

早稲田大学大学院法学研究科

2013年2月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目：経済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

申請者氏名： 越知 保見

主査	早稲田大学教授	土田 和博
	早稲田大学教授	岡田 外司博
	早稲田大学教授	須網 隆夫
	早稲田大学教授 法学博士（早稲田大学）	田口 守一

越知保見氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程を2012年3月に退学した越知保見氏は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2012年2月29日、その論文「経済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」を提出し、博士(法学)(早稲田大学)の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、本論文を審査してきたが、2013年2月7日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

1 本論文の構成と内容

(1) 本論文の構成

本論文は、「序論 本論文の問題意識」において述べられているように、市場経済を適切に機能させる上で独占禁止法をはじめとする経済諸法の重要性が増しているにもかかわらず、日本ではこれらの法規違反に対する監視や執行が不十分であるとして、日米欧の法実務に携わった経験に基づき、主として独占禁止法の不当な取引制限に関する違法要件論、公正取引委員会の執行制度や司法審査のあり方を検討するものである。

このような課題を追究するため、本論文は、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」のもとに「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」、「第2章 平成20年審判決の総合的研究」、「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研究 - 情報交換活動の評価と公取委の事件処理のあり方」、第2部「違法行為是正措置のための執行制度の研究」のもとに「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」、「第2章 行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」、「第3章 欧州委員会の事前聴聞手続」、「第4章 英独仏及び米国FTCの最新の競争法執行手続」、「第5章 日本の執行手続の比較法的観点からの評価」、「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」、「第7章 行政調査における防御権と調査妨害」、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」として、「第1章 経済事件についてのサンクションのあり方」、「第2章 司法取引なしに、近代刑事司法は機能するか」、「第3章 経済事件における状況証拠・客観証拠の活用」の各章をおく。

(2) 本論文の内容

第1部のうち、「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」は、実体法に関する最も核心的部分であるから、以下のとおり、やや手厚く要約する。Ⅰ、Ⅱでは日本と欧米のカルテル規制の範囲には大きな違いがあり、欧米では重大かつ悪質で正当化の余地がほとんどない中核的カルテル(以下、ハードコアカルテルという)の「合意」は私法契約上の合意ではなく、極めて単純化されているとして、まず、ハードコアカルテルに関するアメリカ法の分析が行われる。すなわち、1930年代のInterstate Circuit 事件により、価格の固定という抽象的内容の合意の存在が立証され

ば足り、合意の成立した会合や取決めの詳細を明らかにする必要がないとの準則が示されたこと、1980年代の Matsushita 事件および Monsanto 事件によって、「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」というマツシタ・モンサント準則が示され、そ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とされたこと、1990年代には Petroleum Products 事件を先駆として、不自然な並行行為の背後に情報の交換や拡散が行われた場合、これを外形的行為の一致に付加して合意の推認のために利用される要素（以下、プラスファクターという）を活用し、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」として、共謀を推認しうるとする判決が現れたことがそれぞれ指摘されている。

EC 競争法に関しては、Wood Pulp II 事件（1993年）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説明である場合にのみ、協調行動の証拠になる」との基準がとられて以降、ヨーロッパでは、会合の存在しない並行行為の事例について協調行動を認定することに慎重であり、規制の実務水準はアメリカの方が厳格であること、Suiker Unie 事件（1975年）および Pioneer 事件（1983年）で、会合の結論が不明あるいは価格協定の条件が決まった時点が明確でないなどの場合に、一定の条件の下で協調行動に該当するとすることで、合意が成立していないという主張を封ずるような重要な運用が行われていること、欧州委員会は、Polypropylene 事件（1988年）において、合意と協調行動を区別せず、当事者が合意等に参加したと認定したこと、Landewyck 事件（1978年）においては、第1審裁判所も、合意と協調行動を正確に区分することはできず、いずれの行為も EC 条約 81 条（当時）に違反することになり変わらないので、両者を正確に区分する必要はないとして、合意と協調行動の一体的解釈論を許容したこと、Polypropylene 事件以来、欧州委員会は全体的な一個の合意という概念を発展させており、PVC 事件（1999年）において、第1審裁判所（CFI）も、この全体としての単一の合意という捉え方を支持し、当事者が一部の価格引上げについてのみ参加した場合でも全体としてのカルテルに責任があるとしたこと、Pre-insulated Pipe 事件（1999年）の決定は、合意の意義について、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た点で重要な先例であることがそれぞれ指摘されている。情報交換活動および情報交換合意については、1990年代に入って、U.K. Agricultural Tractor 事件（1993年）の判決が出されており、価格情報の交換ではなく、過去の統計的情報の交換であっても、それが詳細にわたり、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こと、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、巨額の制裁金を課す事例が現われていることが指摘されている。

