

独占禁止法研究会第2回会合議事録

1. 日時 平成28年3月18日（金）13：00～15：00
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	阿部 泰久	一般社団法人日本経済団体連合会常務理事
	井手 秀樹	慶應義塾大学名誉教授
	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論説委員
	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

【ヒアリング対象者】

大阪大学大学院 法学研究科 佐久間 修
関西学院大学 司法研究科 曾和 俊文

【公正取引委員会】

杉本委員長，幕田委員，山本委員，三村委員

【公正取引委員会事務総局】

松尾経済取引局長，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 ○ 大阪大学大学院 法学研究科 佐久間教授からのヒアリング
○ 関西学院大学 司法研究科 曾和教授からのヒアリング

○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2回会合を開催させていただきます。

会員の皆様方には、本日も御多忙のところをお集まりいただき、ありがとうございます。

議題に入る前に、前回御欠席でありました黒木会員に一言御挨拶をいただきたいと思います。黒木会員、よろしくお願いたします。

○黒木会員 前回、欠席いたしまして、申し訳ございませんでした。全国消費生活相談員協会の関西支部副支部長をしております黒木と申します。

ふだんは、大阪府内の消費生活センターで相談員をしております。よろしくお願いたします。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

なお、本日、村上会員、柳川会員、若林会員におかれましては、所用のため御欠席です。それから川出会員におかれましては、所用のため途中退席されると伺っております。また、本日は、公正取引委員会の小田切委員が所用のため御欠席です。

さて、本日の第2回会合におきましては、裁量型課徴金制度を含む課徴金制度の在り方につきまして、刑法を専攻されている大阪大学大学院法学研究科の佐久間教授及び行政法を専攻されている関西学院大学司法研究科の曾和教授からのヒアリングを実施いたします。

その前に、本日のヒアリングの趣旨や進め方等につきまして、事務局から説明をお願いいたします。

○向井官房参事官 事務局の官房参事官の向井でございます。

まずお手元に配付しております資料について、確認させていただきたいと思ます。

資料1と資料2がございまして、それぞれ佐久間先生、曾和先生から御提出いただきました資料でございます。

お手元に資料がない方がいらっしゃいましたら、挙手をお願いいたします。

皆さん、ありますでしょうか。

それでは、本日のヒアリングの趣旨と、ヒアリングの進め方について、御説明させていただきたいと思います。

まず2月23日に、本研究会の第1回会合が行われたわけでございます。その際には、現在の課徴金制度につきまして、やはり経済環境のグローバル化、多様化、複雑化に対応していないのではないかという議論が行われたわけでございます。

具体的には、現行の課徴金制度では、法定化された算定方式に従いまして、形式的に、一律的に、義務的に課徴金が課されることとなります。そうしますと、必ずしも適切な水準の額が算定・賦課できないのではないかという問題がございます。

そうした問題に対応するために、諸外国で設けられておりますような標準的な制裁金等の制度、いわゆる裁量型課徴金制度の導入を検討してよいのではないかということでございます。

一方で、我が国の法体系との整合性を踏まえる必要があり、法制的な問題や政策的な懸念があるということもございますので、その観点から、いろいろ議論する必要があるということもございます。

本日は、特に法制上の問題点につきまして、専門分野の先生方から御意見を伺いたいということでございます。

まずは、刑法の観点から、企業のコンプライアンスの研究にも取り組んでおられます佐久間先生から御意見を伺いたいと思います。

その後、行政法を御専門とされており、特に法の実効性の確保という観点からいわゆる行政法執行システムについて研究されておられる曾和先生の御見解を伺いたいと思っております。

具体的な進め方でございますが、まず佐久間先生から20分程度の御説明をいただきまして、その後、30分程度の質疑応答をお願いしたいと考えております。

質疑応答の際には、質問のみならず会員の皆様の御見解につきましても、適宜御紹介いただければと考えております。

曾和先生につきましても同様でございますが、約20分御説明いただきま

して、約30分質疑応答ということでございます。

事務局からの説明は、以上でございます。

○岸井座長 ありがとうございます。

それでは早速ですが、ヒアリングに入りたいと思います。

まずは佐久間教授から、よろしくお願いいたします。

○佐久間教授 ただいま御紹介いただきました大阪大学の佐久間です。

本日は、裁量型課徴金制度の導入に関する諸問題ということで、お手元にあるレジュメに沿って、順次説明させていただきます。

課徴金と刑罰の併科が二重処罰の禁止に反するのではないかということは、従来から議論されてきたわけですし、この問題をめぐっては、既にここにおられる佐伯先生が深く研究しておられますので、私から付け加えることは余りないのかもしれませんが、少し変わった別の視点から、若干、最近の状況も踏まえて御説明できたらということで、今日、ここに臨んでおります。

まずレジュメの最初のところですが、1となっております「二重の危険と二重処罰の禁止」という項目を御覧いただきますと、そこに根拠規定と一般に言われております憲法39条が挙げてあります。

39条は、いわゆる見出しの中に「二重処罰の禁止」という文言が含まれておりまして、条文の前半部分が「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。」ということで、いわゆる二重の危険を禁止し、かつ既判力について述べたものとされ、また、後半部分が「又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」となっております。この部分が二重処罰の禁止に係る規定であるとされています。

憲法は御承知のとおり、英米法の考え方、特にアメリカ憲法の修正5条に基づいているというふうに言われるわけですが、アメリカ法においても、既に御紹介があるように、「二重の危険」と「二重処罰」でそれぞれ異なった用語が充てられておりまして、主に修正5条は、二重の危険を禁止したものであって、二重処罰に関しては、立法府がそれを容認する場合には、それで構わないという議論を、佐伯先生が御紹介になっております。

用語上も見させていただきますと、「二重の危険」というのは英米法辞典など

には‘double jeopardy’となっていて、「二重処罰」のほうは‘cumulative penalties’となっていて、概念自体が違うというわけなのです。

となると、アメリカ法、あるいはイギリス法においても、「二重の危険」とされているものと、「二重処罰」とされているものが、内容的には必ずしも一致していません。

しかも英米法は御承知のとおり、民事、刑事、あるいは行政における制裁を厳密には区別しないで、penaltyという言葉で全てくくっています。その中で‘civil penalty’と‘criminal penalty’ということで区分けしているわけですし、日本のように、厳格に刑事責任と民事責任、更に行政上の処分を分けている大陸法系の体系とは若干違うということからすると、二重の危険がストレートに、二重処罰の禁止の問題につながっていくとは言い切れません。二つは区別すべきであるということは、既に佐伯先生もおっしゃっているわけです。

となると、二重の危険とは別の二重処罰の禁止というのは、一体どこがルールであるのか、あるいは実体法上におけるルールとして、どの範囲まで射程に入るかということをはっきりと示さなければ、裁量型課徴金制度を導入することが、二重処罰の禁止に反するかどうかは判断できないということで、それをもう一度よく見直してみようということで、1の項目をまず挙げさせていただきました。

2つ目の項目に移る前に英米法、特にアメリカ法においては、もし‘penalty’が複数重なった場合、‘cumulative’、つまり累積的というふうには訳されておりますけれども、これらが重なった場合にも、罪刑均衡原理によって、それを調整すれば問題はないということで処理されているわけですが、我が国の理論として、それがそのまま導入できるかというところを検討する必要が併せて出てまいります。

さて、そこで2のほうに移りますけれども、刑罰と課徴金はペナルティとして見た場合、当然、共通する面はあるのですけれども、制裁という中で、刑罰というのは特殊な地位を占めていると考えられます。それを条文で見れば、そこに挙げてありますように、刑法9条に挙げられた死刑等の刑罰が、現行法上の刑罰と呼ばれるものであって、それ以外は行政処分を含め、

他の制裁ということになります。

ただ、判決が述べているように、刑罰という言葉を使わなければ、それで二重処罰の問題を回避できるかという、そういうわけではありません。やはり実質面を見る必要があるとすれば、刑法における刑罰の本質とは何か、あるいは他の処分と区別すべきメルクマールというか、違いは何なのかということを考えねばならなくなるわけです。

従来、刑法学においては、刑罰というのは、当初は「応報」と考えられ、その後、予防あるいは改善といった要素が、徐々に取り込まれるようになりました。

その点では、他の制裁、予防を機能とする制裁と重なる部分はあるのですが、基本的な部分、あるいは中核となる部分は、なお応報であると考えられます。その場合、他の要素としての抑止刑とか、あるいは予防という機能は、それに付随するものとして、一定の範囲内で認められるということになります。

言い換えますと、刑法において刑罰の目的というのは、実質的正義の実現であり、もちろんそこには罪刑均衡の原則も働きますし、更に刑法は最小限の手段でなければならないという補充性、あるいは謙抑性などが原則として出てくることになります。

それを更に掘り下げていきますと、そもそも刑罰とは何かを考えたときに、過去の犯罪事実に対する回顧的判断であるといえます。他方、他の処分、例えば課徴金と比較した場合にはどう違うかという、課徴金は、行政処分として、むしろ将来の違法行為を抑止するための展望的なものといえます。このように、大まかに分けると、刑罰というのは、過去の事案に対する否定的評価であって、しかも犯人の法的非難に直結する刑罰を加えることで、法秩序を回復しようとするものです。

結果的には、応報と予防の両面はあるものの、中核となるのは応報であるということになります。

併せて、犯人の責任に直結するという意味で、責任主義がとられることになります。この責任という言葉は、最初に戻っていただきますと、憲法 39 条にあります「刑事上の責任を問はれない」という言葉と重なっておりますが、

ここの刑事上の責任が、必ずしも刑法でいう責任主義と同一であるかは定かではありません。むしろこれは刑事罰あるいは刑事責任という広い意味で使われている可能性があります。ただ、同じく刑事手続に関する規定としての憲法 31 条、すなわちデュープロセスに関して定めた規定についてみると、同じ刑事手続に関する規定ではあるのですが、そちらは「刑罰」とされるのに対して、憲法 39 条では、あえて憲法において「刑事上の責任」と、しかも「重ねては問はれない」とされており、このように、39 条と 31 条とで別の表現がとられていることには、何らかの意味があるのではないかということをお記憶にとどめていただければと思います。

それに対して課徴金というのは、行政処分としてやはり透明性や明確性が要求されるとはいえ、先ほど申し上げたように、予防に向けた展望的判断であるという点で、刑罰と区別されるわけです。

