

I 入札談合と不当な取引制限

1 基本合意とそれに基づく個別調整

入札談合は、独禁法上、不当な取引制限に該当する行為として禁止されている（3条）。すなわち、入札談合は、複数の事業者が、共同して、相互にその事業活動を拘束し又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合（2条6項）に禁止される。

「一定の取引分野」の成立には、一般に、一定の地域的広がり、時間的継続、取引規模の大きさが必要である、と解されており、入札談合については、1回限りの個別の入札ごとに「一定の取引分野」が成立するものとは解されていない（この点で「一定の取引分野」を要件としない刑法の談合罪とは異なる。）。入札談合は、通常、基本合意とそれに基づく個別調整とから構成されていることから、入札談合における「一定の取引分野」は、基本合意が成立する範囲において成立するものと解されている。

したがって、入札談合が、不当な取引制限に該当するか否かは、専ら、基本合意によって判断される。基本合意によって、不当な取引制限のすべての成立要件を満たすことが必要となる。基本合意が成立すれば、その基本合意に基づき個別調整が実施に移されていなくとも、その時点で、不当な取引制限は成立し、既遂に達することになる。一方、個別調整は、主要事実である基本合意の存在を推認する間接事実として重要であり、また、基本合意がその内容の通り機能し競争を実質的に制限していた事実を認定する上でも必要かつ重要である（ストーカ炉談合事件東京高判平成20・9・26審決集55・910、賀数建設談合事件東京高判平成20・9・12審決集55・872）。

2 相互拘束・遂行

入札談合が、不当な取引制限に該当するためには、複数の事業者が、共同して、相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することが必要である。

「共同して」とは、意思の連絡ないし合意があることであり、談合の場合には基本合意に係る意思の連絡ないし合意のことであり、これが認められれば、通常、「相互拘束」の要件も満たされる。

「相互にその事業活動を拘束し又は遂行する」ことが必要であることから、一方的に事業活動が拘束される場合や、一方的に協力するのにとどまる場合には、「相互拘束」の要件を満たさないのではないかという問題が生ずる。「相互拘束」を伴わない「遂行」は、独立した行為要件とは認められていないので、一方的に事業活動が拘束される場合や、一方的に協力するのにとどまる場合であっても「遂行」という行為要件を満たすということとはできない。したがって、元来、受注することのない事業者について、入札談合の当事者となり得ないのではないかという問題が生ずる。

また、入札談合の不当な取引制限罪について、「相互拘束」としての基本合意の成立により既遂に達するとすると、その後基本合意に基づき実施される個別調整を処罰することができるのか、不可罰的事後行為にとどまるのではないかという問題が生ずる。そこで、

状態犯と解釈されていた入札談合の不当な取引制限罪は、状態犯ではなく、継続犯であるという解釈論も登場した。一方、「相互拘束」の「遂行」も「相互拘束」とは別個の独立した行為要件であると解し、基本合意に基づく個別調整は、基本合意という「相互拘束」の「遂行」に該当すると解されるに至り（防衛庁石油製品談合事件東京高判平成16・3・24 審決集50・915、鋼橋工事談合事件東京高判平成19・9・21 審決集54・773）、入札談合の不当な取引制限罪を状態犯と解しても、基本合意に基づく個別調整を処罰することが可能となっている。

3 入札談合と課徴金

入札談合は、独禁法上、不当な取引制限に該当する行為であることから、7条の2第1項に基づき、入札談合の参加事業者に対し、課徴金の納付が命じられる。不当な取引制限に該当する入札談合は、性質上当然に、定型的に、「対価に係るもの」（7条の2第1項1号）に該当する（郵便区分機談合課徴金事件審決平成22・10・25、航空タービン燃料談合課徴金事件審決平成23・2・16）。不当な取引制限に該当する基本合意に基づき直接又は間接に関与した受注調整手続に上程され具体的な競争制限効果が発生したのにつき、課徴金の対象になる（土屋企業課徴金事件東京高判平成16・2・20 審決集50・708）。すなわち、当該基本合意に基づく個別調整により受注・落札した物件の売上額が課徴金算定の基礎となる。当該基本合意に基づかずに受注・落札した物件の売上額は課徴金算定の基礎とならない。課徴金制度は、基本的に、不当利得剥奪をベースに制度設計されているからである。

