

いかどうか、当該制限が実効性をもって行われているか否かなどを具体的に見る必要がある。例えば、顧客争奪の禁止では、有意なアウトサイダーが存在するか、既存の取引関係に限定され新規取引に及んでいない制限であるなどの事情がある場合に、競争の実質的制限には至らないとした8条違反の事例がある⁵¹⁾。市場分割についても同様であり、参加者のシェアや制限の程度を問題にする必要がある。そして、以上の点で競争の実質的制限が認定できれば、価格支配型の市場支配力が形成されることは明確であり、同時に対価への影響の要件も充足することになる。

②共同販売

事業者が共同販売機関を通じて販売する行為は、参加事業者のシェアが大きく、共販機関の取扱比率が大きい場合には、販路の一本化により市場の価格競争が直接的に消滅するから、競争の実質的制限に該当する⁵²⁾。

共同販売は、共同販売会社などの組織の設立という形をとることが多い。また、参加事業者の合計シェアが低い場合にも成立し、市場の競争単位として競争促進効果を有する場合もある。従って、その制限の内容・程度には様々なものがあり、競争の実質的制限の有無については、企業結合と同様の判断が必要な場合が出てくる。その限りでは、一見すると、行為類型の明確性という点でハードコアカルテルと異なるようにも見える。しかし、ここで問題とされるのは、共販会社等の組織の設立それ自体ではなく、そこで課されている取引の相手方の制限の内容であり、それが参加者の合計シェアの高さや共販機関の取扱比率などから見て、販路を一本化し市場の価格競争が直接的に消滅すると評価される場合である。その競争制限効果は明確でハードコアカルテルと同視することができ、また、それが価格支配型の市場支配力を形成することも明らかである。

③共同ボイコット

取引慣行ガイドラインでは、共同ボイコットは「行為者の数、市場における地位、商品又は役務の特性からみて、事業者が市場に参入することが著しく困難となり、又は市場から排除されることによって、市場における競争が実質的に制限される場合」には、不当な取引制限に該当するとされている⁵³⁾。

共同ボイコットはハードコアカルテルに分類されることが多く、行為類型の明確性の点では問題ない。しかし、ここで問題にされているのは競争者の排除行為であるから、「対価に影響することとなる」の要件の充足に困難が生じる。すなわち、排除型の市場支配力を問題とし、ボイコット参加者の合計シェアの高さから競争の実質的制限を認定するというアプローチをとる場合には⁵⁴⁾、これを課徴金の対象とすることは

できない。

他方、共同ボイコットについては、それが安売り業者、新規参入者、革新的事業者、輸入品等、現在の市場における競争状態を変化させるような事業者を対象に行われていることに着目して、競争の実質的制限を認定しようとするアプローチもある⁵⁵⁾。この場合、被排除事業者は価格面で積極的な競争を行っていることが通例であるから、この点と参加者間での話し合いの内容や市場での競争の状況等についての認定を合わせて考えれば、当該共同ボイコットによって価格支配型の市場支配力が形成され、対価への影響の要件を充足するとすることも可能だと思われる。この後者のアプローチには批判も多いが、必ずしも前者の排除型のアプローチと矛盾するものではなく、少なくとも、改正法における対価への影響の要件が問題となる限りでは、これを活用することが考えられてよい⁵⁶⁾。

(3) 私的独占の支配

私的独占の支配行為には、(1)水平的な共同行為の強制、(2)垂直的な競争制限、(3)株式保有等を通じる支配などが含まれる。このうち、課徴金の対象とされるのは、不当な取引制限の場合と同じく、対価に係るもの、および対価に影響することとなる供給量・市場占有率・取引の相手方の制限である。

①水平的な共同行為の強制

経済力を有する主導的事業者が、競争者ないしは取引の相手方に対して、対価・供給量・取引の相手方を指示することにより、これらの者の間の水平的な共同行為を強制する場合がこれにあたる⁵⁷⁾。経済的效果はハードコアカルテルと変わらないが、不当な取引制限の相互拘束性の要件を満たさず、主導的事業者の支配と構成されるケースである。

