



Title	独占禁止法における勧告審決に係わる最高裁判決の検討
Author(s)	厚谷, 襄兒; ATSUYA, Joji
Citation	北大法学論集, 42(2), 1-38
Issue Date	1991-12-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16821
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(2)_p1-38.pdf



独占禁止法における勧告審決に係わる最高裁判決の検討

厚
谷
襄
兒

目次

- はじめに
- 第一 勧告審決の趣旨、性質及び効力
 - 第二 損害賠償請求訴訟と勧告審決
 - 第三 勧告審決についての最高裁判決の問題点
 - 第四 最高裁判決に対する公正取引委員会の対応
むすび

はじめに

公正取引委員会による独占禁止法違反事件の処理の大部分は、簡易、迅速な処理手続である勧告審決によっている。

これは、正式の手続である調査（審査）—審判開始決定—審判手続—審決（審判審決）の過程を辿ると長時間かかり、事件を適切に処理することができないことのほか、違反行為者も審判手続を経ることによる時間的、費用的な負担などを回避しようとするからである。^①

勧告審決制度は実務的必要から設けられたものであり、勧告審決の名宛人の応諾を前提としているので、それをめぐって法的问题となることは稀である。また、勧告審決を受けた違反行為により損害を被った者が損害賠償請求訴訟を提起することも殆どなかったので、その点でも勧告審決が法的論点となることが少なかった。

これまでに、最高裁が勧告審決に係わる判決をしたのは四件である。うち二件は勧告審決の取消請求訴訟であり、二件は損害賠償請求訴訟に係わるものである。

勧告審決の取消請求訴訟は、ノボインダストリー社によるもの（ノボ事件という^②）と石油元売業者六社によるもの（石油元売六社事件という）である。最高裁がこの二件の判決で示した勧告審決の趣旨、性質、効力に関する見解は、損害賠償請求訴訟に大きな影響を与えている。損害賠償請求訴訟は、いずれも第一次石油ショック当時の事件であり、原告はいずれも灯油の違法なカルテルの被害者たる消費者である。一件は独占禁止法二五条にもとづき（二五条訴訟）東京高裁に提起されたもの（東京灯油事件という^③）であり、他は民法上の不法行為によるもの（七〇九条訴訟）で山形地裁鶴岡支部に提起されたもの（鶴岡灯油事件という^④）である。いずれも上告されたが、最高裁は、請求を棄却した。損害

賠償請求訴訟では、独占禁止法違反行為の被害者である原告がその違反行為の存在を立証しなければならぬのであるが、その立証に勧告審決の存在がどの程度寄与するかが問題となった。そして、審決取消請求訴訟と損害賠償請求訴訟の最高裁判決は、学説と見解を異にしている点が多く、種々の論議が生じている。

そこで、本稿では、第一に勧告審決取消請求訴訟において示された勧告審決の趣旨、性質、効力についての最高裁の見解と学説とを対比して検討し、ついで第二に損害賠償請求訴訟において示された勧告審決の存在と違反行為の立証についての最高裁の見解と学説とを対比して検討し、第三に最高裁判決の勧告審決の考え方の問題点を指摘し、第四に公正取引委員会の最高裁判決への対応について検討する。

(1) 公正取引委員会の調査により独占禁止法違反の事実が明らかになったときの事件処理は、制度的には違反行為排除の勧告(四八一)をするか、あるいは審判開始決定(四九一)をするかと選択的であるが、実務的には勧告が先行し、これに応じない場合に、審判開始決定をしている。

(2) 最高裁判決昭和五〇年一月二十八日 民集二九卷一〇号一五九二頁、公取委審決集(二二)二六〇頁

この事件は、天野製薬(株)に対する勧告審決について、ノボインダストリー社(デンマーク)が審決取消請求訴訟を提起したものである。勧告審決は、天野製薬(株)がノボ社と締結した技術導入契約に不正な取引方法に該当する条項が含まれていたため、独占禁止法六条の規定に違反するとしている。不正な取引方法の行為者はノボ社であるが、国際契約に係わる事件なので天野製薬が勧告審決の名宛人とされた。最高裁は、ノボ社の原告適格を否定した。

ノボ事件の最高裁判決についての解説、批評は、次の通りである。

今村成和・勧告審決の取消訴訟(昭五二 北海学園大学法学部十周年記念(「十周年記念」と引用) 九頁(私的独占禁止法の研究(五)「研究(五)」と引用) 昭六〇 有斐閣 一二三頁以下に所収)、遠藤博也・ジュリスト六〇七号八五頁、金子晃・ジュリスト六〇八号六六頁、松下満雄・判例評論二〇九号二八号、沢木敬郎・国際商事法務四卷四号三頁、小原喜雄・

ジュリスト六一五号二〇五頁、桑田三郎・公正取引三〇七号二頁、阿久津実・公正取引三〇七号一二頁、久保欣哉・金融商事判例五〇二号二頁、根岸哲・民商法雜誌七四卷六号一一六頁、矢沢淳・独禁法審決・判例百選(第二版)五六頁、原田尚彦・独禁法審決・判例百選(第二版)二二七頁、久保田穰・涉外判例百選(増補版)二八六頁、はやししゅうぞう・時の法令九五六号四頁、岡村堯・独禁法審決・判例百選(第四版)七六頁、秋山義昭・独禁法審決・判例百選(第四版)一三三六頁、石井健吾・昭和五〇年度最高裁判例解説民事篇(「解説」と引用)五四一頁

(3) 最高裁判決昭和五三年四月四日 民集三三卷三三五頁、公取委審決集(二五)五九頁

公正取引委員会は、昭和四九年二月二二日に、石油元売業者一二社による石油製品の価格引上げ協定が独占禁止法の不当な取引制限に該当し、同法三条に違反するとして、それらの者に勧告審決を行った。勧告審決の名宛人のうち六名がこれを不服として審決取消訴訟を提起したが本件であるが、最高裁は請求を棄却した。審決取消訴訟を提起しなかった他の六名に対する勧告審決は提訴期間の経過により確定した。

石油元売六社事件の最高裁判決についての解説、批評は、次の通りである。

金子晃・民商法雜誌八〇卷四号四一七頁、木元錦哉・ジュリスト六九三号二四九頁、来生新・行政判例百選I一五三頁、熊本信夫・公正取引三三二号七頁、田中館照橋・公正取引三三二号一二頁、雄川一郎外三名・ジュリスト六六七号三六頁、園部逸夫・独禁法審決・判例百選(第三版)一九四頁、古城誠・独禁法審決・判例百選(第四版)二三八頁、越山安久・昭和五三年度最高裁判例解説民事篇(「解説」と引用)一四八頁

(4) 最高裁判決昭和六二年七月二日 民集四一卷五号七八五頁、公取委審決集(三四)一一九頁

この事件は、独占禁止法二五条に基づく無過失損害賠償請求訴訟であるので、審決が確定した後でなければ提起できない(二六一)。そこで、提訴当時に勧告審決が確定していた石油元売業者六名を被告として提起されたものである。

東京灯油事件の最高裁判決の解説、批評は、次の通りである。

実方謙二・法律時報五九卷一二号七九頁、根岸哲・ジュリスト八九三号五六頁、岸井大太郎・ジュリスト九一〇号二二六頁、来生新・商事法務一一二二二号二頁、はやししゅうぞう・時の法令一三二二号八八頁、今村成和・法学セミナー三二卷一〇号一四頁、屋宮憲夫・法学教室八七号九〇頁、向田直範・北海学園大学法学研究二三卷三三一五七頁、同・経済法学会年報九号一三六頁、金子晃・国民生活一七卷一一号四〇頁、白石忠志・法学協会雑誌一〇六卷一〇号一五六頁、沢田克己・独

禁法審決・判例百選(第四版)二四六頁、佐藤久夫・昭六二年度最高裁判例解説民事篇〔「解説」と引用〕三四八頁
(5) 最高裁判決平成元年二月八日 民集四三卷一頁一五九頁 公取委審決集(三六)一一五頁

この事件は、鶴岡生協の組合員が勧告審決を受けた石油元売業者一二名と石油連盟を相手に民法上の不法行為による損害賠償を求めたものである。被告の石油元売業者には勧告審決が確定したもののほか、勧告審決取消請求訴訟が継続中で確定していない者も含まれていた。また、石油連盟については、昭和四九年二月二日に原油処理量の制限を実施したことが、独占禁止法八条一項一号の規定に違反するとして勧告審決を受け、提訴当時それが確定していた。

鶴岡灯油事件の最高裁判決の解説、批評は、次の通りである。

正田彬・法律時報六二巻三頁六頁、実方謙二・同一八頁、宮本康昭・同二四頁、本間重紀・同六二巻三頁六頁、根岸哲・同六二巻六頁六頁、今村成和・ジュリスト九五二号八三頁、淡路剛久・ジュリスト九五三号四二頁、田村次郎・ジュリスト九五七号二三三頁、金子晃・公正取引四七三号一八頁、谷原修身・同二六頁、来生新・法学教室一一五号九八頁、舟田正之・独禁法審決・判例百選(第四版)二四八頁

