

公正取引委員会の課徴金制度に関する協議についての ジョージメイソン大学法律大学院世界独占禁止研究所の意見書

本意見書は、公正取引委員会（JFTC）の課徴金制度の在り方に関する論点整理（報告書）についての意見募集に応じて、提出されるものである。我々は独占禁止法および経済学における幅広い経験および専門的知見に基づいて、本意見書を提出している。¹ 我々はJFTCの報告書に関する意見募集と、現行の課徴金制度を更新し改善する努力を称賛する。

一般的勧告

本意見書は報告書により提起された課徴金の算出、和解プロセスの開発、適正手続きなどの重要問題を扱っている。

現行の柔軟性のない課徴金制度が競争制限的慣行により引き起こされる経済的損害の度合いを正確に反映する可能性が低いという点で、我々はJFTCと同意見である。ゆえに我々は、JFTCが懲罰的課徴金を、（1）独占禁止法違反が明瞭であり（すなわち、その行為がなされる時点において、既存の法律、規則、規制に基づいて考慮されるならば、妥当な当事者は問題の行為が非合法である可能性が高いと見なす）、（2）当該違反により引き起こされる損害を明確に述べかつ算出することが可能であり、（3）算出された損害の大きさが課せられる罰金または罰の根拠であり、（4）将来の法律違反を適切に抑止する代替的救済策が存在しない、という事柄に限定するよう謹んで勧告する。別の方法では、我々は少なくとも、JFTCが懲罰的課徴金を求めない状況を拡大し、効率性の正当化をする根拠があると広く認識されている二種類の行為、すなわち取引拒絶や差別的取引などの一方的行為、および排他的取引、売上総量割引と抱き合わせ販売、再販価格維持などの垂直的抑制をそこに含めるよう、強く要請する。いかなる新課徴金制度の策定においても、独占禁止法違反により引き起こされる損害を判定する

¹ ジョージメイソン大学アントニン・スカリア法律大学院の部門である世界独占禁止研究所（GAI）は、世界中の競争当局および裁判所が直面している重要な独占禁止課題の法的、経済的分析に焦点を当てる研究教育の主要な国際的プラットフォームである。大学教授の Joshua D. Wright, Ph.D.（経済学）はGAIの所長であり、連邦取引委員会元委員である。Koren W. Wong-Ervin はGAI 理事で米連邦取引委員会の知的財産及び国際独占禁止担当元法律顧問である。法学教授である Douglas H. Ginsburg はコロンビア特別区巡回区米国高等裁判所上級判事、GAI 国際諮問委員長、米国司法省反トラスト部担当元司法次官補である。研究能力開発副学部長で法学教授の Bruce H. Kobayashi, Ph.D.（経済学）はGAI 上級研究員で創設時以来の理事である。

ために、賦課される課徴金は売上額を算定基礎として使用するのではなく経済的分析に依存すべきである。

経済理論は、罰は違反行為者が自分の違反行為の社会的コストの全部を内面化するように仕向けるに十分な水準に設定されるべきであることを教えている。² 市場参加者の見方からすると、救済的な金銭的罰（不当利得返済など）と懲罰的な金銭罰（課徴金など）の間には意味のある経済的な違いはない。金銭的罰の形態は、独占禁止法違反を犯す事前のインセンティブに影響しない。言い換えれば、市場参加者は予想される罰だけに関心があるのであって、予想される罰が「課徴金」、「罰金」、「不当利得返済」、「賠償」、または金の支払いを意味するその他の法律用語として表示されるかには関心がない。

独占禁止法違反の発見、処罰が不完全である世界においては、最適の抑止には、利益の最大化を追求する市場参加者が違反行為を行った場合に、違反行為者がその社会的コストの全部を内面化するように仕向けるに十分な水準に対応する損害賠償裁定額の支払い可能性に直面することが必要とされる。したがって、適正抑止に必要な条件は、禁止された行為をすることによる収益—競争制限的行為の結果として生じる利益—が、当該事業者が不正行為に関与すると決めた時点での予想される罰よりも少ないということである。予想される罰は、賦課される罰金総額に処罰の確率を掛け合わせたものの大きさに等しい。処罰の確率は、私的および公的強制執行措置の可能性に依存する。全ての競争制限的行為がおそらく訴訟の資格をもつ私人または国家の競争当局により探知され、その社会的コストと丁度同等の水準の罰金が賦課されるのなら、独占禁止法違反を阻止するために追加の罰は不必要である。不完全な探知、すなわち探知の可能性が100%未満である場合、違反の社会的コストを超える罰が将来の違反を効果的に阻止することを保証しうる。

タイプ2のエラー、すなわち偽陰性の可能性がある場合（すなわち、法律に違反した事業者が処罰を免れる場合）、あらゆる罰金、不当利得返済、民事的回復を含む適正罰は、違反が引き起こす損害を処罰の確率で割り算したものと同等であるべきである。適正抑止理論は、行為が探知される可能性が極めて高い場合の金銭的罰の総額は、競争制限的行為が探知されずに終わる場合よりも少ない額であるべきだと提案している。カルテルの事案においては、合意の秘密性のゆえに、もっと容易に探知されうる単一事業者による違反の場合に必要な罰金額よりも大きな罰金総額が抑止を達成するために必要になる。価格操作カルテルやその他の水平的共同謀議の場合、こうした共同謀議はその性格上秘密であるので、規制当局や民事訴訟当事者は存在する全ての不法な共同謀議を探