4 米国反トラスト法、EU 競争法との対比

米国反トラスト法、EU 競争法ともに、入札談合については、競争者間の合意さえ認められれば、当然違法とされる。独禁法上の不当な取引制限のように、相互拘束の要件も、一定の取引分野における競争を実質的に制限するという要件もない。米国反トラスト法、EU 競争法ともに、市場の画定は不要であり、当該合意の参加者の市場シェアも当該合意が成功する見込みも問われず、談合に関与した者は、その事業活動の拘束がなくとも、一方的に協力する者も違反行為者となる。そして、談合に関与したこと自体に対して裁量的制裁（禁錮刑を含む刑罰と行政制裁金）が科される。米国反トラスト法も EU 競争法も、独禁法に比べて、極めて容易に談合を違法とし、談合合意に関与した者に厳しい制裁を科することができる。

II 四国ロードサービス

1 事実の概要－勧告審決平成14・12・4 審決集49・243

四国ロードサービスは、道路公団四国支社（以下、「四国支社」という。）が平成8年度まで随意契約により発注した道路保全工事（以下、「保全工事」という。）をすべて受注していたが、四国支社が平成9年度以降、公募型指名競争入札の方法により発注する方針を明らかにしたこと。そこで、四国ロードサービスは、この方針が実施されると、自社が受注できなくなるおそれがあることから、自社が四国支社発注の保全工事のすべてを確実に受注できるようにする方策を講ずることとし、複数の入札参加者を確保するため、中

国地区において保全工事の受注実績のある山陽メンテック、ショウテクノ、東中国道路メンテナンス（以下、「中国地区3社」という。）に対し、四国支社が発注する保全工事の公募型指名競争入札に応募し、入札参加者としての指名を受けるよう依頼した。中国地区3社は、その依頼に応じれば、四国ロードサービスは、道路公団中国支社が公募型指名競争入札の方法により発注する保全工事の入札に参加しないと考え、当該依頼に応ずることとした。

四国ロードサービスと中国地区3社は、道路公団が発注する保全工事については実績を尊重し、受注実績を有する事業者が引き続き受注することが望ましい旨認識し、平成9年6月ころ以降、四国支社が公募型指名競争入札の方法により発注する保全工事について、既に当該保全工事を施工している者が確実に受注できるようにする等のため、①当該工事は四国ロードサービスが受注する、②中国地区3社は、四国支社から入札参加の指名を受けた場合には、四国ロードサービスが受注できるように協力する旨の合意（基本合意）に基づき、四国ロードサービスが中国地区3社にその入札すべき価格を連絡するとともに、その他の指名業者の協力を得るなどして、四国ロードサービスが受注できるようにしていた。平成13年12月13日、公取委が審査を開始したところ、上記合意に基づく行為を取りやめている。既往の違反行為に対する排除措置が命じられている。

2 検討

四国ロードサービスと中国地区3社との間には、四国地区と中国地区の「貸し借り関係」が成立し、その意味で、「相互にその事業活動を拘束し」の要件を満たすようにみえるが、四国支社が公募型指名競争入札の方法により発注する保全工事という「一定の取引分野」においては「貸し借り関係」はなく、「相互にその事業活動を拘束し」の要件を満たすかに疑問がある。中国地区3社は、四国支社発注物件について受注しないという「事業活動の拘束」を受けているが、四国ロードサービスは、四国支社発注物件について自社が必ず受注するという「事業活動の拘束」を受けているといえるのであろうか。「相互拘束」があるというためには、拘束の相互性と拘束目的の共通性があれば足りる（流通・取引慣行ガイドライン第1部-第二-3（注3）参照）といわれるが、本件では、拘束の相互性はあるのであろうか。

