

松 山 大 学 論 集  
第 28 卷 第 1 号 抜 刷  
2 0 1 6 年 4 月 発 行

## 日本の独禁法における課徴金納付命令制度

明 照 博 章

# 日本の独禁法における課徴金納付命令制度

明 照 博 章

## 目 次

- 一 本稿の目的
- 二 課徴金納付命令が発令された具体的事例
- 三 課徴金納付命令制度導入とその変遷
- 四 課徴金納付命令制度の基本設計と問題点
- 五 最後に

## 一 本 稿 の 目 的

日本の課徴金納付命令制度は、独占禁止法（以下、「独禁法」という。）の予定するエンフォースメントの一つであるが<sup>1)</sup>「経済法の中核をなす法律」である<sup>2)</sup>独禁法は、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法などを禁止しており、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。独禁法の目的規程である同法1条の解釈として、「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」であるとされ<sup>3)</sup>最高裁も<sup>4)</sup>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」と捉えているものとされる<sup>5)</sup>。そして、日本は、「市場経済体制」、「自由経済体制」言い換えると「資本主義体制」を採用しており<sup>6)</sup>「市場の時代」を迎えた現在において<sup>7)</sup>独禁法を「経済秩序の基本法」言い換えると「経済憲法」

と位置づけることは<sup>8)</sup>「自明」となっており<sup>9)</sup>この点に関して、裁判所も次のように指摘している。すなわち、ラップ価格カルテル事件における東京高裁判決は「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り、特に今日、一般消費者の利益を確保するとともに、国際的にも開かれた市場の下で、我が国経済の健全な発展を図るため、公正かつ自由な競争を促進し、市場経済秩序を維持することが重要な課題となっており、このため国内的にも、また、国際的にも、独禁法の順守が強く要請されてきている」と判示し<sup>10)</sup>また、社会保険庁シール入札談合事件においても、東京高裁は、「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ものである」としている<sup>11)</sup>

以上のような独禁法の目的を達成するための手段の一つとして、課徴金納付命令制度があるが<sup>12)</sup>この制度に関して、「公正取引委員会」（以下、「公取委」という）HPによれば、次のように説明されている<sup>13)</sup>すなわち、課徴金とは、「カルテル・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」であり、行政官庁である公取委は、「事業者又は事業者団体が課徴金の対象となる独占禁止法違反行為を行っていた場合、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」るものとされる。言い換えると、課徴金納付命令は、独禁法違反行為の防止という行政目的を達成するために、行政庁(公取委)が違反業者等に対して、金銭的不利益を課すという行政上の措置である<sup>14)</sup>

そこで、本稿では、具体的な適用事例を紹介した上で、課徴金納付命令制度導入から現在に至るまでの制度の変遷を素描し、現行制度の基本設計と問題点について概観したい<sup>15)</sup>

※ 本稿は、平成25(2013)年5月3日に開催された「シンポジウム 日台における知的財産法と経済法の新傾向(Japan-Taiwan Symposium on the New Tendency of Intellectual Property and Economic Law)」(主催 台湾・成功大學法律學系)において報告した原稿に、その後の独禁法改正を踏まえて加筆修正したものである。

## 注

- 1) 独禁法の予定するエンフォースメントについては、課徴金納付命令制度を含めて、拙稿「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)」『松山大学論集』第27巻1号(平27年・2015年)135頁以下参照。さらに、公取委がカルテル規制政策をどのように展開しているかについて、その法執行の側面に焦点をあてたものとして、松原英世『企業活動の刑事規制』(平12年・2000年)71頁以下が示唆に富む。
- 2) 金井貴嗣=川濱昇=泉水文雄編著『独占禁止法』第5版(平27年・2015年)1頁[泉水文雄]。
- 3) 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]。
- 4) 最判昭59・2・24刑集38巻4号1287頁[石油製品価格協定事件]。
- 5) 根岸・前掲注(3)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。)
- 6) 根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説』第5版(平27年・2015年)1頁。
- 7) 泉水文雄=土佐和生=宮井雅明=林秀和『経済法』第2版(平27年・2015年)2頁、6頁[泉水文雄]。なお、経済統制に関する歴史的経緯の概要は、拙稿・前掲注(1)122-3頁参照。
- 8) 泉水=土佐=宮井=林・前掲注(7)6頁[泉水]。
- 9) 根岸=舟田・前掲注(6)1頁。
- 10) 東京高判平5・5・21高刑集46巻2号108頁。
- 11) 東京高判平5・12・14高刑集46巻3号322頁。
- 12) 独禁法の目的を達成する手段として、法律上の命令としては、課徴金納付命令制度以外に、排除措置命令制度がある。排除措置命令は、独禁法に違反する行為がある場合に公取委が違反行為を排除するため必要な措置を命ずることであるが(泉水=土佐=宮井=林・前掲注(7)288頁[林秀和])、この排除措置命令が独禁法のエンフォースメントのうち最も重要かつ基本的なものであるとされる。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に、その最大の目的があるからである。それゆえ、課徴金納付命令制度は、制度的には、「競争環境整備の補助的手段」と位置づけられ、さらに、課徴金納付命令の多くは、排除措置命令を前提として発令されているという指摘がある(根岸=舟田・前掲注(6)302頁)。しかし、排除措置命令を中心とするエンフォースメントだけでは独禁法違反行為を十分に抑止できなかったため、昭和52年独禁法改正において、課

徴金納付命令制度が導入されたのである。

13) <http://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html>

14) 泉水 = 土佐 = 宮井 = 林・前掲注 (7) 298 頁 [林]。

15) 独禁法に関する手続と実務全体に関しては、村上政博 = 栗田誠 = 矢吹公敏 = 向宣明編『独占禁止法の手続と実務』(平成27年・2015年) 参照。

## 二 課徴金納付命令が発令された具体的事例<sup>16)</sup>

### 1 事実関係

平成27(2015)年10月9日に、公取委は、北陸新幹線消融雪設備工事<sup>17)</sup>の入札参加業者らに対して、独禁法の規定に基づき排除措置命令及び課徴金納付命令を行っている<sup>18),19)</sup>

### 2 具体的な違反行為<sup>20)</sup>

公取委が発令した命令に関する具体的な対象行為は、北陸新幹線消融雪設備工事の入札参加業者らの独禁法第3条(不当な取引制限の禁止)の規定に違反する行為である。

別表記載の11社(以下「11社」という。)<sup>21)</sup>は、平成23(2011)年9月14日、東京都内の飲食店において開催した会合において、北陸新幹線消融雪設備工事について、受注価格の低落防止等を図るため、

- (1) 11社を順番に受注予定者とする事及びその順番
- (2) 前記(1)の順番を変更する場合は、関係各社間の協議によること
- (3) 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ことを合意した。

以上3点の行為により、上記11社は、公共の利益に反して、北陸新幹線消融雪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。

### 3 排除措置命令の概要<sup>22)</sup>

(1) 11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。

ア 前記2の合意（独禁法違反行為）が消滅していることを確認すること。

イ 今後、相互の間において、又は他の事業者と共同して、鉄道・運輸機構が北陸新幹線の軌道上における雪害対策を目的として発注する融雪基地機械設備工事及び消雪基地機械設備工事（これらの工事が併せて発注されるもの及びこれらの工事以外の工事が併せて発注されるものを含む。）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。

(2) 11社は、それぞれ、前記(1)に基づいて採った措置を、自社を除く10社及び鉄道・運輸機構に通知し、かつ、自社の従業員に周知徹底しなければならない。

(3) 11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、前記(1)イ記載の工事について、受注予定者を決定してはならない。

(4) 11社のうちA株式会社、株式会社D空調、H工業株式会社、株式会社I商会及びK冷熱工業株式会社を除く6社は、次のアからエまでの事項を行うために必要な措置を、A株式会社、H工業株式会社及び株式会社I商会は、次のア、イ及びエの事項を行うために必要な措置を、株式会社D空調及びK冷熱工業株式会社は、次のア及びイの事項を行うために必要な措置を、それぞれ、講じなければならない。

ア 官公需の受注に関する独禁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（株式会社G工業社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、A株式会社にあっては当該行動指針の改定及び自社の従業員に対する周知徹底）

