平成２２年４月２３日判決言渡・同日判決原本領収　裁判所書記官

平成１９年(行ケ)第４５号　審決取消請求事件

口頭弁論終結日　平成２１年４月２４日

判　　決

宮城県仙台市青葉区大手町１番１号

原　　告　株式会社バイタルネット

同代表者代表取締役　鈴　木　　賢

同訴訟代理人弁護士　伊　従　　寛

同　高　橋　誠　也

同　山　田　　篤

同　荻　山　　剛

東京都千代田区霞が関１丁目１番１号

被　　告　公正取引委員会

同代表者委員長　竹　島　一　彦

同指定代理人　南　　雅　晴

同　秋　沢　陽　子

同　佐　藤　真紀子

同　山　口　正　行

主　　文

１　原告の請求を棄却する。

２　訴訟費用は，原告の負担とする。

事　実　及　び　理　由

第１　請求

被告が，平成１９年１２月４日，原告に対して行った課徴金納付を命ずる平成１５年(判)第４号事件（原告に対する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（平成１７年法律第３５号）附則第２条の規定によりなお従前の例によることとされる同法による改正前の私的独占の禁止

東京高等裁判所

及び公正取引の確保に関する法律（以下「法」という。）に基づく課徴金納付命令審判事件。以下「本件課徴金審判事件」という。）の審決（以下「本件課徴金審決」という。）を取り消す。

第２　事案の概要

１　事案の要旨

本件は，宮城県の区域における医療用医薬品の卸売業を営む原告（以下，医療用医薬品の卸売業を営む者を「医薬品卸業者」という。）が，被告に対し，被告が原告に対して行った本件課徴金審決の取消しを求める事案である。

本件課徴金審決の前提となる原告に対する課徴金納付命令（以下「本件課徴金納付命令」という。）は，被告が，法４８条２項の規定に基づき，原告を含む後記９社に対し，同社らが共同して，公共の利益に反して，宮城県の区域における医療用医薬品の販売分野における競争を実質的に制限していたものであって，これは法２条６項に規定する不当な取引制限に該当し，法３条の規定に違反したとして，適当な措置（以下「排除措置」という。）をとるべきことを勧告（以下「本件勧告」という。）したところ，上記９社は本件勧告を応諾した（法４８条３項）ため，被告が，同社らに対し，法４８条４項の規定に基づき，審判手続を経ないで本件勧告と同趣旨の審決（公正取引委員会平成１３年(勧)第３３号事件。以下，「本件勧告審決」といい，本件勧告審決の主文に係る，原告の法２条６項に規定する不当な取引制限に該当し，法３条の規定に違反したとされる行為を「本件違反行為」という。）を行い，その確定を経て，法４８条の２第１項の規定に基づき，課徴金の納付を命じたものである。

原告は，本件課徴金納付命令を不服として，同条第５項の規定に基づき，本件課徴金審判事件の審判手続の開始を請求し，本件勧告審決において本件課徴金納付命令の根拠として示された認定事実のうちの本件違反行為が存在しないこと及び原告の行為が法７条の２第１項の要件のいずれにも該当しないこと

を主張した。

被告は，本件課徴金審判事件において，本件勧告審決において示された認定事実の存否は審理の対象ではないとして，本件違反行為の不存在を主張する原告の主張を排斥した上で，原告が，本件勧告審決記載のとおりの本件違反行為をしたとし，同行為は法７条の２第１項に規定する商品の対価に係るものであるとして同条第１項及び第４項の規定を適用して，原告に対し，法５４条の２第１項の規定に基づき，課徴金として１億９６２０万円を平成２０年２月４日までに国庫に納付すべきことを命ずる本件課徴金審決をした。

そこで，原告が，本件課徴金審判事件には重大な手続上の瑕疵があり，本件課徴金納付命令の根拠とされた本件勧告審決において示された認定事実にも一見して明白かつ重大な事実誤認があるなどとして，本件課徴金審決は違法な行政処分であると主張し，その取消しを求める訴えを提起したものである。

2　前提事実（当事者間に争いのない事実及び本件課徴金審判事件記録上明らかな事実）

(1) 当事者

原告は，宮城県の区域における医薬品卸業者であり，サンエス株式会社（以下「サンエス」という。）が，平成１３年１月１日，医薬品卸業者であった株式会社ニチエー（以下「ニチエー」という。）を吸収合併した上，商号を現商号に変更したものである。

(2) 本件勧告

ア　被告は，平成１３年１２月３日，医薬品卸業者である原告，株式会社アスカム（以下「アスカム」という。アスカムは，株式会社エーシン（以下「エーシン」という。）が，平成１２年１０月１日，株式会社菅野商会（以下「菅野商会」という。）を吸収合併した上，商号を現商号に変更したものである。），株式会社スズケン，東邦薬品株式会社，株式会社小田島，株式会社恒和薬品，株式会社クラヤ三星堂，株式会社マルタケ及びオオモ

リ薬品グループ本社株式会社の９社（以下，これら９社を総称して「９社」という。）に対し，法４８条２項の規定に基づき，９社が，共同して，健康保険法（大正１１年法律第７０号）に基づく平成１２年３月厚生省告示第６１号「使用薬剤の薬価（薬価基準）」（以下，使用薬剤の価格を定める厚生省告示を「薬価基準」といい，薬価基準に基づく使用薬剤の価格を「薬価」という。また，平成１２年度の上記告示を特に「新薬価基準」という。）が平成１２年４月１日から適用されることに対応して，①宮城県の区域に所在する保険医療機関及び保険薬局（以下，保険医療機関及び保険薬局を合わせて「医療機関等」という。）において平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品の販売について，他社が医療機関等に既に納入している個々の医療用医薬品の取引を相互に奪わない旨の決定及び②医療機関等に提示する新薬価基準による薬価と納入価格（消費税に相当する額を含まない。）との差額の同薬価に対する比率（以下「薬価からの値引き率」という。）の決定（以下，これら①及び②の決定を合わせて「本件決定」という。）をすることにより，公共の利益に反して，宮城県の区域における医療用医薬品の販売分野における競争を実質的に制限していたものであって，この行為（原告については本件違反行為）は法２条６項に規定する不当な取引制限に該当し，法３条の規定に違反するものであるとして，本件勧告を行った。

イ　９社は，いずれも，本件勧告に対して，法４８条３項の規定に基づく応諾をした。

(3) 本件勧告審決

ア　被告は，９社の前記応諾を受けて，平成１４年１月２１日，９社に対し，法４８条４項の規定に基づき，審判手続を経ないで，以下のとおり，本件勧告と同趣旨の本件勧告審決をした。

(ア) ９社は，新薬価基準の制定に伴って，宮城県の区域に所在する医療機

関等において平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品の販売について，本件決定に基づき前記医療機関等に医療用医薬品を販売していた行為を，平成１２年１２月５日以降行っていないことを確認しなければならない。

(ｲ) ９社は，次の事項を前記医療機関等に通知し，自社の従業員に周知徹底させなければならない。この通知及び周知徹底の方法については，あらかじめ，被告の承認を受けなければならない。

① 前項に基づいて採った措置

② 今後，共同して，前記医療機関等に販売する医療用医薬品について，前項の行為と同様の行為を行わず，各社がそれぞれ自主的に販売活動を行う旨

(ｳ) ９社は，今後，それぞれ，相互に又は他の事業者と共同して，前記医療機関等に販売する医療用医薬品について，販売すべき者及び薬価からの値引き率を決定してはならない。

(ｴ) ９社は，前３項に基づいて採った措置を速やかに被告に報告しなければならない。

イ 本件勧告審決において示された認定事実のうち主な事実は，次のとおりである。

(ｱ) ９社並びに菅野商会，ニチエー及び千秋薬品株式会社の１２社（以下，これら１２社を総称して「１２社」という。）の宮城県の区域における医療用医薬品の販売金額の合計は，平成１２年において，宮城県の区域における医療用医薬品の総販売金額のほとんどすべてを占めていた。

(ｲ) 医療用医薬品は，その大部分が保険医療において使用されており，保険医療において医療用医薬品が使用された際に医療機関等が保険者に対して請求する医療用医薬品の価格は，薬価基準による。

(ｳ) 薬価は，事実上，医療機関等が購入する医療用医薬品の上限価格とし

て機能しており，医療機関等が購入する医療用医薬品の価格は，総じて，薬価を下回っている。

(エ) 薬価基準は，医療機関等における医療用医薬品の購入価格を反映させるため定期的に改定されており，新薬価基準の薬価は，改定前の薬価に比べて全体として約７．０パーセントの引下げとなった。

