

独占禁止法研究会第12回会合議事録

1. 日時 平成29年1月27日（金）14：00～16：50
2. 場所 中央合同庁舎第6号館B棟11階大会議室
3. 出席者

【会員】

座長	岸井 大太郎	法政大学法学部教授
座長代理	宇賀 克也	東京大学大学院法学政治学研究科教授
会員	井手 秀樹	慶應義塾大学名誉教授
	井上 隆	一般社団法人日本経済団体連合会常務理事
	及川 勝	全国中小企業団体中央会事務局次長・政策推進部長
	大沢 陽一郎	株式会社読売新聞東京本社編集局次長
	大竹 たかし	シティユーワ法律事務所 弁護士（オブ・カウンセル） 元東京高等裁判所部総括判事
	川出 敏裕	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	黒木 麻実	公益社団法人全国消費生活相談員協会関西支部副支部長
	佐伯 仁志	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	泉水 文雄	神戸大学大学院法学研究科教授
	中原 茂樹	東北大学大学院法学研究科教授
	向 宣明	桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士（パートナー） 日本弁護士連合会独占禁止法改正問題ワーキンググループ事務局長
	村上 政博	成蹊大学大学院法務研究科客員教授

【公正取引委員会】

杉本委員長，幕田委員，山本委員，三村委員，青木委員

【公正取引委員会事務総局】

山田経済取引局長，藤本官房総務課長，杉山経済取引局総務課長，
片桐管理企画課長，向井官房参事官

4. 議題 独占禁止法研究会報告書（案）の検討

○岸井座長 それでは、定刻となりましたので、ただいまから独占禁止法研究会の第12回会合を開催します。

会員の皆様におかれましては、本日も御多忙のところお集まりいただきありがとうございます。昨年に引き続きまして、本年もよろしく願いいたします。

なお、本日、柳川会員及び若林会員におかれましては、所用のため御欠席です。また、及川会員は、所用のため遅れての御出席となる予定です。

さて、前回、会員の皆様に御了承いただいたとおりですが、本会合から、これまでの研究会における検討内容を踏まえて、事務局において作成してもらいました報告書（案）を参考として、報告書を取りまとめるための検討を進めていただきたいと考えております。

具体的な検討方法について、私の方から提案させていただきますけれども、まず、報告書（案）の構成や全体の項目に共通する問題など、報告書（案）の全体的な枠組みについて検討し、その後、個別の論点について報告書（案）に記載されている順に検討を進めるという形で進めたいと思います。

報告書（案）は大部でありまして、重要な論点やこれまでの意見が集約されていない論点等もございますので、個別の論点の検討は3回程度に分けて進めたいと考えております。

例えばの提案ですけれども、今回は、報告書（案）の第1から第3の7「課徴金の加減算」までで、次回は、第3の8から第3の14「新制度に見合った手続保障」までという形で検討を進めてはどうかと考えております。

「新制度に見合った手続保障」については、いろいろ論点も多岐にわたりますので、十分な検討時間が必要と考えられますので、次々回にも引き続き検討を行って、次々回の最後に、第3の15の「制度全体でみた場合の体系的な検証」ということで、これはまだ報告書（案）では、本研究会の検討を経た上で記載という形になっておりますが、最終検証を行って、それで話がまとまりましたら、報告書の取りまとめということにしてはどうかと考えております。

もちろん検討が終わらなければ、必要に応じて会合を追加してはどうかと考えておりますが、今までも何回も議論してきましたので、いつまでも検討を続けるというわけにはいきませんし、時間をかければ意見がまとまるというわけでもありませんので、基本的には、本会合を含めてあと4回で報告書（案）の検討を終えるという形でどうかと考えています。

今、私から提案させていただいた進め方でよろしければ、本日は報告書（案）の全体像の検討に続けて報告書（案）の第1から第3の7「課徴金の加減算」、報告書（案）でいくと6頁から34頁までの検討を終えたいと思いますので、時間内に議論が終わらなければ、少し時間を延長したいと考えております。それでも、どうしても検討が終わらないということであれば、次回に繰り越すということも考えています。

以上、私からの提案ですが、今後の検討の進め方について、何か御意見がありましたら遠慮なくどうぞ。よろしいですか。

それでは、こういう形で進めていくということをお願いいたします。また、検討に入る前に、本日の配布資料の報告書（案）について、事務局から簡単に御説明いただきたいと思います。

ではお願いします。

○向井参事官 事務局の向井です。

それでは、本日配布しております「独占禁止法研究会報告書（案）」に沿って説明させていただきたいと思います。

報告書（案）の構成ですが、本体資料と、その後に参考資料集がございます。そのほか、別添ですが、昨年の夏に行いました論点整理に対する意見募集についてまとめております。

まず、参考資料集ですが、大部な資料になっております。こちらにつきましては、基本的に今までの研究会の各会合において事務局から提出させていただきました参考資料を編集して掲載しております。

参考資料はこれまで提出した資料と若干違っている部分があります。それは何かといいますと、字句の修正や、データの整理などをいたしまして、それらを反映した形で、参考資料を編集しておりますので、各会合に提出した資料とは若干異なるものとなっております。

そして、本体の報告書（案）です。こちらにつきましては、先ほど座長から御説明がありましたように、昨年の12月の最後の会合において一定の方向性で取りまとめが行われましたが、その内容を踏まえて、事務局として会合での議論をまとめたものです。

各頁の内容について、簡単に説明させていただきたいと思います。

構成といたしましては、まず第1「はじめに」では、本研究会を開始した目的を記載しております。

第2は総論パートになります。こちらについては、二つに分かれておきまして、まずは課徴金制度の見直しの必要性についてです。将来の法改正を念頭に置いた議論を行ったということですので、どのような問題が発生しているのか、かかる問題に対して立法で対処する必要があるのかといった立法事実について記載しています。

それを踏まえまして、この研究会として、どういう形で課徴金の見直しをするのかということについて取りまとめております。

その後、第3は具体的な制度設計です。これまでの研究会の会合におきましては、まず各論につきまして、現行課徴金制度の問題点を解消するためにどういう対応が考えられるのかを検証いたしまして、その後、法的位置づけを検討するという整理をいたしました。現在、事務局でまとめております報告書（案）では、まずは、法的位置づけを冒頭に持ってきております。

それを踏まえた形で各論についてどのような問題解消措置や改正の方向性があるのかということを取りまとめるという内容になっております。

そして、課徴金制度の見直しに応じた「新制度に見合った手続保障」について、第3の14に書いております。

そして最終会合で御議論いただくことになるかと思いますが、「制度全体でみた場合の体系的な検証」ということで、我が国の法体系と整合しているのか、予見可能性が確保されているのか、機動的な制度になっているのか等を最終的に確認するという構成になっています。

本日は、先ほど座長から御提案がございましたように、「課徴金の加減算」までについて説明させていただきまして、御議論いただければと思います。

それでは本文の内容に入ります。まず6頁目です。

6頁目は、「第1 はじめに」でございまして、なぜこういう研究会を開始したのかということを書いています。

続きまして、7頁、8頁目です。

こちらは、課徴金制度の見直しの総論部分です。まずは課徴金制度の見直しの必要性ということで、現行課徴金制度においてどのような問題が発生しているのかをまとめております。

これにつきましては、既に論点整理でも説明しておりますので、詳細な説明は省略いたしますが、1点目の問題としては、硬直的な算定・賦課方式などが原因で、経済活動のグローバル化・多様化・複雑化などに機動的に対応できておらず、適正な課徴金の額が事案に応じて算定・賦課できていないのではないかという問題が記載されております。

2点目が、調査協カインセンティブの欠如です。現在でも、課徴金減免制度が存在するわけですが、一定以上の調査協カインセンティブが生じず、不十分なものとなっているという問題が起きているのではないかということです。

3点目が、現行課徴金制度が国際標準から乖離していることにより、問題が生じているのではないかということです。制度自体の問題もありますし、更には課徴金の水準が諸外国と比べて低いことによる問題もあるのではないかということです。

この研究会では、このような問題を解消するために、検討を行ってきたという形でまとめております。そして、このような必要性を踏まえて、課徴金の見直しの方向性を、9頁、10頁に記載しております。全体を通じまして、本研究会としての考え方の概要を枠囲みで記載しておりまして、具体的な論述をその下に記載するという構成になっております。

まず、見直しの方向性といたしまして、諸外国の制度の現状を検証しております。諸外国の制度は、当局に広範な裁量を認め、個別の事情に対応して、柔軟に課徴金を算定・賦課することが可能な制度になっています。

そのため、我が国で生じているような問題は生じていないということです。

一方で、我が国の現行の課徴金制度がどうなっておるかといいますと、硬直的な制度となっており、企業形態のグローバル化・多様化・複雑化、事業活動の変化に対して柔軟に対応できていないという問題があります。

そうしますと、課徴金の算定・賦課に一定の柔軟性を認めるような制度設計というのでも考えられるのではないかとということです。柔軟性とは何かということ具体的に申し上げますと、例えば政省令によって委任する制度や、公正取引委員会の専門的知見により事案に応じて個別に判断するというやり方があるのではないかとということです。

他方、従来、課徴金制度では行政庁の裁量が認められないのではないかと議論がありました。

これにつきまして、本当にそうなのかということ、この検討会では会員の皆様、更には有識者からのヒアリングも含めて、検証しました。

研究会としては、裁量的な課徴金制度を認めないというのは、特段、憲法上の制約があるからではなく、政策判断によるものという整理がなされました。

一方で、広範な裁量を認める制度になりますと、場合によっては課徴金が刑事的な性格を帯びるという問題から、一定の制約があるのではないかとということです。

ということで、この研究会の進め方といたしましては、現行の課徴金制度にどういう問題があり、それをどのように解消するか検討し、更にはその時に留意するものとして、事業者と公正取引委員会が協力して、効率的・効果的な実態解明・事件処理を行う領域を拡大するという視点も必要ではないかとということで、まとめております。

こちらは、課徴金の法律論とも絡みますので、若干、詳細に説明させていただきます。

11頁の上に、諸外国の標準的な制裁金制度の概要を記載しております。

諸外国の制度の特徴としては、当局に広範な裁量があるということです。それにより、個別の事案に応じまして、柔軟な対応ができますので、我が国の硬直的な課徴金制度の下で生じている問題は起こりにくいということです。

競争法の性質につきましては、諸外国も日本も同様であり、複雑・流動的な取引を対象としておりますので、そういうものを予測しながら、行政措置の内容をあらかじめ決めるといふ制度設計は難しいのではないかというところで、個別の事案に応じまして、専門的知見による判断が尊重される分野ではないかということです。

他法令でも、金銭的不利益処分の内容を行政庁の判断に委ねている例もあり、我が国の制度設計上、不可能ということではありません。

一方で、独占禁止法における課徴金制度の歴史的な経緯をみますと、昭和52年に導入されたわけですが、一定の制約がございました。

その制約とは、違反行為者が得た不当な経済的利得の水準を上回らない範囲で、一律かつ画一的な算定方法により算定した額を不当利得と擬制し、これを義務的に課すという制度です。

過去の議論では、課徴金の水準をどうするのか、裁量を認めないのか、そういうものが制約条件としてありまして、特に刑事罰との関係で、二重処罰の問題を回避するためにそうした制約条件が設定されております。

しかしながら、平成17年の改正におきまして、課徴金の水準につきましては、違反行為の抑止のためには不当利得を超えて金銭を徴収する必要があるとの観点から、不当利得を超えてはいけないという制約はなくなっております。

一方で、現時点でも非裁量的な制度は維持されております。これが今後の制度設計においても、制約となるかどうかにつきましては、裁量的な課徴金制度になりますと、場合によっては刑事罰に近くなるということで、裁量を今まで認めてこなかったということございまして、これも飽くまで憲法上の制約があるということではなく、制度設計を謙抑的に設計するという政策判断によって、このような判断が行われてきたのではないかということです。

このような見解を補強するために、本研究会でヒアリングを行ったり、過去の裁判例を調べたわけですが、過去の裁判例を見ましても、「課徴金制度は、違反行為者が得た不当な利得の剥奪を直接の目的とするものではなく、飽くまでも違反行為の摘発に伴う不利益を増大させて、その経済的誘

引を減少し、違反行為の予防効果を強化することを目的とする行政上の措置」ということです。

この行政上の措置につきまして、専門家である憲法学者、刑法学者、行政法学者に本研究会でヒアリングを行ったところ、裁量が入ることで、直ちに違憲となるというわけではないとのことでした。一方で、このような制約は行政の恣意的な判断を排除するという仕組みとして重要な役割を担っているという意見がありました。

以上を踏まえますと、我が国においても、裁量的な課徴金制度は、憲法上の制約によって認められないというわけではないということです。

一方で、懸念としては、行政事件訴訟法の第30条を見ますと、「行政庁の裁量処分は、裁量権の範囲を越え、又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と規定されておりますので、裁量的な課徴金制度になりますと、司法審査が及ばないのではないかという議論があるわけです。

他方で、こういう裁量を認めた場合であっても、運用基準を策定して公表した場合には、裁判所は当該運用基準に従って処分がなされたか否かという公正取引委員会の判断過程について司法審査を行うことができる、つまり、司法審査の密度が高まりますので、公正取引委員会の恣意的な運用は排除できるのではないかということです。

しかしながら、(8)の「ただし」以下に記載がありますが、そのような制度設計であったとしても、やはり刑事上の責任を問うような性格のものになりますと、二重処罰等の憲法上の問題が出てくるということです。

他方、仮に刑事罰を廃止して、諸外国のように当局に広範な裁量を認める行政制裁金制度を導入したとしますと、その制度の性格が仮に刑事上の責任を問うものに近くなった場合、その制度を運用するための手続を、例えば刑事手続のように重くしないと、憲法上の問題が生じ得るのではないかといった問題もございまして、機動的な運営ができなくなってしまうのではないかという懸念もあるわけです。

そうしますと、制度設計に当たっては、こういう問題を回避するために、課徴金の水準、算定・賦課に係る考慮要素、どこまで公正取引委員会の専

門的知見による判断に委ねるのかといったところの範囲について、配慮する必要があります。

また、政策判断としては、昭和52年に課徴金が導入され、約40年間に渡って今の制度で運用されてきておりますので、制度の安定性・一貫性、そういうものも一定の配慮が必要ではないかということです。

(10) ですが、政策論といたしまして、現在ある問題を解消するために、法制度上は広範な裁量を導入することも可能かもしれませんが、今ある問題を解消するという観点からは、どこまでの制度改革が必要なのかということも検討が必要ということです。

さらには刑事罰との関係ですが、現在、独占禁止法違反行為を行った法人に対する刑事罰の適用が定着している中で、刑事罰を廃止して、当局に広範な裁量を与えられている諸外国のような制度設計を導入するというのは、必ずしも最適な方法と言えないのではないかと思います。

以上が、これまでの研究会で御議論いただいたものの整理です。

これらを踏まえますと、研究会では、公正取引委員会による適正な課徴金制度の運用を確保する制度や憲法上の要請、我が国の法体系・法理論を踏まえた制度設計とすること、機動的・効率的な運用が必要という課徴金制度の性格などを配慮いたしまして、制度設計を検討していくこととなります。その際には、現在生じている問題を特定し、それをどう解消するのかという観点から検討していこうということです。

その他の視点としては、事業者と公正取引委員会が協力しながら実態解明を図るという領域も拡大できるように留意することも必要ということです。

以上のように、今までの研究会の議論としては、法理論上どうなのか、政策上どうなのかというところを踏まえまして、具体的な制度設計をしようという議論がなされたということです。

