

### 第3章

## 独占禁止法の国際的執行の諸問題

### 越知保見

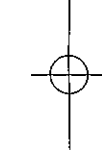
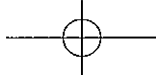
早稲田大学大学院法務研究科教授・弁護士

#### I 執行管轄権の行使と相手方の同意

##### 1 国際的執行に関する今日的課題の概観

域外適用の問題は、かつては、効果理論を承認できるかという規律管轄権の問題であったが、独占禁止法の市場経済を規律する法律としての重要性が高まるに従い、効果主義は一般的に承認され、国家主権の壁は、独占禁止法の執行当局・実務家の間で、ECN、ICNを活用した執行の相互協調で乗り越えられようとしている。このような国家主権の壁を相互協調によって乗り越えようとする流れは、国際法の本来意図する相互協調という観点から理想的なものであり、他の法分野の模範となるべき進んだ状況が生じているものと評価される。他方、域外適用が一般化した状況となるに従い、独占禁止法のエンフォースマメントの問題として、執行管轄権の問題と執行手段のハーモナイゼーションの進行という問題がクローズアップされるようになってきている。最近では、日本の独占禁止法の国際カルテルについての執行制度の脆弱さの問題が取り上げられるようになってきているが、これは、執行管轄権という国際法との学際領

<sup>1</sup> 川合弘造「独占禁止法の海外企業・外国人への執行と課題」西村あさひ法律事務所編『グローバル化の中の日本法』461頁（2008年）。



第3章

域の問題というより、海外事業者に独禁法をエクスポートすることにより、これまで顕在化していなかった日本の独禁法の執行規定の不備が明らかになったもので、国際的執行に固有の問題ではない点がほとんどである。国際的執行の問題が、国際経済法との交錯領域の問題から、独禁法の解釈論・制度論の問題に移行している流れを示すものである。

また、効果主義が認められた結果として、複数の国が管轄権を行使するという管轄の競合の問題がある（これについては、本書の須藤、田田論文も詳細に検討している）。ただ、効果主義に立てば、自国の領域内で独禁法違反の効果が発生した場合に規律管轄権を行使するのは当然であり、管轄権の競合は、効果主義を承認する限り、当然の事象である。国際的に事業者を営む事業者は、すべての国の法律を順守せねばならず、一国の法律で適法であっても、他国で違法となることは一般にあることであり、真の意味で、管轄が競合していると言えるか慎重な分析が必要である場合も多い。とはいえ、企業結合分野で、この管轄の競合が、過大な届出負担と過大な問題解消措置を生じている例（競争についての配慮よりも国内産業保護の観点から競争法を執行しているのではないかと見られる事例）も現れている。

2 いかなる執行管轄権の行使に相手国の同意が必要か

国家による「力」が行使される範囲が自国の領域であり、自国外に「力」を行使することはできないというのが確立された国際法の原則であるが、これがよりストレートに問題となるのが執行管轄権の問題であり、国際法の下でも、域外への執行に関しては相手国の同意を要するとの見解が支配的である。ただ、あらゆる執行の問題について、相手国の同意が必要かは、疑問の余地がある。国際法で、自国の領域でしか行使できないとされる「力」の行使とは、物理的な強制力を伴う国家行為が念頭に置かれている。したがって、逮捕・拘留などの身体の拘束、外国船籍が日本に立ち寄った場合における臨検・差押え、行政上の執行手段として直接強制について、相手国の同意が必要であることは一般に承認されている。

しかし、執行の中には、そのような明確な「力」の行使でないものもある。例えば、近年問題となっているものとして、行政処分の文書の送達や、質問

状に対し回答を要請することがあげられ、これらが「力」の行使と言えるのか（同意が必要なのか）が問題となっている<sup>2</sup>。

(1) 文書の送達と行政処分の通知

単なる通知についてはともかく「文書の送達」にあたる場合は、執行管轄権の行使であり、特別の規定なく相手国の同意なく行えないのが原則であると解されている。これ自体は、ウィーン条約に規定される国際法上の原則であるが、ここで「送達」が必要とされる文書とは、基本的には、訴状などの裁判文書である<sup>3</sup>。ところが、日本では、課徴金納付命令の謄本（48条の2第2項）、審判開始決定書の謄本（50条2項）が、明示的に文書の送達によるとされている。後者は訴状に準じるものだが、前者は、送達の規定が、不利益処分となる行政処分の通知にも適用されることを示す根拠となり、ここから、排除措置命令の送付、報告命令の送付も、「送達」を必要とする文書として考えられている。報告命令の違反、排除措置命令に対する違反は、刑事制裁が課されるが、そのような刑事制裁の発動の前提としては、「文書の送達」に準じて考えているものと思われる。例えば、プラウマン管轄カルテル事件で、韓国の事業者が、代理人の委任契約を解除し、排除措置命令案の受領を拒否したとき、公示送達が用いられたし、BHPピリトリーオ・テイント事業統合の第一次事件では、外交ルートも利用して日本の公取委の報告命令の送付に対し受領が拒否されたので、公示送達を行っている。

公取委は、平成13年の改正で、国外の者に「文書の送達」が要請される場合で、受領拒否等によって、送達が行えない場合に、公示送達が使えるか疑義があったため、公示送達を利用できることを明記した。公示送達というのはいはもともと民事訴訟法上、相手方の住居不明の場合に送付用いられる手段であり、相手方の住所が明確でありそこに送付が行われているのに受領が拒絶されている場合に、公示送達によって管轄権を発生させるのは制度の趣旨か

<sup>2</sup> 主として、送達の観点から、執行管轄を論じる基本的文献として、小寺彰「執行管轄権の域外行使：問題の整理―競争法・租税法上の送達手続を中心に―」『国際商取引に伴う法的諸問題(11)』35頁（2003）。

<sup>3</sup> 小寺・前掲注2)43頁。

らは外れているように思われる。むしろ、相手方が受領を拒絶している場合は相手方に対する防御の機会が付与されているのであり、相手方に対する送達と受領拒絶によって管轄権が発生する旨の規定を直接おく方が、独占禁止法の執行管轄権を認める方法としてはより直接的である。行政処分を課すことの通知にまで、裁判文書の送達の考え方をとる必要はなく、受領拒絶で、当該行政処分は効力を生じていると解すべきである。相手国における執行時点での疑義を避けるためには、受領拒絶で行政処分が効力を生じることが立法で明記することが考えられ、平成13年の改正は本来その方向に向かうべきではなかったかと思われる。