(オ) 医薬品卸業者は，医療機関等との間において，薬価からの値引き率を提示するなどして納入価格の改定交渉を行っている。

(カ) １２社は，他の医薬品卸業者５社と共に，東北地区に所在する医療機関等との間において，新薬価基準の告示に伴って平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品の納入価格の改定交渉を行うにつき，従前の例によれば，改定前の薬価からの値引き率と同一の値引き率での医療用医薬品の納入を要望する医療機関等が多く見込まれ，かつ，この要望を受け入れると各社の経営が困難な状況に陥ることが懸念されたため，その対応について検討を重ねてきたところ，平成１２年３月６日ころ，仙台市青葉区所在のホテルメトロポリタン仙台において，各社の役員級の者による東北卸医療用医薬品流通委員会と称する会合を開催し，以下のとおりの方針を定め，東北地区の各県ごとに開催する各社の営業責任者級の者による会合において，これらの方針を具体的に実施していくこととした。

① 他社が医療機関等に既に納入している個々の医療用医薬品の取引（以下「他社札」という。）を相互に奪わないこととする旨の「休戦」と称する得意先等争奪の禁止の方針

② 自社が医療機関等に既に納入している個々の医療用医薬品の取引（以下「自社札」という。）に関して，医療機関等に提示する薬価からの値引き率の目途を６．６パーセントとする方針

(キ) １２社は，平成１２年３月１６日ころ，仙台市青葉区所在の仙台東急

ホテルにおいて，各社の営業責任者級の者による宮城県流通委員会と称する会合を開催し，宮城県の区域に所在する医療機関等において平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品の納入価格の改定交渉を行うにつき，前記(ｶ)の方針に基づいて，以下の内容の本件決定をした。

① 「休戦」と称する上記方針のとおり，他社札を相互に奪わないこととし，このため，個々の医療用医薬品の品目について，各社が他社札に関して医療機関等に提示する薬価からの値引き率の上限を，自社札に関する薬価からの値引き率を下回る率とすること

② 自社札に関して，医療機関等に提示する薬価からの値引き率を，原則として，納入する医療用医薬品全体の加重平均により，医療機関等の経営主体ごとに次のとおりとし，これを目途とすること

ｉ 県立病院，自衛隊病院及び逓信病院については６．６パーセントないし６．９パーセント

国立病院については６．７パーセント以上

ii 市立病院については６．６パーセントないし６．９パーセント

ただし，塩竈市立病院については６．６パーセントないし７．２パーセント

iii 公立病院については６．６パーセントないし７．２パーセント

iv 町村立病院については６．６パーセントないし７．０パーセント

v 準官公立病院については６．６パーセントないし９．０パーセント

vi 精神科病院については６．６パーセントないし８．５パーセント

vii 病床数１００床以上の私立病院については６．６パーセントないし８．０パーセント

viii 病床数９９床以下の私立病院，開業医，診療所及び調剤薬局（東北地区展開チェーン調剤薬局を含む。）については６．６パーセン

トないし７．０パーセント

ix　全国展開チェーン調剤薬局については６．６パーセントないし８．５パーセント

(ｸ) １２社は，本件決定に基づき，宮城県に所在する医療機関等において平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品について，おおむね，他社札を相互に奪うことをせず，上記(ｷ)②記載の薬価からの値引き率を目途に納入価格の改定交渉を行い，販売していた。

(ｹ) 被告は，平成１２年１２月５日，本件について審査を開始したところ，９社及び他２社は，同日以降，本件決定に基づく行為を行っていない。

ウ　被告が，本件勧告審決において示された認定事実に法令を適用した結果は，次のとおりである。

１２社は，共同して，宮城県に所在する医療機関等において平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品について，他社札を相互に奪わないこと及び医療機関等に提示する薬価からの値引き率を決定することにより，公共の利益に反して，宮城県の区域における医療用医薬品の販売分野における競争を実質的に制限していたものであって，これは，法２条６項に規定する不当な取引制限に該当し，法３条の規定に違反するものである。

エ　９社は，本件勧告審決に対して不服を申し立てず，同審決は確定し，原告は，被告に対し，平成１４年４月１７日，前記ア(ｴ)に係る報告をした。

(4) 本件課徴金納付命令

被告は，原告に対し，平成１５年２月１０日，法４８条の２第１項の規定に基づき，本件課徴金納付命令を行い，課徴金１億９６２０万円を納付することを命じた。

(5) 本件課徴金審判事件

ア　原告は，被告に対し，本件課徴金納付命令を不服として，法４８条の２第５項の規定に基づき，審判手続の開始を請求し，被告は，同年４月１４

日，法４９条２項の規定に基づき審判手続を開始した。なお，９社のうち，原告及びアスカムの２社を除く７社は，課徴金納付命令についても審判手続の開始を請求せず，同命令は確定した。

イ　本件課徴金審判事件における争点

(ｱ) 判断の対象（本件違反行為の存否は，本件課徴金審判事件における審理の対象となるか否か。）

(ｲ) 法７条の２第１項の要件の該当性

a　本件違反行為は，法７条の２第１項にいう「商品の対価に係るもの」に該当するか。

b　法７条の２第１項にいう「実行としての事業活動」が存在するか。

c　以下の①ないし⑦の各取引に係る医療用医薬品が，法７条の２第１項にいう「当該商品」に該当するか。

①入札等による取引，②国公立病院との取引，③仙台逓信病院との取引，④自衛隊仙台病院等との取引，⑤妥結率の乖離した医療機関等との取引，⑥未妥結医療機関等との取引，⑦一般に「Ｎ価」と呼ばれる，いわゆる定価に当たる公表販売価格を適用している医療機関等との取引

d　課徴金の算定の基礎となる売上額には消費税相当額を含むか否か。

ウ　本件課徴金審決

(ｱ) 被告は，平成１９年１２月４日，法５４条の２第１項及び第２項の規定に基づき，原告に対し，課徴金として前記１億９６２０万円を平成２０年２月４日までに国庫に納付することを命ずる本件課徴金審決を行った。

(ｲ) 本件課徴金審決は，課徴金の計算の基礎となる事実を次のａの(a)ないし(c)までのとおりとし，これらの事実を前提として，原告が国庫に納付しなければならない課徴金の額を次のｂのとおりとした。

東京高等裁判所

a (a) 原告は，サンエスが，平成１３年１月１日，医薬品卸業を営む者であったニチエーを吸収合併した上，商号を現商号に変更した会社であり，ニチエーがした違反行為は原告がした違反行為とみなされる。

(b) 本件違反行為の実行としての事業活動を行った日は平成１２年４月１日であり，原告は，平成１２年１２月５日以降，本件違反行為の実行としての事業活動を行っていないため，本件違反行為の実行期間は，平成１２年４月１日から同年１２月４日までとなる。

(c) 原告の上記実行期間における宮城県の区域に所在する医療機関等に対する医療用医薬品の販売に係る売上額は，独占禁止法施行令の一部を改正する政令（平成１７年政令第３１８号）による改正前の独占禁止法施行令（以下「施行令」という。）５条の規定に基づいて算定すると，１９６億２０４４万５２６６円である（原告の会計帳簿上の売上額が当該金額であることについて争いがない。）。

b 原告が国庫に納付しなければならない課徴金の額は，法７条の２第１項の規定により，上記１９６億２０４４万５２６６円に１００分の１を乗じて得た額から，同条４項の規定により１万円未満の端数を切り捨てて算出された１億９６２０万円である。

(ｳ) 本件課徴金審決の判断の要旨は次のとおりである。

a 上記イ(ｱ)の争点（判断の対象）について

本件課徴金審判事件は，法３条に違反する本件違反行為に係る法４８条４項の規定に基づく本件勧告審決が確定した後に，本件勧告審決に係る本件違反行為について同一人に対して発せられた本件課徴金納付命令に係る課徴金審判事件であり，本件勧告審決が確定した後における本件課徴金審判事件においては，原告に本件勧告審決の主文に係る本件違反行為の存在についてこれを争う機会を与えなければならな