Ⅲにおいては、日本の独占禁止法の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が、多くの事例を素材としつつ、詳細に分析されている。まず、全体の傾向として、日本では、合意ではなく、相互拘束または共同遂行という文言を用いているため、学説上は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のに、実務においては、石油カルテル刑事判決以後、カルテル契約的発想—不当な取引制限の合意の

立証対象ないしその事実認定の手法につき、私法契約における契約の成立要件に従ったアプローチをとる考え方が強く残存していることが指摘される。そして、このようなカルテル契約論の発想を完全に克服できない限り、並行行為およびプラスファクターから協調行動規制を行うことは極めて難しいこと、日本の学説は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、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が、価格の引上げ幅や、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、共同行為の成立時期、最終的な共同行為の内容等が立証される必要があると解するならば、カルテル契約的アプローチに逆戻りするとして、学説を批判する。問題は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ること、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解釈論が確立すること、およびその立証対象事実を推認するために、徴表的事実や情報交換、当事者間の接触や話し合いを状況証拠として活用することが重要であるとしている。

その意味で意思の連絡の意義と推認に関する準則を明らかにした東芝ケミカル判決は極めて重要とされ、その後の実務は、合意の成立時点については、価格の引上げ日までに合意が成立したと主張すればよいとの考え方がとられ、成立時点は実質的な立証対象でなくなったこと、価格の引上げ幅についても、実際に引上げた金額、または引上げ公表価格まで引上げる旨の合意があったと認定できると解される結果、価格引上げ幅も実質的な立証対象ではなくなっているともいえることが指摘されている。

続いて、実務におけるカルテル契約論の影響を払拭するために不当な取引制限の解釈論の再検討がなされ、まず「意思の連絡」の問題は、「共同して…相互に」の部分の解釈問題と位置づけるべきであり、また、「事業活動を拘束し」とは、定義の本来の意味から「事業活動への制約」が生ずることであり、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主張する。そして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、合意を私法契約的発想から離れて、事業活動の制約となるか否かの観点から考えれば、単純に値上げするといった意思でも、「事業活動を拘束し」の要件は充足されること、価格引上げが行われた場合には、価格引上げの事実が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特段の事情がない限り、事業拘束性が立証されるとする。

IVにおいては、特に入札談合の要件や事実認定のあり方が論じられている。具体的には、行為要件に関連して、入札談合の違法行為は、「受注予定者を定める」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」であること、事業者間での仕事の割当てが決まっている物件では個別調整が行われないこと、欧米では日本の「個別調整」を違反行為とするのではなく、「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いること、審判実務上、入札談合において基本合意の成立時点、形成過程は立証される必要がなく、その存在が示されればよいと考えられてきていること、落札者を入札者間で定めることそれ自体が立証される場合は、連絡行為が立証さ

れなくとも、受注調整をすることについての共同の認識、認容が形成されているといえること、これに対し、落札価格が予定価格近辺に集中しているなど不合理な価格形成が行われるときに、そこから基本合意を推認する場合には、意思連絡の立証が問題となるが、個別調整が1件でも行われていれば、意思連絡が否定される特段の事情を否定するものであり、談合参加者間で、事業者相互間に受注調整についての共同の認識、認容が形成されることの有力な証拠となり得ること、談合に参加する者の外延を明らかにする必要はなく、談合参加者の一部だけを排除措置命令の対象とすることも許されること、受注能力のない者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ないこと、審判官において、審査官主張の談合のルールが実際のルールと異なり、別のルールが存在するとの心証を得た場合、基本合意の存在を認定すればよく、単に受注について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も、基本合意が存在するとの認定ができることが主張されている。次に、一定の取引分野における競争の実質的制限の要件に関しては、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が、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こと、入札談合の場合は、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、落札シェアに関係なく、競争の実質的制限が生じているとみるべきこと、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ないことがそれぞれ主張されている。

