

松 山 大 学 論 集  
第 27 卷 第 1 号 抜 刷  
2 0 1 5 年 4 月 発 行

# 日本における独占禁止法の基本構造と エンフォースメント (enforcement)

明 照 博 章

# 日本における独占禁止法の基本構造と エンフォースメント (enforcement)\*

明 照 博 章

## 目 次

- 一 本稿の目的
- 二 独禁法違反行為の具体的な事例
- 三 独禁法が保護しようとする価値とその経緯
- 四 「公正なかつ自由な競争」とは何か
- 五 独禁法が規制する具体的な類型とその要件
- 六 独禁法が予定する「エンフォースメント」
- 七 最後に

## 一 本 稿 の 目 的

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独禁法」という）は、第1条において、「この法律は、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、事業者の創意を發揮させ、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。

そして、独禁法は、この目的を達成するために、独禁法に反する行為を行った者に対して一定の措置をとることができる仕組みになっている<sup>1)</sup>。その措置の内容、つまり、「独禁法に違反した場合どのような措置がなされるか」につい

て、大別すると、独禁法は、次の3つを予定している。具体的には、公正取引委員会（以下、「公取委」という）による「行政的措置」、公取委から検事総長に対して行われる刑事告発を前提した「刑事的措置」（刑事罰）及び私人による民事的救済として行われる「民事的措置」（民事訴訟）の3つである。

本稿では、まず、独禁法違反行為に関する具体的な事例を示し、それらの違反行為に対して一定の措置を加えることによって独禁法が保護しようとする価値を検討した上で、その価値を保護するために禁止されている行為と独禁法違反に対する処理について概観する。

※ 本稿は、2012（平成24）年7月26－27日に、中国・北京北方工業大学の主催により開催された「北京西山跨文化国際シンポジウム」（Beijing Xishan International Cross-Cultural Symposium）において報告した原稿に、独禁法の改正を踏まえて加筆修正したものである。

## 注

- 1) 本稿では、独禁法に反する行為を行った者に対して一定の措置をとる「処理過程」を「enforcement」と捉えている。

独禁法の分野では、英語の enforcement に対して「執行」という訳をあてることも多いが、「法学一般」の観点からみると、「執行」は、「既におこなわれた命令を実行に移す段階を指す」という語感が「支配的」とであるとされる（白石忠志『独占禁止法』第2版（平21年・2009年）3頁注5）。また、「裁判の執行とは、裁判の意思表示の内容を国家権力によって強制的に実現することをいう」とされる（川端博『刑事訴訟法講義』（平24年・2012年）509頁）。刑事裁判の場合は、裁判が確定し、その意思表示の内容を国家権力によって強制的に実現する必要がある場合（例えば、有罪判決が確定した後）、執行されるのが原則である（刑訴法471条）。裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官が指揮をする（刑訴法471条1項）。

enforcement の訳語として「実現」と訳そうとする試みもなされており、内容的には的を射たものといえる。しかし、エンフォースメントの「訳語」と認識されないことも多く、また、「施行」と表現することにも同様の難点があるとされる（白石・注（1）3頁注5）。

そこで、本稿では、独禁法における「enforcement」に関しては、「エンフォースメント」というカタカナ表現を用いることにした。

## 二 独禁法違反行為の具体的な事例

2015（平成 27）年に入ってから（2015（平成 27）年 2 月 25 日現在），公取委が排除措置命令及び課徴金納付命令を共に発令した事例として，次の 2 例がある。

### 第 1 事例

2015（平成 27）年 1 月 14 日に排除措置命令及び課徴金納付命令が発令された事例は次の通りである。

公取委は，A 管内コンクリート製品協同組合（以下「A 協組」という）らに対し，独占禁止法の規定に基づいて審査を行ってきたところ，次のとおり，同法第 8 条第 1 号（事業者団体による一定の取引分野における競争の実質的制限）に該当し，同法第 8 条の規定に違反する行為を行っていたとして，A 協組に対し，同法第 8 条の 2 第 2 項の規定に基づく排除措置命令を行うとともに，同組合の構成事業者 6 社に対し，同法第 8 条の 3 において準用する同法第 7 条の 2 第 1 項の規定に基づく課徴金納付命令を行った<sup>2)</sup>

### 具体的な違反行為

「(1) A 協組」は，「ア 平成 24 年 6 月 5 日に開催した臨時総会において，オホーツク地区におけるコンクリート二次製品の市況回復を図るため，共同受注事業と称して，あらかじめ，需要者ごとに見積価格を提示し契約すべき者（以下『契約予定者』という。）として組合員のうち 1 社を割り当て，その販売価格に係る設計価格からの値引き率を 10 パーセント以内とすることを決定し，その実施に当たっては，対象とする品目及び需要者ごとに契約予定者として割り当てる組合員を事前に運営委員会において決定することとした」，「イ 前記アを踏まえ，平成 24 年 6 月 8 日に開催した運営委員会において，前記アの品目について，コンクリート二次製品から一部の組合員のみが製造販売しているものなどを除いて，特定コンクリート二次製品とすることを決定した。また，同月 27 日に開催した運営委員会において，需要者ご

とに契約予定者として割り当てる組合員を記載した一覧表を定め、同年7月1日から前記アの決定を実施することを決定した」、「ウ オホーツク地区においてコンクリート二次製品の製造販売を行っている非組合員3社（以下『3社』という。）に対し、前記ア及びイの決定を組合員とともに実施するよう協力を求め、これに3社が応じたことから、平成24年10月5日に開催した理事会において、3社を組合員に準じる者として賛助会員とすることを決定した」。次に、「(2) A協組」は、「組合員等を構成事業者とする事業者団体であり、独占禁止法第2条第2項に規定する事業者団体に該当するところ、特定コンクリート二次製品について、前記(1)の決定により、特定コンクリート二次製品の販売分野における競争を実質的に制限していた」としたものである。

#### 排除措置命令

公取委は、「(1) A協組は、次の事項を、理事会において決議しなければならない」とし、「ア 特定コンクリート二次製品について、需要者ごとに契約予定者として組合員等のうち1社を割り当て、その販売価格に係る設計価格からの値引き率を10パーセント以内とする決定が消滅していることを確認すること」及び「イ 今後、組合員等に対し、特定コンクリート二次製品について、需要者ごとに契約予定者として組合員等のうち1社を割り当て、その販売価格に係る設計価格からの値引き率を制限する行為を行わないこと」を要求している。

次に、「(2) A協組は、前記(1)に基づいて採った措置を組合員等（平成24年7月1日以降に脱退した組合員を含む。）に通知するとともに、特定コンクリート二次製品の需要者に通知しなければならない」とし、さらに、「(3) A協組は、今後、コンクリート二次製品について、組合員等に対し、需要者ごとに契約予定者として組合員等のうち1社を割り当て、その販売価格に係る設計価格からの値引き率を制限する行為を行ってはならない」とした。

## 課徴金納付命令

A協組には、課徴金納付命令が発令された（総額 5,859 万円）。それゆえ、同協組は、2015（平成 27）年 4 月 15 日までに課徴金の支払い等の措置を講ずる必要が生じている。

## 第 2 事例

2015（平成 27）年 1 月 20 日に排除措置命令及び課徴金納付命令が発令された事例は次の通りである。

公取委は、北海道に所在する農業協同組合等（以下「農協等」という）が発注する低温空調設備工事の工事業者に対し、独占禁止法の規定に基づいて審査を行ってきたところ、農協等発注の特定低温空調設備工事について、同法第 3 条（不当な取引制限の禁止）の規定に違反する行為を行っていたとして、同法第 7 条第 2 項の規定に基づく排除措置命令及び同法第 7 条の 2 第 1 項の規定に基づく課徴金納付命令を行った<sup>3)</sup>。