いとする理由は存せず，本件違反行為の存否は，審判における審理の対象外である。

b　上記イ(イ)の争点について

(a)　a（商品の対価に係るもの）について

本件決定において定められた医療用医薬品全体の加重平均による値引き率とは，原告ら各医薬品卸業者と各医療機関等との間の取引の対象たる医療用医薬品の各年度のそれぞれの期の購入見込み数量の全体を対象として，薬価（消費税込みの価格）により算出した合計価額と，納入見積価格（消費税を含まない価格）により算出した合計価額とを対比し，前者の額と後者の額との差額（値引き合計額）を前者の額で除した比率のことをいうものと認められ，また，本件決定を具体的に実施するに当たっては，特定の医療機関等から取引を断られて自社札が維持し得なくなった場合には，当該取引を行うこととなった他の医薬品卸業者が，当該取引を断られた医薬品卸業者に，他の医療機関等の自社札を譲るなどして対応すること（「補償」と称される。）及び医薬品卸業者間で問題が例外的に生じた場合には，個別に協議して解決することが合意されていたことが認められる。

すると，本件決定は，他社札を相互に奪わないという取引先の制限の合意と共に，これを踏まえて自らが納入することを予定した医療用医薬品につき医療機関等に対し提示する見積額について，価格交渉の対象となるべき医療用医薬品について加重平均された薬価からの値引き率を目途として設定するとの対価に係る制限の合意をすることによって，原告ら医薬品卸業者の医療機関等に対する医療用医薬品の販売価格の低落防止を図ろうとしたものであり，してみると，加重平均値としての値引き率が制限されることによって，個々

の医療用医薬品の値引き率が全体として必然的に制約を受けることになることは明らかであるから，本件決定は，取引先制限協定と自社札に係る値引き率の制約の合意とあいまって，取引の対象となる一定範囲の医療用医薬品の集合体の価格のみならず，個々の医療用医薬品の価格についても低落を防止する効果を有するものであり，法７条の２第１項に規定する「商品の対価に係るもの」に該当する。

(b) b（実行としての事業活動）について

法７条の２第１項に規定する「実行としての事業活動」とは，カルテルについていえば，カルテルの内容実現へ向けての何らかの外部的な行動をいうのであって，カルテルの内容が取引先との間で実現したか否かを問うものではない。そして，例えば，価格カルテルが特定の日以後に納入する商品を対象として行われ，それへ向けての価格交渉等の行動が行われた場合には，当該特定の日が「当該行為の実行としての事業活動を行った日」と解される。

本件決定は，医療機関等に対し平成１２年４月１日以降使用されるものとして販売する医療用医薬品を対象とし，原告は，本件決定後，平成１２年３月２２日に実施された宮城県病院局が平成１２年度上期分（平成１２年４月１日から同年９月３０日まで）として一括発注した医療用医薬品の入札に参加し，また，同年３月２７日までの間に，仙台市立病院，宮城県丸森町国民健康保険丸森病院及び公立佐沼総合病院に対して，同年４月１日から同年９月３０日までの同医療用医薬品の見積書を提出等している事実に照らせば，本件違反行為の「実行としての事業活動」の始期は平成１２年４月１日であり，その終期は前記のとおり原告が本件違反行為の「実行としての事業活動」を停止した同年１２月４日である。

(c) c（当該商品）について

法７条の２第１項において，課徴金の額の計算の基礎となる「当該商品の売上額」の「当該商品」とは，課徴金の対象となる違反行為の対象商品の範ちゅうに属する商品であって，当該違反行為による拘束を受けたものをいい，法は，課徴金によってはく奪しようとする事業者の不当な経済的利得を，具体的な法違反による現実的な経済的利得そのものとは切り離して，算定する売上額に一定の比率を乗じて一律かつ画一的に算出された金額を観念的にはく奪すべき事業者の経済的利得と擬制する立場をとり，もって簡明かつ迅速な処理を指向している。そこで，その算定はある程度定型的な基準で行うことが予定されており，本件決定の対象商品の範ちゅうに属する商品については，当該違反行為による拘束を受け，定性的に違反行為の影響が及ぶものであるから，原則として当該範囲に属する商品全体が課徴金の算定対象となるものというべきであって，当該対象商品の範ちゅうに属する商品は，違反行為を行った事業者が明示的又は黙示的に当該行為の対象からあえて除外したこと，あるいは，これと同視し得る合理的な理由によって定型的に違反行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情（以下，「本件特段の事情」と略称する。）が認められない限り，法７条の２第１項にいう「当該商品」に該当し，課徴金の算定対象に含まれると解される。

本件勧告審決によると，本件違反行為における対象商品の範ちゅうは，宮城県の区域に所在する医療機関等において平成１２年４月１日以降使用される医療用医薬品であり，しかも，前記(3)イ(ｷ)②のｉないしixに列挙された医療機関等を対象とする取引については明示的に合意の対象とされている。

原告は，本件違反行為の対象商品の範ちゅうに属する商品であっても，本件特段の事情が認められるものについては，本件違反行為

の拘束力が及ばず，法７条の２の「当該商品」からは除外されるべきであり，上記イ(イ)ｃの①ないし⑦の各取引については，いずれも本件特段の事情があると主張するが，これらの各取引については，本件特段の事情があるものと認めることはできず，これらの取引に係る商品は，いずれも前記範ちゅうに属するものであることは明らかであり，「当該商品」に属するものとして，課徴金の算定対象に含まれるというべきである（なお，審査官は，本件課徴金審判事件において，医療法人南東北病院総合南東北病院との取引は，課徴金の算定対象から除外した宮城県外に本部のあるチェーン調剤薬局との取引と同様，本件決定の拘束が及んでいないことが判明したとして，同病院に対する売上額を課徴金の算定対象から除外したので，本件課徴金審決はそれを前提に判断している。）。

(d) ｄ（消費税相当額）について

商品の購入者が支払う消費税相当額は，商品本体等の代金相当額の金員と同一の法的性質を有する金員として一体的に事業者に支払われ，事業者が，消費者から受領した金員の中から自らの義務として消費税を納付することが予定されているものであること，また，商品の販売に際して授受される金額にその内訳として明示されることも一般的にはなく，当該商品の価額の一部を構成するものとして社会的に認識されていること等にかんがみると，消費税相当額は，法的性質上も，また社会的認識上も，商品の「売上額」の一部といえる。法は，課徴金によってはく奪しようとする事業者の不当な経済的利得を，具体的な法違反行為による現実的な経済的利得そのものとは切り離して，一律かつ画一的に算定する売上額に一定の比率を乗じて算出された金額を観念的にはく奪すべき事業者の経済的利得と擬制する立場を取り，もって簡明かつ迅速な処理を指向する課

徴金制度の基本的姿勢に立っているのであるから，課徴金の対象となる売上額を現実的な不当利得との関係において解釈しなければならないという原告の主張は採用することができない。

3　争点

(1) 本件課徴金審判事件の審判手続において，審判官が本件勧告審決に示された認定事実は審判の対象外であり争うことができないとしたことは，法５２条に規定された原告の審判における防御権を侵害し，審判手続において取り調べた証拠によって事実を認定しなければならないとする法５４条の３の規定に違反し，憲法３１条の規定に違反するか。

(2) 本件勧告審決に示された認定事実には一見して明白かつ重大な事実誤認があり，これに準拠して本件違反行為を認定した本件課徴金審決は，法７条の２第１項にいう「不当な取引制限」で「商品の対価に係るもの」の要件の判断において，明白かつ重大な瑕疵があり，本件課徴金審決は違法な行政処分となるか。

(3) 本件勧告審決がその基礎とした本件違反行為の審査には重大な手続上の瑕疵があり，これに準拠した本件課徴金審決は憲法３１条の規定に違反するか。

(4) 法７条の２第１項の「実行としての事業活動」の有無及び原告主張の各取引に係る医療用医薬品が法７条の２第１項における「当該商品」に該当するか。

(5) 業者が地球温暖化ガスの排気量を削減するために行った自主規制については，法２条６項にいう「公共の利益」に反するとの指摘はされず，公然と実施されているとみられるのに，厚生省が，社会的に非難されている「不合理な薬価差」を解消する目的のため，薬価基準の改定に伴って発出した，新薬価基準からの必要最小限度の値引き率（調整幅）２パーセントの遵守を求める内容であるところの，厚生省健康政策局長通達（以下「本件厚生省通達」という。）の趣旨に従って行動した原告の行為については法に違反するとい