続いて、Vでは、要件事実論と独禁法の実事認定として、要件事実論の観点から前述の不当な取引制限の解釈が再述された後、違反行為の立証のあり方が、直接証拠から共同行為を認定するケース、決定的間接事実から共同行為を認定するケース、複数の間接事実・状況証拠から事実認定を行うケースに加えて、入札談合における落札率からの推認という形をも場合分けをした上で述べられている。また、VIにおいては、公訴時効の起算点については継続犯説の方が常識にかなう結果が導かれるが、そもそも公訴時効の起算点は、犯罪の罪質論とはかかわりなく、法益侵害の終了したときと解すべきであること、刑事事件では、合意の存在ではなく、合意の形成が立証されなければならないとする考え方がとられており、合意の実効性を確保する手段も相互拘束を立証する上での必要な間接事実とされているが、このような考え方では、暗黙の合意による悪性の強いカルテルは刑事事件の対象とならず、実効性確保手段を伴う単純なカルテルしか刑事事件の対象とならないという問題があるとされる。

第2章では、平成20年の審判決について、入札談合事件と価格カルテル事件に分けて、これまでに述べてきた筆者の主張が多く点で採用されているとして、裁判所のカルテル・入札談合に対する理解が深まり、的確な判断が下されるようになったものとして積極的に評価する方向で分析がなされている。価格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、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、これらの立証は必要ないとされた。入札談合に関しては、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、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。本章は、これらの判決により、どこまで意思連絡という不当な取引制限の中核的概念の事実認定について改革が進み、残された課題が何かを明らかにしようとしたものである。

第3章では、最も新しい入札談合事件に属する多摩談合事件に関する5つの高裁判決、郵便区分機事件の高裁判決、ポリプロピレン事件高裁判決について、特に競争の実質的制限を否定した多摩談合事件の第5判決、合意の形成過程を問題にしたポリプロピレン事件に対して、批判的な検討が加えられている。すなわち、第1章における筆者の重要な結論の1つである「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」との主張が、東芝ケミカル事件東京高裁判決理論の帰結であるにもかかわらず、いまだ審判決において十分に活用されておらず、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現状を指摘し、さらなる改革のための方向性を示唆する。本章は、将来価格・受注希望についての情報交換についても、重要な論点を含む3つの事例を分析することにより、客観証拠からの事実認定のあり方について提言を行うものである。取り上げられた事例のうち、多摩地区の都市開発公社が発注する工事についての談合事件に関する審決の取消訴訟について、平成22年3月19日判決は、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)としたが、そのような解釈の問題性や手続・事件処理上の問題について検討している。

第2部「違法行為是正措置のための執行制度の研究」の第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」では、独禁法の執行手続のあり方が以下のように論じられる。公正取引委員会の執行制度について、現在、議論されている手続の制度設計を整理すると、A案・現行事後審判手続の維持、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+第1審は東京地裁(改正法案)、E案・司法的執行(刑事罰執行で取られる訴追主義)に分けることができる。筆者はC案を提案するものであり、これをD案と同化させつつ、2010年3月に提出された改正案を基本的に支持する。

学界の通説(B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。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、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。しかし、これらの概念の見直しは困難と思われ、そうであれば、制度を原点の行政手続法の水準に戻すことも評価せざるを得ない。

