

価格の原状回復命令の当否

辻
吉
彦

目次

はじめに

I 価格引下げ命令に関する諸見解

- 一 価格引下げ命令に否定的な見解
- 二 現行法のもとで価格引下げ命令が可能であるとする説
- 三 価格引下げ命令を採用することが望ましいとする説

II 価格の原状回復命令の当否の検討

- 一 価格の原状回復命令
- 二 排除措置命令の目的と性格
- 三 価格の原状回復命令の位置づけ
- 四 排除措置命令における必要な範囲
- 五 技術的な問題

むすび

はじめに

独占禁止法違反行為に対しては、公正取引委員会によって、当該行為の排除を中心として、当該違反の実態に対応した排除措置が命じられる。排除措置は、違反行為によって麻痺ないし歪曲化された市場機構が、違反行為が存在した時期よりもより有効に機能するような状態に市場秩序を回復させることをねらいとするものであるから、刑事制裁とは異なつて、行為者の故意、過失にかかわりなく、違法性の認識の有無にかかわりなく、また、行政庁の行政指導の存否にもかかわりなく行われるものである。また、行政処分であるから、私人の自由と財産に対する不当な介入は許されないが、上述の目的を達成するために必要な範囲内のものであれば、著しく抽象的で受命者に具体的な判断ができないようなものや、不可能なことを強制するようなものでないかぎり、命じうるものとされている。

独占禁止法違反事件でもっとも多いのは、カルテル事件である。カルテルは、事業者による共同行為として行われれば、同法三条に規定する不当な取引制限として、事情者団体を主体として行われれば、同法八条の事業者団体の禁止行為に該当するものとして、それぞれ規制されているから、違反行為の種類としては、二つに大別されるが、いずれも事件数が極めて多い。そのなかでも価格に関するカルテルが際立って多いのであるが、それぞれ事案に即した排除措置が命じられている。従来例では、その典型的なものは、協定等の当該違反行為の破棄と取引先等へのその旨の周知徹底および指定必要事項の公正取引委員会への報告という組み合わせである。カルテルの本質である相互拘束を消滅させ、競争を復活させることをねらいとして、協定の破棄が命じられ、その実効性を高めるために、取引先へのその周知徹底が図られ、これらの措置の確実な履行を監視するために公正取引委員会への報告が義務づけられている

のである。

また、排除措置としては、以上のほかにも、再犯事件を中心にして、取引先との価格設定について再交渉を命じたり、個別の自主的な価格設定を命じたり、あるいは、同種行為の反復の禁止、価格形成について、共通の意志を醸成する行為や相互の意志の疎通を禁止する不作為命令が出されている事例もある。これらの命令は、上述の典型的な排除措置命令によっても、事態の改善をみないのみか、再犯事件が跡を絶たない状況に対して、公正取引委員会が案出した、いわば新しい手法であるが、これらの手法をもつてしても、これまでのところ、いったん形成されたカルテル価格が引き下げられる事例は、ほとんどみられないといわれている。

そこで、価格カルテルによって麻痺された価格機構を正常化させる有効な手段として考えられるのが、カルテル当事者に対するいわゆる価格引下げ命令である。カルテルによって斉一化された価格を、カルテル以前の水準に引き戻すことによつて、爾後の価格が競争によつて形成されることを期待しようというのが、その基本的な発想である。昭和五二年の独占禁止法改正の準備段階である昭和四九年当時に検討されたが、陽の目を見るに至らなかった懸案であり、当時においても賛否両論のあつた問題である。

結論から先に述べることになるが、筆者はかねてから価格引下げ命令のような手法は、とくに寡占的な業種における価格カルテルに対する排除措置としては必要とされる場合があり、また、独占禁止法の現行規定のもとでも、一定の条件のもとでは可能であると考えている。そこで、本稿では、本問題についてのこれまでの賛否両論について検討を加えながら、私見を述べることにしたい。

I 価格引下げ命令に関する諸見解

一 価格引下げ命令に否定的な見解

価格引下げ命令は、「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。だから、現行法の解釈論として不可能なことはもとより、立法論としても、不当な取引制限の排除措置としては、とるべき手段ではない。」（今村成和「独占禁止法入門」六六頁）

「インフレ下の価格引上げカルテルに対しては、カルテルの排除を命じただけでは、価格は下がらない。そのため、価格引下げを命ずることの能否が論じられたことがあるが不当な取引制限の排除措置としては、できないと解するのが正当である。」（今村成和「独占禁止法〔新版〕」二二五頁）

価格引下げ命令に対して、明確に反対の態度を示しておられるのは、上記引用に明らかなように、今村教授である。その理由は、最初の引用文において簡潔に述べられているように、価格の法定に外ならない価格引下げ命令は、競争政策の本旨に反するということに尽きるのであるが、その論拠としては、つぎのような指摘がなされている（今村成和「私的独占禁止法の研究(三)」一八七頁以下、「同、(四)I」四〇九頁以下）

価格カルテルの排除措置として検討の対象になりうる価格引下げ命令は、カルテル協定以前の額にまで引下げることと内容とする原状回復命令のみである。それ以外の、一定の統制額を決め、それに従わせるようなことは、論外である。それは、価格形成への介入にほかならず、個々の事業者の自由な価格形成機能を奪うこととなるから、独占禁止法の目的に反するし、独占禁止政策の本旨にもとるものである。

