慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	入札談合事件 : 経済学と法学からの考察
Sub Title	Dango : an economic analysis using the supreme court precedents
Author	牧, 厚志(Maki, Atsushi)
Publisher	慶應義塾大学出版会
Publication year	2018
Jtitle	三田商学研究 (Mita business review). Vol.61, No.2 (2018. 6) ,p.55- 86
JaLC DOI	
Abstract	戦後日本の高度経済成長期は「奇跡」とよばれた。その要因として挙げられた日本の高貯蓄率と低失業率は, 日本経済に備わった構造的な特徴ではないことが高度成長期終焉後の経済統計によって確認されている。しかし, 産業政策の功罪に伴う談合体質という日本経済に内在する特徴は依然として今日まで根深く残り, 現在も独占禁止法違反事件という形で新聞紙上を賑わせている。本分析で明らかになった点は, 入札方法, 予定価格設定に工夫が必要であると同時に, 予算と決算両面の分析が不可欠であるということである。談合による経済の非効率と不公正を是正していくことは経済学と法学に課せられた将来的な共通のテーマであろう。
Notes	論文
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234698-20180600-0055

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.

三田商学研究
第61巻第２号
2018 年 6 月

2018年２月26日掲載承認

入札談合事件*

―― 経済学と法学からの考察 ――

牧　　厚　志

＜要　　約＞
戦後日本の高度経済成長期は「奇跡」とよばれた。その要因として挙げられた日本の高貯蓄率と低失業率は，日本経済に備わった構造的な特徴ではないことが高度成長期終焉後の経済統計によって確認されている。しかし，産業政策の功罪に伴う談合体質という日本経済に内在する特徴は依然として今日まで根深く残り，現在も独占禁止法違反事件という形で新聞紙上を賑わせている。本分析で明らかになった点は，入札方法，予定価格設定に工夫が必要であると同時に，予算と決算両面の分析が不可欠であるということである。談合による経済の非効率と不公正を是正していくことは経済学と法学に課せられた将来的な共通のテーマであろう。

＜キーワード＞
談合，予定価格，落札率，独占禁止法，課徴金と損害賠償金

１．はじめに

戦後日本の高度経済成長期は「奇跡」とよばれた。そしてこの奇跡を生み出した構造的な原因を突き止めるために，1980年代以降日本ばかりでなく各国の経済学者は様々な視点から分析を行ってきた。奇跡の要因として挙げられた主な要素は，（１）高貯蓄率，（２）低失業率，（３）産業政策，などであったが，日本の産業構造を分析する海外の研究者が注目したテーマの一つに「談合（*Dango*）」があった[1)]。

日本の高貯蓄率と低失業率は，日本経済に備わった構造的な特徴ではないことが高度成長期終焉後の経済統計によって確認されている。しかし，談合という日本経済に内在する特徴は依然と

* 本研究はJSPS 科研費26380368から研究助成を受けている。

1）筆者が *Dango* という言葉を聞いたのは1990年にオーストラリアの ANU 滞在中に参加したセミナーであった。報告者は客員研究員として ANU に滞在していたカリフォルニア大学サンディエゴ校の John McMillan で，報告は McMillan（1990）に依拠し，そして McMillan（1991）が最終報告になった。また McMillan（2002）に談合の紹介がある。談合について金本（1993），武田（1994），武藤（2003）等がある。

して今日まで根深く残り，現在も独占禁止法違反事件という形で新聞紙上を賑わせている。

経済学の祖といわれるアダム・スミスは，『諸国民の富（国富論）』において親方（経営者）と職人（労働者）の間の賃金交渉に関して次のように述べている。「親方たちは，その数がより少ないから，はるかにたやすく団結できる……（中略）職人の団結ということはしばしば耳にするけれども，親方のそれはめったに耳にしない，といわれてきている。けれども，そうだからといって，親方というものはめったに団結しないなどと思う人がいるとすれば，それはこの問題がわかりもしなければ世間も知らぬ人である（下線著者）。親方たちは，いつでも，またどこにいても，ある種の暗黙のうちに，たえず団結をむすび，労働の賃銀をその現実の率以上にひきあげまいとしている。この団結をやぶるということは，どのようなところでも，もっとも不人気な行動であって，そうすることは，親方がその近隣や同輩のあいだで一種の恥辱をうけることになるのである。実際のところ，われわれはこういう団結というものを耳にしないが，そのわけは，だれ一人として耳にしたためしがないのが自然だといってよいほど，それが日常の状態だからである（下線著者）。そのうえ，親方たちは，労働の賃銀をこの率以下にさえひきさげようとして特定の団結をむすぶことがある。こういう団結は，その実行の瞬間まで，極度の沈黙と秘密裡にすすめられるのがつねであ（る）。」（大内・松川訳（1968），I巻，160-161頁）。スミスは親方と職人の間の交渉上の地歩について述べているが，引用文中の「親方」を「業者」，「団結」を「談合」と置き換えれば，入札談合の構図になることが容易に分かる。ただし，今回の事件は，親方（業者）の相手方は「職人」ではなく「政府（地方公共団体組織）」になる。そして政府が業者の選定と指名権を持っているということで，政府は交渉上の地歩が常に弱い立場にあるわけではないという留保事項はあるが，業者の談合に対する認識は対職人であれ対政府であれ同一である。

談合は必ず悪か，という議論がある。談合には「良い談合」と「悪い談合」があるといわれるが，談合は刑法96条の六（公契約関係競売等妨害）と独占禁止法89条（不当な取引制限の罪）に該当する犯罪である。しかし談合を「必要悪」とする議論は根深い。経済評論家には次のような理由で談合を擁護する人もいる。それは，自由競争社会は弱肉強食であり，競争により少数の勝者と多数の敗者が出現し，社会が不安定化する。一方，談合は入札価格と落札物件を業者間で相談することによって，業界で安定した分配システムを維持することになり，業界が安定し，それが社会の安定化にも通じるだろうというものである。しかし，談合は違法であり，実態として良い談合であっても違法行為である。[2)]

入札談合事件について審判や判決をみると，入札の仕組みや談合当事者の行動に関する日時や

2）談合必要悪論は判例によりまた厚生経済学の基本定理によって否定される。判例については本論文の５節で紹介する。談合に関して刑法と独占禁止法に規定がある。刑法96条の六（公契約関係競売等妨害）２項で「公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で，談合した者も，前項と同様とする。」また独占禁止法３条（私的独占・不当な取引制限の禁止）では「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。」として，同法２条（定義）の６項では「この法律において，『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ってするかを問わず，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（下線著者）。」とある。

場所，合意事項等について記述したものは多い。しかし，予定価格や入札参加者の詳細を記録し，入札者それぞれの提示した入札価格や落札価格などの情報を含む判例は少ない。今回分析する入札談合事件の判例には，経済分析に耐えうる経済統計が含まれている[3)]。

牧（1998）で「経済学的世界観」という言葉を提示し，経済学は「効率と公正」を分析する学問であると述べた。また牧（2017b）では経済学と法学の相互協力という視点から，法学の目的である「正義と衡平」について考察したが，今回の入札談合事件は市場競争における「公正」と「正義及び衡平」に深く関連している。

今回の談合の構図を単純化すると，地方公共団体が発注した土木工事を巡り，受注する可能性のあるゼネコンとよばれる土木業者が受注したい工事と入札価格を相談し，独占禁止法違反行為を行った。そのため公正取引委員会から告発され，課徴金納付という行政処分を受けた事件である。

独占禁止法１条（目的）で「この法律は，私的独占，不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し，事業支配力の過度の集中を防止して，結合，協定等の方法による生産，販売，価格，技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより，公正且つ自由な競争を促進し，事業者の創意を発揮させ，事業活動を盛んにし，雇傭及び国民実所得の水準を高め，以て，一般消費者の利益を確保する（下線著者）とともに，国民経済の民主的で健全な発展を促進することを目的とする。」としている。

入札談合に関連する主体は発注主体である地方公共団体と受注主体であるゼネコン業者である。しかしこの構図をさらに検討すると，発注主体である地方公共団体の活動は税金で賄われており，直接の被害者は住民あるいは納税者（消費者）となる。つまり談合によって住民あるいは消費者が損害を被ったことになる。

この視点から今回の入札談合事件をみると，談合を行ったゼネコン業者は独占禁止法違反で課徴金納付という行政処分を受けると同時に，納税者である消費者の損害賠償請求に応じなければならないと考えることが常識的であろう。しかし従来の司法判断は，談合やヤミカルテル価格協定に対する住民あるいは消費者からの損害賠償請求に対して，比較的，厳しかった（牧（2017a）参照）。その理由として大きいのは，裁判において原告（消費者）による因果関係の立証の難しさにあった。

今回の事件では，従来の手続きとは違う損害賠償請求方法をとった。牧（2017a）で分析した灯油ヤミカルテル価格事件は消費者の集団訴訟であったが，今回は地方自治法242条の二による住民訴訟である。この点について６節で述べる。

本論文では，以下，２節において入札談合事件の経緯を述べ，３節でデータを説明し，４節で分析の評価をする。さらに５節で公共の利益との関連を述べ，６節で消費者からの損害賠償請求に言及する。そして７節で本論文の結論を述べる。

3）次節で取り上げる審決及び判決は本論文末尾の参考資料のグループ（１）にまとめられている。

2．入札談合事件

この事件は，公共土木工事の入札に際してゼネコン業者間で談合を行い，落札業者と落札価格を調整した独占禁止法違反事件である。本件対象期間は平成９年（1997年）10月１日から平成12年（2000年）９月27日まで，公共工事の発注者は財団法人東京都新都市建設公社（以下，公社ともする）である。

事件の内容を審決からみると，当該公社は，多摩地区（八王子市，町田市，あきる野市，立川市，日の出町等）における公共下水道建設等の工事をゼネコン業者や地元業者に発注することにより，都市基盤整備事業を行っていた。公社は予定価格が500万円以上の工事の発注に際し，件名，概要，格付け（AA，AB，AC，A各ランク）等を公示し，指名競争入札によって受注者の決定を行っていた。公社は工事の技術的難易度を考慮して，難易度の高い工事をこなせるAから比較的技術難易度の低いEまで業者を５段階にランク付けしている。そして共同施工方式による土木工事（JV）を受注する業者としてAAはAランクの業者２社，ABはAランクとBランクの業者，ACはAランクとCランクの業者の組み合わせとした。また予定価格との関連で，A，AC，AB，AAに対応した工事の規模を決めている。Aは１億７千万円以上２億６千万円まで，ACは２億６千万円以上３億円まで，ABは３億円以上５億６千万円まで，AAは５億６千万円以上である。

公社は当該工事に対し実施可能な人的資源と設備能力を持った有資格業者の中から入札参加希望者を募り，その中から指名競争入札参加者を10業者指名した。また共同施工方式による土木工事の発注には，入札参加希望者の中からJV（joint venture）の構成員となるべき業者を10組指名し，これら業者により結成されたJVを指名競争入札の参加者とした。有資格者は全国規模のネットワークを持つゼネコンとよばれる業者と地元業者であった。本事件に係るゼネコン業者は80社で，東証（東京証券取引所）１・２部，大証（大阪証券取引所）１部，名証（名古屋証券取引所）等に上場されていた建設業者である。地元業者は165社，そのうちでAランクは74社であった。

