

公正取引委員会の調査権限について

島田 聡一郎

はじめに

第一章 公取委の果たすべき役割と三つの選択肢

第二章 現行法の基本的枠組を維持する場合

第三章 犯則調査権限について

おわりに

はじめに

周知のように、わが国においては、私的独占の禁止および公正取引の確保に関する法律（以下、独禁法と略す）の違反行為の内、不公正な取引方法（独禁法一九条、八条第一項第五号。以下、条項数のみ示すのは独禁法の条文である）以外の実体規定違反（および一定の手続規定違反）に、刑事罰が定められている。中でも、競争の実質的制限を伴う違反行為、つまり、私的独占罪、不当な取引制限罪、事業者団体による競争の実質的制限罪（三条、八条一項、八九条）には、自然人行為者に対しては、三年以下の懲役または五〇〇万円以下の罰金、事業者に対しては、両罰規定（九五条）によつ

て、五億円以下の罰金と、比較的重い法定刑が定められている。そして、これらの犯罪は、いずれも公正取引委員会（以下、公取委と略す）の専属告発（七三条）の対象とされている。つまり公取委のみが告発をすることができ、かつ告発を欠いた公訴は棄却される（刑訴三三八条一項四号）のである。

もつとも、一〇数年ほど前までは、これらの刑事罰は、現実にはほとんど使われていなかった。公取委は、昭和四九年に、いわゆる石油闇カルテル事件について、不当な取引制限罪で刑事告発を行ったが、これは極めて異例のものであり、その後も、二〇年近くにわたって、これらの刑罰法規が用いられることはなかった。それは、いわゆる産業優先主義に基づいて、官庁が、可能な限り事前の非公式な行政指導によって企業を監督、指導し、それで不十分な場合にも、できる限り行政処分に対応し、刑事罰は、法律に規定はあるものの「伝家の宝刀」として最後まで用いない、といういわゆる「日本型」の行政刑罰法規の運用のまさに典型例であった。^③

さらに、昭和五二年改正によって課徴金制度が導入されたため、価格カルテルに対しては課徴金で対応すれば十分である、という意識が働き、そうした傾向にさらに拍車がかかったようであった。⁽⁴⁾

しかし、平成元年九月にはじまった日米構造協議において、アメリカ合衆国側から、日本市場の閉鎖性に対する批判がなされ、そうした閉鎖性の原因となっている排他的取引慣行等を排除するため、独禁法のエンフォースメントを強化することが、強く要請され、平成二年の最終報告において、刑事罰を積極的に活用する方針が明らかにされた。そうした背景の下、公取委は、平成二年六月に「①一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ボイコット、その他の違反行為であつて国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案、②違反を反復して行っている事業者・業界、排除措置に従わない事業者に係る違反行為のうち、公正取引委員会の行う行政処分によっては独占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案」⁽⁵⁾に対しては、積極的に刑事告発を行う旨を明らかにした。そして、こうした方針に基づいて、これまで、不当な取引制限罪に関して、六件の告発がなされ、すでに五件の有罪判決が確定した。⁽⁶⁾

このようにして、独禁法違反の刑罰規定は、単なる「伝家の宝刀」とどまるものではなくなった。しかし、平成二年

以降も、告発基準に該当すると思われるような「悪質・重大」な不当な取引制限の事件が告発されなかったと思われるケースもないではない、という指摘が、元公取委事務（総）局の職員であつた平林教授からなされている。⁽⁷⁾ 実際、例えば、ポリプロピレンに関する価格カルテル事件は、市場規模が数千億円にも上るものであつたが、告発されていない。また、いわゆる埼玉土曜会事件、⁽⁸⁾ ストーカー・炉談合事件、⁽⁹⁾ といった巷間を賑わせた大事件も、個人の行為を特定するに足る証拠が十分でなかつたことを理由に、告発が見送られたようである。

もし、このような、証拠が不十分なために独禁法違反犯罪の疑いがある行為が摘発されなかつた、という評価が正しいのだとすれば、このような事態が今後も頻発することは好ましくないように思われる。日本社会が、事前規制・利益調整型社会から、競争原理に基づく事後規制型社会へと変わって行くべきであるとされている現状においては、入札談合、価格カルテル等の行為は、厳しく規制されるべきである。これらの行為は、市場における競争を危険にさらすものであるが、行政によるコントロールから市場によるコントロールに移行するためには、市場における競争の機能が維持されることが大前提であり、競争を危険にさらす行為は、まさにそうした新たな社会構造の核心にふれる部分に対する加害行為だからである。⁽¹⁰⁾

そして、不当な取引制限の規制において、刑事制裁が一定の意義を有している現状においては、「悪質・重大」¹³⁾な事件に対しては、できる限り刑事制裁が科せられるべきであろう。もし、「悪質・重大」にもかかわらず、立証の観点から刑事処分が科されない事件が多発すると、企業が、立証の失敗を見込んで、公取委の調査に非協力的な態度をとることも予想されないではない。また、事件の重大性ではなく、偶然に依拠するところの大きい立証の容易性によって処分の有無が決せられると、不公平感が増し、公取委に対する信頼も揺らぎかねないようにも思われる。

もちろん、立証が不十分なために立件できないことは、どのような犯罪においても、多かれ少なかれ起こることではある。ことに、独禁法違反に限らず、経済犯罪は、全般に密室で巧妙に行われることが多く、立証が相対的に困難な類型に属する。しかし、不当な取引制限等の独禁法違反犯罪には、こうした経済犯罪一般の問題の他に、さらに特有の問題がある。それは、前述した専属告発制度との関係で、公取委が独禁法違反の調査を行い、その調査結果に基づいて刑事告発がなされて、はじめて刑事罰が科される仕組みとなっていることである。しかも、すでに指摘されているように、このような摘発、制裁の賦課において重要な権限を担うべきである公取委が、現状では、有する権限の制約や、歴史的経緯のため、企業の行為に対する独禁法違反に対する啓蒙、違法判定

の役割にとどまり、法の理想と現状とがずれてしまっているという状況も存在する¹⁵⁾。このような状況の下で、独禁法違反犯罪の摘発の活発化を考えるに当たっては、こうした公取委の行政調査権限の内容、公取委の行政調査手続と刑事手続との関係を見直すことが不可欠となる。

このような観点から、公取委の権限を見直し、強化していくとすると、他方で、被処分者の手続保障をいかに図るかが問題とならざるをえない。すでに、故・白井検事は、公取委の告発方針が示された当時から、公取委が告発権限を持ち、その調査が場合によっては刑事処分の端緒となる以上、厚い手続保障がなされるべきであるが、現在の手続ではそれが不十分であり、憲法上問題がある、という指摘をされてきた¹⁶⁾。前述したようにして独禁法違反犯罪摘発の活発化を目指すのであれば、このような指摘には、これまで以上に配慮しなければならぬように思われる。比喩的に言えば、アクセルを強く踏みこまなければならない状況だからこそ、ブレーキのかけ方を真剣に考えなければならぬとなっているのである。

本稿は、以上のような問題意識に基づいて、独禁法違反犯罪に対する刑事制裁の活用を活発化するという観点から、公取委の調査権限のあり方について、若干の解釈論的、立法論的検討を行うものである。

第一章 公取委の果たすべき役割と三つの選択肢

まず、前提として、公取委が独禁法違反の刑事事件においてどのような役割を果たすべきかについて検討しよう。ここでは、大別して三つの選択肢が考えられる。第一の選択肢は、現在の枠組を維持するものである。つまり、公取委はもっぱら行政調査を行い、その過程で刑事処分に値する事件を発見した場合に検察に告発する、という枠組を維持する選択肢である。このように考えるときには、アクセルの視点としては、現行の行政調査権限を、立法論として、どのように強化することができるかが問題となり、ブレーキの視点としては、そうした刑事手続とつながる可能性のある行政目的の調査において、被処分者にどのような手続保障をするのが適切か、さらに、そうした行政調査手続で得られた証拠を刑事手続で用いることができるか、といった点が問題となる。

第二の選択肢は、公取委の調査を行政調査と犯則調査に分け、刑事告発のための証拠収集は、もっぱら後者によって行うという選択肢である。この場合には、犯則調査手続を導入することのメリット・デメリットや、行政調査と犯則調査の関係等が問題となる。

第三の選択肢は、公取委の専属告発の制度を廃止し、不当な取引制限罪等の独禁法違反の犯罪を、刑法典の談合罪や偽計入札妨害罪とならべて「競争に対する罪」として再構成す

るといふものである。⁽¹⁷⁾ この場合には、公取委は、もっぱら行政処分に専心することになる。この最後の選択肢も理論的には十分あり得るように思われる。現に、アメリカ合衆国においては、はじめに刑事罰を定めたシャーマン法が制定され、その後、行政的執行を行う連邦取引委員会が設立されたという歴史的経緯もあつたことではあるが、⁽¹⁸⁾ 刑事罰の執行には、連邦取引委員会ではなく、訴追機関である司法省の反トラスト局 (Antitrust Division) が当たっている。また、最近、競争制限行為に対して刑事罰が導入されたドイツにおいても、そうした競争に対する罪は刑法典中におかれており、カルテル庁の専属告発の規定は存在しない。⁽¹⁹⁾

しかし、検察庁の中に独禁法の専門部局がないわが国の現状では、競争政策の専門家集団は公取委以外に存在しない。こうした状況の下では、独禁法が定めている様々な処分のいずれを使用するかは公取委の高度の政策判断に基づくべきである、という専属告発の趣旨⁽²⁰⁾には、刑法の補充性の観点から見て、一定の合理性がある。そうだとすると、専属告発を廃止するこの選択肢を直ちに採用することには、なお問題が残るように思われる。⁽²¹⁾ また、この選択肢を採用すると、現在認められている処罰範囲を維持する限り、刑法典中の犯罪において法人処罰を認めざるをえないことになる。それは、長期的な立法論としては望ましいことかもしれないが、伝統的な刑法・刑罰観が根強く残っているわが国の現状では、なお強

力な異論を呼ぶ可能性が高い⁽²²⁾。以上のように考えると、この選択肢は、第一、第二の選択肢がどうしてもうまく機能しない場合の最後の手段と位置づけるべきであろう⁽²³⁾。そこで、以下では、もっぱら第一、第二の選択肢について検討を加えることとする。

第二章 現行法の基本的枠組を維持する場合

一 現在の調査手続の概要

現在、独禁法には、刑事告発を行うことそれ自体を目的とした調査手続は設けられておらず、公取委⁽²⁴⁾は、排除措置命令や課徴金納付命令といった行政処分を行うための調査手続で収集した証拠を用いて告発を行っている。そして、そのような行政調査手続において、公取委は、事件について必要な場合には、四六条一項において認められた強制調査権限を用いることができる。具体的には、①事件関係人又は参考人に出頭を命じて審訊し、又はこれらの者から意見若しくは報告を徴すること、②鑑定人に出頭を命じて鑑定させること、③帳簿書類その他の物件の所持者に対し、当該物件の提出を命じ、又は提出物件を留めておくこと、④事件関係人の営業所その他必要な場所に立ち入り、業務及び財産の状況、帳簿書類その他の物件を検査すること、である。被処分者が、これらの処分に従わない場合であっても、公取委は、そのような処分を実力で直接実現することはできない。しかし、被処分

者には、他の強制調査権限行使の前提となる四号の立ち入り検査⁽²⁵⁾を拒む等した場合には、九四条で六月以下の懲役または二〇万円以下の罰金⁽²⁶⁾、それ以外の場合には、九四条の二で二〇万円以下の罰金を科せられる可能性がある。つまり、これらの権限は、罰則に担保された間接強制権限なのである。そして、こうした強制処分を行うためには、裁判所の令状は不要とされ、公取委審査官の発行する命令書があれば足りるとされている⁽²⁷⁾。なお、明文の規定はないが、公取委がこのような権限を用いずに、任意に調査することも、解釈上当然に可能とされている。そのような調査は、強制的契機を欠くので、侵害留保理論によっても、権力留保理論によっても、明文の根拠規定なしで認められるからである⁽²⁸⁾。そして、実際には、この任意調査が調査の中心となっているようである。

二 立証の困難性の解消（行政処分のそれも含む）

しかし、現在、このような間接強制権限だけでは、調査権限として不十分であるという指摘が、独禁法の運用に携わる実務家や独禁法学者からなされている。例えば、元公取委事務総局審査局付の互検事は、「企業側の審査に対する非協力的態度や違法不当な防御活動は、告発対象とすべき悪質・重大事案においていっそう鮮明となる場合が多く、そのような企業側の姿勢のために十分な証拠が収集できない⁽²⁹⁾」ことから、告発、さらには排除措置命令等の行政処分すら困難とな

る場合がある、と指摘されている。では、このような状況を打破するためにはどうしたらよいのだろうか。以下では、まず、行政調査で得られた証拠を用いて告発を行うという現行制度の枠組を前提とした上で、どのような手段を取ることが考えられるかを検討する。

1 間接強制手続の活用

まず、現行の間接強制手続を活かし、より強化することが考えられる。そのような方法として、即座に思いつくのは、罰則を強化する立法を行うことである。現在の罰金の上限の二〇万円という額は、大企業や大企業の従業員にとっては、ほとんど抑止力を持たないだろう。そこで、罰金の上限を抑止力を有する程度までひきあげることが考えられる。しかし、これで問題が解決するとは到底思えない。まず第一に、罪刑の均衡の観点からは、このような形式的性格の強い犯罪の法定刑をそれほど高くするわけにはいかず、そこには自ずから限界がある。他法令における類似の検査妨害罪の法定刑もさほど重いものではなく、³⁰⁾ 独禁法の検査拒否罪のみをこれらの罪の法定刑よりも重くすることは妥当でないように思われる。第二に、違反行為を犯罪として処罰するためには、³¹⁾ 實際上、公取委が告発を行い、検察官がそれに基づいて起訴し、裁判所が有罪認定することが必要であるが、現在の検察庁・裁判所の人的資源を前提とする限り、このような形式犯について、検察官がわざわざ時間をかけて刑事手続にのせる

だけの価値があると判断することは稀であるように思われる。実際、これまで独禁法違反の検査拒否罪等が適用された例は皆無なのである。そうだとすると、罰則の上限を多少あげても問題はほとんど解決しないと言わざるを得ない。もっとも、自然人に対してはともかく、法人に対しては、自然人に科す額と切り離された比較的高額の罰金を科すことも考えられる。現行法では、九四条の検査妨害罪には両罰規定があるが、これは法人重科ではなく、法定刑は自然人行為者の罰金額と同じであり、また、九四条の二には両罰規定それ自体がない。これらの点を修正し、（通常法人である）業務主の罰金の上限をあげることが不可能ではないだろう。しかし、そのようにしても、前述した第二の問題点はやはり残ってしまうのである。

そこで、こうした刑事手続を用いることの煩雑さを回避するため、これらの行為に対して行政制裁を課すという立法論も考えられる。³²⁾ 現在、手続規定違反に対する行政制裁としては過料があるだけだが、一般に額が低く、また、非訟事件手続法に基づいて裁判を行わなければならないため、³³⁾ ほとんど使われていない。しかし、立法論としては、ある程度重大な違反に関しては、罰金よりも高額にした上で、³⁴⁾ 手続として、公取委が課すことができるようにすることも考えられる。行政庁が制裁を課すことを認めるのは抵抗があるかもしれないが、現在の公取委の審判手続が、行政庁が行うものと

はいえ対審構造を持つ慎重な手続であることに鑑みると、事後的な司法審査が保障されている限り、そのような手続に基づいて行政制裁を課することが、理論的に否定されるわけではないように思われる。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾ この点に関する外国の法制度を見ると、例えば、EC競争法は、理事会規則において、不正確又は欺瞞的情報の届け出、情報要求に対する不正確な回答又は回答拒否、立ち入り検査に対する不完全な文書提出又は(決定による)立ち入り検査に対する拒否に対して、委員会が事業者、事業者団体に一〇〇ECUから五〇〇〇ECUまでの過料を課すことを認め、⁽³⁸⁾ また、立ち入り検査の拒絶や、再度の情報提供要求に応じない場合には、委員会決定により、一日あたり五〇ECUから一〇〇ECUの履行強制金を課すことを認めている。⁽³⁹⁾ このような制度の導入は一考に値するよう⁽⁴⁰⁾に思われる。

しかし、このような制度を導入したとしても、そこにはやはり限界がある。まず、第一に、これらの規定に違反するか否かは必ずしも容易に立証できるわけではない。一見立証がもつとも容易に見える立ち入りの拒否(四六条一項四号、九四条)であっても、どの程度の行為があれば「拒み」といえるかは必ずしも明らかでないのである。例えば、立ち入り検査の相手方が、「担当者の都合があるので、しばらく待たせてくれ」といつて、数時間後に立ち入りを認めたが、その間、証拠を隠滅した疑いが存在する(が立証はできない)場合、

