



行政処分の理由附記義務違反による取消判決の近時の例(2・完)東京高裁令和二年一二月一一日判決をめぐって

中川, 丈久

(Citation)

自治研究, 99(12):40-63

(Issue Date)

2023-12

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(Rights)

発行元の許可を得て登録しています。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100495659>



行政処分の理由附記義務違反による取消判決の 近時の例（二・完）

——東京高裁令和二年一二月一日判決をめぐって

神戸大学教授 中 川 丈 久

- 一 はじめに
- 二 行政処分の理由附記制度（以上、99巻十一号）
- 三 独占禁止法へのあてはめ
- 四 手続的瑕疵から取消事由へ
- 五 本意見書の結論（以上、本号）

三 独占禁止法へのあてはめ

一 排除措置命令に附記すべき理由——一般論

最高裁判例が形成してきた前述のような理由附記の「相場」を踏まえて、本件の排除措置命令と課徴金納付命令について、それぞれのように理由を記載すべきであったかを検討する。

まず、排除措置命令における「公正取引委員会の認定した事実」と「これに対する法令の適用」（法四九条一項）とは何かを、処分要件と処分選択に分けて検討する。

（一） 処分要件についての理由附記

排除措置命令の処分要件は、法二〇条の定めるところにより、「前条の規定に違反する行為があるとき」(以下、単に「違反」とも)、すなわち法一九条の「不公正な取引方法」があるときである。そして、本件排除措置命令は、不公正な取引方法のうち、法二条九項五号が定義する優越的地位の濫用行為であったとして行われたものである。

同号によれば、優越的地位の濫用行為とは、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること」である。そして「次のいずれか」とは、同号がイ、ロ、ハとして掲げる三つの行為類型である。イは、継続的取引相手への商品購入等の強制、ロは、継続的取引相手への利益提供の要請、ハは、受領拒否、返品、支払遅延等のその他の濫用行為である。

以上から、本件排除措置命令における処分要件該当性とは、次の四要件のすべてを充足することを意味する。四要件を充足する行為が、違反行為、すなわち優越的地位の濫用行為である。

第一要件…「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」(優越性)

第二要件…「利用して」(利用性)

第三要件…「正常な商慣習に照らして不当に」(公正競争阻害性)

第四要件…「次のいずれかに該当する行為」(類型該当性)

そうすると、本件排除措置命令の処分要件該当性にかかる理由は、次のような構造になる。

第一に、「公正取引委員会が認定した事実」として、まずは、Aが納入業者に対してした行為のうち、公正取引委員会が、前記四要件すべてを充足すると認定した行為(違反行為)を特定する必要がある。これらの行為は、同時に、本件排除措置命令によって取りやめること等を義務づけられる対象行為でもあるので、排除措置命令の内容を特定するためにも重要である(勸告審決についてその事実記載の機能に、ついで言及した最判昭和五三年を参照)。

第二に、「これに対する法令の適用」として、これらの行為が、なぜ前記四要件を充足するかを説明する必要がある。

第三に、この法令適用を説明するのに必要な具体的事実も、「公正取引委員会が認定した事実」に含まれる。

問題は、適正手続保障の観点(恣意抑制と不服申立便宜)から、上記のそれぞれについて、「どの程度の記載をなすべきか」(最判昭和三八年)(「どの程度の理由を提示すべきか」(最判平成二三年))である。

この点について、被告は、「違反行為の外延」が示されていればよいという新たな理論を展開する。すなわち、違反行為の相手方の特定までは必要であることを認める一方で、「常に、行為者の行った従業員派遣の要請や金銭提供の要請といった行為類型ごとに、あるいは、常に、独占禁止法の二条九項五号イないしハに規定する不利益行為の類型ごとに特定されなければならないものとはいえない。」と主張する。そのうえで、「組織的、計画的に一連のものとして実行されている不利益行為は……違反行為の外延を画するために、不利益行為の類型ごとにその相手方を逐一特定するまでを要しない」とし、「本件についてみれば、不利益行為に該当する本件各行為は、原告が……組織的かつ計画的に一連のものとして実行したものであり、『優越的地位の濫用』として一体として評価することができる。そして、それは、長期間にわたり、一六五社という多数の相手方……に對して、一律に混然一体として各種の行為が行われたものであって、基本的には相手方の個性を問わずになされたものであるから……相手方が、『課徴金対象事業者一覧表』をもって総体として特定されていれば、当該違反行為の外延は画され、理由附記の恣意抑制機能や不服申立便宜機能が害されているとはいえない。」と主張するのである。

しかしながら、そもそも、本件排除措置命令書の理由に、「組織的、計画的に一連のものとして実行されていた」という事実の記載は、一切見られない。

また、法には、被告のいう「組織的、計画的に一連のものとして実行されているなど、それらの行為を行為者の優越的地位の濫用として一体として評価できる場合には、独占禁止法上一つの優越的地位の濫用として規制される」などとして、第四要件(類型該当性)の立証を省略または緩和させる趣旨の規定があるわけではない。また従前、公正

取引委員会においてそのような解釈が示されてきたわけでもない（後述する「ガイドライン」にそのような記載はない）。法は、違反行為の要件を上記四要件に該当する行為であると定めているのであって、違反行為が成立するための四要件は、それが組織的、計画的に行われたかどうかによってそのいずれかの要件の該当性の立証を省略または緩和させるものではない。