² Gary S. Becker、犯罪と刑罰：経済的アプローチ、76 J. POL. ECON. 169 (1968年); William M. Landes、独占禁止法違反に対する最適の制裁、50 U. CHI. L. REV. 652 (1983年); Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright、独占禁止制裁、6 COMPETITION POL'Y INT'L 3, 3 (2010年) [以下、Ginsburg & Wright、独占禁止制裁]; Bruce H. Kobayashi、独占禁止、当局および法効力の一時停止：事業者に対する独占禁止法の経済的分析、69 GEO. WASH. L. REV. 715 (2001年) [以下、Kobayashi] も参照。

し出し挑戦するようなことはしないと考えるのが妥当である。³ 他方、有害でありうる単一事業者の行為の殆どの例は公開された悪評を生むものである。例えば、下流の独占事業者への上流の原料供給業者は、当該独占事業者による物流の制限や原料供給業者がその制限により損害を受ける度合いについて敏感に意識しており、一般的に当該行為に挑戦する適切なインセンティブが存在する。

カルテル事案はまた、タイプ1エラー（偽陽性、すなわち効率的で福利向上の行為が間違っ て罰せられること）のコストという意味でも区別されうる。露骨な価格操作カルテルは効率における恩恵を全く欠いており、このようなカルテルの訴追から発生するタイプ1エラーのコストはゼロに近い。対照的に、消費者の福利への曖昧な影響を伴う行為を評価する時には、タイプ1エラーのコストは比較的大きなものとなり、多額の罰金が合法的で競争促進的な行為を抑止するリスクを生み出す。重大なタイプ1エラーのコストの可能性は、適正罰の水準を引き下げる。

一般的に、どんな独占禁止法執行制度でも当該政策の実施に伴う全社会的コストを最小限にするよう追求すべきである。⁴ このコストには、タイプ1エラー、タイプ2エラーのコスト、独占禁止法執行制度運用管理のコストが含まれる。独占禁止を専門とする学者は、様々な組織の設定において最もよく競争を促進し消費者の福利を保護する独占禁止規則を特定するために、この決定理論的枠組みに依存してきた。⁵ 米国最高裁判所は、裁判所が独占禁止事案で競争促進的および競争制限的行為を区別するうえで直面する限界を認識し、とくに独占事案においてタイプ1エラーを回避する必要性を強調してきた。⁶ 米国最高裁判所はまた、フランク・イースターブルック判事の独創性に

³ 実際、入手可能な最善の証拠は、探知の確率が35%以下であることを示している。Ginsburg & Wright、独占禁止制裁、前述、注2参照。

⁴ Frank H. Easterbrook、独占禁止の限界、63 TEX. L. REV. 1, 15 (1984) [以下、Easterbrook] を参照; James C. Cooper 他、推量の問題としての垂直的独占禁止政策、23 INT'L J. INDUS. ORG. 639, 658 (2005年) [以下、Cooper他] も参照; Joshua D. Wright、独占禁止のシカゴ妄念の放棄：証拠に基づく独占禁止の主張、78 ANTITRUST L.J. 241 (2012年)。

⁵ 例えば、C. Frederick Beckner, III & Steven C. Salop、決定理論および独占禁止規則、67 ANTITRUST L.J. 41 (1999年) を参照; Cooper 他、前述注4; David S. Evans & A. Jorge Padilla、一方的慣行評価のための独占禁止規則：新シカゴ・アプローチ、72 U. CHI. L. REV. 73, 98 (2005年); Keith N. Hylton & Michael Salinger、法律と政策を繋ぐ：決定理論的アプローチ、69 ANTITRUST L.J. 469 (2001年); Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright、刷新と独占禁止の限界、6 J. COMPETITION L. & ECON. 153 (2010年)。

⁶ Pac. Bell Tel. Co. 対 LinkLine Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438, 451 (2009年) (「恐ろしい積極的価格競争を回避するため、我々は原告が価格が低すぎると主張することによりシャーマン法の主張を述べることができる状況を注意深く制限してきた。); Credit Suisse Sec. (USA) LLC 対 Billing, 551 U.S. 264, 283 (2007年) (「過失およびディスインセンティブを通して、独占禁止訴訟の脅しが証券引受人の行為を望ましくない形で深刻に変化させる場合には、独占禁止訴訟を許容することは証券市場の効率的機能に重大な損害をもたらすという脅威を与える。); Verizon Commc'ns Inc. 対 Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 414 (2004) (「間違っ た推量と

富む分析で最初に説明された懸念、すなわち「経済システムは司法の過失を正すよりもはるかに容易に独占を正す」がゆえに、タイプ1エラーによる消費者へのコストはタイプ2エラーによるものよりも大きくなりうるという懸念を表明してきた。⁷

とりわけ、独占禁止法に違反すると主張されている行為が競争促進的である可能性の方が高い時、過剰抑止のコストはさらに大きくなる。それゆえ、経済的文献が問題の行為について効率性の説明を特定し実証した時に、過剰抑止はもっと重大な懸念になる。例えば、経済学者は長年、一方的行為（例えば、取引拒否または差別的取引）および垂直的抑制（例えば、排他的取引、売上総量割引と抱き合わせ販売、再販価格維持）は多くの場合、競争促進的だと理解してきた。⁸ これらの取り決めに関する独占禁止法執行においては、裁判所は競争促進的活用と競争制限的活用を区別することが難しいので、タイプ1エラーのリスクが増大する。

