

Title	不当な取引制限における当事者の範囲：談合における「基本合意」の「当事者」、及び不当な取引制限において課徴金を課すべき「当事者」の妥当な範囲の検討
Sub Title	The range of the parties at the unreasonable restraint of trade : the study of the range of the parties who participate in the fundamental agreement of collusion and the proper range of the parties who are to be surcharged at the unreasonable restraint of trade
Author	楠部, 亮太(Nanbu, Ryota)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.33 (2015. 10) ,p.79- 95
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集：法曹リカレント教育
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20151023-0079

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不当な取引制限における当事者の範囲

——談合における「基本合意」の「当事者」、及び不当な取引制限において課徴金を課すべき「当事者」の妥当な範囲の検討——

楠 部 亮 太

- 一 はじめに
- 二 共同行為の内容について
- 三 意思の連絡、相互拘束が認められるために必要な事情
- 四 入札談合における違反行為の当事者の範囲について
- 五 最後に

一 はじめに

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独占禁止法」という）第3条は「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。」とし、ここにいう「不当な取引制限」とは、「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、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、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」と定められている（同法第2条第6項）。

ここにいう、「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」との要件が満たされる場合はいかなる場合か、すなわち、共同行為が認められるとする判断基準の解釈について、審判例、裁判例の積み重ねられているところである。

そして、一般的に言えば、共同行為が確定されれば、共同行為の当事者も確定することになり、通常はその当事者が違反行為者として被審人となる。

しかし、近時裁判例、例えば、多摩談合審決取消請求事件最高裁判決（最高裁判所平成24年2月20日判決）において、共同行為の当事者とされた者の範囲について争点となるケースも出てきている。

また、我が国の課徴金制度は、違反行為者に対して、一律に、一定の期間における対象となる商品または役務の売上額に対する一定の割合の金額を課徴金として課す制度であり、現在、単に違反行為により得た利得を違反行為者に残さないという点に留まらず、制裁的要素を有するに至っているといわれる。このように制裁的要素を有するのであれば課徴金を課すべき行為者の範囲は、目的達成に必要かつ相当な範囲とするのを妥当と考える。しかし、我が国の課徴金制度のように一律に課徴金を課す制度を前提とすると、違反行為者、すなわち、共同行為の当事者に該当する者に対しては、その者に一定の期間内に対象となる商品または役務の売上がある限り、課徴金を課さなければならないこととなる。そのため、共同行為の当事者を必要以上に広くしてしまえば、目的達成に必要かつ相当といえる範囲を超えて、課徴金が課されるおそれがある。一方で、一定の期間に対象となる商品又は役務の売上がない者（課徴金を課することができない者）については、その者が当該不当な取引制限に関与していたとしても共同行為の当事者にあたらない、と認定してしまうと、この認定が実体を反映しているものであるか、疑問を生じる。

そこで、本稿では、多摩談合事件を中心に、「不当な取引制限」にあたるとされた裁判例の変遷を確認した上で、この変遷と共同行為の当事者の範囲の関係について、検討していくこととする。

二 共同行為の内容について

独占禁止法2条6項は、不当な取引制限の行為につき、「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」と規定している。そのた

め、文言上は、共同して「相互に事業を拘束すること」（以下、「相互拘束」という）と「遂行する」（以下、「共同遂行」という）の二つの行為を規制しているように見える。

この点について、従来、いわゆる横のカルテルについては相互拘束の問題とし、縦のカルテルについては共同遂行の問題とする学説もあった¹⁾。しかし、東宝・新東宝事件（東京高等裁判所昭和28年12月7日判決）において不当な取引制限にあたるためには各当事者に対して相互に制限が課されることが必要とされて以降²⁾、通説においても、横のカルテルについても縦のカルテルについても不当な取引制限の成立には、相互拘束が必要とされている。

したがって、通説・判例の立場では、不当な取引制限が成立するためには、「意思の連絡」（合意）と、相互拘束が必要であり、意思の連絡がなく相互に拘束していない場合（そもそも「共同して」といえない場合。意識的並行行為など）や一方的な拘束の場合などは、不当な取引制限にあたらないとされている。

