

# 独占禁止法による垂直的制限規制の比較法的研究

( 課題番号 15530046 )

平成 15 年度 ～ 平成 17 年度 科学研究費補助金 (基盤研究 C (一般))

## 研 究 成 果 報 告 書

平成 18 年 3 月

研究代表者 土田和博 (早稲田大学法学学術院教授)

## 研究組織

研究代表者 土田和博（早稲田大学法学学術院教授）

## 研究経費

平成 15 年度	800 千円
平成 16 年度	700 千円
平成 17 年度	700 千円

計 2200 千円

## 研究論文

- 土田和博「店舗別契約制と独占禁止法」（書き下ろし）
- 土田和博「店舗別契約制の独禁法上の評価・再論」（書き下ろし）
- 土田和博「独占禁止法の継受に関する研究序説—不公正な競争方法の制定過程を中心に」、広渡清吾・大出良知・川崎英明・福島至編『民主主義法学・刑事法学の展望（下巻）』（2005 年 12 月、日本評論社）
- 土田和博「行政制裁金制度」、日本経済法学会年報 26 号『独占禁止法改正』（2005 年 9 月、有斐閣）

## 研究報告

- 土田和博「日本における独占禁止法の継受—不公正な競争方法と公正取引委員会の設置を中心に」（民主主義科学者協会法律部会、2004 年 9 月、於北海道登別市）
- 土田和博「行政制裁金制度」、2005 年度日本経済法学会（2005 年 10 月、於松山市）

土田和博（早稲田大学）

はじめに

第2次世界大戦後、アメリカを中心とした連合国の占領下に独占禁止法（「私的独占及び公正取引の確保に関する法律」1947年法54号）が制定されてから半世紀以上が経過した。重要産業統制法など戦前のカルテル容認・強制立法から正反対の原理に立つ経済基本法が制定されたのである。原始独禁法の制定過程には連合国最高司令官総司令部（GHQ/SCAP）の経済科学局（ESS）や民政局（GS）などが強い影響力を行使しており、アメリカ反トラスト法をモデルとして同法が制定されたことが明らかである。しかし、そのことは、必ずしも日本側の交渉担当者が全く理解できないままに反トラスト法制を移植したことを意味しないだけでなく、日本側が確保したいと考えた目的をある程度達成することができるほど反トラスト法を理解していたことをも示している<sup>1</sup>。その意味で、原始独禁法の制定過程に関する従来の理解が、アメリカ側の提示した案（カйм案）や総司令部の見解を日本側がほとんどそのまま受け容れたというものであれば、そのような理解は修正される必要がある。

独占禁止法の制定過程に関する研究は、さまざまな問題関心からアプローチしうる<sup>2</sup>。例えば、現在の独禁法上の制度や基礎概念について、その制度の趣旨や文言の解釈を原点に立ち返って見直してみようという問題関心がある（原意の確認）。あるいはまた、近年、アジア諸国、開発途上国、旧社会主義国などに独占禁止法・競争法が制定されつつあるが、アメリカ反トラスト法を日本は「どのように」導入したのかを研究して受入国の参考としたいという法整備支援に絡む問題関心もありうる。これは、コモンローをいかに大陸法系に移植したのかという問題であるとともに、先進資本主義国の経済基本法を経済的には発展途上国以下の敗戦国がどのように受け入れ、血肉化していったか（否か）という問題関心でもある。これらは、いずれも極めて重要な問題であるが、本稿は、これらを視野に収めつつも直接にはやや異なった観点からアプローチすることとしたい。それは、競争法の整合化・ハーモナイゼーションの必要性から唱えられる「法継受の失敗論」にどのように応答するかという視点である。以下、この議論を紹介した後、このような観点からアプローチする本稿の主たる対象と課題を整理したい。

<sup>1</sup> H. First, *Antitrust in Japan: the Original Intent*, 9 Pacific Rim L. & Policy 1 (2000).

<sup>2</sup> 独禁法制定過程に関する近年の研究として、泉水文雄「独禁法上の基本概念の立法史的検討」『独占禁止法と競争政策の理論と展開』61頁（1999年）、田村次朗「独占禁止法における不当な取引制限規制の再構築—起草過程および運用の批判的検討—」法学研究（慶應義塾大学）74巻9号1頁、岡田外司博「独禁法と民事救済」法律時報1999年10月号42頁、同「独禁法上の損害賠償制度の起草過程（1）」法学論集（駒澤大学）60号217頁、堀越芳昭「独占禁止法適用除外制度の成立過程」経営情報学論集（山梨学院大学）5号183頁、同「独占禁止法適用除外制度に関する資料」同6号253頁、伊藤正次『日本型行政委員会制度の形成』（2003年）64頁以下、制定過程前後を対象として、来生新「独占禁止法制定前史」横浜国際経済法学11巻1号1頁、同「独占禁止法の56年」同12巻3号49頁、三和良一『日本占領の経済政策史的研究』（2002年、本書は第6章で1949年改正を扱うほか、「第2章 経済改革の研究史」に紹介された資料も大変参考になる）などがある。国立国会図書館には、合衆国公文書館（U.S. National Archives and Records Administration）から写真複写した3000万点ともいわれる連合国最高司令官総司令部の占領期文書が所蔵されているが、準備の関係上、今回はその一部しか利用できなかった（以下、GHQ/SCAP文書といい、局の略称とマイクロフィッシュの番号で引用する）。なお、文献の調査検索に当たって、早稲田大学法律文献情報センターのスタッフの方々の献身的な協力を受けることができた。記して感謝の意を表する。

## I 「日本独自の規制体系の形成」論

村上政博教授は、アメリカ反トラスト法と EC 競争法が 2 大競争法体系であり、これらにおいて共通して規制される行為類型と規制基準が「国際的に受け入れられている競争法体系<sup>3</sup>」を形成していると認識する。これに対比すると日本の独禁法は、①公正取引委員会という 1 施行機関しか存在しないのに、原始独禁法において 2 系統・2 本建ての実体規定を導入してしまったという原罪を負い、②原始独禁法の不公正な競争方法が 1953 年改正によって不公正な取引方法に変更され、これが企業結合規制や 6 条、8 条にも導入されたこと等を通じて日本特有の独禁法体系が形成されてしまったとする<sup>4</sup>。以下、①、②についてより詳しくみていこう。

### 1 法継受の失敗＝原罪論

村上教授によれば、米国反トラスト法は「司法省と連邦取引委員会という 2 つの施行機関を有し、各施行機関に施行権限を付与するために、2 系統、2 本建ての実体規制を設けている<sup>5</sup>」。ここで「2 系統、2 本建の実体規制」というのは、司法省によって執行されるシャーマン法 1 条（共同行為）、同 2 条（単独行為）、連邦取引委員会によって執行される連邦取引委員会法（以下、FTC 法という）5 条（不公正な競争方法等）、両者の共管に属するクレイトン法 7 条、8 条（企業結合）と 2 条（価格差別）、3 条（排他条件付取引・抱合せ）の各規制をさす。日本は公正取引委員会という単一の施行機関しか設置しなかったにもかかわらず、この 2 系統、2 本建ての実体規定を継受した。単一の施行機関しかないのであれば、シャーマン法 1 条を継受した不当な取引制限の禁止（2 条 6 項、3 条後段）、シャーマン法 2 条に対応する私的独占の禁止（2 条 5 項、3 条前段）、クレイトン法 7 条、8 条に対応する第 4 章規定で足り、あえて連邦取引委員会法 5 条とクレイトン法 2 条、3 条に基づく不公正な競争方法の禁止（1947 年当時）を導入する必要はなかったとされる。

2 系統、2 本建ての実体規定を継受した結果、日本の独禁法は、単独行為規制について私的独占と不公正な競争方法が、共同行為のうち垂直的制限について不当な取引制限と不公正な競争方法が重畳適用されることになり、各実体規定の規制範囲、役割分担について（不必要な）日本特有の議論が行われることとなった。

### 2 不公正な取引方法規制の独自性

1947 年の原始独禁法では「公共の利益に反する競争手段」として（旧）2 条 6 項に例示されていた不公正な競争方法が、1953 年改正において 2 条 7 項に列挙された行為類型であって公取委が指定したものをいうこととされ、その違法要件も「公正な競争を阻害するおそれ」（公正競争阻害性という）があるものとされた。その結果、私的独占、不当な取引制限が「競争を実質的に制限すること」を共通の違法要件とするのに対比して、「公正な競争を阻害するおそれ」は、これよりも「格段に低い違法性基準<sup>6</sup>」を定立したものと理解された。ここにおいて、日本では、競争の実質的制限と公正競争阻害性というダブルスタンダードが形成された。

また 1953 年改正は、従来、不公正な競争方法として例示されていた行為類型に加えて、取引上の優越的地位の濫用（2 条 7 項 5 号）および取引妨害（6 号）を追加した。取引妨害の規制はさほど進展しなかったが、取引上の優越的地位の濫用規制は、国際的技術導入取引における国内ランセンシーの保護、輸入総代理店取引における国内総代理店の保護、大規模小売業者との取引における商品納入業者の保護、下請取引における下請事業者の保護などにおいて用いられた。これらは、2 当事者間の個別取引上の制限を規制するものであり、行為の広がり、波及性・伝播性で正当化しようとしても市場における競争・競争秩序との関連性は乏しいため、公正競争阻害性をいっそう緩やかに解せざるを得なくなった。

<sup>3</sup> 村上政博「日本の競争法制の特質」経済法学会年報 17 号 127 頁（1996 年）。

<sup>4</sup> そのほかに、③初期の判例の誤謬も日本独自の独禁法体系が形成される要因となっているとされるが、この点の検討は省略する。

<sup>5</sup> 村上、注 3 の論文 128 頁。

<sup>6</sup> 村上政博『The Japanese Antimonopoly Act（日本の独占禁止法）』216 頁（2003 年）。

優越的地位の濫用規制が行われたこれらの取引類型のうち、前2者は歴史的役割を終えており、下請取引の規制も下請法のような細かな禁止規定は不要であるという<sup>7</sup>。

### 3 将来に向けた課題

以上のような認識に立って村上教授は、次のような課題を提起する<sup>8</sup>。独禁法体系を国際的な競争法体系に整合させるために、第1に、私的独占、不当な取引制限の実体要件である「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と不公正な取引方法の実体要件である「公正な競争を阻害するおそれ」について、前者の違法性レベルの引下げと後者の違法性レベルの引上げを通じて、同一レベルの違法性基準であると解し、現在のダブルスタンダードを解消すべきこと、第2に、不当な取引制限の規制は垂直的制限を含む共同行為を規制し、私的独占の禁止は単独行為を規制するという原始独禁法の取り扱いに戻り、その上で不公正な取引方法の禁止との関係については、単独行為、垂直的制限に関して私的独占規制、不当な取引制限規制と重複適用されることを認めるべきこと、第3に、優越的地位の濫用規制は競争法の中核部分とは別個に日本特有の規制として今後どのように取り扱うか検討すべきことであることである。

### 4 本稿の課題

以上のような議論は国際派の村上教授らしい示唆に富むものであるが、同時に多少の疑問も禁じえない。以下では幾つかの疑問のうち次のような点を本稿の課題として検討したい。第1に、どちらか1系統で足りたとすれば、なぜ、日本はFTC法・クレイトン法の系統ではなく、シャーマン法・クレイトン法の系統を導入することで足りたのかという疑問はさておき、日本は「2系統2本建て」の実体規定をそのままに重複する形で導入したのかという問題がある。つまり、アメリカでは価格カルテルなど共同行為はシャーマン法1条違反として司法省によって訴追されるとともに、FTC法5条違反としてFTCによって排除措置命令を受けてきたが、1施行機関しか持たない日本が、この点を意識しないまま、そのような重複的な運用を許す仕方を実体規定を導入したのかである。このような理由から原始独禁法の実体規定、とくに鍵となる不公正な競争方法を中心に制定過程を検討してみたい。この点は独禁法の体系的理解の一助となるかもしれない。

第2に、競争の実質的制限と公正競争阻害性という「ダブルスタンダード」についてである。確かに「公正な競争を阻害するおそれ」という文言は1953年改正で現れたものであるが、原始独禁法においても不公正な競争方法の規制基準は、私的独占などより低い違法性基準であるとの理解があったものと思われる。そうだとすれば、「ダブルスタンダード」は原始独禁法についてもいえることであるが、原始独禁法の複合的な規制基準は、日本に特有のものであったか、換言すれば、当時のアメリカ反トラスト法は「ダブルスタンダード」でなかったのかという問題がある。もし当時の反トラスト法の基準が複合的であるとすれば、それが日本に導入されたとしても不思議ではないからである。このような観

---

<sup>7</sup> そのほか、次のような指摘も行われている。不公正な取引方法は、1953年改正において、①第4章の企業結合規制の中で、会社の合併等が禁止される場合の1つとして「不公正な取引方法によるものである場合」を追加し（ただし、合併等が禁止される場合の1つとして「不公正な競争方法によるものである場合」を追加したのは1949年改正であり、「当該合併が不公正な競争方法によって強制されたものである場合」は原始独禁法当時から存在した（15条2項4号）—土田）、②第6条において、「不当な取引制限に該当する事項を内容とする」国際的契約に加えて、「不公正な取引方法に該当する事項を内容とする」ものも禁止され、③事業者団体の禁止行為を定める第8条において「事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること」が定められた。④協同組合の適用除外の例外として「不公正な取引方法を用いる場合」が規定された（旧24条）。これらについては、その必要性に疑問があり、長期的には削除することが望ましいとされる（注6の著書220頁）。

<sup>8</sup> 経済法学会年報135頁以下。

点から、FTC 法 5 条の制定以降、原始独禁法が成立するまでの主要な連邦最高裁判決と同法の改正を概観したい。

## II 原始独禁法における不公正な競争方法の成立

### 1 経緯<sup>9</sup>

(1) 敗戦後直後の 1945 年 11 月 6 日、連合国軍総司令部は覚書「持株会社の解体に関する件」(SCAPIN-244)を発し、その第 6 項において独占禁止法制定の指示を出した。日本側は、同年 12 月 20 日に商工省が SCAPIN-244 で要求された計画の第 1 次案を策定し、指令部に提出した。その「第 2 章 私的独占ノ排除其ノ他公正競争ノ維持ニ関スル法制ノ基礎構想」(産業秩序法案)の「第 1 節 不正競争ノ防止」として掲げていたものは、不正競争防止法(昭 9 法 14 号)上の不正競争類型であった<sup>10</sup>。その後、エドワーズ調査団が 1946 年 3 月 14 日に報告書を提出し、反トラスト法の制定を勧告する。これを受けて総司令部経済科学局反トラスト・カルテル課立法班長の Posey T. Kime<sup>11</sup>が同年 8 月にいわゆるカйм案<sup>12</sup>を日本側に提示した。

(2) カйм案は、日本側のほとんど誰もが予想できないような内容を含んでいた。大幅な修正を受けながらも原始独禁法において「不公正な競争方法」として取り入れられる基本となった 8 節、9 節、10 節は次のとおりである<sup>13</sup>。

#### 「8 節 違法とされる威迫、強制等

競争者の顧客、潜在的顧客を強迫すること、競争を減少させる目的で行う差別価格による販売若しくは掠奪的価格引下げ、供給、信用、流通への干渉若しくは遮断、その他の競争を排除し、若しくは妨げる意図または傾向のある政策、プログラム若しくは計画に従うことを強制し、そのおそれのある目的若しくは効果をもつすべての共同行為または単独行為は、これを違法とする。」

#### 「9 節 違法な不公正な競争方法

取引、産業および商業における不公正な取引または競争の方法は、これを違法とする。3 人委員会<sup>14</sup>は、

<sup>9</sup> 以下の叙述は、主として総合研究開発機構(NIRA)戦後経済政策資料研究会『経済安定本部戦後経済政策資料 財閥解体・集中排除関係資料(2)』(以下、関係資料 2 という)、『同(3)』(関係資料 3 という)(いずれも 1998 年)および大蔵省財政史室編『昭和財政史・第 2 巻』385 頁以下(1982 年、三和良一執筆)による。

<sup>10</sup> 大蔵省財政史室編『昭和財政史・第 2 巻』388-9 頁。ただし、この要綱は 3 倍賠償請求権を規定していた(同 389 頁)。

<sup>11</sup> カймの経歴等については、上杉秋則「カйм判事の実像を求めて」公正取引 553 号 30 頁以下を参照。

<sup>12</sup> H. First, *supra* note 1, n.162 at 35 (2000)によれば、カйм法案は少なくとも 2 案発見されている。関係資料 2 の 42 頁以下に収録されているものと GHQ/SCAP 文書、GS(B)-02138 (これと ESS(A)-03406 に収録されているものは同じ)に複写されているものとは目的規定、日付・署名の有無、長さなどがやや異なるが内容は大きく異なるため、以下では関係資料 2 に収録されている法案についてみる。

<sup>13</sup> カйм案の“Section”を「節」と、(1)等を「1 条」等と訳し、同じ条の中の各規定を「項」という。カйм案は Section 18 (執行)が長文で、Section 18 の中に 41 もの条があるためである。

<sup>14</sup> 公正慣行 3 人委員会 (Fair Practice Triumvirate : 司法次官および 2 名の司法次官補で構成される)。同委員会は「不公正な競争方法が行われており、審判開始が公共の利益に合致すると信ずるときは、かかる不公正な競争または取引慣行を実行し、用い、行う者に対し…審判開始決定書を発給し、送達しなければならない」(18 節 6 条)。3 人委員会の命令を修正、破棄できるのは「反独占公正取引慣行裁判所 (Antitrust and Fair Trade Practice Court) (18 節 13 条 : 3 名の終身判事による特別裁判所) であるが、その判決は憲法上の理由以外では上告制限を受ける最終審として構想された。8 節、10 節については同様の規定はないが、3 人委員会は、1 節から 20 節の規定 (ほとんどすべての規定) の執行を行うものとされたから (18 節 2 条 6 項)、9 節に規定された「不公正な競争方法」以外の行為についても執行権限を一般的に有していたといえよう。

ここに個人、組合、会社その他の法人が不公正な取引または競争の方法を用いることを禁止する権限を有し、義務を負う。かかる方法が公共の利益に影響するものである限り、現実の競争への影響は必要ではない。」