原状回復命令は、競争があつたときの状態に復帰させることを目的とするものであるから、排除措置としての合理的根拠があるといつてよいが、カルテルに対する排除措置としては、その破棄を命ずるのが原則であり、必要があれば、その実効性を確保するための補完的な措置がとられる。したがって、原状回復命令は、このような補完措置の一つとして考えられるものであり、排除措置の本質的な内容をなすものではないという点で、他の補完措置と共通の性格を持つものといえる。

しかし、事業者の価格形成に公取が直接介入するという点において、他の補完措置とは性格を異にしている。原状回復命令による協定以前の価格の遵守が、ごく短期間であれば、価格形成への介入とまではいえないであろうが、それがカルテル価格の影響を排除するのに必要な期間として長期間に及び、しかも、カルテルによる価格引上げの原因がインフレ等によるコストの上昇にある場合には、単なる旧価格への復帰では非現実的なものとなるので、コスト+ α までの価格は認めるといふ考え方がでてくる。この場合、どこまで価格引下げを命じうるか疑問である。そのほか、これらに絡む技術的な問題も少なくない（技術的な問題の内容については、後にその検討のさいに述べる）。

また、上記のような問題がある場合、原状回復命令の効果や影響として、つぎのような疑問が生ずる。第一に、たまたま見つかったカルテル価格だけが引下げの対象となるわけだが、それでは自由市場の一部に人為的な低価格を持ち込むこととなつて、当該商品の出回りを阻止し、将来における価格騰貴の原因とならないだろうか。第二に、公取が生産者のカルテルを捕捉した場合、生産者価格は押さえうるとしても、末端価格はかえって跳ね上がることになりはしないか。第三に、違反事件の一部にしか引下げを命じないようなことがあれば、他のカルテル価格は公認されたような印象を与へはしないか。

以上のようなところから、「価格引下げ命令は、従前の競争状態への復帰という観点からは、一応可能のように思わ

れるけれども、独占禁止政策のうえからは、同時に致命的な難点を含むものである。それをもし、技術的に克服することができれば、このような命令を出すことも許されるであろう。しかしそれは、実際問題としては、恐らく、不可能に近いのではないかと思われる。」ということになり、本節冒頭に引用したような結論に到達することになるのである。今村説では、価格引下げ命令の当否ではなく、能否が鋭く問われているといつてよいであろう。

以上の見解と同趣旨のものとして、根岸教授の見解がある（根岸哲「価格の原状回復命令」法律時報四七巻二号）。現行独占禁止法の解釈としては、価格の原状回復命令を命ずることはできないと解するのが妥当であるというのがその結論であるが、その理由としては、つぎの二点があげられている。

第一には、価格カルテルの違法性は、共同行為によつて価格競争を制限していることにあり、行為の外形的一致の存在は違法要件ではない。したがつて、価格カルテルの排除措置としては、各事業者がそれぞれ自由かつ自主的に価格を決定しうる環境作りを確保することであり、かつその範囲内にとどまらなければならず、それをこえて、カルテル前の価格にしる競争水準の価格にしる、具体的に一定の価格で販売せよなどと命ずることは、カルテルの排除措置としては必要な範囲をこえているといわざるをえない。

第二に、カルテル前の価格あるいは競争水準の価格への復帰命令は、理論的には、抽象的な内容のそのような価格へと一時点復帰することを命ずることにならざるをえないが、このような命令は法的には無意味かつ無価値であると同時に遵守不能でもある。したがつて、この命令を法的に意味あらしめるためには、公正取引委員会が復帰すべき価格の具体的額を決め、それを一定期間固定しなければならぬであろう。しかし、このように、公正取引委員会に価格決定権ないし価格統制権を与え、本来事業者が自由かつ自主的に決定すべき価格に対して公正取引委員会が直接介入することは、事業者の自由な価格形成機能の確保を基本的任務とする独占禁止法においては、特別の規定がな

いかぎり許されないものであろう。

しかし、立法論としては、単なるカルテル対策としてではなく、寡占対策としての位置づけを与えることによって導入するのであれば、一つの現実的な方法としては可能であるとともに、有意義な場合もあるとされている。(今村説でも、このような観点からの立法については、必ずしも否定されていない。)

二 現行法のもとで価格引下げ命令が可能であるとする説

「不当な取引制限に該当する行為は、①共同して相互にその事業活動を拘束すること、および、②共同して事業活動を遂行すること、である。したがって、『一定の(引上げられた)価格で販売することを共同の認識をもって行っていること』を、不当な取引制限に該当する行為としてとらえることが必要となる。価格引上げについての合意、共同の認識によって形成された、その後の販売価格について維持されている『共同の認識』にもとづく『事業活動の遂行』を除去すること、すなわち『共同の認識』なかりせば、という状態に戻すことによって、競争制限的状态をもたらしている行為が排除されることになる。引き上げた価格を維持することについての共同の認識がなかった状態に戻すことによつて、このことがはじめて具体化されるのであつて、必要な場合、『価格の原状回復』を命じることは、ここでいう排除措置の内容として、当然に認められるべきである。価格引上げの合意の破棄に加えて、価格の原状回復を命じることによつて、はじめて競争秩序の回復が可能となる場合は、寡占市場を中心として、決して少なくないと思われる。」(正田彬「全訂独占禁止法Ⅰ」五四三頁)

正田教授の説くところによれば、現行規定のもとでも、原状回復命令は可能であるということであるが、その論拠のポイントは次のとおりである(正田彬「独占禁止法研究Ⅰ」四三三頁以下)。