これに対して、本論文が提案する C 案ないし公取委の手続の関する限り、これと基本的に同内容であるとされる改正法案の新手続が以下のように擁護される。第 1 に、C 案、改正法案の新手続ともに、執行不停止、行政行為の適法推定、原告が取消事由の立証責任を負うことになる点で共通するが、これについては他の行政手続と同じであるにすぎない。また実質的証拠法則廃止後に要件裁量の審査基準として、後述の合理性の基準が今後の裁量統制基準として機能する可能性が高い。第 2 に、C 案ないし新手続では、排除措置命令において、現行の排除措置命令案、平成 17 年改正前の排除勧告、行政手続法の下での聴聞手続後の行政処分と比較して、より詳細な理由付けがなされると思われる。第 3 に、新手続の指摘される問題点については、以下のとおり対応が可能である。①手続の非公開については、全面非公開ではなく、どの程度公開するかは手続管理官の裁量に委ねられている、②意見陳述手続は審判手続より事業者にとって保障が薄いとされるが、運用に委ねられている面もあり、新手続では反対尋問は保障されないが、取消訴訟の証拠調べ手続において行われる、③関係人参加については、改正法案に規定がないが、聴聞手続を三面構造化する重要な意義があり、指定職員（手続管理官）は参加人の参加を許容するよう運用すべきである。

第 2 章「行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」では、審判手続が廃止された場合、排除措置命令・課徴金納付命令の取消訴訟で問題となる公取委の行政裁量の範囲、裁判所による司法審査のあり方が論じられる。

まず、事実認定、認定事実の構成要件への当てはめ（要件の認定）が要件裁量の問題であり、手続の選択、行政行為の選択、時の選択が効果裁量の問題であるとした上、要件裁量の司法統制の原理として、マクリーン事件最判、日光太郎杉事件東京高判、憲法上の明白の原則・合理性の基準、実質的証拠法則などがあり、効果裁量の司法統制の方法として、目的違反、比例原則違反、平等原則違反があるが、裁判所は社会通念上妥当を欠くかどうかといった程度の審査にとどまると整理している。このうち、実質的証拠法則（実質的証拠がなければ裁判官を拘束しない）が司法審査を最も強化する裁量統制の方法である。ところが、日本では実質的証拠法則は公取委中心主義の一内容とされ、他の行政行為より司法審査が及びにくくなる原理として位置づけられてきた。しかし、同じく実質的証拠法則が規定される FTC の事実認定や法解釈について、裁判所は日本におけるよりも広く一定の審査を及ぼしている。また欧州では、実質的証拠法則とほぼ同様の作用を有する「明白な誤りの原則（「明白の原則」）」やイギリスの「合理性の基準（unreasonableness test）」がある。ところが、日本で裁量があるのが当然とされる効果裁量分野は、欧米で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点では、専権的な意味では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実事認定部分と位置づけられている。

要するに、欧米では行政庁の実事認定に関しては、行政裁量に基づく司法権の制約が

あるものの、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て、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。日本で効果裁量といわれている領域では、欧米においては「法律が行政権の判断に専属するものとして委ねた領域」という意味での行政機関の裁量行為はないと考えられており、日本と欧米のアプローチが対照的となっている。

したがって、実質的証拠法則について、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。

第 3 章「欧州委員会の事前聴聞手続」では、EU における欧州委員会の事前聴聞手続が検討されている。筆者は、日本の行政法体系に親和性を有すると指摘して、欧州の聴聞手続を重視しているが、第 3 章は、そのような筆者の認識の根拠となる欧州委員会の事件処理手続（2003 年理事会規則 1 号）を概観し、日本の審判制度と比較して、後者の課題を明らかにすることを目的とする。同規則による事件処理手続は、「調査手続」と「聴聞手続」の二段階に分かれるが、本章は、特に違反事実を告知して、違反企業に異議を述べる機会を与える後者の聴聞手続を重点的に検討する。具体的には、第三者からの苦情申立などの「調査の端緒」から始まり、欧州委員会の情報収集・調査権限、違反行為告知書の送付と答弁書の提出に引き続く、苦情申立人やその他の利害関係者が参加する口頭聴聞期日聴聞手続の実際のあり様、利害関係人の告知聴聞を受ける権利が、それぞれ検討されている。それにより、欧州委員会の手持ち証拠に対する完全なアクセスが認められ、武器対等の原則が実践されていることなど、日本と異なる手続の特性が明らかにされている。