「10 節 競争者の商品を使用しないという合意に基づく販売

取引、産業もしくは商業に従事する者が、かかる取引、産業もしくは商業の過程において、商品、貨物、財貨もしくは秘密であると否とを問わず方法、工業所有権…その他の物を賃貸し、販売し、もしくは販売のために契約することは、…その賃借人もしくは購入者が賃貸人もしくは販売者の競争者の商品、貨物、財貨、製品その他の物資を使用せず、もしくは取扱わないという明示もしくは黙示の条件、合意もしくは了解に基づいて、これを行う場合、かかる賃貸、販売、販売のための契約…の効果が不当に競争を減殺する蓋然性があり、または独占を形成するおそれがあるときは、これを違法とする。その意図するところは、独占および制限を萌芽において禁止するにある。」

8 節のうち、競争を減少させる目的で行う差別価格による販売、掠奪的価格引下げは、クレイトン法 2 条と類似するが、その他は反トラスト法に対応する条項はない。9 節が FTC 法 5 条を、10 節がクレイトン法 3 条をモデルとしていることは言うまでもない（ただし、9 節、10 節のそれぞれ最後の文に対応する規定は、FTC 法、クレイトン法には存在しない）。

（3）これを受けて、日本側は商工省企画室が「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」（1946 年 11 月 8 日付け。以下、「法律案要綱」と略称する）を作成し、「第 2 章 不正な競争行為」を次のように規定した<sup>15</sup>。

「左の各号の一に該当する行為は、これを不正な競争行為とすること。」

1 「本邦において取引上広く認められる他人の氏名、商号、商標、商品の容器包装その他他人の商品であることを示す表示と同一若しくは類似のものを使用し…他人の商品と混同を生ぜしめる行為」、

2 「本邦において取引上広く認められる他人の氏名、商号、商章その他他人の営業であることを示す表示と同一又は類似のものを使用して、他人の営業上の施設又は活動と混同を生ぜしめる行為」、

3 「仮設又は潜用の商号に附随して、商品に、虚偽の原産地の表示をなし、又はこれを表示した商品を販売若しくは拡布して、原産地の誤認を生ぜしめる行為」、

4 「他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を陳述し、又はこれを流布する行為」、

5 「営業上自己と競争の立場にある者（以下、これを競争者といふ。）の顧客を強制して競争者の取引を減少又は自己の取引の拡大を生ぜしめる行為」、

6 「自己の商品又は役務の不当な廉売又は価格引下げにより、競争者の取引の減少又は自己の取引の増大を生ぜしめる行為」、

7 「競争者に対する物資、信用、労務又は役務の供給に干渉し、又はこれを制限することにより、競争の排除又は減少を生ぜしめる行為」、

8 「取引の相手方に対し、その競争者の物品を使用又は取引しないといふ契約又は了解に基き、その相手方の商品を賃貸若しくは販売し、価格を固定し、又は価格の割引若しくは割戻をなすことによって、不当に競争を制限し、又は独占を生ぜしめる虞のある行為」

1 号から 4 号までは不正競争防止法で禁止される不正競争の行為類型であり、5 号から 8 号まではカйм案をパラフレイズしたもののようである<sup>16</sup>。すなわち、5 号はカйм案 8 節の「競争者の顧客、潜在的顧客を強迫すること…その他の競争を排除し、若しくは妨げる意図または傾向のある政策…」を、6 号は、カйм案 8 節の「競争を減少させる目的で行う差別価格による販売若しくは掠奪的価格引下げ」を、7 号は同じくカйм案 8 節の「供給、信用、流通への干渉若しくは遮断…その他の競争を排除し、若しくは妨げる意図または傾向のある政策…」を、8 号はカйм案 10 節をそれぞれパラフレイズしたものではないかと考えられる。この要綱では、被害者の救済方法として、3 倍賠償請求権を規定する

<sup>15</sup> 関係資料 2 の 211 頁以下。

<sup>16</sup> 『カйм氏試案』を日本政府意見（1946 年 10 月 10 日に提出されたと思われる「経済秩序に関する示唆に対する非公式意見」—土田）の線で修正したうえで、前出の『産業秩序法案』に挿入したかたちになっている」（大蔵省財政史室編『昭和財政史・第 2 巻』423 頁）。

とともに、被害者の請求により、独占禁圧委員会は、違反行為の差止めまたは被害者の営業上の信用を回復するのに必要な処置をとることを命ずることができるとされていた。

(4) その後、経済安定本部は「独占禁止制度要綱」を数次にわたって作成する(以下、「制度要綱」という)。1946年12月5日付けの制度要綱「乙案<sup>17</sup>」によると、「第5 不正競争の禁止」において次のように規定した<sup>18</sup>。

「(一) 生産又は取引において不正な競争行為を行ってはならない。

(二) 左の如き行為は、これを不正な競争行為とする。

①類似商標の使用、②類似称号の使用、③虚偽の原産地表示、④競争者の信用毀損、⑤競争者の顧客の威迫強制、⑥ダンピング、⑦競争者への商品、信用等の供給に対する妨害

(三) 取引の相手方の競争者の物品を使用又は取引しない契約に基づいて、販売、賃貸、価格の固定、割引、割戻をすることは、不当に競争を制限し、又は独占を生ぜしめる虞あるときには、これを行ってはならない。」

不正競争防止法的類型のほかに、競争者の顧客の威迫強制、ダンピング、競争者への商品、信用等の供給に対する妨害が明示的に含まれている点では、前述の商工省企画室の法律案要綱と同じである。ただし、これとは異なっており、クレイトン法3条に対応する規定が、その他の類型とは書き分けられており、違法要件も相対的には反トラスト法に忠実である。救済については、被害者の請求または職権により独占禁止委員会がこれを差し止める措置を講じることとし、また被害者は「民法の一般原則により損害額だけ」(実額賠償)を請求できるものとされた。罰則の適用も肯定している。この制度要綱は総司令部に提示されたが、12月4日にカイムの後任に就いた Lester N. Salwin<sup>19</sup>によって拒絶され、より強力な完全な要綱を作成するよう指示されることとなった<sup>20</sup>。

(5) こうして独占禁止準備調査会幹事補佐として官僚らによる法案作成が本格化し、1947年1月28日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案) - 司令部に提出するもの」(9章94条、以下、試案という)の作成にいたる<sup>21</sup>。その第14条は以下のとおりである。

「事業者は、不当に自己の事業能力を拡張し又は競争者の事業活動を排除し若しくは支配する目的を以て競争手段として左の各号の一に該当する方法(以下、不正な競争方法という。)を用いてはならない。」

1「他の事業者から不当に物資、信用その他の経済上の利益の供給を受けず、又は他の事業者に不当に物資、信用その他の経済上の利益を供給しないこと」、

2「不当な差別対価を以て、物資、信用その他の経済上の利益を供給すること」、

3「不当に低い対価を以て、物資、信用その他の経済上の利益を供給すること」、

4「不当な利益又は不利益を以て、競争者の顧客を自己と取引するように勧誘し又は強制すること」、

5「相手方が自己の競争者から不当に物資、信用その他の経済上の利益の供給を受けないことを条件として、当該相手方と取引すること」、

6「前各号に掲げるものの外、不当に競争者の事業活動を妨げて公共の利益を害する競争手段」

この試案について特筆すべきは、違法要件として「不当に自己の事業能力を拡張し又は競争者の事業活動を排除し若しくは支配する目的を以て競争手段として」各行為類型に掲げられた行為をすることが定められたこと、この段階で不正競争防止法上の不正競争の

<sup>17</sup>「取締の徹底を期しつつ我国の事情を考慮して折衷した案」。これに対し、甲案は「我国の事情を考慮しつつ、主として取締の徹底に主眼点を置いて立案したもの」である。

<sup>18</sup> 関係資料2の284頁。

<sup>19</sup> L.N. Salwin, Japanese Anti-Trust Legislation, 32 Minnesota L.Rev.588(1948)に紹介されている経歴よれば、サルウィンは小規模軍需工場公社の法務官輔佐、外国人財産管理事務所の法務官室スタッフなどを歴任しているが、司法省反トラスト局や連邦動力委員会などに勤務したカイムと比較すると反トラスト法の知識や経験は少なかったものと思われる。

<sup>20</sup>大蔵省財政史室編『昭和財政史・第2巻』430頁

<sup>21</sup> 関係資料2の378頁以下。



各類型が削除されたこと、前記の経済安定本部「制度要綱」と比べると、取引拒絶と不当な顧客誘引が入ったが拘束条件付取引が入っていないこと、差別対価と不当な低価格供給が書き分けられていることがわかる。また 15 条は「前条の規定に違反する行為があるときは、独占禁圧委員会は、利害関係人の申立により又は職権を以て当該行為の差止を命ずることができる」とし、さらに 80 条 2 号は「第 14 条の規定に違反して不正な競争方法を用いた者」を「2 年以下の懲役又は 3 万円以下の罰金」に処するとしている（これは原始独禁法 4 条に規定された行為にほぼ対応する本試案 6 条の規定に違反する共同行為に対するのと同じ刑罰である）。しかし、この試案に対してもサルウィンは、なお不十分な案であるとして同年 2 月中に極めて精力的に司令部の修正意見を提示した<sup>22</sup>。

（6）不公正な競争方法との関係で触れておかなければならないそれ以後の経過は次のとおりである。1947 年 3 月 9 日付けの第 3 次修正案において、2 条 6 項で定義し、18 条で事業者を名宛人として禁止するという原始独禁法のスタイルになる。すなわち 2 条 6 項は「この法律において、不公正な競争方法とは、事業者が不当に自己の事業能力を拡張し、又は競争者の事業活動を排除し、若しくは支配する目的を以て行う左の各号の一に該当する行為をいう」とし、取引拒絶（1 号）、差別対価（2 号）、不当な低価格供給（3 号）、不当な顧客誘引（4 号）、排他条件付取引（5 号）、不当な拘束条件付取引（6 号）、その他「公共の利益に反する競争手段」で公取委が指定するもの（7 号）とした<sup>23</sup>。この段階で第 6 号に不当な拘束条件付取引・役員選任への干渉が入った<sup>24</sup>。また 3 月 15 日付の第 5 次修正案にいたって、「不当に自己の事業能力を拡張し、又は競争者の事業活動を排除し、若しくは支配する目的を以て行う」という文言が削除され、定義規定については原始独禁法の形になった。さらに、第 5 次修正案までは存在した不公正な取引方法に対する罰則は、3 月 18 日に閣議決定された国会提出原案からは削除されている。つまり、3 月 15 日から 18 日の間に（おそらくは総司令部の指示で<sup>25</sup>）刑事罰が削除された。

## 2 小括

以上の経緯からいえることは以下のとおりである。第 1 に、原始独禁法における不公正な競争方法の位置づけについてである。当初、商工省は不正競争防止法に定められていた諸類型に囚われていたが、これを完全に脱して、原資独禁法の定義する不公正な競争方法に近づくのが 1947 年 1 月 28 日付の「試案」である。この試案の特徴の 1 つは、「不当に自己の事業能力を拡張し又は競争者の事業活動を排除し若しくは支配する目的を以て競争手段として」各号に掲げられた方法を用いることを「不正な競争方法」と定義していることである（14 条）。不正競争（unfair competition）との性格の違いを明示するため挿入された規定とも考えられるこの文言は、同年 3 月 9 日の第 3 次試案以後は削除されたが、し

<sup>22</sup> 1947 年 2 月 21 日付の司令部意見「独占禁止法に対する修正意見（3）」では、「合併をなすに当り不法な競争方法を用い又は F.T.C 法（改正法）の規定に違反したことの無いこと」および不公正な競争方法に「六 不正な広告、他人の信用、名誉を毀損すること」だけでなく、再度「七 スタイル、デザインを模倣すること、八 その他委員会により定められるべき個々の産業に関する細則にて定義されるべき不正競争方法」を追加するよう要請された（大蔵省財政史室編『昭和財政史・第 2 巻』438-40 頁（1982 年））。前者の意見は原始独禁法 15 条 2 項 4 号として反映されたが、後者は実現しなかった。

<sup>23</sup> 関係資料 3 の 9 頁以下。

<sup>24</sup> この 6 号の追加は日本側によるものであって、サルウィンの指示に応じて行ったものではないという（First, *supra* note 1, at 64-5）。

<sup>25</sup> 経済安定本部の 1947 年 3 月 15 日付の英文による法案（GHQ/SCAP 文書、ESS(C)-09594）は、日本側が第 5 次修正案をさらに改訂してアメリカ側の承認を得た上閣議決定する予定で作成されたものと考えられる。その法案の第 90 条は「第 19 条の規定に違反して不公正な取引方法（unfair methods of trade）を用いた者」（4 号）を含めて 2 年以下の懲役または 3 万円以下の罰金に処することとしていたが、おそらくアメリカ側が、この 4 号のみを傍線を引いて削除している（同文書）。

かし、このような性格づけは後にまで残り、制定後の原資独禁法の解説において、不公正な競争方法を主として私的独占の補完規定とする位置づけを導く要因の1つになったものと思われる。

第2に、不公正な競争方法とその他の規定との重複関係である。原始独禁法において、不公正な競争方法は、2条6項で定義された6つの行為類型と「公共の利益に反する競争手段」として公取委によって指定されるものという形で、ある程度明確に行為類型が示された。これはFTC法5条の「不公正な競争方法 (unfair methods of competition)」が意図的に定義されなかったのと対照的である。そのために、連邦取引委員会がFTC法5条によって価格カルテルを差し止めたような運用は、日本では行われなかった（ボイコットについては後に触れる）。

このように不公正な競争方法の定義規定を設けた理由の1つは、大陸法的思考に馴染んだ日本では禁止対象となる行為をある程度明確に定義せざるをえなかったというものであろう。しかし、それだけでない重要な背景が潜んでいた。1946年12月16日に日本側は「反トラスト法の解釈に関する問題」と題する質問書を司令部に提出したが、その中で次のように極めて的確な意見を述べている<sup>26</sup>。すなわち、不公正な競争方法には2種類あり、1つは独占又は取引制限を狙いながら実現しなかった行為（商品又は役務の価格の低廉さや品質の良さによらずに競争を減殺する慣行）であり、他の1つは競争の実質的減殺とは無関係に顧客や競争者に著しい悪影響を及ぼす競争方法であるとした上で、Brooking Institution 出版の *Government and Economic Life* を引用しながら<sup>27</sup>、後者はビジネス界における倫理を維持しようとするものであるが、日本では fraud や blackmailing のような行為を刑事処罰する他の法律があり、これと重複することを理由に独禁法では前者のみを規制すべきではないかと日本側は示唆した。さらにカйм案の価格差別と抱合せ・排他的契約に関する規定について、日本側はクレイトン法の立法過程に言及し、これらの行為が unfair methods of competition でもあることから FTC 法と重複することを理由に、上院で一旦削除された経緯があること<sup>28</sup>、シャーマン法、クレイトン法はこれらの行為を規制する場合、競争に及ぼす影響を立証する必要があるのに、FTC 法5条においてはそうでないことを示し、カйм案は3つの反トラスト立法と完全には明確でない判例法を一つの法律に投げ込むことによって、重複と違法性基準の混乱を生ぜしめようとしていると述べて、カйм案における不公正な競争方法の規定とこれらの行為を規制する他の規定との関係を質した。以上のような事実は、日本側の反トラスト法理解が相当程度に達していたことを示すと同時に不公正な競争方法をある程度明確に定義した理由が、上記の質問書に示された日本側の懸念からであったことをも暗示しているように思われる（First の前記論文も、この質問書に示された懸念こそが、カйм案の8節、9節、10節を合体させて原始独禁法の「不公正な競争方法」とさせた理由であると分析している<sup>29</sup>。このように、日本側がカйм案のこれらの節、あるいはその基となった反トラスト法の諸規定の重複の可能性を懸念していたことは確かである<sup>30</sup>。ただし、カйм案8節、9節、10節と3節（不当な取引

<sup>26</sup> GHQ/SCAP 文書、ESS(C)-09598。H. First, *supra* note 1, at 50-1 も参照。

<sup>27</sup> L. S. Lyon & V. Abramson, *Government and Economic Life* (1940) の 26 頁に「私企業の規制は…競争の破壊を防止しようとするものに限られてこなかった。第2の規制のタイプは、本質的に独占的でも、また独占に導くものでもないが、不公正な若しくは望ましからざる競争慣行とみられる事業慣行に対するものである。これらの慣行は、衡平またはモラルという一般に受け容れられた公共的な基準に違反するとみられる」とある。

<sup>28</sup> どのようにして日本側がこうした経緯を知り得たかは、質問書が別の箇所でも引用する H. R. Seager & C. A. Gulick, Jr., *Trust and Corporation Problems* (1929) の 420 頁に同様の記述があることから、こうした文献によったものと推測される。

<sup>29</sup> H. First, *supra* note 1, at 55.