ただ、どちらか一方の性質に限定できるかという点、やはり制裁、ペナルティという面では、広く両者はくくられるわけですから、全く別種のもの、あるいは重なり合いがないというわけではなく、制裁としての性質は共に兼ね備えているといえます。しかし、刑罰はあくまで過去の犯罪事実に対する否定的評価であって、それに対する応報であるのに対し、行政処分はむしろ将来に向けて、違法行為を行わせないための処分であり、かかる観点から、両者は大きく区分されるべきかと思えます。

さて次に、今度は 3 に移りますけれども、今回、裁量型課徴金制度を導入するということによって、従来、不法利益の剥奪であった課徴金が、制裁として刑罰に近づくという御指摘がなされているようですが、裁量型にすることが、直ちに刑罰と重なるのかという問題を考えてみたいと思います。

まず、裁量というのは、むしろ行政処分の特徴であり、刑法が裁量的と言われると、多分、多くの刑事法学者は首をかしげるのではないかと思います。

その点で、裁量型になるから直ちに刑罰になってしまうという表現の仕方は、いささか乱暴ではないかと思えます。

その一つの例として、刑法において刑罰の量を判断するいわゆる量刑判断においては、御承知のとおり、幾つかの要素を考慮しながら、裁判所の中で、いわゆる量刑水準に従って、過去から割としっかりとした判断を積み重ねて

まいりました。であるからこそ、裁判員裁判でも、そこから外れるようなものが出ると、上訴審で覆されるということも出てきているわけです。

具体的にその根拠となっているのは、明文の規定ではないのですが、3の下に挙げてあります刑事訴訟法 248 条に規定された「起訴するかしないか」の判断に関する指標が、量刑判断にも使えるということで、それを参照することが多いわけです。そして、犯罪自体の性質や手段・方法だけではなく、発生した結果及び社会的影響のほか、犯人の動機や犯人の性格・年齢・境遇、あるいは前科及び改悛の情、あるいは犯罪の被害弁償などの諸事情を考慮して、量刑を行うという判例がございます。

實際上、量刑水準あるいは量刑基準においても、こういった積み重ねられた判断、過去の判断に基づいて、裁判官が決定しているわけですし、純然たる自由裁量ではないということを御理解いただければと思います。

しかも、そこでいう裁量とは、仮に裁量の要素が入るとしても、あくまで、先ほど申し上げた刑罰の本質に合致する範囲での裁量に限られます。すなわち、「応報の中における予防」、これを言い換えますと、刑法の犯罪論の中で、犯罪構成要件、違法性、責任という三つの要素に分けて犯罪が説明されておりますけれども、少なくとも当該犯罪行為によって引き起こされた、あるいは惹起したというふうに表現することも多いのですが、その不法の量の枠内で、あるいは範囲内で、更に犯人の責任の質・量を見て、量刑が行われるという一定の枠がはめられております。

それを一言で言うと、「応報の中における予防」であって、いかに犯人の悪質性が著しくても、客観的な不法を超えた量刑は行えないという意味では、自由裁量ではありません。

他方、仮に裁量を課徴金制度に取り入れるとして、今、申し上げたように、直ちにそれは刑罰と近づくわけではないとはいえ、ただ、行政処分においても、後で曾和先生から御説明があると思いますが、比例・均衡に基づく評価が行われなければならないことは当然です。しかし、そこでは犯人の悪性と結び付けての評価ではなく、むしろ将来の違法行為あるいは違反行為の予防に向けて、どう評価するかという視点で行われるべきではないかと考えられます。

その意味で、もし裁量型課徴金制度に責任主義を導入し、故意があったのか、それとも過失にとどまったのか、あるいは行為者の責任量に応じて課徴金の額を決定するということになりますと、この点は実質的に刑罰と非常に近づいてくるといえることは、否定できないかと思えます。

そして最後になりますが、その他の問題ということで、既に導入されているリニエンシー制度や、あるいは検討の俎上に挙げられている和解制度に関しても、これはむしろ将来の予防を核とする行政法においては可能であっても、刑事法においては、現在検討されている新しい刑事手法を考える際にも、なかなか問題点が多いとされている「司法取引」に近づくということもあって、むしろ行政処分としては導入しやすくとも、刑罰では難しいと考えられます。そうした点も、課徴金と刑罰とは少し違うということの一つの表れではないかというふうにも言えます。

そのほか、いろいろ考慮すべき点はありますけれども、二重処罰禁止の問題と裁量性とは、必ずしもリンクはしていないということ、さらに、仮にアメリカ法の議論をそのまま日本で展開するとしても、最初に申し上げたように二重の危険と異なり、二重処罰の禁止については、アメリカ法も立法府に委ねるという形で必ずしも全面禁止はしていないということなど、様々なことからして、実質的に見て、刑罰の本質に近づくような改正でなければ、裁量型課徴金制度であっても、むしろ行政処分として認めることは可能ではないかというふうに考えております。

雑駁な報告ではありますが、以上のところで終わらせていただきます。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

それではただいま御説明いただいた内容につきまして、佐久間教授に御質問がありましたらお願いいたします。御質問以外にも、御自身の見解等ございましたら、闊達に御発言いただければと思います。

それでは、大学のゼミナールではありませんけれども、自由にいろいろ発言していただいて構いませんので、どうぞ遠慮なくお願いいたします。

○阿部会員 先生の最後の結論ですが、二重処罰の禁止を議論すべきでないとお考えであるということは分かるのですけれども、同じ刑事罰でも、自然人に対する

懲役のようなものと、法人に対する罰金刑、経済的なペナルティとがあり、後者と課徴金とは、私どもの中で何度も議論しているのですけれども、やはり二重であるという感じがぬぐえない。ここはどういうふうに考えていけばいいのでしょうか。課徴金と罰金刑法に対する問題についてです。

○佐久間教授 御質問ありがとうございます。

課徴金については、もちろん事業者ということですが、主に法人に対して課される、かつ金銭的な不利益処分という点で、刑法上の罰金刑と重なってくるから二重ではないかとおっしゃる点は、よく分かります。

ただ、これは私の個人の見解というよりは、たまたま5年ぐらい前になるかと思うのですが、コンプライアンスの問題を検討する際に主だった企業、メーカーが多かったと思うのですけれども、それらの現役の法務部長ないし元法務部長経験者の方と懇談を持った際に、確かに二重処罰の問題はあるけれども、刑罰は刑罰として、もし残せるなら、そのほうが企業にとって都合のよい面もあるという話を聞きました。つまり、従業員なり担当者が違法行為に及んだときに、それが、内部のルールに違反していた場合には、企業として当該違反行為に直接関わっていたわけではないということを明らかにする意味でも、企業内のルールに従わずに違反行為に手を染めた従業員あるいは担当者を犯罪者として厳正に処罰してもらったほうが、企業にとっては都合がよいということをおっしゃっていた記憶がございます。

確かに課徴金も、同じ金銭を取るという点において、二重評価だというふうに言ってしまうと、例えばそれが、先ほど申し上げた広くくりで言えば民事の制裁も入ってきますが、刑罰と民事賠償の重なり合いはどうするのかといった問題も同様に発生するわけですし、そのあたりをどう切り分けるかは考え直す必要があるかと思えます。

特に刑罰との関係だけではなく、民事との関係も含めて広く制裁、英米法でいう‘penalty’の中で、それらをどのように役割分担させていくかということの問題ではないかと思えます。

○岸井座長 よろしいですか。

今の点についていかがですか。また改めてこれは、憲法の先生にもお伺いすることになると思います。佐伯先生、いかがですか。何かもしコメントが

ありましたら。

○佐伯会員 どうも貴重な御意見をありがとうございます。

確認ですけれども、課徴金については、以前から不法な利益の剥奪であって制裁ではないから、刑罰との二重処罰の問題は起こらないというような説明もなされてきたところではあるのですけれども、佐久間先生の先ほどの御説明ですと、課徴金も本来制裁としての性格を持っているので、不法な収益の剥奪の程度を超えていても、刑罰と併科することは可能であるというお考えと伺ったのですけれども、そのような理解でよろしいでしょうか。

○佐久間教授 ありがとうございます。

ただいま御指摘いただいたとおりでして、当初、課徴金を導入する際に不法利益の剥奪ということで刑罰との重複を避けようとした趣旨はよく分かるのですが、ただそれが今日のような形に既になってしまっていると、制裁という性格は否定できない。

では、制裁だからイコール刑罰なのかといったときに、刑罰も制裁の一種ではありますけれども、そのみではなくて、むしろ多様な制裁の中で、行政的制裁、民事的制裁、そして刑事的制裁があり、そのうち刑事的制裁の部分が刑罰であると考えれば、制裁としての性格を持っていたとしても、直ちに刑罰につながるわけではないと私は考えております。

○佐伯会員 同じ制裁の中で、刑罰というのは、過去に対する応報的な性格が強くて、課徴金は、将来の違法行為の抑止という観点から課されるものであると伺ったのですが、そうすると、裁量を入れる際に、将来の抑止のために必要であるという観点から説明できれば、例えば故意、過失というような責任の程度も、現在も、再犯のような場合は刑罰だけではなくて、課徴金について加重されることがございますけれども、将来の抑止という観点から説明できる限りでは、刑罰と似たような考慮があったとしても、それは認められ得ると理解してよろしいでしょうか。

○佐久間教授 はい。そのように考えております。というのも、若干、留保が必要なのですが、故意があったからということで、ストレートに課徴金の額に反映させることになると、これは過去の事実についての悪性評価ということになります。

しかしながら、仮に、過去の違反行為について、故意であったとしても、その後、いわゆる早くに申告したりして、その防止のための体制を十分に整えているのであれば、むしろ犯行時の主観的な認識の程度よりは、その後の対応を見て、今後二度とそうした行為を行わないであろうと判断されるでしょうから、課徴金の額を減額したり、これとは反対に、かつて非常な悪意を持ってやって、また同じことを繰り返すであろうというふうな予測が立つ場合には、それだけ課徴金の額を増やしたりという形で、いわばストレートではなく間接的に、あくまで予防という観点を媒介項にして、それを評価するというのであれば、抵触しないのではないかなというふうに考えております。

○岸井座長 いかがですか。よろしいですか。

川出先生、どうぞ。

○川出会員 どうもありがとうございました。

1点確認させていただきたいのですが、現在の課徴金は、制裁的な意味合いを持っているという場合の制裁というものをどのような内容のものとして捉えておられるかという点について教えていただきたいと思います。特に、制裁には必ず非難という要素が伴うのかどうかという点についてのお考えをお聞かせいただけないでしょうか。