「拒み」に当たると解釈することはかなり難しいだろう。まして、審訊(四六条一項一号、九四条の二第二号)において関係人があいまいな供述を行う場合、それを「虚偽の陳述」であると立証することは、実際上不可能に近いと思われる。そして、調査の相手方が、独禁法に通じた大企業である場合、このようなあいまいな態度で対応する可能性は必ずしも否定しきれないのである。

第二に、仮に、これらの点がクリアされ、制裁が比較的積極的に用いられたとしても、そこには、なお間接強制であることに必然的に伴う限界がある。というのは、このような制裁は、当然、違反事実が認定された場合に課せられる制裁よりも軽いものとならざるを得ない。そうすると、事件関係人が、最終的に課される制裁が立証不能となることをねらい、手続違反の制裁を受けることを甘受して、検査を拒否あるいは妨害し、その間に証拠の隠滅行為を行うという、いわば「肉を切らせて骨を断つ」行為にでる可能性が否定できない。しかし、間接強制権限だけでは、そのような行為を實力で阻止することができないのである。⁽⁴¹⁾ このように、現行制度をかなり変えたとしても、間接強制のみではなお不十分であるといわざるを得ないように思われる。

2 権限の強化と手続保障

そこで、このような間接強制手続の不十分な点を埋めるため、立法論として、行政処分を課すことを目的とした搜索、

差押、臨検等の強制処分を導入することが考えられる⁽⁴²⁾。後述する（告発を目的とする）犯則調査手続とは異なり、排除措置命令、課徴金納付命令等の行政処分を課すために必要な証拠の収集を目的とした強制処分である。従来、わが国では、行政上の義務履行確保のために直接的に強制力を用いる手法としては、行政代執行、即時強制、直接強制が認められてきたが、前者は代替的作為義務の不履行に対するものであり、後二者は、それ自体によって直接行政上必要な状態を作り出すものであり、いずれも、行政調査のために認められた権限ではなかった⁽⁴³⁾。しかし、例えば、出入国管理及び難民認定法においては、退去強制事由に該当する外国人に対する退去強制処分（行政処分）を実現するために、入国警備官に裁判官が交付する許可状による臨検・搜索・差押権限が認められており（入管法三一条）、さらに、裁判官の令状によらず、所属官署の主任審査官の発行する收容令状に基づいて、入国警備官が、違反の疑いのある者を收容する規定（三九条、さらに要急事件に関する四三条）すら設けられている。このように、行政調査のために直接的な強制処分を行う権限がこれまで全く認められていなかったわけではないのである。もちろん、これらの権限は、退去強制という入管法の目的とする行政処分の特殊性を根拠に認められているのだから、こうした規定の存在が独禁法において、このような処分を導入することの論拠に直ちにはならないだろう。

では、独禁法にこのような処分を導入することは果たして許されるのだろうか。まず、直接的な強制手段の中でも、逮捕、勾留といった身柄拘束権限は、立法論としても認めるべきでないように思われる⁽⁴⁴⁾。なぜなら、最も重い制裁である刑事罰を科すために告発を行うことを目的とする国税犯則調査等の犯則調査手続においてすら身柄拘束権限が認められていない以上、それよりも軽い処分である課徴金を課すために身柄拘束を行うことを認めるべきではないからである。また、独禁法の定める行制処分には退去強制処分のような特別な緊急性も存在しない。これに対し、搜索、差押、臨検といった物的証拠の収集を目的とした強制処分は、犯則調査手続においては認められているから、これを認めることがおよそできないわけではない。その可否は、結局、行政法上の比例原則の問題となるだろう。そうすると、目的とする最終的な処分の重大性、手段としての必要性が問題となる。現在、公取委は不当利得の没収を目的とはいえず、相当多額の金を被処分者から奪う、制裁的性格をも持つ⁽⁴⁵⁾重大な処分である課徴金納付命令を課すことができる。このような重大な処分を実現するためであり、かつ、現状において、立証に困難が生じているのであれば、比例原則の観点からも、以上のような強制権限を立法して認めることは許されるように思われる。

さらに、現在、立法論として、課徴金に代えて、行政上の

制裁金制度を導入すべしという見解が有力に主張されている。つまり、現在の課徴金納付命令は、①「不当利得の剝奪」を本質とし、当該商品に関する売上額を基礎として算定されているため、私的独占や購入カルテルに適切に対応できず、②裁量の余地がない点で、事業者の悪質さや、調査への協力の程度といった事後的情状を考慮できず柔軟性に欠け、③さらに、そもそも実際に制裁的效果を有している制度をあくまでも「不当利得の剝奪」と説明し続けるのは不当なので、EC競争法の制度などを参考にして、違反事業者に対して、悪質さに応じた制裁金を課すべきだ、という議論である。⁴⁷⁾もし、このような制度が導入された場合、それは、現行課徴金制度よりも多額で、かつより刑事処分に近い、それだけ重大な処分ということになるので、比例原則の観点からも、臨検、搜索、差押を認めることが、よりいっそう容易になるように思われる。現に、制裁金制度を有するEC競争法においては、構成国の国内法に則って、各国裁判所の発行する令状により、EC委員会が直接強制処分に基づく証拠収集を行うこともできるとされているのである。⁴⁹⁾

しかし、そうした強制処分を新たに立法すると、いくつかの問題が生じる。まず第一に、そうした強制処分を公取委が独自の判断で行えるのか、それとも、憲法三五条が適用され、裁判所の発付する令状が必要かが問題となる。このような行政調査における令状の要否に関するわが国の先例は、最

大判昭四七・一一・二二刑集二六卷九号五五四頁（いわゆる川崎民商事件）である。同判決は、「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみでその手続における一切の強制が当然に右規定（筆者注、憲法三五条）による保障の枠外にあると判断することは相当でない」としており、行政手続にも一定の場合には令状主義の保障が及ぶことを明らかにしたが、結論的には、旧所得税法の質問検査権が無令状で行使されたことは違憲でないとした。そこでの理由は多岐にわたるが、大別すると、①当該検査が行政目的のものであり、刑事責任追及を目的とせず、実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有しないこと、②罰則による強制の程度が直接的な物理的強制と同視すべき程度に至っていないこと、③検査制度が必要不可欠なものであること、とまとめることができるだろう。⁵⁰⁾

そして、公取委に以上のような強制権限を認めた場合、令状主義の保障が及ぶかどうかは、①、②のいずれを重く見るかによって変わってくるように思われる。まず、②を重視した場合、そこで問題となっているのは、調査のための当該処分の性質それ自体である。そうすると、このような直接的な強制手段を導入すれば、そこには当然に令状主義の保障が及ぶことになるだろう。⁵¹⁾そして、このような当該処分自体の不利性は、目的が行政目的でも刑事目的でもかわりはないので、憲法三五条一項が直接適用され、令状における特定性の

程度や、発付に必要とされる蓋然性の疎明の程度も刑事の場合と同程度とすべきことになるように思われる。

これに対し、①を重視すると、行政処分のための直接強制には令状主義の保障は及ばないか、少なくとも、憲法三五条一項が直接には適用されず、（たとえ、憲法三二条や一三条の観点から令状が必要となるとしても）⁽⁵²⁾ 令状発付の要件が刑事の場合より緩和されることになりそうである。しかし、少なくとも、独禁法違反に対する調査に関しては、①を重視すべきではないように思われる。なぜなら、独禁法違反に対する刑事罰適用の活発化が望まれている現状においては、行政調査手続が、刑事処分を科すこと自体を目的としていないとはいえ、結果的に、そこにおいて得られた情報を元に告発がなされ、刑事責任追及に移行するかなり高度の可能性が存在している。そして、後述するように、理論的にも行政調査において得られた物的証拠は刑事手続において使用できると解すべきなので、⁽⁵⁴⁾ 行政処分を目的とした調査であることは、憲法三五条の適用の可否の観点からは、さほど意味があるようには思われないのである。以上のように、行政処分を目的とする行政調査において搜索、差押、臨検といった強制処分を行う権限を認めるのであれば、そのような処分に対しては憲法三五条一項の適用があり、刑事の場合と同様の要件を満たす令状が必要となるように思われる。⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾

第二に、以上のような強制処分権限を立法した場合に、現

在存在している間接強制権限を残すべきかどうか問題となる。前述した入管法には間接強制権限の規定はないため、こうした直接的な強制権限を設けるのであれば、間接強制の権限は削除すべきではないかが問題となるのである。しかし、結論的には、残しておくべきであるように思われる。前述のように、これらの処分には、刑事の場合と同程度の特定性・蓋然性の疎明が要求される令状が必要と考えるべきであった。その結果、それを用いることができる場面はある程度限定されることにならざるを得ない。そうだとすると、間接強制の規定を削除してしまうと、そうした疎明が可能な場合以外は、全くの任意となってしまう、行政調査が現在以上に困難となり、権限強化の趣旨に反してしまうように思われる。また、逆に、このような強制処分しか存在しないと、任意では不十分だが間接強制でも目的を達成できるような事案においても、より権利侵害性の強い直接的強制手段を用いざるを得ないことになり妥当でない。以上のように、搜索、差押、臨検といった処分を行う権限を導入したとしても、間接強制の規定を削除することなく、事件の性質、解明度等⁽⁵⁸⁾ に応じて、両者を使い分けるのが妥当であるように思われる。

しかし、第三の、實際上最大の問題は、このような強制権限を、公取委が実効的に行使できるかどうかである。搜索等を行う場合、相手方が抵抗することもあるだろうが、そのような場合に、公取委職員だけで抵抗を排除することは、実際

上困難であろう。⁽⁶⁴⁾ 対策として一つ考えられるのは、公取委が警察を補助機関として違反行為の調査に当たる制度を設けることである。⁽⁶⁵⁾ これが可能であれば、問題はかなり解消されるだろう。しかし、このように、他の行政機関の行政目的の実現のために、警察を補助機関として用いることは、現状では、困難ではないか思われる。⁽⁶⁶⁾

3 制裁減免

以上の議論は、公取委の強制権限を強化する、いわば「ムチ」の議論であった。しかし、逆に、「アメ」を与えて、証拠取集を容易にする方向性も考えられる。具体的には、調査に協力した者に対して、本来課すことのできる行政処分を免除あるいは減額することによって、調査協力を求めるという手法である。⁽⁶⁷⁾ 密室で行われることの多い談合、カルテルの立証のためには関係者の供述に頼らなければならない部分も多いので、このような制度を設ければ、自発的に供述するインセンティブが働き、効果的であると思われる。

この点と関連し、二〇〇〇年一〇月五日、公取委は水産庁発注の石油製品入札談合事件において、これに参加した石油製品販売業者四五社に対して排除勧告を行ったが、審査開始前に自発的に談合を取りやめ、再発防止策を講じていた事業者に対しては勧告を行わなかった。公取委によれば、これは、あくまで四八条二項の「特に必要があると認めるとき」に当たらないということで勧告がなされなかっただけで、調

査に協力したことを評価して勧告が行われなかったのではないとのことである。⁽⁶⁸⁾ しかし、平林教授が指摘するように、「勧告を免れることにより、排除措置のほか発注者による指名停止は軽減されるであろうから、違反行為から離脱するインセンティブとなる効果があ」⁽⁶⁹⁾ ようには思われる。

しかし、このような運用だけでは、「アメ」としてはなお不十分なように思われる。現在、独禁法違反で正式な処分がとられるものかなりの部分を不当な取引制限が占め、かつそのほとんどが入札談合、価格カルテルである。⁽⁷⁰⁾ これらの行為に対しては、行政処分として、勧告の他、課徴金納付命令を課すことが予定されている。そして、課徴金納付命令について定めた四八条の二は「命じなければならぬ」として、公取委の裁量を認めていない。このため、これらの違反類型については、仮に、違反行為を取りやめ、情報提供を行ったとしても、排除勧告は受けなくとも、課徴金納付命令は課されざるを得ないことになる。⁽⁷¹⁾ これでは、情報提供に対する効果的インセンティブとはならないように思われる。

では、立法論として、課徴金についても、一定の裁量性を肯定し、こうした協力による減免制度を認めることができるだろうか。これを肯定する論者もいるが、⁽⁷²⁾ 課徴金の不当利得の剝奪としての性格を維持する限り、それは困難であるように思われる。いかに調査協力にしても「利得」が消滅するわけではないからである。⁽⁷³⁾ 郷原検事は、租税と対比されて「い

くら他人の脱税行為に対する端緒提供にインセンティブを与えるためには言え、重加算税ではなく本税を減免することがあり得ないことは明らかであろう⁽²⁰⁾とされるが、適切な指摘と思われる。

これに対し、前述した制裁金を導入すれば、少なくとも処分の性質との関係では、このような制裁減免制度を導入することに対する理論的障害はなくなるように思われる。制裁減免制度は、「カルテル・談合を行うメンバーの間に、誰かが当局へ情報提供することで違反行為が発覚し、他のメンバーに厳しい制裁が科されるリスクにさらされるのではないかと疑心暗鬼を生じさせることにより、業者間の結束を弱め、違反行為を抑止する効果を持つ⁽²¹⁾」のであり、制裁金制度の目的である違反行為の抑止の趣旨と一致し、いわばそれをより充実させるためのものだからである⁽²²⁾⁽²³⁾。

三 行政手続で得られた証拠を告発、刑事手続に使用する ことの可否・範囲

1 総 説

以上のようにして行政調査権限を強化することは、独禁法違反行為の摘発に一定の効果を上げ、独禁法の抑止力を高めることにつながるだろう。また、このようにして処分対象を増やすことは、刑事告発を行うべき対象としての被疑事件の端緒を増加させ、いわば「裾野」を広げることによって、刑

事告発、刑事罰適用の活発化にも一定程度資する可能性がある⁽²⁴⁾。しかし、実際に刑事罰を科すためには、行政調査によって収集された証拠に基づいて公取委が告発を行い、検察官がそれを受けて、捜査、起訴し、犯罪事実を立証する必要がある。では、以上のような強制調査権限を用いて得られた証拠を手がかりとして公取委が告発することは許されるのだろうか、また、告発ができるとしても、そのような証拠を刑事手続において用いることができるのだろうか。この点は、実は、現在の手続を前提としても、なお多くの理論的問題を孕んでいるように思われる。この問題は、非常に広い射程を持つものであり、本稿において、本格的な検討を加えることは到底できないが、以下、若干の問題点と、解決の方向性を指摘したい。

2 四六条四項について

まず、「第一項の規定による処分の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない」と規定した四六条四項の意義が問題となる。これは、昭和五二年の独禁法改正で追加された規定だが、その際、立法趣旨が必ずしも明らかにされておらず、その趣旨を巡って議論がある。ここには次元の異なる二つの問題がある。一つは、行政処分のために必要ないが、刑事告発のためには必要な証拠を収集するために強制権限を用いることが適法か否か、という問題であり、もう一つは、（行政調査としては適法な権限に基づいて）

収集された証拠を（告発ではなくその後の）刑事手続において証拠として使用することが、果たして、また、どのような要件で許されるのか、という問題である。

まず、第一の点に検討を加える。この点に関しては、同条は、これらの権限の目的を規定し、権限行使を目的の範囲内に限定するものであるとする見解も有力である。つまり、これらの権限は行政処分のためのものであり、行政目的の範囲内で行使できないことを認めたものだ、⁽⁷⁶⁾ というのである。ここにある「行政目的」に告発を行う目的まで含むかどうかは、さらに議論があり得るが、一つの方向としては、告発は実質刑事処分のためのもだから、それは「行政目的」には含まれず、もっぱら狭い意味の行政処分を行う目的を（も）⁽⁷⁷⁾ 有して行われる調査のみが許容される、と解する余地がある。このような考え方からは、四六条一項の権限を用いて、刑事処分の前提となる告発のためには必要だが、行政処分には無関係な事実を調査することは許されないことになる。現行の行政処分を前提とすると、具体的には、以下の二つの類型がそのような許されない場合に当たることになる。まず、第一の類型は、行政処分の対象とならないが刑事処分の対象とはなる行為の存否を調査することである。具体的には、八九条一項の未遂の場合、競争事業者に該当しない者が不当な取引制限行為に加功した場合があげられる。⁽⁷⁸⁾ 前者は、實際上、告発されることはほとんど考えられないが、後