入札に際し，公社で積算する当該物件の最高価格は予定価格とよばれ，それは物件完成にかかる費用等を勘案して決められる。公社で作成した予定価格は非公表である。また，予定価格の80パーセントに相当する価格を最低制限価格とした。そして上限の予定価格と下限の最低制限価格を落札可能な価格帯とし，業者が提示する入札価格の中で最低の入札価格を落札価格とした。[4)]

談合が可能となる背景として三多摩建友会があった。これは多摩地区に営業所を置くゼネコン業者の土木工事を担当する営業責任者の集まりであったが，平成４年に起こった埼玉土曜会事件を機に一旦は解散した。が，その後も懇親会という形で存続し，名簿の作成も行われていた。名簿に載っているゼネコン業者は80社あり，本件との係わりではこれが二つのグループ（34業者と46業者）に分けられる。前者の34業者は本件違反行為の当事者であるとして告発されたゼネコン業者である。後者の46業者は本件違反行為の当事者ではないゼネコン業者である。

公社から指名競争入札への参加者（JVを含む）として指名を受けたゼネコン80業者のあいだでは，公社発注の特定土木工事について受注価格低落防止を図るために共通の合意（これを基本合

意という）があった。それは，受注希望業者において（1）過去に当該工事を行った，（2）当該工事の施工場所と関連した工事をした，または（3）当該工事の受注希望業者が1社である場合には，その業者を受注予定者とする。また複数の受注希望者がいれば受注希望者間の話し合いで受注予定者を決める。そして受注価格は受注予定者が定め，受注予定者以外の業者は受注予定者が定めた価格で受注できるように協力する，というものであった。このような基本合意ができた理由には，技術的及び経済的な側面があるだろう。技術的な側面としては，既に一度行った工事あるいは隣接する地域の工事であるから，以前に経験した工事のノウハウが蓄積され技術的な難易度が工程ごとにわかり，不測の事態，例えば地下水が噴き出したり地盤が陥没するなどに対応することが容易である。金銭面では，既に測量等の基礎調査が済んでいることから，工事にかかる前の諸費用や新たに発注する機械等の運搬にかかる費用等余分な工事費はかからない。それらの費用がないことは，結果的に利益を膨らますことになる。

ゼネコン80業者のうち本事件で告発されたのは34業者であるが，本件対象期間が平成9年10月1日から平成12年9月27日でなければ，ゼネコン80業者の中から別の組み合わせで二つのグループ（違反行為の当事者とそれ以外のゼネコン）ができていただろう。[5)]

4）予定価格について2点注意を要する。第1点について，業者にとって公社の作成した予定価格を正確に予測することは，業者が希望の物件を落札できるか否かに影響し，死活問題である。予定価格は非公表であるが，業者がこれを予想することはあながち困難ではなかったようである。今回の談合事件でも，業者はかなり正確に予定価格の予想をしている。予定価格の予想には（1）同じ物件について過去の落札価格を調査する，（2）公社が予定価格を計算する際の基礎資料に基づいて当該物件の予定価格を推測する（基本資料の一部として東京都財務局が用いる設計材料単価及び設計労務単価が平成10年度から公表されている。），そして，（3）自分が希望する物件ばかりでなく，他の業者が希望している物件に対して入札参加希望の意思表示をし，実験的に予定価格を予想する，などの方法がある。

第2点について，予定価格を上限とし，その80％を下限の最低制限価格としているということは，経済学で想定する一意的な競争的市場価格を予定価格と想定はしていない。この点に関して公的機関（例えば各役所の原価計算部門等）が作成する「コスト表」について立ち入った検討が必要である。

民間の製造業に属する企業（例えば自動車メーカー）では，自社の製品（自動車）を市場に供給するために，タイヤ，ガラス，電装品など他企業の製品を原材料として購入する。そのために自動車メーカーに原材料購入を担当する購買あるいは調達という部署がある。調達部署は調達物資をできるだけ安価で購入するという方針で，当該原材料を購入する前に各種の市場調査や受注可能な原材料メーカーの工場など現場を調査することによって，妥当な購入価格を算定する。民間企業では公的機関と違い，一般競争入札による原材料の調達というルールは完全に適用はされず，随意契約も可能である。しかし，民間企業による予定価格の設定方法は公的機関と比較して厳格である。その理由は，原材料購入費が高くなれば自社製品の販売価格上昇あるいは利益低下に繋がり，企業の存続が危ぶまれる事態にもなるからである。メーカーや産業の特性によって相違はあるが，企業の原材料購入価格の設定は，一般的に，フルコスト×（1＋利益率）を目安として，利益率に2％，8％あるいは20％を念頭におくという話を聞いたことがある。おそらく2％はメーカーが発注する製品に対して競合する受注企業が多数いる場合であり，20％は当該メーカーに供給する製品が特殊であり競合性が低い場合であろう。

このような民間との対応で本件の予定価格とその80％の最低制限価格をみると，予定価格の見積りは民間企業の見積りに比べ厳格ではないようにみえる。公的機関では発注に税金が使われることを考えると，「コスト表」の作成に工夫と改善の余地があると思われる。この考察が6節で行われる。

5）ここで基礎的な数字をまとめておく。告発された業者は34社，そのうち4社は課徴金を課されなかった。4社のうちG31は基本合意の当事者ではないと判断され，G32，G33，G34は基本合意の当事者ではあるが，競争制限効果が具体的に生じていないと判断された。つまり最終的に課徴金を課せられた違反業者は30社である。また，この事件に係る物件は72物件である。そのうち告発された業者と係る物件は38物件であった↗

図１　入札物件の公示から落札までのプロセス

(1) 予定価格，最低制限価格の設定を経て公社による公示	⇐地方自治法234条１項，２項，３項
(2) ゼネコン，地元業者に対し受注希望業者の募集	⇐地方自治法施行令（指名競争入札）167条の一一と一二
(3) ゼネコン業者の談合（PR紙作成，業界の有力者と接触し情報の提供を受ける，受注希望者のあいだで相談，受注希望者が決まる，受注予定者が入札価格を他のゼネコンに連絡）	
(4) 指名競争入札への参加者決定	⇐地方自治法施行令（指名競争入札）167条の一一ないし一三
(5) ゼネコンと地元業者による，入札	⇐地方自治法施行令（指名競争入札）167条の一一ないし一三
(6) 落札	

(注)⇐の右は依拠する法令の条文である。

公社が発注する工事物件の受注予定者を決めるまでの過程において問題の談合が行われた。公社から工事の告示が出されると，受注希望業者は入札に参加する用意をする。業界の有力者への「アピール」のために，受注希望者は受注希望工事の場所を示した地図，その他の資料（PR紙という）を用意し，それを業界の有力者といわれる三多摩建友会の最後の会長であった大手ゼネコンG01の多摩営業所長などに提出したり，口頭で受注希望を述べた。そこでこの業界の有力者は，「受注活動をつづけたらよい」，「他の有力な条件を持っている者がいる」などとアドバイスし，その後の営業方針に示唆を与えた。

また，受注希望業者はアピールするばかりでなく，他のゼネコン業者に対して公社が競争入札参加者を決定する前段階で，公社に工事入札希望票を提出するように依頼することもあった。この趣旨は，自分が受注希望者であることを他のゼネコン業者に知らせると同時に公社からの指名業者数は10社あるいは10組であるから，依頼することにより，協力を見込めるゼネコン業者の割合を高めることでもあった。

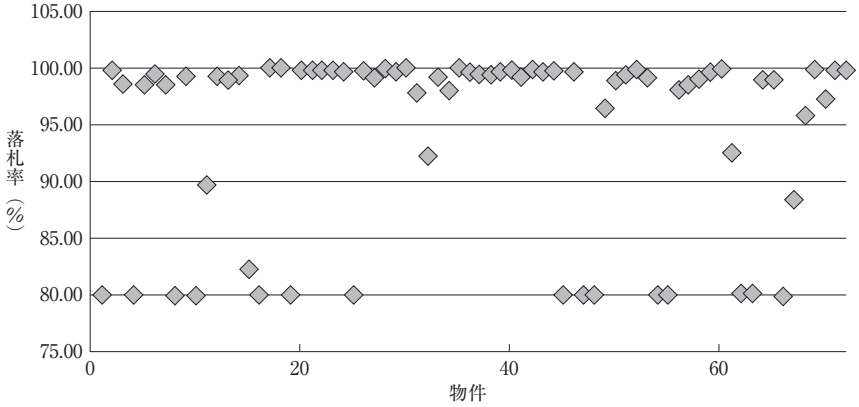
受注予定者が談合により決定されるとゼネコンの入札参加予定者に自分の入札予定価格を連絡し，それを受けたゼネコン業者はこの入札価格より高い価格で入札した。受注価格を連絡しない場合もあったが，その場合には受注予定者以外のゼネコン業者は，経験的に，予定価格より高い価格で入札した。これらのプロセスを図式化すると図１のようになる。

指名競争入札は牧・六車・西川（2016）で報告した旧防衛庁調達実施本部で起こった石油製品調達に関する談合事件でも行われた。その際には「会計法」と「予算決算及び会計令（予決令）」

↘　が，最終的に課徴金の対象となったのは31物件である。

課徴金を課されなかった４業者と物件の内訳は，G31（物件46），G32（物件４），G33（物件19），G34（物件１）。また複数の物件を受注した３業者で違反の対象とならなかった物件はG08の物件61，G09の物件８，G10の物件57である。そして，結果として違反の対象は30業者31物件となる。また今後の議論の中でG02（物件66），G35（物件25）を今回判決の問題点の一つとして取り上げる。

図２　落札率（72物件）



などが基準となる法令であった。しかし今回は入札手続きに関しては「地方自治法」と「地方自治法施行令」が基準になっている。適用法令の相違は，発注する主体の相違による。防衛庁は会計法２条にある「各省各庁」に該当し，今回の事件の一方の当事者である財団法人東京都新都市建設公社は地方自治法１条にある「地方公共団体の組織」に属するからである。ただし，契約及び入札手続きは会計法４章契約と地方自治法９章６節契約に規定されているように，大きな相違点はない。

３．データからみる入札談合事件の実態

審決及び判決に含まれる資料を基礎にして，3.１節でどのような入札談合事件でも注目される落札率（落札価格と予定価格の比率）の分布を検討し，3.２節では個別物件に関する入札価格の分布と入札したが落札できなかった業者の特徴，また3.３節でゼネコン業者と地元業者の係わり方を検討する。さらに3.４節で業者別の落札回数と落札時期を検討する。

3.1　落札率について

対象となる72物件について，38物件が違反行為を行ったゼネコン業者の受注であると告発されたが，最終的に31物件に課徴金が課せられた。初めに72物件全体の落札率をみる。図２に72物件の落札率が描かれているが，落札率は80％か100％付近の２か所に集中していることが分かる。