## 具体的な違反行為

「N産業及び北海道H（以下『2社』という。）並びにM電機冷熱プラントの3社は、遅くとも平成21年4月8日以降、共同して、農協等発注の特定低温空調設備工事について、受注価格の低落防止等を図るため」、「(1)ア 受注すべき者（以下『受注予定者』という。）を決定する」、「イ 受注予定者以外の者は、受注予定者が受注できるように協力する旨の合意の下に」、「(2)ア 受注を希望する者（以下「受注希望者」という。）が1社のときは、その者を受注予定者とする」、「イ 受注希望者が複数社のときは、施主である農協等が過去に発注した低温空調設備工事の受注実績、ホクレンの担当者が当該農協等の希望等を踏まえて示した意向等を勘案して、受注希望者間の話し合いにより受注予定者を決定する」、「ウ 受注予定者が提示する入札価格又は見積価格（以下『入札価格等』という。）は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者が定めた入札価格等以上の入札価格等を提示する」などにより、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする

ことにより、公共の利益に反して、農協等発注の特定低温空調設備工事の取引分野における競争を実質的に制限していた」ものである<sup>4)</sup>

### 排除措置命令

公取委は、「(1) 2社は、それぞれ、次の事項を、取締役会において決議しなければならない」とし、「ア (本件違反行為)を取りやめていることを確認すること」及び、「イ 今後、相互の間において、又は他の事業者と共同して、農協等発注の特定低温空調設備工事について、受注予定者を決定せず、各社がそれぞれ自主的に受注活動を行うこと」を要求している。次に、「(2) 2社は、それぞれ、前記(1)に基づいて採った措置を、相互に通知するとともに、農協等及びホクレンに通知し、かつ、自社の従業員に周知徹底しなければならない」、「(3) 2社は、今後、それぞれ、相互の間において、又は他の事業者と共同して、農協等発注の特定低温空調設備工事について、受注予定者を決定してはならない」とした。そして、「(4) 2社は、それぞれ、次の事項を行うために必要な措置を講じなければならない」とした上で、「ア 自社の工事の受注に関する独占禁止法の遵守についての行動指針の自社の従業員に対する周知徹底 (北海道Hにあっては当該行動指針の作成及び自社の従業員に対する周知徹底)」及び「イ 農協等発注の特定低温空調設備工事の受注に関する独占禁止法の遵守についての、当該工事の営業担当者に対する定期的な研修及び法務担当者による定期的な監査」を指摘している。

### 課徴金納付命令

N産業会社及び北海道Hには、課徴金納付命令が発令された (総額 1,655 万円)。それゆえ、同2社は、2015 (平成 27) 年 4 月 21 日までに課徴金の支払い等の措置を講ずる必要が生じている。

## 注

- 2)
- [http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150114\\_2.files/insatsuyou.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150114_2.files/insatsuyou.pdf)

違反事業者団体	排除措置命令	課徴金額
A管内コンクリート製品協同組合	○	5,859 万円

課徴金額は、課徴金納付命令対象事業者 6 社の総額である。

- 3)
- [http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150120\\_1.files/150120\\_1.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150120_1.files/150120_1.pdf)

- 1 違反事業者、排除措置命令及び課徴金納付命令の対象事業者並びに課徴金額

番号	違反事業者	排除措置命令	課徴金額
1	N産業	○	1,251 万円
2	北海道 H	○	404 万円
3	M電機冷熱プラント	－	－
			1,655 万円 (合計)

表中の「○」は、その事業者が排除措置命令の対象であることを示している。

表中の「－」は、その事業者が排除措置命令又は課徴金納付命令の対象とならないことを示している。

- 4) なお、本件では、「農協等から施主代行業務を受託していたホクレン農業協同組合連合会（以下『ホクレン』という。）に対し、ホクレンの一部の職員の行為が上記違反行為を誘発し、助長していたものであると認められた」として、2015（平成 27）年 1 月 20 日、公取委は、同時にホクレンに対しても「申入れ等」を行っている。

### 三 独禁法が保護しようとする価値とその経緯

独禁法は、私的独占、不当な取引制限（カルテル／談合）、不公正な取引方法などを禁止しているが、この目的は、「公正且つ自由な競争を促進し」、「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」ことにある。つまり、「公正且つ自由な競争を促進」することが独禁法の「直接の目的」であり、「一般消費者の利益を確保する」と同時に、「国民経済の民主的で健全な発達を促進する」ことが独禁法の「究極の目的」である<sup>5)</sup>。そして、最高裁は、独禁法の「直接の保護法益」を「自由競争経済秩序」とし、その「究極の目的」を、同法 1 条を参照しつつ、「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」と捉えている<sup>6)</sup>。

このように、事業者が「公正且つ自由な競争」することを通じて、「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」ことに価値を認めることが、独禁法の価値観であるが、それでは、独禁法制定当時から、日本において、独禁法に示された価値は尊重されるべきであるとされていたのだろうか。

同法が「国民経済の民主的で健全な発達を促進する」ことを（究極の）目的としている点を考慮すると、制定当時から、独禁法1条の掲げる目的が日本国内に存在していたとは言い難いと考えられる。

敷衍すると次のようになる。

日本の独禁法は、1947（昭和22）年に制定されているが、この時点において、「自由経済社会における公正なかつ自由な競争を守る」ことを目指した法律、つまり「競争法」を有した国は、アメリカとカナダだけであった。それゆえ、独禁法は、実質的には世界で3番目の「競争法」ということになる<sup>7)</sup>。

この時点において、「独禁法1条の掲げる目的が日本国内に存在していたか」については、その2年前に終結した第2次世界大戦以前の状況をみる必要がある<sup>8)</sup>。

同大戦が終了した1945（昭和20）年以前において、「カルテル」は、禁止されておらず、むしろ、「世界恐慌への対応から国による保護助成の対象」になっていた<sup>9)</sup>。その後、「（準）戦時体制の構築が進められるなか、経済統制も強化され」、日本の経済は、「およそ市場メカニズムの作用しない状況」に至った<sup>10)</sup>。

第2次世界大戦が終了した直後、連合国総司令部は、対日占領政策の柱として「経済の民主化」を掲げたが、独禁法の制定は、「農地解放、労働運動の合法化とならんで経済民主化の三本柱の一つ」であった。1947（昭和22）年に日本の独禁法は制定され、「戦後の民主的経済体制の基本を定めるもの」として位置づけられる<sup>11)</sup>。

独禁法制定の経緯をみると、独禁法制定時点においてすでに「公正且つ自由な競争を促進し」、「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」ことに価値をおく社会になっていたとはいえない。むしろ、「日本経済を民主化するための外科手術として、財閥解体が実施された」<sup>12)</sup>が、独禁法は、この状態を定着させる目的を有し、その意味で、未来志向的な法律である<sup>13)</sup>。独禁法の目的が「財閥解体によって形成された民主的な経済体制を将来にわたって定着させ、経済力集中の進行によって再び非民主的な経済体制が成立することを防ぐ」ことにあったからである<sup>14)</sup>。言い換えると、独禁法は、民主主義社会を支える経済基盤を形成するための措置の一環として、多くの事業者が自由な競争を通じて事業を展開できる体制を整えることを目的に施行されたのである。そして、独禁法制定後、70年近くとなり、規制緩和・規制改革が進む中で独禁法の適用される範囲が広がり、独禁法の重要性は広く認識されるようになってきた<sup>15)</sup>。独禁法は、「経済法の中核をなす法律」であり<sup>16)</sup>、「市場の時代」における「経済秩序の基本法」言い換えると「経済憲法」になっている<sup>17)</sup>。

