

## 経済法 第 4 回 05/08

担当 中川晶比兒

### I ハードコアカルテルにおける共同行為の立証

【入札談合とそれ以外】: 入札談合以外のカルテルは、8 条 1 号事件で具体例を見た

#### [1] 入札談合

[1-1] 入札談合・受注調整は、「注文生産や官公庁の発注に対する入札・見積り合せ等において、参加者があらかじめ受注予定者を決定し、この者が落札できるよう協力する行為である。官公庁の入札に関わる受注調整…が一般に入札談合と呼ばれる」。「話し合いによる受注予定者の決定は、…当該取引については価格競争を放棄することである。…その結果、入札競争によって受注価格が形成されるメカニズムが侵害されることになる。」<sup>1</sup>

[1-2] 「入札談合は、一般に、①受注予定者を協議によって決めることの基本方針・ルール等を定めた合意（基本合意ともいう）と、②そのもとで、メンバーにより個々の入札のたびごとに行われる受注予定者の決定（個別の受注調整）、という二重の合意により構成されている。①は受注調整の基本方針・ルールに関する抽象的、包括的な協定であることが多い。②は①の実行行為としての側面を有しているが、同時に競争を放棄する具体的な合意である。」「長期に及ぶ談合の場合は、①の存在が明確でないことがあるが、公取委の実務では、②の個別的な決定が継続的に行われている事実等から①を推認することが行われている」。<sup>2</sup>

#### [2] 入札制度

「国または地方公共団体が商品役務を調達する方式は、会計法ないし地方自治法の定めにより、一般競争入札、指名競争入札、随意契約…の方法によらなければならないとされている…。<sup>3</sup>このうち、一般競争入札と指名競争入札は、入札の方法により事業者間で競争させる方式を指す。入札は、その参加者に、特定の日時または一定の期間内に、入札箱への投函・郵便・持参等の方法により、発注物件に関する見積りを記入した入札書を提出させることによって行われる。一定の客観的条件以外には参加資格の制限がないのが一般競争入札で、発注側があらかじめ指名した者のみが参加できるのが指名競争入札である。法律上は一般競争入札が原則とされ、例外的に、他の方法によることができる場合が政令（予算決算及び会計令、地方自治法施行令等）で定められることとされている。」<sup>4</sup>

#### ※ 【補足 落札者の決め方】

① 予定価格（上限価格）以下で最低価格の者が落札する（会計法 29 条の 6 第 1 項、地方自治法 234 条 3 項）<sup>5</sup>

② 地方公共団体では最低制限価格を設けて、最低制限価格未満の入札を失格とすることができる（地方自治法施行令 167 条の 10 第 2 項）。

③ 総合評価方式の場合には、「価格及びその他の条件」が最も有利なものを契約相手にすることができる（会計法 29 条の 6 第 2 項、地方自治法施行令 167 条の 10 の 2 第 1 項）。

※ 公取委では、発注主体により、「入札談合（官公需）」と「受注調整（民需）」に分けている（例えば、平成 28 年度 年次報告 29-30 頁… <http://www.jftc.go.jp/soshiki/nenpou/h28.html>）。

<sup>1</sup> 岸井大太郎ほか『経済法〔第 8 版補訂〕』117 頁（和田健夫）（有斐閣、2019 年）

<sup>2</sup> 同上 118 頁（和田健夫）

<sup>3</sup> 会計法 29 条の 3、地方自治法 234 条

<sup>4</sup> 金井貴嗣ほか編『独占禁止法第 6 版』78-79 頁（宮井雅明）（弘文堂、2018 年）。なお、森友学園に対する国有地売却は、随意契約によることができる場合を定めた「予算決算及び会計令」99 条に依拠し、同 21 号の「公共用、公用又は公益事業の用に供するため必要な物件を直接に公共団体又は事業者売り払い、貸し付け又は信託するとき。」として行われた。

