

～目次～

第1編 我が国における犯則調査手続	4
序 問題の所在	4
第1章 犯則調査手続の概要	7
第1節 犯則調査手続の意義	7
第2節 独占禁止法における犯則調査手続の構造	11
第3節 国税犯則調査手続及び金融商品取引法における犯則調査手続	16
第1款 国税犯則調査手続	16
第2款 金融商品取引法における犯則調査手続	23
第2章 独占禁止法における犯則調査手続の導入と現状	28
第1節 犯則調査手続導入の契機	28
第1款 令状主義と行政手続	28
第2款 独占禁止法上の調査手続と令状主義	36
第3款 黙秘権・自己負罪拒否特権と行政手続	44
第4款 独占禁止法上の調査手続と黙秘権・自己負罪拒否特権	57
第2節 犯則調査手続導入のメリットと現状	67
第1款 独占禁止法の刑事的エンフォースメントの現代的問題	67
第2款 犯則調査手続の導入と令状主義	87
第3款 犯則調査手続の導入と黙秘権・自己負罪拒否特権	94
第4款 犯則調査手続の導入とファイアーウォール	101
第5款 犯則調査手続の導入と許可状請求	104
第3章 犯則調査手続の歴史的検討	106
第1節 国税犯則調査手続に関する歴史的考察	106
第2節 歴史的考察からの示唆	113
第2編 諸外国における行政手続と刑事手続の交錯	116
序 問題の所在	116
第1章 アメリカ競争当局における手続	118
第1節 司法省反トラスト局及び連邦取引委員会における調査手続	118

第1款	調査手続の概要	118
1	司法省反トラスト局における調査手続	118
2	連邦取引委員会における調査手続	130
第2款	クリアランス手続	135
第3款	令状主義に関する諸問題	140
第4款	黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題	142
第2節	アメリカ競争当局における刑事的エンフォースメントの歴史的変遷と現状	145
第2章	アメリカの競争当局以外の行政機関における調査手続と刑事手続	151
第1節	アメリカ税務当局における行政と刑事の交錯	151
第1款	アメリカ税務当局における調査手続	151
第2款	アメリカ税務当局における併行手続	157
第2節	アメリカ証券監視当局における調査手続	159
第1款	連邦証券取引委員会における調査手続	159
第2款	連邦証券取引委員会における併行手続	163
第3節	小括	164
第3章	欧州委員会における調査手続	167
第1節	欧州委員会における調査手続の概要	167
第2節	欧州委員会の調査手続における基本権	172
第1款	令状主義に関する諸問題	172
第2款	黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題	175
第4章	イギリス競争当局における調査手続	184
第1節	イギリス競争当局の組織及び調査手続の概要	184
第2節	令状主義に関する諸問題	196
第3節	黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題	200
第4節	小括	203
第5章	ドイツ競争当局における調査手続	205
第1節	ドイツ競争当局の組織及び調査手続の概要	205
第1款	カルテル官庁による調査手続	205
第2款	令状主義に関する諸問題	213
第3款	黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題	216
第2節	ドイツ競争当局における刑事的エンフォースメントの歴史的変遷と現	

状	220
第3節 小括	223
第3編 行政手続と刑事手続が交錯する中での独占禁止法	226
第1章 競争政策の実践のための独自性の確保	226
第1節 独占禁止法という法律の性格・特質と手続	226
第2節 競争政策の担い手たる公正取引委員会の性格・特質と手続	231
第2章 独占禁止法における犯則調査手続	235
第3章 独占禁止法における刑事的エンフォースメントとその展望—むすびにかえて—	240
主要参考文献	241～

独占禁止法における行政手続と刑事手続の交錯
～犯則調査手続をめぐる問題を中心にして～

博士後期課程
中里和平

第1編 我が国における犯則調査手続

序 問題の所在

現行の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独占禁止法」という。）は、平成17年4月に成立し、翌18年1月4日に施行されたものであるが、それがエンフォースメントの強化を主な内容とするものであったことは周知の如くである。現在、平成15年4月9日法律第23号附則13条によって課徴金制度の在り方等について更なる検討が加えられ、エンフォースメント強化に向けた模索がなされている。

このようなエンフォースメント強化に向けた動きの背景には、我が国に根付いているといわれるいわゆる談合・横並び体質の存在に対する危機感があり、昭和52年以来の大幅な改正となった平成17年の法改正においては、この談合・横並び体質を根絶して21世紀にふさわしい競争政策を確立するという大きな目標が掲げられていた¹。

平成17年の法改正においては、具体的には、課徴金制度の見直し、課徴金減免制度の導入、犯則調査権限の導入、審判手続の見直しという大きく分けて4つの改正がなされたが、中でも、不正な利得が違反者の手元に残らないようにするというより制裁としての側面を強めた課徴金制度の見直しをめぐっては、多くの議論がなされ、それと対をなす形で導入された課徴金減免制度と相俟って強力にエンフォースメントを推進することが期待されていた。

このころ、Law & Economics の立場からは、違反行為から得られる不正な利益の剥奪可能性と違反行為の摘発可能性の関数によって最適なエンフォースメントを考える見方が示されていたが²、課徴金の見直しと課徴金減免制度の導入は、まさにこのような観点からエンフォースメントの強化を図ろうとするものであった。

ただ、犯則調査手続の導入に関しては、課徴金制度の見直しや課徴金減免制度の導入のようにもっぱらエンフォースメントの強化を目的としたものとしてではなく、若干異なる

¹ 諏訪園貞明「改正独占禁止法の概要」ジュリスト1294号（2005）2頁、川濱昇「平成17年独占禁止法の意義と展望」公正取引657号（2005）27頁。

² 藤田友敬「サンクションと抑止の法と経済学」ジュリスト1228号（2002）25頁以下、柳川範之「規制緩和と制裁の経済学」ジュリスト1228号（2002）18頁以下。行為者の問題行動を抑制するためには、問題行動が制裁を招き、その結果大きな損失がもたらされると予想させる必要があり、制裁による期待効用の喪失分が問題行動によって得られる期待効用を上回る場合でなければ制裁は機能しないとされ、制裁の期待値を一定以上に保つためには、検挙の確率を下げても制裁の大きさを上げるか、検挙の確立を上げて制裁の大きさを下げるかのどちらかだとする。

趣旨を含むものであった。すなわち、犯則調査手続の導入に当たっては、検察当局との連携及び証拠収集能力の強化というエンフォースメント強化に関わる側面のほか、手続保障の充実という点が導入の理由とされ、法改正前の議論においては、むしろこの手続保障の充実という点に重きが置かれ議論がなされていた。これは、後で詳述するように、以前から指摘されていた公正取引委員会の調査に内在する憲法問題に関わるもので、極めて重大な問題であったが、その割には他の論点と比較して法改正前の議論は概して低調であり、法改正後に至っては、その傾向がより顕著になってしまったように思われる。

では、なぜ犯則調査手続に関する議論は、それほど盛り上がりを見せてこなかったのだろうか。その理由は、必ずしも明らかではないが、おそらく、行政調査手続における手続保障について 30 年以上前に最高裁が示した基準³⁾が既に確立されたものとして理解され、その判決の中で示された基準をめぐる論点については既に議論が尽くされており、しかも、従前の問題点は犯則調査手続の導入によって概ね解消したと一般に評価されていることがその原因であろう。

しかし、筆者は、犯則調査手続にはなお検討していかなければならない点が多く残されており、それを十分に議論しないまま放置するようなことがあっては決してならないと考えている。

本論文においては、まず、犯則調査手続に関する現行の法制度を確認した上、平成 17 年の法改正前における公正取引委員会の調査手続に関する議論を整理し、法改正前に主張された犯則調査手続導入によるメリットと現状を比較検討し、問題点を抽出する。

次いで、犯則調査手続の歴史的淵源を辿り、犯則調査手続の捉え方の歴史的変遷を観察する。そして、行政手続の 1 つでありながら、あたかも刑事手続の一部であるかのように捉えられがちな犯則調査手続の現状に対して疑問を提起する。

また、いわゆる企業犯罪に関して刑事法分野において蓄積された様々な知見を概観し、独占禁止法における刑事的エンフォースメントのあり方について横断的な検討を加えることによって、競争政策のエンフォースメントにおける競争当局の役割とは何かということを再検討する。

さらに、章を改め、今度は視野を広げ視点を海外に移し、欧州共同体司法裁判所や欧州人権裁判所における行政調査と基本権をめぐる代表的な判例を確認した上、競争法手続における行政と刑事の接点に焦点を当て、アメリカ、イギリス、欧州委員会及びドイツの手続を比較検討し、競争法における刑事的エンフォースメントの在り方、手続保障の在り方、競争当局と訴追当局との関係等について検証し、我が国の犯則調査手続の問題点について考察していくこととする。

そして、最後に、独占禁止法 1 条に規定される「公正かつ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という目的に照ら

³⁾ 最大判昭和 47. 11. 22 刑集 26 卷 9 号 554 頁。

し、独占禁止法における犯則調査手続はどう在るべきなのか、独占禁止法における刑事的エンフォースメントとはどう在るべきなのかについて提言を行うこととしたいと考えている。

第1章 犯則調査手続の概要

第1節 犯則調査手続の意義

独占禁止法における犯則調査手続を考えるに当たっては、まず、それがどのような意義をもつ手続であるかを把握する必要があるが、実はこの作業それほど楽なものではない。

独占禁止法 101 条 1 項には、犯則事件とは、同法 89 条から 91 条までの罪に係る事件であると規定されているから、犯則調査手続が、同法 89 条の私的独占、不当な取引制限等の罪、同法 90 条の確定排除措置命令違反等の罪、同法 91 条の企業結合規制違反の罪に関する事件を調査する手続であるということになる。

つまり、我が国の独占禁止法は、入札談合や価格カルテルといったいわゆるハードコアカルテル⁴と称される類型の典型的な不当な取引制限行為だけを犯則事件の射程としているのではない。

また、独占禁止法 96 条 1 項は、犯則事件の射程となる同法 89 条から 91 条の罪について、「公正取引委員会の告発を待って、これを論ずる」と規定しているから、犯則事件が公正取引委員会のいわゆる専属告発制度⁵が適用される範囲と一致するものであることにも留意する必要がある。

さらには、独占禁止法 74 条 1 項には、公正取引委員会は、犯則調査手続を経て犯則の心証を得た場合には、検事総長に告発しなければならない旨規定されているから、犯則調査手続とは、公正取引委員会が犯則調査手続を通じて犯則の心証を得ることを念頭にした手続であることも法文から明らかである。

そこで、犯則調査手続の意義については、端的に「独禁法の犯則事件について、これを告発する必要があるか否かを公取委が調査する」手続だとする見解⁶があり、筆者もこれと共通する考えを持っているが、多くはこれとは異なる見解を示している。

すなわち、多くの見解は、犯則調査手続が刑事告発を目的とする手続⁷、あるいは、行政機関が違反事件を刑事法的に処理することを目的として行う権限・手続であるとし、実質

⁴) ハードコアカルテルとは、講学上、「競争制限のみを目的とし、あるいは客観的に反競争効果が明白で、しかもこれを補うような競争促進効果ないし正当化事由を持ちえないことが外見上明らかなカルテル」と定義付けられている。[金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法・第2版補正版』(2008年、弘文堂)35頁～36頁(瀬領真悟執筆)]が、我が国は、アメリカ法のように当然違法という概念を採用されていないため、ハードコアカルテルか否かで違法性の判断はなされないとされる。[白石忠志『独占禁止法』(2006年、有斐閣)237頁～238頁]。

⁵) 専属告発権限については、学説において、立法論として廃止すべきだとするものも存在する。それは、公正取引委員会が長年にわたって刑事告発をしなかった歴史があることから、公正取引委員会に任せておくと刑事的エンフォースメントが不十分になるという主張をベースにするものが多いと思われるが、詳しくは後述する。谷原修身「独禁法の執行・実施をめぐる体系論」日本経済法学会『経済法講座3・独禁法の理論と展開(2)』(2002年、三省堂)234頁～235頁、神山敏雄『独禁法犯罪の研究』(2002年、成文堂)32頁～33頁参照。

⁶) 白石・前掲注4)397頁。但し、この見解も、犯則調査手続のことを刑事手続への移行を前提とした手続として捉えている点で他の見解と変わらず、犯則調査手続を形式的にも実質的にも行政手続だと考える筆者とは見解を異にしている。

⁷) 根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』(2006年、有斐閣)345頁。

的にみると、行政機関の職員が行う犯罪捜査であると解している⁸。

その他、若干ニュアンスが異なるものとして、犯則調査手続は、「法令がその違反に対して刑事罰をもって臨んでいる行為について、通常の刑事訴訟法に基づく捜査によることなく、行政機関が告発を終局の目標として、反則者および証拠を発見・収集するための手続」であり、「形式的には行政手続であっても実質的には刑事手続に近い性格のもの」とする見解⁹も存在する。

このように、犯則調査手続の意義については、刑事手続に近い行政手続として捉える見解が大勢を占めているように思われるが、一見して分かりにくいその定義は、①犯則調査手続の限界を曖昧なものとし、②いわゆる純粋な行政手続との間の区別も曖昧なものとしている。そのため、純粋な行政手続と犯則調査手続との間に設定されているとされるファイアーウォール概念をも曖昧なものとし、実務における混乱の原因の1つにもなっているように思われる。

そこで、犯則調査手続というものを再検討し、そもそも、純粋な行政手続と犯則調査手続との区別が必要なのかという点も含めて検討することが必要であると思われる。本論文はそれを目的の1つとしている。

ただ、このような犯則調査手続の意義に関しては、犯則調査手続の在り方という結論部分と密接不可分な関係にあるものであるから、差し当たって、冒頭部分のこの項においては、疑問点をいくつか示すにとどめ、後で項を改めもう一度このことについて検討を加えることとしたい。

ところで、先程のような犯則調査手続を実質的に刑事手続であるかのように捉える見解は、いずれも犯則調査手続が刑事告発という1つの方向性しか持たない手続として捉えている点で共通しているように思われる。

しかし、犯則事件の射程というものは、公正取引委員会の専属告発が認められる範囲と一致しており、専属告発とは、独占禁止法 89 条から 91 条までの罪について、行政処分に止めるべきか告発を行うべきかの判断について専門的知見を有する公正取引委員会の判断に委ねた制度だとする¹⁰ならば、犯則調査手続をもっぱら刑事手続への移行に向けた手続として捉えるのは妥当なのだろうかという素朴な疑問が湧く。

確かに、独占禁止法 74 条 1 項・2 項の規定は、「告発しなければならない」との文言となっているが、一般にこの規定は訓示規定と解釈されており¹¹、判例にも公正取引委員会に広

⁸ 金井ほか・前掲註 4) 506 頁(山部俊文執筆)参照。そのほか、佐藤英明「犯則調査権限導入に関する若干の論点整理」ジュリスト 1270 号(2004) 47 頁、多田敏明「独占禁止法の手続的側面に関する改正」自由と正義 Vol. 56 No. 13 (2005) 36 頁、安保嘉博「改正独禁法の評価と今後の課題」自由と正義, Vol. 56, No.13 (2005) 47 頁、村上政博「改正独占禁止法と制定された新規則—改正独占禁止法施行後の実務のあり方を探る」NBL827 号(2006) 27 頁等も同旨。

⁹ 村上政博・栗田誠『独占禁止法の手続・平成 18 年施行の改正法をふまえて』(2006 年、中央経済社) 288 頁(栗田誠執筆)参照。

¹⁰ 白石・前掲註 4) 556 頁参照。

¹¹ 金井ほか・前掲註 4) 503 頁~504 頁(山部俊文執筆)、白石・前掲註 4) 556 頁、根岸=舟田・前掲註 7) 347 頁参照。独占禁止法 89 条以下の法条に該当する事件をすべて告発しなければならないと解することが現実的でないことは

範な裁量権が存在している旨の判断を示すものがある¹²。

そうだとすると、独占禁止法における犯則調査手続というものは、刑事手続への繋がりを過度に意識する必要はなく、行政処分も視野に入れた手続として捉えるのが妥当であるように思われる。すなわち、独占禁止法における犯則調査手続とは、刑事告発をも視野に入れて競争政策の観点から何が最適な処分であるかを判断するために証拠、資料を収集する行政調査手続¹³であって、形式的にも実質的にも行政手続であると解すべきように思われてくる。

ただ、判例は、国税犯則調査手続について、それが、「一種の行政手続であって、刑事手続ではないと解されるが、その手続自体が捜査手続に類似し、これと共通するところがあるばかりでなく、…犯則事件は、…告発により被疑事件となっ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…資料も、右被疑事実についての捜査及び訴追の証拠資料として利用することが予定され…実質的には…捜査としての機能を営むものであって、…特別の捜査手続としての性質を帯有するものと認められ…」との判断を示している¹⁴。

そこで、多くの見解は、この国税犯則調査手続に関する判例が、独占禁止法上の犯則調査手続にもそのまま当てはまることを前提として、前述のように、独占禁止法上における犯則調査手続というものを捉えていると考えられるが、このような捉え方について筆者は疑問を持っているのである。

すなわち、直接国税の犯則事件の場合は、独占禁止法上の手続と違い、国税犯則取締法 12 条の 2 の規定により、調査の結果、犯則の事実ありと思料されるときは、直ちに告発しなければならないとされ、この場合の告発は、訴訟条件ではないと解されている¹⁵。

また、間接国税の犯則事件の場合は、後述する通告処分制度が存在していることとの関係で、告発が訴訟条件となっていると解されているが、それは通告処分と公訴提起が重複して行われると二重処罰の問題が生じる可能性があるからであって¹⁶、独占禁止法 96 条 1 項のような専属告発を認める規定によるものではない。

さらに、独占禁止法 74 条 3 項は、告発に係る事件について公訴を提起しない処分をしたときに、検事総長は、法務大臣を通じて総理大臣に報告しなければならない旨規定し、公正取引委員会の告発に特別な重い意味を持たせているが、国税犯則取締法にはそのような規定は存在していない。

言うまでもないことのように思われる。つまり、刑事事件として処理することが相当な案件だけが独占禁止法 74 条 1 項の告発義務の対象となるという理解になる。

¹²⁾ 東京高判平成 5.5.21 高刑集 46 卷 2 号 108 頁。

¹³⁾ 行政調査手続一般については、塩野宏『行政法 I (第 4 版)』(2005 年、有斐閣) 234 頁以下、小早川光郎『行政法上』(1999 年、弘文堂) 306 頁以下、芝池義一『行政法総論講義 (第 4 版)』(2001 年、有斐閣) 267 頁以下、宇賀克也『行政法概説 I・行政法総論 (第 2 版)』(2006 年、有斐閣) 136 頁以下、原田尚彦『行政法要論・全訂第 6 版』(2005 年、学陽書房) 245 頁以下、水野忠恒「国犯法上の捜査・押収と憲法」、行政判例百選 I 第 4 版、別冊ジュリスト 150 号 (1999) 230 頁参照。

¹⁴⁾ 最判昭和 59.3.27 刑集 38 卷 5 号 2037 頁、判時 1117 号 8 頁、判タ 528 号 77 頁。

¹⁵⁾ 最判昭和 28.9.24 刑集 7 卷 9 号 1825 頁、金子宏『租税法 (第 9 版)』(2003 年、弘文堂) 811 頁。

¹⁶⁾ 金子・前掲註 15) 812 頁、なお、関税法は、犯則事件の処理について、通告処分に関する規定を置いており、同法 140 条 1 項は、「税関長の告発を待って、これを論ずる」と規定している。

要するに、独占禁止法上の告発と国税犯則取締法上の告発では重みに大きな違いがあり、そうであるならば、公正取引委員会の裁量に特別の重みを持たせた法の趣旨を勘案して独占禁止法における犯則調査手続の意義を考えるべきだと思われるのである。

また、前記判例は、国税犯則調査手続について、手続自体が捜査手続に類似している点、収集された証拠資料が刑事手続において利用される点に着眼し、犯則調査手続が捜査手続としての性質を持つとの解釈を導き出しているが、多くの見解は、これが独占禁止法における犯則調査手続にも妥当すると解し、独占禁止法における犯則調査手続が実質的には刑事手続であるかのように解している。

しかし、筆者は、この点についても疑問を抱いている。すなわち、確かに、立ち入り検査を実施したり犯則嫌疑者を取調べたりする一連の調査活動というものは、外形上、捜査手続に類似していることは間違いない。また、独占禁止法 116 条 1 項は、告発がなされた事件について、領置物件又は差押物件がある場合には、これを検察庁に引き継がなければならない旨規定しているから、公正取引委員会が収集した証拠資料が刑事手続において利用される可能性があることも間違いない。

ただ、独占禁止法 116 条 3 項は、領置物件又は差押物件が告発により引き継がれたとき、当該物件が刑事訴訟法の規定により「押収されたものとみなす旨」規定しており、このような規定があえて設けられた趣旨が問題とされなければならないように思うのである。

この点、国税犯則取締法 3 条 1 項の裁判所の許可状に基づかない差押えについて、その規定の合憲性が争われた事案の最高裁判決¹⁷⁾において示された入江俊郎裁判官の補足意見が興味深い視点を提供している。

すなわち、入江裁判官は、国税犯則取締法 18 条 3 項が、告発によって証拠物が検察当局に引き継がれる場合に、それが刑事訴訟法の規定により押収されたものとされることについて、このような規定がわざわざ設けられた趣旨は、証拠物の引継ぎ規定が存在しても、これによりそれらの物件が当然に後の刑事手続において証拠能力を与えられるわけではなく、刑事手続における証拠能力の有無は、それらの物件が差押えられ又は領置された際の手続が憲法の要請するところと実質において異なるものであったかどうかによるとしているのである。

そこで、この見解を念頭に、改めて独占禁止法 116 条 3 項の趣旨を考えてみるに、やはり、独占禁止法における犯則調査手続を刑事手続と同様に考えることは妥当でないように思われるのである。

すなわち、犯則調査手続が導入される前においては、公正取引委員会が行政調査手続に基づいて収集した証拠に基づき告発がなされ、その案件の証拠物については、検察庁が刑事訴訟法に基づき令状を取得して差押えをした上、証拠物が検察庁に引き継がれていたが、独占禁止法 116 条 3 項の存在は、犯則調査手続が導入された今も従前と実質的に同じ取り扱いをすることを示しており、犯則調査手続を経た証拠物に特別な地位が与えられるわけ

¹⁷⁾ 最大判昭和 30. 4. 27 刑集 9 巻 5 号 924 頁、判時 50 号 4 頁。

ではないことが明らかにされている。つまり、犯則調査手続を経て収集された証拠資料であっても、差し押さえられたとみなされたことによってはじめて刑事手続にはめ込まれるのである。

そもそも、どうして形式的な意義と実質的な意義が違う制度であるとわざわざ考える必要があるのか必ずしも明らかではないが、実際問題としても、犯則調査手続の目的を刑事告発であるとした場合には、犯則調査手続によって調査した結果、競争政策の観点から刑事処分相当ではなく、行政処分が最適だと考えられる場合であっても、犯則調査手続として調査に着手した以上、それは目標を達成できなかったものと理解することになってしまうが、このような理解が妥当だとは思われない。

結局、独占禁止法における犯則調査手続は、刑事告発をも視野に入れて競争政策の観点から何が最適な処分であるかを判断するために証拠、資料を収集する行政調査手続ということに尽きるものだと思われるのである。

ただ、独占禁止法に犯則調査手続が導入した目的には、前述したように、検察当局との連携を強化して刑事的エンフォースメントの積極化を図るという側面が含まれていたが、本論文のように、犯則調査手続を実質的な意味においても行政手続であると捉えることは、このこととの関係で問題とならないかという疑問を生起させ、その他、純粋な行政手続との違いはどうなるのかという疑問も生じさせる。また、公正取引委員会の裁量を重視する考えに対しては、いわゆる公正取引委員会中心主義が刑事罰の積極化を阻害する要因となってきたとの立場¹⁸からの批判も想定される。

以下においては、これらの点についても留意しながらさらに議論を進めることとする。次節においては、その検討の前提として、まず独占禁止法における犯則調査手続の内容を確認することとする。

第2節 独占禁止法における犯則調査手続の構造

独占禁止法における犯則調査手続は、独占禁止法 101 条以下に規定されており、その細則は、公正取引委員会の犯則調査の調査に関する規則（以下、「犯則調査規則」という。）に規定されている。

以下、その内容を確認すると、まず、独占禁止法 101 条 1 項には、委員会職員が犯則事件を調査する必要がある場合に、犯則嫌疑者等に対して出頭を求め、質問し、所持品等を検査し、犯則嫌疑者等が任意に提出したり置き去ったりした物を領置することができる旨規定している。この規定による調査の必要性については、委員会職員の裁量に委ねられている形となっているが、この規定は任意調査に関するものとして構成されており、出頭に応ずるかどうかが、質問に答えるかどうか、検査に応ずるかどうかは、それぞれ犯則嫌疑者

¹⁸) 谷原・前掲註 5) 232 頁～235 頁参照。

等の任意に委ねられていると解されている¹⁹。

また、独占禁止法 101 条 2 項により、委員会職員には、官公署又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めるとできるとされているが、この求めに応じて報告をするかどうかも求められた相手方の任意であるとされている²⁰。

なお、これら 101 条 1 項、2 項にある調査権限のうち、犯則嫌疑者に対する質問については、犯則調査手続においては、常に任意によることになっており、このことが黙秘権・自己負罪拒否特権の保障との関係で、純粋な行政調査²¹と区別するものとして理解されることがある。

ただ、罰則による担保がある審尋手続が、純粋な行政手続において利用されることは実務上あまりなく、純粋な行政手続においても、独占禁止法 48 条、公正取引委員会の審査に関する規則 13 条に基づき、任意の供述により供述調書を作成することが通常となっており、純粋な行政手続における供述調書と犯則調査手続における質問調書との実質的な違いは不明確なものとなっている。

また、独占禁止法 101 条 1 項は、文言上、犯則嫌疑者に対する質問と参考人に対する質問を同等に取り扱っているように見えるが、刑事訴訟法においては、被疑者の場合、単に自己に不利益な供述を拒否できるだけでなく、利益・不利益を問わず一切の供述を包括的に拒否できる包括的黙秘権があると解され、不利益供述を強要されない範囲で黙秘権・自己負罪拒否特権が認められている参考人とは取り扱いに区別がなされており²²、これについて犯則調査手続でどのような取り扱いになるかは明らかではない。

その他にも、独占禁止法 101 条 2 項は、公正取引委員会が犯則事件の調査に必要な事項を官公署に対して照会をする場合と私団体に対して照会をする場合を法文上区別していないが、刑事訴訟法 197 条 2 項に基づく捜査関係事項照会については、報告する義務があるとされている²³こととの関係で、照会先を、たとえば、官公署とする場合と犯則嫌疑法人とする場合とで取り扱いに違い生じるかという実務上の問題も一応はある。つまり、照会先を犯則嫌疑法人とした場合、報告義務があるとすると、黙秘権・自己負罪拒否特権との関

¹⁹ 金井ほか・前掲註 4) 507 頁 (山部俊文執筆)。

²⁰ 金井ほか・前掲註 4) 507 頁 (山部俊文執筆)。

²¹ 純粋な行政調査とは、犯則調査手続とその他の行政調査手続を区別するために、便宜上、そのように呼ぶことになっているものである。

²² 田宮祐『刑事訴訟法 (新版)』(1996 年、有斐閣) 130 頁～133 頁、334 頁～342 頁参照。

²³ 独占禁止法 101 条 2 項の照会は、犯則調査関係事項照会という形でなされているが、これは、刑事訴訟法の「第二編第一審」の「第一章捜査」に規定されている同法 197 条 2 項の規定に基づく捜査関係事項照会に類似したものとなっている。この刑事訴訟法 197 条 2 項に基づく捜査関係事項照会に関しては、罰則はないものの、平成 16 年 8 月 10 日の閣議決定によって、報告義務を伴うものとの理解が示されているが、これが独占禁止法上の犯則調査関係事項照会にも当てはまると解するならば、101 条 2 項の規定を単純に任意規定と解することに疑義が生ずる。実際、官公庁の中には、刑事訴訟法上の捜査関係事項照会には報告義務があるとの閣議決定があるが、その他の照会については閣議決定が存在しないので、独占禁止法上の犯則調査関係事項照会に対しては答える義務はないという姿勢を示すところも存在している。ただ、捜査関係事項照会に報告義務があるかどうかは問われたのは、公務員の守秘義務との関係であり、自己負罪拒否特権との関係で問題となったわけではなく、そもそも、このような照会規定は、嫌疑者に対して照会することを想定していないと考えられなくもない。この点、裁判の執行に関する刑事訴訟法 507 条、民事訴訟法 189 条 3 項、非訟事件訴訟法 163 条 3 項といった規定に基づく照会や弁護士法 23 条の 2 第 2 項に基づく弁護士会による照会と同様のものと考えられることができるとすれば通常の任意規定と解することができる。

係で緊張関係が生じることになる。

ただ、この点については、独占禁止法 101 条 2 項の「報告を求めることができる」という文言をそのとおりに解し、官公署を含めその報告は全くの任意のものとして理解すれば、黙秘権・自己負罪拒否特権に関連した問題が生じる余地はなくなるように思われるが、むしろ問題は、独占禁止法 47 条を根拠にした報告命令によって得た資料の犯則調査手続での利用である。

犯則調査手続の導入により直接強制による調査が可能となって証拠収集能力が強化され、それが導入理由の 1 つとされていたことは前述のとおりであるが、独占禁止法 102 条 1 項は、委員会職員が犯則事件の調査のため必要だと判断する場合に、公正取引委員会の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、臨検、搜索又は差押えをすることができる旨規定している。

また、緊急の場合には、独占禁止法 102 条 2 項により、臨検搜索差押えの対象物が所在する地を管轄する裁判所の裁判官が発する許可状により同様の処分をすることができることとされており、要は、必要ならば全国どこの裁判所に対しても許可状を請求することができるようになっている。

そして、許可状の請求に当たっては、独占禁止法 102 条 3 項により、犯則事件が存在すると認められる資料を提供しなければならず、請求を受けた裁判官は、同条 4 項により、臨検、搜索の場所、差押えるべき物件等を特定し、請求者の官職氏名、許可状の有効期間、当該有効期間を越えて執行に着手することはできない旨、交付年月日、裁判所名を必要的に記載し、記名押印の上、許可状を発することとされている。

ただ、ここで留意しなければならないのは、独占禁止法 102 条 4 項が、委員会職員から許可状の請求があった場合に「許可状を委員会職員に交付しなければならない」と規定しており²⁴、文言上、裁判所に許可状を発出するかどうかの裁量を有していないかのような規定ぶりになっていること、その他、同項が「犯則嫌疑者の氏名又は犯則の事実が明らかであるときは、これらの事項も記載しなければならない」と規定し、文言上、犯則嫌疑者の氏名、犯則の事実が明らかでなければ許可状に記載する必要がないようになっていること²⁵である。

これらは、憲法 35 条が保障する令状主義に関する論点であり、黙秘権・自己負罪拒否特権に関連した議論と同様に、従前から何かと問題点を指摘されてきたところであるが、詳しくは別のところで検討するとして、ここでは結論だけ簡単に述べる。

まず、許可状を交付しなければならないとの規定ぶりについては、このような文言にかかわらず、裁判官には司法的抑制の実をあげるべく許可状を発出するかどうかについて妥当性を判断する広範な裁量が認められていると解すべきであると考えられる。

²⁴) このような規定は、金融商品取引法 211 条 4 項と同様のものとなっているが、刑事訴訟法 219 条や国税犯則取締法 2 条 4 項の規定ぶりとは異なっており、あえてこのような規定ぶりとした理由は必ずしも明らかではない。

²⁵) このような規定ぶりは、金融商品取引法 211 条 4 項も国税犯則取締法 2 条 4 項も同様のものとなっている。

また、犯則嫌疑者の氏名、犯則事実の記載に関する点も、その文言にかかわらず、許可状には犯則嫌疑者の氏名及び犯則事実を記載しなければならないと解すべきように思われる。これらは、許可状が求められるそもそもの理由に関わる問題であり、結論自体は明らかであるように思われなくもないが、いずれにせよ、犯則調査手続に関する規定の意味を再検討する必要があるようである。

たとえば、独占禁止法 102 条 3 項において、許可状請求に当たって「犯則事件が存在すると認められる資料を提供しなければならない」としながらも、許可状を交付する段階で犯則の事実が明らかではないとはどのような場面を想定しているのか、そもそもそのような許可状が許されるのかという点も検討する必要があるように思われる。

ところで、令状主義の趣旨というものは、国家権力に対する私生活領域保護のための限界設定にあると説明されることがあるが²⁶、独占禁止法の条文の検討に当たっては、常にプライバシーの保護という観点に配慮する必要があるように思われる。

もっとも、現行の独占禁止法の規定にも、プライバシーの保護に配慮した規定がないわけではなく、たとえば、独占禁止法 104 条 1 項は、臨検、搜索、差押えは、特に許可状に記載がなければ日没から日の出までの間に実施してはならない旨規定しているのはその例である。

しかし、夜間執行を認める許可状があれば夜間でも執行が可能であるし、独占禁止法 104 条 2 項により、日没前に開始した臨検、搜索、差押えは、日没後まで継続することができることとされているから、結局、この規定にプライバシー保護の機能を期待することはあまりできそうにない。そればかりか、独占禁止法 103 条 1 項、2 項は、委員会職員が、許可状の交付を受けた上、通信事務を取り扱う者の保管・所持する犯則嫌疑者等の郵便物の差押えが可能であるとし、同法 107 条は、臨検、搜索、差押えにおいて、錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる旨規定しているのであるから、プライバシーの保護という点は、調査にとって必要な証拠を確実に収集するという要請の前に大きく後退を余儀なくされているといえることができる。

なお、この郵便物の差押えに関する規定は、刑事訴訟法 100 条 1 項、2 項に類似する規定となっており、刑事訴訟法 222 条は、捜査機関が行う搜索、押収についてこれを準用している。このような規定は、通信の秘密を保障した憲法 21 条 2 項と緊張関係にあるため、この刑事訴訟法の規定を違憲とする見解も存在しているところである²⁷。

この郵便物の差押えに関する刑事訴訟法の規定については、開披してみなければ分からないという郵便物の特質に着眼して特に認められたものと説明されているが²⁸、このような刑事訴訟法分野での議論というものは、独占禁止法 103 条の解釈に当てはめることができそうである。そこで、独占禁止法 103 条の規定についても、それが違憲であるのかという

²⁶) 田宮・前掲註 22) 100 頁。

²⁷) 高田卓爾『刑事訴訟法 (二訂版)』(1984 年、青林書院) 173 頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法 (改訂版)』(1990 年、青林書院) 86 頁。

²⁸) 田宮・前掲註 22) 102 頁。

論点が一応は考えられることになる。

この点、刑事訴訟法分野においては、郵便物の差押えに関する規定を違憲とまで大袈裟に考える必要はなく、運用に慎重さを求めれば十分であるという見解もあって²⁹、筆者もこの見解を説得的と考えるが、いずれにせよ、独占禁止法上の犯則調査手続にあっても、手続の公正さを確保するため、郵便物の差押えについては慎重な運用が求められているということがいえそうである。

ところで、手続の公正さという意味では、それを担保するためにいくつかの規定が独占禁止法に置かれていることも忘れてはならない。すなわち、委員会職員が裁判所の発する許可状に基づき臨検、搜索又は差押えの処分をするに当たっては、処分を受ける者に対してこれを提示しなければならず（独占禁止法 105 条）、その際、委員会職員は、自らの身分を示す証票を携帯し、請求があった場合には、これを提示しなければならないとされているのである（独占禁止法 106 条）。

また、手続の公正さを担保し、処分を受ける者の利益に配慮するという意味で、住居、人の看守する建造物等において臨検、搜索、差押えをするときには、その所有者、管理者、使用人、成年に達した同居親族を立ち合わせなければならないとされており（独占禁止法 109 条 1 項）、仮にこれらの者を立ち合わせることができない場合には、成年に達した隣人、警察官、地方公共団体の職員を立ち合わせなければならないとされている（独占禁止法 109 条 2 項）。

その他、女子の身体の搜索については、急速を要する場合でない限り、成年の女子を立ち合わせなければならないとされている（独占禁止法 109 条 3 項）が、独占禁止法には、裁判所の行う搜索、差押えに関する刑事訴訟法 113 条のように、犯則嫌疑者及び弁護人に立会権を認めた規定というものは存在しておらず、刑事訴訟法 222 条 6 項にあるように、嫌疑者を必要に応じて立ち合わせることができるとする規定も存在していない。

捜査機関の捜査に関する刑事訴訟法 222 条も、同法 113 条を準用していないため、被疑者及び弁護人に立会権というものを認めておらず、しかも、刑事訴訟法 112 条 1 項は、搜索、差押えの執行中にその場所への出入りを禁止できるとし、同 2 項は、これに従わない者を退去させ、執行が終わるまで看守者を附することもできるとしているが、このような規定は、独占禁止法にも存在しており、独占禁止法 108 条は、質問、検査、領置、臨検、搜索、差押えの処分を行っている間に出入りすることを禁止できる旨規定している。

ただ、この独占禁止法 108 条の規定は、任意の質問、検査及び領置を行う際にも出入り禁止を命ずることができるとしており、その権限が裁判所の発する許可状を得なくてもできるとしている点には留意が必要である。

要するに、この規定は、もっぱら確実な執行を確保するために認められたものであるといえるが、警察官の援助を求めることができるとする独占禁止法 110 条の規定も、これと

²⁹ 郵便物の差押えに関する刑事訴訟法の規定は、被疑者については事件に関係していることが多いことから設けられた規定であり、その蓋然性がない場合は除外し、点検の結果関連性がなければ直ちに還付するような運用をすれば違憲というほどのことはないとする見解もある（田宮・前掲註 22）102 頁）。

同様の趣旨と解することができる。

その他、手続の公正性の確保という意味が込められているという点では、証拠物の取り扱いに関する規定も同様であり、独占禁止法 111 条は、委員会職員が、質問、検査、領置、臨検、搜索又は差押えの処分を行った場合に、その年月日、結果を記載した調書を作成し、質問を受けた者又は立会人に示し、これらの者とともにこれに署名押印しなければならないと規定している。

また、領置又は差押えの処分をしたときには、目録を作成し、その謄本を物件所有者等に交付しなければならないとされており（独占禁止法 112 条）、留置の必要がなくなった場合には、これを還付しなければならないことになっている（独占禁止法 114 条 1 項）。

なお、刑事訴訟法には、一定の場合に、押収を拒むことができる旨の規定が存在しているが³⁰、独占禁止法には、特にそのような規定が存在していないということにも留意が必要である。

そして、以上のような一連の手続を経て犯則事件の調査を終えた場合には、調査の結果を公正取引委員会に報告しなければならないとされており（独占禁止法 115 条）、その報告では、端緒、調査の経過、事実の概要、関係法条、担当官の意見を明らかにしなければならないとされている（犯則調査規則 5 条）。

このとき、報告を受けた公正取引委員会は、これを基に最終的な判断を下すことになるわけであるが、公正取引委員会がそれらによって犯則の心証を得たと判断した場合には、検事総長に告発することとなり（独占禁止法 74 条 1 項）、そうでなければ、当該案件をいわゆる純粋な行政手続に移管する等の判断が下されることとなっている。

また、検事総長に対して告発がなされた案件であっても、その後、犯則調査手続を通じて入手した証拠を利用して行政処分に向けた行政手続が開始されることになるから、要は、公正取引委員会における手続の中で告発というものは、1つの段階に過ぎないということがいえるのである。そして、このような実態に照らすならば、やはり、独占禁止法における犯則調査手続というものが告発を目的とする手続と解することには問題があるように思われてならないのである。

第 3 節 国税犯則調査手続及び金融商品取引法における犯則調査手続

第 1 款 国税犯則調査手続

独占禁止法における犯則調査手続について議論する場合に、国税犯則調査手続に関する

³⁰) 押収拒絶権に関する規定は、刑事訴訟法 103 条ないし 105 条に規定されている。まず、公務員や国務大臣等が保管し、職務上の秘密であることの申し立てがあった場合に、それが国の重大な利益を害するものであるならば監督官庁や内閣等の承諾がなければ押収することができないとされている。また、医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士、弁理士、公証人、宗教の職に在る者が保管、所持する他人の秘密に関するものについても一定の要件のもと押収を拒むことができるとされている。

判例や国税犯則取締法の規定がよく引き合いに出されることがある。確かに、歴史も古く多くの運用実績³¹⁾のある国税犯則調査手続に関する議論には参考になる部分が少なくない。

国税庁は、脱税者に対して刑事責任を追及する一連の手続を査察制度と呼び、大口・悪質な脱税者に対して刑事責任を追及して、その一罰百戒の効果を通じて、適正かつ公平な課税の実現と申告納税制度を維持するとしているが³²⁾、大口・悪質な脱税者だけを一罰百戒的に取り締まるその姿勢に対しては、判例・学説に異論もある³³⁾。

国税犯則調査手続をめぐっては、このように多くの議論があり、そのうち筆者は、特に、その歴史的変遷に興味を惹かれているが、そのことについては後で言及することとし、差し当たりここでは、代表的な判例や国税犯則取締法の規定を確認しながら、税法分野における犯則調査手続に関する議論の理解に努めることとする。

さて、国税犯則調査手続の意義をどのように捉えるかについては、税務調査と犯則調査を対比させる形で説明されることが多いが、その際、必ずと言っていいほど引用される判例がある。

その1つが、有名ないわゆる川崎民商事件判決³⁴⁾であるが、この判決の中で最高裁は、周知のごとく、所得税法上の税務調査の意義について、それが「所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続」であり、「刑事責任の追及を目的とする手続」ではなく、「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するもの」ではないとの判断を示した。

そして、ここで最高裁が示した“実質的に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するか”という基準が行政調査への憲法上の手続保障の及ぶ範囲を画する確立した判例理論となっており、税法分野だけでなく、その他の分野における学説においても、この基準を前提にして議論を展開するものが目立つ。

さらにもう1つ、国税犯則調査手続の意義をめぐっていつも引き合いに出される判決³⁵⁾がある。その判決の中で最高裁は、川崎民商事件判決で示された基準を踏襲した上、国税犯則調査手続が捜査手続に類似する点、告発によって刑事手続に移行し、収集証拠の刑事手続での利用が予定されている点から、それが実質的に捜査としての機能を営み、租税犯捜査の特殊性、技術性等から専門的知識経験を有する収税官吏に認められた特別な捜査手続としての性質を帯有するとの判断を示したのである。

そして、国税犯則調査手続をこのように捉えた上、それを「実質上刑事責任追及のため

³¹⁾ 国税庁がホームページで公表した統計によると、平成17年度には217件の査察事件に着手し、そのうち214件を処理して150件を刑事告発したとのことであり、同様に、平成18年度には231件の査察事件に着手し、そのうち221件を処理して166件を刑事告発したとのことである。<http://www.nta.go.jp/kohyo/katsudou/report/2007/>参照。

³²⁾ 国税庁ホームページ <http://www.nta.go.jp/kohyo/katsudou/report/2007/>参照。

³³⁾ 犯則の事実ありと思料される場合には、収税官吏は告発しなればならず、情状を勘案して裁量によって告発に要否を決めることは許されないとする判例・学説がある。大阪高判昭和26.7.30高刑集4巻8号812頁、小島建彦「直税違反事件の研究」司法研究報告書24巻2号(1979)232頁～233頁参照。

³⁴⁾ 最大判昭和47.11.22刑集26巻9号554頁。

³⁵⁾ 最判昭和59.3.27刑集38巻5号2037頁、判時1117号8頁、判タ528号77頁。

の資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するもの」と結論付けたわけであるが、この判例の中で示された「特別な捜査手続としての性質を帯有している」という表現は、いつしか一人歩きををはじめ、犯則調査手続というものを捜査手続そのもののよう捉えられる見解を後押ししてきた。

特に、税法分野における学説には、このような刑事的色彩が強い形で犯則調査手続を捉える傾向が強いように思われるが、おそらく、その根底には、脱税が刑罰を科すに値する行為であるという社会通念が存在し、刑事法の基本原則が妥当するのは当然だという考え³⁶があるのであろう。しかし、仮にそうであるならば、明らかに独占禁止法をめぐる状況とは異なっているといえる。

このような近年の脱税犯に対する厳罰化傾向については、それを脱税事件の自然犯化などと呼ぶこともあるが³⁷、その妥当性はともかくとして、少なくとも独占禁止法との関係においては、今のところそのような社会通念が醸成される環境にないことは間違いないように思われる。

国税犯則調査手続に関する学説の多くは、最高裁の判例と軌を同じくし、それが、租税の確定、徴収、納付に関連する租税犯の解明のために行う調査であり、実質的に刑事手続に準ずる手続であるとしているが³⁸、これ以上に刑事的色彩の強いものとして捉える見解も多く存在しており、特に、直接国税の犯則調査の意義については、この傾向が顕著であるように思われる。

たとえば、通告処分³⁹のない間接国税⁴⁰以外の国税犯則調査手続について、それが刑事手続以外の何ものでもないとするものや⁴¹、それが、刑事訴訟手続と同様に、事案の真相を明

³⁶) 板倉宏「租税刑事法の今日的課題」租税法学会『租税刑事法の諸問題・租税法研究第9号』（1981年、有斐閣）17頁。

³⁷) この点、国税庁は、統計資料として、年度ごとの判決数、有罪件数、実刑とされた人数を公表し、厳罰化傾向にあることを知らしめようとしているようである。ちなみに、平成17年度における判決件数は156件でそのすべてが有罪となり、実刑判決を受けた者も7人いたとのことであり、平成18年度においても、判決数が160件で同じくすべてが有罪となり、14人に対して実刑判決が言い渡されたようである。また、昭和55年以降毎年実刑判決が言い渡されていることについてもあえて記述している。<http://www.nta.go.jp/kohyo/katsudou/report/2007/>参照、その他、加藤恒二「納税申告制度の下における制裁等—納税者のコンプライアンス向上の観点から—」税務大学論叢44巻（2005）213頁、古川健次郎「脱税事件自然犯化への一考察—最近の判例を通して—」亜細亜法学第20巻第1・2号合併号（法学部20周年記念号）197頁～208頁も参照。

³⁸) 金子・前掲註15）808頁、小川英明・松沢智・今村隆編『新・裁判実務大系・租税争訟』（2005年、青林書院）36頁（石島弘執筆）、小島・前掲註33）222頁も同旨。

³⁹) 国税局長又は税務署長が間接国税に関する犯則事件の調査によって犯則の心証を得た場合には、犯則者に対して、一定の例外に該当する場合を除き、その理由を明示して、罰金又は料料に相当する金額等を指定の場所に納付すべきことを通告しなければならないとされており（国税犯則取締法14条1項、2項）、税関長も同様の通告をしなければならないとの規定が存在しているが（関税法138条1項）、これが通告処分といわれるものである。この通告処分は、処分という名称が付されているが、法的拘束力はなく、これを履行するか否かは犯則者の自由となっている。そして、犯則者が通告処分の趣旨を履行した場合には、同一事件について公訴を提起されることはなくなる（国税犯則取締法16条1項、関税法138条4項）。通告を受けた犯則者は、原則として、通告の日から20日以内に履行しない場合には告発されることとなっているが、20日を過ぎた場合であっても告発される前に履行した場合には告発されないとされており（国税犯則取締法17条）、何とかして告発をしないで済ませようとする制度設計となっている。

⁴⁰) 間接国税とは、国税犯則取締法施行規則1条にその定義がなされており、それは、課税貨物に課せられる消費税、酒税、たばこ税、揮発油税、地方道路税、石油ガス税、石油石炭税を指すとされている。この点、国税犯則取締法は、間接国税の定義を政令ではなく勅令の定めるところによると規定している（同20条）。

⁴¹) 山田二郎「租税行政の諸問題」、租税法学会『租税刑事法の諸問題・租税法研究第14号』（1986年、有斐閣）7頁。

らかにし、刑罰法令を適性かつ迅速に適用実現することを目的としているとするもの⁴²もあるのである。

他方、独占禁止法における犯則調査手続について論ずる学説の中には、間接国税以外の国税犯則調査手続と独占禁止法における犯則調査手続を同様のものとして捉える見解がある⁴³が、独占禁止法に違反する行為について、一般にそれが刑罰に値するという認識が薄いとされる現状において、国税犯則調査手続に関する前述のような刑事的色彩の強い見解をそのまま独占禁止法における犯則調査手続の解釈に当てはめることは疑問であるといわざるをえない。

もっとも、このような筆者の見解は、国税犯則調査手続が刑事的色彩の強いものであることを否定するものではない。国税犯則調査手続の歴史を振り返れば、それがもともと刑事的に処理されていたものを行政的に処理できるようにしたものであり、むしろ刑事手続としての性格を帯びているのは当然だとも考えられるのである。

このことについては、国税犯則調査手続に関する最高裁判決⁴⁴において、藤田八郎裁判官が興味深い見解を示している。

その判決の中で藤田裁判官は、国税犯則取締法が間接国税犯則者処分法の後身として、旧憲法下における違警罪即決例⁴⁵と同じく、行政処分をもって実質上司法処分に属する科刑処分をすることを認めたものであるから、通告処分も、純粋な行政手続とみるのではなく、一種の科刑手続たる性格を有するものと解すべきであり、通告処分に判決類似の既判効が認められるのは、それが刑事手続たる性格を具有するからだとの見解を示している。

要するに、国税犯則取締法は、もともと間接国税だけを対象とするものであったところ、その間接国税のために認められた通告処分という制度は、刑事罰に相当する行為に対する処罰を行政庁限りにおいて処理できるようにしたものであるから、その中身は、当然に刑事手続たる性質を有することになると指摘しているのである。

このような見解は、国税犯則調査手続というものが、元来、犯罪を非刑罰的に処理することを前提とした一連の手続であったこと⁴⁶、つまり、犯罪とする刑罰法規の存在を前提としながらも、その執行ないし適用の面で個別的に非刑罰的な処理を行っていかうとする、いわゆるディバージョン（diversion）⁴⁷の発想を基本とする手続であったということを改

⁴² 白井滋夫『国税犯則取締法』（1990年、信山社）5頁、津田實『国税犯則取締法講義』（1959年、帝国判例法規出版）16頁。

⁴³ 村上ほか・前掲註9）290頁（栗田誠執筆）。

⁴⁴ 最大判昭和30.4.27刑集9巻5号924頁、判時50号4頁。

⁴⁵ 旧刑法下においては、重罪、軽罪、違警罪という3つの区分があり、このうち違警罪は、拘留または料料にあたる罪とされていた。違警罪即決例は、行政官たる警察署長が違警罪について正式裁判によらずに即決処分によって処罰できるとするもので、当該即決処分に対しては正式裁判で争う道が用意されていた。戦前においては、この法律が思想統制の手段として濫用されたようであるが、戦後、裁判所法施行法によって廃止されている。

⁴⁶ この点、間接国税犯則者処分法の時代の処理について、それを犯罪の非刑罰的処理として捉えるのではなく、かつては犯罪性が否定され、国庫の損失に対する一種の損害賠償であったと捉える見解もある。吉岡一男『刑事学各論の研究—企業秘密から企業犯罪まで』（2000年、成文堂）121頁参照。

⁴⁷ 井上正仁「犯罪の非刑罰的処理—「ディバージョン」の観念を手懸りにして—」『岩波講座 基本法学 8—紛争』（1983年、岩波書店）408頁、宇賀・前掲註13）215頁参照。

めて認識させてくれる。

このようなディバージョンの発想は、道路交通法上の反則金制度⁴⁸にも取り入れられており、近時、立法論としては、企業犯罪や組織犯罪にも有効ではないかとの指摘もなされていて⁴⁹、それはそれで興味深い、ともあれ、国税犯則調査手続が対象とする脱税という行為は、間接国税について通告処分により非刑罰的処理がなされてきたとはいえ、明治時代から一貫して犯罪に値するものとされてきたのである。

一方、独占禁止法がその対象とするような競争制限行為というものは、1941年に公務の執行を妨害する罪という形で刑法典に談合罪が新設されるまで、そもそも犯罪とはされておらず、しかも、談合罪は、公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的をもつものだけを対象とし、良い談合と悪い談合の存在を前提としたものであった⁵⁰。

また、平成17年の法改正に伴って、公正取引委員会は、従来の告発方針を踏襲する形で改定版の方針を発表し、その中で、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って、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、及び、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等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について、刑事告発をするという方針を改めて示したが⁵¹、ここで示された要件を満たす案件というものは、自ずと限られたものとなるはずのものであるから、結局、独占禁止法に違反する行為のうち実質的に犯罪に相当することになるのは、ごく一部にとどまるということになる。

要するに、国税犯則調査手続においては、通告処分によって手続を終える間接国税の犯則事件であっても、罪責の軽重はともかくとして、それは本来的に犯罪である行為をその射程としているのに対し、独占禁止法における犯則調査手続は必ずしもそうではないのである。

そして、このような両者の違いというものは、一方の解釈をもう一方に当てはめるに当たって、何が共通していて何が異なっているかを慎重に見極めなければならないことを示

⁴⁸ 道路交通法違反行為のうち、軽微で現場での確認が容易な定型的行为を反則行為とし（道路交通法125条）、警視総監又は警察本部長が、理由を明示して定額の反則金の納付を通告して（同127条）、反則者が通告を受けた日の翌日から10日以内にそれを納付した場合には（同128条）、公訴が提起されたり家裁審判に付されたりすることがなくなるとされている（同130条）。

⁴⁹ 宇賀・前掲註13）217頁。

⁵⁰ 談合罪の立法に際して立法者は、最初、全ての談合を可罰的とする法案を提出したが、一切の価格協定を排除すると業者間の共倒れを招き、工事の手抜き等が発生して、かえって弊害をあるとする反対意見が根強かったため、一定の目的をもつもの以外を可罰的でないとする修正案が可決され、以後、平成7年の刑法の平易化を経て現在の条文となっている。このような反対意見の存在は、「公正な価格」の意義について、いわゆる通説の「競争価格説」と「適正利潤価格説」の争いを生んだが、その他、学説の中には、客観的に公正な価格とする説や平均的な市場価格とするものもある。大塚仁『刑法概説（各論）』（1992年、有斐閣）562頁～565頁、前田雅英『刑法各論講義・第4版』（2007年、東京大学出版会）523頁～526頁、大谷實『刑法講義各論・新版第2版』（2007年、成文堂）557頁～559頁、西田典之『刑法各論・第4版』（2007年、弘文堂）404頁～412頁、松宮孝明『刑法各論講義・補訂版』（2006年、成文堂）433頁～437頁、山口厚『刑法各論・補訂版』（2005年、有斐閣）556頁～559頁参照。

⁵¹ 「独占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針」（2005年10月6日）。

しているように思われる。

そこで、改めて国税犯則取締法の規定を確認してみると、たとえば、任意調査に関する同法1条、強制調査に関する同2条のほか、証票の携帯（同4条）、警察官の援助（同5条）、出入り禁止に関する規定（同9条）等は、ほぼ独占禁止法における犯則調査手続に関する規定ぶりと同様のものとなっていることが分かるが、そこには、税法と経済法という本質的な違いによる相違とは別に、犯則調査手続という行政調査手続の側面だけを見ても、いくつか重大な相違点が存在していることに気付く。

たとえば、国税犯則取締法においては、間接国税犯則事件の現行犯について、証拠収集のため必要かつ急速を要し、許可状を取得することができないときには、無令状での臨検、搜索、差押え（国税犯則取締法3条1項）及び所持品検査（同2項）ができるとしているが、独占禁止法の犯則調査手続においては、このような規定が置かれていない⁵²。

なぜ独占禁止法がこのような現行犯に関する規定を設けなかったのかについては、必ずしも明らかでないところであるが、推定できる理由としては、密室で行われることの多いカルテル行為等について現行犯という観念をわざわざ想定する意味があまりないと考えたからか、あるいは、合憲性に疑義のある規定を設けることに躊躇を覚えたからといったところであろう。

いずれせよ、侵害的行政作用と考えられる臨検、搜索、差押え等については、行政活動に関する行政法分野のいずれの説を採ったとしても⁵³、法律の留保がなければ許されないと解されると考えられる。

したがって、独占禁止法の犯則調査においては、許可状のない臨検、搜索、差押えは一切許されないし、この点において、独占禁止法における犯則調査手続は、国税犯則調査手続よりも手続保障に手厚いといえることができる。

ところで、国税犯則取締法においては、間接国税の犯則調査について、収税官吏の検査を拒み、妨げ又は忌避した場合に罰金を科す規定を置いているが（国税犯則取締法19条の2）、このような規定も独占禁止法の犯則調査手続には存在していない。

国税犯則取締法のこのような規定に対しては、間接国税だけをその対象とする論理的根拠を欠くという批判もなされているところであるが⁵⁴、むしろ筆者にとって興味深いのは、この規定が、かつて間接国税だけを対象としていた時代の名残であり、現代においても、間接国税に関しては行政的処理により済ますことが前提とされ、だからこそ今なお存続し

⁵² この規定については、その合憲性が争われたことがあるが、この点、裁判所は、憲法35条が同法33条の場合を除き除外しており、少なくとも現行犯の場合に関する限り、法律が令状によらずに搜索、押収等をなすうると規定したとしても、それは立法政策上の当否の問題に過ぎないのであり、憲法35条違反の問題を生ずる余地はないとしている。最大判昭和30.4.27刑集9巻5号924頁、判時50号4頁、中尾巧「国税犯則取締法3条1項の合憲性」、租税判例百選第4版、別冊ジュリスト178号（2005）246頁参照。

⁵³ 行政活動と立法の要否に関しては、通説となっている侵害留保説のほか、法規留保説、全部留保説、権力留保説、重要事項留保説といった諸説があるが、関係人の権利義務を一方的・権力的な形式で変動させる手法を用いる場合に法律の留保が必要だとする権力留保説を採ったとしても、少なくとも差押えは法律の留保を要すると解することができる。小早川・前掲註13）114頁～128頁、宇賀・前掲註13）26頁～39頁、塩野・前掲註13）61頁～72頁参照。

⁵⁴ 小島・前掲註33）224頁～225頁。

ていると思われる点である。この規定は、黙秘権・自己負罪拒否特権への配慮からか定かでないが、所得税法等に基づく税務調査の場合とは異なり、不答弁、虚偽答弁等に対する制裁を予定していない。しかし、それは、罰金を背景に相手方に検査に対する受忍を義務付けているのであるから、たとえ、その強制の度合いが間接強制に止まるものであるとしても、もはや任意調査であるとみることができない。仮に、これが刑事手続であれば、所持品検査を実施する場合に、それを令状なく罰則を背景として実施することは決して許されないと考えられているから⁵⁵⁾、その意味で国税犯則取締法のこの規定は特徴的な規定である。

なお、国税犯則取締法のこのような規定は、独占禁止法 94 条 4 項の規定に類似しているが、この規定は、いわゆる純粋な行政調査に関する 47 条 1 項 4 号、同 2 項及び 56 条 2 項による検査に関するものであって、犯則調査に関する同法 101 条 1 項の検査を含んでいない。

つまり、独占禁止法 101 条 1 項の検査については、その任意性の確保が徹底されているということができ、この意味では、刑事手続への移行を強く意識した規定ぶりともみることができなくはないが、そもそも任意調査に関する規定の中に強制の要素を混入させることが妥当だとはいえないから、そのような観点から条文を整理したものと素直に解すればいいように思われる。

その他、許可状に基づく搜索、差押えの際、必要に応じて開錠等の処分ができるとする規定（国税犯則取締法 3 条の 2）、搜索の立会い（同 6 条）、差押え・領置手続に関する規定（同 7 条）についても、独占禁止法上の規定と類似するものとなっているが、独占禁止法においては、必要な処分を臨検に際してもすることができるとされており、その分、独占禁止法においては、調査権限が強化されているとみることができる。

一方、搜索時等における立会いについては、独占禁止法では臨検、搜索、差押えのすべての場面において必要だとされているのに対し、国税犯則取締法においては、搜索についてのみ立会いが必要とされており、この点にも手続保障に対する配慮の違いを認めることができる。

それから最後にもう 1 つ、国税犯則取締法上の手続と独占禁止法における犯則調査手続との相違点として忘れてはならないのは、国税犯則取締法には、告発の相手方に関する規定が置かれておらず、専属告発権限を認める規定もないという点である。

このうち、告発の相手方については、国税当局の実務において常に検察官に対して告発

⁵⁵⁾ 刑事手続においては、令状によらない搜索等については、逮捕の場合に限定的に認められるに過ぎないところ（刑事訴訟法 220 条）、この点については、警察官職務執行法 2 条 1 項の職務質問に付随して行う職務質問や警察法 2 条 1 項に基づく自動車検問に関する議論が参考となる。いずれにせよ、令状なく強制力を背景として行われる検査などというものは刑事手続には存在しない。井上正仁「強制処分と任意処分の限界」別冊ジュリスト 174 号（2005）4 頁～5 頁、上田信太郎「職務質問のための実力の行使」別冊ジュリスト 174 号（2005）6 頁～7 頁、渡辺一弘「所持品検査—米子銀行強盗事件」別冊ジュリスト 174 号（2005）10 頁～11 頁、稲田隆司「自動車検問」別冊ジュリスト 174 号（2005）12 頁～13 頁、曾和俊文「警職法による所持品検査」、同「自動車の一斉検問」行政判例百選 I 第 4 版、別冊ジュリスト 150 号（1999）236 頁～239 頁参照。

を行っているようであるが⁵⁶、独占禁止法においては、法律上、検事総長に対して告発することが義務付けられており（独占禁止法 74 条 1 項）、また、検事総長が不起訴裁定をなすに当たっては、法務大臣を経由して総理大臣にその理由を説明しなければならないとされている（独占禁止法 74 条 3 項）。

また、前述したように、公正取引委員会には、専属告発権限も認められているから、告発の重みという点で大きな違いがあることは明らかであり、立法論はどうあれ、法律がこのような違いを設けている以上、それを前提として解釈をしなければならないことはいうまでもない。

以上述べてきたように、国税犯則調査手続と独占禁止法における犯則調査手続との間には、多くの看過できない相違点が存在しており、少なくとも、一方の解釈が当然に他方に当てはまるとする理解に問題があることは間違いのないと思われるが、以上のような視点とは別に、それと関連して、純粋な行政手続とされる税務調査との関係でも留意すべき点があるのでここで若干触れることとする。

すなわち、税務当局による税務調査というものは、日常的に行われており、その処理件数は極めて多いということである。たとえば、申告所得税の実地調査のうち、高額・悪質な案件を対象とする調査だけをみても年間 5 万件を超えている状況であるが⁵⁷、公正取引委員会においては、税務当局のような日常的な調査というものが存在せず、申告や課徴金減免申請といった、ある程度具体的に被疑事実の存在を疑わせる事実に接した場合に審査が開始されることとなっている。

また、税務当局の場合は、その要求される事務量が膨大であるが故に、実際問題として、諸般の事情を総合的に判断して政策的に最適と考える手段を選択するといったことをやっている余裕はなく、だからこそ、一定の基準を設けて大口・悪質な脱税者だけに対して刑事責任を追及し、その一罰百戒の効果に期待することとしていると思われる。

つまり、税務当局が便宜上の基準によって行っている告発と、公正取引委員会が総合的な政策的判断の末に行う告発とは意味が違っても考えられ、独占禁止法における犯則調査手続については、このような違いを踏まえた解釈が求められていると思われるのである。

では、次に、もう 1 つの犯則調査手続である金融商品取引法における犯則調査手続について概観することとする。

第 2 款 金融商品取引法における犯則調査手続

⁵⁶) 刑事訴訟法 241 条 1 項は、告発は検察官又は司法警察員にしなければならないとしており、国税犯則取締法にはそれについての規定が存在しないことから、どちらに対して告発するべきかという論点が一応は存在しているようである。ただ、検察官への証拠物の引き継ぎ規定（国税犯則取締法 18 条 1 項）が存在している以上、法は検察官に対する告発を前提にしていると考えられる。小島・前掲註 33) 230 頁～231 頁参照。

⁵⁷) 2007 年版の国税庁レポートによると、申告所得税の調査状況については、実地調査のほか着眼や簡易な接触を含めると件数にして 80 万 7000 件、源泉所得税の調査については、接触件数が 19 万 4000 件、法人税の実地調査については、14 万 3000 件、法人税の実地調査については、1 万 4000 件となっている。

金融商品取引法⁵⁸における犯則調査手続は、国税犯則調査手続とは比べものにならないくらい歴史が浅いものであるが、現在では、それなりに運用実績もあり⁵⁹、何より公正取引委員会と同じ委員会制度の下での犯則調査手続である点で、独占禁止法における犯則調査手続を考える上で参考になるものである。

ただ、証券取引等監視委員会の組織法上の地位は、中央省庁再編後⁶⁰は、国家行政組織法 8 条ないし内閣府設置法 49 条にいうところの外局たる委員会ではなく、あくまで内閣府設置法 54 条にいう合議制の機関とされていることには留意が必要である（金融庁設置法 6 条 1 項）。

ところで、金融商品取引法における犯則調査手続については、証券取引等監視委員会がその実施主体となっているが、実はこの証券取引等監視委員会という組織は、その設立に至る歴史的経緯が複雑であり、その状況をみると、証券取引等監視委員会という役所の特殊な地位を垣間見ることができる⁶¹。

すなわち、1948 年にアメリカの法制度を手本にして現行の金融商品取引法⁶²の前身たる証券取引法が制定され、その実施主体として証券取引委員会が設立されたが、その組織は、占領統治の終了とともに 1952 年には廃止されてしまい、その業務は、旧大蔵省に移管されることとなった。

そして、その後しばらくの間、当該業務は旧大蔵省の所管とされていたが、平成 3 年ころ、社会的耳目を集めた一連の証券・金融不祥事⁶³を契機として、政府の臨時行政改革推進審議会においてその是正策が検討されることとなり、そこで、「自由、公正で透明、健全な証券市場の実現」のためには、証券会社等の監督と市場ルールの遵守を監視する役割の分離が必要であるとされ、その答申の中で国家行政組織法 8 条⁶⁴に基づく委員会を設置すべきとの提言がなされ、それを受けて大幅な法改正がなされ、1992 年に証券取引等監視委員会が旧大蔵省の下に設立されることとなったというわけである。

その後、1998 年 6 月には金融監督庁が設置され、その下で証券取引等監視委員会は総理

⁵⁸) 金融商品取引法全般に関する解説書としては、神田秀樹監修、大崎貞和・武井一浩・有吉尚哉編『Q&A 金融商品取引法の解説（政令・内閣府令対応版）』（2007 年、金融財政事情研究会）、大崎貞和『解説金融商品取引法（第 3 版）』（2007 年、弘文堂）参照。

⁵⁹) 証券取引等監視委員会がホームページに公表した統計資料によると、証券取引等監視委員会の刑事告発件数は、平成 14 年以降毎年 10 件以上となっており、最近では、平成 17 年度が 11 件、平成 18 年度が 13 件となっている。その内訳は、インサイダー取引に関するものが一番多くなっている。

⁶⁰) 中央省庁等改革基本法 10 条 6 項 2 号は、金融については市場の自主性及び自律性にゆだね、行政の関与は必要最小限度のものとする規定し、意識的に行政の関与を抑制するようにしている。

⁶¹) 証券取引等監視委員会の設立経緯については、阪田雅裕『証券取引等監視委員会—日本型 SEC の誕生』（1993 年、大蔵財務協会）31 頁～69 頁参照。

⁶²) 現行の金融商品取引法は、証券取引法をその前身とし、金融先物取引法等を統合する形で、平成 18 年 6 月 7 日に成立し、平成 19 年 9 月 30 日に施行されたものである。

⁶³) この当時、大手証券会社による大口顧客に対する損失補てん、一部証券会社と暴力団関係者との関係等とめぐって証券業界だけでなく政府を巻き込んだ大きな議論となった。なお、証券犯罪一般については、芝原邦爾=西田典之=佐伯仁志『ケースブック経済刑法』（2000 年、有斐閣）169 頁～196 頁参照。

⁶⁴) 国の行政機関には、法律の定める所掌事務の範囲内で、重要事項に関する調査審議、不服審査その他学識経験を有する者等の合議により処理することが適当な事務について、合議制の機関を設けることができるとされており、委員会及び庁は、省の外局としておかれるものとされる（国家行政組織法 3 条 3 項）。

府の外局となったが、同年12月に金融再生委員会が設立されたことから、今度は、金融監督庁とともにその傘下に属することとなった。

さらに、2000年7月には、旧大蔵省金融企画局における業務が金融監督庁に移管され、新たに金融庁が設立されたことから、証券取引等監視委員会は、今度は金融庁の下に置かれることとなって現在に至っている。

なお、金融再生委員会という組織は、2001年1月に廃止され、以後、金融庁は内閣府の外局となっている。

このように、我が国にとって極めて重要である証券市場の監視という任務について、その実施主体を歴史的に観察すると、そこには著しい変遷が認められるわけであるが、このような複雑な政治的状況下において設置された証券取引等監視委員会には、公正取引委員会と比べて相対的に弱い権限しか与えられていない。

すなわち、現行法上、証券取引等監視委員会には、規則を制定する権限も自ら直接的に処分をする権限も与えられておらず、内閣総理大臣あるいは金融庁長官に対する行政処分勧告（金融庁設置法20条）⁶⁵、検察庁に対する告発（金融商品取引法226条1項）、財務大臣等に対する建議（金融庁設置法21条）⁶⁶というように、他の行政機関に一定の行為を促すものや、あるいは、日本証券業協会や金融商品取引所といった自主規制機関の規制状況の監視というようなものにとどまっている。

とはいえ、行政調査権限という面については、現行においてもそれなりに強力な権限が与えられており、本論文が着眼する犯則調手続については、公正取引委員会における手続と多くの点で共通している⁶⁷。

そこで、金融商品取引法の条文を確認してみる。まず、任意手続である質問、所持品検査及び領置手続に関する金融商品取引法210条の規定をみてみると、犯則事件の範囲について政令で定めるとしている以外、基本的に独占禁止法101条の規定ぶりとほとんど同じであり、強制手続である臨検、搜索、差押えに関する金融商品取引法211条の規定についても、独占禁止法102条の規定とほとんど同じ規定ぶりとなっていることが分かる。

ただ、犯則事件の範囲とされる罪の法定刑の重さには、金融商品取引法と独占禁止法との間で大きな違いがあり留意が必要である。

⁶⁵ 証券取引等監視委員会は、金融商品取引法等の規定に基づき、犯則調査等を行った場合において、必要な場合には、金融商品の公正を確保するため、投資者の保護、その他の公益を確保するために、行政処分その他の措置について内閣総理大臣及び金融庁長官に勧告することができることとされ、同時に、当該勧告に基づいて採った処分について報告を求められることができるとされているが、どのような行政処分を採るかは処分庁の判断によることになる。

⁶⁶ 証券取引等監視委員会は、検査や調査をした結果必要であると判断された場合には、必要な施策について内閣総理大臣、金融庁長官、財務大臣に建議することができることとされており、具体的には、現行の法規制や自主規制ルールでは不十分であると考えられた場合に、その事実を示した上でその在り方について問題提起を行うというものとなっている。

⁶⁷ 証券取引等監視委員会の下にある事務局には、総務課、市場分析審査課、証券検査課、課徴金・開示検査課、特別調査課の5つの課が存在しており、犯則調査は特別調査課において行われることになっている。その他、財務省の出先機関である財務局（沖縄については、内閣府の地方支分部局として沖縄総合事務局が設置されており、その財務部が担当する。）に委任してその職員を犯則事件の担当者とし、その所属する財務局の管轄内において職務を執行させることもできる（金融商品取引法224条、225条）。

すなわち、金融商品取引法における犯則事件については、金融商品取引法施行令 45 条にその範囲が定められているが、ここに列記される犯罪の罰則は、たとえば、有価証券報告書の重要事項について、虚偽の記載のあるものを提出したり、法定の公告や公表に当たって重要事項について虚偽の表示をしたりした場合（金融商品取引法 197 条）、10 年以下の懲役若しくは 1000 万円以下の罰金又はその併科に処するとし、また、公開買付届出書といった各種届出書を提出しなかったり、必要な報告書を提出しなかったりした場合（金融商品取引法 197 条の 2）には、5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金又はその併科に処するとされている。

一方、独占禁止法の場合、最も重く罰する私的独占・不当な取引制限罪であっても、個人の場合、3 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金とされているから、金融商品取引法における犯罪が独占禁止法と比べかなり重いものとされていることが分かる⁶⁸。

そして、このような法定刑の重さというものは、刑事責任を追究すべきかどうかを判断する 1 つの要素となり、一般に、重い法定刑の犯罪には、それだけ刑事責任を追究すべき要請が高いと考えられるから、金融商品取引法に違反する行為には、独占禁止法違反以上に刑事責任追究の要請が強いということがいえそうで、特に、2006 年 1 月に摘発されたライブドアによる証券取引法違反事件を契機として、巷では金融商品取引法の罰則の更なる強化が必要であるとの声も高まっているようである⁶⁹。

証券取引等監視委員会は、犯則調査手続の目的について、それが「証券取引等の公正を害する悪質な行為の真相を解明し、告発により刑事訴追を求めること」にあるとし⁷⁰、そこに刑事責任追究の強い志向性を認めることができるが、一方、公正取引委員会においては、行政処分を中心とし、一定の悪質な案件についてだけ告発をしていくとの姿勢を示しているから、両者の間には明らかな違いが存在している。

さて、条文の確認に戻ると、金融商品取引法における犯則調査手続に関する規定というものをみると、それは、前述の規定だけでなく、郵便物の差押えに関する規定（金融商品取引法 211 条の 2 各項）や強制調査の時間制限に関する規定（同 212 条 1 項、2 項）の他、許可状の提示（同 213 条）、証票の携帯（同 214 条）、強制調査における必要な処分に関する規定（同 215 条 1 項、2 項）、出入り禁止（同 216 条）や臨検、搜索、差押え時の立会いに関する規定（同 217 条各項）、警察官の援助（同 218 条）、調書（同 219 条）や目録（同 220 条）の作成、封印（同 221 条）や還付（同 222 条各項）、調査終了後の委員会に対する報告についての規定（同 223 条）に至るまで、実に、条文の配列まで独占禁止法と同様となっている。

⁶⁸) この点、税法における罰則も、独占禁止法よりも重いものが複数存在している。たとえば、所得税法 238 条は、偽りその他不正な方法により所得税を免れた者に 5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処すとしているし、法人税法 159 条 1 項、関税法 110 条 1 項、相続税法 68 条 1 項、消費税法 64 条 1 項も同じ法定刑を定めている。

⁶⁹) 大崎・前掲註 58) 166 頁～168 頁参照。

⁷⁰) 金融庁・証券取引等監視委員会編『証券取引等監視委員会の活動状況、平成 19 年』（2007 年、大蔵財務協会）9 頁参照。

そして、告発についても、金融商品取引法 226 条 1 項は、証券取引等監視委員会が犯則調査手続を経て犯則の心証を得た場合には告発し、証拠物を引き継がなければならないとしていて、独占禁止法 74 条と同法 116 条を合わせたような規定ぶりとなっており、また、証拠物件の引き継ぎを行った場合には、当該証拠物件は、刑事訴訟法の規定によって押収されたものとみなされるとする規定も置かれており（金融商品取引法 226 条 3 項）、この点でも独占禁止法の規定と共通している。

さらに、“告発しなければならない”とするこのような規定の存在にもかかわらず、証券取引等監視委員会には、刑事告発をして刑事処分を求めるか、あるいは行政処分の勧告に止めるかの裁量権を有していると解されているようであり⁷¹、この点においても、独占禁止法 74 条をめぐる議論との共通点を有している。

しかし、金融商品取引法においては、法律上、刑事告発の相手方が明示されておらず、独占禁止法のように、法律上、検事総長に対して告発をするものとされていないだけでなく、専属告発権限に関する規定も存在しておらず、税法上の手続と同様に、公正取引委員会の告発とはその重みにおいて決定的な違いがあるといわなければならない。

つまり、金融商品取引法における犯則調査手続は、独占禁止法よりも法定刑が高く設定された犯罪をその射程とし、証券取引等監視委員会においては、公正取引委員会よりも刑事処分への要請が高い事案を処理することが求められているにもかかわらず、その刑事告発には、公正取引委員会ほどの重みが与えられていない。

これは、一体何を意味するのであろうか。おそらく、それは、刑事法的処理の要請が高い案件を対象とする場合には、検察当局の意見が相対的に重くなり、逆に、刑事法的処理の要請が高くなく、行政的処理の要請が高い場合には、行政当局の意見が相対的に重くなるからではないだろうかと思われる。仮にそうだとすると、公正取引委員会に与えられた専属告発権限や告発、不起訴の際の重い手続というものは、独占禁止法について、行政的処理の要請が高いことを法が示しているように思われる。

以上述べてきたように、証券取引等監視委員会における手続と公正取引委員会における手続には、多くの共通点が認められるが、その他に、課徴金調査の存在にも留意する必要がある。

すなわち、この課徴金制度⁷²は、2005 年 4 月に導入されたもので、違反行為を抑止し、規制の実効性を確保するという行政目的を達成するための手続とされており⁷³、あえて言うならば、いわゆる純粋な行政手続に位置づけられるものであるが、その対象となる行為は、虚偽の有価証券届出書等の提出、風説の流布⁷⁴、偽計⁷⁵、相場操縦、インサイダー取引⁷⁶とい

⁷¹) 芝原邦爾『経済刑法研究・下』（2005 年、有斐閣）113 頁参照。

⁷²) 調査の結果、違反行為が認められた場合には、金融庁長官に対して課徴金納付命令を発出するよう勧告することとなる。そして、勧告を受けた金融庁長官は、審判官による審判手続を経た上、課徴金納付の決定を下すこととなっている。宇賀・前掲註 13) 230 頁～231 頁参照。

⁷³) 証券取引等監視委員会ほか・前掲註 70) 10 頁参照。

⁷⁴) 相場の変動を図る目的で合理的な根拠のない風評を不特定多数の人に対して伝達することと説明される。

うように、犯則事件とも多くの部分が重なり合うものとなっている。

そして、課徴金調査のため必要がある場合には、証券取引等監視委員会の職員は、事件関係人等に質問し、報告を徴し、営業所その他の場所に立ち入って帳簿書類その他の物件を検査することができることとされ（金融商品取引法 177 条 1 号、2 号）、この検査を拒み、妨げ、忌避した者に対しては、6 月以下の懲役又は 50 万円以下の罰金が科せられることになっている（金融商品取引法 205 条 6 号）。

また、事件関係人等が陳述せず、虚偽の陳述をするなどした場合には 20 万円以下の罰金を科すとされているが（同 205 条の 3 1 号）、これは、独占禁止法 47 条 1 項各号による立入検査と審尋手続について、検査を拒み、妨げ、忌避したり、質問に対して虚偽の陳述をし、あるは陳述しなかったりした場合に、独占禁止法 94 条各号が 1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金に処すとしていることと類似している。

ただ、それは、独占禁止法 94 条 1 号のように、事件関係人等の不出頭に罰則を設けているものではなく、また、課徴金調査が犯罪捜査のために認められたものではないとする金融商品取引法 190 条 2 項も、同法 177 条 1 号をその射程に含めておらず、事件関係人等に対する質問やこれらの者からの意見若しくは報告の聴取については除外されている。

つまり、金融商品取引法における課徴金調査は、相手方に出頭を命じて行われぬ点で、独占禁止法における審尋手続よりも拘束の度合いが低いといえることができる。

では次に、独占禁止法上の行政調査に内在する憲法問題として批判の対象とされてきた令状主義や黙秘権・自己負罪拒否特権に関わる点等について従前の議論を整理し、犯則調査手続の導入経緯の確認していくこととする。

第 2 章 独占禁止法における犯則調査手続の導入と現状

第 1 節 犯則調査手続導入の契機

第 1 款 令状主義と行政手続

独占禁止法に犯則調査手続を導入した理由として、手続保障の充実という点が挙げられていたことは、冒頭でも少し触れたところであるが、そのような理由付けがあえて掲げられた理由、それは、古くから指摘されてきた公正取引委員会の手続に対する批判を背景としている。

すなわち、公正取引委員会が実施する調査に対しては、そもそも、その調査を認める独

⁷⁵⁾ 相場の変動を図る目的で他人に錯誤を生じさせる詐欺的ないし不公正な策略、手段を用いることと説明される。

⁷⁶⁾ 会社関係者等がその職務に基づき知り得た投資判断に影響を及ぼす重要事実が一般に公表される前に、当該株式の売買を行う等の有価証券の取引を行うことと説明される。

占禁止法の規定自体が憲法に違反するのではないかといった批判など⁷⁷、実に様々な指摘がなされてきたところであるが、これらのうち憲法問題については、憲法上の 2 つの条文に関するものに議論が集中している。

そして、その 1 つが、令状主義に関する憲法 35 条をめぐる議論であり、もう 1 つが黙秘権・自己負罪拒否特権に関する憲法 38 条をめぐる議論である。ここでは、憲法 35 条をめぐる議論から確認していくこととする⁷⁸。

憲法 35 条 1 項は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第 33 条の場合を除いては⁷⁹、正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない」と規定し、同 2 項は、「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行う」と規定している⁸⁰。

そして、この令状主義・住居等の不可侵を定めた憲法 35 条の規定というものは、憲法分野において人身の自由の 1 つと位置付けられており⁸¹、その起源は、「各人の住居はその城郭である」という英米法の法諺に示されるように、アメリカ合衆国憲法にあると一般にいわれている。

また、さらにその起源を辿れば、イギリス法にまで辿り着くとか⁸²、1795 年のフランス憲法にまで遡れるなどといわれ⁸³、「立憲主義的憲法体系における最も古くかつ重要な権利の 1 つ」であると説明されている⁸⁴。

そして、この憲法 35 条の主たる目的がプライバシーの保護にあるということについては、分野を問わず学説において異論はなく⁸⁵、犯罪捜査のためであっても国家権力はプライバシーを侵してはならないという意味だと説明されることもある⁸⁶。

大日本帝国憲法 25 条においては、「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナ

77) 臼井滋夫「行政罰則とその手続をめぐる若干の問題—独禁法罰則を中心に—」, 福田雅章・名和鐵郎・村井敏邦・篠田公穂・橋本正博編『刑事法学の総合的検討(上)』(1993年, 有斐閣) 498頁~504頁参照。

78) 丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』(2002年, 有斐閣) 325頁~328頁(志田至朗執筆), 白石・前掲註4) 395頁~396頁, 村上ほか・前掲註9) 289頁(栗田誠執筆), 根岸=舟田・前掲註7) 344頁~347頁参照。

79) この点, 判例は, 33条の場合の意義について, それが「第33条による不逮捕の保障の存しない場合」であるとしている。すなわち, 33条による適法は逮捕については, 現行犯かどうかにかかわらず, 逮捕に伴う合理的な範囲内に止まる限り, 令状の必要はないとする。最大判昭和30.4.27刑集9巻5号924頁。

80) 令状主義の一般的な理解としては, 法学協会編『註解日本國憲法・上巻』(1953年, 有斐閣) 621頁~632頁, 粕谷友介『憲法・改訂』(2003年, Sophia University Press) 277頁~278頁, 辻村みよ子『憲法(第2版)』(2004年, 日本評論社) 299頁~300頁, 佐藤功『日本國憲法概説(全訂第5版)』(1996年, 学陽書房) 256頁~257頁, 新井誠「行政調査権と住居の不可侵」別冊ジュリスト憲法判例百選Ⅱ(第5版, 2007) 262頁~263頁, 片山等「住居侵入・搜索・押収に対する保障」別冊法学セミナー189号基本法コメンタール第5版/憲法(2006) 238頁~242頁, 平良木登規男『捜査法・第二版』(2000年, 成文堂) 32頁~39頁, 232頁~251頁参照。

81) ただし, 本条による保護の対象は, 人身の自由そのものではなく, その自由と密接な私生活の自由だとされる。伊藤正己『憲法』(1982年, 弘文堂) 325頁参照。

82) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年, 有斐閣) 23頁~41頁参照。

83) 初宿正典『憲法2・基本権(第2版)』(2001年, 成文堂) 341頁参照。

84) 佐藤幸治『憲法(新版)』(1990年, 青林書院) 507頁~510頁。

85) 長谷部恭男『新法学ライブラリ=2・憲法・4版』(2008年, 新世社) 262頁~265頁参照。

86) 伊藤・前掲註81) 325頁参照。

クシテ住居ニ侵入セラレ及搜索セラルルコトナシ」と規定され、法律に定めがない限りにおいてしか住居の不可侵が認められていなかったが、このことと比べると、憲法 35 条がいかに広範な権利保障をしているかが理解できる。

ところで、この憲法 35 条の規定、具体的には、その起源はアメリカ合衆国憲法修正第 4 条にあるとされている⁸⁷⁾が、このアメリカ合衆国憲法修正第 4 条の本来的意義については、それが、第 1 次的には一般令状を禁止することにあると一般に理解されている⁸⁸⁾。

すなわち、十分な根拠もなく、搜索場所や目的物あるいは対象者を特定しないままに、当局が搜索・押収することを許すことは、当局が意のままにあらゆる場所を搜索し、あらゆる物を持ち去ることを許すこととなり、そのようなことを禁止するところに令状主義の存在意義の 1 つがあるとされているのである。

また、当局自らがその令状を発することによって、当該処分を恣意的なものとし、根拠の薄弱な搜索や押収を横行させる危険を生起することとなるから、このような事態を阻止するため、独立した司法官憲がその要件審査を行い、かかる当局を司法的に牽制するところにもう 1 つの意義があるとされている⁸⁹⁾。

そして、このような意義については、アメリカ合衆国憲法修正第 4 条を母法とする我が国の憲法 35 条における令状主義の考え方にも基本的に妥当するものといえ、我が国においても、令状主義は、無差別一般令状の禁止と当局の司法的抑制にその意義があると考えることができる。

ただ、この憲法 35 条の規定というものは、その位置及び沿革からみて、本来刑事手続に関するものであることは否定しようのないところであるため、それが行政調査手続にも適用されるかどうか問題となるのである⁹⁰⁾。

この点については、前述したいわゆる川崎民商事件判決⁹¹⁾において最高裁が判断を示したことは周知のごとくである。すなわち、最高裁は、「憲法 35 条 1 項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでは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による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」との判断を示し、憲法 35 条の保障が行政手続にも及ぶことを一般的に認めた。

そして、このような判例に対しては、各法分野から様々な評価がなされているところで

⁸⁷⁾ 行政調査と修正第 4 条の関係については、洲見光男「行政搜索と修正四條—事業所の立入り検査を中心に—」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集、第 4 巻』（1998 年、成文堂）75 頁～105 頁参照。

⁸⁸⁾ 井上・前掲註 82) 39 頁。

⁸⁹⁾ 井上・前掲註 82) 40 頁。

⁹⁰⁾ この点、憲法 35 条の保障が刑事手続のみならず、行政手続をはじめとする非刑事手続にも原則として適用されることは当然であるとし、憲法 35 条が私的生活領域に関する実体的・手続的保護に関する一般法である憲法 13 条に対する特別法として位置付けられ、35 条の保障を及ぼしえない場合に憲法 13 条の補充的適用が問題となるという見解がある。初宿・前掲註 83) 343 頁。

⁹¹⁾ 最大判昭和 47. 11. 22 刑集 26 巻 9 号 554 頁。

あるが、憲法 35 条の保障が行政調査手続にも及ぶこと自体について異論はなく、問題は、この憲法 35 条が妥当とする範囲・程度ということになる。

これについて、先の川崎民商事件判決において最高裁は、旧所得税法上の税務調査について、それが、行政目的のものであって、性質上刑事責任の追及を目的としたものではないこと、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ていないこと、罰則による強制の度合いが検査の相手方の自由な意思を著しく拘束し、実質上、直接的物理的な強制と同視する程度には至っていないこと、公益上の目的を実現するため実効性のある検査制度が不可欠であり、そのことと比べこの程度の強制は不均衡・不合理ではないことを指摘し、たとえ令状によらないとしても、旧所得税法上の税務調査は憲法 35 条の法意に反しないとしたのである。

また、新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法（以下、「成田新法」という。）による令状に基づかない立ち入り検査について、それが憲法35条に反するかなど多くの論点が争われた案件においても、最高裁は、憲法35条の行政手続への適用可能性を一般論として認めた上で、川崎民商事件判決と同様の限定的な判断を示したのである⁹²。

すなわち、最高裁は、行政手続と刑事手続とでは質的差異が存在しており、かつ、行政手続は多種多様なものであるから、行政手続におけるすべての立ち入り検査に令状を要すると解するのは妥当でなく、当該立ち入り検査が、公共の福祉の維持という行政目的を達成するために不可欠なものであるか、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくものであるか、強制の程度ないし態様が直接的なものであるかどうかなどを総合的に判断して決すべきであるとした。

そして、成田新法に基づく立ち入り検査については、それが、使用禁止命令が既に発せられている工作物について、その命令の履行を確保するために必要な限度において認められるものであって、その必要性が高く、立ち入り検査に際しては、係官の身分証明書の携帯及び提示が要求され、しかも、そ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されていて、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくものではないということができ、強制の程度、態様についても、直接的物理的なものではないとして、これらのことを総合勘案して判断すれば、成田新法が憲法35条の法意に反することはないとしたのである。

そして、以上のような、2つの最高裁判例からは、憲法 35 条の保障を行政手続に及ぼす判断枠組みとして、共通する 3 つの要素を抽出することができる。すなわち、①それが刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくかということ、②公共の福祉の維持という行政目的達成のために必要不可欠であるかということ、③その強制の程度ないし態様が直接的物理的なものであるかという 3 つの点である。

これら 3 つの基準をめぐっては、これまで様々な角度、法分野から多くの指摘がなされてきたところであるが、それらを概観すると、まず、刑事責任追及のための資料収集に直

⁹² 最大判平成 4.7.1 民集 46 巻 5 号 437 頁。

結びつくかどうかという基準については、有力な学説から、それがプライバシーの保護を本旨とする憲法 35 条との関係で決定的な意味を持つのだろうかという疑問が投げかけられている⁹³。

なるほど、確かに、刑事責任の追及に結びつくかどうかということとプライバシー侵害の有無ということとは、どこか噛み合っていないところがあり、仮に刑事責任の追及に直接結びつかないとしても、プライバシー侵害の可能性があれば、これに憲法上の保障を及ぼすことが妥当であるようにも思われなくもない。

とはいえ、刑事手続においては、搜索及び押収等について厳格な手続的規制がなされているところ⁹⁴、行政手続が刑事手続に連動するものである場合には、その手続にも厳格さが要求されるべきであると考えられるから⁹⁵、このような一般的な意味で最高裁が示す基準を理解すれば、あながち納得できないものではない⁹⁶。

また、公共の福祉の維持という行政目的達成のために必要不可欠であるかどうかによって人権保障の範囲を画する最高裁の考え方についても、学説から興味深い指摘がなされている⁹⁷。

ただ、この指摘は、実は、もともと後述する黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で指摘されたものであるが、憲法 35 条の令状主義との関係でも当てはまる部分があると思われるものである。

すなわち、憲法の要請というものが、公共の福祉という国家の利益と個人の利益とを衡量した上で、個人の利益を国家の利益に優先させることを求めるものであるとするならば、そこに再び公共の福祉という国家の利益を持ち込んでこれを覆そうとすることは本末転倒であるという指摘である。

確かに、最高裁もいうように⁹⁸、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでなされなければならないものであって、しかも、憲法 35 条の規定には、犯罪捜査の目的であってもプライバシーを侵してはならないという強い意味が込められているとするならば、憲法が国家の側に一定の譲歩を迫っているということが考えられ、公共の福祉の維持という国家の利益を持ち込んで憲法上の保障を制限しようとすることには疑問があるといわなければならない。

このように、最高裁が挙げる 3 つの判断要素のうち 2 つについては、憲法 35 条との関係で必ずしも射たものではないとみることもできるが、もう 1 つの、強制の程度ないし

⁹³) 川出敏裕「独占禁止法違反事件と刑事制裁」法律のひろば 2001 年 5 月号 22 頁。

⁹⁴) この点、最高裁は、証拠物の押収等に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、証拠能力が否定されるとの判断を示している。最判昭和 53.9.7 刑集 32 巻 6 号 1672 頁。

