

## 「独占禁止法等の改正案に関する意見」について

今国会に上程されている独占禁止法等の改正法案について、2008年4月14日、独占禁止法の研究者の有志が意見を公表した（「独占禁止法等の改正案に関する意見」。以下、「意見」と略記。全文は法律時報80巻5号95頁以下を参照）。そこでは、不公正な取引方法に対する課徴金制度の創設と審判制度の全面的見直しの2点について批判的意見が提示されている。以下、これを紹介しつつ、私の考えを簡単に述べる。

### 一. これまでの経緯

独占禁止法の平成17年（2005年）改正では、課徴金算定率の引上げ（原則10%）、課徴金対象範囲の拡大、課徴金減免制度の新設、犯則調査権限の導入、さらに、審判の迅速化・効率化のため、事前審査型審判方式から不服審査型審判方式への転換が行われた<sup>1</sup>。

しかし、審判手続が適正な手続であるかについて、経団連等から批判があったこと等から改正法施行後2年以内に再検討すべきこととされ、これを受けて内閣府において独占禁止法基本問題懇談会が設置され、2007年6月、その最終報告書が公表された（以下、「内閣府懇報告書」と略記）<sup>2</sup>。そこでは、審判制度につき、不服審査型審判方式を当面維持しつつ、一定の条件が整った段階で事前審査型審判方式を改めて採用することが適当であるとされた。また、不公正な取引方法を違反金（同報告書では課徴金をこう呼んでいる）の対象とするかどうかについては、「不公正な取引方法全体を違反金の対象とする」のではなく、ぎまんの顧客誘引と優越的地位の濫用の2つが違反金の対象とすることを検討すべき行為類型であるとされた。

公正取引委員会は、この内閣府懇報告書をふまえ、同年10月に「独占禁止法の改正等の基本的考え方」（以下、公取委「考え方」と略記）を公表した。そこでは、排除型私的独占に対する課徴金の導入、一定の不当表示と取引上の優越的地位の濫用に対する課徴金の導入、その他多岐にわたる改正が提案されていた<sup>3</sup>。

ところが、その後、同年11月に経団連が「独占禁止法の抜本改正に向けた提言」において「公正取引委員会の審判の廃止」を打ち出し、政府自民党と公取委の折衝の過程で改正の方向は大きく変更された<sup>4</sup>。すなわち、①課徴金が課される不公正な取引方法は上記の2つの行為類型以外に、4つの類型（共同の供給拒絶、差別対価、不当廉売、再販売価格維持行為）が追加され、②公取委の審判手続に係る規定についても、2008年度（平成20年度）中に全面的に見直し、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとするとの規定が附則におかれることと

なった。通常国会に提出された独禁法等の改正法案は、以上の修正を含んだ内容となっている。

## 二. 不公正な取引方法に対する課徴金

### 1. 公正競争阻害性

現行独禁法においては、「不公正な取引方法」の定義規定（現行独禁法 2 条 9 項柱書き）で「公正な競争を阻害するおそれ」（「公正競争阻害性」）がすべての行為類型にかかる要件になっている。これに対し、法案 2 条 9 項柱書きでは、公正競争阻害性は要件となっていない。

しかし、法案同項 1 号ないし 5 号には、それぞれ「正当な理由がないのに」・「不当に」という要件があり、現行法の確定的解釈では、これらは「公正な競争を阻害するおそれ」と同義であり、ただし、前者については原則として公正競争阻害性が認められ、これに対し、後者はその逆であるとされているから、この点については現行法からの変更はないと解してよいのであろう<sup>5</sup>。

なお仮に、これと異なり、公正競争阻害性の有無という文言上の違いから、同項 1 号ないし 5 号における「正当な理由がないのに」・「不当に」が、公正競争阻害性とは別の意味であるとすれば、不公正な取引方法の全体の体系的な位置づけ又は整合性の点から極めて疑問である。