<sup>30</sup> 例えば、シャーマン法1条と2条の関係やシャーマン法2条の独占化の企図とクレイトン法2条、3条、7条、8条およびFTC法5条の関係を上記の質問書において質している（GHQ/SCAP 文書、ESS(C)-09598）。

制限の禁止)、7 節(特定の共同行為の禁止)の重複の可能性を意識していたかどうかは、本稿では明らかにできなかった<sup>31</sup>。

第3に、不公正な競争方法の定義規定に「公共の利益に反する競争手段」(原始独禁法2条6項)という文言が挿入された経緯と理由である。この文言は、前述の「試案」(1947.1.28)で初めて現れたものであり、私的独占と不当な取引制限(当時は「不当な独占」と「取引の不当な制限」)の定義規定に「公共の利益」なる文言が入った時期と同じである<sup>32</sup>。不当な取引制限と私的独占については、日本側が「よいカルテル」「不当でない独占」等を救済する目的で「公共の利益」を挿入したとの経緯が交渉に当たった実務担当者の回想から明らかであるが<sup>33</sup>、不公正な競争方法については事情が異なるように思われる。不公正な競争方法における「公共の利益」は、もともとカйм案にあった文言であり<sup>34</sup>、「公共の利益に反する競争手段」なる文言は、日本側がカйм案によって作ったものではないかと思われる、この場合には競争の実質的減殺(対市場効果)とは無関係に違法性が判断されることを示す実体要件として取り入れたものと思われる。

第4に、原始独禁法2条6項に示された6つの類型が規定された経緯である。1946年11月8日付けの商工省「法律案要綱」および12月5日付の経済安定本部「制度要綱」は、比較的忠実にカйм案をパラフレイズしたものであったが、翌年1月28日付の「試案」以降は、取引拒絶が入り、不当な顧客誘引が具体的な行為類型として明示され、不当な拘束条件付取引が加わることになる。取引拒絶に関しては、カйм案で「2以上の自然人または法人が他の者に販売または購入を拒絶することを合意し、または拒絶すると脅迫すること」(16節)と定義された「boycottinng」が当然違法類型として列挙されている(7節g号)。これを受けて商工省企画室「法律案要綱」でも、経済安定本部「制度要綱」でも、「不当な取引制限」の1類型として扱われているが、「試案」において共同行為の類型から削除され(6条にはボイコットは規定されていない)、不公正な競争方法の問題とされるに至る。経緯は以上のとおりであるが、そのような扱い方がなされることとなった理由は不明である。排他条件付取引・抱合せは、カйм案10節に由来し、その後作成された日本側の要綱や試案においても一貫して取り入れられている。ただし、クレイトン法3条の要件である「競争を実質的に減殺することとなり、または独占を形成するおそれがあるとき」

<sup>31</sup> J.O. Haley, *Antitrust in Germany and Japan* 31-2(2001)は、価格協定や生産制限がシャーマン法とFTC法の両法に基づいて規制されうることを例に挙げながら、不当な取引制限と不公正な競争方法が別個に規定されたことの異常性に誰も気付かなかったように思われるとし、その原因は反トラスト法の機械的複製以外に考えにくいという。なお、本稿は原始独禁法の制定過程を問題としている。したがって、制定後に3条、旧4条と19条の関係がどのように解されたかは別問題である。現実には、1950年頃の審決を中心にこれらの重疊的適用を行うものが相当数ある。この点を含めて制定から占領終結までの展開については別稿を予定している。

<sup>32</sup> それ以前の案、例えば1946年12月2日付けの「独占禁止制度要綱に関する件(案)」では「不当な独占」「取引の不当な制限」ともに、自由取引による「公共福祉」の促進に支障を及ぼしてはならないものとされていた。さらに遡ると商工省「法律案要綱」(46.11.8)の「不当な取引制限」では、「公共福祉の促進」という文言は出てくるが、「独占」については「一の産業における生産又は取引を、不当に独占してはならない」とされるにとどまる。

<sup>33</sup> 高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武『独占禁止法制定時の回顧録』(1997年)13頁(柏木一郎)、81頁(小山雄二)、259頁(両角良彦)など。泉水、注2掲載の論文76-7頁。

<sup>34</sup> カйм案9節2項。カйм案は「かかる方法が公共の利益に影響するものである限り、現実の競争への影響は不要である」として、「公共の利益」を実体要件として規定しているようにもみえる。これに対して、FTC法では「委員会は、いかなる者…であれ、不公正な競争方法または不公正なもしくは欺瞞的な行為または慣行を用いた、又は用いていると信ずる理由があり、それに関する手続の開始が公共の利益に合致すると考えられる場合には、委員会はかかる者…に審判開始決定書を発給し、送達するものとする」(5条b項)として審判開始の手続要件として規定しているという違いがある。

は、日本では違法要件とはならなかった（カйм案 10 節に「その意図するところは、独占及び制限を萌芽において禁止するにある」との文言があること、前述の質問書に示された懸念が日本側にあったことが影響したものと思われる）。

第 5 に、不公正な競争方法に対する罰則について触れておきたい。商工省企画室の法律案要綱（1946. 11. 8）では、不正競争型の行為類型に加えて不公正な競争方法型も 4 類型含まれていたが、これが行われた場合には独占禁圧委員会による差止めと 3 倍額損害賠償制度が提案されていた。3 倍賠償制度は、経済安定本部「制度要綱」以降、実額賠償制度に改められるが、かわって現れたのが不公正な競争方法に対する罰則規定である<sup>35</sup>（甲案、乙案ともに採用されている）。具体的な刑罰が規定されたのは、「試案」（1947 年 1 月 28 日）で 2 年以下の懲役又は 3 万円以下の罰金とされ（80 条）、「不当な独占」や「取引の不当な制限」と並んで独占禁止委員会の専属告発を俟って論ずるものとされた（86 条）。その後も、罰則規定は第 3 次修正案（同年 3 月 9 日）、第 4 次修正案（同年 3 月 11 日）、第 5 次修正案（3 月 15 日）と維持されるが、閣議決定された国会提出原案（3 月 18 日）において削除された。その理由は不明であるが、このように最後まで不公正な競争方法が刑事罰の対象とされていたことは、今日、不公正な取引方法に対するサンクションの強化を求める声が高まりつつある中で<sup>36</sup>、大いに示唆的である。

### Ⅲ 原始独禁法制定時までの F T C 法 5 条の審判決

占領下に原始独禁法の制定にいたる交渉を行った際、アメリカ側は、不公正な競争方法についての反トラスト法、とりわけ FTC 法 5 条に関する判例法等の展開を、どのように把握していたのであろうか。序論で述べた理由から、ここでは FTC 法制定以後の連邦最高裁判決と 1938 年の法改正を概観する<sup>37</sup>。

1914 年に FTC 法が制定されてから、1947 年 3 月末に原始独禁法が成立するまでの間に連邦最高裁が FTC 法 5 条について判断を示した主要な 8 件の判決は以下のようなものであった。

①FTC v. Gratz, 253 U.S.421 (1920)（事案は cotton ties（綿を縛る紐）と bagging（袋地）の抱合せ販売であり、きわめて密接に関連する商品であって競争者や公衆が被害を受けたと立証されていないとされた）、

②FTC v. Beech-Nut Packing Co., 257 U.S.421 (1922)（食品会社の再販売価格維持行為

---

<sup>35</sup> なぜ、カйм案では予定しなかったにもかかわらず、日本側は「不正な競争行為」に対して刑事罰を科すこととしたかは明らかでない。1 つの考えられる説明は、「法律案要綱」には不正競争防止法上の不正競争類型が含まれていたからというものであるが、当時の不正競争防止法は「外国ノ国ノ紋章、旗章其ノ他ノ徽章ニシテ主務大臣ノ指定スルモノト同一又ハ類似ノモノハ其ノ国ノ当該官庁ノ許可ナクシテコレヲ商標トシテ使用シ又ハ之ヲ商標トシテ使用シタル商品ヲ販売若ハ払布スルコトヲ得ズ…」という第 4 条の規定の違反に対してのみ「千円以下ノ罰金」を科していたにすぎず、他人の商品と混同を生ぜしめる行為等には科されていなかったことから、この理由とは考えにくい。3 倍賠償という懲罰的損害賠償制度を商工省が本気で導入する意図があったかは不明であるが、3 倍賠償制度が否定された後に懲罰的賠償制度に代替するサンクションとして刑事罰が考えられた可能性はある。いずれにせよ、日本側は何らかの実効的なサンクションが不公正な競争方法についても必要であると考えていたのではないか。なお、不当な独占（現在の私的独占）、取引の不当な制限（不当な取引制限）に対する罰則は、3 年以下の懲役又は 5 万円以下の罰金であった（79 条）。

<sup>36</sup>独占禁止法研究会報告書「第一部措置体系の見直し」（2004 年 10 月）30・1 頁。

<sup>37</sup>このテーマに関する先駆的業績として、金井貴嗣「アメリカにおける『不公正な競争方法』規制の史的展開—連邦取引委員会法第 5 条を中心として—」法学新報 87 巻 9・10 号 171 頁以下（1980 年）を参照。

が FTC 法 5 条違反とされた)、

③FTC v. Curtis Publishing Co., 260 U.S.568 (1923) (週刊誌、月刊誌などの出版者が卸売業者と排他条件付取引を行ったが、委託販売であること等を理由にクレイトン法 3 条、FTC 法 5 条違反を否定)、

④FTC v. Sinclair Refining Co., 261 U.S.463 (1923) (石油精製元売会社が小売業者に自己のガソリンの貯蔵のみに使用するとの条件、了解のもとに、ガソリン貯蔵地下タンクを非常に安く賃貸する行為が問題となったが、当該契約は競争者のガソリン取扱いを明示的には禁止しておらず、他の競争者も行っている行為であることを理由に FTC 法 5 条、クレイトン法 3 条違反を否定)、

⑤FTC v. Pacific States Paper Trade Association, 273 U.S.52 (1927) (太平洋岸諸州を拠点とする製紙業者の事業者団体による統一価格表の配布は競争を減殺するから、統一的な価格を設定する本件の行為は FTC 法 5 条に違反する)、

⑥FTC v. Raladam Co., 283 U.S.643 (1931) (痩身効果があるとして広告された商品は甲状腺製剤が用いられており、健康を損なうおそれがあった。FTC はその広告を一定の条件下で禁止したが、最高裁は *unfair methods of competition* といえるためには、競争者が存在する必要があるが、その立証がないとして FTC 法 5 条違反を否定)、

⑦FTC v. R.F. Keppel & Bro.Inc., 291 U.S.304 (1934) (子供向けにくじを用いてキャンディーを販売することは FTC 法 5 条に違反する)、

⑧Fashion Originators' Guild of America v. FTC, 312 U.S.457 (1940) (全米婦人服団体が構成員の競争者 (デザイン等を真似るアウトサイダー) から購入しないとの条件、了解に基づき小売店に婦人服を販売する等の行為はクレイトン法 3 条に違反し、かつ不公正な競争法に該当する)。(以下、このマル数字で判決を示す。)

これらの判決の年代別の内訳は、1920 年代に 5 件、30 年代に 2 件、40 年代に 1 件である。20 年代の 5 件のうち 2 件(②⑤)は価格に関する共同行為が問題となった事件であり、これらについては FTC 法 5 条違反とされた。残りの 3 件は、実質的には一方的行為(①の抱合せと③④の排他的取引)であった。1930 年代に入り、⑥判決が健康を損なうおそれのある痩身剤の広告であっても、不公正な「競争」方法として禁止されるのは、競争者(潜在的競争者も含めて)が存在する場合であるとしたため、競争者の存在しない場合の規制の欠陥が明らかとなった(他方、子供向けにくじ付きでキャンディーを販売することが問題となった⑦判決では、競争者が多数存在したため、FTC 法 5 条違反の不公正な競争方法とされている)。これに対応するための重要な改正が Wheeler - Lee 改正 (1938 年)であり、FTC 法 5 条に“*unfair or deceptive acts or practices*”なる文言を追加して、反競争的效果とは無関係に同法違反を認定できるようにした。最後に、1940 年の⑧判決は、傍論ながら開花すればシャーマン法違反となる行為を FTC 法 5 条はその萌芽段階で禁止することができる」と述べたものである。

以上の判決や FTC 法の改正について若干の検討をすると、第 1 に、シャーマン法、クレイトン法違反ともなる行為を FTC が同法 5 条に基づいて禁止する権限を認めた最高裁判決が相当数ある<sup>38</sup> (②、⑤、⑧)。その結果、前述したように、反トラスト法は、例えば価格カルテルや再販売価格維持行為等の共同行為を、司法省がシャーマン法に基づいて刑事訴追、差止請求を行うこともできれば、FTC が FTC 法によって当該行為の差止めを命じることもできるという「2 系統・2 本建て」ともいえる態勢になったわけである。

<sup>38</sup> ただし、逆は真ならずで、FTC 法 5 条違反の行為が必ずシャーマン法やクレイトン法に違反するとは限らない。なお、最高裁は、FTC v. Cement Institute, 333 U.S.683, n.4 at 691(1948)で、Beer, *Federal Trade Law & Practice* 94(1942)を引用しながら、FTC が 1939 年までに 267 件の共同行為に対して FTC 法 5 条に基づいて停止命令を発したことを明らかにしている。

同時に、第 2 に、ある行為がシャーマン法やクレイトン法に違反しないが、しかし、これらの法律の基本的政策（basic policies）や精神（spirits）に反することを理由に、FTC 法 5 条に違反することを傍論ながら述べていた判決もあった（⑦、⑧）。すなわち、開花すればシャーマン法やクレイトン法違反となる行為を、その萌芽のうちに摘み取ることが FTC 法の役割であるとする萌芽理論（incipiency doctrine）である。さらに、Wheeler - Lee 改正によって、具体的な反競争的効果の立証を要することなく、「不公正な若しくは欺瞞的な行為又は慣行」を FTC が「公共の利益」に合致する限り、審判を開始し、これを差し止めることができるようになった意味も大きい。要するに、アメリカでも、シャーマン法、クレイトン法の違法基準と FTC 法の違法基準とは異なりうるものと認識されていたのではないか。これをダブル・スタンダードというかどうかは別として、反トラスト法は複合的な基準を備えていると考えられていたと理解することができるのではないであろうか。

## 結 語

日本は、1 執行機関しか設立しなかったにもかかわらず、「2 系統、2 本建て」と指摘された 3 つの反トラスト立法とその判例法を単独の独占禁止法の中に導入した。しかし、それは、実質的に同一の実体規定を、そのことを全く意識しないままに、重複的に 2 系統にわたって継受したわけではなく、相当程度重複を排しながら、異なる違法性基準をもった実体規制体系として継受した。当時のアメリカ反トラスト法においては、シャーマン法、クレイトン法と FTC 法は、複合的な違法性基準を備えるものと理解されており、司令部の担当者もそのことを承知していたものと思われる。カイク案 9 節（不公正な取引・競争方法の禁止）が「現実の競争への影響は不要である」とし、10 節（排他条件付取引・抱合せ）が「その意図するところは、独占及び制限を萌芽において禁止するにある」としたのは、その証左である。

以上は本稿の結論の要旨であるが、しかし、本稿には多くの残された問題や派生する課題がある。例えば、本稿は村上教授の議論の一部についてしか反論しておらず、原始独禁法の制定後の運用や不公正な取引方法として優越的地位の濫用が導入された 1953 年改正過程を分析することをしていない。それだけではない。村上教授の議論の本旨が、規制基準の国際的な整合化の必要を説くことにあり、仮に導入時において「原罪」を犯さなかったとしても、日本の独禁法は、アメリカや EU のような単一の規制基準（行為類型によってその立証のあり方は異なるとされる）にハーモナイズしていかなければならないのではないかというものであるとすれば、これにどのように応えることができるかである。この点の検討は本稿の課題を超えるが、まずアメリカのシャーマン法、クレイトン法、FTC 法の間の違法要件や規制基準が完全に単一化しているのかが問われなければならないであろう。少なくともシャーマン法 1 条、2 条と FTC 法 5 条の違法性基準については、①戦後直後の判決から 1977 年の審判決までが 1 つのグループを形成する。この時代の主要な審判決は、戦前からの FTC 法 5 条の「シャーマン法やクレイトン法を補完し、てこ入れする（bolster）」役割を確認するだけでなく、一層それを拡大するものである。これに対して、②1980 年代の巡回控訴裁判所判決や FTC 審決の多くは、現実の反競争的効果の立証を要求することによって、シャーマン法違反でない行為については FTC 法 5 条違反を否定するものが多い。この時期の審判決のみをみれば、FTC 法 5 条とシャーマン法との間に違いがないように見える。ところが、③1990 年代の FTC 同意審決を中心に、再びシャーマン法違反とはいえない行為に FTC 法 5 条を適用する傾向がみられる（いわゆる「共謀への招待（invitation to collude）」のケースなど）。アメリカ一国の中でさえ、単純にシャーマン法の基準に統合されつつあるといえるかは、より慎重な検討を要するように思われるが、いずれにせよ、これらの問題は将来の課題とするほかない。

\* 本稿は、文部科学省科学研究費（基盤研究(C)(2) 15530046）による研究成果の一部である。

はじめに

平成 14 年（ネ）第 3216 号 商品出荷等請求控訴事件に含まれる独占禁止法上の諸問題はさまざまであるが、とりわけ店舗別契約制の問題は、従来、ほとんど議論されていないことから、本稿ではこれについて検討することとしたい。この事件では、化粧品の製造業者であるマックスファクターがその販売業者である富士喜本店の複数の店舗のうち本店との取引しか行わず、他の店舗における販売は拒否するということが問題となったものである。

ところで、平成 11 年（ワ）第 1774 号 商品出荷等請求事件について、神戸地方裁判所が 2002 年（平成 14 年）9 月 17 日に言渡した判決（以下、原判決という）は、「マックスファクターパートナーストア契約書」（以下、本件契約書という）第 18 条に基づく解約について、「本件解約は、主として原告の各支店における商品の値引販売を阻止する目的で行われたものと推認するのが相当である」、「本件解約は、原告による商品の値引販売を阻止するのみならず、一般的に商品の値引販売を萎縮させて、その再販売価格を不当に拘束するという結果をもたらし、公正な競争を阻害するおそれがあるから、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の趣旨に照らし、公序良俗に違反するものというべきである」として、本件解約を無効と判示した。

これに対し、控訴人は、第 18 条に基づく解約権を行使したのは「被控訴人による値引販売を阻止するためではなく、被控訴人が本件契約の店別契約条項等に違反したためである」として、「独占禁止法違反目的を認定する原判決の誤りは明らか」であるとしている（控訴人準備書面（1））。

本件契約書第 18 条に基づく解約の理由が何かは証拠の評価に基づく事実認定の問題であるので、本意見書は立ち入ることができないが、控訴人の上記主張の前提である本件契約書第 13 条に記載される小売業者の店舗ごとに契約を締結し、商品は当事者欄に記載された店舗においてのみ販売するものとする方式（これを店舗別契約制という）の独占禁止法上の評価については、本意見書は控訴人と異なる見解を有している。原判決は、正田彬慶應義塾大学名誉教授による鑑定意見書が指摘するごとく、明確に

独禁法違反を認定したものではないので、店舗別契約制の独禁法上の評価は、本件の中心的争点ではないが、控訴人からは店舗別契約制の合理性（およびこれを前提とした解約の有効性）が主張されていることから、以下、この点に絞って検討を行うこととする。

## 1 本件店舗別契約制と独占禁止法

（１）本件契約書第13条に規定される店舗別契約制は、一般に、商品の供給者が小売業者と契約を締結した特定の店舗でしか販売を許さないという意味で小売業者の事業活動を拘束するものであり、商品供給者の市場における地位や制限の対象となる小売業者の数、地位などによっては、あるいは店舗別契約条項の用い方によっては「公正な競争を阻害するおそれ」（独禁法第2条第9項。以下、公正競争阻害性という）を有し、独禁法第19条に違反する可能性がある。

（２）控訴人は、本件店舗別契約制の合理性について「対面販売条項の実効性を確保し、当該店舗における店構えや立地条件等、ブランドエクイティを構築する上で不可欠の要素を考慮する機会を化粧品メーカーである控訴人に与えるとともに、同一地域内に複数の流通業者が非効率的に配置されることを防ぐことにより、控訴人が効率的な販売拠点を構築することを可能とするもの」であるとするとともに、店舗別契約制は公正取引委員会が1991年7月に公表した「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（以下、流通・取引慣行ガイドラインと略称する）にいう「流通業者の販売地域に関する制限」（第2部第2の3。以下、地域制限あるいはテリトリー制限という）の問題であり、これの適用を受けることを前提とした主張がなされている（控訴人準備書面（１））。