三 意思の連絡、相互拘束が認められるために必要な事情

（一） 外部的に明らかな形による合意が認められる必要はあるか。

まず、外部的に明らかな形による合意が認められなければならないか否かについては、東芝ケミカル審決取消請求事件判決（東京高等裁判所平成7年9月25日判決）は、価格カルテルの事案において、当事者が対価引上行為に関する

1) その他、共同遂行に特別の異議を見出す学説として、①「共同の認識」があれば、共同遂行行為として不当な取引制限の成立が認められるとする説、②入札談合における基本合意に基づく個別調整行為を「遂行行為（共同遂行）」とする説などがある。

2) 東宝・新東宝事件（東京高等裁判所昭和28年12月7日判決）は、「これは相互に競争関係にある独立の事業者が共同して相互に一定の制限を課し、その自由な事業活動を拘束するところに成立し、その各当事者に一定の事業活動の制限を共通に設定することを本質とするのであって、当事者の一方だけにその制限を課するようなものは、場合によって旧法の不公正な競争方法となり、また時としては私的独占を構成することのあるのはかくべつその制限の相互性を欠くの故にここにいう不当な取引制限とはならないものと解すべきである。」と判示した。

情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に及んだような場合には、特段の事情が認められない限り、「意思の連絡」があるものと推認されたとした。すなわち、意思の連絡の存在は間接事実により立証すれば足りるのであり、外部的に明らかな形による合意が認められる必要がないことを明らかにした³⁾。

（二） 意思の連絡につき、日時、場所等を特定する必要があるか。

次に、意思の連絡につき、その日時、場所等を特定する必要があるか否かについては、大石組審決取消請求事件判決（東京高等裁判所平成18年12月15日判決）は、これらを具体的に特定する必要はないとしている⁴⁾。

（三） 相互拘束の程度について

多摩談合審決取消請求事件最高裁判決（最高裁判所平成24年2月20日）（以下、「多摩談合事件最高裁判決」という）は、落札予定者を決定しこれに協力をするという意思の連絡が存在すれば、相互拘束も認められるとしている⁵⁾。ただし、当該判示部分は、事案の限りで述べたものであり、相互拘束が認められ

3) 東芝ケミカル審決取消請求事件判決（東京高等裁判所平成7年9月25日判決）は、「ここにいう「意思の連絡」とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解するのが相当である（黙示による「意思の連絡」といわれるのがこれに当たる。）」とした。そして、その認定については、「対価引上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである。」とし、その認定については、「対価引上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである。」とした。

4) 大石組審決取消請求事件判決（東京高等裁判所平成18年12月15日判決）は、「その意思の連絡があるとは、各事業者がかかえ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。」としている。

るために、制限の相互性が不可欠について、直接的には言及していないものと思われる⁶⁾。

一方、同判決は、一方的拘束の場合にも相互性を認めたとする見解もある⁷⁾。

四 入札談合における違反行為の当事者の範囲について

(一) 入札談合における当事者

明示的な合意があり、合意の日時、場所等が具体的に特定でき、さらに、物件が割り付けられている等、合意に参加した者に対する利益が明らかな場合には、合意の内容を特定することにより、入札談合の当事者を特定することができる。

一方、三(一)及び(二)において述べたとおり、裁判例によると、合意は外部的に明らかな形による必要はなく、また、日時、場所等が具体的に特定される必要はないとされている。このような場合、入札談合の当事者は、間接事

5) 多摩談合事件最高裁判決は、「本件基本合意は、(中略)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」の要件を充足するものといえることができる。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う意味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。」としている。

6) なお、斎藤高広「判批」ジュリスト1445号103頁。

7) 越智保見「判批」判例時報2170号6頁。なお、管久修一編『独占禁止法』(商事法務・2013年)27頁。管久修一編『独占禁止法』は、(多摩談合事件最高裁判決が)「共同して……相互に又は」という読み方をするにより、「相互性」の意味についての錯綜した議論が解消し、今後、2条6項における「相互性」の解釈については、基本的な合意を踏まえてそれぞれが事業活動を行っていれば足りるという方向に集約されていく可能性がある。」とする。

実により合意存在とその内容を確定していくことになり、当事者もこれにより確定することになる。しかし、その当事者をどの範囲とするか、問題となる場合がある。

この点、多摩談合事件では、当該入札にかかる地域にゼネコンが80社存在したが、「基本合意」の当事者とされたのは、そのうち33社であり、その他の47社は「個別調整行為」の入札に参加し、落札予定者の落札に協力していても当事者とされなかった。

