

とができるようになったので、改正前よりは緊急停止命令制度の必要性が減じたかもしれないが、しかし、疎明するだけで足りるなどの点を考えれば、なお存在意義が全くないわけではない。

緊急停止命令は、公取委による申立てにより（70条の13）、東京高裁がおこなう（86条）。裁判は、非訟事件手続法によっておこなわれる（70条の13第2項が準用する70条の6第2項）。

緊急停止命令を発するための第1の要件は、「緊急の必要がある」ことである（70条の13）。具体的には、公取委の排除措置命令まで待つと、競争秩序が侵害され回復し難い状況に陥る、ということを目指す²⁴⁷⁾。

第2の要件は、被申立人が独禁法の所定の違反類型に「違反する疑いのある行為をしている」ことである（70条の13）。

各違反要件を支える事実について疎明があればよいことが、各決定において当然の前提とされている。

緊急停止命令によって命ぜられるのは、違反行為等の「一時停止」である（70条の13）。

緊急停止命令は、初期の1つの例を除き、排除措置命令があるまで、という時限の命令となっている²⁴⁸⁾。

70条の14は、名宛人が保証金や有価証券の供託によって緊急停止命令の執行停止²⁴⁹⁾を求めることができることを規定しているが、これを常に認めることとしては緊急停止命令の制度の趣旨が没却される。東京高裁は、「事案の性質が執行の免除に適するかどうか、執行を免除することが緊急停止命令によって保全しようとする法益を危うくすることがないかどうか、その他諸般の事情を検討してこれを決すべきものと解するのを相当とする」としており、結論に

として、有線ブロードネットワークスおよび日本ネットワークヴィジョンに対する件がある（平成16年9月14日報道発表資料）。

247) 東京高決昭和50年4月30日（昭和50（行タ）5）高民集28巻2号174頁〔中部読売新聞社〕（高民集188頁）。

248) 平成17年改正前の事例では、審決があるまで、ということになる。このような限定が付されていない1つの例外とは、毎日新聞挙母専売所東京高裁決定であるが、さほどの強い意味はなさそうである。

249) 条文の文言にあわせ「執行免除」と言いならわされているが、本書では「執行停止」と呼ぶ（本書429頁註227）。

において執行停止を認めていない²⁵⁰⁾。

緊急停止命令に違反した者には、98条により過料が科せられる²⁵¹⁾。

緊急停止命令に関する事件は、命令、執行停止、過料、のいずれについても、東京高裁の専属管轄とされ（86条）、東京高裁の特別合議体が取り扱う（87条）。

第7款 課徴金納付命令

1 総説

(1) 関係法令

不当な取引制限または支配型私的独占に該当する行為のうち対価要件と呼ばれるものを満たすものには、課徴金が課される。課徴金を納付せよとの命令を「課徴金納付命令」という²⁵²⁾。主に実体法の観点からの規定が7条の2と8条の3であり、主に手続法の観点からの規定が50条などである²⁵³⁾。

実体法の観点からの規定のうち特に重要な7条の2は、課徴金をめぐる論述において頻出するので、この款においては原則として、「7条の2第○項」を単に「○項」と表記する。

(2) 二重処罰禁止との関係

① 総説 独禁法の課徴金制度は、憲法39条後段が定める二重処罰禁止との関係で、その基本的性格が論ぜられてきた。なぜなら、独禁法7条の2や8条の3で課徴金対象とされる違反行為は、89条および95条によって刑罰の対象ともなっているからである。

以下では、ほぼ時系列的に、議論の流れを紹介する²⁵⁴⁾。

250) 東京高決昭和30年11月5日（昭和30（行ウ）13）審決集7巻169頁〔大阪読売新聞社〕（審決集177頁）、東京高決昭和32年3月29日（昭和32（行ウ）1）審決集8巻95頁〔北國新聞社執行停止申立て〕（審決集96頁）。引用は前者による。

251) 例として、東京高決昭和30年10月12日（昭和30（行ウ）8）審決集9巻147頁〔毎日新聞挙母専売所緊急停止命令違反〕。

252) 独禁法典では課徴金納付命令を「納付命令」と略称することとしているが（50条1項）、本書では略さず「課徴金納付命令」と表記する。

253) 課徴金額の計算をはじめとする課徴金納付命令の事務は、平成17年改正前は審査局考査室が所掌していたが（改正前の組織令20条3号、改正前の組織規則9条4項）、改正後は、審査長が所掌している（組織令20条）。ただし、改正前の規定によるものについては、引き続き考査室が所掌する（組織令附則2条、組織規則附則2条）。

② 昭和33年最高裁大法廷判決 このような問題については、法人税法上の追徴税が遁脱犯に対する刑罰と同居することをめぐって、夙に昭和33年の最高裁大法廷判決が存在する²⁵⁵⁾。この判決の該当部分についてはさまざまな読み方が可能であろうが、概ね、次のように読める。すなわち、名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり、第1に、違反があれば原則として必ず課され、第2に、違反行為の抑止を目的としている、という条件を満たせば、制裁的意義をもつことを否定できないとしても「行政上の措置」であるとされ、刑罰と並存しても憲法39条に違反しない。