まず、不当な取引制限をどのようにとらえるかが重要な論点になるのであるが、具体的には、独占禁止法二条六項

に規定されている「他の事業者と共同して……相互にその事業活動を拘束し、または遂行することにより」の部分はどう解するかによって、見解が分かれることになる。正田説では、相互拘束と共同遂行について、前者は、共同行為参加者相互の関係をとらえ、後者は、共同して行われる事業活動それ自体をとらえているとし、共同の認識が形成される場においては前者が、それが実行される場においては後者が、それぞれ該当することになると理解することができるとし、したがって、価格カルテルについては、相互拘束の排除と並んで価格の原状回復を命ずることが、当然認められるべきであるということになる。しかも、それは、今村説でいう補完的な措置としてではなく、原則としてとるべき本来的措置として位置づけられるのである。

これに対して、今村説では、「相互拘束又は遂行」については、カルテルの本質は相互拘束にあるのであって、「遂行」の字句が含まれているのは、相互拘束の拘束をゆるく解釈するに当たって、そのことに疑点を生じないために補いとして加えられたものとされ、したがって、「遂行」の語を独立に理解し、いかなる意味においても相互拘束性の認められない共同行為までも、この語によって、不当な取引制限のなかに含まれるということも正しい理解でないときれている（前掲今村「新版」八〇頁）。したがって、今村説からみれば、正田説に対しては、「共同行為の違法性は、その行為が『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』ことにあるのであって、それはいいかえれば、価格競争を制限していることに外ならないのである。従って、排除措置としては、競争の制限行為はやめよ、という以上には出ることができないものであって、それによって競争が復活すれば、価格は自動的に変動するであろう。……もつとも、市場構造が競争的でない場合には、協定の破棄を命じただけでは、価格が旧に復するということは、直ちに生じ得ないであろう。……このように排除措置の効果は、市場構造又は市況の如何によつては一様ではないが、だからといって、必要に応じ、価格引下げをも命じうるとするのは正当でない。価格維持というのは、競争秩序侵害行

為の目的乃至効果であつて、競争侵害行為そのものではないからである。」(前掲今村「研究(三)二〇六頁」ということになるのである。両説の相違は、このように不当な取引制限の定義規定の解釈を異にすることによって生じているのであるが、いうまでもなく、その根底には、カルテルの本質およびその違法性のとらえ方の相違があるわけで、そのことについては、後述する。

つぎに、正田説では、原状回復命令を具体化する場合の問題として、つぎの三点があげられている。第一に、命令の内容としては、カルテル前の価格が「原状」であり、これを原則として、あくまでも「原状」として性格づけられる価格にもどすことが必要であり、具体的には、価格引上げ直前の、何年何月何日の価格にもどすべきことを命じるのが妥当で、金額の指示もさけるべきであろう。ただし、物価の変動がある場合には、事業者側の立証をまっぴら「原状」を「価格引上げ前」とは異なつたかたちで認定する可能性を開いておく必要がある、その場合には、物価の上昇を合理的に立証し、価格引上げ前の日の価格は、現在ではその何%増に相当するといふことがあきらかにされれば、これを認めるが、その内容はあくまでも価格の原状であり、適正価格のようなものではない。

第二には、命令を出す時期と原状回復の据置期間の問題であるが、できるかぎり早く、短い据置期間の命令が出される必要があるであり、据置期間は、当該業種の市場の実状を前提として、競争を回復するために、スタート・ラインに並ばせるのに必要な最小限の期間である必要がある。

第三には、原状回復命令は、協定の破棄等によつてカルテルが排除されないと考えられる場合に命ずることにする必要がある、一般的にいえば、寡占市場については、原状回復命令を必要とする場合が多く、市場が競争的になるにしたがつてその必要性が減少する。

原状回復命令が行われるためには、以上の三点が合理的に組み合わさつていふことが必要であり、本制度について

指摘されている問題点の多くは、このような条件を付することによって、対応しうるように思えるとされている。

基本的には、正田説にたち、現行独占禁止法のもとで価格引下げ命令が可能であるとするとともに木元教授の見解がある（木元錦哉「カルテル排除と価格引下げ命令」企業法研究二二五輯）。しかし、同見解では、命令の内容について、つぎのような意見が述べられており、正田説とは必ずしも同じ内容でない部分がみうけられる。1 命令の内容としては、具体的な額を示すのではなく、「協定以前の額」とすればよく、その前提として、従前の額を証拠により事実認定しておく必要がある。2 一般物価に変動が生じている場合でも、理論的には協定前価格への復帰を命ずることは可能であり、その後の処理は個々の事業者の判断に任されているものと解釈できるが、個々の事業者がそれぞれの判断で短期間に協定価格にまで再び価格を値上げした場合には、現行法では規制できない。3 従前の価格への復帰命令が、当該価格を将来に向かつて固定するような意味を持つようなものであっていかどうかについては、現行法では消極的に解するのが妥当である。個々の事業者の価格形成機能を奪うことになるからである。したがって、価格引下げ命令の実効性を確保することは、困難な場合が多いであろう。

また、丹宗教授もつぎのような見解を示しておられる。カルテルは、複数事業者の競争制限的合意（主観的条件）プラス外形的行為の一致（客観的条件）プラス市場における競争の実質的制限という構成要件に該当する場合に違法となる。このように考える場合には、合意も一致された外形的行為も排除命令の対象になる。すべてを排除することによって、価格競争の制限を除去することができるからである。したがって、理論上は、協定価格を破棄して、「競争価格に戻せ」という排除措置は出せると考える。しかし競争価格の認定が理論上も事実上も難しいところから、実際上は、やるとすれば原状回復命令に止めざるをえないであろう。