うのは，恣意的な法の運用であるとして，本件課徴金審決は違法となるか。

(6) 被告が，法７条の２第１項の「売上額」を求めるにつき，消費税に相当する額を含めて計算し，その結果に基づいて課徴金の額を決定して行った本件課徴金審決は違法となるか。

4　争点に関する当事者の主張

(1) 争点(1)について

ア　原告の主張

(ア) 本件課徴金審決の審判手続において，被告が原告に対し本件勧告審決に示された認定事実を争う機会を付与しなかったことは，法５２条１項，法５４条の３，法７条の２及び憲法３１条の各規定に定める原告の防御権を侵害する。

(イ) 被告は，上記の機会を付与しなかった理由を原告が本件勧告を応諾したことに求めるが，課徴金納付命令に関する法７条の２の規定は，排除措置命令に関する法３条及び７条の規定とは別個独立であり，課徴金納付命令の手続に関する法４８条の２の規定は，排除措置をとるべきことの勧告及び勧告審決に関する法４８条の規定とも別個独立であるため，課徴金納付命令と勧告審決は別個独立の行政処分であるというべきであって，原告が本件勧告を応諾したことにより，原告に対して本件勧告審決に示された認定事実を争う機会を付与しないことが適法になるものではない。

しかも，本件勧告に対して原告がした応諾は，審決手続や審決後に訴訟等で争うことの時間的経済的損失等についての種々の考慮から，本件違反行為の存否にかかわらず，便宜的に行ったものにすぎず，応諾の内容も，原告が排除措置をとるべきことの勧告に対するものであり，原告が本件違反行為の存在及びこれに対する法律の適用を認めたものではないのであるから，原告が本件違反行為が存在することを承認した事実は

なく，したがって，原告において本件勧告に対して本件違反行為を争う機会があるにもかかわらずそれを放棄したことはない。

一方，勧告審決制度は，簡易迅速な処理を目的とした制度であるから，本件勧告審決においても，本件違反行為の存否についての被告の判断は示されておらず，本件勧告審決によって本件違反行為の存在が確定するものではない。そこで，本件勧告審決に記載された認定事実は，本件違反行為が存在する旨の事実認定としての拘束力を有するものではない。

よって，本件課徴金審判事件においては，法５２条に定められているとおり，原告に対し本件違反行為の存在を争う機会が付与されるべきであって，本件勧告を応諾した上で本件違反行為を争うことは，手続上の信義則や禁反言の原則に何ら反するものではないものであるところ，被告は，原告に対し，本件課徴金納付命令の発令に至るまでの間に，本件勧告審決の主文に係る本件違反行為の存否，及び，かかる行為が「不当な取引制限で，商品の対価に係るもの」に該当するか否かについて争う機会を一切与えなかったものであるから，これは，被告が「審判手続において取り調べた証拠」によらず本件違反行為を認定したことにほかならず，法５４条の３の規定にも違反する。

(ｳ) よって，本件課徴金審判事件の審判手続は，法５２条及び法５４条の３の各規定に違反し，法定手続を保障する憲法３１条の規定に違反する。

イ　被告の主張

(ｱ) 本件違反行為の存否は，本件課徴金審判事件における審理の対象外である。同事件の審判手続は，確定した本件勧告審決に係る本件違反行為について同一の原告に対して発せられた本件課徴金納付命令に係るものであって，法は，課徴金の納付に係る手続は，本件勧告審決における本件違反行為の存在を前提にして進められることを予定し，本件課徴金審判事件において改めて本件違反行為の存否について審理することは予定

していないし，原告にこれを争う機会を与えなければならないとする理由も存しない。

(ｲ) 原告が，本件勧告に示された本件違反行為の存在を争うのであれば，本件勧告を応諾せず，被告が開始する法４９条の審判手続において主張立証を尽くして本件違反行為の存否を争うことができたはずであるが，原告は，本件勧告を応諾した上，本件勧告審決をも確定させ，同審決の主文に記載された排除措置を履行し，本件違反行為を取りやめていることを原告の取締役会決議によって確認し，被告の承認を得て，原告の代表取締役社長名で，当該取締役会決議の内容及び今後本件違反行為と同様の行為を行わず各事業者が自主的に販売活動を行う旨を，従業員及び取引先の医療機関等に通知した上で，上記措置の内容を被告に報告している。

原告は，本件勧告に対して原告がした応諾は，時間的経済的損失等についての種々の考慮から便宜的に行ったものにすぎないと主張するが，被告は，不当な取引制限をした事業者について，法７条の２の要件を充たした場合には，その事業者に対し課徴金の納付を命じなければならないのであるから，本件勧告を応諾した原告は，課徴金の経済的負担及び公共の発注機関による指名停止等のペナルティを受ける可能性があることは十分に認識していたのであり，原告の主張は理由がない。

(ｳ) 本件勧告の名宛人である原告がその自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示をした以上，仮に，勧告に際し，被告が認めた事実に誤りがあり，ひいては勧告に瑕疵があるといい得る場合であっても，勧告の応諾により被告が事実を認定する必要がなくなった以上，それは本件勧告審決自体の違法事由になることはなく，その後の手続においても，本件違反行為の不存在を理由として本件勧告審決の違法性を主張することはできないと解すべきである。

東京高等裁判所

また，原告が，本件勧告を受けた後，本件違反行為について争う機会を放棄して本件勧告を応諾し，本件勧告審決を受け，それを確定させ，同審決主文記載の本件違反行為について排除措置を履行した以上，少なくとも，本件勧告審決を行った被告と同審決の名宛人である原告との間においては，本件課徴金審判事件において，排除措置をとるべきことを命ずる本件勧告審決の主文に係る本件違反行為を争い，原告が本件違反行為が存在することを承認したものではないと主張をすることは，手続上の信義則及び禁反言の原則に反するものになるというべきである。仮に，このような主張が許されるとすれば，勧告審決に基づく排除措置がとられても，その名宛人が課徴金審判事件において勧告審決の主文に係る違反行為の存在を否定することにより，対外的に違反行為の有無及びその内容が不明確な状態が発生し，勧告審決の命ずる措置は実効性と法的安定性を欠き，同審決に対する信頼が失われることになり，これでは公正かつ自由な競争を促進するという法の目的に反する結果となることは明らかである。よって，原告の上記主張は失当である。

(2) 争点(2)について

ア 原告の主張

本件勧告審決に示された認定事実には，以下の一見して明白かつ重大な事実誤認があり，これに基づいて本件違反行為を認定した本件課徴金審決は，法７条の２第１項にいう「不当な取引制限」で「商品の対価に係るもの」の要件の判断において，明白かつ重大な瑕疵があるというべきであり，本件課徴金審決は違法な行政処分である。

(ｱ) 本件勧告審決において示された認定事実の中では，被告は，平成１２年３月１６日ころに仙台東急ホテルで開催された宮城県流通委員会と称する会合において本件決定がされたと述べているが，被告は，上記会合の日時場所の認定を誤っているほか，同認定事実の中で述べる「他社札」，

「自社札」及び「休戦」の意味についての理解を誤っており，以上の事実誤認の結果に基づいて，本件違反行為の存在を認定している。

(イ) 原告は，本件厚生省通達の趣旨に従って，新薬価基準からの必要最小限度の値引き率（調整幅）２パーセントを遵守するために，公共の利益のために行動したものであるのに，本件課徴金審決はこの点を無視して形式的に法違反の事実を認定しているところ，同審決が同事実を認定するにつき依拠した本件勧告審決では，原告の行為が「公共の利益に反し」たものであることの要件について検討をしていない。

(ウ) 本件決定は，自社札の値引き率６．６パーセントについて医療用医薬品全体の加重平均値を値引き率算定の根拠としたが，取引制限をしたとされる時点では，その加重平均値の算出は困難である。

また，本件厚生省通達に示された調整幅２パーセントの数値目標は，取引において実際に用いられる税抜き換算値では６．６パーセントになり，この数値は，平成１２年初めから医薬品卸業者の間において全国的に知られており，宮城県の医薬品卸業者の間でも周知の事実であるところ，この合意は，上記(イ)のとおり，本件厚生省通達に協力するものである。

(エ) 「不当な取引制限」の要件である「一定の取引分野」及び「競争の実質的制限」を認定するには，多種多様な１万品目の医療用医薬品の競争関係とその価格競争に対する影響について特定する必要があるが，本件勧告審決においては，その特定が全くなく，「一定の取引分野」及び「競争の実質的制限」を認定することはできないはずであるのに，本件違反行為を認定したのであるから，本件勧告審決は違法である。