第一 勧告審決の趣旨、性質及び効力

一 勧告審決制度の概要

独占禁止法における勧告審決制度についての規定は、同法四八条のみであり、そのあらまは次の通りである。

(1) 公正取引委員会は、独占禁止法の規定に違反する行為があると認める場合には、その違反行為をしているものに対し、適当な措置をとるべきことを勧告することができる(一)。

(2) 勧告をうけたものは、遅滞なく公正取引委員会に対し、その勧告を応諾するかしないかを通知しなければならない

(III)。

(3) 勧告をうけたものがその勧告を応諾したときは、公正取引委員会は、審判手続を経ないでその勧告と同趣旨の審決をすることができる(IV)。

この審決が勧告審決といわれる。勧告を応諾しないときには、公正取引委員会は審判開始決定を行う(四九一)。また、勧告審決に違反した場合には、審決確定前であるなら五〇万円以下の過料(九七)を、審決確定後では二年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金(九〇③)を課される。

二 勧告審決の趣旨

(1) 最高裁が勧告審決について最初に判断を示したのはノボ事件判決であるが、その判決で勧告審決の趣旨について、「勧告審決の制度は、違反行為をした者がその自由な意思によって勧告どおりの排除措置を実行する限りは、あえて審判手続を経て違反行為の存在を確定したうえで排除措置を命ずるまでもなく、法の目的を簡易、迅速に実現することができるの見地から設けられたものである」と判示した。

この判決によると、勧告審決制度は、「違反行為をした者がその自由な意思によって勧告どおりの排除措置を実行する」ことが期待されると読み取れる。このような最高裁判決の理解について、勧告審決制度は、違反行為者が勧告を応諾することにより、排除措置が名宛人の自由な意思によって自主的、自発的に履行されることが期待されているのではなく、勧告審決も審判審決と同様に行政処分であつて、その行政処分に従つて名宛人が排除措置をとるのであると指摘されている。¹⁾

(3) この点について、石油元売六社事件の最高裁判決では、「勧告審決制度は、法の目的を簡易迅速に実現するため、違

反行為をした者がその自由な意思によって勧告どおりの排除措置をとることを応諾した場合には、あえて公正取引委員会が審判を開始し審判手続を経て違反行為の存在を認定する必要はないものとし、ただ、その応諾の履行を応諾者の自主的な履行にゆだねることなく審決がされた場合と同一の法的強制力によって確保するために、直ちに審決の形式をもって排除措置を命ずることとしたもの²⁾であると判示した。

ここで、排除措置の履行が「応諾者の自主的な履行にゆだねることなく審決がされた場合と同一の法的強制力によって確保するために」審決の形式をとったと判示していることについて学説は評価するが、最高裁が意図していることは、ノボ事件と基本的には変わっておらず、学説との間には大きな隔たりがあり、このことは、次の勧告審決の性質のところで明らかにする。

三 勧告審決の性質

(1) ノボ事件の最高裁判決は、勧告審決の性質について、「正規の審判手続を経てされる審決が証拠による違反行為を基礎とするものであるのに対し、勧告審決は専ら名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示をその基礎とするものである³⁾」とし、さらに「さきに述べたとおり、勧告審決においては、違反行為の認定は、審決の基礎をなすものではない」と判示している。

この判決が勧告審決の性質について、「勧告審決は専ら名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示をその基礎とし」、「違反行為の認定は、審決の基礎をなすものではない」と判示していることについて、多くの学説は、この判決では、勧告審決が公正取引委員会の事実認定を前提としない行政処分であると判示したものであると理解している⁴⁾。また、「基礎」という文言を用いているので、審判審決と勧告審決とは審決としての性質が全く異なっていると理解され

るし、あるいは、勧告審決において「違反行為の認定は、審決の基礎をなすものでない」というのは、審判手続による事実認定に基づくものではないということであるが、この判決では、公正取引委員会の事実認定を全く無視しているという。

学説は一致して、勧告審決も審判審決、同意審決と同様に行政処分であり、講学上の下命行為である。審判審決も勧告審決も行政処分として、証拠による違反行為の認定を前提にすることは同様であり、また、効力についても差異はない。異なるのは、審判審決は審判手続を経たものであるが、勧告審決はそれを経ないものという審決形成上の手続であるという。そこで、最高裁判決は、誤っていると、また、「基礎」という表現は「甚だ当を得ない」と批判される。⁵¹

(2) 石油元売六社事件では、勧告審決は「その名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示を専らその要件としている」と判示し、ノボ事件の判決の文言である「基礎」から「要件」と改められたのであるが、これにより最高裁の勧告審決についての見解が変わったのであろうか。

判決は、勧告審決にも独占禁止法五七条が適用されるとし、その審決書に示す公正取引委員会の認定した事実とは、「勧告に際し公正取引委員会が認めた事実（四八条一項）、すなわち勧告書に記載された事実（公正取引委員会の審査及び審判に関する規則二〇条一項一号）を意味する」とする。ただし、「勧告審決をする段階においては公正取引委員会はもはや事実の認定を行うものでなく勧告審決書に事実を示す趣旨は、前述の勧告審決の性質にかんがみ、排除措置との関係において排除されるべき違反行為を明確にするとともに審決の一事不再理の効力との関係において事実を特定するためのもの」であると判示した。

この判決により、公正取引委員会は、勧告の際には事実認定をするが、勧告審決の段階ではその事実認定を要しないということが明らかになった。

そこで、勧告審決は、審判審決、同意審決と性質が異なるのであるが、それが審決の形式をとるのは、最高裁調査官の解説によると、「応諾の履行を担保するため審決と同一の効力を付与する手段として審決の形式をとるものにはすぎないものであり、実質的には違反行為の認定を基礎とする審判審決とは性質を異にするものというべきであるから、必ずしも審決に際し事実の確定が行われなくともおかしくないのである」という^⑤。

この最高裁判決によると、独占禁止法五七条の規定を勧告審決に適用して勧告審決書に公正取引委員会の認定した事実を記載するのは、応諾した排除措置との対応関係と一事不再理の効力との関係からであるというのであり、勧告審決は公正取引委員会による違反行為の認定を前提としていないことになる。判決の表現が「基礎」から「要件」に変わっても、内容はノボ事件の最高裁判決と実質的に変わっていないのであり、最高裁判決と学説との基本的差異がここにある^⑥。

四 勧告審決の効力

(1) ノボ事件は、勧告審決の名宛人とされていらない国際契約の他方の当事者の原告適格が問題となったものである。そこで、その者が勧告審決によりその法律上保護された利益が侵害されたか否かが問題の焦点となる^⑦。

ノボ事件の最高裁判決は、「右のような勧告審決の趣旨及び性質にかんがみるとき」、①「審決は、その名宛人に対する関係においては、それがその者の自由な意思による応諾に基づくものである限り、客観的な違反行為の存否及びこれに対する排除措置の適否にかかわらず、適法有効な審決として拘束力を有する」が、②「名宛人以外の第三者に対する関係においては、右第三者を拘束するものでないことはもちろん、当該行為を確定したり、右審決に基づくその名宛人の行為を正当化したりするなどの法律的な影響を及ぼすこともまたないものとして、独占禁止法上予定されているものと解

説する」と判示した。

論

この判決によると、勧告審決は、「専ら名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾をその基礎とするものである」から第三者を拘束するものでないという。さらに、「右審決に基づくその名宛人の行為を正当化したりするなどの法律的な影響を及ぼすこともまたないものとして、独禁法上予定されている」として、名宛人の抗弁効も否定する。かくして、勧告審決は、通常の行政処分より効力の著しく弱いものとされた。¹⁰⁾

(2) 石油元売六社事件では、勧告審決の名宛人がその審決書に摘示されている違反行為の不存在を主張できるか、勧告審決に実質的証拠の原則の適用があるかが争われた。

① 違反行為の不存在を主張できるかという点については、勧告審決にあつては、公正取引委員会による違反行為の存在の認定は、その要件でないのだから、違反行為の存否は勧告審決の適否につきなんら影響を及ぼすものでない。したがつて、違反行為の不存在は勧告審決を取り消すべき原因とはならないし、他面、勧告審決は違反行為の存在を確定するものでもないと判示した。

違反行為の不存在を主張できるかということは、勧告審決の名宛人による主張であつたので、最高裁判決は、応諾の段階の問題ではなく、勧告審決の段階の問題として、勧告審決は公正取引委員会による事実認定を要件としていないという理由により、違反行為の不存在は勧告審決の適否に影響がないと判示した。

学説も結論は同じであるが、理由づけが異なる。勧告審決の名宛人は、勧告の応諾により、事実について争わないことを示したのであるから、違反行為の不存在を争えないという。¹¹⁾ 東京高裁判決もそのように例示している。¹²⁾