「遂行」を「相互拘束」とは別個の独立した行為要件と解すれば、4社はいずれも談合を「遂行」しているといえる。しかし、「遂行」を「相互拘束」とは別個の独立した行為要件と解する解釈論は一般に採用されていない。あるいは、本件行為を四国ロードサービスによる支配型私的独占であるとする捉え方もある。

III 多摩談合

1 事実の概要—審判審決平成20・7・24審決集55・174

本件は、「一発課徴金」事件であった。

多摩地区に営業所を置くゼネコンのうち33社が、平成9年10月1日から平成12年9月27日までの間（以下、「本件対象期間」という。）、東京都新都市建設公社（以下、「公社」）が指名競争入札の方法により発注する特定土木工事（Aランクの格付の単独施工工事並びにAA、AB及びACのランクの格付の共同施工工事の土木工事で、入札参加者

の少なくとも一部の者につき34社及びその他のゼネコンのうちの複数の者を指名し又はこれらのいずれかの者をJVのメインとする複数のJVを指名して指名競争入札の方法により発注するもの)について、受注価格の低落を図るため、①(i)公社から指名を受けた場合には、当該工事若しくは当該工事の施工場所との関連が強い者または当該工事についての受注の希望を表明する者(以下、「受注希望者」という。)が1名のときは、その者を受注予定者とし、(ii)受注希望者が複数のときは、それぞれの当該工事又は当該工事の施工場所との関連性等の事情を勘案して、受注希望者間の話合いにより受注予定者を決定し、②受注すべき価格は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者が定めた価格で受注できるよう協力する旨合意(以下、「本件基本合意」という。)し、本件基本合意に基づき、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、公共の利益に反して、公社発注の特定土木工事の取引分野における競争を実質的に制限していたとして、特定土木工事72物件のうち、本件基本合意に基づき受注予定者が決定されることにより具体的な競争制限効果が生じたと認められる31物件につき、30社に対し、総額6億202万円の課徴金の納付を命じる審決が下された。

上記30社のうち、25社から審決取消訴訟が提起され、東京高裁において5件に分離審理され、そのうち4件につき審決を支持する判決(平成21・5・29、平成21・10・23、平成21・12・18、平成22・1・29)が下され、1件につき審決を取り消す判決(2で取り上げる判決)が下されている。

2 新井組ほか3社審決取消請求事件(東京高判平成22・3・19(以下、「本判決」という。))

審決を取り消した本判決は、審決及びこれを支持した他の4判決とは、基本的な判断枠組みが全く異なっている。

「被告(筆者注:公取委。以下同じ。)は、『競争を実質的に制限する』行為について、抽象的には、『競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらす』ことであり、より具体的には、基本合意が存在すると認定することができ、当該基本合意に基づいて受注予定者及び価格を左右し得ることが見込まれる物件が、発注の予想される物件のすべて又は大部分でなくても相当程度の割合を占めている場合という」「抽象的な競争の実質的制限の概念を被告のように観念することができるとしても、そのような事実が具体的に認定できるか否かは個別の物件受注に当たって考察するほかはない。そして、各物件においては、受注予定者とそれ以外の建設業者の間で、物件の受注をめぐる自由で自主的な営業活動が停止あるいは排除されたとの事実を認定あるいは推認するに足りる証拠はない」(本判決(以下、同じ。)52～53頁)。

「『一定の取引分野』、すなわち、同種又は類似の商品又は役務について、需要者あるいは供給者として二以上の商業等の事業を行う者が存在し(筆者注:2条4項の「競争」の定義)、その者らが生産、販売、価格、技術等について事業活動を行うことが予定されている場とは、一方当事者を公社、他方当事者を公社によってAランクに格付けされた建設業者とし、公社が算出した予定価格が1億7000万円以上となる多摩地区の下水道工事のAランクの工事について受発注をめぐる事業活動が行われる場と解するのが相当であ