(オ) 入札談合と価格協定は，共に不当な取引制限であるが，入札談合の場合には，入札参加者が相互に特定の入札への参加者であることを確認した上で参加者間で受注予定者を選定し，受注予定者がその入札において

落札することができるように参加者間で入札価格の調整をするものであるのに対し，価格協定の場合には，価格を斉一するものであるが，価格が斉一になれば入札予定者を選定することはできないのであって，これらはそれぞれ構成要件が相互背反する関係にある。なお，本件勧告審決は，平成１２年度の宮城県の国公立病院等の入札における談合行為又は見積合わせの談合行為の事実を記載することなく，原告らの平成１２年度における国公立病院等への納入を算定の基礎に含めて本件課徴金納付命令を発しているのであって，上記のとおり入札談合と価格協定の構成要件が相互背反していることに照らしても，本件勧告審決は明らかに法的根拠がない。

イ　被告の主張

原告の主張は，本件勧告審決に示された認定事実を争うものであるが，同審決は確定しており，同審決に示された認定事実に係る瑕疵は，本件課徴金納付命令に係る本件課徴金審判事件の審理の対象外であって，同事件においては原告に対し本件違反行為の存在について争う機会を与える必要はないものである。

本件勧告の前提とする事実に一見して明白かつ重大な瑕疵があるのであれば，原告はこれを応諾するはずがなく，原告の上記主張は失当である。

(3)　争点(3)について

ア　原告の主張

本件勧告審決がその基礎とした本件違反行為の審査には，以下のような重大な手続上の瑕疵があり，それに基づく本件課徴金審決も，憲法３１条の規定に違反している。

(ｱ) 被告は，かねてから行政指導に従う行為については法上の問題が生じないことを表明しているが，本件は，法に優先して特別法である健康保険法が適用されるべき事案であって，本件違反行為は本件厚生省通達に

準拠して「不合理な薬価差の解消」を目的とする行為であり，これに法を適用することは，これまでのその運用指針に明らかに違反し，重大な手続上の瑕疵のある違法な行政処分である。

(ｲ) 被告は，個別案件について「事業者団体の活動に関する事前相談制度について」により被告に事前相談して法律の規定に抵触するものでない旨の回答を得たものについては，法律の規定に抵触することを理由として法的措置をとることはしないとしていたものである。本件では，原告らが所属する日本医薬品卸業連合会が，本件厚生省通達に対応した会員宛要請文書を作成し，発送しているが，同文書は，これを発送するに当たり，法違反として責任を追及されないよう，同連合会の役員らが，平成１２年２月に，被告事務総局に書面を持参して相談し，被告の指導を受けて一部修正して，被告の了解を得た上で会員に発送したものであり，かかる文書に記載された内容の活動に対してされた被告の一連の審査は，憲法３１条の規定に違反する。

(ｳ) 被告による平成１２年１２月５日の立入検査時に審査官が提示し告知した事件名は，「宮城県医薬品卸組合ほか東北地区に所在する医薬品卸業者の団体らに対する独占禁止法違反事件」であって，その法違反容疑者は上記のとおり医薬品卸業者の団体らであり，違反事件名は法８条１項違反であったが，平成１３年１２月３日の本件勧告以降の名宛人は卸業者であって，違反事件名は法３条違反であり，審査段階の告知内容と異なる以上，被告の本件違反行為の審査手続には重大な瑕疵があるから，被告の審査手続は，憲法３１条の規定に違反する。

イ　被告の主張

(ｱ) 原告が本件違反行為の審査における手続上の瑕疵として主張する事項は，本件課徴金審決の取消原因となるものではなく，仮に，本件勧告に原告主張のような重大な手続上の瑕疵が存在するのであれば，原告が本

件勧告を応諾するはずがないから，原告の主張は失当である。

(ｲ) 原告が主張するところの，本件厚生省通達の遵守を求める要請文についての事前相談の事実はなく，被告がその内容を承認した事実はないから，原告の主張は失当である。

(ｳ) 被告が審査の当初の段階において告知した行為及び適用法条と，実際の処分の対象となる行為及び適用法条とが異なったとしても，それが直ちに違法になるものではない。いずれの法条を適用するかは被告の裁量であり，原告が違法を主張するのであれば本件勧告を応諾せずに審判手続において争うことができたのであるから，仮に，本件勧告審決がその基礎とした本件違反行為の審査手続に違法があったとしても，その違法は，原告が本件勧告を応諾し，本件勧告審決に従って排除措置を履行したことにより，治癒されたと見るべきである。

(4) 争点(4)について

ア　原告の主張

(ｱ) 法７条の２第１項に定める「実行としての事業活動」の存在は，課徴金納付命令の要件であるところ，本件課徴金審決においては，同要件は本件違反行為に関する課徴金を算定するための始期と終期を算定するための要件にすぎないとしているが，同項は，課徴金納付命令の対象となる行為の要件を定めており，「実行としての事業活動」は，金銭的負担を課する課徴金納付命令の対象となる事業活動の始期と終期を特定するとともに，当然にその前提として，「実行としての事業活動」を「商品の対価に係るもの」の要件に付加しているのであるから，排除措置の場合より厳密な競争制限的合意の認定が必要であり，課徴金納付命令の対象となる行為については競争制限的合意の「実行としての事業活動」が具体的な行為として特定される必要がある。

(ｲ) 本件においては，「商品の対価に係る合意」が存在しないので，競争

制限的合意の「実行としての事業活動」が存在する余地はなく，本件課徴金納付命令は，法７条の２第１項の要件を充たしていない。

(ｳ) 法７条の２第１項に定める「当該商品」とは，同項の趣旨に照らすと，競争制限的合意の対象となった商品を指し，本件課徴金審決の対象商品とは「自社札」又は「他社札」であって，これは競争関係が何ら特定されていない１万１０００余の効果・効能の異なる医療用医薬品であり，競争制限の対象となるように特定されていないのであるから，課徴金の算定対象にはならない。加えて，多数の国公立病院の入札に関する違反行為を具体的に認定することなく，同入札の対象を課徴金の算定対象となる当該商品に含めているなど，前記第２の２(4)イ(ｲ)Ｃに掲げる各取引に係る医療用医薬品については，法７条の２第１項にいう「当該商品」に該当しない本件特段の事情がある。

イ　被告の主張

(ｱ) 法７条の２第１項に定める「実行としての事業活動」の要件は，課徴金を算定するに当たっての実行期間の始期と終期を算定するための要件であることは文理上明らかであり，カルテルについていえば，カルテルの内容実現に向けての何らかの外部的な行動をいい，価格カルテルが特定の日以後に納入する商品を対象として行われ，それへ向けての価格交渉等の行動が行われた場合には，当該特定の日が当該行為の実行としての事業活動を行った日として実行期間の始期となると解すべきである。本件においては，医療機関等に対し，平成１２年４月１日以降使用されるものとして販売する医療用医薬品を対象とするものであって，実行期間の始期と終期は，本件課徴金審決が認定するとおりである。

(ｲ) 本件においては，「商品の対価に係る合意」が存在しないので，競争制限的合意の「実行としての事業活動」が存在する余地はないというのは，原告独自の主張を前提とするものであって，前提において誤ってい

る以上，失当である。

(ｳ) 法７条の２第１項において，課徴金の額の計算の基礎となる「当該商品の売上額」の「当該商品」とは，課徴金の対象となる違反行為の対象商品の範ちゅうに属する商品であって，当該違反行為による拘束を受けたものをいい，法は，課徴金によってはく奪しようとする事業者の不当な経済的利得を，具体的な法違反による現実的な経済的利得そのものとは切り離して，算定する売上額に一定の比率を乗じて一律かつ画一的に算出された金額を観念的にはく奪すべき事業者の経済的利得と擬制する立場をとり，もって簡明かつ迅速な処理を指向している。そこで，その算定はある程度定型的な基準で行うことが予定されており，本件決定の対象商品の範ちゅうに属する商品については，当該違反行為による拘束を受け，定性的に違反行為の影響が及ぶものであるから，原則として当該範囲に属する商品全体が課徴金の算定対象となるものというべきであって，原告の主張に係る取引の商品は，いずれも上記範ちゅうに属するものであることは明らかであり，これについて原告が主張する本件特段の事情は認められず，いずれも「当該商品」に属するものとして，課徴金の算定対象に含まれるというべきである。

