

多摩談合（新井組）事件の最高裁判決 平成 24・2・20 について

舟 田 正 之

はじめに

- 1 「不当な取引制限」と入札談合
- 2 本件事案の特殊性
- 3 本判決の判旨
- 4 「一定の取引分野」に関する「特定土木工事」という絞り
- 5 「拘束」の意味
- 6 「共同して」と「相互に」
- 7 市場効果要件：「競争を実質的に制限すること」
- 8 課徴金賦課の対象となる「当該商品又は役務」（法7条の2第1項）
- 9 ま と め

はじめに

多摩談合事件審決を争った事件のうち、新井組ほか3名が審決取消を請求した事案に関する本判決は、独禁法（以下、「法」と略記することがある）違反の入札談合について最高裁判所がかなり精緻な説示を示した重要判決である（裁判平成24・2・20民集66巻2号796頁。本判決は裁判所ホームページにも掲載されている）。

本件事案の経緯については、まず公取委による審判審決平成20・7・24（審決集55巻174頁）において、ゼネコン33社に対し課徴金納付命令が発出され、これを争って5件の審決取消訴訟が提起された。

このうち、本小論で取り上げる新井組ほか3名が原告となった審決取消請求事件について、東京高判平成22・3・19（審決集56巻第2分冊567頁）は、請求認容、課徴金納付命令取消の判決を下した。他の4件の審決取消訴訟におい

ては、公取委の審決を維持する判決が出ているのに対し、この原判決は極めて特異な解釈が示されたこともあり、多くの学説から厳しい批判が出された。

本最高裁判決は原判決を破棄し、公取委の前記命令を支持した。そこでは、多くの学説の主張にほぼ沿った説示がなされているが、子細に見ると単に多数説を追認したにとどまらない内容であるようにも思われる。

本小論は、金井貴嗣氏が2013年9月21日、東京経済法研究会において、本判決の意義について極めて明快かつ説得的な報告を行ったことに触発されて、若干の検討を行うものである。

* 本報告は、その後、金井貴嗣「入札談合の不当な取引制限該当性」中央ロー・ジャーナル10巻4号3頁以下(2014年)として公表されたが、内容は相当異なるものとなっている。その他、本判決については、以下のような研究がある。これらについての引用は省略した。

古田孝夫・ジュリスト1448号89頁以下(2012年)、越知保見・判時2170号3頁(2013年)、宮井雅明・公正取引739号49頁(2012年)、泉水文雄・新・判例解説Watch[2012年10月]191頁、大久保直樹・ジュリスト1442号4頁(2012年)、齊藤高広・ジュリスト1445号101頁(2012年)、向田直範・NBL982号102頁(2012年)、滝澤紗矢子・法学(東北大学)76巻3号333頁(2012年)、白石忠志・法学協会雑誌130巻3号727頁以下(2013年)、和田健夫・重判解平成24年度(ジュリスト1453号)240頁以下(2013年)その他。

原判決についても多くの研究がある。例えば、根岸哲・ジュリスト1376号278頁以下(2009年)、藤田稔・速報判例解説TKCローライブラリー経済法No.22(2010年)、林秀弥・ジュリスト1405号179頁以下(2010年)、越知保見『独占禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』(成文堂、2013年)167頁以下。公取委の審決については、岡田外司博・ジュリスト1366号118頁以下(2008年)、横田直和・公正取引698号8頁以下(2008年)等。

1 「不当な取引制限」と入札談合

独占禁止法2条6項は、以下のように不当な取引制限を定義している。

「事業者が、……他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等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、二

定の取引分野における競争を実質的に制限すること」。(下線部は舟田。以下同じ)

ほとんどの談合においては、ある発注者に対して談合の基本的ルール(以下、「基本合意」という)が設定され、それに基づいて個別の入札物件についての具体的な調整が行われる(以下、「個別調整」という)、といういわば2段階の構造になっている。

基本合意に加わった事業者が、すべての入札物件について個別調整し、順番に落札したというような典型的なケースでは、基本合意を上記の不当な取引制限に当たるとすることには異論はない。

しかし、談合に対する独占禁止法上の規制が厳しく行われるようになってからは、上記の基本合意を文書等の形で明確に規定するような素朴な談合は姿を消すようになっている。その場合でも、曖昧な形態と内容の基本合意のもとで、実際には、すべての物件ではないにしろ、多くの物件で以前と同様の談合が続くというケースは、未だに残っている。これに加え、談合参加者が極めて多数になると、さらに談合の不明確さが増し、またその拘束力も弱くなっていくので、仮に基本合意があるとしても、その実効性は相当程度低下することとなる。本件も、このようなケースである。

* 談合の「実効性」については、別稿「談合の『実効性』——『競争の実質的制限』・『当該商品又は役務』との関係」で簡単に検討した(本誌219頁以下参照)。

2 本件事案の特殊性

本件(多摩談合事件)では、財団法人東京都新都市建設公社発注の土木工事につき、違反行為者とされたゼネコン33社のほか、ゼネコン46社(協力者)、および、地元業者74社(アウトサイダー)が入札に参加していた。これらの者のうち多くは談合に協力したが、競争的に行動することもあり、極めて多くの入札物件において、談合が個々の物件についての入札においてどこまで効力をもったかなどの詳細についての立証が困難な事例であった。

すなわち、本件事案では、極めて多数の入札参加者がいるが、それらのうち基本合意に参加したと認定されたのは33社に過ぎず、また、すべての物件が

談合によって落札されたわけではない。

本審決によれば、違反行為者ゼネコン 33 社以外の、ゼネコン 46 社は、競争を避けることが望ましいとの認識を有し、実際にも、受注予定者が受注できるよう協力していた（「協力者」という）。

さらに、地元業者 74 社は、「違反行為者とともに入札に参加する場合であっても、常に落札を目指して受注予定者とされた違反行為者に対して競争を挑んでくるとは限らず、受注予定者の依頼に応じて協力したり、自主的に高めの価格で入札して、競争を回避することがある程度期待できる状況にあった」（本審決より）。

同社は、本件対象期間中に、特定土木工事を 72 件発注した。本審決によれば、ゼネコン 33 社の落札・受注に係る工事のうち、31 件について本件基本合意に基づいて受注予定者が決定されることによって競争制限効果が具体的に生じたと認めることができ、課徴金の対象となるとされた。

3 本判決の判旨

(1) 「本件審決に係る審判で取り調べられた証拠によれば、上告人が本件審決において、前記 2(5)のうちイを除く各事実を認定したことは合理的であり、また、同イの事実を認定したことも、本件対象期間において、多摩地区で事業活動を行うゼネコンのうち少なくとも本件 33 社が、少なくとも A ランク以上の土木工事のうちの公社発注の特定土木工事を対象として、本件基本合意をしていた旨を認定したものとして合理的であるというべきであるから、これらの認定事実には、それを立証する実質的な証拠があるものと認められる」。