（３）店舗別契約制が公正取引委員会の審判や独禁法違反が主張された裁判で問題となったことは、私の知る限り、本件が初めてである（後述するように、これは上の地域制限ないしテリトリー制限とは区別されるべきであるというのが私見である）。したがって、その公正競争阻害性をどのように判断すべきかについても先例はないということになる（なお、平成10年12月18日の富士喜対資生堂事件および江川企画対花王化粧品事件の最高裁判決は、対面カウンセリング販売という販売方法の制限（およびこれを確保するために必要とされる卸売取引の制限）に関する先例であって、そこ



で示された考え方が本件に直ちに応用できるとは思われない)。

(4) そこで考えるに、この問題について最も参考になるのは、E C 競争法上の選択的流通制 (selective distribution system) に関する考え方である (上記最高裁判決もこれを参考にしたものと思われる)。

E C 競争法上、選択的流通制とは、商品の供給者が一定の基準にしたがって契約を締結する販売業者を選択し、当該基準に合致するとして承認された販売業者 (authorized dealers) にのみ商品の供給を行うとともに、商品の再販売は承認販売業者間または承認販売業者と最終消費者の間に限定する販売システムである。①販売業者を選択するための「一定の基準」が商品の品質の保持・適切な使用の確保、ブランドイメージの維持のために必要とされる、販売業者や販売スタッフの技術・技能、商品の展示・説明、店舗の外観や内装、ロケーションなど、純粋に質的基準 (制限) のみから構成され、②それが目的達成に必要な限度において課され、かつ、③その基準がすべての販売業者に非差別的に適用される限り、当該選択的流通制は E C 条約 81 条 1 項に違反しないとされる。

しかし、契約書の文言が質的基準を具体化したものであったとしても、現実の選択基準がディスカウントストアを排除するものであったり、純粋に数量的基準 (例えば、一定地域内の独占的販売権をもつ販売業者以外の者からの契約の申込を一切承諾しないことなど) にしたがって販売業者の数を限定する場合には、当該選択的流通制は、通常、E C 条約第 81 条第 1 項に違反し、同条第 3 項によっても適用免除されない (以上は、欧州裁判所、第一審裁判所の判例および欧州委員会の決定によって生み出されてきたルールであって、1999 年に欧州委員会による垂直的制限一括適用免除規則が制定された後も基本的に変化していないと考えられる)。

(5) また、E C 競争法上、ある商品供給者が自己の商品が流通する販売業者のネットワーク内において、販売業者による商品の転売 (いわゆるクロスサプライ) を禁止することは、E C 条約第 81 条第 1 項に違反することになる (上記の垂直的制限一括適用免除規則に関する欧州委員会のガイドラインは、これをハードコア制限と称し、このような条項を含む選択的流通契約は、その全体が E C 条約第 81 条第 3 項による一括免除を受けられないとしている)。例えば、あるメーカーと販売契約を締結している小売業者が、同じメーカーと販売契約を締結している他の小売業者に、当該メーカーの

製造した商品を転売することをメーカーが禁止するのは、小売業者が加盟国内の他の小売業者に転売する場合であれ、他の加盟国の小売業者に転売する場合であれ、許されないである（すなわち、第 81 条第 1 項に違反する）。

（6）以上の E C 競争法の考え方を参考に本件店舗別契約制について検討すると、第 1 に、店舗別契約条項が対面販売の実効性を確保するために特に必要であるとは考えられない。仮に複数の店舗を有する契約小売業者がある店舗で対面販売を行いながら、別の店舗ではこれを行わなかったとしても、商品供給者は、対面販売条項に基づいて、当該小売業者にすべての店舗において対面販売を履行するよう請求することが可能であるからである。この点は多言を要しないであろう。

第 2 に、「当該店舗における店構えや立地条件等、ブランドエクイティを構築する上で不可欠の要素を考慮する機会を化粧品メーカーである控訴人に与えるとともに、同一地域内に複数の流通業者が非効率的に配置されることを防ぐことにより、控訴人が効率的な販売拠点を構築することを可能とするもの」という点については、一見すると、純粹に質的基準にしたがって店舗別に契約を締結するか否かを決定しているように見えるが、被控訴人の本店と支店とで「店構えや立地条件等、ブランドエクイティを構築する上で不可欠の要素」に違いがあると考えすることは困難であり（むしろ各支店の方が本店よりも店構えや立地条件がブランドエクイティを構築する上で有利と思われるものさえ少なくない）、また、「同一地域内に複数の流通業者が非効率的に配置されることを防ぐことにより、控訴人が効率的な販売拠点を構築することを可能とする」ために、被控訴人の各支店についての契約がことごとく拒絶されたことの立証はなされていない。むしろ、本件は、被控訴人による割引販売を本店における月額 50 万円分に限定しようという数量的基準にしたがって各支店についての契約が拒絶されたとみるか、相当の規模で全国的に割引販売を行う被控訴人の各支店における廉売を阻止するために店舗別契約条項を用いたものとみるのが相当であると考ええる。

第 3 に、（5）で述べたことはネットワーク内の販売業者間の商品の転売についてであるが、この考え方からすれば、控訴人が被控訴人と契約を締結して被控訴人の本店における控訴人商品の販売を容認し、かつ被控訴人の本店と支店との間に店構えや立地条件等に違いがない以上、控訴人が被控訴人の店舗間の商品の移動を禁止することは、なおさら許されないということになる。

要するに、本件において店舗別契約制と本店・支店間の商品の移動の禁止は、被控訴人による割引販売が地方主要都市にまで拡大するのを控訴人が阻止するために用いられており、これは不公正な取引方法の一般指定第 13 項（不当な拘束条件付取引）または同第 12 項（再販売価格維持行為）に該当し、独占禁止法第 19 条に違反すると考えられる。

## 2 本件店舗別契約制とテリトリー制限の相違

控訴人は、本件店舗別契約制が流通・取引慣行ガイドラインにいう「流通業者の販売地域に関する制限」（第 2 部第 2 の 3）の問題であり、流通・取引慣行ガイドラインの適用を受けることを前提に、これに違反しないと主張していることは前述のとおりである（控訴人準備書面（1））。そこで以下では、そもそも、本件店舗別契約制は、地域制限に関するガイドラインの想定する各類型に該当しないこと（その意味で地域制限に関するガイドラインの適用を受けるべきものでないこと）、仮に受けるとすれば、独禁法上、違法となるものであることを指摘する。

（1）第 1 に、流通・取引慣行ガイドラインにいわゆる「厳格な地域制限」（メーカーが流通業者に対して、一定の地域を割り当て、地域外での販売を制限すること）とは、主としてメーカーが一定の地域内に単独または少数の流通業者を指定し、これに独占的販売権またはそれに準じた販売権を与える地域制限が中心であり、これに伴う積極的な越境販売の禁止である（この典型例は、富士写真フィルム（株）ほか 1 名に対する件（昭和 56 年 5 月 11 日勸告審決、審決集 28 巻 10 頁）にみられる）。本件契約書のいかなる条項も、控訴人が被控訴人に対して、独占的販売権あるいはそれに準じた販売権を与える「一定の地域を割り当て」ていない以上、本件の店舗別契約制が流通・取引慣行ガイドラインのいう「厳格な地域制限」であるとはいえない。

第 2 に、いわゆる「地域外顧客への販売制限」（メーカーが流通業者に対して、一定の地域を割り当て、地域外の顧客からの求めに応じた販売を制限すること）は、第 1 で述べた場合に、割り当てを受けた当該地域外の顧客から販売を求められても、これに応じることができないとする制限であるが、被控訴人は「一定の地域を割り当て」られていない上、全国のいかなる地域の顧客からの購入申込にも、契約店舗において

販売する限り応じることができるのであるから、この類型のテリトリー制にも該当しない。

第3に、いわゆる「責任地域制」（メーカーが流通業者に対して、一定の地域を主たる責任地域として定め、当該地域内において、積極的な販売活動を行うことを義務付けることであって、上の第1および第2に該当しないもの）であるが、被控訴人は、積極的な販売活動を行うことを義務付けられた「主たる責任地域」を定められていない。仮に、契約を締結した店舗の周辺の一定地域が「主たる責任地域」であるとの趣旨であるとしても、これは「主たる責任地域」にすぎない以上、他の店舗において販売することを禁止するものでないこともまた明白である。

第4に、いわゆる「販売拠点制」（メーカーが流通業者に対して、店舗等の販売拠点の設置場所を一定地域内に限定したり、販売拠点の設置場所を指定すること）については、流通・取引慣行ガイドラインは、「メーカーが商品の効率的な販売拠点の構築やアフターサービス体制確保等のため、流通業者に対して…販売拠点制を採ることは、厳格な地域制限又は地域外顧客への販売制限に該当しない限り、違法とはならない」と述べている（第2部第2の3の(2)）。このことから分かるように、流通・取引ガイドラインが上記第1および第2に該当しない限り「違法とはならない」とする

「販売拠点制」とは、主として自動車のようにアフターサービスが必要である耐久消費財であって、ディーラーによる販売拠点（店舗）の一定地域内での重複投資が著しい販売非効率を生じさせる場合に係るものである。流通・取引慣行ガイドラインの「販売拠点制」に関する指針が制定された際、化粧品のようにアフターサービスがほとんど必要でなく、流通業者による一定地域内での重複投資についても許容性が高い商品（つまり、消費者が一定の地域内で最寄の小売店から購入することが多いことから、当該地域内に相当数の小売業者、小売店舗が設置されても問題の少ない商品）が主として念頭に置かれていたわけではない。したがって、流通・取引慣行ガイドラインのいう「販売拠点制」を直ちに本件の店舗別契約制と同視できるかは疑問といわざるを得ない。

### 3 地域制限に関するガイドラインが適用される場合の判断について

（1）以上に述べたごとく、本件店舗別契約制は、流通・取引慣行ガイドラインに規

定されているいかなる類型の地域制限とも異なるものである。したがって、同ガイドラインの当該箇所を本件の店舗別契約制に適用することは妥当ではない。

しかし、控訴人は、控訴人準備書面（１）において、本件店舗別契約制に同ガイドラインの地域制限に係る部分が適用されるが、独禁法違反でない旨主張するので、以下では、控訴人のように同ガイドラインが適用可能であるとするならば、本件店舗別契約制は独禁法に違反すると考えられることを述べる。

（２）本件店舗別契約制が流通・取引慣行ガイドラインにいう地域制限の問題であるとする、考えられる類型は、上述の販売拠点制であろう（これとて似て非なるものであることは前述のとおりであるが、ひとまずそうであると仮定して論を進める）。しかし、本件の店舗別契約制は、同時に「厳格な地域制限」にも該当することになる。なぜなら、控訴人は、被控訴人の本店以外のいかなる店舗における販売についても契約を拒絶しており、さらに本店から各支店に商品を回して販売することも禁止するわけであるから、本店の商圈と考えられる地理的範囲の外（たとえば福岡、熊本、長崎、広島、京都、名古屋、札幌といった被控訴人の支店のある都市）では、被控訴人は積極的販売を禁止されているからである。流通・取引慣行ガイドラインは、「厳格な地域制限」に関しては、「市場における有力なメーカー」が流通業者に対しこれを行い、それによって「当該商品の価格が維持されるおそれがある場合」には不公正な取引方法に該当し、違法となるとした上、「市場における有力なメーカー」と認められるかどうかは当該市場におけるシェアが10%以上、またはその順位が上位3位以内であることを一応の目安としている（ガイドライン第2部、第2の3、（3）の注6）。

（３）そこで、控訴人の市場シェアについて検討すると、市場占拠率の算定は、以下のように画定された製品市場と地理的市場を前提に行われなければならない。

まず製品市場に関しては、合理的代替性の有無・程度や流通チャネルによって、化粧品のうち制度品を一般品あるいは訪問販売品などから区別し、これらの間に需要者からみて合理的代替性がない、あるいは少ないとすることは、以下のようなEC競争法の決定や判決においても採用されている考え方であり、是認されと考えられる。

○イヴ・サンローラン決定（Yves Saint Laurent Parfums SA, [1992]OJ L 12/24）

本件はイヴ・サンローラン社の選択的流通契約に関する欧州委員会決定である。本

決定は、次のように述べて本件に係る関連市場を画定し、市場占拠率を認定した。

一般に EC の化粧品業界においては、香水、スキンケア製品、メイクアップ商品、ヘアケア製品およびトイレットリー製品などが販売されている。これらの製品のうち、高級化粧品は、高品質、相対的に高い価格、高級感のあるブランドネームによる販売などの点で、他の類似製品との代替性の程度は低い。また、これらの製品は、それぞれ流通チャネルが異なっており、承認販売業者（authorized dealers、百貨店や香水販売業者）、薬局・薬店、大量販売小売業者（スーパーマーケット、ドラッグストア）、メーカーの直接販売（通信販売）などの流通経路があるが、高級化粧品、とくに高級な香水、スキンケア製品、メイクアップ商品などは承認販売業者の流通チャネルによって販売されている。

「消費者マインドにおける高級化粧品（luxury cosmetic products）と類似の製品との間の代替性の低さを前提とすると、関連市場は高級化粧品である。その市場において、イヴ・サンローラン社は、幾つかの加盟国において前述の基準（5%—筆者注記）をはるかに越える市場占拠率を有している。」

以上のように、本件では、代替性の有無・程度と流通チャネルの違いなどから、製品市場を「高級化粧品」としている。

#### ○ジバンシィ決定（Parfums Givenchy SA, [1992]OJ L 236/11）

本件はルイ・ヴィトングループの一員であるジバンシィ社の選択的流通契約に関する欧州委員会決定である。本件でも、イヴ・サンローラン決定におけると同様の化粧品業界の分析がなされた上、ルイ・ヴィトングループ内の3社の化粧品会社の市場占拠率は合算されなければならないこと、市場占拠率の算定の基礎となる関連市場は「高級化粧品（luxury cosmetic products）」であることが示された。

#### ○ルクレルク判決（Groupement d'Achat Edouard Leclerc v. EC Commission, [1997]4 C. M. L. R. 995）

本件は欧州委員会の決定に対する第一審裁判所の判決であるが、ここでは、イヴ・サンローラン社の選択的流通契約に関して、関連市場が高級化粧品であるとする欧州委員会の決定は誤りではないが、さらに高級香水（luxury perfumes）という重要な商

品に関して有効な価格競争が存在するかも問題としなければならないとされた。高級化粧品よりも狭い高級香水という製品市場の成立を前提とした判示である。

以上によれば、被控訴人が控訴人の市場占拠率を算定する基礎として、制度品に着目したことは理由のあることであり、また、控訴人は全国の流通業者と契約し、取引を行うものであるから、地理的市場はひとまず全国であると考えられる。したがって、被控訴人が矢野経済研究所『日本マーケットシェア辞典』によって、国内向けに出荷される制度品市場における控訴人のシェアを算出したことは「市場の捉え方として、間違っている」（控訴人準備書面（２））とはいえない。

このようにして画定された制度品の全国市場において控訴人は、少なくとも 1998 年以降 2000 年まで、常に市場占拠率 10%を超えており、控訴人は、流通・取引慣行ガイドラインにいう「市場における有力な事業者」に該当する。

（４）流通・取引慣行ガイドラインは、「当該商品の価格が維持されるおそれがある場合」に当たるかどうかについては、①対象商品をめぐるブランド間競争の状況（市場集中度、商品特性、製品差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等）、②対象商品のブランド内競争の状況（価格のバラツキの状況、当該商品を取扱っている流通業者の業態等）、③制限の対象となる流通業者の数及び市場における地位、④当該制限が流通業者の事業活動に及ぼす影響（制限の程度・態様等）を総合的に考慮して判断することになるとした上で、「例えば、市場が寡占的であったり、ブランドごとの製品差別化が進んでいて、ブランド間競争が十分に機能しにくい状況の下で、市場における有力なメーカーによって厳格な地域制限が行われると、当該ブランドの商品をめぐる価格競争が阻害され、当該商品の価格が維持されるおそれが生じることとなる」と述べる。

化粧品業界、特に制度品市場は極めて寡占的な市場であり（2000 年における控訴人を含めた上位 5 社の累積集中度は 71.0%である。矢野経済研究所『日本マーケットシェア事典』1342 頁（2002 年版）から算定）、主要制度品メーカーは、さまざまな媒体を通じて広く広告宣伝を行ってきており、製品差別化が進んでいる。ブランド間競争は、いかに他社の製品と異なるかを広告等によって宣伝することをめぐる競争であっ

て、価格と品質による競争という独禁法が本来重要視する要因をめぐる競争が十分に機能しているとはいいがたい。さらに、本件店舗別契約制は控訴人と契約する全国の多数の小売店（約 6900 店）を拘束するものである。これは、まさに流通・取引慣行ガイドラインがカッコ書きの中で例示する状況であって、かかる状況下で、控訴人のような市場における有力な事業者が厳格な地域制限を行えば、制度品をめぐる価格競争が阻害され、当該商品の価格が維持されるおそれが生じることとなると考えられる（この「おそれ」は抽象的危険性で足りる）。

（５）流通・取引慣行ガイドラインによれば、「市場における有力な事業者」が「厳格な地域制限」を行い、これによって「当該商品の価格が維持されるおそれがある場合」には不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定第 13 項（拘束条件付取引））。同ガイドラインが本件店舗別契約制に適用可能だとすれば、控訴人による店舗別契約制は、ガイドラインが例示する場合に該当し、独占禁止法第 19 条に違反すると考えることができる。



はじめに

本稿は、店舗別契約条項の独占禁止法上の評価について、以下のような見解（平成 14 年（ネ）商品出荷等請求控訴事件に提出された意見書、以下、「見解」という）が示されていることから、これに対して反論を示すことを目的とする。

## 1 店舗別契約制の違法性基準

「見解」は、店舗別契約条項を不公正な取引方法・一般指定 13 項との関係で把握し、結局のところ、①「市場における有力なメーカー」が店舗別契約制を行うことにより、②「当該商品の価格が維持されるおそれがある」場合に、独占禁止法 19 条に違反することになると解する。しかし、「見解」も引用する流通取引慣行ガイドライン第 2 部第 2 では、仲間取引の禁止（メーカーが流通業者に対して、商品の横流しをしないよう指示すること）、帳合取引の義務づけ（メーカーが卸売業者に対して、その取引先である小売業者を特定させ、小売業者が特定の卸売業者としか取引できないようにすること）、安売り業者への販売禁止など、①「市場における有力なメーカー」の基準を必要とすることなく、②「当該商品の価格が維持されるおそれ」の基準を満足するか、これさえ必要とせず<sup>1</sup>、不公正な取引方法として違法となる類型が示されている（同ガイドライン第 2 部第 2-4・流通業者の取引先の制限）。