かりに、受領拒絶かどうか明らかでないときに備えるとしても<sup>4</sup>、その場合の手續的保障に配慮するというなら、日本に所在しないものへの「公示」送達は、相手国の日刊新聞に掲載する方法で知らしめるべきであり、国外の名宛人が、民事訴訟法の「公示送達」で、受領拒絶の不明確性を治癒できているか疑問である。さらに、民事訴訟法の公示送達によるとしても、送達完了するまで、6週間という期間を要する点も疑問である。飛行機であれば、世界中のどこからでも、3日以内に震が関の掲示板にアクセスできるので、公示期間は1週間で十分である<sup>5</sup>。

欧米では、このような問題で、わざわざ、公示送達の規定を適用する必要があり、相手方が受領を拒絶している場合は相手方に対する防御の機会が付与されていることを理由に管轄権が発生されるのではないかと思われる。最近では、韓国でも同じ問題に直面し、最高裁（大法院）は、行政手続に基づく場合、民事の送達規定の適用はなく、命令案を送付したのに受領を拒否された場合には、管轄権を発生させると解したが<sup>6</sup>、

<sup>4</sup> 行政処分の通知を行う場合、領事送達を行い、記録がなされるので、その点に疑義が生じる場合は、あまりないと思われる。疑義が生じうるのは外交ルートのない国、すなわち、台湾の場合であるが、それについては、本文記載の通り、台湾における日刊新聞による公示という方法をとるべきであり、民事訴訟法の公示送達では中途半端である。

<sup>5</sup> 新春座談会「公正取引委員会の将来像——畏敬される存在となるための具体的提言」公正取引723号28頁以下（2011）（以下「座談会」という）、51頁の上杉発言。なお、6週間、飛行機がない船舶時代の立法例を参照にしたものと思われる。

学者の批判があり、2004年に公正取引法を改正し、日本と同様の公示送達の規定が導入された。むしろ、大法院の考え方でよく、立法としても、大法院の考え方に従った立法（郵便送達を受領拒絶で送達があったものとみなされる）とした方が良かったと思われる。

## (2) 質問状に対する回答要請

執行の問題が当初に問題になるのは質問状に対する回答を求めて質問状を送付するところから始まり、そのような質問状の送付にまで相手国の同意なくできなかが問題となる。この関係で、カルテルの国際的執行に対する関心が、急速に高まっている。特に2007年にEUで国際カルテルに対し巨額の課徴金を課した事例<sup>7</sup>では、日本の事業者に対しては外交ルートではなく、直接に質問状を担当部署や工場に送付していたが、このような行為が許容されるかが問題となる。

「文書の送達」についての規定の準用がないのであれば、どのような通知手段も可能であり、国際法上、問題にする余地もないかみえるが、ことはそう簡単ではない。米国の弁護士が日本でデポジションと呼ばれる証拠収集手続（承認となるものからの事情聴取）を行うことがあるが、これも事情聴取される者の同意があれば、国際法違反とは断じ得ないと解されるのが一般的であった。ただし、このような場合でも外交ルートによるべきであり米国の大使館でデポジションを実施するべきであるという見解もあり、それによって依頼者にアドバイスを行う法律事務所も多かったと思われる。ただ、このような米国外大使館以外でのデポジションに基づく証拠が米国の裁判所でその効力を否定されたことはないと思われる。

このように、「文書の送達」にあたらなくても、国外のものから事情聴取するのであれば、まず、相手方の同意を得る必要があり、同意されない場合は、外交ルートによるという考え方が、1990年代まで（あるいは、外務省が

<sup>6</sup> 大法院2006年3月24日宣告2004トウ11275判決。なお、原審のソウル高等法院2004年11月24日宣告2003ヌ9000判決は、公示送達もなされていたことから、郵便送達の瑕疵が治癒されているとしていた。本事例は、黒鉛電極カルテル事関する事例である。

<sup>7</sup> 後掲注8の経産省報告書5頁の図表3を参照。

委託報告書で、域外適用容認に転換するまで)は強かったと思われる。この問題に関する経産省の報告書<sup>8</sup>は特にこのような質問状の送付を国際法に反するものと断じるのではなく、企業のコンプライアンスに対する意識の強化を啓蒙する内容となっている。時代の変遷を垣間見ることのできる報告である。

EUから送付される質問状に対し、それに回答しなければ履行強制金が課されるかについては、支払を懈怠した場合の強制執行による回収だけが実力の行使であり、履行強制金の賦課自体は、規律管轄権の行使であると解して、履行強制金の賦課がなされる可能性はあると思われる。ただ、送付される場所が適切な場所でなければ、防御権が保障されたとはいえなくなるので、特定部門の面識のある者のいる部署への直接送付で、履行強制金が課されることはなく、履行強制金を課すような場合には、本社の代表取締役を宛先とした配達記録付きの送付手段がとられるであろう。

EUの質問状の場合、質問状の受領その他のコミュニケーションの遅れが事業者にとってはリエンシーの適用申請にあたって不利にはたらく。そうすると、質問状の回答を拒否することは不利益を受けることが予見されるので、1990年代までであれば、履行強制金が賦課されないとしても、ある程度の強制力が生じているため、送達に準じて考えられるべきではないかが問題とされたであろう。

しかし、EUが調査を開始していることを事業者に知らしめ、事業者に防御の機会を与えること、特にリエンシー申請の機会を与える意味があるから、防御権の行使の機会が付与という役割を持っている。このような質問状が直接送付できず、外交ルートに頼ることになれば、日本の事業者はリエンシーの申請を日本以外の事業者より不利な立場におかれることになる<sup>9</sup>。そう考えると、質問状の送付のような実力の行使でない調査手続の履行についてまで、同意がなければ外交ルートによることは、かえって、我が国の事業者がリエンシーの適用上、不利な地位に置かれることになる。これが、質問状の送付の実務に関し、欧州が、外交ルートによることなく、直