その理由として、公正取引委員会の審査官は、同事件の審判において、その他47社については、事業活動を相互に拘束しているか明らかでない（基本合意においてその他47社のうちある者が受注するときに他の者が協力することになっているか明らかでない）ことから、その他47社は当事者ではない旨、主張をしている⁸⁾。

これに対し、被審人は、当該33社とその他の47社の行為態様に外形的な差異はない、「基本合意」の当事者とされた33社とその他の47社を明確に区別できるような根拠又は基準となる事実は存在しない⁹⁾等の主張がなされ、33社のみの基本合意は存在しない、と主張していた¹⁰⁾。

審判では、審査官の主張と同様の理由で、その他47社は、基本合意の当事

8) 審査官は、多摩談合事件の審判において、「「自社が受注意欲や関連性を有するときは他社が協力すべきこと」の認識が明白でない者など、様々な事業者が存在しており、その他のゼネコン47社は、本件対象期間中の具体的事実を総合的に勘案すると、「自社が受注意欲や関連性を有するときは他社が協力すべきこと」を相互に認識・認容していたとまで認めることができない。」と主張していた。

9) このような根拠又は基準となる事実は存在しない理由の一つとして、「課徴金の対象となるのが違反行為終了前の過去3年間に限られることから人為的に設定された期間にすぎず、また、……審査官による本件対象期間（特に終期）の設定自体が確実な証拠に基づかないから、本件対象期間中に受注したか否かをもって、本件基本合意の当事者であるか否かの判断基準とすることは不合理である。」との主張がなされていた。

10) なお、念のために述べると、この点の主張は、その他47社が当事者と認定されていないことを前提に、当事者とされた残りの33社のみによる合意は存在していない、とするものである。

者ではない旨の認定をした¹¹⁾。

一方、二(三)において触れた多摩談合事件最高裁判決は、前述のとおり、落札予定者を決定しこれに協力をするという意思の連絡が存在すれば、相互拘束が認められるとしているのみである。この最高裁判決については、制限の相互性が認められなくても相互拘束が認められるとする趣旨なのか、必ずしも明確には述べていないが、これを不要としている趣旨との見解もある。

そこで、入札談合において、いかなる者を当事者とすべきか、多摩談合事件をもとに検討する。

(二) 基本合意の拘束と当事者の範囲

(1) 「当事者」ではない「協力者」

多摩談合事件は、審判や判決等を見る限りではあるが、当事者とされた33社だけではなく、その他47社も含めたゼネコン80社において、対象となった期間以前から、それぞれの受注意欲や関連性を尊重することによって競争を避けることが望ましいとの認識があったとされ、また、基本合意の日時や場所が特定されていないこと等から、同事件の対象となった物件については、入札者間で受注調整を行うことが慣習化していた事案と思われる¹²⁾。したがって、その他47社も、「基本合意」の当事者とされた33社と同じように、落札予定者を決定しこれに協力するというルールは認識しているものと思われ、このような認識のもと、個々の入札において、受注予定者が落札できるよう、協力していたものと思われる。

しかし、上述のとおり、公正取引委員会は、その他47社は、対象期間中に、

11) その他47社が基本合意の当事者でない理由について、審判は、「本件対象期間中、公社発注の特定土木工事を本件基本合意に基づいて全く落札・受注していないのであって、33社のうちの受注予定者が受注できるよう協力していたことがあるにすぎず、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についての相互の認識・認容までは認められない」とする。

12) 公正取引委員会は、上告理由で「本件のように半ば慣行化した受注調整が行われ」ていたとしている。

対象となる物件を受注しておらず、一方的に協力した者に過ぎないから、「基本合意」の当事者ではないとした（脚注7）参照）。

ただし、公正取引委員会は、その他47社は、「基本合意」における当事者ではないが、個々の入札、すなわち「個別調整行為」の「協力者」とし、競争の実質的制限の有無において、一要素として考慮していた。

（2）高裁判決での認定等

公正取引委員会の認定は、見ようによっては、ほぼ同じ行為を行っている者を、一定期間内に物件を受注したか否か、という理由で違反行為者とそれ以外に分けたようにも見える。