②垂直的な競争制限

市場で支配的な地位を有する事業者が、取引の相手方に対して、再販売価格の拘束、排他条件付取引、地域制限(テリトリー制)などを指示し、これが競争の実質的制限に該当する場合には、不公正な取引方法だけでなく、私的独占の支配にも該当する。このうち、再販や厳格なテリトリー制は、価格支配力を形成することが明確であるから、対価への影響の要件を充足し、課徴金の対象となる⁵⁸⁾。他方、競争者の排除が問題となる排他条件付取引は、それが市場を独占し価格支配力を形成すると評価されれば、対価への影響の要件を充足する⁵⁹⁾。

③株式保有等を通じる支配

株式保有・役員兼任等を通じる支配は、それ自体では対価に係るもの、または供給

量・取引の相手方の制限には該当しないから、課徴金の対象とはならない⁶⁰⁾。ただし、支配行為の具体的内容として、価格・供給量・取引の相手方などについての指示や強制が含まれている場合には、この点を手掛かりに課徴金の対象とする可能性が残されている⁶¹⁾。

IV 課徴金の算定方法と算定基準について

1 算定方法と算定基準の主な改正点

(1) 算定率の引き上げの意義

改正法は、課徴金の対象とされた違反行為の課徴金額について、そ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、一定の比率を乗じるという算定方法を採用している。違反行為の対象とされた売上額又は購入額を算定のベースとするという点では、従来どおり経済的利得を手掛かりとする算定方法を維持しているが、原則の算定率が6%から10%と二倍近くに引き上げられ、また加算制度が導入されたことにより、その意味が変化していることは前述した。そこでは不当利得の剝奪による社会的公正の確保という意味は失われ、経済的利得は、抑止効果の発揮の観点から合理的な算定方法と算定基準を設定するための参照枠として利用されているにとどまる。

(2) 繰り返しの場合の加算制度（7条の2⑥項）

同一の事業者が10年以内に、課徴金の対象となる違反行為を繰り返した場合に、原則の算定率を15%とする加算制度は、違反事業者に同一性があればよく、対象となる取引分野の如何や、違反行為の種類は問わない。そこで、一見すると、刑法の累犯加重に類似した制度のように見えるが、これは先に述べたように、「一般の違反行為よりも不当利得の水準が高いとみられること等を勘案」したもので、「繰り返し違反行為を行った事業者が、より悪質であるということを評価したものではない⁶²⁾。すなわち、改正法の加算制度は、経済的利得が確実に失われることを可能にする水準とするとの観点から、繰り返しの場合の課徴金額の再計算を認めることによって、抑止効果の発揮を図る制度と評価すべきである⁶³⁾。

(3) 早期離脱の場合の減額制度（7条の2⑤項）

早期離脱の場合の減額制度は、当初の改正案にはなく最終段階で追加されたものであり、その意義は必ずしも明確ではない。

この制度は、系譜的には、独占禁止法研究会の報告書において、実行期間の終期に係るアンバランスの是正を提言したことに由来するものである⁶⁴⁾。すなわち、課徴金

の算定期間が3年とされているので、公取委の調査開始前に違反行為をやめていた事業者も、実行期間の終期から3年分の課徴金を課せられるのは不公平であるだけでなく、違反行為からの早期離脱のインセンティブが失われることになる。そこで、算定期間の終期を一律カルテル自体の終了時点とし、これより早期に違反行為を取りやめていた事業者は、その期間分の課徴金を減額することが提案されていた。これは、実行期間の終期が早まったことによる経済的利得の減少分を減額する統一的なスキームを設定することによって、早期離脱のインセンティブを働かせようとしたものということができる。

これに対し改正法は、実行期間が2年未満の場合のみを対象とする一方で、調査開始日の1ヶ月前までに当該違反行為をやめた者に一律2割の減額を認めることにし、算定期間の終期の認定方法は従来どおりとした。なお、繰り返しの加算の場合は減額の対象としないことにしている。これにより、離脱による経済的利得の減少分を減額するためのスキームという当初の考え方は失われ、もっぱら、早期離脱に追加的な経済的インセンティブを付与することによって、カルテルの早期崩壊の促進を図る制度となったということができる⁶⁵⁾。

