

## 経済法 第 6 回 04/27

担当 中川晶比兒

### I 不当な取引制限に対する措置

#### 【不当な取引制限に対する独禁法上の措置】

##### [1] 排除措置命令(独禁法 7 条 1 項)

「第三条又は前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。」

[1-1] 「価格協定その他…をやめさせることが、「当該行為の差止め」として第一に必要なである。…価格引下げを併せて命ずるべきであるとの主張もあるが、これは、カルテル価格に代え、価格を法定することに外ならないもので、競争政策の本旨に反することである。」<sup>1</sup>

「排除措置の実効性を確保するためには、当該行為の廃止のみならず、違反行為を排除するために必要な措置…を講ずる必要がある。従来しばしば、「当該協定を破棄したこと、今後は共同して販売価格を決定せず、各社がそれぞれ自主的に定める旨を、公取の承認する方法(多くは新聞広告…)で、取引先及び需要者に周知徹底させること」が併せ命じられているのも、そのためである。」<sup>2</sup>

「将来に向かっての違反行為の繰返しを禁止することも、「必要な措置」…に含まれる…」<sup>3</sup>

[1-2] 「違反行為を廃棄し、今後違反行為を行わないことの取引先・需要者…、同業者、違反行為に参加した事業者自体の役員や従業員への周知徹底…、違反行為の再発防止のため、法遵守に関する行動指針(コンプライアンス・プログラム)の作成、営業担当者に対する定期的な研修・監査、違反行為に関与した役員・従業員に対する処分規定の整備、違反行為に係る通報者に対する免責等実効性ある社内通報制度の設置…、違反行為を取りやめている旨を確認する取締役会の決議、…などが命じられる。」<sup>4</sup>

##### [2] 除斥期間、既往の違反行為に対する排除措置命令

###### [2-1] 独禁法 7 条 2 項

「公正取引委員会は、第三条又は前条の規定に違反する行為が既になくなっている場合においても、特に必要があると認めるときは、…当該行為が既になくなっている旨の周知措置その他当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置を命ずることができる。ただし、当該行為がなくなった日から五年を経過したときは、この限りでない。」<sup>5</sup>

###### [2-2] 東京高判平成 28 年 5 月 25 日

「本件違反行為の実行期間は約 1 年 9 か月で、必ずしも短いとはいえない。また、4 社においては、平成 20 年当時、我が国における大手のガス製造業者 13 社による特定エアセパレートガスの総販売金額の約 9 割を占めており、そのような状態は、本件排除措置命令の時ににおいても、将来相当期間継続することが容易に予想されたことから、4 社が協調的な行動を取りやすく、同種の違反行為が行われやすい環境であったものと評価することができる。加えて、原告を含む 4 社が、平成 22 年 1 月 19 日に本件違反行為を取りやめた経緯も、公正取引委員会が、同日、本件

<sup>1</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』75 頁閣、1993 年)

<sup>2</sup> 今村・入門 75-76 頁

<sup>3</sup> 今村・入門 76 頁

<sup>4</sup> 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第 5 版〕』305-306 頁(有斐閣、2015 年)

<sup>5</sup> なお、後述する課徴金納付命令に関する除斥期間は、7 条の 2 第 27 項にある。「実行期間(第四項に規定する違反行為については、違反行為期間)の終了した日から五年を経過したときは、公正取引委員会は、当該違反行為に係る課徴金の納付を命ずることができない。」

違反行為について立入検査を行ったことを契機とし、原告らの自発的な意思に基づくものではなかった。」「そうすると、原告らによって本件違反行為と同様の違反行為が繰り返されるおそれがあると認めて、本件においては、原告に対して排除措置を命ずるにつき「特に必要がある」ものとした公正取引委員会の判断につき、それが合理性を欠くものであるということとはできず、その裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものということとはできない。」<sup>6</sup>

[2-3] 除斥期間(法定期間が経過すると権利が自動的に消滅するもの)は、H17改正前は排除措置命令について1年間、課徴金納付命令について3年間とされていたため、課徴金納付命令のみが出される事件が相当数あった。