そこで、改めて、最高裁判例の示す判断枠組みに従って、名宛人への不服申立便宜機能とそれによる行政庁の恣意抑制機能をもつ理由附記として、違反行為の特定がどの程度なされなければならないかを検討すると、次のとおりである。

違反行為（優越的地位の濫用行為）の認定は、いうまでもなく、極めて高度な法令の解釈と適用の作業を要する。そのため公正取引委員会は、その認定の仕方について、従来から様々な法令運用指針（通称ガイドライン）を設定してきた。これは、行政手続法にいう「処分基準」にあたる行政内部基準であり、公正取引委員会の法解釈又は裁量行使基準を示す文書である。公正取引委員会は、原則としてこれらの行政内部基準を用いて判断しているはずである。そして、適正手続としての理由附記のあり方を考える場合は、こうした行政内部基準は内容的に正しいものであると推定するところに特徴がある（実体的な違法事由を考える場合とは異なる）。

優越的地位の濫用行為に関する現在（本意見書の時点）のガイドラインは、平成二十一年の独占禁止法改正法に伴って新たに公表された「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（平成二十一年一月三〇日公正取引委員会）である。これによると、たとえば、第一要件（優越性）の認定について、「取引相手との関係での相対的に優越した地位であれば足りる」と、この判断にあたつては、乙の甲に対する取引依存度、甲の市場における地位、乙にとつての取引先変更の可能性、その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実を総合的に考慮する」とある。また、第三要件（公正競争阻害性）については、「公正な競争秩序の維持・促進の観点から個別の事案ごとに判断されること」としている。他方、ガイ

ドラインには、被告のいう「組織的、計画的に一連のものとして実行されているなど、それらの行為を行為者の優越的地位の濫用として一体として評価できる場合には、独占禁止法上一つの優越的地位の濫用として規制される」などという解釈は示されていない。

最判平成二三年によると、行政内部基準を見ただけでは、なぜ行政庁がそう判断したのかを名宛人において了解し難い点があれば、行政庁が当該内部基準をどのように適用したのかまで、理由附記することが義務づけられる。そうであれば、名宛人において不服申立てをするべきかどうかの判断がつきかね、ひいては、理由附記が行政庁の恣意を抑制する機能を果たさないからである。そうすると、優越的地位の濫用行為に対する排除措置命令においても、ガイドラインを見れば名宛人において理解できる箇所を除いて、理由として記載される必要がある。

たとえば次の要件該当性については、理由附記が必要である。理由として明記されなければ、処分の名宛人は了解しえない事柄だからである。

第一要件（優越性）の認定にあたっては、処分の名宛人が、「どの取引先」との関係で優越的地位を有すると公正取引委員会が認定したのかが明らかにされなければならない。ガイドラインによれば、優越性は「相対的」に認定される要件だからである。

取引先の特定の方法は、その名称か、または、なんらかの形式的な基準を示して、名宛人において確実に理解させる必要がある。最判昭和三七年のいうように、「理由を推知できる場合である」と否とにかかわりのない」であり、最判昭和四九年のいうように、「〔処分の根拠規定を示すだけで〕当該規定の適用の原因となった具体的事実関係を当然に知するような例外の場合を除く」だけであり、最判昭和四九年のいうように、「処分の相手方において現実に右事実を了知し、かつ、これを自認していたような場合」であつても、理由附記が不要ということにはならない。これが、最高裁判例の示す理由附記義務の「相場」である。

他方で、「取引先」を明確に特定できるならば、名宛人はガイドラインに照らして、市場での地位、取引依存度、取引先変更の可能性等の総合考慮を自ら行つてみて、不服申立てをする余地のある認定がされているかどうかの判定ができる。よつて、取引先ごとに、どのような具体的事実をどう総合考慮したか説明することまでは、必ずしも理由附記として求められているわけではないと解される。

第一要件（優越性）、第二要件（利用性）、第四要件（類型該当性）を満たしていても、ガイドラインによれば、第三要件（公正競争該当性）については「個別の事案ごとに判断される」ものであるので、とくにそれとして立証される必要がある。⁽⁷⁾たとえば、第四要件（類型該当性）を満たす従業員派遣行為が、第一要件（優越性）および第二要件（利用性）を満たしていても、それが、顧客と接触することで商品改良ができる等の事情があれば、納入業者にも利益となるから、「不当」、すなわち第三要件（公正競争阻害性）を充足するわけではない。⁽⁸⁾

そうすると、名宛人がどの取引先に対してしたいかなる行為について、公正取引委員会が第三要件該当性を肯定したのかも特定される必要がある。当該行為の日時等によって特定するか、または、なんらかの形式的な基準を示すかなどして、名宛人が確実に理解できる方法によって示す必要がある。

他方で、いかなる行為が違反行為（優越的地位の濫用行為）とされたのが特定されているならば、名宛人は、ガイドラインに照らして、公正競争阻害性のない事情があったことの主張ができそうかを検討すれば、不服申立てをするかどうかの判断がつく。それゆえ、個々の行為について、公正取引委員会が第三要件該当性をいかなる具体的事実を用いてどう判断したかを示すことまでは、必ずしも理由附記として求められているわけではないと解される。

以上をまとめると、本件排除措置命令書に列挙された行為類型ごとに、少なくともその相手方が特定されなければ、公正取引委員会は、理由を附記したことになる。

(二) 処分選択についての理由附記

次に、排除措置命令をするという選択をした理由も示す必要がある。当該措置命令が、法二〇条にいう「事業者に対し、当該行為の差止め、契約条項の削除その他当該行為を排除するために必要な措置」である理由の説明である。

