係から、関連市場を供給者が同一な範囲で画定する傾向があるといわれる²³⁹。

(6) 課徴金審判における具体的競争制限効果と無競争物件の取扱

土屋企業事件東京高裁判決においては、課徴金が制裁的要素を持っていることから課徴金賦課のためには具体的競争効果の発生が必要であると判示している。制裁的要素を考慮するならば、むしろ具体的競争制限効果の発生は必要ないと考えられ、その点はやや矛盾している。土屋企業事件東京高裁判決240において具体的競争効果が発生しないとした案件はいわゆる談合の個別調整に失敗し談合流れとなったフリー物件についてのものであり、同判決の趣旨は、フリー物件を課徴金の対象から除外しようとするものである。日本の課徴金は、裁量的要素を排除し、機械的に算定されるため、もし、本判決のような考慮を行わないと、いったん談合の対象であるとされると、話合いが成功しようが話合いが失敗しようが、話合いの事実が認められれば、事業活動の拘束が行われていることになるので、課徴金賦課の対象となってしまう。しかし、実際問題として談合による超過利潤を享受せず結果的に本来の競争によって入札された物件を競争入札本来の姿で入札されなかった物件とまったく同一に評価することは、不当利得の観点からも制裁の観点からも妥当ではない。その意味で土屋企業事件で東京高裁がフリー物件を外したことは裁量性のない課徴金制度を採ることによって生じる不合理を緩和するものとして首肯できる妥当なものであると評価される。ところが、本判決を根拠に、課徴金賦課には、個別調整のない案件は、具体的競争制限効果が立証されていないとして、個別調整のない物件を課徴金賦課の対象からはずす実務が行われるようになっていた。このような実務は、土屋企業事件の行き過ぎた拡張解釈であることは、第1部第2章または状況証拠Ⅱで指摘のとおりである。

前記4のごみ焼却炉事件の課徴金審判事件は係属中であるが、課徴金納付命令時点では、個別調整のなかった案件を課徴金対象から外す実務は取られなかった。ゴミ焼却炉事件の指数化された受注調整ルールは、基本合意のルールが明確であれば個別調整の必要がない場合のその典型で

²³⁹ 白石・勘所 275 頁

²⁴⁰ 東京高判平成 16 年 2 月 20 日

ある。本件のように受注調整ルールが指数化されていれば最終的に誰が受注予定者になるか（談合の話合いの中で誰が勝つか）が、受注表明して、情報を収集しなくても、おのずから決まる。この指数計算ルールを適用するのは水戸黄門の印籠のようなもので、最後まで抜かれることはなかったように事実認定されているが、仮にそれが抜かれなくても談合参加者間で最終的には誰が勝つかはを推認されるのであるから、個別調整なく誰が落札するかが決まるが多かったであろう。その意味で本件において個別調整のない案件が多かったことは、個別調整なく基本合意だけで談合が機能する場合があることを示す端的な例であり²⁴¹、本件で、個別調整のなかった案件を課徴金対象から外さなかった点は公取委の実務の改善を示すものといえる。

これに対し、多摩談合事件では、フリー物件ばかりではなく、個別調整のなかった案件にも課徴金対象からはずされているものがある。このなかには、落札率が、個別調整の行われた物件より、低いために審査官が、課徴金賦課の対象とすることをあきらめた物件もあるが、落札率その他の証拠から、個別調整のない無競争案件となったのは、基本合意の結果ではないかと疑われる物件もあるように思われる。

6 港町管理事件審決²⁴²—最低入札価格での落札と具体的競争制限効果

本件は沖縄県の入札談合の事件で、対象物件について受注調整手続により受注予定者を絞り込んだが、被審人と以前から確執のある対抗馬 1 社とは話合いがつかず、調停も拒否し結局 2 社による競争になった。入札では、2 社以外は受注調整で定められた基準価格以上で入札して 2 社の競争に協力したが、対抗馬は最低入札価格である予定価格の 80% を下回って失格となり、被審人が最低ラインの 80% で落札した。

本件は、平成 17 年改正後の案件であり、排除措置命令と課徴金納付命令が同時に行われている。本件では個別調整による落札価格が最低落札価格近辺に張り付いており、その場合には具体的競争制限効果が発生していないとの主張が行われ、この点に賛成する評釈も見られる²⁴³。しかし、発注者と通謀合していれば最低入札価格を相手方に教えることにより談合による落札価格を最低入札価格に張り付かせることは極めて容易である。入札価格が最低入札価格近辺に張り付くことは、談合行為に発注者が管理していること、すなわち官製談合であることの証拠であり、具体的競争制限効果がないのではなく、むしろ、具体的競争制限効果が発生していることの証である。このように発注者が関与する談合は独禁法の談合行為ではなく、刑法の入札談合罪として処罰するべきであるとの考え方もありうるが、それでは、談合の摘発が十分に行われるか疑問である。発注者が関与した場合でも最終的には納税者という消費者利益は害されているのであり、独禁法の問題としても違法になると解すべきであり、いわゆる官製談合であることや、落札価格が最低落札価格近辺に張り付いていることを独禁法 3 条後段違反の抗弁又は課徴金賦課に対する抗弁として許すべきではない。

²⁴¹ また、前述の郵便区分機事件では、全てが無競争入札になっており、個別調整のない無競争入札を排除したのでは、課徴金を賦課することはできなくなってしまうが、そのような前提には立っていない。

²⁴² 審判審決平成 20 年 6 月 2 日 白石・勘所 525、527 頁

²⁴³ 白石・勘所 342 頁。

7 多摩地区談合事件損害賠償請求事件判決

多摩地区談合については、公取委の事件記録の謄写により、住民訴訟が提起されており、公取委の審判が長期化したため、私訴の方が先に判断が下されている²⁴⁴（この点は、ごみ焼却炉事件も同じである。）。ところが、この私訴の判断はごみ焼却炉の判断よりもさらに混乱している。

住民訴訟では、「慣行」があるに過ぎないとして、基本合意の存在を否定しつつ、個別調整は認めた事例と、個別調整も認めなかった事例がある。しかし、「慣行」が「合意」でないと判断したことは、私法契約と混同した議論である。「慣行」であろうと、「意思の連絡」があれば、「共同して、事業活動の相互的拘束」があるといえる。意思連絡に該当するには、「事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうか」であり、「慣行」といえども、共同の認識、認容があれば、共同性(意思の連絡)に欠けるものではない。そのような慣行が「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情がある」場合(すなわち、独立して意思決定がされている場合)にのみ、「慣行」が意識的並行行為として、「共同して、事業活動の相互的拘束」の要件への該当性が否定される可能性が生じるのであり(後述の着うた事件 V. の解説を参照)、この点を分析せず、「慣行」だから「合意」がないと判断したことは、あまりにも、独禁法本来の分析手法を逸脱した解釈であるといわざるを得ない。この点、前記大石組判決は、合意参加者が「希望する工事について他者に電話をして意思表示するのは、私はこの業界の慣習みたいなものと受け止めておりました。」と述べていることをとらえ、「土木業者間において受注希望の表明がルール化されていたことが裏付けられている」と判断し、その点を基本合意を推認する間接事実と認定しているので、「慣行」であることが、意思連絡や基本合意を否定するものであるとの判断は、現時点では変更されているようにも思われる。

別の見方として、本判決は、「行為」の有無を問題としたのだという読み方もあるようである。談合事件の評釈において、「行為」の有無を問題とするものがある²⁴⁵がこの「行為」の問題の強調も、私法契約の「合意」の成立へのこだわりと同じ誤りにつながる。刑事法においては、「行為」が要件とされるが、行為は作為のみでなく不作為を含む。違法な基本合意が存在していれば事業者は当然この基本合意にしたがってはならないという不作為義務があるので、作為としての「行為」というものを立証する必要はなく、合意の存在だけを立証すれば足りると考えなければならない。下水道ポンプ事件審決では、「合意」は、事業者らが「共同して、相互にその事業活動を拘束する」事実状態をもたらしているものであるから、かかる事実状態が存在していることが何らかの方法で立証されれば合意の存在も認められるのであり、具体的に合意を形成した

²⁴⁴ 八王子市下水道談合住民訴訟 東京高判平成 18 年 11 月 24 日、判例時報 1965 号 23 頁。町田市下水道談合住民訴訟 東京地判平成 19 年 7 月 26 日。大槻文俊 『「大石組審決取消請求事件(旧清水市等発注土木工事の入札談合)-最高裁平成 20 年 3 月 7 日決定-』』 公正取引 No. 694 20 頁

²⁴⁵ 酒井・主張立証 235 頁

ことや事業者間で合意を確認した行為をもってのみ立証される必要はないとしている²⁴⁶。合意は事実状態で足りるということでもいいと思われるが、行為は不作為を含むので、「共同して、相互にその事業活動を拘束する」状態すなわち、独立して行動しないことを決定している状態は、違法な不作為を継続しているものと評価できるからであると考えてもよい。

基本合意から直ちに「競争の実質的制限」効果が発生しないことが問題とされているのかもしれない²⁴⁷。しかし、基本合意によって競争入札の本来のルールとは別のやり方で入札が行われることが決定されているのであり、既に法益に対する明白な侵害がある。具体的な価格の引き上げであるとか札入れがなされない限り競争の実質的制限でないというなら、合意ただけで競争の実質的制限効果が発生することはありえないことになる。個別調整によってもその意味での法益侵害は発生しないのである。

この見解は、談合を受注予定者を決定するカルテルのようにとらえることから生じる誤解のように思われる。公取委の長年の実務においても談合を受注予定者を決定する行為ととらえてきているが、下水道ポンプ事件が適切に示すとおり、本来の競争入札のルールとは違ったルールに拘束させることが談合における違法行為の本質であり、受注予定者を決めるカルテルに限定されるものではない。受注者の決定カルテルと解することが、談合における事業拘束を個別調整と考えるというアプローチにつながるのだが、受注予定者を決めなくても話し合うこと、話し合うというルールを決めること自体により、既に会計法（地方案件は、地方自治法）が定める本来の競争入札ルールが破られており、本来の競争入札のルールとは相容れない別のルールが存在するのであり、そのこと自体で、既に入札談合の事業活動の拘束が存在する。大石組事件高裁判決、下水道ポンプ事件高裁判決は、この点を正面から認めている。

II 価格カルテル事件

1 種苗事件東京高裁判決²⁴⁸

本件は種子販売業者が白菜・キャベツ・大根・カブの種子の価格表と販売価格を一定の方式で決めるという価格協定の下に、価格の引き上げを行っていた事例である。

公取委は種子元売業者 32 社が事業者団体である日本種苗協会の討議研究会で決められた 9 種

²⁴⁶ 2008 年 4 月 16 日審判審決。「本件における違反行為は、本件基本合意の下に受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにするという複数の事業者による事業活動についての相互拘束であり、このような相互拘束の存在が立証されれば足りるのであって、基本合意を形成する行為ないし基本合意の確認などの基本合意を維持する行為について主張、立証を行う必要はない」、「基本合意により発生するのは・・・相互拘束という立証可能な事実状態であって、法的評価ではない。したがって、・・・本件違反行為の存否を判断するに当たって基本合意の成立過程について主張・立証を行う必要はないというべきである」とする。

²⁴⁷ この点の指摘として、金井貴嗣「ごみ焼却炉建設工事入札談合取消事件」公正取引 No. 699、43 頁

²⁴⁸ 東京高判平成 20 年 4 月 4 日。-藤田稔「種苗価格カルテル審決取消請求事件-東京高裁判決平成 20 年 4 月 4 日-」公正取引 No. 694 22 頁

類の元詰め種子の基準価格のうち4種類の種子の基準価格を参考にそれと前年度の同じ種子の基準価格とを比較してその変化に概ね比例するように自己の4品種の価格表と販売価格を決めて取引販売業者及び需要者に販売していたことを認定した。

32社のうち15社が審決取消訴訟を提起した。原告は事業者団体社団が基準価格を決定したことからただちに32社の合意を認定することや合意の形成過程や成立時期を認定せず意思の連絡より時間的後の事実可依拠して意思の連絡を認定したことは実質的証拠に欠けると主張した。第二に、合意の内容が抽象的であり、割引も割戻しも統制されておらず具体的な価格設定ができないから他の事業者の具体的な設定価格がわからず相互拘束の前提となるべき相互予測にかけると主張した。第三に、種子の競争は品種特性の競争であって価格の競争は重視されないので価格協定に拘束性がないと主張した。

東京高裁は、東芝ケミカル事件東京高裁判決を引用しつつ、は第一の点について「不当な取引制限において必要とされる意思の連絡とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識し、ないしは予測し、これと歩調をそろえる意思があることをもって足りるものというべきである(東京高判平成7年9月25日判例タイムズ906号136頁)から、このような意思が形成されるに至った経過や動機について具体的に特定されることまでを要するものではなく、本件合意の徴表や、その成立時期、本件合意をする動機や意図についても認定することが必要であることを前提とする原告らの上記主張は、その余の点について判断するまでもなく理由がない。」として、本件合意を推認した手法に不合理な点はないとした。判決がこの理を基本合意型である本件に限定せず、不当な取引制限における意思の連絡一般について述べたこと、また、その根拠として、基本合意型の上記大石組判決ではなく、東芝ケミカル事件判決を引用していることは、不当な取引制限の合意は、基本合意でない場合でも、抽象的な合意の存在で足りることを判示したものとして意義深い。東芝ケミカル事件判決では、①事業者が値上げに関する話合いをしていたこと、及び②その後一斉に値上げに向けた行動が取られていることから、値上げに向けた行動が個々の事業者の独自の経営判断によることを示す特段の事情のない限り、意思の連絡が認められるとしていた。価格カルテルにおける意思の連絡については、これらの事実のほか、③ある時点において値上することについて事業者間で意見の一致が見られたこと、④打ち出しや値上げに向けた準備の進捗状況に関する情報交換、⑤値上後のユーザー対策等についての話合い、などの事情が意思の連絡の存在を示す間接事実として考えられるが、東芝ケミカル事件判決は、①②があれば原則として意思の連絡が認められるとして、③④⑤等を必須のものとしていないのであるから「合意の徴表や、その成立時期、合意をする動機や意図について認定することを要しない」ことは、東芝ケミカル事件Ⅱ判決において、既に説示されていたとも言えるが、本件判決で、この点が明確になり、大石組判決や下水道ポンプ事件判決などの最近の判決とあいまって、価格カルテル事件においても、抽象的な合意の存在で足り、合意の成立や特定は不要であるとの実務が定着していくものと思われる。

第二の点については、本件各社は合意に基づき価格設定をしても競争上不利にならないとして価格設定のリスクを回避・減少しており、これをもって価格の競争は弱められている。各社は合意に従って価格を定めれば、他社も合意に従って価格を定めるという認識を有しており、具体的な販売価格の設定が可能となるような合意をしていなくても相互の予測が可能であったとし、相

互拘束の前提となるべき相互予測はこの程度で足りるとした。また、値引きや割戻しが取引先ごとに慣行化されていることも相互予測があることの理由としており、基本的には支持できる。

競争の実質的制限については、価格競争が存在しなければ事業者団体の討議研究会で基準価格を決める以外ないはずで、基準価格の決定は価格競争の顕在化を防ぐ機能を果たしている。現時点の状況においても価格競争が軽微であるとはいえないし、それが本件合意により価格を考慮せず種子の適正のみで品種を選択するという状況であれば、本件合意の影響は「むしろ極めて深刻である」とする。東京高裁は「そもそも4種類の元詰め種子についていずれも9割以上のシェアをしめる32社が本来公正かつ自由な競争により決定されるべき商品価格を、継続的なやり方であると認識した上で同業者団体である日種協元詰部会の討議研究会において協議の上決定する基準価格に基づいて定めるとの合意をすること自体が競争を制限する行為に他ならず、市場における競争機能に十分な影響を与えるものと推認することが相当である。」としている。

本件を、競争を回避することを容易にするような協調促進的慣行について、個々の事業者が当該慣行を認識し、お互いに当該慣行を保証する意思の一致があることが立証された場合に不当な取引制限を認定できる事例として重要である²⁴⁹との指摘する評釈がある²⁵⁰が、本件は、明示の合意としての基本合意に従って、価格引上げがなされているので、協調行動の事例とみなすべきではないと思われる。

2 ポリプロピレン事件東京高裁判決²⁵¹

本件審決は、ポリプロピレンについてのカルテルについて違反事実を認定した審決であるが、東芝ケミカル事件を引用しているにもかかわらず、特定の会合での合意の成立にこだわるという三菱ビルテクノ事件²⁵²と共通する問題を残したアプローチ上の誤りを犯している事例(ただし、最終的に違反事実を認定している点は、三菱ビルテクノ事件と異なる。)である。

(審決の概要)

「意思の連絡」とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引き上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引き上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者相互間で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引き上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解され、また、その判断に当たっては、対価引き上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである(東芝ケミカル株式会社審決取消請

²⁴⁹ 藤田前掲注 249 25 頁

²⁵⁰ 藤田前掲注 249 25 頁

²⁵¹ 山部敏文『価格カルテルにおける「意思の連絡」の証明-ポリプロピレン価格カルテル事件』ジュリスト No. 1372(2009. 2. 15)

²⁵² 審判審決平成6年7月28日 審決集41巻46頁

求事件平成7年9月25日東京高等裁判所判決)。

そこで本件につき、まず平成12年3月6日・・・部長会の前後の経緯をみると、・・・審決案において認定しているように、1月21日の部長会においてナフサ価格の高騰を背景に、4月以降のナフサ価格の見通し及びポリプロピレンの値上げの必要性について意見交換を行い、ポリプロピレンの値上げについて部長会において検討していくこととし、これに基づき、2月7日及び2月21日の部長会において当該値上げについて意見交換等が行われた。そして、3月6日の部長会後の3月17日の会合においては、各社の値上げのための社内手続の進捗状況、値上げの打ち出しの内容、対外発表時期等につき確認をした上で、次回3月27日の会合において各社が責任をもって値上げ交渉を行う需要者に対する分担を決める案を持ち寄ることとし、続く3月27日の会合においてその分担が決められ、その後、実際に値上げの交渉が行われ、さらには実施状況の確認等について会合等が行われたのである。

これらのことからすると、値上げの打ち出しの内容、時期等の確認が行われた3月17日の会合までには、ポリプロピレンの値上げについて被審人らの間に上記の趣旨における『意思の連絡』が既に存在していたと考えられるところ、3月6日の部長会をはさんだ上記の一連の事実経過、3月6日の部長会において、当該値上げに関して認識が一致したとの趣旨を被審人ら関係7社のうち5社の出席者が審査官に供述している（これらの供述調書が供述者の意思に反して作成されたことを疑わせるに足る事情は認められない。）こと、そして、その後、本件合意内容に沿う値上げ交渉が実際に行われ、その実施状況の確認も行われたことなどを総合的にみると、3月6日の会合において、被審人らが相互にポリプロピレンの需要者向け販売価格の引き上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思を有し、もって上記『意思の連絡』に当たる本件合意が成立したと認めることができるというべきである。」と認定した。

(評釈)

三菱ビルテクノ事件の後に東芝ケミカル事件の裁判所の判断が出され、事実最近の裁判所の判断では入札談合やカルテルにおいて時・場所・内容を特定する必要はないとの判決が相次いでいる(大石組審決取消訴訟高裁判決及び種苗事件高裁判決)にもかかわらず、本件では、3月6日の部長会の合意の成立にこだわって、事実認定している。これは、被審人から、合意の成立時点の積明を求められ、審判官が、審査官にその点の特定を求め、審査官が、3月6日の部長会の合意の成立を主張したため生じたもので、この点は、審判官がの争点整理に関し、主体的に審判指揮を取らなかったことが問題である。審決の示すような間接事実は、本件は、3月6日の特定の日に、部長会で、価格引き上げの決定がなされたことを示す間接事実というより、審決自身が示すとおり、3月17日の会合までには、ポリプロピレンの値上げについて被審人らの間に上記の趣旨における『意思の連絡』が既に存在していたと考えられる証拠・間接事実である。3月6日の部長会で、決定がされたかどうかにかかわらず、審決の示す3月6日の部長会より前の事実経過および3月17日の社内手続の進捗状況の報告や同月27日の責任分担などの事情などの事後の経過についての事実関係によれば、価格協定の合意の存在は、十分に認定できる事例で、審決

は、3月6日の部長会の合意の成立に固執すべきではなかったと思われる²⁵³。

また、本件で事実の概要欄が争いのある事実関係を含むかどうかは明言されていないが、争いのある事実関係と争いのない事実関係を峻別するのでなければ、概要欄の記載は意味がなく、事実整理においてはどこまで争いのない事実かが明確になるように事実整理すべきであるように思われる。事実の概要欄記載の事実が、争いのない事実であれば、争いのない事実及び証拠から認定できる事実だけでカルテルは立証でき、3月6日の部長会で、決定がされたかどうかという争点についての判断は必要がなくなる。この点でも、問題のある審決が下されたと評価せざるを得ず、委員会は、大石組審決取消訴訟高裁判決及び種苗事件高裁判決に従って審決が下される案の書き直しを命じるべきであったと思われる。

Ⅲ 刑事事件

鋼橋談合宮地鐵工所等刑事事件東京高裁判決²⁵⁴

本判決は、不当な制限罪が、継続犯であることを明言した。

第1部第2章または状況証拠Ⅱでは、「この問題が「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体を歪めており、至急立法的手当てが取られるか、裁判所により、公訴時効や除斥期間は、カルテルの合意の効力が失われるまで(引き上げた価格が維持できなくなるなどカルテルが崩壊するまで)進行しないことが明確に説示される必要があり、公訴時効や除斥期間の論点が、すべての理論構成に影響し、全体の解釈論をゆがめているにもかかわらず、早急な司法的又は立法的対策をとることができないというのは、日本の法システム上の問題ではないか。」と論じていた²⁵⁵ところ、速やかに判断が下されたことは、まことに喜ばしい。

Ⅳ 共同の取引拒絶(グループ・ボイコット)

着うた事件審決²⁵⁶

(事実の概要)

公取委は、平成17年3月24日、ソニー・ミュージックエンタテインメントら5社(以下「5社」という)が、いわゆる着うた提供事業に関して、一般指定1項1号「共同の取引拒絶」に該

²⁵³ 審決は、3月17日の社内手続の進捗状況の報告や同月27日の責任分担などの事情を、意思の連絡があったことを立証する間接事実ではなく、3月6日の部長会において値上げすることの合意が成立したことの間接事実として使っているが、「3月6日の部長会において」値上げすることを基礎付けているといえるか疑問の余地がある。

²⁵⁴ 東京高判平成19年9月21日 審決集54巻773頁

²⁵⁵ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ1983号18頁

²⁵⁶ 審判審決平成20年7月24日。土田和博 『着うた共同取引拒絶事件(公正取引委員会平成20年7月24日審判審決)(株)ソニー・ミュージックエンタテインメントほか3社に対する件』公正取引 No. 698 21頁。平林英勝『原盤権の利用許諾を行わないことが共同の取引拒絶に該当するとされた事例』ジュリスト No. 1363 (2008.9.15) 60頁。

当する不公正な取引方法を行っているとして勧告を行い、東芝イーエムアイは応諾した(平成 17 年 4 月 26 日勧告審決)が、他の 4 社は応諾せず審判が開始された。本件は、これら 4 社に対する審判審決である。

5 社は、着うた提供事業(CD用に製作された原盤を使用して演奏者の歌声の一部を携帯電話の着信音として配信するサービス)が開始されるのに伴い、5 社が共同して設立し、運営するレーベルモバイルに対し着うた配信業務を委託した。レーベルモバイル運営委員会での検討の際の説明資料には、「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」、「早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除します」(以下「三つの文言」という)などとの記載がなされていた。着メロは、着うたと権利関係において以下の点が異なる。着メロ(楽曲の電子音を携帯電話の着信音として配信するサービス)では、メロディーの著作権が JASRAC に集中管理され、レコード会社でない配信業者も、JASRAC にライセンス料を支払うことで、着メロ提供事業を行うことができる。これに対し、楽曲の著作権(正確には著作隣接権。原盤権とも呼ばれる。)は、原盤を有するレコード会社に保有され、着うたを配信するには、着メロと異なり、当該楽曲の原盤権者であるレコード会社の利用許諾がなければ行うことができない。

レーベルモバイルとレコード会社の契約は、(独占的なライセンス契約によりレーベルモバイルに著作権を集中管理させているわけではなく、書面上は「非独占的な」業務委託であり、ユーザーへの利用許諾は、あくまで各レコード会社との間でなされる仕組みとなっていた。

レーベルモバイルの事業が順調に業績を伸ばしたため、レコード会社以外の配信業者が着うた提供事業に参入しようと 5 社に対して楽曲の利用許諾を求めたが、5 社は、他の事業者からの楽曲提供の申し入れをほとんど拒絶した(5 社のうち 3 社は利用許諾が皆無であり、他の 2 社の利用許諾の割合は配信している楽曲の 0.04%および 0.51%であった)。ただし、のちに他の事業者のサイトからレーベルモバイルのサイトに誘導する方式(アフィリエイト方式)での利用許諾は行われるようになった。このアフィリエイト方式だと、ユーザーは結局、レーベルモバイルのサイトで、着うたの配信契約を結ぶことになるので、利用許諾料金は、他の配信業者を通じても、変わらないことになる。

5 社がレーベルモバイルを通じて着うたとして配信している楽曲は、人気楽曲の上位 100 位の 47%、国内の着うた配信の売上高の約 46%である。

(審決の概要)

本件では、5 社が利用許諾を拒絶した各行為について、共同の取引拒絶に該当するかが問題となり、共同性について、審査官主張の、レーベルモバイル運営委員会での討議と、並行的な取引拒絶が独立の行動としては不自然すぎるという主張を十分でないとし、以下のように判断した。5 社間における明示の意思の連絡を直接証するものは存在しない。しかし、5 社が共同して設立し、運営するレーベルモバイルに対し着うた配信業務を委託する一方、他の着うた提供業者または着うた提供事業を開始しようとする者からの楽曲の提供の申し入れに対し、①5 社が利用許諾をしたことはほとんど皆無であった事実、②その申し入れに対する 5 社の対応状況、③レーベルモバイルにおいて着うた提供事業を始めた際の背景や動機および④アフィリエイト戦略を検討し

ていた状況等の間接事実を総合して判断すれば、5社間において相互に他の4社も利用許諾を拒絶することを認識して、これを認容した上、他の着うた提供業者からの利用許諾の申し入れに対して拒絶していたものと認められ、5社間において利用許諾を共同して拒絶することについて意思の連絡があったと認められるものとした。

公正競争阻害性の点については(この点は、本件の争点とされていない)、5社による共同取引拒絶行為は、正当な理由によるものと認めるべき事情を何らかがうことはできず、当該行為は公正競争阻害性を有するものとして不公正な取引方法に該当するものとした。

(評釈)

本件の意思連絡の対象

本件は、不公正な取引方法の一般指定1項の問題であるが、その「共同」性については、3条後段の「共同して」と同じ考え方が妥当し、東芝ケミカル事件東京高裁判決の意思連絡の考え方で解釈できると考えられている。

審決は、審査官主張の、レーベルモバイル運営委員会での討議と、並行的な取引拒絶が独立の行動としては不自然すぎるという適切な主張を十分でないとするのは疑問である。

本件では、運営委員会の資料に①「レコード会社にしか出来ないビジネス」、②「価格競争の起こらない安定したビジネス」、③「早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除」という「三つの文言」が明記されていることから、各社が着うたを配信業者にはライセンスしないようにしようという計画は明白なものとなっている(「レコード会社にしか出来ないビジネス」「早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除」といっているのだから、配信業者にライセンスしない意図があることは自明である)。しかも、着うたの利用許諾要請に対し、レーベルモバイルを通じてしか利用許諾しないと理由がしばしばのべられている(別紙1参照)。これは、非独占の業務委託という契約書面と矛盾する対応であり、これだけで、取引拒絶についての意思の連絡があることは明白であり、黙示の合意理論を持ち出すまでもない。

本審決は、「この時点において、既に、将来の携帯電話向けの音楽の配信市場における具体的な価格競争を懸念し、携帯電話向けの音楽の配信事業等において5社が結束し、第三者を排除して価格競争を回避する必要性を確認していたことまで推認することはできない。」とするが、意思の連絡の立証の対象は各社が取引拒絶することであり、それ以上の内容については立証の対象ではなく、まして、5社が結束していたか、レーベルモバイルによる事業計画が第三者を排除して価格競争を回避する意図を共有していたかなどは、意思の連絡の立証の対象ではない。これらは、公正競争阻害性の認定に当たって問題となる点である。種苗事件の東京高裁判決が、価格カルテルでは、価格引上げの合意でよいことを確認しているのであるから、共同の取引拒絶でも、意思の連絡の対象は、取引拒絶の点だけであることを宣言すべきであった。それにもかかわらず、本来、公正競争阻害性で議論すべき被審人の計画が公正競争阻害的なものであるか否かを「意思の連絡」で論じるのは筋違いであり、この点が本審決を混乱した内容にしている。従って、本

件は、「意思の連絡」については、レーベルモバイル運営委員会の設立と、並行的な取引拒絶が独立の行動としては不自然すぎるという審査官の主張をそのまま採用すればよかった事例であると思われる。

本審決が、動機を補強理由とした理由とその問題点

本審決は、審査官主張の事実に加え、③レーベルモバイルにおいて着うた提供事業を始めた際の背景や動機および④アフィリエイト戦略を検討していた状況等の間接事実を総合し、黙示の合意を認定している。審決が、審査官の主張が十分でないと考えるときに、主張と証拠関係全体から、認定に必要な間接事実を再構成すること自体は、好ましい傾向といえる。④のアフィリエイト戦略を検討していた状況が意思連絡の証拠となることは当然だが、本件ではこれがないからといって、意思連絡が推認できないものではない。これに対し、③の動機や背景事情が補強理由となっているかは疑問がある。本件で審判官が認定した「レコード会社などの原盤権者等がそれぞれ単独でサイトを開設して自己が保有等する楽曲についてのみ配信するよりは、複数のレコード会社などが共同してそれぞれ保有等する多数の楽曲を集めたサイトにより配信する方が、単一のサイトにおいてより多数の人気楽曲を配信できる」という動機は、各社が独立して意思決定していることの証拠となる可能性を生じる理由であり（詳細は、V. を参照）、動機や背景事情は、むしろ、公正競争阻害性との関係で「正当な目的」として考慮すべきであった。

公正競争阻害性

本審決は、「共同して、他の着うた提供業者に対し、利用許諾を拒絶していたものと認められるところ、本件告示第1項は、かかる共同の取引拒絶行為は「正当な理由がない」限り不公正な取引方法に該当するものと判示している。独占禁止法第2条第9項は、「不公正な取引方法」の要件として「公正な競争を制限するおそれがある」こと（公正競争阻害性）を定めているが、本件告示の定めは、かかる共同の取引拒絶行為については、その行為を正当化する特段の理由がない限り、公正競争阻害性を有するものとするものである。」とし、取引拒絶の事実があれば、公正競争阻害性の格別の立証は必要ないと解している。しかし、公正競争阻害性の点については、公取委に第一次的主張立証責任があると解すべきであり、その他の事件ではそのように運用されていると思われる。しかも、本件で被審人は、著作権を有しているのであり、レーベルモバイルを通じ、著作権を共同管理することが直ちに公正競争阻害性を有するわけではなく、各社へのライセンス依頼は拒絶するという取り決めは、著作権の共同管理のための合理的制限と考えられる余地がある。本審決は、レーベルモバイル事業は共同販売組織のようなものであり、共同販売組織であることから直ちに、公正競争阻害性があると考えたのかもしれないが、JASRACを考えればわかるとおり、著作権管理団体が直ちに公正競争阻害性をもつものではない。著作権の共同管理団体は、著作権の利用者が著作権の利用許諾を受けやすくするので、一定の競争促進効果が認められるからである。従って、商品の共同販売と同列に論じることは出来ず、著作権の独占と利用促進のための利便性に配慮した十分な分析が必要であるように思われる。

本審決は、「上記共同取引拒絶行為が正当な理由によるものと認めるべき事情を何らうかがうことはできない」としているが、本審決自身が、本件取引拒絶の動機や背景事情として「レコード会社などの原盤権者等がそれぞれ単独でサイトを開設して自己が保有等する楽曲についてのみ配信するよりは、複数のレコード会社などが共同してそれぞれ保有等する多数の楽曲を集めたサイトにより配信する方が、単一のサイトにおいてより多数の人気楽曲を配信できる」という点を認定している。この点は、楽曲の配信数を増やそうという独禁法の目的にとって競争促進的なものであり、公正競争阻害性との関係では「正当な目的」となるものである。従って、「上記共同取引拒絶行為が正当な理由によるものと認めるべき事情を何らうかがうことはできない」とはいえない。

これらの点は、審決の理由付けとして、看過しがたい欠陥とも思われ、本審決は、違法な共同の取引拒絶を認定する実質的証拠を欠くものとして、審決が取消される可能性もあるものと思われる。公正競争阻害性の問題を争点として提起せず、意思の連絡の問題にこだわって議論している被審人の訴訟戦術は理解しがたいものであるが、だからといって公正競争阻害性の点について、全く認定していないことが許容されるかは疑問である。

本件を競争阻害効果しか発生しない類型(米国では、これを naked boycott(あからさまなボイコット)と呼ぶ)のように考える評釈もある²⁵⁷が、上記の通り、本件は、著作隣接権の共同管理を理由とする取引拒絶であり、消費者にとっても利便性があり、また楽曲の配信数を増やそうという競争促進的な効果を持ちうる事例であるから、あからさまなボイコットにあたりうるような事例ではない。

上記の審決の構成の問題点は置くとして、審決に現れた事実認定から、公正競争阻害性は認定できるであろうか。検討の際の説明資料の「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」、「早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除します」という点は、公正競争阻害性の認定においても重要である。

上記の「三つの文言」の趣旨は、着メロでは、メロディーの著作権が JASRAC に集中管理され、レコード会社でない配信業者も、JASRAC にライセンス料を支払うことで、着メロ提供事業を行うことができるのに対し、楽曲の著作権は、原盤を有するレコード会社に保有され、着うたを配信するには、当該楽曲の原盤権者であるレコード会社の利用許諾がなければ行うことができないことを各社に示したものである。しかし、その結果として、レコード会社が共同して取引拒絶を行えば、このような権利関係の違いのゆえに、配信業者による競合商品の出現が阻止されるであろうことは予測可能である。配信業者による競合商品の出現が阻止されれば、レコード会社主導で、各原盤権のライセンス料をベースにした価格設定が維持され、着メロのような値崩れは起こらないであろうことも予測できる。その意味で、共同の取引拒絶により、競争者のよりよい商品

²⁵⁷ 直前の注の平林論文 61 頁。同土田論文注 15 の U.S. v. Columbia Pictures Industries, 507 F. Supp. 412(1980)は、既存の事業者が排除される点が明白であるのに対し、本件は、他のレコード会社の事業への参加を許容している点、本件では、レーベンモバイルのサイトに集約することによる消費者の利便性が生じている点で、同判例が本件の参考になるか疑問であり、本件で参照されるべき←欧米の判例は→BMI 事件およびマギル事件であると思われる。BMI 事件は価格協定についてさえ、著作権の共同管理はあからさまなカルテルではないとしている。越知・日米欧 80 頁

(より安価又はより便利な商品)が市場に届けられるのが妨げられたという可能性はあり、その点は、公正競争阻害性を認定できる理由となる。但し、そのためには、楽曲の着うたライセンス市場で市場閉鎖が生じていることが必要ではないかと思われる。5社がレーベルモバイルを通じて着うたとして配信している楽曲は、人気楽曲の上位100位の47%、国内の着うた配信の売上高の約46%と、50%程度の市場占有率しかないので、5社だけの業務委託に過ぎない段階では、配信業者の参入が困難になったとは評価できないので、著作権の利便性促進のメリットの方が大きいように思われる。公取委は特許プールの考え方に依拠し、市場支配力が形成される場合には、ライセンス拒絶が違法になると考えているのかも知れないが、50%程度の市場シェアしかない場合に、その考え方を適用していいか疑問である上、本件の場合には、特許プールのような技術の代替性・技術開発の阻害という問題が生じるわけではないので、一層疑問が残る。しかし、審決の事実整理には記載されていないが、本件では、5社以外の他の22社もレーベルモバイルに業務委託し、かつレーベルモバイルを通じない利用許諾を断っている結果、ほとんどの人気楽曲は、レーベルモバイルのサイトを通じて配信される状況となっていたようである。そうであれば、配信業者の参入は、完全に排除されることになるので、楽曲の着うたライセンス市場で市場閉鎖が生じていると評価でき、公正競争阻害性を認定できる可能性が高まるであろう。その場合、他の22社についても、意識的並行行為か意思連絡に基づく行為かの問題が生じるはずである。この点は、審査官は、意思連絡が立証できないために5社だけに排除勧告を行ったようであるが、理論上は、利用許諾を拒絶している全てのレコード会社(5社プラス22社の大半)の著作権に基づく(単独の)取引拒絶を、各社ごとの一般指定2項の単独の取引拒絶または私的独占の事例として構成することはありうる。そのような構成に驚かれる方も多いかと思われるが、EUの有名な判例であるマギル事件はこのような例である²⁵⁸。

マギル事件では、テレビ放送事業者3社のテレビ・プログラムの著作権に関するライセンス拒絶を共同の取引拒絶と構成するのではなく、意識的並行行為とした上、テレビ放送事業者3社の著作権に基づく(単独の)取引拒絶を支配的地位の濫用としている。その上で、知的所有権の取引拒絶により支配的地位の濫用となるには、競争者のよりよい商品が市場に届けられるのが妨げられたことが必要であると判示している。同様の考え方が日本でも取れないわけではなく、そのように構成した場合、5社の共同性は問題にならず、5社プラス22社について、単独の取引拒絶についての公正競争阻害性又は2条5項の私的独占の「競争の実質的制限」の要件で、上記の公正競争阻害性の分析を行うことになる。いずれにせよ(私的独占の競争の実質的制限の要件においてであろうと、共同の取引拒絶又は単独の取引拒絶の公正競争阻害性の要件においてであろうと

²⁵⁸ RTE and ITP v. Commission (Magill TV Guide) [1995] I ECR 743 [1995] 4 CMLR 718 アイルランド及び北アイルランドにおける三大テレビ出版業者は自社の週刊テレビガイドをばらばらに出版しており、全社のテレビ放映全てを収録したテレビガイドは存在しなかったところ、マギルは、全社のテレビ放映全てを収録した週刊テレビガイド(以下「マギル・テレビガイド」という)を出版しようと考え、3社に著作権のライセンスを申し出たが、全社から拒否された。マギルは、ライセンスを受けずに出版を強行したところ、3社のうちの2社から差止訴訟が提起され、アイルランドの裁判所はこれを認めた。マギルは本件を欧州委員会に持込み、欧州委員会は支配的地位の濫用であるとして、3社にライセンスの提供を命じ、第一審裁判所(CFI)、欧州裁判所も欧州委員会の決定を支持した。事件の詳細については、越知・日米欧 563-565 頁参照。

と)、配信業者の競合品が、法律で認められたレコード会社の著作権の独占を制限するほどの価値のある新商品の流通が妨げられたかが、最も重要な事実認定のポイントになると思われる。

ところが、本審決は、配信業者の競合品が、法律で認められたレコード会社の著作権の独占を制限するほどの価値のある新商品の流通が妨げられたかの点はもとより、他の 22 社の業務委託の状況、取引拒絶の状況という本件の分析に必須の間接事実について、事実整理の中で十分整理されていない。重要な間接事実を事実整理の中で、取りこぼしているという点でも本審決はあまりにもひどい出来栄であると苦言を呈さざるを得ない。

なお、レーベルモバイルの使用に関し、5 社が着うた使用に関する利用料金を統一化したとすれば、価格協定の問題となるが、本件では、そのような価格設定は行われておらず、価格設定は各社が個別におこなっている。

V 補論：意識的並行行為と共同認識説

カルテル・談合や共同の取引拒絶で、動機や背景事情を活用する場合、使い方によっては、意識的並行行為をも違法とする共同認識説にたつかのような理由付けとなる危険性があり、用い方に注意を要する。区分機事件や着うた事件の審決では、この点の認識が十分でないようであるので、共同認識説と意識的並行行為について、補足する。

意識的並行行為とは何か

高度寡占市場では、協調した方が、競争するより自分の利益を拡大できるために、相手が協調して行動することを予測でき、事業者間で意思の連絡がなくとも(独立した意思決定で、)並行行動を行うことができ、このような行動を意識的並行行為(*conscious parallelism*)とか寡占市場における相互依存関係(*oligopolistic interdependence*)という²⁵⁹。この点は、経済学の立場から、難しい説明がなされることが多いが、以下の事例を米国反トラスト法の帰結に照らしながら考えればわかりやすい²⁶⁰。

[例 1.] A 社と B 社はある地方におけるスポーツショップである(従って市場は寡占的でない)。ゴルフボールを A 社は 2.06 ドル、B 社は 2.01 ドルで売っていたが、突然、両社はゴルフボールの値段を同時に 3.75 ドルに上げた。卸売価格の上昇などの理由もない。両社の会合の証拠もない。ただし、価格引き上げの事実は、引き上げ後に相互に FAX が送られ、お互いの知るところとなっている。

日本ではこのような会合のない事例でカルテルを認める例はないが、米国では、両社のカ

²⁵⁹ 意識的並行行為について、越知・日米欧 125 頁以下

²⁶⁰ 以下の例は筆者のコーネル大学におけるヘイ教授の独禁法講義を参考にして作成したものである。今日的な寡占的相互依存に関する基本文献として、Hay, *Oligopoly, Shared Monopoly and Antitrust Law* 67 *Cornell Law Review* 439 (1982)

ルテルが認定される可能性は高い。

まず価格が、2 倍近い水準の急激な変化であり、単独でこのような値上げをすれば、まず、消費者は他のスポーツショップに流れるので、リスクの大きさを考えれば、単独でこのような値上げを行ったと考えることは不合理である。しかも、そのようなリスクを軽減するため、お互いに価格引上げの事実が伝達されている。

【例 2.】 A 社はプレスでの会議で、価格を 3.75 ドルに上げると発表した。B 社は直ちに、同額の値上げで追随した。

米国では、プレス発表が誘因行為であり、B 社は単独では行えないような急激な値上げを行っているため、インターステート理論により、カルテルを認定できる²⁶¹。秘密の手紙と公開のプレス発表の違いがあり、プレス発表とその追従行為でカルテルの証拠となるのかといふかる向きもあるかと思うが、まず、価格変化が急激であり、B 社のプレス発表により、同業他社が追随することが確実であるため、値上げで顧客を失うリスクがないことを知らされる点は手紙による誘因と何ら異なるところはない。また、B 社は価格を据え置いて、顧客を拡大するチャンスを自ら放棄するという点で独立の行為としての合理性を欠くので、黙示の合意を認定できるのである。

【例 3.】 例 1 で 3.75 ドルに上げた前日、卸売価格が 1.5 ドルから 3.3 ドルに上昇していた。

この場合、A、B 社が値上げで対応するのは独立の行動として合理的である。値上げ後の金額を同額にしたとしても、価格競争の面から、独立の行動として、依然として合理的であり、カルテルは立証されていない²⁶²。

【例 4.】 A 社で値段を 3.75 ドルに上げた翌日、B 社も 3.75 ドルに上げた。卸売価格の上昇などの理由もない。両社の会合の証拠もない。

【例 1.】との相違は、同日か翌日かの違いだけであり、米国では、この場合も、黙示の合意が成立することがある。B 社が、A 社の顧客を奪うチャンスを自ら放棄するのは不合理である。A 社が 3.75 ドルに上げた行為そのものを誘因行為とみることができ、インターステート理論の適用ともいえる。急激な変化に対し、不合理な追従がなされた場合も黙示の合意が認定されると考えてもよい。

【例 5.】 A 航空会社が、ニューヨーク・アトランタ間のフライトを \$200 ドルから 375 ドルに上げたところ、同区間に競合路線を有する B、C 社も同額の引上げを行った。

このような例の場合、A 社は B、C 社の追従を信じている。なぜなら、もし、B、C 社が追

²⁶¹ インターステート理論については、第 1 部第 2 章または状況証拠 II 1979 号 7 頁、越知・日米欧 113 頁参照。

²⁶² 本件はシアター・エンタープライズ判例・マツシタ・モンサント準則の適用場面である。第 1 部第 1 章または Part II 1979 号 7 頁、越知・日米欧 114 頁参照。

随しないなら A 社は元の値段にもどすだけだからである。B、C 社は独立の決断として、A 社に追随したほうが有利との結論になるので、この追随をもって、インターステート理論を適用することは難しい。

【例 6.】 コンピューターリザベーションシステム上で、A 航空会社が、ニューヨーク・アトランタ間のフライトを \$200 ドルから 375 ドルに上げたところ、同区間に競合路線を有する B、C 社も同額の引上げを行った。次に A 社が、ニューヨーク・マイアミ間のフライトを \$250 ドルから 475 ドルに引き上げたところ、B、C 社が、追随しなかったので、数時間後、価格をもとの、250 ドルに戻した。さらに A 社が、ニューヨーク・サンフランシスコ間のフライトを \$400 ドルから 775 ドルに引き上げたところ、B 社は追随したが、C 社が、追随しなかったため、A 社は C 社のドル箱路線である、ニューヨーク・シカゴ間の価格を 200 ドルから、100 ドルに引き下げた。C 社は数時間後、ニューヨーク・サンフランシスコ間のフライトを \$400 ドルから 775 ドルに引き上げた。A 社はニューヨーク・シカゴ間の価格を元通りの 100 ドルから 200 ドルに引き上げた。

上記は、シグナリングの事例であり、カルテルが認定できる²⁶³。

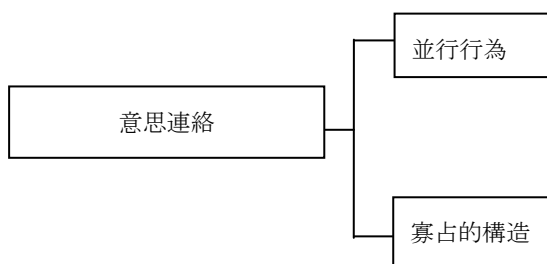
例 4. と例 5. の違いは寡占市場か否かにある。寡占市場では、寡占構造でない市場において不合理とされ得る並行行為が、独立の合理的行動として行われ得るのであり、その点が寡占的協調行動の問題の核心である。例 5. のような並行行動が、意識的並行行為であり、競争者の行動を完全に予測し、競争者の行動への認識があるにもかかわらず、「意思連絡」がなく、独立に行動している(意思決定されている)と解される場合である。しかし、例 6 のように、価格の引き上げ・引き下げをコンピュータの内部で、あたかも競争者間でダイアログ(会話)するように行うような場合には、このような価格行動自身が、競争者へのサインと応答であり、意思連絡の証拠となると解されている。これは、寡占市場では、コンピューターにおける価格引上げや、引き下げの意味を理解し(3 番目の A 社のとったニューヨーク・シカゴ間の価格を 200 ドルから、100 ドルに引き下げる行為は、C 社が追随しないことに対する懲罰の示唆である。)、寡占でない市場では起こりえないような方法で協調的行動をとることができる。

以上のように、寡占市場では、通常の市場で起こりえない行動が、独立した行動となる(例 5) 反面、通常の市場で起こりえない行動を、意思連絡の証拠として活用することができる(例 6)。例 6 は、寡占市場であるがゆえに、業界以外のものにはその意味が理解し得ないような微妙な行動であっても、競争者はその意味を完全に理解し、協調的なレスポンスで応じる場合には、A 社の行動は、B、C 社へのシグナル(誘引行為)を送ったものとして、意思連絡の証拠になる。このように、寡占市場であることは、意思連絡を否定する証拠になる場合と肯定する証拠になる場合があり、その見極めは、慎重におこなう必要がある。

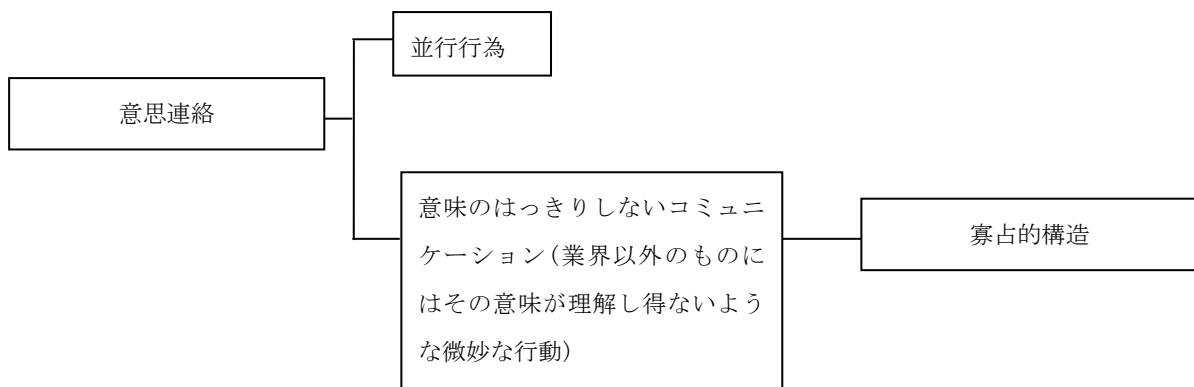
²⁶³ 米国反トラスト法の United States v. Airline Tariff Publishing Civ. A. No. 92-2854 SSH. (1993)。同判例の解説については、越知・日米欧 134 頁

寡占市場の構造を意思連絡の証拠とする場合、具体的なコミュニケーションについて、そのような行動が、寡占市場の構造ゆえに、価格引上げや、受注調整の意思連絡の証拠となることを示す必要がある。ただし、日本のこれまでの事例では、そこまで微妙な事例は、そもそも取り上げられておらず、審判官が、より簡潔な認定ができる事例であるのに、寡占市場の構造や動機を持ち出し、かえって、審決の説得力を弱めている例が多い。区分機事件審決や着うた事件の審決はそのような場合のように思われる。ブロックダイアグラム化すると以下の通りである。

問題のある構成



適切な構成



共同認識説とは

共同認識説とは、3条後段の「共同して、・・・遂行し」の解釈について、共同の認識に基づくものであれば足りる(意思連絡は不要である)との説に立ち、共同遂行を共同の認識に基づき形成された事業活動の「共同の遂行」と理解する説であり、正田教授により主張された見解である

264。共同認識説は、プライスリーダーによる価格上げが行われる場合、不当な取引制限に該当させる必要があるとし、事業者が独立の意思決定により行われる意識的な並行行為の場合までも、共同遂行にあたるものと解する点に特徴がある。しかし、プライスリーダーが価格を決定し、それに他の事業者が独立した意思決定のもとに、追従する行動は合理的であり、事業者の独立した意思決定である限り、事業者の事業活動は制限されていないから、意識的並行行為である限り、独禁法上の不当な取引制限に当たらないとするのが、欧米の一致した解釈論である²⁶⁵。ただし、共同認識説を主張する正田教授が例としてあげる旭硝子他の価格協定事件²⁶⁶は、斉一的行動を取ったとされる三社は協議を行っており、この協議から意思の連絡が推認できる事例(独立した意思決定が行われていないと推認できる事例)であり、(欧米の基準からは)いわゆる意識的並行行為ではなく、カルテルの存在を認めることができる事例であるように思われる²⁶⁷。

共同認識説は、学説でも批判されてきているが、具体的事件の評釈では、東芝ケミカル事件東京高裁判決の「「意思の連絡」とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引き上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引き上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者相互間で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引き上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解され、また、その判断に当たっては、対価引き上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである」との定義を単純にあてはめ、共通の認識があれば「意思連絡」が存在すると帰結を導いたり、そのような帰結を単純に承認している評釈も存在する²⁶⁸。また、近時有力な、協調行動(並行行為)の事例に「真の競争者テスト」を適用した場合も、共通の認識があれば、協調したこと(並行的行動をとったこと行為)自体が、「真の競争者」の行動とはいえないとの帰結となり、共同認識説的な帰結を導く可能

²⁶⁴ 正田彬・全訂独占禁止法 I 234-235 頁。正田教授は、日本の不当な取引制限の規定はカルテル規制に関しては、アメリカ法あるいは西ドイツ法に比べて一歩進んだ面を有するとしている。しかし、この見識は、アメリカの「合意」を私法契約的に捉えたとの前提に基づいている。アメリカの「合意」の概念は、EC 競争法 81 条の agreement + concerted practice より広いのであり、前提が誤っているといわざるを得ない。

²⁶⁵ 助長のための道具が存在する場合そのような助長のための道具がある場合には独立した意思決定が行われていない(従って意思の連絡がある)とのアプローチで意識的並行行為の範囲を狭めようとしているが、意識的並行行為をカルテルと見るものではない。

²⁶⁶ 正田前掲 248 頁。プライスリーダーの値上げに追従して値上げが行われた斉一的行動が意識的並行行為の事例としている

²⁶⁷ アメリカでは、航空会社のプライス・シグナリングの事例のように、コンピューターリザベーションシステムの画面上で価格の上げ下げをしていることも場合によっては意思連絡の要素であるコミュニケーションであると判断される場合もある。このようにコミュニケーション(意思連絡)を実質的に捉えていけば、意識的並行行為までカルテル規制に取り込む「共同認識説」による必要はないと考えられる。

²⁶⁸ 本審決および上記の本件評釈にもそのような傾向が見られるように思われる。

性がある²⁶⁹。

しかし、東芝ケミカル事件東京高裁判決を、連絡行為がなくても動機を共通にしていれば意思の連絡が存在するかのような前提に立つことは、同判決の正しい読み方ではない。同判決が、「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情がある」場合には、意思の連絡はないとの留保を行っていることを忘れてはならない。何らの連絡行為もなく、単に他の事業者の追随を予測しこれを確信して、取引拒絶を行った場合(いわゆる意識的並行行為の場合)には、東芝ケミカル事件判決では、意思連絡は認められないのである。その意味で、同判決は、意識的並行行為を除外していると考えられる²⁷⁰。

審決が「黙示の合意」に依拠しすぎる傾向の問題点

審決が、独禁法の世界での「黙示の合意」の事例を使う必要のない事例に、独禁法の世界での「黙示の合意」の理論(協調行動理論)を共同認識説を取るのかと思わせるような危うい理論構成を持ち込んでいるのは、審判官(おそらく裁判所から出向している審判官にその傾向が強いのではないかと推測される)が、契約法的な世界での明示の合意がない場合に、安易に、協調行動理論に依拠したがる傾向があるからであるように思われる。これは、前述の郵便区分機事件の審決にも共通する問題であり、審判官は、連絡行為に関する客観証拠、事情に依拠せず、東芝ケミカル事件高裁判決を「事業者相互間に共同の認識、認容があれば意思連絡が認められる。」点を過大に解釈し、動機などの内心の事情から、協調促進的慣行として、意思連絡を認め、違法判断を行う傾向が、着うた事件や郵便区分機事件の審決から看取される(以下に、本来重視されるべき証拠と、審決がそれ以上に重要視した事実を参考のために図式化して比較する)。しかし、そのような認定により、意識的並行行為との区別がかえって不明確となり、同判決の除外事由である「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情がある」に該当するおそれが逆に高まり、かえって危うい事実認定をもたらす可能性がある。

	本来重視されるべき事実・証拠	審決がそれ以上に重要視した事実・証拠
区分機事件	指名競争入札から一般競争入札への移行時に、2社と総務省又は2社間	競争入札下では考えられない不自然な受注結果になっていること、公取委の立入

²⁶⁹ 下水道ポンプ事件で、「一人原告がそうした受注調整にかかわることなく入札に参加したというのであれば、」「ルール破りの一匹狼的参入者の原告を意識した言動なり対応がとられてしかるべきものと思われる」という表現が適切でないことは、既に述べたとおりである。

²⁷⁰ 第1部第2章または状況証拠II 1980号40頁注115

	で受注予定者への開示という制度を維持することを求める協議(情報交換)を何度も行ったこと(差し戻し審の事実認定)	検査後、入札価格が顕著に急落したこと、本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であったことから談合が起りやすい状況にあり、意思の連絡がなければ起りえない不自然な行動が存在すること
着うた事件	レーベルモバイル運営委員会での「三つの文言(計画)」の討議および「三つの文言(計画)」を記載した資料	レーベルモバイルにおいて着うた提供事業を始めた際の動機・背景事情 レーベルモバイル運営会議でのアフィリエイト戦略についての発言内容

区分機事件審決では、安易に寡占市場の構造を、意思連絡の証拠としていることに問題がある。区分機事件審決の、「本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であった』という事情は、高度な寡占市場で意識的並行行為が起りやすいことを示す事情であり、意思の連絡を否定する間接事実になる可能性のある事実である。本件では、指名競争入札から一般競争入札への移行時の協議(情報交換)から意思の連絡を認めれば十分な事例であった(差し戻し審の東京高裁はそのように認定している)。

また、着うた事件も寡占的な市場であるから、動機が共通であることは、独立した決定で、並行的に取引拒絶が起りやすいことを示す事情として、意思の連絡を否定する方向に働く間接事実となりうる。本件でも、動機の点だけ考えるなら、各社ごとに配信業者に対するライセンス付与の要請を断る動機が存在したともいえるので、黙示の合意を必ずしも推認させることにならないようにも考えられる。アフィリエイト戦略を検討していた状況が意思連絡の証拠となることは当然だが、本件ではこれがないからといって、意思連絡が推認できないものではない。

第3章 多摩談合事件・郵便区分機事件・ポリプロピレン事件の総合的検討—情報交換活動の評価と公取委の事件処理のあり方

はじめに

筆者は、第1部第1章または状況証拠Ⅰにおいて、カルテル事件の事実認定・状況証拠の活用に関する提言を行ってきた。

その重要な成果として、カルテルの立証において、合意の日時・意思形成過程の立証は不要であるとの判断が、大石組事件東京高裁判決²⁷¹以降の判決で相次いで打ちだされ、カルテルの事実認定論に重要な成果を上げるにいたった。第1部第2章または状況証拠Ⅱ)は、このような判例の展開を評釈するものである。

本章は、第1部第1章における筆者のもう一つの重要な主張である「将来の価格・受注希望についての情報の交換は、カルテル・談合の決定的証拠であるとの主張は、いまだ、審判決において、採用されるところとなっておらず、合意の認定に依然として調書による自白が重視されている。それどころか、多摩地区の都市開発公社が発注する土木工事についての談合事件(以下、「多摩談合事件」という)に関する審決²⁷²の審決取消訴訟について平成22年3月19日付け判決で、同判決が、同事件の審決取消訴訟の5番目の判断であることから、「第5判決」という。)は、それ自体談合の決定的証拠とされるべき将来の入札希望情報を、個別調整の証拠とならない(自由で自主的な営業活動の範囲とする)としたことにより、審決を取り消すに至っている。ただ、本判決の上記の独自の解釈は、到底支持できるものではないが、同判決が、それまでの公取委の訴訟維持の対応(審決取消訴訟における主張のあり方)への反省として活かす必要のある点も少なくないように思われる。

本章は、多摩談合事件判決とともに、第5判決に至った重要な先例であり、ポリプロピレン事件東京高裁判決、同じく、審決が東京高裁で一度は取り消された区分機事件差戻し審東京高裁判決について、事件処理の経緯を含めて、分析を行うものである。これらの判例は、将来価格・受注希望についての情報交換についても先例として、重要な論点を含んでいる。なお、この3判例と第1部第2章で詳細な評釈を行ったごみ焼却炉談合事件は、審決まで5年以上を費やした事件であり、平成21年は、長期化していた案件についての決着を見た区切りの年ともいうことができる。

本章では、まず、Ⅰで、事実認定と証拠の評価に関し多摩談合事件の5つの東京高裁判決を評釈し、その後、Ⅱでポリプロピレン事件東京高裁判決、Ⅲで、区分機事件差戻し審東京高裁判決に評釈を加え、最後のⅣで多摩談合事件を含む一連の判審決における手続・事件処理の問題に総合的に言及することとする。

²⁷¹ 東京高判平成18年12月15日 審決集53巻1000頁

²⁷² 審判審決平成20年7月24日(大成建設ほか33名に対する件)

I 多摩談合事件東京高裁判決の総合的検討

1 事実の概要・争点・判決の概要

(1) 事実の概要

本件は、多摩地区の都市開発公社が発注する土木工事についての談合に対し、7年に及ぶ審判ののち、基本合意の形成を認め、課徴金の納付を命じた審決（排除措置の期限を徒過したため課徴金納付のみが命じられたいわゆる一発課徴金事件である。）に関し、審決取消訴訟に及んだ事件である。本件審決の審決取消訴訟は、5つの事件にわかれて審理され（このような審理のされ方も問題であり、後述する）、以下の5つの判決が下された。第一判決から、第4判決は、審決を支持し、取消請求を棄却したが、第5判決は、取消請求を認容した、

平成21年5月29日付け西松建設ほか5名に対する判決（以下「第1判決」という。）

平成21年10月23日付け加賀田組ほか3名に対する判決（以下「第2判決」という。）

平成21年12月18日付け松村組ほか3名に対する判決（以下「第3判決」という。）

平成22年1月29日付け植木組ほか6名に対する判決（以下「第4判決」という。）

平成22年3月19日付け新井組ほか3名に対する判決（以下「第5判決」という。）

本件の関係者は、多摩地区に営業所を置くゼネコン80社と地元業者74社（地元業者は165社存在するが、このうち74社が、本件の課徴金納付命令の対象とされるAランク工事に参加できる。）である。

Aランク工事の入札方式は、以下の2通りがある。

①□指名競争入札

予定価格が500万円以上については、工事の件名、概要、格付け等を公示して後者が入札参加資格を満たすものとして登録している有資格者の中から入札参加希望者を募り、入札参加希望者の中から指名競争入札の参加者を指名していた。

②工事希望型指名競争入札

入札参加希望者を募り希望者の中から入札に参加するものを指名する方法とし、単独施工工事については10社が、共同施工工事については10組のJVがそれぞれ入札に参加するように選定していた。

いずれの場合も、いくつかの案件では、入札参加希望の段階で、ゼネコンは、一社しか入札参加希望を出さなかったため、指名が、ゼネコン1社と地元業者数社の指名となることも多かった。

予定価格及び最低制限価格が設定されており最低制限価格は予定価格の80%相当で、課徴金対象となった物件は72物件である。

審決によれば、ゼネコンは、これらの営業所において土木工事を担当する営業責任者をメンバーとして、恒例的に懇親会が開催され、ゼネコン各社の営業担当者の名簿が作成されていた。この組織の前身は、三多摩建友会と称する組織で、同会が、平成4年5月15日に同会の会員を含む埼玉県発注の土木工事の入札参加者に対して勧告が行われた（いわゆる埼玉土曜協会事件²⁷³）

²⁷³ 本件は、談合が過去からずっと存在していたために合意形成過程や実行行為者を明らかにすることができなかったため、検察官との告発問題協議会での調整がうまくいかなかったとされる事例である。越知・日米欧1061頁 郷原信郎『独占禁止法の日本的構造』清文社72頁

のを機に表向き解散したが、解散後も、旧会員らは解散後に多摩地区に進出したゼネコンや多摩地区に営業所を置かずに事業活動を行っているゼネコンの営業担当者を含めて、会合を開きつづけていた。

本件審決は、多摩地区に営業所を置くゼネコン 80 社のうち、課徴金対象期間内に落札実績のある 33 社（審判開始決定では 34 社だが、審決は 34 社のうち 1 社については基本合意の当事者ではないとしている）でのみ、本件基本合意の存在が認められ、その他のゼネコン 46 社は「自社が受注意欲や関連性を有するときは他の違反行為者が協力すべきことについての相互の認識・認容を認めるに足りる証拠はない」として本件基本合意の当事者ではなく、協力者であるとした。この点は、ほとんどの評釈から、80 社を基本合意の当事者とすべきであったとの批判を受けている²⁷⁴。

本件第 1 判決から第 5 判決に関する原告の主張は、だいたい似通っており、以下のように要約できる。

①□調整は、慣行によるものであり、基本合意と評価できるような合意は成立していない。

②「33 社とその他のゼネコン 46 社との行為態様には差がないから、33 社での基本合意は存在しない。」

③競争の実質的制限について、原告らが、72 件中 60 件の物件についてアウトサイダーである地元業者（競争業者）が入札に参加して競争を仕掛けている。このような市場では、原告らだけで入札市場の競争を実質的に制限することはできない。

④本件基本合意の当事者及び協力者の数は、全事業者(165 社)のうち半数(80 社)しか占めておらず、本件各工事 72 物件中、競争制限的効果が生じた物件の数は(過半数以下の)31 件で、その入札金額の合計は全工事の入札金額の 56.3 パーセントにすぎないから、33 社や協力者が市場を支配する状態、あるいはある程度自由に受注予定者及び価格を左右することができる状態にあったとはいえない。

⑤落札率 80 パーセントという失格ぎりぎりの価格で入札したものである場合、競争制限的効果は具体的に生じていない。

東京高裁判決のうち、第 1 判決から第 4 判決(以下、「多数判決」という)は、基本合意の存在を認めただうえて、課徴金対象物件が全物件の半分以下であっても、また、アウトサイダーが競争をしかけていても、競争の実質的制限は生じているとし、失格ぎりぎりの価格で入札したものである場合でも、具体的競争制限的効果は生じているとして、審決を支持した

これに対し、第 5 判決は、基本合意の存在を否定し、かつ、競争の実質的制限は個別合意ごとに考えざるを得ず、競争者が自ら降りたことにより、当事者の一人しか指名されない場合や、札入れが一社だけの無競争案件は、個別受注調整がなく、競争の実質的制限が生じたといえるか疑問であるとして本件審決を取り消した。第 5 判決の前提は、今となつては、どうしてこんなこと

²⁷⁴ 本件審決の評釈として、第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱ(上)8 頁以下 金井貴嗣「基本合意の当事者の範囲と競争の実質的制限の判断」ジュリスト 1378 号 182 頁、横田直和『多摩入札談合事件・課徴金審決について(公正取引委員会平成 20 年 7 月 24 日審判審決：大成建設(株)ほか 33 社に対する件)』公正取引 698 号、岡田外司博「アウトサイダーが存在する談合の基本合意と競争の実質的制限」ジュリスト 1366 号 118 頁など。

が言えるのかと感じる方の方が多いと思われるが、筆者が、第1部第1章の研究に着手した当時は、個別調整が必要との観点は被審人サイドから強く主張され、課徴金賦課実務では、個別調整のない物件を課徴金の対象から外す実務が行われており、本件でもそのような観点からいくつかの物件が課徴金賦課の対象から外されている。最近では、そのような実務が改められつつあったが、第5判決は、時計の針を5年以上前に引き戻したもので、その点での厳しい批判を免れないであろう。

以下では、多数判決をまず解説し、次いで、第5判決の論理構造を解説する。なお、多数判決については、説示の内容は、だいたい似通っているものの、第2判決が、本件談合の本質をとらえたうえで、突っ込んだ分析を行っており、第2判決を中心として、評釈するものとする²⁷⁵。

2 多数判決

(1) アウトサイダーとの競争—ゼネコンと地元業者が事件を分け合う談合の実相(原告の主張③)

上記の原告の「原告らが、本件各物件72件中60件の物件についてアウトサイダーである地元業者(競争業者)が入札に参加して競争を仕掛けているから、このような市場において合意当事者だけでは入札市場の競争を実質的に制限することはできない」という主張に関しては、アウトサイダーがいる場合に談合がどのように形成されるかの理解が重要である。談合の基本合意と基本合意に参加したものの間での個別調整があることが知られているが、基本合意に参加したもの以外に、入札希望者がいる場合(アウトサイダーと呼ばれる)どのように、談合が行われるかについては、あまりよく知られていない。談合では一般に、基本合意と受注調整という2段階の行為があるといわれるが、アウトサイダーがいる場合、基本合意参加者により受注予定者となった者は、アウトサイダーとの間の調整で、自分の取り分と基本合意参加者の取り分を調整するという過程が生じることが一般である。いわば、第2段階の個別調整というべきものであるが、この点は立証が難しいため、第2段階の個別調整があることは、主張の中に現れてこない。ゼネコンと地元業者が入札資格をもつ場合、ゼネコンと地元業者の関係は、ゼネコンが基本合意の当事者で地元業者がアウトサイダーであり、上記のような2段階の個別調整が行われる典型的な場合である。第2段階の個別調整の結果、アウトサイダーがとるときは、基本合意参加者間の個別合意の一部が破られる(第1段階の個別調整のチャンピオンが受注予定者でなくなるという意味であり、フリー物件(談合流れ)になるとは限らない)。基本合意参加者は、依然として、第一段階個別調整の結果に従い、自ら降りる状況を維持するからである)ことになり、基本合意参加者に物件をゆずる場合は、協力者として、基本合意参加者の落札予定者に協力する。

この第2段階の個別調整は、はっきりとした合意を証拠から立証することはできないため、アウトサイダーの競争回避行為に明示的に言及せず、アウトサイダーがいても、競争単位が減少したことをもって競争の実質的制限が生じたものと構成することが一般的である。このような見方に従って、第1判決は、価格競争力に優れた基本合意参加者間での競争が失われ、そのような状況を作出したことで、競争の実質的制限が生じるとしている。

²⁷⁵第1判決につき、土佐和生「多摩談合事件審決取消訴訟—東京高判平成21・5・29」NBL927号(2010)

第2判決につき、越知保見「入札談合における基本合意・競争の事実的制限の意義と立証—多摩地区談合事件」ジュリスト平成21年度重要判例解説 第1398号275頁

第2判決は、アウトサイダーである地元業者が協力する誘因を有していること、一部で地元業者が競争を仕掛けているとしても、そのことにより、競争の実質的制限が生じなくなるということとはできないものと判示する。これは、アウトサイダーがあるときは、協力し、あるときは、協調せずに競争を挑んでいるのは、アウトサイダーと基本合意の当事者(本件では、当事者と協力者)の間の一種のすみ分けであるというアウトサイダーが存在する場合の談合の実態に合致したより適切な理論構成である。当事者の主張や審決に、直接、そのような言及がないにもかかわらず、このような構成をとったことは、第2判決の裁判官の優れた洞察力を感じさせるものといえる。

上記のような、アウトサイダーが存在する場合の談合の形成の実態を考えれば、アウトサイダーが基本合意参加者に協力し、基本合意参加者に落札させるようにしたときのアウトサイダーを「協力者」とすることが適切である²⁷⁶。ところが、本審決は、課徴金対象期間内に落札実績のないゼネコンを協力者と呼んだために、アウトサイダー(地場業者)が協力する場合を協力者と呼べなくなってしまい、概念を混乱させてしまった。審査官がこのようなゼネコンを協力者としたことは、本審決の失敗または「傷」であったと言わざるを得ない。その失敗にもかかわらず、多数判決は、事案の本質をとらえて、審決の判示内容を改善したうえで支持したが、第5判決は、審決の傷に対し、厳しい態度をとったものと言える。

なお、このような事例で、地元業者とゼネコンの間の交渉ルールが立証できる場合もある。そのような場合にはゼネコンと地元業者は合わせてすべての入札参加者を基本合意の当事者としてすることができる。本件後、新潟市発注の特定建築工事にかかる談合事件では、地元業者を含む70社に対し、排除措置勧告が行われたが、同事件はそのような事例である。なお、同事件の当事者は、本件と重なっており、スーパーゼネコンのT社が、談合の取りまとめに影響力を行使していた点も本件に酷似している²⁷⁷。

基本合意の存在((原告の主張①))

本件の受注調整ルールに関し、原告は、多摩地区で営業活動をするゼネコンの間の慣行と主張した。本件に関する住民からの住民訴訟について、受注調整ルールについては慣行であって、基本合意ではないとする裁判例²⁷⁸があり、これに従ったものである。これに対し、第3判決では、民事と行政事件は、見方が異なって当然との指摘も行っているが、第2判決は、より簡明に、有効に機能している慣行は基本合意と認められると判示し、慣行であることが合意でないとする見方を明確に否定している。

この点は、第1部第2章で指摘したように²⁷⁹、基本合意は、違法な行為であるから、私法契約のように法的拘束力をもつものである必要はなく、慣行であってもそれに当事者の札入れについ

²⁷⁶ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)9頁

²⁷⁷ 同事件については、平成21年5月19日に審判審決がくだされている。平成16年(判)第18号(株)吉田建設に対する件(株)平成16年(判)第19号長北組ほか2名に対する件平成16年(判)第20号(株)高健組ほか4名に対する件

²⁷⁸ 八王子市下水道談合住民訴訟 東京高判平成18年11月24日、判例時報1965号23頁。町田市下水道談合住民訴訟 東京地判平成19年7月26日。

²⁷⁹ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)13頁

ての自由な行動が制約されている限り、事業活動の拘束があるので、基本合意となりうること、および合意の形成過程を問題にすることなく、合意が存在するか否かを端的に認定した多数判決（とくに第2判決）の立場が正当である。

(3) 受注意欲をもたない者についての評価(基本合意の当事者) (原告の主張②)

本件審決では、基本合意に実質的に参加しながら、課徴金対象の個別調整期間内に落札物件のない46社を協力者と認定している。このことから、原告らが、33社とその他のゼネコン46社との行為態様には差がないから、46社が当事者でなければ、33社も当事者でないとの主張を行ったのに対し、多数判決は、「本件審決は、その他のゼネコン46社については本件対象期間中に本件基本合意に基づいて落札・受注したと認められる物件がないこと」から、当事者性を否定しただけで、「33社が、本件基本合意の当事者ではないことの根拠となるものではない。」と判示し²⁸⁰、本件審決を支持している。

第2判決は、「本件基本合意は、受注予定者を定めた上、落札する意思を持たない者がこれを有する者を排除して入札に参加することによって競争者の数を限定し、入札に参加した受注予定者以外の33社に属する者及び協力会社が、受注予定者が対象の物件を落札することに協力するというものであるから、それ自体が入札制度における競争を阻害するものである。」とも判示し、落札する意思を持たない者がこれを有する者を排除することの悪性を強調している。

しかし、受注意欲のないものも、課徴金対象の個別調整期間外、または、他の市場における物件での見返りを期待し、いわば「貸し」を作る目的で基本合意に参加する可能性があり、46社は本来当事者とされるべきである。また協力者とは、アウトサイダーが基本合意の参加者に協力した場合に使うべきであり、基本合意の参加者に使うことは概念の混乱を招くので、その点でも適当でないことは、第1部第2章でも指摘したとおりだが²⁸¹、第2判決は、同じ観点に立っており、本来、当事者とするべきであったことを強く示唆している²⁸²。

(4) 談合による落札物件の割合と競争の実質的制限(原告の主張④)

談合による落札物件がある限り、それが、全体の50%以下でも、談合による落札物件に競争の実質的制限があることはいわば当然のようだが、競争の実質的制限についての通説的な定義によれば、競争の実質的制限とは市場支配力の維持・形成・強化であり、市場シェアが50%を超えることを市場支配力の形成の目安として運用してきた(独禁法2条7項1号及び排除型私的独占ガイドライン参照)。本件審決は、この運用実務を踏まえ、具体的に競争制限効果が生じた物件の数と落札金額などの指標が50%を超えていることを認定して、競争の実質的制限に該当す

²⁸⁰ 例えば、第2判決33頁

²⁸¹ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)9頁

²⁸² このような場合、本来、46社も当事者であることを判示してもよかつたのではないかと思われるが、不利益変更に該当するとの懸念があるので、第2判決が踏み込んだ以上の踏み込みはかなり難しいであろう。

るかを判断している。

しかし、入札談合の場合、たとえば、10件の談合のうち1件でも談合によって受注した物件がある場合、その物件については競争価格を超える価格で落札が行われたことになり、市場の機能（いわゆる一般的競争秩序）は害されている。競争の実質的制限の意義を、市場支配力の維持・形成・強化とする通説・判例は、企業結合、私的独占に関して展開された定義で、ハードコアカルテル、特に入札談合にそのまま適用することは適当でない。競争の実質的制限とは、市場の機能が害される場合であり、ハードコアカルテルでは、実際に合意に基づき価格が引き上げられたり、談合の結果として落札された場合には市場の機能は害されることは明白であるから、市場支配力の維持・形成・強化を分析するまでもなく（市場シェアにかかわらず）、競争の実質的制限が生じたとみるべきである²⁸³。第2判決は、「その合意の執行は、真に落札を目的とする者を入札市場から排除し、受注予定者以外の違反行為者及びその協力者が入札に参加して、受注予定者の落札に協力するものとなる」こと自体が入札における正当な競争を阻害するものである・・・。」と述べ、物件の数や落札金額などの指標が50%を超えていることを重視する必要があることを示唆している。その他の多数判決も、第2判決と同様の見地に立っており、入札談合で、物件の数や落札金額などの指標が50%を超えているかを厳密に認定する必要があるとの判断が確立しつつあったが、第5判決はこのような判断に従わなかった。

(5) 落札価格が落札しうる下限の価格であった場合の具体的競争制限効果(原告の主張⑤)

課徴金賦課のためには、「競争の実質的制限」の要件が充足されるだけではなく、落札された物件について「具体的競争制限効果」の発生が必要であると判示されており（土屋企業事件東京高裁判決）²⁸⁴、落札しうる下限の価格で落札した場合には、具体的競争制限効果があるか疑義を示す見解がある²⁸⁵。しかし、第2判決は、そのような疑義に対し、そのような場合でも入札参加者全員が競争を回避していることになるから、競争制限効果が生じていること、課徴金の納付命令が画一的な基準によって、不当な利得の有無およびその額とは、一応切り離して機械的に算出されるものとされているものであり、不当な利益を得ることができなかった場合にも、適用されることを理由に、課徴金賦課要件は満たされていることを判示する。この第2判決の考え方は、本件についての適切な理論構成であると同時にそもそも、具体的競争制限効果を要求することが法の趣旨に合致しているかについての再考を促す内容を含んでいる重要な判断である。

土屋企業事件東京高裁判決が、課徴金の賦課にあたって具体的競争制限効果の発生を必要とするという判断を下し、これに対する公取委の最高裁への上告が上告不受理となり、東京高裁判決が確定したことから、具体的競争制限効果が課徴金賦課の要件のように解されるに至っている。

²⁸³ 競争の実質的制限を市場機能の制限であることに關し、林秀弥教授の本件(本論文第2章)の評釈(ジュリスト2010年11月15日号)参照。また、状況証拠II(上)11頁参照。

²⁸⁴ 東京高判平成16年2月20日 金判1189号28頁

²⁸⁵ 白石・勘所342頁

しかし泉水教授も指摘されるように²⁸⁶、具体的競争制限効果の発生は法文上要求されているわけではない。第 2 判決が指摘するように、課徴金納付命令は、不当な利得の有無およびその額とは、一応切り離して画一的な基準によって機械的に算出されるものとされているものであり、不当な利益を得ることができなかつた場合にも適用されるのが法の趣旨にむしろ合致している。最高裁が上告を不受理としたのは判断を下すための機が熟していないことを理由とするもので具体的競争制限効果の要件が必要であることにお墨付きを与えたものではなく、フリー物件についての事例判断を許容しただけと解する方が素直な判例の読み方と思われる²⁸⁷。ただ、独禁法事件の場合、その後の事件への波及効果が大きいので、このような機が熟していないことを理由とする上告不受理を行うことについては慎重であるべきである。

具体的競争制限効果に関する土屋企業事件東京高裁判決は判決及びその最高裁の上告不受理は、談合流れ案件についての事例判断であり、具体的競争制限効果についての判断が確立したわけではないと解すべきである。

なお、第 5 判決は、すべての物件で、競争の実質的制限を否定しているのもので、この点は、論じていない。

3 第 5 判決

第 5 判決は、一定の取引分野の画定、競争の意義、競争の実質的制限の意義について、個別調整は、具体的に落札希望者が複数である物件で誰がとるかを調整した場合しか生じないと独自の解釈をとり、第 5 判決の原告の対象物件は、談合により落札した物件ではないから、競争の実質的制限またはそのような制限を生じるような個別調整は存在しないとしている。

(1) 基本合意の存在と基本合意の当事者

第 5 判決は、33 社とその他のゼネコン 46 社との行為態様には差がないから、46 社が当事者でなければ、33 社も当事者でないとの主張を支持し、33 社による基本合意は存在しないとしている。また、そもそも、第 5 判決は、個別調整がなされるまで、競争者間の自由で自主的な営業活動は制約されないという独自の前提に依拠し、基本合意それ自体は競争の実質的制限を発生させるものではないと解している。

基本的には、多数判決の立場が正当なのは当然であるが、前半の主張に関しては、審決と取消訴訟における公取委の主張の問題を鋭く突いている面もある。すでに述べた通り、アウトサイダー（地元業者）と基本合意参加者（本件審決で、協力者とされたものを含むゼネコン）の関係は、アウトサイダーが基本合意参加者に協力し、基本合意参加者に落札させるようにした場

²⁸⁶ 泉水文雄「最近の公正取引委員会審決について」公正取引 第 710 号（2009.12）30 頁も同旨

²⁸⁷ 最高裁がこのような機が熟していないことを理由として上告不受理とする実務があることについては奥田昌道『紛争解決と規範創造』（有斐閣、2009）196 頁～197 頁参照。

合、このようなアウトサイダーを「協力者」とするべきであった。本件では課徴金対象期間内に落札物件のない基本合意参加者を協力者と表現したために、審査官と事業者側の認識がすれ違い、審判廷が紛糾した。課徴金対象期間内に落札物件のない事業者は協力者であると判断した以上、協力者と認識に違いのないものが当事者とされるのはおかしいというのが原告の主張である。

審決取消訴訟では、公取委は、「自社が受注意欲や関連性を有するときは他の違反行為者が協力すべきことについての相互の認識・認容を認めるに足りる証拠はない」とした審決の趣旨に従って、46社には、認識はあるが、認容がないなどと主張した²⁸⁸。第1判決から第4判決は、審決の理由付けは採用せず、当事者と協力者の区分が単に課徴金対象期間における落札の有無であり協力者とされたものも実質的には当事者であるとの前提のもとに審判官の判断を実質的証拠があるものとして支持した。しかし、第5判決は、このような救済をせず、当事者とされたゼネコンと協力者とされたゼネコンの間に認識の違いがなく、入札前に形成されるはずの合意の当事者であるか否かをその後工事を受注したか否かで判断するのは論理的に成り立たないとし、33社における基本合意の成立があったことを否定している。

すなわち、第5判決は、公取委の規範的事実の推認の過程が誤っていれば、自ら推認の過程を構成しなおすのではなく、直ちに当該要件の存在を否定する解釈を導く法則として、実質的証拠法則を適用するものである。しかし、異なる構成をとれば違法行為の要件の充足が認定できるにもかかわらず、そのような事実認定を行わず、処分の取消を認めることは適切とは言い難い。ただ、公取委の主張が、あまりにも審決を維持することにこだわり過ぎていることも確かである。46社には、認識はあるが、認容がないという主張は、第1判決から第4判決のどれも採用していないし、ほとんどの評釈でも批判されている。そのような無理のある構成を強引に維持しようとする姿勢に厳しい態度で臨んだことは、一定程度理解できる。

なお、最近の事例では、実質的証拠法則の射程が問題になる事例が相次いでいる。Ⅱで紹介するポリプロピレン事件東京高裁判決、Ⅲで紹介する区分機事件差戻審東京高裁判決もその例であり、第5判決を含む実質的証拠法則の適用のあり方については、Ⅱ.2 まとめて詳説する。また、この点は、審決段階での争点整理の失敗の問題、そのような傷のある審決が下された場合の、取消訴訟での公取委の対応の在り方が問題も惹起しており、その点は、手続の問題としてⅣで、他の判例の問題とともに詳述する。

(2) 一定の取引分野の画定

多数判決は、一定の取引分野についてとくに論じていないが、これは、多数判決のように談合による落札物件の占める割合が、競争の実質的制限の認定に影響を及ぼすものではないと判断する場合、どの範囲で市場を画定するかはあまり意味がないことから、論点として意識しなかったものと思われる。ただ、審決は、一定の取引分野は基本合意の範囲で画定されるとの前提のもと、

²⁸⁸ このような審決の考え方が疑問であることは、第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)8頁参照。

33 社が落札した物件で、市場が画定されると認定し、取消訴訟でもそのように主張した。

この点、第 5 判決は下水道工事の A ランクの工事全体を一定の取引分野と解し、33 社が落札した物件で、市場が画定されるという審決の認定は、談合による落札物件が決まった後から市場が決まることになり、論理が逆転していると批判している²⁸⁹。

理論的には、基本合意から一定の取引分野を導くのは論理が逆であり、第 5 判決のように、事業者が競争している範囲で市場を画定することが市場画定のあり方として正しい²⁹⁰。ただ、カルテル・入札談合は競争促進効果と競争制限効果の比較衡量や市場支配力の分析が必要が無い類型なので、どのように市場画定を行おうと競争制限効果が生じることは明白であるから、基本合意の範囲で市場画定しても誤った結論が導き出されるものではないと考えられる²⁹¹。

ただ、基本合意が拘束する範囲において市場を画定するという考え方をとれるのは、カルテル・入札談合においては 1 件でも競争価格を超える価格での物件の落札がある場合には、競争の実質的制限があるとの解釈が前提になる。そのような解釈をとるからこそ、一定の取引分野を画定する意味がないため、基本合意の範囲で市場画定することができるのである。

ところが、公取委は、カルテルや入札談合の場合でも、競争の実質的制限の定義は、市場支配力が維持・形成・強化される場合であると解しており、談合による落札物件の割合が、半数近く存在することを競争の実質的制限の生じる要件と解し、取消訴訟でもそのように主張している。そのような定義を維持する場合、市場画定は、市場支配力の有無を判断するため重要なものとなるので、基本合意の範囲から市場画定を行うことはできないことになる。第 5 判決は、公取委の考え方の矛盾を突いたものである。このような矛盾を生ぜしめないためにも、ハードコアカルテルについて(あるいは、3 条後段の解釈に関し、競争の実質的制限を市場支配力の維持・形成・強化とする考え方を再考し、入札談合においては一件でも競争価格を超える価格での物件の落札がある場合には、競争の実質的制限があるとの解釈を確立すべきである。

(3) 競争の実質的制限—個別調整についての特殊な理解

第 5 判決は競争を定義し、当該工事を受注すべく A ランクの建設業者間に自由で自主的な営業活動が行われることを言うとして解し、競争の実質的制限について A ランクの建設業者が、自由で自主的な営業活動を行うことを停止或いは排除することによって、特定の建設業者が、ある程度自由に公社の発注する A ランク工事の受注者あるいは受注予定価格を左右することができる状態に至っていることを言うものと解されるとし、括弧書きで、「ただし、指名競争入札という手続上の制約から、公社が選定指名しなかったという意味での営業活動の停止や排除は除く」としている。括弧書きの除外は、第 5 判決が入札談合における共同行為を個別受注調整にあり、個別調整なく、競争者が自発的に降りた結果、無競争となったり、指名が、ゼネコン 1 社に絞られた物件

²⁸⁹本件で、裁判官は、審理中で、公取委の市場画定に従わないことを明らかにしており、公取委は、訴訟維持のための主張の在り方について、より慎重に対応すべきであった。

²⁹⁰ 越知・日米欧 476 頁

²⁹¹ 第 1 部第 2 章または状況証拠Ⅱ(上)10 頁

は除くとしたものである。

しかも、第 5 判決は「公社の発注する A ランクの工事は受注規模を有する者が受注すれば良い、受注希望者が複数いれば当該受注希望者同士で自社の事情等（被告はこれを『条件』と称する。）を話し合えばよい、その他のものは受注希望者から工事希望表の提出を求められたり入札する金額の連絡等がなされた場合には、工事希望表を提出し受注希望者の落札を妨害する行為をしないという共通認識があったという程度のものに過ぎず、この程度の認識を建設業者らが有していたことをもって直ちに自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意があったと断ずることができるのか甚だ疑問というべきである」と判示する。

上記の説示で言わんとすることは、1 社だけの指名案件が、「競争」から外れるとした独自の解釈を押し進め、競争が実質的に制限される場合について話し合いを行って、受注希望者の落札を妨害しない、いわゆる自らおりるといふ共通認識があったということが、自由で自主的な意思決定を拘束していないとの解釈を導くものである。

第 5 判決は競争の実質的制限となる談合を、違反当事者のうちの複数のものが入札希望を出し、調整が必要な物件に限定するが、そのようなフィクサー（幹事役）による本格的受注調整が必要な場合は、いわば談合ルールがうまく機能しない場合のデフォルトルールが発動された場合であり、デフォルトルールが発動される前の平穏な自分の取り分の分かち合いが行われた場合でも、本来競争で入札すべき入札過程を受注者間の自主ルールで受注予定者を決めるというルールに変更していることに変わりはない。このような話し合いによる入札過程を形成したことそのものが入札過程における競争を歪曲する行為であり、競争の実質的制限に該当すると認めるのが当然であり、その点は、第 1 部第 1 章で、詳細に論じたところである²⁹²。

第 5 判決のような考え方では、談合の参加者が誰でもわかる簡単なルール（たとえばフィクサー役に受注希望を表明するというルール）を作り、そのルールの中で自主的に降りる暗黙のルールが定まっていれば個別の受注調整はなくなり、違法ではなくなるというおかしなことになる。第 1 部第 1 章でも指摘したように、基本合意の参加者の間で配分についてのルールが作られれば、個別の受注調整は必要なくなる。たとえばそのようなルールとして物件に一番事業所が近いもの（すなわち輸送コストの観点から最も有利なもの）が入札予定者になると定める（事業所ルール）とか、最も受注に向けて努力したものが受注するというルール（汗かきルール）を定めておけば物件に一番近い事業者、一番汗をかいた事業者以外は自主的に降りることになる。その結果、入札希望者が一社になるか、そもそも事業所ルール、汗かきルールで入札予定者とならないものは指名の段階で受注希望を出さないため一社だけが指名入札の対象になることもある。ゼネコン一社だけが入札予定者として指名されていることでその案件が談合対象物件から外れるように考えられることはあってはならないのである。

また、本件のような多数のアウトサイダーがいる場合、一件ごとのアウトサイダーとの交渉結果すべての立証が必要ということになる。第 5 判決の論法だと、ゼネコンと地元業者で分かち

²⁹² 第 1 部第 1 章また状況証拠 I (3) 判例時報 1982 号 3 頁

合っている談合を「良い談合」としてこれを是認することになる。そのような対応でよいか、個別調整を立証せよという第5判決は、かかる重大な帰結を導くことになることが認識されているかが問われることになる。第5判決は、談合について、個別調整を必要とする考え方²⁹³がいかに不合理な結論をもたらすかを示すものである。

第5判決は、「自由で自主的な競争」の意味を誤解している。「自由で自主的な競争」とは、東芝ケミカル事件東京高裁判決が示唆する独立に意思決定が行われている場合を意味するものでなければならないが、談合サークルから情報を得て、それに基づいて意思決定した場合は、「自由で自主的な営業活動」でも、「独立した意思決定」でもない。「受注希望者から工事希望表の提出を求められたり入札する金額の連絡等がなされた場合には、工事希望表を提出し受注希望者の落札を妨害する行為をしない」ことの共通認識があることが、まさに談合の核心的な相互認識なのである。フィクサーから落札希望者についての情報を入手すれば、自分の分け前がどこにあるかわかるし、自分の分け前が与えられるならば、他の者の案件をとらずに自ら降りるのは当然であり、これがまさしく談合である。つまり、将来の入札についての落札希望者の情報を交換すること自体が、会計法・地方自治法で定める競争入札制度を、事業者間の自主ルールで落札者を決めるように変更する上での核心となる行為であり、この情報交換の後になされた意思決定とは、まさに談合ルールに従った行動であり、自由で自主的な営業活動(独立した意思決定)とはほど遠いものである。これを自由で自主的な営業活動というなら、事業者間でルールの確立した阿吽の呼吸で行われるカルテルや談合は違法でないというに等しい²⁹⁴。

談合における共同行為の本質は受注予定者の個別的な調整ではなく、(会計法・地方自治法上の入札ルール的前提である)独立した札入れがおこなわれないことにあること、将来の入札についての落札希望者の情報を交換すること自体が、自由で自主的な営業活動(独立した意思決定)を制限するものであることを確認すべきである(協和エクシオ東京高裁判決はもともとそのような立場に立っていた)²⁹⁵。ただ、この問題は、公取委が、審決において、これまで、将来の落札希望者の情報交換や、将来価格の設定に関する情報交換それ自体が、価格カルテル・談合の決定的証拠になることを明示的に判示しなかったことに起因しているとも言え、公取委のこれまでの審決の書き方として反省すべき点もある。この点は、ポリプロピレン事件で審判が長期化した原因であり、IIで詳述する。

²⁹³ 被審人の代理人はこの前提で主張を行っている。学説では、このような考え方は、ほとんどなくなってきたと思われるが、白石教授の考え方はこれに近い(白石(2006))。経済法判例・審決百選第6版(2010)66頁種苗事件に関する同教授の解説でも基本合意による認定に、否定的なニュアンスが残されているように見える。

²⁹⁵ 経済法判例・審決百選第7版(有斐閣2010)50頁の協和エクシオ事件の筆者の評釈を参照

4 第5判決をどう評価すべきか

第5判決が多数判決を履すだけの説得力を持っていないことは明白であり、第5判決があえてこのような判断に及んだ理由は、公取委の訴訟維持のあり方に警鐘を鳴らそうとした面があるように思われる。本件審決が、課徴金対象期間内に落札物件がない者を協力者としている点は、筆者の Part II の評釈を含め、ほとんどの評釈は疑問を呈している。にもかかわらず、第5判決を読む限り、公取委は、取消訴訟では、審決の立場に固執する主張しか行っていないようである。このような公取委の審決の論理の維持に固執する姿勢に、裁判所が業を煮やしたという側面も感じられるのである。「業を煮やす」と表現したのは、本件の取消訴訟に限らず、ポリプロピレン事件以降、公取委が、審決の立場に固執して、柔軟な主張を行わなくなっており、ここ、2、3年の東京高裁の判決が、公取委の審決を支持する傾向が強まったために公取委に慢心が芽生えているのではないかがわれる状況が進行していたからである(この点は、のちに詳述する)。元々、この2、3年で、東京高裁が公取委の判断を支持するようになったのは、審決取消訴訟での公取委の主張が、審決の立場を繰り返す通り一遍のものではなく、事件の実相をとらえ直して主張していたことが大きかった。IIで詳述するポリプロピレン事件以降、そのような立場を捨て、従来の審決の論理の維持に固執する立場に回帰した結果が、第5判決を招いたという側面があるように思えてならない。

このような公取委の訴訟維持活動の問題については、第5判決に至る一連の判審決の流れを追わなければ理解できないところも多い。重要な事件として、一度審決が取り消された区分機事件と多摩談合事件の直前に判決が下されたポリプロピレン事件があり、これらの事件を評釈した上で、IVで再度、第5判決の意義づけを論じることにはしたい。

II ポリプロピレン事件(PP 事件)東京高裁判決²⁹⁶

1 PP 事件の事実と判決の概要

(事実の概要)

本件は、ポリプロピレン(以下「PP」という)PPの製造業者七社(日本ポリケム、ブランドポリマー、チッソ、出光、住友化学、モンテルエスディーケイ・サンライズ(「MSS」、トクヤマ)によるカルテルの事例である。

PPはナフサを分解して得られるプロピレンを原料としているが、PPのコストに占めるプロピレンのコストの割合が高く、プロピレンのコストの割合に占めるナフサの割合が高いことから、ナフサ価格がPP、およびその他のプロピレンを用いる素材であるポリスチレン、ポリオフィンの価格・コストに大きな影響を及ぼす関係がある。すなわち、PPの価格とナフサ価格との間には連動性がある。

平成12年当時、PP製造販売業者は、営業部長級の者による会合(部長会)を開催してPPの販売に関する情報交換を行っていたが、平成12年1月21日、2月7日及び2月21日の部長会において、ナフサ価格の先行きの見通し、PPの採算状況、採算が取れるナフサの価格水準、PPの値上げの必要性等についての協議を行っていた。

3月6日の会合において、七社の担当者が同年4月以降にナフサ価格の見通し、およびPPの値上げについて、自社の状況および考え方を述べ合った。

3月9日にポリスチレンの価格動向が決定した。

3月17日に開催された会合においては、チッソとトクヤマを除く五社がPPの値上げのための、社内手続きの進捗状況について報告を行い、MSS以外の四社が値上げの日程を表明した。

七社は3月17日以降、順次PP1キログラム当たり10円から15円の値上げを打ち出し、需要者との間で交渉を行い、値上げの一部を実現させた。

(審決)

本件の審決案は、「意思の連絡」についての、東芝ケミカル審決取消請求事件判決²⁹⁷を引用しつつ、以下の事実を認定して、3月6日に意思連絡が成立したものと判示した。

そこで本件につき、・・・部長会の前後の経緯をみると、・・・審決案において認定しているように、1月21日の部長会においてナフサ価格の高騰を背景に、4月以降のナフサ価格の見通し及びポリプロピレンの値上げの必要性について意見交換を行い、ポリプロピレンの値上げについて部長会において検討していくこととし、これに基づき、2月7日及び2月21日の部長会において当該値上げについて意見交換等が行われた。そして、3月6日の部長会後の3月17日の会合においては、各社の値上げのための社内手続きの進捗状況、値上げの打ち出しの内容、対外発表

²⁹⁶ 東京高判平成21年9月25日。本件審決は、審判審決平成19年8月8日 審決集54巻207頁

²⁹⁷ 東京高判平成7年9月25日 審決集42巻393頁

時期等につき確認をした上で、次回 3 月 27 日の会合において各社が責任をもって値上げ交渉を行う需要者に対する分担を決める案を持ち寄ることとし、続く 3 月 27 日の会合においてその分担が決められ、その後、実際に値上げの交渉が行われ、さらには実施状況の確認等について会合等が行われたのである。

これらのことからすると、値上げの打ち出しの内容、時期等の確認が行われた 3 月 17 日の会合までには、ポリプロピレンの値上げについて被審人らの間に上記の趣旨における『意思の連絡』が既に存在していたと考えられるところ、3 月 6 日の部長会をはさんだ上記の一連の事実経過、3 月 6 日の部長会において、当該値上げに関して認識が一致したとの趣旨を被審人ら関係 7 社のうち 5 社の出席者が審査官に供述している（これらの供述調書が供述者の意思に反して作成されたことを疑わせるに足る事情は認められない。）こと、そして、その後、本件合意内容に沿う値上げ交渉が実際に行われ、その実施状況の確認も行われたことなどを総合的にみると、3 月 6 日の会合において、被審人らが相互にポリプロピレンの需要者向け販売価格の引き上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思を有し、もって上記『意思の連絡』に当たる本件合意が成立したと認めることができるというべきである。」と認定した。

委員会は、「原告らが PP の値上げ行為に関する情報交換をした事実と、その後同一又はこれに準ずる値上げ行為があった事実とから、特段の事情のない限り、その間のいずれかの時点において、何らかの方法によって、値上げについての意思の連絡があったものという推認を働かせることによって、同法違反があったものという判断をする」という補足（以下、「委員会補足」という。）を行って、審決案を審決として決定した。

（東京高裁判決）

PP 事件の東京高裁判決は、実質的証拠法則の適用に関し「本件審決は、3 月 6 日の部長会という特定の機会における本件合意（意思の連絡）の成立という原告らの行為が「不当な取引制限」に当たるとしているものであり、本件訴訟においても、被告は、同日の部長会における本件合意の成立という主張を維持しているから、当裁判所も、被告が上記のように認めたことに実質的証拠があるかどうかにつき審査することとなる。」と述べたうえ、委員会補足の委員会補足の点は、「証拠によって 3 月 6 日の部長会における本件合意の成立が認められることを補強するものとして用いられることになる。」と述べ、本件審決に対する原告の主張を細かく検討し、結論として、3 月 6 日の部長会において本件合意が成立したとする本件審決は実質的証拠を有していると判示した。

2 実質的証拠法則の意義

(1) 最近の判例の傾向

本判決が委員会補足の点は、「証拠によって 3 月 6 日の部長会における本件合意の成立が認められることを補強するものとして用いられる」とするのは、実質的証拠法則を、生の事実の認定だけでなく、生の事実から、合意の成立という規範性のある事実についての推認の過程にまで及

ばし、裁判所は、公取委の認定と推認の過程が合理的かどうかの観点からのみ判断するという立場に立つものである。

しかし、Ⅲで紹介する区分機事件差戻審をはじめとするその他の最近の審決取消訴訟の東京高裁判決は、規範性のある事実についての推認の過程にまで及ぼさず、比較的自由に審決の内容を補足し、あるいは審決の挙げた間接事実のうち、相当でないと考えられるものについては、これを捨象している。例えば、区分機事件差戻審東京高裁判決は、審決の認定した市場環境要因についての事実を、意思の連絡の基礎となる間接事実として列挙せず、その他の事実から意思の連絡が優に認められるとする。ジェット燃料事件では、審決は防衛庁側の関与について希薄な関与しか認定していないが、東京高裁判決では、防衛庁の深い関与を認定しつつ事業者間にはなお競争があり、談合が成立すると判断している²⁹⁸。最近の判例では、むしろ審決の認定事実とその推論をそのまま認めた例は、それほど多くないと言えるし、そのような場合でも、理由付けはより洗練された内容に書き換えられることが多くなっている。

(2) PP 事件の考え方とその妥当性

本件では、裁判官が3月6日ではなく3月9日に合意が成立したとの心証を持っているのではないと思われる点がいくつか認められる(例えば、トクヤマが3月6日の時点で、まだ値上げを決めておらず、3月9日までに意思決定したと考えることも一つの説明でありうると認定している(判決書87頁)。)。にもかかわらず、3月6日の合意成立との判断も合理的であると判示していることは、あたかも裁判官の心証は、3月9日に合意が成立したと思うが、3月6日という認定も合理的であり、実質的証拠法則があるからそれに従うというようにも読み取れるのである。このようなアプローチは、AとBの二つの考え方が合理的である限り、裁判官がAが合理的だと思った場合でも、Bという認定も合理的であれば、Bと判断しなければならないというのが実質的証拠法則であるという白石教授の実質的証拠法則のとらえ方²⁹⁹に近い。しかし、Aがより合理的と考えるならBという認定は、もはや合理的ではなく、裁判所はAという認定を行うべきである。本件に当てはめれば、3月9日の方がより合理的であると裁判所が信ずるならば、3月9日という認定を行うべきである³⁰⁰。

そもそも、3月6日か3月9日かという事実認定は、裁量的なものではないので、実質的証拠法則の適用場面でないとも言えるし、実質上、合意の存在は規範的事実であり、裁量性があるとしても、推認の過程に実質的証拠法則を及ぼし、裁判所の実質的証拠法則への拘束を強調することは、公取委の判断・理由付けの誤りから、直ちに審決取消の結論を導く恐れがある。多摩談合事件の第5判決はそのようなおそれが現実化したものであるとも評価できる。

²⁹⁸東京高判平成21年4月24日 評釈として、山本裕子「防衛庁ジェット燃料入札談合事件審決取消請求訴訟—公正取引第707号(2009.9)」

²⁹⁹ 白石(2006)543頁、白石忠志『独禁法講義(第3版)』有斐閣(2005年)189頁

³⁰⁰ 実質的証拠法則についての私見の詳細は、越知・行政裁量297頁以下。

そもそも、大石組事件東京高裁判決³⁰¹、種苗事件東京高裁判決³⁰²によれば、特定の日時におけるカルテルの合意を立証する必要はなく、カルテルが存在したかどうかを認定できればよいのであり、これらの判決を引用し、3月6日という特定の日時におけるカルテルの合意の成立は、要証事実ではなく、合意が存在したかどうかを認定できればよいとして、3月17日までに価格引き上げの合意が存在したことを認定すれば良かったと思われる³⁰³。すなわち、委員会補足の点は、3月6日の合意の成立を補強する事実としてではなく、3月17日までに合意が存在している事実を推認する証拠として活用すべきであった。

(3) 多摩談合事件第5判決の考え方とその妥当性

多摩談合事件第5判決は、規範的事実の推認の過程が誤っていれば、自ら正しい推認の過程を構成し直すのではなく、公取委の推認の過程(理由付け)が正しいか否かだけを見て、誤っていれば直ちに当該要件の存在を否定する解釈を導くものとして、実質的証拠法則を適用している。独禁法82条が、実質的証拠のない場合に、審決を取消することができる権限があることから、このような解釈は可能ではある(原告は、審決取消訴訟では、このような解釈によるべきことを主張するのが常である)。しかし、行政事件とりわけ独禁法事件の公益的性格を考えると、異なる構成をとれば違法行為の要件の充足が認定できるにもかかわらず、そのような事実認定を行わず、処分の取消を認めることは適切とはいえず、これまでそのように実質的証拠法則を適用した例はない。東洋精米機事件³⁰⁴では、高裁は、公正競争阻害性の実質的証拠がないと判断したが、その意味は、公正競争阻害性が立証されていないとするものであり、ほかの構成から公正競争阻害性が認定できるのにそうしなかったというわけではなく、第5判決の判断の仕方とは異なる³⁰⁵。

なお、多摩談合事件の多数判決を、実際の合意は80社であったことをにおわせつつ、審決の33社での合意の認定も合理的であると読めば、PP事件型で実質的証拠法則を適用しているようにも見えるが、多数判決は、「課徴金対象期間内に落札物件のないものは、自社が受注意欲や関連性を有するときは他の違反行為者が協力すべきことについて相互の認識・認容がない」との審決の理由付けは採用せず、当事者と協力者の区分が単に課徴金対象期間における落札の有無であり協力者とされたものも実質的には当事者であるとの前提のもとに審決の理由付けを変更しているのであるから、区分機事件その他の主流の判決に従い実質的証拠法則を適用していると考えて

³⁰¹ 東京高判平成18年12月15日。大槻文俊 『大石組審決取消請求事件(旧清水市等発注土木工事の入札談合)-最高裁平成20年3月7日決定-』公正取引694号

³⁰² 東京高判平成20年4月4日 渕川和彦「価格決定の枠組み合意とカルテル—(株)サカタのタネほか14名に対する件」ジュリスト第1396号

³⁰³ 泉水文雄「経済法判例・審決例の動き」ジュリスト1398号(平成21年重要判例解説)(有斐閣2010)264頁も、3月17日までに価格引き上げの合意が成立したことを認定することもできたとする。