者については、現に、いわゆる官製談合において、発注者側の職員が不当な取引制限罪の補助として処罰された裁判例⁽⁷⁹⁾があり、実際上も問題となりうる。さらに、現在、違反事業者の従業員は行政処分の対象となっていないから、事業者の内部分での、個人の関与の程度、役割、情状等の事情を調べることも、これに当たることになる。第二の類型は、行政処分の対象となりうる行為について、行政処分には必要ないが刑事処分・告発相当性判断においては必要な事実を調査することである。具体的には、違反行為による事業者の具体的利得の有無、違反に至る経緯、違反における役割（主導者か否か）といった事実があげられる。

この見解に従うと、以上のような事実を調査するためには任意調査を行う他ないということになる。⁽⁸⁰⁾ これらの事実は行政処分にとって全く不必要なことから、これらの事情を調査することは、「もっぱら告発を目的とする」といわざるを得ないからである。

しかし、このような見解には疑問がある。犯罪の成否が問題となる場面は、一般に事件関係人が調査を拒む可能性がもつとも高い場面であり、そのような、まさに強制権限が必要な場合に強制権限を用いることができないというのは、到底妥当な解釈論とは思えないからである。理論的にも、現行法が、専属告発の規定により、刑事処分を行うためには公取委の告発を必要としているにもかかわらず、公取委が告発（刑

事処分）相当性について調査を行うことが制限されると解することは矛盾であるように思われる。また、独禁法は検事総長からの調査請求（七四条）を受けて調査を行うことを定めているが、これは明らかに、刑事的観点から必要となる証拠の収集を目的とした調査を認めたものであるといわざるを得ない。⁸² 以上のような点に鑑みると、第一の点に関しては、告発を目的とする強制調査も可能と考えるべきであろう。

では、第二の点はどうか。刑事法学説の中には、四六条に定める「強制処分によって収集した資料は刑事事件の証拠とすることはできない」とする見解もある。⁸³ このように考えれば、物的証拠を公取委が間接強制権限を用いて収集すれば、刑事事件ではその証拠が使えないことになる。しかし、物的証拠には代替性のない場合も多いのだから、このように考えると、本来ならば刑事処分ができた場合であっても、行政手続が先行し、そこで行使することが認められている権限が行使されたことのみを理由として、刑事処分が不可能となる場合が生じうる。しかし、それはいかにも不当な結論であるように思われる。⁸⁴ 以上のように、四六条一項の権限を用いて得られた証拠を刑事手続において一切使用できないという結論は妥当でない。

もちろん、四六条一項の権限が行使された結果として、刑事手続で認められている憲法上の手続的権利が侵害されるようなことはあってはならない。⁸⁵ そこで、川出助教授は、四六

条四項は「個別の調査ないしそれによって得られた資料の刑事裁判での利用が憲法違反となる場合があるので、それをその限りにおいて禁止する趣旨の確認規定」である⁸⁶と解釈される。このような解釈は文理解釈としてやや苦しい部分があることは否めないが、同条に創設的な意味を持たせることが前述したように不当な結論を招き、また、同条自体、制定時より「このような正体不明の規定を軽々に追加・新設すべきでなかった」という批判⁸⁷を受けていることをも考えると、同条に創設的な意味を認めないこのような解釈をとるべきと思われる。この見解に従えば、結局、こうした証拠使用の可否の核心は、行政調査で得られた証拠を刑事手続で使用することが、憲法三五条、三八条で保障された権利を侵害するか否か、ということになる。

3 四六条一項の権限に基づいて取得された物的証拠の

刑事手続での使用

まず、公取委が収集した物的証拠を刑事手続において使用できるかについて検討する。提出命令等の公取委の行う間接強制手続には、令状は不要とされているので、このような証拠の使用が令状主義に反しないかが問題となる。まず、このような間接強制の規定それ自体が令状主義を定めた憲法三五条に違反するか否かが問題となるが、否定すべきであろう。前述した川崎民商事件判決を前提とする限り、強制的態様が間接強制にとどまり、かつその法定刑がさほど高くもない

(直接強制と同視されるとは言い難い) 現行公取委の調査に憲法三五条の令状主義の適用があるとは思えないからである⁽⁸⁸⁾。しかし、間接強制の規定それ自体は憲法違反でないとしても、そうした調査によって得られた証拠を刑事手続で用いることは違憲である、という見解も有力である。行政法学者を中心に、行政調査において、間接強制手続によって無令状で取得した物的証拠を刑事手続に使用することは、令状主義に違反するため許されないとする見解が有力に主張されている。例えば、金子宏教授は、所得税法上の調査に関して、刑事手続において行政調査で取得した証拠を用いることができないのは行政調査に「憲法三五条の保障が及ばないこと」の論理的帰結の一つ」とされている⁽⁸⁹⁾。現在、独禁法違反犯罪の訴追が行われる際に、公取委が調査によって得られた資料を直接検察庁に渡すことはなく、通常は、検察庁が公取委にある資料を令状に基づいて差押、押取するという手続がとられている⁽⁹¹⁾のも、このような批判を意識して、令状に基づいた手続を行ったという形式を整えようという考慮に基づくのかも⁽⁹²⁾しれない。

しかし、このような手続は、令状主義との関係では、あまり意味があるとは思われない。川出助教が適切に指摘されるように、「ここでの問題の本質は、証拠物(中略)そのものが動くか、という問題ではなく、調査手続で得られた独禁法違反に関する情報が告発後の刑事手続に引き継がれていく

かどうかという点に」あるところ、こうした実務の運用においては、差押目的物は公取委の情報に基づいて特定されるのだから、捜査機関が改めて差押の手続をとっていることは、「いわば形式の問題にすぎ」ないといえるからである⁽⁹³⁾。

しかし、それにもかかわらず、このような物的証拠の使用は憲法三五条に違反しないと思われる。なぜなら、前述したように、間接強制権限が無令状で行使されることが憲法に違反しないのであれば、そのような、刑事手続に関する憲法の規定に違反しない手続によって収集された証拠を刑事手続で用いることは、さらに積極的な理由がない限り、憲法に違反しないはずだからである⁽⁹⁴⁾。

なお、行政調査において、前述した令状に基づく差押等の直接的な実力行使を行う強制権限を導入した場合は、そのような手続で得られた証拠は、令状審査を受けているのだから、従来の行政法学の通説を前提としても、刑事手続で使用することに問題はないことになるだろう。

4 供述の場合

(1) 規定の合憲性 続いて、行政調査で得られた供述の

刑事手続における使用の可否について検討を加える。供述は、物的証拠と異なり、検察官が同一人物から再度録取することも可能であり、代替性を有するので、公取委が取得した供述調書を刑事手続で使用する必要性は必ずしも高くはないとも考えられる。しかし、独禁法違反の罪が東京高裁の専属管

轄である現状では、検事総長は、告発受理後、事件を東京高検に移送し、同高検が、管区内の地検を指揮し、証拠収集が行われることになる。そうすると、独禁法違反事件の中で実際上かなりの比重を占めている地方の入札談合事件等において、多数の関係者の供述を再度取り直すことは、検察官にとつて、かなりの負担となり、刑事罰適用の活発化を妨げるおそれがある。もし、公取委が作成した供述調書が刑事手続においても使用できるのだとすれば、この負担がかなり緩和されるだろう。⁽⁹⁶⁾ それ故、この点を検討することはなお意義があるように思われる。仮に、一部の見解の主張するように、この専属管轄の規定を削除し、独禁法違反の罪の管轄を全ての高裁に認めるか、あるいは通常の犯罪と同様に扱い、各地の地裁に一番の管轄を認めれば、こうした場所的な負担は軽減されるだろうが、各地の地検、高検の人員も必ずしも余裕があるものではないだろうから、こうした証拠使用の必要性はなお否定されないように思われる。

しかし、そのような供述調書の使用に関しては、法が、公取委に、間接強制による審訊、報告命令⁽⁹⁹⁾を行う権限を認めていること（四六条一項一号）と、憲法三八条一項の自己負罪拒否特権、黙秘権との関係が問題となる。この点は、前述した物的証拠の場合と比べて遙かに困難な問題がある。

この問題はいくつかの層に分けられる。まず、そもそもこのような規定が憲法三八条一項に反し、文面違憲ではないか

が問題となる。自己負罪拒否特権、黙秘権の趣旨は、それをもとに刑事責任の追求がなされる可能性がある供述をすることの法的義務づけを禁止することである。そうすると、証拠の収集手続が行政的なものか、刑事手続に準じるものかは重要ではなく、行政上の調査手続が同時に刑事処分にも結びつき得る場合には、そうした手続においても自己負罪拒否特権の保障が及ぶと考えられる。このような見解は、平野博士をはじめとして、刑事訴訟法学説において、通説的な地位を占めている。⁽¹⁰⁰⁾ このような見解に従うと、私的独占、不当な取引制限に関し、刑罰の要件と行政処分の要件とを一致させ、しかも、ある程度の嫌疑があることを前提として調査がなされる独禁法違反事件での間接強制に基づく審訊の規定は、文面違憲であるという解釈も成り立ちうるところである。現に故・臼井検事はそのように主張されていた。⁽¹⁰¹⁾

しかし、この間接強制の規定に関しては、文面違憲とすべきではないように思われる。なぜなら、独禁法違反に対する処分を中心は、やはり行政処分であり、公取委が告発する場合は、前述した告発基準を見れば明らかのように、不当な取引制限の中でも、一定の類型に限られている。さらに、独禁法違反行為の中には、不公正な取引方法というサンクションとして行政処分のみが定められたものもある。こうした行政処分の対象にしかならない行為の調査のために供述の間接強制を用いることが憲法三八条一項に違反しないことは明らか

である⁽¹⁰⁾。そして、このように四六条一項一号が予定している場合のかんりの部分が合憲である以上、この規定を文面違憲とすべきではなく、規定の存在自体は合憲とした上で、この規定の適用によって憲法三八条一項の趣旨に反する事態が生じた場合に適用違憲とすることで対応すべきと考える⁽¹¹⁾。このような解釈は、所得税法上の検査が、刑事責任の追求を目的とするものではなく、また、そのための資料取得に直接結びつく作用を一般的に有するものでもないこと、検査制度に公益上の必要性と合理性があることを理由に、「右各規定そのものが」憲法三八条一項に違反しない、とした前述した川崎民商事件最高裁判決とも整合的であろう⁽¹²⁾。

(2) 供述拒否罪の成否との関係 では、どのような場合に適用違憲となるのか。また、それを避けるためにはどのような解決策が考えられるか。

まず、適用違憲となるのは、①不当な取引制限等の刑事罰の対象となつている独禁法違反事件に関し、審訊等が現実に行われ、事件関係者が、自らが処罰される虞があることを理由に黙秘権を主張して、供述を拒否した場合に、供述拒否罪に当たるとされ、かつ②そこで得られた供述が、同時に刑事手続においても証拠として使用される場合であると考えられる。これは、まさに、不利益供述をしなかったこと自体を処罰の対象とすることであり、不利益な供述を法律上義務づける典型的な場面だからである。

そこで、解決策としては、まず、①を改めることが考えられる。つまり、供述拒否罪は、黙秘権の対象となる供述を拒否した場合に成立しないと解釈するのである⁽¹³⁾。このように考えれば、拒否せずに供述した場合には、それは法的に強制された供述ではなく、任意の供述であるとされ、そのような供述(調書)を刑事手続において用いても、自己負罪拒否特権侵害とはならないことになる。もつとも、このような解釈を行うためには、前提として、供述者が、黙秘権を行使して供述を拒否しても処罰されないということを理解している必要がある。そうだとすると、このように考えるときは、實際上、審訊手続においても黙秘権の告知が要請されることになろう⁽¹⁴⁾。

(3) 審訊調書を本人のために使用する場合 逆に、②を改めること、つまり、このような審訊手続で得られた調書を、供述者本人の刑事手続において証拠として使用しない、という解決も可能であろう。つまり、審訊手続において、処罰されることをおそれて供述した場合には、それは、処罰によつて強制された供述なので、そのような証拠を処罰のために使用することは憲法三八条一項に違反すると考えるのである⁽¹⁵⁾。訴訟法上の取り扱いとしては、そのような供述調書は証拠排除すべきであろう⁽¹⁶⁾。ただし、黙秘権を任意に放棄することはできるから、事件関係者が、審訊において自発的に証言した場合には、黙秘権侵害の問題は生じないといえる⁽¹⁷⁾。

このように、審訊において処罰をおそれなされた供述の調査は、刑事事件においては証拠排除するという運用②の解決が確立すれば、前述した供述拒否を処罰すること①も理論上は問題はないと思える。ちなみに、アメリカ合衆国の連邦最高裁判例には、違法な取引をし、それによって得た利益について所得税の申告をしなかった者が、所得税の無申告で処罰された事案において、当該申告をする際に自己負罪拒否特権を放棄したのではないという反対を申し出ればよいのだから、違法取引についての自己負罪拒否特権を理由に無申告の処罰を免れることはできない、としたものがある⑬。その後、犯則調査手続と直結していない手続においては、自己負罪拒否特権の保障としては、申告書等に自己負罪拒否特権の主張がなされている場合に、当該申告書等を刑事裁判において証拠として使用することを制限することで足り、そのような主張をせずに、単に無申告、不答弁であった場合には、処罰することができる、という法理が展開されている⑭。

将来的には、おそらくこのような解釈が望ましいように思われる。しかし、少なくとも、証拠排除がなされるかどうかはわからないわが国の現状では、刑事手続において自己に不利益な証拠として用いられることをおそれて供述を拒否する者を処罰することはやはりできないと解すべきであろう。理論的には、九四条一項二号に言う「陳述」とは、憲法三八条

一項の観点から「自己に刑事上不利を及ぼすことのない陳述」と合憲限定解釈すべきであり、そのような解釈に基づけば、自己にとって刑事上不利な内容の陳述であり、かつ証拠排除されると思っていない者は、その点についての故意を欠くと考えることができるように思われる。

④ 第三者に対する証拠として使用する場合同上のように、審訊の下で、処罰されることをおそれなされた供述（あるいはその録取書）は、その供述者の刑事責任を問うための証拠として用いることはできないと考えるべきであった。では、そのような証拠を、当該行為者（X）ではなく、第三者（Y）、例えば、他のカルテル担当者や、当該行為者の所属する法人、あるいは他のカルテル参加企業の刑事責任を問うための刑事手続において使用することはできるのだろうか。この場合には、YにXの自己負罪拒否特権侵害を主張して証拠排除を求める適格があるかどうかが問題となる。学説の中には、黙秘権、自己負罪拒否特権は「一身専属的な利益であるから、他人（が）（中略）その特権侵害を代わって主張することも原則としてできない」とする見解もある。また、裁判例の中にも、いわゆるロッキード事件において、検事総長による不起訴の確約の下で、アメリカ合衆国において刑事免責を付与して得られた共犯者の囑託尋問調査の証拠能力に関し、被告人は共犯者の自己負罪拒否特権の侵害を理由として証拠能力の欠如を主張する適格を有しないとしたもの⑮

もある。しかし、現在の刑事訴訟法学の有力説は、このように、証拠排除を違法捜査によって侵害された者に対する権利救済の観点のみによって理解する見解に対しては批判的であり、司法の無瑕性の維持や違法捜査の抑止の観点も考慮すべきであるとし、そこから、排除申立適格を第三者にも認める余地を残している。例えば、現在のわが国の有力説を代表する井上教授は、i 適正手続違反を根拠とした絶対的排除の場合には、手続上の権利を侵害された当の被告人のみが証拠排除を申し立てることができるが、ii 司法の無瑕性の維持ないし違法捜査の抑止の観点に基づく相対的排除の場合には、それがより広い政策的な見地からのものであることを理由に、被告人が当の違法な証拠収集行為の被害者でない場合にも、証拠排除申立適格を否定すべきではない、とされ、さらに、i に当たりうる場合でも、ii の観点からの証拠排除がなお問題となるとされる。学説の中には、さらに、こうした違法捜査の抑止、司法の無瑕性の視点を重視して、「わが国において申立適格論を持ち出すべき理由は存在しないとわざわざ言わざるを得ない」とする見解すら存在する。以上のようなわが国の議論の状況を前提とすると、審訊によって得られた調査書を、第三者との関係で用いる場合にも、当該第三者には、違法収集証拠排除を申し立てる適格は存在し、証拠が排除されると解釈される余地がなお残るといふことにならう。

(5) 任意調査の下で得られた供述 以上の議論は、審訊

がなされ、陳述拒否が処罰される可能性が存在する状況の下で、そうした処罰をおそれなされた供述に関するものであった。そして、そのような供述の調査を刑事裁判で証拠として用いることは許されないと考えるべきであった。