さらに、すでに論じたように、単一事業者の行為による競争法違反の多くは探知される可能性が高い。罰の経済的分析は、探知と執行の確率が高い場合の適正抑止は複数の報酬を超える損害賠償や制裁金を必要としないことを示唆している。⁹ 例えば、再販価格維持や排他的取引などの垂直的抑制には必ず、嫌疑をかけられている独占事業者の顧客が関与しており、その根底にある行為が探知される確率はほぼ100%に近い。被告による明白な行為が関与する独占の他の例においても、探知の確率は比較的高い。これらの種類の違反を単一の損害賠償を超える罰金で処罰することは、同様の取り決めが福利を高め競争促進の恩恵をもたらすような場合でも、他の事業者が当該取り決めを活用するのを思い止まらせる可能性が高い。

我々はまた、課徴金制度を不公正取引慣行のような競争への損害を示す必要がない違反に適用しないよう強く要請する。多くの法域において不公正な競争方法の規制が独占禁止法執行の共通の要素になっているが、こうした規制の実施は多くの場合独占禁止法への効果に基づくアプローチとの間に重大な緊張を生み出す。¹⁰ 事前的な視点から不

それが生み出す虚偽の非難はとくにコストが大きい。なぜなら、それは独占禁止法が保護しようとしている行為そのものへの意欲を冷ましてしまうからである」。(内部の引用省略)。

⁷ Easterbrook、*前述*、注4、15。

⁸ 例えば、Cooper 他、*前述*注4; Francine Lafontaine & Margaret Slade、*独占禁止経済学ハンドブックにおける排他的契約と垂直的抑制：経験的証拠および公共政策* 391, 409 (Paolo Buccirossi ed., 2008年); Daniel O'Brien、*垂直的抑制に関する賛否両論における垂直的抑制の独占禁止上の扱い：可能性の定理を超えて* 40, 76 (2008年)を参照。

⁹ Gary S. Becker、*犯罪と刑罰：経済的アプローチ*、76 J. POL. ECON. 169 (1968年)。主張されている特許妨害の探知の高い確率に依存した適正罰の分析の適用のために、Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright、*独占禁止の限界と特許妨害：キャリー他への返答*、78 ANTITRUST L.J. 2, 505, 704-07 (2012年)を参照。

¹⁰ 米国の経験は有益な例である。F T Cの不公正な競争方法に対する執行の実験において非経済的および事後的原則を含む正当化に依存した最初の100年間は、失敗で独占禁止の目標と合致していなかった期間だったと一般的に理解されている。一般的に、William E. Kovacic &

公正さを評価する、すなわち不公正さに基づく規制を能力に基づいて競争する機会を妨げることだけを禁止するものと解釈することは、独占禁止アプローチと両立させることができる半面、不公正の原則の事前的適用は交渉における争議の結果を統制し、価格を設定し、あるいはそれ以外の方法で競争を害する可能性が低い行為を阻止するために競争ツールを不適切に使用することである。

和解プロセスの開発に関しては、我々は、JFTCが違反と無関係な和解条項を防止する予防手段を組み込むことを勘案し、長期的監視プログラムの活用を制限するよう謹んで勧告する。我々の見解では、同意判決と事案で和解するために引き出される誓約は、競争政策の福利増進の目標を弱める虐待的救済策を強要する結果になることが多すぎる。¹¹ 当局の脅迫的に譲歩を勝ち取る能力は、訴訟の費用便益と当該当局の求める条件に不本意ながら従うことの費用便益の当事者による比較考量を反映している。事業者が単に訴訟と規制手続きの比較的高い費用を回避するために和解する場合、当局は裁判所でその告発内容を争うよりも合意和解することにより、事業者の行動をより拘束する条件を引き出せる可能性がある。さらに、和解の方が当局の乏しいリソースをより効率的に使用することになるかもしれないが、その節約は裁決を通して形成される慣習法の発達を阻害しうるというコストを伴う。¹²

最後に適正手続きに関して、我々は法域によって手続きが変化しうるとは認識しているが、国際競争ネットワーク（ICN）および経済協力開発機構（OECD）のかなりの作業に基づいて浮上してきた公正かつ透明な手続きの中核的要素を導入するようJFTCに強く要請する。¹³ これは以下のものを含む：

Marc Winerman、競争政策と連邦取引委員会法第5条の適用、76 ANTITRUST L.J. 929 (2010年) (「FTCの他の独占禁止法の広く行き渡った解釈を超えて第5条を適用する上訴の記録は感興をそそらない」。)を参照。2015年に、FTCはアプローチを修正し、不公正さに関するその権限を競争への損害の概念に直接結びつけた。FTC法第5条に基づく「不公正な競争方法」に関する法執行原則についての連邦取引委員会の陳述(2015年8月13日)。

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf ; Jan M. Rybnicek & Joshua D. Wright、FTC法第5条定義：慣習法方法の失敗と当局の公式ガイドラインの必要性、21 GEO. MASON L. REV. 1287 (2014); Joshua D. Wright & Angela M. Diveley、2015年の委員会陳述後の不公正な競争方法、ANTITRUST SOURCE (2015年10月) at 1, http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2664953 も参照。

¹¹ Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright、独占禁止和解：同意の文化、1 WILLIAM E. KOVACIC: 独占禁止賞賛—LIBER AMICORUM 177, 179–80 (2012年) [以下、Ginsburg & Wright、同意の文化] (独占禁止当局が「裁判所における係争事案で」達成しうる救済策を超える和解に合意した例を詳述) 参照。

¹² Faez Samadi、シツ: DG Comp が余りに多くの事案を和解していることを憂慮、世界競争レビュー (2013年)、<http://globalcompetitionreview.com/news/article/34549/whish-wary-dg-comp-settling-cases>.