流通業者の取引先の制限は、個々の販売業者の外部取引（別の販売業者に対する取引）を制限するものであるのに対し、店舗別契約制は、メーカーが小売業者に対し、特定の販売店舗における販売のみを許容し、小売業者が自己の別の店舗に商品を移動させた上、当該店舗において販売することを禁止するという小売業者の内部的商品移転を禁止するものであるから、制限の程度としては店舗別契約制の方が著しい。そうだとすれば、流通業者の取引先の制限でさえ、②「当該商品の価格が維持されるおそれ」という基準で違法性が判断されるとしているのに、これより制限の程度が著しい店舗別契約制について、①「市場における有力なメーカー」と②「当該商品の価格が維持されるおそれ」の基準を要すると解することは、流通取引慣行ガイドラインから導き出すことのできるものではなく、独自の見解というほかない。

---

<sup>1</sup> 「仲間取引の禁止」と「帳合取引の義務付け」が独禁法上違法とされるためには「当該商品の価格が維持されるおそれ」が存在することが必要とされるが、「安売り業者への販売禁止」、すなわち、安売りを行うことを理由に小売業者へ販売しないようにさせることは、原則として不公正な取引方法に該当し違法となる、とされる。

## 2 「市場における有力なメーカー」について

(1) 仮に、店舗別契約制を独禁法上違法と判断するためには「市場における有力なメーカー」基準（当該市場におけるシェアが 10%以上であるか、その順位が 3 位以内であることが一応の目安となる）を充足することが必要であるとしても、控訴人マックスファクターはこの基準を満足する市場における有力なメーカーである。

「見解」は「市場画定は…需要者（本件の場合は化粧品のエンドユーザー）の目から見てどの範囲の供給者が選択肢に入るか、という観点からおこなわれるべきものである」として、「『日本マーケットシェア事典 2000 年版』が示す 1999 年のデータによれば、化粧品全体ではマックスファクター株式会社は 4%・第 6 位であり、かりにカウンセリングを伴う高級品に絞っても同社は 7.1%・第 4 位である」から市場における有力なメーカーとはいえないという（4～6 頁）。

(2) 控訴人マックスファクターの化粧品市場における経済力や地位を判定する（つまり市場における有力なメーカーか否かを判断する）場合に、需要者たる一般消費者の目から見て合理的に代替可能な製品の供給者群から構成される製品市場において、これを行わなければならないというのはそのとおりである。マックスファクターの主要な商品はカウンセリングを伴う高級化粧品であるから、これと合理的な代替関係にある製品市場を「化粧品全体」（「見解」が引用する矢野経済研究所の『日本マーケットシェア事典 2000 年版』によれば、これは①制度品、②一般品、③訪販品、④通信販売品、⑤直販品、⑥業務用品を包含するカテゴリーであり、「化粧品全体」の出荷高は①から⑥の各出荷高の合計である）とみることに誤りであることは多言を要しないであろう。⑥業務用品や、通常カウンセリングを伴わない④通信販売品、②一般品との間に合理的代替可能性はないからである。

(3) それでは、「カウンセリングを伴う高級化粧品に絞っても同社は 7.1%・第 4 位である」というのはどうであろうか。「見解」は、この数字を①制度品、③訪販品、⑤直販品の合計出荷高でマックスファクターの出荷高を除いて算出している（5 頁の注 10。なお、厳密には、この注が引用する『日本マーケットシェア事典 2000 年版』1250－1252 頁に注記されているように、①、③、⑤に関する 1999 年の出荷高はいずれも「推定」値にすぎず、確定した数値ではないから、これを算定の基礎とすることにも疑問がないではない）。しかし、マックスファクターの主要な製品はカウンセリングを伴う高級化粧品であるから、同様にカウンセリングを伴う形で販売される高級品の集合である①制度品でみるのが最も適当である。①制度品でみれば、マックスファクターは 1998 年＝11.7%・4 位<sup>2</sup>、1999 年＝11.3%・5 位<sup>3</sup>、2000 年＝12.0%・4 位<sup>4</sup>である。仮に①制度品に⑤直販品（卸業者を通さず、主に百貨店を販売チャネルとして直接店舗運営しているインポートブランド。『日本マ

---

<sup>2</sup> 『日本マーケットシェア事典 2000 年版』1250 頁。

<sup>3</sup> 『同 2001 年版』1228 頁。

<sup>4</sup> 『同 2002 年版』1342 頁。

マーケットシェア事典 2002 年版』1326 頁)を加えたものを分母として、1998 年から 2000 年までのシェアを算定しても、控訴人は、1998 年=10.1%・4 位<sup>5</sup>、1999 年=9.76%・5 位<sup>6</sup>、2000 年=10.3%・4 位<sup>7</sup>であって、概ね「市場における有力なメーカー」の基準を充足している。

さらに、①制度品に⑤直販品だけでなく③訪販品をも加えて、「見解」は「7.1%・4 位」という数字を算出している。しかし、訪問販売品は在宅の一般消費者を対象とするものであるから、自宅以外の職場で働く消費者には合理的代替性があるとはいえず、近年この層が増大してきていることも併せて考えれば、訪販品まで加えて算定することは妥当性を欠くことになろう。

### 3 「当該商品の価格が維持されるおそれ」

仮に「当該商品の価格が維持されるおそれ」も店舗別契約制を独禁法違反と判断するために必要であるとしても、本件はこの基準をも充足するものであることを以下に述べる。この点は、本年 5 月 23 日付けの私の意見書において述べた見解をほぼそのまま繰り返すこととする。流通・取引慣行ガイドラインは、「当該商品の価格が維持されるおそれがある場合」に当たるかどうかについて、①対象商品をめぐるブランド間競争の状況(市場集中度、商品特性、製品差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等)、②対象商品のブランド内競争の状況(価格のバラツキの状況、当該商品を取扱っている流通業者の業態等)、③制限の対象となる流通業者の数及び市場における地位、④当該制限が流通業者の事業活動に及ぼす影響(制限の程度・態様等)を総合的に考慮して判断することになるとした上で、「例えば、市場が寡占的であったり、ブランドごとの製品差別化が進んでいて、ブランド間競争が十分に機能しにくい状況の下で、市場における有力なメーカーによって厳格な地域制限が行われると、当該ブランドの商品をめぐる価格競争が阻害され、当該商品の価格が維持されるおそれが生じることとなる」と述べる(「厳格な地域制限」を「店舗別契約制」と読み替えることになる)。

化粧品業界、特に制度品市場は極めて寡占的な市場であり(2000 年における控訴人を含めた上位 5 社の制度品市場における累積集中度は 71.0%である。矢野経済研究所『日本マーケットシェア事典』1342 頁(2002 年版)から算定<sup>8</sup>)、主要制度品メーカーは、さまざまな媒体を通じて広く広告宣伝を行ってきており、製品差別化が進んでいる。ブランド間競

---

<sup>5</sup> 『同 2000 年版』1250 頁－1253 頁。制度品の総出荷高が 656,589 百万円、直販品の総出荷高が 97,720 百万円であり、マックスファクターの出荷高が 76,850 百万円である。

<sup>6</sup> 『同 2001 年版』1227 頁－1230 頁。制度品の総出荷高が 617,942 百万円、直販品の総出荷高が 99,284 百万円であり、マックスファクターの出荷高が 70,045 百万円である。

<sup>7</sup> 『同 2002 年版』1342 頁－1345 頁。制度品の総出荷高が 604,965 百万円、直販品の総出荷高が 101,468 百万円であり、マックスファクターの出荷高が 72,866 百万円である。

<sup>8</sup> ちなみに、1998 年は 76.1%、1999 年の 72.3%である(2000 年版 1250 頁、2001 年版 1227 頁－1228 頁)。

争は、いかに他社の製品と異なるかを広告等によって宣伝することをめぐる競争であって、価格と品質による競争という独禁法が本来重要視する要因をめぐる競争が十分に機能しているとはいいがたい。さらに、本件店舗別契約制は控訴人と契約する全国の多数の小売店（約 6900 店）を拘束するものである。これは、まさに流通・取引慣行ガイドラインがカッコ書きの中で例示する状況であって、かかる状況下で、控訴人のような市場における有力な事業者が店舗別契約制を行えば、制度品をめぐる価格競争が阻害され、当該商品の価格が維持されるおそれが生じることとなると考えられる（この「おそれ」は抽象的危険性で足りる）。

## 行政制裁金制度

土田和博（早稲田大学）

### I はじめに

2005年4月20日、独占禁止法の一部を改正する法律案が第162回国会において成立し、来年1月に施行される予定である。成立した改正法は、附則において「政府は、この法律の施行後2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、施行状況等によっては課徴金制度の再度の見直しを行うことも視野に含めている<sup>1</sup>。このような附則が設けられた理由の一つは、独禁法の措置体系の「歪み」や二重処罰の禁止に抵触するおそれ、国際的整合性などの観点から抜本的な見直しが必要であったにもかかわらず、それをめぐる論議が今回の独禁法改正においては十分行われなかったとの認識が一部にあることと無関係ではない。

このような認識と整合して、昨年の第161回臨時国会に民主党は、現行課徴金にかえて「行政制裁金」制度を導入し、「行政制裁金」が刑事罰金と併科された場合には罰金相当額を制裁金から全額控除することを1つの柱とする独禁法改正法案を提出した<sup>2</sup>（7条の2第15項、第16項、48条の3）。

同様の提案は他にもみられる。例えば日本経団連は、①課徴金を行政上の制裁と位置づけ、違反行為の重大性・悪質性の程度に応じて加減する、②事業者に対する制裁は課徴金に一本化し、刑事罰は行為者個人のみを対象とする、③事業者に対する制裁として課徴金と刑事罰が並存するならば、両者を選択的に適用すべきである等の提言を行っていた<sup>3</sup>。また、企業犯罪研究会報告書も「多くの諸外国のように、制裁は刑事制裁か行政上の制裁のいずれかに一元化するか、そうでないとしても、両者を現行制度のような補完関係でなく、それぞれ完結した制度として運用していく（行政上の制裁を選択した場合には事業者に対して刑事罰は科さない—土田注記）ことが望ましい」としていた<sup>4</sup>。さらに、本学会でも2001年のシンポジウム「独占禁止法のエンフォースメント」において、金井報告が二重処罰の禁止に反するというより、現行課徴金と刑事罰の制度が十分に機能しておらず、制度上の限界があることを理由に行政制裁金制度に改めることを主張し、その際、法人事業者については原則として制裁金のみを科し、刑事罰を科す必要はないこと、刑事罰はカルテルの意思決定を行った統括責任者に対して罰金刑を科すべきことを提言していた<sup>5</sup>。

以上のような提案は、その根拠や理由に違いがみられるものの、いずれも課徴金制度にかえて、制裁的性格の行政制裁金制度を導入すべきことを説く点で共通している。その際、念頭に置かれているのは主としてEC競争法上の行政制裁金制度であることから、本稿では、改正独禁法施行後2年以内の検討を経て、EU型の行政制裁金制度を導入することが適切かどうかを論ずることとしたい。

### II 行政制裁金と刑事罰の関係

#### 1 行政制裁金

従来、独禁法上の課徴金は、「一定のカルテルによる経済的利得を国が違反行為者から剥奪し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

保するためにとられる行政上の措置<sup>6)</sup>であって、カルテル禁止違反に対する制裁でないとされてきた。他方、2005年の独禁法改正により算定率が上げられた課徴金（新課徴金という）については、①当初は不当な経済的利得だけでなく社会的損失をも違反行為者から徴収して違反抑止力を強化する目的の行政上の措置とされたが、後には「不当利得相当額以上の金銭を徴収する措置（行政上の制裁）<sup>7)</sup>」である旨が公取委によって明言されたこと、②「独占禁止法改正（案）の考え方」（2004年5月19日）の資料において、1992年から2003年までに審決、課徴金納付命令が行われた入札談合、価格カルテル等36件のうち、約9割の事件において8%以上の不正な利得が生じているとされたところ、新課徴金の算定率は原則10%に上げられたこと、③課徴金減免制度において一定の要件を充足する限り、公取委は違反行為を行った者が支払わねばならない課徴金を免除または減額できることから、新課徴金は既に行政制裁金となっていると評価する向きもあるかもしれない。

しかし、前記「考え方」の資料は36件の不当な利得の平均値が16.5%であり、繰返し違反の場合は24%であるともしており、この数字を前提とすると、依然として違反行為前と比較して不利益な状態を作り出すという狭義の制裁を行うものとなっていないと考えることもできること、また新課徴金制度は不当な利得が比較的容易に算定できる行為類型のみを対象としたり、事業者団体による違反の場合に利得が生じる構成事業者に対して納付を命ずることにみられるように不当な利得の剥奪という基本的発想を脱していないこと、さらに新課徴金対象行為（例えば支配型の私的独占）が行われた場合、行為者に課徴金の納付を命じないとするような裁量性はないことなどを併せて考えると、公取委は行政上の制裁を目指して改正を推進し、新課徴金は行政制裁金に向けて半歩踏み出したものの、なお完全には行政制裁金となっていないと評価できるのではないか。

これに対して行政制裁金制度は、狭義の金銭的制裁の要素をもたなければならないから、不当な経済的利得を超える額を納付するよう命ずる必要がある。しかし、行政制裁金が制裁的要素をもつからといって、反社会性ないし反道徳性に着目して違反行為者を処罰すること（punishment）を目的とする刑事罰と目的、性格において一致すると考えることは適当でなく、行政制裁金の目的は、義務違反者に対する制裁を通じて将来の違反を一般的に抑止（deterrence）し、行政の実効性を確保しようということにある。要するに、2年以内の検討において視野に含まれている行政制裁金とは、行政の実効性を確保する手段として義務違反者に対して金銭的制裁（狭義）を裁量的に課すことによって義務違反を一般的に抑止することを目的とする行政上の措置である。

## 2 EC 競争法上の行政制裁金と抑止力

EU 型行政制裁金導入論は、独禁法の措置体系を EU において行われているように行政制裁金に一本化し、刑事罰については廃止するか、少なくとも法人処罰を廃止して個人処罰のみとする、もしくは刑事罰を残す場合にも、行政制裁金が課された場合は刑事罰を科さず、逆に刑事罰が科されたケースには行政制裁金を課さないことを主張する。以下では、このような行政制裁金一本化論を欧州委員会の実務に照らして検討してみる。

（1）EC 条約 81 条、82 条違反があった場合、事業者または事業者団体に欧州委員会が賦課することができるサンクションは、確かに行政制裁金のみであって刑事罰を科することはできない<sup>8)</sup>。行政制裁金の上限は、決定の前事業年度の当該事業者の総売上額の 10%で

あり、日本と比較すると高額な制裁金を賦課することができるようにみえる。現実にも欧州委員会は、1969年のキニーネ・カルテル事件<sup>9</sup>以来、2005年6月15日に公表されたもの（プレスリリース）まで145件の決定において、のべ722者（事業者、事業者団体）に総額5,648,186,464ユーロの制裁金を課してきた（1者当たり約7,822,973ユーロ）。しかし、それにもかかわらず、違反抑止力として十分かといえ、なお疑問といわざるをえない客観的事実が存在する。

第1は、制裁金を課されても違反を繰返し行う事業者が相当に多いという事実である。少なくとも45の事業者が繰返し違反を行っており、その回数は、少なくとも8回が1事業者<sup>10</sup>、6回が2事業者<sup>11</sup>、4回が2事業者<sup>12</sup>、3回が10事業者<sup>13</sup>であり、2回の繰返し違反を行った者は、少なくとも30事業者に上る<sup>14</sup>。業界別では、とりわけ化学業界で繰返しカルテルが行われている（なお、Pioneer 決定<sup>15</sup>（1979年）まで制裁金の額は相対的に低かったといわれるところから、一般的に制裁金が高額化したとされるそれ以後の時期に限ってみても、結果はほとんど変わらない）。第2に、マイクロソフト決定<sup>16</sup>は、単独では最高額となる約5億ユーロの制裁金が課されたが、現金だけで500億ドルを保有するといわれる程に資金力の豊富な同社にとっては金銭的サンクションの抑止力には限界がある<sup>17</sup>。このような場合には、排除措置命令の内容を工夫する方が抑止効果において勝っていると考えられるが、本稿のテーマとの関係上、問題の指摘にとどめる。

（2）繰返し違反に象徴的にみられる制裁金の抑止力の不十分性にどのような対応策がありうるか。まず、ECレベルで考えられる1つの対応策は制裁金の引上げである。例えば最適な（optimal）制裁金額は、理論上、違反行為によって得た利得に発見率の逆数を乗じて算定することができるとされるが<sup>18</sup>、違反行為の発見率が相当低いとすると、「不可能なほど高い制裁金を課さない限り」最適な水準に達しない<sup>19</sup>。しかし、理事会規則上の上限は改正するにしても、例えば売上額の150%もの水準の制裁金は、通常会社の支払能力を超えており、会社が解散することになれば市場における競争単位が減少するだけでなく、経営者、株主、労働者、サプライヤー、顧客、債権者などステークホルダーにも重大な影響を及ぼすことから望ましい事態ではなく、さらに何よりペナルティの峻厳さは違反行為の重大性に比例しないものであってはならないとの比例性の原則（EU基本権憲章49条3項）に反することとなる<sup>20</sup>。

（3）次に加盟国レベルの対応として第1に考えられるのは、加盟国独自の制裁金を課すことである。これについての基本判例であるWilhelm 対連邦カルテル庁・欧州裁判所先決裁定は、加盟国競争当局も国内法に基づいて問題となる協定に対して措置をとることができるが、その結果、並行して制裁が課される場合には自然的正義の要請により、先に課された制裁が後の手続において考慮されねばならないとした<sup>21</sup>。本裁定に従って加盟国の課した制裁金を考慮したケースがいくつか存在するほか<sup>22</sup>、イギリス1998年競争法は、この立場を法律上明示している（38条9項<sup>23</sup>）。ただし、この問題はEC域外の第3国が賦課した罰金、制裁金を欧州委員会は考慮しなければならないかという問題とは異なる。例えば国際カルテル事件でEC競争法違反に問われた事業者は、しばしばアメリカやカナダの科した刑事罰金が考慮されねばならないと主張したが、裁判所はこれを斥けている<sup>24</sup>。欧州裁判所は、Boehringer Mannheim v. Commission 判決（[1972]ECR 1281）において、第3国がある事業者の違反行為に罰金を科した場合、①これと「同一（identical）」と認めら