② 実質的証拠の原則に関する規定は、審判手続を前提としない勧告審決の場合に適用のないことは、それらの規定の趣旨に照らして明らかである。この点については、学説上も異論はない。¹³⁾

五 最高裁判決の検討

(1) ノボ事件と石油元売六社事件の判決で示された最高裁の勧告審決についての考え方のキーポイントは、勧告審決は、名宛人の自由な意思による応諾のみを要件とし、その応諾は「適当な措置」に対するものであるということにある。

このことから、勧告審決の段階では、公正取引委員会の事実認定を要しないということが引き出されてくる。そして、勧告審決は、独占禁止法四八条四項に定められているように審判手続を経ないで審決するものであるということになる。さらに、種々の法的論点についての結論が導き出されてくる。

この判決により明らかにされた勧告とそれへの応諾及び勧告審決の構造は、次の通りである。¹⁴

- ① 勧告審決の形成手続を勧告に対する応諾と勧告審決との手続的に二分する。
 - ② 勧告の段階で公正取引委員会の事実認定と法の適用がなされ、それが勧告書に記載される。
 - ③ 応諾は、「適当な措置」に対するものである。
 - ④ 勧告審決
 - i 勧告審決が審決の形式をとるのは、応諾の履行を法的強制力によって確保するためである。
 - ii 勧告審決の段階では、公正取引委員会の事実認定はなされない。
 - iii 勧告審決にも独占禁止法五七条の適用がある。審決書に記載される「公正取引委員会の認定した事実」とは、勧告書に記載されている事実である。
 - iv 勧告審決書に事実を記載するのは、排除措置との関係と一事不再理の効力との関係である。
- (2) 最高裁判決によると、勧告審決は、勧告に対する応諾を唯一の要件としているので、勧告から勧告審決にいたる手

説 続は、応諾により二分される。

論

公正取引委員会は、審査の結果に基づき事実を認定し、それに法を適用して排除措置を勧告するのである。これに対する応諾があると、それにより勧告審決の内容は実質的に決まる。その後の勧告審決の段階は、排除措置を履行を担保するための審決の形式をとるために過ぎないというのである。

このような最高裁判決の考え方は、勧告審決の構造、効力を独占禁止法四八条の文言にのみから引き出していることに由来すると思われる。後に指摘するように、勧告審決は実務的色彩の濃い処理方式であり、それについての直接の規定は四八条のみであるが、この条文は勧告から勧告審決にいたる過程を重点に定めたものであり、この条文のほかにも勧告審決に関連する規定がおかれている。最高裁判決は、五七条の規定を除き勧告審決に係る規定を考慮にいれていないのである。

(3) 最高裁判決によると、勧告への応諾は、「適当な措置」に対するものであるという。この応諾が「適当な措置」に対するものであるか、あるいは、勧告書記載の「事実及び法令の適用」への応諾も含むのかは、学説の分かれるところである。

「適当な措置」に対するものとする見解は、四八条の条文を根拠にし、応諾は違反行為の存否とは関係がないという¹⁵。応諾の対象に「事実及び法令の適用」が含まれるという見解は、勧告書の記載事項を根拠とする。この立場からは、¹⁶ 応諾したら、違反事実も確定するということになる¹⁷。

鶴岡灯油事件の仙台高裁秋田支部の判決は、この点について、「勧告の応諾は事実上違反行為者において自らの違反行為の存在を認めたくえでこれを行うのが通常と考えられる¹⁸」としているが、この判示は事実上適合しているといえる。

勧告の応諾を拒否すると審判開始決定となる（四九一）¹⁹が、審判開始決定書に記載されるのは「事件の要旨」である。

具体的には、違反行為の事実と法令の適用であり、審判手続で争われるのは、この二点であり、排除措置は争点ではない。最高裁判決によると、勧告への応諾は、「適当な措置」に対するものであるとする。応諾の拒否は、違反行為の事実または法令の適用を争うことであり、他方応諾は、それらに係わりなく、排除措置のみを受け入れるということであるというのでは、一貫性を欠くのではないかという疑問がある。

(4) 最高裁判決によると、勧告審決は、行政処分であるが、事実認定もなく、他の審決とは、性質も効力の異なるものであるという。

独占禁止法五七条の規定によると、審決書に「公正取引委員会の認定した事実」を示さなくてはならないが、それは「勧告審決の性質にかんがみ、排除措置との関係において排除されるべき行為を明確にするとともに審決の一事不再理の効力との関係において事実を特定するためのもの」である。この場合の事実は勧告審決における事実認定ではなく、勧告書記載の事実を引き写したものである。それは、応諾した排除措置との対応と審決の一事不再理の効力との関係から記載するものであるという。

五七条によると、審決書には「法の適用」も示さなくてはならない。しかし、この判決の理由では、応諾により排除措置が決まり、それとの対応で勧告の際に認定された事実が示されるのであるから、「法の適用」ということが意味のないものになる。

勧告審決は、法的三段論法による構造にはなっていないというのが最高裁判決に示された勧告審決の構造である。これは、五七条の文理を掛け離れたものとなっていないか。

(5) 最高裁判決によると、公正取引委員会の違反行為の事実認定は、勧告という行政処分の前段階のものであるから、そのもつ意味は軽く見られた。このことが損害賠償請求訴訟に跳ね返ることになるのである。

- (1) 今村・十周年記念一六頁
- (2) 今村・研究(五)一四五頁は、「ノボ判決を「適切に修正したもの」と評価し、金子・民商法雑誌八〇巻四号四二三頁も「審決の性格を正しく捉えている」とする。
- (3) 学説は、勧告審決が行政処分であるなら、当然に公正取引委員会による違反行為の認定を要するものとする。今村・十周年記念一六頁、金子・ジュリスト六〇八号六七頁、松下・判例評論二〇九号一四五頁、根岸・民商法雑誌七四巻六号一二四頁、小原・ジュリスト二〇七頁
- (4) 今村・研究(五)一五六頁は、「ここで「違反行為の認定を要件としない」といわれていることの意味が「審判手続を経た事実の認定を要件としない」ということは明らかで」あるという。
- (5) 今村・十周年一六頁
- (6) 越山・解説一五八頁
- (7) 越山・解説一五五頁は、「本判決の見解は、前記ノボ・インダストリー事件の最高裁の考え方を敷衍したものといえよう」とする。同旨園部・独禁法審決・判例百選(第三版)一九五頁
- (8) 金子・民商法雑誌八〇巻四号五二頁は、本件判決は、「ノボ判決を法論理的に形式上リファインして、ノボ判決を実質的にそのまま引き継いでいる。しかし、それは逆に形式的な論理一貫性を実現し得たとしても、実質を見失ったものとなってしまったおそれがある」と批判する。
- (9) 審決取消請求訴訟の原告適格を有する者は、審決の取消しを求めるにつき「法律上の利益」を有する者であり、この解釈は分かれているところであるが、石井・解説五五四頁によると、ノボ事件最高裁判決は法律上保護された利益救済説をとっているという。
- (10) ノボ事件最高裁判決によると、天野製薬が審決に拘束されることになったのは、「天野製薬がその自由な意思によって被告委員会の勧告を応諾したことに基づくものであるから」であり、その結果天野製薬による「右契約条項の破棄ないし不履行は、あくまでも天野製薬自身の意思による一方的な契約の破棄ないし債務不履行として評価されるべきもの」であるとする。

かくして、天野製薬は、勧告審決による契約条項の破棄と裁判所の判決による契約条項の履行を命じられ、窮地に陥るが、

これは勧告を応諾したのであるから自ら招いたものでありやむえないという(石井・解説五五三頁)。「自業自得」論である。本件の勧告審決の名宛人は、いわば被害者であり、最高裁判決は、被害者に厳しい結果となる。排除措置は、我が国の公正かつ自由な競争秩序維持という公益的観点からなされるものである。それを法技術的に被害者が勧告審決の名宛人となっているときに、勧告を応諾したのであるから、窮地に陥ってもそれは自ら招いたのであるとするのは、名宛人にとって厳しいものである(同旨・今村・十周年記念二二頁、根岸・民商法雑誌七四巻六号一二七頁)。

(11) 金子・前掲論文五二頁

(12) 東京高裁判決(昭五〇・九・二九判決、公取委審決集(二二二)二二〇頁)は、「この勧告に応諾することは、直接には右勧告書の本文に掲記された排除措置をとることを認諾するもので、これに伴いその前提となる公正取引委員会が勧告書に記載して指摘する違反事実及び法令の適用についても敢えて争わない趣旨を表明するもの」とする。

(13) 勧告審決と実質的証拠の原則との関係については、園部・独禁法審決・判例百選(第三版)一九四頁、古城誠・独禁法審決・判例百選(第四版)二三八頁

(14) この整理については、金子・民商法雑誌八〇巻四号四八頁を参照

(15) 今村・独占禁止法(新版)(法律学全集52—II・昭五三・有斐閣)(「新版」と引用)二四六頁 しかし、今村教授は、勧告審決は、審判手続を経ない公正取引委員会の事実の認定と法令の適用により排除措置を命ずるものであるとする。

