

Title	課徴金制度における「具体的競争制限効果」の意義と機能： 「当該商品又は役務」の法的概念の再定位
Sub Title	Criteria of anti-competitive effects in fining decisions : re-thinking legal limitation to the concept of 'value of sales of the goods or services'
Author	伊永, 大輔(Korenaga, Daisuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.159- 181
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0159">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0159</a>

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.

# 課徴金制度における 「具体的競争制限効果」の意義と機能

——「当該商品又は役務」の法的概念の再定位——

伊 永 大 輔

- I はじめに
- II 当該商品・役務をめぐる基本的考え方
- III 実質的審査を補う判断枠組み
- IV 具体的競争制限効果の意義と機能
- V 結 語

## I はじめに

不当な取引制限に対する課徴金は、違反行為の「実行としての事業活動を行つた日からなくなる日までの期間（実行期間）における当該商品又は役務の政令で定める方法により算定した売上額」（独占禁止法7条の2第1項）に、行為態様等を加味して加減算された課徴金算定率（同条5項～9項）を乗じ、課徴金減免制度（同条10項～18項）に基づく免除・減額を経て、その納付すべき額が算定される。そのため、カルテル・談合といった違反行為に対して発揮される課徴金制度の抑止効果は、課徴金算定率や違反行為の発覚・執行可能性が高いか低いかといった要素だけでは決まらず、算定基礎となる「当該商品又は役務の……売上額」にも依存することとなる<sup>1)</sup>。

違反行為の抑止効果を適切に発揮させていくには、競争秩序に重大な悪影響

を及ぼす行為に対し、これに見合った課徴金額としなければならない。そうでなければ、「カルテル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、カルテルの予防効果を強化すること」<sup>2)</sup> という課徴金制度の趣旨・目的を全うすることは難しいからである。そうすると、「当該商品又は役務の……売上額」が適切に算定されることは、法的に重要な課題だと言ってよいだろう。

しかし、昭和 52 年改正によって独占禁止法に課徴金制度が導入された当時、課徴金対象となる行為類型、実行期間、算定率、売上額の算定方法などとは異なり、「当該商品又は役務」とは何を意味するのかについて、立法関係者の問題意識は一様に低かったようである<sup>3)</sup>。このような当初の立法経緯に反し、「当該商品又は役務」の範囲については、これをめぐって多数の審決・判決で争われ、課徴金算定をめぐる最大の争点を形成してきた。特に談合事件においては、審査官の多大な労力に呼応するように、「当該商品又は役務」に該当するかどうかの判断枠組みも変遷してきており、その結果、判断基準の意義と機能にも変容が生じつつある。

この点、課徴金算定の基礎となる「実行期間における当該商品・役務の売上額」に関する多くの論考は、これを「実行期間」、「当該商品・役務」、「売上額」に分解した上で、それぞれの意味内容を峭壺的に追求してきた側面が強

---

1) 課徴金減免制度は、「公正取引委員会の調査に全面的に協力して報告等を行った違反事業者に対し、その報告等の順番に応じて機械的に課徴金の減免を認めることにより、密室で行われて発見、解明が困難なカルテル、入札談合等の取引制限行為の摘発や事案の真相究明、違反状態の解消及び違反行為の防止を図るという趣旨から出たもの」（東京高判平成 25 年 12 月 20 日審決集 60 巻第 2 分冊 108 頁〔愛知電線〕）である。要するに、課徴金減免制度（リエンシー制度）は、違反行為の発覚・執行可能性を事業者間の違反申告競争を用いて劇的に引き上げる制度といえ、諸外国の中でも日本での成果は際立っている。

2) 最判平成 17 年 9 月 13 日民集 59 巻 7 号 1950 頁〔日本機械保険連盟〕。

3) 大橋宗夫「独禁法改正の経緯と改正事項の解説」別冊商事法務 37 号 17 頁以下（1977 年）、柴田章平編『改正独占禁止法一問一答』46 頁以下（大成出版社、1978 年）、相場照美＝波光巖「課徴金制度における売上額の算定方法」NBL152 号 27 頁以下（1978 年）など、当時の公取委幹部による解説には、「当該商品又は役務」の解釈や検討経緯についての記述が全くない。

かった。しかし、文理上は、課徴金算定の基礎となる「売上額」に対し、時間的範囲を画する「実行期間」という文言と、商品・役務の範囲を画する「当該商品又は役務」という文言によって、法的に限定を加えているといえるのだから、これらの文言は、課徴金制度の趣旨・目的に基づく文理上一体的な解釈がなされるべきである。ただし、課徴金の算定対象とすべき売上額とはどの範囲を捉えるべきかという共通の課題に向けて立法設計されたということは、各文言を一つの価値基準のもとで画一的に解釈すべきということを当然には意味しない。それぞれの文言に異なる役割を与えつつ、これらが相互補完的に機能することによって、目的達成を最善の形で実現できればそれでよいのである。要は、現実の違反行為実態に照らし、これらの役割をどの文言に担わせるのが最も効果的で明解かつ適切な算定結果を導くことができるのか、という問題がここでの解釈課題と考える。

以上のように、本稿では、「当該商品又は役務」をめぐる判断枠組みの変遷を確認しつつ、判断基準がどのように影響を受け、また枠組みの中に昇華されているかを論じる。その際、上記解釈課題に留意しながら、談合事件において持ち出される「具体的競争制限効果」という法的概念について、課徴金制度の趣旨・目的に沿った一定の位置付けを見出すことを本稿の目的とする。そのため、本稿では、先ず独占禁止法7条の2の条文構造から文理上導かれる解釈を中心に、「当該商品又は役務」についての基本的な考え方を提示する(Ⅱ)。次に、談合とカルテルとの違反構造の違いに触れつつ、当該商品・役務に該当するかどうかの実質的審査を補う判断枠組みとそこにおける法的な判断基準を明らかにする(Ⅲ)。その上で、談合事案における「具体的競争制限効果」の意義と機能について、推認を用いる判断枠組みとの関係を踏まえて検討を行う(Ⅳ)。最後に、本稿の目的との関係についてまとめたい(Ⅴ)。

## Ⅱ 当該商品・役務をめぐる基本的考え方

課徴金算定の基礎となるのは、実行期間における当該商品又は役務の売上額

である（独占禁止法7条の2第1項）。この規定の解釈については、不当な取引制限のうち「商品又は役務の対価に係るもの」（同項1号）又は「商品又は役務について〔供給量若しくは購入量、市場占有率又は取引の相手方〕のいずれかを実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」（同項2号）に限って課徴金算定の対象としていることから、「当該」の文言が受けているのは、対価に係る又は対価に影響することとなる不当な取引制限が対象とした「商品又は役務」である、という理解がなされている<sup>4)</sup>。

