

## 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——

舟 田 正 之

- 1 カルテル・談合の「実効性」
- 2 独禁法3条違反，特に「競争の実質的制限」要件該当性
- 3 「当該商品又は役務」（法7条の2第1項）該当性
- 4 ま と め

### 1 カルテル・談合の「実効性」

多くのカルテル・談合では，協定（談合の場合は「基本合意」）が成立したにもかかわらず，参加者によって十分に遵守されず，その一部しか実施されないという事態がしばしば見られる。

例えば，値上げカルテルの例では，一部の購買力ある買い手には値上げが（全くまたは一部）通らないとか，100円の値上げを協定したのに，市場の実勢価格は80円しか上がらなかった，などの事態が起こることが少なくない。

また，談合の例では，基本合意の下に個別調整が行われ，ほとんどの入札物件では個別調整が成立したが，一部の物件では，2社まで絞られたが，そこで当該2社が互いに譲らず，そのまま入札に至ったというケースがある（「たたき合い」，「破談物件」，「談合崩れ」<sup>1)</sup>などと呼ばれる）。そのほか，談合によって1社が落札予定者となりその応札価格も決まったが，アウトサイダーがいたため，当該落札予定者は決めていた応札価格より低い価格で入れて，ようやく落札した，などこともあり得る<sup>2)</sup>。

---

1) 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（2006年）参照。

2) なお，この例で，アウトサイダーが落札すれば，当該物件は，後述の課徴金対象とならない。独禁法7条の2第1項における「売上」がないからである。

以上のように、カルテル・談合がいったん成立しても、実際にそれを実行できない、あるいは一部しか実行しない等のケース、すなわち不十分な実効性しか有しないケースを、独禁法上いかに扱うべきであろうか。

## 2 独禁法3条違反、特に「競争の実質的制限」要件該当性

(1) 従来の判審決・学説においては、カルテル・談合の協定や基本合意に、完全な実効性がなく、不十分な実効性しか有しない場合でも、一定の効果が認められる以上、独禁法2条5項の定める「競争の実質的制限」の要件を満たす、とする見方がとられてきた。

これと異なり、例えば、多数の事業者の利害が複雑にからみあうなかで、これらの事業者によって構成される事業者団体が強引に価格引き上げについて決定をしたなどの場合、実施日になっても当該決定が全く実行されず、結局、当該決定には実効性がなかったと認めるべきことも稀にはあるであろう。これを刑法上の議論になぞらえて、「未遂犯」か、それとも「不能犯」か、などと議論されたこともある。この場合には、「相互拘束」、「競争の実質的制限」の要件を満たさないことは明らかである。

「競争の実質的制限」の有無を判断する際には、問題となっているカルテル・談合の実効性があるか否かについて、諸事実をもとに注意深く事実認定をしなければならない。その際に重要な視点として、以下の2点を挙げることができる。

第一に、もともと、カルテル・談合は、競争関係にある事業者の間の休戦協定のようなものであり、内部で深刻な利害対立を抱えていることも多く、また、様々な状況の変化に敏感に反応する、極めて不安定な性格をもつ。

第二に、独禁法上の規制が厳しくなってから、堅固な協定を作って相互に監視し、強権的に実効性を確保するというタイプのカルテル・談合はもはやあり得ない。しかし他方で、不十分な実効性しかもたない協定・基本合意であっても、一定の競争制限的効果を有すると認めるべき場合が多い。

(2) 前記のように、不十分な実効性しか有しないカルテル・談合も、原則として「競争の実質的制限」を認定すべきである。ただし、当初から全く実効性がないと明白に認められるような例外的場合は除かれる(前記(1)では、事業者

団体の例でこれを示した)。

「競争の実質的制限」とは、一般に市場支配力の形成・維持・強化と言ひ換えられ、カルテル・談合は、市場支配力を新たに形成することになる行為である。形成された市場支配力は、堅固な、強力なものであることもあり、ある程度の競争機能の減少をもたらすにとどまることもある<sup>3)</sup>。本小論で検討しているのは後者のケースである。

次に引用する、「競争の実質的制限」の定式化された定義において、「ある程度」とはまさに後者も含むことがあり得ることを示している。

「競争を実質的に制限するとは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者団体がその意思で、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をいう」(東宝スバル事件=東京高判昭和26・9・19。下線は舟田、以下同じ)。

最近の多摩談合(新井組)事件=最判平成24・2・20(民集66巻2号796頁)も、談合について、「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」と述べて、同じく「ある程度」という文言を用いている(なお、この文章は、多摩談合事件=課徴金審決平成20・7・24とほぼ同一である)。