処分選択とは、処分をするかしないかの選択と、処分する場合にいかなる内容（いかなる不利益）を選択するかの二段階に分かれる。これは通常、効果裁量や選択裁量と呼ばれる裁量権が認められる判断であるので、違反の程度が著しい、違反が繰り返されている等を指摘して、それに応じた措置内容を選択した旨を説明することになる。

なお、優越的地位の濫用行為のガイドラインは、排除措置命令の選択についてはなんら法解釈も裁量行使基準も示していないので、ガイドラインに則しての説明が、理由附記として要求されることはない。

二 課徴金納付命令に附記すべき理由——一般論

次に、課徴金納付命令の「課徴金の計算の基礎」「課徴金に係る違反行為」とは何かを、最高裁判例が示した理由附記の「相場」をふまえつつ、同命令の処分要件と処分選択に分けて検討する。

（一）処分要件についての理由附記

被告は、本件納付命令の要件についても、「行為の外延」でよいという理論を述べるが、それが適切でないことは、前述のとおりである。そこで改めて、不服申立便宜機能を通じて、行政庁の恣意を抑制する理由附記とはどのようなものを最高裁判例を踏まえて検討すると、次のとおりである。

本件納付命令は、法二〇条の六に基づくものである。処分要件は、「事業者が、第十九条の規定に違反する行為（第二条第九項第五号に該当するものであつて、継続してするものに限る。）をしたとき」である。

要件のうち、「第十九条の規定に違反する行為」（違反行為要件）の部分は、排除措置命令の要件として記載した点と同じであるので、その理由を引用すればよい。もともと、本件のように排除措置命令書が違反行為を特定していないようであれば、それを引用した課徴金納付命令書においても、この点の理由附記が欠落していることになる。

他方、「継続してするもの」という要件（継続性要件）については、「第十九条の規定に違反する行為」（つまり優越的地位の濫用行為）が特定さえされていれば、公正取引委員会がそれに継続性要件該当性を認定したことは、名宛人において了知しうるので、名宛人はガイドラインに照らして反論ができそうかの判断がつく。それゆえ、継続性を認定する根拠とした具体的事実まで常に理由として記載しなければならないとまでは解されない。

（二） 処分選択についての理由附記

処分選択とは、処分をするかしないかの選択と、処分する場合にいかなる内容（いかなる不利益）を選択するかを二段階に分かれる。

まず、前者について、法二〇条の六は、前述の処分要件（違反行為要件と継続性要件）に該当する限り、公正取引委員会は、課徴金の納付を「命じなければならない」と定める。納付命令という不利益処分をするかしないかという選択肢はないので、この点の理由附記は不要である。

次に、課徴金の額をいくらにするかの選択について、法が定める課徴金額の計算方法は、次のとおり、(1)期間、(2)基礎額（売上額等）、(3)算式（乗数と切下げ）の三要素から成る。

- (1) 当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間における
- (2) 当該行為の相手方との間における政令で定める方法により算定した売上額（当該行為が商品又は役務の供給を受ける相手方に対するものである場合は当該行為の相手方との間における政令で定める方法により算定した購入額とし、当該行為の相手方が複数ある場合は当該行為のそれぞれの相手方との間における政令で定める方法により算定した売上額又は購入額の合計額とする）に

- (3) 百分の一を乗じて得た額に相当する額（ただし、一万円未満の端数は切り捨て）

理由附記は、名宛人に不服申立ての便宜を与えることを通じて、行政庁の恣意抑制を確保しようとするところに制

度趣旨があるから、課徴金の額については、それが正しいかどうかの「検算」を名宛人においてすることができ、その情報が記載されているかどうかが重要である。

そうすると、「計算の基礎」の理由附記として記載が求められるのは、期間と、基礎額(売上額等)である。とくに基礎額については、条文通りに、「当該行為の相手方が複数ある場合は当該行為のそれぞれの相手方との間における政令で定める方法により算定した売上額又は購入額の合計額」が、分割して記載されなければならない。

これらすべてが示されないと、名宛人は、検算ができない。検算ができないと、処分名宛人は自分が不服をもつのかどうかの判断ができず、理由附記に求められる不服申立ての便宜が図られない。ひいては、理由附記が公正取引委員会の恣意を抑制する機能も働かなくなるのである。

三 本件排除措置命令へのあてはめ

(一) 本件排除措置命令書の評価

本件排除措置命令書は、処分要件(優越的地位の濫用行為)と、処分選択(排除措置を命じること)のうち、後者(処分選択)については、「理由」の「第二 法令の適用」の(2)において、具体的な事実を指摘して説明している。この記載は最判平成一九年に照らしても、十分なものと評価できる。

他方、前者(処分要件)については、時期(平成一九年一月から平成二二年五月までの間)を除き、まったく事実関係が記載されておらず、以下のとおり、違反行為がまったく特定されていないという重大な欠落が見られる。

第一に、違反行為の相手となった取引先が特定されていない。

本件排除措置命令は、「特定納入業者」と表記しているので、Aがその全納入業者に対して優越的地位をもち、その濫用行為を行ったと認定したわけではないことは明らかである。しかし、どの納入業者に対する行為を、違反行為としたのかについて、納入業者の名称を一切明らかにしていない。「特定納入業者」は、「主文」にあるように、「遅