<sup>5</sup> 売約契約もあるので、規定上は「最高又は最低の価格」という表記になっている。

## 【入札談合以外のカルテルの立証】

## [1] 東芝ケミカル判決で書かれた立証手法の解説

[1-1] 「従来から、審決は、…共同行為の目的事項に関する事前の連絡交渉があり、その交渉の内容からみて、事後の行動の一致が、お互いに歩調をそろえる意思で同一行動に出たことによるものと認められる場合には、共同行為の成立を認めうるとしてきたのである」。<sup>6</sup>「事前の…意見の交換」と「行為の一致」の事実を総合して、行為の一致をもたらす「決定(何らかの)」があったと認定する接近方法である。「暗黙の了解」の立証には、「市況についての意見交換」と「それを背景とする行為の一致」があれば理論的には十分であるが、「当該行為の一致が不自然であり、…合意(何らかの意見の一致)がなければ、そのような不自然な行動の一致が生じるはずはない」と認定すれば、「暗黙の了解」の推認がより容易になる。」<sup>7</sup>

[1-2] 共同行為の成立には、「行為の結果の外形上の一致だけでは足りない、というのは、当事者間に連絡交渉がない場合にも、価格の斉一化はあり得るといいうゆる意識的並行行為の問題があるからで、単に、「価格の同調的引上げ」があったという事実だけでは、不当な取引制限の成立は認められないのである。」<sup>8</sup>

※ 意思の連絡の形成過程や、意思の連絡が成立した特定時点は具体的に明らかにする必要がない。

## [2] それ以外の立証方法はあるか

「不自然な行為の一致は、合意の存在についての状況証拠という役割を果たす場合もある。…結果としての行為の一致だけから、その前提となっている合意を認定することが可能であり、各自が独立の事業者として合理的に判断すれば、不自然な行為の一致は起こりえないと説明すれば、行為の一致という間接証拠から、隠された…合意…の事実を推認することも可能である…。理論的にはこの接近方法が可能であるが、わが国でこの接近方法を採用した実例はない。」<sup>9</sup>

## [3] 意思の連絡はどの程度細かな認識の一致が必要か

[3-1] 「不当な取引制限を論じる上では、意思の連絡は、一定の取引分野における競争に影響を与え得る内容のものであれば十分であるから、合意の詳細な内容や合意の参加者の範囲について、合意に参加するすべての当事者の認識が完全に一致している必要はない。」<sup>10</sup>

[3-2] (株)サカタのタネほか 14 名による審決取消請求事件・東京高判平成 20 年 4 月 4 日審決集 55 卷 791 頁

①野菜用種子を製造販売する業者 32 社による基準価格の協定事件。審決取消訴訟において原告らは、相互拘束があるというためにはその前提として意思の連絡をしているのは誰かということの個別的な認識と、本件合意の主体を相互に認識している必要があると主張した。

②判旨:「しかし、…供述によると、32 社は、元詰部会<sup>11</sup>の構成員である事業者が、…概ね討議研究会において決定した基準価格に連動した価格表価格を設定するものと相互に認識していたこと及び現に 4 種類の元詰種子について 9 割を超えるシェアを有する 32 社が基準価格に基づいた価格表価格の設定を行っていたことが認められるところ、多数の事業者が存在する市場においては、上記の程度の概括的認識をもって意思の連絡があるものと解すべきであり、このような意思を有する事業者の範囲を具体的かつ明確に認識することまでは要しないものと解するのが相当である。」

<sup>6</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』61-62 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>7</sup> 実方謙二『独占禁止法〔第 4 版〕』175 頁(有斐閣、1998 年)

<sup>8</sup> 今村・入門 62 頁

<sup>9</sup> 実方 176 頁。ただし、ハードコアカルテルを実行する目的以外にはこのような行為をするはずがない、という評価をだめ押し的に行う高裁判決も散見されるようになっていく。不自然な一致とは、意思の連絡をしていなければ説明できないような斉一的な行為。例えば、他の地域と経済状況や市場の競争状況は同じなのに、ある地域だけ斉一的に値上がりしているような場合。

<sup>10</sup> 菅久修一編著『独占禁止法〔第 2 版〕』22 頁(品川武)(商事法務、2015 年)

