

防衛庁石油製品談合刑事事件・東京高裁判決

(平成一六年三月二四日) について

舟 田 正 之

- 一 本件事案の背景
- 二 事実の概要
- 三 判 旨
- 四 事業者側の競争性の有無
- 五 発注者側等の責任
- 六 「一定の取引分野」
- 七 相互拘束・共同遂行——時効、罪数等との関係

一 本件事案の背景

東京高裁は平成一六年三月二四日、被告であるコスモ石油株式会社ほか九社とそれらの従業者九名に対し、不当な取引制限罪（独占禁止法八九条一項一号、九五条）に該当するとする有罪判決を下した。本稿は、この判決について検討を行うものである。なお、被告らは上告し、最高裁は、平成一七年一月二一日、上告を棄却している（そ

の理由については、後述四を参照)。

本件は、独禁法違反事件にかかる告発・起訴事件として九件目(連合国占領下の三件を除く)⁽¹⁾であり、この後、第二次東京水道メーター刑事事件Ⅱ東京高判平成一六年五月二一日(有罪)が出ている。

本件事案につき、公取委の勧告を応諾した出光石油ら八社に対しては、勧告審決(平成一一年二月二〇日)、および課徴金審決(平成一七年二月二四日)が下されており、他方で、勧告を争ったコスモ石油ら三社については審判中である。なお、例えば出光に対する課徴金は六億円超であるから、上記の罰金額に比べて一桁大きいといえよう。

本事案の対象となった平成一〇年は、防衛庁調達実施本部の各種の不祥事が明るみに出てきた時期である。⁽²⁾ 後も、公取委による同本部の談合事件の摘発が続いている(例えば、防衛庁航空機用タイヤ談合事件・車両用タイヤ・チューブ談合事件Ⅱ勧告審決平成一七年一月三一日)。

二 事実の概要

防衛庁調達実施本部は、全国の自衛隊の基地等で消費する石油製品を一元的に調達しており、調達する石油製品は、ガソリン、灯油、軽油、A重油および航空タービン燃料の五種類である(以下、「本件各石油製品」という)。調達実施本部は、本件当時まで、その調達する石油製品のほとんどを指名競争入札の方法により発注していた。被告会社等(被告会社一〇社、および現在は解散している二社)は、その石油製品の納入等の事業を営んできた事業者である。本件談合行為を行ったのは、この被告会社等であり、エッソ石油はこれには関与せず、自社の実績のある物件を中心にシェアを確保すればよいとの姿勢であった。被告人九名は、上記の被告会社等に所属する従業者である。

被告人等は、平成一〇年四月七日ころ、「弘済企業株式会社社会議室において会合を開催するなどして、調達実施本部が平成一〇年度一期暫定分として指名競争入札の方法により発注する本件各石油製品につき、平成九年度における各被告会社等の油種ごとの受注実績を勘案して受注予定会社を決定するとともに、当該受注予定会社が受注できるような価格で入札を行う旨合意し、さらに、同期暫定分の防衛庁調達実施本部発注に係る本件各石油製品の納入先地名及び発注数量等を基に上記合意に従ってそれぞれ各被告会社等に配分して受注予定会社を決定し、もつて、各被告会社等が共同して、防衛庁調達実施本部が同期暫定分として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、遂行することにより、公共の利益に反して、本件各石油製品の油種ごとの上記受注に係る取引分野における競争を実質的に制限し」た（傍点は舟田が付したもの。カギ括弧内は判決「罪となるべき事実」からの引用。以下、判決のどの部分からの引用かも示す）。

さらに、平成一〇年度第一期補正分、同第二期分、および同第三期分についても、同様の事実が認定され、これら四回の受注調整会議による談合が本件違反行為とされている。

その後、調達実施本部による本件各石油製品についての指名競争入札に関し、大手業者の希望に沿うように割高な価格で落札が決まる不透明な入札が繰り返されていたという報道がなされ、平成一〇年四期から本件受注調整は行われなくなった。

長年にわたり行われてきた本件各石油製品調達の実態の概要は以下の通り〔争点についての判断〕第二から第六。

当初入札は、その一回目では、全物件について全業者が予定価格を上回る金額で入札を行い、再度の入札として、二回目には二、三社を残してそれ以外の業者が、三回目には一社以外すべての業者が入札を辞退し（「辞退札」、入札した一社の金額も予定価格を上回るため、全件が不調となる。続いて、契約二課担当官は、予決令九九

条の二に基づく各物件の随意契約締結のための交渉として、当初入札三回目に残った一社を相手に、商議を行う（「商議権者」）。この商議は、業者ごとに、個別の物件についてではなく、油種ごとの単価について行われる。しかし、業者が当初入札予定価格中の基準価格以下の価格を申し出ることではなく、予決令九九条の二は予定価格を超える金額での随意契約を禁じているため、随意契約の成立に至ることはなかった。

そこで、契約二課担当官は、商議経緯を勘案し、原計二課から示されていた、五市況の平均値や平均変動額等に基づいて算出された「計算価格」（又は「上限価格」）の範囲内で、油種ごとの基準価格につき、当初入札予定価格中のそれを上回り、業者が納入に応じてくれるであろう金額を定める。この「最低商議価格（最終商議価格とも「指値」とも呼ばれる。）」に対し、各業者の提出する見積額の金額も当初入札予定価格を超えているため、商議も全件不調に終わっていた。

次に調達実施本部は、全物件について、同じ指名業者を対象に新たに入札を実施することとし、原計二課では、基準価格を最低商議価格に引き上げ、固定経費は従前どおりとして、新たに予定価格を算定し、必要な場合には増加額の予算増加措置を受けた。その上で、この「再入札」で商議権者が予定価格と同額で入札し、それ以外の業者は予定価格を上回る金額で入札し、商議権者が落札した。

被告会社らの主張は、以下の通り。「①判示各指名競争入札において、落札価格は調達実施本部によって定められ、指名業者間の価格競争は調達実施本部によって排除されており、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取引分野（以下「本件取引分野」という。）において、被告会社らが競争を実質的に制限する余地はなかった。②被告会社らは、防衛庁に対する石油製品の迅速確実な納入を図るために、受注調整会議を開いて納入責任会社を決めていたものにすぎない。」（争点についての判断「第二」）

三 判 旨

1 競争は排除されていたかについて

「調達実施本部担当官は、業者に対し、予定価格の算定方法を教示・開示していた」。「調達実施本部担当官らとしても、当初入札予定価格等が指名業者に推測されていることは認識していたものと認められる」。「このような入札が繰り返されてきたことから、少なくとも契約二課担当官の中には、指名業者間で何らかの受注調整が行われており、そのために上記のようなパターンになっていると察知している者がいたと認められる。」（争点についての判断」第五の三）

「長年、このような事績が行われてきて、調達実施本部側にも最低商議価格を提示してこれを決着させる手続（二物一価制）によることのメリットがあり、これを当然視し、これを是認する意識まで生じていたことは否定できない。しかし、そのような調達実施本部側の主導性は、あくまでも、当初入札及び商議全件不調を受けて、最低商議価格の提示以降の段階であり、業者側の受注調整行為が先行していたことにかんがみれば、遑って、調達実施本部側の対応が、当初入札の自由競争性に影響を及ぼしていたとみることはできない」。