独禁法の性格について、東京高裁は、次のように説示する。すなわち、「独禁法は、我が国の事業活動について、『公正かつ自由な競争を促進し』『国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的』として、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。国内外において右理念の遵守が強く叫ばれている現下の社会・経済情勢下において、同法は経済活動に携わる事業関係者に等しく守られなければならない」とするのである<sup>18)</sup>。

このように、独禁法は、経済秩序における基本法（経済憲法）であり、経済法の中核をなす法律ということができるのである<sup>19)</sup>。

## 注

5) 根岸哲編『注釈独占禁止法』（平21年・2009年）1頁〔根岸哲〕、村上政博編『条解独

占禁止法』(平26年・2014年)2頁[村上政博]。

- 6) 最判昭59・2・24刑集38巻4号1287頁[石油製品価格協定刑事事件]。根岸・前掲注(5)1頁[根岸]、白石忠志=多田敏明編著『論点体系独占禁止法』(平26年・2014年)1頁[滝澤紗矢子]参照。

なお、消費者利益の保護の位置づけには、争いがあったが(厚谷襄児=糸田省吾=向田直範=稗貫俊文=和田健夫編『条解独占禁止法』(平9年・1997年)12頁[実方謙二])、本文で示した通り、昭和59年最高裁判決は、独禁法の「究極の目的」の一つを、「一般消費者の利益を確保する」とこととしている。さらに、公取委は、独禁法の目的を、「公正かつ自由な競争を促進し、事業者が自主的な判断で自由に活動できるようにすること」と解している(<http://www.jftc.go.jp/dk/dkgaiyo/gaiyo.html>)。

- 7) 菅久修一編著『独占禁止法』(平25年・2013年)377頁[菅久修一]。  
 8) 独禁法の制定過程の詳細は、さらに、谷原修身『独占禁止法の史的展開論』(平9年・1997年)193頁以下参照。  
 9) 神山敏雄=斉藤豊治=浅田和成=松宮孝明編著『新経済刑法入門』第2版(平25年・2013年)214頁[山本雅昭]。例えば、カルテルなどを奨励した法律として、重要産業ノ統制二関スル法律(昭和6年法律40号)を参照。  
 10) 神山=斉藤=浅田=松宮編著・前掲注(9)214頁[山本]。  
 11) 厚谷=糸田=向田=稗貫=和田編・前掲注(6)1頁[実方]。さらに、神山=斉藤=浅田=松宮編著・前掲注(9)214-5頁参照[山本]。  
 12) 厚谷=糸田=向田=稗貫=和田編・前掲注(6)1頁[実方]。制定当初の独禁法は、①価格、数量等に関する形式的な共同行為の禁止、②不当な事業能力の格差の排除(不当な事業格差のある場合、不当に大規模な事業者に対する営業の一部譲渡命令)、③事業会社の株式保有の原則禁止や合併の認可制、④国際的契約の認可制など(村上政博『独占禁止法』第6版(平26年・2014年)9頁)を含んでいたとされる。さらに、菅久編著・前掲注(7)377頁[菅久]によれば、①事業能力の格差に基づく分割命令、②一定の類型のカルテルの全面禁止、③事業会社による株式保有の原則禁止、④合併の認可制などが含まれ、アメリカの反トラスト法にもない規定が含まれていたという指摘がなされる。

この頃は、財閥解体、過度の経済力集中排除、農地解放など日本経済の民主化政策が強力に推し進められていた時期であり、独禁法には、「民主的かつ非集中的な経済システムを維持する」という役割が期待されていた。それゆえ、独禁法の執行も活発であったとされる(菅久編著・前掲注(7)377頁[菅久])。

- 13) この点に関して、「昭和22(1947)年の早過ぎた(理想主義的な)競争法の制定およびその後の長期間にわたり競争法としての独占禁止法を運用できない状態に陥ったことは、独占禁止法の解釈・運用を、よくいえば当時の日本経済の実態に合致するように変貌させ(公取委の組織防衛・維持の点からもそうせざるをえなかった)、悪くいえば、競争法体系を日本特有な姿に歪めていくことになった」という指摘がある(村上・前掲注(12)13頁)。

- 14) 厚谷＝糸田＝向田＝稗貫＝和田編・前掲注(6) 1頁[実方]。  
15) 泉水文雄＝土佐和生＝宮井雅明＝林秀和『経済法』(平23年・2011年) 6頁[泉水文雄]。  
16) 金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編著『独占禁止法』第4版(平25年・2013年) 1頁[泉水文雄]。  
17) 泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注(15) 6頁[泉水]。  
18) 東京高判平5・12・14高刑集46巻3号322頁[社会保険庁シール入札談合事件]。  
19) なお、法律の中には、独禁法が行うように、競争の制限を排除し市場の機能を復活させるだけでなく、政府が法律を作ることによって、新たな市場を創出したり、市場において競争がうまく機能するように市場の枠組みを積極的に構築するものもある。その例としては、金融商品取引法や電気通信事業法を上げることができる。しかし、このような政府の規制は、逆に市場における競争を歪め、競争メカニズムを働けなくさせることがある(泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注(15) 7-8頁[泉水])。  
一方、市場の機能に任せていただけでは競争が十分に機能しないことがある(「市場の失敗」)。そこで、独禁法は、市場の失敗に対する対処や社会的規制の必要性を配慮して一定の規定をおいている(泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注(15) 8頁[泉水])。

#### 四 「公正なかつ自由な競争」とは何か

では、「公正かつ自由な競争」とは何か。

公取委によれば、「公正かつ自由な競争」とは「誰もが自由に参入できる市場において、事業者自らが商品の価格、生産数量などを決め、お互いに競い合うこと」である<sup>20)</sup>

「市場」とは、「複数の供給者が、同一の需要者に対して、商品役務を提供しようとする場」と定義されている<sup>21)</sup> 言い換えれば、「市場」は、独禁法2条4項にいう「競争」が行われる場という意味で用いられている<sup>22)</sup>。そして、独禁法2条4項にいう「競争」とは、「二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく」、「同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること」や「同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること」という「行為をし、又はすることができる状態」である。これは、①売手競争と買手競争を含むこと、②現にある競争(顕在競争)だけでなく、潜在競争も含むこと、

③ブランド間競争（メーカー間の競争や異なるブランドの商品を取扱う流通業者間の競争）だけでなく、ブランド内競争（同一ブランドの商品を取扱う流通業者間の競争）も含むことを意味している<sup>23)</sup>

市場において競争が「正しく」行われれば、つまり「公正かつ自由な競争」が行われていれば、「市場メカニズムの働き」によって、消費者のニーズが事業者に伝わるはずである。例えば、複数の事業者が同一の消費者に商品を提供した場合、消費者に選ばれた事業者が市場で生き残ることになるからである。それゆえ、生き残りをかけて、事業者は、消費者のニーズに合う商品の供給を行うようになる。このように、「公正かつ自由な競争」によって、事業者にも消費者にも望ましい市場が維持されるのである。