<sup>8</sup> 経済産業省平成20年6月25日「競争法の国際的執行に関する研究会中間報告」。

<sup>9</sup> 経産省の報告書で、EUが直接質問状を送付する実務に対し国際法違反という議論を展開しなかった理由はここにあるのではないかと思われる。

接の郵便やファックス、メールを活用する理由であり、日本の実務もそのように動いてきていると思われる。結論として、質問状の送付は、実力の行使ではなく、相手方の同意の必要とされる行為ではない(したがって、黙示の合意という構成をとる必要はない)し、質問状は、証拠の収集を目的とし、回答義務があるものの、直接強制手段をとっているわけではない。したがって、外交ルートによる必要はないというのが、今日の国際法の実務と思われる。

そうであれば、報告命令の送付を「文書の送達」に準じて考える必要はなく、これを行うのは、違反に対する制裁が刑事罰しかないことから、刑事手続の前提として、慎重な手続をとっているに過ぎないと解すべきである。

以上のように、文書の送付または送達、実力の行使でないとすると、執行管轄が、競争法の執行の障害となる度合いはそれほど大きなものではない。証拠収集については、ECN、ICN等の国際的ネットワークやリエンシー制度により事件の端緒を得ることや、有効な証拠を入手することは、10年前と比べても画期的に向上しており、上記のように、非実力的な態様による調査を同意なく実行できるとすれば、かつての域外適用について生じたような困難な問題は、あまり生じないと思われる。

## II 国際的執行に関する日本法の固有の問題

### 1 日本の独禁法の執行に関する問題の特殊性

すでに述べたように、国際カルテル、国際的企業結合に関する独禁法の執行状況は、日本の独禁法のエンフォースメントの規定の問題を明らかにするものとなっている。

### 2 調査妨害に対するサンクションの機能不全によって生じる問題

独禁法調査に対する妨害、忌避については、欧州では、ドイツを除き、間接強制手法がとられる<sup>10</sup>。間接強制の場合、相手方が協力しない限り調査を

<sup>10</sup> ドイツの執行実務については、拙稿「ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本法についての示唆——黙秘権・自己負担拒否特権は行政手続で保護されるのか」公正取引727号34頁(2011)。

実施することはできない。例えば立入検査であれば、相手の同意がない場合にそのある書類を閲覧したり提出させたりすることもできないのである。ただしそのような資料の閲覧や謄写を拒否する場合には調査への妨害があるとして行政庁自身により、サンクションが課されるという構造になっている。2007年にEUが取り上げたソニーのビデオテープ事件<sup>11)</sup>では、検査妨害に對し、制裁金の増額措置が取られている。

日本では、サンクションが刑事罰となっており、国際的執行の場合、刑事罰を海外の事業者に課するのは困難という点が指摘される<sup>12)</sup>。しかし、この点は、そもそも日本の事業者であっても検査妨害を検察庁が取り上げたことはなく、その意味で、検査妨害に對するサンクションが適切に働いていない点こそが問題であり、行政庁が自ら、検査妨害に對する(裁量的な)履行強制金や課徴金の増減を可能とする裁量的な課徴金制度などのサンクションを行使できるようにしなければならない。それ以前に、実際には間接強制の不協力を對して刑事告発が行われたことはない<sup>13)</sup>。行政庁が自ら、検査妨害に對する(裁量的な)履行強制金や課徴金の増減を可能とする裁量的な課徴金制度などのサンクションを行えるようにしなければならない。

ただ確かに立入検査という調査手法に関する限り、公取委が調査妨害に對するサンクションを課しえたとしても海外で立入を行うことは(相手国の同意がないと)できないため、その意味での限界はある。ただしこの点は海外の執行当局も同じである。それにもかかわらず、国際カルテルの執行が相次

ぐのは、リエンジニアリング制度によって外国で行われた合意についての情報を収集することができず、リエンジニアリング制度は、上記の執行管轄権の行使についての同意の取得の困難性から来る国際カルテルにおける証拠収集の困難性という問題を克服した点においても重要な意義がある。

報告命令に関しても、報告命令を無視し回答を行わなかった場合、虚偽の報告を行った場合にも、間接強制手法により報告を行わなかった当事者が処罰(刑事罰)される。日本の刑事罰は、まず、実行為者である自然人が処罰され、両罰規定によって法人が処罰される設計となっていることから、まず自然人を特定する必要がある。この点は、立入の場合も同じであるが、立入の場合以上に、妨害行為(実行為)を行っている自然人の特定が困難であるという問題がある。権限のない者に書類を送付された場合には、この者に刑事罰を課すことはできず、実際に権限がある者が誰であるかは外部からは容易に識別できないため、刑事罰による執行では、真に回答を拒絶している者以外のものが刑事罰を負ってしまうリスクが相当程度高いように思われる。この観点でも法人そのものを違反者とする行政制裁金制度の導入が求められる。

BHP ビリントン・リオ・ティント事業統合の第一次事件では、日本の公取委の報告命令を無視してTOBを進めようとしていたが、日本の独禁法のサンクションが機能していないことを見透かした対応であったことは否定できない。

### 3 排除措置命令に對する違反の制裁が刑事罰のみであることから問題

同じような機能不全は排除措置命令・課徴金納付命令に對する違反についてもみられるところであり、排除措置命令の不遵守は2年以下の懲役または300万円以下の罰金であるが、この点も刑事罰対象の個人を特定することが困難であるという問題があり、(裁量的な)履行強制金制度が不可欠である。刑事罰を維持する場合、国外犯処罰規定を設けることは最低限度必要であるが、そうしたことからいって十分なわけではない。

なお、排除措置命令が外国の当事者を名宛人としなければならない場合は、カルテルの場合だけではない。最近、問題となったGoogleとヤフーの業務

<sup>11)</sup> ソニービデオテープカルテル事件 (Press release on November 20 2007)。同事件では、欧州委員会が立入調査を行った際に、立入調査を受けたソニーの子会社の従業員が、違反行為に關連する書類をシュレッターにかけ、欧州委員会の職員の質問に對し、回答を一切拒絶したことに關し、1080万ユーロ(約14億円)の課徴金の増額(当初課徴金の額の30%)がなされた。井上朗「EU競争法の手続と実務」(民事法研究会・2009) 88頁。梶子公男「EU競争法の履行強制金」公正取引705号16頁(2009)。