- イ 官公需の受注に関する独禁法の遵守についての、前記(1)イ記載の工  
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
- ウ 独禁法違反行為に関与した役員及び従業員に対する処分に関する規  
程の作成又は改定
- エ 独禁法違反行為に係る通報又は調査への協力を行った者に対する適  
切な取扱いを定める規程の作成又は改定

#### 4 課徴金納付命令の概要

課徴金納付命令の対象事業者は、平成28(2016)年5月10日までに、それぞれ別表の「課徴金額」欄記載の額(総額10億3,499万円)を支払わなければならない<sup>23)</sup>

なお、A株式会社及びB熱学工業株式会社は、J空調株式会社と共同して(以下、A株式会社、B熱学工業株式会社及びJ空調株式会社のことを「3社」という。)、前記2の違反行為をすることを企て、かつ、11社のうち3社を除く8社に対し当該違反行為をすることを唆すことにより、当該違反行為をさせたことが認められたため、独禁法第7条の2第8項第1号に該当する者であることから、同項の規定に基づき、5割加算した算定率を適用している。

#### 5 平成27(2015)年10月9日以前になされた公取委の措置

##### (1) 告発

公取委は、鉄道・運輸機構が発注する北陸新幹線消融雪設備工事の入札談合事件について犯則調査を行ってきたところ、独禁法に違反する犯罪があったと思料して、平成26(2014)年3月4日、同法の規定に基づき、B熱学工業株式会社、A株式会社、J空調株式会社、株式会社E社、株式会社G工業社、株式会社D空調、C熱工業株式会社及びF設備工業株式会社の8社並びに被告発会社8社で設備工事の請負等の業務に従事していた8名を検事総長に告発して

いる<sup>24)</sup> その結果、告発された8社及び8名は、告発日と同日である平成26(2014)年3月4日に起訴され、その後、平成26(2014)年9月30日から同年11月14日までの間に、8社及び8名に対していずれも有罪判決が言い渡された<sup>25)</sup>

## (2) 改善措置要求

鉄道・運輸機構の職員は、鉄道・運輸機構が発注する北陸新幹線消融雪設備工事のうち複数の物件について、これらの入札に参加していた事業者のうち特定の事業者の従業員に対し、各物件における入札前までに、未公表の予定価格に関する情報を教示していた。これらの行為は入札談合等関与行為防止法に規定する入札談合等関与行為（発注に係る秘密情報の漏えい）と認められた。

このため、公取委は、平成26(2014)年3月19日、鉄道・運輸機構理事長に対し、入札談合等関与行為防止法の規定に基づき、改善措置要求を行っている<sup>26)</sup>

## 注

- 16) ここで紹介する平成27(2015)年10月9日に発令された課徴金納付命令以降に、発令された事例として（公取委HP掲載分）、次の2件がある（平成28(2016)年3月1日現在）。それは、平成28(2016)年2月5日発令の「東北地区、新潟地区及び北陸地区の地方公共団体が発注するポリ塩化アルミニウムの製造販売業者に対する排除措置命令及び課徴金納付命令」①（<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/feb/160205.files/160205shinbunhappyoun.pdf>）及び平成28(2016)年2月10日発令の「農業協同組合等が北海道の区域において発注する穀物の乾燥・調製・貯蔵施設等の製造請負工事等の施工業者に対する排除措置命令及び課徴金納付命令」②（[http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/feb/160210\\_1.files/160210shinbunhappyou.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/feb/160210_1.files/160210shinbunhappyou.pdf)）の2件であり、さらに、②の案件では、課徴金減免制度が利用されている（<http://www.jftc.go.jp/dk/seido/genmen/kouhyou/itiran27.html>）。
- 17) 「北陸新幹線消融雪設備工事」とは、独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構（以下「鉄道・運輸機構」という。）が、北陸新幹線の長野・金沢間の軌道上における雪害対策を目的として、平成23(2011)年10月以降、条件付一般競争入札の方法により発注する融雪基地機械設備工事及び消雪基地機械設備工事（これらの工事が併せて発注されるもの及びこれらの工事以外の工事が併せて発注されるものを含む）をいう。そして、「融雪基地機械設備工事」とは、温めた不凍液を、線路脇に設置した融雪パネルの内部に流すこ

とで、融雪パネルの上に積もった雪をとかす設備を設置する工事をいい、「消雪基地機械設備工事」とは、河川等から取水した水を温めて、線路脇に設置したスプリンクラーから散水することで、軌道上に降った雪をとかす設備を設置する工事をいう ([http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009sinbunhappyoubun.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009sinbunhappyoubun.pdf))。

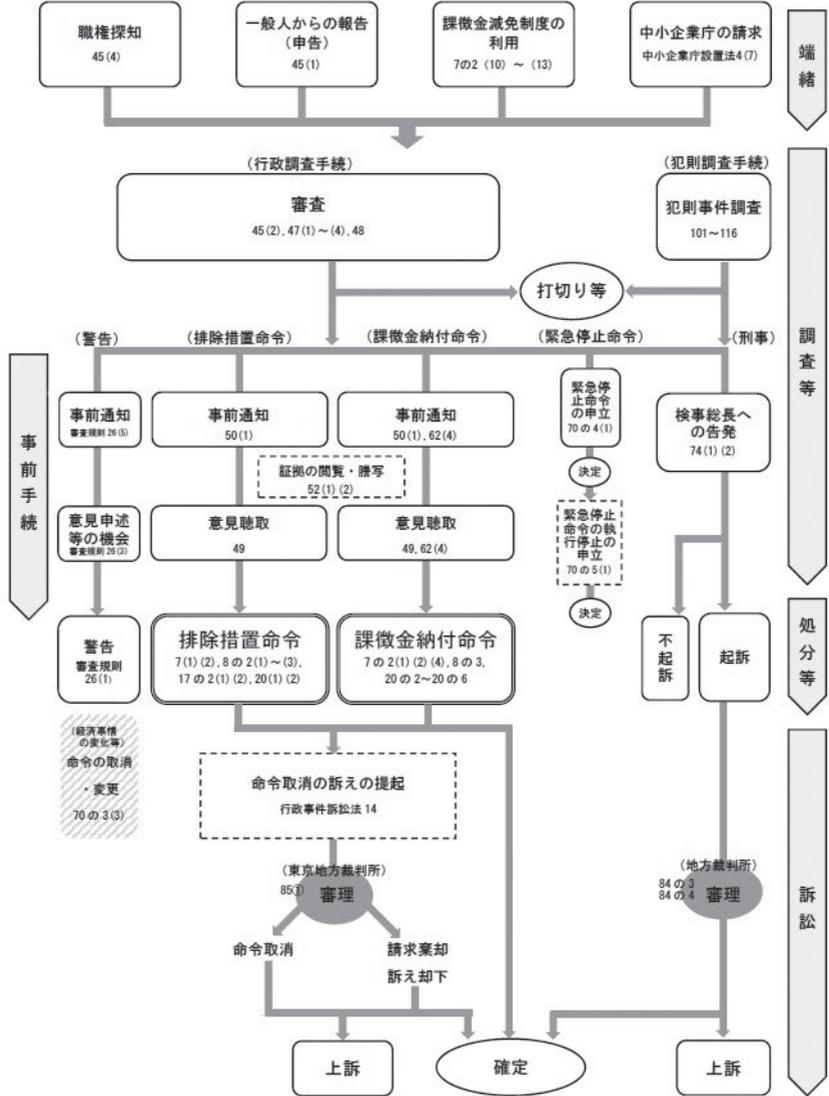
18) [http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009sinbunhappyoubun.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009sinbunhappyoubun.pdf)

**違反事業者数，排除措置命令及び課徴金納付命令の対象事業者数並びに課徴金額**

違反事業者数	排除措置命令 対象事業者数	課徴金納付命令 対象事業者数	課徴金額
11社	11社	7社	10億3,499万円

19) なお、本件は、平成25(2013)年独禁法改正法(平成27(2015)年4月施行)により導入された意見聴取手続が行われた初めての事件である ([http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009sinbunhappyoubun.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009sinbunhappyoubun.pdf))。さらに、独禁法違反事件処理手続の全体については、公取委作成の図を参照 (<http://www.jftc.go.jp/dk/seido/shorizu.html>)。

独占禁止法違反事件処理手続



(図は、公取委が作成したものである)

20) 違反行為の詳細は、排除措置命令書を参照 ([http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009betten.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009betten.pdf))。