(3) それでは、談合によって、「ある程度」の市場支配力が新たに形成されたか、それとも、全く実効性のないものであったかは、どう判断されるか。

例えば、多摩談合事件においては、東京都新都市建設公社発注の土木工事に関して、極めて多数の事業者がかかわっており、しかも、ゼネコンと地元業者(協力者、アウトサイダー)という、複雑な競争関係があった。したがって、多くの物件で、基本合意に基づく個別調整がなされない、またはなされても功を奏しなかったものであり、公取委の審査は困難を極めたと推測される。

そこで、多摩談合事件=課徴金審決平成20・7・24では、以下の諸事実を挙げて、競争の実質的制限があったとしている。

①「本件基本合意の当事者数に協力者の数を加えた数の全事業者数に占める割合」=51.9パーセント

3) 舟田正之「競争の実質的制限(東宝株式会社事件)」独禁法判例・審決百選(第3版)18頁以下(1984年)では、市場支配力は、あるかないかではなく、程度問題である、と述べた。

②「本件対象期間中の公社発注の特定土木工事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、31物件あり、その落札金額の合計は上記72物件についての合計200億7,575万4,000円中113億914万1,000円(56.3パーセント)を占める」

③「地元業者は、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」

このような判断の仕方については、批判もなされているところであるが、いずれにせよ、基本合意の内容等があいまいで、その拘束力も弱い等の事情から、その実効性が不十分な談合については、基本合意の対象となった入札物件の全体(これが「一定の取引分野」である)への影響に関し、個別の諸事実を総合的に考慮して競争の実質的制限の有無を判断せざるを得ないである。

(4) この問題を検討する際の前提は、第一に、「不当な取引制限」の要件である「競争の実質的制限」は、合意が成立したことで要件を満たし違反とする。いわゆる「合意時説」である。すなわち、「競争の実質的制限」=市場支配力の形成・維持・強化は、合意・決定など問題となる行為が行われたことをもって認定され得るのであり、それを基に、具体的な行為(例えば、値上げの実施など)が行われることまでを指すものではない<sup>4)</sup>。上を同じく刑法上の議論になぞらえて言えば、合意・決定などが行われた時点で「既遂」とされる。

談合の多くは、基本合意と個別調整の2段階によって行われるが、基本合意の成立によって、「競争の実質的制限」の要件が満たされるのであって、個別調整の実行は要件ではない。

なお、この2段階構成に対して、個別調整だけを捉えて「不当な取引制限」に当たるとすることも解釈論として可能であり、実際に、「1回限り」の談合が違法とされた事例もあるが、ここでは通常の2段階構成の談合を念頭に検討する。

---

4) 差し当たり、根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説』(有斐閣、第4版、2010年)185頁以下参照。

(5) 前提の第二として、上のことから当然なのであるが、競争の実質的制限とは、それによって何らかの具体的な結果が出ていること(これを「弊害」と呼ぶべきであろう。有効競争論における SCP パラダイムの「成果」にほぼ対応する)までを立証することは要求されない。

例えば、談合が実行され、落札予定者が落札した場合、その落札価格が「想定競争価格」よりも高いことまで立証する必要はない。すなわち、市場支配力が行使され、その結果、価格が上昇したなどの具体的な結果が出たことは、競争の実質的制限を示す事実であるが、競争の実質的制限を立証するために必要な事実(要証事実)ではない。

なお、上の例で当該落札価格が「予定価格」に近かった、すなわち、落札率が100%に近づいているという場合には、そのことが談合(基本合意に基づく個別調整)の存在を推認させる1つの材料になる。あるいは、いくつかの個別調整が行われたことが立証されれば、それは基本合意を推認させる重要な資料となる。これらは、多くの談合事件で実際に採用され、認められている立証方法である。

### 3 「当該商品又は役務」(法7条の2第1項) 該当性

#### (1) 論点の整理

これまで、独禁法3条の不当な取引制限の要件である「競争の実質的制限」要件該当性についての検討をしたが、次に、不当な取引制限に当たり、法3法違反が立証された場合でも、課徴金を賦課するためには、さらに、当該行為が「実行」(または「実施」)されて、その効果として競争制限の弊害が発生し、行為者に売上有る必要があると解すべきであろうか。

すなわち、談合が「不当な取引制限」に該当するとしても、その実効性が弱い、ないし一部しか見られない場合に、「当該行為の実行としての事業活動」(法7条の2第1項)がないとして、課徴金賦課対象から外すべきか否か、がここでの検討課題である。