原状回復命令を出す場合には、停止期間の問題、インフレ時における旧価格への復帰による赤字強要の問題など原

状回復命令に伴う別個の経済問題が併発する可能性があり、理論上可能であっても、實際上弊害が多い場合にはやらないほうがよいということもありうるが、現状のもとでは、原状回復命令は、実験に値する措置であると思う(丹宗昭信「独禁法改正試案の意義と問題点」企業法研究二三四輯および同「カルテル的規制価格の法的検討」昭和五〇・二・一二東洋経済)。

三 価格引下げ命令を採用することが望ましいとする説

「価格改訂命令 協定破棄を具体的な企業行動に反映させなければ協定破棄を履行したことはないから、それを特定して命じることができると考えれば、現行法でも可能と考えられる。しかし、この命令の欠点は、改訂幅、改訂期間が名目的なものであっても改訂命令を履行したと解されることともなるから、現状を攪乱して競争状態を復活させる点では必ずしも有効でない点である。

自主価格販売命令 自主的な価格で販売しろと命じるもので、その認定のために、原価などの調査権限も定める方法であり、アメリカではその例がある。しかし、ここでは、何が自主的な価格であるかを認定することがさらに困難となるであろうし、また、自主的価格を施行機関が認定することは、適正価格を公権力で決定することともなろうから、その点も問題であろう。

価格の原状回復命令 協定によって価格が引き上げられたことを重視すれば、協定前の価格を価格競争の出発点とさせることが適当であることになる。……これはカルテル参加企業に対し、一定期間、協定前の価格水準以下まで販売価格を下げることを命じるものである。……この制度には、協定前の価格の遵守を命じる期間を短くすれば実効性がなく、長くすれば経済実態と合致しなくなることに、また原価の上昇があった場合、それを考慮して調整すれば、価格に対する介入の色彩を強くするなどの難点があるが、競争回復の実効性の点から考えれば、採用すべき制度である

といえよう。」(実方謙二「改訂独占禁止法入門」一二七頁)。

実方教授は、右の引用に明らかなように、価格引下げ命令の手法として、価格改訂命令と自主価格販売命令および原状回復命令の三種をあげ、いずれも難点があるが、実効性の観点から、原状回復命令の採用(正確に言えば、それが可能であることを立法措置で明らかにすること)の必要性を主張しておられる。しかし、原状回復命令の排除措置としての根拠づけは、正田説とは基本的な観点を異にしている。カルテルに対する排除措置としては、カルテルによって人為的に形成された共同認識を打破することが必要であるのだから、協定の破棄を命じても、それが見せかけの破棄の申合わせに過ぎないような場合には、一度競争的水準まで価格水準を下げさせることが必要であり、そのための措置として原状回復命令の実効性が位置づけられるのである。したがって、原状回復命令は、価格水準を協定成立前の水準に戻させること自体を目的とするものではなく、各当事者の自主的行動が期待できる基盤を形成するために、一時的に価格を協定前の水準に戻させるものということになる。

つぎに、運用上の問題として、原状回復命令に据置期間を設けること、遵守すべき価格を決定するに当たって、原価の上昇を考慮できることについては、この命令の実効性を確保するためのやむを得ない措置として位置づけられている。据置期間は、命じられた価格が市場で定着するのに十分な期間でよく、命令の形態が直接価格水準を特定することからくる副作用を防ぐためには、この期間は短いほうが望ましい。また、価格の水準の決定に当たって原価の上昇を考慮するという制度は、不可能を強いることを防ぎ、命令が遵守できるようにするためのやむを得ない調整を意味し、これは原価上昇分の安易な価格への転嫁の公認や公取委による適正価格水準の決定を意味するものではない。それゆえ、これも例外的措置として厳格に運用されることになる(実方謙二「独占禁止法と現代経済」増補版一一五頁)。

II 価格の原状回復命令の当否の検討

一 価格の原状回復命令

いわゆる価格引下げ命令のうち、上述の各説において共通にとりあげられており、かつ比較的に現実性のあるものとして検討の俎上にあげられているのは、価格の原状回復命令である。そこで、以下においては、原状回復命令が現行規定のもとで可能であるのか、可能であるためには、どのような配慮や条件が必要とされるのかといったことから中心に検討を進めていくことにするが、はじめに、検討の対象を明らかにしておくために、原状回復命令のアウトラインについて述べておきたい。

昭和四九年九月一八日に公正取引委員会によって発表された「独占禁止法改正試案の骨子」によれば、それは、「カルテルにより価格が引上げられた場合に、カルテル前の価格に戻すことを命ずる。ただし、機械的に原状に戻すことが実状にそぐわない場合には、その実状を斟酌する。」とされ、その内容は、「改正試案の要点」によれば、具体的には、つぎのような内容のものであった。

「1 不当な取引制限（以下「カルテル」という。）により価格が引き上げられた場合には、公正取引委員会は、事業者に対し、カルテル前の価格に戻すことを命ずることができる。

2 原状回復命令には、競争の回復及び維持のため必要と認めるときは、六か月以内の据置期間を附することができる。

3 事業者の責に帰しえない事由により商品等の原価が著しく上昇している場合には、原状回復を命ずるに当たって、

これを斟酌することができる。

4 事業者団体のカルテルにより価格の引上げを行った構成事業者に対しても、上記と同様の措置をとることができる。」

右の案は、立法を念頭に置いて作成されたものであるうえ、要点のみを示した極めて簡潔なものであるが、原状回復命令のポイントとなる点が項目として掲げられているので、以下においては、このような内容のことが現行法のもとで可能であるかについて検討を進めることにしたい。