<sup>11</sup> 事業者団体の専門部会である。討議研究会も同様。

## 【入札談合の立証】

## [1] 大石組事件の概要

①「本件は、…土木建築請負業を営む原告が、同様の 28 名の事業者とともに、当時の静岡県清水市及び清水市押切北土地区画整理組合の発注にかかる土木工事について、公共の利益に反して、受注調整を行う方法で競争を実質的に制限していたとして、被告から排除措置を命じる本件審決を受け、これに対し、本件審決において指摘された違反行為はない等と主張して、その取消しを求めた事案である。」

②旧清水市及び清水市押切北土地区画整理組合(旧清水市等)は、土木一式工事の大部分を制限付一般競争入札または指名競争入札によって発注していた。土地区画整理組合は建設業者の選定、入札事務等を旧清水市に委嘱していた。

③旧清水市は入札参加資格を認められた有資格者を、事業規模等により A, B, C のいずれかの等級に格付けしていた。また土木一式工事のうち発注基準金額が 4000 万円以上の工事について、原則として A 級と格付けした者のみが入札に参加できるとしていた。

④原告[大石組]は、本件審決において指摘された本件違反行為は存在せず、本件審決の事実認定は実質的証拠<sup>12</sup>を欠くと主張した。

## [2] 大石組判決 (株)大石組による審決取消請求事件・東京高判平成 18 年 12 月 15 日審決集 53 卷 1000 頁

「(1)本件審決は、次の事実を認定している。

ア 旧清水市等発注の特定土木工事は、平成 11 年 6 月 1 日から平成 15 年 2 月 25 日までの間、105 物件でその発注金額の合計は 92 億円(消費税抜き)であったが、80 物件については原告及び 28 名のうちいずれかが受注した。…

イ 後記ウの存在を裏付ける 80 物件の受注調整の状況…は次のとおりである。

## (ア)受注希望の表明

指名競争入札に参加する者は、指名通知書と設計書が配布される会場において、指名業者全社が記載された名簿を確認することにより、入札参加者を把握していた。また、制限付一般競争入札公告で入札参加資格が A の等級の者とされた工事について受注を希望する者は、A の等級の各社に電話することにより、当該工事の入札参加者を把握し、受注希望者は、入札参加者に対して、当該工事の受注希望を電話などで伝えることにより意思を表明するとともに、他の受注希望者の存否を確認していた。

## (イ)受注予定者の決定

受注希望者が他の入札参加者に受注希望の有無を確認した結果、他に受注希望者がいなかった場合には、その者が受注予定者となっていた。受注希望の確認の過程で他に受注を希望する者がおり、受注希望者が複数となった場合には、希望者同士の話し合いにより受注予定者を決定していた。希望者同士の話し合いでは、発注される工事に関し、施工場所が自社の事務所や資材置場などの近隣であるとの地域性、過去に受注した工事の継続工事、又はその近隣で工事を施工した実績があるとの関連性、最近受注がないとの手持工事の状況、その時点で旧清水市等からの受注実績が落ち込んでいるとの受注実績の多寡などを考慮して受注予定者を決定していた。この際、必要に応じ s 建設営業担当部長…又は i 工業常務取締役…の助言を得ることなどもあった。

## (ウ)入札価格の連絡

80 物件のうち少なくとも 75 物件について、受注予定者となった者は、自社が受注できるよう他の入札参加者に入札価格を連絡し、協力を要請していた。連絡する価格は、平成 14 年 5 月までは、入札日前に予定価格が公表されていなかったことから、受注予定者となった者において、通常、2 回目の入札で他の入札参加者が入札すべき価格までを連絡するようになり、予定価格が事前に公表されるようになった平成 14 年 6

<sup>12</sup> 平成 25 年改正(改正法は H27.04.01 施行)前の独禁法 80 条 1 項は、「第七十七条第一項に規定する訴訟[審決取消訴訟]については、公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する。」とし、同条 2 項で「前項に規定する実質的な証拠の有無は、裁判所がこれを判断するものとする。」と定めていた。