21) [http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009beppyu.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009beppyu.pdf)

#### 11 社の違反事業者及び課徴金額一覧

	違反事業者名	排除措置命令	課徴金額(万円)
1	A株式会社※	○	34,288
2	B熱学工業株式会社※	○	17,908
3	C熱工業株式会社※	○	17,772
4	株式会社D空調※	○	12,816
5	株式会社E社※	○	12,060
6	F設備工業株式会社※	○	7,188
7	株式会社G工業社※	○	1,467
8	H工業株式会社	○	-
9	株式会社I商会	○	-
10	J空調株式会社	○	-
11	K冷熱工業株式会社	○	-
合 計			103,499

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、その事業者が課徴金納付命令の対象ではないことを示している。

表中の「※」を付した事業者は、本件と同一の事件について不当な取引制限の罪により罰金の刑に処せられ、同裁判が確定していることから、独占禁止法第7条の2第19項の規定に基づき、当該罰金額の2分の1に相当する金額を控除した額を課徴金額としている。

22) 排除措置命令の詳細は、排除措置命令書を参照 ([http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009betten.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009betten.pdf))。

23) 課徴金納付命令を受けた各事業者の課徴金額は、前掲注(21)参照。さらに、本件では、課徴金減免制度が利用されている (<http://www.jftc.go.jp/dk/seido/genmen/kouhyou/itiran27.html>)。

#### 課徴金減免制度の適用業者

	違反事業者名	免除の事実又は減額の率
1	株式会社G工業社	30 %
2	H工業株式会社	免除
3	株式会社D空調	30 %
4	B熱学工業株式会社	30 %

24) <http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h26/mar/130304.files/140304.pdf>

25) 8社の罰金額等は下表のとおりであり、いずれも判決が確定している ([http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009\\_1.files/151009sankou2-6.pdf](http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.files/151009sankou2-6.pdf))。

被告発会社	罰金額	裁判所及び判決日
B 熱学工業株式会社	1億6,000万円	東京地判平 26・11・12 裁判所ウエップ
A 株式会社	1億6,000万円	東京地判平 26・11・13 【TKC 文献番号 25505192】
J 調株式会社	1億4,000万円	東京地判平 26・11・14 裁判所ウエップ
株式会社E社	1億2,000万円	東京地判平 26・10・3 裁判所ウエップ
株式会社G工業社	1億2,000万円	東京地判平 26・10・2 【TKC 文献番号 25505126】
株式会社D空調	1億2,000万円	東京地判平 26・10・6 【TKC 文献番号 25505129】
C 熱工業株式会社	1億2,000万円	東京地判平 26・9・30 【TKC 文献番号 25505127】
F 設備工業株式会社	1億2,000万円	東京地判平 26・10・2 【TKC 文献番号 25505126】

#### 罰条

被告会社：独禁法 95 条 1 項 1 号，89 条 1 項 1 号，3 条

被告人：刑法 60 条，独禁法 95 条 1 項 1 号，89 条 1 項 1 号，3 条

なお、いずれの被告人も、刑の執行が猶予されている（刑法 25 条 1 項）。

26) <http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h26/mar/140319.files/140319.pdf>

### 三 課徴金納付命令制度導入とその変遷

課徴金納付命令制度は、前述の通り、「独禁法に違反する違為を防止する」という行政目的を達成するために、行政庁である公取委が違反事業者等に対して金銭的不利益（課徴金）を課す制度である。言い換えれば、この制度は、価格カルテル等の禁止の実効性を確保する（いわゆる「やり得」を防止する）という行政目的を達成するために、公取委が価格に関するカルテル等を行った事業者から競争制限による経済的利得を課徴金として国庫に納付させる制度とすることができる。

課徴金納付命令制度は、独禁法制定当時から存在していたのではなく、昭和 52（1977）年に導入された制度である。改正当時、価格カルテル等の抑止に対して刑事罰が有効に機能しておらず、問題となっていた<sup>27)</sup> そこで、課徴金納付命令制度の規制対象は、価格カルテルと数量制限カルテルとなり、その行政目

的は「違法なカルテルを排除し、競争秩序を維持する」こととされた<sup>28)</sup>

ただし、このような行政措置として違反行為者に対して金銭的不利益（つまり課徴金）を課す制度は、昭和52年以前の日本においては殆ど前例がなかった手法である。課徴金という不利益を課すことが「行政的サンクション」<sup>29)</sup>又は「制裁」<sup>30)</sup>としての性格を有するため、課徴金と罰金の関係が問題となり、憲法39条後段が定める二重処罰の禁止（「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」）に抵触するか否かについて、立法当初からその制度設計を検討する上で議論の対象となっている。なぜならば、仮に、課徴金納付命令が「刑事上の責任」にあたるのであれば、課徴金納付命令対象行為と同一の行為を刑事罰の対象としている独禁法は、憲法39条後段に反することになるからである。

例えば、公取委は、前述の通り、11社に対して「独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構が発注する北陸新幹線消融雪設備工事の入札参加業者らに対する排除措置命令及び課徴金納付命令」を出しているが、そのうちの8社（及び8名）については、検事総長に刑事告発をなし、いずれの被告会社（及び被告人）に対しても有罪判決が言い渡されている（上記の通り、8社は罰金刑に処されている）。ここでは、課徴金納付命令と罰金とが同一の行為に対して課（科）されているが、これが憲法39条後段に違反するのであれば、このような制度は、違憲無効ということになるはずなのである。

行政上の措置と刑罰の関係については、「法人税法上の追徴税」が「逋脱犯に対する刑罰」と併存することを巡って下された昭和33年最高裁大法廷判決<sup>31)</sup>の趣旨を前提に解釈論が展開されている。すなわち、昭和33年判決は、名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり、第1に、違反があれば原則として必ず課され、第2に、違反行為の抑止を目的としているという条件を満たせば、たとえ、法人税法上の追徴税に制裁的意義をもつことが否定できないとしても、「行政上の措置」であるとされ、刑罰と併存しても憲法39条に違反しない、としたのである<sup>32)</sup>

そこで、課徴金納付命令制度を立法する際には、この第1及び第2の要素を取り込むことになり<sup>33)</sup>さらに、第3として、課徴金額は、違反行為によって余分に得た不当利得の額を超えず、不当利得を剥奪するための制度であるから、制裁ではないので、二重処罰禁止に抵触しない（「不当利得剥奪論」という理由が付け加えられ、強調されることになった<sup>34)</sup>

昭和52（1977）年に課徴金納付命令制度が導入される際には、上記の「不当利得剥奪論」を考慮して、課徴金の算定に関する「一定率」は<sup>35)</sup>製造業で2%（4%×1/2）とされた<sup>36)</sup>

その後、1980年代末に深刻化した日米貿易摩擦を背景に始まった日米構造協議（SII）において、米国側が独禁法の運用強化を強く求めたため、独禁法をめぐる状況は大きく変化した<sup>37)</sup>その結果、平成3（1991）年に独禁法改正が行われ、製造業の場合の「一定率」が原則6%に引き上げられた<sup>38)</sup>

平成3年の段階においても制裁的効果が表面化した<sup>39)</sup>「一定率」が「不当利得を剥奪する」といえる「原則6%」にとどまった。

一方で、カルテルの抑止力としては不十分であるという見解もあった<sup>40)</sup>しかし、「不当利得剥奪論」の影響もあり、この段階では、「一定率」が「不当利得を剥奪する」といえる「原則6%」にとどまった<sup>41)</sup>このように、「不当利得剥奪論」が「一定率」の引き上げに対して理論的な障害となっていたので、「不当利得剥奪論」に対して、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ることになるが、この点に関しては、さらに、憲法39条後段の解釈に関する歴史的経緯が重要であると考えられるから、ここで言及することにする。

そもそも、憲法39条と「二重の危険」が問題となったのは、日本では「ひろく検察官の上訴をみとめている」点に起因する<sup>42)</sup>この点に関して、初めて言及されたのは、団藤博士であるとされているが<sup>43)</sup>博士によれば、憲法39条が「英米法でみとめられている」ような「二重の危険の原則」を採用したものだとする、「新刑事訴訟法が旧法とおなじく検察官にもひろく上訴権をみと