(16) 正田・全訂独占禁止法(II)(昭五六・日本評論社)(「全訂(II)」と引用)四九一頁、金子・ジュリスト六〇八号六八頁

(17) 金子・ジュリスト六〇八号六八頁は、勧告審決により、事実が「確定」するとする。しかし、この「確定」といつても、勧告審決における事実の認定は、審判手続を経てなされたものではないから、審判審決における事実の認定とは程度に差があると考ええる(今村・十周年一七頁)

(18) 公取委審決集(三一)二五九頁

第二 損害賠償請求訴訟と勧告審決

一 二五条訴訟のあらまし

(1) 独占禁止法二五条は、「私的独占若しくは不当な取引制限又は不公正な取引方法を用いた事業者は、被害者に対して損害賠償の責めに任ずる」と定める(一)¹。

この損害賠償責任は、事業者が「故意または過失がなかったことを証明して」も免れることができない無過失損害賠償責任である(二)。被害者がこの請求権を行使するには、審決の確定後でなければならぬ(二六一)。これが審決前置主義といわれ、独占禁止法の運用が公正取引委員会中心主義であることの一つのあらわれである。また、この制度のもとでは、時効は審決が確定した日から三年であり(二)、裁判は二審制で、第一審は東京高等裁判所である(八五)。このように、無過失損害賠償責任とすることにより被害者たる原告を有利にするとともに、二審制とし、時効の期間も民法上の不法行為責任より短くすることにより被告の利益との均衡を図っている。

また、この訴えが提起されたときは、裁判所は、遅滞なく、公正取引委員会に対し、違反行為によって生じた損害の額について、意見を求めなければならぬと定めている(八四一)。

無過失損害賠償責任制度や公正取引委員会に対する損害額の求意見制度を設けているのは、被害者である原告が立証しなければならぬ独占禁止法違反行為の存在、それと損害の発生との因果関係、損害額等の立証が困難なので、それを軽減しようとするものである。

無過失損害賠償責任であるといっても、独占禁止法違反行為、とくにカルテル行為の場合には、その参加者は、意識

的に価格決定の会合等に参加しているのであるから、加害者が故意または過失がないということは事実上ないし、また、法律違反行為による不法行為は、その行為の存在を立証すると、少なくとも過失が推認されるという^②。したがって、被害者たる原告としては、独占禁止法違反行為の存在を立証することが第一関門であるが、無過失損害賠償制度それ自体によつて民法上の不法行為による損害賠償請求に比して負担が軽くなるというものではない^③。

(2) この制度は、違反行為者に対する規制手段の一であるが、公正取引委員会が損害賠償請求訴訟にいかに関与すべきかという観点から、その位置づけが重要である。

鶴岡灯油事件最高裁判決は「個々の被害者の受けた損害の填補を容易にならしむることにより、審判において命ぜられた排除措置とあいまって同法違反の行為に対する抑止効果を挙げようとする目的に出た付随的の制度にすぎない」と判示し、いわば脇役的役割りしか認めていない^④。このような観点からは、公正取引委員会は、違反行為に対する行政的規制に主眼があり、無過失損害賠償請求訴訟には民事不介入の立場をとるべきであるということにつながるようになる。

他方、研究会報告は、二五条訴訟が認められるのは、「独占禁止法違反行為によつて生じた私人の損害が適正かつ迅速に填補されることを通じて当該競争秩序侵害行為が及ぼした経済社会に対する損害が除去されることになり、これにより競争秩序の回復と違反行為の抑止が同時にはかられることにあるものと考えられる」とし、「公正取引委員会は、審決で認定された違反行為による損害が適正かつ迅速に填補されるよう、独占禁止法の目的を達成するために設置された行政機関（二七条）として、当該訴訟に積極的に関与することが求められているというべきである」とする^⑤。

この報告は、公正取引委員会の審決による違反行為の排除による競争秩序の回復と損害賠償による違反行為の抑止とが両輪の役割を果たすものとし、損害賠償制度の働きを制裁の一つと位置づける。それゆえ、公正取引委員会の損害賠償訴訟への積極的関与を求めるのである^⑥。

(3) ところで、独占禁止法違反行為の被害者が原告としてまず立証しなければならぬことは、被告による違反行為の存在である。事業者のカルテル事件であるなら、原告である被害者が不当な取引制限を行ったことを立証しなければならぬ。具体的には、たとえば、誰がどこで会合して価格の引上げの合意をしたかということの立証である。これは極めて困難な問題であり、現実には不可能なことであろう。そこで、公正取引委員会の審査・審判手続により明らかにされた成果を二五条訴訟において原告の違反行為の立証に役立てて、その負担を軽くできないかということが問題となり、その論拠と寄与の程度が検討されなければならない。

二 二五条訴訟における勧告審決の存在と違反行為の立証

(1) 二五条による損害賠償請求が無過失であるといつても、前述のように、その制度自体が原告を有利にしているわけではない。その上、二五条訴訟は、二審制で、第一審が東京高等裁判所の専属管轄となっており、また、時効期間が民法上の不法行為のそれより短いので、公正取引委員会の審査・審判手続の成果が違反行為の存在の立証に寄与するといふのでなければ、原告としては民法上の不法行為による損害賠償請求より不利になる。⁽⁷⁾

そこで、独占禁止法二六条に審決前置主義の規定がおかれており、二五条訴訟は公正取引委員会の審査・審判手続の成果である審決が確定しなければ提起できないのであるから、この規定が被告の違反行為の立証に有利に作用すると解しうるよりどころにならないかということになる。

この規定は、二五条訴訟を提起できる時期と時効の時期を定めたに過ぎないという見解がある。⁽⁸⁾このように解するならば、二六条は単に訴訟提起の時期を遅らせる意味しかなく、原告としては不法行為より不利になり、二五条訴訟の意義に反することになる。

エビス食品企業組合事件の最高裁判決において、「同法二五条が特殊の損害賠償責任を定め、同法二六条において右損害賠償の請求権は所定の審決が確定した後でなければ裁判上これを主張することができないと規定しているのは、これによって個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめること」であると説示している。このことからみて、審決の確定が二五条訴訟において被害者たる原告の立証に有利に働くことを定めているといえよう。この点については多くの学説の共通した認識といえる。

(2) それでは、勧告審決の存在が違反行為の存在の立証にどの程度寄与するか。先ず、勧告審決の存在が裁判所による違反行為の存在の認定を拘束するかということであるが、学説は分かれる。

勧告審決に拘束力を認める学説がある。この学説は、すべての審決に拘束力を認める。その主要な根拠は二つある。一は独占禁止法二六条の規定である。二五条訴訟が公正取引委員会の審決の確定を前提としている趣旨は、被害者に独占禁止法違反行為の存在を立証する責任を免れさせるところにあるのであるから、いずれの審決も裁判所を拘束するという。さらに、勧告審決の場合にも、違反事実と法の適用を明示して、一定の排除措置を行うべきことを勧告し、被害者の側では、それを拒否する自由があるにもかかわらず、それに応諾したことを前提として勧告審決がなされるのであるから、公正な手続として行われた審決であることは審判審決と変わりはないとして、拘束力を認める。

勧告審決に拘束力を認めないとする学説の理由は次の通りである。

① 拘束力についての明文の規定がないのに二六条一項の規定だけから拘束力を認めようという解釈は、独占禁止法八〇条の規定と均衡を失する。

② 勧告審決（四八）は、簡易な手続により排除措置を命ずることを目的とするもので、違反行為の確認に必要な手続を経ているとはいえないから、事件としては別個である損害賠償請求訴訟において、もはや事実を争うことは許さない

とすることはできない¹³⁾。

③ 勧告審決書に記載される違反事実が損害賠償請求訴訟の裁判所の事実認定を拘束するとすることは、違反事実の存否について裁判所の判断の機会がなくなり、憲法七六条一項二項の趣旨に反する¹⁴⁾。

④ 刑事判決が確定しても、その事件の事実に係わる不法行為の民事裁判では、その刑事判決の事実認定に拘束力がないように、民事訴訟手続には他の事件の事実認定に拘束力を認めるといことがない。それにも係わらず、独占禁止法関係のみを特別に扱うことができない¹⁵⁾。

(3) 勧告審決の拘束力についての最高裁の判決の先例は、石油元売六社事件であつて、「法八〇条一項のような規定を欠く法二六条の無過失損害賠償請求訴訟については、審判審決において公正取引委員会が認定した事実であつても裁判所を拘束するものと解することはできない」と判示し、拘束力を否定した。

次いで、東京灯油事件の最高裁判決では、「法八〇条一項のような規定を欠いており、また、いわゆる勧告審決にあつては、公正取引委員会による違反行為の認定はその要件ではないから、本件審決の存在が違反行為の存在を推認するについて一つの資料となり得るといことはできても、それ以上に右審決が違反行為の存在につき裁判所を拘束すると解することはできない」とした。これにより、二五条訴訟においては、勧告審決の拘束力のないことが判例として確定したといえる¹⁶⁾。