³⁰⁴ 東京高判昭和59年2月17日 判例時報1106号47頁

³⁰⁵ 中川丈久 「実質的証拠法則」『経済法判例・審決百選第7版』(有斐閣)230頁参照。

よいと思われる。

規範的事実についての間接事実からの推認の過程は、事実認定よりも法的評価・認定の理由付けの側面を有している。法的評価については、実質的証拠法則が及ばず、裁判所の専権で判断できる事項であれば、また、規範的事実についての推認の過程では、実質的証拠法則を強く考えるべきではない。実質的証拠の有無は、裁判官が判断するのであり、審決の推認の過程が合理的でないと考えれば、実質的証拠による裁判所の拘束は及ばないので、裁判所は、推認の過程を変更できると解することができる。そのように考えた方が、裁判官がより自由に説得力ある判断を行うことができ、審決の司法的統制の観点からも好ましく、また、それに従った区分機事件ほかの最近の主流の判例は、説得力があり、独禁法判例の質を大幅に改善している一方、PP事件や多摩談合事件第5判決は、説得力の面で、主流の判決に及ばないと思われる。

(4) 実質的証拠法則廃止後は、どのように判断されるか

平成22年の執行手続に関する独禁法改正案が成立すれば、実質的証拠法則についての規定は廃止される。実質的証拠法則の意義、適用の仕方に関し3通りの解釈が行われている現状を考えると、実質的証拠法則を廃止し、行政法の原則に従い、要件の認定に関する要件裁量の問題とすることは、それなりに合理的とも考えられる。その場合、裁判所はどの程度、公取委の認定事実を尊重することになるのであろうか。

マクリーン事件、日光小杉事件などの行政裁量に関する行政法判例の流れ³⁰⁶からすれば、裁判所は、公取委の認定事実が合理的である限り、その認定を是認し、認定が合理的でない場合に限って、異なる判断を行うことになると思われ、その意味では、実質的証拠法則のもとでの判断構造とそれほど異なるものではないであろう³⁰⁷。ただ、行政裁量(要件裁量)の場合、裁量性のない事実認定について、裁判所が拘束されないことが明確になる一方³⁰⁸、公取委の推認・法的評価に疑問がある場合、直ちにその判断を取り消す多摩談合事件第5判決のような立場は取りずらくなるのではないかと思われる。

3 将来のナフサ価格の見通しについての情報交換の評価

PP事件³⁰⁹審決は、供述調書を直接証拠として事実認定の中核に据えている。Part IIのごみ焼

³⁰⁶ 第2部第2章または「越知・行政裁量」297頁以下参照

³⁰⁷ 古城誠「独禁法の執行と司法審査の役割」経済法学会年報53巻51頁参照。

³⁰⁸ 先例は、裁量性のない事実認定でも実質的証拠の有無の問題としているが、裁量性のない事実については、事実が証拠によって支持されているか否かであり、実質的証拠法則の意義は、裁量性のある事実認定について、要件裁量の限界を明らかにしたものと考えべきである。

³⁰⁹ 審判審決平成21年11月9日

却炉事件でも指摘したことであるが³¹⁰、供述調書は伝聞証拠であり、それに頼るべきではない。独禁法事件の場合、当事者の自白以外にも客観証拠は存在し、それらを組み合わせて客観的に事件の証拠を構築すべきである。自白に頼るのであれば、専門機関による審判をおく意義はなくなるのであり、供述調書に依存した審判官の事実認定の在り方が、審判制度の維持を困難にした側面がある。しかも、PP事件ではそもそも当事者間に争いのない情報交換活動自体が価格カルテルの決定的事実であり当事者間に争いのない事実だけで意思の連絡ないし価格引き上げ行為を認定できる事例であった。

PP事件の場合、当事者は、ナフサの原料価格の値上がり状況をモニタリングし、見通しについての情報交換のために、ほとんど二週間おき(平成12年1月21日、2月7日及び2月21日)に会合を開き、ナフサ価格の先行きの見通し、PPの採算状況、採算が取れるナフサの価格水準、PPの値上げの必要性等についての情報交換を行っており、その情報交換は、需要家に説明するためのナフサの原料価格についての見通しの意見をすり合わせることを目的としていた。過去のPPの価格の推移は、ナフタ価格にほぼ連動しているもので、ナフサ価格の将来見通しを情報交換しているということはPP価格の将来価格の見通しについての情報交換を行っているのと実質的に同じことであった。そのような将来価格の情報交換は価格が独立した意思決定によって形成されたものではないとの決定的な事実である。情報交換活動が互いの価格形成に影響を及ぼしあう関係にあれば、それは意思の連絡の重要な証拠である。

このような情報交換活動については、被審人は事実の存在自体は争わず、他の競合メーカーの動向を把握するためのものであり、その時点では、まだカルテルをやろうと決めていなかったもので、依然として独自の意思決定がなされていると主張されることが一般的である。

しかし、お互いに自分の将来のコスト見通しを告げあうことはお互いの将来価格を告げあうことと同質であり、それを知れば相手も同調的な行動をとることを予想し、安心して価格を引き上げることができる。カルテルにおいては人為的に価格についての透明性を作り上げることは、カルテルを助長するものであり、会合でそれが行われるならば、それはカルテルの決定的証拠であり、そのような人為的に価格の透明性を作り上げたうえで、価格を引き上げる決定をしたことを独立した意思決定がなされていると評価することはできないのである。

このような透明性を作出することにより同調的行動が取りやすくなることは、広い意味で協調行動理論の一種である。ただし、いわゆる協調行動理論は、会合などの人為的接触がない場合に、不自然な価格形成と会合以外のより微妙なコミュニケーションの手段が取られた場合に、通常問題になるものであり、将来的な対象商品の価格の見通しまたは価格に連動しているコスト・原料費の見通しについての情報交換は協調行動理論を持ち出すまでもなく(すなわち、市場環境要因に関係なく、)価格引き上げ行為と同質的なものとして判断できる(この点は、Ⅲで詳説する)。

このような将来価格に直結するコスト見通しについての情報交換後に同調的な価格引き上げが行われた場合には、情報交換の影響下で価格の引き上げが行われたものと推認すべきである。東

³¹⁰ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)5頁

芝ケミカル事件東京高裁判決はまさに会合における明白な同意がなくてもその情報を得て、（他の参加者と同様の態様で）価格が引き上げられた場合には情報交換の影響下に価格が引き上げられたものと推認されてもやむを得ないとし、独立した意思決定が行われたものではないと判示しており、同判決に従えばPP事件では原料価格の価格動向についての情報交換とそれに続く同調的な価格引き上げにより価格カルテルを認定することができる³¹¹。

なお、情報交換活動に関しては、合理の原則が適用されるという米国反トラスト法の考え方があるが、これは、過去の売上についての全体的データなど競争促進的な側面をも有する情報についての考え方であり、将来的な価格についての情報を交換することを合理の原則で考えているわけではなく、将来的な価格についての情報交換は、価格カルテルの合意の決定的証拠として扱われている³¹²。これはEUでも同様であり、最近EUは情報交換活動への規制を強化している。

4 将来価格の情報交換がある場合の要証事実

平成12年1月21日、2月7日及び2月21日の情報交換後も、当事者が、価格を上げるか否か明確にしていないという点は、ほとんど、意思の連絡の存在を否認する間接事実にはなっていない。カルテルというのは、違法行為ではないから、当事者の間に実現できるかどうか不安があるのは当たり前で、価格を引き上げようと決めていても、会議のたびに、何らかの新たな議論がでて来るのは当然である。また、PPの場合、ポリスチレン、ポリオフィンの価格に連動するので、当事者間で、PPの値上げをすることを決めた日は、ポリスチレンの価格動向が決定した3月9日と考えることも合理的である（この点は、東京高裁判決も指摘している）。何れの時点で合意が成立したのであれ、3月17日以降の需要家との交渉では、一斉に引き上げた価格を通知して交渉に入り、情報交換時にすり合わせたナフサ価格の見通しについての情報をもとに交渉し、価格の引き上げに成功している以上、どの時点で、合意が成立したかの認定は必要ない。

つまり、本件では、合意を認定するために必要十分な間接事実は、以下のとおりであると考えられる。

ナフサ価格の見通しについての情報交換

PP価格の値上げの需要家への通知についての斉一的行動

PP価格の並行的値上がり

5 審決の事実認定・証拠の活用の在り方

合意の形成過程が示せるならば、その方が好ましいとの評釈がある³¹³。しかし、いずれであっても、合意を認定できる事例に、合意の形成が3月6日か、3月9日という違法行為の認定に不

³¹¹ 第1部第1章または状況証拠I(2)判例時報1980号37頁で事例をあげて詳述している。

³¹² 先例の詳細については、第1部第1章または状況証拠I(1)判例時報1979号10頁参照。

³¹³ 平林英勝「ポリプロピレン価格協定事件取消訴訟判決の検討—実質的証拠法則の適用および「カルテルのコア・周辺メンバー」テスト」NBL932号41頁(2010)

必要な事実認定に、膨大な審理期間(本件では、7、8年)を費やすことは、無意味であり、そのような無意味な議論をしないよう要証事実を的確に把握した上での争点整理がなされなかったことが本件の最大の問題である(審判指揮の問題は、IVで更に論じる)。

しかも、意思形成の仕方が異なることについて出された証拠の評価を誤る危険性がある。本件では、値上げに消極的な事業者があり、「値上げは、つぶしたぞ」と内部的に報告した証拠が出されている。しかし、事業者間で意思を通じて、値上げをさせないことも、また価格を一定水準に保つカルテルであり、(そのような事実が、存在したかは極めて疑わしいが、存在したとしても)、この供述自体が、価格の維持(価格を引き上げない場合の決定)も独立して決めるのではなく話し合って決めていること(カルテルが行われていること)の自白(不利益陳述)である。

また、値上げをするには満を持してやるべきとする事業者が存在したことが3月6日に合意されていなかったことを示す間接事実として被審人から主張されているが、それは、ポリスチレンの価格引き上げがなされた3月9日には、価格を引き上げることに賛成に転じたことを示唆する有力な証拠でもある。審決や判決は、これらの供述を信用性がないものとして取り扱っているが、価格決定についての意思連絡があるかとの観点では、これらの証拠は、むしろ、意思連絡の存在を基礎づける証拠としても活用できる供述であること、すなわち、信用性を肯定しても、その供述自体が価格カルテルの存在を基礎付ける事実となっていることに言及する方がよかったと思われる。

また、合意の形成過程を問題にすることは、供述調書への依存を強めることになる点でも、好ましいものとは思われない。公取委は、PP事件に限らず、同じく原料価格の情報交換を目的とする会合が存在するモディファイアー事件³¹⁴においても、自白調書を立証の中心に置いた審決を下しており、将来価格の情報交換活動を決定的証拠と見る実務を確立させていない。しかし、この点が先例で明確にされていれば、情報交換の後に自ら降りる場合を独立の行動(自由で自主的な営業活動)と解する多摩談合事件第5判決のような判決が現れることはなかったのではないか。そのような先例の形成こそ、専門機関としての公取委の審決に期待されているのであり、自白調書に頼る審決の事実認定手法は、早急にその審査手法の見直し・改善が必要なように思われる。

³¹⁴ 審判審決平成21年11月9日(クレハに対する件)

Ⅲ 区分機事件東京高裁差戻審判決

本件は、すでに第1部第2章で解説済みである³¹⁵が、本件の意思の連絡に関し、どのような事実が意思の連絡に関し重要であるかについて、評釈上、興味深い議論の展開があり、また、原東京高裁判決の審決取消の背景には、多摩談合事件の第5判決に通じるところがあり、あらためて詳細に論じることとする。

1 事実・事件の推移と判決の概要

本件は、審判審決(平成15年6月27日)の取消訴訟である東京高裁の原審(東京高判平成16年4月23日)(以下、「原東京高裁判決」という)は、実体的な争点について判断せず、本件の排除命令が、排除措置を特に必要とする理由が示されていないことを理由に取り消したが、最高裁により東京高裁に破棄差し戻しされ(最判平成19年4月19日)た。最高裁は、公取委の専門性から事実認定についての裁量権があることを説示した。しかし、差戻審は、公取委の事実認定に法令違反はないとするものの、やや異なった見地から事実認定を行っている(東京高判平成20年12月9日)。基本的には、より正しい方向での事実認定であり、支持できる。

本件の事実関係は、郵便番号自動読み取り機(以下「区分機」という)の発注は昭和61年度までは随意契約により、昭和62年度から平成6年度までは指名競争入札の方法により、平成7年度以降は一般競争入札の方法により発注されていた。一般競争入札の導入前には、東芝及びNECの2社が指名入札事業者となり、両者がほぼ半分ずつの受注を獲得していた。受注にあたっては、発注者が受注をしてほしい会社の方に情報を開示し、情報の開示を受けた事業者だけが入札するという方法で、事実上無競争での落札となっていた。このような入札形態は、随意契約の時代の発注において行われ、一般競争入札に移行した後も、発注者、東芝及びNECは、郵政省から情報開示を受けた事業者のみが入札し、その者が受注を獲得するという一般競争入札前の状況を継続していた。公取委の立入検査後、日立が入札に参加し、郵政省からの一当事者に対する情報開示が行われなくなり、落札価格も従前より大幅に低下した。

審決は、指名競争入札から一般競争入札への移行にあたっては、東芝及びNECは、一般競争入札への移行に反対し、あるいは一般競争入札へ移行後も同様な方法での情報開示を継続するよう郵政省に働きかけており、郵政省と2社との間でこの働きかけに関する事実が認定されており、かつ郵政省との話し合いの後に2社間で対応についての情報交換が行われたことも事実認定しているが、意思連絡を認定する理由として、競争入札下では考えられない不自然な受注結果になっていること、公取委の立入検査後、入札価格が顕著に急落したこと、本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であったことから談合が起りやすい状況にあり、

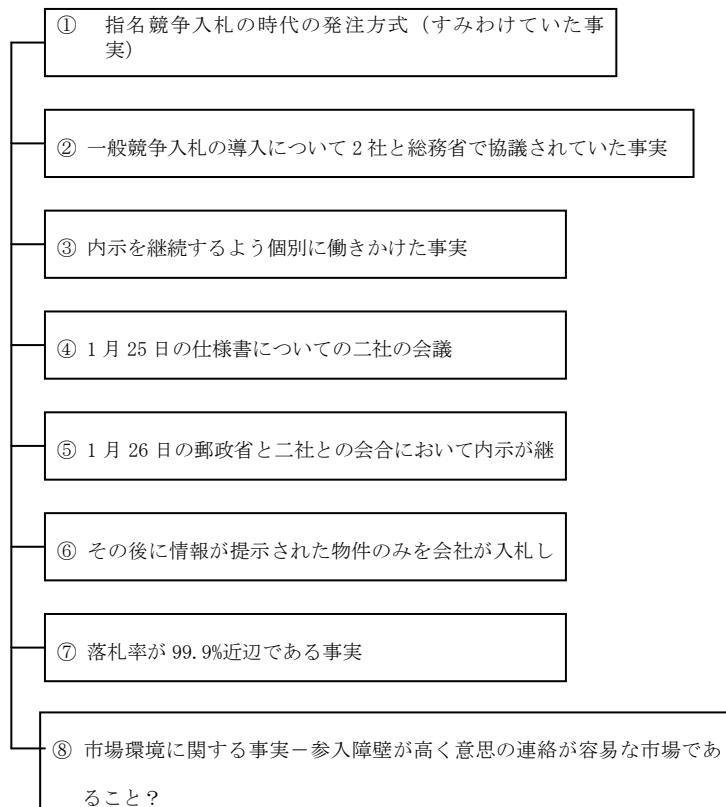
³¹⁵ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)8頁

意思の連絡がなければ起こりえない不自然な行動が存在するなどの市場環境要因を強調しているが、差戻審は、市場行動要因には触れず、下記の事実などから、「少なくとも黙示的な意思の連絡があったことは優に認められる」とした。下記の事実は、審決が認定した事実にも挙げられているものだが、審決が重視した本件入札市場の市場環境要因(事実⑧とする)に触れることなく、意思連絡を認定している³¹⁶。

- ① 一般競争入札へ移行前には、郵政省が一方の会社に内示を行い、その会社のみ、情報を開示し、情報の開示を受けた事業者だけが入札に参加し、情報の開示を受けなかったものは入札を辞退するという行為が相当以前から行われていたこと
- ② 2社と郵政省は、勉強会などで定期的に会合を持っており、一般競争入札の導入に関しても、平成6年4月15日の勉強会で打診を受け、同4月26日、同9月2日などに2社と郵政省は会議を持ち、2社は、一般競争入札の導入に反対し、導入される場合、受注予定者への開示という制度が維持されなくなることについての懸念を会合において明らかにしていたこと、
- ③ 平成6年11月ころ、T社の部長は、郵政省のT係長に一般競争入札の導入の中止を要請し、平成7年1月初旬ころ、N社の部長は、T係長に対して、情報の提示を継続するよう要請したこと、
- ④ 一般競争入札移行が決定された平成7年1月26日の郵政省との会合の前日の25日に2社で会合を持ち、内示を受けた社の図面や部品表を仕様書に添付することを打ち合わせたこと、
- ⑤ 翌26日に、郵政省と2社が会合を持ち、従来の内示の方式が維持されることが、郵政省から2社に伝えられたこと、
- ⑥ 一般競争入札移行後、各社は、情報の提供を受けた案件にのみ入札に参加し、落札していたこと、
- ⑦ 落札率は、99.9%付近であったこと

上記の事実を、ブロックダイアグラムで整理すれば、以下のとおりである。

³¹⁶ 第1部第1章または状況証拠I(3)9頁。この点は、状況証拠Iの指摘がそのまま採用されているといえる。武田邦宣『官製談合における意思の連絡の立証-郵便区分機入札談合事件差戻審判決』ジュリスト1374号48頁



2 何が重要な事実か—問題の所在

本判決が重要な事実と認定した中で、括弧書きで、とくに重要な事実として、①、③、⑥、⑦をあげ、④、⑤の事実を挙げていない。そのためか、多くの評釈³¹⁷は判例を引用したり、重要な事実として整理する際には、判決が括弧書きで、とくに重要と指摘する事実のみ掲げ、④、⑤の事実の引用を省略したり、引用されたとしてもこれを重視せず、内示を維持する働きかけにより意思連絡の事実が認定された事例として評釈されている。

これに対し、林評釈は、上記④、⑤の事実の重要性を指摘し、あわせて、他の評釈の重視する③の事実だけでは、意識的並行行為の可能性が残る点を指摘する。これに対し、川濱評釈は、④、⑤の事実を重視する理由が説明し切れていないとし、③の事実の重視だけでも、意識的並行行為の可能性が残るとは言えず、市場環境要因を重視する審決の立場も肯定的に言及されている。

317本件の評釈として、武田邦宣「官製談合における意思の連絡の立証—郵便区分機入札談合事件差戻審判決」ジュリスト1374号48頁(以下、「武田評釈」という)、林秀弥「官製談合に置いて意思の連絡が認定された事例」速報判例解説5巻(2009)281頁(以下、「林評釈」という)、川濱昇「郵便区分機事件差戻審判決—東京高判平成20・12・19(判時2043号51頁)審決取消請求(差戻し)事件 東京高等裁判所平成19年(行ケ)第12号平成20年12月19日第3特別部 NBL923号30頁(以下、「川濱評釈」という)、池田千鶴「不当な取引制限における意思の連絡—郵政省郵便区分機談合事件審決取消請求訴訟差戻審判決」ジュリスト平成21年度重要判例解(以下、「池田評釈」という)説 第1398号272頁、長谷河亜希子「官製談合における「意思の連絡」の立証—郵便区分機入札談合事件差戻審判決」ジュリスト第1392号185頁

この④、⑤は、事業者間のダイレクト・コミュニケーションであり、最も重要な事実である(状況証拠Ⅱでは、④、⑤の事実を引用して評釈している)。林評釈が、この事実を事前の交渉と考え、③の事実がなければ、本件で、意思の連絡を認めることが困難とまで指摘するのは、賛成できないが、④、⑤の事実の重要性を指摘した点は、事実認定のあり方についての議論を深める点で重要な意義がある。

3 分析

市場環境要因以外の具体的な事実で、判決が、括弧書きでとくに重要と指摘するのは、本判決が重要な事実と認定した中で、括弧書きで、とくに重要な事実として、②、③、⑥、⑦から、意思の連絡を推認するのは、発注者をインフォメーション・センターとした意思連絡を認定するものである。このようにインフォメーション・センターを介在させた意思連絡は、航空産業のハブを中心とした路線戦略になぞらえ、ハブアンドスポーク型の意思の連絡と呼ばれる。確かに、②、③、⑥、⑦の事実だけでも、意思連絡を推認させることはできる。ただ、仮に②の事実を欠いた場合には、原告は各社ばらばらに働きかけを行っている点で、一方の当事者から得られた情報が、他方の事業者に流れたかどうかは立証されていない。その意味で典型的なハブアンドスポークではないという側面があり、林評釈はこの点から、意識的並行行為ではないかとの疑問を払しょくできず、意思連絡の状況証拠として、不十分であると指摘するものである(ただ、後述する通り、②の事実が存在する以上、この点の指摘は正しいとは言い難い)。同様な問題意識は、審決段階の審査官、審判官も共有しており、その結果、市場環境要因を状況証拠に加えたのだが、のちに指摘するように、その構成は、逆に、審決の説得性を減殺する結果につながっている。

これに対し、林評釈は、市場環境要因という状況証拠ではなく、④、⑤の事実、すなわち、1月25日に二社が会合を開き、仕様書に関し予備部品表、付属部品表および図面は二社のいずれかのものが添付されるようにすることと申し合わせ、1月26日の二社と郵政省との会合で、この打合せに従い内示を実施するとの説明がなされた事実を本件の意思連絡に関する決定的事実であると指摘するものであり、その点の指摘は正当である。これらの事実は、事業者間の直接の接触の事実(ダイレクトコミュニケーション)であり、そのような事実があれば、発注者をハブにした意思連絡を考える必要はないので、④、⑤の事実の方が、より、重要な間接事実であると言えるが、それだけにとどまらず、この接触そのものが、単に意思の連絡の一個の間接事実というよりも、それだけでほとんど市場分割合意と評価できるものである(直接事実に近いものと考えられる)。なぜなら、仕様書に関し予備部品表、付属部品表および図面は二社のいずれかのものが添付されるようにする(仕様書で二社のいずれかの部品が使われるか特定されるということは、ライバルの部品を使って納入しなければならないのであれば、それを落札するうまみがなく、入札

しようとは思わないのが合理的だと考えられるからである³¹⁸。

したがって、③の内示の維持の働きかけより、④、⑤の事実の方が決定的または重要な事実であることは確かであり、判決を素直に読み下せば、判決がこの点を重視していないわけではないと思われる（その意味で、括弧書きから落としてしまったのが、不思議である）。

ただし、林評釈が、④を事前の連絡交渉と位置づけていることには問題がある。林評釈は、この市場分割の合意は、発注者である郵政省が関与しなければ実行は不可能であるから、郵政省の担当者も出席した⑤の1月26日の会合が合意の成立時点であるとする。合意の成立時点を考える古典的考え方、あるいはPP事件のアプローチをとるなら、そのような事実の構成の仕方もありうるにはあるが、そのように考えなければ、合意を認定できないとまで言うのは言い過ぎであり³¹⁹、②と③の事実からでも、意思の連絡を認定すること自体は可能である。

③の内示の働きかけを重視する立場の場合、②の事実などで、内示の維持に向けた働きかけが、2社と郵政省の協議の結果醸成された相互理解に基づくものであることの指摘は必要である。すなわち、③の働きかけが単独に行われたとしても、本件では、一般競争入札の導入について、2社と郵政省は、何度も話し合いを持っており(②の事実)、そのような話し合いで、2社が内示の維持を望み、それを維持するよう相互に働きかけるといふ相互理解があることは十分に認められるので、仮に、④、⑤の事実がないとしても、②と③の事実から意思の連絡があることを認定できる。②の会合の結果として、相手も、内示の維持を望んでいることは、③の働きかけを行うまでにわかっているので、内示に応じて入札すれば、相手もこちらの物件に手を出さないであろうことは、④や⑤の事実がなくてもわかるようになっている。その意味で、これは、今後の入札対応についての情報交換であり、価格カルテルであれば、将来価格の情報交換に匹敵する事実である³²⁰。したがって、②と③だけでも、意思の連絡に取って十分な事実である。これを十分でないとして誤って考えてしまったうえ、④の事実の重要性に気付かないと、審決のように、市場環境要因に頼る方向に向かうことになる。その意味で、審決は、二重に重要な事実を見逃していることになる。しかも、その場合には、適切に市場環境要因を指摘する必要があるが、審決の認定事実は、その適切性の点で問題があり(その意味では、三重の失敗がある)、そのために、差戻審がこのような事実を、認定事実から落としたのは相当なものであると思われる。

³¹⁸ 本件の場合、右流れと左流れで全く設計思想が異なるので、設計の異なる他社機械の部品を付けることは、保守にも役に立たず、リスクのみ背負うので、入札することは考えられないとまで言いうるかもしれない。林評釈は、A社が他社の区分機類を納入しようとする場合に、他社(B社)製の部品を納入することが納入条件となっているとすれば、A社は「今回の入札では、うちは入札を控えて、B社が受注できるようにする」ことが前提になっていると普通察するであろうと指摘している。

³¹⁹ 川濱評釈も、林評釈について「事前の連絡交渉・情報交換」の判断過程が確立されていないことを問題とする立場であるとし、具体的な「事前の連絡交渉・情報交換」がなぜ必要であるかが、説明されていないと指摘している。

³²⁰ 誰が、札入れすることになるかを予測することになる情報交換も、上記の情報交換と同じ性質のものであり、それゆえ、そのような情報交換が、談合の重要な間接事実となる。

4 市場環境要因の評価

本件審決は、「意思の連絡を間接事実から認定するに当たり、どのような間接事実を重要なものとして評価すべきかは事案により異なるが、本件では、双方の主張立証内容に照らし、i. 当事者が属する市場の構造、製品の特質、過去の当事者の市場行動等の市場環境、ii. 当事者の事前の連絡交渉の有無やその連絡交渉の内容、iii. 結果としての行為の一致、iv. 事後の市場行動、市場成果の変化等の市場環境を総合勘案して、意思の連絡が推認できるか否かを判断する。」と述べ、「競争事業者間に不自然な行動の一致があり、その競争事業者の行動が事業者の独自の判断によるものとは認め難いときには、競争事業者の一致した行動という結果（結果としての行為の一致）を市場環境、慣行、事前の情報交換等と併せ考えて意思の連絡を推認することが可能である。」と述べる。このような一般論自体は、首肯しうるものであるが、具体的な市場環境の認定であげるのは、参入障壁の高い市場という点だけである（過去に当事者がカルテルを行った経験や当事者の確立した行動や慣行もあげられているが、これは本件では関係ない）。通常、寡占市場においては、市場が透明で相互の情報を容易に知り得るから意思の連絡が容易になるのであるが、このような市場の透明性については、言及されていない。

入札市場ではお互いのオファーを発注者に示すだけであり、入札市場では、価格の透明性がなく、入札市場でない場合より、カルテルは起こりにくいとされ、企業結合事例では、入札市場の場合、同じ寡占であっても、合併を認める理由としてむしろ考慮される³²¹。しかも、本件では、情報を一方にしか流さないという情報の透明性とは反対の事実こそが談合の基礎となる事実関係であり、寡占構造論とは逆の前提で事実関係が構成されている。すなわち、本件では、最小限の接触で意思の連絡が可能となる前提である市場の透明性が欠けている事例である。

これについて審決は、入札市場の特殊性を、以下のように協調阻害要因として考慮するが成功しているとは言い難い。まず、買手が一者のみである場合には、売手に対する拮抗力を有し、売手に譲歩を求め得るので、一般的には、買手が分散している場合と比べて、売手間で意思の連絡をすることが難しいとされていることを指摘しつつ、本件においては、郵政省が情報の提示、納入日程の調整等を行うなど被審人2社と相互に依存する関係にあるので、郵政省が買手独占として存在することは必ずしも売手間の意思の連絡を難しくすることとはならないとする。

また、売手による一定のサービスを要することも、一般的には、消費財で、技術的に成熟し、何らのサービスも要しない商品と比べて売手側の検討すべき内容が多くなり、意思の連絡の内容が複雑化するため意思の連絡を困難とすると言えるとしつつ、郵政省により被審人2社が長年にわたり技術競争を促され、両社の製品、サービスが均質化、同等化してきていることがうかがわれることからすれば、このような製品の特質は必ずしも意思の連絡を難しくするように作用するものではない、とする。

しかし、前段は、要するに、買い手が中に入って調整を行わなければ、意思の連絡を行うこと

³²¹ 越知・日米欧 787 頁以下

ができないこと、すなわち協調的關係が自然に成立しえないことの自認であり、後段の両者の製品、サービスが均質化、同等化してきているとの指摘は、両者の製品は流れ別によるすみわけが行われていること、それゆえに参入障壁が高いということが、本件で協調關係が起りやすいとの前提と矛盾する。審決の展開する市場環境論は、論理的にも破たんしているのではないかとの合理的疑問を生ぜしめている³²²。

また、上記の参入障壁の問題以外で、協調關係が成立している理由としては、審決が指摘するのは、上記の①、②などの事実であるが、これらは、人為的な接触の証拠であり、市場環境が協調的關係を成立させることの証拠ではないし、そもそも、そのような直接的接触があれば、それはそれ自体が協調行動の存在の証拠となるもので、市場環境を理由とした最小限の接触による意思の連絡の理論を持ち出すまでもない。市場環境は、協調が存在していることの証拠であり、それを証拠として使う必要があるのは、直接的接触がなく、公表あるいはシグナリングのような接触といえるかどうか微妙な行為から、意思の連絡を導かなければならない事例である³²³。

研究者の評釈は、寡占市場論の協調行動による理由付を好む傾向がある³²⁴が、これまで日本で市場環境論が取り上げられる事例は、すべて、当事者間の明示的な接触があり、市場環境を持ち出さなくても、協調關係の存在自体は認められる事例である。市場環境論は、協調關係の存在を立証するための理論であり、すでにそれが立証されている場合にさらに市場環境論を持ち出しても、立証に寄与するところはほとんどなく³²⁵、武田評釈が、市場環境の検討は蛇足であったといえなくもないとする³²⁶ことは、理解できる。

本件の市場環境論の場合、価格カルテルと入札談合の市場環境の違いへの言及が不十分なため、審決の説得力を弱めてしまっている。

会合で情報交換が行われている事例は、その情報交換が、協調關係の存在の明白な証拠であり、そのような場合には、市場環境論を持ち出す意味はなく、端的にその情報交換が、市場の透明性を作り出す結果、同調的行動、東芝ケミカル事件の「歩調を合わせる意思」を生みだし、そのような形で、相互了解が生みだされれば、もはや独立した意思決定(自由で自主的な意思決定があるとは評価されない)のである。これは、IIのPP事件のナフサ価格の情報交換と相当程度共通する問題であり、公取委の審査官・審判官は将来価格や将来の入札者の予測ができるほとんど価格協定や、入札談合の合意そのものに近い事実をうまく活用できていない。そして、その問題が

³²² 武田評釈 49 頁もこの点を指摘する。

³²³ この点については、第 1 部第 2 章または状況証拠 II (下)8 頁で例を挙げて詳述している。

³²⁴ 川濱評釈は、市場環境が、意識的並行行為をつなげる例は多くなく、意識的並行行為が可能な局面というのは、最小限の接触で意思の連絡が可能な事態ともいえ、それを背景的事実としてそれなりに重視するのは合理的なことであろうと指摘する。

³²⁵ 武田評釈 49 頁は、「協調關係の成立が問題となる場合と比して、すでに協調關係が成立している場合には、そのような市場環境の検討が果たす役割は、限定される。」と述べる。この点は、筆者の上記の解説を一文に凝集するものである。

³²⁶ 武田評釈 49 頁、平林[判批]判例タイムズ 1126 号 50 頁

カルテル・談合事件を長期化させ、ついに、多摩談合事件第 5 判決のような判決を生み出す結果を招いたものと思われる。

なお、筆者は、市場環境論を使うことに消極的なわけではなく³²⁷、市場環境論は使うべきところで、使わなければならない、当事者間での接触の機会があったことに争いが無い場合、市場環境論を使わなければならない事例ではないと論じるものである。あえて、日本市場で市場環境論を必要とする事例の一例をあげれば、過去の外国為替の対顧客レートの決め方がある。過去（いまではすでに是正されている）、外国為替の対顧客レートは、各銀行午前 11 時で決まっていたので、各銀行が 11 時に資金手当てのために一斉に外貨を買うため、11 時だけ、その日のレートより円安に振れ、顧客は、本来享受できる円高の一部を享受できない。その損は、2 円程度のことが多かったと思われるが、ただ、最も大きな振れがあったときには、4, 5 円の振れがあったこともあり、さすがに異常ということで、新聞に取り上げられ、金融機関も是正に動いたようである。

5 事実認定における間接事実の取り上げ方(まとめ)と論争の意義

以上を事実認定における間接事実の取り上げ方として要約すれば、次の通りとなる。実務的には、事実認定を行う場合、もっとも意思の連絡が認められやすい事実、あるいは決定的な事実を中心に主張を構成すべきであり、本件では、それは内示を働きかけた事実よりもむしろ、仕様書の様式について、二社間で合意したという④の事実である。④の事実があれば、二社以外の第三者も市場への参入をくじくことができ、二社による市場分割が可能となるという意味でも、最も決定的な事実である。単に内示の継続を求めただけでは、第三者が参入し、その求めに応じて情報を提示するならば、その第三者の参入は、可能である。物件の仕様書で T 社か N 社の部品を調達しなければならないことになっていれば、第三者はその仕事にうまみがなく、第三者の参入意欲をくじくことができる。その意味で④の事実は、③の事実より決定的な事実であるといえる。実際問題として、市場環境要因によってすみわけが可能かは疑問で、この仕様書を東芝か NEC の部品の利用が義務付けられている点が、参入阻止に大きく寄与している。その点からも本件では、④⑤を中心に事実認定を行うのが最もわかりやすい。ただし、②③の事実は、情報交換活動の意味を適切に説明すれば、④⑤の事実なしでも、意思の連絡を認定できるので、その点も主張しておくべきである。そして、市場環境要因を重要な間接事実として黙示の合意を認定するよう求めるのは、②の事実も争われ、③と⑧の事実で、意思連絡を立証しなければならない場合において、予備的な主張として行えば足りる。

なお、本件で意思の連絡の立証にあたり、どのような事実が重要かについての議論が評釈を通じてなされたことの意義は大きい。従来カルテル・談合事件の評釈では、事前の連絡交渉、意思連絡の内容、その後の実行行為が必要であると固く考える一方、安易に協調的慣行に意思連絡

³²⁷ 池田評釈 274 頁は、私見を協調行動理論に消極的な立場に位置付けている。

の根拠を求めるなど、整合性がとれているのか疑問の評釈も見受けられたり、どのような事実が重要な事実かについて掘り下げ不足と思われる評釈が散見されたが、本件の各評釈の議論の中で、意思連絡の立証について重要な事実は何かについての理解・認識が深められたことは、カルテル事件の評釈の水準の引き上げに寄与していくことになると思われる。

6 競争の存在の論点について

郵政省が主体的に情報を一方の当事者だけに提示しなければ、本件の談合が不可能であったことについて、差戻審は「そのような状況を自ら作出したものが、そのような主張をすることはできない」と判示した。その点は、正当であるが、この論点は、発注者の関与なしに談合が成立しえないのであれば、入札を偽ったわけではなく、独禁法上、取れるべき利益がないのではないかという観点から問題とされるべき点であろうと思われる。この点は、Part I で述べたとおり³²⁸、発注者を仕切り役と同視すれば、意思の連絡を認めてよいとも思われるが、談合において発注者は通常被害者であり、被害者をハブとした情報伝播で意思の連絡があると認めうるか(アメリカでは被害者をハブとみることができるとについては消極的な見解が多い)³²⁹、また本件は、談合参加者が受注希望を出すのではなく、発注者が受注予定者を決めて落札させるという意味で、発注者が、競争させないようなルールを主導しているといえる。そこで、本件のような事例は、刑法上の入札妨害罪として刑事告発を行うべき事例であり、独禁法で保護される消費者利益が存在しないのではないかが問題となる。

米国の反トラスト法でも、保険等のエージェントが発注者となる場合は、本人に対する善管注意義務に反して、相手方の利益のために行為することもありうるので、米国の反トラスト法的に考えても発注者を含めた入札談合が生じうることは認められる余地がある。発注者が公共機関の場合、保険のエージェント同様、納税者に対する信認義務に反して、相手方の利益のために行為することもありうるものであり、まさしくそれが日本の官製談合であるとの日本の実務の現状に照らせば、納税者の利益に反して、発注者や発注担当者がハブとなりうることを保険等のエージェントと区別する理由はないとも考えられる。ただ、そのように考えても、公平性の観点からは、官である郵政省が何らの制裁を受けないことが正当化されるべきではなく、検察庁は、官に対して、刑法上の偽計入札妨害または虚偽公文書作成などを活用して立件すべき事例であったと思われる。

³²⁸ 第1部第1章または状況証拠 I (3)9頁

³²⁹ 第1部第1章または状況証拠 I 執筆時の海外における調査結果では、海外の実務家の間では、「被害者自身が関与する場合、保護されるべき法益が欠如しているからである。そのような事例は、談合よりもさらに重大な犯罪である Government Fraud に発注者が問われる事例である。但し、保険会社が被害者の場合には、保険料を高くするためにこのような共謀を仕組む動機があり得る。」との意見が多かった。

IV 多摩談合事件・P P 事件と手続問題

1 手続の問題の重要性

長期化したカルテル・談合事件は、審判指揮・争点整理の失敗・不適切さが事件処理、審決の理論構成に大きな影響を与えている例が少なくない。具体的には、審判における主張の変更の制限、釈明権の行使の不適切などにより、争点形成が適切になされてこなかったという問題であり、多摩談合事件・P P 事件はこのような争点整理の失敗が、事件の長期化、必ずしも適切でない審決の理由付けという結果を招いている。この問題は、結局審判がルールメイキング機能を果たしてきたかという問題に行き着く問題であり、総合的に考察する必要があるので、多摩談合事件・P P 事件以外の事件も含めて総合的に検討する。

2 審判における主張の変更(理由の差し替え)の許容範囲

主張の変更が理由の差し替えになるような場合、たとえば、Aという理由で行政処分理由がなくても、Bという理由で行政処分理由があるならば、その主張の変更を認めるべきである。そうでなければBを理由とした行政処分の審判手続をやり直すだけであり、それは時間的に無駄であり事前手続である限り、主張の変更は、柔軟に考えられるべきであった。行政処分の取消訴訟においてさえ理由の差換えは広範囲に認められている³³⁰。まして処分の行われる以前であれば、その処分理由を適正なものとするために、幾つかの可能性を示すような主張の仕方は認められるべきである。そのような主張が認められないとすると、処分理由があるのに、違法行為を排除する命令を出せなくなるかまた出した命令が取り消される場合が生じる。もちろん考え方としては、新たな命令(平成 17 年以前であれば、勧告)を行えばよいとも考えられるが、いちいち審判を終了させて新たな事件を提起するのは、効率の点で問題があり、また期間制限の問題もある。本来的には立入検査の時点で期間の進行を止めるべきであるが、そのような仕組みになっていないため、違法行為があるにもかかわらず、それが見逃される可能性がある。期間の進行の停止を認めない日本の現行法の枠組みからすれば、よりいっそう主張の変更は認められなければならない。

ところが、平成 17 年改正前の審判手続は、行政処分が行われる前の手続であるにもかかわらず、防御権を侵害するという被審人の主張に配慮して、主張の変更が制限されることがかなりあった。その結果、審決の理論構成がゆがめられた重要な例として、市場シェア維持カルテルに関する事例であるダグタイル鋳鉄管事件³³¹がある。市場シェア維持カルテルが、ハードコアカルテルであることは疑いをいれないが、7 条の 2 の課徴金対象となるのは、カルテルのうち、①対価にかかるとの、②供給量または購入量を制限することにより対価に実質的な影響を与えるもの

³³⁰ 最判昭和 53 年 9 月 19 日判例時報 911 号 99 頁は、一般に取消訴訟においては、行政庁は当該処分効力を維持するための一切の法律上及び事実上の根拠を主張することが許されると解すべきであるとしている。

³³¹ 審判審決平成 21 年 6 月 30 日

に限定されている（平成 17 年改正前の独禁法 7 条の 2 第 1 項）。審査官は、審判の当初の段階では、この供給量を市場全体の供給量を意味するものと主張していたが、ダグタイル鑄鉄管の 1 年の発注量は、あらかじめ決まっているので、市場シェアカルテルによって、総供給量は影響を受けないと反論された。これに対し、審査官は、7 条の 2 第 1 項第 2 号の「供給量」には各事業者の供給量の制限の意味も含むものであり、本件のカルテルは、市場シェアの合意により、各当事者の供給量を制限する合意であるとの主張を追加したが、審判官は、この主張の追加を認めなかった。2 号の「供給量」に該当するか否かの法的評価については、審査官が主張しなくても、審決で認定することができることである。このような主張の変更は、法的構成についての意見を述べているに過ぎず、審査官の追加的主張も当然に許容されるべきであった。なお、審決は、1 年ごとの発注量は、カルテルがない場合に、予算枠が余れば、追加的に発注することもありうるから、全体の供給量に影響を与えていると認定したが、市場シェアカルテルが、各事業者の供給量を制限し、商品の価格に影響を及ぼすものであることは経験則上、明白であり、2 号は、総供給量と限定していないのであるから 2 号に各事業者の供給量を制限する場合を含める解釈の方がむしろ適切であったように思われる。

カルテルの事例ではないが、マイクロソフト事件³³²では、審査官がマイクロソフトの地位が強化されることを公正競争阻害性の理由として審判の途中で追加的に主張したが、審判官はこの変更を認めなかった。ところが、本件では、その主張を審決で公正競争阻害性を認定する理由としている。本件の審査官の主張も、法的評価についての主張であり、主張の変更が制限されるような性格のものではない。したがって、主張の変更を認めなかったことは誤りだが、さらに、主張変更を認めないという判断を下した後にその理由を審決に入れることはそれこそ不意打ちになるので、二重の誤りである。

間接事実や法的構成についての主張に関しては、主張制限は弁論主義の枠組みの中でも問題にならないのであり、厳密な意味での弁論主義が適用されるわけではない行政事件ではより一層問題とならない。このことは、ごみ焼却炉事件東京高裁判決³³³が明示するところである。東京高裁判決に対しては、防御権保障の観点から批判もある³³⁴が、東京高裁判決は防御権に配慮していないわけではない。防御権の保障とは告知聴聞の機会を与えること、武器対等の原則を遵守することにあり、当該変更後の主張に対し、反論の機会を与えるならば、防御権が侵害されたとはいえないし、法的構成についての主張には、及ばない（「汝、事実を与えよ。我、法を語らん。」の法格言は、この点を表している）。さらに、審判事件の場合、集中審理が行われておらず、被審人の反論の機会が与えられないような審判指揮は行われていないので、反論の機会という観点は問題にならないと思われる。ただ審理が長引くことにより、被審人が審判事件に引き込まれる時間が長くなるという不利益があるが、本来別の処分理由があれば、違法行為となりうるものであり、いずれにしろ被審人はその点の防御を行わなければならないのであるから、主張の変更に

³³² 審判審決平成 20 年 9 月 16 日

³³³ 東京高判平成 20 年 9 月 26 日

³³⁴ 根岸哲「ストーカ炉入札談合事件高裁判決—東京高判平成 20・9・26」NBL908 号 22 頁、25 頁

よって、被審人が不利になるものではない。あえて言うならば、期間制限制度によって得られる利益を失うことがあげられるが、そのような技術的な戦術(期間の経過狙い)で違法行為が放置されることが是認されるかということがより根本的な問題である。立入検査により期間の進行が停止する制度に法改正すべきであるが、そのような法改正がこれまで行われなかったのは、理由の差し替えを広く認める行政訴訟法実務のもとでは、支障がなかったからであろう。したがって、このような行政訴訟法実務は、審決(事前手続としての審判はもちろん事後手続としての審判にもあてはまる)にも適用されなければならない。現行の事後審判に関しては、注釈独占禁止法は、事後審判の範囲が、被審人の審判請求の趣旨及び理由(独禁法 52 条 1 項 3 号)に限定されるとの考え方から、主張変更を厳格に解する³³⁵が、行政不服審査請求では、審査庁の審査範囲は不服審査請求における主張に限定されないのであり、被審人にも反論の機会を与えつつ主張変更を認めるべきである³³⁶。なお、社会的事実の同一性を欠くような主張が認められないことは言うまでもない。

3 審決取消訴訟の段階での主張の追加的変更

主張の変更・理由の差し替えは、審決取消訴訟の段階でも問題になる。審決取消訴訟の段階では、公取委は審判での認定をそのまま認めてもらおうとする傾向が強く表れる。基本的に、公取委としてはそのような判断を行ったことが正しいと信じているのであるから、審決の主張に固執するのは当然であるとの見方もある。しかし、実際に審決が取り消される事態が生じるのは、審決の認定に不合理な点があるのに審決取消訴訟の段階でも、そのような主張をなかば強引に維持している場合に、裁判所が業を煮やすというパターンが多いように思われる。区分機事件原東京高裁判決、多摩談合事件の第 5 判決には、このような側面があると思われる。

区分機事件に関しては、原東京高裁判決は「特に必要があると認めるとき」の技術的な解釈により、審決を取り消したが、むしろ裁判官は審判が認定した市場環境要因を前面に押し出した意思の連絡についての事実認定に疑問をもっていた点が大きいのではないかと推測される。その点は最高裁の東京高裁判決を破棄した後の差戻審でも、東京高裁は、なお、市場環境要因を意思の連絡の状況証拠とすることを拒み、上記のとおり発注者への働きかけや、被審人間の会合などの通常の状況証拠による事実認定の手法を採用していることにも現れているように思われる。公取委が審決取消訴訟の原審で、市場環境要因から意思の連絡の事実認定を行う方法だけでなく、通常の状況証拠から事実認定を行う手法も併せて主張していれば、審決が取り消される事態を避けられた可能性があるように思われる。

多摩談合事件の第 5 判決は、より一層その傾向が顕著であり、I で述べたとおり、審決取消訴訟における公取委の主張の仕方を不合理なものとして痛烈に批判している。上記に詳細に評釈したとおり、その批判の中には談合への理解不足の点もあるが、基本合意を 33 社だけで認めた点

³³⁵ 根岸哲編『注釈独占禁止法』(有斐閣)672 頁(鈴木孝之)

³³⁶ 古城誠「審判の対象範囲その他」『経済法判例・審決百選(第 7 版)』(有斐閣 2010)223 頁(112 事件)

や、一定の取引分野を 33 社が落札した物件で確定している点など、公取委の主張が不合理であると考えられる点についての判示も含まれている。本件における 33 社での基本合意の成立については、審決の評釈はそろって批判しており、審決の認定に固執すれば、基本合意の存在が否定されてしまうリスクはかなり高かった。しかも、第 1 判決から第 4 判決は、本件で 33 社が当事者とされたのは、33 社が課徴金の対象であるにすぎず、基本合意は 80 社の間で存在していると示唆しているのであるから、このような主張を追加することは可能であった。にもかかわらずこれを追加せず、審決が協力者と認定した事業者は、談合についての認識はあるが認容はないという不合理な主張を取消訴訟においても固執したために審決が取り消される事態を招いたようにも考えられる。

行政庁は公益の代表者として違法行為を取り締まる権限を与えられているのであり、公益上の要請からすれば、自らの理論構成にとらわれることより、本来違法判断が行われるべき事件が違法でないといわれる事態を避けねばならず、審判での理論構成に固執し、柔軟な主張を行わないことは、行政庁の任務に照らしても疑問である。

問題となるのは、実質的証拠法則のもう一つの側面である新証拠の提出制限の観点から主張変更ができないのではないかという点である。新証拠の提出制限は、新たな主張の制限を含む趣旨であるとの見方もあるが³³⁷、そのように解する明文の規定はないし、仮にある種の主張が制限されるとしても、それは事実についての新たな主張(社会的事実の同一性のない主張)に限られ³³⁸、生の事実からの規範的事実の推認や事実についての評価についての主張については、事実からどのように法を適用するかという裁判所の専権事項についての主張であるから、新証拠の提出制限により制限されることはないと考えべきである。防御権の侵害の観点については、上記と同様であり、取消訴訟において反論の機会が与えられていれば防御権が侵害されるものではない。

裁判所もこのような柔軟な主張を歓迎しているように見える。PP 事件審決取消訴訟の前までは、公取委は比較的柔軟に主張を展開しており、その結果、東京高裁判決は、審決の内容を改善したより質の高い判断を下すようになり、審決取消訴訟段階でのルールメイキング機能が強化されてきたのである。

この傾向が大きく変化したのが PP 事件の審決取消訴訟である。同事件では、裁判所が公取委に、「合意の存在を示す事実は 3 月 6 日に合意が成立したということによいか」との質問を発している。すでに、大石組事件の東京高裁判決、種苗事件の東京高裁判決で、カルテルの意思の連絡に関しては、日時の特定を要しないとの判断が下されており、特定の日時を維持しなければならない必要はなかったし、審決の委員会補足も、そのような構成の可能性に自ら言及するものであるとも言える。裁判所が質問を発していることは、主張の追加的変更を促す意図があることは容易に推測がついたはずである。それにもかかわらず、公取委は、全証拠から、3 月 17 日までに価格引き上げについての意思の連絡が存在したとの主張を追加しなかった。結果的には、裁判所が、3 月 6 日に合意が成立したと見ることも合理的であるとして、審決の認定を支持したが、

³³⁷ 塩野宏「行政法Ⅱ(第5版)」(有斐閣 2010)176 頁

³³⁸ 塩野教授が脚注 59 で指摘するのは、このような例である。

推認の過程にまで、審決の判断を尊重するという形で実質的証拠法則を適用したことは、公取委の訴訟維持の緊張感を緩ませるといふ負の効果も伴ったし、裁判官の間でも、裁量性のない事実認定についての実質的証拠法則の適用は、抵抗が大きいものと推測される。PP 事件のような実質的証拠法則の解釈が生まれたことでその揺り戻しの可能性はむしろ高まっていたと言える。そのような状況を認識せずに、審決に固執する訴訟追行を継続したことが、第 5 判決を生み出したと言えるのではないだろうか。

審決取消訴訟においても間接事実からの推認の過程や法的評価については必ずしも審決の立場に固執しそれから一步も出られないと解すべきではないし、実際に柔軟な主張を行っていた時期においては質の高い東京高裁判決が生まれていたことに注目し、必ずしも命令書の立場に固執せずに適切な主張を組み立てることに力を注ぐべきである。

現行審判が廃止されれば、公取委は、行政事件訴訟では自ら下した審決を維持しなければならないという重しが取れてより柔軟な訴訟追行を行うことが可能となる。

4 PP 事件と多摩談合事件における釈明権行使・争点整理の問題

審判官が防御権保障を理由として必ずしも必要とは思われない被審人の釈明要求に延々と答えて無駄に審理期間を費やすばかりか不適切な釈明に対する対応をとっていたことは、審査官にとっても大きな不満であり、平成 22 年の法改正で、公取委が、独立した聴聞主宰者を置かないような法改正をした理由となっていた³³⁹。

実際、この点の審査官の認識には理解できるころはある。釈明について、審判官が適切なインシヤティブをとっていないことが、PP 事件・多摩談合事件での歪んだ争点形成とそれに基づく審決の判断を生みだしている。

PP 事件では、カルテルが成立した日時を特定を要求する被審人の請求を認め、カルテルの日時を特定させ、その日時でもカルテルの成否だけが争点とされた結果、カルテルの存否については当事者間に争いのない事実からだけでも認定できそうな事例について 8 年以上もの期間が排除措置命令を出すだけで費やされた。

PP 事件では、当初、審査官が、3 月 6 日にこだわらず、3 月 17 日までに合意が存在したと主張したのに対し、審判官は合意の成立時点の特定を要求する被審人の釈明請求に応じて、審査官に日程の特定を求めたために、審査官が、3 月 6 日と釈明し、争点が、3 月 6 日に合意が成立するかに絞られてしまったことによる³⁴⁰。本件では、3 月 6 日に合意が成立したかを争点にしたことは、審判指揮の誤りであると評価せざるを得ない。すでに指摘したように、本件は、ナフサの原料価格の値上がり状況をモニタリングし、見通しについての情報交換のために、ほとんど 2 週

³³⁹ 越知・新執行手続 585 頁、595 頁

³⁴⁰ なお、本件は、調査時には刑事事件としての立件を目指していたため(刑事事件で日時の特定性が要求されるため)、3 月 6 日に合意の成立を認める供述調書が相当程度作成されている一方、3 月 6 日にはまだ合意には至っていないという供述があり、刑事事件としての立件をあきらめている。

間おきに会合を開いているという当事者間に争いのない事実だけで価格協定を認定できる事例である。加えて、ナフサ価格の情報交換が十分でないとしても、それ以外の証拠から、3月6日が成立時点かどうかはともかく、価格引き上げについての合意があることを推認する多くの証拠がある。そのような事実関係で、3月6日に合意が成立したかを争点にしたこと自体が重大な誤りであり、要件事実(要証事実)を審判官が的確に把握していれば、1年以内に事件を決着できた案件である。米国の私訴では、当事者間に争いのない事実だけで、判決を下せる場合、証拠調べに入らず、サマリージャッジメントが下されるが、本件はまさに、証拠調べに入らずに審判を終結させることもできた事例である。

なお、本件の審判開始時は、大石組事件東京高裁判決は出ていないが、まさに、特定日時に合意が成立したという認定は不必要であるとの同判決の論理は、本決の審判における審理で示されるべきであった。そうでなくとも、審判官は、遅くとも大石組事件東京高裁判決が出た時点で、合意の成立時点に関係なく合意の存在が認定できることを示し、反論の機会を与えうえで結審したうえ、競争者の将来価格または将来価格に直結するコスト見通しについての情報交換を決定的事実として、合意の存在(意思連絡の存在)を認定すべきであった。

多摩談合事件の審決で、落札していない事業者が、事業者か当事者かについて決定することを求めた求積明も同様である。本件では課徴金対象期間内に落札物件のないゼネコンを協力者とするのは最初から行われていたわけではない。事業者の積明請求に対し、審査官が本件では落札案件のないゼネコンについては当事者とするか協力者とするかという判断を行う必要がないと回答していたのに対し、審判官が当事者か協力者であるかを明確化するように求めたため、審査官は協力者と回答した上、本件についての構成を大幅に変更したのである。

この点は、(内部的に複雑な問題があったのではないかと推測されるが)主張を変更した審査官に重大な失敗があることは疑いがない。しかし、審判官の争点整理の仕方にも問題がある。課徴金対象期間に落札物件がないものを協力者とするというのは従来の協力者の概念とは異なるのであるから、その点は審判官が適切に整理し、基本合意の参加者が80社であるが、本件が、課徴金納付命令に関する事件であり排除措置命令に関する事件ではないから、排除措置命令事件であれば、当事者とされる基本合意参加者のうち、課徴金対象期間内に落札物件のある基本合意参加者だけが当事者とされるという整理をしておけば、審決にいたる混乱は回避されたであろう。生の事実から推論される評価を伴う事実については、審査官の主張に拘束されるべきではないし、その点に争点をしぼるような争点整理を行うべきではない。

5 争点整理の誤りと主張変更

現在民事訴訟では、争点整理が行われるので争点整理後の主張の変更がどれだけ認められるか、あるいは控訴審において争点整理のときに主張していなかった事由を新たに主張できるかが問題となり、信義則上の主張制限があるものと解されている。ただ、公取委の審判事件についていえば、誤った形で争点整理がなされた場合、これにどこまで拘束されるかという新たな問題を提起している。審判手続はあくまで行政事件手続であり、行政事件では、Aという理由で行政処

分の理由がなくても、Bという理由で行政処分があるならその主張の変更を認めるべきである。そうでなければBを理由とした行政処分の審判手続をやり直すことになり、それは時間的に無駄であるから、Bという理由で原処分を維持したほうが効率的である。そのような理由から、社会的事実の同一性が維持される限り、主張変更は認められるべきである。この点は、審判官の争点整理の失敗により生じた場合でも同様と考えられる(實際上、争点整理が成功していないことが、主張変更の理由であることが多い)。したがって、(審判事件では、民事訴訟のような争点整理手続は取られていないが)争点整理がなされていると仮定した場合でも、禁反言に反しないこと、主張を変更することに合理性がある場合には、主張変更は許容されるべきと思われる。

6 多摩談合事件の第5判決の教訓

多摩談合事件の第5判決は、個別調整の事実認定や競争の実質的制限の意義に関し、独禁法の解釈の問題として看過できない不合理な解釈をとっている半面、一定の取引分野の画定や基本合意の成立範囲(落札物件がない場合の当事者の範囲)の問題については、公取委の主張の不合理な部分を救済しなかったという側面もある。したがって、基本合意の成立範囲に関し落札物件のない当事者を、「共通の認識はあるが認容はない」とか一方的拘束であると解した安藤造園事件判決の立場を変更して協和エクシオ事件、四国ロードサービス事件の立場に戻り、落札物件がない場合でもその者は、基本合意の当事者に含まれるとの解釈をとるべきである。また一定の取引分野の画定に関しては、アウトサイダーや個別調整の失敗によってフリー物件を除いた基本合意が効力を有している範囲に限定して一定の取引分野を画定するような市場画定のやり方を改め、競争が行われている物件すべてを一定の取引分野として画定すべきである。さらに競争の実質的制限の意義について、競争促進効果と競争減殺効果の比較考慮を行う必要のないハードコアカルテルの分野においては、市場支配力の維持・形成・強化ではなく実際に競争価格によらない価格形成が行われていたり競争回避的行動がとられていることをもって競争の実質的制限があるとの解釈を確立すべきである。

反面、「受注希望者から工事希望表の提出を求められたり入札する金額の連絡等がなされた場合には、工事希望表を提出し受注希望者の落札を妨害する行為をしない」という共通の認識があっただけでは自由で自主的な営業活動上の意思決定を拘束するほどの合意があつたとは言えないとの判示や、個別調整がなければ競争の実質的制限がないとの考え方は不合理なものとして採用せず、個別の調整を行うまでに自ら降りて一社だけの指名案件になったり無競争物件になった案件を、個別調整がないものとして課徴金対象物件から外すような実務をとることがないようにすべきである。土屋企業事件の具体的競争制限効果についての判断は、談合流れ案件についての事例判断と理解し、無競争案件や一社指名案件、予定価格の下限ぎりぎり落札した場合が具体的競争制限効果がないと解すべきではない。

これまで公取委は裁判所の発するメッセージを誤って理解しているのではないかとと思われるこ

とが多い。例えば、NTT東日本事件³⁴¹では、区分機事件において、最高裁が『特に必要があると認めるとき』の判断に関し、公取委の専門的裁量を最高裁が認めているにもかかわらず、原東京高裁判決の立場から、排除措置を命ずべき事例に違法宣言審決を行っている。

課徴金対象範囲に関する土屋企業事件判決に関しても、談合流れ物件を排除したに過ぎない東京高裁判決の立場を過大に評価して一社指名物件や無競争物件を具体的競争制限効果が発生していないものとして課徴金対象からはずす実務が最近まで行われてきた(多摩談合事件でも、一部の無競争案件を審決の段階で課徴金対象物件から外している)。ごみ焼却炉事件の住民訴訟で、無競争で落札した物件についても損害賠償請求が認められたことや筆者らが第1部第1章で、無競争物件を課徴金対象の範囲から除外することは誤っていると論じたことの影響もあり、個別的な調整のない物件も課徴金対象物件に含まれるようになってきているが、このような実務の流れが変更されることがないよう実務運用に注意を促したい。

第5判決は公取委が不合理な点が含まれる審決をそのまま強引に維持しようとした公取委の訴訟追行の在り方を痛烈に批判したものであり、この点からも公取委は、違反行為が認定されるならば理由の差し替えが行われることを許容し、裁判官がより質の高い判決を下すことができるよう柔軟な視点で訴訟追行に協力すべきである。実質的証拠法則あるいは行政裁量の名のもとに強引に行政庁の判断を押し付けるような訴訟追行をおこなうべきではない。そのような訴訟追行姿勢に対し、裁判所が業を煮やすような判断をすることは日本だけでなく、EUにおいて、欧州委員会決定が取り消されたテトララベル事件³⁴²では、欧州委員会決定に対して決定は欧州委員会に明白な誤りがあるときのみ取り消せるとするEUの判例法(manifest error rule)を強調し、合併事件についての欧州委員会の判断を尊重させようとする欧州委員会の主張に対し裁判所が決定を取り消した事件であるが、判決の節々から、manifest error ruleを強調した欧州委員会の傲慢な訴訟追行の在り方を批判する説示が読み取れる³⁴³。

7 多摩談合事件のその他の問題

(1) 事件の配点と特別合議体の機能の問題

本件は、審決を取消訴訟の段階で、取消訴訟を提起した原告ごとに事件を配点し、結果的に一つの事件として審理されていた事件が、5つに分離され、五つの事件として、処理されることになっている。このように高裁段階で、取消訴訟を提起した原告ごとに、事件を配点することから、結果的に、弁論を分離する効果が生じることは、地裁段階で同時審判の申立により弁論を併

³⁴¹ NTT東日本事件 審判審決平成19年3月26日 審決集53巻776頁

³⁴² Case C-12/03P Commission v. Tetra Lavel [2005]4 CMLR 573 [2005] ECR I-987 亀岡悦子 EC企業結合規制の新展開 国際商事法務 31巻4号、6号、9号(2003年)

³⁴³ manifest error ruleは、実質的証拠法則に類似する原則として機能していることについては、第2部第2章または越知・行政裁量300頁

合された民事事件でも行われるが、民事訴訟での取り扱い自体、同時審判をおこなった趣旨を没却するものとして批判されている。まして、独禁法事件でこのような処理を行うことは、専門的見地から判断されなければならない事項について配慮が欠けているのではないかと思われる。審判事件の審決取消訴訟の専属管轄を、東京高裁に置いたのは、判断の統一を確保する目的があるはずである。一つの審決を5件に分けてばらばらで審議したのでは、判断が分かれてしまう可能性が生じ、東京高裁を専属管轄とした趣旨が没却される。

さらに問題なのは、本件では特別合議体が機能していなかったのではないかと疑われる点である。第5判決の裁判官の3名は、多数判決の合議体にも加わった裁判官であり、第5判決は、東芝ケミカル事件東京高裁判決の論理と本事件についてのほかの判決を否定するものであるので、このような判決のドラフトが合議体に示されれば、合議体の多数の裁判官から異論が出るはずである。

(2) 独禁法事件の専門性への配慮不足

東京高裁は独禁法事件のインパクトの大きさにもう少し配慮する必要があるのではないかと思われる。本件の事件の配点と合議体の裁判官の重複ぶりを見る限り、特別合議体により、独禁法事件の専門性を確保しようという姿勢は見られず、ただ機械的に5人の裁判官を配点したように見える。しかし、それでは、独禁法事件の専門性を考慮して、東京高裁の専属管轄にした法の趣旨はほとんど生かされていないことになる。裁判所は、独禁法事件の事件数の少なさに気を取られて、独禁法事件の一件一件のインパクトが他の分野に比べて、格段に大きいことを看過しているように思われてならない。独禁法事件は、事件数は少ないが、市場のルールが判例を通じて形成されるという意味で、事件数の多い民事事件、刑事事件と比べても判決の与える影響は格段に大きい。また、行政法事件で実体問題について裁判所が判断を下すことはまれであるという点でも、影響は大きい。さらに、独禁法事件はその事実認定の手法や理論構成を含め、条文上は、簡単な法律に見えても、民法の知識を応用しただけでは、正しい判断を行うことができない分野であり、租税事件や知的財産権事件のような一見して専門性のある事件以上に裁判官が判断を誤ってしまう危険性の高い分野なのである。審判制度が廃止され、東京地裁が第一審の専属管轄を持つことになる見込みであるが、東京地裁は、知的財産権事件、租税事件のように裁判所調査官を置くことに消極的であるようである(裁判所法57条2項参照)。しかし、独禁法事件のインパクトの大きさ、専門性を考えると、裁判所調査官の選任はぜひとも必要ではないかと思われる。

第2部 違法行為是正措置のための執行制度の研究

第1章 独禁法改正法案についての概論—聴聞手続としての性格の明確化の意義

I 第2部と本章の背景

第2部は、筆者が研究してきた違法行為是正のための執行制度について、米国・EU・英独仏の制度と比較し、あるべき執行制度について、論じるものである³⁴⁴。この関係では、公正取引委員

³⁴⁴ 第2部の論文で略語票によって示されるものは、脚注1, 2, 4, 5のとおりである。

第2部に関する筆者の著作・論文として、

塩野宏 『行政法Ⅰ』『塩野宏 行政法Ⅱ』（第4版）（有斐閣 2005）（以下、それぞれ「塩野 行政法Ⅰ」「塩野 行政法Ⅱ」という。）

拙著『日米欧独占禁止法』（商事法務 2005）（以下、「越知・日米欧」という）

拙稿「欧州委員会の事前聴聞手続と改正独禁法の運用への示唆（上）（下）」国際商事法務 34 卷 9 号 1131 頁, 10 号 1277 頁（2006）（以下、越知（2006）という）

拙稿「行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」国際商事法務 37 卷 3 号 309 頁（2009）（以下、「越知・行政裁量」という）

拙稿「独立行政委員会と聴聞手続・審判手続」（国際商事法務 37 卷 4 号 439 頁、5 号 590 頁（2009）（以下、「越知・聴聞手続」という）、

拙稿「行政調査における防御権と調査妨害—日本固有の問題を分析したうえでの欧州との比較」国際商事法務 38 卷 2 号 151 頁（2010）（以下「越知・行政調査」という）

拙稿「英独仏及び米国 FTC の最新の競争法執行手続と日本の新執行手続—米国型から欧州型への転換による新時代の到来」国際商事法務 38 卷 5 号 585 頁（2010）（以下、「越知・新執行手続」という）

拙稿「Quasi-judicial とは何か—準司法的手続・審判・準司法的機関の意義の再構築—」日本経済法学会年報第 31 号 59 頁（以下「越知・年報」という）

拙稿「『審判廃止』法案ではなく『聴聞手続明確化』法案—独禁法手続改正の原点回帰の意義—」公正取引 726 号 34 頁（2011）（以下「越知・原点回帰」という）

拙稿「黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか—」公正取引 727 号 34 頁（2011）（以下「越知・独仏手続」という）

越知保見・荒井弘毅・下津秀幸「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠」（判例時報 1979 号、1980 号、1982 号、1983 号、1980 号 37 頁（以下「状況証拠Ⅰ」という）

拙稿「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠 PartⅡ」（判例時報 2034 号 3 頁、2035 号 3 頁（以下「状況証拠Ⅱ」という）

拙稿「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠 PartⅢ—多摩談合事件・郵便区分機事件・ポリプロピレン事件の総合的検討（上）（下）」判例時報 2094 号 3 頁 2095 号 18 頁（以下「状況証拠Ⅲ」という）

上杉秋則 『カルテル規制の理論と実務—法違反リスクの増大への対応』商事法務（2009）（以下、「上杉（2009）」という。）

村上政博・栗田誠編『独占禁止法の手続』中央経済社（2006 年）（以下、「村上・栗田」という）

西村ときわ法律事務所／長島・大野・常松法律事務所編『独占禁止法の争訟実務—違反被疑事件の対応』商事法務（2006）（以下、「争訟実務」という）

会の審判制度のあり方がここ数年大きな議論を呼んでおり、現行審判を廃止し、新たな聴聞手続（以下「新し手続」という。）を設ける法案が国会の決議を待つ状況であり、筆者の研究は、この論議の進展に合わせる形で発表された。本第2部はこれを一つにまとめたものである。

今回の改正（現行審判制度の廃止）に関しては、独立委員会制度または公取委の基盤を危うくするものとして事前審判制度への回帰も主張されている³⁴⁵が、事前審判制度への回帰は、審判廃止論以上に問題が多い。日本の審判制度は、米国 FTC の審判手続をモデルとしているが、米国型の審判制度は運用が難しく、そのため制度の変更を余儀なくされたのであり、うまくいかなかった制度への回帰を主張するには、うまくいかなかった原因にどのように対処するかについての積極的な提示が必要であるが、その点の説得的提案はほとんど見られないからである。日本の行政法の体系と親和性を有するのは、欧州の聴聞手続であり、今後はその方向に進むべきであると思われる（審判廃止を主張してきた事業者もそのような方向に進むべきことに異論はないと思われる³⁴⁶）。今回の改正は、欧州型の聴聞手続をそのまま採用したものではないが、手続管理官の導入など、欧州型の聴聞手続を意識したものとなっており、執行手続の効率性と手続的保障をうまく

厚谷襄児「行政審判の法理」『行政法大系 4』71 頁以下（以下「厚谷・行政審判」という）

村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題」国際商事法務 2007 年 12 月号（以下、村上論文という）1662 頁以下

競争法フォーラム 審査手続・審判制度の在り方に関する検討タスクフォース「審査手続・審判制度の在り方に関する提言書」<http://www.jclf.jp/works.html#taskforce>（以下「競争法フォーラム提言書」という。）

多田敏明「『審判制度』廃止へ 改正独禁法 不服申立手続上の変更点」ビジネス法務 2010 年 7 月号 22 頁（以下「多田(2010)」という）

古城誠「独禁法違反調査と排除措置命令手続」日本経済法学会年報 26 号 87 頁(2005 年)（以下「古城(2005)」という）

鈴木孝之「審判手続の改正について」日本経済法学会年報 26 号 87 頁(2005 年)（以下「鈴木(2005)」という）

平林英勝「独占禁止法上の手続規定に対する見直しについての問題—適正手続の保障の後退」判例タイムズ 1140 号 30 頁(2004 年)（以下「平林(2004)」という）

伊従寛「独禁法の事前審判制度と勧告制度の廃止の問題点」NBL816 号(2005)（以下「伊従(2005)」という）

鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(10)」公正取引 394 号 76 頁以下(1983)（以下「鈴木(1983)」という）。

ジュリスト特集「準司法的手続・特例行政手続の現状と課題—特例的行政手続の再検討」1352 号(2008) 31 頁以下（以下「ジュリスト準司法的手続特集」という）

井上朗『EU競争法の手続と実務』（民事法研究会 2009）（以下「井上(2009)」という）

³⁴⁵ とくに独禁法の冬の時代を経験した学者・公取委 OB にこの懸念が根強い。2008 年 4 月 14 日付「独占禁止法等の改正案に関する意見」法律時報 80 巻 5 号 95 頁。平林英勝「公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル 4 号(2008 年) 50 頁以下(平林・審判廃止がもたらすもの)。平林英勝「公正取引委員会の職権行使の独立性について」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル 3 号(2008 年) 67 頁以下も参照。根岸哲「公取委の審判制度廃止は独禁法の命取り」<http://www.castlaw.com/antitrust/tsuredure/tsuredure81.html> 根岸哲「独禁法「冬の時代に備える？」」公正取引 711 号(2010)（以下「根岸・冬の時代」という）、舟田正之「公取委の審判制度——消費者・国民の立場から」法律時報 82 巻 4 号 69 頁以下（以下、「舟田・審判制度」という）

³⁴⁶ 松下満雄「公正取引委員会審判制度改革の方向」NBL898 号 15 頁(2009)

バランスした設計となっているように思われる。

本章は、公正取引 2011 年 4 月号に掲載された最も新しい論文であるが、公正取引 2 月号の常岡孝好教授の「独占禁止法における事前手続と不服申立て手続のあり方（以下「常岡・公正取引」という。以下、短縮形で引用される論文については、脚注 4 に定義されている）に示唆を受けて、改正案の論点と改正の方向性について論じるものである³⁴⁷が、同稿は、筆者の独禁法の審判・執行手続についての研究を要約するものとなっている。第 2 章以下の諸論考は、第 1 章の内容についての詳細な理由付けといってもよく、まず、最も新しい論考である公正取引 4 月号の原稿を第 2 部の総論として掲載したものである。

平成 22 年独禁法改正法案(以下改正法案の手続を「新し手続」という)が継続審議中であるが、この法案は審判廃止法案とも呼ばれ、その是非について平成 22 年の経済法学会のシンポジウムのテーマとして議論され、筆者・常岡教授もパネリストとして議論に参加した³⁴⁸。常岡・公正取引が指摘する(事前審判に比べ)手続的保障が劣化する点は、筆者を含め、すべての発表者に共有されている。むしろ、この点を最も早く指摘したのは筆者であり、2006 年に内閣府の「独占禁止法基本問題懇談会」が中間論点整理を行った時点でのパブリックコメント及び平成 17 年改正直後に、筆者が EU の手続との対比において現行手続を評価した論文においてすでに指摘している^{349, 350}。

ただ、手続的保障が劣化するから、ただちに新し手続がよくないというわけではない。これまでの保障が過剰である場合もある。あるいは、手続的保障が手厚いとしても、単にそれを使うものによって有効に用いることができるものでなければ、意味のある手続的保障とはいえない。審判

³⁴⁷ 常岡孝好「独占禁止法の事前手続と不服申し立て手続のあり方—平成 22 年法案がもたらす高い授業料」公正取引 724 号(2011)43 頁(以下「常岡・公正取引」という) 常岡孝好「平成 22 年独禁法「改正」法案の検討(1), (2), (3・完)—母法からみた公的執行手続に関する一提言」NBL939 号 10 頁, 940 号 42 頁, 941 号 40 頁(2010) (以下「常岡・NBL」という) 常岡孝好「独禁法の公的執行の手続—アメリカ法から見た一考察—」日本経済法学会年報第 31 号(2010)78 頁(以下「常岡・年報」という) 常岡孝好「アメリカ行政手続法と FTC の審判手続」国際商事法務 38 巻 9 号(2010)1191 頁 (以下「常岡・国際商事法務」という) 常岡孝好『独禁法の排除措置命令・課徴金納付命令のあり方(下)』ジュリスト 1344 号(2007) 26 頁(以下「常岡・ジュリスト」という) 常岡孝好「審判手続の透明化を超えて—アメリカ法を素材にした一考察(上)(中)(下-1)(下-2)」公正取引 618 号 34 頁 620 号 61 頁、623 号 45 頁、89 頁 (以下「常岡・透明性」という) 常岡孝好「司法審査基準の複合系」『法治国家と行政訴訟 原田尚彦先生古稀記念』(2004)357 頁以下(以下「常岡・司法審査」という)

³⁴⁸ 筆者と常岡教授を除く年報の論文として、根岸哲「独禁法執行のための行政手続と司法審査—公取委の審判制度廃止論との関連において—」経済法学会年報第 31 号 1 頁 鈴木孝之「公正取引委員会と審判制度」(日本経済法学会年報第 31 号 13 頁(以下「鈴木・年報」という) 栗田誠「公正取引委員会の審判制度の意義とその廃止の帰結」日本経済法学会年報第 31 号 33 頁(以下「栗田・年報」という) 古城誠「独禁法の執行と司法審査の役割」(日本経済法学会年報第 31 号 49 頁(以下「古城・年報」という))

³⁴⁹ 越知(2006)1282 頁。筆者は、改正法案が提出される直前にも再度この法案が事業者の防御権を劣化することについて警告している。 第 2 部第 4 章または越知・聴聞手続 439 頁

³⁵⁰ 常岡教授は、2007 年ジュリスト 1342 号において現行審判手続に対する批判的特集が行われた際に、常岡・ジュリストを寄稿されておられるが、最近の同教授の諸論考が、その時点またはその直後に発表されていればと惜まれる。

廃止論者(以下、「事業者」という)³⁵¹の主張はこの点にあり、処分庁の自庁手続である以上、どんなに手続的保障を厚くしてもらっても意味がなく、中立的な組織である裁判所の判断機会が手厚い方がいいというものであろう。この点は、古くは吉川弁護士から指摘されている点であり³⁵²(以下、注 7 の論文を「吉川論文」という。)、同論文が、審判を廃止することによる執行不停止、立証、行政裁量等のデメリットについての検討なく、「迂遠でかつ形骸化した手続」であり、浪費であると評価し、通常の聴聞手続に戻すべきであると主張する点も今回の事業者の主張と共通する。

常岡教授が、事業者側の主張が十分な思慮に基づくものかに疑問を呈されることはよく理解できるが、それでは、事前審判の方が優れているかということそうではない。特に、審判を裁判所の事実審ととらえ、実質的証拠法則を通説的に理解する限り、審判は必ずしも事業者に意味のある手続的保障とはいえず、新し手続か平成 17 年改正前の事前審判かのどちらを選択するかと問われて、新し手続を選択するのは十分合理的な選択である(Ⅱ3 で詳細に論じる)。

執行停止、立証責任や行政裁量で不利になるとしても、それは、ほかの行政手続でも同じであれば、やむを得ない。これまで、授業料を安くし過ぎていたのであれば、正規の授業料にしてももらったうえで、正規の授業料が安くなるように闘い続ける(いったん行政手続法レベルに戻したうえで、その執行状況を見つつ、独禁法の執行として、適正な方向性を探る)というのであれば、それは一つの見識(あるいは戦略)であり、制止されるべきものではない。新し手続は、原点回帰法案という実質を持っており、この手続をボトムラインに手続保障と法の正義の迅速な実現を考えると、どのように制度を修正すれば良いかがわかりやすくなり、日本の行政手続法の運用の改革に資する面が大きい。その意味で、筆者は、今回の改正は、審判を廃止するのではなく、審判の事実審的な理解を廃止するものであると考えており(筆者の一連の論文と提言は、審判の事実審的性格を排除して再構築することを説くものであり、本章はその要約となっている)、不十分な点は多々あるものの新し手続を評価したいと考えるのである。

本章は、手続の在り方についての議論を整理し、考えられる手続とくに事実審的性格の事前審判と新し手続を比較した後、新し手続の個別論点・運用の方向性を展望するものである。

Ⅱ 手続の在り方論

1 議論の整理

現在、議論されている執行手続の制度設計を大きく整理すると、次のようになる。

A 案 現行事後審判手続

³⁵¹ 審判廃止論は日本経団連、経産省、競争法フォーラム等の弁護士から主張され、事業者という定義はやや不正確であるが、本文に述べたとおり、筆者は、「審判」廃止論ではなく、事実審的理解の審判廃止であると考えており、それが審判廃止論者という表現を避ける趣旨である。

³⁵² 吉川大二郎「公正取引委員会の審判手続」民商法雑誌 60 巻 6 号 833 頁、松下満男「米国反トラスト法の執行手続」国際商事法務 38 巻 8 号(2010)1031 頁

- B 案 裁判手続指向型(FTC 手続指向型)事前審判手続+第 1 審は東京高裁
- C 案 充実した聴聞手続指向型事前審判手続+第 1 審は専門性を持つ裁判所
- D 案 行政手続法の聴聞手続(改正法案)+第 1 審は東京地裁
- E 案 司法的執行(刑事罰執行で取られる訴追主義)

上記の立場のうち筆者がもともと支持している制度は、C 案である。常岡教授と独禁法の研究者の主流は、B 案を支持しているが、独禁法研究者の主流の立場と常岡教授の考え方には、アプローチにおいてかなり違いがある。平成 17 年改正前の審判手続を回帰する立場の主流は、審判を事実上の事実審的なものと位置付けるものである(B1 案)³⁵³が、常岡教授の立場は、聴聞手続と位置付けつつ、FTC 手続のように審判官の独立により配慮した充実した聴聞を志向する立場である(B2 案)³⁵⁴と思われ、両者の間には、理論的にはかなりの違いがある。D 案については、現行の行政手続法レベルでの運用を予想する見方(D1 案)と、行政手続法よりも充実した聴聞が行われると予想する見方(D2 案)があり、新し手続に否定的な見解は、D2 案の運用を予想し、肯定的な見解は、D2 案の運用を予想している³⁵⁵。E 案は、B 案を考える上での参考になる³⁵⁶。

2 事後審判手続の評価

A 案の事後審判手続で、執行停止を審決取消訴訟における執行停止の要件に近づけて運用すれば、事後手続は第 1 審裁判所と変わらないことになり、検察官が裁判官を兼ねている(三権分立に反する)という批判が当てはまることになる。したがって事後審判手続の場合、執行停止の要件である「必要があると認めるときは」、審決取消訴訟の執行停止の要件である「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」という行政訴訟法 25 条の要件よりも緩やかな要件であり、競争促進効果を含む事例には自ら執行停止を与える必要があった(そうすれば、実質的には、事前手続である)。ところが、JASRAC 事件³⁵⁷では、競争促進効果と競争阻害効果の判断の微妙な事例であるにもかかわらず、執行停止を認めず、要件を緩和した意義がなくなっている。そのため、事業者にとって、事後手続を処分庁で行うメリットを見いだせず、現行審判手続の正当化は極めて困難なものとなった。現行審判を廃止して、行政手続法レベルの事前手続を確保しつ

³⁵³ 鈴木・年報 25 頁は、むしろ、より証拠調べを充実させる方向性を示唆する。

³⁵⁴ 常岡 NBL(3-完) 42 頁は、訴追権者と裁決権者が同じであるという点に配慮せよとするが、具体的に、審判官を中立化せよとは主張されていない。常岡・透明性(下-2・完) 91 頁では、審判官の中立化までは必要ないと考えているようである。中川教授は、審判の独立が確保されるような公取委の組織の改編を主張している。中川政直「公正取引委員会と行政審判手続きの理想形 公正かつ迅速な裁判と公平な裁断者要素の充足を実現する法制度設計」関東学院大学法学 19 卷 2 号 1 頁

³⁵⁵ 常岡教授の見解は、鈴木教授に代表される B1 案支持の独禁法学者の見解とはやや異なり、必ずしも裁判指向型ではない。糾問的な聴聞であるとの前提にたち、聴聞の充実を図ろうとする点では、むしろ、私見の C 案に近い。その意味で、裁判手続指向型と FTC 手続指向型を同一のカテゴリーに入れることは、正確ではないが、議論の対抗軸をわかりやすくするため、上記の分類とさせていただいた。

³⁵⁶ 栗田・年報 45 頁注 6 はこの案に親近感が示されている。

³⁵⁷ 平成 21 年 2 月 27 日排除措置命令

つ、現行事後審判を東京地裁の第1審で代置させるという流れはこの判断によって決定的なものとなってしまったと思われる。

3 裁判手続指向型事前審判手続の問題

(1) 裁判手続指向型事前審判手続の形成の経緯

ところが、内閣府の基本問題懇談会が審判の遅延に対する然るべき措置を講じたうえで、事前審判に戻すことを提言しているの、事前審判に戻すべきであるとの主張が研究者から強く主張されるに至り、公取委も審判制度の維持を図っていた。

筆者も事前審判がベストと考えるが、そこでいう審判とは、平成17年改正前の(裁判手続指向型)事前審判手続(B案)ではなく、欧州型の(充実した聴聞手続指向型)事前審判(聴聞)手続(C案)である。

今回の改正に関し、事前審判に戻す研究者の多数の意見は、平成17年改正前の審判官審判(B案)である。ただし、独禁法学者の代表的な見解は審判を第1審類似の裁判手続(事実上の第1審)(以下、「事実審」という)ととらえているのに対し、常岡教授は、聴聞であるとの立場である³⁵⁸。

事実審的理解が生じるきっかけは、審判官審判を導入した1953年の改正後、三面構造化されたことを契機として訴訟手続か聴聞かが争われ、審判は、事実審であるから、司法的執行に準じて運用されなければならないとの批判に端を発するようである³⁵⁹。この批判は、刑事訴訟法の弾劾主義(訴追主義)的発想から、より司法的な運用すなわち審判官の中立化が求められるとするものであるが、行政手続である以上、糾問主義であることは当然であり³⁶⁰、聴聞であることを明言する最高裁判決もある³⁶¹。この判決は、争訟的聴聞手続と表現しているが、これは、本来は充実した聴聞ととらえられるべきものである。

最高裁判決により、公取委は、充実した聴聞手続として運用を行うことができたはずである。しかし、公取委中心主義という理念により、その後の実務運用はむしろ事実審的性格を強めており、独禁法の代表的な見解も、準司法的手続の意義を、「審判手続」が事実上の第1審であることに求めている³⁶²。準裁判的な手続として、審判をとらえる見方が、行政法上も通説化すること

³⁵⁸ 常岡・透明化(下-2・完) 89頁

³⁵⁹ 多田(2010)22頁、ただし、それ以前にも、審判手続は、裁判所の前審であり、公取委と裁判所は制度設計上「協働する」とするといった司法の独立を否定するような解説(石井良三『独占禁止法』(海口書店、1947)325頁)もなされていた。鈴木・年報 24頁

³⁶⁰ この議論については、常岡・透明化(下-2) 91頁と注10、吉川論文、波光巖「公正取引における審判手続の問題点(上)(下)」公正取引 456号 36頁、457号 36頁、平田胤明「行政審判の性格について」公正取引 447号 27頁参照。

³⁶¹ 和光堂事件最高裁判決最判昭和50年7月10日判例タイムズ326号86頁

³⁶² 根岸・年報 5頁

になった³⁶³。

事実審的な見方は、実質的証拠法則から公取委の事実認定機能性を強調する見方によって理論的に補強されている。

(2) 実質的証拠法則の問題

B案の支持者の鈴木教授によれば、実質的証拠法則は公取委の事実認定機能性の尊重であり、事実認定についての裁判所の権限を制約するものと説かれる³⁶⁴。このような理解は、事業者にとっては、裁判所を通じての法の支配の制約のように映り、事業者から、実質的証拠法則は審判手続の不正性の象徴として捉えられることになった。

そのように、裁判所の事実認定を制約することになれば、その手続はより厳格なものとならざるを得ない。東京高裁は事後審的な観点からしか審理できないのであるから、審判は第1審に類似する機能をもつべきであり、訴訟類似の厳格な手続によるべきであるとの審判の事実審的性格を実質的証拠法則から再構築する主張が生まれ、実質的証拠法則が審判手続の行為規範として機能する状況が生まれていた。それが平成17年改正前の審判手続の遅延を招いたひとつの要因となったように思われる。

しかし、実質的証拠法則は、合理性の観点から行政訴訟の司法審査を行うもので、裁量統制の基準としては、密度の濃い(積極的に審査する)基準なのである³⁶⁵。確かに、理論上、合理性の基準では、合理的な事実認定が複数ある場合は、行政機関の事実認定に従わなければならないとされ、ここから裁判所は、合理的な事実認定Aを公取委が認定した場合でも、更に合理的と考える事実認定Bをとることができないと説かれることがある³⁶⁶が、実際には、Bが更に合理的であれば、Aは合理的ではない(実質的証拠がない)と裁判所は宣言すればよいのであり、この基準での裁量統制は十分に機能するものである。しかも、独禁法事件では、日本でも、米国でも、実質的証拠法則は、それほど裁判所を拘束しておらず、むしろ、より厳しい統制基準である精査基準³⁶⁷で審査しているとも言うほどなのである。先例上、最近の審決取消訴訟の東京高裁判決は、規範性のある事実についての推認の過程にまで及ぼさず、比較的自由に審決の内容を補足し、あるいは審決の挙げた間接事実のうち、相当でないと考えられるものについては、これを外すなど

³⁶³ 代表的な教科書の行政審判の定義は、裁判類似性を持つものと定義されている。第2部第6章または越知・聴聞手続439頁。

³⁶⁴ 鈴木・年報24頁。根岸哲「経済政策と裁量」公法研究55号(1993年)、197頁

³⁶⁵ 実質的証拠法則を含む裁量統制の基準については、常岡・司法審査360頁以下、第2部第2章または越知・行政裁量300頁以下。実質的証拠法則を合理性の基準とみる観点においては、筆者の見解と同じである。ただし、米国FTCの独禁法事件における作用として常岡・NBL(2)45頁は、FTCの事実認定が尊重されているとするが、運用の実態を表すものとは言えないことは本文にて述べた通りである。第2章、または越知・行政裁量302頁

³⁶⁶ 白石忠志「独禁法講義(第3版)」有斐閣(2005年)189頁

³⁶⁷ 常岡・司法審査365頁

して理由付けを再構成している³⁶⁸。米国でも、ランバス事件³⁶⁹では、裁判所が、FTC の判断をいともたやすく覆しており、実質的証拠法則が、専門機関としての FTC の事実認定を尊重しているとはとても言えないことは明らかである。運用の実態を直視すれば、実質的証拠法則は、「実質的証拠がなければ裁判所は公取委の判断に拘束されない」という意味で、行政裁量を排除し司法的統制を高めているように運用されているのであり、そのようなものとして理解されるべきであった³⁷⁰。

(3) FTC 型手続指向型事前審判手続

B 案のなかにも、審判官の独立により配慮すべきであるとの見地から、米国 FTC 手続に倣い、外部の者が審判官になるべきであるとの提案(B2 案)が生まれる。

しかも、そのモデルとなる米国 FTC 手続と日本の審判手続は相当異なるものであり(以下の第 1 と第 2 の点)、また米国の FTC 手続そのものの運用の難しさ(第 3 の点)に留意が必要である。

第 1 の点は、米国の FTC 手続では、司法的執行が原則の米国にあって、欧州のような行政聴聞手続を導入しようとしたところ、行政法一般の司法的執行とのバランスから、司法的執行に近い制度として設計され直したものである。

その点は、独立した行政法判事 (administrative law judge) と、違反の疑いがあれば審判を開始できるという訴追主義的な制度であるとの 2 点に現れている。その点で、司法的執行に準じる「準」司法的手続と理解されるようである。しかし、最終的な決裁権は行政庁が留保されているので、FTC 型にしたからと言って、弾劾主義になるものでも、司法的執行になるものでもない。処分庁が行政庁である限り、どのように制度設計しようと審判手続は糾問主義なのである。

むしろ、真のメリットは、裁判所が ALJ の仮決定 (initial decision) と最終的な委員会決定 (final decision) の両者を見比べて判断できるところにある。

準司法的手続という意味を、FTC 手続のような「準」司法的執行の意味にとらえる限り、日本の審判制度は、審判官が公取委の職員である点で、準司法的手続ではない(準司法的手続の意義については、下記(6)、詳細については第 2 部第 6 章または越知・年報を参照)。

第 2 に、FTC の審判手続では、課徴金納付命令を下す手続はない。米国型の行政手続において、金銭的制裁を命じる手続は裁判所に課徴金納付命令請求を行う司法的執行が原則であり、SEC が利得の吐き出しを命じる場合も司法的執行となっている。

米国の制度設計は、独立行政委員会であるがゆえに、原則型の司法的執行でなく、行政手続によることが認められる一方、行政手続を維持する代償として、司法的執行に擬似する制度設計が要求され、金銭的制裁を課す場合は原則型にもどるということである。

³⁶⁸ 第 1 部第 3 章状況証拠Ⅲ(上)10 頁、NTT 東日本事件最高裁判決(平成 22 年 12 月 17 日)では、審決の理論構成が排除行為の類型を変更するほどに書き換えられている。同事件最高裁判決については、筆者はジュリスト 5 月合併号に置いて評釈予定であり、同評釈を参照。

³⁶⁹ *Rambus, Inc. v. FTC*, 522F. 3d456 (D. C. Cir. 2008)

³⁷⁰ 詳細は、第 2 部第 2 章または越知・行政裁量 307 頁以下。

第3に審判官の独立性を重視した米国のFTC手続では、ALJの判断(平均すると約1年かかる)は、全く尊重されず、委員会に簡単に不服申立が出され、委員会の不服申立手続が、約1年かかるので、あたかもFTCのなかで、2審制がとられるかの状況となり、非効率な手続となっている³⁷¹。これは、審判官の独立は専門性と二律背反の関係にあることを示すものである。すなわち、専門性のある人材を育成できるのは、当該行政庁であり、中立性を重視して、外部から登用すれば、その判断が当該行政庁から支持されないというトレード・オフの関係にたってしまうのである。常岡・NBLは、司法的執行が非効率であるため、FTC手続の意義があるとする³⁷²が、FTC手続が、DOJの司法的執行より効率的なものと考えられているとは思われない。

したがって、B2案は実際には非効率であり、審判官審判だけで、長期化していた日本の審判手続に持ち込むことは非現実的である。

また、仮に、職能分離を徹底して、審判官の判断を公取委の最終的判断とするか、公取委から独立した上級の行政庁を終局的裁決機関とする構成は理論的には考えられるが、司法という三権の一翼でもない単なる審判官が行政庁の判断を覆すだけの権威が備わるかは疑問で、行政の判断を他の行政庁が取り消すことは一段と慎重にならざるを得ないであろう。国税不服審判所などの上級庁の判断で、中立的な判断が下されているようには思われず、中立した機関が、行政庁である限り、実際には、現状より事業者にも有利になるとは思われない。このような仕組みを取るよりは、端的な司法的執行の方が意味があるが、そこに踏み出すと重要な不利益処分は司法的執行で行う方向に向かうことになる。それは、日本の行政法体系の革命的転換であり、そのような準備が行政庁・裁判所の双方に整うにはかなりの時間が必要と思われる。

(4) 手続的保障と審判の機能

通説が、事実審的なものとして審判を理解し、裁判類似の手続的厳格性、刑事訴訟的原理を持ち込んだ解釈論を構築してしまったことが審判手続の運用を難しくしたのである³⁷³。民事手続か、刑事手続か、聴聞手続かよくわからない手続の指揮を手続法に精通していない行政官に担わせるのは無理があり、平成17年改正前の審判手続の遅延はその矛盾が露呈したものである³⁷⁴。

事実審的性格と実質的証拠法則を強調する限り、平成17年改正前の審判制度に戻ることは、

³⁷¹ 第2部第4章または越知・新執行手続590頁以下を参照。ALJの審決案まで、6カ月、最終審決(異議手続の審理)まで、6カ月を目安とする改革が行われるようになっているが、そうすると、審理の充実度に問題を生じる。実質2審制である点は、松下満男「米国反トラスト法の執行手続」国際商事法務38巻8号(2010)1027頁以下も指摘する。

³⁷² 常岡NBL(2)44頁

³⁷³ 参考人審尋のように、審尋と規定されているにも関わらず、ほとんど正式の証人尋問を行うなど、法的前提から遊離した運用がなされ、手続の柔軟性を奪っていた。

³⁷⁴ 栗田・年報37頁は、一過性のものであり、大きな問題ではなかったとするが、大きな問題でないのに法改正に至るはずもなく、この点は問題の過少評価と思われる。

一層困難になると思われる³⁷⁵。平成 17 年改正前の審判制度は、「審判」が、公取委が裁判所と検察官を兼ねる(三権分立に反する)制度であるという古典的批判(以下、「お白州理論」という。)³⁷⁶に有効な反論ができなくなってしまうからである。裁判所からの出向者により審判官の独立という実質が維持されていること、和解はないにしても(この問題はⅢ(8)参照)、裁判所からの出向者も参加した審判により、勧告がそのまま維持されない審判審決を数多く行ってきたこと、実質的証拠法則も通説の理解する裁判所への強い拘束力を持っておらず、むしろ高密度の裁量統制の基準として機能してきたという運用の実態を加味することにより、その「公正性」が確保され、審判は手厚い手続的保障を与えていると言えるのである。そして、運用の実態を加味すると、審判手続は、事業者に有利に運用されていたことを看過していることは確かである。

しかし、単に手続的保障だけが問題であるならば、その手続から利益を受ける事業者が慎重な手続を望まず、廃止に同意し、その代償として、裁判所での審理を地裁から始めたいということであれば、その意向は尊重されるべきである³⁷⁷と思われるが、これに対して、「単に事業者側が了解しているから問題ないと片づけるわけにはいかない³⁷⁸。」との反論がある。しかし、理論上不利であっても、実務上は、戦いやすいということは十分考えられるのである(将棋でも、定跡上は、不利とされる陣形でも、実戦では、指しやすいと考えられる場合もある)。不利というのは負けを意味するのではなく、公取委の人材配置・訴訟維持戦略のミスについて、勝利する可能性は事前審判に戻した場合より高いと予想しているとも考えられ、その考え方は、あながち不合理なものとは言えないのである(下記(5)(7)を参照)。陣形(手続の制度設計)の選択は、その保護を享受する者の意向を尊重するのが当然であり、「手続的保障の劣化」だけが新手続の問題であるならば、介入することに慎重であるべきである。

手続的保障だけでなく、審判の機能が損なわれることが問題であるとも主張されるが、審判の機能そのものが、吉川論文で、「迂遠でかつ形骸化した手続」であり、浪費であると論難されるところのものであり、実際の運用を見る限り、ある意味で当を得たものである側面があることも否定できない(以下の(5)を参照)。しかも、通説(B1 案の論者)は、事実審的性格の審判と実質的証拠法則から公取委中心主義、審判の準司法的手続性、公取委の準司法的機関性、審判に独立委員会としての公取委の権威の基礎があるという関連付け、公取委が特別な行政機関であるとの性格など様々な理論を派生させてきた。

そして、まさに裁判所の司法審査権限を制約するかに見えるこれらの理論が事業者の不信感の根底にあり、それらは理解できるものである。審判を維持するためには、審判の事実審的性格、

³⁷⁵ 鈴木・年報 27 頁は、より証拠調べを充実させる方向性を示唆する(参考人審尋を証人尋問とする趣旨であろうか)が、事実審的性格を強めるような改正で事業者が満足するものとは思われず、また、一層審判の遅延に対する手当という内閣府基本問題懇談会報告書と逆行する提案である。「迂遠でかつ形骸化した手続」を一層強化するような提案は、B1 案が手続的保障を何のために考えているかが問われるものと言わざるを得ない。

³⁷⁶ 吉川論文 823 頁が、徳川幕府における奉行所(いわゆるお白州)に比すべきものと批判していることからこのように命名させていただいている。

³⁷⁷ 第 2 部第 5 章または越知・新執行手続 597 頁

³⁷⁸ 栗田・年報 34 頁

実質的証拠法則の意義、公取委が特別な行政機関であるとの性格の見直しこそ緊急に行われるべきであった。筆者が一連の論文で、実質的証拠法則、審判、準司法的手続・準司法的機関の意義を問い直したのはその目的ためであった。しかし、残念ながら、これらの概念の見直しは困難なようである。そうであれば、まず、制度をいったん原点の行政手続法の水準に戻してリセットすることも評価せざるを得ない。もともとの審判手続(委員会審判)は、充実した聴聞手続の意味合いで運用されていたのであり、今回の改正は審判官審判導入前の委員会審判の原型に戻したものだとも言うるのである³⁷⁹。

以下では、筆者が一連の論文(第2章以下の諸論文)で指摘した事実審的性格の審判から派生する諸理論の基盤の脆弱性と理論の再構成の必要性について、略述する。

(5) ルール・メーカー機能

審判の機能として、公取委の専門性から来るルール・メーカー機能が強調される³⁸⁰が、新手続のもとでも、公取委が十分な理由付けを行うならば、ルール・メーカー機能を発揮できないとは言えない。しかも、近時は、東京高裁の判断の方が審決よりも優れた内容となっていることの方が多い³⁸¹。また、審判官の審判指揮の誤り、争点整理の誤りがルール・メーカー機能をむしろ損なってきたこともあるように思われる³⁸²。加えて、ポリプロピレン事件の審決取消訴訟以後、実質的証拠法則の事実認定機能を過大視し、裁判所に、公取委の審決に黙って従えと言わんばかりの審決の主張をそのまま繰り返す訴訟維持活動がおこなわれる傾向が強まっているように思われ³⁸³、それが最近の審決を取消す多摩談合事件東京高裁判決³⁸⁴の伏線となっているように思われる。ルール・メーカー機能の観点からは、裁判所でお互いが自由に主張できた方がむしろ好ましいとも思われる。

(6) 準司法的手続・準司法的機関の意義・独立行政委員会との関係

審判を廃止すれば、独立行政委員会という基盤に影響するのではないかと懸念され、この点

³⁷⁹ 多田(2011)22頁参照

³⁸⁰ 常岡・公正取引 56頁。平林英勝「公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル4号(2008年)50頁以下。この点を指摘する見解は多い。

³⁸¹ 第1部第2章または状況証拠Ⅱ(上)(下)判例時報2034号3頁、2035号3頁の東京高裁判決と審決を対比されたい。

³⁸² 具体的事例の詳細は、第1部第3章または状況証拠Ⅲ(下)22頁以下。カルテルの事例でも、審決は、供述調書に依拠して事実認定することが多く、それだけなら裁判官にもできることであり、専門家としての知見を発揮した審判や審決ができているか疑問がある。

³⁸³ 第1部第3章または状況証拠Ⅲ(上)9頁と同論文の多摩談合事件・ポリプロピレン事件の評釈全般を参照。

³⁸⁴ 平成22年3月19日付け新井組ほか3名に対する判決。状況証拠Ⅲは同判決とそれに至る経緯を詳細に論じるものである。

が、新手続きに反対する最大の理由となっている³⁸⁵。まず、準司法的機関という意味と、準司法的手続は連動するものではない。SECでも、金銭的制裁の執行は、司法的執行になっている。

「準司法的手続」の意味は、「審判」が裁判所の事実審(事実上の第1審)であることを意味するものではなく³⁸⁶、判決並みの理由付けが示される手続であることに求められるべきであり、事実審的性格がなくなったとしても、準司法的手続たりうるし、準司法的手続と呼べないとしても、それにより、公取委の独立行政委員会の執行手続として不適當なものになるわけではない。「準司法的手続」の意味を事実審的性格に求めたのでは、権力分立前の行政作用に近づくほど(権力分立から遠ざかるほど、即ち、前近代のお白州裁判ほど)準司法的手続となることになり、「準司法的手続」の意義としておかしいと言わざるを得ない。

同じく、「準司法的機関」を公取委が司法に準じる機関という意味にとらえることも、同様の観点で誤りであり、準司法的機関というのは、司法機能と行政機関を統合した(前近代的な)行政機関という意味ではなく、政治から独立した機関であること(通常は合議制の機関)であることに求められるべきである(欧米ではそのように用いられている)³⁸⁷。

(7) 公取委の権威との関係-組織論か専門性か

実質的証拠法則から来る事実認定機能と事実審的性格を強調すること、それを準司法的手続の意義にとらえ、そこから公取委が行政と司法を兼ねる特別な行政機関であり、さらにそこから、公取委中心主義³⁸⁸を導くことは、公取委の権威の基盤であるとの認識があるようであるが、この理論こそが、公取委に対する不信感の根源をなすものであり、公取委の権威を弱めてきたように思われる³⁸⁹。したがって、今回の改正で、公取委の権威は、上昇こそすれ下降することはない。公取委中心主義と、そこから来る公取委が、特別な行政機関であるという認識は、公取委の弱さを強く見せかけるための理論構成であり、いわば「虚像」である。筆者は、お白州理論は、その虚像に対する攻撃であり、「手厚い手続的保障」という「実像」が破壊されたものと評価している³⁹⁰が、事業者の不信感の源である審判の事実審的性格と実質的証拠法則が維持される限り、虚像が実像として機能することを事業者が懸念し、(手続的保障が劣化したとしても)事実審的性格の審判と実質的証拠法則を廃止することに固執することも理解できないわけではない。

理念としても、審判の事実審的性格とそこから派生する公取委中心主義を維持すべき時代は終わっている。独禁法においては、執行の多元化こそが、今日的要請であり、公取委に執行権限を集中させたのは、公取委の基盤を強化するというよりも、独禁法違反に対する監視を限定し、独

³⁸⁵ 根岸・年報8頁、鈴木・年報28頁

³⁸⁶ 根岸・年報5頁

³⁸⁷ 以上についての詳細は、第2部第6章または越知・年報参照。

³⁸⁸ 公取委中心主義は、準司法的権限だけではなく、準立法権限、専属告発権限、私訴についての求意見制度などからも導かれている。

³⁸⁹ 第2部第6章または越知・年報72頁以下。

³⁹⁰ 第2部第6章または越知・年報72頁

禁法の執行を限定する原理として機能していた可能性が高く、執行強化の観点からは、公取委中心主義は廃棄されるべきであり³⁹¹、事実審的性格の「審判」の廃止は、時代の要請に適っているとも言える。

公取委の権威の基礎を組織論に求めること自体が再考されるべきではないかとも思われる。権威の基礎は、あくまで専門性であり、特殊な組織を持っているからではない。専門性は、迅速かつ説得的な理由付けを伴う運用によって担保されるのが本来の姿である。課徴金の審決まで10年以上もかかるような手続で専門性が発揮されているとどうして言えようか。専門性の不足からくる手続の遅延の問題は、最近、企業結合審査において、繰り返されている³⁹²。専門性は、審判制度によって公取委に付与されるのではなく、公取委自身がそのような人材を確保し、配置することによって達成されるものであることは言を待たず、その意味では、公取委の適切な人事政策こそ重要である。執行における専門性に裏打ちされ、手続的保障に配慮した十分な理由付けとなった判断こそが、公取委の権威の基礎となることを関係者が肝に銘じ、遅延防止と理由付の説得性の問題に注意する必要があるように思われる。

(8) 「審判」という用語に対する愛着と不信

今回の改正で、真に激しく争われている問題は、実は、「審判」というラベルを維持するか否かであり、この用語をどうしても維持したいというのがB案の意見であり、この用語を何としても廃止したいというのが、事業者の意見である。問題は、実質であるとも言える³⁹³が、制度設計というのは、事業者に不信感を与えるものである限り、その執行に無用の摩擦が生じるのは避けがたい。したがって、上記の経緯を考えれば、B2案・C案による場合でも、事実審的なものと混同されかねない審判という用語はやめ、「充実聴聞」のような行政手続であることが明確になるような用語を用いた方がよいように思われる。公取委の審判以外の行政審判は、海難審判の手続を除いて、事後的な不服申立て手続であり、海難審判は、刑事的な手続をより職権調査的(糾問的)手続にするもので、充実した聴聞手続として、「審判」の用語を用いている例は他にないように思われる³⁹⁴。

(9) 消費者の権利という視点

³⁹¹ 越知・日米欧 1011 頁

³⁹² 専門性を欠く担当者が手続を遅延させているとの批判が強い。公正取引 2011 年 1 月号 46・49 頁の川合発言参照。

³⁹³ 栗田・年報 33 頁

³⁹⁴ 他の行政審判の運用について、注 15 の平田論文 35 頁以下参照。なお、行政審判ではないが、金融商品取引法で課徴金が賦課される場合に、独禁法の審判にならって制度設計しているため、事前聴聞を「審判」として用いているが、この手続でも、その性格が訴訟手続化している問題が生じつつあるように思われる。