(2) 「本件基本合意は、前記 2(5)イのとおり、各社が、話し合い等によって入札における落札予定者及び落札予定価格をあらかじめ決定し、落札予定者の落札に協力するという内容の取決めであり、入札参加業者又は入札参加 J V のメインとなった各社は、本来的には自由に入札価格を決めることができるはずのところを、このような取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となることは明らかであるから、本件基本合意は、法 2 条 6 項にいう『その事業活動を拘束し』の要件を充足するものということが出来る。

そして、本件基本合意の成立により、各社の間に、上記の取決めに基づいた行動をとることを互いに認識し認容して歩調を合わせるといふ意思の連絡が形成されたものといえるから、本件基本合意は、同項にいう『共同して…相互に』の要件も充足するものといふことができる。

また、法が、公正かつ自由な競争を促進することなどにより、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としていること(1条)等に鑑みると、法2条6項にいう『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な方法や手順等を取り決める行為によって競争制限が行われる場合には、当該取決めによって、その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解される。』

(3)「本件基本合意の当事者及びその対象となった工事の規模、内容や、前記2(1)のとおり、公社では、予定価格が500万円以上の工事の発注について工事希望型指名競争入札と称する方式を採用し、規模の大きい工事や高度な施工技術が求められる工事については、入札参加希望者の中から原則として格付順位の上位の者が優先して指名業者に選定されていたためその上位に格付けされていたゼネコンが指名業者に選定されることが多かったことから、Aランク以上の土木工事については、入札参加を希望する事業者ランクがAの事業者の中でも、本件33社及びその他47社が指名業者に選定される可能性が高かったものと認められることに加え、本件基本合意に基づく個別の受注調整においては、同(5)ア、エ及びオのとおり、その他47社からの協力が一般的に期待でき、地元業者の協力又は競争回避行動も相応に期待できる状況の下にあったものと認められることなども併せ考慮すれば、本件基本合意は、それによって上記の状態をもたらし得るものであったといふことができる。

しかも、前記2(3)及び同(5)エのとおり、本件対象期間中に発注された公社発注の特定土木工事のうち相当数の工事において本件基本合意に基づく個別の受注調整が現に行われ、そのほとんど全ての工事において受注予定者とされた者又はJVが落札し、その大部分における落札率も97%を超える極めて高いものであったことからすると、本件基本合意は、本件対象期間中、公社発注の特

定土木工事を含むAランク以上の土木工事に係る入札市場の相当部分において、事実上の拘束力をもって有効に機能し、上記の状態をもたらしていたもの
ということが出来る。

そうすると、本件基本合意は、法2条6項にいう『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』の要件を充足するものというべきである。さらに、以上のような本件基本合意が、法2条6項にいう『公共の利益に反して』の要件を充足するものであることも明らかである。

以上によれば、本件基本合意は、法2条6項及び7条の2第1項所定の『不当な取引制限』に当たるといえるべきである」。

(4) 「法の定める課徴金の制度は、不当な取引制限等の摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、不当な取引制限等の予防効果を強化することを目的として、刑事罰の定め(法89条)や損害賠償制度(法25条)に加えて設けられたものである(最高裁平成14年(行ヒ)第72号同17年9月13日第三小法廷判決・民集59巻7号1950頁参照)。

本件基本合意は、法7条の2第1項所定の『役務の対価に係るもの』に当たるところ、上記の課徴金制度の趣旨に鑑みると、同項所定の課徴金の対象となる「当該…役務」とは、本件においては、本件基本合意の対象とされた工事であって、本件基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったものをいうと解される。そして、前記2(4)及び同(5)カのとおり、本件個別工事は、いずれも本件基本合意に基づく個別の受注調整の結果、受注予定者とされた者が落札し受注したものであり、しかもその落札率は89.79%ないし99.97%といずれも高いものであったから、本件個別工事についてその結果として具体的な競争制限効果が発生したことは明らかである。

以上によれば、本件個別工事は、法7条の2第1項にいう『当該…役務』として同項所定の課徴金の対象となるものというべきである」。

4 「一定の取引分野」に関する「特定土木工事」という絞り

(1) 上記引用の判示のうち、(1)は、公取委の審決による「一定の取引分野」および「基本合意」の認定を肯定した部分である。

そこでは「少なくとも」が2度使われており、奥歯に物が挟まったような文章である。これは、原判決の「一定の取引分野」についての特異な解釈を否定することに傾注し、審決を「少なくとも」という限度で肯定したようにみえる。審決は、「一定の取引分野」を「公社発注の特定土木工事」として技巧的に狭くとっている。この「特定土木工事」とは、「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、入札参加者のうち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」とされている。なお、上で34社のうち1社は本件基本合意の当事者ではないと認定され、違反行為者は同社を除いた33社とされている。

しかし本件でも、通常の談合事件のように、公社発注の「Aランク以上の土木工事」とすることもあり得たのであり、本判決もこの立場にたつと理解することもあり得る(後述、4(2)(3))。

ここで重要なことは、「一定の取引分野」に関する原判決の論理を明確に否定することである。原判決は、極めて形式論的に、独禁法2条4項の「競争」の定義から議論を進めており、多くの批判がなされたように、独禁法の基本的な法原理を十分理解していないことがうかがわれるものであった。

独禁法2条4項が現行法のように改められたのは、昭和24年改正によってであり、当時の企業結合規制は、「競争関係」を基準に立てられていたので、「競争関係」の意義を明らかにしておこうという立法趣旨であった。なお、その時の企業結合規制は、今日の競争理論からみれば明らかに厳しすぎるものであるが、当時は集中排除を進めようとしていたという背景があった。

しかし、昭和28年改正で、企業結合規制の要件は、現行法と同じ「競争を実質的に制限することとなる」となり、上記の「競争関係」の意義を明らかにするという目的はなくなった。このことから、同改正後の独禁法においては、2条4項は不要であり、誤解を招くものであるから削除すべきだという指摘が当時からあったところである¹⁾。今日の多くの学説でも、そのことを踏まえ、2条4項を手がかりに「競争の実質的制限」等の解釈を行うべきではないと説

1) 以上については、今村成和『独占禁止法』(有斐閣、新版、1978年)44頁以下、正田彬『全訂独占禁止法I』(日本評論社、1980年)146頁以下等を参照。

いている。

独禁法2条の定義規定の並び方をみると、2条4項で「競争」の定義があり、続く5項以下で私的独占等における「競争の実質的制限」という要件が現れるので、前者を踏まえて後者を考えるということになりそうであるが、これは上記のような法改正の経緯を無視した形式論である。規定の解釈は、文字面だけをみるのではなく、その歴史・沿革（法2条4項の立法趣旨）を踏まえ、他の規定との整合的理解の下で行われるべきであり、これを看過すると文言だけから観念的に理解し、机上の空論になる危険性があるという1例であるといえよう。