### [3] 課徴金納付命令(独禁法7条の2第1項)

「事業者が、不当な取引制限…で次の各号のいずれかに該当するものをしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、当該行為の実行としての事業活動を行った日から当該行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間(当該期間が三年を超えるときは、当該行為の実行としての事業活動がなくなる日からさかのぼって三年間とする。以下「実行期間」という。)における当該商品又は役務の政令で定める方法により算定した売上額(当該行為が…供給を受けることに係るものである場合は、…購入額)に百分の十(小売業については百分の三、卸売業については百分の二とする。)を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。ただし、その額が百万円未満であるときは、その納付を命ずることができない。

- 一 商品又は役務の対価に係るもの
- 二 商品又は役務について次のいずれかを実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの
  - イ 供給量又は購入量
  - ロ 市場占有率
  - ハ 取引の相手方

#### [3-1] 制度趣旨と計算方法

①「カルテルへのインセンティブを減少させるためには、カルテルによる利益を事業者の手元に残さないことが必要である。排除措置は、違法行為の差止め・排除が目的であり、カルテルによって企業が得た利益には及ばない。」<sup>7</sup>

②課徴金の金額は、「実行期間」における、「当該商品又は役務」の「売上額」(または購入額)に、「算定率」をかけて計算する。

#### [3-2] 課徴金の法的位置付け

①最三小判平成17年9月13日民集59巻7号1950頁<sup>8</sup>

「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。」

<sup>6</sup> なお、東京高判平成24年10月26日審決集59-2巻15頁も、違反行為再発のおそれに着目しているようである。

<sup>7</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第8版』142頁(和田健夫)(有斐閣、2016年)

<sup>8</sup> 機械保険及び組立保険の引受けを行う損害保険会社が、事業者団体を通じて保険料率のカルテルを行っていた事案。28社に課徴金納付が命じられた。原審は、「可能な範囲では課徴金の額が経済的に不当な利得の額に近づくような解釈を採るべき」として、売上額の算定にあたっては、保険会社の収受する営業保険料から支払保険金の額を控除すべきと判示したが、最高裁はこれを破棄した。

②「…他国の独禁法には類例を見ない…この法律の課徴金制度は、元来は他の二制度[刑罰及び損害賠償制度]の無力性の故に導入されたものであったから、これらの制度の強化や活性化が当面の課題となって来た今日においては、独禁法を支える三つの柱としてこれらの制度がそれぞれに機能を発揮することが、期待されることになったというべきであろう。」<sup>9</sup>

### [3-3] 実行期間

①「値上げカルテルであれば値上げの適用予定日、入札談合であれば合意後に最初に入札に参加した日が実行期間の始期として認定されることが多い。」<sup>10</sup>

②具体例:富士電線工業(株)に対する件・審判審決平成 27 年 5 月 22 日

「本件合意は、遅くとも平成 18 年 6 月 1 日までに成立し、しかも直ちに特定 VVF ケーブルの販売価格を引き上げを内容とするものであること…からすれば、遅くとも同年 12 月 16 日以前には、被審人が前記…の違反行為の実行としての事業活動を行っていたと認められる。また、被審人は、平成 21 年 12 月 17 日[公取委が立入検査を行った日]以降本件合意に基づく行為を取りやめており…、同月 16 日にその実行としての事業活動はなくなっているものと認められる。したがって、…実行期間は、平成 18 年 12 月 17 日から平成 21 年 12 月 16 日までの 3 年間となる。」

③違反行為者ごとに認定される:「独占禁止法第 7 条の 2 第 1 項…にいう「実行としての事業活動がなくなる日」とは、…違反行為者につき、それぞれ違反行為に係る事業活動が終了したと認められる日と解すべきである。」<sup>11</sup>

### [3-4] 「当該商品又は役務」

①カルテルの場合には、「当該行為の対象商品の範疇に属するもの…と代替性があり、かつ、競合するときは、…明示的または黙示的にその…商品を当該行為の対象からあえて除外したこと…を示す特段の事情のない限り、課徴金算定の対象となる商品に含まれる」。<sup>12</sup>

②入札談合の場合には、個別物件で受注予定者が 1 社に絞り込めなかった「たたき合い物件」や、受注予定者は 1 社に決まったものの、談合破りが起こった物件について、課徴金対象か否かが争われてきた。

[3-5] 排除措置命令及び課徴金納付命令を争う方法:抗告訴訟。被告は公正取引委員会(独禁法 77 条)であり、東京地裁(合議体)の専属管轄(独禁法 85 条 1 号、86 条)。<sup>13</sup>