## 1 事業者の立場

独禁法2条1項は、「事業者」を「商業、工業、金融業その他の事業を行う者」と定義している。

公取委によると、「事業者」は、次のように説明されている。すなわち、「独禁法により公正かつ自由な競争が確保される市場において、事業者は、自らの創意工夫によって、消費者から選ばれる魅力的な商品を供給しようと競争し」、「ライバルとの競争を勝ち抜いた事業者は、売上げを伸ばして成長し、日本経済の活性化・発展に寄与する」ことになる<sup>24)</sup>

事業者は、積極的に創意工夫することによって、従来から存在した仕組みに対して新しい何かを加える。これは、従来の社会の仕組みに対する一種の挑戦であるが、これに対して、独禁法は、社会が活性化する限度つまり社会が経済的に発展を遂げる限度で許容する<sup>25)</sup>。逆に言えば、経済を活性化させない事業者の行為、例えば、「競争を停止する仕組みの構築」、「新たな市場参入を排斥する仕組みの構築」、「過剰な搾取の仕組み」さらに「競争相手を減らす行為（企業結合）」は、規制の対象となり得るのである。

以上をまとめると、事業者は、事業を行うことを通じて利益を得るが、「誰

もが自由に参入できる市場において、事業者自らが商品の価格、生産数量などを決め、お互いに競い合う」「公正かつ自由な競争」が実現されている限度で、事業者の活動している「自由経済社会」は、彼らの活動を許容するということになる。言い換えると、「自由経済社会」においては、事業者は、その活動が社会を活性化する限度で、存在を許され、社会を活性化する以上の利益を得ることは許されないということが含意されることになるはずである。

## 2 消費者の立場

公取委によると、「消費者」は、次のように説明されている。すなわち、「消費者は、誰もがより良い商品やサービスを求め」、消費者を顧客として獲得するために「事業者はより安くて優れた商品を提供すること」で競争する。その結果、「市場には豊富な商品が提供され、消費者はそれらの中から、より自分の欲しいものを選べる」ことになる。このように「事業者間の競争によって、消費者の利益が確保されている」のである<sup>26)</sup>

上記を前提とすると、消費者は「誰もがより良い商品やサービスを求めている」という性格づけがなされており、逆に、独禁法違反行為に対して、「積極的に」報告(申告)することが予定されているといえる。そして、このことは、公取委が独禁法に違反する行為について、「審査」すなわち「違反のおそれのある具体的な事件についての調査活動」を開始する場合(事件の端緒)の一つとして「一般の方からの報告(申告)」が予定されていることから窺われる<sup>27)</sup>

事件の端緒は、事業者自らが公取に報告する課徴金減免制度の利用以外に、「公正取引委員会の職権探知」および「中小企業庁長官からの調査請求」があるが、これら両行政機関と並んで、「一般の方からの報告(申告)」が位置づけられている。すなわち、独禁法45条1項は、「何人も、この法律の規定に違反する事実があると思料するときは、公正取引委員会に対し、その事実を報告し、適当な措置をとるべきことを求めることができる」と規定するにとまる。つまり、同条項は「できる」規定であるから、消費者の申告は、義務ではない。

しかし、独禁法45条4項は、公取委の職権探査に関して規定している点を考慮すると、独禁法は、消費者に対して「自由経済社会における公正かつ自由な競争を守る」上での積極的な役割を期待しているものと解されるのである。

## 注

20) <http://www.jftc.go.jp/houdou/panfu.files/dokkinpamph130606.pdf>

21) 白石忠志『独禁法講義』第7版（平26年・2014年）22頁。

22) 白石・前掲注（1）12頁。

23) 菅久編著・前掲注（7）5頁〔菅久〕。

24) <http://www.jftc.go.jp/houdou/panfu.files/dokkinpamph130606.pdf>

25) 「社会の仕組みに対する挑戦が経済を活性化する限度で受け入れる社会」を「自由経済社会」と呼ぶことになり、経済秩序における基本法である独禁法は、このような社会を目指しているといえる（泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注（15）6頁〔泉水〕参照）。

26) <http://www.jftc.go.jp/houdou/panfu.files/dokkinpamph130606.pdf>

27) <http://www.jftc.go.jp/dk/seido/shorizu.html>

独禁法に違反する行為について、公取委が「審査」すなわち「違反のおそれのある具体的な事件についての調査活動」を開始する場合（事件の端緒）は、次の4つがあるとされている。

- ① 一般の方からの報告（申告）（独禁法45条1項）
- ② 公取委の職権探知（公取委が自ら違反を発見する場合）（独禁法45条4項）
- ③ 課徴金減免制度の利用（独禁法7の2第10項～第18項）
- ④ 中小企業庁長官からの調査請求（中小企業庁設置法4条7項）

①及び②は、本文で述べた通りであるから、ここでは、③及び④について言及する。

③について、課徴金減免制度は、事業者が自ら関与したカルテル・入札談合に関して、公取委に報告すること等という要件に該当すれば、課徴金の減免を受けることができる制度であるが、これは、事業者自らが公取委に報告することにより、手続きが開始するため、事件の端緒の一つとされている。

④について、中小企業庁設置法4条7項は、「中小企業庁は、中小企業者が他の事業者の不当な取引制限若しくは不公正な取引方法によりその事業を阻害されているかどうか、又は中小企業等協同組合の組合員が小規模の事業者であるかどうかを調査し、公正取引委員会に対しその事実を報告し、及び適当な措置を求めることができる」としているので、「中小企業庁長官からの調査請求」が事件の端緒の一つとされている。



## 五 独禁法が規制する具体的な類型とその要件

### 1 違法類型の概観

独禁法の目指す社会となるために、同法は、その規制対象として概ね次の4つの類型をあげることができる<sup>28)</sup> それは、「私的独占」の禁止、「不当な取引制限」の禁止、「企業結合」の規制及び「不当な取引方法」の禁止である。以下では、各類型を概観する。

#### (1) 私的独占の禁止

独禁法3条は「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない」と規定しているが、独禁法2条5項によれば、「私的独占」とは、「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」である。つまり、私的独占には、「排除型私的独占」と「支配型私的独占」があるが、前者は、事業者が単独又は他の事業者と共同して、不当な低価格販売などの手段を用いて、競争相手を市場から排除したり、新規参入者を妨害して市場を独占しようとする行為である。後者は、事業者が単独又は他の事業者と共同して、株式取得などにより、他の事業者の事業活動に制約を与えて、市場を支配しようとする行為である。

#### (2) 不当な取引制限の禁止

上記の通り、独禁法3条は「不当な取引制限」の禁止を規定しているが、独禁法2条6項によれば、「不当な取引制限」とは、「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」である。つまり、不当な取引制限に該当する行為には、「カルテル」と「入札談合」



がある。前者は、事業者又は業界団体の構成事業者が相互に連絡を取り合い、本来、各事業者が自主的に決めるべき商品の価格や販売・生産数量などを共同で取り決める行為である。後者は、国や地方公共団体などの公共工事や物品の公共調達に関する入札に際し、事前に、受注事業者や受注金額などを決めてしまう行為である。

### (3) 企業結合の規制

独禁法第4章は、独立した企業間で組織的な結合をもたらす行為を網羅的に規制の対象としている。独禁法上、株式取得・所有(10条)、役員兼任(13条、14条)、合併(15条)、事業譲受け等(16条)、会社分割(15条の2)、株式移転(15条の3)というように企業結合の行為類型別にそれぞれ規定をおいている。つまり、独禁法は、株式保有や合併等の企業結合により、それまで独立して活動を行っていた企業間に結合関係が生まれ、当該企業結合を行った会社グループが単独で、又は他の会社と協調的行動を採ることによって、ある程度自由に市場における価格、供給数量などを左右することができるようになる場合(競争を実質的に制限することとなる場合)には、当該企業結合を禁止している。そして、一定の要件に該当する企業結合を行う場合、公正取引委員会に届出・報告を行うこととされている。