○佐久間教授 御質問ありがとうございます。

制裁という言葉、先ほどから申し上げる言葉で言えばペナルティ、これは例えばスポーツでいうと、単なる反則行為ということで、一般的には割と広く捉えています。また、制裁という言葉には常に非難という要素が伴うのではないかという御質問もよく分かります。さらに、制裁を効果という側面で考え、不利益処分という効果のあるものを制裁と捉えますと、いわゆる民事の制裁金、これも非難という要素よりは、損害の適切な分配というか補償という要素が中核をなしているわけですが、不利益処分という効果があれば制裁と見るならば、刑罰もそうですし、民事の賠償もそうですし、あるいは行政処分も、広い意味での制裁と言えなくもないと思います。

そして、おっしゃるとおり、一般の人が制裁という言葉聞いたときに、非難の要素が込められているというふうに受け止められる余地も否定しま

せん。その辺はどうしたものかなと考えておりますが、法律上は、制裁も性質により区分されると考えております。

○岸井座長 川出先生，どうぞ。

○川出会員 そうしますと，先生のお考えによると，現在の課徴金には，非難という要素は入っておらず，そこが刑罰とは違うというように理解してよろしいでしょうか。

○佐久間教授 はい。そのとおりです。

○岸井座長 よろしいですか。

では，井手先生，どうぞ。

○井手会員 私は経済学を専攻しているものですから，少時的外れになるかもしれませんが，よく学生に説明するときには，課徴金というのは不当利得の吸い上げだという説明をして，経済学でよく使うグラフを使って説明するのですが，そういう意味では，制裁という意味はほとんどなくて，あくまでも不当利得の吸い上げだと説明しています。

ところが，やはり先ほど少しありましたけれども，重犯であったり累犯であったりというときに，課徴金のパーセンテージが上がるわけで，それはなかなか経済学では説明できなくて，それは何か制裁という意味合いを持っていて，既に課徴金というのが裁量性を持っているものではないかというふう理解するということはできないのでしょうか。その点だけ教えてください。

○岸井座長 どうぞ。

○佐久間教授 確かに，累犯とおっしゃいましたけれども，これは刑法の概念なのですが，繰り返し違法行為を行った場合に，その分，制裁金というか，課徴金の額が増えるとしたら，それで非難の意味が全く入っていないかというところ，少し難しいと思います。おっしゃるとおり，そういう意味では制裁という非難を伴った要素がそこに入り込んできていることは事実だと思います。

ただ，制裁だから，イコール二重処罰の禁止になるのかというところがポイントであって，もはや不法利益，あるいは不当利得の剥奪だけにとどまらなくなった段階で，課徴金はもう制裁に当たると言った上で，しかし，刑罰にならないためには，どのような基準を立てるかというところが，議論の筋道ではないかなというふうには考えております。

○岸井座長 今の点、恐らく、今もう既に累犯過重というか、繰り返しの加算という制度がありますので、もし事務局のほう、よろしかったら、今の制度はどういう説明がなされているかというのを、簡単に御紹介いただくとありがたいのですけれども。

○向井官房参事官 今の課徴金の性格でございますが、これについてよく引用されますのが、法制局の国会答弁でございます。

まず課徴金とは何かということでございますが、読み上げますと、「課徴金というのは、カルテルやインサイダー取引といった経済的利得を目的とする法令違反につきまして、違反行為により得られる経済的利得相当額を基準とする金銭的負担を課すことによりまして、違反行為がいわばやり得になることを防ぐことと、これを通じて違反行為の防止という行政目的を達成する、こういうものでございます」というのが基本的な考え方でございます。

しかしながら、その水準についてどうかといいますと、これまた別の法制局の答弁でございますが、「違反行為防止のためには、この不当利得相当額を多少超えて金銭を徴収する必要がある」ということで、例えば「不正な利得の40%増し程度のものは例があるということでございますので、その範囲内のものならば、許されるのではないか」という考え方でございます。

この40%というのは、何を根拠としているのかといいますと、税法の加算税ということで、現行法では最大40%、今それを50%にしようという議論があるわけでございますが、そちらを参考として不当利得の1.4倍とか1.5倍、そういうものを上限とするということであれば、問題がないのではないかという考え方でございます。

一方で、課徴金というのは、いわば強制的に国民から金銭を取り上げるという趣旨のものでございますので、刑事手続以外の手続でやるので、おのずと限度があるということで、額に上限があるのではないかというのが現行の考え方であります。

○岸井座長 繰り返しの加算についてはいかがですか。

○向井官房参事官 繰り返しにつきましては、課徴金の50%の増額ということでありまして、主導的役割を果たした場合、カルテルや談合を主導した場合には、プラス50%の加算ということでございます。

それぞれ平成17年改正、21年改正で導入されております。

○岸井座長 そのときにどういう説明がなされていたのでしょうか。

○向井官房参事官 このときは、いくつかの説明がありましたが、例えば、実証データを見ますと、繰り返し違反行為を行っている事業者というのは利益率が高いとか、主導的役割を果たした事業者も利益率が高いということで、通常より不当利得は高いのではないかというような観点から、それぞれ5割増しというような整理がなされていたと理解しております。

○岸井座長 私は当時の説明では、そもそも繰り返す事業者というのは、以前の水準の課徴金では効果がなかったから繰り返すのだらうということで、恐らく抑止効果の観点から、そういう説明を立法時にはしていたと思います。

泉水先生、どうぞ。

○泉水会員 すみません。座長から話されてしまったので、手を挙げる意味がなくなりましたが、累犯とか主導的役割については、やはり以前に課した課徴金が、抑止効果として不十分であったから繰り返されてきたということなので、より強い抑止効果を与えるために課徴金を引き上げるというものですので、非難とは全く離れて、抑止効果だけで説明できる制度ではないかと思えます。

その関係で、少し質問です。

佐久間先生が先ほど触れられたと思いますが、課徴金は不当利得の剥奪であって、制裁ではないということをこれまでは説明してきたというのが公正取引委員会の従来の姿、平成17年以降はどうか分かりませんが、と思いますけれども、では課徴金制度は不当利得の剥奪でなければ説明できないのかというのが一点疑問というか質問がございます。

というのは、例えば道路交通法違反に対して、仮に行政制裁金を導入するとします。今も実質的にはそうかもしれませんが、そのような場合には、例えばスピード違反をして、事故を起こして人が死んだというような場合、そのスピード違反をした者に対して、どういう行政制裁金を課すかということです。スピード違反によって得た不当な利得というのは、多分ほとんどないですね。少し早く職場に着いたというぐらいの利得なので、ほとんど利得ゼロだと思うのですが、その場合には、スピード違反による利得の範

困でしか行政制裁金を課せないのかということ、そんなことはないはずですよ
ね。

このケースでは、不当な利得と、それから被害者とか社会に与えた損害や
被害とを比べると、後者のほうがはるかに大きいケースですよ。

そのような場合にはどうするかということ、やはり被害者や社会に与えた被
害、損害をコスト、社会に与えるコストを違反者に負担してもらおうという形
で、損害、被害を基準とした行政制裁金を課すと考えるべきではないでしょ
うか。例えば、公害のような場合にも、公害、ばい煙を排出した企業という
のは、利得は少ないかもしれないけれども、被害者に与えた損害は非常に大
きいというケースが多いと思います。

このような場合にも、利得の範囲でしか行政制裁金を課せないのかという
とそうではなくて、やはり社会に与えた、被害者に与えた損害の範囲で、範
囲か上限かどうか分かりませんが、それを基準にして、金銭的な負担はさせ
るといふ、そういういわゆる外部不経済が発生しているわけですから、外部
不経済を内部化するということによって、最適な行動をとってもらおうとい
う制度になると思うのです。

そういう意味で、不当な利得を基準とするという考え方は、多分、唯一の
ものではなくて、今、言ったように不当な利得と社会、被害者に与える損害
等が大きく異なる場合に、やはり後者を勘案しなくてはいけないのかなとい
うふうに思います。

独禁法の場合にも、そういう意味では被害者に与えた不当な利得とは別に、
被害者に与えた損害等があります。例えば国際カルテルで、医薬品のカルテ
ルなんかをした場合には、発展途上国の人々がたくさん亡くなるわけ
ですけども、それに対して損害というのを誰が負担するのかということ、やは
り損害、被害をもたらした行為者に対して負担させることによって、抑止効
果を発生させるというスキームがあっておかしくないと思います。

○岸井座長 先生の話はいろいろな観点がありますので、ここはとりあえず佐久間先生
にいろいろまたお伺いするというので、大竹先生、どうぞ。

○大竹会員 私の質問は、第1が、法人税法の追徴税についての最高裁昭和33年4月
30日の大法廷判決と先生から先ほどお話いただいたところとの共通性の問

題、第2が、二重処罰に当たらないような考慮要素の決め方の問題です。判決文を読むと、追徴税が制裁には当たるけれども、追徴税を課される法人の反社会性ないし反道義性に着目して、これに対する制裁として科されるものではないから、刑罰には当たらないという判示がされているように思います。

そういたしますと、この最高裁判決の判断は、先ほどの先生のお話とかなり共通すると理解することができるのでしょうかというのがまず第1の質問です。

第2の質問は、裁量型の課徴金の制度を作る際には、考慮要素をかなり議論することになると思いますが、考慮要素の決め方で、課徴金の実質的な性質というのがかなり変わってくると思います。そういたしますと、刑罰に当たると言われないうためには、考慮要素をどのように定めるのが相当かという点です。先生からは、先ほど責任主義に近づくと刑罰に近づくとのお話もございましたが、そのあたりのところも含めてもう少し詳しくお教えいただければと思います。

○佐久間教授 ありがとうございます。

1点目は正におっしゃるとおりでして、判決文を見ていて、正にほとんど同じような視点に立って、両者は区別できるのだというふうに、私も考えております。

2点目ですが、責任主義を入れると刑罰に近づいてしまうと言ったのですが、では責任主義というのは、一体中身は何なのかというと、実は刑法学の中でも、責任主義とは何かといったときに、必ずしも一致があるわけではありません。正にその点が問題なわけです。比較的厳格に責任主義を考える立場と、そうではなくむしろ積極、消極両面から責任主義を説明しようとする立場に分かれており、何が射程範囲なのか、はっきりしないところがございます。

ただ、最低限の共通認識として、刑法は故意犯が原則です。これは刑法典の38条にありますように、故意が原則で過失は例外という非常に重要なルールが責任主義の基本ですので、例えば故意犯だから課徴金の額を増やすというようなことにしますと、これは刑罰とどこが違うのかという疑問は当然出てまいりますし、あるいは犯人の悪性のように、将来の違法行為や違反行