めたことは、当然に違憲だといわなければならない」とされる<sup>44)</sup>これは、「英米流の二重の危険の原則を採用すれば、検察官上訴を広く認めた刑事訴訟法は、違憲である」という前提となっているが、このような前提をとする原因は、「戦後、日本国憲法が制定される過程でアメリカの影響力が大きかった」こと<sup>45)</sup>言い換えれば、「連合軍（実際はアメリカ軍）の占領下において日本国憲法が成立したので日本国憲法に規定された条項の解釈もアメリカ流に行うことが妥当である」という主張に「説得力があった」こと<sup>46)</sup>にあると思われる。

その後、昭和25（1950）年最高裁大法廷は、検察官上訴が憲法39条に違反しないとすする判決を下したため<sup>47)</sup> 団藤博士が危惧されていた、憲法39条が「英米法でみとめられている」ような「二重の危険の原則」を採用したものとすると、「新刑事訴訟法が旧法とおなじく検察官にもひろく上訴権をみとめたことは、当然に違憲だといわなければならない」という問題は、判例上解消されるに至った<sup>48)</sup> さらに、「二重の危険の原則」に関する研究の展開を経て<sup>49)</sup> この原則は、「被告人の負担」という「事実」に注目するものであることが確認され<sup>50)</sup> 「二重の危険とは、国家がある犯罪について刑罰権の有無を確かめるために、被告人を一度訴追したならば、もはや同一人を同一事実について再度刑事的に追及することは許されないという原則を意味する」とされることになった<sup>51)</sup> そこで、上記の「二重の危険の原則」を前提として憲法39条を解釈する場合、「不当利得剥奪論」を前提としない説明に説得力をもたせることが可能となったのである。

不当利得剥奪論に対する批判説は次のように説明する<sup>52)</sup> すなわち、同説によれば、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2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（比例原則）からなされるべきことになる。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きているから、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。

これを前提とすると、行政制裁と刑事罰の両方を科すことが不当であるとすれば、それは、2度に分けて科すからではなく、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り、課徴金の算定に関する「一定率」について、「理論的」には、「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。

上記のような「不当利得剥奪論に対する批判」に加えて、さらに、平成17(2005)年に最高裁判決<sup>53)</sup>が下されたが、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」の視点を考慮する必要がない点について、最高裁によるお墨付きが与えられたといえる<sup>54)</sup>。

その後、平成17年独禁法改正がなされたが<sup>55)</sup>、課徴金納付命令制度に関して改正された部分は、次の5つの事項とされる。①課徴金を算定する際に「一定率」の引上げ（原則10%）、②一定率の軽減要件と加重要件の新設、③罰金相当額の2分の1を課徴金から控除する措置の新設、④課徴金の賦課対象となる違法行為の範囲拡大、⑤課徴金減免制度の導入である<sup>56).57).58)</sup>。これによって、大幅に制度の拡充が図られている。

平成17年改正「前」/「後」において、課徴金納付命令制度の性格に変化が生じた点は、①不当利得の徴収ではなくなり、不当利得相当額以上の金銭を徴収すること、②「やり得」の是正よりも、行政上の制裁であることであり、変化が生じなかった点は、①違法行為の防止という行政目的のために行政庁が違

反事業者等に課す金銭的不利益であること、②一定の算定率による非裁量的・画一的な処分であることである<sup>59)</sup>

この改正によって、課徴金納付命令制度は、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ある一方で<sup>60)</sup>「課徴金制度は、行政上の制裁としての機能は高まっているが、依然として行政上の措置として位置付けられる」とされ、「刑事罰」のように「個別の事件ごとに、有責性・悪質性等の要因を勘案して、制裁的に水準を決定するもの」ではなく、「違反行為防止という行政目的の達成のために、最低限必要な範囲内で算定率を引き上げたもの」であるという評価もある<sup>61)</sup>が、「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」ことも事実である<sup>62)</sup>。このような制度を許容する背景としては、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>63)</sup>「不当利得剝奪論は鳴りをひそめ」ているとされる<sup>64)</sup>

さらに、平成 21（2009）年改正では、「執行力・抑止力の強化」を主たる狙いとし<sup>65)</sup>「対象範囲を排除型私的独占や不公正な取引方法の一部にも拡大する」<sup>66)</sup>とともに、「主導的事業者の加算を追加する」<sup>67)</sup>「対象者の数を増やす」<sup>68)</sup>など課徴金減免制度の改善を図るなどの改正が行われ<sup>69)</sup>、現在に至っている<sup>70)</sup>

## 注

27) この点に関して、次の指摘がある。すなわち、「独禁法の課徴金導入の重要な契機となったのは、昭和 40 年末の石油ショックに伴う経済の混乱の中で横行した企業の価格カルテルに対する消費者の怒りであった。それまで違反企業に対する措置は排除措置命令のみで具体的な不利益を伴わず、違反を繰り返す事業者には『やり得』を許す結果となっていたこ

とに対する批判を受けて、公取委は石油元売会社12社と石油連盟とその役員らを刑事告発し、『伝家の宝刀』を抜いた。しかし、独禁法違反事件の捉え方、立証レベルなどの面で公取委と検察との間の考え方の違いが表面化し、両者の間に大きな軋轢が生じたこともあって、公取委にとって刑事告発は極めて使いづらい手段となった。そのため公取委は、刑事罰によらずに『やり得』をなくす制度の導入を迫られることになった」とされている(郷原信郎「課徴金と刑事罰の関係をめぐる問題と今後の課題」『ジュリスト』1270号(平16年・2004年)23頁。さらに、田中誠二=菊池元一=久保欣哉=福岡博之=坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』(昭56年・1981年)22頁[菊池元一]参照)。また、直接のきっかけは石油危機後の狂乱物価であるが、長期的な背景としては、これらの「競争制限的慣行の一般化」や「経済力の集中の進行」が日本経済に悪影響を与えており(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)5頁[実方譲二])、独禁法そのものの「無力感」が「経験的事実」として「定着」していたという指摘がある(田中=菊池=久保=福岡=坂本・注(27)22頁[菊池])。昭和52年独禁法改正の背景に関しては、さらに、公正取引委員会事務局企画課「独占禁止法改正の背景」『公正取引』320号(昭52年・1977年)4頁以下参照。

28) 昭和52年課徴金納付命令制度導入当時、公正取引委員会は課徴金の性格を次のように説明していた。すなわち、「課徴金」は、「違法なカルテルを排除し、競争秩序を維持するという行政目的を達成するために、国が行政措置としてカルテルによる利得を徴収する」ものとされた(公正取引委員会企画課「独占禁止法改正の要点」『公正取引』320号(昭52年・1977年)15頁)。

29) 村上=栗田=矢吹=向宣編・前掲注(15)185頁[栗田誠]。

30) 白石忠志『独禁法講義』第7版(平26年・2014年)103頁。

31) 最大判昭33・4・30民集12巻6号938頁。最高裁は「法人税法(昭和二二年法律二八号・昭和二五年三月三十一日法律七二号による改正前のもの。以下単に法という)四三条の追徴税は、申告納税の実を挙げるために、本来の租税に附加して租税の形式により賦課せられるものであつて、これを課することが申告納税を怠つたものに対し制裁的意義を有することは否定し得ないところであるが、詐欺その他不正の行為により法人税を免れた場合に、その違反行為者および法人に科せられる同法四八条一項および五一条の罰金とは、その性質を異にするものと解すべきである。すなわち、法四八条一項の違脱犯に対する刑罰が『詐欺その他不正の行為により云々』の文字からも窺われるように、脱税者の不正行為の反社会性ないし反道徳性に着目し、これに対する制裁として科せられるものであるに反し、法四三条の追徴税は、単に過少申告・不申告による納税義務違反の事実があれば、同条所定の己むを得ない事由のない限り、その違反の法人に対し課せられるものであり、これによつて、過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、以つて納税の実を挙げんとする趣旨に出でた行政上の措置であると解すべきである。法が追徴税を行政機関の行政手続により租税の形式により課すべきものとしたことは追徴税を課せらるべき納税義

務違反者の行為を犯罪とし、これに対する刑罰として、これを課する趣旨でないこと明らかである。追徴税のかような性質にかんがみれば、憲法三九条の規定は、刑罰たる罰金と追徴税とを併科することを禁止する趣旨を含むものでないと解するのが相当であるから所論違憲の主張は採用し得ない」とした。