なお、「競争」とは何かという定義規定を置いてある独禁法は、世界を見渡してもあまりないのではないと思われる。反トラスト法にもないし、ドイツでも、競争制限禁止法における「競争」とは何かというテーマのモノグラフィーがかなり前に出たが、その結論は当然ながら「このテーマは、それ自体としては意味がない」、ということであった。

(2) 原判決の中で、例外的に次の判示は正鵠を射ているようにも思われる。

本件審決には、「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も説明をすることがない」。

本件審決は、指名業者にゼネコンを複数含むものに限定し、談合が行われたとの立証が十分可能な対象に限って、「特定土木工事」と限定したのであるが、これは実態と見合っているとは言い難いであろう。基本合意の対象は、より広く「Aランク以上の土木工事」としてもよかったとも思われる。

近年、公取委は、このように立証上固い部分に絞って、「特定……」と名付けて、「一定の取引分野」とする手法を用いることがある（たとえば、マリンハウス市場分割事件＝排除措置命令平成20・2・20、テレビ用ブラウン管価格カルテル事件＝排除措置命令・課徴金納付命令平成21・10・7）。実態としての市場を捉えるのでなく、立証または排除措置についての実際上の考慮からこの種の限定を付すことには疑問が残るところである。

その背景には、日本の裁判所の傾向として、個別具体的な立証を過度に要求し、経験則や経済学的推論等に基づく認定に消極的であると指摘されていることがあるように思われ、公取委は、石橋をたたいて渡る式に「特定……」と狭

くとの構成をとったとも推測される。

本件最高裁判決が、前記のように、「少なくとも」としたのは、審決の「一定の取引分野」についての構成をやや疑問に思惟、しかし、このことが結論に響くような重要な意味を持つ論点ではないことから、詳しく検討することを避け、このような表現にしたのではないかと推測される。

(3) ところが、古田孝夫・ジュリスト1448号89頁以下は、以下のように述べている。

『共同行為が対象としている取引』＝『競争が実質的に制限される範囲』をもって『一定の取引分野』を画定するという〈前記判旨〉(1)の考え方は、本来、『一定の取引分野』の画定が、当該市場において競争が実質的に制限されているか否かを判定するための前提として行われるものであることからすると、論理が逆であると考えられることから、本判決は、このような考え方を一般的な考え方としては採用せず、『公社発注の特定土木工事』（本件審決が本件基本合意の対象市場と認定した市場）よりも一般的かつ客観的な市場である『Aランク以上の土木工事』をもって、本件における『一定の取引分野』と画定したものと考えられる。」

この引用文の後半は、本判決が「Aランク以上の土木工事」を「一定の取引分野」としたとするものであるが、前記のように、本判決が、「少なくともAランク以上の土木工事のうちの公社発注の特定土木工事を対象として」と述べたことの理解として妥当か疑問がある。

* 金井貴嗣＝川濱昇＝岸井大太郎＝中島秀夫「最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引742号23頁（2012年）でも、本判決が「Aランク以上の土木工事」と「公社発注の特定土木工事」のいずれを「一定の取引分野」としたのかは明確ではない、という意見が出されている。金井・前掲中央ロー・ジャーナル10巻4号17頁以下は、前者の理解をとり、説得的な議論を展開している。

これとは別に、引用文の前半にも疑問がある。ここで、下線を引いた部分で「論理が逆である」とあるのは、形式的な見方であり、競争の実態に即した市場画定、という原則を看過したものになっているに思われる。ここにも、前記の独禁法2条4項について述べたような、規定の形式的理解だけに基づく「論

理」の陥穽が現れているのである。

共同行為が実効的に行われた場合には、当該共同行為が対象とした取引の範囲をもって「一定の取引分野」の画定が行われるべきである。このことは、古くから学説が一致して説いてきたことであり、また、古田孝夫・前掲が参照しているように、既に次の判決が示しているとおりでである。

「『一定の取引分野』を判断するに当たっては、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て『一定の取引分野』を決定するのが相当である（東京高判昭和61・6・13行集37・6・765）」（社会保険庁シール談合刑事事件＝東京高判平成5・12・14高刑46巻3号322頁。なお、そこで引用されているのは、旭礦末審決取消請求事件＝東京高判昭和61・6・13行集37巻6号765頁である）。

ただし、例外的に、当該共同行為が対象とした取引の範囲がそのまま「一定の取引分野」であるとするのは不適當な場合もあるかもしれない。

前記の金井報告は、その例として、石油連盟生産調整事件＝勸告審決昭和49・2・22審決集20巻312頁を挙げた。同審決は、「我が国における原油処理分野における競争を実質的に制限」したとし、それを受けた検察官の公訴事実でも同様に「原油処理分野」としていた。これは、当該生産調整が原油処理量を基準としていたのをそのまま「一定の取引分野」としたからである。これに対し、東京高判昭和55・9・26高刑33巻5号359頁は、「元売業者間には販売競争が行なわれ、その競争の行なわれる市場」とし、石油製品市場（卸売市場）と修正した。当該事業者は主観的に原油処理量だけを生産調整としていたのは事実であるが、それを市場の実態からみれば、石油製品市場を対象としていたとみるべきであるから、後者（東京高判）の解釈が妥当である。

このような極めて例外的な場合を除いて、前記の社会保険庁シール談合事件＝東京高判平成5・12・14の市場のとらえ方が妥当であると考えられる。

(4) 本件のように基本合意が曖昧で、かつ、その有効性がすべての物件に及んだわけではないケースについて、本審決のように基本合意にこだわって立証に苦勞することを避けようとする、やや無理な構成をとるおそれがある。

そこで、基本合意の立証が難しい場合には、当該談合が基本合意と各物件ごとの個別調整からなるとしても、立証可能な個別調整それ自体を「不当な取引

制限」に当たると解して、それらに課徴金をかけるという方法もある。すなわち、個別の物件ごとに「一定の取引分野」を構成すると解することもできるので、そこで個別調整が行われれば、それ自体を「不当な取引制限」に当たると解し、それに関し課徴金を賦課することは容易であろう。

「1回限りの談合」が不当な取引制限に当たることがあるということは、既に過去の事例で明らかにされているし²⁾、理論的に、1回の入札を、1つの「一定の取引分野」としてそこにおける談合(個別調整)を相互拘束とすることに何ら問題はない。たしかに、基本合意に基づいているという談合の全体構造からみれば、1件ごとの個別調整だけを取り上げるのは、「木を見て森を見ない」ことになるのであるが、基本合意について立証の壁があるのであればやむを得ないこともあろう³⁾。