次に16頁です。

具体的な制度設計におきまして、まず課徴金の法的位置づけは何なのかということです。

この研究会では、課徴金とは何かということにつきまして、過去の国会

答弁、裁判例等を踏まえ、行政庁が違反行為者等に対して不当利得相当額以上の金銭的不利益を課す」というのが、課徴金の性格と整理できるのではないかとということです。

したがって、不当利得に縛られるということではなく、違反行為の抑止という制度目的を達成する観点から、違反行為の抑止に不十分と認められるような場合には、制度設計の見直しができるのではないかと整理です。

こちらにつきましては、従来、不当利得を剥奪するというのが、独占禁止法上の課徴金の性格ではないかという議論があったわけですが、この研究会としては、課徴金は違反行為を抑止するための措置であり、不当利得につきましては、飽くまで課徴金が違反行為の抑止に必要な範囲を超えて過大な措置とならないよう、課徴金の水準を設定するためのメルクマールだという考え方で、整理されてきたということです。

さらには課徴金につきましては、違反行為を抑止するための実効性を確保するための行政上の措置として、必要かつ最適な手段と考えられるということで、正当性があるのではないかと議論がなされたということです。

以上を踏まえ、課徴金の算定基礎と制度設計につきまして、研究会で議論がなされております。

まずは、算定基礎となる売上額の範囲について、各論会合において議論がなされてきたということです。

これにつきましては、算定基礎については原則として法定化するというところで、この研究会で多数の会員の賛同を得たと考えております。そして課徴金を課す場合の算定の基礎をどうするのかということについては、大きく分けて3点の論点があります。

まず、現行、課徴金の算定基礎となる売上額は「当該商品又は役務」の売上額ということになっておりますので、違反行為の対象商品・役務の範囲を画定しまして、その範囲に入っている商品・役務の売上額を計算いたします。

しかしながら、その中におきましても、実際には違反行為の拘束を受け

ず、又は具体的な競争制限効果が発生していないものにつきまして、課徴金の算定の段階で、算定基礎から外すという解釈・運用がなされてきました。

課徴金額を不当利得になるべく近づけようということで、こういう制度設計や運用がなされてきたわけですが、こういう運用をしますと、例えば個別の商品とか、談合でいいますと個別の受注調整について、それぞれどのような調整過程があったとか、その商品はどのような特徴があるのかという子細な調査が求められるということです。

そうしますと、事業者と公正取引委員会の双方に負担が掛かるのではないかという問題意識です。すなわち、簡易・迅速に課徴金を算定しようという制度設計からしますと、よりシンプルな制度が望ましいのではないかということとして、例えば、具体的な競争制限効果があるかないかということを確認せずに、一定の取引分野におきまして、違反行為者が供給した全ての商品・役務の売上額をベースに、課徴金を課すという制度設計をしてはどうかということです。

2点目が、売上額がないケースです。

これにつきましては、売上げがなくても、違反行為による利得が観念できる場合が多数あるわけです。例えば、国際市場分割カルテルであったり、入札に参加して、自らは落札しないものの、他社に落札させるために協力することによって何らかの見返りを得るというようなものもあるわけです。

現行の課徴金制度は、そういうものを想定していない制度設計になっておりますので、不当利得を観念し得る事例を法定化いたしまして、対応してはどうかという議論です。

しかしながら、全ての類型を法定化できるということではありませんので、例えば後から政省令等で追加できるような制度設計をしてはどうかということです。

3点目として、課徴金の算定基礎となる売上額に重複があるような場合には、課徴金額が違反行為の抑止の観点から過大になるケースもありますので、それをどうするのかという議論がなされたわけです。

課徴金額が過大になる場合とは、いろいろなケースがあり得ますので、

ここは公正取引委員会の専門的知見による判断で、課徴金額を減らせるというような制度設計にしてはどうかということです。

一方で、予見可能性、透明性を確保するために、どういう場合に課徴金の算定基礎とする売上額を控除できるのかを運用基準で明らかにしてはどうかという議論があったということです。

続きまして、23頁の算定期間です。

算定期間は、現在、3年間までで限定されております。昭和52年の課徴金制度の導入当初は算定期間の上限が設けられていなかったものの、平成3年の改正におきまして、3年間という限定が付きまして。

当時の立法事実としては、課徴金対象違反行為の実行期間は、平均すると約1年2か月、さらには3年を超えるものがほとんどなかったということで、算定期間の上限が3年でも十分と考えられたということです。

一方で、現在はどうかといいますと、課徴金対象違反行為の平均は約4年。長いものですと10年に近いものもあります。そうしますと、算定期間の上限が3年ですと、違反行為のやり得が生じてしまうということです。

このため、算定期間の延長又は撤廃については、多くの会員の賛同を得たと思っております。他方で、24頁に挙げておりますが、課徴金の計算が不可能な事態を生じさせないという観点からは、例えば他法令の帳簿書類保存義務期間等に着目してもいいのではないかとということで、一つの例といたしまして、例えば会社法では、10年間の会計帳簿の保存義務があるということです。公正取引委員会が調査を開始、つまり、具体的には立入検査をした時点から、10年前までの会計帳簿があるはずですので、それを算定のスタートとして計算することは可能ではないかということです。

一方で、期限を限定しないという方法もあります。その場合には、算定が容易になるように、例えば、過去数年間の売上げの平均に違反行為期間を乗ずるという方法もあるのではないかとということです。これについては、いずれの方式がいいのかということは、今後、研究会で議論を深めていただければと考えております。

24頁の「エ」につきまして、これはどういうものかといいますと、最近、企業の再編が一般的に行われています。それに対応した形で、算定期間も

考える必要があるのではないかという趣旨です。

これは具体的にいいますと、例えばA社、B社、C社の3社のカルテルがあったといたします。立入検査をした時点で、このカルテルが10年続いていたとします。A社、B社につきましては、会社組織を変えずにカルテルをしていたものの、C社については、7年前に子会社のC'社からカルテル対象事業を譲り受けていたとします。また、C社においても、その譲り受けた事業につきまして、カルテルが引き続き行われていたとします。

そうしますと、A社、B社については10年分の課徴金が課される一方、C社については、法人単位でみますと、7年前の事業譲渡の時点から違反行為に参加したことになりますので、課徴金も7年分になり、C'社については事業譲渡時の7年前に違反行為が終わっていますので、課徴金を課すことができません。なぜC'社に課徴金を課せないかといいますと、現行は除斥期間がありますので、違反行為が終了してから5年たちますと、命令が出せませんので、C'社には課徴金納付命令が出せないということになります。

つまり、同じような違反行為を行っていたにもかかわらず、C社及びC'社については、組織再編があったことにより、企業グループ全体で7年分の課徴金しか課されません。

そうしますと、何の手当てもしなければ、C社グループについては7年間分の課徴金しか課されませんが、同じような行為をしていたものの、企業再編をしなかったA社グループ、B社グループについては10年間分の課徴金が課されるということになります。そういった平等ではない取扱いが生じる可能性がありますので、何らかの手当てが必要ではないかという問題意識です。

続きまして、25頁です。

算定期間につきましては、カルテルと、私的独占のうち支配型につきましては、違反行為期間とは別に、実行期間を認定いたしまして、それで算定する制度となっております。

なぜそうなっているかといいますと、やはり可能な限り現実に得た不当利得に近づけようという発想があったということです。

これにつきましても、必ずしも現実に得た不当利得に正確に近づけるような制度設計をすべき憲法上の要請はありませんので、簡易・迅速な制度にしようという観点からいいますと、実行期間を別途定める必要性はないのではないかということです。

現行でも、排除型私的独占につきましては、違反行為期間を基準として課徴金を算定するという制度設計になっており、それも参考にできるのではないかとということです。

続きまして、課徴金の基本算定率です。

これにつきまして、現行は10%となっており、平成17年に6%から10%に引き上げられております。

これは何度も説明しておりますが、8%を不当利得相当額として設定されたものです。9割の事件で8%以上の不当利得があったということで、8%をベースとしたということです。一方で、実は平均で見ますと不当利得は平成17年当時で16.5%ということでしたので、かなり謙抑的に8%というベースを決めたわけです。

8%をベースと決めまして、抑止の観点から、不当利得を上回るものということで、25%上乘せして10%にしたわけです。

違反行為による不当利得相当額が近年ではどうなっているかといいますと、平均につきましては、平成17年の改正時には16.5%だったものが、最新のデータでいいますと13.5%となっています。

今まで課徴金の算定率は10%と謙抑的に設定されてきたわけですが、平均値を見ても、不当利得を剥奪できていないという問題があるということです。

各国と比較しますと、この課徴金算定率の水準は低いのではないかとという議論も行われたということです。

そういう議論も踏まえまして、今後どうするのかということについて研究会でさらに御議論していただくことになろうかと思っております。

課徴金額の水準自体を引き上げるべきという議論もありましたので、その方法につきましては、算定期間を延長することや、基本算定率を引き上げることなどを併せて検討しながら、水準を引き上げてはどうかというこ

とです。

一つのやり方といたしましては、例えば課徴金の算定期間を10年に延長して、算定率は10%というやり方もありますし、日弁連の意見書の中にもありました、例えば算定期間を5年として、算定率を20%にするというような方法などいろいろな組合せがあるのではないかと思います。

続きまして、業種別算定率です。

こちらにつきましては、元々、卸・小売というのは利益率が低いのではないかということで、こういう制度が導入されております。しかしながら、実際、独占禁止法を適用しますと、違反行為の対象となった取引単位で、当該取引に係る事業活動が卸か小売かというふうに認定しているわけです。

また、卸と見られるような取引につきまして、不当利得を推計しますと、余り平均と変わりません。そしてさらには、何が卸なのか小売なのかということについて、現在は複雑な認定が求められており、多大なコストが掛かっているということです。

そうしますと、現状におきまして、立法事実として、業種別算定率を特別に残しておくという必要性もないのではないかとということが、研究会の中の多くの会員の意見だったと思います。

一方で、実態として、業種別算定率の恩恵を受けておりますのが、企業グループで一体的に事業活動を営んでいる場合の販売会社だということです。このため、例えば企業グループ全体で卸・小売を判断するという制度設計も、意見としてあったわけですが、違反行為の対象となった事業活動を基にグループ企業単位で卸・小売を認定するとすれば、更に認定が複雑になってしまいます。仮にそのような制度設計にすると、卸・小売の認定を公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねるといったような制度設計にしない限りは、簡易・迅速な処理ができないのではないかとということです。

ただし、そういうものについて、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねるような制度設計ができるのかどうかということが問題だと思います。

続きまして、中小企業算定率です。

こちらにつきましては、昨今の実績を見ますと、算出した不当利得の平均で見ますと、余り全体と変わらないということです。

一方で、やはり中小企業が置かれている立場は厳しいのではないかと、さらには会社全体の売上げに占める課徴金の比率を見ますと、大企業に比べてその割合が高くなっています。そうすると抑止にも資するのではないかとということで、中小企業については、軽減率を残していいのではないかと議論があったと思います。

他方で、大企業グループに属する場合には、定義上、中小企業に該当したとしても、そこは考慮する必要がないのではないかとということで、そういうものを中小企業算定率の適用対象から除外することが必要ではないかということです。

続きまして、最後ですが、課徴金の加減算です。

今、加減算しておりますのは、違反行為から早期に離脱した場合には課徴金を20%減額し、違反行為を繰り返した又は違反行為を主導した場合には、課徴金を50%増額するという制度になっております。

最初の早期離脱につきましては、自発的に違反行為をやめていただく事業者というのは、通常は課徴金減免制度を使うこととなりますので、そちらに取り込んだ上で、廃止するのがよいのではないかとということです。

現行制度上、早期離脱の恩恵を受けておりますのは、違反行為を自主的にやめるのではなく、たまたま入札資格がなくなってやめるというものですので、そういう場合まで課徴金を20%減額することは、元々、早期離脱に対する軽減算定率を導入した趣旨に反しているのではないかとということです。

繰り返し違反・主導的役割につきましても、現行、これを変える理由もございませんので、維持していいのではないかとということでした。

一方で、繰り返し違反につきましては、先ほども説明いたしましたが、現在では、企業グループ内の再編が多く行われておりますことから、場合によっては、グループ全体で繰り返し違反を判断するというところもあるのではないかとということで、検討課題として挙げているわけです。

一方で、それが同一組織とみられるのか、そうでないのかというような

判断もありますので、例えば範囲を限定するというものではないかということです。

最後に、コンプライアンス体制や支払能力についても考慮して減額すべきだという意見もあったわけですが、こういうものは、やはり法定化して、一律に対応するというのは困難だと考えられます。こういう場合には、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねるといったやり方もあるのですが、そういう必要性は、今までの議論では認められなかったのではないかということです。

以上、簡単ではございますが、課徴金の加減算までの報告書（案）の内容の説明です。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

それでは、かなり細かく説明していただきました。先ほどの私からの提案のように、まず報告書（案）の構成や全ての項目に共通する問題など、報告書（案）の全体的な枠組みについて、例えば論点の項目分けとか記載の順序といった報告書（案）の構成、追加すべき項目や参考資料があるか、あるいは、全体的な表現ぶりや結論の記載方法、記載の密度や分量等について、忌憚のない御意見を頂ければと思います。

最後に全体検証でも、似たような議論をしますが、最初に入り口のところで、全体の構成について何か御意見ありますか。

村上会員、どうぞ。

○村上会員 今までの報告の範囲内に絞って意見を申し上げますというか、このままでいったら、私が解説を書くと、いろいろ注文が付くので、3点ばかりに絞って申し上げます。

○岸井座長 村上会員、個別の論点はまた後で議論しますので、まずは全体の構成に絞ってお願いします。

○村上会員 全体の構成よりも、今までの範囲内で、個別の論点についての意見です。別に全体の構成自体はこれで特に意見ありません。

○岸井座長 そうですか。個別の論点は後ですぐやりますので、今はいいですか。全体の構成について、よろしいですか。特に問題は。向会員からどうぞ。

○向会員 進めていただく枠組みにつきまして、異存ございません。

また本日の検討対象の範囲につきまして、事務局から御説明いただいた予定についても、異存はないのですけれども、その前提で、主に二つの理由から、場合によっては、私どもとして、報告書の全体に対して、賛同しかねるということが、可能性としてあり得ます。

まず先ほど御説明いただいた中には、いくつかの箇所において、新しい制度を導入すべき理由として、過去の事例を踏まえても、現在の制度を変更することで生じ得る支障はほとんどないとか、そういった発想が、ところどころ見受けられるように思うのですが、それは逆を言えば、たとえ僅かながらでも、現在の制度に意義があった事例があったはずです。

制度設計において、そういった、例外的かもしれませんが、支障があり得るということは重く受け止めるべきであって、今後の検討の中で順次申しますが、それがもし適切に考慮されないのなら、全体として、制度の改正に反対という結論に至り得るといことです。

少なくとも課徴金の制度というものに関して、そういう発想から意見が取りまとめられているような部分が少しあるのではないかとことです。

もう一つは、極めて個別具体的な点で、次回に予定されている対象範囲に関するものですので、今日は、差し控えますが、報告書（案）全体についてはそういったことがございます。

○岸井座長 井上会員，どうぞ。

○井上会員 ありがとうございます。

進め方とかまとめ方，構成はよろしいと思うのですけれども，全体の感想めいたことを1点申し上げたいと思います。

今回のこの報告書（案）の中で，課徴金の見直しに当たって，「抑止」というのがキーワードになっているのですけれども，抑止効果というのが，どういうふうに計られているのか，どういうふうに効いているのかというところが，必ずしも明確に根拠として示されていないような感じがあります。

