

独占禁止法におけるカルテル規制の 実効性に関する問題

相 川 清 治

ま え が き

貿易摩擦の解消のために相手国の構造問題に立ち入って協議するという異例のかたちで行われた日米構造協議は、難航のすえ、去る6月末、ひとまず決着し、その作業グループから最終報告^{注)}が発表された。その最終報告には、「貿易と国際収支の調整の障害となっている構造問題の解決のため」の日本側の措置として、流通、排他的取引慣行など六つの課題に関する基本認識と きびしい対応策が示され、引き続きこの課題に関する進捗ぶりをフォローアップすることなども おり込まれた。

そこでは、日本市場の閉鎖性の除去が重要な論点の一つであり、外国企業の日本市場への参入障壁となっている日本的取引慣行や競争制限的な企業行動に対し、公正で自由な競争の促進を図る見地から、独占禁止法及びその運用の強化による是正が強く求められている。

日本社会における根強い“日本的な”取引慣行や企業行動が国際社会に受け入れられるような方向で改善されることは基本的には支持されるべきであるが、その是正の内容や方法のいかんによっては、経済界等の反発や、産業政策との調整のおくれも懸念される。とりわけ、「排他的取引慣行」に関し示されている、独占禁止法におけるカルテルに係る課徴金の引上げ、損害賠償制度の有効化、談合の抑止等のいずれについても、その効果的な実現は必ずしも容易ではないように思われる。今後、公正取引委員会（以下「公取委」という。）及び国内各界の対応が注目される。

日米構造協議を契機として、独占禁止法は、昭和52年の改正に次ぐ二度目の強化が図られることになったが、この機会に、政府の改正作業とは全く別個に、カルテル規制の実効性という観点から、独占禁止法における規制の実効性を確保するための制度について、若干の問題をとりあげ、筆者が日頃考えているところをのべてみたい。

注) 財団法人 通商産業調査会編「日米構造問題協議最終報告」（英文併記）平成2 参照

I 独占禁止法におけるカルテル規制

1 カルテル規制の沿革

「カルテルの禁止」は、「私的独占の禁止」及び「不公正な取引方法の禁止」とともに、独占禁止法における行為規制の重要な柱の一つである。

カルテルは、独立の事業者が結合して、その事業活動を拘束するもので、その結合は、市場における自由な競争を阻害し、価格の下方硬直、経済の非効率等さまざまな弊害をもたらす。需要者、消費者等の利益を害し、社会的・倫理的にも強く非難されるべき行為である。

わが国では、戦後間もなく、アメリカの反トラスト法の影響の下に自由競争秩序維持の法として独占禁止法が制定され、カルテルは、「不当な取引制限」として禁止されることとなった（3条後段・8条1項）が、わが国では、自由経済に対する思想的基盤が弱く、また、競争政策への理解が乏しかったことなどから、独占禁止法がわが国の経済社会に根づくのは容易ではなかった。

カルテルについては、国の産業政策を推進するための政策手段として利用されたことも、その一因となったことは否定できない。

昭和28年には、カルテルの規制緩和が行われ、不況カルテル（24条の3）、合理化カルテル（24条の4）を認可により認める適用除外規定が設けられたが、この改正と前後して、酒類業組合法（略称）、肥料価格安定法（同）などのカルテルの適用除外法が制定された。

昭和40年代後半に至り、ニクソンショック、狂乱物価、石油危機など内外のきびしい経済情勢の中でヤミ、カルテルが横行するなどの事態が生じてきたため、違法カルテルに対する課徴金制度の導入等を内容とする法改正が行われたが、それは、昭和40年代以降運用にやや改善を見たものの、「規制緩和」ないし「ゆるい規制」の傾向にあったともいえる独占禁止法の、制定以来始めての「強化」であったといえる。

2 カルテル規制の実効性の確保のための手段

一般に法規制の実効性を確保するために違反者に対する罰則が設けられるのが通常であるが、独占禁止法は、刑事罰（89条以下）のほか、行政上の措置として、公取委による排除措置命令（7条、8条の2）、また、価格に関するカルテルについての課徴金の徴収（7条の2、8条の3）等競争秩序維持のための特別の規定を設け、さらに、民事的な損害賠償請求による違反行為の抑止に資するための規定（25条等）を設けている。

このように独占禁止法は、行政上の措置（排除措置命令及び課徴金の徴収）、刑事罰及び民事

上の損害賠償請求の規定を設け、法規制の実効性の確保を期しているが、公取委は、これらの規定全体の効果的な実施を図るための中心的機関として位置づけられているとあってよい。すなわち、公取委の中核的な任務は、行政上の措置の実施にあるが、刑事罰の適用についても、公取委の告発を待って論ずることとされ(96条)、所定の民事上の損害賠償請求についても、公取委による審決が確定した後でなければ裁判上主張することができないとし(26条)、またこの訴訟が提起されたときは、裁判所は損害額について公取委の意見を求めなければならないとする(84条)など、公取委中心の独特の法構造がとられているが、これは、刑事罰・民事上の損害賠償請求についても、専門機関たる公取委の認定した事実や判断を重視する趣旨に出たものであり、公取委に法全体の効果的な実施を図るための重要な役割が与えられていることが認められる。

しかしながら刑事罰については、違法カルテルに対する刑事罰の適用への公取委の消極姿勢から、刑事告発は殆ど行われ¹⁾に等しく、また、事業者に対する損害賠償請求の制度も損害額や因果関係の立証の困難性等から見るべき成果をあげていないとあってよい²⁾。

なお、一般市民からの公取委に対する違反事実についての報告及び措置要求の規定が設けられている(45条)が、公取委の処理する事件の端緒のうち、この報告(申告)によるものももっとも多い³⁾という事実は、それが違反事実の摘発に大きな役割を果たしていることを示すものとして注目すべきである。

3 違法カルテルの現状と今後の課題

昭和40年代後半から50年代はじめにかけて違法カルテルの著しい増加をみたが、昭和52年以後この審決件数は減少傾向にある。すなわち3条後段違反事件の審決件数は、昭和47年10件、48年35件、49年31件、50年12件、51年14件に対し、52年2件、53年1件、54年3件と減少⁴⁾、昭和59年以後5年間に勧告を行った価格カルテル事件は、8条1項1号違反を含めて、59年3件、60年1件、61年3件、62年5件、63年5件であり、計17件(ほかに入札談合事件が4件)に過ぎない⁵⁾。

昭和52年は、課徴金制度導入の年であるが、上記の数字を見る限り、その年以後のカルテルの審決数は減少している。しかし、勧告に至らない警告数はかなりの高い数値を示している⁶⁾ことを見過ごすことはできない。最近5年間におけるカルテル事件で公取委が勧告、警告を行ったものをもとめて、昭和59年42件(39)、60年26件(25)、61年55件(51)、62年26件(23)、63年32件(31)、計181(169)件であり、そのうち価格カルテルが93.4%を占める⁷⁾。なお、上記かつこ内は価格カルテルの件数である。

課徴金制度の導入がカルテル事件の件数に影響していることは否定し得ないが、警告等の件数を含めて考えると、カルテルは減少したとはいえないのではないか。課徴金制度の導入によりカ

ルテルが隠密裡に行われるようになり、その立証が困難になるため警告程度に止めざるを得ない場合が多くなる、との指摘もある⁸⁾が、上記の事実は、課徴金という不利益を課することが、却って、事件の摘発や処理に対する公取委の慎重な姿勢をもたらしていることの現われとみられなくもない。公取委の積極的対応が望まれる。

独占禁止法は、昭和40年代末とは全く異った事情の下に2度目の強化が図られることとなったが、その強化にあたっての重要な視点は、規制の実効性をいかにして確保するかであろう。

独占禁止法、とりわけカルテル規制の実効性の確保には、その手段である前述の諸制度が有効適切に機能することが必要なことは論を待たない。

これらの諸制度において公取委が重要な役割を果たすべきことが立法措置により、あるいは運用を通じて一層求められるところ、他方、公取委中心主義に基づくこれらの制度の運用に関する事務量の増大により、却って公取委の事務処理に支障をもたらすことも懸念される。

これらの制度が有効に機能するよう、検察機関、裁判所の積極的な法施行への理解と参加を期待したい⁹⁾。

これらの諸制度が一層有効に働くための手だてを考察することが筆者の関心事であり、この小論の目的である。もちろん、これらの制度についての問題点は多岐にわたり、この小論ですべてに論及し得べきものではなく、筆者が近時考えている若干の論点にとどめざるを得ない。