「このような現状が長年行われてきたことにより、入札に関し、不適切ないし違法の疑いのある措置やルーズな措置が、特に、再入札で行われてきたものと理解できる」。「本件当時に行われていた指名競争入札のやり方は、業者の受注調整行為が先行しており、これに依じて、調達実施本部が最低商議価格を提示してこれで決着させるやり方は、調達実施本部側にも調達遅延をもたらさない、油種ごとの単価を統一価格とすることによる便宜、会計検査院に対する説明もしやすい、事務処理の迅速化などのメリットがあり、このような手続が続けられてきたものと解されるが、だからといって、調達実施本部により当初より自由競争が阻害されていたなどとは、受注調整行為を

行っていた者がいえる筋合いではないというべきである。」(「争点についての判断」第七)

「そこでは、業者間の競争が見られず、何らかの受注調整が行われていたことは当然疑われたところである。ところが、……調達実施本部担当官らは、本件各石油製品の調達の確保や効率性を優先させた事務処理を行っており、……これらの事務処理は、発注者である調達実施本部においても、競争の確保や入札手続の公正を軽視する姿勢を示したものとわがざるを得ない。もとより、被告会社等が、その利益のために本件受注調整を行い、自由競争経済秩序を損なってきたことは明らかであり、調達実施本部の上記の姿勢もこれを受けてのものであるものの、長年にわたる経緯及びその結果としての本件当時の実情を視野に入れば、調達実施本部側の対応にも、問題があったというべきである。」(「量刑の理由」三)

「被告会社等の担当者において、本件受注調整には本件各石油製品の円滑な調達に役立っている面があると考えていたことはうかがわれるが、」(「争点についての判断」第八の三)、「被告会社等の担当者は、被告会社等が前年度実績並みの受注割合を確保し、価格競争による落札価格の下落を防止し、さらには、予定価格再算定によって受注価格を引き上げることが目的として、本件受注調整を行っていたものと認められる。」(「争点についての判断」第八の四)

2 「一定の取引分野」について

「本件公訴事実における『一定の取引分野』は、防衛庁調達実施本部が発注する本件各石油製品の発注期ごと(平成一〇年一期については暫定分と補正分とに区別される。)に、同一油種に係る発注物件全体とする取引分野であるところ、関係証拠によれば、上記取引分野は、油種ごとに指名された一ないし二三の業者が、全国各地を納入先とする数百件という多数の物件を受注するというもので、各期の合計受注金額はそれぞれ約一九億円から約

一一〇億円であり、各期の油種別の合計受注金額もそれぞれ約二二〇〇万円から約六八億円に達するという大規模なものであったことが認められる」。

「本件が、その都度基本ルールを確認・合意しつつ行われてきた継続的な入札談合事案であることにもかんがみると、本件各石油製品の各発注期の油種ごとの受注に係る指名競争入札が、独占禁止法二条六項にいう『一定の取引分野』に該当することは明らかである」（「争点についての判断」第一二の一）

3 本件における実行行為について

「弁護人は、被告人らが上記合意（基本ルールの合意行為）をした事実は認められない、検察官が主張する合意は一般的抽象的であって、事業活動の相互拘束性に疑問がある、基本ルールの合意に基づく個別受注調整行為は、不当な取引制限罪の実行行為には当たらないなどと主張している」（「争点についての判断」第一二の二）。

「被告会社等の担当者間で、『前年度における油種ごとの受注実績を勘案して受注予定会社を決定するとともに当該受注予定会社が受注できるような価格で入札を行う』旨の基本ルールが合意された始まりが、相当以前に遡ることは、先に認定したとおりである（第二の二、第四）。そして、各期の発注の都度、そのときどきの被告会社等の担当者が受注調整会議に集まるなどして、まず、その基本ルールに従うことが確認・合意され、次いで、その合意に基づいて当該期の個別受注調整が決定されてきたものと認められる。……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。」（「争点についての判断」第一二の二）

4 被告会社の各所為は、「いずれも包括して」、独禁法九五条一項一号、八九条一項一号、三条にそれぞれ該当

する。被告会社コスモ石油を罰金八〇〇〇万円に、以下、各社七〇〇〇万円から三〇〇万円までに、それぞれ処する。被告人山本を懲役一年六月、他八名を懲役一年から六月とし、それぞれその刑の執行を猶予する。

四 事業者側の競争性の有無

これは、本件のようないわゆる官製談合のケースにおいて、受注者側がしばしば抗弁として持ち出す議論である。そこでは、受注者側が競争を制限しているのではなく、発注者の指示に従っているだけであり、受注者側にはそもそも競争する余地がない、と主張される。

しかし、この抗弁は、これまでの諸判決においてすべて否定されてきた。³⁾ 本件上告審(前述)において、最高裁はこの点を「なお」として、以下のように述べている。本件では、「指名競争入札の運用が形がい化していたと認められる実情にあり、……同本部は、……事実上指名業者による受注調整を黙認し、それを助長していたことが疑われる。しかしながら、……指名競争入札制度が形がい化していたとしても、それらは、調達実施本部において、指示、要請し、あるいは主導したのではなく、現に、被告人会社等は、入札における自由競争が妨げられていたというわけではない」。本判決も、同様に受注者側に競争の余地があるということを縷々述べており、その限りでは正当である。発注者(調達実施本部)は、事業者の誰かは受注すべきことを強く要請しているが、どの事業者が受注すべきかまでは決めていず、またその価格についても、予定価格等についてかなりの程度受注者側に働きかけているが、不調等を受けて新たに予定価格を算定している過程を見ると、受注者側の積極的な行為もかなり作用したことも事実のようである。

もっとも仮に、誰が受注予定者になるか、その応札価格はいくらかまで、すべて発注者が決めたとしても、それに応じるか否かは受注者側の自由な意思によることは否定できないから、受注者側に競争の余地がないという抗弁

はもともと成立しないと考えられる。

なお、本判決は、被告会社等の利益状況について詳しく検討し、「概して、販売担当者として、当初入札予定価格によって売買をすることも許されると判断できるものであり、また、他の取引先と比べて遜色のない利益が生じ得るものであったといえる」と認定している。

本判決がこの検討の中で、「うまみのある物件だけ談合して、うまみの少ない物件を受注しないことは調達実施本部が許すわけがなく」と述べていることには、発注者側も実質的には本件談合にかなりの程度荷担していたと裁判所も認めていることが窺え、本判決には同趣旨の認識がその他の各所にも現れていると思われる。

これらは、受注者側は調達実施本部の意向に逆らえないという主張に答えたものであろうが、どの程度の利益が生じたかなどについての認定は法的判断として必要だったかは疑問である。⁽⁴⁾

五 発注者側等の責任

1 不当な取引制限の行為主体

ここで発注者側の責任というのは、右記の判決についての事実認定についての問題ではなく、発注者側（具体的には、国と調達実施本部の職員）も起訴すべきだったのではないかという問題である。

本判決も、「調達実施本部側の主導性」、「調達実施本部側の対応にも、問題があった」等々と述べており、発注者側が本件談合を消極的にせよ容認し、あるいは荷担していたことを認める記述をしている。もちろん、具体的な立証の困難性の問題はあろうが、少なくとも理論的には調達実施本部と受注者側が共同して談合を維持・運営していたとして、ともに不当な取引制限に当たるとする可能性があると考えられる。