### (4) 不公正な取引方法の禁止

独禁法19条は「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない」と規定している。つまり、不公正な取引方法は、「自由な競争が制限されるおそれがあること」、「競争手段が公正とはいえないこと」、「自由な競争の基盤を侵害するおそれがあること」といった観点から、公正な競争を阻害する恐れがある場合に禁止される。そして、この不公正な取引方法において課徴金の対象となり得る行為は、独禁法2条9項1号～5号に定義され<sup>29)</sup>、課徴金の対象とならない行為は、独禁法2条9項6号に基づき、公取委が指定している<sup>30)</sup>

そして、不公正な取引方法には、独禁法2条9項に基づき、すべての業種に適用される「一般指定」と独禁法71条に基づく、「特定の事業分野における特

定の取引方法」を対象とする「特殊指定」がある。

具体的には、一般指定には、取引拒絶、排他条件付取引、拘束条件付取引、再販売価格維持行為、優越的地位の濫用、欺瞞的顧客誘引、不当廉売等であり、特殊指定は、現在、①大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正な取引方法、②特定荷主が物品の運送又は保管を委託する場合の特定の不正な取引方法、③新聞業における不正な取引方法の3つがある<sup>31)</sup>

## 2 違反要件の概観

以上のように、独禁法は概ね4つの類型に分けて規制しているが、具体的に規制を行う場合、「一定の行為によって特定の市場に弊害が生じる点に着目している」<sup>32)</sup>そして、この「市場の弊害」を示す言葉として、条文上、①「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」と、②「公正な競争を阻害するおそれ」という文言が用いられる。①は、「私的独占」(独禁法2条5項)、「不当な取引制限」(独禁法2条6項)、「事業者団体規制」(独禁法8条1号)、「企業結合規制」(独禁法10条、13～16条)がこれにあたり、②は、主に「不正な取引方法」(独禁法2条9項)がこれにあたる<sup>33)</sup>

### (1) 一定の取引分野における競争の実質的制限

「競争の実質的制限」は市場支配力の形成／維持／強化である、とされる<sup>34)</sup>複数の供給者が、同一の需要者に、同種又は類似の商品又は役務を供給しようと、切磋琢磨することによって、競争は機能する(独禁法2条4項参照)。したがって、「市場支配力の形成／維持／強化」は、競争停止(競争回避)によって、又は排除(他者排除／競争排除)によって生じる<sup>35)</sup>

この「市場支配力の形成／維持／強化」の存否は、まず、当該行為が検討対象市場における価格等の諸条件に有意な影響をもたらすかについて検討される。次に、行為者の当該行為によって、検討対象市場における価格等の諸条件を左右し得るような牽制力が存在するかについて検討される<sup>36)</sup>

## (2) 公正競争阻害性

「公正競争阻害性」は、「自由競争侵害（競争減殺）」、「自由競争基盤侵害（搾取）」、「能率競争侵害（不正手段）」の3種類があり、いずれかがあれば、「公正競争阻害性」が肯定される。「自由競争侵害（競争減殺）」とは、事業者相互間で自由に競争すること及び事業者が自由に競争に参加することが妨げられる状態をいい、「自由競争基盤侵害（搾取）」とは、取引上の地位を不当に利用（優越的地位の濫用）した場合をいう（独禁法2条9項5号）。これに対して、「能率競争侵害（不正手段）」とは、価格・品質に基づく競争をいうが、その能率競争の観点からみて手段として不公正であることを意味する（例えば、自己の商品役務の価格・品質等の情報をゆがめて伝える不当表示や他人の商品役務の価格・品質等の情報をゆがめて伝える誹謗中傷等）<sup>37)</sup>

そして、「公正競争阻害性」の存否は、文言上、「公正な競争を阻害するおそれ」の存否により判断されるから、具体的な競争上の弊害が現実化していなくても、その高度の蓋然性があれば、公正競争阻害性が認められ得る。例えば、「自由競争侵害（競争減殺）」は、競争上の弊害に関して「競争の実質的制限」において問題となる弊害と同質であるが、「市場支配力の形成／維持／強化」の立証までは必要とせず、その萌芽的段階で要件を充足する。これは、事業者の行為によって「市場支配力の形成／維持／強化」という具体的な競争上の弊害が生じなければ、「競争の実質的制限」という要件を充足しないことは対照的である<sup>38)</sup>

## (3) 「競争の実質的制限」と「公正競争阻害性」との関係

「競争の実質的制限」と「自由競争侵害（競争減殺）」とは、競争上の同質の弊害であり、その程度が、前者の方が大きいに過ぎない。そして、「自由競争基盤侵害（搾取）」は、「自由競争侵害（競争減殺）」の延長にある競争上の弊害を問題にしていると考えられるので、この三者は、「複数の供給者が同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給しようと切磋琢磨することによって機能する競争」に対する弊害の程度の違いによって区別される。これに対し

て、「能率競争侵害（不正手段）」は、最終的に、「競争の実質的制限」に至る競争上の弊害とは異なる<sup>39)</sup>

## 注

28) 村上教授によれば、今日の「競争法の3本柱」は、「単独行為規制、共同行為規制、企業結合規制である」とされ（村上編・前掲注（5）1頁〔村上〕）、これを日本の独禁法にあてはめると、次のようになる。すなわち、「私的独占」は、「単独に」という要件も挙げられているから、「基本的」には「単一事業者の行為である単独行為」を規制対象とするものともいえる。次に、「不当な取引制限」は、「他の事業者と共同して」という要件を要求しているから、「複数の独立した事業者による共同行為」を規制対象としているものといえる。そして、「第4章の企業結合の禁止規定」は、企業結合規制ということになる（村上・前掲注（12）54-5頁）。さらに、競争法においては、上記の規制の3本柱の他に、各国固有の規制が加わるが、日本の独禁法に関していえば、「自由競争減殺型以外」の「不公正な取引方法の禁止」がこれにあたるとされている（村上編・前掲注（5）2頁〔村上〕）。

ただし、独禁法2条5項は、事業者が、「他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず」とあるため、必ずしも、「単独に」「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する」必要はない。それゆえ、独禁法が対象とする規制類型は、他の視点からの分類も可能である。

白石教授は、日本の独禁法における違反類型について、「大きく分けて5つある」とされる。それは、①「私的独占」、②「不当な取引制限」、③「不公正な取引方法」、④「事業者団体規制」及び⑤「企業結合規制」である（白石・前掲注（21）71頁）。

上記の3大違反類型（①～③）は「少々混乱気味に散らかしながら改めて3つに分けた」というイメージに近い、とされ（白石・前掲注（21）71頁）、なぜこのようになったかについて言及される。すなわち、日本の3大違反類型は、「米国反トラスト法の条文を引き写したためにそうなったのであるに過ぎない。不当な取引制限はシャーマン法1条、私的独占はシャーマン法2条、不公正な取引方法はFTC法（連邦取引委員会法）5条の物真似である」と指摘されている（白石・前掲注（21）72頁）。教授は、3大違反類型としては、「競争停止の規制」、「他者排除の規制」及び「搾取の規制」に整理し、これとは別の切り口から「企業結合規制」を位置づけて議論すべきであると主張されている、白石・前掲注（21）1-4頁参照）。