このことから落札業者は予定価格をかなり正確に予測していたこと，当該物件について有力な競争相手が存在すると予想した場合には，最低制限価格でも落札したいという動機があったことが考えられる。落札業者は当該物件を受注すれば利益が出るか，利益が出なくても固定資本分のコストは賄えると考えるか，あるいは将来への布石として当該物件では損失を覚悟して落札すると考えられる。この点に関しては後述６節の表８で再度検討するが，課徴金算定に使われた実際にかかったコスト（直接経費）との関係から興味深い結果を提示する。

図３　落札率ヒストグラム

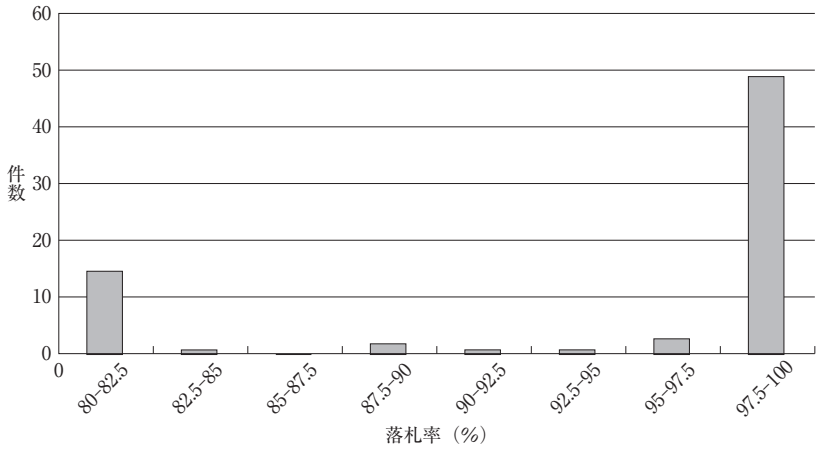


図３のヒストグラムで落札率の分布をみよう。落札率の刻み幅は2.5％で，80％から100％まで８区間になっているが，80から82.5％の区間に15物件（約20％），97.5から100％の区間に49物件（約68％）があり，72物件のほぼ９割が予定価格あるいは最低制限価格の近傍に集中している。

72物件の中から課徴金を課せられた31物件をみると，80から82.5％の区間に１物件，97.5から100％の区間に28物件が入っている。そこで公社が発注した72物件について，課徴金を課せられた違反ゼネコン物件（31物件）とそれ以外の物件（41物件）の落札率に差があるか否かの統計的検定を行った。仮に31物件の平均的な落札率が他の41物件の平均的な落札率より高ければ，違反ゼネコン業者が談合によって競争を回避し，落札価格を高く維持し，違反ゼネコン業者は高い利益をあげたことになる。

そこでそれぞれのカテゴリーについて標本平均値と標本標準偏差を計算した。平均値の差の有意性検定に使われる基本的な値は次のようになる。

課徴金を課せられた31物件について：

物件数31（n_1），標本平均値（x_1）98.04，標本標準偏差（s_1）4.24

それ以外の41物件について：

物件数41（n_2），標本平均値（x_2）91.89，標本標準偏差（s_2）9.10

仮説として，二つのグループで母集団平均値に差がない。対立仮説として課徴金を課せられた物件の落札率はそれ以外より高いとする。

$$H_0：\mu_1 = \mu_2$$
$$H_A：\mu_1 > \mu_2$$

もし仮説 H_0が正しければ，以下の統計量

$$t=(x_1-x_2-(\mu_1-\mu_2))\times\sqrt{(n_1\times n_2\times(n_1+n_2-2)/(n_1+n_2))}/\sqrt{((n_1-1)\times s_1^2+(n_2-1)\times s_2^2)}$$

は自由度 n_1+n_2-2 の t 分布にしたがう。t の値は3.48であった。二つの母集団平均値が等しいという仮説の下で片側検定を行うと，その有意水準５％と１％の値はそれぞれ1.673と2.395であり，仮説 H_0は有意水準１％でも棄却される。つまり落札率に関して，談合によって落札された物件とそれ以外の物件では，統計的にみて，両者に差があり，かつ落札率は談合による物件の方が高いという結果になった。

3.2　入札価格の分布

次に，個別物件の入札価格分布と入札に参加したが落札できなかった業者の特徴を検討する。この資料は審決にはなく，高裁判決の別紙にある。具体的には平成21年10月23日東京高裁判決（第２高裁判決）の別紙６－１から６－４までに４物件（物件７，落札業者 G13；物件10，落札業者 G25；物件13，落札業者 G36；物件22，落札業者 G23），平成21年12月18日東京高裁判決（第３高裁判決）の別紙５に７物件（物件21，落札業者 G02；物件24，落札業者 G01；物件26，落札業者 G01；物件34，落札業者 G01；物件38，落札業者 G02；物件40，落札業者 G12；物件51，落札業者 G24），平成22年３月19日東京高裁判決（第５高裁判決）に７物件（物件11，落札業者 G26；物件24，落札業者 G01；物件26，落札業者 G01；物件30，落札業者 G10；物件34，落札業者 G01；物件52，落札業者 G10；物件71，落札業者 G05）である。ただし物件24，26，34は平成21年12月18日判決と平成22年３月19日判決に係る原告ゼネコン業者が重複しており，全体として15物件の入札価格分布と落札者が分かる。[6)]

これら15物件（単独業者（物件51）と JV（物件51以外の14物件））について，予定価格，落札価格ばかりでなく，入札業者10社あるいは10組の JV（参加者は違反ゼネコン業者，その他ゼネコン業者，地元業者）の入札価格の分布を３類型に分類した。類型Ⅰは落札業者だけが予定価格を下回り，他の９組は予定価格以上の入札価格を提示したタイプである。類型Ⅱは予定価格と落札価格の間に違反ゼネコン業者の入札価格が入るタイプ。このタイプでは落札した違反ゼネコン業者と他の違反ゼネコン業者の間で競争が行われたような形態をとる。類型Ⅲは予定価格と落札価格の間に地元業者やその他ゼネコン業者が入るタイプである。地元業者にはゼネコン業者間で行われた合意が存在しないという前提で，まさに競争が行われたようにみえる。

図４に落札業者と入札価格の位置関係をまとめている。図４の価格軸には最低制限価格と予定価格が示されている。そして入札価格１から５までは当該物件に対して業者が入札した価格である。入札価格１と５は失格，落札価格は入札価格２となる。

次に本事件の入札状況について，類型Ⅰ，Ⅱ，Ⅲを図5.1から図5.3にまとめた。類型Ⅰでは，違反ゼネコン業者以外の業者が予定価格以上で入札している。この類型では落札希望業者が入札参加業者に自分の入札価格以上の価格，それも予定価格以上の入札価格で入札するように働きかけることによって，他の業者を失格させるという点から，本事件の典型的なタイプである。15物

6）第２高裁判決，第３高裁判決，第５高裁判決の名称は村上（2011a, b）に倣った。

図４　入札価格と落札価格

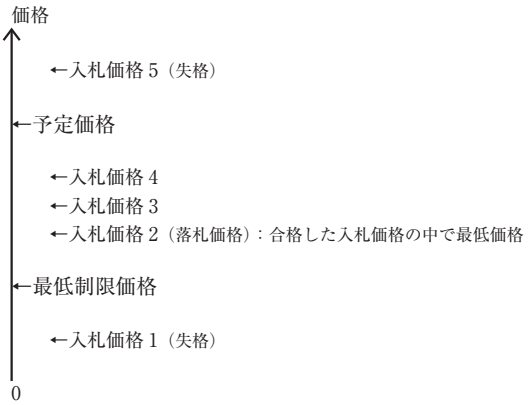
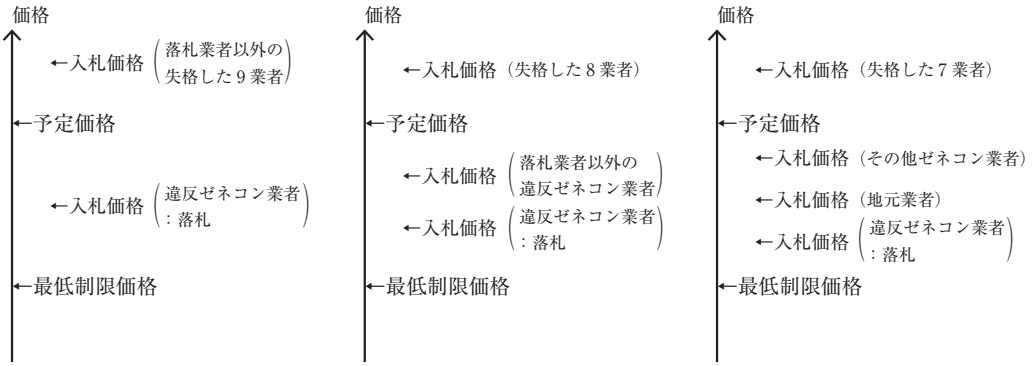


図５　入札状況

図5.１　類型Ⅰ　　**図5.２　類型Ⅱ**　　**図5.３　類型Ⅲ**



件のうち８物件がこの類型に対応する。類型Ⅱでは，予定価格以下かつ違反ゼネコンの落札価格以上の入札価格で違反ゼネコン業者１社が入札しており，ゼネコン業者２社が予定価格と最低制限価格の範囲で価格競争を行っているようにみえる。この類型が３物件ある。類型Ⅲでは最低制限価格と予定価格の間にゼネコン業者２社と地元業者１社が存在し，類型Ⅱよりもはるかに競争的なようにみえる。ちなみに類型Ⅲは１物件である。

これらの３類型とそれ以外のタイプをまとめると表１のようになる。

表１　類型Ⅰ，Ⅱ，Ⅲの物件とこれら３類型に入らないその他の物件

類型Ⅰ（８物件）	物件21，22，24，26，30，40，52，71
類型Ⅱ（３物件）	物件７，38，51
類型Ⅲ（１物件）	物件10
その他の物件（３物件）	(a)　２回入札：物件13，34 (b)　最低制限価格以下で失格した業者あり：物件11

表２　物件と違反ゼネコン業者数，その他のゼネコン業者数，地元業者数

物件番号	格付け	違反ゼネコン業者数	その他のゼネコン業者数	地元業者数
1	AB	5	7	8
2	A	7	3	0
3	A	3	1	6

3.3　違法ゼネコン業者落札と認定された31物件の入札状況

審決別紙６には指名業者にゼネコン業者と地元業者の区別がされている。業者数について，単独工事の場合には10業者が違反ゼネコン業者，その他のゼネコン業者，地元業者に分けられる。JV の場合には10組，20業者が違反ゼネコン業者，その他のゼネコン業者，地元業者に分けられるが，JV ではゼネコン業者とゼネコン業者の組み合わせだけではなく，ゼネコン業者と地元業者の組み合わせもあるために，20業者それぞれを単独業者とした。例として，72物件の中から最初の３物件（物件１，２，３）を挙げると表２のようになる。