れる行為に対して欧州委員会が制裁金を課したこと、および②第3国の有罪判決が当該国の領域外における違反行為にも基づいてなされたことの立証がないとの理由で訴えを棄却したことから、そのような立証があれば調整がなされる可能性は排除されないとも解されていたが、②は通常ありえないことから、結局 EC 域外の第3国による制裁によって EC 競争法上の制裁金が減免される可能性はないようである<sup>25</sup>。

(4) 欧州委員会の課す行政制裁金の抑止力を補完する加盟国レベルのいま1つの対応策は、国内法として刑事罰を導入することである。2003 年閣僚理事会規則 1 号は、加盟国の競争当局が条約 81 条、82 条を適用する権限を有し、その目的を達成するため当該競争当局は「行政制裁金、履行強制金、国内法で規定したその他のいかなるペナルティーをも賦課することができる」としている(5 条)。その前後から加盟国では国内法として刑事罰を導入する国が増えている。これを大別すると、1 つは①個人処罰のみを導入する法制であり、さらに財産刑のみを科すか、(これに加えて) 自由刑を科すかの区別が可能である。他は②法人処罰も規定するものである<sup>26,27</sup>。

①個人処罰のみを導入する法制度、特に自由刑を科す制度の最大の利点は、従業者個人に対して極めて大きな違反抑止効果を期待できることである。OECD も「最も過酷な刑罰」として一定の独禁法違反行為に関与した個人にこれを科すことを示唆するが、同時に一定の違反行為を犯罪とすることにより生じる自己負罪拒否特権や訴追機関に要求される刑事立証の負担によって、かえって反トラスト当局による調査が困難となり、立件される事件が限定され、あるいは裁判所の違法判断の可能性が小さくなる(総じてカルテル規制の実効性が弱まる)のではないかと懸念を表明する加盟国があったことも報告されている<sup>28</sup>。この法制の他の利点は、事業者(通常は会社などの法人)に制裁金が課された場合、それとは別に当該事業者の従業者個人を刑事訴追したとしても二重処罰の問題が生じないことである。

しかし、この方策の最大の難点は、違反行為を行った会社の下位の職層、末端の従業者個人を処罰するだけにとどまるのでは、「トカゲの尻尾切り」にすぎず、これらの者の行為も、中上位の職層、役員などの暗黙の了解の下で行われた行為であるとみることができる。とすれば<sup>29</sup>、より上位の会社代表者や経営者を処罰することができなければ制度として不十分であることにある。

②法人をも処罰する法制度は、加盟国ではアイルランド、デンマーク、エストニア、スロベニアにみられる。その場合、欧州委員会による行政制裁金に加えて加盟国が刑事罰金を科すことに独自の意味があるかという疑問が生じよう。これはアメリカでも刑事罰金と民事罰金ないし行政制裁金がどのように異なるのかという形で問われている。この問題は刑事罰のスティグマ効果をどのように評価するかにかかるとは、アメリカの研究者が会社取締役および弁護士と面談した結果、得られた回答は「刑事は異なる」というものばかりであったという。次のような逸話が如実に刑事罰の効果を物語っているといえよう。「穏当な行政制裁金(civil fine)であれば、通常取締役会で5分で片付くが、同じ額が重罪としての刑事罰金であれば、特別取締役会(special board meeting)が欠かせなくなる。ある CEO は顧客が汚点のついた会社から引続き購入してくれるか心配し、社内弁護士は新人従業員のリクルートに頭を悩ませ、別の弁護士は従業員の士気の低下を懸念するであろう<sup>30</sup>」と。日本でも公訴提起がなされた段階で起訴された会社の社長の辞任や役員の降格、減俸



につながったり、有力な経済団体での活動自粛処分に発展することがあり<sup>31</sup>、このような点で課徴金やおそらく行政制裁金と明らかに異なる<sup>32</sup>。

(5) 上のような形で欧州委員会が事業者に制裁金を課した上、加盟国が当該事業者刑事罰金を並行的に賦課する場合、懸念されるのは二重処罰（二重の危険）の禁止に抵触しないかという問題である。現在のところ、このような例はあまりないようであり、また EC 条約 81 条、82 条違反行為を行った事業者に対する制裁金は「刑事法の性質を有するものであってはならない (shall not be of a criminal law nature) <sup>33</sup>」とされていることもあって、欧州共同体法においては前述した加盟国の制裁金と併科される場合を除いて問題とされていないようである。ただ、欧州人権条約に関する欧州人権裁判所 (European Court of Human Rights) の判決には、やや注意を要する点があるので簡単に触れておく<sup>34</sup>。

欧州人権条約 (The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950) 第 7 議定書第 4 条は、「何人も同一国の管轄において当該国の法および刑事手続に従って既に確定的に無罪とされ、または有罪とされた違反について再度刑事手続において裁かれ、または処罰されてはならない。前項の規定は、当該事件の結果に影響し得る、新しい若しくは新しく発見された事実に関する証拠がある場合または先行する手続に根本的瑕疵が存在する場合に、当該国の法と刑事手続に従って審理を再開することを妨げるものではない。」と規定する。予め付言しておけば、欧州人権裁判所の判決は欧州共同体の裁判所を拘束するものではないが、人権条約に宣言された基本権の尊重は欧州共同体法の一般原則であるとともに、EU 条約 6 条 2 項は EU が人権条約によって保護された基本権を尊重するものとする宣言していることから、共同体裁判所も欧州委員会の決定がこの一般原則に反しないかを判断する際に、人権裁判所の判決に敬意を払ってきたとされる<sup>35</sup>。

第 7 議定書第 4 条に関して 1990 年代以降、数件の判決が出されている。そのうち Fisher 事件<sup>36</sup>は、飲酒運転を含めたいくつかの道路交通法違反に対して合計 22010 オーストリア・シリングの制裁金および支払不能の制裁金部分にかえて 20 日の不払いによる拘禁処分 (imprisonment in default) を受けた者が、後に刑法典の定める過失致死罪により 6 月の自由刑に処す旨の判決を受け、これに対して人権裁判所の判断を求めたものである。この制裁金と不払いによる拘禁処分には飲酒運転による道交法違反に対する 9000 シリングの制裁金および支払不能部分につき 9 日の拘禁が含まれていた。欧州人権裁判所は、同一の行為が複数の違反を構成するかにみえる場合でも、1 つの違反が他方の違反に含まれる悪性をすべて包含する場合には 1 つの違反でしかないものがある、本件は 2 つの違反とされたものに本質的要素の違いがなく、同一の違反を 2 度裁き、処罰することに該当すると判示した。なお、オーストリア政府は、大統領権限に基づき後に自由刑が 1 月減刑され、これが 9000 シリングに相当するから二重処罰の問題は解消されたと主張したが、人権裁判所は第 7 議定書第 4 条が 2 度裁かれること自体をも禁止することを理由に減刑による調整は二重処罰禁止違反を治癒しないとした。

他方、凍結した道路を車で走行中に対向車線にそれ、対向車と衝突して運転者に重大な障害を負わせた者が、道路交通法違反（道路状態に適合しないスピード違反）で 200 スイスフランの反則金を課された上、刑法典 125 条違反（過失傷害）により 2000 フランの罰金を科されたケースにおいて、原告（車の運転者）は車両の制御ミスによる反則金と過失

傷害による罰金の併科が第7議定書第4条に違反すると主張したが、裁判所は本件が1つの行為が複数の違反に当たる典型的な事件であり、複数の違反に対してそれぞれのペナルティが賦課されたものであって、二重処罰に当たらないとしたものがある<sup>37</sup>。

さらに、Fisher判決の後に示されたGöktan判決<sup>38</sup>は、フランス国内での供給を目的として麻薬の輸入、購入、所持、運搬などを行ったために5年の自由刑を科された外国人が、同時に麻薬の没収に代わる追徴107万フランおよび関税法違反による関税制裁金(customs fine)40万フランを賦課されたが、これを支払うことができなかったため、関税制裁金にかわって2年の不払いによる拘禁処分に服したという事案であった。欧州人権裁判所は、関税制裁金の支払不能による拘禁も第7議定書第4条との関係で刑罰に当たるとしたが、本件では1つの刑事裁判手続において、薬物取引という違反に対して自由刑が、また禁制品の輸入という違反に対して関税法上の制裁金(これにかえて不払いによる拘禁)がそれぞれ賦課されたものであるから、同一の違反に2つの刑事処罰がなされたわけではなく、二重処罰の禁止に違反しないとされた。

以上のように第7議定書第4条をめぐる判決は「拡散的(sparse)<sup>39</sup>」状況にあって、一義的な結論を導くことは困難であるといわざるをえない。

### 3 小括

EC競争法上の行政制裁金は、そのみでは違反抑止力として不十分であることを示す事実が存在する。日本に同様の制度を導入するとしても、刑事罰を廃止し、あるいは選択的に適用することは妥当でない。従業者個人のみを処罰し法人処罰は廃止するとの提案も、法人処罰のスティグマ効果を考えれば得策とはいえない。さらに法人代表者等の故意を要求する現行の三罰規定(95条の2、95条の3)についても改正する必要がある。

重大、悪質なケースについて法人に行政制裁金と刑事罰(罰金)を併科することは、①制裁金と刑事罰の趣旨、目的、性質、手続の相違だけでなく、②併科の必要性、合理性と併科による現実的な不利益・負担の大きさを比較衡量して<sup>40</sup>憲法39条違反か否かを決すべきであろう<sup>41</sup>。刑事罰の目的が過去の反社会的、反道徳的行為に対する処罰にあるのに対して、行政制裁金は制裁を通じて将来の違反を一般的に抑止することを趣旨、目的とする行政上の措置であること(①)、罰金の上限が5億円にとどまる以上、それ以上の利得のあった事業者に対して制裁金を併せて課すことにより利得を超える金銭的ペナルティを賦課する必要性があり(ただし、トータルの金銭的ペナルティの大きさが違反の重大性に比例しないものであってはならない)、また仮に導入されたとしても制裁金は劇的に巨額になるとは考えられないことから、行政制裁金の抑止力も刑事罰のスティグマ効果によって補完される必要があると予想されるのに対し、重大な違反を行った法人事業者の不利益が不当に大きくなるとは考えられないことから(②)、憲法39条に違反することにはならないものと思われる。

## Ⅲ 行政制裁金の制度設計

2005年改正による新課徴金制度は、対象行為(排除型の私的独占や不公正な取引方法が対象外である)や算定率(不正な利得を完全に徴収することになるか依然として疑問がある)等の点でなお改善の余地がある。そこで行政制裁金制度を導入するとすれば、まずもっていかなる原則に則って制度設計をすべきかが問題となる。法律主義、比例原則、適正

手続の保障など憲法上の原則、要請が制度設計に当って考慮されねばならないことは当然であるが、明確性、透明性、迅速性なども確保される必要があろう。行政制裁金導入論は前述のとおり、主として EC 競争法上のそれを念頭においていると思われることから、制度設計にあたって、その検討により問題点を浮き彫りにしたい。

#### 1 2003 年閣僚理事会規則 1 号と 1998 年算定ガイドライン

2003 年理事会規則 1 号は、①事業者または事業者団体が、②故意または過失により、③EC 条約 81 条または 82 条に違反した場合、④前事業年度における総売上高 (total turnover) の 10%を超えない範囲で、⑤違反の重大性 (gravity) と違反期間 (duration) を考慮して決定により賦課することができるが、⑥制裁金は刑事法の性格を有するものであってはならないと規定する (23 条 2 項ないし 5 項)。具体的な制裁金額の算定は、98 年算定ガイドラインにより以下のように行われる。

##### (1) 基本額 (basic amount) の決定

これは A. 違反の重大性と B. 違反期間を考慮して決定される。

A. 違反の重大性は、違反の性質、市場への現実の影響 (計測できる場合)、関連地理的市場の規模を考慮して、①軽微な違反、②重大な違反、③極めて重大な違反の 3 つのカテゴリーに分ける。①は通常、垂直的性格の取引制限であって共同体市場の実質的であるが相対的に限定的な部分にのみ影響を与えるものであって、起算制裁金額は 1000 ないし 100 万エキュウとされる。②は水平的または垂直的制限であって、共同体市場のより広範な地域に影響を与えるもの、あるいは市場支配的地位の濫用 (支配的地位を有する事業者が競争者を排除するために行う供給拒絶、差別、排他的行為、ロイヤリティの引下げ) などであって、起算制裁金額は 100 万から 2000 万エキュウとされる。③は価格カルテル、市場シェアの割当て (market sharing quotas)、国内市場の分割その他単一市場の適正な機能を危殆ならしめる行為、事実上の独占的事業者による明白な濫用行為などであって起算額は 2000 万エキュウ超とされる。この枠内で起算額を決定する場合、消費者など他の主体に顕著な損害を与えることのできる違反行為者の経済的能力を考慮に入れること、および十分な抑止効果をもつ水準に制裁金を設定することが必要であるとされる。カルテルのような複数の事業者による違反であって、事業者の規模に相当な不均衡があり、各事業者の違反行為が市場に与える現実の影響が異なる場合、上の枠内で起算額にウエイトづけを行うことが必要かもしれないとされる。

B. 違反期間については、(i) 1 年未満の短期間の場合増額はなく、(ii) 1 年以上 5 年以下の中期間の場合、A. 重大性に基づいて決定された起算額が 50%まで増額され、(iii) 5 年超の場合、1 年につき 10%の割合で増額されて、基本額が決定される。

##### (2) 加重事由と軽減事由の考慮

基本額は、次のような加重する事由 (aggravating circumstances) があれば増額される。それは、a. 同一事業者による同じタイプの違反行為の繰返し、b. 調査協力の拒否または調査妨害の試み、c. 違反の首謀者または煽動者であること、d. 違反行為を実施する意図をもって行う他の事業者に対する報復的措置、e. 客観的に推定できる場合に違反の結果不当にえた利得を超過するためにペナルティを増加させる必要性、f. その他である。

減額につながる軽減する事由 (attenuating circumstances) は、g. 専ら受動的、追随

的役割しか果たさなかったこと、h. 違反協定、行為を実施しなかったこと、i. 委員会の介入後速やかに違反行為を取りやめたこと、j. その制限的行為が違反を構成するか否かについて合理的な疑いが事業者に存在したこと、k. 過失によりまたは意図しないで違反を犯したこと、l. カルテル事件における制裁金減免告示の範囲外において委員会の手続に協力したこと、m. その他である<sup>42</sup>。

なお、共同体裁判所は、欧州委員会が決定において賦課した制裁金を取消し、減額し、または増額することができる（2003 年理事会規則 1 号 31 条）。

## 2 裁量性

以上のような算定方法の 1 つの特徴は、欧州委員会に制裁金を課すか否かだけでなく、どのように賦課するかについても大幅な裁量を与えられていることである。例えば起算額の決定にあたって、算定ガイドラインはハードコアカルテルを「極めて重大な違反」とした上、2000 万エキュウを下限とし、かつ違反行為者の経済的能力を考慮に入れ十分な抑止効果を持つ水準に設定することなどを示しているが、それ以上に明示的な制約は存在しない。82 条違反についても、ある行為類型が 2000 万エキュウ超とされる「極めて重大な違反」に分類されるか、100 万から 2000 万エキュウとされる「重大な違反」に該当するかは、簡単な例示はあるものの、必ずしも明らかでない。さらに、算定ガイドラインは制裁金の加重、軽減事由についても規定しているが、上述の事由が存在した場合、どの程度増額、減額するかは委員会の裁量に委ねられる。

あまりに大きな裁量性を認めることは法律主義、透明性、公平性などの観点から望ましくない。この点を考慮してオランダ 1998 年競争法は、競争庁長官が 45 万ユーロか前事業年度の総売上額の 10%のいずれか大きい額を上限とし、違反の重大性と違反期間を考慮して制裁金を課すことができると規定した上、制裁金ガイドラインにおいて透明性、抑止効果、比例性を原則として、次のような算定方式を採用している。すなわち、まず、違反期間全体にわたる違反行為の対象となった商品・サービスの売上額の 10%を基本額とし、これに違反の重大性に応じて、最大 3 までの係数を乗じる（極めて重大な違反は 1.5 から 3、重大な違反は 2 まで、軽微な違反は 1 までの係数）。さらに繰返し違反、首謀者、監視手段の採用、調査妨害などの事由がある場合に加重し、顕著な調査協力、自主的離脱、被害者への補償などがみられる場合に軽減する<sup>43</sup>。以上のようなオランダ方式でも重大性の程度に応じてどのような係数を乗じるか、加重・軽減事由がある場合にどの程度増減させるかは競争庁長官の裁量に委ねられるが、欧州委員会に認められた大幅な裁量と比較すれば限定的である。

イギリスでも同様の考慮が払われているように思われる。法律上規定されているのは、公正取引庁（OFT）が一定の共同行為と市場支配的地位の濫用を故意または過失により行った事業者制裁金を国庫に支払うよう命ずることができること、その額が当該事業者の売上額（国務大臣の命令により定められるが、関連する地理的範囲における違反行為の対象となった商品・サービスの売上額に限らない）の 10%を超えてはならないことのみであり（1998 年競争法 36 条 1 項、2 項、3 項、8 項、9 項）、他は公正取引庁長官のガイドラインによって定められている<sup>44</sup>。このガイドラインにおいては、違反行為の対象となった商品・サービスの関連地理的市場における前会計年度の売上額に、違反の性質（重大性）、商品の性質、市場構造、市場シェア、参入条件、消費者等に対する影響などに応じて最高

10%までの比率を乗じて起算額とし、これに違反期間を考慮した上（2年違反が継続していれば2を乗じる）、首謀者・煽動者、取締役・上級管理職の関与、報復措置、繰返し違反などによる増額と強制的圧力の下で違反を行わざるを得なかったこと、違反となるか否か全く不明であったことなどの事由による減額を行う。違反行為の対象となった商品・サービスの違反行為が行われた地理的範囲における売上額をベースとして、これに違反期間を考慮して基本額とすることにより、算定のスタートラインにおける裁量を限定している点でオランダと同様である。