⁹⁵) 伊藤・前掲註 81) 326 頁参照。

⁹⁶) この点、プライバシー侵害の点では、行政調査も犯罪捜査も違わないが、相手に与える不安、脅威という意味で両者は異なり、犯罪捜査との結びつきが密接であるような場合には、令状主義の要請を及ぼしていくべきであるとの見解がある。野中俊彦=中村睦男=高橋和之=高見勝利『憲法 I (第 3 版)』(2001 年、有斐閣) 393 頁参照。

⁹⁷) 笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室 265 号 (2002) 104 頁。

⁹⁸) 最判昭和 53.9.7 刑集 32 巻 6 号 1672 頁。

態様が直接的物理的なものであるかという基準については、明らかにプライバシーの保護と深く関連するところがある。

すなわち、あえて言うまでもないが、行政調査における強制の程度ないし態様が直接的物理的である場合には、それだけプライバシー侵害の危険性も高まると考えられるから、少なくとも、行政調査の強制の程度ないし態様が直接的物理的である場合には、そこに令状主義の保障を及ぼすべきと考えられ、この点については学説上も異論はない。

他方、成田新法をめぐる判決の中でも示されたように、多種多様な行政調査手続のすべてに令状を要すると解することが現実的でないこともまた事実である⁹⁹。そこで、具体的にどこに令状主義の保障の線引きをするかが問題となるわけであるが、この点、大半の行政法分野の学説は、多少意外な感もあるが、令状主義の保障範囲の拡大には慎重な姿勢を示している。

これは、我が国においては、英米法制下とは違って、人の権利や義務について決定したり、義務の履行を強制したりすることを裁判所の役割とみる司法的統制(judicial enforcement)の原理が採用されていないことと無関係ではないとの指摘もなされているが¹⁰⁰、このことについて、行政法分野の学説においては、かかる行政調査が直接的な実力の行使にわたる限りにおいて令状主義の保障が及ぶと解すべきとの見解¹⁰¹が有力に主張されている。

しかし、このような見解が、間接強制にとどまる行政調査について一律に令状主義の保障の範囲外とする理由は必ずしも明らかではない。

たとえば、大気汚染防止法 26 条 1 項、水質汚濁防止法 22 条 1 項のような環境法に基づく立ち入り検査や医療法 25 条 1 項、3 項に基づく立ち入り検査のように、行政官庁には、一定の場合に立ち入り検査権限が与えられることがよくあるが¹⁰²、これらの立ち入り検査については、その実施に当たって、司法官憲の発する令状を要するとはされておらず、一方で、これらの立ち入り検査を拒んだり妨害したりした場合には、20 万円以下の罰金の制裁を科すと規定されている(大気汚染防止法 35 条 3 号、水質汚濁防止法 33 条 4 号、医療法 74 条 2 号)。

その他、たとえば、化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律 30 条 1 項や土壤汚染対策法 29 条 1 項に基づく立ち入り検査についても、やはり令状は不要とされている一

⁹⁹) この点、学説からは、行政調査の現実の機能に照らすと、令状主義を機械的に適用する余地はほとんどないとの指摘がなされている。原田・前掲註 13) 247 頁。

¹⁰⁰) 小早川・前掲註 13) 237 頁～238 頁参照。

¹⁰¹) 塩野・前掲註 13) 239 頁、島田聡一郎「公正取引委員会の調査権限について」立教法学第 62 号(2002) 186 頁、曾和俊文「行政手続と刑事手続—企業の反社会的行為の規制における両者の交錯」ジュリスト 1228 号(2002) 123 頁も同旨。

¹⁰²) 大気汚染防止法や水質汚濁防止法の立ち入り検査を実施するに当たっては、係官は、証票を携帯しなければならないとされており(大気汚染防止法 26 条 3 項、水質汚濁防止法 22 条 4 項)、それらが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されている(大気汚染防止法 26 条 4 項、水質汚濁防止法 22 条 5 項)そのほか、環境基準保全のための立ち入り検査としては、土壤汚染対策法 29 条 1 項、騒音規制法 20 条 1 項、振動規制法 17 条 1 項に基づくものなどもある。ちなみに、騒音規制法については検査妨害等に対して 3 万円以下の罰金(騒音防止法 31 条)、振動防止法については、10 万円以下の罰金となっている(振動防止法 27 条)。

方で、検査拒否、妨害等に対しては、30万円以下の罰金が用意されており（土壌汚染対策法40条2号、化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律45条5号）、同様に、食品衛生法28条に基づく臨検検査や薬事法69条1項に基づく立ち入り検査については、検査妨害等に対して50万円以下の罰金が用意されている（食品衛生法75条1号、薬事法87条9号）。

このように、一口に間接強制による行政調査といっても、それぞれ罰則の重さには違いがあり、それらを十把一絡げにすることには躊躇を覚えざるを得ない。しかも、所得税法、法人税法、相続税法及び関税法に基づく検査への妨害等については、1年以下の懲役又は20万円以下の罰金を科するとされており（所得税法242条9号、法人税法162条2号、相続税法70条2号、関税法114条の210号）¹⁰³、そこには罰金刑だけでなく懲役刑も加えられ罰則の強化が図られているのである。

もっとも、これら税法上の罰則の適用には慎重な運用がなされているようで¹⁰⁴、実際にも、その適用事例はあまり存在していないようである¹⁰⁵。

また、2007年版の国税庁レポートによれば、税務調査については、所得税法について約8割、法人税法について約9割が調査日時などを事前に通知した上で実施されているようであり、しかも、税務調査は、納税者本人の立会いの下でなされ、税理士の立会いも認められているとのことであるから、その強制の程度は必ずしも高いとはいえないということになりそうである。

しかし、独占禁止法における行政調査についても同じことがいえるかというところではない。

すなわち、独占禁止法47条1項に基づく検査に対する妨害等に対しては、独占禁止法94条4号により、1年以下の懲役又は300万円以下の罰金という罰則が用意されている¹⁰⁶ところ、実際にその罰則が適用された事例は存在しないものの、公正取引委員会により実施される検査の態様というものは、抜き打ちの形で実施されることが一般的であって、事業所内の更衣ロッカー等に対して検査が及ぶことも少なくなく、プライバシー侵害の度合いと

¹⁰³ この点、消費税法、酒税法については、検査妨害等に対して10万円以下の罰金とかなり罰則が軽くなっており（消費税法68条1号、酒税法59条1項5号）、印紙税法については3万円以下とさらに軽くなっている（印紙税法25条4号）。

¹⁰⁴ 平成5年10月29日の衆議院「政治改革に関する調査特別委員会」において政府委員は、「一般論でございますけれども、申告納税制度、これはあくまでも納税者の理解と協力を基礎に税務行政を執行するということが基本でございますので、刑事罰の運用に当たりましては、まず基本的には慎重に対処すべきものと思っております。ただし、他方、この条文、不答弁罪の条文がございます趣旨は、納税者の協力を得て任意調査であります税務調査の円滑な執行を最終的に担保するというものであるわけでございますので、調査に対する協力が全く得られないとかあるいは不答弁がたび重なって調査が非常に困難であるとかの場合で、適正な税務執行を図るという観点から総合的に考慮した上で、必要と認められる場合には不答弁罪の適用についても考慮していくというぐあいに考えております」との答弁を行っている。藤巻一男「クロスボーダー取引の拡大・変容と質問検査権の行使等に関する研究」税務大学校論叢46巻（2004）11頁参照。

¹⁰⁵ これまで、個人事業者等が検査拒否・妨害罪、不答弁罪により告発され低額の罰金刑に処せられた事例はいくつか存在している。税務訴訟資料84号226頁、同510頁、同713頁、税務訴訟資料98号105頁、税務訴訟資料207号14頁参照。

¹⁰⁶ 平成17年改正以前においては、それまで検査妨害等に対しては、罰金20万円であったものを、罰金300万円に一気に引き上げられた。多田・前掲註8）30頁参照。

いう点からみれば、他の行政調査よりもかなり強いものがあるということがいえると思われる。

そして、このように、間接強制による行政調査といっても適用法令によって強制の度合いに大きな違いがあるのだとするならば、それを間接強制というだけで令状主義の保障の射程外に置いてしまうことに問題はないか、その是非が改めて問われてよいように思われるのである¹⁰⁷。

なお、学説からは、旧所得税法の定める検査妨害等に対する罰則というものが、行政法規の中で最も重い部類に属しており、これを憲法 35 条の適用外だとすると、同条の適用場面はほとんどなくなってしまうとの指摘がなされているが¹⁰⁸、確かに、判例の姿勢というものは、たとえば、犯則調査手続であるとか、出入国管理及び難民認定法（以下、「出管法」という。）における違反調査手続のように、既に法律において令状請求のための手続が整備されている場合はともかく、それ以外の場合において、令状主義の保障を及ぼすことを基本的に想定していないようにもみえ、仮にそうであるならば、判例がわざわざ令状主義の保障が行政手続にも及ぶとした意味は何だったのかということが問われることになる。

これに関連して、学説からは興味深い指摘がなされている。すなわち、典型的な行政調査については、それが工場や事務所といったいわゆる執務スペースを主な対象として実施されるものであり、その意味で、個人の私的な領域を保護する令状主義との関連性が希薄であり、そこに令状主義をそのままの形で適用する必要性は低いとの指摘である¹⁰⁹。

たとえば、前述した環境法に基づく行政調査のように、典型的な行政調査というものは、通常、いわゆる執務スペースにおいて帳簿書類を検査したり、設備を点検したりするといった形で実施され、そのような場合、一般的に、私的領域への侵入を伴うことが少なく、だからこそ形式的に令状主義を適用しなくても許される場合が多いのではないかということである。

なるほど、確かに、憲法 35 条がプライバシー保護を本旨としている以上、何よりも私的領域への侵入がどの程度伴うのかということがその要否を判断する上で重要になるはずである。

そして、そのような理解を前提とするならば、人権を行使するための最小限の場所とも擲擧される¹¹⁰個人宅はもちろんのこと、たとえば、通勤用に使用している自家用車内の検査であるとか、事業所内であっても、更衣室・更衣ロッカーの中や個人のカバンの中を検査

¹⁰⁷ この点、最高裁は、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する手続以外に憲法上の保障が一切及ばないと解しているわけではなく、公益上の必要性及び合理性のある場合に、その保障が制限されてもやむを得ない趣旨であるとされる。法曹会編（龍岡資見執筆）「昭和 59 年度最高裁判所判例解説刑事編」238 頁参照。

¹⁰⁸ 佐藤・前掲註 84) 510 頁、田宮裕「行政手続と憲法 35 条・38 条（いわゆる川崎民商事件）」警察研究 48 巻 11 号（1977）53 頁、松井幸夫「行政手続と令状主義および黙秘権」別冊ジュリスト 187 号憲法判例百選Ⅱ（第 5 版、2007）265 頁も同旨。

¹⁰⁹ 長谷部・前掲註 85) 264 頁参照。

¹¹⁰ 芦部信喜編（杉原泰雄執筆）『憲法Ⅲ・人権（2）』（1981 年、有斐閣）158 頁参照。

するような場合には、令状主義の保障を及ぼすべきであるように思われてくる¹¹¹⁾。

また、独占禁止法上の行政調査実務においては、このような私的領域にも及ぶ調査というものが以前から多かれ少なかれ行われてきたのであるから、他の行政手続以上に憲法 35 条の保障を及ぼすべきだと思われるのである。

第 2 款 独占禁止法上の調査手続と令状主義

独占禁止法における調査手続に関し、それが憲法 35 条の令状主義との関係で違憲か合憲かという議論は、かなり古くからなされてきたものであるが、それらは、大きく分けて 2 つに分類することができるといわれている¹¹²⁾。

その 1 つは、独占禁止法旧 46 条 1 項に基づく行政調査が、司法官憲の発する許可状によることなく行われていたことについて、そのようなことを許している規定及びその適用自体が令状主義に反するのではないかという議論であり、もう 1 つは、無令状の調査によって収集された証拠物が検察庁に引継がれ、それが後の刑事手続において証拠物として利用されることが令状主義に反するのではないかという議論である。

これら 2 点をめぐる議論においては、ほとんどの場合、令状主義と行政手続との関係について判断を示した前記 2 つの最高裁判例のうち、いわゆる川崎民商事件判決で示された基準だけを軸にして議論が展開されており、その際、第 1 の点について違憲論からは、公正取引委員会は犯罪があると思料するときには告発しなければならない旨独占禁止法が規定していること（旧独占禁止法 73 条 1 項、現 74 条 2 項）、同法に違反する行為に対しては多くの場合刑事罰が用意されていること、及び公正取引委員会が刑事告発の積極化方針を打ち出していることを根拠として、独占禁止法における行政調査が、「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する」手続であり、無令状の調査を認める規定及びその適用自体が違憲であるとの主張がなされていた¹¹³⁾。

また、若干これとニュアンスを異にするが、これと軌を同じくするものとして、公正取引委員会における調査が、刑事責任追及のための証拠資料の収集に直接・間接に結びつく可能性を否定することはできないから、このような犯則調査手続に近似する性質をもつ独占禁止法上の行政調査手続については、憲法 35 条 1 項の保障が及ぶと考えるべきであり、無令状の行政調査手続は違憲であるとの主張もなされていた¹¹⁴⁾。

ただ、これらの違憲論が説得的であったかという点、必ずしもそうではなかったと思われる。確かに、独占禁止法には、公正取引委員会が犯罪を探知した場合に告発をしなけれ

¹¹¹⁾ この点、学説は、行政調査の許容性を考えるに当たっては、私生活の場と事業所を区別し、後者については、公衆に公開されている場所とそうでない場所を区別して考える必要があるとの指摘がなされている。碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究第 58 号（1996 年、有斐閣）161 頁参照。

¹¹²⁾ 白石・前掲註 4）395 頁参照。

¹¹³⁾ 臼井・前掲註 77）501 頁～502 頁参照。

¹¹⁴⁾ 濱田俊郎「経済刑法違反事件の諸問題—独禁法違反事件を中心として」司法研修所論集 99 号（1998）452 頁～453 頁。

ばならない旨の規定が存在している。しかし、それが一般にそれが訓示規定であると解されていることは前述のとおりであり、また、手続違反を含め、多くの独占禁止法違反に刑事罰が用意されているとはいえ、これらのうち手続違反に対して刑事罰が適用された実例が存在していないこともまた事実である。

さらには、公正取引委員会が日米構造協議最終報告を受けて平成 2 年 6 月に刑事告発を積極化するべく告発方針を公表し、平成 17 年にもその改定版を公表したことは事実であるが、この平成 2 年 6 月から犯則調査が施行された平成 18 年 1 月までの間に刑事告発された事例が数えるほどであったこともまた事実なのである¹¹⁵。

したがって、少なくとも「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する」とはいえそうにないし、そもそも、プライバシー保護を本旨とする憲法 35 条について、刑事手続への連動性があるかということだけに着眼してその保障の有無を判断すること自体にも疑問があるといわなければならない。

とはいえ、これら違憲論に対して唱えられていた合憲論にこれらを駆逐するだけの説得力があったかということ、それはそれで決定力に欠ける部分があったように思われる。

たとえば、合憲論を唱える立場からは、違憲論とは逆に、独占禁止法における行政調査手続というものが、調査の結果、刑事責任の追及に繋がる可能性があるとしても、それは、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するものとはまではいえないから違憲ではないとする主張がなされていたが¹¹⁶、このような見解については、もっぱら刑事手続への連動性に着眼して令状主義の範囲を考える点で先程の違憲論と同様の批判が妥当する。

また、合憲論を説く見解からは、独占禁止法上の行政調査手続について、その実効性を担保する手段が間接強制にとどまっており、しかも、法定刑がそれ程高くないから、強制の程度ないし態様が直接的物理的なものとはいえず違憲でないとする見解も唱えられていたが¹¹⁷、間接強制といっても態様に様々なものがあることは前述のとおりであるし、独占禁止法における罰則が行政手続違反に対する罰則の中で最も重い部類に属するものであることもまた間違いのないところである。

確かに、間接強制か直接強制かで保障範囲の線引きをすれば判断基準が明確となるが、税務調査のように、事前連絡の上で実施されるのが通常であるものと、抜き打ち的に実施されることが通常で、実際、事業所内の更衣室や更衣ロッカーの中であるとか、個人の鞆の中身などにも調査が及ぶ独占禁止法上の行政調査とではプライバシー侵害の強度に大き

¹¹⁵ 平成 2 年の告発方針発表以降、平成 18 年の犯則調査手続施行までの間になされた告発事例としては、平成 3 年のストレッチフィルム価格カルテル事件、平成 5 年の社会保険庁発注のシール入札談合事件、平成 7 年の日本下水道事業団発注の電気設備工事入札談合事件、平成 9 年の東京都発注の水道メーター入札談合事件、平成 11 年のダクタイル鋳鉄管シェア分割協定事件、同じく平成 11 年の防衛庁調達実施本部発注の石油製品の入札談合事件、平成 15 年の東京都発注の水道メーター入札談合事件、平成 17 年の国交省発注及び日本道路公団発注の鋼橋上部工事入札談合事件が存在しているがこの限りである。

¹¹⁶ 丹宗ほか・前掲註 78) 326 頁参照 (志田至朗執筆)。

¹¹⁷ 川出・前掲註 93) 22 頁、島田・前掲註 101) 186 頁参照。

な違いがあり、間接強制であるということだけで、一律に、令状主義の保障の枠外にあるとすることには疑問がある。

もっとも、独占禁止法上の立ち入り検査の対象範囲等については、比例原則がはたらくとされており¹¹⁸、一般に、行政調査に罰則による担保がある場合には比例原則が厳格に及ぶと解されているから¹¹⁹、少なくとも抽象的には手続的規制が及んでいるとみることができる。

しかし、比例原則が厳格に及ぶとするならば、どの程度の調査をするのか、どのような調査手段を選択するのかといったことについても厳格さが求められることになり、調査によって収集される情報の範囲が調査の目的に照らして必要最小限度にとどまっているか、相手方の負担を可能な限りの軽減する方法がとられているか等が厳しく問われることになるが、前記のような実務の状況を考えると、このような要請に適っているかどうか多分に検討する余地が残されているように思われる¹²⁰。

なお、その他、合憲論に対しては、独占禁止法が刑事告発を直接の目的とした強制調査の存在をも想定しているとし、行政処分を行う目的をも有していることが必ずしも反論にはならないとの指摘や、現行の犯則審査部が創設される以前に大型重大事件を担当する部署として特別審査部が設置されていたところ、この部署においては、当初から刑事告発を視野に入れた調査がなされていた実態があったことから、行政処分を目的とした調査の結果、たまたま告発に至る場合があったとするのは、いわば建前の話にすぎないとの指摘もなされていた¹²¹。しかし、独占禁止法が刑事告発を直接の目的とした強制調査を想定していることには疑問がある。

すなわち、独占禁止法が、自由競争経済秩序の維持という目的を担保するための1つの手段として刑事罰を利用していることは間違いないとしても、公正取引委員会に認められた一連の行政調査権限は、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されているのである（独占禁止法47条4項、旧46条4項）。

また、独占禁止法は、公正取引委員会が犯罪ありと思量する場合に告発しなければならない旨規定し（独占禁止法74条1項、旧73条1項）、この規定は、刑事罰を科すに値する犯罪があると公正取引委員会が判断した場合に告発しなければならない趣旨だと一般に解されていて¹²²、刑事罰の適用は、あくまで補充的な位置付けとして理解されているのである。

これらのことを考え合わせると、刑事告発という手段の1つを直接の目的とした強制調査の存在を独占禁止法が想定していると解することには少し無理があるように思われてく

¹¹⁸ 白石・前掲註4) 395頁参照。

¹¹⁹ 塩野・前掲註13) 239頁参照。

¹²⁰ この点、犯則調査手続の導入を訴える見解からは、間接強制手続によったのでは十分な証拠を収集することができないとの主張がなされていたが、それは間接強制だから収集できなかったのではなく、違反行為者が証拠隠滅をして現にそこに証拠物が存在していなかったか、立ち入り検査を実施した審査官が発見することができなかったからであって、相手方の抵抗により証拠物の収集を断念するようなことはほとんどない。互敦史「独占禁止法違反の犯罪の現状と今後の課題」法律のひろば54巻1号（2001年）14頁参照。

¹²¹ 川出・前掲註93) 21頁参照。

¹²² 白石・前掲註4) 556頁～557頁参照。

る。

要するに、独占禁止法の目的に照らし、競争政策の観点から最適な処分は何かという行政決定を下す判断材料を集めるため行政調査が実施され、結果、公正取引委員会の専門的知見に基づく高度の政策的判断によって、行政処分とは別に、刑事的エンフォースメントが必要だという結論になった場合には、はじめて刑事告発がなされるのであって¹²³、刑事告発そのものを目的とした強制調査なるものを観念することは難しいのである。

また、このように解することは、公正取引委員会の運用指針たる告発方針の1つが、「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」について積極的に告発を行うこととしていること¹²⁴とも符合するように思われる。

その他、特別審査部の存在に着眼する批判についても疑問がないわけではない。すなわち、特別審査部で取り扱われていた事件といっても、そこで大型重大案件ばかりが処理されていたわけではなく、実際、特別審査部が刑事告発を想定することができない事案の調査を担当することも少なくなかったのである。

そして、大型重大案件について告発がなされた場合であっても、かかる行政調査に基づきそれとは別に排除勧告等がなされ、被疑者サイドから不服が申し立てられた場合には、刑事公判と併行して、行政調査で収集された証拠に基づき、行政審判手続が進行し、かかる行政審判手続には、特別審査部の係官が主任立会して審決に向けた手続が粛々と進められていたのである。

このような実態に鑑みると、確かに、言い方の問題として、早い段階から刑事告発という選択肢を潜在的に意識しながら調査が行われていたこともあったわけだから、行政処分を目的とした調査をした結果、たまたま告発に至った案件が存在したという言い方には問題があると思われるが、特別審査部においても、行政処分の念頭に調査を進めていたこと自体は間違いのない事実であり、行政処分を念頭にした調査を経て、結果として告発に至ったという限りにおいて、あながち的外れとまではいえないように思われるのである。

このように、独占禁止法に犯則調査手続が導入される前になされていた、その調査手続自体が違憲であるとかないとかいう議論は、合憲論、違憲論いずれの見解も、他を駆逐するほどの説得力を備えていたということはできなさそうである。ただ、どちらかという都合憲論に分があったように思われ、実際、学説において法令違憲を主張する見解を支持するものはほとんどなかったといえる。

このように独占禁止法の規定自体が法令違憲ではないことを前提に、さらに進んで学説においては、無令状の行政調査を通じて収集された証拠資料を後の刑事手続において利用することを一切許されないと考えるべきか、また、個々具体的な案件においては、令状主

¹²³ 独占禁止法は違反行為に対して様々な制裁を用意しているところ、そのどれを使用すべきかについては、当該違反行為の市場経済秩序、国民経済、消費者の利益に与える影響の程度により、公正取引委員会による高度の政策的判断に基づくべきとされる。西田典之「独占禁止法における刑事罰の強化について」経済法学会編『独占禁止法の執行力の強化』経済法学会年報13号（1992年、有斐閣）82頁参照。

¹²⁴ 平成17年の告発方針改定においても、この部分に変更されることはなく、このことは、犯則調査手続導入後も公正取引委員会のスタンスに変更がなかったことを物語っているように思われる。

義との関係でいわゆる適用違憲の問題が残ると考えるべきかという議論がなされており、これらが前述の第2の点をめぐる議論である。

なお、適用違憲・法令違憲を論じるに当たっては、合憲限定解釈の可能性といったことも視野に入れて検討しなければならないと考えられるが、この点については、黙秘権・自己負罪拒否特権と独占禁止法の調査手続との関係の中で論ずることとする。

まず、無令状の行政調査で収集された証拠物を刑事手続において一切利用できないとする学説の主張についてであるが、このような見解は、主に税法分野において、一般の税務調査手続と犯則調査手続とを対比する形で論じられてきたものである。

そのため、平成17年の改正前に独占禁止法の措置体系の見直しが検討され、そこで犯則調査手続の導入が議論されるまでは、経済法分野でそれほど注目を集めることはなかったように思われるが、犯則調査手続の導入が現実味を帯びてくると、経済法分野においても、それなりに議論の対象となったものである。

このような立場を採る税法分野の有力説は、行政調査手続に憲法35条の保障が及ばないとするならば、刑事責任追及のためにこれを利用することも許されないはずであり、刑事手続を目的とした犯則調査手続への流用は認められず、刑事手続においてそれは証拠能力がないものと解すべきだとする¹²⁵。

また、税務調査を通じて犯罪の端緒に触れたとしても、当該係官については、税務職員に課せられた守秘義務（国家公務員法100条、地方公務員法34条、所得税法234条、法人税法163条、地価税法42条）が公務員の告発義務（刑事訴訟法239条2項）に優先すると考えられるから、それを外部に漏らしてはならない義務を負うと解すべきだとも主張している¹²⁶。

そして、このような税法分野の見解と軌を同じくし、独占禁止法における行政調査手続と刑事手続との関係を論ずる見解も一部に存在する¹²⁷。

すなわち、この見解によると、法律上明らかに犯罪捜査のために認められていない行政調査手続によって収集された証拠資料を刑事目的で使用することは、法律の規定（独占禁止法47条4項）に真っ向から反することとなり、判例¹²⁸も、行政調査手続によって収集された証拠を犯則調査手続の端緒とすることは認めていても、それを公訴提起の基礎となる資料とすることまでも認めているわけではないから、独占禁止法上の手続においても、純粹な行政調査の結果を刑事手続に引継ぐことができると解する余地はないとする。

また、この見解は、独占禁止法においても、税法上の手続と同様に、公正取引委員会の職員等に課せられた守秘義務（独占禁止法39条）と告発義務との関係が問題となり得ると

¹²⁵ 行政法分野から同様の指摘をするものもある。早坂禧子「行政調査—強制の視点を中心にして」公法研究第58号（1996年、有斐閣）200頁。

¹²⁶ 金子・前掲註15）666頁、小川ほか・前掲註38）43頁～45頁（石島弘執筆）、松沢智『租税処罰法』（1999年、有斐閣）120頁、清永敬次『税法・第6版』（2003年、ミネルヴァ書房）227頁。

¹²⁷ 佐藤・前掲註8）50頁～52頁。

¹²⁸ 最判昭和51.7.9刑集201号137頁、名古屋高判昭和50.8.28税務訴訟資料93号1198頁。

の指摘もしていたのである。

しかし、このような行政調査手続を通じて収集した証拠資料を後の刑事手続で一切利用できないとする見解に対しては、様々な角度から批判が加えられており¹²⁹、これらの批判は共通して、行政調査手続を通じて収集された証拠資料の一切を刑事手続において利用できないとするのは硬直的に過ぎるという考えを示している¹³⁰。

確かに、証拠資料の利用を一切許さない厳格な解釈というものには、目的外に流用する誘引を絶つという点で有効な面が認められるものの、犯罪を放置する可能性を許すという意味で重大な欠陥があるといわざるをえない。また、独占禁止法上の手続については、犯則調査手続でなくても、犯罪があると思料するときに告発しなければならない旨の規定がなされているので（独占禁止法 74 条 2 項）、そのような規定のない税法上の手続と横並びに考えて、税法におけるような守秘義務と告発義務の関係のようなものを独占禁止法上の手続に想定すること自体が難しい。

そもそも、行政と刑事を厳格に区別するといっても、具体的にどのような行政調査を経て収集された証拠資料が刑事手続において問題になるのかという点は必ずしも明確なものではないのである。

たとえば、独占禁止法における手続においては、事件として立件される前に、申告等を受付けて内偵調査が行われるところ、当該内偵調査を担当する部署においては、申告者からの違反事実に関する聞き取り等の行政調査が行われている。

そして、当該内偵調査を経て収集された証拠資料ないし情報は、委員会の承認を経て正式事件として立件され、犯則調査部門が調査を担当することとなった場合には、犯則調査部門において利用されることとなるが、このような内偵のための行政調査の取り扱いがどうなるのかについては、実は、はっきりしないところがあるのである。

仮に、このような内偵部門から犯則調査部門への情報ないし証拠資料の提供が否定されるとするならば、申告に基づいて事件を立件する道が閉ざされることになり、実務において多大な支障が出ることは明らかである。

一方で、内偵部門からの情報ないし証拠資料の引継ぎは許されるとして、独占禁止法 47 条 1 項に基づく行政調査の結果のみが許さないと解すると、今度は、どうして内偵段階で犯罪事実が発覚した場合は許されて、独占禁止法 47 条 1 項による行政調査を実施した後に犯罪事実が発覚した場合は許されなくなるのかがはっきりしないということになる。同様に、独占禁止法 40 条に基づく行政調査の取り扱いについてもはっきりしないのである。

これについて、学説の中には、証拠資料の提供自体は許されないが、犯罪の心証を得た旨の通告は許されるべきであるとする見解も存在するが¹³¹、通告の中に犯罪の心証を基礎付

¹²⁹ この点、前述の行政と刑事を厳格に区別する見解に対しては、無令状で行政調査を行うことが、刑事手続を射程とする憲法の規定に違反しないとするならば、そのような手続によって収集された証拠を刑事手続で使用することは、原則として許されるはずだとする主張もなされていた。島田・前掲註 101) 186 頁。

¹³⁰ 多田・前掲註 8) 38 頁、宇賀・前掲註 13) 147 頁～149 頁参照。

¹³¹ 碓井・前掲註 111) 161 頁。

ける証拠資料の内容等に関する情報が含まれるならば、通告と証拠資料を区別する理由に乏しいと思われるし¹³²、実際問題として、犯罪の心証を得た旨の通告だけがなされても、代替性のない証拠資料の利用が許されないとすれば、行政の効率性という点ではかなりのダメージが想定される。

いずれにしても、いわゆる純粋な行政調査手続と犯則調査手続との間での証拠資料の相互利用を頑なに否定することは、理屈の上でも実際面でも問題が多いものと思われる。

ところで、判例は、このいわゆる純粋な行政調査たる税務調査によって収集された証拠資料を犯則調査手続において利用できるかという点について、当該証拠資料を犯則調査の端緒として利用することは許されるとの判断を繰り返し示してきている¹³³。

また、下級審判決においては、税務調査に藉口して刑事事件の証拠資料を収集することが憲法に違反することは明らかであるが、そのような事実が認められない限りにおいては、当該証拠資料を犯則調査手続で利用できるという判断も示されている¹³⁴。

さらに、近年の最高裁判決¹³⁵においては、法人税法上の行政調査手続で収集される証拠資料が後の犯則調査手続において証拠として利用されることが想定できたとしても、想定にとどまる限り、そのことによって直ちに行政調査手続が違法とされることはなく、また、そこで収集された証拠資料を犯則調査手続で利用することが一律に禁止されているわけでもないとの判断も示されている。

要するに、判例は、純粋な行政調査たる税務調査を手段として使って刑事手続において利用する証拠を収集することは許されないが、そのようなことをする積極的意図がないならば、行政調査を通じて入手した証拠資料を端緒として犯則調査手続を開始することができることはもちろん、それを犯則調査手続において利用することも許されるとしているようである。

つまり、手続的統制の緩い手続から厳格な手続への証拠資料の移転そのものではなく、手続的統制の緩い手続を利用しようとする主観的意図に重きが置かれているようであり、そこでは、憲法の保障がどうかということはあまり重要視されていない。

また、そこでは、当該行政調査に与えられた本来の目的以外の目的を持つ手続に収集された証拠資料を流用することがなぜ許されるのかということについても明らかにしていない。

確かに、行政調査を目的外に利用することが許されないとされるのは、当局がそれを濫用することを懸念し、これを牽制しているからだとするならば¹³⁶、手続的統制の緩い手続で

¹³² 笹倉宏紀「法人税法 153 条ないし 155 条に規定する質問又は検査の権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法 156 条」ジュリスト 1304 号（2006）188 頁～193 頁参照。

¹³³ 前掲註 13) で示した判例のほか、大阪高判昭和 38.9.26 税務訴訟資料 20 号 417 頁、福岡高判昭和 62.4.27 税務訴訟資料 158 号 319 頁、高松高判平成 9.10.9 税務訴訟資料 233 号 707 頁。

¹³⁴ 前掲註 117) で示した福岡高裁判決、高松高裁判決のほか、大阪高判平成 9.11.21 税務訴訟資料 234 号 1478 頁。

¹³⁵ 最決平成 16.1.20 刑集 58 巻 1 号 26 頁、判例タイムズ 1144 号 167 頁。

¹³⁶ 小早川・前掲註 13) 70 頁参照。

もって厳格な手続の成果を上げようとするような狡計を許さないようにすれば十分であり、逆に、少なくとも手続的統制が厳格な手続の成果物を手続的統制の緩い手続に流用することは当然に許されていいようにも思われ¹³⁷、行政の効率性の観点からもこのことは肯定できるように思われてくる。

これに関して、税法に関する判例¹³⁸も、国税犯則調査手続によって収集された証拠資料を課税処分及び青色申告承認の取消処分のために利用することが許されるとする判断を示しているが、ただそうすると、後述するいわゆるファイアーウォールとの関係で、少なくともどうして犯則調査手続から純粋な行政調査手続へのファイアーウォールが必要になるのかという疑問が生ずることになる。

以上述べてきたように、独占禁止法上の手続に関しては、従前から、手続保障上の問題点が指摘されてきたわけであるが、このような憲法上の疑義に対しては、具体的な打開策として、いわゆる適用違憲の形で解決を図るという見解が唱えられてきた。

この見解は、川崎民商事件判決における最高裁の判断について、それが、所得税法上の質問検査制度そのものが憲法 35 条及び憲法 38 条の法意に反しないとしたもの、つまり、法令違憲に対する判断であったと解した上、個別具体的な場面においては、その態様等が憲法 35 条あるいは憲法 38 条の趣旨に反するとして違法とされ、そこで収集された証拠資料の証拠能力が否定される場合があり得るとするのである¹³⁹。

このような見解は、後述する黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で主張されることが多いが、令状主義との関係でも問題となりうる。

確かに、このような見解を採れば、川崎民商事件判決のように、憲法の保障範囲を限定的に捉える立場を採ったとしても、行政調査手続に令状主義の保障が及ぶと解する結果、憲法の趣旨に反する行政調査によって収集された証拠資料の証拠能力が否定されることになり、妥当な結論に近づくように思われる。

たとえば、個人宅の検査や自家用車の検査、事業所内の更衣室や更衣ロッカーの中の検査、個人所有の鞆の中身の検査といったものが行われるような場合には、プライバシー侵害の危険が高いと考えられ、そのような場合には、個別具体的な態様等が検証され、ケースバイケースでその証拠能力が否定される可能性があるということになる¹⁴⁰。

ちなみに、平成 17 年の独占禁止法改正前においては、告発がなされて証拠資料が検察庁に引継がれる際、検察庁は、公正取引委員会が留置している証拠資料について、司法官権が発する令状により差押える形で証拠資料の引継ぎがなされていたが、これは、公正取引委員会における行政調査手続が、令状主義の潜脱だと批判されていたこととおそらく無関

¹³⁷ 宇賀・前掲註 13) 149 頁、白石・前掲註 4) 403 頁参照。

¹³⁸ 最判昭和 63. 3. 31 判時 1276 号 39 頁、訟月 34 卷 10 号 2074 頁。

¹³⁹ 平成 15 年（あ）第 884 号、最決平成 16. 1. 20 刑集 58 卷 1 号 26 頁に対する山口雅高調査官解説・法曹時報 58 卷 4 号（2006 年）345 頁。

¹⁴⁰ 但し、具体的にどのような場合に違憲とされるかは必ずしも明らかではなく、とかく証拠能力を否定することに消極的な裁判所の姿勢を考え合わせると、適用違憲によって問題解決を図ろうとしても、実際には目に見えるような成果はあまり期待できないかもしれない。

係ではない。

そして、このような証拠資料の引継ぎ手法については、問題の本質は証拠物がどう動くかではなく、行政調査手続を通じて得られた情報がどのように引継がれていくかということであるから、形式的に令状主義の形を整えたとしても意味はないとの批判がなされてきた¹⁴¹。しかし、実際、どの辺りに問題が潜んでいるかは必ずしも判然としない。

すなわち、検察官が犯罪捜査のため必要だと判断して刑事訴訟法 218 条 1 項の規定に基づき令状を請求し、当該請求を受けた裁判所としては、当然、当該差押えの対象が無令状の行政調査手続を通じて収集された証拠資料であることが分かった上で、その必要性を認め、令状を発布している、つまり刑事手続における証拠とすることを認めているわけである。そうすると、前述のような批判は、司法審査のあり方を問題としているようにも思われてくる。

では、次款においては、憲法 38 条の保障する黙秘権・自己負罪拒否特権と行政手続の関係をめぐる議論について検討することとする。

第 3 款 黙秘権・自己負罪拒否特権と行政手続

憲法 38 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」とだけ規定し、文言上、その外延を明らかにしていないが、制度の沿革及び規定の位置等からみて、それが本来的には刑事手続についてのものだということ間違いない。

学説によると、その歴史的淵源は、アメリカ合衆国憲法修正第 5 条の自己負罪許否特権 (privilege against self-incrimination) にあるとされており、一般に、イギリス法のモンローにおいて成立したものがアメリカに受け継がれたと理解されている¹⁴²。

そのため、憲法 38 条 1 項の母法たるアメリカ合衆国憲法修正第 5 条をめぐる議論というものは、解釈上重要であり、既に数多くの論稿によって紹介されているところでもあるが、アメリカにおけるこの権利に対する捉え方は、我が国におけるそれとでは随分と違ったものとなっている。

憲法 38 条 1 項の法意について最高裁は¹⁴³、それが「何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したもの」としているが、このこと自体についてはほぼ学説上も異論はない¹⁴⁴。

¹⁴¹ 川出・前掲註 93) 21 頁。

¹⁴² 自己負罪拒否特権の沿革については、平野龍一『捜査と人権 刑事法研究第 3 巻』(1981 年、有斐閣) 83 頁～111 頁、小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学第 77 巻第 1 号 (2001) 121 頁～161 頁、伊藤博路「自己負罪拒否特権の起源についての一考察—アメリカでの議論を中心に—」、吉田敏雄、宮澤節生、丸山治編『小暮得雄先生古稀記念論文集、罪と罰・非情にして人間的なるもの』(2005 年、信山社) 189 頁～208 頁参照。

¹⁴³ 最大判昭和 32.2.20 刑集 11 巻 2 号 802 頁。

¹⁴⁴ この点、憲法 38 条 1 項の規定がアメリカ合衆国憲法修正第 5 条を沿革にもつとはいえ、規定の仕方が異なっており、それを下敷きとして解釈しなければならない必然性はなく、1 項は、2 項、3 項と違って「自白」という文言を使用しておらず、それは包括的な意味で捉えるべきことを意味しており、人権を最大限尊重すべきであるということを考え合わせると、刑事上の責任にこだわることなく「自己に不利益な供述」と理解すべきとの見解もある。芦部・前

学説においては、刑事訴訟法 146 条が「何人も、自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受ける虞のある証言を拒むことができる」と規定しているのは、そのことを明らかにしたものだとして説明されている¹⁴⁵。

要するに、民事上の責任を問われるおそれといったことだけでは黙秘権・自己負罪拒否特権を行使することは許されず、将来の刑事手続において不利益となる供述が強要される場合でなければ、その権利行使は許されないと理解されている¹⁴⁶。

したがって、ここで問題となるのは、刑事訴追を受けるおそれとは、具体的にどの範囲を指すのかということになる。

これには、3通りの考え方があるといわれている。その1つは、供述の内容自体が構成要件事実の全部ないし一部を含む供述である場合に刑事訴追を受けるおそれありとする考え方であり、2つ目は、それに加えて、通常、犯罪事実を推測させる基礎となる事実についての供述も含むとする考え方¹⁴⁷である。

そして、3つ目の考え方とは、犯罪事実発見の手がかりとなり得る事実に関する供述をも含むとするものであるが、母法アメリカ法においては、この3つ目の考え方を採ることが判例により確立されている¹⁴⁸。

そのため、アメリカにおいては、刑事手続の過程であるかどうかを問わず、将来刑事上の不利益を導くおそれのある供述の強要が広く禁止されており、我が国の学説においても、この3つ目の考え方を採るものが多い¹⁴⁹。

ただ、我が国の判例がこれとは異なる判断を示していることは周知のごとくである。すなわち、「刑事訴追を受けるおそれ」の意義について、最高裁は、それが証言の内容自体に刑事訴追を受けるおそれのある事実を包含する場合であるとし¹⁵⁰、前記1つ目の考え方に近い判断を示している。

また、被告人の氏名については、不利益な事項には該当しないとして、黙秘権・自己負罪拒否特権の対象ではないとの判断もしているが¹⁵¹、このような限定的な判例の姿勢に対しては、学説から多くの批判が加えられている¹⁵²。

掲 110) 209 頁～210 頁参照。

¹⁴⁵) 田宮・前掲註 22) 337 頁。

¹⁴⁶) 黙秘権・自己負罪拒否特権の一般的な理解としては、法学協会・前掲註 80) 659 頁～673 頁、粕谷・前掲註 80) 283 頁～284 頁、辻村・前掲註 80) 304 頁～306 頁、初宿・前掲註 83) 371 頁～373 頁、野中ほか・前掲註 96) 394 頁～397 頁、安藤高行編『憲法Ⅱ・基本的人権』(2001 年、法律文化社) 202 頁～206 頁(竹宮崇執筆)、平良木・前掲註 80) 306 頁～311 頁も参照。

¹⁴⁷) 平野・前掲註 142) 100 頁。

¹⁴⁸) 田宮・前掲註 22) 339 頁、酒巻匡「憲法 38 条 1 項と行政上の供述義務」、芝原邦爾、西田典之、井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』(1998 年、有斐閣) 95 頁参照。

¹⁴⁹) 田宮・前掲註 22) 339 頁、酒巻・前掲註 148) 95 頁～96 頁、笹倉・前掲註 97) 109 頁等。

¹⁵⁰) 最決昭和 28. 10. 23 刑集 7 卷 10 号 1968 頁。

¹⁵¹) 最大判昭和 32. 2. 20 刑集 11 卷 2 号 802 頁。

¹⁵²) 平野・前掲註 142) 102 頁～104 頁、田宮・前掲註 22) 339 頁～340 頁、芦部・前掲註 110) 211 頁、田口守一『刑事訴訟法(第 4 版補正版)』(2006 年、弘文堂) 132 頁、白取祐司『刑事訴訟法 第 5 版』(2008 年、日本評論社) 180 頁、この点、氏名を供述することが犯人であることを認めるのと同視できるような場合には黙秘権が及ぶとし、限定的に解する見解もある。池田=前田雅英『刑事訴訟法講義 第 2 版』(2006 年、東京大学出版会) 159 頁～160 頁。

確かに、被疑者・被告人には包括的黙秘権があるとされているから、利益・不利益にかかわらず黙秘することが認められ、氏名についても黙秘することができるが説得的である。これらの見解は、刑事手続に関するものであるが、行政手続にも憲法 38 条 1 項の適用ないし準用があるとされており、当然、行政手続においても問題とされなければならないと思われる。

そもそも黙秘権・自己負罪拒否特権の本質とはどのようなものなのだろうか。学説においては、未だ明らかとはなっていない部分があるともされるが¹⁵³、歴史的考察を踏まえてその説明がなされることが多い。

そして、その際、よく悪しき例として示されるのが、イギリスの中世にかつて存在した政治犯に対する星室裁判所 (Court of Star Chamber) と、宗教犯罪に対する高等宗務官裁判所 (Court of High Commission) における手続である。

そこでは、訴えによらず職権で手続が開始され、被告人は、宣誓の上、真実を述べる義務を負い、これに応じなければ、刑罰が科される手続となっていた¹⁵⁴。すなわち、自ら有罪に導く証言をするのか、これを拒んで証言拒否を理由に処罰されるか、あるいは偽証するかという進退両難に被告人を追い込む手続がそこでは採られていた¹⁵⁵。

そして、このようにして人を進退両難に追い込むことは、人間の尊厳を冒すことであり、そのような事態を回避するためには、黙秘権・自己負罪拒否特権という権利によって、それを保護する必要があるとされたわけである。

さらに、学説はこう説明する。自己保存本能を克服して進んで自らを刑罰に服させる自己懺悔というものは、道徳上崇高な善だとされ、人はそのように行動する道徳的義務を有すると考えられるが、まさにそれがそのような崇高な道徳的義務であるからこそ、他からの強制は許されないというのである。また、人格は自律を生命としており、国家は個人を保護するために存在するものだとするならば、国家が目的達成の手段として個人の人格を侵害することは自己矛盾だとされる¹⁵⁶。

したがって、黙秘権・自己負罪拒否特権の本質とは、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟法の譲歩にあり¹⁵⁷、それは、精神の内奥をのぞき見することを排斥し、人間の尊厳を貫徹しようとするものだとの説明がなされているわけである¹⁵⁸。

なるほど、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが、このように人間の尊厳にかかわる極めて重大な権利であり、行き過ぎた糾問が人間の尊厳を抑圧して図り知れない不正義を生んだという歴史的教訓を背景にして生まれたものであるならば¹⁵⁹、それを軽々に後退させ

153) 笹倉・前掲註 97) 107 頁参照。

154) 平野・前掲註 142) 86 頁参照。

155) 酒巻・前掲註 148) 96 頁参照。

156) 平野・前掲註 142) 95 頁。

157) 平野・前掲註 142) 94 頁。

158) 田宮・前掲註 22) 334 頁。

159) 田宮・前掲註 22) 334 頁～335 頁参照。

るなどということは、普通に考えてあり得ないことだといえる。

確かに、行き過ぎた糾問が戦前の我が国に横行していたことは周知の事実であるし、そのような歴史的教訓をもつ我が国にとって、イギリス中世における出来事は、決して他人事ではないといえる。

ただ、黙秘権・自己負罪拒否特権の要請というものは、ときに実体的真実の発見の要請と正面から衝突するものであることから、たとえば、当局にとってみれば、それはいわば邪魔者であり、そこには、これを疎かにするインセンティブが当然に働く。

だからこそ、一面、刑事訴訟法 198 条 2 項は、そのようなことを戒めるため、取調べに際し、被疑者に対して予め自己の意思に反して供述する必要がない旨を告げなければならないと規定したのだと思われるが¹⁶⁰、この点、行政調査手続においては、このような黙秘権・自己負罪拒否特権の告知義務を定める規定が存在しておらず、そもそも、憲法 38 条 1 項の保障が及ぶかどうかですら必ずしも明らかではない。

行政法規の中には、調査の過程で相手方に一定の事実の申告や答弁を義務付け、それに従わない者に対して、刑罰を科す例も少なくないことから、そこに憲法 38 条 1 項の保障が及ぶとするならば、当然に合憲性の問題が生ずることとなる。

そして、この点について、最高裁として判断を示したのが前述の川崎民商事件判決であり、憲法 35 条の関係だけでなく、憲法 38 条との関係でも必ずといっていいほど引き合いに出されるものである。

この判決の中で最高裁は、周知のごとく、憲法 38 条 1 項の保障は、「純然たる刑事手続においてばかりでなく、その他の手続においても、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する手続にはひとしく及ぶ」との判断を示したが、このような最高裁の判断に対しては、賛否両論様々な論評がこれまでに加えられてきたところである。

その中には、それまで憲法 31 条以下の規定を行政手続に適用することに消極的であった姿勢が転換したという点を殊更に評価し、この判決を画期的なものとする見解¹⁶¹も存在するが、一方で数多くの有力な批判が加えられてきている。

その 1 つは、こう主張する。すなわち、黙秘権・自己負罪拒否特権の本旨が、人を刑事罰に関して進退両難に追い込み、その者の人としての尊厳を冒すことを禁ずるものであるならば、そのような事態というものは、何も純粋な刑事手続や、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する手続に限った話ではなく、刑事罰との関係で人を進退両難に追い込むおそれのある場合には、手続の如何を問わず、広く人権保障を及ぼす必要性が認められるから、憲法 38 条 1 項の適用と当該手続自体の一般的

¹⁶⁰ この点、被疑者の視点から、捜査段階においては、身柄拘束の上で取調がなされることが多く、そのような状況下においては、黙秘するか否認するかの自由で任意な選択を困難にするので、これを払拭するために告知が義務付けられるとする見解もある。渥美東洋「国税犯則嫌疑者への質問と供述拒否権の保障」法律のひろば 37 巻 7 号（1984）53 頁。

¹⁶¹ 臼井・前掲註 77) 500 頁、東條伸一郎「所得税法上の質問検査権と憲法 35 条・38 条等との関係—いわゆる川崎民商事件判決—」法律のひろば 26 巻 3 号（1973）28 頁。

性質を結びつけることは妥当でないとするのである¹⁶²。

確かに、黙秘権・自己負罪拒否特権は、刑事訴追を受けるおそれのある事実の内容を問題とするものであって、手続の種類を問わないものであるから¹⁶³、手続の一般的性質に着眼する最高裁の姿勢には疑問が残るといえる。

また、民事訴訟法 196 条は、証人等が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれのある証言を拒むことができる旨規定し、同様に、議院における証人の宣誓及び証言に関する法律 4 条も、証言拒絶権について規定しているが、最高裁の判断に沿って考えると、これらは「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する手続」ではないことから、証言拒否を処罰しても、罰則を背景に取得した証言を後の刑事手続において利用しても違憲とならないことになるが、そのような解釈が不当であることはいうまでもない¹⁶⁴。

その他にも、最高裁が示すこのような基準で憲法 38 条 1 項の適用の可否を判断すると、実際に本項に抵触するとされる場面をほとんど想定できなくなってしまうとの指摘¹⁶⁵もなされている。確かに、憲法 35 条の適用場面においてもそうであるが、概していえることは、最高裁判例が憲法の保障の拡大に消極的であることは間違いない。このことは、憲法 38 条 1 項の保障と行政調査手続との関係について、これまで最高裁が示してきた判断を概観するとよく理解できる。

この点に関する最も古い判例は、旧麻薬取締法に関するものである。それは、旧麻薬取締法 14 条 1 項が、罰則を背景にして、麻薬取扱者に対し、その者が取り扱う麻薬に関する様々な事項を帳簿に記入することを命じていることについて、憲法 38 条 1 項に反するかが争われた案件¹⁶⁶である。その判決の中で最高裁は、麻薬取扱者として自ら申請して免許を受けた者は、麻薬取締法規によって厳重な監査を受け、その命ずる一切の制限に服することを受諾していると解することができるから、麻薬取扱者として麻薬を取扱った以上、たとえその麻薬が正規の手続を経たものでないとしても、帳簿への記載義務を免れることはできないとの判断を示したのである。つまり、一定の資格を取得してかかる業務に従事している者については、憲法 38 条 1 項の保障が縮減される場合があるとされ、同規定にある強要の要素が否定されたというわけであるが¹⁶⁷、これと共通する判旨は、比較的最近の判決¹⁶⁸にもみられる。

それは、医師法上の届出義務に関するものであるが、医師法 21 条は、医師が死体又は妊娠 4 月以上の死産児を検案して異状があると認めるときは、24 時間以内に所轄警察署に届

¹⁶²⁾ 酒巻・前掲註 148) 96 頁。

¹⁶³⁾ 田宮・前掲註 108) 55 頁。

¹⁶⁴⁾ 松本一郎「国税犯則嫌疑者に対する質問調査と憲法 38 条 1 項」法学新報 93 巻第 1・2 号 (1986) 244 頁参照。

¹⁶⁵⁾ 佐藤・前掲註 84) 529 頁、酒巻・前掲註 148) 97 頁。

¹⁶⁶⁾ 最判昭和 29. 7. 16 刑集 8 巻 7 号 1151 頁、判例評釈としては、三並敏克「麻薬取扱者の記帳義務と自己負罪拒否特権」別冊ジュリスト 187 号 (2007) 272 頁～273 頁参照。

¹⁶⁷⁾ 宇賀・前掲註 13) 135 頁参照。

¹⁶⁸⁾ 最判平成 16. 4. 13 刑集 58 巻 4 号 247 頁。

け出なければならないと定めており、同法 33 条の 2 は、この規定に違反した者に 50 万円以下の罰金を科しているところ、そのような届出義務が不利益供述の強要に該当し、憲法 38 条 1 項に反するのではないかが争われた案件である。そこで最高裁の示した判断は、次のとおりである。すなわち、医師法にある当該届出義務規定というものは、警察が犯罪の端緒を得ることを容易にしたり、社会防衛を図ることを可能にしたりする役割を担う行政手続上の義務であるが、その公益上の必要性は高く、そのことと医師という資格の特質を考え合わせると、たとえ、届出によって自己の犯罪が発覚する端緒を与える可能性があるとしても、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるとしたのである。

つまり、ここでは、一定の資格を取得してかかる業務に従事している場合には、高度の公益性と相俟って、憲法 38 条 1 項の保障が縮減されるとの判断が示されたわけである。このように、判例によると、この高度の公益性と一定の資格の存在というものが憲法 38 条 1 項の保障を縮減させる重要な要素になると考えられており、学説は、これらを黙秘権の事前放棄を擬制したものとみている¹⁶⁹。

ところで、憲法 38 条 1 項の保障と行政上の報告義務の関係について最高裁が判断を示した例は、他にも複数存在しており、その中には、いわば門前払いの判断を下すものもあった。すなわち、かかる行政上の報告義務の内容が、刑事責任を問われるおそれのある事項についての供述に該当しないためそもそも違憲の問題は生じないとしたものである。

たとえば、古物営業法 17 条が、取引の都度、取引の当事者の住所及び氏名を記録しておかなければならない旨規定し、同法 33 条 2 号が、これに違反する場合に、6 月以下の懲役又は 30 万円以下の制裁を科すとしていることについて、それが憲法 38 条 1 項に反するのではないかが争われた案件¹⁷⁰において、最高裁は、この規定は、古物商の古物取引の実状を明確にし、その取引の適正を担保しようとするものであって、それ自体、何ら刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を強要するものではないから、違憲の問題は生じないとの判断を示していたのである。

同様に、旅館業法 6 条 1 項が、旅館営業者に宿泊者名簿を備え付けなければならないとの義務付けを行い、一方、同 2 項が、宿泊者に、氏名、住所、職業その他の事項を旅館営業者に告げることを義務付けていることについて、それが憲法 38 条 1 項に反するかが争われた案件¹⁷¹においても、当該規定は、公衆衛生の見地から必要な取締りを行いつつ、旅館業によって善良の風俗が害されないよう必要な規制を加えることによって、その経営を公共の福祉に適合させようとするものであって、それ自体が刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を強制するものではないとの判断も示されていた。

その他、道路交通法 67 条 2 項（現 67 条 3 項）により警察官の呼気検査を拒んだ者を処罰する同法 120 条 1 項 11 号（現 118 条の 2）の規定が、憲法 38 条 1 項に反するかどうか

¹⁶⁹ 宇賀・前掲註 13) 135 頁。

¹⁷⁰ 最判昭和 37.5.2 刑集 16 卷 5 号 495 頁。

¹⁷¹ 最判昭和 42.12.21 刑集 21 卷 10 号 1441 頁。

が争われた案件¹⁷²⁾もあるが、その判決の中でも、最高裁は、呼気検査は、酒気帯び運転の防止を目的として運転者から呼気を採取してアルコール保有の程度を検査するものであって、それ自体は供述を得ようとする手続ではないから、憲法38条1項に違反するものではないとの判断も示されていた。

このように、これらの判例は、被告人の主張をいわば門前払いするものであるが、一見明確なその結論にも、必ずしも明らかでない部分がある。

たとえば、古物取引の場合であれば、取引の対象が贓物である場合はどうなるか、宿泊名簿の関係では、宿泊者が指名手配中の者であるような場合はどうなるのかといった疑問であるが、このようなことは、以下の判例をみると無視できる問題ではないように思えてくる。

以下にみる判例においては、犯罪事実発見の手がかりとなり得る事実どころか、供述の内容自体が構成要件事実を構成するものも含まれており、最高裁は、それでもなお、憲法38条1項の保障の後退があり得るかのような判断を示し、学説からの痛烈な批判を浴びている。

まず、現行の道路交通法の前身である道路交通取締法24条1項を受けた同法施行令67条2項が、事故の発生した場合において、運転者等に「事故の内容」を報告する義務を課していたことについて、それが憲法38条1項に反するかが争われた案件があるが、その判決の中で最高裁は次のような判断を示した¹⁷³⁾。

すなわち、ここで報告義務が求められている「事故の内容」というものは、交通事故が発生した日時、場所や死傷者の数、物の損壊程度等、かかる事故の態様に関する事項であり、それは、警察官が事故処理をする上で必要な限度で要求しているにすぎないものであって、刑事責任を問われるおそれのある事故の原因等について報告を求めるものではないから、それが憲法38条1項に反することはないとしたのである。つまり、この判決は、当該申告に憲法38条1項にいうところの不利益性が含まれないとしたわけである¹⁷⁴⁾。

しかし、このような最高裁の姿勢に対しては、この手の報告が犯罪発覚の端緒となることは容易に想定できるから、それが不利益供述の強要に当たらないと理解するのは困難であるとの批判¹⁷⁵⁾がなされている。

確かに、黙秘権・自己負罪拒否特権の対象を犯罪事実発見の手がかりとなり得る事実に関する供述も含むとした場合、このような報告が、後に業務上過失傷害等の罪に問われる少なくとも手がかりを与えることは間違いないように思われ、そうであるならば、憲法38条1項の射程外とすることには問題があるということになる。

また、仮に黙秘権・自己負罪拒否特権の対象を犯罪の構成要件事実に限定すると解して

¹⁷²⁾ 最判平成9.1.30 刑集51巻1号335頁。

¹⁷³⁾ 最判昭和37.5.2 刑集16巻5号495頁。

¹⁷⁴⁾ 宇賀・前掲註13) 135頁参照。

¹⁷⁵⁾ 長谷部・前掲註85) 267頁。安藤・前掲註146) 205頁(竹宮崇執筆)も同旨。

も、それが少なくとも構成要件事実の一部を構成することは明らかであるから、いずれにせよ、最高裁の結論付けには疑問が残るということになる。

なお、この判決には、奥野健一裁判官と山田作之助裁判官の補足意見が付されているが、そこでは本論文のテーマとの関係で興味深い考えが示されている。

すなわち、奥野裁判官は、自己の注意義務違反や過失の有無などの主観的責任原因について報告する義務を課さないとしても、事故の態様を具体的、客観的に報告することを義務付けることは、犯罪構成要件のうち客観的事実の報告を求めるものであるから、少なくとも、事実上、犯罪発覚の端緒を与えることとなり、不利益供述の強要に当たらないと断定することはできないが、主観的責任原因が報告義務の対象外とされており、そのことと、道路交通の安全の保持という公共の福祉の要請を考え合わせると、黙秘権の行使がその限度で制限を受けることも止むを得ないとの判断を示したのである。

一方、山田裁判官は、事故を起こした者は、当該事故を一番早く知る立場にあるのだから、同人をして警察に報告せしめることが行政経済の観点から要求され、これら事故を起こした者に対して軽度の制裁を背景にして報告義務を課したとしても不合理ではないとしたのである。

要するに、両裁判官の補足意見は、道路交通の安全の保持、行政の効率性という公益性の要請によって、ある程度黙秘権・自己負罪拒否特権が縮減されても仕方がないという考えを示したわけであるが、憲法分野の学説においても、高度の危険性を帯びる自動車の運転については、公共の利益のため、一定限度において、黙秘権・自己負罪拒否特権が縮減され、そのことを前提として、はじめて運転が許可されていると考えるべきだとの指摘がなされている¹⁷⁶。

確かに、前述のように、黙秘権・自己負罪拒否特権が人間の尊厳にかかわる重大な権利であるとしても、そのことによって、道路交通の安全等が害され、他の人の生命・身体に具体的な危険が生ずるとしたら、それが一定限度で縮減されるとしても、あながち不当ではないといえるのかもしれない。

しかし、黙秘権・自己負罪拒否特権の行使と交通安全の因果関係は不明であるし、そもそも、公共の福祉によって基本的人権が制限されること自体にも学説上疑問が投げかけられているところである¹⁷⁷。

この点、筆者は、黙秘権・自己負罪拒否特権が公益性によって縮減されることの一切を否定するものではないが、多くの人の生命・身体に具体的な危険を生じさせる高度の蓋然性があるような場合にだけ、将来において刑事責任を追求される手がかりを与える可能性のある事項についても、報告義務を課することができるべきと考えている。

この他にも、関税法上の申告義務が争点となった案件がある¹⁷⁸。この案件は、関税法67

¹⁷⁶⁾ 長谷部・前掲註85) 267頁。

¹⁷⁷⁾ この点、公共の福祉概念の悪用の典型であるとする見解もある。平野・前掲註142) 105頁。

¹⁷⁸⁾ 最判昭和54.5.10刑集33巻4号275頁。

条が、貨物を輸入する際に当該貨物の品名、数量、価格等を税関長に申告し、その許可を受けなければならないとする一方で、同法111条1項2号が、虚偽申告等に対して、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処するとしていることについて、それが不利益供述の強制に当たり、憲法38条1項の保障に反するとして争われた案件である。

つまり、この案件においては、覚せい剤を輸入しようとする者に当該貨物が覚せい剤であることを申告させることが憲法38条1項に反するかということが争われたわけであるが、このような一見するととんでもない主張にみえる争点をめぐっては、最高裁の裁判官においても大きく判断が分かれるところとなった。

この判決の中で多数意見は、関税法上のかかる手続は、刑事責任の追及を目的としておらず、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ているとはいえないこと、当該制度の必要性及び合理性が認められることを一般論として述べた上、輸入申告というものが、本邦に貨物を携えて入国しようとするすべての者に対して例外なく求められるものであり、当然に申告義務を伴う貨物の輸入を企てた以上、罰則があっても、不利益供述の強要には当たらないとしたのである。つまり、自らの判断で罰則付きの申告義務を伴う行為を行った点に着眼し、強要の要素を否定しようとしたわけであるが、この点については、裁判官の間でも判断が分かれている。

藤崎萬里裁判官は、次のような意見を述べている。すなわち、法が覚せい剤という薬物の輸入を絶対的に禁止する一方で、輸入の許可がありうることを前提として、その者をして無許可輸入罪の罰則に服させるというのは矛盾であるとし、覚せい剤の輸入を企てる者に罰則をもってそれを申告させることは、端的に、憲法38条1項が禁ずる不利益供述の強要に当たるとする。また、不利益供述が当然に求められることをあえて選択することが本人の自由であるからといって、そのことをもって、権利を放棄したと看做して憲法38条1項の問題が生じないと解することは不当であるとの判断も示したのである。

このように、この案件においては、裁判官の意見が鋭く対立したわけであるが、このうち、藤崎裁判官の反対意見は、簡潔にして説得的であるように思われる。なぜなら、罪を犯すかどうかの選択が任意であるからといって、その後の特権を放棄したと看做すことは不当だと考えるからである¹⁷⁹⁾。

なお、関税法の申告義務と憲法38条1項との関係で争われた事例は他にもある。それは、関税法110条1項1号が、「偽りその他不正の行為」により関税を免れた者等を5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処するとしていることについて、それが、犯罪事実の告白を強要するものであって、憲法38条1項に反するとされた事案¹⁸⁰⁾である。ただ、この事案においては、前記判例のように裁判官の判断が分かれることもなく、踏み込んだ判断が示されることもなかった。

この判決において最高裁は、関税法が求める申告は、関税の公平確実な賦課徴収及び税

¹⁷⁹⁾ 平野・前掲註142) 108頁参照。

¹⁸⁰⁾ 最判昭和54.5.29刑集33巻4号301頁。

関事務の適正な処理を目的とする手続であって、刑事責任追及を目的とするものではなく、そ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するものではなく、輸入申告は、すべての者に対し、携帯する輸入物の如何を問わず義務付けられているものであって、かつ、必要性及び合理性が認められる制度であるとして違憲の主張を退けたのである。要するに、ここでは、手続の一般的性質と制度の必要性及び合理性がキーワードとなっているが、同様の理由で憲法38条1項違反の主張を退けた判例も存在する。

それは、外国人登録法上の登録義務に関するものである¹⁸¹。すなわち、外国人登録法3条1項は、不法入国した外国人を含め外国人には外国人登録を義務付けており、一方で、同法18条各号は、虚偽申請等に対して、1年以下の懲役若しくは禁固又は20万円以下の罰金を科するとしているが、この規定が憲法38条1項に違反するのではないかということが争われたのである。

ただ、この判決においては、多数意見が具体的な理由を明らかにしておらず、裁判長であった横井大三裁判官と伊藤正己裁判官の補足意見からその理由を推測できるにとどまっている。そこでは、決まり文句である、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつく作用を一般的に有するものではないことが理由として挙げられ、その他、登録制度に必要性と合理性が認められるとして制度自体は違憲でないとの判断が示されている。

しかし、個別具体的には適用違憲の問題は残り、ある地方公共団体が外国人登録の申請を受理するに当たって、陳述書及び理由書の提出を求め、そこに不法入国の事実の記載を求めていたことについては、それが憲法38条1項との関係で問題となりうることが示唆されている。

結論としては、登録申請の受理と引き換えに不法入国の事実を陳述させるような実務運用がなされていなかったことから、そこに違憲の問題は生じないとされたが、罰則を背景に不法入国の事実を申告させることこそが問題なのであって、実務運用の如何は問題とはならないように思われるのである。

以上、概観してきたように、最高裁は、すべての案件において、違憲の主張を斥け、憲法38条1項の保障と行政手続との関係について消極的な姿勢を貫いてきたわけであるが、これらの判例からは、いくつかの共通する要素を抽出することができる。

それを簡単に整理すると、まず、第1の基準として、かかる行政手続上の質問に対する回答や各種報告・申告等が刑事上の責任を問われるおそれのある事項に関する供述に当たるかという点が挙げられる。

そして、この基準がクリアされた上で、次に、第2の基準として、当該手続が、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するかということが問われることになる。そして、これら2つの基準をクリアしたことを前提として、さらに、個別具体的な案件ごとに、いくつかの要素によって絞り込みがかけられる。たとえば、特権を主張する者が一定の免許を取得して特定の業務に従事しているかどうか、自らの判断

¹⁸¹) 最判昭和 57. 3. 30 刑集 36 卷 3 号 478 頁。

で罰則付きの申告義務を伴う行為を行ったかどうか、行政調査の必要性及び合理性があるかどうかが斟酌されることになる。

そして、これらすべての基準をクリアしてはじめて憲法38条1項の恩恵を受けることができるわけであるが、如何にその道のりが険しいものであるかはあえていうまでもなく、このような厳しい判断枠組みの中で、判例によって唯一憲法38条1項の保障が及ぶとされた行政手続、それが、国税犯則調査手続である。

前述したように、最高裁は、判決の中で、国税犯則調査手続については、その手続自体が捜査手続に類似しており、告発によって刑事手続に移行して、収集された証拠資料の刑事手続での利用が予定されているから、実質的に捜査手続としての性質を有し、憲法38条1項の保障が及ぶとの判断を示した。

また、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は、憲法上の要請ではなく、あくまでそれは立法政策上の問題であるから、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知規定を欠いている以上、その不告知をもって当該手続が違憲とされる謂われはないとの判断を示したのである¹⁸²。

もちろん、このような判例に対しては、学説上、多くの批判が向けられており、それらは、大きく2つに分けることができる。

その1つは、最高裁が、憲法38条1項の保障が及ぶ行政手続について、前述の川崎民商事件判決で示された判断を踏襲し、それを「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する手続」に限定する判断を示したことに対する批判である¹⁸³。

このような最高裁の姿勢については、判例理論として確立したとの見方が学説において指摘されているが¹⁸⁴、このような解釈が、38条1項の本旨から考えても、民事訴訟法等の他の法律において認められている供述拒否権との関係で考えても疑問があることは前述のとおりであり、このような限定的な解釈が固定化してしまうことはやはり問題であるように思われる。川崎民商事件判決が下されてから既に久しいが、国民の人権意識が変遷する中で、このような固定化した判断の是非・妥当性が改めて問われなければならないと思われる¹⁸⁵。

そして、もう1つ、この判決をめぐって批判が集中する点、それは、憲法38条1項の保障が及ぶとしながらも、法律上、それを求める規定がないことから告知は必要ないとした点である¹⁸⁶。

¹⁸² 最判昭和59.3.27刑集38巻5号2037頁、判時1117号8頁、判タ528号77頁、判例評釈としては、中村英「犯則嫌疑者に対する質問調査手続と黙秘権」別冊ジュリスト187号(2007)274頁～275頁参照。

¹⁸³ 酒巻・前掲註148)96頁、松本・前掲註164)244頁、高窪真人「国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査の手続と憲法三十八条一項による供述拒否権の保障」判例評論312号(1985)232頁、浦田一郎「税務調査と供述拒否権」法学教室48号(1984)87頁。

¹⁸⁴ 山田一郎「憲法三十八条一項による供述拒否権の保障と国税犯則事件の調査手続」ジュリスト818号(1984)67頁、笹倉・前掲註97)104頁参照。

¹⁸⁵ 白石・前掲註4)397頁参照。

¹⁸⁶ 酒巻・前掲註148)99頁～100頁、渥美・前掲註160)53頁、熊本典道「国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査の手続と憲法三十八条一項の規定による供述拒否権の保障、国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する供述拒

この問題は、刑事訴訟法 198 条 2 項が「被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述する必要がない旨を告げなければならない」と規定し、同法 291 条 2 項が、公判冒頭手続において裁判長に「被告人に対し、終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる」と告げるよう義務付けていることについて、それが憲法上の要請に基づくものかどうかということと関連する。

このことについて、判例は、一貫して黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は、憲法上の要請ではなく、告知を欠いても憲法 38 条 1 項に違反しないとの判断を示してきた¹⁸⁷。

これに対し、学説はどうかというと、判例と結論を同じくして黙秘権・自己負罪拒否特権の告知が憲法上の要請でないとするものが多数を占めているようである¹⁸⁸。

学説は、次のように説明する。すなわち、黙秘権・自己負罪拒否特権は供述を拒否する権利であり、通常の場合、その告知までは黙秘権・自己負罪拒否特権の内容ではなく、あくまでそれは、被告人らの黙秘権・自己負罪拒否特権行使を執行あらしめるための法律上の手続的保障にすぎないが、告知を欠くことによって供述義務があるものと誤信したような場合には、告知も黙秘権・自己負罪拒否特権の内容になるとする¹⁸⁹。

また、憲法 38 条 1 項の規定ぶりからみて黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を直接憲法の要請とみることが困難だともいわれる¹⁹⁰。

確かに、憲法 38 条 1 項の文理解釈として、そこからストレートに告知義務の存在を読み込むことは難しい。ただ、一方で、告知がなかった故に権利行使の機会を逸してしまう、又は、不知あるいは誤信に乗じて供述してしまうといった事態が想定できることも否定できない。そこで、この点を捉え、一方の見解は、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を憲法上の要請であるとし¹⁹¹、基本的にそれを憲法上の要請ではないとする見解にあっても、このような場合には憲法上の要請であるとする。

つまり、両者の違いは、被疑者・被告人が黙秘権・自己負罪拒否特権の存在を理解している場合に表れることになるわけであるが、それを理解しているかどうかを外見から判断することはできないから、後説によると、どのような場合が憲法上の要請になるかが不明確となってしまふことになる。

その他、学説からは、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知が憲法 38 条 1 項の要請ではないとしても、立法論としては告知義務規定の創設が望ましいとの提言がなされている¹⁹²。要す

否権の告知と憲法三十八条一項、国税犯則取締法一条一項」警察研究 59 卷 11 号 (1988) 47 頁～51 頁、小栗実「不利益な供述の強要禁止、自白の証拠能力・証明力」別冊法学セミナー189 号基本法コメンタール第 5 版／憲法 (2006) 248 頁。

¹⁸⁷⁾ 最判昭和 25. 11. 21 刑集 4 卷 11 号 2359 頁など。

¹⁸⁸⁾ 松本・前掲註 164) 245 頁、熊本・前掲註 186) 47 頁参照。

¹⁸⁹⁾ 田宮裕『変革のなかの刑事法—刑事訴訟法研究 (6)』(2000 年、有斐閣) 174 頁～175 頁、高窪・前掲註 183) 232 頁も同旨。

¹⁹⁰⁾ 高窪・前掲註 183) 232 頁。

¹⁹¹⁾ 白取・前掲註 152) 180 頁、熊本・前掲註 186) 50 頁、浦田・前掲註 183) 87 頁、相手方の不知や誤信がある場合は告知が憲法上の要請となる見解もある。高窪・前掲註 183) 232 頁。

¹⁹²⁾ 酒巻・前掲註 148) 99 頁～100 頁、山田・前掲註 184) 68 頁。

るに、規定がないから諦めろというような突き放した判例のような姿勢が学説において広く支持されているわけでは決していない。

この点、アメリカ法におけるミランダ告知¹⁹³を意識して、身柄拘束の有無によって区別し、身柄拘束がある場合には告知が憲法上の要請になるとする見解もあるが¹⁹⁴、身柄拘束中の被疑者であっても別に手錠をされながら取調べを受けているわけではないし、取調室という密室の中で長時間にわたる厳しい取調べを受ける点においては、在宅の被疑者であっても変わらない。

つまり、権利行使を困難にする強制の契機がもつばら身柄拘束下の被疑者に認められるとする点は疑問であり、刑事訴訟法 198 条 2 項が身柄拘束の有無にかかわらず権利告知を要するとしていることとも符合しないように思われる。

では、どのように解すればよいか。このことについて、刑事法分野の学説から興味深い見解が主張されている。すなわち、この見解によると、被疑者には手続に参加する権利が与えられており、そのことから情報獲得権ないし知る権利と呼べるような権利が認められ、たとえば、令状の提示、嫌疑の告知、弁護権の告知、弁護人から必要な情報を得ることができるといった権利はその一つであるとする。

そして、黙秘権・自己負罪拒否特権が憲法上の権利であるとするならば、このような被疑者の情報獲得権ないし知る権利も憲法上のものであるとみなしなければならず、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知というものは、憲法上の要請であって被疑者の基本的人権とみることができるとするものである¹⁹⁵。

このような見解の是非を考えることは、捜査構造論¹⁹⁶をどうみるかということにも関わることと思われるが、弾劾的捜査観を前提とするならば、つまり、被疑者を防御の単なる客体ではなく防御の主体と考えるならば¹⁹⁷、このような見解にはかなりの説得力があると思われる。筆者もこの見解が妥当だと考える。

そして、このような見解にたつならば、刑事責任追及の手がかりを与えるような供述を強要し、人を刑事罰との関係で進退両難に追い込む事態を招く手続には広く憲法上の保障が及ぶこととなり、妥当な結論が得られるのではないかと思われるのである¹⁹⁸。

¹⁹³) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), ミランダ告知とは、身柄拘束の際に、①被疑者に黙秘権があること、②供述すれば不利益な証拠として使用される可能性があること、③弁護人に立ち会ってもらふ権利があること、④弁護人を選任することができないときは国がこれを付すということについて告知するものである。

¹⁹⁴) 松井茂記『日本国憲法（第2版）』（2002年、有斐閣）513頁、渥美・前掲註160）53頁も同旨。

¹⁹⁵) 田口・前掲註152）130頁～131頁。

¹⁹⁶) 捜査構造論については、捜査を捜査機関が被疑者を取り調べるための手続とみる糾問的捜査観と、捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動にすぎず、被疑者も独立して準備活動を行うものとする弾劾的捜査観、及び、捜査は検察官が起訴・不起訴を決定するため事実関係を明らかにするために行われるものとする訴訟的捜査観があるとされてきたが、このうち弾劾的捜査観が学説における多数説であり、実務は糾問的捜査観によっているともしられる。後藤昭『捜査法の論理』（2001年、岩波書店）251頁～268頁、田宮・前掲註22）46頁～51頁、田口・前掲註152）37頁～42頁、池田＝前田・前掲註152）58頁～62頁、白取・前掲註152）70頁～71頁参照。

¹⁹⁷) 村岡啓一「憲法論的刑事訴訟論」、村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法』（2007年、日本評論社）47頁～50頁（村岡啓一執筆）参照。

¹⁹⁸) 被疑者の防御権の一般的理解については、大久保哲「捜査と防御」、村井ほか・前掲註197）398頁～400頁（大久保哲執筆）、高内寿夫「被疑者取調べと弁護権」、村井ほか・前掲註197）477頁～478頁（高内寿夫執筆）、上口裕「自

それでは、次項においては、以上のような議論をふまえて、独占禁止法と憲法 38 条 1 項との関係をめぐる議論について検討することとする。

第 4 款 独占禁止法上の調査手続と黙秘権・自己負罪拒否特権

独占禁止法上の調査手続規定が憲法 38 条 1 項との関係で問題があるとの指摘は、憲法 35 条の問題と同様に古くからなされてきたものであるが、それらの議論というものは、憲法 35 条をめぐる議論と同様に、大きく 2 つに分けることができるといわれる¹⁹⁹。

すなわち、その 1 つは、独占禁止法上の手続規定そのものが憲法 38 条 1 項に反するのではないかという議論であり、もう 1 つは、独占禁止法上の行政調査を経て収集された証拠資料を後の刑事手続において利用することが憲法 38 条 1 項に反するのではないかという議論である。以下、順次検討していくこととする。

まず、独占禁止法上の調査手続を定める規定が憲法 38 条 1 項との関係で違憲であるという見解²⁰⁰についてであるが、このような見解が根拠とするところを確認すると、それが、憲法 35 条 1 項をめぐる議論と同じ根拠での主張であることが分かる。

すなわち、この見解は、前述の川崎民商事件判決における最高裁の判断を無批判に受け入れた上、それがそのまま独占禁止法上の手続に当てはまることを前提に、独占禁止法上の調査手続の性質が、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する手続であるとして自説を展開している。

そして、このような性質をもつ独占禁止法上の手続には、憲法 38 条 1 項の保障が当然に及ぶこととなるから、独占禁止法旧 46 条 1 項 1 号（現 47 条 1 項 1 号）が、事件関係人又は参考人に出頭を命じて審尋し、意見若しくは報告を徴することができるとする一方で、旧 94 条の 2 第 2 号（現 94 条 1 号）が不出頭、不陳述、虚偽陳述等に対して罰則を科していることは、不利益供述の強要に該当し、法令違憲であるとするのである²⁰¹。

このような見解に対し、法令違憲ではないとする代表的な見解は、次のような主張をしていた。すなわち、独占禁止法上の調査手続においては、調査の対象として、刑事罰の対象とはならない不公正な取引方法に対するものも含まれており、また、公正取引委員会による告発は、その裁量に基づくものであって、独占禁止法違反が認められても当然に刑事手続へと繋がっていくものではないから、調査手続を全体としてみると、最高裁がいわゆ

己負罪拒否特権の意義と射程」、村井ほか・前掲註 197) 514 頁～538 頁(上口裕執筆) 参照。

¹⁹⁹⁾ 白石・前掲註 4) 395 頁参照。

²⁰⁰⁾ 臼井・前掲註 77) 502 頁参照。

²⁰¹⁾ この点、川崎民商事件判決において最高裁が示した判断枠組みの中においては、合憲論も違憲論も両方の立論が可能であるが、これまで最高裁において合憲とされてきた法規定が申告・申請の一般的義務付けに関するものであったのに対し、独占禁止法上の調査については、その目的・対象が独占禁止法違反として刑事責任を追及される蓋然性が高い嫌疑者に特化され得ること、この意味で犯則調査手続に類似する面を有しているとみることができるとし、違憲論の方がより説得的だとする指摘もなされていた。酒巻・前掲註 148) 101 頁～102 頁。公正取引委員会における調査手続の犯則調査手続との類似点に着眼して憲法 38 条 1 項違反をいう見解は他にもある。濱田・前掲註 114) 450 頁～451 頁参照。

る川崎民商事件判決において示した、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する手続であるとはいえず、法令違憲ではないとするのである²⁰²。

要するに、合憲論を唱える見解においても、いわゆる川崎民商事件判決で示された基準が法令違憲の判断基準として妥当であることを前提として議論がなされ、独占禁止法上の手続には違憲を疑われる部分があるものの、それは「一般的」なものとはいえないから、法令違憲ではないとしていたわけである。

ただ、これら違憲論・合憲論というものは、いずれも、独占禁止法上の手続に犯則調査手続の導入が必要だとする結論を導くものであった点には留意が必要である。すなわち、これらの見解は、必ずしも相対立するものではなく、同じ方向性をもって展開されていた議論であったのである。

すなわち、両者の違いは、今のままの手続では違憲であるから犯則調査手続を導入すべきだというものと、そうとは断言できないが、そのような疑義を払しょくするためには犯則調査手続の導入が必要だとするものであったが、このような同じ方向性を持つものであっただけに、これらを単純比較してもあまり議論に広がりを見込めそうにない。

そこで、本論文においては、もう少し視野を広げてこれらの問題について考えてみることにする。

さて、独占禁止法旧 46 条 1 項 1 号というものは、現行法においても、同法 47 条 1 項 1 号にそのままの形で受け継がれているが、そもそも、当該規定と憲法 38 条 1 項との緊張関係というものは、これまでの議論のように、法令違憲や適用違憲の問題として論ずることによかったのであろうか。仮に、旧法が法令違憲だとするならば、現行法においても同じ問題が残されていることになりそうであるが、本当にそうなのだろうか。

この点、我が国の憲法においては、付随的違憲審査制²⁰³が採用されていると一般にいわれ、憲法判断回避の準則²⁰⁴が存在するとされているが、そのことを前提とするならば、適用違憲

²⁰² 川出・前掲註 93) 21 頁参照。その他、独占禁止法旧 46 条 1 項 1 号の予定している調査の大部分は、憲法 38 条 1 項との関係で合憲であるわけだから、当該規定を法令違憲とするべきではなく、規定の存在自体は合憲とした上で、適用違憲の問題として処理した方がいいという見解も主張されていた。島田・前掲註 101) 188 頁参照。

²⁰³ 裁判所による違憲審査制については、憲法裁判所が具体的な争訟と関係なく違憲審査を行う抽象的違憲審査と呼ばれる方式と、具体的な訴訟事件を裁判する際に、事件の解決に必要な限度で違憲審査を行う付随的違憲審査と呼ばれる方式があるとされるが、通説は、我が国が付随的違憲審査によることを妥当とする。この点、判例（最大判昭和 27.10.8 民集 6 卷 9 号 783 頁）も同様の立場をとっている。芦部・前掲註 110) 361 頁～365 頁、佐藤・前掲註 84) 327 頁～328 頁、長谷部・前掲註 85) 428 頁～430 頁、伊藤・前掲註 81) 615 頁～616 頁、芦部信喜「法律解釈による憲法問題の回避—恵庭事件」別冊ジュリスト 187 号（2007）374 頁～375 頁、佐々木雅寿「違憲立法審査権の性格—警察予備隊違憲訴訟」別冊ジュリスト 187 号（2007）428 頁～429 頁、畑尻剛「法令の合憲解釈—東京都教組事件」別冊ジュリスト 187 号（2007）442 頁～443 頁参照。

²⁰⁴ いわゆるブランドイス・ルールとされるものであり、アメリカ連邦最高裁のブランドイス判事が 1936 年のアッシュワンドー判決（Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288）において示した憲法判断回避の 7 つの基準。具体的には、①敵対的でない訴訟手続においては立法の合憲性判断を行わない、②憲法問題を決定することが必要となる前にあらかじめそれを論ずることをしない、③憲法原則を、それが適用されるべき明確な事実により求められている範囲をこえて定式化しない、④憲法問題が記録によって適切に提示されていても、その事件を処理することができる他の何らかの理由が存在する場合には、その憲法問題について判断しない、⑤法律の執行によって被害を受けたことを立証できない者の申立てに対しては、その法律の効力についての判断をしない、⑥法律の利益を利用した者の要求でその合憲性判断を行わない、⑦法律の合憲性について重大な疑いが提起されていても、その憲法問題を回避できるような法律の解釈が

の有無を論ずる前に、少なくとも合憲限定解釈の可能性が探られなければならないことになる。そして、それが不相当な場合に適用違憲の問題、それも不可能な場合にはじめて法令違憲の問題となるはずであるが、これまでなされてきた議論においては、この点に関する検討が十分になされてこなかったように思われる。

また、従前の議論においては、憲法 38 条 1 項と行政調査手続との関係で、いわゆる川崎民商事件判決の示す基準というものが、違憲判断をする上で妥当なものだという理解が当然の前提とされてきたが、なぜそのようなことがいえるのか、仮にいえるとしても、なぜそれが他の手続にも当然に妥当するものなのかについて十分な検討がなされてこなかったように思われる。

その他、小さな疑問点としては、これまでの議論が、独占禁止法旧 46 条 1 項 1 号による審尋・報告徴収とその罰則との関係ばかりに注目し、独占禁止法 40 条による報告徴収と罰則との関係には触れてこなかった点も気になる点である。いずれにせよ、憲法 38 条 1 項と独占禁止法上の調査手続の関係については、未だはっきりしていない点が少ないのである。

そこでまず、独占禁止法旧 46 条 1 項 1 号に対する法令違憲論・適用違憲論について考えてみる。確かに、ここにある一連の手続というものは、事件関係人又は参考人に対して出頭を命じて審尋し、意見、報告を徴することができるとする一方で、不出頭、不陳述、虚偽陳述、不報告又は虚偽報告に対して罰則が科される仕組みになっているから、相手方をして進退両難に追い込む構造になっていることは間違いない。また、告発によって刑事手続が開始されることもあり得るわけであるから、憲法 38 条 1 項との間に強度の緊張関係が認められ、憲法問題を回避することはできそうにない。

ただ、一般に、立法府の判断は尊重されなければならいとされ、法律には合憲性の推定が働くとされており、また、違憲の判断による混乱を回避する必要性のほか、憲法を頂点とした法体系の統一性を維持することも要求されている²⁰⁵。そのことを前提とすると、できる限り違憲判断に入ることを回避すべきだということになり、合憲限定解釈の可能性が探られることになるわけである。

もっとも、合憲限定解釈によって法律の「書き直し」に相当するような解釈が許されるわけではない²⁰⁶、無理な解釈が法律の予見機能を失わせる危険を孕むことにも配慮しなければならない²⁰⁷。また、無用な法律を無理な限定解釈によって不必要に救う必要もないともいわれており²⁰⁸、特に、表現の自由のような優越的地位にあるとされる精神的自由権を制約するような法律については、法令違憲と解釈する方が正義に適うこともあるという指摘が

可能かどうかを最初に確かめるべきであるというものである（訳文については、伊藤・前掲 81） 616 頁を引用）。

²⁰⁵ 伊藤・前掲註 81） 617 頁、佐藤・前掲註 84） 329 頁参照。

²⁰⁶ 長谷部・前掲註 85） 431 頁。

²⁰⁷ 畑尻・前掲註 203） 443 頁。

²⁰⁸ 佐藤・前掲註 84） 330 頁。

なされている²⁰⁹。

そして、この点について判例がどのような姿勢を示しているかという点、いわゆる東京都教組事件²¹⁰において、最高裁は、「法律の規定は、可能なかぎり、憲法の精神にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであって、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解を採ることはできない」とした上、法が一定の行為を一律に禁止しているように見えても、そこには、憲法の趣旨に調和した合理的な限界が存在するとの判断を示している。

また、いわゆる税関検査事件判決²¹¹においては、「表現の自由を規制する法律について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読み取ることができるものでなければならない」とし、精神的自由権の制限には、厳格な明確性が要請される旨の判断が示されている²¹²。

さらに、このような明確性の要請については、刑罰法規についても、罪刑法定主義によって要請されているといわれている²¹³。このことについて、いわゆる徳島市公安条例事件判決²¹⁴における団藤重光裁判官の補足意見は、分かりやすい説明をしてくれている。

すなわち、「罪刑法定主義が犯罪構成要件の明確性を要請するのは、一方、裁判規範としての面において、刑罰権の恣意的な発動を避止することを趣旨とするとともに、他方、行為規範としての面において、可罰的行為と不可罰的行為との限界を明示することによって国民に行動の自由を保障することを目的とする」とされる。つまり、刑罰を科す法規には、一般国民に理解できる分かりやすさが求められているわけである²¹⁵。

その他、いわゆる全農林警職法事件判決²¹⁶における田中二郎裁判官ほか4名の意見も興味深い視点を含んでいる。

すなわち、「ある法律における行為の制限、禁止規定がその文言上制限、禁止の内容にお

²⁰⁹ 長谷部・前掲註85) 431頁～432頁参照。

²¹⁰ 最大判昭和44.4.2刑集23巻5号305頁、判時550号21頁、判タ232号252頁。

²¹¹ 最大判昭和59.12.12民集38巻12号1308頁。

²¹² この点、デリケートな配慮が要求される精神的自由権にかかわる場合には、限定解釈の手法を用いることには慎重であるべきであり、法令違憲とされるべき場合が多いとし、本件はそれに該当するとの見解もある。佐藤・前掲註84) 330頁～331頁参照。

²¹³ 長谷部・前掲註85) 431頁参照。

²¹⁴ 最大判昭和50.9.10刑集29巻8号489頁。

²¹⁵ このような観点からみて、福岡県青少年保護条例をめぐる最高裁判例（最大判昭和60.10.23刑集39巻6号413頁）に対しては、明確性の要請を満たしていないとして学説から強い批判がなされている。すなわち、最高裁は、「淫行」概念について、それを「広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等の心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させる対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうとするが、この判決においては、伊藤裁判官、谷口裁判官及び島谷裁判官が反対意見を述べており、それぞれ、およそ一般人の言葉の理解からかけ離れており、解釈の限界を超えたものと批判している。

²¹⁶ 最大判昭和48.4.25刑集27巻4号547頁。

いて広範に過ぎ、それ自体憲法上保障された個人の基本的人権を不当に侵害する要素を含んでいる場合には、右基本的人権の保障は憲法の次元において処理すべきものであって、刑法の次元における違法性阻却の理論によって処理することは相当でなく、また、右基本的人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律といっても、常にその規定を全面的に憲法違反として無効としなければならないわけではなく、…基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できる限り解釈によって規定内容を合憲の範囲内にとどめる方法（合憲的制限解釈）、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法（適用違憲）によってこれを処理するのが妥当な処置というべき」との判断が示されているのである。つまり、違憲判断を回避しようとする努力もせず軽々に法令違憲を論じるべきではないというわけである。

そして、以上のようなことを踏まえて、独占禁止法上の手続を検討してみると、どうやら、独占禁止法上の審尋手続・報告徴収手続に合憲的な限定解釈を施して違憲判断を回避することは困難だということがみえてくる。

すなわち、一口に独占禁止法旧 46 条 1 項 1 号・現 47 条 1 項 1 号によって審尋・報告徴収がなされるといっても、その中には、刑事罰が予定されていない同法 19 条にある不公正な取引方法に該当する事案も含まれているから、まずそれらを除外しなければならない。また、刑事手続に繋がる可能性がある案件といっても、一連の手続の中で陳述や報告を強制される者のうち、事件関係人の場合には、被疑者・被告人に準ずる立場と考えられるから、刑事責任との関係では包括的黙秘権が認められると考えられるし、参考人についても、行政事件訴訟法 7 条、民事訴訟法 196 条等から考えて²¹⁷、少なくとも、当人が刑事訴追を受けたり有罪判決を受けたりするおそれがある事項について供述を拒否する権利が認められると考えられる。

そうすると、合憲限定解釈の可能性を考えるには、独占禁止法 94 条及び 94 条の 2 によって処罰対象となる行為について、一切の不陳述、虚偽陳述、不報告又は虚偽報告を指すのではなく、前述の場合を除く限りにおいて処罰対象にしているとして、違憲判断を回避するということになるであろうが、それが一般国民において容易に理解できるものでないことはいうまでもない。

そこで今度は、次善の策として、適用違憲の可能性が探られることになる。

この適用違憲には、3つの類型があると一般に説明されている²¹⁸。その1つは、合憲的に適用できる部分と違憲的に適用される可能性がある部分が不可分の関係にあって、合憲限定解釈が不可能である場合に、違憲的な部分も含めるような広い解釈によって法令を適用

²¹⁷ この点、民事訴訟法 196 条については、訴訟における真実発見を犠牲にしても証人自身の基本的人権を守ろうとするところにその根拠があると説明される。伊藤真『民事訴訟法 第3版』（2004年、有斐閣）347頁、小林秀之『新証拠法（第2版）』（2003年、弘文堂）132頁～133頁参照。

²¹⁸ 適用違憲の類型については、芦部・前掲註 110） 370頁～372頁、長谷部・前掲註 85） 432頁～434頁参照。

することが違憲だとされるものである。

また、第 2 の類型は、合憲限定解釈は可能であるものの、法令の執行者が合憲的な限定解釈を行わず、違憲的に適用したその適用行為を違憲とするものであり、第 3 の類型は、法令そのものは合憲であるが、法令の執行者が人権を侵害するような形でそれを解釈適用し、その場合に当該解釈適用行為が違憲であるとするものである。

そして、独占禁止法上の手続と憲法 38 条 1 項 1 号との関係については、このうち、基本的に第 1 の類型に当てはまるものと思われ、その妥当性が検討されることとなる。

その際、前述したように、独占禁止法 74 条 1 項及び同 2 項にある告発義務規定が一般に訓示規定と解されていること、また、これまでの実務においては、告発に至る事案がごく一部に過ぎず、その上、審尋手続が調査の過程で利用されることもごく稀だということ、実務上、ほとんどの場合においては、公正取引委員会の審査に関する規則 13 条にあるような任意の供述調書によって供述証拠が収集されていることが考慮されることになる。

そして、このようなことと、前述の全農林警職法事件における田中裁判官らの意見、すなわち、基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外であり、大部分が合憲的である場合には、当該規定自体を全面的に無効とするのではなく、できる限り解釈によって規定内容を合憲の範囲内にとどめる方法が模索されるべきだとする見解を考え合わせることになる。そうすると、適用違憲として処理することが妥当だとする主張にはかなりの説得力が帯びてくることになる。

このことについて筆者は、刑事手続に繋がる可能性がある手続には、広く憲法 38 条 1 項の保障が及ぶべきだと考えており、かつ、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は、憲法上の要請であると考えているから、独占禁止法上の諸規定によって黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を欠き得られた供述証拠というものは、刑事手続との関係では許されないものと考えている。すなわち、本論文の立場では、事件関係人は、単なる防御の客対ではなく主体であり、事件関係人には、手続に参加する権利が与えられ、そのことから情報獲得権ないし知る権利とも呼べる権利が認められるため、黙秘権・自己負罪拒否特権の存在について告知を受けることもその権利の 1 つと考えられることになる。

したがって、強制力を背景とした審尋手続を通じて収集された供述証拠を刑事手続において証拠として利用するような場合や、後の刑事手続において不利益となる事実あるいはその手がかりを与えるような事実の報告を命じ、それを証拠として刑事公判に提出するような場合だけでなく、一見して任意による供述であっても、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を欠く場合には、後の刑事手続における証拠から排除されるべきだと考える。

ただ、公正取引委員会が行う調査の対象には、刑事罰が予定されていない不公正な取引方法に関する事案も少なからず含まれており、また、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが、刑事上の責任と切り離すことができないものである以上、刑事手続と無関係な部分を含めて規定全体が法令違憲であるとするには、やはり少し強引すぎるところがあるように思われる。

結局、適用違憲の問題として処理することが最適だということになりそうである²¹⁹。

なお、独占禁止法上の調査の対象が刑事責任を追及される蓋然性が高い嫌疑者に特化されているとの指摘²²⁰については、留意すべき点が含まれている。すなわち、高度に発達した現代の会社組織にあっては、組織内で複雑かつ細かい役割分担がなされているのが通常であり、加えて、違反期間において組織内での人事異動や関係会社に出向する等担当者に大幅な変遷がみられることも少なくない。そのため、違反行為者が誰かを特定することは必ずしも容易でないのが現実である。

たとえば、値上げカルテル案件において、値上げが複数回行われ、それぞれのカルテル会合に出席した人物が異なる場合を想定すると、刑事罰を受けるべき人物は誰になるのだろうか。これらカルテル会合に出席したすべての人物となるのであろうか。

カルテル会合に出席していた人物が職位の低い社員である場合、その職位の低い社員自身が刑事罰を受けるべきなのだろうか、それとも当該職位の低い社員にカルテル会合に出席することを指示、あるいは追認した人物が刑事罰を受けるべき人物になるのであろうか。どのくらいの地位にあれば企業活動の一環として行った犯罪を背負うのに相応しいといえるのであろうか。このように、ごく簡単な事例を想定しただけでも、犯則嫌疑者の特定が容易でないことがよく分かる。

この点、地方談合案件のようなものであれば、一般に事業者の規模も小さく、談合に参加する人物も限られると考えられるかもしれないが、そもそも市場規模が小さい場合には、公正取引委員会が公表する告発基準に照らし告発の対象とされるとは通常考え難く、それらの地方談合に関与した者達を刑事責任追求の蓋然性が高い嫌疑者とするのは難しい。

また、実務においては、調査の過程において、実に多くの人物が調査の対象とされ、そのほとんどが嫌疑者としてなのか、参考人としてなのかを明らかにされないままに手続きが進められているのである。そうすると、独占禁止法上の調査の対象が刑事責任を追及される蓋然性が高い嫌疑者に特化されているとする前述のような見解がどこを指しているのかがよく分からなくなってくる。

ところで、川崎民商事件判決において最高裁が示した基準、すなわち、当該手続きが、刑事責任追及を目的としたものであるかどうか、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するものかどうか、制度に公益上の必要性と合理性が認められるものかどうかという基準については、法令違憲の是非を判断する上で妥当な基準であるとされ²²¹、従前の議論においては、多くの場合、これを当然の前提として合憲論・違憲論が進められていた。

²¹⁹ この点、任意の供述については、途中で審尋手続に移行して供述が強制される可能性があるとしても、その程度では「強制」されたとはいえないから、憲法 38 条 1 項に反することはないとする見解もある（島田・前掲註 101） 190 頁）。しかし、このような見解は、黙秘権を知らない、あるいは供述義務があるものと誤信した者の存在を無視する点でやはり問題があり、任意性が担保されない限り、厳格な刑事手続では排除されなければならないと思われる。

²²⁰ 酒巻・前掲註 148） 101 頁～102 頁。

²²¹ 酒巻・前掲註 148） 98 頁。

確かに、一般論として、刑事責任追及を目的とする手続ではなく、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する手続でもない場合には、刑事責任との関係で人を進退両難に追い込む場面は少なくなると思われる。

しかし、そのことをもって直ちに免罪符が与えられるわけではなく、制度の公益上の必要性や合理性を黙秘権・自己負罪拒否特権の保障を考える際に持ち込むことに難があることは既に述べたとおりである。

結局、川崎民商事件判決において示された基準は、法令違憲の判断基準としても不十分なものではないかと思われ、これを行政手続一般における憲法 38 条 1 項の保障を及ぼす基準とすることには問題があると思われる。

ところで、注目度が低く存在を忘れられがちな独占禁止法 40 条による報告徴収手続と黙秘権・自己負罪拒否特権との関係についても、ここで触れておく。この規定は、一見すると、問題とされることが多い同法旧 46 条 1 項 1 号、現 47 条 1 項 1 号とも似た規定ぶりとなっている。

それは、公正取引委員会が事業者職員等に対し、出頭を命じ、必要な報告、情報、資料の提出を求めることができるとし、同法 94 条の 2 第 1 号は、不出頭、不報告、虚偽報告等に対して罰金刑の制裁を用意している。ただ、その罰則は、20 万円以下の罰金と低額なものとなっており、同法旧 46 条 1 項 1 号・現 47 条 1 項 1 号に違反した場合の制裁として用意された 1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金とは大きく異なっている。

また、独占禁止法 40 条は、「職務を行うために必要があるとき」に権限を行使することができるとしている一方で、同法 47 条は「事件について必要な調査をするため」にそれができる旨規定されている。つまり、後者が特定の事件に関するものであるのに対し、前者は一般的な調査に関する規定である。ここでは、「一般的」という点が注目されることになる。それは、学説において、アメリカにおける判例²²²を参考にして、次のような指摘がなされているからである。

すなわち、行政上の目的で質問されたり報告を求められたりする対象が刑事責任を問われるおそれのある特定のグループに絞られており、制度の目的が刑事責任追及のための資料の入手に向けられたものである場合には、調査対象者をして進退両難に陥らせる高度の蓋然性ないし実質的危険が制度それ自体に内在しているといえるが、一方で、規制の対象が広く一般国民に向けられ、刑事責任追及のための資料収集ではなく、公益性のある法制度である場合には、対象者を進退両難に追い込む蓋然性が低く、行政の適切な遂行のために情報を入手する必要性が相対的に重要度を増し、当該制度の存在を法令違憲とすることはできないとする指摘である²²³。

仮にこのような見解に立つと、一般的な調査たる独占禁止法 40 条による報告徴収手続と

²²²) Albertson v. S A C B, 382 U.S. 70 (1965).