③ 不当利得剥奪論 そうしたところ、公取委を含む独禁法分野での議論の大勢は、独禁法の課徴金制度に第1および第2の要素を盛り込むのに加えて、いわば第3として、課徴金額は違反行為によって得た不当利得²⁵⁶⁾の額を超えず、不当利得を剥奪するための制度であるから、制裁ではないので二重処罰禁止に抵触しない、というものを付け加え、強調してきた²⁵⁷⁾。これを便宜上「不当利得剥奪論」と呼ぶならば、不当利得剥奪論は、平成6年の佐伯仁志論文によって憲法39条後段の趣旨に立ち返っての根本的な批判を受け²⁵⁸⁾、具体的事例の前にその綻びを見せながらも²⁵⁹⁾、平成17年改正に至る立法論が佳境

に入るよりも前は、根強く支持されたと言ってよい²⁶⁰⁾。

④ 不当利得剥奪論の放棄 ところがその後、不当利得剥奪論は、合憲論の根拠としては、雪崩を打つように放棄され、昭和33年大法廷判決に立ち返って、第1・第2の条件のみ、すなわち、違反があれば原則として必ず課され違反行為の抑止を目的としているならば憲法39条後段に違反しない、ということのみが強調されるようになった²⁶¹⁾。さもなければ、平成17年改正の眼目となった算定率の引上げや課徴金減免制度の導入を説明するのは難しいと考えられたためであろう。それらの「転向」によって、平成6年の佐伯論文は恰好の精神的支柱となったものと想像される。大勢の議論は結果としては最高裁判例の線に落ち着くものの、従来において根強かった不当利得剥奪論を放棄するには、他方の極端を明快に説く論文の存在が大きな助けとなったものと推測される。

そしてその際、課徴金制度の基本的性格が平成17年改正によって変わったと説明されるとは限らない。公取委の法案作成担当者は、不当利得剥奪論は課徴金制度の「法律的な性格」に関するものではないと位置づけることによって、平成17年改正の前後を通じて課徴金制度の「法律的な性格」は第1・第2の条件を満たす「行政上の措置」であるという意味において不変である、と説明している²⁶²⁾。合憲の根拠は第1・第2の条件のみであって、不当利得剥奪論はそれを前提としたうえで課徴金額算定方式を定めるにあたっての考え方として採られたものに過ぎない、と突き放すことによって、考え方の一貫性を強調するものであるように見える。しかし、平成17年改正に至る立法論が佳境に入るよりも前において、公取委をはじめとする独禁法分野の大勢が、合憲論の大きな根拠として不当利得剥奪論を強調していたのは紛れもない事実であり、上記のような説明は疑問を感じさせるものである²⁶³⁾。

⑤ 平成17年最高裁判決 平成17年独禁法改正法が成立し、施行される前

254) 諸事例や諸文献を的確に観察し整理したものとして、佐伯仁志「独禁法改正と二重処罰の問題」日本経済法学会年報26号(平成17年)。

255) 最大判昭和33年4月30日(昭和29(オ)236)民集12巻6号938頁〔法人税法追徴税〕(民集941頁)。独禁法の判決である最判平成10年10月13日(平成9(行ツ)214)判時1662号83頁〔社会保険庁発注シール談合課徴金〕も、同判決を引用している。

256) このように、課徴金の議論において頻出する「不当利得」は、違反行為によって余分に得た利得のことであり、民法上の不当利得とは異なる概念である。

257) 不当利得と同額というのではなく不当利得以下にとどめるという説明がなされることもあったが、特に平成3年改正後は、多くの場合、不当利得と同額となるよう目指して制度設計がなされていると説明された。そうした説明がなされる雰囲気が存在したことを明確に示すものとして、加藤秀樹発言・平成3年改正座談会13頁および実方謙二発言・同16頁。

258) 佐伯仁志「二重処罰の禁止について」内藤謙先生古稀記念『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、平成6年)、特に299～301頁。憲法39条後段は、同じ行為に対し同じ制裁規定が複数回適用されることを禁止するものであり、同じ行為に対し複数の制裁規定が並存し適用されることを禁止するものではない、という考え方をもとに、課徴金制度を合憲とするのに不当利得剥奪論はまったく必要なく、最高裁判決のような2条件も必要ないとの考えが示唆された。

259) たとえば、東京高判平成13年2月8日(平成12(ネ)2915)判時1742号96頁〔社会保険庁発注シール談合不当利得〕。入札談合の被害者が社会保険庁すなわち国であった事案で、一方では公取委が課徴金を徴収しているにもかかわらず、社会保険庁すなわち国を原告とする不当利

得返還請求訴訟において課徴金額を民法上の不当利得額から控除しなかった。課徴金制度が純粹の意味での不当利得剥奪ではない何物かであることを認めざるを得ないという帰結をもたらした。