二 排除措置命令の目的と性格

独占禁止法違反に対しては、違反事実が現に存続している場合だけでなく、既往の違反行為に対しても、排除措置が命じうることとされている。そこで、価格の原状回復命令の当否の検討に当たっては、まず、右の二つの場合について、排除措置命令の目的や性格に照らして、価格の原状回復命令が、その目的に合致するものであるか、その性格になじむものであるかを検討する必要がある。

違反事実が現存している価格カルテルに対する排除措置命令については、独占禁止法七条一項および八条の二第一項に規定され、両規定とも、当該行為の差止、その他当該行為の排除に必要な措置を命ずることができることとされている。違反行為の排除に必要な措置として命じられるのが排除措置命令であるが、その目的とするところが、違反行為によってもたらされた違法状態の除去にあることは明らかである。したがって、価格の原状回復命令についても、カルテルによってもたらされた違法状態を除去することのみを目的とするものであるかぎり、排除措置一般の目的に反するものではないということができると同時に、前述した各説においても、原状回復命令がその根拠づけや内容のいかんによつては、目的自体として、または結果として、右の目的から逸脱する可能性に対する危惧が表明されてい

る。一步誤ると排除措置命令の目的から逸脱する危険性のある原状回復命令の検討に当たっては、このことが大前提として認識されなければならない。

このことからの当然の帰結であるが、原状回復命令は、違法状態の除去の手段として、カルテル協定以前の価格水準に復帰させることがその目的であり、その水準が適正であるか否かを問題とすることを目的とするものであってはならない。カルテル価格が独占価格の一種であるとして、その適正化を図る対策は、独占禁止政策のなかで検討されるべき重要な課題であるが、それは、管理価格対策の一環としてなされるべきことであり、カルテルに対する排除措置と混同されてはならない。

また、現実に排除措置命令が、時として違反行為者に対する制裁的な色彩を帯びることがあるとしても、それは、あくまでも排除措置命令の副次的効果に過ぎないのであって、価格引下げ命令もその例外でありえないことはいうまでもない。

違反行為が既になくなっていない場合においても、独占禁止法七条二項および八条の二第二項において、価格カルテルに対する排除措置命令がなされうることになっている。いわゆる既往の違反行為に対する排除措置である。この場合には、とくに必要があると認められる場合に限って、当該行為が既になくなっていない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。その目的とするところは、違反行為によってもたらされた違法状態の除去が不十分であると認められる場合に、その徹底を期することにあるのであるから、現存している違反行為に対して命じられる排除措置のうちの当該違反行為の差止を除く、その他の措置（今村説では、補完的な措置や附帯的な措置とされている。）がその内容をなすことになる。したがって、価格の原状回復命令も、違法行為である相互拘束によってもたらされた価格維持という違法状態が存続している場合に発動されると

根拠づけられれば、既往の違反行為に対して命じうる排除措置の範疇に入るものといえることができる。ただし、前述の正田説によれば、価格引上げカルテルについては、協定が破棄されても、協定価格が維持されている場合には、違法な共同行為がなお存続していることになるから、本項に基づいて価格引下げ命令を命ずることはありえないことになり、本項による措置には、価格引下げ命令は含まれないということになる（前掲正田「全訂Ⅰ」五四七頁）。

つぎに、排除措置命令は、違法状態を除去することを目的とする行政処分であるから、一方で違法状態を除去するために必要な措置を内容とするものでなければならず、他方では、事業者の自由に対する不平等な介入を招くものであってはならない。したがって、価格の原状回復命令にあっても、違反行為の内容からみて、それが必要とされる場合に限って、必要とされる範囲で命じられるものであることはいうまでもないが、その内容が価格に関するものであるだけに、事業者の価格形成機能に対する不当介入となる場合がありうるのではないかという観点から、種々の問題が提起されている。

行政処分であるという観点からの一般論としては、排除措置命令の内容は、著しく抽象的で受命者に具体的に判断ができないようなものや、不可能なことを強制するようなものであってはならないことが指摘される。価格の原状回復命令について、このような指摘に関連するものとしては、次のような問題がある。その一つは、命令の内容が「協定の価格」という抽象的なものである場合の問題であり、もう一つは、協定時から審決時までの時間的経過により一般物価に変動を生じている場合に、協定前の価格への復帰を命ずることは、非現実的な価格を強制する結果ともなりかねないというような場合の問題である（前掲今村「研究Ⅲ」一九三頁）。命令の内容が、あまりにも抽象的で具体的な判断ができない場合や収支上の損失をもたらす内容の指示価格であるために、不可能なことを強制するものである場合には、排除措置命令になじむ性格のものではないといわざるをえないことになるから、命令内容は、具体的に、

かつ、実行可能なものでなければならぬ。

また、原状回復として指定される価格が具体的であるが、当該価格を遵守すべき期間が長期にわたる場合には、つぎに述べるように、個別事業者の価格形成機能に対する不等な介入として、独占禁止法との整合性が問題となると同時に、それがどこまで認められるかも、行政処分としての限界という観点から、問題とされることになる。

したがって、原状回復命令が右に指摘したような内容のものである場合には、行政処分としての性格にそぐわないものとして、認められるものでないことはいうまでもないから、このような観点からも、命令内容の選択が慎重になされることが必要とされる。