舟田教授は、消費者の権利という視点を提唱される³⁹⁵が、その点が、手続において、消費者の視点を持ち込むことは、関係人として参加させるという意味であれば、手続の選択とは中立的であり、決して、平成 17 年改正前の審判が消費者にフレンドリーなわけではなく、B1 案の支持にはつながらないと思われる。手続的保障が行き過ぎて、消費者の権利を守れなくなるという観点からであれば、今回の改正は、むしろ、事業者の手続的保障を薄くして、救済を早めるものであるから、消費者の権利の観点からは、むしろ D 案に向かうはずではないかと思われる。

4 新し手続と B 案・C 案の比較

C 案と D 案の間の差異は①執行停止の期間が短縮されること、②D 案の方が事業者の立証負担が重いこと、③B 案や C 案の場合、判決並みの命令書が作成されることが要請されるが、D 案だと、D2 案によっても、そこまでのものは必要ないことである。これに対し、メリットは、第 1 審が東京地裁となり、裁判所で 3 審を受けられることと実質的証拠法則の廃止である。以下は、常岡・公正取引 50 頁の取消訴訟の論点の配列にしたがって論じる。

(1) 執行停止

行政処分がなされた場合、執行不停止となる原則はほぼ諸外国で共通している。唯一執行停止を原則としていたドイツも 2007 年の改正により執行不停止に移行している。執行免除のような金銭で執行を猶予する制度は、行政法の公益性とは相いれないので、このような制度をとっている例はなく、新し手続が執行免除を廃止したのは当然である。

この点は、新し手続が事業者に不利な点であり、執行不停止原則を採る場合、独禁法の非カルテル分野のように競争阻害効果と競争促進効果の慎重な分析を必要とする類型においては、簡単に執行力が生じさせないように行政手続を充実させる必要がある。その意味で、事前審判により、行政手続を通常の聴聞より充実させ、判決並みの理由付けの排除措置命令書を得、その代わりに行政処分取消訴訟の第 1 審を東京高裁の専属管轄とし、そこでの専門的な審理が行われる方式 (C 案) が独禁法の執行手続のあるべき姿の原型ではないかと思われる。

(2) 行政行為の適法推定・立証責任、証拠の提出責任

学説上は、公定力は事実上のもので特別な効果はないとされるが、公定力は、執行不停止原則の実質的根拠であり、実務上は、原告の立証負担を高めるハードルとなっているように思われる。このような事実上の行政行為の適法推定と取消事由の立証を要する点は、新し手続が事業者に不利な点であるが、他の行政手続のレベルに戻ったに過ぎず、実質的証拠法則により、公取委の事実認定機能が尊重される事実審的性格の審判よりましであると事業者が判断しているとも考

³⁹⁵ 舟田・審判制度 71 頁

えられる。しかし、この点は、現実に敗訴の負担という真偽不明の場合の立証責任の問題であり、競争促進効果と競争阻害効果のどちらが勝るかが微妙な私的独占や企業結合の事例では、事業者の敗訴負担の範囲が広がると思われる。これは、単に立証不十分という理由付けになる場合に限られず、十分な立証活動をしなければ、行政裁量論で負けてしまうという裁量論と結びついた形での敗訴負担の場合もある。以下の(3)で補足する。

(3) 裁量審査のあり方

上記 3 で述べたとおり、実質的証拠法則がある場合には、裁判所の審査は合理性審査であるが、実際には、より審査密度の高い精査基準で運用されていたという状況であった。常岡教授は、新しきもののもとでは、その基準が維持されるとは限らないとされるが、実質的証拠法則が廃止された後でも、要件裁量の基準として、実質的証拠法則類似の合理性の基準³⁹⁶が今後の裁量統制基準として機能する可能性は相当高いと思われる³⁹⁷。ただし、この点、行政処分の取消事由の立証責任を原告が基本的に負うことから、事業者側が競争促進効果についての十分な立証活動を行わなければ、裁判所としては、行政庁の判断を覆すことは躊躇されると考えられ、そのような場合には、より緩やかな裁量統制基準で判断されてしまうこともありうるであろう。この点は、これまで、審決を「実質的証拠を欠く」というように批判していただけですんだ訴訟維持活動から、事業者側が主体的に競争促進効果を立証しなければ、立証責任又は裁量基準で負けてしまうことは大きな違いであり、事業者にはかなり不利となる点は否めないが、代理人が適切な主張を行えば越えられないハードルではなく、事業者の立証活動の質を高め、ルール・メイキング機能を高める可能性もある。C 案に移行し、実質的証拠法則を司法的統制を高める基準として復活させれば、この点の事業者の不利はほぼ解消されると思われる。

新しきもののもとで、裁判所が下す最初の判決は行政法の先例として、重要なものとなる。行政裁量の範囲、当事者の立証負担、公取委の手持ち証拠のどれだけが開示対象になるかなど、行政法の重要な先例となる判断が下される可能性が高い。行政法理論で有力となっている判断過程統制方式が適用になるかも注目される。私見では、判断過程統制方式は、行政法では、従来の裁量統制を強化する基準と受け取られているように見えるが、会社法の経営判断原則のようなもので、内容は見ずに過程に注目するものであるから、独禁法事件(あるいは違法行為是正型)の裁量統制処理基準としてはなお緩やか過ぎると思われる。新しきものにより行政法の裁量統制の密度が高まり、裁量統制についての判例の形成が飛躍的に進むことが期待される。

³⁹⁶ EU, フランスの裁量統制の基準である明白の原則(manifest error rule)や英国の合理性の基準(ウェンズベリー原則)は、判例法として形成されたものであり、これが、実質的証拠法則とほぼ同様の基準であることについて、第 2 部第 2 章または越知・行政裁量 300 頁以下参照

³⁹⁷ 古城・年報 51 頁も同様の理解にたつ。

(4) 理由の差し替え・主張の変更

常岡・公正取引は、理由の差し替えが認められるようになること³⁹⁸を、新手続きの不利な点にあげるが、この点は、本来、審判であるか取消訴訟であるかで異なる問題ではなく、審判の本質が行政手続であるとされる常岡教授がこの点を掲げられるのは意外である³⁹⁹。Aという理由で行政処分の理由がなくても、Bという理由で行政処分の理由があるなら、理由の差し替え、主張の変更は認められるのが当然である。そうでなければBを理由とした行政処分の審判手続をやり直すことになり、それは時間的に無駄である。理由の差し替えや主張の変更を制限してきたのは、刑事訴訟的な運用を行った審判手続の審判指揮・解釈論が誤っていたのであり⁴⁰⁰、新手続きにより、審判の運用の誤りが是正されることが、新手続きのメリットである⁴⁰¹。

(5) 専門性のある裁判官の育成

審判制度を維持する場合でも、専門的知見を有する裁判所が専属管轄を有する必要がある。これまで、東京高裁の特別合議体は、最低限度、その要請を満たしていたのかと思われていたところ、多摩談合事件東京高裁判決は単なる寄せ集めにすぎないことを露呈した⁴⁰²。新手続きの導入に合わせ、専門部に管轄が集中されるので、この点はむしろ、法改正を積極的に評価する理由になるとも考えられる。

5 新手続きの理由づけのレベル (D1 案か D2 案か)

D 案については、B 案の支持者からは、現行の行政手続法レベルでの運用を予想する見方 (D1 案) がされ、D 案(及び C 案)の支持者からは、行政手続法よりも充実した聴聞が行われると予想されている (D2 案)。

この点、まず、現在の事後審判制のもとでの公取委の行政処分(排除措置命令及び課徴金納付命令)でも他の行政機関の行政処分の通知書に比べれば、依然として、より詳細である。その意味で、現行実務の排除措置命令案でも、十分、行政手続法の実務を凌駕することになる。

確かに現行審判手続(及び改正前事前審判手続)の審決より簡素化されるであろうが、審決レベ

³⁹⁸ 最判昭和 53 年 9 月 19 日判例時報 911 号 99 頁は、一般に取消訴訟においては、行政庁は当該処分の効力を維持するための一切の法律上及び事実上の根拠を主張することが許されると解すべきであるとしている。

³⁹⁹ 常岡・透明性(下 - 2)91 頁では、「公取委の審判手続は独禁行政の遂行のために行われる行政手続で、違法状態を迅速に是正する必要性が高く、手続のあり方も民事訴訟ほど厳格である必要はない」との指摘もなされていた。

⁴⁰⁰ 根岸哲編『注釈独占禁止法』(有斐閣)672 頁(鈴木孝之) 反対、古城誠「審判の対象範囲その他」『経済法判例・審決百選(第 7 版)』(有斐閣 2010)223 頁(112 事件)

⁴⁰¹ この点の詳細は、第 1 部第 3 章または状況証拠Ⅲ(下)22 頁以下参照。

⁴⁰² 第 1 部第 3 章または状況証拠Ⅲ(下)25 頁参照

ルでの理由付けは第1審裁判所である東京地方裁判所の仕事であり、排除措置命令案を比較する対象は現行審判の排除措置命令案・平成17年改正前の排除勧告・行政手続法のもとで行われた聴聞手続後の行政処分である。このいずれと比較しても新し手続の排除措置命令はより詳細な理由付けがなされるものと思われる。

新し手続では、判決並みではないとしても、非カルテル分野では、(当初はともかく、徐々に)聴聞手続が充実化し、現行のレベルを超えたより詳細な理由づけがなされる可能性がかなりあると考えられる。

過去の実務では、正式審決でない企業結合の事前相談の結果についても行政手続法の行政処分よりはるかに詳しい事前相談の結果を公表しており、正式処分が公表されないということはまず考えられず、事前相談結果以下の理由づけしか行われなないこともまず考えられなないからである。この点は、行政手続法実務の改革につながるのではないかと期待される点である。

また、行政不服審査法が改正された後は行政不服審査後の命令書は事実整理なども行う詳細なものとなっており、このモデルが最低ラインとして公取委において意識されるであろうから⁴⁰³、少なくともそのレベルの争点整理と理由付けを伴った排除措置命令が行われることになると思われる。

公取委の権威が専門性に裏打ちされ、手続的保障に配慮した十分な理由付けをとなつた判断こそが、公取委の権威の基礎となることを関係者が十分認識する(上記3(7)を参照)ならば、新し手続のもとでもC案なみの理由付けにたどりつくことも将来的には不可能ではない。少なくとも審査官は事件化する段階(排除措置命令案を名宛人に送付する段階)で審査報告書を作成しており、その審査報告書の決済を経て排除措置命令案が名宛人に送付されるはずである。審査報告書には当然取消訴訟を維持する証拠があるかを委員会が判断するために証拠を添付するであろう。したがってこの内容を排除措置命令とそれを支える証拠として開示することはなんら難しいことではないはずなのである。ちなみにEUの異議告知書(statement of objections)は、まさに審査報告書の開示そのものであると筆者には思われる。このような詳細な異議告知書が書けるのはそれが事件化の要件として内部的に要請されるからである。そのような詳細な理由付けを伴った異議告知書は欧州委員会が事件処理にあたって慎重な運用を行っていることの証である。公取委の運用への信頼を獲得したいのであれば、審査報告書の内容を排除措置命令に反映させることであり、それを行えば結局EUの聴聞手続のレベルまで進むことができる。実際にはEU並みの異議告知書は作れなないであろうが、それは排除措置命令案の問題というよりもむしろ審査報告書の段階の詰めの問題である。審査官が相手方が争わなないであろうと思っている事例に対し、手を抜く余地を認めるために排除措置命令を簡素化したいという要求があるのであれば、事件処理の詰めに甘くするだけのように思われる。

もちろん、公取委が現行の排除措置命令のレベルでよいと考え、その通りの運用を行う可能性もあるが、それは、手続管理官に論点整理を行わせ、それを参酌せよとする改正試案の趣旨に反する。政策的にも、これまで築いてきた他の行政庁に比べると格段に理由づけを丁寧に行い、そ

⁴⁰³ 常岡・NBL(3-完)42頁もこの点を指摘する。

の内容を公表してきたというこれまでの貴重な遺産を無に帰せしめることになり、公取委の実務運用に対する批判の糸口を与えるだけで得策とは言い難い。そのような批判を無視すれば、聴聞制度ではなく司法的執行に移行すべきだという再改正への動機付けとなるであろう。公取委が賢明である限り、D2 案的な運用がなされるものと思われる。

6 C 案に対する批判

以上の検討を踏まえれば、C 案は、D 案の手続的保障の劣化の問題と B1 案の理論構成上の問題を回避するうえで、ベストと思われる。しかし、最近 EU の聴聞手続が主として米国事業者からの激しい批判にさらされていることを理由に、C 案に対する批判として主張されることがある⁴⁰⁴。

しかし、批判論は行政手続で制裁金を課す制度自体を批判しているのであり、この批判論が求めているのは FTC の審判手続のような手続ではなく、司法的執行（E 案）である。そのため普通裁判所（General Court）（これは旧来の第 1 審裁判所（CFI）が改変されたものである）の前に審判所（tribunal）を設置し、欧州委員会はこの審判所に排除措置や制裁金の納付を申し立てるという制度を構想するものである。したがって、最近の欧州委員会手続批判は B 案を補強するものではない。なお、英国やカナダの競争法審判所は、行政処分後の第 1 審を審判所で行わせるものであり、これは E 案ではなく、C 案の類型である。

この司法的執行というのは、重大な不利益処分の場合に、原則的に、司法的執行が行われている米国ならではの制度であり、そのような司法的執行が原則でない日本では、行政の専門性の否定とも考えられる制度設計であり、現実的に選択される余地は極めて低いように思われる。仮に導入するとしても、課徴金が裁量化され、その金額が事業者の倒産の可能性もあるような金額に達するなど刑事罰相当の制裁がとられる場合で、裁判所に処理能力が備わるという状況で始めて検討される制度設計である。

III 意見聴取手続についての解説

意見聴取手続については、常岡・公正取引 46 頁以下で指摘された改正法案の意見聴取手続の問題点について同論文に言及しつつ検討する。

1 手続主宰者の資格等

意見聴取手続を主宰するのは指定職員とされている。これはいわゆる手続管理官であるが、手続管理官という名称をおこななかったのは、そのポストに専念しなければならないという問題や新たなポストを設ける必要がなくなるというメリットがあるためと推察される。

⁴⁰⁴ 栗田・年報 38 頁

常岡・公正取引は、現行独禁法 35 条 9 項が「審判手続を行うについて必要な法律及び経済に関する知識経験を有し、かつ、公正な判断ができると認められる者と定めている」のに対し、その規定がない点を指摘するが、手続管理官は、最終的な判断者ではないから、そのような条項が削除されるのは当然である⁴⁰⁵。ただ、この点については、實際上、手続管理官は論点整理を行わなければならないので、上記に準じる人材が、選任されるであろう。

2 手続の公開

手続は全く非公開であり、処分理由すら公開されない。そのことから、常岡・公正取引は全面非公開は行き過ぎではなかろうかとするが、新手続は、公開原則をとっていないが、全面非公開なのではなく、どの程度公開にするか、公取委の手続管理官に裁量権があるということである。新手続では、これまでの公取委の実務の運用から大幅に後退することは考えられず、少なくとも排除措置命令の内容については公開されるものと思われる。その意味で、新手続は行政手続法の運用の改革を促すのではないかと期待される。

3 証拠開示

常岡・公正取引は、改正法案 18 条が文書等の閲覧・謄写を認めたことは、行政手続法が閲覧権しか認めていないことに比べて、大きな前進とする。これは、新手続が行政手続法の現代化を促す側面を示すものである。この手続は、現行手続でも行われており（52 条 1 項、現行手続が行政手続一般より手厚い手続的保障を行っていることの一つの表れである。

常岡・公正取引は、新手続でも、不利な証拠が出てこないとするが、まさしくこの点は、日本の行政手続一般の「不公正性」の表れである。この点は、事業者は証拠開示について、さらなる改正を求めると予想され、その過程で全面開示の方向性が示されることが期待される。なお、常岡・公正取引はこの点を改正法案の問題とするが、この点は現行審判手続であろうと、平成 17 年改正前の審判手続であろうと差異はない。

4 意見陳述に関する手続内容

常岡・公正取引は、改正法案の意見陳述手続が審判手続より薄いとするが、運用に委ねられている面もある。この面での実質的保護の薄い行政手続法も正しく運用されれば、それほど手続的保障に欠ける手続ではなく、手続的保障という法の趣旨を生かす形で運用されていないことが問題なのである。前述したとおり、この点は、独禁法の従前の実務を考えると、行政手続法のレベルまで、後退する可能性は極めて低い。

⁴⁰⁵ 聴聞主宰者という行政手続法の制度が取られなかったことについては、第 2 部第 5 章または越知・新執行手続 596 頁参照

新手順を理解するにあたって、ポイントとなるのは手順を簡素化し、手順の運用を柔軟にすることを可能としたことである。ただし、裁量は常に濫用の問題と裏腹の関係にあり、これを適正に行使することが期待される。そのような適正な行使がなされない場合には、さらなる改正によって司法的執行も検討されることになるであろう。

ただし、反対尋問権の保障については、行政手続では一般的には保障されない。この点は、EU その他加盟国の聴聞手続（ただし、イギリス・ドイツなど保障されていない国も多い。）でも、保障されていない⁴⁰⁶。反対尋問権の保障は、伝聞証拠法則の適用と密接な関係があり、米国では民事手続でも伝聞証拠法則の適用があり、欧州では伝聞証拠法則が刑事手続に限定されるため行政手続で反対尋問権を保障していないのである。審判では、反対尋問権に配慮した運用を行っている（59 条で参考人審尋が規定され、その運用として訴訟手続同様の反対尋問権が保障される運用となっている。）

新手順では、証拠調べ手続は行うものではなく、反対尋問権が保障されるものではない。この点は、審決取消訴訟の証拠調べ手続によって保障されることになる。この点は、行政処分取消訴訟の第 1 審が東京地裁になったこととのバランスから考えても、参考人審尋や反対尋問を意見聴取手続で行う必要はない。ただし、その裁量により手続管理官が参考人審尋を行うことは可能であり、非カルテル分野ではこのような運用、とくに、経済的証拠に関しては、エコノミストの参考人審尋がなされる方がよいと思われる。

5 関係人参加

常岡・公正取引は、関係者参加については条文が削除されている点で後退しているものと指摘するが、現行審判での関係者参加についてはほとんど実績はなかった。新手順は規定を簡素化した柔軟な手続であるから、手続管理官となる指定職員（以下、「手続管理官」という）が呼んで話を聞きたいということになれば呼ぶことは可能であり、公開原則もないために非公式な手続を取ることがむしろ容易になっているように思われる。ただ、現行法 70 条の 3 についての審判手続の運用を見る限り、新手順の運用で、改善に向かう可能性は高いとは言えないであろう。この点は、欧米の手続との顕著な相違点であり、関係人参加を促す運用がなされるべきである。

関係人参加は、聴聞手続を三面構造化する意義がある。EU の聴聞手続は、制度的には、被疑事業者と委員会（ケースチーム）の二面構造化だが、利害関係人として、違反行為の被害者企業（カルテルの事例では、消費者団体）が参加し、被疑違反事業者に対峙するので、違反企業と被害者の争訟を委員会が裁くような三面構造化した運用となっている。関係人参加は、聴聞手続の中で対立当事者の意見が十分に反映されることになる点で、公取委の事件処理にとって好ましく、本来は、関係人参加についての条項を整備するべきであったと思われるが、規定がなくとも、それが禁止されると解されるものではないので、手続管理官は積極的に関係人参加を許容する運用を行うべきである。

⁴⁰⁶ この点については、第 2 部第 5 章または越知・新執行手続 585 頁以下参照。

6 調書報告書と参酌義務

手続管理官は論点整理をする権限しか明記されていないが、委員会は、手続管理官の論点整理を参酌する⁴⁰⁷と規定されている。単に論点整理だけであれば、「参酌」する対象がないことになり、この参酌についての条文は、事実上手続管理官が争点についての意見を提出する実務を予定するものと解釈すべきである。常岡・公正取引は、調書報告書を考慮するとの規定に反する恐れがあるとするが、手続管理官が文字どおり、論点整理するだけであれば、結局、審査官の主張を採用することになり、聴聞手続が形骸化し、現行行政手続法のような紋切り型の理由づけの行政処分が下される方向に向かうことになる。手続管理官の意見に拘束されるべきではないが、その点でも参酌するという規定ぶりは、バランスの上でも好ましいものであると思われる。

7 命令書の記載事項と公表

常岡・公正取引は、公表については、行政手続法が名宛人に対してしか送付されないことを理由に排除措置命令や課徴金納付命令も公表されないかもしれないとするが、現行実務は全く公表の必要のない事前相談の結果についても行政手続法の行政処分よりはるかに詳しい事前相談の結果を公表しており、正式処分が公表されないということはまず考えられず、事前相談結果以下の理由づけしか行われぬこともまず考えられない。この点は、行政手続法実務の改革につながるのではないかと期待される点である。

8 今後の課題

以上考えれば、新し手続は、運用面においては行政手続法の運用よりも改善された運用になるものと考えられ、行政手続法の運用の改革・現代化を促すものであると期待される。ただし、意見聴取の運用指針で、あるいはさらなる法改正で次の点を改善すべきである。

最も重要な点として、和解手続を取りうることを明記すべきである。日本の行政手続は、和解手続を有していない。これは、糾問的性格を強調しすぎており、行政庁が基本的に行政庁の無誤謬性を前提としているようにさえ思われる。行政手続であろうと行政不服審査手続であろうと和解手続がない以上、白か黒かの決着をつけるしかなく、白にすることは当該行政庁であれ当該行政庁の上級庁であれほとんどありえないことであるから、和解手続を欠く行政手続というのは、結局「絵に描いた餅」に過ぎないのではないかと合理的な疑念を払拭できない。平成 17 年前の事前審判で引き延ばしが横行したのも、和解手続がなかったことも一因であったと思われる。和解手続なしには、行政手続の手続的保障が実質化しないことに留意されるべきである。処分前の和解ができるかという点が、論点になることが予想されるが、ノーアクションレターという実

⁴⁰⁷ 参酌とは、斟酌よりもより重視するということである。

務も一般化しており、処分前にも、処分を行わないというコメントをとることはできると解され、そのような和解契約の締結自体も行政処分であり、不可変更力が生じるものと解すればよいものと思われる。

第2に、理由付けの充実化としては、排除措置命令案の理由付けに関する指標として、内部の決裁文書(いわゆる審査報告書)の理由付けで行われた理由付けのうち秘密にわたるもの以外は、理由付けとして開示するように運用指針等で明確化することが好ましい。そうすれば、C案なみの理由付けが実現することになり、それが可能であることは前述したとおりである。

第3に、Ⅲ(5)で述べたとおり、運用指針で、関係人(利害関係人)の聴聞への参加を励行し、参加があれば、関係人、被疑事業者、公取委の三面構造で聴聞を行うようにすべきである。

第4に、証拠開示に関しては、今後の調査手続の改革と併せて議論されるのであろうが、基本的には、審査官の手持ち証拠は、秘密性のあるもの以外は、開示されるべきである。

第5に、立入検査時点で、期間の進行を止めるような規定の挿入がなされるべきである。手続違反の問題は、基本的には、瑕疵を治癒させたうえで手続をやり直すべきであり、手続の瑕疵を治癒しても期間制限のため、違法行為に対するサンクションを取ることができないという事態は避けるべきであり、そのためには、調査開始が明確化した立入調査の時点で期間進行を止めることが適切である⁴⁰⁸。

上記の課題が満たされると、筆者が準司法的手続と考えるための要素を相当程度満たすことになり⁴⁰⁹、よりC案に接近することになる。

IV その他の意義

1 行政法先例の蓄積に貢献できるという意義

改正法案は、独禁法が、行政法の边境独禁村の特殊なルールから、行政法のルール形成の中核を占めるようになる点は、全く他の論稿からの指摘がないが、最も重要な点であるように思われる。新し手続により、これまでの審判における手続的保障のかなりの部分は運用によって継続し、その結果、行政手続法の手続的保障を強化することになり、法体系全体の改革につながるという点が最も評価される点であるように思われる。

2 課徴金の裁量化等の今後の改正との関係との連動性

審判手続の母法であるFTC手続では、金銭的制裁を課すことができないのは前述のとおりであり、自庁審判である「審判」手続では、課徴金を裁量化したり金銭的制裁を課すことはできないと議論がありえた。その意味で、課徴金の裁量化、検査妨害などの手続違反に対する行政上の制裁

⁴⁰⁸ 第1部第3章または状況証拠Ⅲ(下)23頁

⁴⁰⁹ 第2部第6章または越知・年報69頁

措置の導入等、調査手続の改正に連動させる必要のある改正を進めやすくする意味でも、すなわち公取委に期待された機能を果たすという意味でも、執行手続を事実審的性格の「審判」から聴聞に移行させることのメリットは大きいとも言うであろう⁴¹⁰。

結語

上述したとおり、審判の事実審的性格、実質的証拠法則、準司法的手続、準司法的機関などの理論の見直しなく、事前審判回帰は、事業者にとって受け入れられるものではなく、手続的保障の劣化という痛みを伴ったとしてもやむを得ないと事業者が判断することは、理解できないものではない。上記の理論は、「冬の時代」を生き抜くための理論武装であったかもしれないが、冬の時代が終わった今、理論に無理があるとの観は否めず、新しい時代にふさわしい理論制度を再構築すべきであると思われる。筆者の一連の論文は、まさにその方向性を示唆するために執筆したものである。

⁴¹⁰ この点を指摘するものとして、村上 政博「平成 22 年独占禁止法改正—行政審判の廃止と行政調査の見直し」判例タイムズ 1323 号 51 頁、52 頁(2010)。この点に関しては、筆者は、経済事件に関するサンクションのあり方についての論文を執筆中であり、その機会に詳細に論じることとしたい。

第2章 行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則

I EU判例の展開と加盟国行政法のコンバージェンス

独禁法の実務では、もっともボーダーレス化が進み、日本の実務家でも容易にEUの判例にアクセスすることができる。最近では、EUの判例・実務が、行政法の研究者にも注目されるようになってきている。実際もっと、行政法の学者、実務家にEUの競争法の判例は、注目されていると思う。EUの実体法で共同体裁判所の判例の蓄積が進んでいるのは、自由移動と競争法の分野であり、これらの分野のうち、EC競争法は、わが国の独禁法と要件・効果がそれほど違わない実体法であるため、実体法としての独禁法だけではなく、行政法のさまざまな論点にEUがどのような判断を下しているかがよく分る。しかも、EUの行政法に関する判断は、加盟国の行政法理論にどんどん反映されている。これは、EUの加盟国が、競争法に関しては、ほぼEUと同じ要件・効果の条文を加盟国法としても持つようになり、EC競争法の加盟国における執行に関しても、加盟国の協力体制が構築されるなど、主権に基づくバリアーがどんどん取り除かれ、行政手続、執行のコンバージェンスが進んでいるからである。典型的な例は、取消訴訟提起により執行が停止されるかの問題について、競争法の分野で唯一執行停止を定めていたドイツは、EUおよび他の加盟国に合わせ執行不停止とする法改正を行ったこと、行政裁量の限界に関するフランスの明白の原則がそのまま、EUに取り込まれていることなどが挙げられる。

司法改革の論議の中で、ジュリスト1240号から1250号(2003年3月1日号から、8月1日号)に、「外国行政訴訟の研究報告」というテーマでの特集記事の中に、米英独仏EUの行政訴訟についての詳細な比較研究が行われた(以下「ジュリスト外国行政訴訟特集」という。)が、個別報告であるためやむを得ない面はあるものの、各国の法制の違いが強調され過ぎ、EU加盟国の行政法がEUの手続に収斂され、各国間の制度の垣根がどんどん低くなっている状況がフォローされていないように思われる。筆者は、欧米の競争法の先例を網羅的に研究し、実務において、欧米の実務家と議論を交わしてきた実務家であるが、欧米の行政法の理論や行政手続についての行政法学者の記述について、EUや米英独仏の競争法の先例の動きに照らして、違和感を覚える箇所が少なからずある。本章で取り上げる行政裁量と実質的証拠法則の問題はそのもっとも大きなものである。日本の独禁法では、審決に対する実質的証拠法則が定められているため、行政裁量の問題は意識されていない。しかし、最近の独禁法再改正に関し、審判手続の廃止が強く主張されている。審判手続を廃止すれば、行政裁量の問題が、事業者にとって取消訴訟における最大の関門となるにもかかわらず、審判手続廃止の議論では、この点についての注意がほとんど払われていないため、議論の基盤が危ういものとなっている。また、実質的証拠法則についても、行政裁量との関係があまり意識されず、審判制度をとる結果として生じる裁判所を拘束する特殊な原理という観点からばかり議論されている。しかし、機能の面からは、行政裁量の限界を画すところにこの法則の意義があり、欧州の明白の原則も類似の機能を営んでいる。このような状況下、行政裁量に関する日本の理論は、今や一般的に認識されている以上に、欧米と乖離した理論になっているように思われ、問題提起するものである。

II 裁量の意義

日本では、行政行為における裁量とは、法律が行政権の判断に「専属するもの」として委ねた領域の存否ないしはその範囲の問題であるとされ、行政行為をするに当たっての行政庁の判断過程のどこに裁量(ここで言う裁量は専属的なものをさすと思われる。)があるかを探求するのが裁量論の意義であるとされる⁴¹¹。ただし、裁量が実務上問題となるのは、裁判所による行政行為の審査範囲という形においてであるとされる。

しかし、(A)「行政行為をするに当たっての行政庁の判断過程のどこに専権となる裁量があるか」は、(B)「裁判所による行政行為の審査範囲」によって決まることである。(A)が本来的問題と考え、(A)で、行政庁の裁量権限が肯定された場合に、(B)で、司法審査の範囲からはずされると解されるかのように考えてしまう可能性があるが、そうではなく、(B)で、司法による介入が出来ない範囲とされた結果として、(A)の「専権」とされる行政裁量の範囲がきまることが、法の支配の下での大前提である。(B)によって(A)が決まる関係にあるはずの関係が(A)によって(B)が決まるとすることは論理がさかさまとなり、あるべき理論構成をゆがめる危険がある。たとえば、(A)→(B)で考えると、(A)の問題については、法律の条文が裁量の余地を認めない構造になっていない限り、行政庁にある範囲での裁量があるのは自明であるから、ほとんどの行政行為(裁量的な行政行為)に対する司法による統制は極めて限定されるという帰結を導きかねない⁴¹²。専属的でないものを含め、行政庁の「裁量」に基づく行政行為を検討の対象としたうえ、司法がどこまでその判断を尊重するか、「裁量」の逸脱・濫用として、行政行為を覆すことが出来るかという(B)の問題すなわち行政救済の問題を行政裁量の問題の中心とするアプローチをとるべきであるように思われる。その意味では、行政行為における裁量の定義としては、行政権の判断に「専属するもの」だけに限定することなく、一般的な意義同様、その認定、判断が機械的(非裁量的)に決まるもの以外の行政行為を、「裁量」行為または、「裁量」のある行政行為とよび、その限界を考察する方が妥当なアプローチと思われ、本章ではその意義で、「裁量」の意義を用い、「専属するもの」については、「専権的な裁量行為」または専権事項などと表現する。

かかる観点から一般的に、行政行為の判断過程を次のように区分される⁴¹³。

- A 事実認定
- B 事実認定の構成要件への当てはめ(要件の認定)
- C 手続の選択
- D 行政行為の選択
- E 時の選択

⁴¹¹塩野 行政法 I 113 頁

⁴¹²要件裁量を認めないとする古い行政法学説(美濃部説)はそのようなアプローチを前提に、要件裁量を「専権」とされる裁量からはずそうとした理論のように思われる。

⁴¹³塩野 行政法 I 114 頁

上記の分類のうち、B に関しては、要件認定というより、事実に対し、要件に該当するか否かの法的評価であるというべきだと思われ、ここでは、B を法的評価とする。なお、複数の間接事実から要件を認定できるか(appreciation of fact)の問題は、A と B の境界の問題だが、事実認定に制限的アプローチがとられる問題であるという意味では、A の問題なので、A の問題として取り扱うことにする。

A 及び B が要件裁量であり C ないし E が効果裁量であるとされる。分りやすくいえば、A は事実認定、B は、法的評価、D、E が問題解消措置(レメディ)の問題と考えられる。C の違法判断の手続は、法律に規定されることが多いが、そのような審理手続が決まっていない場合(あるいは、決まってもそのなかで、裁量の余地がある場合)に、どのように審理するかについての行政庁の裁量権限の問題である。基本的に、A から E のいずれの過程でも行政機関の「裁量」の働く可能性があるが、司法権がそれを尊重する範囲に違いがある。しかも、この尊重する範囲に関する日本の伝統的行政法学の理解は、経済法関連とくに独禁法に関する欧州の実務・判例の筆者の理解に照らすと、かなりずれているか、もしくは、まったく反対に感じられるところすらある。

III 日本の伝統的な行政裁量論のアプローチと実質的証拠法則

1 裁量の逸脱と濫用

裁量行為について、行政事件訴訟法 30 条は、行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲を越え、またはその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取消すことができると規定しているので、一定限度で、行政機関に裁量権があることが、前提とされている⁴¹⁴。

2 効果裁量の「裁量の逸脱と濫用」

効果裁量の裁量統制の方法としては目的違反、比例原則違反、平等原則違反があるが、裁判所はその審査に際しては社会通念上妥当を欠くといった程度の審査にとどまる⁴¹⁵。平等原則違反についても、裁判所は平等原則の適用を認めつつもその適用の幅をかなり広く解している⁴¹⁶とされる。

3 要件裁量の「裁量の逸脱と濫用」

⁴¹⁴塩野 行政法Ⅱ142 頁は、取消訴訟においては、行政庁が第一次的に事実認定、法の適用を行う権限を与えられているが、①行政庁が第一次的な法の解釈適用を行うといっても法の解釈は裁判所の専権に属することであって、行政庁の解釈にかかわらず裁判所は独自の解釈権を行使する。②事実の認定においても、裁判所は原告と被告(行政庁)の主張・立証を前提として自らの認定権を行使できる(全面審査を行う)のを原則とする、と述べるが、上記の原則は、裁量行為の審査については当てはまらないとされる(同書 143 頁)ので、上記の原則がそのまま適用される局面というのはほとんどない。

⁴¹⁵ 最判昭和 52 年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁(公務員の懲戒処分に関する神戸税関事件)

⁴¹⁶ 最判昭和 30 年 6 月 24 日民集 9 卷 7 号 930 頁

要件裁量については、古い学説（美濃部説）では要件裁量を認めなかった⁴¹⁷とされるが、マクリーン事件最高裁判決⁴¹⁸により、要件裁量が認められることが判例上確立している。本件は外国人の在留許可に関する法務大臣の裁量権の行使に際しての要件の認定につき、「出入国管理令 21 条 3 項に基づく法務大臣の『在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由』があるかどうかの判断について見れば、右判断に関する前述の法務大臣の裁量権の性質に鑑み、その判断がまったく事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となる。」としている。

4 要件裁量の統制手法

要件裁量の統制は、一般に、要件裁量の認定についてどの程度裁量が及ぶかの問題とされる⁴¹⁹が、裁量権限について、裁判所が行政庁の事実認定にどこまで拘束されるか(裁判所の審査権限が制約されるか)の問題と見るほうが適切であるように思われる点は、前述の通りである⁴²⁰。

このような裁量統制の原理として、「その判断がまったく事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」（または「重大な事実誤認」）（マクリーン事件最高裁判決）、「本来もっとも重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、本来考慮に入れるべきでない事項を考慮に容れ、もしくは過大に評価すべきでない事項を加重に評価し」た場合には裁量判断の方法ないしはその過程に誤りがあるものとなる（日光太郎杉事件東京高裁判決）との原理、「明白の原則」・「合理性の基準」（憲法でも取られる裁量統制基準）「実質的証拠法則」（独禁法 80 条 1 項）などの統制原理がある。

5 実質的証拠法則と明白の原則(manifest error rule)

この中で、もっとも司法審査の審査密度を高める裁量統制の方法は、実は「実質的証拠がなければ裁判官を拘束しない」とする実質的証拠法則である。日本でこの原則を明記している独禁法 80 条 1 項は「審判の判断に実質的証拠があれば裁判所が拘束される」との書き方となっているが意味に違いはない⁴²¹。ところが、日本では、実質的証拠法則は、公取委中心主義の内容とされ、公取委の審判統が他の行政手続に比べてその手続が慎重であることから、事実認定について特に優遇されていることを規定する原理(裁判所に他の行政行為より、司法審査が及びにくくなる原

⁴¹⁷ 塩野 行政法 I 116 頁

⁴¹⁸ 最高裁判所昭和 53 年 10 月 4 日大法廷判決。民集 32 卷 7 号 1223 頁

⁴¹⁹ 塩野 行政法 I 118 頁

⁴²⁰ 後述するが、EU の共同体裁判所の判決では、「裁判所の審査権限が制約されるか」(restrained view or unrestrained view)という観点から、論点を設定している。

⁴²¹ 「実質的証拠がある場合に、拘束する」という表現をとるか、「実質的証拠がない場合に、拘束しない」と書くかは、素人的には文章についての意味合いについての評価からは異なるかもしれないが、法律家にとってはどちらの書き方でも全く同じ意味である。

理)として位置づけられてきた⁴²²。しかし、これを模範にした米国連邦取引委員会 (FTC) の行政手続は行政手続一般の原則として実質的証拠法則を定めているのであり、独禁法の審判手続による事実認定が格別に優遇されているわけではない(日本でも、マククリーン事件の下での広範な行政裁量が働く場合に比べて、公取委の審決に基づく事実認定が格別に優遇されてきたわけではない)。

米国における行政行為に対する司法審査に関し、行政法学では「裁判所は法律問題のみを審査し、事実問題については審査しない」という認識が通説となっているようである⁴²³が、米国の実質的証拠法則は、そのようには運用されていない⁴²⁴。実質的証拠法則の下でも、裁判所は実質的証拠がないと判断して、事実問題を審査できるのであるから、事実問題について十分な司法的コントロールを及ぼしている。確かに、全く制限のない統制(unrestrained review)ではないが、行政裁量が働く以上、もともと裁判所の統制権限は限定されるのであり、行政裁量の限界を画しているという機能の方が大きい⁴²⁵。Vで詳述するが、實際上、米国の事実問題に対する関与の仕方は、日本よりはるかに広い。本原則のもとでの実質的証拠の意義を米国の裁判所が行使しているのと同じような基準で適切に解釈し、運用するならば、前記マククリーン事件最高裁判決の「その判断がまったく事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合を除いて、行政庁の判断に拘束される」とする基準よりはるかに高いレベルでの裁量統制が可能である⁴²⁶。欧州では、実質的証拠法則とほぼ同様の作用を有するものとして明白な誤りの原則(manifest error rule) (以下、「明白の原則」という。)(ただし、イギリスでは「合理性の基準」(unreasonableness test)が用いられている。)が適用されている。実質的証拠法則は、明白の原則や合理性の基準と類似の行政裁量の範囲を限定する基準であり、実質的証拠法則は三権分立・法の支配を弱めるのではなく、むしろ、三権分立・法の支配を実質化した制度であるといえる。以下では、まず、欧米の行政裁量についての考え方を詳述する。

IV 欧米の行政裁量

1 欧米と日本の行政裁量論の枠組の違い

⁴²² 根岸哲・舟田正之 独占禁止法概説(第3版)(有斐閣2006) 303頁

⁴²³ 塩野 行政法Ⅰ 119頁など。

⁴²⁴ ところが、こうした認識の誤りが、最近の独禁法再改正における審判手続廃止論の前提とされているため、審判手続の廃止の議論をゆがめたものになっているように思われる。この点は、越知・聴聞手続参照。

⁴²⁵ この点に関し、1993年の公法学会において、根岸教授は、通常の行政処分について、その要件が専門技術的な不確定概念で定められている場合には、行政庁の裁量権を比較的容易に認める一方、実質的証拠法則が認められる公取委の審決については、積極的に公取委の認定判断と異なる認定判断を導きだしているとし、実質的証拠法則が認められる準司法的手続を経た審判のほうが、これを経ていない通常の行政処分より、裁判所において尊重されない結果となり、不合理ではないかと問題提起されている。根岸哲「経済政策と裁量」公法研究 55号(1993年)、197頁。公法学会における討論については、218-220頁 大貫裕之『「準」司法的手続に関する覚書』ジュリスト1352号39頁

⁴²⁶ 塩野 行政法Ⅱ 44頁・今村成和 独占禁止法(新版1978年)263頁

欧米の裁量論の枠組は、日本とはそもそも問題のとらえ方が異なるように思われる。判例を見る限り、欧米の裁量論は、行政機関に裁量があるか否かの問題としてとらえておらず、行政機関に裁量があることを当然の前提として、裁判所の審査権限が制限されるか否か(restrained view or unrestrained view)の問題として検討されている。要件裁量の事実認定または事実問題については、裁判所の審査権限に制約がある(restrained view)が、効果裁量の分野については、裁判所の審査権限に制約がない(unrestrained view)という枠組になっている。つまり、日本で、裁量があるのが当然とされる効果裁量分野は、行政機関の裁量はあるが、裁判所の審査権限が制約されない(unrestrained view)点では、(専制的な意味での)行政裁量が働かない分野であり、裁判所の審査権限が制約される分野は要件裁量の事実認定部分と位置づけられている。

2 欧米の要件裁量(事実認定)についての審査

まず、要件裁量のうち、II.でAないしE分類のうち、Bの問題は、fact-finding というより、conclusion of law (法的評価)の問題であり、裁判所は、法の最終的解釈権限は、司法にあることから、その制約を認めない。ただし、複数の間接事実から要件を認定できるか(appreciation of fact)の問題は、制限的アプローチがとられるが、本章では、これは、Aのカテゴリーに含めて考えることにしている。

要件裁量の、A(間接事実からの推認を含む)に関しては、事実認定について裁判所の審査権限が制限的なものである(restrained view)ことは、欧米では原則的に承認されている⁴²⁷。既に述べたとおり、理論上は、フランスの判例法により確立された行政裁量を認める「明白の原則」(manifest error rule)があり、この原則は、EUの共同体裁判所において継受されている。この原則は、裁量の幅のある事項について、裁判所が行政機関の事実認定について判断を覆すのは判断に明らかな誤りがある場合に限られるとする原則であり、行政機関の処分に一般的に適用される。競争法の加盟国とのハーモナイゼーションを契機として、加盟国の行政法は、ドイツを含め、この原理に収斂されつつある。日本のマクリーン事件の基準は、この明白の原則と類似の基準をとっているかに見えるが、司法的統制の及ぶ範囲には大きな違いがある。日本の行政法の「明白に違法である場合」にのみ司法が介入できるとする考え方は、行政の裁量を広範に(ほとんど無制限に)認めるように運用されているが、今日の欧州では、このようには運用されていない。フランスの判例法上、「明白の原則」は、当初は、明白に違法である場合にのみ司法が介入できるとする自己抑制の原則であったが、判例法の展開により、証拠が無い場合(lack of evidence)又は証拠解釈の誤り(misinterpretation of evidence)が存在する場合(これが、実質的証拠がない場合に該当する)に、行政裁量による行政官の判断への追従を制限する法理(すなわち、行政事件に対する法の支配を維持するための法理)に変遷してきている。その原理が、EC法にも受け継がれているのである。実際、EUにおける共同体裁判所の判断において、行政機関の

⁴²⁷ その意味で、要件裁量を認めず、裁量が機能するのは、効果裁量だという見方は、問題の立て方が異なることをうまく説明しないと、欧米の法律家の目には日本の議論がかなり特異なものに見えると思われる。

判断を行政機関である加盟国または欧州委員会の事実認定を覆す事例は多数に及び、司法審査が加盟国行政機関及び欧州委員会の処分に対して行われ、法の支配の原則が及んでいることが EC 法の特徴となっている。競争法事件においても欧州委員会の判断はしばしば覆されており最近の企業結合事件で欧州委員会の決定がたびたび覆される等、明白の原則の下でも共同体裁判所は積極的にその権限を行使している⁴²⁸。ただし、明白の原則の存在を明言する判例がほとんどなく、この点が、日本でこの原則の存在が認識されていない理由であるが、Tetra Lavel 事件では、判例上、明白の原則を経済的証拠の評価の問題に適用するかが問題となった(V.6 で、詳述する)。

大陸法と異なる法体系に属するイギリスにも、明白の原則に類似するウェンズベリー原則と呼ばれる合理性の基準(Wednesbury unreasonableness)がある。これはウェンズベリー事件⁴²⁹において確立した原則で、行政機関の判断については、裁判所は単に自分が誤っていると考えるだけではその判断を覆す根拠として十分ではなく、判断が通常取りえないような不合理な場合(very very unreasonable)にのみ、判断を取消することができるとする原則である。合理的な事実認定が複数ある場合は、行政機関の事実認定に従わなければならないとする原則であるかに見えるが、企業結合事例などの実際の運用上は、裁判所は、合理的な事実認定 A を公正取引局(OFT)が認定した場合でも、更に合理的と考える事実認定 B をとることができないようには運用されている⁴³⁰とは言いがたい。ウェンズベリー原則の下での、イギリス判例も基本的にはフランスの明白の原則のもとでの判例法同様、行政判断の不合理性により行政判断を覆す事例は相当程度存在する(むしろ大陸欧州より介入により積極的と解している実務家が多い)。

米国では、事実問題に関する裁判所の介入を制約する実質的証拠法則(substantial evidence rule)があるが、この原則もフランスの明白の原則とほとんど同じ作用を有している。アメリカの FTC 規則で本原則が規定された由来が、制定当時、FTC の事実認定を裁判所が次々覆したことから規定された経緯が強調されることがあるが、判例法もないところに、いきなり、実質的証拠法則のような特殊な法理が降って沸いたとみるのは不自然すぎ、そのルーツとなるような類似の制度が欧州にないかが探求されるべきである⁴³¹。そして、そのルーツは欧州の支配的な行政法であったフランス行政法の明白の原則に求められるのが自然ではないかと思われる。米国の実質的証拠法則でも、当局の事実認定について、専門的、技術的事項であることから直ちにフリーハンドの自由裁量かそれに近い広範な行政裁量が認められているわけではなく、事実問題に関しては証拠の欠如や証拠評価の誤りがある場合には、(実質的証拠がないので)当局の判断に拘束されなくなるというのが、司法審査の基準である点は事実上欧州の基準と同じかそれより厳しいぐらい

⁴²⁸ 例えば、Airtours, Case M.1524 OJ 2000 L931/1 [2000] 5 CMLR 494

⁴²⁹ Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation 1 KB 223, [1947]2 All ER 680

⁴³⁰ 日本の実質的証拠法則のもとでの合理性について、このように理解する見解として、白石忠志 独禁法講義(第3版)有斐閣(2005年)189頁。このような理解の問題点については、Vで詳述する。

⁴³¹ 判例法国の米国で、判例にない制度がいきなり導入された場合、基本的には、欧州にルーツがあると考えるのが自然なはずであるが、この実質的証拠法則に関しては、欧州の類似の制度へ言及した文献が見当たらないことも不思議である。

である。米国の古い判例では、実施的証拠とは「合理的に考える人が、その結論を支持するに十分であると認めるであろうところの適切な証拠を意味する」とされ⁴³²、「同等またはより合理的または説得的な異なる結論が導かれる場合でも、行政機関の判断を支持しなければならない」と判示するものがあり⁴³³、一般論として、裁判所の審査権限が限定されている⁴³⁴ことは、欧州と同じであるが、実務の運用上は、英国のウェンズベリー原則と同じく、より合理的または説得的な異なる結論が導かれる場合には、行政機関の判断は「合理性」がないものとして、覆されたり、理由付けを変更したりしている。以下に紹介する Toys “R” Us 事件⁴³⁵は典型的な事例であるが、複雑な問題の事実認定について、裁判所が、FTC の判断を覆えすか、別の理由付けをする事例は多く、実質上、事実認定についての行政裁量の範囲は欧州よりさらに狭いと考えてよい。

Toys “R” Us 事件は、FTC の行政事件である。米国 FTC 法では、取引を制限する合意は、FTC 法 5 条に違反し、違法になるが、その場合、取引制限の「合意」があるか否かは「独立して行動したことを排除する証拠」の有無で決せられる。これはまさに、事実問題であるが、本件は、事実問題である「独立して行動したことを排除する証拠」の有無の審理に FTC がいかに深くかかわっているかを示す事例である。

本件は、大規模小売業者であるトイザラス社がおもちゃの製造業者に、ディスカウント店におもちゃを販売しないように影響力を行使した事例である。

トイザラス社は、ウェアハウスクラブ(以下「ディスカウントクラブ」という)が、より低いマージンで低価格販売を行えば、トイザラス社の有するもっとも低価格の店であるというブランド・イメージが崩れることを懸念し、おもちゃ製造業者の大手 10 社に対し、特定のおもちゃをトイザラス社だけに供給するか、ディスカウントクラブに供給するおもちゃをトイザラス社より高く売るように強制した。さらに個々のディスカウントクラブとの協定により、トイザラス社がとりまとめ役となり、各ディスカウントクラブが協定の抜駆けを行わないように監視するシステムを構築していた。FTC は、上記の協定により 10 社間に黙示の合意が生じたので、当然違法のグループ・ボイコットに該当するとし、また、合理の原則の下でも、トイザラス社が米国における 40%のおもちゃの売上を有し、上記 10 社の 30%の売上を占める点でマーケットパワーを有するとし、トイザラス社が垂直的協定を 10 社と結ぶことによってとりまとめ役と監視役を行っている上、ボイコットを正当化するビジネス上の理由がないから、違法なグループ・ボイコット(共同の取引拒絶)に該当するとした。

FTC は、トイザラス社が、おもちゃ市場で 32%の市場を有し、支配的地位(dominant outlet)にあり、その影響力を製造業者に行使し得ることから、各製造業者が当然トイザラス社の要請に応えるであろうとの確実性(assurance)を有するため、黙示の合意が存在すると認定した。

これに対する高裁への取消訴訟において、被告は、「被告が独立して行動しているという可能

⁴³²塩野 行政法Ⅱ44 頁

⁴³³ Colonial Stores v. FTC, 450 F.2d 733, 739-40 (5th Cir. 1971)

⁴³⁴ Antitrust Law Development (6th 2007)p. 683

⁴³⁵ Toys” R” Us v. FTC 221 F 3d 928 (7th Cir. 2000) 本件及び本件の基礎となる準則についての詳細は、越知・日米欧 1115 頁以下を参照

性を排除する証拠」はなく、本件で共謀を認定することはできないと主張した。FTC は、「独立して行動したことを排除する証拠」とは、独立に行動したことについてのすべての可能性を排除するものではない。100%の確実性を原告に課すことはおろかであり、法律的にも基盤がない (absurd and legally unfounded)。協調行動を示す何らかの証拠 (some evidence which would support a finding of concerted behavior) があれば足る。」と主張した。他方、トイザラス社は「トイザラス社の方針は、製造業者が独立に行動したことを示す証拠である。なぜなら、業界の巨人との関係を良好に保つのと、ディスカウントクラブから少しだけ売上を伸ばすのとどちらが得かは自明だからである」と主張した。

第7巡回裁判所は、FTC の考え方は裁判所のとる基準ではないとしつつも、「本件では、製造業者はトイザラス社だけに依存したがっていたわけではなく、多角的に商売をしたがっていたことを示す証拠がある。各製造業者は各自でこの新しい取引相手との取引を行わないことにより、競争者に新しいニッチ市場をとられるのではないかと恐れていたとの事情が存在する。FTC は各製造業者がトイザラス社の要求に合意する条件が競争者が同じ行動をとることを確実にするところまで、すなわち製造業者とトイザラス社の証言の信用性を崩すことまでは要求されていないとして、本件で共謀の存在を認定できる。」と判示した。

このように、裁判所は独立に行動したことを排除する証拠について、どこまでの実質的証拠が必要かについての FTC の主張を排斥し、「各製造業者が競争者が同じ行動をとることを確実にするところまで、すなわち製造業者とトイザラス社の証言の信用性を崩すことまでの立証は FTC に要求されていない。」と述べ、裁判所が、どこまでの証拠で、カルテルの合意が認定できるかに、裁量論に全く頼ることなく事実認定を行っており、事実問題に対する十分な司法的統制が及んでいることを示している。

日本の裁判所が積極的に実質的証拠がないとの判断を下すことに関し、アメリカ法に比して司法審査の範囲を拡大するものとの理解が伝統的になされているが⁴³⁶、この認識は全く実態を反映していないことは上記の判例を見ても明らかである。米国の FTC の手続では、裁判所は FTC の事実認定にさほど拘束されておらず、FTC の事実認定を覆えしたり、理由付けを変更したりする事例は枚挙に暇がないほどである。FTC 法に基づき、協調行動を規制する場合にも、事実問題が焦点になるが、裁判所はしばしば、FTC の判断を覆っている⁴³⁷。最近では、FTC が、数年にわたる審理で、違法行為を認定した事例を、決定後 2、3 ヶ月でいとも簡単に覆ってしまった事例も存在する (ランバス事件⁴³⁸)。そもそも企業結合の事例において FTC の経済分析が一応の合理性があるからといってそれを追認したのでは、説得的な司法審査ができるはずもなく FTC と事業者の双

⁴³⁶ 日本法律家協会編 準司法的行政機関の研究 (1975) 178 頁最近、ジュリスト 1352 号 (2008.3.15) に「準司法手続・特例行政手続の現状と課題—特例的行政手続の再検討」と題する特集 (以下「ジュリスト準司法的行政手続特集」という) が組まれているが、ここでも、米国の実質的証拠法則が、裁判所の審理の制約である側面を過度に強調しているように思われる (14 頁)。

⁴³⁷ E. I. Du Pont De Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984) Boise Cascade Corp. v. FTC, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980) を参照。これらの事例の解説については、越知・日米欧 128 頁以下を参照

⁴³⁸ In Re Rambus, Inc., Dkt No. 9302 Rambus, Inc. v. FTC, No. 07-1086 (D.C. Cir. Apr. 22, 2008) 最高裁は、FTC の上告を却下し (2009 年 2 月 29 日)、本件は確定している。

方が出す経済分析の結果について経済分析に基づく将来の価格動向についていずれのシナリオが説得的かという観点から判断し FTC のシナリオが説得的でないとは判断される場合には実質的証拠が欠けていると判断しているため、FTC の手続が事実問題について裁判所を拘束するという原則はそれほど強力なものではない。

要約すれば、欧米では、行政庁の事実認定に関しては、(行政裁量に基づく)司法権の制約がある(restrained review)ものの、この制約は、明白の原則またはこれに類似する合理性の基準や実質的証拠法則の運用を通じ、当初の広汎な行政裁量を認める理論から、行政裁量を限定する原理に性格を変えてきているというのが実務的な認識である。

3 欧米の効果裁量についての審査

効果裁量については、裁量権の逸脱・濫用があるときのみ、行政の判断を覆すという日本の制限的なアプローチは、少なくとも、EU の判例では取られていない。

上記Ⅱの C の手続の問題に関しては、デュープロセスの観点から、司法は適正か否かを判断する権限を無限定に有していると考えられる。行政は、採用可能な手続の選択肢が複数ある場合に、手続を決定する裁量を有するがその適切性は、デュープロセスと防御権保障の観点から司法審査に全面的に不服する。この観点からの司法判断として有名なのは、欧州委員会の手持ち証拠の開示を武器平等の観点から認めた Soda Ash 事件判決⁴³⁹がある。

上記Ⅱの D、E に関しては、違法であることが確定された後の救済方法の問題であるから行政権に裁量があるのは当然であるが、その裁量が専制的なものとは考えられていない。裁判所にも行政庁が処分した内容を適正なものに変更する権限があり、その裁判所の権限は無制限であると解されている(EC 条約 229 条、230 条)。行政権を尊重して、裁量権限の逸脱・濫用がある場合のみ、司法が介入するという明白の原則的な原理は、A の事実認定での問題であり、救済方法(効果裁量)については、そのような拘束は存在していない。効果裁量の裁量統制の方法としては目的違反、比例原則違反、平等原則違反があること自体は、欧米でも同じと思われるが、これは介入の根拠となる原則であり、ある範囲での行政裁量を尊重して介入を控える原理のように必ずしも機能していないように思われる。

とくに、カルテルについての課徴金の問題で顕著であるが、比例原則に反しているように見える課徴金額の高額化に対しても、肯定する一方、手続的瑕疵があるときには、課徴金額を減額することが多い⁴⁴⁰。また、2008 年には欧州委員会の課した課徴金を増額修正した事例もある⁴⁴¹。

欧州委員会が、2007 年ごろ課徴金の金額を急激に引き上げたことについて、日本で論議されている⁴⁴²が、同じ議論は、1980 年ごろのパイオニアに対する並行輸入禁止の合意に関し、EC 条

⁴³⁹ Soda Ash Solvey OJ 1991 L152/21, [1994] 4 CMLR 645

⁴⁴⁰ Bellamy & Child European Community Law of Competition (6th 2007) p.1335

⁴⁴¹ Case T-322/01 Rorurette Freres v. Commission [2006] ECR II-3137 Bellamy & Child European Community Law of Competition (6th 2007) p.1336

⁴⁴² 経済産業省 『競争法の国際的な執行に関する研究会 中間報告書』 平成 20 年 6 月

約 81 条(当時は 85 条)1 項違反に基づき、当時での水準を 1 桁上回るような課徴金を課したことが、比例原則に反するかが争われた事例で既に判例が存在する。当該事件で、欧州裁判所 (ECJ) は、欧州委員会の裁量を完全に肯定して決着している⁴⁴³。他方、黒鉛電極カルテルその他のカルテルの事例では、第 1 審裁判所(CFI)は、各当事者の課徴金の額の減額を行う権限を裁判所が持つことを前提に課徴金の額の減額を行い、この判断を、ECJ はおおむね支持している。

以上のように、日本で、効果裁量といわれている領域では、「法律が行政権の判断に専属するものとして委ねた領域」としての行政機関の裁量行為はないと考えられ、日本と欧米のアプローチが対照的となっている。もちろん、行政権の裁量がある以上、抽象的には裁量権限の逸脱・濫用がある場合のみ、裁判所の裁量を働かせた裁量が行われているとも言えるが、事実認定における明白の原則のような裁判所を拘束する原理が適用されるとは考えられていないと思われる。

4 欧米の行政裁量に関する従来の理解に対するコメント

ジュリスト外国行政訴訟特集の比較研究は、各国の整理を別のものが担当していることもあるが、裁量の問題について、欧米の各国がばらばらな印象を受ける点に違和感がある。上記の通り、経済法関連とくに独禁法に関する欧州の実務・判例を見る限り、行政裁量についての司法的統制の問題は、欧米ではほぼ似通ったアプローチが取られている。以下、1250 号 184-185 頁にまとめられた要約をもとに、

本章の立場から、同研究の整理についてコメントする。

	抜粋	コメント
米国	<p>・ APA は 706 条で、行政決定の違法を理由に無効確認ないし取消しの判決をすることができる事由として判例上形成されてきたものを列挙している。そのうち、裁量審査に関わるのは、「(A)恣意的、専断的、裁量濫用その他法に従っていないとき」。</p> <p>「(E) (正式手続きに基づく)行政決定の場合、又は個別制定法の定めにより行政記録に基づく司法審査がなされる場合に、事実認定に関し、実質的証拠の裏づけがないとき」である。</p> <p>・ 上記のうち、(A)(恣意的・専断的)と (E)(実質的証拠)の規定の仕分けは、行政手続の整備の有無に関わる歴史的経緯に基づく表現の違いであって、行政裁量に対する異なる審査基準(緩やかな審査基準と厳しい</p>	<p>左記で、審査のありようは、(A)や(E)の「審査基準の名称とは無関係に」個別事案における事実状況や関係法令の解釈、行政機関の専門性への信頼度など、様々な要素によって左右されているという記述には、違和感がある。「法の支配」の原則をもっとも重視する司法風土のもとで、FTC の決定を巡回裁判所が審査する場合には、上記 1 (E) の、実質的証拠の有無が、司法審査の基準となること、裁判所は、実質的証拠がないとして事実認定に介入することに躊躇しないということ、その意味での、司法的統制はど</p>

⁴⁴³ Case 100/80 Musique Diffusion Française v. Commission [1983] ECR 1825

	<p>審査基準)を定めたものではない。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・実際に、行政裁量にたいする審査のありようは、(A)や(E)の審査基準の名称とは無関係に、個別事案における事実状況や関係法令の解釈、行政機関の専門性への信頼度など、様々な要素によって左右されている。 	<p>の国よりも進んでいるように思われる。</p>
フランス	<ul style="list-style-type: none"> ・裁量審査に関する明文の規定は見当たらない。 ・越権訴訟における取消事由は、外的違法(無期限・形式の瑕疵)と、内的違法(法律違反・権利濫用)とに二分され、このうち、行政裁量の問題と関わるのは、主として内的違法で、これに関する行政裁判官のコントロール密度が制度的である場合に、当該決定に関する行政庁の裁量権が広く認められているという見方となる。 ・行政裁判官のコントロールには、(A)制限的な統制、(B)通常の統制、(C)最大の統制、という3つの段階がある。 	<p>裁量審査に関する明文の規定はないが、判例法上、「明白の原則」(manifest error rule)が確立しており、この原則が、EU法に継受されている。明白の原則の下では、行政機関の事実認定については明白な誤りのある場合のみ司法が介入できるが、証拠がないか、その証拠評価を誤っていれば、明白な誤りがあるものとして扱われるので、行政機関の事実認定の裁量は、証拠の有無及びその評価の面からの制限に服する。</p>
イギリス	<ul style="list-style-type: none"> ・裁量については、法令上特別の規定はなく、判例の展開によって、審査手法が生み出されてきた。 ・司法審査における違法性判断の根拠については、「違法性(illegality)」、「手続的瑕疵(procedural impropriety)」、「非合理性(irrationality)」という3つの根拠があげられた。最後のものは、いかなる合理的当局もなしえないほどそれほど不合理な判断を違法とするといった「不合理性(unreasonableness)」を意味しており、それが最低限の審査である。それ以外に、違法性判断のために、目的違反、他事考慮や考慮事項の不考慮といった過程審査等がある。) <ul style="list-style-type: none"> ・裁判所は、実際の審査においては、事案ごとに審査密度を変え、あるときには容易に行政の裁量を認めてきた。1998年の人権法(Human Rights Act)以後には、司法審査の 	<p>イギリスのウェンズベリー原則に基づく合理性の基準(unreasonableness)のもとで、行政裁量に属する行為を違法と判断するには very very unreasonable でなければならぬとされるが、証拠がない場合、証拠評価を誤っている場合は、不合理であると判断されるので、明白の原則の下での EU およびフランスと同じ考え方にに基づき、行政裁量の限界が策定され、運用においてはより積極的に審査権限を行使する傾向がある。不合理性の基準は日本の憲法における合理性の基準のように裁量権限を広く認める運用にはなっていないことが重要であ</p>

	<p>あり方も従来とは異なり、人権がかかわる事案においては、より人権の内容に即して審査がなされるべきであるとされ、審査の強化のために、「不合理性」基準の修正、「比例原則」や「実体的な正当な期待」の追加が議論されてきた。</p>	<p>る。</p>
ドイツ	<ul style="list-style-type: none"> ・ドイツでは、日本でいう効果裁量に当たる一般の行政裁量、計画裁量、要件裁量に当たる判断余地が、分けて観念される。 ・行政裁判所法は裁量の審査基準について、簡潔な規定を置くに留まる（114条）。しかし、一般の行政裁量については比例原則、計画裁量については「衡量原則」が、法治国原理から根拠づけられ、裁量統制の基準として機能する。計画に関しては、衡量仮定と衡量結果が審査される。法律の要件については、基本法19条4項により、裁判所が自ら完全に審査するのが原則とされる。例外的に法律が授権する場合に限り、行政に判断余地が認められ(規範的授権説)。 ・行政手続法40条「行政庁は、裁量により行為することを授権されている場合、裁量を授権の目的に適合するように行使せねばならず、裁量の法律上の限界を守らなければならない」。 	<p>左記の整理だと、米英仏EUとドイツの裁量についてのアプローチは反対であるかに見えるが、そのように運用されているとは思われない。基本法19条4項により、裁判所が自ら完全に審査するのが原則とされるのは、行政裁量が働かない場合であり、行政裁量が働く「判断余地」の場合は、明白の原則類似の基準が取られており、この点でEU、フランス、ドイツの間に実務的な相違点はほとんどないように思われる。また、効果裁量に当たる一般の行政裁量についても比例原則は適用されるものの、裁判所の審査権限が無制限であることは、EUとそれほどかわらないのではないかと思われる。</p>

EU	<p>・ EC 機関の裁量処分は、EC 条約 230 条の取消訴訟に掲げられた違法事由「権限の欠如」「権限の濫用(目的外行使)」「法違反」「手続違背」に従って審査される。EC 裁判所は、EC 機関に広い立法裁量が認められる法分野(農業政策や対外通商政策など)においては、裁量権行使に「明白な誤り」または「権限の濫用(目的外使用)」がない限りは、統制的に介入しない立場をとることが多い。ただし、欧州委員会の下の科学専門委員会における技術的な判断の妥当性が争われた事件以降、専門技術的な委員会における判断の手続面での適正さについて判例が審査を及ぼすようになったため、手続面での統制が進んだ。</p>	<p>EU においても明白の原則が採用されているが、これはフランスの行政法理論を継受したものであり (EU の行政法は、基本的には、フランス行政法の理論を継受している)、その運用は、基本的にはフランスの運用とさほど異なるところはないと考えられている。判断の手続面での適正さに統制が及ぶのは当然だが、実体面でも十分な統制が及んでいる。そもそも実体面に統制が及ばなければ、法の支配の原理により、市場統合を達成しようとする原理の実践は不可能であり、科学専門委員会はもとより、欧州委員会の判断の実体面への司法的統制が進み、それが加盟国の行政法(規制法)の変革へと波及している。</p>
----	---	--

V 裁量統制の基準の再検討

1 行政裁量についての欧米の理論の応用可能性

前記マクリーン事件最高裁判決の「その判断がまったく事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」を除いて、行政庁の判断に拘束されるとする基準は、日本版明白の原則ともいべき要件裁量の統制基準であるが、証拠の欠如や証拠評価の誤りという欧州流の明白の原則や実質的証拠法則よりはるかに広範な裁量権を裁判所に与えている。まったく事実の基礎を欠く場合とは、証拠の欠如に類する基準であるが、欧州流の明白の原則(及び米国流の実質的証拠法則)でも、証拠の欠如とは、十分な証拠 (cogent and consistent evidence) が欠ける場合であり、マクリーン事件基準は、欧州流の明白の原則とは似て非なる基準となっている。後述する Tetra Level 事件の第一審裁判所の判決では、説得的証拠 (convincing evidence) を要求し、議論となっている。このように実質的証拠法則でも、どこまでの証拠があれば、実質的証拠があるか(証拠が欠如していないか)についての証明責任または立証負担を高めることにより、行政裁量に対する司法的統制の密度を十分なレベルまで引き上げることができる。

日光太郎杉事件⁴⁴⁴の「本来もっとも重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、本来考慮に入れるべきでない事項を考慮に容れ、もしくは過大に評価すべきでない事項を加重に評価し」た場合には裁量判断の方法ないしはその過程に誤りがあるものとなるという基準は、欧州流の明白の原則及び米国流の実質的証拠法則における「証拠評価の誤り」の場合を示したものと見える。この基準が積極活用され、マクリーン事件の基準が、欧州流の明白の原則及び米国流の実質的証拠法則における「証拠の欠如」の基準に収斂されれば、要件裁量に対する有効な司法的統制が可能となるであろう。

2 「実質的証拠」の意義

「実質的証拠」の意義について、日本では、「裁判所が実質的証拠とは審決認定事実の合理的基礎足りうる証拠の意味である。すなわち証拠に基づき、理性ある人が合理的に考えてその事実認定に到達しうるところのものであれば、その証拠は実質的な証拠というべきである。」とされている⁴⁴⁵。ここから、合理的な事実認定が複数ある場合は、公取委の事実認定に従わなければならない(例えば、合理的な事実認定 A を公取委が認定した場合、裁判所は更に合理的と考える事実認定 B をとることができない)と説明されることがある⁴⁴⁶。米国の古い判例では、そのように判示するものがあることは前記IVで述べた通りであるから、この説明自体は間違っているとはいえないものの、日本の「合理性」との捉え方が過度に行政裁量を尊重するものであること(下記 2 を参照)を考えると、上記の説明のように合理性をとらえて実務運用すれば、実質的証拠法則は行政裁量を限定するツールとしての性格を失うことになる危険性がある。独禁法 80 条 2 項は、そのような日本流の合理性の基準を持ち込まずに、裁判所が実質的証拠の有無を判断することを命じているものと解し、欧州流の明白の原則や米国流の実質的証拠法則と同様、証拠の欠如や証拠評価の誤りという基準により、「実質的な証拠」の有無を判断すべきである。また、裁判所は更に合理的と考える事実認定 B がある場合、公取委の事実認定 A は十分な証拠に基礎付けられていない(実質的証拠がない)ものと判断でき、本原則により、裁判官が、違反行為がないとの心証を得たにもかかわらず、違反行為がないとの認定をすることができないとの結果が導かれるものではないし、導くべきものでもないと考えるべきである。合理的な事実認定 A を公取委が認定した場合、裁判所は更に合理的と考える事実認定 B をとることができないとの基準が取られていれば、東洋精米機事件での、公取委の事実認定は実質的証拠ありと判断されるはずであり、そのような判断枠組みは判例でも取られていないと思われる⁴⁴⁷。土地調整委員会の事実認定について実

⁴⁴⁴ 東京高判昭和 47 年 7 月 13 日

⁴⁴⁵ 東京高判昭和 28 年 8 月 29 日公取集 5 巻 111 頁。この定義からは、米国の基準である十分性や適切性といった要素が捨象されている。

⁴⁴⁶ 白石忠志 独禁法講義(第 3 版)有斐閣(2005 年)189 頁 独占禁止法 有斐閣(2006 年)543 頁

⁴⁴⁷ 東京高判昭和 59 年 2 月 17 日行集 35 巻 2 号 144 頁判例時報 1106 号 47 頁。本件で、裁判所は実質的証拠がないとして行った自らの事実認定は正当ではないと思われる(審決の認定の方が正しかったと思われる。この点については、越知・日米欧 432 頁参照)が、実質的証拠法則により、より制限的に審査を行うべきであると考えべきではない。

質的証拠に基づかないと判断したのも同様の例である⁴⁴⁸。しかし、「証拠自体が経験則に反するなどの理由によりこれを信ずることが合理的ではないと判断される場合、あるいは原告らの引用する反証と対照してその信憑力が阻却される場合のほかは公正取引委員会の証拠の信憑力に関する判断は、裁判所を拘束する」との基準を示す判例もある⁴⁴⁹。この基準を厳格に運用したのでは、企業結合の分野では、裁判所の司法審査を限定しすぎることになる柔軟な運用を行う必要がある(以下の3を参照)。

3 日本流の合理性の基準・明白の原則

「合理性の基準」について、それ以上に合理的、説得的な結論がある場合でも、司法が介入しないというとらえ方または、司法が行政機関の判断一般にも原則的には行政裁量により行政機関の判断を覆すには明白に違法である場合に限られるという考え方は、おそらくフランスの明白の原則やイギリスの合理性の基準(ウェンズベリー原則)を輸入したものと思われる。日本ではこのような明白の原則や合理性の基準を覆すのは容易ではないと考えられているが、上記IVの通り、欧州では、明白の原則や合理性の基準が司法審査を否定または大幅に限定するまでの原則として運用されておらず、明白の原則や合理性の基準により行政機関や立法機関の幅広い裁量を肯定しているのは、今や、日本特有の運用手法となっている⁴⁵⁰。そもそも、契約実務では「合理性」というものを裁判所が発見できることが前提となって交渉が行なわれている。しばしば、契約実務では、承諾事項について、承諾は不合理に留保されない」と限定されたり、費用負担の条項について、「合理的な」費用という限定を付すが、このような限定の手法が機能すると考えるのは、裁判所が合理的か否かを判断できることが前提であり、「合理性」を裁判所が判断するとすることが、司法制度、法の支配の前提であり、合理性の有無の判断を回避するように、合理性の基準や、明白の原則の運用を行っていることが、日本の行政裁量・立法裁量の問題の根源であるように思われる。

4 行政機関の事実認定に賛同できないが、違法との心証は得られた場合の取扱

審決の理由付けに賛同できないが、別の理由付けで違法との心証を得ているなら、そのように

⁴⁴⁸ 最判昭和37年4月12日民集16巻4号781頁

⁴⁴⁹ 東京高判昭和31年2月9日公取集8巻77頁

⁴⁵⁰ 日本の憲法の合憲性判定基準としての「合理性の基準」は、イギリスのウェンズベリー原則を意識しているものと見られる。ただし、本家のウェンズベリー原則による裁量範囲は、日本の合理性の基準よりかなり狭い。実質上、その裁量範囲は、厳格な合理性の基準にむしろ近いと思われる。日本では憲法に関する薬事法違反事件においてある種の経済的規制について厳格な合理性の基準によって判断されると説かれ、合理性の基準では、国の側に立法事実の立証責任がなく、厳格な合理性の基準を取る場合にのみ、国の側に立法事実の立証責任が生じ、立法事実との関係で、より制約的でない他の手段を取ることが出来るかが違憲性の基準となるとされるが、この基準を打ち立てたイギリスにおいて「厳格な合理性の基準」とただの「合理性の基準」という二つの基準があるわけではなく、厳格な合理性の基準が、本来のウェンズベリー原則の基準である。

判断すべきであり、それが実質的証拠法則で制限されるものではない。Ⅲで紹介したトイザラス事件は、米国でこのような判断が行われていることを示すものである。日本ではこのような判決を行った例はこれまでなかったと思われる⁴⁵¹が、郵便区分機事件の差し戻し審では、そのような認定をはじめに行っている⁴⁵²。本事件の審決は、協調行動理論を使って意思の連絡を認定しているが、そのような認定を行うよりも、通常の間接事実から意思の連絡を推認できる事例であった。東京高裁の差し戻し審は、審決の理論構成を一部変更し、一般競争入札に移行した時点の、被審人間、被審人と総務省間で受注予定者への開示という制度を維持することを求める協議(情報交換)を何度も行った経緯から意思の連絡を認定している⁴⁵³。このように、審決の理由付けに賛同できない場合には、自ら別の理由付けで談合を認定することは、実質的証拠法則のもとでも、当然肯定される。同様に、特定の日のカルテルを認めた審決に関し、特定の日のカルテルの合意が成立したことについては、心証が取れないが、カルテルの存在についての実質的証拠の存在があると判断される場合には、(審決を取り消すのではなく)その心証に従って事実認定を行って、違法行為を認定すべきである。

5 専門技術的な事項への裁量統制のあり方

要件裁量が科学的・専門技術的な問題であって、それが、事実の認定そのものに及ぶものについて、行政法学では、裁判所の審査は及ぶべくもないという見方も可能である一方、それが原子力発電施設のような住民の生命、健康に大きな被害をもたらすものであるとするとこれを行政庁の判断に任せてよいかの問題があるという問題の立て方がされる⁴⁵⁴。この点に関し、伊方発電所原子炉設置許可処分取消訴訟において、最高裁⁴⁵⁵は安全性の判断については行政庁の専門技術的判断に裁量を認めた上で「裁判所の審理、判断は、原子力委員会もしくは原子炉安全専門委員会

⁴⁵¹ この点を見ても、裁判所が積極的に実質的証拠がないとの判断を下すことに関し、「アメリカ法に比して司法審査の範囲を拡大するもの」との認識は実態を反映するものではないことは明白である。

⁴⁵² 本件(審判審決平成 15 年 6 月 27 日)で、東京高裁の原審(東京高判平成 16 年 4 月 23 日)は、排除措置の必要性についての実質的証拠がないことを理由に、審決を取消したが、最高裁により東京高裁に破棄差し戻しされ(最判平成 19 年 4 月 19 日)、差し戻し審は、公取委の事実認定を合理的なものと認めた(東京高判平成 20 年 12 月 9 日)。東京高裁の原審については、排除措置の必要性を否定した判断の妥当性もさることながら、違法行為の有無の判断を行わずに実体判断を行わなかったことが最大の問題である。

⁴⁵³ この点については、第 1 部第 1 章または状況証拠 I (3)判例時報 1981 号 9 頁。審決は、意思連絡を認定する理由として、本審決は競争入札下では考えられない不自然な受注結果になっていること、公取委の立入検査後、入札価格が顕著に急落したこと、本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であったことから談合が起りやすい状況にあり、意思の連絡がなければ起りえない不自然な行動が存在することをあげているが、状況証拠 I では、指名競争入札から一般競争入札への移行時に、2 社と総務省又は 2 社間で受注予定者への開示という制度を維持することを求める協議(情報交換)を何度も行ったことが認定されており、この事実から、一般競争入札移行後の行動が、独立した決定に基づくことを排除する十分な証拠があると指摘している。差し戻し審(東京高判平成 20 年 12 月 9 日)は、状況証拠 I の指摘と同じ観点から、意思連絡を認定しているといえる。

⁴⁵⁴ 塩野 行政法 I 118 頁

⁴⁵⁵ 最判平成 4 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 頁

が専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かの観点から行われるべきであるとし、裁判所は具体的審査基準の不合理性、原子力委員会もしくは原子炉安全専門委員会の調査、審議、及び判断の過程の看過しがたい過誤、欠落の審査をすべきものとした。学説上は、「その要件が専門技術的な不確定概念で定められている場合には、裁判所は実体的判断代替方式ではなく、判断過程の合理性審査方式という手続的アプローチによるべきであるとの見解が有力である⁴⁵⁶。

この問題においても、専門性を理由に行政庁の第一次的判断権を強調し、日本流の合理の原則または明白の原則の下に、一応の合理性があれば足りるとすれば、現代型の事件はほとんど司法審査が及ばなくなるであろう。日本流の合理の原則または明白の原則の下で、広汎な行政裁量が肯定される日本の行政訴訟においては、実質的証拠がない場合には裁判所が行政機関の事実認定に拘束されないという実質的証拠法則と判例におけるその展開は、行政庁の裁量権限を限定する効果的な裁量統制の方法になると考えられる。このような専門性が介在する事実認定において、行政庁の処分を支持する理由およびその証拠が実質的証拠を伴うか否かについては、専門的知見の不足した裁判所でも何とか判断が下せるのであり、実質的証拠法則は広範な行政裁量を限定し、司法的統制を強めるために有効に機能する原則であるように思われる。現在の行政法の通説は、実質的証拠法則を審判手続をとることから来る司法審査を制約する法理であり、一般の行政処分に拡張することに慎重であるが⁴⁵⁷、この原則がなければ行政機関の処分に対する司法審査は行政裁量を広範に認めた明白の原則または合理性の基準に従って判断される可能性がある専門的事項、科学的事項の支配する分野(公益産業、環境、都市計画などを含め、ほとんどの行政作用にこのような、専門的事項、科学的事項は存在する)では、(審判手続を経ないような場合でも)積極的に実質的証拠法則の活用が図られた方がむしろ司法的統制は強化されるのではないかと思われる。

また、企業結合についての競争の実質的制限についての判断は、将来生ずる事象の予測そのものであり、その分析は、経済的視点から高度に専門的な分析を要するので、日本流の合理の原則の下に、一応の合理性があれば足りるとすれば、企業結合規制についての司法的統制が失われかねない。欧州においては、経済的証拠の評価に関しても、事実問題として明白の原則の適用を認めつつ、証拠の判断の誤りを捉えて欧州委員会の企業結合に関する判断を覆した事例が最近現れているので以下に紹介する。

6 経済分析の評価と裁量統制についての最近のEUの事例

Tetra Level 事件⁴⁵⁸の第一審裁判所(CFI)判決においては複雑な経済分析の評価については明白の原則が適用されることを明言し、集中化に関するルールについての経済的な問題では欧州委

⁴⁵⁶ 阿部泰隆「行政裁量と行政経済」(三省堂)309-310頁

⁴⁵⁷ 塩野 行政法Ⅱ 44頁

⁴⁵⁸ Case C-12/03P Commission v. Tetra Level [2005]4 CMLR 573 [2005]ECR I-987 亀岡 悦子 EC 企業結合規制の新展開 国際商事法務 31巻4号、6号、9号(2003年)

員会の裁量を考慮するものとした。また裁判所は欧州委員会の事実の解釈についての裁判所のレビューは、有効なものであるが制約的なものであると述べた⁴⁵⁹。

しかし、CFI は本件において欧州委員会の経済的な問題についての証拠が事実面で正しく信頼でき、一貫したものであるか否かの観点から評価するばかりではなく証拠が全体的な評価として説得的なものであるかを評価できるものとしている。もし、欧州委員会の事実・証拠の評価に明らかな誤り (manifest error of appreciation of facts or evidence) がある場合、その証拠から導かれた結論を無効とするに十分であると、本件では、欧州委員会の事実・証拠の評価に明らかな誤りがあるとして、欧州委員会の合併禁止の判断を覆した。

本件は、明白の原則の適用上、証拠が全体的な評価として説得的なものであるか否かの点も評価できるとした点が、明白の原則の適用範囲を従来より限定した判決と評価される。この点は、明白の原則の適用範囲の問題であるとともに、立証水準の問題であるとも解され、欧州委員会の立証は十分な蓋然性があることを示す証拠を要するとされていた従来先例 (Kali & Salz 事件) より高い水準 (説得的な証拠の提出) を欧州委員会に課す結果となっている。この点が控訴審である欧州裁判所 (ECJ) で、争われ、欧州委員会は立証水準は民事上の立証水準である証拠の優越に依拠すべきであると主張し、Tetra Lavel 事件での CFI の立証水準についての判断は、十分な証拠 (cogent and consistent' evidence) による立証水準を確立した Kali & Salz 事件の基準及び明白な誤りがある場合にのみ経済的な問題を欧州委員会の評価が覆されるとする原則に違反すると主張した。ECJ は、一般的には、「十分な証拠」の基準によるべきだが、一定の場合には、説得的な証拠の基準によらなければならないと指摘した。なお、説得的な証拠の基準による場合があるとした本件の判断は、欧州委員会に厳しいものだが、その後の判例の実際上の運用で説得的な証拠の基準が積極的に活用されているとは言い難いように思われる。

7 効果裁量についての裁量統制

日本では、裁量権の逸脱・濫用があるときのみ、行政の判断を覆すという行政訴訟法 30 条の定めは、要件裁量への適用はともかく、効果裁量に適用があることは当然視されており、裁判所の判例上も、司法が行政判断の不当に介入するものではないことは確立した判例となっている。従って、行政訴訟法 30 条が効果裁量に適用がなく、行政裁量については、裁判所の審査権限に制約がないという解釈及び、行政処分を単に無効にし、取消だけでなく修正することができるという解釈は取ることは難しいと思われる。

ただ、欧米では、法律問題に制約なく司法審査が及ぶという考え方、すなわち、「裁量権の逸脱・濫用による裁量事項についての司法審査の制限は、事実問題のみであり、効果裁量の分野については、裁判所の審査権限は、行政の裁量事項であっても、無制限である。」という考え方にたっている。すなわち、欧米にも、裁量権の逸脱・濫用があるときのみ、行政の判断を覆すという行政訴訟法 30 条のような定めはあると思われるが、この規定は要件裁量分野で適用があり、

⁴⁵⁹ the community Courts nevertheless have a significant role to play in exercising effective but restrained review of the Commission' s interpretation of the facts

効果裁量には、適用されないと考えられているように思われるその意味で、日本の効果裁量についての司法権の制約は、今や欧米と異なる日本独特のものとなっており、かつ行政訴訟による救済を著しく狭めており、見直すべき時期にきていると思われる。

具体的には、まず、救済措置については、裁判所は行政処分を単に無効にし、取消だけでなく、行政処分の修正を行える権限を有することが明記されるべきはないかと思われる。そのような裁判所の権限の柔軟化は、企業結合などでは、不可欠であり、伝統的な無効・取消だけでは、救済措置として機能しないことがよく認識される必要がある。例えば、BHP ビリトンとリオ・ティントの株式取得による企業結合に関し、株式取得の禁止命令が出て、取消訴訟が裁判所に係属した場合、資産処分命令も出せず取消だけの権限しかないとすれば、司法的救済として全く十分でなく、より柔軟に、行政機関の処分内容を修正する権限が認められるような手当てがなされるべきである。

また、課徴金などの金銭的制裁や金銭的救済についても、裁判所が、金額の適正さを判断して増減できることが明確にされるべきであるように思われる。裁量があると考えるのが合理的と思われる損失補償額について、裁判所は介入を肯定するため、「補償額は一義的客観的に決まるものである」として、行政委員会(収用委員会)裁量を否定した⁴⁶⁰が、より端的に、行政機関が裁量を持つことは、裁判所の裁量権を否定するものではなく、行政機関の処分内容を修正する権限をもつことを自ら宣言するべきではなかったであろうか。このような判断は、裁量権の逸脱・濫用があるときのみ、行政の判断を覆すという行政訴訟法 30 条及び司法は、行政判断の不当に介入するものではないという日本の司法のドグマのもとでは、難しかったとは思われるが、金銭的救済については、裁量権の逸脱・濫用は柔軟に考え裁量違反を認定することはできなかったであろうか。いずれにせよ、行政法 30 条への立法的手当てが急がれる。

金銭的制裁や金銭的救済についても、裁判所が、裁量により決まる金額の適正さを判断する権限がないとされる点は、課徴金制度の制度設計も歪めてしまう点にも注意が必要である。金額の適正さを争えないとなると、裁量型の課徴金を導入した場合、行政機関の判断を争う余地がないことになり、これが、裁量型の課徴金制度の導入の大きな障害になっていると見られる⁴⁶¹。このような柔軟な救済をコモンロー的で大陸法を継受する日本法ではとりえないかのような議論が行われがちであるが、大陸法をベースとする EU 法でも柔軟な救済さは行われているのであり、柔軟性が救済措置に取り込まれていないのは、むしろ日本法固有の問題であり、司法改革および行政法学が対応しなければならない差し迫った課題のように思われる。

⁴⁶⁰ 最判平成 9 年 1 月 28 日

⁴⁶¹ 裁量型の課徴金の導入の必要性については、別の論文にて発表を予定している。

第3章 欧州委員会の事前聴聞手続

I はじめに

平成 17 年独禁法改正⁴⁶²により、審査審判手続が大幅に改正された。この改正のなかで、審判手続が事後的な不服申立制度とされ、事前聴聞手続として、簡潔な規定しか設けられなかったことについて、デュープロセスの観点からの批判も行われ⁴⁶³、内閣府のもとで開催されている独占禁止法基本問題懇談会においても制度設計についての再検討が行われ、平成 18 年 7 月 21 日に独占禁止法における排除措置のあり方に関する論点整理(以下、「中間論点整理」という。)が公表され、パブリックコメントに付されている。本章では、行政手続による排除命令と制裁金の賦課手続として共通していながら、従来その制度設計について詳しく紹介されていなかった欧州委員会の事件処理手続を解説し⁴⁶⁴、日本の制度と比較検討しつつ(適宜、米国の FTC 手続その他の行政手続にも言及している。)、日本の新しい審判制度の課題を明らかにすることを目的としている。

欧州委員会の事件処理手続は 1962 年理事会規則 17 号⁴⁶⁵(以下、「規則 17/62」という。)によって定められていたが、「現代化」により新たに制定された 2003 年理事会規則第 1 号⁴⁶⁶(以下、「規則 01/03」という。)に取って代わられた。事件処理手続は、情報請求、立ち入り検査、被審人からの供述録取等によって行われる手続(事実調査と証拠の収集手続)(以下、「調査手続」という。)、及び違反事実を告知し、違反企業に異議を述べる機会を与える手続(以下、「聴聞手続」という。)で構成される。本章では聴聞手続を中心にして EU の事件処理手続の解説を行う⁴⁶⁷。

調査手続については、情報請求と立ち入り調査を行う点は、日本の審査手続と同じであるが、証拠の収集において被審人の供述調書に頼る度合いが異なる点が大きな相違点である。

これに対し、聴聞手続については、審判廷の構成、審判開始決定書または排除命令書に相当する違反行為告知書の書き方、当局の手持ち資料の開示方法、審判手続の進め方、期限、審判期日における行為、審判官に相当する審判手続の指揮者である聴聞官の権限・役割の全てが日本の旧

⁴⁶² 平成 17 年改正についての解説として諏訪園貞明編著『平成 17 年改正独占禁止法』商事法務(2005 年)、村上・栗田(2006)、越知・日米欧第 9 章など参照。旧制度については、丹宗 暁信、岸井 大太郎編『独占禁止手続法』有斐閣(2002 年)など参照。

⁴⁶³ 古城誠「独禁法違反調査と排除措置命令手続」日本経済法学会年報 26 号 87 頁(2005 年) 鈴木孝之「審判手続の改正について」日本経済法学会年報 26 号 87 頁(2005 年) 平林英勝「独占禁止法上の手続規定に対する見直しについての問題—適正手続の保障の後退」判例タイムズ 1140 号 30 頁(2004 年) 伊従寛「独禁法の事前審判制度と勧告制度の廃止の問題点」NBL816 号(2005)

⁴⁶⁴ 本章については、筆者の実務経験、EU の独禁法弁護士に対するヒアリング調査の結果を踏まえたものである。

⁴⁶⁵ Council Regulation 17/62

⁴⁶⁶ Council Regulation 01/03

⁴⁶⁷ カルテルを中心とした調査手続の概要に関しては、柴崎 洋一、茂木 龍平 ヨーロッパにおけるカルテル事件の実務 国際商事法務 30 巻 6 号/7 号(2002 年 6 月号および 7 月号) 727 頁以下

制度の審判制度と大きく異なっている。日本の審判手続の議論に慣れた者には、欧州委員会の手続は、一見デュープロセスの原理が守られていないのではないかとすら思われるかもしれない。しかしながら、徹底的に開示を進めて、当事者間での武器対等を実現して、手続の公正ないしデュープロセスに配慮しつつ、市場をゆがめる行為に対し、迅速な是正措置を講じるという意味では、欧州委員会の聴聞手続は合理的に設計されており、欧州委員会の制度の機能をよく理解すれば、むしろ日本の旧制度の審判手続は、刑事手続の影響を受けすぎ、本来の行政手続のあり方から離れた事前聴聞手続としては重すぎる手続となっていたように思われる。

欧州委員会の聴聞手続を要約すれば、まず、被審人の欧州委員会の手持ち証拠にアクセスする権利を保障するため、違反行為の通知である違反行為告知書(statement of objections)の送付時において、欧州委員会は、欧州委員会のファイルの CD-ROM を被疑事業者に交付する。この違反行為告知書は、認定の基礎となった事実および証拠関係を詳細に示すものとなっている。違反行為告知書の内容を争う場合、違反行為告知書に記載された期限内に答弁書(reply)を提出する。

通常の事件でほしい違反行為告知書の送付から半年程度の期間を置いて口頭聴聞期日(oral hearing)が執り行われる。その期間は通常の事件では半日か1日、複雑な事件でも2日から3日である。口頭聴聞期日(oral hearing)は、被疑事業者が答弁書の内容を聴聞官、欧州委員会および加盟国担当官(officer)の前で陳述し、欧州委員会、加盟国の担当官、事件の利害関係人・被疑事業者のプレゼンテーションに対する質問を行って、デュープロセスの原理である告知聴聞の機会を直接主義の観点から補充する手続と位置づけられている。実際の口頭聴聞期日は、制度が予定されている以上に、より証拠調べ手続的に運用されているともいわれる。口頭聴聞期日を経て、聴聞手続は、違反行為告知書の送付から原則半年、複雑な事件でも1年以内に終結し⁴⁶⁸、正式な決定が下される⁴⁶⁹。

II 調査の端緒

1 苦情申立人の位置付

事件処理手続の開始は届出、第三者からの苦情申立、欧州委員会が職権で調査を開始するという3つの場合がある。垂直的制限合意に事前届出が必要とされた時代には届出が調査の端緒となることが多かったが、今日では第三者からの苦情申立を契機として調査が開始されることが多い。第三者からの苦情申立が事件の端緒となることは、日本の審査審判手続にも共通しているが、苦情申立人(complainants)が、単に苦情(complaint)を欧州委員会に持ち込むだけではなく、事件処理手続手続に実質的に関与する点が日本の審査審判手続と大きく異なる点である。告知聴聞を受ける権利の観点から、苦情申立人(およびその他の事件についての利害関係人)に対し

⁴⁶⁸ この点は、FTCの手続でも同様である。

⁴⁶⁹ 欧州委員会の事件処理手続全般について、C. S. Kerse & N. Khan EC Antitrust Procedure Fifth Edition (2005) Smeet & Maxwell

ても、事件についての告知が行われ、利害関係人からの意見聴取が行われる。違反行為告知書についても、秘密部分を削除した開示版(non-confidential version)が苦情申立人(および十分な利害関係を有する第三者)に送付され、欧州委員会のファイルについての開示も行われる(規則 01/03 第 27 条)。口頭聴聞期日においては、苦情申立人その他の利害関係人で口頭聴聞期日への参加を欲するものは、事件関係者として、口頭聴聞期日に参加できる。参加した場合には、被疑事業者の向かい側に着席し、苦情申立人の主張を述べる機会が、被審人より先に与えられる。違反行為告知書も、苦情申立人及び利害関係人の苦情や陳述書を編集して作成されることが多く、事件処理手続は相当程度、苦情申立人その他の利害関係人の主導で行われているとさえ言う場合もある。詳細は後記IV7を参照

日本の公取委の手続においては制度上、苦情を申し立てた者の関与手続があるものの、実務上は、苦情を申し立てた者は匿名とされることが多く、公取委の審査官が被審人と対峙する手続構造となっており、苦情申立人その他の事件関係人の聴聞手続の関与の度合いは相当異なる。

2 苦情申立人の秘密保護

欧州委員会に提供された苦情申立人(およびその他の事件についての利害関係人)の秘密情報は開示から保護される。欧州委員会の職員が秘密情報を、職員の義務に違反する深刻な不当行為によって開示した結果、情報提供者が損害を被った場合には、損害を賠償する義務が生じる(Stanley Adams 事件⁴⁷⁰)。本件により情報提供者の氏名(情報源)については、報復的な措置から保護されるべきであるとの準則が導かれ、独占的事業者からの報復を恐れる競争事業者が提供した情報に関しては、情報源の秘匿が認められる場合があることが、欧州裁判所の判例で示されている⁴⁷¹⁴⁷²。

III 欧州委員会の調査手続

1 情報収集権限

規則 01/03 の下で、欧州委員会は事業者及び事業者団体に対し全ての必要な情報を提供させる幅広い権限を有している。この情報請求権限は、情報を含む書類の提出を求める権限を含み、事

⁴⁷⁰ Case 1453/83 Stanley Adams v Commission [1985] E.C.R. 3539 本事件においては、欧州委員会の職員が提供された情報を不注意に漏らしてしまった結果、情報提供者である Stanley Adams の身に危険が及び、最終的に自殺に追い込まれた事件であり、遺族から損害賠償請求が出され、これが認容されたものである。

⁴⁷¹ Case C-310/93 BPB Industries PLC & British Gypsum Ltd v Commission [1995]E.C.R. I - 865

⁴⁷² 事件関係者は、営業秘密を削除した不開示版(confidential version)と削除しない開示版(non-confidential version)の二通りの文書または電磁的記録の提出を行うのが実務になっている。

業者に対し請求が送付される⁴⁷³(この場合には加盟国の執行当局への請求書のコピーを送付する)。情報が期限内に欧州委員会に提出されなかった場合、欧州委員会は情報を提供させるための公式の決定を行うことができる。

2 調査権限

欧州委員会の職員は、(i)欧州委員会の権限の委任に基づき、または(ii)正式の聴聞手続を経て、通知なしに(または通知を伴って)事業者の事務所等に立ち入り検査を行うことができる。決定を経て通知なしに行われる立ち入り調査はしばしば暁の襲撃(dawn raids)と呼ばれる。(i)または(ii)のいずれを採るかはその欧州委員会の選択に委ねられる。

3 供述調書を取る権限

規則 17/62 のもとでは、質問し、調書を取る権限が明記されていなかった⁴⁷⁴が、規則 01/03(第 19 条)で明記された後も、供述録取書は基本的に用いられていない。米国でディスカバリーの対象になるため、当事者は供述内容を書面化して、署名することを拒むことが一般的だからである。その場合、供述内容を、供述者が直接テープレコーダーに録音するという方法が取られる。

日本では、供述調書を審査官が作成し、これに同意した陳述者が署名するという刑事実務における供述調書の方法が独禁法手続においても採用されている。刑事実務全般にかかわる問題であるが、代理人立会いの点を含め、実務の現代化を検討すべき時期に来ているように思われる。

IV 欧州委員会の聴聞手続

1 EU の事件処理手続とデュープロセス

規則 01/03 では、制裁金(規則上は、罰金と同じ fine という用語が用いられている。)は刑事罰(criminal charge)としての性格を有しないと規定するが、EU の人権条約では、EC 手続に基づく制裁金賦課は刑事罰の性格を有すると規定している。また、欧州委員会の事件処理手続においてもデュープロセスの適用があることを前提に、聴聞手続は、防御権保障の手続として認識されている。

⁴⁷³ 日本の住所に送付される場合、条約に基づく送達でもなく、しかし、行政手続の一環としての送達であるからこのような送達は主権侵害で違法ではないかとの疑念もあるが、争った場合、送達について勝訴したとしても送達がやり直されるだけであり、委員会に対する協力という点でマイナスに評価されるため、得策かどうかは慎重に判断する必要がある。

⁴⁷⁴ 日本では、この点が、しばしば欧州委員会のが権限の弱さの象徴のように指摘されることが多いが、実際には、やろうと思えば、間接強制的手法でできたが、本文に述べた米国のディスカバリーとの関係で用いられなかっただけであるというのが、むしろ EU での一般的理解である。

2 防御権の保障

防御権(right of defense)の内容は、以下の3つである。

- (1) 欧州委員会のファイルにアクセスする権利
- (2) 告知聴聞を受ける権利
- (3) 慎重な審理手続が行われるとの原則

告知聴聞の権利に関しては、2つの内容がある。第1は、欧州委員会が関連事業者に対して事件を知らしめる義務がある(告知)ということであり、第2に、事業者(被疑事業者に限られない)は自己の意見主張を述べる機会を有する(聴聞)ということである⁴⁷⁵。告知聴聞を受ける権利は、(i)違反行為告知書に対する答弁書その他の書面により、主張・意見を述べる権利と(ii)口頭聴聞期日において、主張・意見を述べる権利を含む。

3 違反行為告知書の交付と答弁書

違反行為告知書には、認定の基礎となった証拠関係を示すものとなっている、すなわち、違反行為告知書は、日本の旧制度下の排除勧告における事実認定のような簡潔なものではなく、決定書(日本の審決書)のドラフトのような詳細な内容となっており、実際の決定書は、違反行為告知書を完全に破棄するのではないかぎり、違反行為告知書を加筆したり削除したり修正したりする形で作成される。日本では、排除勧告または審判開始決定書は刑事訴訟における冒頭陳述書の書き方に似ており、法律要件に直接関わる事実だけを簡潔に記載されているが、それだけ読めば何が問題なのかがよく分からないような排除勧告・審判開始決定書がある⁴⁷⁶のと対照的である。

違反行為告知書に対する答弁書は、欧州委員会のファイルを精査し、欧州委員会が認定の基礎としている証拠を十分に分析したうえで行うことになっている。すなわち、答弁書(reply)は、実質的には、決定書ドラフトに対する反論であり、違反行為告知書を審決書に見立てるならば、控訴理由書(審決取消訴訟の申立書)並に証拠を示しつつ詳細な内容が記載される。この結果、答弁書がでた段階で争点が定まるものとなっている。日本の場合、答弁書の段階では、求釈明だけが行われて案件の争点が明確化するまで数回の審判期日を要し、ときには求釈明が繰り返されて、争点が明確化するまで1年以上かかることと対照的である。

違反行為告知書には答弁書(reply)についての期限及び口頭聴聞期日の予定期日が記載される。答弁書の期限は、被審人がファイルをレビューし、事実関係、法的問題を調査するための必要な時間を置く必要があると解されているため、違反行為告知書の送付から約2~3ヶ月の期間

⁴⁷⁵ Consten & Grandig 事件(Consten & Grandig v. Commission 56&58/64[1966]ECR299)において欧州裁判所は当事者は苦情の基礎となった事実について通知される権利を有することを明らかにした。

⁴⁷⁶ その例として平成15年12月8日にNTT東日本に審判開始決定が行われた事件はNTT東日本のマージンスクイーズが問題となった案件であるが、審判開始決定書の記載だけでは何が違法行為となっているのが明確に読み取れないような記述となっているように思われる。

が置かれる。

違反行為告知書に対する答弁書の提出後も、口頭聴聞期日までの間、書面にて欧州委員会と被審人及び利害関係人の間で、主張・立証方法の交換がなされる。このように、当事者の主張は、聴聞手続の初期の段階で十分に明らかにされる。

4 欧州委員会のファイルにアクセスする権利

(1) 欧州委員会の有する手持ち証拠に対する完全なアクセス

旧規則 17/62 においては、欧州委員会のファイルにアクセスする権利については明記されていない。AKZO 事件においては、欧州委員会は被疑事業者に対しファイルを開示する義務を定めたルールはないことを指摘していた。しかし、欧州委員会は、デュープロセスの観点から、1980年代の初めより、ファイルを閲覧する機会を被疑事業者に与えていた。1990年代に入り、Soda Ash 事件⁴⁷⁷等において他の事業者の営業秘密、欧州委員会の内部文書及びその他の秘密情報を除き、欧州委員会の所有する全ての書類と情報に対する開示が義務づけられることが、共同体裁判所において判示された。Cement 事件⁴⁷⁸において共同体裁判所は、欧州委員会のファイルへのアクセスは防御権を保護するための手続的保障であると述べている。

欧州委員会は違反行為告知書を送付した後、速やかに情報を開示しなければならないとされる。最近では、違反行為告知書の送付時において欧州委員会のファイルの開示版を CD-ROM で交付するとの実務になっている。書類を精査した結果、追加の開示を要求する場合は、請求を欧州委員会に行う。この請求の許否は聴聞官によって判断される。

欧州委員会が違反行為告知書の事実認定・法的評価の基礎として用いた証拠において、認定の基礎となる証拠として用いた証拠方法は、すべて脚注で引用されている。CD-Rom で交付したファイルのインデックス番号が認定に用いた証拠のインデックス番号としても使われているようである。

このように、EU の実務では、欧州委員会の有する手持ち証拠に対する完全なアクセス(秘密情報等を除く。)が認められ、同じ手持ち証拠で戦うという実務となっており、いわゆる武器対等の原則が実践された公正性の高い手続となっている。日本では、公取委の手持ち証拠へのアクセスは、必要性がある場合において認められる⁴⁷⁹。しかし、ファイルを見ない限り、必要性があるかどうかは分からないし、公取委と被審人との武器対等の観点からは、欧州委員会によるファイ

⁴⁷⁷ Soda ash-Solvey ICI OJ 1991 L152/1

⁴⁷⁸ Cement OJ 1994 L343/1 [1995] 4 CMLR 327

⁴⁷⁹ 丹宗暁信 岸井大太郎編 『独占禁止法』67頁

ルすべてに対するアクセスを認めることが好ましい⁴⁸⁰。

(2) ファイルの開示と秘密情報の保護

既に述べた通り、欧州委員会は、苦情申立人など関係人から報告を受ける段階で、不開示版 (confidential version) と開示版 (non-confidential version) を作らせており、開示版を、開示すべきファイルに綴じこんでいる。

このほか、被審人が支配的事業者の場合、将来的な不利益を恐れて、情報の不開示が情報提供者より要請されることがある。そのような場合、情報提供者の氏名を明らかにしたくない場合には、署名欄をブラックアウトした箇所を含むような文書がファイルに綴じこまれることがある⁴⁸¹。このような書類については反対尋問権が保証されないが、米国のように伝聞証拠 (hearsay) だから証拠能力がないという原則をとっていないため、証拠として提出することができ、ただ証拠としての価値が低いものとして取り扱われる(この点は日本と同じである。)

5 共同防衛契約

いわゆる共同防衛契約 (Co-defense Agreement) (以下、「CDA」という。) については、EU ではこれが結ばれることはあまりない。米国において CDA が結ばれるのは、CDA に基づいて当事者間で交換される書類または情報についてディスカバリーの対象外とする意味が大きい。欧州では米国のような広汎な CDA がないため、CDA を結ぶ必要がないと考えられている。

共同防衛を行うことを理由として欧州委員会がファイルの開示を拒むことはない。ただし、CDA により、被疑事業者の側で、入手可能な情報については、防御権の観点からは開示を認める理由はなく、欧州委員会がそのような情報を開示しなかったとしても、不開示の瑕疵を主張する理由を欠くものと考えられている。

6 口頭聴聞期日

(1) 審判廷の構造

口頭聴聞期日 (oral hearing) は、日本の口頭弁論のような手続ではないかと錯覚しがちだが、そのような手続ではない。欧州では、欧州委員会の事件処理手続では原則として書面主義によっているので、最終的にこの口頭聴聞期日の機会を与えることでデュープロセスの要請を補充しようとしている。

⁴⁸⁰ 日本で、必要性の限定のもとに証拠資料の開示が認められるのは、刑事判例 (最判昭和 44 年 4 月 25 日) の影響であると思われる、ここでも刑事手続の影響を看取できる。

⁴⁸¹ 日本の実務でも用いられている。ただし、日本では署名以外でもブラックアウトがなされるが、EU では、開示版を別に作成するので、署名欄以外がブラックアウトされることはあまりない。

口頭聴聞期日では正面に委員会が着席するある意味で糾問的な手続といえる(添付図面を参照)。しかしカルテル事例でない場合、事件関係者(Intervener)として苦情申立人その他の利害関係人が参加し、手続の冒頭で、聴聞官が審査スタッフに事実及び欧州委員会の法的構成についての主張の要約を行わせる際、審査スタッフは事件関係者に彼らの主張を主張させるのであつかも欧州委員会に苦情を申し立てた側と、苦情を申し立てられる者(競争法違反を主張されている者)との間の私訴を欧州委員会が裁くかのような擬似的な対審構造になっている。

審判は非公開であるが、ジャーナリスト等は出席が許される。

正面の委員会席(日本では審判官席)の中央に聴聞官、右に審査スタッフ(case team)(日本の審査官に相当する者である。)、左側に委員会の法律顧問(legal adviser)が着席する)。