<sup>12)</sup> 川合・前掲注1) 477頁。

<sup>13)</sup> 日本の公取委が調査忌避・調査妨害で検察方に事件を持ち込んだ例はあったと思われるが、検察方はこのような手続違反を取り上げたことがない。検察方はこのような犯罪を微罪とみなしているようであるが、行政調査という違反行為の解明・サンクションに不可欠な制度であり、その違反を微罪とみなすことは問題である。拙稿「行政調査における防御権と調査妨害——日本固有の問題を分析したうえでの欧州との比較」国際商事法務国際商事法務38巻2号151頁。

提携の事例（本件については、後記Ⅲ5(2)のレメディアの項でも詳細に論じるので、事実関係等は、そちらを参照）では、米国ヤフーがヤフー株式会社（以下、ヤフーという）において、仮に違反ありとして、排除措置を命じる場合、公取委は、米国ヤフーが供与していた検索エンジンサービスのハードとソフトをマイクロソフトに売却し、マイクロソフトに従来のサービスのハードと同様の条件でサービスを提供させることを保証することが適切なレメディアであったと思われるが、このような国外での執行を実効化させるには、レメディアの違反に対し、公取委自身が高額の課徴金を課す必要は高い。

#### 4 司法取引（訴追免除合意）ができないことからくる問題

日本では間接強制手段ではない全くの任意調査が行われる場合も多い。供述調書の実務は独禁法47条の審尋による調査ではなく、独禁法の調査権限を發動しているわけではない単なる自発的供述として構成されている。この点はひとつ独禁法47条の手続にのった場合、虚偽記載をすれば刑事罰となるが、全くの任意手続の場合には92条が47条3項の審尋手続を特定していることとの反対解釈から、供述調書に虚偽の記載があったとしても調査妨害にあたることはないと考えられているものもある。しかしこの点が明確に説明されない限り任意手続に依拠しているものである。したがってこの点が何のメリットもないものとして誤り、外国人にとっては任意調査に依拠することは何のメリットもないものとして誤解しやすい。

ただ、この点を正しく認識した場合でも、任意的供述を得る手法に関して日本はカルテルが刑事罰対象行為でもあることから生じる問題がある。違法行為に対し、刑事罰が存在する場合、外国事業者の役員・従業員は刑事罰からの免責、即ち訴追免除を求めることが一般的である。刑事事件では、各国の検察庁は、訴追裁量権限を駆使し、訴追免除に合意した上でその者からの供述を得るという実務が行われているので、このような司法取引は外国人にとっては全く当たり前のことである。ところが、日本では有名なロッキード事件最高裁判決において、このような訴追免除は特別の立法がない限り認められなるとされ、訴追免除によって取得された供述の証拠能力が否定されたため、上記の外国では当たり前となっている手法が活用できないという問

題がある。同判決は、訴追免除の約束を、黙秘権・自己負罪拒否特権を一方的に消滅させる行為としてとらえたと見え、そのような一方的な訴追免除は明文の制度がない限り行うことはできないと判示し、コーチャン囑託尋問調査などの証拠能力を否定したものである。同判決は、当事者間が合意して行う訴追免除行為までを射程にしたものではないが、約束による自白は利益誘導であり、証拠能力がないとの判決<sup>14</sup>に伴って訴追免除合意に基づく合意は証拠能力がないとの見方が刑事法学説でも通説となっている。したがって日本の検察庁は訴追免除を与えないし、訴追免除が条件となれば事実上任意の供述を得ることは不可能となっている。

なお、日本では、検察庁が、公取委の意向を尊重して、訴追裁量権を行使するものとなっておらず、検察庁が、自らの判断を重視する姿勢を見せていることも、国際的執行の観点では問題を引き起こす可能性がある。公取委は、独禁法事件を刑事事件にするか否かについて、専属告発権を有している（独禁法96条）が、告訴不可分の原則により、告訴が行われた場合、従前の訴追免除の合意によって訴追する対象を限定することはできないと解されている。したがって、公取委が事件を告訴する場合、告発をしないという約束のもとに、調査協力を得た場合でも、事件が告発されれば、そのものを告発しないという公取委の意向がそのまま受け入れられるかは必ずしも明らかではない。

課徴金減免申請をして課徴金の免除が与えられる第1通報者に関しては、国会答弁で、検察庁が訴追を行わないことになる旨の答弁が行われているが、その他の事業者の役員・従業員の取り扱いは不透明である。課徴金減免制度は、事業者のみの減免であり、これに協力した個人が刑事訴追されたのでは、個人の代理人は、個人に協力を促すのが困難になる。第1通報者だけでなく、

<sup>14</sup> 福岡高判平成5年3月18日判時1489号159頁。ただし、この事例は、捜査段階での供述調書の内容を広汎に維持することを求めることの対価として求刑を寛大にするという取引である。訴追免除による捜査協力という協力型の事例ではないし、純粋型の司法取引としても、被疑者に検察官の主張に沿った供述を押し付けられるものであり、求刑権限の適正な行使とは言えず、求刑権限を利用した証拠の捏造と見られる事例である。本来の司法取引とは、自己負罪拒否特権を放棄させ、供述者にありのままの供述を行わせるものであり、本件は、不適正な司法取引の証拠能力を否定したためであり、約束による自白全ての証拠能力を否定した先例と解すべきではないと思われる。

第2通報者以下についても、基本的には、協力が得られている事業者の従業員等の関係者を訴追すべきではない。告訴については、協力の得られていない事業者を訴追することを要望するべきであり、検察庁はその意向を尊重するべきである。そうすれば、協力状況を悪質性・告発基準・訴追裁量の基準に反映することができ、刑事事件と行政事件の振り分けとして適切であるように思われる。

#### 5 事情聴取をめぐる実務における手続的保障

任意手続ではなく、正式手続である審尋手続による場合、日本の手続が弁護士立会権を補償していないこと、黙秘権・自己負罪拒否特権についての考え方が、欧米の一般的理解と異なる点が、実際の証拠収集の過程では摩擦を生みかねない。まず、強制調査を選択した場合、弁護士の立会を保障しないことは、国際的には、同意を得にくいであろう。立入調査であれば、弁護士は立会可能であり、なぜに、事情聴取において、弁護士の立会が否定されるかは、説明が困難である。