物件１は JV で，入札に参加した業者は20社である。また物件２には地元業者の応募がなく，応募した10社はすべてゼネコン業者で，そのうち７社が違反ゼネコン業者，３社がその他ゼネコン業者になっている。そして物件３にはゼネコン４業者（違反業者３社とそれ以外のゼネコン業者１社）と地元の６業者が入札に参加している。

ここで課徴金を課せられた31物件とそれ以外の41物件について，統計学で使われる「差の有意性検定」を使い，地元業者の参入効果を調べる。仮説として二つのグループで地元業者の参加数に差がない，対立仮説として課徴金を課せられた物件の地元業者参加数はそれ以外の物件より低いとする。この仮説検定では，公社の発注物件に対し，落札希望のゼネコン業者をアシストするためにゼネコン業者は相互に入札応募の希望をし，地元業者が入札に参加する機会を減らし，違反ゼネコン業者が落札できるようにサポートしたか否かを検定する。これは「貸し借りの論理」に通じ，別の入札機会には今回落札した違法ゼネコン業者がサポート役に回ることになる。そこで二つのカテゴリーについて地元業者参加数の標本平均値と標本標準偏差を計算した。統計的検定に必要な値は以下のようになる。

課徴金を課せられた31物件：

物件数31（n_1），標本平均値（x_1）2.96，標本標準偏差（s_1）2.57

それ以外の41物件：

物件数41（n_2），標本平均値（x_2）6.49，標本標準偏差（s_2）3.13

仮説として二つのグループで母集団平均値に差がない。対立仮説として課徴金を課せられた物件の地元業者の参入がそれ以外の物件より低いとする。

$$H_0：\mu_1 = \mu_2$$
$$H_A：\mu_1 < \mu_2$$

もし仮説 H_0が正しければ，以下の統計量

$$t = (x_1 - x_2 - (\mu_1 - \mu_2)) \times \sqrt{(n_1 \times n_2 \times (n_1 + n_2 - 2)/(n_1 + n_2))} / \sqrt{((n_1 - 1) \times s_1^2 + (n_2 - 1) \times s_2^2)}$$

は自由度 $n_1 + n_2 - 2$ の t 分布に従う。t の値は－5.02である。二つの母集団平均が等しいという仮説の下で片側検定を行うと，その有意水準５％と１％の値はそれぞれ－1.673と－2.395となるが，仮説 H_0は有意水準１％でも棄却された。つまり統計的には，談合によって落札された物件とそれ以外の物件では地元業者の参加数に差があり，かつ地元業者の参加数は違反ゼネコン業者落札物件の方が低いという結果になった。

3.4　違法ゼネコン業者別落札回数と落札時期

別表６により業者別の落札回数と落札時期を検討する。三多摩地区における平成９年10月１日から平成12年９月27日の３か年に，多くの違反ゼネコン業者は１物件の工事を落札している。しかし違反ゼネコン業者５社は２物件以上の工事を落札している。それが表3.1と表3.2に示されている。

表3.1と表3.2が示すように，G02の落札物件のうち２物件は課徴金の対象になったが，１物件（物件66）は課徴金の対象にならず，同様のことがG10（物件57）とG09（物件８）にもみられる。そこでこれら３物件について違反業者の落札率と地元業者数に注目しよう。これが表４に示されている。

物件66は落札率80.00％で，落札した違反ゼネコン業者以外に違反ゼネコン業者であるG05とG12が入札参加JVのメイン業者となっている。しかし，物件66は違反ゼネコン業者G02が落札したが，課徴金の対象から外れている。また物件８は落札率80.00％で，ゼネコン業者は当該違反業者以外に３社含まれるが，いずれもその他ゼネコン業者である。また物件57は落札率98.56％で違反ゼネコン業者２社が入札に応募しているがJVのメインではない。

また72物件の入札に応募した回数について，10回以上応募した違反ゼネコン業者と落札物件数を表５に示す。表４との関係でみると，G25は14回応募して落札１回であるが，G02は４回の応募で３回落札し，G09は８回応募で２回落札している。確かにG25の14回は応募回数としては多いが，G09も８回応募し，G02も４回の応募があり，また10回以上応募し落札物件が１件という違反ゼネコン業者が７社あり，応募回数が多いからといってG25が必ずしも他の違反ゼネコン業者に比べ基本合意により忠実であったと判断することはできない。

さらに表3.1との関連で同一違反ゼネコンが落札した複数物件（24，26，34），（21，38，66），（30，52，57）の工事現場所在地と入札の行われた時期をまとめると，表６のようになる。

工事の名称から，関連する地域で継続的に工事を受注するという「場所の連続性」と「時期的な連続性」がみられる。そしてどの業者も同時期に全く違う場所の工事を受注することはない。

表 3　課徴金物件落札の違反ゼネコン業者とその入札参加回数

表3. 1　課徴金物件 2 件以上の業者

ゼネコン業者	物件番号	入札参加回数
G01	24*，26，34	4 回
G02	21*，38	4 回　（注：物件66）
G04	24，26，34	5 回
G06	21，38	5 回
G10	30，52*	3 回　（注：物件57）

（注）表中の（注：物件66と57）は違反ゼネコン業者によるもので課徴金の対象にならなかった物件。*は予定価格との関係で，マークした。物件21の予定価格は 1 億6327万4000円で格付けは AA である。物件24の予定価格は4035万1000円で格付けは AA である。また物件52の予定価格は 1 億0210万9000円で格付けは AA である。審決によると，格付けが AA に対応した工事の規模は 5 億 6 千万円以上であるが，審決ではこれらの物件の予定価格がその金額より下回っている理由の説明はない。

表3. 2　課徴金物件 1 件プラス課徴金を課されなかった物件を落札した業者

ゼネコン業者	物件番号	入札参加回数
G09	64	8 回　（注：物件 8 ）
G08	9	9 回　（注：物件61）

（注）表中の（注：物件 8 と61）は違反ゼネコンで課徴金の対象にならなかった物件。

表 4　物件と違反ゼネコン業者の落札率，地元業者数

ゼネコン業者	物件番号	落札率	地元業者数	
G02・G06	21	99.83%	0	
	38	99.37%	0	
	66	80.00%	0	課徴金対象外
G09	8	80.00%	6	課徴金対象外
	64	98.97%	2	
G10	30	99.97%	0	
	52	99.89%	0	
	57	98.56%	0	課徴金対象外

表 5　違反ゼネコン業者の入札応募回数と落札物件数（応募回数10以上）

ゼネコン業者	応募回数	落札物件数
G25	14	1
G32	13	1
G23	12	1
G05	12	1
G27	12	1
G24	11	1
G19	10	1
G16	10	1

表６　違反ゼネコン業者が落札した複数物件の工事現場と入札時期

ゼネコン業者	物件番号	工事現場	入札時期
G01	24	立川市公共下水道上水雨水第２幹線築造第１期工事（公社第10－１工区）	平成10年９月
	26	立川市公共下水道上水雨水第２幹線築造第１期工事（公社第10－２工区）	平成10年12月
	34	立川市公共下水道上水雨水第２幹線築造第２期工事（公社第11－１工区）	平成11年５月
G02	21	町田市公共下水道小野路幹線その１工事	平成10年９月
	38	町田市公共下水道小野路幹線その２工事	平成11年６月
	66	稲城市公共下水道鶴川幹線立杭設置工事	平成12年７月
G10	30	立川市公共下水道上砂町雨水ポンプ場築造第１期工事（公社第10－３工区）	平成11年３月
	52	立川市公共下水道上砂町雨水ポンプ場築造第２期工事（公社第11－３工区）	平成12年１月
	57	立川市公共下水道上砂町雨水ポンプ場築造第３期工事（公社第12－４工区）	平成12年５月

４．評価

課徴金を課せられた物件について，上に述べたデータに基づいて審決と高裁判決について考察を行う。審判審決は平成20年７月24日にされた。そして独占禁止法３条後段違反による７条二の課徴金納付命令がだされた。被審人は34業者であったが，課徴金納付を命じられたのは30業者（31物件）であった。争点は３点あり，

①本件基本合意の存否

②本件基本合意による競争の実質的制限の有無

③本件課徴金納付命令の対象であった38物件に係る課徴金対象性の有無，すなわち受注調整行為の有無及び競争制限効果が具体的に生じたと認めることができるか否か

であった。

審判官の争点①に対する判断は，「（違反ゼネコンのうちの）33社は，①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及び②他の違反行為者が受注意欲や関連性を有するときは自社が協力すべきことを相互に認識・認容していたことを優に認めることができ，本件基本合意の存在が認められる。」であった。なお，被審人 G31（物件46）については，「本件基本合意の当事者ではない。」とした。その理由として G31の受注した物件に違反ゼネコン業者が入札に参加していないことを挙げている。この段階で被審人34業者から１社が除かれた。

争点②について，基本合意の当事者33業者の検討をしている。その判断材料となる基準は「基本合意の当事者及び基本合意の協力が一般的に見込まれるもの（以下『協力者』という。）の数，その当該市場における全事業者の数に占める割合に照らして当該市場における競争自体が減少して，基本合意の当事者たる事業者集団がその意思で，ある程度自由に，受注予定者及び価格を左右することができる状態をもたらしているか否か，によって判断するのが相当である。なお，市

場において，基本合意の当事者及び協力者以外の者（アウトサイダー：地元業者のこと（著者注））が多い等の場合には，アウトサイダーの入札行動等も，上記の判断に当たって勘案する必要がありうるというべきである。」としている。

審決では，協力者が受注予定者からの協力依頼に応じたり，高めの価格で入札して競争を回避するという例がみられたことにより，本件合意による競争の実質的制限があったと認めている。

争点③について，独占禁止法７条の二１項では課徴金算出の基礎データとして当該商品又は役務の売上額と規定している。そこで，当該商品又は役務に該当するものは，落札物件と定義し，売上額は物件完成に係った費用とした。そして課徴金対象業者は（１）基本合意に基づいた違反ゼネコン受注予定者，（２）基本合意に基づく受注予定者以外でも当該物件を落札し受注した違反ゼネコン業者とした。ただし，アウトサイダーの数が比較的大き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の事情を勘案することとした。

これら３点の判断基準により，課徴金納付命令の対象予定38物件から７物件が外れた。それらは物件１，４，８，19，46，57，61。物件46は落札したG31以外の入札参加業者（ゼネコン業者はG35で違反ゼネコン業者ではなく，その他ゼネコン46業者に分類される）に違反ゼネコン業者が含まれず，G31は争点①で本件基本合意の当事者ではないと認定している。物件８，57，61について，入札に参加した違反ゼネコン業者は落札した１社のみである。具体的に物件８のG09と物件57のG10を例にとると，物件８は入札参加ゼネコン業者のうち違反ゼネコン業者はG09・１社で，他のゼネコン業者G37，G38，G39は違反ゼネコン業者ではない。また物件57では落札したのは違反ゼネコン業者G10で，応募した違反ゼネコン業者のG26とG33も含まれるが，両社ともJVのメインではないという理由で，違反ゼネコン業者とみなされず，課徴金の対象物件から外れた。