(2) 聴聞官の独立性

聴聞官は欧州委員会の職員であるが、規則 773/04 の 14 条 1 項において、口頭聴聞期日は聴聞官が独立して権限を行使するとされ、聴聞官に聴聞手続の訴訟指揮権限が独占的に付与されている。言い換えれば、聴聞官が口頭聴聞期日において審査スタッフ や法律顧問など欧州委員会のその他のスタッフの干渉を受けることなく、口頭聴聞期日における指揮権限を行使できることが聴聞官の独立性の内容である。

聴聞官は口頭聴聞期日において新たな証拠が提出されるときこれを許容するかどうかを決定することができ、また複数の被疑事業者を別々の口頭聴聞期日で審理するか併合して審理するかについて決定する権限を有する。

なお、聴聞官 の権限は、手続上の判断権限であり、聴聞官は報告書を欧州委員会に提出するが、これも手続的観点を中心としたコメントのようなものであり、決定書を書く権限を有するものではない。

(3) 口頭聴聞期日における審理

口頭聴聞期日は一回だけ開かれ、その期間はきわめて短い。多くの場合 1 日であり、半日のこともある。複雑な事件になると、2 日程度となり、オラクルの合併事件では 2 日、現在係属中のマイクロソフトに対する支配的地位の濫用事件⁴⁸²では 3 日であった⁴⁸³。口頭聴聞期日が、2 度、3 度と開かれることはない。

口頭聴聞期日までに、当事者は書面を自由に交換することができ、実際にこの書面交換により

⁴⁸² Microsoft, Commission Decision, 24 March 2004, COMP/C-3/37.792 マイクロソフト事件のように 3 日取られることは珍しい。

⁴⁸³ CFI における正式の裁判手続であっても裁判所における口頭弁論期日は 5 日程度しかない。

実質的な議論は尽きており、口頭聴聞期日はお互いの主張を持ち時間の中で整理して主張するだけである。従って、欧州委員会の口頭聴聞期日は、セレモニー的な色彩しかないともいえる。

口頭聴聞期日は次のような手順で行われる。

- (i) 聴聞官は口頭聴聞期日を開始し審査スタッフに事実及び欧州委員会の法的構成についての主張の要約を行わせる。既に述べた通り、この段階で審査スタッフは苦情申立人その他の利害関係人に、彼らの主張を行わせることも多い。
- (ii) 次に、被疑事業者の主張が行われる。聴聞官は、証拠の実体面についての判断を下すことはないが、これにコメントを行うことがある。ただし聴聞官は証拠を許容するかについての判断は行う。一般的に、口頭聴聞期日について使われる可能性のある文書は、あらかじめコピーをとって参加者に配布される。ただし、それらの書類が口頭聴聞期日において認められるか否かについては口頭聴聞期日において聴聞官が決定する。
- (iii) 次に、加盟国の担当官(officer)からの質問が行われる。聴聞官が裁判官(judge)でないように、加盟国の担当官は陪審員(jury)であるわけではない。しかし、加盟国の担当官は全ての書類を見る機会が与えられ、当事者の口頭でのプレゼンテーションに対し、通訳を介してこれを聞く機会が与えられる。加盟国の担当官は当事者に対し質問を行い、当事者がこれに回答する手続手続を行う。
- (iv) 欧州委員会および聴聞官から当事者に対する質問と当事者からの回答が行われる。当事者からも欧州委員会に対し質問を行う事が出来る。

口頭聴聞期日はもともと、被疑事業者が答弁書の内容を聴聞官、欧州委員会及び加盟国担当官の前で陳述し、欧州委員会、加盟国の担当官、事件の利害関係人や被審人のプレゼンテーションに対する質問を行って、デュープロセスの原理である告知聴聞の機会を直接主義の観点から補充すると手続と位置づけられており、制度上は、証拠調べ続きではなく、反対尋問(cross examination)の権利は保障されていない。しかし、審判廷に出席している者については聴聞官に質問を求めること(求釈明)ができ、聴聞官からこの者に質問するという事で、間接的に反対尋問ができるし、事実上審判の手続がヒートアップしてくれば、直接に質問を行うことも多く、出廷した利害関係人に対する反対尋問は行われていると評価する者もいる。また、当事者が自ら呼んだ証人や専門家証人(expert witness)に対し質問を行い、その回答を得る形で実質的な証拠調べも行われる。しかし審判に出席しない者を呼び出すことは出来ず、口頭聴聞期日に出席していなければ、実質的にも反対尋問を行うことは出来ない。

口頭聴聞期日には、事件関係者全員が参加し、参加した事件関係者から意見陳述が行われる結果、ある程度、裁判手続における審理に近い手続になっていると評価する者もいる。しかし、制度上は、裁判手続における審理とはまったく異なる行政手続である。日本の旧審判手続のように、手続保障の観点から、刑事手続に準じた手続をとろうという発想はないといってよい。

7 利害関係人の告知聴聞を受ける権利

告知聴聞を受ける権利に関しては、被審人のみならず、苦情申立人及び十分な利害関係を有する者についても相当程度保障される。

(1) 誰に対し告知するか

告知される者については規則 01/03 第 27 条に規定されている通り、事件当事者に対しては義務的であり、苦情申立人および十分な利害関係を有する者に対して告知するべきであるとされている。この点は日本の行政手続において、原則として当事者の告知聴聞の権利のみが問題となり、実務上、第三者の手続への関与が限定されているのと対照的であり、欧州委員会の聴聞手続においては、苦情申立人に対し通知がされ、口頭聴聞期日に出席し、意見を陳述する機会が与えられる⁴⁸⁴。

(2) 苦情申立人

苦情申立人は第三者の中でも特別な地位をもっており、彼らは聴聞手続に十分な関与が与えられなければならないとされている。理事会規則 773/04(以下、「規則 773/04」という)でも苦情申立人とその他の第三者の間で区別がなされている。苦情申立人は十分な利害関係を有することが推定される。

(3) 十分な利害関係を有する第三者

十分な利害関係を有する第三者にどこまでの範囲の者が含まれるかについては、第三者の正当な利益を保護する観点から判断が下される。消費者団体は、規則 773/04 で十分な利害関係を有することが明文で規定されている。欧州委員会があるものについて十分な利害関係を有するか否かを明確にしないまま実質上このような当事者からその意見を聴取し、情報の開示を行うことは欧州委員会の実務としてかなり広範に行われている。

(4) その他の第三者

防御権の観点から告知しなければならない場合でなくても、欧州委員会は、欧州委員会にとって有益と考えられる第三者に対し、告知して口頭聴聞期日に出席させ意見を述べさせることができる(規則 773/04 第 13 条 3 項)。

⁴⁸⁴ 実際の聴聞手続では、審査スタッフをサポートするというより、原告的な立場で、被審人の違法行為を主張し、審査スタッフがそれをサポートするというように見えることも多い。

(5) 苦情申立人及びその他の第三者の参加

規則 01/03(第 27 条)および規則 773/04(第 14 条第 7 項)によれば、苦情申立人その他の十分な利害関係を有する第三者には、違反行為告知書の開示版が送付され、これらのものから違反行為告知書に対する意見の聴取が行われる。苦情申立人及び十分な利害関係を有する第三者は、口頭聴聞期日における手続に事件関係者(intervener)として参加する。口頭聴聞期日は公開ではないので、利害関係人は聴聞手続期日に口頭聴聞期日を傍聴することはできないが、事件関係者として口頭聴聞期日に参加できるのである。

その他の第三者に対しては、違反行為告知書の開示版は送付されないが、事件の概要と手続の概要についてのみ通知される場合がある。

苦情申立人はファイルにアクセスする権利を有しているわけではないが、理事会規則 1049/01((以下、「規則 1049/01」という。この規則は、日本の情報公開法に相当する規則である。))の下で公的機関の情報にアクセスする権利が認められるので、規則 1049/01 のもとで、開示されるべき書類・情報については、情報の開示を求めることができる。したがって、開示版のファイルとほぼ同じ内容の情報(すなわちほとんど被疑事業者と同じだけの情報)を入手できる。

(6) 証人

被疑事業者が呼んだ証人は上記の目的の第三者に該当する。規則 773/04 の 10 条 3 項においては、このような証人は口頭聴聞期日に参加することが許容される。被疑事業者はこのような証人を呼ぶことを義務づけられるものではない。ただ、そのような証人が出席したならば、これに参加の機会を与える義務があると解する者もいるが、そのような証人を参加させなければならないものではないとの解釈の方が一般的である。しかしながら、実務的にはこのような証人が口頭聴聞期日において拒絶されることはなく、実質上参加が許容されていると言える。なお、聴聞官は口頭聴聞期日において証人を召喚する命令を行う権限を有するものではない。

8 聴聞官の報告書(暫定版)

この報告書は手続的な問題、書類の開示、ファイルへのアクセス、違反行為告知書についての回答についての時間的制約の遵守及び口頭聴聞期日における適切な行動がとられているか等についての報告書であり、実体面での判断を行うものではない。この報告書は、4~5 頁の簡潔なものである。報告書の第 1 の章は口頭聴聞期日の概要であり、第 2 の章で手続的な瑕疵についての問題が取り上げられる。第 3 の章では、主要な論点が要約されている。第 4 の章は、聴聞官の事件についての評価が簡潔に記載される。その中には、証拠の強さについてのコメントや制裁金のレベルについてのコメントなども含まれる。この報告書(暫定版)(first report)は当事者に対しては開示されない。

9 勧告委員会

口頭聴聞期日の後、決定を行うまでに欧州委員会は勧告委員会(advisory committee)を開催する。勧告委員会は加盟国の職員で構成され、欧州委員会決定のドラフトをレビューし、その反対意見または補足意見などが記録に残される。

この決定書ドラフトは、聴聞官の作成する報告書を参考にして、欧州委員会が作成するが、日本の審決書のように、口頭聴聞期日のあとに、一から決定書を書くようなことはしない。違反行為告知書をそのまま使うか、問題の生じた点を部分的に削除するか、修正するかである。その違反行為告知書も、事件関係者(Intervener)が事件調査を委員会に申し立てたときに提出された書面の切り貼りであるとも言われる。

勧告委員会のコメントに従い、聴聞官は報告書最終版(final report)を作成する。

10 仮差止命令

欧州委員会は正式な聴聞手続を経ては、回復しがたい損害が生ずると懸念されるときは、仮差止命令(Interim Measures)をとることが出来る。これは、裁判所に申したてるのではなく、欧州委員会の内部手続として、聴聞官の面前で申したてることが出来るが、それにもかかわらず、仮差止命令を得ることは必ずしも容易でないと考えられている。これは、3ヶ月から1年でそのような手続が完了するのであれば、仮差止命令が必要となるのはそのような期間において、苦情申立人が市場から駆逐されるような事例に限られることになるので、正式の聴聞手続が迅速に機能するかぎりにおいて、仮差止命令の要件である回復しがたい損害が認められる場合は限定されることになると考えられるからであろう。

V 共同体裁判所での審理

1 明白な違反の原則

このような不完全な形の口頭聴聞期日であるが、CFIはこの欧州委員会決定の事実認定については、明白な違反がない限り、覆せないとの判例理論を形成している。明白な違反の原則(manifest error rule)と呼ばれ、行政手続の確立した判例理論とされている。これは、FTCの実質的証拠法則に相当するものと理解されている。

新証拠の提出に関しても、基本的に欧州委員会の手続段階で全ての証拠を提出するものとされ、相手方に事前に開示していない新たな証拠の提出は事実上難しい。ただ、口頭聴聞期日を拒

否する場合でも、欧州委員会のファイルの中にある証拠であれば、それを用いることは差し支えない⁴⁸⁵。

明白な違反の原則が働く事実については、いわゆる生の事実以外に、評価的な内容を含む事実いわゆる規範的事実や将来の見通しのような事実がある。とくに将来の見通しのような事実は企業結合事例では、きわめて重要である。このような評価や将来的見通しと結びついた事実については、それほど欧州委員会の事実認定に拘束されず、疑いがあれば CFI は十分な証拠 (sufficient evidence) に支えられていないとして、自ら判断を行うことができる。言い換えれば、明白な違反の原則は法の支配の形成に妨げになるような程度に裁判官の判断を拘束するものとは考えられておらず、日本では、これが過大に考えられ過ぎていると思われる。防御権保障、審判官の独立性の問題とあわせ、VIで後述する。

2 立証水準

立証水準については、証拠の優越では足りないが刑事立証水準である合理的な疑いをいれないという水準よりは緩やかで、その中間とされる。これは高度の蓋然性を要するという日本の民事の立証水準とほぼ同水準ではないかと考えられることもあるが、CFI における立証水準は、それほど高いもののように思われず、實際上証拠の優越に近い水準で運用されているように思われる。しかしながら、Tetra Label 事件⁴⁸⁶では、合併事件における競争に対する悪影響の立証水準について、証拠の優越では足りないと述べている。これについてはかなり多くの批判がある。

3 手続上の瑕疵の取扱

手続上の瑕疵があるからといってただちに聴聞手続が無効となるものではなく、瑕疵がなかったならば決定の内容が異なっただけであろうという場合においてのみ決定が破棄される。例えば、欧州委員会がある書類を開示していなかった場合、開示されなかった書類が開示されていれば事実認定や法的評価が異なっていたと考えられる場合において、決定が破棄される。決定が破棄されない程度の瑕疵については、共同体裁判所において、罰金(制裁金)の額が減額される場合が多い⁴⁸⁷。欧州委員会と同じく裁判所も制裁金の額などについて裁量権を有していると考えられてお

⁴⁸⁵ マイクロソフト事件では、3度の違反行為告知書が出され、2回目の違反行為告知書に対して、マイクロソフトは口頭聴聞手続を拒否して、CFIで争う姿勢をとっている。この場合、欧州委員会手続段階で、マイクロソフトが証拠を提出しなかった場合、その証拠をCFI段階で新たに出すことは出来ないが、欧州委員会のファイルの中にある証拠を活用することはできる。裁判では、基本的に証拠については欧州委員会のファイルにある資料を証拠として活用するので、口頭聴聞手続を経ないからといって、新証拠の提出が制限されるものではない。

⁴⁸⁶ Tetra Lavel BV. Commission Judgement of CFI 25 October 2002 press release No. 87102

⁴⁸⁷ 手続的瑕疵が治癒可能なものであれば、これをやり直すという対応もとられる。例えば、ある手続の命令書の署名が前委員長のものであった場合に、新委員長の署名をとり直して、手続をやり直した例もある。

り、手続上の瑕疵に対しては、実務上は、制裁金の額についての裁量権により調整が図られていると評価できる状況にあると思われる。日本では、公取委や裁判所に裁量権がないため、行政上の瑕疵があっても結論を左右するような大きな瑕疵でない限り、そのような瑕疵に対し課徴金の減額などの措置を受けることが出来ない。裁量権限を認めない現行制度はかえって被審人に不利になっているように思われる。

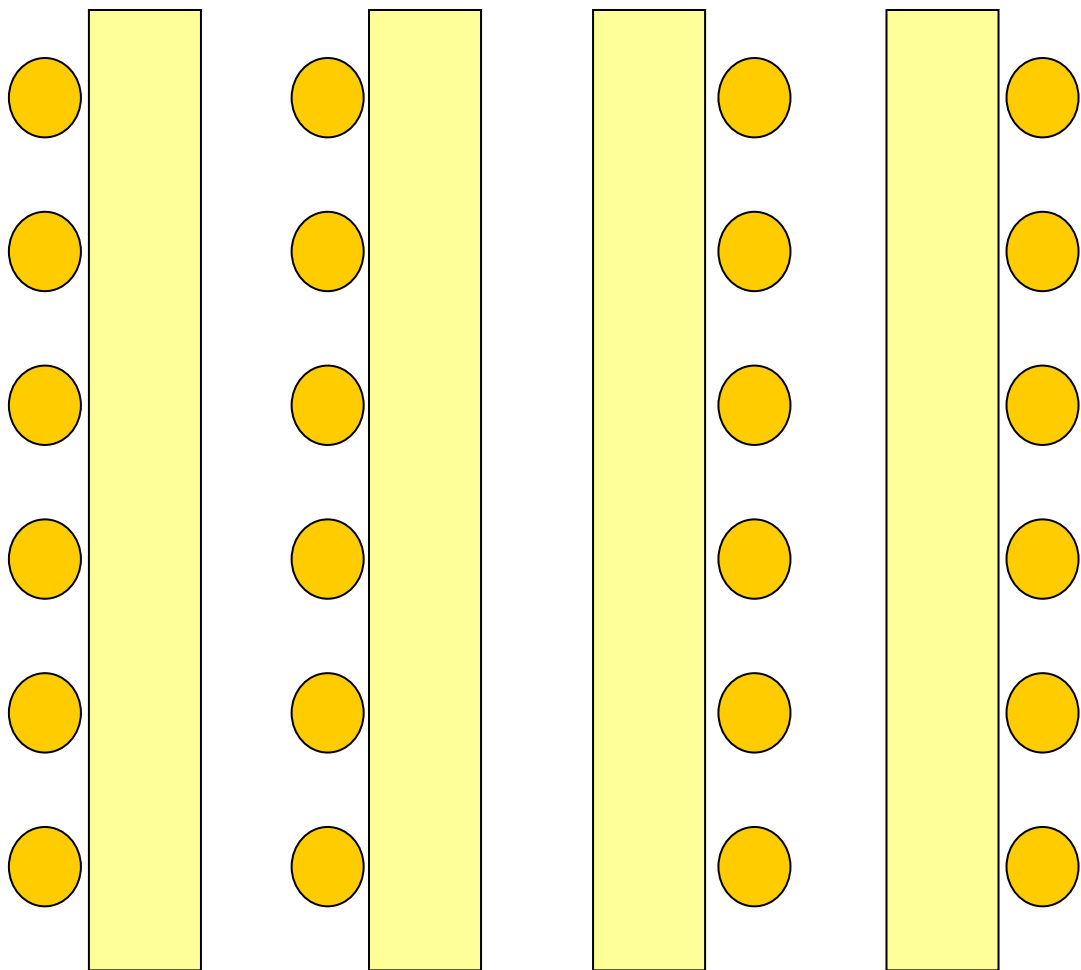
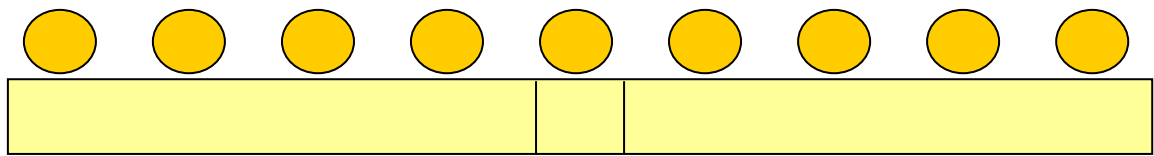
4 法務調査官制度

EU の共同体裁判所は、独禁法専門部ではないが、共同体裁判所が取り扱う事件のうち競争法事件の比率は高く、法務調査官により、事件の論点についての詳細な調査がなされることにより、専門性の高い事件の処理能力を高めている。最近では、経済的証拠の分析能力が必要とされるため、法務調査官制度により、競争法専門家の助力を得る必要性は一段と高まっている。

審査スタッフ

聴聞官

法律顧問



加盟国担当官
(Officer)

被疑事業者
(Defendant)

苦情申立人等
(Intervener)

消費者団体等
(Intervener)

第4章 英独仏及び米国 FTC の最新の競争法執行手続

I 欧州の聴聞手続の概要と最新動向

1 英独仏の執行手続の概要

日本では、委員会手続という、米国の手続しかないかのように論じられているが実は、欧州委員会手続こそが、もっとも広汎に活用されている委員会手続であり、上記の米国モデルの特殊性を捨象したよりオーソドックスな聴聞手続として設計されている⁴⁸⁸。

欧州各国は、EU の手続の根幹である詳細な事実認定を行った異議告知書の送付、執行当局のファイルへのアクセス、指定期間内に答弁(reply)を書面で提出させるという制度を取り込み、各国の行政手続に合わせたバリエーションにより運用されている。ここでは、加盟国競争法のうちもっとも重要な英仏独の執行手続を概観することにする⁴⁸⁹。3カ国のうち、フランスの制度は、独立行政委員会制度をとることも含め、もっともEUの制度に近い。イギリスの制度は、執行当局の行政処分後の事後救済において、特別の審判所(CAT)が管轄権を有する点に特徴がある。ドイツの制度は、秩序罰賦課手続が、個人への秩序罰(制裁金)の賦課を基本として、両罰規定的に秩序罰の賦課を法人に及ぼすという制度となっていることからくる特殊性がある。この点は、ドイツが自己負罪拒否特権の射程などでEUや他の加盟国と異なる取り扱いを行う理由であり、ドイツの執行手続の特殊性については、十分な考慮が払われるべきであるので、その点の記述はより詳細なものとしている。

2 フランスの執行手続

(1) 執行機関とその独立性

フランスの執行機関は、実質において、独立行政委員会であると評価することができる。最近までは、競争に関する問題を扱う部局は財務省の外局である競争評議会

⁴⁸⁸ EU の聴聞手続の概要についての詳細については、第2部第3章または越知・聴聞手続もしくは越知(2006)を参照。

⁴⁸⁹ 英独仏の聴聞手続について、村上論文 1662 頁以下。欧米の最新事情に関しては、ジョーンズ・デイ、クリフォードチャンスの協力を得た。

(Competition Council)であったが、最近の改正により、競争機関(Competition Authority)に再編された。競争機関は、投票による意思決定が行われる独立性の保障された準司法的機関(quasi-judicial body)と考えられている⁴⁹⁰。

(2) 行政処分前の聴聞手続

フランスの執行手続は、英独仏のなかでは、もっとも欧州委員会の手続と共通点が多い。異議告知書の送付によって手続が開始され、これに対する答弁を行い、その後の追加的な書面の提出を経て最終的に口頭での主張の機会が与えられる。これはEUの口頭聴聞(oral hearing)よりも主張を行うことのできる範囲が広い口頭弁論(pleading)である。EUの口頭聴聞の場合、証人尋問など、口頭弁論における証拠調べの機能は保障されていない。ただ、実際には、口頭聴聞の期日に、証人や鑑定人を自発的に出席させれば、その尋問が事実上行われているといわれてきたが、最近は、米国事業者を中心として、口頭聴聞はセレモニーに過ぎないとの批判も強まっている⁴⁹¹。フランスの場合、聴聞ではなく弁論手続であるため、対審的な構造に近づき、より証拠調べる手続を実際上行う余地が広がる(制度的に証拠調べ手続が保障されていない点は、EUと同じである⁴⁹²)。ただ、事業者にどこまでメリットがあるかは必ずしも明らかではない。口頭弁論の期間は基本的には一日から三日程度でありEUの場合より長期間となるものではない。

口頭弁論の後、執行当局は答弁及び口頭弁論の結果に従い、排除措置命令や制裁金の賦課の決定を行う。この点も、手続の流れは、EUと同じであるが、内容面にわたり、審理の結果に従い、異議告知書の変更される可能性が理論上は高まる。ただ、実際の運用で異議告知書の内容がEUの場合より修正されるかは現時点では明らかではない。

(3) 行政処分後の不服申立手続

排除措置命令や制裁金の賦課の決定に対しては、日本の高裁にあたるパリ控訴裁判所に処分取消訴訟を提起することができる。この場合の行政裁量の適用範囲についての考え方もEUのGeneral Court(リスボン条約の発効により、従来の第一審裁判所(Court of

⁴⁹⁰ 準司法的機関の意義については、第2部第6章または越知・年報第31号59頁、70頁参照。

⁴⁹¹ ただし、英独では、口頭聴聞も義務的ではなく、一般に行われず、聴聞官(hearing officer)の制度もないので、EUの制度が特に手続的保障に欠けた制度というわけではない。

⁴⁹² 欧州では、行政手続において、正式の証拠調べ手続を行う必要があるものとは課されていないようである。

First Instance) から改組されている) における明白の原則 (Manifest Error Rule) の考え方によりつつ、実際には行政裁量の範囲を狭く解する考え方をとっている⁴⁹³。行政処分に対する取消訴訟が提起された場合でも、原則として執行が停止されない点も EU の考え方と同じである。

控訴裁判所の判断に対する上告は、フランス最高裁である破棄院に対して行うことができる。

(4) 調査手続

EU の調査手続の考え方と基本的には異なるところはなく、黙秘権は保障されておらず、事実についての質問については、供述拒否することはできない。ただし、事実面を越えて犯罪の自認となるような場合には、供述の拒否権限が認められるばかりか、そのような質問(カルテルをしたかをストレートに聞くこと)をすること自体が禁止され、その意味で、自己負罪拒否特権が行政事件にも及んでいる。この点について、実務家から、EU について、黙秘権が保障されているかのような議論がしばしばなされているが、黙秘権と自己負罪拒否特権の違いがよく認識されていない誤った議論であり、詳細は、後記 4 で論じる)。

3 英国競争法の執行手続

(1) 執行機関とその独立性

英国は公正取引庁 (Office of Fair Trading) (以下「OFT」という) が主たる執行機関である。合併審査などに関しては、執行の一部を競争委員会 (Competition Commission) が担当している。

OFT は従来は、公正取引庁長官 (Director General of Fair Trading) を長とする政府機関であったが、2002 年企業法 (Enterprise Act) により、公正取引庁長官の制度が廃止され、独立行政組織となった。OFT は議長、代表理事 (Chief Executive) その他 5 名の理事 (Non- Executive Members) からなる。ただし、これらは全て通商産業省 (DTI) の長官 (Secretary of State) によって任命される。組織形態は委員会ではなく、法人 (corporate body) であるとされるが、委員会に限りなく近い組織形態であり、OFT の独立性が尊重される仕組みとなっている。その点は、ドイツの連邦カルテル庁に似ている。

⁴⁹³ 第 2 部第 1 章または越知・行政裁量 300 頁参照。

(2) OFT の聴聞手続

OFT は自ら排除措置命令や、課徴金を賦課するなどの行政処分を行う権限を持っている。OFT の行政処分が行われるまでの手続については、欧州委員会手続のように聴聞官 (Hearing Officer) は任命されず、個別の異議を聴聞官に持ち込むことはできない。しかしながら、欧州委員会の異議告知書に相当する書面 (14 条通知 (Article 14 Notice) と呼ばれる) が送付されること、OFT のファイルへのアクセスが確保されていること、一定期間内に答弁が行われる必要があること、EU の手続と同じであるが、EU のような、口頭聴聞 (oral hearing) は原則として開催されないが、答弁について、必ずしも書面による必要がなく、口頭での提出 (すなわち、聴聞) ができる。

14 条通知の送付から決定まで、約半年から一年を要する。

(3) 行政処分後の不服申立手続

OFT が下した行政処分に対する不服申立は、競争法審判所 (Competition Appeal Tribunal) (以下「CAT」という) に対してなされる。CAT は競争法の問題を主として取り扱う独立の審判所である。その構成は元裁判官及び競争法の専門家で構成される。但し、OFT その他の執行当局の者、現に被審人の代理人となって活動を行っている者は事実上任命されないようである。この CAT の判断に対する不服申立は控訴裁判所 (Court of Appeal) になされ、さらに貴族院 (House of Lord)⁴⁹⁴ に上告される。ただし、専門性のある CAT の判断は、控訴裁判所や貴族院でも尊重される。

CAT が OFT の判断を覆す場合の基準は、行政処分が、very very unreasonable でない限り、行政判断が尊重されるという英国の行政裁量の基準であるウィンズベリー原則 (合理性の基準) が適用される⁴⁹⁵ が、日本の行政裁量のような広範な行政裁量がとられるものではない。むしろ、広範な行政裁量を求める OFT の主張は、欧州委員会の Tetra Level 事件の CFI の判決⁴⁹⁶ 同様、否定されている⁴⁹⁷。

⁴⁹⁴ 実質上の最高裁である。

⁴⁹⁵ ウィンズベリー原則 (合理性の基準) の詳細については、第 2 部第 2 章または越知・行政裁量 301 頁参照。

⁴⁹⁶ Case C-12/03P Commission v. Tetra Level [2005]4 CMLR 573 [2005] ECR I-987、第 2 部第 2 章または越知・行政裁量 309 頁

⁴⁹⁷ [2005]CAT 8, para 168 174 O' Neal & Sanders "UK Competition Procedure" Oxford University Press p. 517

手続的保障の観点では、CATの方が独立性と専門性を統合したすぐれた制度設計と思われるが、手続全体が長くなりすぎているとの評価もある。

4 ドイツの執行手続

(1) ドイツ競争制限法の執行機関、執行における審理官決定の独立性

ドイツの執行機関である連邦カルテル庁(Federal Cartel Office)(以下、「FCO」という)は、日本の経済産業省に相当する経済省の外局となっているが、その権限行使については、独立性が認められ、執行や政策に関し、経済省が介入することはほとんどない。

執行を担うのは、日本の審査局に相当する審査部であり、約10の審査部が置かれている。特徴的なのは、FCOではなく、各審査部が決定権限を持っていることで、1名の審理長と2名の審理官の合議体が、各部の名で行政処分または制裁金賦課についての決定を行う。すなわち、FCOの長官ではなく、各審査部が最終的な決定権限を有している。このことから、各部の審理官は、FCOから独立していると解し、このような性格から、下記の決定を審決と訳すものがあるが、上記のとおり、口頭弁論の機会があるわけではなく、単に書面による弁明の機会を与えられただけであるから、審判という実質はない(これが審判であれば、EUの手続も審判であるのはもちろん、日本の独禁法手続改正案に規定される新し手続も審判と言いうるであろう)。確かに審理官は独立した権限を有しているが、この審理官の独立性を、米国や日本の審判官の独立性と同列に考えるのは疑問がある。内部的統制の観点からは、むしろ審査部の判断に対するモニタリングが働かない点で、FTC手続におけるALJ、または日本の審判官とは対極にあるように思われるし、FCOの組織に従った判断を行わなければ、キャリアを失うだけであり、実際問題としてよほどの場合でなければ、FCOという組織の判断と異なった判断が行われるものではないからである。

(2) 2つの執行手続

ドイツの執行手続も、異議告知書の送付とそれに対する答弁を中心とする点で、欧州委員会手続に基本的に似通った手続であるが、ドイツの場合には、様々な特徴がある⁴⁹⁸。最大の特徴は、排除措置命令(禁止処分)に関する手続(以下、「処分手続」という)と、制裁金(秩序罰)を課す手続(以下、「秩序罰賦課手続」という)が異なり、秩序罰賦課手続については、違反行為を行った従業員にも制裁金が課されることである。ドイツの競争制限法は、カルテル、支配的地位の濫用、企業結合の三つの分野を主たる規制対象とし、

⁴⁹⁸ドイツの制度の解説として、鈴木(1983)がある。

この全ての分野に排除措置命令を行うことも秩序罰を課すことも可能であるが、カルテルについては秩序罰賦課手続、支配的地位の濫用及び企業結合については、処分手続⁴⁹⁹によっている。

第 2 に、処分手続及び秩序罰賦課手続のいずれも、競争法独自の審理手続ではなく、通則的な行政法の手続によりつつ、部分的に、行政法の通則的手続を修正していることである。

(3) 処分手続

処分手続の場合、調査手続に関しては報告命令および立入検査の二つの権限が中心となることは、EU と同じであるが、ドイツの場合、処分手続による場合でも、裁判所から令状を得て直接強制を行う権限がある。これは報告や検査を拒否し、書類を隠蔽する疑いがある場合に発動される。

行政調査の結果、違反行為があると判断する場合には、EU 同様、異議告知書が当事者に送られる。この時点で FCO の手持証拠が開示される点も EU と同様である。事業者は FCO が定めた期間(以下、「指定期間」という)内に、答弁を行う必要がある。この答弁は証拠を付す必要があり、その、答弁の内容が合理的なものであれば、異議告知書の内容が修正され、それが FCO の最終決定となる。EU のような口頭聴聞 (Oral Hearing) は原則として開催されない⁵⁰⁰。

指定期間は、通常 1 ヶ月～2 ヶ月だが、当事者の申請により、合理的な理由があれば延長が認められる) かつて答弁までの期間が二週間程度であったが、これについては裁判所が答弁までの期間が短すぎるとして、手続の瑕疵を認め、手続のやり直しを命じたことがあり、上記の期間が指定されるようになっている。

⁴⁹⁹越知・新執行手続 588 頁以下では、処分手続を行政手続と表現したが、秩序罰賦課手続も刑事訴訟原理が相当程度準用されるとはいえ、依然として、行政手続であり、その意味で、秩序罰賦課手続以外の手続に「行政手続」という表現を取るのには、ややミスリーディングな面があると思われ、用語を修正する。

⁵⁰⁰ 鈴木(1983)90 頁では「1 の当事者の申し立てがあった時は、全ての当事者を召喚して口頭聴聞を開催しなければならない。」と記載されており、もしそうであるとすれば口頭聴聞が任意的である EU とほぼ同じ手続ということになるが、実際にはドイツの行政手続(処分手続・秩序罰賦課手続の双方を含む)で口頭聴聞が行われることはほとんどない。

行政処分の内容を争う場合、処分取消訴訟をデュッセルドルフ高裁に提起する⁵⁰¹。その場合、裁判所は通常の行政処分取消訴訟の手續に原則として従うが、行政裁量に関しては、競争制限禁止法で「カルテル庁が裁量権を誤用した場合、特に法律で定められた裁量権の範囲を超え、または裁量行為によって本法の意義と目的を損なったときは、当該処分は、不当な又は理由のないものである」と規定されている。この考え方は、EU・フランスの明白の原則より、行政裁量を限定するかに見えるが、明白の原則のもとでも、理由の合理性については審査が及ぶので⁵⁰²、実際的な裁量統制の範囲は、それほど異なるものではないと思われる。

行政処分に対する取消訴訟が提起された場合に執行が停止されるかについて、かつて、執行の停止が認められていたが、2008年より、EU及び加盟国の手續と同じく、原則として執行が停止されないこととなった。

裁判所の手續において、手續の瑕疵が発見された場合、その手續が治癒可能な(remediable)ものであれば、手續のやり直しが命じられる。治癒不可能なものであれば、処分を無効とすることができるが、実際、治癒不可能な手續上の瑕疵は、ほとんどないものと解されている。日本では、制限期間を徒過すれば、やり直しは不可能であるが、ドイツでは、調査開始決定により、時効または除斥期間の進行は止まるので、期間制限によって瑕疵ある処分手続のやり直しができなくなる場合はほとんどないと考えられている。

(4) 秩序罰賦課手續

秩序罰賦課手續は、日本では一般的に過料審判手續と訳されることが多い。しかし、この訳語は、以下の理由から、不適切な面があり、ここでは、秩序罰賦課手續という用語を用いる。

秩序罰の対象となる範囲は、日本のいわゆる「過料」の範囲よりもはるかに広く、日本で刑事罰として罰金が課されるような場合を広くカバーしている。また、秩序罰というのは、違法行為の抑制を目的とするので、事業者に直接賦課されるかにみえる⁵⁰³が、秩序罰

⁵⁰¹ ドイツでは、行政訴訟では、事件の種類に従い、専属管轄が定められており、競争法では、デュッセルドルフ高裁が専属管轄を有している。この点が審級省略と考えられていないことについては、第2部第4章または越知・聴聞手續 448頁

⁵⁰² 明白の原則や実質的証拠法則は、行政裁量を限定するように運用されていることについては、第2部第2章または越知・行政裁量 300頁

⁵⁰³ 実際、他の欧州諸国、EUでは、法人に直接賦課される。

賦課手続であっても、違反を行った個人がまず罰を賦課される主体であり、両罰法規的な考え方で法人に罰が賦課されるという構造をとっている。これは刑事事件において、法人が刑事罰を賦課される前提として、自然人の違法行為を認定し、当該個人に対する刑罰の賦課を前提とすることと同じ考え方である。このため秩序罰賦課手続は、相当程度、刑事訴訟手続の原理が準用される。ただし、秩序罰賦課手続も処分手続同様、実質的には口頭聴聞すら開かれぬ聴聞手続である。また、担当する行政庁が自ら処分を行うことができず、裁判所に処分を求める権限を有するにすぎないという刑事手続でとられる訴追主義がとられているものではなく、FCO が秩序罰の賦課を決定できる行政手続である⁵⁰⁴。

秩序罰賦課手続でも、異議告知書を送付し、これに対する答弁により、原則として口頭聴聞を経ずに、秩序罰賦課の決定(処分)が行われるという基本的な聴聞手続の流れは、処分手続と変わらない。また、当該手続においては、故意の立証は不要であり、過失が立証されればよい⁵⁰⁵。ただし、処分手続の場合と異なり、決定前に検察官が事件をレビューし、検察官が異なる意見を持つ場合、検察官との協議が行われる。ただ、検察官は一般には、内容面には立ち入らず、手続面の瑕疵だけを指摘し、瑕疵がある場合に、手続のやり直しを命じるという運用がなされている。

刑事手続に準じた側面は、調査手続に現れる。まず、秩序罰賦課手続を前提する調査手続の場合、秩序罰を賦課される自然人には、黙秘権・自己負罪拒否特権（「罪」ではないので、正確には自己負「罰」拒否特権というべきか。）の保護が全面的に及び、秩序罰を賦課される可能性のある自然人は、一切の供述を拒否することができ、FCO の出頭要請も拒否することができる。このような自然人に対する秩序罰賦課が前提となっていることが、黙秘権・自己負罪拒否特権が全面的に及ぶ理由であり、事業者にのみ課徴金を課す EU・他の EU 加盟国、日本の行政手続とはまったく異なる状況があることにくれぐれも留意する必要がある⁵⁰⁶。

⁵⁰⁴ 異議があれば訴追主義に移行する制度で、交通反則制度のような略式手続であるかのように説明されてきたが、FCO は異議のある場合も自ら決定を下し、FCO の判断がデュッセルドルフ高裁で争われる実務となっているので、疑問である。なお、犯則制度というのは、違反者に任意の支払いを促すもので、異議により、刑事手続に移行する制度ではないので、交通反則制度になぞらえること自体も疑問である。

⁵⁰⁵ 鈴木(1983)89 項は、秩序罰賦課手続に故意の立証が必要であるかのような記載があるが、今日では故意の立証は必要とされていないと思われる。

⁵⁰⁶ 第 2 部第 7 章または越知・行政調査 154 頁では、ドイツの黙秘権・自己負罪拒否特権の考え方が特殊であると述べたが、これは、本文のように個人への秩序罰賦課を前提にしているからである。

また、第三者を証人および鑑定人として出頭させ、事実について供述し、または鑑定を得ることができる。この証人からの供述の録取に当たっては、裁判官が立会い、裁判官の面前で供述調書が作成され、信用性への疑義が生じにくいものになっている⁵⁰⁷。この供述録取手続は、違法行為について自己負罪拒否特権を放棄して自白した違反行為者にも適用される。この点は、日本でも参考になるとと思われる。

秩序罰賦課手続の内容を争う場合、同じくデュッセルドルフ高裁に処分取消訴訟を提起する。秩序罰賦課手続についての公定力は生じず、執行は停止される。カルテル庁が決定した秩序罰の額は、裁判所を拘束せず、裁判所は金額を増額することも減額することも可能である。この秩序罰賦課手続は、処分取消訴訟の提起により、秩序違反行為の嫌疑を特定するだけのものになると説明され⁵⁰⁸、あたかも行政手続が白紙にされてしまうかのように理解されることがあるが、すでに述べたように、訴訟の提起だけで秩序罰を賦課した処分が無効になるわけではなく、秩序罰賦課という行政処分の取消を求める行政訴訟が提起されるだけである。異議告知書とその答弁はそのまま事件記録として高裁に提出される。ただし、①執行が停止されること、②FCO の判断に対し、行政裁量を認めることなく審理を行い、審理において、当局側に刑事訴訟法水準の立証が要求されること、③刑事訴訟法の証拠法則にしたがって証拠調べ手続が行われること、④事後審的な見地ではなく、第 1 審的な見地から審理が行われること等、通常の行政訴訟と異なる点が多い。刑事訴訟の原理を準用して、訴訟手続が進行する特殊な行政訴訟手続であると考えるのが適切と思われる。

(5) 調査手続

ドイツでは、調査手続でも、EU またはフランスと異なる制度設計となっている点が多い。

まず、調査手続は、間接強制ではなく、直接強制であり、実力で障害を排除することができる。関係者を勾留することはできないが、犯則手続で用いられる臨検・差押え等の手続を調査手続で活用できる。また、弁護士秘匿特権も、立入前には保障されていないので、立入においては、弁護士と依頼者の通信であるかどうかを考慮する必要がなく、立入における証拠収集手段は、EU や加盟国の一般的な調査手続に比して、強力である。

反面、ドイツの秩序罰賦課手続で行為者である自然人に対しても、秩序罰が賦課される

⁵⁰⁷ 当然ながら裁判官は、高裁で秩序罰賦課手続の取消しを争う裁判官とは、別の裁判官が任命される。

⁵⁰⁸ 鈴木(1983)96 項

関係で、黙秘権・自己負罪拒否特権が自然人にとっても及んでいる。そのため、秩序罰を賦課される恐れのある従業員は、出頭拒否や、質問に対する回答拒否が可能である。EU 以上に、事件関係者からの供述を得るのが困難となっている。その場合、どのように証拠を収集するかというと、客観証拠および秩序罰賦課についての裁量権を活用し秩序罰の賦課についての免除を与えて事件関係者(共犯)からの供述を得るという手法が用いられる。独禁法事件に関しては、リニエンシー制度が整備されているためこの点はより円滑に証拠を収集できるが、その他の秩序罰賦課手続においても、秩序罰を賦課するかどうかの裁量権を活用して証拠の収集が図られる。黙秘権・自己負罪拒否特権の保障のもとでの証拠収集実務は秩序罰に対する裁量制度を活用した秩序罰の賦課の免除という権限があつて初めて機能するものである。

II 米国 F T C の審判手続

1 米国 F T C の審判手続の概要と最近の動向⁵⁰⁹

F T C 手続は、F T C 法違反の疑いがある場合に開始される。E U の手続のように審判開始時に判決並みの詳細な事実認定を行った書面（異議告知書 (Statement of Objections)）が送られる訳ではなく、審判開始決定の段階では委員会は違反行為の存否に関する判断を行う必要はなく、被疑事実についての違反の疑い（have reason to believe）があればよいとされている。またディスカバリーの手続により、F T C の手持ち証拠は開示される。

F T C 手続は、公開・対審構造の下で行政法判事（Administrative Law Judge）が審判官として審理を司り、審決案（initial decision）を作成する。A L J は、独立した判断を行う権限を持っており、中立性が最大限確保されている⁵¹⁰。F T C 手続では、裁判に準じた証拠調べ手続も行われる。書面によるブリーフィング（書面による主張の提出）は行われるが、E U ほど書面審理が重視される訳ではなく、より口頭主義の原則が重視される。

⁵⁰⁹ 上杉(2009) 180 頁。本章は、同書から多くの示唆を受けている

⁵¹⁰ FTC の審判手続においては、委員会としての判断には、審判開始決定（complaint）と最終決定（final decision）しかなく、審判手続は行政法判事が行う仕組みとされているが、委員会が審決案に不満があれば、本文のような手続で、自ら審理を行うことができる。上杉（2009）180 頁参照。

上記のような制度は極めて裁判に近い制度であるといえる。その意味で米国のF T C手続が審判制度の理想型と考えてしまいがちであるが、以下に述べるような運用の実態を考えると、運用の難しい制度であることが分かる。

A L Jの作成した審決案にF T Cが同意できない場合には、F T Cは自ら審理を行い、審決案を破棄又は修正して最終審決 (final decision) を下す。このF T Cの手続は、A L Jが司った審理手続についての控訴審とも位置づけられるものである。審決案に不服のある当事者は、委員が直接関与した審理手続(以下「委員会手続」という。)を申し立てることができる。この手続は、日本の公取委の審判手続における審決案に対する直接陳述手続のような形式的なものではなく、弁論の機会が実質的に保障され、場合によっては証拠調べも実施される。この結果、手続の流れは、F T C手続が二審制であるかのような外観を呈することになる。このような手続のメリットは、F T Cの最終審決に対し、高等裁判所(circuit court)に審決取消訴訟が提起された場合に、裁判官がF T C自身が下した最終審決とA L Jが作成した審決案の両方を見ることができ、いずれの判断がより合理的かを分析することにより、自らの判断を下すことができるという点にある。

しかし、その結果、委員会手続にもかなりの時間が必要となり、委員への異議申立から、最終審決がくだされるまで、平均すると一年程度の期間を要するものとなっている。A L Jの審理手続が約一年であるものの、委員会手続約一年と合わせれば、F T C手続による最終審決が下されるまでは、二年以上を要することになる。

しかも、A L Jの審決案に対し、委員会手続がとられることはまれなことではない。これはA L Jの判断が尊敬されていないことに大きな原因がある。日本では、A L Jが公正中立の裁定者として尊敬されているかに書かれる解説が見られる⁵¹¹が、これは実態に反する。A L Jが独禁法の知識のない者であることは、当事者双方にとってしばしば不満の原因であり、A L Jの判断を尊重する風土はなく、審決案に異議のある当事者は躊躇なく委員への異議を申し立てるため、審理が長期化する。

そのため、F T C委員会の手続の迅速化が問題となり、最近ではA L Jの審理手続を6ヶ月程度、委員会手続を6ヶ月程度に短縮することにより、F T C手続を一年程度で終了させるよう審理手続の改革が行われている。

その結果、審判開始決定書の記載を含め申立段階でのブリーフィング(弁論)が詳細となり、証拠の提出やディスカバリーもほぼ申立の直後の段階から行われるようになりつつある。また6ヶ月という期間であるため、最近のF T Cの最終審決又は審決案は従来に比べて簡素化されているように思われる。

⁵¹¹独占禁止法基本問題懇談会の中間論点整理資料8にもそのように記載されている。これに対する当職の指摘として、独占禁止法基本問題懇談会中間論点整理に対する筆者のコメント及び越知(2006)(下)1280頁及び1284頁注48参照

FTC の審判制度の対象となるのは、カルテルや企業結合規制を除く民事事件 (non-merger civil case) に限定されている。企業結合事件の場合、審判開始決定をすることは可能であるが企業結合の緊急性から、裁判所は緊急差止命令 (injunctive relief) を申し立て、それが棄却された場合、高裁への抗告を行うのが一般的だからである⁵¹²。ただし、地裁の緊急差止命令で敗訴した後、審判を開始して審判官が判断を行うことが可能であり、そのような対応がとられることもある⁵¹³。ただしこの方法は同じく企業結合を取り扱う司法省の事件処理と異なるため、積極的に活用されてこなかった。司法省で審理される場合に比べ、FTC の審理の場合、緊急差止命令での敗訴後にもう一度自庁での審判をやり直せるというのは、事業者にとって司法省手続に比べて不利と考えられるからである。

この結果、行政審判制度が時代の要請から乖離していると認識されているとの指摘がある⁵¹⁴。しかし最近では審判手続を活性化する見地から、企業結合においても審判手続を活用すべきであるとの改革案が提案されたこともあり、企業結合事件も審判手続が行われることが増えていく可能性もある。

III 米国モデルと欧州モデルの比較

1 審判官の独立

米国モデルと EU および上記の英独仏などの欧州モデルの大きな違いは、事前手続を主宰するものの独立性にある。米国では、審判官の独立が保障されているが、EU では、事前手続の段階では、裁定者の独立は、保障されていない(ドイツでは、審査部の独立という意味での裁定者の独立がある)。その他の違いとして公開・対審構造の有無もあるが、審判官の独立の問題の方がより決定的である。

前述の通り、米国では、審判官の独立を徹底させ、行政庁が行政処分という判断を下す前に、高度の独立性を保障された行政法判事 ALJ の判断が行われる構造となっている。委員会は、ALJ の判断である審決案に対して、これを覆して最終審決を書き直す権限を与えており、その結果、委員会の最終審決に至る過程は、実質的に二審制になってしまい、効率性とのバランスを確保することが容易でなくなっている。

行政庁の行政処分を先行させ、独立した審判官による判断を事後審判化すれば、上記の問題は解決される。英国の CAT は、事後手続において審判官の独立を保障する制度であ

⁵¹² 上杉(2009)183頁

⁵¹³ 例として、越知(2006)1284頁注48、越知・日米欧785頁

⁵¹⁴ 上杉(2009)183頁

り、専門性と独立性を高いレベルで確保しようとするものとして、今後の日本の制度設計にとって参考になると思われるが、この場合も手続が重くなりすぎるという問題がある。

これに対し、EU・仏・独の制度は判断権者としての審判官の独立性をあきらめ、聴聞手続の意義を判決並みの詳細な事実認定、証拠開示に求めることで、効率性と防御権の保障を高いレベルで調和させたものとなっている⁵¹⁵。

2 公開・対審構造

欧州モデルでは、原則として、審理は非公開とされ、対審構造もとられておらず、口頭主義ではなく、書面主義が重視されていると言える。しかし、完全な公開性がとられるのは米国と従来の日本だけであり、ドイツを含め欧州では、もともと手続自体が非公開・非対審手続であり、イギリスやドイツでは、聴聞期日自体開かれる建前になっていない。これは、競争法で違反被疑事業者となる者は大会社であり、秘密情報を守る観点からすれば非公開の方が好ましいし、対審構造がとられたとしても、聴聞手続において最終的な決定を下すのは、相対する執行当局であるから、三面構造になっているか、二面構造にしかになっていないかは、さほど実質的な問題ととらえられていないからではないかと思われる。個人が被疑者となる刑事事件と異なり、必ずしも刑事事件または裁判手続の原則である公開性や対審構造の維持を金科玉条と考える必要はないと思われる。

ただし、EUやフランスの口頭聴聞期日(弁論期日)では、プレスは手続を傍聴できる。また、いずれの国の手続でも手続の結果である最終的な決定が公開されるし、聴聞官の最終報告も開示される。加えて、消費者団体を含め、利害関係人が幅広く審理に参加している。非公開といっても、最終的な決定すら公開されず、第三者の参加の実績もほとんどない日本の行政手続法の聴聞手続のようなものではないことにも留意される必要がある。

3 行政処分決定権限についての思想の違い

(1) 自ら行政処分を行うことを前提とした聴聞か、行政処分を第三者の決定にかからしめるための審判か

⁵¹⁵ 第2部第4章または越知・聴聞手続では、審判の意義を判決並みの詳細な事実認定、証拠開示に求めることで、EU手続も審判と考えるべきであるとの議論を行っている。第2部第6章または越知(5)では、準司法的手続の意義からも再検討している。

違法行為是正型の行政処分の基本型は、執行を担当する行政庁が自ら行政処分(裁定)を下し、不利益処分が大きい場合、事前の聴聞を充実し、事実認定と理由付けを示し、認定の理由になった証拠を開示するというものであり、欧州の競争法執行手続はまさにこのように設計されている。これに対し、米国 FTC 手続は、独立した審判官が、行政処分の判断権限を持つという制度をとっている。米国の場合、独立行政委員会でない司法省が取り扱う行政事件の反トラスト法執行手続も、自ら行政処分を行わず、裁判所に民事差止請求を行う権限が付与されているだけであり、裁決権限を裁判所に帰属させ、行政庁は、訴追権限のみを有するとする刑事手続的な訴追主義の考え方がとられている⁵¹⁶。このような米国の行政手続体系のもとでは、FTC 手続は、独立した行政法判事 (ALJ) により、当初の審判指揮が行われるとはいえ、自庁審判であり、自ら行政処分を課しうるのは、独立行政委員会の執行手続について、独立行政委員会でない行政庁でとられている訴追主義を緩和するものであるとさえ言える⁵¹⁷。

(2) 手続開始時に送付される書面についての思想の違い

EU では、欧州委員会の実事認定を記載した詳細な書面が証拠とともに事業者に送られる。欧州委員会の手持ち資料はその時点で開示が行われる。欧州委員会を送付する異議告知書は、いわゆる行政処分のドラフトであり、これに対して異議があればその聴聞の機会を与えるというもので、伝統的な行政処分時の告知聴聞の機会を充実させたものといえることができる。これに対して、米国の制度は、「違反の疑い」があれば FTC の審判を開始できることになっている。これは一種の刑事手続の起訴状一本主義的な考え方にも通じるものである。

ただ、FTC も、十分な証拠を収集してから FTC の審判を開始するし、米国の審判開始決定書は、(平成 17 年改正前の)日本の審判開始決定書より、格段に詳しい内容となっている。

4 共通点

⁵¹⁶ 手続については、越知・日米欧 971 頁以下参照。村上政博「独占禁止法における判審決分析の役割」商事法務(2007) 362 頁

⁵¹⁷ 米国の行政手続法 (APA) 上の聴聞手続自体が、基本的に、独立した行政法判事 (ALJ) による対審的な構造の手続であり、米国では、行政庁の一般的手続が、「準司法的」手続化されている。

上記のような違いはあるものの、いずれのモデルにおいても、判決並みの詳細な理由づけと証拠に基づく事実認定のプロセスが確保されている点は共通している。欧州モデルは、書面主義ではあるものの、審理の充実という点では、口頭主義をとる日本の行政手続法上の聴聞手続よりもはるかに充実したものである。

5 欧州モデルの合理性

日本では、審判手続は、①公開・対審構造による口頭弁論の機会の付与、②裁定者の独立性、③詳細な理由づけと証拠に基づく事実認定という特徴を持っており、これらの特徴を有することが重視される⁵¹⁸が、欧州モデルは、③の特徴は備えているが、①と②の特徴を備えていない。

しかし、競争法の執行手続を準司法手続化していること理由は、裁判官が行政裁量に頼らず、行政庁の判断の当否を判断することのできるだけの充実した理由づけで決定が下されていること、デュープロセスが確保された手続であることに求められ、その観点からは、欧州型の執行手続は合理性を有している⁵¹⁹。

なお、EU は、防御権への配慮を推し進め、聴聞官が手続の適正を監督する仕組みをとっている。これは、フランスでも採用され、ドイツ、イギリスではまだ採用されていないが、防御権保障の実質化に大きな意味を持っている。日本では、聴聞官が手続の適正にのみ関与し、実体関係の判断に踏み込まないことについて物足りないと考える向きが多いが、手続について独立した判断者を置くことの意義が過少評価されているように思われる。手続の瑕疵について、手続の進行時点で個別に聴聞官の判断を仰ぐことができるのは、適正手続の保障の実質化に大きな意味がある。手続に瑕疵があっても、それが重大かつ明白なものでなければその瑕疵のゆえに行政処分や審決が取り消されることはめったにない。手続の適正を確保するには違法な手続が行われた時点から直ちにまたは遅滞なく聴聞官の判断を仰ぐことにより違法な手続を是正させたり、やり直すことが可能になる。この点で EU の聴聞官制度というのは適正手続の保障の実質化に貢献するところが大きい。また口頭審理の後でも聴聞官が手続の瑕疵を指摘した場合、手続の瑕疵が実体関係の判断に影響を及ぼさないとしても、手続の違法が課徴金の額を軽減させる結果を導くことがしばしば見られる⁵²⁰。日本では、課徴金の額を機械的な算定に任せるため行政手続の瑕疵を課徴金の額

⁵¹⁸ 審判手続廃止反対論は、この点を金科玉条視している。

⁵¹⁹ この点の詳細は、第2部第4章または越知・聴聞手続、第2部第6章または越知・年報参照。

⁵²⁰ 第2部第2章または越知・行政裁量 310 頁 越知・日米欧の EU のカルテルに関する判例を参照。

に反映させることができないが、デュープロセスを実質化するには、聴聞官制度と手続の瑕疵に基づく課徴金の減額を認める裁量制度の導入を検討する時期がきているように思われる⁵²¹。

⁵²¹村上政博「独占禁止法における判審決分析の役割」商事法務(2007) 362頁 382頁も同旨。最近
は、裁量型課徴金は幅広い支持を得ていると思われる。

第5章 日本の執行手続の比較法的観点からの評価

I 平成17年改正前の審判手続の問題点

平成17年改正前の日本の審判手続は、米国のFTC手続がモデルになっているが、2つの方向の問題があった。

第1は、著しい審理の遅延の問題であり、第2は、審判官が公取委の職員であることから審判官の独立が十分でないこと、実質的証拠法則が、司法権を制約していることについて、問題視されることが多かった。

1 審理の遅延の問題

行政処分前の前聴聞手続は、本来どんなに裁判制度に近づけた運用がなされた場合でも、行政目的を達成するため、処分通知から1年以内に手続が完了しなければならず、FTC手続もEUの聴聞手続も、基本的には、そのように運用されていた。ところが、旧制度下の日本の審判手続は、事前手続であるのに、行政手続におけるデュープロセス保障のための事前聴聞手続というより、刑事訴訟手続であるかのように運用されていた⁵²²。その結果、排除勧告を争うことにより、独禁法の執行を停止させる効果が生じることになり、できる限り審判手続を引き伸ばすことが合理的な戦略となるため、被審人のこうした戦術により⁵²³審理が遅延し、審判期日がときには50回を超え、5年以上にわたって継続する事例も発生していた。これは事後の行政不服審査であったとしても異常だが、処分前の事前聴聞手続の場合、審判期間中、違法状態が長期にわたって継続し、市場機能の維持という独禁法の目的が達成できなくなるので本来あってはならない状態であり、旧制度は独禁法の執行について致命的な欠陥を有していたといえる。このような制度となってしまったのは、法益侵害がすでに完了している刑事事件におけるデュープロセスと行政上の決定が下されるまで違法状態が継続することになる行政処分の事前聴聞手続におけるデュープロセスの発現の仕方が相違することを十分認識せず、審判手続は、もっともデュープロセスの原理に配慮した手続である刑事手続のように運用されなければならないと誤解されて制度設計され、実務が運用されてきたことが大きな原因であろうと考えられる。

⁵²² 審判実務が刑事実務を参照してきたことについて、村上・栗田 106頁など。

⁵²³ 引き伸ばすという、被審人またはその代理人に問題があるような響きがあるが、制度の枠内で、自らの利益を極大化する行動をとることができることがまさに防御権の内容であり、遅延に対して、審判官の確固たる審判指揮が行われるべきであったと考えられる。

2 独特の制度設計に対する独特の理論と批判

日本の旧制度のもとでの審判手続が米国や EC と異なった運用となり著しい審判の遅延が生じた背景には、実質的証拠法則、審判官の独立性という審判手続独特の原理について、欧米と相当異なる理解がされてきたことにも原因がある。

(1) 実質的証拠法則

実質的証拠法則とは、審決の基礎となった事実を立証する実質的な証拠がない場合および審決が憲法その他の法令に違法する場合が取消原因となる(82条)ことおよび審判において提出されなかった証拠は特段の正当事由がない限り、取消訴訟において用いることができないとの原則であり、この実質的証拠法則は公取委中心主義の内容であり、独禁法手続固有のものと考えられてきた⁵²⁴。しかも本原則に関し、裁判所に取り消されないような事実認定を公取委が行わなければならないという限度で、公取委に対する行為規範的性格を有するものであるとし、実質的証拠原則が、(審判手続における)公取委(審判官)の慎重な事実認定を導く議論が行われることがあり、実務において、審判官は、この議論を意識し、また当事者に手続的満足を与える必要があるとして、主張や証拠について強い審判指揮を行わず、手続の停滞を招いてきた側面があるように思われる。

しかし、既に紹介したように EU では、実質的証拠法則にきわめて近い明白な違反の原則(manifest error rule)が判例により行政手続一般の原理として確立しているが、明白な違反の原則により、法の支配が制約されるほどに行政処分の判断を覆すことが難しくなっているとは考えられていない⁵²⁵。実質的証拠法則の下で、裁判所は事実認定を白紙からやり直すことができないが、法的評価については拘束されておらず、事実認定についても、証拠が不十分であれば、公取委の事実認定を覆すことができる。

⁵²⁴ 村上・栗田 114 頁は、実質的証拠法則は一般行政処分取消訴訟の特例として制度化されているとする。しかし、行政法学においては、明文の規定がない場合にも行政法審判には実質的証拠法則を認められるとの解釈がむしろ有力であるように思われる(塩野宏 行政法Ⅱ(第2版)有斐閣(1994年)42頁注(6)35頁、芝池義一 行政救済法講義(第2版補訂増補版) 有斐閣(2004年)83頁参照)。

⁵²⁵ 土地調整委員会設置法 52 条の実質的証拠法則の問題に関する行政法百選Ⅱ(第4版)220 事件の解説において、利部修二氏は、実質的証拠の有無の問題として論じられている問題は実は判断の当否の問題である場合が多いと指摘している。

(2) 審判官の独立性

審判官の独立性については、審判官には、事務総長の指揮権限が及ばないとされる(35条3項)と規定されていることから審判官に裁判官同様の独立性が要請されており、公取委は審判官の判断を極力覆すべきではないかのように主張されることが多く⁵²⁶、実務もかなりそれに近い考え方で運用されている⁵²⁷。しかし、審判官は執行機関そのものから独立しているわけではなく、行政機関の法解釈と異なる解釈が最終の判断となることが制度的に確保されているものではない。審判官が独立するといっても、その法律解釈は公取委の解釈となるのであるから、当該事件の法的評価は公取委の解釈にもとづいて行われなければならない、公取委で許容できない法律解釈がとられた場合⁵²⁸は、(公取委が公取委の審決について審決取消訴訟を起こせない以上、)公取委がその審決案が破棄するのは当然である点が看過されがちである。

米国の行政手続では行政審判官(Administrative Law Judge(ALJ))が自庁ではなく外部から選任されるが、このALJも最終の決定(final decision)を行えるわけではなく、仮決定(initial decision)を行うにすぎない。ALJの判断が行政機関としてのFTCの解釈と異なるならば、ALJの仮決定は破棄され、FTC自身による最終の決定が下される。従って、ALJにより、従来の行政解釈の枠を打ち破る仮決定を出すことは期待されているとしても、その仮決定を受け入れるか否かは、委員会自身の最終判断にゆだねられている。実際に、米国のALJの判断(平均すると約1年かかる)は、全く尊重されず、委員会に簡単に異議が出され、委員会手続が、約一年かかるので、あたかもFTCのなかで、2審制がとられるかの状況となっている。仮決定が覆されたり修正されたりする例は、独禁法

⁵²⁶ 例えば、村上・栗田 86 頁では、公正中立な専門家に手続を主催させ、その結論を尊重するという積極的意義があるとする。

⁵²⁷ 三菱ビルテクノ事件(審判審決平成6年6月2日)などは、公取委の解釈と異なる解釈が取られたにも関わらず、委員会が破棄せずに確定した事例ではないかと思われる。

⁵²⁸ その基準は、実質的証拠法則と同じく、事実関係については、実質的証拠の有無、法的評価については制限がないという基準で考えればよいのではなかろうか。

関連の事件だけでも、毎年のように見られる⁵²⁹。

他方、日本の審決案では、審決が一から書き直される場合は、極めて少ない。書き直されるところとしても一部に留まる。審決案が作成されてから審決が下されるまでの期間もそれほど長くはない。従って運用実務まで比較すると、日本の審判手続は、ある意味で米国の審判手続以上に審判官の判断が尊重されるしくみとなっているようにも見える。ただ、むしろ、その点が、審理の遅延を招く原因であったように思われる。

II 平成 17 年改正後の事後審判手続の評価

1 平成 17 年改正後の事後審判手続についての 2 通りの評価

平成 17 年改正の理由は、審判手続の遅延に対処するものであり、あくまで、一般的には、米国型の手続の修正と考えられているが、実は、すでに米国型の制度を離れ、欧州型に移行していたという側面がある。平成 17 年改正において審判手続が事前手続から事後手続に変わった際に、事務総長として、制度改正に関与した上杉教授の解説とその後の運用を見ると、平成 17 年改正ですでに英国型の制度に移行しており、今回の改正は、英国で CAT が担当する事後手続を公取委から裁判所に移し、手続管理官を新設して、EU の手続により接近させたものだと評価されるべきようにも見える。

上杉教授は、最近の著書で、「行政庁が自ら調査した結果に基づいて命令その他の処分を下すのは、行政庁として当然の手続であり、違反する行為があると認定しながら、勧告するか審判開始決定するかを選択しかできない(行政処分を行うことができない)という制度は硬直的にすぎると考えられる。そこで通常の行政処分としての排除措置命令を行い、それに不服のあるものにつき慎重な審判手続による再審査を行うことは時代の要請にかな

⁵²⁹独占禁止法基本問題懇談会中間論点整理の資料 8 が、多くの場合、行政法審判官の決定がそのまま行政機関決定となっていると整理している点は独禁法に関する FTC の決定に関するかぎり、やや正鵠を欠いているように思われる(宇賀克也「アメリカ行政法」第 2 版(2000 年からの引用と記載されているが、引用された文献は一般論を述べるに過ぎないと思われる)。全体の件数からいけば、多くの場合仮決定がそのまま最終決定になるので統計的には間違っていないとしても、委員会が、仮決定を覆したり修正することは珍しいものではないことも情報として記載されるべきである。仮決定を覆している例として、R.R. Donelelley & Sons Co., and Pan Associates, L. P., Dkt 9243(1995)。本件は、裁判所の仮差止(injunctive relief)却下後、FTC 手続により合併が争われ、審判官が合併を禁止する仮決定を出した後に委員会がこれを覆した。同事件の詳細については越知・日米欧 785 頁参照。

うものとして積極的に評価できると考えられる」とする⁵³⁰。

しかし、「行政庁が自ら調査した結果に基づいて命令その他の処分を下す」ことを当然とせず、独立の審判官の判断にゆだねたところにいわゆる米国モデルの特徴があるのであり、このように、「行政庁が自ら調査した結果に基づいて命令その他の処分を下す」ことを当然とする制度を構築したということは、とりもなおさず、米国 FTC モデルを廃止したということである。そうすると、今回の審判手続の廃止は、平成 17 年改正の延長またはその仕上げと位置づけられることになる。

2 事後手続化に対する批判(手続的保障の後退論)についての上杉教授の反論

事後手続化に関しては、手続的保障の後退であるとして激しい批判がなされたが、上杉氏は、事後審判手続へ移行したことで、事業者の手続的保障が後退するというのは正しくなく、排除措置命令とすることで、あらかじめ意見を述べ、証拠を提出する機会を付与することが可能となるから(49 条 3 項)、勧告制度における不意打ちの要素が解消されており、名宛人の権利の保護が強化されたことは明らかであると主張されている⁵³¹。

ただ、行政処分が行われた後に自庁で自らその行政処分を覆すことがほとんどあり得ないことは日本の行政手続の構造からみて明らかであり、行政処分後の事後審判はいかに設計しようとも事業者にとってメリットがなく、直接裁判所に処分取り消し訴訟を提起させるべきだとの見解が生まれ、この点がいわゆる今回の改正の基礎にある認識と思われる。

これに対しては、審判制度を廃止することにより、事業者の立証負担が格段に増し、理論上は審判制度を維持した場合よりもより行政処分の取消が認められる可能性はむしろ低下し、事業者に不利である点が看過されていると反論されている。この点は、筆者も指摘したところである。事業者に不利となると考えられる点は以下のとおりである⁵³²。

- ①□ この点、上杉教授は、審判手続では、事後審査の場合であっても審査官側に違反行為の立証責任があるため、被審人は審査官側から提出された証拠を弾劾するだけでよかったと指摘している。審決取消訴訟においても事業者は審決の事実認定に実質的証拠がないという形で審決の事実認定を弾劾するだけでよかった⁵³³。審判制度が廃止され、行政処分に対する直接訴訟が行われた場合、事業者は行政処分の公定

⁵³⁰ 上杉(2009)195 頁

⁵³¹ 上杉(2009)195 頁

⁵³² 当職が繰り返し指摘してきたところであるが、上杉(2009)190 頁も同様の点を指摘する。ここでは、上杉氏の指摘を補って整理している。

力を前提とするため、合法の推定が働き、自ら行政処分の違法を立証していく必要がある⁵³⁴。

- ② 直接訴訟では審決があれば利用できた「当該審査請求にかかる事件の記録」(行政訴訟法23条の2第2項)を利用することができない⁵³⁵。行政訴訟において、被告たる国または公正取引委員会が裁判所に提出する義務があるのは処分を裏付ける証拠資料であり、事件記録に比べて提出される証拠の範囲は格段に狭くなる。
- ③ 直接訴訟では、公取委は、事業者の主張立証状況を見て証拠を取捨選択して提出することができ、審判の場合と同程度の証拠が開示されることは期待できない、
- ④ 審決後の取消訴訟では、実質的証拠法則により、行政裁量論は適用されなかった⁵³⁶。直接訴訟では、実質的証拠法則が廃止される結果、行政裁量が一般の行政事件と同等に適用される。
- ⑤ 新証拠の提出制限がないので、公取委はいつでも、追加的な証拠を提出し、主張を追加することができる。

ただ、審判は、防御権保障のための充実した聴聞手続と考えるべきであり、事業者が、自らの防御権行使に不利になるにもかかわらず、あえて、その制度を選択するというのであれば、改正に反対する理由はないと思われる。

加えて、行政処分後の不服申立手続であれば、独立した司法の判断を受ける権利を制限することのないよう迅速な審理が行われる必要があり、集中審理を導入して1年以内に審決がくだされるべきであったが、そのような運用にはなっていない。

また、デュープロセスにより配慮した充実した手続としての性格を維持するためには、競争促進効果と比較衡量を必要とする類型においては執行停止を原則とするべきであり、「特に必要があると認めるときは」という文言は、その趣旨に従って、柔軟に解釈されるべきであった⁵³⁷。ところが、JASRAC 事件⁵³⁸では、競争促進効果と競争阻害効果の判断の微妙な

⁵³⁴ 学説上は、公定力は事実上のもので、特別な効果はないとされるが、公定力は、執行不停止原則の実質的根拠であり、実務上は、原告の立証負担を高めるハードルとなっているように思われる。

⁵³⁵ ただし、刑事手続のように弾劾主義を徹底してよいかまた徹底されて運用されていたかは疑問である。

⁵³⁶ 第2部第2章または越知・行政裁量297頁

⁵³⁷ 筆者が、執行の停止を原則化する必要があることを主張した点については、越知(2006)1279頁参照。

⁵³⁸ 平成21年2月27日排除措置命令。本件では、裁判所により、執行の免除が与えられている。

事例であるにもかかわらず、執行停止を認めず、要件を緩和した意義がなくなっている。そのため、事業者にとって、事後手続を処分庁で行うメリットを見いだせず、現行審判手続の正当化は極めて困難なものとなった。現行審判を廃止して、行政手続法レベルの事前手続を確保しつつ、現行事後審判を東京地裁の第 1 審で代置させるという流れはこの判断によって決定的なものとなってしまったと思われる。

3 現行手続における事前手続と欧州の事前手続の比較

日本の現行法の事前手続は、事実認定や理由づけは、平成 17 年改正前の勧告審決のレベルであり、証拠も事実認定の基礎となったものを示すだけであるので、EU の事前聴聞の手続に比べると、相当に簡略化されたものである。しかし、それでも日本の行政手続法の聴聞手続と比べると、理由付けの詳細さの点でも開示の点でも相当に充実したものとなっている。行政手続法のレベルが確保されていないと論じられることがある⁵³⁹が、事後手続と総合すれば、他の行政手続に比べて、圧倒的に防御権に配慮した制度設計となっていることはもちろん、事前手続だけでも、実際の運用を考えれば、実質的な証拠説明がなされ、必要があれば、何度か意見陳述の機会を与えており、金銭的不利益については、弁明の機会付与だけでよいとする行政手続法より、なお相当充実した手続となっている。

EU の異議告知書における詳細な事実認定は、判決書なみであり、日本の排除措置命令とは事実認定の詳細さが全く異なる。これに対し、上杉教授は日本の排除措置命令の場合、事実を抽象化しているため排除措置命令の記載が簡潔になるだけで、抽象化した表現を具体的事実に基づく記載とすれば命令書の記載はかなり増えることになり、命令中に各関係人における決定や合意に至る内部での出来事に関する事実を記載すれば、全体としてかなりの分量になるとされる。また判例等の引用や一般論を連なる総論部分があることも EU の決定が 100 頁を超える長文を超える理由であり、EU の事実の記載が日本に比べ 10 倍以上充実していることを意味するものではないとも指摘される⁵⁴⁰。

すぐに記載を充実することができれば、それに越したことはないが、単に抽象化した表現を具体的事実にすれば済むものであるとは思われない。もちろん審査報告書には排除措置命令書よりも詳細な記載が行われていると思われ、今より充実した排除措置命令書を書くことは可能であろうが、具体的な事実を記載すれば、それを支える証拠についてもこれを示す必要が生じる。

⁵³⁹ 常岡孝好「独禁法の排除措置命令・課徴金納付命令のあり方（下）」ジュリスト 1344 号（2007 年 11 月 1 日号）26 頁

⁵⁴⁰ 上杉(2009)233 頁

日本の行政手続法の理論では、行政処分においては証拠による事実認定が必要ないとされるので、排除措置命令を抽象化した表現のレベルにとどめ、証拠による事実認定が十分になされないとしても、行政手続法の考え方に反するものではない。しかし、具体的な事実を証拠による事実認定を伴って記載させることは、被審人にとって、示された証拠又は事実認定を弾劾することにより行政処分の基礎となる事実認定に疑いを生ぜしめることが可能となるので、事業者にとって格段に防御手段を取りやすくなる。このように具体的事実認定が詳細化することは、事業者の防御権保障と行政処分の信頼性確保の観点からもっとも重要であり、EU の事実認定・異議告知書には学ぶべきことが多いと思われる。また、関係判例が記載され一般論を記載することは、審決がどのような判例を重視しどのような理論にのっとって事実認定を行っているかを示すうえで極めて重要である(判例を調べればわかるというものではない。審決が重視している判例が記載されることが判例法的なルール・メイキングにおいては極めて重要なのである)。

III 平成 22 年改正案とその評価

1 平成 22 年改正案

このたび法案化された新手続きの概要では、新手続きは平成 17 年改正後の手続きにおける事前手続をより充実した手続に改正している。すなわち、事前通知の後の意見陳述の機会に口頭主義を採用し、基本的に期日での意見陳述の機会が与えられ(ただし、書面による意見陳述も許される)、手続管理官(指定職員)が論点整理を行って、調書を作成し、その内容を委員会に報告し、委員会が、その報告を参酌して事実認定や争点についての判断を行って最終的な行政処分を決定する手続となっている(改正法案 52 条から 60 条)。これは、ある意味で、審判官審判を廃止し、簡略化された委員会審判に戻したといってもよいほどである⁵⁴¹。口頭弁論や証拠調べ手続を実施するものではないものの、第一審手続との関係では、争点整理手続を行っているものとも評価できるであろう。そうだとすれば、現行の事前通知と意見陳述の機会を付与しただけの、事前手続に比べると手続的保障が厚くなりかつ、第一審を担当する東京地裁にとっても争点整理がある程度進んでいるため、実質的判断を行いやすくなるものと考えられる。なお、民事訴訟法 164 条以下で用いられている「争点」という用語ではなく、「論点」という用語が用いられているのは、意見陳述段階で争点化されていない論点についても、手続管理官に整理を行わせ、排除措置命令の

⁵⁴¹ 聴聞主宰官の独立性を認めない点が異なるものの、ほとんど行政手続法の聴聞手続なみの手続であり、手続は公開ではないものの、現在の聴聞の実務より、開示の観点では進んだものになると思われる。

理由付けを充実したものにすることができるようにしたものと思われる。

このような制度設計は、行政手続法の体系の中で、独禁法執行手続を位置づけなおすとともに、現行の事前手続を充実させ、より欧州型に接近させたものと評価できる。

2 手続管理官を置いたことの意義

新し手続では、なぜ、端的に、行政手続法上の聴聞制度を利用しなかったのであろうか。行政手続法上は、必要的聴聞となるのは、許認可の剥奪のような、当該事業者の死刑宣告に等しい手続に限定され、金銭的不利益については弁明の機会の付与が行政手続法の一般原則とされている。新し手続では、独禁法の執行による事業者の事業活動に対する影響の大きさに鑑み、弁明の機会の付与では十分でないとの判断のもとに、弁明の機会の付与と必要的聴聞手続の中間的な手続として新し手続を設計したとの理由が表向きの理由かもしれない。しかし、聴聞手続は、営業停止以外にも活用される一方、その手続が、新し手続ほど充実したものとは言い難い(ほとんどの聴聞手続では、聴聞は一回だけである)。新し手続は、聴聞主宰官の独立性がない点を除き、制度上はほとんど行政手続法の聴聞手続と遜色ない程度の充実した聴聞手続となっており、聴聞手続の新たなスタンダードとして位置付けられるべきである。

端的に行政手続法の聴聞手続を採用しなかった真の理由は、行政手続法の聴聞手続は、制度上は、聴聞主宰官は実体的な判断を独立して行うことができ、当該行政庁はその判断を参酌しなければならないとされる⁵⁴²ことにある。このような聴聞主宰官は、審判官とある意味で同じであり、運用の仕方によっては平成 17 年改正前の審判手続の問題が蒸し返されることが危惧されたのではないと思われる(ただし、これまでの聴聞手続でそのような運用が行われていたとは思われない)。

新し手続では、委員会としての判断を行いやすくするために、関与の仕方を手続と論点整理に限定した手続管理官(法文上は「指定職員」となっている)を置いたものと考えられる。しかし、実務運用においては、委員会自身が争点についての理由付けを行うことは難しいと思われ、手続管理官は争点についての判断のドラフトを委員会に提出することになるのではないと思われる。ただ、委員は、そのような手続管理官のドラフトに拘束されずに、自らの判断を行うことができ、その点に新し手続の特徴があると思われる(ただし、手続管理官の論点整理を参酌するものとされる(改正法案 60 条)。なお、審査官が、書きなおすことも法案の条文上は、否定されていないが、それでは、内部統制が十分に機能しなくなる可能性があり、そうすべきではない。

EU 型の聴聞手続を全面的に導入しなかったのは、最初に異議告知書を送付する段階で、

⁵⁴² 参酌とは、斟酌よりもより尊重しなければいけないという意味と理解されている。

詳細な事実認定が必要であり、かつ異議告知書の送付から答弁、口頭聴聞を経て、決定に至るまで半年から一年、立入検査からは平均して二年以上の期間がかかるため、審査官の立件時の負担が重くなりすぎ、かつ、第一審を東京地方裁判所として三審制をとる日本の新しき手続のもとでは⁵⁴³、手続全体も重くなりすぎると考えたためではないかと推測される⁵⁴⁴。

新しき手続のもとでは、事前通知後の事業者からの主張を聞きつつ、争点整理を行い、事実認定を行うので2~3ヶ月程度で行政処分を行えることを想定しているように見える。しかし、事実認定のレベルにもよるが、争点整理を行ってこれについての認定と、理由を行政処分の中で記載するのであれば、排除措置命令書の理由付けがかなり詳細になることもありうるのではないかと推測される。そして、そのようになれば、より一層欧州型の聴聞手続に接近することになる。

3 準司法的性格とルールメイキング機能の問題

研究者・公取委OBが危惧する準司法的手続・準司法的機関との関係については、第6章または越知・年報で詳細に検証するが、結論として、通常の行政手続より充実した聴聞手続であれば、準司法的手続といってもよく、新しき手続は、行政手続法を出発点としつつ、独禁法の執行手続と公取委の性格に配慮して、より手厚い手続保障をおいたものと評価でき、通常手続より相当程度、防御権保障に配慮した手続は、広い意味での準司法手続であり、広い意味での「審判」(簡略化された委員会審判)であるとも評価できる。

とくに、特例手続ではなく通常の行政手続法の延長で、充実した事前手続と位置づけたことは、独禁法執行手続が欧米と同じ土俵にようやく乗ったということであり、真の意味での準司法手続化と位置づけられるようになったと評価することができると思われる。

仮に、準司法的手続といい得ないとしても、準司法的機関と準司法的手続が連動するものではなく、独立行政委員会という基盤に影響を与えるものでも、公取委を弱体化させる

⁵⁴³ なお、日本では、地裁から始めるので、裁判所の審査の保障という点では、欧米でもっとも充実していると言える。ただ、それが必ずしも事業者にも有利になるかは疑問である。事業者が第一審で敗れた場合に控訴審では、十分な控訴理由がなければ、第1回口頭弁論で即終結になる一方、公取委が第一審で敗訴した事例については、公取委が処分段階の主張の維持にこだわったために敗訴した案件であれば、控訴審でより柔軟な訴訟戦術をとることにより、控訴審・最高裁で第1審の敗訴判断を覆す可能性の方が多くなるように思われる。

⁵⁴⁴ 欧州で、異議告知書に相当する14条通知書を交付しながら、3審制をとる英国の手続きは、重すぎる手続と評価されている。

ものでもないと思われる。

最近では、審判制度の廃止により、公取委の権限が縮小されることではなく、慎重な手続が失われる結果、公取委の執行が簡略化されること、またはルールメイキング機能が失われることが問題である⁵⁴⁵と指摘されるようになっている。

まず、今回の審判手続の廃止を望んだのは、その慎重な手続から利益を受ける事業者である。執行手続が慎重であるのは、事業者の防御権に配慮するためであり、事業者のその手続から利益を受ける事業者が慎重な手続を望まず、廃止に同意し、その代償として、裁判所での審理を地裁から始めたいということであれば、その意向は尊重されるべきであると思われる。

また、新し手続でも事前手続段階で争点整理は行われることから、現状の審決と判決を比較する限り、裁判所の手続の下でもルールメイキング機能が損なわれるとは言えず、むしろ適正なルール形成が促進される可能性があると思われる。確かにマクリーン事件最高裁判決並みの行政裁量が行われるならば⁵⁴⁶、ルールメイキング機能が害されようが、そのようになる可能性はほとんどないと思われる。

4 独立の審判官による判断を排除したことの意義

新し手続でも、審判手続の特徴である①公開・対審構造による口頭弁論の機会の付与、②裁定者の独立性、③詳細な理由づけと証拠に基づく事実認定という特徴のうち、①と③は防御権を行使する事業者の意向、運用次第である程度配慮させることができるが、②の点を充足させることはできないので、審判制度が完全に廃止されたことは、独立の審判官による判断が排除されたということである。

独立の審判官による裁定に固執することは、効率的な事前手続の運用を妨げる側面があり、実際のこれまでの審判官の審判指揮・審決内容を考えれば、独立した審判官による審判手続を廃止したことは、むしろ積極的に評価できる。

⁵⁴⁵ 平林英勝「公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル 4号 (2008年) 47頁は、「審判によるルール形成機能」と呼び、審判手続を不可欠の制度とする理由としてあげている。

⁵⁴⁶ 行政裁量の基本先例であるマクリーン事件最高裁判決（最判昭和53年10月4日大法廷判決 民集32巻7号1223頁）は、「その判断がまったく事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」を除いて、裁判所が行政機関の判断を追認するという広範な行政裁量論をとっている。

独立の審判官による裁定の要素を重視することが、審判の専門性との間で二律背反の関係に立つことについての問題は、米国 FTC 手続で言及したとおりであるが、日本の現状は、米国よりはるかに大きな問題をかかえていた。その概略は、以下に述べるとおりである。

(1) 専門的知見が生かされているかという問題

米国型審判制度が有効に機能するには、審判官が裁判官より専門的な知見を有し、裁判所の判断よりも優れた判断が下せること及びその実績が蓄積されることが不可欠の前提である。しかし、現実には、専門的知見が色あせる状況が進行していたという事実は否定しがたい。

確かに、平成 16 年ごろまでは、審決取消訴訟や私訴における裁判所の判断を見ると、専門的な分析に欠けていることをうかがわせる判決が散見され、米国型審判制度の維持にそれなりの理由があった。しかしながら、最近、裁判所の判断の質は急速に改善される一方、公取委の審判における判断の質は、見るほどの改善を見せておらず、最近の 2, 3 年の事件(平成 19 年降の事件)を見る限り、裁判所の判断の方が優れていると言え、米国型審判制度を維持する理由が急速に弱まっている⁵⁴⁷。もちろん裁判官の判断は審決を見たうえでそれを改良すれば良いのであるから、白地から審決を書く審判官よりも審判官の判断よりも改良されたものになるのはある意味で当然という意見も出てくるかもしれない。しかし、そのような改良に審判制度の意味があるのであれば、行政処分の時点で詳細な事実認定を行う欧州型の聴聞手続であればよく、独立の審判官による審判を行わせる必要はないと考えられる。

(2) 審判指揮の問題

審判は、裁判所から出向された審判官と公取委の職員が審判官を務めているが、とくに公取委出身の審判官は首席審判官であっても審判官に初めて任命されるものもおり、稚拙と言わざるを得ない審判指揮により審理の遅延を招いていた。具体的には、意味のない釈明請求に延々と応じるなど、遅延行為に対する適切な審判指揮ができなかったり、審判官が行政法の知識が十分でなく、誤った理解で審判指揮を行ったりしている場合が少なくなく

⁵⁴⁷ 平成 22 年 3 月 19 日に下された多摩談合事件審決取消訴訟についての判決を除く。別稿で論じるが、同判決は、退官間際の裁判官(本件の裁判長は 3 月 31 日付で退官している)による自爆テロ的な判断のように見え、特殊な判断と位置付けられるべきものと思われる。

⁵⁴⁸、誤ったルールでの運用により適正なルールの形成を阻害している面さえあったように思われる⁵⁴⁹。

裁判や審判では、当事者の意見が鋭く対立するのであるから、当事者の合意に依拠したのでは事件処理を適正に行うことは期待できない。しかし、行政官出身の審判官はこの鋭い意見対立がある場合の事件処理・審判指揮が決定的に苦手なように思われ、その問題は、行政官はなるだけ当事者間の意見対立を先鋭化させずにいわゆる WINWIN の解決を好むという行政官という履歴そのものに由来する問題のように思われる。

5 特例手続ではなく、通常の行政手続法の延長で位置づけられることの意義

今回の改正で、通常の行政手続法の延長で、独禁法の聴聞手続を設計したこと(行政手続法の聴聞手続を修正し、これを充実したものと位置付けられたこと)は、独禁法手続が他の行政法手続に影響を与え、与えられる手続となったということであり、その意義は少なくない。

新し手続のもとで、裁判所が下す最初の判決は行政法の先例として、重要なものとなる。行政裁量の範囲、当事者の立証負担、公取委の手持ち証拠のどれだけが開示対象になるかなど、行政法の重要な論点についての判断が下される可能性が高い。また、それ以降も、行政訴訟の重要な論点の判断が、独禁法事件を通じて形成されることになるものと思われる。その意味で、今回の改正は独禁法の行政法に置ける地位を飛躍的に高めることになるものと思われる。

とくに、公取委の行政裁量の主張に対し、裁判所がどのような判断を下すかが注目される。裁判所が、行政裁量を認め公取委の判断を簡単に追認する場合、それが独禁法の執行として妥当なのかも問われることになり、裁判所は、行政裁量を謙抑的に判示することになる可能性がある。そうすると、独禁法の判例が、行政訴訟における救済の最大の壁である行政裁量論も抑制する先例となり、司法的統制の強化を先導することになることが予想される。

⁵⁴⁸典型的には、主張変更の範囲を限定しすぎていることがある。

⁵⁴⁹ 阿部泰隆『行政の法システム』(下)(有菱閣、1997)533頁、は、行政手続法の事前手続の限界として、「日頃、法的なルールを運用したことのない職員が口頭弁論を主宰するのは不可能であると述べている」が、この点がそのままあてはまったのが、独禁法の審判手続ではないかと思われる。

第6章 Quasi-judicial とは何か—準司法的手続・審判・準司法的機関の意義の再構築

I 新手続の概要と問題の所在

公正取引委員会の審判制度のあり方がここ数年大きな議論を呼んでおり、現行審判手続を廃止し、新たな聴聞手続(以下「新手続」という。)を導入する法案が、本年の臨時国会で決議される見通しである。

新手続は、当初は、平成17年改正後の手続における事前手続に、手続管理官を置く制度として、構想されていることが報じられていたが、発表された新制度の概要では、新手続は平成17年改正後の手続における事前手続よりかなり充実した手続に改正している。すなわち、事前通知の後の意見陳述の機会に口頭主義を採用し、基本的に期日での意見陳述の機会が与えられ(ただし、書面による意見陳述も許される)、手続管理官(指定職員)が争点整理を行って、調書を作成し、その内容を委員会に報告し、その報告を参酌して委員会が、事実認定や争点についての判断を行って最終的な行政処分を決定する手続となっている。これは、ある意味で、審判官審判を廃止し、簡略化された委員会審判に戻したといってもよいほどである。口頭弁論や証拠調べ手続を実施するものではないものの、第一審手続との関係では、争点整理手続を行っているものとも評価できるであろう。そうだとすれば、現行の事前通知と意見陳述の機会を付与しただけの、事前手続に比べると手続的保障が厚くなりかつ、第一審を担当する東京地裁にとっても争点整理がある程度進んでいるため、実質的判断を行いやすくなるものと考えられる。

今回の改正(現行審判制度の廃止)に関しては、独立委員会制度または公取委の基盤を危うくするものとの強い懸念が研究者・公取委OBから提起されている⁵⁵⁰。沿革上、行政委員会と審判手続が一体的に導入された結果、行政委員会と審判手続が不即不離の関係にあるかのような認識が持たれ、その審判手続が、公開、対審構造、審判官の独立など裁判類似の特徴を備えていたため、公取委は準司法的権限を有し、それが公取委の力の源泉であるかのような理論(以下、「伝統的理論」という。)が形成されてきた。伝統的理論は、細部に論者による相違はあるものの、「準司法的」という用語を中核的概

⁵⁵⁰ 経済法学者有志による意見表明「独占禁止法等の改正案に関する意見」法律時報80巻5号95頁参照。論文として、平林英勝「公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル4号(2008年)50頁以下。平林英勝「公正取引委員会の職権行使の独立性について」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル3号(2008年)67頁以下。根岸哲「公取委の審判制度廃止は独禁法の命取り」Jiji Top Confidential 平成20年2月5日発行(時事通信社)2頁。根岸・冬の時代711号28頁

念とした以下のようなアプローチであると整理できると思われる⁵⁵¹。審判手続は準司法的手続であり、独立行政委員会は準司法的機関である。準司法的機関であり、準司法的手続を有する公取委は、準司法的権限を有する。審判手続の廃止は公取委の有する準司法的権限の喪失であり、審判廃止により公取委が通常の行政機関と同じような行政権限だけを行使するようになることは、独立行政委員会の存在意義の喪失につながるとの見方である。

公取委が特別な行政機関であることが、政治的圧力から公取委を守り、冬の時代を生き抜いたとの認識が公取委 OB・研究者にあることが、今回の審判廃止に対する反対の論拠となっている。その歴史的意義は尊重に値するものの、法的な定義のない「準司法的」の意義を、裁判類似性の観点から解釈したものであり、この意義づけが今回の改正で公取委の手続の不正性として激しく攻撃される伏線になっている。公取委の権限が強化されつつある今日では、「準司法的」の意味を原点から再考する必要があるように思われる。

本章では、準司法的手続・準司法的機関・審判といった伝統的理論を形成したキーワードの意義を再構成し、新手続は準司法的機関（行政委員会制度）としての公取委の性格に影響を及ぼすものではないこと、通常の行政手続より充実した聴聞手続であれば、準司法的手続とよく、新手続は、行政手続法を出発点としつつ、それより手厚い手続をおり、（争点整理に対する理由付けが相当程度充実するならば）新手続は、広い意味での「準司法的手続」であり、広い意味での「審判」（簡略化された委員会審判）であるとも評価する余地があり、準司法的機関としての公取委の性格に影響を及ぼすものではないことを検証するものである。

II 審判・準司法的手続の伝統的意義と比較法的見地からの検討

1 「審判」・「準司法的手続」の伝統的意義

行政手続においては、行政機関が、不利益処分を下す場合に、名宛人に対するデュープロセスの観点から、事前手続が要請され、行政手続法において聴聞手続が定められている（ただし、必要的聴聞は許認可の剥奪のような場合のみであり、その他の場合は弁明の機会の付与で足る）。また不利益処分がなされた場合、裁判所に行政訴訟を提起する前に、処分行政庁またはその上位の機関に不服申立を行うことが要請され

⁵⁵¹ 代表的な見解として、厚谷・行政審判 71 頁。最近の文献では、鈴木孝之「公正取引委員会における準司法機関の意義」白鷗大学法科大学院紀要第 3 号(2009) 271 頁、中川政直『公正取引委員会と行政審判手続の理想形 - 公正かつ迅速な裁判と公平な裁断者要素の充足を実現する法制度設計』関東学院法学 19 卷 2 号 1 頁

る場合がある。行政不服審査法によって規律されるが、租税手続をはじめ、個別法で特例が定められている場合も多い。

通常の聴聞手続、行政不服申立手続のほかに審判手続と呼ばれる手続がある。審判手続は、通常の聴聞手続、行政不服申立手続より、デュープロセスに配慮した手続(防御権の保障が充実した手続)が取られているので、行政処分を下す前の事前手続の場合は、充実した聴聞手続であり、事後手続の場合は、充実した不服申立手続として位置づければよいかに見える(そして、本章は、そのような定義に位置づけられるべきだと提言するものである)。しかし、伝統的な行政法学の体系では、そのように位置づけられておらず、行政審判とは、行政委員会又はそれに準ずる行政機関が行政処分を行うための事前手続または事後の審査手続としての準司法的手続をいうとされる⁵⁵²。すなわち、独立行政委員会であること⁵⁵³、準司法的手続であることが要件とされている。

現行の行政審判の特色として指摘されるのは以下の点である。

- ① 対審構造による公開の口頭審理の機会が法律上保障されている(独禁法 61 条)
- ② 行政審判を行う機関または構成員に職権行使の独立性が認められている(独禁法 28 条、労働組合令 16 条、人事院規則 20 条、公害調整法 5 条)。
- ③ 行政審判は、通常の聴聞手続又は不服申立手続より充実した手続により事実を認定し決定を行う(ただし、この点が明示されるのは、独禁法手続のみである。独禁法 62 条、68 条)。
- ④ 司法審査について実質的証拠法則が認められることがある(独禁法 80 条、電波法 99 条、土地利用調整法 52 条)。
- ⑤ 東京高裁が、司法審査についての専属管轄となることがある(独禁法 85 条、電波法 97 条、土地利用の調整手続に関する法律 57 条)。

このような特徴を備えることが、準司法的手続であることの要件ないし特徴でもあ

⁵⁵² 厚谷・行政審判 71 頁

⁵⁵³ 占領政策が終了した昭和 27 年以降、行政委員会が順次、廃止又は審議会に改組されたため、現在機能している行政委員会は、公安委員会(公安委員長は、政治的に任命されるが、委員長には投票権がなく(賛否同数のときだけ投票権がある)、独立行政委員会と呼ぶものであり、行政組織上も 3 条委員会となっている。ただし、理由付けを十分行った理由付けをすることがない点で、筆者の準司法的手続は取られていない)、公正取引委員会、人事院、労働委員会、公害等調整委員会のみである。なお、電波委員会は、裁定を行う行政庁であるが、3 条委員会ではない。地方自治体の組織としては、教育委員会も独立行政委員会である。

ると考えられてきた⁵⁵⁴。すなわち、伝統的理論は、審判＝準司法的手続＝裁判類似の制度であり、審判(＝準司法的手続＝裁判類似の制度)は、行政委員会制度をとる機関の特殊な手続であるとの位置づけを前提としている⁵⁵⁵⁵⁵⁶。

2 「審判」と「準司法的手続」の意義の再構成の必要

しかし、このような前提はいくつかの点で疑問がある。最近では、行政委員会制度を取らない行政機関や裁判所の中にも、「審判」の名称が使われる制度が存在する。金融商品取引法の課徴金賦課手続には、事前審判手続が導入されているが、この手続は、独禁法の審判手続より、かなり簡素化され、柔軟な運用が可能なものになっている。また、労働事件の労働審判は、裁判所に設置される労働事件の処理手続であり、行政審判制度ではないが、より非公式なやり方で、迅速に紛争を終了させる手続であるという点で、行政審判制度の本来有すべき柔軟性と迅速性を実現した手続となっている。

比較法的に見ても、独立行政委員会制度をとる米国 FTC の手続は、①から⑤の特徴を満たすが(米国 FTC の手続を輸入したのであるからある意味、当たり前である)、EU 又は欧州各国の競争法の執行機関は、独立行政委員会をとるか(EU, フランスなど)、そうでない場合も、独立性が保障された機関となっている(ドイツ、イギリス)が、競争法違反を

⁵⁵⁴ 日本法律家協会編 準司法的行政機関の研究(有斐閣 1975)では、独立行政委員会の「審判」手続は、準司法的なものでなければならないとの前提に立っている。「準司法的手続準司法的手続」を行政法学の立場から再検討した最近のジュリスト 1352 号(2008) 31 頁以下に「準司法的手続・特例行政手続の現状と課題—特例的行政手続の再検討」(以下「ジュリスト準司法的手続特集」という)が組み立てられており(所収論考として、座談会「準司法的手続・特例行政手続の現状と課題—制度の充実と活性化に向けて」 大貫裕之「「準」司法手続に関する覚書」31-40 頁、高橋滋「準司法的手続・特例的行政手続の諸類型——総論的検討」41-51 頁、大橋真由美「当事者間紛争処理型手続の考察」52-60 頁、磯辺哲「違反行為監視・是正型手続の考察」61-69 頁、友岡史仁「不服審査型手続の考察」70-78 頁)、本章は、この特集に示唆を得ているが、同特集もこの前提にたつ。高橋 43 頁等を参照。塩野・行政法Ⅱ 42 頁も、行政審判の要件として「裁判類似の手続である準司法的手続」と定義している。

⁵⁵⁵ 厚谷・行政審判 77 頁 園部逸男「行政手続の法理」(昭和 44 年)36 頁は、行政審判制度は「行政法のごく片隅に追いやられ」「行政手続としての特殊な制度にとどまってい」たと指摘する。

⁵⁵⁶ なお、平成 17 年改正前の公取委の審判手続を除き、審判手続には事後手続が多い。公害等調整委員会の不服の裁定手続、電波法に基づく異議申立の審査は事後手続である。

審査する手続は、書面主義を中心とすること、口頭審理があるとしても非公開であり対審構造をとっていないこと、独立した審判官は存在しないことなどの点で、日本の「審判」の定義にあてはまるような手続ではなく、欧州では、①から⑤の特徴を満たす「審判」の存在が、独立行政委員会制度(または、それに準じる独立性が保障された機関)の前提とはなっていない。

越知 (2) (本論文では、未搭載) では、「審判」の意義を、独立行政委員会制度を取る行政機関に認められた「準司法的性格を有する」特殊な手続ときわめて狭く位置づけてきたことの問題を指摘し、EU と加盟国の聴聞手続を含めるよう「審判」の意義をより、柔軟に再構築するため「準司法的手続」と「審判」の意義を切り離すべきであることを提言していた。本章では、そもそも、「準司法的手続」の意味を裁判類似の手続と位置づけていることが問題であり、「準司法的」という言葉もより柔軟に考えるべきではないか、証拠による事実認定や争点に対する判断に関し、行政手続法より充実した手続(より防御権を保障した手続)は、「準司法的手続」に含まれるという考え方もとりうるのではないか。そうすれば、欧州型の手続・新手法も「準司法的手続」であると位置づけることも可能ではないかとの観点から、私見をさらに展開するものである。

3 比較法的見地からの検討

準司法的手続が、上記の①から⑤の特徴を満たす必要があると考えられたのは、そのような特徴を満たす米国の FTC 手続が、quasi-judicial proceedings(trial) と呼ばれていることに由来するものと思われるが、「準司法的」(quasi-judicial) という用語は、その意義によってある法律効果が付されるような法律用語ではないので、法的な定義が与えられるわけではないが、語感からは、「力」の象徴としての行政権と「理」の象徴としての司法を対比させ、力より理を重んじた手続を想起させる。その観点からは、準司法的手続を、①から⑤の特徴を満たす特殊な手続に限定するのではなく、行政手続の聴聞より防御権保障が充実した手続をもち、より充実した理由付記、事実認定がなされていれば、「準司法的手続」と呼ぶことができるように思われる。そもそも、米国にせよ、欧州にせよ、独禁法の手続は、通常の行政手続を充実させたものとして位置づけられており、準司法的手続である独禁法手続を他の行政手続と切り離された特殊な手続に位置づけているのは日本だけである。

米国の場合、独立行政委員会をとらない司法省も反トラスト法の執行権限を有しているが、司法省による執行は、刑事手続同様の司法手続によって行われる。すなわち反トラスト法違反があるからといって、司法省は自ら行政処分を行うことができず、刑事訴追するか民事の差止請求訴訟を提起する権限があるだけである。民事請求の場合も、処分庁は司法省ではなく、裁判所なのである。このような制度は反トラスト法違反だけでなく、また差止請求に限らず、民事制裁金(civil penalty)を課す場合も裁判所に民事訴訟を提起

する仕組みとなっている。

このような米国の手続のもとでは、FTC 手続は、独立した行政法判事（以下「ALJ」という。）により、当初の審判指揮が行われるとはいえ、自庁審判であり、自ら行政処分を課しうるのは、むしろ独立行政委員会でない行政庁に比べて、独立行政委員会の執行権限を強化するものであるとさえ言える。独立行政委員会でない行政庁による民事請求とのバランス上、独立行政委員会の聴聞手続は必然的に司法省の民事請求に匹敵する手続（審判官の独立、公開性、対審構造が保障された手続）とならざるを得ない。

加えて、米国の行政手続法（以下、「APA」という。）上の聴聞手続自体が、すでに、ほとんど上記の「準司法的」な手続の要請を満たす手続となっている。基本的に、独立した ALJ による対審的な構造の手続であり、米国では、行政処分の一般的手続自体が、「準司法的」手続化されている。

他方、日本の行政手続上の聴聞手続は、米国の APA を参考にしているとされるが、実際の手続は米国のような「準司法的」なものにはほど遠いし、そもそも聴聞が開かれるのは許認可の剥奪のようなものに限定され、金銭的不利益を課す場合には、単に弁明の機会の付与で足りる。行政手続のデュープロセスの保障の程度は、日米では、天と地ほどの差があるのが現実である。行政法学は、「準司法的」手続を、特例的な手続と位置づけているが、真に米国型の行政手続法を導入するのであれば、その手続全体が、「準司法的」になっていかなければならないのに、「準司法的」手続を、特例的な手続と位置づけることで、行政手続法の問題から切り離してきたことが日本の行政手続法（と独禁法の執行手続）の抜本的問題ではなかったかと思われる。

繰り返しになるが「準司法的」という用語は、法文に記載されるものではなく、その範囲が厳密に定義されるわけではない。しかし用語の使われ方としては、行政手続より充実した聴聞手続に対して、用いられていると思われる。欧州では、欧州型の聴聞手続も、「準司法的」なものと表現されることがある一方で、裁判類似の手続であっても、事後の不服申立手続に、準司法的手続という言い方はなされない。裁判類似の手続であれば、事後の不服申立手続でこそ、「準司法的」か否かが問題になってもよさそうであるが、そのような議論はなされず、そもそも競争法で、事後の不服申立を処分庁に行う制度は存在しない⁵⁵⁷。このことは、準司法的手続の核心は、裁判類似性ではなく、証拠による事実認定や争点に対する判断に関し、行政手続法より充実した手続であること、すなわち防御権保

⁵⁵⁷ 厚谷襄児「独占禁止法の変容（上）（下）」ジュリスト 1381 号 68 頁 1382 号 115 頁は、事後審判手続は、事前審判と似て非なる制度とする一方、新手続も準司法的手続とは到底言えないとする。しかし、行政審判の定義を裁判類似性を基礎とするのであれば、事後審判は行政審判である（もともと、公取委の審判以外の行政審判は、事後審判である）し、防御権保障を基礎とするならば、新手続も「準司法的手続」といいうる余地がある。

障の点にあるのではないかという示唆を与えるものである。

また、特殊な手続に対し、「準司法的手続」という言い方をすることも、グローバルな「準司法的手続」の使われ方ではなく、まして、執行当局の「準司法的」権限を導いたり、その力の源泉であるかのように位置づけることは、行われていない。

行政法学からの議論の中で、準司法的手続について、審判官の独立、公開性、対審構造が保障された裁判類似の制度で特例的な手続として位置づけながら、ドイツの手続をドイツ水準の準司法的手続と評価しているものがある⁵⁵⁸。しかし、ドイツの独禁法執行手続は、一般的な行政法に準拠する部分がフランス・イギリスなどの他の欧州各国に比べて大きく、公開、対審構造は保障されておらず(そもそも、口頭聴聞を開くことは、ほとんどなく)、聴聞官(hearing officer)もおかれず、異議告知書に対する答弁で勝負が決まる制度であり、欧州の中では、もっとも手続的保障が薄く、行政法の一般手続にプラスアルファされる要素の少ない手続である⁵⁵⁹。

このようなドイツの手続を、ドイツ水準の準司法的手続と評価できるのであれば、日本の新し手続は、手続管理官を創設し、それに争点整理をゆだねたうえ、委員会に判断させる仕組みであるから、これを、新しい日本水準の準司法的手続と呼ぶことができるであろうし、そのような見方がとられるべきである。なお、ドイツの執行手続では、事件を担当する審査局の局長が、連邦カルテル庁から独立して判断することができるが、この制度は審判官の独立とは全く異なり、歴史的意義はともかく、今日的には、内部的なモニタリングを制限するもので(審査局の暴走を止め得ない)、むしろ審判官や聴聞官の独立とは対極にある制度であり、これによって、準司法的手続という性格が高まるとは言えないように思われる⁵⁶⁰。

4 控訴審が専属管轄になる場合の審判ないし準司法的手続の意義

審判ないし準司法的手続の①から⑤の特徴のうち、④⑤の特徴を有する場合、高裁が専

⁵⁵⁸ ジュリスト準司法的手続特集 24 頁 山本発言。ドイツの秩序罰を賦課する手続を過料審判手続と訳すことは適切ではないことについて、第 2 部第 5 章越知・新執行手続 589 頁。なお、岸井大太郎「審判制度の在り方—違反金と刑事罰の関係」公正取引 683 号 9 頁、注 12 もドイツの聴聞手続を審判手続、準司法的手続と位置づけている。

⁵⁵⁹ 最近のドイツの執行手続の詳細は、第 2 部第 4 章または越知・新執行手続 587 頁を参照。従来の理解として、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(10)」公正取引 394 号 76 頁以下(1983)以下「鈴木(1983)」という。