これに対して、④は、事業者ではなく「事業者団体」を違反主体としている点に特徴がある。また、⑤は、「現在の企業結合行為によって、将来において弊害が起こる蓋然性が

もたらされる」ことに着目する点に特徴がある（白石・前掲注（21）71-2頁）。

- 29) 一般指定の一部を法定化した理由は次の通りである。公取委の告示による従来の指定制度を維持したままで課徴金制度を導入するならば、公取委が自ら違法行為類型を創設的に定義しつつ、その定義に従って事業者に課徴金を賦課することにならざるを得ない。しかし、これは、構成要件の明確性及び事業者の予見可能性の確保の観点からすると、妥当ではない。そこで、不公正な取引方法に対する課徴金制度については、旧一般指定における関係規定を参照しつつ、課徴金の対象となる違法行為を法定化するとされたのである。これが、現行の独禁法2条9項1号～5号である（林秀弥「不公正な取引方法の規制の構造」『法学教室』377号（平24年・2012年）17頁）。
- 30) 「昭和五十七年六月十八日公正取引委員会告示第十五号」改正「平成二十一年十月二十八日公正取引委員会告示第十八号」。2009（平成21）年改正による「不公正な取引方法」の取扱いについては、藤井宣明＝稲熊克紀編著『逐条解説平成21年改正独占禁止法』（平21年・2009年）18頁〔図表1-2-1〕参照。
- 31) 白石・前掲注（1）157頁注142，197-8頁，272-5頁，金井＝川渙＝泉水編著・前掲注（16）259頁〔川渙昇〕。
- 32) 滝澤紗矢子「『一定の取引分野における競争の実質的制限』と『公正競争阻害性』」『法学教室』377号（平24年・2012年）4頁。
- 33) 滝澤・前掲注（32）4頁。
- 34) 最判平22・12・17民集64巻8号2067頁は「独禁法は、公正かつ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させて事業活動を盛んにすることなどによって、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（1条）とし、事業者の競争的行動を制限する人為的制約の除去と事業者の自由な活動の保障を旨とするものである。その趣旨にかんがみれば、本件行為が独禁法2条5項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為…に該当するか否かは、本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者のFTTHサービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」と判示している。
- 35) 滝澤・前掲注（32）4-5頁。ある市場において競争を制限する効果をもつ事業者の行動のタイプは多く分けて2つある。第1に「競争者を排除するために用いられる行動」であり、第2に「競争を回避するために用いられる事業者の行動」である（泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注（15）20頁〔泉水〕）。
- 36) 滝澤・前掲注（32）5頁。
- 37) 滝澤・前掲注（32）5-6頁。
- 38) 滝澤・前掲注（32）6頁。
- 39) 滝澤・前掲注（32）6頁。

## 六 独禁法が予定する「エンフォースメント」

独禁法に違反した場合の処理については、前述の通りであるが、改めて示すと次の通りである。すなわち、「公取委による行政的措置」、この公取委から検事総長に対して行われる刑事告発を前提した「刑事罰」（刑事的措置）及び私人による民事的救済として行われる「民事訴訟」（民事的措置）がある<sup>40)</sup>

独禁法上のエンフォースメントの中心は、公取委による事件処理であるが、ここでは、まず、民事的措置及び刑事的措置を概観した上で、公取委による行政的措置についてみていくことにする<sup>41)</sup>

### 1 民事的措置

民事的措置（差止及び損害賠償請求）は、客観訴訟ではないので、私法上の保護に値する競争上の権利及び利益の有無により請求の可否が決まってくる<sup>42)</sup>

#### (1) 差止請求

独禁法上、不公正な取引方法により、「利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」が、これにより「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるとき」は、当該不公正な取引方法の差止を請求できる（独禁法 24 条）。

#### (2) 損害賠償請求

独禁法違反により被害を被った者は、独禁法上、公取委による排除措置命令等が確定した後（独禁法 26 条 1 項）、損害賠償請求訴訟が可能となる（独禁法 25 条 1 項）。独禁法上の損害賠償請求訴訟は、「無過失」損害賠償責任（独禁法 25 条 1 項）と排除措置命令等前置主義（独禁法 26 条 1 項）をとっている点が特徴であり、これによって、訴訟遂行が容易となる仕組みとなっている。

### 2 刑事的措置

刑事的措置の効果は、国家の刑罰権の発動たる刑罰である。それゆえ、刑事法の大原則である謙抑主義に基づき、独禁法上の刑事的措置の対象となる行為

は、限定的である<sup>43)</sup> その対象は、具体的には、ほぼ不当な取引制限に対するものと考えてよいが、その中心は、独禁法 89 条である<sup>44)</sup>

独禁法上の刑罰において、独禁法 89 条の犯罪主体は、実行行為者と考えられているため、独禁法 95 条及び独禁法 95 条の 2 との関係も重要となる。すなわち、私的独占又は不当な取引制限をした者は、独禁法 89 条に基づき処罰されるが、これ以外に、行為者の属する法人等に罰金刑が科されることがある(独禁法 95 条：両罰規定)。また、独禁法 89 条等の違反の計画を知りながら、必要な対応をとらなかった法人の代表者に対しても罰金刑が予定されている(独禁法 95 条の 2：三罰規定)。

### 3 行政的措置

独禁法上のエンフォースメントの中心は、公取委による事件処理であり、法定の命令は、排除措置命令と課徴金納付命令である<sup>45), 46)</sup>

#### (1) 排除措置命令

排除措置命令<sup>47)</sup> は、独禁法違反行為によって「現にもたらされている市場における競争が制限されている状態を確実に取り除く必要がある」場合に下される<sup>48)</sup> 排除措置命令には、概ね次の 3 つの類型がある<sup>49)</sup> それは、①独禁法違反行為の取りやめを命令すること、②競争秩序の回復、つまり、独禁法違反行為の取りやめを関係者に通知し、各社の従業員に周知徹底させることを命ずること、③再発防止、つまり、独禁法の遵守に関する行動指針の作成見直し等を命令することである。

排除措置命令は、独禁法のエンフォースメントのうち最も基本的なものである。なぜならば、国の競争政策は、適切な競争が行われる環境を作ること、その最大の目的があるからである。課徴金を課したり、刑罰を科したりすることにも独自の意味があるにせよ、これらは、競争環境整備の補助的手段にすぎず、「環境整備を直接目的とした」排除措置命令と異なる。そして、公取委の独禁法違反の認定は、原則として排除措置命令の手続の中で行う(独禁法 59



条2項)。

## (2) 課徴金納付命令<sup>50)</sup>

課徴金納付制度<sup>51)</sup>は、カルテル摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を少なくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、刑事罰や賠償請求制度に加えて別途設けられた。すなわち、課徴金とは、カルテル及び入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するため、行政庁が違反事業者等に対して課す金銭的不利益といえる。事業者又は事業者団体が課徴金の対象となる独禁法違反行為を行っていた場合、公取委は、当該違反事業者等に対して、課徴金を国庫に納付することを命じることになっている。

## 4 刑事的措置と行政的措置の関係

### (1) 刑事的措置と行政的措置の併存

第1事例において、上述の通り、事業者団体であるA協組は、特定コンクリート二次製品について、需要者ごとに契約予定者として組員等のうち1社を割り当て、その販売価格に係る設計価格からの値引き率を10パーセント以内とする決定などを行っていた。