つぎに、排除措置命令の内容は、違法状態を排除するのに必要な範囲に限られなければならないと同時に、独占禁止法の目的と背反するものであつてはならない。このうち、必要な範囲の問題は、カルテルの違法性のとらえ方とも関連するので後述することとし、独占禁止法の目的との整合性の問題についてみると、つぎのような指摘がなされている。価格の原状回復命令による協定前の価格への復帰が、長期にわたつて固定的に維持されるような場合には、事業者の価格形成機能が、長期間にわたつて停止されることとなり、その自由な発揮を促進すべき独占禁止法が、みずからの手で市場機構の円滑な運行を阻害することになりかねない。このような場合には、独占禁止法の自殺的な行為といわざるをえないこととなるから、独占禁止法の目的を達成するための排除措置としては、とるべきではないということになる。また、根岸説では、前述した以外に、原状回復命令を命じうるといふ論理が独占禁止法を極めて統制的色彩の強い法へと変質させてしまう危険性が指摘されているが、この指摘も同様の趣旨に出たものとうけとめることができよう。したがって、排除措置命令としての原状回復命令は、その内容が、独占禁止法の本旨にもとることがないようなものでなければならぬということになり、裏返せば、そのような点に十分な配慮を加えたものであれ

ば、排除措置命令として命じうることになる。

以上のように、価格の原状回復命令は、排除措置命令一般の目的に照らして、原則としては、排除措置命令の目的から逸脱するものではなく、また、一定の配慮と条件のもとにそれが行われるのであれば、排除措置命令の備えるべき性格と決して異質のものではないということができよう。

三 価格の原状回復命令の位置づけ

正田説の紹介のさいに述べたように、不当な取引制限の定義規定をどう解するかによって、排除措置命令における原状回復命令の位置づけが異なってくることになる。

不当な取引制限の構成要件である「相互拘束又は遂行」の部分について、相互拘束にその本質があり、遂行の部分については独立した意義を認めない今村説によれば、相互拘束の排除が排除措置の主内容であり、原状回復命令は、その補完的な措置として位置づけられることとなる。それに対して、「相互拘束」と「共同遂行」をそれぞれ独立したものとして理解し、前者が共同認識の形成における、後者がその実行行為における行為を指すものにとらえる正田説においては、原状回復命令は、相互拘束の排除とならぶ主要な排除措置命令の一つとして位置づけられることになる。

これに対して、実方説では、価格の原状回復命令を排除措置として位置づけるには、カルテルによる競争制限のメカニズムの分析が必要であるとの観点から、値上げカルテルにおいて、カルテル協定が成立することにより協定の当事者間に競争が行われなくなるのは、協定の当事者が拘束されているからではなく、協定によって当事者間に共同認識が成立するからであるとし、拘束の排除として協定の破棄を命じても、協定によって形成された人為的な共同認識が排除されないかぎり、見せかけの破棄の申し合わせがなされるだけで、協定価格が引き下げられることにはならな

いと説く。したがって、値上げ協定に対する排除措置としては、この共同認識を打破する措置が命じられなければならないが、価格引下げ命令は、一度競争的水準まで価格水準を下げさせることにより競争的不確実性を市場に導入することをねらいとするものであるから、共同認識を打破するうえで有効な手段であると主張されている。

右の実方説では、相互拘束と共同認識がカルテルの実態上の問題として区別されているのであるが、相互拘束によって人為的に形成された共同認識が、相互拘束の排除によっても排除されない場合には、共同認識の打破が必要になるということであるから、相互拘束の排除の補完的措置として共同認識の打破が行われることになる。つまり、共同認識の内容をなす意識まで排除することは不可能であるから、価格の原状回復命令によって、共同認識によらない自主的な行動を促す基盤を形成することにより、共同認識を打破しようとするものである。したがって、原状回復命令の排除措置命令における位置づけとしては、今村説と異なるところはないといえるのであるが、今村説では、補完的措置を命ずるに当たっては、本来的な排除措置を命ずることが前提とされていると解されるのに対して、実方説においては、その旨が明記されているわけではないが、相互拘束の排除が見せかけの破棄の申し合わせに終わってしまうことが明らかに見通せるような場合には、本来的排除措置命令を命じることなく、原状回復命令を命ずることができるとようなニュアンスが読み取れ、もしそうであれば、両者の間には、その点での相違があるということになる。

以上のように、不当な取引制限の解釈およびその根底にあるカルテルの違法性のとらえ方が異なることによって、原状回復命令の排除措置命令における位置づけも異なるものとならざるをえないのであるが、カルテルの違法性の本質は、相互拘束にあり、共同遂行は、その結果であるという因果関係は、覆すことのできない事実であるから、原状回復命令の位置づけは、今村説ないし実方説によるのが、当を得ているといわざるをえない。したがって、原状回復命令は、相互拘束の排除にもかかわらず、カルテル価格の低下がみられないことが予想される場合に限って、命じう

るということになる。

四 排除措置命令における必要な範囲

排除措置命令の内容は、「違反行為の排除に必要な措置」の範囲内のものでなければならぬが、その中心となるのが違反行為の差止である。カルテルについても、相互拘束の排除がその中心となるべきことについては、前述の各説においても異論がない。問題は、カルテルの共同遂行の部分について、それ自体を違反行為としてとらえるか、違反行為によってもたらされた違法状態としてとらえるかにあるとともに、その除去のための具体的な手段が、どこまで必要な措置の範囲に含まれるかという点にある。