¹³ 国際競争ネットワーク、調査ツール報告書 (2013年)、<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc901.pdf>; 国際競争ネットワーク、競争

- (1) 調査対象の当事者のための法定代理、当事者が選定する地元および外国の法律顧問の参加を許す。
- (2) 当事者に調査の法的根拠、事実根拠を通知し、無実証明証拠を含め当局が依存している証拠を、事業者秘密情報だけを除いて共有する。
- (3) 当事者と当局の調査スタッフおよび意思決定者の間の直接的で意味ある関与。
- (4) 当事者に自分の弁護を究極的意思決定者に提示することを許容する。
- (5) 独立した裁判所への意味あるアクセスを含め、当局の意思決定に関する抑制と均衡を保証する。

適正手続きの中核的要素に合致するさらなる改革は、証拠への全面アクセス、弁護士と依頼者間の秘密保護特権、宣誓供述で弁護士を臨席させる権利、宣誓供述記録のコピーへのアクセス、宣誓供述の音声および映像記録を含む。

これら中核的要素は、JFTC自体にも実質的恩恵を提供する可能性が高い。恩恵には、(1) 当局が効率的に、全面的な情報と綿密な検査に基づく決定に到達することを可能にする（すなわち、適正手続きはより良い実質的結果につながりうる）、(2) 利害関係者および公衆への信用を維持する、(3) 信頼できる抑止を保証する、(4) 並行調査において、異なる分析と相矛盾する結果につながりうる非対称的情報に起因する協力のギャップを回避する、などを含む。

基本的な法の適正手続きの保護を提供することは、当局が事案を開発し検査するのを可能にすることで実質的分析を改善し、権利変動原因になる問題に焦点を当て、多くの場合特定産業の詳細をより熟知する立場にある当事者からの貴重な洞察を得、当事者の証拠と弁護への洞察を得ることを可能にする。当局の評判を改善することにもなりうる。手続きについての懸念は、実体的結果に欠陥があるという印象を生み出し、当局の決定の知覚される正当性を損ねうる。対照的に、公正で予測可能で透明な手続きは、法執行の結果の正当性を高める。最後に、これは決定の透明性と予見可能性を高め、当事者に指針を提供し、当事者に自分の実際の、あるいは提案されている行為が独占禁止法違反になるかどうかを事前に判断する能力を助長することにより、独占禁止法執行の抑止効果を改善することを可能にする。

具体的勧告

当局透明性慣行 (2013 年)、<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc902.pdf>; 国際競争ネットワーク、競争当局秘密保持慣行 (2014 年)、<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1014.pdf>; 国際競争ネットワーク、調査プロセスに関するガイダンス (2015 年)、<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>; 経済協力開発機構、手続きの公正さと透明性 (2012 年)、<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf>; Douglas H. Ginsburg & Taylor M. Owings、競争手続きにおける適正手続き、11 COMPETITION L. INT'L 39 (2015 年)。

第3、論点1（1）アー算定方式

我々は、JFTCが、売上額の特定により柔軟性を組み込むのではなく、経済分析により算定される行為の経済的損害に基づいて課徴金算定を行うよう、課徴金制度を改訂するよう勧告する。この方法は、問題になっている損害の効果に関する個別的な分析を必要とし、与えられる損害に比例することを保証するという長所がある。JFTCは、罰金が特定される抑制効果と商品または役務の各々への競争を抑制する具体的結果に基づくという要件を維持すべきである。

我々は、罰金適用を日本で引き起こされた経済的損害に限定するよう、JFTCに強く要請する。法域間の調整がないので、日本国外の売上に基づく課徴金は他の国の競争当局との争議を引き起こし、重複した罰を課することになりうる。これは過剰抑止の可能性を高める。我々は、JFTCが日本国外の販売に対する課徴金罰を求めるという例外的状況に対する明瞭な指針を開発するよう勧告する。

我々は、JFTCが、罰金を課する際に、効率性または福利の理由から正当化しえない行為と広く見なされている露骨な価格操作活動と垂直的抑制や一方的行為など効率性から妥当に正当化しうる慣行とを区別するよう強く要請する。

第3、論点1（1）イー算定期間

我々は、罰金を、限定された販売期間に基づく損害の概算ではなく、違反により引き起こされた損害の全期間の経済的算定に基づいて決めるよう勧告する。

第3、論点1（2）アーウ

課徴金は独占禁止法違反により引き起こされる損害に比例すべきである。法人に対する米国量刑ガイドラインを含む一部量刑制度では、制裁金は最初に行為により引き起こされた損害を反映する「基本算定率」をまず算定し、当該基本算定率を調整するため乗数を掛け合わせる。¹⁴ 適正罰の枠組みにおいては、乗数は違反行為が探知され処罰される確率に逆比例する形で関連している。例えば、以前の探知されなかった独占禁止法違反を自己申告する事業者に対する適正罰は、違反により引き起こされた損害と同等であるべきである（すなわち、乗数は1であるべきである）。乗数を1より引き上げるのに使用された要因はすべて、当該活動が探知あるいは処罰される可能性が低くなる状況を特定すべきである。