為の予防である課徴金制度からみて決定的な要素ではないものを考慮し始めますと、正に故意が一つの徴表といえるでしょうが、それはやはり応報としての刑罰に沿ったものになってしまいます。

したがって、先ほどから御説明があったように、今後もその種の行為を繰り返すであろうという予測を立てる際の一要素であったり、あるいは、先ほど泉水先生の御指摘にもあったように、どれだけ利益を得ているかを推測する際に、重ねてやっていけば、かなりの利益が出ているし、これからもそういった行為をするのではないかという形で、あくまで付随的要素として考慮すべきであると思います。

そういう意味では、責任主義をストレートに入れなければ、予防という基準でもって、ひょっとしたら、故意と似たような考慮要素を入れることもあり得るのかもしれませんが。

○大竹会員 どうもありがとうございます。

○岸井座長 どうも。ほかにいかがですか。どなたでも。では、向先生、どうぞ。

○向会員 ありがとうございます。

今までのお話とは少し違う内容についての御質問になってしまうのですが、今日御用意いただいております資料の一番最後あたりに書いていただいております内容について教えていただければと思ひまして、特に最終段落、「他方、違反行為の抑止に向けた、よりよい協力関係を事業者と構築してゆくためには、何が必要であるかを考えねばならず」という部分につきまして、その御趣旨を、少し敷衍して御説明いただけませんかでしょうか。

○佐久間教授 御質問ありがとうございます。

ここは、先ほどの報告で説明し忘れてしまったのですが、これもやはり実際に、私が事業者の法務関係の方とお話ししたときに感じたことなのですが、従来の手続ですと、企業側にしてみると、いわばお白洲に引きずり出されて、厳しく追及され、場合によっては相手の言うとおりにしないと、後で、とんでもない不利益を被るという思いを、どうも現場の方は持っておられるようです。

それですと、かえって違反行為を隠してしまうおそれがあるわけですし、それよりは、今、検討されているように、積極的に協力した場合には、それ

に応じて課徴金の額を減らすなり、あるいは事業者側が違反行為の抑止に向けて必要な措置を採るなどの努力をした、つまりコンプライアンスや何かをきっちりやっている場合、それを考慮してもらえる仕組みがあれば、たまたま一部の担当者が違反行為に及んだときには、企業としてみれば、そういう仕組みをうまく使えば弁解もできるし、場合によっては適切な社内の処分にもつなげることができるという意味で、よりよい協力関係を築くことができるのではないかということで、一文入れさせていただきました。

それでよろしいでしょうか。

○向会員 ありがとうございます。

そうしますと結論としては、その詳細については刑事法の問題というよりも行政法の問題として、すなわち行政処分の在り方として議論されるべきことではあるとしても、本日御説明いただきました趣旨としましては、制度設計の在り方としてどうすればより目的が達成されやすくなるかを考慮し、さらには、調査対象事業者としてより調査に協力をしようという動機付けが働きやすくなるよう、一定の次項を課徴金算定の際の裁量判断の考慮要素の中に入れるといったことにつきましても、少なくとも刑事法の観点からは特に制約を受けることはないと申しますか、刑事法の観点からの要請や制約などを受けた形で制度設計を議論する必要はないというような理解でよろしいでしょうか。

○佐久間教授 この点はむしろ、ひょっとしたら曾和先生がお話しになる内容の領域を侵犯してしまったようですので、むしろ曾和先生にお聞きいただいて、私は刑法の専門ではありますが、そこら辺は疎いものでして、それでお許しいただければと思います。

○岸井座長 よろしいですか。

それでは、ほかに今、いろいろ議論が出てきましたけれども、また前に戻った議論でももちろん構いませんし、改めていろいろ疑問をお聞きするというようなことでも構いませんし、いかがですか。

どうぞ、中原先生。

○中原会員 貴重な御報告ありがとうございます。

先ほど刑事制裁と行政制裁の区別のメルクマールとして、行為に対する非

難があるかどうかというお話があったかと思うのですけれども、罰金と課徴金というのは、機能的にはかなり似ているところもあるかと思うのですが、罰金に関しては、正に罰金というラベルを貼られていて、刑事裁判によって科されるからこそ、非難としての意味が出てくるという面もあると思います。そうしますと、行政機関が刑事手続でなくて行政上の措置として課すという場合には、そのことによって非難としての意味合いがなくなってくるということになり、それで刑事上の責任主義のような要請が及ばないというふうに考えてよいのか、あるいはやはり機能的に共通する面があるので、刑事上の要請はそのまま及ばないとしても、それに近い何らかの法的な要請が及んでくるという可能性がないのかということについて、御意見をいただければと思います。

○佐久間教授 行政法と刑法で同じく不利益処分を課す場合、どう切り分けるかというお話は、むしろ曾和先生に御説明いただいたほうが、より正確だと思いますが、今、御質問になった点に関して、少しだけ申し上げると、確かに行政処分としての課徴金であっても、それが違反行為であるということで認定されれば、その分マイナス評価がなされたという点で、刑罰における否定的評価と重なる部分はございます。

ただ、これは刑法の解釈学によれば、構成要件、違法責任の違法の部分に関していうと、それは法によって否定されているという意味、つまり広い意味での制裁に当たるとして、それが不利益な効果として及ぼされるという点に限っていえば、両者共通する部分はあるのですが、最後の責任部分に関しては、これは刑法プロパーの問題であって、刑罰にしかないものだと考えれば、一応、両者は違うものだと、なお言うことはできるのではないかと考えております。

○岸井座長 よろしいですか。

ほかにいかがですか。まだ少し時間がございますが。宇賀先生、どうぞ。

○宇賀座長代理 加算税の中で、特に重加算税、これは隠蔽又は仮装がある場合ですから、正に故意があると言えるような場合だと思うのです。過少申告加算税とか不納付加算税の場合は、必ずしも故意がなくても、過失による行為でも課されることもあるのでしようけれども、重加算税はやはり故意があるような

悪質な行為であるからこそ、非常に高額に加算税を課していると思うのです。したがって、重加算税は刑罰ではないと位置付けられているものの、やはりそこに責任主義の要素が入っているようにも思うのですけれども、先生の御説明だと、やはりこうしたものが入っていても、そこはやはり刑罰とは違うという形で説明可能ということでしょうか。

○佐久間教授 ありがとうございます。

確かに重加算税の場合、もし今、先生がおっしゃったように、故意があるがゆえに、その分、ぐっと金額が大きくなるというのであれば、これは刑罰と同じではないかと言われれば、そのとおりです。しかし、もう一方で、証拠の隠滅や隠蔽が行われたら、その分、額が増額されるということだと、これは仮に脱税する段階で、どの程度まで認識していたのかという問題とは別に、その後どういう行動に出たかということで、今後も同じようなことをするのではないかと推測できる、あるいはまた更に脱税の額がもっと多くなるのではないかという、つまり損失が更に膨らむのではないかという趣旨で金額が増額されるのであれば、その形で説明ができるのではないかと思います。

○岸井座長 よろしいですか。ほかにいかがですか。

それでは私からも質問させていただきます。以前に法改正で私も関わったときに出てきた議論なのですが、現在の課徴金と刑事罰の併科で調整規定が決められてございますよね。その調整規定を作るときの議論は確か、先生がおっしゃっていた予防という点で、刑事罰と行政処分はいわば重なるところがあるのではないか。つまり、抑止というのと予防というのが重なる部分があるのではないかというような説明であったように記憶しております。

先生のお話を伺っていると、私もその議論は、なかなか説得力があるなと思ったのですけれども、予防といっても、何を対象にしてどういう意味で予防するのかという、その意味がそもそも刑事罰と行政処分では違っているのではないか。刑法は応報による秩序維持の観点からの予防で、行政のほうは、正に将来にわたって規制の実効性を確保するための予防であると、そういう理解をいたしました。

そうすると、機能的には重なっている面がありますけれども、予防の意味

が随分違うという御趣旨で理解してよろしいのでしょうか。私が勝手に理解してしまっているところがあるのですけれども、もしお答えいただけたら。

○佐久間教授 ありがとうございます。

今、先生がおっしゃったように、同じく予防という言葉を使っても、先ほどの制裁という言葉と同じように、刑法でいう予防と、行政法の領域での予防とは当然違ってしかるべきですし、重なるといっても、行政法においては、法の目的達成あるいは実効性の確保のためという意味で、その行為をどう評価し、課徴金の額をどう算定するかという基準になろうかと思えます。

それともう一点、最初のほうでお話しになった件ですが、調整規定、罰金と課徴金の額の調整規定があるのは、これはどういうことかという御疑問だと思うのですけれども、これは正に調整しているということは、同性質のものであることを前提とした規定であるからおかしいのではないかという批判が、刑法学説の中にもあります。つまり、刑罰と課徴金は全く別のものであるならば、調整規定は必要ないはずだという批判も一部ではあるのですが、ただ、私が理解する限り、お金を取られるという点で事業者にとって不利益な処分であるという範囲では共通しておりますから、余りにも過大な不利益を事業者に負わせないために、政策的に調整規定を設けたと理解するならば、特に矛盾とまではいえないのではないかなと考えております。

○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。今までの点でも、またさかのぼった点でも構いません。

○岸井座長 それでは時間が少し早いのですけれども、これで佐久間教授の御報告と質疑応答を終わらせていただきたいと思います。

どうもありがとうございました。

それでは続きまして、曾和教授、よろしくお願いいたします。

○曾和教授 関西学院大学の曾和でございます。

私もレジュメを事前に用意しておりますので、それに沿ってお話をさせていただきます。

最初に私の自己紹介を兼ねて、研究会テーマと私の研究についてお話します。私はこれまで独占禁止法について深く研究してきたわけではございませ

ん。行政法の一般理論をやってきたということではありますが、今回のテーマに全く関心がないわけではありません。私が最初に書いた論文が、「経済規制行政における行政調査の法的統制」というものでして、これはアメリカの連邦取引委員会の調査権についての論文です。そのときにアメリカの独占禁止法の法執行システムとか、日本のことも少し勉強させてもらいました。ただもう35年ほど前の話でございますので、もうほとんど忘れかけてはおります。今回、ここに招かれる契機になったのは、最近、『行政法執行システムの法理論』という本を出版しまして、その中に「シビルペナルティをめぐる法的諸問題」という論文を書きました。これはアメリカにおけるシビルペナルティをめぐる問題を検討したものです。今日は、主として、この論文を下敷きにお話ししたいと思います。