物件１，４，19について，審決には「競争制限効果が具体的に生じたと認められない」と書かれているがこれを検討する。物件１ではJVのメインとして違反ゼネコン業者５業者，その他ゼネコン１業者，地元業者４業者が入札に参加した。そして落札したG34の落札率は80.00％であった。地元業者をメインとするJVの入札率はL01（79.99％；失格），L02（80.00％），L03（80.21％），L04（80.21％）で，地元業者との競争関係にあったと認定した。物件４と物件19も物件１と同様の性質を持っている。表７に物件１，４，19及び10の状況をまとめている。ただし物件10をこの表に含めた理由は後述する。

審判官が上記のような判断に至ったルールを具体的な手順で考えると，

（１）公正取引委員会がゼネコン業者80社から被審人を決めたが，その際に落札者であるゼネコン業者G35（物件25）が除かれた。

（２）公社の発注物件72件のうち，被審人ゼネコン34業者が落札した38物件に注目する。

（３）各ゼネコン落札物件について，入札に応募した業者を調べ，（１）で決定した違反業者（JVの場合にはメインとなる違反業者）が当該物件の落札業者以外に入っているかを調べる。もし入っていなければ課徴金の対象としない（G08（物件61，落札率92.61％），G09（物件８，落札率80.00％），G10（物件57，落札率98.56％），G31（物件46，落札率99.6％）が除かれた）。

（４）地元業者の入札参加数とそれぞれの入札価格，違反業者の落札価格の関係をみて，競争

表７　違反ゼネコン業者４社の入札行動に関する詳細データ

物件番号（落札者）	違反ゼネコン	その他ゼネコン	地元業者	落札率・入札率（%）
課徴金なし				
1（G34）	5業者	1業者	4業者	80.00
			L01	79.99
			L02	80.00
			L03	80.21
			L04	80.21
4（G32）	4業者	1業者	5業者	80.09
			L02	78.37
			L07	79.96
			L08	79.96
			L09	86.89
			L10	104.74
19（G33）	4業者	1業者	5業者	80.08
			L03	80.12
			L05	80.12
			L06	80.12
			L11	80.12
			L12	84.83
別掲				
課徴金あり				
10（G25）	3業者	4業者	3業者	80.00
			L05	99.05
			L04	103.36
			L06	104.22
		G40		97.04
		G35		101.06
		G41		101.63
		G42		102.64

制限効果が生じていたか否かを判定する（G32（物件４，落札率80.09％），G33（物件19，落札率80.08％），G34（物件１，落札率80.00％）が除かれた。また，表７を参照）。

このような手順で課徴金が課される業者を決定した。そこで次の４点について検討する。第１はルール（１）に関連するG31とG35について，第２はルール（３）の合理的な根拠について，第３は物件10について，第４は物件66について，である。

第１の検討として，審決別紙６の指名業者名（ゼネコン業者と地元業者に分類されている）と落札者を組み合わせると，落札者がゼネコン業者である場合には，二つの例外を除き，必ず太字になっている。しかし，例外は物件25のG35と物件46のG31である。G35は本件の被審人とはなっ

ていないが，G35が被審人でない理由は，当然，審決には書かれていない。物件46を落札した業者はゼネコン業者 G31で，当該物件の入札に参加したゼネコン業者は物件25を落札した被審人ではない G35だけである[7]。これに内在する問題点は G31がルール（3）との係りで違反ゼネコン業者に分類されるか否かに影響するのである。第1の検討を問題提起とし，さらに議論を進める。

第2の検討に移る（審決第3，1（1）−（2）及び第4，1（4）イ参照）。初めに図6の抽象図を説明し，その後本事件との対応を図7によって考える。図6では図6.1から図6.5でいくつかのタイプを示している。それぞれの図に共通する記号と時期は次のとおりである。■，□と●，○はゼネコン業者で，黒塗りは違反業者，白抜きは違反ではないゼネコン業者である。0期は本件対象期間以前の時期，1期は本件対象期間の初期時点からゼネコン業者が落札した t 時点までの時期，2期はゼネコン業者が落札した t 時点から本件対象期間の終期時点 T までの時期，3期は本件対象期間以降の時期である。なお，本件対象期間は平成9年10月1日から同12年9月27日である。

図6.1は貸し借りの論理ででき上がっている本件基本合意の典型例である。ゼネコン業者の中には物件を落札した業者と落札業者以外のゼネコン業者がいる。本件対象期間は1期と2期であるが，図6.1では本件対象期間以外の0期と3期を付加している。「時間非可逆性」を考慮すると，矢印の流れは水平方向か下方に向く。そして注意すべきは，0期の落札業者■と2期の落札業者■は同一業者ではあるが，落札した物件は同一ではないことである。

図6.2は審決で採用された違法ゼネコン業者の判定基準である。この図では時間的にはあとである2期の落札業者■が1期の落札者以外のゼネコン業者にフィードバックする（2期の落札業者から1期の落札者以外のゼネコン業者への右上方向の矢印）ということで，時間の非可逆性を無視した下から上への矢印を認めている。

図6.2のロジックの欠陥が図6.3に示される。図6.2の論理で図6.3を考えると，2期の落札業者は□で，2期の落札物件がたまたま違反ゼネコン業者の物件には当たらないと公正取引委員会が認定したとする。その結果は，図6.3の結果図になり，1期の落札者以外のゼネコン業者■が□に変わり，1期の落札業者も●から○になる。このような結果になる理由は，1期の落札者以外のゼネコン業者■は，0期に物件を落札した違反ゼネコン業者■であったが，この落札業者は0期と2期で同一業者であっても対象物件は違っているからである。

図6.2の欠陥を示す別のケースが図6.4である。この図では，2期の落札者は0期の落札業者■ではない別の業者◆である。図6.2の論理では，■の業者は2期落札業者ではないから1期落札者以外のゼネコン業者が■から□になり，1期の落札業者も●から○になる。図6.4は本件においていくつかの物件で疑問を生じさせる抽象図ともなっている。

図6.5では1期の落札業者はゼネコン業者であるが違反ゼネコン業者でないと認定された場合（同図の1期落札業者○に対応する），2期に落札業者以外のゼネコン業者となり，2期の落札業者は■（違反ゼネコン業者）でも□（違反ゼネコン業者でない他のゼネコン業者）になる。

7）物件46を落札した G31は，被審人の主張（第3，1（2）イ（エ））によれば受注予定者ではなかったと主張した。また審査官の主張（第3，3（1））でルール（3）により課徴金を課されていない。

図６　抽象図

図6.1　典型的な基本合意による談合(貸し借りの論理)

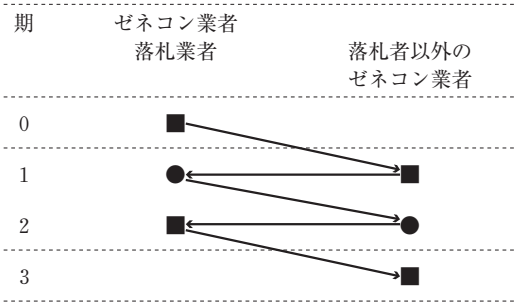
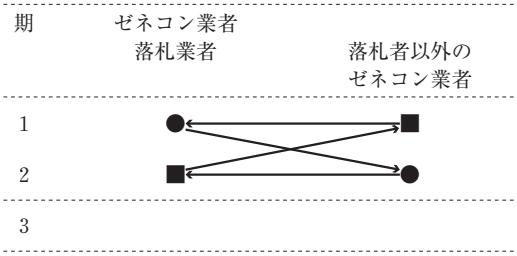
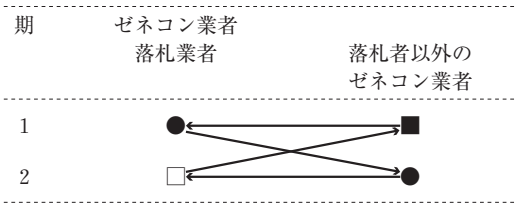


図6.2　審決に採用された論理

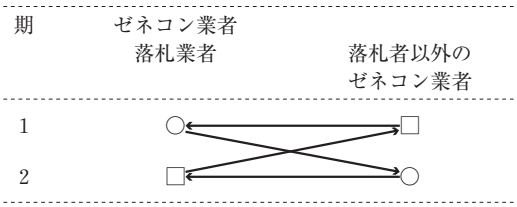


(注)■, □と●, ○はゼネコン業者で，黒塗りは違反業者。０期は本件対象期間以前の期，１期は本件対象期間の初期時点からゼネコン業者が落札した期，２期はゼネコン業者が落札した時期から本件対象期間の終期時点，３期は本件対象期間以降の期である。

図6.3　図6.2において２期の■が□（違反ゼネコン業者ではないと判定された）であった場合

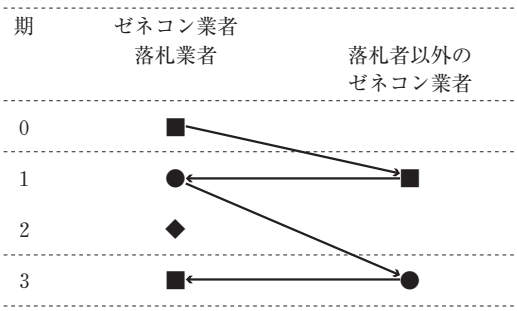


結果図

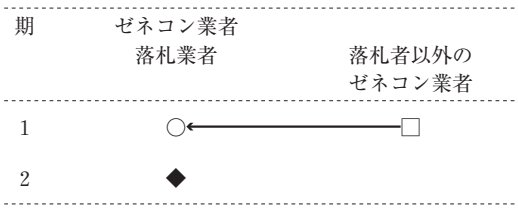


(注)　２期の落札業者である違反ゼネコン業者が□になり，それが１期の落札者以外のゼネコン業者にフィードバックし，その結果１期の違法ゼネコン業者●は○になる。

図6.4　図6.1において■が２期で落札業者にならなかった場合



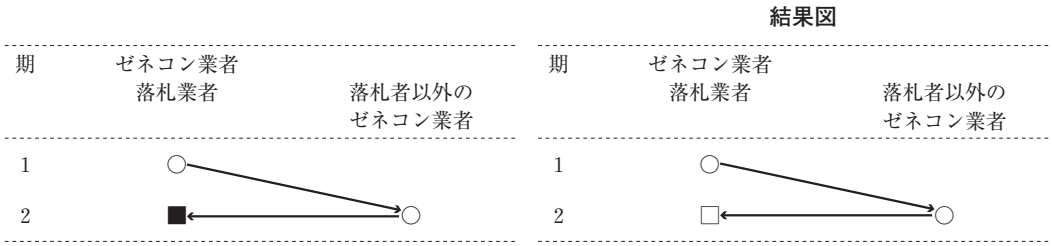
結果図



(注１)　１期と２期の落札業者ではないから，■が□（違反ゼネコン業者ではないと判定された）となり，その結果違反ゼネコン業者●は○になる。◆は■●以外のゼネコン業者。

(注２)　このような結果になるのは，時間の非可逆性を無視し，図6.2に示したような時間のフィードバックを認めた時系列の分析上はあり得ないロジック（時間の可逆性）を使ったことによる。