しかし、抑止効果の発揮という課徴金の趣旨・目的から見て、この制度が有効に機能するかについては批判が出されている。減額が実行期間の終期の早まりと連動していないので、早期崩壊のインセンティブが有効に働か疑わしく、また、不必要に過大な減額となり、課徴金自体の抑止効果を低下させる危険があるからである⁶⁶⁾。特に、調査開始の1ヶ月前までにやめれば一律2割減額というのは、実行期間の終期の早まりに比してバランスを欠く危険が大きく、また、事前に調査開始の危険を察知した者が駆け込み的に減額の利益を享受する結果となるおそれもある。実際の効果については、なお今後の運用を見なければならぬが、今回の改正中では、最も疑問が多いものということができる。

2 「当該商品又は役務」の解釈

課徴金の算定の基礎は、従来と同じく「当該商品又は役務」の売上額または購入額とされている。これは、「当該違反行為の対象となった商品・役務」という意味であり、「実行としての事業活動」の対象となったことは必要とされない⁶⁷⁾とされている。

しかし、違反行為の対象とされたか否かの判断は必要とされており⁶⁸⁾、特に入札試合については、「『当該商品又は役務』とは、…当該事業者が、基本合意に基づいて受注予定者として決定され、受注するなど、受注調整手続に上程されることによって具体的に競争制限効果が発生するに至ったものを指す」とされ、ここから「当該事業者

が直接又は間接に関与した受注調整手続の結果競争制限効果が発生したことを要する」とした判決がある⁶⁹⁾。これは、個別の受注調整に対する抑止効果を重視し、当該事業者が個別調整に関与して実際に落札したことまで立証しなければ、算定の基礎となる売上額等を含めることができないとしたものである。しかし、基本合意が成立すること自体に「相当な競争を制限する効果」があり、競争の実質的制限の要件を充足する⁷⁰⁾にもかかわらず、改めて個別調整の結果まで個々に立証する必要があるとするのは、その立証に失敗した分だけ課徴金が安くなることを意味し、基本合意自体に対する抑止効果を低下させる危険がある。また、課徴金の算定に際して過重な立証負担が課され、その機動性や迅速性を損なうことになる。

そこで、当初の改正案では、当該商品又は役務を「違反行為に係る一定の取引分野において違反事業者が供給した商品又は役務」に改めることが検討された⁷¹⁾。違反行為に係る取引分野の認定を的確に行えば、そこに違反行為の対象とされながら除外された部分が含まれることは、通常はほとんど考えられない。また、入札談合の基本合意においては、後に個別調整が成功しないことになるごく一部の物件も含めて、そこで談合によって利益を上げることを想定して合意が形成されているのである。従って、これは、全体として経済的利得が確実に失われることを可能にする水準を指向するという今回の改正の考え方から見ても、十分に導入可能な案であった。

残念ながら今回、この点の改正は見送られることになった。しかし、上述した課徴金の趣旨・目的の変更と対象範囲の拡大、経済的利得の位置づけの変化などを踏まえると、入札談合については、基本合意自体に対する抑止効果を重視して、少なくとも、「受注調整手続に上程されたこと」が立証できればよいとする解釈をとってもよいのではないと思われる⁷²⁾。

3 事業者団体と構成事業者

事業者団体の構成事業者に対する課徴金について、従来は、違反行為者は団体でも、それ従って事業活動を行い利益が帰属するのは構成事業者であり、社会的公正の見地から利得を徴収する制度趣旨に照らせば、不合理とは言えないと説明されてきた⁷³⁾。今回の改正で、不当な利得の剝奪という趣旨が否定されたことから、この点をどのように考えるかも論点になりうる。その場合、違反行為の抑止のために構成事業者に課徴金を課すべきとする点は一致しているから、問題は説明の仕方である。