不当な取引制限において、取引の両当事者をともに違反行為者とするのが可能であることについては、一部の

学説において古くから説かれていることであるので、これらについては詳論は避ける。結論だけ述べれば、「官製談合は、——買手独占、取引の片務性という実態があるとしても、発注者の単独行為であつて、受注者はその指図に従っているだけであるといえないであらう。この場合は、両当事者が共同して不当な取引制限に当たる行為を行っている⁽⁵⁾と見るのが妥当である」。このような場合に、刑事罰としては共同正犯として構成することもあり得ると考えられる⁽⁶⁾。

もちろん、これまでこのような取扱いがされた例はない。発注者側の責任を判決が認めた事例としては、前出の下水道談合刑事事件⁽⁷⁾東京高判平成八・五・三一があるが、ここでは、同事業団それ自体ではなく、その職員が幫助犯とされたに過ぎない。

職員の個人的行為という点では、仮に、不当な取引制限の行為主体は競争事業者に限るという従来の多数説に従った場合でも、刑法上は身分なき共同正犯も可能かという問題もあると思われる。

これとは別に、国も、本件のような売買の当事者であれば独禁法上の「事業者」に当たるから、ここでは多数説に従つて、不当な取引制限の行為者にはなり得ない発注者である国(あるいはその職員)も、刑法上は共同正犯たり得るかという問題がある⁽⁷⁾。

ただし、国の職員はともかく、国それ自体が刑事罰の対象となるということ、また、立証の問題として、調達実施本部ではあまりに長年多くの職員が「実行行為」を行ってきたので、その中の誰と特定することが可能か、などを考えると、上の議論は現実性が薄いようにも思われる。しかし、前者の点は、発注者が地方自治体や特殊法人・認可法人の場合はどうかと視野を広げてみると、現実性のある検討課題であると考えられる。

2 会計検査院

会計検査院との関係についての判示部分も興味深い。「歴代の調達実施本部担当官は、会計検査院から落札価格の価格水準が一律でないことを問題視されることをおそれていた」。「そこで、調達実施本部は、同一油種の基準価格を同一とする『一物一価』の方針をとり」（争点についての判断）第三。「上記平成九年度決算検査報告において市況最低値を採用した予定価格に問題があると指摘され、過去の会計検査院の指導と正反対の指摘だったので驚いた旨供述している」（同第五）。

競争入札が機能していれば、すべての入札物件につき「一物一価」になるはずはなく、同一油種であっても納入場所や納入時期の違いによって価格は異なってくるはずである。会計検査院は、落札価格だけを見ずに、競争が有効に機能しているかという点をこそ調べるべきであろう。⁽⁸⁾

六 「一定の取引分野」

1 本件事案の特殊性

本件における「一定の取引分野」（＝市場）について、判旨二では「本件各石油製品の各発注期の油種ごとの受注に係る指名競争入札」としている。すなわち、調達実施本部発注の本件石油製品について、「各発注期」ごとの、かつ、「油種ごと」の一定の取引分野が認められる、という立場のようである。

これに対し、本事案についての前記勧告審決では、「調達実施本部発注の本件石油製品の油種ごとの取引分野」としており、本判決のように発注期ごとで分けていない。判旨二はその理由として、油種別の合計受注金額が大規模なものであったこと、継続的な入札談合事案であることを挙げている。

本件では、かなり長期間にわたって談合が行われ、その間には様々な変化（談合参加者の合併その他の変化も含

め)があり、かつ、石油製品には多様な油種がある、という特殊性があるので、この問題が生じるのである。

なお、本件ではカルテルが問題なのであるから、「一定の取引分野」をどう認定しても、不当な取引制限に当たること自体は疑いなのであり、実益がないのではないか、という疑問が生じるかもしれない。しかし、この議論の理論的ないし解釈論上の意義は、「競争の実質的制限」は何を対象になされたかを確定することにある。また、実際上の実益は、「一定の取引分野」の認定は課徴金の算定の基礎となる「当該商品……の売上額」につながり、さらに、競争制限行為の数がおそらく刑法上の罪数にも関連する(この点は後述、七を参照)、ということにあると思われる。

以下の「一定の取引分野」の画定に関して、「各発注期」ごと、または「油種ごと」の「一定の取引分野」をとるべきかについて検討するが、その前提として、石油製品販売市場の中で、「調達実施本部発注」の入札物件だけを独立した市場として取りあげることが異論はないであろう。

いうまでもなく、本件被告会社等が販売する石油製品には、多数かつ多様な買い手がいるが、大口ユーザーでかつ特殊な発注方法を採用している調達実施本部発注の入札物件に限る、ということについては、これまでの多くの談合事件でも採られている解釈であり、一般論としても「取引の相手方」が特殊な場合は、それを独自の市場と見るべきことは広く認められていることである。

2 「各発注期」ごとの市場

この点について議論を整理すれば、第一に、本判決がとる、「各発注期」ごとに一定の取引分野が成立するといふ立場がある。

第二に、前記の本事案についての勧告審決のように、基本合意が調達実施本部発注の本件石油製品全部を対象と

しており、しかもどの発注期と限定することなく、「これからはずっと話し合いで行きましょう」という合意であることから、基本合意が實際上効力を持って以降のすべての調達実施本部発注の本件石油製品全部が一つの「一定取引分野」であるという解釈もあり得る。企業結合規制の場合と異なり、私的独占や不当取引制限の場合は、当該競争制限行為、この場合では「相互拘束」の対象それ自体から、「一定取引分野」を画定すべきだという一般論⁽⁹⁾に基づき、すべての調達実施本部発注の本件石油製品全部が一つの「一定取引分野」であるという議論も成立するように思われる。

第三に、後者の包括的な一つの「一定取引分野」と、その中で区別される、「各発注期」ごとの、かつ、「油種ごと」の一定取引分野が同時に成立する、という捉え方も考えられる。これは「下位市場」（ないし二次的市場。サブマーケット）の考え方である。前述の、同一の商品・役務について、さらに「取引の相手方」によって市場を分けるという画定の仕方の場合の多くは、それら細分化された市場と同時に、すべての買い手向けという上位の市場も重層的に成立するとされているのである。

この問題については、一回限りの入札談合も不当取引制限に当たると解される⁽¹⁰⁾ということが議論の出発点になるべきである。「談合が行われた個々の入札」ごとに、入札参加企業と発注者からなる取引圏が、『一定取引分野』として成立する⁽¹¹⁾。

従って、論理的には、本件事案についても「談合が行われた個々の入札ごとに」一定取引分野を画定するということも考えられるが、それらの個々の入札の基になった基本合意ないしその毎年の確認・改定についての合意についての対象、例えば、調達実施本部発注の本件石油製品全部も同時に上位の市場として画定することができるのであるから、問題は、具体的な事案について違法行為を個々の入札ごとに行われた談合とするか、それらを通じたある発注者の発注する特定の商品・役務の範囲を対象とする談合か、という点に帰するのである。

本判決は、この点につき、本件は、「その都度基本ルールを確認・合意しつつ行われてきた継続的な入札談合事案である」としている(前掲、判旨二)。すなわち、本判決は基本合意も認定してはいるが、その具体的な成立や内容などは曖昧なままで明確に立証できないとして、各発注期ごとの基本合意の確認・改定を明確に立証された違法行為(相互拘束)としているので、「一定の取引分野」も各発注期ごととしたと理解される。刑事事件として、どこまでが立証されたとすべきかという点を措き、本判決が立証につき、基本合意それ自体とその確認・改定について上記のような判断をしたことを前提にすれば、その一定の取引分野の画定は妥当なものであると考えられる。