この点について、私は既に、日本経済法学会における報告<sup>5)</sup>で詳細に述べた

---

5) 舟田正之「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)。また、同「課徴金制度の強化——補足的メモ」立教法学65号145頁以下(2004年)をも参照。

とおり、上の問題について、「実行」がない場合には課徴金対象から外すべきであると結論づけたところであるが、本小論で、その後の事例や議論をもとに再検討することにしよう。

なお、以下では、カルテルについては他日を期すことにし、談合についてのみ検討する。

ここで前もって、これまで課徴金賦課命令が争われた事例を類型別に示しておこう。これらの中には、基本合意それ自体の存在が争われているケースもあるが、主として、課徴金賦課を不当として、法7条の2第1項の解釈・事実認定が争われた事例を整理したものである（詳細は、前掲注5）の拙稿を参照）。

第一は、個別の受注調整がなかった、あるいはその実効性がなかった（破談になった、または、アウトサイダーとの競争となった等）として争ったケース。

第二は、当該事業者は基本合意に加わっていない、または途中から離脱したとして争ったケース。

第三は、基本合意の対象ないし範囲は限定されるべきだとして争ったケース。

この第三は、さらに以下の3種類に分かれる。

- A 違反行為者の子会社等に対する取引は除外されるべきか。
- B 基本合意の対象地区以外の取引先に対する取引は除外されるべきか
- C 特殊な商品は除外されるべきか。

本小論は、前記のように、談合の実効性が疑われるケースを対象としているから、上の第一のケースが問題になる<sup>6)</sup>。

## (2) 実行必要説

上記のように、法3条の「競争の実質的制限」要件該当性が認められるとしても、課徴金を賦課するためには、当該行為が「実行」（または「実施」）されて、売上有る必要があると解される。

その理由の第一として、法7条の2第1項は、「当該行為の実行としての事業活動を行った日から当該行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期

---

6) これとやや異なる整理をして検討したものとして、内田耕作「入札談合における受注調整と個別物権の課徴金対象該当性—受注者を一名とし得る特別事業が存在する場合—」彦根論叢 988号 23頁以下（2007年）がある。

間における当該商品又は役務」という文言になっており、これは実行期間に限るという意味と並んで、その前提として「当該行為」(不当な取引制限に該当する行為)が「実行」されたことを意味している。

第二に、課徴金のもともとの趣旨は、「カルテルのやり得」を許さず、当該行為による不当な利益を徴取することにあるからである。前述(2(5))のように、競争の実質的制限は、それによって何らかの具体的な結果が出ていること(「弊害」)を含むものではないが、課徴金賦課の際にはまさにこの弊害が出ているから、それによる不当な利益を徴取する必要がある。

課徴金制度が導入された1977年改正における本条の立法趣旨は、上記のとおりであったことは明らかである。しかし、その後、課徴金の趣旨に変化が見られる議論が強まる状況下で、土屋企業事件＝東京高判平成16・2・20(審決集50巻708頁)は、上記の不当利益徴取による根拠付けから離れて、次のように述べる。すなわち、「課徴金には当該事業者の不当な取引制限を防止するための制裁的要素があることを考慮すると、当該事業者が直接又は間接に関与した受注調整手続の結果競争制限効果が発生したことを要するというべきである」と。

同判決はこのように、課徴金に「制裁的要素」があることを明示し、そのことの故に「競争制限効果が発生したことを要する」という筋道を示した。

同様に、前出の多摩談合(新井組)事件＝最判は、「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」いるとしたあと、「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」と判示している。

このように、これまでの判例でも、課徴金制度の趣旨についての変化をふまえ、課徴金の対象は、「受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生」した物件に限るとしているのであって、これを言い換えれば、当該行為が「実行」されて、売上有る必要がある、ということである。

以下では、談合事案における基本合意など「相互拘束」をもとにして、それが個別物件ごとの受注調整について「実施」され、その結果、受注予定者が受注し売上があったという意味で「具体的な競争制限効果が発生」した場合に、



法7条の2第1項の要件を満たし、課徴金を賦課することができる」と解する説を、「実行説」と呼んでおく。

### (3) 実行不要説

(i) 振り返ってみれば、課徴金制度の発足後しばらくの間は、カルテル・談合に対する課徴金の賦課には、上記の意味での「実行」を問題にするような事案はなかったことから、その意味についての議論はほとんど行われなかった。すなわち、法違反が問われた時点で、ほぼ予定通りに実行がなされていたので、「不当な取引制限」に対象となる商品・役務をさらに、実行がないとして課徴金賦課の対象から外すべきだという議論は行われなかった。