5 「拘束」の意味

(1) 「入札参加業者又は入札参加JVのメインとなった各社は、本来的には自由に入札価格を決めることができるはずのところを、このような取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となることは明らかであるから、本件基本合意は、法2条6項にいう『その事業活動を拘束し』の要件を充足する」。(前掲判旨(2)の前半)

これについては、以下の3つの理解の仕方がある。

- ① 「拘束」は、「事実上拘束される」ことをもって足りるとした。
- ② 「相互に」と「拘束し」を切りはなして、「拘束」は一方的な拘束も含むと解する可能性を示した(越知・判時2170号6頁参照)。
- ③ 談合参加者は、自らの意思で、自らの意思決定を拘束したことをもって、「拘束」とした(私の理解)。

これらのうち、①と②の内容それ自体は妥当な考え方であるが、本判決の上

2) 弘善商会事件=勧告審決昭和59・8・2審決集31巻22頁

3) 「1回限りの談合」を違法と解することについては、舟田「談合入札」法学教室19号90頁以下(1982年)で既に触れていた。同「談合と独占禁止法」日本経済法学会年報25号24頁以下(2004年)をも参照。同旨、平林英勝「最近の入札談合事件審判決の検討」判例タイムズ1222号46頁以下、50頁(2006年)等。

記引用部分は、③のようにも理解されるので、そうだとすれば問題があると考えられる。

なお、①から③のいずれによっても、本件における33社(JVのメインとなった各社)は、基本合意を形成したこと自体で「拘束」の要件を満たすことになる、という点では共通する。これは、原判決と明らかに異なる解釈であり、従来の学説を追認したものである。

* 原判決は、以下のように判示していた。「被告の主張する本件基本合意とは、要は、公社の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、公社の発注するAランクの工事は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(被告はこれを「条件」と称する。)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という程度のものにすぎず、この程度の認識を建設業者らが有してい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断ずることができるのか甚だ疑問というべきである」。

(2) これらのうち、①の「事実上拘束される」ことをもって足りるということとは、従来の学説・判例等において確立されていた解釈である。

原判決は、私法上の「合意」と同じ意味で、独禁法上の合意を理解していることなど、契約理論と同じ平面での議論に終始している。これに対し、本判決は、そのような原判決における私法的解釈を覆したものであり、これも従来の学説等で説かれていたことを最高裁として追認したものであり重要な点である。

ただし、本判決が原判決を否定する論理が、「取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになる」ということにやや問題があるということは後に述べる(④を参照)。

(3) 前記②の説は、次の「共同して…相互に」の要件の解釈とあわせて読んで、本件で問題になる協力者の扱いについて、新規性があるとするものである。

たしかに、「共同して…相互に」についての本判決の判示は、かなり広いまたは緩い書き方になっており、そこから、一方的拘束をうけるにすぎない協力者も、共同行為者に含まれるということを通導することも可能であるように思われる。

複数の事業者が「共同して…相互に」行為をするということは、既に互いに「拘束」をしあっていることを示しているともいえる。この点は、後に(6)(3)「相互拘束」における相互性、で再論する。

(4) 最後に、前記③については、叙述の都合で後(6)(4)に述べることにし、ここでは、原判決における「自由」と「拘束」に関する説示について検討しておく。

本判決の前掲判旨(2)は、原判決における、「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されたというような、その結果競争が実質的に減少したと評価できるだけの事実も認定されなければならない」、という判示部分を否定したものと理解される。

原判決におけるこの判示部分の意味をより鮮明に示しているのは、前に引用した判示部分である(5)(1)末尾)。原判決によれば、この程度の緩い「共通認識」では、「自由で自主的な営業活動上の意思決定」がなくなったとはいえないということなのであろう。この考え方については、多くの適切な批判がなされているので、ここでは次の点だけ指摘する。

ここでは、何か強力な、明確な合意ないし外的障害があってはじめて、「自由で自主的な営業活動」ができなくなる、ということが暗黙の前提にあるようである。

しかし、そのような強力な、明確な合意ないし外的障害とは何であろうか？ すなわち、原判決は、「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されたというような……事実」として、具体的に何を想定しているのであろうか疑問である。談合は、もともとヤミで行わざるを得ない違法行為であり、談合破りに対する制裁も少なくとも表立ってはできない性格のものである。原判決は、このような談合の実態を誤解しているように思われる。

また従来から、カルテルの本質は不安定さにあると説かれてきた。不当な取引制限は、通常、競争事業者間の競争回避という微妙な効果を期待してなされるのである。そこでは、カルテル参加者は、カルテル破りの抜け駆け行為によ

る目先の利益を犠牲にせざるを得ず、また、全員が均等に利益を得ることは稀であって、多くの場合、実質的な利益配分としては偏りができるので、ほぼ必然的に不満が生じる。

多くのカルテルや談合は、そこで決められたことを参加者がすべて遵守して、逸脱する者はいない、などという完璧なもの、すなわち完全に実効性があるものではないのが通常である。それらに内在する前記のような特質から、もともと、弱い、崩壊する危険の高い取決めでしかない。取決めを破れば、少なくとも短期的には契約を取ることができるという、強い誘因があるので、参加者は何とか、そのような逸脱を避けようとお互い監視し合い、それでも多少の逸脱を生んでしまうことがある、という実態にある⁴⁾。

(5) 今日の談合の実態と独禁法上の規制について、さらに少し敷衍しておきたい。長年談合を曖昧な形で継続してきた事業者においては、一方で、近代市民法の意味での契約の世界とは別に、業界独自の論理ないし協調への雰囲気根強く存在しており、他方で、各事業者はそれらに縛られずに自由に営業したいという要素もある。そのような葛藤の中で、事業者は通常はムラの掟に従って、2番札を入れるなどガマンしたり、チャンピオンとして落札の利益を受け、あるときは逆に、思い切って談合に反抗する、などという行動様式をとる。

建設・土木業界を典型として、公共工事の談合体質が根強く残っているところでは、海外諸国の事業者との競争はなく、地理的に狭い範囲でお互い長く付き合い合ってきた事業者からなる業界であり、また、発注者の側も、国（多くは地方の出先機関）、地方自治体、特殊法人等が長く指名競争という慣行で、事業者を指名してきたのであるから、事業者と発注者の関係も固定的・継続的である。

こういう中で、まだ残存している、前記のような不完全な談合の軀（くびき）を法的に違法としないと、さらに談合が生き続け、あるいは強化されてしまうおそれがある。ここで談合の「軀」という古い言葉を用いたのは、彼らの

4) 過去の事例については、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、第4版、2010年）151頁以下において、新聞購読料一斉値上げ事件と協和エクシア審決取消請求事件＝東京高判平成8・3・29をあげた箇所を参照。