黙秘権・自己負罪拒否特権が行政調査に適用されるかについて、川崎島商事件最高裁判決は、行政事件では、黙秘権・自己負罪拒否特権は保障されないと判示している。しかし、自己負罪拒否特権に関する限り、自己負罪拒否特権と黙秘権の異同を十分配慮されずに判示された可能性がある。黙秘権は一切の供述拒否であり、黙秘権が行政手続で保障されないと解することは正当である。しかし、自己負罪拒否特権は個別の質問ベースでの回答の拒否であり、行政事件、民事事件でもある種の質問に対して保障されるというのが欧米の考え方なのである。供述拒否できる質問の範囲は、必ずしも明確ではないが、カルテルを行政事件で執行する欧州の場合、犯罪を自白する結果となる質問に対しては供述を拒否することができるし、そもそも犯罪を自認させる結果となる質問自体が、自己負罪拒否特権への配慮の観点から、差し控えられる。したがってEUの実務では完全な自白調書というものは作成されない。もし、公取委が、訴追免除合意により、自己負罪拒否特権を消滅させずに、完全なカルテルの自白を求める場合、外国事業者からの批判が噴出する可能性があると思われる。

また、行政事件で用いられた証拠を刑事事件で活用してはならないというルールがあるものの日本のカルテル刑事事件では、公取委が行政事件で取得した証拠を検察庁が公取委に対する差し押さえの方法で入手するという実務が行われている。しかし欧米の自己負罪拒否特権の考え方からすれば、公取委が任意で提出するか捜索差し押さえにより強制的に検察庁に引き渡されるかは問題ではない。検察庁が行政事件で取得された証拠にアクセスすること自体が、自己負罪拒否特権によって禁止されねばならないはずだからである。国際カルテルに関し、刑事事件での立件が目指されるときには、現在の刑事実務は国際的な執行において外国事業者との間に軋轢を引き起こしかねない実務となっていることに注意が払われるべきである。

#### 6 課徴金の設計をめぐる問題

##### (1) 課徴金の非裁量性から来る問題

上記の点は、自白供述に頼って立証すること自体がカルテルの立証としては、国際的に通用する実務ではないことを示すものである。欧州では、自白調査ではなく、課徴金減免制度を通じた協力の度合いにより、課徴金を増減させるという制度により、制度の実効性を確保している。今日では、settlementを通じて、米国のアライメントの司法取引まで、制度化されるに至っている。

日本では、課徴金の額は、非裁量的であり、課徴金減免制度も、裁量性がない設計となっているが、このような制度設計のもとでは、リニエーションを申請するための最低限度の書類を準備すればリニエーションの恩恵は受けられるという考え方になりがちであり、国際カルテルの事件化に必要な証拠収集ができないう可能性がある。課徴金制度と課徴金減免制度のいずれにおいてもその硬直性の是正が喫緊の課題であるといえる。

##### (2) 日本で売上げがない限り課徴金は課されないという制度設計から来る問題

課徴金の対象が、自ら落札した場合だけで、談合の場合、自ら落札した案件がなければ課徴金が課せられない制度では、国際的市場分割のように落札物件がない場合（マリノス事件のような場合）、課徴金を課することができ

なくなる。まず、国際的な市場分割カルテルについて、合意の一部を切り取ることができるかという問題がある。マリノホース事件では公取委は日本市場における市場分割、あるいは談合的な取り決めを取り出して違法行為としたが、当該取り決めはアジア米欧の企業で互いに自らのホームマーケットを維持し、相手のマーケットに参入しないという基本合意と、この基本合意のもとでアジア・欧州・米州で各地域の事業者が案件の割り振りをやっているという二段の市場分割合意からなっていた。これを日本市場についてのカルテルとして切りとめることは必ずしも案件の実態を正しく評価するものではない。公取委がこのような日本市場向けの市場分割合意を切り取った形で事実認定したのは、日本の課徴金が日本市場で落札した事業者にしき賦課されない仕組みとなっているからだと思う。すなわち外国での市場分割の問題を事実認定しても、課徴金対象行為でない以上、ほとんど意味がなく、他方で合意の内容につき証拠が薄いと判断されるリスクがあるので、わざわざ、課徴金を賦課できない合意部分については、これを除外した方が簡明だと考えたのだと思われる。これは、日本市場での落札者あるいはカルテルから利益を受けたものだけを課徴金の対象とする現行制度の欠陥であり<sup>15</sup>、課徴金のベースを国内売上に限定しないようにし、かつ、落札者だけでなく、カルテル参加者全てに及ぶように早急に設計を改める必要があると思われる。このような制度となっているのは、欧米韓国の中では日本だけであり、他のアジアの国でも日本のような制度設計となっている国はないのではないかと思われる。早急な裁量型課徴金の導入が必要である。本件では、日本市場について市場分割カルテルの結果として、日本市場で落札実績のない外国事業者は一円の課徴金も課せられなかったもので、外国企業は今後、コストをかけて公取委に協力する意味はないと判断する可能性が高く、外国企業からの協力が得られにくくなる事態が懸念される<sup>16</sup>。言い換えれば、本件の結末は、外国の事業者にとって日本の独禁法はおそるに足らずとの印象を与えることになったと思われる。

<sup>15</sup> 川合・前掲注1) 484頁も国内売上をベースとすることの不合理性を指摘する。

<sup>16</sup> 前掲注5の座談会51頁の川合発言参照。

課徴金が、日本の売り上げしか対象としないことは、日本で売り上げのない事業者は日本の当局の調査に協力するインセンティブがないことになり、カルテルの参加者という最も有力な証拠を得るソースの活用ができないという問題をも惹起する。

### (3) 課徴金の賦課に個別合意の立証が必要とする実務

課徴金の非裁量性・売り上げ基準という問題は、そもそも、談合について、課徴金の賦課には、個別案件ごとの同意の立証が必要と解されていた（多摩談合事件最高裁判決〔平成24年2月20日〕により、不要であることが確定した）がそこまでの立証を要することになれば、国際的執行は、ほとんど不可能となりかねない。2007年にEUが取り上げたスイッチギア事件（国際的市場分割カルテルだが、談合の実質を有している）では、個別談合についての立証は行われることなく課徴金の支払いが命じられている。

## 7 期間の進行の考え方

期間制限の点では、調査がされても除外期間の進行が停止しない制度では、国際的案内では十分な調査ができない段階で、除外期間が到来してしまうという問題があり、調査開始により、期間制限の進行を止める制度の導入が必要である。黒鉛電極カルテル<sup>17</sup>で、日米欧韓が、課徴金賦課に成功したにもかかわらず、公取委のみ警告にとどまったのは、期間制限の問題で、正式措置をとることができなかつたためであると言われている。EUで取り上げられた国際市場分割であるスイッチギア事件<sup>18</sup>は、2000年代前半に終了しており、日本の場合3年間で時効（除外期間）が終了してしまつたため、公取委が日本市場におけるカルテルの事例として調査を開始できなかったものと思われる。

<sup>17</sup> 公取委警告1199年3月17日。

<sup>18</sup> General Court Judgments on 12 July 2011 in *Cafje T-112/07 Hitachi & Others & T-113/07 Mitsubishi Electric Commission*.