## [4] 刑罰

### [4-1] 独禁法 89 条 1 項

「次の各号のいずれかに該当するものは、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。

一 第三条の規定に違反して私的独占又は不当な取引制限をした者」

<sup>9</sup> 今村・入門 77 頁。なお、独禁法研究会第 11 回会合(平成 28 年 12 月 16 日)の資料 2「参考資料集」参考 12-3 によると、課徴金(行政制裁金)と刑事罰の併科が可能なのは日本のほか、韓国、インドネシア、ブラジルのみである。

<sup>10</sup> 菅久修一編著『独占禁止法(第 2 版)』221 頁(品川武)(商事法務、2015 年)

<sup>11</sup> 植野興業株式会社ほか 22 名に対する件・審判審決平成 29 年 6 月 15 日。談合をやめる前に落札した物件の契約締結が、談合をやめた後に行われた場合には、当該物件の契約対価も、課徴金対象となつた。

<sup>12</sup> 根岸・舟田 331 頁

<sup>13</sup> 「独占禁止法事件の処理に要求される専門性の観点から、裁判所においても専門性の蓄積に資する仕組みとする必要があること、また、不当な取引制限のように複数の事業者が名宛人となる事件については、同一事件について複数の訴訟提起がなされることも想定され、判断の合一性を確保する必要がある」ために専属管轄とされている。岩成博夫ほか編著『逐条解説 平成 25 年改正独占禁止法』52 頁(商事法務、2015 年)。なお、現行法では行訴法の定める抗告訴訟の類型全てが 85 条の射程に含まれる。同上 53 頁。

## [4-2] 独禁法 95 条 1 項

「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。

## 一 第八十九条 五億円以下の罰金刑」

[4-3] 「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」<sup>14</sup>(平成 17 年 10 月 7 日)

「(1) 公正取引委員会は、

ア 一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ボイコット、私的独占その他の違反行為であつて、国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案

イ 違反を反復して行っている事業者・業界、排除措置に従わない事業者等に係る違反行為のうち、公正取引委員会の行う行政処分によっては独占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案

について、積極的に刑事処分を求めて告発を行う方針である。

(2) ただし、

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(独占禁止法第 7 条の 2 第 10 項の規定による報告及び資料の提出を行った事業者をいう。…

イ (略)

ウ 前記ア又はイに該当する事業者の役員、従業員等であつ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、告発を行わない。」

## [4-4] 課徴金と刑事罰の関係に関する公取委の説明

課徴金制度は「①過去の違反行為に対する道義的責任・非難ではなく、将来の違反行為の抑止という展望的な行政目的を達成するために合理的であること、②違反行為に対して刑事罰に加えて課徴金を賦課することが著しく均衡を失して過重となり比例性を欠かないこと、③行政の恣意が実体要件と手続により排除されること等の原則を満たす限り、そのような制度の導入により憲法第 39 条(二重処罰の禁止)などの憲法問題は生じない。」<sup>14</sup>

「課徴金と刑事罰の関係」課徴金と罰金は違反行為を抑止するという機能面で共通する部分があるため、両者を併科する場合はこの共通部分に係る調整として、課徴金から罰金の 2 分の 1 を控除する規定が政策判断として設けられている(独占禁止法第 7 条の 2 第 19 項等<sup>15</sup>)。』<sup>16</sup>

## 【課徴金額の増減に関わる制度】

## [1] 課徴金減免制度

「カルテルは、密室で行われることが多いため、事実の把握、証拠の収集が困難である。」課徴金減免制度は、「高額で企業にとっては大きな負担をもたらす課徴金を、カルテルに関する情報提供を行った違反行為者について減免することにより、カルテルから離脱するインセンティブを与え、違反行為の早期発見と抑止を図る目的で導入されたものである。カルテル行為は、営業の現場のレベルで行われることが多いのに対し、減免制度の利用を決定するのは経営トップである。そのためには、法律違反があった場合、それが速やかに上層部に伝わるような通報体制、コンプ

<sup>14</sup> 独禁研報告書案第 2 の 2(平成 29 年 4 月 25 日)

<sup>15</sup> 同様の規定が独禁法 63 条 1 項にもある。

<sup>16</sup> 独禁研報告書案第 3 の 12(1)アウ(平成 29 年 4 月 25 日)

ライセンス体制が整っていることが必要である。減免制度の運用は、企業のコンプライアンス体制の普及に役立つ可能性をもっている」。<sup>17</sup>

## [2] 課徴金の額の減免

①全額免除:調査開始前に違反行為に係る事実の報告及び資料の提出を 1 番に行い、かつ調査開始以後に違反行為をしていない者(独禁法 7 条の 2 第 10 項)