### 3 故意または過失

行政制裁金は違反行為者に対する制裁を通じて一般的に違反の抑止を図るものであるから、制裁金の賦課には故意または過失が要件となる。この場合の故意は、独禁法の禁止に違反する行為を行っているとの認識がある必要はなく、競争を制限または阻害する意図があれば足りると解すべきである<sup>45</sup>。EC競争法上も、EC条約81条、82条に違反する行為を行っていることを認識していた場合だけでなく、競争制限的效果が生じることに気付かないことはありえない場合にも故意の要件は充足するとされている<sup>46</sup>。この点に関連して、コンプライアンス・プログラムの存在は、自己の行為が独禁法に違反することを知っていた証拠となりうることに注意する必要がある<sup>47</sup>。

過失については、事業者または事業者団体が自らの行為が独禁法で禁止される反競争的效果をもつことを合理的に予測できたにもかかわらず、当該行為を行った場合には過失の要件を充足するであろう。過去に独禁法違反とされた類型と同様の行為を行った場合にも、少なくとも過失が認定できる。EC競争法においては、過去に特定の行為類型が81条、82条違反とされていない場合でも、その行為の反競争的效果が予見できるときには過失がなかったことにはならないとされている<sup>48</sup>。

### 4 対象行為

行政制裁金は、上述のとおり事業者の故意、過失を要件とするものであるから、これを充足し、かつ違反抑止の観点から賦課に値する行為は一般的に制裁金の対象としてよいと考えられる。EC競争法上も2003年理事会規則1号は81条、82条違反一般を制裁金を賦課することができる対象行為としつつ、具体的な対象行為は、違反の重大性、悪質性、影響を及ぼす地理的範囲の大きさ、違反期間、過去に違反とされた類型か否かなどを考慮して欧州委員会が決定しているようであるが、他方、必ず制裁金が課される行為類型があることも事実である。各国・地域の独禁法執行機関がどのように事件を選択し、何にプライオリティをおいて運用するかは、当該国や地域の置かれた背景的事情によって異なるから比較法学的検討には限界があるが、この点に留意しつつ、欧州委員会の運用をみってみる。

欧州委員会によって制裁金が課された決定145件のうち、81条違反が117件、82条違反が33件であり、両法条違反が5件である。行為類型別にみると、81条関係では、①価格カルテル<sup>49</sup>、②並行輸入の妨害<sup>50</sup>、③市場分割<sup>51</sup>、④数量制限<sup>52</sup>などが多いが、そのほかにも⑤情報交換<sup>53</sup>、⑥共同販売会社を通じて行う輸出制限<sup>54</sup>、⑦事業者団体による参入阻止と構成事業者の活動制限<sup>55</sup>、⑧再販<sup>56</sup>、⑨選択的流通制<sup>57</sup>、⑩商標の使用制限<sup>58</sup>や特許ライセンス契約における制限条項<sup>59</sup>などに制裁金が課されている。

82 条違反については、①取引拒絶<sup>60</sup>、②不当廉売<sup>61</sup>、③価格（マージン）圧搾<sup>62</sup>、④差別対価<sup>63</sup>、⑤抱合せ<sup>64</sup>、⑥忠誠リベート<sup>65</sup>、⑦排他的行為<sup>66</sup>などである。

81 条、82 条ともに問題となるのは、以前に違反とされた例のない新規の行為類型に制裁金を課することができるかどうかである。独禁法違反行為として確立された類型でないものであって当該違反行為を行うにつき過失があるとはいえない場合、最初の違反者には制裁金を課さず、その後に同じ類型の違反を行った者について、先例を参照しなかったことにつき少なくとも過失があるとして制裁金を課すことは検討に値するであろう。あるいは—欧州委員会の実務でしばしばみられるように—緊急停止命令の申立を行い（67 条）、その後にもなお当該行為を継続する場合には故意か少なくとも過失が認定できる。

#### 5 賦課対象事業者・事業者団体／加重・軽減事由

行政制裁金は、違反行為者の制裁を通じて、一般的に違反を抑止しようとする制度であるから、違反行為による売上や利得の有無にかかわらず違反行為者に賦課されるべきは当然である。同様に、事業者団体が違反行為を行った場合も当該事業者団体に制裁金が賦課されるべきである。何らかの理由で事業者団体が支払うことができない場合、これに代えて当該事業者団体の意思決定機関を構成する事業者や事業者団体の決定に積極的に関与し、これを実施した事業者に支払を命ずることとする必要がある<sup>67</sup>。他方、形式的には違反行為者であるが、例えば、違反行為への参加を強制された事業者など<sup>68</sup>、対象事業者としない場合が考えられないわけではない。

加重・軽減事由に関して指摘する必要があるのはコンプライアンス・プログラムの評価である。独禁法に違反する行為を行った事業者が事後的にコンプライアンス・プログラムを制定することは、将来に向けて再発を防止する真摯な意思の表明であり、これが有効に実施されるとすれば、望ましいことである。しかし、事前にコンプライアンス・プログラムが存在したにもかかわらず、違反行為が行われた場合には、それが有効に機能していなかったこと、故意による違反であることを示すのみならず、悪質な隠蔽の一種として加重される事情ともなりうる。欧州委員会の実務でも、British Sugar 社は、1988 年の 82 条違反の決定<sup>69</sup>において、異議告知書を受けた後にコンプライアンス・プログラムを制定し、81 条、82 条の下で同社に求められる義務を詳細に定め、社内の各職層に対して、これらの義務に違反する行為のみならず、疑わしい行為をも行わないよう指導する約束を行い、制裁金の減額を受けた。81 条を含めて違反の防止を約束していたにもかかわらず、10 年後の事件で同社は、首謀者として「値上げに関する共同の戦略」を組織したため、基本額を 75%増額された<sup>70</sup>。このように古い事件ではコンプライアンス・プログラムの存在を軽減事由として考慮した例も全くないわけではないが、最近の欧州委員会の決定においては、それ自体では軽減する方向へ特段の効果を生み出すものと評価されているわけではなく、加重事由とされた例さえ存在する。以上のような文脈のなかで欧州委員会の 98 年算定ガイドラインは、コンプライアンス・プログラムの採用について軽減事由として明示していないことに留意すべきである<sup>71</sup>。

## IV 結 論

以上、制裁金と刑事罰の関係、制裁金の制度設計について不十分ながら検討した結果、

本稿は次のような案が一考に値するのではないかと考える。

(1) 法律上、総売上高等を基準に上限を設けた上、その枠内で公取委は、以下のように算定された行政制裁金を事業者または事業者団体に課することができることとする。

①原則として、違反行為が行われた期間または 5 年程度のいずれか短い期間において、違反行為が行われた地理的範囲における違反行為の対象商品・サービスの売上額の 10%を基本額とする<sup>72</sup>。入札談合に専ら協力してきた事業者のように違反行為による売上がない場合は、当該事業者の総売上額、規模等を考慮して、当該違反行為による売上有る事業者の基本額を参考として公取委において決定するものとする。

②これに違反の重大性に応じて 0.5 ないし 2.5 程度の係数を乗じる（再販を除く不公正な取引方法、不当な取引制限のうち非ハードコアカルテルおよび 8 条 1 項 3、4、5 号は係数 0.5 ないし 1、私的独占、再販および 8 条 1 項 1、2 号は係数 1 ないし 2、不当な取引制限のうちハードコアカルテルは係数 2 ないし 2.5 をそれぞれ乗じる）。

③さらに個別事業者の加重事由（繰返し違反、首謀者、調査妨害、取締役・上級管理職の関与、報復措置など）、軽減事由（調査協力、自主的離脱、被害者への補償、専ら受動的役割など）を考慮して最終的な制裁金額を決定する。これらの事由が存在する場合、②の 32%を超えない範囲で、どの程度増減額するかをガイドラインで明示することが必要である<sup>73</sup>。

④以上の算定の結果えられた制裁金額が違反行為による利益を下回ることが証拠上明らかな場合、総売上高等を基準とした上限の枠内で利益を上回る額となるよう制裁金額を変更することができることとする。

⑤同一事件の刑事判決において罰金刑が確定した場合、当該罰金の半分を課徴金額から控除し、または納付命令を変更し、取消さなければならない旨の規定（7 条の 2 第 14 項、51 条 1 項、2 項）およびカルテル事件に係るリニエンシー制度（7 条の 2 第 7 項ないし第 13 項）は、行政制裁金を導入する場合にも維持する。

(2) 公取委の行政制裁金納付命令は、東京高裁、最高裁がこれを減額、増額または取消すことができる旨を明示する規定を設ける。

(3) 現行の刑事処罰制度は、法人処罰を含め、これを廃止しない。法人代表者や事業者団体の理事等の三罰規定については故意の場合だけでなく、重過失<sup>74</sup>または過失による場合も法人の代表者等を処罰することができるよう改正すべきである。

---

<sup>1</sup> 衆議院経済産業委員会の附帯決議では、内閣府に設けられる検討の場において施行後 2 年以内に「独占禁止法の措置体系の望ましい在り方について、実効性の確保や国際的調和等の観点を十分に踏まえつつ、議論が尽くされるよう努めるとともに、特に中小企業等に不当に不利益を与える不当廉売、優越的地位の濫用等の不公正な取引方法に対する措置に関しては、課徴金適用の対象とすることも含めてその方策を早急かつ前向きに検討すること」とされ、また参議院経済産業委員会でも同様の附帯決議がなされている。

<sup>2</sup> 「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案」（第 161 回、衆法 4 号）。この法案は、2005 年の通常国会（衆議院）で否決された。

<sup>3</sup> 「21 世紀にふさわしい独占禁止法改正に向けた提言」（2004 年 7 月 13 日）。

<sup>4</sup> 「企業犯罪研究会報告書—独占禁止法の制裁制度に関する研究」（2001 年 3 月）、法律のひろば 2001 年 5 月号 38 頁以下（引用は 55 頁）。ただし、行政上の制裁を導入するにしても、事業者に対する刑事制裁を制度として存続させることには大きな意義があるというべきであり、

行政上の制裁と並んで刑事制裁の選択の余地も残しておくことが必要と考えられるとしてもしている（同 57-8 頁）。

<sup>5</sup> 金井貴嗣「独占禁止法違反に対する課徴金・刑事罰の制度設計」、日本経済法学会年報 22 号 17 頁以下（2001 年）。そのほか、阿部泰隆「課徴金制度の法的設計」、『国際化時代の行政と法』115 頁以下（1993 年）も法人事業者に対する課徴金と従業者個人処罰の組合せ（個人事業者には併科）を、来生新「排除措置と課徴金」、日本経済法学会年報 13 号 23 頁以下（1992 年）は刑事罰の廃止と EU 型の行政制裁金導入を提言し、楠茂樹「独禁法への制裁金制度導入について（上）（下）」法律時報 73 巻 8、9 号（2001 年）は制裁金と個人処罰の組合せを示唆する。さらに、沢田克己「課徴金制度の再検討」、『企業の健全性確保と取締役の責任』543 頁以下（1997 年）は、不当にえた利得に課徴金を限定して二重処罰のおそれを回避すべきことを説いていた。より最近の議論では、郷原信郎『独占禁止法の日本的構造』171 頁以下（2004 年）が行政制裁金への変更と刑事罰の限定（個人および法人）、伊従寛「独禁法研究会報告『措置体系の見直し』の問題点」商事法務 1684 号（2003 年）14 頁が法人処罰の廃止・制裁金導入、個人処罰の維持、村上政博「独占禁止法上についての現状と見直し」NBL787 号（2004 年）31 頁が刑事罰と制裁金の選択的適用をそれぞれ主張する。これに対し、独占禁止法研究会「独占禁止法研究会報告書・第 1 部 措置体系の見直し」（2003 年 10 月 28 日）、舟田正之「課徴金制度の強化に向けて」NBL774 号（2003 年）8 頁、岸井大太郎「独占禁止法の措置体系のあり方」公正取引 637 号（2003 年）は、現行刑事罰制度と社会的損失を違反行為者に負担させる新課徴金制度の併用・組合せを求めている。

<sup>6</sup> ラップ価格カルテル事件東京高裁判決（1993 年 5 月 21 日）、高裁判集 46 巻 2 号 108 頁。

<sup>7</sup> 公取委「独禁法改正（案）の概要」（2004 年 4 月 1 日）。

<sup>8</sup> EC 条約 83 条（旧 87 条）1 項は、閣僚理事会に 81 条（旧 85 条）および 82 条（旧 86 条）に定められた原則を実効あらしめるために必要な規則または指令を制定する権限を与えており、同条 2 項 a 号は、行政制裁金（fine）または履行強制金に関する規定を設けることにより 81 条 1 項および 82 条の禁止を遵守させる規則または指令が含まれるものとしている。この規定を根拠に制定されたのが 1962 年理事会規則 17 号であったが、これは廃止され、現在、2003 年理事会規則 1 号の 23 条 2 項が「委員会は、決定により、事業者または事業者団体が故意または過失により条約 81 条または 82 条に違反した場合、制裁金を課することができる。当該制裁金は、各々の事業者または事業者団体について、前事業年度の総売上高（total turnover）の 10 パーセントを超えてはならない」旨規定している（Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003]OJ L1/1）。現在、実際の行政制裁金の算定は、Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation 17 and Articles 65(5) of the ECSC Treaty ([1998]OJ C9/3)（以下、算定ガイドラインという）およびカルテル事件に関しては、これに加えて、Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases([2002]OJ C45/3)（以下、リニエンシー告示という）に基づいて行われている。なお、本稿では旧 85 条、86 条が適用された場合でも、便宜上それぞれ 81 条、82 条と記す。

<sup>9</sup> Quinine Cartel, [1969] OJ L192/5.

<sup>10</sup> Solvay (Peroxygen Products), [1985] OJ L35/1; Polypropylene, [1986] OJ L230/1; Solvay/ICI, [1991] OJ L 152/1; Solvay/CFK, [1991] OJ L152/16; Solvay, [1991] OJ L152/21; PVC, [1989] OJ L74/1; Soda Ash, [2003] OJ L10/1; Soda Ash(Solvay), [2003] OJ L10/10)。このほかにも子会社による違反がある（Vitamins, [2003] OJ L6/1）。

<sup>11</sup> BASF (Dyestuffs), [1969] OJ L195/11; Polypropylene, [1986] OJ L230/1; LdPE, [1989] OJ L74/21; PVC II, [1994] OJ L239/14; Vitamins, [2003] OJ L6/1; Choline Chloride, COMP/E-2/37.533)。(BASF/Accinauto, [1995] OJ L272/16 は子会社による違反。) ICI (Dyestuffs, [1969] OJ L195/11; Polypropylene, [1986] OJ L230/1; LdPE, [1989] OJ L74/21; Solvay/ICI, [1991] OJ L 152/1; ICI, [1991] OJ L152/40; PVC II, [1994] OJ L239/14)。

<sup>12</sup> Hoechst (Dyestuffs, [1969] OJ L195/11; Polypropylene, [1986] OJ L230/1; LdPE, [1989]



OJ L74/21; PVC II, [1994] OJ L239/14) ; Atochem (Peroxygen Products, [1985] OJ L35/1; Polypropylene, [1986] OJ L230/1; LdPE, [1989] OJ L74/21; PVC II, [1994] OJ L239/14)。

<sup>13</sup> Hoffman-La Roche (Vitamins, [1976] OJ L223/27; Vitamins, [2003] OJ L6/1; Citric Acid, [2002] OJ L239/18)、Shell (Polypropylene, [1986] OJ L230/1; LdPE, [1989] OJ L74/21; PVC II, [1994] OJ L239/14)、DSM (Polypropylene, [1986] OJ L230/1; LdPE, [1989] OJ L74/21; PVC II, [1994] OJ L239/14)、Orient Overseas Container Line (Far Eastern Freight Conference, [1994] OJ L378/17; TACA, [1999] OJ L95/1; FETTCSA, [2000] OJ L268/1)、Nedlloyd (French African Shipping, [1992] OJ L134/1; CEWAL, [1993] OJ L34/20; Far Eastern Freight, [1994] OJ L378/17) など。

<sup>14</sup> Rhône Poulenc(Aventis) (Polypropylene, [1986] OJ L230/1; Vitamins, [2003] OJ L6/1)、(そのほか Methyglucamine, [2004] OJ L38/18 は子会社による違反)。Degussa (Peroxygen Products, [1985] OJ L35/1; Methionine, [2003] OJ L255/1)、(Organic Peroxides, COMP/E-2/37.857 は子会社による違反) など。以上の算定には、一部を除き会社合併等による商号変更が考慮されていないから、現実に繰返し違反を行った事業者数はこれより多い可能性がある。違反を認定されたものの、制裁金を免除された事業者は、この件数に含まれていない。第 1 審裁判所または欧州裁判所において減額、取消された決定も一部含まれている。なお、上の件数は、C. Jones & M. Van Der Woude, EC Competition Law Handbook 2004/2005 Edition(2004) 79-101 頁の制裁金が課されたケースのリストおよびこれに掲載されていない最近の決定については欧州委員会競争総局のウェブサイトによる。繰返し違反が多いことについては、C. Harding & J. Joshua, Regulating Cartels in Europe 255-6 (2003) も参照。行政制裁金のみによる違反抑止力が不十分であるとの指摘は、W. P. J. Wils, EC Competition Fines: To Deter or Not to Deter, 15 Yearbook of European Law 17 (1995); OECD, Cartels: Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39,110 における欧州委員会の見解表明にもみられる。

<sup>15</sup> Pioneer, [1980] OJ L60/21.

<sup>16</sup> Microsoft/W2000, 24 March 2004, COMP/37.792.

<sup>17</sup> A. Jones & B. Sufrin, EC Competition Law 1136 (2nd ed., 2005).

<sup>18</sup> Wils, *supra* note 14, at 28-31 に経済学的アプローチが紹介されている。

<sup>19</sup> W. P. J. Wils, Does the Effective Enforcement of Article 81 and 82 Require Not Only Fines on Undertakings, But Also Individual Penalties, and in Particular Imprisonment?, in *Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* 420-3 (2003). 違反から得られる利得が 100、発見の可能性が 20%であれば、理論値として 500 以上の制裁金を課さなければならない。Wils は売上額の 5%の利益が生じるカルテルが 5 年間継続し、違反の発見率が約 16% (アメリカにおける同種の調査からの推定) であるという仮定に基づいて、その場合、制裁金は売上高の 150%以上でなければ「最適な」水準とならないとの推計を示している (422 頁)。

<sup>20</sup> *Id.* at 423-7. いま 1 つの EC レベルでの対応の可能性は、入札談合を含めた欧州共同体の財政的利益を侵害する犯罪について、「欧州検察官 (European Prosecutor)」が加盟国裁判所に刑事処罰を求めて提訴する制度を創設することである。欧州委員会は、この構想について既にグリーンペーパーを公表しているが (Green Paper on criminal-law protection of the financial interest of the Community and the establishment of a European Prosecutor, COM(2001) 715)、その後のフォローアップ報告書では賛成の加盟国が 6 国、有用性ないし実現可能性に懐疑的が 3 国、拒絶が 6 国であることが明らかにされている (Follow Up Report on the Green Paper on criminal-law protection of the financial interest of the Community and the establishment of a European Prosecutor, COM(2003) 128)。

<sup>21</sup> Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, [1969] ECR 1, para.11.