る」(42～43頁)「被告は・・・本件における『一定の取引分野』から、更に、本件対象期間中であること、ゼネコンが2社以上入札参加者となっていることなどの事情による限定を行わなければならないことにはいかなる合理的事情があるのかについて・・・説明するところがない。・・・したがって、被告の認定する『一定の取引分野』には、実質的な証拠の裏付けがない」(52頁)。

「本件における『一定の取引分野』における『競争』とは、公社によって下水道工事のうちのAランクの特定の工事に関して行われる入札手続に入札参加者として選定指名されること、及び入札金額を決定することに関して、当該工事を受注すべくAランクの建設業者間に自由で自主的な営業活動が行われることをいう」(44頁)。

「以上によれば、本件において『一定の取引分野』において『競争』を『実質的に制限』するとは、公社が発注する多摩地区の下水道工事のうちのAランクの工事に関し、入札参加者となることや自社で決定した金額で入札することに関して、Aランクの建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除すること・・・によって、特定の建設業者が、ある程度自由に公社が発注するAランク工事の受注者あるいは受注価格を左右することができる状態に至っていることをいう」(44頁)。

「被告の主張する基本合意とは、要は、公社が発注する土木工事の入札に関しては、『当事者』たる33社及び「協力者」たるその他のゼネコンの総体において、公社が発注するAランク工事の受注希望を有する者が受注すればよい、受注希望者が複数いれば当該受注希望者同士で自社の事情等・・・を話し合えばよい、その他の者は受注希望者から工事希望票の提出を求められたり入札する金額の連絡等がされた場合には、工事希望票を提出し受注希望者の落札を妨害する行為はしないという共通認識があったことをもって直ちに自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意の成立があったと談ずることができるのか甚だ疑問というべきである」(54頁)。

3 検討

本判決は、独禁が問題とする「競争」は、個別競争業者間の競い合いそれ自体であって、個別競争業者間の競い合いを「実質的に制限」することが、「競争」の「実質的制限」であり、この意味での「競争の実質的制限」を判断する場が「一定の取引分野」である、という基本的理解に立っている。しかし、独禁法は、基本的に、とりわけ本件で問題となっている不当な取引制限をはじめとする「競争の実質的制限」を要件とする行為については、個別競争業者間の競い合いそれ自体ではなく、個別競争業者間の競い合いの集合の場である市場全体の競争の機能を問題としており、本判決は、このような基本的理解を欠いている。本判決は、このような独禁法の基本的理解に立って積み重ねてきたこれまでの審・判決とは異質の判決である。

また、本判決は、不当な取引制限の行為要件である「共同して」と「相互拘束」の要件の解釈においても、上記のような基本合意があれば要件を満たすものと解してきたこれまでの審・判決と異質のものとなっている。本判決によれば、相互の情報交換等による円満に個別調整が成功している談合のほとんどは要件を満たさないことになり、個別調整に失敗し強圧的な方法で落札を断念させるという意味での「拘束」がなされるような例外的な場合しか要件を満たさないことになる。

確かに、本件審決の「一定の取引分野」の画定や基本合意の当事者の範囲の画定には、人為性があるように見える。しかし、そのような人為性は、性質上、本来、不可避のことであり、その人為性が合理的な範囲にあれば、許容される。「一定の取引分野」を本件対象期間に限定したことは、談合事件では珍しいことではないし、本件は「一発課徴金」事件であり対象期間の限定が必要であったことなどから、一定の合理性がある。「一定の取引分野」をゼネコンが2社以上、入札参加者に入っている工事に限定したことも、発注者である公社が、一定が以上の土木工事については、ゼネコン同士の価格競争に期待して競争入札を実施することを企図したのに、ゼネコン同士の競争回避行動を採ったことを問題としたこと、基本合意の内容が特定土木工事を対象としていることを考慮すると、一定の合理性が認められる。基本合意の当事者の範囲から33社以外のゼネコンを除外したのも、33社は、基本合意において、①自社が受注意欲や関連性を有するときは他の違反行為者が協力すべきこと、及び②他の違反行為者が受注意欲や関連性を有するときは自社が協力すべきことを、相互に認識・認容していたのに対し、他のゼネコンには、このような意味での相互の認識・認容に欠け、「相互拘束」の要件を満たさないというのであり、そのように事実に基づくものであれば、33社のみを基本合意の当事者としたことにも一定の合理性がある。