これについては、課徴金は刑事制裁と異なる行政上の措置であることから、端的に、違反行為の抑止効果を発揮させるための制度的工夫として、構成事業者に負担させることにしたものと理解すべきである。すなわち、団体に課徴金を課すとするとしても、

その算定の基礎は構成事業者の売上高の総計ということになり⁷⁴⁾、結局は構成事業者が個別にこれを負担することにならざるをえないこと、構成事業者は、構成員として違法な団体の決定に責任を負っており、また違反行為を実施してその利益を享受していることから、手続の複雑化を避け、抑止効果を的確に発揮させるために、直接構成事業者はその売上高に応じて負担させることにしたのである。

V 措置減免（リニエンシー）制度の新設

1 リニエンシーの趣旨・性格と制度設計の視点

今回の改正で導入された、公取委の調査に全面的に協力して事実の報告や資料の提供を行った違反事業者に対する課徴金の減免制度（リニエンシー）は、我が国で初めての制度である。

リニエンシーは、減免によって違反事業者が自ら公取委に申告するインセンティブを高め、違反行為の発見および事案の解明を図ることによって、違法状態の解消および違反行為の抑止を図ろうとする制度である。それは、直接には、証拠収集を容易にして違反行為の摘発を促進するものであるが、この制度の存在によって、カルテルの崩壊を早めたり、参加者の中からリニエンシーを利用するものが出現するリスクがあるためカルテルの締結自体が困難になるなどの、違反行為の抑止効果を発揮させることができる⁷⁵⁾、さらに、摘発率の向上による抑止効果も期待することができる⁷⁶⁾。

改正法で導入されたリニエンシーは、「要件等を法定化し、取引的要素を排除し、非裁量的に適用されるとするものであり、また、違反行為防止という行政上の目的に基づくもの」であって、被疑者が特定の情報提供等を行う見返りとして取引的に処分が軽減される、刑事における司法取引とは性格が異なる⁷⁷⁾。また、公取委に対して協力的な態度をとったなどの、被疑者の情状⁷⁸⁾を考慮するものでもない。それは、証拠発見の容易化と抑止効果の発揮を目的とする行政上の措置である。

リニエンシーは、直接には、違反行為の発見機能と、事件処理の効率化（容易化）機能を有している⁷⁹⁾。そして、これらの機能を十全に発揮させるためには、減免を受けられる条件を明確にし、また、その条件を過度に厳しくしないことが重要である⁸⁰⁾。他方で、リニエンシーの対象を安易に拡大すると、課徴金の水準を引き下げると類似の効果をもたらす、制度全体の抑止機能を低下させる危険があることに注意せねばならない。そこでは、減免による違反行為申告のインセンティブの促進と、課徴金制度全体としての抑止効果の発揮との適切なバランスを図ることが重要である。

この観点から見ると、要件を法定した非裁量的な制度とし、申告の順位によって対

象者数を制限すると共に減免内容に定型的な差異を設けることとした今回の改正は、基本的に妥当なものである。もっとも、当初案では2位までとされていた減免の対象者の順位が3位まで拡大されたことは問題である⁸¹⁾。違反行為者が事前に減額を織り込んで行動する余地を増大させ、制度全体の抑止効果を低下させる危険を孕んでいるからである⁸²⁾。また、調査開始後の減額を安易に認めることも、同様の危険を孕んでいることに注意すべきである。

2 リニエンシーの解釈と運用について

リニエンシーは、今までに例のない制度であることから、その解釈や運用のあり方については、今後の制度の施行経験に委ねられる部分も少なくない。以下、改正法および公取委の規則案⁸³⁾に即して、基本的な論点を検討してみたい。

(1) 「当該違反行為に係る事実の報告および資料の提出」

公取委の規則案では、初めにファクシミリを利用した簡易な報告書（様式第一号）を提出させて仮の順位を決め、その後、提出期限を定めて正規の報告書（様式第二号）および資料を提出させることにしている（1条、2条）。前者の仮報告では、駆け込みを奨励するために、行為の概要を示す最低限の報告であればよく、資料の添付も要求されない。ここでは、後者の正規の報告について論じることとする。