(ii) この問題は、まず、特定の商品が課徴金賦課の対象から外すべきだという形で問題になった。それが、自動火災報知設備談合事件（または能美防災事件）＝課徴金審決昭和60・8・6（審決集32巻14頁）である<sup>7)</sup>。

同審決は、一般論として以下のように述べる。

「個々の物件についての競争の有無や現に懇話会において受注予定者を定めたか否かは問うところではない」。

「同条同項（7条の2第1項―舟田注）によると、課徴金の計算の基礎となる売上額が生ずるには、『当該行為の実行としての事業活動』が行われていることが前提となつてはいるが、『当該行為の実行としての事業活動』という要件は、『当該行為』の実行期間の始期及び終期を特定するためのものであることは文理上明らかである。

しかして、同条同項にいう『当該役務』は、『当該行為』の対象とされている役務と解されるところ、課徴金の計算の基礎とされる売上額は、右『当該役務』に係る売上額について計算されるのであって、被審人らの主張するように、右売上額が『当該行為の実行としての事業活動』によつたものであるか否かによって判断され、計算されるべきものではない」。

---

7) 本件の1年前に、レンゴー事件＝課徴金審決昭和59・2・2審決集30巻56頁で前記類型の第三Aに当たる主張がなされている。そこでは、「本件違反行為は、一般的に我が国におけるジュートライナーの需要者に対する販売価格の引上げに関するものであるから、いわゆる本件カルテルの共同意思において、取引の相手方を個別具体的に選別し、それが子会社であるか否かによって取扱いをことにするものでないことは明らかである。よつて、被審人の主張は採用の限りでない」と述べられている。



この一般論は、明らかに前記の「実行説」とは異なる解釈である。しかし、本件事案は、本小論で扱っている実効性が不十分な談合のケースではなく、本件事案における「確認親物件」と呼ばれる類型につき、前記の整理(3(1)参照)における第三の「基本合意の対象ないし範囲は限定されるべきだとして争ったケース」に属することに注意しなければならない。

また、同審決は、前記引用の一般論を述べた後、「確認親物件」等につき逐一その実態を明らかにしているのであって、前記の一般論ですべて片が付くとしているものでもない(同審決第四の二以降)<sup>8)</sup>。

(iii) 上記(3(2))で説いたように、本小論は、課徴金対象となる個別の物件について実行がなされ、その結果競争制限効果が発生したことを要するとすると解する立場(「実行必要説」)をとっている。

これに対し、上記の自動火災報知設備談合事件に注目し、基本合意の対象が、「当該役務」に当たると広くとる「実行不要説」が一部の学説等で説かれてきた<sup>9)</sup>。

#### (4) 談合の「実効性」——協和エクシオ基準

(i) 談合(基本合意)の「実効性」が問題になった事例という点では、協和エクシオ事件＝課徴金審決平成6・3・30(審決集40巻49頁)が、議論の起点となる。

この事案では、基本合意をもとに、全参加事業者の間で個別合意のための話し合いが十分行われた上で、いくつかの物件について決裂し、2社間で熾烈な受注のための争いが行われた。しかし、同審決は「競争者が二社に絞られることによってある程度の調整的效果はあったとみることもできる」、と述べた。

同審決は、「独占禁止法第7条の2に規定する『当該商品又は役務』とは、『当該違反行為』の対象になった商品又は役務全体を指し、本件のような受注

---

8) 平林・前注1)判例タイムズ1222号47頁以下参照。

9) この2つの立場については古くから論じられてきた。舟田・前掲注5)日本経済学会年報25号24頁以下も触れているが、もっとも早く実行説を唱えたのは、実方謙二「課徴金の対象となる『当該役務』の売上高——自火報設備事件審決をめぐって」公正取引420号4頁以下(1985年)等である。その他の研究文献については、平林・前注1)の注22を参照。

その後の研究として、内田耕作「入札談合の場合の『当該商品または役務』[土屋企業事件]」経済法百選212頁以下、西村暢史「独禁法7条の2第1項『当該商品又は役務』の判断枠組みと現在」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題』(有斐閣,2013年)等を参照。

調整の場合には、調整手続に上程されて、具体的に競争制限効果が発生するに至ったものを指す」と述べる。

その上で、本件では個別合意のための話し合いが十分行われたのであり、それにより、「ある程度の調整の効果はあったとみることもできる」から、前記基準を満たし、課徴金の対象になり得るとした。

同審決は、課徴金賦課の対象たる「当該商品又は役務」は、基本合意の対象とされた物件全部のうち、「調整手続に上程されて、具体的に競争制限効果が発生するに至った」ことが必要である、という基準を立てたと理解される（以下、「協和エクシオ基準」と呼ぶ）。