²²³) 金子宏「行政手続と自己負罪の特権—租税手続を中心とするアメリカの判例法理の検討—」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第一巻』(1987年、有斐閣) 105頁～152頁、酒巻・前掲註 148) 90頁～91頁参照。

いうものが問題とされることはなさそうであるが、このような理由付け、すなわち、①調査の対象者が刑事責任を問われるおそれのある特定のグループに絞られているかどうか、②制度の目的が刑事責任追及のための資料の入手に向けられたものか、③公益性のある制度であるかという基準によって制度の違憲性を判断することの妥当性が問われることになる。

確かに、ここでは、最高裁がスポットライトを当てなかった制度本来の趣旨、すなわち、人を刑事責任との関係で進退両難に追い込むかどうかに着眼して保障範囲を考える点において魅力的である。

しかし、このような基準によって行政手続における憲法 38 条 1 項の保障を考えてしまうと、制度の一般的性質によって一律に保障範囲を画することと実質的に変わらなくなってしまふように思われる。やはり、一般的な調査であるか特定のグループを対象とした調査であるかを問わず、刑事責任との関係で進退両難に追い込む可能性がある場面においては、例外なく憲法上の手続保障を及ぼすべきだと考える。

ただ、このようにいう筆者も、多くの人の生命・身体への危険が関わるような場合には、必要最小限度において、憲法 38 条 1 項の保障が縮減されることもあり得ると考えている。たとえば、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律 68 条 1 項ないし 5 項は、行政当局者が原子力事業者等の事業所等に立ち入り検査を実施し、帳簿等必要な物件を調査し、関係者に質問できる権限を認め、同法 72 条 3 項は、警察庁及び海上保安庁の職員が、公共の安全の維持又は海上の安全の維持のため、同様の権限があるとしている。

一方で、この核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律 78 条 30 号は、同法 68 条に基づく検査の妨害、質問に対する不陳述、虚偽陳述を罰し、同法 78 条 32 号は、同法 72 条の検査に対する同様の罰則を定めており、それぞれ 1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金という制裁を用意している。

そして、これらの核燃料物質といった危険物の取り扱いについては、それが多くの人々の生命・身体への危険に直接的に関わるものであることから、一定の場面において緊急避難的に黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が縮減されるとしても、あながち不合理でないと思われるのである。

しかし、独占禁止法における行政調査においては、このような生命・身体への危険が生ずる事態を想定することは困難であり、憲法 38 条 1 項の保障が縮減することは考え難いと思われる。

憲法 38 条 1 項の黙秘権・自己負罪拒否特権の保障というものは、それがまさにそれに反する証拠を刑事裁判で使用させないようにするためのものであるとして、憲法 35 条の場合とは異なるとされ、やや特別扱いされてきたきらいがあるように思われる²²⁴。もちろん、だからといって、憲法 35 条と比べて憲法 38 条の方が重要な権利であるというわけではない

²²⁴) 白石・前掲註 4) 402 頁。

し、憲法分野においては、刑事法分野と違って、むしろ住居等の不可侵の方に多くの関心が集まっているともいえる。

公正取引委員会における実務においては、審尋手続によって審尋調書が作成されることは稀であるし、一方で、立ち入り検査というものは日常的に行われ、そこでは、プライバシーとの衝突が認められるから、独占禁止法上の手続においては、むしろ令状主義との緊張関係の方が重大だともいえるかもしれない。いずれにしても、このような議論にあまり実益があるとは思えないが、ただ証拠物と供述証拠の決定的な違いについては留意しておかなければならないことがある。

それは、行政調査手続を通じて収集された証拠物には代替性が認められないが、審査官作成による供述証拠というものには代替性が認められるということである。すなわち、純粋な行政調査部門による無令状の立ち入り検査によって留置された証拠物の多くは、いわゆる抜き打ち検査によって収集されたものであり、検査を受ける者があまり警戒をしていないか、あるいは準備をしていない中で集められたものであるから、その中に違反事実の存在を直接・間接に示すものが含まれていることが少なくない。

いうまでもなく、このような証拠資料というものは、違反行為者にとってみれば不利な証拠であるから、仮にこれを留置せずに放置すれば、これが破棄されて証拠隠滅が図られることは容易に想定できるし、それが失われることによって実体的真実の発見が大きく後退することも間違いのない事実である。

一方、供述証拠については、公正取引委員会の審査官によって作成されるものであるから、その信用性等はともかく²²⁵、それが破棄されなくなってしまうことを想定することはできないし、また、検察官の手間の問題はともかく、検察官において同じ内容の供述調書を作成することも十分可能であるから、極端な話、公正取引委員会の審査官によって作成された供述調書が存在しなくても、刑事手続における違反立証に障害は生じないわけである。そして、このことは、犯則調査手続が導入された現在において、供述調書の引継ぎ規定が設けられていないことと関係するものであると思われる。

なお、かつて犯則調査手続の導入を推進する立場の見解からは、犯則調査手続の導入によって、検察官が一から供述調書を作成しなすなければならないことから開放されるとの主張がまことしやかになされていたが²²⁶、実はこの主張は、必ずしも正確なものではない。

すなわち、公正取引委員会の審査官によって作成された供述調書というものは、それがたとえ自白調書であり詳細なものであるとしても、刑事手続においては、共犯者もしくは共同被告人との関係で、刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいういわゆる 3 号書面に該当するも

²²⁵ この点、刑事訴訟法 198 条 3 項は、被疑者の供述を調書に録取することができるとし、同 4 項は、これを被疑者に閲覧させ、又は読み聞かせて、誤りがないかどうかを確認し、被疑者が増減変更を申し立てた場合には、その供述を調書に記載しなければならないとされており、公正取引委員会の審査に関する規則 11 条 1 項は、審尋調書について、同様の規定をしており、任意供述に関する同 13 条も、この規定を準用している。

²²⁶ 松本博明=堀江美早子「改正独占禁止法の概要について」公正取引 657 号（2005）22 頁、諏訪園・前掲註 1） 5 頁、島田・前掲註 101） 187 頁。

のであり²²⁷、検察官面前調書であるいわゆる2号書面と比べると、証拠として採用される可能性は著しく低いものとなる。そのため、全面的な挙証責任を負う検察官としては、それを2号書面化するのが当然だと考えられるからである²²⁸。

また、そもそも、検察官は、法律の専門家として、法の正当な適用を請求する客観的義務を負うという建前となっているのだから、ここに手間の問題を持ち込むことはいかなるものかとも思われるのである。

では、次節においては、独占禁止法に犯則調査手続の導入された後の状況について順次検討を加えていくこととする。

第2節 犯則調査手続導入のメリットと現状

第1款 独占禁止法上の刑事的エンフォースメントの現代的問題

独占禁止法に犯則調査手続が導入されたことによって何が変わったのか、刑事的エンフォースメントはどのように変貌したのか。ここでは、後述する令状主義及び黙秘権・自己負罪拒否特権以外の点について総論的に検討する。

まず、独占禁止法における犯則調査手続の運用状況についてであるが、2006年1月の改正法施行後、2008年12月末に至るまでの間において、これまで犯則事件として調査が行われた案件は全部で5件、そのうち1件については、犯則事件調査手続が打ち切れ、純粋な行政手続が進行中となっている。そして、これら5件のうち4件については、公正取引委員会により告発がなされ、告発の対象となった事業者等はそれぞれ起訴され、そのうち告発されてから間がない1件を除く3件については、すべての被告人・被告会社について有罪が確定している。

このうち刑事告発の対象となった4件とは、具体的には、市町村等が発注するし尿処理施設建設工事入札談合事件（以下、「し尿事件」という。）、名古屋市が発注する地下鉄工事の入札談合事件（以下、「名古屋地下鉄事件」という。）、独立行政法人緑資源機構が発注する林道調査測量設計業務の入札談合事件（以下、緑資源機構事件という。）、及び溶融亜鉛めっき鋼板製造販売業者による価格カルテル事件（以下、「めっきカルテル事件」という。）である。これらのうち、最後のめっきカルテル事件については、平成3年のいわゆるラップカルテル事件以来17年ぶりのカルテル案件の刑事告発であり、犯則調査手続が打ち切られた案件も同じくカルテル案件であったことには考えさせられるものがある。

なぜなら、そこには、刑事司法当局が求めるものと現実とのギャップや、通常のカルテル事案を刑事的に処理することの難しさという一面が垣間見えるように思われるからであ

²²⁷ 田宮・前掲註22) 380頁～382頁、田口・前掲註152) 405頁～413頁、白取・前掲註152) 383頁～388頁、池田・前田・前掲註152) 376頁～380頁参照。

²²⁸ 多田・前掲註8) 40頁の脚注30、島田・前掲註101) 210頁の脚注96において、この点が指摘されている。

る。

すなわち、入札談合の場合には、入札日が決まっており、多くの場合入札参加者も限られたメンバーに決まっている。入札談合のルールには、事案によって様々なものがあるが、談合を仕切っている者が受注予定者を決めるにせよ、持ち回りで受注予定者を決めるにせよ、入札日までに受注予定者を決定し、入札日において受注予定者が最低価格札を入れ、それ以外のものは受注予定者が受注できるように協力し、受注予定者が確実に落札できるようにするという構図自体はどの案件であっても変わらない。

また、入札の結果は、開札手続によって確実に目に見える形となり、合意と結果との関係が分かりやすく、たとえば、予定価格に対する落札価格の割合が尋常でない高さを示すといった分かりやすい特徴をそこに見出すこともできる。

しかし、通常のカルテル案件は、そうではない。たとえば、ある特定の日に特定の場所で、カルテルに参加するそれぞれの会社で実質的に価格を決定する権限のある人間が一堂に会し、値上げ価格や値上げ幅を決めたり、シェア配分を決めたりするというように、分かりやすい形でカルテル合意が形成されることは現実の世界ではまずない。

高度に発達した企業組織の中にあっては、カルテル合意の内容がどのように会社の中に取り込まれ、それがどのように会社の意思となって、どのように社内の末端にまで指示されていったのかを解明することは決して容易なことではない。

一般論としていえることは、刑事告発の対象となるような大企業にあっては、1つの企業行動に複数の人間が複雑に関与することが少なくないということである。これを刑事責任との関係で考えると、刑事責任を負うに相応しい自然人とは一体誰なのかという困難な問題を生起することになる。

たとえば、カルテル会合に直接出席したり、電話連絡等でカルテル会合の様態を聞き出ししたりした実務担当者を犯罪の実行行為者とみるのか、あるいはその者らに違反行為を直接・間接に指示した者であるとか、その者らの違反行為を追認した上位者を犯罪の実行行為者とみるべきなのか、あるいは、カルテルに参加した会社のトップを最終責任者として犯罪の実行行為者とみるべきなのかという問題である。

この問題は、企業犯罪の典型ともいえる独占禁止法上の刑事罰のあり方について、そもそも、どうして個人を対象として犯人探しをする必要があるのか、事業者たる会社の刑事責任が追及されるだけで十分ではないのかという素朴な疑問を生じさせる。もちろん、それは刑事法分野において今もなお議論が絶えない法人処罰²²⁹⁾の問題とも密接に関連するも

²²⁹⁾ 法人処罰の一般的理解については、福田平『行政刑法（新版）』（1978年、有斐閣）93頁～123頁、佐伯仁志「法人処罰」『経済犯罪に関する諸問題』（1999年、トラスト60）87頁～120頁、高山佳奈子「法人処罰」ジュリスト1228号（2002）71頁～78頁、津田博之「企業の処罰可能性（1）」一橋法学3巻1号（2004）225頁～262頁、同「企業の処罰可能性（2）」一橋法学3巻2号（2004）579頁～624頁、同「企業の処罰可能性（3・完）」一橋法学3巻3号（2004）1063頁～1103頁、川崎友巳「両罰規定における法人の刑事責任とコンプライアンス・プログラムー企業システム過失責任」の導入をめざして一同志社法学50巻3号（1999）1頁～153頁、佐藤雅美「法人の刑事責任に関する一考察ーイギリスにおける動向に関連して」森本益之・加藤久雄・生田勝義編『刑事法学の潮流と展望』（2000年、世界思想社）215頁～241頁、佐藤雅美「英米における法人処罰の法理（一）」阪大法学143号（1987）101頁～146頁、同「英米における法人処罰の法理（二・完）」阪大法学147号（1988）103頁～139頁、今井猛嘉「イギリスにおける法人処

のである。

このような問題は、経済法分野の学説においても以前から指摘²³⁰されてきたものであるが、独占禁止法への犯則調査手続の導入は、この点について何ら解決の糸口をもたらずものではなかった。つまり、独占禁止法の刑事的なエンフォースメントに内在する根本的な問題を積み残したまま、刑事的エンフォースメントの強化であるとか、手続保障の整備といったものを謳った犯則調査手続が導入されたわけであるが、このような足元のおぼつかない状況下において刑事的なエンフォースメントを積極化しようとするとうなるのかということが、犯則調査手続導入後しばらく経った今、改めて問われているように思われる。

この点については、両罰規定に関する最高裁判例や法人処罰をめぐる刑事法分野での議論が、独占禁止法における刑事的エンフォースメントの限界を示唆してくれているように思われる。

最高裁は、事業主を罰する両罰規定について、それが事業主として「行為者らの選任、監督その他違反行為を防止するに必要な注意を尽くさなかった過失の存在を推定した規定」であるとし²³¹、そのことは、「事業主が法人で、行為者が、その代表者でない従業者である場合にも当然推及される」としている²³²。そして、刑事法分野の学説の大半もこれを支持し、このいわゆる過失推定説が通説的な地位にあると一般に理解されている。

一方、このような判例・通説に対しては、いわば理念ではなく実践を重視する立場²³³からの反論が試みられている。たとえば、法人自体の義務違反や過失を観念することができるとし、特定の違反行為者を特定できないままでも事業主体の刑事責任を追及することができるとする見解²³⁴や、いわゆる企業組織体責任論と呼ばれる見解²³⁵が唱えられてきたことは周知のごとくである。

しかし、これらの見解に対しては、両罰規定にある「行為者を罰するほか」との文理を無視しているとの批判²³⁶であるとか、法人に絶対責任を課すものであり責任主義に反するとの批判²³⁷であるとか、「組織体責任」なるものを観念することは、個人責任の原則を採用し

罰—その概観」甲斐克則、田口守一編『企業活動と刑事規制の国際動向』（2008年、信山社）69頁～78頁（今井猛豪）など参照。

²³⁰ 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」、日本経済法学会編『独占禁止法のエンフォースメント』経済法学会年報22号（2001年、有斐閣）23頁、金子晃「独占禁止法違反と刑事罰—事業者に対する罰則の強化をめぐる—」正田彬教授還暦記念論文集刊行委員会編『国際化時代の独占禁止法の課題』（1993年、日本評論社）535頁～536頁参照。

²³¹ 最大判昭和32.11.27刑集11巻12号3113頁。

²³² 最判昭和40.3.26刑集19巻2号83頁。

²³³ 高山・前掲註229）73頁参照。

²³⁴ 藤木英雄『刑法講義 総論』（1975年、弘文堂）109頁以下。

²³⁵ この見解は、末端の従業員の行為であっても、業務との客観的関連性が認められ、組織体活動の一環として行われている限り法人の行為とみる。板倉宏『企業犯罪の理論と現実』（1975年、有斐閣）20頁以下、企業組織体責任論の一般的理解としては、神例康博「企業の刑事責任に関する法理について」刑法雑誌36巻2号（1996）284頁以下も参照。

²³⁶ 津田・前掲註229）248頁。

²³⁷ 西田典之「団体と刑事罰」芦部信喜・村上淳一編『岩波講座基本法学2』（1983年、岩波書店）279頁。

団体責任を否定してきた近代刑法の基本を否定することになるといった批判²³⁸等々、多くの批判が向けられ、結局、いずれの見解も学説上多くの支持を得られるところとはなっていないようである²³⁹。

その他にも、実践的立場からの興味深い見解が主張されている。たとえば、法人というものが、その構成員とは独立の存在として、社会的倫理的な非難の対象となっているとし、法人は、機関及び従業員を通じて意思を形成でき、刑法による法的非難に反応してその行動を変更することも可能であるから、法人に刑事責任を認めることができるという見解²⁴⁰や、企業の犯罪を生み出すものは、法人ではなく、経済活動単位としての企業組織であり、法人の所有・支配の対象である財産と従業員を含めた組織全体を企業として捉え、企業そのものを独立の社会的存在として、犯罪行為主体性が認められるとする見解²⁴¹などである。

このうち、前者の見解は、法人に対する社会的倫理的な非難は、特定の個人の行為を超えた社会的実態としての法人とその集団的意思決定に対するものであって、特定の個人の意思決定に対するものではないとするものであり²⁴²、現代企業の実態を見据えた鋭い視点を提供している。ただ、刑事法において重要とされる応報観念というものを考えた場合、個人を罰することなく法人を罰することによって、その応報感情というものが満たされるのかといった疑問²⁴³も投げかけられている。

また、後者の見解は、法人という概念にこだわらないユニークな視点を提供するものであるが、これに対しては、犯罪の主体を企業と考えることに一理あるとしても、制裁の客体は、あくまでその企業の経営主体たる法人又は個人であるべきであり、刑罰は企業内個人の責任を追及するために用いられるのが責任主義の観点からも有効性の観点からも妥当だとの指摘²⁴⁴がなされている。

結局のところ、これら実践的立場から法人処罰の問題を捉えようとする見解は、いずれも少数説の域を出ることはできなかつたようであり、今もなお判例・通説の支持には根強いものがある。

ただ、これを典型的な企業犯罪とされる独占禁止法違反に当てはめて考えてみた場合、むしろ少数説を採った方が理解しやすい場面が多いように思えてならない。この点、経済法分野の学説からは、独占禁止法に違反する行為は、事業活動として行われるものであるから、いわゆる過失によるものとは考えられないとの主張²⁴⁵がなされてきたが、残念ながら、

²³⁸ 高山・前掲註 229) 73 頁～74 頁。

²³⁹ 津田・前掲註 229) 251 頁。

²⁴⁰ 佐伯仁志「法人処罰に関する一考察」芝原邦爾・西田典之・井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』(1998 年、有斐閣) 664 頁。

²⁴¹ 吉岡・前掲註 46) 195 頁, 224 頁。

²⁴² 佐伯・前掲註 229) 92 頁。

²⁴³ 高山・前掲註 229) 72 頁。

²⁴⁴ 前野育三「現在の環境問題と刑罰の役割」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第三巻』(1998 年、成分堂) 472 頁。

²⁴⁵ 金子・前掲註 230) 536 頁。

前述のような理念を重んじる刑事法分野の学説がこれによって動揺を示すことはなかった。

独占禁止法上の手続においては、行政処分として排除措置を命ずる場合、事業者たる法人や事業者団体そのものが違反行為の主体とされるのに対し、前述のように、法人処罰に関する判例・通説の立場によると、刑事罰を科す場合には、まず自然人が違反行為の主体とされ、事業者たる法人や事業者団体は、独占禁止法 95 条の両罰規定の存在によってはじめて罰せられるという理論構成が採られることになる²⁴⁶。

また、独占禁止法における刑事罰規定は、事業者・事業者団体を違反行為の主体とする違反類型を引用して条文が構成されているため、そこには、個人の違反行為を出発点とする刑事的な発想との違い、いわば「ねじれ」が生じているとされており、独占禁止法 95 条の両罰規定は、この「ねじれ」を補正するための規定であると説明されることもある²⁴⁷。

しかし、独占禁止法 95 条の両罰規定によって、どのように「ねじれ」が補正されるのかは必ずしも明らかではなく、むしろ、このような「ねじれ」の存在を前提として、企業行動を統制するため刑罰に多くを期待することはできない²⁴⁸という現実を直視した上で、刑事告発権限の発動を考えるべきであるように思われる。そして、競争政策の観点から総合的に判断して、特に個人の刑事処罰を求めることが妥当と考えられるようなごく限られた場面においてのみ、刑事告発権限が発動されるべきであり、かつ、それで刑事罰の役割としては十分であるように思われるのである²⁴⁹。

もちろん、このような考え方は、刑事的エンフォースメントの強化のために刑事告発件数を増やすべきだといった見解²⁵⁰とは方向性を異にするものである。しかし、このような告発件数にこだわる見解というものは、未だ議論に決着をみない法人処罰の問題を回避して論じられている点で説得力に欠けているのではなかろうか。そもそも競争政策の観点から最適なエンフォースメントとは何かということこそが重要なのであるから、筆者には、告発件数などというものはどうでもよいことのように思われてならない。

なお、このことに関連して、経済刑法分野の学説からは、興味深い指摘²⁵¹がなされている。すなわち、独占禁止法に違反する行為に加担する企業、特にカルテル行為に参加する企業というものは、それぞれが大企業として一定の社会的信用を有することが多く、このような企業にとっては、行政処分を課されたことによるマスメディアを通じた社会的リアクションが事実上の制裁として作用するというのである。

また、違反行為を行った実務担当者に刑事罰を与えるとしても、豊富な人材を抱える大企業にとってそれは大したダメージではなく、逆に、企業としては、かかる違反行為を行

²⁴⁶ 根岸＝舟田・前掲註 7) 350 頁参照。

²⁴⁷ 白石・前掲註 4) 562 頁。

²⁴⁸ 高山・前掲註 229) 75 頁参照。

²⁴⁹ 神山敏雄「企業に対する制裁の在り方と内容について—新たな制裁システム体系—」刑法雑誌 36 巻 2 号 (1996) 281 頁参照。

²⁵⁰ 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」司法研修所論集 88 号 (1993) 26 頁、島田・前掲註 101) 194 頁。

²⁵¹ 神山・前掲註 5) 62 頁～63 頁。

った実務担当者をトカゲの尻尾のごとく切り捨てることによって、従来どおり存続し事業活動が続けることができるというのが実態であるから、この意味においても、刑事罰に多くを期待することはできないというのである。

要するに、独占禁止法における刑事的エンフォースメントは、法人事業者との関係だけでなく、個人との関係においても、それ程大きな効用を期待することはできないということである。

その他にも、独占禁止法違反を犯した個人に対する刑事罰を考えるに当たって興味深い点が指摘されている。それは、独占禁止法違反の罪というものが、いわゆるホワイトカラー犯罪と呼ばれる犯罪群と多くの共通点を有することと関連するものである²⁵²。

いわゆるホワイトカラー犯罪については、一般に、広義においては、技術的肉体的労働者によるものではなく、事務系の仕事をする人々によって犯されるものとされ、狭義においては、一定の決定権限を持つ者、最狭義においては、社会的に名望を有する大企業の経営者による犯罪とされており、それはまた、職業上の任務遂行の一環、あるいは、その職業的地位と関連して犯される犯罪と説明されている²⁵³。

独占禁止法違反を行う者は、一般に、会社組織の一員として会社の利益のために一連の会社業務の流れの中で違反行為を行うものであり、名古屋地下鉄事件における談合の仕切屋のような特殊な立場の人物でない限り、当該違反行為から直接的な利益を得ることがないのが普通である。

また、懲役刑に処することの是非を考えた場合、たとえば、前科のないごく一般的なサラリーマンを実刑に処すということは、常習的に犯罪に手を染めた暴力団員に実刑を処すのとは同じ刑期であっても本人に与える過酷さが違ふとされ、また、これら一般サラリーマンたる違反行為者の再犯可能性は一般に低いとの指摘もなされている²⁵⁴。

なお、犯則調査手続が刑事告発を目的とする手続であるという理解に立った場合、そこに法人処罰に関する通説的見解を当てはめると、犯則調査手続は、第一義的には自然人行為者の告発を目指す手続であり、法人事業者については、過失責任が存在する限りにおいて責任を追及していく手続になる。おそらく、犯則調査手続が刑事告発を目的とする手続であるとする論者の多くは、暗黙のうちに、犯則調査手続の導入が法人事業者の刑事処罰に威力を発揮するものだと考えてきたように思われるが、それを刑事手続に類似する手続として捉える限り、法人事業者の責任は二の次になってしまうわけである。

ところで、高度に組織が細分化されたいわゆる大企業においては、責任の所在を抽象的な社内規定によって特定することが困難な場合も少なくない。しかし、それ以外に責任の所在を客観的に示すものが存在しないこともめずらしくないのが現実である。そのような中であっては、刑事罰を科すに相応しい違反行為者を特定することは困難であり、むしろ

²⁵² 神山敏雄「経済犯罪及びホワイト・カラー犯罪の概念とその機能」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第二巻 経済と刑法』（1997年、成文堂）31頁～65頁参照。

²⁵³ 吉岡・前掲註46）167頁～174頁参照。

²⁵⁴ 佐伯仁志「規制緩和と刑事法」ジュリスト1228号（2002）44頁参照。

個人を前面に出すことの方が不自然な場合があるとの指摘²⁵⁵もなされている。

では、刑事罰の対象となる人物とはどのような者なのであろうか。このことについて学説は、企業の違反行為に対する原因者たる個人であり、企業内力学の観点からみて真の責任者²⁵⁶であるとか、企業組織における内部的決定機構の解明を前提として、その決定プロセスの中で結果を左右できるキーポイントをなす人物²⁵⁷などとしている。

しかし、そのような人物が抽象的にも存在するかどうかははっきりしないのが現実であるように思われ、複数の人間が様々な形で事業活動の流れの中でなされる違反行為に少しずつ関与するということが少なくないように思われる。

そうすると、結局、刑事罰をうまく適用できる場面というものはごく限られてくることになり、仮に、犯則調査手続を刑事的な手続とし、このような限られた場面のためだけにしか活躍できない手続であるとするならば、それを運用するためにかかる多大な税金と人的コストとの関係で、どれ程の有益性が認められるのかが問われることになる。

やはり、独占禁止法における犯則調査手続については、刑事的なものであるとの呪縛から解放し、刑事告発をも視野に入れて、競争政策の観点から何が最適な処分であるかを判断するため、必要な証拠、資料を収集する行政調査手続と解するのが最適であり、このように解することによって、機能不全に陥ることを回避できるように思われる。

ただ、誤解のないように述べておくが、本論文は、独占禁止法における刑事罰の必要性を否定するものではない。たとえば、名古屋地下鉄事件においては、通常会社業務を一切行わず、談合行為を専門とする特定の人物が、会社組織の中に居座り、長年にわたり中部地区の談合組織を主導して、業務担当と呼ばれる談合窓口担当者を通じて、公共工物件を割り振るといふ談合システムが構築されていたが、このような談合を主導する人物に対しては、むしろ積極的に刑事罰を科すことによって倫理的・道義的非難を加えることが正義に適うように思われる。

ただ、刑事罰の運用は、行政的制裁という選択肢がある場合には最後の手段として用いられるのが望ましいといわれており²⁵⁸、また、違反に反倫理的な色彩が少ない場合には刑罰よりも行政制裁の活用が望ましいともされてきたものであって²⁵⁹、かつ、これまで独占禁止法違反に対する刑事制裁が最後の手段として運用されてきた実態については、むしろポジティブに評価されてきた²⁶⁰ことを考え合わせるならば、犯則調査手続が導入されたからといって、殊更に告発件数を増やすべきだとか、厳罰化を進めるべきだといったことを考える必要はない、と考えるのである。

これについて一部の学説からは、独占禁止法に違反する行為に対しては、積極的に刑事

255) 吉岡・前掲註 46) 213 頁参照。

256) 前野・前掲註 240) 472 頁参照。

257) 吉岡・前掲註 46) 181 頁参照。

258) 芝原・前掲註 71) 121 頁。

259) 佐伯仁志「経済犯罪に対する制裁について」法曹時報 53 卷 11 号 (2001) 21 頁。

260) 芝原・前掲註 71) 116 頁。

罰を適用することによって、国民の自由競争原理に対する理解を深め、その意識を抜本的に変革する必要があるとの主張²⁶¹もなされてきた。確かに、我が国においては、一般に、カルテルが悪いことだという意識は低いといわれており²⁶²、一面において、遵法意識を高める必要があるともいえるから、この点だけを捉えれば、このような見解にも一理あるといえるのかもしれない。

このような考え方は、比較的新しい分野であって、社会一般の倫理感覚が未だに形成途上にあるといわれる環境刑法分野の一部学説においても主張されてきた。それら環境刑法分野の学説においては、刑法のいわゆる宣言的機能を使って環境侵害を犯罪と宣言し、国民の間に新しい倫理観を醸成すべきだとの主張がなされてきたのである²⁶³。

そして、そのような「宣言」の成功例として、道路交通法の厳罰化により国民の間に倫理観が醸成され、交通事故が減ったということが例示されてきた²⁶⁴。なるほど、確かに、「宣言」と交通事故の減少との因果関係にはすっきりしない部分が残るとしても、危険運転行為や環境破壊行為のように、人の生命・身体の危険に関わるものであるならば、国民の間に倫理観を醸成する必要性もそれなりにあるのかもしれない。

しかし、少なくとも、人の生命・身体の危険には直接結びつかない独占禁止法違反行為について、それを重大な社会悪であると宣言し、国民の間に人為的に倫理観を醸成する必要性がどれほどあるかは疑問であるといわなければならない。

このことについて、経済刑法分野の学説からは、独占禁止法違反に対して刑罰を積極的に科して威嚇によって犯罪を抑止しようとする見解に対して実証のない刑罰信奉主義であるとの指摘もなされており²⁶⁵、環境刑法分野の学説からも、倫理感覚の醸成のためには、むしろ教育という観点から、被害の正確な情報開示とマスメディアによる普及こそが有効であるとの指摘もなされている²⁶⁶。

その他、少し違った角度からは、社会の中に行為規範が確立している場合には、国民はそれが許されるものであるかどうかを自律的に判断することができるが、逆に、そうでない場合には、自律的判断が困難となるため、法執行が強行されると、国民は、法執行機関の判断に依存するようになるとの指摘もなされている²⁶⁷。仮にそうであるならば、刑事罰をもって倫理観を形成しようとする発想自体が、民主社会には馴染まない極めて危険なものであるように思われ、思想・良心の自由との関係でも問題を生起することになるかもしれない。

²⁶¹ 三輪芳朗=J. Mark Ramseyer「競争政策の望ましい姿と役割（下）—私的独占，刑事罰，公正取引委員会」ジュリスト1262号（2004）80頁。

²⁶² 神山敏雄『新版 日本の経済犯罪—その実情と法的対応』（2001年，日本評論社）27頁，松原英世『企業活動の刑事規制—抑止機能から意味付与機能へ—』（2000年，信山社）56頁，芝原・前掲註71）120頁参照。

²⁶³ 前野・前掲註240）477頁～478頁参照。

²⁶⁴ 中山研一・神山敏雄・斉藤豊治・浅田和茂『環境刑法概説』（2003年，成文堂）60頁（前野育三執筆）参照。

²⁶⁵ 神山・前掲註5）70頁参照。

²⁶⁶ 中山研一ほか・前掲註264）28頁～29頁（中山研一執筆）参照。

²⁶⁷ 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003年，成文堂）14頁参照。

それにしても、国民の間に独占禁止法違反が刑事罰に値するものだという倫理観が形成されていないと思われる中であって、刑事的エンフォースメントを積極化するとはどういうことなのであろうか。

この点、平成17年の法改正時を振り返ってみると、当時の学説の中には、検察当局と連携することによって、それまでにない捜査手法が可能になるという見解が存在するなど、「威勢のよい話」が目立っていたと思われるが、当時の「威勢のよい話」は、現在どのような結果として表われているのだろうか。

たとえば、当時の学説の中には、犯則調査手続の導入によって、公正取引委員会が事業所等への臨検・捜索・差押えを実施すると同時に、検察当局が関係人の身柄拘束を行い、これによって刑事的エンフォースメントを強力に推し進めることができるようになるという見解²⁶⁸が存在していたことは記憶に新しい。しかし、これまでのところそのような手法が採られた実例は存在せず、そもそも、このような手法を採用すること自体に重大な問題が含まれているように思われるのである。

まず、被疑者の身柄拘束に関する基本的な点についてであるが、逮捕というものは、刑事訴訟法199条1項にあるように、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由」がある場合であって、かつ、逮捕の必要性が認められる場合でなければ許されないものとされている。そして、その必要性の判断に当たっては、刑事訴訟規則143条の3にあるように、逃亡のおそれがあるとか、罪証隠滅のおそれがあるといった諸要素が勘案されることとなるが、ここで留意すべき点は、被疑者を取り調べる目的で逮捕することは許されないこととされていることである²⁶⁹。

また、起訴前勾留についても、刑事訴訟法60条1項にあるように、「罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由」がある場合であって、かつ、住所不定、逃亡又は罪証隠滅のおそれのいずれかが認められる場合でなければ許されないとされている。

しかも、ここにいう罪証隠滅のおそれとは、単に抽象的な罪証隠滅の可能性ではなく、罪証隠滅が客観的に可能であって、かつ被疑者にその意図が認められる具体的可能性のある場合でなければならないとされており²⁷⁰、その上、単に自白をしていないこと、あるいは、否認していることから直ちに罪証隠滅のおそれがあるという結論を導くことも許されないとされているのである²⁷¹。

このように、当たり前のことではあるが、人権に対する重大な制約を伴う身柄拘束というものは、厳格な要件の下においてはじめて認められるものであり、安易に自白を引き出す手段として身柄拘束を利用するような前述の見解には、やはり看過できない重大な問題が含まれているように思われるのである。

²⁶⁸ 村上政博「独占禁止法上の制裁措置の現状と課題—刑事罰への犯則調査権限と行政制裁金制度の導入を」NBL770号(2003)10頁～11頁、川出敏裕「犯則調査権限の導入」ジュリスト1294号(2005)32頁。

²⁶⁹ 田口・前掲註152)69頁、白取・前掲註152)153頁参照。

²⁷⁰ 田口・前掲註152)76頁参照。

²⁷¹ 田宮・前掲註22)83頁、白取・前掲註152)163頁、池田＝前田・前掲註152)111頁参照。

思うに、自らは逮捕権限を有しないが、他の捜査機関にこれを行使してもらって調査の目的を達成しようという発想は、廃止された日本郵政公社法 63 条 1 項が、郵政事業の犯罪等の捜査に従事させるため郵政監察官なるものを設置し、同 4 項が、郵政監察官が被疑者の逮捕を必要とするときには、警察官である司法警察職員にこれを逮捕してもらう旨規定していたことを彷彿とさせる。

ただ、廃止された日本郵政公社法の 63 条 5 項には、郵政監察官が警察官に逮捕を依頼した場合に、その身柄を郵政監察官に引致する旨規定していたから、このような身柄を受けられる権限のない公正取引委員会とは決定的な違いが存在しているのである。

仮に、独占禁止法の中にこのような身柄の引き受けに関する規定が存在しているならば、捜査機関が関係人の身柄を確保した上で、公正取引委員会と連携して独占禁止法違反の調査を実施するという手法もあるいは考えられたかもしれない。しかし、そのような規定が存在していない以上、やはり身柄拘束と犯則調査とを組み合わせることに大いに疑問がある。

前述のような見解は、かつて国税犯則調査手続との関係で主張されていた収税官吏による逮捕をめぐる議論とも共通する部分がある。すなわち、かつて、税法分野の一部の学説においては、収税官吏には職務上の権限としての逮捕権限は与えられていないものの、刑事訴訟法 213 条は、現行犯人について、何人でも逮捕することができる旨規定しているから、私人としてこれを逮捕することによって、被疑者の身柄を確保すればよいとする主張がなされていた²⁷²。しかし、筆者はこのようなことも決して許されるべきでないと考えている。

ここで、あまり横道に逸れるつもりはないが、要するに、もともと想定されていない形で法を組み合わせ、もって調査の目的を遂げようとするには慎重であるべきであるということである。

このことに関連して、下級審判例²⁷³においては、税関職員であっても、私人として現行犯逮捕ができないわけではないが、税関職員には、現行犯人に任意同行を求める法的権限があるわけではないから、現行犯と思しきその者を半ば強制的に連行したような場合には、それを正当な職務執行行為とみることにはできないとしている。また、刑事訴訟法 220 条 1 項が私人を挙げておらず、私人の場合には、逮捕に伴う捜索・差押え等ができないことになっていることも指摘される²⁷⁴。確かに、私人たる身分で身柄を確保する一方で、担当官たる立場でこれを調査に利用しようとするのだから、前述の判例が消極的な理解を示したのも肯ける。

話をもとに戻すと、筆者は、なぜ独占禁止法上が犯則調査手続の中に身柄拘束に関する規定を設けなかったのか、なぜ警察官職務執行法 2 条 2 項にあるような任意同行に関する

²⁷² 津田・前掲註 42) 78 頁～79 頁、141 頁～142 頁、臼井・前掲註 42) 156 頁～157 頁。

²⁷³ 大阪高判昭和 34. 5. 4 高刑集 12 卷 3 号 255 頁。

²⁷⁴ 白取・前掲註 152) 157 頁参照。

規定が独占禁止法の犯則調査手続の中に設けられなかったのかについては、それなりに意味があることだと思うのである。

法が公正取引委員の職員を捜査機関としなかったのは²⁷⁵、独占禁止法違反については、第一義的には行政的処理によって完結することを法が予定しているからであって、犯則調査手続というものは、そのような枠組みの中の1つの手続にすぎないと思うのである。

この点、公正取引委員会と検察庁の連携を強調するならば、なぜ検察庁において収集された証拠資料を公正取引委員会において利用できるとする規定が存在していないのだろうか。このように、証拠資料の利用が一方通行であるならば、両当局が連携をとって調査に当たるといっても、それに多くを期待することができないのは当然である。

つまり、我が国においては、後述するアメリカにおける併行手続(parallel proceeding)のような手続が認められていない以上、公正取引委員会における調査と検察庁における捜査を併行的に捉えることは困難だといわなければならない。

その他にも、前述のような見解については、少し違った角度から疑問を見出すこともできる。すなわち、実務的な視点からみれば、限られた勾留期間内だけで独占禁止法違反事件の全容解明を遂げることはほとんど不可能であるから、身柄拘束のタイミングというのが、公正取引委員会による告発と同時期、つまり、事実関係がほぼ確定した調査の最終段階でなければなされないのが常となっている。これは、勾留期限内に公判請求できる目途がつかなければ身柄拘束に踏み切ることが難しいからであると思われるが、このことについて前述の見解²⁷⁶は、調査の初期段階から関係人の身柄を拘束して事案の解明を図ることを想定しているかのように読み取られる内容となっており、そうだとするならば、それは現実とかけ離れたものだとしかいいようがない。

実務においては、犯則調査手続が導入された今日であっても、検察庁が、訴訟条件たる刑事告発がなされるかどうか分からない時点において、独自に、手間のかかる独占禁止法違反の罪について捜査するとは現実問題として考えにくいし、また、公正取引委員による行政調査が先行し、刑事手続はその後に続くという構造自体も以前と何も変わっていないのである。

犯則調査手続の導入が検察庁との連携強化に資するということは、犯則調査権手続導入のメリットとしてこれまでよく取り上げられてきたところであるが、犯則調査手続が導入された現在、どのような変化が生まれたのであろうか。平成17年の法改正前後の学説を確認してみると、それらは、犯則調査手続の導入によって、それまでの制度上の垣根が取り払われ、公正取引委員会が、告発の予想される案件について、告発前に検察庁と相談し、刑事手続において必要とされる証拠について示唆を受けることができるようになるとして

²⁷⁵ 刑事訴訟法上の捜査機関は、検察官(191条1項)、検察事務官(191条2項)、司法警察職員(189条2項)であり、刑事訴訟法190条の特別司法警察職員の中にも公正取引委員会の犯則審査部の職員が含まれていない。

²⁷⁶ 村上・前掲註268) 10頁～11頁、川出・前掲註268) 32頁。

いた²⁷⁷。また、犯則調査手続については、令状主義との関係だけでなく、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係でも憲法上の疑義が払拭されているため、何ら憚ることなく告発前から公正取引委員会と検察庁とが緊密な連絡を取り合い、検察官が単独又は合同での捜査が可能になるともいわれてきた²⁷⁸。しかし、実務に携わってきた筆者にとって、以前と比べて、公正取引委員会と検察庁の距離が縮まったという実感はまったくない。

確かに、一連の平成 17 年の法改正に合わせる形で公正取引委員会の組織も改められ、特別審査調整官と呼ばれるポストが新たに事務総局審査局内に設けられて、それまでの審査局付と官房付の検察官 2 人体制から 3 人体制への変更がなされた²⁷⁹。また、前述のし尿事件や名古屋地下鉄談合事件においては、検察庁と公正取引委員会の係官が合同で強制調査に当たるなど、それまでにない手法も試されてきたのも事実である。それでも公正取引委員会と検察庁の距離感に変化が生まれたという感覚はないのである。

これは一体何故であろうか。これは、単に告発件数が少なく経験不足によるもので、今後運用を重ねることによって解決する問題なのであろうか。あるいは、前述の見解²⁸⁰が指摘するように、公正取引委員会の職員に必要な心構え、それに見合った人材育成がまだできていないということであって、今後、それらを兼ね備えた職員が育つことによって解決する問題なのであろうか。

筆者は、これは構造的な問題であって、おそらく経験であるとか職員の心構えによって解決する問題ではないと考える。そもそも、犯則調査手続の導入によって憲法上の疑義が払拭されたとすること自体にも疑問があるが、この点はともかく、ここでは、独占禁止法への犯則調査手続の導入と公正取引委員会及び検察庁の連携強化は必然的に繋がるものなのか、制度上の垣根が取り払われたというのは本当なのかということについて考えてみたい。

独占禁止法 74 条 1 項は、犯則の心証を得たときには検事総長に告発しなければならない旨規定し、同法 116 条 1 項は、告発した場合において、領置物件、差押物件があるときには、目録とともにこれを検察庁に引き継がなければならない旨規定しているから、公正取引委員会が収集した証拠資料について、以前のような煩雑な手続を経ることなく証拠資料の引き継ぎができるようになったことは間違いない。

しかし、これらはあくまで証拠資料の引継ぎに関する規定であって、公正取引委員会と検察庁とが証拠資料を共有し、連携して独占禁止法違反の調査に当たることを想定した規定ではない。

これら収集された証拠資料というものは、まず公正取引委員会によって利用され、後に、

²⁷⁷⁾ 川出・前掲註 268) 31 頁。

²⁷⁸⁾ 白石・前掲註 4) 398 頁。

²⁷⁹⁾ 公正取引委員会事務総局組織規程 2 条の 2 には、官房に 1 名以内の特別専門官を置くとし、民事訴訟や損害賠償等の訴訟事務に参画するとする。また、同規程の 2 条の 7 には、審査局に 2 名以内の特別専門官を置き、主な事件の審査や事件処理に関する重要事項に関する事務に参画するとされており、規程上は、特別審査調整官なる名称は使用されていない。

²⁸⁰⁾ 川出・前掲註 268) 31 頁。

刑事告発を経て検察庁によって利用された後、検察庁から直接差出人たる法人事業者に対して還付されるのが通常の流れであるが、行政調査部門が独占禁止法 47 条 1 項に基づいて留置した証拠資料を犯則調査部門が差押え、それを検察庁に引き継いだ場合には、検察庁から差出人たる行政調査部門に当該証拠資料が還付され、そこから法人事業者に還付されるという回りくどい手続が採られることとなる。ただ、その場合であっても、証拠資料の還付の過程で犯則調査部門を経由することはなく、証拠資料の流れが一方通行であることに違いはない。

このように、公正取引委員会によって収集された証拠資料は、告発によって検察庁に引き継がれると、仮に、刑事手続と併行して公正取引委員会において行政審判が開かれ、そこで証拠資料が必要になったとしても、引き継いだ資料を再利用する手続が存在していないため、行政審判においては、当該証拠資料そのものを利用することはできないこととなる。

また、公正取引委員会により刑事告発がなされる場合、通常、検察庁においても強制捜査が実施されることとなるが、そこで検察庁によって差押えられた証拠資料は、たとえ公正取引委員会の行政審判において利用価値のあるものだとしても、公正取引委員会においてそれを利用する手続は存在していないし、また、検察官が聴取した供述調書を行政審判で利用できるとする手続も存在していない。

要するに、証拠資料の流れを見る限り、事実上一方的に公正取引委員会が検察庁に協力する場面があるとしても、その逆の場面というものは存在しておらず、そこに両者の協力関係だとか相互の連携といったものをイメージすることは難しい。

なお、前述の学説においては、犯則調査手続の導入によって、公正取引委員会が告発前に検察庁と相談し、刑事手続において必要とされる証拠について示唆を受けることができるようになったとするが、これは、公正取引委員会と検察庁との関係を、暗に検察と警察の関係と同様のものとして捉えているように思われる。

確かに、検察官と司法警察職員との関係については、刑事訴訟法 193 条 1 項が「検察官は、その管轄区域により、司法警察職員に対し、その捜査に関し、必要な一般的指示をすることができる」と規定し、同 2 項も、検察官は司法警察職員に対して、「捜査の協力を求めるため必要な一般的指揮をすることができる」と規定しているから、それらが指揮を出す側と受ける側の関係にあることは間違いない。

さらに、刑事訴訟法 193 条 3 項は、検察官が必要に応じて司法警察職員を指揮して捜査を補助させることができるとし、同 4 項は、司法警察職員が検察官の指示又は指揮に従わなければならない旨規定しているから、同法 192 条が検察官と司法警察職員は協力関係にある旨規定しているけれども、実質的な上下関係がそこに存在することは否定できない現実である。

しかし、公正取引委員会の職員と検察官の間には、法律上そのような関係は存在していない。むしろ、法律は、公正取引委員会に専属告発権限を与えているのであるから、イ

ニシアティブは常に公正取引委員会の側にあるべきとも考えることができる。

以上のことが何を意味するかというと、検察官の側の意識としては、司法警察職員と同じように公正取引委員会の職員を指揮して捜査の目的を遂げようとするが、公正取引委員会の職員としては、そのような指揮を受ける義務はないため、意識のギャップがそこに生まれることとなる²⁸¹。

ただ、そのような意識のギャップが潜在的に存在するとしても、公正取引委員会の職員としては、訴追権限を独占する検察官に対し、告発した案件を何とかして起訴してもらいたいと思うし、また、続く告発案件についても同様に起訴してもらいたいと思う等々、実に様々な思惑がそこに働くことになるから、結局、検察官の指示に事実上従うようになるのである。

そして、さらに進んでそこからどのような状況が生まれるかということ、今度は、公正取引委員会側において刑事告発が相当だと考える案件であっても、実際に当該案件を告発できるかどうかは、事実上、検察庁の側の判断によって決まるという不思議な構図が出来上がっていくことになるのである。

すなわち、公正取引委員会が刑事告発をする前に「これでよろしいでしょうか」と検察庁にお伺いをたて、検察庁においてそれを受けると判断したときにはじめて刑事告発がなされるという構図である。このようなことは、以前から今に至るまで変わらず続く現実なのであるが、どういう訳かこれまで明らかされることはあまりなかった²⁸²。

もちろん、このような現状は、法律が公正取引委員会に専属告発権限を与えたことと明らかに矛盾するものであって、法律の趣旨に外れるこのような実務運用は、本来、すぐにも改められなければならないものである。

そして、犯則調査手続の導入というものは、このような法律の建前と実際の運用の「ねじれ」をむしろ顕著なものとしたように思われるが、このような運用の「ねじれ」というものは、犯則調査手続を刑事手続に類するものと捉えることによって、ますます拡大してしまうように思われてならないのである。

独占禁止法 74 条 3 項は、公正取引委員会が刑事告発した案件を不起訴とする場合、検事総長が法務大臣を通じて内閣総理大臣に報告しなければならないと規定し、非常に厳格な手続を採っているから、不起訴に伴う手続というものは、それなりに煩雑なものになるであろうが、このように手続が煩雑であるからといって、検察庁の判断で告発を受理しないとか、受理を渋るといったことを正当化することはできないし、そもそもこのような厳格な手続が設けられているということは、一部の学説が期待するように、頻繁に刑事告発することを法は予定していないとも考えることもでき、そうであるならば、ごく限られた数

²⁸¹ 日本の検察官の姿勢の一般的理解については、デイビット・T・ジョンソン『アメリカ人のみた日本の検察制度 日米の比較考察』（2004年、シュプリングラー・フェアラー東京）（大久保光也訳）も参照。

²⁸² この点と関連する指摘をする数少ない論文として、古城誠「公取委のエンフォースメントと私訴」日本経済法学会編『独占禁止法のエンフォースメント』経済法学会年報 22 号（2001年、有斐閣）8 頁がある。この論文は、刑事罰の不活用の根本的原因は、検察当局が刑事罰の対象を絞っており、この絞りに応じた告発が求められた結果、告発対象が絞られたにすぎないと指摘している。

しかない告発を受理しないと、それを渋るといったことはますます許されないように思われるのである。

なお、前述の学説は、告発前に検察庁と相談し、刑事手続において必要とされる証拠について示唆を受けることができるようになったとしてこれを肯定的に捉えているが²⁸³、そもそもなぜ公正取引委員会が刑事手続において必要となる証拠を集めるため検察から示唆を得なければならないのだろうか。

公正取引委員会は、あくまで競争政策の観点から刑事告発が最適であるかどうか自ら判断するために、犯則調査手続によって調査を実施するのである、という本論文の立場からみると、仮に一連の手続において収集された証拠資料が、結果として刑事手続において利用価値のあるものであるとしても、また、実際に、そのような場合も多々あるとしても、刑事手続で利用する証拠資料を収集すること自体が犯則調査手続の目指すところではないと考えられるのである。

また、単に、証拠の収集に関する諸々のアドバイスという程度のことであるならば、審査局付の検察官がこれに対応すれば十分であると考えられ、わざわざ犯則調査手続の導入というものを持ち出して論ずるまでもないと思われるのである。

これまで述べてきたような問題、つまり、犯則調査手続の導入によっても縮まらない公正取引委員会と検察庁との意識の隔たりというものについては、少し違った角度からも観察することができる。これも、これまであまり指摘されてこなかったものであるが、公正取引委員会と検察庁との間に横たわる溝の深さというものをよく示すものであり、犯則調査手続の在り方を考える上での参考となると思われるのであえてここで触れておくこととする。

この点については、先程と同様にいわゆる値上げカルテルを例にして考えることにするが、たとえば、実際のカルテル案件においては、いわゆるカルテル合意がなされたからといって、それが、必ずしも、入札談合のように、分かりやすい形で実際の価格に反映されるとは限らない。

例をあげて説明すると、ある商品のメーカー数社が共謀してある商品の販売価格について、いついつ出荷分から1キログラム当たり何パーセント値上げするか、いついつから具体的な単価でいくら値上げするかといったことを合意し、それぞれカルテル参加事業者の営業社員がこのカルテル合意に基づいて取引先と値上げ交渉を実施したとする。

ところが、現実には、値上げ交渉をしたからといって、取引先がそのようなコストの上昇をすんなり受け入れることはまずないので、カルテル合意の内容どおりの値上げが達成できないとか、場合によっては、価格を据え置きにされてしまうとか、逆に、実質的な値下げを求められそれを受け入れさせられてしまうことすら起こりうる。問題は、これをどう評価するかであるが、これは、不当な取引制限罪の処罰根拠がどこにあるのかということ、また、同罪の成立時期はいつなのかなど、これまでよく議論されてきた諸々の問題と

²⁸³) 川出・前掲註268) 31頁。

も関連するところがある。

このことについて、検察当局においては、伝統的な考え方として、経済事犯というものが、不正に経済的利得を得る目的で行われるものであり、不正な経済的利得があつてこそ悪性があるとする考えが根強く存在しているようである²⁸⁴。そうすると、実施状況の芳しくない前述のようなカルテルは、結論としては、刑事罰の対象外とする方向に話が進むことになると考えられる。ただ、このようにカルテルの実施状況に固執する考え方に対しては、公正取引委員会においてアレルギー反応を示す意見が根強い。

確かに、典型的なカルテルにおける実施行為というものを思い浮かべてみると、それは、原料価格が高騰する中で、そのコストを川下に転嫁したいという思いが一致し、また、1社で値上げ活動をしなくても取引先に値上げを受け入れてもらうことが困難であることから、カルテル参加者が一致団結して値上げ活動を実行していくことによって、価格転嫁を実現していこうとする場合が多いように思われるが、とかくそのようなタイプのカルテルというものは、もともと価格形成力の点であまり売り手側が強くない市場環境において発生することが多く、逆に、だからこそカルテルに頼ろうとするインセンティブが働くともいえ、そのような市場にあつては、実施状況が芳しくないことはむしろ当たり前であるともいえる。

そして、そのような市場環境において醸成されたカルテルについて、ただ単に実施状況が芳しくないというだけで刑事処罰が難しくなるというのであれば、それはそれで問題のように思われる。

そこで、公正取引委員会としては、不当な取引制限罪の保護法益を自由競争経済秩序そのものとして捉え²⁸⁵、また、合意の時点で不当な取引制限罪は既に成立しており、実施状況を斟酌する必要はないとして、経済的利得があつたかどうかにかかわる見解を批判するのであろう。また、カルテルの悪性を示すものとしては、当該カルテルに参加したものの市場におけるシェアが高いとか、カルテルの対象となった商品の市場規模が大きいとか、カルテル対象商品が生活必需品であるといった事情を示すことによって、それが国民生活にとって重大な影響のあるものだということを強調することになるのであろう。

確かに、不当な取引制限罪の成立時期について最高裁は、「他の事業者と共同して対価を協議・決定する等相互にその事業活動を拘束すべき合意をした場合において、右合意により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争が実質的に制限されたものと認められるときは、独占禁止法89条1項1号の罪は直ちに既遂に達し、右決定された内容が各事業者によって実施に移されることや決定された実施時期が現実に到来することなどは、同罪の成立に必要でない」との判断を示しており²⁸⁶、いわゆる合意時説の立

²⁸⁴ 検察実務の立場からは、価格を高額に吊り上げて不当な利益を得ているようなカルテル事案であれば、反社会的な行為であるとして取締りの必要性を説明しやすいという。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みた問題点」刑法雑誌 36 巻 2 号 (1996) 252 頁。

²⁸⁵ 根岸＝舟田・前掲註 7) 351 頁、金井ほか・前掲註 4) 511 頁 (山部俊文執筆) 参照。

²⁸⁶ 最判昭和 59. 2. 24 刑集 38 巻 4 号 1287 頁。

場を採っているから、判例の立場に沿って考えるならば、いわゆる実施状況を斟酌する必要はないということになるのであろう。

これについて、学説はどうかというと、学説においては、判例のようないわゆる合意時説のほか、合意が実施された時点を成立時期とするいわゆる実施時説、合意の実施が着手された時点を成立時期とするいわゆる着手時説があると一般に理解されてきたが²⁸⁷、その他にも、経済法分野の学説からは、単に合意があっただけでは必ずしも競争変数に変化が起こりうる状態になるわけではないから、このような競争変数が左右され得る状態になったかどうかという物差しによって成立時期を決めるべきだとする見解²⁸⁸も主張されているところである。

また一方で、経済刑法分野の学説からは、自由競争経済秩序という概念が国民の理解できる保護法益としては抽象的に過ぎるから、不当な取引制限罪の保護法益は、消費者又は企業体の経済利益と理解するべきだとし、そのような法益が現実的に侵害された場合にはじめて可罰的になるという主張もなされていた²⁸⁹。

この見解は、違反の成立時期について、消費者又は企業体の経済利益という法益に対する現実の侵害があったときにはじめて成立すると解しており、かつ、このように解することによって、独占禁止法89条2項に規定されている未遂罪というものを無理なく観念することができると主張する。

また、この見解は、行政処分の対象としての不当な取引制限については、合意時に違反が成立するとしており、刑事罰と行政処分とで成立時期に違いがあるものと理解している点もおもしろい。

この点について、経済法分野の学説からは、違反の成立時期について、犯罪行為としての不当な取引制限と排除措置の対象としての不当な取引制限を別異に解すべき理由はないとの主張²⁹⁰もなされているが、犯罪行為としての不当な取引制限が常に行政処分たる排除措置の対象になるとはいえども、排除措置の対象としての不当な取引制限が常に犯罪行為としてのそれに該当するわけではなく、そもそも行政処分の対象としての不当な取引制限に未遂という観念が存在するとは思われず、両者を常に同じく解釈しなければならない論理必然性はないように思われる²⁹¹。

したがって、刑事罰と行政処分とで違反の成立時期に違いがあるとしても、それ自体には何ら不思議はないと思われるが、いずれにせよ、合意時説というものは、経済刑法分野からの指摘にもあるように、独占禁止法89条2項の未遂処罰の存在を十分に説明できないと

²⁸⁷ 今村成和『私的独占禁止法の研究(5)』(1985年、有斐閣)108頁～122頁、植松勲「違反成立の時期」別冊ジュリスト161号(2002)56頁～57頁参照。

²⁸⁸ 白石・前掲註4)240頁。

²⁸⁹ 神山・前掲註5)97頁、106頁～107頁。

²⁹⁰ 今村・前掲註287)109頁。

²⁹¹ 林幹人「石油カルテルの刑事責任」ジュリスト813号(1984)14頁参照。

ころに大きな欠点があるように思われる²⁹²。

すなわち、いわゆる合意時説というものは、予備行為や陰謀といったものと実行の着手との境目だけでなく、実行の着手があつてこれを遂げなかった未遂とそれを遂げた既遂との境目をも不明確なものとし、この点において、競争変数が左右され得る状態を基準に成立時期を判断する見解についても、未遂処罰の範囲を限定することができないため、やはり刑罰の適用というものを考えた場合には、処罰範囲を不当に拡大するおそれがあるものと思われる。

ただ、純粋な行政事件として違反の成立時期を考えた場合、もとより未遂とか既遂といったことを考慮する必要はなく、競争変数が左右され得る状態が存在するならば、行政的にはそれを排除する必要性が認められると考えられるから、その場合には競争変数が左右され得る状態の存否を基準に成立時期を判断すればよいように思われるのである。

このように、合意時説というものは、実は、刑事手続との関係においては必ずしも説得的なものではなく、判例があるというだけでそれを手放しに肯定することはできない。

一般に、刑事罰の実効性を期待するためには、刑罰によって倫理的道義的非難を加えることに国民の理解が追いついてこなければならぬと考えられるところ、実施状況を斟酌しないままに倫理的道義的非難の対象を設定しようとするには少し無理があるように思われる。

この意味で、不正な経済的利得の有無にこだわる検察当局の見解には説得的な部分があり、逆に、シェアが高いこと、市場規模が大きいこと、生活必需品であるといったことは、倫理的道義的非難との関連付けが必ずしも明らかではない分、国民の処罰感情に訴えるものが少ないように思われてならない。

そもそも、シェアが高いとは何パーセント以上のことをいうのか、市場規模が大きいとはどれ程のものなのか、生活必需品とはどの程度生活に密着しているものをいうのかもはっきりせず、せめてその目安となる数値を示さなければ、国民の理解が得られないのも無理はない。

以上述べてきたように、犯則調査手続が導入された現在にあつても、公正取引委員会と検察当局との間には、未だ克服できていない根の深い問題が残されており、それらは、単に公正取引委員会が刑事告発の数をこなして経験値を上げるとか、あるいは、公正取引委員会の職員だけが意識改革を行って解消できるような代物ではない。

おそらく、それを解消するためには、まず意識の問題として、経済法関係者は、刑事罰を科すことの重大性や手続の峻厳性というものを再認識して、刑事手続についての理解を深める必要があるだろうし、検察当局側も、社会的耳目を集めるような事案でなくても、

²⁹² 合意時説をとった場合、未遂をいわゆる主観説によらなければ困難なように思わなくもないが、この主観説というものが支持されていないことは周知のごとくである。なお、未遂処罰の一般的理解については、山口厚『刑法総論 第2版』(2007年、有斐閣)265頁～272頁、西田典之『刑法総論』(2006年、弘文堂)275頁～285頁、前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(2006年、東京大学出版会)134頁～146頁、大谷實『刑法講義総論』(2007年、成文堂)362頁～374頁参照。

立証が困難で手間がかかっても敬遠しないような姿勢というものが求められているように思われる。

さらに、立法論をいえば、収集された証拠資料を常に相互利用できるようなシステムの構築が望まれるように思われるが、何よりもまず、根本的な問題として、処罰根拠がどこにあるのかということをはっきりさせ、それについての国民的なコンセンサスが欲しいところである。ただ、国民の関心なのか、マスメディアの関心なのかは必ずしも明らかではないが、たとえば、入札談合案件において、社会的耳目を集めるのは、とかく、いわゆる官の関与であるとか、価格が吊り上げられて税金が無駄に使われたということであり、現実問題として、競争が減殺されたということ自体に怒りを覚える者はまずいないように思われる。

このことは、抽象的な自由競争経済秩序自体を害したから刑事罰が科されるのだとする理解について、国民のサポートを求めることは難しい状況だということを示しており、仮に、刑事罰というものを今後も維持するのであるならば、カルテル参加者が自由競争経済秩序を阻害することによって具体的にどのような恩恵を受けたのかということをはかりやすく説明する必要があるように思われる。もちろん、倫理観を醸成するために安易に刑罰を用いるという発想が混入することだけは避けなければならない。

独占禁止法への犯則調査手続の導入というものは、これまであまり脚光を浴びてこなかった独占禁止法上の刑事的エンフォースメントに光を当て、以前から指摘されながらも一向に改善の目途がたたなかった手続保障上の問題にメスを入れたところに大きな意義があったと思われるが、実は、刑事的エンフォースメントの出番というものはそれほど多くはなく、大方の見解がそうであるように、犯則調査手続をもつばら刑事的なものとして捉えられ、その「出番」は自ずと限られたものとなる。

そうすると、そのためだけに組織された部署に機能不全が生じ、そこに、本来刑事的に処理しなくてもいい案件を無理に刑事的に処理しようとするインセンティブが生まれることが懸念される。これは、かつて、重大事件を扱うためとして組織された特別審査部という部署が、実際には重大案件と呼べるようなものがそれほど存在してなかったこともあって、実際には、細々とした案件についても掘り起こして審査を行っていたことを思い起こさせるものである。現在では、ファイアーウォールが存在によってこのような運用は困難なものとなっており、このままでは、いずれ行政効率の観点から問題が指摘されることになるかもしれない。

いずれにせよ、独占禁止法における犯則調査手続というものは、このような状況下においても十分に機能するような解釈運用がなされなければならないのである。この意味で、前述した環境刑法分野においては、いわゆる「行政従属」²⁹³の問題がよく議論されており、

²⁹³ 行政従属とは、保護されるべき行為の内容を、行政法規範、命令・禁止という行政行為に依存させ、刑法はその違反行為に対して刑罰を科すというもの。町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年、信山社）39頁（町野朔執筆）参照。

それは、刑事が前面に出過ぎない手続の可能性について示唆しているように思われる²⁹⁴。

すなわち、環境問題というものは、多くの人間がそれに関係し、そこでは、利害が複雑に対立することもあるため、柔軟な調整が求められることも少なくなく、また、事後的に対応したのでは取り返しのつかない環境破壊が生じるおそれもあるため、行政がこれに事前的に介入して対処することが有効だと一般にいわれている。

このようなことから、環境刑法分野の学説においては、刑法は、行政活動の側面援助機能を果たすべきだとの指摘がなされているが²⁹⁵、一方で、このような見解に対しては、行政従属²⁹⁶の下においては、行政機関の懈怠や黙認によって刑法の発動が不可能になるおそれがあり、また、行政機関による選択的・差別的な運用によって、処罰に不平等・不統一が生ずるおそれもあることから、環境刑法を行政従属から解放して独立化すべきとの指摘もなされている²⁹⁷。

このように環境刑法分野においては、行政と刑事の役割分担に関する議論が正面からなされ、行政従属というものの是非が検討されてきたわけであるが、この点、経済法分野においては、行政と刑事の接点に関する議論が少なく、行政従属というものにいたっては、まるで議論されてこなかったといっても過言ではない状況となっている。

確かに、環境問題とは違って独占禁止法事案の場合、事後的に対応したのでは取り返しのつかない事態というものを想定することが難しく、また、事前介入の必要性についても、企業結合規制を除き、一般的に低いといえるのかもしれない。

しかし、法は、公正取引委員会に専属告発権限を与え、経験と専門的知見を有する公正取引委員会に、刑事的な処理が妥当かどうかという点も含め、最適なエンフォースメントの選択をするよう求めているわけであるから、ここに絶対的な行政従属というものをみることもできるのではなかろうか。

犯則調査手続が導入される以前においては、経済法関係者の間に、刑事罰は行政処分 of 側面援助機能を果たすものとの認識が暗黙のうちに存在していたように思われるが、犯則調査手続が導入された現在、この関係が分かりにくいものになっているように思われ、経済法分野においても、行政従属の問題、行政と刑事の役割分担について議論される必要があるように思われる。

では、次項においては、犯則調査手続の導入によって以前から指摘されてきた手続保障上の問題点のうち、令状主義に関する問題がどのようになったのかについて概観していくこととする。

²⁹⁴ 行政従属の一般的理解については、中山ほか編・前掲註 264) 24 頁～27 頁(中山研一執筆)、41 頁(松宮孝明執筆)、68 頁～69 頁(浅田和茂執筆)、246 頁～247 頁(恒光徹執筆)参照。

²⁹⁵ 町野・前掲註 293) 9 頁～11 頁、39 頁～40 頁(町野朔執筆)、同 326 頁～328 頁(京藤哲久執筆)参照。

²⁹⁶ 行政従属というものは、講学上、相対的行政従属型と絶対的行政従属型に分けることができるとし、前者は、刑罰の範囲が行政規制に依存している場合、後者は、行政規制を担保・補強するために刑罰が用意されているような場合と説明されている。中山ほか編・前掲註 264) 25 頁(中山研一執筆)参照。

²⁹⁷ 伊東研祐「刑法の行政従属性と行政機関の刑事責任」中山研一先生古稀祝賀論文編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第二巻 経済と法』(1997 年、成文堂)121 頁～124 頁。

第2款 犯則調査手続の導入と令状主義

これまでも述べてきたように、公正取引委員会は、犯則調査手続の導入によって、管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官が発する許可状の発布を得て、臨検、捜索、差押えを実施し、それによって必要な証拠資料の収集、保全をすることができるようになった。もちろん、このように許可状の発布を得た上で取得・収集される証拠資料については、それが令状主義との関係で問題を生じる余地はないが、だからといってこれですべて問題が解消したというわけではない。

すなわち、犯則調査手続が導入される以前においては、無令状の行政調査を許す規定及びその適用が令状主義に反するのではないかとの指摘²⁹⁸がなされ、また、無令状の調査によって収集された証拠物が検察庁に引継がれ、それが後の刑事手続において証拠物として利用されることについても問題であるという指摘²⁹⁹がなされてきたわけであるが、現在においても、無令状の行政調査は独占禁止法 47 条によって認められているし、同法 74 条 2 項によって、犯則調査部門を経由しないまま直接に刑事告発することも認められているのである。

また、周知のごとく、犯則調査手続が導入される以前においては、令状主義に関する一連の疑義を払拭するため、刑事告発の際、検察当局が刑事訴訟法 218 条に基づき裁判所の発する令状を取得した上、公正取引委員会の収集した証拠資料の差押えを行い、これを刑事手続で利用するという実務運用が採られていたが、現在においては、これと同じようなことを犯則調査部門が行っている。

すなわち、行政調査部門が独占禁止法 47 条に基づいて収集した証拠資料については、犯則調査部門が同法 102 条に基づいて差押えを行い、刑事告発が行われた場合には、これを検察庁に引き継ぐという実務運用がなされており、また、このとき検察庁に引き継がれた証拠資料は、同法 116 条 3 項により、刑事訴訟法の規定によって押収されたものとみなされる。

このように、犯則調査手続が導入されたことによって、少なくとも、最初から最後まで犯則調査手続として完結する案件については、令状主義との関係での問題はほぼ払拭されたといえるのかもしれないが、それ以外の案件については、手続保障面において実質的に何が改善されたのかが必ずしもはっきりとせず、形式的に令状主義の要請が満たされたかのような体裁を整えたとしても意味がないという従来の批判³⁰⁰がそのまま妥当してしまうように思われる。

そこで、以下においては、現在もある許可状によらない行政調査というものをどう理解

²⁹⁸) 臼井・前掲註 77) 501 頁～502 頁。

²⁹⁹) 金子・前掲註 15) 666 頁、小川ほか・前掲註 38) 43 頁～45 頁(石島弘執筆)、松沢・前掲註 126) 120 頁、清永・前掲註 126) 227 頁、早坂・前掲註 125) 200 頁、佐藤・前掲註 8) 50 頁～52 頁。

³⁰⁰) 川出・前掲註 93) 21 頁。

すべきなのか、許可状によらない行政調査によって収集された証拠資料に基づき告発することができるとする規定をどう捉えるべきなのか、許可状によらない行政調査によって収集された証拠資料を犯則調査部門経由で検察当局に引き継ぐことが手続保障上の問題とどう関わるのかといった論点について順次検討を加え、独占禁止法上の手続における令状主義の保障というものの現状について考えてみたい。

まず、既に検討した令状主義に関する種々の問題の再確認から始めることとするが、この令状主義というものは、もともとは刑事手続のために認められたものであって、一定の場合に行政手続にも拡張的にその保障が及ぶとされるものであった。

そして、前述のいわゆる川崎民商事件判決や成田新法をめぐる判決も、令状主義の保障が行政手続に及ぶことを一般的に認めた上、判決の中で手続保障が及ぶ基準を示し、それは、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくものかどうか、公共の福祉の維持という行政目的達成のために必要不可欠なものであるかどうか、強制の程度ないし態様が直接的物理的なものであるかどうかというものであった。

そして、これまでの検討の中においては、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくかということとプライバシーの保護ということとは直接結びつかないこと、令状主義の保障に公共の福祉論を持ち込むことには問題があることが明らかとなった。

また、強制の程度ないし態様が直接的物理的なものである場合にはもちろんのこと、たとえ間接強制による場合であっても、プライバシーの保護が強く要請される場面においては、令状主義の保障を及ぼすべきという結論が導かれた。これは、令状主義というものが、プライバシーの保護をその本旨とするものであることから導かれたものであったが、そのほか令状主義は、無差別一般令状を禁止し、当局を司法的に抑制するところにその存在意義があるとされていた。

そこで、以上のようなことを踏まえて独占禁止法における許可状によらない行政調査について考えてみると、そもそも、令状主義の保障は、元来刑事手続との関係において認められてきたものであるから、刑事手続とまったく無縁な手続、たとえば不公正な取引方法については、その行政調査の過程で検査妨害等が行われ、それに刑事罰が科される可能性があるとしても、不公正な取引方法それ自体に対して刑事罰が科されることはなく、そのような違反行為の解明を目的とした行政調査には基本的に令状主義の保障を当然に及ぼさなくともよいと思われる。

一方で、不公正な取引方法の禁止違反の疑いで事業所に対する行政調査が実施される場合であっても、プライバシーの保護が強く要請されるような場面、たとえば、調査の対象が個人宅である場合とか、通勤用に使っている自家用車や事業所内の更衣室、あるいは更衣ロッカーといったところにまで調査が及ぶ場合には、広く令状主義の保障を及ぼすことが望ましいとも考えられる。

実務においては、最高裁が示した基準、すなわち、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつくかどうか、公共の福祉の維持という行政目的達成のために必要不可欠な

ものかどうか、強制の程度ないし態様が直接的物理的なものかどうかという基準に当てはまらない領域については、まるで当然のごとく、令状主義の保障が及ばないかのような運用がなされていて、このような実務運用というものには少なからず問題があるものと考えられる。

しかも、詳しくは後述するが、ファイアーウォールによって、一方には、手続保障を及ぼす必要があるが、もう一方においては調査目的の達成という要請が優先され、そこでは手続保障はそこそこで構わないかのような風潮が生まれてしまったことも憂慮すべき事態であると思われる。

確かに、平成 17 年の法改正に伴って、公正取引委員会の審査に関する規則も改正され、令状主義に関わる点としては、同規則 20 条が、行政調査に当たって事件名、被疑事実の要旨、関係法条が記載された文書を関係者に交付するものとしており、この点は、手続保障への配慮とみることもできなくはない。

しかし、ここで決定的に問題があるのは、調査の対象範囲が示されていないということである。これでは、当局による一般探索的・渉獵的な行政調査に歯止めをかけることがまったくできないことになり、保護されるべきプライバシーが脅かされることになりかねない。

そこで、具体的にどう考えるべきなのかということになるが、筆者は、刑事手続に移行する可能性があり、また、罰則として懲役刑という重い制裁が用意され、専属告発の対象ともなっている独占禁止法 89 条から 91 条に該当する違反を調査する必要がある場合には、原則として裁判所が発する許可状の発布を得て行政調査を実施する必要があるものとし、それ以外の、たとえば、刑事手続に移行する可能性がない行政調査を実施する場合には、調査に当たって許可状の発布を得る必要は基本的にないと解釈すべきだと考えている。

ただ、このような場合に許可状によらない行政調査を実施することができるといっても、その際、プライバシーの保護が強く要請される場所、たとえば個人宅とか更衣室・更衣ロッカーといった場所を調査することは原則として許されないし、事業所内のパソコン端末を調査する際にもこの意味で特別の配慮をする必要があるものとする。

そして、このように解釈することによってはじめて、令状主義との関係で従前から指摘されてきた懸念をほぼ払拭することができ、妥当な結論に近づくことができるように思われるのである。

しかし、このような筆者の主張に対しては、独占禁止法 47 条に基づいて実施する行政調査の多くが不当な取引制限の疑いによるものであり、その中には、刑事告発の対象とならないような市場規模の小さい地方談合も含まれているのであるから、このような案件についても、それが不当な取引制限の疑いであるということだけで裁判所が発する許可状を要するとするならば、公正取引委員会による行政調査手続を煩雑なものとし、行政効率を低下させる原因ともなり、同時に、司法の負担を増大させることになるとの批判があるかもしれない。

また、許可状請求を必要とする場面が増大する結果、犯則調査手続による調査が多くを占めるようになるならば、行政処分を基本とし刑事的エンフォースメントは謙抑的に運用するという基本姿勢にも反するという批判があるかもしれない。

確かに、許可状請求に当たっては、疑いの存在を疎明する資料を準備する必要があるから、当局の人間にとっては、それなりに手間を要するものではあるけれども、実際それは比較的短時間のうちに処理することが可能なものである。独占禁止法 102 条 2 項は、急速を要する場合の許可状請求について規定し、対象物件の所在地を管轄する裁判所への許可状請求ができる旨規定しているが、その場合であっても、法は、簡潔な疎明資料でも構わないとはしていない。これは、どのような状況下であっても、十分な疎明をしなければ人権侵害を伴う立入検査を許されないという意味合いを持っていると考えられるが、その背景としては、いざとなれば疎明資料の準備は短時間でもできるということが暗黙の前提となっているように思われる。

要するに、手間といってもこの程度のものであって、また、司法の負担増といっても、手続保障を及ぼすべき必要性の高さや新規着手件数がそれほど多くない現実³⁰¹などを考え合わせるならば、そのために許可状を必要とする場面が増えてもあながち不当ではないと思うのである。

また、仮に 89 条から 91 条に該当する違反の調査とはいえ、事案の性質から考えて刑事手続に発展する可能性がないというのであれば、公正取引委員会の審査に関する規則 20 条にある告知手続において、必要的とされている記載事項のほか、当該案件を告発する予定がない旨を事件関係人にあらかじめ伝え、この告知に公正取引委員会が拘束されるものとし、そのような状況下であれば許可状によらない調査も許されると解する。

さらに、平成 17 年の法改正を手続保障の充実という点からみると、従前から指摘されてきた手続保障上の問題点をそのままに、許可状によらない行政調査に基づいて告発することができるとする独占禁止法 74 条 2 項の存在が問題となる。これを、犯則調査手続を実質的に刑事手続と同視して、それを刑事告発目的の手続だと理解する立場からみると、せっかく犯則調査手続というものを創設したのだから、行政部門から直接に告発ができるとする規定を残す理由はないということになりそうである。そして、このような立場からは、立法論として、独占禁止法 74 条 2 項のような規定を削除するか、あるいは運用においてこれを利用しないようにすべきということになるのかもしれないが、仮にそうであるとする、法がわざわざこのような規定を残した趣旨が完全に失われてしまうことになる。

そこで、筆者は、この規定を、独占禁止法 94 条や同法 91 条の 2 にあるような手続違反があった場合や、同法 93 条の秘密保持義務違反といったものがあつた場合に、これを告発しなければならないという公務員の一般的義務を注意的に定めたものと解することができる

³⁰¹ 公正取引委員会は公表した平成 18 年度の年次報告によると、年度内に新規着手した案件は平成 14 年度が 111 件、平成 15 年度が 121 件、平成 16 年度が 101 件、平成 17 年度が 88 件、平成 18 年度が 141 件となっている。この数値の内訳は、統計資料からは明らかとならないが、この中には、不正取引に関する案件も数に含まれている点に留意が必要である。

のではないかと考えている。

すなわち、告発というものは、告訴権者および犯人以外の者が、捜査機関に対して、犯罪事実を申告し、その訴追を求める意思表示であるところ³⁰²、刑事訴訟法 239 条 2 項には、「官吏又は公吏は、その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発しなければならない」と規定されており、独占禁止法 74 条 2 項の規定は、このことを注意的に定めたと解するのが妥当ではないかということである。

前述したように、私見では、独占禁止法 89 条から 91 条に該当する違反事実を調査する場合には、基本的に裁判所が発する許可状の発布を得て犯則調査手続でこれを行うべきであると考えているので、その結果、犯則調査手続を経ないでする刑事告発は、結局、前述の手続違反のようなものに限られることになるが、逆に、手続違反のようなものであるならば、事実関係が比較的明白であって、特に競争政策に関する専門性も求められることもなく、公正取引委員会がこれを調査しなければならない特段の理由も認められないと考えられ、単に公職にあるものとして、直ちに犯罪事実の存在を捜査機関に申告させればよいと考えているのである。そして、このように考えるならば、犯則調査手続を経ずに刑事告発できる道筋を残すことにもそれなりの意義が認められるのではないだろうか。

ただ、独占禁止法 74 条 2 項は、検事総長に対して告発しなければならない旨規定しており、専属告発の対象たる同法 89 条ないし 91 条の罪をその射程とする同 1 項との間に手続上の区別を設けていない。

つまり、たとえば、独占禁止法 91 条の 2 に列記されているような届出義務違反等が認められた場合に、これをわざわざ検事総長に対して告発しなければならないとし、不起訴処分とするには、検事総長がその旨法務大臣を経由して総理大臣に報告しなければならないということになるが、そこに競争政策上の専門的知見が求められる場面は基本的になく、法定刑も罰金刑にとどまっていることなどを考え合わせると、少し手続が重過ぎるように思われる。また、手続的な違反に対してこのような重い手続が設けられているからこそ、これまで手続的違反に対する告発事例が存在してこなかったように思われなくもなく、立法論としては、89 条ないし 91 条の罪に関するものとは別に、ごく一般的な告発手続に関する規定を整備することが望ましいように思われる。

では次に、許可状によらない行政調査によって収集された証拠資料を犯則調査部門経由で検察当局に引き継ぐことが令状主義との関係でどのような意味を持つかについて考えてみる。結論からいうと、許可状によらない行政調査において、プライバシーに対する看過できないような侵害によって収集された証拠資料が含まれている場合、当該証拠資料については、その後、裁判所の発する許可状の発布を得て差押え、これを刑事手続へと引き継ぐ形が一応整えられたとしても、それによって令状主義に反する状況が治癒することには

³⁰² 告発の一般的理解については、田宮・前掲註 22) 56 頁、田口・前掲註 152) 68 頁、白取・前掲註 152) 97 頁～98 頁、池田＝前田・前掲註 152) 83 頁～84 頁参照。公務員の告発義務について、白取・前掲註 152) 98 頁は、当該公務員に法的義務を負わせたものであり、違反は懲戒事由となるとしているが、この点、池田＝前田・前掲註 152) 83 頁は、たまたま犯罪に遭遇しただけではそれに該当しないとする。

ならない。つまり、従前から指摘されてきた適用違憲の問題は、犯則調査手続が導入された現在であっても相変わらず残されているわけである。

このことは、司法的抑制が働かないままに一般探索的・渉獵的な行政調査が実施され、プライバシーに対する看過できない侵害の中で証拠資料が留置されたというやや極端な事例を想定してみると分かりやすい。

すなわち、このような問題のある行政調査を通じて収集された証拠資料が行政調査部門において留置・保管され、それを犯則調査手続において利用しようとする場合、犯則調査部門においては、公正取引委員会の建物の一部を差押え場所とし、行政部門の担当部署の長を被差押人としてこれを差押えることとなるが、これら一連の手続は、現にプライバシー侵害を受けた者の手続への関与もその者に対する通知もなされることはなく、役所内で人目に触れることなく行われるものであって、その中で手続保障上の問題点が露見することを期待するのは難しいと考えられる。つまり、形式的に差押えの体裁が整えられたとしても、それは、令状主義に反する部分に触れないまま、むしろそれに蓋をするようになされるものであるから、何ら手続保障の充足を担保することにはならないのである。

なお、このようなことは、許可状請求に伴う司法審査のあり方とも関連する部分があるように思われる。すなわち、刑事手続においては、搜索・差押許可状発布の要件として、憲法 35 条が要請する「正当な理由」の存在が求められるところ³⁰³、具体的には、刑事訴訟規則 156 条 1 項にあるように、「罪を犯したと思料される」こと、刑事訴訟法 102 条 2 項にあるように差押対象物が存在する蓋然性があること、及び事件との関連性が必要だとされている。

また、これまでも再三述べてきたように、許可状請求に当たっては、搜索する場所及び押収する目的物の明示・特定が必要だとされ、さらには、搜索・差押え処分の必要性も求められることになっている。

判例³⁰⁴は、許可状発布の判断において、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情」を勘案するとしているが、これによって裁判所は、許可状請求に理由が無いと認められる場合やそもそも強制処分の必要がないと判断される場合にその請求を却下し、司法的抑制を働かせることになっており³⁰⁵、公正取引委員会によってなされる許可状請求に対する司法審査も、おそらくこれと大差のないものであろうことが予想される。

そこで、これらを前提として考えてみると、確かに、裁判所における司法審査というも

³⁰³ 令状発布の要件に関する一般的理解については、田宮・前掲註 22) 103 頁、白取・前掲註 152) 123 頁～124 頁のほか、田口・前掲註 152) 86 頁、池田＝前田・前掲註 152) 140～141 頁も参照。

³⁰⁴ 最大決昭和 44. 11. 26 刑集 23 卷 3 号 153 頁。

³⁰⁵ この点、搜索・差押えの必要性については、捜査機関が判断すべきであり、裁判官による審査は必要ないとするいわゆる必要性不要説も存在しているようであるが、判例多数説は、いわゆる必要性必要説の立場をとっている。田宮・前掲註 22) 103 頁、池田＝前田・前掲註 152) 140 頁参照。

のは、これから新たに捜索や差押え等が実施されようとしている場面において、公正取引委員会による違法な調査を抑止する効果があることは間違いないと思われる。しかし、残念ながら、それは、問題のある行政調査によって収集された証拠資料を排除するという意味においては、多くを期待できそうにない。

なぜなら、既に行われた行政調査については、犯罪の嫌疑も証拠物の所在も明らかであり、目的物の特定及び明示も容易であるが、これをある程度不明な部分があることを前提とする被疑者からの差押えを想定した司法審査基準に当てはめると、一見まったく問題のない証拠資料となり、結局、違法に収集された証拠資料の抽出を期待することが困難だからである。しかも、請求を受けた裁判官としては、短時間のうちに、かつ、請求機関からの申告にあまり多くを期待できない中で問題を見抜かなければならないのであるから、ますます違法に収集された証拠資料の抽出を期待することはできない。つまり、許可状によって差押えたという事実自体は、それが適法に収集された証拠資料であることを必ずしも担保するものではない。