月以降は、1 回目の入札価格のみを連絡するようになった。…

(エ) 入札での協力

受注予定者となった者は、自ら決定した入札価格で入札し、他の入札参加者は、受注予定者がその定めた価格で受注できるように協力していた。80 物件すべてにおいて受注予定者が予定どおり受注し、受注予定者以外の者が受注したものは 1 件もなかった。

………

ウ 基本合意

旧清水市の土木業者らは、遅くとも平成 11 年 6 月 1 日以降…、旧清水市等発注の特定土木工事について、受注価格の低落防止等を図るため

(ア) 旧清水市等が制限付一般競争入札の公告を行った場合又は旧清水市等から指名競争入札の参加の指名を受けた場合には、次の方法により、当該工事を受注すべき者又は共同企業体を決定する

a 当該工事について受注を希望する者又は共同企業体が 1 名のときは、その者を受注予定者とする

b 受注希望者が複数のときは、工事場所、過去の受注工事との関連性等の事情を勘案して、受注希望者間の話し合いにより、受注予定者を決定する

(イ) 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、受注予定者がその定めた価格で受注できるように協力する

との合意の下に、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていた。…

エ 原告の本件基本合意への参加

(ア) 原告の 8 物件における受注調整状況

原告は、80 物件のうち 60 物件…の入札に参加していたところ、このうち、原告が受注した 5 物件…を含む 8 物件についての受注調整状況は次のとおりであり、原告が具体的に受注調整に関与していた。

① 物件番号 6(平成 11 年度 日の出町押切線追分地区下水路築造工事)

原告ほか 21 名が入札に参加し、入札参加者のうち、a 建設は原告の営業部第一営業課長…から、原告に日の出町押切線の施工実績があり関連性があることを理由とした受注希望の連絡を受け、…原告が最終的に受注予定者となった。原告の C から、t 建設が 1 回目の入札価格を 6800 万円とするように連絡を受け、また、s 土木の営業部長…も、1 回目の入札価格を 6930 万円及び 2 回目の入札価格を 6378 万円とするように連絡を受けたほか、a 建設も入札前に入札価格の連絡を受けており、w 建設も、1 回目の入札価格を 6900 万円及び 2 回目の入札価格を 6365 万円とするように連絡を受けた。上記 4 名はそれぞれ連絡を受けたとおりの価格で入札して原告が落札できるように協力し、1 回目の入札の結果、原告が最も低い 6400 万円で落札した。…

⑦ 物件番号 99(平成 14 年度 都市計画道路 3・5・54 号辻町北脇線道路改築工事)

原告ほか 18 名が入札に参加し、入札参加者のうち、h 組、y 組及び a 土木は、他の入札参加者に対し、受注希望を表明し、…くじ引き…そして…話し合いをして y 組が受注予定者となった。y 組の I は、原告を含む他の入札参加者に対し、それぞれの入札価格を伝えており、原告の C にも連絡し…た。原告を含む他の入札参加者はそれぞれ、…連絡を受けたとおりの価格で入札し…1 回目の入札の結果、y 組は最も低い 4600 万円で落札した。…

(イ) 8 物件以外における入札参加者の行動

60 物件のうち上記(ア)の 8 物件以外の物件についても、28 名のうち受注を希望する者は、原告と他の入札参加者を区別することなく、希望表明を行い、受注予定者になった場合には、入札価格を連絡していた。

…

(ウ) m 組、k 建設、t 建設、s 工業及び s 建設の 5 社の営業担当者らは、旧清水市等発注の特定土木工事について、原告も 28 名とともに、ルールに基づく受注調整行為を行っていたと認識していた。…

(エ) 以上のことから、原告は基本合意に参加していたことを十分に推認できる。

(2) 本件審決の認定した上記(1)アないしエの各事実は、…証拠に基づくものであり、各事業者の認識内容、個別物件において各事業者の認識に沿った行動が採られていたこと等の状況から行ったその推論にも経験則違背その他の不合理な問題はなく、合理的な事実認定と認めることができる。」