正田説では、既に述べたように、相互拘束も共同遂行も、不当な取引制限の構成要件とされているから、両行為を排除することが必要な措置とされ、価格カルテルに対する原状回復命令は、違反行為の差止のために欠くことのできない措置とされている。したがって、前述のとおり、既往の違反行為に対する排除措置としては、原状回復命令は、とりえない措置ということになる。

これに対して、根岸説では、行為の外形的一致（共同遂行）の存在は違法要件ではないから、カルテルの排除措置命令の内容は、事業者が自由に価格を決定しうる環境作りの確保の範囲内にとどめられなければならないが、原状回復命令は、その範囲をこえるものとされている。環境作りの確保という意味が定かでないが、事業者が競争を回避する要因を除去するということであると思われるから、直接価格形成に介入することは、その範囲をこえることになるという趣旨に理解することができよう。

つぎに、今村説では、競争阻害要因を除去することが独占禁止法の目的であるから、カルテルに対しては、その競争阻害要因である相互拘束を排除するのが原則であり、それが必要な措置であるということになる。しかし、相互拘

束によつてもたらされた違法状態が相互拘束の排除によつても解消されない場合の当該状態を排除するための措置も、必要な措置の範囲内に含まれるとされている。原状回復命令が、補完措置の一つとして検討の対象となりうると思われるのはそのためである。したがつて、今村説では、原状回復命令は、ここでいう意味に必要な範囲をこえるという観点から否定されているわけではない。この点については、実方説も、今村説と同様の考え方を前提にしているものと思われる。

以上のように、必要な範囲の問題も、前述の原状回復命令の位置づけのさいに述べたところと余り変わらない結果になつたが、根岸説にみられる異論は、必要な範囲そのもの問題として提起されている。すなわち、同説では、原状回復命令は価格指示を内容とするものであるから、必要な範囲をこえるとされている。確かに価格についてカルテル以前の価格に戻させることがその内容なのであるが、その目的が、実方説でも述べられているように、事業者の自主的な行動が期待できる基盤を形成するために、一時的に価格をカルテル前の水準に戻させることにある場合についても、一切これを否定する論拠としては、独占禁止政策の本旨に反するからという部分に力点があるのであつて、しかるがゆえに必要な範囲をこえるという趣旨ではないかと思う。

もともと、必要な範囲であるか否かは、違反行為の内容に即して判断されるべきことであつて、この場合、命令の内容が違反行為の内容とバランスがとれていることがその要件として考えられる。したがつて、原状回復命令についても、その内容が違反行為の内容とバランスを失するほど過剰なものである場合に、必要な範囲をこえるということになる。上記の各説では、このような観点からの具体的指摘はみられないが、原状回復命令の内容については、こうした限界があることにも留意する必要がある。

五 技術的な問題

今村説では、技術的な問題として、以下に述べるいくつかの問題が指摘されているし、他の諸説でもこのことについて多少とも触れられているが、この問題は、単なる技術的なものとして提起されているのではなく、原状回復命令の致命的な難点につながるもの、あるいは、致命的な難点そのものとして提起されているものであるということができる。したがって、原状回復命令の当否を検討するうえでは、もつとも重要な論点である。

第一の問題は、命令の内容として、「協定前の価格」という抽象的なものでよいのか、一々の価格を明示する必要があるのかという点であり、後者なら何によってその価格を定めるかという点である。前記各説のなかにも、カルテル実施直前の特定の日の価格という意見もみられるが、同一の商品であつても数量、規格、取引条件等の異なるものが、多数の取引先と異なる価格で取引されているような場合には、価格自体が多様で、その特定が容易でない場合も考えられる。したがって、技術的にも、その認定をどのようにするのが、重要な問題とされているのである。

ところで、原状回復命令の目的は、カルテル価格をカルテル以前の価格水準に戻して、事業者の価格設定を競争下で行わせようとするものであるから、命令の内容は、必ずしも個々の取引の価格について、細かく指示しなくても、全体の水準をカルテル以前のラインまで引き下げる目安となるものでよいと考えることができる。したがって、それは、各企業が通常設定している取引の基準となる価格を具体的に指示すればよいことになる。カルテルの多くは、参加企業に共通するこの種の価格の引上げを図るのが常であり、違反事件の多くでは、このことが違反事実として具体的に指摘されている。取引の基準となる価格は、通常、建値とか標準卸売価格、標準小売価格などと呼ばれるものを指すのであろうが、多くの業界でこれに類するものがあるものと思われるから、それをとらえればよいということになる。公正取引委員会では、価格の同調的引上げで、この面での経験も積んでいるはずであるから、その認定も比較的容易にできるのではなからうか。

これに対して、取引の基準となる価格を設定する慣習のない業種または企業がある場合にはどうするのかというところが問題になるが、原状回復命令を必要とするような業種では、そのような場合はほとんど考えられないし、もしあるとしても、取引の実態をみて、実質的にそのような性格を有する価格を認定することは可能であろう。

また、命令後の実効性の確保についても、個別の取引価格が指示されているわけではないから、取引基準価格の遵守状況について、必要に応じてサンプリング調査をやれば足りることになる。

第二は、カルテル結成時から審決時までの時間的経過により一般物価に変動が生じている場合の問題である。この場合には、カルテル実施前の価格への復帰は、事実上不可能を強いることとなる場合があるので、命令で指示する価格については、上記の取引基準価格に実情に応じた修正を加えることが必要となる。この場合重要なことは、コストの上昇よりも一般物価や競争にさらされている類似商品の価格の上昇率に重きを置いて判断がなされるべきであり、前述の諸説のなかでも指摘されているように、適正価格の認定とみられるようなことが、なされてはならないことはいうまでもない。具体的には、正田説で述べられているような方法が現実的であろうと思われる。

