

経済法 第7回 05/31

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ものである。…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。」¹

これに加えて、「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。」「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」や「将来に向かっての違反行為の繰返しを禁止すること」が、「必要な措置」に含まれる。²

[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。」³

[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七年を経過したときは、この限りでない。」⁴

[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

¹ 今村成和『独占禁止法入門〔第4版〕』75頁(有斐閣、1993年)。

² 今村・入門75-76頁。

³ 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)。

⁴ 7条2項各号にあるように、排除措置命令の名宛人には、「当該行為をした事業者」のほか、合併後の法人や「当該行為に係る事業の全部又は一部」を承継した者など、自身は違反行為をしていない者も含まれる(平成21年改正による対象の拡大)。

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。」⁵

[2-3] 除外期間(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が、同改正でいずれも3年とされた。令和元年改正(2020年12月25日施行)で排除措置命令(7条2項ただし書)、課徴金納付命令(7条の8第6項)のいずれについても7年になった。

[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…であつて、商品若しくは役務の対価に係るもの又は商品若しくは役務の供給量若しくは購入量、市場占有率若しくは取引の相手方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をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、第一号から第三号までに掲げる額の合計額に百分の十を乗じて得た額及び第四号に掲げる額の合算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 当該違反行為(商品又は役務を供給することに係るものに限る。以下この号において同じ。)に係る一定の取引分野において当該事業者及びその特定非違反供給子会社等が供給した当該商品又は役務…並びに当該一定の取引分野において当該事業者及び当該特定非違反供給子会社等が当該事業者の供給子会社等に供給した当該商品又は役務…の政令で定める方法により算定した、当該違反行為に係る実行期間における売上額

二 当該違反行為(商品又は役務の供給を受けることに係るものに限る。以下この号において同じ。)…に係る実行期間における購入額

三 当該違反行為に係る商品又は役務の全部又は一部の製造、販売、管理その他の当該商品又は役務に密接に関連する業務として政令で定めるものであつて、当該事業者及びその完全子会社等(当該違反行為をしていないものに限る。次号において同じ。)が行つたものの対価の額に相当する額として政令で定める方法により算定した額

四 当該違反行為に係る商品若しくは役務を他の者…に供給しないこと又は他の者…から当該商品若しくは役務の供給を受けないことに関し、手数料、報酬その他名目のいかんを問わず、当該事業者及びその完全子会社等が得た金銭その他の財産上の利益に相当する額として政令で定める方法により算定した額」

[3-1] 課徴金額の計算方法

減算前課徴金額

$$\text{課徴金額} = \text{合算額} \times \text{割増} \times \text{減算}(1 - a - b)$$

[7条の2] [7条の3] [7条の4, 7条の5]

[3-2] 制度趣旨

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。」⁶

②最三小判平成17年9月13日民集59巻7号1950頁⁷

「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

⁵ 同旨の判決として、樋下建設(株)ほか2名による審決取消請求事件・東京高判平成24年12月20日、ケイラインロジスティックス(株)による審決取消請求事件・東京高判平成24年10月26日など。

⁶ 岸井大太郎ほか『経済法第8版補訂』143-144頁(和田健夫)(有斐閣、2019年)。

⁷ 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。

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。」

③「…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。」⁸

[3-3] 7条の2による課徴金額(合算額)の算定方法

①売上額・購入額にかかる課徴金(7条の2第1項1号及び2号):違反行為をした事業者(及び違反行為者から指示を受けまたは情報を得た非違反完全子会社等)の、「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、0.1を⁹(中小事業者の場合には0.04を¹⁰)かけて計算する。……後述

②当該商品役務に密接に関連する業務にかかる課徴金(7条の2第1項3号):違反行為をした事業者(及びその非違反完全子会社等)が、当該商品又は役務の供給の全部又は一部を行わないことの見返りとして、他の商品又は役務を、他の違反事業者(又はその非違反完全子会社等)に供給した場合¹¹の「対価の額に相当する額」に、0.1(中小事業者の場合には0.04)をかけた金額……工事の受注を譲る代わりに同工事の下請工事を受注・施工する場合