これにつき、平林・前注1) (48頁)は、「基本合意の対象プラス具体的競争制限効果という客観的アプローチ」と呼ぶが、基本合意の対象であることは当然のことであるから、ここでは後者、「具体的競争制限効果」が問題であり、本件では、そこに「調整手続に上程されて」という点も事実認定において重要視されていたことから、上記のように本基準を捉えることとする。

(ii) 次に、技研システム事件＝審判審決平成12・8・8(審決集47巻224頁)では、審査官は前記協和エクシオ事件審決の基準を援用したが、審決では、以下のように斥けられ、違反事実なしとされた。

「審査官は、株式会社協和エクシオに対する審決の趣旨が本件に及ぶと主張するが、同審決は受注予定者を定める基本合意の存在を認定した上で、課徴金の計算の基礎としての売上額の算定に際して受注予定者を1社に絞りきれなかった入札物件も売上額算定の対象になるとした事案であって、被審人が基本合意に加わっていたか否かを争点とする本件とは事案を異にするものであり、同審決の趣旨が本件事案に及ぶということとはできない」。

この事案は、前記(3(1))の類型における、第二のケース、すなわち、当該事業者はこれに加わっていない、または途中から離脱したとして争ったケースであり、これは協和エクシオ基準だけでは片付かないとしたものである。

その具体的な判断の是非はともかく、ここでも協和エクシオ基準が生きていることを確認できる。

(iii) 公取委に衝撃を与えたのは、土屋企業事件＝東京高判平成16・2・20(金判1189号28頁)であった。同事件審決は協和エクシオ基準に則って土屋企業に対し、課徴金納付命令を発した(平成13・8・1審決集48巻434頁)。

しかし、同判決は、一般論として協和エクシオ基準を採用しつつ、個別調整

の中身に立入り、土屋企業(X)と受注予定者とされた者との話し合いは決裂し、X自身はその後他の指名業者に対する連絡も協力依頼もせず、結局、Xが他の事業者の入札価格に比べて相当低い価格で入札し、落札した、ということから、「Xが直接又は間接に関与した受注調整手続によって具体的な競争制限効果が発生するに至ったものとはいえない」とした。

同判決は、「本件は、……Xは他の指名業者に対し協力依頼や入札価格の連絡をしていないのであるから、(協和エクシオ事件とは一舟田注)事案が異なり、本件に適切でない」と判示している。同判決によれば、受注意欲のある事業者の一部で話し合いをした、すなわち、協和エクシオ基準のいう「調整手続に上程」だけでは「実行」とするには足りないとし、「上程」されても、その後全く個別調整が行われない場合を除く、と同基準の射程距離を狭くとったと理解することも可能であろう(「狭くなった協和エクシオ基準」とでも呼ぶべきか)。

同判決以後、公取委は、協和エクシオ基準を維持しつつも、「調整手続に上程」だけでなく、「競争制限効果が発生した」か否かを具体的に検証せざるを得なくなったと考えられる。すなわち、同判決が「調整手続に上程」だけでは足りないと判示したとすると、同判決が明示した、調整手続の具体的進行を精査して、「受注調整手続の結果競争制限効果が発生した」ことを基準とするほかはないということであろう。

(iv) このことは、前記、多摩談合事件＝課徴金審決において、以下のように説かれているところである。

「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ものは、ここにいう『当該商品又は役務』に該当すると解すべきである。」

「基本合意の当事者及び協力者以外の者(アウトサイダー)が入札に参加している物件であっても、基本合意の当事者間で受注予定者が決定されたことにより競争単位が減少したものについては、原則として、競争単位の減少それ自体をもって上記の競争制限効果が具体的に生じたことになるというべきである。ただ、入札参加者に占めるアウトサイダーの数が比較的多い場合には、当該アウトサイダーが競争的行動をとったか否か等の事情も勘案して、当該物件を上記の競争制限効果が生じなかったものとして課徴金の対象から除外すべきか否かを判断するのが相当である。」

このなかの「競争単位が減少したものについては、……競争制限効果が具体

的に生じたことになる」という論理は、公取委が多くの審決で述べている。すなわち、基本合意の下で個別調整が行われ、1社に絞りきれなかったというケース、あるいは1社に絞られ、受注予定者とアウトサイダーとの一騎打ちになったというケースについて、基本合意と個別調整で2社ないし1社まで絞られ、競争単位が減少したことで、原則として、「競争制限効果が発生した」という認定の仕方が採用されている（森川建設事件＝審判審決平成16・8・4審決集51巻87頁、上門工業事件＝審判審決平成21・2・16審決集55巻598頁。港町管理審決取消請求事件＝東京高判平成21・10・2審決集56巻第2分冊373頁）。