くとも平成一九年一月以降、取引上の地位が自社に対して劣っている納入業者（以下「特定納入業者」という。）という定義しか与えておらず、それ以上に、名称なり規模なり、業種なりといった識別方法を示すわけでもない。それゆえ、Aがどの納入業者に対してした行為が、違反行為（優越的地位の濫用行為）と認定したのかまったく特定していない。

たしかに命令書の「理由」は、アからオまでの五つの、Aの行為パターン^{（9）}を示しており、とくにア、イ、エ（一部）についてはそれぞれ、「特定納入業者約一四〇社に対し、延べ約四、二〇〇人の従業員等を派遣させ使用する。」「特定納入業者約一三〇社に対し、総額約三二〇〇万円の金銭を提供させる。」「特定納入業者約二〇社に対し、総額約四一〇万円を当該特定納入業者に支払うべき代金の額から減じる。」といった、やや詳細な記載がある。

しかし、これらの会社の数は、報告命令に基づいてAがした報告書の内容に照らし合わせても少ない。Aにおいて、報告書のなかから、たとえばア、イ、エ（一部）について本件排除措置命令が記す「約一四〇社」「約一三〇社」「約二〇社」という納入業者を具体的に絞り込むことは不可能であった。

第二に、Aのいかなる行為が、違反行為と認定されたのかも明らかではない。

本件排除措置命令の「理由」の「第一 事実」の2(1)を見ると、次のように、違反行為を規範的文言で説明しているに過ぎない。

「ア 新規開店、全面改装、棚替え等に際し……その従業員等を派遣するよう要請していた」という行為類型についてみると、「あらかじめ……従業員等の派遣の条件について合意することなく」というような、処分の名宛人によるあてはめ判断を要する限定が付されている。

「イ 新規開店を宣伝するためのアドバルーンの設定等に要する費用を確保するため、……金銭を提供するよう要請していた」という行為類型については、「納入する商品の販売促進効果等の利益がない又は当該利益を超える負担

となるにもかかわらず」というような、処分の名宛人によるあてはめ判断を要する限定が付されている。

「ウ 食品課商品のうち……返品していた」という行為類型についても、「当該特定納入業者の責めに帰すべき事由がなく」というような、処分の名宛人によるあてはめ判断を要する限定が付されている。

「エ 食品課商品のうち……仕入価格に五〇%を乗じて得た額に相当する額を……減じていた」や、「食品課商品や日配品課商品のうち……当該販売において割引きした額に相当する額等を、当該特定納入業者に支払うべき代金の額から減じていた。」という行為類型についても、「当該特定納入業者の責めに帰すべき事由がないにも関わらず」というような、処分の名宛て人によるあてはめ判断を要する限定が付されている。

このように、アからエまでに、あてはめ判断を要する限定を付しているのは、違反行為の四要件のうちの第三要件（公正競争阻害性）をいうものであると解される。しかしこれでは、「……という行為のうち、公正競争阻害性のあるもの」と記しているに過ぎず、理由でなく結論を示しているにすぎない。

そもそも理由附記は、行政庁がどのように法の当てはめを行ったかを行政庁自身に説明させる制度であるのに、本件排除措置命令書は、処分の名宛人の側に法のあてはめをさせるといふ、本来の姿からはまったく逆転した理由の記載の仕方になっている。行政庁が説明すべき法の当てはめを、処分の名宛人に丸投げする理由附記では、到底、名宛人の不服申立便宜機能（ひいては行政庁の恣意抑制機能）を果たさないことは、明白である。最高裁判例も、そうしたスタイルの理由附記を是認したことはない。

公正取引委員会は、第三要件（公正競争阻害性）に該当する行為があつたと判定したからこそ、本件排除措置命令を发出したはずである。それゆえ、その理由附記としては、「報告命令に基づく報告書〇〇頁に記載の取引先〇〇に對する〇年〇月の金銭支払いから〇年〇月〇日の金銭支払いまでの同種の一連の行為」といったように、名宛人において紛れなく理解できる形式で記載する必要があつた。

この観点からすると、唯一、「オ 平成二年一月から同年二月にかけて実施したクリスマス関連商品の販売に關し……クリスマス関連商品を購入しよう要請していた」という理由記載のみが、処分の名宛人にとって紛れない形で、違反行為を特定していると評価することができる。

以上述べた第一点（取引先の特定不足）、第二点（行為の特定不足）を踏まえると、結局のところ、本件排除措置命令書の記載から了知しうるのは、違反行為の「時期」のほか、優越的地位の濫用行為の第四要件（類型該当性）のうちの類型か——法二条九項五号のイ（継続的取引相手への商品購入等の強制）、ロ（継続的取引相手への利益提供の要請）、ハ（受領拒否、返品、支払遅延等のその他の濫用行為）のうちのどれか——だけである。原告が「誰に対して」した「いかなる行為」がこうした違反行為と認定されたのかという、優越的地位濫用行為に關する不服申立便宜機能にとって最も重要な事項が、全く記されていないのである。

実際のところ、Aは審判手続において、特定納入業者を明らかにするよう審査官に求めざるをえなかった。それにより本件審決の段階に至ってはじめて、本件排除措置命令の対象となる行為が、Aの全納入業者のうち、一六五社に對するものであったことが明らかとなったのである。しかも本件審決は、そのうち三八社については、優越的地位がないとした。