第 4 章「英独仏及び米国 FTC の最新の競争法執行手続」は、第 3 章に続き、英独仏と米国・連邦取引委員会（FTC）の執行手続を概観するものである。筆者は、欧州各国が異議告知書の送付、執行当局ファイルへのアクセス、答弁書の提出という欧州委員会の手続とその根幹において同様の手続を有すると認識した上で、EU の主要国である英独仏 3 カ国の執行手続を概観する。すなわち、本章は欧州委員会の手続と共通点が多いフランス、事後救済が特別の審判所に委ねられるイギリスを簡潔に説明した後、連邦カルテル庁が執行を担うドイツの手続は、欧州委員会の手続に似通ってはいるが、それとは異なる特徴をも有すると指摘する。例えば、排除措置命令の発出手続と制裁金の賦課手続が異なり、後者には刑事手続原理が準用されていることなどである。本章はさらに、米国・FTC の審判手続の概要を説明した上で、米国モデルと前述の欧州モデルを、審判官の独立、公開と対審構造の有無について比較検討し、最終的に欧州モデルの合理性を主張している。

第 5 章「日本の執行手続の比較法的観点からの評価」では、日本の執行手続が、過去

数年間の独禁法改正の経緯を踏まえて、比較法的に検討される。まず平成 17 年改正前の事前審判手続と FTC 手続が比較され、その後平成 17 年改正後の事後審判手続の評価、EU(および FTC)の聴聞手続から見た平成 17 年改正後の手続の課題、平成 22 年改正案とその評価について、順次検討が進められている。すなわち、平成 17 年改正前の事前審判手続には、審判手続の遅延、実質的証拠法則の制限的理解、審判官の独立などについて問題があったこと、平成 17 年改正後の事後審判手続には既にアメリカ型から欧州型に制度が変更された側面があったこと、手続的保障の劣化論に対して反論がなされることを述べた上、平成 22 年に提出された改正法案が手続管理官、規範形成機能の有無、手続の指揮等の側面について検討されている。

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」は、公正取引委員会による審判制度の性質を理解する上でキーワードとなる「準司法的」という概念を正面から論じる部分であり、筆者は、独禁法の執行手続・公取委の性格に関する伝統的理論が、「準司法的」を中核概念とすると認識した上で、その「準司法的」の意味を再検討している。すなわち、本章はまず、伝統的な理解に基づく審判が、独立行政委員会制度と不可分ではなく、新し手続は準司法的機関としての公取委の性格に影響するものではないことを指摘する。それゆえに、「準司法的」概念はより柔軟に解釈されるべきであり、通常の行政手続より充実した聴聞手続であれば準司法手続と違ってよく、導入が検討されている新たな手続は、行政手続法を出発点としつつも、それより厚い手続をおいているので広い意味での「準司法的手続」ということができ、広義の「審判」であるとも評価する余地があると主張する。その上で、第 1 に、審判手続のメリット(専門性・柔軟性・迅速性)の観点から、審判手続(準司法的手続)の意義を再検討し、さらに第 2 に、準司法的機関と準司法的手続の関係を切断して理解することを通じて、準司法的機関の意義を再構築しようとしている。

第 7 章「行政調査における防御権と調査侵害」は、立入調査など調査手続におけるデュープロセスに焦点を当て、行政調査手続について、防御権と調査妨害の観点から、日本固有の問題を分析し、日本と同じく行政処分により金銭的制裁を課す欧州の調査手続と比較して、問題の所在を明らかにするものである。本章は、まず欧州委員会の調査手続を概観し、次いで日本の調査手続を検討している。具体的には、欧州委員会の証拠収集手続、証拠収集手段、調査権限の範囲と調査妨害に対する対抗手段、質問権(事業者の解答義務)について述べるとともに、調査に当たっての弁護士の立会権と役割の現況、弁護士依頼者特権を紹介している。これに照らして、公正取引委員会の実務が立入調査、事情聴取と供述調書の位置づけ、弁護士の立会の可否、調書の閲覧・謄写、弁護士依頼者特権のあり方等の極めて実務的な諸側面について検討されている。特に、代理人立会については、供述調書に関しても立会を求める日本の推進論を批判するとともに、立会うのは、会社の代理人としてか、従業員個人の代理人であるかという興味深い論点が提示されている。また欧米との比較により、日本の調査実務の不公正性や前近代性が指摘されることがあるが、これは欧米の実務の理解に正確性を欠いていること、弁護士の立会