以下、各制度について項を分けてのべる。

- 注 1) 独占禁止法90条3号の審決違反事件など数件の告発があるが、昭和49年の石油カルテル事件の告発以後カルテル規制違反事件の告発はなされていない。
- 2) カルテル違反に関する事件では、25条訴訟・民法709条訴訟あわせて訴訟件数4件のうち、請求が認容されたものは皆無である（公取委の作成資料による）。最近の事例では、最高裁は、東京灯油訴訟上告審判決（昭62.7.2判例時報No.1239.3頁）、鶴岡灯油訴訟上告審判決（平元12.8判例時報No.1340.3頁）等で、いずれも原告らの損害賠償請求をしりぞけている。ただし、後者は、民法709条に基づく請求である。
- 3) 渡辺豊樹編「新独占禁止法の実務」商事法務研究会 昭56 444頁
- 4) 公正取引委員会年次報告（昭和63年度）188頁資料による。
- 5) 矢部丈太郎監修「独占禁止法質疑応答集」平成2年版 別冊商事法務No.113, 152~154頁。この件数には、勧告に至らない、警告、注意を行った件数は含まれていない。
- 6) 警告件数（カルテル事件以外のものを含む）は、昭和55年以後再び増加し、昭和56年には91件、57年には151件に上った。（公正取引委員会年次報告（昭和59年度）11頁）
- 7) 前注質疑応答集151頁資料による。
- 8) 今村成和「独禁法改正後10年」経済法学界年報8号通巻30号 有斐閣 1987年、9頁
- 9) この点については、各制度の考察においてのべるが、独占禁止法がなお定着しているとはいいいわが国の経済社会において、経済界その他からの公取委に対する風圧は小さくはないと思われることから、検察・司法当局の法施行への積極的な理解と参加が望まれる。

II 行政上の措置

1 排除措置

(1) 排除措置の目的及び内容

カルテルに係る独占禁止法違反の行為に対する規律の中心的手段は、公取委の審決という準司法手続によって行われる排除措置命令である（7条、8条の2）。排除措置命令の目的は、違反行為による違法状態を除去して、競争秩序を回復することにあるといつてよい¹⁾。

排除措置は、すでに行われた違法行為を前提とし、これによる違法状態を除去するための措置であるから、当該違法行為と関連のない新たな違法行為の排除措置には及び得ないことは当然であるが、カルテル協定の破棄のほか、いかなる内容の措置が認められるべきか、いわゆる予防措置の可否などを含めて、いまだ解決されたとはいきれない問題がなお存するように思われる。

違法カルテルに係る排除措置を命じる範囲と限界について若干検討してみたい。

まず、公取委が命じている排除措置の内容の主なものをあげると、① カルテルの破棄 ② カルテル協定が破棄されたことの取引先への周知徹底²⁾ ③ 今後の一定期間における生産量、販売価格等の公取委への報告³⁾ ④ 取引先との価格の再交渉⁴⁾ ⑤ 違反行為と同様の行為の不作為 ⑥ 価格についての一切の連絡の禁止 ⑦ 事業者団体の解散などである。

しかして、7条1項の「違反行為を排除するために必要な措置」には、違法状態の除去ないし、違反行為によってもたらされた結果の除去を含むべきことは排除措置の目的からみて当然であり、この点、上記①～④についてはここでとりあげる必要はない。

(2) 違反行為と同様の行為の不作為命令

⑤については、昭和52年の改正前の旧7条（現在の7条1項）による排除措置として、違反行為が存在しなくなった後も、将来に向って違反行為と同様の行為を禁止することが許されるかの問題があった。

東京高裁は、東宝新東宝事件で次のような見解を示した⁵⁾。

「ここに「違反行為を排除するために必要な措置」とは、現在同法に違反してなされている行為の差止、違反行為からもたらされた結果の除去等直ちに現在において違反行為がないのと同様の状態を作り出すことがその中心となるべきことは当然であるが、これのみに止まると解するのは同法になう使命に照らして狭きに失する。」「いったん違反行為がなされた後、なんらかの事情のため現在はこれが継続していないが、いつまた違反行為が復活するかわからないような場合には、現に排除の必要が解消したものとはいえないわけであって、たまたま審決の時に違反行為

がないからといってこれを放置することなく将来にわたって右の違反行為と同一の行為を禁止することは、むしろ右の違反行為の排除のため必要な措置というべきものである。」とするのである。

この見解は、学界でも支持されてきた⁶⁾が、もともと旧7条（現7条1項）は「違反行為があるとき」に排除措置を命じるのであり、違反行為がなくなった後再発のおそれがある場合に適切な措置を命じ得ないのは、排除措置の目的からみて適当でないとの考え方から旧7条の解釈として認められたものと思われる。すなわち、違反行為が行われたという事実によって現出している状態が将来の違反行為の再発を予測させるものである場合は、違法状態が解消されたとはいえ、なお、旧7条（現7条1項）の「違反する行為がある」状態とみて、将来における同種行為を禁止することを排除措置に含めうるとするものであり、この見解は、既往の行為と将来の行為との間に何らかの連続性（つながり）ないし関連性を認めるというものであろう。

かかる見解は「違反行為があるとき」の解釈としては、広きに過ぎるきらいがあったが、昭和52年の改正法で7条2項が追加規定され、「違反行為がすでになくなっていない場合」でも「特に必要がある場合」には「違反行為が排除されたことを確保するための措置」を排除措置として命じることが明確にされた。

しかし、排除措置として、将来の同種行為の禁止を定めることについては、3条後段（又は8条1項1号）との関係をどのようにみるべきかなど若干の問題があるかのように思われるので、これについて検討してみたい。

排除措置として、たとえば「今後共同して当該品目の販売価格を決定してはならない」ことを命ずる⁸⁾のは、通常、数度にわたり、3条後段違反の行為がくりかえされ、排除措置がとられたが、なお、そのくりかえしが予想されるような場合においてであろう⁹⁾。

違反行為のいわゆる「再発」が行われる場合、その「再発」は一般に、既往の違反行為とは別個に、その再発行為を行おうとする合意（協定 意思の連絡等）によって行われるのが通常であろうから、その新たな合意に着目すれば、既往の違反行為とは別個の3条後段違反の行為たりうるという側面をもつことは否定し得ないと思われる。

すなわち、同種行為の再発については、排除措置において上述のような禁止を定めるまでもなく、一般にその行為は競争制限的で、3条後段違反が成立し、その罰則（89条）の適用対象となるべきものである。

排除措置命令を行う場合、その実効性は、公取委によってではなく、刑罰によって担保されるほかはない。

すなわち、一般の行政法規においては、当該法律又はこれに基づく命令に違反した場合は、業務停止命令、免許取消しなど行政上の有効な実効手段が定められている¹⁰⁾が、公取委にはそのような行政上の監督権限はないから、排除措置命令を行っても、その実効性の担保は、刑罰（90条

3号の審決違反の罰)によるほかはないといえる。

このようにみえてくると、3条後段の規定と一部重複して、排除措置として、将来の同種行為の禁止を命ずることの実益ないし法的意味をどのように考えるべきか、疑問なしとしない。

排除措置において禁止内容が特定し、明確であることを前提に、予防の面で実益があるものとして一定の評価がなされている¹¹⁾が、カルテル規制の実効性の確保を公取委による行政上の措置にのみ依存することには限界があり、違反行為の予防、くりかえしの抑止には、課徴金のほか刑事罰(とりわけ89条)の適用が適切に行われることが前提となるべきことに注意すべきであろう。

また、違反行為が「中止」されているとか「再発」するとかいうのは、厳密に、いかなる状態をさすのか、必ずしも明らかでなく、この点、排除措置の内容及び限界とも関連して検討されてよい。

なお、排除措置として、「今後、共同して販売価格を決定せず、各社が自主的にきめる旨」を取引先に周知徹底させなければならないことを命じ、その命令にあわせてその周知徹底の方法について公取委の承認を受けるべきことを命じている例¹²⁾も多いが、今後事業者が自主的に価格をきめることを取引先に知らせ、取引先から価格引下げの圧力が加わり、競争が回復することを期待するというねらいがある。間接的な手法であるが、競争回復への効果的な手法として評価できる。

将来の違反行為の再発防止のため、既往の違反行為と同様の行為の不作为を、排除措置に、警告的に、ないし自制を求めて規定することは、一定の効果をもつ方法といえよう。

(3) 価格についての連絡の禁止等

次に⑥にあげた、価格についての一切の連絡の禁止および⑦の団体の解散についてのべる。

審決例として、継続的な情報交換がカルテル協定成立の背景にあるとき、「情報交換を通じて……共通意思を醸成する行為を行わない」ことを命じた事例¹³⁾がある。また、⑦の事例として、価格引上げを行うなど、かねてから市況対策を講じてきた事業者の会合組織の廃止を命じた事例があり、入札談合に関しても同様の事例がある¹⁴⁾。