「抑止」を非常に重要なキーワードとするのであれば，どのように抑止力というのを見ていくのかということ，少し報告書（案）の中に，どこ

かに盛り込んだ方がいいのではないかと思います。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

ほかにいかがですか。

今、お二人の発言は、私もどういふふうに受け取ったらいいか、若干困惑しているのですけれども、向会員の、要するに、例えばほとんど問題が生じていないというのは、個々の制度ごとに具体的な論点ごとに検討していかないと、それがどういふ位置づけなのかということも、そもそも分からないですよ。

その重みも判断しかねるわけですから、それがいっぱいあるからということからいきなり全体として反対というような議論をされると、かなり飛躍があるのではないかと思います。私は今はこれ以上その御意見について確認する気はありませんが、要するに、全体として、いろいろ問題が多いと考えた場合は、報告書全体に対して何らかのスタンスを取ることもあり得るという、そういう言及であるということで受け取ってよろしいですね。

○向会員 はい。

○岸井座長 では、それはそういうことにします。

それから井上会員の御発言ですが、抑止効果というのですけれども、これもやはり、全体としてというような言い方をされたのですけれども、やはり抑止効果を制度ごとに具体的に見ていく必要があるのではないのでしょうか。私は、公正取引委員会の事務局の方もいろいろなデータはかなりそろえているというような印象を持っているので、これもやはり個別の論点を議論する中で、また、具体的に議論をしていただければと思うのですけれども、それでよろしいですか。よろしいですね。

及川会員、どうぞ。

○及川会員 お話があったかもしれませんが、すみません。途中から参加して。

今はまだ記載されていない報告書（案）の58頁の第3の15のところの書かれ方のタイミングなのですが、次回が終わった後に第3の15が出てくるのか、それとも、最終回に出てくるのか。お考えをお教えいただけますか。

○岸井座長 これは議論の進み方次第だと思うのですけれども、何か全体的なところで問題が出てきたら、改めてまたそこで議論して作るということになるか

もしれません。今の時点でどういう形になるかというのは、答えられないのですけれども、事務局の方では、何か一応の心積もりはありますでしょうか。

○向井参事官 まず一通り議論いたしまして、それを踏まえて、全体検証を行っていただくというのが一番効率的だと考えておりますので、事務局といたしましては、その後に全体検証を含めた議論をまとめて修正案を作成しまして、最終会合ではその修正案について検討していただければと考えております。

○岸井座長 よろしいですか。

ほかにいかがですか。全体的な構成について。先ほどの私の提案では一応、項目とかで欠けているところとか、例えば参考資料について、これは入れた方がいいのではないかといった例を挙げましたが、何かありましたらどうぞ。

よろしいですか。

それでは、全体の構成はこれでひとまず終わりにしまして、続いて報告書（案）の具体的な内容、第1から第3の7の課徴金の加減算まで検討を進めたいと思います。

記載順に検討を進めつつ、論点ごとに研究会の考え方について意見集約を図りたいと考えております。

また、各論点で引用されている参考資料については、別途検討する時間を設けることは考えていませんので、それぞれの論点と併せて御意見を頂きたいと考えております。

それから、関連する論点に関する意見があれば、議論の混乱を招かない範囲で、必要に応じて御発言いただければと思います。

そこで、これは私からの具体的な進め方の提案なのですけれども、今日の範囲もかなり分量が多くて、いろいろな論点が入り込んでおりますので、順番にやるのですけれども、一応、三つぐらいのグループに分けて、順番にやったらどうかという提案です。もちろん前後しても構いません。

1頁目の目次を御覧になっていただきたいのですが、本日は目次の2頁目の7までやるのですけれども、総論的な議論というのが、第2の1の課徴金制度の見直しの必要性と、第2の2の課徴金制度の見直しの方向性、

それから第3の1の課徴金制度の法的位置づけという、いわゆる制度の趣旨・目的の話、ここまでは、かなり総論的な議論なので、ここまでをひとまとめにして、第1グループということで、まず議論していただいて、その次に、第3の2の課徴金の算定基礎とする売上額の範囲についてですが、これは、各論の会合で議論したときも、解釈論について、かなり細かい議論も出てきましたので、これはこれだけで独立してやった方がいいのではないかと考えています。

その後、第3の3以下の算定期間、基本算定率、業種別算定率、中小企業算定率、課徴金の加減算、これは算定率とか期間とか、その辺のところにウエートが置かれているので、これを第3グループとさせていただいてはどうかと思うのですけれども、いかがでしょうか。

あちこち飛んでも構いませんし、両方またがっている論点もあるので、けれども、とりあえずこういう形で、余り重複がないようにということで進めたいと思います。よろしいですか。

ではそういうことで、まず第1グループの見直しの必要性と方向性、それから法的位置づけ、第3の1辺りについて、順番にお話を、関連もしておりますので、議論していきたいと思います。

「はじめに」はいいと思いますので、必要性・方向性からどうぞ。

村上会員、どうぞ。

○村上会員 よろしいですか。

正しく、最初は、この「はじめに」と見直しの必要性と方向性のところと、座長が言われたように、全員がこれに賛成する必要はないので、別に反対する意見を持っている人がいてもいいし、別にそういうふうに、後で意見が出てくる、それは一向に構わない話だと思うので、各人が意見を言っ、どの程度聞いてもらえるかということだと思っています。

それで、最初の見直しの必要性です。今の課徴金制度の課題についてどう考えるかというのは、独占禁止法にとっては深刻なので、行政制裁金というのを導入できないと、日本の独占禁止法というのは、それは反トラストほかEUの競争法について対抗できないだけでなく、私はアジアの中でも、二流三流の競争法に成り下がってしまうというか、その可能性があ

ると思います。

なぜかという、もう今やアジアの国でも、ほとんどの競争法は、私が言った行政制裁金というのは導入済みです。それで実際に中国とか韓国は、クアルコムとかに単独行為でも、行政制裁金を課しているし、それからカルテルだけでなく、垂直的価格制限でも行政制裁金を課しているので、その中で日本だけ、そういうカルテル以外には、制裁金を課せないというのはおかしいと思います。

それは逆に言えば、そういう意味で行政制裁金は導入しないでカルテルだけに絞るとなると、私は将来的にというか、もう既にそうなのかも分かりませんが、欧米というよりは、むしろアジアの競争法の中でも、日本の独占禁止法は二流三流の競争法だという、そういう評価になりかねない可能性があるのです。そここのところは、むしろ一番の問題意識になっているので、そこはある程度、幅広く課徴金の対象行為にするべきだと思います。

それでその次に入りますが、あと、言い訳がましくと言ったらおかしいですが、理由づけにEUの確約制度を入れるからどうかということが載っているわけですが、確約制度というのは、いわゆる違反を認定しない制度なので、むしろEU競争法でも、単独行為でも、通常は、事件で違反を認定して、制裁金を課しています。確約というのは、行政制裁金を入れて抑止を図るための代替になるような制度ではありません。きちんと違反のあるものは違反を認定して、制裁を科していくというのが、カルテル以外の垂直的制限でも、単独行為でも、必要な制度であるし、世界中の競争法はそれにしているのだから、私はその辺が一番の問題意識というか、かねてから言っているところです。

2番目は、課徴金の性格については、それは今、話した方がいいのか。次の段階で話した方がいいのか。どうでしょうか。

○岸井座長 今の話は、恐らく第3の11の「行為類型による相違」の私的独占や不公正な取引のところで、確約の話が出てきますから、次回以降にお願いします。

○村上会員 いや、ではなくて、私がこれから話していくことは、課徴金の法的な、

不当利得の剥奪であるか、行政上の制裁であるかという、性格づけというのが大きくその後に響くので、その議論です。

○岸井座長 もちろんそれは、確約の話は後で出てきますので。よろしいですか。確約の話は後で出てきますので、不当利得の話でしたら、基本的な性格づけの話になりますが確約の話とクロスすると、また混乱してしまいますので、よろしいですか。

○村上会員 いいですが、今、説明したのは、16頁の書き回しの現行課徴金の法的位置づけというものをどう書き回すかというところを話したかったのです。

○岸井座長 それはもちろん性格づけのところは出てきますけれども、確約の話は、後の話ですよ。

○村上会員 後の話でいいですか。

○岸井座長 私的独占の話ですから、そちらは置いておいていただかないと、確約の話を入れて議論しますと、混乱してしまいますので。

○村上会員 分かりました。

○岸井座長 44頁のところに、確約の話は出てきますから。
ほかにいかがですか。課徴金の基本的性格について。
大沢会員、どうぞ。

○大沢会員 基本的なところでは、特に違和感なく読ませていただいたのですが、1点だけ、特に、どうこう直してくれとか、そういうことではないのですが、ちょっと思ったところだけ申し上げますと、8頁の調査協カインセンティブがないと、どういったことが起きているかということの①のところ。前半は分かるのですが、事業者が自主的・積極的に従業員が加担している違反行為を発見・是正するメリットが、今のところないというところは分かるのですが、その次に、「そのための実効性あるコンプライアンス体制を整備するメリットにも欠ける」というところがあるのですが、一般的な感覚からいうと、コンプライアンス体制を整備するというのは、メリットがなくても、当然、整備しなければいけないことなので、それでインセンティブがないから、コンプライアンス体制が整備できませんねというのは、一般の感覚からすると、理解し難いなと思ったので、それだけです。感想的なことです。

○岸井座長 どうもありがとうございます。

これは8頁の真ん中の①ですね。「実効性あるコンプライアンス体制を整備するメリットにも欠けるところがある」という表現なので、大沢会員のニュアンスも入っているかなとは思うのですけれども、よろしいですか。

○大沢会員 そうですね。

○岸井座長 恐らくコンプライアンス体制の整備が、よりこういう形で進むという趣旨だと思いますので、もし違和感がありましたら、表現を変える可能性もありますけれども、それでよろしいですね。

○大沢会員 結構です。

○岸井座長 ほかにいかがですか。

中原会員、どうぞ。

○中原会員 私は、基本的にはこのような整理で結構だと思いますけれども、15頁の下から4行目に、「事業者と公正取引委員会が協力して効率的・効果的な実態解明・事件処理を行う領域を拡大できるよう留意しつつ」という記述がございまして、このこととの関係で、第2回の会合において、曾和教授から「協調的法執行」というお話がございました。

報告書（案）では、事業者や公正取引委員会の過度な負担の回避、違反被疑事業者の従業員等が事情聴取に応じる負担の軽減といった観点が強調されていますけれども、それだけではなくて、むしろ協調的な法執行が効果的な実態の解明にもつながるといって、積極的な意味もあると思いますので、このような「協調的法執行」という考え方についても、ここに盛り込んではいかがかと考えます。

○岸井座長 そうですね。これは前回、井上会員の方からも一言出ていたと思いますので。

どうぞ。

○井上会員 これは、次回以降の検討によりけりかもしれないのですけれども、9頁から10頁にかけての考え方のところで、10頁の最後の丸、「具体的な制度設計に当たっては」というところですが、事業者と公正取引委員会が協力してということに記載いただいたのは大変有り難いのですけれども、次回以降、手続保障の見直しの話に御賛同いただけるようであれば、ここ

に、是非、過剰な要件、立証負担の見直しと併せて、必要な手続保障の見直しというような文言を入れていただければと考えております。

○岸井座長 それでは、これは最終段階で、何らかの形で、今の「協調的法執行」というのが一つの考え方として、中原会員はここに盛り込んでどうかということなので、何かそういう言葉を入れた表現に、ちょっと書き直すということはあるかなと思うのですけれども、そういう御提案でよろしいですね。

これは特に異論はないと思いますので、そういう形でやりたいと思います。ほかに。

向会員、どうぞ。

○向会員 13頁の下段の（6）の中で、行政事件訴訟法第30条に言及しながら、記載されている部分がございますけれども、この部分の趣旨なのですが、今、おおむね想定されている新制度が導入されたときには、その下での課徴金納付命令には行政事件訴訟法第30条の適用があることが前提になってしまっているのかどうか、私には理解しかねました。

例えば、私の理解の限りで申し上げますと、この後の議論になると思いますが、課徴金の算定基礎となる概念がまず判断され、それに基づいて一定の料率が課せられ、さらにその後の加減算に関する判断があり、それについては調査協力の関連で証拠の価値に関する判断も踏まえて行われる、というような流れであると理解しますが、それはいわゆる典型的に行政事件訴訟法第30条で裁量処分と言われているものとは、同じようなものではないような気がむしろいたしまして、その点の整理が必要ではないかと思っております。

○岸井座長 今の点は、行政法の議論になりますので、もしよろしければ宇賀会員の御意見を伺えませんか。これは私の方で論点を、向会員が書かれたものも読ませていただいておりますので、それとの関連も含めて言いますと、行政事件訴訟法第30条は、講学上のいわゆる羈束行為にはそもそも裁量はないのだから適用されないということで、独占禁止法の課徴金の算定規定のうち、羈束行為として適用されないものもあるのではないかと、そういうような御趣旨でよろしいですね。

ただ、これは行政法学の一般的な理解からすると、ちょっと違っているような気もするのですけれども、これは専門家の方に、宇賀会員か中原会員に、この行政事件訴訟法第30条の問題について、もし良かったら簡単にコメントしていただけるとありがたいのですけど。

○宇賀座長代理 行政処分に裁量を与えられている場合に、行政事件訴訟法第30条では、逸脱・濫用がある場合に違法となるとしています。裁量基準を、例えばガイドラインで定めたとしても、それは全く司法審査の対象にならないかということ、そういうことではなくて、前にもちょっとここでもお話ししたと思うのですけれども、ガイドラインで定めた基準というのは、基本的には行政を拘束します。

ただ、法規命令とは違いますから、個別事情を考慮して適用しないということはあるわけですね。

しかし、そういう特段の事情がない限りは、むしろそれに拘束されるというのが、ここにも引用されています平成27年3月3日の最高裁判決であるわけですね。

そういう意味では、ガイドラインというのも、司法審査の対象になってくるわけですね。

それから、ここで、平成23年6月7日の判決が書かれていますけれども、不利益処分をするときの理由の提示について、この平成23年6月7日の最高裁判決は、これは、「常に」という言い方をしているわけではなくて、その事案においてはという留保が付いていますが、行政規則として作成された処分基準との関係まで理由で示さなければ、どういう事実、どういう基準を適用して、こういう処分をしたかということが相手方に伝わらないので、単に法規命令だけでなく、その下にある処分基準との関係まで理由を示さなければならないということを判示しています。

ですから、公正取引委員会の裁量を認めたガイドラインを定めたとしても、その部分が司法審査の対象にならないかということ、そういうことではなくて、理由の提示との関係で、意味を持ってくる場合もあり得るし、それからまた基本的には、行政規則であっても、行政庁はいわばそれに自己拘束されて、個別事情を考慮してそれを適用しない場合には、その理由を

説明する義務が生じてくるのです。したがって、裁量を与えたからといって、司法審査の対象にならないわけではないということを、ここで言いたかったのではないかなと、私は理解しました。

○岸井座長 よろしいですか。

○向会員 ありがとうございます。

今、御説明いただきました点は、主に調査協力インセンティブを拡充する部分に関して、つまり証拠の評価によって、どのくらい課徴金が減額されるのかという部分に関して、想定される内容を御説明いただいたと思っているのですが、その手前に、そもそも、現行制度では「当該商品・役務」と呼ばれている概念に関する判断があって、それに一定の算定率を掛け、その上で、例えば先ほど来、御紹介がありました、後で改めて議論されるものと思いますが、業種別算定率や、中小企業算定率という、調査協力インセンティブ関連の事項にたどり着く前の部分も、課徴金の計算には含まれていて、その部分も全部含めて裁量処分だというお話になるのは、飛躍があるのではないかというのが、私の先ほどの趣旨です。