このように、犯則調査手続が導入された現在であっても、行政部門において収集された証拠資料にプライバシーを不当に侵害して収集された証拠資料が混入する可能性が残されている以上、令状主義との関係で指摘されてきた疑念を完全に払拭することはできないといえる。

そこで、このような事態を回避する方策の1つとして考えられるのが、税法分野や一部行政法分野の学説において主張されてきたように³⁰⁶、行政部門において収集された証拠資料の流用を一切許さないという考え方であるが、前にも述べたように、このような考え方は、目的外に流用する誘引を絶つという意味において有効であるものの、それによって非代替的な証拠資料の散逸や犯罪の放置といった重大な結果を生む可能性があり、妥当な見解だとは思われない。

そこで、もう1つの選択として考えられるのが、令状主義の保障を広く及ぼすという考え方である。ただ、広く令状主義の保障を及ぼすといっても、令状主義の沿革から考えて、刑事手続と無関係な領域にまでそれを拡大させるということは妥当でない。

そこで、私見では、それを独占禁止法89条から91条に該当するものに限定とするのが妥当であると考えられる。そして、このように、刑事手続に移行する可能性のある案件に広く手続保障を及ぼすべく犯則調査手続を使って調査することになれば、これまで指摘されてきた問題をかなりの部分回避することができるように思われる。

なお、犯則調査手続において利用された証拠資料を行政調査部門で利用することについても、別途問題となりうるが、国税犯則調査手続に関する判例³⁰⁷は、それが問題とはならな

³⁰⁶ 金子・前掲註15) 666頁、小川ほか・前掲註38) 43頁～45頁、松沢・前掲註126) 120頁、清永・前掲註126) 227頁、早坂・前掲註125) 200頁、佐藤・前掲註8) 50頁～52頁。

³⁰⁷ 最判昭和63.3.31判時1276号39頁、訟月34巻10号2074頁。

い旨判断を示しており、学説上もほぼ異論はない³⁰⁸ことは既に述べたとおりである。このことについては、筆者も、手続統制の厳しいところから緩いところへの証拠資料の移管は原則として許されるべきでだと考えている。

そもそも、公正取引委員会事務総局組織令 4 条 2 項は、犯則審査部の所掌事務を独占禁止法第 12 章に限定しているから、犯則審査部において行政審判手続や課徴金納付命令の関わる事務をすることはできないことになっているから、これらの行政処分をするためには当然に行政部門への移管が許されなければならないことになる。

では、次項において、犯則調査手続の導入が、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で独占禁止法上の手続にどのような変化をもたらしたのか、果たして、従前から指摘されてきた手続保障上の問題点は解消したのかという点について、順次検討を加えていくこととする。

第 3 款 犯則調査手続の導入と黙秘権・自己負罪拒否特権

犯則調査手続が導入されて大きく変わったことの代表格は、もちろん、裁判所が発する許可状に基づき調査を実施できるようになったことを挙げることができるが、もう 1 つ決して見逃すことができないのは、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が明確に認識されるようになったことである。犯則調査手続が導入されるまでは、事情聴取の行われる中で黙秘権・自己負罪拒否特権の存在が意識されることは少なかったと思われるが、犯則調査手続においては、その保障が及ぶことが明確に意識されるようになったという意味で、間違いなくよいことであったと思われる。

ただ、その法的根拠を確認してみると、不思議なことに、平成 17 年の法改正によって新たに加えられ、犯則調査手続に関する諸規定が並ぶ独占禁止法第 12 章のどこをみても、犯則疑者あるいは参考人に黙秘権・自己負罪拒否特権を与えることを明示する規定を見出すことはできない。また、このことは、その細則である犯則調査規則の諸規定をみても変わらない。

要するに、独占禁止法に黙秘権・自己負罪拒否特権が保障されるとする明文上の根拠はないが、一般に、犯則調査手続においては、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶとされ、逆に、それ以外のいわゆる純粋な行政手続においてはその保障が及ばないとされているのである。

では、一体何を根拠にこのような一般認識が持たれているのであろうか。結論からいうと、それは、前述した国税犯則調査手続に関する判決³⁰⁹を根拠としていると思われる。すなわち、国税犯則調査手続が捜査手続に類似している点や告発によって刑事手続に移行し、収集証拠の刑事手続での利用が予定されている点から、それが実質的に捜査としての機能

³⁰⁸ 白石・前掲註 4) 403 頁、村上ほか・前掲註 9) 295 頁～296 頁（栗田誠執筆）参照。

³⁰⁹ 最判昭和 59. 3. 27 刑集 38 巻 5 号 2037 頁、判時 1117 号 8 頁、判タ 528 号 77 頁。

を営み、特別な捜査手続としての性質を帯有するとした最高裁判決のことである。

そして、この判決が、国税犯則調査手続のことを「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するもの」と位置付け、そこに黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶと解したことから、同じように、独占禁止法上の犯則調査手続についても、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶと考えられるようになったと思われる。

また、この最高裁判決は、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知というものが憲法上の要請ではなく、あくまで立法政策上の問題であって、そのような告知義務規定が存在しない以上、その不告知をもって違憲といわれる筋合いはないとの判断も下したわけであるが、このような最高裁の姿勢もあって、これらの権利保障の存在を示す明文規定がなくとも、そこに黙秘権・自己負罪拒否特権が及ぶものとして違和感なく受け入れられてきたように思われる。

しかし、明文の根拠もなく、また、独占禁止法上の手続とはまったく異なる国税犯則調査手続に関する判例をもって、当然のごとく、黙秘権・自己負罪拒否特権がそのまま独占禁止法上の手続に当てはまることを前提に議論が進められてきたこと自体、不思議なことである。やはり、独占禁止法上の手続において従来なぜ黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で疑義が生じてきたのかということの問題の本質を見極めることが必要であると思われる。

本論文において既にみてきたように、黙秘権・自己負罪拒否特権は、自己が刑事上の責任を問われるおそれのある事項について、供述を強要されないことを保障したものとされていた。また、この刑事上の責任を問われるおそれのある事項については、判例では、証言の内容自体に刑事訴追を受けるおそれのある事実を含む場合と限定的に解されていたが、アメリカ法においては、犯罪事実発見の手がかりとなり得る事実も含まれると解され、学説もこれを支持するものが多かった。さらに、黙秘権・自己負罪拒否特権の本質は、それが刑事訴追との関係で人を進退両難に追い込み、人間の尊厳を冒すことを防ぐところにあるとされ、またそれは、行政手続にも及ぶものとされていた。

ただ、判例は、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が行政手続に及ぶことを一般論として認めながらも、税務調査手続の一般的性質などに着眼して黙秘権・自己負罪拒否特権が税務調査に及ぶことを認めなかった。

しかし、民事訴訟法やその他の法律においても黙秘権・自己負罪拒否特権が認められていることを考え合わせるならば、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶ範囲を画する物差しとして、手続の一般的性質に着眼することが必ずしも妥当はないことはすでに述べたとおりである。

黙秘権・自己負罪拒否特権の告知が憲法上の要請であるかどうかについても、判例³¹⁰はこれを否定し、この点については、刑事法分野の学説も文理解釈などからこれを支持するものが多かったが、告知がなかったがために権利行使の機会を逸してしまうとか、権利の不

³¹⁰) 最判昭和 25. 11. 21 刑集 4 巻 11 号 2359 頁など。

知あるいは誤信に乗じて供述してしまうといった事態の発生を否定しきれないことから、このような場合には、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知が憲法上の要請となるという見解³¹¹や、そもそも黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は憲法上の要請であるとする見解も有力に主張されていた³¹²。

これに関し、刑事法分野の学説からは、捜査を後の裁判に向けた当事者双方の準備と捉えるいわゆる弾劾的捜査観の立場から、被疑者が単なる防御の客体ではなく主体であって、被疑者には、手続に参加する権利が与えられるから、そのことから情報獲得権ないし知る権利とも呼び得る権利が認められ、黙秘権・自己負罪拒否特権の存在について告知を受けることも基本的人権の1つと考えられるとの見解が示されていたが、このような考え方は、独占禁止法上の手続にも当てはめが可能であると考えられることもすでに述べたとおりである。

すなわち、独占禁止法上の調査手続についても、告発によって刑事手続に移行する可能性がある事案の調査においては、行政調査手続であっても、事件関係人には、後に問われるおそれのある刑事上の責任との関係で、防御の主体として手続に参加する権利が与えられていると考えることができ、そのことから事件関係人には、情報獲得権ないし知る権利と呼び得る権利を有していると考えられることができた。そして、この情報獲得権ないし知る権利と呼び得る権利を有していることの延長として、告発によって刑事手続に移行する可能性がある事案の調査においては、事件関係人には、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を受ける権利が与えられるべきであるという結論を導き出すことができ、結果、その告知を欠き収集された供述証拠は、同内容について改めて黙秘権・自己負罪拒否特権の告知をした上で証拠化されるようなことでもない限り、刑事手続において利用することは許されないと考えられた。

要するに、審尋手続を通じて収集された供述証拠や報告徴収手続を通じて強制的に不利益事実を引き出した場合はもちろんのこと、一見して任意の供述であったとしても、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を欠く場合には、そのような供述証拠は、後の刑事手続から排除されるべきだと考えられた。

また、行政調査手続を通じて収集された物証には代替性が認められないものの、供述証拠にはそれが認められ、刑事手続において利用する供述証拠については、極端に言えば、公正取引委員会において作成された供述証拠が検察庁に引き継がれないとしても、検察庁において必要に応じてこれを作成すれば済むと考えられた。

さらに、公正取引委員会の係官によって作成させる供述証拠は、刑事訴訟法上、行政調査部門の審査官が作成するか犯則事件調査職員が作成するかでその取り扱いに違いはないことにも留意が必要だと考えられた。すなわち、刑事訴訟手続においては、伝聞禁止の原則が適用されることから、伝聞例外に該当しない限り、この原則に反する供述証拠を証拠

³¹¹ 田宮・前掲註189) 174頁～175頁、高窪・前掲註183) 232頁。

³¹² 白取・前掲註152) 180頁、熊本・前掲註186) 50頁、浦田・前掲註183) 87頁。

として利用することは許されないが³¹³、たとえば、被告人以外の供述証拠について伝聞例外を認める要件を列記した刑事訴訟法 321 条は、裁判官あるいは検察官の面前以外でなされた供述証拠について、一纏めにして最も厳格な要件を課し、容易に証拠として利用できないようにしている。したがって、刑事公判において証拠として利用しやすくするためにも、検察官において供述調書を作成し、検察官面前調書とすることはむしろ当然だと考えられた。

その他、独占禁止法 116 条は、事件を検察庁に刑事告発した場合において、公正取引委員会が領置物件及び差押物件を検察庁に引き継がなければならない旨規定するが、供述証拠の引き継ぎについてはこれを求めておらず、このことは、供述証拠が当然には引き継がれないことを法が予定しているとも考え得るものであった。

このように、犯則調査手続が導入された現在にあっても、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で様々な角度から検討が可能であるが、独占禁止法 47 条等には、平成 17 年の法改正前と変わらない強制力を背景とした審尋手続及び報告徴収手続というものが残存している。そのため、法改正前にこのような規定を法令違憲、あるいは適用違憲とすべきとしていた立場からすると、現在でも同様の問題が残っているということになる³¹⁴。

現在においても、独占禁止法 74 条 2 項によって、行政調査部門から直接検察庁に対し告発する道が残されているだけでなく、犯則調査部門を経由して強制力を背景として作成された供述証拠が後に検察庁に引き継がれる可能性も残されているからである。

独占禁止法の手続の中で、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題となるのは、通常、次の 2 通りの場面に分けて考えることができる。その 1 つは、最初から最後まで犯則調査手続によって供述証拠が作成され、当該供述証拠自体あるいはその内容が告発によって検察庁に引き継がれる場合であり、もう 1 つは、当初行政調査部門において調査が行われていたものの、後にそこで作成された供述証拠が犯則調査部門に引き継がれ、それらの供述証拠と犯則調査部門において作成された供述証拠とが一緒になって検察庁に引き継がれる場合である。

順次この 2 つの場面について検討を加えることとするが、まず、犯則調査手続によって作成された供述証拠が告発によって刑事手続に引き継がれた場合の問題について考えてみる。

犯則調査手続というものは、手続保障の充実を謳って導入されたものであったはずであるから、犯則調査手続によって作成された供述証拠に手続保障上の問題があるというのは、何のための手続なのかが厳しく問われることになりかねない。しかし、筆者は、犯則調査手続によって作成された供述証拠であっても、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題が解消したわけではないと考えている。

³¹³ 田宮・前掲註 22) 374 頁～385 頁、田口・前掲註 152) 403 頁～425 頁、池田＝前田・前掲註 152) 360 頁～380 頁、白取・前掲註 152) 383 頁～403 頁参照。

³¹⁴ 犯則調査手続が導入されたとしても手続保障面において必ずしも改善されるわけではないことを指摘する数少ない見解として、笹倉・前掲註 97) 110 頁がある。

すなわち、冒頭でも少し触れたが、独占禁止法上も犯則調査規則上も黙秘権・自己負罪拒否特権の存在ないし告知を義務付ける規定は存在しておらず、また、告知に関する規定がなければそれを欠いても問題とならないとの判断が最高裁によって示されていたこともあり、実務においては、少なくとも積極的には、犯則嫌疑者あるいは参考人に対し、黙秘権・自己負罪拒否特権の存在を明らかにするような運用はなされておらず、そのため、告知がなされない、あるいはそれが不完全なままに作成される供述証拠が少なからず存在する結果を生んでいる。

筆者は、事件関係人及び参考人には防御の主体として情報を獲得する権利があり、その結果として黙秘権・自己負罪拒否特権の存在についても告知を受ける権利が認められるのであって、しかも、この告知を受ける権利というものは、憲法上の権利であると考えている。したがって、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を欠く供述証拠は違憲として排除されるべきだと考える。

とはいえ、犯則調査手続によって作成された供述証拠というものは、不陳述や虚偽陳述等に対して罰金を科すという強制力を背景としたものではなく、犯則嫌疑者をして進退両難に追い込むものではないから、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題となるといっても、それは告知を欠く供述証拠だけにとどまることになる。

そこで、最も問題となると考えられるのは、やはり、当初は行政調査部門において調査が行われたものの、後にそこで審査官により作成された供述証拠が犯則調査部門に引き継がれ、それが犯則審査部の犯則事件調査職員の作成した質問調書と一緒に検察庁に引き継がれる場合となる。

本論文においてこれまでも繰り返し述べてきたように、現行の独占禁止法には強制力を背景とした審尋手続、報告徴収手続が今もなお残されており、それらは事件関係人等を進退両難に追い込む形で供述を引き出そうとする手続であるから、当然、これらの手続によって得られた供述証拠を刑事手続で利用することはできないことになる。

では、そもそも、このような強制力を背景とした供述証拠が行政調査部門から犯則調査部門に引き継がれること自体が黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題なのであろうか。仮にそれが問題であるとしても、それは、犯則調査部門において録取し直すことによって解消できるものなのではなかろうか。また、同様の問題は、強制力を背景とした報告徴収手続や任意に録取された供述証拠との関係においても起こり得るものなのであろうか。このように、犯則調査手続の導入が生んだ黙秘権・自己負罪拒否特権に関する新たな疑問点は少なくない。

まず、行政調査部門から犯則調査部門への強制力を背景とした供述証拠の引継ぎが問題なのかという点から考えてみるが、これは、後述するいわゆるファイアーウォールの問題とも関連し、そもそもどの段階で問題が生じるのかという素朴な疑問を生じさせる。

すなわち、強制力を背景とした供述証拠自体あるいはその内容が行政調査部門から犯則調査部門に引き継がれたとして、当該情報が犯則調査部門に伝わった時点で問題となるの

か、犯則調査部門において当該供述証拠あるいはその情報に基づいて犯則調査部門による報告書等の証拠資料を作成した時点で問題となるのか、それとも、検察庁に当該供述証拠あるいはその情報が伝わった時点あるいはそれ以降になってはじめて問題となるのかという疑問である。

そこで、これまで検討してきた黙秘権・自己負罪拒否特権の関係で問題となる場面を振り返ってみると、それは、人をして進退両難に追い込んだ上、当該人物から供述を引き出し、それを刑事手続における証拠として利用するというものであったが、犯則調査手続は、あくまで行政手続であって刑事手続そのものではなく、また、独占禁止法上、供述証拠の引き継ぎを義務付ける規定もなく、しかも、専属告発権限との関係もあって犯則調査手続による調査が当然には刑事手続に繋がるものではないと考え合わせると、供述証拠の場合、実際には、検察庁に当該供述証拠自体あるいはその情報が引き継がれ、それが刑事手続上の証拠とされた時点になってはじめて問題となるように思われる。

たとえば、ある案件について告発が検討され、告発前に問題のある供述証拠自体あるいはその情報が検察庁にもたらされたとしても、告発が行われず刑事事件とはならなかった場合、それは、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で特に問題とはならないのではなかろうか。そうだとすると、仮に強制力を背景として獲得された供述証拠あるいはその情報が、行政調査部門から犯則調査部門に引き継がれたとしても、そのことから直ちに黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題が生ずることにはならない、ということがみえてくる。

そこで、既にみた国税犯則調査手続に関する判例を振り返ってみると、それは、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が、純然たる刑事手続だけでなく、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する手続である国税犯則調査手続にも及ぶとし、行政調査部門から犯則調査部門への情報移転そのものは問題とならず、犯則調査部門においてかかる情報を端緒として利用することはもちろん³¹⁵、緩い手続的統制を利用して厳格な手続の成果を得ようとする積極的意図がないならば、それを犯則調査手続において証拠として利用することも許されるという判断を示していたのである³¹⁶。

確かに、厳格な手続的統制の網を掻い潜って証拠資料を獲得しようとする意図が当局に認められるとするならば、決して許されるものではないことはいうまでもないが、そのような主観的意図の有無とは無関係に、手続保障上の問題は発生し得るし、仮にそのような主観的意図がなかったからといって、緩い手続的統制の中で得られた証拠が厳格な手続の中で当然に証拠能力を獲得できるわけではない。

たとえば、審尋手続によって審尋調書が作成され、たとえそれが刑事手続で利用することを意図して録取されたものではなかったとしても、審尋手続は、事件関係人らを進退両難に追い込んだ形で録取されるものであるから、かかる供述証拠が刑事手続において証拠として利用することが許されることはないのである。

³¹⁵ 最判昭和 51. 7. 9 最高裁判所裁判集刑事 201 号 137 頁。

³¹⁶ 最決平成 16. 1. 20 刑集 58 巻 1 号 26 頁、判例タイムズ 1144 号 167 頁。

要するに、判例がいう主観的意図の有無という基準だけでは、完全には、手続保障上問題のある証拠資料の移転を防ぐことはできないわけであるが、むしろ判例は、原則として、いわゆる純粋な行政調査部門と犯則調査部門との間に情報遮断は必要ないとしているようにすら思われる。

また、情報移転の是非については、強制力を背景とした供述証拠あるいはその情報が行政調査部門から犯則調査部門にもたらされても、それ自体は、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題となることはないのではなかろうか。すなわち、強制力を背景とした供述証拠は、刑事手続との関係では証拠能力を持ち得ないものであり、そのままでは存在しないに等しいものであるところ、担当官においてその内容を事実上知ったとしても、証拠化するに当たっては、別途、黙秘権・自己負罪拒否特権があることを告知し、相手方に理解させた上で、同様の供述を得なければならないと考えられ、仮にそのような供述証拠が録取されたならば、手続保障上の問題はもはや解消していると思われる。要は、刑事手続に移る手前までに手続保障上の問題が解消されていればよいのであって、犯則調査手続の前に手続保障上の問題が解消されている必要は必ずしもないと思われる。

また、このような問題は、報告徴収手続との関係においても同様に起こり得るものである。たとえば、報告命令において、カルテル会合を開催した日時、場所を答えなさいという設問を設定して、その回答を強制したとすると、それは実質的に負罪答弁を強要したとと変わらないと考えられるからである。したがって、このような報告命令に対する回答を刑事手続において証拠として利用することは許されないと考えられる。

しかし、犯則調査部門においてこのような問題のある報告命令の回答書自体あるいはその内容を行政調査部門から引き継ぎ、その内容を事実上知ったとしても、それ自体が問題となるのではなく、供述証拠と同様に、それを証拠化するためには、この場合も、あらかじめ刑事手続における不利な証拠となり得る旨を明示し、相手方にそれを理解させた上で、任意に同内容の報告を徴収する必要がある、そのような手続を踏んだのであれば、手続保障上の問題は解消したと考えることができると思われる。

最後に、行政調査部門において録取された任意供述について考えてみるが、この場合には、強制力が背後に働いていないことが前提となるので、その証拠移転について基本的に何ら障害はないと考えられる。ただ、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知が憲法上の要請であると考える本論文の立場からすると、その告知を欠く限りにおいて刑事手続上の証拠能力を持ち得ないということになる。

もつとも、私見によれば、89条から91条に該当する場合は、広く犯則調査手続によって調査すべきということになるから、行政調査部門から犯則調査部門へと供述証拠が移転することを考える必要は基本的になく、問題の発生を極力抑えることができると思われる。たとえば、行政調査部門から犯則調査部門へと事件が移管され、それが再び行政調査部門に移管された場合を想定した場合、犯則調査手続においてでしか憲法上の手続保障が及ばないことを前提とすると、結局、行政当局の自由な裁量によって、憲法上の手続保障を及

ぼしたり、逆に及ぼさなかったりすることができるようになる。しかし、人間の尊厳に関わる憲法上の手続保障がこのような軽い扱いを受けること自体、問題であるように思われる。

それでは、次款において、犯則調査手続が導入されたことによって設けられたファイアーウォールについて考えてみることにする。

第4款 犯則調査手続の導入とファイアーウォール

平成17年の法改正においては、犯則調査手続が導入されたことによって、適正手続の観点から公正取引委員会の内部において、犯則調査部門と行政調査部門との間にいわゆるファイアーウォールが設けられることになったとされている。

しかし、その実態は必ずしも明らかなものではなく、形式的な手続はともかくとして、少なくとも判例・実務においては、行政調査部門と犯則調査部門との間での情報や証拠物の移動が否定されているわけではなく、一体どのくらいの高さのある壁なのかが一向にみえてこないものである。

また、その法的根拠についても、独占禁止法には対応する規定が置かれておらず、ただ、組織について、公正取引委員会事務総局組織令1条2項に犯則審査部を設置する旨、同4条2項に本部が独占禁止法第12章の手続を管掌する旨、犯則調査規則2条に犯則審査部の職員だけが犯則調査手続に関与することができる旨規定されている。また、情報の遮断については、犯則調査規則4条4項に、行政調査部門の審査官が行政調査手続の過程で犯則事件の端緒に接した場合、これを犯則調査部門に直接伝えることは許されず、審査局長を経由しなければならない旨規定されているだけとなっている。

要するに、情報の往来そのものが否定されているわけではなく、実際、これまで犯則調査手続を経て告発されたし尿事件や緑資源機構事件というものは、行政調査手続によって開始されたものが犯則調査手続に引き継がれたものであったし、犯則調査手続を経て告発がなされなかった案件は、行政調査手続として開始されたものが犯則調査手続に引き継がれ、それがさらに行政調査手続に引き継がれたものであった。

このことについて、判例はどうかというと、前述したとおり、国税犯則調査手続に関する判例は、いわゆる純粋な行政調査手続によって得た情報を端緒とすることができるとしており³¹⁷⁾、行政調査手続において認められた調査権限を犯則調査手続の手段として利用することは許されないが、行政調査手続を通じて収集された証拠資料が後に犯則調査手続において利用されることが想定できたとしても問題はないとする判断を示していた³¹⁸⁾。つまり、行政調査部門において収集された証拠資料の犯則調査部門での利用が許されないとするのではなく、むしろ情報の引継ぎを当然の前提とするものであった。

³¹⁷⁾ 最判昭和51.7.9最高裁判所裁判集刑事201号137頁。

³¹⁸⁾ 最決平成16.1.20刑集58巻1号26頁、判例タイムズ1144号167頁。

ただ、多くの学説は、このような判例・実務とは少し趣を異にしており、行政調査部門と犯則調査部門との間には情報遮断が必要だとするのが一般的である。そして、情報移転を一律に許さないかどうかで見解の相違がみられたが、これまでもみてきたように、情報移転の一切を許さないとする見解は、公務員の告発義務と守秘義務の衝突といった議論を含むものであり、独占禁止法上の議論にとってあまり参考になるものではないと思われ、ここでは、情報移転を一切否定する見解には触れないで検討を進めていくこととする。

行政調査部門と犯則調査部門との間の無制限な情報移転を認めないとする学説の理由付けをみると、それらは、犯則調査手続が刑事手続に準じるものであり、行政調査手続は犯罪捜査のために認められるものではないから分離が必要だとするもの³¹⁹、無制限な情報移転を許すことは、犯則調査手続が手続保障の充実を目的として導入された趣旨に反し、両者の区別を曖昧にすることは、川崎民商事件判決の前提を崩してしまうとするもの³²⁰、両手続とも制度目的に合わせて制度設計がなされているため、情報の往来は手続保障上の問題を生起してしまうとするもの³²¹、また、両手続の目的及び対象者に対する手続保障の差異から実施主体が組織上分離されているのが通常であり、その帰結として情報の無制限な往来が認められなくなるとするもの³²²などがあつた。それらは、どれも制度の目的及び手続保障の違いに着眼し、いわゆるファイアーウォールが必要だという結論を導くものであつた。

確かに、行政行為は法律の趣旨・目的に拘束されるものであるから、犯則調査手続を犯罪捜査と同視するにしろ、刑事的な意味を含め最適なエンフォースメントを見出すための手続と考えるにしろ、その目的を達成するために、これと異なる目的を持つ行政調査手続を利用することが許されないことは間違いない³²³。ただ、それは、行政裁量権の濫用として捉えることができるものであつて³²⁴、必ずしも手続間の情報移転が許されないという結論を導くものではないように思われる。

すなわち、ある事案を処理するに当たって公正取引委員会には、これを犯則調査手続によって調査するか、あるいは、純粋な行政調査手続によって調査するかを選択する裁量権が与えられていると考えられるが、前者の結果を達成するために後者を利用すること、あるいはその逆の場合には、法律の目的に反して行政裁量を行使した違法なものとして考えられるのである。また、この点については、判例³²⁵も、当然といえば当然であるが、法律の

³¹⁹ 金井ほか・前掲註4) 509頁(山部俊文執筆)参照。

³²⁰ 村上ほか・前掲註9) 292頁～293頁、295頁(栗田誠執筆)参照。

³²¹ 白石・前掲註4) 400頁～401頁参照。

³²² 川出・前掲註268) 32頁参照。

³²³ 塩野・前掲註13) 122頁、芝池・前掲註12) 82頁参照。

³²⁴ 塩野・前掲註13) 122頁、芝池・前掲註12) 82頁～83頁、宇賀・前掲註13) 288頁～289頁参照、原田・前掲註13) 150頁～152頁参照。

³²⁵ たとえば、かつて共産圏諸国の封じ込めを目的とし、共産圏諸国への輸出制限について協議するために設置された国際機関として通称ココムという機関が存在したが、これは非公式の機関であり、協議の内容は一切公表されないという運営がなされていた。原告は、中国で開催される工業展覧会に出品するため、通産大臣(当時)に対して輸出承認申請を行ったが、通産大臣が輸出貿易管理令旧1条6項に基づきこれを不承認処分とした。この輸出貿易管理令というものは、国際収支の均衡の維持、外国貿易及び国民経済の健全な発展を図るために必要な範囲で輸出を制限できるとするものであつたが、本件処分は、実質的にココム統制物資の輸出規制のためになされたことから、これを違法

目的外の結果を達成するために行政裁量権を行使することは許されないとの判断を示している。

そうすると、逆に、このような悪しき意図がない中で証拠資料が収集されたのであれば、目的の異なる手続においてそれが有益なものである場合には、それぞれの手続に従って適正に処理すればよいのであり、ただ、その場合には、手続的統制の違いから排除される証拠があり得るといっただけ話であるように思われる。

つまり、国税犯則調査手続に関する前述の判例が、行政調査手続を犯則調査手続の手段として利用することは許されないとしながらも、当該行政調査手続を通じて収集された証拠資料を後の犯則調査手続において利用できるとしたことは、結論において妥当であったと考えられる。

では、手続的統制の違いは、いわゆるファイアーウォールの必要性を導くものなのであるだろうか。このことについて筆者は、手続的統制の違いも情報遮断の必要性を必ずしも根拠付けるものにはならないと考える。すなわち、このような手続的統制の違いは、一方の手続においては証拠となり得るものが、もう一方の手続では証拠となり得ない、あるいは無価値になる場合があるということを示しているに過ぎず、情報の移転が許されるかどうかとは直接関係ないと思われるからである。

このような考え方に対しては、たとえば、いわゆる純粋な行政調査部門において審尋手続によって得た情報が犯則調査部門に引き継がれ、それによって差し押えるべき対象物が特定される³²⁶ようなことがあれば問題であるという指摘がなされるかもしれない。

しかし、行政調査手続を通じて得た情報を端緒として犯則調査手続を開始することが許されることは判例も認めているところであるし、先程のような例は、まさに行政調査手続での情報を端緒として犯則調査手続を開始したものといえるのではなからうか。

要するに、当たり前のように必要と認識されている行政調査部門と犯則調査部門との情報遮断は、実は、当然に必要とされるものではなく、それがあからといって必ずしも手続保障の充実に資するわけではないと思われるのである。

したがって、筆者は、実務上も無駄が多いこのファイアーウォールなるものは基本的に撤廃すべきと考えており、むしろ、それは、手続保障が及ぶ領域と手続保障が及ばない領域を作り出すことによって、手続保障が及ばないとされる領域の手続保障をおろそかにするインセンティブを生じ、有害ですらあるように思われるのである。

後述するように、主要な外国法制を概観してみても、たとえば、手続の公正を確保するために行政審判部門と行政調査部門の情報遮断を制度化するものは存在するものの、競争当局内部において、調査部門相互で情報を遮断する制度というものは見当たらず、アメリカ

とした下級審判例がある（東京地判昭和44.7.8行集20巻7号842頁）。そのほか、個室付浴場の設置を阻止する目的で地方公共団体が児童遊園の設置を認可したという案件において最高裁が、児童遊園は児童の健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操を豊かにすることを目的とするもので、許認可もその趣旨に沿うべきだとし、このような児童遊園の設置認可は行政権の濫用だとしたものがある（最判昭和53.5.26民集32巻3号689頁）。

³²⁶ 川出・前掲註93) 21頁参照。

カやイギリスにおいては、むしろ併行手続(parallel proceeding)として積極的に行政機関と捜査機関の間で情報の相互利用を進められている³²⁷⁾。

ここで、改めて、なぜ独占禁止法上の手続において手続保障上の問題点が指摘されていたのかを振り返ってみると、それは、許可状によらない行政調査手続によって収集された証拠資料や強制力を背景として録取された供述証拠が刑事手続に引き継がれるからであって、刑事手続に移行する可能性がある場合に広く手続保障を及ぼせば回避できるものであったように思われる。つまり、刑事手続に移行する可能性がある場合には、これら憲法上の手続保障を広く及ぼすべきと思われ、それは、いかなる手続によって調査がなされるかによって区別すべきものではなく、当該違反行為が刑事手続に移行する可能性を含むかどうかによって区別すべきように思われる。

なお、当局が手続的統制の緩い手続を手段としているのではないかという国民の疑念を払しょくする目的でファイアウォールが必要だとする見方もあるかもしれないが、これについても疑問がある。

すなわち、国民の側からみるならば、当局が手続的統制の緩い手続を手段として利用しようとしているかどうかは知りようがなく、また、実際に嫌疑をかけられ調査を受けている側の視点からみると、犯則調査手続によって調査されようがいわゆる純粋な行政調査手続によって調査されようがそれ自体はあまり関係がなく、要は、どのような処分に決着するのか、いつまで調査が継続するのかというところが一番気になるというのが実際であろうと思われる。要するに、国民の疑念を払しょくする目的でファイアウォールが必要だとする見解は、当局の側が見た目を気にしているというだけのことであって、ファイアウォールの必要性を正当化する理由にはならないように思われるのである。

第5款 犯則調査手続の導入と許可状請求

独占禁止法上の犯則調査手続において、裁判所に対し許可状請求をすることについては、一般に、それが刑事手続における令状請求と同質なものとして捉えられるきらいがあるように思われる。

³²⁷⁾ この点、金融商品取引法においても、銀行、証券会社、保険会社間等でファイアウォール規制が存在している。この規制は、手続保障という観点からのものではなく、利益相反の禁止、非公開情報の保護といった理由から認められたものであって、独占禁止法におけるファイアウォールとは意味するところがまったく異なっている。ただ、そこには共通する点も存在する。すなわち、金融商品取引法においては、利益相反管理体制の整備という要請から、部門間の情報隔壁、いわゆるチャイニーズウォールの整備が求められるなどしているのである。ちなみに、2008年6月に成立した金融商品取引法の改正法においては、このファイアウォール規制の大幅な見直しが1つの柱とされていたようであるが、それは、企業のコングロマリット化が進む中で、銀行業務と証券業務等の違いが相対化したといったことが理由となっていたとのことである。ここで筆者が興味深いのは、たとえば、非公開情報の取り扱いについては、オプトアウトの機会を情報開示される者に与えるとか、利益相反であれば、利益相反事実を顧客に開示するという方法で問題の解決が図られている点である。すなわち、そこには不利益を受ける側の視点というものがあるが、かつ、その点の十分な考慮がなされれば、硬直的なシステムはかえって弊害要因になりうるという見方を垣間見ることができるようになる。独占禁止法においても、ファイアウォールのあり方が抜本的に見直されるべきだと考える。池田唯一=三井秀範=増田直弘=井藤英樹=新発田龍史=大来志郎=齊藤将彦『逐条解説 2008年金融商品取引法改正』(2008年、商事法務)参照。

確かに、行政調査目的の許可状請求手続の存在は、一般にあまり知られておらず、独占禁止法上の犯則調査手続が刑事的な処理を視野に入れたものであることから、刑事的に捉える見方をしてしまうのも無理はないのかもしれない。

しかし、独占禁止法上の犯則調査手続は、あくまでも行政手続の1つであって、同法102条に定められた裁判所に対する許可状請求手続は、同法101条1項にあるように、犯則事件という行政事件の調査のために認められたもののはずである。

このことに関し、これまであまり紹介されてこなかったが、我が国には、もっぱら行政目的のための裁判所に対する許可状請求手続が存在しており、独占禁止法における許可状請求手続を考える上で参考になる。具体的には、出管法における入国警備官の違反調査手続のことであり³²⁸、独占禁止法上の犯則調査手続との類似点も少なくない。

まず、出管法27条は、入国警備官が、違反調査をすることができる旨規定し、同法31条は、入国警備官が、違反調査のため必要であるときに、管轄する地方裁判所等の許可を得て、臨検・搜索・押収ができる旨規定している。

これは、独占禁止法102条の規定と類似するものであるが、その他にも、出管法29条が、容疑者に出頭を求め、これを取り調べ、供述調書を録取することができる旨規定し、同法28条2項は、公務所に対する照会ができる旨規定していて、これは、独占禁止法101条と類似するものとなっている。

さらには、解錠・開封処分（出管法32条）、証票の携帯（同法33条）、搜索・押収時の立会人（同法34条）、搜索の時間制限（同法35条）、出入りの禁止（同法36条）、押収品目録の作成（同法37条）、臨検・搜索・押収時の調書の作成（同法38条）といった類似規定も存在しており、その共通点の多さには素直に驚かされるものがある。

出管法上の手続の流れを簡単に確認すると、入国警備官が前述のような違反調査を実施し、容疑者を収容したとき（出管法44条）、あるいは当該容疑者が出国命令該当者である場合（同法55条の2）には、これを入国審査官に引き継いで入国審査官において審査することとなるが、審査を経て退去強制対象者であるとの認定がなされ、容疑者がこれに服す場合には、退去強制令書を主任審査官が発布することになる（同法47条5項）。

ただ、当該容疑者において認定に不服がある場合には、特別審理官に対する口頭審理の実施を請求することができ（同法48条1項）、それでも不服がある場合には、法務大臣への異議申し立てをすることができる（同法49条1項）。

つまり、入国警備官による違反調査というものは、行政的な判断を下す材料を収集するために行われる手続であって、裁判所に対する許可状請求は、その一環として行われるものとなっている。

また、刑事手続との関係については、出管法63条3項に規定があり、入国審査官において容疑者が罪を犯したと信ずるに足る相当の理由があるときには、検察官に対してこれ

³²⁸ 出管法上の違反調査等一般的理解については、坂中英徳、齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第3版）』（2007年、日本加除出版）を参照。

を告発するものとされている。ただ、それは、入国審査官に告発義務を課すものではなく、また、告発が独占禁止法におけるように訴訟条件となっているわけでもない。

そして、以上のようなことを念頭に、独占禁止法上の犯則調査手続をみると、独占禁止法上の犯則調査手続も、公正取引委員会が行政的な判断を下すための判断材料を集めることを目的とする手続であって、裁判所に対する許可状請求手続も、そのような目的の一環として行われるものと考えることができる。

そうすると、独占禁止法上の犯則調査手続における許可状請求というものは、必ずしも刑事的なものとして捉えなければならないものではなく、また、専属告発権限の存在をも考え合わせるならば、むしろそれを行政的なものとして捉えるのが妥当であると思われるのである。

第3章 犯則調査手続の歴史的検討

第1節 国税犯則調査手続に関する歴史的考察

犯則調査手続を導入した平成17年の独占禁止法改正法が施行されたのは、平成18年1月のことであり、未だ歴史が浅いものであることはいうまでもない。また、金融商品取引法上の犯則調査手続についても、それが導入されたのは平成4年のことである。これに比べ明治時代からの長い歴史を持つ国税犯則調査手続は、他とは比べものにならないほど圧倒的に長い歴史をもっている。そして、国税犯則調査手続の歴史³²⁹を振り返ることからは、今でこそ当たり前のように刑事的なものとして捉えられている犯則調査手続のイメージは、かなりの部分政策的に作り出されたものであるということがみえてくる。

明治初頭の税法においては、現在とは違って直接国税と間接国税との区別は存在せず、犯則嫌疑者に対する審理は、すべて一般刑事事件と同様に裁判所において行われていた³³⁰。つまり、当時においては、租税逋脱行為を刑事的に処理することが当然の前提とされ、刑事と税務調査と犯則調査を区別して処理するという発想は未だ存在していなかったわけである。

しかし、その後、明治16年になって犯則調査に関する太政官布告が出され、直接国税と間接国税との区別、犯則調査手続の萌芽がみられるようになった。

すなわち、この太政官布告及びそれに関連する大蔵省達は、

明治十六年太政官布告第四十三號

³²⁹ 国税犯則調査手続の歴史的沿革については、岩出芳三郎『間接国税犯則者處分法詳解』（1922年、清分社）、藤塚林平『間接国税犯則者處分法釋義』（1932年、日本法律研究會）、津田・前掲註42）3頁～9頁、臼井・前掲註42）3頁～4頁、齋藤明、廣瀬正志『租税刑事制裁の法理』（1997年、中央経済社）、加藤恒二「申告納税制度の下における制裁等—納税者のコンプライアンス向上の観点から」税務大学校論叢44号（2004）参照。

³³⁰ 犯則とは、広辞苑によると、現代においては法令に違反することを意味するようであるが、かつては刑法犯と同義と解釈されていたようである（岩出・前掲註329）3頁）。

酒造税則醬麴營業税則売薬印紙税則煙草税則ニ関シ租税官吏ニ於テ犯則アリト認知シ若クハ思料スルトキハ其場所ニ立入り犯則ノ證憑取調ノ処分ヲ為スコトヲ得但其官吏ハ主任タルノ証票ヲ携帯スヘシ

右奉勅旨布告候事

明治十六年十二月二十一日大藏省達第七十七號

本年第四十三號布告ニ依リ人民ノ家宅内ニ立入り證憑取調ノ処分ヲ為スハ日出後日没前ニ於テシ其地戸長若クハ用掛隣佑ノ内ヲシテ立会ハシメ候様取計フヘシ此旨相達候事

と規定し、これにより収税官吏は、酒造税、醬麴營業税、売薬印紙税、煙草税という特定の税に関して立入検査を実施できるようになったのである。

そして、これらの規定をみると、収税官吏にはほとんど制約なく立入検査を実施する権限が与えられており、すでに検討を加えてきたように、それは、現代からみれば、いうまでもなく手続保障上の問題点を多分に含むものである。ただ、中には数少ない適正手続の確保に関する規定も含まれており、むしろ筆者にとってはその点が興味深いところとなっている。

すなわち、立入検査に際し身分を証明する証票の携帯を要求している点からは、当該立入調査権限が特定の身分者にしか許されていないという意味を読み取ることができ³³¹、日出から日没までの間に調査を実施しなければならないとする点³³²や検査の際に立会人を求めている点³³³については、プライバシーへの若干の配慮を窺わせるものである。

この太政官布告は、文言上特定の種類の税に関するものとなっていたが、これ以後実務においては、その他の税の調査に関しても同様の取扱いとすることが慣習となったということである³³⁴。

また、犯則嫌疑者に対する審理手続については、明治16年の太政官布告後も普通裁判所において行われていたが、次第に犯則事件の数が増加し、そのすべてを裁判所の審理に付すことが手続の遅延や裁判費用の増加といった事態を招いてしまったことから、このような事態に対処するため、行政庁において自ら事案を処理することができるようにすること

³³¹) 証票の携帯については、現行法においても要求されていることは前述のとおりであるが、それを求める意義については諸説あり、ある論者は、人権の尊重と官庁の威信の保持のためとし(岩出・前掲註329) 161頁)、ある論者は、身分を証明して被調査者をして安んじて調査に服従せしめるためとし(藤塚・前掲註329) 46頁)、またある論者は、相手方の危惧の念を除き職務行為の円滑な執行に資するためとしているが(津田・前掲註42) 42頁、臼井・前掲註42) 151頁)、どれも権威主義的な色彩が強すぎるように思われる。証票の携帯には正当な身分者であることを担保する以上の意味はないと考える。

³³²) 時間的制限を設けた理由については、それが私生活の安静の保護にあることには異論がないようである。

³³³) 立入検査の際に立会人を必要とする理由については、処分を受ける者の利益の保護と手続の公正を担保する趣旨と説明されることがある(津田・前掲註42) 57頁、臼井・前掲註42) 132頁)。ただ、立会人が処分を受ける者のために何をすることができるのかは必ずしも明らかでなく、実際、立会人の存在によって処分を受ける者が利益を受けることはほとんどないように思われる。この点、立会人を必要とする理由については、処分を受けるものが手続の公正さに疑念を抱くことがないようにするためとの見解があるが(藤塚・前掲註329) 33頁)、筆者ももっぱらこの点に立会人を求める理由であろうと考えている。

³³⁴) 津田・前掲註42) 3頁

が模索され、そのことが現行国税犯則取締法の前身の前身にあたる間接国税犯則者処分法（以下、「旧間接国税犯則者処分法」という。）の制定へと繋がった。

この旧間接国税犯則者処分法は、明治 23 年 9 月 22 日法律第 86 号として公布され、翌 24 年 1 月 1 日に施行されたものであるが、3 章 20 条からなるその内容には、犯則調査手続に関する規定のほか、行為者の処分に関する規定も設けられていた。

まず、犯則調査手続に関する規定についてであるが、旧間接国税犯則者処分法第 1 条には、前述した太政官布告と同様の立入検査権限がある旨の規定、同法第 4 条には立会人に関する規定、同法第 5 条には立入検査の時間的制限に関する規定がそれぞれ置かれ、その但し書きには、現行犯等を除外する旨の規定が新たに設けられた。

また、旧間接国税犯則者処分法第 3 条には、必要に応じて警察官の援助を求めることができる旨、同法第 6 条には、臨検の際に関係人を尋問できる旨、同法第 8 条には、検査場所への出入りを禁止できる旨の規定が設けられており、差押えの際の手続についても、同法第 7 条に新たな規定が設けられた。

さらに、太政官布告第 9 条においては、犯則調査を実施した際の調書作成手続について規定されており、官吏自らが調書を作成し、読み聞かせ、相手方とともに署名捺印しなければならない旨規定されていた。その上、

- 一 本人ノ氏名年齢身分職業住所
- 二 犯則事件発見ノ手続及日時場所
- 三 事實ノ尋問ヲ爲シタルトキハ其尋問及陳述
- 四 差押ヘタル證據物件及種類數量竝ニ本人ノ物件ニ對スル辯解

が必要的記載事項とされていた点が興味深い。

次に、犯則者の処分に関する規定についてであるが、第 10 条は、

間税官吏犯則事件ノ取調ヲ終リタルトキハ處分請求書ヲ作り一切ノ書類物件ト俱ニ之ヲ管轄間税署長又ハ分署長ニ差出スヘシ

と規定し、犯則事件の処分についてはまず間税署長又は分署長が判断する旨が明示されていた。また、それに続く第 11 条以下においては、通告処分に関する規定がはじめて設けられ、これらが刑事司法の負担を減らすという旧間接国税犯則者処分法の主目的を構成するものとなっていた³³⁵。

すなわち、間税署長等が事件記録から犯則の心証を得た場合には、罰金相当の場合に罰金相当額、没収相当の場合にその物と諸費用を納付すべき旨を文書で通知し（第 11 条）、これを 7 日以内に履行しなかった場合には、管轄する裁判所に刑事告発し（第 12 条）、逆

³³⁵) 藤塚・前掲註 329) 2 頁～3 頁参照。

に履行がなされれば当該事件について刑事訴訟だけでなく民事訴訟も提起することができない旨が規定されていた（第 13 条）。

ただ、犯則者の住所が明らかでない場合、当該犯則事件が禁固又は拘留に相当する場合、犯則者に資力がない場合、犯則者が証拠物を遺留して逃走した場合には、通告処分を経ず裁判所に告発することとされ（第 14 条）、その上、犯則者が逃走及び証憑湮滅するおそれがある場合には、その者を裁判所に引致して告発することとなっていた（第 15 条）。

以上のように、旧間接国税犯則者処分法は、はじめて法律の形式で犯則調査手続及びその処分手続について規定したものであったが、実務における使い勝手は必ずしも良くなかったようで³³⁶、明治 33 年に同一名称の法律が制定される（以下、「間接国税犯則者処分法」という。）と同時に廃止されてしまった。

なお、この間接国税犯則者処分法は、明治 33 年 3 月 17 日法律第 67 号として制定され、同年 4 月 7 日に施行されたものであって、その後いくつかの改正を経て現行法たる国税犯則取締法に繋がるものであるが、その内容は、旧法を廃止して新たに制定されたものとはいえ、旧間接国税犯則者処分法の内容をかなり引き摺ったものであった。

すなわち、間接国税犯則者処分法においても、旧間接国税犯則者処分法と同様に、差押等に関する一般的な規定（第 1 条、第 2 条、第 7 条）のほか、関係人に対する尋問（第 3 条）、証票の携帯（第 4 条）、警察官の援助（第 5 条）、立会人の確保（第 6 条）、立入検査の時間的制限に関する規定（第 8 条）を置き、通告処分手続についても基本的に変わらない規定ぶりとなっていた。

ただ、当然のことながら、旧法との間には相違もあり、その中には注目される点も含まれていた。

たとえば、犯則調査手続について、旧間接国税犯則者処分法においては、「証憑集取ヲ爲ストキ」に立会人の確保が必要だとされていたのに対し、間接国税犯則者処分法においては、それが「搜索ヲ爲ストキ」と変更され³³⁷（第 6 条）、前述した調書の必要的記載事項についても、間接国税犯則者処分法においては、削除されなくなっている（第 10 条）³³⁸。

また、処分手続の関係についても、旧間接国税犯則者処分法においては、前述のとおり、収税官吏が調査終了後「處分請求書ヲ作り一切ノ書類物件ト俱ニ之ヲ管轄間税署長又ハ分署長ニ差出ス」こととされていたが、間接国税犯則者処分法においては、これを単に「税務管理局長ニ報告」すればよいこととされ（第 13 条）、しかも、通告処分がなされた場合において時効が中断する旨の規定もここで新たに設けられることとなった（第 15 条）³³⁹。

³³⁶ 岩出・前掲註 329) 2 頁、藤塚・前掲註 329) 8 頁参照。

³³⁷ このことから、搜索以外の処分において立会人が必要かどうかという論点を生じ、差押は搜索と違う概念だから差押処分に立会人は必要ないとの主張もなされていたようである。岩出・前掲註 329) 104 頁～108 頁参照。
なお、現行法においても、文言上、搜索についてしか立会人が求められていないことには留意が必要である。

³³⁸ この必要的記載事項を削除した意図は必ずしも明らかではないが、相手方の弁解を録取する手続がここで失われたことは、一歩後退との印象を拭えない。

³³⁹ この点、現行の刑事訴訟法においては、中断としていた旧法を改正し、一定の事由がある場合に時効が停止することとされているが（刑事訴訟法 254 条、同 255 条）国税犯則取締法においては、現行法においても時効が中断するこ

このように、間接国税犯則者処分法には、注目される点がいくつか含まれていたが、その中でも、特に、7日以内に通告内容が履行されなくても告発するまでの間にその履行がなされれば告発されることはない旨の規定（第17条）が設けられていた点は興味深い³⁴⁰。

すなわち、このような規定があえて設けられたということは、一連の犯則調査手続が犯則者を懲らしめることを目的としていないこと、言い換えれば、犯則者に刑事罰を科すこと、あるいは犯則者を刑事告発することを目的としたものではなく、あくまで税収の確保という行政目的の達成が目的であって、結果として国家財政に損失が生じないならば、それ以上これを問擬する必要はないという考えをその根底に読み取ることができるからである。

このことについて、旧大蔵省の職員として実務を経験した岩出芳三郎氏は、大正11年に公刊した著書の中において、

租税法違反ノ所爲ニ對シ刑罰ノ制裁ヲ付スルハ一般犯罪ニ於ケルカ如ク違反者ノ有責違法ノ行爲ニ對シテ懲罰ヲ加フルヲ主眼スルニアラスシテ寧ロ租税ノ徴収ヲ確實ナラシメ以テ國家財政ノ充實ヲ期スル一種ノ政策ニ出テタルモノ

としており³⁴¹、同じく大蔵省の職員であった藤塚林平氏も、昭和7年に公刊した著書の中で、

税法ノ罰則規定ニシテモ、處分手續ヲ定ムル間接國税犯則者處分法ニシテモ、單ニ犯則者ヲ處罰スルコト夫レ自體ガ目的デハナイノデアツテ、其ノ究局ノ目的ハ犯則事件ノ發生ヲ未然ニ防止スルト共ニ不幸ニシテ犯則事件ノ發生シタル場合ハ其ノ再度繰返サレザルコトヲ期圖スルニ存スルモノト理解スベキデアル

と主張をしているが³⁴²、これらの見解は、税法における罰則の在り方がどのようなものであったかを端的に示していると思われる³⁴³。

このようなことは、かつて所得税法において、いわゆる自首不問罪規定が設けられていたことから理解できるところであるが³⁴⁴、要するに、国の財政に負担をかけなければよいということであって、刑事罰を科すということは主たる目的ではなかったというわけであ

ととされている（国税犯則取締法15条）。

³⁴⁰ この点、現行の国税犯則取締法においても通告後20日間を経過しても告発前に履行した場合には告発しない旨の規定が設けられている（17条1項）。

³⁴¹ 岩出・前掲註329）13頁。

³⁴² 藤塚・前掲註329）185頁～186頁。

³⁴³ この点、当時の租税罰則は、民法における債務不履行に対する損害賠償の予定に類するものであったとする見解がある。板倉宏『租税刑法の基本問題 増補版』（1965年、勁草書房）27頁。

³⁴⁴ かつての所得税法においては、「自首シ又ハ稅務署長ニ申出デタル者ハ其ノ罪ヲ問フズ」との規定がおかれていたが（昭和15年3月29日法律第24号第88条）、昭和22年の法改正時に廃止されてしまっている。このような規定が置かれていた根拠は、行為者が罪過を悔いて自首したところに求められたのではなく、自首して税金を納めれば国家財政に損失を与えないという点に求められていたとされる。齋藤ほか・前掲註329）15頁参照。

る。

では、刑事手続への移行について規定する間接国税犯則者処分法という法律は、どのような性質のものと捉えられていたのでしょうか。この点、判例は³⁴⁵、

間接国税犯則者処分法ハ便宜徴税官署ヲシテ行政処分ニ依リ間接国税ニ關スル犯則者ヲ處罰セシムル爲メ其取扱手續ヲ定メタルモノニシテ其手續タルヤ専ラ行政処分ニ關スルモノニ屬シ司法処分ニ屬セザルコトハ蓋シ疑ナキ處ナリ從テ同法ニ於テ收税官吏ニ臨檢搜索差押尋問等強制カラ用ヒ犯則事件ヲ調査スル職權ヲ附與シタル所以ハ其ノ所屬稅務署長ニ於テ犯則者ニ對シ通告ニ依ル行政処分ヲ以テ處罰ヲ爲ス爲メ其證據材料ヲ供給セシメントスル主旨ニ出テタルモノニ外ナラズシテ即チ收税官吏ノ調査權ハ稅務署長ノ處分權ノ發動ヲ目的トスルモノニシテ決シテ司法權ノ發動ヲ目的トスル搜查權ニ非ザルガ故ニ其職權ノ範圍ハ自ラ其目的ノ範圍ニ限定セララルモノト謂ハザル可カラズ

とし、犯則調査は行政処分のために認められたものであって刑事処分をするために認められたものではないとの判断を示していた。

要するに、一連の犯則調査権限というものは、刑事手続に移行することを前提として発動されていたのではなく、あくまで行政処分をするためのものであって、少なくとも、犯則者を刑事告発してその者が起訴され有罪となることを目指して調査を進めるといった類の手続ではなかったといえることができる。

このように、明治から昭和初期にかけての犯則調査手続というものは、もともと刑事事件として処理していた案件を行政における簡易な手続で処理できるようにするという実際的な目的のもとで曖昧な性格のものとしてスタートし、その後、行政目的の手続という色彩を強めていったわけであるが、それは、太平洋戦争という特異なトピックスを契機として、再びその捉え方に変化が生じることとなった。すなわち、昭和19年に酒税法等の間接国税関係諸法が改正され、それまで定額刑主義のもと罰金、科料のみであった罰則に自由刑が導入されることとなった。

さらに、終戦後の占領下にあった昭和22年の法改正においては、直接国税関係諸法にも自由刑が導入され、前述したいわゆる自首不問罪規定も廃止されることとなったのである。そのような中、間接国税犯則者処分法も、昭和22年3月31日法律第29号として改正され、本改正によって強制調査の際には、原則として、裁判所が発する許可状の交付を受けることが必要とされるようになり³⁴⁶、また、間接国税の犯則事件についても、その検査を拒み、

³⁴⁵ 安濃津地判大正2.12.8. 但し、判決文は、藤塚・前掲註329) 173頁を引用した。

³⁴⁶ 国税犯則取締法3条は、間接国税に関する現行犯及び準現行犯については、一定の場合、許可状を要しないとしており、この点、関税法123条も同様である。ただ、このような規定は、金融商品取引法における犯則調査手続にも、独占禁止法における犯則調査手続にも存在しないものである。

妨げ、忌避する者に対しての罰則規定が新たに設けられたのである³⁴⁷。

なお、税法分野の学説によると、強制調査に許可状を要する旨の規定が設けられたのは、憲法 35 条が保障する令状主義に即応するためであったとのことであるが³⁴⁸、このようなことは、国税犯則調査手続の刑事的色彩が強くなったことを示すものであった。

もっとも、税法罰則の強化という一連の流れは、戦後復興という至上目的のもと、このままでは終わらなかったのである。

すなわち、昭和 23 年 7 月 30 日の閣議決定において、

脱税による税金の減収は、財政の健全な運用を危うくし、日本経済の立直りを停滞させ国民生活を一層不安定にさせる結果となるわけであるから、悪質な脱税者に対しては、この際税法に定めてある懲役罰金等の刑罰の訴追をもって厳に臨むこととし、これによって他面一般納税者の納税道義の昂揚を期待し、ひいて、納税成績の一段の飛躍向上を図ることは、現下の急務と認められる

とされ、このような認識のもとで「租税罰則適用の強化及び促進方実施要綱」が策定されたのである。

この実施要綱は、「脱税者に対しては、懲役及び罰金等各税法に定める刑事制裁を以て臨むこととする」とし、従来、「脱税犯に対する刑事制裁は酒税、物品税等の間接税については実行されて来たが、今後は、法人税、所得税等の直接税の脱税犯についてもその検挙に力を注ぎ厳罰方針を以て臨む」といった方針を打ち出し、また同時に、「大蔵省主税局及び各財務局の査察部においては、優秀な税務職員を相当数簡抜して国税査察官とし、機動的且つ継続的に脱税事件の調査摘発に当たることにする外、税務事務が特に輻輳している現状ではあるが、税務の重点的運営により、脱税事件の調査摘発を全面的に強化促進する」という方針も明らかにされたのである³⁴⁹。

そして、このような政府の方針を受けて間接国税犯則者処分法も昭和 23 年 7 月 7 日法律第 107 号として改正されることとなり、本改正によって名称が国税犯則取締法と改められることとなった。また、本改正によって間接国税以外の犯則事件についても国税犯則取締法が適用されることとなり、これにより通告処分のための手続という色彩が薄まり、以後、数次の改正を経て、刑事的色彩の強い行政手続という独特の性格を維持したまま現在に至っている。

以上述べてきたように、国税犯則調査手続の歴史は、紆余曲折を経て刑事的色彩を強め

³⁴⁷ 独占禁止法にも金融商品取引法にも、それぞれ検査拒否等に対する罰則規定が設けられているが、それらは、犯則調査手続に関するものではなく、この点、関税法においても同様である。

³⁴⁸ 津田・前掲註 42) 9 頁、臼井・前掲註 42) 3 頁参照。

³⁴⁹ このような政府方針が出された背景には、連合国最高司令官総司令部の強い示唆があったようであるが(津田・前掲註 40 16 頁)、ちなみに、アメリカにおいて我が国の査察制度に類似する制度ができたのは、1919 年 7 月 1 日のことであり、内国歳入庁 (Internal Revenue Service) に情報部門 (Intelligence Unit) が設置されたことにはじまる。さらに、1978 年には Criminal Investigation (CI) に名称が変更され、現在に至っている。

ていく過程を現在までずっと辿ってきたわけであるが、このような一連の流れについては、脱税犯の自然犯化と説明されることがある³⁵⁰。

本論文においては、脱税犯が法定犯か自然犯かという議論に立ち入るつもりはないが、確かに、脱税が刑事的非難に値するとの認識が国民の間あるかと問われれば、そのような認識が独占禁止法違反と違って国民の間に浸透していると思われなくもない。

そして、脱税が刑事的非難に値するものであるとされるようになったきっかけとしては、戦後において申告納税制度が導入され、課税についての第一義的な責任は、納税者が負うようになったことが挙げられる³⁵¹。確かに、このような制度となっていれば、個人責任の追及に結びつけることが容易であるように思われる。しかし、このような制度設計とはなっていない独占禁止法違反については、やはり、個人責任の追求ということに馴染まないところがあるといえそうである。

第2節 歴史的考察からの示唆

ここでは、犯則調査手続の歴史的検討から得られる示唆について検討を加えていくこととする。国税犯則調査手続の歴史を振り返ってみて、筆者が注目する点は主に3つある。第1には、脱税という行為が、当初は、例外なく刑事事件として処理されてきたということであり、第2には、犯則調査手続というものが刑事手続に繋ぐための手続ではなく、本来は、行政手続として処理することを予定した手続であったということである。そして、第3には、国税犯則調査手続においては、刑事罰を科して厳罰化の方向に進むことができる契機が存在していたが、独占禁止法の場合には、その点において欠けていたということである。

まず、脱税行為というものが、本来、刑事事件として処理されていた点についてであるが、これは、競争制限行為に対する規制とは大きく異なっているところである。

すなわち、競争制限行為については、1941年に刑法典の中に談合処罰規定が設けられるまでは、そもそも刑罰の対象とはされていなかったものであり、しかも、この談合罪は、公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で談合した者のみをその処罰対象とするものであって、当然、その処罰範囲は、極めて限定されたものとなっていたのである³⁵²。

要するに、悪い談合と良い談合を峻別し、悪い談合だけが刑罰に値するとされてきたわ

³⁵⁰ 臼井・前掲註42) 15頁、加藤・前掲註329) 213頁。

³⁵¹ この点、「租税罰則適用の強化及び促進方実施要領」においては、「所得税、法人税等の直接税については、従来久しく処罰の実例に乏しかったが最近における税制改革により民主的な申告納税制度に改められ納税者の自覚と責任において税法に定められた税金を納税者が自発的に納める建前となり、納税の実が挙がるか挙がらないかは納税者の遵法観念納税道義の如何にかかるとなったので、税制の民主化を促進するためにも、租税負担を免れようとする悪質違反者に対しては厳にその責任を追及する必要がある」としている。

³⁵² 大塚・前掲註50) 562頁～565頁、前田・前掲註50) 523頁～526頁、大谷・前掲註50) 557頁～559頁、西田・前掲註50) 404頁～412頁、松宮・前掲註50) 433頁～437頁、山口・前掲註50) 556頁～559頁参照。

けであるが³⁵³、見方を変えれば、それは、競争制限行為というものが、それ程悪いものでないと考えられてきたということでもあり、そのような一般的認識の中で、1947年に厳格な内容を持ついわゆる原始独占禁止法が制定されたわけであるから、それが国民にあまり支持されなかったとしても不思議ではない³⁵⁴。

また、ある学説によると、独占禁止法制定当時においては、それが占領政策の一環として半ば強制的に制定されたものとの認識が根強かったとのことであるが³⁵⁵、そうであるならば、競争制限行為に対して刑事罰をもって臨むことに国民が抵抗を覚えるのも当然といえる。問題は、このような国民の認識というものが、現代において変化したのかどうかということである。

現代においては、競争制限行為が反倫理的・反社会的な行為であるという認識が浸透しているとする見解も一部には存在するが³⁵⁶、少なくとも筆者が実務を通じて肌で感じてきたかぎりにおいて、そのような認識が一般的になっているとはとても思われぬのである。

前述したように、独占禁止法違反というものは、いわゆるホワイトカラー犯罪の典型でもあり、刑事処罰に値するほどの倫理的な非難が可能な場面というものは、実はそれほど多くはないのではないかと考えられる。

一般に、独占禁止法違反の実行行為者というものは、会社の利益のために当該行為を実行し、自己の利益を主たる目的としていない者が多いと思われ、しかも、それらの者の大半が初犯者で再犯のおそれは一般に少ないと考えられる³⁵⁷。

また、それら実行行為者の多くは、ごく普通のサラリーマンであって、前任者からの業務引継ぎの中に違反行為が組み込まれてしまっているということも珍しくなく、それに異を唱えることを企業の従業員に求めることが酷な場合は現実問題として少なくないように思われる。

そして、そうであるならば、そのような者の社会復帰を困難にすることは決して望ましいことではなく、これらの者に刑事罰を科すことは、必ずしも賢明な選択肢だとは思えないのである。

ところで、脱税行為については、かつて存在した自首不問罪規定に象徴されるように、戦前においては、国家に対して結果として財産的損害を与えないのであるならば、それに刑事罰を科す必要はないとされていたのであるが、これは、犯則調査手続というものが、

³⁵³ この点、ある筆者は、談合は我が国で広く行われている慣行である上、何の協定もなしに入札が行われた場合には、過当競争が生じ、手抜き工事をしなければならない場面も想定でき、かえって損害となる場合も考えられるから、事前に適正な最高価格または最低価格について協定することは当然許されるとする(大塚・前掲註50) 563頁)。自由経済が高度に発達した現代においてこのような理屈が説得的でないことはいうまでもないが、刑事罰の適用において税法におけるものと根本的に異なる捉え方がなされてきたことは興味深い事実である。

³⁵⁴ 独占禁止法の歴史的制定経緯等については、郷原信郎「規制緩和と独禁法違反に対する制裁」ジュリスト1228号(2002)155頁以下を参照。

³⁵⁵ 谷原・前掲註5) 229頁参照。

³⁵⁶ 和田健夫「独禁法違反と課徴金・刑事制裁」, 日本経済法学会編『経済法講座第3巻 独禁法の理論と展開(2)』(2002年, 三省堂)333頁参照。

³⁵⁷ 佐伯・前掲註254) 44頁参照。

違反行為者に刑事罰を科すこと、あるいは違反行為者を刑事告発することを目的とした手続ではなく、あくまで税収の確保という行政目的の達成が目的であって、結果として国家財政に損失が生じないならば、それ以上これを問擬する必要はないとされていたことを意味する。

これは、犯則調査手続であれば当然に刑事手続への橋渡しの役割を果たすものだとする多くの見解に疑問を投げかけるものと思われる。あくまで犯則調査手続というものは、行政手続の1つであり、元々は、行政手続として事案を処理するために設計された手続であって、刑事手続は、その実効性を担保するためのものに過ぎなかったわけである。

つまり、独占禁止法上の犯則調査手続についても、それが当然に刑事的なものであるとして捉えなければならない必然性はないと思われるのである。

では、最後に第3の点についてであるが、我が国においては、戦後復興という至上命題のもと大幅な税制改革がなされ、その際、申告納税制度が導入されたことによって、違反行為者に対する倫理的・道義的非難が可能になったとされていた。

しかし、一方で、独占禁止法の歴史においては、このような倫理的・道義的非難の可能性に関連する大きな転機というものは存在していなかったといえる。

確かに、刑事罰強化のきっかけとなったという意味においては、日米構造問題協議³⁵⁸におけるアメリカ側の我が国に対する要求というものがあつたことは間違いない。

しかし、日米構造協議において、アメリカからいわば外圧をかけられたからといって、それが我が国の国民の道義感・倫理感といったものに影響を与え、競争阻害行為に対しては当然に刑事罰を科すべきだという考えが一般に醸成されたとはおよそ考えられないのである。

要するに、平成17年の法改正における犯則調査手続の導入というものは、倫理的・道義的非難を違反行為者に対し浴びせることを正当化するような制度的な変化、背景事情といったものが存在しない中で行われたものであり、全体として唐突な感を否めない法改正であったように思われるのである。そして、それが、仮にいわゆる「宣言的機能」によって国民の中に道徳観念を植え付けようとしたものだとするならば、それは重大な問題であるといわなければならない。

それでは、以下においては、諸外国の競争法手続における行政手続と刑事手続の接点に着眼し、それぞれの手続保障の在り方等を概観することによって、我が国における独占禁止法上の犯則調査手続の在り方について検討する手掛かりとする。

³⁵⁸) 1989年のアルシュサミットの際の日米主脳会談において、内外不均衡是正の障害となる構造問題解決のため、二国間で協議をすることが決められ、これを受けて、1989年9月から1990年4月の計4回にわたって協議が重ねられ、中間報告が取りまとめられている。

第2編 諸外国における行政手続と刑事手続の交錯

序 問題の所在

我が国の独占禁止法における調査手続の諸問題については、本論文でこれまでもいろいろと検討してきたところであるが、ここでは視点を海外に移して、外国法制における行政調査手続、主に、各国の競争当局における調査手続を概観することとし、行政手続と刑事手続が交錯する場面においてどのようなことが実際に行われているのかをみていくこととする。

外国法制の検討を進めてまず気付かされるのは、我が国のように行政手続と刑事手続の接点に別個の特別な手続を設けること自体かなり特異なことだということである。諸外国の競争法上の手続においても、行政と刑事の接点に関する議論自体が存在していないわけではなく、むしろそこでは我が国以上に手続保障の在り方などについて多くの議論がなされている。それらを検討することは、我が国の犯則調査手続の在り方を考える上で大いに参考になるものと思われる。

たとえば、EU加盟国各国の中には、競争法に違反する行為を例外なく行政処理する欧州委員会をはじめ、それを刑事事件とする国々や³⁵⁹、欧州委員会と同様に、もっぱら行政事件として扱う国々などが混在し、それら加盟国競争当局間における事件情報の取り扱い方³⁶⁰や手続保障の在り方³⁶¹について、多くの関心が寄せられるところとなっているのである。

欧州委員会においては、調査手続に関する2003年1号規則³⁶²が2002年12月16日に採択され、2004年5月1日から施行されてきたところであるが、この2003年1号規則においては、それまでの手続では認められていなかった個人宅への立ち入り検査が認められるなど³⁶³、全体として調査権限の強化が図られている状況が窺われる。

また、欧州諸国における国別の手続に着眼すると、近年においていわゆるハードコアカルテルに対して刑事罰を導入したイギリスや、競争法違反に対する刑事罰を放棄してすべて行政的に処理することとしたオランダ³⁶⁴、あるいは、入札談合についてのみ刑事的処理を

³⁵⁹ 競争法違反に対して刑事制裁を設けられている国としては、イギリス、フランス、イタリア、スペイン、ベルギー、ギリシャ、デンマークなどがあるようで、ドイツについても談合罪を刑法典の中に導入している。See Gerald Dannecker, Oswald Jansen, Competition Law Sanctioning in the European Union, Kluwer Law International 2004 pp. 81-95.

³⁶⁰ See Oswald Jansen, The System of International Cooperation in Administrative and Criminal Matters in Relation to Regulation EC 1/2003, Competition Law Sanctioning in the European Union, Kluwer Law International 2004 pp. 257-304.

³⁶¹ See Marcos Araujo, The Respect of Fundamental Rights within The European Network of Competition Authorities, 2004 Fordham Corp. L. Inst. 000 (B. Hawk, Ed. 2005) pp. 511-531.

³⁶² Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

³⁶³ Council Regulation (EC) No. 1/2003 Article 21.

³⁶⁴ オランダにおいては、競争法のエンフォースメントに高度の専門性が要求され専門機関に任せ方がよいと考えられること、検察当局が競争法違反の摘発に積極的でなかったこと、EU諸国の一員としてEC委員会及び加盟国各国の競争当局と連携する機関が必要であること、行政手続は刑事手続よりも迅速な事件処理が可能であることなどを理由として、1998年に競争法に対する刑事罰(ハードコアカルテルに対するもの)を廃止し、競争当局(NMa)による一元

可能としたドイツというように、ハーモナイゼーションが求められる加盟国間においても、競争法違反に対するエンフォースメントの在り方には大きな違いがある。

一方、周知のごとく、アメリカにおいては、競争法違反に対して極めて強力な行政的なエンフォースメントと刑事的エンフォースメントが用意されている。アメリカ競争当局の手續においては、原則として違反行為の態様や適用法条によって事件を扱う機関が異なるため、行政と刑事の区別が比較的はっきりとしており、事件の途中で行政から刑事に手續が移行するあるいはその逆という事態は基本的に想定されていないのである。

しかし、数ある事案の中には、競争当局の両翼を担う司法省と連邦取引委員会との間でどちらが事件を担当すべきかが微妙な案件も当然存在しており、アメリカにおいては、そのような場合に対応するべく、事案を振り分けるための手續が整備されていて、このような交通整理の仕方は、我が国の独占禁止法上の手續を考えるに当たっても示唆的であるし、刑事手續と行政手續とで情報を共有するシステムは、我が国でも是非見習うべきものであるように思われる。

さらに、視野を少し広げてみると、アメリカにおいては、我が国でいう国税庁に当たる内国歳入庁 (Internal Revenue Service) の手續において、行政調査から刑事調査へと移行する手續が存在しており、その他に、我が国の証券取引等監視委員会に相当する連邦証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) における手續にも、刑事訴追機関との連携に関する手續が存在していて、そこでの議論は、我が国独特の犯則調査手續を考える上でも十分参考になるものである。

もちろん、これら諸外国法制における議論というものは、それぞれが異なる歴史的・政治的背景の中でなされてきたものであるから、我が国の議論にそのままの形で当てはめることはできるわけではないが、以下において検討を加える諸外国法制は、いずれも特に基本権たる手續保障の面で深い検討が加えられているものばかりであり、未だ手續保障上の問題を多く残す我が国の独占禁止法上の手續にとっては十二分に参考になるものと思われる。

以下においては、我が国の独占禁止法に多大な影響を与えてきたアメリカにおける手續をまず確認した上、次いで、EU 加盟国共通のルールとしての欧州委員会における調査手續や欧州共同体司法裁判所等の基本判例を概観することとし、その上で、近年、競争法違反に対して刑事罰を導入したイギリスにおける調査手續や、競争法違反を秩序違反行為として非刑事的に処理することを基本とするドイツの調査手續を概観することとし、我が国の独占禁止法における調査手續のあるべき姿というものを探っていくこととする。

的処理を行なうこととしている。See Netherlands—country experience with criminal law sanctions, speaking notes on Netherlands experience with criminal law sanctions by Mr. Pieter Kalbfleisch—Director General of the Netherlands Competition Authority, http://www.nmanet.nl/Images/Netherlands_country_experience_with_criminal_law_sanctions_tcm16-78646.pdf, also see Monique van Oers, Fines and The Reform of European Competition Law: The View of a National Competition Authority, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International, 2004, p181.

第1章 アメリカ競争当局における手続

第1節 司法省反トラスト局及び連邦取引委員会における調査手続

第1款 調査手続の概要

1 司法省反トラスト局における調査手続

周知のごとく、アメリカにおいては、競争当局として司法省反トラスト局 (Department of Justice Antitrust Division) と連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) が存在しており、それぞれが違った役割を担って競争政策の実践に当たっているが³⁶⁵、ここでは、まず、刑事的エンフォースメントにとって中心的な役割を担う司法省反トラスト局の組織や手続などについて概観していくこととする³⁶⁶。

まず、司法省 (Department of Justice) の組織についてであるが、司法省においては、そのトップに司法長官 (Attorney General) 及び次官 (Deputy Attorney General) が配置され、その下に訟務局長 (Solicitor General) や司法長官補佐官 (Associate Attorney General)、さらに、司法長官補佐官の下にいくつかの部局が設けられており³⁶⁷、反トラスト局はその1つとなっている。

この反トラスト局の内部においては、さらにいくつかの部署に所掌事務が細分化されており、その中に刑事的エンフォースメントを専門とする部署 (Criminal Enforcement) や民事的エンフォースメント (Civil Enforcement) の専門部署、それに経済分析 (Economic Analysis) や国際的な事案を専門的に処理する部署 (International Enforcement) といったものが設けられている。

反トラスト局のトップには、司法長官補佐官 (Assistant Attorney General) が配置され、その下で5名の司法長官副補佐官 (Deputy Assistant Attorney General) がこれを支える体制となっている。

刑事捜査手続については、5名のうち1名の司法長官副補佐官がこれに専従することになっており (Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement)、この司法長官副補佐官と刑事部長 (Director of Criminal Enforcement) が刑事捜査及び公訴提起等を指揮監督することになっている³⁶⁸。

³⁶⁵ 反トラスト法の一般的理解については、邦語文献として、佐藤一雄『アメリカ反トラスト法—独占禁止政策の原理と実践—』(1998年、青林書院)、村上政博『アメリカ独占禁止法 第2版』(2002年、弘文堂)も参照。

³⁶⁶ 司法省本体および反トラスト局の組織及び調査手続については、司法省が公表している連邦地方検事マニュアル (United States Attorneys' Manual)、反トラスト局マニュアル (Antitrust Division Manual)、大陪審マニュアル (Grand Jury Manual) も参照。

³⁶⁷ 反トラスト局以外の局としては、たとえば、税務局 (Tax)、民事局 (Civil)、人権局 (Civil Rights)、環境資源局 (Environment and Natural Resources) といったものがある。

³⁶⁸ See Antitrust Division Manual Chapter I, B, 3, a, ii, iii, also see United States Attorneys' Manual 7-3.300.

また、行政的調査については、行政管理部門(Office of Operations)³⁶⁹において管掌することになっており、行政的エンフォースメント一般を管理する部長(Director of Merger Enforcement or Director of Civil Non-merger Enforcement)でもある管理部長(Director of Operations)らが、違反行為の特性や地理的な要素といったものを総合勘案して当該案件を担当する課³⁷⁰に当該事案を配分し、加えて、連邦取引委員会との連絡の窓口も担当することになっている³⁷¹。

次に、反トラスト局において運用されている法律についてであるが、そのほとんどは、合衆国法典(United States Code)の第15巻第1章に収載されている諸法令であり、中でも特に、シャーマン法³⁷²及びクレイトン法³⁷³がその中心的なものとなっている³⁷⁴。

周知のごとくシャーマン法の1条は、州際間あるいは海外との取引等を制限するような契約や共謀(conspiracy)といった諸々の行為を重罪(felony)に相当するものとしており、また、同法2条も、独占化(monopolize)あるいはそれを企てる行為等を重罪と位置付けているのである。

このように、シャーマン法というものは、刑罰法規としての性格が強く、それは、後述するように、その沿革からもいえることである。一方、クレイトン法については、差別対価や排他条件付取引といったものを規制対象とし、行政法規としての性格が濃いものとなっている³⁷⁵。

以下、順次、司法省における調査手続についてみていくこととするが、それは大きく3つに分けることができる。具体的には、予備調査手続(preliminary inquiry)、刑事捜査手続及び行政調査手続である。

まず、予備調査手続についてであるが、一般にこの予備調査というものは、反トラスト法違反の存在を示す十分な証拠が存在していること、市場への相当の影響が見込まれること、連邦取引委員会など他の機関の業務とバッティングしないことといった諸条件がすべてクリアされた場合にはじめて開始できるようになっており、反トラスト民事手続法(Antitrust Civil Process Act)に基づく民事調査請求(civil investigative demands)や大陪審による召喚手続(subpoena)といった強制手続(compulsory process)が実施に移され

³⁶⁹) ここには、Premerger Notification Unit/FTC Liaison Unit, Freedom of Information Act Unit, Paralegal Unit, Training Unit という4つにユニットが置かれている。

³⁷⁰) たとえば、知的財産権を担当する課、運輸・エネルギー・農業を担当する課、金融及びIT関連を担当する課、情報通信産業を担当する課、ヘルスケアを担当する課、企業結合を担当する課といったものが設置されており、アトランタ、シカゴ、クリーブランド、ダラス、ニューヨーク、フェラデルフィア、サンフランシスコに地方事務所(Field Offices)が設置されている。

³⁷¹) See Antitrust Division Manual Chapter I, B, 3, b, also see United States Attorneys' Manual 7-3.400.

³⁷²) 15 U.S.C. § § 1-7.

³⁷³) 15 U.S.C. § § 12-27, 29 U.S.C. § § 52-53.

³⁷⁴) シャーマン法とクレイトン法以外にも反トラスト局において執行される法令は存在しており、たとえば、競争を阻害する共謀のもとアメリカに商品を輸入するような行為の場合は、ウィルソン関税法(Wilson Tariff Act, 15 U.S.C. § § 8-11)によって軽罪(misdemeanor)として処罰されることになる。

³⁷⁵) ただし、いわゆるロビンソン・パットマン法は違反行為に対しては刑事罰を科す規定となっており、行政処分は予定されていない。15 U.S.C. § 13a.

るまでは、刑事でも行政でもない手続だと理解されている。

ただ、実際は、たとえば、企業結合 (merger) であれば行政、価格協定 (price fixing) であれば刑事というように、この予備調査の段階で既に刑事あるいは行政という道筋はおおよそ決まっているとのことである³⁷⁶。

この予備調査というものは、政府代理人 (attorney) の請求により、反トラスト局が承認し、さらに、連邦取引委員会のクリアランス (clearance) を取り付けることによって実施が認められるものであるが、その承認申請に当たって政府代理人は、事実関係や適用法令、地理的事情といったものを内容に盛り込んだ書面³⁷⁷を準備する必要があるとされている。

たとえば、当該案件が刑事事案相当だということであれば、かかる疑いが刑事捜査を必要とするほどの案件であるか³⁷⁸、刑事罰に値する重大な事案であるか³⁷⁹、といったことが斟酌され、その承認の是非が判断されることになる³⁸⁰。

こうして、予備調査が開始されると、係官によって任意の報告徴収や事情聴取が実施されることになるが、事前差止め命令³⁸¹ (preliminary injunction) の適用があらかじめ想定されるような場合には、相手方の非協力や遅延といったことを回避するため、最初から強制力を背景とした民事調査請求によって報告徴収がなされることになる³⁸²。

この予備調査の過程においては、適宜、司法長官副補佐官等に対して調査の進捗状況が報告 (status report) され、一般にその調査は、数週間ないし数ヶ月にわたってなされ、最終的には、刑事捜査を実施すべきか、行政調査手続によるべきか、あるいは、当該調査を終結すべきかが決せられることになるが、前述したように、通常、その結論は、事案の性質などによって自ずと決まったものとなっているようである。

ところで、刑事捜査手続を開始するか、あるいは行政調査手続を開始するかの選択に当たっては、マニュアルにおいて留意点が示されており³⁸³、それは本論文のテーマとの関係で重要である。

すなわち、仮に大陪審手続が選択された場合、そこで収集された証拠資料は、後の行政手続において使用してはならないこととされ、その旨判示した連邦最高裁判例³⁸⁴が存在して

³⁷⁶) See Antitrust Division Manual Chapter III, B, 1.

³⁷⁷) いわゆる PI Request Memo と呼ばれるもの。必要的記載事項としては、対象商品役務、違法行為、関係法条、事件関係人、市場に与える影響、地理的事情があるとされている。See Antitrust Division Manual Chapter III, B, 2.

³⁷⁸) このような判断をする裁量が担当官には認められており、それは、法的基準によるものではなく、担当官の経験に基づくものとのことである。

³⁷⁹) ここでいう重大性とは、フレキシブルな概念であり、影響を受ける市場の規模、地理的条件といった諸般の事情を総合勘案して事案ごとに判断されるようである。

³⁸⁰) この点、刑事事件となることが想定される案件について、予備調査をするまでもなく大陪審による調査を開始するだけの十分な情報を得ている場合には、予備調査を経ることなく大陪審手続の開始を請求できるとされている。

³⁸¹) 15 U.S.C. § 18a (f).

³⁸²) 民事調査請求により提出される資料に事業者の秘密の該当する事項等が含まれる場合は、事業者は、情報公開法 (Freedom of Information Act) により公表しないことを保証する書面 (confidentiality letter) を求める手続も存在するようである。

³⁸³) See Antitrust Division Manual Chapter III, C, 5.

³⁸⁴) United States v. Sells Engineering, Inc. 463 U.S. 418 (1983), United States v. Baggot 463 U.S. 476 (1983).

いるのである。これは、大陪審手続における守秘義務等について規定した連邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) 6(e) 条が、裁判所の特別な許可を得ない限り、大陪審手続に参加しなかった政府代理人に大陪審手続で収集された証拠資料の開示を禁じているからであるが、そこでは、我が国における議論のように、手続保障の差異が情報遮断の理由とされているのではなく、もっぱら、守秘義務規定の解釈が問題とされているのである。

もつとも、連邦刑事訴訟規則 6(e) 条の射程は、必ずしも広く解されているわけではないようであり、いずれにせよ、裁判所の許可があれば開示が認められるものである。また、大陪審手続に参加していた政府代理人であれば、裁判所の許可を求めずとも、後の行政手続においてこれを利用することが許されるとされ³⁸⁵、実際には、行政調査手続と刑事捜査手続との間で証拠資料の相互利用ができなくなるようなことはほとんどないと考えられる。

次に、行政調査手続についてであるが、この点は、反トラスト民事手続法 (Antitrust Civil Process Act)³⁸⁶に規定が置かれており、多くの行政調査案件においては、強制力を背景とした民事調査請求が利用できるとされている。

また、この民事調査請求の対象については、特に制限が設けられておらず、当該行政調査案件に関連する証拠物あるいは情報を有していると考えられるならば、自然人であっても法人であっても、被疑者であっても被害者であってもその対象とすることができるとされている³⁸⁷。

この民事調査請求は、公訴提起あるいは民事訴訟の提起前に限ってできるものとされていて³⁸⁸、たとえば、行政調査手続の過程で行政的エンフォースメントよりも刑事的エンフォースメントの方が妥当だということが明らかになった場合には、民事調査請求手続による調査を続行することは許されず³⁸⁹、大陪審手続が開始されることになっている。その場合、民事調査請求において得られた証拠資料は大陪審手続に引き継がれることになる³⁹⁰。

なお、司法省反トラスト局による民事調査請求は、目的外の調査のためにすることはできないとされており、たとえば、連邦取引委員会法³⁹¹ (Federal Trade Commission Act) や 1970 年新聞保護法³⁹² (Newspaper Preservation Act) の調査のためにこれを利用することはできないとされているが、目的外となるかどうかを決めるためになすことはできるとされているようである³⁹³。

³⁸⁵) United States v. John Doe, Inc. I, 481 U.S. 102 (1987).

³⁸⁶) 15 U.S.C. §§ 1311–1314.

³⁸⁷) 15 U.S.C. § 1312 (a).

³⁸⁸) 15 U.S.C. § 1312 (a).

³⁸⁹) See Antitrust Division Manual Chapter III, E.1, b.

³⁹⁰) 15 U.S.C. § 1313 (d) (1).

³⁹¹) 15 U.S.C. § 1311 (a).

³⁹²) 15 U.S.C. § 1803 (b).

³⁹³) See Antitrust Division Manual Chapter III, E. 1, c.

民事調査請求においては、特定の文書の提出、書面による質問 (written interrogatory) に対して宣誓 (oath) の上で回答すること、宣誓供述 (deposition) といったものを求めることができることとされ³⁹⁴、このうち、宣誓供述をするに当たって証人は、弁護人を伴い、代理してもらい、助言を受けることができるとされている³⁹⁵。

また、証人は、質問に対する回答を拒否することもでき、その場合は、その理由を述べなければならないとされ、黙秘権・自己負罪拒否特権といった憲法上の権利やその他の秘匿特権 (privilege) が認められる場合には、それが受理され、その旨記録されることになっている。ただ、黙秘権・自己負罪拒否特権というものは、後で詳しく述べるが、あくまで自然人についてのみ認められるものであって、法人については認められないとされている点には留意する必要がある³⁹⁶。

なお、民事調査請求に対して黙秘権・自己負罪拒否特権の主張がなされた場合、当該証人に対して刑事免責 (immunity) を与えてその証言を強制することもできるとされているが³⁹⁷、それは、公益性 (public interest) が認められることを前提として、司法長官の承認の下ではじめて認められるものとなっており、実際は、司法長官補佐官及び司法長官副補佐官が司法長官に代わって承認することになっている³⁹⁸。

ところで、民事調査請求によって証言が録取された場合には、当該証人が権利放棄をしない限り、証人にはその内容を確認する機会が与えられなければならない³⁹⁹、また、証人が増減変更を申し立てた場合には、その旨録取書に加筆されなければならないとされ、誤りがなければそれに証人が署名することになっている。

ただ、仮に証人が 30 日以内に署名をしなかった場合には、反トラスト局の調査官において署名ができるものとされており、その場合、係官は、署名が拒絶された理由を付記することとなる。

また、供述人には、司法長官補佐官が制限しない限りにおいて⁴⁰⁰、有料で当該録取書の写しを受け取る権利があるとされており、通常の場合はこれが認められているということである⁴⁰¹。

反トラスト行政手続法は、民事調査請求によって得られた証拠資料について、広く司法

³⁹⁴) 15 U.S.C. § 1312 (b), (g).

³⁹⁵) 15 U.S.C. § 1312 (i) (7) (A).

³⁹⁶) *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988).

³⁹⁷) 18 U.S.C. § 6004 (a), (b).

³⁹⁸) See *Antitrust Division Manual Chapter III, E, 3, c, iv*.

³⁹⁹) 15 U.S.C. § 1312 (i) (4).

⁴⁰⁰) この点、たとえば、当該録取書が証人を脅したり、経済制裁を加えたり、口裏合わせをするといったことに悪用されるおそれがある場合には、司法長官補佐官は録取書の写しの交付を中止することができる。

⁴⁰¹) この民事調査請求というものは、通常は司法長官補佐官名で発せられているようであるが、その手続は、予備調査を担当した部署の長に対して担当官から申請がなされ、担当部署の長においてその必要性が認められると、今度は担当部署の長がその旨特別補佐官 (Special Assistant) に連絡し、さらに、この特別補佐官及び関連する部署の長がこれを承認すると、特別補佐官から司法長官補佐官に対する勧告がなされ、司法長官補佐官がこれに署名することで発せられることになっている。ちなみに、この民事調査請求への署名については、司法長官か司法長官補佐官がなさなければならないことになっており、その権限は他の者に委譲することはできないものとされているようである。

省の職員がそれを職務に利用できるとしているが⁴⁰²、実際には、提出者の同意なく開示される場面は一定の場合に限られているようである⁴⁰³。

具体的には、議会に対する開示⁴⁰⁴、連邦取引委員会に対する開示⁴⁰⁵、関連する第三者への開示⁴⁰⁶及び裁判手続や連邦行政手続における公的用途での開示⁴⁰⁷の4種類となっており、民事調査請求によって得られた証拠資料は、情報公開法によっても開示されないものとされている⁴⁰⁸。

なお、民事調査請求に対して故意に答えなかったり、証拠資料を隠蔽したり、調査を妨害するような場合には、刑事罰が科されることになっており、テロに関わるような場合にあっては懲役8年、それ以外の場合であっても5年以下の懲役が科されるとされ、我が国の独占禁止法における手続違反に対する制裁と比較すると、極めて重い法定刑となっている⁴⁰⁹。

次に、大陪審手続についてであるが、この反トラスト局における大陪審手続は、刑罰法令に違反する疑いが存在する場合に開始される手続であり、その開始に当たっては、司法長官補佐官の承認が必要とされている。

そこで、大陪審手続を開始するため政府代理人は、手続開始の承認を求める書面⁴¹⁰を作成する必要があり、これが認められると、政府代理人は大陪審手続への参加が許されることになる⁴¹¹。

ただ、大陪審手続の進め方については、州によってまちまちで、たとえば、陪審員⁴¹²を地方検事が決めたり裁判所が決めたり、それについて裁判所の承認が必要であるところないところといった違いがあるようで、個別具体的な進め方については、大陪審が開かれる州の手続に従うこととなっている。

また、陪審員の招集については、連邦刑事訴訟規則6(a)(1)条に規定されており、裁判所は、公共の利益のため必要があるときに16名ないし23名の陪審員を招集しなければなら

⁴⁰²) 15 U.S.C. § 1313 (c) (2).

⁴⁰³) 民事調査請求によって得られた証拠資料については、法律上、司法長官補佐官によって証拠物管理者(Custodian)が指名されることになっており、通常は、調査を担当する部署の長がこれに当たる実務運用となっているようである。15 U.S.C. § 1313 (a), 28 C.F.R. § 49.1-49.3.

⁴⁰⁴) 15 U.S.C. § 1313 (c) (3).

⁴⁰⁵) 15 U.S.C. § 1313 (d) (2).

⁴⁰⁶) 15 U.S.C. § 1313 (c) (2).

⁴⁰⁷) 15 U.S.C. § 1312 (d) (1).

⁴⁰⁸) この点、民事調査請求によって提出者が提出したのではなく、提出者において任意に提出した証拠資料は情報公開法の開示対象となる。また、反トラスト局側が発出した民事調査請求自体も情報公開法の射程となっている。

⁴⁰⁹) この点、独占禁止法94条は、前述したように、検査妨害等に対して1年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処するとしている。

⁴¹⁰) これは、authorization memoと呼ばれるもので、被疑者、市場規模、地理的要素、被疑行為、調査に要する時間といったものを記載される。予備調査がなされている場合には、連邦取引委員会からの承認を求めることも必要だとされる。

⁴¹¹) 28 U.S.C. § 515 (a).