不当な取引制限は、本来各社が自由に行うべき事業活動を拘束することについて相互に認識・認容する意思（合意）をもって、行為要件を充足することになる<sup>5)</sup>。つまり、合意に基づき拘束される事業活動が、商品・役務の価格設定を内容とする場合や商品・役務の生産制限や独占販売地域の設定を内容とする場合には、そうした合意の対象となった商品・役務が「当該商品又は役務」となる<sup>6)</sup>。したがって、例えば、合意の対象とした商品Aの価格を指標にして連動して価格が決まる商品Bがある場合、合意の対象が商品Aに留まるのであれば、たとえ商品Bを含む市場が「一定の取引分野」と認定されたとしても、課徴金の対象となるのは商品Aの売上額のみとなる。ただし、甲地区を対象とした商品Aのカルテル合意がなされた場合には、形式的には乙地区に供給された商品Aも「当該商品又は役務」に該当するよう見えても、違反行為の対象となったのは甲地区に供給された商品Aに限られるため、課徴金の対象となるのも甲地区の商品Aに限られる（このように、「当該商品又は役務」との文言には、字義どおりの商品・役務の範囲だけでなく、地理的範囲という概念

---

4) 「当該」が受けているのは「商品又は役務の対価」であって、対価の積算を「売上額」という文言で受けているとの見解（神宮司史彦『経済法20講』236頁（勁草書房、2011年））もある。独占禁止法施行令の規定趣旨も踏まえて対価と売上額との関係を整理したものといえ、法理論上は傾聴に値する見解といえるものの、「対価」の概念も十分に定まっていない現状においては、この見解をとることによって規定の射程が明確になるわけでもないように思われる。

5) 最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁〔多摩談合新井組〕参照。

6) 同旨として、白石忠志『独占禁止法』243頁脚註156（有斐閣、第3版、2016年）。

も含まれる)<sup>7)</sup>。

カルテル・談合といった違反行為は、競争者同士が互いの事業活動を拘束し合って競争を制限する行為であるため、競争者間で実効性ある基本合意がなされれば、その時点で市場が有する競争機能が損なわれ、有効な競争を期待し得なくなるのが通常である<sup>8)</sup>。しかし、こうして開始された違反行為であっても、実際の取引にカルテル合意の具体的な拘束力が及ぶには、違反行為の「実行としての事業活動」を待たなければならない。すなわち、課徴金算定において、違反行為が行われた期間とは異なる概念として「実行期間」がわざわざ導入されているのは、違反行為の競争制限効果が実際に及ぶ取引を切り出して、これのみを課徴金の算定対象としようとする発想に基づく。例えば、実行期間の始期は、課徴金導入当初、値上げ後の価格で供給を開始した日などを意味するとされ、カルテル合意に基づく需要者との価格交渉の開始だけでは課徴金の徴収対象となる不当利得がないとして、実際の値上げの実行が条件とされるかたちで運用されていた<sup>9)</sup>。

この発想を「当該商品又は役務」の解釈に持ち込んだのが、課徴金運用当初

---

7) 審判審決平成8年4月24日審決集43巻3頁〔中国塗料〕では、「第7条の2にいう『当該商品』とは、事業者が一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為をした場合において相互にその事業活動を拘束した他の事業者との違反行為の対象である商品とすることができる」としている。ここで、わざわざ「一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為をした場合において」としているのは、商品範囲だけでなく地理的範囲も踏まえた上で、当該一定の取引分野の外で取引された商品・役務に関しては、競争の実質的制限が認定されていない以上、「不当な取引制限」によって拘束を受けたものではないとの趣旨を鮮明にしたものと理解することができる。

この点、国際カルテル事案において、カルテル合意の内容からすれば外国に所在する需要者に対する事業活動も拘束されると評価できるが、地理的に日本に所在する需要者に限定して一定の取引分野が画定されている場合には、違反と評価される行為も日本に所在する需要者に対するものに限定されるのだから、結果として当該商品・役務の範囲も地理的に限定されることになる（排除措置命令・課徴金納付命令平成20年2月20日審決集54巻512頁・623頁〔マリンホース〕参照）。同旨として、白石忠志『独禁法事例集』305頁（有斐閣、2017年）。

8) 最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁〔石油価格協定刑事〕参照。

の考え方であった。すなわち、カルテルによる不当利得の剝奪という課徴金制度の目的に即し、事業者が得た不当利得に課徴金の額を近づけるといふ問題認識<sup>10)</sup>から、カルテルの実行としての事業活動に係る売上額に限って算定対象としようとするものであったといえる<sup>11)</sup>。しかし、「実行としての事業活動」との文言は、課徴金算定期間を画する概念に留まり、「当該商品又は役務」とは関係がないことが文理上明らかである<sup>12)</sup>。また、違反事業者の不当利得を個々具体的に観念すると、行政処分としては事実上不可能を強いることにもなりかねない<sup>13)</sup>。実行期間の概念には、課徴金算定の基礎とすべき取引を取り漏らさないように広く網をかける役割が期待されているのであって、だからこそ比較的認定のしやすい簡明かつ一般的な基準によって判断することが適当だと考えられる<sup>14)</sup>。「当該商品又は役務」は、「実行としての事業活動」との文言とは異なる機能を果たすものとして解釈され、基本的には、違反行為の対象となった商品・役務全体を指す<sup>15)</sup>と考えるのが適当とされる所以である。