○宇賀座長代理 分かりました。およそ、裁量がない部分というのは、行政事件訴訟法第30条の問題ではないですよ。法令で定められた基準に適合していなければ、当然、それは違法ということになります。

○岸井座長 いいですね。これはこれ以上もう突っ込みませんので。個別の規定の解釈問題になってくると思います。

ほかにいかがですか。どなたか。

よろしいですか。

それでは、私が、気が付いた点を何点かお話しさせていただきたいのですが、10頁のところなのですけれども、裁量性について、課徴金制度に一定の柔軟性を認めるのが適当であるという文脈で書かれているのですけれども、その10頁の囲んだ枠の中の丸、ですから、上から7行目からの「上記①から③を踏まえると」という文章ですけれども、「諸外国のように当局の広範な裁量に問題の解消を委ねる方法ではなく」云々とすれば、「憲法問題が生じることはない」と書いてあるのです。

これ、読みますと、こういうふうにしないと憲法上の問題が生じるよう

に書いているのですけれども、これは、抑制的というか、慎重な書き方をしているのです。例えばこれは何らかの文言を付け加えるとすると、「少なくとも」とか、そういうふうにした方がよいと思います。そうしないと、裁量を認めること自体は問題ないということを、本文の中で繰り返し述べているわけですから、これは「少なくとも」とかもしないと、憲法問題が生じることはないという意味のところ、これで憲法問題が生じるかどうか分かれるように誤解されるおそれがあるので、どうかなと思ったのです。

これは読み方の問題になるかもしれませんが、元々裁量を認めることに、憲法上の基本的な制約はないというのが、ヒアリングも含めて、この間、ここで議論してきたことだと思います。したがって、この表現はもう少し、「少なくとも」というか、そういうようなニュアンスをここに、何かの形で入れたらどうかと思うのですけれども、いかがでしょうか。

何かほかに。総論的な議論なので、今まで繰り返しやられてきたところですが、ほかに特にありませんか。

よろしいですか。特に問題ないですか。

それでは、この辺の表現はもう少し工夫していただくということにしたいと思います。それではこの第1グループ、特に見直しの方向性のところは、いろいろ議論が出ましたけれども、法的位置づけについても、もちろん議論して構いませんので、この辺については、いかがでしょうか。

順番にやるということですので、第2の課徴金制度の見直し（総論）の1の見直しの必要性と、それから9頁からの2の見直しの方向性ですね。この文章については、今いろいろ議論が出されたということで、一応、これで。最後にまた全体検証というのはありますけれども、意見集約としては、これで問題なかったという、そういう形の整理にしてよろしいでしょうかね。

それでは、第3の具体的な制度設計ですが、今日はほとんど意見が出なかったのですけれども、今までさんざん議論してきた点ですが、これについてもいかがでしょうか。特に問題ありませんか。

不当利得の位置づけ等について、かなり詳しい議論がされておりますけれども、よろしいですか。特に問題ないですか。大丈夫ですね。いいです

か。

○村上会員 それでは、16頁からいよいよ来たみたいな感じですね。

それで、こういう今の説明を聞いていても、不当利得の剥奪というのは、もはや問題でないようなことを言いながら、何でこんなややこしい書き回しをしなければならないのかなというのは、行政上の制裁と書いてもらえばそれでお終いの話で、しかもその後のところを見ると、その制裁のところと、それから不当利得の剥奪が合致していない説明というのは山ほどあるのであって、例えば繰り返し違反とか、若しくは主導的役割とか何とか、これは後で見ると不当利得のあれだからそうなっているけれども、ここで話したときでも、基本的には違反事業者の有責性の程度を踏まえて1.5倍にするのだという議論をしていたはずなので、その、私は行政上の制裁で割り切っているものであって、何もややこしくする必要はないのであって、不当利得のところの書き回しのところは、その後いろいろなところに何だかんだ言いながらまだ残っているので、できたら不当利得は全部削った方がいいので、そこは見直ししてほしい。

何よりも、その不当利得が出てくる原因というのは、数字が独り歩きしている。不当利得は何%とかで数字が独り歩きしているものであって、今ごろ世界のどこの競争当局へ行ったら、みんな不当利得なんて計算不可能だと言うし、専門家も国際的に全部、競争法違反行為による不当利得なんかは計算不可能だと言います。

多分、日本の経済学者に聞いても、ほとんど不当利得なんてそんなこと、算定できないと言うことの方がむしろ多いと思うので、それが数値だけ独り歩きしていて、しかもその数値に根拠が何かあるかといったら、ほとんど何も証拠が出ているわけでもないし、これで何%になったかというのが出ているわけではないので、したがって、私は数値を独り歩きさせるというのは、不当利得のために危険な無謀な議論をやっているという話なので、本来ならば、例えば、今はやりの第三者委員会じゃないですが、きちんと証拠を出して、秘密保持義務をやって、監査法人とか、若しくは経済の専門機関にチェックさせて、本当に不当利得の数値にそれぞれ根拠があるのかどうかというのを、きちんとやらないで、数値だけ独り歩きさせて、そ

の後の議論をそれが当たり前のように、それがいかにも裏付けのある客観的な証拠であるような形で、ペーパーを作っていくというのは、別に今回始まったわけではありませんが、今までずっと課徴金の議論というのは、そういう議論をずっと続けてきたので、証拠の事実上ないような数値が独り歩きして、何%ならいいとか、1.5倍ならいいとかという議論というのは、私はもうそろそろ、それも見直すべきだろうと思うのです。

それはなぜかという、行政上の制裁だと言い切ってしまうと、そのところは、もう相場観で割り切れればいい話を不当利得といっているの、論拠のない、証拠のない数値を独り歩きさせているというのが、今までの議論をずっとやってきたので、これは意見ですけれども、そろそろそういうこともやめるべきであろうという、それぐらいです。

○岸井座長 分かりました。

では、今の点ですけれども、16頁のところに、最後の4行目ですね。「不当利得は、飽くまで課徴金が違反行為の抑止に必要な範囲を超えて過大な措置とならないようにするための制度設計上の指標にすぎない」。だから、これに賛成するという御意見と受け取ってよろしいですね。

井手会員、どうぞ。

○井手会員 今回の村上会員の御主張はもつとも、確かに不当利得を推計するというのは、経済学的にも非常に難しいというのは事実なのですが、ただ、行政的制裁とすると、基準ということ考えたときに、ある程度、最低限の基準というものが示された方が、透明性という観点では、私は事業者にとっても有益なのではないかなと思います。

そういう意味で、報告書（案）にも「指標にすぎない」と書かれていますので、飽くまで指標ということですが、やはり不当利得というのが、ある程度基準にならないと、これからの議論はなかなか進まないのではないかなということ、経済学的な見地から意見を申し上げます。

○岸井座長 どうもありがとうございます。

○村上会員 よろしいですか。

それで、おっしゃるとおり、何かあるなら、基準があるにこしたことはない。ただ、使う以上はきちんと証拠があって、こういう数値があって、

こうこうして、それがどこの専門機関でチェックして、それでその分析というのは間違いなくそうだという、そのところの示しがなくて、全く我々も数値の論拠というのはほとんど知らされていませんから。

それで、私が国会の参考人審尋に出ても、結局は相場観で決めたのだと言わざるを得ないので、実際にはその辺の話なのであって、その論拠がきちんと本当に経済学的にそれぞれの、例えばさっき言った繰り返し違反の場合には1.5倍に本当になるとか、主導的役割の場合には1.5倍になる、両方合わせれば2倍になるとか、そういう形の、私は客観的論拠がない数字だけを独り歩きして、議論していくというのは非常におかしの議論。国際的に見てもおかしの議論を、日本ではやっているということの話になるだろうということです。

以上です。

○岸井座長 泉水会員、どうぞ。

○泉水会員 不当利得にこだわるべきではないというのは、全く賛成なのですが、全く数字に根拠がないと言い切られてしまったら、そこまでそうなのかと疑問がありまして、一言申し上げます。

売上高営業利益率を使っていた頃には、そもそもカルテルや談合による不当利得を計算する際に、そのような行為を行っていないはずの企業の売上高営業利益率を見て、不当利得をどうやって計算できるのかという疑問を以前から持っており、従来からそのような指摘もなされてきたと思います。

ただ、今回出てきている13%というのは、談合等がなかったときと、あったとき、あるいは談合等がなされていて、やめた後の落札価格等を見ているはずなので、そういう意味では、13%という数値については、どこまで精緻かは別として、一定の根拠があると思います。

また、もちろん、不当利得に加えて、さらに社会的損失は幾らかというような計算までは入っていないという問題もありますし、不当利得を正確に計算するのは大変だということもあるのですけれども、一切の根拠がないわけではないと思います。

○村上会員 いいですか。

反論だけしておきましょう。

それで、とはいいいながら、世界中の競争法で同じ裁量型行政制裁金を使って、ちゃんと各国何%という率を、別に不当利得の説明でなくて、掛けているわけです。

それはやはり競争法違反で、この違反行為については、このぐらいの20%相場観というのが、やはりおのずから全世界的にもあるし、それでいくとこの程度というのは、刑事罰だって同じだと思いますけれども、それゆえにこの程度という相場観というのは、具体的に出来上がっているのに、不当利得というのを根拠にしてパーセンテージを決めているわけでは決していないので、むしろ使わないでパーセンテージを作るのが、ほとんど全部だと思ってもらえばいいというぐらいのことです。

○岸井座長 分かりました。

この不当利得については、大体、議論が出尽くしていると思いますが、一つの指標になるかという点について、世界的な相場感云々という意見が出ましたが、アメリカの量刑ガイドラインでも、算定率の20%のうち、10%は不当利得、10%は社会的損失、という形で、メルクマールの一つとして不当利得を使っていますよね。

だから、不当利得をどういうふうに位置づけて、どういうふうに使うかというのは、いろいろな選択肢があるので、私も泉水会員と同じ意見で、不当利得の根拠について全面的に否定してしまったら相場は一体誰がどういうふうに決めるのかという話になってしまうので、無理して全面否定する必要は、私はないのではないかと思います。その意味で、こういう書き方でいいのではないかと考えています。

これはとにかく切りがないので、これでよろしいですか。

○村上会員 今、座長が言われるのも、それなら、その辺の相場観で説明すればいいという話ですかね。不当利得の根拠についての話です。

○岸井座長 それでは、課徴金の基本的な法的位置づけについてはこれで議論は尽くされたということで、よろしいですね。

それでは、次に第2グループで、これは細かい解釈論の話が出てきますので、余り突っ込んだ議論をすると、これは具体的にどうするかという制

度設計の話にも入ってきますので、ここでは、必要以上に議論ができない部分があると思うのですが、算定基礎とする売上額の範囲ということで、19頁のところから、基本的な考え方、それから2が、見直しの方向性が20頁ですね。

それから、21頁の(3)のところは、売上額がない場合の対処の方法というのが、22頁の下の方まで出ております。

22頁から23頁までは、重複による控除を主に念頭に置いておりますけれども、減額の可能性の話をしているというところですね。これについては、マニアックと言ったらおかしいですけども、余り突っ込んだ議論にならない範囲で、議論をしていただければと思います。

向会員、どうぞ。

○向会員 すみません。若干、そういった細かい部分に入らせていただくことになるかもしれませんが、まず19頁の中段辺りの「また」という段落の中で、「ア②の要件」についての言及がございまして、これについては、「ほとんどない」ということで、別紙8参照となっております。そこで、その別紙8を拝見しますと、参考資料集の64頁です。いえ、すみません、この表というよりも、別紙7でした。

○岸井座長 頁数を言っただけですか。

○向会員 参考資料集の61頁の上から2番目に、「東京無線タクシー協同組合に対する件」という事例紹介がございまして、私の理解の限りで要約させていただきます。間違いがございましたら御指摘いただければと存じます。ここで問題となった当該商品はタクシー向けのガスですが、ここで言われている協同組合というのは、位置づけとしてはむしろ需要者、売る側ではなく買う側の、ある種の互助会的な団体であって、個々のタクシー事業者がそれぞれが小規模の需要者であるがゆえに、需要を取りまとめて、そういった組合員である需要者に分けていたという意味で、全体像としては、売主というよりも買主に当たる者が、この協同組合という形で存在して、その協同組合がより大きな事業者団体の中に属していて、この事業者団体が事業者団体として違反行為をしてしまったという事例であったといえます。

その結果、独占禁止法の規定に従って、事業者団体の独占禁止法違反行

為について、その所属員であるこの協同組合にも、構成員として課徴金が課され得る状況になりました。

しかしながら実態としましては、この協同組合やその組合員の方々は、供給者ではなく、需要者と評価されるべき存在であったと思います。ここで、報告書（案）の19頁のAに戻りますが、「①違反行為の対象商品又は役務の範疇に属する商品又は役務であって」のところに該当するということになりますと、課徴金が課され得る状況となってしまいます。

需要者側の需要を取りまとめる存在ではあるものの、供給側から供給されるものと同じものを、更にその組合員に分け与えているがゆえに、①には該当してしまうのだけれども、本当にそれで課徴金を課していいのかということで、更に検討したところ、やはり結論として適当ではないということで、課徴金を課すべきではないという結論が出された事案だと私は理解しております。

仮に報告書（案）でいわれているように、ほとんど問題になる事例がないとしても、実際にこういった、課徴金が課されるべきではないと判断された事例があり、そういうことが今後も起こり得るという状況が残されているわけですから、ほとんどないという理由だけで、こういう事例をすくい取った要件を消し去ってしまっただけというのは、議論されるべきではないかと思えます。

以上が価格カルテルの話で、もう一つは、入札談合なのですけれども、入札談合についても、おおむね同じような趣旨で、この2番目の要件は、外しても良いのではないかと整理されてきておりました、それもおおむねそうなのかもしれませんけれども、例えば参考資料の別紙7、資料集の62頁以降に、（2）入札談合事案ということで、最判の平成24年、東京高判の平成24年、東京高判の同じく平成24年の事案を挙げていただいて、入札談合事案の場合に、なぜ具体的な競争制限効果という②の要件が必要なのかということについての過去の裁判例が挙げられております。ただ、ここにはいわゆる土屋企業の事案は挙げていただけていないように思ひまして、私の理解の限りでは、その土屋企業事件では、具体的競争制限効果というものが要るのではないかとということになっていった理由とい

うのは、対象者に課徴金納付命令を課すということになると、それが何らかの意味での制裁的な要素を持つという意味で、それが当該対象者によって起こされた結果であるというか、当該対象者に課徴金納付命令を課すことが理由付けられるような、それを帰責性と呼んでよいのか厳密には分かりませんが、そういった考慮が必要であろうという理由であったと理解しております。

当該対象者が全くあずかり知らないところで、勝手に何かが行われて、その対象者にとっては、反射的という言葉が使われていたと思いますが、生じていた状況は反射的に影響したものでしかなかったような場合にまで課徴金を課してしまうのは、適切なのかという問題意識で、この具体的競争制限効果が、当該対象者によって起こされたことが要るのではないかという議論があったのではないかと思っております。例えば報告書（案）の20頁の中段辺りに、「前記（1）ア②の要件は、現実の不当利得に対応した額を課徴金額としようとする趣旨に基づくものと考えられる」と書いてあるのですけれども、本当にこういう整理が全ての事件について可能なのだろうかということなのです。