（乗数の場合とは対照的に）基本算定率を調整するのに使用された要因はどんなものでも、課徴金が引き起こされた損害を反映するよう課徴金の最終額を調整すべきである。損害の経済的分析は負わされた損害の大きさを計算に入れるべきなので、損害または損害の信頼できる代替数が算定できるならば、事業の種類や事業者が小規模か中規模かといった要因を罰金算定に含める必要はない。

¹⁴ U.S.米国量刑ガイドライン・マニュアル、第8章。(米国量刑委員会 2015年)。

第3、論点2－行為類型による相違

我々は、賦課される課徴金は負わされる経済的損害に比例すべきであることを勧告する。賠償責任の立証において競争への損害の証拠が要求されない場合（例えば、交渉における優越的地位の濫用などの不公正取引慣行）または行為が多くの場合競争促進的であると見なされる事案（例えば、再販価格維持、排他的取引または一方的行為などの垂直的抑制）においては、我々はJFTCに対して、福利増進の行動を阻害するのを回避するために課徴金を賦課しないよう勧告する。

優越的地位の濫用を含む不公正取引慣行の違反行為に対しては、課徴金は賦課されるべきではない。競争への損害を示すことが要求されない不公正取引慣行は、競争政策に含められるべきではない。¹⁵ 公正さへの事前のアプローチは競争政策への効果に基づくアプローチと合致しうるが、公正さへの事後のアプローチは競争促進的行為を禁止あるいは拒絶することにより独占禁止の目標を損ねうる。

競争法の広く認識された目的は、競争および消費者の福利の保護であって、個々の競争者の保護ではない。この理解から、競争法は当事者間の契約交渉の特定の結果に気をつかうべきではない。当事者間の交渉が当事者間の家賃の単なる再配分ではなく競争への損害という結果を生むような条件は限られている。米国の独占禁止当局はこの点を認識して説明しているが、「競争への損害がない場合、政府は一般的に、民間で交渉された契約に干渉しないようあらゆる努力をすべきである」。¹⁶

さらに、相対的な交渉力を規制することは、消費者に追加保護を提供するよりも消費者を害しかねない。契約の根本的な経済的役割は、当事者が効率的に費用、リスク、権利を当事者間で配分するのを可能にすることである。明白な市場の破綻がない場合、競争的契約プロセスの結果が消費者の利益に最もつながる可能性が強い。一方の当事者が優越的な交渉力を持っていたという理由で契約交渉の結果に干渉する事後規制のリスクは、事業者の契約コストを大幅に増大させ、そのコストは不可避的により高い価格あるいはより少ない商品と役務という形で消費者に転嫁される。¹⁷ 事業者は各々が事前に効率的だと考える他の契約条件を調整する。すでに効率的と考えられていた条件を調整することは、契約のコストを引き上げることになりうる。そうすると、当事者の双方がもっと不利になり、一般的に増大したコストを増大した品質調整価格を通して消費者に転嫁することになる。

第3、論点3（2）－（3）新制度と刑事罰、民事損害賠償金等との関係

¹⁵ 我々は、交渉における優越的地位の濫用など競争への損害に結びつかない不公正取引慣行のための違反を削除するよう独占禁止法を改正することを勧告する。

¹⁶ 国際競争ネットワーク、交渉における優越的地位の濫用に関する報告書17（2008年）、<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>.

¹⁷ Benjamin Klein, “不公正”契約取極めの取引コスト決定要因, 70 AM. ECON. REV. 356, 360-61 (1980年).

過剰抑止により発生しうる福利の損失を最小限にするため、我々はJFTCが同一の違反について支払われる罰および罰金の額分、課徴金を削減する方針を導入するよう勧告する。罰の経済学によると、罰の総額が経済的損害と発見される可能性の関数である時に、活動は十分に抑止される。新制度において、違反活動の予想される純価値がゼロになるよう課徴金が較正されるならば、同一の違反に対して課徴金と刑事罰（罰金）の両方を課する必要はない。もし課徴金制度が違反により負わされる損害に関連した適正罰金を課するならば、適正罰金に加えて罰を賦課することは過剰抑止となる。カルテルの事案においてさえ、適正罰金を超える罰は、事業者にコストがかかりすぎるコンプライアンス・プログラムを実施するよう奨励することにより、福利の損失をもたらさう。当該プログラムのコストは消費者や株主である公衆が負担することになり、彼らは事業者またはその代理人が違反活動に関与するのを防止する能力は殆ど、あるいは全く持たない。¹⁸

1. 和解と課徴金の減算/加算

和解、同意判決、課徴金の減算または加算、有罪を認め情報を提供する者への処罰を軽減することにより法人へのインセンティブを生み出すリニエンス・プログラムは、犯罪探知を向上させ当局のリソースを節約する重要な手段としての役割を果たさうが、こうした制度のインセンティブが適切に構築される時にのみそのような役割を果たさう。例えば、米国司法省は1993年に、法人組織リニエンス政策を改訂した。新政策がしたことの一つは、刑事捜査がすでに開始され、リニエンス付与がより予見しやすくなった状況に対してリニエンスを適用した。¹⁹ この政策変更の後、リニエンス申請は年に1件前後から月に2件にまで増加した。²⁰ 一部の経済的証拠は、米国で導入された法人組織へのリニエンス・プログラムにより、カルテルの探知が60%増加したことを示している。²¹