まず裁量型課徴金制度を導入する是非について、課徴金に裁量を認めることが刑罰に近づくというような話もあって、なかなか今まで裁量を認めてこなかったというお話ですが、課徴金に裁量を導入することにつきどう考えるべきかという点について考えたいと思います。

先ほど佐久間先生からも御説明いただきましたけれども、実は行政法学者からすると、何で課徴金に裁量を導入すると刑罰に近づくというような議論をするのか理解し難いところがあります。

というのも、行政処分で裁量が認められるものは非常に多くあるからです。特に今回のような法違反の是正において認められる法執行手段の選択においては、かなり広範な行政裁量が認められております。例えば、姉齒事件などで問題になった構造計算の偽装について、一級建築士の法令違反行為に対して行政処分をする場合が典型です。行政処分の種類としても、戒告にするのか、業務停止にするのか、免許取消しにするのか。あるいは業務停止とするにしても停止期間を何日間とするのか。それからそもそも処分するのかわからないのか。これらの判断において、行政機関に広範な裁量があるということが前提です。そして、その裁量をどういうふうに行使するかについて、行政機関はあらかじめ裁量基準、処分基準を設定・公表して、それに沿って裁量を行使するようになっています。

こういうふうには違反是正手段の選択とか、違反是正措置の発動において行

政裁量が認められる根拠としては、レジュメに書いた二つの事情があります。レジュメを御覧ください。

まず、課徴金をどう位置付けるかといいますと、行政法の領域では、独占禁止法違反行為に対する違反の抑止・是正を目的とする法執行手段の一つであると考えます。そして、法執行において行政機関に裁量があることについては全然違和感がありません。むしろそのほうが効果的な法執行が可能となるのではないかと感じております。

法執行手段という捉え方は、行政法の一般理論で一般に認められているわけではありませんが、独禁法の教科書などでは、刑罰、課徴金、違反の是正命令等を並べて法執行（エンフォースメント）手段として説明されているのではないかと感じております。

それから2番目に、課徴金が日本でなぜ議論になるのかといいますと、それが新しいタイプの法執行手段であるという点にあると思います。しかし、行政規制の実効性を確保するために、違反に対してかなり重い経済的負担を課すというような制度、すなわち課徴金的な制度は、最近、各国で登場しております。特に経済的な利得を求めて行われるような企業の法違反行為については、強い経済的負担を課すことが、違反の抑止手段としては一番効果的であるということが、基本的に認められているのではないかと思います。

アメリカではこういう制度は‘civil penalty’と言われ、かなり古くからあるわけですが、特に1970年代以降に、環境行政、経済規制行政、労働安全行政などの分野で、多数の‘civil penalty’の制度が導入されております。

導入された当時には、その法的性質について、刑罰とどういう関係があるのか、あるいは懲罰的損害賠償の制度とどういう関係にあるのかということが活発に議論されておりましたが、今日では、民事上の損害賠償制度と刑罰との、その中間にある一つの独立した領域、一つの新しい制度であり、法執行手段であるとされています。そして、むしろ正面からその存在を認めた上で、適切な法的コントロールを図るべきではないかという見解に落ち着いているのではないかと感じております。

アメリカの‘civil penalty’制度では、‘civil penalty’額の決定において、行政機関の裁量が認められていることがよくあります。これにはいろいろ

ろなタイプがあります。

例えば、1違反ごとに何ドルで上限は何ドルまでという形もありますし、環境法の領域ですと、有害物質の排出量に応じて何ドルとか、違反1日当たり何ドルとか定めて、違反が継続すれば累積していくというような形もあります。それから単に上限を定めているものもありますし、上限額を定めて減額ができるというだけの規定を置いているところもありますし、一定範囲で額を定めることができるというようなものもあります。

当初の‘civil penalty’は、裁判所が、民事訴訟手続で、民事訴訟手続と日本的に言っているのかどうか分かりませんが刑事訴訟手続ではない裁判所手続で課するというのが基本形ですが、1970年代以降は行政手続で課ということが増えております。

行政手続で課す場合には、高額の‘civil penalty’ですと、裁決手続という正式の聴聞手続を経て課しておりまして、それを争う司法審査では、実質的証拠法則が適用される、というものが基本形です。

我が国では、レジュメに挙げているような、行政法違反に対して、刑罰とは区別された経済的負担を課するような制度が幾つかありますけれども、なお断片的であります。その都度、こういうものが法執行において効果的ではないかということで導入されてきていますが、その性質はまちまちです。

例えば道路交通法の反則金でしたら、これを課すと刑罰を科さないという形で、刑罰とバーターの制度になっておりますし、他方、加算税や課徴金では刑罰との併科もあり得ることになっています。しかし、地方自治法228条3項の過料を除けば、総じて定額のものとなっていますので、今度、独占禁止法において裁量的な課徴金を課すということになると、わが国の法執行システムの中に新しいタイプの法執行手段が認められるということになっていくのではないかとということで、注目しております。

課徴金と刑罰との関係ですけれども、課徴金に裁量を認めることは、課徴金の性質を刑罰に近づけるものであるという見解があるようですが、それは先ほど佐久間先生もおっしゃいましたが、裁量を認めることと刑罰に近づくことの間には論理的な関係はありません。

それから先ほど議論になりました個別事情、特に主観的な要素等を考慮す

ることがどこまで許されるかという問題についても、例えば一級建築士の法令違反に対して懲戒処分をする場合の処分基準では、行為者の意識、行為の態様、長期にわたる違反か繰り返しの違反かどうか、違反を自主的に是正したのかそうでないのか、社会にどのような影響を与えたのかどうか、そのような要素を広く考慮して、懲戒処分の内容を選ぶということになっております。

先ほどの議論との関係で言いますと、非難という要素についてどう考えるかではありますが、私は違法行為に対して課せられる不利益である以上、社会的非難、あるいは法的制裁として非難という要素があるのは当たり前ではないかと考えております。ただ、刑事法において用いられている非難すなわち責任の中での非難という要素とはまた捉え方が違うのかもしれない。

課徴金と刑罰は、機能的に見ればよく似たところがあります。課徴金に制裁的側面があるのは否めない。制裁というものは、広く刑事制裁だけではなくて、行政上の制裁も、民事上の制裁もあると思います。逆に刑罰にも、当然に違反の抑止機能があるわけですから、機能的に課徴金と重なるところもあるのですが、そもそもの目的が、将来の違反の是正・抑止を目的とするのか、過去の違反に対しての処罰を目的とするかの違いがあります。さきほど刑罰の目的として、応報とおっしゃいましたけれども、刑罰の場合には、道徳的非難が強く、社会的にも犯罪者としてのスティグマが押される、これがやはり刑罰と行政処分が区分される上で特別な意味を持つのではないのかと思います。

それから3頁目に行きまして、同一の法違反行為に対して、刑罰と課徴金を重ねて科すということが、二重処罰禁止原則に反しないかどうかということについて述べていきます。この二重処罰というものの考え方については、佐久間先生から御説明いただいたとおりだと思いますが、実際にアメリカでも、この問題はかなり古くから、何度も議論になってきております。ただ、これまで1件を除いて、二重処罰に反するという最高裁の判決はございません。そしてその1件も、後に判例変更されました。

このあたりの事情は佐伯先生が詳しく紹介されているところなのですが、1件だけ、二重処罰禁止原則に反したという判決が、レジюмеに書

いた Halper 判決です。これは、連邦の医療補助制度での虚偽申告、3 ドルのものを 12 ドルと偽って、これを 65 回繰り返したということで、2 年間の拘禁及び 5,000 ドルの罰金を科せられた後、更に 2,000 ドル掛ける 65 回ということで 13 万ドルの 'civil penalty' を課した。被害額が 580 ドルであるのに対して、その 220 倍もの 'civil penalty' を課したことについて、これは幾ら civil というラベルが貼ってあっても処罰以外の何物でもないだろうということで、これが二重処罰に反するとされたわけです。

けれども、こういうふうには、結果的にその性質を見て処罰かどうか決めていくというふうになると、非常に法が不安定になりますので、厳しい批判もあって、その後、こういう Halper 判決の考え方は否定されて、判例変更されております。レジюмеにある Hudson 判決を御覧ください。

この Halper 判決自体の評価について、こういう被害額の 222 倍の 'civil penalty' というものは罰金との併科がなかったとしても、適正手続あるいは日本的に言えば比例原則に違反するという形になって、違憲として処理される事例ではないかと思っておりますので、そもそも二重処罰禁止原則に関する判例法としての重みはありません。

もっとも、課徴金と刑罰は、その目的、手続等において異なるとしても、例えば同一の違反行為に対して、一方で 1 億円の罰金、他方で 50 億円の課徴金が課される場合を比べると、後者のほうが、はるかにインパクトが大きい、課せられた企業に対する影響も大きいと言われることがあります。理論的には、そういう事例もあり得ると思っております。この点についてどう考えるべきかについて申し上げます。

まず刑罰には、「犯罪者」というスティグマが伴うので、金額だけではインパクトは計れないと思っております。しかし、刑罰となれば、厳格な刑事手続で裁判所が科すという、憲法の下での非常に厳格な手続が保障されております。それが、課徴金となれば、行政手続で課すことになるので、単にラベルを 'civil' というだけで、手続もラフになったり、金額も高額になったりしてもいいのかという批判があり得るわけですし、この批判には、私はもっともな点があるかと思っております。そこで私は、少なくとも、手続の点では適正手続が必要ではないかと考えております。

課徴金賦課手続における適正手続として、いかなる手続が求められるかという点については、我が国の行政手続法の水準を前提にすれば、少なくとも高額な課徴金を課すには、聴聞手続を経ることが必要なのではないかと思います。これは私の個人的な見解でございます。

アメリカの場合は、もともと民事訴訟の手続で課す‘civil penalty’というのが原型でありまして、現在でも相当数がこのタイプのもので残っております。1970年以降、もっと行政のイニシアチブで課せるようなものでない、使いにくいという面もあって、行政手続（完全な聴聞手続）で課した上で、不服があれば高裁に訴えることができ、そこでは実質的証拠法則が適用されるというタイプのものが導入されました。さらにその後、より簡単な聴聞手続で課されて、不服であれば地裁の事実審に訴えることができるというような形のものも現れています。

我が国の場合は、課徴金賦課命令を争う司法審査において、裁判所は違反事実の認定とか額の適切性について、最初から審査するということが原則になるのではないかと思いますので、この点も含めて考えますと、適正手続が保障されているといえるのではないかと思います。