③分配金にかかる課徴金(7条の2第1項4号):違法行為をした事業者(及びその非違反完全子会社等)が、当該違反行為に係る商品若しくは役務を供給しないこと(違反者が買い手の場合には供給を受けないこと)に関して得た「金銭その他の財産上の利益に相当する額」

[3-4] 「当該商品又は役務」¹²

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」。¹³

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。

⁸ 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、ブラジルとされる。このほか、英国もカルテルに対する刑罰を(課徴金に加えて)2003 年以降導入しているが、射程を狭めるための改正が行われている。

⁹ 令和元年改正前は業種ごとに基本算定率が定められていた(小売業 0.03、卸売業が 0.02 でそれ以外は 0.1)。そのため事業者ごとに一つの業種判定が行われた。「法 7 条の 2 第 1 項及び施行令(5 条 1 項前段及び 6 条 1 項)が実行期間における違反行為の対象商品又は役務の売上額(対価を合計した結果としての売上額)に、…1 つの課徴金算定率を乗じることを予定している(「1 違反行為 1 算定率」ということができる。)のは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準が明確であることが望ましく、また、課徴金制度の積極的かつ効率的な運営により法違反行為の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ことが考慮されたものと解される。したがって、このような法及び施行令全体の趣旨からして、売上額を業種ごとに分別して、それぞれに業種に応じた課徴金算定率を乗じた上で、その結果を合算するとの方式を予定しているとは到底解されないし、そのような解釈は、課徴金算定を複雑煩瑣なものとし、法の趣旨にそぐわないものといわざるを得ない。」昭和シェル石油(株)による審決取消請求事件・東京高判平成 24 年 5 月 25 日審決集 59-2 卷 1 頁。

¹⁰ 7 条の 2 第 2 項。令和元年改正で本文に括弧書きが追加されており、グループ企業も含めて中小企業該当性を厳格に判断する。

¹¹ 以上につき、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令 6 条 1 項を参照。4 号(分配金)と区別するために、他の事業者等が「当該違反行為に係る商品又は役務を供給するために必要とされるもの」に限定されている。

¹² 岸井大太郎ほか『経済法[第 9 版補訂]』137-139 頁(中川晶比兒)(有斐閣、2022 年)。

¹³ 根岸・舟田 331 頁。

[3-5] 売上額(購入額)

①違反行為をした事業者(合意主体)の売上額だけでなく、当該事業者から「指示を受け、又は情報を得た上で、…当該商品又は役務を供給した」グループ会社(特定非違反供給子会社等、2条の2第7項¹⁴)の売上額も含む。

②当該事業者及び特定非違反供給子会社等が、当該事業者から指示や情報を得ていない供給子会社等を経由して一定の取引分野に供給している場合には、その川上での売上額を対象に含める。当該事業者と特定非違反供給子会社の間で当該商品又は役務の販売があった場合には、川下の売上額だけを課徴金対象とする。

[3-6] 実行期間

①独禁法2条の2第13項

「この章において「実行期間」とは、第七条の二第一項…に規定する違反行為をした事業者に係る当該違反行為の実行としての事業活動を行つた日(当該事業者に対し当該違反行為について第四十七条第一項第一号、第三号若しくは第四号に掲げる処分、第百二条第一項若しくは第二項に規定する処分又は第百三条の三各号に掲げる処分が最初に行われた日(当該事業者に対し当該処分が行われなかつたときは、当該事業者が当該違反行為について事前通知を受けた日)の十年前の日前であるときは、同日)から当該違反行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間をいう。」¹⁵

②「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。」¹⁶

③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ることの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。」

④違反行為者ごとに認定される:

《具体例》植野興業(株)ほか6名による審決取消請求事件・東京高判平成30年11月30日

「原告植野興業及び同高野建設は、平成22年3月24日の本件立入検査後は、本件違反行為を行っていないが、同日前に行われた一般競争入札に基づく最後の契約を同月30日に締結している。…違反事業者に対し金銭的不利益を課すことによって違反行為を防止するという課徴金制度の趣旨に照らすと、「実行期間」の終期である「実行としての事業活動がなくなる日」とは、違反行為の終了日ではなく、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をいうものと解される。そうすると、原告植野興業及び同高野建設については、違反行為終了前に行われた一般競争入札に基づく最後の契約が締結された平成22年3月30日をもって「実行としての事業活動がなくなる日」(実行期間の終期)と認定するのが相当である。」