⁵⁶⁰ 第 2 部第 5 章または越知・新執行手続 588 頁

属管轄を有するとき⁵⁶¹、審判は、第一審に代替する機能を持つとの前提のもと、①から③の特徴を備える必要があるかが問題になる。

この点に関し、行政法学・経済法学の通説は「審級省略」という表現を使い、第一審に代替していることを当然の前提にしている⁵⁶²が、三審を与えるのが原則だという前提のもとに、「審級省略」という表現をとることには疑問がある。専属管轄は、事件の専門性、早期解決の必要性から熟練した裁判所に事件を処理させる制度であり、審判手続が第一審に代替するわけではない。事件数が多く、十分な審理ができない可能性のある通常の事件では、判例の統一の観点から、三審にすることが適当だが、事件の数が限られ、特定の専属管轄で全ての事件を熟練した裁判所が取り扱えるのであれば三審にする必要もなく、東京高裁の専属管轄にしたことは、「審級を省略している」のではなく、「管轄を集中している」と表現する（考える）べきであると思われる。

比較法的にも、専門的事件・行政事件で、控訴審が第一次的専属管轄権を持つ国は多く、欧州では、決定の取消訴訟の専属管轄を控訴審としている例が多く（ドイツは、デュッセルドルフ高裁・フランスはパリ高裁）⁵⁶³、伝統的意味での審判制度と高裁が専属管轄を有することと、審判が、①から③の特徴を備える必要があることとは結びつくものではないことがわかる。

III 審判・準司法的手続の意義の再構築

1 審判手続をとるメリットの面からの審判手続の意義の検討の必要性

準司法的手続や審判手続の意義を裁判手続に近付けて構築しようとするならば、そのような手続であれば、裁判所に直接訴訟を提起する方が、単純でいいではないかということになってしまう（米国の司法省の民事請求手続はまさにこのような手続である）。司法手続ではなく、「準」司法的手続、司法の裁判でなく、行政手続で行うメリットの面を再確認する必要がある。基本的に考えられる利点は、専門性・柔軟性・迅速性である。

⁵⁶¹ 行政審判を経た場合には、審判の取消訴訟との関係で専属管轄として東京高裁の専属管轄が定められている（独禁法 85 条、電波法 97 条。土地利用の調整手続に関する法律 57 条いずれも東京高裁が専属管轄を持っている。）

⁵⁶² ジュリスト準司法的手続特集 24 頁など。

⁵⁶³ 第 2 部第 5 章越知・新執行手続 586 頁、588 頁

2 専門性の観点—行政裁量の回避

専門性は、行政審判の存在理由としてよく挙げられているが、この存在理由との関係で、①から⑤の特徴のうち、③が、審判手続に必須のものであることが理解できる。実際、①から⑤の特徴のうち、①②の特徴を有しない欧州モデルの聴聞手続でも③の特徴は有しており、しかも、判決並みに充実した事実認定・理由及び証拠は、異議告知書が手続の最初の段階から送付されるという点でも、③を最も重視している。

高度に専門的な分野では、裁判所が審判を経ることなく一から審理したのでは、裁判所が自らの判断に自信が持てない場合に、實際上、行政裁量論に頼らざるを得なくなる。その極端な帰結がマクリーン事件の、「その判断がまったく事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」を除いて、裁判所が行政機関の判断を追認するという広汎な行政裁量論である⁵⁶⁴。これに対し、審判手続や欧州モデルの聴聞手続により、理由及び証拠がより充実した形で付記されると、裁判所は、認定した事実や理由を支える実質的証拠があるかという観点から司法審査を行えばよいので、高度に専門的事項に司法審査を及ぼしやすくなる⁵⁶⁵。

この意味で、裁判所が、自ら審査権限を「社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかなる場合」にのみ限定しがちな分野や、処分性・原告適格の不存在により訴えが却下される分野では、理由及び証拠がより充実した形で付記される執行手続が行政行為の司法統制の手段として有効である。

3 実質的証拠法則との関係

審判手続を経た判断について、実質的証拠法則が取られていることは、審判手続の結果に対して裁判所の裁量統制が及びにくくなるものと理解されている⁵⁶⁶しかし、実質的証拠法則は、審判手続を経た判断に詳細理由を付記した決定書とあいまって、裁判所の行政裁量論、又は明白の原則による行政判断を尊重する法解釈を限定する機能

⁵⁶⁴ マクリーン事件最高裁判決（最判昭和 53 年 10 月 4 日大法廷判決 民集 32 卷 7 号 1223 頁）越知・行政裁量 304 頁

⁵⁶⁵ 越知・行政裁量 309 頁参照

⁵⁶⁶ 塩野・行政法Ⅱ 48 頁。常岡孝好「独禁法の排除措置命令・課徴金納付命令のあり方（下）」ジュリスト 1344 号

を有するものである点が看過されているように思われる⁵⁶⁷。かかる観点から、裁判所による行政行為の統制を強化する原理として、行政裁量が問題になる違法行為に対する行政処分についての審判手続では⁵⁶⁸、明文の規定のない場合にも認められるべきものと考えらるべきであるように思われる⁵⁶⁹。この点は、実質的証拠法則を採用した独禁法の事件では、裁判所が、マクリーン判決のような広汎な行政裁量を認めたことがなく、実質的証拠の有無について実質的な判断を行ってきたという経験からも実証されているように思われる。ただ、最近では、実質的証拠法則を、推認の過程まで及ぼし、審判手続の結果に対して裁判所の裁量統制が及びにくくなるとするかのような裁判所の判断(ポリプロピレン事件東京高裁判決⁵⁷⁰)と、全く逆に、公取委の事実からの推認の過程に不合理性があれば、他の理由や別の推論で結論的には公取委の最終的判断が支持できる場合であっても、実質的証拠法則がないとして審決を取り消す(多摩地区談合事件新井組ほか東京高裁判決⁵⁷¹)という判断が現れている。何れも極端であり、実質的証拠法則は、裁判所の行政裁量論を限定するものであり、行政庁の判断を行政裁量論並みに尊重するものでも、刑事事件的に行政庁の理由付けに同意できないときは直ちに取消の結論を導くものでもなく、従来の運用が正しいと考えるべきである⁵⁷²。

4 柔軟性・効率性・迅速性の観点と公開・対審構造の要否

裁判は、基本的には、事後救済制度であり、手続の厳格性が要求されるので、裁判

⁵⁶⁷ 越知・行政裁量 297 頁以下参照。

⁵⁶⁸ 実質的証拠法則は、行政裁量があまり関係のない私人間の紛争の解決である特許審判にも認められているが、特許審判のような私人間の紛争で、実質的証拠法則を採用することは、東京高裁での審理が事後審的なものになる。それがよいかは、立法政策として検討すべきであろう。しかし、違法行為に対する行政処分についての審判手続では、実質的証拠法則は、東京高裁での審理を事後審的なものにするのではなく、行政裁量を限定するものとして独自の機能を有している。

⁵⁶⁹ 実質的証拠法則を明文で規定されていないときにも認める見解として、雄川一郎「行政争訟の理論(有斐閣 1986)」「司法審査に関する一問題」562 頁以下、原田尚彦「行政審判の司法審査」『訴えの利益』(弘文堂 1973) 195 頁以下参照。認めた方が原告にむしろ有利である。

⁵⁷⁰ 平成 21 年 9 月 25 日

⁵⁷¹ 平成 22 年 3 月 19 日

⁵⁷² 第 1 部第 3 章または状況証拠Ⅲ(上)10 頁

手続に準じて審判手続を規律したのでは、処分が執行されるまで被疑行為が継続する事前手続には不向きな面がある。柔軟な制度設計が要請されるからこそ審判手続の活用が考えられたのであり、(事前の)審判手続が裁判手続に近づけて運用されすぎると、専門性以外の審判のメリットが失われる結果となる⁵⁷³。

専門性のある機関に判断を任せることは、迅速に充実した理由付での裁定を行うことができるというメリットにもつながる。この関係では、(専門性があればより早期に事件についての判断を示せるはずであり)裁判より時間がかかるようでは、審判手続をとるメリットがいかされてないことになる。

ただ、専門性だけで、手続の厳格性を維持したのでは、迅速かつ効率的な裁定を行うのに十分でない。そこで、裁判の持つ手続の厳格性を緩和することが許容されるべきであり、手続の厳格性を緩和・柔軟化することは、審判の特徴といえ、そのような特徴を発揮させることは、審判という性格にも準司法的手続という性格にも反しないと考えるべきである(だからこそ、「準」司法的手続なのである)。そのような柔軟化の観点から、手続の(1)書面審理化、(2)第三者の関与の保障、(3)非公開化、(4)審理の集中化、(5)証拠開示の充実化・早期化などが図られることにより、充実した審理が行われている執行手続は、審判・準司法的手続という特徴を維持していると言える。

これに関し、特徴①の公開性と対審構造(及び口頭主義)が必須の要素とされるべきではないかという考え方が研究者の間では根強い⁵⁷⁴。しかし、完全な公開性がとられるのは米国と従来の日本だけであり、欧州では、もともと手続自体が非公開・非対審手続であり、イギリスやドイツでは、聴聞期日自体開かれる建前になっていない⁵⁷⁵。

⁵⁷³ 行政法学から、このような角度からの検討がほとんどなく、審判や行政不服申立制度を、裁判の負担を減らすための第一審に代替する手続または事件を減らすためのスクリーニングのような手続のようにさえみられている(行政不服申立制度について、塩野・行政法Ⅱ(第4版)10頁参照)が、そのような問題は、裁判所の能力の増強で対処されるべきであり、審判や行政不服申立制度をおく理由にはならないのではないと思われる。柔軟性のメリットこそ、制度をおく実質的理由であり、その趣旨にしたがって、制度設計されることが重要であるように思われる。

⁵⁷⁴ 根岸・冬の時代28頁 舟田・審判制度69頁以下

⁵⁷⁵ ドイツで、公聴会が開かれ、公開対審が取られているかに紹介する文献がある(ドイツの制度については、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(10)」公正取引394号76頁以下。)が、筆者の調査・経験では、公聴会は任意的であり、実際の実務ではほとんど使われていない。詳細は、越知(4)588頁、599頁注13。ドイツを含むEU、英独仏の手続の詳細は、第2部第3章・第4章または越知・聴聞手続440頁、越知・新執行手続585頁以下参照。

最近、欧州委員会手続の強権的な性格を問題にし、改革の必要性が実務家の側から出されているが、公開性や対審構造がとられていないという仕組みの根本の問題については特に批判を向けられていない。競争法で違反被疑事業者となる者は大会社であり、秘密情報を守る観点からすれば非公開の方が好ましいし、対審構造がとられたとしても、聴聞手続において最終的な決定を下すのは、相対する執行当局であるが、三面構造になっているか、二面構造にしかかかっていないかは、さほど実質的な問題ととらえられていないからではないかと思われる。個人が被疑者となる刑事事件と、その点は大きく異なるのであり、必ずしも刑事事件または裁判手続の原則である公開性や対審構造の維持を金科玉条と考える必要はないと思われる。

ただし、EU やフランスの口頭聴聞期日(弁論期日)では、プレスは、手続を傍聴できるし、いずれの国の手続でも手続の結果最終的な決定文が公開される。最終的な決定すら公開されないのは、日本の行政手続法の前近代性の表れであり、行政手続法自体の改革を促し、最終的な決定文についての開示を求めることができるようにすべきであろう。その意味では、非公開といってもどのレベルの非公開かが重要であり、現行の日本の聴聞手続ほど透明性を欠くような非公開化でなければ、公開原則が制限されているからといって直ちに、審判・準司法的手続という特徴を欠くことになるとか、制度として不適切なものになるわけではないと思われる。舟田教授は、公開性を消費者の権利の観点から重要視される⁵⁷⁶が、消費者の権利の観点から重要なのは、公開性というより、第三者(利害関係人)の聴聞手続への参加であり、この点では、審判手続であっても十分な参加権が与えられているとは言い難く、消費者団体を利害関係人として、聴聞手続に参加することを認める欧州委員会手続に倣い、第三者とくに消費者団体の参加が認められるような制度設計とすべきであったと思われる。

5 裁定者の独立とルールメイキング機能の観点

(1) 裁定者の独立性は必須の要素と考えられるべきか

また、特徴②の裁定者の独立性は必須の要素と考えられるべきかについては、以前は、これが、審判の要素であることを前提に、審判官の独立が十分でないことが問題

⁵⁷⁶ 舟田・審判制度 71 頁以下

視されていた⁵⁷⁷。しかし、公取委の審判手続においては裁判所からの裁判官の出向を受け、裁判官の意見が尊重されるので、実務上は、審判官の独立性が確保されている手続となっているし、審判官がいかに独立したにしても、審判官の判断を当該行政機関が自らの法律判断として受け入れられない場合、(当該行政機関が審決取消訴訟を行うことができないから)審決案を破棄し自ら作成することができるのが当然であり、米国の FTC 手続においても、ALJ の作成した審決案はしばしば破棄されている⁵⁷⁸。

問題は、むしろ、この要素を重視することが、審判の専門性との間で二律背反の関係に立つことである。審判官の独立性を重視した米国の FTC 手続では、ALJ の判断(平均すると約 1 年かかる)は、全く尊重されず、委員会に簡単に異議が出され、委員会の異議手続が、約 1 年かかるので、あたかも FTC のなかで、2 審制がとられるかの状況となり、手続の遅延が問題となり、最近では、ALJ の審決案まで、6 カ月、最終審決(異議手続の審理)まで、6 カ月を目安とする改革が行われるようになっている。

その意味では、専門性を優先し、審判官を置かず、手続管理者として聴聞官を置く欧州(EU 及びフランス)の執行手続⁵⁷⁹は、合理性を有しており、特徴②を審判や準司法的手続の必須の要素と考える必要はないと思われる。

(2) 専門的知見・ルールメイキング機能が活かされているか

現行審判手続廃止により、ルールメイキング機能が失われることが問題であるという指摘は重要である⁵⁸⁰が、近年、裁判所の判断の質は急速に改善され、審決を凌駕しているところもあるため、現在では、新し手続でルールメイキング機能が失われるということにはならず、その点でも現行審判制度の維持の必要性が急速に薄れてきたように思われる⁵⁸¹。むしろ、この関係では、釈明権行使、争点整理、主張制限の分野で、行政法・訴訟法の原理から適切とはいえない審判指揮により審判が不適正に長期化した事例が散見され

⁵⁷⁷ 独占禁止法基本問題懇談会の中間論点整理資料 8 にもそのように記載されている。これに対する当職の指摘として、独占禁止法基本問題懇談会中間論点整理に対する筆者のコメント及び越知(2006)(下)1280 頁及び 1284 頁注 48 参照

⁵⁷⁸ この点についての詳細は、越知(2006)(下)1277 頁以下、とくに 1278 頁参照。

⁵⁷⁹ 第 2 部第 5 章越知・新執行手続 585 頁参照。聴聞官を置く意義についても、越知・新執行手続 593 頁参照。

⁵⁸⁰ 平林・審判廃止がもたらすもの 47 頁は、「審判によるルール形成機能」と呼び、審判手続を不可欠の制度とする理由としてあげている。

ること、専門性を体現するような審決がくだされているとは言い難い（多くの事例で、東京高裁は、審決の理由付けをより適切な内容に変更している）ことを考えると、現行審判手続を、ルールメイキング機能または市場機能や消費者の権利の保護の観点から存続させる必要があるとは言えないように思われる⁵⁸²。

6 「審判」「準司法的手続」の意義の再構築

(1) 「審判」の意義

上記のようなメリットまたは機能面から、「審判」の意義を再構成すると、裁判類似性の観点から特例的な手続だけを「審判」と考えるべきではなく、以下を審判の要素と考えるべきである。これらの要素の重視が、「力」よりも「理」を重んじる「準司法的」手続の意義にふさわしいように思われる。

- (i) 専門的知識を有する機関で、柔軟な手続のもと、集中的、効率的に高いレベルの事件の分析を行うことができるよう設計され、運用がそのようになされること
- (ii) 聴聞後に出される決定書では、判決に匹敵する十分詳細な証拠による事実認定・理由付が行われること
- (iii) 行政手続法上の文書閲覧権より相当程度充実した証拠開示が行われていること
- (iv) 第三者の参加を幅広く許容する手続となっていること⁵⁸³

(2) 「準司法的手続」の意義と新手続の評価

「準司法的手続」を裁判類似性からではなく、通常行政手続より充実した聴聞手続により、争点に対する充実した理由付けと証拠による認定がなされる場合は、準司法的手続に含まれうると解すべきである。その観点からは、新手続は、争点整理がなされ、争点に対する充実した理由付けと証拠による認定がなされる限り「準司法的

⁵⁸² 具体的な事例については、第1部第3章または状況証拠Ⅲの項目でⅣ詳細に論じている。阿部泰隆『行政の法システム』（下）（有斐閣、1997）533頁は、行政手続法の事前手続の限界として、「日頃、法的なルールを運用したことのない職員が口頭弁論を主宰するのは不可能である」と述べているが、この点がそのままあてはまったのが、独禁法の審判手続ではないかと思われる。

⁵⁸³ (iv)の点については、米国の審判手続、欧州の聴聞手続に共通する特徴であるが、日本の審判は、裁判に近づけすぎているために、この点の特徴も発揮されていない。

手続」であると評価する余地があり、少なくとも事後審判手続である現行審判手続よりも、より準司法的手続きであると言える。逆に言えば、現行の審判手続は、防御権保障の観点からは、準司法的手続とは言えない⁵⁸⁴。その意味で、準司法的手続の意義と審判の意義は、完全に重なり合うわけではない。

IV 準司法的機関の意義の再構築

1 準司法的機関の意義

独立行政委員会など政治的独立性・中立性に配慮した独立性の高い機関は、「準司法的」な機関 (Quasi-judicial Body) という呼び方がされることもある。これも、政治から独立した機関が、「力」の機関ではなく、「理」の機関であることを象徴する用語として用いられているものと思われる。ここでも、どこまでの独立性が保障されていれば、「準司法的」ということに、特別な定義はない。フランスでは、独禁法の新執行機関である競争当局 (Competition Authority) は、米国の FTC ほどの独立性はないように見える⁵⁸⁵が、「準司法的」な執行当局であると位置づけられている。

2 準司法的機関と準司法的手続の関係

日本の公取委も独立行政委員会であるから、その意味では、準司法的機関であるが、この準司法的機関と審判が準司法的手続であることを結び付け、公取委が準司法的権限、準立法権を持つ通常の行政機関とは異なる特別の行政機関であるという理論を形成している⁵⁸⁶。しかし、準司法的機関と準司法的手続の存在理由は異なるので、これを不即不離なものと考えすることは疑問である。

⁵⁸⁴ 防御権保障の観点から、事後審判のもとで、準司法的手続とというるためには、「必要があるとき」の解釈を弾力化し、競争促進効果を含む事例には、自ら執行停止を与える必要があるが、JASRAC 事件(平成21年2月27日排除措置命令)では、そのような解釈がとられず、現行審判手続の正当化は極めて困難なものとなっていた。

⁵⁸⁵ 企業結合では、経済産業省に拒否権があり、地方事案では、中小企業保護の観点から、管轄の及ばない場合がある。

⁵⁸⁶ 公取委が通常の行政機関でないとの見方には、若い世代には違和感があると思われるが、公取委の冬の時代を経験した研究者、公取 OB には、公取委が通常の行政機関でないことを格別に重視される。例えば、根岸・冬の時代でも、公取委が通常の行政機関となることに懸念を示されている。

上記のように機関が「準司法的」であることは、独禁法執行当局の独禁法執行についての公平性、中立性を担保するものである。独立行政委員会は国民の代表によって選任されたものではない委員を長とする組織であり、国民の代表が行政庁の長を勤める一般の行政機関より民主的性格が薄いことは否定できない。しかしそのような独立行政委員会であることが必要とされるのは、公取委が執行機関であり、政治的独立性・中立性が強く要求されるからである。反競争的な行動が行われるときに、政治的任命を経た者が長であれば、与党の支持基盤である産業には甘く、野党の支持基盤である産業には厳しく執行が行われる可能性があり、そのような偏頗的な執行が行われないう、政治的独立性・中立性が要請されるのであり、その結果が独立行政委員会制度である。独裁の弊害を避けるためには、委員間の合議が重要であり、そのような合議制であることが民主主義との一つの調和となっている⁵⁸⁷。

これに対し、手続が「準司法的」であることは、デュープロセス(防御権の保障と行政処分の透明性の保障)を担保するものである。手続が「準司法的」であることと「準司法的」機関であることは、その存在意義は異なっており、独立行政委員会であれば、裁判類似の公開・対審・審判官の独立が保障された審判手続でなければならないというものではない。これらの点は、欧州の聴聞手続では採用されていないし、欧州の聴聞手続は、独立行政委員会をとる国もそうでない国も同じような制度となっている⁵⁸⁸ことから比較法的に裏付けられるし、日本法上も、両者が不可分なものであるとする明文の規定はなく、伝統的理論を受け入れた行政法学が、両者を不可分なものと定義づけたにすぎない。

むしろ、審判手続が廃止され、その意味で、執行の恣意性、中立性の保障が弱まったなら、独立行政委員会である必要がむしろ高まっているとさえいえる。確かに、「準司法的」機関であり、国民の代表によって、選任されたものではない委員を長とする機関であれば、その執行が政治的独立性・中立性を確保して行われる手続であることを公に示すために、証拠による詳細な事実認定が行われること、そのような事実認定を含む行政処分の理由づけが開示されることは、手続の公開・非公開にかかわらず、好ましいものと考えられるが、裁判類似性という伝統的定義のもとでの「準司法的」手続である必要はなく、「準司法的」手続であるからといって、「準司法的」機関の力の源泉になるものではない。

⁵⁸⁷ 根岸・冬の時代 29 頁は、独立行政委員会として、単に票決が行われるだけでなく、実際に反対意見が出されることを重視される。一般論として支持できるが、昨今の米国の独立行政委員会では、党派的对立が独立行政委員会に持ち込まれ、多くの議決が与党党員の委員と野党党員の委員の 3 対 2 になる(与党は 3 名を超えて与党党員から任命できないため)傾向がある。この傾向は、証券取引委員会 (SEC) でより顕著である。

⁵⁸⁸ 第 2 部第 4、5 章または越知・新執行手続 585 頁以下の英独仏の比較を参照。

い。

3 新し手続と独立行政委員会制度の関係

このように、独立行政委員会の意義と審判手続の意義は別のところにあるのであるから、審判手続の廃止が独立行政委員会制度の廃止につながるものではない。事業者が、審判なしで、地裁レベルから裁判を受けたいという意向があれば、その意向が合理的なものである限り、基本的に尊重されるべきである。事業者の意向の合理性に関しては、今回の改正に関し、事業者から主張される審判制度が不公正であるとの主張は、必ずしも合理的なものとは思われないが、現行の審判手続に信頼性(accountability)が欠けていることも確かである。

加えて、今回の改正による新し手続は、手続管理官を置き、手続管理官に争点整理をさせ、委員会に最終的な判断を行わせる仕組みを採用しており、新し手続は、聴聞主宰官の独立性がない点を除き、制度上はほとんど行政手続上許認可の剥奪時に必要とされる聴聞手続と遜色ない程度の充実した聴聞手続となっている。端的に行政手続法の聴聞手続を採用しなかった理由は、行政手続法の聴聞手続は、制度上は、聴聞主宰官は実体的な判断を独立して行うことができ、当該行政庁はその判断を参酌しなければならないとされる⁵⁸⁹ことにある。このような聴聞主宰官は、審判官とある意味で同じであり、運用の仕方によっては、上記の独立した審判官を置くことによって機能不全となった平成 17 年改正前の問題が蒸し返されることが危惧されたのではないかと思われる(ただし、これまでの聴聞手続でそのような運用が行われていたとは思われない)。

その意味では、行政手続法のレベルを相当超える充実した聴聞手続として運用されるものと考えられ、手続管理官の論点整理に対し、相当程度の理由付けが付されるならば、「準司法的手続」であると位置づけることもできる可能性があり、準司法的手続をとる聴聞手続を審判とよぶならば、新し手続は、現行法より簡略化された委員会「審判」手続であり、「審判」手続は、廃止されたのではなく、改正されたのだとも言う⁵⁹⁰。

V 伝統的理論の功罪

⁵⁸⁹ 参酌とは、斟酌よりもより尊重しなければいけないという意味と理解されている。

⁵⁹⁰ ただ、簡略化された「審判」手続とまで言えるかは、行政処分の理由付けがどこまで詳細になっているかによるべきものと思われる。

公取委が、準司法的権限と準立法的権限⁵⁹¹を有する特別な行政機関であるという位置づけは、組織としての公取委の脆弱性を補完させるための理論(少しでも政治的な圧力に抵抗するための理論)として提唱されたと思われ、その限りで、その歴史的意義を認めることができるものの、公取委を実態以上に強く見せるために、公取委や審判手続を過大に特別視するいわば、ひいきの引き倒しのような理論の側面が否定できなかつたように思われる。

公取委は、普通の行政機関と同じであってはならないのだとの見識も広い意味では、その一つである⁵⁹²。しかし、通常の行政機関とは異なる機関という性格は、力よりも理を重んじる行政機関という性格(それが「準司法的」性格の意味である)すから生じるものであり、それは、より詳細な事実認定・理由付けを行うことによって達成されるもので、現行審判手続を聖域化するものではないように思われる。⁵⁹³

審判制度や公取委を特別視し、司法の機能の一部が公取委に移されているかに見える虚像を構築したことが、今回の審判手続への激しい攻撃の理由となった面があると思われる⁵⁹⁴。審判制度が準司法的手続であること意味が、慎重な権限行使のための制度であるというように普通に位置づけられていれば、審判制度は今回ほど激しい攻撃にさられることはなかったのではないか。かつて公取委の独立行政員会制度を、死守したとされている公取委の権限強化の理論は審判を事後手続化することを正当化したが、同時にそれは、権力分立の観点から強い批判にさらされざるを得ない論理であることが顕在化した面があるように思われる。

現行手続の条文を素直に読めば、審判手続は、むしろ慎重な権限行使のための制度としての本来のあり方を過剰に持ち込んで、独禁法の執行を極力抑えようとする意図で設計されたもので、公取委の弱さの表れそのもののようにも見える。独禁法 57 条は、証拠調べ

⁵⁹¹ 伝統的理論は、公取委の不正な取引方法の指定権限という準立法的権限も有すると解している。しかし、この権限は、政令制定権限とほとんど同じであり、この権限を準立法的権限という実質はないし、そのような実質を与えるべきでもない。

⁵⁹² 根岸・冬の時代 30 頁

⁵⁹³ 公取委が、裁判所と協働して、ルール・メイキングを行うことに審判制度の特徴があるとする見方も聞かれるが、司法は独立しなければならず、公取委と裁判所は協働するという考え方自身が司法の独立に反する考え方であり、審判がそのようなものであれば、審判手続は廃止されなければならないであろう。

⁵⁹⁴ たとえば、競争法フォーラム 審査手続・審判制度の在り方に関する検討タスクフォース「審査手続・審判制度の在り方に関する提言書」(2009)、多田敏明『独占禁止法における不服審査手続の在り方』ジュリスト 1342 号 65 頁

手続に刑事手続の準用を規定している。これは、課徴金制度が導入される前からある条文であるが、その当時の公取委の権限は、違法行為をやめさせる権限しかなかった。そのような弱い権限しかない機関の手続が人身の自由にかかわる刑事手続を準用して手続を重くする必要があるかは疑問である⁵⁹⁵。このように手続的保障を過度に保護した慎重な審理の上、下された審決に対して、通常の行政処分でない執行免除という金銭を積むことで、確定判決まで執行が猶予される制度が規定されているのである（独禁法 70 条の 14）。したがって、審判手続の廃止は、公取委の強さの源泉という虚像への攻撃で、公取委の弱さの制度的保障という実像が破壊され、公取委の力が適正化した（強まった）ということではないかと思われる。

実質的証拠法則の通説的理解も、同じことが言える。通説は、審判官の事実認定に、裁判所が、通常の行政処分の判断以上に制約されるかのような理論を構築している⁵⁹⁶が、第 2 部第 2 章または越知・行政裁量で詳細に論じたように、実質的証拠がなければ裁判所は公取委の判断に拘束されないという意味で、実質的証拠法則は、行政裁量を排除し、司法的統制を高めていることに大きな意義があるものとして構築されるべきであった⁵⁹⁷。証拠による事実認定を基礎にして行政処分を行うことは当たり前のように見えるが、実際には公取委以外のほとんどの行政機関では実質的な証拠を示した事実認定を行うことはなされていなく、そこまでは、現在の行政法の理論上、要求されていない。現在の事後審判制のもとでの公取委の行政処分（排除措置命令及び課徴金納付命令）の段階では詳細な事実認定は行われていないが、その段階のものでも他の行政機関の行政処分の通知書に比べれば、依然として、より詳細である。新証拠の提出制限も公取委が、審決取消訴訟の段階で新たな証拠を提出することを制限する意味で事業者にとっては有利なものである。このような事業者の手続的保障の強化という本来の作用に着目せず、実質的証拠法則により事業者の防御権が通常の行政機関の行政処分に比べて制約されるかのような理論を構築したことが審判制度に対する激しい批判になったのであり、実質的証拠法則の通説的理解は、むしろ審判制度廃止論を誘引する危険な理論構成であり、その危険が顕在化したといえるように思われる。

上記のように実態を直視するならば、審判制度や実質的証拠法則が廃止されるということは、司法的権限・準立法権を併せ持つ強い公取委の力の源泉という審判制度の虚像

⁵⁹⁵ しかも、公取委は 57 条を拡張解釈して、審判を相当程度、刑事手続に準じて運用していた。この点も適切なルール・メイキングが阻害される原因となっていた。

⁵⁹⁶ 例えば、根岸哲「経済政策と裁量」公法研究 55 号(1993 年)、197 頁。塩野・行政法Ⅱ 48 頁以下。

⁵⁹⁷ 第 2 部第 2 章または越知・行政裁量 297 頁以下

に対する攻撃により、従来の公取委の弱さの象徴であった審判手続のいくつかの規定を含め、公取委に必要以上に慎重な事実認定を促した制度(公取委の執行の足かせになった制度)が撤廃されることを意味することになる。したがって、審判廃止で、公取委の執行の手間は大幅に軽減され、執行の効率化がはかれると思われる。事業者の側で、処分取消事由の存在を立証しなければならず、かつ、行政裁量があるので、事業者は、公取委の行政処分に合理的理由が欠けていることまで立証していかなければならず、そのハードルは高い。実質的証拠法則がないので、公取委は、判決書なみの論点整理までは要求されないし、取消訴訟で新たな証拠を出すことも可能となるので、公取委は相手の主張に応じて、証拠を出していくことができるし、主張変更もこれまで以上に柔軟に行える。事業者にこれまで無制約に認められてきた答弁前の過大な(不要な)釈明請求も制限される可能性が高い⁵⁹⁸。

VI 結 語

今回の改正で、通常の行政手続法の延長で、独禁法の聴聞手続を設計したこと(行政手続法の聴聞手続を修正し、これを充実したものと位置づけられる)は、独禁法手続が他の行政法手続に影響を与え、与えられる手続となったということであり、その点での意義も少なくない。いわば、行政法体系のなかで、他の世界と切り離された鎖国状態で形成された特殊な理論で運用されていた独禁法の執行手続の「開国」であり、新手続のもとで、行政訴訟の重要な論点の判断が、独禁法事件を通じて形成されることになるものと思われる。その意味で、今回の改正は独禁法の行政法に置ける地位を飛躍的に高めることになるものとなるものと予想される。

⁵⁹⁸ この点の詳細は、第2部第4、5または越知・新執行手続594頁。

第7章 行政調査における防御権と調査妨害

はじめに

民主党政権下において、独禁法に基づく立入検査その他の調査手続におけるデュープロセスの問題が独禁法手続改正のテーマとして、急速に浮上している。この問題については、欧米と比較した日本の調査実務の不正性ないし前近代性(防御権保障の配慮への不十分さ)などが指摘されている⁵⁹⁹。この問題提起は、欧米の実務の理解に正確性を欠いている、欧米との比較論に関し、正式手続によらず同意による任意手続がとられる理由などの日本固有の事情の背景への理解が十分でない、行政調査が強制処分であるとの基本的認識に欠けた議論があるなどの根本的な問題がある⁶⁰⁰ものの、(独禁法・金商法など)供述調書による自白重視という刑事実務の延長で形成されている違法行為是正型の行政法執行実務の改革につながる点がある。他方、そのような実務の変革は、検査妨害に対する制裁の強化、裁判所の実事認定のあり方の改革など、事業者、裁判所、執行機関というすべての関係者の実務の変革が連動してなされる必要がある。そのような大規模かつ抜本的な変革を独禁法から始めてよいのか、執行に慣れていない他の行政機関での行政調査が難しくなるのではないのか、租税の執行などその他の行政機関の執行に与える影響が大きすぎないかが問題となるであろう。しかし、これまで、租税法の分野を中心に蓄積されてきた行政調査の分野の先例に関し、行政法の片隅におかれていた独禁法の執行実務が、行政調査の理論を先導することになるのは、意義深いことではある。本章は、行政法の理論、比較法の問題を意識しつつ、関連する論点の深化を図ることを目的として書かれたものである。

I 問題の所在

行政調査に関して、行政法の教科書では、川崎民商事件⁶⁰¹を基本判例として、刑事法のデュープロセスがどこまで適用になるかを中心として論じられる。これは、行政作用とし

⁵⁹⁹ 経団連意見書 <http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2009/086.html>、競争法フォーラム 審査手続・審判制度の在り方に関する検討タスクフォース「審査手続・審判制度の在り方に関する提言書」<http://www.jc1f.jp/works.html#taskforce>(以下「競争法フォーラム提言書」という。) 村上論文 1659 頁以下。

⁶⁰⁰ 競争法フォーラム提言書の立入検査時に事情聴取を行わず、後日にせよとの提言などは、ほとんど、強制処分としての行政調査の機能が理解されていないというほかなく、提言全体の合理性を毀損しているように思われる。

⁶⁰¹ 昭和47年11月22日、刑集26巻9号554頁

て税務調査がもっとも頻繁であり、この分野で先例が蓄積しているためであるが、デュープロセスによる防御権の保障を充実させた場合、法の正義の観点から、違法行為の隠ぺい、調査の妨害にいかに対処するかの問題への対応も重要となるが、この重要な切り口について、一般的な行政法の教科書では、ほとんど論じられていない。

金融庁、証券監視委員会の金商法に基づく行政処分事例では、検査忌避が頻繁に処分理由に掲げられており、検査妨害、検査忌避は、行政調査実務において、実務家が最も注意をはらう必要のある問題である。ところが、独禁法の執行に関しては、日本の独禁法の執行実務では、公取委が検査妨害を取り上げたことは一度もない。これは、過去、事業者が公取委の調査に協力的であったことを意味するものでは決してない(そうであれば、リネンシー制度の導入など不要であったらう)。

もうひとつは、強制調査手続には、事件関係者に質問を発し、回答を求める権限が個別行政法規に規定されているが、事情聴取は、この個別行政法規の定める強制手続によることはほとんどなく、同意による手続(任意手続)である供述調書による情報収集が圧倒的な部分を占めるといふ日本固有の問題である(これは独禁法の執行に限らない)。これは検査妨害に対する対応の問題と密接な関係がある。

独禁法に基づく行政調査で特徴的なのは、カルテル・談合分野と、その他の分野、私的独占、不公正な取引方法、企業結合の様な分野(ここでは、「非カルテル分野」という)では、調査手法が大きく異なることがあげられる。カルテルでは、事実関係が争われ、強制調査が主として用いられるのに対し、非カルテル分野では、事実関係に争いはなく、その行為の競争への影響という法的評価が争点になるので、強制調査権の発動はあまり行われず、同意ベースでの情報収集が中心となっている⁶⁰²。カルテルについて、米国では、協調行動規制の例外的な場合を除き、刑事手続が活用されるので、比較法的な考察をする場合、比較対象となるのは、日本と同じく、行政処分で金銭的制裁を課すEUとその加盟国の手続であり、まず、EUの調査実務を概観したうえで、改正の問題提起にかかわる日本の実務の問題を取り上げるものとする。なお、行政調査の問題は、このほか、収集された証拠の開示の問題については、情報開示の問題として別途論じ、本章では、検査や情報請求に対する対応の問題に絞って論じることとする。

II EUの調査手続

⁶⁰² 優越的地位の濫用では、事実関係が争われることもあり、立ち入り調査が使われることがあるが、非カルテル分野では、カルテル分野に比し、同意ベースでの証拠収集が格段に多いことは、疑いがないであろう。

1 証拠収集手段

欧州委員会の調査手続における情報収集手段には情報請求権限と立入調査(dawn raid)、および企業結合についての届出がある。これ自体は日本の報告命令制度、立入検査制度、企業結合届出制度と平行のものである。前述の通り、カルテル分野では、立入調査その他の強制調査手段が、中心となるのに対し、非カルテル分野では、任意手段が多用される。しかし、立入調査が行われえないということではない。

2 調査権限の範囲と調査妨害に対する対抗手段

欧州委員会の調査権限は、調査対象企業の同意を得ずに、調査する権限が与えられていない(規則 01/03 20 条)。これは、有形力を行使する直接強制手段が認められないという意味であり、欧州委員会の調査手続が任意手続であるということではない。日本的にいえば、間接強制であり、しかもかなり強力な制裁によって担保された間接強制手段である。調査に対し、情報提供の拒否などの調査妨害があれば、欧州委員会はこれに対して三つの方法で対抗手段をとることができる。

第一の方法は、前年の売上総額の 1%を越えない金額で、履行強制金を賦課する権限がある(規則 01/03 第 23 条 1 項(e))。履行強制金が賦課された事例はいくつかある⁶⁰³が、最近では、欧州委員会が E.ON Energie AG に対して、封印の破棄を理由に 380 万ユーロ(約 4 億 4 千万円)という巨額の履行強制金を賦課した事例が注目される。この事例では、欧州委員会が初日の立入調査を終了し、その日に関係文書を事業者の事務室に保管し、翌日の再調査まで他人が室内に立ち入ることができないようにするために、ドアに施錠した上で、封印をしたが、翌日欧州委員会の職員が来たときには、封印がはがされ、付け直されていたという事例である。この事例では、室内の書類が持ち出されたり、置き換えられたりした形跡はなく、極端に言えば清掃のものが入ろうとして、誤って封印が破棄されたようにも考える(ただ、そのような弁解については、当然ながら清掃の者が、鍵がかかっている部屋に立ち入るかという疑問はある)事例であったが、欧州委員会は、事業者が従業員に対して封印をはがさないよう注意する義務があったとして、事業者の過失を認定し、上記の巨額の履行強制金を賦課したものである。

第二の方法は、課徴金(制裁金)の金額を算定する際に、事業者の不協力事由として課徴金を加算するという方法である。これはリニエンシー制度があるハードコア・カルテル

⁶⁰³ 不正確な供述、虚偽の回答についても、課徴金が課された例がある。井上(2009) 88 頁。鞠子公男「EU 競争法の履行強制金」公正取引 705 巻(2009) 16 項

について行われるものである。ソニー・ビデオテープ・カルテル事件⁶⁰⁴に関し、欧州委員会が立入調査を行った際に、立入調査を受けたソニーの子会社の従業員が、違反行為に関連する書類をシュレッダーにかけ、欧州委員会の職員の質問に対し、回答を一切拒絶したことに関し、1080 万ユーロ（約 14 億円）の課徴金の増額（当初課徴金の額の 30%）がなされた。この事例は、行政調査には供述拒絶権があるものではないことを示す事例である⁶⁰⁵。

第三の方法は、加盟国の協力を得ることである。この方法が必要とされるのは、立入調査の入り口で入室拒否をされたり、あるいは「鍵がない」などの理由で事実上入室させないという対応がとられる場合の対抗手段である。欧州委員会の調査権限は、これはいわゆる間接強制手段のみを認めるものであり、強引に（有形力を使って）妨害を排除して入室することはできない。履行強制金を賦課することが基本的な対抗手段であるが、実際問題として立入ができなければ、競争法違反の有無についての事実認定を行うことができない。規則 01/03 第 20 条 6 項に基づき、加盟国競争当局や、司法官憲と連携し搜索令状を取得するなどして、妨害行為を排除する（鍵がないと言って入室を拒否する場合は、鍵を破壊することができる）ことができる。

3 立入調査における弁護士の上会権

調査における弁護士の立会権は保障されているが、これを理由として弁護士が来るまで立入を拒絶することはできず、弁護士の立会までの時間として 30 分程度待つのが実務となっている。ただ、上記のとおり、有形力を行使することはできないので、30 分たったからといって、従業員が入り口を封鎖して立ちふさがれば、これを排除することはできない。したがって、この時間を超えれば、遅延行為（立入妨害）と評価して、上記の 3 つの手段をとりうるということではないかと考えられる。その意味で、弁護士の立会権の保障は、弁護士が立ち会うことを拒絶しないという権限であり、弁護士が来るまで、立入調査を開始させないことを許容するものではない。

4 立会における弁護士の役割

⁶⁰⁴ Press release on November 20 2007

⁶⁰⁵ この事例からも、経団連意見書や村上論文が、欧州の行政調査で、黙秘権が認められるかのような前提で議論している点は、根本的な事実誤認に基づく議論が行われていると言わざるを得ない。拙稿「ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本法についての示唆—黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか—」公正取引 727 号 34 頁も参照。

弁護士が立会において、書類の閲覧、あるいは質問について、閲覧の必要性、あるいは回答の必要性を争う方法がある。日本の立入調査で弁護士が対応する場合にこの点を弁護士の役割であるかのように論じる文献がある⁶⁰⁶が、閲覧・回答の必要性があるかどうかは、欧州委員会の判断によるので、閲覧・回答を求める場合に、必要性・関連性がないことを理由にして争うことは難しく⁶⁰⁷、実際の立会では、EU の弁護士はあまりこのような形での争い方をしない。それは、仮に書類が独禁法違反の問題に関連する書類である可能性がある場合には、関連しない書類であることを事業者の側で説得的に主張する必要があり、そのような立証が完全に行われないう限り、とりあえず書類のコピーを取り、後日必要がなければその書類をファイルからはずすということを通知すれば十分であると考えられているからである。日本のように書類を提出させて持ち去るのではなくコピーをとるのが欧州委員会の立ち入り調査の基本であり、コピーをとるのであれば必要性がないという理由だけでコピーまで拒むことはなかなか難しい。他方、関連性をアグレッシブに争うのは、調査に非協力的と見られるリスクが生じる。そのため、EU では、そのようなアグレッシブな対応を行わないのだと考えられる。EU においては弁護士の役割は、むしろパニックに陥った事業者の職員が書類の廃棄・隠匿、質問への拒絶等(ビデオテープ事件においてソニーが行った行為である)を行い傷口を広げないように適切な形で従業員を誘導することに向けられている。

5 欧州委員会の質問権と回答義務

欧州委員会の質問し供述を得る権限が規則 01/03 第 19 条 1 項で明記されている。この質問に対し、供述拒絶することはできず、事実を回答する義務があり、供述拒絶あるいは誤解を招く回答をした場合(完全な回答を拒否した場合)、欧州委員会は前記の履行強制金を課すことができる。ただし、上記のビデオテープカルテル事件のように、履行強制金でなく、課徴金の増額事由とされることもある。

黙秘権、自己負罪拒否特権との関係では、欧州委員会の調査手続には一般論として欧州人権条約の適用がある。しかし、黙秘権は刑事手続に関する特権であり、欧州委員会の立入調査は、事業者の違反行為を抑止するもので、従業員に対する訴追を目的とするものではないから、一般的に黙秘権は及ばない。もっとも加盟国において犯罪となる行為の自白となる質問にだけは自己負罪拒否特権の保護が及ぶが、欧州委員会が質問された事項が事

⁶⁰⁶ 詳細については、III. 4(3)を参照。

⁶⁰⁷ ただし、あまりにも関連性がないことが明らかな質問に対しては、聴聞官(Hearing Officer)に対する異議が認められる可能性もないわけではないであろう。

実に関するものであるならば回答を拒否する権限はない⁶⁰⁸。すなわち、犯罪行為の自白にあたる場合、すなわち、カルテルを行いましたか、価格を合意しましたかという質問については、供述拒絶が認められ、欧州委員会はこのような質問を行わないが、ある特定の日に競争者と会合を行ったことがあるか、その会合で何が話し合われたか、価格を引き上げる旨の提案がなされたか、それに対してどのように対応 (respond) したかあるいは振る舞ったかなどの具体的な事実に対する拒否権限はないと考えられている⁶⁰⁹。

個人的なメモの提出については Tokai Carbon 事件⁶¹⁰において、会議の準備のための書面、手書きのメモ、議論の対象となった書面の提出について、これらの提出を求めることは、黙秘権の侵害になりうるのではないかが問題となり、CFI は黙秘権の対象であるとしたが、ECJ は、この判断を履えし、これらの書面の提出を求めることは黙秘権、自己負罪拒否特権の侵害にならないと判示している。

加盟国の考え方も、大体 EU の考え方によっている⁶¹¹が、ドイツでは、全面的に黙秘権・自己負罪拒否特権が及び、回答拒否ができると考えられている。このドイツの考え方が、ビデオテープカルテル事件におけるソニーの子会社の対応に強い影響を及ぼしている可能性があるが、ドイツの考え方は、欧州の中で独特なものである。他方、ドイツでは、立入調査までの弁護士と依頼者の通信に弁護士依頼者特権の保護は及ばないとされている。

6 ドイツの黙秘権・自己負罪拒否特権についての考え方と日本の議論への示唆

日本経団連および競争法フォーラム等が日本の公取委の調査手続の実務に関し、提言を行っている。その中に公取委の執行手続で黙秘権・自己負罪拒否特権を保障せよとの要求が含まれ、その中では、同じ行政手続でカルテルを規制する EU では質問に対する回答を拒絶することができ、拒絶された場合には黙秘権保障との関係からそれ以上の追及がなさ

⁶⁰⁸ 井上(2009)99頁も同旨。

⁶⁰⁹ EU の手続については EU では質問に対する回答を拒絶することができ、拒絶された場合には黙秘権保障との関係からそれ以上の追求がなされないかのように認識され、それを前提に日本での黙秘権を議論することがあるが、この点は誤りであり、そのような立場に立つ村上論文 1661 項でも事実面の質問に供述義務があることは明記されている。

⁶¹⁰ Case T-236, 239, 224 to 246/01, T-251/01 Tokai Carbon Co. Ltd and other v Commission [2004]5 CMLR 1465

⁶¹¹ 村上論文 1663 頁以下

れないかのように認識され⁶¹²、それを前提に日本での黙秘権を議論している。しかし、行政手続で黙秘権が保障されるという考え方は、ドイツ以外には取られておらず、この議論は行政手続における黙秘権と自己負罪拒否特権の基本的理解に混同があるように思われる。

まず、課徴金の場合、これが賦課されるのは法人であり、法人については黙秘権や自己負罪拒否特権は問題にならないのが原則である。ドイツが黙秘権・自己負罪拒否特権を行為者に付与するのは行為者自身が秩序罰を賦課され両罰規定的に法人に秩序罰が賦課されるという特殊な手続をとっているからである。

フランスあるいは EU その他の欧州各国の行政制裁金制度は法人にのみ制裁金を課すため黙秘権は付与されない。自己負罪拒否特権はカルテルを行ったか否かという評価を含む陳述に及ぶが、自己負罪拒否特権といえども事実面についての質問についての供述拒否が許容されるものではない。この点について EU ないしフランスの手続が黙秘権・自己負罪拒否特権を希薄化させているように受け取る向きがあるようであるが、そもそも行政手続において課徴金が賦課されるのは自然人ではなくて法人であるから、EU の考え方は、自己負罪拒否特権を拡張する考え方であることに注意が必要である。

供述拒否に対し、個人に対して、刑事罰が課されるのであれば、黙秘権が認められるべきであるという議論(立法論)がなされるが、検査妨害罪の被疑事件で、供述拒否ができるのは当然であるとしても、そのことから、間接強制手段を取る行政手続全てに供述拒否権を認めることには結びつかない。

黙秘権の保障を提唱する論者は、黙秘権を保障するということがどういう帰結になるかについての想像力が不十分ではないかと思われる。黙秘権を認めるということは、一切の協力拒否が正当化されるということであり、黙秘権が保障された対象からは一切情報収集できなくなる可能性があるということである。つまり、黙秘権が保障されれば、行政庁は、理論上は、事業者からの事情聴取や事業者に対し、報告を命じることすらできなくなってしまう。保健所が食品の衛生管理に脅威がある場合に立入する場合に、食品の購入ルートなど全ての情報の提供を拒否することが認められることになれば、どうなるであろうか。また、原子力災害で、刑事罰に問われる可能性を理由に役員が一切の情報提供を拒

⁶¹² 実務家を中心にこのような議論をする論稿が多い。例えば、井上朗「EU 競争法の調査手続と実務」公正取引 719 号 29 頁(2009)、33 頁は、インタビューに応じるか否かは全くの自由であり、また、インタビューで黙秘権を自由に行使できるとする。しかし注 36 では、黙秘権の行使を否定する帰結を招きかねない判例があることには留意すべきであるとしている。また、井上(2009)93 頁も、ソニー・ビデオテープ・カルテル事件で、供述拒否に対し、制裁金が課されたことを指摘しており、上記の記述と整合していない。同じく、村上論文 1659 頁以下も、供述拒否権があるとする一方、同論文の 1661 項では、事実面の質問に供述義務があることは明記されている。

否したらどうなるであろうか。ほとんど行政調査は実効的に機能しなくなるのは確実であり、川崎民商事件最高裁判決⁶¹³はその点を判示しているのである。常識的に考えて、法人の被疑事件についての行政調査に黙秘権が保障されることはあり得ないし、秩序罰を個人に賦課するドイツを除き、諸外国でもそのようには解されていない。

ただ、自己負罪拒否特権については、議論の余地がないわけではなく、黙秘権が欧米で保障されていると論じる論者は、黙秘権と自己負罪拒否特権を混同しているのではないかと思われる。日本では黙秘権と自己負罪拒否特権の外延(保障範囲)がそれほど異なっているようには解されておらず⁶¹⁴、川崎民商事件も、自己負罪拒否特権も行政手続には及ばないかのように判示しているが、

欧米では、EU でも、黙秘権と自己負罪拒否特権の保障範囲は同じようには解されていない。黙秘権は行政手続では保障されていないが、自己負罪拒否特権は行政手続でも一定程度保護されると解されている。その保護は、第一に、行政手続で取得した証拠の刑事手続での利用禁止・アクセス禁止である。日本でも、この点は意識され、刑事事件で、行政手続によって取得された証拠を証拠として用いることに一定の制限がある。ただし、日本の証拠流用の基準は甘すぎると思われる。租税法違反では、事実上、検察は、行政事件で得た証拠にアクセスできるようになっている⁶¹⁵。独禁法事件に関しては、公取委が行政手続で収集した証拠に対し、検察庁は、公取委に搜索・差し押さえを行うことによって、これらの書類を取得させるようにしており、その意味では、他の行政手続の場合より、厳格にファイアウォールを敷いているが、検察が強制的に証拠を取得すればよいわけではなく、差し押さえによって、行政手続で取得した供述調書に検察がアクセスすること自体に、憲法上の自己負罪拒否特権の保障に反する疑いがあるように思われる。

第二に、犯罪の自認につながるような質問を行ってはならないという保障である。その

⁶¹³ 最大判昭和 47 年 11 月 22 日、刑集 26 卷 9 号 554 頁 同判決は、憲法 38 条の供述拒否権・黙秘権・自己負罪拒否特権が行政調査に及ぶかについては租税調査に関し行政調査の目的が刑事責任の追及ではないこと、資料も当然に刑事手続で用いられることはないこと、間接強制にとどまること、言い換えれば直接的な実力の行使でないこと、徴税目的からの必要性が高いことから、所得税法の質問検査には適用がないとする。

⁶¹⁴ なお、刑事法の一部の説で黙秘権が調査手続の被疑者の権利であり、公判での権利が自己負罪拒否特権であるという学説(渥美説)もあるが、一般的な理解ではない。

⁶¹⁵ 最判平成 16 年 1 月 20 日決定。刑集 58 卷 1 号 26 頁。租税事件においては、行政調査の結果得られた資料が脱税事件の刑事捜査に活用されることがないわけではなく、最高裁判決は、犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、直ちに犯則事件の捜査あるいは手段として行使されたことにはならないとする。

ため、EU・フランスでは、行政手続では、事実についての質問については供述拒否することはできないものの、事実面を越えて犯罪の自認となるような場合には、供述の拒否権限が認められるばかりか、そのような質問(カルテルをしたかをストレートに聞くこと)をすること自体が自己負罪拒否特権で禁止されるのである(したがって、日本で作成されるような完全な自白調書を取ることは、そもそもできない)。その意味で、privilege against self-incrimination とは、自己負罪の「拒否」特権だけではなく、当局の側に対する一定の行為規範でもあるという特徴がある⁶¹⁶。

以上のように、黙秘権は行政手続では保護されず、自己負罪拒否特権は、一定程度保護されるが、それにより、供述を拒否できるのは、犯罪行為の自白につながる質問だけである。EU の実務家の中に、供述拒否ができることを示唆するものがあるとすれば、それは、黙秘権ではなく、自己負罪拒否特権の外延をより広げようとする考え方に依拠しているのではないと思われる。しかし、そのような考え方で、供述拒否することは、協力拒否による制裁金の割増、調査妨害による履行強制金の賦課という重大な不利益を受けるリスクがあるのであり、(日本の弁護士が)EU で黙秘権が存在するかなのような助言を日本企業に行うことは、弁護過誤を引き起こす恐れなしとしない。

次の問題として、日本で 10 時間もの取調べ(行政調査の一環としての質問であり、刑事訴訟用語である「取り調べ」という表現は適切ではないと思われるが、ここでは、便宜上、取り調べという用語を用いる)が続くことがしばしば問題とされ、学者においても、この点を問題にする向きが多い⁶¹⁷。しかし、この問題はなぜ 10 時間もかかるのかが問題である。黙秘権や自己負罪拒否特権がない日本法のもとでは事件関係者は、正式手続である審尋手続による限り供述を拒否できないはずである⁶¹⁸。したがって審尋手続によるならば、取調べに 10 時間もの時間がかかるわけではない。なぜこれだけの時間がかかるかと言えば、「記憶にありません」などの表現を使いながら実質上の供述拒否が行われるからである。このような記憶喪失の抗弁あるいは不知の抗弁が真実でないならば、検査妨害としてサンクションが課されなければならない。まさに、EU では、このセオリーどおりであり、実際、質問の回答拒否を行った日本企業に対し、不協力として課徴金を 30%増加して

⁶¹⁶ この点は、現在の刑事訴訟法学では、ほとんど意識されていないと思われる。

⁶¹⁷ 例えば、松下満男「米国反トラスト法の執行手続」国際商事法務 38 巻 8 号 (2010)1031 頁、1035 頁

⁶¹⁸ ただし、正式手続である審尋はほとんど活用されてこなかったことについて、第 2 部第 7 章または越知・行政調査 157 頁以下を参照。

いる⁶¹⁹。日本法の場合、検査妨害に対しては刑事罰の規定があるので、これが機能していれば問題はない。しかし、この刑事罰は実際には発動されたことはない⁶²⁰。その結果として「記憶にない」あるいは「知らない」という表現を使えば、実質的に供述拒否ができることになる。すなわち(保護されていないはずの)黙秘権や自己負罪拒否特権が実質的に保護されているという奇妙な状況がサンクションの機能不全という問題を通じて具現しているのである。

このような実質的な黙秘権・自己負罪拒否特権の行使に対抗するには本来的には課徴金賦課についての裁量権を活用して他の事件関係者からの供述を得て外堀を埋めていくしかない。それがまさにドイツの黙秘権・自己負罪拒否特権が付与された上での行政調査の実務なのである。ところが日本の場合、課徴金に裁量権限がないという致命的な欠点があるため、公取委は「記憶にない」「知らない」という実質的な黙秘権・自己負罪拒否特権に対して対抗する術がない。ひたすら相手の良心に訴えかけるあるいは情に訴えかけるという手段が取れるのみであり 10 時間という時間は相手の良心に訴えかけるあるいは説得するための時間なのである。このような情緒的な対応はもちろん近代司法のあり方からは歪んだものであるが、上記のようなサンクションの機能不全ないし課徴金裁量制度の欠如という致命的な欠陥を前提にすれば公取委の対応は制度の欠陥に対する唯一の実務的な対応といえる面があり、簡単に批判されるような性格のものではない。ただし公取委が審尋調書を使わず供述調書という供述者が任意に述べたことを前提にする供述調書を作成する実務を行ってきたことは、やむを得ない面があるものの問題があり、審尋調書の作成に切り替えるべきである⁶²¹。

黙秘権・自己負罪拒否特権の保障(法的な保障でなくても上記のような実質的な保障も含む)のもとでの証拠収集実務は課徴金賦課権限についての裁量権があること、裁量権を活用した課徴金の賦課の免除という権限があって初めて機能するものであり、事実上の黙秘権・自己負罪拒否特権の行使がなされる実務のもとでは、早急に裁量型の課徴金を導入する必要があり、調査実務の改革は、裁量的課徴金の導入と検査妨害と虚偽陳述に対する制裁金を公取委自ら賦課できるという制度とセットで行われる必要がある。

⁶¹⁹ ソニー・ビデオテープ・カルテル事件。同事件では、欧州委員会が立入調査を行った際に、立入調査を受けたソニーの子会社の従業員が、違反行為に関連する書類をシュレッダーにかけ、欧州委員会の職員の質問に対し、回答を一切拒絶したことに関し、1080 万ユーロ(約 14 億円)の課徴金の増額(当初課徴金の額の 30%)がなされた。井上(2009) 88 頁。鞠子公男「EU 競争法の履行強制金」公正取引 705 巻(2009)16 項

⁶²⁰ この点の詳細は、第 2 部第 7 章または越知・行政調査 165 頁

⁶²¹ この点の詳細は、第 2 部第 7 章または越知・行政調査 157 頁以下。

なお、黙秘権・自己負罪拒否特権を強力に保障する米国では偽証に対する摘発も強力であり、ロジャー・クレメンズやバリー・ボンズのようなスーパースターであっても偽証罪に問擬されるし、エンロンの不正会計事件では会計処理に携わった公認会計士は、自らの事務処理に対し黙秘権や自己負罪拒否特権を使って事件の解明を妨げることはできなかった。米国の場合、手続的保障も強力だがそれを克服する手段についても厳正な執行が行われるのであり、この点を看過して一面的に黙秘権や自己負罪拒否特権を主張するとバランスを欠く議論となることに注意が必要である⁶²²。

7 弁護士依頼者特権

弁護士依頼者特権とは、弁護士と依頼者との間の通信文書であり、このような文書は立入調査の対象からはずれるものと解されている。この権利は、弁護士の守秘義務の延長上にあるものだが、立入調査の際に、弁護士依頼者特権に基づき、書類の提出を拒否できるかについては、微妙な問題がある。言うまでもなく、書類を見なければ弁護士依頼者特権の対象になるか否かがわからないからである。基本的に書類を一瞥させ、弁護士依頼者特権で保護される情報であることを示す方法がとられていると思われる。弁護士依頼者特権の対象となる文書を、一つのファイルにまとめておき、これについてシールを貼るというやり方で、弁護士依頼者特権対象文書を保護することも考えられる⁶²³が、そのファイルの中に真に弁護士依頼者特権の対象文書だけがファイルされているかは不明であるため、このような方法をとったとしても、ファイルの中身を一瞥させることを拒絶することはできないと思われる。仮にこのファイルの中に弁護士依頼者特権の対象文書でないものを紛れ込ませていた場合、それだけで悪質な調査妨害と判断されかねないので、十分な注意が必要である。

なお、EU では、弁護士依頼者特権は、社内弁護士には及ばない⁶²⁴。

III 日本の調査手続

1 強制調査と任意調査

(1) 行政調査についての一般的説明

⁶²² ただし、日本の刑事司法では、黙秘権、自己負罪拒否特権があっても、取り調べ受忍義務があるとされており、それはそれで問題ではある。この問題の詳細については、第3部第2章参照。

⁶²³ この実務を奨励するものとして、井上(2009)107頁

⁶²⁴ AM&S V. Commission [1982] ECR 1575 para 17 井上(2009)108頁

行政法の教科書では、一般的に、行政調査は法の規定のある場合とない場合があり、ない場合にも任意的手段による場合には調査を行うことは可能であるとされる。また、法の規定のある場合に、この手続を用いず、任意ベースで、調査が行われる場合もある。この点は、法の求める正式手続を合意ベースでどこまで、変更できるかが問題となる。独禁法の企業結合届出に関する事前相談制度は、しばしば、行政指導の問題として議論されるが、後述する通り、任意ベースでの調査手続と考えられるべきものである。

法の定めがある場合、どの範囲で法に基づく権限が行使でき調査を受けるものにいかなる権利があるかが問題となる。通常、これは、間接強制下での手続の問題であり、任意的手段による場合には、問題にならないのが当然である。

(2) 独禁法の立入検査

公取委の独禁法調査の場合、カルテルでは、立入検査又はその後も必要に応じ審査に必要な文書等を提出命令に基づき提出させ又は同意を得て任意に提出させる。また質問を送付して報告を行わせる(事情聴取)等による調査(独禁法の場合、これを審査と呼んでいる)を主たる調査方法としている。非カルテル分野では、報告命令や、任意手続の比率が高まる。

立入検査が行われる場合には、立入検査の対象である事業者や事件関係者が保管している名刺・手帳・各種書類等の重要な文書や関係者の PC のプリントアウトやハードディスク等の写しを提出させる例が多い。書類の提出に関しては、当局は、提出された書類の目録を事業者に交付しており、45 条 1 項 3 号に基づく提出命令(強制処分)という正式手続に基づく権限を行使しているものとみられる。これは、(任意調査を最大限活用する)関係人からの事情聴取と大きく異なる点である。

提出された文書等については、公取委は、原本の提出を求める権限があり、実際に原本を閲覧しこれを提出させることが多いため、事業者がその後の防御に必要な文書等を閲覧・利用できないという批判がある。必要性の観点からは原本でなければならない理由はないことが多く、事件関係者からコピーを要請されたときは、その場であるか後日であるかはともかく、コピーを取って、原本を返却する必要があると思われる。ただ、実際の実務で、コピーを取るよう要請された場合は、コピーをとっていたようである。

また、審査規則 18 条において提出命令の対象となった物件についての所持者の側の閲覧・謄写を認めている。但し、「事件の審査に特に支障を生ずることとなる場合」には閲覧・謄写が認められない(18 条 1 項但書)。

(3) 独禁法の事情聴取

審査官は立入検査と同時にまたその後も必要に応じて関係人や参考人を公取委に出頭さ

せ、事情聴取を行う。事情聴取は任意手続又は強制手続(審尋)の方法により行われる。強制調査手続である審尋の結果録取された内容により作成された調書を審尋調書といい(48条)、任意調査の結果、録取された内容により作成された調書を供述調書という。

実務上、多用されているのは、供述調書であり、事情聴取全体が、同意ベースの任意手続となっていることが日本の大きな特徴であり、問題でもある。後記3で詳細に述べる。

2 刑事手続における保障の適用可能性

(1) 立入検査における被疑事実の告知と令状主義

刑事手続では、立入検査に相当する搜索・差し押さえの実施には令状の取得が必要とされるが、行政調査である立入検査前には令状主義の適用はないと解されている⁶²⁵。行政法の一般理論では、そのように憲法上の要請が働かない場合には、具体的な手続のあり方については、広い範囲での行政庁の裁量を認めて、「実定法上特段の定めのない実証細目については質問検査の必要がありかつ、これと相手方の指摘利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまる限り、権限ある税務職員の合理的な選択にゆだねられているもの」と解されている。これによると、調査日時・場所等の事前通知、調査理由等の告知は当然には必要とされないことになる。

行政調査は多種多様であるので、一律的な規定に親しまないものがあるが、事前通知もなく、強制的な調査にきて、何も告げずにいきなり、立ち入ることがデュープロセスの観点から許容されるのかが問題になる。立入前に、調査日時・場所等の事前通知をしたのでは、立入の実効性は確保できないので、事前通知は難しいにしても、立入の直前に、立ち入るものの身分、立入の理由を告知することが最低限のデュープロセスとして、行政調査でも要請されるのではないかと思われる。本来的には、個別法で具体的な告知についての規定を置くべきであるが、特に罰則による担保がある場合など調査が強制にわたるような場合には、調査に際して、調査するものの資格、目的、根拠法令を示すことを規定すべきではないかと思われる。この点、独禁法の審査規則は、もっとも規定が整備されている。本来刑事罰の制裁があるはずの犯則調査の場合のほうが、被疑事実の告知などを丁寧に行っていない逆転現象すら生じており、立入前の告知については、独禁法に基づく審査規則は他の行政調査の立入実務でも参考になるものと思われる。

⁶²⁵ 行政調査に裁判官の許可状を要求する場合もある。出入国管理および難民認定法違反調査(31条)。その結果、同法の調査については実力の行使も許されるものと解されている(塩野・行政法I 240頁脚注(3))。これに対して即時執行の領域で警察官職務執行法61項は実力の行使を認めているにもかかわらず裁判官の許可状を要求していない。

(2) 供述拒否権の行政手続への適用

憲法 38 条の供述拒否権・黙秘権・自己負罪拒否特権が行政調査に及ぶかについては租税調査に関し行政調査の目的が刑事責任の追及ではないこと、資料も当然に刑事手続で用いられることはないこと、間接強制にとどまること、言い換えれば直接的な実力の行使でないこと、徴税目的からの必要性が高いことから、所得税法の質問検査権には適用がないとされており⁶²⁶、事業会社の違法行為是正型の行政調査における従業員からの事情聴取の場合、行政調査後の制裁・救済措置の対象は会社であって、従業員ではないので、より一層(自己の犯罪の嫌疑に保障される)自己負罪拒否特権の適用が問題になるものではないと解される。

経団連意見書・競争法タスクフォース提言書は、欧米では、黙秘権・自己負罪拒否特権が行政調査に及ぶとして、日本でも、黙秘権・自己負罪拒否特権を独禁法の審査(調査)実務に認めるよう求めている。しかし、上記の通り、同じ行政手続をとる EU では(米国は、行政手続をカルテルで使うことがない)、行政調査に黙秘権が及ぶものではなく、犯罪行為を自白させる質問にのみ、自己負罪拒否特権が及ぶというにすぎない。独禁法 47 条 1 項には、このような限定はないが、カルテルをしたこと、談合をしたことの供述は犯罪行為そのものの自白であり、犯罪行為の自白を強要されるものではないとの見地からは、そのような質問は可能としても、質問に対する回答は拒絶できる(供述拒否しても検査妨害にはならない)と解すべきものと思われる。

供述調書については、同意により供述するもので、自己負罪拒否特権は問題にならないと解されている。そこで、元公取委事務総長の上杉教授は、告発を視野に入れている場合には、審尋の方法が回避されてきたとする⁶²⁷。しかし、回答者を不告知によりぎもっているものとも評価され、疑問であり、告発が予想される場合には、むしろ正式手続である強制手続によるべきである。以下詳述する。

3 事情聴取と供述調書の位置づけ

(1) 同意による正式手続からの離脱

任意調査と呼ばれる同意による調査・証拠の収集は、関係者の合意によって、正式手続から離脱するという側面があり、ここでは同意による正式手続からの離脱と表現すること

⁶²⁶ 最大判昭和 47 年 11 月 22 日、刑集 26 卷 9 号 554 頁。

⁶²⁷ 上杉(2009)425 頁。

にしたい。同意による正式手続からの離脱は、証拠収集方法にとどまらず、審理手続においても存在する。独禁法の企業結合審査がその適例であり、企業結合分野の行政調査では、届出制度があり、届出から、審査期間が法定されているが、実際に法定の手続で審査が行われるわけではなく、事前相談という正式な届出でない制度を使って処理している。この手続は、明文の規定のない行政指導として批判されてきたが、この問題は、許認可権を盾にした行政権限の濫用という本来的な行政指導の面とは異なり、真の同意ベースでの正式手続からの離脱の問題であり、批判が的外れの面がある。企業結合の審査については、欧米のどの国も多かれ少なかれ、正式手続は同意ベースの手続で修正されている。ただ、企業結合審査の場合、手続の一部でなく、届出手続全体が事前相談制度によって別のルールに変更されているという極端さが問題であり、このような極端な状況であれば、事前相談制度をベースにして正式手続自体の改正がおこなわれるべきである。このような極端な任意手続化の点も、ある意味で供述調書と似た問題といえる⁶²⁸。

(2) 供述調書と審尋調書

独禁法事件の調査権限は、47 条に規定があるが、これは、いわゆる間接強制手段であり、有形力は行使できないので、妨害を実力で排除することはできず、事業者が事実上、広い意味での同意により進められる手続である。ここから、事情聴取が任意手続であるかのように記述されることがある⁶²⁹が、47 条に記載された正式手続による調査を拒否したり、不適切な対応をした場合、検査妨害となるので、47 条に基づく正式手続は、任意手続ではなく、強制処分手続である。

この 47 条 3 項の正式手続に基づく情報請求権限は、事件関係者に質問を發し、回答を求める権限を含む。この権限に基づいて作成される調書が審尋調書である（供述調書ではない）。この正式手続で虚偽陳述を行った場合は、検査妨害になりうる(94 条)。ところが、この正式手続に基づく審尋調書が作成されることはめったにない。その代わりに、供述調書が作成される。供述調書は、間接強制としての審尋手続によったのではなく、任意調査により、事件関係者が完全に自分からその知っているところを供述するものである。このような完全な任意の供述というのは、本来、被害者の供述など、真に自発的な供述に關し用いられるべきものである。被審人の従業員などの事件関係者からの供述は、ほとんどの場合は、審査官に問われたことを答えているのであり、審尋調書によるべきものであるが、実務上は、ほぼすべて、審尋調書ではなく、供述調書が作成されている。

⁶²⁸ 長澤哲也「公正取引委員会の手続における適正手続の在り方」ジュリスト(2007)1342号.74頁

⁶²⁹ また、最近では、国際カルテルの調査手続に關し、国際法の定める送達手続によらない手続をとることがあるが、この場合も、同意による正式手続からの離脱の側面がある。

(3) 供述調書が用いられる理由

上杉教授は、供述調書が用いられる理由として、間接強制下の供述より任意の供述である供述調書のほうが信用力が高い²¹とされる日本に特異な考え方があるとされる。しかし、行政調査でそのような考え方が確立されているかは疑問があるし、あるとしても、供述調書に依存する刑事手続の影響を受けているだけで説得的な根拠があるわけではなく、むしろ、供述調書は、虚偽の陳述でも、検査妨害に問われることはなく、当事者がそのメリットを享受するために、供述調書によっていることを考えると、審尋調書のほうが、信用力が高いと考えられるべきであろう。

供述調書が用いられるのは、一般には、当局側が事件のストーリーを調書に盛り込みやすい点にもとめられていると思われる。すなわち、審尋手続だと、いちいち調書を取らねばならないが、そのようなやり方だと、供述者の回答に細かい矛盾が多数生じ、それが審判で被審人の攻撃の対象となる⁶³⁰し、読んで意味のわかりにくいものになる。供述調書によれば、繰り返し、供述を聴取したうえ、最後に一貫させたものを一括調書とすることで、事件のストーリーを審判官の前にわかりやすく提示することができる。また、実際にカルテルをしましたという自白を供述に盛り込んでも、あくまで自ら任意に自白したように記載されるので、自己負罪拒否特権も問題にならない。それ故、供述調書の方が重宝されるのであるが、他方、審査官のストーリーの押しつけであったり、自白を強く勧められた結果、自白したという主張が審判で行われる原因ともなる。

このような実務が行われているのは、公取委の便宜からだけではなく、供述者側の便宜も大きいことに注意が必要である。それは、供述調書の手続による限り、虚偽陳述をした場合でも、検査妨害で刑事告訴される可能性がない(94条は、正式手続である審尋手続における虚偽陳述だけが検査妨害の対象であると規定されている)からである。これは、立法論としては妥当でなく、まったく自発的に供述した内容であっても、行政調査を誤導せしめるような陳述は、故意があれば、検査妨害に該当するように規定すべきであると思われるが、そのようになっていないため、いったん供述した内容を覆しても、検査妨害罪に問われることはない。いったんカルテル・談合を認める供述をしながら、これを後になって覆すことの一因となっているとともに、供述者や代理人が正式手続である審尋によることを請求しない最大の理由となっている。

刑事手続との対比でいえば、違法行為を自認する内容が含まれている点で、犯罪事実の

²¹ 上杉(2009) 430項

⁶³⁰ 供述が矛盾なく、一貫している方が、むしろ不合理と思われるが、このような争い方が刑事訴訟実務の現状である。

自白を含む刑事の供述調書と似ている面があるので混同されがちだが、行政調査における供述調書による証拠収集は、勾留という身体的自由(人権)の強度の制約下で取得される刑事手続における供述調書による証拠収集とは全く異なるものである。また、刑事手続では、勾留でない任意捜査の段階でも、拒絶すれば逮捕され勾留されるという圧力の中で、応じているのであるから、勾留されていない場合でも、勾留に対する圧力のもとでなされるものである。また、刑事手続では、自己負罪拒否特権、黙秘権の保障が全面的におよび、供述が強制されるものではないのに対し、行政調査では、質問に対し、知っていることを答える義務があり、その義務違反に対し、検査妨害罪という刑事罰が適用されるのであり、状況が大きく異なる。供述調書は、双方のメリットにより、上記の正式手続から離脱するものであり、刑事手続において取得される供述調書とは似て非なるものである。ただ、供述調書という同一名称が用いられることも錯覚を生じる原因となっている面があり、刑事手続の証拠として活用される供述調書とは別の名称(たとえば供述書)を用いるべきであるように思われる。

審判事件では、供述調書で自白を「強要された」という言い方が審判廷でなされるが、供述調書を取る手続は同意ベースの任意手続であり、供述者はいつでもこれを終了させることができ、これを終了させても逮捕されるということはなく、審尋手続に移行するだけである⁶³¹から、勾留権限を背景とした刑事手続で問題になる強要と同視するのは、適切ではない。端的に言えば、審査官のストーリーを押しつけられたとき、供述調書でなく、審尋にしたいと言えよいのであり、そうしないのは、審尋だと、回答しなければ検査妨害になるので、あえて審尋手続を要請することはなく、供述調書の手続で粘り、あとから任意性を争う方が、戦略上、有利だからである。その意味で、これを強要されたという議論は刑事事件の供述調書との相違を理解していない筋違いの議論である。ところが、ゴミ焼却炉談合事件⁶³²では、この議論に振り回されて供述調書の任意性が争われ、その判断に8年もかけたうえ、あたかも刑事事件の供述調書であるかのように任意性・信用性を審決の最重要論点として判断している。審判官の審判指揮・審決の書き方の双方で問題のある事例であることについて、第1部第2章の本件の評釈を参照。

(4) 実務の変革の必要性

⁶³¹ ただし、審査官は、審尋に移行するという手続をとってこなかったと思われ、そこに、手続が混迷してきた理由がある。

⁶³² 審判審決平成20年7月24日。審査実務としても、供述者が否認に転じた段階で、供述調書ではなく、審尋調書に切り替え、供述拒否に対して、検査妨害で告発するという対応をとるべきであったと思われる。

行政調査は事情聴取を受ける事件関係者個人に不利益を課す目的はなく、会社に対する違法行為の抑止または制裁を目的とするものであるから、正式手続である審尋による限り、供述拒否が認められる範囲は狭い。公取委が、審尋調書による実務・検査妨害に対する執行を強化すれば、事業者は現状より厳しいポジションに置かれる可能性が高い。

他方、審査官が審尋調書を回避する最大の理由は、完全な自白(違法行為の自認)をとりにくいことにあることは疑いなく、そのような自白に依拠した実務に変革の必要があることも確かである。そこで、事情聴取は、審尋調書を原則とし、供述調書は、事件関係者からの強い申し出による場合に限り、その場合でも、事件関係人が、審査官の把握している事実関係を争ったり、一部の事実を争うなどしている場合は、正式手続によるよう実務を変革すべきである。このような、実務の変革を促す点は、弁護士の立会権を議論する最大の意義であるといえることができる。

EU では、審問による証拠収集の比重が高くないとはいえ、審問が行われる場合は、当然、審問の結果として、調書に記載されるのであり、同意ベースの供述書を作成するものではない。真に自ら供述を行う場合には、証人の前で宣誓の上、供述する宣誓供述書を作成するが、実際は、質問に答えさせているのに、あたかも自主的に回答したかのごとき、調書を作成することは虚偽の調書と判断される恐れがあるからまず行われない。

4 事情聴取における弁護士の立会

(1) 広汎な実務の改革との連動の必要性

日本では、審尋でも弁護士の立会は認められていないが、EU では、事情聴取手続における弁護士の立会が認められている。正式な審尋に関する限り、この点の問題提起は合理的なものであるが、その結果として、日本の現在の実務を広汎な見直しが必要になることに注意が必要である。これは、検査妨害に対する規制の強化、課徴金(履行強制金)の検査妨害への拡大、課徴金等に対する裁量性の導入、事実認定で、精密司法と呼ばれることのある日本の細かすぎる事実認定のあり方の見直し(自白に頼ることはできないので、これまでのような詳細な事実関係の記載は難しくなる)などと一体化した改革が必要である。

(2) 供述調書による場合の弁護士立会

経団連意見書および競争法フォーラム意見書は、審尋だけでなく、供述調書による場合にまで、弁護士立会を認めることを主張するようであるが、勾留という身体的自由という人権の強度の制約下で取得される刑事手続における供述調書による証拠収集と同意ベースで正式手続から離脱した公取委の審査における供述調書が全く別物であることが認識されていないのではないかとと思われる。審尋という正式手続に弁護士立会を認めよということとは合理的であるが、同意ベースで正式手続から離脱した供述調書に関してまで、弁護士の

立会を要求することは供述調書の実務の意味、自らが有している利点(検査妨害の対象にならないこと)を放棄することになるものである。すなわち、弁護士立会を認めるということは、正式手続に乗せるということであるから、当然、検査妨害の射程に含まれるということである。したがって、これまでのように、安易に供述を撤回したり、変更したりすることは、検査妨害罪で訴追されるリスクにさらされることになり、供述調書のメリットは失われる。

すでに述べたように、事業者は、審尋の手続に戻すことはできるのであり、検査妨害を回避するメリットを享受するため、あえてその方法をとらない以上、防御権の内容も、相手方が同意した範囲に限る。すなわち、審査官が代理人の立会に同意すれば、立会が可能であるが、拒絶されてなお、正式手続である審尋を請求しないのであれば、検査妨害に該当しないメリットを重視して合意で正式手続から離脱したと見るしかないと思われる。代理人の立会がなければ防御が困難になると言うのであれば、供述調書の方法に同意せず、審尋によることを審査官に要請すればよいだけであり、それが、事業者のとるべき方向性であると思われる。

(3) 誰の代理人が立会うのかー利益相反の問題

弁護士の立会を保障するという画期的な提案が法制化されたとしても、カルテル・談合の事例では、そこに立ち会える代理人は、事業者の従業員の供述に関しては、従業員の個人の代理人であり、会社の代理人ではない場合が多くなると思われる。事業者の代理人が立ち会えるのは、従業員と事業者と利益相反のない場合であり、利益相反のある場合は、事業者の代理人は、そのことを従業員に告げ、自らの立会をやめる必要があると思われるからである。実務家を中心とする議論はこの点に十分な認識なく、EUの供述の際に代理人の立会が認められていることを理由に、簡単にそれを日本に持ち込もうとする議論が多い。行政調査の際に代理人の立会が認められるのであれば、その一環である質問の際に、代理人の立会が認められるのは当然であり、そこでの回答者の回答内容を調書に残す場合は、代理人が確認するという実務になっているからである。ただし、米国でのディスカバリーの対象にならないよう、供述は調書の形で文書化するのではなく、録音テープにとられることが多い。この質問と回答のプロセスは、日本でいえば、審尋調書の正式手続である。加えて、この説明は、回答者と事業者とにコンフリクトがない場合のものである。数年前までは、各国の独禁法で刑事訴追されるリスクが少なく、検査妨害に対する制裁も個人ではなく、事業者が対象であったため、EU実務では、従業員(回答者)と事業者のコンフリクトを考える局面は限定的であった。しかし、カルテル・談合が加盟国で刑事罰の対象とされるにしたがい、利益相反の問題が顕在化しており、利益相反が生じるとみられる局面では、代理人はその旨を回答者に告げ、回答者個人の代理人を選任することを促す必要のある場合が多くなっている。この点は、加盟国競争法の実務では一層顕著で、英国で

は、利益相反のある場合には、利益相反の旨を告げて、従業員が個人の代理人を付ける場合には、個人の代理人が立ち会う機会を確保しているようである。

行政調査の代理人立会の問題は、審尋という正式手続への回帰を促す側面があり、その点については賛同できるものがある。しかし、それが実現した場合でも、カルテル・談合の事例では、代理人の立会は、回答者個人の代理人になるべき場合が多くなると思われる。検査妨害が刑事罰であるため、告発される可能性のある場合、個人は自らの供述が検査妨害で訴追を受けないか常に助言を得る必要があると考えられるからである。しかも、この点を徹底すれば、公取委の審査官の前で、どのような供述を行ったかを会社で話すことも、その後の情報の活用のされ方次第で、検査妨害になりうる可能性があり、会社に公取委での事情聴取の内容の説明をするかしないかについても個人の代理人に助言を得ることを許容すべきであると考えられる。

このように、従業員が個人の代理人を選任する必要がある場合は実は多いが、次に代理人の弁護士の費用はだれが持つかが問題になりうる。従業員の権利の保護の実効性確保の見地からは、会社が弁護士費用を払うことが利益相反の見地からできないとは考える⁶³³べきではなく、従業員の権利保障の実質化の観点から、むしろ、そのような対応が奨励されるべきであると思われる。

(4) 審尋の立会における代理人の役割

基本的に、立会の意義は、回答内容の正確性の確認、および回答者が犯罪事実を自白させるような質問について、これをやめさせるようにすることにあり(それ以外の質問については、供述拒否権はないと考えるべきであることについて、前述 2 を参照)、長すぎる審尋では、休憩をはさむよう求めるなどの要請は別として、立会権は、質問中に回答者と代理人が回答について秘密の打ち合わせをすることを保障するものではない。これは、法廷での証人尋問中に、証人は、質問について、いちいち弁護士の助言を受ける機会がないのと基本的に同様ではないかと思われる⁶³⁴。

上杉教授⁶³⁵は、審尋の立会がおこなわれる場合の実務に関し、被疑事実の関連性について判断し、関連性があるか、回答者に助言することに意義があり、そのような助言ができ

⁶³³ 争訟実務 92 頁

⁶³⁴ これに関し、国政調査権に基づく証人喚問で、しばしば証人が、代理人と秘密で相談して、供述を拒否する例が見られるが、このような対応が認められるのはねそれが喚問の条件とされているからであると思われる、このような対応は審尋の過程で認められるものではない。

⁶³⁵ 上杉(2009)429 頁

る弁護士が育成される必要があることを示唆する。しかし、審尋は、証人尋問と同じで、立会の代理人が、いちいち行政官の質問の適否について意見したり、供述者に助言する権利を認めるものではなく、不適切な質問は行政手続の瑕疵の問題として処理されるべきものと思われる。

また、関連性について助言できるとしても、この関連性の問題は、立入で提出命令がなされる書類について関連があるかは書類を見てみないとわからないのと同じく、回答が、関連性を有するか、被疑事実の状況証拠になりうるかは、回答次第の面があり、また、関連性を限定することは、自らが証拠を弾劾する場合に、関連性を否定した事項については、自分で関係がない事項だと主張したのではないかと反論され、弾劾手段を狭めるおそれもある。より危険なのは、関連性がないと助言し、それに従って、供述を拒否し、あとで、それが、重要な関連性を実は有していた場合には、客観的には検査妨害に該当することになる点である。故意の問題は残るものの、審査官が、それは関連性があると主張されたにもかかわらず、供述拒否を助言し、供述が得られなかった場合、代理人の助言は、検査妨害のほう助または弁護士過誤の問題を生じかねない⁶³⁶。このようにベテラン弁護士でも、関連性に関する助言は至難であり、EU の弁護士は、関連性がないことを理由に強く争うことはしないのは、II で述べた通りである。

5 調書の閲覧・謄写

事業者が審査官に提出した物件については、審査規則 18 条で閲覧謄写を規定しているが、審尋調書及び供述調書の閲覧・謄写については明文の規定がなく、公取委はこれらの調書の閲覧謄写を認めていない。また、公取委は事情聴取においてメモを取ることも原則として認めておらず、事情聴取の際に対象者が取っていたメモの提出を命じ、留置した例がある⁶³⁷。この点についての改革が経団連・実務家より要請されている⁶³⁸。

法文の規定は別として、この実務を正当化する理由として、事情聴取の場合、提供された情報に関し、事業者と供述者の間に利益相反があることがあげられる。しかし、そうであれば、供述者自身には、閲覧し、少なくとも陳述内容を確認させる必要があるし、この確認の過程をとっていないのであれば、検査妨害規制を活用することも困難であり、供述者自身に内容確認のための閲覧は認めるべきである。

⁶³⁷ 事情聴取に関するメモの提出命令に対する異議申立を却下している例として、平成 15 年 10 月 24 日決定 審決集 50 卷 551 頁。

⁶³⁸ 経団連意見書・競争法フォーラム提言書

事業者との関係では、調査の必要から、事件関係人の事情聴取が終了した段階までは、調書の閲覧を制限することはできるとしても、少なくともその後の段階では、防御権の観点から、事件の証拠となりうる調書（当局に不利な証拠も含むのは当然である）については、事業者に閲覧させる必要があり、回答者との利益相反が問題になる事項については、ブラックアウト(マスキング)するなどの処置を施すことで対応すべきであろう。

6 弁護士依頼者特権

(1) 弁護士依頼者特権は認められていないのか

弁護士依頼者特権が認められないことが、日本の司法の前近代性の象徴として主張されることが多い⁶³⁹。弁護士依頼者特権とは、弁護士と依頼者との間の通信文書について、立入調査の対象からはずれるなどの取り扱いがなされる特権をいう⁶⁴⁰。

まず、日本で、弁護士依頼者特権が全く認められていないかというところとは言えない。確かに、立入検査で、書類の提出命令をかけるとき、弁護士依頼者間の通信文書を提出の対象外とするわけではないから、その限りで、弁護士依頼者特権はないのだが、このような通信文書をそのまま、証拠として取り扱うことについては、慎重に取り扱われている。後述のように、弁護士依頼者特権にかかわる書類から、検査妨害の事実が見つかった場合でも、それを検査妨害の証拠として用いたことはないという意味で、すなわち、弁護士依頼者特権で保護される通信については、検査妨害の証拠として活用しないという意味での弁護士依頼者特権は黙示的に享受されている現実があるように思われる。

それ以外の点でも、弁護士の職業上の義務として、守秘義務があることは、万国共通であり、その守秘義務の延長として、弁護士の作成した書類について、ある種の特別な扱いは事実上行われているように思われる。当局の提出要請に対し、柔軟に対応できる（まったくの会社作成書類とは違った取り扱いを受ける）ことが期待されていると思われる。そうでなければ、企業が不祥事が生じたとき、社内調査を弁護士に依頼することは困難になると思われる。公取委を含めて当局が、社内調査報告書以外の一切の弁護士と事業者との間の通信の提出を命じることは、行われていないと思われる。

また、公取委の独禁法調査の場合、後に述べるが弁護団会議という実務が広く行われて

⁶³⁹ 経団連意見書・競争法フォーラム提言書。競争法フォーラム提言書では、弁護士秘匿特権とされている。より広範な特権を対象とするようであるが、守秘義務の射程での保護の問題との境界が不明確になっているくらいがある。

⁶⁴⁰ 競争法フォーラム提言書では、弁護士秘匿特権とされ、より広範な特権を対象とするようであるが、守秘義務の射程での保護の問題との境界が不明確になっているくらいがある。

いるが、公取委が弁護士団会議の内容について、事業者に対し、弁護士団会議について供述を求められたことはないように思われる。

その意味で、弁護士依頼者特権は明文上、認められていないものの、諸外国同様に、実質的には、立入検査で提出を請求される書類に弁護士依頼者特権が及ばないということに過ぎず、ドイツと同レベルでしか弁護士依頼者特権が保護されていないというのが、実態に近いようにも思われる。

そのうえで、明文で弁護士依頼者特権を認めるかを議論すべきであるが、この問題は、過去の遺産の問題と証拠開示の問題を抜きにして議論することは適切でない。

(2) 刑事実務をベースにした日本固有の事情と弁護士の行為規範との関係

当局には、過去の独禁法事件においては、弁護士が否認あるいは供述拒否を勧め、あるいはこれに加担していたとの根強い疑惑(ないしは確信)があり、この疑惑は、当局が立入検査において提出させた書類・メモ、事件関係人の供述から裏付けられるようである。このことから当局は、弁護士に対し、弁護士依頼者特権を明文で付与することはほとんどないとの認識が強い⁶⁴¹。ある事件では、弁護士から否認あるいは供述拒否を勧められた趣旨を供述した供述調書も存在することが公然の秘密となっている⁶⁴²。このような独禁法事件の過去の弁護士のハンドリングについて当局の疑念の問題を考慮せずに単に欧米の制度との比較だけで弁護士依頼者特権の問題を議論したのでは、外部の者や新たに独禁法実務に携わるようになった実務家に真の問題の所在が見えて来ず、適切な議論とならないおそれがあり、本章では、このデリケートな問題にあえて踏み込むことにした。

まず、そのような実務がそもそも問題なのかという点から検討する必要がある。このような弁護士の弁護活動に対する疑念については、刑事事件の弁護業務でもしばしば問題となる。しかし刑事実務においては、被疑者は全面的に黙秘権・自己負罪拒否特権の保護を受けている者からどのように回答すれば良いかと問われた場合に、「黙秘しろ。」「供述を拒否しろ。」というアドバイスを行うことはそれ相応の理由がある。被疑者から助言を求められる場合において、黙秘権、自己負罪拒否特権の行使を助言しているにすぎないと言いうるからである。これに対し、「黙秘できます。」「供述を拒否できます。」というべきであり、積極的にその行使を勧めることは問題があるとの議論もありうるが、少なくとも米国の刑事実務ではこのような助言も許容されていると思われる。しかし、単に黙秘権、供述拒否権の行使を助言するだけでなく、弁護士が積極的に虚偽陳述を勧めたり、弁護士

⁶⁴¹ 争訟実務 96 項は、利益相反の観点から、この実務の見直しを示唆する。

⁶⁴² PC 橋梁談合事件では、審決書に、弁護士が書類の破棄を行うよう指示したことが判示されている。この判示は、被審人の取締役会議事録等から認定されている。

の描くストーリーに従って事件関係者に供述させたり、供述を拒否させた場合には、米国でも司法妨害の問題が生じる。日本における刑事弁護の実務では、弁護団が生まれ弁護団ベースで弁護方針が決まる。このときに弁護士がある一定の筋に被疑者の供述を誘導することがあれば、日本でも司法妨害の問題が生じるはずであるが、このような形での問題提起はあまりなされていない。

カルテル・入札談合に携わる弁護士に元検察官など刑事実務の専門家が多かったことから、このような刑事弁護実務が独禁法のカルテル・入札談合実務に応用され、それによって実務が形成されてきた。実際、ひところのカルテル・入札談合の事実関係を争っている事件を傍聴すると、公安事件に似た趣をもっており、刑事手続ではないかとの錯覚が生じたほどである⁶⁴³。実際に、審判廷でも、解釈論として、刑事手続に準じた手続をとるべきであるとの主張が堂々となされることもしばしばである。実際にカルテル・入札談合事件では供述調書が重要な立証方法とされ、この点も刑事訴訟実務に似た景観を呈する理由である。しかし刑事訴訟の供述調書と独禁法の行政調査で取得される供述調書の性格が全く異なるのは上記のとおりである。

行政事件では、刑事訴訟レベルの黙秘権・供述拒否権はなく、正式の行政調査手段である審尋による場合は質問に対しては回答しなければならない。したがって審尋に対し、「否認しろ。」または「供述を拒否しろ」（一切喋るな）という助言をしたのであれば、検査妨害の教唆または検査妨害そのものに該当する恐れが強い。しかし、任意の手続による場合（供述調書を取得する手続）、任意の協力であるから否認や一切の供述拒否が検査妨害に当たることはない。当局の職員は否認や供述拒否がなされている場合は審尋手続に切り替えれば良いのだが、そのような審尋手続に移行せず、（供述調書のスタイルで）供述を取得しようとすることに固執するため、審判廷で任意性が争われることになる⁶⁴⁴。供述を拒否した場合、速やかに審尋に移行し、なお且つ供述を拒否するならば、検査妨害罪として告発する方法をとるべきであり、供述調書に固執すること自体が誤った行政調査実務であると言わざるを得ない。

したがって弁護士が否認を勧めたといっても、正式手続である審尋手続が使われた場合を想定しない任意手続における否認ないし供述拒否の勧めであれば検査妨害教唆にはあたらないことになるが、そのような限定付きで助言がなされているかが検査妨害の教唆にあたるか否かの分岐点であろう。

⁶⁴³ 公安事件的な色彩は審判廷において事業者代理人の弁論が審判官に向かっているというよりも傍聴席に向けられているかのような弁論戦術を取ることによっても現れている。

⁶⁴⁴ まさにそのような争い方をすることを弁護士が意図しているのであるから、事業者代理人の作戦に乗って、任意性の議論を誘発しているともいえる。

さらに、弁護方針の中で事実関係について、ある種のシナリオを弁護士の方で作り、それに合わせるように供述するように勧めたならば、言うまでもなく検査妨害の教唆にあたりうる。

(3) 弁護団会議という実務の問題

そこで問題となるのが、弁護団会議という実務である。独禁法のカルテル・入札談合実務で独特の実務として事業者の弁護士間での情報交換の目的として弁護団会議を開催するという実務がある。

弁護団会議というのは、一般には、弁護団という用語が使われるとおりに、刑事訴訟において、同一被告に複数の弁護士が代理する大型の事件(典型的には公安事件)に関し、形成されるものである。

このような実務は、被審人同士の連携が問題となっているカルテル・談合事件で取ることが適切な実務か疑問がある。カルテル・談合では、独立して意思決定が行われているか、そのような意思決定が、競争者間の会議で制約されているかが問題の中心であるのに、独立した意思決定をしていれば、秘密情報となる意思決定の過程についての営業秘密が弁護団会議にさらされる可能性があり、独立した意思決定を行ってれば、そのような会議の形成には、消極的になるはずである。本来、事業者間に利益相反があるはずであるのに、このような会議を開くのは、カルテルが存在し、当局に対する情報の共有のためのインフォメーション・センターとなっていのではないかという疑念が生じるだけである。

このような実務は元々独禁法の事件の場合、複数の依頼者を一つの法律事務所が担当する場合があったことから利益相反の問題等についてあまり厳格な見方をしてこなかった経緯があること、独禁法のカルテル実務においては、独禁法の専門家よりも、刑事事件の専門家が事業者を代理することが多いことから形成されてきたものであるが、事業者間の利益相反の可能性が大きいはずのカルテル事件では、このような会合を開く目的が何かについて当局側から疑いの目で見られることは避けがたい⁶⁴⁵。公安事件では、弁護団で弁護シナリオを作る傾向があるが、このような戦略をとるために弁護団会議がもたれているのではないかとの見方も根強い⁶⁴⁶。

米国では共同防衛契約(Co-defense Agreement)を締結して各事業者間の弁護士で情報交換することがあるが、これは、米国のカルテル事件が、刑事事件であり、当事者は、黙秘

⁶⁴⁵ 争訟実務 96 項は、利益相反の観点から、この実務の見直しを示唆する。

⁶⁴⁶ 弁護士の関与により否認に転じることが多い点を示唆するものとして平林英勝 『最近の入札談合事件審決にみるカルテルの立証-「共同行為によってしか説明できないかどうか」のテストおよび「真の競争者ならどうしたか」のテストの活用について-』判例タイムズ No. 1228(2007. 3. 1) 74 頁。

権、自己負罪拒否特権で守られ、弁護士に検査妨害・検査妨害教唆という問題が生じる可能性が少ないことが大きい。すなわち弁護士・依頼者間の情報は秘匿特権によって守られるが弁護士と他の代理人の弁護士間の接触については弁護士の秘匿特権の対象に含まれないと解されるおそれがあるので、このような契約を締結することにより弁護士依頼者特権を弁護士間の情報交換に及ぼそうとするものである。それでも、司法妨害との関係には注意がはらわれ、共同防衛契約を結ぶ理由はディスカバリーに関し弁護士の秘匿特権を及ぼすことにその理由があるとされ、日本の弁護団会議のような情報共有を行うものではなく、慎重な対応が取られている。EU では、このような共同防衛契約が結ばれることはないが、これは、EU では、行政事件であり、原則として、黙秘権、自己負罪拒否特権で守られていないため、検査妨害の可能性が生じやすいためと思われる。このように考えると、犯則事件でない限り、弁護団会議という実務は再考されるべきである。とくに、上記の検査妨害のおそれの強い助言が行われてきた実態のもとでは、弁護団会議は、検査妨害と紙一重のリスクのある実務となりうる点に注意が払われる必要があると思われる。

(4) 諸外国との比較

弁護士依頼者特権による保護のレベルは、その国の司法の展開に応じ様々である。とくに、これを認める範囲は、証拠開示のレベル、検査妨害(司法妨害)に対する対応のラグレッシブさに連動しているところがあるように見える。米国のように全面的かつ広範なディスカバリーを認め、司法妨害に対し厳しい姿勢をとる法制の下では、弁護士依頼者特権(の明文化)は必須のものといえる。米国で、弁護士依頼者特権がないとなれば、当局は、事業者に弁護士の調査結果の報告を求めることができ、社内調査を弁護士に依頼することもできなくなる。明文に規定のないものにありとあらゆる対応をとる国であることが、弁護士依頼者特権のルール明確化が、喫緊の問題として対応されてきた面があると思われる。しかし、その米国でも、弁護士依頼者特権は、事業者により放棄することができ、放棄されると弁護士依頼者特権はおよばなくなると解されており、事業者が協力する場合には、秘匿特権が守られ続けるわけではない。最近までは、弁護秘匿特権の放棄が、リニエンシーにおける量刑事情に考慮されていたほどである⁶⁴⁷。

EUでは、社内弁護士に関しては、弁護士依頼者特権は認められていない⁶⁴⁸。ドイツでは弁護士依頼者特権は、立入検査前の文書には及ばず、立入審査後についてのみ弁護士依頼者特権が認められるだけである(立入検査前の書類に保護が及ばないのでは、ないに等しく、上記のとおり、日本並みにしか保護されていないといえる)。

⁶⁴⁷ 渡邊 肇 「米国反トラスト法執行の実務と対策」(商事法務 2009) 120 頁

⁶⁴⁸ AM&S V. Commission [1982] ECR 1575 para 17 井上(2009)108 頁

(5) 弁護士依頼者特権に対する現状での対応方法

以上の点からすれば、弁護士依頼者特権の付与は、(i)文書提出命令の強化を含む証拠開示をより広範にすること、(ii)検査妨害に対する制裁の強化及び(iii)過去の実務を検査妨害と弁護士依頼者特権の観点から再検討し、これまでの実務を変革することと同時並行に行われなければならない。

証拠開示に関しては、文書提出命令の範囲が強化されつつあるとはいえ、まだまだ、欧米の開示ルールに比べれば脆弱なものである。少なくとも、証拠開示の強化と並行して議論を進めていくべきではないかと思われる。

加えて、上記の様な過去の推測される負の遺産の存在を前提とすれば、現時点で弁護士依頼者特権の明文化を求めることにはやや無理があり、むしろ、行政調査実務における弁護士業務の倫理綱領を協議・作成するのが先ではないかと思われる。

弁護士依頼者特権を明文化する場合、弁護士依頼者特権対象書類を一つにまとめ中立的な第三者、たとえば公証人の保管のもとにおくという方法が考えられる。もし検査妨害的な実務が行われている可能性があれば公証人に、それに合致する文書がないかを確認させ、そのような違法行為の教唆に関しては弁護士依頼者特権は及ばないものとするとも考えられるであろう。

7 検査に対する不協力・妨害に対する制裁

立入検査は、直接的な実力行使は認められないが、検査拒否に対しては、刑事罰が科されている(1年以内の懲役又は300万円以下の罰金)。

立入検査に対してこれに協力せず、検査の実行を妨げる場合には検査妨害罪が適用される余地があることに独禁法調査では十分な注意が払われてこなかったようにすら思われる。。この検査妨害には検査中において検査官が検査を始めるまでの時間稼ぎを行い、その間に重要証拠をシュレッダーにかけて処分する等の行為がもちろん含まれる。また存在しないと回答することが検査妨害を構成することがある。その例として鍵があるにもかかわらずないと答えることがある。「鍵がない」「鍵を持っている人間がいない」という弁明が実は虚偽である場合には、検査妨害の問題が生じる。

また、シュレッダーで廃棄書類がある場合、近くの従業員にどのような書類が廃棄されたかを尋ね、供述を録取すべきであるが、その場合、虚偽の陳述や、知っていることを隠した場合は、検査妨害という犯罪であることを明確に告げるべきである。その際、例えば女性に対し「お嫁にいけなくなるよ」というような脅迫まがいと取られかねない告げ方を

行ってはならず⁶⁴⁹、法の趣旨をきちんと説明すべきである。

なお、書類を廃棄した職員については、「自己負罪拒否特権」があるが、廃棄した者以外には、自己負罪拒否特権の適用はないと考えられる。

また、検査の着手を遅らせるために何人かが審査官又は公取委の職員が部屋に入るのを遅らせるために立ちはだかる等のような行為があった場合、有形力の行使になるか否かの限界的な問題を生じうる。行政調査では、事業者の側から、書類を引き出させる必要があり、実力で室内に立ち入ったり、書類を取り上げたりすることはできない。しかし、そのように、入室を拒む行為は、検査妨害罪に該当する行為であり、審査官を証拠となりうる書類の置かれている部屋ではない部屋に誘導し、その間に書類の廃棄を進めているような場合にも、検査妨害になりうる。

公取委の立入検査は頻繁に用いられているにもかかわらず検査妨害罪が適用された事例はなく、これまで、この点の当局の対応は寛容なものであった。これは金融庁検査に関しすでに何件かの検査妨害罪が適用され、又は金融庁が処分のなかで検査妨害・忌避の事実を事実認定・処分理由で積極的に摘示していることと対照的である⁶⁵⁰。

その理由として公取委の検査妨害の告発に対して、検察庁がこれを調査し立件する見込みがないと考えられたからであると言われる。平成 17 年改正⁶⁵¹により、公取委が、検査妨害罪を活用しやすくなっているものの、しかし、依然として、刑事告発までのハードルは高く、検査妨害の排除の実効性確保のためには、妨害に対する違反金などの実効性確保手段の導入が不可欠である。

弁護士立会を認め、供述調書中心の実務を改める場合、検査妨害に対する執行の強化が必要となり、事業者もそれなりの覚悟が必要になると思われる。この点についてはVで後述する。

IV 犯則調査手続

1 犯則調査手続の存在理由

日本に特有な手続として、犯則調査手続がある。この手続は、刑事事件としての告発の

⁶⁴⁹ この様な告げ方が行われた例もあるようである。

⁶⁵⁰ 西村ときわ法律事務所編「ファイナンス法大全アップデート」(商事法務 2006)238 頁以下参照。最近の事例でも、行政処分の理由の中で、検査忌避がなされたことがしばしば指摘されている。

⁶⁵¹ 刑事訴訟の第一審について従来東京高裁の専属管轄とされていたが、平成 17 年改正により、東京高裁の専属管轄制度及び審級省略を廃止し、各地の地方裁判所及び東京地裁は、第一審管轄裁判所とされることになった(旧 85 条から 3 号を削除)。

ために、行政が証拠収集する権限を認めるものである。刑事事件としての告発を目的とした調査であるから、刑事手続のデュープロセスの要請がそのまま適用され、令状主義や、黙秘権・自己負罪拒否特権も適用される。犯則手続は、租税実務で利用されてきたものだが、最近、独禁法や金商法の刑事事件の立件を活性化する目的で導入されている。

すなわち、行政調査権限だけでは、十分な証拠が集められないことが多く、告発を検察が受理できない場合も多かったので、刑事告発を視野に入れている事件では、調査時点から、行政当局と検察庁が緊密に連携し、証拠の収集を行うことに意義がある。

第2は、立入時の入室拒否・およびその時間を利用した証拠の破棄などの検査妨害に対応するものである。すなわち、EUの実務でもそうだが、間接強制では、調査の初めの時点で協力が得られない場合には、調査を開始することができず、そのために、証拠の廃棄などで、効果的な証拠収集が妨げられる場合がある。実際、犯則調査手続を導入した理由として、公取委は「鍵がない」「鍵を持っている人間がいない」と主張されて、強制力の行使ができないため、立入を拒んで時間を稼ぎその間に、証拠を消去されても対応できなかったという説明がなされることがある。

犯則調査権限があれば、有形力の行使も可能になり、鍵がなければ破壊するなどの対応をとることができる。

2 犯則調査の場合の供述調書の意味

犯則事件の供述調書の場合、刑事告発を念頭に置くものであるから、自己負罪拒否特権や黙秘権の保障が全面的に適用される。すなわち、供述を拒絶しても検査妨害になるものではない。また、供述拒絶に対して、審査官が、逮捕・拘留権限を持つわけではないから、理論的には、行政手続より弱い権限しかないかのように見える。実際、犯則手続導入前の公取委の認識には、犯則調査権限が公取委の調査権限の大きな改善につながることに懐疑的であったことが述べられている⁶⁵²。しかし、実際のインパクトは全く異なる。行政調査では、事情聴取に対し、出張などを理由に消極的な対応がとられることがあるが、犯則調査ではこのような対応が認められることはほとんどなく、供述の得られ方も別次元であるといわれる。これだけ見ても、検査妨害のプレッシャーより、事情聴取に応じなければ、検事が出てきて逮捕されるというプレッシャーのほうが数段強いものであること、刑事手続での供述調書と行政事件の供述調書は別物であることは明白である。

3 行政事件と犯則事件間の事件処理の移行

⁶⁵² 上杉秋則 「独禁法の来し方行く末」 (第一法規 2007) 253 頁

行政事件を端緒とする場合でも、告発指針に該当することが分かり、告発が適当として犯則事件に移行することがあり、逆に、犯則調査を行ったが、刑事告発するのが適当でないことから、行政事件に移行する場合もある。