ということで、第一の裁量型課徴金制度の導入の是非という問題についてのとりあえずの私の結論は、以下の3点にまとめられます。第1に、課徴金は行政規制の実効性を確保するために導入された法執行手段として理解すべきであって、そのようなものとして正面からその存在や必要性を認めるべきではないかと思います。第2に、課徴金の賦課において、行政機関に裁量を認めることに法理論上の障害はない。むしろ有効な法違反の是正のためには、一定の裁量を認めたほうがよいのではないかと思います。第3に、行政機関に裁量を認める場合は、それが適正かつ有効に活用されるための条件ないし基準を、事前に明確にしておく必要がありますので、その点の検討が必要だろうというふうに思います。

次に、裁量的な課徴金制度を具体的に制度設計する場合の在り方についての私の考え方ですけれども、課徴金の額をどのように設定すればいいのかとか、賦課手続において、行政裁量としてどの範囲でどういうものを認めればいいのかについては、課徴金の制度目的である「違反の抑止」にとって有効

かどうかという視点から考えていくべきだと思っております。

ただ、独禁法の法執行の実態について私はあまり詳しくありませんので、この点について、有益な助言ができるとは思いません。いかなる課徴金が独禁法違反の抑止の視点から有効であるのかについては、その執行に直接関わっている方々の見解に委ねるべきではなかろうかと思えます。

ただ、行政法を専攻している立場から気が付いたこと、あるいはアメリカの 'civil penalty' の制度を検討した結果気が付いていることを申し上げます。

まず課徴金の額と裁量なのですが、課徴金の額は、やはり違反の抑止にとって十分な水準のものでなければならぬと思います。違反によって得た利得を回収する、不法な利得を回収するというだけでは、これは元に戻るだけでありまして「ばれてもともと」、「ばれなかったらラッキー」と、少し悪く言えばそういうふうなことにもなりかねないわけですし、ですから違反によって得た利益を上回る経済的不利益を課すべきであると考えております。これはアメリカの論文でも強調されているところです。

どの程度の不利益を課せばいいのかについては、最終的には立法裁量の余地が大きいし、非常に高額になった場合は、比例原則等の制約が入ってくると思います。アメリカの論文を読んでおりますと、例えば違反の発覚率が10分の1とした場合、課徴金額は違反によって得た利益の10倍を基準にしないと効果がないというようなことを書いている論文もございます。

不当な利得の回収ということで課徴金の制度化が図られたとの、先ほどの議論をお聞きして思ったのですが、やはり不当利得を回収しただけでは違反の抑止にならないというのが一点です。そして、違反の抑止という点から見れば、利得を生まない、あるいは直接利得が計算できないような行為でも、悪質な違法、重大な違法の抑止手段としては、こういう課徴金的なものが有効になり得ると思うのです。

私は、行政調査を検討したことがあるのですが、例えば調査資料を隠蔽して、あるいは破壊していくというような企業があったとしたときに、そういうことを許さないために課徴金を課すということも考えられます。現在は刑罰があるかと思いますが、そういう場合の刑罰は罰金額が余り多くあ

りません。しかも調査妨害に対する刑罰はほとんど発動されてはおりません。ですので、そういう場合に課徴金的なものを作るといようなことも、制度としてはあり得ると思います。

不当利得の回収という説明は、独占禁止法違反行為に対して課徴金を導入するに当たって、そういう実質的な説明もできる、そういう面もありますよという意味で、強調されてきたのではないかと思います。つまり、違法なことをしてこれだけもうけているじゃないか、それをそのままにしているのかという、そういう脈絡で説明されてきたとは思いますが、基本的な性質が違反の抑止であるとすれば、その利得の額を超えるか超えないかとか、そういうところに余りこだわる必要はないのではないかと、外から見ていて、以前から考えてきたところでは。

それから課徴金の賦課において、公正取引委員会に一定の裁量を認める場合は、違反の抑止という目的にとって有効なものでなければならないので、違反が重大であるとか、悪質であるとか、常習性があるとかという場合には加算する。あるいは違反事実を自主的に申告したとか、違反を自主的に是正した場合には、減額ないしは免除する。そういうふうに、企業の違反に対する態度、あるいは違反が持つ社会的な影響などを広く考えて、課徴金の賦課における行政機関に裁量を認めるのが、やはりこの「法違反の抑止」の目的に適合的ではないかと思います。

法律で、シビルペナルティの賦課における考慮要素を明記している例として、アメリカの水質汚濁防止法があり、「裁判所がシビルペナルティ額を決定する場合には」ということで、レジユメにありますような、6つの要素を考慮するということが定められており、一つの参考になろうかと思います。

それから、公正取引委員会あるいは行政機関に一定の裁量を与える場合には、法律で、その大枠、基準となる額、裁量行使において考慮される要素、加算・減算の基準などを規定することが望ましいと思います。

さらに、具体的な運用基準について、行政手続法にいう処分基準として設定・公表することが必要です。それによって、相手方に対する予測可能性を与え、法違反是正の取組をむしろ企業としても促進する、一つのメルクマールになると思います。

それから、先ほど向会員と佐久間教授のやりとりの中で出た問題に関係しているのですが、「協調的法執行」という考え方があります。

調査協力を課徴金賦課・減免の考慮要素とするということ、これは現在リニエンシー制度としてあるわけですがけれども、そのほか広く調査協力の対応とか違反の自主的な是正の対応などを考慮して、すなわち規制対象となる企業の協力を得て、法執行を進める手法というのは、アメリカにおいて「協調的法執行」と呼ばれます。これまでの対立型の法執行では十分に規制の実効性が上がらない場合に、それに代わる法執行の在り方として、最近、強調されております。

この協調的法執行については、特にクリントン政権の時代に、環境規制行政の領域で進められておりました、私はその問題について論文を書いたことがございます。先ほどの議論との関係で言いますと、企業が行っているいろいろなコンプライアンスの努力ないし取組を積極的に法執行の中に、プラス要素として組み込んでいくという、そういう考え方になるわけです。

特に環境行政の領域でしたら、環境を守ろうというのは、企業も行政機関も総論で一致するわけです。それでその進め方において、多少、やり方の齟齬があったりするという事になった場合に、行政機関が違反を「取り締まる」という姿勢でいきますと、企業は違反が見つからないように隠蔽するというような方向に行きます。こうした対立型の法執行ですと、行政側の資源も限られていますので、違反がなかなか発覚しないということになります。むしろもう少し企業を信頼するといいますか、企業の善意の努力を信頼して、あるいは企業が誤って何か違反に至ったような場合は、それを考慮してあげるといような形で、柔軟な法執行を工夫する必要があるのではないかと思います。

今回の裁量型課徴金制度の目指す裁量の中には、そういう協調的法執行の考え方が一部含まれているのではないかと、私は見ております。

ただ、協調的な法執行では、行政機関の行政裁量を一定範囲で認めるということですので、「法の支配」原理との関係での問題が指摘されることがございます。裁量が無制限に行政に認めるということは、それが適切に行使されるという保障がないので、伝統的な行政法学は、できるだけ法律で厳格に規

律して、行政の行動を法的に統制すべきであるという議論があります。このような見解は、現在でも強いと思います。

私は、裁量基準をあらかじめ法定ないし規則化して示し、事前に公表していくということで、法治主義違反になるのではないかというような懸念、問題点が回避されるのではないかと思います。また、司法審査が控えておりますので、裁量権の逸脱・濫用の事例があれば、後の司法審査で違法となるということでよろしいのではないかと考えております。

長くなりましたけれども、私の報告は以上でございます。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

それではまた先ほどと同じように、質問、あるいは質問以外にも御自身の見解等ございましたら、闊達に発言をお願いできればと思います。いかがでしょうか。

では阿部会員。

○阿部会員 4頁の3の(1)の最初の課徴金の額のところで、違反によって得た利益を上回る経済的不利益を課すべきとございますが、そうなりますと、例えば民事上の損害賠償請求が起きたとき、事業者にとってみれば、課徴金で不当利得以上のものを取られて、一方で実際の損害額に近いものを賠償請求されることとなりますが、その間の何か調整みたいなことは必要だと思われませんか。

○岸井座長 どうですか。

○曾和教授 政策的にはあり得る話かとは思いますが、理論的には、それは別の制度として割り切っているのではないかと考えております。

現在の課徴金も、不当利得の回収という側面が強調されておりますが、被害者からの不当利得返還請求訴訟が仮にあった場合に、それとの調整規定というのは置いておりません。

あるいは被害者からのそういう民事上の請求が非常に成立しにくいような領域で、こういう課徴金的なものは有効には機能するのではないかとは思っています。仮に重なる場合があっても、それぞれは別の制度であるとして、理論的には割り切れるのではないかと思います。

額が相手方にとって過酷になるというような場合は、政策的に調整する場

合もあり得るかもしれません。先ほどの協調的法執行とも関係しますが、景品表示法で導入された課徴金は、被害者に対して一定の返金等をすれば、その分課徴金が減額されるというものです。このような制度は、多分、協調的法執行に似た一つの政策に基づいている制度なのではないかなと思っております。

○岸井座長 よろしいですか。

どうですか。それでは行政法の点なので、もしよろしければ専門の中原先生、一言ございましたら、どうぞ。

○中原会員 ありがとうございます。

私は曾和先生の御報告にほぼ全面的に賛成でありまして、余り質問がないのですけれども、レジユメの3頁の一番下の(5)とりあえずの結論というところで、行政機関が課徴金を課す根拠、形式面と実質面があると思いますけれども、実質面としては、行政規制の実効性を確保するための法執行の権限が行政機関に与えられているということであり、形式面として、それが法律で規定されていれば、できるということだと思います。

私もそう思うのですけれども、ただ従来の議論では、そこに制裁的な側面が含まれるということになると、これは刑事に近づくということで、刑事裁判によらなければいけないのではないかという議論があったところだと思いますし、他方で不当利得を剥奪するとか、あるいは税金であるとか、そういう何らかの説明がつけば、行政機関もできるけれども、そういった説明がないと、できないのではないかという議論があったかと思います。ここは理論的には、法執行手段として行政機関に権限が与えられている、それが法律で認められているということ、十分な説明になるのか、あるいは更に、何か補強するような理論的な説明があり得るのかという点について、お伺いしたいと思います。

○曾和教授 ありがとうございます。

中原先生もこの分野の専門家なので、僭越ですが、まず制裁ということについて、先ほども佐久間先生とのやりとりで出てきましたけれども、行政上の制裁というのは従来からあるわけです。先ほどの一級建築士に対する懲戒処分も、これには制裁的な側面があり、非難の要素もあるわけです。一方、