- 
- 9) 例えば、大橋・前掲註3) 19頁、波光巖「カルテル規制と課徴金の徴収」ジュリ 685号 29頁（1979年）、川井克俊『カルテルと課徴金』154頁（日本経済新聞社、1986年）。現在の通説的見解である「値上げ予定日」が始期となることを明確に否定している点が、この時期の解釈・運用における一つの特徴である。
  - 10) この問題認識を唱えた代表的な論者として、正田彬「独禁法改の経緯と問題点」法律時報 49巻 11号 12頁（1977年）、正田彬『全訂独占禁止法 I』558頁（日本評論社、1980年）参照。
  - 11) 川越憲治「独禁法と課徴金制度（3）」NBL189号 34頁～35頁（1979年）、根岸哲「判批」昭和60年度重判解（ジュリ 862号）226頁（1986年）、舟田正之「談合と独占禁止法」日本経済法学会年報 25号 37頁（2004年）。この実行必要説を実行不要説と対比させて解説するものとして、川井・前掲註9) 164頁～167頁。
  - 12) 審判審決昭和60年8月6日審決集 32巻 14頁〔自動火災報知設備〕、東京高判平成22年4月23日審決集 57巻第2分冊 117頁〔宮城県医薬品アスカム〕ほか。
  - 13) 同旨として、今村成和ほか編『注解経済法〔上巻〕』357頁（青林書院、1985年）〔鈴木満〕、実方謙二「課徴金の対象となる『当該役務』の売上額」公正取引 420号 6頁（1985年）。
  - 14) 実務上認定の難しい「値上げ実現日」でなく、カルテル合意により定められた「値上げ予定日」を実行としての事業活動とするのが相当とした（審判審決平成19年6月19日審決集 54巻 78頁〔日本ポリプロ〕ほか）。

ただし、ここでいう「違反行為の対象となった商品・役務」の理解には注意を要する。単純に、カルテル合意の対象として形式的に該当する商品・役務全体の売上額を課徴金算定の基礎とするという意味ではないからである（そのような理解も以前はよく見られたが、現在では少数である）。例えば、ある商品の価格引上げが競争者間で話し合われた場合において、その後、その商品と同種の新商品が続々と発売されていったときは、この新商品を違反行為の対象とされていないとして競争性や代替性を見ずに算定対象に含めない結論付けてよいとは思われない。また、カルテル実行期間中の対象商品・役務であっても、カルテルの競争制限効果が及んでいないことが客観的に明らかなものについては、課徴金の対象となる売上額から除外しないでよいとも思われない<sup>16)</sup>。結局のところ、違反行為の内容に応じ、商品の種類、取引地域、取引段階、取引相手方等の要素から商品・役務の範囲を特定しつつ、実質的に見てどの範囲で商品・役務が拘束の対象とされているのかという、違反行為によって影響を受ける範囲について具体的な検討を加えなければ、「違反行為の対象となった商品・役務」を精確に特定することはできないのである<sup>17)</sup>。

もっとも、個別具体的な違反行為態様から、その影響が及んでいるかどうかを実質的に判断することで妥当な結論を見出すことだけが、課徴金制度の趣旨に適合するわけではない。客観的で画一的な判断枠組みを用いることで、課徴金算定における明確性や容易性に資する立証構造のもとで迅速な判断を行うことも、課徴金賦課の機動性を高めて違反行為に対する抑止効果を確保する点で、大いに課徴金制度の趣旨<sup>18)</sup>に沿うものといえる。そのため、実質的基準を補うかたちで形式的基準を用いて判断を行うという枠組みが、カルテル・入札談

15) 審判審決平成6年3月30日審決集40巻49頁〔協和エクシオ〕、東京高判平成16年2月20日審決集50巻708頁〔土屋企業〕ほか。

16) 実方謙二『独占禁止法』251頁（有斐閣、第4版、1998年）。

17) 審判審決平成11年11月10日審決集46巻119頁〔東京無線タクシー協同組合〕。中国塗料・前掲註7)、審判審決平成8年8月5日審決集43巻68頁〔東芝ケミカル〕ほか初期の課徴金審決を経て形成された考え方といえる。

18) 日本機械保険連盟・前掲註2) 参照。

合に共通する「当該商品・役務」の該当性判断における基本的考え方となっている。

### Ⅲ 実質的審査を補う判断枠組み

カルテル事案の場合、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行われた場合には、その対象商品の範疇に属する商品については、当該違反行為による拘束を受け、定性的・一般的に違反行為の影響が及ぶものであるから、原則として当該範疇に属する商品全体が課徴金の算定対象となるものとして捉えることができる<sup>19)</sup>。このような考えに基づき、「違反行為の対象商品の範疇に属する商品については、当該行為を行った事業者又は事業者団体が明示的又は黙示的に当該行為の対象からあえて除外したこと、あるいは、これと同視し得る合理的な理由によって定型的に当該行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情がない限り、独占禁止法第7条の2第1項にいう『当該商品』に該当し、課徴金の算定対象に含まれると推定して妨げないものと解される」<sup>20)</sup>との判断枠組みが用いられてきた。

この判断枠組みは、「違反行為の対象商品の範疇に属する商品」かどうかという形式面からのアプローチを採用し、これに「違反行為による拘束を受けた商品」であるという実質面を推定するという機能を持たせた点に特徴がある。算定基準の明確性や算定の容易性を確保し、課徴金賦課の機動性を高めるという課徴金制度の趣旨にも適合しており、実際、裁判所<sup>21)</sup>にも特段問題なく受け入れられている。違反行為による拘束を受けている商品・役務であるという

19) 東京無線タクシー協同組合・前掲註17)をはじめ、審判審決平成19年12月4日審決集54巻314頁〔宮城県医薬品バイタルネット〕、審判審決平成24年5月30日審決集59巻第1分冊18頁〔モディファイヤー三菱レイヨン〕ほか。

20) 東京無線タクシー協同組合・前掲註17)。中国塗料・前掲註7)の考え方を原型として、これを修正・明確化したものと位置付けることができる（白石・前掲註6)246頁)。その違いを立証構造から整理したものと、東芝ケミカル・前掲註17)の匿名解説・判タ926号260頁。

推定を揺るがす「特段の事情」の証明活動は、公取委側ではなく違反事業者側に求められることになるが、この点については、公取委の負担軽減の要請との折り合いを付けている<sup>22)</sup>、課徴金制度における簡明性・迅速性の要請に応える一方で、特段の事情の主張というかたちで反論の機会を確保し、バランスをとっている<sup>23)</sup>、などと評価されている。

入札談合は、基本合意とこれに基づく個別調整とで構成される。基本合意とは、事業者間で個別物件ごとに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ための方法や手順等を取り決めることであり、個別調整とは、この基本合意に基づいて、個別物件ごとに受注予定者を決定し受注予定者が受注できるように調整・協力することをいう。そして、不当な取引制限に該当するのは基本合意の方であるとの理解<sup>24)</sup>から、違反行為の範疇に属する役務とは、基本合意の範疇に属する役務ということになる。