上のように、法案 2 条 9 項 1 号ないし 5 号は、現行法と同様に公正競争阻害性を要件としているとすれば、この「おそれ」は、公正な競争秩序に対する一般的・抽象的危険性があることを指すと解されてきているから、この要件に該当するだけで課徴金を賦課することには疑問がある。

公正な競争秩序に対する一般的・抽象的危険性という意味は、競争秩序に対して具体的な弊害がない段階でも、公正競争阻害性ありとされるということである。実際には、例えばある事業者が不当廉売行為を始め、その具体的影響として当該行為者の売り上げが急増するとか、競争者の売り上げが減少したなどの具体的な弊害が生じ始めてから、公取委が事件として調査を開始し、排除措置命令を下すということが多であろう。しかし、理論的には、具体的な弊害が生じていない段階で、前の例で言えば不当廉売行為を始めた途端に公正競争阻害性の要件は満たされるのである（一般指定 6 項後段を参照。これが「抽象的」危険性ということの意味である）。

## 2. 「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」要件など

ただし、一般指定 6 項前段及び法案 2 条 9 項 3 号は、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」という要件を付加しているように見える。ここでも「おそれ」であって、実際に「困難にさせている」という立証は不要であると解されるが、これまでの公取委の実務では、それに近い事実関係まで調査した上で総合判断しているようである<sup>6</sup>。

法案はこの点を考慮してか、現行の一般指定 6 項の前段だけを課徴金の対象としている（法案 2 条 9 項 3 号）。前段は、「継続して」という要件があるから、不当廉売によって具体的な影響(上記の意味での弊害)が出てから問題になるということであろうか。

そう見てみると、法案が挙げるその他の行為類型（共同の取引拒絶、差別対価、再販、優越的地位の濫用）も、当該行為と同時に具体的な影響が出るものに限定しているようにも思われる。もっとも、この中で差別対価だけは、当該価格付けを行っただけの段階では、他の事業者への影響が直ちに出るものではないから、一般指定 3 項の差別対価の要件にはない、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」という文言を付加したとも推測される。しかし、さきに示唆したように、これは「他の事業者の事業活動を困難にさせる」ことではなく、その「おそれがあるもの」であるから、前述の一般的・抽象的危険性という原則はここでもなお生きていると解される。

仮に課徴金が、従來說かれていたような「不当利得の徴収」という性格を全く捨てて、純粹の「制裁」としての性格に変わったとしても、競争秩序に対して実際上の弊害<sup>7</sup>がない段階では、当該行為に対する排除措置命令で十分なはずであり、それに加えて行政上の制裁を課すことは、過大な負担を負わせることになると思われ、また、（広義の）制裁に関する法的仕組み全体のバランスから見ても妥当ではないと考えられる。

なお、以上の議論は、本来であれば、独占禁止法全体あるいは不公正な取引方法に関する規制の「保護法益」は何か、また、立証責任についてのより緻密な検討を伴って深めていくべきであるが、これについては別の機会に譲りたい。

## 3. 弊害（=具体的被害）が生じる場合

さきにも触れたように、不公正な取引方法に該当する行為の多くは、実際上は、具体的な弊害が生じた段階で、公取委が調査を開始するとか、被害者が訴訟を提起することが多いであろう。また、法案 2 条 9 項 1 号・ 4 号・ 5 号が挙げている、共同の取引拒絶や、再販、押し付け販売・協賛金の強要などは、当該行為が直ちに行為の対象者に対し具体的な被害・悪影響を与えるものである。

さらに、弊害とは裏腹の関係になるが、行為者が当該行為によって「不当利得」を得ることに着目して、課徴金につなげる考え方もある。特に、取引上の優越的地位の濫用と不当表示については、内閣府懇報告書も違反行為者に不当な利得が生じる蓋然性が高く、かつ違反行為も多くみられることから、抑止の必要性を検討すべきであるとしていたものである。

これらのことから、一定の不公正な取引方法については、課徴金を賦課することが妥当ではないかという主張もあり得るところである。実際に、韓国では、優越的地位の濫用に対し課徴金を賦課する制度を長く運用してきている。