9  
Case 9



### III 企業結合規制についての課題

#### 1 外国企業への調査・協力要請

この点については、Iで述べた点を参照。

#### 2 届出の負担の増大と届出事項の調整

企業結合届出に関して、域外の企業結合について、企業結合届出義務を課す国が増えており、このための負担が企業結合を行おうとする当事者の過大な負担となりつつあるという問題と企業結合を承認しなかった国が要求する是正措置、特に構造的是正措置が適切か（かえって、他の国では、競争を阻害する結果にならないか）という問題がある。後者については、Boeing/McDonnell Douglas 事件、GE/Honeywell 事件で顕在化した<sup>19</sup>が、最近では、国際的な企業結合に独禁法違反を主張するのは、米国・欧州だけではなくあっており（特に中国の問題が大きい）、この問題は、いずれ大きなものとなると思われる。

#### 3 米国型とEU型の制度設計の相違および届出内容

米国とEUの届出制度については似通った制度であるかのように見られることが多いが、根本的なところでかなり大きな違いがある<sup>19</sup>。特に大きな違いは最初の届出段階で要求される届出内容および審査が詳細になった場合の第二次請求またはPhase II 審査で要求される請求内容である。

米国のHSR法上の最初の段階での届出内容はそれほど大きな負担ではない。プロダクトカテゴリー等を示し、届出書式のチェック欄にチェックしていけばHSR法上の届出義務の大半を満たすことができる。競争へのインパ

<sup>19</sup> 拙稿「日米欧の企業結合審査手続きと日本の手続きへの改正についての示唆」国際商事法務35巻7号、同「欧米の企業結合届出手続き実務の最先端」国際商事法務37巻12号、なお、EUの企業結合調査に関し、情報提供請求に応じなかった者に対する履行強制命令が課されるが、これに言及したのもとして、クリス・パン・ホフは「グローバル経済におけるEC企業結合規制」NBL905号41頁。

クトとしていわゆるItem4 (c) に規定される書面の提出が求められるが、それほど詳細な書類の提出が要求されるものではない。これに対し、第二次請求の場合の書類提出の範囲はきわめて広く、資料収集だけで最低でも4ヵ月程度を要し、提出資料の量でダンボール数十個から数百個に上る。即ち米国の場合、第一次的届出義務は軽く、第二次請求になって飛躍的に負担が増大する制度設計となっている。

これに対し、EUの届出は、Phase I の届出段階で、「支配の取得」(acquisition of control) があるか否かなど「集中化」についての分析が求められる。支配の取得という概念自体、後述するとおり、分析を要する概念であるので、この点についての分析・資料収集にも手間がかかり、Phase I の届出に要する手間は、米国の最初の届出時点での手間よりかなり大きい（米国の届出においても、資産規模や売り上げ規模の対象となる範囲を画する意味で、「支配」が問題になるが、この支配は、議決権のみにより判断されるので分析にそれほどの手間を要しない）。このようにEUの届出義務は、Phase I の段階で米国よりも手間がかかる仕組みとなっている。EUでもPhase IIに移行した場合には、追加的な書類や追加的な分析が要求されるが、これは米国の第二次請求ほど広汎な書類の提出を要求されるものではない。

もう1つの相違点は、米国の届出制度では、当局の請求の重点は、証拠書類の収集に置かれ、その結果、書類の収集・提出に力点が置かれるのに対し、EUの届出制度では、届出主体の側で、「集中化」についての分析を求められるなど、分析と報告が重要な部分を占めている。即ち、EUの場合には、書類の提出よりも書類の作成（報告）が届出主体の重要な作業内容となっており、この点も米国型とEU型の制度の相違となっている。

#### 4 届出要件についての調整の必要性

この米国とEUの手続の違いを可視的に表にしたものが別紙1である。加えて、従来は米国と欧州だけが域外適用の可能性があり、そのため届出義務を厳密に遵守しなければならなかったと考えていたが、最近では、中国も企業結合届出制度を導入し、積極的に運用しているし、ブラジルでも企業結合届出義務を活発に運用するなどこれらの国の届出要件に注意を払う必要が生じて

いる。今日では、BRIC's 諸国の台頭によりこれらの諸国に対する企業結合届出の必要性も格段に高まっているため、企業結合届出の負担が著しく増大している状況になりつつあるといえる。典型例は、パナソニックによる三洋電機（以下「三洋」という）に対する公開買付けによる株式取得<sup>20</sup>であり、この件では、西米欧中国+7カ国に届出を行い、その費用に100億円（かなりの部分は、翻訳費用といわれる）、日数として、300日を要したといわれている。その意味で、企業接合届出制度のハーモナイゼーションは今日的課題として、急浮上しているといえる。

##### 5 レメディをめぐる問題

###### (1) 三洋・パナソニック企業統合

レメディの過大な負担競争法の重要性が各国で認識されたこと、および効果理論に基づき領土内にプレゼンスがない事業者間の企業結合で企業結合の商品が当該国に輸出されるなどその国の消費者に対する悪影響が懸念される場合問題解消措置をとることができるようになった。これにより企業結合届出に関して、届出負担が増すと同時に問題解消措置に対する対応コストが増大しているという問題がある。パナソニック・三洋の事例では日米EU中国ほか7カ国に届出が提出され日本、米国、欧州、中国で条件付き承認が与えられた。問題となった市場は、日米欧では、円筒形リチウム一次電池、民生用ニッケル水素電池、コイン型リチウム二次電池の3つの市場（日本では円筒形リチウム一次電池のみ、米国では民生用ニッケル一次電池のみ）であるが、中国はこの3市場に加えて、車載用ニッケル水素電池市場が問題となった。