では、審訊を行わないで、任意調査の下で得られた供述はどのように扱うべきだろうか。そのような場合であっても、いつ審訊に移行し、陳述拒否が処罰されるかわからないのだから、その点を認識している者が、黙秘権の保障が及んでいふことを理解しなかった供述をもとに処罰することは黙秘権の侵害に当たるといふ考え方もあり得よう。しかし、このような考え方は妥当でない。なぜなら、現実に審訊に移行しない限り、陳述拒否罪はおよそ発動され得ないからである。任意調査の下で、供述を拒否した虚偽供述を行った場合に被る不利益はせいぜい審訊手続に移行することであり、その程度では、なお自己に不利益な供述の「強制」とは言い難いように思われる。それ故、このような供述調査を刑事手続において用いることは、自己負罪拒否特権侵害にはならぬといふべきである。従って、これらの調査は、伝聞例外等の要件が満たされている限り、刑事手続においても、証拠能力を有するといふべきである。

四 刑事的評価と行政上の評価のずれの解消

1 総説

以上のように、現行の間接強制権限を用いて得られた物的証拠を刑事手続において使用することは可能と考えられる。また、供述に関しても、審訊調査を刑事裁判で証拠とするときには問題があったが、それ以外の任意に得られた供述調査は、証拠として使用できると考えられる。しかし、現実には、物的証拠はともかく、検察官が公取委が収集した供述証拠を刑事裁判において証拠として提出したことはこれまでないようである。これは、自己負罪拒否特権に配慮してのことかもしれないが、前述したように任意の供述であれば、その点には問題はなかったのである。では、なぜそのような運用がなされているのだろうか。筆者は、その真の理由を知る立場にはないが、この点に関しては、以下の指摘が興味深い。それは、刑事告発の対象である「悪質・重大」な独禁法違反とはいかなるものであるかについて、行政的評価と刑事的評価に食い違いがあり、「公取委は行政的評価に基づいて判断し、検察は刑事的評価に基づいて判断するとすると、告発の要否の判断と訴追の要否についての判断が大きく異なる」とことになり、その結果として「公取委が現行の調査権限に基づいて、悪質・重大性についての刑事的評価に耐え得る証拠を収集」することは、（その適法性に問題を生じさせない限り）困難であるというのである。

もし、この指摘が正しいのだとすると、このような相違を解消するために、比較的早い段階から、刑事的評価に耐える証拠を収集するための調査を行うことが考えられる。そのための手法は大別して二通り考えられる。一つは、現状の公取委の調査権限を前提とした上で、捜査機関の関与を早い段階で認める運用を行うことであり、もう一つは、公取委の調査権限のあり方自体を見直すことである。後者については、章を改めて論じることとし、ここでは、前者について論じることとする。

2 告発時期の見直し

現在、告発がなされるのは、公取委の行政調査がほぼ終わり、公取委がいかなる行政処分を課すかについておおむね結論が出た段階である⁽¹⁸⁾。そして、前述したような立証対象、評価のずれのため、公取委が集めた証拠では検察にとつては不十分なことがあるのに、このような段階では、すでに事件から時間が経過しているのみならず、いったん公取委の調査がなされているために、捜査機関にとつて、新たな証拠収集が難しくなっており、検察が告発を断念せざるを得なくなる場合があるといわれている⁽¹⁹⁾。このような状況を打破するための方策として、まず考えられるのは、現行の公取委の調査権限・能力を前提とした上で、早い段階で刑事的評価を行う主体を調査に関与させることである。具体的には、①告発の時期を現在よりも早期にし、検察の捜査に委ねることや、②初

期の内偵段階から、公取委の依頼に基づいて、検察官が関与し、検察官による強制捜査後、告発を行うことが考えられる。以下、①、②それぞれについて問題点を検討しよう。

まず、①を検討する。このような運用に改めると、違反事実が必ずしも明らかになつていない段階で告発が行われることになる。そうすると、まず、告発を公表してきた従来の公取委の運用を改める必要が生じる。告発が明らかになれば、被告発者の社会的評価に多大な悪影響が及ぶので、このような誤りの虞がある程度存在している段階で告発を公表するのは妥当でないからである。この運用を改めること自体は不可能ではないだろう。

しかし、この点を改めたとしても、なお、いくつかの問題が残る。まず第一に、実際上の問題として、こうした早期の告発を行うと——たとえ現在と同様に告発問題協議会の設置を続けたとしても——告発はなされたが、検察官が犯罪の嫌疑が不十分であるとして不起訴処分とせざるを得ない場合が生じると予測される。このような事態は、一般に、告発した国家机关の調査能力に対する国民の不信感を生じさせる虞がある。ことに、独禁法違反犯罪の場合には、告発されたが起訴されない場合には、通常の犯罪の場合と異なり、文書によって内閣総理大臣に報告されなければならない(七三条二項)から、この問題点は、通常の公務員による告発(刑訴二二九条二項)の場合よりも、増幅される可能性がある。第二

に、理論的な問題として、このような運用は、専属告発の趣旨に反するのではないかが問題となる。前述したように、専属告発の趣旨の一つとして、具体的事件における処分の内容に関する公取委の専門性を重視すべきだ、という点があげられている。つまり、独禁法は様々なサンクションを用意しており、具体的事件においてその内どれを使用するかは、競争政策の専門家である公取委の高度の政策判断に基づくべきだ、というのである。このような理解からは、刑事告発を行うかどうかは、少なくとも公取委が当該事件についていかなる行政処分を課すか、またそうした処分競争政策の実現にとって十分であるかについての判断をした後でなければ決定すべきでないことになる。そして、大規模なカルテルであることが調査開始時からかなりはっきりしており、事案が解明されなくても、事実関係が真実であれば確実に刑事処分相当であるという判断が早期に可能な場合は別として、通常の場合は、早い段階では、そうした判断ができないかあるいは著しく困難であろう。そうだとすれば、このような早い段階で告発を行うのは適切でないように思われる。以上のように、①のような運用を行うことには問題が多い。

では、②の方法はどうか。この場合、親告罪における告発前の捜査が可能かが問題となる。しかし、告発は訴訟条件ではあっても、捜査着手の条件ではないし、独禁法違反においては、性犯罪の場合のような被害者のプライバシーへの配慮

も問題とならないから、公取委が当初から告発しない意思を表明しているような場合を除き、可能と考えてよいと思われる。判例も、国税局長等の告発が訴訟条件となっている間接国税に関する犯則事件について、告発前に司法警察職員、検察官が強制捜査を行うことも差し支えないとしている。¹³⁵そして、このような運用であれば、告発は行われないのであるから、①の第一の問題点は解消されるだろう。第二の問題点については、公取委が捜査を依頼した後に、公取委の判断としては行政処分で十分だということが明らかになった場合をどのように扱うことができるかが問題となる。もし、こうした場合には、たとえ、実体法上独禁法違反犯罪が成立し、かつ刑事訴訟における立証が可能であると見込まれたとしても、なお公取委が告発を行わないことを検察に表明し、検察がそのような判断に理解を示すような運用が可能となれば、¹³⁶専属告発の趣旨は尊重され、両者の信頼関係も維持されることになる。しかし、このような運用は、結局、実質的には後述する犯則調査的手法を、正面から立法せず、運用として実現しようとするものに他ならない。それは、国家机关の権限の明確化と国民にとつての予測可能性の確保という点からは、やや問題があるように思われる。以上のように考えると、②の運用は、①よりは問題が少ないとはいえ、やはり一種の彌縫策にとどまるのではないかと思われる。

第三章 犯則調査権限について

一 総 説

ここまでは、従来の公取委の行政調査の枠組を前提として、その中で、どのようにすれば、現在必ずしも十分に用いられていないといわれている刑事制裁の適用を活発化できると以下のように論じてきた。ここまでに得られた結論をまとめると以下のようになる。①現行の間接強制は、物的証拠の収集手段としては、実効性に乏しい。その額を上げ、公取委が課すことができるようにすれば、状況は多少は改善されるかもしれないが、そこには自ずから限界がある。②供述拒否に関しては、そもそも、現状では、刑事処分にかかわるような事実に関する供述拒否を処罰すること自体に問題がある。③そうした限界を突破すべく、行政処分を行うための物的証拠収集のための直接強制手続を設けることは、理論的には可能であるが、公取委職員のみで直接強制を行うとすれば実効性に問題があるし、警察等との協力も必ずしも容易ではなさそうである。④リニエンスプログラムを導入すれば、供述を得ることは容易になるだろう。しかし、現在、⑤公取委が収集した証拠は、審訊によって得られた供述調書を除き、刑事手続において使用することが理論的には可能であるにもかかわらず、實際上、かなり重要な証拠であるはずの任意の供述調書が（同意書面や弾劾証拠としても）ほとんど用いられてい

ないようである。その背景には、独禁法違反に対する刑事的評価と行政的評価の差があるようである。そうすると、④によって、供述が容易に得られるようになっても、刑事処分との関係ではさほど役に立たない可能性が残る。⑥そこで、告発を早期に行うことや、告発前から捜査機関に捜査を依頼する可能性が考えられたが、いずれも問題があった。

そこで、そもそも、以上のような現在の枠組を維持するのではなく、公取委にも、収税官吏や証券取引等監視委員会に認められているような、刑事事件のための証拠を収集することとそれ自体を目的とする直接強制権限である、犯則調査権限を認めることが考えられる。このような提案は、すでに多くの論者によって有力に主張されている。⁽¹⁰⁾しかし、公取委は、公式見解こそ示していないものの、一般的には、このような提案に対して消極的であると評価されている。⁽¹¹⁾

では、なぜそのような温度差が生まれるのだろうか。以下で検討を加えてゆこう。

二 行政処分を中心とした現行の法体系との整合性？

犯則調査権限とは、「刑事責任追及のための資料収集に直接結びつく行政手続」⁽¹²⁾と定義されており、現在、国税に関する犯則事件において収税官吏に、証券取引法違反において証券取引等監視委員会に付与されている。いずれにおいても、独禁法において認められている間接強制権限ではなく、⁽¹³⁾収税

官吏、監視委員会職員の疎明資料提示に基づいて発付される⁽¹⁴⁾裁判官の許可状に基づく臨検⁽¹⁵⁾、捜索、差押が認められているのが最大の特色である。そして、調査の結果、犯則の心証が得られたときは告発し⁽¹⁶⁾、差押物件等を検察官に引き継ぐとき⁽¹⁷⁾れている。

こうした犯則調査権限の導入に対しては、「行政処分により法目的を実現することを基本としている独占禁止法の仕組み、運用から、犯則調査権限を実際に活用する局面がどれほどあるのか」といった疑問も投げかけられている。しかし、こうした議論の仕方には賛成できない。確かに、独禁法が「行政処分により法目的を実現することを基本」としていることはその通りではある。また、理論的にも、刑罰は他の処分によつては目的が達成できない場合の「最後の手段」であるべきだといえるだろう。しかし、刑事罰がごくまれにしか活用されていない現状は、「最後の手段」としてもなお問題のある状況であり、だからこそ刑事罰適用活発化の方策が議論されているのである。そして、このような状況は、必ずしも法体系自体から必然的に導かれたのではなく、単に、これまでの実務の運用によつてそうなっていたにすぎない。そして、現在、このような運用を変えるべきではないかが、まさに問題となっているのである。そうだとすれば、そのような場面において、これまでの運用を論拠とすることはできないように思われる。また、現状では、犯則調査権限を活用す

る局面は少ないように思えるかもしれないが、それが導入されれば、活用される局面は、現在想定しているよりも増える可能性がある。現に、平成四年に犯則調査権限を有する証券取引等監視委員会が設立された後、証券取引法違反の刑事訴追は「明らかに増えて」おり、「規制の実効性が相当程度刑罰によって担保されている」という実状が生じた⁽¹⁸⁾、という評価がなされているのである。

三 犯則調査権限の持つ実際上の効果

1 総説

もちろん、以上のようなことは、権限の導入に消極的な論者にも認識されていることと思われる。しかし、それでもなお消極的な主張がなされる背景には、こうした犯則調査権限が具体的にどのようなメリットを有するかについての疑問があるのではないかと推察される。そこで、犯則調査権限を導入した場合に、第二章で述べたような手続と比べて、具体的にどのようなメリット、デメリットがあるかを詳しく見てゆくこととしよう。

2 調査対象について

確かに、現行の行政調査手続を維持したとしても、第二章で見たような、刑事告発に最大限配慮した解釈を行えば、犯則調査権限は必ずしも必要でない場合も生じてくる。例えば、しばしば、行政調査のための強制権限は、もっぱら刑事

処分のための資料を求めるために行使されてはならないといわれる。もし、この命題が正しいとすれば、行政処分には必要ないが、刑事処分（さらに、その前提となる刑事告発）該当性の判断のためにだけ必要な証拠を収集するために強制調査権限を行使することは、犯則調査権限があつて初めて可能となる。しかし、前述したように、少なくとも独禁法に関しては、犯則調査権限のない現行法の解釈としても、そのような権限行使は可能と解されるべきであつた。そうすると、この点に関しては、犯則調査権限を認めることは、解釈論としても可能な結論を、ただ、その点を明確にするために確認的に規定するだけの意味しかないことになる。

3 搜索、差押、臨検等について

また、犯則調査権限の導入を主張する見解は、搜索、差押、臨検といった裁判官の令状に基づく直接強制が可能となることが、証拠収集との関係でメリットがあり、また令状主義の要請を満たすことにつながる、ということを指摘することが多い。しかし、こうした令状主義に基づく直接強制による証拠収集という手法自体は、前述したように、行政処分を課すために設けることも理論的には可能であつた。そうだとすると、この点も、実は、犯則調査権限導入のメリットではないということになるのだろうか。

しかし、この問題に関しては、2とは異なり、行政処分を課すために直接的強制手段を認めることと、犯則調査権限を

認めることには、有意差があるように思われる。前述したように、行政処分のための直接的強制手段を認めたとしても、警察の協力を求める制度を設けることは難しかった。しかし、犯則調査権限に基づく調査であれば、それはまさに犯罪発見のための調査なのだから、協力を求めることを正面から認めることができる。現に、国税犯則取締法五条や、証券取引法二一八条は、臨検、搜索又は差押をする際に必要があるときは、警察官の援助を求めることを認めている。犯則調査権限を設ければ、独禁法にも同様の規定を設けることができるだろう。

また、前述したような告発前に検察官に事実上協力を依頼するといった手段を用いなくとも、検察との合同捜査を行うことが正面から認められることになり、その結果、被疑者の身柄拘束が必要な場合には、検察がそれを行うことも容易に認められることになる。⁽¹⁵⁾このように考えると、前述した行政処分のための搜索等を認めることが理論的に可能だとしても、こうした犯則調査権限のメリットはなお否定できないように思われる。⁽¹⁶⁾

4 専属告発との関係

もつとも、現在犯則調査権限が設けられている国税犯則事件、証券取引法違反事件の場合とは異なり、独禁法違反事件に関しては、公取委の専属告発の規定がある。そこで、犯則調査権限の導入が、この専属告発の趣旨に反しないかが問題

となる。つまり、前述したように、専属告発の趣旨は、競争政策の専門家である公取委が、当該違反行為に対し、行政処分を課せば足りるのか、それとも刑事処分を科す必要があるかを判断する点にあった。ところで、①犯則調査を行うか否かを判断する段階では、事件の全貌、望ましい処分が明らかになつていない可能性がある。そうだとすると、もし、②いったん犯則調査を行った場合には、ほぼ常に告発を行うという運用になると、その後の調査によって、公取委が行政処分十分であると判断した場合にも、刑事罰が科される可能性が生じ、専属告発の趣旨に反するとも考えられるのである。

しかし、この点は、運用の問題であり、①、②いずれかを改めることで対応できるだろう。まず、①に関して、行政調査によって、事件の規模、悪質性等がある程度明らかになり、事実が真実であれば刑事処分が相当である、という判断ができてから、犯則調査に移行するという運用が考えられる。しかし、これでは、早期に重要な証拠を確保することが困難となり、犯則調査のメリットが減殺されることになる。もう一つ考えられるのは、②に関して、前述したように犯則調査を行っても、場合によっては、公取委の判断で告発しないという運用を行うことである。⁽¹⁶⁾このような運用がなされれば、公取委に犯則調査権限を認めることが、専属告発の趣旨に反することはなくなるだろう。

翻つて考えてみると、専属告発が認められているのは、公

取委が、独禁法違反事件の調査について、専門的な知識、経験を有し、かつ職務を遂行する過程において、独禁法違反犯罪を発見することが多いからであり、そのような事情は、むしろ犯則調査権限を付与することの合理性を裏付けるものとなるように思われる。