(4) それでは、二五条訴訟で勧告審決の存在が違反行為の立証にいかにか寄与するか。

石油元売六社事件の最高裁判決は、この点について、傍論であるが、「右訴訟において、違反行為に対する排除措置を命ずる審決があつたことが立証された場合において、審決の成立過程の特質、すなわち、審判審決にあつては公正取引委員会の証拠による違反行為の認定を、同意審決にあつては被審人の違反行為の自認を、勧告審決にあつては違反行為

の排除措置をとることの応諾を、要件とするものであることに応じて強弱の差はあるとしても、違反行為の存在につきいわゆる事実上の推定が働くことは否定することはできないが、それは裁判所に対する法律上の拘束とみるべきものではない」と判示した。

すべての審決に事実上の推定を認めるというものであるが、審決の種類により推定力の強さが異なり、勧告審決の推定が最も弱いとされた。

(5) 民事訴訟における事実上の推定

民事訴訟における事実上の推定ということは、主要事実の存在について、間接事実の存在から経験則により推認することであり、経験則を大前提とし、間接事実の存在を小前提とし、もって主要事実の存在を推認するという三段論法の構造をもつという¹⁵⁾。

立証責任を負う当事者は、主要事実を推認させるに十分な間接事実を証明しなければならないが、その間接事実からの推認が事実上の推定である。これは経験則に基づいて行われる。

推定力の程度は、間接事実により差があるから、数個の間接事実により主要事実を推認できる場合もあれば、一個の間接事実から推認できる場合もある。

事実上の推定は、経験則によるものであるから例外もあり、それは「直接反証」または「間接反証」によって破られる。ここで重要なのは、「間接反証」であり、これは、証明された間接事実をそのままにしておいて、主要事実の推認を妨げる別の間接事実を立証することである。この「間接反証」となる事実の証明は明確に行われなければならない。判決では、しばしば「特段の事情」という。これにより、裁判官の心証を真偽不明に持ち込むならば、反証は成功したのであり、立証責任のある側が原則にしたがい立証しなければならなくなる。

以上の理論に照らして石油元売六社事件の最高裁判決における「事実上の推定」をみると次のようになる。

石油元売六社事件最高裁判決は、勧告審決の存在の立証により、違反行為の存在について「事実上の推定」ができるというのであるから、この推定は勧告審決の存在のみにより事実上の推認ができるとしたものといえよう。その限りでは、原告にとつては違反行為の立証が容易になるのである。

勧告審決の存在を立証することが違反行為の存在の事実上の推定につながる根拠は、石油元売六社事件の最高裁判決では明らかではない。この事件についての最高裁判決の解説によると、「勧告の応諾は違反行為の排除措置をとることの応諾であつて、論理的には、違反行為の存在が前提となつてゐるから、勧告の応諾に基づく勧告審決の存在から違反行為の存在につき事実上の推定を働かせることは許されるべきであらう」とし、勧告に対する応諾が根拠とされている¹⁹。このように、応諾に根拠を求めているので、勧告審決の推定力が弱いものとされたのであろう。事実上の推定は、経験則による推定であるから例外もあるということになる。勧告の応諾により違反行為を事実上推定した場合に、その推定が働かないことがあるとするならどのようなときか。最高裁判決の解説によると、事実上の推定が働かない場合として、「勧告の応諾は、審判手続、審決後の訴訟等で争うことの時間的、経済的損失等種々の考慮から、違反行為の存否にかかわらず行われる可能性も否定することができないのであり、応諾がこのような考慮のもとでされたことが明らかになつた場合には、推定力（ないし証拠価値）を認めることは困難であらう」という¹⁹。

勧告審決の拘束力を否定する学説も勧告審決の存在による違反行為の存在の事実上の推定を認める²⁰。その根拠は、勧告審決においても公正取引委員会による違反行為の事実認定が行われているのであるから、事実上の推定を認めることができるという。

(6) 東京灯油事件の最高裁判決では、「いわゆる勧告審決にあつては、公正取引委員会による違反行為の認定はその要件

ではないから、本件審決の存在を推認するについて一つの資料となり得るといえることはできても、それ以上に右審決が違反行為の存在につき裁判所を拘束するとは解することはできない」と判示した²¹。

この判決の判示事項の主眼は、勧告審決の存在が違反行為の存在の認定について裁判所を拘束しないということであり、判決の文言からは勧告審決の存在による違反行為の事実上の推定に関しては明らかではない。したがって、学説も緩い推定を認めたとするもの、推定を認めなかったとするものと評価が分かれる²²。この判決についての最高裁判調査官の解説も「本判決は、事実上の推定という表現を用いていないが、右最三小判決を引用していることからみても、そのことを否定する趣旨ではないと解すべき」であるとするに過ぎず、この判決が事実上の推定にどのような意義をもつかは触れていない²³。このようにみても、この判決の事実上の推定についてもつ先例的価値は低いものといえよう。

三 七〇九条訴訟における勧告審決の存在と違反行為の立証

(1) 鶴岡灯油事件は七〇九条訴訟であるが、そこにおいても勧告審決の存在による違反行為の事実上の推定が論点となった。最高裁判決は、これについて、事実上の推定説をとり、その根拠、推定の範囲、勧告審決の存在のみでは推定の認められない場合を判示した。

(2) 勧告審決の存在による違反行為の推定について、勧告審決は、「勧告の応諾を要件としてされるものであって、独占禁止法違反行為の存在の認定を要件とするものではなく（公正取引委員会による違反行為の認定は勧告の要件にしかすぎない。）、したがって、勧告審決によって、右違反行為の存在が確定されるものではないのであるが、勧告の応諾は、違反行為の排除措置を採ることの応諾なのであるから、独占禁止法違反の行為を不法行為の責任原因とする損害賠償請求訴訟において、右違反行為の排除措置を命ずる勧告審決があったことが立証された場合には、違反行為の存在につい

て、いわゆる事実上の推定が働くこと自体否は否定できないものというべきである」とする。

勧告審決の拘束力を肯定する学説は、審決が確定している場合には、審決による排除措置命令の対象となる違反行為については、審決の確定によってその存在が立証されることになり、被害者は、それを立証する必要がなく、審決によって明らかにされた事実は、裁判所を拘束するという二五条訴訟の仕組みは、七〇九条訴訟においても排除されるべきではないとし、この判決を批判する。²³⁾

二五条訴訟でも勧告審決に拘束力を認めない考え方からすると、七〇九条訴訟において拘束力を認めることには一層否定的となるが、事実上の推定には賛同する。²⁴⁾

この判決は、事実上の推定の根拠について、「勧告の応諾は、違反行為の排除措置を採ることの応諾なのであるから、独占禁止法違反の行為を不法行為の責任原因とする損害賠償請求訴訟において、右違反行為の排除措置を命ずる勧告審決があったことが立証された場合には、右違反行為の存在について、いわゆる事実上の推定が働くこと自体は否定できない」と判示した。

このように、勧告への応諾が事実上の推定の根拠になるというのは、石油元売六社事件の最高裁判官の解説に見られたのであるが、最高裁判決で明らかにしたのははじめてである。学説のほとんどが最高裁判決のこの点を批判する。²⁵⁾

(3) 勧告審決の存在による違反行為の存在の推定の範囲について、「勧告審決の審決書には、排除措置との関係において排除されるべき違反行為を明確にするとともに審決の一事不再理の効力との関係において事実を特定するために、同法五七条一項にいう審決書に示すべき公正取引委員会の認定した事実として、勧告に際し公正取引委員会が認めた事実(同法四八条一項)、すなわち、勧告書に記載された事実(公正取引委員会の審査及び審決に関する規則二〇条一項一号)を示さなければならぬのであり、前記勧告審決の法的性質と右の勧告審決書において独占禁止法違反の事実が示されて

いる意義にかんがみると、勧告審決の存在が立証されたことに基づく前記の事実上の推定は、当該勧告審決書の本文と審決書に示された同法違反の事実を実質的に総合対照し、勧告審決の本文の排除措置と関連性を有しない違反行為を除き、本文において命じられた排除措置からみて論理的に排除措置がとられるべき関係にあると認められるすべての同法違反行為の存在についても働くことを否定することはできない」とする。

この点については、評価する学説もあるが、批判もある²⁷⁾。批判する学説は、勧告審決も行政処分として、公正取引委員会の事実認定に基づいて違反行為の排除措置を命じたのであるから、公正取引委員会の認定した事実すべてについて事実上の推定がなされるべきであるという。最高裁判決が応諾の内容が「排除措置」であるということから論を進めるので、この見解とは対立したものになる。

(4) 勧告審決による違反行為存在の推定の程度について、「勧告審決は勧告の応諾を要件とするものであって、違反行為の存在の認定は要件とされていないものであることからみて、その有する事実上の推定の程度は、違反行為に関する公正取引委員会の証拠による事実認定を要件とする審判審決や被審人の違反行為事実の自認を要件とする同意審決に比して、相対的に低いものである」という。