しかし、談合事案においては、各物件を取り巻く諸事情から、①最初から受注調整は困難と諦め、個別調整自体が行われない場合、②話し合いでは決着がつかず、全くの自由競争とする場合、③受注予定者を1社に絞ることはできず、複数の受注希望者間での競争となる場合、④受注予定者は決定されたが、調整結果に従わず入札で協力しない者がいる場合などが起こり得る。カルテルの場合には、事業者間で商品値上げについての合意が成立すれば、実施予定日以降は対象商品の価格設定に係るリスクを回避・減少させることができ、対象商品の対価に関する意思決定が事実上拘束される結果となるといえるため、原則として、定性的に違反行為の影響が及ぶと考えることができるが、基本合意と個別調整の二段階構造<sup>25)</sup>を持つ談合事案においては、個々の物件が違反行為

21) 東京高判平成22年4月23日審決集57巻第2分冊117頁〔アスカム〕、東京高判平成22年11月26日審決集57巻第2分冊194頁〔ポリプロピレン出光興産〕ほか。

22) 白石・前掲註6) 245頁。

23) 山崎恒＝幕田英雄監修『論点解説 実務独占禁止法』228頁（商事法務、2017年）〔中里浩〕。

24) 石油価格協定刑事・前掲註8)、多摩談合新井組・前掲註5)。ただし、これらの判決は、個別の受注調整が不当な取引制限となる可能性を否定するものとははいえないだろう。

（基本合意）による拘束を受けているかどうかの判断に、その物件に関する個別調整がどのようなものであったかが影響を及ぼす余地が比較的大きいと類型上考えられる。

また、カルテル事案の場合、市場にアウトサイダーがいたり、合意の参加者の中にカルテル破りがあっても、これらの事業者の供給余力の範囲でしか価格引上げに対する牽制力は働かない。このため、合意の実効性に及ぼす影響は限定的であり、だからこそ当事者もこのことを織り込みつつ合意することができる。しかし、談合事案の場合、個別物件でアウトサイダーの参加や談合破りによって1社が競争的な入札を行えば、たちまち落札されてしまうという事態が生ずる。したがって、個別物件に合意の拘束力が及ぶかどうかは、誰が入札参加者に選ばれるか、アウトサイダーの協力が得られるかなどの個別事情に左右されるという側面も否めない。さらに、談合案件が取り扱う入札市場が人為的に創成された市場であることに起因し、指名競争入札であれば発注官庁からの指名がなければ市場参入できない一方で、一般競争入札に制度が改められたり、指名範囲が拡大すれば、比較的容易に新規参入ができる点で、発注官庁が談合を指向する官製談合の場合を除き、近年では基本合意の実効性を維持するのも簡単ではなくなりつつある。

そこで、当該商品・役務とは、「受注調整にあつては、基本合意で対象となる商品又は役務を決めても、これにより当然に対象とされた商品又は役務のすべてについて具体的な競争制限効果が及ぶわけではないことから、基本合意に基づいて受注予定者が決定され、受注するなど受注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解すべきである」<sup>26)</sup> などと考えるようになった。これは、違反行為が及ぼす「拘束」の文脈に談合事案

25) この点を指摘する裁判例として、例えば、東京高判平成24年5月25日審決集59巻第2分冊1頁〔防衛庁石油談合昭和シェル石油〕。

26) 協和エクシオ・前掲註15)。ただし、本審決では、談合事案における「当該商品又は役務」も、当該違反行為の対象になった商品又は役務全体を指すとしている。この点は、基本的考え方をカルテル事案と共有していることや、談合事案でも推認を働かせた判断枠組みを適用し得る点で、見落されるべきではない。

における二重構造を反映することによって、個別の事案において妥当な結論を導きやすい規範として修正されたものであろう<sup>27)</sup>。その後、裁判例<sup>28)</sup>でも『「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を指し、本件のような受注調整にあっては、当該事業者が、本件合意に基づいて受注予定者として決定され、受注するなど、受注調整手続に上程されることによっ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解すべきである。』とされるなど、当該商品・役務に関する談合事案での取扱いは確立したものとなっているとの理解<sup>29)</sup>のもと、最高裁において、当該商品・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」<sup>30)</sup>と判決されるに至った。その後の判決・審決では、この最高裁判決を規範として判断がなされている。

問題は、「当該商品又は役務」の該当性を判断する際の法的基準となる「具体的な競争制限効果」の立証について、談合事案のみに要求することが公取委に過大な立証負担を負わせることになるとする批判<sup>31)</sup>である。この点について

---

27) 実方・前掲註13) 10頁～11頁は、「受注調整にあっては、基本決定で対象となる（受注調整手続に書けるべき）商品や役務を決定しても、それにより当然に、対象商品や役務の全てについて具体的な制限効果が及ぶわけではない。……受注調整の場合には、調整手続に上程されて制限効果が具体化するわけである。したがって、対象物件には該当しても実際には上程されなかった物件は、課徴金の対象から除外されることになる。」との見解を述べていた。この論考が本審決に大きな影響を与えたと評価するものとして、平林英勝「最近の入札談合事件審判決の検討」判タ1222号48頁（2006年）。

28) 土屋企業・前掲註15)。

29) 古田孝夫「最判解」ジュリスト1448号95頁（2012年）。

30) 多摩談合新井組・前掲註5)。本判決にいう「受注調整等」の「等」には、個別の受注調整を行うまでもなく受注を希望する事情から受注予定者が決まる場合（審判審決平成16年3月29日審決集50巻315頁〔大王工務店〕、審判審決平成17年2月14日審決集51巻268頁〔甲栄建設〕ほか）などが当たると考えられる。

31) 代表的なものとして、村上政博＝栗田誠＝矢吹公敏＝向宣明編『独占禁止法の手続と実務』249頁～252頁（中央経済社、2015年）〔栗田誠〕、泉水文雄「判批」NBL1015号73頁（2013年）。

ては、基本合意が個別物件に及ぼす拘束の実効性に着目して、事案によってはカルテルと同じような推認を働かせる判断枠組みを採用することによって、公取委に過度の負担を負わせないように工夫がなされてきた。その先駆けである公取委審決<sup>32)</sup>では、「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」とした<sup>33)</sup>。

その後、裁判所も「本件合意は、地方公共団体が発注するすべてのストーカ炉の建設工事を受注調整の対象とするものであったと推認されるというべきであるから、地方公共団体が発注するストーカ炉の建設工事であり、かつ、5社のうちいずれかが入札に参加し受注した工事については、特段の事情がない限り、本件合意に基づいて5社間で受注予定者が決定され、本件合意によって発生した自由な競争を行わないという競争制限効果が個別の工事の入札に及んでいたものと推認するのが相当である」<sup>34)</sup>とするなど、事案に応じて公取委の判断枠組みを是認するようになった。すなわち、基本合意の内容やその実施状