成功するリニエンス・プログラムは、カルテルの各構成員がカルテルを離脱しリニエンスを申請する明瞭なインセンティブを持つという受刑者のジレンマを生み出す。そのインセンティブは、成功したリニエンス申請者が受ける罰を減じるか消し去ることにより、リニエンス申請の純報酬がそのままカルテルに留まることの純報

¹⁸ Kobayashi, 前述、注2。

¹⁹ David A. Balto、クリントン政権における独占禁止法執行、9 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 61, 65 (1999年) (クリントン政権下の反トラスト部の刑事法執行政策の変化を論述)。

²⁰ Gary R. Spratling、事業者が拒むはずがない申し出をする：反トラスト部の法人組織リニエンス政策—最新情報、コロンビア特別区弁護士会の協会と独占禁止に関する第35回年次シンポジウム(1999年2月16日)での講演、<https://www.justice.gov/atr/speech/making-companies-offer-they-shouldnt-refuse-antitrust-divisions-corporate-leniency-policy>を参照。

²¹ Nathan H. Miller、戦略的リニエンスとカルテル法執行、99 AM. ECON. REV. 750, 760 (2009年)。

酬よりも大きくなるようにすることで生み出される。結果は、カルテル活動を発見するのに使われる当局のリソースを大幅に増大させなくても、さもなくば探知されないままだったであろうカルテルを探知、処罰できることである。成功したリニエンシーの申請者とその従業員は多くの場合処罰されないが、探知、処罰の確率が高くなるうえ、（他の事情が同じならば）リニエンシーを申請しないカルテル構成員への予想される罰を増大させることにより、全体的な抑止が強化される。

リニエンシーの抑止を増大させる恩恵は広く認識されている。しかし、異なる法域間の調整がなければ、どこか一国のリニエンシー・プログラムの効果は削減される。上述したように、リニエンシー・プログラムが生み出すインセンティブは、成功したリニエンシー申請者であることの報酬とカルテルに留まることの報酬の差を増大させることにより効果を発揮する。もしも成功したリニエンシー申請者が他の法域からの予想されるより多額の罰金と罰または民事訴訟からの予想されるより多額の民事罰に直面するならば、この差異とそれが生み出すインセンティブは削減される。

さらに、一部の事案におけるリニエンシー、減算、和解プログラムは、競争政策の福利増進の目標を損ねる可能性がある。予想される多額の罰金が内因となって構成員である事業者がカルテルを離脱する決定を下す場合、リニエンシー・プログラムが存続可能なカルテルを安定化させる不都合な効果を生みうる。²² もしもリニエンシー・プログラムや軽減プログラムにより生み出される予想される多額の罰が適正罰金より大きな額になる時、こうしたプログラムは過剰に高価につく監視をも奨励する可能性があり、それが消費者にとって価格を増大させる不都合な結果を生みうる。当局への実質的支援の条項を必要とするリニエンシー、和解、軽減プログラムは、間違った有罪判決の可能性を増大させ、事業者が競合他社にコストを強要しうるメカニズムを生み出すかもしれない。²³ さらに、独占禁止法執行の福利増進の目標と合致しな

²² Kobayashi、*前述*、注2、742; Massimo Motta & Michele Polo、*リニエンシー・プログラムとカルテル訴追* 13-17 (IGIER 調査報告書 No. 150, 1999年)、http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165688; Giancarlo Spagnolo、*Optimal 適正リニエンシー・プログラム* (FEEM 調査報告書 No. 42.2000, 2000年)、<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=235092# Paper%20Download>; Giancarlo Spagnolo、*自滅的な独占禁止法：リニエンシー・プログラムがどうやってバートランドのパラドックスを解決し、競売における談合を取り締まるか* (FEEM 調査報告書 No. 52.2000, 2000年)、http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236400; Barbara McCutcheon、*タバコの煙が充満した密室での会合は談合を促進するか？* 105 J. POL. ECON. 330 (1997) も参照。

²³ 独占禁止の設定における内部告発は将来のライバル事業者に罰金を課する機会を提供する可能性が高い。Kobayashi、*前述*注2、743; William J. Baumol & Janusz A. Ordover、*競争を破壊するための独占禁止の利用*、28 J.L. & ECON. 247 (1985年); Frank H. Easterbrook、*独占禁止の損害のデイトゥレブリング*、28 J.L. & ECON. 445, 458-59 (1985年)参照; William F. Baxter、「独占禁止の政治的経済—WILLIAM BAXTERによる重要論文」における*独占禁止の政治的経済* (Robert D. Tollison ed., 1980年)も参照。

い方法で活用されるリニエンシー、和解、軽減プログラムは、当局の事案選定の決定に不都合な効果を与えうる。

法人レベルの軽減措置のための適切なパラメータ設定のための関連した質問は、法人が法人代理人による犯罪の適正量の監視と防止に着手するよう誘導するために、どれほどの代償的な賠償責任が適切であるかということである。適正罰の理論は、法人が犯罪の社会的コストと同等の額を探知されない確率で調整した罰金を課せられるべきだと提案している。この水準を超える罰金は、監視とコンプライアンスの私的見返りが社会的見返りを超過する原因となり、過剰支出になってしまう。