不当な取引制限に該当するか否かという問題については、本小論の冒頭に示したように、「相互拘束」に当たる行為が実施され、予定されたことのすべてを実現することができない場合でも、一部でも実現できたのであれば、市場支配力が形成され、それが行使されたとみるべきであり、その結果、競争制限効果（という蓋然性）が発生したとすべきである（法3条該当の問題）。

次に、課徴金賦課の要件を満たすか否かという点については、1社に絞りきれず2社のたたき合いになって、または、アウトサイダーとの一騎打ちになったケースにおいて、結局、受注予定者が落札できなかった場合は、その限りで（当該物件については）、「競争制限効果が発生」しなかったと解される。もちろん、受注予定者には売上がなかったのであるから、課徴金が賦課されることはない。

これに対し、上記のケースで、結局、受注予定者が落札できた場合は、一騎打ち等があったとしても、それは談合の結果、他の競争者が下りた後での一騎打ちであって、競争下の入札とは異なる競い合いであるから、「競争制限効果が発生」したとして、当該受注予定者に課徴金を賦課してよいと考えられる<sup>10)</sup>。

なお、前述したように、「競争制限効果が発生」したことで、落札価格が競争価格に比べて高くなったかどうかは、具体的な「弊害」のことであって、競争制限的效果とは区別すべきである。

(v) 以上のように、今日では、第一に、協和エクシオ基準が狭められ、「調整手続に上程」され、第二に、実際に調整が行われ、受注予定者が落札した場合は、「競争単位が減少」したにとどまるなど、実効性が一部しか認められな

---

10) 反対、平林・前注1) 51頁。

いとしても、原則として「競争制限効果が発生した」と認定されることになる。

この解釈によれば、被審人が争う以上は、「競争制限効果が発生した」か否かにつき、各物件ごとに個別具体的に、その例外の場合に当たるか否かを検討せざるを得ない、ということになる。そして、これは前記(3(2))の実行必要説で述べたことを前提とすれば、妥当な考え方であって、課徴金を課すためには必要な認定作業であると思われる。

このような実行説(具体的な競争制限効果の発生が必要とする説)に対しては、公取委の実務に過大な負担をかけるという批判があるが、これはやむを得ないであろう。実際に、これまで課徴金賦課が争われた事例では、公取委や裁判所は各物件ごとに、基本合意の範囲内か否か、かつ、実際に実行され競争制限効果が発生したか否かを検証しているのである。

なお、繰り返しになるが、上記のことは、独禁法3条違反に問う場合(前記、2の「競争の実質的制限」該当性)と明白に異なることに留意すべきである。

#### (5) 課徴金対象を限定する方法

上記のような課徴金対象の解釈・事実認定の手法を採用するとすれば、これは談合(基本合意)の拘束力が弱い、しっかりしたものではない事案、すなわち、その「実効性」の程度が低い事案については、実務上、課徴金賦課の対象を確定する作業ないし判断はかなり困難なこととなる。そこで、公取委は2つの方法で対応するようになったと推測される。

1つは、基本合意・個別調整で落札したことが明確な物件などに限って、「特定…工事」などと名付けて、不当な取引制限における「一定の取引分野」とし、かつ課徴金対象範囲とする方法である。このことは、不当な取引制限の要件である「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の立証の困難性を回避するためであるが、これは同時に、課徴金対象の限定により「競争制限効果発生」の立証も容易にすることにもなる。

すなわち、不当な取引制限の要件である「一定の取引分野」は、競争の実質的制限が行われた範囲のことであるが、その競争の実質的制限がどの範囲かの画定が難しい場合、上記の「特定…工事」という限定を付すことによって、そのような競争の実質的制限が行われたであろう範囲のうち、「競争制限効果が発生した」ということについての立証が確実な部分だけを切り取ることが可能

になる。

この手法は、マリンホース市場分割事件＝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など、域外適用が問題になる事件で使われ、多摩談合事件＝課徴金審決平成20・7・24でも、ゼネコン33社がかかわり、かつ落札した物件を切り取るという形で用いられた。

これは、実態としての競争の実質的制限の範囲（＝「一定の取引分野」）と正確に対応するものではなく、前記のような立証の困難さを克服するために便宜的に用いられたものであり、競争制限の実態と乖離することから、本来は避けるべき方法であるといえよう。

ただし、域外適用が問題になるケースについては、日本の公取委が独禁法を適用し執行することが容易な対象を切り取るために便宜的に用いられたという見方が可能であるとも考えられるが、ここでは立ち入らないことにする。