この判決は、石油元売六社事件の最高裁判決を引用している²⁸⁾ので、その考え方にならったものであるが、勧告審決の推定力が弱い理由として、勧告への応諾によるものであるほか、「違反行為の存在の認定は要件とされていないものである」ことを摘示している。

これに対して、事実上の推定の根拠を公正取引委員会による違反行為の認定によるものであるとする学説からは、い

ずれの審決においても推定力は同じであるというか、勧告審決と同意審決の推定力には差がないという²⁹⁾。

(5) この判決は、勧告審決の存在による違反事実の事実上の推定について、勧告審決の存在のみによつては推定できな

い場合があることを次のように判示した。

「勧告の応諾が、審判手続や審決後の訴訟後で争うことの時間的、経済的損失あるいは社会的影響に対する考慮等から、違反行為の存否とかかわりなく行われたことが窺われるときは、勧告審決が存在するとの事実のみに基づいて、その審決書に記載された独占禁止法違反行為が存在することを推認することは許されない」

この場合を本件に照らしてみたのが次の判示である。

上告人らは、原審において、本件勧告審決の前提としての勧告の応諾がされた当時の石油業界をめぐる経済的社会的情勢を詳細に主張し、「上告人ら石油元売一二社としては、決して独占禁止法違反行為を認めためたために勧告を応諾したのではなく、右の情勢からみて勧告の応諾を拒否して審判・訴訟で争うのは石油業界の置かれた状況を悪化させることになって得策ではなく、勧告を応諾したとしても同法違反行為を認めることにならないから勧告を応諾したほうがよい」という通産省当局による強力な徳憑があり、また、同法違反行為の存否をかけて争う長い時間、多大の費用をかけて争うことによるデメリットを考慮し、その結果、勧告を応諾したものであることを主張し、かつ、これに沿う証拠を提出しているが、この証拠によれば、右主張事実、すなわち、上告人らのした勧告の応諾は、違反行為の存否とかかわりなく行われたことが窺われるときは、勧告審決が存在するとの事実のみに基づいて、その審決書に記載された独占禁止法違反行為が存在することを推認することは許されない」とする。

この判決は、勧告審決の存在のみにより違反行為を推認することができるが、間接反証として勧告に対する応諾が時間的、経済的損失あるいは社会的影響に対する考慮などから行われたことが立証されるなら、推定が破られるということなのか、あるいは、勧告に対する応諾がそれらのことを考慮して行われたことが窺われるときには、勧告審決の存在のみから違反行為の存在を推定できないということかが明らかではない。²⁰⁾

前者であるなら、事実上の推定が働かないという間接反証は、明確に間接事実を証明しなければならぬのに、本件では「窺われるとき」に推定が働かないとして、間接反証の程度を著しく低くしているのは疑問であるという批判がある³⁰⁾。

また、この判決の考えがいずれであっても、現実には勧告に承諾するかいなかは、時間的、経済的損失、社会的影響を考慮して行われており、これらは、承諾するか否かの動機に過ぎないのに推定力に影響するのは納得できないという批判もある³¹⁾。

(6) 最高裁判決が勧告審決の存在による事実上の推定の程度について、推定力が弱いとしているのは、事実上の推定の根拠を勧告に対する応諾と勧告審決の段階で事実認定がなされないというその性質から導き出している。

現実の訴訟において、勧告審決の存在がどの程度の推定力を有するかは裁判官の心証の問題であるから、勧告審決の存在による推定力が弱いとなると、独占禁止法違反行為の被害者たる原告としては、予備的にも勧告審決以外の証拠により違反行為を立証しておかなければならなくなる。これは原告に重い負担を課すことになり、無過失損害賠償請求訴訟を認めても、また、七〇九条訴訟において被害者に原告適格を認めても、結局は、画に書いた餅に終わるであろう。このような結果を避ける途は二つある。一つは最高裁が勧告審決についての見解を基本的に改めるか、二つに公正取引委員会が最高裁判決を前提にいかに対応するかということである³²⁾。そこで、まず、最高裁判決の勧告審決についての見解のどこに問題があるのかをあらためて整理しておく。

(一) 独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟との関係を全般的に検討している論稿は多数あるが、本稿においてとくに参照したのは次のものである。

正田彬・独禁法の審決と損害賠償ジュリスト六〇七号一一七頁、同・独占禁止法違反行為と損害賠償 経済法学会年報（学会年報）と引用）三号一頁、丹宗昭信・独占禁止法二五条関係訴訟（新実務民事訴訟講座一〇行政訴訟II・昭五七 日本評論社）二八五頁、実方謙二・独禁法違反と損害賠償 公正取引二八三頁一〇頁（独占禁止法と現代経済（昭五一・成文堂）二二九頁に所収）、内田耕作・独禁法違反を理由とする消費者の損害賠償請求訴訟（本間・山口還暦記念 昭六三 法律文化社）四〇一頁、根岸哲・独占禁止法違反と損害賠償（独占禁止法講座VII・平元 商事法務研究会）（「講座」と引用）四五頁、同・独占禁止法違反と損害賠償請求（損害賠償法の課題と展望・石田—西原—高木還暦記念中巻 平二 日本評論社）二六七頁（「還暦記念」と引用）

また、鶴岡灯油事件の最高裁判決後に公正取引委員会は「独占禁止法に関する損害賠償制度研究会」（座長・東京大学法学部平井宜雄教授）を開催し、平成二年六月に報告書を取りまとめている（「研究会報告」と引用）。

(2) 加藤一郎・不行為（増補版）（法律学叢書二—II・昭四九 有斐閣）七二頁 研究会報告七頁においても、独占禁止法二五条に規定する違反行為の存在が認められる場合には、「通常、行為者の故意少なくとも過失が認められるであろうことを考慮すれば、責任の存否において過失責任との間に大きな差異はないともいえないが、被告は故意または過失のなかったことを主張することは許されず、訴訟上の機能としては審理の迅速化が図られるという意味をもつ」としている。

(3) 正田・学会年報四頁 淡路・ジュリスト九五号四三頁は、この無過失責任は「故意・過失の立証を要しない故意ないし過失にもとづく責任という面が強い」という。

(4) 最高裁は、これと同趣旨の判示を、えびす食品企業組合事件昭四七・一一・一六判決（民集二六卷九号一五七三頁、公取委審決集（一九）二一五頁）において示している。

なお、独占禁止法違反行為の被害者が民法上の不法行為により損害賠償請求を提起できることは、鶴岡灯油事件最高裁判決で判示された。

(5) 研究会報告三頁

(6) 行政機関が私人による訴訟に関与して、所轄している法の実現に寄与すべきであるということについては、田中英夫・竹内昭夫・法の実現における私人の役割（昭六二・東大出版会）八九頁

(7) 根岸・ジュリスト八九号六三頁、沢田・独禁法審決・判例百選（第四版）二四六頁

- (8) 吉川・独占禁止法上の審決と裁判所への拘束力―主として事実認定の拘束力―法曹時報二七卷四号六六二頁は、「単に法二五
条の損害賠償請求権を東京高裁で訴訟上行使する要件として「審決の確定」を規定したに止」とする。同旨園部・審査審
判手続の法理(中)公正取引四一三号四七頁
- (9) 今村・研究(五)一五七頁、正田・全訂(II)三五七頁、根岸・講座七〇頁
- (10) 勧告審決のみでなく他の公正取引委員会の審決を含めてその存在が違反行為の立証を拘束するかという問題があり、学説
は大きく三つに分かれる。全ての審決について拘束力を肯定するもの(全部肯定説)(正田・全訂(II)三五八頁、三七六頁、
本間・法律時報六二卷四号六二頁)、審判審決のみについて拘束力を認めるもの(一部肯定説)(今村・新版二二九頁(今
村説の詳述については、今村・研究(五)一四七頁)、来生新・判例タイムス五八一号二五頁)及びすべての審決について拘
束力を否定するもの(全部否定説)(吉川大二郎・前掲論文六四九頁、根岸哲・講座七〇頁)である。
- (11) 正田・全訂(II)三五八頁、本間・前掲論文六二頁
- (12) 吉川・前掲論文六四九頁、根岸・講座七〇頁
- (13) 今村・新版二二九頁、園部・前掲論文四七頁
- (14) 吉川・前掲論文六四九頁、根岸・講座七〇頁
- (15) 園部・前掲論文四七頁
- (16) 勧告審決の存在に拘束力を認めるか否かという問題は、独占禁止法のみでなく、民事訴訟法、行政法(行政手続、行政と
司法との権限の分配)にまたがるものである。最高裁判決が勧告審決の拘束力を否定する理由として、法に規定がないとい
うのも、このような問題を解釈によっては処理できないからであろう。
- (17) 民事訴訟における「事実上の推定」については、多数の論説があるが、本稿において参考としたのは、倉田卓次・民事実
務と証明論(昭六二・日本評論社)二〇七頁、倉田卓次・飯島悟・間接反証(小山昇外編・演習民事訴訟法(新演習法律学
講座一二)昭六二・青林書院)五〇九頁、賀集唱・挙証責任(統判例展望(別冊ジュリスト三九号・昭四八)二〇八頁
(18)、(19)越山・解説一五七頁
- (20) 今村・研究(五)一五一頁、一六三頁、根岸・講座七七頁
- (21) この事件の東京高裁判決は「本件審決の存在が法違反行為の存在につきある程度の事実上の推定の資料となり得ることは