カルテル成立の背景にあつて、その成立の基盤となった基礎事実(慣行など)の除去を命ずることは、カルテルの再発予防のための有効な手段といえるが、情報の収集は自由な経済活動に不可欠な行動であり、会合や組織にしても構成事業者の利益にとどまらず、公共の利益に合致するものがある以上、競争阻害性を内包し、カルテル成立と密接な関係があり、しかも将来のカルテルへのつながりが十分予想しうることが確認できるものに限って、排除措置の対象となしうると考えるべきであろう。前記情報交換に関する行為の禁止は、その内容がやや明確性を欠くとともに、解釈によっては、排除措置としてゆきすぎとなるおそれもあることを指摘しておきたい。

(4) 価格の原状回復命令

価格の原状回復命令は、価格引上げカルテルが行われた場合、排除措置として、カルテルによる引上げ前の価格にもどすことを命ずるものである。

価格引上げカルテルに対する原状回復命令の是非については、多くの肯定論に対し有力な否定論がある¹⁵⁾。競争回復のため有効な望ましい手段であり、理論上は可能であると思われるが、とりわけ、一般物価又は原料価格上昇時における価格引上げカルテルに対する原状回復命令については、何らかの調整を必要とするなどの困難な問題があり、なお検討が望まれる。

2 課 徴 金

(1) 課徴金の性格

違法カルテルに対する規律の中心的手段は、排除措置命令であるが、この命令は、それが命ぜられる時以後の競争回復のための措置に係るものに限定されるから、カルテルの破棄が命ぜられても、すでにカルテルによって得られた利得は、そのまま参加事業者に帰属し、将来に向って協定の破棄やその補完措置を命ぜられる以外に、違反行為を行ったことによって格別の不利益を受けることはない。

他方、前述のように、違法カルテルに対する刑事罰の適用は、公取委の消極姿勢から、殆ど行われないうに等しく、また損害賠償訴訟も、わが国一般の法意識や立証の問題などから、見るべき成果をあげていないのが実情である。

違法カルテルは、昭和40年代後半に著しい増加をみたが、このようなカルテル規制の実態が、カルテルはやり得という風潮を生み、事業者を安易にカルテルに走らせる状況を作り出したことが指摘されている¹⁶⁾。

このような状況を是正し、カルテル規制の実効を確保するために昭和52年の改正法により導入されたのが課徴金の制度である。

課徴金は、排除措置とは別個の行政上の措置で、排除措置を補完するものとして性格づけられる¹⁷⁾。また、課徴金は、経済的不利益を課するものであるから、制裁的色彩をもつことも否定できない¹⁸⁾。とりわけ限界企業等利益率の低い事業者には不当な利益の徴収というより、制裁的色彩の強いことに注意すべきである。

しかし、課徴金は、カルテル行為者の責任追求を目的とする刑事制裁と異り、一般に、カルテルによる不当な利得を徴収して、カルテル発生を抑止を図ることを目的とする行政上の措置であり、刑事罰と併科しても憲法上二重処罰の禁止に違反しないと考えられている¹⁹⁾²⁰⁾。

なお、課徴金は、不当利得の徴収という目的を中心に根拠づけられ、性格づけられているが、その算定方式でみる限り、後述のように、不当利得との関連はうすく、制裁的意味あいをもつが、

その性格はややあいまいであり、また、すでに述べた通り課徴金制度がカルテル規制に有効に作用しているとは必ずしもいい切れないように思われる。

(2) 課徴金の対象カルテル

課徴金の徴収の対象となるカルテルは、当初の公取委試案では、価格引上げカルテルに限られていたが、後に政府案に、① 価格引上げに限らず、その他の価格に係るカルテルや ② 供給量制限カルテルで対価に影響があるものが加えられた。この措置は、理論的には妥当といえるとしても、そのために、不当な利得の算定が困難となったという指摘がある²¹⁾が、制度上やむを得ない措置といえよう。

課徴金の対象が上記2類型に限られたのは、価格に関するカルテルが不当な利得を生じ易く、その排除が競争確保の上からもつと重要とされるからであろう。

建設工事等の入札に際し受注予定者を話し合っただけで決定する行為（受注調整）には、受注予定者を決定する際に、受注予定価格も全体で決定するものや、受注予定者の決定のみを行うものがある。

後者の場合でも受注予定者が受注できるようにするには、他の入札者が受注予定者より高い価格で入札することが前提である。受注予定者の決定とともに明示の入札価格の調整を行ってなくても、その受注予定者の決定自体に、価格についての話合いが含まれ、「対価に係る」競争制限的効果を認めることが可能である²²⁾。

談合の結果、受注予定者以外の者が入札を辞退する場合は、明確な入札価格の調整行為はないが、自由な価格競争を制限する「対価に係る」カルテルとして課徴金徴収の対象となる²³⁾。

ただ一般的にいえば、「対価に係る」とは、本来、対価の決定、維持又は引上げをその目的又は内容とするカルテルの意味に解すべきであり、対価に何らかの関係のあるものにまで拡大して解釈すべきでない。また、「対価に係る」ものであることを命令書で明示することが望ましい。

(3) 対象事業者

課徴金の徴収対象となる事業者は、前記①、②の価格関連カルテルの実行行為を行った事業者である（7条の2）。

事業者団体が8条1、2号違反の行為で対価に係るものをした場合は、課徴金は、排除措置命令の場合と異り、当該事業者団体に対してでなく、その団体の決定、合意の実行としての事業活動を行った構成事業者に対して課せられることは、8条の3及び同条において準用する7条の2により明らかである²⁴⁾。

課徴金制度の目的がカルテルの実行によって得られた不当な利得を徴収することにあることから、カルテルの実行者である個々の構成事業者を納付義務者とする事自体はあながち不当とは

いえない²⁵⁾が、違反行為者と課徴金納付義務者と異なることによる適正手続等の上での問題を無視できない。

この点について若干検討する。

課徴金納付命令については、手続的には当該構成事業者にあらかじめ意見の陳述、証拠の提出の機会が与えられ(48条の2.4項)²⁶⁾、またその命令に不服がある者は、審決手続・訴訟等によって争いうることとされている(48条2.5項)。

排除措置と課徴金が併課される場合は、排除措置を先行させるのが原則であり(48条の2.1項)、事業者団体に対する排除措置の審決が確定した場合には、一事不再理の関係上原則として課徴金納付命令についての構成事業者の不服に基づく審判手続において、違反事実の存否について争い得ないことは当然である。しかし、排除措置が課せられない場合(事業者団体の解散などにより排除措置を命ずる必要がない場合)に、課徴金のみを課することがある²⁷⁾が、この場合には、構成事業者が事業者団体の決定に関与していない限り、当該事業者団体の違反事実の存否について争い得ないことは問題であり、これを争いうるみをひらくことを検討すべきである²⁸⁾。この点に関し、正田教授は、事業者団体の決定に全く関与していない場合に、構成事業者は、「事業者団体の違反行為の有無について争いうる立場にない」。「争い得ないのは、この制度の欠陥に基づく結果である」とされ、この矛盾を回避するためには、事業者団体の違反行為の実行としての事業活動は、不当な取引制限に該当する場合に認められ、この場合のみが課徴金の対象とするのが望ましいという注目すべき見解をのべておられる²⁹⁾。

(4) 課徴金の額及び算定方法

課徴金の額は、カルテル実行期間中の売上額に $\frac{3}{100}$ (製造業は $\frac{4}{100}$ 、小売業は $\frac{2}{100}$ 、卸売業は $\frac{1}{100}$ 、以下同じ。)を乗じて得た額の $\frac{1}{2}$ とされる(7条の2.1項、8条の3)³⁰⁾。

この算定の根拠は、法人企業統計等からみた過去10年間の売上高利益率が平均約3%であり、その半分を違法カルテルによる不法な利益として徴収することとしたものである。

売上高経常利益率は業種によって異なるので、上記のように定められた。

このように一律の算定方式がとられたのは、個々のケースに応じたカルテルによる不当な経済的利得を算定するのは公取委の実務上困難であり、行政事務に支障がないように措置されたもので、これにより算定された額をカルテルによる不当な利得とみる「一種のみなし規定」として考えられた³¹⁾。

しかし、この業種別平均利益率を用いた課徴金の算定方法は、カルテルによる超過利得の吸収という目的に沿う妥当なものかどうか。

課徴金の算定方法については多くの批判的見解がみられた³²⁾が、代表的見解を要約すると、この算定方法がカルテルによる不当利得とどう結びつくのか疑問としながらも、金額の算定を容易