これに対し、本事案についての勧告審決が前掲第二の立場をとったのは、ここでは調達実施本部発注の本件石油製品全部についての基本合意を認定したからであり、各発注期ごとの基本合意の確認・改定は認定していないからであると理解される。ここでも、違法行為は基本合意の形成であり、その対象が各発注期ごとに分かれていないということから、一定の取引分野も同様の認定になったと思われる。

3 「油種ごと」の市場

商品についての「一定の取引分野」の捉え方については、まず「油種ごと」に一定の取引分野を画定すべきであると考えられる。これは公取委の勧告審決でも採用されている解釈であり、例えば重油とジェット燃料では取引形態や(おそらく)取引当事者が異なるであろうし、商品ごとに「一定の取引分野」を画定することが通常である。

これと同時に、前掲(前項2の第二)のような、本件石油製品全部が一つの「一定の取引分野」であるという解釈も、基本合意やその確認・改定が油種ごとにあるわけではなく、合意(その確認・改定)形成もまとめて行われているのであり、また供給の代替性を広くとることができるのであれば十分成立するとも考えられる。

以上のように多様な考え方があり得るが、本判決における「一定の取引分野」の画定は、本件談合についての具

体的な違法行為の捉え方を前提とすれば妥当なものと考えられる。

七 相互拘束・共同遂行——時効、罪数等との関係

1 最近の独禁法刑事事件判決における「遂行」

本件における実行行為についての事実認定・解釈については、判旨三末尾の「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、という部分について検討しておく必要がある。

従来の刑事判決においては、「拘束し、もって競争を制限——」とし、「遂行」については触れないことが通例であった。これは相互拘束だけを不当な取引制限の行為要件と解する多数説とも合致していた。これに対し、本判決は前記引用のように、「相互に拘束し」と「遂行した」を共に挙げている。本判決の後に出了前記の第二次東京都水道メーター刑事事件¹¹東京高判平成一六・五・二二も、「相互に拘束し、遂行した」という部分は同文である。

刑事判決においては、法二条六項の「不当な取引制限」の要件として、「実行行為」という用語が用いられることがあり（前掲・下水道談合刑事事件¹²東京高判平成八・五・三一）、特に、第一次東京都水道メーター刑事事件¹³東京高判（平成九・一二・二四高刑五〇・三・一八）は、「事業活動の相互拘束とその遂行行為を共に実行行為と定めている」と述べ、これに触発されて、基本合意が「相互拘束」であり、個別受注調整行為が「遂行行為」であるという解釈の提案がなされた（以下、「遂行行為説」と呼ぶ¹²）。なお、本説は、その後、「遂行する」（遂行行為）とは各事業者が事業者間の合意に基づいて、その合意内容を実施することであると変化しているように読める¹³。

この遂行行為説に対しては既に的確な批判がある。すなわち、(1)「共同遂行」も独立した実行行為であり、「相互拘束」がなくとも不当な取引制限の要件を充足するという点では、遂行行為説は妥当である、(2)しかし、共同性

のない「遂行行為」という概念は不当な取引制限の要件にはない、(3)基本合意と個別受注調整行為の両者が「相互拘束」に当たるとし、基本合意が立証できない場合も、共同の個別受注調整行為が立証されればそれが「相互拘束」に当たるのであり、これをことさら遂行行為とする意味はない。⁽¹⁴⁾

しかしながら平成一六年に入つて、本判決や続く前記の第二次水道メーター刑事事件¹¹東京高判が、初めて「遂行し」という文言を入れたのは、前記の遂行行為説を採用したようにも見える。

本件においても、「検察官は、本件公訴事実について、『公訴事実の対象には基本ルールの合意行為が含まれる。』と釈明した一方で、前年度の油種ごとの受注実績を勘案して受注予定会社を決定するとともに同社が受注できるような価格で入札を行う旨合意することが、独占禁止法¹²二条六項の『相互にその事業活動を拘束』する行為に当たり、上記合意に従つて受注予定会社を決定することが、同条項の『遂行』する行為に当たると釈明した」(「争点についての判断」第二二)。

この文章は分かりにくいのが、「本判決は、各期における基本ルールの確認・合意を相互拘束行為、受注予定会社の決定等を遂行行為としているようである」という読み方がなされており、⁽¹⁵⁾これも可能な理解なのかもしれない。「基本ルールの合意行為」が相互拘束に当たるとする点は問題ないのであろうが、毎期の会議において、判決文が基本合意の確認・改定と個別調整を、それぞれ相互拘束と遂行行為に分けて捉えたときと明確にいえるのか、少なくとも右の文章からは不明確のようにも思われる。

さらに、判旨の立場は明確ではないが、前記のように「遂行し」と加えていることから、この遂行行為説に拠つたようにも思えるのである。

2 遂行行為説

合意が法二条六項の「相互拘束」に当たるならば、その時点で市場支配力は形成された（既遂となる）と解することについて、今日ほとんど異論はない（合意時説⁽¹⁶⁾）。基本合意が認定されれば、不当な取引制限の要件としての「相互拘束」は既に充足されたのであり、それに加えて「遂行行為」を認定することは不要である。

この点までは異論がないところであるが、前述の遂行行為説をめぐる議論、および本判決が「遂行し」と述べた背景には、以下の事情がある。

第一に、刑事罰については、基本合意が三年以上前に行われたのであれば、状態犯説によると、それ以降、個別受注調整によって談合が続いても時効にかかってしまうのかが論じられてきた。その他、排除措置の期限経過（一年、法七条二項但し書き）、罪数、共犯の成立等も問題にされてきた⁽¹⁷⁾。

前記の第一次東京都水道メーター刑事事件^{II}東京高判は、継続犯説を採用したと一般には解されている。しかし、これは傍論に過ぎないと解する意見もある。本事案では、次に述べるように、毎年の会合における談合を確認しているから、継続犯とする必要がなかったというのがその理由である。

そのような事案と事実認定であるにもかかわらず、東京高裁が、不当な取引制限の罪は「競争が実質的に制限されているという行為の結果が消滅するまでは継続して成立し」と明確に判示したことは重視すべきであると思われる。継続犯説によれば、相互拘束は基本合意形成後も継続して実行されていることになるから、時効等の問題はなくなる。しかし、これには前記のように異論もあるようであり、遂行行為説は状態犯説の可能性も残すことを考えて提唱されたものである。

しかし、そもそも継続犯と状態犯については、刑法上、多様な議論があるようであり、ここでそれに立ち入るとは差し控える⁽¹⁸⁾。

第二に、本件や最近の事例で多く見られるように、基本合意がいつ誰によって形成され、どのような内容かが不明確であるが、個別の調整行為は明確に立証される場合に、前記遂行行為説が意味を持つと主張されている⁽¹⁹⁾。この点について、以下詳細に検討しよう。

3 入札談合の具体的要素への分解

まず、入札談合における基本合意と個別調整、さらにそれ以降の過程を以下のように整理しておく(なお、前記の六において、既に以下の整理を前提にした議論を行った)。

- ① 基本ルールを形成する合意(＝基本合意の形成)
- ② その後(よくある事例としては毎年)参加者が集まって従前の基本ルールに従うこと、あるいはそれを一部変更して適用することを確認する合意(＝基本合意の確認・修正)
- ③ この確認を受けて、基本ルールに従って個別の物件の受注予定者を決定する行為(＝個別調整)
- ④ これを承けて、当該調整を実現するための各種の実施行為、例えば、見積書の提出等の事前の各種手続きを行うこと、応札、落札者による契約の締結行為等