多摩談合事件においては、前述のとおり審判において、入札談合の当事者が誰かについて争われており、また、公正取引委員会の審判を取り消した多摩談合審決取消請求事件高裁判決（東京高等裁判所平成22年3月19日。以下、「多摩談合事件高裁判決」という）においても、被審人からは「協力者」なる概念を導入すること自体、本件審決の本件基本合意の認定に関する恣意性を裏付けるものといえるし、そもそもその他のゼネコンが33社に対して一方的な協力関係に及ぶということは、営業的に余りに不自然な行動である」等の反論がなされていた。

この点について、多摩談合事件高裁判決は、直接の争点とはなっていないものの、①入札前に形成されるはずの合意の当事者であるか否かをその後工事を受注したか否かで判断するというのは論理的に成り立たない、②「協力者」として合意の履行に寄与したとの認定は、その他47社も共通認識を「認容」したとの事実を認定しているというほかない、などと判示した¹³⁾。この点、①の点については、入札談合の「共同行為」は、「基本合意」と「個別調整行為」の二段階からなるとした上で、後者から前者の存在を推認するという事実認定上の問題と考えれば、論理的に成り立たないとまではいえないと思われる。

②についても、同高裁判決が制限の相互性についてどのような見解なのか明らかではないが、公正取引委員会の認定において、行為者が認容しているとす

る共通認識に、その他 47 社のうちのある者が受注するときに他の者が協力することは含まれていないと思われるところ¹⁴⁾、同高裁のいう「共通認識」は、これを含んでいると思われ、両者は同一の意味ではない¹⁵⁾。

ただ、同高裁判決は、「抽象的な競争の実質的制限の概念を……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ない。」との前提に立ち、競争の実質的制限の判断において、「(その分野の建設事業者が) 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の発注する 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

13) 多摩談合事件高裁判決は、「なお被告は、本件基本合意の「当事者」を原告らを含むゼネコン 33 社と限定し、その他のゼネコンと区別しており、その理由として、その他のゼネコンは本件対象期間中公社の発注する下水道工事を受注していないため上記の共通認識を「認容」したとの事実を認定できないと説明するが、入札前に形成されるはずの合意の当事者であるか否かをその後工事を受注したか否かで判断するというのは論理的に成り立たないし、被告は最終的にはその他のゼネコンを「協力者」と位置づけて各個別物件において合意の履行に寄与したと認定しているところ、それは結局その他のゼネコンも共通認識を「認容」したとの事実を認定しているというほかないから、被告の説明は成り立ち得ない。」、また、「入札前に形成されるはずの合意の当事者であるか否かをその後工事を受注したか否かで判断するというのは論理的に成り立たない」との点は、間接事実による推認の問題と考えれば、論理的に成り立たないとまではいえないと思われるが、「被告は最終的にはその他のゼネコンを「協力者」と位置づけて各個別物件において合意の履行に寄与したと認定しているところ、それは結局その他のゼネコンも共通認識を「認容」したとの事実を認定しているというほかない」と判示している。

14) 審判においては、「その他のゼネコン 47 社について、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についての相互の認識・認容を認めるに足りる証拠はない。」としている。

15) 多摩談合事件高裁判決は、「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ないとする。

きる状態に至っていること」との基準で、各違反行為の競争の実質的な制限の有無を判断している。その上で、競争の実質的な制限がなかったものとして、不当な取引制限を否定している。

この認定の可否はおくとして、このような考えから推測すると、同高裁判決は、入札談合のうち「個別調整行為」における競争の実質的な制限の有無を重く見ており、「個別調整行為」の関与形態が同一の者を当事者とそれ以外に分割することは妥当ではないとの考えを有しているのではないかと思われる。

(3) 最高裁判決の認定等

一方で、多摩談合事件最高裁判決では、前述のとおり、相互拘束の程度について、「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」があれば、「共同して……相互に事業活動を拘束し」ていると認められるとしている。

そして、同最高裁判決は、被審人らが落札した工事に関する入札について、競争の実質的な制限が生じたか否かを具体的に判断することなく、「「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。」として、競争の実質的な制限の範囲を認めた。