にすることもやむを得ないとし、金額に問題はあがあるが従来のカルテルのやり得と対比すれば一定の評価をすることができるとする³³⁾。

カルテルによる不当利得は、理論的には「カルテル実行期間中の価格とカルテルなかりせば設定されたであろう価格との差額である」³⁴⁾と考えられるが、これを厳密に算定することは不可能である。従って、違反行為による不当利得の額の算定については何らかの擬制によるほかはないが、法所定の算定方式による課徴金は、カルテルによる不当な利得とは無関係で、質的に異なるものであることは否定し得ないのであって、「カルテルによる不当利得に課徴金を近づけるという方向なしには、課徴金が有効に作用することにはならない」という制度創設当時の正田教授の指摘³⁵⁾は、課徴金制度をカルテルによる不当利得の徴収を主たる目的とする制度として維持しようとする限り、今後もなお重要な意味をもつ。

何をもって不当な利得とみるかについては問題がないわけではないが³⁶⁾、公共事業の入札談合による不当な利益についていえば、それがかなりの額にのぼるという指摘もあり、この点も課徴金の算定について何らかの考慮がなされてよい³⁷⁾。

しかし、課徴金を不当利得の実態に近づける方法を見出すことは容易ではない。売上高の $\frac{1}{100}$ の $\frac{1}{2}$ でなく、 $\frac{3}{100}$ をそのまま不当利益の算定に用いたとしても、その額は、不当利得の実態にはほど遠いものであろう。また、業種別の経常利益率でなく、何らかの基準によって算定した当該事業者（企業）の利益率を用いることも考えられるが、それとても十分でない。

課徴金制度改善の方向として、課徴金を不当利得の吸収という性格をもたせながら、一層制裁的な性格を強める方向に改めることも考えられる。

ドイツの過料 (geldbuße) のような超過売上げ額の2倍ないし3倍の額を徴収する制度³⁸⁾、あるいはECの過料 (fine) のように、現行法の売上高に乗ずる率3%を、少くとも一律に10%に引き上げ、これを上限として公取委が具体的事件に応じて決定するという制度も検討に値する³⁸⁾。

しかし、制裁的性格が強められると課徴金と刑罰との併科が憲法39条の二重処罰の禁止に違反しないかが問題となりうる。

かかる課徴金の性格は、秩序違反に対する行政上の制裁措置であり、違反行為の抑止を図るといった目的をもつ。刑罰は、行為の反社会性、反倫理性に着目した制裁であるが、法的な非難という点では課徴金と異なるものではなく、また、刑罰も間接的ながら違反行為の予防という効果をもつ。このように課徴金も刑罰も本質的に区別できるほどのものはないように考えられ、従って、上述のようなかたちで法目的実現のため課徴金制度の充実が図られるならば、違反行為に対して重ねて刑事罰を科することの必要性、合理性は乏しいのではないかという疑いがあり、憲法上の考慮から併科を避けることが検討されるべきであろう⁴⁰⁾。

なお、課徴金の額等の決定を公取委の裁量に委ね、課徴金と刑罰との併科を避けるとするならば、法規制の実効性の確保は、殆ど公取委の行政措置に依存することとなり、公取委の事務の増加と事務処理のおくれも懸念されるのみでなく、その実効性が現在と同様の状況になるおそれもないわけではない。

課徴金を不当利得の実態に近づけるための手だてを工夫し、刑罰をも適切に発動しうる体制を存置することが、損害賠償制度に法規制の実効性を確保する役割の一端を担わせることが困難な現状の下では、現実的な方法といえるかもしれない。

(5) 課徴金の使途

徴収した課徴金の一部を、道路交通法違反による反則金に類似したかたちで、違反行為の予防（独占禁止法の理念やカルテル等の規制の内容についての教育の普及、周知徹底など）、消費者教育、損害賠償請求に対する訴訟上の救助などに用いることも検討されてよいのではなかろうか。

注 1) 今村成和「独占禁止法」(新版)有斐閣 昭63 211頁

この点正田彬教授は、排除措置を「競争秩序に対する侵害を排除または阻止するため」の措置とされ、やや広く解しておられるように思われる(正田彬「全訂独占禁止法Ⅰ」日本評論社 1980年 534頁)が、ここに「阻止」とは、再発の阻止の意であろう。

2) 最近の事例(いずれも価格引上げ事件)として、決定の破棄とともに、取引先、販売業者及び需要者などへの周知徹底を命じている事例が多い。協和ダンボールほか事件(昭63.4.26勧告審決)、信越化学工業ほか事件(昭63.5.17勧告審決)、セメダインほか事件(昭63.5.17勧告審決)等

3) 協定の破棄を実行したことを確認するためのもので、事例としては、遠心力鉄筋コンクリートパイプ生産量制限等事件(昭50.1.10勧告審決、審決集21-195)、酸化チタン価格協定事件(昭48.3.23審決審決集19-174)等

4) 販売価格改訂のための取引先との再交渉を命ずるもので、事例としてコーテッド紙事件(昭48.12.23勧告審決、審決集20-197)がある。なお、団体協約を破棄して個別に販売価格をきめることを命じた事例(セメント共同交渉事件(昭48.12.26勧告審決、審決集20-193))もある。

5) 東京高判昭28.12.7行裁例集4巻12号 3,215頁

6) 正田前掲書Ⅰ 535頁、今村前掲書 212頁、等

7) 7条2項は、1項では排除措置の範囲が狭きに失するきらいがあるため設けられたものであるが、違反行為とつながりのない将来の行為についても、「当該違反行為が排除されたことを確保するために必要な措置」に含めることには疑問がある。

8) 注4)コーテッド紙事件等。最近の事件で「……価格を決定してはならない」ことを命じている事例として、兵庫トヨタフォークリフトほか事件(昭61.1.24勧告審決・審決集32-58)等があり、ややニュアンスの異なる命令として「旭ガラスほか4社は……決定しないことを確認しなければならない」ことを命じている旭ガラスほか事件(昭58.3.31勧告審決・審決集29-104)がある。

なお三協アルミほか事件(昭51.4.14勧告審決、審決集23-8)では、「今後共同して受注予定者を決定しないこと」を命じている。

9) 同種行為の反復禁止命令は、「再三にわたって違反行為がくりかえされているなど、違反行為が反復のおそれが大きい場合に命じられる」とされる。(実方謙二「独占禁止法」有斐閣 1987年 212頁)

- 10) たとえば、道路運送法33条（業務改善命令）、43条（法律・命令等に違反した場合の事業の停止命令・免許の取消し）等
- 11) 実方前掲書 212頁
- 12) 協和ダンボールほか事件（昭63.4.26 勧告審決）、大日本インキ化学工業ほか事件（昭63.8.5 勧告審決）等（公正取引委員会年次報告（昭和63年度）25頁以下）
- 13) セメント価格協定事件（昭和49.5.29審決、審決集21-36）
- 14) 前注12) 大日本インキ化学工業ほか事件における木曜会及び関係懇の廃止命令、なお協和ダンボールほか事件では、F P会、TK会等の廃止は命ぜられていない。
 入札談合事件では、新日本製鉄ほか事件（昭50.3.25 勧告審決、審決集21-276）におけるRC会の廃止命令などがある。
- 15) 正田教授、実方教授などの肯定説（正田前掲書Ⅰ 544頁 実方前掲書、214頁）に対し、今村教授は、価格カルテルに対する排除措置は、カルテルをやめさせる以上に出ることができない、また、公取委には価格決定権はない（今村成和「私的独占禁止法の研究(三)」有斐閣 昭44 187頁）とされ、価格の現状回復命令には否定的である。
- 16) 正田前掲書Ⅰ 550,551頁、伊従寛「課徴金制度の運用の実情」公正取引 No.386 10頁
- 17) 正田前掲書Ⅰ 563頁
- 18) 今村前掲独占禁止法 345頁、川井克俊「カルテルと課徴金」日本経済新聞社 昭61 92頁
- 19) 最高裁は、追徴税（現行の加算税）と罰金を併科することが、憲法39条によって禁止される二重処罰にあたるかについて次のように判示している（最判昭33.4.30 民集12巻6号 938頁）。
 法人税法による追徴税は、申告納税を怠った者に対する制裁的意義を有することは否定し得ないが、罰金、刑罰は、脱税者の不正行為の反社会性、反道徳性に着目し、これに対する制裁として科されるに對し、追徴税は、納税義務違反の発生を予防し、納税の実を挙げんとする趣旨に出た行政上の措置であって、両者を併科しても憲法39条に違反しない。
- 20) 今村前掲独占禁止法 345頁、正田前掲書Ⅰ 553頁、実方前掲書 215頁
- 21) 正田前掲書Ⅰ 558頁
- 22) 実方前掲書 117頁
 受注予定価格決定の事実が認定されなくても、受注予定者決定の事実をもって、課徴金納付の命令の対象とした事例として、岐阜県空調衛生設備協会事件(昭54.12.22)、佐世保電友会事件(昭55.8.1)等がある。
- 23) 鈴木満「入札談合カルテルと課徴金」ジュリスト759号 55頁ほか。
- 24) ただ、この場合、事業者の活動が事業者団体の決定の実行としての行為であるかどうか問題になる。（今村前掲独占禁止法 351頁）
- 25) 事業者団体には、カルテルによる直接の経済的利得はないが、カルテルのやり得防止と制裁の実効性を確保するため、実行者たる事業者とともに事業団体にも課徴金を課することも検討されてよいと思われる。なお、課徴金の性格に制裁的意味が強くなれば、上述のような措置をとることが一層正当化されよう。
- 26) この意見の提出等の手続は十分でなく、不当景品類及び不当表示防止法における排除命令の場合と同様、聴問手続とすべきであるとの指摘がある（正田前掲書Ⅱ 501頁）。
- 27) 注22)の各事件は、団体が解散したため、課徴金納付命令のみ。最近の事例として、横須賀米軍基地入札談合事件（昭63.12.8 課徴金納付命令）がある。この談合事件は、わが国の課徴金は約3億円であったが、米国側は損害賠償を請求し、日本の参加事業者が和解金として約50億円を支払ったことで知られている。
- 28) 今村教授は、構成事業者にも事業者団体の違反事実の存否について争うことを許すべきであるとされ