第三は、命令によって指示した価格の遵守を、どのぐらいの期間義務づけるかという据置期間の問題である。前述の各説の意見のなかでも、できるかぎり短い期間が望ましいとしながら、実効をあげるためにそれ相当の期間が必要であるとされているが、長期間に及べば及ぶほど弊害が多いことは、指摘されているとおりである。しかし、違反のケースによってまちまちであろう期間を画一的に規定するのは、不適當であるから、前述の公正取引委員会の試案にあるように、最長期間を内規として設け、著しく長期にわたることのないような運用がなされるべきであろう。

据置期間を設けることの是非については、次のような事例も参考になろう。かつて、国鉄運賃の値上げを前提にして締結された価格引上げカルテルが、国鉄運賃の値上げ延期にもかかわらず実施されたことがあるが、この場合も据

置期間をどのくらいにするかという問題は残るけれども、少なくとも国鉄運賃の値上げが実現するまでの期間を据え置くことが必要とされるのではないかと思うのである。

技術的な問題といわれるもののうち、主要なものについて具体的な方法論を述べたが、このような配慮ないし条件のもとで原状回復命令が実施されれば、従来危惧されてきた諸点は、解決されるのではないかと考える次第である。

以上のほか、構成事業者多数の事業者団体による価格決定の問題や緊急停止命令の活用の問題あるいは今村説で指摘されている原状回復命令に伴う市場に対する副次的効果の問題など、検討を要する問題が数多くあるが、紙数の関係で、これらについては、別の機会に譲ることとしたい。

むすび

以上に述べたような理由から、現行規定のもとでも、価格の原状回復命令は可能であると考えるのであるが、もちろん、立法によって、この問題の実現が図られることに反対するものではなく、むしろ本稿で述べた基本的な事項が法定されて、排除措置命令としての正確な位置付けがなされることは、望ましいことである。

最後に、本稿をまとめるなかでの感想めいたことを述べて、本稿のむすびとしたい。

今村説によれば、再三にわたり述べたように、カルテルの本質は、相互拘束にあり、「遂行」の語は、独立に解してはならないとされ、この語が加えられたのは、「相手が守るといふ期待のもとに、自分も守る」という意識があり、その相互認識が行動の一致となって現れているような場合も相互拘束に含まれるが、このような拘束性が著しく希薄な場合をも含めるためであるとされている。このことは、「拘束」という語でカバーしきれない場合もありうるので、こ

のような場合も相互拘束に含まれることを条文上明らかにしておくために、「遂行」という語が加えられているという趣旨にうけとることができる。このような理解のもとでは、遂行ということの意味は、合意によってその自由な行使が制限された事業活動の遂行ということになるのであるが、これを独立に解すべきではないということは、遂行は、それ自体では、不当な取引制限の構成要件ではなく、遂行が相互拘束の具体的なあらわれである場合に、そのような遂行があれば、相互拘束が存在すると考えるということになろう。つまり、実質的には、拘束（合意）と不可分のものとしての遂行（行動の一致）が、内容ということになる。今村説では、遂行という語について独立に理解するべきではないとされているけれど、現実に拘束性の極めて希薄なカルテルに対する法の適用に際しては、遂行の意義について、論理的に詰めていくと、このように理解せざるをえないということになるのであろう。

今村説と基本的な立場を同じくする実方説においては、遂行の部分については直接論じられていないが、不当な取引制限の立証の問題として、不自然な行為の一致が、暗黙の了解の存在についての状況証拠という役割を持つ場合があるとされている。すなわち、「独立の事業者として各自が賢明に判断したのであれば、別の結果がでてくるはずであるのに、非常に不自然な行為の一致が生じており、かくされた協定が存在しなければ行為の一致はもたらされるはずがないという程度に不自然性が強い場合、事前の連絡交渉の事実が直接立証できなくても、かくされた事前の連絡・交渉、それによる合意の成立を推認するという接近方法」は、理論的には可能であるとしている（前掲実方「入門」一〇四頁）。これは、遂行の部分から相互拘束の存在を推認することができる場合があるという立証上の問題として論じられているのであるが、上記の今村説の遂行に関する考え方の論理的帰結として述べたところと重なり合わせると、その符合が一致するのである。

これに対して、正田説では、遂行は、カルテルの構成要件として、相互拘束と対等のものとされており、そこから

出発して、共同行為の排除に力点が置かれ、違反行為である共同行為を排除するためには、相互拘束の排除が一つの有力な手段であると考えられることもできるとされている。したがって、この点では今村説と正反対の論理展開になるのであるが、遂行については、「一定の行為が、『共同の認識』なかりせば行いえない行為であることを、客観的に明らかにすることができれば、『共同の認識』にもとづく行為であることを推認できると解されるので、このような推認にもとづくカルテルの規制を可能にするものとして」とらえることができる（前掲正田「全訂Ⅰ」二四一頁）。すなわち、この部分においては、前述の実方説における立証上の問題提起の部分と近い内容のことが述べられているのである。

既に述べたように、カルテルの違法性の本質は、相互拘束にあり、共同遂行は、その結果であるという因果関係は、覆すことのできない事実であり、その点で正田説に賛成することはできないが、見解を異にする両説から、拘束性の極めて希薄なカルテルについて、似通った接近方法が示されていることは、上述のような推認が必要とされる場合にこそ原状回復命令が必要とされることが多いという意味で、興味のひかれるところである。