同じ観点で、話が少し戻りますが、例えば先ほど申しました東京無線タクシーの事件ではどうだったのか。なぜこの②の要件を課したのかというと、必ずしもこの報告書（案）で整理されているような理由ではなかったのかもしれないし、今、申し上げている入札談合の事件も、必ずしもこういう理由で②の要件を求めたものではないのだとすると、まずこういう取りまとめで良いのかということなのです。

仮に何らかの新しい概念が今後導入されたとしても、裁判実務等において、例えば今述べました土屋企業事件で示されたのと同じような発想から、課徴金を課すことはやはり適切ではないという状況が、その新しい概念に関しても同じような解釈論として起こり得ます。そうすると結局、新しい制度の下において似たような裁判例が出て、引き続き同じような問題を今後も残すことになるのではないかと、というようなことがありますので、この辺りの取りまとめ方については、議論する必要があるのではないかと思います。

○岸井座長 具体的にどのような形で議論する必要があるということですか。

○向会員 まず、二つの事項、つまり価格カルテルの件と入札談合の件を二つ申し上げましたので、一つずつ議論すべきではないかと思うのですが、この報告書（案）のどこかに、ア②の要件を外すと、今後は課徴金が課されてしまうことになる事案が出てくるかもしれないけれども、それはやむを得ないということを述べているようにも見える部分があったように思いまして、その書きぶりはそれで良いのかというのが、まず一つです。

もう一つは、20頁の中段辺りということで、先ほど申しましたが、ア②の要件は、こういう趣旨に基づくと書かれている部分は、本当にこれで良いのかということかと思えます。

○岸井座長 では、今の点について、非常に、これ、専門的な議論になりますけれども、泉水会員どうぞ。

○泉水会員 今回の御意見はかなり根本的な考え方の問題だと思うのですが、東京無線タクシーの事件についてどうコメントするかは、なかなか私も十分に準備をしていないのですけれども、例えば当該商品・役務の範疇に属するかどうか、あるいは一定の取引分野に属するかどうかという要件は、当然あるわけです。

恐らくそちらの方で解決される問題ではないのかなと思います。当該商品・役務の範疇に属するかどうかと、それから更に相互拘束が及んだかと、二つに分けて、後者でたまたま判断されたのだけれども、それは前回も前々回も出てきましたが、やはり当該商品・役務の範疇に属するかどうか、つまりカルテルの対象である商品・役務なのかどうかというのと、それは本当に一定の取引分野に入っているのかという論点があって、これは非常に大きな論点だと思うのです。

そのところで、今、言われた問題というのは、解決されるというか、依然として争点となり得るし、裁判でも大きな争点になる問題ではないかなと思っております。

それから、もう1点の入札談合の場合の具体的競争制限効果ですが、土屋企業の事件についてですが、御存知でない方もいらっしゃると思いますので簡単に説明いたしますが、要するに土屋企業の事件というのは、基本

合意には参加していて、従来からその合意に基づいて個別調整をやっていたのですけれども、当該入札ではたまたま自分の知らないところで個別調整がなされていて、受注調整の連絡を受けたけれど、自分はその物件を取りたいので、取りますよといって連絡を無視して取ってしまったというケースです。それについて東京高裁は、個別の調整行為に直接又は間接的に関与することが必要だという形で、判断したという事件です。これについてはいろいろな評価ができると思うのですが、私自身は、やはりいわゆる談合破りというのか、たたき合いがなされた事例をどう捉えるかという問題と考えています。

これは、たたき合ったから課徴金を逃れるのかというと、そうではなくて、やはり基本合意から離脱してくださいというのが、本来の姿だということです。

だから、基本合意から離脱すれば課徴金は課されません。だけれども、たまたまずっとみんなに協力して個別調整に参加したのだけれども、これだけはどうしても取りたいから、たまたまたたき合ったら、「じゃ、あなたは、課徴金を免除します。」というのは、それは変な話なので、やはりそれは基本合意から離脱して、課徴金を免れてくださいというのが、本来の姿だし、多分そのような形で独占禁止法第2条第6項の要件も、第7条の規定も書かれているのだらうなと思います。

それから、もう1点。

今のようにすると、個別の調整合意が、個々の入札の全部についてどういうプロセスで調整がなされたかは、全部立証していくというか、確認していかななくてはいけないので、そのコストが事業者及び公正取引委員会とも互いに非常に大きく、そのために供述調書を長い時間取らざるを得ないという状況もあります。そういうコストの面も非常に無駄だなと思います。

○岸井座長 向会員、どうですか。

○向会員 ありがとうございます。

今、御説明いただいた内容に、特に何か反論を申し上げるということではございませんが、ただ、現在の報告書（案）が、今おっしゃっていただいたようなことが読み取れる書きぶりになっているのかというと、必ずし

もそうでもないのではないのでしょうか。これは正に書き方の問題ではありませんし、改めて御検討いただく余地があるのかも含めて、次回あるいは次々回に検討できてよいように思います。あるいは今の御説明が、少なくとも今回の研究会の議事録としては残るのしょうから、それで良いのかもしれませんが、私個人の意見がどうかというよりも、この研究会としてお考えいただければということかと思えます。

○岸井座長 では、そういうことで。どうぞ。

○及川会員 19頁の今の御指摘の下から13行目の「当該商品又は役務から除外された例はほとんどない」「にもかかわらず」という表現なのですけれども、向会員の言われるように表現の問題もあるのですけれども、ほとんどないといながらも、実際に例があるので、それに対する影響度というのを十分考える必要があつて、単なる表現というよりも、実質的にこういうことになったときに、この次、影響はどうなるのということをしっかり踏まえた検証が、必要だと思えます。

少なくともこのままの表現ですと、ある場合はどうなのかということにもなるのだと思えます。

○岸井座長 いかがですか。

井上会員、どうぞ。

○井上会員 事務局に御質問なのですけれども、この19頁の「当該商品又は役務」のところで、ア①の要件というのは、今後も残るという前提で議論しているということよろしいでしょうか。

○向井参事官 はい、そうです。

○岸井座長 ということですね。ですから、恐らく及川会員、あるいは向会員が言われた点でいくと、①と②のうち、②は外すということですから、①は残るので、この場合、先ほどの価格カルテルの事案で、違反行為の対象商品又は役務の範疇に属するというのは、これは結局、違反行為の対象ということですから、実質的に一定の取引分野において供給された商品とほとんど重なるということでありまして、先ほどの泉水会員の説明で尽くされていると思えます。例えば東京無線タクシーなんかの場合、これは自家消費だったわけですから、そもそも合意の対象になるかどうかということが怪し

い事案だったので、もし必要があればそこで十分に争えると思います。

それから、入札談合の事案は、これも先ほど言ったように、談合破りをした場合にその分の課徴金を逃れられるということで、そうすると、談合破りの奨励になってしまいます。しかし、土屋企業の判決について考えますと、泉水会員が言ったように、私もそれは前から言っているのですけれども、そもそも基本合意自体に参加しなければいいのではないかとということです。基本合意に入っていて、たまたま自分が気に入らないから、あるいは気に入らないから、内部で内紛というか、内輪もめを起こして、そうしたら課徴金をまけてもらえるというのは、これは何かおかしいのではないのかという、正にそういう観点からこの議論が出てきているわけです。したがって、課徴金の算定基礎に含めるかという議論があり得るという事案についても、第一に、価格カルテルなどはほかの解釈、特に実体要件の解釈で対処可能だということと、第二に、そもそも入札談合については現実的な効果の発生に必要以上に配慮し過ぎているので変更する必要があるということです。この報告書（案）では、最初のところで違反行為で得られる又は期待される経済的利得も含むとしておりますから、そもそも基本合意に参加した時点で、対象工事については、自分も売上げを得て利益が得られる可能性があるという期待がはっきりあるわけです。

そういう説明で、全く問題がなくなるという言い過ぎと思われるかもしれませぬけれども、不当利得についての考え方が少し変わってきたということと、それから、ほかの規定あるいは要件の解釈で対処可能な部分があるということで、私は対応できるのではないかと思います。それでまだ何か書きぶりとか、何か問題があるということでしたら、またそれはお話しいただいた上で検討いたしますけれども、いかがでしょうか。

○向会員 ありがとうございます。

今、このように御議論いただいただけでも、大分ここに書かれていることの意味というのは見えてきたのではないかと思います。

その上で、私も含めてですが、改めてここを読んだときに、次回以降ですが、ここをこう変えた方がよいという議論があるのなら、それもそうですし、「いや、もう分かるのではないか。」であれば、それでもよろしいの

ではないかとも思います。

○岸井座長 分かりました。

及川さん、どうぞ。

○及川会員 私も今の向会員の意見と同じです。

○岸井座長 分かりました。

それでは、これは、全体検証のところで、改めてもし必要があれば、また議論するというので、これで。

あともう一つ、売上額がない場合については、ほとんど議論していませんけれども、これについてはよろしいですかね。

井上会員、どうぞ。

○井上会員 売上額がない場合につきまして、報告書（案）の中では、いろいろ類型を今後整理するというようになっておりますけれども、この例示の中で、例えば、21頁の（3）アの②などは、多分、何ら経済的な利得が生じていないケースだと思います。

ですから、こういう場合にいきなり課徴金ということは、行き過ぎかとも思います。ほかの事例は恐らく、利得が生じているのでしょうけれども、その辺りのことについても十分考えながら、設計をしていただきたいと思っています。

○岸井座長 これについてはいかがですか。

これはいろいろ議論があり得るところだと思います。もし事務局の方で、何かこれについてコメントがありましたら、どうぞ。

○向井参事官 ここは制度設計をどうするのかという、政策判断とも絡むかとも思います。

ここで参考となりますのは、独占禁止法ではありませんが、金商法の裁判例で、参考資料集の60頁にありまして、開示書類に虚偽記載をしたことに対して課徴金が課された事例です。

こういうものについて、一定の算定方法が法定化されておまして、それで課徴金額を決めたわけです。

しかしながら、原告の主張としては、虚偽記載をした人は具体的な経済的利得がないではないかということで、不当利得を得たこと又はその可能

性があることを立証しないと、課徴金を取るというのはおかしいのではないかという主張があったわけです。

しかしながら、地裁、高裁レベルでは、具体的な経済的利得があるかどうかというのは、特に法律の要件ではないということで、主張は受け入れられていないということです。

例えば談合につきましても、本当に全く利得がないのかというところは検証の余地がありまして、例えば受注することによって利得が生じるケースもありますが、受注しなくとも、談合金を受け取っているケースもあり得ますし、受注した他社の下請をすることで利得があるケースもあり得ます。

また、別の取引として利得があるケースも出てくるのではないかと思いますので、例えば根拠を持って観念できる利得というのが示せるということになりますと、場合によっては、そういうものを根拠として課徴金を課すということも政策上はあり得るのではないかと思います。

一方で、経済的利得がないのだということであれば、そういう場合にまで本当に課徴金を課すのかということは議論になると思いますので、どういう金額を課すのかという制度設計のときに、そこは十分考慮するということになるのではないかと思います。

○岸井座長 そうですね。いかがですか。よろしいですか。この点については。

泉水会員、どうぞ。

○泉水会員 ②については、私も例えば談合金を受け取っていると、そういうケースでは、課徴金を課される場合があるのかなという気はいたします。

①の国際市場分割カルテルとか、あるいは国内の市場分割カルテルもあり得ると思いますけれども、市場分割カルテルとか、⑤の終了後に売上げが発生するようなケース、これらについて、制度設計の問題ですが、どのような課徴金にするのかというのは、いろいろなやり方があるので、これは報告書に多分、そこまで書かないということなのですかね。

○岸井座長 これは余り具体的に書くと、選択肢がいろいろ出てきてしまうので。

○泉水会員 そうですよ。例えば一つのアイデアとしては、売上額を推定することもなかなか難しいというケースについては、例えば売上額がある事業者の

平均を取るとか、あるいは謙抑的に違反行為者の中で最も少ない売上額をベースに算定するといったような仕組みも多分あり得るのかなという気はいたします。

それからあと、五つの例が挙げられているのですけれども、これ以外の例は、既に出てきているかもしれないし、今後も出てくるかもしれないので、それはどう対応するのかという問題があると思うのです。

これについては、法律に書くのはなかなか難しいと思いますので、例えばガイドラインとか運用基準のような形で、具体化するとかという方法もあるのではないかと思います。

○岸井座長 いかがですか。

今の入札談合に参加して売上額がない場合は、先ほど金商法の判例を紹介していただきましたけれども、あの基準からすれば課徴金を課せるのではないかと私も思うのですけれども、これはまた議論をもう少し詰める必要がありますので、これはこういう可能性を一つ提示したということで御理解いただければと思います。

それで、もう一つ泉水会員が最後に指摘した点ですけれども、これ以外の例が出てきたらどうするかというので、独占禁止法の課徴金は、今までの規定を見ても、大体、従来の例を基に条文を作ると、それから外れる新しい行為が出てきて、そうするとそれをどうやって処理するかで四苦八苦して、そうするとまたそれで、紛争が起こって、裁判になるということになっています。余り無用にそういうエネルギーを使うことになるのはいかがなものでしょうか。この点、報告書（案）では、22頁のオのところ、「過去の事例等から類型化できるものは可能な限り法定した上で、それぞれの類型ごとにいずれの金額を算定基礎とするかを明確化する」と書いて、その次の力で、「事前に想定し切れない類型に対応できるよう、法定した類型に準ずるものを政令等で追加できる」という、こういう立て付けになっています。

今、泉水会員の指摘を受け、私もそう思うのですが、法定して、明確化して、何か新しいのが出てきたら、いちいち政令で追加というと、これはかなり大変なのではないかと思うので、要件を一般化し過ぎたらまずいで

すけれども、ある程度抽象化して、一定のタイプの行為が入るような形の規定の仕方にして、それを運用基準みたいな形で、具体化するの公正取引委員会に任せて、新しい類型にも、一定の範囲では柔軟に対応できるようにしてはどうかと思います。それで、何か別の新しい類型が出てきたら、政令で規定しないとイケませんが。

そういうような立て付けにした方が、そもそもこういう制度を新しい形に入れるということなので、それが実効的に運用できるようにするには、そういう方向がいいのではないかと思うのです。

恐らくそういう趣旨も含まれていると思うのですけれども、その辺のことはもう少し書き込んだ方がいいかなという気がするのですけれども、「いや、そうじゃなくて、絶対に法定でがちがちに縛れ。」という意見もあるのかもしれないのですけれども。どうぞ。

○向会員 ありがとうございます。

その点は是非検討させていただきたいとも思いますが、今おっしゃった要件をある程度抽象化するという方法につきまして、例えば文言案のような形で、もう少しイメージを頂ければとも思うのですが。

○岸井座長 そうですね。では、これは、それも含めて、あるいは具体的な制度設計の話になりますので、余り具体的なこういう条文にするとかというようなことまでは、ちょっと無理かもしれませんが、一定の枠組みみたいなものは示せるかなと思います。それはよろしいですか。

それも次回以降に入れていただくということで、ほかにいかがでしょうか。

大沢会員。

○大沢会員 今のところと少し関連するかもしれないのですけれども、確認の意味と、非常に素人からの質問ということで御理解いただきたいのですけれども、オのところに、「裁判所による適切な審査を実現すること等により」というところがあるのですけれども、今みたいにグレーのような、これからいろいろな問題が出てくると思うのですけれども、そういったときには、それで決定に不服がある場合は裁判所に訴えて、それで裁判所でそれはおかしいという司法判断がされれば、例えば金額を修正するとか、そういう形で