思考・行動様式は近代的な契約の世界とは別のものであることを示したかったからである。原判決は、審決が認定した程度の緩い「共通認識」では、「自由で自主的な営業活動上の意思決定」がなくなったとは言えないとしたが、これは近代的な契約の観念に拘っているからであろう。それは談合の実態、彼らの規範意識とかけ離れた理解であって、そのような曖昧な談合、すなわち、堅固な構成による談合とは異なる、いわばやや弱い談合であっても、それが一定の競争制限的な性格と効果を有する以上、違法とすることが求められているのである。

(6) なお、上記は不当な取引制限における「拘束」の議論であって、これに対し、拘束条件付取引における「拘束」は、他者による拘束であって、行為者は拘束されていない。同じ「拘束」という言葉を使っている、その意味は全く異なるということを指摘しておく。

6 「共同して」と「相互に」

(1) 本判決の記述の順序について

本判決の前記判旨(2)について、泉水文雄・新判例解説 Watch [2012年10月] 193頁は、以下のように述べる。

「判決は、『拘束』、『共同して…相互に』の順で記述し、さらに『共同して…相互に』という要件と捉えているが、本件では、原判決が拘束要件について特異な解釈をしたために拘束の有無が争点になり、『拘束』の有無をまず検討し、続いて『共同して…相互に』の要件をみだすことを述べているのであり、2条6項の行為要件を『共同して』、『相互拘束』とする従来の捉え方を否定するものではないであろう。

ただ、『共同して』、『相互拘束』とする場合、『共同』と『相互』において判断が重なる部分があったが、まず拘束の有無を問ひ、次に『共同して…相互に』の有無を問うという方法はわかりやすく、また拘束内容の共通性が必要ななどのかつての議論を退ける意味でも有用であるといえそうである。」

この引用文のうち、前半の段落部分は妥当な見方であり、前述のように、「拘束」が事実上のもので足りるというほぼ確立された解釈によれば、本判決のこの判示は、前記のような曖昧な談合であってもこれらの要件を満たすとの

判断を導くものである。

また、本判決が、「2条6項の行為要件を『共同して』、『相互拘束』とする従来の捉え方を否定するものではない」との理解も妥当であると思われる。

(2) 「共同遂行」

(i) 引用文の後半の段落部分(「ただ……」)については、まず、不当な取引制限の定義規定では、「相互拘束」と並んで「遂行」をあげており、これも「他の事業者と共同して……遂行」と呼んで、「共同遂行」という別の行為類型があることを指摘しておこう。

共同遂行については、「相互拘束」がない(あるいは立証できない)場合でも、実際に共同して遂行していれば同要件を満たすと解される。ただし、共同遂行は行為が実行された後でないと要件を満たさないが、相互拘束は基本合意が成立した時点で要件を満たす(なお、いわゆる「合意時説」は、「競争の実質的制限」についての解釈であるが、これは上記のように、「相互拘束」を念頭においた議論である)。

(ii) 学説の多くは、共同遂行に全く触れないか、あるいは、それは相互拘束に含まれる、すなわち、相互拘束は、参加者の内部関係であり、共同遂行はそれが外部に表出された現象を表す、という解釈をとる⁵⁾。

これに対し、私は上記のように、共同遂行は相互拘束と並ぶ行為要件であると解する説が妥当であると考えている⁶⁾。もっとも、ほとんどのカルテルや談合は行為がなされた後で問題になること、また、合意には「暗黙の合意」も含むと解するので、共同遂行を独立の行為類型とする実際上の意義はほとんどないといえよう。

(iii) ただし、独禁法違反行為に係る刑事事件の判例においては、「相互に拘束し、遂行した」という表現にほぼ統一されているようである。

「各被告会社等が共同して、調達実施本部が指名競争入札の方法により発注する本件各石油製品の受注に関し、各被告会社等の事業活動を相互に拘束し、遂行したのであって、以上はいずれも本罪の実行行為に該当するものである。」(防衛庁石油製品談合刑事事件=東京高判平成16・3・24審決集50巻915頁。また、

5) 今村・前注1)『独占禁止法〔新版〕』78頁以下参照。

6) 正田・前注1)『全訂 独占禁止法I』239頁以下参照。

第二次東京都水道メーター刑事事件=東京高判平成16・5・21も、同じく「相互に拘束し、遂行した」と述べている)。

これに関しては、私は「遂行行為説」と呼んで批判的に検討したことがあるので、ここでは割愛する⁷⁾。

(3) 「相互拘束」における相互性

(i) 次に、「相互拘束」における「相互」とは何か、という問題があり、これについても以前から多くの議論がなされてきた。泉水・前掲における「拘束内容の共通性が必要かなどのかつての議論」も、それを指している。

現在では、多くの学説は、この「相互拘束」で厳しい絞りをかけるということは考えていないのであって、最も重要な要件は、この定義規定(法2条5項)で、その前におかれている「共同して」(「合意」または「意思の連絡」)にある、とされているのである。

私も、これについて既に詳しく検討したことがあり⁸⁾、結論だけ述べれば、以下のとおり。

① 不当な取引制限の当事者は、競争関係にある事業者間に限定されず、取引関係にある事業者間においても、不当な取引制限が成立することがあり得る。

② したがって、拘束の内容は、当事者によって異なることがあり得る。しなわち、従来一部で主張されていた「拘束内容の共通性」は不要である。

③ 問題は、不当な取引制限の当事者のなかに、拘束を受けない者も含んでよいか、という点である(「一方的な拘束」の問題)。

(ii) 不当な取引制限の要件である「共同して」は、合意の立証において満たされているのであるから、前記のように「拘束」も立証されれば、それとは別個に、「相互拘束」をとりたてて要件として設定し、それを具体的に立証する

7) 舟田「防衛庁石油製品談合刑事事件=東京高裁判決(平成16年3月24日)について」立教法学70号161頁以下(2006年)、同「防衛庁石油製品談合刑事事件=東京高判平成16・3・24—入札談合における基本合意・個別調整と『相互拘束』・『共同遂行』の関係を中心にして—」ジュリスト1288号142頁以下(2005年)参照。前者は、後者をもとに、より詳細に検討したものである。

8) 舟田・前注3)日本経済法学会年報25号24頁以下参照。根岸=舟田・前注4)『独占禁止法概説』145頁以下も参照。

と解する理由はないと考えられる。

すなわち、「共同して」=合意のなかに、「相互に」が含まれているというべきである。事業者が共同する（合意を形成する）ということは、当然の理として、お互いにそれを守ろうという共同認識が生まれているので、それを「相互に」と表現したに過ぎない。