このうち、②の基本合意の確認または変更は、近年の事例でクローズアップされた点であり、従来は、①の基本合意を前提にすぐ③の個別調整に移るといふ事例が多かった。入札談合では、①基本合意、③個別調整、そして④実際の応札を経て契約までの実施行為という三段階が通例であり、これに対し、通常のカルテルでは、カルテル協定と個別の取引におけるその実施という二段階しかない、という説明もなされたところである⁽²⁰⁾。

この三段階による整理の下で、不当な取引制限の行為要件を当てはめれば、「基本合意、および個別調整の際の合意は『相互拘束』に当たり、それに基づいて入札参加者等が入札する等の行為が『共同遂行』に当たる⁽²¹⁾」。ここ

で、前者（基本合意、および個別調整）は、前掲の①から③に当たり、後者（契約までの実施行為）は、前掲の④に当たる。なお、後者は、従来のカルテルの成立時期に関する議論（前記の合意時説、実施時説など）において「実施行為」として議論されてきた部分であることも、以下の議論にとつて示唆的であると思われる。

前掲④の、合意に基づいて入札参加者等が入札する等の実施行為が『共同遂行』に当たるとすることについては、合意（相互拘束）が立証された場合には、とりたてて違法行為とする必要はないものである。これに対し、意思の連絡ないし合意の成立についての立証が困難である場合でも、前掲④の実施行為につき、入札参加者等がそれぞれ独立に行つたものではなく、主観的にも客観的にも共同して行われたことが合理的に推認できると認定できることをもって、「共同遂行」がなされたと解することができる。ただし、この共同遂行の解釈は、これまで判決・審決では採用されていず、学説の中でも少数説である。⁽²²⁾

以下、本判決や他の学説を見つつ検討していこう。

4 基本合意と個別調整がともに明確に立証できる場合

入札談合は極めて多様な形態において行われるが、基本合意と個別調整の関係につき、基本合意と個別調整がともに明確に立証できる場合（本項4）と、基本合意の立証が不完全にしかできない場合（次項5）に分けて検討する。

第一次水道メーター刑事事件などこれまでの多くの刑事事件のように、基本合意の下で毎年または個々の入札ごとなどに個別調整が行われ、基本合意と個別調整の両者とも明確に立証できる場合は、何をもって相互拘束・共同遂行とすべきか。

独禁法上の解釈としては、基本合意の下で毎年または個々の入札ごとに個別調整が行われるのであるから、基本

合意の形成も、また個別調整も、ともに「相互拘束」に当たると解されてきたことは前述の通りである。

仮に状態犯説によって基本合意の形成（前掲3の①）が時効にかかるとしても、新たな相互拘束である個別調整（前掲3の③）について不当な取引制限の罪に問うことには何の障害もない。状態犯の例として挙げられる窃盗罪のような行為の場合は、その後で盗んだ財物を毀棄しても、財物窃取後の違法状態は窃盗罪の処罰により評価され尽くしていると考えられているが、入札談合の場合は、基本合意を形成しても、そのルールが適用される個別の入札物件についての調整（前掲3の③）は、それ自体、「相互拘束」＝実行行為として評価すべき実質を持っていると見るべきである（「不可罰的事後行為」の否定）。

さらに、第一次水道メーター刑事事件の事案のように、毎年基本ルールの改定が明確に行われ、それが立証される場合は、改定の度ごとに新たな法益侵害が生じたとして、それぞれが「相互拘束」に当たるとし、独禁法上は、基本合意（改定。前掲3の②）と個別調整（前掲3の③）の二段階で「相互拘束」が行われ、不当な取引制限の要件が充たされると解される。この場合、実際には前者（基本合意の毎年の改定）だけを「相互拘束」とすれば足りる。

これを前提に、刑事罰の対象となる行為を考えれば、前掲の②「基本ルールを確認・合意」した行為と前掲の③個別調整がともに「相互拘束」に当たるのであるから、仮に状態犯説によっても時効が問題となる余地はない。ただし、この場合、前掲の①基本合意の形成行為は、状態犯説によれば時効にかかることになる。

これは、下水道談合刑事事件Ⅱ東京高判および第一次水道メーター刑事事件Ⅱ東京高判の立場であって、前記（七三）の各要素のうち、②の基本合意の確認・修正と、③の個別調整を違反行為ととらえているわけである。その前提として、①の基本合意が形成された後の個別物件に関する受注調整は、単に基本合意をいわば単純に当てはめ適用する行為ではなく、②の基本合意の確認・修正によって、新たな合意が形成されたという事実認識がある。

5 基本合意の立証が不完全にしかできない場合（本件事案）

右述の場合と異なり、本件などのように、基本合意がいつ誰によって形成され、しかも、どのような内容かも不明確であるが、基本合意がなされたこと自体は疑いなく肯定され、しかも、個別の調整行為は明確に立証される場合はどうか。

上記の遂行行為説は、このような場合に、「実務上意味を持つてくる」と説く。⁽²³⁾これによれば、(a)基本合意の「形成行為自体を証明することができない場合も、その基本ルールに基づいて個別調整行為が行われたことを証明できれば」、これを「遂行行為」とすることができる。(b)基本ルールの「内容がごく一般的・抽象的なものであるために、その合意によって一定の取引分野における競争の実質的制限の効果を生じさせる程度には至らない」場合も、「遂行行為」とすることができる。

前提として、これは刑事裁判における解釈・立証の問題であって、その特質から、公取委の審決あるいはその取消訴訟における解釈・立証とは異なることもあり得る、としよう。後者の手続において独禁法違反を法的に確定する場合、違反行為者は「事業者」であるが、前者の刑事裁判においては、基本合意の形成行為がいつ誰（自然人）によって形成されたかを特定しないと、それを実行行為（相互拘束または共同遂行）と認定できない、と考えられているのであろう。⁽²⁴⁾

本判決は、談合に従って入札しようという「旨の基本ルールが合意された始まりが、相当以前に遡る」（判旨三）ことを認定し、「本件が、その都度基本ルールを確認・合意し、つづ行われてきた継続的な入札談合事案である」（判旨二。強調は舟田）としたが、その基本ルールの形成が、具体的にいつどこで誰によってどのような内容の行為か、という刑法上の実行行為としては立証されていないと考えられているのであろう（前掲引用の(a)の場合）。

しかし他方で、本判決の場合には、「受注調整会議に集まるなどして、まず、その基本ルールに従うことが確認・

合意され、次いで、その合意に基づいて当該期の個別受注調整が決定されてきた」(判旨三)とされている。

前掲の談合の過程で示せば、本判決では、①の基本合意があること自体は認定し、しかしその具体的な形成の事情は分からないとし、②基本合意の確認と③この確認を承けて行われた個別調整は具体的に立証されたとしているのである。なお、本件事案では、毎年の一期ごとに調整会議が行われ、そこで②基本合意の確認だけでなく、同時に、「油種ごと」、「納入先基地名及び発注数量等」とあるので、③の個別調整まで、すべて決めていたようである。そうだとすれば、この意味で立証不十分な、曖昧な基本合意と明確に立証できる個別調整行為とのいわば「合わせ技」で、基本ルールに基づいて個別調整行為がなされた、という解釈も妥当なものといえよう。具体的な形成行為の事情は不明で、内容も曖昧であれ、少なくとも「談合でやろう」という基本合意があること、および、それに基づいて個別調整行為がなされたことは立証できたからである。⁽²⁵⁾