[3-7] 7条の3による課徴金額の算定方法

課徴金額 = 合算額 × 1、合算額 × 1.5、合算額 × 2 (7条の3第1項～第3項)

繰り返し違反、主導的役割、違反行為をやめて調査に協力する他の事業者に対する妨害など

¹⁴ 事業者の完全子会社、完全親会社、孫会社、兄弟会社を含む(2条の2第3項)。詳しくは岸井大太郎ほか『経済法[第9版補訂]』134-135頁(中川晶比呂)(有斐閣、2022年)を参照。

¹⁵ 括弧内は、実行行為の始期が「当該事業者」に対する調査開始日の10年前よりもさらに昔に遡る場合には、始期を調査開始日の十年前の日とするという趣旨。実行期間以外の文脈(7条の3の繰り返し違反、7条の4の減免申請)では、「当該違反行為に係る事件についての調査開始日」という表現が用いられる。大久保直樹「新法解説 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を改正する法律」法教470号60頁注7(2019年)。

¹⁶ 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)。

[3-8] 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。減免制度が機能するためには、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、コンプライア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」。¹⁷

[3-9] 7条の4による課徴金額の算定方法: 減算前課徴金額 $\times(1-a)$

【調査開始日前】

- ①課徴金額=0.....(調査開始日前最初の申請、7条の4第1項)
- ②課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-0.2)$(調査開始日前2番目の申請、7条の4第2項)
- ③課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-0.1)$(調査開始日前3番目の申請、7条の4第2項)
- ④課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-0.1)$(調査開始日前4-5番目で公取委が把握していない事実の報告または資料の提出があった場合、7条の4第2項)
- ⑤課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-0.05)$(調査開始日前6番目以降の申請、7条の4第2項)

【調査開始日以後】¹⁸

- ⑥課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-0.1)$(調査開始日前の申請の5位までが空いている場合の、調査開始日以後に公取委が把握していない事実の報告または資料の提出があった場合。3社まで。7条の4第3項)
- ⑦課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-0.05)$ (調査開始日以後の申請、7条の4第3項)

※ 調査開始日前、調査開始日以後のいずれについても、減免申請ができる事業者数の上限を令和元年改正で撤廃。

[3-10] 7条の5による課徴金額の算定方法: 減算前課徴金額 $\times(1-a-b)$

- ①課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-a-b)$(7条の4第2項による調査開始前の報告事業者、7条の5第3項) ⇒ bは最大0.4で公取委と事業者が合意した割合による(7条の5第1項2号イ)¹⁹
- ②課徴金額=減算前課徴金額 $\times(1-a-b)$(7条の4第3項による調査開始日以後の報告事業者、7条の5第3項) ⇒ bは最大0.2で公取委と事業者が合意した割合による(7条の5第1項2号ロ)

※ 7条の4に基づく減免申請を行った事業者が、公取委との協議を申し出ることによって手続が開始。事業者は公取委の求めに応じて事実の報告、資料の提出、検査の承諾を行うことが、減額を認められる条件となる。²⁰事業者と

¹⁷ 岸井大太郎ほか『経済法第8版補訂』151頁(和田健夫)(有斐閣、2019年)。

¹⁸ 当該違反行為に係る事件についての調査開始日から起算して20日を経過した日(課徴金の減免に係る事実の報告及び資料の提出に関する規則8条)までに事実の報告及び資料の提出を行う必要あり。

¹⁹ 令和元年改正でbの減算が追加されたのは、「減免申請をしたものの、必要最低限の報告しか行わず、非協力的な対応を採る事業者が少なからず発生するという問題」に対処するためであり、「例えば、調査開始日前2番目の減免申請者に対しては、減免申請順位に応じた減算率を20%、調査協力の度合いに応じた減算率の上限を40%として2倍の差を設けることとされた。」松本博明・荻原泰斗「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を改正する法律」(令和元年改正)等について」NBL1154号30頁(2019年)。「調査協力の度合いに応じた減算率については、申請順位と関連付けて設定する必要はなく、同程度の調査協力をした者については同程度の減算率を追加することが適当であると考えられる…」同上。