32) 白石忠志『独占禁止法』第2版(平21年・2009年)497頁参照。

33) この点に関して、公取委は、次のように指摘している。すなわち、「課徴金」は、「相手方に経済的な不利益を課するものであり、制裁的な効果をもつが、刑罰ではなく、行政官庁である公正取引委員会が、対価に影響のある違法カルテルが行われたときに、一定の基準に従ってその額を算定し、行政手続によりその納付を命ずる」ものであり、課徴金納付の要否及び納付金額の決定において、公取委の裁量は認められていない。課徴金と刑事罰の関係について、「課徴金」が「違法なカルテルを排除し、競争秩序を維持する」という「行政目的を達成するためのもの」であるのに対して、「刑事罰」は「反社会性の強い違反行為について公正取引委員会が告発し、有罪とされた場合に科されるもの」である。それゆえ、「課徴金と刑事罰」は「全く異なった観点」から「適用される」ものであるから、「一つの事件に対して、両方が適用されることもあり得る」とされる(公正取引委員会官房企画課・前掲注(28)15-6頁)。

34) 課徴金納付命令制度は、「刑事罰を事実上棚上げにする」という「暗黙の了解」の下で「妥協の産物」として導入されたという指摘がある(郷原・前掲注(27)23頁)。

35) 課徴金の金額の算定方法を示すと、次のようになる。すなわち、「行為類型ごとに定める一定の算定基礎」(例えば、商品Aを対象としたカルテルを2年間行った場合は、その2年間の商品Aの売上額)に、独禁法が定める「一定率」つまり課徴金算定率を乗じてその額が定められている。

36) 昭和52年当時は、「カルテルの実行期間中の売上高に一定の率を乗じた額をカルテル対象商品の売り上げによる利得」と考え、「その二分の一をカルテルによる利得とみなして課徴金の額」とした。売上に乗ずる率を3%(製造業は4%、小売業は2%、卸売業は1%)としたのは、「平均的な売上高経常利益率を基準とする趣旨」であるとされた(公取委官房企画課・前掲注(28)16頁)。独禁法は、「不当利得の剥奪」という趣旨にも拘らず、「個別事案ごとに利得額を算定する」ことなく(郷原・前掲注(27)23頁)、「行為類型ごとに定める一定の算定基礎」に、同法が定める「一定率」を乗ずる方式をとり、さらに課徴金納付命令制度導入当初の「一定率」は上記の通りである。こうして、「制裁であるのかないのが曖昧な」課徴金制度が誕生し、日米構造協議による運用強化がなされるまで、公取委は、年間数件という僅かな摘発件数の中で極めて「遠慮がちに」課徴金納付命令の運用を行っていたとされる(郷原・前掲注(27)23頁)。

37) 郷原・前掲注(27)23頁。さらに、平成3年独禁法改正により「一定率」が引き上げられた他、「事実上棚上げ」になっていた刑事罰について積極的適用への方針転換が行われた。その結果、平成2年6月には、公取委が「国民生活に広範な影響を与える悪質かつ重

大な事案」等を告発の対象とする旨の告発方針を公表し、検察との間で具体的事件の事実認定及び法律適用に関する検討の場として「告発問題協議会」が設置される等、公取委と検察の連携が図られた（郷原・前掲注（27）23頁）。

- 38) 平成3年改正の段階において、「直近の売上高営業利益率を基に算定率を設定し直すとともに、2分の1を乗じる算定方法をやめた」（伊永大輔「第1回 課徴金制度の性格」『公正取引』769号（平26年・2014年）69頁）。
- 39) 村上＝栗田＝矢吹＝向編・前掲注（29）187-8頁〔栗田〕。
- 40) この点に関して、米国側は、10%以上の引き上げを求めていたとされる（郷原・前掲注（27）24頁）。さらに、平成17年独禁法改正においては、「算定率の水準は、違反行為防止という行政目的を達成するための措置として合理的なレベルとする必要がある」とされるようになる（諏訪園貞明編著『平成17年改正独占禁止法』（平17年・2005年）21頁）。
- 41) 加藤秀樹「公取委事務局官房企画課長（論文執筆当時）」「課徴金引上げに係る独占禁止法の改正について」『公正取引』487号（平3年・1991年）17頁において、「課徴金制度」は、「カルテルによる経済的利得を国が徴収することにより違反行為者がそれをそのまま保持し得ないようにすることによって、社会的公正を確保すると同時に、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するための行政上の措置を定めた制度」であって、「刑事罰や損害賠償請求制度」とは、「趣旨、目的、手段等を異にし、いわば役割分担をして」と指摘されていた。そして、平成3年改正以降に下された東京高判平9・6・6判時1624号98頁、判タ951号128頁においても、「課徴金制度」の定義と、「課徴金制度」と「刑事罰及び損害賠償請求制度」の関係について、上記の指摘と同趣旨の言及がなされている。すなわち、東京高裁は、「独占禁止法における課徴金制度は、一定のカルテル行為による不当な経済的利得をカルテルに参加した事業者から剥奪することによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために設けられたものであって、課徴金の納付命令は、右の目的を達成するために行政委員会である被告が、同法の定める手続にしたがってカルテルに参加した事業者に対して課す行政上の措置である。右のところからも窺われるように、課徴金制度にはカルテル行為に対する一定の抑止効果が期待されているという側面があり、それは社会的には一種の制裁としての機能をもつことを否定できないが、課徴金の基本的な性格が社会的公正を確保するためのカルテル行為による不当な経済的利得の剥奪という点にあることは明らかである。」「したがって、課徴金は、カルテル行為の反社会性ないし反道徳性に着目し、これに対する制裁として、刑事訴訟手続によって科せられる刑事罰とは、その趣旨・目的、性質等を異にするものであるから、本件カルテル行為に関して、原告らに対し刑事罰としての罰金を科すほか、さらに、被告において、独占禁止法七条の二、五四条の二等の規定に基づいて課徴金の納付を命ずるとしても、それが、二重処罰を禁止する憲法三九条に違反することになるものでないことは明らかといわなければならない」とする。
- 42) 団藤重光「憲法第三九条と『二重の危険』」『法曹時報』1巻2号（昭24年・1949年）38

頁。なお、旧漢字については、適宜常用漢字に改めた。

- 43) 村瀬直養「検事上訴の違憲性について」『法律新報』757号（昭25年・1950年）16頁、大塚喜一郎「二重危険の原則の適用について」『判例タイムズ』21号（昭27年・1952年）31頁。さらに、山本雅昭「経済犯罪に対する多重サンクションとグローバル化」『刑法雑誌』55巻1号（平27年・2015年）31頁注（9）参照。
- 44) 団藤・前掲注（42）46頁。
- 45) 日本国憲法の制定過程の概要については、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法』第6版（平27年・2015年）22-6頁参照。
- 46) この点に関して、大塚・前掲注（43）33-4頁は、フィリピンがスペイン領からアメリカ領になったことにより、フィリピンにおいても大陸法的解釈から英米法的解釈に変化した点を指摘した上で、「統治の影響力が法律制度に及ぼす影響の大きいことは、世界の歴史が示している」とする。
- 47) 最判昭25・9・27刑集4巻9号1805頁。
- 48) 検察官上訴の違憲性について、現在では、「憲法39条の文言や基本権としての二重の危険禁止の趣意から論理必然的に結論が得られる事柄ではない」とされるに至っている（酒巻匡『刑事訴訟法』（平27年・2015年）614頁）。
- 49) 田宮裕『一事不再理の原則』初版（昭53年・1978年）復刻版（平12年・2000年）など。
- 50) 田宮裕『刑事訴訟法』新版（平8年・1996年）446頁。
- 51) 田宮・前掲注（49）81頁。さらに、佐伯仁志『制裁論』（平21年・2009年）111頁参照。
- 52) 佐伯・前掲注（51）73頁以下（特に、94頁以下）、113頁以下（特に、123頁以下）。
- 53) 最判平17・9・13民集59巻7号1950頁。最高裁は、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用しているが、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。
- 54) 山口厚編『経済刑法』（平24年・2012年）268-9頁〔島田聡一郎〕。