権など防御権保障の強化は検査妨害に対する措置の強化と同時に行われるべきことを主張している。

第3部「経済犯罪における証拠収集・立証手法・サンクシヨンのあり方—日米欧の独禁法事件の執行の経験からの示唆—」は、次の3章からなっている。

第1章「経済事件についてのサンクシヨンのあり方」では、市場経済を規律するためのサンクシヨンのあり方として、広範な刑事罰規定を有する日本の制裁のあり方が、時代の要請に応えられない不適切なものとなっており、サンクシヨン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があるとし、主として以下の3点を主張する。

第1に、日本の刑事事件と行政事件のサンクシヨンのあり方について、独禁法が課徴金制度について違法行為期間中の売上額の何パーセントに相当する課徴金という定め方をしている点に関して、金銭制裁で裁量を伴うものは裁判所でないと課すことはできないという「裁量的制裁金ドグマ」があるとし、行政手続により裁量的課徴金を課すことができないために、行政法規の違反に対するサンクシヨンが刑事罰中心になっており、執行の面で障害があるとする。

そこで、第2に、課徴金の非裁量性がもたらす歪みとして、①中小企業について軽減規定が設けられているが、裁量的な減額ができないことから、課徴金が刑事罰的な過酷さを生み出してしまう可能性があるとする。また、②過酷な課徴金が課される事例を事実認定で救済するため、違反行為の存在を否定するような事実認定の歪みが生じている事例があることを指摘する。さらに、③独禁法の課徴金減免制度（リニエンシー制度）も、日本の場合、非裁量的な課徴金制度であるため、形式的申請で手続が終了し、企業による協力の程度による減額の制度などはないし、追加的協力の義務もないなどの制度の歪みが指摘される。

こうして、第3として、行政による裁量的金銭的制裁の制度設計の提案がなされ、これによる行政事件と刑事事件の棲み分けが検討される。その際には、行政手続における自己負罪拒否特権の保障に触れ、①行政手続で取得した証拠の刑事手続での利用禁止、および、②行政手続では犯罪の自認につながる質問の禁止が保障されることを指摘し、自己負罪拒否特権は、特権であるだけでなく、当局に対する一定の行為規範でもあるとの注目すべき分析もなされている。

第2章「司法取引なしに、近代刑事司法は機能するか」では、第1に、供述調書を証拠の中心に据える精密司法と称する刑事司法は、実は、自白中心の前近代的司法であるとした上、欧米の刑事事実認定のあり方が、憲法規範に整合する事実認定であるとし、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べきであることを提言する。そして、こうした伝統的な刑法犯の実務を経済事件についてそのまま持ち込もうとする実務が行われており、それが経済事件についての実務を現代化する必要を差し迫ったものとしているとして、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改革を提言する。

そこで、第2に、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、経済犯罪においてこそ脱却されるべきであり、そのために客観証拠の重視と司法取引の導入を考えるべきであるとする。経済犯罪では、犯罪に関与した者、犯罪事実の周辺にある事実を知る者が複数いるので、司法取引のような実務を導入することにより、より説得的な立証活動をおこなうことができるからであるとする。こうして、経済事件についての刑事実務を現代化する必要性は差し迫った課題であるとする。

第3に、この点の分析をさらに進め、被疑者の黙秘権を認める以上、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段であり、これを否定したのでは近代刑事司法は成り立ちえない。つまり、司法取引は可能かではなく、司法取引なしに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とする。この視点から、訴追裁量権により「合意による訴追免除」は可能であるとして、ロッキード事件最高裁判例を批判し、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えないことを指摘する。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捜査手段であり、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する。

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」では、如何に客観証拠を活用するかについて考察し、日本の刑事実務における「合理的疑いを容れない水準」の立証について、欧米における水準より理論的に高すぎるハードルが課されているのではないかとの問題意識から、事例に即して実務の最前線にいる実務家にとって活用可能な立証方法を提示しようとする。このような観点から、第1に、経済事件における立証の要点は、例えば価格を引き上げる旨の合意（価格カルテル）や受注予定者を話し合っただけで決める入札談合などでは、カルテル・入札談合の行為要件が単純な合意の存在で足りるはずであるが、実務では合意が存在することではなく、特定の日時における合意の成立が立証対象とされ、過度の特定性・明確性が要求されているとして問題の所在を明らかにする。