²⁰ 事業者が公取委の追加報告等の求めに応じることで新たな事実又は資料を把握する場合が考えられるため、通常は特定割合(7条の5第1項2号)ではなく特定割合にさらに上乗せた評価後割合(7条の5第2項2号)の合意を公取委が求めるとされる。「調査協力減算制度の運用方針」3(2)イ(令和2年9月2日)。特定割合は公取委との合意の時点で減算率が特定されるが、評価後割合は合意後に公取委が決定する。7条の4に基づく事実の報告及び資料の提出が、事件の真相の解明に資する程度は、特定割合において評価される。7条の4に基づく報告等が十分なために7条の5に基づく協力がほとんど不要場合でも、7条の5による減算率は最大限与えられるという。天田弘人・布村真里「独占禁止法改正法の施行に伴い整備する公正取引委員会規則等について」公正取引839号7頁(2020年)。

公取委で合意が成立しなかった場合には、協議の際に記録した文書その他の物件を証拠としてはならない(7条の5第7項)

※ 課徴金減免申請をした事業者に失格事由(報告内容や資料に虚偽がある、他の違反事業者違反行為を強要しまたは違反行為をやめることを妨害した、他の事業者による減免申請を妨害した、減免申請を行ったことを第三者に明らかにした等²¹⁾)がある場合には、7条の4及び7条の5による減額いずれについても認められない(独禁法7条の6)。

[3-11] 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)。²²⁾

[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」

[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」1(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って、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事実の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4第1項の規定による事実の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事実の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。」

²¹⁾ 公取委による追加報告の求め(7条の4第6項)に応じない場合の減免失格は、調査開始前1番目の減免申請者にのみ適用される。

²²⁾ 「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。

[4-4] 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っ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。」²³

「課徴金と刑事罰との関係」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²⁴等)。」²⁵

【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、便宜を図るというものである。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。」²⁶

[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²⁷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、調査結果の公表、賠償請求、懲戒処分をすることができるかどうかの調査及び結果公表の義務が生じる。(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)

⇒ 8条の構成要件には入札談合等が含まれていないので、入札談合等関与行為以外も処罰対象となる。²⁸

[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:札幌市建設工事請負契約約款55条

「受注者は、この契約に係る入札に関して、次の各号のいずれかに該当したときは、契約金額(この契約締結後、契約金額の変更があった場合には、変更後の契約金額)の10分の2に相当する額を発注者に支払わなければならない。この契約による工事が完成した後においても、同様とする。

²³ 独禁研報告書第2の2(平成29年4月25日)。

²⁴ 現行規定は7条の7である。同様の規定が独禁法63条1項にもある。

²⁵ 独禁研報告書案第3の12(1)ア(ウ)(平成29年4月25日)。

²⁶ 岸井大太郎ほか『経済法第8版補訂』140頁(和田健夫)(有斐閣、2019年)。

²⁷ 入札談合等関与行為防止法2条5項に定義されている。

²⁸ 公正取引委員会「入札談合の防止に向けて」Q19(2018年)。

(1) 公正取引委員会が、受注者に違反行為があったとして私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律…
第49条に規定する排除措置命令(排除措置命令がなされなかった場合にあっては、同法第62条第1項に
規定する納付命令)が確定したとき。…

4 前3項の規定は、発注者の受注者に対する損害賠償請求を妨げるものではない。²⁹⁾

②談合企業が共同企業体として受注した場合には、共同企業体を構成する事業者のうち、排除措置命令または課
徴金納付命令が確定した事業者に対してのみ違約金の請求が可能。最二小判平成26年12月19日判時2247号
27頁³⁰⁾

[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12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
- ニ 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

²⁹⁾ 違約金条項が損害賠償額の予定と解釈される場合、実損害額が違約金を上回る場合でも、超過分を請求できない。東京高判平成23年9月9日審決集58-2巻292頁。国土交通省の「工事請負契約書の制定について」(令和2年3月17日国地契第63号、国北予第49号)54条の2(A)第5項では、「発注者に生じた実際の損害の額が違約金の額を超過する場合において、発注者がその超過分の損害につき賠償を請求することを妨げない。」としている。

³⁰⁾ A建設会社と上告人が共同事業体を構成していたところ、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、発注者が上告人に対して賠償金を請求できるかが争われ、否定された事案。