#### (6) 立証配分ルール

(i) 2つめは、事実上の立証責任の分担において、基本合意の対象となった物件は原則として課徴金対象となり、それと異なることを主張する者はその「特別の事情」を立証する事実を明らかにすべきだ、とする方法である。

しかし、これは立証配分ルールの提案であるから、その前提に、実体法上の要証事実は何かが明確になっていなければならないはずである。

前記の実行不要説では、不当な取引制限が行われたと立証されれば、当該行為が対象とする商品又は役務のすべてが課徴金の賦課対象となるので（この点は論者によって異なるのかもしれないが）、法7条の2第1項の適用の場面で、立証配分ルールを適用する意味はなくなっているはずである。

これに対し、実行必要説（実体法上の要件として、前記の、狭められた協和エクシオ基準を前提としよう）、では、課徴金賦課のために法7条の2第1項を適用するには、不当な取引制限に該当する行為が実行され、それによって競争制限的効果が発生したことを立証する必要があるとされるので、立証配分ルールを設定する意味がある。

(ii) 立証配分ルールについて説いた事例の嚆矢とされる、水田電工事件＝審判審決平成12・4・21（審決集47巻37頁）は、個別の物件について入札価格の連絡などしていない等の被審人の主張に対し、次のように述べている。



「基本合意の対象物件が、発注者、入札方法及び対象工事について、一定の範囲に明確に限定され、基本合意の内容である受注予定者決定の基準も明白なものであり、実施状況も実効性あるものとなっている。このような場合には、違反行為当事者を拘束する程度が強く、したがって、基本合意が個別物件について実施に移される蓋然性が高いので、被審人の受注した個別物件について、それが基本合意の対象の範疇に属することの立証があれば、基本合意の対象から明示的又は黙示的に除外されたことを示す特段の事情のない限り、当該個別物件については、基本合意の拘束を受け、受注予定者の決定が行われたものと推定するのが相当である。」

さらに、同審決は、次のような一般論を述べている。

「『当該役務』は、『当該行為』の対象とされている役務であり、したがって、この『当該役務』とは一定の取引分野における競争を実質的に制限する違反行為がされた場合において、その対象役務の範疇に属する役務であって、当該違反行為による拘束を受けたものをいうと解される」。

この一般論は、「当該違反行為による拘束を受けたもの」と限定している点では、上記の協和エクシオ基準と通じるものがある。

他方で、「特段の事情のない限り」、「推定する」という点に注目するときは、本審決は新たに立証配分ルールを立てたと捉えることも可能であり、これは協和エクシオ基準にはない考え方である。

#### (7) 現時点の判審決の立場<sup>11)</sup>

(i) 平成16年に土屋企業事件＝東京高判が、公取委の協和エクシオ基準を狭くとして以来、公取委は同判決に抵触しないような法運用をとるようになり、諸審決でもしばしば土屋企業事件＝東京高判に言及しつつ、課徴金対象になるとしている。

例えば、近年の港町管理審決取消請求事件＝東京高判平成21・10・2(審決集56巻第2分冊373頁)は、以下のように判示している。

「最終的に2者が受注を希望して調整がつかず、2者を受注予定者と選定す

11) これについては、西村・前注9)のほか、菅久修一(編)『独占禁止法』(商事法務、2013年)211頁以下(品川武執筆部分)、根岸哲(編)『注釈独占禁止法』(有斐閣、2009年)161頁以下(岸井大太郎執筆部分)等を参照。



ることとなったのであって、これらのことからすると、原告らは受注調整に直接に関与したものであるというほかない。したがって、土屋企業事件判決に照らしても、本件物件は課徴金の対象となるというべきである。」

さきに、協和エクシオ基準は「調整手続に上程」よりも狭くとられることになったと述べたが、この港町管理審決取消請求事件＝東京高判に従っていえば、「調整手続に上程され、かつ受注調整に直接に関与し、その結果競争制限効果が発生したことを要する」と修正して生きているということになる。

協和エクシオ基準のうちの「具体的に競争制限効果が発生するに至ったものを指す」という箇所は、横石興業課徴金審決取消請求事件＝東京高判平成18・2・3（審決集52巻731頁）、国交省車両管理業務事件（日本道路興運）＝審判審決平成22・12・14（審決集57巻第1分冊421頁）などでも見られる。

さらに、多摩談合（新井組）事件＝最判は、「課徴金の対象となる『当該…役務』とは、……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」と判示した。同判決が支持した多摩談合事件＝課徴金審決平成20・7・24にも同様の記述があり、そこでは、各物件ごとに上記の意味での「当該…役務」に該当するか否かを逐一検討して判断している。