の事後チェックはあり得るという、そういう理解でよろしいのでしょうか。不服が出た場合、当然裁判があると思いますので、それを教えていただければと思います。

○岸井座長 これはいかがですか、事務局からお願いします。

○向井参事官 今のように、例えば公正取引委員会の課徴金の基礎となる売上額の認定の範囲が間違っていたという場合には、本当に全面的に間違っていたということになりますと、課徴金納付命令自体が取り消されるということもあろうかと思えます。

しかしながら、ほんの一部だという場合には、多分その部分を修正して、課徴金の額を減らすという形の判決ということもあるのではないかと思います。

○岸井座長 それでは、やはり売上額の範囲について時間が掛かりまして、大分細かい議論も含めてやってきたのですけれども、特に付け加えて何か議論するところ、ありますでしょうか。よろしいですか。

では、この項目は全体として、報告書（案）に書かれた内容で、一部、課題が出されましたけれども、これで基本的にこの研究会の意見……

泉水会員、どうぞ。

○泉水会員 細かいことで恐縮ですが、23頁の②、①～⑤までである②でして、違反対象商品が外国ユーザー向けに販売されている場合についてですが、私の理解では、これについて、少し誤解を与えかねない記述かなという気がします。

まず、外国ユーザー向けに販売された商品は、現行法では課徴金の対象外だというのが私の理解なのですけれども、「私の」というのは残念なことに、東京高裁判決が出ておりまして、これも課徴金の対象になるという判決になっております。それを前提として、報告書（案）ができているわけだと理解しています。

ただ、例えば世界同一の国際カルテル事件について、いろいろな競争当局が審査していくと、通常、アメリカやヨーロッパ、あるいはアジアの競争当局よりも、我が国の公正取引委員会が一番早く法的措置を採ることが多いと思えます。

とすると、公正取引委員会が法的措置を採って課徴金納付命令を出す段階では、他の国の競争当局は、課徴金等を課していないはずで、多分②には当たらない。②には当てはまるのは、実際に競争当局が既に課徴金等を課している場合であって、違反對象商品が外国ユーザー向けに販売されているというだけでは、減額される要因にならないのではないかと思います。というので、②に当たって減額されるケースは、実際にはそんなにないのではないかと思います。

あるいは、もし当たるのだとすると、例えば事業者に対して「他の国がその売上額を基に制裁金を課しますか。」と事業者に聞いて、「他の競争当局からも課されるから減額してくれ。」という主張をしていただくというような形になるのですかね。

また、後から他の国が制裁金、課徴金を課したからといって、後から既に出された課徴金納付命令の課徴金額を減額するというのは困難だと思うので、そういう意味で、②の射程は狭いのかなと理解しています。その点ちょっと今の報告書（案）の表現では誤解が生じるかと思えます。

○岸井座長 事務局の方でいかがですか、これは。

○向井参事官 今、泉水会員がおっしゃいましたように、限定的と考えております。

実務上は、国際カルテルにつきまして、公正取引委員会が課徴金を課し、例えばEUが制裁金を課そうとする場合に、制裁金のベースとなる売上額をEUとして認定するわけですが、その中で例えば日本の売上げと重なっている部分があるという場合には、EUとしてはその重なっている部分を算定の基礎から外すという運用をしているようです。

現行の制度ですと、そういうような運用が我が国ではできないということです。

そういう場合について、対応する規定を設けてはどうかということとして、②のようにその商品が全て外国ユーザーで、他の当局が制裁金等を課していませんという場合まで控除するというのではなく、飽くまで我々のイメージとしては、他の当局が既に制裁金等を課している場合に、公正取引委員会が更にそこを重複して課徴金を課す必要があるのかという観点から外そうという発想ですので、今おっしゃいましたように、②というの

は若干広くて誤解を招く可能性があるということです。

○岸井座長 そうですね。

向会員，どうぞ。

○向会員 今回の議論は，だからといって，この記載から②を外しましょうということではないと理解しているのですが，私の理解の限りでは，例えば中国の当局が，日本よりも早く調査を開始し，処分を出すということはある得ると思いますので，やはりほとんどないとも言い切れないように思います。

○岸井座長 そうすると，これはもう一度確認ですけれども，外国の競争当局と日本の競争当局が，同じ売上額について二重に課徴金を課すという事態を想定しているということですね。

○向井参事官 はい，そうです。

○岸井座長 ですから，これは国際的ないわゆる二重処罰というところ，ちょっと語弊がありますけれども，二重賦課の調整の問題になると思いますので，そういう趣旨に，表現を若干変更，修正した方がいいかもしれませんね。よろしいですね。

泉水会員の質問趣旨もそうですね。

○泉水会員 向会員等の言われた趣旨と同じです。

○岸井座長 これは，そういう形で，修正を考えていただくということにしたいと思います。

それでは，ほかにありませんか。

それでは最後，第3グループで，あと時間が6分前になっているのですが，最初にもお断りしましたように，若干延長させていただくということで，算定期間，算定率，それから最後の加減算です。加減算は，調査協力との関係は除いた加減算ですけれども，これについて順次議論していただきたいと思います。

最初の算定期間，どこからでも構いませんけれども。

及川会員，どうぞ。

○及川会員 ありがとうございます。

算定期間についてなのですからけれども，23頁にありますように，本研究会での結論ということで，3年うんぬんということなのですから，例えばとい

う中で10年という数字が出ています。

24頁にかけて、過去何年にもわたって、売上額を把握することにより事業者に過剰な負担が生じないようにということで、官公庁の帳簿ですとか、書類の保存期間が5年であったことという今までの安定性を考えて照らしますと、10年というのは大変大きな期間になっているのではないかと考えています。

その10年という根拠の中に、会社法上の書類保存期間10年ということを書いてあるのですけれども、361万の中小企業がある中で、会社法に基づくものはむしろ半分にも満たないです。それ以外の法人の方が多いという実態から考えますと、会社法上の10年というのは、突然に出てきた数字に思えるということです。

この10年ということは、中小企業の実態に大変合っていない数字だというふうに思っています、私どもは反対します。

○岸井座長 井手会員，どうぞ。

○井手会員 3年という上限を廃止することについては、異論はありませんし、それから24頁のイに書かれていますけれども、10年に近いものというのは、非常に例外的なものだと理解しており、平均で4年ということですので、私は先ほど提案がありましたように、5年でやるのはどうかと思います。

それから後の方にも出てきますけれども、不当利得が平均で13.5%、これは景気によって大きく変動してくるし、リーマンショックみたいなものもあったりすると、非常に変動するものですが、ここに出されている13.5%という数字のことを考えれば、経団連さんが言われたように算定期間5年で算定率20%という形でやるというのが非常に望ましいのではないのでしょうか。

引き上げるということにすると、そこでまたある程度、裁量の余地というも幅が広がると思いますので、私の考えとしては、やはり算定期間5年で算定率20%というのが妥当ではないかというふうに思っています。

○岸井座長 分かりました。

ほかにいかがですか。

井上会員，どうぞ。

○井上会員 算定期間5年で算定率20%というのは、我々でなく向会員から日弁連の御提案として御提出いただいたものであり、経団連の提案ではございませんので、念のため申し上げます。

この算定期間3年が短いので例えば10年にしようという点につきましては、現在の算定期間の上限を見直すという方向性自体は考えられると思うのですが、やはり今、及川会員からも御発言ありましたので、いろいろな影響を見ながら、例えば徐々に延ばしていくというような方法というのはあるのではないかと、一つ思います。

それと、報告書(案)の24頁のウのところ、例えばということで①、②とあります。これは両方セットということではないですね。要するに、①で算定期間を10年にしておいて、また更に②のような措置をするという意味ではないことを確認させてください。

○向井参事官 例示ということですので、①のような方法もありますし、例えば②のように算定期間を無期限にして、簡易な算定方式を入れるというやり方もあろうかと思えます。両方か又は一方かという限定は考えておりません。

○井上会員 無期限というのはないと思われま。要するに書類の保存から考えても無期限というのは難しいと思えますので、期限を区切ってということになると思えます。

それとこれは質問ですが、除斥期間につきましては、特に見直しの予定はないということでしょうか。

○向井参事官 現状は実行行為が終わってから5年ということですが、この研究会では、今のところ議論がございません。

○岸井座長 ほかにいかがですか。

向会員、どうぞ。

○向会員 以前から、日弁連として、算定期間と算定率に関して、繰り返し申し上げてきておりましたが、一方で、先ほども御紹介いただきましたように、5年や20%といった具体的な形で申し上げているわけですが、他方でそれは無条件にそうすべきだと申し上げているわけではありません。

その趣旨は、要するに、この研究会での議論を通じて形成される全体としての制度設計の中で、それは私どもの理解といたしましては、この後に

出てくる調査協力インセンティブの拡充との関係での課徴金の減算についての議論も含みますが、そういった新たな制度が実現されるときに、現状のままの総額において、ただ協力すれば減るということで制度として良いのかということとのバランスも含めての話になります。この場で、引上げに明確に無条件で賛成ということでもなく、他方で反対ということでもなく、この後の議論も踏まえて、私どもとして次回か次々回に、もう一度意見を申し上げたいと思いますが、ただ今、発言させていただいたのは、先ほど来、日弁連の立場として御紹介いただいている内容が、日弁連として算定期間が5年で算定率は20%ということが無条件で提言させていただいているような受け取られ方をしているような印象もありまして、仮にそうであるとしますと、そうではございませんということを申し上げたかったということです。

○岸井座長 ほかにいかがですか。

中原会員，どうぞ。

○中原会員 課徴金の算定方法に関する細かいことなのですが、25頁の一番上の(2)で、現行法上は違反行為をした日から違反行為がなくなる日までの期間が算定期間とされ、日単位で計算するとされています。しかし、仮に算定期間が現行法よりも延びた場合、違反行為の期間を日単位で立証することに大きな負担がかかることも予想されます。そこで、これを月単位で計算することにして、日単位の端数を切り捨てるような形で、例えば違反行為をした日の属する月の翌月から違反行為がなくなる日の属する月の前月までとすることによって、厳密に何日だったのかということ巡る争いが減るのではないかと考えられますので、是非御検討いただければと思います。

○岸井座長 大竹会員，どうぞ。

○大竹会員 私も中原会員に賛成です。

元々、不当利得との関係は、薄らいでくるわけですから、算定期間の中で開始した月と終了した月に属する日数を算定しないでその間の期間を月単位で取るという方が、合理的ではないかという感じがします。

○岸井座長 具体的にはどんなことでしょうか、四捨五入みたいな形にするのですか。

それとも翌月からにしてしまうのですか。

○中原会員 違反行為をした日の属する月の翌月から違反行為がなくなる日の属する月の前月までというような形が考えられるのではないかと思います。

○大竹会員 そうすると、違反行為期間内で短くすることになるので、事業者にも不利益にならないのではないのでしょうか。

○岸井座長 いろいろなやり方があると思うのですが、これは一つ有益な御提案だと思しますので、考慮していただくことでお願いします。

ほかにいかがですか。

泉水会員、どうぞ。

○泉水会員 先ほどの冒頭の話に戻りますけれども、課徴金の算定期間の問題ですけれども、先ほど違反行為期間の平均が約4年というお話だったのですが、以前もお話ししたと思いますが、課徴金算定期間が3年に限定されている状況下において、遅くともこの日から違反行為があったという形で認定されるのがほとんどなものですから、3年よりもちょっとぐらい長いので「遅くとも」と書いているので、実態として約4年とあるわけではなくて、もっと長いのだらうと思います。

また、10年近いものもあるとすると、例えば5年に限定するという必要はないし、10年近いのは算定期間を10年とすればいいのではないかと思います。

それから帳簿の保存義務については、会計法上の会社、つまり株式会社は少なくとも10年の保存義務がありますし、六法を見ていたら、商法には「商人」の概念があって、「商人」の帳簿保存義務は10年なのです。多分、「商人」に該当しない事業者はいないと思うので、この商法がどれだけ守られているかはよく知りませんが、そういう意味では、商法上の帳簿保存義務という10年が妥当と思います。

それから、金額についても、繰り返しになりますけれども、13%が平均だとしても、それはデフレの時代とかりーマンショックがあったという時期にたまたま重なっているということだと思いますので、13%よりも金額は実は大きいかもしれないと思います。

○岸井座長 どうもありがとうございます。

及川会員、今、泉水会員が指摘した点ですけれども、今、私も先ほど言われて改めて商法を見ましたけれども、商法第19条には、「商人は、帳簿閉鎖の時から十年間、その商業帳簿及びその営業に関する重要な資料を保存しなければならない。」とあります。「商人」であり、「会社」だけではないですから、その辺は御注意ください。

それから、いろいろ議論が出ているところで、そもそも論を言うてしまうのですけれども、算定率と算定期間が20%で5年か、10%で10年かといった議論は、私は、最初にも言いましたけれども、基本的には、この議論、私はこの報告書（案）でも算定率のところで、制度全体として違反行為抑止に十分な課徴金の水準を実現できるとも考えられると書いてあるので、この中で検討すべきと考えています。そもそも、期間と率を何か掛け合わせた額で、課徴金の本来の趣旨、目的をちゃんと達成できるかといったら、そんなことはないと思うのです。5年で少し高くしても、あとの5年分を取られないのだったら、結局、違反行為を長くやった方が得だというのは同じですよ。

それから逆に、10年にするから率は少し低くしてもいいでしょうといつて、先ほど言ったように、普通は10年も続くカルテルなんてそう多くないですから、そうすると、別に期間を長くしたからといって率を低くする必然性はどこにもないのです。

ですから、私は、これは全体の水準ということで、政治的とは言いませんけれども、何らかのそういう調整の話で出てくるのは分かりますけれども、本来の筋は、算定率も算定期間もどちらも抑止効果の観点からしたら、私はそれぞれどちらも今、不十分で、上げるべきもので、そのそれぞれについて、期間が十分なのかどうか、算定率が十分なのかどうか、それぞれ別個に議論して、その上でやらないと、何か最初から労働組合の団体交渉みたいな話でやるのは、これは私の個人の意見にもなりますけれども、私ははっきり言って反対です。それは好ましくないと思っております。

最後、どういう形になるかは別として、そういう筋で、私は議論してほしいのです。

そうすると算定期間10年というのは、現行の上限期間である3年が短い

のははっきりしているし、5年でも短いです。それで、違反行為期間を見ると、10年近いものも出ています。今までは結局、3年以上は取れないからというので、余り過去のもは具体的な認定をしていなかったのです。それが多いということですから、期間を長くするのが何で駄目なのかというのは、私は分からないということが1点です。

それから算定率についても、平均で13%と言いましたけれども、前に公正取引委員会の事務局が具体的な率を出してくれましたけれども、10%だと大体これで取り切れないカルテルが、半分近く出てくるのです。だから半分は言わばお目こぼししているというのが、今の実態でありまして、これを一定の水準に上げるというのは、これも筋論としては当然だと思っております。

その上で、全体としての抑止効果というのを考えるならば、先ほど言ったように、両方がバーターで取引できるようなものではないのですが、一定の相関関係がもしあり得るのだったら、そういう形で議論するのは分かります。私はこういうふうにしなれば、この議論は、筋が通らないと思います。

だから、この制度全体として違反行為抑止に十分な課徴金の水準というのは、議論はもちろんしていただいていいし、これからいろいろな形で立法作業が進んでいくと思うのですが、基本は算定期間も算定率も、それぞれが違反行為の抑止に有効な水準かということを出発点にして、検討していただきたいということです。