260) たとえば、平成13年独禁研報告書41～42頁。

261) たとえば、平成15年独禁研報告書15～20頁。

262) 平成17年改正解説21頁。

263) 佐伯・前掲日本経済法学会年報論文47頁は、そのような趣旨であろう。

夜に、最高裁は、昭和33年大法廷判決以来の考え方を踏襲し、さらに、事案の解決に必要であったため、「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」と述べた²⁶⁴⁾。最高裁は、昭和33年大法廷判決およびそれを引用する平成10年社会保険庁発注シール談合課徴金判決においても、不当利得剝奪論を述べたことがなかったため、上記平成17年判決の立場は最高裁として一貫しているということになる。これで、不当利得剝奪論は駄目押し的に否定された。

(3) 制度設計の基本原則

① 非裁量性 以上のような前提のもと、課徴金制度は、まず第1に、非裁量的なものとして設計されている。すなわち、所定の違反類型に該当する行為がおこなわれた場合、公取委は、裁量によって課徴金を課したり課さなかったりすることはできない、という制度となっている。

そのようなわけで課徴金制度は、特に課徴金額の計算や調査協力者に対する課徴金減免制度について、非裁量的で硬直的な制度設計となっており、複雑な事例が登場すると直ちに紛糾しやすい、とも言える。

② 明確性・簡易性 第2に、課徴金制度は、課徴金額の計算基準が明確であって、運用が容易であるように、設計されている。公取委が少ない人的資源によって運用することが可能な制度としなければ制度が機能せず「行政上の措置」としての違反抑止という目的が達成されないためである²⁶⁵⁾。

③ 不当利得との関係 第3に、不当利得剝奪論を放棄したとは言っても、平成17年改正後の課徴金制度は、不当利得と無縁なものとなっているわけではない。不当利得と比例する課徴金額とするよう目指すのを基本とする、とい

う観点から、売上額に算定率を乗ずるという改正前の構造は維持された。目指される比例関係が、改正前のような不当利得額：課徴金額=1:1ではなく、1:1.25となっただけである。少なくとも、原則算定率(1項・2項)、小売業・卸売業の軽減算定率(1項・2項)、小規模事業者の軽減算定率(4項)、は、この考え方によって法定されている(本書474頁、475頁、478頁)。

これに対し、違反行為を早期に短期間でやめた者の軽減算定率(5項)、違反行為を繰り返す者の加重算定率(6項)、調査協力者に対する課徴金減免制度(7項~13項)、は、1項~4項によって得られる課徴金額をもとにしてはいるものの、違反行為抑止の観点から不当利得との一定の相関関係を崩して課徴金額を上下させる制度である、と言える²⁶⁶⁾²⁶⁷⁾。

課徴金と罰金との調整(14項~16項、51条)は、憲法上の比例原則に配慮した規定であって、不当利得との相関関係という考え方によっても説明できず、違反の抑止という考え方によっても説明できない、まったく別の範疇に属する制度である。

2 命令をする手続

(1) 平成17年改正後の手続

① 総説 平成17年改正後の課徴金納付命令の手続は、改正後の排除措置命令の手続と似通っている。むしろ、改正前の課徴金納付命令の手続に、排除措置命令の手続のほうをあわせた、と表現するほうがよい。しかしもちろん、課徴金納付命令の手続についても、重要な修正が施されている(本書443頁)²⁶⁸⁾。

264) ただし、6項の加重算定率については、平成17年改正の法案作成担当者は、本書の考え方とは異なり、あくまで不当利得との比例関係の観点からの制度であると説明している(本書475頁)。

267) このように、実質的には、「1項~4項」と「5項~13項」の2つに区分して理解するのが適切であるが、形式的には、「1項~6項」が算定率に関する規定であり、「7項~13項」の課徴金減免制度は、「1項~6項」によって得られた課徴金額に対してさらに減免を施す、という区分となっている。5項・6項が算定率に関する規定となっているために生ずる若干の滞結も存在するので(本書482頁、505頁註501)、本書では、実質的な区分でなく形式的な区分に従って、叙述をおこなう。

268) ただし、経過措置に注意する必要がある。1つの違反行為について、複数の違反者がある場合の1名のみに対してでも、平成17年改正前の規定によって勧告等がなされた場合には、当該違反行為については改正前の手続規定が適用される(平成17年独禁法改正法附則2条)。

264) 最判平成17年9月13日(平成14(行ヒ)72)民集59巻7号1950頁【日本機械保険連盟課徴金】(民集1954~1955頁)。原判決である東京高判平成13年11月30日(平成12(行ケ)228)判時1767号3頁【日本機械保険連盟課徴金】は、課徴金額と不当利得額との間に大きな差異が生ずる場合には特別な解釈を施してでも両者を近づけるべきであるという基本方針を採用して(判時22頁)、現に損害保険における役務およびその対価の捉え方について、特別な解釈を適用した(判時24頁)。それに対し最高裁判決は、淡々と通常の解釈に従って課徴金額を計算した結果として課徴金額と不当利得額との間に大きな差異が生ずることとなっても問題はないとの基本方針を採用した、ということになる。白石勘所法学教室308号事例4。

265) この考え方は、日本機械保険連盟課徴金最高裁判決によっても裏書きされている(民集1954頁)。