※ 入札談合においては、入札参加者が共通のルールに従って受注予定者及び入札価格を決定し、受注予定者以外の者は受注予定者が受注できるように入札行動をしていれば、意思の連絡があるといえる。

個別物件の受注調整(個別調整)それぞれについて一定の取引分野における競争の実質的制限を逐一判定するのではなく、一つの違反行為(基本合意)が続いているという捉え方。

### 【基本合意の定型性・抽象性】

#### [1] 大石組高裁判決

「原告は、被告[公取委]が、原告と他の28名との間で、本件違反行為を行うこと等につき認識を共有するための意思連絡をした日時、場所、担当者等を特定していないと主張をし、確かに当裁判所に顕出された被告の本件一件記録においても、その点についての直接証拠を見出すことはできない。」「しかしながら、独占禁止法の規制対象たる不当な取引制限における意思の連絡とは、入札に先だって各事業者間で相互にその行動に事実上の拘束を生じさせ、一定の取引分野において実質的に競争を制限する効果をもたらすものであることを意味するのであるから、その意思の連絡があるとは、各事業者がかかる意思を有しており、相互に拘束する意思が形成されていることが認められればよく、その形成過程について日時、場所等をもって具体的に特定することまでを要するものではない。」

#### [2] (株)加賀田組ほか3名による審決取消請求事件・東京高判平成21年10月23日審決集56-2巻399頁

「本件基本合意は、文書化され、あるいは合意の参加者が一堂に会する等して定められたものではなく、その当事者が誰なのかを明確にする基準があるとは認められない。また、受注調整の方法及び基準、受注予定者の決定の手続、各ゼネコン間の連絡方法、違反に対する制裁等のルールが具体的に定められているとはいえず、その存在や内容について何らかの周知措置が執られたとも認められない。したがって、本件基本合意は、契約のように法的な拘束力を持つ合意とはいえない(関係者の多くは、多摩地区で営業活動をするゼネコンの間の慣行と称している。)

しかし、上掲各証拠によると、このような慣行は、受注調整や入札に際しての協力につき、本件審決案が認定するような内容のものとして存在していたことは明らかである。しかも、多摩地区で営業活動をするゼネコンの担当者の間では、前任の者からの引継などによって広く知られていた上、33社においてこれを尊重し、遵守すべきものとされ、現実にも、これが尊重され、遵守されて受注調整のルールとして有効に機能し、受注予定者がこのルールに従って33社に属する他の事業者及び協力会社の協力を得て、希望の物件を落札していたことが認められる。したがって、独占禁止法の不当な取引制限の有無を判断するに際して、このようなゼネコン間の受注調整及び公社発注の物件の入札に際して有効に機能している慣行を、本件対象期間中にこれに基づいて公社発注の土木工事を落札・受注した33社の基本的な合意であったと認めることはなんら不当なものではない。」

※ 基本同意は成立過程・交渉過程によってその存在を明らかにする必要はない。個別物件の受注調整を支える枠組み(受注予定者の決定方法及び入札行動に関する共通のルール)について認識が共有されていると評価できれば、意思の連絡を認めるに十分である。<sup>13</sup>実務上は、「遅くとも平成〇年〇月〇日以降行っていた」という形で基本合意の始期を認定することにより、始期を一時点に特定しない。

<sup>13</sup> なお、後から談合に加わる途中参加者については、概括的な認識では足りない(さもなくば談合参加者ではない協力者と区別できなくなるため)。大森工業事件、東京高判平成23年6月24日判時2143号76頁(談合に加わった後に入札に参加した物件は1件または2件しかなく、落札していない事案)

## 【ハードコアカルテルにおいては、共同行為(合意、意思の連絡)の立証が主戦場】

ハードコアカルテルでは、「合意」の立証が重要になり、それが証明されれば「競争の実質的制限」の発生も同時に推認されるのが通例となる。…事業者の側が行う「相互拘束」が存在しないという反論・反証や、画定された「一定の取引分野」が誤っているとか、「競争の実質的制限」が成立していないという反論・反証などは、拘束力ある「合意」の存在が立証されたときには、結論を変更させるような影響をもたないであろう。」<sup>14</sup>