図6. 5　機械的な判断基準の弊害



（注）図6. 4と同様に推論する。

図７　図６の抽象図と本件の時系列の対応

時期	事柄	時点	期
昭和54年ごろ	三多摩建友会設立		0
平成４年５月15日	三多摩建友会，懇親会に変更		
平成９年10月１日	本件対象期間開始	0	1
平成９年11月17日	第１物件入札日		
〜	第２から第71物件の入札	t	
平成12年９月４日	第72物件入札日		2
平成12年９月27日	本件対象期間終了	T	
	基本合意解消		3
平成14年告発			

（注１）図中の０時点，t時点，T時点の説明。
０時点：本件対象期間の開始日である。この時点では公社が発注するT時点までの入札物件の情報はない。
t時点：t時点までに公社が発注した物件については落札業者の名前は分かり，それがゼネコン業者か地元業者であるかの区別はつく。しかし落札したゼネコン業者が違反業者であるか，違反ではないその他のゼネコン業者であるかの識別はできない。またt時点以降については公社が発注するT時点までの入札物件の情報はない。
T時点：平成９年10月１日以降の落札物件についてのすべての落札業者名が分かり，その業者がゼネコン業者であるか地元業者であるかの識別はできる。
（注２）ある物件の予定落札者は，自分が落札できるように声をかけたゼネコン業者の名前は分かっている。しかし，声をかけたゼネコン業者が基本合意に基づいて自分の指示した入札価格を書いてくれるかどうかの信頼性には濃淡がある。
（注３）ある物件の予定落札者は，地元業者の入札状況に対する情報は少なく，自分で地元業者と接触したり懇意のゼネコン業者に口をきいてもらうことはあるかもしれないが，地元業者の入札行動は全く予想できない。

この抽象図を基礎にして本件を考える。審判官の判断は，基本合意の存在を認め，その範囲を違反業者33社と限定したうえで，「本件基本合意の根拠として，直接証拠のほか，本件対象期間中（平成９年10月１日から平成12年９月27日まで；著者注）の個別物件に関する受注調整の事実のみが審判廷に現れているという制約の下で，本件対象期間中に受注予定者として他の違反行為者の協力を得たか否かという事実を本件基本合意の当事者であるか否かの認定根拠の一つとすることは，不合理であるとはいえない。」としている。この文言が図6. 2と対応する。しかし審判官の判断には無理があると思われる。それは上にも述べたように「時系列における時間の非可逆性（時間は後戻りできないということ）」を無視しているからである。審判の開始された平成14年時点では，当該事件の対象期間である平成９年10月１日から平成12年９月27日まで（図６の１期と２期）

に起こった事実は既知であるが，当該事件の対象となるそれぞれの物件が落札された t 時点（1期）では，当該物件を落札した t 時点以降（2期）の公社発注物件は未知である。しかし審決では1期ばかりでなく2期も既知であるという前提で判断しているのである。[8)]

図6.4を実例を使いながら検討する。ここで物件2，6，7を取り上げよう。物件2はG21が落札率99.77％で落札した。そして落札業者以外のゼネコン業者は6社あり，G13（物件42を落札，落札率99.04％），G14（物件31を落札，落札率97.79％），G19（物件44を落札，落札率99.77％），G23（物件22を落札，落札率99.72％），G27（物件6を落札，落札率99.45％），G32（物件4を落札，落札率80.09％），である。物件2の入札・落札日は平成10年3月9日で，落札業者（G21）以外のゼネコン業者が自分の物件を落札した日は平成10年3月9日より後である。例えば物件2と最も近い日付けは，G32（物件4）が入札・落札した平成10年5月8日である。G32は審判の過程で課徴金対象のゼネコン業者から外れたが，仮に残りの5社が審判の過程で課徴金対象のゼネコン業者から外れるかあるいは当該5社が本件対象期間中に物件を落札しなければ，物件2のG21は，たとえ落札率が99.77％であったとしても機械的にルールが適用され，課徴金対象のゼネコン業者から外れることになる。

物件2ではゼネコン業者が全部で7社あるから，本件対象期間中にこの中の少なくとも1社は落札できるだろうから適切な事例ではないかもしれないので，次の例に移る。

第2の例は物件6で，G27が落札率99.45％で落札した。そして落札業者以外のゼネコン業者は2社あり，G05（物件71を落札，落札率99.75％）とG07（物件13を落札，落札率98.86％）である。物件6の入札・落札日は平成10年5月25日で，落札業者（G27）以外のゼネコン業者が自分の物件を落札した日は平成10年5月25日より後である。例えば物件6と最も近い日付はG07（物件13）が入札・落札した平成10年6月22日である。上の例と同じで，仮に2社が審判の過程で課徴金対象のゼネコン業者から外れるかあるいは本件対象期間中に物件を落札しなければ，物件6のG21は，たとえ落札率が99.45％でも機械的にルールが適用され，課徴金対象のゼネコン業者から外れることになる。

ダメ押しとして，物件7はG13が落札率98.48％で落札した。そして落札業者以外のゼネコン業者は1社，G29（物件58を落札，落札率99.14％）だけである。物件7の入札・落札日は平成10年5月25日で，G29が自分の物件を落札した日は平成12年5月15日である。まさに本件対象期間の終点時は平成12年9月27日であるから，G29が物件58を落札していなければ，G13は自動的に課徴金対象ゼネコン業者から外れたのである。

このようにルール（3）には問題点がある。このルールの改善策は，公正取引委員会が機械的なルールの適用をやめ，個別事例を中心に談合の有無を検討することである。なお，図6.5の具体例としてG31（物件46）があり，同様に図6.2の欠陥を示している。

第3の検討はG25の落札物件10についてである。G25は課徴金納付命令を受けた違反ゼネコン業者30社に入っているが，物件10の落札率は80.00％であり，違反ゼネコン業者の落札物件に該

8）このような基本合意の範囲の設定は，平成13年9月12日「安藤造園土木（株）ほか13名に対する件」の審判審決による（栗田（2012），金井（2017）参照）。

当する31物件中の最低値である。この次に落札率が低いのは物件67の88.48％と物件11の89.79％である。これら２物件と比べ落札率は８％以上も低く，残りの28物件の落札率が97.79％から99.97％であることから約18％も落札率が低い。ルール（３）によると物件10では落札したG25以外にG23とG28が入札に参加しているから，違反業者の資格は満たしている。しかし，上に述べた理由から，ルール（３）を妥当ではないとした上で，ルール（４）を適用すると，表７で示した物件１，４，19と物件10の差異を区別できるだろうか。落札率はほぼ80％で同様である。一方ゼネコン業者や地元業者の入札価格を比較すると，物件１と19では80％の近傍で地元業者の入札価格がばらついている。しかし物件４は落札した違反ゼネコン業者の入札価格が予定価格と最低制限価格に入っている以外は地元業者L09の86.89％以外の４社の入札価格は100％以上と80％以下でそれぞれ失格である。物件10は物件４のケースと似ている。地元業者ではL05が99.05％，そしてその他のゼネコン業者であるG40の入札価格が97.04％である。この状況からルール（４）の競争制限効果が働いていたと判断できるだろうか。G25は，物件10は是非自分で落札したいが，ゼネコン業者のG40と最終的な折り合いがつかない。そして地元業者の入札参加という可能性もある。その場合には99％台の入札価格を提示するより，最低制限価格ぎりぎりにして落札することを最優先にしようと考えた可能性が高い。表７から地元業者であるL05は落札率99.05％で，それ以外の地元業者L04とL06は落札率100％を超えて失格になっている。また，違反業者以外のその他のゼネコン業者について，G40の97.04％を除いたG35，G41，G42は，すべて100％を超えて失格になっている。これは類型Ⅲに対応する。以下のことは，審決には書かれていないが，物件10は何かの理由で予定価格を予想することが難しかった物件かもしれない。G25の落札率80％をみると，地元業者とも競争した結果で，価格に関する競争制限効果は働いていないと判断したほうが妥当ではないだろうか。

最後の第４の検討として，物件66の判断が審決に入っていない点を挙げる。ルール（３）を生かす限り課徴金対象物件ではあるが，落札率が80％であることと予定価格が１億円と低いからであろうか。[9)]

審決が平成20年７月24日にだされたが，30業者のうちG08，G14，G18，G19，G22を除く25業者が審決を不服として東京高裁に控訴した。その際に５グループに分かれて控訴した。判決日の順に第１高裁判決から第５高裁判決とすると，それぞれの控訴に含まれる業者は次のとおりである。

第１グループ：G09，G16，G17，G20，G27，G30（６業者）

第２グループ：G03，G13，G23，G25（４業者）

第３グループ：G04，G06，G12，G24（４業者）

第４グループ：G02，G07，G11，G15，G21，G28，G43（７業者）

第５グループ：G01，G05，G10，G26（４業者）

第１から第４グループは「原告らの請求をいずれも棄却する」という判決であったが，第５グ

9）予定価格だけをみると，物件50はABランクであるが予定価格4546万1000円と異常に低い価格である。本来なら３億以上５億６千万円までのランクである。

ループでは原告の請求が容認された。

それぞれの高裁判決に対して業者と公正取引委員会は最高裁に上告した。第１グループから第４グループは決定棄却となり，第５グループでは「原判決を破棄する」，「被上告人の請求をいずれも棄却する」という形で裁判は終結した。

５．公共の利益との関連[10)]

談合と公共の利益について争われた裁判がいくつかあるが，「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反被告事件（平成12年９月25日第２小法廷決定）」は，公正取引委員会が平成９年２月８日に告発した事案で，東京都が指名競争入札又は指名見積り合わせにより発注する水道メーターの入札事業に関して，受注業者と受注予定価格の決定を25業者の談合によって行っていたという事件があり，これが独占禁止法違反に問われた。この事件は勧告審決，高裁判決を経て最高裁決定に至ったが，高裁判決において弁護人は談合について，（１）大企業と競合する業界において中小企業を保護するために行った行為であり，水道メーターの安定供給と品質の確保を目指す行政目的にもかなっており，国が実施しなければならない施策を業者が代わって行ったものである（下線著者），（２）談合によって適正利潤を超える不正な利益を得ることもなかった，したがって談合は公共の利益にに反せず，違法性を阻却するものである，と主張した。

これに対して高裁判決（高刑集50巻３号）は，「国又は地方公共団体における売買その他の契約には，大別して，国民の経済的利益ないしは負担，行政の目的達成の利益ないしは負担（結局はこれを通じた国民の利益ないしは負担）及び中小企業を含む事業関係者の利益ないしは負担の三つがかかわっている。したがって，これらの利益が対立する場合において，競争制限の罪の違法性等を判断するにあたっては，法令が認めている価値を中心とした法全体の趣旨によりそれらの利益等の優劣を判断してこれを行わなければならない。

独占禁止法は，事業活動の不当な拘束を排除することにより公正かつ自由な競争を促進することに法的な価値を認め，これを通じて右の三つの利益を守ることとしているが，本件のように事業関係者全員が談合に加わっている場合には，これを規制することによって主として国民の経済的利益を守るという役割を果たすことになる。また，会計法，地方自治法等は，契約の方法を規制し，競争による入札という方法に高い価値を与え，これによらない随意契約を厳格に制限しているが，本件のような場合には，独占禁止法と同様に，主として国民の経済的利益を守るという役割を果たすことになる。