その上で、第2に、従来の実務では、合意という主観的要件の立証は供述証拠によらなければならないと考えられてきたため、十分な供述証拠がないために、刑事告発が見送られるような事例も見られた。しかし、「合理的疑いを容れない」程度の立証が求められる事実という観点からは、日本における立証水準は高すぎるのではないかとし、金商法事件に関するビッグカメラ事件では、違法行為の主観的要件が否定されたが、そこでは客観証拠の活用が検討されるべきであったとする。

こうして、第3に、ことに独禁法事件の立証方法の分析がなされ、経済事件で争点となるのは、共謀、合意、指示等であり、これらの要件は、「意思の連絡」の有無の立証にかかっていると。例えばカルテルの場合、価格を引き上げたという実行行為を被告人が行ったことは疑いがなく、それが意思の連絡によったか否かだけが問題となるはずである。ところが、カルテル・入札談合の行政事件では、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た立証活動が行われてきた。そこに、刑事手続の考え方が無批判に行政手続に持ち込まれてい

る実態があるという。

この点で、注目すべき判例は、東芝ケミカル事件東京高裁判決であり、そこでは、事業者が情報交換の行動に出た場合、事業者間に協調的行動をとることを期待しあう関係が認められ、そこから意思の連絡があるものと推認されるのもやむを得ない、との考え方が示された。行政事件における推認の理論として、大いに評価すべきである。以上のように、客観証拠を中心とした事実認定に移行し、刑事手続の供述調書に依拠した精密司法から脱却すべきであると主張する。

2 本論文の評価

本論文は、筆者がこれまでに公表した著書『日米欧独占禁止法』（商事法務、2005年）、『欧米独占禁止法の解説』（同、2000年）等の浩瀚な比較法的研究や欧米での実務経験を踏まえて、経済諸法、とりわけ独占禁止法の不当な取引制限に関する法実務や学説を批判するものである。以下にも述べるように、本論文は独禁法の不当な取引制限に関する行政法的、刑事法的執行を主要な対象として、日米欧という幅広い法域に渉る比較法的見地から、日本の法実務を改善するための提言をしようとする点に最大の意義と特色がある。

換言すれば、本論文は同一ないし類似の事実関係が各法域にみられ、かつ規制内容が類似することから比較法的検討が可能な競争法分野を主たる対象として、日米欧の不当な取引制限規制の範囲や深度がどのように異なるか、日本と欧米の間には司法審査の範囲にどのような差異が認められるかを、実務家でなければ知ることが困難な行政実務と司法審査の実際上の相違に着目して論証しようとするものである。このような着眼点は秀逸であり、実務と理論の架橋を同一人において具体的に実践しようとした成果として、高く評価することができる。同時に、本論文が独禁法をはじめとする経済諸法の解釈や執行における現代的課題を解決するための手法を積極的に開拓し提言しようという極めて意欲的な試みであることも評価に値するといえよう。

個々の主張や提言にも評価すべき点が多く認められる。第1部では、ハードコア・カルテルに対する欧米並みの厳格な規制を日本でも実現すべきであるとの実践的な問題意識から、不当な取引制限の要件に関して説得力に富む鋭い指摘がなされ、それが既に法実務に一定の影響を与えていることをまず指摘しなければならない。とりわけ不当な取引制限の行為要件の捉え方に関する筆者の主張が多摩談合事件最高裁判決（平成24年2月20日）において反映されたとも考えられること、近年の公正取引委員会の審決や裁判所の判決のなかには、共同行為の立証に日時場所等の特定を不要とするものが現われるに至っていることは、著者の主張の説得力を示すものとみることができる。

第2部で論じられた公取委の審判手続についても、筆者は、現在の事後審判制度が廃止され、欧州委員会の聴聞手続に準じた手続が新たに設置されることになれば、基本的には公取委に有利に、事業者に不利に働く可能性が高いことを夙に主張して、この問題が議論されるベースないし枠組みに新しい視点を提供した。以後の公取委の執行手続をめぐる議論は、このような認識を共通了解として行われており、この点でも筆者の貢献が認められる。筆者が提案するC案は、2005年改正前の事前審判手続が遅延し、実質