同最高裁判決の考えは、これまでの審判、判決・通説を踏襲したものと考えられている¹⁶⁾。

ただし、同最高裁判決は、ゼネコン 80 社を当事者と協力者に分けた点の妥当性については、格別言及していない。そのため、同最高裁判決の相互拘束の

16) 古川孝夫「判批」ジュリスト 1448 号 89 頁、向田直範「判批」NBL 982 号 105 頁。

程度についての判示が、その他 47 社との関係でも相互拘束が認められるという趣旨なのか、明らかとされていない。

(4) 一方的拘束と制限の相互性

以上のとおり、多摩談合事件においては、入札談合における共同行為の当事者の範囲について、審判の段階では問題となっていたが、高裁判決では中心的な争点として問題にされることはなく、また、最高裁判決においては、明確に触れられてはいない。

そのため、多摩談合事件のその他 47 社のように、受注予定者決定のルール（「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」）の存在を知っており、かつ、実際の入札において落札予定者が落札できるよう協力したが、対象期間中に受注していない者を、当事者ではなく「協力者」として扱うのが妥当であったかについては、（事案の判断に直接必要ではなかったこともあり）同事件の判断では明らかとされておらず、なお、残された争点である。

この点については、上述のような「協力者」は、入札談合による競争の実質的制限を生じさせるために不可欠の存在であり、かつ、自らも受注予定者決定のルールに従ってこれに協力をしていることに鑑みると、これを入札談合の当事者として積極的に評価し、審決や審判、訴訟を通じて当該協力行為に対する否定的な評価を明らかにすることが妥当と思われる。

また、多摩談合事件のように、長期間にわたり入札談合が慣習化しており、明確な基本合意が存在しない場合、対象期間中に受注したか否かだけで行為者が否かを区別するとすると、その対象期間の設定により行為者が変化することになり、入札談合の実体を反映したものとはいいがたく、恣意的な認定や不公平な認定となるおそれもあり、妥当とは思われない。

これに対しては、審判経済上、課徴金納付命令の対象者以外に広げることは実益がなく、相当でないとの見方も可能との見解もある¹⁷⁾。

しかし、対象期間内に受注がなければ当該行為者に課徴金を課すことはでき

ないとしても、行為者に対する排除命令によって実質的な競争制限を生じさせている行為を排除することにより、独占禁止法の目的である公正かつ自由な競争の促進に資するのであるから、実体に即して、課徴金の対象とならない行為者も当事者に含めるのが妥当と考える。

また、仮にこれらの者が基本合意の当事者でないとしても、結局「協力者」として調査の対象としなければならない。一方で仮に当事者であるとしても、排除命令のみで課徴金を課されない者が審判まで争うとは限らない。したがって、「協力者」を基本合意の当事者とすることが、必ずしも、審判経済上、過大な負担となるとはいえないと思われる。

むしろ、例えば、多摩談合事件のようなケースでいえば、「受注希望者から工事希望表の提出を求められたり入札する金額の連絡等がなされた場合には、工事希望表を提出し受注希望者の落札を妨害する行為をしないことの共通認識があることが談合の核心的な相互認識」と考えられるのであるから¹⁷⁾、（受注したか否かではなく）このような行為が競争を実質的に制限する行為として評価されることを明確にするべきである。これにより、誤解のより少ない形で今後の事業者の経済活動の指針を提示することができ、そのメリットは大きいと考える。

したがって、その他 47 社のように対象期間内に受注実績がない者も、基本合意の当事者とすべきと考える。

その法的構成であるが、大きくいえば二つの方向性が主張されている。

一つは、入札談合は「基本合意」と「個別調整行為」により構成されているところ、このうち「個別調整行為」を行ったことのみをもって「共同遂行」として、不当な取引制限の成立を認めるものである。

17) 古川孝夫「判批」ジュリスト 1448 号 92 頁は「その具体的な当事者の範囲を本件の証拠から特定するのは困難であると考えられる上、本件審決が課徴金の納付を命ずる審決であることを考慮すると、本件対象期間中に受注実績（課徴金の計算の基礎となる売上額）のなかったゼネコンにまで調査の対象を広げることは実益に乏しく、審判経済上相当ではないとの見方も可能である」と述べる。

18) 越智保見「判批」判例時報 2170 号 4 頁。

もう一つは、入札談合は「基本合意」と「個別調整行為」により構成されているとの考えはそのままに、受注実績がない者についても「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」があれば、「相互拘束」が認められ、「基本合意」があるとする考えである¹⁹⁾。