⁴¹²) 連邦刑事訴訟規則6(g)には、大陪審の陪審員は裁判所が解任するまでは陪審員としての職務に専念しなければならず、その任期は、原則として18ヶ月を超えることはできないとされている。ただ、裁判所の決定により6ヶ月を超える範囲で任期延長が認められている。

ないとされ、それは、無作為に選ばれた人物の中で⁴¹³年齢要件といった一定の要件⁴¹⁴を満たした者だけが選任される⁴¹⁵。

大陪審手続においては、当該裁判所の管轄内で犯罪があったかどうかを検証され、証人尋問などが適宜実施されることとなるが、当然ながら、この大陪審手続に与えられた調査権限を行政事件の証拠収集に利用することは、権限の濫用として許されないとされており⁴¹⁶、そのような場合には、大陪審手続が打ち切られることとなっている。

この点、プロクター・アンド・ギャンブル事件判決⁴¹⁷においては、次のような興味深い判断が示されている。

この事案においては、シャーマン法違反の疑いで大陪審手続が開始され、結局、刑事訴追はなされず、民事訴訟が提起される運びとなったわけであるが、その際、政府は、大陪審手続における記録の写しをかかえる民事訴訟における証拠としようとした。

そこで、被告人は、連邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure)に基づき当該記録の開示(discovery)の申し立て、ニュージャージー連邦地方裁判所は、この申し立てを相当な理由(good cause)があるものと認め、政府に対し、30日以内にその写しを提出し、被告人に対して謄写を認めるよう命じた。

これに対し、政府は開示に応じない姿勢を示し、地方裁判所に対し命令の修正を申し立てた。それは、仮に政府が当該記録を提出しなければ訴えを却下するとする代わりに、当該証拠資料の提出期限を延期するというものであったが、これについて、被告人からは異議がなかったため、裁判所はそのように命令を修正した。ところが、結局、政府はその提出を拒み続けたため、裁判所が当初の申し合わせに従って却下判決を下したところ、政府がこれを不服として連邦最高裁に上告したというのがこの案件である。

この案件においては、政府が任意に訴えを取り下げるとしたのだからそれを争うことは許されないのではないか、大陪審手続の記録に求められる秘密性を破るだけの開示の必要性が認められるのか、といったことが争点となり、結局、連邦最高裁は、前者のような議論は本件には当てはまらず、後者についても、秘密性を破るだけの開示の必要性は認められないとの結論を下したのである。

ただ、筆者にとって関心があるのは、連邦最高裁において、「行政手続における証拠を引き出すために刑事手続を利用すること(using criminal procedures to elicit evidence in a civil case)」は、「法律の趣旨を嘲弄するもの(flouting the policy of the law)」で

⁴¹³) 28 U.S.C. § 1863.

⁴¹⁴) 28 U.S.C. § 1865.

⁴¹⁵) 大陪審が開かれている間は、政府代理人、証人、通訳、速記者やオペレーターといった記録担当者が手続に参加するが(Fed. R. Crim. P. 6 (d) (1)), 審議及び投票の段階においては、基本的に陪審員しかいない中で手続が進められる(Fed. R. Crim. P. 6 (d) (2))。この点、大陪審の場に資格を有しない者が参加した場合の起訴の効力が問題となるが、連邦最高裁は、陪審員の決定に実質的に影響を及ぼしたような場合でなければ却下の理由にはならないとしている(Bank of Nova Scotia v. United States, 487 U.S. 250 (1988))。

⁴¹⁶) United States v. Sells Engineering, Inc. 463 U.S. 418 (1983).

⁴¹⁷) United States v. Procter & Gamble Co. 356 U.S. 677 (1958).

あり、「大陪審手続が、さもなくば禁止され、あるいは、より困難をともなうゴールへの近道として利用されること (grand jury proceeding was used as a short cut to goals otherwise barred or more difficult to reach)」は許されないとの判断が示されたところにある。

さらに、この判決の中では、「刑事訴追がなされなかったという事実は、刑事手続において収集された証拠資料が後の行政手続において利用できないことを意味するものではない (a criminal case failed does not mean that the evidence obtained could not be used in a civil case)」との判断も示されているのである。

このような連邦最高裁の判断は、我が国の最高裁が、刑事捜査手続の手段として行政調査手続を利用することはできないとしている点と似たところがあり、当局に悪しき意図 (improper Government motive)⁴¹⁸がないならば、行政手続であろうと刑事手続であろうと証拠資料の利用に壁を設けないとする点でも共通していて、そこには、手続保障レベルの格差に伴って、我が国のように、いわゆるファイアーウォールを設けるべきだとする議論は存在していない。

また、刑事調査手続を担当する政府代理人については、民事調査請求を利用して証拠資料を入手することは許されないとされているが⁴¹⁹、民事調査請求によった行政調査手続が後に刑事捜査手続へと移行した場合には、行政調査手続において適法に入手された情報を刑事捜査手続における証拠として利用することができることになっている⁴²⁰。つまり、ここでもキーワードは当局の悪しき意図というわけである。

ところで、大陪審手続においては、すべての証人、特権によって保護されない文書やその他関連する証拠資料を召喚することが可能であり、その際、相当な理由 (probable cause) は必ずしも求められてはおらず、刑事裁判において求められるような厳格な証拠法則に縛られることもない⁴²¹。もちろん、大陪審手続において憲法上の権利を侵害して得られた証拠の取り調べが許されるわけではないが⁴²²、刑事訴訟手続とは違って、伝聞証拠 (hearsay evidence) であっても取り調べるのが許されている⁴²³。

また、召喚には、特権によって保護されていない文書 (nonprivileged documents) 及び物証 (physical evidence) の提出を求めるもの (subpoena duces tecum) と証人に証言を求めるもの (subpoena ad testificandum) の 2 種類が認められており、このうち前者については、

⁴¹⁸ 最高裁は、国税犯則調査手続について、行政調査手続で収集された証拠資料が後に犯則調査手続において利用されることが想定できたとしても、犯則調査手続に利用するつもりで証拠収集がなされたのであれば問題ないとしており、要するに、行政調査手続を犯則調査手続のために利用する意図が当局にあったかどうかを重要視している。最決平成 16. 1. 20 刑集 58 巻 1 号 26 頁、判例タイムズ 1144 号 167 頁

⁴¹⁹ 15 U.S.C. § 1312 (a).

⁴²⁰ 15 U.S.C. § 1313 (d) (1).

⁴²¹ *United States v. R. Enterprises, Inc.*, 498 U.S. 292 (1991).

⁴²² See *United States Attorneys' Manual* 9-11.231.

⁴²³ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974).

合衆国憲法修正第4条との関係で、要求があまりにも包括的(sweeping)なものであるとか⁴²⁴、不明確な(indefinite)ものである場合⁴²⁵には許されないとされている。

さらに、合衆国憲法修正第5条との関係においては、前述したとおり、法人には黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ばないとされており、それは、人為的に作られた存在(artificial entities)一般に当てはまるとされ、会社の文書も⁴²⁶、法人格のない団体の文書や⁴²⁷、仕事上のパートナーの文書も⁴²⁸、特権の存在を理由として提出を拒むことはできないとされている。

また、一般に、召喚の対象となる文書が法律や規則によって作成及び保管が義務付けられている文書である場合には、そこに公的な側面が認められるため⁴²⁹、提出を拒むことはできないし、さらには、合衆国憲法修正第5条というものが供述を対象とするものであることから、物証である場合には、たとえば筆跡を調べるために手書きのサンプルを求められたり⁴³⁰、指紋と写真の提出を求められたり⁴³¹、声紋⁴³²や血液サンプル⁴³³の提出を求められたとしても、黙秘権・自己負罪拒否特権の主張はできないこととされている。

ただ、当該召喚が純粹に個人的(purely personal)なものであるとか、経営者だけ(sole proprietor)のものを対象とする場合には別問題とされており、たとえば、会社経営者が会社で使っている卓上カレンダー及びポケットダイアリーの提出が求められた召喚について、黙秘権・自己負罪拒否特権の主張が許されるかが問題となった事案において、卓上カレンダーは会社の仕事の中で使用されているもので提出させることができるが、ポケットダイアリーは個人的なものとした下級審判決が存在する⁴³⁴。

なお、この大陪審による召喚は、連邦政府当局⁴³⁵や州当局の文書⁴³⁶等にも及ぶとされているが、外国政府に及ぶことはなく⁴³⁷、連邦議会に関連する文書については、連邦議会の承認がなければこれを召喚することはできないとされている⁴³⁸。また、報道関係者に対する召喚については、憲法で認められた報道の自由との間で緊張関係にあることから、特則が設け

424) *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

425) *Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946).

426) *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911).

427) *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944).

428) *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974).

429) *Grosso v. United States*, 390 U.S. 62 (1968).

430) *United States v. Mara*, 410 U.S. 19 (1973).

431) *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

432) *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1 (1973).

433) *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

434) この案件においては、控訴審においてこのようなことが争われたわけであるが、結局、控訴審においては、審理不十分ということで地方裁判所に差し戻され、差し戻し後の地裁判決においてこのような判断が示された。*Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated April 23, 1981 Witness v. United States*, 657 F.2d 5 (2d Cir. 1981).

435) See *Grand Jury Manual* Chapter 3, Part 1 A 2 f.

436) See *Grand Jury Manual* Chapter 3, Part 1 A 2 h.

437) See *Grand Jury Manual* Chapter 3, Part 1 A 2 g.

438) See *Grand Jury Manual* Chapter 3, Part 1 A 2 e.

られており⁴³⁹、召喚が許される範囲はかなり限定されたものとなっている。

次に、証人に証言を求める召喚についてであるが、政府代理人は、大陪審手続開始前に証人に政府代理人のもとへ出頭を強制して尋問を行うことはできないが⁴⁴⁰、証人が任意にこれに応じるならば、それが禁じられるいわれはなく、実際、しばしば政府代理人は、大陪審の開催前に、召喚を受けた証人に対する尋問を行って、その尋問の感触によって、当該証人が大陪審において証言する価値があるかどうか、このタイミングで尋問がなされるのが最適かどうかを決め、場合によっては、当該証人の召喚を取り止めたり、あるいは延期したりするようなこともある⁴⁴¹。

また、特に、いわゆるホワイトカラー犯罪の場合には、大陪審に対して召喚を受けている側からの意見の申し立てなされることもよくあり、検察官においてこれに応ずる法的義務はないとされているものの⁴⁴²、通常は、そのような意見申述の機会が与えられているとのことである⁴⁴³。

ところで、証人に対し証言を求める召喚というは、いうまでもなく、黙秘権・自己負罪拒否特権との緊張関係を生むものであって、本論文のテーマとも深く関連するわけであるが、連邦最高裁の判例においては、大陪審手続にも合衆国憲法修正第 5 条の黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶとされている⁴⁴⁴。ただ、その告知は必ずしも必要でないとしており留意が必要である。

このような連邦最高裁の考え方というものは、具体的には、マンジャーノ事件判決⁴⁴⁵において示されたものであり、この判決では、大陪審において証人に証言を求める際、あらかじめ証人に対していわゆるミランダ警告 (Miranda Warnings) を与える必要はないとの判断が示されたのである。

この判決の中で連邦最高裁は、いわゆるミランダ事件判決⁴⁴⁶においては、司法審査 (judicial inquiries) と警察署における身柄拘束下での尋問 (custodial interrogation) とが区別されており、供述の強要が問題となるのは、もっぱら後者の場面であって、大陪審手続のような公式な調査 (official investigation) においては、威嚇や詐術 (intimidation or trickery) が弄される心配がなく、このような場合にまで常にミランダ警告が必要だと

⁴³⁹) 28 C.F.R. § 50.10.

⁴⁴⁰) *Durbin v. United States*, 221 F.2d 520 (D.C. Cir. 1954).

⁴⁴¹) See Grand Jury Manual Chapter 3, Part 1 A3 b.

⁴⁴²) *United States v. Leverage Funding System, Inc.*, 637 F.2d 645 (9th Cir. 1980).

⁴⁴³) See *United States Attorneys' Manual* 9-11.152.

⁴⁴⁴) *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

⁴⁴⁵) この案件は、大陪審においてヘロインの取引の容疑で召喚された証人が、大陪審において、検察官から負罪答弁をする必要はないが、それ以外は正直に証言しなければならず、嘘を言えば偽証で起訴されることがあり、また、弁護人をつけることを求めることはできるが、弁護人を大陪審室に入れることはできないとの忠告を受け、暗にプレッシャーをかけられた中で証言を求められたところ、証人はこれに動ずることなくヘロインの取引に関与しなかったと証言したため、後でそれについて偽証で起訴されたという事案。この点、下級審においては、被告人は将来被告人になることが予定される者として完全なミランダ警告をうける権利があるとされたが、それがなされていなかったため、上告されたもの。 *United States v. Mandujano*, 425 U.S. 564 (1976) .

⁴⁴⁶) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

するのは行き過ぎた解釈であると判断されたのである。

これは、我が国の一部の学説が、身柄拘束の有無によって黙秘権・自己負罪拒否特権の告知の必要性を判断するのと⁴⁴⁷共通しているが、やはり筆者には身柄拘束下でなければ強要の要素を一切認めないとするのも行き過ぎた解釈のように思われてならない。

このマンジャーノ事件判決は、続くワシントン事件判決⁴⁴⁸においても覆されることはなく、このワシントン事件判決においては、権利告知が憲法上の要請であるかどうかの判断は回避されたものの、告知前になされた自白の証拠採用を有効なものとして認め、さらに、後のウォン事件判決⁴⁴⁹においても、大陪審手続で黙秘権・自己負罪拒否特権の告知がなされなかったからといって、証人の偽証が肯定されるわけではないとの判断が示されたのである。

このように、連邦最高裁は、大陪審手続において黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は必要ないとの考えを堅持してきたわけであるが、実務においては、大陪審手続においても、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知がなされているようであり、これについて連邦地方検事マニュアルは、大陪審に召喚された証人に対して黙秘権・自己負罪拒否特権の告知をするよう求めているのである⁴⁵⁰。

このとき告知する事項とは、大陪審が犯罪の疑いをもって調査をしていること、自己が刑事責任を問われるおそれのある質問に対して回答を拒否することができること、いかなる発言も大陪審手続あるいは後の手続において不利な証拠となりうること、弁護人がある場合、請求があれば合理的な範囲内で大陪審室の外で弁護人と相談する機会が与えられることであり、さらに、当該証人が、被疑者に相当する立場である場合には、証人の大陪審手続での立ち居振る舞いについても、別途、刑罰法令に触れるものかどうか調査されることがある旨補足的に助言することとなっている。

そして、仮に召喚を受ける側において、黙秘権・自己負罪拒否特権を根拠として証言を拒否した場合には、政府代理人において、民事調査請求のときと同様に、刑事免責をこの者に与えた上で⁴⁵¹、証言を命ずるよう裁判所に請求することもできるとされており⁴⁵²、仮に裁判所の命令に従わない場合には、法定侮辱の罪⁴⁵³に問われることとなる。

なお、この法廷侮辱には行政的なものと刑事的なものが存在しており、たとえば、召喚の内容を強制することを目的とする場合にそれは行政的なものだとされ、その制裁は条件

⁴⁴⁷ 松井茂記『日本国憲法（第2版）』（2002年、有斐閣）513頁、渥美・前掲註160）53頁。

⁴⁴⁸ この案件は、オートバイの窃盗容疑をかけられた証人が、将来窃盗容疑で起訴される可能性があることを知らされないまま召喚され、宣誓後、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知がなされ、そこで自白した。ただ、告知のタイミングが宣誓後、偽証罪に問われるプレッシャーをかけた中でなされた自白であったため、その強要に当たるかが問題となった事案。United States v. Washington, 431 U.S. 181 (1977)。

⁴⁴⁹ この案件は、アメリカにおいて生活する中国人であり、主に中国語で生活を送っている証人が、違法な賭博を行ったという容疑で大陪審に召喚され、最初は、警官に賄賂を渡して大目に見てもらった旨の申告をしていたが、後に、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を受け、否認に転じたところ、偽証罪を問われたという案件。United States v. Wong, 431 U.S. 174 (1977)。

⁴⁵⁰ See United States Attorneys' Manual 9-11.151.

⁴⁵¹ 18 U.S.C. § 6002.

⁴⁵² 18 U.S.C. § 6004(a), (b).

⁴⁵³ 18 U.S.C. § 401, Fed. R. Crim. P. § 42, 28 U.S.C. § 1826.

付き (conditional) で裁判所の命令に従うことによって解除されるものだとされるのに対し⁴⁵⁴, 刑事的なものは違反者を罰することを目的としてなされるものだとされている⁴⁵⁵。

また、緊急性が認められる場合には、即時召喚 (forthwith subpoena) が発出されることもありうるが、それは、合衆国憲法修正第 4 条と緊張関係にあるもので慎重な運用がなされているようで⁴⁵⁶, たとえば、実務上、罪証隠滅を図る蓋然性が高いような場合には、連邦刑事訴訟規則⁴⁵⁷に基づいて搜索差押え令状の発布を裁判所に請求し、その令状によって搜索差押えを実施し証拠保全が図られることになる⁴⁵⁸。

ただ、裁判所に搜索差押え令状を求めるためには、合衆国憲法修正第 4 条のいう相当の理由 (probable cause) が厳格に求められ、この相当の理由があるとされるためには、合理的に信用に値する情報 (reasonably trustworthy information) がある場合とか⁴⁵⁹, 犯罪が行われ、特定の場所に犯罪の証拠が存在すると信ずるに足る実質的な根拠 (substantial basis) が認められるような場合⁴⁶⁰であるとされている。

また、反トラスト法事案において相当の理由があるとされるためには、典型的には 3 つの基準をクリアする必要があるとされており、それは、犯罪が行われたこと、当該文書が犯罪の存在を示す証拠となること、そして当該証拠資料が特定の場所に存在していることの 3 つであるとされている⁴⁶¹。もちろん、このように場所の特定性が要請されるのは、前述したように、合衆国憲法修正第 4 条が、一般令状 (general warrant) であるとか⁴⁶², 探索的搜索 (exploratory rummaging)⁴⁶³ といったものを禁じていることから導かれるものである。

なお、搜索差押え令状の執行については、手続に精通する連邦捜査局 (Federal Bureau of Investigation) の係官によって実施されることになっているようであり⁴⁶⁴, また、令状執行の際には、その写しを相手方に交付することとされている⁴⁶⁵。

さらに、搜索差押え令状を執行した場合には、当該令状を差押え目録とともに裁判所に当該許可状を返却することになっており、被差押人から請求があった場合には、裁判所において当該差押え物件の目録謄本を交付することになっている⁴⁶⁶。

以上のようにして、刑事調査あるいは民事調査が終了に近づくと、反トラスト局においては、エコノミストや被疑会社の弁護人に意見を聞いたりした上で勧告の準備が進められ

454) *Shillitani v. United States*, 384 U.S. 364 (1966).

455) *United States v. United Mine Workers of America*, 330 U.S. 258 (1947).

456) See Grand Jury Manual Chapter 3, Part 2 H 3.

457) Fed. R. Crim. P. § 41 (d) (1), (2).

458) See Grand Jury Manual Chapter 3, Part 2 I 1.

459) *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

460) *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

461) See Grand Jury Manual Chapter 3, Part 2 I 2.

462) *Stanford v. Texas*, 379 U.S. 476 (1965).

463) *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

464) See Grand Jury Manual Chapter 3, Part 2 I 4.

465) Fed. R. Crim. P. § 41 (f) (1) (C).

466) Fed. R. Crim. P. § 41 (f) (1) (D).

ることになるわけであるが、その最終的な判断というものは、証拠の要旨、評価、比較的証拠の薄いところ、刑事公判における勝算といったものを取りまとめた勧告書(case recommendation memorandum)⁴⁶⁷、あるいは、調査終了の意見書(closing memo)を踏まえて司法長官補佐官あるいは副補佐官が判断を下すことになっている。

では、次に、アメリカにおけるもう 1 つの競争当局たる連邦取引委員会の調査手続について概観していくこととする。

2 連邦取引委員会における調査手続

まず、連邦取引委員会の組織からみていくこととするが、連邦取引委員会という組織は、5名の委員を頂点にして構成された独立行政委員会であり、各委員への就任は、大統領によって指名され、上院の承認が必要だとされており、任期は7年で、うち3人以上を同じ政党から選出することはできないとされている⁴⁶⁸。

そして、これら委員の下には複数の部局が設けられており⁴⁶⁹、競争局(Bureau of Competition)はそのうちの1つとなっている。この競争局という部署においては、局長(Director)以下3名の局次長(Deputy Director)と2名の局長補佐官(Associate Director)がこれを支える組織となっており、3名の局次長の下にある11のセクションのうち実に5つは企業結合(merger)に関連した部署となっている。

ところで、この連邦取引委員会という行政機関においては、アメリカ国内にあっては任務遂行のためいかなる調査をも実施することができるとされており⁴⁷⁰、原則として、通商に影響を与えるいかなる個人、会社をも調査の対象とし⁴⁷¹、これらの個人、会社から報告を徴収することもできるとされている⁴⁷²。

連邦取引委員会において行われる調査には、実に多くのバリエーションが存在しており、その中には、大統領及び議会の指示による調査⁴⁷³や裁判所の確定判決に従っているかどうか⁴⁷⁴といったものの他、外国との取引実態調査や⁴⁷⁵、反トラスト執行共助法(International Antitrust Enforcement Assistance Act)⁴⁷⁶に基づく外国の競争法に違反するかどうかの調

⁴⁶⁷) たとえば、企業結合案件であれば、和解(settlement)あるいは訴えの提起(litigation)のいずれかを勧告することになる。See Antitrust Division Manual Chapter III, G, 2, b.

⁴⁶⁸) 15 U.S.C. § 41.

⁴⁶⁹) 競争局の他にも消費者保護局(Bureau of Consumer Protection)であるとか経済局(Bureau of Economics)といった部局が設置されている。

⁴⁷⁰) 15 U.S.C. § 43.

⁴⁷¹) 15 U.S.C. § 46 (a).

⁴⁷²) 15 U.S.C. § 46 (b).

⁴⁷³) 15 U.S.C. § 46 (d).

⁴⁷⁴) 15 U.S.C. § 46 (c).

⁴⁷⁵) 15 U.S.C. § 46 (h).

⁴⁷⁶) 15 U.S.C. § 6201-6212.

査⁴⁷⁷といったものも存在している。

この連邦取引委員会において運用されている主な法律といえば、周知のごとく、合衆国法典の第15巻第2章に収載されている連邦取引委員会法⁴⁷⁸や司法省反トラスト局とも共管する企業結合規制にかかるクレイトン法⁴⁷⁹であるが、その中でも、不公正な競争方法(unfair methods of competition)や不公正かつ欺瞞的な行為及び慣行(unfair or deceptive acts or practices)を違法とする連邦取引委員会法5条⁴⁸⁰、それから、実質的に競争を減殺させ、あるいは独占を形成することとなりうる(may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly)企業結合を禁ずるクレイトン法7条⁴⁸¹や企業結合の事前届出制(premerger notification)に関する同法7A条⁴⁸²といったものがその中心的役割を担っている⁴⁸³。

ところで、連邦取引委員会競争局における初期段階(initial phase)の調査というものは、一般には、局長補佐(Assistant Bureau Director)、あるいは、地方局長(Regional Director)がこれを承認し、さらに、司法省によるクリアランス(clearance)が得られてはじめて開始されるものになっており、このうち、企業結合に関する調査については、企業結合審査委員会(Merger Screening Committee)による審査を経て局長(Bureau Director)がこれを承認することで調査が開始されることになっている⁴⁸⁴。

この調査の初期段階においては、通常、強制手続は利用されず、任意調査によって証拠資料が収集されるわけであるが⁴⁸⁵、そこで違反事実が存在しないことが判明した場合には、局長補佐又は地方局長が当該調査をこの初期段階で終了させることができるとされており⁴⁸⁶、たとえば、他のセクションや地方事務所が担当する方がよかったり、一緒になってやった方がいいといったことが判明した場合には、事件が移送されたり⁴⁸⁷併合されたり⁴⁸⁸することになっている。

こうして、初期調査が終わり、次に本格的な調査(full investigation)へと歩を進めるに当たっては、担当官からその承認を求めると局長宛ての連絡文書が提出され、企業結合案件を除く通常の案件については、それを局評価委員会(Bureau Evaluation Committee)

⁴⁷⁷) 15 U.S.C. § 6201.

⁴⁷⁸) 15 U.S.C. §§ 41-58.

⁴⁷⁹) 15 U.S.C. §§ 12-27.

⁴⁸⁰) 15 U.S.C. § 45.

⁴⁸¹) 15 U.S.C. § 18.

⁴⁸²) 15 U.S.C. § 18a.

⁴⁸³) 連邦取引委員会における調査全般については、Federal Trade Commission Operating Manual Chapter Three Investigations を参照。

⁴⁸⁴) See FTC Operating Manual Chapter Three 2.2.1.3.

⁴⁸⁵) 相手方の任意の協力が得られる場合には、アクセスレーターと呼ばれる文書を相手方に送付して情報の提供を求めることになるようである。See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.6.1.

⁴⁸⁶) See FTC Operating Manual Chapter Three 2.4.1.2.

⁴⁸⁷) See FTC Operating Manual Chapter Three 2.4.3.1, 2.4.3.2.

⁴⁸⁸) See FTC Operating Manual Chapter Three 2.4.4.

の審査に付すことになっていて、通常のケースにおいては、局長を通じて委員会に対しても本格的な調査への着手を求める申請がなされるようで、仮にここで調査着手の承認が得られた場合には、経済局(Bureau of Economics)に対しても意見照会がなされることになっている。

なお、地方事務所の場合には、本格的な調査を開始するまでやや遠回りをしなければならぬようで、まず担当の局長補佐の承認を経てから、これらと同様の手続を踏むことになっている⁴⁸⁹。

こうして、本格的な調査が開始されると、任意調査を原則として⁴⁹⁰その調査が進められることになっているが、実務においては、強制力を背景とした手続が日常的に利用されているようであり⁴⁹¹、このような強制力を背景として情報の提供を求められる者には、調査の目的、範囲、被疑事実及び適用法条について教示を受ける権利が認められている⁴⁹²。

ところで、本格的な調査において連邦取引委員会には、司法省における調査手続と同じように、召喚(subpoena)によって証人に対し出頭を求め、宣誓の上で証言することを請求し(subpoena ad testificandum)、目下調査中である事実に関連するいかなる証拠資料の提出(subpoena duces tecum)をも要求することができることとされているわけであるが⁴⁹³、これらの手続は、相手方がこれに応じない場合に裁判所に対しその救済を求めることができるという間接強制手続であり、裁判所が連邦取引委員会からの請求を認め、証言や証拠資料の提出を命じた場合には、これに従わないと法廷侮辱の罪に問われることになる⁴⁹⁴。

ちなみに、この召喚手続を利用した調査というものは、以前は、連邦取引委員会の実務においてよく利用されていた手続であったようであるが⁴⁹⁵、1980年の連邦取引委員会改革法(Federal Trade Commission Improvement Act of 1980)によって民事調査請求(civil investigative demand)という新たな手続⁴⁹⁶が創設されたことから、それ以降については、たとえば、消費者保護局(Bureau of Consumer Protection)においては、不公正あるいは欺瞞的な行為又は慣行を調べるための唯一の強制手続として⁴⁹⁷この民事調査請求手続が利用されており、競争局においても、この民事調査請求手続がよく利用されているとのことである⁴⁹⁸。

⁴⁸⁹) See Federal Trade Commission Operating Manual Chapter Three 3.5.1.3.

⁴⁹⁰) 16 C.F.R. § 2.4.

⁴⁹¹) 審判手続上の召喚手続を除き強制手続についてはすべて委員の署名が必要とされており、この権限は委託することが許されないものとされている。See FTC Operating Manual Chapter Three 2.4.4.

⁴⁹²) 16 C.F.R. § 2.6.

⁴⁹³) 15 U.S.C. § 49.

⁴⁹⁴) 16 C.F.R. § 2.13. (b) (4).

⁴⁹⁵) See "A brief overview of the Federal Trade Commission's investigative and law enforcement authority" <http://www.ftc.gov/ogc/brfouvrw.htm>.

⁴⁹⁶) 15 U.S.C. § 57b-1.

⁴⁹⁷) 16 C.F.R. § 2.7. (b).

⁴⁹⁸) 民事調査請求や召喚による調査以外にも、連邦取引委員会には事業者に対して1年単位の一般的状況について報告を求める手続が存在している。15 U.S.C. § 46 (b).

この民事調査請求という手続においては、召喚手続と同じように、各種特権によって保護される場合や法律上強制手続の対象とならない場合を除き⁴⁹⁹、相手方に証言や証拠資料の提供を求めることができるとされており⁵⁰⁰、民事調査請求と召喚手続の間には共通する部分が少なくない。

ただ、民事調査請求手続においては、相手方に対し書面による報告書あるいは回答書あるいは有体物(tangible thing)の提出を求めることができるとされており⁵⁰¹、その上、裁判所に土地管轄がない外国にある相手にも請求することができる点で⁵⁰²召喚手続と異なっている。

もちろん、司法省反トラスト局における手続と同じように、連邦取引委員会においても、召喚手続あるいは民事調査請求によって証言を求められた者には、黙秘権・自己負罪拒否特権といった憲法上の権利や弁護士特権といった各種の特権を主張することができる点で⁵⁰³、連邦取引委員会の係官には、相手方にこのような権利がある旨を知らせよう求められている⁵⁰⁴。

とはいえ、そのような憲法上の権利が認められないかぎり、あらゆる質問に対して回答を拒むことはできないとされており、仮にそれを拒んだ場合には、連邦取引委員会は、裁判所に対してその回答を命ずるよう請求することができる点で⁵⁰⁵。

同様に、証拠資料の提出が民事調査請求によって求められる場合においても、相手方は特権の存在を主張してこれを拒むことができるが⁵⁰⁶、このような特権がないならば、やはりこれに従わなければならないとされており、仮に相手方がこれに従わない場合には、連邦取引委員会においてはその提出を命ずるよう裁判所に請求することができる点で⁵⁰⁷。

なお、仮に証人が黙秘権・自己負罪拒否特権を主張して証言等を拒んだ場合には、連邦取引委員会としては、司法長官の承認を得て、当該証人に対して刑事免責を与えた上で証言を強制することもできるとされているが⁵⁰⁸、この点は、司法省反トラスト局における手続と同様となっている。

こうして民事調査請求によって証人に出頭が求められ、かかる証人に対して調査審問(investigational hearing)がなされることになるわけであるが、その審問手続というもの

⁴⁹⁹) 国勢調査に関する書類については、商務省以外の機関が利用することは制限されている。13 U.S.C. § 9 (a) (3).

⁵⁰⁰) 15 U.S.C. § 57b-1 (c) (1), 16 C.F.R. § 2.7. (a).

⁵⁰¹) 16 C.F.R. § 2.7. (b) (3).

⁵⁰²) 15 U.S.C. § 57b-1 (c) (7) (B).

⁵⁰³) 16 C.F.R. § 2.8A (a).

⁵⁰⁴) See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.5.5.

⁵⁰⁵) 15 U.S.C. § 57b-1 (c) (14) (D) (ii).

⁵⁰⁶) 16 C.F.R. § 3.38A (a).

⁵⁰⁷) 15 U.S.C. § 57b-1 (e).

⁵⁰⁸) 18 U.S.C. § 6004 (a), (b), 15 U.S.C. § 57b-1 (14) (D) (iii), 16 C.F.R. § 2.15 (a).

は、連邦取引委員会に指定された職員がこれを主宰することになっており⁵⁰⁹、原則として非公開で、審判手続 (adjudicative proceedings) とは別に、調査の一環としてなされるものである⁵¹⁰。

また、この審問手続においては、当該事件を担当する調査官が出席することはできないこととされており、審問を受ける本人であるとか代理人、それに当該審問手続に携わる速記官といった運営スタッフ以外の者の出席は原則として認められていないことになっている⁵¹¹。

この審問手続の冒頭 (opening statement) においては、通常、審問手続を主宰する担当官から証人らに対して当該審問手続の目的や被審人の権利・義務といったことについて忠告がなされ⁵¹²、あらかじめ規則の記された文書などが交付されて⁵¹³から手続が開始されることとなっているが、ここで宣誓の上証言を求められる者には、特段の理由がないかぎり、このときの証言の速記録の写しや自らが提出した証拠資料の写しなどを入手する権利があるとされている⁵¹⁴。

また、この審問手続に出頭を命じられた証人には、代理人を伴い、代弁してもらい、助言を受ける権利が認められており⁵¹⁵、その上、いかなる質問に対しても異議を申し立てその理由を述べる権利が与えられていて、このような申し立ては記録されることになっている⁵¹⁶。

そして、証言が録取された場合には、これを証人に閲読させる機会が与えられなければならないとされており、仮に証人が増減変更を申し立てた場合には、その旨付記され、証人が権利を放棄したり拒絶したりすることがない限り、そこに証人の署名がなされることになっている⁵¹⁷。

なお、連邦取引委員会による行政調査の過程において刑罰法令に違反する証拠に接した場合には、連邦取引委員会はそれら証拠資料を司法長官に移管しなければならないとされているが⁵¹⁸、ここでも、行政手続と刑事手続を分けるという発想が基本的に存在していないことには留意が必要である。

こうして、諸々の手続を経て調査が終了すると、次はエンフォースメントの段階へと移行していくわけであるが、連邦取引委員会においては、調査の結果をみて当該事案を行政審判手続 (administrative adjudicatory proceeding) に付したり⁵¹⁹、直接裁判所に司法救済

⁵⁰⁹⁾ 16 C.F.R. § 2.8 (b), FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.6.3.2.

⁵¹⁰⁾ 16 C.F.R. § 2.8 (a).

⁵¹¹⁾ 15 U.S.C. § 57b-1 (14) (B), 16 C.F.R. § 2.8 (c), see FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.6.3.2.

⁵¹²⁾ See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.6.4.

⁵¹³⁾ See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.6.7.

⁵¹⁴⁾ 15 U.S.C. § 57b-1 (14) (G), 16 C.F.R. § 2.9. (a).

⁵¹⁵⁾ 15 U.S.C. § 57b-1 (14) (D) (i), 16 C.F.R. § 2.9. (b).

⁵¹⁶⁾ 15 U.S.C. § 57b-1 (14) (E) (ii).

⁵¹⁷⁾ 15 U.S.C. § 57b-1 (14) (E) (i), 16 C.F.R. § 2.9. (a), See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.6.8.

⁵¹⁸⁾ 15 U.S.C. § 46 (k) (1), See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.9.

⁵¹⁹⁾ 15 U.S.C. § 45 (b). この行政審判手続は、行政法審判官 (administrative law judge) によって主宰される裁判類

を求めたり⁵²⁰することになっており、行政調査手続と刑事捜査手続との間をかなり自由に情報が行き来できるようになっている。

このようなアメリカの状況というものは、我が国とはかなり異なっているといえることができるが、逆に、どうしてこのような証拠資料の取り扱い方でもアメリカでは問題が発生しないのか、行政と刑事の区別はどう捉えられているのかという疑問が生まれてくることになる。

では、この点を含め、次に、重なり合う司法省反トラスト局と連邦取引委員会の職務についてどのような交通整理がなされているかをみていくこととする。

第2款 クリアランス手続

これまでみてきたように、司法省反トラスト局と連邦取引委員会は、アメリカにおける競争政策の両翼を担っているわけであるが、それらの役割をごく大まかに区分けするならば、司法省反トラスト局は刑事的エンフォースメント、連邦取引委員会は行政的エンフォースメントを担っているといえることができる。もちろん、司法省反トラスト局にも行政的エンフォースメントが存在しており、このような括り方は必ずしも正確なものではないし、司法省反トラスト局と連邦取引委員会の関係は、我が国における検察庁と公正取引委員会との関係のように、訴追権限を独占する検察庁に対し公正取引委員会が調査した案件の告発を受けてくれるようお願いするという関係とはなっておらず、我が国の法制度とのアナロジーを見出すことが難しい部分もある。

ただ、アメリカの反トラスト法というものは、我が国の独占禁止法の母法でもあり、司法省反トラスト局が反トラスト案件に対する刑事的エンフォースメントを専管し、連邦取引委員会が行政的エンフォースメントだけを行っている点で、我が国と共通するところがある。

何よりも、アメリカにおけるプラグマティックな行政と刑事の交通整理の仕方であるとか、証拠資料の取り扱い方というものは、我が国におけるいわゆるファイアーウォールの在り方や犯則調査手続の捉え方といったものを考える上では非常に参考になるものと思われる。

そこで、ここでは、管掌事務が重なり合う司法省反トラスト局と連邦取引委員会との間を調整するクリアランス手続(clearance procedure)というものを概観し検討を試みることにする。

似の手続で、この手続の中で事案が精査され、行政法審判官によって排除措置(cease and desist order)などを勧告する審決案(initial decision)を出し、これを受けた委員会が被審人の意見を聞くなどして最終的な審決(final decision)を下すというもので、我が国の平成17年の法改正前の行政審判手続に類似する。

⁵²⁰) 15 U.S.C. § 53 (b). 連邦取引委員会は、一定の場合に裁判所に対して事前差し止め(preliminary injunction)あるいは恒久的な差し止め(permanent injunction)を求めることができるとされている。これは、1973年アラスカ横断パイプライン法(Trans-Alaska Pipeline Act of 1973)が改正されて連邦取引委員会法に加えられたもので、もともとは企業結合規制のための規定であったが、現在では、消費者保護政策の実践のため広く利用されるようになっていくようである。

ところで、司法省反トラスト局と連邦取引委員会とは、企業結合規制に関するクレイトン法を共管しており、しかも、連邦取引委員会法 5 条により連邦取引委員会は、シャーマン法違反になりうる案件であっても調査することができる⁵²¹と解されているから⁵²¹、当然、その重なり合う部分について調整する必要が生ずることになる⁵²²。

このような両機関の調整というものは、かつては、ロビンソン・パットマン法にかかる案件についてすべて連邦取引委員会が担当し、価格協定 (price fixing) のように刑事事件となる案件についてはすべて司法省反トラスト局が担当するといった具合に、特段の取り決めもなく、1914 年の連邦取引委員会の設立以来しばらく間は、事実上そのように運用されていたものであるが、実務において両者を区別する明確な基準が必要になったことから、両機関の間で 1938 年に非公式な合意が交わされ、さらに、1948 年にはそれが正式なものとなって、その後、数次にわたる改正を経て、1993 年 12 月に調査のためのクリアランス手続 (Clearance Procedure for Investigations) が公表されることとなり、さらに現在は、2002 年 3 月の覚書⁵²³が存在している⁵²⁴。

こうして、クリアランス手続が確立されたことによって、司法省反トラスト局と連邦取引委員会は、初期調査を開始するに当たって互いに他方のクリアランスを受けることが必要とされるようになったわけであるが⁵²⁵、この点、司法省反トラスト局においては、上席特別補佐官 (Senior Special Assistant to the Director) と呼ばれる担当官と企業結合の事前届出を取り扱う部署 (Premerger Notification Unit) とがこの窓口を担当することになっているとされる。

一方、連邦取引委員会においては、その職務上、関係する機関が数多くあることから、関係する機関ごとに窓口担当が置かれているところ、反トラスト法にかかわる場合には、競争局の中から指名された者がこれを担当することになっている⁵²⁶。

そして、先方からクリアランスの申し立てを受けた場合には、窓口担当 (Liaison Officer) において 24 時間以内にこれを内部の関係部署に知らせるなどすることになっており、そこで各部署の長からクリアランスを受けるかどうか様々な意見が述べられることになるわけであるが、あえて関係部署へ聞くまでもない明らかなものについては、48 時間以内にその旨先方に伝えられることになっており、同じく、関係部署に照会をかけたから 48 時間に回答がなかった場合にも異議はなかったものとして扱われ、その旨先方に伝えられることになっている⁵²⁷。

⁵²¹) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, .

⁵²²) See Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, Third Edition, 2005, Thomson/West, p596.

⁵²³) Memorandum of Agreement between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice concerning Clearance Procedure for Investigations, March 5, 2002.

⁵²⁴) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 1.

⁵²⁵) See United States Attorneys' Manual 7-5.220.

⁵²⁶) FTC Operating Manual Chapter Fourteen 17).

⁵²⁷) See supra note 523 at paragraph. 11, 12.

他方、両機関双方が同じ案件についてクリアランスの申し立てをしてバッティングする場合には⁵²⁸、クリアランスを受けてから 96 時間以内に他方に対し意見書を提出しなければならないこととされており、この制限時間内に意見書の提出がない場合には、他方のクリアランスが認められることになっている⁵²⁹。

また、両機関の間で見解の相違が生じた場合には、基本的には、窓口担当者同士が話し合うことによって、クリアランスの申し立てから 144 時間以内に解決が図られることになっており⁵³⁰、仮にそこで結論が出なかった場合には、順次、上位者がこの交渉に当たることとなっていて、最終的には、司法省反トラスト局と連邦取引委員会のそれぞれトップによる会談で決着が図られることもあるようで⁵³¹、その場合には、司法省反トラスト局のトップである司法長官補佐官と連邦取引委員会の委員長がその結論を中立評価 (Neutral Evaluation)⁵³²に委ねるかどうかを含め 48 時間以内に判断を下すことになっているとのことである⁵³³。

なお、司法省反トラスト局と連邦取引委員会との役割分担については、両者の取り決めにより業種によってあらかじめ分けられており⁵³⁴、そのいずれかに当てはまる場合には、基本的にそれにより決せられることになるが、仮にどこにも当てはまらない場合には、過去 7 年間に実質的な調査 (substantial investigation)⁵³⁵を通じて当該商品役務についてどれだけ精通しているかということで優劣が決められるとのことである⁵³⁶。

ところで、連邦取引委員会による調査の過程において、犯罪が行われたことを示す事実が明らかとなった場合には、連邦取引委員会から司法省反トラスト局に対してその旨通知がなされ、今後どうするかを照会する刑事照会書 (Criminal Referral) が送付されることになっている⁵³⁷、そのような場合には、司法省反トラスト局の係官が一定の手続を踏んだ上で連邦取引委員会が保管する当該案件に関する証拠資料を閲覧できるよう手配がなされることになっている。

⁵²⁸) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 1, b.

⁵²⁹) See supra note 523 at paragraph. 13.

⁵³⁰) See supra note 523 at paragraph. 15.

⁵³¹) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 1, c.

⁵³²) この中立的評価という手続は、学識経験者等が登載されている名簿の中からくじで選出された専門家によって構成される中立的第三者委員会に結論を委ねるもの。

⁵³³) See supra note 523 at paragraph 16.

⁵³⁴) ここで連邦取引委員会の分担とされる業界は、航空部品、自動車、建築資材、化成品、コンピューターハードウェア、エネルギー関連、ヘルスケア関連、産業ガス、軍需品、食料雑貨店で取り扱うような製品、薬品、サービス、人工衛星関連、繊維となっており、反トラスト局の分担とされるのは、農業及びバイオテクノロジー、国防に関連する電子工学関連製品、ビール業界、コンピューターソフトウェア、化粧品及び整髪商品、金融サービス、板ガラス、健康保険商品、産業備品、メディア業界、鉄鋼原料、兵器、軍艦に関連する製品、写真、紙、情報通信産業、旅行業、廃棄物となっている。See supra note 523 at Appendix A.

⁵³⁵) ここでいう実質的な調査とは、民事調査請求といった強制力が発動された行政調査がなされた場合をいうとのことである。See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 1, d.

⁵³⁶) 仮に両機関ともに実質的な調査を行ったことがない場合には、現在進行中の他の案件といったものが決め手となることもあるようである。See supra note 523 at paragraph. 18.

⁵³⁷) See supra note 523 at paragraph. 20.

また、このような照会を受けた司法省反トラスト局の刑事部長は、関係部署にこれを調査するよう指示し、それを踏まえて大陪審手続を開始すべきかどうかを 30 日以内に決め、これを連邦取引委員会に伝えることになっている⁵³⁸。

そして、刑事部長において大陪審手続を開始すべきだとの判断が下された場合には、司法省反トラスト局が連邦取引委員会に対して事件を移送するよう要請することとなり、逆に、大陪審手続を開始すべきでないとの判断が下された場合には、連邦取引委員会における調査が再開されることになっているのである⁵³⁹。

なお、クリアランス手続においては、法律等によって許される範囲内で、司法省反トラスト局の係官と連邦取引委員会の係官とで情報交換や証拠資料の共有がなされることになっており、仮に先方の調査において収集された証拠資料が当方の調査で有益なものだとされた場合には、窓口担当者を間に挟んで必要に応じて当該証拠資料の写し等を入手できるよう互いに融通することになっている⁵⁴⁰。

このように、アメリカにおいては、司法省反トラスト局と連邦取引委員会という 2 つの機関が、クリアランス手続によって役割分担を明確にした上で、互いに協力しながら競争政策の実践に当たっているわけであるが、これを我が国における手続と比較すると、いくつか気になる点がみえてくる。

その 1 つは、何とんでも、アメリカにおいては、刑事司法を担当する機関と行政機関との間に我が国のようないわゆるファイアーウォールなるものが存在していないということである。

それは、刑事司法機関における捜査手続と行政機関における調査手続との間に手続保障上の障害・差異といったものがほとんど存在していないことと無関係ではなさそうである。この点に関しては、司法長官が 1997 年 7 月に全国の司法関係者に向けて発した指示文書⁵⁴¹において、アメリカ当局の基本姿勢の一端が明らかにされている。

この指示文書の中で司法長官は、複雑化するいわゆるホワイトカラー犯罪への対処が困難になっている現状にあっては、刑事司法を担当する者と行政を担当する者とが互いに協力し合う必要があり、それぞれにおいて併行手続(parallel proceeding)に関する体制を整備すべきであって、特に刑事事件に発展する可能性があるような案件については、早い段階で刑事事件担当者と民事ないし行政事件の担当者とがコミュニケーションをとって情報の共有化(information-sharing)を図るといった諸々の対策を講ずることが有益だとしているのである。

要するに、この指示文書においては、政府が保有するリソースを可能な限り有効かつ効

⁵³⁸) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 2.

⁵³⁹) See Herbert Hovenkamp *supra* note 522 at 592.

⁵⁴⁰) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 3.

⁵⁴¹) Memorandum for all United States Attorneys, all Assistant United States Attorneys, all Litigating Divisions, all Trial Attorneys from the Attorney General, Coordination of Parallel Criminal, Civil, and Administrative Proceedings, July 28, 1997.

果的に利用すること (to use the Government' s resources as efficiently and effectively as possible) が重要だとされている。同様に、司法省反トラスト局のマニュアルにおいても⁵⁴²、限られたリソースの有効活用と公正さを保障するために (to ensure both efficient use of limited resources and fairness) 連邦取引委員会との連携が必要だとしており、さらに、連邦取引委員会のマニュアルにおいても⁵⁴³、二度手間や公的資金の無駄使いを回避するために (to avoid duplication of effort and unnecessary expenditure of public funds) 司法省などとの連携が必要だとしている。

つまり、アメリカにおいては、限られたリソースの有効利用、行政の効率性の徹底こそが重要だとされているわけであるが、これと比べ我が国のいわゆるファイアウォールの発想というものは、限られたリソースの有効利用、行政の効率性という面を多少損なっても手続保障の充実のためには致し方ないとする発想を基本としている。

しかし、一方で、我が国における現状というものは、まさにこの限られたリソースの有効利用、行政の効率性ということを理由として、手続保障が十分でない証拠資料がファイアウォールを越えることを許しているのである。

しかも、そのファイアウォールなるものの限界がどこにあるのかも不明確であるため、結果として、手続保障の面も、限られたリソースの有効活用、行政の効率性という面も損なわれるという状況に陥ってしまっているのである。

もちろん、このような現状が望ましいものでないことはいうまでもないところであり、筆者は、我が国の独占禁止法にあるとされるファイアウォールの存在意義そのものが問われるべきだと考えている。

そして、もう一つ、クリアランス手続を振り返ってみて見習うべきであると思われるのは、この手続においては、刑事事件になる可能性がある場合に直ちに刑事司法当局にその旨が伝えられ、比較的短い期間のうちに大陪審手続を発動するかどうかの判断が下されることになっており、しかも、刑事司法当局と行政当局との間で証拠資料を共有することができることとされていることである。

残念ながら、我が国の実務においては、当初いわゆる純粋な行政調査の対象であった案件が犯則調査手続の対象となり、その後、再びいわゆる純粋な行政調査の対象となるという具合に、長期間にわたって事件が迷走することもあるが、これを、調査を受ける側の防御という視点からみれば、長期間不安定な立場を強いられることになって、これが望ましいものでないことはいうまでもない。このような意味では、アメリカの刑事照会という手続は優れていると思われ、立法論として我が国においてもこのような手続の導入を検討すべきように思われるのである。

ただ、我が国の独占禁止法においては、公正取引委員会に専属告発権限が認められており、事前に検察庁に対し照会を行うことがこれとどういう関係になるのかが問題となり得

⁵⁴²) See Antitrust Division Manual Chapter VII, A, 1.

⁵⁴³) FTC Operating Manual Chapter fourteen 1.1.1.

るが、このような照会の結果が公正取引委員会の最終的な判断を拘束しないと考えればよく、このような手続の導入は、決して非現実的なものではないように思われる。

では、次項においては、司法省反トラスト局と連邦取引委員会というアメリカ競争当局による調査手続において、令状主義に関連して問題となりうる点について考えてみることにする。

第3款 令状主義に関する諸問題

これまでもみてきたように、アメリカの競争当局における調査手続というものは、司法省反トラスト局であっても連邦取引委員会であっても、我が国のように、立入検査によって証拠資料の収集を進めるという手法が基本的に採られていないこともあって、不合理な搜索・押収(unreasonable searches and seizures)を禁ずる合衆国憲法修正第4条との関係で問題が生ずる場面というものは実際にはあまり多くはない。ただ、合衆国憲法修正第4条は、大陪審手続における文書の提出を求める召喚にも適用されるとされており、この点で問題とされることがある。

これは、連邦最高裁がボイド事件判決⁵⁴⁴において、大陪審が発する召喚によって強制的に提出が求められる文書等にも合衆国憲法修正第4条の保障が及ぶとしたからであるが、たとえば、前にも述べたとおり、シャーマン法違反の疑いで調査を進める大陪審が発した召喚について、その内容があまりに包括的(sweeping)である場合には、合衆国憲法修正第4条がいうところの不合理(unreasonable)に当たるとされ⁵⁴⁵、同様に、不明確あるいは広範に過ぎる(too much indefiniteness or breadth)場合にもこの不合理に当たるとされているのである⁵⁴⁶。ただ、それが不合理だとする挙証責任は、それを主張する側が負うということになっており⁵⁴⁷留意が必要である。

また、前述したように、司法省反トラスト局の手続においては、裁判所が発する搜索差押え令状の発布を得て調査を実施することも認められており、これは、我が国の独占禁止法102条に基づく搜索・差押え手続と共通するものであるが、司法省反トラスト局における手続においては、令状の執行を連邦捜査局(Federal Bureau of Investigation)の捜査官が実施することになっており、また、令状執行の際にその写しを相手方に交付する手続にもなっているなど重大な違いが存在している。

すなわち、我が国の公正取引委員会における実務においては、犯則調査手続に基づく搜索を実施する際、小規模な犯則審査部の職員だけでは対処しきれないのが通常であることから、多くの場合、いわゆる純粋な行政部門の職員を短期間、犯則審査部の職員として併任

⁵⁴⁴) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 622 (1886).

⁵⁴⁵) *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

⁵⁴⁶) *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946).

⁵⁴⁷) *United States v. R. Enterprises, Inc.*, 498 U.S. 292 (1991).

し、臨検捜索差押え許可状の執行に当たらせることとなっており、その結果、当該業務に精通しない多くの職員が令状執行手続を実施する事態を生じているが、このような状況が望ましいものでないことはいうまでもない。一方、アメリカにおいては、前述のように、捜索について特別なスキルを有する連邦捜査局の捜査官がこれを執行することになっており、我が国もここから学ぶものがあるように思われる。

また、公正取引委員会の審査に関する規則 20 条によると、いわゆる純粋な行政調査において立ち入り検査を実施する場合、関係者に被疑事実の要旨等を記載した文書を交付することになっているが、犯則調査手続の執行に関する独占禁止法 105 条は、単に処分を受ける者に許可状を提示しなければならないとしているだけである。

これは、処分を受ける者に見せるだけの「呈示」ではなく、ここでいう「提示」とは、その者に提出して示す意味だとされているが、実務においてそれが徹底されているかどうかは甚だ疑わしいところであり、少なくとも、処分を受ける者に対して許可状の写しを交付することは実務上なされていない。

このことについても、アメリカ競争当局の手続においては、一步進んで令状の写しを相手方に交付することとされているが、これは、処分を受ける者に処分の内容を正確に理解させ、その者の防御に資するものと考えられるからであろう。そうあるならば、我が国の独占禁止法上の手続においても、立法論として、臨検・捜索・差押え許可状の写しを相手方に交付する手続が設けられていいように思われるのである。

とはいえ、競争当局以外の手続に注目してみると、アメリカにおいても、無令状の行政調査について、これまで様々な形で合衆国憲法修正第 4 条との関係で問題が指摘されてきたようであり、必ずしもいいことばかりではない⁵⁴⁸。

実は、この無令状の行政調査については、連邦最高裁の判例にも変遷が認められ、最初は、ボルチモア市保健局の係官による調査⁵⁴⁹に合衆国憲法修正第 4 条の保障が及ばないとの判断が示されていたが、その後、サンフランシスコ市公衆衛生局の係官や⁵⁵⁰シアトル市消防局の係官による調査にも⁵⁵¹合衆国憲法修正第 4 条の保障が及ぶとされるに至り、さらに、その後、いくつかの判例によって例外が認められながらも⁵⁵²、たとえば、1970 年労働安全衛

⁵⁴⁸) 洲見・前掲註 87) 79 頁～90 頁参照。

⁵⁴⁹) Frank v. Maryland, 359 U.S. 360 (1959).

⁵⁵⁰) Camara v. Municipal Court, 387 U.S. 523 (1967).

⁵⁵¹) See v. City of Seattle, 387 U.S. 541 (1967).

⁵⁵²) ただ、この例外というものは、やや分りにくいものとなっている。たとえば、1968 年銃規制法(Gun Control Act of 1968)に基づく調査[United States v. Biswell, 406 U.S. 311 (1972)]や 1977 年連邦鉱山安全衛生法(Federal Mine Safety and Health Act of 1977)に基づく採石場の調査[Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594 (1981)]について、無令状の調査が認められるとする判例があるが、それらについては、一定の身分に伴う制約として理解できなくもない。しかし、警察官が自動車解体工場に無令状で立入検査を実施し、必要な書類を備えておらず、無免許で営業していることを聞き出し、さらに調査を継続して盗品である自動車を発見し、その後、無免許営業と窃盗の容疑で起訴されたという案件においても、その調査の必要性等を理由としてこれを肯定している[New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987)]。なお、近年においては、国家安全保障局(National Security Agency)による無令状の通信傍受等を認めるアメリカ保護法(Protect America Act 2007)と呼ばれる法律が海外情報監視法(Foreign Intelligence Surveillance Act)を改正する形で 2007 年 8 月 5 日に成立し、合衆国修正第 4 条との関係で問題だという物議を醸し出したが、期限法であったため、その期限となる 2008 年 2 月に失効している。

生法 (Occupational Safety and Health Act of 1970) に基づく行政調査にもその保障が及ぶことが確認されており⁵⁵³、後述する内国歳入庁の手續との関係でも、係官が無令状で施錠されている倉庫のドアを打ち破って強制的に税務調査を実施することは許されないとの判断が示されるに至っているのである⁵⁵⁴。

ただ、無令状で事業所や居宅等に立ち入って調査するという事は、アメリカ競争当局の手續においては想定されておらず、一連の調査手續で手續保障上の問題が生じるのは、むしろ、合衆国憲法修正第 5 条が保障する黙秘権・自己負罪拒否特権との関係となっているのである。

第 4 款 黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題

アメリカ競争当局の調査手續においては、既にみてきたように、合衆国憲法修正第 5 条の保障が及ぶと解されているから、当然、調査手續の中で証言を求められる者は、黙秘権・自己負罪拒否特権の存在を主張して供述を拒否することができる。ここで注目されるのは、やはり、その手續保障の及ぶ範囲が、我が国のように、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する手續かどうかという基準ではなく、犯罪事実発見の手がかりとなり得る事実に関する供述であるかどうかという基準によって判断されることである。

そこには、我が国のように、行政手續だから手續保障をそれ程厳格にしなくてもいいという発想は見当たらず、だからこそ、司法省反トラスト局や連邦取引委員会による純粋な行政手續である民事調査請求手續においても、黙秘権・自己負罪拒否特権を主張して回答を拒否することができるようになっていいると考えられる。

ただ、合衆国憲法修正第 5 条の権利を主張して回答を拒絶する場合には、その理由を述べなければならないとされており、この点で、裁判上、被告人に認められた包括的な黙秘権とは性質を異にするものとなっている。そして、ここに行政調査目的の達成という公益との調整がみられるが、それは、我が国の民事訴訟手續などにおいて証人に認められた証言拒絶権と似たものとなっている。

我が国においては、犯罪捜査でなければ、刑事手續において認められるような手續保障を及ぼす必要がない、あるいは、手續保障を及ぼすとしても限定的で構わないとする方向に議論が進むきらいがあるように思われるが、そのような不必要に刑事手續かどうかということばかりに目を奪われる議論というものは、そもそもどうしてかかる手續保障が必要なのかという点から目をそむけさせ、その結果、本来必要である手續保障が十分に及んばない領域を生じさせてしまっているように思われる。

このような意味で、行政調査であろうとも必要ならば明確に憲法上の手續保障しようと

⁵⁵³) Marshall v. Barlow's, Inc., 436 U.S. 307 (1978).

⁵⁵⁴) Colonnade Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970).

する姿勢、特に、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障を広く及ぼそうとするアメリカの姿勢というものは、我が国の手続保障の在り方の1つの手本になるものと思われる。

確かに、我が国の独占禁止法上の実務を振り返ってみると、公正取引委員会によるいわゆる純粋な行政調査においては、独占禁止法47条1項4号に基づき強制力を背景として立入検査が実施され、同3号に基づき強制的に証拠資料の提出が命じられるが、通常、この立入検査当日も事業所に居た関係人に対し同行を求め、公正取引委員会の取り調べ室において事情聴取が行われている。

しかし、一連の手続の中で、どういうわけか、事情聴取だけは法律の明文規定によるのではなく、つまり、独占禁止法47条1項1号にある審尋手続ではなく、任意の事情聴取として行われているのである。しかも、事情聴取に当たってそれが任意のものであるかどうかを相手方に告げる手続は存在しておらず、そもそも、警察官職務執行法2条のように、関係人に任意同行を求めて取り調べることができるような規定が法律上存在するわけでもない。

なるほど、公正取引委員会の審査に関する規則9条1項1号は、審尋手続を実施するに際して出頭命令書を送達してこれを行わなければならないとしているから、この出頭命令書がなければ任意の聴取であるとすればいいとすることもできないのかもしれないが、そのような手続の存在が一般に知られているはずもなく、少なくとも、これから事情聴取を受けようとしている者に対しては、それが任意の手続であるかどうかだけでも明らかにする必要があるように思われる。

事情聴取を受ける側からすれば、さも強制力を背景としいるかのような雰囲気の中で、法的根拠を明らかにされないままに取り調べ室という隔離された環境の中で事情聴取に臨むことになるわけであり、告知を欠くこのよう実務運用は、かえって供述の任意性を争う原因を生みだしているようにも思われるのである。

前述したように、アメリカにおいては、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが、少なくとも自然人については、手続の性質如何にかかわらず明確にその保障が及ぶものとされており、我が国の独占禁止法上の手続においても、少なくとも、適用条文からみて刑事手続に移行する可能性がある案件については、自身の刑事責任を問われるおそれのある自然人について、十分な手続保障を及ぼすべきもののように思われる。

また、被疑者の防御に資するためには、アメリカのように供述録取書の写しを交付する手続を設けることが望ましいように思われる。そして、このような手続が確立されれば、供述調書の読み聞かせ、閲読の段階で無駄な長時間を費やす必要がなくなり、行政効率の面で有益なように思われるのである。

ただ、アメリカのように、法人に対する黙秘権・自己負罪拒否特権というものをあつさり否定すべきかどうかは問題である。これは、法人処罰の問題にも関連するが、確かに、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが自己保存本能を克服して進んで自らを刑罰に服させる自己懺悔だとするならば、そのようなことを心のない法人に認めることには難しい面

があるのかもしれない。

また、前述したアメリカの判決がいうように、たとえば、召喚の対象となる文書が法律や規則によって作成や保管が義務付けられている文書である場合には、黙秘権・自己負罪拒否特権が認められないとすることも理解できる。

しかし、そうだとすると、どうして法人には黙秘権・自己負罪拒否特権という重大な権利を認められないままに厳格な刑事罰を科すことができるのか、どうして行政制裁ではなく刑事罰でなければならないのかは今一つ判然としないし、反トラスト法違反の場合、会社の利益のために複数の従業員が違反行為に関与するのが典型的であり、会社に黙秘権・自己負罪拒否特権が認められないのであれば、個人の刑事責任を追及されるおそれのある従業員にとって、どうやって個人の防御をなすのかという素朴な疑問も生ずるところである。

実際、業務の中で反トラスト法に違反する行為が行われたとするならば、会社のものと個人の間を明確に区別することは不可能なように思われる。前述したように、卓上カレンダーとポケットダイアリーを区別するような判決が正しい方向性を示しているようには思われない。

ところで、連邦取引委員会における民事調査請求手続や召喚手続、それに、司法省反トラスト局における大陪審手続の召喚でも同様であるが、そこでは、証人に出頭が命じられ、強制力を背景として証言が求められるが、この点において、我が国の独占禁止法における審尋手続と共通する部分がある。

しかし、アメリカにおいては、これらの強制力を背景とした手続であっても、黙秘権・自己負罪拒否特権が明確に保障されており、この意味で我が国の手続とは決定的に異なっているといえることができる。

アメリカにおける民事調査請求手続や大陪審手続においては、原則として、あらゆる質問に回答しなければならないとされているものの、特権が認められる場合には、この義務が免ぜられている。そして、これと同じ様に考えて、我が国の独占禁止法上の審尋手続についても、供述事項が刑事責任の発覚に繋がるおそれがある場合には、供述を拒否しても罰則の適用はないとする見解も存在する⁵⁵⁵。

ただ、独占禁止法 94 条 1 号の文言をみるかぎり、そこに供述事項が刑事責任の発覚に繋がる場合に義務が免ぜられるという意味を読み取ることは困難であるし、実務上、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知がなされない中であっては、権利行使を期待することもできないように思われる。

前述したように、アメリカにおいては、身柄拘束下でないかぎり黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は必ずしも求められないとされているが、これも非常に問題であるように思われる。

とはいえ、アメリカ競争当局の実務では、実務マニュアルによって司法省反トラスト局

⁵⁵⁵) 川出・前掲註 93) 21 頁。

の大陪審手続においても、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知がなされることになっており⁵⁵⁶、同様に、連邦取引委員会の手続においても、召喚手続や民事調査請求で証言や証拠資料の提出を求められる者に黙秘権・自己負罪拒否特権を告知することが実務マニュアルによって求められているから⁵⁵⁷、実際には、告知の有無が問題になることはほとんどないと考えられる。

一方、我が国の場合には、前述したように、最高裁が、国税犯則調査手続に関し、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知は憲法上の要請ではなく、法律に記載がなければ告知をしなくてもいいとする判断を示したこともあって⁵⁵⁸、実務においては、独占禁止法上の犯則調査手続であっても、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知が求められていないことになっている。

確かに、アメリカ競争当局の実務マニュアルというものは、あくまで内規であって当事者に権利を保障するものではないけれども、憲法上の要請ではなく、法律にもそれを義務付けるものがないにもかかわらず実務マニュアルにおいて告知を義務付けるアメリカと、そのようなものがまったく存在しない我が国とは手続保障の点で比べものにならない差があることは間違いなく、このようなアメリカ競争当局の姿勢というものは、我が国も見習うべきものであるように思われる。

では、現在では刑事的エンフォースメントに特別な執着をみせるアメリカ競争当局の姿勢というものがどのようにして形成されてきたのかについて、歴史的な視点から検討を加えることとする。

第2節 アメリカ競争当局における刑事的エンフォースメントの歴史的変遷と現状

アメリカ司法省の反トラスト局が、シャーマン法1条に違反する行為に対し積極的に刑事的エンフォースメントを活用してきたことは周知の事実であり、このことは我が国の学説においてこれまでもよく取り上げられ、アメリカの競争政策の1つの特徴として紹介されてきた⁵⁵⁹。

そして、その説明の中でよくいわれるのが、かつてはアメリカにおいてもそれほど厳罰に処せられることがなかったが、1974年に軽罪(misdemeanor)から重罪(felony)へと変更されたことを契機として、反トラスト案件に対する制裁は、重罰化の道を進んできたということである。しかし、その厳罰化への転換がどのような歴史的背景の中で行われたのかについて論ずる邦語文献は極めて少ないといえる⁵⁶⁰。

ところで、まさに我が国の独占禁止法に犯則調査手続が導入されようとしているときの

⁵⁵⁶) See United States Attorneys' Manual 9-11.151.

⁵⁵⁷) See FTC Operating Manual Chapter Three 3.6.7.5.5.

⁵⁵⁸) 最判昭和59.3.27刑集38巻5号2037頁、判時1117号8頁、判タ528号77頁。

⁵⁵⁹) たとえば、村上政博「執行力の日米比較」、経済法学会編『独占禁止法の執行力の強化』経済法学会年報13号(1992年、有斐閣)55頁以下、三輪ほか・前掲註261)80頁~81頁。

⁵⁶⁰) 反トラスト法が軽罪から重罪へと変更された歴史的経緯について検討を加える数少ない邦語文献として、林幹人「独占禁止法の刑罰」上智法学論集25巻2・3号(1982)86頁~91頁参照。

状況を振り返ってみると、そこでは、手続保障上の疑義を払しょくする必要があるとか、巧妙化する罪証隠滅行為に対抗するため強い調査権限が必要であるといったことが検察関係者などから主張されていたが、そこには、倫理的道義的非難をより一層可能とする土壌とか素地といったものが、それまで以上に強固になったといえる特別な事情が存在したわけでもなく、なぜ刑事的エンフォースメントの積極化が叫ばれているのかが今一つはっきりしない状況があった。

一方、アメリカではどうであったかという点、アメリカにおいては、1970年代中ごろまでには価格カルテルが犯罪であるという意識が国民の間に定着していたといわれることがある⁵⁶¹、確かに、アメリカ競争当局の主張の中にも、1950年代後半ないし1960年代前半には、価格カルテルが懲役刑に相当する重大な違法行為であるとの認識が広まっていたとするものがあり⁵⁶²、また、我が国においても、アメリカにおいては価格カルテルが犯罪だという認識が広く受け入れられているという漠然としたイメージが持たれてきたことも間違いないように思われる。

しかし、以下に述べるように、軽罪から重罪への転換がなされた当時のアメリカの文献の検討からは、当時の競争当局関係者をはじめとして⁵⁶³、学説等においても、必ずしも反トラスト法事案の重罰化を無批判に受け入れていたわけではない状況が窺われ、むしろ、そこからは、アメリカ政府が強引に重罰化を推し進めていったという状況が浮き彫りになってくる。

近年、司法省反トラスト局は、ますます反トラスト案件に対する刑事的エンフォースメントを強化する傾向を示しているように思われるが、その中で、司法省反トラスト局は、反トラスト案件に対する最も効果的な抑止手段は違反行為に加担した個人に対して刑事罰を科すことであるとの考えを一貫して示してきている⁵⁶⁴。

確かに、1998年から2007年までの司法省反トラスト局の取り組みに関する統計⁵⁶⁵をみると、それぞれの年の個人の訴追件数というものは、例外なく会社の訴追件数を上回っており、判決の内容も、1998年においては、16名のうち5名に対してしか自由刑が言い渡されていなかったのに対し、2007年においては、39名中34名に対して自由刑を言い渡す判決

⁵⁶¹ 村上・前掲註560) 57頁。

⁵⁶² See William E. Kovacic, The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms, *Antitrust Law Journal*, Volume 71, Issue 2, 2003, pp. 418-419.

⁵⁶³ この点、1973年当時連邦取引委員会の競争局長であったジェームス・ハルバートソンは、軽罪から重罪へと変更するマクレラン法案(McClellan bill)に対し、批判的な見解を示している。彼は、日々変わる市場の中で精密な法規定を規定することが困難であり、その様な法規定に違反した者を、免許が剥奪されたり、就職や選挙権を制限されたりする重罪犯とすることは正義に適っていないとする。James T. Halverson, An Evaluation of Substantive Changes and Penalties, *Antitrust Law Journal*, Volume 43, Issue 1, 1973, pp. 422-423.

⁵⁶⁴ See Scott D. Hammond, An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, January 10, 2005, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.htm>, Scott D. Hammond, An Update of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, November 16, 2005, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/213247.htm>, Scott D. Hammond, Charting New Waters in international cartel prosecutions, March 2, 2006, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/214861.htm>.

⁵⁶⁵ See Antitrust Division workload statics FY 1998-2007, <http://www.usdoj-gov/atr/public/workstats.html>.

が下され、そのトータル日数も 1998 年には 1301 日であったのに対して 2007 年には 31391 日といった具合に飛躍的に伸びている状況が認められる。

このように、アメリカにおいては、個人に対する刑事的エンフォースメントを中心に据えた競争政策が実践されてきたということが客観的数値からも窺い知ることができるわけであるが、そのようなポリシーを採る理由について司法省はこう説明している。

すなわち、カルテルというものは、従業者の行為を通じて行われるところ、それは、高度な教育を受けた会社幹部によって熟慮の上で行われるものであって、カルテル行為を行うかどうかの判断は、発覚の可能性と違反行為によって得られる利益との比較衡量によって決められるものであるとする。

そして、違反行為を行うかどうか決定する際に、自分自身に対して自由刑を言い渡される可能性があることを意識すると、当該行為者は、違反行為に加担するようなことはしなくなるというのである⁵⁶⁶。つまり、そこには倫理的道義的非難が可能なのかどうかという考慮よりも、もっぱら、どのような制裁が効果的なのかという考慮が目立つのである。

また、アメリカ競争当局による一連の刑事的エンフォースメント強化の方向性は、2004 年 6 月の反トラスト刑事罰引き上げ改正法 (Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004)⁵⁶⁷ の成立によってさらに後押しされることとなり、そこでは、懲役刑が最高 3 年から 10 年に引き上げられ、個人に対する罰金も 35 万ドルから 100 万ドル、会社に対する罰金も 1000 万ドルから 1 億ドルというように、我が国ではおよそ考えられないくらいの数値にまで刑罰の上限が跳ね上げられている⁵⁶⁸。

ただ、実際に言い渡される自由刑というものは、1990 年代においては平均 8 ヶ月、2004 年の法改正後であっても平均 16 ヶ月にとどまっているとのことであり⁵⁶⁹、最高刑が 10 年といっても、実際にはそれほど長い自由刑が言い渡されることはないというのが実態のようである。

ところで、反トラスト法違反に対するエンフォースメントの歴史的変遷については、1960 年代ないし 1970 年代には積極的に過ぎ、逆に 1980 年代には消極的に過ぎたというように、政権の交代とともに振り子のように揺れ動いてきたと評する指摘もなされているところであるが⁵⁷⁰、刑事的エンフォースメントの変遷だけを見るならば、それは、ただひたすら強化の一途を辿ってきたといえることができる。

すなわち、シャーマン法違反に対しては、1890 年の制定以来、長きにわたって実務において刑罰が適用されることはほとんどなかったのであるが、1950 年代後半ないし 1960 年代

⁵⁶⁶) See Scott D. Hammond *supra* note 564, II, D.

⁵⁶⁷) Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, 118 Stat. 661, 665-69.

⁵⁶⁸) See Glenn Harrison and Matthew Bell, Recent Enhancements in Antitrust Criminal Enforcement: Bigger Sticks and Sweeter Carrots, *Houston Business and Tax Law Journal*, volume 6, 2006, pp. 206-239.

⁵⁶⁹) See Gerald F. Masoudi, Cartel Enforcement in The United States (and beyond), February 16 2007, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.htm>

⁵⁷⁰) See William E. Kovacic *supra* note 562 at 378.

前半になると、有責な会社幹部に対する自由刑が言い渡されるようになり⁵⁷¹、1974年には、前述したように、法改正によってシャーマン法違反が軽罪から重罪へと変更されるとともに、自由刑も最高1年が3年に引き上げられ、罰金も個人に対して最高5万ドルが10万ドルに、さらに企業に対する罰金も5万ドルから100万ドルへと跳ね上げられたのである⁵⁷²。

そして、1980年代のレーガン政権においては、反トラスト法違反に対する更なる制裁強化が図られ、1984年には、シャーマン法違反に対する罰金を損害額あるいは不法に領得した額の2倍とすることができるという法改正がなされ⁵⁷³、さらに、続くブッシュ政権においては、1990年反トラスト改正法(Antitrust Amendment Act of 1990)⁵⁷⁴によって、シャーマン法違反に対する個人の罰金が10万ドルから35万ドル、企業については100万ドルから1000万ドルに引き上げられる法改正がなされ、前述した2004年反トラスト刑事罰引き上げ改正法へと繋がっていくのである。

このように、アメリカ競争当局による刑事的エンフォースメントというものは、いわば潜在的な違反行為者を刑罰で威嚇することによって抑止効果を上げようとしてきたものであるが、このようなアメリカ競争当局の姿勢というものは、その歴史が意外と古く、たとえば、1938年当時の司法長官補佐官であったサーマン・アーノルド(Thurman Arnold)は、シャーマン法違反に対する刑事訴追の積極化を打ち出し、犯罪として起訴され有罪となることによる不名誉あるいは不面目(disgrace or ignominy)の恐怖だけが、ビジネスマンをして違法な取引制限行為をやめさせる唯一の手段であるかのような見解を示していた⁵⁷⁵。

要するに、反トラスト法に対する刑事的エンフォースメントを強化したいという願望は、アメリカ競争当局の中には前々からずっとくすぶっていたようなのであるが、それが時代の流れというものに乗って法改正が実現できたというのが実は本当のところのようなのである。

では、このような一連の政府による法改正の動きに対して当時のアメリカ国民はどのような反応を示していたのだろうか、また、軽罪から重罪への転換をもたらす主たる要因は何だったのだろうか。

実をいうと、当時の学説においては、アメリカ政府による反トラスト法違反に対する刑事罰強化の姿勢に対して多くの批判がなされており⁵⁷⁶、それは、大きく3つに分けることができると指摘されている⁵⁷⁷。

すなわち、その1つは、反トラスト法違反の類型というものが刑事罰を科すには曖昧

⁵⁷¹) See William E. Kovacic *supra* note 562 at 418-419.

⁵⁷²) Antitrust Procedures and Penalties Act, Pub. L. No. 93-528, 88 Stat. 1706 (1974).

⁵⁷³) 18 U.S.C. § 3571(d), Criminal Fine Enforcement Act of 1984, Pub. L. No. 98-596, 98 Stat. 3143.

⁵⁷⁴) Antitrust Amendments Act of 1990, Pub. L. No. 101-588 (1990), 104 Stat. 2880.

⁵⁷⁵) See Victor H. Kramer, *Criminal Prosecutions for Violations of the Sherman Act: in Search of a Policy*, The Georgetown Law Journal, volume 48, Number 3, 1960, p. 531.

⁵⁷⁶) 林・前掲註 561) 99頁~103頁参照。

⁵⁷⁷) See John J. Flynn, *Criminal Sanctions Under State And Federal Antitrust Laws*, Texas Law Review, Volume 45, Number 7, 1967, pp. 1311-1325.

(vague)に過ぎること、2つ目は、倫理的・道義的な卑劣さ(moral turpitude)というものが違反行為者個人に対して刑事罰を科すほどのものではないこと、3つ目は、責任の所在を明らかにすることが現代の複雑な会社組織の中にあっては困難であるという指摘である。

その他にも、反トラスト法違反に対して用意された様々な制裁の中で、刑罰というものは、あくまで補足的(ancillary)なものに過ぎず、犯罪として確立されている脱税犯とは違って、一般に倫理的・道義的にはそれほど悪いものとは考えられていない反トラスト法違反については、刑罰以外の制裁が選択されるべきだといった指摘も古くからなされていたのである⁵⁷⁸。

このように、反トラスト法違反に対する重罰化政策というものに関しては、学説から様々な批判が加えられていたわけであるが、しかも、これら学説からの指摘というものは、現在でもほぼそのまま通用するものであって、これには素直に驚かされるものがあるといえる。

しかし、歴史的な事実は、重罰化の方向で進んできたわけであるから、このようなことから推測されるのは、司法省反トラスト局や裁判所においては、これら学説の指摘にはあまり耳を貸すことがなかったということである。

なるほど、確かにこれまでの司法省反トラスト局の言辞を振り返ってみると、そこでは常に反トラスト法違反による経済的被害が大きいことが殊更強調され、まさにそのこと故に非倫理的であるかのような説明が繰り返されてきた⁵⁷⁹。

しかし、被害の大きさと反倫理性というものは必ずしも連関するものではなく、司法省反トラスト局のこれまでの基本姿勢には疑問を感じざるを得ないし、それは、我が国の国民感情とも必ずしも合致しないように思われる。

ただ、このような学説の批判に対しては、反トラスト法にあるイデオロギーは、共産主義に対する憤りであり(resentment against communism)、反トラスト法に違反することは、社会主義者を除くすべてのアメリカ国民の(all parts of the American public except the socialists)強固な道徳感情(strongly entrenched moral sentiments)に反するものであるとする指摘もなされており⁵⁸⁰、仮に、共産主義への強いアレルギーがアメリカ国民の倫理観を突き動かすのだとするならば、反トラスト法違反に対して厳しい刑事罰を科すことにもそれなりに理由が付くのかもしれない。

しかし、我が国に共産主義に対する憤りと競争制限行為に対する倫理的・道義的非難とを結び付けるような国民感情が広く存在しているとは思われず、我が国において独占禁止法における刑事的エンフォースメントの強化・厳罰化というものを推し進めていくことにはやはり少し無理があるように思われてならないのである。

では、アメリカにおいて反トラスト法違反に対する刑事的エンフォースメントを急速に

⁵⁷⁸) See Herbert L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford University Press, 1968, pp. 354-363.

⁵⁷⁹) 林・前掲註561) 109頁は、まさにこのことを指摘している。

⁵⁸⁰) See Edwin H. Sutherland, *White collar crime: the uncut version*, Yale University Press, 1983, p. 55.

推し進めた主たる要因は一体何だったのであろうか。

それは、アメリカ政府が当時社会問題となっていた2桁のインフレ(double-digit inflation)に対処するために反トラスト法の強化を図ったことにあり、これは紛れもない事実である。

すなわち、1974年9月5日に開催されたインフレ問題に関するホワイトハウス・カンファレンス(the White House Conference on Inflation)においては、それに参加するエコノミストらによってインフレ対策のため反トラスト法違反に対する刑事制裁の強化の必要性が強調され⁵⁸¹、このような一連のカンファレンスの結果を受けて、1974年10月8日に開催された連邦議会の経済に関するジョイントセッション(Joint Session of Congress on the Economy)においては、当時のフォード大統領によって、次のような見解が述べられていたのである。

すなわち、フォード大統領は、一連のインフレ対策に関するコメントの中で、生産性を増大させるとともに価格の上昇を抑えるためには、制限的かつ多くの犠牲を伴う行為をやめさせなければならぬとし(to increase productivity and contain prices, we must end restrictive and costly practices)、このような行為に対しては、反トラスト法の厳格なエンフォースメントをもって報いることとする(return to the vigorous enforcement of antitrust laws)との意向が示されていたのである⁵⁸²。

このように、アメリカにおいては、インフレ対策の1つ⁵⁸³として反トラスト法違反に対する積極的な刑事罰の適用が進められていったわけであるが、おそらくそれは、反トラスト法違反に対して刑事罰を積極的に科したいという司法省の積年の想いとも一致して、ますます刑事的エンフォースメントの強化に拍車をかける結果に繋がったものと思われるのである。

しかし、我が国の平成17年の独占禁止法改正を振り返ってみると、アメリカにおけるような刑事的エンフォースメント強化に繋がる経済事情やイデオロギーといったものは特に存在しなかったように思われるのである。そうすると、我が国における独占禁止法の刑事的エンフォースメント強化の必要性、犯則調査手続の存在意義とは何のかということが改めて考えさせられる。

では、視野を広げてアメリカ税務当局及び連邦証券取引委員会における行政と刑事の接点に関する論点についてみていくこととし、我が国の独占禁止法上の手続の在り方についてさらに考察を進めることとする。

⁵⁸¹) See Milton Handler, Antitrust— Myth and Reality in an Inflationary Era, New York University Law Review, Volume 50, Number 2, 1975, p. 214.

⁵⁸²) See President Gerald R. Ford's Address to a Joint Session of Congress on the Economy, October 8, 1974, <http://www.ford.utexas.edu/LIBRARY/speeches/740121.htm>

⁵⁸³) もちろん、インフレ対策として反トラスト法強化以外の政策も打ち出されており、食料品の価格を抑えるために米、ピーナツ、コットンなどの減反政策を廃止して生産高を増やすこと、エネルギー資源の安定を図ることなどが唱えられていた。

第2章 アメリカの競争当局以外の行政機関における調査手続と刑事手続

第1節 アメリカ税務当局における行政と刑事の交錯

第1款 アメリカ税務当局における調査手続⁵⁸⁴

アメリカ競争当局における調査手続というものは、前述したように、クリアランス手続によって司法省反トラスト局と連邦取引委員会との間で明確に事件が振り分けられる建前となっており、基本的に事件の入り口の段階でその方向性が明らかとなることになっているが、アメリカのその他の手続に視野を広げてみると、我が国の犯則調査手続と純粋な行政手続、あるいは、公正取引委員会と検察庁との関係に通じるものが存在していることに気付く。

具体的には、我が国でいうところの国税庁に当たる内国歳入庁 (Internal Revenue Service, 以下、「IRS」という。) と司法省税金局 (Tax Division) との関係などにアナロジーを見出すことができるわけであるが、ここでは、アメリカ税務当局の手続について概観する。

まず、司法省税金局の組織についてであるが、司法省税金局というものは、反トラスト局と同じように、担当の司法長官補佐官 (Assistant Attorney General) をトップとし、これを4名の司法長官副補佐官 (Deputy Assistant Attorney General) が支える組織となっており、そのうち1名の司法長官副補佐官の下に刑事的エンフォースメントに関連する4つのセクションが置かれている⁵⁸⁵。

この司法省税金局の役割としては、税務民事訴訟を指揮したり、刑事税務調査や刑事訴追を指揮監督したりといったものがあるが、注目されるのは、司法省税金局が IRS の刑事局 (Criminal Investigation Division) と財務省税務総監 (Treasury Inspector General for Tax Administration) の協力のもと調査を進めるということである。つまり、司法省税金局が指揮をして、その下で IRS の係官らが手足となって動くという関係がそこにはあるわけである。

次に、IRS の組織についてであるが、IRS は、連邦財務省 (Department of the Treasury) の傘下にある組織であり、財務省税務総監⁵⁸⁶の監督下に置かれている。また、IRS の内部においては、長官 (Commissioner) の下に執行等を担当する副長官 (Deputy Commissioner for

⁵⁸⁴ アメリカ税務当局における調査手続の一般的理解については、Internal Revenue Service Intelligence Division, Criminal Investigation: Handbook for Special Agents, 2004 を参照。

⁵⁸⁵ ここでいう4つのセクションのうち3つについては、刑事調査を担当する部門で (Criminal Enforcement Sections), もう1つは、刑事訴追を指揮し、税務行政の公正さや統一性を促進する部門 (Criminal Appeals and Tax Enforcement Policy Section) となっている。

⁵⁸⁶ 財務省税務管理監査官とは、1998年内国歳入庁再編成改革法 (Internal Revenue Service Restructuring and Reform Act of 1998) を根拠に設立された IRS の所管する事務を監督する機関であり、IRS の職務執行に監視するなどしている。

Services and Enforcement) とその他を担当する副長官が置かれ、このうち、執行等を担当する副長官の下には、複数の部局⁵⁸⁷が設置されており、その1つである刑事調査部(Criminal Investigation, 以下「CI」という。) ⁵⁸⁸と呼ばれるセクションが刑事税務調査を専門的に担当することになっている。

この CI においては、内国歳入規則(Internal Revenue Code)にある刑事規定に従って手続が執行され、その詳細は、内国歳入マニュアル(Internal Revenue Manual) に規定されている。

ところで、IRS の係官には、税務調査のため帳簿類を調査し⁵⁸⁹、納税義務がある者や証拠物を所持する者を召喚し⁵⁹⁰、これらの者から宣誓供述を聴取することができるという権限が与えられている⁵⁹¹。

また、刑事税務調査の実施に当たっては、武器を携帯し⁵⁹²、搜索令状や逮捕状を執行することができる⁵⁹³、仮に令状がない場合でも、現行犯逮捕や重罪を犯したと思料する合理的な根拠があればこれを逮捕することができる⁵⁹⁴、しかもその調査には、いわゆるマネーロンダリングの調査といったものも含まれており⁵⁹⁵、行政調査というよりはむしろ警察の捜査に近い性質をそこに見出すことができる。

おそらくこれは、アメリカにおいて脱税は犯罪であるという認識が定着していることと無関係ではないように思われるが、我が国にもこれと似た状況が存在しているといわれることがあり、その他にも、制度上、いわゆる純粋な行政税務調査と刑事税務調査の区別が存在し、行政税務調査を担当する機関と訴追機関が異なっているというように、我が国の独占禁止法上の手続に似たところがある。

さて、CI における調査には、令状によるものとそうでないものが存在しており、このうち、令状による調査というものは、令状主義を保障する合衆国修正第 4 条をその根拠とし⁵⁹⁶、その請求手続は、連邦刑事訴訟規則⁵⁹⁷に拠ることとなっている。

また、令状によらないでも調査ができる⁵⁹⁸とされているが、ただ、その場合には、必ず相手方の同意が必要とされており、かかる同意が不当な影響(undue influence)あるいは強要

⁵⁸⁷) たとえば、賃金投資局(Wage & Investment Division)、大型中型事業局(Large and Mid-Size Business Division)、小規模事業自営業局(Small Business / Self Employed Division)、免税及び政府関係機関局(Tax Exempt and Government Entities Division)といったものがある。

⁵⁸⁸) この CI は、およそ 4400 名のスタッフによって構成されており、そのうち約 2800 名が特別調査官(special agent)として調査に従事している。なお、刑事的な調査ではなく、一般的な行政的税務調査を担当する担当官については、税務調査官(revenue agent)と呼ばれ区別されている。

⁵⁸⁹) 26 U.S.C. § 7602 (a) (1), see Internal Revenue Manual 9.1.2.2.2.

⁵⁹⁰) 26 U.S.C. § 7602 (a) (2).

⁵⁹¹) 26 U.S.C. § 7602 (a) (3).

⁵⁹²) 26 U.S.C. § 7608 (a) (1).

⁵⁹³) 26 U.S.C. § 7608 (a) (2).

⁵⁹⁴) 26 U.S.C. § 7608 (a) (3).

⁵⁹⁵) 18 U.S.C. § 1956, Internal Revenue Manual 9.1.2.2.3.

⁵⁹⁶) Internal Revenue Manual 9.1.2.3.4.

⁵⁹⁷) 18 U.S.C. §§ 3101-3118.

(duress)の結果であってはならないとされている⁵⁹⁸。

さらに、CIにおいては、行政的調査(administrative investigation)を実施することもできるとされており、それは、大陪審手続とは違って、特別調査官(special agent)らが端緒に接したときに適宜開始できるものとされている⁵⁹⁹。

ところで、CIにおいて取り扱う事案というものは、通常の刑事事件とは逆で、基本的に被疑者の存在は明らかで被疑事実の存否が明らかでないという構造となっており⁶⁰⁰、CIにおける調査の目的というものは、当該調査の対象となっている人物が犯罪に関与しているかどうかを決するために証拠を収集することであると内国歳入マニュアルでは示されている⁶⁰¹。もちろん、それは、刑事事件として取り扱われる可能性のある以上、その挙証責任については全面的に政府の側が負担することになっており、一般の刑事事件と同様に、合理的な疑いを超える(beyond a reasonable doubt)程度にまで立証する必要があるとされている⁶⁰²。

また、行政的調査の途中あるいはその終了後において、大陪審手続を利用することが適当であると思料される場合には、IRSの請求により大陪審手続を開始することもできるとされており⁶⁰³、その場合、特別調査官は、大陪審による調査を求める書面を作成し、証拠物件とともに刑事税務顧問(Criminal Tax Counsel)の審査を受ける。この審査を経て、今度は、刑事税務顧問において刑事評価報告書(Criminal Evaluation Memorandum)が作成され、司法省の担当特別代理人に対して大陪審手続の開始が勧告されることになる。

そして、この勧告を受けた司法省の担当特別代理人においてこれを承認することによって大陪審手続が開始されることになるが⁶⁰⁴、仮に、ここで司法省の担当特別代理人が大陪審手続の開始を承認しない場合には、IRSにおいて行政税務調査が継続されることになっている⁶⁰⁵。

ところで、大陪審手続においては、司法省反トラスト局による調査と同じように、召喚により証人に出頭を命じて証言することが求められ、証拠資料の提出が求められたりするが、この大陪審手続において得られた情報は、前述したように、連邦刑事訴訟規則 6(e)条の不開示規定によって、原則として、行政手続のために利用することはできないとされている⁶⁰⁶。

さらに、召喚により文書の提出を求めることは、供述の強制に相当する場合があります(the act of producing documents in response to a subpoena may have a compelled aspects),

⁵⁹⁸) Internal Revenue Manual 9.1.2.3.5.

⁵⁹⁹) Internal Revenue Manual 9.5.1.2.

⁶⁰⁰) Internal Revenue Manual 9.5.1.2.1.1.

⁶⁰¹) Internal Revenue Manual 9.5.1.2.1.2.

⁶⁰²) Internal Revenue Manual 9.5.1.2.2.

⁶⁰³) Internal Revenue Manual 9.5.2.2.

⁶⁰⁴) Internal Revenue Manual 9.5.2.3.1.

⁶⁰⁵) Internal Revenue Manual 9.5.2.3.1.4.

⁶⁰⁶) Internal Revenue Manual 9.5.2.4.3.

たとえば、当該文書を所持していること自体が罪に問われるような場合には、合衆国憲法修正第5条の権利を主張することができる⁶⁰⁷。

なお、政府機関による行政調査においては、一定の要件⁶⁰⁸の下、正式書面による報告依頼 (Formal Written Request) を会計機関に対し発することができる⁶⁰⁹、CI もこれを利用することができる⁶¹⁰とされるが、この場合、召喚手続とは違って⁶¹⁰、会計機関においてこの回答を拒否することができ⁶¹¹、また、それは、召喚手続が利用できないといった限定した場面においてしか利用できないとされているため、CI の調査で実際にこれが利用される場面は少ない⁶¹²。ただ、刑事目的でも行政目的でも利用できるとされるこの報告依頼によって入手した情報は、他の政府機関との間でも共有できるとされ⁶¹³、留意が必要である。

さて、特別調査官には、証人を事情聴取する権限が認められており⁶¹⁴、同時に、証人には防御のため様々な権利が保障されている。たとえば、証人が宣誓供述書や供述調書の写しを交付するよう求めることができる⁶¹⁵のはその例であるが、もちろん、憲法上の権利保障も認められている⁶¹⁶。

すなわち、刑事調査において証人は、弁護人を伴い、これに代理してもらい、その忠告を受ける権利があり、このような権利の告知を受けることにもなっている⁶¹⁷。また、特別調査官には、事情聴取の都度、その冒頭において、身柄拘束の有無にかかわらず、証人に対し黙秘権・自己負罪拒否特権の告知をすることが義務付けられており⁶¹⁸、この点、その告知を要しないとす我が国の独占禁止法上の犯則調査手続における実務運用とは大きく異なっている。

ただ、このような黙秘権・自己負罪拒否特権の告知というものは、身柄拘束下でない事情聴取については憲法上の要請ではないと解されているようであり⁶¹⁹、この点については、競争当局における手続に関する記述の中でも述べたとおりである。また、黙秘権・自己負罪拒否特権を主張して供述や証拠資料の提出を拒否する証人に対しては、司法長官の承認を得た上で刑事免責を与え、供述や証拠資料の提出を強制することもできるとされている⁶²⁰。

⁶⁰⁷) United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000).

⁶⁰⁸) 正式書面による報告依頼は、①召喚によって当該会計記録を取得することができないこと、②当該機関の長の定めた規則で認められていること、③調査に関連するものであることといった諸要件をクリアした場合にが許されるものとなっている。

⁶⁰⁹) 12 U.S.C. § 3408.