しかし、その際には、以下の諸点も考慮する必要があると考えられる。

第一に、具体的な弊害が生じている場合には、当該被害者による損害賠償請求や差止請求を訴求することが可能であるし、それが本筋である。

しかし第二に、私人による救済は、実際上は、かなり困難であることも周知の通りである。そこで、国が被害者に代わって、課徴金を課す制度も十分あり得る。

しかし、その場合には、不公正な取引方法の場合は消費者を対象とした価格カルテルなどとは異なり、取引の相手方が特定されることが多いから、下請法において用いられている原状回復措置をこの場合にも採用するとか<sup>8</sup>、最近、消費者法の領域などの他の法律についても議論されているような、不当利得分(悪徳商法の場合、「不法収益分」などとも呼ばれている)を当該被害者に直接戻す方法などの可能性も考慮して、より慎重に多角的観点から検討すべきではなからうか。

仮に、不公正な取引方法に該当する行為に対する課徴金を導入するのであれば、「不公正な取引方法」のうちの特定の類型に該当する行為のうち、特定の要件を満たす場合(例えば、「弊害」を与えている場合)に対してのみ賦課する、という趣旨の規定を新たに設けるべきではないかとも考えられる。しかし、現行法の「おそれ」と明確に区別される「弊害」などをどのように概念設定し、そのような文言で規定すべきかなどについては、これまでほとんど議論されたことはない。

取引上の優越的地位の濫用と不当表示以外の四類型は、内閣府報告書の段階では課徴金賦課は不要とされたものであり、前記公取委「考え方」でも取り上げられていず、今年に入って数ヶ月で自民党と公取委の間で合意されたものであり、広くオープンな議論もなしで、突如、法案を作る、という過程には疑問を持たざるを得ない。

#### 4. その他

共同の取引拒絶、差別対価、不当廉売、再販の4類型について課徴金が賦課される場合には、「繰り返し」要件が付いている（20条の2ないし20条における5の各1号・2号）。

また、優越的地位の濫用について課徴金が賦課される場合には、「繰り返し」要件はなく、その代わりに（?）、「継続してするものに限る」という要件が付いている（20条の6）。

さらに、差別対価について課徴金が賦課される場合には、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」という要件が「不当に」要件に重ねて規定されている（2条9項2号）。

それらの根拠について、ある程度の推測は可能であるが、その合理性・妥当性については疑問もある。そもそも、これらの付加要件は、昨年10月の公取委「考え方」にもなかったものであり、前記のように、今年に入ってから急遽考え出されたものであろう。これらについても、十分な検討がなされたとは言い難いように思われる<sup>9</sup>。

### 三. 審判制度を「全面にわたって見直す」ことについて

#### 1. 審判制度の見直しの予定

本法案の附則19条は、「政府は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の審判手続に係る規定について、全面にわたって見直すものとし、平成二十年度中に検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」という規定である。

これによると、「平成二十年度中に」検討して、その次の年（平成21年）に、審判手続に係る規定について改正のための「所要の措置を講ずる」と約束していることになるように読める。しかも、一部報道によれば、その検討は審判制度の全部廃止か、一部廃止か、その一部とは何か、という点をめぐって行われることになるという。

この点も、先の不公正な取引方法についての法案形成過程と同様、昨年10月の公取委「考え方」にはなかったものであり、このような重要な改正について、わずか数ヶ月の政府与党と公取委の折衝の中で決め（一部報道によれば、審判の全部か一部の廃止は決定済みという）、確定し得なかった残りの点（ど

の部分)を審判手続によものとして残すか)もあと1年足らずの検討で確定する、ということ、あまりに拙速であるように思われる。

本意見では、審判制度は存置すべきであり、ただし、改善すべき点は今後、広く議論を行った上で法改正等の措置を講ずるべきであるとする。その理由については、内閣府懇報告書にも書かれているとおりであり、また、呼びかけ人の1人である根岸哲教授によるウェブサイト掲載論文をも参照されたい<sup>10</sup>。