---

32) 審判審決平成12年4月21日審決集47巻37頁〔水田電工〕。「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」の有無も、個別具体的ではなく、類型的に処理することを指向する見解として、実方・前掲註13) 11頁。

33) さらに、①本件基本合意の対象工事であり、また、本件違反行為の当事者が受注したのであるから、特段の事情のない限り、受注予定者となったものと推認すべきであるとし、②基本合意に基づき受注予定者が決定されたことが認められれば、特段の事情のない限り、個別物件において競争制限効果が具体的に発生したというべきであるとする、審判審決平成20年11月19日審決集55巻480頁〔桜井鉄工〕もある。

34) 東京高判平成24年3月2日審決集58巻第2分冊188頁〔ストーカ炉談合日立造船〕。

況を踏まえつつ、①対象工事が一定の取引分野の範疇に属し、かつ、②違反事業者が対象工事の入札に参加して受注していることが立証されれば、特段の事情のない限り、すべての対象工事について具体的な競争制限効果が発生したものと推認されるとの立論が近時の傾向とされる<sup>35)</sup>。

推認方法が用いられる場合にあつては、通常、基本合意のルールを個別調整の場で改めて確認したり、修正したりする必要は基本的になく、また、個別調整の対象から明示的・黙示的に外れて、いわゆるフリー物件となったりすることもほとんどないといった、具体的で実効的な基本合意であることを前提にしている<sup>36)</sup>。つまり、このような推認を行うには、受注調整ルールやこれを実現する手法に関して具体的な基本合意が認定され、実施状況が伴っていればよいのであって、その基本合意の具体性や実効性に依じて推認の強さ（特段の事情が認められる範囲）が変わるというかたちで、この推認方法は一般化できると考えられる。実際、事案に応じて推認の強さには差があるとはいえ、推認を

35) 山崎＝幕田監修・前掲註23) 236頁〔中里浩〕。ただし、水田電工・前掲註32)でもストーカー炉談合日立造船・前掲註34)でも前提が置かれているように、この判断枠組みを用いて推認を及ぼすには、合意の拘束力が対象工事に及ぶという蓋然性を高める一定の事情が認定されるのが通常である。例えば、東京高判平成26年3月28日審決集60巻第2分冊155頁〔匠建設〕では、①本件基本合意の対象となる工事の時期、地域等が特に限定されておらず、実際にも、その多くは特定の地域や時期に偏ることなく、岩手県内の全域において、違反行為期間全般にわたって実施されたこと、②ほとんどの対象工事を違反事業者が受注し、実際に受注調整が行われたものも多いこと、③団体等が対象工事の受注価格の低落の防止及び受注機会の均等化を図ることを目的として結成され、そこで基本合意をして継続的に受注調整を行ってきたことなどを改めて認定している。

36) このような推認の下では、「当該役務」の該当性を認めるために、必ずしも基本合意に基づき受注予定者が決定されるに至った具体的な経緯が明らかにされることや、当該物件につき受注調整がされたことを裏付ける直接証拠が存在することを要しない（東京高判平成26年11月21日審決集61巻228頁〔岩手談合タカヤ〕）。実際、東京高判平成26年4月25日審決集61巻204頁〔奥能登談合大東建設〕では、入札参加者の大半を占める地元の業者間での受注調整を長期間反復継続することにより強固な結びつきが形成され、場合によっては受注意思や価格について明示的な連絡をしなくても受注調整をすることが可能な状態にまで至っていたという認定をした上で、たとえ受注調整の具体的方法が明らかでなくても、基本合意の対象とされたものと推認することができるとしている。

用いた具体的競争制限効果の判断枠組みは、累次の裁判例<sup>37)</sup>を経て、現在では定着したとあってよいのではないかと考えられる。

多くの談合事案において、基本合意それ自体に各物件での受注調整を実効的に行わしめる効果（具体的競争制限効果）が含意されていると考えられることからすれば、基本合意と個別調整という談合事案の二段階構造に配慮しつつ、違反行為の対象となる商品・役務を適切にとらえるものとして、また、事案の実態を踏まえて具体的競争制限効果を個別審査する負担を補うことで、課徴金制度に期待される違反行為に対する抑止力を確保するものとして、推認を用いた判断枠組みは、合理的かつ妥当なものとなっていると評価することができる。

#### IV 具体的競争制限効果の意義と機能

談合事案では、受注予定者を1者に絞ることはできず、複数の受注希望者間での競争入札となる場合も生じる。これまで争われてきた中では、「本件基本合意による調整手続に上程されて受注希望者が2者に絞り込まれ、他の入札参加者は2者のどちらかが受注できるように基準価格以上の価格で入札したものであるから、競争単位の大幅な減少が認められるものといえ、具体的に競争制限効果が発生していることは明らかというべきである」<sup>38)</sup>とし、その取消訴訟においても、「本件物件の入札時には、それまでの受注調整行為の影響の及んだ状態が続いており、他の入札参加者の認識においても、2者に絞り込まれた中での競争で完全な自由競争ではないというものであったというべきである」<sup>39)</sup>として、受注予定者が1者に決定されない場合であっても「当該商品又は役務」に該当することを認めてきた。

---

37) ストーカ炉談合日立造船・前掲註34)、東京高判平成26年2月28日審決集60巻第2分冊144頁〔岩手談合高光建設〕、奥能登談合大東建設・前掲註36)、東京高判平成30年4月27日・平成29年(行ケ)第14号〔山梨談合天川組〕ほか。

38) 審判審決平成20年6月2日審決集55巻129頁〔港町管理〕。

39) 東京高判平成21年10月2日審決集56巻第2分冊373頁〔港町管理〕。

受注調整に基づく競争単位の減少に着目して、そのこと自体を具体的な競争制限効果と捉える考え方（競争単位減少説）は、「入札制度は、本来、すべての入札参加者が当該入札の条件に従って公正な競争を行うことを予定するものであり、入札参加者間における競争回避を内容とする合意の介入は一切許されていないのであるから、入札参加者全員の間で行われるべき競争が行われないこととなって、独立して意思決定を行う競争者が減少するという事自体に競争制限効果が認められるべきものである」<sup>40)</sup>とするものである。これは、「本来自由に入札に対応するはずの当事者の行動が人為的に拘束され、これにより、いわばあるべき市場メカニズムの機能がゆがめられる点にその正当化根拠が求められるもの」<sup>41)</sup>と解説されている。公取委審決<sup>42)</sup>の立場同様、基本合意に基づく受注調整が進行していることをもって、個別物件について具体的な競争制限効果の発生を認めてもよいとする見解<sup>43)</sup>は、学説においても主張されている。