公取委は、このA協組の行為が独禁法第8条第1号（事業者団体による一定の取引分野における競争の実質的制限）に該当し、同法第8条の規定に違反する行為と認定した上で、A協組に対して、独禁法第8条の2第2項の規定に基づく排除措置命令を行うとともに、同組合の構成事業者6社に対して、同法第8条の3において準用する同法第7条の2第1項の規定に基づく課徴金納付命令を行っている。

また、第2事例においても、上述の通り、N産業及び北海道H並びにM電機冷熱プラントは、農協等発注の特定低温空調設備工事について、受注価格の低落防止等を図るため、受注予定者を決定し、受注予定者以外の者は、受注予定者が受注できるように協力する旨の合意をし、実行している。

公取委は、N産業及び北海道Hに対して、独禁法第3条（不当な取引制限の



禁止)の規定に違反する行為を行っていたとして、同法第7条第2項の規定に基づく排除措置命令及び同法第7条の2第1項の規定に基づく課徴金納付命令を行っている。

## (2) 課徴金と罰金の関係

第1事例、第2事例ともに、公取委から課徴金納付命令が発令されているが、第1事例におけるA協組に対しては、独禁法89条1項2号に基づき、罰金を科し得る。また、第2事例におけるN産業及び北海道Hに対しては、独禁法89条1項1号に基づき、罰金を科し得る。そして、仮に、課徴金と罰金の双方が併せて課(科)されるときは、罰金額の2分の1に相当する金額が課徴金から控除される(独禁法7条の2第19項)。

このように課徴金と罰金の調整が行われている。しかし、そもそも、同一の行為に対して、2つの制裁が加えられているため、課徴金と罰金を同時に課(科)した場合、二重処罰の禁止にあたるという批判があった<sup>52)</sup>

この批判に対して、課徴金納付制度は、事業者に残る不当利得の剥奪にある(不当利得剥奪論)ので、二重処罰の禁止に抵触しないとされてきた<sup>53)</sup>しかし、2005(平成17)年改正以前の課徴金額は、課徴金額が実際の違反行為による利得よりも低すぎたため、抑止力としては不十分であるという指摘があった。このような中で、不当利得剥奪論は、憲法39条後段の趣旨に立ち返って根本的な批判が行われた<sup>54)</sup>

不当利得剥奪論に対する批判論によれば、憲法39条の保障は、二重訴追の禁止という手続的保障に限定して理解することになる。それゆえ、憲法39条は、同一の行為に対して1つの制裁規定を二度以上適用することを禁止するものであり、同一の行為に対して2つの制裁規定を用意し適用することは禁止するものではないと解することができる。一方、刑罰権の実体面での制約原理は、罪刑均衡の原則に求めるべきであり、これを前提とすると、行政制裁と刑事罰との併科は、これが立法者の意図である限り、その制約は、二重処罰の禁止ではなく、罪刑均衡の原則からなされるべきことになる<sup>55)</sup>そして、罪刑均

衡の原則を考える場合には、厳密な意味での刑罰に限定して考えるのではなく、行政制裁を含めて考えるべきである。罪刑均衡の原則は、「個人の権利と自由を不当に制限しない」という憲法上の要請から導かれているので、国家機関による不利益な取り扱いが刑事罰であるか否かに関係なく、適用されるはずだからである。

以上を前提とすると、行政制裁と刑事罰の両方を課（科）することが不当であるとすれば、それは、二度に分けて課（科）すからではなく、全体として罪刑の均衡を失っていることを意味することになる。それゆえ、課徴金の算定に関する「一定率」について、「不当利得剥奪」の視点を考慮する必要がなくなったわけである。

不当利得剥奪論に対する批判に加えて、さらに、2005（平成 17）年に下された最高裁判決<sup>56)</sup>下されたが、本判決は、「課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではない」とした。それゆえ、本判決によって、課徴金の算定に関する「一定率」について、「不当利得剥奪」とは異なる視点から考慮することができる点について、最高裁によるお墨付きが与えられたといえる<sup>57)</sup>。

その後、2005（平成 17）年改正により、課徴金納付制度は、不当利得相当額以上の金額を徴収する仕組みとなったため、「行政上の制裁としての性格」が明確化し、その機能を前面に押し出したという評価がなされている<sup>58)</sup>。言い換えると、課徴金は「カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独禁法 89 条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度（独禁法 25 条）に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである」とする平成 17 年判決の理解が一般的となり<sup>59)</sup>、「不当利得剥奪論は鳴りをひそめ」ている<sup>60)</sup>。そして、課徴金納付制度が「行政上の措置」でありさえすれば、その実質が「制裁的なものであっても差し支えない」という前提で、課徴金の議論

がなされているとされる<sup>61)</sup>

### (3) 課徴金納付命令の運用

このように、両者には、制度目的の違いがあるため、併存することも可能であるが、両者の違いを運用にも反映させるために、課徴金納付制度の運用には、次の考慮がなされていると指摘されている<sup>62)</sup> すなわち、この制度は、①非裁量性（課徴金の適用に関する非裁量性と課徴金額の計算に関する非裁量性）、②客観性（行為者の主観的要件の排除）、③公取委にとっての簡明性（少人数で課徴金実務を運用するための必要性）、及び④「不当利得の剥奪」という思想の尊重（基本的に課徴金を不当利得の約1.25倍の課金）の4点を考慮して運用することが望ましいとされているのである。

#### 注

- 40) なお、その他に、民事的措置としては、独禁法違反行為に対して民法709条に基づく損害賠償請求等があり、刑事的措置としては、刑法96条の6第2項の談合罪等があるが、ここでは、独禁法上の措置に限定する。
- 41) 「独禁法違反行為に対して執られる主な措置」と「独禁法違反行為とそれに対するサンクションの概略」は下記の表の通りである。

独禁法違反行為に対して執られる主な措置

	性質（則る手続）	措置主体（請求主体）	目 的
排除措置命令	独禁法上の行政処分	公取委	違反状態の排除
課徴金納付命令	独禁法上の行政処分	公取委	行政上の義務履行確保の手段
刑事罰	刑事（刑事手続）	公取委の告発、 検察による起訴	違反行為に対する応報、抑止
差止請求	民事（民事手続）	私 人	違反行為の差止
損害賠償請求	民事（民事手続）	私 人	違反行為による被害等の回復

（上の表は、泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注（15）272頁〔表6-1〕〔林秀弥〕に基づき作成）

独占法違反行為とそれに対するサンクションの概略

		公取委によるもの		私人によるもの		刑事罰
		排除措置 命令	課徴金 納付命令	差止請求	損害賠償 請求	
私的独占	支配型	○	○		○	
	排除型	○	○		○	
カルテル	不当な取引制限	○	○		○	■
	事業団体によるもの	○	□		○	
不公正な取引方法		○	△	●	○	

(上の表は、泉水=土佐=宮井=林・前掲注 (15) 23 頁〔表 1-1〕〔泉水〕に基づき作成)

上記の表では、企業結合規制については除かれている。

□は、構成事業者が名宛人となる。

●は、私的独占該当行為 (の一部) と重なることがある。

■は、独占法上、不公正な取引方法以外にも適用があり得るが、実際には、価格カルテル及び入札談合のみであることを示す。

△は、法定 5 種類がこれにあたる (独占法 2 条 9 項 1 号～5 号)。

42) 泉水=土佐=宮井=林・前掲注 (15) 22-3 頁〔泉水〕。

43) 泉水=土佐=宮井=林・前掲注 (15) 23 頁〔泉水〕。

44) 独占法 89 条は、私的独占にも適用され得るが、現実の適用対象は、不当な取引制限に係る事案である (泉水=土佐=宮井=林・前掲注 (15) 23 頁〔泉水〕)。