こうした経緯からみて、もしも本件排除措置命令の時点で、公正取引委員会が、優越的地位の濫用行為の相手先と認定した納入業者を理由附記において特定していたならば、また、それに対するいかなる行為を違反行為と認定したのかも特定していたならば、誤った本件排除措置命令をせずすみ、恣意的判断を予防することができたかもしれない。本件排除措置命令のように、漠然とした理由附記にとどまると、理由附記は単なる形式に墮し、恣意抑制の機能も果たさなくなるのである。

なお、本意見書が述べるような理由附記を求めることは、公正取引委員会に過剰な負担を強いるものではない。公

正取引委員会は、報告命令等の行政調査権限の行使を通して、納入業者の名称、および具体的な行為を逐一、把握していた。法四九条一項が求めているのは、そのうち違反行為と認定したものを命令書に記すだけのことである。にもかかわらず、本件排除措置命令は、それをせずになわだち抽象的な表現に止めた理由附記をしたのである。

以上から、法四九条一項の「公正取引委員会の認定した事実」の指摘が、排除措置命令の処分要件に関する限り、完全に欠落していたと言わざるをえない。本件審決は、本件排除措置命令書の記載が理由附記義務を果たすものではなくたことを認めているが、その論理を正確に説明し直すと、以上述べたとおりである。

（二）「二覧表」について

さて、公正取引委員会は、本件納付命令書および本件納付命令書の謄本をAに送達するにあたり、「課徴金算定対象事業者一覧表」という書面を同封していた。それは、一六五社各社について、「報告命令の番号」「会社名」「課徴金算定基礎となる購入額」を記したリストである。それ以外なんらの説明文もない書面である。

本件排除措置命令書において、この「一覧表」の引用その他の言及はまったくなく、また、「一覧表」の側にも、本件排除措置命令書の別紙である等の記載もない。それどころか、「課徴金算定対象事業者一覧表」という記載からすると、これを排除措置命令書の一部ないし別紙であると解すること自体、極めて不自然である。実際、「一覧表」は、課徴金の対象となる平成二二年一月一日以後の違反行為に係る納入業者のみが記載されていると理解されるのに対し、本件排除措置命令は、それ以前の平成一九年一月以降の違反行為をも対象とするものであるから、対象期間が一致しない。

しかも、審判手続における被告答弁書の記載を見ると、担当審査官は、本件排除措置命令書を発出した時点では、この「一覧表」が本件排除措置命令書に関連して同封されたものではないと認識していたと解される（その名称からも明らかたとおり、本件課徴金納付命令書に関連して、同封したものであるとの認識であった）。そして、本件排除措置命

令は、公正取引委員会の名義で発出されていることから、発出の時点では、公正取引委員会も審査官と同じ認識を有していたと解するのが合理的である。にもかかわらず、公正取引委員会は、本件審決の段階に至ってやおらその認識を変え、「一覽表」を本件排除措置命令の一部ないし別紙であるかのように扱っている。

行政処分の書面主義は、書面でしか処分をなしえないという非常に厳格な方式であり、日本の行政法制上は例外に属する（行政手続法は行政処分⁽¹⁰⁾の書面主義を義務づけていない）。とくに法四九条一項のように、法律で、不利益処分⁽¹⁰⁾の名宛人に対して、明示的に書面主義を定めた場合、その形式を遵守すべき法的義務は非常に重いものがある。理由附記の事案ではないが、かつて最判平成一八年一〇月五日判時一九五二号六九頁は、書面主義で行うはずの決定を書面でしなかったことを問題なしとする結論を導くにあたり、次のような事情を重ねて指摘し、例外中の例外の取扱いであるとしたことが想起されなければならない。

「容疑者に対し裁決書を交付することなどを予定した規則もないことなどに照らすと、規則四三条が法務大臣の裁決につき裁決書によって行うものとする」と規定した趣旨は、法務大臣が異議の申出に対し審理判断をするに当たり、その判断の慎重、適正を期するとともに、後続する手続を行う機関に対し退去強制令書の発付の事前手続が終了したことを明らかにするため、行政庁の内部において文書を作成すべきこととしたものにすぎないというべきである。したがって、同条は、書面の作成を裁決の成立要件とするものではないと解するのが相当である。そして、上記のとおり、容疑者に対して裁決書を交付することが予定されていないことからすると、同条は、容疑者に対し、裁決書により理由を明らかにして取消訴訟等を提起する便宜を与えるなどの手続的利益を保障したものであるというべきである。」（傍点は筆者）

これを逆にいうと、法四九条一項のように、書面で処分の法効果を記載させ、かつ理由も附記させて処分の相手方に取消訴訟等の不服申立ての便宜を与えようとする趣旨の規定の場合、書面主義は厳格に遵守しなければならない。

理由附記は、必ず命令書のなかで、またはそれが引用する別紙において行う必要がある。そうでなければ、書面主義は簡単に潜脱されてしまう。それゆえ、本件審決が「一覽表」を加えて理由附記義務の充足の有無を検討したことは、誤りである。

以上のとおり、書面の体裁、公正取引委員会自身の取扱い方（本件排除措置命令発出時の公正取引委員会の認識）、そして書面主義の趣旨に照らすと、「一覽表」をもって、本件排除措置命令の理由附記の一部ないし別紙であると取り扱う余地はない。