確かに、受注調整を行ったとしても自由な競争となることが予想されるような場合には、事前に受注調整を行う意味はなく、受注調整結果を維持することにも合理的な意味が見出せない。そうすると、一般的には、受注予定者の絞り込みといった基本合意に基づいた受注調整が行われ、これが維持されている状態で入札が実施されるのであれば、当該入札市場において競争の質的転換が起こることを前提に各事業者を拘束しているとして、その対象物件には具体的な競争制限効果が生じているとみることに一理ある<sup>44)</sup>。個別の競争者との競い合いが残存しているというだけでは、その入札市場が有する競争機能が損なわれていないとして、具体的な競争制限効果の発生を否定する「特段の事情」

40) ストーカ炉談合日立造船・前掲註34)。

41) 山崎＝幕田監修・前掲註23) 231頁～232頁〔中里浩〕。

42) 審判審決平成16年8月4日審決集51巻87頁〔森川建設〕、審判審決平成22年11月10日審決集57巻第1分冊303頁〔ストーカ炉談合三菱重工業〕、審判審決平成26年12月10日審決集61巻31頁〔高知談合生田組〕ほか。

43) 越知保見「判批」ジュリスト1516号97頁（2018年）、村上政博「判批」判タ1345号67頁（2011年）、上杉秋則『カルテル規制の理論と実務』104頁（商事法務、2009年）ほか。

を認めることは難しいだろう。

しかし、入札市場において競争単位が1つでも減少すれば、直ちに競争の質的転換が図られたとみるのも、また理由のない話である。多くの裁判例において、入札参加者に占めるアウトサイダーの数の多寡やこれらの事業者が競争的な行動をとったかという点に言及されているのは、個々の入札市場においても、受注予定者を絞り込むことによって「競争の量的減少」が生じただけでなく、アウトサイダーが十分な競争的牽制力を及ぼし得なかったという「競争の質的变化」があったことを確認する必要があるためであろう<sup>45)</sup>。最高裁をはじめ、これまでの多くの裁判例<sup>46)</sup>で「競争単位の減少」に言及されてこなかったのも、競争単位が減少すること自体に着目しても具体的な競争制限効果の有無を決定付けることができるわけではなく、あえて「競争の量的減少」に言及する意義が乏しかったからではなかろうか<sup>47)</sup>。

この点、特に問題となるのは、実効的な基本合意によって具体的な競争制限

---

44) 「競争の実質的制限」にいう「競争」とは、単なる事業者間の個々の競争関係を指すのではなく、市場全体の競争機能を指しており、競争の量的減少ではなく、質的变化が問題となる（今村成和『独占禁止法〔新版〕』46頁・61頁（有斐閣、法律学全集52-II、1978年）。つまり、各物件の入札ごとにみて事業者間の競争関係が多少なりとも残っているかどうかという点は、「競争の実質的制限」の成否には関係なく、競い合う行為の集合体である「市場」が全体として有する競争機能が損なわれているかどうかの問題となりにすぎない（山崎＝幕田監修・前掲註23）19頁〔岩下生和〕。

45) 同様の点を指摘するものとして、平林・前掲註27）50頁、根岸哲編『注釈独占禁止法』165頁（有斐閣、2009年）〔岸井大太郎〕。例えば、東京高判平成21年12月18日審決集56巻第2分冊423頁〔多摩談合松村組等〕では、競争単位の減少による具体的な競争制限効果の発生に言及しつつも、「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などの事情も勘案して」具体的な競争制限効果が生じなかったか否かを判断するのが相当としている。なお、競争単位の減少に触れた公取委審決においても、アウトサイダーの数や競争する意欲・能力に触れて結論を導いている場合もある（たとえば、審判審決平成20年7月24日審決集55巻174頁〔多摩談合〕、審判審決平成25年5月22日審決集60巻第1分冊1頁〔岩手談合高光建設〕）。

46) 例えば、岩手談合タカヤ・前掲註36)では、競争単位の減少に言及することなく、むしろアウトサイダーが競争的な行動をとれば、具体的な競争制限効果に係る推認が覆される可能性を示唆している。

効果の発生が推認される場合において、個別調整による「競争単位の減少」が認められるときの取扱いである。実際、近年の談合事案では、基本合意が有効に維持されていること自体に、個々の受注調整を実効的に行わしめる効果が備わっていることを重視する方向に切り替えたのではないかと思われる審決<sup>48)</sup>が登場しており、そこでは、受注予定者を1社に絞り込めなかった物件についても受注調整に基づく「競争単位の減少」があったことに着目して具体的な競争制限効果の発生を認め、事案に即した個別事情の検証をすることなしに特段の事情を否定している。

上記審決の取消訴訟の中で「競争単位の減少」が問題となった判決では、9割以上の工事で違反事業者のみが入札に参加しており、平均落札率も96%超で発注工事の全てを違反事業者が受注していたことを踏まえつつも、「受注予定者を1社に絞り込むことができず、2社以上で落札が争われ、その結果、低落札率になったとしても、本件合意は、それ以外の事業者が入札に参加することを制限し、これにより、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出来る状態をもたらすものといえる」として、具体的な競争制限効果の発生を否定する事情とすることはできないとしたり<sup>49)</sup>、上記審決同様の強い推認を働かせるとともに、6社のうち3社や4社のうち2社という競争単位の減少それ自体に着目し、残る3社ないし2社の競争能力や競争意

---

47) 奥能登談合大東建設・前掲註36)では、「本件基本合意の下での受注調整が行われ、これによる競争単位の減少により具体的競争制限効果が発生したと認めることが合理的である」と言及したが、入札参加した10社のうちアウトサイダーを除く9名(物件によってはインサイダー1名も除く8名)との間で受注調整が行われており、その落札者以外の入札率(予定価格に対する入札価格の割合)も95%以上であったなどの事情も認定されており、いわゆる競争単位減少説に基づいた裁判例とは言い難い(同旨として、白石・前掲註6)253頁脚註191)。

48) 審判審決平成29年6月15日審決集64巻1頁〔山梨談合塩山地区〕、審判審決平成29年10月4日審決集64巻152頁〔山梨談合石和地区〕。両審決の評釈として、伊永大輔「判批」平成29年度重判解(ジュリ1518号)249頁(2018年)。