否定し得ない」として、自ら事実上認定をしている。

(22) 淡路剛久・ジュリスト九五三三頁は、本件判決は事実上の推定を否定したとし、今村・法学セミナー三九四号一四頁、来生・商事法務一一二二二頁、向田・北海学園法学研究二三号五一四頁は、弱い推定を認めたとする。

(23) 佐藤・解説三六一頁

(24) 正田・法律時報六二巻三三〇頁、本間・六二巻四四六二頁 なお、鶴岡灯油事件が山形地裁鶴岡支部に提訴されたのは、昭和四九年一月二二日である。当時、公正取引委員会から勧告審決を受けたのは、石油元売業者一二名及び石油連盟であり、この訴訟では、これら全てを被告としていた。しかし、勧告審決の名宛人のうち確定したのは石油元売業者六名と石油連盟についてである。他の石油元売業者六名は審決取消請求訴訟を提起しており、これらのものに対する勧告審決が確定したのは、最高裁判決のあった昭和五二年四月四日である。そこで、七〇九条訴訟でも勧告審決の存在により違反事実の存在の認定に拘束力を有するという見解の根拠が、その訴訟が勧告審決確定後に提起されるということにあるとすると、本件の場合にいかにか考えるか、という疑問が生じる。

(25) 今村・ジュリスト九五二二八五頁、淡路・ジュリスト六五三三四四頁、根岸・法律時報六二巻七〇七頁

(26) 今村・ジュリスト九五二二八五頁、淡路・ジュリスト六五三三四四頁、根岸・法律時報六二巻七〇七頁、金子・公正取引四七三三二頁

引四七三三二頁

(27) 根岸・還暦記念二八二頁、他方、金子・公正取引四七三三二頁は、判決を妥当な判断であるとす。

(28) 今村・ジュリスト九五二二八六頁、根岸・法律時報六二巻七〇七頁

(29) 越山・解説三〇二頁において、「損害賠償請求訴訟において違反行為の排除措置を命ずる審決があつたことが立証された場合(審決が証拠として提出された場合)違反事実の存在の事実上の推定が生ずる(ないし有力な証拠となる。)ことは否定できないであろう。」とし、さらに同三〇三頁において、「応諾がこのような考慮のもとでされたことが明らかになった場合には、推定力(ないし証拠価値)を認めることは困難であろう。」とし、括弧内で書き分けている点に注意する必要がある。

(30) 今村・ジュリスト九五二二八六頁、金子・公正取引四七三三二頁

(31) 今村・ジュリスト九五二二八六頁は、本件判決が「応諾」を事実上の推定の根拠と解しているながら、「応諾」の動機はいかによって事実上の推定が播らぐとするのは矛盾であると指摘する。

(32) 根岸教授は最高裁の判決の見解が基本的に改められなければ、法改正を主張する(法律時報六二巻七号七一頁)。その要点は、①いずれの審決についても、公取委による違反行為の認定が要件であること、②公取委が認定した違反行為の存在を示す審決書の存在の立証があれば、損害賠償訴訟において、(a)違反行為の存在を疑わしめる反証のない限り違反行為の存在を推定す、または(b)違反行為の存在しないことを証明(この場合は本証である)しない限り違反行為の存在を推定することである。

研究会報告一五頁は、「勧告審決を含めた審決記載事実について法律上の推定効を認める規定を設けるべきであるとの意見もあるが、これは我が国における裁判制度や不法行為責任の一般的在り方とも密接に関連する問題であるので、総合的かつ慎重に検討を加える必要があると考えられる」とする。

第三 勧告審決についての最高裁判決の問題点

(1) 最高裁が勧告審決に対する考え方を基本的に改めなければならないとするなら、どこに問題があるのかをこれまでの検討を踏まえて整理する。

勧告審決制度自体は、本来実務的必要の観点から定められたものである。しかも、それについての直接の規定は独占禁止法四八条の規定しかない。最高裁判決は、勧告審決の趣旨、性質、効力をこの規定の文言のみから引き出している。しかし、四八条の規定は、公正取引委員会による違反被疑事件の審査の結果から勧告し、それに対する応諾、勧告審決にいたる過程を定めたもので、その規定のみから、勧告審決の性質、構造、効力を導き出すことは無理があると思われる。

勧告審決の趣旨、性質、効力などを四八条以外の視点からみると次のことが指摘できよう。

① 最高裁判決は、勧告審決にも独占禁止法五七条の規定の適用があるとする。五七条の審決書の形式は違反事実、法令の適用、排除措置と法的三段論法に則つたものである。しかし、最高裁判決は、違反事実の記載は排除措置との対応と一事不再理の効力との関係から記載するに過ぎないとするので、「法令の適用」は意味がなくなり、法文から乖離している。

② 二五条訴訟は、被害者に損害賠償請求をし易くしようとする制度であるといつても、前述のように、原告が独占禁止法違反行為を立証するなら少なくともカルテル参加者の過失は免れないのであるから、無過失損害賠償責任制度自体により立証が容易になるということにはならない。そこで、最高裁判決のように、勧告審決の存在による事実上の推定が極めて弱いものであり、容易にその推定が働かなくなるおそれがあったり、あるいはそもそも証拠価値がないと評価されるおそれがあるので、原告としては、勧告審決の存在以外の証拠により、予備的にも違反行為を立証しておく必要がある。とするなら、独占禁止法二六条において、通常の不法行為のより時効も短く、二審制になっていることに照らすと、二五条訴訟は民法上の不法行為による損害賠償請求より不利になる。これは、二五条訴訟の制度の趣旨に反することになる。

③ 公正取引委員会の実務では、勧告を先行させ、それに応諾すると勧告審決をしている。勧告の名宛人としては、最高裁判決の下では損害賠償責任を考慮にいれると、それを応諾して勧告審決により事件を処理するのが有利な選択であり、審判手続を活用しようとしなくなる¹⁾ことになる。

④ 石油元売六社事件の最高裁判決についての最高裁調査官の解説によると、勧告審決を旧民訴の認諾判決に準えている²⁾。勧告審決が応諾のみを要件とし、勧告審決の段階では公正取引委員会の事実認定を要しないとするのは、認諾判決との類似性からであり、勧告審決が他の審決と異質であるという。

認諾判決は、私人間の紛争を解決するための仕組みであるのに対して、勧告審決は公正取引委員会が公権力を行使して証拠を収集し、その結果に基づいて違反行為を排除しようとするもので、場面が大きく異なっている。勧告審決を認諾判決に準えるよりは、独占禁止法五五条から五八条までの規定が勧告審決を他の審決と同様に扱っているのであるから、他の審決との同質性を無視している。

(2) 独占禁止法違反事件の被害者が勧告審決を受けたものを被告として二五条訴訟を提起しようとしても、最高裁判決のように勧告に対する応諾を事実上の推定の根拠にしているので推定力が弱いということを前提にするなら、原告としては自ら独占禁止法違反行為の立証をしておかなくてはならない。それを軽減しようとするなら、独占禁止法の専門的行政機関である公正取引委員会の違反事件の審査活動の成果を被害者が立証に活かすことである。

鶴岡灯油事件の仙台高裁秋田支部判決は、勧告審決の存在による独占禁止法違反行為の「事実上の推定」について、「審決は、専門機関である公取委が審査（調査）あるいは審判の結果、違反行為があるものと認定した場合、その認定事実を前提に行われるものであるから」ということを根拠にしている。³⁾

このように、公正取引委員会による違反事実の認定を事実上の推定の根拠とするなら、鶴岡灯油事件のように、勧告応諾の際の審判手続や審決後の訴訟等で争うことの時間的、経済的損失あるいは社会的影響に対する考慮等はその推定がはたらかないということにはならない。経験則の例外的場合を狭くすることができ、原告に有利に機能するといえよう。独占禁止法二六条が二五条訴訟の提起を勧告審決の確定後としたことを単に訴訟の提起の時期を限定したのではなく、原告である被害者の立証に寄与する規定であると理解するなら、公正取引委員会の審査の結果を活かすようにすべきであるといえよう。これが学説が最高裁判決の勧告審決による事実上の推定について批判するところである。

また、公正取引委員会の過去の勧告審決の運用の実態からみて、公正取引委員会の違反事実の認定、あるいはそれと

説
論
応諾とがいまつて簡易迅速に違反事件を処理してきたという現実を全く考慮の外にしているとということにも疑問がわく。

(3) 最高裁判決は、損害賠償請求訴訟との関連で多くの問題があるとはいえ、一旦確立したら容易には改まるものではないであろう。とするなら、公正取引委員会は最高裁判決を前提に、独占禁止法違反行為の被害者の立場を有利にできるかという問題にいたるのであり、この点を次に検討しよう。