## 2. 行政審判・準司法制度をめぐる一般的状況

以下ではまず、本意見で新たに加えた点である、審判制度をめぐる独占禁止法以外の関連状況を指摘しておく。

第一は、自由民主党司法制度調査会「緊急提言 準司法改革の成果と今後の指針」(2007年12月14日)<sup>11</sup>である。同調査会は継続的に検討を重ねているようであり、その基本的方向は、「自由で公正な社会を支える基本的基盤としてふさわしいものになるよう準司法手続を整備する」ことである。

第二は、(社)日本経済団体連合会「通信・放送融合時代における新たな情報通信法制のあり方」(2008年2月19日)が、電気通信・放送に関する独立規制機関の設立を提言していることである<sup>12</sup>。

そこでは、「規制が政策的配慮によって歪められるおそれがあり、透明性、公平性、中立性の確保には限界がある」、また、「欧米では、英国 Ofcom(情報通信庁)や米国 FCC(連邦通信委員会)に代表されるように、独立規制機関において、通信、放送を規律するケースが一般的である」などから、「わが国においても、来る IP 時代を見据え、国家行政組織法第3条に基づく独立行政委員会として、電気通信・放送に関する独立規制機関の設置を検討すべきである」とする。

公取委の審判制度を批判し続けている経団連できえ、通信・放送分野における独立行政委員会の設置を提言しているのは、極めて示唆的であるように思われる。

近年の司法改革・行政改革の流れをふまえるなら、上記第一に挙げた自民党司法制度調査会「緊急提言」の示している認識には正当なものが含まれているように思われる。最近の状況をふまえると、伝統的な司法制度と行政を担う省庁制度では不適當な場面ないし領域が増えてきており、例えば、旧大蔵省から切り離されて証券等取引監視委員会が設置されたことや<sup>13</sup>、数年前からの「第三者機関」の叢生(族生)とも呼ぶべき現象もその1つの現れであろう<sup>14</sup>。

### 3. 独立行政委員会における審判制度

(1) もっとも、そこにおける議論・論考などからも明らかなように、公取委以外の、現行の多様な行政審判ないし準司法手続の諸制度は、まさに多種多様であり、統一的説明など望むべくもない。かといって、行政審判・準司法手続等の「制度の統一」、例えば、かつて行政改革会議によって提案された統一的・専門的な行政審判庁の構想などは、組織形態だけに着目したものであって、それぞれの対象領域ごとに蓄積されてきた専門知識、およびそれぞれの専門スタッフの育成と活用という可能性を押しつぶしてしまう危険性が高いと思われる<sup>15</sup>。

(2) また、「準司法手続」は、行政法の教科書などでは、公開の口頭審理、事実認定が手続に現れた証拠のみによってなされること、職能分離、等々の特色として説明されているが、少なくとも、独占禁止法に焦点を合わせてみれば、その手続を行う公正取引委員会それ自体の独立性こそが最も重要なポイントである。公取委が、独立行政委員会としてその独立性を制度的に明確に保障された主体として確立されていることが、専門的中立的な判断を行う前提であると考えられるのである。

例えば、労働委員会が行う不当労働行為に対する救済命令以外の各種紛争処理手続は、当事者間の紛争解決のために労働委員会が第三者として行うものであって、「当事者間紛争処理型<sup>16</sup>」と呼ばれるものである。この場合の労働委員会の第三者性には何の疑問もない。

これに対し、公取委は、そもそも糾問的手続を取らざるを得ないものであり、そこで司法手続に準ずる仕組みを作ることは最初から限界があるはずである。その点を公正ではないとして非難することは、糾問的手続を取る行政審判制度それ自体を理解していないことに他ならないと思われる<sup>17</sup>。この点を以下、具体的に述べよう。

(3) 公取委は、私人からの申告などから探知した膨大な候補事件の中から、事件の重大性、当該行為やその影響の広汎性・深刻性、立証の可能性等を検討して、取り上げる事件を選択し、違反事実なしとするか不問処分とする、または、正式の排除措置命令をかけるか、それとも警告・注意にとどめるか等の判断を行う。その際には公取委は、多くの産業分野や多くの行為形態の中で、どれを重点分野として調査・研究し、かつ事件として取り上げるか、という政策的な方向性を持って事件選択を行い、経済社会にメッセージを発信するという役割も果たすことが期待されているのである。