49) 東京高判平成30年8月31日・平成29年(行ケ)第16号〔山梨談合塩山地区廣川工業所〕。

欲に言及することなく、具体的競争制限効果の発生を結論付けたりしている<sup>50)</sup>。前者の判決は、基本合意が持つアウトサイダーの制限効果にも触れつつ、個別入札における競争の質的転換に明示的に言及した初の判決といえ、本稿の考え方と軌を一にする。また、後者の判決は、一見競争単位減少説が唱えるような考え方に基づいているように見えるが、完全な自由競争の下で行われたかどうかに着目したのではなく、基本合意が持つ実効性や具体性が強かったこと（強い推認効果が及ぶこと）や、個別調整の結果、有効な競争の牽制が市場で働かなくなっている状態を客観視したものであると捉える方が、判旨の射程を考える上で適切なのではないかと思われる。

こうした法的評価が支持できるのには、理由がある。談合は、入札という人為的に区切られた競争の場を対象としており、市場シェアが高い事業者であっても、基本的には、入札事業者間の受注調整なしに個別入札でその市場支配力を発揮することはできない<sup>51)</sup>。一方で、発注物件全体を基本合意の対象にすると決めた場合、個別物件で受注調整を行わなかったからといって、基本合意の実効性が乏しいとは必ずしもいえない。入札が人為的市場であるがゆえに、個別物件ごとに特殊事情に応じた例外が発生しても、その影響は他の対象物件には及ばず、基本合意は引き続き実効性をもって存続するということが可能だからである<sup>52)</sup>。いずれの視点も、談合事案においては「当該商品又は役務」の該当性判断にて個別調整結果を質的に評価せざるを得ないことを含意しており、その点で「競争単位の減少」も、こうした質的評価の文脈で捉え直す必要があることを示唆している。

さらに、人為的に形成された発注分野における競争制限行為を問題にしていることに伴い、市場画定に基づく競争の実質的制限が及ぶ範囲（商品範囲及び地理的範囲）の認定方法に関し、課徴金算定の場面において違反行為の対象か

---

50) 東京高判平成30年9月7日・平成29年（行ケ）第12号〔山梨談合塩山地区飯島工事ほか〕。

51) 平林・前掲註27) 49頁。

52) 神宮司・前掲註4) 239頁。

ら除外した個別事情があるか否かを検討する余地を残しておくという機能面も重要である。談合事案の場合、「一定の取引分野」を「特定の行為によって競争の実質的制限がもたらされる範囲」<sup>53)</sup>あるいは「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」<sup>54)</sup>とすることが通常である<sup>55)</sup>。しかし、基本合意とは違反事業者の相互認識によるものであり、一定程度漠然とした柔軟な枠組み合意であることが多く、細かく見れば対象物件の範囲についての認識も違反事業者ごとに区々であったりして、むしろ完全に相互認識が一致することの方が稀である。そうだとすれば、具体的な競争制限効果を介して行っている「当該商品又は役務」の該当性判断は、不当な取引制限に関する大雑把な違反要件論をあらためて微視的に修正しようとするものに過ぎないといえよう<sup>56)</sup>。「カルテル合意を行為当時の行為者の立場に立って合理的に解釈してみても、特定の類型の商品が合意の対象商品として表象（認識又は予見）されると判断されなければ、その類型の商品は『当該商品』に該当するとはいえない」<sup>57)</sup>と考えられているのは、上記市場画定の問題と「当該商品又は役務」の問題が同じ法的事象を扱っていることを示す証左の一つであろう。

特段の事情が認められ、違反行為の対象商品・役務とされなかった場合には、

---

53) 東京高判昭和61年6月13日行集37巻6号765頁〔旭硝子〕。

54) 東京高判平成5年12月14日高刑集46巻3号322頁〔シール談合刑事〕。

55) 近年では、カルテル事案においても「行政処分の対象として必要な範囲で市場を画定するという観点からは、共同行為の対象である商品役務の相互の代替性について厳密な検証を行う実益は乏しい」等と述べて、共同行為が対象とする範囲を重視した市場画定を正当化する傾向にある（審判審決平成27年9月30日審決集62巻171頁・東京高判平成28年5月25日審決集63巻304頁〔日本エア・リキード〕、審判審決平成28年2月24日審決集62巻222頁〔塩化ビニル管〕）。

56) 白石忠志『独禁法講義〔第7版〕』109頁（有斐閣、2016年）。立論の詳細は、白石・前掲註6）254頁～256頁。また、越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』230頁（成文堂、2013年）は、基本合意の拘束力の及ぶ範囲で市場を画定し、競争の実質的制限が生じるという当然違法的处理をとる場合、具体的競争制限効果により、個別案件で談合流れとなったものを課徴金の対象から外す処理は不可欠であるとする。

57) 中国塗料・前掲註7）に関する匿名解説・判時1567号253頁。

不当な取引制限の認定に当たり画定された一定の取引分野を課徴金算定の段階で覆す結果となるが、本来は一致すべきではないかとの指摘<sup>58)</sup>にも一理あるが、同じ不当な取引制限の成立を前提とする行政処分であっても、排除措置の範囲を特定する上で必要な事実と課徴金を算定する上で必要な事実は異なってもよい、むしろ異なることの方が自然だと考えることもできる。公取委の専門的な裁量が認められている排除措置の必要性判断では、非裁量的な運用が求められる課徴金算定ほどの個別具体的な事実認定までは法的にも不要であると考えられるからだ<sup>59)</sup>（ただし、具体的な裁量権の行使であるほど、より詳細な理由付けが必要となると解すべき余地はある）。さらには、平成17年独占禁止法改正<sup>60)</sup>前には、本案審理が先行して行われるという手続構造から、課徴金審判が違反行為の成立要件をめぐって行われることが稀であったという制度上の沿革<sup>61)</sup>や、事件調査初期の段階から課徴金算定上の着地点を見定めながらの運用が要求される課徴金減免制度への配慮<sup>62)</sup>とも無関係ではないだろう。

認定困難な合意の範囲を詳細に画定する作業は、違反事業者全員の共通項として認定する排除措置命令で行うよりも、違反事業者の個別事情が色濃く反映される課徴金算定の場面で行う方が行政効率的でもある。違反事業者であっても合意の対象認識に各社の間で多少の差が生じるのは避けがたく、個別事情を踏まえて事業者ごとに積算する課徴金算定の作業の方が、詳細に分析・判断する上で据わりがよいというのも理解できるものといえる。