そのうえで、あえて仮に、「一覽表」が同命令書の一部ないし別紙であると善解してみても、次のとおり、必要な理由附記があったということとはできない。

第一に、既述のとおり、「一覽表」に記載された納入業者は、課徴金対象となる平成二二年一月一日以後の違反行為に係るものであるが、本件排除措置命令の対象は、それ以前である平成一九年一月以降の違反行為であるというズレがある。それゆえ、「一覽表」を見ても、なお、平成一九年一月から平成二二年二月までの間に違反行為の対象となったとされる納入業者が誰であるのかは、名宛人にとって不明のままである。たとえば、本件排除措置命令では、クリスマス関連商品の購入要請が違反行為の一つとして摘示されているところ、それらはいずれも平成二二年一月三十一日までに行われた行為であるため、公正取引委員会がAのどの納入業者に対するクリスマス関連商品の購入要請をもって違反行為を認定したのか、Aとしては了知することができないのである。

第二に、平成二二年一月以降の違反行為については、納入業者の名称を明らかにするだけであり（第一要件（優越性）該当性に関する理由）、それぞれの納入業者に対してAが行ったいかなる行為を、公正取引委員会が違反行為と認定したかについては、何も明らかにしていない。第三要件（公正競争阻害性）の該当性についても、処分の名宛人のほうで推測するしかない。

以上から、本件排除措置命令書は、たとえ「一覽表」を含めて考えても、理由附記を欠く違法なものであることに変わりないのである。

(三) 付言その1——反論機会と理由附記の峻別の必要性

なお、本件審決は、本件排除措置命令前の意見聴取の機会にも、この「一覽表」と同じリストが示されていたので、Aは、すでに一六五社の特定納入業者を名称によって知っていたはずだから、理由附記義務違反とするにあたらないと指摘する。しかしこれも誤りである。

適正手続の項で説明したようにに^(二稿)、意見聴取の機会は、行政処分^(本稿)の最終決定前に反論の機会を与えることであり、最終決定された行政処分の理由附記とは別の時点で行う適正手続制度である。行政庁は、反論の機会を経て、自らの事実認定が正しいかどうかを自己確認できるから、処分時には、それとは異なる事実を踏まえて処分をすることがありえなくはない。意見聴取時に示される理由は、あくまで処分「案」の理由であって、処分時の理由ではない。それゆえ、処分案にかかる意見聴取の機会において、いかなる理由が説明されたか（本件の「一覽表」が示されたか）は、最終決定である本件排除措置命令の理由附記が適切であったかとは、無関係の事柄である。

もしも、本件審決のこのような論理が通るのであれば、法四九条五項二号の「公正取引委員会の認定した事実およびこれに対する法令の適用」をもって、法四九条一項の「公正取引委員会の認定した事実およびこれに対する法令の適用」に代えるという運用を許すものであり、法がそのようなことを予定していないことは明らかである。

さらに念のために付言しておく、本件審決において、Aがどの納入業者に対していかなる行為をしたことが、違反行為と認定されたのが特定されているからといって、原処分である本件排除措置命令の理由附記義務の瑕疵が治愈される関係にもない^(最判昭和四十七年)。これも、適正手続の項で説明したとおりである。

(四) 付言その2——網羅性

本件排除措置命令のように、多数の納入業者に対する多数の濫用行為を認定した事案の場合、常に、そのすべてを逐一漏れなく記すことができれば、排除措置命令としての理由附記義務を満たさないというわけではない。

というのも、排除措置命令のあり方として、(1)公正取引委員会が認定した違反行為の一部（典型的でないし重大なもの）のみを理由として示し、排除措置命令において、それに類する他の行為を含めて是正等を命じるという方法もあれば、(2)公正取引委員会が認定した一切の違反行為を漏れなく理由として示し、排除措置命令においても、それらに限って是正等を命じるという方法もあるからである。公正取引委員会としては、(1)の方法をとって、理由として記す対象を削減することは可能であった（むろん、その場合は、課徴金納付命令の算定基礎がそれだけ小さくなる）。

しかし、本件排除措置命令は、「特定納入業者」に対する濫用行為すべてを理由附記の対象とし、かつそれに限って是正等を命じているので、前記(2)の方法を採っている。そうである以上、理由附記は、排除措置の対象となる行為すべてを、個別に、またはなんらかの識別基準を用いて特定しておかなければ、理由附記義務を満たさないことは自明である。

四 本件納付命令へのあてはめ

(一) 本件納付命令の評価

課徴金納付命令の処分要件（違反行為要件、継続性要件）について見ると、本件排除措置命令の記載を引用して違反行為の特定に代えているので、違反行為の特定ができていない。違反行為が特定されていない以上、継続性要件についても、Aが不服申立てをすることができるとどうかの検討は不可能となる。

以上から、本件課徴金納付命令書において、処分要件に関する理由附記が完全に欠落していると評価せざるをえない。

処分選択（課徴金額の計算）について見ても、課徴金額二億二、二二六万円であることの「計算の基礎」が記され

ているとはいえない。本件納付命令書に記載があるのは、(1)期間と(3)算式であり、(2)基礎額については、算式の1%をかける直前の最終的な合計額(二六五社全部に係る購入額の合計額が二二億一、六〇五万四、三五八円であること)が記されているのみである。条文通りの「当該行為それぞれの相手方」「売上額又は購入額」の記載が、完全に欠落しているのである。これでは、この合計額の計算が正しいかを、名宛人であるAにおいて「検算」できるだけの「課徴金額の計算の基礎」が示されているということができない。