ただし、同事件審決には、「被審人小田急建設が本件基本合意の当事者であることは前記1）のとおり明らかであり、特段の反証等のない限り、受注調整に関与したものと推認されるところ、本件ではそのような反証はない」として、前記の立証配分ルールに関する記述が見られる。

(ii) ここまでは前記(3(4))の確認であるが、次(3(6))に触れた立証配分ルールについては、JFEエンジニアリング審決取消請求事件＝東高判平成23・10・28（審決集58巻第2分冊37頁）が、次の判示を下している。

「『当該商品又は役務』とは、当該違反行為の対象とされた商品又は役務であって、本件合意のような入札談合の場合には、基本合意の対象となった商品又は役務全体のうち、個別の入札において、当該事業者が基本合意に基づいて受注予定者として決定されて受注するなど、基本合意による競争制限効果が及んでいるものをいうと解すべきである。

そして、本件合意の内容、本件違反行為の実施方法、5社の実績など前記前提事実には照らせば、個別の入札について、当該事業者が受注予定者として決定されるに至った具体的経緯まで認定することができないとしても、当該入札の

対象となった役務又は商品が本件合意の対象の範囲内であり、これにつき受注調整が行われたこと及び事業者である原告が受注したことが認められれば、特段の反証がない限り、原告が直接又は間接に関与した受注調整手続の結果、競争制限効果が発生したものと推認するのが相当である。」

上の後半部分については、その後の判決でもほぼ同様の記述が見られる。特に、岩手談合(高光建設ほか6社)事件=課徴金審決平成25・5・22は、上とほぼ同様の記述をしたあと、この「推認」を破る事実があったとして、個別物件について課徴金賦課を否定している。その具体的当否は別として、立証配分ルールを実際に適用した事例といえよう<sup>12)</sup>。

(iii) 本小論で説いてきたように、基本合意があいまいな内容、あるいは、明確な決まりはなく昔からの慣行で続いているなどの場合でも、不当な取引制限に該当するという解釈をとることは妥当としても、そのような基本合意から、すべての物件について効力(競争制限の効果)が及ぶとすることは難しいように思われる。

その際には、個別物件ごとに「当該商品又は役務」に当たるかを認定せざるを得ないのであり、その事実上の立証責任について、上記の立証配分ルールに従うことが妥当であり、かつ、実態に即した事実認定に資すると考えられる。そこでは、独禁法上の立証責任について、厳密な意味での(客観的)立証責任は違法を主張する側にあるとしても、裁判における実際上の原告・被告双方の主張・立証に関する立証活動を評価する余地があると思われる<sup>13)</sup>。

## 4 ま と め

これまで検討してきたことをまとめると、次のようになる。

- 
- 12) 越知保見「審決案に対する審査官の異議が初めて出され、委員会の判断が示された事例——岩手談合課徴金事件——公取委審判審決平成25・5・22」ジュリスト1459号110頁以下(2013年)、栗田誠「入札談合における課徴金の対象となる当該役務該当性」平成25年度重判解256頁以下(2014年)は、このような立証配分ルールの適用に反対している。同様の問題が争われた他の事例については、泉水文雄「経済法判例・審決の動き」平成25年度重判解247頁(2014年)を参照。
- 13) 独禁法上の立証責任については、舟田『不公正な取引方法』(有斐閣、2009年)334頁以下。近年の研究として、越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』(成文堂、2013年)を参照。

①基本合意による「競争の実質的制限」

基本合意の成立によって、「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状態」が生じれば、「競争の実質的制限」の要件は満たされる。

個々の物件についての個別調整の実行は、要件ではない。

また、実行された結果、価格が上昇したなどの具体的な結果が出たこと（「弊害」）も、要件ではない。

②修正された協和エクシオ基準

課徴金賦課のための要件は、基本合意に基づいて、個別物件が「調整手続に上程され、かつ受注調整に直接に関与し、その結果競争制限効果が発生したこと」、である。

個別調整によって、競争下での入札の場合よりも低い価格で落札したという意味での「弊害」が生じたことは、ここでも要件ではない。

上記の修正された（狭められた）協和エクシオ基準が、現在の判例・審決例によって採用されており、それは妥当である。

③立証配分ルール

上記の修正された協和エクシオ基準に基づいて、個別の入札物件について、「調整手続に上程され、かつ当該事業者が受注調整に直接に関与し、その結果競争制限効果が発生したこと」が証明されれば、「特段の反証等のない限り、受注調整に関与したものと推認される」、とすることが妥当と考えられる。