したがって、複数の受注希望者間での競争入札となる場合やアウトサイダー

---

58) 渡辺昭成「判批」別冊ジュリスト199号211頁（2010年）ほか。

59) 無用な争いを避ける趣旨から、可能な限り、除外される範囲についても排除措置を命ずる際に触れられておくことが肝要と思われるが、合意の事実認定や一定の取引分野の画定に当たって「特段の事情」が詳細に書き込まれていないからといって、排除措置命令を行う上での理由付記が直ちに違法又は不当であるとの結論が導かれるわけではないだろう。

60) 平成17年4月27日法律第35号による独占禁止法改正を指す。本改正後は、排除措置命令と課徴金納付命令とが、通常、同時に行われるようになった。

61) 白石・前掲註6) 255頁～256頁。

62) 白石忠志「課徴金減免制度と独禁法違反要件論」NBL869号22頁～23頁（平成19年）。

が競争入札を仕掛ける場合において、個別物件に具体的な競争制限効果が生じたか否かを判断するには、基本合意による推認が及ぶ場合であっても、単に競争単位の減少があるかどうかだけではなく、基本合意の具体性・実効性を根拠とした推認がどの程度強いものであるのかを踏まえつつ、対象となる入札市場における競争の状況を個別に注視することにより、競争の質的転換の蓋然性を検証することが必要であると考え<sup>63)</sup>。

## V 結 語

本稿で検討してきたことを敷衍すれば、次のようになる。

先ず、課徴金算定の基礎となる「当該商品又は役務」とは、従前の審決・判決を踏まえれば、違反行為の対象となった商品・役務全体を指すが、実質的に見てどの範囲で商品・役務が拘束の対象とされているのかという、違反行為によって影響を受ける範囲について具体的な検討を加えなければ、「違反行為の対象となった商品・役務」を精確に特定することはできない（前記Ⅱ）。そして、談合事案の場合、「当該商品又は役務」といえるためには、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でなければならない。ただし、対象物件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、個別物件についても「違反行為の対象となった商品・役務」であること、すなわち、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して、具体的な競争制限効果が発生したものと推認することができる（前記Ⅲ）。さらに、個別調整において受注予定者が1者に絞られなかった場合を特段の事情として認めるかについては、上記推認による判断枠組みの下でも「競争単位の減少」それ自体をもって具体的な競争制限効果の発生を結論

---

63) 本稿と解釈手法は異なるものの、基本合意から全ての物件に競争制限効果が及ぶとすることは難しいと結論付けるものとして、舟田正之「談合の『実効性』」立教法学 90号 235頁（2014年）。

付けることはできず、当該物件をめぐる「競争の質的転換」を否定するだけの個別事情（アウトサイダーによる競争的行動等）を検討する必要があると考えられる（前記Ⅳ）。

このように整理すると、「当該商品又は役務」の該当性判断において、カルテル事案と談合事案とで、拘束の対象となった商品・役務の全てが課徴金算定対象となる点で共通する一方、拘束対象といえるかどうかの判断には具体的な競争制限効果が要求される点で両者は決定的に異なっているように見える。しかし、カルテル事案であっても、特に生産数量制限カルテルや市場分割カルテルのような場合には、逸脱が見つかりにくくカルテル破りが起こりやすいことがあり、合意の実効性に乏しい場合もあり得る。また、特定の取引先や地域における値上げを牽制する個別事情から、当該取引先や当該地域においては違反行為による拘束が商品に及ばなかったという事態は、カルテル事案でも起こりうる。談合の二段階構造にしても、事業者間で毎年の基準価格を決定し、各社の価格交渉はこの基準価格をもとに行うという基本合意自体が違反となったカルテル事案<sup>64)</sup>も存在する。さらには、談合破りといった事態が個別物件で起きた場合には、談合組織から何らかの制裁等が行われることも多く、それによって基本合意の実効性が崩れず維持されているという実態からすれば、競争の実質的制限が認められる事案で個別物件への拘束がおおよそ観念できないものは例外に過ぎないと考えることもできよう。

このように考えると、談合事案とカルテル事案の間には、当該商品・役務を判断するに当たっても、本質的には大きな差はないと考えることができそうである。そうだとすれば、違反行為が対象商品・役務に及ぼす拘束の程度は、カルテルか談合かによる画一的な区別が常に有効とは限らず、最終的には、問題となる違反行為が持つ具体性や実効性のほか、事案特有の個別事情に左右されるものに過ぎない、という一般論が成り立つ。

しかしながら、経験則に基づく推認ルールというのは、対象となる事案の性

---

64) 東京高判平成20年4月4日審決集55巻791頁〔元詰種子〕。

質や当事者の態様に左右されやすいものであり、類型的に見れば、価格カルテルと入札談合とでは、個々の商品・役務に及ぼす拘束の具体性・実効性の程度が異なることが多いため、結果として異なる判断枠組みを用いられることが多くなるというのも一つの道理ではないかと思われる。このことは、「具体的な競争制限効果」という判断基準についても当てはまる。この基準は、実はカルテル事案にも同じように要求されているのだが、価格カルテルにおいては「定性的に違反行為の影響が及ぶものと考えられることができるから」<sup>65)</sup>、具体的な競争制限効果の発生を問題とすべき事案がほとんどないだけだと理解する方が、原理原則に適合しているように思われる。つまり、談合事案にだけの上乗せ要件となっているわけではなく、実際にはカルテルの場合にも要求されており、市場分割カルテルのような人為的市場が問題となるときは、具体的競争制限効果が要求されることもあり得るといえよう<sup>66)</sup>。

このような言説を述べると、余計な要件をカルテル事案にも持ち込むことに繋がるとする批判が予想されるが、当該商品・役務の該当性判断を行うための共通基盤として概念整理を行っておくことには、少なからぬ意義があるものと考ええる。

※ 本研究は、JSPS 科研費 (JP17K03418) の助成を受けたものである。

---

65) 東京無線タクシー協同組合・前掲註 17)。

66) 村上ほか・前掲註 31) 250 頁脚註 275 [栗田誠] も、価格カルテルとの共通性を強調して論旨を展開しているが、具体的競争制限効果を必要とする十分な根拠がないとする。しかし、同註を見る限り、カルテル事案でも課徴金算定対象となるか個別事情から検討すべき場合があることを自認しているようにも思われる。