5 供述の間接強制について

以上のように、犯則調査権限の導入には、やはり、それ相応のメリットがあるように思われる。また専属告発の規定も導入の障害とはならない。しかし、デメリットも考えられないではない。まず、この手続では、審訊による間接強制で供述を得ることができなくなる点⁽¹⁵⁾が問題となる。判例は、国税犯則取締法上の質問調査手続について「その手続自体が捜査手続と類似し（……）犯則事件は、間接国税以外の国税については同法（……）所定の告発により（……）被疑事件となつて刑事手続に移行し、告発前の右調査手続において得られた質問顛末書等の資料も、右被疑事件についての捜査および訴追の証拠資料として利用されることが予定されている」として、憲法三八条の保障が及ぶ⁽¹⁶⁾とした。そして、この判旨において指摘されたことは、独禁法違反に犯則調査手続を設けた場合にもそのままではまる。そうだとすると独禁法の犯則調査手続にもやはり憲法三八条の保障が及び、不利益な供述を刑罰によつて強制することはできなくなるだろう。しかし、これは、実はデメリットではないように思われる。前述

したように現在のような手続においても、審訊による供述調書は刑事事件では使えないと考えるべきである以上、このことによつて、公取委にとつて、現在よりも刑事事件の証拠として用い得る供述を得ることが困難になるわけではないからである。

このような評価に対しては、間接強制規定の存在意義を、単なる当該証拠の使用の可否の問題に解消すべきではない、という批判があり得よう。つまり、現在、公取委の事情聴取に関係人が応じるのは、間接強制が背景にあるからであり、犯則調査手続において間接強制がなくなつてしまつては、関係者の出頭確保が現在以上に困難になり、不当ではないか、というのである。しかし、犯則調査権限を設け、それを（後述するように）行政調査と一応分離するのであれば、後者においては、審訊の違憲性に関する疑念が払拭され、それを用いることに對する抵抗が現在よりも少なくなり、現在よりむしろ積極的に用いることができるようになるだろう。また、犯則調査に関しては、審訊の規定が存在しなくとも、前述したように、検察官等の捜査機関による身柄拘束が可能となる⁽¹⁷⁾のだから、公取委による出頭確保が多少困難となることは、全体として見ればさほど重大なデメリットではないように思われる。

6 行政処分との関係

實際上、より重要な問題点と思われるのは、このような犯

則調査によって収集された証拠が、検察官に引き継がれ、刑事手続において使用されると、その間、行政処分ができなくなる可能性が生じる点である。ことに代替性のない重要な物の証拠が存在する場合にはこの点が問題となる。

これは、独禁法違反に対する行政処分がかなり重大なものであることから生じる問題点である。つまり、法人事業者に対する罰金が、現行法のように、スライド制や日数罰金制ではなく(例えば、五億円以下というように)定額の上限が設けられたものだとする、それは、法人に対して課される課徴金(あるいは制裁金)の額よりも低い場合が多いと想定される。そうすると、もし、犯則調査権限が行使され、刑事罰が科されるべき場合に、行政処分を課することが事実上不可能となってしまうのでは、悪質な行為を行った法人の方が、そうでない法人よりも経済的に有利に取り扱われることになりかねず、妥当でないように思われる。

この問題を考える前提として、まず、公取委が犯則調査権限によって得た証拠や捜査機関によって得られた証拠を行政処分のために用いることができるかどうかが問題となるが、これは後述するように問題がないと考えられる。しかし、そうだとすると、現在、課徴金を課することができるのは、実行期間終了後三年を経過するまで(七条の二第六項)とされているので、刑事事件係属中は、そうした証拠を用いることができないとすると、場合によっては、刑事事件の係属のため

に、課徴金を課することができない場合が生じうる。この問題の解決策は、論理的には複数考えられるが、結論から言えば、事業者に関しては公取委が課徴金納付命令等の行政処分を行う意思がある場合には、そちらを先行させ、その後告発を行う手続を設けることが望ましいように思われる。その理由としては、以下の二点があげられる。まず第一に、そのような方法が、前述した公取委の専属告発の趣旨にもっとも忠実だという点である。第二に、現在の量刑判断においては、被告人が、当該行為に起因していかなる不利益を被っているかが考慮されており、また、そのことは理論的にも正当と思われるが、そうだとすれば、裁判官が量刑判断を行う段階で、事業者である法人にいくらの課徴金が課されたかが明らかになつていなければならないように思われるのである。このような理由から、行政処分を先行させる手続を設けるべきであり、また、そのような手続を設ければ、このデメリットも解消されるように思われる。

四 犯則調査権限を導入した場合の行政調査権限との関係 1 両手続の分離

以上のように犯則調査権限を導入することが望ましいとすると、その具体的制度設計、ことに行政調査との関係をどのように考えるべきか、がさらに問題となる。公取委の側からも、「行政処分のために犯則調査権限を用いること、犯則調

査のために行政調査権限を用いることは、当然ながら権限が付与された趣旨を逸脱することになるが、そのような疑義を生じさせるような体制、運用とならないようにする必要はある」という指摘がなされている。この点はどのように考えるべきだろうか。

行政調査と犯則調査の目的が異なり、また、純粹に行政処分のために用いられるための供述に関しては、自己負罪拒否特権の保障が及ばないが、刑事事件において証拠とするための供述を得る場面においてはそれが保障される点に鑑みると、いずれの権限が行使されているかは関係人にとって重大な関心事であり、その点に配慮すべく、両者の手続は分離される必要がある。具体的には、証券取引等監視委員会においては、総務検査課が行政調査を、特別調査課が犯則調査を行うとされているが、公取委においてもこのような体制を作ることが考えられる。もっとも、実際の人的リソース等の関係から、同一人が両者の役割を併任することが必要となる場合もあるが、そうした場合であっても、両者の権限を厳格に区別して行使し、関係人にもそのことが明示されるべきであると考えられる。

2 証拠の流用

このように権限行使体制を分離した場合、両者の中で、情報交換、証拠の流用を行うことができるかが問題となる。まず、犯則調査手続において得られた証拠を行政処分のために

用いることは許されるというべきであろう。なぜなら、犯則調査手続は、令状主義、黙秘権が保障される手続であり、そのような厚い手続保障に基づいて得られた証拠を行政処分でも、被調査者の手続上の権利は何ら侵害されないからである。判例も、国税犯則取締法の犯則調査によって得られた資料を徴税に利用することは認められるとしているが、この理は独禁法に犯則調査手続を設けた場合にも妥当するよう思われる。

これに対し、行政調査部門の職員が、行政調査の過程で得られた事実を、犯則調査部門の職員に犯則事件の端緒として提供すること、言い換えれば、行政調査によって得られた証拠をもとに犯則調査手続に移行することの可否については、議論がある。従来、この点は、税務調査と国税犯則調査の関係を巡って議論されてきた。判例は、税務調査中に犯則事件が探知された場合に、それを端緒として収税官吏による犯則調査に移行することは許されるとしているが、学説の中には、憲法三八条一項の趣旨が実質的に損なわれるのを防止するために、税務職員がたまたま租税犯則事実を知った場合であっても、守秘義務が公務員の告発義務（刑訴二二九条二項）に優先し、税務職員はなお守秘義務を負う、とする見解も有力である。確かに、審訊等がなされ、処罰をおそれた供述を手がかりとして犯則調査手続に移行することは、自己負罪拒否特権の観点から問題があり得る。笹倉講師が言

われるように「行政調査における供述強制により得られた供述や派生証拠を刑事責任追及のために用いることは許されない」という解釈を採用してはじめて、この点に関する憲法上の疑義が解消されるというべきであろう。⁽¹⁰⁾しかし、審訊がなされなかった場合には、前述したように、自己負罪拒否特権の侵害はないのだから、そのような場合には、この論理からも犯則調査への移行も許されるようになるように思われる。⁽¹¹⁾

このように考えれば、犯則調査を行うか否かの判断をする資料を収集するために、審訊以外の行政調査権限を用いることは許されることになる。そして、このことは、収税官吏ほど日常的に内偵活動を行っておらず、内偵によって犯則調査を行うか否かを決することが必ずしも容易ではない公取委にとっても、犯則調査権限が実効性あるものとなりうることを意味するように思われる。

おわりに

本稿は、独禁法違反に対する抑止力強化が叫ばれる現状において、独禁法違反犯罪の摘発の活発化を図るための、公取委の調査権限のあり方を論じてきた。本稿の結論をまとめると以下のようなになる。①現行の間接強制は、物的証拠の収集手段としては、実効性に乏しい。その額を上げ、手続的にも公取委が課すことができるようにすれば、状況は多少は改善されるかもしれないが、そこには自ずから限界がある。②そ

うした限界を突破すべく、行政処分を行うための物的証拠収集のための直接強制手続を設けることは、理論的には可能であるが、公取委職員のみで直接強制を行うとすれば実効性に乏しいし、警察等との協力も必ずしも容易ではなさそうである。③供述拒否に関しては、そもそも、現状では、刑事処分にかかわるような事実に関する供述拒否を処罰すること自体に問題がある。④リニエンスプログラムを導入して、供述を得ることを容易にすることは考えられる。⑤公取委が収集した証拠は、審訊によって得られた供述調書を除き、刑事手続において使用することが当然に否定されるわけではない。

⑥犯則調査権限の導入は、①、②の問題点を解決し、また、③についても、供述に対する間接強制の許される範囲を明文で限界づけることができる点で意味がある。⑦ただし、告発の時期は、公取委がいかなる行政処分を下すかの決定をした後とすべきである。⑧犯則調査権限の導入に際しては、関係人、被調査人の利益保護の観点から、犯則調査と行政調査が分離され、いずれの調査が行われているかが明示される必要があるが、両者間の情報提供は、自己負罪拒否特権侵害の問題が生じない限り可能である。

このように犯則調査権限の導入には、かなりのメリットがある。さらに、こうした権限を導入することは、以上のような解釈論的、法技術的なメリットにとどまらず、より大局的な政策的意義もあるように思われる。つまり、このような制

度の導入は、公取委の、自らが独禁法違反に関する刑事事件についても責任を持つという意識を高め、その結果、長期的に見て、独禁法違反犯罪の摘発に効果を上げる可能性があるということである。この点を最後に指摘しておきたい。

本稿は、公取委の調査権限に焦点を当てて論じてきたため、個別の刑事法（ことに刑事手続法）、行政法理論上の問題点についての分析は、極めて不十分なものとどまつている。しかし、様々な領域の複合問題であるこの問題について、少しでも議論を深化させようと試みてみたつもりである。諸先生方、実務家の方々からの忌憚のないご意見・ご批判を頂戴することができれば幸いである。

※ 本稿執筆に当たっては、東京大学の笹倉宏紀講師より、多くの貴重なご教示を賜った。ことに、第二章3における分析の視角は、講師のご示唆によるところが大きい。講師に厚く御礼申し上げる。

(1) 平成一四年の独占禁止法改正による。平成四年改正以前は、両罰規定の法定刑（罰金額）の上限は、違反行為者のそれと同じであった。しかし、業務主のほとんどが、自然人よりも一般に資産の多い法人である状況において、そのような規定では業務主にとって威力として不十分であった。このため平成四年改正によって、罰金額の連動が切り離された。違反行為者の行為責任と、法人等の業務主の監督責任とは別個のものだから、このような連動の切り離し自

体は理論的にも正当といえよう（平成四年改正に関し、詳しくは、例えば、「独占禁止法に関する刑事罰研究会報告書」公正取引五〇一号二六頁以下（一九九二年）、芝原邦爾「不法収益の剝奪と法人処罰の強化」法時六三巻二二頁以下（一九九一年）、西田典之「独占禁止法における刑事罰の強化について」経法一三三頁八〇頁以下（一九九一年）。さらに、その後、証券取引法違反等の罰金額がより高額となったこととのバランスの観点や、独禁法違反に対する抑止力強化の観点から、平成一四年改正によって現在の法定刑とされた（平成一四年改正に関しては、例えば、舟橋和幸「独占禁止法の一部を改正する法律の概要」NBL七四〇号四八頁以下（二〇〇二年）参照。なお、刑事法学者の中には、こうした傾向に批判的な論者もいる。例えば、神山敏雄『独禁法犯罪の研究』（二〇〇二年・成文堂）三〇頁（日数罰金制の導入を主張される。さらに、現状をふまえられた上で、犯罪によって得られる利益額をあらかじめ予測することができないことを理由に、脱税の場合等を参考に、違反行為による利益額等にあわせた罰金スライド制を提唱されるのは、佐伯仁志「規制緩和と刑事法」ジュリ一二二八号四五頁（二〇〇二年）。

(2) 生産調整行為、価格協定行為が告発に基づいて起訴され、前者は、違法性の意識の欠如を理由に無罪判決が確定し（東京高判昭五五・九・二六高刑集三三巻五号三五九頁）、後者は最高裁で有罪判決が確定した（最判昭五九・二・二四刑集三八巻四号二二八七頁）。本稿では、これらの判例の実体法上の問題点については検討しない。

(3) 粟田教授は、さらに、「かえって、その（筆者注、刑事罰の）発動を求めること自体が行政的規制の実効性を欠いていること自体として否定的に考えられてきた」と指摘される（伊從寛・矢部丈太郎『独禁法の理論と実務』（二〇〇〇年・青林書院）四一四頁

- (粟田誠) (以下、「伊従他・理論と実務」と引用する)。
- (4) 落合俊和・安達敏男「独禁法違反事件の刑事告発をめぐる諸問題」司研論集八八号一六頁以下(一九九二年)参照。以下、本稿では「落合・安達・諸問題」と引用する。
- (5) さらに、個別事件の告発に関し、公取委と検察とが協議する仕組み(いわゆる告発問題協議会)を設けることとされた。
- (6) 各事件の概要と問題点を簡潔にまとめたものとして、例えば、互敦史「独占禁止法違反の犯罪の現状と今後の課題」ひろば五四巻一号九頁以下(二〇〇一年)。その後、さらに、水道メーター談合事件について、一審の有罪判決を維持した最高裁決定(最決平一二・九・二五刑集五四巻七号六八九頁)がでている。同決定に関しては、さしあたり島田聡一郎「判批」現刑三〇号一〇五頁以下(二〇〇一年)参照。
- (7) 平林英勝「入札談合の規制と公正取引委員会の事件審査について」ジュリ二二〇一年一〇八頁(二〇〇一年)。以下、本稿では、「平林・ジュリ」と引用する。
- (8) 排除勧告は、平成一三年五月三〇日に出されている(http://www.jftc.go.jp/pressrelease/01_may/1053001.pdf)
- (9) 日本経済新聞平成一三年六月二日付朝刊参照。
- (10) 排除措置に関しては、勧告審決平四・六・三審決集三九号六九頁。また、課徴金納付命令も出されている。同事件が告発されなかったのは、不当な取引制限罪の実行行為を、相互拘束行為である談合の基本合意のみと理解する見解が当時有力だったことにも一因があるという評価もなされている(例えば、芝原邦爾『経済刑法』(二〇〇〇年・岩波書店)一五〇頁。以下では、「芝原・経済刑法」と引用する)。そして、こうした問題点の解決のために、同罪を継続犯と理解する見解や、遂行行為をも実行行為に取り込む見解が登場した。この問題は、その後、いわゆる水道メーター談合事件にお

- いて、裁判上の争点ともなった。この問題に関しては、例えば、芝原邦爾「不当な取引制限罪(独禁法八九条一項一号)の実行行為」ジュリ一四三号九五頁以下(一九九八年)、西田典之「独占禁止法違反と刑事罰」『岩波講座・現代の法』(一九九八年・岩波書店)二二九頁(以下、「西田・刑事罰」と引用する)、佐伯仁志「判批」法教二二〇号一二八頁以下(一九九九年)、神山・前掲書注(一)二〇七頁以下等を参照。
- (11) 平成一一年八月三日付で排除勧告がなされている(http://www.jftc.go.jp/pressrelease/99_august/99081302.html)。
- (12) 佐伯・前掲論文注(一)四二頁。
- (13) もっとも、「悪質・重大」の判断において、具体的にいかなるファクターを重視すべきかは議論の余地のあるところである。企業犯罪研究会「企業犯罪研究会報告書」ひろば五四巻二号四二頁以下参照(二〇〇一年)(以下では、「報告書」と引用する)。この点の本格的検討は、本稿の課題を超えるので、別稿に譲る。
- (14) 志田至朗「弁護士立場から見た独占禁止法の法執行」ひろば五四巻一号二八頁(二〇〇一年)は、「物的証拠が乏しい場合など、その立証は必ずしも容易ではないと思われ、企業側のみやむ可もない否認の壁を突き崩せずに処分に至らない事例もあるやに聞く。一方、偶々物証が確保された場合や一部の関係人が審査官に迎合するなどしてことさらに審査官に有利な供述をした場合などは、逆に事案が明白であるとしてあらゆるサンクシヨンの対象とされ、その結果企業に強い不公平感を抱かせることになろう」と指摘される。
- (15) 郷原信郎「規制緩和と独禁法違反に対する制裁」ジュリ一二二八号一六二頁(二〇〇二年)。
- (16) 白井滋夫「行政罰則とその手続きをめぐる若干の問題」『福田平先生・大塚仁先生古稀祝賀論文集(上)』(一九九三年・有斐閣)四八三頁以下、同「行政罰則の強化と関係規定の整備」研修五四八