本判決が、「上記の取決めに基づいた行動をとることを互いに認識し認容して歩調を合わせるといふ意思の連絡」と述べたのは、上のことを指していると読むことも可能である。

(iii) 上記の③については、「一方的拘束」を含むと解すべきであり、これについては、前掲の越知保見・判時2170号3頁以下が詳述しているとおりである。すなわち、協和エクシオ事件、安藤造園事件（=福岡市造園工事談合事件）、四国ロード事件等における「一方的な拘束」を受けるだけの事業者も、「共同して……相互に」の要件を満たす、と解すべきである。

このことを、本判決の上記判示部分（前出、判旨(2)）が示していると理解するのは、やや強引な深読みにもみえるが、そこに述べられている一般論をそのまま受け取れば、「一方的な拘束」を受けるだけの事業者も「共同して」いれば違反行為者に当たるとすることになろう。

本件事案についてこれをみれば、本件基本合意の当事者の数は33、基本合意への協力が一般的に見込まれる者（「協力者」）は、「少なくとも47」とされている（本件審決の認定）。

「一方的な拘束」は、上の「協力者」の多くがこれに当たる（彼らは落札していない）。これら一方的な拘束を受けるだけの「協力者」も、違反行為者とされているなら、本判決は、傍論（ないし一般論）ではなく、事案の解決に結びつく、新しい判示を示したといえるのであるが、そうではないとすると、厳密には傍論ということになろう⁹⁾。

しかし、最高裁判決が、このような一般論を述べたということの意味は大きく、今後はこれに従って、「一方的な拘束」を受けるだけの事業者も含まれるという方向に向かうことを示唆していると思われる。

9) 菅久修一（編）=品川武=伊永大輔=原田郁『独占禁止法』（商事法務、2013年）27頁も傍論とする。

(4) 「合意」・「意思の連絡」という用語の問題性

(i) 本判決は、相互拘束について次のように判示している(前掲判旨(2))。

「本件基本合意の成立により、各社の間に、上記の取決めに基づいた行動をとることを互いに認識し認容して歩調を合わせるという意思の連絡が形成されたものといえるから、本件基本合意は、同項にいう『共同して…相互に』の要件も充足するものといえることができる。」

このなかの「基本合意」、「上記の取決め」、「意思の連絡」は、私法上の概念ではなく、独禁法に固有の意味であると解される。不当な取引制限の要件を「合意」、または「意思の連絡」という用語を用いて説明するのが通説・判例であるが、これは私法上の「合意」または「意思」とは異なる¹⁰⁾。

民法上の「意思」をめぐる歴史ないし現在の意義を踏まえると、「意思」という用語を用いること自体が、これは独禁法上固有の意味の「意思」概念だと強調するとしても、あまり適当ではないように思われる。

意思については、日本と欧米の法文化の違いがあることは、(故)正田彬氏の繰り返し指摘していたことである。欧米では、私法上の「意思の合致」＝「合意」に基づいて共同行為が行われ、逆に、通常はそれがなければ共同行為は行われない(ドイツ競争制限禁止法1条におけるVereinbarungenの解釈)。これに対し、日本では、私法上の「意思の合致」があるか否かと関係なく、事実上、共同行為が行われることがよくある。

したがって、本来は前記の「共同遂行」がカルテルの主要な要件であり、その一部に「相互拘束」があるとみるべきであるとも考えられる。

しかし、日本の通説では、上記の独禁法に固有の意味での「意思」は、暗黙の意思で足りる、しかも、それは客観的諸事情から立証できると解するので、実際には、上記の「共同遂行」とほぼ同じことになる(この点は前述した。6(2)参照)。

(ii) 法諺「合意は拘束する」pacta sunt servanda(パクタ・スント・セルヴァ

10) 以下については、舟田「正田彬先生の人と業績を振り返る」ジュリスト1388号56頁以下(2009年)参照。「共同遂行」については、正田・前注1)『全訂 独占禁止法1』234頁以下(欧米の合意との違いに留意すべきことを説く)、鈴木孝之「不当な取引制限における共同遂行の行為概念」正田先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂、1999年)137頁以下等を参照。越知保見・判時2170号6頁等にも、私法上の合意と区別すべきとする指摘がある。

ング)。

この法諺は、一般に、私人間の自由な契約がお互いに規範として通用する、法的規範は合意のみによって成立する、ということを指している。すなわち、契約法においては、契約の法的拘束力を指すものとして用いられる(国際法上の法諺でもある)。

もともとの起源はローマ法なのであろうが、西洋において商人間の取引が積極的になる中世中頃から、よく使われたようである。例の「ベニスの商人」でシャイロックが主張したのも、約束は守るべきだ、という規範意識が広まっていたからであろう。のちにこれは、私的自治の原則につながるものとして整理されるようになり、近代市民法のはじまりともいえる法諺である。

これが示している合意の拘束力は、実定法としての民法が制定される以前から、すなわち各国の実定法という法的根拠なしで、規範として認められるとされたことが重要である。契約当事者の意思の合致(合意)のみで法的拘束力が生じるということから、近代社会における私的自治の思想、あるいは取引における信用という機能が始まったともいえる。

* その思想的背景等については、例えば、フランスの「意思自治の原則」に触れている次の文献を参照。星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座 基本法学4』(1983年)3頁以下。

(iii) さて、新井組事件の最高裁判決について、以下の部分にはやや疑問を生じるところである。

「各社は、本来的には自由に入札価格を決めることができるはずのところを、このような取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となることは明らかであるから、本件基本合意は、法2条6項にいう『その事業活動を拘束し』の要件を充足するものといえることができる。」(前掲判旨(2))

ここにある、談合当事者が、取決めを行うと、それに制約されて意思決定を行うことになり、事実上拘束される結果となる、というスジは、上記の法諺「合意は拘束する」をそのまま持ってきたに過ぎないとも思われる。

つまり、この論理の筋道では、合意の拘束力という私法の一般論が持ち込まれているのであって、ただし、上記の判旨では、法的拘束力ではなく、合意が

事実上の拘束力を持つことを示しているのである。

しかし、独占禁止法において、「相互拘束」とは、拘束が共同行為の当事者間で事実上機能する、「共同して」とは当事者間で相互に共同の認識を持つ、ということを示しているのであって、いずれも自分の意思で自分を拘束するという私法上の観念とは無縁のことである。

なお、談合の合意は、民法上無効だから、事実上の拘束力で足りると言ったのだ、という説明もあるが、これはおかしい論理である。これは談合の合意が、まず民法上成立して、次に、その効力を(公序良俗または独禁法の諸規定の解釈を通して)否定する、という民法上の議論であって、独占禁止法上の議論には馴染まない。独占禁止法上、事実上の拘束力で足りるか否かは、これとは別に、不当な取引制限の解釈論として、また、その基礎にあるべき競争(法)理論として考えるべきことである。