(1) 行政事件から犯則事件への移行

法律によって与えられた調査権限は当該調査を必要とする行政処分のために行われるので犯罪捜査のために用いることはもともと許されないと解されている(所得税法 234 条 2 項、法人税法 156 条等)。したがって、正式手続による場合、行政調査の結果を利用することができない。

しかし、租税事件においては、行政調査の結果得られた資料が脱税事件の刑事捜査に活用されることがないわけではなく、最高裁判決は、犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、直ちに犯則事件の捜査あるいは手段として行使されたことにはならないとしてそのような実務を容認している⁶⁵³。

では、任意の供述の場合、供述者の刑事告発の証拠としては活用することはできるであろうか。任意手続の場合、法律によって与えられた権限の行使でないので、これが肯定され、独禁法実務でも、リニエンシーにより取得された情報を犯則調査の端緒として利用し、犯則調査の結果、告発を行う事例が現れている。これに対し、上杉教授は、任意の供述は自分が告発されないことが何らかの形で明確になっている場合に限って行われるべきであるとする⁶⁵⁴。しかし、任意に供述する場合とは、そのような取引をすることなく、自ら進んで供述する場合であり、そのような取引をするような事例というのは、そもそも供述調書によるべき場合でなく、審尋調書によらなければならない場合であるとも考えられる⁶⁵⁵。

行政調査で犯罪(カルテル)を自白する供述を得た場合の考え方として、任意手続(供述調書)であろうと、正式手続(審尋調書)であろうと、自白が得られた事業者については、課徴金を免除される事業者でなく軽減される事業者についても刑事告発を行わず、行政事

⁶⁵³ 最判平成 16 年 1 月 20 日決定。刑集 58 卷 1 号 26 頁。山田耕司 「税務調査により取得収集された証拠資料を後の犯則調査で利用することが許されるかー税務調査と犯則調査との関係」判例タイムズ(2006.) 1221 号. 15 頁

⁶⁵⁴ 上杉 (2009) 427 頁

⁶⁵⁵ ただ、会社の社長が、これまでの違法行為を清算するために、告発のリスクを冒してもみずからカルテルの全容を供述する場合もあろう。そのような場合には、事件関係者の供述を供述調書にするべきであろう。

件として処理すべきであり、犯則手続の利用と告発は、供述の得られない事業者に対してのみ行うようにするべきではないかという考え方がありうる。このように考えることは、自己負罪拒否特権との緊張関係が緩和されるというメリットがある。しかし、これに対しては、告発指針の適用される重大事件の事業者が、自白することにより刑事責任を免れることになるのはおかしいのではないかが問題になる。特に、立入調査その他の強制処分後のリニエンス申請(30%減免を受けるために行われる)により、刑事告発まで免れるのはおかしいとの反論も考えられる。

刑事罰を課すことが適当と考えられる事例では、行政手続を速やかに犯則手続に切り替えるべきであるが、リニエンス申請の場合など、刑事手続が適当な案件で、自白を得てしまうことは避けられないと思われる。しかし、ひとたび自白が得られることは、それを刑事事件で使わず、新たに刑事事件のための供述調書を取り直すとしても、すでに自白している場合、それをひるがえすのは難しいことを考えると、犯則手続に移行前に、自白の得られた当事者を刑事告発することは、避けるのが適切と思われる。犯則調査開始後に、30%減免を受けるために、リニエンス申請する場合には、行政事件として、(自白を含むような)供述調書を取らず、犯則手続で事情聴取すればいいのではないかと思われる。なお、自白により刑事告発できないといっても、自白した個人だけが告発を免れるだけで、他の従業員や事業者が告発を免れるものではない。

(2) 犯則事件から行政事件への移行

犯則事件から行政事件への移行については、日本では、それほど問題にされていない。犯則調査手続によって得た資料を行政処分⁶⁵⁶に用いることが許されると解されている⁶⁵⁶。ただ、この点は、米国ではむしろ、司法省が刑事で立件されなかった事件を民事請求することは、二重の危険の見地から慎重である。

V 弁護士立会を認める場合に必要な実務の改革

(1) 検査妨害に対する制裁の強化

検査妨害に対する規制強化なしに、代理人立会権や弁護士依頼者特権など防御権保護のみ強化したのでは、法の正義の実現が困難になるので、証拠の隠滅などの法の実現を妨害する行為に対する制裁の強化と連動して行われることが必要である。実際、防御権保障の手厚い米国では、司法妨害(検査妨害)に対する執行もまた活発であり、日本でも、検査妨

⁶⁵⁶ 最判昭和 63 年 3 月 31 日判例時報 1276 号 39 頁。

害についての執行強化について、法務省・検察庁は、積極的に取り組む必要がある⁶⁵⁷。

この検査妨害の執行強化のあり方として参考になるのが、上記の、EU の実務であり、EU の実務にある 3 つの手段を公取委にも認めることが適当なように思われる。

すなわち、まず、検査妨害の制裁を刑事罰だけに頼れば、とくに悪質なものを以外まで、取り上げることがリソースの関係で困難なことから、検察庁は大きな事件以外は、相手にしないであろう。そうすると大きな事件以外での検査妨害は、事実上見逃されることになる。したがって、刑事罰以外にも行政罰を導入し、EU の履行強制金⁶⁵⁸のように、行政当局自ら、制裁金(過料)を課しうるようにすることは、検査妨害の阻止のために不可欠である。

第 2 に、カルテル・談合の課徴金の算定において、不協力に対する課徴金を積み増すという対応をとれるようにすることが考えられる。本来は、完全な裁量型課徴金の導入が望ましいと考えられるが、その点は、他日に論じることとする。

第 3 に、刑事事件の告発指針では、事件の重大性が刑事告発の基準となっているが、犯則事件導入の経緯からすれば、行政調査での証拠収集の限界があるものも含まれるべきであり、行政調査での事案解明の困難性(法の正義の実現の障害の程度)も犯則調査によるかどうかの基準とし、立入調査への不協力で事案の解明が困難な案件を刑事告発の対象とすべきである。同時に、検査妨害についても、犯則調査の対象となっていないが、犯則調査の対象として、犯則調査手続で、検査妨害の証拠の収集ができるようにすべきである。

(2) 審査側の実務の変革

Ⅲ. 3. (4) で述べた通り、まず供述調書から審尋問調書を中心とした実務に移行する必要がある。そのうえで事実認定実務をさらに変革する必要がある。弁護士の立会を認めると、犯罪であるカルテル・談合といった違法行為について、完全な自白供述(刑事訴訟用語でいういわゆる「完おち」の供述)が得られなくなる。これまで、公取委の審決では、自白の得られない事件では、5 年以上の事件になってしまう事例が多い。これでは、自白がなければ、違法行為は認定する能力がないと言っているのに等しく、専門的能力を疑われる状況であった。

カルテルの事実認定について、従来、合意の状況をことこまかに認定する実務がとられているが、今後の事実認定は、EU のように、独立して行動したことを排除する状況証拠を

⁶⁵⁷ 検査妨害、証拠隠滅などに対し、検察庁が摘発を強化する意向があることに関し、木目田裕／藤井康次郎「企業犯罪調査、犯則調査等の動向と企業の対応－東京地検特捜部の捜査および証券取引等監視委員会・公正取引委員会の犯罪調査を素材として」NBL(2006). 842 号 11 頁以下

⁶⁵⁸ 履行強制金も課徴金も英文では fine (直訳的には「罰金」を意味する) である。

羅列しただけの(これまでの実務と比較すると、スカスカの)事実認定でも足りるとする実務に移行する必要がある。

(3) 事業者側の実務の変革

① 助言のあり方・弁護団会議という実務

情報提供についての弁護士の助言のあり方・弁護団実務などについて、弁護士依頼者特権に関してⅢ6(5)で述べたとおり、弁護士の行為規範の観点からその是非を再検討する必要があるように思われる。

リハーサルでどこまで証人となるものを指導してよいか。

裁判・審判において証言を命じられる事業者の担当者に対し、証人尋問・事情聴取についての事前準備の一環としてこのようなリハーサルを行う実務があるのは、独禁法実務に限られないが、リハーサルのあり方として証言内容について前述の弁護団会議の結果を受けて証言内容を調整したりする場合には、検査妨害・証人威圧等の問題が生じる。法務担当者の意識の中で、証人尋問のリハーサルを、いわゆる株主総会実務におけるリハーサルのように考えている場合が見受けられるが、株主総会実務の議長の議事進行に対する指導と同じような意識で証人に対する証言の仕方を助言することが検査妨害・証人威圧の問題を生じる可能性に、今後は、留意が図られる必要がある⁶⁵⁹ように思われる。

(4) より簡便な改革方法

なお、代替的手段として弁護士の立会ではなく、供述における録音テープの義務付けという方法がある。この方法は、証券会社と顧客のトラブルの解決でも有効性が確認されており、自白の強制の有無の解決のためだけであれば、より簡便な改革手法である。

結 語

弁護士の立会権その他の行政調査における防御権保障を強化することは、必然的に検査

⁶⁵⁹ 筆者の経験では、米国の弁護士は、証人に対して、リハーサルを行うことに慎重である。ただし、むしろ、政府の代理人となる弁護士は、この点にルーズであるように思われる。

妨害の強化もセットで行われることになる。これは、弁護士立会のもとでは当局と代理人の戦いはより真剣勝負化することを意味する。法の発展かの観点からは、歓迎すべきであるが、事業者にとっては、執行が強化され、むしろ厳しい状況になることを覚悟する必要があるように思われる。

第3部 経済犯罪における証拠収集・立証手法・サンクションのあり方
-日米欧の独禁法事件の執行の経験からの示唆

はじめに

本論文は、独禁法のみならず、経済活動に関する事件について、行政手続以外のサンクションである刑事手続について、その証拠収集・立証手法についての問題を検討し、併せて刑事事件と行政事件の振り分けなどサンクションのあり方について総合的に検討する

ものである⁶⁶⁰。

⁶⁶⁰本第3部で、略語を使っている文献は以下及び注3のとおりである。

田口守一『刑事訴訟法(第5版)』(以下「田口」という)

拙著『日米欧独占禁止法』(商事法務 2005)(以下、「越知・日米欧」という)

拙稿「欧州委員会の事前聴聞手続と改正独禁法の運用への示唆(上)(下)」国際商事法務 34 巻 9 号 1131 頁, 10 号 1277 頁(2006)(以下、越知(2006)という)

拙稿「行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」国際商事法務 37 巻 3 号 297 頁(2009)(以下、「越知・行政裁量」という)、

拙稿「独立行政委員会と聴聞手続・審判手続」(国際商事法務 37 巻 4 号 439 頁、5 号 590 頁(2009)(以下、「越知・聴聞手続」という)、

拙稿「行政調査における防御権と調査妨害—日本固有の問題を分析したうえでの欧州との比較」国際商事法務 38 巻 2 号 151 頁(2010)(以下「越知・行政調査」という)、

拙稿「英独仏及び米国 FTC の最新の競争法執行手続と日本の新執行手続—米国型から欧州型への転換による新時代の到来」国際商事法務 38 巻 5 号 585 頁(2010)(以下、「越知・新執行手続」という)

拙稿「Quasi-judicial とは何か—準司法的手続・審判・準司法的機関の意義の再構築—」日本経済法学会年報第 31 号 59 頁(以下「越知・年報」という)。

拙稿「『審判廃止』法案ではなく『聴聞手続明確化』法案—独禁法手続改正の原点回帰の意義—」公正取引 726 号 34 頁(2011)(以下「越知・原点回帰」という)

越知保見ほか「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠」(判例時報 1979 号、1980 号、1982 号、1983 号、1980 号 37 頁(以下「状況証拠 I」という)

拙稿「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠 Part II」(判例時報 2034 号 3 頁、2035 号 3 頁(以下「状況証拠 II」という))

「黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか—」公正取引 727 号 34 頁(2011)(以下「越知・独仏手続」という)

拙稿「カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠 Part III—多摩談合事件・郵便区分機事件・ポリプロピレン事件の総合的検討(上)(下)」判例時報 2094 号 3 頁 2095 号 18 頁(以下「状況証拠 III」という)

曾根俊文『行政法執行システムの法理論』(有斐閣 2011)(以下「曾根・執行システム」という)

佐伯仁志『制裁論』(有斐閣 2009)(以下、「佐伯・制裁論」という)

本論文は、経済事件について、自白調書に依存する現行の刑事事件実務は、少なくとも（あるいは、「まず」）独禁法を中心とする経済事件において、脱却されるべきであり、専門家の観点から欧米の実務と日本の実務を比較し、客観証拠と司法取引と言われる訴追免除合意を中核とした欧米の証拠収集実務の現状に触れつつ、このような実務への変革を提言するものである。障害者郵便を不正に利用したいわゆる村木事件⁶⁶¹で、供述調書に依拠する立証手法が激しい批判にさらされている今日、このような研究は、喫緊の課題であると思われる。ただ、このテーマについては、宇川検事が、供述調書に依存する刑事手法実務の問題性と司法取引の導入の必要性を比較法と実務を総合的に検討した卓越した先行研究⁶⁶²（以下「宇川論文」という）があり、本第3部の第2章は、この論文に多くの示唆を得ている。問題は、宇川論文が発表されてから15年もの月日が流れているにもかかわらず、供述調書に依存する刑事司法実務から脱却が全く進んでいないことである、供述調書依存の刑事司法実務が如何に強固であるかを物語るものといえる。

しかし、村木事件のような経済事件—障害者郵便の不正利用—は、経済活動にかかわる詐欺(fraud)であることに本質がある—では、IQも高いエリートが被疑者であるときは、従来の供述調書依存の実務では、立証が失敗するリスクがはるかに高まる一方、犯罪に関与したもの、犯罪事実の周辺にある事実を知るものが複数いるので、司法取引のような実務を導入することにより、よりダイナミックな立証活動をおこなうことができるのである。実際、刑法犯の実務を経済事件にそのまま持ち込もうとしたことが、本件の検察の失敗の本質であり、経済事件についての実務を現代化する必要は差し迫った問題である。本稿は、経済事件を念頭に刑事実務の問題点を指摘し、自白調書に依存することなく「巨悪」に迫ることのできるような実務の現代化、構造改革の方向性を検討・提言するものである。

第3部の構成は以下のとおりである。

第1章は、経済事件におけるサンクションのあり方を検討する。経済事件では、刑事手続だけではなく、行政手続によるサンクションも選択肢であるが、日本の刑事事件と行政

藤永幸治・高野隆・飯室勝彦「緊急対談 捜査妨害か正当な弁護活動か ミランダの会の弁護活動と捜査」季刊刑事弁護3号16頁(1995)（以下「座談会」という）

⁶⁶¹ 平成22年9月10日

⁶⁶² 宇川春彦「司法取引を考える(1)~(16)」判例時報(1)1583号31頁(1996) (2)1584号27頁(1996) (3)1586号23頁(1996) (4)1587号15頁(1996) (5)1590号33頁(1997) (6)1592号21頁(1997) (7)1593号20頁(1997) (8)1596号29頁(1997) (9)1598号21頁(1997) (10)1599号24頁(1997) (11)1601号34頁(1997) (12)1602号30頁(1997) (13)1604号28頁(1997) (14)1613号26頁(1997) (15)1614号28頁(1997) (16)1616号28頁(1997) (17)1627号36頁(1998)

事件のサンクシヨンのあり方について、建前上、行政事件はサンクシヨンを課す手続きではない(裁量的課徴金は裁判所でないと課すことができない)とのドグマの存在から、行政手続により裁量的課徴金が課すことができないために、制度設計が歪んだものになっていることを検証し、あるべき規制体系を示唆する。

第 2 章では、刑事事件における証拠収集手法について、供述調書に依存する刑事手法実務は、前近代的な証拠収集手法であるが、そもそも司法取引を否定している現行実務とその解釈論にむしろ問題があり、司法取引なしに黙秘権・自己負罪拒否特権を人権として強力に保護する近代刑事司法は機能しえないことを検証する。

第 3 章では、客観証拠や状況証拠をより積極的に活用することについて、何が障害となっているか、どのように克服すべきかについて、検討する。本章では、十分な状況証拠がありながら供述調書が一貫していなかったために、刑事事件として取り上げられなかった独禁法事件をケーススタディの題材として取り上げ、刑事立証水準である合理的疑いを入れない程度の立証をどのように考えるか、何が有力な客観証拠となりうるかについて検討する。

第1章 経済事件についてのサンクシヨンのあり方 — 刑事罰への過度の依存の問題と裁量的課徴金ドグマの克服 —

はじめに

日本では行政法規(特に経済規制)についての違反に対する制裁として刑事罰が広汎に用いられる一方、過料または課徴金という非刑罰的な制裁が例外的な場合に限定され、且つ行政庁が、裁判所の判断なく課することができる課徴金については非裁量的なものとして制度設計されている。しかし、刑事罰でない金銭的制裁を行政庁に行わせる方が、取締機関としての行政庁の役割を円滑に執行するために適切であるととともに、その方が人権保障の観点・検察庁の業務の効率的実施の観点からも好ましいように思われる。本稿は、経済事件についての行政手続と刑事手続によるサンクシヨンの在り方を総合的に再検討し、行政庁自ら裁量的に行う制裁を原則とし、刑事罰の適用は悪質性の高い場合に限定して適用されるよう行政法規の違反に対する制裁体系を再構築するべきであることを提言するものである。

I 現行制度のサンクシヨンの枠組み

1 行政処分による金銭的制裁の例外性と非裁量性

経済事件の違法行為に対するサンクシヨン・抑止手段はのうち主要なものは、行政庁が行う行政処分と検察官の訴追により、最終的に裁判所が賦課する刑事罰がある⁶⁶³。ただし、刑事罰は、違法行為を行った自然人の行為を媒介に両罰規定により法人の刑事責任を問う仕組みとなっている⁶⁶⁴。

行政処分

⁶⁶³ 米国では、私人による損害賠償もサンクシヨンとして、機能し、規制緩和が行われた今日では、私訴の重要性は増しているが、現状では、それほど機能していない。1. (3) を参照

⁶⁶⁴ 行政庁の制裁について論じる文献として、佐伯『制裁論』(有斐閣 2009) (以下、「佐伯・制裁論」という)、村上曆造「行政庁による処罰-行政命令違反に対する非刑事的金銭罰」ジュリスト 764 号 110 頁(1982)、芝原邦爾「行政の実効性確保-刑事法の視点から」公法 58 号 259 頁(1996)

行政庁の行政処分は、許認可権限を有する行政庁の場合、違法行為を停止させる命令のほか、許認可のはく奪・制限(業務停止命令)、業務改善命令を行うことができる。

これに対し、許認可権限のない行政庁(独禁法を執行する公正取引委員会が代表的である)、許認可権限はあるが、許認可の対象となるもの以外の違法行為も取り締まる行政庁(金融庁)は、違法行為抑止手段が違法行為の停止を命じる権限だけになり、違法行為の抑止に十分でない。とくに、違法行為の結果、生まれた利得が、(民事の損害賠償を請求され、その訴訟で敗訴しない限り)違反行為者に残存することになる。それでは、違反行為を抑止するインセンティブが十分でない(課徴金制度が創設される前は、カルテル・入札談合の違反行為に対する最大の抑止力は、カルテル・談合に関する立入検査があれば当該カルテルがおこなわれた時点の社長は叙勲から外れることであるともいわれてきた)ので、違反行為から生じた利得のはく奪を目的として、課徴金制度が創設された。独禁法のカルテルに対する課徴金制度は、平成17年改正において、その金額が引き上げられ、違反行為者の協力に応じて減免する制度が導入され、平成22年改正で、繰り返し違反行為を行うものに対する増額措置が取られたことから、制裁金の性格が強まっている。金商法についても、平成16年に課徴金制度が導入され、平成20年の改正で、流通開示についての虚偽記載も課徴金の対象とされたことで、やはり制裁金的な色彩が強まっている。

刑事罰

これに対し、行政の違反行為で刑事罰の対象となる行為は、極めて広汎である。これは戦後の行政制度においては行政上の義務履行確保の手段としてもっぱら刑罰が用いられてきたからである。その結果、膨大な数の刑罰規定が行政法規に存在している。そのなかには、刑事罰を賦課することが適切とはいえないものも含まれる一方、違法行為が行われても実際にサンクションが課されず、サンクションとして機能していない場合も多数存在する。

2 「罰金」と「過料」「課徴金」その他の金銭的制裁の異同

罰金という用語ほど一般の国民と法律家の間の認識が違っている概念はないであろう。罰金という言葉が一般人が使う場合は、あるルールに従わなかったときの金銭的ペナルティ(すなわち、金銭的制裁)である。ところが、法律上の概念としては刑事手続を経て課されるペナルティ(刑事罰)のみを罰金と呼び、行政庁が課すペナルティ的なものは法律的には罰金ではないとされている。もともとの建前は、金銭的制裁は、刑事罰を通じてしか課し得ないとされ、行政庁の義務履行確保手段として「罰金」に類する金銭的制裁は例

外的制度であるとの位置づけを示すものであろうと思われる。罰金以外の金銭的制裁には、独占禁止法と金融商品取引法の一部の規定に採用されている現行の課徴金制度、交通法規違反の関係での反則金、秩序罰といわれる過料などがある。

このうち過料は、検察官が裁判所に過料の賦課決定を申し立て、裁判所の決定により、これを賦課するもので、処分は裁判所が行うよう設計されている（司法的執行）。しかし、金額が大きくないこともあり、現実には、あまり執行されていないと思われる⁶⁶⁵。課徴金は、行政庁自身が賦課できるもので、最も頻繁に執行されているが、行政庁に裁量のない設計となっている。スピード違反や駐車違反等に課される反則金は、公安委員会に賦課権限があるかに見えるが、反則切符を切られて支払義務が生じているわけではなく、支払いはあくまで任意である。その意味で、勧告に過ぎず、勧告に応じれば、訴追されないが、勧告に従わなければ訴追されるという仕組みとなっている。したがって、ここでも反則金を賦課する最終的権限は、裁判所にあるといえる。

課徴金制度の大きな特徴は、金額の裁量が、行政庁に与えられていないことである。その理由は、おそらく、日本の体系では、金銭的制裁で裁量を伴うものは、裁判所でないと課すことができない（行政庁では課すことができない）とのドグマが存在するからだと思われる（以下、「裁量的制裁金ドグマ」という）。裁量的な金銭的制裁は、刑事罰の罰金と過料があるが、いずれも裁判所の判決・決定で金額が確定するもので、行政庁が課徴金の金額を裁量的に決定する建前にはなっていない。研究者・実務家から、裁量性のある課徴金に移行するべきであるとの提言は多いものの、上記のドグマが意識されておらず、ドグマを克服する理論的整理が行われていない。制裁の多様化について、詳細に論じた佐伯教授の『制裁論』でも、問題の核心とも言うべきこのドグマの問題については、言及されていない。本章は、このドグマの克服を目的として、論じるものである。

II 刑事罰中心の制裁体系がもたらす歪み

上記のように刑事罰を中心とする制度設計の背景には、民事・刑事の境界線として、金銭的な負担を課す場合、民事手続は損害の回復であり、制裁は刑事手続によるのみ課されるべきであるという古典的ドグマがある。当初、課徴金が不当な利得の剥奪

⁶⁶⁵ 最近の報道例では三菱自動車工業のリコール隠しに対して、道路運送車両法の罰則に基づいて 400 万円の過料が科された例があるぐらいである。株式会社は、計算書類の公告義務があり、違反に対しては過料が定められている(440 条 1 項、976 条 2 号)。これを遵守していない会社は多いが、過料が科された例はない。

として位置付けられたのはこの考え方の影響の下、制裁金でないものとして設計されたものと思われる。しかし、刑事罰が、行政法規の違反の制裁の中核になることは、以下に示す通り、刑法の謙抑性、責任主義、効率性・適切性(違反行為の抑止にとって、好ましい要件で好ましい手段が選択されるか)、実際に立件されることがまれであることからくる実効性の欠如、別件逮捕を含め、濫用的な捜査・訴追を呼びかねない等、枚挙にいとまがないほどの様々な問題を含み、Ⅲで詳細に検討するが、比較法的にも、これほど広汎な刑事罰を規定する立法例は異例である。早急に刑事罰の範囲を縮減し、行政の裁量的制裁金を中心とする法体系に改める必要がある。

刑法犯の事例ではあるが、郵便不正に関する村木事件も、本来は行政庁自身に内部調査を行わせ、そのような内部調査が適切に行われぬなど厚生労働省の事情機能が欠如したと考えられる場合に刑事事件化すべき事例のように思われる。事件化する場合でも行政庁に自浄機能が働いていないという状況を含めて、事案を解明すべきであり(その点が、悪質な事案として、刑事事件化することの理由である)、その観点でも課長と係長に嫌疑を集中した捜査方法にも問題が残る事例である。いずれにせよそのような社会的注目を集めるかどうかという観点に傾斜し、刑事事件として取り上げることが適切かという観点の詰めが甘くなったか、あるいはその点をマスメディアを含む社会に対し十分説明しきれなかったのではないかという疑問が残る。本事件は、第3部のテーマに示唆的であり、第2章、第3章でも取り上げる。

1 金銭的制裁は、刑事罰であるという考え方の不合理性

(1) 責任主義との関係

金銭的ペナルティは制裁であり、制裁は刑事を通じてのみ課すことができるという考え方のもとに、行政法規の違反行為のサンクションにほとんど刑事罰を規定することは、刑事罰の本質は道義的非難であり、道義的非難に値するものだけが刑事責任の対象になるという考え方と整合するのであろうか。

まず、この考え方を貫けば、道義的非難を考慮することができない法人には刑事罰を課すことができないことになり、経済関係法規など、法人が名宛人となる規範について、法人への金銭的ペナルティは、原則として、行政庁が課すべきことになるのではないと思われる。実際、欧州では刑事犯罪能力を有するのは個人に限定され、法人に対しては、行政手続により、裁量的な違反金が賦課される(ドイツはやや異なる。ドイツの制度については、Ⅲで詳述する)。

日本の場合、規範が法人に向けられ法人が事実上の違反者である場合でも、個人の違法行為を特定して刑罰を賦課し、両罰規定で、法人に刑罰(罰金)を科す制度となっ

ているが、刑事罰の本質論との関係は、必ずしも明らかでなく、刑事罰のスティグマ効果(感銘力)など、一転して、有用性の観点から説明されることが多い。しかし、スティグマ効果に依拠したとしても道義的非難が重大でもなく、刑事罰のスティグマ効果(感銘力)に依拠する必要もないような取締法規にも広汎に刑事罰が規定されていることについての説明は困難である。

刑事罰だと、故意・過失が要件とされるが、法人に制裁を課す場合、誰の故意過失を問題とすべきか、故意の立証が容易でない場合に、サンクションが欠如するが、それが適当かという問題がある。例えば、報告命令に対して担当の職員が不実記載をしたり報告すべき事実を記載しなかった場合、報告した担当者は不実記載の事実について知らなかった場合もあれば、うすうす知ってはいるが会社の重要機密であるためあえて記載しなかったという場合もあるだろう。上司又は隠ぺい体質の会社の構造そのものこそがより重い責任がある場合の方が多い。そのような場合、刑事法では、不実記載をした行為者は処罰されても、会社の隠ぺい体質について真の責任のある者が処罰されないという不公平を生じる場合も多い。

責任主義との観点から言うと、経済活動とりわけ市場についての行政規制のあり方は市場を効率的に運用するための制度を構築しているのであって違反行為と道義的非難可能性が結びつくのか疑問である。また違法行為を抑止しあるいは違法行為を早期に発見するためにはインセンティブ・オリエンティッドな制度を構築する必要がある。独禁法のリニエンシー制度はその典型であり、米国では、その証券取引法バージョンとも言うべきドッド・フランク法が制定されるに至っている⁶⁶⁶。道義的非難可能性に拘泥する結果、実際の違法行為の抑止に不十分なサンクションとなってはならない。この点で、刑事罰を中心とする規制手法は、行政目的達成のために適切な手法とは言い難いと思われる。

(2) 刑事罰の謙抑性の観点と現実に執行が行われず、サンクションが欠如した状況になること

刑罰の謙抑性の観点からは、刑罰は最後の手段であるべきであるが、行政庁が制裁金を課すことができない結果、行政法規違反に対する制裁として刑罰は最後の手段というよりも原則的な手段となり、刑罰を課す必要がない場合にも刑罰が科される一方、刑罰を課さない場合には違反者は何の制裁も受けないことになってしまうという

⁶⁶⁶ ドッド・フランク法は、通報者に報酬を与えること、不利益を与えないことを法制度上保証するものである。日本にも公益通報者制度があるが、これを報酬のインセンティブ・SEC への直接の通報を通じて、制度の実効性を確保・強化するものである。

問題がある⁶⁶⁷。

すなわち、膨大な行政法規の刑罰対象行為にすべて目を光らせることは不可能であるし、違反に対し、刑事手続をとることが適当でない場合も多い。そこ結果、検察庁は、行政法規違反については、悪質なものを除き、事件化しない(起訴はもちろん捜査すら行わない)との運用を行ってきたと思われる。このような運用により、刑法の謙抑性を実務上維持する工夫かに見えるが、実務上の運用を見ていると、検察の運用は、悪質性というより、社会的な注目を集める事件か否かに取捨選択の基準があるように思われる。例えば、立入検査などの、行政調査の調査妨害についてはかつて公取委の調査に対して書類が破棄されたり、書類を破棄する時間を稼ぐため公取委の調査職員を書類が存在する部屋ではない別の部屋に誘導するなどの妨害行為がとられた悪質な例もあるといわれ、審決には事業者の代理人の検査妨害行為を認定するものさえある⁶⁶⁸が、これまで公取委の立入検査の調査妨害で立件されたことはない⁶⁶⁹。

なお、このような義務違反に対し、執行が行われない状況は、許認可権を通じて不利益処分を課すことができる省庁の所管法令については決定的な問題ではない。それが、刑事罰中心の制裁が長年にわたって維持されてきた理由である(ただし、好ましくない制裁が選択されるという問題はある)。しかし、許認可権を有しない行政庁(典型的には、公取委である)の所管する行政法規の違反については、實際上違反行為に対する抑止手段が欠如した状況が生じる。

(3) 行為者の特定の困難性

刑事罰の適用には行為者の特定が必要であるが、経済規制の場合規制の名宛人は企業(事業者)であり法人組織であるから、具体的に違法行為を行った個人を特定することが困難である場合も多い。仮に特定できたとしても行為者は、(会社の暗黙の圧力を感じ)会社のためにやったのである場合、個人に対し刑事罰を持って臨むことが適当か疑問のある場合も多い。

⁶⁶⁷ この点の指摘として、佐伯・制裁論 p. 260 同書では、原則的手段ではなく「唯一の手段」とする。そのような場合もあるが、許認可権限を有する行政庁の法規については、許認可権限を使った事実上の制裁が可能なので、「唯一の手段」であることは一般化できない

⁶⁶⁸ PC 橋梁談合事件審決。(平成 22 年 9 月 21 日 (株) ピーエス三菱ほか 10 名に対する件常磐興産ピーシー (株) ほか 7 名に対する件) の審決書参照。

⁶⁶⁹ 公取委は、再三、検査妨害での刑事告訴を検討したが、検察庁との協議の結果、断念したと言われる。詳細は、越知・行政調査 165 頁

(4) 濫用的な逮捕訴追・拘留・訴追が行われる可能性

広汎すぎる刑事罰について、基本的には、刑事事件での執行を行わないことで、刑法の謙抑性とのバランスをとっているのであるが、時には、汚職などの社会的に注目を集める事件で、嫌疑がまだ不十分な段階での捜査に活用される場合がある。

古くは田中角栄氏の外為法に基づく(別件)逮捕であり、最近では、民主党の石川議員に対する政治資金規正法違反に基づく逮捕である。石川事件では、目的とした汚職についての実体的な違反を発見できず、政治資金規正法で立件された。

政治資金規正法は罰則付きの犯罪であり、かつ政治資金規正法の届出書記載の内容に虚偽があれば刑事罰が科される規定となっている。ある意味で行政調査における報告命令違反と同じであり、あらゆる虚偽記載を刑事罰で問題とすることは相当に疑問である。通常、報告命令違反であれば微罪と考えられ、起訴はもちろん、捜査にも着手されないであろう。それがいわゆる石川被告の事件では逮捕・勾留から起訴まで行われ、小沢氏の件でも検察は不起訴としたが検察審議会によって強制起訴が行われている。おそらくその理由は背後に収賄・入札談合などについての口利きなどの汚職が潜んでいることが理由になっていると思われるが、そうであれば別件逮捕の可否はともかく、本丸の事件で起訴が行われるのが本筋である。

汚職が法律の壁によって訴追できない場合を対象するというのであれば、構成要件に悪質性を追加する必要があると思われる。このような要件が追加されている例については、英国の企業法の例があり、IVで詳述する。

石川事件については、平成23年9月26日に東京地裁で有罪判決が下されたが、この判決で、特筆されることは、第一に、水谷建設からの裏金を認定したうえで、違反事実を認定している点で、これは、実質的に「悪質性」を判断したものといえ、IV.2で論じるとおり、今後政治資金規正法違反を刑事事件として取り上げる範囲を限定する意味で、適切な認定である。第2に、大量の供述証拠の証拠申請を却下しながら、客観証拠を活用して犯罪事実を認定している点も、適切な事実認定のあり方であり、本判決は、刑事司法の今後の方向性を考える上で、示唆に富む判決となっている。

(5) 黙秘権との間に緊張関係が生じてしまうという問題

行政法違反の行為に対するサンクションが罰則という形で幅広く刑事罰によって担保されることは行政手続に対する憲法31条以下の摘要に関し、微妙な問題を生じる。川崎民商事件最高裁判決は、行政調査において、黙秘権・自己負罪拒否特権は保障されていないことを明言しているが、刑事法学者には、行政法規違反は刑事罰を惹起する以上、当事者からの事情聴取については黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶのではないかという問

題が提起され、そのような保障が及ぶべきではないかと考えている実務家もかなり多いようである。しかしそのような事情聴取に対する拒否が認められれば、食中毒が起こった場合の行政調査、あるいは原子力災害が起きた場合の事情聴取に対して事業者は一切協力せず供述を拒めるという結果になってしまう。基本的に行政調査に、黙秘権が認められ得るという考え方は取り得ないと思われる。むしろ、この点は、行政法違反の行為に対するサンクションを刑事罰で規定していること自体の問題性を示すものである。黙秘権・自己負罪拒否特権との緊張関係を緩和する上でも、行政手続の範囲内で当該行政庁が裁量的な制裁を課すことのできる制度とし、とくに悪質な行為のみ刑事罰とする方が適当である。黙秘権を認めるのであれば、間接強制という手法は不十分であり、直接強制が行政手続においても認めなければならない。黙秘権を個人に対する秩序罰賦課手続において保障するドイツでは、まさに行政調査を直接強制の手法で実現できるものとしている。しかし、そのような制度設計が、行政調査のあり方として妥当かは疑問がある。

(6) 好ましくない措置が選択されるという不合理性

サンクションの刑事罰依存は、刑事罰が広汎になり過ぎるという問題のほかに、許認可権限により事実上制裁を課しうる行政庁の側でも適切な救済措置が選択できない、また、国民にとって、好ましくない措置が取られるという問題がある。金銭的なペナルティを課す権限が規定されていない結果、行政庁が、監督権限に基づいて行うことができるのは一般に許認可の取消、業務停止命令、業務改善命令などに限られる。

その結果、例えば、最近の保険金についての不払いの問題でも不払いの事実が次々発覚した場合でも金融庁は保険会社に対して業務停止命令で対応しているが、ほとんどの保険会社に処分が課されたので、競争者間での相対的な不利益はなく、利用者に不便が生じているだけではないかと思われる。

また、介護業者のコムスの事例でも、金銭的ペナルティで対応できないので、一気に

免許取り消し、業務停止などの措置に出ることになる⁶⁷⁰。薬害訴訟のような場合でも、違法行為を犯したものに金銭的制裁を課しつつ、被害者救済を図るとというのが、効率的な解決だと思われることがあるが、そのような手段がとれないような制度設計となっている。

入札談合の違反に対し、指名停止が行われるが、その期間対応できる業者が少なくなるために入札価格が上昇したり、入札自身を行えなくなる場合が生じる。これは独禁法が目的とした市場原理によりより消費者に有利な価格設定を行わせようとした目的に矛盾する結果となる。本来的には、課徴金のみの制裁とし、その金額を引き上げるべきであると思われる。

2 規制緩和による許認可権限(事前規制権限)の喪失—制度設計の前提の変化

(1) 規制緩和による行政庁の事前規制権限の喪失

制度設計時に、行政庁の制裁金を置かなかったのは、制裁は刑事手続を通じてしか課し得ないというドグマのほか、行政庁は基本的に所管法令についての許認可権限を有しており、この許認可権限により許認可の取消という個人であれば死刑判決に等しい制裁を課すことができたため、その必要性があまり意識されなかったためであるとも思われる。しかし 1990 年代以降の規制緩和により許認可権限が消滅し、許認可なしに事業活動を行えるようになっており、許認可なしに事業を行う事業者に対する違法行為抑止手段は十分なものではないことが認識されるようになった⁶⁷¹。

つまり、行政法規の違反に対する制裁の問題は規制緩和により、より重要性が増し

⁶⁷⁰ 介護大手のトムスンに対し、東京都は、2006 年 12 月 18 日から 26 日まで、同社が介護報酬の不正請求を行っている疑いがあるとして、介護保険法に基づき、都内の事業所 187 カ所のうち 53 カ所に立ち入り検査を実施し、社会問題化した。2007 年 6 月 6 日、不正行為の事実が認定され、コムスは厚生労働省から業界「退場処分」とも言える、介護サービス事業所の新規及び更新指定不許可処分を受けた。期間は 2008 年度から 2011 年 12 月まで。この間に事業所認可が切れる 7 割以上の事業所が順次廃止される見込みとなり、この処分により、コムスは解体されることになった。コムスの場合、大きな問題はあるが、ある範囲での高齢者にとって、貴重な存在であったとも言われ、一気に実質上の許認可取消に相当する更新指定不許可処分によることが適当であったか、不正請求と事業者の解体が、比例原則に適うものか、本件の手続的保障は十分かは疑問がある。制裁というならば、本件こそ、刑事制裁に近いものであり、課徴金以上に、許認可取消の方が、刑事罰に近い性格を持つことがあることを示すものである。

⁶⁷¹ 佐伯・制裁論 33 頁以下

ているのである。規制緩和は事前規制型の行政から事後チェック型の行政に転換することを基本目的として、規制の緩和・撤廃により自由な経済活動を支援し、反面、自由な経済体制を利用した悪質・不公正な経済活動に対しては、より迅速により効果的な制裁を課すことで市場のルールが維持されることを前提としている。

事前規制が緩和ないし撤廃されたのは、事前規制は過剰規制に繋がり、違法性のないむしろ市場にとって望ましい商品までが市場から排除される可能性があるためである。規制緩和の始まった1990年代の日本はまさにこの状況にあり、新しいアイデアの商品はまず米国で試され、その商品がある程度市場に受け入れられる段階になって日本市場への投入が考えられ、関係官庁と折衝して法規制を整備し（その商品が投入できるよう法令を改正して）、ようやく商品が日本に投入できる状況となっていたことが経済界から多数報告されていた。自由主義経済体制のメリットはより有用な商品、より効率的な商品が市場メカニズムにより選択されることを通じて、より豊かな社会を建設できる点にあり、商品の自由な流通の保障は自由主義経済の生命線である。事前規制により商品の市場への投入を過度に規制ことは消費者厚生改善を目的とする市場経済の基本的な前提と相容れない。それゆえ、事前規制から事後規制に転換することは、過剰規制を排除するための基本的には正しい方向性である。

今日では規制緩和の行き過ぎも指摘されるものの、1990年代初頭の閉塞した状況を考えれば規制緩和の方向性それ自体が誤っていたわけではなく、むしろ事前規制の緩和に対応する事後規制の強化が十分でなかったために各種の規制緩和の弊害が表面化してくるようになったと考えられる⁶⁷²。

事前規制が撤廃される場合、行政法規の違反についての制裁権限も同時に行政庁に与える必要がある。事前規制で許認可権限がある場合に、事後的な違法行為に対しても、許認可権を通じて、実質的なサンクションを与えることができた。この権限が、撤廃される場合、事後規制としての金銭的制裁がなければ、制度を適切に機能させることができないことが多い。また、許認可権限があつたとしても、許認可を得ずに営業を行う（より悪質な）業者に対し、行政庁が措置をとれないという問題があつた。

例えば、金商法の業規制に関し、許認可を得ずに金商法の業務を行ういわゆる無登録業者に対し、金商法は行為の停止命令すら一般条項として規定されていない。192

⁶⁷² なお、ここでの問題にする規制緩和は市場を利用した経済活動に対する規制であり、事前規制が重要であるのに、十分な規制が行われていない分野も多い。日本では、都市計画の分野では、都市環境を維持するための事前規制が十分でない分野も存在している。自由主義経済をとる欧米でも、都市計画は、むしろゾーニングという事前規制で規制されている。したがって、正確には、事前規制が必要でない分野に過剰な事前規制がおかれていた一方、事前規制が真に必要な都市計画等の分野では、効果的な事前規制が設計されていなかったということになる

条に緊急差止め命令がきていされているが、緊急差止め命令は文字通り緊急性の高い事例を念頭に置いて、裁判所に申し立てることにより差しとめることができる設計となっている。本来は、行政庁が、自ら一般的な行為の停止命令・差止め命令の規定が置かれるべきところである。それが置かれず罰則(刑事罰)しか規定されていないのは、制裁を刑事罰に頼り過ぎていることの一つの表れであるように思われる。許認可権限を潜脱するのはよほど悪質な業者だから刑事罰でいいと考えているのかもしれない。しかし、それでは、被害の拡大を防ぐためには、迅速な対応が必ずしも行われてこなかった⁶⁷³。迅速な被害救済のためには、行政庁にも行為の抑止権限と制裁権限を与える必要は明白である。

(2) 私人による救済手段の限界

一般に事後規制に対する救済手段は、行政庁が違法行為の停止命令・差止め命令を行うと同時に制裁金を課す方法、刑事罰という方法のほかに、これによって損害を被った私人による損害賠償請求・差止請求(私訴による救済)という方法があり、私訴による抑止という方法がある。

私人による損害賠償が適切に機能するのであれば、行政制裁金は課さずに行為の差止め命令だけで済ませるという考え方もありうるであろう。しかし一般的に行政法規違反の違法行為は被害者一人ひとりの損害額は小さい一方、被害が広範囲に及ぶので、通常の民事法の制度設計では私人による救済では制裁として十分に機能しない。これが制裁として機能するにはクラスアクションを導入し、懲罰的賠償あるいは三倍額賠償を認めなければ制裁として機能しない。しかし民事訴訟においてこのような制裁に代替しうる懲罰的賠償を認めることは私法と公法の根本的な役割分担に反するものとして日本では拒否反応が強い。精神的慰謝料を一種の制裁金のように考える見方もあるが、それは制裁というよりも立証の困難な損害についての損害額の上乗せ的性格のものであり制裁の一部を構成するような性格のものではない。加えて日本の場合、団体訴訟やクラスアクションは存在せず、団体訴訟の導入が提案され始めてはいるが、それも被害回復を促進する観点から行われるものであり、制裁となりうるものではないし、どの程度実効的な制度になりうるか不明である。

(3) 小括

許認可権限を背景とする行政指導型の経済システムを事後規制に変更するには、そ

⁶⁷³ 上柳敏郎ほか「新・金融商品取引法ハンドブック(第3版)」453頁以下

こから生じる違法行為に対し、迅速な対応をとることなしに、適切に機能しないのである。事後規制をより効率的に運用するためには、規制緩和と同時に、行政制裁金を導入し、行政法規の内容について十分な専門的知見を要する行政庁が制裁を課しうるものとし、悪質な事例のみを刑事罰の対象とするべきであった。規制緩和の弊害も、このような違法行為への制裁手段の不十分性が原因ではないかとも考えられ、制裁の措置体系の見直しが、規制緩和の観点からも喫緊の課題となっているといえる。

3 経済のグローバル化に対応する執行制度—国際的執行—の観点

市場経済化は、規制緩和とともに国境を越えた経済活動の促進(グローバル化)をもたらし、市場経済に関連する法令の国際的執行の機会が増大し、経済活動に関する法令の国際的執行の機会が急増している。独占禁止法の国際カルテル・国際的企業結合についての規制が代表的な例である。金融商品法違反も、早晩、問題となるであろう。

国際カルテルでは、行政調査に対する検査妨害・検査忌避に対する実効的制裁の欠如が日本国内での執行以上に問題となる。日本の事業者であっても検査妨害を検察庁が取り上げたことはなく、その意味で、検査妨害に対するサンクションが適切に働いていないことは前述したとおりだが、国際的執行の場合、海外の事業者に対する強制捜査や刑事罰の執行を行うのはそもそも困難であるため、刑事罰は、実効的なサンクションになっていない。行政庁が自ら、検査妨害に対する裁量的な金銭的制裁の導入が不可欠である。

国際的企業結合では、行政調査として、立入検査より報告命令が活用されるが、報告命令を無視し回答を行わなかった場合、虚偽の報告を行った場合にも、間接強制手法により、報告を行わなかった当事者が処罰(刑事罰)される。日本の刑事罰は、まず、実行行為者である自然人が処罰され、両罰規定によって、法人が処罰される設計となっていることから、まず自然人を特定する必要がある。この点は、立入の場合も同じであるが、立入の場合以上に、妨害行為(実行行為)を行っている自然人の特定が困難であるという問題がある。権限のない者に書類が送付された場合には、このものに刑事罰を課することはできず、実際に権限があるものが誰であるかは外部からは容易に識別できないため、刑事罰による執行では、真に回答を拒絶しているもの以外のものが刑事罰を負ってしまうリスクが相当程度高いように思われる。この観点でも法人そのものを違反者とする行政制裁金制度の導入が求められる。

BHP ビリトン・リオ・ティント事業統合の第一次事件⁶⁷⁴では、日本の公取委の報告命令を無視して TOB を進めようとしていたが、日本の独禁法のサンクションが機能していない

⁶⁷⁴ オーストラリアの BHP ビリトンとリオ・ティントの企業結合は、鉄鉱石の価格を上昇させる件があり、公取委が調査に乗り出した事件であるが、正式な事件番号はない。

ことを見透かした対応であったことは否定できない。

同じような機能不全は排除措置命令・課徴金納付命令に対する違反についてもみられるところであり、排除措置命令の不遵守は2年以下の懲役または300万円以下の罰金であるが、この点も刑事罰対象の個人を特定することが困難であるという問題があり、法人に対する裁量性のある金銭的制裁制度が不可欠である⁶⁷⁵。

4 課徴金の非裁量性がもたらすゆがみ

課徴金が機械的であるということは当局の裁量権の濫用を防ぐというメリットがあると説かれるが、裁量権の濫用については本来的には裁判所が当局の課徴金額に対しこれを増減する権限を与え、それを積極的に行行使することによって解決されるべき問題であり、EUの共同体裁判所はまさにそのように権限を行使している⁶⁷⁶。

(1) 課徴金が刑罰的な過酷さを生じてしまう可能性

機械的・非裁量的課徴金は、個人や中小企業には重すぎ、大企業には軽すぎるという問題が生じることが問題である。大金持ちにとっての100万円と平均的な所得しか得られない者の100万円ではそのインパクトはまったく異なる。1000万円と比較すればますますその持つ意味合いの違いは一層顕著となる。持たざる者にとっては、1000万円は巨額であるが、大富豪にとっては痛くないとはいえないとしても、そのインパクトは平均的収入の者の場合とは比較にならないほど小さい。このように課徴金を機械的に課すことにより、現実には個人や中小企業にとってより厳しい課徴金制度となっており、このような歪みを是正する観点でも課徴金の裁量が適切である。

なお、独禁法のカルテルの課徴金については、中小企業についての軽減が制度上規定されてはいるが、これでは、到底十分ではない⁶⁷⁷。

金商法の虚偽記載でも、募集・売出しの課徴金の額は、株式では、4.5%(社債では2.25%)であるが、個人と会社では、支払能力が、全く異なり、売出を行った個人に酷になる場合も生じる。売出しを行う個人は、裕福な創業者であることを前提にしているが、そうでない場合に裁量的に減額することができるものではない。

⁶⁷⁵刑事罰を維持する場合、国外犯処罰規定を設けることは必要であろうが、そうしたからといって十分なわけではない

⁶⁷⁶ 第2部第2章または越知・行政裁量310頁

⁶⁷⁷本文の例で、中小企業の半額の50万円にしたとしても、そのインパクトを薄めるのには十分ではない

また、虚偽記載は、その記述の市場に与えるインパクトは、虚偽記載の内容によって、千差万別であるが、これを一律の課徴金とすること適当とは言えないことがある。一例として、ビックカメラ事件⁶⁷⁸があり、この事件では、流動化について、オフバランス処理できないのにオフバランス処理したことが問題になった事例であるが、結局、募集・売出し時には、不動産は売却されており、虚偽記載があるとしても、匿名組合清算金となるのか、不動産売却益なるかの違いに過ぎない場合である。このような場合で、かつ売出しを行った個人に、募集の場合と同額の 4.5%の非裁量的な課徴金は、酷に過ぎ、本件が、虚偽記載についての認識が欠けると判断されたのは、多分に、上記のような事情が影響している可能性がある。第3部VIで詳細に論じる。

公開買付届出も同じで、届け出る必要がないと考えていたのに届出が必要だった場合には、その認識が、公開書付逃れの悪質事例ではない場合には、届出者に過酷である。

金銭的制裁は、金額次第では身体の自由の制約に匹敵する不利益・苦痛を与えることがあることが、金銭的制裁を刑事罰と考える一つの根拠となっているが、この関係では、むしろ非裁量的課徴金こそそのような刑事罰並みの不利益・苦痛を与える危険性が高いのである。すなわち、支払うことのできないような金額は過酷であり、確かに課徴金が刑事罰に準じるものとなっている可能性があるが、課徴金を裁量化する限り、支払い能力を課徴金の計算に加味することにより、回避できるし、裁判所の裁量的減額が与えられる限り、司法審査段階でも回避が可能である。

(2) 過酷な制裁額を課される事例を事実認定で救済する傾向が生じること

課徴金の裁量性を否定してしまうと、過酷な課徴金を回避するには、事実認定で、過酷な課徴金が生じる場合は、課徴金の賦課要件の充足を否定したり、違反行為の存在を否定するしかなく、事実認定を歪めるしか方法がなくなる。実際、独禁法や金商法の課徴金賦課事件の例では、課徴金の非裁量性が個人や中小企業に過酷な課徴金が課されることから事実認定を歪めて個人や中小企業を救済しているのではないかと疑われている例が少なからず存在し⁶⁷⁹、この観点からも課徴金に裁量性を導入する喫緊の必要性があるように思われる。

また、独禁法の課徴金制度が、平成 22 年改正により、排除型私的独占や一定の不公正

⁶⁷⁸ 金融庁決定平成 22 年 6 月 25 日 弥永真生「ビックカメラ事件が提起した問題点」商事法務 1908 号 4 頁

⁶⁷⁹ 独禁法では、技研システム事件（審判審決平成 12 年 8 月 8 日）、土屋企業事件（東京公判平成 16 年 2 月 20 日 金判 1189 号 28 頁）、金商法では、ビックカメラ事件がその例になるように思われる。この傾向は死刑事件の事実認定にこの傾向が看守されることがある。第 3 章で詳述する。

な取引方法に広がっているが、この分野では、事例ごとのケースバイケースの判断が不可欠であり、機械的な裁量にはなじまない。課徴金が課されることにより、むしろ、執行が抑制される可能性もある。

(3) 課徴金が課しうるのが適当な場合にも課徴金が課されない場合が生じること

逆に、課徴金が課されなければならない場合にも、課徴金を課し得ない不都合が生じる場合がある。独禁法のカルテル課徴金だと、カルテルで利益を得る場合にしか、課徴金を課し得ないので、国際的市場分割カルテルだと、市場分割に参加しても、日本市場を割り当てられていない外国事業者は課徴金が課されず、日本市場を割り当てられた国内事業者だけが課徴金を課されることになる。マリンホース事件⁶⁸⁰では、まさに、その問題から、公取委による課徴金がほとんど課されず、日本の独禁法の執行力の弱さを海外に印象付けることになった。

また、談合に参加しても、自ら受注意欲はなく、下請け狙いの地場事業者も多数存在し、このような事業者は、落札物件がないので、課徴金が課されないことになる。しかし、下請けにより、談合からのメリットを間接的には享受しているので、このような事業者が、課徴金を全く課されないのは、利得の吐き出しという観点からでさえ不合理である。

(4) テクニカルな問題に膨大な時間が費やされるという非効率性

独禁法の課徴金事件では、課徴金の額をめぐって本質的問題から離れたテクニカルな争い方がなされる。このようなテクニカルな問題に膨大な時間と労力を費やしているのは日本の独禁法実務のみであり、それが日本の独禁法の適正な法の運用または効率的運用を妨げているように思われる。

(5) 独占禁止法のリニエンシー制度を歪めるという問題

① リニエンシー制度の概要

独禁法の課徴金減免制度(以下「リニエンシー制度」という)は本来、裁量的な課徴金制

⁶⁸⁰ マリンホース事件公取委審決集 54 巻 623 頁 大川進・平山賢太郎「マリンホースの製造販売業者に対する排除措置命令及び課徴金納付命令について」公正取引 693 号 69 頁以下、北博行「国際カルテル事件の法的問題点」公正取引 712 号(2010)

度と表裏一体でなければならない。非裁量的な課徴金制度の結果として生まれた非裁量的な課徴金減免は、制度自体を歪んだものになっている。

カルテル・入札談合は、適法行為と違法行為の判断がつきにくい違法行為である。価格を引上げること、入札の札入れをすること自体は違法行為ではない。そのような行為を競争者間の合意に基づいて行うと違法行為となるという違法類型であり、意思の連絡があるかないかが違法行為と適法行為を分かつ境界線である。意思の連絡があるかどうかを発見することは容易でなく、実際にカルテルや入札談合が違法行為として排除措置が命じられる案件以外にも多くのカルテル・入札談合が存在するのではないかが疑われていた。リニエンシー制度はこのような疑いが現実のものであることを明確にした。リニエンシー制度の導入により、これまでに比べより大規模のカルテル、特にこれまであまり摘発されてこなかった国際カルテルが継続的に摘発され、これまでに比べはるかに大きな課徴金が課せられる事例が相次いでいるからである。第2章で詳述するが、リニエンシー制度は本来的には刑事罰の訴追免除合意と同じく課徴金についての当局の裁量権を背景とする制度でなければならない。そうでなければ、協力の度合によって課徴金が公平に減免されるという制度にならない恐れがあるからである。課徴金が裁量的に賦課される制度となっていない日本ではこの問題がまさに顕在化しつつある。その概略は以下のとおりである。

② 非裁量的な課徴金をもたらすリニエンシー制度の歪み

日本のリニエンシー制度は、減免の要件が明らかになることが必要であるとの観点から、基本的に、様式1, 2, 3のフォーマットに従って、情報を埋めれば、課徴金減免枠・順位を確保できる仕組みとなっている。このような形式的な順位の確定は、本来のリニエンシー制度のあり方ではない。そのような形式性から生まれる問題が徐々に明らかになりつつある。

第1は、立ち入り検査後のリニエンシーの申請に関する、事業者が感じる不公平性の問題がある。立ち入り検査が行われれば、リニエンシーの減免枠が満たされるまでは、減免枠を確保しようと立ち入りを受けた事業者間での競争となる。これは、様式3の書式を埋める速度の競争であるが、カルテル・入札談合の様式3の書式を埋めることができる担当者（キーパーソン）を審査官の手に渡すか確保できるかで、その勝負は決まってしまう。したがって、現在の立ち入り検査に対する事業者対応でもっとも大事なことは、キーパーソンの確保である。競争法フォーラムの報告書⁶⁸¹では、社内の内部調査までキーパーソンの取調べを控えるよう要請している。この要請自体は荒

⁶⁸¹ 競争法フォーラム「審査手続・審判制度の在り方に関する検討タスクフォース「審査手続・審判制度の在り方に関する提言書」<http://www.jclf.jp/works.html#taskforce>

唐無稽なものであるが、内部調査のためという言葉の様式 3 の充足までと読みかえればこの主張の意図は鮮明となる。要するに、様式 3 を充足する機会については平等性を確保してもらいたいとの主張なのである。このような主張が起こるのは、機械的に先に様式 3 を提出したものが 30%の減額措置を受けられるという実務になっていることにある。しかし、その結果、様式 3 をどれだけ早く埋められるかというレースとなり、当日のタッチの差で減額がなされるかどうかが決まるという奇妙な実務が生まれてしまった。本来のリニエンシー制度のあり方は、当局がその時点で把握していない事実、有していない証拠を提出するか当局の事案解明に協力することがリニエンシーを受けるための要件となるはずである。そのような制度の趣旨からは、立入り後の減額措置については、協力の度合い、提出された情報・証拠の価値に応じて、減額幅が決まるという制度設計にしなければならなかった。

その意味では、立ち入り後の申請については、(立入前にも増して)もたらされた情報の有用性によって減額幅を決める制度に移行する必要がある。基本的に減免制度を利用するか否かの意思表示書面このような協力の度合いを持ち込むことは公取委の裁量を認めることになり、それを回避した結果、機械的な順位付けによる減額者の決定という方式に行き着いたのであるが、これは、あるいは裁量というものをある程度認めない限り、かえって不公平になるという真理を表すものと言える。このような事態を改善するには、リニエンシーの基本構造である協力の度合いによって減免額を調整することができる実務を導入する必要がある。

立入調査前の申請についても、立入後の申請の問題ほど、明確ではないものの、実務が、リニエンシーの形式性によりゆがめられているのではないかと推測されるいくつかの兆候がある。

統計上、リニエンシー申請件数に比して、立件件数は、4 分の 1 以下となっており⁶⁸²、リニエンシー申請が行われた事件の相当程度が立件されていないという状況が統計から浮かび上がっている。その原因として、およそ立件すべきでない小さな地方案件が多数を占めているか、リニエンシーの第一順位の通報者はでるものの、二番手以降が続かないために、公取委が証拠を十分集められず、立件できなかったという状況がかんがえられる。

およそ、取り上げるべきでない地方案件を取り上げないのであれば、立件数の少な

⁶⁸² 公取委ウェブサイトの年次報告によると、平成 21 年度における課徴金減免制度に基づく事業者からの報告等の件数は 85 件であった。他方、平成 21 年度においては、21 事件延べ 50 名の課徴金減免申請事業者について、当該事業者からの申出により、これらの事業者の名称、免除の事実、減額の率等を公表した、とされている。年次のずれなどはあるものの、大体、4 分の 1 が事件化されているように見える。

さについての説明にはなるが、なぜ、小さな地方案件ばかりで、大きな案件が来ないのかという問題は残る。

ただ、むしろそればかりではなく、リニエンシーの第一順位の通報者はでるものの、その情報で十分でなく、立件に至っていない事例が相当程度存在しているように思われる。なぜこのようなことが起こるのだろうか。欧米では、リニエンシーを申請した当事者は申請後も当局に継続的に協力する。しかしながら、日本の場合、様式1および様式2を提出すればそれで基本的に終わりとなり、追加的な協力義務は課されない。もちろん様式2の内容について質問があれば、回答が要求されるが、これについて、それ以上のことは知りませんと言え、それで終わってしまう場合も多いと推測される。その後、立入がなされ、立入によって収集された証拠が、第1通報者から、取得できなかったかの理由が問われ、あるいは、自ら有しているはずの証拠が、提出されなかったという理由では、第1順位は取り消されたことはない。三和シャッターの事例⁶⁸³は、提供された情報が虚偽であった場合である。

現行制度は、事件の端緒が得られればよく、そこから先は、公取委は強制調査権（立ち入り権限）を使って各社への立入りを実施して追加的な証拠を収集することができるので、様式1、2についての提出で足りると考えたのであろう。

米国のように、申請後もカルテルの会合に出席することを許容する代わりに盗聴させるようなことは行われていない。申請後も、当該会合に継続的に出席することは禁じられていないし実際にそうしているものと思われる。少なくともそのような会合の日取りを通知するよう求めるのは、当然であるが、それさえ行われているか不明である。

リニエンシー制度は、訴追裁量権を背景とした訴追免除制度を発展させたものであり、基本的には、完全な協力が得られなければ、減免特に第1順位の免除は撤回されなければならない。情報提供義務は7条の2で規定されているので、運用が誤っているという問題に過ぎないとも考えられるが、根本的には、裁量的課徴金制度を導入し、その裁量権の行使として、リニエンシー制度を位置付けるべきである。

5 小括

行政庁が裁量的な金銭的制裁を課し得ないという現行制度は、違法行為に対する抑止機能を歪め、適切な措置を選択できなくしており、国民経済上も、損失を生んでおり、経済法規の違反に対する制裁は刑事罰を中心とするよりも行政制裁金を原則とするべきではないかと考えられる。

⁶⁸³ 公取委排除措置命令平成22年6月9日

III 制裁についての比較法的検討

この点は、すでに第2部第3章で詳細に論じており、ここでは、第3部との関係で必要な点を整理するものとする。

1 欧州の考え方

行政庁が、裁量的な違反金を課すことができないのは、比較法的に見ても一般的ではない。欧州では、行政庁が裁量的な金銭的制裁を課すことを当然のものと考えていると思われる。EUのみならず、イギリス・フランスをはじめとする加盟国独占禁止法が、カルテルに対し、裁量的な制裁金を課しているからである。EUの制裁金は、行政庁による金銭的制裁だが、fine⁶⁸⁴という用語が使われている。

2 ドイツの考え方

(1) 秩序罰賦課手続

ドイツでは、もともと行政法規の違反に広汎な刑事罰を規定したのはドイツの制度を参考にしたためと思われる。しかしドイツでは1980年頃刑事罰を広汎に規定することの問題性が指摘されいわゆる「非犯罪化」が行われ、行政法規違反の刑事罰の多数が秩序罰(Geldbuße)に移行した。ただし、実際にドイツ法の秩序罰賦課手続は非犯罪化と言いながら刑事法の理論をかなり強く残した独特の制度となっている⁶⁸⁵。

まず、秩序罰の対象となる範囲は、日本のいわゆる「過料」の範囲よりもはるかに広く、日本で刑事罰として罰金が課されるような場合を広くカバーしている⁶⁸⁶。また、秩序

⁶⁸⁴ 通常、fineは、罰金と訳される

⁶⁸⁵ ドイツの秩序罰賦課手続については、平野龍一「経済活動と刑事制裁-ドイツ経済刑法における過料制度」『現代商法学の課題(下)〔鈴木竹雄先生古稀記念〕』(2011)1591頁、川出敏之「交通事件に対する制裁のあり方について」『宮沢浩一先生古希記念論文集-現代社会と刑事法(3)』(成文堂2000)237頁 鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(10)」公正取引394号76頁以下(1983)

⁶⁸⁶ 秩序罰賦課手続は、日本では一般的に過料審判手続と訳されることが多いが、本文記載の理由から、不適切な面があり、ここでは、秩序罰賦課手続という用語を用いている。

罰というのは、違法行為の抑制を目的とするので、事業者に直接賦課されるかにみえる⁶⁸⁷が、秩序罰賦課手続であっても、違反を行った個人がまず罰を賦課される主体であり、両罰法規的な考え方で法人に罰が賦課されるという構造をとっている。当然だが、法人の金額の方が圧倒的に大きい。これは刑事事件において、法人が刑事罰を賦課される前提として、自然人の違法行為を認定し、当該個人に対する刑罰の賦課を前提とすることと同じ考え方である。このため秩序罰賦課手続は、相当程度、刑事訴訟手続の原理が準用される。ただし、秩序罰賦課手続も処分手続同様、実質的には口頭聴聞すら開かれない聴聞手続である。また、担当する行政庁が自ら処分を行うことができず、裁判所に処分を求める権限を有するにすぎないという刑事手続でとられる訴追主義がとられているものではなく、FCOが秩序罰の賦課を決定できる行政手続である⁶⁸⁸。

(2) 調査手続

ドイツでは、調査手続でも、EU またはフランスと異なる制度設計となっている点が多い。

まず、調査手続は、間接強制ではなく、直接強制であり、実力で障害を排除することができる。関係者を勾留することはできないが、数時間の身柄拘束は可能である。また、弁護士秘匿特権も立入前には保障されていないので、立入においては、弁護士と依頼者の通信であるかどうかを考慮する必要がなく、立入における証拠収集手段は、EU や加盟国の一般的な調査手続に比して、強力である。

反面、ドイツの秩序罰賦課手続で行為者である自然人に対しても、秩序罰が賦課される関係で、黙秘権・自己負罪拒否特権が自然人にとっても及んでいる。そのため、秩序罰を賦課される恐れのある従業員は、出頭拒否や、質問に対する回答拒否が可能である。EU 以上に、事件関係者からの供述を得るのが困難となっている。その場合、どのように証拠を収集するかというと、客観証拠および秩序罰賦課についての裁量権を活用し秩序罰の賦課についての免除を与えて事件関係者(共犯)からの供述を得るという手法が用いられる。独禁法事件に関しては、リニエンシー制度が整備されているためこの点はより円滑に証拠を収集できるが、その他の秩序罰賦課手続においても、秩序罰を賦課するかどうかの裁量権を活用して証拠の収集が図られる。黙秘権・自己

⁶⁸⁷ 実際、他の欧州諸国、EU では、法人に直接賦課される。

⁶⁸⁸ この点は、異議があれば訴追主義に移行する交通犯則制度のような略式手続であるかのように説明されている文献が多いが、少なくともドイツ競争制限法の運用において、処分自体は、行政庁が自ら下している。

負罪拒否特権の保障のもとでの証拠収集実務は秩序罰に対する裁量制度を活用した秩序罰の賦課の免除という権限があって初めて機能するものである。

3 米国の考え方

米国では、裁量的な金銭的制裁は行政庁自らが課しうる場合と、裁判手続を経て裁判所が賦課する場合がありますが複雑である⁶⁸⁹が、高額な制裁金 (civil penalty) (制裁金の場合のみならず、補償金 (disgorgement) の場合も含む) については概ね行政庁が裁判所に対して制裁金賦課を申し立て、裁判所がこれを賦課する刑事手続的な訴追主義 (司法的執行) が行われる。先の裁量的課徴金ドグマは、米国法の影響によると思われる。ただ、米国の場合司法的執行であっても手続は極めて迅速に行われ、行政庁の制裁金賦課の執行をそれほど遅らすものとはなっていない。

しかし、米国では、そもそも、重大な不利益を生ぜしめるような排除措置や停止命令自体が、裁判手続を経なければならない場合も多い (行政庁自らは、処分権限がなく、裁判所に命令の発動権限が帰属する)。独禁法違反に対する救済措置がその典型であり、司法省は、独禁法違反行為の差止を行おうとする場合、裁判所に差止を請求する (主として、企業結合や私的独占の事例にこのような対応がとられる)。

ただし、FTC など、独立行政委員会の課す行為命令は、自らの行政手続を経て、自ら行政処分を課しうるし、独立行政委員会でもなくとも、一定の行政処分は、行政手続法 (APA) に従って行うことができる。その場合でも、金銭的請求であれば、(制裁金的なものではなく) 不当利得の剥奪的なものであっても、裁判所に賦課を申し立て、裁判所が賦課することになる (典型例として SEC の課す disgorgement がある)。

米国で行政制裁金と刑事罰が科されている場合には原則として行政制裁金が課され、刑事罰が用いられるのは悪質な事例に限られる。たとえば SEC はインサイダー取引について司法省の告発する権限を有しているが、刑事告発されるのは被害者の数が多数に及ぶ大規模なインサイダー取引、会社の幹部が関与している場合、文書偽造や証拠隠滅などの調査妨害的な行為を伴うものを悪質な事例として刑事手続によっている⁶⁹⁰。ただしカルテルについては原則として全て刑事手続によって執行される。

⁶⁸⁹ 米国の制裁に関する文献として、村上暦造「アメリカ合衆国におけるシビルペナルティー-行政強制の一態様」海上保安大学校研究報告 23 号 2 頁 (1978) 北村喜宣「環境管理の制度と実態-アメリカ水環境法の実証分析」(1992) 123 頁 曾和曾根・執行システム・第 3 章「シビルペナルティをめぐる法的諸問題」

⁶⁹⁰ SEC の執行に関しては、黒沼悦郎『アメリカ証券取引法』(弘文堂 2002) 212 頁、宇賀克也「SEC による法執行の改革-1990 年法改正を中心として」ジュリスト 990 号 38 頁 (1991)

制裁金の履行確保

違反者が制裁金を支払わない場合、裁判所侮辱罪として、罰金を課し、身柄を拘束することができる。刑事裁判における量刑は連邦量刑ガイドラインによって定められている。この量刑ガイドラインはガイドラインといいながら法律に近い性格を有するものである。

金融機関の場合、連邦の監督機関は金融機関に対し制裁金を課することができる。それに加えて銀行詐欺罪をはじめ主要な金融犯罪を犯した者に対し、司法長官が裁判所に制裁金の賦課を要請する権限も有している。

4 小括

比較法的に見れば、金銭的制裁で、裁量を伴うものは、裁判所でないと課すことができないという裁量的課徴金ドグマは、米国のように、重要な行為命令・許認可についても、裁判所に命令の発動権限が委ねられる制度である場合には一貫するが、ほとんどの行為命令・許認可の剥奪は行政庁が自らの行政処分で行われ、裁判所に命令の発動権限を委譲する制度とはなっていない日本で、(裁量的な)金銭の賦課だけ、米国流の考え方に固執するというのは、一貫性がないし、日本の行政制度の枠組みの中では、オーソドックスな欧州の制度が最も参考になると思われる。IV1(1)で詳述する。

IV 行政事件と刑事事件の役割分担のあり方

1 行政による裁量的金銭的制裁を制度設計する場合の仕組み

(1) 制度の骨格

上記のⅡおよびⅢをベースに考えれば標準的な欧州の裁量的な制裁金を導入するべきであると思われる。すなわち基本的には事業者そのものを違反行為の名宛人とし故意のない過失の場合も含めて制裁を課すものとする。ただし調査妨害などについて対応を行った個人において悪質性がみられる場合には個人についても制裁を課しうるものとし、併せて刑事罰を課すことができるものとする。ただし刑事罰の発動は刑事制裁に値する悪質な違法行為に限るべきである。何を悪質性の基準にするかについては後記(2)を参照。

もともと行政法規の違反に広汎な刑事罰を規定したのはドイツの制度を参考にしたためと思われる。しかしドイツでは1980年頃刑事罰を広汎に規定することの問題性が指摘されいわゆる「非犯罪化」が行われ、行政法規違反の刑事罰の多数が秩序罰に移行した。この点で日本の制度設計にも参考になるかに思えるが、実際にドイツ法の秩序罰賦課手続は非犯罪化と言いながら刑事法の理論をかなり強く残した制度となっており、この制度に従

うことは疑問である。最大の疑問点は、行政法規違反については多くの場合、法人が名宛人となるべきであるのに違法行為を行った個人を特定し、個人の違法行為を前提として、両罰規定的に法人の秩序罰違反を認定することである。それでは行為者の特定性に関し、故意及び行為者の特定性の立証に関して提起された問題は解決しない。また、行政調査に関しては、回答義務があると解されるのが一般的であるが、包括的な黙秘権を定め行政調査に対し一切の回答を拒否する権限を与える一方、直接強制手段を与え、身柄の拘束まで認める制度設計も疑問である。そのように複雑な構成をとらなくても法人自体にサンクションを課す制度とすれば十分であり、オーソドックスな欧州のアプローチであるイギリス法、フランス法、EU法(これらの制度の概要は第2部第3章、第4章を参照)のように黙秘権の保障は及ばず、自己負罪拒否特権の保障は一定限度及ぶとし、間接強制手段によって執行が行われる仕組みの方が適切なように思われる。

(2) 司法的執行の仕組みをとる必要がないか

次に米国との関係では米国流の司法的側溝の制度によるかが問題となる⁶⁹¹。行政による裁量的金銭的制裁を制度設計する場合、制裁ドグマに配慮し、行政庁に、裁判所に金銭的制裁の賦課を申し立てる現行の過料制度の仕組みによるべきであろうか(「司法的執行」)。米国では、金額の大きな制裁金は、司法的執行による例が多く、米国の制度によるべきかが問題となる。

しかし、許認可の剥奪や業務停止という金銭的制裁より厳しい規制手段がとられる場合でさえ、司法的執行は行われていないのだから、金銭的制裁のみを、米国型の司法的執行の対象とすることに固執する意味もあまりない。行政制度の基本が、行政手続にある以上、裁量的な金銭的制裁も、行政手続を通じて課す仕組みで問題ないと思われる。

最近、EU競争法の課徴金が巨額に上ることから、EUの行政手続を批判し、米国型の司法的執行によるべきだとの主張が米国から行われているが、制裁金のレベルが日本のそれとは比較にならないほど高額化しているなどという特殊事情によるのであり、裁量的な行政制裁金を課す場合、司法的執行が常に必要または好ましいものと一般化するべきではないように思われる。また、司法的執行を採用するには、裁判所の経済事件に対する処理能力・裁判所のキャパシティの拡大等の準備も不可欠であり、将来的な課題と考えるべきであろう。

(3) 行政手続による場合の自己負罪拒否特権の保障

⁶⁹¹ これを支持するものとして、曾根・執行システム 178頁

日本では黙秘権と自己負罪拒否特権の外延(保障範囲)がそれほど異なっているようには解されておらず⁶⁹²、川崎民商事件も、自己負罪拒否特権も行政手続には及ばないかのように判示しているが、欧米では、EU でも、黙秘権と自己負罪拒否特権の保障範囲は同じようには解されていない。黙秘権は行政手続では保障されていないが、自己負罪拒否特権は行政手続でも一定程度保護されると解されている。

その保護は、第一に、行政手続で取得した証拠の刑事手続での利用禁止・アクセス禁止である。日本でも、この点は意識され、刑事事件で、行政手続によって取得された証拠を証拠として用いることに一定の制限がある。ただし、日本の証拠流用の基準は甘すぎると思われる。租税法違反では、事実上、検察は、行政事件で得た証拠にアクセスできるようになっている⁶⁹³。独禁法事件に関しては、公取委が行政手続で収集した証拠に対し、検察庁は、公取委に捜索・差し押さえを行うことによって、これらの書類を取得させるようにしており、その意味では、他の行政手続の場合より、厳格にファイアウォールを敷いているが、検察が強制的に証拠を取得すればよいわけではなく、差し押さえによって、行政手続で取得した供述調書に検察がアクセスすること自体に、憲法上の自己負罪拒否特権の保障に反する疑いがあるように思われる⁶⁹⁴。

第二に、犯罪の自認につながるような質問を行ってはならないという保障である。そのため、EU・フランスでは、行政手続では、事実についての質問については供述拒否することはできないものの、事実面を越えて犯罪の自認となるような場合には、供述の拒否権限が認められるばかりか、そのような質問(カルテルをしたかをストレートに聞くこと)をすること自体が自己負罪拒否特権で禁止されるのである(したがって、日本で作成されるような完全な自白調書を取ることは、そもそもできない)。その意味で、right against self-incrimination とは、自己負罪の「拒否」特権だけではなく、当局の側に対する一定の行為規範でもあるという特徴がある。以上のように、黙秘権は行政手続では保護されず、自己負罪拒否特権は、一定程度保護されるが、それにより、供述を拒否できるのは、犯罪行為の自白につながる質問だけである。

⁶⁹² なお、刑事法の一部の説で黙秘権が調査手続の被疑者の権利であり、公判での権利が自己負罪拒否特権であるという学説(渥美説)もあるが、一般的な理解ではない。

⁶⁹³ 最判平成 16 年 1 月 20 日決定。刑集 58 卷 1 号 26 頁。租税事件においては、行政調査の結果得られた資料が脱税事件の刑事捜査に活用されることがないわけではなく、最高裁判決は、犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、直ちに犯則事件の捜査あるいは手段として行使されたことにはならないとする

⁶⁹⁴ 曾根・執行システム 151 頁もこの点について、憲法 35 条、38 条の保障の趣旨が十分に配慮されているとは言えないのではないかと指摘する。

2 刑事事件として取り上げる案件の射程

(1) 刑事手続でないと課すことができないものは何か。

刑事罰の中には懲役または禁固という身体の自由を拘束するものと罰金という金銭的制裁がある。しかし刑事罰の中核は懲役・禁固という身体の自由(死刑の場合には生命の自由)であり、このような人間の生きる権利・行動する自由の本質にかかわるから厳格な手続的保障や厳格な立証に服するのであり、罰金制度が刑事責任の中心に位置づけられているものではない。罰金制度も、それを履行しない場合、労役場留置という身体の拘束に結び付いているという意味では、身体の自由との結びつきがある⁶⁹⁵。

法人の場合は、罰金しかないが、その場合でも、違法行為者の特定が必要であり、違法行為者である自然人は、捜査に当たっての身柄の確保や刑事の強制的捜査権限に服する。

刑事手続の場合、処分が確定する段階だけでなく調査段階においても身柄の確保という形で国家機関に対して強力な捜査権限を与えている(行政庁で、犯則調査権限という刑事手続類似の捜査権限がある場合があるが、そのような場合であっても、身柄を確保することはできない)。身体の自由の拘束という強力な捜査手段を持つからこそ、刑事手続は厳格でなければならず、その立証水準も合理的な疑いを入れない程度のものが求められるものと理解すべきであるように思われる。

(2) 何を悪質性の基準にすべきか

どのような場合を刑事罰の対象にすべきであろうか。経済事件の場合、刑事罰は、基本的には、刑事制裁に値する悪質な違法行為だけを対象とすべきであり、その他の場合は、行政庁自身のサンクションによるべきである。この悪質性は、規範違反または法益侵害の重大性(違法性)の観点と道義的非難可能性(有責性)の観点から判断されるというのが、基本的考え方であり、その点は、これまでの罰則の制度設計においても考慮されていると思われるが、より具体的には、身体の自由に対する制約を正当化されるほどの悪質性を必要とすべきである。

この観点から、独禁法の立法では、行政法違反の違法行為の射程と、刑事罰対象行為の範囲を同一にしている。これは、米国、ドイツも同じだが、イギリスでは dishonesty(不誠実)、フランスでは fraudulent(詐欺的)なもののみが刑事事件の対象となる点で、刑事

⁶⁹⁵ 過料の場合、支払いを懈怠したときには、民事訴訟手続(具体的には仮差し押さえ)により執行する。その意味で、最終的に身体の自由に関係するかが、罰金と過料の違いとなっている。

罰対象行為について、構成要件の限定がある。このような構成要件上の限定がある方が、刑事罰の限定という意味では優れている。dishonesty(不誠実)の概念は、不明確であるが、これを規定しないより、規定した方が、構成要件は限定されるのであり、処罰範囲を限定する趣旨で、抽象的な要件を追加することはむしろ好ましいと考えるべきである。

公取委は刑事事件としての告発指針を定めており、刑事事件としての射程を悪質な者に限定している。その告発基準(悪質性の判断基準)では、違反による利得の大きさ、違反期間などが重視されている。しかし、事件の究明に協力的かどうかという観点が重視されるべきである。

独禁法事件に限らず、刑事事件に振り分けるかの問題は、被疑者に対する訴追裁量権をどのように考慮すべきかの問題については、違反による利得(あるいは損害)の大きさ、違反期間などよりも行政手続において、協力的であることを重視すべきではないかと思われる。

(3) 悪質事案に刑事罰を課す場合の行政制裁金の賦課の適否(二重処罰の問題)

上記のように悪質な案件のみが刑事制裁の対象とした場合、行政制裁金を賦課すべきであろうか。刑事罰の罰金の方が行政制裁金より高ければ、そのような行政制裁金は課すべきではないが、罰金の上限が五億円であることから、行政制裁金よりはるかに低い場合が生じる。典型的には独禁法のカルテル・入札談合の場合であり、独禁法の課徴金は数十億円単位の課徴金が課されることが決してまればではない。法人の刑事罰を案件の規模に応じて賦課するようにすべきであるがそれができない限り、行政制裁金を併科することはやむを得ないであろう。そうしないと、悪質な事例の方が、制裁が軽いということになり、比例制の原則を維持できないからである。

行政制裁金を刑事罰に加えて賦課することについては、二重処罰にならないかについては、刑事罰と行政制裁金はその目的を異にし、刑事罰に加えて行政制裁金を課することができるが米国の判例で「確立している」⁶⁹⁶。

(4) 刑事手続で無罪または立件が見送られた場合

刑事手続で無罪または立件が見送られた場合に、行政手続によって行政制裁金を賦課できるであろうか。日本では刑事手続として立件できなかった事例については行政手続に従って行政制裁金を賦課することができるものと解され、しかも、この場合刑事手続きの

⁶⁹⁶ 佐伯・制裁論 73 頁以下 曾根・執行システム 104 頁以下 Hudson et al v. United States, 522 U.S. 93(1997)

ために収集された証拠を行政手続のために流用することについては何ら禁止されていない。刑事手続によって得た証拠が令状主義・黙秘権・自己負罪拒否特権の保障のもとに収集された証拠であることを理由とする。実際、税務事件では、犯則調査手続によりながら刑事事件の立件ができない場合に、犯則事件によって収集された証拠を行政手続において利用することは広く見られる。

しかし、米国では二重の危険の観点から、刑事手続で収集した証拠を刑事手続で無罪または調査のうえ立件されなかった事例で行政手続によって行政手続を開始すること自体に慎重であると思われる。例えば、カルテル事件について、司法省は刑事訴追権限と、民事請求権がある(ただし、請求されるのは差止だけで、civil penaltyは請求されない。)が、刑事事件として、立件を目指していたカルテル事件が、刑事が難しうだからと、民事請求に切り替えられた例はないと思われる。この点は、二重の危険の法理が、行政手続にも及んでいるようにも見える。

(5) 医療過誤と悪質性の基準

純粋な経済事件ではないが医療過誤についても悪質性の観点から刑事罰を課すことについては慎重であるべきである。日本では医療過誤について刑事訴追がなされる事例がかなり多い⁶⁹⁷。これは、医療過誤の結果が人の死や回復不可能な後遺障害(人体の機能の恒久的損傷)の発生などの結果を生じ、同様な結果が発生し、行政の制裁がないことでも共通する交通事故の考え方に依拠しているのではないと思われる。

しかし、医療過誤の場合、すでに身体の損傷・機能障害は存在しており医療行為がなければ、身体の損傷・機能障害を回復できない(産婦人科の場合、適切な治療なくしては、母体または胎児に身体・生命の危険・機能障害が発生すること、失敗が死につながるとしても、医療行為を行う資格のあるものに裁量を与えなければならないことは、社会的に十分に同意されている点で、全く健康な者の生命・身体が損傷する交通事故とは同列に扱うことはできない。失敗が人の死、または回復不可能な行為障害の発生と紙一重であり、もともと助かる可能性が低い事例も多い。そのような場合にまで刑事訴追が行われるならば、医療の現場に深刻な萎縮効果を生みかねないと思われる。刑事罰が活用されるのはよほど悪質な場合(およそプロらしくないあやまりをした場合)に限り、民事的救済と効果的な行政制裁制度の構築によって、技能の不十分な医師を排除するべきであろう。この点、当局は、米国のような重過失の限定がない以上、起訴せざるを得ないと考えているようであるが、疑問である。訴追裁量権は、このような局面でこそ活用されるべきものと思われる。

⁶⁹⁷ 佐伯・制裁論 291 頁以下 最近では無罪の判断が下されるケースもかなり増えてきている。

3 国際的執行における公取委と検察庁の連携のあり方

違法行為に対し、刑事罰が存在する場合、外国事業者の役員・従業員は刑事罰からの免責、即ち訴追免除を求めることが一般的である。刑事事件では、各国の検察庁は、訴追裁量権限を駆使し、訴追免除に合意した上でそのものからの供述を得るといふ実務が行われているので、このような司法取引は外国人にとっては全く当たり前のことである。ところが、日本ではロッキード事件最高裁判決においてこのような訴追免除は特別の立法がない限り求められず、訴追免除によって取得された供述の証拠能力を否定したため、上記の外国では当たり前となっている手法が活用できないという問題がある(第2章で詳述する)。

なお、日本では、検察庁が、公取委の意向を尊重して、訴追裁量権を行使するものとなっておらず、検察庁が、自らの判断を重視する姿勢を見せていることも、国際的執行の観点では問題を引き起こす可能性がある。公取委は、独禁法事件を刑事事件にするか否かについて、専属告発権を有している(独禁法96条)が、告訴不可分の原則により、告訴が行われた場合、従前の訴追免除の合意によって訴追する対象を限定することはできないと解されている。したがって、公取委が事件を告訴する場合、告発をしないという約束のもとに、調査協力を得た場合でも、事件が告発されれば、そのものを告発しないという公取委の意向がそのまま受け入れられるかは必ずしも明らかではない。課徴金減免申請をして課徴金の免除が与えられる第1通報者に関しては、国会答弁で、検察庁が訴追を行わないことになる旨の答弁が行われているが、その他の事業者の役員・従業員の取り扱いは不透明である。

課徴金減免制度は、事業者のみの減免であり、これに協力した個人が刑事訴追されたのでは、個人の代理人は、個人に協力をうながすのが困難になる。第1通報者だけでなく、第2通報者以下についても、基本的には、協力が得られている事業者の従業員等の関係者を訴追すべきではない。告訴については、協力の得られていない事業者を訴追することを要望すべきであり、検察庁はその意向を尊重すべきである。協力状況を悪質性・告発基準・訴追裁量の基準にすることが、刑事事件と行政事件の振り分けとして適切であることは前述のとおりである。。

結 語

以上のように、裁量的課徴金を導入して制裁体系を柔軟化・実効化することが、規制緩和で市場を弱肉強食のジャングルにしないため必須であると思われる。同時に、罰則という用語は、刑事罰だけでなくサンクションすべて、罰金という用語は、金銭的制裁全てに使われる用語として、用いるように改正すべきであると思われる。一般

人も使う用語で、一般人の抱く用語の意味と法律家の使う用語の意味があまり離れるのは、好ましくないからである。

第2章 司法取引なしに、近代刑事司法は機能するか

I 村木事件の教訓と問題の概観

1 供述調書依存の刑事司法実務を維持することの限界性

日本の刑事事件では、被疑者その他の事件関係人が、任意に供述した内容を、調書化し、被疑者その他の事件関係者に記名・押捺させた供述調書に、立証の主要な部分を依拠している。障害者郵便を不正に利用したいわゆる村木事件⁶⁹⁸は、この手法の本質的問題点が露呈したといえる事件ではないかと思われる。本件では、重要な事件関係人の供述調書の任意性が否定されて証拠採用されなかったため無罪となり、その後、捜査段階で押収したデータ(電子ファイル)の作成日付を、改変したこと。担当者及びその上司が証拠隠滅罪で逮捕され、起訴されるという事態に陥っている。本件により、刑事実務を現代化することが、緊急の課題であることが国民すべての目に明らかになった。司法改革が日弁連と法務省の間で協議されているが、そこでは、取り調べの可視化という問題に集中しがちである。しかし、より本質的な問題は、IQ も高いエリートが被疑者であるときは、従来の供述調書依存の実務では、「巨悪」に迫ることに限界があり、経済事件においては、証拠収集手法と立証手法の抜本的な改革が必要ではないかという点だと思われる。これが、本章及び第3章のテーマである。

2 村木事件の教訓

村木事件では、厚生労働省の事件対応にも問題がある。障害者郵便の不正利用は、凜の会だけではなかったとも言われ、厚生労働省が組織的に職権を濫用している疑いのある事件であり、本来、厚生労働省が内部調査して真相を明らかにし、自ら関係者を処分すべき事件である。厚生労働省が、このような真相解明の努力を行わず、印鑑の保管という矮小化した問題で、本件の幕引きを図ったことについては、本来、厳しい批判がされてしかるべき事例である。

にもかかわらず、そのような批判が全く盛り上がらないのは、検察庁の証拠収集・立証方法の問題があまりにも大きかったからであろうと思われる(検察の問題の方が、マスコミが取り上げやすいということはあるが、日頃、こうした風潮を批判することの多い雑誌ですら、厚生労働省のずさんさを指摘する議論はほとんどない)。本件を、特定の個人の

⁶⁹⁸ 平成22年9月10日 石塚章夫「厚生労働省元局長無罪事件を元裁判官の立場から考える」自由と正義 62巻9月号

事件処理の問題に帰するのは適当でない。取り調べの在り方・調書依存の立証手法は、かつてから、批判され続けてきた問題であり、今に始まった問題ではない。これは、現在の証拠収集・立証・公判維持活動の構造的な問題である。率直に言えば、前近代的な司法が温存されているということであり、長年にわたり、検察は、その前近代性を国民から与えられた国民の責務を果たすためという理由で温存してきた⁶⁹⁹。しかし、真にそのような理由が存在するならば、検察への批判が集中するはずはなく、事件を解明しようとしないう厚生労働省に向けられるはずではないか。国民の声は、供述調書依存の現行実務からの脱却を望んでいるように見える。

実務においては、供述調書に依拠する現行の実務を、否定すれば、刑事実務が成り立たないとの危惧が根強い。しかしながら、欧米では、むしろそれを原則的に否定した上で、法の正義を実現しているのであり（経済事件ではの執行は日本より活発である）、日本でだけそれができないはずはなく、本章及び第 3 章の目的はそれを達成するための制度の改革の方向性を示唆するものである。

3 村木事件の事件処理のアプローチの問題

村木事件に関しては、検察庁の経済事件へのアプローチの仕方に根本的な問題がある。本件では、供述調書に依存するよりも、偽造の証明書を作成した係長と上司の間の意思の連絡に関する客観証拠をまず探すべき事例である。今日では、電子メールの形で上司と係長とのコミュニケーションに関する証拠を発見することは難しくなかつたと思われるし、逆にそのようなコミュニケーションについての客観証拠が全くないのであれば、共犯の事件として立件すべきではないと思われる。

供述調書に頼り、その供述調書の間の一貫を一貫させることに精力を使い尽くし、その挙句、証拠の隠滅という問題を引き起こしたのであるが、そこまで一貫性にこだわる必要があることが、今日の刑事立証の基本的な問題である。本件は、要するに、上司の指示があったかなかったかの問題であり、その指示は、特定の日時における明示的な指示でなくても、黙示的な指示の場合もあるわけであるから、状況証拠を積み重ねてそのような客観証拠から立証することもできたはずである。ただ、本件では、係長の作成した内部文書から、係長が自らの判断で行ったことがうかがわれる証拠があるとも言われる。この内部文書を打ち消すだけの意思連絡の客観証拠が本件で見つからないのであれば、意思連絡は否定されるだろう。係長が独自の判断で行ったのではないことを合理的疑いのない程度まで立証する証拠が必要となる。障害者郵便の不正利用が凜の会だけでなく、その他の事業

⁶⁹⁹ この点を強調する論文として、藤永幸治「戦後検察制度の形成と今後の検察像」刑法雑誌 36 巻 1 号 5 頁（1996）

者にも知れ渡っていたとも言われ、この点についての客観証拠が集まれば、上司を巻き込んだ組織ぐるみの事件であると立証できた可能性がある。

ただし、本件では係長に対する指示を行った上司は、村木氏ではなく、部長または局長からの可能性も高く、その可能性を排除したかに見える事件処理の失敗があったことも重要である。いわゆる筋書きを作って、それに合わせて供述を取ると言われる実務の問題であるが、(村木氏の上司から直接)村木氏を関与させずに指示が行われた可能性も慎重に検討すべきであった⁷⁰⁰。

客観証拠の収集が困難であれば、本来は、訴追裁量権を活用した訴追免除権限により、上司の指示・意思の連絡に関する第三者供述を取得するよう本来は務めるべきであるが、この点では、そのような訴追免除権の活用という最も重要な武器が検察に与えられていない。この点こそが日本の刑事司法の根本問題である。

4 供述調書依存の立証方法が行政事件に拡散されている問題

調書依存の刑事事件的手法は、独禁法のカルテル事件や金商法の課徴金賦課事件のような行政事件にも用いられるようになってきている。このような実務が行政事件に浸透した理由は、公取委あるいは証券監視委などの行政庁には、違反行為を摘発するという捜査・証拠収集のプロがいなかったため、検察庁より出向した検察官に捜査・証拠収集の手法を学ぶ(イニシアティブを取らせる)ため、いきおい刑事事件的な捜査手法がとられ、刑事事件的な供述調書に依存した立証が行われるようになってきている。この点については、第3章で論じる。

5 裁判所の側の問題

そのような構造的問題が生じたことに裁判所も少なからず責任がある。その第1は自白調書に依拠した事実認定と、取り調べが終わるまで、被疑者の勾留を簡単に認める実務を温存する一方である。他方で、自白のない状況証拠から事実認定を行う事例については、「合理的疑いを入れない」程度という立証水準を不合理なまでに高くしてしまっているように見えることである。この点は、最近では、行政事件の場合にさえそのような傾向が生まれ始めている(この点は、第3章で詳述する)。こ

「疑わしきは被告人の利益」という刑事事件のスローガンは、捜査段階での被疑者の無

⁷⁰⁰ 官製談合事件では女性の関与が全くといっていいほど見られない。汚れた仕事は女性を回避して行われた可能性があることは、経済事件に慣れていれば、容易に解気がつくことである。

罪推定原則と公判段階でも合理的疑いのない程度の立証の問題に分けられるが、裁判所は、被疑者の無罪推定の原則については、安易に勾留請求を認めることでこれを希薄化する一方、刑事立証水準については立証水準を高くしすぎる結果、供述調書でしか立証できないかのような認識を検察官にうえつけてきた側面があることは否定できない。重視されるべきは被疑者の無罪推定原則であり、安易に勾留を認める実務は、同原則と相容れないのである。この関係でも、取調中の黙秘権・自己負罪拒否特権を希薄化する一方、公判での「合理的疑いのない程度の立証」の立証水準を自白調書という直接証拠なしでは、立証できないほどに（状況証拠からの立証が困難になるほどに）立証水準を高めているのは本末転倒である。なお、実務では、罪となるべき事実（構成要件該当事実と処罰条件事実）というより、冒頭陳述の内容全て（量刑に関する事実を含む）が、合理的疑いのない程度まで、立証しなければならぬように運用されているように見える。あらゆる事実を合理的疑いのない程度まで立証することは不可能に近く、そのような認識が自白調書依存の実務の原因となっている側面がある。

裁判所にしてみれば、裁判所がそのように立証対象を広げているというよりも、検察庁が勝手にそのような解釈を行い、それを精密司法と呼んで正当化してきたとの反論もあるかもしれないが、第3章Vで取り上げる大森工業事件（平成23年6月24日）を見れば、裁判所も、行政事件でさえ深刻な供述調書依存に侵されていることが理解できるはずである。

第2に、訴追免除を与えて、事件関係人から供述を得たり、協力を得るという欧米で当然とされる実務が現行法の問題としてできない（違法である）という世界的に見ても独特な理論を最高裁が宣言してしまったことである。これは、いわゆる司法取引と言われる問題であるが、訴追免除を合意して事件関係者から協力を得るということは、近代司法が機能するため必須条件であり、検察の訴追裁量権から現行法の枠内で、当然に認められなければならない。ところが、これを立法措置なしに認められないかのように判示したロッキード事件最高裁判決⁷⁰¹があり、刑事司法の近代化を阻害する大きな要因になっている。

6 司法取引の意義（和解型と訴追免除合意型）と必要性

近代司法が、被疑者に黙秘権・自己負罪拒否特権という強力な防御手段を付与したため、これに対抗するため、欧米では、訴追裁量権の適正な行使としての訴追免除（immunity）を活用して、証拠収集・立証を行う手法が編み出された。この手法は、日本の刑事訴訟法学では、司法取引とよばれる。司法取引の意義は、多義的であるが、大別すると、有罪答弁をすることの引き換えに、その量刑の求刑を寛大にしてもらったり、訴追さ

⁷⁰¹ 最判平成7年2月22日刑集49刊2号1頁 本判決については、IV2で詳細に論じる。

れる対象となる犯罪の一部について訴追を免除するという「取引」と、組織犯罪で首謀者に迫るため共犯者から協力・証拠収集の見返りに全面的な訴追免除を与える「取引」がある。宇川論文では、前者を純粹型、後者を捜査協力型と分類している⁷⁰²が、前者より後者の方が国際的には、浸透しており、近代司法に不可欠の側面があることを考えると、前者をオリジナルのようにとらえることには違和感があり、筆者は、後者を、訴追免除合意型、前者を和解型という。訴追免除合意型は、米国のみならず、幅広く特別な立法措置なく用いられている。ロッキード事件でコーチャン氏らが訴追免除を求めたのはごく当たり前の交渉であり、米国で立法措置により導入されているとの最高裁判決の認識は、今日の国際的常識からかけ離れている。

本章では、司法取引的手法なしに、近代刑事司法の実現は困難であり、制度論として司法取引を認めるのが当然であり、少なくとも訴追免除合意については、解釈論としても、ロッキード判決を限定的に解釈し、これを肯定すべきであるとの立場から検証を行うものである。第 3 章では、供述調書の依存から脱皮するにあたって、司法取引と並んで不可欠な客観的証拠の活用を取り上げる。

II 供述調書依存の刑事司法実務と黙秘権・自己負罪拒否特権との関係

1 行政事件と刑事事件の証拠収集手法の相違

経済活動に関する違法行為にサンクションを課す制度としては、行政上の不利益処分（ただし、制度趣旨としては、サンクションではなく、違法行為の抑止手段とされており、その問題点は、第 1 章で詳述する）と刑事罰がある。これらの射程をどのような範囲にするか（どのように振り分けるか）については、第 1 章で論じることとし、ここでは、証拠収集手法の違いを整理する。行政調査は、間接強制手段しか用いられないが、刑事手続（及び犯則調査手続）では、直接強制手段が活用でき、刑事手続の方が強力な調査権限を有している。しかし、何と云っても、刑事手続の場合、違法行為を行ったものを勾留できる（この権限は、犯則調査権限にはない）という身体的自由に対する直接的な制約を課すことができる点が刑事手続の最大の特徴であり、刑事手続が開始されるという社会的インパクトは、行政手続の場合とは比べものにならない。

他方、刑事手続には、黙秘権・自己負罪拒否特権という強力な防御手段が被疑者に与えられている。行政手続でも、憲法 31 条以下のデュープロセスについての保障は、適用されるものの、行政事件それ自体の防御権として、刑事事件同様の黙秘権・自己負罪拒否特

⁷⁰² 宇川 (10)24 頁

権の保障が与えられるものではない（川崎民商事件最高裁判決⁷⁰³の立場である）⁷⁰⁴。ただ、この判例は、黙秘権と自己負罪拒否特権の違いをよく理解していないようにも見える。欧米では、黙秘権が、包括的な供述の拒否特権であり、自己負罪拒否特権は、犯罪の自認に繋がるような特定の質問についての供述の拒否であり、黙秘権は行政事件で保障されないが、自己負罪拒否特権は保障されている⁷⁰⁵。ただし、その保障は、欧州のカルテル事件では、犯罪の自白になる質問に限定されている。刑事事件では、より広い質問に対する回答拒否が保障されるが、刑事事件では黙秘権が保障されるので、自己負罪拒否特権を問題にする必要性は、行政事件の場合ほど大きくない。包括的な供述拒否でなければ、自己負罪拒否特権の問題とも考えられるが、黙秘権の部分的行使という意味しかない。また、自己負罪拒否特権の保護は、行政事件の証拠を刑事事件の証拠として活用することを禁じるという意味も含む（この点は、第1章で検討する）。

2 なぜ供述調書に依拠する実務が可能なのか—取り調べ受忍義務を肯定する実務

刑事事件に、黙秘権・自己負罪拒否特権が全面的に及ぶとすれば、自白を得ることは、簡単ではないように見えるが、実務上ほとんどの事件は、自白調書が証拠の中心に据えら

⁷⁰³ 最大判昭和47年11月22日、刑集26巻9号554頁。同判決は、憲法38条の供述拒否権・黙秘権・自己負罪拒否特権が行政調査に及ぶかについては租税調査に関し行政調査の目的が刑事責任の追及ではないこと、資料も当然に刑事手続で用いられることはないこと、間接強制にとどまること、言い換えれば直接的な実力の行使でないこと、徴税目的からの必要性が高いことから、所得税法の質問検査には適用がないとする。

⁷⁰⁴ 拙稿「行政調査における防御権と調査妨害—日本固有の問題を分析したうえでの欧州との比較」国際商事法務38巻2号151頁(2010)（以下「越知・調査手続」という）、実務家を中心にこのような議論をする論稿が多い。例えば、井上朗「EU競争法の調査手続と実務」公正取引719号29頁(2009)、33頁は、インタビューに応じるか否かは全くの自由であり、また、インタビューで黙秘権を自由に行使できるとする。しかし注36では、黙秘権の行使を否定する帰結を招きかねない判例があることには留意すべきであるとしている。また、井上朗『EU競争法の手続と実務』（民事法研究会2009）（以下「井上(2009)」という）93頁も、ソニービデオテープカルテル事件で、供述拒否に対し、制裁金が課されたことを指摘しており、上記の記述と整合していない。同じく、村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題—行政調査の在り方及び行政調査と刑事手続との関係に係るイギリス、フランス、ドイツ実態調査報告」国際商事法務35巻12号(2007)1659頁以下も、供述拒否権があると一方、同論文の1661項では、事実面の質問に供述義務があることは明記されている。

⁷⁰⁵ 田口126頁。ABA“The right against self-incrimination in civil litigation”参照。

れていることは、日本の刑事司法の顕著な特徴である。

このような供述調書に依拠する実務が可能であるのは、黙秘権があるとしても、勾留中の被疑者には、取り調べ受忍義務があるという解釈と、刑事事件となった場合に逮捕・勾留が相当期間にわたって認められる一方、犯罪事実を自白した場合、基本的には起訴が行われた後に、保釈が認められるという逮捕・勾留が前提となっている。

このような理論と実務は、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障を希薄化するもので、近代司法のもとで容認できず、見直すべき時期が来ていると言わざるを得ないものである。

米国では、黙秘権・自己負罪拒否特権を通知し、これを行行使した場合、取り調べを打ち切らなければならないことが、有名なミランダ判決⁷⁰⁶により確立している。本判決は、被疑者には、①黙秘権があること、②供述は不利な証拠として用いられることがあること、③弁護人を立ち合わせる権利があること、④弁護人を選任してもらう権利があること、⑤いつでも取り調べを打ち切らせる権利があることが告知されなければならないものと宣言した。この告知はミランダ告知(Miranda Warnings)とよばれる。ただし、告知後に被疑者が自覚的かつ理性的に権利放棄したときには供述させることができる。これに反する供述は証拠から排除される。以上の原則をミランダ・ルールという。ミランダ・ルールは、米国のルールのように見られがちだが、憲法上、保障された黙秘権・弁護人立会権および弁護人依頼権の保障の具体化であり、今日では、欧州の実務も、基本的には、ほとんど変わらない保護が与えられている⁷⁰⁷。

日本では、古くは、平野博士が、つとに、黙秘権・自己負罪拒否特権を行行使しても、取り調べ官の前に座り続けなければならないのは不合理であり、黙秘権・自己負罪拒否特権を空文化するとして、取り調べ受忍義務を否定していた⁷⁰⁸が、これまで受け入れられていなかった⁷⁰⁹。

取り調べ受忍義務は、学説上、以下のように整理されている。刑訴法 198 条 1 項本文が被疑者が身柄拘束されているかどうかを問わず、捜査官の被疑者取り調べ権を規定しているので、捜査官が身柄拘束者に出頭を求めこれを取り調べることができる。しかし、法は、身柄拘束被疑者の取り調べについて詳しい規定をおいていない。そこで、解釈論になるが、刑訴法 198 条 1 項但し書きが「被疑者は、逮捕または勾留されている場合を除いて

⁷⁰⁶ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966)

⁷⁰⁷ この点は、独禁法のカルテル事件に関して、英独仏の弁護士と意見交換した結果である。

⁷⁰⁸ 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣 1958）106 頁

⁷⁰⁹ 小早川義則「取調べ受忍義務再論-アメリカ法との比較」法律時報 83 卷 2 号 10 頁(2011)

は出頭を拒み、または出頭後、いつでも退去することができる」と規定しているが、取調室への出頭義務および取調室での滞留義務については明記されていないので、198条1項但し書きを反対解釈すれば、逮捕・勾留されている被疑者には出頭滞留義務があると解されるというのが、取り調べ受忍義務を肯定する論理である⁷¹⁰。

しかし、198条1項但し書きは捜査機関に出頭・退出するかについての規定であり、捜査機関に身柄を拘束されている被疑者には、出頭・退出は問題とならないので規定されていないだけであり、本規定の反対解釈で取り調べ受忍義務が導けるものではない。

また、黙秘権は、憲法上の権利であるから、黙秘権を制限する根拠に、実定法上の取り調べ権や198条の文言解釈が理由になるかも疑問である。憲法上の保障を合理的理由なく制約するのであれば規定そのものが違憲であり、憲法上の保障を不合理に制限しないようなものであることが実証される必要がある。

そこで、憲法との関係では、取り調べ受忍義務肯定説から、憲法38条3項が、在宅被疑者に、出頭拒否、取り調べ拒否を認めるものの、勾留下の被疑者にこのような権利が規定されていないので、憲法38条3項の反対解釈として、取り調べ受忍義務があるという解釈が主張される。しかし、憲法を素直に読めばそもそも、勾留下でない人でも、出頭拒否、取り調べ拒否ができる(憲法38条3項)のだから、勾留という抑圧下では、いわんや保護されるのが当然というのが素直な解釈と思われ、反対解釈により、取り調べ受忍義務を導くのは無理があるように思われる。そのような解釈は、むしろ、勾留を促進するもので(まさに、日本ではそのような実務となっている)、憲法がそのような解釈を許容しているとは思えないのである。

この点は、黙秘権と自己負罪拒否特権の保障内容の相違にも留意する必要がある。受忍義務肯定説は、憲法上の黙秘権と自己負罪拒否特権の作用を事実上同じように見ていると思われるが、黙秘権は、本来、被疑者自身から証拠を収集することを拒否する権利であり、包括的な供述拒否権であって、それが行使されれば、被疑者から証拠を収集してはならない(取り調べを続行してはならない)というのが、黙秘権の素直な解釈であると思われ、欧米ではそのようなものと考えており、それがミランダ・ルールに結実したものである。