- 55) 平成 17 年改正から平成 25 年改正までの独禁法改正の概要については、竹島一彦＝上杉秋則＝松山隆英＝村上政博『回想独占禁止法改正』（平 28 年・2016 年）1 頁以下参照 [村上政博]。
- 56) 課徴金減免制度の制度趣旨は、「①カルテル参加者の裏切り・駆込みを奨励し、既存のカルテルの崩壊を図る、②そのような裏切り・駆込みの不安を創出して将来のカルテルの組成を防止する、③当局の証拠収集を容易にすることにある」の他に（雨宮慶「課徴金減免制度（日本版リーニエンシー制度）の導入」『ジュリスト』1294 号（平 17 年・2005 年）17 頁）、副次的効果（間接的な予防効果）として、④いち早く公取委に申請を行えるように、会社の内部統制システムを実質化させることで違反行為の発見・調査を活性化させ法令遵守を促進する効果が考えられ、さらに、⑤国際カルテルの摘発やそこでの外国競争当局との連携を促進する効果も指摘されている（伊永大輔「第 4 回 課徴金減免制度（1）」『公正取引』776 号（平 27 年・2015 年）36-7 頁）。また、東京高裁は「課徴金減免制度は…公正取引委員会の調査に全面的に協力して報告等を行った違反事業者に対し、その報告等の順番に応じて機械的に課徴金の減免を認めることにより、密室で行われて発見、解明が困難なカルテル、入札談合等の取引制限行為の摘発や事案の真相究明、違法状態の解消及び違反行為の防止を図るという趣旨に出たものである」とする（東京高判平 25・12・20 審決集 60 卷第二分冊 108 頁）。
- 57) 課徴金減免制度の適用を受けた者に対して刑事告発がなされた場合、課徴金減免制度の効果に懐疑的な意見もあったとされるが（川濱昇「平成 17 年独占禁止法改正の意義と展望」『公正取引』657 号（平 17 年・2005 年）33 頁参照）、公取委の公表した「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」（平成 17 年 10 月 7 日、改正平成 21 年 10 月 23 日）において、告発方針が示されている。すなわち、公取委は、「積極的に刑事処分を求めて告発を行う」とする一方で、「ア 調査開始日前に単独で最初に課徴金の免除に係る報告及び資料の提出を行った事業者」、「イ 調査開始日前に他の事業者と共同して最初に課徴金の免除に係る報告及び資料の提出を行った事業者」、「ウ 前記ア又はイに該当する事業者の役員、従業員等であって当該独占禁止法違反行為をした者のうち、当該事業者の行った公正取引委員会に対する報告及び資料の提出並びにこれに引き続いて行われた公正取引委員会の調査における対応等において、当該事業者と同様に評価すべき事情が認められるもの」については、刑事告発を行わないとされている（[http://www.jftc.go.jp/dk/dk\\_qa.files/kokuhatsuhoushin.pdf](http://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa.files/kokuhatsuhoushin.pdf)）。実際、本稿で扱った事件においても、課徴金の免除を受けた「H工業株式会社」は、公取委からの刑事告発を免れている。
- 58) 日本における課徴金減免制度の特徴は次の 3 点とされる（伊永・注（56）35-6 頁参照）。すなわち、①制度の全容が法律の条文で規定されている、②違反事実の最初の報告には FAX を用いなければならない、③減免適用数の最大が定められており、その減額率も申請順位にのみ依拠する、である。

- 59) 鈴木孝之「課徴金制度の見直し」『ジュリスト』1294号(平17年・2005年)11頁。
- 60) 松原英世『刑事制度の周縁』(平26年・2014年)131頁。さらに、白石教授は、課徴金制度が「行政的措置」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指摘されているが(白石・前掲注(30)104頁)、「行政上の制裁」(課徴金)と「刑事罰」(罰金)の差異については、次のように整理できる(なお、別稿で一応の整理を行ったが、この点に関しては、拙稿・前掲注(1)143頁注(55)参照)。

市民革命によって市民法秩序が進展していったが、その秩序は自由で平等な個人が自由意思に基づいて契約を結び、他人との関係を構築していくものとされ、この進展を通じて、封建社会において人々を規制し拘束していた規範から個人を解放することにつながったという側面を有していたとされる(水町勇一郎『労働法』第5版(平26年・2014年)11頁、第6版(平28年・2016年)11頁参照)。日本においても、明治維新以降の政府によって近代化政策がとられたが、現行刑法は、近代化の一環として成立したものである(少なくとも暗黙の前提としては)上記の市民法秩序を前提としたものとなっているはずである(ただし、現行刑法は、「啓蒙主義的な市民的自由主義思想」を背景としたフランス刑法ではなく、ドイツ刑法の影響のもと制定されているが(川端博『刑法総論講義』第3版(平成25年・2013年)19頁。さらに、日本刑法における改正の動きについては、川端博『刑法特別講義・講演録』(平28年・2016年)3-6頁、148-80頁を参照)、ヨーロッパを起源とする刑法を継受していることは確認できる)。このような経緯を前提とすると、日本の「刑法が予定する人間像は、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」であり(安田拓人「刑法における人間」『法律時報』80巻1号(平20年・2008年)45頁)、「刑法は、理性的な討議により自律的にルールを形成し、共生・連帯・互譲の精神でもって答責的に振る舞う国民像を前提とする」ものといえるであろう(安田・注(60)49頁)。そして、近代社会(自由で平等な個人が自由意思に基づいて契約を結び、他人との関係を構築していく社会)において、「人は、お互いが自由答責的な存在であるという前提のもとに、法共同体を構成し、相手方が刑罰法規にふれる行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」という指摘がある(安田・注(60)46頁)。言い換えれば、「刑法の前提は、正常で安定した社会と、自らの力で生き抜くことができる一定の知的・身体的能力を備えた人」ということである(安田・注(60)50頁)。刑法の予定する人間であれば、「刑罰法規にふれる行為」をなすことはないはずであるが、現実に「刑罰法規にふれる行為」がなされた場合、「行為者の『行為』に対する法律上の評価」及び「行為者の『意思決定(意思形成)』に対する法律上の評価」を経て、犯罪の成立をもって、刑法の予定する人間像からの逸脱を確認することになる。

これを前提として、行為者に対する量刑判断が行われるが、「刑の程度・分量を決める基本」は、「犯罪行為そのものの重さ(学術的概念を使えば、犯罪行為そのものの可罰性の程度)」とされる(井田良「裁判員裁判と量刑」『論究ジュリスト』2号(平24年・2012

年) 60 頁)。言い換えれば、量刑判断の基本は行為責任主義を基本とするということである。そして、「行為責任とは、刑の量刑にあたっては現に犯された犯罪行為にふさわしいと考えられる刑を定めることを基本とするもの」とされ(樋口亮介「日本における執行猶予の選択基準」『論究ジュリスト』14号(平27年・2015年)104頁。さらに、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(平24年・2012年)5-6頁参照)、量刑実務における量刑判断の在り方は、「①犯情事実(犯罪行為それ自体に関わる事実)により量刑の大枠を決定し、②その大枠の中で一般情状事実を、刑を(微)調整させる要素として被告人に有利ないし不利に考慮して、いわゆる量刑相場を踏まえつつ最終的な量刑を決定する」ものとされるが(司法研修所編・注(60)6頁)、「犯情事実」(個別的犯罪行為)により「量刑の大枠を決定する」根拠として、現行刑法での処罰根拠又は処罰理由は、「刑罰法規に規定されたその行為」でなければならないことが挙げられる(井田・注(60)60頁)。これを前提とすると、犯罪行為そのものに関わる諸事情(その可罰性の程度に影響する諸事情)としての犯情が刑の程度・分量を決めるにあたって基本になる。他方、将来の犯罪の予防(一般予防及び特別予防)、被害者の諸利益の保護(例えば、被害者に生じた損害の回復)、さらには、刑事司法の実現への協力(それによる司法機関の負担軽減)といった刑事政策的考慮に関わる事情つまり「一般情状」は、原則的に刑の量を上下に若干修正する要素又は大枠の中で刑の量を調整する要素という意味づけのみが与えられる(井田・注(60)60頁)。その根拠として、「一般情状」(一般予防を含む)は、本質的な処罰の根拠・理由に関係するものとはいえず、刑罰に期待される「二次的な効果」に関わるに過ぎないことが挙げられる(井田・注(60)60頁)。