(5) 争点(5)について

ア　原告の主張

業界が地球温暖化ガスの排気量を削減するために自主規制をすることについては，法２条６項にいう「公共の利益」に反するとの指摘はされていないのに，原告が，公共の利益にかなうものとして，社会的に非難されている「不合理な薬価差」を解消するために，本件厚生省通達により明確にされた削減目標数値を，業界の一員として遵守する自主的行為をした場合には，その行為は法に違反するというのは，恣意的な法の運用であり，この点からみても，本件課徴金審決は違法である。

イ　被告の主張

本件違反行為は，一定の販売分野における競争について不当な取引制限をした行為であって，地球温暖化ガス排気量削減のための自主規制と同様の行為であるといい得るものではなく，同自主規制と原告の行為を同視する原告の主張は失当である。

(6) 争点(6)について

ア　原告の主張

以下のように，法７条の２第１項の売上額を計算するに当たっては，消費税に相当する額を除外すべきところ，被告は，消費税に相当する額を含めて売上額を計算した結果に基づいて本件課徴金納付命令を発したのであるから，本件課徴金審決は違法である。

(ｱ) 被告は，課徴金制度の導入時において，同制度の趣旨は価格カルテルにより得られた不当な経済的利益のはく奪と説明しているところ，消費税は，消費者が負担し，事業者がそれを預かって国庫に納入しているものにすぎず，事業者の収益でもなければ，価格カルテル等による不当利得とも全く関係がないのであるから，消費税相当額をもって，原告の現実の不当な経済的利得とみることはできず，課徴金の算定の基礎となる売上額には消費税相当額は含めるべきではない。

(ｲ) 施行令５条は，法７条の２第１項の売上額について，「売上額は実行期間中に引き渡した商品の対価の額を合計とする」と規定しており，消費税法２８条によれば，課税資産の譲渡の対価の額には，その消費税に相当する額を含まないとされている。

(ｳ) 原告は，対価の５パーセントの額を明示して請求し，収受した消費税相当額は仮受金として保管し，年度末に国及び地方公共団体に納付しているから，被告においてその額の算出も明確かつ容易にし得ることである。

イ　被告の主張

以下のように，法７条の２第１項の売上額を計算するに当たっては消費税に相当する額が含まれるのであるから，本件課徴金審決は適法である。

(ｱ) 法は，課徴金によってはく奪しようとする事業者の不当な経済的利得を，具体的な法違反行為による現実的な経済的利得そのものとは切り離して，一律かつ画一的に算定する売上額に一定の比率を乗じて算出された金額を観念的にはく奪すべき事業者の経済的利得と擬制する立場を取り，もって簡明かつ迅速な処理を指向する課徴金制度の基本的姿勢に立っているのであるから，課徴金の対象となる売上額を現実的な不当利得との関係において解釈しなければならないものではない。今後も経済情勢の推移に応じて刻々変化する諸税金について，その一つ一つの税額を算定し，これを売上額の中から控除することは実務上極めて困難であり，これを求めることは課徴金制度の実効性を著しく減殺するのであるから，消費税を売上額から控除すべき合理性は認められない。

(ｲ) 消費税法２８条１項の「対価」の定義が当然に他の法律における「対価」の意義を確定させる根拠になり得るものではない。消費税相当額は，商品本体等の代金相当額の金員と同一の法的性質を有する金員として一体的に事業者に支払われ，事業者が，消費者から受領した金員の中から自らの義務として消費税を納付することが予定されているものであること，また，商品の販売に際して授受される金額にその内訳として明示されることも一般的にはなく，当該商品の価額の一部を構成するものとして社会的に認識されていること等にかんがみると，消費税相当額は，法的性質上も，また社会的認識上も，商品の「売上額」の一部といえる。

(ｳ) 一般に，商品の「対価」とは商品の「販売価格」を指すものということができ，消費税については，消費税法が，商品の販売等の資産の譲渡の場合には，当該商品を販売する事業者等の資産の譲渡を行った事業者

を消費税の納税義務者としており，商品の購入者等の資産の譲受人は消費税相当額を経済的に転嫁されて負担する立場にとどまり，法律的には納税者ではなく，商品の購入者が支払う消費税相当額は，商品本体等の代金額の金員と同一の法的性質を有する金員として一体的に事業者に支払われ，事業者が，消費者から受領した金員の中から自らの義務として消費税を納付することが予定されているため，消費税相当額は，法的性質上，商品の「販売価格」の一部であり，施行令５条にいう「商品の対価」に含まれるというべきである。

第３　当裁判所の判断

１　争点(1)について

(1) 前記前提事実によれば，本件勧告審決は，本件勧告に対し原告がこれを応諾したことにより，被告が法４８条４項の規定に基づいてした審決であって，その内容は本件勧告と同趣旨であり，また，本件課徴金審決は，本件勧告審決が確定した後に，同審決に係る本件違反行為について発せられた本件課徴金納付命令に係る審決である。

(2) 争点(1)について判断するにつき，まず，勧告審決の制度を検討すると次のとおりである。

ア　勧告審決は，法４８条１項ないし４項に規定され，被告が，法３条の規定に違反する行為があると認める場合，又は，当該違反行為が既になくなっていると認める場合において，特に必要があると認めるときは，当該違反行為をしているもの又は当該違反行為を行ったものに対し，排除措置をとるべきことを勧告することができ，当該勧告を受けたものがそれを応諾したときは，被告は，審判手続を経ないで当該勧告と同趣旨の排除措置をとるべきことを命ずる勧告審決をすることができるとされている。

イ　この勧告審決の制度の趣旨は，本来，排除措置が，審判手続を経由し，そこにおいて取り調べた証拠に基づいて違反行為の存在を確定した上でさ

れる審決によって命じられるのを原則とするところ（法５４条１項），違反行為をしたもの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上で排除措置をとるべきことを命ずる必要がないのであるから，法の目的を簡易，迅速に実現するとの見地から，違反行為の存在を確定するための審判手続を省略するとともに，排除措置の履行を応諾者の自主的な実践に委ねることなく，審決がされた場合と同一の法的強制力によってその履行を確保するために，直ちに審決の形式をもって排除措置をとるべきことを命ずることとしたものであると解される。

この趣旨に照らすと，正規の審判手続を経てされる審決が被告による証拠をもってする違反行為の存在の認定を要件とするのに対し，勧告審決においては，被告による違反行為の存在の認定は，その要件ではなく，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ものと解される（最高裁判所昭和４６年（行ツ）第６６号同５０年１１月２８日第三小法廷判決・民集２９巻１０号１５９２頁，最高裁判所昭和５０年（行ツ）第１１２号同５３年４月４日第３小法廷判決・民集３２巻３号５１５頁，最高裁判所昭和６０年(オ)第９３３号・同第１１６２号平成元年１２月８日第２小法廷判決・民集４３巻１１号１２５９頁参照)。

ウ　上記勧告の手続においては，その名宛人による応諾が，違反行為の事実及びその法的評価並びに当該行為を排除するためにとるべき措置等を正しく認識した上での自由な意思表示として行われることを確保するため，被告は，事実及び法令の適用，並びに違反行為を排除し，又は違反行為が排除されたことを確保するための具体的措置を記載し，かつ，委員長及び議決に参加した委員が署名押印した勧告書の謄本を送達して，これを行い，当該謄本には，勧告を応諾するか否かを通知すべき期間，及び勧告を応諾したときは被告は勧告と同趣旨の審決をする旨を記載した通知書を添付す

るものとされている（平成１３年１２月２６日号外公正取引委員会規則第８号による廃止前の公正取引委員会の審査及び審判に関する規則（昭和２８年１０月１０日公正取引委員会規則第５号）２０条）。

上記勧告を受けたものは，指定された期間内に文書によってその諾否を通知しなければならず（上記規則２１条１項），上記勧告を受けたものが当該勧告を応諾したときは，被告は，審判手続を経ないで当該勧告と同趣旨の審決をするため，勧告審決の名宛人は，被告が認定し，勧告書に記載した事実及び法令の適用を前提とした違反行為の排除措置をとることになる。

他方，勧告の名宛人が被告に対しこれを応諾しない旨の通知をした場合において，事件を審判手続に付することが公共の利益に適合すると認めるときは，被告は，当該事件について審判手続を開始することになる（法４９条１項）。