合意された問題解消措置は、民生用ニッケル水素電池、コイン型リチウム二次電池円筒形リチウム一次電池に関しては、三洋の高崎工場（民生用ニッケル水素電池、コイン型リチウム二次電池を製造している）、鳥取工場（円筒形リチウム一次電池を製造している）をFDKに譲渡する。パナソニックとトヨタの共同出資会社への影響力排除（議決権・取締役派遣ゼロ、出資比率低下、社名からパナソニックの名前を削除）であった。

中国当局の指摘した車載用ニッケル水素電池に関しては、パナソニックの湖南工場での事業については、入札の結果、中国の地域の事業者に譲渡することが合意された。

以下は、EU決定の概要である。

EUにおいて円筒形リチウム一次電池市場が問題とされたのはパナソニックと三洋の両者が共に高品質の電池供給者であり、それぞれの価格も密接に變動する最も密接な競争者だからである。市場関係者は競争の減少による高価格とイノベーションの誘引の低下に懸念を示している。そして商品市場と地理的市場の画定如何にかかわらず本件株式取得によって、円筒形リチウム一次電池市場において重大な競争上の懸念を生じる。

民生用ニッケル水素電池市場に関しては企業結合により競争者数が5社から4社に減少し、両社が最も信頼できる高品質の競争者であり、価格変動も密接であり最も密接な競争者であることから選択肢の減少と高価格の発生が懸念されるとし、正確な地理的市場の画定の如何にかかわらず、本件株式取得によって民生用ニッケル水素電池市場において重大な競争上の懸念が生じる。

コイン型リチウム二次電池市場は本件の結合により競争者数が3社から2社に減少し、かつ両社が高品質の商品についての最も密接な競争者であることと、参入にはコスト、時間、ノウハウが必要であり、容易ではいえないとして、本件企業結合により価格の上昇と質の低下がると懸念されたとした。

車載用のニッケル水素モジュールまたはシステムの供給においては当該技術の競争は本質的に終了していること、多数の当該技術に関する開発計画が進行中であり、重大な競争上の懸念はないとした。

日米EUの競争当局が、上記の理由から競争上の懸念はないと判断した車載用ニッケル水素電池市場において、中国の競争法当局が懸念を表明したことにについては、企業結合規制を利用した技術移転の強制はないかという疑問を払拭できない。形式的には、入札が行われているものの、他のすでに車載用ニッケル水素電池の開発を終えている事業者にとっては魅力的な入札案件ではなく、中国企業にとつてのみ魅力的な案件であり、中国企業が落札することは必至であった。結局のところ、工場の地場資本への譲渡が命じられ

<sup>20</sup> Case No. Comp/M.5421-Panasonic/Sanyo.

たのと同じであると評価できると思われる。この件は、企業結合規制の分野においては管轄権の競合の問題が届出負担だけではなく問題解消措置についての負担の面でも大きなものになっていく可能性があり、合理的でない問題解消措置に対するどのような対応をとるかについて検討すべき時期が来ているようにも思われる。

この関係で参考になるのは移転価格の二国間協議であり競争法においても問題解消措置については当局間でのコミュニケーションを充実し不合理な問題解消措置に対しては二国間での話し合いなどにより解決を模索すべきであるように思われる。もし二国間での協議が不調に終わる場合にはこのような問題もWTOの紛争処理制度の中で扱うことも検討に値するのではないかと思われる。

(2) グーグル・ヤフー提携<sup>21</sup>

事前相談の内容（事実の概要）と公取委の回答

公取委は、ヤフー株式会社（以下「ヤフー」という。）から、同社は、自社のウェブサイトをに用いる検索エンジン等を有しておらず、これまでヤフー・インク（以下「米国ヤフー」という。）から検索エンジン等の提供を受けていたが、平成21年7月、米国ヤフーが、自社の検索エンジン等の開発等を停止する方針の下、検索エンジン等の提供をマイクロソフト・コーポレーション（以下、「MS」という）から受けることを決定したので、米国ヤフーから検索エンジン等の提供を受け続けることができなくなつたヤフーは、グーグル・インク（以下、「グーグル」という。）から検索エンジン等の提供を受けることを決定した。ヤフーとグーグルは、その業務提携が独禁法上の問題を生じないかを公取委に照会した結果、公取委は、平成22年7月、「事前相談の内容が事実であることを前提とすれば、本件技術提携は、直ちに独占禁止法上問題とはならない」旨、回答した。提携

<sup>21</sup> 拙稿「インターネット検索市場における水平的業務提携——グーグル・ヤフー提携（公正取引委員会平成22年12月2日報道発表）」速報判例解説 経済法 No.32（文献番号 z18817009-00-120320626）（2011）。

の内容（実質的には、事前相談により合意された自発的問題解消措置と見られる）は、以下のとおりである。

(1) ヤフー及びグーグルは、本件技術提供の実施後も、インターネット検索サービス及び検索連動型広告の運営をそれぞれ独自に行い、広告主、広告主の入札価格等の情報を完全に分離して保持することで、引き続き競争関係を維持する。

(2) 本件技術提供に係る契約期間は2年間であり、ヤフーは、2年後に、どの検索エンジン等を利用するかを選択でき、かつ、契約期間中であっても、ヤフーが他の検索エンジン等を利用することは何ら妨げられない。

市場の画定

3つの市場が問題になる。インターネット検索サービス市場、検索連動型広告市場及び検索の履歴という個人情報蓄積される検索履歴データベース市場である。ウェブ・ページ上では、インターネット検索サービスの結果が左側、検索連動型広告が右側と左側の一番上に掲示される。

インターネット検索サービスは無料であり、グーグルなど検索サービス提供者とエンド・ユーザーとの間に取引がない。そこで、インターネット検索サービス市場を独禁法上の関連市場と云ってよいかかが問題となる。この検索サービスを無料として、広告収入でビジネスを展開するというのは、インターネットで普及してきたビジネスモデルだが、もともとは、民放の地上派テレビのビジネスモデルである。すなわち、検索サービスは、利用者と対価の支払い者が異なるだけで、無償で提供されているのではない。検索サービスの提供者が売手となって、広告事業主間で検索サービス市場における検索ワードの購入者として、検索ワードの取引がなされている。