これに対し、自己負罪拒否特権は、個別的な質問に対する拒否権限である。自己負罪拒否特権だけなら、取り調べ受忍義務を導けるであろうし、黙秘権のない行政調査では、調査に対する受忍義務があると解することができるのである。黙秘権はその沿革からは、被疑者自身から証拠を収集することを拒否する権利として明確に位置づけられるべきものと思われる。

⁷¹⁰ 田口 114 頁

3 逮捕勾留を前提とすることの問題

取り調べ受忍義務がなければ、捜査ができないという考え方にたつ限り、検察庁は経済事件の捜査能力を向上させることはできないのではないかという疑問もある。日本では、勾留の要件が緩やかで、経済事件(ホワイトカラー事件)でも、逮捕後 48 時間が司法警察員の下での身柄拘束、24 時間が検察庁のもとでの身柄拘束、10 日間の検察の下での勾留、さらに 10 日間の延長が認められるために、約 23 日の勾留がほとんどの事例で認められている。さらに別件で勾留が続くこともしばしばである。

しかし、このような起訴前の、長期の勾留は必ずしも欧米に一般的なものではない。米国では、無令状で逮捕が行われると言われるが、基本的には 24 時間以内に釈放しなければならない、それ以後は逃走の恐れがある場合に限ってしか勾留が認められない。日本のような証拠隠滅の恐れは勾留理由とされておらず、経済犯罪では、逃走の恐れがないので、ほとんどの場合、勾留は 24 時間以上続くことはなく、続いたとしても保釈される場合が多く、在宅で起訴され、有罪判決が下されるまで再度勾留されることはなく、文字通り被疑者に対する無罪推定原則が貫かれている⁷¹¹。逃走の恐れがあると判断される場合は、23 日よりはるかに長期の拘束が可能であり、刑法犯では、この間に取り調べは可能であるが、そのような前提は経済事件では取れず、司法取引等の現代的手法を駆使せざるを得ないのである。

経済事件の場合、例えば、独禁法のカルテル事件の場合、個人的に利益を得る目的ではなく、会社に利益をもたらす目的で行われるものが多いし、過去の経緯からそのような犯罪に巻き込まれてしまったという場合もあるであろう。カルテルによって企業が得る利益は莫大であり(3年間の期間の限定に服する現行の課徴金制度のもとでも総額で200億円を超える課徴金を課されている事例が数件ある)、その利得は消費者から企業に移転されているのであり違反行為を抑止するために厳正な執行を行う必要があるのは当然であるが、その個人自身に利得が帰属している犯罪ではない以上、23 日間の逮捕勾留を原則とすることの当否は疑問であり、証拠隠滅の恐れを厳格に解する等の解釈論的工夫が必要と思われる⁷¹²。証拠隠滅の恐れについては、保釈条件に監視を義務付ける米国の考え方も参考

⁷¹¹ IMF のストロカーン専務の性的暴行被疑事件でも、ストロカーン氏は逮捕・拘留されたものの 24 時間程度で、保釈が認められている。ただし、保釈条件として、24 時間の監視が条件とされたようである。村木事件では、村木氏は、(否認を続けたため)何か月も拘留されたが、このような長期の拘留を許した裁判所の問題も大きいように思われる。

⁷¹² 勾留される場合、裸で身体検査をするのが実務であり、このような屈辱的経験に耐えられずに、自白してしまうこともあり得る。ただし、このような身体検査は、米国の最初の身柄拘束時にも行われている。

になると思われる。

また、独禁法のカルテル事件に関しては、少なくとも課徴金減免申請(Ⅲで詳述する)を行い、任意の事情聴取に応じている事例では逮捕勾留を行うべきではない。そもそも課徴金減免申請が行われている場合は、行政事件で処理すべきであり刑事事件化すべきではない。しかし亜鉛メッキ・カルテル事件⁷¹³では課徴金減免申請が行われた場合でも公取委の立ち入り調査後の課徴金減免申請した事業者に対しては刑事事件として捜査が行われている。

4 自白調書と検面調書の特信状況を安易に認める問題

現行実務では、任意性が認められれば、被告人の自白調書は無制限に採用され、むしろ、捜査段階と公判段階で供述が異なることが、供述調書を証拠採用する積極的根拠となる(322条)ことにより、取り調べ段階での供述調書は、任意性が否定されるという例外的場合を除けば証拠採用され(最終的に任意性が否定される場合でも、公判においては、裁判官が見ている場合がほとんどすべてであると思われる)る。

第三者供述についても公判での供述と取り調べの供述が異なる場合、躊躇なく検察官面前調書の特信状況あるものとして採用され(321条2号)、この検察官面前調書に依拠した事実認定が行われている。これは、捜査段階における供述のほうが事件直後の記憶の鮮明なうちに作成されたものであり、公判の供述に比べて信用性が高いといういわゆる相対的特信状況という考え方を最高裁が判示した⁷¹⁴ことに由来するものである。

判例によれば、特信状況の判断は必ずしも外部的な特別な事情によらなくてもその供述の内容に自体によって判断することができるとする。その結果、記憶が鮮明な事件直後に録取され、内容も詳細な供述調書には原則として、証拠能力・信用性が肯定されることになり、これは例外的であるべき検察官面前調書の採用を原則化している点で、法の趣旨を逆転させているものと評価せざるを得ない。学説は、特信状況は、供述の際の外部的付随的事情と解すべきであるとして判例に批判的であるが、特信状況を判断するにあたり調書の記載内容を考慮することは許されるとするものもある。

欧米では、司法警察員または検察官の面前での調書は、そもそも原則的に証拠能力や信用性が否定されていると思われる。米国はもちろん、欧州でも、基本的に公判における証言を重視する。ドイツでは、捜査段階での取調べの内容を証拠化したい場合には、供述調書ではなく、取調べ捜査官自身が法廷で証言を行い、その証言を証拠として用いる方法が

⁷¹³ 平成21年9月15日 白石忠志「刑罰・減免制度・課徴金が交錯した一例」ジュリスト1389号68頁

⁷¹⁴ 最判昭和30年1月11日 刑集9巻1号14頁。田口390頁

取られる⁷¹⁵。重要な証拠に関しては、裁判官が調書の作成に立会い、裁判官の面前で調書を作成するという方法が取られ、この場合には、調書の証拠能力(信用性)が肯定される。

このような欧米の考え方からすれば、勾留下で取得された供述調書に依拠する実務は、欧米では、人権侵害と考えられる危険性の高いものである。勾留下でないとしても、検察官の面前による調書だけでは信用性が十分でないとの考え方もあり得、供述調書の信用性を確保するには裁判官に立ち合わせるなど、現行法上その利用が限られている裁判官面前調書を広汎に活用できるよう制度改革する方向も考えられる。

5 直接主義・公判中心主義に反するという問題

日本の無罪判決の多くは、供述調書という直接証拠を立証の中心に据える結果、供述証拠の信用性が否定されると、(その他の状況証拠から犯罪が立証されているかについての十分な検討もなく)犯罪の証明がないとして無罪が宣言される傾向があるように思われる。しかし、公判で行われた証拠調べ、公判での供述を評価することなく、無罪と判断されることは、判決の在り方として適切なのかという疑問がある。裁判官は、検察官が供述証拠を立証の中心に置くからそうなるかと反論するであろうが、検察官の公判維持戦略の責任としていいのか、裁判官自ら公判を活性化する道をふさぎ、直接主義を形骸化させているのではないかという疑問がある⁷¹⁶。当事者主義の母国である米国の裁判官の訴訟指揮について、すでに述べたとおりである。

なお、直接主義が機能しない理由として、英米法に存在する法廷侮辱罪や偽証に対する制裁が欠如していることがあげられる。直接主義の理念の実現には、このような法廷の機能の強化が不可欠である。

また、公判における部分的な黙秘権の行使や虚偽陳述等について、より厳しい評価が行われる必要がある。この点は7で詳細に論じる。

⁷¹⁵ この点は、欧州でのカルテル事件に関し、ドイツの法学博士・弁護士 **Carsten T. Gromotke** との意見交換の結果に基づく。

⁷¹⁶ 高野隆「日本的司法取引の条件」季刊刑事弁護 39号 58頁(2004)は以下のように述べる。「わが国においては検察官が請求する供述調書を取り調べるのが事実認定手続のスタンダードと化してしまっている。その結果、裁判官はできる限り供述調書を証拠にしようとする。たとえば、弁護人が調書の取調べに同意しないと、一部でもよいから同意できないかと裁判官は提案してくるし、また、検察側証人が公判廷で調書と異なることを述べると、裁判官はその調書を被告人の有罪を立証するための証拠(刑訴法 321条1項2号後段、328条)として採用することにほとんどなんらの躊躇も示さない。」

6 取り調べ受忍義務を肯定する実務の論理

(1) 弾劾主義か糾問主義かの問題なのか(法文化の相違の問題なのか)

日本の刑事実務家(主として、検察官)は、事件の真相を突き止め、立件に持ち込むことが困難であるという捜査の必要性、検察に課せられた国民の責務、あるいは日本と米国の法文化の相違を理由に、供述調書依存の実務を正当化してきた。この点を、率直に議論する藤永幸治・高野隆・飯室勝彦「緊急対談 捜査妨害か正当な弁護活動か ミランダの会の弁護活動と捜査」⁷¹⁷(以下、「座談会」という)の藤永発言は、検察官の本音に迫るもので興味深い。

藤永教授は、アメリカの場合、真相究明というよりも、刑事裁判そのものが民事訴訟と同じように当事者処分主義を認めているうえ、陪審員をいかに説得するかで勝負が決まる(有罪、無罪が決まる)というゲーム的なものであり、「あっさり調べて、おおらかに起訴し、無罪の出ることはいとわない」制度であると評価する⁷¹⁸。このような刑事司法を国民が許さないことを日本的ない日本の旧来の実務を正当化する根拠として挙げている。

当事者処分主義を認めているとは、司法取引を指すものであるが、司法取引的な制度は、必ずしも米国あるいは英米法国だけにあるのではない。ドイツにおいても、訴追免除を与えて、捜査協力を得るという手段(訴追免除合意型司法取引)は一般的である⁷¹⁹。藤永教授が当事者処分主義とする和解型も、ドイツでは、合意手続として認められ

⁷¹⁷ 藤永幸治・高野隆・飯室勝彦「緊急対談 捜査妨害か正当な弁護活動か ミランダの会の弁護活動と捜査」季刊刑事弁護 3号 16頁(1995)

⁷¹⁸ 座談会 22頁。藤永教授の見解については、藤永幸治「戦後検察制度の形成と今後の検察像」刑法雑誌 36巻 1号 5頁(1996)

⁷¹⁹ しかも、刑事手続だけでなく、刑事手続が準用される秩序罰賦課手続においても一般的である。

るに至っている⁷²⁰。

黙秘権がある以上、被疑者自身から証拠を収集することができないというのがその帰結なのである。そうであれば、その証拠収集の手法として司法取引ないし訴追免除を与えて事件関係人から証拠を収集するという方法をとるしかないとの認識は、刑事訴訟法観の対立に関係なく欧米では一般的であり、これを、刑事訴訟法観の問題に結び付ける議論こそ特殊であるように思われる。

「あっさり調べて、おおらかに起訴し、無罪の出ることはいとわない」制度であるという評価は、ややうがった見方である。米国があっさり調べるとするのは、黙秘権とそれを具現化するミランダ・ルールの制約がある以上、「あっさり調べ」ざるを得ないのである。「おおらかに起訴する」というのは、証拠を完全に固めてから起訴することができないので「疑いがあれば」起訴することにならざるを得ないし、訴追主義(司法的執行)を取る以上、そうなるのが本来の姿である。ただ、米国の刑事司法は「おおらかな」ものでは決してない。むしろ、「アメリカのやり方はアバウトであるかも知れないが、柔軟性に富んでいるし、犯罪と戦う姿勢において積極的である。これに対し、日本のやり方は、よくいえば慎重で謙抑的ではあるが、検察官が必要以上に石橋を叩こうとするために、捜査と公判のバランスが失われたり、「悪い奴ほど良く眠る」結果になっている可能性がある。」との宇川論文の指摘こそ日米の刑事司法の正鵠をつくものと思われる⁷²¹。

また、藤永教授は、「日本の刑事司法では、弁護人が依頼できないか弁護人がいても気が付かないために、被疑者、被告人に有利な証拠の取り調べが欠落することがないかを裁判所あるいは交易の代表者である検察官が、後見人的立場からその職権で事実と情状の双方について、被疑者・被告人に有利な証拠も集めて公判に出すというのが伝統になっている。」とする。

しかし、米国では、被告人に有利な証拠があるのに、それを開示しなくていいという制度になっているわけではなく、むしろ日本では弁護人からの証拠開示請求に対し、必要性がないことを理由に証拠開示を拒み、裁判所が、証拠開示を認めなかった例が多

⁷²⁰ ドイツの手続に関しては、ヘニング・ローゼナウ=田口守一「ドイツ刑事手続における合意」刑事法ジャーナル 24 号 41 頁(2010) EU 競争法のカルテル事件処理手続は行政手続であるが、settlement(和解手続)が認められている。この手続については、III3 を参照。松尾浩也「刑事手続における訴訟関係人の非公式協議 - ドイツ刑事訴訟法に関する第二の Bericht -」『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣、1994)563 頁、山名京子「刑事訴訟における『事前の合意』」関西大学法学論集 41 巻 1 号(1991)74 頁、加藤克佳「日本の刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル 22 号 2 頁(2010)

⁷²¹ 宇川 (1) 39 頁

かったことからすれば、検察官が、アメリカの制度以上に、公益の代表者として中立的にふるまっているかは疑問である。ただし、2004年刑訴法改正で公判前整理手続の導入した際、証拠開示規定が大幅に充実したので、現時点では、問題は少なくなっていると思われるが、検察官に不利な証拠(exculpatory evidence)がどれだけ開示されるかの運用面が、注視される必要がある。

この問題も弾劾主義、糾問主義かという問題というよりも不利益な証拠の開示という問題であり、いずれの思想に立とうが、検察官は直接強制手段や被疑者の逮捕、勾留によって証拠を収集しているのであるから、そこで集めた証拠は、証拠で被疑者に有利なものがあれば、開示するのは当然であり、欧米ではそのような実務となっている。それは糾問主義であるというよりも、検察官と被疑者の武器対等の原則というデュープロセスの最も基本的な要請ではないかと思われる。

(2) 日本の実務を支える思想

日本の実務は、欧米的な黙秘権の保護が日本の実情に合っていないという意識が背景にあると思われる。それは、罪を犯した人間が、黙秘権を行使するのは卑怯であり、反省させて罪を悔い改めさせるのが、国民から付託を受けた検察官の責務であるとの考え方である。しかし、そのような前提は憲法には規定されておらず、むしろ被疑者が無罪推定原則を受けていることと矛盾する。被疑者が罪を犯しているという偏見を持つこと自体を憲法は禁止しているからである。憲法の被疑者の無罪推定原則からすれば、黙秘権を保護したのは被疑者の協力義務の否定であり、被疑者が黙秘を行使すれば、訴追側は被疑者の協力を頼らず、被疑者以外からの証拠収集を義務付けられるというのが憲法的要請と思われるのである。そう考えると、被疑者以外から証拠を収集せざるを得ず、共犯者からの証拠収集について、その協力者に寛大な処分を訴追裁量権の行使として行うことは訴追側に残された最後の有力な立証手法であり、これを否定したのでは近代刑事司法は成り立ち得ないのではないかと思われる。

藤永教授は、「ミランダを取り入れるならば、アラインメントや司法取引、さらには捜査方法としての刑事免責、おとり捜査、盗聴なども取り入れようということになります、被疑者・被告人にのみ有利なことだけ採用すれば、わが国の刑事裁判は日本の国民性に合わない「歪んだ」ものになりましょう。」と述べるが、この点は、全くその通りで、黙秘権や自己負罪拒否特権を保障する憲法の下では、司法取引を含む近代的捜査手段を駆使できることが不可欠であり、それが近代刑事司法のあるべき姿である。

自白を証拠の中心に置くという刑事司法実務は拷問こそしないものの中世的な司法制度である。その司法制度を支えたのは倫理性であったが、近代司法(憲法)がそのような自白中心の刑事司法を否定して黙秘権・自己負罪拒否特権を保障している以上、自白調書を証拠の中心に置く実務を正当化することは本質的に困難であると言わざるを得ない。

したがって、司法取引をアメリカ流の処分権主義あるいは弾劾主義的な刑事訴訟法観の帰結とみることはいえぬ。いかなる刑事訴訟法観を取ろうとも第三者から証拠を収集するための手段を過度に規制し、反面において黙秘権・自己負罪拒否特権の保護を薄めることは近代刑事手法の原理と相容れないものであると認識されるべきではないかと思われる⁷²²。

(3) 宇川論文の指摘

取り調べこそ検察官の生命であるとか、取り調べを行うことが国民から付託された検察の義務とまで強調し、気迫のこもった取り調べを現場に要求する藤永教授の見解⁷²³について、宇川論文は、以下のような警鐘を発している⁷²⁴。

「被疑者に黙秘権がある以上、取り調べというのはもともと構造的な限界を抱えた、ある意味で脆弱な捜査手法である。相手が容易に供述してくれているうちは問題ないが、しからざる場合には、気迫のこもった取り調べと供述の任意性を失わせる取り調べとは紙一重になってしまう。しかも裁判所による任意性・特信性判断のあり方は、時代とともに厳しくなることはあっても、その逆は考えにくいのである。結局、弁護人不在の取り調べ室において、一対一で相手を追求して、不利益供述を引き出す個人的な尋問技術ばかり頼る方式はいつかは改められなければならないと思う。」と指摘する。村木事件を予言したかのような指摘である。しかも、今日では、任意性を失わせると言うにとどまらず、証拠を捏造する結果となり、担当した司法警察員・検察官が犯罪者とされてしまうリスクさえあ

⁷²² 宇川(10)25頁は、和解型の司法取引の正当化根拠は、大幅に効率性に依存しているのに対し、訴追免除合意型の司法取引は、単なる効率やエネルギーの節約ではなく、捜査情報であり、公判廷における証言であり、究極的には真実の発見であり、「捜査協力型取引が行われるのは、検察官が「手間ひまかけずに有罪を獲得したい」と考えるときではなく、むしろ「どんなに手間がかかっても万難を排して訴追したい」と考える事件においてであり、その正当化根拠は、「かけがえのない供述」の入手手段である点に求められる」と指摘する。そのうえで、「起訴価値があるにもかかわらず、そのままでは誰も訴追できそうにない、あるいは末端の関与者の責任しか問うことができないという事件がある場合には、共犯者の一部の刑事責任を不問に付しても、残りの者を確実に有罪にできるのであれば、その方が社会にとって有益であり、また、末端の関与者に対する刑罰権を妥協させても、事件の首謀者や黒幕を適切に訴追することができるならば、その方が正義にかなうのである。」と指摘している。

⁷²³ 藤永前掲注12の論文5頁以下

⁷²⁴ 宇川(17)41頁

る。現場の検察官・司法警察員の不安を一掃するためにも、一刻も早く訴追免除合意型の司法取引を中核とした洗練された証拠収集手法によるダイナミックな刑事司法が実現される必要があるように思われるのである。

7 黙秘権・自己負罪拒否特権についての欧米の考え方

(1) 総論

被疑者の取り調べと勾留が制限されるにもかかわらず、欧米の検察庁は、日本よりはるかに多くの経済事件を取り上げており、この分野で日本は、むしろ、最もアクティブでないとさえ言える。欧米で、勾留がなくとも、経済事件を立件できるのは、経済事件に特化した専門的な部署が存在すること、刑事裁判の機能を真相の解明ではなく、被疑者が刑事責任を負うかどうかに限定し、立証対象を罪となるべき事実限定して立証活動を行うこと、訴追裁量権を駆使した司法取引があるからである。

特に、司法取引と言う手法は、黙秘権・自己負罪拒否特権という強力な武器が与えられる近代刑事司法には訴追側の不可欠の武器である。黙秘権・自己負罪拒否特権を憲法の命じるとおりに保護するならば、少なくとも訴追免除合意型の司法取引なしには、刑事司法は機能しないのである。すなわち、「司法取引は可能か」という問題設定ではなく、「司法取引なしに、(黙秘権・自己負罪面機特権を人権として強力に保護する)近代刑事司法は機能するか」が問題とされなければならない。

(2) 黙秘権と自己負罪拒否特権の関係

日本では、自己負罪拒否特権が犯罪事実を認めることになる供述の拒否であるのに対し、黙秘権はそのような限定がなくあらゆる供述を拒否する権利であるとされている。

黙秘権と自己負罪拒否特権の外延(保障範囲)が、行政事件でもそれほど異なっているようには解されておらず、川崎民商事件では、黙秘権も自己負罪拒否特権も行政手続には及ばないかのように判示しているが、欧米では、黙秘権と自己負罪拒否特権の保障範囲は同じようには解されていない。黙秘権は、包括的な供述拒否権である一方、行政手続では保護されないが、自己負罪拒否特権は、個別の質問への回答が自己の犯罪の証拠となると評価される場合に認められるもので、行政手続・民事手続でも一定程度保護されると解されている。具体的には、EU の場合、犯罪を自認することとなる質問に対しては、自己負罪拒否特権により供述拒否ができ、そもそも行政当局は、自己負罪拒否特権に配慮して、カルテルをしたかといった直接に犯罪の自白を得る結果となるような質問はおこなわない。しかし、事実面の質問については自己負罪拒否特権は及ばない。例えば、いついつの会議で何が話し合われ、あなたはどのように対応したかとい

た質問は可能であり、これに対する供述拒否は、調査妨害で制裁の対象になる。また、自己負罪拒否特権により、行政事件で得られた供述等の証拠について、捜査機関はアクセスを禁じられる等の保障が及ぶ⁷²⁵。

(3) 欧米の黙秘権保障の範囲

黙秘権は、欧米では、捜査段階では、強力に保護される一方、公判の供述にどこまで及ぶかは各国の実務にばらつきがある。

米国では、ミランダ・ルールにより、黙秘権が行使されれば、取り調べを行うことができないことは前述のとおりである。公判についても、最も制限が少ないように思われる。

イギリスでは、1994年の黙秘権制限立法⁷²⁶により、不利な事実に反論しない場合は不利な事実を推認させる証拠となりうるとの規定がおかれるに至っている⁷²⁷。しかし、取り調べ段階での自白には、依然として厳しい証拠能力の制限がある。低IQ者の自白はそもそも、証拠能力がない⁷²⁸し、勾留下の自白の証拠能力も制限がある⁷²⁹ので、1994年の改正により、黙秘権行使により、不利な推定がなされうるのは、主として公判においてであり、以下のドイツの考え方とそれほどの差はないとも言う（公判で全面的に黙秘した場合は全く異なるので、その点が最大の違いである）。

英国の法制を黙秘権が否定されたかのように紹介されることがあるが、実質上、民事的

⁷²⁵ 詳細については、第7章Ⅱ.6または拙稿「ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本法についての示唆—黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか—」公正取引727号34頁参照

⁷²⁶ Criminal Justice and Public Order Act 1994 この法律の解説として、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察—イギリス黙秘権制限立法をてがかりに」九大法学86号107頁(2003)

⁷²⁷ 英国の考え方は犯人でないなら、問われたことには弁明するべきであるという考え方がその基礎にある。日本では、被告人質問において被告人が黙秘し供述を拒否した態度を一個の情況証拠とし、被告人の殺意の認定に用いることは、被告人に黙秘権、供述拒否権が与えられている趣旨を実質的に没却することになり、到底受け入れることができないとしつつも、その一方で、黙秘権を行使している被告人に対し、被告人質問を実施すること自体は不当ということではできないとした判例がある(札幌高裁平成14.3.19判決)

⁷²⁸ 足利事件での菅谷氏の場合、実は、これに該当するのであり、英国では、自白に頼る立証が不可能な場合である。

⁷²⁹ 稲田隆司『イギリスの自白排除法則』（成文堂 2011）ただし、勾留下の自白については明記されておらず、威圧的な環境下の自白の問題として、取り扱っている。。

な推認理論を公判での被告の供述に限り、ある程度認めるという趣旨であり、黙秘権そのものを否定する趣旨ではない。

ドイツでは、取り調べ段階での自白には厳しい証拠能力の制限がある。基本的に、検察官面前調書では信用性はなく、経済事件で、被疑者からの供述を証拠にする場合には、裁判官の面前で調書が作成される。

しかし、公判の供述については、一部の供述だけ行うような場合には供述を拒否している部分について、被告の不利に事実認定する場合の証拠になりうると考えられている。たとえば、ある質問については回答するものの、別の質問に対しては供述を拒否するような場合で、回答した部分が虚偽である場合、供述を拒否した質問に関して、被疑者に不利な事実を認めることの証拠として活用される。ただし、それが、公判の証言でなく捜査段階の供述であれば、裁判官の面前での調書とされる必要がある(単なる捜査員や検事の面前調書にはそもそも証拠能力がない)⁷³⁰。これは、公判の供述については、宣誓により、真実を語ることが義務付けられており、この理論によれば、防衛大名誉教授による痴漢事件⁷³¹について、無罪の判断が下される可能性は低いかもしれない。この事件で、被告は、全面否認しながら、動かぬ証拠を突きつけられた事実に関してのみ供述を翻しているように見えるからである。

(4) 日本との考え方の違い

日本では、取り調べ段階では、日本の取り調べ受忍義務を課すことで、黙秘権保障を大きく制限する一方、公判では、かなり無限定に黙秘権を保障し、被告人が、公判で虚偽の陳述をした場合でも、そのことで不利に取り扱われることはない。虚偽陳述についても黙秘権の保障範囲だと誤解されているようにさえ見える。いわば、被告人は、何をしゃべっても許されるような実務運用となっている。公判で虚偽の回答が行われた場合、その点は、黙秘している部分についても、被告人に不利に取り扱われるという上記のドイツの取り扱いの方が、直接主義に適合しているように思われる。ここでも、制限してよい公判廷で制限せず、制限してはならない捜査段階で制限するという倒立した状況になっていると思われる。

⁷³⁰ この点は、欧州でのカルテル事件に関し、ドイツの法学博士・弁護士 **Carsten T. Gromotke** との意見交換の結果に基づく。

⁷³¹ 最判平成 21 年 4 月 14 日 裁判所時報 1481 号 111 頁

8 黙秘権の淵源

(1) 米国における黙秘権・自己負罪拒否特権の根拠

日本では、黙秘権と自己負罪拒否特権が保障される理由について、それほど活発な議論がされていなかったが、最近では、研究が集積しつつある⁷³²。米国では黙秘権・自己負罪拒否特権の淵源またはその制度の趣旨についての研究が盛んである。これはおそらく黙秘権・自己負罪拒否特権からミランダ・ルールという強力な防御手段を被疑者・被告人に課している米国においては、どこまでその権利保障を及ぼすかについての問題がより深刻なものであったからではないかと思われる。これに対し日本では、黙秘権・自己負罪拒否特権を保障しながら取調べ受忍義務があるとされるなど、少なくとも黙秘権・自己負罪拒否特権が希薄化される実務が存在したため、これに対する研究が盛り上がらなかったのかもしれない。

ただ、アメリカの議論も定説を見ないようであり、次のような 7 つの根拠を挙げる判例もある⁷³³。①犯罪の疑いのある者を、自己負罪の供述をするか、偽証をするか、あるいは証言を拒否して法廷侮辱に問われるかというトリレンマに陥れることに対する反感、②弾劾主義、③自己負罪的な供述が非人間的扱いや虐待によって獲得されることに対する懸念、④個人に干渉する十分な理由が証明されるまで国家が干渉することを許さず、また、個人との闘争において国家にすべてを負担させることで国家・個人間の適正なバランスをはかろうとする「フェアプレイ」の精神、⑤人格およびプライバシー権の不可侵性の尊重、⑥自らを貶める供述に対する不信、⑦自己負罪拒否特権はときとして犯人のシェルターになるが、しばしば無辜(むこ)をも保護するという認識があげられている。

(2) 拷問の禁止からの説明

日本での議論は、①捜査機関による取調べないし自白強要の禁止という手続的保障の側

⁷³² 小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」『早稲田法学』77 卷 1 号 121 頁(2001)小川佳樹「『外国において刑事訴追を受ける恐れ』と供述強制」早稲田法学 78 卷 3 号 (2003) 31 頁、笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室 265 号 103 頁(2002)

⁷³³ Murphy v. Waterfront Commission, 378 U. S. 52, 55(1964) 上口裕「自己負罪拒否特権の意義と射程」『刑事司法改革と刑事訴訟法 上巻』514 頁(日本評論社 2007)

面、②プライバシー、自己の尊厳、自己決定権⁷³⁴、③弾劾主義、④コモンローの沿革等が、根拠としてあげられていると思われる⁷³⁵。しかし、いずれの点も十分ではない。

自白強要の禁止については、密室での取り調べにおいては、被告人に対し自白の強制が行われることが歴史において証明されており、自白の強制が行われないよう供述義務そのものを否定するために黙秘権が保障されると説かれる。公開の法廷において、黙秘権が保障される理由は説明されていない。しかし、それだけでは、公開の法廷であれば供述の強制、任意性・信用性のない自白が行われることは裁判所と法廷の傍聴人によりチェックされる。そのような場合にまでなぜ黙秘権が保障されなければならないかを説明しきれていないように思われる。

(3) 自己決定権からの説明

自己決定権については、自己決定権というだけでは、重大な法益侵害が発生し、公共の安全が脅かされている状況でまったく非協力的な態度をとることが保障されているとみることができるか疑問である。少なくとも行政手続であれば、食品衛生に携わる事業者が食品の衛生上の重大な問題が発生した場合に、業者に事情を聞くのは当たり前であり、これを黙秘権で一切の供述を拒否できるのであれば、公共の安全ははかりえない。黙秘権は、刑事事件特有の強力な防御手段であり、なぜこのような強力な防御手段が与えられている根拠は、自己決定権というだけでは説明できないように思われる。

(4) 弾劾主義からの説明

黙秘権、自己負罪拒否特権、司法取引を弾劾主義という思想から説明する見解がある。

例えば、渥美教授は、ゲルマンの刑事法では、告発者と被告発者の対立は、基本的には両者の話し合い、交渉、取引で解決され、それが整わない場合には正式手続—決闘—で白黒をつけるのであり、その場合、衆目の監視する中、判定者の面前で、決闘し、相手に協力する義務は一切負わない。そして、これが、弾劾主義の基本構造と理解される⁷³⁶。そして、この協力義務の否定が、被告発者サイドにおいては、自分で進んで罪を認める義務は

⁷³⁴ 高田昭正「被疑者の自己決定と弁護」(現代人文社、2003)

⁷³⁵ 笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室 265号 103頁(2002)

⁷³⁶ 渥美東洋『刑事訴訟法』(有斐閣 2009)29頁 欧州の刑事法の源流が決闘になるとの考え方は、佐伯・制裁論 255頁にも言及されている。ただし、文献は、引用されていない。

ない、という自己負罪拒否権となっており、したがって、自己負罪拒否特権は弾劾主義の端的な表れと理解される。この考え方では、自己負罪拒否特権は正式手続すなわち公判手続を規律する原則であり、捜査段階の協力義務の否定が黙秘権であるとされる。

しかし、弾劾主義のルーツを決闘に求めるならば、糾問主義こそ、血なまぐさい決闘ルールから刑事司法を近代化したものだとして評価され、弾劾主義こそ、近代司法によって、克服されなければならないと考えられることになるだろう。藤永教授が、弾劾主義的価値観にたつ米国の刑事司法を、ゲーム的であるとか当事者処分主義的であるとして嫌悪感を示される⁷³⁷ことにも一理あることになる。

しかし、米国の刑事司法は、上記の意味での弾劾主義、当事者主義とは全く異なっている。訴追側は、被疑者に有利な証拠の開示を義務付けられるし、裁判官が、決闘の判定者のように中立的、立会人的にふるまうものでもない。むしろ、日本の裁判官より、はるかに介入的である。テレビの報道などでは、三浦和義氏のロスでの殺人被疑事件に関し、ロス地裁で、裁判官と弁護士が、検察官そっちのけで議論している様子が、映し出されている映像を見た方も多と思われるが、これは、端的な例であり、米国では、当事者主義といっても、公判では、裁判官は、事案解明へのイニシアティブを取り、どんどん自ら質問していくのである⁷³⁸。

弾劾主義は、国家権力に対して圧倒的に小さな存在である個人を念頭において、国家権力の行使によって身体・生命の自由という最も重要な個人の人権が極度に制限されるため、国家の側に通常の行政手続より厳正な手続を要求するもので、その発想は、黙秘権・自己負罪拒否特権と同じであるが、弾劾主義から黙秘権・自己負罪拒否特権が導かれるものではない。弾劾主義の意義については、以下の9を参照。

(5) コモンローの沿革

コモンローの刑事手続の沿革を詳細に調査した小川教授の研究⁷³⁹によれば、自己負罪拒否特権は、イギリスのコモンローにおいて成立したものが植民地期のアメリカに受け継がれ、連邦憲法修正5条などに結実したものであると説明される。自己負罪拒否特権の研究のパイオニアであるウィグモアはコモンローにおいてこの権利が成立するまでの過程を2つに分けて論じているとされている。第1は、ピューリタン革命に至るまで、異端者の発

⁷³⁷ 座談会 16 頁の藤永発言

⁷³⁸ ロス疑惑についてのカリフォルニア州裁判官の対応は、筆者の実務上の経験とも合致しており、標準的な裁判官のプラクティスと思われる。

⁷³⁹ 小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」『早稲田法学』77 卷 1 号 121 頁 (2001)

見・処罰の実行を図るために「真実を述べる旨の宣誓」が求められたのに対し、ピューリタンがこれに抵抗し、自己負罪拒否特権が主張されたというものであり、第 2 は、公判において裁判官が被告人を糾問的に尋問する実務に対抗して成立したとするものである。ただ、この研究では、なぜ、抵抗が成功したのかという点に言及されていない⁷⁴⁰が、この点は、以下に述べる宗教的背景が大きいと思われる。

(6) 宗教的背景

ピューリタンが、真実を述べる旨の宣誓に抗議して供述拒否を貫き、それが最終的に人権として保護されるにいたったのは、キリスト教社会において神の子であるイエス・キリスト自身が、その権利を行使していたという点が大きかったと思われる。日本では刑事専門家であっても、この歴史的事実が意識されることはほとんどないのではないかとと思われるので、参考のため、その概略を記すことにする。

キリスト教において、神の子とされるイエス・キリストが反逆罪で磔の刑によって処刑される前に、ローマ帝国のパレスチナ総督ポンシオ・ピラトの下で聴聞の機会が与えられている（現在でいえば、刑事法廷である。当時、ユダヤ人には、自治権が与えられ、ユダヤ人の王もいたが、ユダヤの王には、死刑を宣告する権限がなく、死刑は、ローマ法に基づき、総督の下で行われた）。そこで、イエス・キリストはポンシオ・ピラトの質問に対し一切答えなかった。これに対し、ポンシオ・ピラトが「何も答えないのか。私はお前を助けることも、十字架にかけられることもできるのだ。」と回答を促したのに対し、イエスキリストは「私は公の場で教えを述べて伝えてきた。隠れておこなったことはなにもない。私に罪があるというなら、その事実を証明しなさい。」と答えている。

この裁判は、聖書の最も重要な箇所であり、聖金曜日(グッド・フライデー)には、この場面は、教会で受難劇として毎年のように問答式で再現されており、欧米人には、この問答のことを知らないものはいないと思われる。この問答は、キリスト教徒の法律家にとって、神の子とされるものによって黙秘権が行使され、刑事事件において訴追側が立証責任を全て負うことを、神が宣言したとも(聖書を)解釈できる。そうであれば、ピューリタンが、聖書に従って、供述を拒否したとき、それは、考慮せざるを得ない主張となり、憲法において黙秘権と刑事立証原則が、その最も基本的な人権となったと思われる⁷⁴¹。この史

⁷⁴⁰ 江戸時代の隠れキリシタンのように迫害されるだけで、終わりにならなかったのはなぜかが説明されねばならず、それは本文に述べたように欧州がキリスト教自体を受容してあり、神の子によって黙秘権が行使されたからであるように思われる。

⁷⁴¹ ただ、文献において、聖書のイエス・キリストの裁判と黙秘権の関係を説いたものは見当たらない。

実は、黙秘権の保障の意味が、被疑者の協力義務の否定、訴追側は、被疑者の協力に頼らず、別のルートで証拠収集を義務付けられることを明確にしている。この具体化がミランダ・ルールであるとも言え、米国で、ミランダ・ルールが確立したのは、上記の宗教的背景もあるように感じられるのである。それにしても、日本では、まだ先史時代の 2000 年前に、聴聞の機会が与えられ黙秘権の行使がなされるという近代法の諸原則に通じる先例がすでに生じていたことは驚くべきことである。

(7) 身体・生命の自由の侵害の観点からの説明

黙秘権・自己負罪拒否特権の保障理由は、以上のような沿革に加え、刑事事件が公法にあって、他の行政法にない特質を有する点にその淵源を求めるべきではないかと思われる。その特徴とは、身体・生命の自由の侵害であるという観点である。国家権力に対して圧倒的に小さな存在である個人を念頭において、国家権力の行使によって身体・生命の自由という最も重要な個人の人権が極度に制限されるため、黙秘権・自己負罪拒否特権を保障したものであるとの理解が最もオーソドックスであるように思われる。行政手続で課されるサンクションには、名宛人を拘留する権限はなく、その点が刑事手続と行政手続の最大の違いであり、そのバランスとして黙秘権・自己負罪拒否特権が与えられたものと解すべきであると思われる。

加えて、行政手続以上に刑事手続はサンクションが重いにもかかわらず個人、特に社会的に弱い個人が対象となることが多いことが挙げられる。犯罪というのは統計的に見れば、社会から阻害された個人、IQ が低い個人などがその対象となることが多い。このような弱い個人は、自ら合理的な説明を行なうことができないため、訴追側にすべての立証責任を負わせるという制度設計それ自体は、合理的なものである。

9 弾劾主義か糾問主義かという思想の位置づけ

刑事訴訟法の研究は、(近時はそうでなくなっているようであるが)弾劾主義か糾問主義かという思想の問題を個別論点での結論に結び付け過ぎているように思われる⁷⁴²。

弾劾主義の意義を訴追主義+当事者主義と同義にとらえる限り、刑事訴訟法は弾劾主義である。近代的な刑事司法が成立する前から、刑事手続は訴追主義であったが、裁判官

⁷⁴² 平野博士以来、弾劾主義か糾問主義かが、刑事訴訟法の教科書の冒頭で議論され、主要な論点に影響を及ぼすものと考えられ、学説は弾劾主義、実務は糾問主義という観を呈していた時代もあった。しかし、弾劾主義的に立つ学説の多数が司法取引に否定的であることは不思議であり、それでは、刑事司法の適正な運用が図れないと検察官が考えるのも理解できる。

は、中立的な裁断者とは言い難かったという意味においては、訴追主義を実質化したものが、当事者主義であり、弾劾主義となると考えられる。

ただ、当事者主義こそ理想というならば、その理想は、公法全体に及ばなければならないように思われるが、米国を除く行政法の執行は、行政手続に従って、行政庁自身の処分権限を認めているので、糾問主義である。行政処分を課す場合に、行政庁自身が処分権限を有するのは当然と考えられており、訴追主義は刑事訴訟法が認めた例外ともいえる。米国の場合、サンクションの実質を有する重大な不利益処分の場合、司法的執行(訴追主義)がとられるが、これは、まさに、米国特有の制度と言ってよいと思われる⁷⁴³。

公法のすべての分野で、弾劾主義を徹底できるものではない。行政法では、ある程度まで、糾問主義的な制度によらなければ、行政調査の実効性を上げることはできないことも自明である。保健所の調査はもとより、税務調査で全ての質問に供述拒否権が認められたのでは、行政調査は著しく非効率、不適正なものになるだろう。

刑事訴訟法の黙秘権・自己負罪拒否特権は、刑事訴訟独自の制度であるが、訴追主義、弾劾主義の結果というより、上記の身体・生命の自由への制約と防御能力の著しく弱い個人が犯罪に巻き込まれる危険から、被疑者に強力な防御手段として、黙秘権・自己負罪拒否特権が付与されたのと同じ趣旨で、弱い個人の防御権保障の観点から、訴追主義、当事者主義がとられているのではないかと思われる。すなわち、刑事訴訟法の黙秘権・自己負罪拒否特権と訴追主義は、身体・生命の自由への制約と防御能力の著しく弱い個人が犯罪に巻き込まれる危険から、被疑者に強力な防御手段という共通の基盤から導かれるものの、弾劾主義が黙秘権・自己負罪拒否特権を導くのではなく、身体・生命の自由への制約と防御能力の著しく弱い個人が犯罪に巻き込まれる危険から、被疑者に強力な防御手段を与えるという憲法的な人権保護の観点から、実質的な訴追主義(弾劾主義・当事者主義と言っても良い)と黙秘権・自己負罪拒否特権の保障の両者が導かれると解すべきであると思われる。

弾劾主義それ自体が、すべての論点の帰結を導けるとするのは疑問であり、制度の実効性を加味して、行政手続であっても、当事者主義的要素を取り入れる一方、刑事手続であっても、拒否特権法の支配・犯罪の摘発機能の維持(公共の安全)をバランスさせた柔軟性のある解釈論の構築が必要である。

例えば、勾留下での自白調書の信用性を高めたいのであれば、ドイツのように、調書の作成を裁判官の面前で行わせ、裁判官面前調書を取る方法がある。これは、予審的であり、裁判官が、起訴前に介入する意味では、訴追主義・弾劾主義の観点からは支持されに

⁷⁴³ 拙稿「審判廃止」法案ではなく、「聴聞手続明確化」法案—独禁法手続改正法案の原点回帰の意義」公正取引 726 号(2011)34 頁(本論文第 2 部第 1 章)は、独禁法の課徴金賦課手続について、どのような手続が可能かを類型化して論じているが、その中で、司法的執行にも言及している。

くい制度にも見えるが、現行の取り調べの過程を透明化するには、裁判所の関与を認めた方が被告人の人権保障は高まる。当事者主義の元祖である米国にも大陪審があり、その意味では、(弾劾主義を日本以上に)徹底していると思われる欧米でも弾劾主義を徹底すればよいというものではないと考えられているのである。

また、日本では、当事者主義の下では、裁判官は、事件に能動的に関与できないと認識され、事件に能動的に関与することを差し控える傾向があるように思われるが、すでに述べたとおり、当事者主義の母国である米国の裁判官は、より事件に積極的に関与する。検察官を置き去りにして、弁護士と議論し合うこともしばしばである⁷⁴⁴。

司法取引も、当事者主義から導かれるというよりも、強力な防御手段としての黙秘権・自己負罪拒否特権に対抗し、弱い個人でない者が関与する事例に対する不可欠の手段として位置付けられるべきであるように思われる。

刑事訴訟法に限らず、日本の公法は、訴追側と被訴追側の「取引」を制度的に認めない設計になっている。刑事事件だけでなく、行政手続にも和解の制度が置かれていない。これは、一種の糾問主義の帰結であると思われるが、糾問主義だからと言って当事者との和解が認められないわけではなく、日本の公法理論があまりにも硬直的な糾問主義を維持していることの表れではないかと思われる。同じく、糾問的な行政手続を維持している欧州の競争法執行手続でも和解手続やリエンシー手続は導入されており、行政手続が糾問的であるからといって和解や交渉による取引が否定されるわけではない。また、糾問手続であれば、公益的見地から、証拠開示にはより積極的に応じるべきであるが、日本では、刑事手続でも行政手続でも、証拠開示には、(EU と比べると)積極的とはいえない。欧州も、証拠開示の理由を糾問主義に求めるのではなく、武器対等の原則に求めている⁷⁴⁵。

10 供述調書に頼る実務がもたらしたもの—「精密」司法かラフ・ジャスティスか

米国型の訴追免除を中核とする捜査手法についてアバウトであるとかラフ・ジャスティスであるという言い方がなされ、それに対し日本の司法を精密司法と呼ぶことがある⁷⁴⁶。

⁷⁴⁴ 三浦事件でのロス地裁判事と弁護士の議論は、この具体例である。

⁷⁴⁵ 第2部第3章または越知・聴聞手続 442頁

⁷⁴⁶ 松尾教授によれば、「精密司法」とは、取り調べを中心とする徹底した捜査活動に始まり、検察官は詳細な資料を手中にして、証拠の確実性と訴追の必要性の両面から事件を細密に検討し、続いて公判では、弁護人の十分な防御活動を加えて、裁判所は細部にわたる真相の解明に努め、その結果に従って判決するという刑事実務をいうとされる。松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色」曹時 46巻 7号 1頁以下、26頁

しかし、精密性の内実は、勾留下で取り調べた供述調書の重視であり、その供述調書の内容が一貫するように調査を尽くすというのは、ある意味で歪んだ実務であり、それを「精密」といえるか疑問である⁷⁴⁷。

これには供述調書の細部に矛盾がある場合に、供述調書の信用性を否定する判断を行う裁判所にも問題がある。そもそも、真に供述者の供述をそのまま調書に記載しているのであれば、供述間で矛盾が生じる方がむしろ当たり前である。人間の記憶は不確かなものであり、全てのものの供述が一致することは経験則に反しており、その供述が検察官の誘導に従ったものであるとの疑いが強まると言ってもよいほどである。

このような、供述の細部の一貫性を問題とする判断は、クローン調書と呼ばれるほとんど内容同一の供述証書を生みだし、刑事司法実務の歪みに拍車をかけることになった。しかも、この実務は行政事件にも用いられており、公取委のカルテル事件も内容ほとんど同一の供述調書が作成されることがほとんど常態化している。しかも、公取委の事件の場合、そのような供述なしで、カルテルの立証ができる事例にもそのようなクローン調書が作成され、それに依拠した立証活動がなされている(第1部第3章参照)。

村木事件での電子ファイルの改ざんの問題は、この精密司法の一つの悲劇または喜劇である。6月1日にドラフトが作成されたか、6月8日に作成されたかが重要な事実であるかのように信じられているが、この事実はほとんど捏造するほどの意味のある事実とは思われない。6月1日と6月8日の間に指示がなされたとしても、6月1日にドラフトが作られていることは、何ら矛盾することではない。それより先に事前の話し合いが行われ、あるいは黙示的にそのような証明書を出す必要があることが示唆されているとすれば、6月1日にドラフトが作成されたとしても、不思議はない。6月1日と8日の間に最終的な指示がなされたとしても、それより6月1日より前に事前の打ち合わせがなされていることはむしろ自然であり、(むしろ、何の事前の打ち合わせもなくいきなり指示が行われる方が不自然である)6月1日がドラフトの作成日であったとしても何ら事実に矛盾があるものではない。このようなどうでもよい細部の事実についての捏造で、刑事被告人となる検察官が3人も生まれたことは、精密司法という刑事司法観が暴走を生みだしやすいかを示すもののようにも思われる。

自己負罪拒否特権に配慮し、被疑者からの供述がとれなくなれば細部まで描写された事件の全貌は明らかにならないかもしれないが、それが自己負罪拒否特権という人権に配慮した刑事司法の本来の姿である。

III 司法取引的手法の有用性とカルテル事件の経験

⁷⁴⁷ 宇川(17)39頁以下もほぼ同様の視点に立っている。

1 経済事件処理手法としての不可欠性

憲法が、黙秘権・自己負罪拒否特権という強力な防御手段を被疑者に与えた以上、司法取引は、現状の実務に追加的な捜査手法を提供するというよりも、現状の人権侵害の危険の大きい捜査手法を抜本的に改革するために必要不可欠であり、特に捜査協力型の司法取引は、本来、立法措置がなくとも、訴追裁量権の適正な行使として、導入可能であると考えべきである。欧米では、司法取引的手法、特に訴追免除合意は、黙秘権・自己負罪拒否特権に対抗する手段であり、訴追裁量権の適正な行使としての訴追免除(immunity)として位置付けられている⁷⁴⁸。

自白調書を証拠の中心に置く実務を正当化することは本質的に困難であるだけでなく、それによってどれだけ、犯罪を効果的に立件できているかにも疑問がある。村木事件はその点でも示唆的であり、供述調書中心の実務では、虚偽の証明書が発行され、それが課長の職印が押されているという客観証拠も存在した事件でさえも立証に失敗するのである。

とくに、今日では、独禁法実務で確立したリニエンシー制度が捜査の端緒が得られていない重大なカルテル事件の摘発に威力を発揮したことから、被疑者・被告人に自己負罪拒否特権を認める法制度の下では、経済犯罪を発見し、これを摘発するために不可欠な制度であることが、より一層、認識されつつある。

リニエンシー制度とは、(訴追免除合意型)司法取引という制度を発展させたもので、その過去 10 年の成果を見れば、それ以前の違反を行った従業員からの供述を得たりする手法に比べ、画期的に事件を掘り起こし、立件することが容易になったという実績がある⁷⁴⁹。日本でも、平成 17 年度に導入されている。

カルテル事件の経験からすれば、宇川論文のゴッティ事件(司法取引により、マフィアのボスの摘発に成功した事例)⁷⁵⁰を持ち出すまでもなく、(訴追免除合意型)司法取引が、

⁷⁴⁸ 高倉新喜「アメリカにおける有罪答弁取引(plea bargaining)の台頭の原因」山形大学法制論叢 28 号 1 頁(2003)、小早川義則「デュー・プロセスと司法(答弁)取引 - 合衆国最高裁判例を中心に」桃山法学 2 号(2003)、小川佳樹「アメリカ連邦法における被告人の『捜査・訴追協力』について」捜査研究 626 号 70 頁(2003)

⁷⁴⁹ 実際、1990 年代に米国や EU が、リニエンシー制度を導入したうち、摘発されたかカルテルの事例は高額化し、これまで摘発が困難であった国際カルテルの事例が何件も摘発されるに至っている。このような経験から、当局が発見していないカルテルが多数存在し、このようなカルテルを撲滅するためには、リニエンシー制度が不可欠な下の認識されるに至っている。

⁷⁵⁰ 宇川(14)33 頁

圧倒的に犯罪の究明に資することが実証されていると言っているのである。

以上からすれば、知能犯・組織犯罪に対しては、訴追免除を駆使して証拠収集を行うことで、隠ぺい性のある事件の摘発が可能となる一方、これがなければ、首謀者に迫りようがない。すなわち、司法取引は、巨悪に迫る上で、必要不可欠なのである。その点を再確認したことが、カルテルについてのリニエンシー制度の教訓である。

2 国際的執行における不可欠性

独禁法の場合、リニエンシー制度により、国際カルテルの摘発が積極化した。が、当局が、国際カルテル事件を執行しようとする場合に外国人から供述を得るには、訴追免除を与えることが、条件となることが多い(ロッキード事件のコーチャン氏の例は、まさにこのような場合である)。調査協力の見返りに、訴追免除を要求するのは、今日では、大陸欧州でも、当たり前である。立法措置がないので、訴追免除できないのでは、国際的カルテル事件の執行は不可能となるし、なぜ訴追裁量権があるのに、訴追免除する権限がないか、協力を得ようとする外国人に納得させることは困難であろう(判例があると言えれば説明にはなるが、それを合理的なものとは思われないであろう)。

刑事法の学説から訴追免除を与えようとする協力は、真実性に疑いがあると批判されることがあるが、外国人の目にはインセンティブを与えて行われた協力にこそ任意性の客観的担保があり、黙秘権・自己負罪拒否特権があるのに、それを行使しない取り調べ段階の供述こそ、構造的に信用性が乏しいものに見える(何のインセンティブもない場合の協力の方が不自然であり、任意性が欠けるように見える)。インセンティブ・オリエンティッドでなければ、外国人やホワイトカラーは受け入れないし、逆にそのようなものであれば受け入れやすい。少なくとも、勾留下で信頼関係を築くというのは、捜査側の手前勝手な論理に映るのが外国人やホワイトカラーの普通の受け止め方である。日本の刑事法のアプローチそのものが経験則に合致していないのではないかと疑われるのである。

3 カルテル事件の経験

第3章で詳細に論じるが、経済事件では、(裁判官が客観証拠の価値を判断できる専門的知見があれば)合理的な疑いを入れない程度の立証という刑事立証水準をクリアすることは、目撃者のいない殺人事件ほど困難ではない。しかし、経済事件には別の難しさがある。それは事件の端緒を得ること、それ自体の困難さである。人が死んだという事態、それも自然死ではなく、殺されたことが疑われる事態を隠ぺいすることは非常に難しく殺人の結果という法益侵害が発生したという事件の端緒を得ることはそれほど難しくないので、経済事件では、違法でない通常の経済活動との区別がつきにくいという難しさがある。カルテルであれば、価格を引き上げることは、通常の経済活動の結果としても行われ

るため、それが競争者間でも意思の連絡によって行われたものではないかという疑いを持つこと自身が簡単ではない。これはインサイダー取引の場合でも同様であり、売買をしたという経済活動自身は通常の経済活動であり、内部者情報を得て行った取引であることの立証が必ずしも容易ではない。したがって、カルテルにせよ、インサイダー取引にせよ、犯罪が隠ぺいされてしまう可能性は逆に殺人事件の場合よりも高い。つまり、事件化した案件については、被疑者が否認しても有罪に持っていくことについては目撃者のいない殺人事件ほどの難しさはないが、事件化させること自身に困難性があるとも言える。

事件の端緒を得ることの困難性を克服する手段として、独禁法のカルテルに対し、最近欧米で導入され、絶大な効果を生み、日本をはじめ主要な国々に相次いで導入されたリニエンシー制度がある。

このリニエンシー制度の出発点は、米国における訴追免除と有罪答弁を駆使した司法取引実務である。

カルテル事件のリニエンシー制度は、捜査協力型司法取引基準をガイドラインの形で明確化した制度である。その骨子は、まだ事件の端緒が得られていないカルテル事件を最初に当局に通報し、十分な協力を行ったものについては、訴追免除することを事前に公表し、カルテル犯罪の発掘を進めるという新たな捜査手段である。これは、従来の捜査協力型司法取引の延長にあるものであり、特段の立法措置で認められたというわけではない。従来の捜査協力型の司法取引は一般的には、事件の端緒は得られているが、証拠が十分でない場合に、首謀者に迫るために共犯者の協力を得る⁷⁵¹ものであったのに対し、事件の端緒の得られていない事件の第 1 通報者だけに、全面協力を前提として、訴追免除を与えるとしたもので、むしろ、捜査協力型の訴追免除の要件を、事件の端緒の得られていない事件の第 1 通報者だけに限定したとも言える。しかし、第一通報者になれば、訴追免除を得ることが明確化されたことの効果は絶大であり、従来発見されなかった大型カルテルが次々と摘発され、また国際的なカルテル事件の摘発も活発化した。

これに、触発された EU もこのリニエンシー制度を行政事件の枠の中で取り入れた。EU では、カルテル事件は、行政事件であり、課徴金が課される仕組みであるがこの課徴金賦課についての欧州委員会の裁量権限を活用し、やはりガイドラインの形でカルテルについての第一番目の通報者に全面的な調査協力の見返りとして課徴金を免除し、二番目以降の通報者についても全面的な協力を条件として、一定の課徴金の減額を行う方針を発表した。これについての効果も絶大であり、大型カルテルや国際カルテルの執行が活発化した。

日本でも行政事件に関し EU のリニエンシー制度を主として参考にした課徴金減免制度が平成 17 年の独禁法改正により実現し、一定の成果を上げている。日本の場合、課徴金

⁷⁵¹ 宇川 (14) 33 頁のゴッティ事件を参照。

の賦課について裁量権限がなかったためリニエンシー制度の導入には法改正が必要となり、且つ課徴金減免についても公取委の裁量が排除されるより機械的な制度となっている。そのような制度設計は、本来のリニエンシー制度ではない。

このようなリニエンシー制度の導入によりここ 10 年間でカルテルの摘発は国際的に急増している。これは、経済犯罪が摘発されていない潜航しているものが多かったという現実をあぶり出すと同時に、捜査協力型司法取引の有効性というものを明らかにしていると言える。

欧米のリニエンシー制度は、裁量権から生み出されたもので、特別な立法措置が講じられたものではない。米国の場合、訴追裁量権を活用して、証拠を収集するのは、第 1 通報者だけである。第 2 通報者以降は、量刑ガイドライン⁷⁵²に従い、有罪答弁を行うことと引き換えに、求刑を寛大にしてもらうことになる。第 2 通報者にも司法取引は用いられ、刑事手続を早期に終了させることができるが、リニエンシーという制度は、厳密には、訴追免除される第 1 通報者についての制度とされ、その他の通報者は、量刑ガイドラインのもとの通常の司法取引と理解されている(ただ、すべての協力者を含めてリニエンシーと表現されることも一般化してきている)。

EU のリニエンシーは、課徴金賦課についての欧州委員会に裁量権限に基づくもので、すべての通報者・協力者に減免を与えることができる。そのため、リニエンシーは、すべての協力者を対象とする制度である。ただ、この制度は、当局の裁量権の裏返しとして認められるもので、裁量権がある限り、格別に立法措置なく導入されている。

最近、EU でも、個別の違反者の課徴金について、和解手続が設けられた、これは、米国の有罪答弁の制度を行政手続で行うものである(ドイツでも、刑事手続に合意手続が導入されたため、カルテルの制裁金を課す手続である秩序罰の賦課手続(刑事手続に準じた手続をとる⁷⁵³)において、EU 同様の和解手続をとることができるようになっている。ただし、この手続をとることのインセンティブが十分でない(10%の減額のみである)ため、それほど成果が上がっていない。リニエンシーの減額幅と和解手続を利用することによる減額幅のリバランスが必要と思われる。

⁷⁵² 量刑ガイドラインは、沿革的には、裁判官の自由裁量を制約するもので、いわゆるガイドラインというよりも、裁判官を拘束する立法のようなものである。量刑ガイドラインについては、小川佳樹「アメリカ合衆国における量刑事情としての捜査・訴追協力(I) - 連邦量刑ガイドライン 5K1.1 条を中心に」早稲田法学 78 巻 2 号(2003)113 頁

⁷⁵³ 拙稿「ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本法についての示唆—黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか—」公正取引 727 号 34 頁(2011) 拙稿「英独仏及び米国 FTC の最新の競争法執行手続と日本の新執行手続—米国型から欧州型への転換による新時代の到来」国際商事法務 38 巻 5 号 585 頁(2010)(以下、「越知・新執行手続」という。)

以上、訴追免除を与えて供述を得るという実務は、訴追裁量権の適正な行使に過ぎず、米国ばかりではなく、大陸法系に属するドイツなどでも幅広く行われているし、その活用如何が、証拠収集・立証の鍵であり、刑事実務の醍醐味となっているのである。

IV 司法取引に関する解釈論の再検討

1 日本の学説・判例の状況

訴追免除により自己負罪拒否特権を放棄させ、証拠を収集する実務は、司法取引として日本の刑事訴訟学者の中では否定的に解されており⁷⁵⁴、また判例上も、ロッキード事件で最高裁がコーチャン氏らに、訴追免責を与えて取得した嘱託尋問調書の証拠能力が否定され、あるいは約束による自白の任意性が否定されていることから、現行法のもとでは、司法取引を行えないものと一般に解されている。しかし、最近では、肯定説も有力化しており⁷⁵⁵、特に、村木事件を契機に、従来の刑事司法の改革の必要性が認識されたため、急速に、司法取引を是認する議論が浸透しつつあるように思われる⁷⁵⁶。

学説の中には、司法取引の不要論があり、たとえば次のように論じられた。「アメリカの場合には、伝聞証拠排斥の原則が厳しいので、その種の離脱者を公判で検察側証人として供述させなければならず、そこに刑事免責の効果もあるわけであるが、わが国の場合に

754 長沼範良「刑事免責制度の導入」現代刑事法 43 号 33 頁(2002) 長沼範良「取引的刑事司法」刑訴法の争点第 3 版 112 頁、船木誠一郎・村岡啓一・森下弘・若松芳也・後藤昭「刑事弁護に「取引」はあるか」季刊刑事弁護 39 号 22 頁(2004)、デイヴィッド・T・ジョンソン=笹倉香奈「アメリカと日本の司法取引の比較」季刊刑事弁護 39 号 36 頁(2004) 五十嵐二葉「刑事弁護の中の取引経験 1 制度設計には実態解明が不可欠」季刊刑事弁護 39 号 41 頁(2004) 森下弘「刑事弁護の中の取引経験 2 悩める司法「取引」」季刊刑事弁護 39 号 46 頁(2004) 小坂井久「刑事司法取引と弁護人の任務」季刊刑事弁護 39 号 52 頁(2004) 福島至「取引論の落とし穴」季刊刑事弁護 39 号 67 頁(2004)

755 小川佳樹「特集／刑事弁護の中の取引」刑事弁護 20 頁(2004)、池田公博「新たな捜査手段 - いわゆる『司法取引』との関係を中心に」ジュリスト 1370 号 93 頁(2009)、田口守一『刑事訴訟の目的』(成文堂、2007)286 頁

756 2010 年の刑法学会では、司法取引がテーマとして取り上げられた。田口守一「司法取引の理論的課題に関する研究の意義」刑法雑誌 50 巻 3 号 333 頁(2011)、川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑法雑誌 50 巻 3 号 336 頁(2011) 宇藤崇「司法取引と量刑的考慮について」刑法雑誌 50 巻 3 号 346 頁(2011) 宇川春彦「米国における司法取引」刑法雑誌 50 巻 3 号 357 頁(2011)、河合幹雄「司法取引と日本社会・文化との相性」刑法雑誌 50 巻 3 号 381 頁(2011)

は、検察官の面前で供述さえすれば公判廷ではこれと相反することを述べたところで検察官面前調書が証拠能力を持つことになっている。…以上の今日に考えてみると、わが国では刑事免責を採用しなければ情報の取得ができないという基礎がなく、その必要性は国民性の見地からも消極に解されることになる」との見解がある⁷⁵⁷。しかし、これは、取り調べ受忍義務を肯定し、相当期間の勾留を認め、検察官面前調書の特信性を幅広く認める現行刑事訴訟実務に対する問題意識が希薄なことから来る司法取引不要論であり、前提自体が根本的に揺らいでいる。捜査の過程での黙秘権・自己負罪拒否特権を希薄化する実務は将来的には維持し得ないという前提に立つべきであり、経済事件から、その方向の改革を進める時が来たと言える。

司法取引に対する一種のアレルギーとして、やり方が汚いと考えられている点もあるようである⁷⁵⁸。しかし、そのような価値観に立つなら、自分の嫌疑に対し、自ら知っていることを話さないこともまた、汚いのではないか。中世において、自白が重視されたのは、この倫理観があったと思われ、供述調書に頼る実務はその延長上にある。これは、Ⅱ5(2)で指摘したとおりである。しかし、近代司法が、黙秘権・自己負罪拒否特権を付与したのは、そのような倫理観を排斥し、被疑者から証拠収集することを禁じたのであるから、訴追裁量権を駆使して証拠を収集することは、不可欠なものとなったということではないかと思われる。その意味では、汚いという倫理観自体は、前近代的刑事司法の発想なのではないかと思われる。

そこで、訴追免責を条件とする供述を利益誘導ないし、約束による自白で証拠能力がないと考える判例、あるいはロッキード事件でコーチャン氏らの嘱託尋問調書の証拠能力が否定されたことから、司法取引を違法と考えるあるいは立法的措置がない限り、違法であるとする考え方をどう克服するかが問題となる。

2 ロッキード事件判決⁷⁵⁹

(事実関係)

本件捜査を担当する検察官は、アメリカ在住の証人コーチャンら 3 名について、「その証言内容等にかかりに我が国の法規に抵触するものがあつたとしても、証言した事項につい

⁷⁵⁷ 青柳文雄「刑事免責の研究」刑事裁判と国民性(総括編)(1979)80-81頁、宇川(14)27頁

⁷⁵⁸ 宇川(14)29頁

⁷⁵⁹ 最判平成7年2月22日刑集49刊2号1頁、本事件の評釈については、松尾浩也「いわゆる刑事免責による嘱託証人尋問調書の証拠能力」ジュリスト1101号113頁(1996)、宇川(15)29頁以下、椎橋隆幸「刑事免責制度について」最高裁判所判例解説55巻3号551頁

ては起訴猶予処分に付する」旨の検事総長及び検事正の宣明書を添付した上、東京地裁裁判官を經由してアメリカに証人尋問を囑託した。それにもかかわらず、証人らが「日本国内における訴追のおそれ」を理由に、証言拒絶またはその意向を表明し、前記宣明によって刑事免責が付与されたといえるかが争われた。連邦裁判所は、証人尋問を命じると同時に、「日本で公訴を提起されることがないことを明確にした最高裁の命令または規則が提出されるまでは、右尋問調書内容を伝達してはならない」旨の決定を行った。

これを受けて改めて検事総長及び最高裁から宣明がなされ、以後、これによって証人尋問が実施され、それ以前に作成されていたものを含め囑託証人尋問調書が順次我が国に送付されることとなった。

これらの囑託証人尋問調書は、第一審及び控訴審においては、刑訴法 321 条 1 項 3 号の書面として証拠能力が肯定されたが、最高裁は、刑訴法 317 条（証拠裁判主義）及び 1 条（刑訴法の目的）を引用し、その証拠能力を否定した。

（最高裁の判断）

最高裁は、検事総長及び検事正の不起訴宣明について、『（自己負罪拒否権を消滅させて）コーチャンらの証言を法律上強制する目的の下に、……将来にわたり公訴を提起しない旨を確約したものであって、これよって、いわゆる刑事免責が付与されたものとして、コーチャンらの証言が得られ、本件囑託証人尋問調書が作成、送付されるに至ったものと解される』として、本件を刑事免責・証言強制の趣旨に理解した上で、以下のように述べる。

- ① ある証拠の証拠能力が肯定されるためには、刑訴法一条に示される刑訴法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許容される必要がある。
- ② 「刑事免責制度は、自己負罪拒否特権に基づく証言拒否権の行使により犯罪事実の立証に必要な供述を獲得することができないという事態に対処するため、共犯等の関係にある者のうちの一部の者に対して刑事免責を付与することによって自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠としようとする制度であって、本件証人尋問が囑託されたアメリカ合衆国においては、一定の許容範囲、手続要件の下に採用され、制定法上確立した制度として機能しているものである』。
- ③ 『この制度は前記のような合目的な制度として機能する反面、犯罪に関係ある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響する制度であるところからすれば、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情から見て公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきものと解される。しかし、我が国の刑訴法は、この制度に関する規定を置いていないのであるから、結局、この制度を採用していないものというべきである』。

- ④ したがって、『刑事免責を付与して得られた供述を事実認定の証拠とすることは、許容されないものといわざるを得ない』。

3 ロッキード事件をどのように解釈すべきか

本件は、捜査協力型の事例と見るべきだと思われるが、一方的な訴追免除であるようにも見え、最高裁は、そのような一方的な訴追免除で、証言を強制する事例と考え、そのような一方的な訴追免除は立法措置なしにできないとしたようである。

米国では、協力を条件として、訴追免除を与える手法のほか、一方的行為として、訴追免除をおこなって、自己負罪拒否特権を消滅させ、証言強制を行う制度がある。宇川論文によれば、前者をインフォーマル・イミュニティ、後者をフォーマル・イミュニティとして、紹介している⁷⁶⁰が、ここでは、前者を合意による訴追免除、後者を一方的訴追免除と呼んでいる。しかし、実務上、圧倒的に使われるのは、前者の合意による訴追免除であり、コーチャン氏らも当然、合意による訴追免除のことを念頭に置いたものと思われる。ところが、日本の最高検、最高裁が出したものは訴追免除の宣明であり、一方的訴追免除を行っているように見える。そのようなものであれば、確かに、制定法がない以上、認められない（制定法があっても、その合憲性が問題になる）。しかし、一方的な訴追免除の宣明が行われているように見えるものの、これは、コーチャン氏らの要請によるものであるから、（黙示の）合意による訴追免除の類型と解すべきではなかったと思われる。

最高裁は、訴追免除の意義を取り違えており、その意味で、この判例の射程が、欧米の実務で一般化している合意による捜査協力型の司法取引による証拠の証拠能力を否定したものでないと解する見解がある（宇川論文）⁷⁶¹。合意による訴追免除は、訴追裁量権（刑訴法248条）のもとで、当然に認められるもので、新たな立法措置を必要とするものではない。他方で、証人が自らの選択により、黙秘権や自己負罪拒否権を放棄することにも、特別の規定を必要とするものではない。したがって、合意に基づく訴追免除は制定法の規定なく、行うことができることを理由とする。

基本的には、宇川論文の指摘は正当であり、制定法上の授權の欠如を出発点とする本判決は、論点の把握を誤っていると思われる。本判決が、供述調書中心の日本の従来の実務の問題への認識、自己負罪拒否特権を真に保障した近代司法の下では、訴追免除権を駆使した証拠収集が組織犯罪に立ち向かう不可欠の手段との認識はないように見え、そのような認識不足の結果、慎重さを欠く判断が行われたことは否定しがたいように思われる。

⁷⁶⁰ 宇川(11)38頁

⁷⁶¹ 宇川(15)31頁はそのように解するほかないものと指摘する。

本件で、証拠能力を否定したければ、反対尋問権が保障されなかった点、訴追免除が訴追裁量権がある検察庁ではなく、最高裁によって行われている点から証拠能力を否定することもできたはずである。それにもかかわらず、司法取引一般が否定されるかのようにも読み取れる判断を下したことは、刑事司法の近代化を遅らせ、勾留下の密室での取り調べに頼る前近代的司法を温存する結果となった面があることは否めない。訴追免除と引き換えに事件関係者からの供述を取得できる実務が確立されていたならば、村木事件は全く異なる事件処理になったと思われる。

司法取引的手法の不可欠性、司法取引を認めることが日本の司法の抜本的改革に繋がることを持考えれば、本判決は、一方的背訴追免除についての判断に過ぎず、合意による訴追免除には及ばないと限定的に解すべきであると考ええる。

4 約束による自白についての判決

また、約束による自白に関し、訴追免責の約束の下で得られた自白は利益誘導であり、任意性が否定されると解した判例⁷⁶²があり、この判例から、司法取引が判例によって否定されているとの解釈も根強いようである。

約束による自白が任意性がないとされること自体は、17世紀のイギリスのコモンロー上の原則であり、米国では、1897年のブラム判決⁷⁶³によって確認されている。

ブラム判決において、連邦最高裁は「自白が許容されるために、自由かつ任意のものでなければならない。すなわちそれはいかなる種類のものであれ、脅迫や暴力によって引き出されたものであってはならないし、また、直接的なものであれ間接的なものであれ、いかに些細なものであれ、約束によって獲得されたものであってはならないし、さらに、いかなるものであれ不適切な影響力の行使によって得られたものであってもならない。」と述べた。

しかし、1970年のブラディ判決⁷⁶⁴では、弁護人の助言により行われた有罪答弁には、約束による自白の法理の適用はないとした。本件で、加重誘拐罪の有罪答弁をして30年の刑に服しているブラディが、自分が有罪答弁をしたのは陪審公判で有罪となった場合、死刑の可能性があるのでそれに対する恐怖からであって、答弁は任意性を欠くから無効であ

⁷⁶² 最判昭和41年7月1日 刑集20巻6号537頁。評釈として、米山正明「利益誘導と自白の任意性」判例タイムズ922号40頁(1997) 約束による自白について、米国のブラム事件、ブラディ事件との比較から論じるものとして、高野隆「日本的司法取引の条件」季刊刑事弁護39号58頁(2004) 61頁

⁷⁶³ *Bram v. United States*, 168 U.S. 532(1897)

⁷⁶⁴ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742(1970)

ると主張したが、判決は、以下のように述べて、有罪答弁の効力を認めた。

「ブラディは公判審理を受けなければより軽い刑を受けることを法が約束していたとしても、彼の答弁は強制されたものでないという我々の判旨はブラム判決と矛盾するものではない。ブラム判決は弁護人に代理されることもなく、勾留されている被告人の自白を取り扱ったのである。その約束がそれ自体違法な行為だからというのではなく、そのような局面におかれた被告人は誘引に対してあまりにも過敏であり、また彼らに及ぼしうるその影響力はあまりにも大きすぎてそれを無視することはできない上に、その評価は非常に困難になるからである。しかし、弁護人の存在とその助言による場合にまでブラム判決の考え方が適用されてきたわけではない。ブラディは、無罪答弁をしていたが、有罪答弁をする前に、脅迫や約束を受けたわけではない。彼には有能な弁護人がおり、公判審理と有罪答弁とを比較してその利害得失を評価する十分な機会を持っていた。彼の有罪答弁は公開法廷で判事の前でなされた。ブラディの答弁は任意であったといえる。」

本判決により、弁護人の存在とその助言によって約束の内容や量刑格差を冷静に評価する機会を持つことができたというならば、有罪答弁は約束によるものであっても任意性は否定されないとの考え方が宣言され、以後の有罪答弁は、この条件を満たして行われている。

宇川検事は、最高裁の昭和 41 年の事例は、単純な約束の事例ではなく検察官の事件処理方針と被告人のその理解との間に大きな齟齬があった案件であり、司法取引の前提となる約束による自白の事案とは異なると論じ、ブラディ判決の説示を参考に、従来約束による自白法理の修正を提唱し、①被疑者・被告人が弁護人の援助を受けていること、②取調官による尋問テクニックとしてでなく、検察官の事件処理に関する協議の一環であること、③提示される寛大処分が合理的な範囲であること、④被告人が選択肢双方の内容を十分に承知したうえで態度を決定していること、という前提を置くならば約束による自白は任意性を肯定することができるという見解を提唱されており⁷⁶⁵、妥当なものと考えられる。

上記の判決は、いずれも和解型(有罪答弁型)の事例であり、捜査協力型の場合、ブラム判決が問題にならないので、ブラディ判決に依拠するまでもなく、証拠能力を認めることができたと考えられる。

日本では共犯者による自白が冤罪を生んだという認識が司法取引に対するネガティブなイメージを生んでいるようである。しかし約束による自白や利益誘導による自白が証拠能力がないという点については司法取引が認められたからといって変更されるものではない。訴追裁量権を駆使して証拠収集を行う欧米でも、利益誘導による供述あるいは証言は民事事件においても日本以上に厳しく規制されている。例えば米国では、事実についての証人

⁷⁶⁵ 宇川(8)34頁

に対して金銭その他の便宜を提供することは禁じられており⁷⁶⁶、そのような金銭の提供が行われた場合の証言は信用性がないものとされる。

しかしながら、捜査協力型の訴追免除合意に関しては、公権力が違法行為の有無を調査する場合において、事件関係者に証言を求めることは必然であり、行政事件であれば、自己負罪拒否特権が適用される犯罪そのものの自白以外の事実に関する事項については、供述を拒否することはできない（黙秘権はない）。刑事手続で、黙秘権や自己負罪拒否特権が行使される局面において、その権利を放棄することで供述を得ることは、事案の解明への協力に同意することであり、利益誘導で有利な証言を得ようとする行為と同列に扱われるものではないと考えられているように思われる。

日本では、訴追免除を条件とする供述に対し、否定的である反面、実務ではより誤った供述を誘導しがちな実務（不適正な黙示の「司法取引」）がまかり通っている。特に問題なのは保釈についての意見陳述権を活用（濫用）するもので、検察官のシナリオどりの自白をすれば保釈に反対意見を述べないとする実務である。このような実務は保釈を得たいがために、虚偽の自白を誘発する危険性が高い。また、経済事件でも、事件関係人に対しても捜査当局の意向に従った陳述をしなければ、搜索や差し押さえをするなどの脅迫めいた手法が行われることは、珍しくないといわれる。捜査機関の面前における供述に原則的な証拠能力を与えてしまう現行の実務では、不利益をちらつかせて自白を得るという脅し的な手法によって供述をえる実務が誘発されやすい構造になっている。この点でも、現行実務は、本来、正攻法として認められるべき（利益誘導でないと考えられるべき）司法取引を否定し、より利益誘導性の強い捜査方法を黙認しているという矛盾をかかえている。

V 訴追免除の撤回

1 訴追免除合意型の司法取引で、訴追免除される要件と撤回

訴追免除合意型の協力は、他の犯罪者の違法行為の立証に有益な情報・証拠の提供でなければならないが、捜査機関のシナリオに沿った供述を強制されるというものではない。この捜査協力型の根幹は、訴追免除の代わりに、自己負罪拒否特権を放棄させることにあり、訴追免除を与えるものに、真実についての供述を要求することである。そのものが真実を述べなかった場合には、訴追免除は撤回され、加えて偽証・証明妨害による訴追を受けることになる。また、捜査機関が要求する証拠を自ら持っているならばそれはすべて提出しなければならないし、場合によっては捜査機関の要請にしたがって、事件の徹底的証拠を収集することに、協力することまで要求される。最後の点は単に自己負罪拒否特権の

⁷⁶⁶ ただし、専門家証人（expert witness）については、金銭の供与は許される。

放棄以上の作為が要求される。

司法取引の手法を活用する場合、虚偽供述についての制裁の強化を図る必要がある。

捜査協力型司法取引で、(訴追免除を経て)捜査段階での供述と異なる供述を公判で行えば、訴追免除は取り消されるが、加えて、捜査段階での供述に虚偽陳述があったことになり、証明妨害、不実表示(misrepresentation)として、訴追が検討されることになる。

宇川論文⁷⁶⁷では、検察官面前調書を 2 号書面として、証拠採用するかどうかが議論されているが、このような事例は、まさしく「特信情況」であり、証拠能力を肯定していいと思われる。ただし、検察官面前調書は、弁護士立会で作成されるか、テープに記録されるべきだと思われる。

虚偽の陳述は偽証ではないが、不実表示であり、これに対しては、罰則がある。日本では、行政事件では、調査妨害についての規定があるが、刑事事件については、証明妨害・司法妨害についての一般的な規定がないようである。

村木事件では、凛の会の会長の供述は、米国では、不実表示として、司法妨害の可能性がある。

2 米国の経験—ストルト・ニールセン事件

訴追免除合意の撤回については、米国反トラスト法のカルテル事件に関し興味深い判例が存在する。ストルト・ニールセン事件⁷⁶⁸であり、実体法上、訴追免除を撤回するための条件が整っていたかどうかもさることながら、訴追免除を撤回する条件に該当するか否かはどのように争われるかである。本件で米国司法省は、被告ストルト・ニールセンが訴追免除の合意に反しカルテルに参加し続けたと判断して訴追免除合意を撤回し、ストルト・ニールセンを訴追しようとしたものであるが、これに対し、ストルト・ニールセンは訴追された刑事法廷で、訴追免除合意に基づく公訴棄却を申し立てるのではなく、民事訴訟において訴追を差し止めるという手段に訴えたのである。日本であれば刑事事件に関する国

⁷⁶⁷ 宇川(16)30頁

⁷⁶⁸ 同事件についての邦文の解説として、鈴木正貢、「米司法省のリニエンシーの取消と連邦地裁による差止命令」国際商事法務 33 巻 6 号 733 頁(2005) 同「ストルト・ニールセン事件につき第 3 巡回区上訴裁判所が下した破棄・差し戻し判決」34 巻 6 号 721 頁(2006)、同「米司法省とのリニエンシー事件でストルト・ニールセン再び勝訴」36 巻 1 号(2008) 13 頁 井上朗「米国司法省反トラスト局による訴追免除措置制度改革について」国際商事法務 37 巻 4 号 425 頁(2009)

の訴追行為を民事上の差止請求によって阻止することは考えがたいし、行ったとしても直ちに請求が却下されたであろうが、米国の地裁はこのストルト・ニールセンの差止請求を認容した。これに対する控訴がなされ、第 3 巡回区高裁は、地裁判断を覆し権力分立の観点から訴追行為を民事上差し止めることはできないと判断した。これに対し最高裁への上告がなされ、驚くべきことに、最高裁は地裁判断を支持し、訴追された後の刑事法廷で免責合意は取り消しできない有効なものであると判断されたとしても遅すぎて、訴追免除合意による訴追されないというストルト・ニールセンの権利が保障されたことにはならないと判示した。本件ではストルト・ニールセンが訴追免除合意に従って行動しており、訴追免除の条件への違反がなかったことも認定されている。事案の概要は以下のとおりである。

Stolt-Nielsen 事件

本件は、国際タンカー輸送の市場分割協定が問題となった事案である。本件で Stolt-Nielsen の同部門の責任者である Wingfield は、2002 年 2 月頃、社内弁護士のオブライエンから独禁法上の懸念があることを告発された。しかし、同社は、この告発には対応せず、2002 年 4 月にオブライエンを解雇した(オブライエンは解雇を違法として訴えを提起した)。2002 年 11 月になって同社はナナス弁護士に告発があったことを報告し、事件の処理を依頼した。ナナスはその時同社からファックス等を受領したが、それらの証拠だけでは刑事訴追の対象となる市場分割協定があったことにはならないものと判断した。しかし、その後、ナナスが Wingfield と面談し、同氏から競争者と共有している顧客リストを入手した。これにより、ナナスは、刑事訴追の対象となる市場分割協定が存在すると判断し、2003 年 1 月に司法省に通報を行い、第一通報者として刑事免責の合意書を取得した。司法省は同社が社内弁護士からの告発により市場分割協定の存在について認識したのち、違法な活動を止めなかったことを理由に免責を取り消した。これについて、Stolt-Nielsen が司法省を訴え、裁判所は、内部告発後の 2002 年 3 月に同社が違法な活動を止めなかったことは免責の条件となっていないので免責取消は免責合意書に違反するとして司法省を敗訴せしめたが、高裁はこれを覆し、最高裁が再度高裁判断を覆したものである。

なお、実体法上、本件で重要な点は、まず、顧客リストを共有することだけで刑事訴追対象の市場分割協定と判断されることである。本件は顧客リストの共有をもって並行行為のプラスファクターと解したのではない。もしそうであれば、協調行動に過ぎないので民事請求しかなされないはずであり、本件は、米国では、顧客リストの共有が市場分割協定のほとんど決定的証拠であることを示す事例である。これは、価格協定において現在又は将来の価格情報の交換が価格協定のほとんど決定的証拠であると見られていることとパラレルに理解することができる。

結 語

黙秘権・自己負罪拒否特権を保障しつつ、証拠収集するには、訴追裁量権を駆使して、共犯者その他の事件関係人からの捜査協力を得るという手法を駆使せざるを得ない。訴追裁量権を活用したいわゆる司法取引というのは自己負罪拒否特権を保障した近代憲法の下での刑事手法の不可欠の調査手段であり、訴追免除を活用し、犯罪の首謀者に迫る捜査こそ、刑事司法のダイナミズムであると言っても過言ではない。日本では、司法取引を否定する結果、ダイナミックな刑事司法の展開が行われず、検察官は、被疑者その他事件関係者に、自白を求める「割らせ屋」になり下がっている。しかもそのような実は、検察官自身が証拠隠滅・証拠捏造で訴えられる危険がある極めて危険な実務であることが村木事件によって明らかとなりつつある。司法のダイナミズムを回復させる意味で、司法取引を認め、自白調書依存の刑事司法実務を現代化することが急務である。

第3章 経済事件における状況証拠・客観証拠の活用—刑事事実認定の現代化の方向性—

I 刑事事実認定の構造的問題点

第3章では、司法取引的手法の是認と並び、重要な客観証拠の活用の問題を取り上げる。日本の刑事事実認定実務の根源的な問題は、近代司法が、自白や伝聞証拠の活用を極力排除し、客観的証拠による事実認定を志向しているのに、民事事件以上に、自白や供述調書を徹底的に固めるという証拠収集手法が定着していることである。

近代司法の原則に立ち返るには、経済事件のように客観証拠を活用がより容易な事件についてまず、積極的に客観証拠を活用し、その客観証拠の評価の仕方について裁判所を十分に説得できる知見を有する専門的部署を設置するべきではないかと思われる。

以下では、まず、刑事事件一般で、状況証拠・客観証拠の活用が妨げられている現状と問題の所在を整理し、II以下で、経済事件に絞って、客観証拠をどのように活用するかについて、事例を通じてその活用の仕方を論じるものとする。

II 刑事事件一般での問題

1 状況証拠・客観証拠からの立証がほとんど行われないのはなぜか

本来、近代司法で要求される客観証拠の重視というのは、事件の筋を構成する客観証拠をそのまま裁判所に示し、裁判所の判断を仰ぐことにあるのではないかと思われる。捜査検事は何らかの客観証拠から犯罪の遂行過程・犯人を推測する。その過程で被疑者以外にも情報を収集するのであり、それらの証拠からある程度犯罪の本質に迫っているはずであり、被疑者を逮捕・拘留し自白調書をえるのは検証作業に過ぎず、本来は被疑者の供述なくても有罪に持ち込めるだけの証拠を確保していなければならない。理論的には、当然のこととして理解されており、実際に状況証拠をどのように活用するかについて解説した本も多い⁷⁶⁹。しかし実際の執務となると、状況証拠・客観証拠からの立証がほとんど行われず、自白調書に依拠した事実認定が行われるのが圧倒的多数であるとの印象がある。その理由を考えると、第1に、実務では、罪となるべき事実（構成要件該当事実）というより、冒頭陳述の内容全てが、合理的疑いのない程度まで、証ししなければならないように運用され、それを精密司法と誇ってきたように見えることである。あらゆる事実を合理的疑いのない程度まで立証することは不可能に近く、そのような認識が自白調書依存の実務の原因となっている側面がある。第2に、状況証拠、客観証拠を活用しようにも、刑事立証

⁷⁶⁹ 例えば、植村立郎『実践的刑事事実認定と状況証拠』立花書房(2006)

水準である「合理的疑いのない程度」の立証のハードルが高すぎ、状況証拠・客観証拠からでは、事件を有罪に持ち込めないリスクがあるとの認識があったこと、第 3 に、刑事事件では、状況証拠の評価は裁判官次第の側面があり、そのような不安定な証拠に頼るよりは自白調書で事件を固めたいと考える、あるいは自白調書が固められていなければ、そもそも刑事事件として立件できないと考えられてしまうからであるのではないかと思われる。

しかしこのような供述調書に依存する実務が蔓延した結果として客観証拠・決定的証拠を正しく評価することができず、供述調書の取り方が不十分であるとして違反事実を認めない判断手法が少なからず見受けられ、違反行為是正型の行政事件にもその傾向が波及しつつあり、その点は、Vで詳述する。

2 犯行態様まで、「合理的疑いを入れない程度」の立証対象と考えがちであること

本来、検察官が、合理的疑いのない程度まで、立証しなければならない事実は、罪となるべき事実（構成要件該当事実）であるはずだが、実務では、冒頭陳述の内容全てが、合理的疑いのない程度まで、立証しなければならないように運用されている。あらゆる事実を合理的疑いのない程度まで立証することは不可能に近く、そのような認識が、客観証拠を活用した立証活動より、供述調書という直接証拠を立証の中心に据える立証活動を誘導してきたのではないかと思われることがある。

なぜ、このような実務になってしまったのかについて、第 2 章で引用した座談会⁷⁷⁰において、藤永教授は、興味深い議論を提供している。地下鉄サリン事件では、化学プラントらしきものの存在、サリンを製造したらしい形跡のみであって、これら物的証拠だけで地下鉄サリン事件が起訴できるものではない。この事件にかかわった被疑者が、誰がサリンを製造し、だれが東京へ運搬し、誰が地下鉄の電車に乗って、発散させたのかということの詳細に供述することなしでは、起訴どころか逮捕状も取れなかったと発言している。

しかし、本件では、通常製造困難なサリンによる犯行がすでに起こっており、上九一色村にサリンを製造したであろう化学プラントらしきものの存在とサリンを製造したらしい形跡があることについての物的証拠があるのなら、その物的証拠で捜索差押え令状が出るのは当然である。筆者は、事件当時英国にいたが、この事件で、欧米のメディアや識者は、なぜ、サリン製造施設と疑われる施設があり、連日報道陣が殺到しているのに、なぜ、司法官憲がすぐに捜索差押えをしないかを訝っていた。

また、そこで、サリン製造設備があれば、サリンというものを製造する合理的な理由（例えば産業上の利用）がない以上、その幹部に、殺人罪で取れるかどうかはともかく、少

⁷⁷⁰ 藤永幸治・高野隆・飯室勝彦「緊急対談 捜査妨害か正当な弁護活動か ミランダの会の弁護活動と捜査」季刊刑事弁護 3号 16頁(1995) (以下「座談会」という)

なくとも危険物質の製造等についての許認可違反などにあたるはずであり、そのような法令には罰則が規定されているので、その関係での違反で逮捕状を取れないはずはないように思われる。マスコミ各社ひいては国民の大半が、オウムの犯行と(合理的に)確信しているような段階に至っても本丸の事件での逮捕状が取れず、通常では逮捕できるか微妙な案件⁷⁷¹での別件逮捕は可能であるというのはどうみても、本末転倒になっていると言わざるを得ないと思われる。

サリン事件のような、物証豊富な事件が、供述調書なしに事件が立件できないということであれば、検察官は、自白の取れていない事件は、立件できないと言っているに等しい。その結果は、立件したい事件は、何が何でも、自白調書を作り上げる実務を招き、そうでない事件は、(簡単に)立件をあきらめるという実務となる。前者が、村木事件であり、後者が、検察庁が、告発協議会の枠組みで、公取委に告発を断念させた(かに見える)独禁法カルテル事件である。その結果、一時期の独禁法の刑事事件の立件基準は、事件の悪質性によるという本来の基準から離れ、立証が容易な案件を取り上げる傾向が強くなっていた。

サリン事件では、地下鉄において、サリンを散布させて、人を死傷させたという事実が、構成要件該当事実であり、この点が、合理的疑いを入れない水準での立証に服するものの、たとえば、どのようにサリンを製造し、どのように東京へ運搬したかという犯行の遂行過程に関する事実はいくまで、量刑にかかわる事実であり、合理的疑いのないレベルの立証ではなく、民事立証水準(証拠の優越ないし高度の蓋然性)で認定されるべき事実と考えるものである。これは、ラフ・ジャスティスと揶揄されることのある欧米の考え方であり、自白調書に依存することができない欧米においては、このような考え方がとられており、日本も、客観証拠を重視すれば、ラフ・ジャスティスに移行するのが必然であると思われる。日本の実務が、すべての主張事実を合理的疑いのないレベルまで、立証しなければならないと考えることが、精密司法どころか、自白調書依存の前近代的司法を温存する元凶となっているように思われる。

学説では合理的な疑いのないレベルの立証については全てに及ぶとしつつ、犯罪事実(構成要件該当事実および処罰条件事実)と犯罪事実以外の事実に分け、前者については厳格な証明の対象になるが量刑事情は自由な証明で足りるとされており、厳格な証明と自由な証明の区別の問題とされているようである⁷⁷²。しかし、英米法では合理的な疑いのない証拠という立証レベルは犯罪事実に限られ、量刑に関する量刑事情は証拠の優越で足りるものと解されている。

⁷⁷¹ サリン事件では、ホテルで偽名に泊まった場合にも偽造私文書作成罪で逮捕するなど極端な別件逮捕が行われたと言われる。

⁷⁷² 田口 328 頁。なお、厳格な証明概念は練馬事件大法廷判決で採用されたが、白鳥事件(最判昭和 38 年 10 月 17 日 刑集 17 卷 10 号 1795 頁)は、「『厳格な証明』とは、刑訴の規定により証拠能力が認められ、かつ公判廷における適法な証拠調べを経た証拠による証明を意味する」とされた。

3 主観的要件の立証は供述によらなければ立証できないと考えがちであること

供述調書に頼る理由として、不法領得の意思のみならず故意など、主観的要件の立証は供述調書によらなければ立証できないと考えがちな実務がある。その端的な例が、背任の目的に関し、必ず、「ほしいままに」という供述を供述調書に書き入れる実務がある。

「ほしいままに」という表現は、一般の被疑者が使うはずもない表現である。他方、この「ほしいままに」は、不法領得の意思を自白する供述とみなされている。これは一種の証拠の捏造と言われても仕方のないような調書の作成の仕方である。

藤永教授は、これを大陸法中心の実体法である以上、自白をとることが必要であると解している⁷⁷³(この見解は、多くの検事が共有するところとして、筆者も何度も聞かされている)。しかし、背任の目的であれ、故意であれ、黙秘権や自己負罪拒否特権が行使されれば、それは被疑者自身の供述以外から立証されねばならないと考えているのは大陸法も同じであり、大陸法であっても、主観要件の立証に供述調書や自白に依拠しているわけではなく⁷⁷⁴、検察実務が、万が一の可能性を考え、石橋をたたきすぎるのが、供述調書に依存する実務を生んでいるとも考えられる。

ただ、実際に、違法行為是正型の行政事件で、当事者の認識などの主観にかかわる事実に関しては、情況証拠を十分に評価しない事例は、一再ならず存在し、情況証拠を十分に活用されないのは、裁判所に問題があることも事実である。Vで詳述する。

4 立証水準が高くなりすぎていることが疑われる問題

(1) 目撃者のいない殺人事件の場合—大坂母子殺害放火事件の例

刑事事件において、供述調書依存から脱皮できない理由として、通常の刑事事件、とりわけ、死刑が宣告される可能性のあるような重大事件に関し、立証水準が極めて厳格に解釈され、いわゆる否認事件について無罪判断が行われる事例が増えていることがあげられる。しかし、この問題は、必ずしも、一般化すべきではないようにも思われる。

例えば、大阪における母子殺害放火事件は、被疑者 X が養母とその孫(2歳)を殺害し、証拠を隠滅するため、放火したとされる被疑事件である⁷⁷⁵が、犯行現場には被告の

⁷⁷³ 座談会 20 頁の藤永発言

⁷⁷⁴ 英米法では、主観要件は、統一した「故意」という基準によるわけではなく、犯罪類型ごとに考察されるが、将来の価格情報の情報交換をしたことは、カルテル罪について、intent という主観的要件の証拠となる。

⁷⁷⁵ 平成 22 年 4 月 27 日 判例時報 2080 号 135 頁

DNA が検出された煙草の吸殻、被告の自家用車と同じ車種、同じ色の車（ホンダストリーム）が事件のあった時間帯、被害者宅の周辺に置いて駐車していたのを見たとの複数の目撃証言、被告人の妻が、被告人が当日に来ていたシャツの擦り切れた痕、あるいは挙動等から被告人が被害者宅に赴き、被告人が殺害したことを確信している旨を述べる供述調書がある。

本件では、最高裁第 3 小法廷は、第一審（無期懲役）、原審（死刑）の判断を覆し、無罪を言い渡した。本件で、煙草の吸殻については被告人が犯行当時吸ったにしては、変色の度合いが大きく、犯行日ではなくそれ以前に吸われたものである可能性が高いこと。目撃証言に関しては、目撃証人が複数人いるとはいえ、その数は少なく長時間車が駐車していたのであれば、より多くの目撃証人があって然るべきであること、特に当然駐車車両の存在に気づいているようなものが、その存在に気づいていないことは不合理であること、妻の証言については憶測によるものであって、被告人が犯行に及んだことを証明するものではないこと等を理由に、なお、他のものによって犯罪が遂行された可能性が残ることを理由として無罪を言い渡したものである。

最近の鹿児島における裁判員裁判でも類似の事例で、被告人が強盗殺人に及んだことについて、被告人が被害者宅に赴いたことについて、その事実を認定しながら、なお別人の犯罪の遂行の可能性が残るとして無罪を言い渡している⁷⁷⁶。

上記の事例、特に最高裁判断については、個別の証拠は確かに決定的でないものの、それらの組み合わせが偶然に行われた可能性は極めて低いようにも思われ、合理的な疑いを入れないレベルの立証は行われているようにも思われる。ただ、この状況証拠から立証されているのは、被疑者が現場にいたということの立証であって、被疑者が、実行行為を行ったことは依然立証されていないとも言え、このような事例で死刑を宣告するについては、裁判官なり、裁判員なりの心理的抵抗は極めて大きいものと推察される。

いわゆる死刑制度については、死刑を廃止すべきか否かが議論されるが、死刑を肯定する場合に、どのような事例まで死刑という判決を下すことができるかについては議論はほとんど素通りとなっている。日本の場合、一人を殺しただけでは、10 年から 15 年の有期懲役にしかならないのが通常であるのに対し、複数人を殺した場合、一気に無期または死刑の可能性が生まれる。また、殺害現場で窃取行為が行われた場合、強盗殺人となるが、この法定刑は無期・または死刑であり、有期懲役という選択肢すらない。

確かに、複数ものを死に至らしめた責任は重いものの、一度の機会に複数ものを殺した場合、犯罪の態様如何によっては、一人殺した場合と不均衡だと見られる場合も多い。特に、強盗殺人では、殺害したのは一人でも、大した金目のものでなくとも何かを窃取してしまえば、強盗殺人になってしまうので、殺人罪だけの場合との不均衡の問題は、

⁷⁷⁶ 地判平成 22 年 4 月 20 日 評釈として、中川孝博「最判平成 22 年 4 月 27 日が定立した基準を用いて状況証拠を評価した事例」速報判例解説 No72（2011 年 5 月 17 日掲載）

より大きい。まして、上記の事例のように、被疑者が現場にいたことは立証できるとしても、実際に犯罪が行われた状況についての客観証拠がない事例で、死刑判断を下すのは、裁判官や裁判員に対し、強度のプレッシャーがかかるものと想定される。その結果、このような死刑に繋がる殺人事件での立証水準が大幅に高まり、それが刑事事件一般の立証水準の高さに跳ね返ってしまっている側面もあるように思われる。

つまり、死刑を存続させる必要があるとしても、死刑判決を行う場合はより限定される必要があり、強盗殺人とはいえ、ほとんど金目のものをとっていない鹿児島のような場合には強盗殺人であってもせいぜい10年から15年程度の有期懲役が求刑されるべきであるのに、法定刑が死刑もしくは無期懲役となっているため、そのような判断ができず、これが、直接証拠のない事例において、無罪判決の誘引となっている可能性がある。

目撃者のいない殺人事件(否認事件)が限界事例になることは、OJ シンプソン事件を見れば、米国でも同じとも考えられるが、同事件は、人種差別問題の背景があり、一般化できる事例か疑問もある。これは、日本の目撃者のいない殺人事件(否認事件)が、死刑の射程をどこまで、広げるかの論点が隠されているのと同じで、死刑事件は、その他の考慮要素の影響を受けることは洋の東西を問わず同じであり、その他の事件(死刑が求刑されない事件)と分けて考える必要があると思われる。

(2) 「合理的」疑いとは何か。

客観証拠によるだけでは主観の立証に失敗すると考えてしまうという検察官の発想が理解できる点はある。理論的問題として、「合理的疑いがない」という場合の、合理性をどのようにとらえるかが欧米と日本の裁判官には相当な違いがあり、その結果として、日本の裁判官は、欧米であれば、「合理的」と考えられない疑いも、合理的な疑いと考えているように懸念されることも確かだからである⁷⁷⁷。筆者は、退官した学者出身の最高裁判所判事の講演で、合理的疑いのスタンダードとして学説の論証を引き合いに出し、一点の疑義もないほどの立証が必要であるかのように考えておられたことに接したことがあるが、一点の疑いの余地もないという考え方は合理的な疑いの基準とは異なるように思われる。

このような解釈が行われる背景として、日本では、憲法訴訟で合理性の基準という場合、行政庁はおおよそ合理性のない判断をすることはなく、事実上行政庁の判断を覆すことはめったにないという基準として用いられている。しかし、たとえばイギリスでは *unreasonableness* の基準の下でも、行政庁に対する裁量統制はある程度可能となっている⁷⁷⁸。つまり、合理性について、何でも合理性があるという前提には立っていないのであ

⁷⁷⁷ 中川孝博『合理的疑いを越えた証明』(現代人文社 2003)は、刑法犯に関し、合理的疑いを越えた証明についての立証を事例に即して分析するが、経済事件で、この週の分析を行っているものはない。

⁷⁷⁸ 越知・行政裁量 300 頁以下(本論文第 2 部第 2 章)

る。ところが、日本では、あらゆる可能性が排除されることが、「合理的疑いのない程度」の立証と解される傾向がある。

最近の大阪母子殺人事件で、最高裁は、被告人が犯人でないとしたならば、合理的に説明することのできない(あるいは少なくとも説明が困難である)事実関係が含まれていることを要するものというべきであると判示した。この基準では、スモーキング・ガン・エビデンスと言われる煙の立ったピストルがあったとしても、なお、そのピストルが第三者から持たされた可能性は残るのであるから、スモーキング・ガンを持っていただけでは、刑事立証水準をクリアしていなことになりかねず、スモーキング・ガン・エビデンスでさえ、決定的証拠になりえないことになるのではないか。この判決は、合理的疑いの基準を、事実上、一点の疑いの余地もないとの基準に書き換えたものとも評価でき、このような基準では、刑事司法の適正な運用は極めて困難になり、供述調書への依存をむしろ強めることになることが懸念される。ただ、最決平成 19 年 10 月 16 日(刑集 61 卷 7 号 6777 頁)は、「反対事実の存在の可能性を検討するという基準が定立され、抽象的な可能性としては、反対事実が存在するとの疑いも入れる余地があっても、健全な常識に照らして、その疑いに合理性がないと判断される場合には有罪認定を可能とする趣旨である。」としている⁷⁷⁹。この判例の基準こそが、私見及び欧米の基準と同じであると思われ、最高裁は、大法廷で平成 19 年決定に回帰すること(または、大阪母子殺人事件最高裁判決の基準は、平成 19 年決定の基準に従って解釈されること)を宣言する必要があると思われる⁷⁸⁰。

(3) 証拠開示との関係

高すぎる刑事立証水準に合理的理由を見いだすことができるとすれば、日本では、検察官の手持ち証拠に対するアクセスが、欧米に比べ限定されている状況であり、被告の側での弁護活動は著しく制限されているのだから、立証水準を高くすることはある意味でバランスが取れているという理由付けである。この点は、裁判所がより積極的に開示を認める方向に進むことが不可欠である。国家権力によって収集された証拠は、武器対等の原則のもとに、すべて被告に開示した上で弁護活動を行わせるのが、本来の刑事司法の姿ではないかと思われる。

証拠開示が明文化されるまでは、証拠開示が認められるには、弁護人が具体的必要性を示すことが必要とされ、その閲覧が被告人の防御権のために特に重要であり、これにより

⁷⁷⁹ この判例は、合理的疑いの基準ではなく、それ以前の判例で用いられた高度の蓋然性という基準の中で考えるものだが、合理的疑いの基準の場合にも該当すると思われる。田口 332 頁を参照。

⁷⁸⁰ 刑事法學説では、最決平成 19 年 10 月 16 日と大阪母子殺人事件最高裁判決の基準は異ならないとの見方も有力なようである。最決平成 19 年 10 月 16 日よりも厳しい基準で考えるべきではないことには賛成したいが、素直に判決文を読めば、反対事実の存在の可能性に関するバーは、明確に引き上げられているとしか解せないように思われる。

罪証隠滅・証人威迫などの弊害を招来する恐れがなく、相当と認められるときはその訴訟指揮権に基づき検察官に対するその所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができる⁷⁸¹。

しかし、具体的必要性や防御のための重要性は書面を閲覧して初めてわかることであり、必要性や相当性などは要件とすべきではなく、原則として手持ち証拠の開示が認められるべきである。なお、冒頭陳述終了段階で検察官の手持ち証拠に対する証拠開示命令を違法とした判例がある⁷⁸²。

最近の改正で証拠開示が進み、一つの供述調書を証拠とする場合、同じものに対するその他の供述調書全ての証拠の開示を求めることができ、検察は、供述調書で有利な者のみを虫食的に使うことができなくなっている(類型開示)。このため、証拠開示の問題と立証水準をリンクさせることの合理性は希薄化しているともいえるが、検察官に不利な証拠(exculpatory evidence)がどれだけ開示されるかの運用面が注視される必要がある。

5 状況証拠からの認定の不確実性

供述調書は、任意性・信用性さえクリアされてしまえば、犯罪の直接の証拠になり、他の証拠との総合判断は不要になるので、立証の不確実性を排除できるし、刑事立証水準に到達していないという問題も生じない。

状況証拠では、裁判官が「それだけでは、依然、疑いが払拭できない」と思えば有罪の証拠に不足してしまうので、裁判官次第の面があり、裁判官が、客観証拠の価値に精通しなければ、客観証拠の価値を正しく把握できないので、常に立証失敗(無罪判決)のリスクにさらされるという認識がある。この点は、理解できるもので、経済事件では、行政事件でさえ、裁判所が客観証拠を正しく評価することができず、スモーキング・ガン・エビデンスが存在する場合にさえ、違法行為の立証ができていないとする先例が一再ならず存在する(Vで詳述する)ので、より立証水準の高い刑事事件で、客観証拠に頼ることに不安感があることは理解できる。

しかし、これはある程度、慣れの問題もあり、ある程度、事件をこなせば、客観証拠の価値を正しく把握できるようになるし、なにより挑戦しないことには、いつまでたっても、客観証拠の証拠評価が改善しないのである。英国では、インサイダー取引の刑事事件で、事件を刑事事件に持ち込んだ当初は、立て続けに無罪判断が行われ、そのため、行政事件での立件を主体とする実務に改めたが、最近では、刑事事件でも有罪に持ち込むことができるようになったといわれている。

⁷⁸¹ 最決昭和44年4月25日 刑集23巻4号248頁。同判例は7つの要件をあげているが、重要な点は上記のとおりである。

⁷⁸² 最決昭和48年4月12日 判例時報703号12頁

供述調書に頼った場合でも、供述調書の信用性・任意性が争われる場合、同じように無罪リスクは高まる。信用性・任意性についての判断の厳格化により、供述調書依存の方が、裁判官に証拠能力を否定ないし低く評価される可能性は、客観的証拠についての証拠評価の誤りのリスクより高いとも言うる。

経済事件で、供述証拠に頼ることの最も大きな問題は、現場の検事、あるいは裁判官が、経済事件に精通することができなくなることである（これは、独禁法のカルテルの行政事件やインサイダー取引の行政事件で、執行当局が供述調書に依拠する場合、同じ問題が生じる）。供述証拠という完全に調理されたレトルト食品を食べ慣れると、どのように獲物を捕まえ、どのようにさばくかという料理の基本や味覚が忘れられてしまうということである。

6 裁判官の側の問題

供述調書依存には、裁判所の側にも大きな問題がある。自白調書は任意性が認められる限り証拠となるし(刑訴法 322 条)、第三者供述については、検面調書の特信状況を安易に肯定される(同法 321 条)ので、任意性・信用性をクリアした自白調書・特信状況ありとされた供述調書が証拠の中心となり、事実認定の重要な部分が、供述調書に依拠することに疑問をさしはさまなくなっているように見えることである。