6 「相互拘束」と「遂行」

しかし、本判決が、個別調整を上記のように「相互拘束」ではなく、「遂行」としたとすれば疑問である。⁽²⁶⁾

本判決は、基本ルールがあることを前提に(ただし、前述のようにそれは刑事裁判における具体的事実としては立証できない)、その「基本ルールを確認・合意」した行為(前掲の②)および個別調整(前掲の③)は立証されたとしたのであるから、それぞれ、②「相互拘束」の再確認および③新たな「相互拘束」が行われた、とすべきであったと考えられる。

本件事案では、前記のように、平成一〇年四月七日ころ、弘済企業株式会社社会議室において、被告人らが会合を持ち、しかも、その内容も証言等によって明らかにされている。「基本ルールを確認・合意」した行為、および個別調整がこうして行われたこと自体は、被告会社等も否定していないのであり、まさに「相互拘束」の実態を持つ

たものであった。

これは事実認定を解釈に結びつけるレベルの議論であるが、理論的に本件において個別調整を「遂行」とするところが疑問である理由は以下の通り。

(i) 遂行行為説において、「相互拘束」と「遂行」の違いはどこにあるのか、明確な説明はない。特に、法文中の「事業活動の……遂行」という文章の中で「遂行」をどう概念構成するのか不明である。

「事業活動」の主体は、独禁法の場合は「事業者」しかあり得ず、取締役や担当課長など、その行為が事業者の行為として社会的に受け入れられる場合はまさに「事業活動の……遂行」と見てよいが、単なる営業担当者の行為であれば、それらの者が談合の場合に参加し談合に加わったとしても、それが事業者として認められるには、明示または慣習上、事業者を代理して当該行為を行ったことが分かる場合でなければならぬと解される。その立証は必ずしも困難ではないと思われるが、ともあれ、ここでは単なる営業担当者（自然人）の行為を「遂行」とすることは独禁法上の議論であれば妥当ではないことである。

また、刑法上立証が強く要請される、自然人による具体的な実行行為というイメージに合うのが「遂行」という文言なのかもしれないが、基本合意の「相互拘束」も実行行為であることは本判決も認めているところである。

なお、前述のように、遂行行為説においては、「遂行」が③の個別調整⁽²⁷⁾か、または④の各種実施行為⁽²⁸⁾のいずれに当たるとするかがやや曖昧であるが、これも上の具体的な実行行為というイメージと関係があるのかもしれない。

個別調整とは、基本ルールの下で、特定の入札物件につき、誰が受注予定者になるかを決定することであるが、基本ルールから受注予定者を自動的に決めることができないことも多く、そこで改めて話し合い、調整が必要になり、さらに、受注予定者以外の入札事業者は幾らで応札するか、など決めるべきことがある。本件のような、当初入札、辞退札、商議、再入札という複雑な過程を経る場合はなおさらである。前述のように、個別調整も、違反行

為(実行行為)としての重みを持つっていると評価すべきだというのは、この事実を指している。したがって、特定の入札物件についての個別調整も「相互拘束」に当たり、これだけを遂行ないし遂行行為とする理由はないと考えられる。

(ii) さらに、遂行行為説は基本合意と個別調整という二段階の談合刑事事件について提唱されたのであるが、不当な取引制限にはこのような談合以外に多様な類型があるにもかかわらず、この談合の場面だけに通用する解釈論を提示したに過ぎないように思われる。

また、それら多様な類型をふまえて構成された、「相互拘束」と「共同遂行」についての従来の一般的な解釈(例えば、多数説は、前者が行為者内部の関係で、後者はそれが外部化された形態と整理し、これに対し、少数説は後者を「共同の認識」をもって事業活動を行うことであると解する)との関係も不明である。

遂行行為説が談合以外の不当な取引制限に触れた部分としては、唯一、価格カルテルについて、「協定をする行為が『相互拘束行為』であり、それに基づいて各事業者が値上げを実施に移す行為が『遂行行為』となります」という記述がある。²⁹⁾ここで、「値上げを実施に移す行為」が具体的に何を意味するか不明のところもあるが、カルテル価格で販売する行為であるとすると、カルテル協定が立証できない場合に、この販売行為だけで「遂行行為」があったとするのは疑問であり、共同性を何らかの形で立証しなければならないと思われる。そして共同性が立証されれば、それは多数説における「相互拘束」、または少数説における「共同遂行」に当たるのである。

(iii) 基本合意についての立証が困難であれば、個別調整だけを取り上げて相互拘束による競争の実質的制限に当たるとすれば足りるのであって(一回限りの入札も「一定の取引分野」を形成するということがあり得るのであり、それを対象とした談合は不当な取引制限に当たると解されることについては、前述六2を参照)、この点でも相互拘束と「遂行行為」という一般論の形をとった新しい解釈論を提示する必要もない。

もちろん、基本合意の下での個別調整という実態に合った解釈をするのが最も望ましいことは言うまでもないが、刑事裁判において基本合意の立証が困難であれば、立証の容易な個別調整だけを不当な取引制限の罪に問うことは当然許されると解される。

7 罪 数

基本合意と数次の個別調整の二段階で談合が行われる場合の罪数をどう解するかは、まさに刑法学の領域の問題であり、筆者には専門外のことであるが、以下簡単に検討してみよう。

この場合の罪数については、論理的には、基本合意だけを「相互拘束」とすれば単純一罪、逆に数件の個別調整だけを「相互拘束」とすれば併合罪という区別が考えられる。しかし、前者（単純一罪）は、前述のような個別調整が違反行為に当たることの重みを軽視しているし、後者（併合罪）は基本合意の下で行われた一連の違反行為という実態が明確な事案については問題があるようにも思われる。そこで、基本合意の下で継続的ないし連続的に複数の個別調整が行われたと見て包括一罪とするのをもっとも素直な扱いのように思われる。

この点につき、第一次水道メーター刑事事件やダクタイル鉄管シェア協定刑事事件（東京高判平成一二・二・二三（審決集四六卷七三三頁））等では、複数年度の談合が併合罪とされた。前者では、併合罪か包括一罪かの振り分けにつき、「その行為によって競争を実質的に制限する新たな事態が生じたか、それとも、従前の行為によって生じている競争を実質的に制限する効果を維持するなどの効果を持つにとどまるか」という判断基準を示している。

しかし、この基準ではこれまで述べてきた基本合意の下での個別調整という談合の構造の下では、明確に振り分けることは困難と思われる。繰り返しになるが、仮に基本合意が具体的かつ明確な内容で全員に了解された形態で

成立していれば、個別調整は基本合意を単純に適用すれば処理できることになり、前記基準によると後者の場合（包括一罪）に当たるのであろうが、そのような事例はほとんどあり得ない。実際には、毎年ないし（本件事案のよ）に）各発注期などに、個別調整の前提になるルールを見直し、あるいは改定しつつ実施される場合がほとんどであり、このような場合、上記の基準ではすべて前者（併合罪）になってしまいが、これでは基本合意に基づく継続的ないし連続的談合システムという実態に適合しなくなるように思われる。

ところで、状態犯と継続犯の区別という観点から見れば、状態犯説によれば、基本合意の形成で既遂に達し、犯罪は終了したことになるのであるから、基本合意が立証できる場合には単純一罪という扱いになり、前出の石油価格カルテル刑事事件³⁰東京高判はこれに拠っているとも見られる。