エ　勧告審決は，被告が，審判手続を経ないで審決をするのであるから，事実の認定を行うものではないにせよ，これも審決であることから，法５７条の適用があり，同審決に係る審決書には，被告の認定した事実及びこれに対する法令の適用（上記規則２０条１項１号参照）を示さなければならないが，その趣旨は，審判手続による事実の認定を行わない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，上記の事項を記載する必要があるとされているものと解される。

(3) 次に，課徴金納付命令の制度についてみると，次のとおりである。

ア　課徴金納付命令の制度は，排除措置をとるべきこととする命令に加えて，違反行為に対する制裁をより実効のあるものとし，また，不当な利得を放置することを防止する観点から設けられたものであり，被告は，法７条の２第１項に規定する事実があると認める場合には，事業者又は事業者団体

の構成事業者に対し，同項又は同第２項に定める課徴金を国庫に納付することを命じなければならないとされている（法４８条の２第１項）。

イ　この課徴金納付命令に不服があるものは，被告に対し当該事件について審判手続の開始を請求することができ（同条５項），審判に際して，当該事件について排除等の措置又は法７条の２第１項の規定により課徴金の納付を命ずることが不当である理由を述べ，かつ，これを立証する資料を提出し，被告に対し，必要な参考人を審訊し，鑑定人に鑑定を命じ，帳簿書類その他の物件の所持者に対し当該物件の提出を命じ，若しくは必要な場所に立ち入って業務及び財産の状況，帳簿書類その他の物件を検査することを求め，又は被告が出頭を命じた参考人若しくは鑑定人を審訊するなどの防御権を行使することかできるとされている（法５２条１項）。

(4) ア　この審判手続と課徴金納付命令の制度の間では，法は，違反行為について審判手続が開始された場合には，当該審判手続が終了した後でなければ，課徴金の納付を命ずることができないと規定し（法４８条の２第１項ただし書），課徴金納付命令の前提となる違反行為の存在を確定させてから納付手続に移行するものとしている。

その趣旨は，違反行為の存否について争いがある場合，まず排除措置の前提となる違反行為に関する事実の存否についての判断を確定し，その判断を前提として，さらに課徴金納付命令に必要な固有の要件を検討した上で課徴金の納付を命ずることによって，同一の違反行為について，排除措置をとるべきことを命ずる手続と課徴金の納付を命令ずる手続とで，同一事業者に対する同一の違反行為の事実認定が不統一になること及び同一行政庁における審理の重複による手続上の遅延等の不経済を回避するためであると解される。

また，勧告審決は，前記のように，勧告の名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示に基づき，被告による事実認定の手続をとらずに

されるものであるから，法８０条，８１条及び８２条１号のいわゆる実質的証拠の原則に関する規定は適用がないものと解され，法７７条の規定による勧告審決に対する取消訴訟も，その取消事由としては，審決の基礎となった事実を立証する実質的な証拠がない場合を挙げることはできず，審決が憲法その他の法令に違反する場合（法８２条２号）に限定されると解される。

してみると，勧告審決の場合には，違反行為の不存在は同審決の取消原因にならず，憲法その他の法令に違反する場合でなければ，同審決は取り消されることなく確定するのであり，同審決が確定する以上，同審決は，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ものというべきである。

イ　そして，法４８条の２第１項ただし書の上記趣旨に照らすと，自由な意思によって一たび勧告を応諾し，確定した勧告審決の名宛人が，同手続に続き課徴金納付命令を受けた場合に，これを不服として開始された審判手続において，違反行為の存否について争うことができるとすることは，同一事業者に対する同一の違反行為の事実認定が不統一になること及び同一行政庁における審理の重複による手続上の遅延等の不経済が生じることになるから，上記のような取扱いを許容することに合理的な根拠を認めることはできないばかりか，手続上の信義則及び禁反言の原則並びに一事不再理の原則に反し，許されないというべきである。

(5) これに対して，原告は，法５２条１項において，被審人又はその代理人は，審判に際して，被告が当該事件について排除等の措置又は法７条の２第１項の規定により課徴金の納付を命ずることが不当である理由を述べることができる旨を規定しているところ，本件課徴金審決の審判手続において，原告の防御権が侵害されたと主張するが，同条は，課徴金審判事件において違反行為の存在を争うことができるのは，排除措置の手続を経ることなく直接に課

徴金の納付を命じられた場合を想定していると考えられ，既に述べたとおり，原告には，勧告書の謄本の送達を受けた際に，勧告審決の主文に係る違反行為の基礎となった「事実及び法令の適用」を示されるとともに，勧告に対する応諾をするか否かの回答を求める同謄本添付の通知書を受けた段階において，当該違反行為の存在を争う機会が付与されており，原告が違反行為の存在を争うのであれば，本件勧告を応諾しない旨を被告に通知し，被告が当該事件について審判手続を開始（法４９条１項）した場合には，審判開始決定書記載の事実及び法令の適用を争って，法５２条に定められた防御権を行使することができたものであるというべきであるから，本件勧告を応諾し，これに続く本件勧告審決を争うことなく確定させ，本件課徴金納付命令が発せられた時点において，その基礎となった本件違反行為の存在を再度争う機会を許容する合理的な根拠を認めることはできない。

(6) その他，原告は，本件勧告審決の主文に係る違反行為の存否は，本件課徴金審判事件の審理の対象であるとの前提の下に，原告は，本件課徴金納付命令を受けるまでの間，本件勧告審決の主文に係る違反行為の存在及び同行為が「不当な取引制限」で「商品の対価」に係るものに該当するか否かについて争う機会が与えられていないとして，本件課徴金審決が法５４条の３，法５２条１項，法７条の２及び憲法３１条の各規定に違反する旨を主張するが，本件勧告審決に示された認定事実に係る瑕疵は，課徴金納付命令に係る課徴金審判事件の審理の対象外であり，被告が，本件違反行為の存否を本件課徴金審決に係る審判における審理の対象外とした措置が，原告の指摘する法の上記各規定や憲法３１条の規定に違反するものでないことは，既に説示したところから明らかというべきである。

(7) よって，争点(1)についての原告の主張は，採用することができない。

2　争点(2)について

上記において判示したとおり，本件勧告審決に示された認定事実に係る瑕疵

は，課徴金納付命令に係る課徴金審判事件の審理の対象外であって，原告が，本件勧告審決の認定事実に一見して明白かつ重大な事実誤認があると主張するのであれば，平成１３年１２月３日に被告から本件勧告審決記載の事実と同一の事実が勧告の中で示された時点において，その主張をすれば足りるのであって，本件勧告を応諾し本件課徴金納付命令が発せられた時点において，再度の争いを許すべきではない。

よって，争点(2)についての原告の主張は，採用することができない。

3　争点(3)について

(1) 原告が，争点(3)に関して，重大な手続上の瑕疵とする各主張は，つまるところ，本件違反行為に対する被告の評価又は評価に至る手続についての瑕疵を指摘することに帰するものというべきところ，本件違反行為の審査手続に，原告の本件勧告への応諾がその自由な意思に基づくものと認めることを妨げるような重大な手続上の瑕疵が存在するというのであれば格別，既に述べたとおり，原告はその自由な意思に基づいて本件勧告を応諾したものと認められる以上，本件違反行為の審査手続の過程における瑕疵も，本件違反行為の存否や事実誤認の場合と同様，本件課徴金審判事件の審判の対象外であるというべきであるから，原告の争点(3)についての各主張は，その点において既に失当というべきであるが，念のため，原告の各主張に対する当裁判所の判断を示すと，次のとおりである。

(2) 原告は，原告の行為は，本件厚生省通達に準拠して行った行為であって，これを違反として問うことには，重大な手続上の瑕疵があると主張するが，本件課徴金審判事件の証拠関係によれば，本件厚生省通達に準拠することが，本件違反行為を是認するものであることを認めるに足りる証拠はなく，原告の主張はその前提を欠くものというべきである。原告の主張は，本件厚生省通達により，医療用医薬品の販売分野における競争を実質的に制限することが許容されると主張しているに等しく，到底採用することができない。