これらの考えは、必ずしも、排斥しあう関係にないと思われるが、基本合意の存在が認められる場合には、個別の調整行為のみをとり上げるよりも、基本合意の対象となっている一連の入札物件を一定の取引分野とする競争が実質的に制限されていると見るほうが実態に即していると思われる。

また、これまで実務において前提とされてきた「基本合意」と「個別調整行為」を入札談合における「共同行為」とする枠組み²⁰⁾を維持できる。加えて、多摩談合事件最高裁判決もこれを示唆していると解釈することも可能である。

したがって、基本合意の存在を前提とする後者の考えが妥当と思われる。

(三) 「当事者」の範囲の限定

一方的な拘束を受ける者を上述のとおり基本合意の当事者と解するとしても、一定の取引分野の範囲または基本合意に拘束力のある範囲²¹⁾の認定によっては、基本合意の当事者の範囲、特に課徴金が課される範囲が、左右されることになる（なお、一定の取引分野の確定と基本行為に拘束力のある範囲の確定のいず

19) 越智保見「判批」判例時報2170号7～8頁参照。

20) 古川孝夫「判批」ジュリスト1448号92頁は「このうち不当な取引制限を構成するのは、基本合意であって、個別調整ではない。不当な取引制限の成立要件は、全て基本合意によって満たされる必要がある。」とする。

21) 古川孝夫「判批」ジュリスト1448号92頁は、多摩談合最高裁事件に関し「「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」を画定するという考え方は、「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、……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。」とする。

れが先行するかという問題はあるものの²²⁾、いずれにせよ、個別の入札の状況等、各当事者（及び関係者）の行為から、それぞれを確定することになると思われる²³⁾。

この点については、後述するように、我が国の課徴金制度では、課徴金を課す範囲を相当な範囲に限定しようとした場合、一定の取引分野の確定もしくは基本行為に拘束力のある範囲の確定を適切に行うしかない。したがって、これらを確定するにあたっては、当事者の範囲または課徴金を課す範囲が過度に広がらないよう、慎重に検討する必要はあろう。

この点については、価格カルテル等の場合も同様である。

価格カルテルであれば、例えば価格の引上げの合意があれば行為者であり、談合のように、基本合意と個別調整行為という二段構造にない。他の参加者に有利になる行為（例えば、価格カルテルでいえば、値上げ行為）は、当然自らの利益にもなるのであり、一方的な協力者という存在は観念しにくい。そのため、合意に参加していれば、当事者と認定され課徴金を課される可能性も高いと思われる。

一方で、入札談合であれば発注者（需要者）は限られていることが多いが、価格カルテルの場合、当事者間で、合意の内容（当事者の範囲、一定の取引分野の範囲（種類・地域等）、取決めの詳細等）が必ずしも一致するわけではなく、一部の当事者が途中から参加する場合もあるなど（この場合、個別調整行為がないため、当事者を相互に認識できないこともありえよう）、当事者間において、その範囲を明確に認識することが難しい場合もある。例えば、参加している当事者の合意全体としてみると、自己が考えていた種類の役務または商品ではない種類のものが含まれていたり、自己が考えていた地域よりも広い地域が含まれていたりするようなことも考えられる。この場合、一定の取引分野または合意の拘束が及ぶ範囲をどのように確定するか、すなわち、これらの範囲を全体としてとらえるか、一方、商品または役務もしくは地域ごとに分かれているも

22) 越智保見「判批」判例時報 2170 号 9 頁。

23) 例えば、多摩談合事件では、その対象が、公社発注の物件のうち「A ランク以上の工事」に限定されている。

のとしてとらえるかにより、当事者の範囲や課徴金が課される範囲が変わることとなる。したがって、カルテルの場合においても、これらの確定を通じて、過大な課徴金を課することのないよう、慎重に検討すべきであろう。

（四） 課徴金との関係

（１） 我が国の課徴金制度は、導入時は不当利得の剝奪といわれていたものの、現在、課徴金の金額は実際の不当利得額もしくはその金額と考えられる金額に限られないことはもちろん、その算定率も改正により上昇することで利得と関連性を見出すことは困難になっている。したがって、現在の課徴金には、制裁的な要素が含まれる金額になっていると考えられる。