刑事事件において無罪判断を言い渡す場合、客観証拠についての分析がほとんどなく、供述調書の信用性ばかりを議論し、供述調書に信用性がない、よって犯罪の証明がないとされる例がかなり見られるように思われる（例えば、踏み字が問題となった鹿児島選挙違反事件⁷⁸³）。伝聞証拠の採用を原則否定する近代司法のもとでは、供述調書の信用性が否定されて、直ちに、犯罪の証明がないというのでは、もともと、日本の司法は自白に依存した裁判ではないかとの疑いを生じるのではなからうか。本来的には、客観証拠でどこまでの事実認定が可能かあるいは客観証拠だけで違反行為を認定できないかについて、判決の中で説示が行われるべきではないかと思われる。

⁷⁸³ 平成 19 年 2 月 23 日 判例集未搭載 指宿信「事件につき、アリバイ成立が認められるとともに自白の信用性が否定され、12 名の被告人全員に無罪が言い渡された事例」速報判例解説・刑事訴訟法 2 (2007) 速報判例解説では、アリバイ成立が認められるとともに自白の信用性が否定され、12 名の被告人全員に無罪が言い渡された事例として紹介されているが、本件では、4 回の会合すべてではなく、2 回についての会合が否定されただけで残り 2 回の会合が存在したこと自体は認定されており、アリバイが成立したというのは疑問であり、むしろ、2 回の会合が開かれたこと自体は認定されているのである（この点は、後述Ⅳのよど号ハイジャック事件についての解説部分を参照）。むしろ、被疑者の会合は一度も開かれていないとの主張が崩れているので、被疑者の供述の変遷状況と会合と選挙の近接性、選挙の買収目的でなければ会合は何のために開かれたかなど疑問を生じる事例であるようにも見え、判決の説示は、十分でないようにも見える。ただ、本件は、踏み字が問題になった事例であり、村木事件同様、捜査手法の問題が大きいいため、議論するには適当でないのかもしれない。

もちろんこれについては供述調書を立証の中心に据え供述調書どこの記載によって立証されるとのみ主張し、客観証拠を十分に活用しない検察官の訴訟維持活動にも問題がある。そしてその問題のある検察官の訴訟維持活動の仕方が独禁法事件でも広く活用されているという問題がある。

しかしながら、裁判所が客観証拠を十分に活用しないことにも責任の一端があると思われる。確かに、多数の裁判官は客観証拠も十分考慮しており、それが裁判官の「事件の筋を読む」という抽象的なフレーズに要約されているものと思われる。すなわち「事件の筋を読む」とは当事者の供述や主張に引きずられることなく客観証拠から事件の大枠をつかむことにあるのだと思われる。制度としても、検察提出証拠は、供述証拠以外の証拠である甲号証と供述調書である乙号証に分けられ、甲号証が先に証拠調べされる実務となっており、その意味では、客観証拠を重視することは制度上の要請でもある。しかし最近では事件の筋を読めず、客観証拠や状況証拠の評価を見誤る判断が相当広がってきており、違法行為に関する事実認定のあり方として危機的な状況が進行しているようにも見受けられる（その極端な例が、Vで詳細に分析する大森工業事件である）。

日本においては司法研修所教育において欧米以上に事実認定を重視していたにもかかわらず、なぜこのような結果がもたらされたのであろうか。結局のところ、任意性が認められれば、被告人の自白調書は無制限に採用され、むしろ、捜査段階と公判段階で供述が異なることが、供述調書を証拠採用する積極的根拠となる(322条)ことにより、供述調書もその他の客観証拠と同じだけの証拠価値を有するものとされる結果、供述調書に依存する事実認定の方が精密に事実認定を行うことができるという発想になってしまったことに問題があるものと思われる。むしろ、民事の要件事実的な発想から客観証拠によってどこまで立証が可能かを刑事事実認定においても十分に検討すべきである。制度上は、そうなっているとも言えるが、実務運用はその理想からかけ離れているし、刑事事実認定と民事・行政事件の事実認定を相違するものとして扱われている。そのような刑事事実認定の特殊性を強調し過ぎたことに問題があるのではないだろうか。民事的発想・要件事実的発想は、刑事でも基本であり、それに、証拠能力の制約、立証レベル、手続的保障が加わってデフォルメされると考えるべきはないか。伝聞証拠法則からすれば、刑事事件でこそ客観証拠が重視されるべきであるのに、逆に、伝聞証拠である供述調書が幅を利かせていること自体が近代刑事司法の本来の姿からかけ離れていると言わざるを得ないのではないか。

もちろん、現実問題として、目撃者のいない殺人事件などの単独犯の刑法犯の事例では、客観証拠によることが難しい事例が存在し、それが、刑事法関係者の主たる関心事であることは理解できる。しかし、村木事件のような事件も含め、経済事件では、客観証拠・自白調書以外の証拠によって事件を十分に立件でき（ただし、司法取引的手法も活用できることが、経済事件の隠ぺい性に対処するために不可欠であることは、第1章、第2章で述べたとおりである）、本来的には、そのような方向に進むべきである。

Ⅲ 経済事件・独禁法事件の立証

1 経済事件の立証対象と目撃者のいない殺人事件の立証の困難性との比較

(1) 経済事件の立証対象—意思の連絡の問題の普遍性

経済事件で争点となる構成要件事実、共謀、合意、指示等であり、これらの要件は、實際上「意思の連絡」の有無の立証にかかわる点で共通している。また村木事件の上司の指示があったかなかったという点も突き詰めれば、上司と係長間の意思の連絡の問題である。

(2) 目撃者のいない殺人事件の立証の困難性との比較

I 4 で述べた殺人事件を巡る判例の厳格の姿勢から、事案の複雑な経済事件においても状況証拠が活用できないと考え、供述調書に頼ろうとするのが現行の経済事件についての刑事事件の実務であるが、そのような先入観が最大の問題である。意思の連絡については、誰も目撃者がいない殺人事件と異なり、争点となる構成要件事実に関してなんらかの客観証拠を見つけやすい。

例えば、経済事件の場合、第三者の供述を得ることも可能であり、また価格情報の交換や伝達行為等基本的には客観証拠というものは何らかの形で存在している。

また、目撃者のいない殺人事件のような因果関係の問題は生じる余地がない。カルテル事件の場合、価格を引き上げたという実行行為を被告が行ったことは疑いではなく、それが意思の連絡によるか否かだけの問題だけである点であるからである。上記の殺人事件の無罪事件の場合、殺人の現場を目撃したものがいない場合、あるいはビデオテープ等に録画されていない場合、被告人が犯行現場に赴いたことが立証されているとしても、なお理論的には被告人以外のものが犯行現場に存在し、そのものによって犯罪が遂行された可能性を払拭できない(鹿兒島の事件はまさにそのように考えている)が、経済事件では、このような第三者によって犯罪が遂行された可能性というのは考える必要がなく、犯罪を企図した者と遂行した者の間の意思の連絡があるかないかの問題に帰着する。このことは、情報を保有しているものと、実際に株式の売買を行った者との間の意思の連絡の問題が主たる争点となるインサイダー取引事件でも同じである。また、村木事件でも、課長からの指示の有無は、結局のところ、虚偽の証明書を作成した係長とそれを指示したあるいは黙認した上司との間の意思の連絡の問題である。

経済事件の場合には、ある程度、状況証拠からの事実認定に慣れてしまえば、実は目撃者のいない単独犯の事件(殺人事件や放火事件)の場合ほどの難しさはないのである。経済事件で状況証拠を活用した実績を積むことは、刑法犯の状況証拠の活用の先例として活用することができ、極端に立証のハードルをあげることへの抑止力にもなる。

(3) 客観証拠の評価には専門的知見が必要であること

よく事実認定の問題は、千差万別であると言われる。しかし、経済事件では、客観証拠の中に決定的証拠が含まれていることが多く、実際、ほとんどの経済事件では、(本来の)刑事立証水準のもとでも決定的証拠が存在すると言ってよいのではないと思われる。つまり、経済事件では、客観証拠によって得た事件の筋を大切にし、これによって立証方法を構築すべきだという考え方を実行しやすいのである。客観証拠がほとんどないことが問題なのだとも言われるが、すでに、違反行為を認定するための決定的証拠が存在するにもかかわらず、証拠が足りない、十分でないと言っている場合も多い。これは、客観的証拠の持つ意味を理解し、それを裁判所に説得するためには、専門的知見が必要であることを示している。つまり、客観的証拠の過小評価は、専門的知識の不十分さによる場合が多いのである。比喩的にいえば、経済事件では、供述調書で固める力技ではなく技の切れを磨く必要があるのである。

経済事件は刑法犯の事件よりも複雑であり、より取り調べに時間がかかることを論じるような元検察官の発言がよく報道で耳にするが、経済事件の場合、むしろ決定的証拠を決定的証拠と判断する能力・専門的知見が備わっているかが問題であり、そのような知見が備わっていなければどんなに取り調べで供述調書を作成したとしてもポイントを突くものにはならないであろう。犯則調査では行政調査よりもはるかに詳しく供述調書を固める実務が行われており、それは特捜事件における供述調書の取り方のスタンダードなのであるが、実際には客観証拠によってほとんど立証されている事例であり、そこまで、供述調書を取り続けなければならないわけではないように思われる。逆に、客観証拠を固められていない場合には、それだけの取り調べを行っても徒労に終わったり、供述間の矛盾に直面してそれを一方に合わせるような形での供述調書の作成が行われる危険性が高い。

村木事件は、まさにこの典型例であり、証明の対象は、「黙示の指示」または「意思の連絡」という単純な事例であり、意思連絡についての客観証拠をより固めるべきであった。客観証拠は、電子メール、手帳などの会議記録等の他、どの程度障害者郵便の不正利用が行われていたか、それについて厚生労働省内に内部通報のようなものはなかったのか、障害者郵便の不正利用が報道されたときに部署においてどのような対応がとられたのか、などの事実を含む。このような客観証拠から、係長個人で行われたものか部署内の上司のだれか(課長とは限らない)からの指示によるのかはある程度固められたはずではないかと思われる。もし、そのような客観証拠で固められている事例であったとすれば、そのような客観証拠が提示されるべきであり、供述調書に頼った立証を行うべきではなかったと思われる。逆にそのような客観証拠が全くないにも拘わらず、事件化したのであれば(実際、本件では有力な客観証拠が全く提出されていないように見える)、もともと無理筋であると言わざるを得ず、裁判所もそのような客観証拠がないことをまず、判決理由に挙げるべきである。本件は、供述調書に依存した実務では、逆に立証に

失敗する危険が高まることを示す教訓的な事例と位置付けるべきではないかと思われる。

(4) 専門部署の設置の必要性和行政庁との連携のあり方

経済事件に慣れていない場合には、客観証拠の意義を正しく評価することができず、供述証拠が完璧に固まっているかどうか立件の基準となってしまうのであり、経済的知見を有する専門部署を設置する必要がある。

英国では、重大詐欺局 (serious fraud office) (SF0) のような専門的組織が、経済事件を担当しているがこのような部署を設けるべきである。特捜部は、事実上それに該当するものだと考えられがちであるが、現実には寄せ集めであって、経済事件についての専門的知見を有していない。

経済事件については、専門機関の立証手法を尊重すべきであり、究極的には経済事件についての専門知識を有し、関連する行政庁と共同して事件を行うべきである。ドイツのカルテル刑事事件を及び秩序罰賦課手続においては、検察官が事件に関与するが、検察官は実体規定の立証の問題は行政庁の分析を尊重し、自らは手続き的な瑕疵がないかをチェックする業務を主として行っている。英国の SF0 も同じく、実体関係については専門機関である行政庁の分析を尊重する。

日本においても、基本的には、このような形での共同関係を構築すべきと思われる。経済事件では、サンクションをどのような実効的に機能させるかが大事であり、その点で、リニエンシーに関し、告訴不可分の原則のもとで、公取委の告発に対し、検察の独自判断の余地を留保した考え方は疑問である(第1章IV3を参照)。

2 独禁法のカルテル事件の教訓

(1) 独禁法刑事事件の実務運用

独禁法のカルテル事件、金商法のインサイダー取引などの事件では、行政による課徴金と刑事制裁が同じ要件のもとで課されている。したがって、いかなる基準でいずれのサンクションを選択するかの問題が生じるが、その点は、第1章を参照。ここでは、刑事事件・行政事件のそれぞれで取り上げる場合の証拠収集の方法、立証活動の方法の現状を比較する。

経済事件を刑事事件で取り上げる場合、経済事件より徹底的な調査を行い、供述調書(自白調書)を固めるという実務がとられる。供述調書の内容に齟齬や不一致がある場合にはこれを一貫させることにほとんどすべての労力が費やされると言っても過言でない。

意思の連絡の立証についても、犯罪事実を自白した供述調書という直接証拠により立証を行い、完全な自白調書が得られた事件のみを刑事訴追するという実務になっている。カ

カルテル・入札談合事件の担当者が、合意を否認している事例または否認していないまでも合意の成立時点が不明確な事例は告発問題協議会により、検察庁は証拠不十分であることを理由に公取委に告発しないように働きかけ⁷⁸⁴、公取委は告発を断念している⁷⁸⁵。その結果として、本来、悪質と考えられる事例(例えば、強固に否認しているとか、証明妨害を行うとか、犯行が長期間、継続しているといった事例)でなく、(供述が固まっている)立証しやすい事例が選択されるという事態を生みやすい。その結果、本来、刑事事件で取り上げるべき案件が、刑事事件にならず、刑事事件で取り上げるべきでない事件が刑事事件で取り上げられるという本末転倒の状況が生じやすく、実際の独禁法の刑事事件の選択は、そのようになっていた可能性があるように思われる。実際、告発断念事例の方にこそ、本来的に、刑事事件で取り上げるべきであった案件が多いように思われる。

そのような実務の結果、刑事事件となる経済事件はすべて自白事件であり刑事の事実認定が激しく争われる事例はほとんどまれであり⁷⁸⁶、刑事事件として状況証拠・客観証拠をどのように取り上げるべきかという議論をするに適した事件は、そもそも刑事事件としては存在せず、行政事件で処理された事例の中に存在する。

(2) 日本の行政事件(課徴金事件の実務)の刑事事件的運用

カルテル・入札談合の行政事件(課徴金事件)では、合意の立証に状況証拠・客観証拠が活用されることはあまりなく、もっぱら供述調書という直接証拠に依拠して立証活動が行われてきた。行政官には、執行についてのプロがいないため、検察庁から出向してきた職員が中心となって調査や証拠収集・立証の手法を組み立てるため、勢い刑事事件的になり、カルテルについての合意を自白させようという実務になっている。この点は公取委だけでなく、金商法事件に関する証券等監視委員会や金融庁⁷⁸⁷の実務も同じである。した

⁷⁸⁴ 独禁法 73 条 1 項では、公取委は刑事事件に関し、専属告発権を持っているが、実務運用では、刑事事件として、立件するには、告発協議会で、検察が告発に同意した事件に限られる。その経緯については、越知・日米欧 1057 頁以下を参照。その運用において、直接証拠がなければ、刑事事件として取り上げないという実務が強固に存在する、その直接証拠は供述調書しかないから、供述調書に全面的に依存する実務となっており、犯行の態様まで、立証するという実務と相まって、供述調書で完璧に、共謀の日時の特定ができていない案件でなければ、公取委に告発させないという実務となっている。告発成功事例(立件事例)は、各年度の初めに、各年度の受注調整の割り当て調整の確認行為があったとの供述調書が固まっているものが多い。

⁷⁸⁵ 以下に詳細に検討するごみ焼却炉事件、ポリプロピレン事件がその典型である。

⁷⁸⁶ 例外的に、刑事事件として、最初に取り上げた石油カルテル事件の太陽石油事件では、カルテルへの参加の有無が争われ、その例外であり同事件は無罪となった。その事例は、検察官が、カルテル事件を取り上げるにあたっては、より一層、供述調書で証拠を固めなければならないとの検察庁の考えをもたらしているように思われるが、後述するように、本件は、むしろ、供述を固めることより、客観証拠の専門的な評価の重要性を認識すべき事例として位置付けられるべきである。

⁷⁸⁷ 供述調書の信用性が否定され、違反行為が認定されなかった事例として、ビックカメラ事件がある。

がって、供述調書依存の実務が、行政調査に持ち込まれ、それが、行政事件の実務をゆがめる原因となっている。

なお、刑事事件と行政事件では供述調書の意味は異なる。そもそも、行政事件の場合、正式手続として、審尋手続(質問手続)があり、それによる場合、実質上、黙秘権も自己負罪拒否特権もない(川崎民商事件最判)。しかし、実務は、正式手続によらず、供述者が任意で供述したことが前提となる供述調書を作成し、それが、違反行為の直接証拠とされ、審判でその信用性を争うという実務が進展してきた⁷⁸⁸。

その結果、行政事件がきわめて刑事訴訟的な景観を呈し、独禁法の審判手続では、合理的疑いのない程度という立証水準が必要ではないかという錯覚が、審判官を含む事件関係者に持たれていた実態がある。独禁法事件では、主張変更などに関しては、訴因変更の考え方によるべきであるとする主張も被審人の代理人から行われ、その主張への対応だけで、何回もの審尋(実質は口頭弁論)が行われていた⁷⁸⁹。白石賢教授らの研究⁷⁹⁰(以下「白石・山下(2006)」という)では、独禁法・証取法(現在では金商法)について課徴金が引き上げられ、行政処分が重罰化する中で、刑事手続よりも低い立証水準で課徴金が賦課されることについての問題意識から、行政審判においても立証水準を高くすべきではないかという観点からの検討がなされ、結論的には、刑事処罰と課徴金による制裁ではスティグマ機能など相違点も多いので、必ずしも刑事立証水準を課徴金賦課手続に導入する必要はないことが示唆されている。

興味深い研究であり、かつ、その結論自身は、適切であるが、むしろ実態として独禁法・証取法の審判手続が刑事立証水準である合理的疑いを入れない水準の立証水準での運用がなされており、供述調書依存の刑事立証手法を行政手続に持ち込むことの問題性こそが問題の核心であるように思われる。第1部の研究は、この点を論じ、状況証拠の活用の仕方を提言するものである。本章では、行政事件の状況証拠のうち、刑事事件でも、意思連絡の決定的証拠となるものがあり、それがあってもかかわらず、検察庁が供述の一貫性にこだわったために、立件されるべきであるにもかかわらず、立件できなかった案件があることを紹介し、これらの事例を素材にあるべき経済事件の刑事事件処理のあり方を論じる。

(3) カルテル事件の意思連絡についての決定的証拠

独禁法のカルテル・入札談合事件では、将来的な価格情報の交換が、行政事件はもちろ

⁷⁸⁸ 越知・行政調査 157 頁を参照。独禁法では、審尋と呼ぶが、各行政法規で、手続の名称は異なる。

⁷⁸⁹ 日本冷蔵倉庫協会事件 審判審決平成12年4月19日 審決集47巻3頁

⁷⁹⁰ 白石賢・山下篤史「重罰化と立証責任・証明度のあり方について」内閣府総合研究所の ESRI Discussion Paper Series No.159(2006)

ん刑事事件でも、カルテルについての意思の連絡の決定的証拠である(第1部第1章、第3章参照)。

将来の価格についての情報交換があればそれがカルテルの意思連絡を推認する決定的証拠となることは欧米のカルテル実務の基本的前提である(第1部参照)。EUの場合、行政事件でカルテル事件の執行が行われるが、日本の供述調書という実務ではなく、正式手続である審尋調書が用いられる。ただし、立証の中心は客観証拠や合意の相手方の供述である。リニエンシー制度が導入されてから、合意についての他の三者の供述が得られやすくなったため、カルテルの執行が大きく改善された。客観証拠で重要なのは、情報交換を行った証拠であり、将来の価格や価格に直結するようなコストの情報交換があればそれだけで決定的な証拠とみなされる。

米国の刑事執行においても上記のような情報交換があればカルテルの決定的証拠(smoking gun evidence)として取り扱われる。将来の価格、価格に直結するような情報交換は、刑事立証水準のもとでも決定的な証拠とみなされるのが欧米の認識なのである。

日本でも、同様の見方は、東芝ケミカル事件東京高裁判決⁷⁹¹(行政事件)で示唆されている。

「意思の連絡とは複数の事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識・認容するのみでは足りないが、事業者相互で拘束することを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価引上げ行為を認識して、暗黙のうちに容認することで足りる。対価引上げがなされるにいたった前後の諸事情を勘案して、事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきであり、そして右のような観点からすると、特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思の連絡があるものと推定されるのもやむをえないと言ふべきである」

東芝ケミカル事件は行政事件における推認の理論であるが、価格についての情報交換が特段の事情がない限り、カルテルの決定的証拠となるという考え方は刑事事件においてもあてはまる。このような会合において、価格情報についての意見交換(情報交換)がなされて刑事事件の先例として石油カルテル事件⁷⁹²の例がある。石油カルテル事件では通産省の指導のもとに事業者間で会合がもたれ、それに従って価格が設定された事例である。本件では検察の証拠収集の手法として大量の供述調書が作成されたが、本来はこの会合で価格

⁷⁹¹ 東京高判平成7年9月25日 審決集42巻393頁

⁷⁹² 石油カルテル刑事事件 最判昭和59年2月24日 刑集38巻4号1287頁

の情報交換がなされたことが、最も重要な証拠として位置付けられるべき事例である。刑事事件でも、将来価格の情報交換がを決定的証拠として判断されるよう裁判所に働き掛けることが必要であり、そのような主張を行う専門的知見を検察官はもつ必要がある。

なお、この事件で太陽石油は無罪の判断を受けているが、この事件の太陽石油の場合こそ、東芝ケミカル事件東京高裁判決の「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情」を有する場合であり、東芝ケミカル事件は、太陽石油の事例を念頭に置いて、特段の事情を考えているものと思われる。本件で、太陽石油は、会合に出席し、価格についての情報交換について知ってはいたものの、通産省の指導もあり、やまむなく会合にだけは参加したのであり、会合の合意に従う意図はなく、自らの需給についての予測に基づいた価格を設定するつもりであり、実際に、価格は引き上げられたものの競争者の価格とは全く異なる動き方をしていたという事例である。このように価格について情報交換の結果に従わず、自らの価格政策を事前に決めており、それに従って行動したことが価格の情報交換についてカルテルの成立を否定する「特段の事情」となりうる。

この理論を談合で業界のお付き合いのためやむを得ず会合には参加せざるを得ない場合にも適用すべきかが問題になる。中小企業の場合、業界のお付き合いのためやむを得ず会合には参加せざるを得ないことがあり、東京高裁判決が課徴金の賦課を取り消した土屋企業事件⁷⁹³はこのような事例である。やむなく談合の会議には出席したが、その会合の中でも、談合に従って価格の差し入れを行う意思がないことが示されており、少なくとも、刑事事件では、太陽石油事件の考え方を適用してもよいと思われる（土屋企業事件（行政事件）では、3条後段に該当するが、具体的競争制限効果がないものとして、課徴金の賦課が取り消された）。この事実は、談合が、例外的事象ではなく、一般的に蔓延している事実を前提とするものであるが、現実にもそのような前提に立たなければ、刑事法の解釈としては、妥当な結論に到達できない場合がある。

なお、その他の特段の事情として、情報が公衆への発表などにより伝達されている場合（dissimination）、一方的に将来の価格情報を伝達される場合は「特段の事情」に該当する場合があると考えられる。なお民事上はこのような dissimination の場合にも米国では共謀の成立が認められる場合がある⁷⁹⁴。ただし、そのような先例は日本の独禁法の前例には存在しない。米国であってもこのような一方的な公衆への情報伝達は競争事業者間での情報の伝達とは区別して考えられ、公衆への情報の伝達によって競争事業者にも価格情報を伝える場合には一定の場合には民事差止請求が行われることがあるが、刑事事件としては立件されない。その意味で刑事事件はカルテル・入札談合についての決定的な状況証拠がなければ立件しないという実務が確立している（第1部第1章VI参照）。

⁷⁹³ 東京高判平成16年2月20日

⁷⁹⁴ 第1部第1章IIまたは状況証拠I(1)判例時報1979号9頁。越知・日米欧134頁

IV ポリプロピレン事件とごみ焼却炉事件

1 ポリプロピレン事件とごみ焼却炉事件の意義

ごみ焼却炉事件、ポリプロピレン事件はいずれも公取委が刑事告発を企図したものの、告発協議会において証拠の不十分性を指摘され、刑事告発をあきらめ、行政事件として処理された案件である。この二件は行政事件の審判事件においても迷走を重ね、事件の確定まで十年以上を要している。そのような観点に立てば、本件を刑事事件として取り上げることは、もともと難しいようにも思われるが、そうではなく、むしろ審判官が客観証拠の証拠評価を適切に行わなかったことが事件の長期化の原因であり、審判官が適切な証拠評価を行っていれば、いずれの事件も一年以内に解決が可能な案件である。この点の証拠評価の問題も結局は将来の価格の情報交換についての正しい評価ができていないという問題に行き着く。

両事件に共通するのは供述調書が完全な自白調書となっていない点である。ごみ焼却炉事件では自白調書の数極めて少なく、三菱重工の原田氏が最初の事情聴取のときに行った供述調書が主なものである。ポリプロピレン事件においては、供述調書は存在するが一貫しない記述(3月6日に価格引き上げを合意したという調書と3月6日には合意しておらず、3月9日に合意したとの調書が混在する)がある事例である。

以下、両事件について事実の概要を解説し、具体的にどのような事実が客観証拠かを論じ(両事件での将来価格についての情報の交換など価格伝達活動が共同事業者間で行われている事例である)、刑事事件として立件することが可能であることおよびその構成の仕方について論じる。

2 ポリプロピレン事件(PP 事件)

ポリプロピレン事件⁷⁹⁵は、ポリプロピレン(以下「PP」という)の製造業者七社(日本ポリケム、ブランドポリマー、チッソ、出光、住友化学、モンテルエスディーケイ・サンライズ(「MSS」)、トクヤマ)によるカルテルの事例である。本件は、課徴金額は6億円程度だが、これは、カルテルの期間が、最後の会合から立入前の極めて短期間(1, 2 カ月程度)しか認定されなかったからであり、本来は、長期間におけるカルテルが、ポリプロピレン、ポリオフィン、ポリスチレンで行われていることが疑われる件であり、そのような長期のカルテルの立件に成功していれば、課徴金は数百億円に達したであろうと考えられる事件である。その意味では、本件は、日本のカルテル事件の歴史の中でも、悪性のきわめ

⁷⁹⁵ 平成 21 年 9 月 25 日。本件審決は、審判審決平成 19 年 8 月 8 日 審決集 54 巻 207 頁

て高い事例であり、本件こそ刑事事件として取り上げるのに適した案件である。公取委は、事件の初期は刑事事件の立件を目指したが、いつカルテルの合意があるかについて供述調書が一致しなかったため(3月6日とするものと、3月9日とするものが混在する)、告発問題協議会において、検察庁から、本件は刑事事件の対象になり得ないと判断が示されたため刑事告発を断念したものと推測される。

日本の審判では、違反事実の認定に7,8年、最終決着まで10年以上かかったが、EUないしEU加盟国であれば半年以内に決着する事例であり、米国であれば、刑事事件としても容易なケースである。なぜこのような極端な違いが生じるかを一言でいうと、欧米であれば決定的証拠となるような情報交換活動(客観証拠)を決定的証拠と扱わず、供述調書に依存して立証しようとし、供述調書間の齟齬の問題ばかりが争われてしまうからである(審判官の争点整理の仕方も問題となる⁷⁹⁶)。

(事実の概要)

PPはナフサを分解して得られるプロピレンを原料としているが、PPのコストに占めるプロピレンのコストの割合が高く、プロピレンのコストの割合に占めるナフサの割合が高いことから、ナフサ価格がPP、およびその他のプロピレンを用いる素材であるポリスチレン、ポリオフィンの価格・コストに大きな影響を及ぼす関係がある。

平成12年当時、PP製造販売業者は、営業部長級の者による会合(部長会)を開催してPPの販売に関する情報交換を行っていたが、平成12年1月21日、2月7日及び2月21日の部長会において、ナフサ価格の先行きの見通し、PPの採算状況、採算が取れるナフサの価格水準、PPの値上げの必要性等についての協議を行っていた。

3月6日の会合において、七社の担当者が同年4月以降にナフサ価格の見通し、およびPPの値上げについて、自社の状況および考え方を述べ合った。

3月9日にポリスチレンの価格動向が決定した。

3月17日に開催された会合においては、チッソとトクヤマを除く五社がPPの値上げのための、社内手続きの進捗状況について報告を行い、MSS以外の四社が値上げの日程を表明した。

七社は3月17日以降、順次PP1キログラム当たり10円から15円の値上げを打ち出し、需要者との間で交渉を行い、値上げの一部を実現させた。

(解説)

本件では、合意があること自体は、供述調書でかなり明らかになっているが、合意を3月6日とする供述調書が、多数作成されているが、一社が、3月6日には、決定しておらず、3月9日であったとも考える事例である。このような、合意の日時の特定は、行政

⁷⁹⁶ 第1部第3章または状況証拠Ⅲ(上)9頁以下

事件では、必要ないことが、種苗事件で確立しているが、この事件の審判開始時には、明らかでなく、被審人が、日時の特定を求めたので、審査官は、3月6日と回答し、審決は、3月6日の判断を支持し、東京高裁は、審決の判断を支持した。

公取委の審査官は、本件の刑事告発を狙っていたため、合意の特定時期を3月6日になるように供述を取得しようとしたが、うまく一致させることができず、一部の調書は3月9日を合意の成立日として供述していた。検察は、このような供述調書では、到底公判を維持できないとして、公取委に告発を断念させたものである。

しかし、合意の日時の特定自体は、共謀の謀議でも、絶対に必要というわけではない。おそらく、検察官にとって、供述が一致していないことが事件を立件できないと考えた理由と思われる。

この問題は、村木事件の、上司からの指示の日時の特定にも共通する問題である。指示があったかなかったかが問題なのであり、指示がいつなされたかは、本来、問題ではないはずである。「合意」もそうだが「指示」も、明確なものではなく、何回かの協議を経て、最後には、暗黙のうちにまとまることも多い(むしろそれが普通である)ので、書類の作成日までに(6月8日)までに、指示があったと言えればよく、本件でも、価格引き上げ日までに、合意が形成されたことが立証できているのであれば、刑事事件としても立件できると言うべきである。

しかも、本件の場合、当事者は、ナフサの原料価格の値上がり状況をモニタリングし、見通しについての情報交換のために、ほとんど二週間おき(平成12年1月21日、2月7日及び2月21日)に会合を開き、ナフサ価格の先行きの見通し、PPの採算状況、採算が取れるナフサの価格水準、PPの値上げの必要性等についての情報交換を行っており、その情報交換は、需要家に説明するためのナフサの原料価格についての見通しの意見をすり合わせることを目的としていた。過去のPPの価格の推移は、ナフタ価格にほぼ連動しているので、ナフサ価格の将来見通しを情報交換しているということはPP価格の将来価格の見通しについての情報交換を行っているのと実質的に同じことであった。そのような将来価格の情報交換は価格が独立した意思決定によって形成されたものではないとの決定的な事実である。情報交換活動が互いの価格形成に影響を及ぼしあう関係にあれば、それは意思の連絡の重要な証拠である。

このような情報交換活動については、被審人は事実の存在自体は争わず、他の競合メーカーの動向を把握するためのものであり、その時点では、まだカルテルをやろうと決めていなかったもので、依然として独自の意思決定がなされていると主張されることが一般的である。

しかし、お互いに自分の将来のコスト見通しを告げあうことはお互いの将来価格を告げあうことと同質であり、それを知れば相手も同調的な行動をとることを予想し、安心して価格を引き上げることができる。カルテルにおいては人為的に価格についての透明性を作り上げることは、カルテルを助長するものであり、会合でそれが行われるならば、それはカルテルの決定的証拠であり、そのような人為的に価格の透明性を作り上げたうえで、価

格と引き上げる決定をしたことを独立した意思決定がなされていると評価することはできないのである。

行政事件では、このような将来価格に直結するコスト見通しについての情報交換後に同調的な価格引き上げが行われた場合には、情報交換の影響下で価格の引き上げが行われたものと推認すべきであることは東芝ケミカルの帰結と言ってよい。東芝ケミカル事件東京高裁判決はまさに会合における明白な同意がなくてもその情報を得て、(他の参加者と同様の態様で)価格が引き上げられた場合には情報交換の影響下に価格が引き上げられたものと推認されてもやむを得ないとし、独立した意思決定が行われたものではないと判示しており、同判決に従えばP P事件では原料価格の価格動向についての情報交換とそれに続く同調的な価格引き上げにより価格カルテルを認定することができる⁷⁹⁷。

「合理的疑いをさしはさむ余地のない」レベルの立証が求められる刑事事件では、推認は認められず、東芝ケミカル事件東京高裁判決を活用することはできないものと考えられているようである。しかし、将来の価格やコストの情報を得て、(他の参加者と同様の態様で)価格が引き上げられた場合には情報交換の影響下で価格が引き上げられたものであることは自明であり、意図的な将来価格の情報交換は、価格協定の決定的証拠と見るべきであり、決定的証拠からの推認まで刑事事件で否定されるものではなく、将来の価格やコストの情報に関する東芝ケミカル東京高裁判決の論理は、刑事事件の立証水準のもとでも妥当するものと考えべきである。

なお、情報交換活動に関しては、合理の原則が適用されるという米国反トラスト法の考え方があがるが、これは、過去の売上についての全体的データなど競争促進的な側面をも有する情報についての考え方であり、将来的な価格についての情報を交換することを合理の原則で考えているわけではなく、将来的な価格についての情報交換は、価格カルテルの刑事事件でも合意の決定的証拠として扱われている⁷⁹⁸

本件では、主張変更という訴訟手続上の問題があるが、その点は、ごみ焼却炉事件とともに論じる。

3 ゴミ焼却炉入札談合事件

ごみ焼却炉事件⁷⁹⁹は課徴金だけで 210 億円という巨額の課徴金が課されているが、この 210 億円の中にはいくつかの無競争案件を落としており、本来はもうすこし高額でもよかった事例であり、ストーカー炉以外の別の形式のごみ焼却炉の立件も見送られているの

⁷⁹⁷ 第1部第1章または状況証拠I(2)判例時報1980号37頁で事例をあげて詳述している。

⁷⁹⁸ 先例の詳細については、第1部第1章または状況証拠I(1)判例時報1979号10頁参照。

⁷⁹⁹ 東京高判平成20年9月26日

で、210 億円という課徴金額でも、実は、氷山の一角といえる。ごみ焼却炉の談合は、本件より 20 年前にも排除勧告がなされており、本件でもストーカー炉以外の形式の焼却炉については警告がなされているが、本来はこちらについても刑事捜査権限を活用して、全容解明が望まれた事件であった。公取委は告発を検討したものの、供述調書が公取委の立ち入り検査直後に原田氏が供述した一本の供述調書しかなく、原田氏自身もその後の供述調書については初回の供述調書を撤回しており、検察庁は本件を刑事事件として取り上げることは不可能であるとの認識を持っていたと思われる。しかしここでも自白調書に頼ることなく、客観証拠の価値を再検討すれば、客観的証拠だけでも談合の基本合意を認定することができる事例である。

(事実の概要)

本件は、日立造船、J F E エンジニアリング、タクマ、三菱重工、川崎重工の 5 社が主導した地方公共団体が指名競争入札等により発注する全連続燃焼式および准連続燃焼式ストーカ炉の建設工事についての全国的な規模での入札談合の事例である。審決は、以下の事実を認定し、5 社は、受注機会の均等化を図るため、会合を開いて、受注物件の情報交換を行い、受注実績を指数化して、受注調整を行っていたことを認定した。

- ① 5 社がストーカ炉の発注予定物件につき受注予定者を決定する行為をしていたこと、又は受注予定者を決定していたこと
- ② 5 社が、会合等で、地方公共団体が建設を計画しているストーカ炉の建設工事の情報を交換し、ストーカ炉の建設工事の情報を共通化しようとしていたこと
- ③ 5 社が、各物件ごとに受注希望表明を行っていたこと
- ④ 5 社のストーカ炉の営業担当者に 5 社あるいは 7 社のストーカ炉の受注に関して、受注機会の均等化を図るため、工事のトン数を加算した数値を算出していたこと。

上記の認定の主な証拠は以下の通りである。

- ① 受注調整の会合に出席していた三菱重工の原田が受注調整の概要を認めた供述調書（立ち入り検査当日に、審査官が録取したもので、受注調整の均等化のために、指数化された受注調整ルールが存在することの供述がある）。
- ② 日本鋼管の山田が上司等から受注調整について飲食店で聞き取ったことをまとめたメモと供述調書ほか受注調整が行われていたと認識する数名からの供述調書
- ③ 未発注ストーカ炉建設工事のリスト
リストには、各社の略称が付された物件があり、その後のリストから当該物件が記載されなくなっている。
- ④ 会合において、受注希望の表明をしていたことをうかがわせる手帳
- ⑤ 5 社の受注状況を指数化していた営業担当者のメモ
- ⑥ 入札実施前に入札価格の連絡等をしたことをうかがわせる資料
- ⑦ 個別の工事で受注調整していたことをうかがわせる資料
- ⑧ 5 社のいずれかが落札した物件のほとんどが 96.6%という高い落札率であった事実

審判開始決定書の記載及び審査官の当初の主張では、「各社の受注実績等を基にあらかじめ定めた一定の方式により算出した数値（筆者注：これが「指数」である）を勘案して、指数の低い者から順番に受注希望を表明して受注予定者を決定していた」「当該工事の処理トン数にJV工事及び土建分離発注工事の場合は0.7を、入替工事の場合は0.5を、その他の場合は1.0を乗じて得た数値を、受注予定者の分母及び分子に、受注予定者以外の指名競争入札等参加者の分母に加算し、原告5社それぞれ累計の分子を累計の分母で除して得た数値（指数）が0.2になるようにすることを念頭においていた」とされていた。しかし、第19回審判期日で陳述された審査官の最終意見では、「受注予定者は各社の受注が均等になるようにすることを念頭において決定する。これは、各社が受注する工事のトン数の合計が均等になるようにし、各社の指数を勘案して行う」と変更された。さらに、審決では、審査官の主張のうち「指数を勘案して」を欠落させて、「受注予定者各社の受注の均等を念頭において決定する。この受注の均衡は各社が受注する工事のトン数を念頭において決定する。」とだけ認定し、地方公共団体が建設を計画していることが判明した工事について、①各社が受注希望の表明を行い、受注希望が1名のときはその者を受注予定者とし、複数のときは希望者間で話し合い決定する、②5社以外のアウトサイダーが入札等に参加するときは協力を求める、③受注すべき価格は受注予定者が定め、受注予定者以外の者は受注予定者がその価格で受注できるように協力する、旨の合意に基づいて受注調整を行ったことを認定した。この間、5社のうちいずれか1社が受注したのは、地方自治体の総発注件数87件のうち66件（受注トン数、受注金額だといずれも約87%）であった。公取委の立入り検査以降、会合は開催されなくなった。

リストの変遷状況の評価

本件で最も特徴的な証拠は、入札前に談合参加者間で会合が開かれ、ごみ焼却炉の発注状況の情報収集の結果である物件リストが多数証拠として提出されていることである。リストには、物件の受注予定者となる予定のものを推認する手書きのメモがあり、加えて、リストから特定の物件が落とされている。そのリストから、ある物件が落とされているリストの変遷状況は、受注予定者が決まった物件をリストから落としているか、あるいは受注予定者が決まった案件について、他の事業者にシグナルを送っているものと評価できる⁸⁰⁰。しかも、本件では、リストの状況の変遷について事業者から合理的な説明は示されて

⁸⁰⁰ シグナリングが、意思の連絡の推認となることについては、第1部第1章状況証拠I(1)1979号9頁を参照。シグナリングの典型事例については、米国反トラスト法の *United States v. Airline Tariff Publishing Civ. A. No. 92-2854 SSH.* (1993)を参照。同判例の解説については、越知・日米欧134頁

いない⁸⁰¹。そうであれば、このリストの変遷状況は、受注予定者が決まったこと、あるいは受注予定者の決定について、受注予定者以外の事業者にシグナルを送っているものと評価できる決定的証拠であり、本件の審決・判決も、リストの変遷状況を重要な証拠と位置づけ、受注予定者が決定した物件がリストから消されている状況を緻密に認定している。その点は適切であるが、本件ほど完璧にリストの変遷状況と受注予定者の関係を解明されているのであれば、刑事立証水準をも満たしていると言えるように思われる。

会合による物件情報の情報交換の評価

また、仮に、リストの変遷状況という決定的証拠に加え、入札前の会合において、5社で、ごみ焼却炉の発注状況の情報収集の結果である物件リストを交換していること自体が談合の有力な証拠である。(リストから、特定の物件が削除されていたり、メモ書きで、受注予定者が推認できるという事情がなくても、)本来、競争相手に見せたくないはずの情報収集の結果である物件リストを交換していることの合理的説明はなされておらず、リストアップされた物件のほとんどが、96.6%程度の落札率で落札されている事実と組み合わせれば、それだけで、談合の存在を認定する実質的証拠が存在するといえる。入札前に、会合を開いて、5社で、情報収集の結果である物件リストを交換し合えば、各社がどの物件に受注意欲があるかは目配せでも推測することができるので、物件リストは、入札価格に影響を及ぼす情報の交換といえるからである⁸⁰²。

刑事事件の要証事実

本件では受注機会の均等化を図るルールが存在したとするものの、そのルールが指数計算になっており、指数計算ルールが必ずしもどのような内容のものかがわからなかったことも刑事事件として取り上げなかった理由であると思われる。この点、行政事件としてはどのようなルールであるかについての詳細を立証する必要はなく、受注者間で独立した意思決定によって入札せず、落札についてのルールを受注者間で決めることが談合の基本合意であり、そのルールの内容の詳細は立証対象事実ではないと解すべきことが、本件の審決や東京高裁判決でも明確にされている。

刑事事件では、指数計算ルールまで犯行の態様として立証されなければならないと解すべきであろうか。談合の誰に落札させるかというルールというのは、末端の談合参加者であれば、十分な認識がないことも多い。極端に言えばフィクサーとなっている仕切り役が自分の頭の中で持っているルールが談合の受注調整ルールであったりするのであり、ルー

⁸⁰¹ 合理的説明がない場合に、意思連絡の証拠となる点については、第1部第1章または状況証拠I(2)1980号37頁

⁸⁰² 価格に影響を及ぼす情報交換がカルテルの証拠となる点については、第1部第1章または状況証拠I(2)1980号37頁

ルの内容それ自体を客観的に立証することは現実的ではないし、またそれが必要であるとも言えない。競争せずに話し合っただけならば、取引を制限するので、刑事事件の立証としても、話し合っただけという取り決め、競争入札ルールと相容れないルールがあるか否かを立証すれば十分なはずである。

そして、ここでも、情報交換が重要な客観証拠となる。本件では、リストの中に受注希望表明と見られる手書きが存在しており、この手書きの変遷状況を見ればどの会社がどの案件についての興味を示し、どのような形で案件が割り振られていったかについてもある程度分かるようになっていた。談合においてはどの物件において落札予定者が決まっているという点については、価格情報と同様話し合いで落札予定者を決めることについての決定的証拠であると見ることができ、このような事例は刑事訴追することが可能であり、また、事件の悪質性に照らせば、本件のような事例こそ刑事告発されなければならないと思われる。

このような問題は、オウム事件のようなテロ事件で、テロの計画の詳細が明らかにならなくても、要するにテロ行為の謀議があったことと、テロの実施行為が明らかになれば、殺人事件の共謀共同正犯に問えるのと同じであると思われる。藤永教授のオウム事件についての発言に従えば、細部まで合理的な疑いのないレベルまでの立証が必要と考えることになるが。そこまでの立証が必要であるとするのが、自白調書依存の刑事司法が維持されてきた理由であり、客観証拠や情況証拠を活用するには、罪となるべき事実のみが合理的疑いのないレベルの立証の対象であることを確認する必要があるように思われる。

判決の構成

本判決は、審判審決の内容に従ったものであるが、審判審決においては最初の供述調書の任意性・信用性から判示を行ったのに対し、本判決では、入札談合における談合の立証においては基本合意の存在が立証されれば良いとした上で基本合意を推認する間接事実としてリストの形成のされ方、情報交換活動、落札率を基本的な事実関係として先に述べた上で原田供述の任意性・信用性に言及し任意性・信用性を肯定している。いわば供述調書を立証の中心ではなくダメ押しのものとして用いている。本件での、リストの変遷状況の評価は刑事事件であっても談合の決定的証拠となりうるもので、その点を先に述べたうえ、供述調書の信用性についてあとから駄目押しのその信用性を肯定する本判決の構成は刑事事件においてもとられるべき構成ではないかと思われる。

なお、本判決では任意性・信用性が問題となった原田証言については、原田氏自身を被審人は審判に参考人として出廷させていない。これは、供述調書に対する反対尋問権を自ら放棄したものである。このような事情があれば、そもそも刑事事件であってもそのような反対尋問権を放棄した供述調書の任意性や信用性が否定されることはないと思われる。

4 主張変更・訴訟手続上の問題

ごみ焼却炉事件とポリプロピレン事件に共通な問題として、主張変更の問題がある。この点は、刑事訴訟法においては、議論の分かれる訴因変更・争点逸脱認定の問題である。実際の事件は、行政事件であるが、刑事事件の考え方を行政事件に及ぼすべきであるかのような主張が行われ、それに引きずられることが行政事件でも多いため、ここで、下要請事件、刑事事件の考え方を、略述する。

PP 事件では、合意の成立時期について、当初は、成立時期を特定せず、価格引き上げの発表日である 3 月 17 日までに合意したと審査官が主張していたのに対し、被審人が合意の特定を要求し、審判官が、審査官に合意の特定を要求したことから、3 月 6 日を合意の成立日としたものである。本件では、最終的に合意の日を 3 月 6 日とした審査官の主張の通り、事実認定がなされたので、主張変更の問題は起きなかった。

ところが、ごみ焼却炉事件では、この受注均等化のための指数計算ルールの内容についての審査官の主張が、実際のルールと違っていることすなわち指数計算ルールの内容については、立証されていない状況となったことから、最終期日(刑事訴訟だと論告段階)で、審査官が最初の主張を変更し、審決案では更にそれとも異なる方法で受注調整が実施されたと認定した。そこで、審決取消訴訟では、そのような変更が、防御権保障に反するかが争点となったが、東京高裁判決は最初に詳細な判示を行って、防御権保障に反するとの主張を退けている。すなわち、「本件基本合意が存在し、原告 5 社が、それに基づいて受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていたということが本件の主要事実であることは明らかであり、個別の物件についての受注調整行為は間接事実にすぎないから、この物件について審査官が対象物件として主張していないとしても、被告が証拠に基づいてこれを認定することは当然に許されるものであり、この点に関して弁論主義違反の問題は生じないというべきである。」としている。また、「審査官の最終意見における主張事実は、審判開始決定記載の事実と対比して、入札談合の基本合意があったという点において変更はなく、受注調整の方法において趣を異にするものとなっているにすぎないところ、入札談合は、共同して受注予定者を決定し、受注予定者が受注することができるようにするとの合意をし、このような合意のもとに受注予定者を決定し、受注予定者が受注することができるようにすることにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することであり、受注調整の方法が異なっても、社会的事実としての入札談合そのものとしては同じであるから、上記の点で変更があるとしても、事実の同一性に変更をきたすものではないというべきである。」として、社会的事実として同一の入札談合と認められれば、受注調整の方法が異なっても審判開始決定記載の事実との同一性を失わない、としている。

刑事事件の訴因変更命令・争点逸脱認定との関係

刑事事件であれば、訴因変更命令が必要かが問題となる(本件自体は、行政事件であり、あくまで仮定の問題である)。通説によれば公訴事実の同一性があれば訴因変更命令が可能であるとされ、上記の事実が訴因変更を行うべき場合に該当するかに見えるが、審判対象である訴因は基本合意であって訴因自体が変更されるものではないと思われる。本件は、真の争点が、話合いで、受注予定者を決めていたか否かであるのに、指数計算ルールの内容が争点となってしまったのであるから、審判官の争点整理の失敗の事例であるが、刑事裁判であれば、争点変更手続をとる必要があり、それをしないで判決を下せば争点逸脱認定となるものと思われる⁸⁰³。ただし、刑事事件でそのように考えるべきかは、やや疑問がある。

日航機よど号ハイジャック事件

争点逸脱認定が問題となった日航機よど号ハイジャック事件⁸⁰⁴は、PP 事件と似通った論点がある。

本件では、共謀共同正犯の共謀の謀議の時期につき、冒頭陳述で「3月12日から14日までの間」に謀議がなされたと述べていたのに、公判ではもっぱら「3月13日の謀議」の存在が争点となり、被告人がこの日のアリバイを主張したところ、裁判所はこのアリバイ主張を認めつつも、公判では争点とならなかった「3月12日の謀議」を認定して有罪としたケースにつき、争点外的事实を認定しようとするのであれば「争点として顕在化させた上で十分な審理を遂げる必要」があり、これをしないのは「被告人に対し不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するものであって違法である」とした。そこで、本件は、上記とほぼ同じ共謀の一(謀議)行われた日付の特定に関し、不意打ち防止の観点をかなり広く(被告人に有利に)解釈し、事実認定の違法を認めた事例として紹介されることが多い⁸⁰⁵。

しかし、この判例は、不意打ちを理由に審理を高裁に差し戻したのではなく、記録に表れる各状況証拠を総合し、謀議の存在を認定したうえ、その謀議が成立する以上、手続的違法にもかかわらず原審の判断が維持されるとしたものである。各状況証拠を総合し、謀議の存在を認めた最高裁の判断は正当であるが、3月12日にアリバイが成立したとしても関係各証拠から謀議の存在を認定できると述べ、自判すれば足りるのであり、なぜ、高裁判決を不意打ちであり、手続的違法があると判断したことは、この判例の意義を取り違えるおそれを生みかねない点は疑問である。3月12日のアリバイに争点を絞っている点に

⁸⁰³ 田口 308 頁。田口守一「争点と訴因」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』(第一法規、2002)725 頁、田口守一「訴因論の展望」村井敏邦ほか『刑事司法改革と刑事訴訟』(下)619 頁、平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣、1981)163 頁

⁸⁰⁴ 最判昭和 58 年 12 月 13 日 刑集 37 卷 10 号 1581 頁

⁸⁰⁵ 例えば、田口 306 頁

対し、別の間接事実を使って謀議を認定しているという点では、高裁判決も最高裁判決も異なることはない。要するに、いずれの判断も 3 月 12 日のアリバイが成立するとしても、ほかの証拠から謀議が存在することを判断して点では同じであり、高裁判決が 3 月 12 日に謀議が成立したとするのに対し、最高裁が日付の特定をしていない（あるいは日付の特定を必要としていない）と述べているところが異なるに過ぎない。そして、日付けの特定を必要とせず、証拠を総合して謀議を認めたことが、この最高裁判決において最も重要であり、その後の先例となるべき部分である。ところが先述のように解説書では、3 月 13 日のアリバイが争われているときに 3 月 12 日の謀議を認定したことが手続的違法にあたるとした先例として引用されることが多い。このような引用は、本判決の正しい判決の引用の仕方ではないと思われるが、判例自身が混乱を引き起こすような仕方で判決を構成していることに第一次的な責任がある。高裁の判断を違法とする必要がなく自ら関係各証拠を総合して謀議の存在が認定できればよいとの判断を端的に示すべきであったと思われる。このような判断を端的に示すことは、殺人のアリバイと謀議のアリバイの違いを示す意味でも重要である。殺人のアリバイというのは、死亡推定時刻が科学的に割り出せることから、死亡推定時刻に犯行現場にいないこと（すなわちアリバイ）が立証できたということは、犯人でないことの決定的証拠になる。つまり、殺害行為の場合、3 月 12 日に行われたことはありえないからこそ、アリバイは犯罪の反証の決定的証拠になるのである。これに対し、謀議は、複数回にわたっていつでも開くことができるものである。3 月 13 日の謀議だけ崩しても、他の日に謀議が存在する証拠があるのであれば、3 月 13 日に謀議が存在しないことは、犯罪についてのアリバイとなるものではない。謀議の立証対象は、特定日時
の謀議ではなく、謀議が行われたという事実であることを示すものである。

基本的に検察側が出した証拠が刑事立証水準を超えているのであれば、これについて全ての証拠に被告人は反論しなければ、反証として不十分であり、被告人が 3 月 13 日の謀議についての証拠だけ崩してしまえば、十分であると勝手に決め込んで、3 月 13 日のアリバイだけ主張したのであれば、それで勝てると思った被告人の見込み違いであり、不意打ちにはならないと思われる。当事者間に争いのない事実から、謀議を認定できるのであれば、それは、争点逸脱認定ではない。争点は、被告が争うから形成されるのであり、争わなければ争点になり得ないからである。

このような事態が、仮に、現行の公判前整理手続の中で、裁判官が誤った形で 3 月 13 日の謀議の有無に絞って反証活動をおこなうよう被告人に促したのであれば、裁判所にも責任のあることであり、裁判所は改めて 3 月 12 日の謀議の成立あるいは、関係各証拠から謀議が認定されることがあることを改めて教示すべきであり、どうでなければ、争点逸脱認定となるであろう。すなわち、不意打ち防止は、そのような裁判所の誤導がある場合に限られるべきと思われる。被告人が、勝手に争点を集中した結果、争点が 3 月 13 日に限定されてしまったような場合には、証拠から別の日が謀議の日とされたとしても被告人が負担すべき責任であるように思われる。

実行行為者の特定に関する事実

また、よど号事件の手続的違法を宣言した部分は、実行行為者の特定に関しては、有名な平成13年4月11日（刑集55巻3号127頁）の最高裁判決により実質的に変更されているように思われる。

本件は、当初の訴因が、被告人Xと共謀の上、Vの頭部をベルト様のもので締め付け、…窒息死して殺害したとの公訴事実を第一審の途中で被告人はXと共謀の上、被告人が、Vの頸部を締め付けるなどし、…窒息死させて殺害したと訴因変更し、被告人が実行行為者であることを明示した。これに対し一審判決は、被告人はXと共謀の上、…Xまたは被告人あるいはその両名において扼殺、絞殺またはこれに類する方法でVを殺害した」との事実を認定した。これについて被告人から訴因変更せずに殺害の実行行為者を「Xまたは被告人あるいはその両名」と認定したことが訴訟手続の法令違反にあたることを主張したが、原判決は被告人が不意打ちを受けることにはならず訴因変更を要しないとして控訴を棄却した。最高裁は、「①そもそも殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者が誰であるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすることも、審判対象の確定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないと解される。②とはいえ、実行行為者が誰であるかは一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合においては、争点の明確化のため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいとすることができ、検察官が訴因において実行行為者を明示した以上、判決においてそれと異なる認定をすることは、原則として訴因変更の手続を要するものと解するのが相当である。③しかしながら、実行行為者の明示は前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告に不意打ちを与えるものでないと認められ、かつ判決に認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合は、例外的に訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」と判示した。

本件は、むしろ、検察官がわざわざ訴因変更したという点で、よど号事件に比べ、不意打ちになる可能性の高い事例のようにさえ思われる。本件のように、わざわざ検察官が訴因変更した場合でさえ、不意打ちにならないというのであれば、不意打ちにあたる場合はかなり限定されると思われる。

過失の根拠となる事実

なお、過失犯に対しては、一定の注意義務を課す根拠となる具体的事実は訴因事実ではなく、撤回された事実であっても被告人の防御権を不当に侵害するものでない限り、上記

事実を認定することは違法はないとする判例がある⁸⁰⁶。この判例も、謀議と同じく、特定の過失の根拠となる事実を争った場合、争いのない事実から、過失を認定することは、不意打ちにはならないものと判断したものと解せられ、よど号事件の最高裁判決の総合判断の部分、平成 13 年判決と整合的である。その意味でも、よど号最高裁判決の 3 月 12 日の謀議の成立を認定することを不意打ちとしたことは誤りであり、その他の先例に照らして、この判示部分の射程はほとんどないものとして評価されるべきである。

V 大森工業事件—決定的証拠・客観証拠の評価を誤った行政事件の先例

IVで上げた先例は、刑事事件として取り上げられなかったものの、行政事件としては、違反事実を認定している事例であるが、独禁法のカルテル関係の行政事件の中には、十分な客観証拠、決定的証拠が存在するような事例で、違反事実なしの判断を行った事例が、複数件存在する。刑事立証原則よりもより低いレベルでの立証で足りるとされる行政事件や民事事件ですら、カルテルの決定的証拠を決定的事例と認めない事例が存在することは、日本の違法行為摘発型の経済事件における客観証拠の活用についての未成熟を示すものである。

行政事件でカルテル・入札談合の合意の存在を否定した重要な事件として三菱ビルテクノ審決、多摩談合事件新井組判決、最近の岩手談合についての大森工業事件判決(平成 23 年 6 月 24 日)がある。三菱ビルテクノ審決は第 1 部第 1 章、多摩談合事件新井組判決は第 1 部第 3 章で詳細に論じており、ここでは、大森工業事件を取り上げる。

(事実の概要)

本件は、岩手県発注の建築一式工事について、事前に受注調整をすることを主たる目的として設立された談合組織であるトラスト・メンバーズが、談合について岩手県の事情聴取を受けたことを契機として組織の名称をTST親交会に変更した会員の 79 社による談合の事例であり、審決(平成 22 年 3 月 23 日)に対し、争った事業者ごとに、別事件として東京高裁に審決取消訴訟が提起されているが、本件は、その最初の判断で、中途参加者で、落札実績もなく、1 物件についてのみ札入れした大森工業についての判決である。本件の被審人大森工業は、TST 親交会が談合組織であるとの認識がないなどと主張した。

(審決の要旨)

TST 親交会等については前記(1)カのような事情(以下の本判決の要旨記載の①から⑤の事実を指す)が存在することに加えて、被審人大森工業が、TST 親交会への加入を承認された日の約半月前である平成 15 年 9 月 30 日を入札日とする物件 106 の入札参加者であった

⁸⁰⁶ 最決昭和 63 年 10 月 24 日 刑集 42 卷 8 号 1079 頁

ところ、同物件については、受注予定者となった被審人橋本工務店から被審人大森工業を含む他の入札参加者に対して価格連絡等が行われたこと、被審人橋本工務店が予定通り同物件を落札していること、被審人大森工業が入会後にも物件 112 の入札に参加しており、その入札状況をみても受注調整の存在を否定すべき事情はうかがわれないこと等も踏まえれば、被審人大森工業について、前記(1)カの特段の事情があるとは認められないとした。

(東京高裁判決の要旨)

本件審決は、①トラスト・メンバーズが、会の名称をT S T親交会に変更したも後も引き続き従前どおりの受注調整が行われていたこと、②新たにトラスト・メンバーズないしT S T親交会の会員となる者は、これらの組織において岩手県発注の建築一式工事についての受注調整が行われていること及びその方法に関する説明を受け、これに賛同した上で、総会の承認を得ることになっていたこと、③トラスト・メンバーズへの入会の際に、受注調整の手続に関する内容を含む連絡文書が新入会員に交付された事例があること、④受注調整に参加する意思のない者を入会させることは、部外者に対して自分たちが組織的に受注調整をしている事実を暴露するに等しいこと、⑤平成 15 年度及び平成 16 年度のT S T親交会の総会では、「みんなで決めたルールを尊重し、人としての礼節を守り、小異を捨てて効率的に柔軟な人間関係の形成を目指して英知を結集する場としましょう。」という内容の新たに制定された指標が総会資料に掲載されるなどして、引き続き受注調整を継続することが確認され、上記の資料は総会の欠席者にも配布されたこと、以上の事実から、T S T親交会の会員となった事業者は、受注調整を行うことを目的とする組織であることを認識していたと認めることができるとしている。

さらに、本件審決は、原告の事情として、⑥として、物件 106 の入札に関する審決の要旨記載の価格連絡等の事実をあげている。

しかし、上記②(入会前の説明)に関しては、トラスト・メンバーズの各総会資料には、会員になろうとする者に対して、上記のような説明がされたことをうかがわせる具体的な記載はない。また、査第 111 号証の稲垣の供述調書には、「新たに会員になられた方には、あらかじめ推薦者からトラスト・メンバーズ又はT S T親交会における会の活動内容についての説明があり、そして会の目的に賛同していただいた上で、入会を承認しているのはいうまでもないことです。」との記載はあるものの、新たに会員となる者に対して、推薦者から、トラスト・メンバーズ又はT S T親交会において岩手県発注の建築一式工事についての受注調整が行われていること及びその方法に関する具体的な説明がされることになっていたとの記載はなく、査第 96 号証の稲垣の供述調書にも、そのような記載はない。まして、原告代表者がT S T親交会に入会するに当たり、上記のような説明を受けたことを直接証する証拠は全くない。

上記③(入会の際の連絡文書の交付)に関しては、平成 14 年 11 月ころ以降にも上記のような連絡文書が新入会員一般に交付されていたこと、さらには、平成 15 年 10 月に入会

した原告にこれが交付されたことについて実質的な証拠はない。

上記④（受注調整参加の意思がない者を入会させる危険性）については、受注予定者からアウトサイダーに対する協力要請も行われていた反面、会員の中にも個別の案件において受注調整に応じない者もいる状態であったことが認められるから、T S T親交会に入会する時点において、本件基本合意に基づく受注調整の存在を認識していない事業者がいたとしても、このことが本件基本合意に基づく受注調整が露見する危険性を増大させるとまで認めることはできない。

上記⑤（受注調整継続の確認）に関しては、トラスト・メンバーズが受注調整をすることを主たる目的として設立されたものであり、稲垣が、岩手県から事情聴取を受けた後も、会の名称をT S T親交会に変更するなど受注調整が発覚することを防止する措置を講じて、受注調整を継続しようとしていたこと、また、トラスト・メンバーズの時代に、新入会員に対して受注調整の手続を説明する連絡文書が定型的に交付され、また、各会員に対して受注調整に関する連絡文書が発行されていたことが認められるとしても、これらの事実によって、原告がT S T親交会に入会した平成15年10月ころにも、同様のことが行われていたと推認することはできない。また、平成15年度及び平成16年度のT S T親交会の総会に記載された指標についても、その文言は抽象的なものであり、新たにT S T親交会に入会した会員にとっては、その文言を読んだだけで、そこに記載された「みんなで決めたルール」が本件基本合意を指すものであると理解することは困難である。

上記⑥に関しては、物件106の入札において、原告の担当者が、被審人橋本工務店の営業部課長から受注調整についての協力を求める連絡を受けた事実が認められるとしても、この事実によって、原告が、T S T親交会において実際に受注調整が行われており、自社がこれに参加することを認識してT S T親交会に入会したとの事実を認めることができる実質的な証拠があるということとはできない。

さらに、原告が、T S T親交会に入会した後に唯一参加した物件112の入札についてみると、別紙8記載のとおり、落札率は98.39パーセントと極めて高率であって、何らかの受注調整が行われたことが推認されなくはない。しかし、上記入札に参加した事業者の担当者の供述等、受注調整に関する具体的証拠は全くなく、また、入札に参加した10社のうち半数の5社はアウトサイダーであるから、原告が物件112の入札に参加した事実をもって、原告が、T S T親交会において実際に本件基本合意に基づく受注調整が行われていたことを認識していたとの事実を認めることができる実質的な証拠があるということもできない。

以上から、T S T親交会において受注調整が行われていることを認識していたことを直接証する実質的な証拠はないと判示し、審決を取り消した。

本判決の意義

本件は、不当な取引制限に関する意思の連絡の問題が、基本合意への参加の認識として

争われたものであるが、本判決の事実認定・証拠の評価は東芝ケミカル事件で判示された黙示の合意理論に従っておらず、事実認定・証拠の評価には明白かつ重大な誤りがあり、それが、供述調書依存の精密司法のなれの果てという面がある点で、独禁法関係者のみならず、司法関係者すべてが注目する必要がある事例である。

最近では、証拠評価に疑問のある事例として藤村裁判官が裁判長として退官間際に下した多摩談合事件東京高裁判決（平成 22 年 3 月 19 日付け新井組ほか 3 名に対する判決。以下、「新井組判決」という。）があり（平成 22 年度重要判例解説経済法 2 の根岸評釈は独禁法の基本的理解をも欠く判決と評価する）、このような判決が相次いだことは遺憾であるが、本判決の方がより根が深い。多摩談合事件の場合には、審決自体の理論構成に問題があり、複雑な事実関係が背後にあることもあって、審決を読んだだけでは事実関係の特殊性を十分理解するのが難しいという特徴があった⁸⁰⁷。ところが本件の場合、そのような複雑さはほとんどない単純な事例であり、審決の理論構成も適切である。つまり、原告が談合組織に入会したことそれについて談合組織の認識を示す証拠として、審決は、原告が TST 親交会が談合組織であることを認識していた決定的証拠として TST 親交会への加入を承認された日の半月前を入札日とする物件 106 に関し、受注予定者となった橋本工務店から大森工業を含む他の入札参加者に対して入札価格の情報の伝達が行われたことを認定している。この点は大森工業が TST 親交会が談合組織であることを認識していたことについての決定的証拠であるのに、判決はこの証拠を正しく評価していない。

価格についての情報交換という決定的証拠の証拠評価の誤り

価格についての事業者間での情報交換や伝達行為がカルテルを推認させる決定的証拠となることは、東芝ケミカル事件東京高裁判決 808 の帰結である。同判決は、会合において、価格引き上げの話し合いと取り決めが行われたが、その取り決めについて、賛意を明らかにしなかったが、会合で取り決めた価格引き上げの方針にしたがって価格を引き上げた事業者について、会合において明示的にカルテルへの参加を表明しなくても、会合において価格の引き上げについての話し合いの内容を了知し、会合の結果にしたがって価格を引き上げた場合には、独立して行動したことを証明する特段の事情がない限り、価格引き上げの合意に参加したものと推認されてもやむをえないものと判示したものである。この考え方は、直接には、会合において賛意を明らかにしないものについての合意の推認であるが、この判決の論理によれば、将来の価格情報について、情報の伝達を受けたものは、競争的行動がとられる等独自に意思決定したことを証する特段の事情がなければ、合

⁸⁰⁷ 事例の複雑さについての詳細については、第 1 部第 3 章または状況証拠Ⅲ(上)判例時報 2094 号 3 頁以下参照)

⁸⁰⁸ 東京高判平成 7 年 9 月 25 日 審決集 42 巻 393 頁

意への参加が推認されることになる⁸⁰⁹。これを、談合事例にあてはめるならば、入札価格についての情報を得ながら入札において競争的な行動をとらず、伝達された価格での落札に協力した場合(伝達された価格以上の価格で入札する場合)、入札談合への参加が推認されてもやむをえないということになり、そのような考え方は適切である。そして特段の事情として談合への参加が否定されるのは価格伝達を受けたにもかかわらず独立して意思決定を行っていた、すなわち競争的な価格行動をとっていたことが何らかの形で立証された場合であるといえる。本件ではそのような特段の事情は存在しない。

新井組判決・本判決では、東芝ケミカル事件東京高裁判決という基本先例の意義を十分理解せず、将来的な価格・落札予定者についての情報交換の意義を通常の営業の範囲内と論じたり(新井組判決)、伝達だけでは足りない(本判決)とした点に、経験則と先例に反する独自の前提がとられている。

すなわち、本判決は、物件 106 の入札について、受注調整を求める連絡を受けた事実を認められるとしても、それによって自社がこれに参加することを認識して TST 親交会に入会したとの事実を認めることができないとしているが、これは、東芝ケミカル事件高裁判決と経験則に反するし、将来価格の情報交換という最高の客観証拠を評価しないのでは、違反行為を自認する自白調書なしには談合の立件ができない結果となる。

事前説明を要件事実的にとらえた誤り

本判決は、①から⑤の事実について、談合組織であることの認識について、仕切り役の稲垣の供述調書には、入会参加者に受注調整が行われていること及びその方法についての説明がされているとされており、審決もそれに沿った事実認定をしているのに、説明があったことを裏付ける証拠がないとする。

まず、認識という主観的な要件の問題かとすることが適切か疑問である。相互拘束には意思の連絡があればよいとするのが東芝ケミカル事件東京高裁判決の立場であり、「認識」の問題は、本来的には、意思の連絡の問題として考えるべきである。

次に、このような説明は、それが存在するとしても意思の連絡についての間接事実の一つであり、その事実が存在しないからといって、基本合意が否定されるものではない。説明があれば明示の合意があることになるが、合意は明示のものでなくても黙示のものでも足りる(東芝ケミカル事件東京高裁判決)、説明がないことは、意思の連絡がないことの理由にはならない。そもそも、違法な組織への加入の勧誘において、私法上の合意の前提のような説明が行われることを要件事実的に考えることが根本的な誤りである。①から⑤の事実のうち、②、⑤、⑥等は、それぞれ、それだけで、意思の連絡を立証できる決定的事実

⁸⁰⁹ 詳細については、第 1 部第 1 章Ⅲ状況証拠 I (判例時報 1979 号、1980 号、1982 号、1983 号、1980 号 37 頁

であり、②の事実が、証明されていないから基本合意が存在しないわけではない。②③が存在しないと考えたとしても、⑥の事実だけ(あるいは、⑤の事実だけ)で優に基本合意を認定できるというのが東芝ケミカル事件東京高裁判決の帰結なのである。

「みんなできめたルール」の評価の誤り

「みんなで決めたルール」の意味するところは不明瞭であると判決は指摘しているが、入札談合における基本合意は、会計法または地方自治法で定められた競争入札のルールを受注者の間で、均等に物件を割り振る「みんなの」ルールに変更することにその本質がある。みんなできめたルールが、通常、談合ルールを指すことは、その本質上、ほとんど自明であり、「みんなできめたルール」の意味をわからない建設業者は存在しない。多摩談合の私人による損害賠償事件では、談合のことが誰でも知っており、それが分からない事業者はいないと証言したことから、談合の基本合意を慣習であるとまで述べる判決(東京地判平成18年11月24日 多摩談合に関する住民訴訟についての判決である)がある程なのである。

本件では、TST 親交会の総会で、理事が、談合破りをテロ行為とよび、みんなのルールを守ることが大事だと演説しており、原告従業員もこれに出席しているのであり、この点は談合への参加の認識(意思の連絡)についてのもうひとつの決定的な証拠である。社長自身ではなく従業員が参加しているが、それによって原告に談合組織であることの認識が生じていることは当然である。刑事事件の故意の場合、個人ベースでの認識が問題となるが、行政事件では認識といっても法人である原告の認識の問題(本来は、意思連絡の問題)だからである。

「みんなできめたルール」の意味のような業界用語または隠語の意味が分からないようでは客観証拠から適切な事実認定を行うことは困難になり、裁判官の無知を供述調書で徹底的につぶすために、取調官の誘導によって作成される危険のある供述調書が作成されることになりかねない。

「親睦のために参加した」との主張の意味と受注の意思

判決は、原告が、仕事の便宜を考え、親睦のために TST 親交会に参加したと述べたことに理解を示すが、酒を飲み交わして仕事が取れるというのは、正常なことなのだろうか。原告が本当に言わんとしていることは、原告は末端業者であり、この談合に参加したとしても自己が落札機会を得る可能性はもともとなく、他のメンバーもそれを分かっていたのではないかと考えられる。すなわち原告の意図はこの会に入ることによって、入札案件を取ろうというのではなく、入札した案件の下請を取ろうとしたであり、親交会に入れば仕事が与えられるというのは、そのような意味で言ったと考えられる。そして、まさにそのような形で、入札に参加して落札予定者の落札に協力して貸しを作り、下請けの仕事にあずかって貸しを返してもらうことが談合に参加していることの端的な現れであり、発注物

件について受注意思がなかったとしても、談合組織への参加が否定されるべきではない。この点は、談合の事例についてのリーディングケースである。協和エクシオ事件東京高裁判決810が明確に判示するところである。協和エクシオ事件の場合、特殊な技術を要するために、当面、日電インテック以外の事業者が落札することは困難であったが、かぶと会を通じて、日電インテックが受注した物件の下請にあずかろうとした点で本件と共通するが、これについて受注意思を欠くものであっても基本合意の成立を妨げるものでないことを明確に判示している。

協和エクシオ事件東京高裁判決についての、受注意思についての安藤造園事件811その他の審決で受注能力のない事業者の場合、談合の当事者性を否定した審決例によって、希薄化されており、これらの審決例は妥当とは思われないが⁸¹²、これらの審決で、当事者性が否定され協力者と認定されるのは、札入れを行っていない者についてだけであり、本件のように札入れを行った場合に排除措置命令の対象となることを否定する先例は存在しない。競争する意思がないのに負けると分かっている札入れを行うこと自体が発注者に対する一種の詐欺であり、これが排除措置命令の対象となることは当然である。

いずれにしろ、本件で、本来、議論があるとすれば、上記のような受注意思の問題であり、かつその受注意思がないこと故に、当事者性を否定されるべきではない。TST 親交会が談合組織であることを知らなかったという主張はそれ自身、ほとんどナンセンスというレベルの主張であり、その主張を裁判所が採用することに驚きを禁じ得ない。

排除措置対象物件についての談合の証拠

本判決は、排除措置命令の対象となった物件 112 については、アウトサイダーが入札に参加した 10 社のうち、5 社がアウトサイダーであるから、上記入札に参加した事業者の供述など、受注調整に関する証拠はまったくなく、また、上記入札に参加した 10 社のうち半数の 5 社がアウトサイダーであることから、受注調整が行われていたとの事実を認めることができないとする。しかし、基本談合が立証されている以上、談合が機能していないことを証する特段の事情がない限り、基本合意の拘束力が及んでいるものとして、排除措置対象となると解されるので、それ以上の証拠は必要ない(審決も、基本的にはそのように考えている)。なお、個別調整が必要とされるかとの論点は、課徴金対象となるか、損害賠償請求の対象となるかで争われることが多いが、談合が機能する限り、個別調整が存在しないことも多いのであり(前掲越知等状況証拠 I 判例時報 1982 号 3 頁参照)、個別調整の証明を求めることは不当である。ごみ焼却炉事件の住民訴訟では、「個別的な特定にかかる証拠がないとしても、入札金額等からその工事について結果的に談合による落札で

⁸¹⁰ 東京高判平成 8 年 3 月 29 日 審決集 42 巻 424 号

⁸¹¹ 審判審決平成平成 13 年 9 月 12 日 審決集 48 巻 112 頁

⁸¹² 詳細については、経済法判例・審決百選 協和エクシオ事件の筆者の解説を参照

はないと窺われる特段の事情がない限り、基本合意に基づく落札であることが推認される」としている⁸¹³。

本判決は、アウトサイダーの存在が、受注調整の妨げになるかのように考えているのは、談合の基本的知識に欠けていることを示すものである。本件のような地場事業者の多い案件では、アウトサイダーは常に存在するし、談合組織もアウトサイダーがいるからと言って受注調整が機能しないとは思っていない。アウトサイダーだから、常に競争行動をとるわけではなく、アウトサイダーが何人いようがむしろ下請けを狙う等の理由から談合メンバーに協力する場合の方が多い。落札率の点は、もし、それが予定価格の近辺にない場合に、落札予定者が落札したとしても、たたき合いの結果であること、すなわち、特段の事情がないことの証拠となるに過ぎない。

実質的証拠法則の使い方についての誤り

本判決は、個別の間接事実について実質的証拠がないとの判示を繰り返しているが、実質的証拠法則は個別の間接事実ごとに問題となるものではない。相互拘束という要件についての実質的証拠の有無を問題とするものであり、具体的には審決が示した証拠から全体を評価して原告の基本合意への参加、本来的には意思の連絡(本件では原告の認識を問題とするが、本来は意思の連絡の問題である)についての実質的証拠の有無を判断し、実質的証拠がないと判断すれば、裁判所はそれに拘束されることなく事実認定を行う原則である。本判決の実質的証拠がないとの意味は刑事事件の個別間接事実の評価を行うような使い方である。すなわち、立証水準を合理的疑いを入れないレベルのものとし、それに足りるといふ証拠がないという文脈で実質的証拠法則を使っているように見え、行政事件と刑事事件の事実認定を混同しているように映る。

公取委の対応の問題

本判決が重大な誤りを犯しているにもかかわらず、公取委は事件を上告しなかった。最高裁は、事実認定の違法について上告を裁量的に受理する制度をとっており、土屋企業事件⁸¹⁴のような事例でも上告が不受理になったことを考えると、排除措置命令だけの事例で課徴金が課されていない本件に関して上告が不受理になる可能性が高いと考えていたのかもしれない。しかし、本件の事実認定の誤りは多数におよびかつ重大なものであって、他の事件への波及も懸念されるので、上告を行うべきであったと思われる。

⁸¹⁴ 東京高判平成16年2月20日 金判1189号28頁

先例の蓄積の無視

本判決の誤りは、価格による情報の伝達の事実のとらえ方、合意を私法合意的にとらえている点、立証に関して、客観証拠の意義を十分理解せず、経験則違反があること、違法行為の立証に関し、刑事事件と混同するかのような言い回しが見られるなどの点で、公取委に審判官として出向した裁判官が審判官として下した三菱ビルテクノ事件審決⁸¹⁵に共通するところが多いが、同事件は東芝ケミカル以前の審決であり、東芝ケミカル事件東京高裁判決と最近の判決⁸¹⁶によって、すでに克服された事例となっていた。これらの蓄積を全く意識せず、先祖返りしたような判決が下されたことは、遺憾と言わざるを得ない。

供述調書依存症という問題

本判決で、十分な客観証拠があるにもかかわらず、証拠として、「供述調書に記載がない」ことを説明がなされたことの理由としてあげたり、「・・・の供述など・・・(事実認定するための)証拠は全くない」と説示するなど、供述調書の記述がなければ、事実認定できないように受けとれる表現が繰り返し用いられている。

本判決は、裁判所の供述調書依存が根深いものであるかを見せ付けるものとなっている。自白依存の裁判実務の結果、裁判所が、客観証拠や経験則の評価能力を喪失してしまったかに見えるからである。同時に、経済事件では、専門的知見なしには、客観証拠というものが全く評価することができないことも示すものとなっている。

本判決は、例外的な判決であろうが、このような判決が東京高裁の特別合議体で下されたことは合議体がほとんど機能していないことを示唆するようにも思われ、その意味でも本件は衝撃的な判断である。

この判決をみれば、行政事件ですらこのように供述調書に頼るのであるならば、刑事事件で検察官が主観的認識は供述調書でなければ立証できないと考えるのも無理からぬところがあると感じるようになるであろう(Ⅱ3を参照)。

本判決は、供述調書の重視から客観証拠を重視するという流れを定着させるには、客観証拠の活用に関する裁判所の事実認定教育の改革(Ⅱ6を参照)と専門部署の設置の必要性(Ⅲ1(4)を参照)が示唆しているといえる。

VI 金商法で主観的要件の成立が否定された事例—ビックカメラ事件

⁸¹⁵ 審判審決平成6年6月2日 審決集41巻46号

⁸¹⁶ 最近の判決の展開については、第1部第2章または状況証拠 Part IIを参照

1 ビックカメラ事件の意義および事実の概要

本件⁸¹⁷は、第 1 章で課徴金の非裁量性がもたらす歪みが虚偽性の認識という主観的要件について本来のあり方以上に厳密な解釈を行わせた事例のように思われる。以下では事例全体について詳細に評釈するものとする。

(事実の概要)

(1) 本件審判事件は、被審人が所有する株式会社ビックカメラ（以下「ビックカメラ」という。）株式の売出しに係る目論見書の虚偽記載に関する事案である。本件審判事件の対象事実である審判手続開始決定書記載の課徴金に係る金融商品取引法第 178 条第 1 項各号に掲げる事実（以下「違反事実」という。）の要旨は次のとおりである。

(2) ビックカメラは、平成 14 年 8 月 23 日、特別目的会社を活用した不動産流動化（以下「本件不動産流動化」という。）を行ったところ、ビックカメラとともに当該特別目的会社が組成した匿名組合への出資を行った株式会社豊島企画（以下「豊島企画」という。）は、その出資、融資等の実態からビックカメラの子会社に該当することになるため、本件不動産流動化におけるビックカメラのリスク負担割合は約 31 パーセントとなる。

したがって、平成 19 年 10 月 22 日の本件不動産流動化の終了に伴い、ビックカメラに匿名組合からの匿名組合清算配当金が発生することはなく、匿名組合清算配当金をビックカメラの特別利益として計上することはできないのであるから、ビックカメラの第 27 期事業年度連結会計期間に係る有価証券報告書の連結財務諸表の重要な後発事象の注記における匿名組合清算配当金 4920 百万円が発生している旨の記載、及び、第 28 事業年度中間連結会計期間に係る半期報告書の中間連結損益計算書における連結中間純損益が匿名組合清算配当金の計上等により 7145 百万円の利益である旨の記載は虚偽であるところ、ビックカメラは、これらの記載がある報告書を参照書類とする目論見書を使用した。

ビックカメラの代表取締役であった被審人は、当該目論見書に虚偽の記載があることを知りながら目論見書の作成に関与し、目論見書に係る売出しにより、平成 20 年 6 月 10 日、被審人が所有するビックカメラの株式 8 万株を 60 億 3680 万円で売り付けた。

なお、本件不動産流動化は、ビックカメラの資金調達的手段として行われたものであり、ビックカメラが所有する不動産を信託譲渡し、これにより取得した信託受益権を特別目的会社に 290 億円で譲渡するというものである。この特別目的会社に対しては、匿名組合出資として豊島企画による優先匿名組合出資（75 億 5000 万円）と、ビックカメラによる劣後匿名組合出資（14 億 5000 万円）がなされた。

⁸¹⁷ 金融庁決定平成 22 年 6 月 25 日 弥永真生「ビックカメラ事件が提起した問題点」商事法務 1908 号 4 頁

ビックカメラは、匿名組合出資によるリスク負担割合が不動産流動化に係る会計処理の実務指針に定められた基準の範囲内（おおむね 5%）であるとして、売却処理（オフバランス処理）を行った。

(3) 証券取引等監視委員会は、違反事実が金融商品取引法第 178 条第 1 項第 2 号に該当するとして、平成 21 年 6 月 26 日、金融庁長官に対し課徴金納付命令を発出するよう勧告を行い、同日、金融庁長官は、同法第 178 条第 1 項の規定に基づき、被審人に対する審判手続開始の決定を行った。

(4) これに対し、被審人は、大要、(a)目論見書には虚偽の記載がない、(b)被審人は目論見書に虚偽の記載があることを知らなかった、(c)被審人は目論見書の作成に関与していない旨を主張して違反事実を否認し、審判手続開始決定書記載の納付すべき課徴金の額（1 億 2073 万円）を争う旨の答弁をした。

(争点)

(1) ビックカメラの第 27 期事業年度連結会計期間に係る有価証券報告書及び第 28 期事業年度中間連結会計期間に係る半期報告書を参照書類とした目論見書に虚偽の記載があると認められるか（以下「争点 1」という。）。

(2) 被審人は目論見書の作成に関与した時点で、目論見書に虚偽の記載があることを知っていたと認められるか（以下「争点 2」という。）。

(3) 被審人は虚偽の記載がある目論見書の作成に関与したと認められるか（以下「争点 3」という。）。

審判官は争点 2 について、被審人に虚偽記載がないとして違反事実がない旨の決定を行い、争点 1 と 3 については判断しなかった。

2 虚偽記載の有無

(1) 問題の所在

本件では、虚偽記載の有無は重要な争点であり、争点 2 で被審人を勝たせたため争点 1 の虚偽記載について判断されなかった。本争点については、弥永教授は、決定の結論に賛成しつつ、決定が判断を下していない争点 1(虚偽記載があったか否か)について、虚偽記載があったことについて疑問を呈される。

弥永評釈は、15 号実務指針に反していることから虚偽記載を導くことに疑問を呈され、裁判例では企業会計審議会または企業会計基準委員会が公表した企業会計の基準あるいは決算経理基準について、唯一の「公正なる会計慣行」性を認めることに慎重であったこととは対照的であったとする。そのことから「ビックカメラは本件不動産につき、資産の認識の中止を行ったことが当時の商法および商法施行規則のもとで適法な会計処理であったと評価する余地は十分にありそうである」とする。

しかし、以下の理由で、不動産流動化実務においては、15号実務指針に該当しない本件のスキムについて、オフバランス処理を行うことについての適法意見の表明はあり得なかったとの金融庁指定職員の主張は正当なように思われる。

(2) YK-TK型不動産流動化の実務とオフバランス処理の適法性

何が虚偽記載なのか

指定職員は、匿名組合清算配当金の計上等により7145百万円の利益である旨の記載を行ったことが虚偽記載にあたるとする。

匿名組合債務は、会計上は契約上の債務として負債処理されるものの、その実質においてはエクイティである。本件はTK-YKスキムとよばれる不動産流動化案件であるが、TK-YKスキムにおいて、受け皿となるSPC(特別目的会社)の株式はケイマン法人によって所有される名目的なものであり、匿名組合出資者は、貸付人その他のデットホルダーに支払いを行った後の残余財産全てについて配当を受けることができる。その意味で、匿名組合清算配当金の計上等により7145百万円の利益がある旨の記載を行ったことは虚偽ではなく、正しい記載であるようにも思われる。虚偽記載の核心は、匿名組合配当清算金の計上等により利益が発生する点ではなく、本来、オフバランス処理することができない不動産をオフバランス化している点であり、その点を端的に虚偽記載とすることはできなかったのであろうか。

この点、指定職員は、ビックカメラ⇒特別目的会社への受益権売却が15号実務指針に抵触するため会計上売却処理ができないこととなり、(仮に特別目的会社からビックカメラが匿名組合清算金配当を受けたとしても、)それをビックカメラの特別利益として計上することは、会計上許されない、だから虚偽記載だと考えているものと思われる。

すなわち、流動化時に、不動産が売却処理されるべきでないとするれば、この不動産をSPCが第三者に売却した時点で、ビックカメラに不動産売却益(キャピタルゲイン)が生じることになるので、本来、不動産売却益となるべき利益が、匿名組合清算配当金となっている。その意味では、匿名組合清算金配当を受けたとしても、それをビックカメラの特別利益として計上することは虚偽記載であると言えるのではないかと思われる(不動産売却益も、特別利益だが、不動産譲渡益の場合、譲渡益課税に服するので、課税関係が異なり、その結果、特別利益の額も変わってくるのではないかと思われる)。ただ、匿名組合清算配当金の計上が虚偽となるのは、オフバランス処理が虚偽(違法な会計処理)であることに依拠しているもので、以下では、オフバランス処理の適法性について論じる。

流動化実務における匿名組合出資と15号実務指針の意味

オフバランス処理・匿名組合清算配当金の計上が、適法な会計処理であると考え得るで

あろうか。出資は、匿名組合員としての権利の対価である点を強調すれば、売買性とオフバランス処理を肯定することになる。しかし、匿名組合持分が実質エクイティであるから、30%もの匿名組合出資がなされているのであれば、リスクについてもほぼ売主とその子会社によって負担されていると考えられる。ただ、流動化の黎明期においては、このような匿名組合出資で買戻しの権利はあるが義務はないとの取引もオフバランス処理できるとされていた。また、真正売買であるとの意見書も出されていた。

売主が、匿名組合員として、30%も出資している場合、匿名組合持分をオフバランス処理した取引の売主およびその子会社または関係会社によって保有されるのであれば、リスクやリターンは、グループ会社にとどまっているので、グループ会社に不動産を移転したものと変わりなく、実質的にグループ会社に売却したのであれば、それは、オフバランス処理される売買取引ではなく、実質はオフバランス処理された資産を担保にした与信取引ではないかとの疑義が生じる⁸¹⁸。

このような懸念に対処する形で、平成12年7月31日に15号実務指針が発表され、同指針において、オフバランス処理されるための匿名組合出資が5%に制限されたものである。

すなわち、15号実務指針第3項では、「譲渡不動産のリスクと経済価値のほとんどすべてが他の者に移転した場合に当該譲渡不動産の消滅を認識する方法がとられ（「リスク・経済価値アプローチ」と呼ばれる）、リスク・経済価値アプローチによって判断することが妥当である。」とされ、リスクの負担割合が5%と低い場合、リスクの移転があるものとして、オフバランス処理が認められることになった。

15号実務指針は、この基準を適用するに当たり、グループ会社も対象とし、「不動産の流動化スキームにおいて譲渡人の子会社又は関連会社が当該不動産に関する何らかのリスクを負っている場合には、売却処理を行うか否かの判断に当たり、譲渡人が支配している子会社又は影響を与えることができる関連会社が負担するリスクの存在を考慮することが適切であり、当該子会社又は関連会社が負担するリスクを譲渡人が負担するリスクに加えてリスク負担割合を算定して判断することが必要と考える。」と規定されている（第40項）。

なお、制度論としては、5%以内を許容する15号実務指針自体も、問題がないわけではない。匿名組合持分が5%である場合には、デット投資家のリスク負担は高まるので、5%程度ならリスクの移転があるように見えるが、匿名組合出資者に追加出資義務が規定されていたり、あるいは追加出資義務が規定されていないにしても、黙示的にデット出資者は匿名組合出資者の追加出資が期待されている場合には、当該取引の与信的性格を払拭する

⁸¹⁸ グループ会社を使って、評価損の発生した会社を関連会社に移して、損失を隠蔽することは、「飛ばし」といわれる違法な会計処理ではないかが問題となる。資産流動化の目的の場合、損失を隠蔽する目的で行われるものではなく、資金調達目的で行われるので、「飛ばし」ではないが、純粹の売買のように、利益・危険の完全があるわけではない。

には十分でない。しかもデット投資家に対する支払いを完済した後の値上がり益の全てを、匿名組合出資者がとることができるので、5%であろうと、匿名組合員が売主または売主の子会社又は関連会社だけである場合には、リターンが、売主とその子会社または関連会社に帰属していること自体は、30%の場合と違いはない。問題は、匿名組合持分が売主とその関連会社により所有されているデットとの比率(5%以内)ではなく、エクイティ投資家間、匿名組合出資者間で何%売主が所有していたかであり、すべての匿名出資持分が売主とその子会社または関連会社に保有されているのであれば、本来的にはオフバランス処理は認められるべきではないはずであるとも考えられる。その意味では、この15号実務指針は、流動化取引を促進する観点から5%までの匿名組合持分について売主の出資を認めることで(甘めの基準により)流動化取引の活性化を後押ししていたものであるといえる。今日では、匿名組合員が売主または売主の子会社又は関連会社だけであるような流動化案件は姿を消している。

上記の制度論は、ともかく、15号実務指針が、流動化における匿名組合出資5%までであればオフバランス処理を認めることになったので、実務はこれに沿って動き、連結財務諸表の作成会社であるか否かにかかわらず、15号実務指針に従って、売主と売主の子会社または関連会社通算で、5%以内というのが、オフバランス処理の基準となっていた。そして、その場合の関連会社の判断の仕方として商法に規定される子会社すなわち直接に100%の株式が売主によって保有されている場合だけではなく、間接的な保有も当然含まれるものと関係者において認識されていた。少なくとも当時の流動化実務において、連結財務諸表作成義務のない会社なら直接の子会社ではない関連会社を通じて匿名組合持分を保有すれば15号実務指針を満たすものとは考えられていなかった。この点は、「15号実務指針を判断基準とし、商法の計算書類であっても15号実務指針に従うものでなければ適法意見の表明はあり得なかった。本件不動産流動化に関与した公認会計士らが、15号実務指針の内容を前提にして本件不動産流動化を検討していた」という金融庁指定職員の指摘に現れており、それを覆す証拠はないと思われる。

(3) 弥永評釈に対するコメント

弥永評釈は、「本件流動化当時、商法および商法特例法のもとでは豊島企画はビックカメラの子会社ではなかったと解され、ビックカメラが連結計算書類の作成義務を負っていなかったことに鑑みると、子法人等という概念は連結計算書類との関係でのみ意義を有するものとされていた」ので、「単体の」計算書類における会計書類について豊島企画が子法人等に該当することを前提とする必要はなかったと考えるほうが自然である。」とされる。上記の解釈によると、15号実務指針の「子会社または関連会社」は、連結計算書類の作成義務を負っている場合にのみ適用されることになるが、グループ会社を迂回して、5%ルールを潜脱するかどうかという問題について、連結対象でない場合には、グループ会社を迂回した匿名組合出資には適用されないという解釈をとりうるかは疑問である。基本的

にグループ会社とトータルで、5%ルールを考えるとということであり、そのような実務指針の読み方でなければ、ルール変更の意義は達成されない。連結計算書類の作成義務を負うか否かという点は、あくまで（商法特例法上の）大会社における一般的な会計基準をどうするかという問題であって、SPC を活用した不動産流動化に係る譲渡人の会計処理における「子会社または関連会社」に連動するものではないと思われる。

また、仮に、流動化時に連結書類作成義務がなかったとしても、本件売出し時には、有価証券報告書提出会社になるのであるから、本件の売出しを行う時点で、財務諸表をオフバランス処理を修正する必要があることになり、いずれにしても、本来、キャピタルゲインとなるべき利益をビックカメラの特別利益として計上することは虚偽記載であったと思われる。記載の虚偽性の客観的判断時は売り出し時であって、流動化時ではないからである。

弥永評釈は、また、「セール&リースバック取引においても、少なくとも、売主が売却価格での買い戻しの権利を有し、または義務を負わない場合について資産の認識の中止（オフバランス処理）を行うことができないという見解が広く受け入れられていたわけではなかった」とする。しかし、本件流動化が行われたのが平成14年8月23日、15号実務指針の公表が平成12年7月31日の2年経過後であり、15号実務指針は、「…不動産流動化による売却処理を行うための根拠としてのリスク移転に係る判断等については、必ずしも明確になっていない面がある。」という状況の下、「本報告は、特別目的会社を活用した不動産の流動化に係る譲渡人の会計処理について、その取扱いを統一するために必要と認められる事項を実務指針として取りまとめたものであ」（15号実務指針第3項）って、約8ヶ月間の経過措置もおかれ（15号実務指針第24項）ている。本件流動化時点では、15号実務指針の公表後、2年が経過しており、当時の実務は、15号実務指針を前提に動いており、有価証券報告書提出会社でない会社について、5%ルールをグループ会社を除外してオフバランス処理の要件を考える「公正なる取引慣行」は存在しなかったと思われる⁸¹⁹。そのように考えると、セールアンドリースバックであれ、そうでない流動化であれ、上記のような全匿名組合出資を5%を超えて、売主またはその関連会社が保有する場合は、オフバランス処理できないことについての見解は広く受け入れられていたと思われる。なお、弥永評釈は、「公正なる会計慣行」性について裁判例が慎重であったとするが、これは長銀事件の正常債権の区分に関する問題を意識していると思われるが、その問題と本件でのオフバランス処理の基準とは、解釈の多様性が認められるという点において、かなり様相を異にしていると思われる。確かに、公正なる会計慣行が複数存在するという事は理論上はありえるが、その場合には、15号実務指針以外の有力な「公正なる取引慣行」の存在とそ

⁸¹⁹ 流動化実務においては、弁護士の真正売買意見書、会計士の意見書が融資を受けるために必要とされるが、いずれの意見書も15号実務指針を遵守して流動化がなされることを前提に作成されている例がほとんどである。

れに従って処理されたことを立証する必要があると思われ、本件では、そのような「別の」公正なる取引慣行が存在し、それにしたがって、処理がなされたことが主張されたこともないと思われる。この点について、金融庁指定職員は、「15号実務指針を判断基準とし、商法の計算書類であっても15号実務指針に従うものでなければ適法意見の表明はあり得なかった。本件不動産流動化に関与した公認会計士らが、15号実務指針の内容を前提にして本件不動産流動化を検討していた」と指摘したのは、15号実務指針以外の有力な「公正なる取引慣行」が存在しなかったことを主張するものであり、正当な主張である。

このように考えると、審判官は、争点1については、虚偽記載が存在するとの判断を示した方が良かったように思われる。

3 「知りながら」の要件についての問題

(1) 主観的要件の付加の立法論的意味

旧証券取引法172条5項(現在の金融商品取引法172条の2第5項)は、発行開示書類の虚偽記載について売出し人の責任については、売出し人が、発行会社の役員等である場合に限り記載内容が虚偽であることを「知りながら」当該目論見書の作成に関与したことが要件とされている。この「知りながら」の要件については、確定的認識が必要か、未必的認識が必要かが論点とされ、弥永評釈では確定的認識を要するべきであるとの見解が示されている。ただ、認識の問題は、刑事事件ですら、一般的には未必的認識で足りるとされている以上、未必的認識で足りると解するのが素直であろうと思われ、実際、インサイダー取引などでは、一般的に未必的認識で足りるとされている。本条に関してだけ、確定的認識を必要と解すべきであろうか。この点については現行の課徴金制度の公平性および、なぜ売出し人について「知りながら」の要件が付加されたか(このような要件の付加は、目論見書の発行者には見られない限定である)の立法趣旨とその妥当性を検討することが不可欠であるように思われる。

売出しの場合、売出し人は自ら会社の財務諸表を作成することはできないのであり、発行会社にその作成を依頼せざるを得ない。売出し人がこのような依頼を行い、発行会社が自分が代金を受け取る訳でもない売出しに協力することの理由は明確ではないが、米国ではこのような売り出しにおいて売出し人にはRegistration Rightが付与されており、いわば売出し人は日本法上も黙示的にRegistration Rightを持っている結果となっているのではないかとおもわれる。

そうすると、売り出しの場合であっても目論見書の記載の正確性についての一義的責任は発行会社であり、売出し人ではないことがよく説明できると思われる。売出し人は、実際問題として、自分で目論見書を作るわけではないから、それが虚偽であるかどうかは、通常はわからないので、認識を要件とすることにはそれなりの合理性があると考えられる。

これに対しては、172 条の 2 第 5 項の売出し人の責任が生じるのは、売出し人が発行会社の「役員等」に該当する場合であり、発行会社の関係者である場合に限定されていることを考えると、「役員等」は発行会社の情報がある程度熟知しているものであるから、そのようなものは虚偽記載がないかについてチェックすることが可能であるという前提に立てば、むしろ虚偽記載について認識がなくても重過失があれば責任を負うべきであるかもしれない。

他方、「役員等」にあたる者が、財務担当の役員である場合とそのような専門的知識を有しない役員である場合、あるいは財務知識を有しない従業員である場合には、目論見書記載情報が正確であるかをチェックすることができる能力には大きな差があり、専門的知識を要する分野については、専門的知識を有しない「役員等」に、金融商品取引法の規制に従って正確に記載されているかをチェックすることは不可能であるように思われる。

加えて、課徴金賦課が非裁量的なものであること及び売出し人に、募集の場合の発行会社と同様の売出し額の 4.5%を課徴金の率とすることは、(法人である募集の発行者と比較すると)個人である売出し人にとって酷な状況となっている点も重要である。募集の場合は発行額全額(正確には発行費用を除いた額)が発行の手取り金としてその手取り金を取得する。これに対し売出しの場合は、株式の売出し価格－取得価格が売出し人がネットで取得することができる手取り金である。従って、取得価格が高ければほとんど利益は生じず、4.5%以下のマージンであれば逆ざやを生じることになる。この点でも、売出しの場合に募集と同じ料率の考え方で非裁量的な課徴金を課すことが適切であるか疑問がある。

そのうえ、募集の責任の場合、支払い義務者は会社であるが、売出しの場合、役員等がその対象であり、個人が予定されている。通常、いかに役員であっても個人の資力は通常会社の資力に大幅に劣るのであり、同じ料率を課すことが個人の売出し人にとっては過酷すぎる(公平性を欠く)ものと言える。金持ちにとっての 10 万円と貧乏人にとっての 10 万円の価値の違いを考えれば、理解できると思われる。立法論としては、課徴金の賦課について裁量を認め、特に売出し人が個人の場合には、資力に応じて課徴金の額を減額するべきであると思われる。

すでに述べたとおり、ドイツの秩序罰は、法人に秩序罰を課す場合でも自然人である実行行為者をも秩序罰を賦課する制度となっているが、その場合、個人に対する課徴金の額は法人の場合より大幅に減額される。支払い能力を考慮しない非裁量的な課徴金は場合によっては個人に過酷すぎ(場合によっては、法人にとっては寛容過ぎ)、違反行為とサンクションの比例性および公平性の観点から不合理な結果となる。そのように考えると個人に一律に法人と同じ売出し額の 4.5%の料率での課徴金を課す現行制度は立法論的に問題があり、そのような立法的欠陥の観点から、172 条の 2 第 5 項の「知りながら」の要件については、確定的認識を必要とすることで、課徴金対象行為を限定するという考え方もありうるかもしれない。

もっとも、売出しを要するほどの多数の株式を持っているのは、事実上、創業者等の大株主に限定されており、そのような株主の株式取得コストは小さく、無視できるとも考え

られ、まさに、本件はそのような事例であるとも言える。

以上によれば、立法論的には、「相当な注意」を要件としつつ、課徴金に裁量性を与える方向が望ましいと思われる。

(2) 本件での認識の有無

いかなる事実が認識の対象なのか

決定要旨は、「不動産流動化において、会計上、売却取引が認められなくなるという認識を被審人が有していたことをうかがわせる内容となっていない」と説示している。

いかなる証拠により基礎づけられるか

本件では、金融庁の指定職員は、認識の立証を専ら質問調書に依拠したようである。決定の審判体の判断(2)(a)ア)において、被審人の認識に関し指定職員は初回の質問調書を直接証拠として位置づけ、その供述内容から被審人は豊島企画の出資の名義借りについて認識していた旨主張するとしている。この質問調書は、違反行為の内容を認める自白調書的な内容、すなわち、刑事事件の供述調書に匹敵するものになっているものと思われる。そして、この質問調書についておそらく初回の質問調書のみがそのような全面的な自白調書となっており、その後の質問調書においては全面的な自白調書は撤回されているのではないと思われる。

審判官は、質問調書の信用性を疑わせる事情が少なからず存在するとし、かつ被審人の供述内容が真実であるとしても、豊島企画の出資の名義借りについての認識だけでは、「被審人が不動産流動化において会計上売却取引が認められなくなるという認識を被審人が有していたことをうかがわせる内容となっていない」と説示し、目論見書の虚偽記載の認識を認めることができないとする。

しかし、豊島企画の出資の名義借りについての認識は、匿名組合出資がトータルで、5%を超えるかもしれないことを認識していたことを示す状況証拠であり、なぜそのような処理をするのかといえば、名義借りがなければ、オフバランス処理が違法であることをうすうす気づいていたと考えるのが合理的推論であり、豊島企画の出資の名義借りについての認識は、他の目的のために名義借りが行われたことについての合理的説明がなされていたなどの特段の事情がない限り、虚偽性についての未必的認識をつよく推認する間接事実であると解するべきではないと思われる。

また、ビックカメラにおいては倫理規定などの社内規定が十分に整備されておらず、被審人への報告などが十分行われていなかったことを虚偽の認識が生じることを否定する間接事実として決定要旨は認定している点である。これは、取締役への報告がずさんであるため、虚偽の記載があっても役員が発見できなかったことが正当化される(内部統制体制の欠陥があるので、認識の不存在の抗弁が認められやすくなる)ことは本末転倒なように思われる。倫理規定などの社内規定が十分に整備されておらず、被審人への報告などが十

分行われていなかったことは、虚偽の記載が生じることがありうることを認識していたこと、すなわち、虚偽の認識についての未必的認識が生じやすいことを証する間接事実と考えられるべきである。

(3) 虚偽の記載の重大性と課徴金の非裁量性との関係

本件の場合、有価証券報告書提出会社になる前に行われた流動化取引に真正売買の観点からの違法があり、その効果が有価証券の募集・売出しを行う時点においても残存していたのであるが、流動化取引の対象不動産は売却済みであり、それが匿名組合への分配金へなるか不動産取引の譲渡益になるかの違いだけであり、税務上の大きな差異が生じるものでもなく、投資家の投資判断に影響を及ぼすほどの虚偽記載でなかったとの評価も可能な事例ではないかと思われる。したがって、本件のような事例は、課徴金の賦課が裁量的なものであれば、虚偽記載があったとしてもその悪影響が軽微であることから課徴金を課さないで済ませるべき事案である(したがってビックカメラ本体についても課徴金が課されないことになる)、認識の有無の問題で売出し人を救済した解決は、問題の本質からそれた解決の仕方である。そのようなゆがんだ解決がもたらされることのないようにするには、裁量的な課徴金制度の導入が金商法との関係でも不可欠である。

結 論

第 1 部の研究により、「意思の連絡」に関する事実認定・状況証拠の活用の仕方、要件事実論についての詳細な研究を通じ、経済事件の事実認定・立証の基本的枠組み、今後の事実認定と立証手法の改善の方向性が明らかにされた。

第 2 部の研究により、執行システムに関し、独立行政委員会と審判手続という独禁法の特徴の執行システムの行政法体系における位置づけが、より行政法理論と整合性を取るよう再構成された。そして、経済事件の執行システムにおける行政裁量の問題、執行制度をどのような枠組みで構築することが制度の効率的運営と手続き的保障ををリンクすることになるかについての方向性が示されることになった。

第 3 部の研究により、市場経済を規律するためのサンクションのあり方として広汎な刑事罰規定を有する日本の制裁のあり方が時代の要請にこたえられない不適切なものとなっていること、サンクションの体系を規制緩和と事後救済の強化の趣旨に従って再構築する必要性とその方向性が明らかとなった。

また、供述調書を証拠の中心に備えそれを精密司法称する刑事司法は、実は、自白中心の前近代的司法であり、ときにラフ・ジャスティスと揶揄される欧米の刑事事実認定のあり方が、黙秘権・自己負罪拒否特権を人権として保障する憲法の規範に整合する事実認定であること、日本においても客観証拠を中心としたそのような事実認定に移行すべきことが急務であること、そのような客観証拠の活用が実務上も可能であること、どのように客観的証拠を活用すべきかについての方向性が明らかとなった。

本論文は、独占禁止法に携わる研究者・実務家だけでなく、刑事法・行政法に関わる研究者・実務家にも広く読まれることを期待している。独禁法は国際的レベルでの実務者間の交流がもっとも盛んであり、実務家・研究者の交流により手続法についての問題が広く意識され、あるいはリニエンシー制度という欧米の先端の実務が、すでに日本の制定法に取り込まれている(ただし、不完全なものである)。その意味で、独禁法実務の経験は、日本の刑事司法、行政手続・民事の立証全般を考える指標となるものであり、それを総合的に提示することが本研究のテーマである。本研究が独禁法の専門家のみならず民事、行政、刑事分野の専門家にとっても参考にされることを祈念してやまない。