号三頁以下（一九九四年）

(17) 芝原邦爾「経済刑法の論点」現刑三〇号六頁（二〇〇一年）参照。もつとも、芝原教授は、この選択肢は、「公取委の側からの、犯則調査権限の導入が期待できない場合」に考えられるものとされている。

(18) シヤーマン法の制定は一八九〇年、連邦取引委員会の創設を定めた連邦取引委員会法が制定されたのは一九一四年である。アメリカ独禁法の歴史に関しては、例えば、村上政博『アメリカ独占禁止法——アメリカ反トラスト法（第二版）』（二〇〇二年・弘文堂）一頁以下参照。

(19) ドイツ刑法二九八条（入札における競争を制限する談合）、二九九条（取引関係における贈賄、三〇〇条（その加重類型）参照。これらは、従来、秩序違反行為（Ordnungswidrigkeit）とされていたが、一九九七年の汚職撲滅法（Gesetz zur Bekämpfung der Korruption）によって、刑法上の犯罪とされた。この経緯に関しては、例えば、神山・前掲書注（一）三〇三頁以下を参照。ただし、二九八条の保護法益に関しては、依然、議論がある（詳しくは、例えば、Klaus Tiedemann, Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts, Festschrift für Heinz-Müller Dietz, 2002, S.505ff.）。

また、処罰対象は個人のみで、法人は含まれていない。

(20) 西田・刑事罰二〇九頁。

(21) 仮に、この選択肢をとらざるを得なくなった場合であっても、独禁法違反犯罪を起訴するか否かの判断に当たっては、公取委がいかなる行政処分を課した（あるいは課す予定である）かどうかを考慮に入れる必要があるように思われる。それ故、現在行われている告発問題協議会に類するような形で検察と公取委との意思疎通を図る必要は依然残るだろう。なお、専属告発ではない証券取引法違反に関して、「違反行為に対するサンクション」としては、他に大蔵

省による行政処分や証券取引所や証券業界による自主規制による処分等があり、むしろこのような刑事処分以外のサンクションが主となるべきで、刑事処分は原則としてこれらの制裁が十分効果があがらないときに発動されるのが望ましい」という指摘もなされている（江頭憲次郎他「パネルディスカッション 証券市場と規制機関の役割」商事法務一三一号一九頁（一九九三年）（芝原邦爾発言）（以下では、「江頭他・商事法務」と引用する））。

(22) 法人処罰の拡大に懐疑的な、高山佳奈子「法人処罰」ジュリー二二八号七一頁（二〇〇二年）は、確かに、伝統的な刑事責任の理論を維持する限り、（唯一の、とはいえなくても）一つの貫した主張であることは否定しがたい。法人処罰の当否および範囲については、本稿の課題を超えるので、他日の検討を期したい。

(23) 「報告書」六〇頁も、この可能性を示唆するが「しかし、それによって独禁法違反に対する制裁を統一的な判断に基づいて行うことが困難となることは否定しがたい」とする。また、村上政博「独占禁止法研究」（一九九七年・弘文堂）三二二頁も、このような制度は「調査体制の点から現実的な選択肢にならないであろう」とされる。

(24) 条文の建前は、公取委自身が権限を行使することが原則となっているが、実際上は、合議体である委員会自体ではなく、四六条二項に基づいて、審査官に指定された公取委事務局職員が権限を行使することになる。以下、「公取委が権限を行使する」という時は、いずれもこの意味である。

(25) 立ち入り検査の実情に関しては、志田至朗「公正取引委員会の立ち入り検査の実務」NBL五八八号三七頁以下（一九九六年）参照

(26) 九五条一項二号により両罰規定の適用もある。

(27) 現在の命令書制度に批判的な学説もないではない。例えば、屋

宮教授は、審査手続が刑事処罰手続につながる可能性を大いに有すること、独禁法が審決に民事訴訟における一審判決以上の効力を与えていること、等を理由に、その手続の適正化が要請される、とされ、アメリカの行政令状制度を参考にされた上で、発行を行う主体を審査官以外の第三者とすべきこと、記載内容をより充実すべきことなどを主張されている(屋宮憲夫「独禁法違反審査手続の日本比較(上)(下)」公正取引四五号一頁三頁以下、四五三号三四頁以下(一九八八年))。屋宮教授の批判に対する公取委事務局(当時)職員による反論として、山田昭雄「独占禁止法違反の強制調査手続について」公正取引四五号三二頁以下。

さらに、早坂礼子「行政調査」公法研究五八号二〇頁(一九九六年)(以下、「早坂・調査」として引用する)は、裁判官による令状を必要とし、令状発付要件を緩和することも考えられる、とされる。アメリカの行政令状制度に関し、詳しくは、例えば、佐藤幸治「行政調査」とプライバシーの保護(一)(二・完)論叢九七巻三頁一頁、九七巻四頁一頁(一九七五年)。

(28) その理論構成に関しては、早坂・調査一九五頁参照。

(29) 五・前掲論文注(6)一四頁。

(30) 例えば、所得税法二四二条、法人税法一六二条の検査拒否罪の法定刑も、一年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金にすぎない。

(31) これらの犯罪は公取委の専属告発の対象ではないが、実際上は告発がないのに起訴されることはあり得ないだろう。

(32) 最近の詳しい検討として、佐伯仁志「経済犯罪に対する制裁について」曹時五三巻一頁一頁以下(二〇〇二年)(以下、「佐伯・経済犯罪」と引用する)。

(33) 最大決昭四一・一二・二七民集二〇巻一〇号二二七九頁はこれを合憲とするが、不服申立手続の不十分さを理由とした批判もある。

(34) 刑罰のようなステイグマを伴わない以上、同じ違反行為に対する罰金の場合よりは多少高額にすることが許されるように思われる。しかし、行政法上の比例原則は妥当するから、無制限に高額にすることはできない(宇賀克也「行政制裁」ジュリ一二二八号五頁(二〇〇二年)(以下、「宇賀・行政制裁」と引用する))。

(35) 佐伯・経済犯罪二五頁は、行政制裁を課す手続一般に関し、行政庁が課す権限を有し、それを行政訴訟で争うことを認めるという案と、裁判所が公開対審手続で行う案とを対置され、前者も直ちに憲法の適正手続に違反するということにはならないが、アメリカのような行政審判官を有しないわが国の現状では、一般的には後者が望ましいとされ、「ただし、審判手続を有する公正取引委員会はアメリカに近い」とされる。

(36) 行政法学の有力説においても、社会的非難の程度の大きい行為に対して、高額の特料を課す場合には、「最低限聴聞の手続が必要」とされている(宇賀・行政制裁五七頁)。

(37) EU競争法、欧州共同体競争法といった用語が用いられることもあるが、競争法の第一次的法源はEEC設立条約、ECS C設立条約の競争に関する規則なので、本稿ではEC競争法と呼ぶ。

(38) 理事会規則一七号一五一条一項。

(39) 同一六条一項。

(40) もつとも、刑事罰を科す権限を有していないECの場合とは異なり、刑事罰規定があるわが国の独禁法においては、現在の間接強制の対象となっている行為の内、審訊に対する供述拒否、報告命令違反に対して、このような行政制裁を課し、かつそこで得られた供述等を刑事手続において使用する場合、自己負罪拒否特権に関連する問題が生じうる。この点は後述するが、対物的強制処分に関しては、自己負罪拒否特権の問題は生じないから、このような制度の導入が十分考えられるだろう。

(41) もつとも、この点、審査の現場に通じられていると思われる平林教授は、「審査官の説得もあり、公取委の立ち入り検査が拒否されたり、妨害されることは例外的であるとすれば」という仮定で論を進められている（平林・ジュリ一〇六頁）。筆者は、何が現状かについて語るべき立場にはないが、やはり実情に通じていると思われる別の論者から「審査に対して非協力的な姿勢をとり、事情聴取に対して明らかに不合理な否認や黙秘を行ったり、証拠湮滅等の違法不当な防衛活動を行う企業も決して少なくないのが現状である」(五・前掲論文注(6) 一二頁) という指摘もある。また、後述するように、現在の課徴金よりも高額の行政制裁金が課されることになれば、このような行動は、より一層、経済的合理性が高くなるから、現状以上に発生するのではないかと推察される。

(42) 報告書五九頁参照。なお、早坂・調査一九八頁、二〇〇頁は、現行法の解釈として、一定の場合に公取委にも行政調査のための直接的な実力行使を行う権限が認められるべきである、とされるが、行政法学上も多数説ではないようであるし、実務的にはそのような運用は一切行われていないようである。

(43) なお、即時強制と直接強制の区別は、相手方の義務の不履行を前提とするかどうか（前者は不要、後者は必要）によるとされている。塩野宏『行政法Ⅰ（第二版）』（一九九六年・有斐閣）一九六頁。

(44) 佐伯仁志「制裁」「岩波講座 現代の法四 政策と法」（一九九八年・岩波書店）二三八頁（以下、「佐伯・制裁」と引用する）も同旨。これに対し、市橋克也「行政罰——行政刑罰、通告処分、過料」公法研究五八号二四四頁（一九九六年）は、廃棄物処理のような悪質な違反が頻発する領域では、行政制裁金の賦科に支障が生じないようにするために、特別司法警察職員並みの実力行使の権限を付与することも必要である、とされている。これは、論理的には、

行政制裁金を課するための逮捕権限を認めることができる、ということとを前提とした主張だが、あくまで少数説にとどまるようである。

(45) この点は、多くの論者によって指摘されているところである。例えば、「座談会・独禁法の強化と課徴金の引き上げ」ジュリ九七七号一九頁以下（一九九二年）。また、最近でも、例えば、郷原信郎「独占禁止法違反に対する制裁の現状と課題」経法二二号八七頁以下（二〇〇一年）は、課徴金制度の立法過程、改正の経緯、運用の現状等を詳細に分析された上で、ことに平成三年改正以降は、「課徴金の法的性格（筆者注「不当利得の剝奪」と、実際の機能との乖離はますます拡大し、見る方向によってその正体が異なってしまう」という「ぬえ」的性格がいつそう顕著になった」とされる。

(46) 一九六二年理事会規則一七号一五条二項は、以下のように規定する。「委員会は、事業者又は事業者団体が故意又は過失により以下の各号のいずれかに該当する行為を行った場合、決定により一〇〇〇単位ないし一〇〇万単位またはそれを超えても違反行為に参加した各事業者の前年度の売り上額の一〇パーセントを超えない額の制裁金を課することができる。」二条約八一条一項又は八二条の規定に違反するとき、八一条一項に基づき課せられる条件に違反するとき、額を決定するに当たっては違反の軽重およびその継続期間を考慮にいれるものとする」。さらに、具体的な額の算定に関しては、一九九八年にガイドラインが定められている（Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation 17 and Article 65 (3) of the ECSC Treaty, 1998, OJ(C)3/3）。概略に関しては、郷原信郎「高崎英雄」楠茂樹「諸外国における独禁法違反に対する制裁の概要」ひろば五四巻五号三〇頁以下（二〇〇一年）参照。もつともわが国においては制裁金を導入したとしてもなお事業者に対する刑事罰をも残すという選択肢も

考えられる。このように考えた場合には、二重処罰禁止の原則との整合性の検討が必要となる。この点に関しては、例えば、佐伯仁志「二重処罰の禁止について」『内藤謙先生古稀祝賀論文集』(一九九四年・有斐閣)二七五頁以下参照。

(47) 具体的内容に差こそあれ、最近では、例えば、楠茂樹「独禁法への制裁金制度導入について(上)(下)」法時七三巻八号五三頁以下、九号九〇頁以下(二〇〇一年)、報告書五六頁、古城誠「公取委のエンフォースメントと私訴」経法二二巻八頁(二〇〇一年)、金井貴嗣「独占禁止法違反に対する課徴金・刑事罰の制度設計」経法二二号二三頁以下(二〇〇一年)、郷原・前掲論文注(46)一〇一頁、佐伯・前掲論文注(33)二二頁以下等。

(48) 報告書五九頁参照。

(49) 一九六二年理事会規則一七号一四六項参照。この点を明らかにしたのは、Hoechst AG v. Commission 1989 ECR 2859 である。この事件では、ドイツの反競争制限法四七条、四六条四項に基づいて、ドイツカルテル庁が、裁判所から EC 委員会宛の令状を取得した。EC 委員会とドイツカルテル庁の権限の関係に関し、詳しくは Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar BD II, 1997, §1742ff. (Burrich-ter/Hauschild)。

(50) 柴田孝夫『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和四七年度)』(一九七四年・法曹会)二二六頁参照。

(51) 塩野・前掲書注(43)二二六一二七頁も、「この判決を前提とすると、たとえ行政調査手続であっても、実力の行使にわたる限りでは、裁判官の令状を要するとする趣旨に読め、それは正当であると解される」とされる。

(52) 松井教授は、憲法二三条が令状主義の一般規定であり、三五条はその刑事手続における特別規定であるとされる(松井茂記「裁判

を受ける権利」(一九九三年・日本評論社)七八頁以下、九三頁以下)。

(53) 早坂・調査二〇一頁参照。

(54) 第二章三二参照

(55) ドイツにおいては、反競争制限法違反に対して過料(制裁金)を課す手続は、秩序違反法によって、刑事訴訟法の手続によることとされている(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten § 46 (2))。

(56) このような令状主義に服した行政手続であれば、そこで得られた証拠を元に告発することはもちろん、それらの証拠を刑事手続においてそのまま用いることが令状主義違反にならないことも異論はないと思われる(碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究五八巻一六一頁(一九九六年)参照)。

(57) なお、碓井教授は、令状発付の要件としては、相手方が拒絶していることで足りるとされている(「討論要旨」公法研究五八巻二六八頁(一九九六年)(碓井発言))。

(58) 入管法の場合には、主として、退去強制事由の嫌疑が比較的濃厚な場面が想定されているが、独禁法の場合には、例えば、報告(四五条一項参照)等を受けたにすぎず、令状発付に足りる嫌疑がない場合でも、なお強制調査が必要な場面も少なくないように思われる。報告書・五九頁も、令状に基づく直接強制による調査権限を導入する必要性を説きながらも、間接強制による方式の機動性もメリットとして否定できない、とする。

(59) 市橋・前掲論文注(44)二四三頁参照。

(60) ドイツの秩序違反法においては、各行政庁が、捜査における検察庁と同じに扱われる(OwIG § 35 Abs.1)ため、警察官を行政庁の調査機関として用いることが可能(Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitsrecht, 1989, § 35 Rn.16 (Joachim Lampe))。