- る（今村前掲独占禁止法 354頁）。
- 29) 正田前掲書Ⅰ 612頁
- 30) 国民生活安定緊急措置法による課徴金制度では、特定標準価格とこれを超える実際の販売価格との差額はすべて徴収される（同法11条）。
- 31) 大橋宗夫政府委員 昭52.5.24参議院商工委員会議録11号 11頁
- 32) たとえば、実方教授は、「算定が技術的に困難であることに基づく立法による擬制だが、この算定方式は、全く理論的根拠がない」とされる（実方謙二参考人 昭50.6.18衆議院商工委員会議録25号 4頁）。
- 33) 正田前掲書Ⅰ 559頁
- 34) 根岸哲「違法カルテルに対する課徴金制度」法律時報49巻11号 54頁。
- 35) 正田彬「独占禁止法改正の経緯と問題点」法律時報49巻11号 12頁
- 36) 何をもち「不当」とみるかは問題である。違法カルテル自体が不当であり、これによって得た利益はすべて不当なものともみることも可能であろう。
- 37) カリフォルニア大学の John McMillan 教授（数理統計学）は、数学的モデルを用いて、わが国の建設業界における談合が生み出す超過利得を16%から33%と推定し、この推定が適切なことをうかがわせる事実として、横須賀米軍基地入札談合事件の和解金が契約金の24%に当たることをあげている（John McMillan「建設業界の談合が生み出す不当利得」エコノミスト90.5.29, 48頁以下）。横須賀米軍基地入札談合事件については、注27)参照。
- また、「入札談合の落札者は、落札金額の、たとえば1割あるいは5分程度の談合金を抛出するなどの申し合せもあるように推測される」との指摘もある（高柳岸夫「官公庁契約の理論と実務」50頁）。なお、谷田川凌潔工事談合事件（水戸地裁平成元.12.18判決）についての阿部純二教授の評釈から引用させて頂くと、同事件では、請負金額（1億2,980万円）のうち工事原価を除いた残額（請負金額の25%）を三業者で配分する取極めをし、これにより三業者のうち二業者は工事をしていないのに、それぞれ請負金額の7.5%（約973万円）、10%（1,298万円）の利益を得た、といわれる（阿部純二「建設談合と刑法」公正取引 No.476 30頁以下参照）。
- 38) ドイツでは、競争制限防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)によるカルテル違反行為に対し、秩序違反(ordnungswidrig)として過料(geldbuße)が課されるが、その上限は100万マルク又は「違反行為による超過売上げ」の3倍のいずれか高い額とされる。違反行為による超過売上げの算定は容易ではないが、入札談合事件では、実際の契約価格とコストの見積額との差によって算定しているとのことである。（舟橋和幸「欧州諸国のカルテル規制法制と運用状況」公正取引 No. 466。中川政直「主要国における談合入札の規制」ジスリスト No. 759等参照）
- 39) ECにおけるカルテル規制では、過料(fine)の算定に「直近事業年度の売上高の10%又は法定額とのいずれか高い額」という方法もとられている（前注舟橋論文）。
- 40) アメリカでは刑罰のみであり、ドイツ、ECでは過料のみである。

III 刑 事 罰

1 違法カルテルに対する刑事罰

違法カルテルを行った者に対する刑事制裁として、3年以下の懲役又は500万円以下の罰金の刑が定められている(89条, 92条)。また、両罰規定が設けられ、上記違反行為があったときは、行為者のほか法人その他の団体にも罰金刑を科する旨が定められている(95条)のは一般の行政法規と同様であるが、別に、違反計画を知りながら防止措置を講じなかったなどの不作為について法人又は事業者団体の代表者又は理事等に対しても罰金刑を科する旨の特別な規定が定められている(95条の2, 95条の3)。

これらの罰則規定は、公取委による排除措置、課徴金の徴収等の行政上の措置と相まって、独占禁止法の規制の実効性を確保するための制度の一環をなすものであり、違反行為の反社会性を認識させ、そのような行為の発生を抑止を図ろうとするものである。

89条から91条までの規定は、本法の実体的禁止規定違反に対する罪を定めたものであるが、これらの罪については、公取委の専属告発の制度が定められ(73条, 96条)、その限りにおいて、罰則の適用についても公取委中心主義がとられていることが認められる。

73条は、「……告発しなければならない」と規定しているが、この規定は、厳格な告発義務を定めたものではなく、公取委に告発するかどうかの裁量権を与えたものと解されている¹⁾が、有力な反対意見もある²⁾。

公取委も通説の立場に立っており、本法違反の行為について実際に告発が行われたのは、昭和49年の石油カルテル事件1件に過ぎない。これは、直接には公取委の違法カルテルに対する刑罰適用についての消極姿勢によるものであるが、独占禁止法が容易に根づかないわが国の経済社会において、カルテルを産業政策の目的達成に利用してきた関政行政機関や産業界等への公取委の遠慮も、その一因ではなかったか。

法規制の実効性の確保を図るための中心的手段は行政上の措置であることはいうまでもないが、行政上の措置と刑事罰とはその目的を異にするものであり、前者をもって足るとすることはできない³⁾。

公取委による専属告発の規定(73条)が、厳格な意味での法的義務を与えるものとは解し得ないとしても、違反行為について公取委による告発が行われぬ以上刑事責任を問われることがないのであるから、法の実効性を確保するために、公取委の告発が厳正かつ積極的に行われるべきことが求められるのである。法の専属告発機関としての公取委による告発が殆ど行われぬ状況にあれば、法の罰則規定は実質上効力をもたないに等しいというべく、違反行為の抑止力として

の役割を殆ど期待し得ないであろう。法の目的実現のための公取委の役割とともに、刑罰規定の存在と発動の重要性があらためて見直されるべきである⁴⁾。

なお、裁判所による刑事制裁と公取委との関係について次の①～③の法の規定に注目したい。

① 検事総長は、本法違反の犯罪があると思料するときは、公取委に通知して、調査及びその結果の報告を求めることができる(74条)。

この規定による通知があると公取委の調査が行われ、その結果、排除措置が行われることもあり、事案によっては告発もありうる。従って、本条は、公取委の「審査活動が開始される端緒を開くという意味」⁵⁾をもつが、それにとどまらず、一層積極的に違反行為に対する法の適用を確保するための規定の一つとみることが可能であり、合理的であるように思われる。すなわち、73条の公取委からの検察機関への告発の規定に対し、検察機関からの公取委への事実の調査要求の規定を設け、両者の協力体制による法の実効ある運用を期待しているものと筆者は考えたい⁶⁾。

② 裁判所は、緊急の必要があると認めるときは、公取委の申立により、3条、8条1項その他の実体規定の違反行為に対し一時停止命令をすることができる(67条)。

「緊急の必要」があるかどうかは、裁判所の判断によるが、緊急の必要がある場合とは、当該行為をある期間放置すれば、本法の目的とする競争秩序を著しく害するか、あるいは違法状態の回復が著しく困難になるような場合を指すと解される⁷⁾。

民事上の仮処分類似の制度であるが、この規定も、法の適切な執行への司法機関の関与を定めたものといえる。

③ そのほか、裁判所は、附加刑として、違反事業者団体に対し解散宣言をすること(解散命令と異なり、宣告によって解散の効果が生ずる。95条の4)、また、刑の付加制裁として、違反者が一定期間、政府との間に契約をすることができない旨を宣告すること(100条)などの規定が、裁判所の公取委の行政的役割を補完する役割を定めるものとして注目される。