また、公取委が独占禁止法違反か否かの判断をする過程でも、独占禁止法の多くの規定が前記の公正競争阻害性など、いわゆる「不確定概念」を要件としていることもあり、機械的な法の適用でなく、ルール・メイキングとしての性格を強く持つことも少なくない<sup>18</sup>。なお、上に述べたことから、平成17年改正によって、**違反行為是正型から不服審査型に変わったという見方**は形式的に過ぎ、改正後も依然として違反行為是正型としての性格を保持し続けているというべきであろう。

事実認定についての専門的判断とともに、このような法解釈・運用についての専門的判断を合理的客観的に行うために、先に発出された勧告（事前審査型審判方式の場合）または排除措置命令（不服審査型審判方式の場合）につき、被審人の主張・立証を公開の場で十分に行わせ、再度新たな目で慎重にかつできる限り公平な目で検討し直すというのが審判制度であり、事件選択から審判、さらには排除措置命令が適正に実施されるかにまで、公取委の独立性・専門性という性格が、またそれと同時に競争政策を独立して専門的に遂行するという性格が強く貫徹することになる。

以上のように、独占禁止法においては、公取委による違反行為に対する事件処理と競争政策の遂行という任務・機能、それを担う独立行政委員会という組織形態、そして、それによる審判制度という手続の3者が不可分一体のものとして構築されていることが、独禁法の適正な運用の前提条件であると考えられる<sup>19</sup>。

このシステムがどれだけ適正に機能してきたかについては、多様な評価があり得よう。しかし、これまでこの組織形態と手続形態があったからこそ、公取委による独占禁止法の運用と競争政策の遂行が、特に1977年（昭和52年）の同法改正頃からは比較的うまく機能していたと評価することができよう<sup>20</sup>。

#### 4. 今後の検討の方向

前記のように、審判制度をめぐる昨年末から今年の3月に至る過程では、報道によるしか知る手段がないので不確かではあるが、あまりに早急かつ粗雑な議論しかなされていないように推察される。

仮に百歩譲って、審判（一部）廃止を検討するのであれば、同時に、審級省略、実質的証拠法則、不公正な取引方法の指定権（=準立法的権限）、専属告発権、25条訴訟の意義、あるいは裁判所組織の再検討<sup>21</sup>なども検討する必要があるのかもしれない。審判制度の廃止は、それだけを取り出して処理すれば済むという事柄ではなく、公取委の組織・手続の全体の見直しを要請する性格のものであるようにも思われる。

しかし、これまで述べてきたように、独占禁止法の的確な運用と競争政策の遂行には、現行の行政審判制度と独立行政委員会制度が最も適しているのであり、今後は、本意見にあるように、審判の迅速化・効率化を目指した現行の審判制度を維持するか、それとも事前審査型審判制度に復帰すべきか、復帰するとした場合にどのような改善策を講ずるべきか、などについて検討すべきである。

## 注

---

1 これについては、下記に掲載の私のメモを参照。

<http://www.pluto.dti.ne.jp/~funada/Jijimonndai.html#独占禁止法改正>

2 <http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport.html>

3 これについては、公取委「独占禁止懇話会第178回会合」平成19年10月29日での議事概要が以下に掲載されている。

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/07.november/07110501.pdf>

4 (社)日本経済団体連合会「独占禁止法の抜本改正に向けた提言－審査・不服申立ての国際的イコールフティングの実現を－」(2007年11月20日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2007/091.html>

5 景表法改正法案の6条の2第1項柱書きは、「当該行為をした日から当該行為に係る表示が不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあると認められなくなる日までの期間」とある。

6 例えば、公取委「ガソリン等の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」平成13年12月14日を参照。