多くの場合、事業者代理人による犯罪を監視し防止することを目的とする事業者による支出は、当該事業者が処罰される確率の増大をも生み出し、事実上適正罰の分析を変化させる結果を生む。²⁴ それゆえ、適正罰金を超える罰が実際にこういう種類の支出を抑止しうる。可能な1つの解決策は、コンプライアンス・プログラムを実施する事業者への課徴金を減算することである。しかし、法人がそれでも刑事、民事訴訟から多額の罰に直面している場合は、減算はコンプライアンスを誘導するには不十分でありうる。さらに、「効果的コンプライアンス・プログラム」に対して減算を付与することの1つの実践的問題は、違反の探知が当該プログラムが事実上効果がないことを示すと間違って解釈されうることである。²⁵

もしJFTCがコンプライアンス・プログラムに対して課徴金を減算することを決めれば、法人のコンプライアンス・プログラムを通して探知される違反について控除を受ける状況、および当局が違反を訴追するかどうかを決定する時に当該プログラムの存在を勘案する状況に関して、法人に明確な指針を提供するはずである。コンプライアンス・プログラムかその他を通して事業者が過ちを認めることに報奨を与える課徴金減算付き和解という形の裁量的政策は、事業者がコンプライアンス・プログラムを開発し、過ちを認めるためのインセンティブを成功裏に増大させることができる。しかし、和解プログラムを設計するに当たって、これらのインセンティブが損なわれず和解が虐待的にならないよう保証するために用心が必要である。

第3、論点1（3）－（4）課徴金の加減算

我々は、課徴金制度の透明性および予見可能性の必要性を強調し、JFTCが事前に加算要因および減算要因を明確に特定するガイドラインを導入することを勧告する。これらの要因は、損害のより正確な測定を生み出す調整または違反探知の可能性に反比例的に関連する調整と連関すべきである。

²⁴ Jennifer Arlen、法人の刑事責任の生み出しうる不都合な効果、23 J. LEGAL STUD. 833 (1994年) 参照; Robert Innes、違反行為者の矯正が価値をもつ場合の自警と適正法執行、107 J. POL. ECON. 1305 (1999年); Robert Innes、違反行為者回避活動と適正法執行における自己申告、17 J.L. ECON. & ORG. 239 (2001) も参照。

²⁵ Kobayashi、前述注2、738.

例えば、法人コンプライアンス・プログラムの一環として探知され報告された違反に対して課徴金を減算する措置をJFTCが導入することは適切かもしれない。多くの場合、事業者の代理人により犯される犯罪を監視し防止するための事業者による支出は、当該事業者が処罰される確率の増大を生み出すことにもなり、適正罰の分析を事実上変化させる。それゆえ、高い罰金は実際にこの種の支出を思い止まらせることになりうる。²⁶ こうした状況下では、適正罰（刑事罰および民事罰の両方を含む）を反映するよう課徴金を削減する必要がある、法人は違反を報告することはコンプライアンス・プログラムに対して割引を受ける資格を失うことにはならないという保証を必要とする。

証拠を隠蔽し、破壊し、あるいは偽造することにより調査を妨害することは、探知と処罰の可能性を減らす。課徴金の乗数を増大させるか、調査妨害に対する別個の賦課および罰を追加することにより、こうした活動に対する罰を増大させることは、必要であるとともに適正罰の枠組みにも合致する。

報告書は、課徴金を減算、加算することが、「公正取引委員会または調査官の調査方針に迎合せざるをえなくなる」、あるいは「最終的には違反行為者ではないとの判断がなされるような事業者までもが公正取引委員会の調査に巻き込まれる」ことを含む有害な効果を生む可能性を認めている。²⁷ 我々も、米国の和解/同意判決の政策の結果として同様の有害な効果を見てきたし、和解条項における以下のような懸念に対処している。

第3、論点1（5）－和解制度

報告書は、和解制度の導入に関していくつかの問題点を提示している。具体的には、事業者が違反行為を認めた場合に簡略化した手続きを許容する制度を導入するか、また手続きはどのように機能するのかを問うている。

我々は、違反行為を認めた法人のために和解制度を確立することを勧告するが、このようなプログラムを確立することにつきものの危険についてJFTCの注意を喚起したい。和解は、当局が乏しいリソースを節約することを可能にするが、和解は独占禁止法執行の福利増進の目標を弱めることにもなりうる。それゆえ、我々はJFTCに、和解制度が福利を増進することを保証する適切な措置を講じるよう助言する。

我々は、いかなる和解制度が導入されるにせよ、それが和解合意に含められるJFTCの監視および監督の役割への期間制限を含む課徴金以外の項目を制限することにより、問題の損害に直接関係する救済策を義務付けるよう勧告する。我々はまた、調査において協力の一環として提供される証言は信頼できない可能性があるため、JFTCが証言の信頼性を検証するよう提案する。²⁸