⁶¹⁰) 12 U.S.C. § 3405, 12 U.S.C. § 3407.

⁶¹¹) 12 U.S.C. § 3411.

⁶¹²) Internal Revenue Manual 9.4.4.3.1.2.1.

⁶¹³) Internal Revenue Manual 9.4.4.3.1.2.6.

⁶¹⁴) 26 U.S.C. § 7602, See Internal Revenue Manual 9.4.5.4.

⁶¹⁵) 26 C.F.R. § 601.107 (b) (1), Internal Revenue Manual 9.4.5.10.3.

⁶¹⁶) Internal Revenue Manual 9.4.5.11.

⁶¹⁷) 26 C.F.R. § 601.107 (b) (1), Internal Revenue Manual 9.4.5.11.

⁶¹⁸) Internal Revenue Manual 9.4.5.11.3.1.

⁶¹⁹) Beckwith v. United States, 425 U.S. 341 (1976).

⁶²⁰) 18 U.S.C. § 6004, Internal Revenue Manual 9.4.5.12.1.

この点については、前述した司法省反トラスト局における手続と同様である。

さらに、特別調査官には、裁判所が発する搜索差押え許可状によって証拠を収集する権限も与えられ⁶²¹、これも司法省反トラスト局による調査手続と共通している。ただ、IRSの調査手続においては、搜索差押え手続が司法省反トラスト局のように必ずしも例外的な位置付けとはなっておらず、また、許可状を自らが執行する点においても司法省反トラスト局の調査とは異なっている。

こうして、刑事税務調査が終了すると、最後に、特別調査官において調査の結果を調査報告書(Investigative Reports)を取りまとめることになっており⁶²²、そこで犯罪事実ありとなった場合には、訴追勧告報告書(Prosecution Recommendation Reports)⁶²³、逆に、犯罪事実なしということになれば、調査終結報告書(Discontinued Investigation Report)が作成される⁶²⁴。

以上のような、IRSの調査は、通常、行政税務調査(civil audit)の形で開始され、そのような行政税務調査を通じて収集された証拠というものがその後の刑事手続に利用されることもしばしばあるようであるが⁶²⁵、行政税務調査手続と刑事税務調査手続との境目という明確なものはなく、その点が裁判で争われた事例も複数存在しており、1つの論点となっている⁶²⁶。

それは、具体的には Tweel 事件⁶²⁷、Peters 事件⁶²⁸、及び Mckee 事件⁶²⁹といった事例である⁶³⁰。このうち、Tweel 事件は、IRSの調査官が調査を開始する際に、被告人の顧問会計士から、調査をする者の中に特別調査官が含まれているかどうか質問され、その際、IRSの調査官が特別調査官は存在しない旨答えたことから、会計士は、当該調査が一般的な行政税務調査であると信じ込み、様々な手持ち資料を任意に調査官に提供したのだが、実は、それは司法省の組織犯罪部門(Organized Crime and Racketeering Section)の要請に応じて実施された調査であって、最初から実質的には刑事税務調査であったため、このような調

⁶²¹) Internal Revenue Manual 9.4.9.3.

⁶²²) この調査報告書には2種類あり、1つは特別調査官報告書(Special Agent Report)、もう1つは調査の概要(Summary of Investigation)となっている。See Internal Revenue Manual 9.5.8.1.2.

⁶²³) Internal Revenue Manual 9.5.8.5.

⁶²⁴) Internal Revenue Manual 9.5.8.8.

⁶²⁵) See Amanda A. Cochran, Evidence Handed to The IRS Criminal Division on a "Civil" Platter: Constitutional Infringements on Taxpayers, The Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 91 No. 3 Spring 2001, p700.

⁶²⁶) See Bryan T. Gibson, Andrew Maher, Tax Violations, American Criminal Law Review, Volume 42 Number 2 Spring 2005, pp. 947-950.

⁶²⁷) United States v. Tweel, 550 F.2d 297 (5th Cir. 1977).

⁶²⁸) United States v. Peters, 153 F.3d 445, 447 (7th Cir. 1998).

⁶²⁹) United States v. Mckee, 192 F.3d 535 (6th Cir. 1999).

⁶³⁰) 行政的税務調査から刑事的な調査への移行過程が争点の1つとなった比較的最近の事例としては、Kontny 事件を挙げることもできる。この案件は、超過勤務手当に対する課税が問題となったものであるが、その調査において CI の係官は、被告人が出頭する際に弁護人を伴う必要があるかとの被告人からの質問に対し、行政的な調査(civil exam)であって弁護人を伴うかどうかはあなたの判断だと告げた上で出頭を促し、その上で被告人から供述を引き出し、これが刑事訴追における証拠となったものである。被告人は、行政的調査を装って刑事証拠を収集したとしてこれを争ったが、身柄拘束下でない本件においてミランダ警告を発する必要はないなどとして、結論において被告人の主張を斥けた。United States v. Kontny, 238 F.3d 815, 821 (7th Cir. 2001).

査のやり方は、合衆国憲法修正第 4 条の保障する権利を侵害するのではないかと争われたものである。

結局、この Tweel 事件においては、裁判所が IRS による調査の違法性を認め、下級審に差し戻す判決が下されたが、後の Peters 事件においても、IRS の調査官が通常の行政税務調査を装って刑事的な調査を実施したことから、それが合衆国憲法修正第 4 条及び修正第 5 条に違反するのではないかと争われることとなった。

しかし、この Peters 事件において裁判所は、同意に基づく調査 (consensual search) においてその同意が偽計等によって導かれた場合には、合衆国憲法修正第 4 条及び修正第 5 条の権利を侵害することになると一般論として認めたものの⁶³¹、かなり限定的な判断を下したのである。

すなわち、調査への同意が偽計による同意であると主張するためには、調査官が積極的に調査の本当の性質 (true nature of the investigation) を誤らせようとしたという明確かつ説得的な証拠を被告人側が提出する必要がある、また、このような調査官の嘘が調査官に対して被告人が話すことを決する上で重要な役割を果たさなければならないとし (a material factor in decision to give information to the agents)、しかも、単に事件の性質が刑事であることを告げなかっただけでは必ずしも違法でなく、被告人において調査官に事件の性質を尋ね、その際、調査官が意図的に誤導したような場合でなければならないとし、結局、調査官にはそのような積極的な意図がなかったとして被告側の請求が斥けられたのである。

さらに、Mckee 事件においては、会社経営者が会社の経費を私的に流用し税金逃れをしたという従業員からの申し立てがあり、それに基づき IRS の調査官が行政税務調査を開始したところ、犯罪の存在が疑われる事実が判明し、CI に事件が移管され、結果、CI から司法省税金局に対し事件が送致されて起訴された事案であったが、被告人は、これら調査官の行動が手続に違反するとして争ったのである。

これは、当時の内国歳入マニュアルに、行政税務調査の過程で犯罪の可能性に接した場合には、かかる調査官は、できるだけ早くその旨上司に報告し、そこで犯罪があるとされた場合には行政税務調査を中断しなければならないとする規定が存在していたからであるが、被告人は、調査官がこの規定に反して調査を続行し、行政税務調査を装いながら刑事証拠を収集したことは、合衆国修正第 4 条及び合衆国修正第 5 条に反すると主張したわけである。

これに対し、裁判所は、内国歳入マニュアルは行政庁の内規であって実質的な権利ないし特権を納税者に与えるものではないが、当該規定が納税者の憲法上の権利を保護するために設けられた規定である場合には、それに違反することは許されないとし、犯罪事実に触れた場合に行政税務調査を中断するという内国歳入マニュアルの規定は、納税者の憲法

⁶³¹ 判例によると、証拠が排除されるのは、納税者がごまかされたとか騙されたこと (tricked or deceived) が明らかにされた場合だけであるとされている。United States v. Nuth, 605 F.2d 229, 234 (6th Cir. 1979), United States v. Allen, 522 F.2d 1229, 1233 (6th Cir. 1975).

上の権利を守るために設けられた規定であるとした。

その上で、行政税務調査の外観を装いながら刑事事件に発展させていくことは許されない(prohibit a revenue agent from developing a criminal case against a taxpayer under the guise of a civil investigation)との判断を示したのである⁶³²。

そして、これらの判例が、この点に関するアメリカの先例的判例だとされるものであるが、これらは、いずれも行政税務調査を装って刑事税務調査を行なうことは許されないとするものであり、この意味で、我が国の最高裁判例が、行政調査を犯則調査の手段として利用することは許さないとしている⁶³³ことと共通する部分がある。

ただ、アメリカの税務当局による調査の場合、武器を携帯しないなど見た目にやさしい行政税務調査を装って納税者を安心させ、それに乗じて刑事証拠を収集するという面があり、この点は、我が国とちょっと事情が異なっているが、やはりここでも注目されるのは、許されないとされているものが、手続的統制の緩い手続を利用して厳格な手続の成果を上げようとする当局の悪しき意図である点である。

そして、このような当局による悪しき意図さえなければ、情報遮断の必要はないとするこれまでみてきたアメリカの手続共通の考え方というものは、我が国の独占禁止法上の手続に設けられたファイアウォールの意味を考え直すきっかけを与えてくれているように思われるが、さらにアメリカの税法手続においては、一步進んで併行手続(parallel proceeding)と呼ばれる制度の整備もなされており、それは、ますますこのような筆者の思いを強めさせるものである。

以下、この併行手続の概要をみていくこととする。

第2款 アメリカ税務当局における併行手続

前述した内国歳入マニュアルには、行政税務調査と刑事税務調査の間を調整するための規定が設けられており、それは、同一被疑者に対して行政税務調査と刑事税務調査を同時併行的に実施することができるとするもので⁶³⁴、そのような調査のことを内国歳入マニュアルは併行調査(parallel investigation)と呼んでいる⁶³⁵。

この併行調査を採るためには、まず、協力会議(Coordination meeting)というものが行政税務調査の担当官とCIの担当官の間で開催されることになっており⁶³⁶、そこで、その後

⁶³²

⁶³³

⁶³⁴

⁶³⁵

⁶³⁶

の具体的な調査の進め方について話し合いがもたれることになっているが、それは、我が国でいえば、犯則調査部門といわゆる純粋な行政調査部門の担当官が話し合って今後の調査方針を決めるようなものであって興味深い。

行政税務調査の担当官は、事情聴取に当たっては相手方に CI の特別調査官との併行調査を入っている旨を告知しなければならないこととされており⁶³⁷、また、CI の特別調査官において相手方に黙秘権・自己負罪拒否特権の告知がなされた場合には、行政税務調査の担当官は、事情聴取の際にそれが行政税務調査であること、及び、当該事情聴取を通じて得られた情報というものは、CI による刑事税務調査と共有されることになる旨を相手方に伝えなければならないとされている⁶³⁸。

さらに、この併行調査においては、それぞれの担当官の所属を明らかにした上で、行政税務調査の担当官と CI の特別調査官が一緒になって事情聴取をすることもできるとされている⁶³⁹。

このように併行手続というものは、目的が異なるセクションの間で情報の共有ができるところにその中心的機能があるが、それは、前述した大陪審手続における不開示義務や内国歳入規則上の開示規定⁶⁴⁰に触れない限りにおいて、広く認められるものとなっており、たとえば、CI において搜索差押え令状によって収集された証拠資料や内偵調査によって得られた証拠資料であっても情報共有の対象にされることになっているのである⁶⁴¹。

こうしてみると、アメリカにおいては、このような併行手続によって調査を効率的に進めることができるのに、どうして我が国においてはわざわざファイアーウォールを設けなければやっていけないのだろうかという疑問が湧いてくる。

おそらくそれは、アメリカの税法手続においては、行政税務調査と CI による刑事税務調査との間に手続保障上の格差があまり存在していないことと無関係ではなく、また、政府機関にある限られたリソースである証拠資料を効率的に利用して、税金の無駄使いを減らそうという徹底したプラグマティズムがそこにあるように思われる。このようなアメリカの手続というものは、今ひとつ機能していない我が国の独占禁止法におけるファイアーウォールの存在意義を改めて考えさせるものである。

なお、このような併行手続は、アメリカにおいては、何も税法手続に特異なものではなく、それは、他の行政手続においても認められるものである。具体的には、連邦証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) の手続にこれと似たものを見出すことができる。

この連邦証券取引委員会における手続には、本論文が関心対象とする行政手続から刑事手続への移行というものが存在しており、また、連邦証券取引委員会という組織は、我が

⁶³⁷) See Internal Revenue Manual 5.1.5.6.1.

⁶³⁸) See Internal Revenue Manual 5.1.5.6.2.

⁶³⁹) See Internal Revenue Manual 5.1.5.6.3.

⁶⁴⁰) 26 U.S.C. § 6103.

⁶⁴¹) See Internal Revenue Manual 5.1.5.8.3.

国の公正取引委員会と同じく委員会制度を採用する組織であり、それは、我が国の独占禁止法上の手続に共通する部分を有し参考になるものである。

そこで、以下においては、我が国の証券取引等監視委員会のモデルとなった連邦証券取引委員会の調査手続について概観することとする。

第2節 アメリカ証券監視当局における調査手続

第1款 連邦証券取引委員会における調査手続⁶⁴²

それではまず、連邦証券取引委員会の組織についてであるが、この連邦証券取引委員会という組織は、投資家を保護し、公正かつ秩序ある効率的な証券市場を保持して、資本形成(capital formation)を促進することを目的として組織されている組織であり、それは、大統領によって指名された5名の委員(Commissioner)を頂点として構成される組織となっている。

これら5名の委員の下には、複数の部局が設けられており⁶⁴³、そのうち執行局という部局が、委員会に対して調査の開始を勧告したり、民事訴訟や行政審判手続の開始を勧告したりするほか、刑事訴追機関たる司法省との連携を担当することになっており、その下にある11の地方事務所(regional office)とともに調査執行業務全般を担うことになっているのである。

この連邦証券取引委員会においては、1933年証券法(Securities Act of 1933)や1934年証券取引法(Securities Exchange Act of 1934)、それに、2002年サーベインズ・オクスリー法(Sarbanes-Oxley Act of 2002)といった諸法律が所管されており⁶⁴⁴、その調査手続の詳細については、執行マニュアル(Enforcement Manual)というものに規定されているところである。

ところで、連邦証券取引委員会において行われる調査⁶⁴⁵は、まず副局長(Deputy Director)の承認の下でインフォーマルな調査(inquiry)が開始され、その開始から60日後に自動的に正式調査(formal investigation)に切り替わるパターンと、そのような手続を経ることなく、最初から正式調査が開始されるパターンがあるが⁶⁴⁶、この正式調査の開始は、委員会

⁶⁴² 連邦証券取引委員会における手続一般については、宇賀克也『行政手続法の理論』(1995年、東京大学出版会)239頁~306頁を参照。

⁶⁴³ 委員の下にある主な部局としては、企業財政局(Corporation Finance)、執行局(Enforcement)、投資管理局(Investment Management)、取引市場局(Trading Markets)、投資家擁護局(Investor Education and Advocacy)、遵法監察調査局(Compliance Inspections & Examinations)といったものがある。

⁶⁴⁴ 連邦取引委員会においては、これら3つの法律のほか、1939年信託証券法(Trust Indenture Act of 1939)、1940年投資企業法(Investment Company Act of 1940)、1940年投資顧問法(Investment Advisers Act of 1940)も所管している。

⁶⁴⁵ 連邦証券取引委員会による調査は、関連する事案が民事訴訟係属中であっても、引き続きすることができることとされている。Enforcement Manual 3.1.3.

⁶⁴⁶ Enforcement Manual 2.3.2.

の決定によることとなっており⁶⁴⁷、連邦証券取引委員会の係官においては、委員会による正式調査命令(formal order of investigation)を受けてはじめて、強制力を背景とした召喚手続などの手続が利用できることになっていて⁶⁴⁸、通常は、正式調査の前にインフォーマルな調査が実施され、そこで任意の形で証拠資料の提出が求められたり、任意の事情聴取が実施されたりする⁶⁴⁹。

その際、連邦証券取引委員会による調査を受ける側においては、同委員会に対して、書面により、今後、民事訴訟や行政審判手続を開始する用意があるのかどうか、勧告に含まれている主な被疑事実は何なのかといったことについて教示を求めることができるとされており⁶⁵⁰、また、処分の予定がない場合には、相手方に対し終了通知(termination letter)なるものが送達されることになっている⁶⁵¹。

なお、インフォーマルな調査においては、このように常に任意の形で調査がなされることになっているが、投資顧問(investment advisers)⁶⁵²であるとかブローカーディーラー(broker-dealers)⁶⁵³といった一定の資格を有するものについては、委員会からの要請に応じることが義務付けられており、その他一般の者とは違って特別な責任を負わされている。

そして、初動調査が終了すると、連邦証券取引委員会には、いくつかの選択肢が用意されており、担当官には、この段階で委員会に対し、たとえば、行政的な制裁を求めるべく手続を開始するとか、差し止め(injunctive relief)手続の開始を求めることもできるし、その他、司法省に対して刑事訴追を求めるとか、処分をせず手続を終了させることもできるとされていて、もちろん、正式調査の開始を申し立てることだってできるとされているのである。

ただ、実務においては、司法省に対して刑事訴追を求めるということはあまりなされていないようであり、通常は、連邦証券取引委員会においてインフォーマルな形で当該事件の内容が司法省に伝えられ、後日、司法省から証拠資料の開示を求める申し立てがなされるのを待って、連邦証券取引委員会がこれに応ずるといった形が採られているとのことである⁶⁵⁴。

そして、このようにして正式審査が開始されると、今度は、連邦証券取引委員会によって召喚手続が開始されることになるが、それは、これまでみてきた他の機関の召喚手続と

⁶⁴⁷) 17 C.F.R. § 202.5 (a). なお、この正式調査を命ずる書面については、その写しの交付を求めることは、原則として認められない取り扱いとなっている。17 C.F.R. § 203.7 (a).

⁶⁴⁸) 17 C.F.R. § 200.30-4 (a) (1).

⁶⁴⁹) Enforcement Manual 3.2.3.

⁶⁵⁰) このような告知は、通称、ウェルズ告知(Wells Notice)と呼ばれている。以前は、実務上、弁護士からの請求があった場合に終結証書(closing letter)というものを交付していたようである。17 C.F.R. § 202.5 (c), Enforcement Manual 2.4.

⁶⁵¹) Enforcement Manual 2.6.2.

⁶⁵²) 15 U.S.C. § 80 b-4 (c) (1).

⁶⁵³) 15 U.S.C. § 78 q (b) (1).

⁶⁵⁴) See William R. McLucas, J. Lynn Taylor, Susan A. Mathews, A Practitioner's Guide to the SEC's Investigative and Enforcement Process, Temple Law Review, Volume70, 1997, p. 57.

同様に、証人に対し出頭を命じて証言することを求めたり、証拠資料の提出を求めたりすることができるとするものである⁶⁵⁵。

当然ながら、それが不合理 (unreasonable) かつ過酷であって (oppressive) 不当に相手に負担に強いるものである (unduly burdensome) ことは許されないとされており、そのような場合には、命令の無効や取消しの原因となることになっている⁶⁵⁶。

また、司法省反トラスト局の召喚手続にもあったように、証拠隠滅がなされるおそれがあるような緊急の場面においては、即時召喚 (forthwith subpoena) の手続を採ることもできるとされている⁶⁵⁷。

もちろん、この召喚手続においては、弁護士特権などといった各種の特権や黙秘権・自己負罪拒否特権といった憲法上の権利を主張することができることとされており、その場合には、その理由を記載した書面 (privilege log) の提出が求められるが⁶⁵⁸、これを理由に証拠資料の提出を拒むことができるとされている。

そして、召喚に応じない者に対しては、刑事罰が用意されており⁶⁵⁹、その場合、連邦証券取引委員会の執行局長は連邦地方裁判所に対して召喚に従うことを命じるよう申し立てを行うことができるとされている⁶⁶⁰。そして、裁判所によって召喚に従うよう命令が下され、それでもなお召喚に応じない場合には裁判所侮辱として刑事責任が問われることになっている。

ところで、連邦証券取引委員会の召喚手続の特徴として、大陪審手続とは違って特定のターゲットが存在しないという点が指摘されることがある⁶⁶¹。ターゲットであることを当人に告知する大陪審手続において求められるような一連の手続は必要ないと考えられており、連邦最高裁⁶⁶²もこれを肯定する。

すなわち、連邦最高裁は、当人に対してターゲットであることを告げるよう当局に求めることは、証拠隠滅の実質的可能性を増大させ、法律に基づく連邦証券取引委員会の調査の実効性を阻害することになるとの判断を示したのである。

また、連邦証券取引委員会の召喚手続というものは、特定の人物に負罪答弁を強要するものではないから、合衆国修正憲法第 5 条の黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で問題を生じることはないとし、その他の憲法上の権利保障との関係でもまったく問題は起こらないとしたのである。

ただ、任意の事情聴取に際し連邦証券取引委員会の係官には、プライバシー法に基づい

⁶⁵⁵) 15 U.S.C. § 77s (c), 15 U.S.C. § 78u, 15 U.S.C. § 80a-41 (b), 15 U.S.C. § 80b-9 (b).

⁶⁵⁶) 17 C.F.R. § 201.232 (e).

⁶⁵⁷) Enforcement Manual 3.2.6.3.

⁶⁵⁸) Enforcement Manual 3.2.6.2.4.

⁶⁵⁹) 15 U.S.C. § 77v (b), 15 U.S.C. § 78u (c), 15 U.S.C. § 80b-9 (c), 15 U.S.C. § 80a-41 (c).

⁶⁶⁰) 17 C.F.R. § 200.30-4 (10).

⁶⁶¹) Enforcement Manual 3.3.1.

⁶⁶²) SEC v. Jerry T. O' Brien, Inc., 467 U.S. 735 (1984).

て一定の事項を相手方に知らせる必要があるとされており、たとえば、情報の開示の要請が強制的なものか任意のものかといったことか⁶⁶³、当局において情報を求める主な理由は何かとか⁶⁶⁴、提供された情報をどのように利用するつもりなのかといったこと⁶⁶⁵について告知する必要があるとされている。

また、一方で、正式調査で証拠資料の提出や供述を強制された者については、弁護人を伴い、これに代理してもらい、忠告を受ける権利が与えられていて⁶⁶⁶、実際、正式調査の中で証言をしたり証拠資料を提出したりした場合には、提出した証拠資料の写しの交付を求めることができるとされている⁶⁶⁷。

さらに、連邦証券取引委員会の手続においては、競争当局の手続にもあったように、司法長官の承諾を得て証人に刑事免責を与え、かかる証人に証言や証拠資料の提供を強制することもできるとされている⁶⁶⁸。興味深いのは、ここでも、こうして得られた証拠資料というものを連邦証券取引委員会の他の行政手続や民事訴訟手続にも利用できるとされていることである⁶⁶⁹。

連邦証券取引委員会による召喚手続において、弁護士特権 (Attorney-Client Privilege) などといった諸々の特権の主張が認められていることは前述したとおりであるが、もちろん、本論文が関心対象とする合衆国憲法修正第 4 条の保障や、合衆国憲法修正第 5 条の保障についてもその中に含まれていると考えられている⁶⁷⁰。

ただ、このうち、合衆国憲法修正第 4 条との関係については、アメリカの競争当局における手続と同じように、連邦証券取引委員会の手続が立入検査という手法を基本的に想定していないこともあって、あまり問題となることはなく、もっぱら合衆国憲法修正第 5 条との関係について、税法手続と同様の議論が存在している。

そして、こうして調査が終了すると、今度は、委員会においてどのような処分を下すべきかが決せられるわけであるが、それには様々な選択肢が用意されており⁶⁷¹、たとえば、連邦地裁に対して、民事訴訟を提起して違反行為の差し止めを求めたり、不当に得た利益の剥奪 (disgorgement) を求めたりすることができるとされており、そのほか、行政法審判官 (administrative law judge, 以下「ALJ」という。) が主宰する行政審判手続に事件を付して、ブローカーディーラーや投資顧問の登録抹消といった行政制裁を求めることもできるとされている。

なお、この行政審判手続においては、その場で最終的な判断が下されるわけではなく、

⁶⁶³) 5 U.S.C. § 552a (e) (3) (A).

⁶⁶⁴) 5 U.S.C. § 552a (e) (3) (B).

⁶⁶⁵) 5 U.S.C. § 552a (e) (3) (C).

⁶⁶⁶) 17 C.F.R. § 203.7 (b).

⁶⁶⁷) 17 C.F.R. § 203.6.

⁶⁶⁸) 18 U.S.C. § 6004.

⁶⁶⁹) Enforcement Manual 3.3.5.3.2.

⁶⁷⁰) See William R. McLucas, J. Lynn Taylor, Susan A. Mathews, *supra* note 654 at 71, Enforcement Manual 4.1.3.

⁶⁷¹) 17 C.F.R. § 202.5 (b).

審理を経て ALJ において第 1 次的決定 (initial decision) を下された後、それを踏まえて委員会が最終的な判断を下すということになっている。

また、連邦証券取引委員会の手続において留意しなければならないのは、司法省により刑事訴追がなされる場合でも、連邦証券取引委員会において保管する証拠資料については、当然に司法省に引き継ぐものではなく、その送付については、連邦証券取引委員会の裁量のうちにあるということである⁶⁷²。要するに、連邦証券取引委員会の独立性というものがしっかりと維持されているというわけである。

ただ、連邦証券取引委員会には、我が国の公正取引委員会のように、専属告発権限が与えられているわけではなく、実務上は、前述したように、連邦証券取引委員会においてインフォーマルな形で事件の内容を司法省に伝え、事実上、司法省に対する証拠資料の開示がなれているようなので、連邦証券取引委員会のイニシアティブがいかにどのものであるかは明らかではない部分がある。

いずれにせよ、そこに我が国のようなファイアーウォールの発想がないことだけは間違いなく、特に、以下に述べるような併行手続に関する議論というものは、我が国あるファイアーウォールの存在意義そのものを考えさせるものである。

第 2 款 連邦証券取引委員会における併行手続

連邦証券取引委員会の手続においても、前述した税務当局における手続と同じように、併行手続によって調査を進めていくということが認められており⁶⁷³、その際、刑事訴追当局による刑事捜査と連携して調査を進めることができるとされていて⁶⁷⁴、この点に関する判例もいくつか存在している。

ただ、アメリカ税務当局においては、CI という刑事調査専門の部署を設けられていることから明らかなように、刑事訴追に向けて司法省税金局 (Tax Division) の指揮の下で手足となって動くことが予定されているのに対し、連邦証券取引委員会と司法省との関係は、協力関係にあるとはいえ、連邦証券取引委員会の 2008 年 10 月 6 日付けの執行マニュアルをみるかぎり、別個独立した組織であるというニュアンスが強く⁶⁷⁵、少なくとも、司法省の手足となって動くことを念頭に手続が構成されてはいない。

つまり、刑事訴追機関においては刑事的訴追するべく捜査を進め、同時に、連邦証券取引委員会においても、独自に最適なエンフォースメントは何かを行政的観点から判断するべく調査を進め、ただ、情報については、それぞれの目的を達するため共有されるというわけである。

⁶⁷²) 15 U.S.C. § 77t (b), 15 U.S.C. § 78u (d) (1).

⁶⁷³) See William R. McLucas, J. Lynn Taylor, Susan A. Mathews, *supra* note 654 at 100-102.

⁶⁷⁴) Enforcement Manual 5.2.1.

⁶⁷⁵) Enforcement Manual 5.2.2.

この行政手続と刑事手続が同時進行することの有効性自体については、実は、わりと古い連邦最高裁判例において既に認められていたものであるが⁶⁷⁶、連邦証券取引委員会の手続との関係では、ドレッサー事件判決⁶⁷⁷が先例的な判例だとされている。

この判決の中で裁判所は、証券業法における効果的なエンフォースメントを実現するためには、連邦証券取引委員会と司法省とが同時併行的(simultaneously)に調査に当たることが必要だとしており、その考え方は、情報共有の発想がなく非効率的な行政運営を許す我が国にとってはインパクトのあるものである。

続くファーストファイナンシャルグループ事件判決⁶⁷⁸においても、裁判所は、同一人に対し、異なる連邦当局が、それぞれ民事訴訟と刑事訴訟を同時併行的に提起したとしても、これを禁ずる憲法、法律、コモンローは存在しておらず、これを否定する理由はないとの判断を示しており、比較的最近のストリンガー事件判決⁶⁷⁹においても、刑事捜査と行政調査が同時併行的に行われることを不適当とする理由はないとの判断が改めて確認されており、アメリカの判例は、これまで併行手続の有効性というものを一貫して認めてきているのである。

そして、以上のような連邦証券取引委員会の調査によって収集された証拠資料というものは、委員会の裁量により、刑事手続においても利用できるよう刑事訴追当局に送ることもできるとされており⁶⁸⁰、仮に、連邦証券取引委員会と刑事訴追当局による刑事捜査が同時併行的になされている場合には、連邦証券取引委員会の調査においては、調査を受ける者に対し、定型文により、司法省と情報を共有する旨通知することになっている⁶⁸¹。

なお、大陪審手続を通じて得られた証拠は、前述した他の手続と同じように、連邦刑事訴訟規則 6 (e) 条の開示制限にも服することになっており⁶⁸²、このことには一応留意する必要があるが、ともあれ、刑事的エンフォースメントをまったく所掌しない連邦証券取引委員会と司法省との間であっても、基本的に情報の共有が許され、行政効率化が図られていることは、我が国の独占禁止法上の手続の現状を考えさせるものがあるように思われる。

第3節 小括

以上、みてきたように、アメリカにおいては、行政調査手続についても広く憲法上の手続保障が及ぼされており、手続の一般的性質を重視して、極めて制限的にしか手続保障を認めない我が国とは状況を大きく異にしているといえることができる。

⁶⁷⁶) Standard Sanitary MFG. Co. v. U.S., 226 U.S. 20 (1912), United States v. Kordel, 397 U.S. 1 (1970).

⁶⁷⁷) SEC v. Dresser Industries, Inc., 628 F.2d 1368, 1377 (D.C.Cir. 1980).

⁶⁷⁸) SEC v. First Financial Group of Texas, Inc., 659 F.2d. 660, 666-67 (5th Cir. 1981).

⁶⁷⁹) United States v. Stringer, 521 F.3d 1189, 1191 (9th Cir. 2008).

⁶⁸⁰) 15 U.S.C. § 77t (b), 15 U.S.C. § 78u (d) (1), 17 C.F.R. § 240.24c-1.

⁶⁸¹) Enforcement Manual 5.2.1.

⁶⁸²) See William R. McLucas, J. Lynn Taylor, Susan A. Mathews, supra note 654 at 102-105.

アメリカにおいては、当局によるプライバシーに対する不当な侵害を阻止すべく合衆国憲法修正第 4 条の保障が広く行政手続にも及ぶと解されているし、黙秘権・自己負罪拒否特権を保障する合衆国憲法修正第 5 条についても、刑事訴追機関における手続だけでなく、これまでみてきた行政調査手続において例外なく認められているのである。

他方、我が国の独占禁止法上の手続においては、かつて、手続保障が十分でない証拠資料が刑事手続に引き継がれることが問題とされたことから、手続保障が十分でないとされる手続を残したまま、手続保障が形式的に整えられた手続を間に入れることで、手続保障上の疑義を払拭しようとしたのであるが、それは、手続保障が及ばないとされてきた領域に広く保障を及ぼしていこうとするものではなかったため、手続保障が及ぶ領域とそうでない領域との間に壁を設けるべきだという議論を生む結果となった。

そこには、行政効率を損なっても手続保障を及ぼすべきだとする考えと、行政効率の観点から手続保障の及ばない証拠資料の利用をも許すべきだという矛盾した考えが内含されており、結局、どうしたいのかがはっきりしないため、結果として、手続保障が不十分なまま行政効率も損なわれてしまっているという事態を生み出しているように思われるのである。

これまでみてきたように、アメリカにおいては、憲法上の権利保障の本質に立ち返って権利保障の範囲が判断されてきたのに対し、我が国では、手続の一般的性質によって手続保障の範囲を決し、その後退が余儀なくされてきたわけであるが、今一度我が国においても、アメリカの事例を 1 つの参考例にして、これまでの手続保障に対する基本姿勢というものを考え直す必要があるように思われる。

すなわち、生命・身体に具体的な危難が及ぶような例外的な場合はともかくとして、当局による一般探索的・渉獵的な調査によってプライバシーが脅かされるおそれがある場合には、広く令状主義の保障というものが及ぼされるべきであり、少なくとも、刑事手続へ移行する可能性がある場合には、このことが徹底されるべきであると筆者は考えているのである。

また、前述のように、アメリカの手続においては、競争当局における調査手続だけでなく、税務当局や連邦証券取引委員会の手続においても、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が徹底されており、この点も是非とも見習うべきである。

すなわち、これを我が国の独占禁止法上の手続に当てはめてみるならば、同法 89 条ないし 91 条の罪を追求される可能性がある案件の調査については、基本的に犯則調査手続によることとし、令状主義及び黙秘権・自己負罪拒否特権の保障を徹底していくことが望ましいように思われるのである。

そして、このように広く手続保障を及ぼすならば、そこで収集された証拠資料には手続保障上の障害がなくなり、限られたリソースの有効利用という観点から、情報の共有化を進めることができ行政の効率化に資するようになると思われる。この意味で、アメリカのクリアランス手続や併行手続における部局、機関を超えた情報共有というものは、非常に参考

になるものだと思われる。

もちろん、当たり前のことであるが、アメリカの在り方がどれも我が国の手本となるわけではない。

たとえば、アメリカ競争手続の歴史的考察からは、政府による急速な厳罰化に必ずしも国民のコンセンサスが得られていなかったこと、共産主義・社会主義に対するある意味宗教的ともいえる拒否反応が競争制限行為に対する倫理的・道義的評価に影響を及ぼしたこと、それに、インフレ打開策の 1 つとして反トラスト法違反に対する制裁強化が図られたことなどが明らかとなったが、これとはまるで異なる政治的・歴史的背景を持つ我が国にとって、アメリカが勧める競争法違反の刑事罰の強化というものは、すんなり国民感情に受け入れられるものではないように思われる。

では、次に EU 加盟国共通のルールとして欧州委員会における調査手続を概観し、また、令状主義や黙秘権・自己負罪拒否特権に関する先例的判例などを確認の上、他の欧州諸国の諸制度を確認する足掛かりとし、我が国の独占禁止法上の手続に対する示唆も探っていくこととする。

第3章 欧州委員会における調査手続

第1節 欧州委員会における調査手続の概要

通称マーストリヒト条約 (Maastricht Treaty) と呼ばれる欧州連合条約 (Treaty on European Union) によって設立された欧州連合 (European Union) には、その行政執行機関として欧州委員会 (European Commission) が設置されており、そこに委員長を含め 27 名の委員が置かれ、その 1 人が競争政策を担当することとされている。そして、この競争政策を担当する委員の下には、競争総局 (Directorate General for Competition) と呼ばれる組織が設置され、そこが実務を担当している。

この競争総局においては、総局長の下に 3 名の副総局長が置かれており、その下には、大まかに産業分野ごとに区分された 5 つの部局とカルテルを専管する部局が設置され、共同体市場と両立しえない事業者間の協定や協調的行為を禁ずる欧州共同体設立条約⁶⁸³ (Treaty establishing the European Economic Community) 81 条、それに、市場支配的地位の濫用を禁ずる同条約 82 条に違反する行為の取り締りに当たっている。

この欧州委員会の競争総局における欧州共同体設立条約 81 条及び同条約 82 条違反の適用に関する具体的な調査手続等については、理事会規則 2003 年 1 号 (Council Regulation No1/2003, 以下「2003 年 1 号規則」という。) に規定されており、その細則は、委員会規則 2004 年 773 号 (Commission Regulation No. 773/2004, 以下「2004 年 773 号規則」という。) にも規定されている。

この 2003 年 1 号規則は、1962 年の理事会規則 17 号 (Council Regulation No. 17 of 6 February 1962, 以下、「17 号規則」という。)⁶⁸⁴ を前身とするものであるが、17 号規則が欧州委員会への集権化を進めるものであったのに対し、2003 年 1 号規則は、加盟国各国の裁判所、あるいは、加盟国競争当局への分権化を進めるものであるとの説明がなされている⁶⁸⁵。

⁶⁸³) この欧州共同体設立条約は、ローマ条約を改正する条約が批准されると、欧州共同体機能条約 (Treaty on the Functioning of the European Union) に改称されるということである。See Richard Whish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009, pp. 50-51.

⁶⁸⁴) 1962 年の 17 号規則は、その 11 条において報告依頼 (requests for information)、その 14 条において欧州委員会の調査権限について規定しているが、この報告依頼は、2 段階に分けられており、17 号規則 11 条 4 項のシンプルリクエストには従う義務はないと解されていた。ただ、一旦答えることとした場合には、以後、完全且つ正確な回答をしなければならぬとされており、仮に、事業者がこのシンプルリクエストに従わない場合には、欧州委員会は formal decision を下すことができ、それによってはじめて強制力が伴うものとされていた。See Gerald Dannecker, Oswald Jansen, *The EU-Law Influence on the National Law System of Sanctioning in the European Area*, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International, 2004, pp. 10-14.

⁶⁸⁵) 17 号規則が採択された当時は、加盟国がわずか 6 カ国であったため、欧州委員会による集中コントロールが可能であったが、現在では欧州連合の拡大に伴いそれが困難となったため、加盟国への分権化を進めることになったとのことで、2003 年 1 号規則の前文 (3)、(4) にも同様の記載がなされている。また、同規則前文 (35) も、競争法の適切なエンフォースメントを実現するためには、加盟国当局にも欧州共同体設立条約 81 条ないし 82 条を適用する権限を与えるべきだとし、これを受けて、2003 年 1 号規則 6 条、同 3 条 1 項は、加盟国競争当局あるいは加盟国裁判所が欧州共同体設立条約 81 条・82 条に該当する行為に条約を適用する権限があるとし、同 3 条 2 項は、条約より厳しい国内法を適用することもできるとされている。2003 年 1 号規則 11 条は、加盟局競争当局と欧州委員会の関係について規定しており、同 2 項は、加盟国競争当局に対して欧州委員会は証拠資料の写しを提供することができるとする。ただ、2003 年 1 号規則 11 条 3 項は、加盟国競争当局が条約 81 条あるいは 82 条に基づいて活動する場合、書面で委員会に

いうまでもなく、欧州委員会における手続には、刑事的エンフォースメントという選択肢が存在しないから、本論文が関心対象とする行政手続と刑事手続の接点という点についてそれ自体から多くの示唆を得ることは難しい。

しかし、欧州委員会の行政調査手続における手続保障の在り方は、我が国の独占禁止法上の手続を検討するに当たっても非常に参考になるものであると思われ、ハーモナイゼーションが求められる EU 加盟国各国の法制度、具体的には、後で検討を加えるイギリス及びドイツの競争当局の調査手続を検討する上での基礎をなすものであり、手続保障に関する欧州共同体司法裁判所などの判例は、EU 加盟国全体に関わるものである。

そこで、まず、欧州委員会における調査手続及び手続保障に関する基本判例というものを確認するところから始めることとする。

さて、2003 年 1 号規則 17 条 1 項により、欧州委員会は、競争法に触れる端緒に接した場合⁶⁸⁶には、初動調査(inquiry)を開始することができるとされ、関係する事業者らに対して情報の提供を求め、必要とされるいかなる調査をも実施することができるとされている。この初動調査においては、同規則 18 条 1 項に基づき、シンプルリクエスト(simple request)あるいは決定(decision)により⁶⁸⁷、関係する事業者に対して必要な情報のすべてについて提供を求めることができるとされている⁶⁸⁸。

このうち、シンプルリクエストにより情報の提供を求める場合には、2003 年 1 号規則 18 条 2 項により、欧州委員会は、その法的根拠、報告依頼の目的、求める情報の特定、情報提供の提出期限、及びそれに従わなかった場合の罰則について告げなければならないとされており、一方、決定によって情報提供を求める場合にも、同 3 項により欧州委員会は、その法的根拠など同様の告知をしなければならないとされていて、併せて、決定を不服として欧州共同体司法裁判所の審理を求める権利があることも教示されなければならないことになっている。

なお、シンプルリクエストによる場合と決定による場合の違いは、2003 年 1 号規則 23 条の罰則にあらわれており、シンプルリクエストの場合には、同条 1 項 a 号により相手方において不正確あるいは誤導するような回答がなされた場合にのみ罰則の適用があることになっているが、決定による場合には、それに加えて、期限内に回答をしなかった場合などにも罰則が適用されることになっている。

つまり、シンプルリクエストについては、回答自体は強制されておらず、その罰則は、決定による場合も同様で、故意過失(intentionally or negligently)が認められる場合に、

通知する必要があるとされており、留意が必要である See Alison Jones, Brenda Sufrin, EC Competition Law-Text Cases and Materials, Second Edition, Oxford University Press, 2004, p.1045.

⁶⁸⁶ この点、2004 年 773 号規則の前文(5)は、申告というものが競争法違反の調査を進める上で欠かせない情報源であり、申告手続の整備が重要だとしている。

⁶⁸⁷ 2003 年 1 号規則 18 条 5 項によると、このシンプルリクエスト及び決定については、その写しが当該地域を管轄する加盟国競争当局に送付されることになっており、同 6 項によると、加盟国競争当局は、欧州委員会からの依頼に対し、あらゆる情報を提供しなければならないとされている。

⁶⁸⁸ 2003 年 1 号規則 18 条 4 項によると、報告依頼は当該事業者の所有者等に対して発せられ、その者は、その回答が不完全であったり不正確であったりする場合に全面的に責任を負うことになる。

年間総売り上げの1パーセント以下となっている。

ところで、欧州委員会には、2003年1号規則20条1項により、さらに、関係事業者に対して必要なあらゆる検査(inspection)を行うこともできるとされており⁶⁸⁹、欧州委員会の係官には、同条2項(a)号により関係する事業所に立ち入り、同(b)号により、そこにある帳簿や記録などを精査し、同(c)号によりその写しを取得できる権限があるとされており、しかも、同(d)号により当該記録等を封印(seal)し、同(e)号により当該事業者の代表者や従業者に対し関連する事実や文書に関する説明を求めたりすることもできるとされているのである⁶⁹⁰。

そして、これら検査の過程で事情聴取が実施された場合には、2004年773号規則4条1項により、欧州委員会の係官は、その内容を録取することができるとされており、ただ、その場合、同条2項により、その写しを関係人が利用できるようにしなければならないとされている⁶⁹¹。

また、このような立入検査を実施するに当たって欧州委員会の係官は、20条3項に基づき、調査の対象、目的、罰則等を明らかにした裁判所の発する令状にも似た書面(written authorization)を提示することとされており、当局による一般探索的・渉獵的検査が行われないようにする手続的配慮がそこに窺われる⁶⁹²。

これは、本論文が関心対象とする令状主義の本旨とも深く関わるものであると考えられるが、このようなところに、2003年1号規則の前文(37)に規定される欧州連合基本権憲章(Charter of Fundamental Rights of the European Union)の尊重というものが表れていると思われる⁶⁹³。

前にも少し触れたが、欧州委員会は、2003年1号規則21条1項により、欧州共同体設立条約81条ないし82条に違反する事実の存在を示す帳簿書類等が、嫌疑事業者の責任者やその従業者の居宅など事業所以外の場所に存在するという合理的な疑い(reasonable suspicion)を持った場合、決定により、それらの建物に対する立入検査を命ずることがで

⁶⁸⁹) See Kris Dekeyser and Céline Gauer, The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and The Rights of defence, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp.554-556.

⁶⁹⁰) 立入検査を受ける事業者は、決定に基づく検査に対して証拠資料の提出が求められることになるが、2003年1号規則20条4項により、この決定においては、検査の対象、目的、開始日時が特定され、罰則及び欧州共同体司法裁判所に申し立てる権利があることもそこに示されることになっている。

⁶⁹¹) このとき事情聴取を受けた者が事業者に代わって説明する身分に無い者であった場合、2004年773号規則3条3項は、委員会が、当該事業者に対し、その加除訂正を申し立てる期限を設定することができるとする。

⁶⁹²) See Marcos Araujo, The Respect of Fundamental Rights within the European Network of Competition Authorities, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp.513-514.

⁶⁹³) 欧州連合基本権憲章は、7条においてプライバシーの保護を保障する旨規定しており、同41条は適正な行政サービスを受ける諸権利、同48条は防御権、同49条は刑事被告人の諸権利を保障している。2003年1号規則前文(32)は、関係事業者には委員会により聴聞を受ける権利が与えられるべきとし、利害関係にある第三者には意見書を提出する機会が与えられ、決定は公表されるべきとする。また、関係する事業者の防御権に資するため証拠資料にアクセスする権利が保障され、事業者の秘密が保護されることも重要だとしているが、これらはすべて欧州連合基本権憲章の内容を反映したものである。

きるとされている⁶⁹⁴。

これは、2003年1号規則前文(25)及び同(26)にもあるように、近年、証拠隠滅行為が巧妙化して検査の実効性を確保することが難しくなっており、また、従来の実務経験からして、検査対象たる事業者の責任者やその従業員の居宅に証拠資料が隠匿されていたこともあったことから、その教訓を生かして、従前の17号規則には存在しなかった規定を2003年1号規則において創設したようである⁶⁹⁵。

このような個人の居宅への立入検査を実施するに当たっては、2003年1号規則21条3項により、関係する加盟国裁判所の事前の承認が必要だとされており、そこで、委員会の決定が権限に基づくものかどうか、想定される強制処分や被疑事実の重大性に照らし、それが専断的に行き過ぎたものでないか、かかる証拠資料がその居宅に存在する蓋然性はあるかといったこと審理され、必要に応じ委員会に対して詳細な説明を求めることもできるとされている⁶⁹⁶。

ただ、当該検査の必要性といった立ち入ったことについて、加盟国裁判所が介入して判断を下すことは許されないとされており、このような欧州委員会の決定の適法性に関する判断というものは、唯一、欧州共同体司法裁判所だけに許されたものだとされている⁶⁹⁷ことには留意しなければならない。

また、欧州委員会は、かかる事業者が立入検査に非協力的な場合には、2003年1号規則20条6項により、警察及びそれに相当する執行機関に援助を求めることもできるとされており、その場合には、2003年1号規則20条7項により、加盟国裁判所の承認が必要だとされ、個人居宅に対する立入検査の場合と同じように、加盟国裁判所において、同条8項に基づく審理がなされることになっているが、もちろん、ここでも加盟国裁判所が検査の必要性について判断をすることは許されないとされている。

欧州委員会においては、2003年1号規則19条1項により、調査のため任意の事情聴取を実施することができるとされており⁶⁹⁸、2004年773号規則3条1項に基づき欧州委員会の係官は、かかる事情聴取を開始する際、その法的根拠及び事情聴取の目的、それに、この事情聴取が任意のものであること及びその内容を録取することを相手方に告げなければな

⁶⁹⁴) See Kris Dekeyser and Céline Gauer, *supra* note 688 at 557-558.

⁶⁹⁵) 2003年1号規則21条2項により、この個人宅への立入検査を許可する決定には、調査の対象、目的、開始日時が特定され、しかも、欧州共同体司法裁判所に訴える権利があることを示さなければならないとされている。また、欧州委員会は、このような決定をするに当たっては、管轄する加盟国競争当局にあらかじめ相談しなければならないとされている。

⁶⁹⁶) See Luis Ortiz Blanco, *European Community Competition Procedure*, Second Edition, Oxford University Press, 2006, pp. 332-333.

⁶⁹⁷) 2003年1号規則16条1項によって、加盟国裁判所は、欧州共同体設立条約81条ないし82条に違反する事実があるかどうか判断を下すことができるが、それは欧州委員会の決定と矛盾するものであってはならないとされている。2003年1号規則の前文(33)にあるように、すべての欧州委員会の決定というものは、欧州共同体司法裁判所の審査に服することになっている。

⁶⁹⁸) この点、かかる事業所において事情聴取がなされる場合には、2003年1号規則19条2項により、その場所を管轄する競争当局にその旨伝えなければならないとされており、その際、加盟国競争当局から請求がある場合には、かかる当局の係官に事情聴取を補助してもらうこともできるとされている。

らないとされている⁶⁹⁹。

つまり、欧州委員会によって実施される事情聴取というものは、それが刑事手続に結びつくものではないにもかかわらず、刑事手続上の黙秘権・自己負罪拒否特権の告知と変わらないような手続を設け、手厚い手続保障を及ぼそうとしているというわけである。

その他にも、2003年1号規則12条1項に規定されているように、欧州委員会と加盟国競争当局との間では、機密情報(confidential information)を含め証拠資料の共有ができる点とされている点は留意が必要である。

ただ、2003年1号規則12条2項は、欧州委員会及び加盟国競争当局間で交換される証拠資料を欧州共同体設立条約81条及び同82条の適用以外に利用することはできないとしており、また、同規則3項は、その情報を、自由刑(custodial sanction)を科す証拠として利用することはできないとしている。

要するに、欧州共同体設立条約のために認められた手続を目的外に利用すること、加盟国当局が欧州委員会の手続を手段としてそれを刑事手続に利用することは許されないとされているわけであるが、その他、かかる情報というものが自然人に対する制裁にのみ認められていること、情報を受ける加盟国におけるのと同等の自然人に対する手続保障の下で収集されたものでなければその移転は許されないとされているということも見逃すことはできない。おそらく、このように自然人に対する制裁に関してだけ証拠資料の移転が認められたのは、加盟国諸国の間で法人処罰の考え方に食い違いが存在していることと無関係ではないのであろう。

以上みてきたような欧州委員会における手続に対しては、学説から様々な指摘がなされており、たとえば、欧州委員会が実施する立入検査と欧州人権条約(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)との関係、すなわち、私生活の平穩を害されない権利を定めた欧州人権条約8条や市民的及び政治的権利に関する国際規約17条(International Covenant on Civil and Political Rights)との関係が大きな論点の1つとなっている。

また、2003年1号規則18条にある報告依頼(requests for information)や同規則19条の供述録取権(Power to take statements)についても、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で盛んに議論がなされているところである⁷⁰⁰、さらに、欧州人権条約6条・市民的及び政治的権利に関する国際規約14条にある弁護人からアドバイスを受ける権利と立入検査の関係⁷⁰¹や、欧州委員会と各国競争当局とが併行的にエンフォースメントに当たることと一事不再理(ne bis in idem)との関係⁷⁰²なども重要な論点となっている。

⁶⁹⁹) 2004年773号規則3条2項により、事情聴取は電話などによって行うこともできるとされており、同3項により、供述人は供述調書の写しを求めることもできるとされている。

⁷⁰⁰) See Wouter PJ Wils, Principle of European Antitrust Enforcement, Hart Publishing, 2005, pp. 135-140.

⁷⁰¹) See Kris Dekeyser and Celine Gauner, The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and The Rights of Defence, 2004 Fordham Corp. L. Inst., B.Hawk, Ed. 2005, pp. 549-585.

⁷⁰²) See Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, Kluwer Law International, 2005, pp. 1125-1126.

以下においては、章を改め、欧州委員会における調査手続と令状主義及び黙秘権・自己負罪拒否特権の関係について順次検討を加え、我が国における独占禁止法上の手続について検討を進めることとする。

第2節 欧州委員会の調査手続における基本権

第1款 令状主義に関する諸問題

欧州委員会の調査手続においては、裁判所に対して捜索差押えの許可状を請求し、その発布を得てこれを執行するという手続が採られていないため、形式的な意味における令状主義というものに当てはまらない部分があるが、前述したように、令状主義の本旨の一つが、当局による一般探索的・捜査的調査からプライバシーを保護するところにあるのだとするならば、この意味で、欧州委員会における手続というものは、後述するように、我が国の独占禁止法上の手続とは比べものにならないほど手厚い手続保障を認めており、それは、我が国の現状が、比較法的にみて、いかに手続保障に欠けるものであるかを再認識させるものである。

前項において確認したように、2003年1号規則21条1項によって欧州委員会は、事業所以外の個人宅に対する立入検査をも実施することができるようになったが、このような立入検査を実施するには、加盟国裁判所の事前承認が必要だとされており、そこに競争当局の判断に対する司法的抑制が働くような手続的配慮をみることができる⁷⁰³。

このような欧州委員会の手続というものは、実質的に令状主義の要請に十分適うものであるように思われるが、この点、我が国の独占禁止法上の手続を振り返ってみると、いわゆる純粋な行政調査手続においては、調査に従事する審査官自身の判断において立入検査が実施され、制度上、そこに司法的抑制が働く余地はほとんどなく、プライバシーの保護という面についても、そもそもそのような発想が存在するかどうかとも疑わしいところであるが、少なくとも、そのための手続的配慮というものは特に存在しない。

ところで、欧州連合に加盟する国々にあっては、私生活の平穏というものが極めて重要な権利として位置付けられており、欧州人権条約8条1項には、何人もその私生活・家庭生活、住居及び通信の尊重を受ける権利(the right to respect for private and family life, his home and his correspondence)があるされている。

また、欧州人権条約8条2項においては、国家安全保障(the interests of national security)の要請というような特殊な利益を守るといった例外的な場合でない限り、私生活の平穏は害されないとされており、市民的及び政治的権利に関する国際規約17条においても、専断的あるいは法律に基づかない私生活への介入(arbitrary or unlawful interference with privacy)は許されないとされ、2003年1号規則の諸規定というものは、これらを十分

⁷⁰³) See Luis Ortiz Blanco, *supra* note 696 at 331-333.

意識した規定ぶりとなっているように思われる⁷⁰⁴。

すなわち、2003年1号規則21条1項には、個人宅への立入検査を実施するに際し、簡易な手続でなく決定によらなければならないとされ、同2項により、調査の対象、目的、調査開始日、欧州共同体司法裁判所へ訴える権利がある旨を明示しなければならないとされているだけでなく、合理的疑いが存在すると欧州委員会が考えるに至った理由についても、そこに付記しなければならないとされているのである。

しかも、2003年1号規則21条3項には、管轄する加盟国裁判所の事前承認が必要とされているのであるから、それが、我が国とは比べものにならないほど厳格な手続となっていることはいうまでもない。

一方、事業所への一般的な立入検査については、2003年1号規則20条にあるように、個人宅に対する立入検査とは違って、裁判所による事前承認が特に求められておらず、要するに、個人宅への立ち入り検査と事業所に対するそれとは明確な区別がなされているのである。

しかし、この点についても、我が国の独占禁止法上の手続では、規定上、個人宅だからといって特に配慮されて事業所と異なる取り扱いがなされているわけではなく、行政調査部門の実務においては、個人宅に対する検査が実施されることは稀だとはいえ、立法論としては、我が国においても、プライバシーに対する十分な配慮を盛り込んだ制度が整備される必要があるように思われる。

このような、競争当局による調査手続とプライバシーの保護の関係については、欧州共同体司法裁判所の *Hoechst* 事件判決⁷⁰⁵において先例的な判断が示されており、後に、それは、*Roquette Frères* 事件判決⁷⁰⁶において確認され、加えて、欧州人権裁判所 (European Court of Human Rights) の *Colas Est* 事件判決⁷⁰⁷においても、この点に関する重要な判断が示されている。

このうち、*Hoechst* 事件においては、欧州委員会が、ポリエチレン業界でカルテル協定が結ばれたとの疑いで調査を開始しようとしたが、*Hoechst* 社が協力を拒否したため、欧州委員会において、この調査に応じなければ1日当たりいくらかという経済的制裁 (periodic penalty) を課す決定がなされたわけであるが、その後、同委員会においては、ドイツ競争当局たる連邦カルテル庁 (Bundeskartellamt) に対して援助要請がなされ、これを受けて同庁がフランクフルト地方裁判所に対して搜索差押え許可状の請求を行った。

しかし、フランクフルト地方裁判所は、欧州委員会が主張するような証拠が存在する蓋然性はないとしてこの請求を却下し、一方、*Hoechst* 社からは、欧州共同体司法裁判所に対して、かかる調査及び経済的制裁の執行延期を求める申し立てがなされたが、この請求も、

⁷⁰⁴) See Van Bael & Bellis, *supra* note 702 at 1072.

⁷⁰⁵) *Hoechst AG v Commission of the European Communities*, [1989] ECR 2859.

⁷⁰⁶) *Roquette Frères SA v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des frauds*, [2002] ECR I-9011.

⁷⁰⁷) *Societe Colas Est and Others v. France*, Judgement on 16 April 2002, Case 37971/97.

同裁判所において却下されていた。

その後、連邦カルテル庁により裁判所に対する再度の搜索差押え許可状の請求がなされ、結局、欧州委員会に許可状が交付され、これにより立入検査が実施された。これに対し、Hoecht 社は、欧州委員会によるこれら一連の行為が調査権限の濫用だとして訴えを提起したのである。

そして、このような少し込み入った背景事情の下、欧州共同体司法裁判所は、以下のような判断を示した。

すなわち、防御権の尊重というものは、基本的原理 (fundamental principle) であって、制裁を科すことにつながる行政手続だけでなく、初動調査 (preliminary inquiry) においてもその保障が及ぼされなければならないとされた。

また、住居の不可侵性 (inviolability of the home) については、自然人の個人宅 (private dwellings of natural persons) は格別、事業所 (business premises) については、必ずしも加盟国共通の原理とはなっていないけれども、専断的あるいは不相応な介入 (arbitrary or disproportionate intervention) から保護される権利は共通して有しているとされたのである。

さらに、欧州委員会に検査の対象及び目的を特定しなければならない義務を課すことは、当該事業所における検査の正当性を担保するだけでなく、検査を受ける事業者において、その協力義務の範囲がどれ程のものであるかを判断できるようにし、当該事業者の防御権に資するものだとの判断も示された。

このような欧州共同体司法裁判所のプライバシー保護に対する考え方というものは、Roquette Frères 事件判決⁷⁰⁸においても再確認され、その中で同裁判所は、自然人であれ法人であれ、当局によるプライベートな領域 (in the sphere of the private activities of any person, whether natural or legal) に対する専断的あるいは不相応な介入から保護されるべきであり、このような要請は、共同体法の一般的原理の一つを構成するものだとの判断が示されたのである。

さらに、欧州人権裁判所の Colas Est 事件においては、欧州人権条約 8 条にある「home」という文言は、会社事業所を含めた形で捉えられるべき概念であり、フランス競争当局において、カルテルの疑いで実施された道路建設会社の Colas Est 社に対する本件の立入検査は、裁判所の許可状を得て行われたものではなく、また、警察官が臨場して行われたものでなかったため、法律の趣旨に照らし不相当であったとの判断が示されたのである⁷⁰⁹。

⁷⁰⁸) この案件においては、欧州委員会がグルコン酸ナトリウム等の取引分野においてカルテル行為が行われたという疑いを持って Roquette Frères 社に対して検査を実施しようとしたところ、同社がこれを拒んだため、欧州委員会からフランス競争当局に対して協力要請がなされ、それを受けたフランス競争当局において裁判所に対し許可状請求がなされ、これに基づき立入検査が実施されたが、後に、この許可状の違法性について破棄院 (Cour de cassation) で争われた。破棄院は、国内法では判断がつかない法律上の疑義、すなわち、加盟国裁判所において欧州委員会がどのような証拠資料が国内法に照らし存在する蓋然性がないと判断される場合に、請求を却下できるのかという疑問が生じたことから、手続を一旦中断し、欧州共同体司法裁判所に対して先行判決を求めたというもので、その中心的議論は、加盟国裁判所の裁量権限に関するものであった。

⁷⁰⁹) See European Court of Human Rights Information Note No.41 on the case-law of the Court, April 2002.

以上のように、欧州共同体司法裁判所及び欧州人権裁判所の判例においては、プライバシーの保護について、少なくとも、個人宅についてはかなり厳格に保護されるべきものであって、また、事業所内にあっても、専断的あるいは不相応な介入から保護されるべきものであるとの姿勢が明らかにされてきたわけであるが、我が国の独占禁止法上の手続においても、今一度、当局の一般探索的・渉獵的な検査からプライバシーを保護するためにはどうしたらいいのか、当局の専断に対する抑制をどのように働かせればいいのかということが問われるべきであるように思われる。

では、次に、欧州委員会における調査手続のうち、黙秘権・自己負罪拒否特権に関する点について、検討を加えていくこととする。

第2款 黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題

前述したように、欧州委員会による調査手続において収集された証拠資料は、加盟国当局において、刑事手続のために利用することはできないとされているから、刑事手続にまったく結びつかない行政手続には黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ばないとする我が国の実務における考え方からすれば、そこに黙秘権・自己負罪拒否特権の保障を及ぼす必要はないということになる。

しかし、欧州委員会の調査手続においては、この点においても手厚い手続保障がなされており⁷¹⁰、それは、我が国の独占禁止法上の手続保障の現状に一石を投じるものであるように思われる⁷¹¹。

前述したように、2003年1号規則19条の規定により欧州委員会は、その求めに任意に応じた者に対する事情聴取を実施することができるとされているが、2004年773号規則3条1項には、そのような事情聴取に当たって、その法的根拠及び事情聴取の目的を告知しなければならないとされており、また、事情聴取を受ける者に対しては、供述聴取が任意のものであることと併せて、当該事情聴取の内容を録取することを告げなければならないとされている。

要するに、そこでは、自己の意思に反して供述する義務がないことを供述人に告知しなければならないとされているわけで、しかも、供述人は、事情聴取の内容を録取した調書の写しを交付するよう求めることもできるとされていて、それは、我が国の独占禁止法上の事情聴取手続とはまったく異なるものとなっている。

また、2003年1号規則20条2項(e)号には、立入検査の際、当該事業者の代表者あるいはその従業員に対し、調査に関連する事実あるいは文書の説明を求めることができるとさ

⁷¹⁰) See Luis Ortiz Blanco, *supra* note 696 at 279-288, also see Van Bael & Bellis, *supra* note 702 at 1072-1075, and Kris Dekeyser and Céline Gauer, *supra* note 701 at 560-562.

⁷¹¹) See James S. Venit and Tero Louko, *The Commission's New Power to Question and its Implications on Human rights*, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp. 689-697.

れており、その内容を録取することもできるとされているが、ここでも、事業者側においてかかる調書の写しを交付するよう求めることができるとされており、もちろん、その録取内容に対して加除訂正を求めることもできるとされているのである。

なお、市民的、政治的権利に関する国際規約 14 条 3 項 g 号には、刑事被告人に黙秘権 (not to be compelled to testify against himself or to confess guilt) のあることが明定されており、また、欧州人権条約 6 条には、刑事被告人に公正な裁判を受ける権利があることが明定されているところ、欧州人権条約 6 条に黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が含まれているかどうかは文言上明らかでないことから、それが含まれているかどうかは欧州委員会の手続において 1 つの大きな論点となっている。

欧州委員会における調査手続と黙秘権・自己負罪拒否特権との関係で判断を示した欧州共同体司法裁判所の判決としては、Orkem 事件判決⁷¹²がよく知られており、これが先例的判例となっている。

この Orkem 事件においては、サーモプラスチック業界でカルテル行為が行われたとの疑いがあったことから、欧州委員会が、17 号規則 14 条等の規定に基づき、Orkem 社らに対して報告依頼 (request for information) を発したものであるが、その報告依頼には、会合の事実や価格提案の存在を予想しあるいは受け入れることとなったあらゆる処置・協調的措置 (every step or concerted measure which may have been envisaged or adopted to support such price initiatives) を明らかにすること、会合参加者の販売先あるいは割り当て決定を可能にするシステムあるいは方法の詳細 (details of any system or method which made it possible to attribute sales targets or quotas to the participants)、販売量あるいは割り当てについて、これを遵守しているかどうかを 1 年ごと監視することを容易にする方法 (any method facilitating annual monitoring of compliance with any system of targets in terms of volume or quotas) といった点を含めて回答を求めるものであったが、Orkem 社は、それが、欧州人権条約 6 条及び市民的・政治的権利に関する国際規約 14 条に抵触し、同社の防御権を侵害するものであるとして争ったものである。

この Orkem 事件判決において、欧州共同体司法裁判所は、制裁につながる行政手続においてだけでなく、報告依頼のような初動調査においても、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶとし、一般論として、欧州委員会の調査にも黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶことを認めた。

ただ、この黙秘権・自己負罪拒否特権は、一般に、刑事手続における刑事被告人個人について認められるものであり、法人について黙秘権・自己負罪拒否特権が認められるかどうかは、加盟国間において判断が分かれるところであるとの認識を示し、同時に、欧州人権条約 6 条に黙秘権・自己負罪拒否特権が含まれることを明らかにした判例は、現時点において存在せず、市民的・政治的権利に関する国際規約についても、刑事被告人のみをその対象とするものであるから、それは競争法違反に必ずしも当てはまるものではないとの

⁷¹²) Orkem v. Commission of the European Communities, [1989], ECR3283.

判断も示した。

しかしながら、防御権というものは、加盟国間における基本的原理として認められているものであり、それを侵害してまで証拠資料の提出を命ずることが許されるわけではないから、欧州委員会は、自らが挙証責任を負っている違反事実の存在の一部を認容する回答を事業者に強制することは許されない(The commission may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the commission to prove) という先例的な判断が下されたのである。

ただ、この Orkem 事件判決というものは、後の、欧州人権裁判所による Funke 事件判決⁷¹³と両立しないとの指摘もなされており⁷¹⁴、留意が必要である。

この Funke 事件においては、フランスの税関当局の係官が警察とともに Funke 氏の居宅に赴き、その際、同氏に対し質問がなされ、同氏は、いくつかの外国銀行の口座を保有している事実について認めたものの、それら口座の明細を自宅には所持していないとの回答をしていた。

ところが、税関当局の係官が Funke 氏の居宅を捜索したところ、違反事実の存在を直接推認させる証拠資料の発見には至らなかったものの、複数の外国銀行の明細が発見されたことから、係官は、同氏に対し直近 3 年間の外国銀行の明細の提出を求めた。しかし、Funke 氏はこれを拒絶した。

そこで税関当局は、裁判所に対し、Funke 氏が所持する証拠資料の提出と 1 日当たりいくらかという経済的制裁を科すよう申し立てを行い、裁判所は、これを認容してその旨判決が下されたわけであるが、Funke 氏は、このように証拠資料の提出を強制することは、黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害するものであり、欧州人権条約 6 条に違反するとして、欧州人権裁判所に対して訴えを提起したものである。

この Funke 事件においては、フランスの税関当局の係官による立入検査で違反事実の存在を確信させる証拠資料の発見には至らなかったことから、当局において、Funke 氏に対し、罪となるべき証拠資料の提出を強制することが試みられたわけであるが、欧州人権裁判所は、このような当局の行いというものは、関税法の特殊性をもってしても正当化することはできないとし、欧州人権条約 6 条の文言自体の中に (within the autonomous meaning of this expression in Article 6) 黙秘権・自己負罪拒否特権を読み込むことができるから、税関当局の係官による一連の行為は、欧州人権条約 6 条に違反するとの判断が示されたのである⁷¹⁵。

要するに、Funke 事件判決は、欧州人権条約 6 条の中に黙秘権・自己負罪拒否特権が含まれているということを明確にした点で Orkem 事件判決とは異なっているわけであるが、こ

⁷¹³) Funke v. France, judgement on 25 February 1993, case 10828/84.

⁷¹⁴) Alison Jones, Brenda Sufirin, supra note 685, at 1085.

⁷¹⁵) See Andrew S. Butler, Funke v. France The Right against Self-incrimination, A Critical Analysis, Criminal Law Forum, Vol. 11 No. 4, 2000, pp. 461-505.

のような Funke 事件判決における判断というものは、欧州人権裁判所の Saunders 事件判決⁷¹⁶においても踏襲されることとなった。

この Saunders 事件において被告となった人物は、ビールの製造・販売で有名なギネス社 (Guinness PLC) のチーフエグゼクティブの地位にかつてあった者であるが、この案件は、以下のようなものであった。

1986 年当時、ギネス社は、ディスティラーズ社 (Distillers Company PLC) という会社の買収をめぐる、アーヅル社 (Argyll Group PLC) という会社と争って買収合戦を繰り広げていたが、結局、ギネス社がこれに勝利した。

しかし、それは、違法な株価操作によることが疑われるものであったため、貿易産業大臣に指名された調査官により調査が実施されたところ、その調査においては刑事訴追の対象となりうる証拠が発見されたため、その旨イギリス貿易産業省 (Department of Trade and Industry, 以下、「DTI」という。) に通報がなされ、同時に DTI から検察当局に対しても通報がなされたのである。

そして、DTI と検察当局との間で協議がなされた結果、刑事捜査を実施することが決定され、DTI の係官作成にかかる供述証拠が訴追当局に引き継がれて、それが刑事手続において証拠として利用されたのである。

ただ、この DTI の係官によって作成された供述証拠というものは、強制力を背景として収集されたものであったことから、このような強制力を背景として収集された供述証拠を刑事裁判において利用することはできないとして争われたものである。

当初、本件はイギリス国内の裁判所に訴えが提起されたが、同裁判所においては、訴えが斥けられたことから、このような DTI の手続が欧州人権条約 6 条に違反するとして欧州人権裁判所に訴えが提起されたものである。

そして、この Saunders 事件判決の中で欧州人権裁判所は、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが、欧州人権条約 6 条の下、公正な手続の中心的概念であることは、国際的な基準として一般に認識されているところである (the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognized international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6) とし、欧州人権条約 6 条の文言の中に黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が含まれているという Funke 事件判決と同様の判断が下されたのである。

また、この Saunders 事件判決においては、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが、まず被告人の黙ったままでいたいという意思を尊重するものであるから (respecting the will of an accused person), 強制力を通じて証人から得られた証拠を刑事手続で利用することは許されないが (it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers), 被告人の意思とは無関係なもの (an existence independent of the will of the suspect),

⁷¹⁶) Saunders v United Kingdom, Judgement on 17 December 1996, Case 19187/91.

とりわけ、DNA テストのため令状により取得した文書、息・血液・尿のサンプル及び体組織を刑事手続で利用することは許されるとの判断も示されたのである⁷¹⁷。

さらに、この Saunders 事件判決においては、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障というものが、単に過ちを認めること (admission of wrongdoing)、あるいは直接的な負罪答弁 (directly incriminating) に限られるものではなく、強制力を背景として得られた無罪の答弁 (exculpatory remarks) や単なる事実情報 (mere information on questions of fact) であっても及ぶとし、DTI 及び検察当局が行った一連の行為というものは、欧州人権条約 6 条に違反すると判断が下され⁷¹⁸、要するに、包括的な黙秘権・自己負罪拒否特権というものが認められたわけである。

その他、このような欧州人権条約 6 条と黙秘権・自己負罪拒否特権との関係については、欧州人権裁判所の判例として、Murray 事件判決⁷¹⁹や Quinn 事件判決⁷²⁰を挙げることもできるが、このような欧州人権条約 6 条に黙秘権・自己負罪拒否特権が含まれるかという独特な論点はともかく、欧州においても、黙秘権・自己負罪拒否特権というものが、基本的には刑事手続との関係で自然人の供述証拠を対象として認められるものとしながらも、アメリカと同様に、行政手続においても、その手続保障が広く及ぶとされていることは注目される。

ただ、アメリカにおいては、前述のように、法人の黙秘権・自己負罪拒否特権というものが明確に否定されてきたのに対し、Orkem 事件判決でもあったように、欧州においては、法人たる事業者をその主体とする競争法違反の調査手続における黙秘権・自己負罪拒否特権についても認め、さらに一歩踏み込んだ判断が示されている⁷²¹。

そして、欧州委員会の競争法手続における黙秘権・自己負罪拒否特権について判断を示

⁷¹⁷) このように、血液サンプル等に黙秘権・自己負罪拒否特権は認められないことについては、後の判例において確認されている。J.B. v. Switzerland, Judgement on 3 May 2001, Case 31827/96.

⁷¹⁸) See Alan Riley, Saunders and the Power to Obtain Information in Community and United Kingdom Competition Law, 25 European Law Review, 2000, pp. 264-281.

⁷¹⁹) John Murray v. United Kingdom, Judgement on 8 February 1996, Case 18731/91. この Murray 事件においては、アイルランドのテロ防止法 14 条 (the Prevention of Terrorism) に違反するとして身柄拘束された被疑者が黙秘権を行使し、北アイルランド法に認められていた刑事監督権限 (detective superintendent) の行使により弁護人への面会を遅らせるという措置が採られたが、それが欧州人権条約 6 条に違反するとして争われた案件である。この Murray 事件判決において欧州人権裁判所は、自己負罪拒否特権が欧州人権条約 6 条の射程に入ることの端的に認め、さらに、強制された供述を排除することで司法の不正を回避する (avoiding miscarriages of justice) ということの重要性を強調している。

⁷²⁰) Quinn v. Ireland, Judgement on 21 December 2000, case 36887/97. この Quinn 事件は、多額の現金を乗せた郵便車両を警護していた警察車両が武装集団に襲撃され警官 1 人が死亡したという案件で、IRA の犯行が疑われ、構成員の 63 名が逮捕された。被告人はそのうちの一人で、警察から事情聴取を受けた際、黙秘権の告知はなされたが、アイルランドの 1939 年国家保安法 (the Offences Against the State Act 1939) 52 条に基づき、強制力を背景として取り調べが行われたことから、その違法性が争われたという案件である。Quinn 事件においては、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障を含め、欧州人権条約 6 条における公正性の一般的要請というものは、単純な事件であろうと難解な事件であろうと区別なくあらゆるタイプの犯罪に適用される (the general requirements of fairness contained in Article 6, including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex) との興味深い判断が示されている。

⁷²¹) See Gerard Hogan, The Use of Compelled Evidence in European Competition Law Cases, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp. 659-673.

した比較的最近の判例としては、Mannesmannröhren-Werke 事件判決⁷²²を挙げることができる。

この Mannesmannröhren-Werke 事件は、日本の事業者を含むシームレスチューブの製造業者がいわゆる国際カルテルを行ったとの疑いで、欧州委員会が 17 号規則 11 条 4 項に基づき報告依頼を実施したところ、その報告依頼の内容には、欧州と日本のシームレスチューブ製造業者による会合の日付、場所、参加者の氏名や会合の招待状、議事、そのメモや記録の写し、会合の目的、決定事項などを明らかにするよう求めるものが含まれていたのである。そこで、Mannesmannröhren-Werke 社は、この回答を拒否したところ、欧州委員会は、1 日当たりいくらかという過料を課す決定を下した。

すると、Mannesmannröhren-Werke 社は、このような欧州委員会の決定が欧州人権条約 6 条の保障する黙秘権・自己負罪拒否特権の保障に反し、防御権を侵害するものであるとして訴えを提起したのである。

この事件において、欧州共同体司法裁判所は、同裁判所及び第一審裁判所 (Court of First Instance) が、共同体法ではない欧州人権条約を援用して競争法上の調査手続の適法性を判断する司法管轄を有しないとの判断を示しつつも、基本権というものは、共同体の司法権により遵守が保障された欠くことのできない法の一般原則の一部を構成するものであるとし (fundamental rights form an integral part of the general principles of law whose observance is ensured by the Community judicature)、欧州共同体司法裁判所と第一審裁判所は、加盟国に共通の憲法的慣習から示唆を得て、加盟国が参加する人権保障に関する国際条約から導かれる指針を示すことができるとしたのである。

そして、このようなやや回りくどい前置きをした上、欧州共同体司法裁判所は、欧州委員会から報告依頼を受けた事業者は、欧州委員会が挙証責任を負っている違反事実の一部認容を含む回答を強制されない限りにおいて、黙秘権・自己負罪拒否特権というものを有している (having a right of silence only to the extent that it would be compelled to provide answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove) という Orkem 事件判決と軌を一にする判断を示したのである。

また、絶対的な黙秘権を認めることは、事業者の防御権保護のため必要な範囲を超えるものであり、欧州委員会の職務執行に対する不当な障害となるものである (acknowledge the existence of an absolute right of silence would go beyond what is necessary in order to preserve the rights of defence of undertakings and would constitute an unjustified hindrance to the Community's performance) という判断もここで示されたのである。

そして、結論において、欧州共同体司法裁判所は、報告依頼の中で会合の目的やその会合での決定事項について報告を求めることは、事業者に違法な会合に参加したことを認めるよう強いるものであり、当該事業者の防御権を不当に侵害するものであるとしたわけ

⁷²²) Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission of the European Communities, [2001], ECR II-729.

ある。

なお、欧州共同体司法裁判所においては、黙秘権・自己負罪拒否特権の主張を認めるかどうかを判断するに当たって、事実の中に強要の要素が含まれているかどうかを重要視しているとの指摘もなされているが⁷²³、たとえば、シンプルリクエストの場合には、回答自体を強制するものではないから、黙秘権・自己負罪拒否特権を主張することはできないとされている⁷²⁴。

このように、当局が挙証責任を負担する違反事実の存在を認容する要素を含む限りにおいて、事業者たる法人においても、黙秘権・自己負罪拒否特権を主張することができる。このような欧州共同体司法裁判所の考え方というものは、筆者には、調査の実効性と防御権の確保という 2 つの要請を実に上手く調整する考え方だと思われ、また、それは、現在では確立された判例理論となっているようであるが⁷²⁵、ごく最近の、SGL Carbon 事件においては、欧州共同体司法裁判所の Leendert Geelhoed 法務官(Advocate General)が興味深い見解⁷²⁶を示している。

この SGL Carbon 事件においては、黒鉛電極分野のメーカーが国際カルテルを結んだとの疑いで、欧州委員会が欧州にある数社に対して立入検査を実施し、同日、アメリカにおいても、連邦捜査局の係官により捜索令状がアメリカの数社に対し執行され、刑事捜査手続が開始されていた。

また、カナダにおいては、刑事公判手続において SGL Carbon 社が起訴事実を認め罰金の支払いに応じており、また、欧州委員会に対しては、リニエンシーの申し立てがなされていて、欧州委員会により過料の減額が認められていた。

ただ、SGL Carbon 社は、欧州委員会が過料の算定評価を誤っているとし、同社のリニエンシーの申し立ての中で同社が提供した事実を欧州委員会が過小評価しているなどと主張していたが、これについて欧州共同体司法裁判所の Geelhoed 法務官は、欧州委員会の調査手続における黙秘権・自己負罪拒否特権の存在を一般論としては認めながらも、以下のような限定的な解釈を示したのである。

すなわち、質問に答えること (providing answers to questions) と、求められた文書を提出すること (producing documents) は区別され、さらに、前者は細分化することができ、欧州委員会には、事実そのもの (factual nature) に関する答えを強制する権限はあるが、違反事実の存在を認めさせる権限はないとし、他方、文書の提出については、特にこのような制約はなく、事業者は、たとえそれが違反立証に利用される可能性のあるものであっても、現に存在する文書の開示を拒むことはできないとの見解を示したのである。

また、欧州委員会に許されているのは、欧州共同体設立条約 81 条及び同 82 条に違反す

⁷²³) See Luis Ortiz Blanco, *supra* note 696, at 287-288.

⁷²⁴) See Luis Ortiz Blanco, *supra* note 696, at 286.

⁷²⁵) See Luis Ortiz Blanco, *supra* note 696, at 285.

⁷²⁶) Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 19 January 2006, Commission of the European Communities v. SGL Carbon AG, [2006], ECR I-5915.

る行為をした事業者らに対して過料を課すことであり、古典的な刑事手続の文脈の中で (in the context of classical criminal procedure), 刑事被告人の存在を前提として下された欧州人権裁判所の判例を, 法人たる事業者が主体となる競争法違反の類型にそのまま当てはめることはできないとし, この点, アメリカが, 法人について黙秘権・自己負罪拒否特権を認めていない現状を踏まえて, 黙秘権・自己負罪拒否特権というものは, 自然人のみに認められたものであって, 法人においてこれを主張することは許されないとの意見を示したのである。

さらに, 黙秘権・自己負罪拒否特権というものは, 絶対的な権利 (absolute right) ではなく, 被疑者の意思とは独立して存在する情報, とりわけ文書のようなものにまで拡大されるものではない (does not extend to information which exists independently of the will of the suspect such as, inter alia, documents) とされたのである。

その他にも, 仮に, 報告依頼により証拠資料を収集する権限の実効性が奪われるようなことになれば, 欧州委員会としては, 企業の任意の協力に頼るか, あるいは, たとえば, 抜き打ち的な立入検査 (dawn raids) のような強制手段に大きく頼らざるを得なくなってしまうとして⁷²⁷, これをネガティブに捉える考え方も示し, 時代に逆行するともとれる解釈を示したのである。

このように, SGL Carbon 事件で Geelhoed 法務官が示した意見は, これまで欧州共同体司法裁判所が, 欧州人権裁判所における判例をも視野に入れながら, 慎重に競争法手続の中に取り込んできた黙秘権・自己負罪拒否特権の考えとは随分と違うものであるが, このようなプラグマティックな考えの根底には, アメリカの競争当局などがよく主張しているように, 違反行為者の証拠隠滅行為が巧妙になり, 調査の実効性を確保することが困難になっているという現状認識があるように思われる。

しかし, このような考え方というものは, 実体的真実の発見という要請を犠牲にしても, 防御権の尊重という基本権を守るために, あえて認めきた黙秘権・自己負罪拒否特権を, 実体的真実の発見の困難性ということを理由にして再び後退させようとするもののように思われ疑問である。

やはり, Orkem 事件判決や Mannesmannröhren-Werke 事件判決において示されたように, 当局が挙証責任を負っている違反事実の一部認容を含む回答を強制されない限りにおいて黙秘権を有しているとするのが妥協点としては妥当であるように思われる。

確かに, 近年において, 経済協力開発機構 (Organisation for Economic Co-operation and Development) がいわゆるハードコアカルテルに対するエンフォースメントの強化を呼びかける活動を展開していることはよく知られており⁷²⁸, それが各国当局の姿勢に多少なりと

⁷²⁷) 2003年1号規則20条は, 検査に際し相手方に事前告知することを求めているが, 通常は, 事前通知がなされてから実施されることが多いようである。その場合, 係官は, 当該事業者の責任者に対して直接架電し, 調査の目的や日程などについて説明するようである。ただ, 欧州委員会において罪障隠滅が行われると思量する場合に事前告知なしの検査 (surprise inspection) が実施されるようで, 最近はそれが増える傾向にあるようである。See Luis Ortiz Blanco, *supra* note 696, at 307-309.

⁷²⁸) See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Hard Core Cartels-Third Report on the*

も影響を及ぼしていることはおそらく間違いないことであろう。

しかし、競争法違反の経済的被害が大きいが故に倫理的道義的非難に値するとしたり、また、それが、倫理的道義的非難に値するという国民的コンセンサスが得られていないからといって、国民に倫理的道義的観念を植え付けようとしたり、エンフォースメント強化の流れに乗じて、刑事的エンフォースメントの強化を過度に賛美したり、手続保障の後退を安易に許したりするような見解に対しては警戒が必要である。

このような競争法違反に対するエンフォースメント強化の動きというものは、欧州諸国の間にも認められ、実際、従前の制度を改正してエンフォースメント強化の方向に大きく舵を切った国も存在していて、イギリスもその1つである。

イギリスにおける競争法手続の改正状況というものは、アメリカのように刑事罰で威嚇することによって実効性を上げようとする要請と刑事的エンフォースメントに重きを置かないEU諸国とのハーモナイゼーションの要請との狭間で揺れ動いていると思われる部分があり、それはそれとして筆者にとっては興味深いものを含んでいるが、特にイギリス競争手続における手続保障などは我が国にとって参考になるものと思われる。

そこで、以下においては、イギリス競争当局における調査手続について概観し、我が国の独占禁止法上の手続に対する示唆を探っていくこととする。

第4章 イギリス競争当局における調査手続

第1節 イギリス競争当局の組織及び調査手続の概要

イギリスにおいては、公正取引庁(Office of Fair Trading, 以下、「OFT」という。)が消費者保護及び競争の促進という任務を担っており、そこで競争当局としての活動がなされている。

そこでまず、このOFTの組織⁷²⁹についてであるが、その頂点には、議長(Chairman)や長官(Chief Executive)、上級局長(Executive Director)らを含め数名⁷³⁰で構成される合議体のOFT評議会(OFT Board)というものが置かれており、そこで様々な点について最終的な判断が下される仕組みとなっている⁷³¹。

そして、実務については、OFT長官の下に設置された市場計画局(Markets and Projects)、政策戦略局(Policy Strategy)、コーポレートサービス局(Corporate Services)という3つの局の下に設置された各セクションで担当されることになっており、このうち、市場計画局の下に刑事的エンフォースメントを専門とするセクション(Cartels and Criminal Enforcement)並びに企業結合規制を専門とするセクション(Mergers)が置かれている。

なお、企業結合規制については、OFTにおいてイギリス国内の競争を制限するおそれがあると判断された場合、競争委員会(Competition Commission)⁷³²という諮問機関に通知され、別途、そこで更なる調査が行われることには留意が必要である。

ところで、イギリスの競争法というものは、非常にユニークなところがあって、1998年競争法(Competition Act 1998)が導入されるまでは、1973年公正取引法(Fair Trading Act 1973)、1980年競争法(Competition Act 1980)、1976年制限的取引慣行法(Restrictive Trade Practice Act 1976)、1976年再販売価格法(Resale Prices Act 1976)という複数の法律が競争法としての役割を担っていた。それが、この1998年競争法の導入に伴っていくつか統廃合されたが⁷³³、現在でも複数の競争法が併存していること自体については変わらない。

そして、具体的なOFTの調査手続については、大まかにいって、行政調査手続については1998年競争法が規定しており⁷³⁴、刑事調査手続については、2002年企業法(Enterprise

⁷²⁹) See OFT, Annual Report and Resource Accounts 2007-08, also see Richard Whish, *supra* note 683 at 64-68.

⁷³⁰) 2008年11月末日現在の委員の数は委員長を含めて11名となっている。

⁷³¹) See Elizabeth O' Neill, Emma Sanders, *UK Competition Procedure, The Modernised Regime*, Oxford University Press, 2007, pp. 51-55.

⁷³²) 競争委員会とは、1998年競争法により、前身の独占企業結合委員会(Monopolies and Mergers Commission)にかわって設立された組織で、企業結合審査を専門とする。ただ、その調査はOFTあるいはDTIからの通知を受けて行われることになっており、独自に職権で調査を進めることはできないこととされている。See OFT, *Mergers-Pricedural Guidance*, May 2003, also see Richard Whish, *supra* note 683 at 69-71, and Elizabeth O' Neill, Emma Sanders, *supra* note 731 at 57-58.

⁷³³) 1998年競争法の施行に伴って1976年制限的取引慣行裁判所法、1976年制限的取引慣行法、1976年再販売価格法、1977年制限的取引慣行法が廃止され、そのほか関係規定の大幅な改正がなされている。

⁷³⁴) See OFT, *Cartels and the Competition Act 1998 a guide for purchasers*, 2005.

Act 2002)⁷³⁵がこれを規定しているということができる。以下、順次検討を加えることとする。

そこですで、1998年競争法についてであるが、この1998年競争法は、強力なエンフォースメントを実践するアメリカ法に近づけようとするものであったと評されることがある⁷³⁶。確かに、それまでのイギリスにおける競争法は、エンフォースメントの点で欧州諸国の中でもっとも緩い国の1つであったようで⁷³⁷、それが、1990年代に入ってから急速な世論の高まりを受け、この法改正へと繋がっていったとのことである⁷³⁸。

この1998年競争法は、2000年3月1日に施行されたものであるが、その内容は、欧州共同体設立条約81条及び同82条の規定にそのまま対応するものであり⁷³⁹、1998年競争法2条においては、競争を妨げ、制限し、歪めるような協定行為を禁じ、それは欧州共同体設立条約81条に対応するものとなっていて、他方、1998年競争法18条については、市場支配的地位の濫用を禁ずる欧州共同体設立条約82条に対応するものとなっている。

次に、行政調査手続についてであるが、1998年競争法25条は、OFTが、その禁止規定に抵触することが疑われる合理的根拠(reasonable grounds)が存する場合に、必要な調査を開始することができるとしており、同法26条1項は、この調査で特定の文書、特定の情報の提供を相手方に求めることができるとしている。

その際には、1998年競争法26条2項により、告知書を交付する必要があるとされており、同3項により、その告知書には、調査の対象及び目的、罰則が明らかにされなければならないとされ、同5項により、その提出期限、提出方法等もそこで明らかにされなければならないとされている。

また、1998年競争法26条6項により、証拠資料の提出を求める権限には、OFTにおいてかかる証拠資料の写しをとる権限及びその説明を求める権限が含まれていると解されており、仮にその提出がなされなかった場合には、相手方にその理由の説明を求めることもできるとされている。

ところで、1998年競争法27条1項の規定により、指定されたOFTの係官は、令状によらないでも立入検査を実施することができるとされているが、それは、事業所に対してだけ

⁷³⁵) 2002年企業法は、2000年調査権限規則法(Regulation of Investigatory Powers Act 2000)と1997年警察法(Police Act 1997)を改正してOFTに侵入的監視(Intrusive Surveillance)権限、所有物に干渉(Property Interference)する権限という新たな権限を与えるものであった。前者は、住居や個人所有の乗り物などを隠密裏に監視するものであり、後者はその装置を取り付けることもできるとするもので、要は、通信傍受などをする権限がOFTに与えられたというわけである。もちろん、このような権限を行使するに当たっては、厳格な手続的統制がなされている。See OFT, Powers of Investigation Understanding Competition Law, December 2004, p.17, paragraph.5.1-5.3.

⁷³⁶) See Barry J. Rodger, *The Competition Act and The Enterprise Act Reforms, Sanctions and Deterrence in UK Competition Law*, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International, 2004, p.101.

⁷³⁷) See Julian M. Joshua, *The UK's new cartel offence and its implications for EC competition law*, a tangled web 28 *E.L.Rev.* (2003) pp.620-641, also see Stephen Weatherill, *Country Analysis—United Kingdom*, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International, 2004, pp.859-892.

⁷³⁸) See Barry J. Roger *supra* note 736 at 103.

⁷³⁹) See Elizabeth O' Neill, Emma Sanders, *supra* note 731 at 30-36.

に許されるものとされており⁷⁴⁰、同2項により、原則として、2営業日以上前に、立ち入る旨、検査の対象と目的、罰則⁷⁴¹を当該建物の占有者に対して告知しなければならないとされている。

また、1998年競争法30条により、行政調査手続においても、弁護士特権が認められており⁷⁴²、しかも、このような立入検査は、通常、勤務時間内において行われ、検査を受けるものは、弁護人の立会いを求められることとされており、さらに、検査においては弁護人に連絡をとることもでき、弁護人の到着まで合理的な範囲で検査の開始を待ってもらうよう要請することもできるとされている⁷⁴³。

ただ、1998年競争法27条3項a号により、違反行為者が当該建物に入居しているという合理的な疑いがある場合、あるいは、同法27条3項b号により、調査官が告知しようとしてもできないような場合には、事前告知は必要ないとされており、おそらく実際には事前告知のなされる場面はそれほど多くはないと考えられるが、同法27条4項により、このような事前告知なしの立入検査を実施する場合であっても、現場に臨場する係官は、検査を実施する権限のあること、検査の対象、目的及び検査妨害等の罰則を明らかにした書面を提示してこれを行わなければならないとされている。

また、立入検査に臨場する係官には、1998年競争法27条5項の各規定により、当該建物内にいる人物に対して関連する証拠資料の提出を求めること、その内容説明を求めることができるとされており、建物内のコンピューター内にある情報、当該建物からアクセスできるコンピューター情報を判読可能な状態にして提出するよう求める権限も与えられている。ただ、ネットワークで結ばれたコンピューター情報というものは、無限の広がりをもつものであるため、検査の対象の絞り込みがどこまで可能なのかといった微妙な問題も孕んでいる⁷⁴⁴。

次に、裁判所の発する許可状に基づく行政立入検査手続⁷⁴⁵についてであるが、1998年競争法28条により、OFTから捜索差押え許可状の請求がなされた場合、裁判所は、OFTが求める証拠資料がかかる建物に存在するもののその証拠資料の提出がなされておらず、または、当該証拠資料が隠蔽されたり除去されたり、あるいは、改変されたり破壊されたりさ

⁷⁴⁰) See OFT, Powers of Investigation Understanding Competition Law, December 2004, p.9, paragraph. 4. 2.

⁷⁴¹) 27条違反の場合には1998年競争法42条6項により罰金、28条違反や罪証隠滅を図ったなどの場合には2年以下の懲役、罰金、あるいはその両方が科せられる旨規定されている(42条7項, 43条2項)。

⁷⁴²) See Richard Whish, *supra* note 683 at 389-390.