7 市場効果要件：「競争を実質的に制限すること」

(1) 本判決が述べた一般論

不当な取引制限のもう1つの要件である「競争の実質的制限」については、本判決の前記、判旨(2)の後半に引用したように、本判決は、一般論として次の2つのことを述べている。

A 『『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、

B 「本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な方法や手順等を取り決める行為によって競争制限が行われる場合には、当該取決めによって、その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」

(2) A「市場が有する競争機能を損なうこと」

これらのうち、前者(A)は、いくつかの研究(金井報告や林秀弥前掲評釈等)が示したように、原判決が、独禁法2条4項を持ち出して、「競争」を個別の競い合いの関係を消滅させることを意味するかのよう述べていたことを否定したものであって妥当である。

(3) B「落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」

後者(B)については、「競争の実質的制限」についての従来判例、すなわち、東宝・スバル事件＝東京高判昭和26・9・19(高民4巻14号497頁)、および、東宝・新東宝事件＝東京高判昭和28・12・9(高民6巻13号868頁)を踏まえた文章であると理解してよいであろう。

また、内容としても、前者(A)を承けて、「……落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる」という意味での市場支配力が形成・維持または強化されることを指していると解され、これも従来判例・学説を引き継いでいるといえよう。近年の判決では、NTT東私的独占事件＝最判平成22・12・17(民集64巻8号2067頁)が、「競争の実質的制限」を言い換えて、「市場支配力の形成、維持ないし強化」と述べていたところである。

(4) 具体的な事実の指摘

以上のような、本判決が述べた「競争の実質的制限」に関する一般論は、次のような事実の指摘と組み合わせられている。

本判決は、「落札者及び落札価格をある程度自由に左右する」という点につき、以下のような事実を指摘している。

①「Aランク以上の土木工事については、入札参加を希望する事業者ランクがAの事業者の中でも、本件33社及びその他47社が指名業者に選定される可能性が高かったものと認められること」、

②「本件基本合意に基づく個別の受注調整においては、……その他47社からの協力が一般的に期待でき、地元業者の協力又は競争回避行動も相応に期待できる状況の下にあったものと認められること」

これら①②の事実「なども併せ考慮すれば、本件基本合意は、それによって上記の状態をもたらす得るものであったといえることができる」、と述べられている。

本判決はさらに続けて、次のように述べる。

③「しかも、……本件対象期間中に発注された公社発注の特定土木工事のうち相当数の工事において本件基本合意に基づく個別の受注調整が現に行われ、そのほとんど全ての工事において受注予定者とされた者又はJVが落札し、その大部分における落札率も97%を超える極めて高いものであったことからす

ると、本件基本合意は、本件対象期間中、公社発注の特定土木工事を含むAランク以上の土木工事に係る入札市場の相当部分において、事実上の拘束力をもって有効に機能し、上記の状態をもたらしていたものといえることができる。」

本判決は、これに続けて、「そうすると、本件基本合意は、法2条6項にいう『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』の要件を充足するものといふべきである」と結論付けている。

(5) 2つの理解の対立

本判決が、上の①から③の事実を踏まえて「競争の実質的制限」について判断しているとするれば、従来の判例と同じという理解になろう(泉水・前掲)。

ただし、これらのうち、③は合意の実施がどうなされたかという「実施状況」に係る事実であり、この認定がなければ、直ちに競争の実質的制限が否定されるのか、という点、そうではないと考えられる(和田・前掲の末尾を参照)。これは「競争制限効果を推認する1つの手法」(斉藤・前掲)に過ぎない、と理解すべきであろう。

従来、学説は、競争の実質的制限は、この③などの「実施状況」をみなくても、市場支配力が形成・維持・強化されることによって、その影響が現れるであろうという蓋然性が認められれば足りると解してきた。合意と同時に、競争の実質的制限＝市場支配力が形成・維持・強化が認められるという合意時説は、その帰結である。

しかし、逆に、「実施状況」があれば、競争の実質的制限を認めることが容易になることも確かである。

前出のNTT東私的独占事件＝最判平成22・12・17が、次のように述べているのも(下線部分に注目)、そのような意味と理解すべきであろう。

「……本件行為期間において、先行する事業者である上告人に対するFTTHサービス市場における既存の競業者による牽制力が十分に生じていたものとはいえない状況にあるので、本件行為により、同項にいう『競争を実質的に制限すること』、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていたものといふべきである。」

以上のような、本判決における「競争の実質的制限」の判断が従来の判例と同じであるとする理解に対し、本判決は、「基本合意に拘束力のある範囲で市場を画定すれば、市場支配力というものが形成されたかを別個に立証すること

なく競争の実質的制限が発生するという考え方を採用している」、とする意見がある(越知・前掲)。

金井報告は、これに賛成し、その理由として、上の①から③の事実は、本件における基本合意を導いた諸事実と同じである、ということ挙げる。つまり、基本合意がこれら諸事実によって認められれば、それが同時に、競争の実質的制限を認定する諸事実になっている、ということであり、これは、事実上は、米国の反トラスト法における「当然違法」と同じ扱いになる、とする。

もちろん、法文上は、「相互拘束」・「共同遂行」と「競争の実質的制限」はそれぞれ要件として明示されているのであるが、立証の点で、本件のような基本合意についての認定がなされた場合には、それに加えて競争の実質的制限をとりたてて立証する必要はない、ということが示されたという理解である。

古田・前掲は、「本件基本合意は、本件対象期間中、Aランク以上の土木工事に係る入札市場の相当部分において、事実上の拘束力をもって有効に機能し、上記の状態(市場支配力の形成等がもたらされた状態。舟田注)をもたらししていたものということができると述べる。これは、基本合意が事実上の拘束力をもって有効に機能しているなら、そのことだけで競争の実質的制限を認めることができる、と理解しているように思われ、これは前記のように、反トラスト法の「当然違法」と同じ扱いになるという理解と同じである。

NTT 東私的独占事件のような私的独占に係る事件については別として、本件のようなハードコア・カルテルについては、このように「当然違法」の扱いが妥当であるとする見解は以前からみられたが、本判決は談合についてこれを認めたことになる、とみるべきであるとする。

この捉え方も可能であろうが、本件では、前記のように、基本合意について①から③の事実を認定しており、ハードコア・カルテルに係る「当然違法」が念頭においている合意よりも、はるかに詳細な競争評価を既に行っているのであるから、これをもって一般的に、最高裁が「当然違法」と同様の立証方法を認めたとすることには疑問が残るところである。

本判決が述べた「競争の実質的制限」に関する一般論は、従来の判例・学説を引き継いでおり(7(3)参照)、また、その一般論は挙げた①から③の諸事実の指摘と組み合わせられている(7(4)参照)。それらを踏まえるならば、本判決が「当然違法」と同様に、市場支配力分析を不要とした、とまではいえないであろう。