²⁶ 同上、737。

²⁷ 公正取引委員会、課徴金制度の在り方に関する論点整理、第3(1)(4)ア。

²⁸ Kobayashi、前述、注2参照。

独占禁止の和解は、消費者福利の基準から逸脱する場合は、独占禁止法の目的を破壊することになる。独占禁止当局は時々、競争制限的行為を矯正しようとして、消費者の福利を増進するのではなく実際にはそれを弱める条項を含めることがある。²⁹ よくある濫用の例としては、合併する事業者の雇用決定に制約を課する、独占禁止法違反の被害者への補償とは無関係な慈善寄付を和解事業者に義務付ける、事業者の独占禁止法違反とは全く無関係な譲歩を引き出すなどの和解条項がある。

和解は多くの場合、事業者の行動を継続的に監視する条項を含む。これらの条項は、和解が消費者の福利を削減する行為を標的にしている場合ですら、当局を長期間にわたり競争を監視し監督する立場に置くことにより、消費者にかなり有害な結果を招来しうる。この種の救済策は、長期にわたる高価な手続きを回避したい当事者の願望のゆえに、当局が訴訟を通して得ることができることを超える内容になるかもしれない。他の事業者が競争促進的可能性のある事業慣行に挑戦する当局の意思を知るようになるので、救済策はまた他の事業者による福利増進の可能性のある行為を思い止まらせる効果も持ちうる。

和解の普及はまた、当局の事案選定に悪影響を与える可能性もある。和解が事案解決の中心的方法になる時、和解の可能性が事案選定の基準になり、競争制限的慣行を停止することによる消費者への恩恵など他の関連した基準にとって代わる可能性がある。

これらの理由から、我々は福利減少の条項を押し付けるのを回避する和解方針への警戒的アプローチを勧告する。

第3、論点3（2）－（3）新制度と刑事罰、民事損害賠償金等との関係

論点整理は、課徴金制度と刑事罰との関係について意見を求めている。我々は、論点整理が提示している2つの関連した質問：（1）課徴金と刑事罰を併科する必要があるか？（2）自然人に対する刑事罰は必要か？を扱う。

独占禁止法執行当局は、価格操作など長期的カルテル活動の不十分な抑止への最善の解決策は法人への罰金を増やすことであるという通念に主に従ってきた。すでに多額であるうえさらに増え続けている法人への罰金にもかかわらず、カルテル、とくに国際カルテルは大問題として続いており、価格操作の常習的犯行も少なくない。³⁰

法人が抑止を目的にした独占禁止制裁の現在の焦点になってはいるが、法人を代理して価格操作を行う個人も別の標的でありうる。独占禁止法の挑戦課題は、適正抑止を達成するために活用可能な法人制裁と個人制裁を較正することである。

従業員個人は雇用主に対して賦課されるどんな罰金も殆ど内面化しないので、法人罰金だけでは従業員の行為を効果的に阻止する可能性は低い。価格操作を阻止するた

²⁹ Ginsburg & Wright、*同意の文化*、前述、注14。

³⁰ Ginsburg & Wright、*独占禁止制裁*、前述、注2。

めには、個人は十分なディスインセンティブを与えられるべきである。³¹ 米国の反トラスト部は「禁錮刑の科刑を通じての個人の説明責任は」カルテル活動に対する「単一の最大の抑止力」であると合理的に信じている。³² 英国の公正取引庁のために実施された世論調査は、刑事罰が事業者が最も懸念する罰であることを確認している。³³ 価格操作の共同謀議に直接関与したか、連座した個人に刑事制裁を課するという脅迫を追加することは、彼らを雇った法人に対する罰金を増やすよりもっと独占禁止法違反への抑止力を生み出す。

我々は、JFTCが法の適正手続きの条項を強化するという前提で、JFTCが新制度において価格操作カルテルの事案で刑事罰を適用するよう勧告する。刑事制裁は個人に相当な罰を課するので、JFTCが刑事制裁を適用する時にはこれらの罰が公正に適用されることを保証するため、法の適正手続きの保護を強化することが重要である。刑事罰は露骨なカルテル活動だけに限定されるべきであり、状況によっては競争促進的でありうる再販価格維持などの誤って価格操作と見なされがちな行為には適用されるべきではない。JFTCは、このような事案に刑事罰を適用するのを防止するための明確な指針を提供すべきである。

第3、論点4－調査妨害行為に対するペナルティー

調査妨害に対する別個の賦課金および罰は、適正罰の枠組みに合致している。調査妨害は、探知と処罰を阻害する。調査妨害に効果的に対処するため、JFTCは独占禁止法第94条に規定する調査妨害にそのような賦課金を適用するかを明確にすべきであり、妨害と見なされる犯罪のリストに「証拠を隠蔽する」を追加することを考慮すべきである。

第3、論点6－新制度全体の検証

透明性と公正を保証するため、我々は、企業に（1）JFTCの経済的損害算定を再現するのに必要な情報へのアクセス、（2）JFTCの算定に異議を申し立てる能力を保証する条項をJFTCが導入することを勧告する。

結論

³¹ Cf. Donald I. Baker, カルテルおよび談合を阻止し処罰するための刑法救済策の活用, 69 GEO. WASH. L. REV. 693, 713-14 (2001).

³² Scott D. Hammond, 司法次官補代理、司法省反トラスト部、長期的カルテルとの戦いに勝利するための10の戦略(2005年10月18日)、
<https://www.justice.gov/atr/file/517851/download>。

³³ 英国公正取引庁、OFTによる競争法執行の抑止効果(2007年11月)、
http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf。

我々は、意見を述べる機会を感謝し、J F T Cがこの意見に関して質問があれば喜んでお答えする。