(二)「一覽表」について

本件納付命令書の謄本の送達にあたって、上述のとおり、公正取引委員会は、「課徴金算定対象事業者一覽表」という書面を同封している。しかし、本件課徴金納付命令書において、この「一覽表」の引用その他の言及はまったくなく、また、「一覽表」の側にも、本件排除措置命令書の別紙である等の記載もない。辛うじて、「一覽表」に、「課徴金算定対象」という文言があるだけである。

(11)

そのうえで、審判手続における被告答弁書の記載を見ると、担当審査官は、本件納付命令書を発出した時点では、この「一覽表」が本件納付命令書の別紙として同封されたものではないと認識していたと解される。そして、本件納付命令は、公正取引委員会の名義で发出されていることから、同命令の发出の時点では、公正取引委員会も審査官と同じ認識を有していたと解するのが合理的である。にもかかわらず、公正取引委員会は、本件審決の段階に至ってやらその認識を変え、「一覽表」を本件納付命令の一部ないし別紙であるかのように扱っているのである。

そして、行政処分書の書面主義は厳格に扱われるべきことは、本件排除措置命令について前述したことがそのままあてはまる。

以上のとおり、書面の体裁、公正取引委員会自身の取扱い方(本件納付命令の发出時の公正取引委員会の認識)、および書面主義の趣旨に照らすと、「一覽表」をもって、本件納付命令書の理由附記の別紙でありその続きであるなどと

取り扱う余地はない。

そのうえで、あえて仮に、「一覽表」が同命令書の別紙である（同命令書の理由附記の続きである）と善解する余地があったとしても、なお、理由附記義務がなされていないことに変わりはない。「一覽表」は、そこに記された納入業者に対して、いかなる違反行為があったかを記すものではないため、これを加えて考えたとしても、本件納付命令の処分要件（違反行為要件）の欠落という瑕疵を埋め合わせることはならず、よって、法五〇条一項にいう「課徴金に係る違反行為」についての理由附記の欠落という状態に変わりはないからである。

このように、本件納付命令書は、たとえ「一覽表」を含めて考えても、理由附記を欠く違法なものと言わざるをえない。

四 手続的瑕疵から取消事由へ

一 本件排除措置命令と本件納付命令の違法性

以上のとおり、本件排除措置命令には、法四九条一項の理由附記義務違反という手続的違法事由（手続的瑕疵）がある。また、本件納付命令も、そのような本件排除措置命令を理由として引用した点で、やはり、法五〇条二項の理由附記義務違反という手続的違法事由（手続的瑕疵）がある。

いずれの命令書の記載も、名宛人であるAにとって、不服申立てをするかどうかの判定をするにあたり極めて重要な事柄（どの納入業者に対する、いかなる行為が、優越的地位の濫用行為と認定されたのか）の記載が、完全に欠落しているから、理由附記義務を果たしているという余地はなく、いずれの行政処分も取り消されるべきである。

理由附記の欠落が行政処分の取消事由になることについて、最判昭和三八年は、「一般に、法が行政処分に理由を附記すべきものとしているのは、処分庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由

を相手方に知らせて不服の申立に便宜を与える趣旨に出たものであるから、その記載を欠くにおいては処分自体の取消を免かれないものといわなければならない。」と判示し、以降の最高裁判決もこのように判示している。最新の取消判決例が最判平成二三年である。

二 本件審決の違法性

(一) 本件審決の主文1

本件審決は、排除措置と課徴金納付の両命令に理由附記義務違反があることを理由に、いずれも取り消すべきであった。ところが、本件審決（主文1）は、本件排除措置命令を取り消すのではなく、「変更」をした。本件排除措置命令の主文を変更して、措置命令の対象となるべき「特定納入業者」の名称を別表を設けて明らかにしたのである。

しかし、この変更審決は、誤りである。

法六六条三項の定めるとおり、公正取引委員会が、「原処分の全部又は一部を取り消し、又はこれを変更する」のは、「審判請求が理由があるとき」である。そして、もし、本件排除措置命令に、「優越的地位の濫用行為」の相手方として認定されるべきでない納入業者三八社が、「特定納入業者」に含まれていたのであれば、公正取引委員会とは本件審決において、本件排除措置命令の一部取消しをするべきであった。すなわち、「本件排除措置命令のうち、下記三八社に関する部分を取り消す」というようにである。

しかしながら、本件審決（主文1）は、原処分の「変更」をして、本件排除措置命令の対象である「特定納入業者」全一六五社分について、排除措置命令の対象とされるべき一二七社と、対象外の三八社をそれぞれリスト化して、別紙として同命令に付したのである。

これは、当該三八社に対してAは違反行為（優越的地位の濫用行為）を行っていないという趣旨のAの主張に「理

由がある」と認めたことを、はるかに超えた意味をもつ。残りの一二七社分についても本件排除措置命令が、本来明らかにするべきことを明らかにしていなかったことを、公正取引委員会自身が認めたに外ならない。ところが本件審決は、措置命令に理由附記義務違反があったことを公正取引委員会として認めただけでなく、さらに進んで、原処分の手続的瑕疵を事後的に治癒する取扱いをした。これは、行政処分の違法事由を、いわば糊塗するがごとき審決と言わざるをえない。理由附記義務の制度趣旨に鑑みると、理由附記の欠落を事後的に治癒する余地はないから、本件審決が、違法であった原処分（本件排除措置命令）を適法なものに「変更」したことは、変更審決として行いうる範囲を完全に逸脱しており、この点で本件審決の主文1の部分は、違法である。