<sup>22</sup> Cast Iron and Steel Rolls, [1983] OJ L317/1, paras.65,71; Welded Steel Mesh, [1989] OJ L260/1, para.205. ただし、どのように考慮されたかは不明である。前者では加盟国の課した制裁金とほぼ同額の制裁金が、後者では 800 倍の制裁金が欧州委員会により賦課されており、後者の決定は第 1 審裁判所により是認されている (Trefileurope Sales v. Commission, [1995] ECR II -791)。

23 「罰金または制裁金が欧州委員会、他の加盟国の裁判所その他の機関により賦課された場合、公正取引庁、上訴審判所 (appeal tribunal) または裁判所は本章により制裁金の額を決定する際、当該罰金または制裁金を考慮しなければならない」。

24 *Archer Daniels Midland v. Commission*, [2003] ECR II -2597 において第 1 審裁判所は、後述する欧州人権条約第 7 議定書第 4 条も EU 基本権憲章第 50 条も域外の第 3 国には適用されないとした (para.93)。また、*Tokai Carbon v. Commission*, [2004] 5 CMLR 29 において第 1 審裁判所は、本文の以下に述べる①、②に加えて、第 3 国の裁判所が科した罰金と欧州委員会の制裁金の目的の相違 (前者は第 3 国市場の競争秩序の維持であり、後者は EU 域内における歪曲されない競争の維持) をも二重処罰 (二重の危険) の禁止に違反しない理由に挙げた (paras.130-148)。

25 *Archer Daniels Midland v. Commission*, [2003] ECR II -2597, paras.100-104.

26 *D. Cahill & J. D. Cooke, The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU* 21 頁以下(2004)によると、①財産刑と自由刑による個人処罰のみという法制度はイギリス (2002 年企業法の第 6 編 (188 条以下) にみられ、「カルテル違反」を 5 年以下の自由刑と上限のない罰金刑に処する。また同法 204 条は、EC 条約 81 条、82 条違反または 1998 年競争法の第 1 章 (共同行為の禁止) 違反、第 2 章 (市場支配的地位の濫用の禁止) 違反を行った会社の取締役につき、取締役の資格を最長 15 年間剥奪することができる旨規定する

(disqualification)、②(i)法人処罰と個人処罰 (財産刑のみ) が可能な制度がデンマーク (故意または重過失による反競争的契約の禁止違反、支配的地位の濫用禁止違反、EC 条約 81 条 1 項、82 条違反を行った法人と個人に罰金が科される)、スロベニア (市場支配的地位濫用禁止法 (PRCA) 52 条から 56 条までに規定があり、共同行為や市場支配的地位の濫用を行った法人、個人、法人の代表者に罰金を科すことができる)、②(ii)法人処罰と個人処罰 (自由刑および/または財産刑) の組合せがアイルランド (2002 年競争法により、国内または EC 域内において共同行為または市場支配的地位の濫用を行った事業者は売上高の 10% か 400 万ユーロのいずれか大きい額の罰金を科され、個人にも同様の罰金または 5 年以内の自由刑が科される) などである。G. Dannecker & O. Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union* 305 以下(2004)も参照。

27 非加盟国ではノルウェーの 2004 年 5 月施行の新競争法は、故意または重過失により反競争的な共同行為を行った個人を罰金または 3 年以内の自由刑に処するとしている (市場支配的地位の濫用には刑事罰は科されない)。また、OECD 加盟国のハードコアカルテルに対するサンクションについては、OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, DAF/COMP(2002)7, 24 の Annex B を参照。本報告書公表後に変化があったオーストラリアは、取引慣行法 (*Trade Practices Act 1974*) の改正により、従来の会社と個人に対する制裁金に加えて会社の罰金、個人の自由刑と罰金という刑事処罰 (ならびに取締役の資格剥奪) を導入する予定とされている (OECD, *Cartels: Sanctions against Individuals*, DAF/COMP(2004)39, 45-8)。

28 OECD, *Cartels: Sanctions against Individuals*, DAF/COMP(2004)39, 21-2.

29 舟田正之「課徴金制度の強化 - 補足的メモ」立教法学 65 号 170 頁は「末端の従業員は、たとえ明示はなく曖昧なものであっても会社の方針として違反行為を行ったのであって、彼らの主体的な判断に基づく単独犯行でもない」という。

30 S. Calkins, *Corporate Compliance and the Antitrust Agencies' Bi-Modal Penalties*, 60 L & Cont. Prob. 127, 145 (1997).

31 橋梁談合事件について、毎日新聞 2005 年 6 月 6 日付、日経新聞同年 6 月 22 日付、23 日付を参照。

32 清水剛「独占禁止法違反に対する制裁の経営効果」ジュリ 1254 号 (2003 年) 212 頁も刑事処罰が行われたダクタイル鋳鉄管事件と課徴金のみのストーカ炉事件の関係企業の連結財務諸表を分析することにより、企業に対する一般的な信頼の喪失を内容とする刑事罰のスティグマ効果が特に役員の退任につながっていることを示唆する。

33 2003 年理事会規則 1 号、23 条 5 項。旧 1962 年規則 17 号の 15 条 4 項 (同一条文) は、元

来、加盟国に留保される刑事処罰権限との関係で生じた法的、政治的論議を避けるために挿入されたものであろうという (C. S. Kerse & N. Kahn, *EC Antitrust Procedure* 367-8 (5th ed., 2005))。

<sup>34</sup> 以上に述べた可能性としての欧州委員会の制裁金と加盟国の刑事罰（あるいは欧州委員会と加盟国による行政制裁金）の併科は、異なる管轄権間の二重処罰に関する EU 基本権憲章 (*The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2000) 50 条（「何人も欧州連合内において法に従い既に確定的に無罪とされ、または有罪とされた違反について再度刑事手続において裁かれ、または処罰されてはならない。」）の問題である (W. P. J. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement* 97 (2005))。この条文の本質的部分が欧州人権条約（1950 年）に由来すること、行政制裁金（ないし課徴金）と刑事罰金の併科が憲法 39 条に違反しないかという日本法への示唆がここでの問題であることから、以下、同一の管轄権内の二重処罰（二重の危険）に関する欧州人権条約第 7 議定書第 4 条に関する欧州人権裁判所の判決を参照する。

<sup>35</sup> C. Bellamy & G. Child, *European Community Law of Competition* 966-7 (4th ed., 2001). E. M. Ameye, *The Interplay between Human Rights and Competition Law in the EU*, [2004]ECLR 332,334 も参照。

<sup>36</sup> *Franz Fisher v. Austria*, 29 May 2001, Application No. 37950/97.

<sup>37</sup> *Oliveira v. Switzerland*, 30 July 1998, 84/1997/868/1080.

<sup>38</sup> *Göktan v. France*, 2 July 2002, Application No. 33402/96.

<sup>39</sup> *Id.* at para. 44.

<sup>40</sup> 田中利幸「行政制裁と刑事罰との併科」、『団藤重光博士古稀記念祝賀論文集・第 3 巻』110-3 頁（1984 年）。

<sup>41</sup> 和田健夫「独禁法違反と課徴金・刑事制裁」、日本経済法学会編『経済法講座第 3 巻』327-8 頁（2002 年）

<sup>42</sup> これに加えてカルテル事件についてはリニエンシー告示（前掲注 8）が適用されるが、紙幅の関係で省略する。

<sup>43</sup> M.T.P.J.van Oers & B.M.J.van Meulen, *The Netherlands Competition Authority and Its Policy on Fines and Leniency*, 26 *World Competition* 25 (2003). 違反行為の対象となった商品・サービスの売上額の 10%を基本額とする点で、基本罰金額 (base fine) を違反行為の影響下にある取引額 (affected commerce) の 20%とする米国量刑ガイドラインの発想に近いように思われる (US Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines*, §2R1.1(d)(1)(2004))。

<sup>44</sup> Director of General of Fair Trading's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty(2000 年 1 月 29 日に国務大臣により承認。ただし、改訂の予定)。

<sup>45</sup> 故意または過失の要件は、単なる偶然で違反を行った場合に制裁金を課されるのではなく、一定程度の有責性を要する趣旨である (C. S. Kerse & N. Kahn, *EC Antitrust Procedure* 378 (5th ed., 2005))。

<sup>46</sup> Bellamy & Child, *supra* note 34, at 930-2; Jones & Sufrin, *supra* note 17, at 1112; Kerse & Kahn, *supra* note 46, at 378-9.

<sup>47</sup> *British Sugar*, [1998]OJ L76/1 では、同社のコンプライアンスプログラムに 81 条違反の行為も列挙されていたにもかかわらず、これに該当する行為を行った場合に、81 条違反の故意が認定された (para.192)。

<sup>48</sup> Bellamy & Child, *supra* note 34, n.72 at 933. ただし、①新規の行為類型であったが重い制裁金が課されたケース (*Tetra Pak II*, [1992] OJ L72/1; *HOV-SVZ/MCN*, [1994]OJ L104/34)、②穏当な制裁金が課されたケース (*Chiquita*, [1976]OJ L95/1)、③1000 ユーロの名目的な制裁金が課された事例 (*Deutsche Post*, [2001]OJ L331/40)、④制裁金が課されなかったケース (*GVG/FS*, [2004]OJ L11/17) に分かれる。ある事件において複数の行為が 82 条違反とされた場合、先例により明確に同条違反とされた行為類型か否かなどにより、そのうちの 1 つだけが制裁金の対象とされたケースもある (*Napier Brown-British Sugar*, [1988]OJ L284/41, paras.87-8)。

- <sup>49</sup> 価格協定を含む事件は、Quinine Cartel, [1969]OJ L192/5 以来、近年の Amino Acids, [2001]OJ L152/24; Graphite Electrodes, [2002]OJ L100/1; Vitamins, [2003] OJ L6/1; Choline Chloride, 9 Dec. 2004, COMP/E-2/37.533 まで枚挙に暇がない。
- <sup>50</sup> Pittsburgh Corning, [1972]OJ L272/35 から Souris-Topps, 26 May 2004, COMP/C-3/37.980 まで多数。
- <sup>51</sup> Peroxygen Products, [1985] OJ L 35/1; PO/Needles, 26 Oct.2004, F-1/38.338 など相当数にのぼる。
- <sup>52</sup> Zinc Producer Group, [1984]OJ L220/27 が典型。
- <sup>53</sup> Fatty Acids, [1987]OJ L 3/7(EEC の 3 大脂肪酸メーカーが他の 2 社の競争行動をモニターし、容易に把握できるような形で定期的に各市場別の販売高等について情報交換したことが 81 条 1 項違反とされた)。情報交換だけで制裁金を課されたケースとしては初めてである。
- <sup>54</sup> Floral, [1980] OJ L39/51 (フランスの 3 大化学肥料メーカーがドイツ向け輸出を専ら共同販売子会社を通じて行うことにより輸出比率を固定したケース)。本件決定の名宛人である 3 つの化学肥料メーカーが関与した別の共同輸出会社について以前に決定があり、そこで共販機関による輸出制限が 81 条 1 項に違反し 3 項の適用免除を受けられない旨指摘されていたことが本件での制裁金賦課につながった。
- <sup>55</sup> Hudson's Bay-Dansk Pelsdyravlforening, [1988] OJ L 316/43 (構成事業者が外国の毛皮生産者のためにエージェントとなることを禁止することによる国際的に重要なデンマーク毛皮取引市場への外国事業者の参入阻止と構成事業者が当該事業者団体と競争関係にあるオークション業者に毛皮を出荷することの禁止); British Dental Association, [1988] OJ L 235/15 (歯科用品・設備の国際、国内展示会への外国事業者の参加の制限)。商談の場として重要な展示会への参加資格を国籍によって差別することが EC 条約 81 条に違反することは、これ以前のケースにおいて明らかであり (para.54)、そのような運用を踏まえて制裁金が課された。
- <sup>56</sup> Volkswagen, [2001]OJ L262/14 など。
- <sup>57</sup> BMW Belgium, [1978] OJ L46/33 など。
- <sup>58</sup> Toltecs/Dorcet, [1982] OJ L379/19(ドイツ商標法による登録商標の存続期間が消滅した翌日に商標権不競争条項を含む契約を締結して加盟国の競争者から輸入を妨げたケース)。商標権不競争条項については本件以前に決定があったが、制裁金が課されたのは本件が最初である。
- <sup>59</sup> Windsurfing International, [1983] OJ L 229/1(ドイツ特許庁によりウインドサーフィン用の帆について特許権を付与された者が、ライセンシーに対して、事前に承認したボードを使用してサーフボードを製造すべきこと、帆とボードを別個に供給してはならないこと、帆とサーフボードなどを合わせた価格を基礎としてロイヤリティを支払うべきこと、サーフボードにも特許権者からライセンスされた旨を示す証紙を貼付しなければならないこと、特許権の有効性を争わないことを定める条項が 81 条 1 項違反とされた)。特許権が帆についてのみ成立するとドイツ特許庁の決定後も Windsurfing International 社は上のような契約条項に基づいてライセンシーに種々の要求をしたことから、欧州委員会は少なくとも重大な過失があると認定した。不競争条項は本件以前の複数の決定において 81 条 1 項違反とされていた。
- <sup>60</sup> Zoja/CSC-ICI, [1972] OJ L299/51(自ら合成抗結核薬の製造販売を開始するため、従来その原料のみを製造してきた支配的事業者が取引相手に対し原料の供給を拒絶した事例); Hugin/Lipton, [1978]OJ L22/23(共同体市場で第 4 位のキャッシュレジスター製造業者が自己のレジスターの修理には同社の部品によらねばならないことから、保守部品における支配的地位を認定され、従来取引を行ってきた保守業者に対して部品の供給を拒絶したことが 82 条違反とされた事件。ただし、加盟国間の取引への効果の点で欧州裁判所は決定を取消した (Hugin v. Commission, [1979]ECR1869) )。
- <sup>61</sup> ESC/AKZO, [1985] OJ L374/1(過酸化ベンゾイルの支配的事業者が、その 1 つの用途における小規模の競争者が別の用途に参入しないよう威嚇し、拒否されると前者の用途市場から排除するために不当廉売を行った事例)。ただし、不当廉売が 82 条違反となるか正確には判断されていなかった類型の濫用行為であることを理由に、共同体裁判所は制裁金を 25%減額した (AKZO Chemie v. Commission, [1993] 5 CMLR 215, para.163)。Wanadoo Interactive,

COMP/38.233(16 July 2003). フランステレコムの子会社による DSL サービスのコスト割れ販売。

<sup>62</sup> Deutsche Telekom, [2003] OJ L 263/9(ドイツテレコムがエンドユーザーに請求する固定電話料金より、その市内電話網への競争事業者のアクセス料金を高く設定することにより競争者の排除を図った例)。本件では、価格(マージン)圧搾を認定するのに採った方法が過去の決定(Napier Brown-British Sugar)で問題となっていないことなどを理由に、基本額の認定において(極めて重大な違反ではなく)重大な違反にとどめるとした(para.206)。

<sup>63</sup> Chiquita, [1976] OJ L95/1(共同市場において45%の市場占拠率を有するバナナの供給者が加盟国内の販売業者に差別的対価で販売したものであるが、このような価格政策に対して82条との関係で検討した初めてのケースであることも制裁金を穏当な(moderate)ものとすべき理由とされている)。ただし、本件では他の販売業者への再販売の禁止、他のメーカーの広告キャンペーンに参加した販売業者との取引拒絶なども濫用行為として認定されており、これらを合わせて制裁金を課せられたとみる方が適切かもしれない。

<sup>64</sup> Hilti, [1988] OJ L65/19(電動釘打ち機およびカートリッジと釘の抱合せ販売により、釘の独立メーカーがHiltiの釘打ち機で使用する釘を供給しないようにした)。Tetra Pak II, [1992] OJ L72/1(液体食品の充填機械とカートン容器の抱合せ)。

<sup>65</sup> Michelin, [1981] OJ L353/33(販売目標額を達成したか否かにより非客観的基準に基づいて支給される忠誠度リベート等によって、販売業者が他のタイヤメーカーと取引することを制限した)。

<sup>66</sup> Vitamins, [1976] OJ L223/27(英国条項(他のビタミン製造業者がロッシュより低価格を提示した場合には通知し、ロッシュがより低い価格を示せない場合に他のメーカーとの取引を許諾する条項)やリベートにより、重要な顧客がその販売量の全部または大部分をロッシュから購入させる契約により競争者を排除); British Plaster Board [1989] OJ L10/50(自社からのみ購入する顧客にリベートを提供し、あるいは品薄の際に優先的に供給して競争者を排除)。

<sup>67</sup> 2003年理事会規則1号は、このような規定を設けている。ただし、事業者団体の決定を実施しなかった事業者でその存在を知らなかった者もしくは委員会の調査開始前に積極的に違反決定から離脱した者には命ずることができないとされている(23条4項)。

<sup>68</sup> 欧州委員会は、垂直的協定の事件で自動車メーカーから強制されて81条違反を行い、積極的に違反に協力しなかったディーラーに対して制裁金を課さなかった例がある

(Volkswagen/Audi, [1998] OJ L124/60, para.208)。

<sup>69</sup> Napier Brown-British Sugar, [1988] OJ L284/41。本決定は、British Sugar社の行動を「コンプライアンス・プログラムを制定し、模範的な行動をとっている」と評価していた(para.82)。

<sup>70</sup> British Sugar, [1999] OJ L76/1, para.210。

<sup>71</sup> Jones & Sufrin, *supra* note 17, 1133。

<sup>72</sup> 事業者団体については、構成事業者の売上額に基づいて算定する。なお、売上額を基準とすることは、必ずしも利得ベースの制裁金であることを意味するものでなく、裁量性を可及的に小さく設計するための措置である(むしろ①に②の係数を乗じる点で損失ベースの制裁金を志向するものである)。

<sup>73</sup> これによって最高制裁金額は売上額の33%になる(売上額の10%×係数2.5×(1+最大加重率32%)。公取委「独占禁止法改正(案)の考え方」(2004.5.19)が公表した入札談合、価格カルテル等の平均的な不正利得額(売上額の16.5%)にこれと同額を加えるものである。

<sup>74</sup> 芝原邦爾『経済刑法』197頁(2000年)。