VI シール談合

1 事実の概要－勸告審決平成5・4・22審決集40・89

社会保険庁は、年金支払通知書等貼付用シールのすべてを指名競争入札の方法により発注しており、平成元年以降、指名競争入札の都度、トッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙（以下、「3社」という。）及びビーエフを指名している。3社、いずれも、指名競争入札に参加している。ビーエフは、業務提携関係ある日立情報の指示を受けて、指名競争入札に参加している。日立情報は、ビーエフとの間の、上記シールに係る業務について日立情報が実質的な入札参加者となるとの合意の下に、指名を受けたビーエフに対し、指名競争入札の都度、入札説明会への出席、入札すべき価格等当該入札に関する事項全般について指示し、ビーエフをして当該入札に参加させている。

3社及び日立情報は、社会保険庁が指名競争入札の方法により発注する支払通知書等貼付用シールのすべてを供給している。

3社及び日立情報（以下、「4社」という。）は、社会保険庁が平成元年8月以降指名競争入札により発注することとしていた支払通知書等貼付用シールについて、有利な価格で受注できるようにする等のため、平成元年8月上旬ごろ、東京都中央区所在の小林記録東京支店会議室で開催した営業実務責任者による会合において、①4社間の話し合いにより、入札の都度、あらかじめ、受注予定者を決定すること、②あらかじめ、入札すべき価格を定め、受注予定者以外の者は、受注予定者が受注できるよう協力すること、③受注したシールに係る業務については、4社間において、受注した者から適宜他の者に順次下請発注する回しと称する方法を用いることにより、各社の売上げ及び利益が確保できるようにすることを決定した。4社は、この決定に基づき、平成3年度までの間、入札の都度、あらかじめ、受注予定者等を決定し、受注予定者が受注できるようにするとともに、受注した者から適宜受注したシールに係る業務を他の者に順次下請発注していた。

4社は、公取委が、平成3年7月及び11月に行った立入検査の後も、上記決定を実質的に維持していたが、平成4年10月、競売入札妨害罪で東京地検の捜索・差押えを受け、各社の営業実務責任者が逮捕・拘留された上起訴されたこと、また、社会保険庁から取引停止の通告を受けたこと等により、上記決定に基づく行為を取りやめるに至った。

そこで、4社は、共同して、社会保険庁が指名競争入札の方法により発注する支払通知書等貼付用シールについて、あらかじめ、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、公共の利益に反して、同庁が発注する支払通知書等貼付用シールの供給に係る取引分野における競争を実質的に制限していたとして、既往の違反行為に対する排除措置命令を受けている。

2 不当利得返還請求事件（東京高判平成13・2・8審決集47・690）

談合に基づく入札は、入札制度の趣旨それ自体に反し、当然無効であり、これを契約の申込みであるとしてされる契約も、その公序良俗違反性を別途検討するまでもなく、当然に無効である。

課徴金制度は、本来的には、カルテル行為による不当な経済的利得の剥奪を目的とする制度であり、民法上の不当利得制度と類似する機能を有する面があるが、その損失者が損失や利得との因果関係を立証して不当利得返還請求することが困難であることから、カルテル行為をした者に利得が不当に留保されることを防止するために設けられたものである。そのような制度の趣旨目的からみるならば、現に損失を受けている者がある場合に、その不当利得返還請求が課徴金制度のために妨げられる結果となってはならない。利得者はまず損失者にその利得を返還すべきであり、現実には損失者に損失を回復していないにもかかわらず、利得者が課徴金を支払っただけで、損失者の不当利得返還請求に影響を及ぼすべきものではない。