以上から、本件排除措置命令はその全部が取り消されるほかない。東京高等裁判所は、法四九条一項および法六六条三項の解釈適用の誤りを理由として、本件審決の主文1を取り消す判決をするべきである。

（二） 本件審決の主文2

本件排除措置命令が、処分要件（優越的地位の濫用行為）にかかる理由附記義務違反を理由として審決によって取り消されるべきものであるならば、当該命令を引用する本件納付命令も、処分要件（違反行為要件）の理由の記載を欠くことになる。本件審決の主文2は、理由附記義務違反とは別の理由で、本件納付命令の一部を取り消すだけであるが、本納付命令は、理由附記義務をおよそ充足していないので、本来、その全部が取り消されるべきである。

以上から、東京高等裁判所は、本件審決の主文2についても、法五〇条一項の解釈適用の誤りを理由として、これを取り消す判決をするべきである。

五 本意見書の結論

以上述べたことを要約すると、次のとおりである。

本件排除措置命令書には、本件審決も認めるとおり、法四九条一項が求める理由附記がなされていると解する余地はない。また、公正取引委員会は、本件排除措置命令の謄本を名宛人であるAに送達する際、「課徴金算定対象事業者一覧表」なるものを同封しているが、法四九条一項の書面主義、および公正取引委員会自身の取扱い方に鑑みて、これを本件排除措置命令書の一部ないし別紙であると解する余地はない。仮に、一部ないし別紙であるとあえて解したとしても、その「一覧表」において、各々の納入業者に対するAのいかなる行為が違反行為（優越的地位の濫用行為）とされたかの特定が欠落しているため、本件排除措置命令が法四九条一項に反し、理由附記義務違反であることに変わりはない。

したがって、公正取引委員会は、法四九条一項の解釈適用を誤ったことを理由に、同命令の全部を取り消す審決をするべきであつた。

しかるに、本件審決は、本件排除措置命令を取り消さなければかりか、これを「変更」する旨を主文1で決定した。この変更審決は、本件排除措置命令書それ自体に理由附記義務違反があつたことを認めながら、それを事後的に取り繕つて治癒しようとする取扱いに外ならない。理由附記義務制度の趣旨に鑑みると、理由附記義務違反という瑕疵を事後的に治癒する余地はないにもかかわらず、本審決が、違法な原処分（本件排除措置命令）を適法なものに「変更」したことは、法六六条三項の変更審決の運用として明らかに誤っているので、本件審決の主文1の部分は違法である。

以上から、裁判所は、法四九条一項および法六六条三項の解釈適用を誤つたことを理由に、本件審決の主文1を取り消す判決をするべきである。

次に、本件納付命令書は、本件排除措置命令書をその理由附記において引用するから、本件排除措置命令書が前記のとおり（仮に「一覧表」を考慮したうえであつても）、いかなる違反行為が認定されたのかの特定を欠落させている以

上、法五〇条一項が求める理由附記をしたとは到底解されない。また、前記の「一覧表」については、法五〇条一項の書面主義および公正取引委員会自身の取扱ひ方に鑑みて、本件納付命令書の一部ないし別紙であると解する余地はない。仮に、一部ないし別紙であるとあえて解したとしても、その「一覧表」が説明するのは、本件納付命令の課徴金の計算部分についての理由だけであつて、本件納付命令をするべき違反行為があつたことに關する理由を示すものではないから、その点の理由附記が欠落していることに変わりはない。したがつて、本件納付命令も、法五〇条一項の解釈適用を誤つたことを理由に、その全部が取り消されるべきであつた。

しかるに、本件審決の主文2は、理由附記義務違反とは別の理由で、本件納付命令の一部を取り消すだけであるが、本件納付命令の全体に關わる理由附記義務違反がみとめられる以上、当該命令の全部が取り消されるべきである。

以上から、裁判所は、法五〇条一項の解釈適用を誤つたことを理由に、本件審決の主文2も取り消す判決をするべきである。

(7) たとえば、泉水文雄『経済法入門』(有斐閣、二〇一八年)一九五頁(不公正な取引方法のうち、優越的地位の濫用行為の場合は、「不当な」という公正競争阻害性の要件は、「個別に立証しなければならない」、三三二頁(同旨)。

(8) 泉水・前掲注(7)三三四頁。

(9) Aが平成三〇年四月一七日に公取委に対して行つた直接陳述である。

(10) 塩野・前掲注(2)三一七頁。

(11) 審査官による答弁書において、本件納付命令書の理由の記載は十分になされていると結論づけたあと、「なお」として、この「一覧表」を同封して同命令書を送達したという事実を記載するので、「一覧表」をも含めて、理由附記が十分になされたとは決して言っていない。

また、審査官の備書面によると、「審査官は、課徴金納付命令書の理由付記に不備はないと主張しているのであつて、

『課徴金算定事業者一覧表』を同封したことにより同命令書の理由付記の不備の違法が治癒されるなどとは主張していない。審査官が同一覧表を送付した点を主張した趣旨は、同一覧表と照合することにより事実上被審人において課徴金納付命令書の内容を確認することが可能であること、すなわち、不服申立の便宜や処分公正さの担保に配慮し、法令の規定以上に手厚い手当をした事実を指摘したものである。」とのことである。