上述のように、法規制の実効性を確保するために、公取委の行政措置とともに、検察・司法機関の協力規定が周到に用意されているのであって、これらの各各機関の有機的な連携の下に法の適切な運用が求められているといえよう。

次に、需給調整カルテル、とりわけ入札談合カルテルと関連のある刑法上の談合罪についてふれてみたい。

2 談合罪

公の建設工事等の入札においてしばしば行われる談合行為は、カルテル規制の対象となることは前述したところであるが、その談合行為は、刑法96条ノ3の談合罪の対象ともなりうる。

刑法の談合罪の規定は、昭和16年刑法中改正法律により「第五章 公務ノ執行ヲ妨害スル罪」

の中的一条として新たに設けられたものである。

政府案96条ノ3は、「偽計若クハ威力ヲ用ヒ又ハ談合ニ依リ公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行為ヲ為シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金に処ス」という規定であったところ、この案は貴族院を通過したが、衆議院では「又ハ談合ニ依リ」を削り、同条に2項として「公正ナル価格ヲ害スル目的ヲ以テ談合シタル者亦同シ」が加えられた。

このように両議院の意見は一致せず、両院協議会が開かれたが、その結果2項を「公正ナル価格ヲ害シ又ハ不正ノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ談合シタル者亦同シ」と修正することとし、この案が両院で可決されたのである。

談合罪に関し政府側は、「談合自体を違法なもの」としているのに対し、衆議院では、質疑の中で、「談合というのは許されるべからざるものとそうでないものがある。官庁の競争入札制度は正しい価格を目標とせず、制度を濫用して、最低価格の申出者に仕事を与える制度にしたために請負業者は向上を抑止され、業界内部を低劣なものに導いた、これに対抗するために出来た談合は正しいもの」という趣旨の見解がのべられた⁸⁾。

政府側は最後までその見解を改めなかったが、談合を無条件に処罰することは不当だとする趣旨で本条2項のように修正されたことに留意する必要がある。

刑法にいう「談合」とは、入札者又は競売人が互に通謀し、ある特定の者を契約者たらしめるため、他の者は一定の価格以下又は以上に入札又は付値をしないことを協定することをいう⁹⁾。

談合罪は、目的罪であり、「公正ナル価格ヲ害シ」又は「不正ノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ」談合したこと要件とするが、独占禁止法の入札談合カルテルの場合は、かかる要件を必要としない。

「公正ナル価格」とは大審院判例が示した、「入札という観念を離れて客観的に測定されるべき公正価格をいうのでなく、その入札において公正な自由競争が行われたならば成立したであろう落札価格をいう」という考え方が最高裁に踏襲されている¹⁰⁾。従って、契約担当者官等が作成する予定価格のように、理論計算によって算定された価格をいうのでもない。入札者各人の自由意思に基いて表示されるべき競争価格をいうのである。また、本罪の認定には、公正な価格を計数的に確定する必要はない¹¹⁾。

「公正ナル価格」の定義について、東京高裁は、「公正な自由競争により最も有利な条件を有する者が実費に適正な利潤を加算した額で落札すべかりし価格」とした¹²⁾が、この考え方からすれば利潤を無視した叩き合いの入札で得られる出血価格を通常の利潤の加算された額まで引き上げようとする目的での談合は、公の機関も当然受認すべきであり、本罪にあたらぬことになる¹³⁾。

これに対し、最高裁は、右東京高裁の見解を却けて従来と同旨の判断を示した¹⁴⁾が、学説としては、右東京高裁の見解を支持し、「入札制度がその施行者の利益を図ったものであることは当然であるが、落札した業者が適切な工事を実施しえない状況に至るまで入札における競争の利

益を保護することは、却って入札施行者に不利益をもたらす虞れがあることから、公正な入札価格には社会的に相当な利潤は当然に含められるべきである」とする有力な見解がある¹⁵⁾。

このように採算を度外視した出血価格は、却って公共工事等の施行に不利益をもたらすおそれもあり、また、不当廉売として不公正な取引方法に該当する程度に至らなくても、取引の公正という観点から望ましいものではないという場合も生じ得よう。

しかし、自由な価格形成を妨げることとなる入札談合は、本来、独占禁止法の目的趣旨に沿うものでなく、談合罪の適用についても、基本的には許されないものと考えらるべきであろう。

談合罪の規定や独占禁止法の解釈によってではなく、前述の東京高裁や学説の趣旨が活かされるような方向で、入札制度の根本的な改善と中小建設業等の健全な育成を図るための措置が早急に検討されるべきことが求められる。

なお、談合罪と、不当な取引制限である違法な入札談合カルテルとの差異及び関係について附言すると、談合罪は、前述のように目的罪であるというほかに、その対象は公の入札に係るものに限られるのに対し、違法な入札談合カルテルは、公の入札に限らず、民間の入札に際して行われるものも対象となる。従って、必ずしも両者は重なり合うわけではない。しかし、談合罪に該当する行為は、殆んど違法カルテルに当たると考えられよう。両者の競合は、公取委による違法カルテルの検事総長への告発に基づく起訴後に生ずることとなるが、いまだ競合の事実はない。

談合罪と入札談合カルテルの違反事件の件数を単純に比較することは必ずしも適当ではないが、競売入札妨害罪事件で第一審で有罪となったものは、阿部純二教授の示された資料によると、昭和59年から昭和63年までの5年間に33件、うち30件は有期懲役であり¹⁶⁾、これに対し、前述のように、その5年間の公取委による入札談合カルテルの勧告審決数は4件（他に課徴金納付命令1件）に過ぎない。刑法の談合罪と独占禁止法における入札談合に係る規制ないし行政上の措置（課徴金納付命令を含む。）とは、その目的、性格を異にするものであるが、全く無関係なものとはいえないのであって、これらの制度相互の関係やその適用のあり方等についての多角的な論議を期待したい。

注 1) 正田彬「全訂独占禁止法II」日本評論社 1981年 611頁、今村掲掲独占禁止法 233頁、今村成和「公正取引委員会の告発義務」ジュリスト No. 733, 102, 103頁

2) 板倉教授は、「専属告発に関する規定を訓示規定と解することは、公取委に刑事司法権を奪うことを認めることにも通じ不合理である」とされる（板倉宏「石油やみカルテル事件刑事判決の意義と問題点」ジュリスト No. 729 42頁）。

3) 課徴金と刑罰との併課は、憲法上許されるとしても、酷にすぎようなケースも考えられないわけではない。課徴金を一層制裁的性格のものに改めるならば、併課は却って問題があることは、すでに述べた。排除措置命令の実効性の確保は、刑罰によるほかない。

4) 公取委の告発の規定は、現実に則して義務規定の形でなく訓示規定の形に改めることが必要であると

の考えもあろうが、現行法を厳正に適用することの方が望ましい。

- 5) 正田前掲書Ⅱ 614頁
- 6) 今村教授は、74条は殆ど実効性のない規定であるとされる(今村前掲独占禁止法 234頁)が、他の行政事件等の捜査に関連してカルテル事件が発覚することもありうるから、この規定の有効な活用が考えられてよい。
- 7) 正田前掲書Ⅱ 593頁
緊急停止命令の一例として、中部読売新聞事件(昭50.4.30 東京高裁決定)等があるが、いずれも、公正競争の阻害、放置した場合の回復困難などがその理由とされている。カルテル事件ではまだ例がないが、積極的な活用が検討されてよい。
- 8) 牧野良三委員 昭16.2.24 第76帝国議会衆議院借地法中改正法律案外1件委員会議録第四回 22頁。
牧野委員の考え方は、建設業界に基本的に継承されてきたようである(小山内了介「公取委の独禁法解釈についての問題点」NBL No. 270, 271等)。
- 9) 大判昭19.4.28 刑集23巻 97頁, 最判昭32.12.13 刑集11巻13号 3,207頁
- 10) 前注大判, 最判昭28.12.10 刑集7巻12号 2,418頁等
- 11) 広島高判昭28.1.29 判特31号 3頁
- 12) 東京高判昭28.7.20 判特39号 37頁
- 13) 大津地判昭43.8.27 下刑集10巻8号 866頁
- 14) 最判昭32.7.19 刑集11巻7号 1,966頁
- 15) 大塚仁「談合罪の問題点」ジュリスト No. 759 36, 39頁。しかし、大塚教授は、「入札業者等によって、談合行為を広く正当化しようとの意図の下に、しばしば強調されるような、各業者間の落札についての機会を均等にするための談合とか、業者の相互救済制度として、また、保険作用としての談合も許されるべきであるという主張は、妥当でない」とされる。適正な利潤を確保するために行う談合行為と、それ以外の目的での談合行為を区別して考えるべきとの見解のように思われる。
- 16) 阿部純二前掲「論文」30, 31頁。第114 検察統計年報(昭63) 61, 75頁。なお、同教授は、資料所掲の競売入札妨害罪事件の大半は、刑法96条ノ3第2項の談合罪と思われる、とされる。