一方、独禁法の直接の目的は、「公正且つ自由な競争を促進」することであり(独禁法1条)、その対象は、基本的に「事業者」である。独禁法2条1項によれば、「事業者」は「商業、工業、金融業その他の事業を行う者」と定義されているが、最高裁によれば、「事業はなんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動を指し、その主体の法的性格は問うところではない」とし、「地方公共団体も、同法の適用除外規定がない以上、かかる経済活動の主体たる関係において事業者にあたると解すべきである」としている(最判平元・12・14民集43巻12号2078頁)。それゆえ、判例上、事業者は、必ずしも営利を目的とした者ではないが、公取委の説明によれば、次の通りである。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提供しようと競争し」、「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(<http://www.jftc.go.jp/houdou/panfu.files/dokkinpamph130606.pdf>)。公取委の説明によれば、少なくとも、独禁法が規制の対象とする事業者「像」は、利益を上げて自活する者(組織)を念頭においていると考えられ、事業者らが「公正且つ自由な競争」を行うことを通じて、日本経済が活性化し、発展していく、という循環が生じることを前提としている。

課徴金納付命令制度も、「事業者らが『公正且つ自由な競争』を行うことを通じて、日本経済が活性化し、発展していく」という循環を支える制度であるはずであるが、名宛人は、事業者であり、原則として、経済活動を行うことによって利益を上げる存在となっているはずである。それゆえ、事業者が独禁法違反行為を行わない状況を作出するためには、独禁法違反行為の「効果」（課徴金納付）が企業存続のために「割の合わない」（利益の上がらない）ものとなっている必要があり、それで足りる。

「行政上の制裁」（課徴金）と「刑事罰」（罰金）の差異について、以上のように整理できる。そして、両者には「法律違反行為の防止」という意味での「一般予防」効果が観念でき、その部分で重なっていると評価できるから、この重なり合いを調整する規定が独禁法7条の2第19項～21項又は63条ということになる。

以上のように位置づければ、「各制度を矛盾なく説明できる」が、具体的な社会生活関係において、「行政上の制裁」と「刑事罰」の効果がどの程度どのような形で生じるかについて、ここでは、十分な根拠に基づいた検討が行われていない（制裁と抑止の関係については、松原・注(60)136頁以下参照）。この点に関して、実証的な研究を踏まえた場合、本稿で示した位置づけがどの程度説得的であるかについては、改めて検討する必要がある（この点に関して参考になる最近の議論としては、松原・注(60)第I部及び第II部、松原英世＝岡本英生「刑法・刑罰の捉え方と刑事政策の関係について」『愛媛法学会雑誌』41巻3＝4号（平27年・2015年）43頁以下、松澤伸＝松原英世「刑罰政策に関する国民の法意識について」『刑事法ジャーナル』46号（平27年・2015年）85頁以下。さらに、石川健治＝瀬川信久＝只木誠＝町村泰貴＝後藤巻則「法における人間像を語る」『法律時報』80巻1号（平20年・2008年）4頁以下参照）。

61) 諏訪園・前掲注(40)7頁。

62) 課徴金納付命令制度の性格は、課徴金減免制度導入の可否について議論された際にも問題となった。すなわち、課徴金納付命令制度が「カルテルによる不当な利得を剥奪する」という性格を維持するのであれば、「違反事業者が自らその違反行為を当局に最初に申請しようが」、「その後の審査に協力しようが」、そのことによって「不当な利得が消滅することはあり得ない」以上、「その減免も困難である」という指摘があった（志田至朗「課徴金減免制度について」『ジュリスト』1270号（平16年・2004年）32頁）。

しかし、そもそも、独禁法の直接の目的は、「公正且つ自由な競争を促進」することにある（独禁法1条）、この目的を達成するために、課徴金納付命令制度は存在する。そして、昭和33年判決は、名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり、第1に、違反があれば原則として必ず課され、第2に、違反行為の抑止を目的としているという条件を満たせば、たとえ、法人税法上の追徴税に制裁的意義をもつことが否定できないとしても、「行政上の措置」であるとされ、刑罰と併存しても憲法39条に違反しない、とする点については、上述した通りであるが、そうすると、刑罰を科すことに伴って付与されるスティグマは、「行政上の措置」である「課徴金を課すこと」によっては生じないこ

とになるはずである（ここでは、あくまでも法制度が予定する効果であり、実際の社会的評価として、課徴金を課された事業者に刑罰を科されたのに類似する評価を受ける可能性を排除しない）。課徴金納付命令制度は、独禁法に違反する行為を行えば、必ず課徴金が課される仕組みであるが、これによって、独禁法違反行為を抑止する効果があるためには、独禁法違反行為が（「他の経費（人件費等）と同様」）企業存続のために「割の合わない」（利益の上がらない）程度の「経費」となる（いわゆる「やり得」を防止することになる）課徴金を課すことが可能であったはずである。そして、課徴金納付命令制度が導入された昭和52年当時、「不当利得剥奪論」が「公取委を含む独禁法分野での議論の大勢」を占めていたので（白石・前掲注（32）497頁）、「不当利得剥奪論」からの批判をかわすために、「課徴金は、違反行為によって違反者が余分に得た利得を剥奪するため」に課されるという説明がなされていたわけである（白石・前掲注（30）103頁）。そうすると、課徴金納付命令制度を考えるにあたって、不当利得剥奪論を考慮する必然性はないことになる（この点に関して、前述した通り、平成17年最高裁判決は「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」と判示している）。一方、課徴金減免制度も、独禁法上の制度である以上、「公正且つ自由な競争を促進」することに資する制度である必要があり、それで足りる。課徴金減免制度は、同制度を通じて違反事業者が公取委へ情報提供を行うことにより公取委の審査を効率化させることに寄与していることに着目して、公取委の審査の効率化への寄与が「公正且つ自由な競争を促進」することに資するものと評価され、違反事業者＝情報提供者に対する課徴金の一部又は全部を免じる仕組みなのである。このように解すれば、課徴金減免制度を正当化できるとと思われる（その他の課徴金減免制度の問題点については、諏訪園編著・前掲注（40）10-3頁参照）。

63) 山口編・前掲注（54）269頁〔島田〕。

64) 白石・前掲注（30）104頁。

65) 根岸哲「平成21年独禁法改正法の制定経緯と概要」『ジュリスト』1385号（平21年・2009年）9頁。

66) 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〕）、不正な取引方法の一部（共同の取引拒絶〔2条9項1号、20条の2〕、差額対価〔2条9項2号、20条の3〕、不当廉売〔2条9項3号、20条の4〕、再販売価の拘束〔2条9項4号、20条の5〕、優越的地位の濫用〔2条9項5号、20条の6〕）になっている。

67) カルテルの主導的役割を果たした事業者に課徴金が5割増（原則売上額の15%）となる（7条の2第8項）。10年以内の繰り返し違反（7条の2第7項）が重なると、課徴金は10割増（原則売上額の20%）となる（7条の2第9項）。主導的役割の事業者は、カルテルが2年未満で公取委の調査開始の1カ月前に離脱した場合に2割減じられる早期離脱軽減制度の適用も受けられない（7条の2第6項ただし書）。他方、主導的役割の事業者で

あっても、カルテルの強要や離脱の妨害にまで至っていない場合には、課徴金減免制度（7条の2第17項3号）の適用を受けることは可能である。支配型私的独占について、10年以内の繰り返し違反の場合に課徴金が5割増（原則売上額の15%）となるのは、排除型私的独占についても同じ（原則売上額の9%）である（7条の2第7項）（根岸・前掲注（65）11頁）。

- 68) 平成17年改正において、課徴金減免対象事業者数は調査開始前後を合わせて最大3社までとされていたが、平成21年改正においては5社まで（ただし、調査開始後の申請による課徴金減免対象事業者数は最大3社まで）に拡大された（藤原宣明＝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）22-3頁）。
- 69) 平成17年改正法附則13条は、（検討）として、「政府は、この法律の施行後二年以内に、新法の施行の状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、課徴金に係る制度の在り方、違反行為を排除するために必要な措置を命ずるための手続の在り方、審判手続の在り方等について検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」としていた。
- 70) 最近の課徴金納付命令及び課徴金減免制度の利用実績