7 なお、上で「弊害」という用語を用いたが、これは古くは、独占禁止主義か弊害規制主義か、という対立の際に用いられた弊害の意味と同じであり、現行の独占禁止法は、先進諸外国のそれらと同様に、弊害規制主義を排して、独占禁止主義に拠っていることを、ここで想起すべきである。

さらに、この意味での「弊害」は、有効競争論における市場構造基準・市場行動基準・成果基準という3つの立場における「成果」に通じるところがある。成果基準では、有効競争が実現されているのは、正常利潤を超える独占的利潤が獲得されていず、当該産業が効率的な規模の企業から構成され、販売費が浪費的でない等々の場合であるとされる。この裏返しとして、これらが満たされ

---

ない状態が、有効競争がないことによる「弊害」と考えることができよう。現行独占禁止法 2 条 7 項の「独占的状态」の定義におけるいわゆる「弊害要件」（同項 3 号）は、このコンテキストで理解されるのであろう。ただし、ここでは競争の有無ないしどの程度の競争機能が働いているかが問題にされているのであって、不公正な取引方法における評価基準である「公正さ」は視野の外にある点に注意する必要がある。

8 平成 15 年改正により、下請法に違反した親事業者に対して、原状回復措置に加えて、再発防止措置を講じることなど「その他必要な措置をとるべきこと」を勧告できることとなった。参照、

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/03.june/03061202.html>

下請法による原状回復措置が、独禁法による排除措置命令よりも広く多様な、いわば柔軟な対応が可能であることをめぐる議論については、日本経済法学会年報 49 号（2006 年）掲載の、根岸哲「優越的地位の濫用に係る諸論点」21 頁以下、28 頁以下、岡田外司博「下請法をめぐる検討」34 頁以下等を参照。

9 この他、呼びかけ人の中での議論においては、景表法の改正案 6 条の 2 における、「不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがある」という要件と、前述の公正競争阻害性との関係についての疑問、あるいは、優越的地位の濫用に係る受領拒否以下を定める独禁法改正法案 2 条 9 項 5 号ハと下請法との適用関係などについての疑問なども提示された。

10 根岸哲「公取委の審判制度廃止は独禁法の命取り」

<http://www.castlaw.com/antitrust/tsuredure/tsuredure81.html>

11 <http://www.jimin.jp/jimin/seisaku/2007/seisaku-032.html>

12 <http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2008/005/index.html>

なお、経団連が同旨の主張を公にするのはこれが 2 回目である。

13 証券等取引監視委員会については、独占禁止法との比較において検討している、橋本博之「証券取引法における課徴金制度の導入」商事法務 1707 号 4 頁以下（2004 年）、川濱昇「市場監視における課徴金制度の意義・あり方」ESP2007 年 8 月号 38 頁以下を参照。

14 これについては、公取委を 1 つの典型とする行政審判・準司法手続の全体を検討したジュリスト 1352 号の特集における行政法学者の議論をも参照。

---

<sup>15</sup> 高橋滋（発言）「座談会・準司法的・特例的行政手続の現状と課題」ジュリスト 1352 号 27 頁以下を参照。

<sup>16</sup> 当事者間紛争処理型、あるいは本文ですぐ後に出てくる、違反行為（監視・）是正型と不服審査型という 3 つの分類については、前注 15 の 6 頁以下を参照。さらに、小早川光郎『行政法講義 下 1』（弘文堂、2002 年）102 頁以下を参照。

<sup>17</sup> 独占禁止法上の審判制度は、もともとが糾問主義であることにつき、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理（六）」公正取引 396 号 93 頁以下、101 頁（1983 年）参照。

朝日新聞の社説「独禁法改正 摘発能力アップに重心を」（2008 年 3 月 11 日付け朝刊）は、公取の審判官制度につき、以下のように述べる。「これを経済界は『検察官が裁判官を兼ねる“江戸の町奉行”のようなもの』と批判してきた。独禁当局が不服審査の『裁判官』を兼ねている例は、欧米主要国にはない。-----『大岡裁き』に頼っているのは、公取委の公正さが疑われる。事実認定などで争いがあれば、司法の場で争うのが妥当だろう」。