IV 損害賠償制度

1 損害賠償制度の意義

独占禁止法第7章に定める無過失損害賠償制度は、同法違反の行為によって個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめることにより、審判による排除措置と相まって、同法違反の行為に対する抑止的効果をあげようとする目的をもった制度である。

カルテル等の違法行為により被害を受けた者に対する損害の回復は、排除措置の直接かかわるところではなく、その回復のための損害賠償請求訴訟を容易ならしめることは、単に私人の救済ということにとどまらず、私人が法の目的実現のための役割を担うことにより、公取委の機能を補完し、法の実効性を確保する手段として重要な意味をもつというべきである。

2 損害賠償請求の対象事業者

法25条は、不当な取引制限等の違法行為をした「事業者」の被害者に対する損害賠償責任について規定しているが、違法行為は、3条と19条の違反に限られ、事業者団体の8条1項違反の行為については、適用除外である。

法の中心的制度である審判による排除措置が、従前は3条、19条違反の場合に命ずることとされていたのを、昭和52年改正により事業者団体の8条1項違反に対しても命じうることとした際に、これに対応した25条の改正は行われなかったが、「事業者団体」の競争制限的行為に係る排除措置について、「事業者」の不当な取引制限の場合と均衡を失うことが指摘されている²⁾。

事業者団体の違法行為に対する損害賠償請求は、25条所定の違法行為に該当するものでない限り、民法709条によるほかない。

25条1項所掲の違法行為によって損害を受けた者は、その行為が民法上の不法行為に該当する限り、民法709条による損害賠償の請求ができるというのが通説であり、最高裁もこの立場をとっている³⁾⁴⁾。

3 違法行為の存在と確定審決の効果

独占禁止法違反を理由とする損害賠償請求訴訟においては、① 違法行為の存在 ② 違法行為と自己の被った損害との因果関係の存在及び ③ 損害額を立証しなければならないが、まず①の違法行為の存在の立証の問題についてのべる。

25条の損害賠償請求は、公取委の審決が確定した後でなければ裁判上主張できない(26条1項)。この審決前置主義は、この請求訴訟において、専門機関としての公取委の事実認定についての判断を尊重し、裁判所との相違を防ごうとする趣旨に出た制度である⁵⁾が、それには、違反事実の立証を容易ならしめる趣旨が含まれるものと解すべきである⁶⁾。

しかし、公取委が確定審決で示した事実認定が裁判所を拘束するか否かが問題となるが、この点については見解が分れている。

正田教授は、公取委の地位、とりわけ審決の確定を前提として請求権を認められていること自体に、公取委の審決の拘束力の根拠が認められるとされ、この点、同意審決、勧告審決も、公正な手続きを得たものであるから、正式な審決と同様に解すべきであるとされる⁷⁾。

また、今村教授は、審決の確定を裁判上の要件としている趣旨からすれば、裁判所を拘束するものと解されるが、勧告審決と同意審決は簡易な手続により排除措置を命ずることを目的とするもので、違反事実の確認に必要な手続きを経ていないから、損害賠償請求において事実を争うこ

とを許さないとすることはできない、とされる⁸⁾。

これに対し、最高裁は、「80条1項のような規定（裁判所を拘束するという規定）を欠く26条の無過失損害賠償請求訴訟については、審判審決において公取委が認定した事実であっても、裁判所を拘束するものと解することはできない。違反行為の認定を要件としない勧告審決が違反行為の存在につき裁判所を拘束するものとは、とうてい考えられない」としている⁹⁾。しかし、この判決では「審決の成立過程の特質すなわち、審判審決にあつては公取委の証拠による違反行為の存在の認定を、同意審決にあつては被審人の違反行為の存在の自認を、勧告審決にあつては違反行為の排除措置をとることの応諾を、要件とするものであることに応じて強弱の差はあるにしても、違反行為の存在につき、いわゆる事実上の推定が働く」ことは認めている。

確定審決の認定事実に事実上の推定力を認めながらも、審判審決、同意審決、勧告審決となるに従ってその推定力が弱くなるとするものである。

従ってその限りでは、違法行為の存在の立証についての負担は軽減されるといえるが、事実上の推定であるから、反対事実が立証されなくても、疑わしい理由があれば、この事実上の推定によって違法事実の存在の認定はできず、具体的な証拠に基づいて判断しなければならないことになる¹⁰⁾。

公取委の確定審決は、同意審決、さらに勧告審決であっても、専門機関たる公取委による違反事実の認定が前提となっているのであって、この前提に基づいて、審決には強い推定力が認められて然るべきである。このため、損害賠償訴訟への公取委の一層の関与（裁判所への資料の提出、審決書への認定事実の明確な記載など）等について、立法的解決も検討されてよい。

4 因果関係及び損害額

損害賠償請求には、前記違反行為の存在の立証のほか、当該違反行為と損害との因果関係及び損害額の立証という困難な問題が存する。

これらについて被害者による立証が困難であることは、損害賠償制度が有効に機能しないことを意味する。損害賠償制度を実効あるものにするために、これらの立証を容易にする手だてが検討されなければならない。

まず、この問題に関して84条の規定をとりあげてみる。同条は「25条の損害賠償の訴が提起されたときは、裁判所は、公取委に対し、「違反行為によって生じた損害の額」について、意見を求めなければならない」旨を規定する。

この規定は、本法違反事件に係る損害賠償請求訴訟について公取委の意見を尊重するために設けられたものである¹¹⁾。この意見書は、裁判所を拘束するものではないが、この規定の運用いかんによっては、被害者の立証の負担を軽減し、損害賠償制度の効果的な運用を図るのに役立つ。

従来、この84条の規定は原告の請求が「違反行為に基づく損害に対するものとして相当のものかどうかの意見を公取に求めるもの」で、「実務上も具体的な数字を提示する必要はないと考えられていたようである」¹²⁾。

そして、具体的事件においては、同意審決で小売価格自体の認定の必要がなかったこともあって、「被告の行為によって生じた損害額は算定できない」との公取委の意見書が提出されたこともある¹³⁾。

他方、公取委は、東京高裁灯油損害賠償事件において、「灯油の小売価格の上昇は、独占禁止法違反行為が一因である。購入者の被害額は、原則として、購入価格と不当な取引制限が行われた直前の購入価格との差額に基いて算定するのが相当である」旨の意見書を提出した。しかし、東京高裁は、「このような見解に立つて損害額を算定することができない事案である」としてこの意見書をしりぞけた¹⁴⁾。

前記因果関係及び損害額の立証の問題に関連し、鶴岡灯油訴訟、とりわけこれについての仙台高裁判決を分析してみたい。

本訴訟は、山形県鶴岡市及びその周辺の消費者1,634人が石油連盟と元売業者を相手として、生産調整及び価格協定のために高い灯油の購入を余儀なくされ、昭和48年3月から49年4月にかけて損害を被ったとして提起した民法709条による損害賠償請求事件である。

第1審はこれを棄却したが、控訴審の仙台高裁秋田支部は、元売12社に対する請求を概ね認容すべきものとした¹⁵⁾。

この判決は、元売仕切価格の引上げと小売価格の上昇との間の因果関係については、① 被控訴人元売12社が価格協定に基いて白灯油ないし民生用灯油の元売仕切価格を引き上げたこと
② その後右協定の影響の下にあると認められる時間的・場所的範囲内において控訴人らが右灯油を購入した小売店の小売価格が上昇していること、の二つの事実を控訴人ら（原告）において主張・立証すれば、右の因果関係は事実上推定される、とした。

この点、第1審が「仕切価格の上昇が小売価格の上昇をもたらしたこと」の立証責任が控訴人（原告）にあるとしたのに対し、事実上、立証責任を転換したもので、業界の実情等に則した合理的な立証責任の分配である。

また、損害額の証明について、この判決は、原告らの蒙った損害は、原告らの現実購入価格と、価格協定がなければ形成されたであろう価格（想定購入価格）との差額であるが、この想定購入価格は算定不可能な数値であるので、特段の事情のない限り、価格協定直前の小売価格をもって想定購入価格と解するのが相当であるとした。そしてこの「特段の事情」の立証責任は、被控訴人（被告）にあるとしたのである。