調査開始前の減免が認められるのは、「当該違反行為に係る事実の報告および資料の提出」を行った者である（独占禁止法7条の2⑦項1号、同⑧項1号）。EU告示⁸⁴⁾と異なり、“調査を開始するに十分な情報”ないし、“違反行為を立証するに足る証拠”であることは要求されていない。従って、申告者が知りうる範囲の事実の報告、入手しうる範囲の資料の提出であると評価されればよい。

ただし、リニエンシーは、調査への全面的協力を条件とする、取引の余地のない非裁量的な制度であるから、「当該違反行為に係る」とは、申告の対象とされた違反行為全体を意味し、申告者の側で報告・提出する事実・資料を一部に限定することは認められない。これについて、可能な限り包括的な事実・資料の報告・提出を行う必要がある⁸⁵⁾。次に、そこでの「事実」「資料」は、「当該違反行為」に係るものとして、違反行為を特定するに足るものである必要があるから、対象となる商品・役務、行為の態様、共同して行った他の事業者、開始時期・実効期間、関与者の役職・氏名等を、可能な限り具体的に明らかにすることが求められることになる⁸⁶⁾。従って、実際には、少なくとも調査を開始するに足る情報であるとの条件を満たし、立入検査などが行われることになると思われる。

調査開始後の減額の場合の事実・資料の報告・提出については、審査や犯則調査

「その他により既に公正取引委員会によって把握されている事実に係るものを除く」との限定が付されている（7条の2⑨項1号）。これは、新規性を欠く事実・資料は、違反行為の発見および事案の解明に寄与せず、リニエンシーの対象となる情報としての適格性を欠くとして除外されたと解することができる。従って、報告・提出された事実・資料が全体としてこれに該当するときは、報告・提出すべき事実・資料が存在せず、減額は認められないことになる。その場合、EU告示と異なり、“重要な追加的価値”を有することまでは要求されないが⁸⁷⁾、少なくとも、公取委が把握していない新規かつ独自の事実ないし資料が含まれ、それが違反行為の立証に有意な寄与をするものであることが必要であると考えべきである。この点、調査開始後の減額を安易に認めると、課徴金自体の抑止効果が低下する危険がある点も考慮すべきであり、事実の新規性の判断は厳しくしてよいと思われる⁸⁸⁾。

(2) 公取委の「通知」と追加の請求、虚偽の申告

公取委は、前記の事実の報告及び資料の提出を受けたときは、当該事業者に対して「速やかに文書をもってその旨を通知しなければならない」（7条の2⑩項）。この「通知」は、申告の順位決定、ならびに事実の報告及び資料の提出が法定の要件を満たしていることの確認を内容とするものである⁸⁹⁾。公取委が減免の保証を与えたものと解すべきとの見解もあるが⁹⁰⁾、リニエンシーは取引的要素がない非裁量的制度であり、その要件は法定されているから、このように解することは適当ではない⁹¹⁾。

次に、その報告及び提出資料に「虚偽の内容」が含まれているときは、リニエンシーの規定は適用されない（7条の2⑪項1号）。また、公取委は、この通知の後も、事実の報告及び資料の提出を追加して請求することができ、事業者がこれに応じなかったとき、又は虚偽の報告や資料の提出をしたときも、リニエンシーの規定は適用されない（7条の2⑩項、同⑪項2号）。

公取委による追加の請求を認めることは、調査への全面的な協力というリニエンシーの性格から当然である。また、これに応じない場合に非裁量的にリニエンシーは適用されないとしたことも、取引的要素を排する趣旨から当然である。ただし、それは不可能なことを求めるものではないから、当該事業者にとって対応可能な範囲でなされる必要がある⁹²⁾、また、やむを得ない特段の事情があれば、請求の一部については応じられない場合があることも許容されるべきであろう。

「虚偽」の報告や資料提出をした場合に適用しないこととしたのは、違反行為の立証に資する事実・資料の申告のインセンティブを付与するという制度趣旨から当然である。ただ、そこでの申告内容に過度の完璧さを求めると、申告のインセンティブを