②50%減額:調査開始前の 2 番目の報告・提出者で、かつ調査開始以後に違反行為をしていない者(独禁法 7 条の 3 第 11 項 1 号)

③30%減額:調査開始前の 3 番目の報告・提出者で、かつ調査開始以後に違反行為をしていない者(独禁法 7 条の 2 第 11 項 2 号)

④30%減額:調査開始前の 4 番目・5 番目の報告・提出者で、公取委が把握していない事実を報告する者であつて、かつ調査開始以後に違反行為をしていない者(独禁法 7 条の 2 第 11 項 3 号)

⑤30%減額:調査開始後に、公取委が把握していない事実について違反行為に係る事実の報告及び資料の提出を行い、かつ報告・提出後に違反行為をしていない者(独禁法 7 条の 2 第 12 項)

⇒ ⑤は、①～④が 5 社に満たない場合にのみ認められ、かつ⑤は 3 社まで。

## [3] 算定率の増減(減免に先行する)

①算定率の引き上げ:独禁法 7 条の 2 第 7 項～第 9 項

②算定率の引き下げ:独禁法 7 条の 2 第 5 項、第 6 項

## 【入札談合に対する他の措置】

### [1] 官製談合

「公共工事等をめぐる入札談合は一向に減少しない。課徴金や刑事罰をもってしても根絶することは難しそうである。一連の規制のなかで明らかになってきたことは、事業者による談合に、しばしば発注者側が関与している(官製談合)ということである。秘密にすべき入札情報(入札時期・規模、予定価格等)を事前に提供する、談合を黙認、あるいは積極的に支持する、便宜を図るといものである。さらには、発注者側が受注予定者を一方的に指定し、談合を促す(いわゆる「天の声」)ことまで行われている。官製談合の背景には、公共工事に依存する地方の中小企業の保護、政治家と企業の癒着、天下り等を通じた官と民の共同体等、様々な原因が絡んでいる。」<sup>18</sup>

[2] 入札談合等関与行為防止法(入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律)

①「公正取引委員会は、…入札談合等につき入札談合等関与行為<sup>19</sup>があると認めるときは、各省各庁の長等に対し、当該入札談合等関与行為を排除するために必要な入札及び契約に関する事務に係る改善措置(以下単に「改善措置」という。)を講ずべきことを求めることができる。」(3 条 1 項)

⇒ 改善措置を求められた発注者(各省庁・地方公共団体等)の長に、調査・公表・賠償請求・処分等の義務が生じる。(4 条～6 条)

②「職員が、その所属する国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他の契約の締結に関し、その職務に反し、事業者その他の者に談合を唆すこと、事業者その他の者に予定価格その他の入札等に関する秘密を教示すること又はその他の方法により、当該入札等の公正を害すべき行為を行ったときは、五年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金に処する。」(8 条)

<sup>17</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 8 版』149 頁(和田健夫)(有斐閣、2016 年)

<sup>18</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 8 版』138 頁(和田健夫)(有斐閣、2016 年)

<sup>19</sup> 入札談合等関与行為防止法 2 条 5 項に定義されている

## [3] 発注者による金員の支払請求

[3-1] 民法 709 条もしくは独禁法 25 条による損害賠償請求、民法 703 条に基づく不当利得返還請求

## [3-2] 発注者と落札者との請負契約約款における賠償金の定め

## ①約款の定め例

「乙が本件契約の当事者となる目的でした行為に関し、…独禁法…の規定に違反する行為があったとして排除措置命令又は課徴金納付命令…が確定した場合、乙は、甲に対し、不正行為に対する賠償金として、請負金額の 10 分の 2 相当額を甲〔川崎市〕の指定する期限までに支払わなければならない」。

## ②最二小判平成 26 年 12 月 19 日判時 2247 号 27 頁の概要

本件で乙は、共同事業体を構成する複数の建設業者(A 及び上告人)であった。A に対する排除措置命令及び課徴金納付命令は確定したが、上告人がこれらの命令を争っている段階において、発注者は上告人に対して賠償金を請求できるかが争点。結論として否定。