⁷⁴³) ただし、弁護人に相談する権利が確保されているとしても、それは検査を妨害あるいは遅延するものであってはならないとされている。See OFT, Powers of Investigation Understanding Competition Law, December 2004, p. 12.

⁷⁴⁴) 立入検査で係官は、必要と思われる文書を持ち帰ることができるが、それは3ヶ月を限度としているようであり、また、立入検査の際に、その対象となった部屋を閉鎖し、コンピューターシステムをシャットダウンし、電話やメールを控えるよう要請することもできると解されているようである。See Peter R Willis, *Competition Investigations: A Comparison of The Powers of The European Commission and The UK Authorities, Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International, 2004, p.144.

⁷⁴⁵) 1998年競争法61条ないし65条には、OFTの係官が欧州委員会の調査に協力して行う調査について規定されており、調査が妨害されたなど一定の場合に、高等法院(High Court)が発する許可状により調査を実施することができることとされている。ただ、スコットランドについては、民事控訴院(Court of Session)が令状を発布することになっている。

れ、もしくは、同法 27 条に基づき OFT の係官が立入検査を試みたがそれがかなわなかったような場合に、許可状を発することができる⁷⁴⁶とされている。

もちろん、この裁判所が発する許可状には、1998 年競争法 29 条 1 項により、検査の対象、目的などが明らかにされなければならないとされ、それは、同法 2 項により許可状の提示によって執行されなければならないとされていて、仮に当該建物に処分を受ける者が不在であった場合には、同法 3 項により、当人に何らかの方法で連絡をとるようにしなければならず、そこで連絡がとれた場合には、代表者等が令状執行に立ち会えるようにしなければならない。逆に、連絡がとれなかった場合には、同法 4 項により、目立つ場所に許可状の写しを置いておかなければならない。

なお、この許可状による検査において差押えた証拠資料の原本というものは、3 ヶ月以内に還付されることになっており、この点、事件終了まで当局が占有し続ける我が国とは大きく違った取り扱いとなっている。

また、1998 年競争法に基づく行政調査手続においても、後述する 2002 年企業法における手続と同様に、黙秘権・自己負罪拒否特権の適用が認められており、前述した欧州共同体司法裁判所における Orkem 事件判決や Mannesmannröhren-Werke 事件判決と同様に、OFT が挙証責任を負担すべき違反事実の存在を認容するよう相手方に強要することはできないとの解釈が実務上なされている⁷⁴⁷。この点、行政手続における黙秘権・自己負罪拒否特権について極めて制限的である我が国の姿勢とは大きく異なっており、留意が必要である。

次に、2002 年企業法における調査手続についてみていくこととするが、この 2002 年企業法は、競争法の中に刑事罰を導入したものであったことから、それまで競争法違反に対して緩いエンフォースメントしかなかったイギリスにとって、かなりセンセーショナルなものであったようである。

しかもそれは、以前から法人処罰について認めてきたイギリスにありながら、競争法違反については個人に対する刑事罰のみを認めるというものである⁷⁴⁸。

このように、2002 年企業法が個人のみをその対象としたことについては、学説において、欧州共同体設立条約とのバランスに配慮したものだとの説明もなされているが⁷⁴⁹、要するに、法人たる事業者については、欧州共同体設立条約と 1998 年競争法によって規制することとし、そこで捕捉されない個人について特に 2002 年企業法で取り締まろうということのようである。

また、カルテル罪として刑事罰の対象となるのは、いわゆるハードコアカルテルだけで

⁷⁴⁶) 許可状の有効期限は、発布から 1 ヶ月とされている。See OFT, Powers of Investigation Understanding Competition Law, December 2004, p.17, paragraph. 5.11.

⁷⁴⁷) See OFT, Powers of Investigation Understanding Competition Law, December 2004, p.20, paragraph. 6.6.

⁷⁴⁸) See Mark Furse, Competition and the Enterprise Act 2002, Jordan Publishing Limited, 2003, p.129; also see OFT, The cartel offence, Guidance on the issue of no-action letters for individuals, April 2003, p.2, paragraph. 1.1.

⁷⁴⁹) See Barry J. Roger, supra note 736 at 123.

あることが明確にされており⁷⁵⁰、この点でも、刑事罰適用の限界が今一つはっきりしない我が国とは大きく異なっている。

ところで、イギリスの長い歴史の中で競争法違反に対して刑事罰を科すのは、実は、この2002年企業法がはじめてではなく、すでに15世紀のエドワード4世の時代には、類似の法律が存在していた⁷⁵¹。しかし、その法律は、1772年に廃止されてしまっており、以後、数百年にわたって競争法違反に対する刑事罰というものが存在しなかったのであるから、カルテル罪の導入がイギリス国民にとって大きなインパクトのある出来事であったことは想像に難くない。

この2002年企業法は、2003年6月に施行されたものの、カルテル罪の適用事例はそれからしばらくの間存在せず、2007年12月になって初めて1件の適用があったという状況で⁷⁵²、2008年12月末現在でも、同年の7月に2件目⁷⁵³の適用事例があっただけとなっている。

これ以前にも、建設会社が談合を行ったとしてOFTによる刑事調査が実施されていたが、その案件では、結局、行政処分が最適との判断がOFTによって下されたため、刑事訴追が見送られており⁷⁵⁴、やはりアメリカの競争当局と違って刑事罰の適用に極めて慎重な姿勢がそこにはある。

なお、2002年企業法は、カルテル規制以外にも様々な規制内容を含むものであって、競争法違反に対する刑事罰は、そのごく限られた一面に過ぎないが⁷⁵⁵、本論文では、以下、2002年企業法上のカルテル罪に関し検討を加えていくこととする⁷⁵⁶。

さて、2002年企業法は、その第6章においてカルテル罪について規定しており、同法188条2項には、イギリス国内において、商品役務の供給価格を直接的あるいは間接的に決めること、商品役務の供給を制限しあるいは阻害すること、製造を制限しあるいは阻害すること、商品役務の供給を振り分けること、商品役務を供給する顧客を振り分けること、及び談合することという5つの違反類型が列記され、同法1項の規定により、これらの違反

⁷⁵⁰ カルテル罪の対象となるの行為は、価格協定(price-fixing)、供給あるいは生産の制限(limitation of supply or production)、市場分割(market-sharing)、談合(bid-rigging)とされている。See OFT, Overview of the Enterprise Act, June 2003, p.17.

⁷⁵¹ エドワード4世の時代に用意されていた刑事罰は、1回目に競争法違反を犯した者に対しては10ポンドの罰金、あるいは、20日間の懲役でその間はパンと水しか与えられないことになっていた。2回目の違反に対しては、20ポンドの罰金、あるいは、さらし台(pillory)に晒され、3回目の違反に対しては40ポンドの罰金と違反者は片耳を削がれさらし台に晒されることになっていたようである。

⁷⁵² マリンホース(タンカーから石油を貯蔵施設に移す際に利用する特殊なホース)の製造者がカルテル行為を行ったとされる案件。この案件は、アメリカ司法省や欧州委員会も調査に乗り出したもので、被疑者は、反トラスト法違反としてまずアメリカ国内で逮捕され、それと同時にイギリス国内においてもOFTにより調査が進められて、その後、被疑者は司法取引により帰国が許されてイギリス国内でOFTによる11ヶ月に及ぶ捜査の末に3名が刑事起訴されたという事案である。<http://www.oft.gov.uk/news/press/2007/177-07>.

⁷⁵³ 航空会社(British AirwaysとVirgin Atlantic Airways)が燃料サーチャージに関する価格協定を結んだとして刑事調査が敢行され、4名が刑事訴追されたという事案。<http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/93-08>.

⁷⁵⁴ See OFT, Annual Report and Resource Accounts 2006-07, p.41.

⁷⁵⁵ 2002年企業法は第1章においてOFTの組織、2章において特別な控訴裁判所(Competition Appeal Tribunal)の組織、3章ないし5章において企業結合規制、6章においてカルテル規制、7章において他の競争法規定との調整および責任者の資格剥奪に関する規定、8章において消費者保護規定、9章において情報開示規定を規定するなど、11章から構成されており、カルテル規制はその一部に過ぎない。

⁷⁵⁶ See Mark Furse, Competition Law of the EC and UK, 4th Edition, Oxford University Press, 2004, pp.210-222.

類型に該当する行為を不正 (dishonestly)⁷⁵⁷ に行うことによってカルテル罪が成立することとなっている。

また、このカルテル罪は、いわゆる水平的取引制限 (horizontal agreement) についてのみ適用されることとなっており⁷⁵⁸、仮にその罪に問われた場合には、2002 年企業法 190 条 1 項各号により、正式判決事案の場合には 5 年以下の懲役又は罰金あるいはその両方、略式判決事案の場合には 6 ヶ月以下の懲役又は罰金あるいはその両方が科せられることになっている⁷⁵⁹。

なお、2002 年企業法 204 条には、競争法違反を犯した事業者の責任者の資格剥奪規定が置かれており、注目されるものとなっている。すなわち、事業者の責任者が競争法違反に関与し、当該責任者の行為が会社の経営者として相応しくないと判断される場合には、裁判所は、当該責任者の資格を剥奪する命令を下さなければならないとされ、その資格剥奪期間は、最大で 15 年という長きにわたるものとなっている。

その他、当該責任者の行動が競争法違反に寄与した場合であるとか、競争法違反ありと疑う合理的根拠が存在しながら何もしなかったと認められる場合にも、この資格剥奪規定の適用があるとされており、その上、当該責任者自身は知らなかったものの知るべきであった場合にも、同様に適用ありとされている。

2002 年企業法に新設された資格剥奪規定は、1986 年会社取締役資格剥奪法 (Company Directors Disqualification Act 1986) を改正して設けられたものとされているが、一部の学説には刑事罰を適用するよりも抑止効果の面で効果を期待できるとする見解も存在しており⁷⁶⁰、確かに、違反行為に関与したことのある人物が後に出世していくことも珍しくない我が国においては、このような規定の導入が立法論として検討されてもいいのかもしれない。

さて、OFT は、2002 年企業法 192 条 1 項により、同法に違反することが疑われる合理的な根拠 (reasonable grounds) が存在する場合、調査を開始することができるとされているが、それは、インフォーマルな形であっても可能とされ、その場合には、これが任意のものであることを相手に明らかにした上で行わなければならないとされている⁷⁶¹。

また、OFT の係官には、2002 年企業法 193 条 1 項により、調査の対象、目的及び罰則を

⁷⁵⁷) ここにある「不正」の概念は、1968 年窃盗法 (Theft Act 1968) をめぐる判例によって示された 2 段階テストによるとされている。すなわち、陪審員は、まず合理的かつ誠実な人々の通常の基準に照らし、なされたことが不正であるかを判断する。その段階で不正ではないとされた場合には起訴は棄却される。さらに、仮に合理的かつ誠実な人々の基準に照らし不正であるとしても、今度は、被告人自身が自分のなしたことを認識していたに違いないとの心象を陪審が抱かなければならないとする基準。R v. Ghosh [1982] QB 1053.

⁷⁵⁸) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.2, paragraph.1.3.

⁷⁵⁹) OFT が 2001 年 5 月に発した「イギリスにおけるカルテルの刑事罰化法案」(Proposed Criminalisation of Cartels in the UK) という意見書によると、最高刑を 5 年としたのは、インサイダー取引、偽計取引の刑罰、カナダや日本の最高刑が 5 年でアイルランドも最高刑を 2 年から 5 年にしようとしており、アメリカも 3 年から引き上げようとしていることを理由としている。我が国の最高刑が 5 年であると間違っている点とはともかく、当時のアメリカを超える法定刑であった点は注目に値する。

⁷⁶⁰) See Mark Furse, *supra* note 756 at 167.

⁷⁶¹) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.4, paragraph.2.3.

明らかにした告知書を、処分を受ける者に対して交付し、強制力を背景にして情報の提供を求めたり、同条 2 項により特定の文書の提出を求めたりする権限が与えられており、その際、告知書には、証拠資料の提出期限を付し、尋問に応じるよう要請することもできるとされていて⁷⁶²、仮にそこで証拠資料の提出がなされれば、OFT の係官はその写しをとり、内容の説明を求めることもでき、逆に、証拠資料の提出がなされない場合には、相手方にその理由を求めるもできるとされている⁷⁶³。

さらに、OFT の係官には、2002 年企業法 194 条 1 項により、裁判所が発する許可状に基づき立入検査を行う権限も与えられており、その請求手続は、OFT による高等法院(High Court)に対する申し立て、スコットランドの場合には、地方検察官(procurator fiscal)の州裁判所(sheriff)に対する申し立てによってなされることになっている⁷⁶⁴。

なお、OFT の係官による 2002 年企業法に基づく立入検査手続というものは、「警察及び刑事証拠法」(Police and Criminal Evidence Act, 以下、「PACE」という。)⁷⁶⁵に従ってなされるものであり、刑事司法当局と同じ厳格な手続によることとなっている点には留意が必要である。

ところで、裁判所が発する許可状に明記された OFT の係官には、捜索差押えを実施する権限が与えられているわけであるが、もちろん、かかる許可状には、捜索の対象、目的などが明らかにされなければならないとされていて⁷⁶⁶、その他にも、いわゆる弁護士特権(legal professional privilege)に該当する場合や銀行業務の守秘義務に該当する場合には、2002 年企業法 196 条 1 項によって保護されることになっている。

また、2002 年企業法 193 条ないし同法 194 条の規定に基づき、強制力を背景として収集された供述証拠というものは、同法 197 条の規定により、原則として、刑事公判手続において証拠とすることができないとされているが、被疑者・被告人によって虚偽あるいは誤導するような供述がなされた場合、または、首尾一貫しない供述がなされたような場合には、例外的に、後の刑事公判手続において不利な証拠として利用できるとされている。

いずれにせよ、このようなイギリスの手続は、我が国のように、手続の一般的性質によって手続保障の範囲が制限され、たとえ強制力を背景として入手した供述証拠であっても、比較的簡単な手続的操作によって、後の刑事手続での利用が可能とされるのとは随分と状況が異なっているが、黙秘権・自己負罪拒否特権の行使が濫用に当たると判断される場合、例外的に、強制力を背景とした供述証拠であっても後の刑事手続で利用できるとするイギリスのような考え方は、権利保障の充実と実体的真実の発見という対立する要請の balan

⁷⁶²) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.5, paragraph.3.2.

⁷⁶³) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.5, paragraph.3.3.

⁷⁶⁴) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.6, paragraph.3.6.

⁷⁶⁵) See Paul Ozin, Heather Norton, Perry Spivey, PACE a Practical Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984, Oxford University Press, 2006, pp.347-350.

⁷⁶⁶) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.8, paragraph.3.10.

スをとる1つの考え方を提供しているといえるのかもしれない。

なお、前述の1998年競争法26条ないし28条に基づく調査によって得られた供述証拠も、それが強制力を背景として収集されたものであることから、2002年企業法198条の規定により、原則として、刑事公判手続において証拠とすることができないとされているが⁷⁶⁷、やはり、例外として、首尾一貫しない矛盾した供述がなされたり、被告人側からそれに関連する証拠が提出されたりした場合には、被告人にとって不利な証拠としてそれを利用することができる⁷⁶⁸とされており、ここでも前述と同様の利益衡量が図られている。

ところで、立入検査に着手しようとして相手方が不在であった場合、行政調査の場合には、前述したように、OFTの係官は、本人あるいは弁護人の到着をある程度待ってから調査を開始することになっているが、2002年企業法に基づく刑事調査においては、このようなことを行う必要はないとされており⁷⁶⁹、その分、強制力の度合いが増している取り扱いになっている。

その他、このような刑事調査の妨げにならない限りにおいて、係官の裁量で、捜索を受ける者の友人、隣人その他適当な人物を捜索に立ち会わせることもできるとされているが⁷⁶⁹、許可状による刑事調査においては、カルテル罪に関与したことが疑われる人物に対する事情聴取が行われることもあり、その場合、もちろん、その者には弁護人から法的アドバイスを受ける権利が保障され、事情聴取に際しては、その旨供述人に対して権利告知がなされることになっている⁷⁷⁰。ただ、単なる捜索の便宜、たとえば、コンピューターのパスワードを聞くだけであれば、そのような告知は必要ないとされている⁷⁷¹。

当然、このような裁判所の発する許可状による刑事調査においては、処分を受ける者に対してかかる許可状の提示が必要とされており、その上、現場の係官には、それぞれの身分を明らかにすることが求められ、また、仮に相手方が現在していた場合には、刑事調査を開始する前に、処分を受ける者に対し、当局の権限の範囲やその者の権利を記載した告知書の写しを交付する必要があるとされ、逆に、入居者が不在であった場合には、許可状及び前述の告知書の写しを目立つところに置き、そこに刑事調査を実施した日付と時間、現場の係官の名前を裏書しておかなければならないとされている⁷⁷²。

このように、2002年企業法の刑事調査においては、1998年競争法に基づく立入検査でもそうであったが、立会人の確保が必要的なものとはされておらず、筆者にとっては、一応、気になるところである。

なるほど、我が国の独占禁止法109条2項にあるように、対象者が不在の場合に、成年に達した隣人や警察官、あるいは地方公共団体の職員を立会人とすることでどれほど手続

⁷⁶⁷) Enterprise Act 2002 § 198 30A.

⁷⁶⁸) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 9, paragraph. 3. 15.

⁷⁶⁹) Ibid.

⁷⁷⁰) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 9, paragraph. 3. 16.

⁷⁷¹) Ibid.

⁷⁷²) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 8, paragraph. 3. 12.

の公正さが担保できるのか、また、それらの者の責任と義務はどれほどのものなのかは必ずしも明らかでなく、立法論としてこのようなイギリスの手続は参考になるものなのかもしれない。

さて、OFT がカルテル罪の容疑で刑事調査を実施するに当たっては、2002 年企業法 190 条 2 項の規定に基づき、「重大詐欺局」(Serious Fraud Office, 以下、「SFO」という。) ⁷⁷³ と呼ばれる捜査機関が単独で、あるいは SFO と OFT が合同で刑事調査を進めることになっていて、OFT と SFO との協力関係については、2003 年 10 月に両者の間で交わされた覚書 (Memorandum of understanding between the Office of Fair Trading and Director of the Serious Fraud Office) にその詳細が記載されている。

すなわち、OFT が 1998 年競争法の調査の過程でカルテル罪の端緒に接した場合には、OFT のカルテル専門セクションが初動調査 (initial enquiries) を担当し、その場合、スコットランド ⁷⁷⁴ 以外の地域について、前述の PACE の手続に従って、刑事調査が進められることとなっている。

ただし、SFO においてカルテル罪の端緒に接したとしても、SFO 自身が初動調査を実施することはなく、その場合には、その旨 SFO が OFT に対して通知することになっていて、OFT のカルテル専門セクションにおいて当該事案が処理されることになっている。

そして、この初動調査において SFO の受理基準を満たすカルテル罪の存在を探知した場合には、OFT において SFO の局長に対しその旨を通知することになっており、その他の参考情報もここで一緒に知らされることになっているわけであるが、このような通知を受けた SFO の局長においては、原則として 28 日以内に当該事件について刑事手続を開始するかどうか判断して OFT に連絡することとなっている ⁷⁷⁵。

また、このとき、SFO において事件を受けるかどうかの基準となるのは、それが 100 万ポンドを超える規模の不正であるかどうか、政府機関や公共機関が関与するような社会的関心を広く集める事案であるかどうか、高度な専門知識を要求される事案であるかどうか、国際規模の事案であるかどうか、特別な捜査技術を必要とする事案であるかどうか、SFO の特別な調査権限の発動を必要とするものかどうかといったものである ⁷⁷⁶。

そして、これらの基準を満たし、SFO の事件受理が決定されると、今度は、SFO の主任担当官 (case controller) の指揮の下、OFT との混成チームが結成され、場合によっては、そ

⁷⁷³) SFO は 1987 年刑事裁判法 (Criminal Justice Act 1987) により 1988 年 4 月に創設された独立の政府機関であり、重大かつ複雑な不正事件を捜査し訴追するための機関だとされている。ただし、その管轄はイングランド、ウェールズ、北アイルランドであり、スコットランド、マン島、チャンネル諸島には及ばないとされている。スコットランドにおいては、法務長官 (Lord Advocate) が訴追に関するすべての権限をもっているため、SFO と同じことを 1995 年刑法のもと国際金融犯罪を担当する部署で行うことになっている。

⁷⁷⁴) スコットランドにおいては、独自の刑事手続に従うことになる。See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.14, paragraph. 4.1.

⁷⁷⁵) See Memorandum of understanding between the Office of Fair of Trading and the Director of the Serious Fraud Office, October 2003, p.1, paragraph. 4.

⁷⁷⁶) See Memorandum of understanding between the Office of Fair of Trading and the Director of the Serious Fraud Office, October 2003, p.5.

ここに警察官も加わって刑事調査が開始されることになっている。

この刑事調査においては、OFT の係官は、PACE の規定に従って、被疑者に対し、刑事手続において行われるのと同様の黙秘権・自己負罪拒否特権の告知(criminal caution)を行ってから事情聴取を開始しなければならない⁷⁷⁷。また、その際、供述人に対しては、これが任意のものであって、身柄を拘束されているわけではなく、いつでも退去することができる旨アドバイスがなされなければならない⁷⁷⁸。

さらに、供述人には、法的アドバイスを受ける権利が保障されていることから、供述人が法的アドバイスを求める場合には、弁護人が到着するまで事情聴取を行わないこととなっており、一方、ここでなされた供述は、1998 年競争法上の手続において、事業者にとって不利な証拠ともなりうることについても、同様に、告げなければならないことになっている⁷⁷⁹。

このとき OFT の係官は、前述のように、2002 年企業法 193 条に規定により、供述を拒んだ内容について、強制力を背景にして供述を求めることもできるが、そこで得られた供述証拠は、後の刑事公判において原則として証拠とすることはできないとされ、また、それを 1998 年競争法上の手続において、供述人を雇用する事業者にとって不利な証拠として利用することもできないとされている⁷⁸⁰。

2002 年企業法 194 条により OFT の係官は、前述のとおり、裁判所が発する許可状により立入検査を実施し、文書の原本を証拠資料として収集することができる。そして、そこで収集された証拠資料は、1998 年競争法上の行政手続において、事業者にとって不利な証拠としても利用できるとされている⁷⁸¹。また、同様に SFO において 1987 年刑事司法法(Criminal Justice Act 1987)に基づき収集された証拠資料も、1998 年競争法上の行政手続において、証拠として利用できることされている⁷⁸²。

一方、1998 年競争法に基づいて収集された証拠資料も、後の刑事手続において証拠として利用できるとされている⁷⁸³。つまり、イギリスの手続においても、アメリカと同じように、刑事手続と行政手続との間で証拠資料の共有化が図られているというわけである。

そして、刑事調査と行政調査が併行して進められる事案においては、OFT のイニシアティブにより、SFO と協議の上、1998 年競争法に基づく行政処分だけを実施する決定を下すこ

⁷⁷⁷) この黙秘権・自己負罪拒否特権の告知においては、一切の質問に対し、黙して語らない権利があるが、質問に答えない場合には、それが後の刑事公判手続において不利な証拠となりうること、すべての発言が証拠となりうることを告げられることになっている。PACE, Codes of Practice Code C, paragraph. 10. 5.

⁷⁷⁸) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 14, paragraph. 4. 2.

⁷⁷⁹) Ibid.

⁷⁸⁰) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 14, paragraph. 4. 3, paragraph. 4. 8.

⁷⁸¹) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 14, paragraph. 4. 4.

⁷⁸²) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 14, paragraph. 4. 5.

⁷⁸³) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P. 14, paragraph. 4. 9.

とができ、その場合、刑事調査のいかなる段階においてもそれを取りやめることができる
とされている。その際、刑事調査を受けていた者に対しては、OFTからその旨通知がなされ
ることになっており⁷⁸⁴、筆者としてはこのことも見逃すことはできない。

つまり、刑事調査の進行自体については、専門機関である SF0 に主導権が認められてい
るが、競争政策の観点から最適なエンフォースメントは何かを判断するのは、OFT にイニシ
アティブが認められているということであり、これは、我が国の独占禁止法上における公
正取引委員会と検察庁の本来あるべき関係というものにも通ずる部分があるように思われ
る。

なお、OFT のカルテル専門セクションにおいては、SF0 主導のチームが刑事調査を進める
のと併行して、1998 年競争法に基づき行政調査を進めることもできるとされ⁷⁸⁵、イギリス
においても、アメリカ法でみたような併行手続が存在していることは興味深い。

ところで、SF0 の調査においては、重大かつ複雑な不正 (serious or complex fraud) が存
在するという合理的根拠 (reasonable ground) がある場合に、刑事司法法 2 条 2 項ないし 3
項により、事件に関する質問に答え、関係する証拠資料の提出を関係人に求めることがで
きるとされ、また、同法 5 項各号により、建物へ立ち入って捜索差押えを実施することも
できるとされている。

そして、刑事調査が終了し、違反事実が存在すると判断された場合には、当該案件は、
事案の軽重によって、治安判事裁判所 (magistrates' court)、あるいは刑事法院 (Crown
Court) に対し起訴されることになる。ただ、スコットランドを除く、イングランド、ウェ
ールズ、北アイルランドについては、OFT にも訴追権限があるが、通常は、SF0 によって公
訴提起がなされることになっている⁷⁸⁶。

以上みてきたように、イギリスの競争法上の調査手続というものは、本論文のテーマと
の関係で多くの興味深い点を含んでいる。ここでは、後述する令状主義及び黙秘権・自己
負罪拒否特権に関する点を除き、我が国にとって示唆的と思われるいくつかの点について
簡単に整理することとする。

まず、イギリスの手続の中で筆者が目撃したいのは、我が国にあるようないわゆるファ
イアーウォールというものが存在していないことである。すなわち、前述したように、イ
ギリスにおいても、SF0 と OFT の間で証拠資料の共有がなされており、OFT が 1998 年競争
法あるいは 2002 年企業法に基づき収集した証拠資料も、あるいは SF0 が刑事司法法に基づ
き収集した証拠資料も、相互に利用できるとされているのである。

それは、少ないリソースを有効に利用していこうというアメリカと同じプラグマティッ

⁷⁸⁴) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.14, paragraph. 4. 6.

⁷⁸⁵) See Memorandum of understanding between the Office of Fair of Trading and the Director of the Serious Fraud
Office, October 2003, p.3, paragraph.11, also see OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance,
January 2004, P.14, paragraph. 4. 7.

⁷⁸⁶) See OFT, The cartel offence, Guidance on the issue of no-action letters for individuals, April 2003, p.4,
paragraph .2. 6.

クな考えがその背景にあると思われるが、アメリカと決定的に異なっているのは、そこには、手続的統制の緩い手続を利用して手続的統制が厳格な手続の成果を上げようとする当局の悪しき意図というものを排除しようという特別の配慮が見当たらない点である。

イギリスにおいては、行政調査手続と刑事調査手続との間に手続保障面での格差がなく、どちらかを利用すれば有利になるという関係にはないから、当局の悪しき意図が働く余地が少ないとの理解がなされているのかもしれないが、後述するように、行政調査手続における黙秘権・自己負罪拒否特権の告知手続と PACE に従ってなされる告知手続とは明らかに差異があり、手続的統制の緩い行政調査手続を利用する余地が残されているため、この意味では問題が含まれていると思われる。

ともあれ、我が国の独占禁止法上の手続においては、証拠資料の共有化がなされておらず、少ないリソースを有効に利用しようという手続的配慮に乏しいように思われるが、イギリスにおける手続は、少なくともこの点においては優れており、しかも、手続保障に手厚いところがあって参考になるように思われる。

また、OFT と SF0 との協力関係についても、我が国にとって示唆的な部分があるように思われる。すなわち、前述したように、OFT のカルテル罪の調査においては、初動調査において、SF0 が事件を受理する基準を満たしているかどうか吟味され、基準が満たされたと判断されると、OFT から SF0 に対してその旨通知がなされることになっているが、この SF0 の事件受理基準は、我が国の公正取引委員会が現在公表している抽象的な告発基準よりも遥かに具体的なものであり、我が国においても、より具体的な告発基準が明らかにされる必要があるように思われる。

しかも、カルテル事犯を受理するかどうかの判断というものが、SF0 に留保されており、それは、約 1 ヶ月という比較的短い期間で判断されるようになっていくところにも注目されるものがある。

すなわち、我が国においては、告発に当たって前述のような重い手続が伴っており、告発前に公正取引委員会が具体的な事件について検察庁の意見を求める正式な手続が整備されていないため、結局、事務の効率性が損なわれてしまっているところがあるように思われるが、イギリスのように、比較的事件の早い段階で刑事調査を実施するかどうかが決せられるならば、事務効率の面からも、当事者の利益という面からも、極めて有益であるように思われる。

その他、イギリス競争当局の手続においては、同じ英米法といっても、アメリカとは違って競争法違反に対する刑事責任の追及に極めて慎重な姿勢が認められる。

すなわち、イギリスにおけるカルテル罪導入をめぐる議論を振り返ってみると、そこでは、カルテル行為によって社会にもたらされる経済的損失の大きさが政府によって強調されていたが、このようなイギリス政府の基本姿勢というものは、刑事罰の適用に積極的なアメリカといわゆるハードコアカルテルに対する規制強化を唱え続ける OECD の影響だとす

る指摘もなされている⁷⁸⁷。つまり、そこに競争法違反に対する倫理的非難の高まりというものを見出すことは難しい。

ただ、イギリスにおけるカルテル罪導入をめぐる議論においては、法令審議の段階で、将来多くの刑事訴追がなされることはないだろうとの見通しが示され、イギリス政府としては、刑事罰の実際の適用というよりも、刑罰規定が存在することによる威嚇効果に期待するところが大きかったようである⁷⁸⁸。そこには、犯則調査手続の導入をめぐる我が国の一部学説で主張されていたように、犯則調査手続の導入によって、独占禁止法違反の刑事告発が頻繁になされるようになるといった見通しはみられない。

むしろ、そこには、競争法違反に対する刑事的エンフォースメントというものが極めて悪質なものにだけ適用されるべきであって、あくまで行政的エンフォースメントが主体であり、刑事的エンフォースメントは補充的に運用されるべきとの基本姿勢が見てとれるように思われる⁷⁸⁹。

イギリスの学説の中においても、金銭による制裁と比べ、懲役刑は社会に多大な経済的負担を強いるものであり、違反者を投獄することによる一般予防効果というものも、時の経過とともに薄らいでいってしまうとする指摘がなされている⁷⁹⁰、このように、競争法違反に対する刑事的エンフォースメントについて、必ずしも国民的なコンセンサスが得られていない状況は、我が国もイギリスも共通するところがあるようである。

実際、競争法違反を犯した者に対して実刑を科しているのは、アメリカとカナダくらいであり、しかも、カナダではほとんど実刑を科した例がなく、実刑を科すことによる抑止効果がどれほどのものであるかを知ることはできないとの指摘もなされている⁷⁹¹。そうすると、イギリス法が導入した経営者の資格剥奪規定というものは、訴訟経済の点だけでなく、一般予防、あるいは特別予防の観点からもそれなりの効果が期待できるものなのかもしれない。

では、次に、イギリス競争当局の調査手続の中で令状主義に関連する点について、考察を加えていくこととする。

第2節 令状主義に関する諸問題

イギリスにおいては、いわゆる形式的意味の憲法というものが存在していないため、我が国のように、最高法規によって基本的人権の保障をするという形にはなっておらず、少し分かりにくいところがあるが、1998年人権法(Human Rights Act 1998)によって、条約な

⁷⁸⁷) See Barry J. Rodger, *supra* note 736 at 123.

⁷⁸⁸) See Barry J. Rodger, *supra* note 748 at 124.

⁷⁸⁹) See OFT, *Framing and enforcing criminal sanctions in the Regulations implementing the Unfair Commercial Practices Directive*, A consultation response by the Office of Fair Trading, February 2007.

⁷⁹⁰) See Mark Furse, *supra* note 734 at 123.

⁷⁹¹) See Sheridan Scott, *Cartel Enforcement: International and Canadian Developments*, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international antitrust law & policy, 2005, p. 40.

どで保障された諸権利 (Convention Rights) と矛盾した法律解釈をすることはできないとされており⁷⁹²、そのため、欧州人権条約 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) や市民的及び政治的権利に関する国際規約 (International Covenant on Civil and Political Rights) の諸規定は、当然に尊重されなければならないことになっている。

前述したように、私生活の平穩を保護する規定は、欧州人権条約の中でも重要な権利の一つとして位置付けられており、同条約 8 条 1 項には、何人もその私生活・家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利があるされている。また、市民的及び政治的権利に関する国際規約の 17 条においても、専断的あるいは法律に基づかない私生活への介入 (arbitrary or unlawful interference with privacy) は許されないとされており、それらは基本権として尊重される。

そのため、1998 年競争法や 2002 年企業法の調査手続の中にも、当局による一般探索的・渉獵的な調査から私生活の平穩・プライバシーを保護する手続的配慮が随所にみられる。たとえば、1998 年競争法 27 条 1 項の規定によって、OFT の係官は、裁判所が発する許可状によらないで立入検査を実施することができるかとされているが、それは事業所に対してだけ認められたものであり、原則として 2 営業日以上前に、立入検査を実施する旨、検査の対象と目的、罰則について事前告知をした上でかかる調査を実施しなければならないとされていることはその例であると考えられる。

つまり、行政調査たる 1998 年競争法上の手続において、個人宅に対する立入検査を実施するには、裁判所が発する許可状を受けないと実施できないのであり、そこでは個人宅と事業所が明確に区別され、前者について特別な保護が要求されているのである。

このことについて、2007 年から 2008 年の OFT の年報をみると、2007 年 12 月に刑事訴追第 1 号となったマリンホース製造業者に対する案件においては、2002 年企業法の規定に基づきはじめて個人宅に対する調査が実施されたとのことである⁷⁹³。このように、2002 年企業法が施行されてから長きにわたって個人宅への調査に乗り出すことに慎重であったということからも、個人宅に対する保護というものがイギリスにおいて特別なものとして取り扱われていることがよく分かる。

前にも述べたことであるが、我が国の独占禁止法上の調査手続においては、制度上、個人宅と事業所の区別がなされておらず、そもそもプライバシーを保護すべきとの視点が欠落してしまっているようにも思われるが、立法論としては、我が国においても、プライバシー保護のための手続的整備が進められることが望ましいように思われる。

確かに、我が国の独占禁止法上の手続において、令状主義との関係でなされてきた議論を振り返ってみると、そこでは、裁判所が発する令状をとるということ自体に重きが置かれ、令状が発せられれば手続保障はそれですべて完了したのだとする論調が多かったよう

⁷⁹²) See Martin Smith, *Competition Law—Enforcement and Procedure*, Reed Elsevier (UK) Ltd., 2001, pp. 317–318.

⁷⁹³) See OFT, *Annual Report and Resource Accounts 2007–08*, p. 41.

に思われる。この点、イギリスの手續というものは、あくまで大切なのはプライバシーの保護だということを再認識させてくれるように思われる。

ただ、イギリスの手續においても、立入検査の事前告知手續については、検査の実効性確保という要請とのバランスから、広く例外を認めており、そこに司法的抑制が及ばない危うさが含まれている。とはいえ、立入検査を実施する際には、検査の対象及び目的、検査妨害等に対する罰則を明らかにした書面を、処分を受ける者に対して提示しなければならないことになっており、そこには、当局による一般探索的・渉獵的検査を予防する手續的配慮というものが施されている。

一方、我が国の独占禁止法上の行政調査手續の場合、行政立入検査の告知手續において、事件名、被疑事実の要旨、関係法条しか明らかにされず、最も重要なはずの検査対象について何ら限定が付されないまま検査が実施されている。イギリスの手續と我が国の手續を比較してみて痛感させられるのは、やはり、我が国の手續は、手續保障面でまだまだ検討の余地が残されているということである。

その他、行政調査手續である 1998 年競争法における許可状請求手續というものも、我が国にとって示唆的なところがあるように思われる。

すなわち、我が国の独占禁止法上の犯則調査手續にある許可状請求手續は、まるで当たり前のように、刑事手續上の令状請求手續になぞらえて捉えられてきたように思われるが、実は、必ずしもそのように捉えなければならないものではないということは既に述べたとおりである。それは、イギリスの 1998 年競争法における許可状請求手續のように、行政調査のための許可状請求手續として位置付けることもできるものであって、イギリスの手續はそのことに気付かせてくれるように思われる。

ただ、前述したように、1998 年競争法における許可状に基づく立入検査は、OFT によって求められた証拠資料が対象建物の中に存在する蓋然性が高いにもかかわらず、事業者側の非協力的姿勢によって、当該証拠資料の提出がなされなかったり、証拠隠滅行為がなされたり、立入検査が妨害されたりした場合に実施されるものであり、要は、間接強制手續では手に負えないような場合にはじめて、令状に基づく直接強制による立入検査の出番となるのであり、そこには、将来、刑事手續に移行する可能性があるとかないとかいうことはまったく斟酌されていない。

つまり、1998 年競争法上の許可状請求手續においては、後の刑事手續で利用に耐えるだけの手續保障が施されているというお墨付きを得るために許可状を請求するというよりも、むしろそれは、より強力な手段に出ることの適法性について裁判所のお墨付きをもらうための許可状請求という要素が強いようにも思われる。いずれにしても、そこには、行政手續であるから基本権の保障はそこそこで構わないという発想はまったく存在していないことに留意しなければならない。

そして、このように、刑事手續と行政手續との手續保障上の差異がそれほど意識されていないからこそ、イギリスにおいては、2002 年企業法に基づき収集された証拠資料を 1998

年競争法に基づく行政手続の証拠として利用することができるし、同じく、1998年競争法に基づき収集された証拠資料も企業法に基づくカルテル罪の証拠として利用できるとされ、しかも、1987年刑事司法法に基づきSFOが収集した証拠資料も、1998年競争法上の証拠として利用できるとされているのであろうと思われる。

このように、行政と刑事という枠組みで線引きをするのではなく、広く手続保障を及ぼして手続的障害をなるべく設けないようにして、少ないリソースを有効利用できるようにするというやり方は、手続的障害の存在を前提して、形式的に刑事と行政の間に壁を設けるやり方よりも優れているように筆者には思えてならないが、我が国においても、最低限、刑事手続に繋がる可能性のある調査手続については、手続の一般的性質とは無関係に、十分な手続保障が整備されるべきだと思われるのである。

前述したように、OFTの係官には、2002年企業法の規定に基づき、裁判所の発する許可状を得てカルテル罪の調査を実施できるとされているが、それはPACEなどの刑事手続法に従ってなされる厳格な手続であって、もちろん、かかる許可状には、捜索の対象、目的などが明らかにされなければならないこととなっていて、当局による一般探索的・渉獵的な調査からプライバシーを守る手続的配慮が施されている。

2002年企業法に基づくカルテル罪の調査というものは、個人の刑事責任追及にかかわるものであるから、厳格な手続によって調査が進められるのはむしろ当たり前のことなのかもしれないが、ここで本論文のテーマとの関係で筆者が注目するのは、2002年企業法に基づく調査の性質である。

すなわち、2002年企業法に基づくカルテル罪の調査においては、個人の刑事責任の追及が念頭に置かれているから、そこに我が国の独占禁止法上の犯則調査手続に対する一般的理解を重ね合わせると、それはカルテル罪で個人の刑事責任を追及することを目的・目標とした手続ということになってしまいそうであるが、実は、OFTの見方はこれと明らかに異なっていて、筆者はそこに注目しているのである。

前述したように、OFTにおいては、SFOによって刑事調査が進められている案件であっても、SFOと協議の上その刑事訴追を取り止め、1998年競争法による事業者に対する行政処分だけを実施するという判断を下すことができるとされているが⁷⁹⁴、これは、刑事公判の維持に必要な証拠が揃わないから刑事訴追を断念するのはまったく意味が違うものである。

むしろそれは、OFTにおいて競争政策の観点からカルテル行為に関与した者を刑事訴追することが適切でない、あるいは行政処分だけで十分だと判断された場合に、あえて行政処分だけにするという選択が採られたということであり、これは、筆者が繰り返し本論文の中で述べてきたように、我が国の独占禁止法上の犯則調査手続について、それを、刑事告発をも視野に入れ、競争政策の観点から最適な処分を判断するため証拠、資料を収集する行政調査手続と解することと共通する。

この点、OFTが公表した2006年から2007年までの年報をみると、そこには、建設業者に

⁷⁹⁴) See OFT, Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance, January 2004, P.15, paragraph. 4.6.

よる談合事案で、当初は刑事調査がなされたが、途中でそれが打ち切れ、結局、行政処分だけとされた案件に関する OFT のコメントが付されており、その中で OFT は、証拠資料を検討した結果、本件においては、行政的エンフォースメントの方がより適切だと判断した(after reviewing the evidence, that civil enforcement action was more appropriate in this case)ため刑事調査を打ち切ったと述べている⁷⁹⁵。そして、これが OFT の負け惜しみではないことを前提とするならば、それは、OFT が刑事訴追を終局の目標として調査を行ってきたわけではないことを端的に示すものである。

前述したように、日本国憲法 35 条の母法であるアメリカ合衆国憲法修正第 4 条のルーツがイギリスにあるともいわれているが⁷⁹⁶、そのイギリスにおいては、裁判所が令状を発するとか発しないとかいうことに特別に囚われることなく、本来守るべきもの、すなわち、私生活の平穩、プライバシーというものをストレートに行政手続の中でも保護しようとされているが、それは、議論の本質が見えにくくなってしまっている我が国に訴えかけるものがあるように思われる。

では、次に、イギリス競争当局による調査手続において、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係でなされている議論を確認し、我が国の独占禁止法上の手続に対する示唆を探っていくこととする。

第 3 節 黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題

前述したように、イギリス競争当局による手続においては、1998 年競争法に基づく調査手続であっても 2002 年企業法に基づく調査手続であっても、黙秘権・自己負罪拒否特権が保障されており、そのうち、1998 年競争法に基づく行政調査手続においては、Orkem 事件判決や Mannesmannröhren-Werke 事件判決といった欧州共同体司法裁判所における先例的判例にそった解釈運用がなされている。

すなわち、OFT が挙証責任を負担すべき違反事実の存在を認容する供述を強要することはできないと解されているが、このような当局の挙証責任の限りにおける黙秘権・自己負罪拒否特権の保障は、あくまで行政調査手続のために認められたものであり、もちろん、PACE の規定に従って刑事訴追も視野に入れてなされる事情聴取においては、これ以上に手厚い手続保障がなされている。

この PACE に従ってなされる OFT の係官による個人の刑事訴追をも視野に入れた事情聴取においては、前述したように、OFT の係官は、被疑者に対し、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知をなしてから事情聴取を開始しなければならないこととされているが、この告知手続において OFT の係官は、供述人に対し、終始沈黙しても構わないという包括的な黙秘権・自己負罪拒否特権が認められていること、黙して語らないことも供述したこともすべて後

⁷⁹⁵) See OFT, Annual Report and Resource Accounts 2006-07, p. 41.

⁷⁹⁶) 井上・前掲註 82) 25 頁～33 頁参照。

の刑事公判手続において不利益な証拠となりうることを告げなければならないとされている。

それに加え OFT の係官は、供述人に対し、この事情聴取が任意のものであり、身柄の拘束はなく、いつでも退去することができる旨を告げなければならないことになっており、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知手続すら欠いている我が国の独占禁止法上の犯則調査手続とは比べものにならないほどの手続保障レベルとなっている。

このようなイギリスにおける黙秘権・自己負罪拒否特権の保障に対する徹底ぶりは、そもそもこの権利がイギリスを発祥としていることとも関連するのかもしれないが、イギリスにおいては、古くから行政手続であっても潜在的に刑事責任の追及に繋がる手続については、広くその保障が及ぶものと解されてきた⁷⁹⁷。

また、イギリス法においては、供述だけでなく証拠資料の提出についても黙秘権・自己負罪拒否特権の保障が及ぶと以前から解されてきており⁷⁹⁸、1968年民事証拠法(Civil Evidence Act 1968)14条は、刑事手続以外の法手続においても黙秘権・自己負罪拒否特権を主張して当局の質問に対する回答を拒否したり、証拠資料の提出を拒んだりすることができる旨明確に規定している。

さらに、この黙秘権・自己負罪拒否特権は、本人だけでなく配偶者が刑事責任を追及されることになる場合にも主張でき、その上、法人たる事業者であっても黙秘権・自己負罪拒否特権の主張ができるとされてきた⁷⁹⁹。すなわち、イギリスにおける黙秘権・自己負罪拒否特権は、単に被疑者・被告人自らを防御するために止まるものではなく、それは、法人による黙秘権・自己負罪拒否特権の主張を明確に否定してきたアメリカよりも広い保障範囲をもつものだということがいえそうである。

とはいえ、このようなイギリスにあっても、潜在的に刑事責任追及に繋がる可能性があれば無制限に黙秘権・自己負罪拒否特権が主張できるとされてきたのではなく、当然ながら、そこには一定の枠組みというものが存在してきた。

すなわち、一般刑事事件において、黙秘権・自己負罪拒否特権を主張するためには、刑事訴追の現実かつ明白な危険がある(a real and appreciable risk of criminal proceedings)場合でなければならないとされており、刑事訴追にはほど遠く、その可能性がわずかで(a remote or slight possibility)しかない場合には、黙秘権・自己負罪拒否特権の存在を主張することができないとされてきた⁸⁰⁰。

ただ、そうすると、刑事訴追の可能性がわずかしかない1998年競争法に基づく行政調査手続においても、OFTの側が挙証責任を負担する違反事実の存在について、認容するよう供述人に強要することはできないとされていることとの関係が問題となる。

⁷⁹⁷) Blunt v. Park Lane Hotel (1942) 2 KB 253.

⁷⁹⁸) See George Cumming, Brad Spitz and Ruth Janal, *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, Kluwer Law International, 2007, p. 105.

⁷⁹⁹) AT & T Istel Ltd. v. Tully (1993) AC 45, also see Elizabeth O' Neill, *supra* note 731 at 208.

⁸⁰⁰) See George Cumming, Brad Spitz and Ruth Janal, *supra* note 795 at 106.

イギリスの裁判所は、1998年人権法2条1項により、欧州人権裁判所の判決や決定を基本権の解釈において斟酌しなければならないことになっているから、前述したSaunders事件、Murray事件、Quinn事件において欧州人権裁判所が下した解釈については、当然に尊重されることとなる。

したがって、欧州人権条約6条によって黙秘権・自己負罪拒否特権が保障されており、その権利の本質は、被告人の黙ったままでありたいという意思を尊重するものであって、強制力を背景に得られた証拠を刑事手続で利用することは許されないこと、またそれは、単に直接的な負罪答弁などに限られるものではなく、強制力を背景として得られた無罪の答弁や単なる事実情報の提供についても及ぶものであって、被疑者・被告人の意思とは無関係な、たとえばDNAサンプルの提供といったものには及ばないとする欧州人権裁判所の判断については、イギリスにおいてもそのまま通用するものと考えることができる。

そして、このことと整合的に、1998年競争法26条ないし28条、あるいは、2002年企業法193条ないし194条に基づいてOFTが強制力を背景として収集した供述証拠及びその他の証拠資料というものは、原則として後の刑事公判手続において証拠とすることができないとされているが、前述したように、それには例外があって、虚偽あるいは誤導するような供述がなされたり、首尾一貫しない供述がなされたりした場合には、刑事手続での証拠利用が認められており、それは、欧州人権裁判所がこれまで示してきたスタンスとは微妙に異なるものとなっている。

これは、個人の刑事訴追を念頭に入れた2002年企業法上の調査とは違って、違反行為の主体を事業者とする1998年競争法の場合には、自然人たる刑事被告人の存在を前提とした欧州人権裁判所の判例をそのまま当てはめることが困難であるという判断が根底にあるのかもしれない。

いずれにせよ、欧州共同体設立条約10条により加盟国当局は、条約の目的達成を阻害するような措置を執ることができないとされ、また、1998年競争法60条には、欧州共同体司法裁判所の判断と整合的な解釈をしなければならないとされているのであるから⁸⁰¹、結局、OFTとしては、一般刑事事件に関する国内法の解釈運用にかかわらず、競争法の適用場面においては、Orkem事件判決などにおける欧州共同体司法裁判所の判断に沿って、前述のような解釈運用が採られることになったと考えられる。

このように、イギリスにおいては、国内裁判所、欧州人権裁判所及び欧州共同体司法裁判所の判断が複雑に絡み合って、その理解を困難にしている部分があるが、結果として、競争法手続における黙秘権・自己負罪拒否特権の保障というものは、極めて手厚いものになっており、この点については我が国も見習うべきところがあるように思われる。

その中でも、特に、筆者が注目するのは、1つにはイギリス競争手続における黙秘権・自己負罪拒否特権が、直接刑事手続に繋がらない1998年競争法上の手続においても認めら

⁸⁰¹) See Elizabeth O' Neill, supra note 731 at 480.

れ、法人たる事業者であっても主張することも認められているところであり、またもう 1 つには、前述した細かい権利告知手続に象徴されるように、徹底した防御権の確保、任意性の確保のための手続的配慮がなされているにある。そして、これらいずれの点においても整備が十分でない我が国の独占禁止法上の手続としてこれらは重要な示唆を与えてくれるもののように思われる。

第4節 小括

以上みてきたように、イギリス競争当局の調査手続においては、令状主義との関係においても、黙秘権・自己負罪拒否特権との関係においても、手厚い手続保障がなされており、そのことは、我が国の独占禁止法上の手続が手続保障という意味においていかに整備が遅れているかということを感じさせるものである。

また、アメリカの IRS や連邦証券取引委員会における手続のように、イギリス競争当局の手続においても、刑事捜査機関である SFO との関係で並行手続というものが存在しており、証拠資料の共有化が図られていて、少ないリソースを有効利用とする手続が整備され、それは、我が国の独占禁止法上の手続の現状を考えさせるものである。

すなわち、我が国においては、手続保障の十分でない行政調査手続を温存することを前提として、厳格な手続と緩い手続との間にいわゆるファイアーウォールを設けることで、手続的統制が厳格な手続の手続保障レベルを保持しようという発想になったものと思われるが、結局は、まさにプラグマティックな発想により、手続的統制の緩い調査手続によって収集された証拠資料が簡単な手続的操作によって手続的統制の厳格な手続においても利用できるようになってきた。そしてそれが、ファイアーウォールの存在を曖昧なものとし、事務の非効率を生んできた。

イギリスにおけるような証拠資料の共有化は、このような非効率を一気に解消するものであり、導入可能性が探られて然るべきだと思うが、ここで障害として立ちはだかるのは、我が国にあると思われる手続的統制が緩く手続保障レベルが低い調査手続への「固執」である。

イギリス競争当局における調査手続では、欧州人権裁判所の判決に概ね沿う形で、強制力を背景して収集された証拠資料の刑事手続での利用を基本的に排除する手続的手当がなされているが、我が国の独占禁止法上の手続においては、審尋手続というものが温存されており、その刑事手続での証拠利用を明確に否定する規定は存在していない。仮に、それを適用違憲として排除するとしても、曖昧さを残したままである。

また、イギリスにおける手続というものは、逆に、審尋手続などによって強制力を背景に収集された証拠資料であっても、虚偽や誤導といった不正があった場合には、不利な証拠とすることができるとして権利の濫用を牽制している点においても、我が国にとって参考になるものである。

ところで、これまで概観してきたアメリカ、イギリスの競争当局による調査手続は、細かい点では相違するところがあるものの、基本的には英米法という同じ系譜のものであり、やはり、大陸法系における競争法上の刑事と行政の交錯についても概観しなければならないであろう。

そこで、以下においては、長年にわたり競争法違反を秩序違反行為として非刑罰的に処理してきたが、20世紀末になって刑法典の中に談合罪の規定を設け、その解釈運用が注目されるドイツ競争当局における調査手続を概観することとし、我が国の独占禁止法上の手続に対する示唆を探っていくこととしたい。

第5章 ドイツ競争当局における調査手続

第1節 ドイツ競争当局の組織及び調査手続の概要

第1款 カルテル官庁による調査手続

ドイツにおいては、競争法違反行為を原則として秩序違反であると捉えており、競争法違反に対する純粋な意味での刑事的エンフォースメントは、唯一、刑法典にある入札談合罪に限ったものとなっている⁸⁰²。

この秩序違反という概念は、我が国には存在しないものであるため、我が国の独占禁止法上の手続にストレートに当てはめて考えることが困難な部分もあるが、秩序違反というものは、犯罪とは明確に区別される概念であり、大まかな捉え方をすれば、倫理的道義的非難の対象ではないという点で、我が国の独占禁止法上の手続でいう行政処分の対象となる違反に近いといえるかもしれない。

ドイツにおいては、我が国と同じように、競争法違反に対して刑罰を科すことに慎重な歴史があり、また、談合罪のみが刑法典に規定されているところも共通しているが、ドイツ競争当局の手続においては、手厚い手続保障もさることながら、何よりも、ドイツの競争当局と検察当局との関係に、専属告発権限を有する我が国の公正取引委員会と検察庁との関係に通ずるところがあり、このようなドイツ競争当局の手続を検討することは、本論文のテーマとの関係において重要な示唆を期待できるものと考えられる。

ところで、周知のごとく、ドイツにおいては、競争制限行為について競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下、「GWB」という。) が規制をしているが、GWB48条1項は、競争政策を実施するカルテル官庁として、連邦カルテル庁 (Bundeskartellamt)、連邦経済技術大臣 (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie)⁸⁰³、及び州の最上級官庁 (obersten Landesbehörden) が存在するとする⁸⁰⁴。

⁸⁰² ドイツ競争法の一般的理解については、邦語文献として山田晟『ドイツ法概論Ⅲ (第3版)』(有斐閣, 1989年) 271頁~287頁、正田彬、実方謙二編『独占禁止法を学ぶ (第4版)』(有斐閣, 1999年) (泉水文雄執筆) 83頁~96頁参照。ドイツ語文献としては、Knut Werner Lange, *Europäisches und deutsches Kartellrecht*, 1 Auflage, 2006, S. 169 ff.

⁸⁰³ 2005年11月にドイツにメルケル政権が発足し、シュレーダー政権下において連邦カルテル庁を管轄していた連邦経済労働省が経済分野と労働分野に分割され、連邦教育科学技術省も教育分野と科学技術分野に分割された。そして、新たに経済技術省が設立され、そこが連邦カルテル庁を管轄している。なお、労働分野については、連邦労働社会省が発足され、教育分野については、連邦教育研究省が管轄することとされている。

⁸⁰⁴ 連邦カルテル庁と州の最上級官庁との関係については、GWB49条各項に規定されており、GWB49条1項は、連邦カルテル庁と州の最上級官庁のどちらか一方が手続を開始した場合には、他方に対して通知をしなければならない旨規定している。また、GWB49条2項により、連邦カルテル庁が管轄を有している事件については、州の最上級官庁において事件を連邦カルテル庁に移送しなければならないとされており、逆に州の最上級官庁に管轄がある場合には、連邦カルテル庁が州の最上級官庁に事件を移送しなければならないとされている。つまり、連邦カルテル庁と州の最上級官庁が合同で、あるいは、連邦カルテル庁の指揮の下で州の最上級官庁が事件処理に当たることは基本的に想定されおらず、両者の間には、管轄範囲の違いこそあれ、基本的に事件処理に関する裁量において優劣はない形となっている。ただ、GWB48条2項により、複数の州の競争に影響を及ぼす事案については、連邦カルテル庁に管轄があり、また、GWB49条3項により、州の最上級官庁に管轄がある事件であっても、州の最上級官庁の判断で連邦カルテル庁に対

そして、これらカルテル官庁のうち、競争政策上最も重要な役割を果たしているのが、いうまでもなく連邦カルテル庁であり、同庁は、2005年7月1日に施行された現行GWB第7次改正法を主な根拠法として様々な活動を展開している⁸⁰⁵。

GWB第7次改正法は、GWB第6次改正法と同じように、欧州共同体設立条約とのハーモナイゼーションを目指したものとされており、具体的には、2003年1号規則に沿った改正であったといわれているが⁸⁰⁶、前述したように、この2003年1号規則というものは、エンフォースメント強化をその内容の1つとするものであった。

そこで、近年においては、連邦カルテル庁もエンフォースメント強化に向けた顕著な動きをみせており、たとえば、2002年3月には、連邦カルテル庁の中にカルテル対策専門部局が設置され、2005年6月には、同庁内の決定部(Beschlussabteilung)の一部がカルテル専門にされたが、このような組織改革はその例である⁸⁰⁷。

では、連邦カルテル庁の組織についてであるが、連邦カルテル庁は、GWB51条1項により、連邦経済技術大臣の下にある独立した連邦官庁(selbständige Bundesoberbehörde)だとされており、連邦カルテル庁においては、長官(Präsident)及び副長官(Vizepräsident)を頂点とし、その下にカルテル法基本問題局(Abteilung Grundsatzfragen des Kartellrechts)が設置され、さらに、その下には6つのセクションが設けられており、その1つがカルテル対策特任部(Referat Sonderkommission Kartellkämpfung)というセクションとなっている。

そして、連邦カルテル庁においては、自ら決定を下すことによって様々な権限を行使することができるが、この連邦カルテル庁における決定は、GWB51条2項にしたがって産業分野ごと12に区分された各決定部⁸⁰⁸において行われることになっている。また、そのうち2つの決定部が、カルテル協定といった競争制限行為を一般的に禁止するGWB1条⁸⁰⁹及び欧州共同体設立条約81条に違反する行為について専門に担当する決定部となってい

して事件を移送することができることになっている。そして、このようにして連邦カルテル庁が事件の移送を受けた場合には、当該事件の管轄は連邦カルテル庁に移ることになっており、また、一定の場合には、GWB49条4項により、逆に連邦カルテル庁の方から州の最上級官庁に対して事件を移送することもできるとされているが、州の最上級官庁の場合には、このような事件の移送を拒否することができるがとされている。しかし、連邦カルテル庁にはそれが許されておらず、両者の間には微妙な違いが存在している。

⁸⁰⁵ ドイツにおける競争政策の担い手として連邦カルテル庁がその中心的役割を果たしていることは間違いないが、連邦カルテル庁は、独立した連邦上級官庁とされながらも、その組織は、GWB51条1項により、連邦経済技術大臣の一般的指揮下にあるとされており、この連邦経済技術大臣の一般的指揮権の及ぶ範囲が一応問題となる。ただ、これまで連邦経済技術大臣の一般的指揮権が発動された事例は極めて少なく、議論の実益はそれほど多くはないと考えられる。

⁸⁰⁶ See <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/kartellrecht>.

⁸⁰⁷ Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Drucksache 16/5710 15.06.2007 S. 5 ff.

⁸⁰⁸ 決定部においては、GWB51条3項ないし同4項により、裁判官あるいは上級行政官の資格を有する審理長と2名の陪席審理官が決定を下すことになっている。

⁸⁰⁹ GWBの6次改正までは、カルテルは無効だとされカルテル協定を結ぶこと自体は禁止されず、実施行為が禁じられていたが、欧州共同体設立条約とのハーモナイゼーションということで、6次改正においてカルテル協定を結ぶこと自体が違法とされた。小西唯雄編『産業組織論と競争政策』(晃洋書房、2000年)(泉水文雄執筆)200頁～201頁、菅久修「ドイツ競争制限禁止法第6次改正法の内容とこれらを巡る議論」日本ドイツ学会編集委員会編『ドイツ研究No.29』(成文堂、1999年)93頁～104頁参照。

る。

次に、ドイツにおける競争法違反に対する制裁についてであるが、欧州共同体設立条約 81 条及び 82 条、あるいは GWB1 条に違反する行為については、GWB81 条 4 項により、個人に対して最高で 100 万ユーロ、法人に対しては、当該年度の売上の 10 パーセントまで過料を課することができるのとされており、GWB86a 条により、その額は最高で 1000 万ユーロまでとなっている。

つまり、このような行政的エンフォースメントの部分だけを比較してみても、ドイツのそれは我が国よりもかなり強力なものとなっていることが分かるが⁸¹⁰、しかも、ドイツにおいては、刑法典 (Strafgesetzbuch, 以下、「StGB」という。) 第 26 章の競争に対する犯罪 (Straftaten gegen den Wettbewerb) として 298 条に、入札談合罪の規定が設けられており、それは、入札談合 (Ausschreibung) を行なった個人に対して 5 年以下の懲役を科すとしている。

さらに、連邦最高裁判所 (Bundesgerichtshof, 以下、「BGH」という。) の判例⁸¹¹によると、入札談合が詐欺罪を構成することもありうるとされているから⁸¹²、仮に詐欺罪を規定する StGB263 条が適用されるとすると、その重大なものについては、10 年以下の懲役が科されることとなっており、要するに、刑事的エンフォースメントの面でもドイツは我が国よりもかなり強力なものであることが分かる。

このように、ドイツにおいては、その制裁の重さからも競争法違反を重大なものとして捉えていることが理解できるが、そうすると、入札談合以外については秩序違反として処理することに意味及び秩序違反と犯罪との違いといったことが問題となる。

そこでまず、秩序違反というものの理解についてであるが、このことについては、秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 以下、「OWiG」という。) に規定がなされており⁸¹³、同法 1 条は、秩序違反の意義について、過料 (Gelbuße) を定めた法律の構成要件に該当する違法かつ非難可能な行為 (rechtswidrige und vorwerfbare Handlung) であるとしている。

つまり、刑罰も過料も過去の行為に対する非難であるという意味で共通していることになるが、そうすると、次に、秩序違反行為と犯罪行為との違いは何かということが問題となってくる。

これについて学説は、質的相違説⁸¹⁴、量的相違説⁸¹⁵及び折衷説に分かれるとされており、

⁸¹⁰) See Jorg Bierman, Country Analysis Germany, Competition Law Sanctioning in the European Union, 2004, pp. 481-523.

⁸¹¹) BGH, Urteil vom 8. Januar 1992, BGHSt 38, S. 186 ff.

⁸¹²) 神山・前掲註 5) 266 頁～277 頁参照。

⁸¹³) 秩序違反法の一般的理解について、邦語文献としては、田口守一「ドイツにおける企業犯罪と秩序違反法」甲斐克則、田口守一編『企業活動と刑事規制の国際動向』(信山社、2008 年) 157 頁～179 頁参照。

⁸¹⁴) 犯罪行為が法益侵害である一方で秩序違反行為は行政的不法ないし不服従であるとする見解であるが、秩序違反の概念が拡大し、法益侵害を内容とする秩序違反の存在を否定できなくなったとの難点が指摘されている。

⁸¹⁵) 犯罪行為と秩序違反行為との違いは程度の違いであると理解するものであるが、犯罪行為よりも甚大な被害をもた

このうち折衷説が多数説、判例となっているようであるが、この多数説、判例によると、刑罰も過料も過去の行為に対する非難の要素が含まれている点で共通するものの、核心領域において刑罰というものは倫理的道義的非難を伴うものであるのに対し、過料というものは、あくまで義務履行を促すためのものであって倫理的道義的非難が伴わないという違いがあり、ただ、境界領域においては、それを犯罪とするか、あるいは秩序違反とするかは立法政策の問題となると整理されている⁸¹⁶。

つまり、ドイツにおいては、刑事罰の対象となっている入札談合を除き、ハードコアカルテルと呼ばれ一般に悪性が高いといわれる競争制限行為、たとえば、アメリカでは当然違法とされ重罪とされている価格カルテルについても、それが倫理的道義的非難の対象とはされていない。

このような理解は、競争法違反に対して倫理的道義的非難を加えることに躊躇を覚える者にとって、アメリカのような刑事罰一辺倒の考え方よりも親しみやすいものであり、筆者は、むしろこれこそが我が国民の一般的理解に馴染むのではないかと考えているが、いずれにせよ、ドイツにおいては、どうすればエンフォースメントの効果が上がるのかという点をもっぱら重視して刑事罰利用の可能性を探るのではなく、倫理的道義的非難の可能性というものを重要視しているということであり、筆者には、これがあるべき姿であるように思えてならない。

この意味で、我が国の独占禁止法分野において多くみられるように、アメリカ当局の見解に迎合して何ら疑いを差し挟まないような見解にはどうしても承服しかねるところがある。

では、次にカルテル官庁の調査手続について検討していくこととするが、カルテル官庁は、GWB57条1項により、必要とされるあらゆる調査(Ermittlungen)を行うことができるとされており、同58条1項により、必要な証拠資料を差し押さえる(Beschlagnahme)権限も与えられている。

ただ、このような強力な権限が与えられる一方で、適正手続の点にも法律上様々な配慮がなされており、たとえば、GWB58条2項は、被差押人が不在であったような場合には、カルテル官庁は、当該差押えから3日以内にその地域を管轄する裁判所から裁判官の承認(richterliche Bestätigung)を得なければならないとしている。

また、GWB58条3項により、被差押人は、何時でも当該差押え手続について、その違法を裁判所で争う権利が認められており⁸¹⁷、しかも、カルテル官庁の係官は、被差押人に対しそのような権利があることを告知しなければならないとされている。

その他にも、カルテル官庁は、GWB59条1項1号により、事業者及び事業者団体に対し、その経済状況に関する情報の開示及び資料の提出を求めることができるとされており、同3

らず秩序違反の存在も否定できないとの難点が指摘されている。

⁸¹⁶

⁸¹⁷

号によっては、通常の営業時間内に業務にかかる書類を検査する権限も与えられているほか、カルテル官庁の係官には、これらの検査を同条 3 項により事業所に立ち入って実施する権限も与えられている。

このようなカルテル官庁による検査は、GWB59 条 7 項により、連邦カルテル庁の場合には、長官の同意 (Zustimmung) の下、決定 (Beschluss) により命じられることになっているが、その決定においては、検査の日時 (Zeitpunkt)、法的根拠 (Rechtsgrundlage)、対象 (Gegenstand) 及び目的 (Zweck) が明らかにされなければならないこととされており、これにより、当局の一般探索的・捜査的調査に一定の歯止めがかかるような手続的配慮がなされている。ただ、それは、裁判所による事前の司法的抑制が働く仕組みではなく、英米法にあるような令状主義とは性質を異にする手続となっていることには留意が必要である。

また、カルテル官庁には、GWB59 条 6 項により、報告を求める (Auskunftsverlangens) 権限もあるとされており、連邦カルテル庁の場合、それは決定によらなければならないとされている。そして、この決定においても、法的根拠、検査の対象、説明を求める目的を明らかにしなければならないとされており、適正手続への配慮をここにもみることができるとされている。

ところで、事業主や法人の代表者といった一定の身分を有する者については、GWB59 条 2 項により、カルテル官庁の立入検査を受忍する義務が課されており、それらの者は、検査においてカルテル官庁の係官によって求められた情報を提供し、証拠資料を提出しなければならないとされている。

そして、その際に、故意あるいは過失によって、不正確、不完全な情報を提供したり、期限内に必要な資料を提出しなかったりした場合には、GWB81 条 2 項 6 号及び同条 4 項の規定により、秩序違反として 10 万ユーロ以下の過料が課されることになっている。

ただ、これら説明義務あるいは証拠資料の提出義務を負う者には、GWB59 条 5 項により、かかる説明によって自分自身、又は民事訴訟法 383 条 1 項 1 号ないし 3 号に規定されている親族⁸¹⁸が刑事訴追を受けるおそれ (Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung)、または秩序違反の責任を問われるおそれがある場合に、当局の質問に対する回答を拒否することができることとされている。

このような回答拒絶権との関係については、後で項を改めて検討を加えるが、要するに、カルテル官庁の調査手続においては、刑事手続への移行可能性とは無関係に、黙秘権・自己負罪拒否特権に類似した回答拒絶権が認められており⁸¹⁹、これは、我が国が黙秘権・自己負罪拒否特権の保障と刑事手続との繋がりに頑なにこだわり続けることの是非を考えさせるものである。

⁸¹⁸

⁸¹⁹

なお、GWB59 条 1 項 3 号の規定に基づき通常の営業時間内 (innerhalb der üblichen Geschäftszeiten) に行われる営業書類等の検査に補足して、同 4 項に基づき、連邦カルテル庁は、捜索 (Durchsuchung) を行うことができるとされているが⁸²⁰、それは、原則として当該地域を管轄する区裁判所 (Amtsgericht) の命令 (Anordnung) に基づいてのみ行うことができるとされている⁸²¹。

ただし、遅滞の危険 (Gefahr im Verzuge)⁸²²がある場合には、このような裁判所の命令を得なくても必要な範囲において通常の営業時間内に捜索を行なうこともできるとされており、留意が必要であるが、これらの点については令状主義に関することとして項を改めて検討を加えることとする。

では、次に、カルテル官庁による行政調査手続と検察庁 (Staatsanwaltschaft) による刑事捜査手続との関係についてみることにするが、ドイツにおいては、OWiG21 条 1 項により、同一の行為が犯罪行為と同時に秩序違反行為にも該当する場合には、刑法のみが適用されることとなっており、逆に、同法 21 条 2 項により、刑罰が科されない場合には、秩序違反として制裁を科すことができるとされており、ドイツにおいては、原則として、刑罰と過料の併科はないこととなっている。

また、ドイツにおいては、OWiG35 条 1 項により、秩序違反の訴追 (verfolgung) について行政官庁 (Verwaltungsbehörde) に管轄があるとされているところ、その管轄のある行政官庁による行政調査の過程において犯罪事実が発覚した場合には、同法 41 条 1 項の規定により、原則として、当該事件を検察庁に送付しなければならないこととなっており、逆に、検察庁が送致を受けた事件について、刑事訴訟手続 (Strafverfahren) を開始しない場合には、OWiG41 条 2 項の規定によって、当該事件を検察庁が行政官庁に差し戻すことが原則となっている⁸²³。

つまり、ドイツにおいては、基本的に刑事手続と行政手続が同時に併行することはない制度設計となっており、アメリカやイギリスの手続においてみられたような併行手続というものは存在していないことになる。

ただ、ドイツにアメリカやイギリスにみられたようなプラグマティックな考えが存在していないのかというと必ずしもそういうわけではない。すなわち、連邦カルテル庁の手続においては、刑罰の対象となりうる入札談合事案などについて検察庁との関係が問題となるが、ドイツにおいては、いわゆる法人処罰というものが認められていないため、検察庁の捜査においては、自然人のみがその対象とされることになり、一方、連邦カルテル庁の

⁸²⁰) Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 862 ff., Langen/Bunte, (Fn. 814), S. 1066, Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 1692 ff.

⁸²¹) GG13 条は、住居の不可侵について規定しているが、同 2 項は、捜索というものは、原則として裁判官の命令によらなければならない旨規定している。

⁸²²) 遅滞の危険というものは、GG13 条にある概念であり、同条は、住居 (Wohnung) への捜索について、「遅滞の危険」が認められる場合、裁判官の命令によらず検察官等の命令によりこれを実施することができるとしている。森口佳樹「ボン基本法 13 条における「遅滞の危険」概念の一考察—最近のドイツ連邦憲法裁判所判決を手掛かりとして—」、和歌山大学経済学会編『経済理論』307 号 (2002) 91 頁～104 頁参照。

⁸²³) Lothar Senge, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2006, S. 645 ff.

調査においては事業者・事業者団体だけがその対象とされる。このことから、実際にも、検察庁と連邦カルテル庁が連携して立入検査を実施することもあるようで、たとえば、連邦カルテル庁において事業者に対する許可状を取得する一方で、検察庁において個人に対する許可状を取得し、連邦カルテル庁と検察庁が連携して同時に立入検査を実施することもあるようである⁸²⁴。

また、このようなカルテル官庁と検察当局との協力関係 (Zusammenarbeit) については⁸²⁵、ドイツ連邦司法省 (Bundesministerium der Justiz) によって、刑事手続及び過料手続に関する指針 (Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren) が示されているが⁸²⁶、その 242 条 1 項は、カルテル官庁と検察当局とができるだけ早い段階で (frühestmöglich) 協力することによって、不必要な仕事の重複 (unnötige Doppelarbeiten) を回避することができ、相矛盾する決定 (widersprechender Entscheidungen) が下される危険を減少させるとし、同 2 項は、互いの情報提供義務 (Unterrichtungspflicht) について定めている。

当然のことながら、連邦カルテル庁をはじめ行政官庁と検察庁との間で事件情報のやりとりが行われる際には、証拠資料のやり取りも行われることになるが、そこでは、我が国にあるとされるような手続保障の差異を理由とするファイアーウォールなるものは存在していない。つまり、ドイツにおいては、アメリカやイギリスのような手続の同時併行をストレートに認める併行手続は存在しないものの、実質的にはそれとほとんど変わらないような連携関係がカルテル官庁と検察当局との間に認められる。

そして、何よりドイツの手続において特筆すべきことは、カルテル官庁には、GWB82 条によって、GWB81 条 1 項、同 2 項 1 号、及び同 3 項の構成要件にも該当する犯罪行為、あるいは、OWiG130 条に違反する故意又は過失による秩序違反行為について、排他的な裁量権限が与えられていることである。

この GWB82 条がいう同法 81 条 1 項とは、欧州共同体設立条約 81 条及び 82 条に違反する行為、GWB81 条 2 項 1 号及び同 3 項とは、カルテル協定や市場支配的地位の濫用といった競争制限行為、OWiG130 条とは、企業の管理者の監督義務違反に対する罰則をそれぞれ規定するものであるが⁸²⁷、これら規定の射程範囲は、競争制限行為全般を広く網羅するものであり、要するに、カルテル官庁には競争制限行為全般の処分について排他的な権限 (ausschließliche Zuständigkeit) が与えられているということである⁸²⁸。

GWB82 条の規定は、1997 年に腐敗撲滅法 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption) が導

⁸²⁴) See International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Template, Cartels Working Group, Subgroup 2, Enforcement Techniques, Germany, 07/03/2006.

⁸²⁵) Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S.2167 ff.

⁸²⁶) Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren vom 1. Januar 1977, geändert mit Wirkung vom 1. Januar 2008.

⁸²⁷) 神例康博「ドイツにおける企業活動の適正ルール形成のための法制度—特に制裁システムの現状」甲斐克則、田口守一『企業活動と刑事規制の国際動向』(信山社、2008年)138頁~147頁参照。

⁸²⁸) Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 973, Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 2159 ff.

入されたことによって⁸²⁹、欧州委員会の手続である 17 号規則 15 条、現在でいえば 2003 年 1 号規則 23 条に規定されているような強力で独立した企業に対する過料 (stärkere Verselbständigung der Unternehmensgeldbuße) が必要だとされて設けられたものとされている⁸³⁰。

つまり、この GWB82 条には、いわゆる法人処罰というものが存在していないドイツにおいて、違法行為によって利益を得る事業者・事業者団体というものをしっかり取り締まっていくという強い意味が込められているようである。見方を変えるとそれは、複雑化した経済社会の中で競争政策を実践するためには、多くの選択肢の中から相応しいエンフォーメントの選択し、それを統一的に実践できるようなシステムが必要であるということをも示しているように思われる。

近年の GWB7 次改正においては、欧州共同体設立条約 81 条及び 82 条に違反する行為についても GWB82 条の射程が及ぶこととなったが⁸³¹、ここで筆者が注目したいのは、このようなカルテル官庁の排他的裁量権限と我が国の公正取引委員会にある専属告発権限には共通点があるということである。

すなわち、一般に、我が国の独占禁止法にある専属告発権限というものは、独占禁止法 89 条から 91 条までの罪について、行政処分に止めるべきか告発を行うべきかという判断を、専門的知見を有する公正取引委員会の判断に委ねた制度だといわれているが、ドイツの競争当局の排他的裁量権限は、犯罪行為に対する処分を含め競争当局に排他的裁量権限を与えたものだと考えられ、この点にアナロジーを見出せるのである。

前述したように、連邦カルテル庁の組織の中には、カルテル対策特別部というセクションが設けられており、入札談合案件を含め競争制限行為全般の調査が行われているが、少なくともそれは刑事訴追を目的として組織されたセクションではなく、これは、我が国の独占禁止法上の犯則調査手続の捉え方ないし公正取引委員会の組織の在り方というものを考させるものであるように思われる⁸³²。

我が国の平成 17 年の独占禁止法改正時における議論を振り返ってみると、犯則調査手続の導入に当たっては、刑事手続にも通用する手続保障の充実ということが重要視されていたが、一方でそれは、令状主義や黙秘権・自己負罪拒否特権といった人権保障が及ばない

⁸²⁹) Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. 8. 1997 (BGBl. I, S. 2038) , 腐敗撲滅法は、汚職対策法などとも訳されるものであるが、刑法 298 条の入札談合罪もこの法律によって導入されたものである。確かに、ドイツ刑法 299 条と 300 条は汚職に関する規定となっているが、入札談合罪はこれとは毛色を異にしており、腐敗撲滅法と訳することとした。

⁸³⁰) Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 973, Langen/Bunte, (Fn. 814), S. 1233, Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 2160 ff.

⁸³¹) Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 973, Langen/Bunte, (Fn. 814), S. 1233, Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 2161 ff.

⁸³²) カルテル秩序違反事案については、上級地方裁判所のカルテル部 (Kartellsenat des Oberlandesgerichts)、刑事事件については刑事裁判所 (Strafgerichts) に管轄があるところ、両者が別々に証拠調べを行って別々の判断を下すことは訴訟経済の観点から問題だとする見解や、カルテル官庁において刑事事件の判断に関わることには批判もなされているようである。Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 974, Langen/Bunte, (Fn. 814), S. 1235, Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 2167 ff.

行政調査手続というものの存在を前提とした議論でもあった。

しかし、ドイツ競争当局の手続をみると、行政手続について刑事手続と比べ手続保障を簡素化しても構わないというような議論は見当たらない。そうすると、ドイツ競争当局の手続における手続保障はどのようになっているのか、どうして、我が国のようなファイアーウォールを設けるといふ議論がドイツには存在していないのかという疑問が生ずることとなる。

以下においては、ドイツ競争当局の手続のうち、まず、令状主義に関連する事項について検討を加えることとする。

第2款 令状主義に関する諸問題

前述したように、令状主義というものは、もともと英米法系の国々で発達したものであり、そのためもあって、ドイツ法と令状主義の関係について論じられることは必ずしも多くないように思われるが⁸³³、ドイツ競争当局の手続においても、当局による一般探索的・捜査的調査からプライバシーを保護するための手続、あるいは、当局の権限濫用に対する司法的抑制のための手続というものが存在しており、そこに令状主義をめぐって交わされる議論とのアナロジーを見出すことができる。

GWB59条1項3号は、カルテル官庁が、通常の営業時間内において (innerhalb der üblichen Geschäftszeiten)、事業者あるいは事業者団体の入居する建物に立ち入って業務にかかる証拠資料 (geschäftlichen Unterlagen) を検査できると規定しており、同法3項は、カルテル官庁の係官に当該事業所に立ち入って検査を実施する権限を与え、その限りにおいて、ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland、以下、「GG」という。)⁸³⁴が保障する住居の不可侵というものが制限されると規定している。

つまり、GWBが事業所に対する立入検査を実施することによって住居の不可侵が制限されるとわざわざ規定していることから明らかなとおり、GGにいう住居という概念には事業所領域も含まれていることが分かる。

なお、この住居概念については、ドイツにおいては、古くから事業所領域をも含めて考えることが通説となってきたようであり⁸³⁵、連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) の判例⁸³⁶もこれを認めるところとなっている。

このGGは、我が国でいうところの憲法に相当するものであるが、プライバシー保護を本

⁸³³ 森口佳樹「ボン基本法十三条と行政手続への適用について―判例の展開を中心に」阪大法学 40 巻 1 号 (1990)、131 頁～157 頁、同「行政手続におけるボン基本法一三条の意義について―学説の展開を中心に」阪大法学 41 巻 1 号 (1991)、215 頁～242 頁、同「ドイツ裁判官留保制度 (ボン基本法一三条) の最近の動向について―執行捜索の分野を中心に―」阪大法学 43 巻 2・3 号下巻 (1993)、1079 頁～1095 頁参照。

⁸³⁴ GG13 条の一般的理解については、コンラート・ヘッセ『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂、2006 年)、初宿正典、赤坂幸一訳、243 頁～245 頁、高田敏、初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第 5 版』(信山社、2007)、219 頁 (初宿正典訳) 参照。

⁸³⁵ 森口・前掲註 822) 139 頁。

⁸³⁶ BVerfG, Beschluß vom 13. Oktober 1971, BVerfG 32, S. 54 ff.

旨とする令状主義との関係については、13 条各項⁸³⁷⁾に住居の不可侵を保障した規定が置かれている。

すなわち、GG13 条 1 項においては、住居 (Wohnung) は不可侵 (unverletzlich) である旨規定されており、同 2 項は、搜索は裁判官によってのみ命ぜられるとしている。ただ、危険が切迫しているような場合には、法律によって定められた機関の命令により、かつ、法律の定める形式によってこれを行うことができると定められている。

そして、この GG13 条の規定に沿った形で、GWB59 条 4 項は、搜索は、管轄する裁判所の裁判官が発する命令によってのみ行うことができると規定しており、ただ、前述したように、遅滞の危険 (Gefahr im Verzuge) が認められる状況下においては、営業時間内に管轄する裁判所の裁判官の命令によらないでも搜索を実施することができると規定しているのである。

そこで、そもそも行政調査手続への GG の適用はあるのか、GWB59 条 4 項にいう搜索及び遅滞の危険の意義は何かといったところが問題となってくるが、このうち、まず、GG の行政手続への適用については、1967 年の連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgerichts) の判決⁸³⁸⁾によっても認められているところであり、現在では、学説においても、これに異論を差し挟む見解はほとんどないようである⁸³⁹⁾。

また、行政機関による立入検査と GG13 条の関係については、前に少し触れた連邦憲法裁判所判決⁸⁴⁰⁾において判断が示されており、連邦憲法裁判所は、事業所に対する立入検査というものは、住居の平穏を必ずしも害するものではないとし、狭義の住居と事業所を区別して手続保障の程度に差異を設ける考え方を示した上、違憲判断の基準として、当該行政機関に対して法律が立入権限を与えているかどうか、立入検査が行政目的に照らし必要なものであるかどうか、立入検査の目的、対象が明確にされているかどうか、通常の営業時間内において立入検査が行われているかどうかという 4 つの基準を示したのである⁸⁴¹⁾。

確かに、GWB の規定をみると、GWB59 条 1 項は、カルテル官庁に対し立入検査権限を与えており、また、そこでは検査の必要性 (Erforderlichkeit)⁸⁴²⁾が求められ、しかも、同条 7 項は、搜索の決定においてその法的根拠、対象及び目的を明らかにしなければならないと

⁸³⁷⁾ GG13 条は、1998 年 3 月の第 45 回基本法改正法律によって従前の 3 項が第 7 項とされ、第 3 項から第 6 項までが新たに加えられた。GG13 条 3 項は、特に重大な罪を犯した嫌疑がある場合、搜索が他の方法では立ち行かなくなる場合、裁判官の命令によって、聴覚的に監視する技術的手段を講じることが許されるとし、いわゆる通信傍受について規定する。しかも、その裁判官の命令は、3 名の裁判官の合議体によって下されるとし、その措置には期限を付けるとし、当局による濫用を警戒した規定ぶりとなっている。また、GG13 条 4 項は、公共の安全に対する急迫の危険を防止するためにとられる住居の監視は裁判官の命令によってのみ講じることができると規定し、同 5 項は、住居を監視する技術的手段がもたら住居内にいる人々を保護するために予定されている場合には、法律に定められた機関によってこれを命じることができるとし、それは適法性が裁判官によって確認されている場合のみ許されるとしている。しかも、GG13 条 6 項により連邦政府は、これらの措置をとったことを連邦議会に報告する義務があるとされている。

⁸³⁸⁾ BVerwGE, Urteil vom 12. Dezember 1967, BVerwGE 28, S. 285 ff.

⁸³⁹⁾ 森口・前掲註 822) 134 頁～135 頁参照。

⁸⁴⁰⁾ BVerfG, Beschluß vom 13. Oktober 1971, BVerfG 32, S. 54 ff.

⁸⁴¹⁾ 森口・前掲註 822) 140 頁参照。

⁸⁴²⁾ Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 863.

している。その上、GWB59 条 1 項 3 号は、通常の営業時間内に調査を行うことを求めており、以上のことから、それが連邦憲法裁判所のいう基準に合致したものであることがよく分かるが、そこでは、我が国の独占禁止法上に欠落している部分、すなわち、当局による一般探索的・渉獵的な調査からプライバシーを保護しようという姿勢が濃く示されているように思われる。

その他、この連邦憲法裁判所判決の以外においても、本論文のテーマとの関係で興味深い判断が示されており、たとえば、連邦行政裁判所の決定⁸⁴³においては、住居部分と事業所部分が一体となっている場所に対する立入検査について、裁判所が発する命令が必要であるとする判断が示されており、また、出入り自由でない(unzugänglich)事業所領域への立入検査については、特別な手続的配慮⁸⁴⁴を要するという判決⁸⁴⁵も存在している。そして、これらのドイツの裁判所において示された判断というものは、我が国の独占禁止法上の手続の在り方に重要な示唆を与えるものであるように思われる。

すなわち、アメリカ法やイギリス法の検討においてもほぼ同じ結論が導き出されたわけであるが、令状主義との関係で行政当局の調査手続に求められていること、それは、何よりも当局による一般探索的・渉獵的な調査からプライバシーを保護することであり、そのような手続保障の要請と、立入検査の実効性を確保し、実体的真実の発見に資するという要請とのバランスを考えると、狭義の住居と事業所領域を区別して前者には特別な保護を与えるのが妥当であり、また、事業所領域であっても公開性のない部分への調査については、別途、手続的配慮をする必要があるということが導き出される。

では、GWB59 条 4 項にいう搜索とはどのようなものなのであろうか。すなわち、カルテル官庁には GWB59 条 1 項によって検査を実施する権限が認められており、その検査手続と搜索との関係が問題となるが、このことについては、同 4 項の搜索が同 1 項の検査を補足するための検査(Nachprüfung)であると位置付けられているようで⁸⁴⁶、たとえば、GWB81 条 2 項 6 号にあるように、同法 59 条 2 項で求められた証拠資料を提出しなかったような場合に実施されるものであるとのことである。

しかも、GWB の手続における搜索は、GG13 条において求められている裁判官の命令だけでなく、連邦カルテル庁の場合であれば、GWB59 条 7 項により、連邦カルテル庁長官の承認の下での決定が必要だとされ、その決定においては、前述したように、日時、法的根拠、対象及び目的が明らかにされなければならないとされている。

ただ、遅滞の危険が存在する場合には、例外的に裁判官の命令がなくても検察当局等が搜索できるとされており、また、この遅滞の危険の解釈については、検察実務においては

⁸⁴³) BVerwG, Beschluß vom 5. May 1986, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1986, S. 831.

⁸⁴⁴) 事業主は、公開性のない領域に立入ることを誰が決定し、いかなる者がどのような目的で立入るのかを知る権利があるとし、立入前の告知、立入り範囲の限定、身分の証明が必要だとしている。森口・前掲註 820 148 頁～149 頁参照。

⁸⁴⁵) BVerwG, Urteil vom 5. November 1987, Deutsches Verwaltungs Blatt (DVB) 1. Mai 1988, S. 440 ff.

⁸⁴⁶) Loewenheim / Messen / Riesenkampf, (Fn. 814), S. 863, Langen / Bunte, (Fn. 814), S. 1066.

広く解釈され、裁判官の命令によらない例外的運用の方がむしろ通常となっている実態が存在するようで⁸⁴⁷、近年、このような状況に警鐘を鳴らす連邦憲法裁判所の判決⁸⁴⁸も下されており、カルテル官庁における運用もこのことが懸念される。

しかし、カルテル官庁における手続においては、厳格な運用がなされているようであり、たとえば、遅滞の危険が存在するというためには、現実に差し迫った状況が存在する必要があると解されており⁸⁴⁹、しかも、GWB59条4項の規定によって、捜索における顛末を記録しなければならず、また、差し迫った状況があったということの後でカルテル官庁において立証しなければならないことにもなっていて、容易には検察実務のような運用はできないような仕組みになっている。

なお、この捜索というものは、人物に対して行うことは許されておらず、あくまで事業所領域に対して行われるものであることには留意が必要である⁸⁵⁰。

では、次に、ドイツ競争当局の調査手続における黙秘権・自己負罪拒否特権に関わる点について検討を加えることとする。

第3款 黙秘権・自己負罪拒否特権に関する諸問題

黙秘権・自己負罪拒否特権については、令状主義と同様に、ドイツ競争当局の手続との関係で議論されることは必ずしも多くはないが、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障については、それに類似した回答拒絶権に関する明文規定がGWBに存在しており、カルテル官庁の調査手続においてもその保障が及ぶことが明らかにされている。

GWB59条5項は、情報提供義務を負う者がかかる情報を提供することによって自分自身、あるいは民事訴訟法383条1項1号ないし3号に該当する親族が刑事訴追あるいは秩序違反の責任を問われるそれがある場合に、当局による質問に対して回答を拒否することができる」と規定している。

民事訴訟法383条は、民事訴訟における証言拒絶権(Zeugnisverweigerung)一般について規定したものであり、そこには、たとえば、聖職者に対して打ち明けたことなども拒絶事由1つとして挙げられているが、GWBはそのうち一定の親族関係にある者⁸⁵¹との関係について回答拒絶権を認めている。

また、このGWB59条5項にある情報提供義務を負う者とは、立入検査を受忍する義務を負う同条2項に列記された者らを指すと解されており⁸⁵²、たとえば、事業主(Inhaber der

⁸⁴⁷ 森口・前掲註822) 98頁～99頁参照。

⁸⁴⁸ BVerfG, Ueteil vom 20. Februar 2001, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, S. 1121 ff.

⁸⁴⁹ Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 1693.

⁸⁵⁰ Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 1694.

⁸⁵¹ たとえば、配偶者(Ehegatte)、婚約者(Verlobte)、3親等内の親戚(Verwandt)、2親等内の姻戚(Verschwägert)がこれに該当する親族となっている。

⁸⁵² Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 862, Langen/Bunte, (Fn. 814), S. 1061 ff., Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 1688 ff.

Unternehmen)であるとか事業者の代表(Vertretung)はその対象となる。

ただ、このような回答拒絶権の主張によって許されているのは、あくまで GWB59 条 5 項が示すような場合に、当局の質問に対する回答を拒否することができるとするものであり、同条 2 項が義務付けている証拠資料の提出を拒む権利を与えるものではないと解されている⁸⁵³。

とはいえ、刑事手続への連動可能性が一般的か、という基準によって手続保障の範囲を判断し、その結果、いわゆる純粋な行政調査手続には極めて限定的にしか手続保障を及ぼさなくなってしまう我が国の現状とは比べものにならないほど手厚い手続保障となっており、このようなドイツの手続の現状は、刑事手続への連動性と手続保障の関連付けに固執することの是非というものを考えさせるものである。

ところで、しばしば *nemo tenetur se ipsum accusare* と記されるこの黙秘権・自己負罪拒否特権は、ドイツにおいては、GG によって保障される憲法上の権利だとされており、GWB59 条 5 項はこれを受けて規定されたものだと言われている⁸⁵⁴。

GG1 条 1 項は、人間の尊厳(Würde des Menschen)は不可侵であり、これを尊重することは国の責務であると規定しており、続く同法 2 条 1 項は、他人の権利を侵害せず、憲法秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、何人も自己の人格(seiner Persönlichkeit)を自由に発展させる権利があると規定している⁸⁵⁵。

そして、これら 2 つの GG の規定が黙秘権・自己負罪拒否特権を根拠付けているとされており⁸⁵⁶、連邦憲法裁判所は⁸⁵⁷、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障(Schutz gegen Selbstbezeichnungen)というものは、刑事法上(strafrechtliche)及びそれに匹敵するような手続に限られたものではなく、民事訴訟(Zivilprozeß)やそれに相当する手続にも及ぶものだとし、確立された法的伝統(bewährter Rechtsstradition)に照らして、GG2 条 1 項は、国家の介入(Staatliche Eingriffe)に対する防御権(Abwehrrecht)を保障しているとの判断を示している⁸⁵⁸。

つまり、ドイツにおいては、黙秘権・自己負罪拒否特権を人格権(Persönlichkeitsrecht)⁸⁵⁹の一つとして位置付けており、それは、刑事手続以外の手続においても等しく及ぶものとされ、そこには手続の一般的性質がどうかなどという議論は混入していない。

ところで、OWiG46 条 2 項は、行政官庁による秩序違反行為の調査手続において、その訴追官庁(Verfolgungsbehörde)たる行政官庁には、特別の規定が存しない限り、過料手続について、検察庁による犯罪行為の訴追と同等の権利と義務(dieselben rechte und

⁸⁵³) Langen/Bunte (Fn. 814), S.1062.