つまり、インターネット検索サービス市場と検索連動型広告市場は、同じ市場を売り手から表現するか、買い手から表現しているかの違いであり、いわば同じコインの表裏の関係である。なお、この市場の名称は、商品名によってなされるのが一般であることを考へると、~~インターネット検索サービス市場~~と呼ぶ方が適切であろうと思われ、本稿ではそのように表記する。

は無償であるから市場が同一に切り分けられる

(一定の取引区分)

見解もあるが、検索市場の範囲が広すぎる、  
 刀鞘とされていくおぼけがあり、市場を1つと見解が違っている

### 検索エンジン等の提供市場における競争制限

本件取引は、「検索サービス市場」の競争を制限するであろうか。本件取引はヤフーがグーグルから検索エンジンのライセンスを受けるといっても、これはヤフーが競争相手から一方的なOEM商品の供給を受ける（ヤフーからグーグルに対する生産委託が行われる）のに似ている。OEMの供給を受ける場合、協調行動または単独行動により（以下、それぞれ「協調効果」、「単独効果」という）、価格引上げの蓋然性が高まるのではないかという点が本件の分析の中心の問題である。この点について、調査結果には、協調効果についてしか検討されていないこと、その協調効果分析も従来の公取委の事前相談との整合性が取れていないという2つの問題がある。

後者の点については、相互的OEM供給についての事前相談の事例集において、公取委の相談事例集では、建設機材市場における、業界1位企業（市場シェア50%）と2位企業（同40%）の間の相互的OEM契約について、OEM供給する側とされる側の合算市場シェアが90%となる場合（平成13年相談事例8）、独禁法上の懸念があるとしている。ヤフーとグーグルは2社の複占（duopoly）であり、2社で占める市場シェアは90%以上に達する。本件のライセンス提供は実質的には、OEM供給に似通った構造を持っており、協調行動によりこの相談事例の観点にたてば、広告料金が引き上げられる蓋然性が高まるということになるはずである。

本件では、協調効果分析だけでなく、企業結合で行われる単独効果分析を行う必要がある、むしろ単独効果分析が重要な事例のように思われる。協調効果とは、提携する2社以外の競争者も含めて、協調行動が起こりやすくなるかを分析するものであるが、本件では、2社で90%という複占状況であり、2社が同時にまたは1社だけで価格を引き上げることができ、かつ、それとも積極的な価格競争が起こるかを分析すれば足り、これは単独効果分析である。本件では、ヤフーが価格競争を行って、グーグルを追い込めば、グーグルから本件のライセンス契約が切れる2年後に検索エンジンの提供を受けられなくなる可能性があるので、ヤフーが、積極的に価格

競争を挑むことは、考えにくい。そうであれば、グーグルは、提携前よりも広告料金引き上げについて、競争上の圧力をより考慮する必要なく決定することができる。

ただ、本件では、独自に考慮を要する事項がある。第1に、米国ヤフーが、自社の検索エンジン等の開発等を停止したので、ヤフーは、米国ヤフー以外の検索エンジン等を選択する必要性に迫られたという事情、第2にMSの検索エンジンも候補に入れ、検討を進めたが、「MSの検索エンジンの性能が米国ヤフーの検索エンジンに勝るものではないと判断し、また、ヤフーは、MSからの検索連動型広告システムの提供の開始時期が、ヤフーがMSから提供を受けることを決定してから相当期間経過後になると判断した。」ので、MSから検索エンジン等の提供を受けることは困難であると判断したという事情である。検索性能の低いものを選択すれば、顧客がグーグルに流れ、ヤフーは検索サービス市場での市場シェアを失いかねない。顧客の利便性を損なうような提携を強制することはできないことが、公取委が、本件業務提携を違法と判断することが難しかった理由だと思われる。

以上の論理は、ヤフーの主張する米国ヤフーの撤退に伴い、米国ヤフーの検索エンジン以上の検索エンジンの提供を受ける必要があることを前提とした場合にはある程度の説得性を有するが、この前提を支える事実が本件に存在するのかが問題である。米国ヤフーが検索エンジンの開発を中止しても、その検索エンジンを第三者に譲渡し、その第三者にヤフーとのライセンス契約を引き継がせれば、ヤフーは米国ヤフーの検索エンジンと同レベルの検索エンジンのハードとソフトに関する経済的価値・投下資本を回すことができるので、ビジネスの常識としては、そのようなアレンジメントが取られるはずである。

上記の論理は、MSが米国ヤフーの日本語検索エンジンについてのライセンス契約を従来の条件で譲渡を受けるのを拒否するなどの事情がない限り、MSを選択することができなかつたことの理由付けとなりえないのではないかと思われる。そのような事情があれば、その旨は理由付けで明記

されねばならず、そうとすれば、本提携を問題ないとした調査結果では、真の理由付けが行われていないのではないかと懸念が生じざるを得ないように思われる。

#### 違反とした場合のレメデイ (未解決の問題)

本件で、仮に違反とされた場合、レメデイについて、難しい問題を生じる。本件では公取委は米国ヤフーが供与していた検索エンジンサービスのハードとソフトをマイクロソフトに売却し、マイクロソフトに従来のサービスと同様の条件でサービスを提供させることを保証させることが適切なレメデイであったと思われる。このような国外での執行を実効化させるには、レメデイの違反に対し、公取委自身が高額の課徴金を課するような仕組みが必要である。

ただ、このようなレメデイをとった場合、MSへの譲渡を命じた場合、MSがその後の交渉で、現在の米国ヤフーとの契約より、かなりヤフーに不利な条件を押し付けてくる可能性がある。実際、そのような高圧的な交渉過程は存在したようである。

そこで、従来と同じ条件で、ライセンス契約を結ぶことを命じることが考えられるが、これは、MSもレメデイの名宛人にならなければならない。企業結合当事者以外にも、排除措置命令を行いうるであろうか。競争の回復に不可欠な措置であるとして、肯定されるべきであろうか。また、MSはそのような措置を拒否することはできるであろうか。このような問題を解決するには、trusteeを置いて、交渉させることが現実的である。trusteeは未だ任命されたことはないが、公取委は、競争の回復に必要な措置を課しうるので、trusteeを任命すること自体は現行法のもとでも可能であると解するものと思われる。

べきである