他方で、継続犯説によれば、①の基本合意形成による法益侵害と犯罪行為が継続すると捉えるので、これだけに着目すれば単純一罪とすべきとも考えられる。しかし、継続犯説でも、①の基本合意形成と、②の基本合意の確認・修正、ないし③の個別調整を同性質の別の犯罪行為と考えれば、包括的一罪としても矛盾しない、という考え方もあるようである。

併合罪と包括一罪の違いは、単純に加算するか否かであり、後者は数個の行為がそれぞれ独立して構成要件を充足しながら、全体的観察により結局一個の構成要件によって包括的に評価される場合であるとすると、前述のように、基本合意の下で数次の個別調整が行われるという二段階で「相互拘束」が行われたという構成にもつとも調和するのは包括一罪（本判決の立場）³¹であると考えられる。

前記の第一次水道メーター刑事事件³²東京高判は、前掲（七三）②の基本合意の毎回の修正が数次にわたって行われたことを違反行為とし、これら複数の実行行為をとらえて併合罪としたが、同判決がとった継続犯の考え方によっても包括的一罪とする可能性もあつたとも考えられる。

①の基本合意を違反行為とする場合は、状態犯・継続犯の問題と切り離せないとも思われるが、②の基本合意の確認・修正ないし③の個別調整を違反行為とする場合には、状態犯・継続犯の問題を別としても、併合罪または包括一罪とすることになるであろう。

なお、本件事案は、②と③が同時に行われているが、例えば土木工事などでよく見られるように、②の基本合意の確認・修正を毎年一回行い、それを基に、個別の入札物件ごとに③の個別調整を行う場合には、②と③のどちらを「相互拘束」行為＝実行行為とするかに拠って、罪数が変わってくる。一般には②の基本合意の確認・修正がなされれば、③の個別調整はそれに従ってなされるにとどまるから（ただし、この段階で採めることも多く、談合からの「離脱」問題が実際上大きな論点となっている）、②の行為を実行行為とすべきであり、その個数だけの併合罪または包括一罪とすべきであろう。

8 まとめ

以上検討してきたように、本件では、前述（七三）で示した各段階のうち、②の基本合意の確認および③の個別調整における意思の合致は明確に立証されているのであるから、ここでことさら「遂行」と呼ぶ意味はなく、「相互拘束」とすべきであったと考えられる。

なお、本件判決が刑事事件についてのものであり、具体的な実行行為の立証が要求されることを考慮しても、「相互拘束」と「共同遂行」の行為主体は、あくまでも「事業者」であるから、事業者の行為としての「相互拘束」と「共同遂行」の解釈は、刑事事件でも変わるはずはない。刑事事件特有の問題は、事業者の行為としての「相互拘束」または「共同遂行」が立証されたとして、次に、それが自然人の具体的な実行行為によってなされたことと結びつけられるかという点をクリアしなければならぬ、ということにあると考えられる。逆に、後者の自然人

の具体的な実行行為から、「相互拘束」と「共同遂行」の解釈を、独禁法における「不当な取引制限」の要件（独禁法二条六項）の解釈とは別に、刑事罰（独禁法八九条）については独自に行おうとするのは論理的に妥当ではないように思われる。

本件では「相互拘束」とすべきであったとする前提として、前述のように（七三末尾）、前述の遂行行為説に対する批判に従って、「相互拘束」があったとまでは立証できないが、主観的にも客観的にも共同して行うことを「共同遂行」と捉えるのが妥当である。繰り返し述べれば、本件では、少なくとも毎期毎に基本ルールの確認・改定（前掲七三の③）は明確に立証されているのであるから、「相互拘束」があったと解されているのであり、「共同遂行」を議論するケースではないことになる。

この点を除けば、本判決が採った、基本ルールとその毎期毎の確認・改定に基づいて個別調整がなされたという解釈・構成は妥当と思われる。罪数については、本件事案についても（七五の場合）、前述（七四の場合）と同様の捉え方から包括一罪とした本判決に賛成する。

最後に、本稿では、前記（七の4と5）の二つの場合について、遂行行為説を批判的に検討したが、談合にはこれ以外に様々な場合があるであろう。

例えば、本件事案とは異なるが、「前任者から業務を引き継いで、合意の内容を認識して、合意の内容を実施する行為を行っている」だけであれば、基本ルールに基づく個別調整行為とは認定できないこともあり、この場合は共同遂行とすべきである、という意見がある。⁽³²⁾ これらについて検討することは他日を期したい。⁽³³⁾

(1) 詳細は根岸哲・舟田「独占禁止法概説」（有斐閣、第二版第二刷、二〇〇四年）三一八頁参照。

(2) 当時の各種新聞報道の他、例えば、防衛装備に関する事案についての記事「防衛庁調達実施本部が舞台の背任事件」ジュリスト一四三号

一〇一頁（一九九八年）を参照。

(3) 下水道談合刑事事件Ⅱ東京高判平成八・五・三一高刑四九・二・三二〇。本件については、泉水文雄「日本下水道事業団発注電気設備工事談合事件」公正取引五五三号三八頁以下（一九九六年）、川島富士雄「入札談合の成立と発注側の補助」平成八年度重判解二二二頁以下（一九九七年）等を参照。最近では、郵政区分機（東芝・日本電気）事件Ⅱ審決平成一五年六月二七日、本件については、若林亜理砂「判批」ジュリスト一二五八号一七九頁以下（二〇〇三年）を参照。ただし、本件は別の理由で、本審決は取り消された。屋宮憲夫「官製談合における『意思の連絡』」平成一五年度重判解二五〇頁以下（二〇〇四年）、江口公典「判批」東京高判平成一六・四・二三ジュリスト一二七九号一四三頁以下（二〇〇四年）等を参照。

なお、発注者の関与につき、石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決（最判昭五九・二・二四刑集三八巻四号一二八七頁）は、形式的に独禁法に違反するようみえる価格に関する事業者間の合意であっても、「それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときには、その違法性が阻却される」と判示している。しかし、本件のような発注者と受注（希望）者の関係は、いうまでもなく「行政指導」の発出行政庁と受命者の関係ではなく、通常の私的取引の場面にあるから、上記引用の基準（これ自体、疑問があるが）を引くべき性格の問題ではない（この点で、齋野彦弥「談合に対する刑事責任」独禁法審決・判例百選（第五版）二六三頁（一九九七年）はやや疑問）。このように、国・地方公共団体・特殊法人と私人の関係を正確に分類した上で分析すべきことについては、舟田「官製談合」と独禁法」立教法学五六号九頁以下（二〇〇〇年）を参照。

さらに、本件被告の行ったこの抗弁が成立するのは、いわゆる国家行為（state action）理論ないし政府強制理論が妥当する場合に限られる。日本でも例えば、外国からの輸出抑制の要請に対し、日本の事業者が輸出カルテル等で対応することが違法であって、政府が買管令などで強制しない限り、独禁法（または反トラスト法）違反とされるといふ議論の際に、この点が問題になった。しかし、これも国（行政庁）が公的規制の一環として反競争的な状況に寄与するケースであって、発注者と受注（希望）者の関係において国家行為理論等を援用することはできない。

(4) なお、同様の問題につき、正田彬「東京都発注の水道メーター談合刑事事件」ジュリスト一一三三号一九七頁（一九九八年）、島田聡一郎「判批」現代刑事法三〇号一〇九頁（二〇〇一年）をも参照。