他方，事業関係者の利益を守ることを主たる目的とする法令も存在する。所論が指摘する中小企業基本法もその一つであって，ここでは中小企業の成長発展等の目的を達成するため所定の事項について国は政策全般にわたり必要な施策を講じなければならず，その事項には中小企業の取

10）この節で使われる資料は巻末に揚げている。また，この節の高裁判決において言及している中小企業基本法は平成28年改正以前の旧基本法である。旧基本法17条（過度の競争の防止）は新基本法22条（取引の適正化）に対応する。

引条件に関する不利を是正するように過度の競争を防止を図ることが含まれること（3条），地方公共団体は国の施策に準じて施策を講ずるように努めなければならないこと（4条），国は中小企業者が自主的に事業活動を調整して過度の競争の防止することができるようにその組織を整備するなどの施策を講ずるものとすること（17条）などが定められている。

しかしながら，右の中小企業保護の施策は，国又は地方公共団体が講ずるものであって，事業関係者が代替して講ずべきものでない（下線著者）ばかりか，それが前記の独占禁止法等が認めている法的価値に優越する場合に初めて，独占禁止法の罰則の適用にあたって違法性阻却事由の原因となるものである。そして，本件の談合は，中小企業を含む事業関係者全員が加わって競争制限を行ったものであって，中小企業の競争からの保護という側面もあったということができるが，水道メーターの入札価格を東京都の予定単価に近いものとすることを内容としている点で，すでに独占禁止法の価値を侵害して国民の経済的利益に反する危険を内包し，これに優越する立場を主張し得るものではないことが明らかであるから，違法性阻却を認めることはできない。なお，東京都は，一3で認定したとおり，水道メーターの入札を業者の規模に応じて行うなどして各業者に受注実績に応じた受注の機会を与え，中小企業の保護を図りつつ，その枠内で中小企業同士の競争を促進することとし，もって独占禁止法との調和を図っているのである。」と判示した。

そして最高裁の判断も「本件合意の目的，内容等に徴すると，本件合意は，競争によって受注会社，受注価格を決定するという指名競争入札等の機能を全く失わせるものである上，中小企業の事業活動の不利を補正するために本件当時の中小企業基本法，中小企業団体の組織に関する法律等により認められることのある諸方策とはかけ離れたものであることも明らかである。したがって，本件合意は『一般消費者の利益を確保するとともに，国民経済の民主的で健全な発展を促進する』という私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の目的（同法1条参照）に実質的に反しないと認められる例外的なものには当たらず，同法2条6項の定める『公共の利益に反して』の要件に当たるとした原判断は，正当である。」（刑集54巻7号，691頁）というものであった。

次の段階として，消費者からの損害賠償請求事件がある。

6．入札談合と損害賠償請求

企業あるいは業者が談合という違法行為を行って刑事処分や行政処分を受けた場合，当事者は刑の執行をされる，または課徴金等を納めることになる。それと同時に近年，企業あるいは業者は消費者あるいは政府から損害賠償請求をされるケースがある。

八王子市，町田市，日野市，立川市の住民はそれぞれ各市の市長にゼネコン各業者が談合行為を行ったとして，各市がゼネコン各業者に有する損害賠償請求権を行使するように求めた住民監査請求を行った。しかし，各市の監視委員は住民監査請求を棄却する旨の監査結果を出した。その理由として，公正取引委員会の審判が行われている時点で市が独自に談合の存否を判断する状

況ではないとしている。そこで各市の住民は平成14年５月17日に住民訴訟による損害賠償請求の訴えを起こした。八王子市では11業者（G05，G08，G12，G14，G17，G18，G19，G20，G21，G22，G31）が被告である。また日野市では被告業者はG01とG09の２業者，町田市ではG01，G02，G03，G11，G13，G23，G27，G28，G29，G30の10業者でありG13は４物件，G23は３物件，G29は４物件が損害賠償請求の対象になっている。立川市では被告業者は３社で，G01，G04，G10である。[11)]

各市に対する地裁判決に書かれた争点は類似しており，本論文では八王子市の争点を挙げるが，八王子市以外の争点についても簡単に説明する。八王子市の損害賠償（住民訴訟）請求事件における争点は５点ある。それらは

（１）談合に関する基本合意の存否

（２）個別談合の存否

（３）八王子市における損害の発生

（４）損害の額

（５）違法な怠る事実の有無

である。

八王子市以外の各市について，日野市の損害賠償（住民訴訟）請求事件における争点は（１）談合の存否，ア談合に関する基本合意の存否（G01，G09），イ本件工事に関する個別談合の存在（G09），（２）談合による損害の有無及び程度，（３）違法な怠る事実の有無，であった。

また町田市の損害賠償（住民訴訟）請求事件における争点は（１）談合の存否，ア談合に関する基本合意の存否，イ監査請求の対象行為と本件各工事に関する個別談合の同一性，ウ本件各工事に関する個別談合の存否，（２）談合による損害の有無及び程度，（３）違法な怠る事実の有無。ただし被告全員に対する共同不法行為に基づく請求は（１）アのみが問題となり，本件各工事の入札に参加した被告に対する請求は（１）アないしウのいずれも問題となる，であった。

立川市の損害賠償（住民訴訟）請求事件における争点は（１）被告らは，包括的な基本合意に基づく談合をしたことにより，共同不法行為者として損害賠償責任を負うか，（２）被告G01及び被告G10は，それぞれ個別の工事について談合をしたことにより損害賠償責任を負うか，（３）各損害額，（４）立川市が被告らに損害賠償請求をしないことが，地方自治法242条の二にいう「怠る事実」に該当するか，であった。

八王子市における争点１（基本合意の存否）について，裁判所の判断は，「本件慣行にどれほどの拘束力があったのか，本件慣行に反して工事を受注した場合に，どのような制裁措置がされるかなどの事情を具体的に明らかにする証拠はなく，結局のところ，本件慣行の内容が，多摩地区において営業活動をする広域総合建設業業者内の事実上の慣行であることを超えて，別紙業者一覧表記載の約80業者により明確に合意されていたこと，あるいは原告らが主張する基本合意が具

11）地裁判決では八王子市の被告名が符号化され，P１からP11となっているが，符号と業者名を対応させることは困難ではない。また審判では違反ゼネコンでないと認定されたG31が損害賠償請求の対象となるゼネコンに含まれていた。

体的に成立していたことを認めるに足りる証拠はない。したがって，争点（１）に関する原告の主張は上記の限度で採用することはできず，原告らの主位的請求には理由がない。ただし争点（２）では，本件慣行が存在することを前提として検討する。」（第３　１）というものであった。[12)]

八王子市の争点２（個別談合の存否）について，裁判所の判断は，「被告（P１からP11；著者注）は，その従業員が行った談合行為につき，民法715条に基づく不法行為責任を負うものと解すべきである。」というものであった。（判決文第３　２参照）[13)]

八王子市の争点３（八王子市における損害の発生）について，裁判所の判断は，「これらの事実関係によれば，被告らの個別談合行為によって本体工事１ないし８，10，12及び13の請負金額が不当に吊り上げられたものであり，談合がなく公正な競争が確保されていたならばその金額が低額になったものと認められる以上（その額等については後述４で検討する。）八王子市に損害が発生するものと認めるのが相当である。」というものであった。（第３　３参照）[14)]

八王子市の争点４（損害の額）について，裁判所の判断は，「本件においては，八王子市において損害が認められるものの，損害の性質上，その額を立証することが極めて困難であるから，民訴法248条に基づき，口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき，相当な損害額を認定すべきものである。」（第３　４参照），「前記１（３）のとおり，平成９年10月１日から同12年９月27日までの期間における公社発注の特定土木工事72件における平均落札率が94.54％となっている一方で，同10月１日から同17年11月１日までの期間における同工事139件における平均落札率が89.85％となっていることなどに照らすと，八王子市が本件工事１ないし８，10，12及び13の各談合によって被った損害は，少なくともこれらの工事の請負契約における各契約金額の５％（94.54－89.85：著者注）に相当する金額であると認めるのが相当である。」というものであった。[15)]

八王子市の争点５（違法な怠る事実の有無）について，裁判所の判断は，「前記４（４）のとおり，被告らの一部は，談合によって八王子市に対して損害を与えており，これらの行為は民法の不法行為を構成するにもかかわらず，八王子市長は損害賠償請求を行使しておらず，その不行使は違法というべきであり，本件訴訟における原告らの損害賠償代位請求は前記４（４）の限度で理由があるというべきである。」であった。（第３　５参照）[16)]

地裁判決が平成18年11月24日（八王子），平成19年７月26日（日野市，町田市），平成19年10月26日（立川市）の順で出たが，それぞれ原告側（住民）の請求を認めた。

12）日野市，町田市，立川市の判決も同様の趣旨であった。日野市については，判決文第３　１参照。町田市についても判決文第３　１参照。立川市についても判決文第３　１参照。

13）日野市，町田市，立川市の判決も同様の趣旨であった。日野市については，判決文第３　２参照。町田市については，判決文第３　３参照。立川市については，判決文第３　２参照。

14）日野市，町田市，立川市の判決も同様の趣旨であった。日野市については，判決文第３　３参照。町田市については，判決文第３　４参照。また，立川市については，判決文第３　２参照。

15）日野市，町田市，立川市の判決も同様の趣旨であった。日野市については，判決文第３　３参照。町田市については，判決文第３　４参照。また，立川市については，判決文第３　３参照。ただし，損害額の算定には予定価格を使用している（詳細は（注17）を参照）。

16）日野市，町田市，立川市の判決も同様の趣旨であった。日野市については，判決文第３　４参照。町田市については，判決文（争点３）第３　５参照。立川市については，同じく（争点４）判決文第３　４参照。

被告は控訴した。高裁判断は各市で分かれた。町田市判決の主文は「本件控訴をいずれも棄却する。」で，地裁判決に変更はなかった。八王子市判決と立川市判決では住民訴訟による損害賠償請求は認めたが，損害賠償金額について地裁判決の変更があった。八王子市判決では地裁判決で認めた11物件・11業者について損害賠償を認めたが，高裁判決では11物件のうち５物件の損害賠償を棄却し，損害賠償を認めた６物件についても損害額の認定について契約金額（落札価格×1.05）の３％プラス不法行為後の日から支払済みまで年５分の割合による金員の支払義務で損害額を決定した。立川市判決は地裁判決の損害賠償請求は認めたが，損害額については大幅な減額がされた。数値的には，地裁判決では G01への損害賠償請求は１億1592万円プラス遅延損害金となり，G10へは6079万5000円プラス遅延損害金であった。しかし高裁判決では G01は6383万5208円プラス遅延損害金，G10は748万2247円プラス遅延損害金であった。G01はほぼ半額，G10ではほぼ９割の減額になった。[17)]

また，日野市の高裁判決は逆転判決であり，原告の損害賠償請求は棄却された。[18)]