また、課徴金の金額は、不当な取引制限に関し、違反行為の期間の売上に一定の割合を乗じるという形式的な方法で金額を算出することになっている。

刑事事件であれば、起訴便宜主義により被告人となるべき者を選択できるし、また、裁判により、その行為に応じた刑の軽重も選択されることになるが、課徴金の場合には、違反行為者と認定されれば、現実の利益の有無、程度や、行った行為の悪質性、自由かつ公正な競争への影響度が考慮されることはなく、一定の課徴金を課される。

そのため、課徴金を課す範囲を妥当な範囲とするには、不当な取引制限でいえば、合意の内容を通じて、当事者の範囲や、課徴金の対象となる取引の範囲を妥当な範囲におさめるほかはない。

（２） しかし、明確な合意があるような場合はともかくとして、上述のとおり、共同行為の認定（意思の連絡、相互拘束の認定）について、間接事実の推認から合意の存在が認められればよく、また、意思の連絡につき、日時、場所等を特定する必要もないことからすると、様々な形で関与している者が違反行為者として認定される可能性がある。

そうすると、結果として、課徴金を課される者の範囲が過大になる可能性も否定できない。過大な範囲に課徴金を課すことは、事業者の事業活動に萎縮効果をもたらす可能性があり、「事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んに」

するという、独占禁止法の目的達成を阻害する可能性がある。

この点、前述の多摩談合事件高裁判決における競争の実質的制限の解釈を前提とすると、課徴金が課される者の範囲は、結論として具体的に競争の実質的な制限を生じさせた者のみとなると考えられるから、課徴金を課すべき違反行為者の範囲を限定的に解することができた。しかし、最高裁判決において、この解釈は否定されているため、この方法は採用できない。

そのため現時点では、前述のとおり、一定の取引分野もしくは合意の拘束がある範囲を慎重に検討した上で適切に認定し、課徴金の及ぶ範囲を妥当な範囲におさめるほかないと考える。

五 最後に

以上のとおり、入札談合の基本合意の当事者の範囲は、その実体に即して認定すべきである。対象期間内において受注がない者についても、「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」に参加していれば、当事者として扱うべきである。

ただ、その一方で、我が国の課徴金の性質を考慮して、一定の取引分野または合意の拘束のある範囲の認定を慎重に行い、課徴金を課す当事者の範囲を相当な範囲とすべきである。

なお、立法論としては、違反行為者の範囲を妥当な範囲で確定することと、課徴金を課すこと（金額を含む）の妥当性の問題を分けて考えることも検討してよいように思う。例えば、起訴便宜主義のように課徴金を課す対象者を選択できるのも一つかもしれない。また、硬直的な課徴金制度を見直し、個々の違反行為者の行為が与えた競争の実質的な制限への具体的な影響を分析した上で、これに応じて課徴金等を課す裁量的課徴金制度を導入することも一つかもしれない。このようにして、違反行為の当事者の範囲を、実体に基づいて妥当な範囲で確定し、違反行為の市場への影響を除去するとともに、課徴金を課すこと

(金額を含む)を相当な範囲とすることにより、違反行為を抑制することもありえよう。

課徴金の額の算定において、様々な事情を考慮することになり、競争の実質的な制限に関する多摩談合事件最高裁判所の判断等を前提としても、個々の違反行為者による行為の競争の実質的な制限に対する影響を争点として争うことができ、競争の実質的な制限との関係で問題とすべき具体的な行為は何であるかを審判や裁判を通じて明らかにすることも期待できるように思われる。

しかしながら、現時点においては、上述のとおり、違反行為の当事者を実体に即して認定しつつ、かつ、課徴金の及ぶ範囲を一定の取引分野または合意の拘束のある範囲の認定を慎重に行い、これらの認定について審判や裁判で争点として争うことを通じて、入札談合、カルテルにおいて競争の実質的な制限との関係で問題とすべき具体的な行為を可及的に明らかにすべきと考える。

排除命令と課徴金制度を効果的に運用し、事業者に違反と認定されるおそれのある行為を審判や裁判で示しつつ、違反行為を除去して自由かつ公正な競争の実現と、事業者の創意を発揮させて事業活動を盛んにさせることの双方をより効果的に実現するのが相当と考える。