- (61) 佐伯・制裁二三七頁。なお、産業廃棄物行政においては、警察からの人事派遣・出向が行われているようである。詳しくは、北村喜宣「警察官の派遣・出向と行政執行過程」『金子宏先生古稀祝賀論文集下』（二〇〇〇年・有斐閣）六一頁以下。
- (62) 職員に対する公務執行妨害等が行われることが具体的に予測される場合に、犯罪の予防、鎮圧を目的とする行政警察活動の一環として、個別に警察の助力を求めることは可能かもしれないが、このようなホワイトカラー犯罪においては、妨害がなされるか否かの予測は容易ではないから、それだけでは不十分であるように思われる。
- (63) 詳しくは、報告書四九頁以下、楠・前掲論文注（47）（下）九四頁以下等参照。
- (64) 二〇〇〇年一〇月六日付公正委員長談話「いわゆる『司法取引導入等』との報道について」（<http://www.jfrc.go.jp/pressrelease/00.october/00100602.htm>）。
- (65) 平林・ジュリー一〇七頁。
- (66) 公正委員の年次報告によれば、勧告等の法的措置のとられた件数は、平成九年度三一件、一〇年度二七件、一一年度二七件、一二年度一八件、一三年度三八件であり、そのうち課徴金の対象となる価格カルテル、入札談合をあわせた数は、九年度度一九件、一〇年度一八件、一一年度一九件、一二年度一一件、一三年度三六件である（<http://www.jfrc.go.jp/pressrelease/02.may/02052902.pdf>）。
- (67) 現に、水産庁発注入札談合事件においても勧告の対象とならなかった二社も課徴金納付命令の対象とはされた（平成一三年六月一日）。
- (68) 例えば、鈴木恭蔵「課徴金制度の再考（下）」NBL七二二号四五頁（二〇〇一年）、平林・ジュリー一〇七頁。
- (69) 川出敏裕「司法取引の当否——刑事法の観点から」公正取引六
- 一七号二六頁（二〇〇二年）。
- (70) 郷原・前掲論文注（45）一〇四頁注（14）。
- (71) 報告書四九頁。
- (72) このような制裁減免制度を認めた場合、不当利得の剝奪という政策は後退せざるをえないことになる。しかし、それは必ずしも不当ではないように思われる。楠講師がいわれるように、「違反事業者に不当利得を保持させることは許さない」ということを貫くことで、（協力を躊躇させてしまい）多くの独禁法違反を見逃してしまふのもまた不合理」だからである（楠・前掲論文注（47）（下）九五頁）。そもそも、国家が不当利得を（しかも現実の利得にかかわらず）一定額を利得と擬制して剝奪できる、という課徴金の制度趣旨説明自体、現状では、必ずしも合理性のあるものではないように思われる（曾和俊文「行政手続と刑事手続」ジュリー二二八号一一八頁（二〇〇二年）参照（以下、「曾和・手続」と引用する）、さらに村上政博「カルテルに対する制裁措置」ジュリー二二二一—二二四二頁（二〇〇二年）は課徴金制度を「一種の行政制裁」と位置づけられる。不当利得の剝奪は、本来、利得に対応する損失を被った者が、民事訴訟において追及すべきだからである。もちろん、そのような責任追及が現実的でないために課徴金制度が設けられたのであるが、入札談合に対する不当利得返還請求訴訟が現実提起されるようになった現状（東京高判平一三・二・八判時一七四二号九六頁参照）は、制度導入の際とはかなり状況が異なるように思われる（宇賀・行政制裁五九頁も参照）。もっとも、価格カルテルの場合には、現在の民事訴訟制度を前提とする限り、不当利得返還訴訟は困難ではあるが、そうした状況に対してはクラスアクションの導入等によって、民事訴訟制度内で対応するのが本来であるように思われる。なお、課徴金制度導入の際に、それを被害者に返還すべきであるという見解が有力に主張され（松下満雄「課徴金と刑事罰」法時

四七卷二号五九頁(一九七五年)、そのような付帯決議までなされた(が実現はしなかった)ことも想起すべきであろう。

(73) もっとも、このような制度を認めた場合、刑事罰との関係が問題とならざるを得ない。特に以下の二点が重要な問題である。まず第一に、制裁金が免除された者に対して刑事処分を科すことができるかが問題となる。結論から言えば、科さないのが望ましい。制裁金が免除されても刑事罰は科されるというのは、自発的な申告の動機付けが失われるからである。さらに、自発的申告を促進するという趣旨からは、このような場合には、刑事訴追されないことが、事業者にあらかじめ明らかであることが必要である。しかし、他の場合には、そのような制度化された訴追免除が存在しないのに、独禁法違反の場合にだけ、調査協力によってカテゴリーカルに訴追免除を与えるというのは、なかなか困難かもしれない。ちなみに、韓国では、刑事処分は制裁減免の対象外とされているとのことである(中山武憲『韓国独占禁止法の研究』(二〇〇二年・信山社)一〇八頁による)。この点の一つの解決策としては、独禁法違反の刑事事件に関しては、公取委の告発裁量(七三条の文言は「告発しなければならぬ」としているが、公取委には告発裁量があるとする見解が、通説(例えば、今村成和「公正取引委員会の告発義務について」ジュリ七三三三三頁以下(一九八一年)、西田・刑事罰二〇九頁)であり、高裁判例にも、そのことを認めたものがある(東京高判平五・五・二二高刑集四六卷二号一〇八頁)の枠内で、行政制裁金が免除される場合には告発しないという告発方針を示すことが考えられる(報告書・五一頁も、疑問を呈しながらも「法的には可能である」とする。さらに、(川出・前掲論文注(69)二七頁も参照)。しかし、この場合、共犯者間の告訴・告発(の主観的)不可分の原則(刑事訴訟法二三八条一項、二項)との関係が問題となる。この原則の根拠としては、①告訴は特定の犯人を選別するも

のではなく、犯罪事実の訴追を求める制度である点、②被害者に犯人特定の能力がない点の二点があげられている(例えば、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(一九九六年・有斐閣)五五―五六頁(以下、「田宮・刑訴」と引用する)。公取委のような専門性の強い機関の告発については、②の理由は当てはまらないであろうが、①の点はなお問題である。この点と関連して、間接国税における通告不履行による告発の場合は、通告処分制度の趣旨を尊重する観点から、通告を履行した共犯者には告発の効果及ぼすべきでない、という学説が有力に主張されている(例えば、白井滋夫「国税犯則取締法」(一九九〇年・信山社)二〇三頁(以下、「白井・国犯法」と引用する)。このように、告訴主観的不可分の原則にも例外が認められるのであれば、独禁法違反についても、公取委があえて告発の対象から外した主体については、同原則の例外を認める、という解釈も不可能ではないように思われる。しかし、これは、結局、制裁減免制度、一種の司法取引が、刑事上も尊重されるべきことを正面から認めることに帰着する。やはり、この問題は、芝原教授が言われるように、「広く刑事司法全般をも視野に入れた考察」(芝原邦爾「経済犯罪の現状と対策」ひろば五四巻一〇八頁(二〇〇一年))をした上で解決すべき事柄であろう。第二点は、第一点について、取引によって刑事責任を問われなくなった者の供述が訴訟法上どのように扱われるべきか、ことに約束による自白が証拠能力を否定されることとの関係をどのように理解するか、という問題である(詳しくは、川出・前掲論文注(69)二四頁以下、同「経済犯罪と取引的捜査手法」ジュリ一二二八号一四一頁以下(二〇〇二年)参照)。これらの点について、これ以上論じることは、本稿の課題を超えるので、他日の検討を期したい。司法取引に関する近時の包括的研究として、宇川春彦「司法取引を考える」(一)(一七)判時一五八三一―一六二七号(一九九七年九八年)。

- (74) 落合 安達・諸問題二頁参照。
- (75) 違法な権限に基づいて収集された証拠であれば、刑事訴訟法上の証拠排除法則の問題となりうる。
- (76) 宇賀克也 川出敏裕「対話で学ぶ行政法第六回——刑事法との対話」法教二五四号九頁（二〇〇一年）（宇賀発言）参照（以下、「宇賀 川出・対話」と引用する）。
- (77) 今村成和他編『注解経済法上』（一九八五年・青林書院）五八四頁（熊本信夫執筆）、山田・前掲論文注（27）三五頁は、この趣旨か。これに対し、今村成和「独占禁止法（新版）」（一九七八年・有斐閣）三七九頁は、同条の「犯罪捜査のため」の語を、本来の犯罪捜査を行うことと解された上で、公取委の調査が犯罪捜査ではないのは当然なのだから、四六条四項には意味がなく、むしろ、告発権限を制約するものと受け取られるおそれがあることから、このような規定を設けるべきではなかった、と指摘される（正田彬『全訂独占禁止法Ⅱ』（一九八一年・日本評論社）四七四頁、菊池元一他『続コンメンタール独占禁止法』（一九九五年・勁草書房）六二頁（滝川敏明執筆部分）も同旨。後述するように、結論的には、今村教授らの見解の方が正当であると思われる）。
- (78) さらに、違反行為がなくなった日から勧告又は審判手続が開始されることなく一年が経過した場合（七条二項）も排除措置の対象とはならないが刑事処分の対象とはなりうる。しかし、實際上、刑事処分の対象となる行為は、課徴金納付命令の対象であり、これは実行期間終了から三年あるいは審判手続終了後一年間は課すことができ（七条の二第六項）、公取委がそれ以後に調査を行うことは實際上考えにくいように思われる。なお、不当な取引制限罪の公訴時効は三年である（刑訴二五〇条五号）。
- (79) 東京高判平八・五・三一判夕九二二号一三九頁。
- (80) もっとも、前述した行政制裁金が導入されれば、違反事業者

- （主として法人）に関する限りは、告発のために必要な事情と行政処分のために必要な事情が事実上重なり合うだろう。しかし、個人に対して、実定規定違反を根拠に制裁金を課すことについては、なお議論の余地がある（積極説として、例えば、佐伯・前掲経済犯罪二三頁。これに対し、金井・前掲論文注（48）三一頁、楠・前掲論文注（48）九五頁等は基本的に違反事業者に対してのみ制裁金を課すことを念頭に置かれているようである。なお、EC競争法においても制裁金の対象は違反事業者のみである）。もし、これを否定する場合に、なお残ることになる。
- (81) 今村・前掲書注（77）三七九頁、川出敏裕「独占禁止法違反事件と刑事制裁」ひろば五四巻五号二頁（二〇〇一年）（以下では、「川出・ひろば」として引用する）参照。
- (82) 伊從他・理論と実務四二〇頁（栗田執筆部分）。
- (83) 神山・前掲書注（1）三八頁。
- (84) 曾和・手続一二四頁も、「利用の可否は別問題であると解釈していいのではないだろうか」とされる。さらに、アメリカ法の議論について、同「経済規制行政における行政調査の法的統制（二）」論叢一〇九巻六号九五―九六頁、九九頁（一九八一年）も参照。
- (85) すでに、阿部芳久「審決独占禁止法」（一九七四年・法学書院）三九四頁は、「公正取引委員会が、強制処分権により審判手続のみならず刑事訴訟手続においてさえも十分に役立つような証拠を獲得した場合に、検事総長に告発し、先の証拠を任意提出し留置という形で検察当局に引き渡すようなことがあれば、形式的にはともかく、実質的には憲法三八条一項および刑事訴訟法一四六条の規定による人権の保障は、独占禁止刑事訴訟法に関する限り全く無用の長物となってしまう」として、憲法上の手続的権利の保障の観点から、証拠使用の限界を論じておられた。しかし、①なぜ物の証拠の利用についても、憲法三五条ではなく、三八条一項の問題となるの

か、②なぜ任意提出ではなく強制処分としての「押収」であれば別の解釈となりうるのか(阿部氏は、この点を「留保」されているが(同三九六頁)、は明らかでないように思われる)。

(86) 川出・ひろば二二頁。

(87) 今村・前掲書注(77)三七九頁。

(88) 前掲最大判昭四七、川出・ひろば二二頁、丹宗暁信他編『独占禁止手続法』(二〇〇二年・有斐閣)三三六頁(志田至朗執筆部分)参照。

(89) 金子宏「判批」判評一七二号一三頁(一九七三年)。

(90) また、碓井教授も、行政調査の結果をそのまま捜査機関に提供することは憲法の保障する令状主義を潜脱することになるので、質問検査により得られた証拠自体の提供はできない(が、犯罪の心証を得た旨の通告は許される)、とされる(碓井・前掲論文注(57)一六一頁)。

(91) 伊從他・理論と実務四二〇頁参照(栗田執筆部分)。

(92) 小木曾国隆「企業の刑事責任に関する従来の法理・法制裁論等の捜査・公判維持サイドから見た問題点」刑法三六卷二号二五四頁(一九九七年)も参照。もちろん、国税犯則取締法にあるような証拠の引き継ぎの規定(同法一一条四項)がないということもその理由ではあろう。しかし、それだけが理由なのであれば、公取委が捜査機関に対し、単に資料を任意提出すれば足りるはずである。この点、丹宗他・前掲書注(88)三三〇頁(志田執筆部分)は、これは「審査における留置等についての相手方の同意が公取委の行政処分を行うための資料として使われることを前提にしている」とすればその同意の範囲を超えたとされるおそれを考慮しての措置」とされる。しかし、刑事罰のある違反類型においては、被処分者は、当該証拠が刑事手続においても使用される可能性を法律上、当然に念頭に置くべきであるから、そのような相手方の「前提」は必ずしも保

護に値しないように思われる。

(93) 川出・ひろば二二頁。

(94) 川出・ひろば二二頁。

(95) 実際には東京地検の特捜部のようなものである。

(96) もちろん、公取委の調査には、刑事訴訟法三三二条一項二号の適用はないから、被疑者、被告人が事実関係を争うことが予想される場合の他人の供述調書や、必ずしもそのような事態が予想されずとも、犯罪の中核部分にかかわる重要な調書については、このような解釈が採用されたとしても検察官は独自に取調を行うことが予想される。また、刑訴法三三二条があるとはいえ、被疑者、被告人本人の供述も取り直すことが通常であるとは思われる。

(97) 例えば、岩村修二「独占禁止法の抑止力強化の動行について」判タ七三七号四〇頁(一九九〇年)。

(98) 例えば、芝原・前掲論文注(17)七頁。

(99) 報告命令の間接強制がどこまで供述の間接強制と同視されるのかは困難な問題である。現在のわが国の実務では、報告命令は「事業者の組織、当該商品の流通経路(商流、物流)、生産、販売数量、金額などの関連事実(周辺事情)を報告させるものにはすぎない」(村上政博「独占禁止法(第二版)」(二〇〇〇年・弘文堂)四四四頁)、とのことである。このような運用にとどまる限り、「不利益」な事実の供述の強制とは言えないので問題は生じないが、「独占禁止法違反事実について自認を求めようとする意見報告」を命じた場合(四四五頁)は、そのような報告をどこまで命じることができるといつての「限界は明らかになつていない」とされる。

(100) さらに、四六条一項三号の提出命令についても、この点が問題とならないではない。刑事手続における提出命令に関し、酒巻匡「新しい証拠収集手段」ジュリ一二二八号一三二頁(二〇〇二年)

は、「提出命令の対象が物であれ文書・書類であれ、命令の対象者がその提出行為を強いられること自体が、当該対象物件が当該対象者の所持・支配・管理の下にありそれが真正なものであるという旨を捜査機関に伝達する機能を果たすという意味では「供述的性格」を有することになる場合には、「供述の強要」という側面がある」とされる。さらに、笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法教二六五号一〇四頁（以下「笹倉・特権」と引用する）も参照。

(101) 平野龍一「黙秘権」「捜査と人権」（一九八一年・有斐閣）一〇九頁（初出、一九五二年）。

(102) 例えば、田宮・刑訴三三七―三三八頁、酒巻匡「憲法三八条一項と行政上の供述義務」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下』（一九九八年・有斐閣）九六頁（以下、「酒巻・松尾古稀」と引用する）。行政法学においても、例えば、曾和・手続一二二頁は、「問題とされるべきは情報の性質であつて手続の性質ではない」とされる。なお、アメリカ憲法の修正五条には、「いかなる刑事事件においても」という文言があるにもかかわらず、アメリカの連邦最高裁の判例は、古くから、いかなる手続においてなされたものであつても、自らが刑事上の不利益を受ける供述に関しては、黙秘権の保障があるところである（McCarty v. Arndstein, 266U.S. 34 (1924)）。

(103) 白井・前掲論文注（16）四九八頁以下、特に五〇二頁。同・前掲論文注（16）一三頁。

(104) 川出・ひろば二二頁。

(105) 香城敏磨「特別刑法と憲法 三黙秘権と特別刑法」伊藤栄樹他『注釈特別刑法一巻』（一九八五年・青林書院）一二二頁。現在の判例も適用違憲の点を意識していると指摘されるのは、酒巻・松尾古稀一〇五頁、川出・ひろば二二頁、笹倉・特権一〇七頁以下。

(106) 香城・前掲論文注（105）一四〇頁参照。

(107) その後の判例にも、川崎民商事件判決と同じ論理によって規定

の合憲性が肯定されたものがある。例えば、関税法の通関手続きにおける輸入申告につき、覚せい剤取締法によって処罰される覚せい剤の無許可輸入行為が関税法の無許可輸入罪に該当するか否かが争われた最判昭五四・五・一〇刑集三三卷四号二七五頁（同判決は、規定の性格のみならず、当該行為者を処罰することが供述の「強制」となるか否かについても一定の判断枠組を示している）、同様の行為が関税通脱罪に該当するかが争われた最判昭五四・五・二九刑集三三卷四号三〇一頁、不法入国者が外国人登録法の外国人登録申請をしなかつた行為が外国人登録法違反となるかが争われた最判昭五六・一・二六刑集三五卷八号八九六頁（同判決はさらに、不申請を処罰する規定が「不法入国の外国人が旅券を提出せずしかも不法入国の事実自体を供述しないとする登録申請を不適法とする趣旨を含むものではないと解されるから」としている点も注目される）、同様の事案に関する最判昭五七・三・三〇刑集三六卷三号四七八頁。これらの判決を鋭く分析した最新の論文として、笹倉・特権一〇四頁以下。