同じ「国」であっても、課徴金の納付先である「国庫」と、不当利得返還請求権の主体であるいわば公法人として民間の企業と同様の立場に立つ「国」とは区別しなければならないから、課徴金が納付されたことは、本件の損失を回復することにはなっていない。

不当利得返還請求の名あて人は、3社のほかビーエフも含まれるか。日立情報は？

不法行為に基づく損害賠償請求であれば、共同不法行為として、3社のほか日立情報も当然に名あて人となる。ビーエフは？

3 刑事事件（東京高判平成5・12・14審決集40・776）

4社が法人として不当な取引制限罪の刑事責任を問われ、それぞれ400万円の罰金に処せられた。

「一定の取引分野」を判断するに当たっては、既定の概念によって固定的にこれを理解するのは適当ではなく、取引の対象・地域・態様等に応じて、違反者のした共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定し「一定の取引分野」を決定するのが相当である。本件において、4社の従業者がした談合・合意の内容は、社会保険庁の発注に係る本件シールが落札業者、仕事業者、原反業者等を経て製造され、社会保険庁に納入される間の一連の取引のうち、社会保険庁から仕事業者に至るまでの受注・販売に関する取引であって、これを本件における

「一定の取引分野」として把握すべきものであり、現に本件談合・合意によってその取引分野の競争が実質的に制限されたのである。

事業者の行う共同行為は「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」内容のものであることが必要であるから、共同行為の主体となる者がそのような行為をなし得る立場にあるものに限られることは理の当然であり、その限りで、ここにいる「事業者」は無限定ではないことになる。しかし、日立情報は、自社が指名業者に選定されなかったため、指名業者であるビーエフに代わって談合に参加し、指名業者3社もそれを認め共同して談合を繰り返していたもので、日立情報の同意なくしては本件入札の談合は成立しない関係にあったのであるから、日立情報もその限りでは他の指名業者3社と実質的に競争関係にあったのであり、立場の相違があったとしてもここにいる「事業者」というに差し支えない。

4 検討

指名競争入札における談合事件であるが、指名されず指名競争入札に参加していない事業者（日立情報）が本件談合の違反行為者となり、不当な取引制限罪の刑事責任も科されている。しかし、指名されず指名競争入札に参加していない事業者（日立情報）は、課徴金の名あて人から除外されている。課徴金は、発注先である社会保険庁との間に契約が締結され売上げが生じた事業者（3社）にのみ納付が命じられている（課徴金納付命令平成5・9・24審決集40・420）。違反行為者とされなかった事業者（本件では、ビーエフ）に課徴金が賦課されることはない（例外：事業者団体のカルテルの場合には、違反行為者である事業者団体ではなく、当該カルテルにより利得を得ることになる構成事業者に対し課徴金の納付が命じられる－8条の3。）。

「一定の取引分野」は、2つの取引段階（社会保険庁から受注・落札する取引段階と受注・落札業者から当該落札・受注した印刷加工の仕事を原反業者に発注する事業者との取引段階）を含むものとして画定されている。本件の談合・合意の内容が2つの取引段階を含むものであったからである。また、そうしないと、事業者を本件の不当な取引制限の当事者としえなかったからでもある。

新聞販路協定事件東京高判昭和28・3・9判時2・8以来、不当な取引制限の当事者は、相互に競争関係にある事業者に限られると判示してきたが、本件判決は、これに疑問を呈しながら、判例変更をせず、実質的に競争関係にある事業者も当事者にふくまれると判示し、判例の継続性を維持したようにみえる－「相互拘束」の要件の縛りがなお継続している。

課徴金制度と不当返還制度との関係については、最高裁が、課徴金制度を、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定めやカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものであると判示している（最判平成17・9・13判時1909・3、判タ1191・196）ことから、両制度は、併存することを当然の前提としており、調整の必要はないということになる。