例えば職員に対する処分でも、制裁的な要素を含まない分限処分というような処分もあります。

制裁という側面については、法違反行為に対して課せられる不利益ですので、そこに非難とか制裁という要素が入るのは、やむを得ないのではないかと考えておまして、別に刑罰にのみ認められるものではないと考えております。

それから法違反の抑止とか、是正のために必要な法執行手段だと言ってしまうと、どんどんこういう課徴金ができるのか、制度化していいのかという点については、私は少し抑制的な態度をとっております。

というのは、戦前の行政執行法という法律には、執行罰という手段がありまして、行政命令を課して、それを何日までに守らなかったら幾らの金額を支払え、それでも守っていないと、また何日までに守れと命令して、守らなかったら幾らと定めます。これを何度も何度も繰り返せるというのが執行罰という仕組みです。このように、正に法執行のために、違反を是正するための手段として、金銭を課すというものがあつたわけですが、これは現行法ではなくなっております。

執行罰の額を高額にすると、非常に強力な法執行手段になります。例えば、一般法としてそういう執行罰的なものを作れば、法執行手段としては強力になるかと思いますが、他方で余り強力なものを作ると、濫用される可能性もあります。研究者の中には、一般法として執行罰的なものを導入するのはどうかという提言をされている研究者もおられます。けれども、私は、とりあえず、環境規制の領域とか、経済規制の領域とか、実質的な理由としても金銭を賦課することについて一定の正当化理由が言える領域で制度化すべきではないかと思っております。例えば環境の領域でしたら、環境悪化による外部不経済を内部化する行為としても正当化できますし、経済的・犯罪的な法違反行為につきましても、不当利得の回収という側面での正当化も言えますので、いわばこういう手段を制度化する土台がある。このように私は、単に法違反を許さないというだけではなく、一定の正当化理由もあるものが必要と考えています。ですから、私の立場は比較的穏健でありまして、アメリカ法でいうとレメディアルな理由というわけですが、一定の実質的な理由付け

もできる場合に、刑罰と従来の行政命令だけでは十分に法執行の実効性が無い領域で、少しずつ導入していくべきではないかと考えております。

将来これが一般法的な、行政法的な制度にまで発展するかどうかは、今後の課題かと思えます。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

それでは、ほかの観点で。宇賀先生、いかがですか。

○宇賀座長代理 ありがとうございました。

4頁の3の(1)のところで、課徴金額について、立法裁の余地が大きいというお話でした。

この立法裁量の限界を画するものが何かということ考えた場合に、違反の発覚率を考慮して、例えば発覚率が10分の1であったらば課徴金は10倍までという、これが立法裁量を画する一つの限界になるのかなと思うのですが、それを比例原則という形で説明することもできるかもしれませんが、課徴金の立法裁量との関係で比例原則で考えるときに、課徴金と刑事罰が併科されたときに、刑事罰も含めて比例原則を考えるべきなのか、それとも制度が違うから、それぞれで考えればいいことなのか、そこはどうお考えでしょうか。

○曾和教授 私は両方とも政府が課すものでありますので、引っくるめて比例原則として、相手方に対する打撃という点から考えればいいのではないかと思います。

○岸井座長 よろしいですか。

ほかにいかがですか。泉水先生。

○泉水会員 先ほどの利得の額を超えるかどうかにかかわる必要はないという御意見については、私も自分自身の意見として申し上げましたとおり、大変共鳴を受けたところであります。

それと共に、摘発率を考慮するかどうかというのは、もう一つの論点だとは思います。

これらについては平成17年法改正のときにも、研究会において出てきた論点で、最終的には採用されなかった見解ではありますけれども、改めて検討していただければと思っております。

それと、調査協力の度合いに応じて、課徴金を加減するという制度を導入

するとした場合に、調査に協力しなければ、課徴金が増えますので、そういう意味では調査に協力しないというインセンティブは、低くはなるとは思いますが。

ただ、先ほど曾和先生がおっしゃったようなアメリカの例では、たしか資料を破棄したというようなケースもあったというふうにお聞きします。そうすると、調査協力の度合いに応じて課徴金を増減するという制度ができたとしても、悪質な検査妨害というのは、なお残るのではないかと考えられます。

とすると、例えば現在の独禁法の94条の検査妨害罪のようなものをきちんと適用する、それと併せて裁量型課徴金制度を運用する、あるいは、更に別に検査妨害に対する金銭的不利益処分の制度を設けて、裁量型課徴金制度と併せて設計するというようなことは可能なかどうか、御質問させていただきたいと思います。

○曾和教授 有効な調査制度をどう制度化するかという点については、私もかなり前から関心がありまして、考えてきているのですが、現在の日本の行政制度全般に言えることですが、調査の実効性確保という点では非常に弱く思っております。

多くの行政調査の場合は、正当な理由なく検査を拒否すれば刑罰を科すということになっています。公正取引委員会の調査権についても、犯則調査権でないほうの調査権について、そうなっているかと思うのですが、これまで多分、刑罰は発動されてこなかったのではないかと思います。罰金額も少ないし、発動のためには検察の手を借りないといけませんし、検察もこの種の事案では余り動かないというのが実情です。ですから、現行制度に代わる実効的な調査制度があったほうがいいのではないかと考えております。

他方で、調査を行うというのは、最終的に強制処分になるわけです。企業から報告書や書類を入手するとか、証言を引き出すということになりますと、相手方が拒否すれば最終的には強制するほかない。これをどう制度化すればよいのかということです。

この点で、私は、日本ですぐに導入すべきと思っているわけではないのですが、アメリカ法が参考になると思います。アメリカの連邦取引委員会の調査は、大体、Subpoena（サピーナ）すなわち文書提出命令、あるいは

証人出頭命令で行われます。相手方がそれを拒否した場合、調査命令の範囲が広範過ぎるとか、企業秘密が含まれているとかというような、いろいろな理由で拒否したりしますと、連邦取引委員会のほうが裁判所に訴えて、裁判所が調査命令の違法性を審理しまして、裁判所が調査命令（サピーナ）を適法だと見れば、今度は裁判所の判決として調査に応じよとの命令になります。その判決に従わなかったら、今度は、裁判所侮辱罪となり、証言したり、文書を提出するまで社長を拘禁するというようなことまでできるわけです。

そういうふうには、アメリカでは調査をめぐる争いというのを独自の法的な段階として捉えており、調査の範囲や手続が適切かどうかといったことについての紛争があれば、裁判所を介在させます。

私が、アメリカの調査制度を勉強したときは、それでは時間がかかって有効な調査はできないのではないかと思いましたが、実は案外そうではなくて、そういう形で判例が蓄積され、裁判所が基準を作っていきますと、企業のほうとしても、見せるべきものは見せる、そうでないものは見せない、そういうふうな形になるわけです。

それから調査手続についても、弁護士依頼者間の秘匿特権が認められています。また、立入りのときの弁護士立会い権なども、適正手続の一内容として認めております。

一方で、手続を十分保障した上で、しかし、本当に必要な書類は確実にとれる制度にするということが必要なのではないかと思えます。

犯則事件については、裁判所の許可状を得て、実力でとれるという制度になりましたので、この点は一つ改善されたものと思っておりますが、一般の行政調査には課題が残されている。調査というのは相手方が徹底して抵抗した場合にどうやって強制するのかという問題があり、適切な調査制度を構築するというのはかなり難しいと思っております。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

よろしいですか。

ほかにいかがですか。では向会員、どうぞ。

○向会員 ありがとうございます。

今、御紹介いただいたことと関連して、御質問させていただきます。幾つ

かの質問に分けさせていただければと存じます、結論としましては、制度設計に当たって、行政法の一般的な考え方の観点から、どういった制約があり得るのかというようなことを、教えていただければと考えております。資料の最後のあたりでは、今日、御教示いただきました協調的法執行という考え方は、対立型法執行と対比されるものとして、対象事業者と共に実態解明を進めるといいますか、そういった方向で対象事業者を動機付けていこうということかと理解いたしました。また、先ほど御説明いただいた内容では、例えば弁護士の立会いであるとか、あるいは弁護士・依頼者間秘匿特権の話も、広い意味での適正手続の保障に含まれる概念として、そういったものが保障されている場合のほうが、むしろ実態解明にも資するということが御指摘いただいたと、理解いたしました。そういったお考えを前提としつつも、独禁法違反に関する事実をいかに調査して、しかるべき処分をしていくのかということ考えたときに、裁量型課徴金制度の在り方を議論する上で、例えば、これをやると、さすがに行政法的に見て、余りにもほかの行政法分野と整合がつかないなど、導入が許されないと考えられるものはございますでしょうか。

端的に、例えば先ほど弁護士・依頼者間秘匿特権や、弁護士の立会いといったことにも言及していただきましたので、お尋ねしているのですが、資料の中には、例えば2頁の中段辺りに、行政法違反に対する経済的負担を課す制度としては、都度の必要性により散発的に制度化されていて、それは、個々の制度を巡る事情に応じて作られているということを御説明いただいたように理解いたしました。これから裁量型課徴金制度の在り方を考えていく上で、独禁法の違反に関する調査については、先ほど御指摘いただきましたような適正手続を保障することによって実態解明を図るという、今までとは違う協調的法執行というような発想で、その制度を考えていく場合に、しかしながらさすがにこういった制度設計は、例えば適正手続の保障の中身が厚過ぎるといったような点で、いかに都度の必要性により散発的に制度化するというような手法がこれまで広く採られてきているとはいいいましても、そこまではやり過ぎだというような、あるいは、ほかの行政調査にはないものを独禁法の分野にだけ認めることは、整合性に欠けるので認めるべきではないと

か、そういった縛りや制約というものは何かあり得ますでしょうか。

○曾和教授 まず制度化における限界、すなわち立法で一定の制度を作る場合の立法裁量の限界の話がありましたけれども、一般的に考えますと、制度化における立法裁量の限界という、憲法の話になろうかと思えます。つまり、憲法違反にならない限りは、立法裁量というのは、かなり広いのではないかと思います。

憲法原則で特に問題になりそうなのは、先ほどから議論になっている二重処罰の問題と適正手続の問題ではないかと思えます。適正手続については、行政手続法という一般法がありますので、その行政手続法の一般的な水準と比較して、課徴金の賦課処分というものに、どの程度の手続が保障されないといけないのかという論点があるかと思えます。それから、特に相手方に不利益を課す場合には、比例原則に対する考慮が、これは制度を作る場合もそうですし、実際の運用の場面、つまりどの程度の処分をするかという場合にも、出てくるのではないかなと思っております。