#### 最近の課徴金納付命令の実績

年 度	対象者	金 額
平成19（2007）年度	162事業者	112.9億円（審決10.3億円）
平成20（2008）年度	87事業者	270.3億円（審決12.2億円）
平成21（2009）年度	106事業者	360.7億円（審決118.6億円）
平成22（2010）年度	156事業者	720.8億円（審決358億円）
平成23（2011）年度	277事業者	442.5億円（審決0億円）
平成24（2012）年度	113事業者	250.7億円（審決16.8億円）
平成25（2013）年度	181事業者	302.4億円（審決0.7億円）
平成26（2014）年度	128事業者	171.4億円

（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、「10万円以下は切り捨て」となっている）

#### 課徴金減免制度の申請件数及び適用事件数等の推移

（単位：件）

年度（平成）	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	累計
申請件数	26	79	74	85	85	131	143	102	50	61	836
課徴金減免制度の適用が公表された法的措置件数	0	6	16	8	21	7	9	19	12	4	
課徴金減免制度の適用が公表された事業者数	0	16	37	21	50	10	27	41	33	10	

平成17年度は、平成18年1月4日から同年3月末日までの件数である。  
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/>）。

## 四 課徴金納付命令制度の基本設計と問題点

### 1 課徴金納付命令制度の基本制度

課徴金納付命令制度は、昭和33年最高裁大法廷判決が示した「名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり」「違反があれば原則として必ず課され、違反行為の抑止を目的としている」を踏まえたものになっている<sup>71)</sup>

#### (1) 非裁量性

課徴金は、刑事罰との区別を明確にするために、非裁量的な設計になっている。例えば、不当な取引制限があると認定して排除措置命令を発するが、課徴金は課さないということはできないという意味において非裁量性がある。そして、課徴金額の計算における非裁量性もある<sup>72)</sup>

#### (2) 明確性／簡易性・機動性

次に、課徴金納付命令制度は、課徴金額の計算基準が明確であって、運用が容易であるように、設計されている。つまり、「機動性」を重視した簡明かつ迅速な処理を指向する確定金額算定方式が採用されているのである。この点に関して、平成17年最高裁判決によれば、「課徴金の制度は」「カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置そして機動的に発動できるようにしたもの」であり、最高裁によっても上に示した内容が確認されている<sup>73)</sup>。そして、さらに、公取委が少ない人的資源によって運用可能な制度としなければ制度が機能せず、「行政上の措置」としての違反抑止という目的が達成されないという実務上の要請でもある<sup>74)</sup>

#### (3) 客観性

昭和33年最高裁大法廷判決によれば、刑事罰は、名宛人の反社会性や反道徳性に着目するものである。そして、刑事罰を科す場合、原則として主観的要件が必要とされる(刑法38条)。これを踏まえて、従来の制裁制度論の「常識」としては、主観的要件のおかれている制度は制裁的であるとされてきた<sup>75)</sup>

この点に関して、平成17年の最高裁判決は「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」とされているので、課徴金を課すことが制裁的であっても、違憲ではないと解することも可能であろう。しかし、立法作業では、二重処罰禁止論を回避するため、課徴金を課す場合の要件として、主観的要件をおくことに慎重である<sup>76)</sup>

#### (4) 不当利得との関係

課徴金納付命令制度は、平成17年改正において「不当利得相当額以上の金額を徴収する仕組み」となったとはいえ、不当利得と無縁になったわけではない<sup>77)</sup>「不当利得と比例する課徴金額とするように目指すのを基本とする」という観点から、売上額に算定率を乗ずるという平成17年改正前の構造は維持された。ただし、目指される比例関係が、改正前のような「不当利得額：課徴金額＝1：1」ではなく、「1：1.25」となっただけであった<sup>78)</sup>

#### (5) 罪刑均衡の原則との関係

さらに、課徴金納付命令制度は、刑事罰とはその趣旨および目的をことにするため、課徴金を課すること自体には、憲法39条後段への抵触は生じないが、全体として罪刑の均衡を失う場合には、1つの違反行為に対して必要以上の過剰な不利益が国から課されてはならないという観点から、刑事罰と課徴金の調整規定が設けられ、刑事罰の罰金額の半額が課徴金額から控除されている（7条の2第19項、51条）<sup>79)、80)</sup>

## 2 課徴金納付命令制度の問題点<sup>81)</sup>

課徴金納付命令制度は、確定金額算定方式による義務的課徴金制度が維持されているが、これは、非裁量的で硬直的な制度設計になっているので、複雑な事案が登場すると、直ちに紛糾することになる<sup>82)</sup>

また、確定金額算定方式においては、違反行為の重大性、違法度、違反の明

確性を示す故意・過失度と課徴金額が対応しているという保障はない。つまり、カルテルの場合はそれほど弊害が多くなるとも、排除型私的独占や優越的地位の濫用においては、現行算定方式によった場合、当該行為の重大性、違法度と課徴金額を常に対応させることが不可能である<sup>83)</sup>。その結果、当該行為の重大度や違法度と、課徴金額が対応しないので、公取委の法執行（法適用及び法運用）を歪めることになる。すなわち、相当でない課徴金額を課すことを避けるために、対象違反行為を縮減したり、適用条項を操作したり、解釈を歪めることが生じる<sup>84)</sup>。

さらに、二重処罰禁止論の影響を受けて、重い制裁的な課徴金を課す場合であっても、その要件として、主観的要件が要求されていないという矛盾が生じている<sup>85)</sup>。

#### 注

71) 白石・前掲注(30) 104頁参照。

72) 白石・前掲注(30) 104-5頁。

73) 白石・前掲注(30) 105頁参照。

74) 白石・前掲注(30) 105頁参照。

75) 白石・前掲注(30) 105頁。

76) 白石・前掲注(30) 105頁。

77) 平成17年度の法案の委員会審査における内閣法制局の見解の意味を、鈴木教授は「課徴金制度が成り立つためには、まず不当な経済的利益の存在が必要とされる」というものと理解されている（鈴木・前掲注(59) 10頁）。

78) 白石・前掲注(30) 105頁。

79) 白石・前掲注(30) 112頁。

80) 上述した課徴金納付命令が発令された具体的事例においては、罰金刑が確定した後課徴金納付命令が発令されている。

81) 村上教授は、「現行課徴金は、事業者に対する課徴金、事業者団体に対する課徴金に共通に、当該違反行為に応じて、違反抑止のために適切な制裁金額の納付を命じるという制裁金の本質、すなわち行政上の制裁の性格・趣旨に反しているため、さまざまな弊害をもたらしている」とする（「平成25年独占禁止法改正の評価とその意義」『公正取引』761号（平成26年・2014年）23頁）。

82) 白石・前掲注(32) 499頁。

- 83) 村上・前掲注(81) 23-4頁。
- 84) 村上・前掲注(81) 24頁。村上教授は、排除型私的独占や優越的地位の濫用に関しては、本来課徴金を課すべきではない行為も想定されているので、(法執行を歪めるような)配慮をする必要性が高まるが(村上・前掲注(81) 24頁)、実際の法執行の実績としては、平成22年1月の平成21年改正法施行以降、排除型私的独占は一件も取り上げられておらず、優越的地位の濫用の事件は、大規模小売業者への納入事件に限られており(村上政博『独占禁止法』第7版(平28年・2016年)133頁)、上記の配慮がなされていることが窺われ、このような公取委の法執行が歪んだ結果、判例の蓄積が阻害されると指摘されている(村上・前掲注(81) 24頁)。
- 85) 白石・前掲注(30) 105頁。

## 五 最 後 に

本稿では、具体的な適用事例を紹介した上で、課徴金納付命令制度導入以降、現在に至るまでの制度の変遷を素描し、現行制度の基本設計と問題点について概観した。

ただし、独禁法は、平成25年に改正され、平成27年から運用が始まり、この改正によって、審判制度が廃止されたが<sup>86)</sup>この変更によって課徴金納付命令制度も変化するののかについては検討が加えられていない。そこで、この点に関しては改めて検討する機会をもちたい。

### 注

86) 平成25年独禁法改正附則16条(検討)には「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を行うことを確保する観点から検討を行い、この法律の公布後一年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする。」とある。これを受けて、平成26年2月、内閣府に「独占禁止法審査手続懇談会」が設置され、平成27年1月21日、公取委が「意見聴取に関する規定」を制定し、同年4月1日、平成25年改正法が施行され、行政審判制度は廃止された(竹島=上杉=松山=村上・前掲注(55) 10-1頁[村上]参照)。