※ わが国では、ハードコアカルテルにおいて競争の実質的制限の立証を要しないという立場を採用していない。他方で、そのような立場を採用する法域では、競争の実質的制限の立証を要する類型と要しない類型の区別(識別)を法解釈レベルで発展させなければならなくなる。

## 【不当な取引制限における「合意」という言葉の使い方】

[1] 公取委の排除措置命令(法令の適用)では、違反行為を以下のように記述する

カルテル:「共同して、～旨を合意すること」

入札談合:「共同して、～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」

[2] 入札談合事件における事実の書き方

## ①過去の例

「3社は、遅くとも平成17年7月1日以降、大阪市が一般競争入札又は公募型指名競争入札の方法により発注する別紙記載の装置(以下「大阪市発注の特定エックス線装置」という。)について

- (1) …3社のうち入札に参加する者の間での話し合いにより受注すべき者(以下「受注予定者」という。)を決定する
- (2) 受注すべき価格<sup>15</sup>は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者がその定めた価格で受注できるよう協力する

旨の合意の下に、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていた。」

## ②最近の例

「8社は、遅くとも平成22年6月30日以降(…にあつては平成24年8月1日以降)、特定農業施設工事について、受注価格の低落防止等を図るため

(1)ア 受注予定者<sup>16</sup>を決定する

イ 受注予定者以外の者は、受注予定者が受注できるように協力する

旨の合意の下に

(2)ア 受注を希望する者(以下「受注希望者」という。)が1社のときは、その者を受注予定者とする

イ 受注希望者が複数社のときは、当該工事それぞれについて、対象となる穀物の乾燥・調製・貯蔵施設及び精米施設の建設等又は保守点検等の実績、施主である農協等への営業活動の実績等を勘案して、受注希望者間の話し合いにより受注予定者を決定する

ウ 受注予定者が提示する入札価格等は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者が連絡した入札価格等以上の入札価格等を提示する

などにより、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていた。」

※ 談合の場合に「合意した」ではなく「合意の下に」と表現を違えているのは、入札談合をする合意(基本合意)自体の抽象度が高く、しばしばそのような合意が成立した時期を特定するのが困難であるため、「いつ成立したのか、いつまで成立時期が遡るのか分からないけれども、合意の下で」という趣旨と考えられる。

<sup>14</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』75頁(稗貫俊文)(有斐閣、2009年)

<sup>15</sup> 入札価格のうち、受注予定者が提示する価格についてのみ「受注すべき価格」という言葉が用いられる。近年では「受注予定者が提示する入札価格等」という表現を使う例もある。

<sup>16</sup> 近年では主文の中でのみ受注予定者が定義されている。

[3] 「意思の連絡」「合意」「決定」は法的評価を経た言葉 vs 情報交換、意見交換は事実

## II 不当な取引制限に関する手続

H25 改正前	審判手続廃止後(現行法規定)
事前手続(意見申述・証拠提出の機会付与)	意見聴取 <sup>19</sup> (事前に当事者から意見を聴く手続)
↓	↓
排除措置命令及び課徴金納付命令	排除措置命令及び課徴金納付命令
↓	↓
審判請求	取消訴訟(東京地裁の専属管轄)
↓	↓
審決案(審判官が作成)	↓
↓	↓
審決(委員会が作成) <sup>17</sup> 主文は、「被審人 <sup>18</sup> の審判請求を棄却する。」 or 「原処分(の一部)を取り消す。」	東京地裁判決
↓	↓
取消訴訟(東京高裁の専属管轄で公取委が被告)	東京高裁
↓	↓
最高裁	最高裁

<sup>17</sup> 審査請求に対する裁決(行政不服審査法 45 条及び 46 条)に相当する。

<sup>18</sup> 審判請求をした者を被審人という(旧独禁法 55 条 4 項)。

<sup>19</sup> 指定職員が主宰し調書と報告書を作成して公正取引委員会に提出する。