- * 金井・前掲(17頁)も、市場支配力分析を不要としたとしてよいかは、判決文からは定かではない、と述べている。

8 課徴金賦課の対象となる「当該商品又は役務」

(法7条の2第1項)

(1) 課徴金制度の趣旨

不当な取引制限に該当するとして、違反行為者に対し、課徴金を賦課するためには、法7条の2の規定する要件を満たさなければならない。

課徴金は、もともと「カルテルのやり得」を許さない、不当な利益を徴収する、という趣旨で設けられたものであるから、また、法の規定からも明らかのように、課徴金賦課のためには、違法行為が実行され、売上があったことが必要である。

ただし、本判決は、「課徴金の制度は、不当な取引制限等の摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、不当な取引制限等の予防効果を強化することを目的として」、と述べて、前記のような不当な利益の徴収という目的を明示していない。これは、課徴金制度の近年の展開(特に、独占禁止法平成17年改正)を踏まえたものとも思われる。

(2) 「具体的な競争制限効果」

本判決は、「課徴金の対象となる『当該…役務』とは、本件においては、本件基本合意の対象とされた工事であって、本件基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったものをいう」、と述べる。

これは、協和エクシオ事件＝審判審決平成6・3・30(審決集40巻49頁)、土屋企業事件＝東京高判平成16・2・20(審決集50巻708頁、金判1189号28頁)などにおいて、従来の判審決が述べてきたことと文言上もほぼ同じである。

(3) 本判決の解釈・事実認定

しかし、本判決は、上に続けて、次のように述べている。

「本件個別工事は、いずれも本件基本合意に基づく個別の受注調整の結果、受注予定者とされた者が落札し受注したものであり、しかもその落札率は

89.79%ないし99.97%といずれも高いものであったから、本件個別工事についてその結果として具体的な競争制限効果が発生したことは明らかである」。

これについては、次の2通りの理解が可能であろう。

1つ目は、基本合意に基づいて受注予定者とされた者が落札し受注したときは、「具体的な競争制限効果」が発生した、とする。

2つ目は、上の1の挙げる「基本合意に基づいて受注予定者とされた者が落札し受注した」という事実だけでは足りず、当該個別物件についてその落札率が高いから、具体的な競争制限効果が発生した、とする。

後者は、「受注予定者がアウトサイダーの競争的行動を想定して最低制限価格近くで応札した物件の課徴金対象性を否定する考え方（横田・前掲14頁等）がある」、ということ念頭においた考え方であろう（古田・前掲95頁）。

しかし、前者が妥当な考え方であり、前掲の土屋企業事件＝東京高判など従来の実務・判審決もこれと同じ立場であろうと思われる。基本合意に基づいて受注予定者とされた者が落札し受注し、具体的な競争制限効果が発生するに至った物件については、それ以上に、その場合の落札価格への具体的影響などを立証する必要はないと解される。

以上のように、本判決は、以下の2つを課徴金賦課の要件と解している。

① 本件基本合意の対象とされた工事（従来、「基本合意の拘束力がかかる物件」などとも表現されている）であること

② 基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生したこと

そして、落札率が高いという事実は、「具体的な競争制限効果が発生した」ことの1つの現れ、ないし補強材料として述べられたものであり、これらがなければ課徴金の対象にならない、という趣旨ではないと解される。

(4) 課徴金対象物件

では、上記②の、「基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生した」ことは、どのように立証されるか？

この点は、本件では、原判決でも本判決でも触れられていない。本件審決や両判決では、主としてその手前の「不当な取引制限」の要件に該当するかについて議論されてきたからである。

本件審決の特色は、「不当な取引制限」の要件に該当する基本合意について

次のような限定をしたことにある。

第一に、財団法人東京都新都市建設公社が発注する、Aランクの格付以上の工事のうち、入札参加者に34社を指名して指名競争入札の方法により発注する、「特定土木工事」72物件に限る。さらに、この72物件のうち、本件基本合意により競争制限効果が具体的に生じたと認めることができる物件は、38物件である。

第二に、本件基本合意の当事者は33社であり、それ以外のゼネコン46社(「協力者」)、及び、地元業者74社(これらは本件基本合意に協力することもあるが、審決では「アウトサイダー」と呼ばれている)の2種類がある。

第三に、これは上の2つの限定と重なるが、課徴金対象となるのは、当事者33社が受注予定者とされ、落札し受注した物件である(本件は、いわゆる「一発課徴金事件」であるので、「不当な取引制限」該当性と課徴金対象とが一緒に議論されているので、紛らわしくなっている)。

このように、本件審決は、「不当な取引制限」該当につき限定をした上で、上記38物件について、課徴金対象となるか否かにつき具体的に検討し、基本合意に基づく受注調整によるものでない物件、または、競争制限効果が具体的に生じたと認めることができない物件をはずし、結局、ゼネコン33社によって落札された31物件について認めるべきであるとされた。そして、本判決は、審決のこのような判断を是認したわけである。

この課徴金賦課の問題についての概括的な検討は、別に「談合の『実効性』」(本誌219頁以下)としてまとめたので、ここでは本判決の位置づけについて確認するにとどめる。

第一に、本判決は、最高裁が、「基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったもの」が課徴金対象となる物件であると、前記の協和エクシオ事件審決、土屋企業事件=東京高判の解釈を是認したものと、重要である。

第二に、本件事案に即してみれば、本判決は、「特定土木工事」の38物件のうち31物件についてのみ課徴金対象とした審決を支持した。上の第一に述べた一般論は、このように各物件について個別具体的にみるべきことを要求したものとされたわけである。

公取委にとっては、特に本件事案のように、談合の実効性がそれほど強くない場合には、かなりの立証上の負担を強いることになり、そのために本審決は

「特定土木工事」かつ31物件についてのみという限定をしたものであろう。

9 ま と め

以上の検討をまとめれば、以下のとおり。

① 本判決は、33社が基本合意を形成したこと自体で「拘束」したことになる、とした。これは、原判決の説示を覆すものであり、従来の学説に沿ったものである。

ただし、本判決が、談合参加者は、自らの意思で、自らの意思決定を拘束したことをもって、「拘束」とした、という理由付けには疑問がある。

② 本判決の展開した一般論をそのまま受け取れば、「一方的な拘束」を受けるだけの事業者も「共同して」いれば違反行為者に当たる、と解することになり、これは従来の解釈を修正するものであって、実態に即したものと支持したい。

③ 本判決が述べた「競争の実質的制限」に関する一般論および事実認定は、原判決の立場を斥け、従来の判例・学説を引き継いだものであり、妥当と考えられる。

④ 本判決は、課徴金対象となる「当該商品又は役務」とは、「基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったもの」とした。これは、この問題についての従来の判審決を是認したものであり、これも妥当と考える。