ここには幾つかの誤りがあり、例えば、審判官は最終的な「審決」を行うことはできず（独禁法 56 条 1 項）、これは公正取引委員会、すなわち委員長と委員の「合議」でなされる（同法 69 条 1 項）。したがって、審判官制度は本質的な問題ではなく、公正取引委員会が排除措置命令と審決の両者を行うことが公正かどうかの問題なのである。

次に、上のことを「検察官が裁判官を兼ねる」という経済界の主張を鵜呑みにする議論は、あまりに粗雑であり、独立行政委員会制度の特殊な位置づけを理解していないと言わざるをえない。独立行政委員会制度については、その母国である米国について既に多くの研究があるが、最近のものでは、滝澤紗矢子「競争機会の確保をめぐる法構造（2）」法協 124 卷 7 号 1627 頁以下（2007 年）が、1914 年の FTC（連邦取引委員会）法成立をめぐる状況を的確に整理している。

なお、米国でも FTC の審決に対する取消訴訟は、一審省略により控訴審裁判所に係属するし、実質的証拠法則によって、FTC の事実認定に一定の重みが持たされている。日本の公取委の審判制度が、この米国の仕組みを継受したものであることはいうまでもない。

---

この点につき、前注4の経団連「独占禁止法の抜本改正に向けた提言」（2007年11月20日）では、「自ら審査を行い、排除措置命令・課徴金納付命令を下した公正取引委員会が、自ら行った行政処分の当否を自らの審判において判断する構造」を批判し、「かかる構造は、国内の行政機関においても例がなく、海外主要国の競争当局との比較においても日本にしか見られない制度である」とする。

ここは、上記が審判官制度についての批判であるのに対し、公正取引委員会自らが排除措置命令・課徴金納付命令と審決の2つを行うことを批判している。

これは「意見」で述べているように、「2005年（平成17年）改正前の事前審査型審判方式に復帰すれば、そのような問題は十分解決できる」。また、「かかる構造は、国内の行政機関においても例がなく」ということについては、現行の行政不服審査法における異議申し立ては、当該処分庁に対して行うべきこととされている（行政不服審査法6条）。ただし、この点については、今国会に提出中の同法改正案では、**変更がなされるもの**ようである。

18 法の解釈・適用は、広い意味ではすべてルール・メイキングとしての性格を持つのであるが、独占禁止法の場合は、関連する市場や当該行為をめぐる経済的実態、及び、本文で述べたような大局的な見地からの政策的方向性をふまえた法の運用が求められている。したがって、独占禁止法の解釈・適用（政策的観点を含めて「法運用」とも呼ばれる）においては、単純な「当て嵌め」だけでは済まない場合も多く、特にある形態の行為が独占禁止法の特定の規定に違反するということを決め、その旨を初めて宣言する、という意味でのルール・メイキングをせざるを得ない場合もあるということである。

このような場合、予測可能性は相対的に低いものであるから、公取委は当該行為を法違反として明示し、排除措置命令を発することになるが、このようなタイプに課徴金等の厳しい制裁を加えることには慎重であるべきであると考えられる。今回の法改正において提案されている「排除」型の私的独占に課徴金を賦課することについて議論が重ねられてきたのもこの考慮からであるし、不公正な取引方法について、現行法が刑罰も課徴金も課さないとしてきたことには、それが競争秩序のルールを指し示すという機能を担っているからである。

ただし、当該行為が特定の事業者・消費者に不当な悪影響ないし被害を与えるものであれば、一般の民法等によることその他、何らかの救済・制裁手段が用意されることも検討すべきであり、この点は、本文でも述べるとおりである。

---

19 本意見について、ある記者から、以下のような質問を受けた。「審判制度を廃止して、公取委の命令に不服ある者は直接、裁判所にその取消を請求する制度に変えても、公取委の独立性は変わらない。どうして、審判制度廃止が独立行政委員会としての公取委の廃止につながるのですか？」