45) 事件の端緒は、前記の通りであるが、公取委による事前調査および事前相談が行われることがあり、その後、法定の命令が出されない場合でも、「法定外の処理」が行われることがある。法定外の処理としては、警告、注意、調査手続打ちりの公表及び違反者とならない者に対する要請等などがある。「警告」は、法定の処理をとるに足る証拠が得られなかったが、違反の疑いのある場合に行い、是正措置をとるように指導するものであり、「注意」は、違反行為の存在を疑うに足る証拠が得られないが、違反に繋がるおそれのある行為に対して、未然防止を図る観点から行うものである。「調査打ちりの公表」は、警告も注意も行わないが、「〇〇株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」等といった題名の発表資料を公取委が配布するという手法である。さらに、「違反者とならない者に対する要請等」は、違反被疑者に対する法的処理や警告等と同時に、違反者とならない者に対して「要請」等と呼ばれる処理が行われる場合がある (白石・前掲注 (1) 462-4 頁)。本稿で取り上げた「第 2 事例」における「ホクレンに対する申入れ等」は、「違反者とならない者に対する要請等」の一事例といえる。

46) 2013 (平成 25) 年改正前では、排除措置命令又は課徴金納付命令に不服がある者は、審判請求を行うことによって審判手続において当該命令の妥当性が審査され、審決が下され

ていた。しかし、審判手続は公取委が行うことになっているため、「命令を発する主体」と「その命令の妥当性を判断する主体」が同一の組織である点に対する批判があり、審判手続の改正が行われた。

2013（平成25）年12月7日、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部改正法律案（平成25年改正法）」により、参議院本会議において可決／成立し、12月13日に公布され、これによって、審判制度が廃止された。

#### 排除措置命令又は課徴金納付命令に係る手続の変遷

	名宛人が争わない場合 (又は名宛人が争う前の段階)	名宛人が争った 場合	上級審
1947(昭和22)年制定後 2005(平成17)年改正前	勧告審決又は同意審決	審判審決	東京高裁判決 最高裁判決
2005(平成17)年改正後 2013(平成25)年改正前	排除措置命令 課徴金納付命令	審判審決	東京高裁判決 最高裁判決
2013(平成25)年改正後	排除措置命令 課徴金納付命令	東京地裁判決	東京高裁判決 最高裁判決

（上の表は、白石・前掲注（21）10頁の表に基づき作成）

- 47) 現在、排除措置命令を下すことができる場合については、独禁法7条（私的独占と不当な取引制限）、独禁法8条の2〔事業者団体規制〕、独禁法17条の2〔企業結合規制〕及び独禁法20条〔不公正な取引方法〕に規定されている。
- 48) 泉水＝土佐＝宮井＝林・前掲注（15）22頁〔泉水〕。
- 49) 白石・前掲注（21）241-3頁参照。
- 50) 最近の課徴金納付命令の実績については、下記の通りである。なお、独禁法は、2009（平成21）年及び2013（平成25）年に改正されている。

#### 最近の課徴金納付命令の実績

年 度	対象者	金 額
2008（平成20）年度	87 事業者	270.3 億円（審決12.2 億円）
2009（平成21）年度	106 事業者	360.7 億円（審決118.6 億円）
2010（平成22）年度	156 事業者	720.8 億円（審決358 億円）
2011（平成23）年度	277 事業者	442.5 億円（審決0 億円）
2012（平成24）年度	113 事業者	250.7 億円（審決16.8 億円）
2013（平成25）年度	181 事業者	302.4 億円（審決0.7 億円）

（数値は、公正取引委員会のホームページによる（<http://www.jftc.go.jp/>）。なお、「100万円以下は切り捨て」となっている）

- 51) 現在、課徴金を課することができるのは、不当な取引制限（独禁法7条の2第1項）、

私的独占（独禁法7条の2第2項〔支配型私的独占〕、第4項〔排除型私的独占〕）、不公正な取引方法の一部（独禁法2条9項1号～4号、20条の2～20条の5〔継続型〕、独禁法2条9項5号、独禁法20条の6〔一発型〕）になっている。

52) 独禁法における二重処罰の禁止に関する議論は、佐伯仁志『制裁論』（平21年・2009年）113頁以下参照。

53) 不当利得剥奪論は、「課徴金が制裁であるならば憲法39条に違反してしまう」という前提に立った上で、課徴金は「違反者が得た不当利得を剥奪するだけである」から「制裁にはあたらない」と説明してきたが、これは、1977（昭和52）年改正において課徴金納付制度を導入する際に、反対派の批判を回避しようとする狙いがあった（白石・前掲注（21）103-4頁）。

54) 佐伯・前掲注（52）123頁以下。

55) 課徴金と罰金（刑罰）とは、その制度の目的が異なる。すなわち、課徴金は、独禁法の目的（独禁法1条）を達成するために必要な行政処分であるのに対して、罰金は、行為者に対するスティグマを与える刑事処分である。近代社会において、人は、お互いが自由で答責的な存在であることを前提として、法共同体を構成し、相手方が刑罰法規に触れる行為に及ばないことを信頼し合いながら生きている。それゆえ、刑罰は、近代の予定する法共同体に存在する規範を侵害したために受けなければならないスティグマという側面を有することになる。行政処分と刑事処分の関係については、以上のように整理できるが、改めて検討する必要がある問題であると考えている（「社会秩序原理」に関しては、拙稿「正当防衛における『やむを得ずにした行為』の意義」『川端博先生古稀記念論文集 上巻』（平26年・2014年）164頁以下参照）。

56) 最判平17・9・13民集59巻7号1950頁。

最高裁は、1958（昭和33）年最高裁大法廷判決以来の考え方を踏襲し、「独禁法の定める課徴金の制度は、昭和52年法律第63号による独禁法改正において、カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独禁法89条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度（独禁法25条）に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである。また、課徴金の額の算定方式は、実行期間のカルテル対象商品又は役務の売上額に一定率を乗ずる方式を採っているが、これは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして、そのような算定方式が採用され、維持されているものと解される。そうすると、課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではないというべきである」と判示している。

57) 山口厚編著『経済刑法』（平24年・2012年）268-9頁〔島田聡一郎〕。

58) 松原英世『刑事制度の周縁』（平26年・2014年）131頁。

59) 山口編著・前掲注（57）269頁〔島田〕。

60) 白石・前掲注（21）104頁。

61) 白石・前掲注（21）104頁。

62) 白石・前掲注（21）104-5頁。

## 七 最 後 に

三で示した通り，東京高裁によれば，独禁法は，日本の事業活動について，「公正かつ自由な競争を促進し」「国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的」として，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。つまり，日本の独禁法が保護しようとしている価値は，自由経済社会における公正なかつ自由な競争」であり，「自由競争経済秩序」である。そして，この価値を実現するために，独禁法は，行政的措置，民事的措置及び刑事的措置を予定しているが<sup>63)</sup> 本稿では，「日本における独禁法の基本的構造とエンフォースメント（enforcement）」を概観した。

独禁法には，数次の改正があったことは本稿でも触れたが，今後，改めて，それぞれの改正の意義について検討する機会をもちたい。

### 注

63) 経済犯罪対策全体については，松原・前掲注（58）122頁以下参照。

[本稿は，2013（平成25）年度松山大学特別研究助成の成果の一部である]

[脱稿日：2015（平成27）年2月25日]