(1) 勧告審決の存在に拘束力を認めるとすると、勧告の名宛人がそれを応諾しないで審判手続となり、公正取引委員会の負担が大きくなるとの指摘は、吉川・前掲論文一四頁

(2) 勧告審決を旧民事訴訟法の認諾判決に準えているのは、越山・解説一五四頁

(3) 公取委審決集(二一)二五九頁

第四 最高裁判決に対する公正取引委員会の対応

(1) ノボ事件において名宛人以外の第三者に原告適格を認めなかったことも、石油元売六社事件で名宛人に違反事実の不存在の主張を認めなかったことも、結果としては公正取引委員会に有利であった。しかし、その理由づけにより、勧告審決の行政処分としての性質が薄められ、実質的にその意義が著しく弱められた。その上、損害賠償請求訴訟でもそれが投影されたので、被害者である原告が大きな負担を負う結果となった。

公正取引委員会が違反事実を認めると、勧告か審判開始決定をすることができるのであるが、これまでの運用では、

勧告をし、勧告の名宛人がそれを拒否すると、審判開始決定をしてきた。したがって、審判手続をするかいなかは、名宛人の意思によることになる。この過程では、審判手続は、名宛人の事前救済手続としての機能が大きかった。公正取引委員会の使命が違反行為の行政的排除に限定しているなら、審判手続を開始するかどうかということでは、違反行為者との関係のみを配慮すると足りたといえよう。

(2) しかし、公正取引委員会が今後の独占禁止法の運用において、無過失損害賠償請求訴訟にまで視野に入れなければならないことである。

研究会報告は、そのことを指摘し、具体的提案をしている。違反行為の立証に関わることとしては、①違反行為の存在の事実上の推定の根拠を応諾のみでなく、勧告審決の事実を求めるべきであるとし、また、②原告の違反事実についての立証負担の軽減の方法として、裁判所に対する証拠となる資料の提出、③勧告審決書に記載する事実の内容の一層の具体化、明確化を挙げている。

公正取引委員会としては、この提言を受けて、単に違反行為を行政的に排除することのみがその職務であるということから一步踏み込んで、損害賠償請求訴訟を視野に入れた事件処理に踏み出すこととなろう。

しかし、研究会報告の具体的提言である、事実上の推定の根拠を公正取引委員会の認定に求めるということは、最高裁が勧告審決についての見解を基本的に変更しなければならぬことであり、これは容易に期待できないことは先に指摘したとおりである。次に、裁判所に対する証拠となる資料の提出は、裁判官の心証に絡むことで実際にどれほどの効果があるか不明である。また、勧告審決書記載の違反事実を詳細にすることは、違反行為の立証に役立つであろう。ただ、現在の最高裁判決のように、勧告に対する応諾のみを事実上の推定の根拠としているかぎり、被告側としては容易に反証をあげうるおそれがある。

このようにみてくると、現在の最高裁の判決を前提とすると、勧告審決による損害賠償訴訟は、原告の負担を容易に軽減できないのではないかという思いがする。

(3) ところで、公正取引委員会がこれまでのように勧告先行の運用をすると、勧告の名宛人としては、それを応諾して勧告審決で事件を収めるのが最も有利ということになる。石油カルテル事件では勧告審決によって事件を収めたので、石油元売業者がもっとも有利な選択をしたことになったのである。

最高裁判決を前提とするなら、勧告審決の存在による事実上の推定は極めて弱いのであるから、公正取引委員会が勧告審決の事実を詳しく記載しても、それとは関係なく推定が覆されるおそれが大きい。そうでなくとも、裁判官の心証が真疑不明に持ち込まれているかどうかの不安があるので、原告は予備的に違反行為の存在を立証していなければならなくなる。このように被害者が勧告審決を前提にして損害賠償請求をすると、原告に大きな負担を課すことになる。しかし、違反事件の証拠、資料が最も豊富なのは公正取引委員会であるから、そこが審判手続に移行すると同委員会の事務局の負担が大きくなるという勧告審決で処理することは、責任の一端を回避しているとの批判がであろう。

また、現行の独占禁止法の違反事件処理の正式の手続体系は、審査—審判手続—審判審決であり、その不服申立て訴訟に実質的証拠の原則(八〇)が認められているのは、事実問題は公正取引委員会、法律問題は司法府と機能の分担を図っているのである。そして、審判審決の存在による違反行為の存在の事実上の推定が最も強いというのが最高裁の見解である。さらに、審判審決の存在は、二五条訴訟の公正取引委員会に対する損害額の求意見、二審制という仕組みも勧告審決より整合的である。

そこで、独占禁止法違反行為の被害者である原告の損害賠償請求訴訟における違反行為の立証負担の軽減ということからするなら、違反事件の正式の処理手続を踏んだ審判審決による処理を避けることができないのではないか。

しかし、全ての違反事件を審判開始決定できるかというと、公正取引委員会の現在の審査の陣容からいって不可能であろうし、また、事件の迅速な処理という面を無視することになる。法律的に問題のありそうな事件、損害賠償請求訴訟が提起されるような事件については、勧告によらずに審判開始決定を行うことが期待されよう。

私は、かつて「公正取引委員会は、…勧告審決後に不服が予想される事案については、審判開始決定をすべきである」。独占禁止法の審判手続は、事前手続として、予想される紛争、とりわけ事実問題を、できる限り審決前に処理し、事後の紛争を防止する機能を果たすものである。」と指摘したが、さらに、審判手続を経ることにより、事実関係を明確にするなら、独占禁止法違反行為の被害者の立証の軽減に大きく寄与するところをつけ加えることができよう。

(一) 拙稿・公取委審決等の取消請求訴訟(小室・小山還暦記念・裁判と上訴(下) 昭五五 有斐閣) 二六五頁

むすび

勧告審決制度自体は実務的性質を強く帯びたものであり、公正取引委員会の違反事件の処理の大部分は勧告審決によつて行われてきた。勧告の名宛人がそれを応諾するかどうかという意思決定は、多くの事情を考慮してなされるのであるが、最もウエイトが大きいのは、勧告書に記載された事実認定であることも現実である。このことは、勧告の名宛人が公正取引委員会の事実認定を承服しているといえよう。それゆえ、勧告審決が法的に論点とならなかったのである。ところが、最高裁の判決は、このような公正取引委員会の独占禁止法の運用の実績を顧みずに、勧告審決の理解が四八

説
論
条の条文のみに則つたものとなっている。その結果、損害賠償請求事件では加害者である名宛人の立場が有利なものとなった。これは、二五条訴訟制度の本来の趣旨にもとるものである。今後、損害賠償事件の増加が予想されるが、現在の最高裁判決を前提とする限り、公正取引委員会がそれを視野にいれて法運用をしようとするなら、原告にとつても有利になるのは、公正取引委員会が審判開始決定をし、審判審決をすることである。これは避けることができないであろう。他方、審判手続は、公正取引委員会にとつて大きな負担となるのも事実であり、その対応如何ということも残された大きな課題となろう。

付記 校正の段階で伊藤真「独占禁止法違反損害賠償訴訟における違反行為の立証——被告寡決の推定力——」（民事手続法学の革新中巻・三ヶ月古希記念・平三有斐閣）に接した。

なお本稿は、北海道大学経済法研究会（九〇年一月）、および北海道大学法学会（九〇年十二月）における報告に基づいている。いずれの報告においても、出席の諸先生が専門の立場から多くのご教示を下さった。さらに、福永有利教授（現神戸大学、民事訴訟法）からは、民事訴訟法に関してご教示を頂き、また、古城誠教授（行政法）は、原稿を閲読し、数々のご指摘を下さった。ここに記して感謝の意を表する次第である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLII No. 2

SUMMARY OF CONTENTS

A Study of Japanese Supreme Court Decisions Reviewing “Recommendation Decisions” Made by the Japanese Fair Trade Commission (JFTC) on Anti- monopoly Law Questions

Joji ATSUYA*

Introduction

1. The aim, character, and effect of JFTC Recommendation Decisions
2. Civil damage suits and Recommendation Decisions
3. Problem areas in Supreme Court decisions regarding Recommendation Decisions
4. The JFTC response to the Supreme Court decisions

Conclusion

Section 1 examines and compares two Supreme Court decisions and related scholarly commentary concerning the aim, character, and effect of two JFTC Recommendation Decisions which were the subjects of suits to quash.

Section 2 examines and compares two additional Supreme Court decisions and related scholarly commentary concerning the relationship between civil damage suits and Recommendation Decisions.

* Professor of Economic Law, Hokkaido University

Section 3 sets forth and critically examines problem areas found in the above four Supreme Court decisions regarding Recommendation Decisions.

Section 4 discusses how the JFTC should respond to the Supreme Court's decisions in applying and enforcing the Anti-Monopoly Law.