これに対しては、本文で述べたことで答えたことになると思われるが、以下のように整理することもできよう。

(1) 公取委の独立性は、「政治的党派性から独立」して職権行使することを保障するためである（根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、第3版第2刷補訂、2008年3月）308頁）。そのときどきの経済政策・産業政策に振り回されず、競争秩序の維持という長期的・継続的視点からの秩序政策が重要だからである。

(2) このために、委員会制度をとって、各委員が専門的知見に基づき、その合議により独立して判断する仕組みが必要。この点では、裁判官の独立性（憲法76条3項）と共通する。

(3) その判断の材料は、公開の場で、公正な手続で、提出された証拠だけから得られる、という審判手続が不可欠である。通常の行政庁のように、上級行政庁からの指揮命令に従うことはなく、また、部下からの進言など非公式の情報を元に判断するわけではない。

(4) 公取委は行政機関でありながら、独占禁止法のケース・ローの形成について、裁判所と同様の機能を果たすことを期待されている（「ルール・メイキング」機能）。しかも、上記の特色から、通常の裁判所よりも的確な機能を果たし得るものと考えられ、実質的証拠法則、審級省略などの制度が作られている。

なお、裁判所の個別の判断は、原告・被告がどのように主張・立証するかに大きく左右される。ある程度多数のケースの蓄積がなされる場合は、これでもケース・ローの形成が可能であるが、独占禁止法の場合は極端に言えば、ある1件の審決において、「こういう行為は独禁法違反になる」とし、それを関係事業者をはじめ社会に対し広くメッセージとして伝える、という特殊性があると考えられる。

このような意味で、公取委は、手続的のみならず、実体的にも、準司法的機関として、性格的に行政機関と司法機関の両面を持つ中間的機関と位置付けられてきた。

(5) したがって、審判手続と公取委の独立性は、一体不可分と捉えられる。

---

<sup>20</sup> もちろん、公取の独立性を侵害するような政府関係者等の動きがなかったわけではなく、むしろ、それとの不断の緊張関係の中でそれが維持されてきているというのが実態であろう。この問題については、最近のものとして、平林英勝「公正取引委員会の職権行使の独立性について」筑波大学・筑波ロー・ジャーナル 3号 67頁以下（2008年）を参照。

なお、本メモで強調した公正取引委員会の独立性は、法制度上は、2つの意味を持つ。

1つは、組織法上の意味であって、委員長と委員は、内閣総理大臣により衆参両議院の同意を得て任命され（29条）、身分保障・報酬保証があり（31条、36条2項）、委員会方式による合議制をとること（29条・34条）なども、すべて公正取引委員会の独立性を支える仕組みである。

もう1つは、作用法のレベルにおける「職権行使の独立性」であって、具体的には、内閣総理大臣の指揮命令からの独立性（28条）、抗告訴訟においても法務大臣の指揮命令を受けない（88条）ことに現れている。

審決は、上のように特別に独立性を保障された委員長と委員が、審判において準司法的手続による主張・立証を経て、合議によって行う判断であるから、一般の行政庁の行う行政処分と異なって、審級省略、実質的証拠法則などの特別な扱いを受けるにふさわしいとされているのである。

このような独立行政委員会の仕組みは、米国において19世紀の初頭からの長い歴史の中で形成されてきた組織形態であり、日本においては現在では公正取引委員会だけであるが、本文で述べたように、今後は他の分野でも活用されることがあり得るように思われる。特に、本意見で挙げた通信・放送に係る独立行政委員会は、米国・英国など他の先進諸国で多く採用されているものであり、本文（Ⅱ 1.）で挙げた経団連の見解にあるように、その時々々の政治的圧力に抗して、「放送の自由」及び「表現の自由」を守るという性格に最適な形態であるとされている。

<sup>21</sup> 例えば、知財高裁のような専門部の創設。現在、審決取消訴訟については、東京高裁の特別部に係属することにしてあることを参考にすれば、東京地裁、または全国各地の地裁に特別部を置くなど。