中小企業の場合は、これはいろいろ議論があると思いますが、私はこの報告書（案）で書かれている売上額との関係で見るとというのは、この議論自体が、どれだけ具体的にきちっと当てはまるかという問題は検証しなければいけないですが、例えばEUの総上限というのは、世界全体の総売上高の10%です。

そうすると、中小企業で専業でやっているようなところは、すぐ総上限の10%ということにかかってしまうのです。ですから、少なくともEUの総上限というのは、これは実質的には中規模以下の企業の上限を抑えるための基準として機能しているというのが私の理解です。そういう観点から中

小企業算定率について考慮することは、私はあり得ると思っております。

それを前提にしてですけれども、算定期間と算定率の水準については、余り両者の取引みたいな議論は、私は最初からすべきではないし、この報告書の書きぶりも、そういうことを踏まえた議論にしてほしいということです。

以上、私の個人的な意見も含めて申し上げました。

向会員、どうぞ。

○向会員 ありがとうございます。

今、御説明いただいた点は、議論の最初の方でも御指摘のあったところだと思えますし、一般論として理解しているつもりではあるのですが、その議論の中に、先ほども議論があったことかもしれませんが、やり得になっているとか、不当利得が剥奪し切れていないとかということになっていくと、その不当利得をどうやって算出したのかとか、本当にその事案において、どのくらい不当利得があったのかをどうやって確認しているのかという議論になり得ると、私も思っております。

これはこの後の業種別算定率であるとか、あるいは加減算の中での例えば支払能力の話とも関係するのですが、事案によっては、例えば極めて典型的な卸業者であって、その利益率に関する議論を踏まえてもとても10%という不当利得があるとは思えないような事例があり、そういうときに、極めて過大な課徴金が算出されて、それについては一切の調整弁がないというようなことで良いのかという問題意識はございまして、日弁連としても、業種別算定率も維持されるべきではないかということをお願いいたしますし、支払能力の点も、同じようなお話であって、正に今、座長の方から御指摘いただいたような違反行為の抑止という発想で考えるというところから議論を始めたときに、場合によって必要になってくる調整というものも併せて議論されるべきではないかと思えます。

それが今の報告書（案）の中では必ずしも踏まえられていないのであれば、全体論として賛成しかねるということもあると思えます。

○岸井座長 分かりました。

恐らく今、向会員が言われたことは、27頁の制度全体として違反行為抑

止に十分な課徴金の水準が実現できるかどうかという、この文言に集約されているので、これをどう理解するかということで、恐らくこれ以上は、具体的には、今の議論では書けないと思いますし……どうぞ。

○向会員 すみません。具体的に申し上げることができておりませんでした。

報告書（案）の27頁の枠の中の結論には、業種別算定率について、廃止と明言されておりまして、これに対して私どもはそもそも廃止には反対の立場なわけですが、報告書（案）の本文にはそれとは別にこれを維持する場合についての記載もありますので、その可能性がある以上、それを踏まえた記載になるべきだと思いますし、今指摘させていただいた枠の中の冒頭の結論部分とは異なる内容を述べている部分に賛成であるということです。

○岸井座長 これは、そうすると具体的な提案はどういうことになりますか。

○向会員 具体的には、イメージとして申しますと、例えば中小企業算定率に関して書かれているようなことと、同様のことが書かれれば良いのではないのでしょうか。おおむね問題として指摘されているのは、企業グループの中での位置づけと言いますか、問題であって、それについては同じような対処が可能であるはずだということです。

○岸井座長 それは29頁のところですね。ではこの業種別算定率については、前回も少数意見と多数意見が分かれたので、改めて議論したいと思いますけれども、見直しの方向性ということで、この記述はグループ単位で見るとか、あるいは場合によっては、卸とか小売の純粋なものに限定するかという議論だと思います。どうやって限定できるかは、私は分からないですけれども、元々制度設計が困難だから、公正取引委員会が裁量でやるならいいけれども、それ以上できないのではないかというのが、この報告書（案）の書きぶりで、こういうことを認めるのだったら、業種別算定率を残すこともあり得るという、そういう書き方をしています。これではまずいということですか。

○向会員 例えば企業グループ単位でものを考えるというルールが確立すれば、これまで弊害として指摘されているような係争というものの数が多分減るのではないかと思います。

新しいルールを前提にした上で今後の論点が形成されるわけですから、少なくとも、従前起こってきた問題は、相当程度、事前に解決されていくはずだと理解しますし、そういう前提で、この業種別算定率を残すということは、十分考えられるのではないかとということです。

○岸井座長 ほかにいかがですか。

泉水会員、どうぞ。

○泉水会員 業種別算定率の議論になっておりますので、これについて、前回もお話ししたとおり、私自身は廃止に賛成します。

というのは、実態として、卸・小売と製造業で、実態がそんなに分かれている事案はほとんどなくて、実際には多くが「その他」に属しているのだと思います。

その上で、実は向会員に教えていただきたいのですが、例えばエア・ウォーター事件については、どういうふうに解決されるのでしょうか。あれは会社グループで処理できない事案だと思いますけど。

○向会員 すみません。今、具体的な事案に関して、何か申し上げる準備がございません。

ただ、業種別ということに議論が集約されているように思うのですが、私の究極的な意味での問題意識は、先ほども少し申しました支払能力の問題ということなのかもしれません。要するに、今のこの報告書（案）の仕組みによると、仮に計算の結果、過大になったときの調整弁がないのではないかとということです。この報告書（案）で示されている制度設計では、どこにも、ある事業者に、そのような過大な金額を課して良いのかという問題意識に直面したときの解決の手だてが見当たらないのではないかとということです。

どこかに調整弁が必要ではないかということで、例えば業種別算定率を残すということで手当てをしておくのも一つだと思います。それは、過去事案により、それが機能してきたケースが実際あるはずだということです。あるいは支払能力の問題として対処することも考えられます。これは海外でも導入されているものですので、それを導入するというのも、あってもいいのかもしれません。

○岸井座長 支払能力の話になると、また別の論点が出てきてしまうので、業種別については、公正取引委員会の裁量で認めることもあり得るという、そういう議論でよろしいのですね。

○向会員 はい、その点はそのように考えます。

○岸井座長 そうすれば問題事案も減るから大丈夫だろうという、そういう意見だということですね。分かりました。

○及川会員 これは是非、小売と卸の関係業界からの声を是非拾っていただいて、参考資料に付けていただくなど、もう少し現行からパーセンテージが大きく変わるか、その結果、どういう影響があるのか。小売、卸、特に両業種、是非聞いて確認していただきますようお願いいたします。

○岸井座長 それは意見を聞いてもらいたいということですね。これは……どうぞ。

○大竹会員 先ほどの御意見が、業種別算定率のところ、公正取引委員会の専門的知見による裁量を使って、卸・小売かどうかなど、どの業種に当たるかを判断することもあり得るという御趣旨であるとすれば、この判断を適正に司法審査をするのが難しくならないかという懸念がございますし、このような裁量判断が、一般に認められている裁量判断と同じなのだろうかという疑問もあるように思います。

また、少し前に戻りますけれども、算定期間のところで、報告書（案）の24頁で、10年に近い事件も存在していると書いてございますけれども、参考資料集別紙12の表を見ると、5年を超える事件が相当数あることが分かりますので、5年を超える事件も相当数あり10年に近い事件も存在するという書きぶりの方が、5年案を採用できない理由が明確になるのではないかと思います。

○岸井座長 表現は今の御指摘も踏まえて、また考えさせていただくことにしたいと思います。

議論が少し拡散してまいりましたので、改めて算定期間、算定率の話を確認させていただきますが、いろいろ意見が出ましたし、私もちょっと個人的な意見を言わせてもらったので恐縮ですが、算定期間はこういう形で、この記述で基本的に問題ないかということで、特に事務局の方から詳しく説明されて、ほとんど議論は出ませんでしたけれども、企業グループ内で

の事業譲渡の場合も、算定期間の問題が出てくるので、これも考慮するというのも、ある意味で当然のことだと思いますので、これも問題ないかなと思います。

それから、25頁、これは議論が、先ほどやった当該商品又は役務の話とリンクしてくるのですけれども、25頁の上を書いてある「実行としての事業活動」による算定期間の要件を外すということですね。これは私の方から説明しますと、課徴金の算定基礎は、「実行としての事業活動」の間における当該商品又は役務の売上額ということなので、当該商品又は役務の時間的な範囲を決める概念が、「実行としての事業活動」です。

ですから当該商品又は役務の売上額を、先ほど言ったように、一定の取引分野において違反行為者が供給した商品又は役務の売上額という形でやると、これは、当然違反行為は成立した時点からということになりますので、改めて「実行としての事業活動」という要件を立てる必要はなくなるということです。この論点は、先ほどの当該商品又は役務の話とリンクしている問題ですので、こういう整理になるのかなということです。

これも細かい解釈をすると、またいろいろ議論が出てくるのですけれども、基本的には、これは当該商品又は役務の要件を、先ほど言ったような形で変えるとすると、これは当然、「実行としての事業活動」についても変えないと、条文上ではリンクしている問題ですので、これも基本的に問題ないかなと思うのですけれども、これもよろしいですか。

それでは、算定期間のところは基本的に了承されたということで、算定率のところも先ほど言ったように、最後のところの見直しの方向性のところはいろいろな読み方があり得るということで、この書き方で一応、意見集約をしたという、そういうことでよろしいですか。よろしいですね。

それから、業種別算定率については、先ほど言ったように、これは残すべきだという意見、残すと、先ほど大竹会員が言ったように、今までの裁量の話からすると、全く異質の裁量を認めないと、制度設計ができないのではないかということです。

○向会員 その点については、裁量というよりも、一応、事実認定ということなのではないでしょうか。つまり概念としては存在しているわけですから、そ

れを企業グループ単位で見ましようということですから、純然たる裁量ということではないのではないのでしょうか。

○岸井座長 ただ、業種の相違というのを、今までも卸売の基準に該当するか否かを認定した上で、それでその卸売の取引の割合が何%でというようなことを非常に細かく全部認定していたのです。

それで、しかも一応どちらか業種を決めなければいけないから、過半理論にしようとか、そういう話でやっていたのですけれども、企業グループが入ってきて、またそれで過半理論でいいのですかという問題もあります。

企業グループだと、いろいろな取引がありますよね、グループ内の取引もありますし。そういうことを全部やっていくと、恐ろしく複雑な規定になるのです。

ですから、何か残るからというのは分からないでもないのですけれども、是非残すべきだというのであれば、むしろ実際にそういう制度設計ができるかどうかということ、何らかの形で御提案いただくとか、こういう形ならできるとかしないと、運用できっこないような法律を作るのも、ちょっと難しいかなと思ったのです。

どうぞ、向会員。

○向会員 少なくとも今日までの議論であるとか、あるいは現在この報告書（案）に書かれている内容からしますと、なぜ業種別算定率を廃止すべきなのかということについて指摘されてきているのは、要するに、企業グループ内での単体の存在としては、卸業者的な機能を果たしているので、卸業者としての算定率が適用されるべきだという議論が、多々、提起されているけれども、それは不合理なのではないかという議論だと理解しております。

そういった内容を議論の成果として報告書にまとめたときに、それが一般的にどう受け取られるかを考えると、その問題については企業グループ単位で考えれば良いのに、なぜその理由が業種別算定率廃止の理由になっているのかが分からないという受け取られ方をするのではないかと考えます。今、座長からおっしゃられたような御指摘であるのなら、それはここに書かれていることとは少し違うような印象を、私は受けております。

○岸井座長 分かりました。

私は制度設計のことを言いましたけれども、28頁の最初のところに、そもそも不当利得との関係自体が希薄であるということは、恐らく前回もかなり議論したと思いますし、それは当然の前提にして申し上げたつもりなのですが。

泉水会員、どうぞ。

○泉水会員 企業グループで見るとというのが、私の中ではイメージが湧かないので、教えていただきたいということなのですが、企業グループの中で見るということは、そもそも卸か小売かその他かというのは、個々の取引ごとに見ますので、当該事業者あるいは会社の属性が卸か小売かということを見るわけではないのです。

なので、そもそもそんなことできるのかという疑問があるのですが、仮に企業ごとに取引を見たとしても、その企業グループ内で当該違反行為を行っている会社は、卸あるいは小売なのだけれども、でも会社グループの中に当該商品のメーカーがいたら、それは総合単位ではメーカーとなって、今であれば課徴金算定率が10%になるという、そういう整理なのですかね。そういう意味で、会社グループという整理で理解すればいいということでしょうか。

とすると、例えば小売業者で、大規模スーパーマーケットチェーンなんかがあった場合には、自社ブランドの商品をたくさん作っていますから、そうすると会社グループとしては、それはメーカーですよ。ということになりそうですが、そういう理解でよろしいのですか。

○岸井座長 そうですね。

○向会員 個別具体的な事例がどう扱われるのかというのは、それはその事案ごとに整理されていくべき問題だと思いますけれども、例えば極めて素朴な言い方で申しますけれども、常識的な意味合いでの自社工場を持ち、生産計画を立て、それに基づいて生産し、販売をするということを企業グループとして、全体としてなさっている場合には、それは製造メーカーだと思いますが、そうでなければ、それは卸業者であったり小売業者であったりするわけで、そういった理解を前提としつつ、例外的に境界線上の事例もあるのかもしれないと考えております。

どういった場合でも、何らかの解釈論を必要とするのかもしれませんが、総体として異論なく製造メーカーであろう、小売メーカーであろうと整理できる一群というか、事例はそれはそれであるわけですから、そのような整理は可能なのではないかと思います。

○泉水会員 その他というか、製造業に属するかどうかですが、現在の東京高裁判決等では、自社工場を持っていなくても、自己のために委託生産してもらうという場合も含まれますので、相当広くなるので、多分会社グループ概念を入れたら、ほとんどがその他になるような直感を持ちます。

以上です。

○岸井座長 私も、具体的に詳しく調査したわけではないので、ただ、元々想定していたのは純粹の小売・卸ですよ。

今、純粹の小売・卸というのは、恐らく街の商店とかそういうのだったら分かりますけれども、ある程度の規模以上の流通業をやっている、それでメーカーも流通業にどんどん進出していますから、もう入り乱れているというか、融合現象が広範に起きているわけです。

だから、恐らく向会員が心配されるのをくくり出すとしたら、純粹の小売業とか純粹の卸業、しかしそれらは恐らくほとんどは中小の業者だと思います。一定規模以上だったらそんなことはありませんから。

そうすると中小の方は、中小企業算定率で一定の手当てがされるということですから、中小とリンクさせるのは、私は語弊があるかもしれませんが、もしそういう形で考えているのだったら、恐らくそういうものを、純粹の卸・小売をくくり出す規定を設けるというのも一つの手かもしれませんが、実際には例えば生産メーカーとか、そういう委託関係もほとんどないので、純粹流通であるような事業者は考えにくいですよ。これはそういう規定を作っても、ほとんどそれをカバーするのは、今言ったものしか残らないと思います。

○向会員 今、こうやって議論させていただく中でも、少し分かってきているように思うのですが、例えば27頁から書かれている内容というのは、今のお話とは少し違って、製造・小売・卸というものが何がしか存在し、ただ、それぞれの利益率を見たときに、それほど実は違ってきてはいないのでは

ないかという議論がまずあり、加えて、制度としても維持するための実務的なコストが大きいという議論であるように理解しておりますが、今のお話はそうではなくて、むしろ社会実態として、純然たる卸とか小売とか呼ばれるものが、そもそもなくなってきたのではないかということですね。

○岸井座長 ですから、それは28頁の「こうした」というところに、「事業活動の多様化により、業種認定の困難さが増しており」という記載があり、正に今、それを言っているわけです。