的証拠法則により裁判所の司法審査が制限されるという相異なる立場から指摘される問題点を解決する案であり、また C 案が提言し、本論文が改正後にそうなるであろうと予測する排除措置命令書の詳細な記述、手続の一定範囲での公開、関係人の参加等は、これが実現するならば、欧州委員会のそれに類似した執行手続として評価に値しよう。行政裁量に対する欧米の司法審査についても、法律上の概念の相違にもかかわらず、共通して日本におけるよりも実質的な審査が一定範囲で行われるという指摘も重要である。

第 3 部における問題提起および立法提案も、共に極めて注目すべきものである。第 1 に、日本の刑事司法に関するいわゆる精密司法の問題点を、経済事件の刑事、行政両手続の局面で析出し、この分野においても供述調書による事実認定という伝統的手法はもはや維持しえず、事実認定の現代化がなされるべきことを明らかにした点、第 2 に、故意、共謀などの主観的事実の立証は、客観的な間接事実による事実認定に移行すべきことを指摘し、供述証拠が必要な場合にも、伝統的な取調べによるのではなく、司法取引などの手法を用いて確保すべきことを明確な形で主張した点、第 3 に、とりわけ独禁法違反事件・金商法違反事件などの経済事件について、以上の提案が率先して取り入れられるべきことを主張した点は、いずれもこれまでにない明確かつ詳細な主張であり、高く評価されるべきである。加えて、以上の研究は、行政手続と刑事手続という実際には手続的に接続しながら、法的には性質の異なる手続を総合的・学際的に検討したものであり、そのために経済事件の実態にこれまで以上に迫ることに成功している点も高く評価すべきである。さらに、本研究は著者の従来の比較法研究の圧巻な実績を背景にしたものであり、時代が求める国際化の要請にも対応する研究であって、この点でも高く評価することができるといえよう。

もっとも、本論文については、次のような問題点も指摘できないわけではない。第 1 に、筆者の日本の法実務に対する問題意識には賛同できるものが多いが、指摘される問題を解決するための方策やそれを具体的に論証する学問的手法には、いささか不十分な部分があるようにも思われる。例えば欧米の裁判所の判断に言及する場合、比較的少数の判例が脚注に挙げられるだけであり、あるいは日本の一定の法領域の通説が特定の学説のみで代表させられている。そのため判例・学説の把握や批判の対象の特定が正確であるかにつき多少の疑問が生じ、そのために筆者の主張の説得力を減殺しているようにも思われる。問題意識や主張自体は極めて重要であり、浩瀚な比較法的研究の実績があるだけに惜しまれる点である。

第 2 に、公取委の執行手続について、C 案そのものは主張として成り立つとしても、改正後に実現すると予想される「新し手続」が筆者が予測するほど C 案ないし欧州委員会の手続に近いものとなるかについては疑問がある。むしろ筆者の期待に適合するように「新し手続」が予測され、それを基にして「新し手続」に対する評価が行われているのではないかという懸念がある。また第 3 部における結論の一つである客観証拠による主観的事実の認定についても、その推認過程の分析がまだ詰められていないという問題がある。供述証拠による主観的事実の立証に関する批判は説得的であるが、これに代わりうる客観証拠の評価のあり方については、若干の事例研究がなされているものの、とりわけ状況証拠の評価基準あるいは推認基準の立ち入った検討はまだなされていない。

確かに、本研究には以上のような問題点も含まれるが、それは今後の研究課題とされるべきものである。本研究は、日米欧独禁法の理論と実務に関する豊かな知識と経験に基づいて意欲的な提言をするものであり、独禁法改正および刑事司法の改革が喫緊の課題となっているこの時期にその成果を公表することに大きな意味のある研究でもある。このような点に鑑みれば、本研究は、以上の問題点を補って余りある学術的業績と評価することができる。

3 結論

以上の審査の結果、後記の委員は、本論文の提出者が課程による博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2013年2月7日

主査	早稲田大学	教授	土田	和博
	早稲田大学	教授	岡田	外司博
	早稲田大学	教授	須網	隆夫
	早稲田大学	教授	田口	守一

法学博士（早稲田大学）