次に、具体的に調査協力あるいは企業の自主努力と法執行との関係についてなのですが、今回の裁量型課徴金において、調査協力の程度とか、違反を自主的に是正するかどうかという点を考慮要素に取り入れていくというのは、私の言葉で言うと、協調的法執行という一つの新しい枠組み・新しい考え方の導入ということだと思えます。

従来は取り締まり的な発想で法執行を考えていたわけですが、やはりそれだけではだめなのではないかということで、相手方の企業の実情も踏まえて、違反に対する是正努力などの真摯な姿勢を酌み取るような形で法執行を捉える考え方です。法執行といっても、一方では、本当に確信犯的に、悪いと分かっているあえてやる違反もあれば、他方で、グレーゾーンで、これが法違反になるのかならないのか分からないというような場合に結果的に法違反となる場合とがあるかと思えます。それが区別されずに、最終的に違反だったら課徴金が幾らというふうに機械的に出されてしまうというのでいいのか。違反自体が非常にグレーゾーンであって、企業も試行錯誤している中で、例えば事前に行政ともすり合わせをするということがあってもよいのではないか。このような視点で法執行を捉えるのが協調的法執行というわけで

す。

ただ、この協調的法執行は、悪くいえば、企業との裏取引であるという批判を生み出しかねません。そういうことになってしまうと、非常に大きな問題になるので、やはり企業との交渉過程をオープンにして、裁量の行使基準も明確にして、国民の目に見えるような形にしないといけないと思います。これは憲法原則ではないかもしれませんが、こういう協調的法執行を、ある程度酌み取った制度を作る場合に、やはり考えなければならない重要な視点になるのではないかなと思います。

あと弁護士の立会い権とか弁護士・依頼者間秘匿特権などを付与することについて、日本ではこれまでそういう制度が少ないのですけれども、適性手続の内容としてあってもいいと思っております。

医者が患者との間で取り交わした情報については、職業倫理上の秘匿権というのが認められているわけですし、それは医者という仕事をする上での核心になるわけです。同じように弁護士についても、依頼人との間での情報の秘匿権があり得るのではないかと思います。そしてまた弁護士は、悪いことだったら「悪い」とはっきり言って企業を説得するということも役割としては考えられるわけですから、私は適正手続の内容として、弁護士の関与を権利として保障することを積極的に認めていく方向で考えております。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

それではほかに何か。中原先生、どうぞ。

○中原会員 事前手続に関してなんですけれども、レジユメの3頁のところで、少なくとも高額な課徴金を課すには聴聞手続が必要ではないかという御意見です。

行政手続法の一般原則では、金銭賦課については、事後的な精算が可能ということで、意見聴取手続の適用除外になっていますけれども、課徴金について聴聞を必要とする理由としては、一つはやはり単なる金銭賦課ではなくて、制裁的な側面があるということがあり、また、その金額が大きいということもあるかと思いますが、そのいずれなのか、あるいは両方の趣旨なのかについて、先生のお考えを教えてくださいませんか。

○岸井座長 どうぞ。

○曾和教授 行政手続法では金銭賦課処分が一般法の適用除外になっていますが、私の

理解では、それは適正手続が要らないという趣旨ではなくて、金銭賦課処分にはいろいろなパターンのものであるので、一般法的な規律が適当ではないと考えられたからではないかと思えます。私は、金銭賦課処分についても、処分の性質に応じた適正手続というのは、考えていくべきだと思っております。

課徴金の賦課手続について参考にしていますのはアメリカの議論です。アメリカの議論では、高額なシビルペナルティを課す場合には、基本的には民事訴訟手続で課すというようなものが多いのですが、行政手続で課す場合には少なくとも正式の聴聞手続を経て課すべきではないかといわれています。行政手続法も、例えば許認可の取消しであるとか、身分、資格の剥奪であるとか、そういう重大な不利益処分については、聴聞手続が必要となっておりますので、高額な課徴金賦課処分の場合にも、少なくとも聴聞手続あるいはそれに類するような手続を置いて、そこで企業側は違反事実の有無や課徴金額の妥当性について争えるというような手続が望ましいのではないかと考えております。

○岸井座長 よろしいですか。

ほかにいかがですか。及川会員。

○及川会員 2頁でアメリカの‘civil penalty’制度について触れていただいているのですけれども、この中でアメリカの‘civil penalty’制度の中には、減額できる規定については、かなり細かくというか具体的に書いてあるものなのか、一般的に減額できる旨というのはどういうものなのか。少し教えていただきたいと思えます。

○曾和教授 私も全部の法律をきちんと見たわけではないのですが、レジュメで額を定めて行政機関が減額できる規定だけ置いているというのは、正に「減額できる」とだけ書いてある。そういうことでございます。その場合には、減額する裁量が行政機関に与えられていると理解されますので、どういう場合にどう減額するのかということについて、行政機関が規則などで基準を定めて公表しております。

それからアメリカのクリントン政権の下で取り組まれた協調的法執行の例としましては、環境庁の例ですけれども、企業が自主的に違反を見つけ、

あるいは、自主的に違反を是正したような場合は、刑事罰は適用しない、又は、‘civil penalty’は事案に応じて適用しないか減額するかというようなことが法執行の細かなガイドラインに書かれています。

○及川会員 分かりました。

○岸井座長 よろしいですか。

どうもありがとうございました。

ほかにいかがですか。

○向井官房参事官 すみません。先ほどの事前手続の事実関係について御説明させていただきたいと思います。

現在の独占禁止法における課徴金納付命令につきましては、事前手続といたしまして、意見聴取手続というものがございます。

この法令集の中でも178頁に規則が載っておりますが、かなり詳しいルールになっています。これにつきましては、行政手続法の聴聞と同等かそれ以上の手厚い手続という整理がなされており、行政手続法の適用除外になっておりまして、聴聞と同等かそれ以上の手厚い手続を経て、課徴金納付命令が行われているということでございます。

また、調査妨害につきましては、他国がどうなっているかということですが、これは、第1回資料の中にも書いておりますが、EUのケースで申し上げますと、調査妨害をいたしますと、制裁金の増額要因として考慮されます。それ以外にも、違反行為が認定されずに制裁金が課されなかった事案でありまして、例えばロッカーにシールを貼って封印をしたにもかかわらず、事業者がその封印を破棄したというような事例がありました。そういった調査妨害行為自体にも制裁金を課することができる制度となっております。

ということで、制裁金の増額要因だけではなく、調査妨害、それ自体に単独で制裁金を課することができるというような制度というのが、諸外国にはあるわけでございます。

○岸井座長 よろしいですか。どうぞ。

○大沢会員 ありがとうございました。

先ほど先生が協調的法執行のところで、国民の目に見える形で、というこ

とを御指摘になって、非常に重要と私も思ったのですけれども、その場合に、国民の目に見える形という仕方の一つとして、その一つ上に書いてある、例えば事前に具体的な処分基準というのをしっかりと見える形にしておくということのほか、実際に処分が行われた後に、どうしてこういう処分になったのかということ、例えば当局が説明するという説明責任のようなものかもしれませんけれども、そういったものは必要だとお考えですか。

○曾和教授 今、御指摘いただいて、私もそのとおりだなと思っております。

つまり、処分の前に一般的な基準として明確にするだけではなくて、増額したり減額したりというような処分をしたときに、なぜそうしたのかという理由を相手方に伝えるとともに、それが公表されれば、社会的にもやはりコンプライアンスの意識の土台になるというようなことが期待されるのではないかと思いますので、賛成でございます。

○岸井座長 よろしいでしょうか。

ほかにいかがですか。

大分時間も迫っておりますが、大変申し訳ありません。私も一点だけ。

なかなかお答えしにくいのかもしれませんが、先ほど向会員が質問されたところの最後で、比例原則について言及されまして、また、佐久間先生は行政法の比例原則は、刑法と違うのではないかというようなお話をしておりましたが、課徴金を課すときに、比例原則というのが裁量の一つの統制の考え方として出てくるとすると、例えばでいいのですけれども、例えばこんなことが問題になるとか、こういう視点が出てくるとかというのが、お答えいただくのは難しいかもしれませんが、いかがでしょうか。

○曾和教授 そうですね。比例原則自体は、行政法でも古くから一般原則だというふうには言われておりますが、なかなかその具体的な適用基準というのは定まっております。申し訳ありませんが、すぐにはお答えが出てきません。

○岸井座長 本当に難しい質問をして、すみませんでした。

それではほかに何かございますか。これは言っておきたいとか。こういうようなこと。

それでは、もう時間も迫っておりますので、曾和先生、どうもありがとうございました。改めて佐久間教授と曾和教授に、本日はお忙しい中、御出席

いただきまして、また貴重な御意見を賜りまして、ありがとうございます。

それでは時間も迫っておりますが、今後の進め方について、何か御意見等ございますでしょうか。

特によろしいですか。

それでは、私のほうから提案ということになるのですけれども、現在、事務局と相談しつつ、ヒアリング対象者の選定、調整を進めているところですが、その中でヒアリング対象者をもう少し広げてよいのではないかという話になりまして、3回という予定で、前回お示ししておりますけれども、会合を1回増やす必要が出てきております。その場合、第1回会合で御了承いただきました研究会のスケジュールも、若干後ろ倒しになるということもあります。

つきましては、追加のヒアリング対象者も含めまして、人選や日程に関しては、大変恐縮ですけれども、私のほうに御一任いただければ、事務局と相談して、調整していきたいというふうに思っておりますので、よろしいでしょうか。

それでは次回、第3回会合以降におけるヒアリングの日程や人選につきましても、私に御一任いただければと思います。

それから、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、佐久間教授、曾和教授及び会員の皆様にも御確認した上で、公表することといたします。

最後に、次回の日程について、事務局から説明をお願いいたします。

○向井官房参事官 次回の日程でございますが、現時点では、4月22日金曜日の午後を予定しておりますので、これでヒアリング対象者を含めて調整させていただいているということでございます。

具体的には、まだ調整中でございますが、確定はしておりませんが、ブリュッセル在住の弁護士の方や、外国の競争法に詳しい弁護士の方、その他、諸外国の経済団体に推薦していただく方ということで、外国の状況を中心に、ヒアリングすることを予定しております。

まだ確定したというわけではございませんので、正式に確定いたしましたら、

皆様に御連絡させていただきたいと思います。

○岸井座長 どうもありがとうございました。

それでは、本日はお忙しいところ、また、大変活発な意見が出まして、ありがとうございました。これにて終了いたします。どうもありがとうございました。