この判決は、独占禁止法及び経済社会の実態を理解した判決として高く評価された¹⁶⁾。

しかし、この判決は、最高裁によって却けられ、独占禁止法の違反行為による損害賠償請求の

困難さがあらためて示されることとなった。

すなわち、最高裁は東京灯油最高裁判決¹⁷⁾を踏襲して、因果関係及び損害額についての立証責任を被上告人（被害者）に負わせる立場をとり、損害額について、価格協定実施直前の小売価格をもつていわゆる想定購入価格と推認することができるのは、価格協定の実施当時から、消費者が商品を購入する時点までの間にその商品の小売価格形成の前提となる経済的条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がないときに限られる旨を判定し、これを原告が立証すべきものとしたのである^{18) 19)}。

この最高裁判決の内容についてここで論評する余裕はないが、原告において、違法カルテルが価格水準の上昇にどの程度の影響を及ぼしたかを立証することは極めて困難であり、とりわけ原材料の値上げ、一般物価の上昇が見られるとき、消費者の購入までの流通過程における価格への影響は、さまざまな要因が複雑に混在して一様でなく、消費者に値上げの要因、額等の立証を求めるならば、損害賠償請求による被害者の救済は殆ど不可能となり、損害賠償制度の活用による法規制の実効性の確保は望むべくもない。

去る6月25日、独占禁止法に関する損害賠償制度研究会が提出した報告書の提言に示されたように、公取委の調査資料の活用、意見書や審決者における記載の具体化、明確化等により、裁判所の事実認定や因果関係、損害額の算定に資することが求められるが、同時に最高裁のかかる訴訟への対応の姿勢のあり方が重要なのではなからうか。

因果関係については、実方教授が指摘されるように、違法行為によってなんらかの損害 (Some damage) を生じたことを立証すればよいとするアメリカの原則が考慮されるべきであり、また、損害額の算定については、原告に厳格な立証を求めるべきでなく、裁判所が、関連資料に基いて妥当な算定方式をもつて判断すべきことが求められる²⁰⁾。

島谷裁判官が右最高裁判決の少数意見でのごとくおられるように、何らかの推定規定を設けるなど立法措置も検討されてよい。

5 三倍賠償

アメリカの反トラスト法違反の行為に対する三倍賠償制度について一言する。

反トラスト法による禁止行為によって営業又は財産に損害を受けた者は、裁判所に提訴してその受けた損害の三倍及び適当な弁護士料を含む訴訟費用の賠償を受けることができる。米国が被害者であるときは、米国は損害賠償を請求できるが、受けることのできる額は、損害の3倍ではなく、実際に受けた損害額と訴訟費用のみである²¹⁾。

実損額だけでなく、損害の三倍額を請求できることとしているのは、この制度に、単なる民事的な損害賠償にとどまらず、準刑事的制裁としての意味をもたせ、違反抑制機能を与えようとする

る趣旨に出たものである²²⁾。

公的機関による違反行為の抑制には予算、人員等の制約があり、私人によるかかる請求訴訟が反競争的行為を抑止するものとして重要視され、法施行に欠くことのできないものとされているアメリカの損害賠償請求制度を参考として、私人による法実現を図るべきことの主張がかねてからなされている²³⁾。

賠償額を実損額の三倍とすることについては、課徴金制度や損害賠償制度一般などとかかわる問題でもあり、わが国では、それが法制上ただちに妥当するとは考えにくいのではないか。しかし、三倍賠償の採否は別として、損害賠償制度が、私人のイニシアティブによる法実現のために有効に機能しうようその適切な運用（立法措置を含む。）が求められているのである。

注 1) 同旨実方前掲独占禁止法 364頁等

2) 正田前掲書II 364頁, 今村前掲独占禁止法 227頁

3) 最判昭47.11.16 民集26巻9号 1,573頁, 最判平成元12.8 判例時報1,340号 5頁

4) 正田教授は、民法709条による請求においても、独占禁止法の違反の事実が立証されれば、過失の存在を立証せずして、過失が推定される（過失がなかったことを反証するのは殆ど不可能である）から、25条と民法709条とは結果的に差異はなく、25条は民法709条の確認的性格のものとする（正田彬「独禁法上の審決と損害賠償」ジュリスト No.607 119頁）。

5) 今村成和ほか「注解経済法(上)」青林書院 昭60 541頁。谷原修身「現代独占禁止法要論」中央経済社 平成元 279頁

6) 正田教授は、26条1項を積極的意味に解し、違反行為の存在について被害者の立証を免除しようとするものとされる（正田前掲書II 373頁）。

7) 正田前掲書II 377~380頁

8) 今村成和「独占禁止法入門」有斐閣 昭61 172頁

9) 最判昭53.4.4 民集32巻3号 515頁（出光興産ほか事件）、最判平成元年12.8（鶴岡灯油訴訟）も同旨

10) 鶴岡灯油裁判上告審判決解説 判例時報 No.1,340 4頁

11) 正田前掲書II 641頁

12) 今村前掲独占禁止法 228頁, 小坂薬局事件昭32.4.23意見書, 審決集9-167

13) 松下電気再販売損害賠償事件昭47.7.13意見書, 判例時報863号 30頁

14) 東京高判昭56.7.17 判例時報 No.1005号 78頁。前掲注解経済法(上) 546, 547頁

15) 仙台高判（秋田支部）昭60.3.26 判例時報 No.1147号 19頁

16) 舟田正之「消費者による石油価格カルテルの損害賠償請求」ジュリスト No.862 223頁, 正田彬「鶴岡灯油裁判控訴審判決をめぐって」ジュリスト849号, 46頁, 正田彬「灯油裁判と最高裁」法律時報62巻3号 6頁, 谷原前掲書 282頁

17) 最判昭62.7.2 判例時報 No.1239 3頁（主婦連等東京灯油訴訟）

18) 最判平成元12.8 民集43巻11号 1,259頁, 判例時報 No.1340 3頁

19) 前注18)の最高裁判決についての批判的検討を行っているものに、実方謙二「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の検討」法律時報62巻3号 18頁, 本間重紀「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の批判的検討」法律時報62巻4号 56頁, 谷原修身「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の問題点」公正取引 No.473 26頁等がある。

なお、この最高裁判決では、因果関係の成立と損害額の評価の区別を無視しているという批判がな

されている（前記実方論文等）。

- 20) 実方謙二他「独占禁止法違反行為を請求原因とする損害賠償請求」公正取引 No. 473 4頁。前注19) 上記各項に引用したもののほか、参考にした主な文献・資料は次の通りである。
- 21) Clayton Act. sec. 4, 4 A
- 22) 川井克俊前掲書 102頁等参照
- 23) 実方教授は、国の行政による法の目的の実現には人員、予算などから限界がある。直接被害を受けた者のイニシアティブによる法の目的の実現が図られることは、大きな意味がある、とされる（実方謙二「独占禁止法と現代経済」（増補版）成文堂 昭52 253頁以下）が、三倍賠償の当否には直接ふれておられないようである。なお田中英夫「二倍三倍訴訟と最低賠償額の法定」法学協会雑誌89巻10号1,298頁ほか、参照

参考文献

上記各章に引用したもののほか、参考にした主な文献・資料は次の通りである。

- (1) E. W. Kintner, An Antitrust Primer, A Guide to Antitrust and Trade Regulation Laws for Businessmen. (邦訳有賀美智子監訳「反トラスト法」商事法務研究会 昭43)
- (2) 松下満雄「アメリカ独占禁止法」東京大学出版会 1982年
- (3) 伊従寛編「日本企業と外国独禁法」日本経済新聞社 昭61
- (4) 村上正博「アメリカ独占禁止法——シカゴ学派の勝利——」有斐閣 昭62
- (5) 正田彬「西ドイツ競争制限防止法の展開」ジュリスト No. 566
- (6) 樋口嘉重「入札談合と独占禁止法」ジュリスト No. 759
- (7) 高橋省三「米国における入札談合の規制」公正取引 No. 450
- (8) 独占禁止法に関する損害賠償制度研究会報告書（平成2.6.25）

おわりに

カルテル規制の実効性を確保するための制度としての行政上の措置、刑事罰及び損害賠償制度に関しては、いずれにも多くの論点があり、この小論でとりあげたのはその一部にすぎない。

しかも、紙数の関係もあって十分意を尽くすことができなかつたが、排除措置のあり方や行政上の措置と刑罰との関係など、いずれ稿をあらためてさらに検討を深めたい。

おわりに、法規制の実効性を確保するためには、前記独占禁止法独自の諸制度が有機的関連性をもって有効に機能しうるような体制の整備とともに、公正で自由な競争秩序の維持に対する一般の理解の浸透と公取委の積極的取組み、さらには消費者意識の向上が重要であることを指摘して、本稿の筆をおくこととする。