⁸⁵⁴) Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814) S.1688 ff.

⁸⁵⁵) 高田ほか・前掲註 834) 213 頁(初宿正典訳)参照。

⁸⁵⁶) BVerfG, Beschluß vom 26. Februar 1997, BVerfG 95, S.220 ff.

⁸⁵⁷) BVerfG, Beschluß vom 13. Januar 1981, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1981, S.1431 ff.

⁸⁵⁸) See George Cumming, Brad Spitz and Ruth Janal, supra note 795, pp.250-251.

⁸⁵⁹) 人格権とは、各人の人格に本質的な生命、身体、健康、精神及び生活といったことに関する利益の総体を指すと説明される。芦部・前掲註 110) 120 頁参照。

pflichten) を負担すると規定している。また、OWiG46 条 1 項は、行政官庁による秩序違反行為の調査手続において、広く刑事訴訟法 (Strafprozeßordnung, 以下、「StPO」という。) の規定が準用されることを明らかにしているが⁸⁶⁰、このように、刑事手続と秩序違反手続の間に手続保障レベルの差異が設けられていないからこそ、ドイツにおいては、いわゆるファイアーウォールについて議論する必要がないのかもしれない。

もちろん、カルテル秩序違反の調査に従事するカルテル官庁の手続においても、被疑者には、刑事手続と同等の権利保障がなされることになるが、そうすると、捜査段階における被疑者に対する黙秘権・自己負罪拒否特権の告知について規定する StPO136 条 1 項が準用されると考えられる。そして、このような黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を欠く供述証拠については、刑事手続との関係で連邦憲法裁判所はその証拠能力が失われるとの判断を示しているが⁸⁶¹、そうだとすると、カルテル官庁の手続においても、回答拒絶権の告知が必要であり、これを欠いて収集された供述証拠というものは、その証拠能力が失われることになりそうである。

ところで、カルテル官庁には、OWiG30 条 1 項により、カルテル秩序違反を犯した法人たる事業者や人的結合体 (Personenvereinigungen) たる事業者団体に対して過料を課す権限が与えられているが、前述したように、GWB59 条 5 項は、刑事責任を問われるおそれのある場合だけではなく、秩序違反の責任を問われるおそれがある場合にもこれを主張できるとしている。

また、この GWB59 条 5 項により権利を主張できるのは、同条 2 項にいう情報提供義務を負う者らであると解されており、同項は、事業主や代表者のほか、法人の場合には、代理人等が証拠資料を提供する義務があるとされている。

その他、OWiG9 条や StGB14 条に規定されている他人のための行為 (Handeln für einen anderen) をする者、たとえば、法人からその経営について委任を受けた者や、OWiG130 条によって監督義務違反の責任を問われるおそれのある管理者的地位にある者もここに含まれると考えられる⁸⁶²。

そこで、そもそも法人に GWB59 条 5 項で保障された回答拒絶権が認められるのか、仮にそれが認められないのとするならば、法人の代表者や機関に回答拒絶権の主張を許すことは実質的に法人にそれを認めることと変わらないのではないかといった疑問が生ずることになる。

また、このことと関連して、GG19 条 3 項には、基本権 (Grundrechte) が一定の範囲において法人に適用されるとの規定がなされており、この疑問は、GG との関係でも問題となりうるものであるが、このような法人の基本権享有主体性については、連邦憲法裁判所によっ

⁸⁶⁰ 田口・前掲註 813) 172 頁参照。

⁸⁶¹ BGH, Beschluß vom 27. Februar 1992, BGHSt 38, S. 214 ff.

⁸⁶² Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814) S. 1689.

て判断が示されており⁸⁶³、そこでは、人間の尊厳(Menschenwürde)や個人の意思(Willen)にかかわる刑事手続上の黙秘権・自己負罪拒否特権を法人に認めることはできないとの判断が示されている。

なるほど、いわゆる法人処罰が認められていないドイツにおいては、法人による秩序違反行為についても、法人自身の行為として捉えるのではなく、個人の行為を通じてなされた違反の効果が法人に帰属すると構成されている。すなわち、OWiG30 条による法人に対する制裁は、事業主や代表者といった管理者的地位にあるものによって法人等に帰属可能な違反行為が行われ、これによって法人等に課された義務が侵害され、あるいは、当該法人等が利得することとなるような場合に課されることとなっているのである⁸⁶⁴。

そこで、ドイツ競争当局の手續については、法人自体が回答拒絶権を主張することができないことを前提として、事業主や代表者といった法人の管理者的地位にある者が GWB59 条 5 項に基づき回答拒絶権を主張することの如何が議論され、このことについて法人の代表者(Vertreter)や機関(Organe)を法人と一体的にみて、これらの者には回答拒絶権の主張は許されないとする主張もなされている⁸⁶⁵。

しかし、仮にこのような主張を前提とすると、ドイツの企業に対して欧州共同体司法裁判所によって判断が示された前述の Orkem 判決及び Mannesmannröhren-Werke 判決との関係をどう理解するのかという疑問が生ずることになる。

すなわち、前述したように、Orkem 判決においては、当局側が挙証責任を負っている違反事実の存在の一部を認容する回答を事業者に強制することは許されないと判断が示されている。また、後の Mannesmannröhren-Werke 判決においても、絶対的な黙秘権を事業者に認めることは、事業者の防御権保護のため必要な範囲を超えるものであり、当局の職務執行に障害を及ぼすものであるとしながらも、事業者には、当局が挙証責任を負う違反事実の認容を強制されない限りにおいて黙秘権・自己負罪拒否特権があるとの判断が示されていることとの関係が疑問となる。

確かに、この Orkem 判決や Mannesmannröhren-Werke 判決は、欧州委員会による調査手續との関係で示された欧州共同体司法裁判所の判断であり、ドイツの国内法である GWB との関係で示されたものではないが、GWB50 条は、連邦カルテル庁と州の最上級官庁が欧州共同体設立条約 81 条及び 82 条を適用するカルテル官庁である旨規定されており、前述のような見解を前提とすると、欧州共同設立条約と国内法との間で手續保障にアンバランスが生ずることになってしまうように思われる。

私見としては、手續保障と競争政策の実効性確保という両者のバランスをとった欧州共同体司法裁判所の判断が優れていると考えているが、いずれにせよ、このような議論は、事業者を主体とする競争制限行為を取り締まる中において、個人の責任というものを捉え

⁸⁶³) BVerfG, Beschluß vom 26. Februar 1997, BVerfG 95, S. 220 ff.

⁸⁶⁴) Lothar Senge (Fn. 818), S. 487 ff., 神例・前掲註 827) 117 頁~127 頁参照。

⁸⁶⁵) Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814) S. 1689.

ることの難しさ、ひいては、個人の責任を出発点とする刑事手続と併存することの難しさというものを改めて感じさせるものである。

では、次に、ドイツ競争当局における刑事的エンフォースメントの歴史の変遷と現状について検討を加えることとする。

第2節 ドイツ競争当局における刑事的エンフォースメントの歴史の変遷と現状

ドイツにおいては、競争制限行為に対する制裁として長年にわたり刑罰を利用してこなかった歴史があることから、一般に、この国が競争制限行為に対して刑事罰を科す国であるという印象は薄いと思われるが、その歴史を振り返ってみると、GWBが制定される以前に存在していた競争制限行為を規制する法令の中に、刑事罰規定が置かれていたことに気付く⁸⁶⁶。

すなわち、ドイツにおけるはじめての競争阻害行為を規制する法令としては、1923年11月2日に施行された経済力濫用防止令(Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, 以下、「カルテル令」という。)があるが、そこには罰則として刑事罰が設けられていた。

しかし、その罰則は、カルテル令に基づく規制を無視した場合、あるいは、カルテル令に基づく権限行使を妨害しようとした場合に適用されることになっており、それは、一定のカルテル行為自体に対し刑罰を科す規定ではなく、カルテル令の執行を担保するためのものであった。

そもそも、このカルテル令は、カルテルの濫用を規制する法令であって、カルテルの存在自体を否定するものではなかったから⁸⁶⁷、カルテル令がカルテル行為自体に対して刑事罰を設けなかったのはむしろ当然であるといえるが、いずれにせよ、このようにカルテル行為の存在自体を否定しないかつてのドイツの姿というものは、悪い談合と良い談合という考えを捨て切れない我が国の姿勢にも通ずるところがあるように思われる。

ドイツにおいては、19世紀末ごろ盛んにカルテルが形成され、裁判所もこれを追認していたため⁸⁶⁸、カルテルの数は増大の一途を辿っていたが、経済の発展とともに次第にカルテルの弊害が指摘されるようになり、第1次世界大戦前の時点では、既に立法府においてカルテル規制を立法化しようという動きが生じていた。

⁸⁶⁶ ドイツ競争法歴史に関しては、山田・前掲註802) 271頁～272頁、正田・前掲註802) 83頁～85頁を参照したほか、詳細については、高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』(三省堂、1997年)12頁～257頁、近藤充代「ワイマール・ドイツにおけるカルテル規制—カルテル令の性格をめぐって—」東京都立大学法学会雑誌27巻1号(1986)395頁～450頁、同「カルテルによる力の濫用とその規制—ワイマール・ドイツのカルテル令九条論—」東京都立大学法学会雑誌29巻1号(1988)265頁～333頁参照。

⁸⁶⁷ カルテル令は、カルテルそのものを禁止するのではなく、カルテルが「全体経済(Gesamtwirtschaft)または公共の福祉(Gemeinwohl)を危険ならしめるとき」など一定の要件を満たす場合に、カルテル契約の無効が当局によって宣言されるという仕組みになっていた。近藤・前掲註866) 410頁～411頁参照。

⁸⁶⁸ ザクセン・パルプ製造者連盟という事業者団体が当該連盟を経由せずに工場に対して直接製品を販売した業者に対し違約金の支払いを求め、これに対し当該業者は、「営業の自由」を理由にこれを行なって争ったが、裁判所は、1897年の判決の中で連盟側の主張を認容したとのことである。山田・前掲註802) 271頁、高橋・前掲註866) 13頁参照。

しかし、結局その時点では、カルテル規制の立法化には至らず、逆に、その後に勃発した第 1 次世界大戦時においては、政府主導の統制経済の中でカルテルが利用され、一定の業種について強制的にシンジケートが設立されるなどむしろ競争を減殺させる政策がとられるようになった⁸⁶⁹。

その後、ドイツが第 1 次世界大戦に敗れ、ワイマール体制が樹立されたが、そのころドイツは、巨額の賠償金負担を抱え、国内には激しいインフレーションの嵐が吹き荒れていた。そして、このインフレーションを加速させる原因の 1 つとしてカルテルの存在が指摘され、それがカルテル令立法の契機となったようである⁸⁷⁰。

そして、1929 年に始まった世界大恐慌を経て、1932 年に発布された大統領令 (Verordnung des Reichspräsidenten über Massnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung vom 14 Juni 1932.) によりカルテル令はその一部が改正され⁸⁷¹、さらに、ナチス政権下の 1933 年に施行されたカルテル令を改正する法律 (Gesetz über Änderung der Kartellverordnung) により再び改正がなされたが、これら一連の改正によって罰則規定に手が加えられることはなく、結局、カルテル令の刑事罰規定は第 2 次世界大戦敗戦時まで維持されることとなった⁸⁷²。

その後、第 2 次世界大戦敗戦後のドイツにおいては、1945 年のポツダム協定に基づく占領軍による占領統治が展開され、このうち、ソ連の占領地域は別として、米英仏の占領地区については、その経済政策の一環として、ナチス政権下の軍国主義を支えた石炭産業や鉄鋼産業などのカルテルを解体し、過度の経済力集中を排除しようという政策が展開されていった⁸⁷³。

このうち、アメリカの占領地区に対しては、1947 年 2 月に公布された軍政府法 56 号 (Mil-Reg-Ges. Nr. 56, Verbot der übermäßigen Konzentration Deutscher Wirtschaftskraft) という法律、イギリス占領地区については、軍政府条例 78 号 (VO. Nr. 78, Verbot der übermäßigen Konzentration Deutscher Wirtschaftskraft) という条例がそれぞれ適用され、フランス占領地区については、軍政府条例 96 号 (VO. Nr. 96, Zur Verhinderung übermäßigen Machtanhäufung in deutschen Wirtschaft) という条令によって競争政策が展開されていた。

そして、競争政策の執行機関として、米英統合経済地区については、二国カルテル禁止委員会 (Bipartite Decartelization Commission) という組織、フランスの占領地区については、ドイツ経済力集中排除委員会 (Commission de Déconcentration de l' Economie Allemande) という組織が設置されたが、1949 年の連合国高等弁務官会議においてこれら委員会の統合が決定され、それ以後については、カルテル禁止及び産業集中排除グループ (Decartelization and Industrial Deconcentration Group, 以下、「DIDEG」という。) と

⁸⁶⁹) 近藤・前掲註 866) 402 頁参照。

⁸⁷⁰) 高橋・前掲註 866) 14 頁参照。

⁸⁷¹) 近藤・前掲註 866) 443 頁参照。

⁸⁷²) 近藤・前掲註 866) 444 頁～445 頁参照。

⁸⁷³) 高橋・前掲註 866) 20 頁～26 頁参照。

いう組織が統一的執行機関となった⁸⁷⁴。

この DIDEG による手続は、まず、該当するすべての事業者及び事業者団体に自己の参加するカルテル協定ないしカルテル団体についての報告義務を課し、その報告内容を DIDEG が精査するという方法で進められ、一定の手続を経て違反事実の存在が認定された場合には、差止命令などの行政処分が下されることになっていた。

そして、この差止命令に従わなかったり回避したりする者に対しては、刑事罰が科されることになっており、カルテル令と同じように、執行を担保するための刑事罰が用意されていた。ただ、その法定刑は、10 年以下の禁固または 20 万マルク以下の罰金という非常に重いものであった。

このような占領軍による急激な競争政策の展開は、ドイツ人には必ずしも素直に受け入れられるものではなかったようで、1949 年当時、アメリカ占領地区の軍政府法 56 号の運用状況について調査に当たった司法省の担当者は、自由競争経済の概念 (concept of a free competitive economy) に基づき軍政府法 56 号によって非カルテル化 (decartelization program) を進めようとした試みは、ドイツの伝統や実務にとって異質なものであったため、ドイツ人の支持を得ることはできず、そのほかいくつかの理由によって失敗したと過去を振り返っている⁸⁷⁵。これは、アメリカがもたらした独占禁止法について、我が国の国民が拒否反応を示したとされることに通ずるところがあるのかもしれない⁸⁷⁶。

そして、このような占領軍による統治が進められる中、1947 年からは、GWB 草案の立案作業が開始され、合計 17 もの草案が起案された末、1952 年になってようやく最終法案が完成し議会に提出されたが、それからさらに議会における審議に長時間を費やされ、1957 年 7 月にやっと GWB は成立したのである。

このような一連の GWB の立案過程においては、オールド自由主義⁸⁷⁷に基礎を置いた厳格ないわゆるヨーステン草案が提出され、一旦は廃案となったりもしたが、結局は GWB の最終法案においてこの厳格なヨーステン草案が基礎とされ、適用除外のほとんどないカルテル禁止の原則が貫かれることとなったのである。

この GWB 最終法案提出後の審議においては、カルテル原則禁止の如何が議論の中心となり、議会における審議の結果、企業結合規制が緩和され、広範な適用除外が設けられるなどの修正が加えられたが、競争制限行為を秩序違反として取り扱うこと自体について政府原案が修正されることはなかった。

また、GWB の最終法案には、2 部構成の理由書が付され、その第 2 部にエンフォースメン

⁸⁷⁴) 高橋・前掲註 866) 34 頁～35 頁参照。

⁸⁷⁵) See John C. Stedman, The German Decartelization Program—The Law in Repose, The University of Chicago Law Review, Vol. 17, No. 3, 1950, pp. 450–452.

⁸⁷⁶) 谷原修身「独禁法の執行・実施をめぐる体系論」日本経済法学会編『経済法講座 3 独禁法の理論と展開 (2)』(三省堂, 2002 年) 226 頁～227 頁参照。

⁸⁷⁷) オールド自由主義とは、フライブルグ学派などと呼ばれるもので、市場経済は自由放任では維持することはできず、競争は私的自治による制限から保護されなければならない、それは国家の任務であるとする考えを基礎とする思想のことである。小西・前掲註 809) 197 頁～199 頁参照。

トに関する解説がなされていた。そこでは、制度設計の1つとして刑事罰を科すこと、あるいは、秩序違反との混合形式にすることも考えられたが、敢えて秩序違反のみとしたとされている。その理由としては、ドイツにおいては、競争制限行為が倫理的道義的非難に値するとの認識が浸透しておらず、学説などにおいても刑事罰の導入に慎重な見解がみられ、カルテル令においても、カルテルの濫用のみが規制対象とされてきたという歴史的事実を挙げており、このような状況下で刑罰規定をGWBに盛り込むことは妥当でないと結論付けている⁸⁷⁸。

ただ、将来的には競争制限行為に対して刑罰を科すことに国民の理解が得られ、GWBに刑事罰を導入するときにやってくるであろうとの展望も示されており、秩序違反に一本化するか、あるいは刑事罰を導入するかをめぐって紆余曲折があったことが窺われる。

確かに、StGB298条への入札談合罪の導入についても、結論が出るまで数十年という長い年月がかかっており、このことから容易に想像できることであるが、ドイツにおいては、学界だけでなく業界、政界、官界においても、カルテル行為についてアメリカ流に法人と自然人に対し刑罰を科すべきだとするグループとドイツの伝統的な考えに従い行政処分によって対処すべきだとするグループが激しく対立していたようである⁸⁷⁹。

このようなドイツの歴史から示唆されるのは、GWB草案の理由書にもあるように、刑事的エンフォースメントには、政府が先行して価値判断を押し付けるのではなく、国民が当該行為に対し倫理的道義的非難を加えることに納得しているかという視点の必要性である。残念ながら我が国においては、独占禁止法上の刑事的エンフォースメントをめぐってこの点について議論が尽くされているとは思われないが、我が国においてもこのような視点が求められているように思われる。

第3節 小括

以上、ドイツ競争当局における手続を検討してきたが、ここからはいくつもの示唆が得られたと思われる。その中でも、特に、カルテル官庁の調査手続における手続保障の在り方やカルテル官庁と検察当局との関係というものは、我が国にとって重要な示唆を与えるものであったように思われる。

まず、手続保障との関係であるが、連邦カルテル庁の手続においては、自らの決定により様々な調査を実施できるとされているが、その決定においては、立入検査の場合、検査の日時、法的根拠、対象及び目的が明らかにされなければならないとされ、報告依頼についても、決定によりその法的根拠、検査の対象、目的を明らかにしなければならないとされている。つまり、当局による一般探索的・渉獵的な調査に一定の歯止めがかかるような制度設計となっているのである。

⁸⁷⁸) 高橋・前掲註866) 169頁～171頁参照。

⁸⁷⁹) 神山・前掲註5) 321頁参照。

一方、我が国の公正取引委員会の手続においては、自らの決定により行政調査手続あるいは犯則調査手続を開始することができるという点では共通するものの、そこでは検査の開始が決められるだけであり、具体的に、いつどのような形で検査を展開していくかは現場の裁量となっている。

特に、いわゆる純粋な行政部門による立入検査においては、その対象が特定されることなく、また、個人宅やプライベートな空間に対する検査について特別な配慮をする手続も存在せず、しかも立入検査を実施する時間に何ら制約がないことになっていて、当局による一般探索的・渉獵的調査に歯止めをかけることができず問題があるが、この意味で、ドイツの手続は良き手本となるように思われる。

もちろん、ドイツにおいても、検査の実効性を担保するべく事業主や法人の代表者といった一定の身分を有する者については、立入検査を受忍し、カルテル官庁の係官の求める情報ないし証拠資料を提出する義務が課されており、そのような義務を履行しない者には罰則の適用があることになっているが、その場合であっても、自分自身又は一定の親族が刑事訴追を受け、あるいは秩序違反の責任を問われるおそれがある場合には、質問に対する回答を拒否することができるかと規定されている。

これは、我が国の独占禁止法が、検査を拒み、妨げ、忌避したり、質問に対して虚偽の陳述をし、あるいは陳述しなかったりした場合に罰則を科すとしても、本人自らが刑事責任を問われるような場合にはこれを拒否できるとする制度設計もありうることを示唆しているように思われ、立法論としては、我が国の独占禁止法の手続においても、GWB59条5項のような規定が設けられることが望ましいと思われる。

また、カルテル官庁と検察庁との関係についてであるが、前述したように、ドイツにおいては、OWiG21条1項により、同一の行為が犯罪行為と同時に秩序違反行為にも該当する場合には、刑法が優先して適用されることとなっており、逆に、同法21条2項により、刑罰が科されない場合には、秩序違反として制裁を課することができるかとされている。

また、一般の行政官庁の場合には、行政調査の過程で犯罪事実が発覚した場合には、OWiG41条1項により、原則として、当該事件を検察庁に送付しなければならないこととなっており、逆に、検察庁が送致を受けた事件について刑事手続を開始しない場合には、同条2項規定によって、当該事件を行政官庁に差し戻すことが原則となっている。

ただ、カルテル官庁については特別な取り扱いとなっており、GWB82条によって、GWB81条1項、同2項1号、及び同3項の構成要件にも該当する犯罪行為、あるいは、OWiG130条に違反する故意又は過失による秩序違反行為について排他的なエンフォースメントの選択に関する裁量権限が与えられている。

それは、複雑化した経済社会の中で競争政策を実践するためには、多くの選択肢の中から相応しいエンフォースメントの選択し、それを統一的に実践できるようなシステムの必要性を示唆するものであると思われるが、この意味で、我が国の独占禁止法において公正取引委員会に与えられている専属告発権限というものは極めて重要なのだと考えられ、専

属告発権限の意義を希釈化させるような検察主導の実務運用には重大な問題があるように思われる。

その他、前述したように、カルテル官庁と検察当局との協力関係についてドイツ連邦司法省のガイドラインは、両者ができるだけ早い段階で協力することによって不必要な仕事の重複を回避し、相矛盾する決定が下される危険を減少させるとし、互いの情報提供義務についても定めていたが、そこに我が国にあるとされるいわゆるファイアーウォールの発想が存在しない。

すなわち、我が国の独占禁止法上の手続においては、刑事手続に耐えうるだけの手続保障が施されているとされる犯則調査手続と、それとは別に刑事手続に通用するほどの手続保障は必要ないとされるいわゆる純粋な行政調査手続を併存させ、手続保障が十分でない証拠資料の混入を防ぐ意味でファイアーウォールが必要だとしてきたが、そもそも手続保障を全体として充実させればファイアーウォールは必要ないのだということにドイツの手続は気付かせてくれるように思われる。

それでは、次に項を改め、これまで比較法的検討を加えたアメリカ法、イギリス法及びドイツ法から得られた示唆を踏まえ、それと国内法に関する検討を合わせて何がみえてきたのか、我が国の独占禁止法における犯則調査手続はどうあるべきなのかについて論じていくこととする。

第3編 行政手続と刑事手続が交錯する中での独占禁止法

第1章 競争政策の実践のための手続の独自性の確保

第1節 独占禁止法という法律の性格・特質と手続

独占禁止法1条は、独占禁止法の目的について規定しており、それは、「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」と規定している。

この独占禁止法1条の目的規定は、独占禁止法のその他の規定が何度も改正される中にあって、1947年の制定以来改正されることなく現在に至っている規定であり⁸⁸⁰、独占禁止法の根幹をなす規定であるが、この規定をめぐることは、学説において様々な解釈がなされてきた。

その中で、通説的見解となっているのは、独占禁止法1条にある「公正かつ自由な競争を促進」することこそが独占禁止法の目的であり、「事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め」ること、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」は政策的効用にすぎないと解するものである⁸⁸¹。

最高裁も、一般消費者の受ける利益については、それが法律上保護された利益ではなく、反射的利益に過ぎないとし、通説的見解と軌を一にする判断を示している⁸⁸²が、このような判例・通説に対しては有力説からの批判がなされている。

すなわち、有力説は、民主的な経済秩序の形成するためには、競争政策によって個々の消費者には、選ぶ権利と、その前提としての知らされる権利が保障される必要があり、一般消費者の利益は、単なる競争政策実現の結果的現象ではなく、むしろ競争政策の中核をなすものだとする⁸⁸³。

筆者は、むしろこの有力説の方が通説的見解よりも説得的であると考えているが、それは、特にこの有力説が、民主的な経済秩序の形成のためには、消費者が市場における商品の情報を十分かつ適切に得なければならず、そのような合理的な意思決定が行える環境作

⁸⁸⁰ 根岸＝舟田・前掲註7) 25頁参照。

⁸⁸¹ 金井ほか・前掲註4) 4頁(泉水文雄執筆)参照。

⁸⁸² 最判昭和53.3.14, 民集32巻2号211頁, 判時880号3頁, 判タ360号132頁。

⁸⁸³ 根岸＝舟田・前掲註7) 32頁～34頁参照。

りに独占禁止法が一定の役割を果たすべきとしているところに共感することによる。

それは、本論文が着眼する手続保障の観点からもまさに同じようなことがいえるからである。筆者は、処分を受ける者が合理的な意思決定に基づき防御権を行使するためには、適切かつ十分な情報が与えられることが不可欠であり、たとえば、黙秘権・自己負罪拒否特権の調査の法的根拠や目的、そして、何よりも、どの範囲において調査が行われるのかについて、正確な情報が処分を受ける者に対して明らかにされなければならないと考えている。

ところで、刑事法的な見方によると、法律にある一定の禁止規範には、それによって保護される利益ないし価値が存在しており、それが保護法益だとされる。刑法分野において通説的見解だとされるいわゆる法益侵害説の立場からは、犯罪の処罰根拠は、客観的な法益侵害という犯罪結果、又は結果発生の危険に求めることができると説明される⁸⁸⁴。

また、法益侵害説は、犯罪の処罰根拠を社会倫理の維持に求めることは、多種多様な価値観が許容される個人主義に立脚する我が国の憲法において、特定の道義観念を押し付けることになり許されないとする。そして、倫理規範それ自体に価値があるのではなく、倫理によって守られる価値が、刑罰という制裁によって国家的規模で保護されなければならないほどの共通の利益を有するか、すなわち、法益に相当するかが重要だとされる⁸⁸⁵。また、場当たりの考慮や移ろいやすい処罰感情に犯罪の要件論が左右されることは許されないとし、漠然とした社会倫理なるものの実質を明らかにしてその具体的妥当性が検討されなければならないとする⁸⁸⁶。

一方、このような法益侵害説に対しては、いわゆる社会秩序維持説からの批判がなされている。すなわち、この社会秩序維持説は、社会秩序が維持された状態こそが社会生活の基盤であり、この社会秩序を侵害する行為が犯罪だとする。そして、犯罪というためには、法益侵害ないしその危険が不可欠であるが、法益の保護自体が重要なのではなく、社会秩序の維持こそが重要なのだとする⁸⁸⁷。また、社会倫理のみを根拠として行為を犯罪だとすることは許されないが、犯罪と社会倫理とが無関係であるとするのは妥当でなく、犯罪と刑罰は国民の健全な道義観念に立脚したものでなければ機能しないとする⁸⁸⁸。

ただ、国民の道義観念を媒介しないと刑罰は機能しないということについては、いわゆる法益侵害説の立場も否定はしていない。すなわち、法益侵害説の立場も、国民一般にとって非難に値する行為をしなければ処罰されないという安心感は重要であり、国民一般が非難に値しないと考えているのに刑罰を科されては一般予防効果を望むことはできない。また、行為者は非難に値しないのに不運が故に罰せられたと考えると特別予防効果すらも

⁸⁸⁴) 西田・前掲註50) 29頁～31頁、山口・前掲註50) 4頁～6頁参照。

⁸⁸⁵) 西田・前掲註50) 30頁参照。

⁸⁸⁶) 山口・前掲註50) 4頁～5頁参照。

⁸⁸⁷) 大谷・前掲註50) 4頁～5頁参照。

⁸⁸⁸) 大谷・前掲註50) 10頁～12頁、92頁～93頁参照。

期待できないとしている⁸⁸⁹。

このような刑法分野における議論は、刑事的エンフォースメントと倫理的道義的非難の関係付けの難しさをよく表しているように思われるが、これを独占禁止法の議論に当てはめて考えてみると、そこからは、独占禁止法と刑事法との関係の難しさがみえてくるように思われる。

すなわち、経済法分野における議論においては、本論文もそうであるが、刑事的エンフォースメントに倫理的道義的非難という要素を求めるのが一般的である⁸⁹⁰。それは、違反業者に課徴金の納付を命ずることによって、罰金よりも遥かに多額の金銭的負担を命ずることができる強力な行政的エンフォースメントが存在する中で、行政処分だけで終わる案件よりも重い違反類型に対する制裁であるはずの罰金の存在意義を見出すためには、刑事的エンフォースメントのもつ倫理的道義的非難を通じた感銘力に訴える要素を抜きにしては考え難いこととおそらく無関係ではない。

しかし、法益侵害説の立場からみると、倫理的道義的違背を根拠とした刑事的エンフォースメントは許されないことになる。そこで、倫理的道義的に許されないとされる行為を刑罰の対象とするためには、たとえば性的モラルに関わる犯罪のように、その倫理的道義的観念が法益として取り込まれていると評価されることが必要になる。しかし、独占禁止法に違反する行為の犯罪性に対する認識は一般に強くないといわれており⁸⁹¹、倫理的道義的な色彩が強くないとの認識が一般的だとするならば⁸⁹²、倫理的道義的観念が法益として取り込まれているとみることは難しそうである。

不当な取引制限の罪の保護法益について最高裁は⁸⁹³、それが自由競争経済秩序だとしており、これが通説的見解だとされている⁸⁹⁴。そこで、これを法益侵害説に当てはめて考えてみると、不当な取引制限の罪は、自由競争経済秩序への侵害の結果又はその危険を惹起したところに処罰根拠が求められることになる。ただ、自由競争経済秩序に対する侵害の結果またはその危険が伴わない不当な取引制限などというものを想定することはほとんど不可能であるから、結局、ほとんどすべての不当な取引制限行為について刑事罰の対象とすることになりそうである。

しかし、そうすると、何が刑事罰の対象となり、何がそうではないのか、という違いが不明確になり、国民の予測可能性が損なわれることになると考えられる。仮に、独占禁止法に違反するとしても、刑罰に値する程度の強さを持った違法性が認められなければ刑事法的には違法でないということがあるとするならば⁸⁹⁵、やはり刑罰の対象となるかどうかを

⁸⁸⁹ 前田・前掲註 50) 30 頁～34 頁参照。

⁸⁹⁰ 金井ほか・前掲註 4) 510 頁 (山部俊文執筆)、根岸＝舟田・前掲註 7) 349 頁～350 頁参照。

⁸⁹¹ 芝原・前掲註 71) 119 頁～122 頁、729 頁～731 頁参照。

⁸⁹² 林・前掲註 561) 99 頁～108 頁、神山・前掲註 5) 92 頁～93 頁参照。

⁸⁹³ 最判昭和 59. 2. 24, 刑集 38 卷 4 号 1287 頁, 判時 1108 号 3 頁, 判タ 520 号 78 頁。

⁸⁹⁴ 金井ほか・前掲註 4) 511 頁 (山部俊文執筆) 参照。

⁸⁹⁵ 芝原・前掲註 71) 726 頁～728 頁参照。

区別できるような明確な法益概念が必要になる。

そこで、法益侵害説の立場からは、法益が自由競争経済秩序では法益として抽象的にすぎるとし、それを消費者又は企業体の経済利益とすべきだとする主張が一部になされている⁸⁹⁶。

しかし、前述したとおり、独占禁止法の目的について通説的見解は、公正かつ自由な競争を促進することにあるとしており、また、有力説が一般消費者の利益を重視するとしても、一般消費者の経済的利益を保護することを目的とするとは考えていない⁸⁹⁷。そうすると、独占禁止法の保護法益を消費者又は企業体の経済的利益と解することには少し無理があるように思われてくる。

確かに、同一法条に基づく規制であっても、行政処分と刑事制裁とで保護法益の捉え方に違いを設けることがありうるならば、独占禁止法の保護法益を消費者又は企業体の経済的利益と解することもできるのかもしれない⁸⁹⁸。しかし、そのようなことを許すならば、国民にとってはますます分かりにくいものになってしまうように思われる。

このように、独占禁止法においては、保護法益を刑罰法規として求められる程度に明確にすることが難しく、どちらかという、犯罪の本質を社会倫理規範に違反する法益侵害行為とみる社会秩序維持説の方が妥当する部分が多いように思われる。

とはいえ、社会倫理規範が不明確な概念であることは否定できない。著者は、独占禁止法に違反する行為一般が反倫理性の強いものとはいえないとしても、たとえば、長年にわたり談合組織を牛耳ることによって私利私欲を貪ってきたような者に対してであれば、社会一般に妥当している平均的な行動基準に照らし、倫理的・道義的非難の対象としてもあながち不合理ではないと考えている。しかし、違法性の限界の不明確さという問題は残る。このことについては、検察実務の立場から、独占禁止法にある概念は抽象的なものが多く、刑罰法規の適用に当たっては困難が伴うことが多いとの指摘もなされているが⁸⁹⁹、このような見解には納得できる部分がある。

それは、独占禁止法の性格・特質によるところが大きいように思われ、独占禁止法における違反行為概念の抽象性の高さは避けることができないもののように思われる。このことに関しては、独占禁止法が同一の構成要件に行政処分と刑事制裁という異なった法的効果を与え、原則として行政処分の活用を主眼とした構造であることに由来するとの指摘もなされている⁹⁰⁰。

確かに、一般論として刑事罰を科すためには行政処分に求められる以上の緻密さが求められるということはいえる。そのため、同一の構成要件に行政措置と刑事制裁という異なった法的効果を与えられ、行政措置の活用を主眼とした独占禁止法の構造の中にあっては、

⁸⁹⁶ 神山・前掲註5) 96頁～100頁、神山・前掲註262) 20頁～21頁参照。

⁸⁹⁷ 金井ほか・前掲註4) 9頁～10頁（泉水文雄執筆）参照。

⁸⁹⁸ 金井ほか・前掲註4) 511頁（山部俊文執筆）参照。

⁸⁹⁹ 小木曾・前掲註284) 252頁～253頁参照。

⁹⁰⁰ 芝原・前掲註71) 729頁参照。

刑事罰規定に求められる明確性の点で不十分な部分が出てきてしまうこともある程度仕方がないことであると思われる。すなわち、独占禁止法の違反行為概念の抽象性が高いのは、独占禁止法が基本法的性格を有していることと無関係ではないように思われる。

独占禁止法は、競争制限行為を禁止して市場における競争制限状態を改善し、競争条件を整え、後は市場原理に委ねることを基本としており、新たな市場を生みだしたり、市場の枠組みを積極的に構築したりするようなことはしない⁹⁰¹。言い換えれば、独占禁止法は、市場経済体制の基盤を整備することをその使命としており、これを全うするためには、市場経済体制の中で起こりうる自由競争経済秩序に反する様々な事象について網羅的に対処できるものでなければならない。そうすると、独占禁止法における違反行為概念は、自ずと抽象性の高いものとならざるをえない。

つまり、違法性の概念について明確性が厳格に求められる刑事法と、ある程度違反行為概念を抽象的にして網羅的なものとしなければならない独占禁止法との隔たりは不可避的なものであり、特段の立法措置、たとえば、アメリカにおけるシャーマン法やイギリスにおける企業法のように刑罰法規として別途法律を設けるとか、ドイツのように刑法典の中に競争制限行為に対する刑事罰規定を設けるようなことをしない限り、抜本的にこの問題を解決することはできないように思われる。

周知のごとく、独占禁止法が基本法的性格を有していることについては、我が国の学説はもちろんのこと⁹⁰²、我が国の裁判所も認めているところであり、いわゆるラップカルテル事件の東京高裁判決⁹⁰³は、「独禁法は、改めていうまでもなく、我が国における自由競争経済を支える基本法」であるとし、同じくいわゆるシール談合事件東京高裁判決⁹⁰⁴も「独禁法は、…国内における自由経済秩序を維持・促進するために制定された経済活動に関する基本法である」としている。

アメリカでは、連邦最高裁が、反トラスト法、特に、シャーマン法は、事業の自由にとってのマグナ・カルタ (Magna Carta of free enterprise) であるとまでいっているが⁹⁰⁵、このような市場経済体制の基盤を網羅的に規制していくためには、多彩なエンフォースメントが用意されていることが望ましく、刑事的エンフォースメントも選択肢の1つと捉えるべきであると思われる。

そして、行政効率の面をも考え合わせるならば、独占禁止法の犯則調査手続については、刑事告発という選択肢の1つだけを目的とした手続として捉えるのではなく、同時に行政的エンフォースメントの可能性をも模索できるような手続として捉えるか、あるいは、犯則調査手続と同時に行政調査手続が同時進行することができるような制度設計が考えられるところ、やはり人的資源の効率的な分配ということを考えるならば前者の方が望ましい

⁹⁰¹ 金井ほか・前掲註4) 4頁(泉水文雄執筆)参照。

⁹⁰² 根岸＝舟田・前掲註7) 4頁～5頁、金井ほか・前掲註4) 1頁(泉水文雄執筆)参照。

⁹⁰³ 東京高判平成5.5.21高刑46巻2号108頁。

⁹⁰⁴ 東京高判平成5.12.14高刑46巻3号322頁。

⁹⁰⁵ United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972).

ように思われる。

要するに、我が国にある国税犯則調査手続などとは一線を画し、独占禁止法の犯則調査手続については、独自の手続として捉えることが望ましいと思われる。

ただ、前述したように、刑事手続に求められる厳格さは、ときに行政手続のもつ柔軟性と緊張関係に立つことがあり、我が国のように同一の構成要件に行政処分と刑事制裁という異なった法的効果を与える法制度を維持する限り、違法性の限界が不明確となってしまうことになる。そこで、できるだけ刑事的エンフォースメントを発動する基準を明らかにして国民の予測可能性に資する必要性が生ずる。

前述したように、公正取引委員会は、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、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について刑事告発をするという方針を公表しているが、これではあまりにも抽象的であると思われ、より具体的な基準が示されることが望まれる。そして、そのような基準を考えるに当たっては、前述したイギリスの SF0 が示した基準が参考になるように思われる。

具体的には、公正取引委員会が明らかにしている告発方針の中で、国民生活に広範な影響を及ぼすとはどのような場合を指すのか、悪質性あるいは重大性の認定基準はいかなるものなのか、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は具体的にどのような場合が想定しているのかが説示され、国民の予測可能性を高める必要であるように思われる。

第2節 独占禁止法の担い手である公正取引委員会の性格・特質と手続

独占禁止法 27 条 1 項は、「第一条の目的を達成することを任務とする公正取引委員会を置く」と規定している。独占禁止法 1 条の解釈をめぐる議論については、前節において述べたとおりであるが、通説的見解に基づくならば、公正取引委員会は「公正かつ自由な競争を促進」とすることを目的とする組織ということになる。

独占禁止法は、同法の規制あるいは執行の実現について、大部分を公正取引委員会に委ねており、このことは、講学上、公正取引委員会中心主義と呼ばれている⁹⁰⁶。たとえば、公正取引委員会は、職権で違反行為の審査を進めることができ（独占禁止法 45 条 4 項）、自らの事実認定に基づき排除措置命令（独占禁止法 7 条、同 8 条の 2、同 17 条の 2、同 20 条）や課徴金納付命令（独占禁止法 7 条の 2、同 8 条の 3）を発する権限を有しているほか、公正取引委員会がした事実認定は、実質的な証拠があるときに裁判所を拘束するとされている（独占禁止法 80 条）。また、独占禁止法 25 条により被害者には無過失損害賠償請求権が与えられているが、被害者がこの請求権を行使するためには、同法 26 条 1 項の規定により、排除措置命令、課徴金納付命令又は違法宣言審決（独占禁止法 66 条 4 項）が確定していなければならないとされている。さらに、独占禁止法 25 条により無過失損害賠償請求訴訟が

⁹⁰⁶ 根岸＝舟田・前掲註 7) 303 頁～304 頁、金井ほか・前掲註 4) 419 頁～420 頁（鈴木孝之執筆）参照。

提起された場合には、裁判所は公正取引委員会に対し意見を求めなければならないとされており（独占禁止法 84 条 1 項）、不正な取引方法の被害者により差止請求訴訟が提起された場合においても、公正取引委員会が意見を述べる制度が整備されている（独占禁止法 83 条の 3）。もちろん、本論文が関心対象とする公正取引委員会の専属告発権限についても公正取引委員会中心主義の 1 つとして一般に捉えられている。

そして、このような、独占禁止法において公正取引委員会中心主義が採られていることに対しては、独占的地位に安住することを公正取引委員会に許すものであるとして批判する見解も一部には存在する⁹⁰⁷。しかし、立法論としてはともかく、現行法は、想定されるデメリットをも勘案した上、敢えて公正取引委員会中心主義を採用していると考えられる以上、前述のような批判は説得的ではなく、独占禁止法上の手続はこのような法の趣旨に沿って捉えられなければならない。

ところで、独占禁止法 28 条は、公正取引委員会の職権行使の独立性について規定しており、その実質的根拠は主に次のようなところにあるとされている⁹⁰⁸。すなわち、①独占禁止法は高度な専門技術的知識に基づき政治的党派性から独立して運用されなければならない、②公正取引委員会においてはこのような専門技術的な法運用を確保するために合議制が採られており、また、③審判手続という準司法的権限を公正取引委員会が有しているところに独立性の根拠が求められるとされている。

ただ、高度の専門性を要するという点については、独占禁止法が制定された当時と比べ同法の理念が飛躍的に普及している今日においてはかなり相対化しているとの指摘もなされており⁹⁰⁹、また、合議制が採られている点や準司法的権限を公正取引委員会が有しているからとする理由についても、必ずしも独占禁止法の本質を突くものではないように思われなくもない。

これに対し、独占禁止法は自由経済体制の基盤を維持するための法律であるから、その運用は、時々の政治に左右されるべきではなく、かつ、継続性・一貫性を保たれる必要があり、当該事務を管掌する公正取引委員会には、独立性が確保されなければならないとする見解が存在するが⁹¹⁰、筆者は、特にこの見解に注目する。

すなわち、本論文においてすでに検討してきたように、視点を海外に移して各国の競争当局の位置付けを確認してみると、たとえば、アメリカの連邦取引委員会については、議会に対して活動を報告する独立した機関(an independent agency that reports to Congress on its actions)であるとされており⁹¹¹、イギリスの OFT についても、独立した競争及び消費者保護機関(an independent competition and consumer protection authority)とされ、

⁹⁰⁷ 三輪ほか・前掲註 261) 83 頁～85 頁参照。

⁹⁰⁸ 根岸＝舟田・前掲註 7) 307 頁～308 頁、金井ほか・前掲註 4) 416 頁～417 頁（鈴木孝之執筆）、白石・前掲註 4) 368 頁～369 頁参照。

⁹⁰⁹ 白石・前掲註 4) 369 頁参照。

⁹¹⁰ 根岸＝舟田・前掲註 7) 308 頁参照。

⁹¹¹ <http://ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/general/gen03.shtm>.

政府から独立的な政府組織 (non-ministerial government department) であると説明されている⁹¹²。

また、ドイツのカルテル官庁の中で競争政策上最も重要な役割を果たしている連邦カルテル庁についても、GWB51 条 1 項により、独立した連邦上級官庁 (eine selbständige Bundesoberbehörde) という位置付けとされている⁹¹³。

このように、国により法制度に違いはあっても、それぞれ競争当局には独立した機関としての地位が与えられているわけであるが、これは、まさに前述の見解が指摘するように、自由経済体制の基盤を維持するための競争法の運用には、政治的影響を受けることなく、継続的かつ一貫性を保った形でこれを運用する機関が必要であることを示しているように思われる。

その他、本論文で検討を加えた各国の競争当局には、競争政策上のエンフォースメントの選択について極めて広範な裁量権が与えられていることも重要であると考えられる。すなわち、前述したように、たとえば、イギリスの OFT においては、SF0 によって刑事調査が進められている案件であっても、SF0 と協議の上、刑事的エンフォースメントを取り止め、1998 年競争法による行政的エンフォースメントによることを決めることができるとされているが、これは、実質的に OFT に刑事的なエンフォースメントを含めエンフォースメントの選択について広範な裁量が認められていることを意味していると考えられる⁹¹⁴。

また、ドイツにおいてカルテル官庁に広範な裁量権限が与えられている。すなわち、GWB82 条は、欧州共同体設立条約 81 条及び 82 条に違反する行為、GWB81 条 2 項 1 号及び同条 3 項に規定される諸々の競争制限行為、OWiG130 条が規定する企業管理者の監督義務違反について、カルテル官庁にエンフォースメントの選択に関する排他的な裁量権限を与えているが、これは、入札談合行為について、秩序違反行為として行政的に処理するのか、あるいは StGB298 条の入札談合罪の適用を求めて検察庁に事件を送致するかを選択をも含むと考えられるものである。

では、なぜこれほどまで広範な裁量権限がこれらの先進各国の法制度において競争当局に認められているのであろうか⁹¹⁵。おそらくそれは、自由経済体制の基盤となる競争の維持という極めて抽象的で広範な射程をもつ任務の達成には、多彩なエンフォースメントが用意されていることが望ましく、また、責任の所在を明らかにし、限られた資源を集約して行政効率を高める意味においても、統一的機関によって運用されることが合理的であると考えられているからだと思われる。

そうすると、独占禁止法 96 条が公正取引委員会に専属告発権限を与えていることには重

⁹¹²) See Mark Furse, *supra* note 750 at 33, <http://www.ofc.gov.uk/about/governance>.

⁹¹³) Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 10 Auflage, 2006, S. 502 ff.

⁹¹⁴) See OFT, *Powers for Investigating Criminal Cartels Guidance*, January 2004, P.14, paragraph. 4. 6.

⁹¹⁵) アメリカの競争当局による手続においても、エンフォースメントの種類は実に多彩であるが、アメリカの場合には、クリアランス手続によって道筋が明確に区分けされているため、競争当局において最終的に行政的エンフォースメントか刑事的エンフォースメントかを選択するという場面が想定されていないため、ここではあえて取り上げていない。

要な意義があるように思われてくる。

もっとも、公正取引委員会に与えられた専属告発権限の存在については、公正取引委員会が政界や財界の圧力を受け、必ずしも被害者の側に立って判断をすることは限らないなどとして、刑事法分野の一部学説から疑問が投げかけられている⁹¹⁶。

しかし、すでに本論文において検討を加えてきたように、競争政策において刑事的エンフォースメントに期待される役割は必ずしも高いものではないこと、また、個人に任せただけでは情緒的かつ根拠の薄弱な被害感情によってなされる刑事告発が懸念されること、さらに、被害者の救済という意味では、無過失損害賠償請求や差止請求といった民事的救済制度が用意されていることなどを考え合わせると、前述のような批判はあまり説得的なものではないように思われる。筆者は、むしろ、被害者の救済というのであれば、民事的救済制度をより充実させることで解決を図ることが妥当であると考えられる。

いずれにせよ、公正取引委員会という競争当局が、統一的機関として諸般の事情を総合的に勘案して政策的判断をするため、その判断材料となる証拠資料を収集するのが調査の目的だとするならば、そこに刑事告発だけを目的とした調査手続と行政処分だけを目的とした調査手続があると、相互の連携を阻害するファイアウォールが必要であるとするのは、本来あるべき姿からずれてしまっているように思われる。

公正取引委員会において処理されている独占禁止法違反事件は、仮に刑事告発がなされたとしてもそれで終了するわけではなく、後に行政処分もなされるのが通常であるが、どうして刑事告発が先行し、行政処分がその後にならなければならないのかは必ずしも明らかではない。少なくとも、このような運用が行政効率の面でかなり問題があることは間違いなく、この意味で、アメリカの IRS や連邦証券取引委員会の手続においてみられた併行手続というものは、このような状況を是正するための 1 つの解決策を示してくれているように思われる。

前述したように、アメリカの IRS における CI による調査手続は、刑事的色彩が強いというよりもむしろ刑事手続そのものであり、司法省税金局の指揮下で手足となって動く実態があったが、我が国の国税犯則調査手続についても、刑事的色彩が強く、税務当局がいわば第 1 次捜査機関となって調査に当たる実態がある。

独占禁止法上の犯則調査手続については、このような国税犯則調査手続と同様なものとして捉えられることが少なくないが、専属告発権限を有しイニシアティブをとるべき公正取引委員会の調査手続と、それが無い税務当局の調査手続とを同様に捉えられることには疑問がある。

むしろ参考となるのは、我が国の公正取引委員会と同様に委員会制度をとるアメリカ連邦証券取引委員会の調査手続であるのかもしれない。前述したように、連邦証券取引委員会の調査手続においては、司法省の指揮の下で調査が行われることもなく、刑事手続との間に一定の距離を保つような運用がなされているが、公正取引委員会にとってはこのよう

⁹¹⁶) 神山・前掲註 5) 32 頁～33 頁参照。

な基本姿勢の方が相応しいように思われる。

では、以上の検討を踏まえて独占禁止法における犯則調査手続というものについて総括的に考えてみることにする。

第2章 独占禁止法における犯則調査手続

これまで独占禁止法上の犯則調査手続をめぐる諸々の問題については、国税犯則取締手続における伝統的な議論がそのまま当てはまることを前提として議論されることが多かったように思われるが、本論文においてすでに検討してきたように、両者には看過できない大きな違いが存在しており、著者は、まったく別のものとして捉えるべきであると考えている。

確かに、独占禁止法上の犯則調査手続も国税犯則調査手続も刑事告発という処分を視野に入れた調査手続である点では共通し、また、国税犯則調査手続の歴史は長く運用実績が豊富であることから参考になる部分も少なくないことも事実である。

しかし、たとえば、刑事告発に関する法規定の違いに着眼するならば、独占禁止法 96 条 1 項が公正取引委員会に同法 89 条から 91 条までの罪について専属告発権限を与えており、これは、犯則事件の射程と一致するものである。刑事告発の相手方についても、同法 74 条 1 項は、検事総長に対する告発を義務付けており、また、検事総長が不起訴裁定をなすに当たっては、同条 3 項により、法務大臣を経由して総理大臣にその理由を説明しなければならないとされている。しかし、税務当局にはこのような専属告発権限は認められておらず、告発の相手についても、実務において事実上検察官に対してなされているにすぎない。

つまり、すでに確認してきたように、独占禁止法上の刑事告発と国税犯則調査手続を経てなされる刑事告発とでは法が与えた重みに大きな違いがあり、このような本質的ともいえる違いを無視して国税犯則調査手続における議論を独占禁止法上の議論に当てはめることには問題があるといわなければならない。

したがって、税務調査や国税犯則調査手続に関して最高裁がこれまで示してきた様々な判断については、それをそのまま独占禁止法の犯則調査手続に当てはめて考えることには慎重でなければならない。

このような刑事告発の持つ意味合いの違いについては、金融商品取引法上の刑事告発との間でも同様のことがいえる。そもそも、公正取引委員会と証券取引等監視委員会とでは、組織法上の地位に違いあり、刑事告発の重みに違いがあるのはむしろ当然なのかもしれないが、いずれにせよ、独占禁止法における犯則調査手続を、国税犯則調査手続や金融商品取引法上の犯則調査手続と同様のものとして考えなければならないものではない。

前述したように、独占禁止法上の犯則調査手続は、国税犯則調査手続における理解にならって、多くの場合、刑事手続に近い行政手続として捉えられてきた。おそらくこのような理解は、犯則調査手続というものが当然に刑事的な性格の強いものであり、独占禁止法

上の犯則調査手続も同様に考えられるとの漠然とした認識によるところが大きいと思われるが、前述したように、国税犯則調査手続の歴史的検討からは、犯則調査手続というものがそれほど刑事的な色彩の強いものではなかったということが明らかとなった。

すなわち、元々、国税犯則調査手続は、行政庁限りで事件を処理できるようにするための行政手続であり、刑事罰を科すことを主眼とする手続ではなかった。それが、第2次世界大戦の勃発、敗戦、戦後復興という時代の流れの中で、脱税が戦後復興を阻害しているとの認識のもとに脱税犯に対する刑事罰が強化されていったのである。

つまり、国税犯則調査手続の刑事的性格の強さは戦後になってから政策的に作り上げられたところが大きく、犯則調査手続であれば当然に刑事的性格の強いものというわけではないのである。

すでに検討を加えたように、独占禁止法は、自由経済体制の基盤となる競争の維持を任務とした基本法たる性格を有するものであり、その守備範囲の広さから不可避免的に法文が抽象的なものとなっているところがあると思われるが、これを刑罰法規としてみた場合には、明確性の点で問題があるとされることになる⁹¹⁷。

この問題は、独占禁止法が、同一の構成要件に行政処分と刑事制裁という異なった法的効果を与えていること、及び行政処分によって競争制限状況を取り除き、市場機能の回復を図ることを主眼とする独占禁止法の基本構造にも起因するものと思われるが、そうだとすると、現行独占禁止法の基本的枠組みを維持する限り、この問題を解消することはできそうにない。

筆者は、この問題を解消するためには、立法的措置によって、アメリカのシャーマン法やイギリスの企業法のように、独占禁止法とは別に競争制限行為を刑事的に処理する法律を制定するか、あるいは、ドイツのように刑法典の中に新たに競争制限行為に関する規定を設けるしかないと考える。

企業犯罪の典型ともいえる独占禁止法上の刑事的エンフォースメントのあり方については、これまで法人処罰の問題を含め様々な角度から問題点の指摘がなされてきたが、実際、その多くが今なお解消されないまま残されているのが現実である。

そのような中で、犯則調査手続は、刑事的エンフォースメントの強化であるとか、手続保障の整備といったものを謳って導入されたわけであるが、刑事的エンフォースメントに内在する根本的な問題を先送りしてきた現状において、犯則調査手続をもっぱら刑事告発だけを指向した手続であるとして捉えてしまうと、犯則調査部門の運用が足元のおぼつかないものになってしまうのは当然である。

独占禁止法上の犯則調査手続における裁判所に対する許可状請求手続については、一般に、まるでそれが刑事手続における許可状請求であるかのような漠然としたイメージを持たれていると思われるが、このようなイメージも必ずしも正確なものではない。

前述したように、イギリスにおける1998年競争法上の許可状請求手続においては、後の

⁹¹⁷) 芝原・前掲註71) 729頁参照。

刑事手続における利用に耐えるだけの手続保障が施されているというお墨付きを裁判所から得るための許可状請求というよりも、より強力な手段に出ることの適法性について裁判所からお墨付きをもらうという要素が強かったが、我が国の独占禁止法上の犯則調査手続における許可状請求手続についても、イギリスのように捉えることが妥当であるように思われる。

独占禁止法上の犯則調査手続は、同法 1 条にある目的を達成するため、独占禁止法に導入された手続である。それは、競争政策の担い手という重責を任された公正取引委員会が、独占禁止法 1 条にある目的に照らし、何が最適なエンフォースメントであるかを総合的な見地から判断するための材料を提供するものにすぎない。

前述したように、独占禁止法 1 条の意義を巡っては、学説上争いのあるところであるが、「公正かつ自由な競争を促進」することを独占禁止法の目的であると捉えるにしても、あるいは「一般消費者の利益を確保」を同法の目的の中心に据えるにしても、独占禁止法は、基本的に、競争制限行為を禁止し、競争が妨げられている状況を改善し、これによって競争条件を整備し、市場の自動調整作用に任せようとするものであり⁹¹⁸、違反事業者等を行政処分に処すこと自体、あるいはこれらの者に対し刑事罰を科すこと自体を目指しているものでは決してない。

したがって、独占禁止法上の行政調査部門における調査手続のことを行政処分を目的とした手続であるとする、また、犯則調査手続のことを刑事処分を目的とした手続とすること、あるいは刑事告発を目的とした手続として捉えることは、解釈として問題があると考えられる。

前述したように、独占禁止法は、その規制内容の執行ないし実現の多くの部分を公正取引委員会に委ね、いわゆる公正取引委員会中心主義が採用されているといわれているが⁹¹⁹、本論文における検討からは、アメリカ、イギリス及びドイツの手続においても、競争当局に対してエンフォースメントに関してかなり広範な裁量権限を与えていることが明らかとなった。

特に、ドイツにおいては、一般の行政官庁の場合であれば、行政調査の過程で犯罪事実が発覚した場合には、OWiG41 条 1 項により、原則として、当該事件を検察庁に送付しなければならないとされているところ、競争当局たるカルテル官庁については、特別な取り扱いとなっている。すなわち、カルテル官庁は、GWB82 条によって、GWB81 条 1 項、同 2 項 1 号、及び同 3 項の構成要件にも該当する犯罪行為、あるいは、OWiG130 条に違反する故意又は過失による秩序違反行為について、排他的な裁量権限が与えられている。これは、入札談合行為について、秩序違反行為として行政的に処理するのか、あるいは StGB298 条の入札談合罪の適用を求めて検察庁に事件を送致するかを選択を含むものと考えられるものである。

⁹¹⁸ 金井ほか・前掲註 4) 3 頁 (泉水文雄執筆) 参照。

⁹¹⁹ 根岸=舟田・前掲註 6) 303 頁~304 頁、金井ほか・前掲註 4) 419 頁~420 頁 (鈴木孝之執筆) 参照。

このような GWB82 条の規定は、欧州委員会の強力な手続にハーモナイズすることを目的として設けられたものだとされるが⁹²⁰、見方を変えればそれは、競争政策を強力に推し進めるためには、多くの選択肢の中から相応しいエンフォースメントの選択ができるような体制が整えられていることが有効であり、それを統一的に実施できる機関の存在が望まれるということを示唆していると思われる。

すなわち、自由経済体制の基盤となる競争の維持という極めて抽象的かつ広範な射程の任務を全うするためには、多彩なエンフォースメントを駆使し、高度な政策判断によって法運用がなされることが求められ、また、責任の所在を明らかにし、限られた資源を集約化して行政効率を高める意味においても、統一的機関によって運用されることが合理的であるということを示すものと考ええる。

このようにしてみると、独占禁止法 96 条が公正取引委員会に専属告発権限を与えていることには重要な意義があり、このような権限を骨抜きにするようには主張には重大な問題があるといわざるをえない。

以上、本論文において検討してきたことを総合して考えるならば、独占禁止法における犯則調査手続については、従前の国税犯則調査手続に関する議論や金融商品取引法の犯則調査手続をめぐる議論に過度にとられることなく、また、刑事手続への連動性を必要以上に意識する必要もなく、行政処分も視野に入れた手続として捉えることが妥当であるように思われる。

すなわち、独占禁止法における犯則調査手続は、専門的知見を有する公正取引委員会が刑事告発をも視野に入れて競争政策の観点から何が最適なエンフォースメントであるかを判断するために証拠、資料を収集する行政調査手続であって、形式的にも実質的にも行政手続であると解すべきと考える。

もっとも、このように独占禁止法上の犯則調査手続を捉えることに対しては、行政調査手続と犯則調査手続との違いを不明確にするという批判があるかもしれない。また、前述した公正取引委員会の専属告発権限に対する批判のように、公正取引委員会中心主義を重視すべきとする著者の考えに対しては、公正取引委員会が適切な法運用を実施せず、恣意的・専断的な運用を行うことを懸念する声も上がるかもしれない。

これらの点に関する著者の考えは以下のとおりである。

すなわち、犯則調査手続の導入のきっかけにもなったことでもあるが、すでに本論文において詳細に検討を加えてきたように、かつて独占禁止法の手続に対しては、裁判所の発する令状によることなく証拠資料が収集され、また、黙秘権・自己負罪拒否特権の保障がないままに供述証拠が作成され、それが刑事告発によって検察庁に引き継がれることが、令状主義を保障した憲法 35 条と黙秘権・自己負罪拒否特権を保障した憲法 38 条との関係で問題だとされてきた。このような議論は、犯則調査手続の導入とともに急速に沈静化し

⁹²⁰) Loewenheim / Messen / Riesenkampff, (Fn. 814), S. 973, Langen/Bunte, (Fn. 814), S. 1233, Immenga / Mestmäcker, (Fn. 814), S. 2160 ff.

たが、従前から指摘されてきた手続保障上の問題は、無令状の行政調査手続を経て収集された証拠資料の刑事手続での利用が許されていること、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を欠く供述証拠が検察庁に引き継がれることも許されていることなどから、犯則調査手続の導入後の現在においても、完全には解消してないまま残されていることはすでに述べたとおりである。

では、このような問題を払しょくするためにはどのようにすればよいかであるが、結局、刑事手続に移行する可能性がある事案の調査手続について、できるだけ手続保障を及ぼすことによって問題を最小化するのが最適であると考ええる。

前述したとおり、著者は、刑事手続に移行する可能性があり、また、罰則として懲役刑という重い制裁が用意され、専属告発の対象ともなっている独占禁止法 89 条ないし 91 条に該当する違反を調査する必要がある場合には、原則として裁判所が発する許可状の発布を得て行政調査を実施することとし、事情聴取に当たっては、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知を行ってから供述録取する必要があるとすべきと考える。逆に、それ以外の、刑事手続に移行する可能性がない行政調査を実施する場合には、調査に当たって許可状の発布を得る必要は基本的になく、黙秘権・自己負罪拒否特権の告知も必要ないと考える。要するに、犯則調査手続と行政調査手続との違いは、基本的には刑事手続への移行可能性があるかどうかで分けすべきと考える。

ただし、89 条から 91 条に該当する違反の調査であっても、事案の性質から考えて刑事手続に発展する可能性がないというのであれば、公正取引委員会の審査に関する規則 20 条にある告知手続において必要とされている事項のほか、当該案件を告発する予定がない旨を事件関係人にあらかじめ伝えることとし、これに公正取引委員会が拘束されることを条件とした上で、行政調査を実施することも許されると考える。

また、許可状によらない行政調査を実施することができる場合であっても、プライバシーの保護が強く要請される場所、たとえば個人宅とか更衣室・更衣ロッカーといった場所を調査することは原則として許されず、事業所内のパソコン端末を調査する際にもこの意味で特別の配慮をする必要があるものと考ええる。

我が国は、本論文において検討を加えたどの競争当局の手続よりもプライバシーの保護に対する配慮が少ないことが検討を通じ明らかになったと思われるが、これは是非とも解決しなければならない問題と考える。

たとえば、欧州委員会の調査手続を定めた 2003 年 1 号規則 21 条は、個人宅に対する調査を実施することができるとしているが、その際には加盟国裁判所の事前承認が必要だとされている。また、イギリスにおいても、1998 年人権法により欧州人権条約や市民的及び政治的権利に関する国際規約の規定が尊重されることになっており、同様に、個人宅に対する立入検査については裁判所の許可が必要だとされている。さらに、ドイツにおいては、GWB59 条 4 項に基づき、搜索は原則として管轄する区裁判所の命令に基づいてのみ行うことができることとされている。我が国においても、プライバシーの保護に対する手続的配慮を充

実させる必要がある。

そして、このようにして手続保障が充実されるならば、公正取引委員会による法運用を適切に規制することができ、恣意的・専断的な法運用に陥らないようにすることができるように思われる。つまり、著者は、公正取引委員会中心主義を採ることは、競争当局としての任務を全うするため必要なことであるが、同時に手続保障の徹底を図ることによって、その恣意的・専断的な運用をかなりの部分回避することができるように思われる。

第3章 独占禁止法における刑事的エンフォースメントとその展望—むすびにかえて—

独占禁止法に犯則調査手続が導入される以前においては、公正取引委員会による刑事告発の件数が少なかったことから、刑事的エンフォースメントが機能不全に陥っていると、もっと告発件数を増やすべきだとする主張が一部になされていた⁹²¹。

しかし、本論文の検討から明らかになったことは、そもそも独占禁止法違反事件において、刑事的エンフォースメントが求められる場面が多くはないということであった。

独占禁止法に違反する行為については、一般にその犯罪性に対する認識は強くないといわれ⁹²²、倫理的・道義的色彩は薄いとされるが⁹²³、そのことを前提とすると、同法に違反した行為が倫理的・道義的非難に値するとして国民一般の理解を得られるような場面は、自ずと限られたものとなる。

また、行政処分だけで終わる案件よりも重い違反類型に対する制裁でなければならない罰金が、課徴金と比較して著しく少額であることから、その存在意義を見出すためには、刑事的エンフォースメントのもつ倫理的・道義的非難を通じた感銘力に訴える要素を抜きにしては考え難い。

さらに、独占禁止法の保護法益概念の抽象性は、同法の性格・特質によるところが大きく、刑罰法規の保護法益として明確性が不十分なものになってしまうのは不可避的であると考えられ、今なお議論が絶えない刑事法分野における法人処罰の問題などをも考え合わせると、独占禁止法の刑事的エンフォースメントに内在する根本的な問題を解決するには、やはり思い切った立法措置が必要になるように思われる。

そこで考えられるのが、そもそも独占禁止法に対する刑事的エンフォースメントというものを放棄すること、アメリカのシャーマン法やイギリスの企業法のように刑事法としての競争法を別に立法すること、ドイツのように刑法典の中に競争に対する罪を別途に設けること、などの選択肢である。

このうち、刑事的エンフォースメントを放棄することについては、法人処罰の問題が未だ解決しておらず、また、課徴金の方が罰金よりも法人に対する制裁として有効だとする

⁹²¹ 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」司法研修所論集 88号（1993）26頁、島田・前掲註 101）194頁参照。

⁹²² 芝原・前掲註 71）119頁～122頁、729頁～731頁参照。

⁹²³ 林・前掲註 561）99頁～108頁、神山・前掲註 5）92頁～93頁参照。

見方も可能であることなどを考え合わせると⁹²⁴、筆者は、法人については、刑事的エンフォースメントを放棄し、非刑罰化することが妥当なように考えている。独占禁止法は、基本的に法人たる事業者を対象とするものであるから、おそらく、法人に対する刑事的エンフォースメントを放棄することによって、刑事的エンフォースメントが発動される場面はほとんどなくなると思われる。ただ、独占禁止法に違反する行為によって私利私欲を長年にわたり貪ってきたような個人に対しては、なお、刑事的エンフォースメントの存在意義が残されていると考える。

このことに関しては、法人処罰を古くから認めてきたイギリスにおいても、競争法違反については、企業法において個人に対する刑事罰のみが認められていることが参考になる。このように、イギリスにおいて刑事罰を個人に対してしか認めなかったのは、前述したように、法人については、欧州共同体設立条約及び1998年競争法によって規制し、そこで捕捉されない個人について、特に2002年企業法で取り締まろうとするものであった。これは、法人たる事業者については、競争法において行政的に処理することとし、個人に対する刑事罰については、別途刑罰法規によってこれを科すということであるが、これは、競争法たる独占禁止法における刑事的エンフォースメントの在るべき姿を示唆しているように思われる。

そして、このことを突き詰めて考えるならば、ドイツのように、刑法典の中に別途競争制限行為を罰する規定を設ける方法が合理的であるように思われてくる。すなわち、立法論としては、我が国の独占禁止法のように、同一構成要件によって行政処分と刑事罰という異なる法的効果を与えるような構造とするのではなく、GWB82条にあるように、刑事的エンフォースメントを選択するかどうかのイニシアティブを競争当局に留保しつつも、刑事罰の適用については、刑法の中に、新たにカルテル行為に加担した自然人を規制する規定を設け、刑法によってエンフォースメントを実現することがよいように思われる。

以上、述べてきたように、独占禁止法上の犯則調査手続については、今なお検討しなければならない問題が山積している。しかし、残念ながら、犯則調査手続が独占禁止法に導入されて以降、この点に関する議論はあまり聞かれなくなってしまった。この意味で、本論文がもう一度独占禁止法上の犯則調査手続に関する諸問題にスポットライトを当て、この点に関する議論を深めるきっかけを与えることができれば幸いである。

著者が犯則調査手続について研究する出発点となったのは、独占禁止法96条により、公正取引委員会には専属告発権限が与えられ、本来であれば刑事告発権限を有する公正取引委員会がイニシアティブをとって刑事告発がなされなければならないはずであるのに、実際には、訴追権限を独占する検察当局がこれを主導している現実を目の当たりにしたからであった。すなわち、公正取引委員会が「告発をする」のではなく、検察当局が「告発を受けてあげる」という構図が事実として存在しているわけであるが、このようなことは、明らかに法の趣旨に反しており、直ちに是正されなければならないものだと考えている。

⁹²⁴ 高山佳奈子「法人処罰」ジュリスト1228号(2002)71頁～78頁参照。

著者は、競争法分野は競争法のプロが、刑事法は刑事法のプロがそれぞれの根拠法令に基づいてエンフォースメントに従事し、一方で、証拠資料については共有できるような体制が我が国にも構築されることが望ましいと考えている。本論文が、独占禁止法の発展に少しでも貢献できるならば、筆者としては、この上ない喜びである。

主要参考文献

独占禁止法関係

(概説書・論文集等)

- ・ 金井貴嗣, 川濱昇・泉水文雄『独占禁止法 第2版補正版』(2008年, 弘文堂)
- ・ 白石忠志『独占禁止法』(2006年, 有斐閣)
- ・ 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』(2006年, 有斐閣)
- ・ 神山敏雄『独禁法犯罪の研究』(2002年, 成文堂)
- ・ 臼井滋夫「行政罰則とその手続をめぐる若干の問題—独禁法罰則を中心に」, 福田雅章・名和鐵郎・村井敏邦・篠田公穂・橋本正博編『刑事法学の総合的検討(上)』(1993年, 有斐閣)
- ・ 金子晃「独占禁止法違反と刑事罰—事業者に対する罰則の強化をめぐる」正田彬教授還暦記念論文集刊行委員会編『国際化時代の独占禁止法の課題』(1993年, 日本評論社)。
- ・ 今村成和『私的独占禁止法の研究(5)』(1985年, 有斐閣)
- ・ 和田健夫「独禁法違反と課徴金・刑事制裁」, 日本経済法学会編『経済法講座第3巻 独禁法の理論と展開(2)』(2002年, 三省堂)

(雑誌)

- ・ 川出敏裕「犯則調査権限の導入」ジュリスト1294号(2005)
- ・ 川出敏裕「独占禁止法違反事件と刑事制裁」法律のひろば2001年5月号
- ・ 村上政博「改正独占禁止法と制定された新規則—改正独占禁止法施行後の実務のあり方を探る」NBL827号(2006)
- ・ 村上政博「独占禁止法上の制裁措置の現状と課題—刑事罰への犯則調査権限と行政制裁金制度の導入を」NBL770号(2003)
- ・ 川濱昇「平成17年独占禁止法の意義と展望」公正取引657号(2005)
- ・ 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」日本経済法学会編『独占禁止法のエンフォースメント』経済法学会年報22号(2001年, 有斐閣)
- ・ 西田典之「独占禁止法における刑事罰の強化について」経済法学会編『独占禁止法の執行力の強化』経済法学会年報13号(1992年, 有斐閣)
- ・ 古城誠「公取委のエンフォースメントと私訴」日本経済法学会編『独占禁止法のエンフォースメント』経済法学会年報22号(2001年, 有斐閣)
- ・ 三輪芳朗・J. Mark Ramseyer「競争政策の望ましい姿と役割(下)—私的独占, 刑事罰, 公正取引委員会」ジュリスト1262号(2004)
- ・ 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」司法研修所論集88号(1993)
- ・ 島田聡一郎「公正取引委員会の調査権限について」立教法学第62号(2002)
- ・ 諏訪園貞明「改正独占禁止法の概要」ジュリスト1294号(2005)
- ・ 郷原信郎「規制緩和と独禁法違反に対する制裁」ジュリスト1228号(2002)

行政法関係

(概説書・論文集等)

- ・塩野宏『行政法Ⅰ(第4版)』(2005年,有斐閣)
- ・小早川光郎『行政法 上』(1999年,弘文堂)
- ・芝池義一『行政法総論講義(第4版)』(2001年,有斐閣)
- ・宇賀克也『行政法概説Ⅰ・行政法総論(第2版)』(2006年,有斐閣)
- ・原田尚彦『行政法要論・全訂第6版』(2005年,学陽書房)
- ・洲見光男「行政捜査と修正四条—事業所の立入り検査を中心にして—」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集,第4巻』(1998年,成文堂)

(雑誌)

- ・水野忠恒「国犯法上の捜査・押収と憲法」,行政判例百選Ⅰ第4版,別冊ジュリスト150号(1999)
- ・碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究第58号(1996年,有斐閣)
- ・早坂禧子「行政調査—強制の視点を中心にして」公法研究第58号(1996年,有斐閣)

税法関係

(概説書・論文集等)

- ・小川英明・松沢智・今村隆編『新・裁判実務大系・租税争訟』(2005年,青林書院)
- ・金子宏「行政手続と自己負罪の特権—租税手続を中心とするアメリカの判例法理の検討—」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第一巻』(1987年,有斐閣)
- ・松沢智『租税処罰法』(1999年,有斐閣)
- ・清永敬次『税法・第6版』(2003年,ミネルヴァ書房)
- ・板倉宏「租税刑事法の今日的課題」,租税法学会『租税刑事法の諸問題・租税法研究第9号』(1981年,有斐閣)
- ・山田二郎「租税行政の諸問題」,租税法学会『租税刑事法の諸問題・租税法研究第14号』(1986年,有斐閣)
- ・臼井滋夫『国税犯則取締法』(1990年,信山社)
- ・津田實『国税犯則取締法講義』(1959年,帝国判例法規出版)
- ・岩出芳三郎『間接国税犯則者処分法詳解』(1922年,清分社)
- ・藤塚林平『間接国税犯則者処分法釋義』(1932年,日本法律研究會)
- ・板倉宏『租税刑法の基本問題 増補版』(1965年,勁草書房)

(雑誌)

- ・松本一郎「国税犯則嫌疑者に対する質問調査と憲法38条1項」法学新報93巻第1・2号(1986)
- ・小島建彦「直税違反事件の研究」司法研究報告書24巻2号(1979)
- ・中尾巧「国税犯則取締法3条1項の合憲性」,租税判例百選第4版,別冊ジュリスト178号(2005)
- ・渥美東洋「国税犯則嫌疑者への質問と供述拒否権の保障」法律のひろば37巻7号(1984)

- ・東條伸一郎「所得税法上の質問検査権と憲法 35 条・38 条等との関係—いわゆる川崎民商事件判決—」法律のひろば 26 巻 3 号 (1973)
- ・中村英「犯則嫌疑者に対する質問調査手続と黙秘権」別冊ジュリスト 187 号 (2007)
- ・高窪貞人「国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査の手続と憲法三十八条一項による供述拒否権の保障」判例評論 312 号 (1985)
- ・浦田一郎「税務調査と供述拒否権」法学教室 48 号 (1984)
- ・山田一郎「憲法三十八条一項による供述拒否権の保障と国税犯則事件の調査手続」ジュリスト 818 号 (1984)
- ・熊本典道「国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査の手続と憲法三十八条一項の規定による供述拒否権の保障, 国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する供述拒否権の告知と憲法三十八条一項, 国税犯則取締法一条一項」警察研究 59 巻 11 号 (1988)

金融商品取引法関係

(概説書・論文集等)

- ・神田秀樹監修, 大崎貞和・武井一浩・有吉尚哉編『Q&A 金融商品取引法の解説 (政令・内閣府令対応版)』(2007 年, 金融財政事情研究会)
- ・大崎貞和『解説金融商品取引法 (第 3 版)』(2007 年, 弘文堂)
- ・阪田雅裕『証券取引等監視委員会—日本型 SEC の誕生』(1993 年, 大蔵財務協会)
- ・池田唯一・三井秀範・増田直弘・井藤英樹・新発田龍史・大来志郎・齊藤将彦『逐条解説 2008 年金融商品取引法改正』(2008 年, 商事法務)

(雑誌)

- ・証券取引等監視委員会ほか編『証券取引等監視委員会の活動状況, 平成 19 年』(2007 年, 大蔵財務協会)

憲法関係

(概説書・論文集等)

- ・伊藤正己『憲法』(1982 年, 弘文堂)
- ・佐藤幸治『憲法 (新版)』(1990 年, 青林書院)
- ・法学協会編『註解日本國憲法・上巻』(1953 年, 有斐閣)
- ・長谷部恭男『新法学ライブラリ=2・憲法・4 版』(2008 年, 新世社)
- ・粕谷友介『憲法・改訂』(2003 年, Sophia University Press)
- ・辻村みよ子『憲法 (第 2 版)』(2004 年, 日本評論社)
- ・佐藤功『日本国憲法概説 (全訂第 5 版)』(1996 年, 学陽書房)
- ・初宿正典『憲法 2・基本権 (第 2 版)』(2001 年, 成文堂)
- ・野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I (第 3 版)』(2001 年, 有斐閣)
- ・芦部信喜編『憲法 III・人権 (2)』(1981 年, 有斐閣)
- ・安藤高行編『憲法 II 基本的人権』(2001 年, 法律文化社)
- ・松井茂記『日本国憲法 (第 2 版)』(2002 年, 有斐閣)

(雑誌)

- ・新井誠「行政調査権と住居の不可侵」別冊ジュリスト憲法判例百選Ⅱ（第5版，2007）
- ・片山等「住居侵入・捜索・押収に対する保障」別冊法学セミナー189号基本法コメンタール第5版／憲法（2006）
- ・小栗実「不利益な供述の強要禁止，自白の証拠能力・証明力」別冊法学セミナー189号基本法コメンタール第5版／憲法（2006）
- ・芦部信喜「法律解釈による憲法問題の回避—恵庭事件」別冊ジュリスト187号（2007）
- ・佐々木雅寿「違憲立法審査権の性格—警察予備隊違憲訴訟」別冊ジュリスト187号（2007）
- ・畑尻剛「法令の合憲解釈—東京都教組事件」別冊ジュリスト187号（2007）

刑法関係

(概説書・論文集等)

- ・大塚仁『刑法概説（各論）』（1992年，有斐閣）
- ・前田雅英『刑法総論講義（第4版）』（2006年，東京大学出版会）
- ・前田雅英『刑法各論講義・第4版』（2007年，東京大学出版会）
- ・大谷實『刑法講義総論』（2007年，成文堂）
- ・大谷實『刑法講義各論・新版第2版』（2007年，成文堂）
- ・西田典之『刑法総論』（2006年，弘文堂）
- ・西田典之『刑法各論・第4版』（2007年，弘文堂）
- ・西田典之「団体と刑事罰」芦部信喜＝村上淳一編『岩波講座基本法学2』（1983年，岩波書店）
- ・松宮孝明『刑法各論講義・補訂版』（2006年，成文堂）
- ・山口厚『刑法総論 第2版』（2007年，有斐閣）
- ・山口厚『刑法各論・補訂版』（2005年，有斐閣）
- ・芝原邦爾『経済刑法研究・下』（2005年，有斐閣）
- ・福田平『行政刑法（新版）』（1978年，有斐閣）
- ・佐藤雅美「法人の刑事責任に関する一考察—イギリスにおける動向に関連して」森本益之・加藤久雄・生田勝義編『刑事法学の潮流と展望』（2000年，世界思想社）
- ・今井猛嘉「イギリスにおける法人処罰—その概観」甲斐克則，田口守一編『企業活動と刑事規制の国際動向』（2008年，信山社）
- ・藤木英雄『刑法講義・総論』（1975年，弘文堂）
- ・板倉宏『企業犯罪の理論と現実』（1975年，有斐閣）
- ・佐伯仁志「法人処罰に関する一考察」芝原邦爾・西田典之・井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』（1998年，有斐閣）
- ・前野育三「現在の環境問題と刑罰の役割」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第三巻』（1998年，成分堂）
- ・神山敏雄「経済犯罪及びホワイト・カラー犯罪の概念とその機能」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集・第二巻・経済と刑法』（1997年，成文堂）
- ・神山敏雄『新版 日本の経済犯罪—その実情と法的対応』（2001年，日本評論社）
- ・斉藤豊治「ホワイトカラー犯罪の原因と犯罪学理論」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第二巻 経済と刑法』（1997年，成文堂）
- ・中山研一・神山敏雄・斉藤豊治・浅田和茂『環境刑法概説』（2003年，成文堂）
- ・町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年，信山社）

- ・伊東研祐「刑法の行政従属性と行政機関の刑事責任」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第二巻 経済と法』（1997年，成文堂）
- ・松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003年，成文堂）

（雑誌）

- ・佐伯仁志「法人処罰」『経済犯罪に関する諸問題』（1999年，トラスト60）
- ・佐伯仁志「規制緩和と刑事法」ジュリスト1228号（2002）
- ・佐伯仁志「経済犯罪に対する制裁について」法曹時報53巻11号（2001）
- ・高山佳奈子「法人処罰」ジュリスト1228号（2002）
- ・津田博之「企業の処罰可能性（1）」一橋法学3巻1号（2004）
- ・津田博之「企業の処罰可能性（2）」一橋法学3巻2号（2004）
- ・津田博之「企業の処罰可能性（3・完）」一橋法学3巻3号（2004），
- ・川崎友巳「両罰規定における法人の刑事責任とコンプライアンス・プログラムー「企業システム過失責任」の導入をめざしてー」同志社法学50巻3号（1999）
- ・濱田俊郎「経済刑法違反事件の諸問題—独禁法違反事件を中心として」司法研修所論集99号（1998）
- ・佐藤雅美「英米における法人処罰の法理（一）」阪大法学143号（1987），同「英米における法人処罰の法理（二・完）」阪大法学147号（1988），
- ・神例康博「企業の刑事責任に関する法理について」刑法雑誌36巻2号（1996）
- ・神山敏雄「企業に対する制裁の在り方と内容について—新たな制裁システム体系—」刑法雑誌36巻2号（1996）

刑事訴訟法関係

（概説書・論文集等）

- ・田宮祐『刑事訴訟法（新版）』（1996年，有斐閣）
- ・田宮裕『変革のなかの刑事法—刑事訴訟法研究（6）』（2000年，有斐閣）
- ・田口守一『刑事訴訟法（第4版補正版）』（2006年，弘文堂）
- ・白取祐司『刑事訴訟法 第5版』（2008年，日本評論社）
- ・池田修，前田雅英『刑事訴訟法講義 第2版』（2006年，東京大学出版会）
- ・高田卓爾『刑事訴訟法（二訂版）』（1984年，青林書院）
- ・鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）』（1990年，青林書院）
- ・酒巻匡「憲法38条1項と行政上の供述義務」芝原邦爾，西田典之，井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』（1998年，有斐閣）
- ・後藤昭『捜査法の論理』（2001年，岩波書店）
- ・村岡啓一「憲法論的刑事訴訟論」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法』（2007年，日本評論社）
- ・村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法』（2007年，日本評論社）
- ・井上正仁「犯罪の非刑罰的処理—「ディバージョン」の観念を手懸りにして—」『岩波講座 基本法学8—紛争』（1983年，岩波書店）
- ・井上正仁『強制捜査と任意捜査』（2006年，有斐閣）
- ・平良木登規男『捜査法・第二版』（2000年，成文堂）

- ・平野龍一『捜査と人権 刑事法研究第3巻』（1981年，有斐閣）
- ・伊藤博路「自己負罪拒否特権の起源についての一考察—アメリカでの議論を中心にして」吉田敏雄，宮澤節生，丸山治編『小暮得雄先生古稀記念論文集，罪と罰・非情にして人間的なるもの』（2005年，信山社）

（雑誌）

- ・田宮裕「行政手続きと憲法35条・38条（いわゆる川崎民商事件）」警察研究48巻11号（1977）
- ・笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室265号（2002）
- ・笹倉宏紀「法人税法153条ないし155条に規定する質問又は検査の権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法156条」ジュリスト1304号（2006）
- ・井上正仁「強制処分と任意処分の限界」別冊ジュリスト174号（2005）
- ・上田信太郎「職務質問のための実力の行使」別冊ジュリスト174号（2005）
- ・渡辺一弘「所持品検査—米子銀行強盗事件」別冊ジュリスト174号（2005）
- ・稲田隆司「自動車検問」別冊ジュリスト174号（2005）
- ・曾和俊文「警職法による所持品検査」，同「自動車の一斉検問」行政判例百選Ⅰ第4版，別冊ジュリスト150号（1999）
- ・松井幸夫「行政手続と令状主義および黙秘権」別冊ジュリスト187号憲法判例百選Ⅱ（第5版，2007）
- ・小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学第77巻第1号（2001）

アメリカ法関係

（反トラスト法関係）

- ・佐藤一雄『アメリカ反トラスト法—独占禁止政策の原理と実践—』（1998年，青林書院）
- ・村上政博『アメリカ独占禁止法 第2版』（2002年，弘文堂）
- ・村上政博「執行力の日米比較」，経済法学会編『独占禁止法の執行力の強化』経済法学会年報13号（1992年，有斐閣）
- ・Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, Third Edition, 2005, Thomson/West.
- ・William E. Kovacic, *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*, *Antitrust Law Journal*, Volume 71, Issue 2, 2003.
- ・James T. Halverson, *An Evaluation of Substantive Changes and Penalties*, *Antitrust Law Journal*, Volume 43, Issue 1, 1973.
- ・Glenn Harrison and Matthew Bell, *Recent Enhancements in Antitrust Criminal Enforcement: Bigger Sticks and Sweeter Carrots*, *Houston Business and Tax Law Journal*, volume 6, 2006.
- ・Victor H. Kramer, *Criminal Prosecutions for Violations of the Sherman Act: in Search of a Policy*, *The Georgetown Law Journal*, volume 48, Number3, 1960.
- ・Herbert L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford University Press, 1968.

- Edwin H. Sutherland, *White collar crime: the uncut version*, Yale University Press, 1983.
- Milton Handler, *Antitrust- Myth and Reality in an Inflationary Era*, *New York University Law Review*, Volume 50, Number 2, 1975.

(税法関係)

- Amanda A. Cochran, *Evidence Handed to The IRS Criminal Division on a “ Civil” Platter: Constitutional Infringements on Taxpayers*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume91 No.3 Spring 2001.
- Bryan T. Gibson, Andrew Maher, *Tax Violations*, *American Criminal Law Review*, Volume42 Number2 Spring 2005.

(証券取引法関係)

- 宇賀克也『行政手続法の理論』(1995年, 東京大学出版会)
- William R. McLucas, J. Lynn Taylor, Susan A. Mathews, *A Practitioner’ s Guide to the SEC’ s Investigative and Enforcement Process*, *Temple Law Review*, Volume70, 1997.

EC 競争法関係

- Gerald Dannecker, Oswald Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union* Kluwer Law International 2004.
- Oswald Jansen, *The System of International Cooperation in Administrative and Criminal Matters in Relation to Regulation EC 1/2003*, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International 2004.
- Monique van Oers, *Fines and The Reform of European Competition Law: The View of a National Competition Authority*, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International 2004.
- Gerald Dannecker, Oswald Jansen, *The EU-Law Influence on the National Law System of Sanctioning in the European Area*, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International, 2004.
- Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law-Text Cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, 2004.
- Kris Dekeyser and Céline Gauer, *The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and The Rights of defense*, *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy*, Fordham Corporate Law Institute, 2005.
- Marcos Araujo, *The Respect of Fundamental Rights within the European Network of Competiton Authorities*, *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*

- international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005.
- Wouter PJ Wils, Principle of European Antitrust Enforcement, Hart Publishing, 2005.
- Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, Kluwer Law International, 2005.
- Luis Ortiz Blanco, European Community Competition Procedure, Second Edition, Oxford University Press, 2006.
- James S. Venit and Tero Louko, The Commission' s New Power to Question and its Implications on Human rights, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005.
- Andrew S. Butler, Funke v. France The Right against Self-incrimination , A Critical Analysis, Criminal Law Forum, Vol.11 No.4, 2000.
- Gerard Hogan, The Use of Compelled Evidence in European Competition Law Cases, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute international Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, 2005
- George Cumming, Brad Spitz and Ruth Janal, Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts, Kluwer Law International, 2007.

イギリス法関係

- Richard Whish, Competition Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009.
- Alan Riley , Saunders and the Power to Obtain Information in Community and United Kingdom Competition Law, 25 European Law Review, 2000.
- Elizabeth O' Neill, Emma Sanders, UK Competition Procedure, The Modernised Regime, Oxford University Press, 2007.
- Barry J. Rodger, The Competition Act and The Enterprise Act Reforms, Sanctions and Deterrence in UK Competition Law, Competition Law Sanctioning in the European Union, Kluwer Law International, 2004.
- Julian M. Joshua, The UK' s new cartel offence and its implications for EC competition law, a tangled web 28 E.L.Rev. (2003)
- Stephen Weatherill, Country Analysis–United Kingdom, Competition Law Sanctioning in the European Union, Kluwer Law International, 2004
- Peter R Willis, Competition Investigations: a Comparison of The Powers of The European Commission and The UK Authorities, Competition Law Sanctioning in the European Union, Kluwer Law International, 2004.
- Mark Furse, Competition and the Enterprise Act 2002, Jordan Publishing Limited,

2003.

- ・ Mark Furse, Competition Law of the EC and UK, 4th Edition, Oxford University Press, 2004.
- ・ Paul Ozin, Heather Norton, Perry Spivey, PACE a Practical Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984, Oxford University Press, 2006.
- ・ Martin Smith, Competition Law—Enforcement and Procedure, Reed Elsevier (UK) Ltd., 2001.

ドイツ法関係

- ・ 山田晟『ドイツ法概論Ⅲ（第3版）』（有斐閣，1989年）
- ・ 田口守一「ドイツにおける企業犯罪と秩序違反法」甲斐克則，田口守一編『企業活動と刑事規制の国際動向』（信山社，2008年）
- ・ 神例康博「ドイツにおける企業活動の適正ルール形成のための法制度—特に制裁システムの現状」甲斐克則，田口守一『企業活動と刑事規制の国際動向』（信山社，2008年）
- ・ 菅久修一「ドイツ競争制限禁止法第6次改正法の主な内容とこれらを巡る議論」日本ドイツ学会編集委員会編『ドイツ研究 No. 29』（成文堂，1999年）
- ・ 森口佳樹「ボン基本法十三条と行政手続への適用について—判例の展開を中心に」阪大法学 40 巻 1 号(1990)
- ・ 森口佳樹「行政手続におけるボン基本法一三条の意義について—学説の展開を中心に」阪大法学 41 巻 1 号(1991)
- ・ 森口佳樹「ドイツ裁判官留保制度（ボン基本法一三条）の最近の動向について—執行捜索の分野を中心にして—」阪大法学 43 巻 2・ 3 号下巻(1993)
- ・ 森口佳樹「ボン基本法 13 条における「遅滞の危険」概念の一考察—最近のドイツ連邦憲法裁判所判決を手掛かりとして—」，和歌山大学経済学会編『経済理論』307 号(2002)
- ・ コンラート・ヘッセ『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂，2006年），初宿正典，赤坂幸一訳，高田敏，初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第5版』（信山社，2007）
- ・ 高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』（三省堂，1997年）
- ・ 近藤充代「ワイマール・ドイツにおけるカルテル規制—カルテル令の性格をめぐって—」東京都立大学法学会雑誌 27 巻 1 号（1986）
- ・ 近藤充代「カルテルによる力の濫用とその規制—ワイマール・ドイツのカルテル令九条論—」東京都立大学法学会雑誌 29 巻 1 号（1988）
- ・ Loewenheim / Messen / Riesenkampff, Karrellrecht Band 2: Gesetz gegen Wettbeberbsbeschränkungen (GWB) Kommentar, 2006.
- ・ Langen / Bunte: Kommentar zum deutschen und Europäischen Kartellrecht, 10 Auflage, Band 1, 2006.
- ・ Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4 Auflage, 2007.
- ・ Lothar Senge, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2006.

- Knut Werner Lange, Europäisches und deutsches Kartellrecht , 1 Auflage, 2006.
- Jorg Bierman, Country Analysis Germany, Competition Law Sanctioning in the European Union, 2004.
- John C. Stedman , The German Decartelization Program- The Law in Repose, The University of Chicago Law Review, Vol.17, No.3 , 1950.