○向会員 いや、そうではなくて、困難さが増しているのと、そもそも純然たる小売とか卸といったものがもうなくなっているというのとは、少し印象が違うのではないのでしょうか。

○岸井座長 違うことを言っているとは思いますが、御意見は分かりました。

○向会員 そういった印象がありますということです。

○岸井座長 これだけやってもしょうがないので、業種別算定率については、どうしますか。廃止するという文言を変えてほしいという御提案ですか。

○向会員 従前の日弁連の意見としては、そういう議論です。最終的にどういった立場を取らせていただくかは、今日の御議論も踏まえて、一度持ち帰りまして、また次回以降、何か申し上げることがあれば申し上げます。

○岸井座長 では、そういう形で処理させていただきます。

○向井参事官 座長、すみません。先ほど及川会員の御指摘で、卸・小売団体からヒアリングをしてもらいたいということなのですが、これは立法過程でヒアリングをするという趣旨なのか、この研究会の報告書の取りまとめにおいてヒアリングをするということなのかというタイミングをお考えでしょうか。

○及川会員 ヒアリング結果を事務局から御報告いただいても結構です。要は、私ども中小企業団体なのですけれども、中小企業というくくりの中に、いろいろな業種が入っているものですから、中小企業の小売・卸が、今の1%か2%を変えて10%になったときに、どういう影響があるのかということの確認が、私どももしましたけれども、十分できているかという疑問なものですから、どこか事務局で、きっちりこの業種の方の意見を聞いて、参

考資料か何かにかつこうことでした、ヒアリングしたらこういふ声でした
といふことの確認が取れば、私ども中小企業団体としてもこの問題につ
いて、ある程度の結果が出るのだと思ひます。そういう意味でサポートし
ていただきたいといふお願いです。

○岸井座長 それでは時間的な問題もありますので、報告書をまとめるまでに、調査
がきちんとできるかどうかといふ問題は、恐らくあると思ひますので、そ
れ以降にいろいろ意見を聞くといふ、そういう形でも構わないですね。

○及川会員 はい。できましたらといふことで。

○岸井座長 では、そういうことで処理させていただきます。

最後に、もう時間が過ぎてしまひましたが、課徴金の加減算です。これ
については、基本的に現状を維持するといふことで、新しい制度としては、
繰り返しの違反については企業グループ単位で認定してはどうかといふ御
提案があります。

これも具体的にどういふ制度設計をしていくかといふのについては、い
ろいろ議論が、技術的な面も含めてあり得るので、具体的にはっきりこう
いふ条文とかといふ形では、ここまでは示せませんけれども、これも議論
としては、当然の内容かなと思ひます。

井上会員、どうぞ。

○井上会員 グループ単位での繰り返し違反についてですけれども、1回目の違反行
為を関知し得ないグループ会社による繰り返し違反は除外するといふ考え
方が例示されています。

なかなかグループ内とはいっても、やはり別法人ですので、全て知り得
るかといふと、そんなことはなかなかございませぬ。やはりここはかなり
悪質といひますか、本当に加算を逃れるために子会社化しているとか、そ
ういふところになるべく限定していくといふようなことが必要ではないか
なと思ひます。

また、グループであっても、例えば国の政策として別会社化されたとい
うような例もあるわけですね。そういうところにおきましては個別のコンプ
ライアンスに注力し、むしろ他のグループ会社に関与しないといふ場合も
ございませぬので、その辺りもいろいろ御配慮いただければと思ひます。

○岸井座長 今の最初の方は、どこまでの範囲かということはありませんけれども、グループ単位で分かれているというのは、例えば最近はいわゆる情報遮断という意味合いから会社を別会社化しろということになって、例えば電力会社とか、そういうようなことを念頭に置かれているわけですね。ただ、あれは飽くまで情報遮断でありまして、法律のコンプライアンスなんかまで遮断しろとは、恐らく言っていないと思うのですけれども、その辺はいかがでしょうか。

○井上会員 ただ、我々も、例えばインフラ企業とか、そういうところになりますと、同じグループとはいっても、グループの中にまた大きいグループが出来上がっていますので、そのグループごとの管理というのが通常であって、それを取りまとめた全国規模でのコンプライアンスというのは当然ございますけれども、基本的には、サブグループごとといいますか、それぞれのグループごとにやっているということだと思います。

○岸井座長 ただ、その統括した……私も通信とか電力とか調べたことがありますけれども、やはり本社というか、統括企業単位でコンプライアンスのシステムは作っているのではないですか。

○井上会員 それは全体の統制というのは、もちろんあります。

○岸井座長 だから、そうすると、そこで当然そういうもののやりとりのいろいろな会議というのは、あるのではないですか。ないと、そもそも全体のコンプライアンスというのをやっている意味がなくなってしまうですね。恐らく、取締役とかが担当になる、そういうコンプライアンスの会議をグループ全体でやっていると思いますから。

○井上会員 今、具体的な例が思い浮かびません。

○岸井座長 そういうことも考慮するということです。

○村上会員 私、ちょっと時間がもうないので、一つだけ資料提供だけ、次回、インセンティブの議論をやると思われるので、一つだけ次回に提出してほしいというのは、独占禁止法はECとの関係でいくと、実際には裁量権を認めている制度というのは現行制度でも存在していて、それは何かというトリニエンシーを出す、事前でも4番目、5番目の申請者、それから事後の申請者に対しては、公正取引委員会が把握している事実を上回る事実があっ

た場合だけ減免を有効として認めるという制度が、もう既に導入されているのです。

ということは、公正取引委員会は基本的にその要件については、証拠評価をしなければ、申請されてきた場合であっても、出してきた証拠が、公正取引委員会がもう既に持っている証拠と一致するか、若しくはそれを上回っていないということを認定すると、はっきり言えばその事業者は失格になって、減免の資格を失うわけです。

公正取引委員会が既に把握しているか把握していないかを認定するための証拠評価というのは、ヨーロッパの感覚でいうと、もうそこは裁量の話なのです。いちいち、上回っている、上回っていないかという、そのところに認定を立証して証明するような話ではありません。

それで、今あるその制度について、実際に今、公正取引委員会ではそういう意味で例えば4番目、5番目で申請に来た事業者に、手持証拠を把握している事実を上回る証拠は足りないと言って、失格したような事実があるのかどうか。それからその評価のところを実際にどう運用しているのか。そこだけは次回の議論に絡むところなので、今ある制度を結局どういうふう実際に運用しているのか、その証拠評価というのは、もう裁量権を与えているに近いようなものだと思うので、そこをどう運用しているかだけは、次回説明だけよろしくお願いします。

○岸井座長 これは、報告書（案）にも書いてあるとは思いますが、それも含めて議論したいと思います。

どうぞ。

○泉水会員 上回るという要件はなかったと思いますので、公正取引委員会が把握している事実に係るものでない事実とか、そんな要件だったかと思います。

○岸井座長 とにかく運用の話は次回に、必要によって事務局の方にもお話しいただくということにしたいと思います。

それでは、もう時間を40分オーバーしておまして、加減算のところは特に、これ以上議論が出なかったのですけれども、基本的には早期離脱の減算を外して、あとは現状維持ということですので、基本的には問題ないのではないかと思うのですけれども、ここまで意見集約できたということ

でよろしいですか。

向会員、何かありますか。

○向会員 意見としては、支払能力のことは申し上げたつもりでおります。

○岸井座長 支払能力ですね。

○向会員 報告書（案）の17頁に戻りますが17頁のイの3行目、4行目ぐらいからですけれども、処分によって競争単位が減少するというのは、究極的には、独占禁止法の目的に沿わないというようなことも、ここにも書いていただいているわけですから、何がしか、どうしても過大になり過ぎるような場合の最後の調整弁というの、考えられるべきではないかということをお願いしているということです。

○岸井座長 これは必ず書いてもらいたいということですか。例えば今回の見直しでは、手当てをせず、今後の検討課題とするという書き方をしておりますけれども、これではまずいですか。

○向会員 今後の課題ということの意味なのですが、実際、新制度が回り始めて、本当に過大になるケースが起こってからでは遅いと考えております。ただ、支払能力を検討するという方策が、唯一無二の解決策なのかは、まだ整理できておりませんが、少なくとも17頁に書かれているような独占禁止法の目的との兼ね合いで、過大になるときにどうするのかというのは、何か考えられるべきではないかと思えます。

○岸井座長 今後の課題ということで、何か具体的な制度を設けてもらいたいという提案ですか。

○向会員 そうです。今回の新制度と併せて設けるべきではないかということです。

○岸井座長 支払能力自体ですか。

○向会員 支払能力というのも一つの方法だと思います。

○岸井座長 課題ということだと、今までも裁量を統制するという形で、過大にならないという形で、いろいろ歯止めをかけているわけですよ。支払能力に限定した課題ということですか。

○向会員 例えば先ほど座長からもお話があったように、算定期間を10年とし、場合によっては算定率を10%以上のものとするといった形で、両方増えるというようなこともあり得るという前提ならば、今までは生じなかった、算

定式に基づいて算出される金額が当該事業者にとっては過大であるという問題も起こり得るわけで、それをどう手当てするのかも、今回併せて考慮すべきではないかということです。

○岸井座長 併せて考慮するということの、具体的にそういう規定を設けてもらいたいということですか。

○向会員 そうです。

○岸井座長 それは、今までそういう話はありませんでしたが。

○向井参事官 多分、そういう規定はケース・バイ・ケースでしか判断できないと思いますので、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねるという制度にならざるを得ないと思いますが、そういうような制度ということでしょうか。

○向会員 例えば海外において支払能力を考慮して、最終的な金額の調整をするということは既になされていると思いますけれども、それと同じことだと思います。

基準に関して何がしか、まず前提となる規定があり、それに該当するかどうかは、その当局に判断していただく。そのための資料は事業者の方で用意するわけですが、そういうような整理だと思います。

○岸井座長 それは、支払能力を考慮する必要があるかどうかということ自体をきちんと議論しないと、議論が進まないと思うのですけれども、支払能力を当然考慮すべきだという、そういう前提で言っているのでしょうか。

○向会員 先ほど全体の中でのバランスの問題だと申し上げたつもりなのですが、仮にその算定期間を、今よりももっと、10年なら10年に長くする、算定率も増えるというようなことになっていけばいくほど、それが過大になる場合のことを懸念する必要性も高まるわけで、仮に期間とか料率もさほど今よりも増えないのなら、そういう懸念も少ないのかもしれない。

それはバランスの問題ですから、今の時点で、これだけを取り出して絶対に必要だと申し上げているつもりはありませんけれども、先ほど来の議論からすれば、恐らくそもそもの金額は、期間にしろ率にしろ増えそうですので、そうであれば懸念もあるのではないかと申し上げているわけです。

○岸井座長 それは、27頁のところで、制度全体として違反行為抑止に十分な課徴金

の水準という、その話の一環として考慮するということでよろしいですか。基本算定率見直しの方向性ということで、制度全体として違反行為抑止に十分な課徴金の水準の話が出ていますね。これは算定率の話も含めてやっていますので、これにいろいろな意味が込められているわけですがけれども、算定率、算定期間の話との絡みでおっしゃられたので、ここで読むということでもよろしいですか。

○向会員 私自身、今日の議論を、座長の御説明も含めて持ち帰らせていただきますし、研究会としての議論だと思しますので、もし他の会員の方からも何か御意見があれば伺いたいと思います。

○岸井座長 では、とりあえずこれはそういうことで、収めさせていただきます。

ほかに加減算については意見ございますか。

それでは、大変時間が延びてしまって申し訳ないのですが、今日のところは「課徴金の加減算」のところまで意見集約ができたということにいたします。

次回は、「新制度に見合った手続保障」まで検討を進めたいと思いますので、特に手続保障の強化を御主張される会員においては、その具体的必要性及び必要性に応じた強化すべき防御権の具体的な内容等について、新制度に見合った手続保障の検討を始める冒頭で御説明いただければというふうに思います。

例えば、課徴金制度について、これまで事務局から提出された資料のうち、いわゆる検査妨害罪に相当し得る事例や弁護士による不適切なアドバイス事例というのは何回も出てきておりますので向会員にはなかなか大変なことをお願いするのかもしれないけれども、このような事例についてどう対処するのかというような質問も出ておりましたので、お分かりかと思いますが、検査妨害のいろいろな具体例に対する対応も含めて、是非御説明の準備をお願いしたいと考えております。

それから、これまでの会合で、防御権の強化への必要性や内容について具体的な説明が、どうしても私の印象からすると、十分になされていないのではないかという印象を持っておりますので、是非ともそういう説明をしていただきたいです。会員の間でも、防御権の強化の具体的な必要性や

内容について十分な共通認識が形成されていないという印象を持っており
ますので、是非その辺を説得するような御説明をお願いいたします。

井上会員も、そういう形をお願いいたします。経済界を代表して井上会
員、それから日弁連の向会員、よろしいですね。今、言ったような形でお
願いします。それから及川会員も、お二人の説明を適宜補足していただい
ければと思います。

御説明いただく際の資料は、会員の皆さんに事前に見てもらった方がい
いので、できましたら次回会合の1週間前までに、事務局に資料を御送付
ください。その方が議論が円滑に進められると思いますので、ちょっとき
つかなとは思いますが、なるべく早く、遅くとも会合前日までに
は、皆さんの目に触れられるような、そういう形を是非考えていただきた
いと思います。

それから、前回の会合で、及川会員及び大沢会員から御依頼のあった「任
意の供述調書に対する苦情申立制度の運用状況」については、次回の会合
において事務局から説明されるということです。

○向井参事官 事務局の方で資料を用意して、説明させていただきます。

○岸井座長 それでは、提案の宿題というか、幾つか、今まで議論したところで報告
書（案）の修正というか、検討すべきではないかというような議論がしま
したので、それについては皆さんの方でも考えていただいて、あるいは事
務局の方でも、もし何か可能であれば、これは別にそうしなければいけ
ないということではありませんが、やっていただきたいと思います。

それから、今後の進め方について、事務局の方から説明していただきた
いと思います。

○向井参事官 次回、第13回会合ですが、2月10日の金曜日、午前10時からです。

本日の資料を引き続き使いますので、次回会合にも御持参いただければ
と思います。

冒頭、座長から御提案がありましたように、今後の進め方ですが、3月
末までを一つのめどにしたいと思っております、次回会合含めて、残り
3回の会合ということにしたいと思っております。

具体的なスケジュール等につきましては、追ってメール等で連絡したい

と思います。

○岸井座長 どうもありがとうございます。

それでは、一応、時間的には次回丸々と、次々回も全体検証以外は、基本的には防御権、手続保障の話が中心になると思いますので、御要望にお応えして、会合2回分近くたっぷり時間を取っておりますので、具体的な御説明も頂いて、十分に議論したいと考えておりますので、よろしく願いいたします。

それでは、本日の会合の議事概要につきましては、事務局において作成し、近日中に公表させていただきます。

別途議事録を作成し、こちらについては会員の皆様にも御確認いただいた上で公表することといたします。

また、会員の皆様におかれましては、今後の研究会を御欠席される場合には、座長を通じて意見を提出していただくことができますので、その場合はなるべく早目に事務局に御連絡ください。

それでは、本日は時間を超過しましたが、次回は会議室の時間の関係で延長が難しいと聞いておりますので、次回は、もし議論が終わらなかったら、次々回に回すというような形で、余り時間を延長することはないように進めたいと思います。皆さんも御協力をよろしくお願いいたします。

どうも、今日はありがとうございました。これにて終了いたします。