③最高裁の判旨<sup>20</sup>

「本件賠償金条項における賠償金支払義務は、飽くまでも「乙」に対する排除措置命令等の確定を条件とするものであり、…「乙」が「A建設又は上告人」を意味するのか、それとも「A建設及び上告人」を意味するのかは、文言上、一義的に明らかというわけではない。」

「被上告人は、…不正行為に関与せずに排除措置命令等を受けていない構成員や、排除措置命令等を受けたが不服申立て手続をとって係争中の構成員にまで賠償金の支払義務を負わせようというのであれば、少なくとも、上記「乙」の後に例えば「(共同企業体にあつては、その構成員のいずれかの者をも含む。)」などと記載するなどの工夫が必要であり、このような記載のないままに、上記「乙」が共同企業体の構成員のいずれかの者をも含むと解し、結果的に、排除措置命令等が確定していない構成員についてまで、請負金額の 10 分の 2 相当額もの賠償金の支払義務を確定的に負わせ、かつ、年 8.25%の割合による遅延損害金の支払義務も負わせるというのは、上記構成員に不測の不利益を被らせることにもなる。」「したがって、本件賠償金条項において排除措置命令等が確定したことを要する「乙」とは、本件においては、本件共同企業体又は「A建設及び上告人」をいうものとする点で合意が成立していると解するのが相当である。」<sup>21</sup>

## [4] 住民訴訟:地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号

地方公共団体の長または職員を被告として、談合当事者に損害賠償又は不当利得返還の請求をするよう求める請求。住民監査請求を先に行う必要がある。

## [5] 指名停止

[5-1] 「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領中央公共工事契約制度運用連絡協議会モデル」の運用申合せ

## 7 モデル別表第 2 関係

- 一 「代表権を有すると認めるべき肩書」(第 1 号関係)とは、専務取締役以上の肩書をいうものとする。
- 二 独占禁止法第 3 条に違反した場合(第 5 号から第 7 号まで及び第 1 2 号イ)は、次のイからニまでに掲げる事実のいずれかを知った後、速やかに指名停止を行うものとする。
  - イ 排除措置命令
  - ロ 課徴金納付命令
  - ハ 刑事告発
- 二 有資格業者である法人の代表者、有資格業者である個人又は有資格業者である法人若しくは個人の代理人、使用人その他の従業者の独占禁止法違反の容疑による逮捕

<sup>20</sup> 民法改正との関係で本判決の位置付けについては、曾野裕夫「解説」ジュリ 1492 号 67 頁(2016 年)

<sup>21</sup> 補足意見によれば、判旨の挙げる事情は、上告人が、談合に関与していることが確定していない段階でも賠償金支払義務を負うなど予測し了承していたとはいえないことを裏付ける。

[5-2] 最近の例

平成 24 年 10 月 30 日  
九州地方整備局

◎独占禁止法違反の下記業者について、下記期間、九州地方整備局発注の一般競争入札の参加資格の停止及び指名競争入札等における指名停止を実施しました。

指名停止措置の概要

1. 指名停止措置業者名：① 積水化成工業株式会社  
業者の住所：大阪府大阪市北区西天満 2-4-4  
② 太陽工業株式会社  
大阪府大阪市淀川区木川東 4-8-4  
③ アキレス株式会社  
東京都新宿区大京町 2-2-5
2. 指名停止措置期間：平成 24 年 10 月 30 日 ～ 平成 25 年 2 月 28 日  
(4ヶ月)
3. 指名停止措置の範囲：九州地方整備局管内
4. 事実概要  
公正取引委員会は、EPS ブロックの製造業者及び販売業者に対し、独占禁止法の規定に基づいて審査を行ったところ、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、平成 24 年 9 月 24 日、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。
5. 指名停止措置理由  
当該業者たる上記業者が独占禁止法に違反していたことは、「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領」及び「地方整備局（港湾空港関係）所掌の工事請負契約に係る指名停止等の措置要領」（以下「指名停止措置要領」という。）別表第 2 第 5 号（下記参照）に該当する。

<指名停止措置要領別表第 2 >

措 置 要 件	期 間
1～4 省略 (独占禁止法違反行為)	
5 当該地方整備局が所管する区域内において、業務に関し独占禁止法第 3 条又は第 8 条第 1 項第 1 号に違反し、工事の請負契約の相手方として不適当であると認められるとき（次号及び第 12 号に掲げる場合を除く。）。	当該認定をした日から 2ヶ月以上9ヶ月以内
6～16 省略	