(5) 舟田「談合と独占禁止法」日本経済法学会年報二五号二四頁以下（二〇〇四年）五七頁参照。

(6) 島田聡一郎「談合における実行政行為」平成一六年度重判解二四九頁（二〇〇五年）参照。

(7) 以上については差し当たり、川島・前注（3）平成八年度重判解二二三頁参照。

(8) 本文で述べた点については、私の個人ホームページに掲載した本論文を読んだ会計検査院関係者から下記引用の情報を頂いた。私がここで述べたのは判決文だけからの感想程度のことであって、本件で実際に会計検査院がどのような見方をし、行動をとってきたか等については情報不足であった。そして、本判決自体も、当然のことであるが、会計検査院について十分な検討をしていない。

ある会計検査院関係者から……

会計検査院では、本件調達においてご指摘の点を検査しており、検査報告書（平成九年度決算検査報告書四〇頁）において、以下のように述

べています。

「なお、本件調達の競争性の確保についてみると、商議が終了していない段階で、予定価格よりも高い商議価格を基に下げ幅を示しているのは、その後の商議において予定価格以下で合意に達する可能性を失うこととなるばかりでなく、再度の指名競争入札における会社間の競争を阻害し、より低価格での落札の可能性を失うことになること、さらに、本件、jP-四の調達における石油一社のシェアが毎年ほぼ同じ割合となっていることから、競争が十分に行なわれていないと認めた。」

「上記についての本人の指摘に基づき、調達本部は、……従来慣行化した調達手続きを見直し、競争入札制度本来の機能を十分発揮させるため、次のような措置を講じた。……」

- (9) 例えば、根岸・舟田・前注(1)『独占禁止法概説』四四頁参照。
- (10) この点については、舟田・前注(5)『日本経済法学会年報二五号四七頁以下参照』。
- (11) 舟田「談合入札」法学教室一九九〇頁以下、九一頁(一九八二年)。
- (12) 芝原邦爾「不当な取引制限罪における「遂行行為」説」ジュリスト一六七号一〇一頁以下(一九九九年)参照。また、西田典之「独占禁止法と刑事罰」『岩波講座 現代の法6 現代社会と刑事法』(一九九八年)一八九頁以下、二二二頁以下およびそこに所掲の文献をも参照。
- (13) 芝原『経済刑法』(岩波新書、二〇〇〇年)一四四頁参照。
- (14) 正田彬「不当な取引制限の罪における共同遂行行為と行為者」ジュリスト一七四号五六頁以下(二〇〇〇年)。その他の学説等については、舟田・前注(5)・日本経済法学会年報二五号五二頁、注55。
- (15) 島田・前注(6)平成一六年度重判解二五〇頁。
- (16) 石油価格カルテル刑事事件Ⅱ東京高判昭和五五・九・二六高刑集三三・五一。
- (17) 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』(弘文堂、二〇〇四年)五一頁以下、六九頁以下、金井貴嗣「不当な取引制限罪の構造と課題」法学新報一〇六巻七・八号一八二頁(二〇〇〇年)等を参照。
- (18) この点については、子木曾国隆「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律 注解特別刑法 補巻三」(青林書院、一九九六年)五九頁以下、齋野・前注(3)『独禁法審決・判例百選』(第五版)二六二頁、田中利幸「不当な取引制限の罪の性質——継続犯か状態犯か」『独禁法審決・判例百選』(第六版)二六二頁以下(二〇〇二年)、佐伯仁志「不当な取引制限罪(独禁法八九条一項一号)を継続犯とした判決——水道メーター事件」法学教室二二三号二八頁(一九九九年)、林幹人「判批」判評五二六号(判時一七七号)五四頁、神山敏雄「独禁法犯罪の研究——経済犯罪の研究第二巻」(成光堂、二〇〇二年)九〇頁、二二五頁以下、丹宗暁信Ⅱ岸井大太郎編『独占禁止手続法』(有斐閣、二〇〇二年)三三四頁「京藤哲久執筆部分」、大山徹「継続犯としての不当な取引制限(1)」杏林社会科学研究一九巻三三四頁以下(二〇〇三年)、およびそれらに所掲の諸文献を参照。

なお、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四巻二・三号一頁以下(一九八九年)や田中・前注(18)『独禁法審決・判例百選』(第六版)二六三頁などをふまえると、こうした継続犯・状態犯という区別自体が問題のようにも思われるが、この点は刑法学固有の領域の問題であり、

ここでは措くこととする。

- (19) 芝原・前注(12) ジュリスト一六七号一〇〇頁。
- (20) 舟田・前注(5) 日本経済法学会年報二五号二八頁、およびそこに所掲の文献を参照。
- (21) 舟田・前注(5) 日本経済法学会年報二五号五二頁。
- (22) 根岸・舟田・前注(1) 『独占禁止法概説』一三八頁以下参照。
- (23) 芝原・前注(12) ジュリスト一六七号一〇〇頁。
- (24) 芝原・前注(13) 『経済刑法』一四八頁参照。
- (25) 金井貴嗣『独占禁止法』（青林書院、二〇〇二年）四六頁以下に示されている「相互拘束行為」¹¹「共同遂行行為」¹²は、この趣旨のようである。

(26) 前注(25)の金井「独占禁止法」も「共同遂行行為」としている点は疑問。

(27) 芝原・前注(12) ジュリスト一六七号の立場。

(28) 芝原・前注(13) 『経済刑法』の立場。

(29) 芝原・前注(13) 『経済刑法』一五一頁以下。

(30) 金井・前注(17) 法学新報一〇六巻七・八号一六頁以下参照。

(31) この点については、岡田外司博「判批」ジュリスト一一一号二三二頁以下（一九九七年）も参照。

(32) 金井・前注(17) 法学新報一〇六巻七・八号一八頁。

(33) 本判決については、判例タイムズ一一八〇号一三六頁（二〇〇五年）に解説と判決文がある。研究としては、島田・前注(6)平成一六年度重判解二四八頁以下の他、藤田稔「平成一五年度独禁法審決・判例研究（上）」NBL七九〇号九四頁以下（二〇〇四年）、坂本佳胤「防衛庁調達実施本部発注に係る石油製品入札談合刑事事件東京高裁判決について」公正取引六四七号三八頁以下（二〇〇四年）を参照。

* 本稿は、ジュリスト二二八八号（二〇〇五年四月一五日号）掲載の私の判例評釈の元になった原稿である。ジュリストには枚数制限により半分程度に短縮して載せざるを得なかったので、これを論文形式に直し、またかなり補筆・修正を施した。

追記

井上先生とは長い付き合いでした。立教で最初にお会いした時から、研究者には珍しい硬骨漢風で、しかも無頼派、アンチ・オールドクシイの匂いのする方でした。当時の法学部の主流、というより声の大きかった先輩にたてついたり、院生との野球でいつもピッチャーで四番打者だったり、でも飲みに行ったら意外なことにトウエモアを歌ったり……。立教を辞める際の送別会の後、淡路さんなどと新宿で飲み、深夜一時頃、バッテリーセンターに行つて、私などは一〇〇キロではバットにこすりもしないけど、さすが井上先生はすごかった。その後、九州大学

に行かれて、私はまた立教にまた戻ってもらおうと、民訴の学会にいつて話をしたこともあり、さらに、神戸大の時も、学会の時に伊澤さんと二人で会いに行つて神戸牛を奢ってもらったこともありました。立教に戻られた後、そのような柄にはお見受けしなかつたのに学部長などの重職を、結構真面目に勤められ、ロースクール設立の際は随分一生懸命動かれたことなど思い出されます。合掌。