東　京　高　等　裁　判　所

(3) 原告は，日本医薬品卸業連合会が作成した要請文書は，平成１２年２月に被告に事前相談を受け承認を得た文書であり，法律の規定に抵触するものでない旨の回答を得たと主張するが，本件課徴金審判事件の証拠関係によれば，同文書が被告の平成７年１０月３０日付け「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」による事前相談制度に基づいて作成された書面であることを認めるに足りる証拠はなく，同文書は，単に，同連合会が，医療機関等に対して，平成１２年４月の薬価改定の趣旨の理解を求める要請文書として作成したにすぎないものであると認められ，薬価差の解消のために，医薬品卸業者間において，本件違反行為である取引先制限協定や自社札の値引き率の制約の合意をすることを許容する趣旨の文言を認めることはできず，かえって，「取引価格等取引条件に係わる事項は，団体又は同業者間で話し合うべきものではなく，各事業者が個々に自己の責任において決定すべきものでありますので，この点について十分ご留意下さい。」と明記されていることが認められるのであり（審５），原告の主張は，その前提を欠くものというべきであって，採用することができない。

(4) 原告は，被告が立入検査を行った際に提示し告知した違反事件名及び違反容疑者名は，本件勧告以降の違反事件名及び名宛人と異なるものであるから，被告の本件違反行為についての審査手続には，重大な瑕疵があり，憲法３１条に違反すると主張する。

しかしながら，被告が必要な調査をするために，法４６条１項各号の規定に基づいて立入検査を行った場合に，その後も必ず立入検査の際に告知したとおりの違反事件名や名宛人を維持しなければならないとする法律上の根拠は全くなく，調査は流動的であって，被告には審査手続の運用に関し合理的な裁量が認められるべきであることに加え，不当な取引制限を禁止して，公正かつ自由な競争を促進するという法の目的に照らせば，審査段階における告知内容及び適用法条と，実際に処分の対象となった行為及び適用法条とが

異なったとしても，これを直ちに違法とすべき実質的な理由は認められない。また，審査手続に違法があったのであれば，排除措置に係る勧告を受けたときに，これに対して不服がある名宛人には審査手続の違法を争う機会が付与されているのであるから，原告の同主張は，採用することができない。

(5) よって，争点(3)についての原告の主張は，採用することができない。

4 争点(4)について

(1) 原告は，法７条の２第１項の規定は，「実行としての事業活動」を，事業活動の始期と終期を特定する要件とするとともに，これを「商品の対価に係るもの」の要件に付加しているものと主張するが，「実行としての事業活動」の要件は，課徴金を算定するに当たっての実行期間の始期と終期を算定するための要件であることは文理上明らかである。そして，その実行とは，本件では，価格カルテルが平成１２年４月１日以降に納入する商品を対象として行われ，原告がそれへ向けての価格交渉等の行動を行っていたことが認められるのであるから（査１，４，７，審２６），同日が当該行為の実行としての事業活動を行った日として実行期間の始期となることは明らかである。

(2) また，原告は，本件においては，「商品の対価に係る合意」が存在しないので，競争制限的合意の「実行としての事業活動」が存在する余地はないと主張するが，これは，本件勧告審決において示された認定事実の不存在を主張しているものであって，争点(1)について判示したとおり，同主張は採用することができない。

(3) さらに，原告は，法７条の２第１項に定める「当該商品」とは競争制限的合意の対象となった商品を指し，本件課徴金審決の対象とされた商品は，競争関係が何ら特定されていない１万１０００余の効果・効能の異なる医療用医薬品であるから，課徴金の算定対象にならないと主張するが，同項における「当該商品」とは，課徴金の対象となる違反行為の対象商品の範ちゅうに属する商品であって，当該違反行為による拘束を受けたものをいい，法は，

東京高等裁判所

課徴金によってはく奪しようとする事業者の不当な経済的利得を，具体的な法違反による現実的な経済的利得そのものとは切り離して，算定する売上額に一定の比率を乗じて一律かつ画一的に算出された金額を観念的にはく奪すべき事業者の経済的利得と擬制しているのであるから，本件特段の事情が認められない限り，当該範囲に属する商品全体が課徴金の算定対象となるものというべきであって，本件課徴金審決において認定されているとおり，原告の主張に係る取引の商品は，いずれも上記範ちゅうに属するものであることは明らかであり，これについて，本件課徴金審判事件記録上，原告が主張する本件特段の事情は認められず，上記商品は「当該商品」に属するものとして，課徴金の算定対象に含まれるというべきである。

(4) よって，争点(4)についての原告の主張は，採用することができない。

5 争点(5)について

本件違反行為は，他社札を相互に奪わないという取引先の制限の合意と共に，これを踏まえて自らが納入することを予定した医療用医薬品につき医療機関等に対し提示する見積額について，本件決定により定められた薬価からの値引き率の上限の下に行ったものであって，原告の主張する地球温暖化ガス排気量削減を目的とした業界の自主規制とは，およそ同列に論じることができるようなものではなく，原告の主張は失当である。

よって，争点(5)についての原告の主張は，到底採用することができない。

6 争点(6)について

商品の購入者が支払う消費税相当額は，商品本体等の代金相当額の金員と同一の法的性質を有する金員として一体的に事業者に支払われ，事業者が，消費者から受領した金員の中から自らの義務として消費税を納付することが予定されているものであり，また，商品の販売に際して授受される金額にその内訳として明示されることも一般的にはなく，当該商品の価額の一部を構成するものとして社会的に認識されているのであるから，消費税相当額は，法的性質上も

また社会的認識上も商品の「売上額」の一部であるというべきである。また，法は，課徴金によってはく奪しようとする事業者の不当な経済的利得を，具体的な法違反行為による現実的な経済的利得そのものとは切り離して，一律かつ画一的に算定する売上額に一定の比率を乗じて算出された金額を観念的にはく奪すべき事業者の経済的利得と擬制する立場を取り，もって簡明かつ迅速な処理を指向する課徴金制度の基本的姿勢に立っているのであるから，課徴金の対象となる売上額を，事業者が具体的な違反行為によって現実に利得した部分に限定して解釈しなければならないものではないというべきである（東京高等裁判所平成１８年２月２４日判決・公正取引委員会審決集第５２巻７４４頁参照）。

よって，争点(6)についての原告の主張は，採用することができない。

7　当裁判所における新証拠提出の可否について

原告は，当裁判所に対し，甲第１号証ないし第８号証の文書について，いずれも法８１条１項ただし書により同項２号に該当するものとして新証拠の申出をし，その理由として，甲第１号証ないし第５号証及び第８号証につき，原告は，本件課徴金審判事件において，法６９条の規定に基づいて，平成１６年２月１０日に審査官手持ち資料のすべての閲覧及び謄写を申請したが，被告は一部の閲覧のみに応じただけであり，原告は同事件の審判結審後に同資料が被告に留置されていることを知ったこと，甲第６号証及び７号証につき，同事件の審判結審後に作成された文書であること，いずれの文書についても同事件の審判においてこれらを提出できなかったことについて重大な過失がなかったことをそれぞれ主張した。

しかし，原告が，法８１条の規定に基づいて，当該事件に関係のある新しい証拠の申出をする場合において，それが被告が認定した事実に関するものであるときは，同条２項の規定により，法８１条１項各号の一に該当する事実を明らかにしなければならないところ，原告の当審における主張及び証拠申出書そ

の他本件に表れた一切の証拠に照らして，原告が，本件課徴金審判事件において当該証拠を重大な過失なく提出することができなかったと認めるに足りる事実が明らかにされたということはできない。

よって，原告の本件新証拠の申出には理由がないから，これを却下することとする。

8　以上の次第であるから，本件課徴金審決については，原告の主張する本件違反行為に係る事実の認定その他の瑕疵は，審判の対象外であって，これを争うことはできず，その余の事実については，当事者間に争いがないか，又はこれを認定するにつき実質的証拠を具備しており，また，その認定判断は合理的なものであって，原告主張の違法は認められない。よって，原告は，法７条の２第１項に規定する商品の対価に影響がある不当な取引制限行為をしたものというべきであり，その実行期間における売上額については争いがなく，これを基礎として施行令５条の規定により課徴金の額を算定すると，本件課徴金命令記載の金額になると認められるから，原告が納付しなければならない課徴金の額は，本件課徴金審決が命じた額となる。

よって，原告の請求は理由がないから棄却することとし，訴訟費用の負担につき行政事件訴訟法７条及び民事訴訟法６１条を適用して，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第３特別部

裁判長裁判官　　大　　谷　　禎　　男

裁判官　　相　　澤　　哲

東　京　高　等　裁　判　所

裁判官　　吉　　村　　真　　幸

裁判官　　小　　出　　邦　　夫

裁判官西口元は，転補につき，署名押印することができない。

裁判長裁判官　　大　　谷　　禎　　男

東京高等裁判所