(108) 濱田俊郎「経済刑法違反事件の諸問題」『司研論集創立五〇周年記念論文集III』（一九九八年）四五一頁、酒巻・松尾古稀一〇二頁、川出・ひろば二二頁。

(109) 判例は、刑事手続における黙秘権の告知は憲法上の要請ではないとしており（最大判昭二三・七・一四刑集二卷八号八四六頁、最判昭二五・一・二二刑集四卷一〇号二三五九頁）、また、最判昭五九・三・二七刑集三八卷五号二〇三七頁も、国税犯則調査には黙秘権の保障が及ぶとしながら、告知は憲法上の要請でないので、告知がなされなくても憲法三八条一項に違反しないとされた。しかし、学説においては、告知も憲法上の要請であるとする見解（例えば、松本一郎「判批」新報九三卷一―二号二四五頁（一九八六年）や、被疑者が黙秘権が及ぶことを知らなかった時、および権利行使が困

難な事情があるときには告知も憲法上の要請となるとする見解〔平野龍一「刑事訴訟法」(一九五八年・有斐閣一〇八頁)が有力に主張されている。後者の見解からも、本文中のような場合の黙秘権の告知は憲法上の要請となるだろう。仮に、告知手続がなくても憲法違反ではないとしても(例えば、金子宏「租税法(第八版補正版)」(二〇〇二年・弘文堂)六〇三頁(以下、「金子・租税法」と引用する))は、身柄拘束がないことを理由に判例を支持される)、少なくとも立法政策としては、告知の手続規定を設けることが望ましい(龍岡資晃「判解」『最高裁判所判例解説(刑事編)(昭和五九年度)』(二四三―二四四頁(一九八八年))し、また、供述義務が存在すると誤信していた場合には、当該供述を証拠排除すべきであろう(酒巻・松尾古稀九九―一〇〇頁)。

(110) 芝原邦爾「経済犯罪の訴追における犯則調査手続と行政調査手続」法教一七四号五九頁(一九九五年)、酒巻・松尾古稀一〇二頁、川出・ひろば二二頁。不答弁罪によって担保された証券取引法の行政調査において得られた供述に関し同旨、江頭他・商事法務一九頁(変原発言)。

(111) さらに、このような黙秘権侵害を根拠に証拠排除される供述に基づいて得られた派生証拠の証拠能力も問題となる。もし、派生証拠の証拠能力も全て否定されるのであれば、審訊の対象となった者を刑事訴追することは不可能に近くなり、事実上、審訊がなされた場合には、訴追免除がなされるのと同じことになる。そこで、酒巻教授は、「供述の使用自体に違憲の問題を認める前提を採る以上は、供述のみならず派生証拠の証拠禁止に至るのが一貫する」(酒巻・松尾古稀一〇六頁)とされながらも、「憲法が明文で禁止しているのは不利益な「供述」の禁止であるから、(中略)証拠禁止は当の不利益な「供述」に限られるとする解釈もあながち不可能とはいえない」(同一〇七頁)とされて、こうした派生証拠の使用禁止は、

政策的な黙秘権侵害防止目的に基づくものにすぎないから、i このような制度が文面上は合憲な手続に則っていること、ii 身柄拘束中の取調の場合のような事実上の強制、人格権侵害の危険が乏しいから違法手段抑止の要請が大きくないこと、を理由に、「派生証拠の使用の禁止まで要請する必要はない」という解釈の可能性を示唆される(i、iiは筆者)。しかし、教授ご自身、このような解釈は「試論の域を出ない」(同一〇七頁)とされており、積極的に断言されるまでの意図はないようである。川出助教が指摘されるように、「適用違憲という基本的枠組は正しいとしても、いったいどこまでの資料ないし情報を公取委が捜査機関に提供できるのかは、なお不明確」(川出・ひろば二二頁)なのが現状である。この点、ごく最近この問題に検討を加えられた笹倉講師は、派生証拠も原則として排除すべきだが、「供述強制以前から存在する物的証拠については、捜査機関がまったく独自に捜査を進めてその所在を突き止めたという場合であれば、押収を認めても特権違反の問題は生じない」という通常の刑事手続の場合と同様の限定的基準を示されている(笹倉・特権一〇九頁)。

(112) 酒巻・松尾古稀一〇一―一頁、笹倉・特権一〇六頁(ただし、法律上の強制の場合、自白の任意性判断において用いられている程度の観念を容れることができるかは定かでない、と指摘される)。

(113) United States v. Sullivan 274 U.S. 259 (1927).

(114) 判例法理の展開については、金子宏「行政手続と自己負罪の特権」『国家学会雑誌百年記念、国家と市民 第 二 卷』(一九八七年・有斐閣)一〇七頁以下。なお、反トラスト法関係でも、かつて、連邦取引委員会規則九条七項は、明文で、間接強制による取引委員会の調査において得られた証拠に基づいて訴追されない旨を定めていたが、一九七〇年に削除された。

- (115) わが国においても、昭和二十九年改正前の商品取引所法一五一条は、このような供述、資料の刑事手続における利用制限を明文で定めていた。
- (116) ドイツにおいても、債務者に、破産手続において、自己の刑事訴追につながりうる事実をも公表する義務があるかが争われた事案において、連邦憲法裁判所は、そのような場合に債務者には、証言拒絶権はなく、(自己)負罪拒否特権侵害防止の観点から)単に、供述自体の証拠としての使用が禁止されるだけである、とした(BVerfGE56, 37)。この判決を受けて、現在、破産法九七条一項二号、三号が、そのように規定している(なお、債務者が同意すれば証拠としての使用も可能とされている)。ドイツの議論に関しては、z.B. Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl., 1998, S.200f.
- (117) 田宮・刑訴三四二頁。また、田中和夫『新版証拠法(増補第三版)』(一九七一年・有斐閣)二四一頁も、供述拒否権の侵害に対して異議を主張しうるのは、その不可侵権を有する者に限られる、とされる。
- (118) 東京高判昭六二・七・二九高刑集四〇巻二号七九頁。もつとも、やはりロッキード事件に関する、東京地決昭五三・一一・二〇判時九一二号二四頁、東京高判昭五九・五・二七高刑集三七巻二号一五三頁は、原則として主張適格を否定しつつも、さらに、共犯者の自己負罪拒否特権が強制、拷問、脅迫、欺罔といった態様で剝奪された場合や、虚偽誘発の危険が高い状況が存する等不公正な方法によって行われたときには、共犯者にも主張適格を認める、としている。
- (119) 例えば、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(一九八五年・弘文堂)三六六頁以下参照。
- (120) 井上・前掲書四〇八―四〇九頁。
- (121) 笠井治「違法収集証拠と申立(主張)適格」平野龍一他編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(一九九八年・青林書院)一三五頁。
- (122) もつとも、アメリカ合衆国の連邦判例においては、法人には自己負罪拒否特権侵害の申立適格がない、とされている。Hale v. Henkel 201 U.S. 43 (1906) (ただし、同判決は、そもそも、他人が自己負罪拒否特権侵害の主張をすること自体に否定的である)この理論の当否については合衆国においても議論があるようだが、本稿ではこれ以上論じない。
- (123) さらに、このような調書を手がかりとして告発を行うことができるかも問題となる。告発は、あくまで捜査の端緒を提供する主張にすぎず、そして、告発する主体と、刑事訴追をする主体は異なる以上、そこでいったん手続が切断されるのだから、そのような供述調書を告発に用いることはできる、という解釈がありえよう(酒巻・松尾古稀一〇七頁参、さらに笹倉・特権一一〇頁参照)。ただ、告発問題協議会において、そのような調書も捜査機関に見せられるのだとすると、その後、それを端緒に得られた証拠は、そのような調書から派生した証拠として扱われることになる。前述したように、派生証拠をどの範囲まで排除すべきかは困難な問題であるが、もし、派生証拠を全て排除するという解釈を採用すると、このような場合に告発することを認めても、實際上無意味なものとなってしまう(川出・ひろば二二頁参照)。
- (124) 結論同旨、厚谷襄児他編『条解独占禁止法』(一九九七年・弘文堂)五一三頁(平林英勝執筆部分)。
- (124a) 丹宗他・前掲書注(88)三二九頁(志田執筆部分)。
- (125) 報告書四八頁。
- (126) 落合II安達・諸問題三一頁参照。
- (127) 小木曾国隆「私的独占の禁止および公正取引の確保に関する法律」平野龍一他『注解特別刑法補巻(三)』IV(一九九六年・青林書院)二三頁参照。

- (128) 川出・ひろば二三頁。
- (129) 落合Ⅱ安達・諸問題三四頁は、このような「調査方法を探ることの是非も検討されなければならない」とされる。
- (130) 従来、告発がなされたが不起訴(一部不起訴を含む)とされた事実としては、農林連絡協議会事件(昭和二四・四・二八告発。一部不起訴)、山一証券事件(昭和二四・一一・二八告発。不起訴)、石油生産調整事件(昭和四九・二・一五告発。一部不起訴)があるが、告発問題協議会が設置されるようになってからは、そのような事案は存在しない。
- (131) 落合Ⅱ安達・諸問題三二頁。
- (132) なお、同様に専属告発とされている間接国税に関する犯則事件における告発について、「当該犯則事件につき犯則事実の存在および内容について確信を得た場合でなければならない」とする見解がある(白井・国犯法一九三頁)。
- (133) 他の犯罪には存在しないこの特殊な手続が独禁法違反に対する刑事訴追の活発化を妨げているとして、これを廃止すべきであるという主張も有力である(例えば、小木曾・前掲論文注(127)三二頁)。
- (134) 例えば、西田・前掲論文注(一)八〇頁、芝原・経済刑法一三五頁。
- (135) 最決昭三五・一二・二三刑集一四卷一四号二二一三頁。
- (136) 丹宗他・前掲書法注(88)三三三頁(志田執筆部分)も、公取委と検察官との密接な連携の下に個別具体的事案に応じて検討すべきとされる。
- (137) 例えば、芝原・前掲論文注(110)六〇頁、落合Ⅱ安達・諸問題三三三頁、小木曾・前掲論文注(127)九頁、白井・前掲論文注(16)五〇四頁、根岸哲「公正取引委員会の権限の強化」ジュリー一〇八二号一四七頁(一九九六年)、報告書・五九頁、五・前掲論文注(6)一四頁、川出・ひろば二四頁、村上・前掲論文注(72)一四一頁。
- (138) 例えば、平林・ジュリー一〇六頁。公取委の外部の論者で、公取委の姿勢をこのように評価されるのは、例えば、芝原・前掲論文注(6)五頁、古城誠「公正取引委員会の独禁法執行」ジュリー一二二八号一〇八頁(二〇〇二年)。
- (139) 芝原・経済刑法二一〇頁。
- (140) もっとも、第一次的には通告処分を目指す間接国税に関する犯則事件については、収税官吏の検査を拒否、妨害する行為に対して罰則の規定がある(国税犯則取締法一九条の二)。
- (141) 国税犯則取締法二条三項、証券取引法二二一条三項。
- (142) 間接国税に関しては、要急事件についての例外がある(国税犯則取締法三条)。
- (143) 国税犯則取締法二条、証券取引法二二一条。
- (144) 任意の調査ももちろん可能である。国税犯則取締法一条。
- (145) 国税犯則取締法二条の二(ただし、間接国税に関しては、通告処分が原則である。同一四条)、証券取引法二二六条一項。
- (146) 国税犯則取締法一八条一項、証券取引法二二六条一項。
- (147) 小林涉「独占禁止法の手続規定等の整備」NBL七二〇号三二頁(二〇〇一年)。この部分は、「独占禁止法研究会報告書」(二〇〇一年)の紹介である。
- (148) 例えば、芝原邦爾「行政の実効性確保——刑事法の視点から」公法研究五八号二五八頁(一九九六年)。
- (149) 平林英勝「公的執行の役割と課題」経法二二号六九頁(二〇〇一年)。
- (150) 第二章三?。
- (151) 注(137)に掲げた文献参照。
- (152) 国税に関し、二般的にいえば、収税官吏の職務執行に対する外部的障害を収税官吏みずから排除することが不可能又は困難で

あると認められる」場合がこれに当たると説明されている（白井・国犯法一四八頁）。

(13) 収税官吏と検察官との合同捜査・調査を違法でないとした、東京高判昭三九・一〇・二八東高速報一二六二号も参照。

(14) 江頭他・商事法務一四頁（芝原発言）参照（証券取引等監視委員会に關して）。

(15) 行政調査、犯則調査それぞれにおいて、いずれも捜索等の直接的強制権限を認めることも不可能ではないように思われる。

(16) 江頭他・商事法務一四頁（芝原発言）参照。

(17) なお、これまでの犯則調査手続においては、間接強制による証拠収集手段は認められていなかったが、現在の刑事訴訟法学の議論を前提とする限り、犯則調査手続においてそのような手段を設けることが、理論的におよそ禁止されているわけではないように思われる。刑事事件における提出命令に關し、酒巻・前掲論文注（100）一二五頁以下参照。しかし、このような考え方を前提としても、後述するように審訊を設けることはやはり憲法違反とならう（酒巻・松尾古稀一〇〇頁）。

(18) 最判昭五九・三・二七刑集三八卷五号二〇三七頁。ただし、前述のように、判例によれば、黙秘権の告知は刑事手続においてすら憲法上の要請でないから、ここでも告知がなされなくても違憲とはならない。

(19) 平林・ジュリ一〇七頁は、「犯則事件手続で身柄の拘束ができていなくてもいい」とされる。確かに、公取委による身柄拘束は認められないが、合同捜査・調査を行えば、捜査機関による身柄拘束が可能となる点が見落とされているように思われる（江頭他・商事法務一四頁（芝原発言）参照）。

(160) 詳しくは、例えば、原田國男「量刑基準と量刑事情」『司研論集五〇周年記念特集号Ⅲ』（一九九七年）一四五頁以下、特に一六

八頁参照。

(161) これに対し、村上・前掲論文注（72）一四二頁は、「刑事罰を科すカルテル事件については課徴金を課さない旨法改正すべき」とされるが、本文中に述べたように、現在の罰金定額制を本質的に改めない限り、このように割り切るのは行きすぎと思われる。

(162) 小林・前掲論文注（146）三二頁。

(163) これを犯則調査導入の不可欠の要件とする学説も有力である。例えば、早坂・調査二〇〇頁。

(164) 国税犯則取締法上の犯則調査と各種税法上の調査の關係について、白井・国犯法一〇三頁参照。

(165) なお、いずれの場合においても、別部門に情報提供することが、国家公務員法の守秘義務違反罪（国家公務員法一〇〇条一項、一〇九条一二号）になるかどうか問題となる。これは、従来、特に行政調査過程で犯罪事実を発見した公務員が告発する場面を念頭に置いて論じられ、刑事訴訟法二二九条二項を根拠に、原則として（例外について、例えば、「討論要旨」公法研究五八号二六七頁（一九九六年））正当行為として、守秘義務違反とならないとする見解が通説である（例えば、芝原・前掲論文注（137）五六頁、曾和・手続一二四頁、宇賀川出・対談一〇〇頁（宇賀発言））。犯則調査で得られた証拠を行政調査部門に提供することについては、刑事訴訟法二二九条二項のような規定こそないものの、公益性が認められ、また、そのような流用によって行政処分対象者が被る不利益は法律上当然に課されるべきものだから、秘密を保持してもらうことに關する利益が正当なものとはいえず（租税に關し、佐藤英明「判批」ジュリ九三八号八六頁参照）、やはり秘密侵害とならない、あるいは正当行為である、というべきであろう（所得税法二二三条も参照）。

(166) 最判昭六三・三・三一判時一二七六号三九頁。金子・租税法六

○四頁もこの判例を支持される。なお、佐藤・前掲評釈八六頁は、原則としてこの判例を支持されながらも、「適法な税務調査に許された方法によっては正当な税額を明らかにすることができないときに、告発ではなく、税務調査に資することを主要な目的として、犯則調査が実施されたような場合には、その結果を課税処分を利用することは禁止されると考える余地はある」とされながらも、「そのような場合が実際上あり得るかは疑問」とされている。

(167) 最判昭五一・七・九集刑二〇一号一三七頁。

(168) 金子・租税法六〇三頁。

(169) 笹倉・特権一一〇頁。もともと、派生証拠の排除に関しては議論があり得る。注(III)参照。

(170) 江頭他・商事法務二〇頁(芝原発言)。