高裁判決を不服として町田市では原告，その他の市では被告が最高裁判所に上告したが，すべての上告に対して上告不受理決定となった。

そこで住民訴訟による損害賠償金と課徴金負担について違反ゼネコン業者に対する経済的な効果を検討する。違反ゼネコン業者に課せられた課徴金は当該物件に掛った費用（独占禁止法７条の二１項の売上額に相当）の６％である。また，地方自治法242条の二による住民訴訟による損害賠償金額は判決文にあり，課徴金と損害賠償金の合計額が計算できる。経済的負担を検討するために収入，費用という概念を利用し，各種の費用・収入比率を使いながら，利益の動向を検討する。

収入は２種類の収入を使う。それを収入 A，収入 B とする。収入 A について，本来は落札価格であるが，31物件のうち，３物件を除いた28物件が予定価格の97.5％以上であり，収入は「予定価格」とした。例外の３物件は G25の落札率が予定価格の80％，G16と G26の89％である。そこでこの実態を尊重し，G25については予定価格の80％である最低制限価格を収入 A とし，G16と G26は予定価格の90％を収入 A とした。

費用については，３種類の概念を作った。費用 A は純粋に工事に係る費用（直接経費で，審決に記述された売上），費用 B は工事に係る直接経費（費用 A）と課徴金，損害賠償金の合計とした。また費用 C は直接経費に利益率20％を上乗せした費用とした。ここで収入と費用をまとめると，次のようになる。

収入 A：予定価格（例外３物件あり）

17）その数字上の根拠を明らかにする。ここで予定価格を A，落札価格を B とし，談合による落札価格・予定価格比率を p^D（94％），競争価格・予定価格比率を p^C（89％）とする。立川市以外の各市における損害賠償額の計算式は，$B\times(p^D-p^C)\times1.05=B\times0.05\times1.05$
立川市の地裁判決では（$B-A\times p^C)\times1.05$
立川市高裁判決の G01分は，$A\times(p^D-p^C)\times1.05$
立川市高裁判決の G10分は，$A\times((p^D-p^C)\div4)\times1.05$

18）筆者には平成20年７月９日東京高裁判決が見つからない。この判決結果の情報は村上（2011a, b）による。

収入Ｂ：最低制限価格（予定価格の80％）

費用Ａ：直接経費

費用Ｂ：直接経費に課徴金と損害賠償金を加算した費用

費用Ｃ：直接経費に20％の利益を勘案した費用

そこで，違反ゼネコン業者ごとに各種類の費用・収入比率を計算する。表８には４種類の費用・収入比率を示している。表８の（１）欄は費用Ａ・収入Ａの比率，（２）欄は費用Ｂ・収入Ａの比率，（３）欄は費用Ｃ・収入Ａの比率，（４）欄は費用Ｃと収入Ｂの比率である。これらの比率に共通する収益に関する性質は，比率が100以下であればプラスの利益が発生していること，100以上であればマイナスの利益が発生していることである。

表８（１）欄は直接経費と予定価格の比率である。この値が100以下ということは，収入が費用を賄え，プラスの利益が発生していることである。しかし，直接経費には業者の利益を勘案していない可能性があり，100以下の値であっても不当な利益を享受しているとはいえない。直接経費に利益を上乗せしていないだろうという理由は，課徴金の算出の基礎となる費用（売上）について，業者も課徴金の額を抑えたいから，当然，利益分は計上しないだろうからである。（１）欄では，むしろ，100以上の業者に関心を向けるべきである。30業者中６業者（全体の２割）が100を超えているが，これらの業者は結果的に当該物件において利益が出せず，赤字を負ったことになる。

（２）欄は，違反ゼネコン業者が直接経費である費用Ａ（独占禁止法の課徴金に関する用語は「売上」）に課徴金や損害賠償金を加算した費用Ｂと収入Ａ（予定価格）の間の関係を示した比率である。この値が100以下であることは，業者の利益を考慮しなければ，課徴金や損害賠償金を支払っても，収入が費用を十分賄っており，また，100から当該の値を差し引いた値が業者の利益率ということになる。この比率が100を下回る業者が30業者中21業者（７割に相当）ある。また，（２）欄ではその比率が100を超えた業者は９ある。そこで課徴金や損害賠償金を支払った効果を検討するために，（３）欄の数値をみていこう。

公社が予定価格を算定する際には費用と業者の利益を考慮するとある。そこで利益率を20％として業者の費用を計算した数値が（３）欄の値である。ここで数値が100を下回るということは，直接経費に20％の利益を上乗せしても予定価格に達しないということで，課徴金や損害賠償金を支払わずに予定価格の収入を得た場合，当該業者は20％以上の利益を得たということになる。比率が100以下の業者は22社あり，７割以上の業者は利益率を20％確保してもまだそれ以上の利益があったということである。20％の利益率は大きな値であるが，おそらく公社も20％以上の利益率は想定していないのではないかと推測するが，このような結果からいえることは，予定価格の算定に改善の余地があるのではないかということである。

いま，（２）欄の数値と（３）欄の数値を使い，（２）欄の当該比率が100を超えた９業者の違反ゼネコン業者の中で，仮に課徴金や損害賠償金を払わず利益率20％を確保しようと考えても結果的には20％以上の利益があったが課徴金や損害賠償金を支払ったために100以下から100以上の比率になった違反ゼネコン業者を取り出してみよう。それらは９社のうちG23（87.5％から

表８　業者ごとの直接経費，課徴金，損害賠償金等を考慮した収入比率（%）

業者	（１）	（２）	（３）	（４）
G01*	**64.8**	**78.3**	**77.8**	**97.3**
G02*	**58.8**	**66.8**	**70.5**	**88.2**
G03	**62.7**	**66.4**	**75.2**	**94.0**
G04*	**43.2**	**50.4**	**51.9**	**64.8**
G05	**62.8**	**69.7**	**75.4**	**94.2**
G06*	**39.2**	**41.5**	**47.0**	**58.8**
G07	**41.8**	**44.3**	**50.1**	**62.7**
G08	**75.9**	**83.6**	**91.1**	113.9
G09	103.9	110.1	124.7	155.8
G10*	**62.5**	**68.4**	**75.0**	**93.8**
G11	**76.3**	**86.1**	**91.6**	114.5
G12	**71.9**	**79.3**	**86.2**	107.8
G13	**96.7**	117.1	116.0	145.0
G14	134.7	145.8	161.6	202.0
G15	**73.3**	**77.6**	**87.9**	109.9
G16	**72.2**	**75.1**	**87.7**	109.6
G17	114.9	124.9	137.9	172.4
G18	**74.6**	**79.1**	**89.5**	111.9
G19	**83.9**	**92.1**	100.7	125.9
G20	**72.0**	**76.4**	**86.4**	108.1
G21	105.3	111.7	126.4	158.0
G22	**72.7**	**77.1**	**87.3**	109.1
G23	**72.9**	104.4	**87.5**	109.4
G24	110.2	116.8	132.2	165.3
G25	**82.6**	**87.6**	**99.2**	**99.2**
G26	**81.6**	**94.1**	107.8	134.8
G27	**73.4**	**83.0**	**88.1**	110.2
G28	**74.3**	**92.8**	**78.1**	111.4
G29	**72.8**	101.7	**87.4**	109.3
G30	120.6	133.0	144.7	180.9

（注）G16，G26の予定価格は，別紙６に書かれた予定価格の90%，G25の予定価格は，別紙６に書かれた予定価格の80%としている。また（１）欄は費用Ａ・収入Ａの比率，（２）欄は費用Ｂ・収入Ａの比率，（３）欄は費用Ｃ・収入Ａの比率，（４）欄は費用Ｃと収入Ｂの比率である。
*は課徴金物件２件以上の違反ゼネコン業者である（表3.1を参照）。
比率が100以下は太字とした。

104.4%）とG29（87.4%から101.7%）の２社にすぎない。違法行為に対するペナルティーとしての課徴金や損害賠償金の役割を考えると，このような結果はさらに予定価格に改善の余地があることを示唆する。

最後に表８の（４）欄をみよう。ここでは収入を予定価格（収入Ａ）の代わりに（予定価格の

80％である）最低制限価格（収入B）とし，利益率20％を付加した費用Cと最低制限価格の比率を計算している。ここでも数値が100より低い業者が9社と3割もある。この結果は，たとえ最低制限価格（予定価格の80％）で落札しても，20％以上の利益率を確保できる工事であることを示しており，公共工事に係る予定価格は民間企業の予定価格の見積もりに比べ厳しさに欠けるということが証明されたのかもしれない。ちなみにこれらの業者は予定価格で落札すれば利益率50％以上を確保したことになる。このツケは，結局，納税者にまわり，消費者の負担となってくるのである。一方，このような超過利潤がどこに流れるのかということも次の問題点として挙げられよう。[19)]

7．おわりに

経済学では市場を通じた経済循環に注目する。経済主体として家計，企業，政府の3主体があり，市場は財・サービス市場，労働市場，資本市場の3市場を考え，また市場メカニズムに任せてはいけない公共財，外部性，収穫逓増産業の分野には市場の失敗という領域をおいている。

このような経済循環を念頭において今回の談合事件をみると，判例に大きな前進があったことが分かる。東京都新都市建設公社の公共事業発注工事に対して建設業者（企業）間で受注価格を高く設定する談合を行い，それが独占禁止法違反に問われた。ここでは政府と企業の間の契約に関する事件であるが，政府が支払った工事代金は税金が原資であり，税負担者は家計である。したがって，政府が工事の発注者ではあるが，本源的な発注者は家計となる。そうすると，建設業者の談合は公共工事市場における競争性を制限することによって，独占禁止法違反ばかりでなく家計（消費者）に対しても必要以上のコストを負担させているという観点から，消費者にも損害を負わせているのである。そこで消費者は企業に対して損害賠償請求をすることが当然の帰結となる。

しかし消費者が直接企業に損害賠償請求をする裁判を起こしても勝訴するケースは少なかった。例えばオイルショック時に起こった石油元売業者のカルテル価格協定事件において元売業者は独占禁止法違反で有罪となったが，ヤミカルテル価格に対する消費者の損害賠償請求事件では消費者の請求が認められなかった（牧（2017a）参照）。その要因として，裁判所は消費者（原告）の立証が不十分であったことを理由に挙げた。確かに裁判所の判断に一理はあるが，経済循環の観点からみると問題点を残した判決であった。[20)]

19）ここで表8の計算結果について注意をすべきは，多くの物件がJVで，予定価格をJVのメイン業者だけに振り向けているが，業界の慣習としてサブにも一部を振り分けた場合があれば，分母が小さくなり，費用・収入比率が大きくなる余地があるということである。しかし，審決や判決にはJVのサブに予定価格を配分する方法の記述はない。JVの場合，ある物件は二つの業者の一方がメインとなり，別の物件では同じ2業者でJVを組み，他方がメインとなるような仕組みであれば，表8の計算には問題はなくなるが，右肩に*をつけた業者の中でG04，G06の比率が相対的に低いことは気になる。

20）鶴岡灯油事件が民事訴訟法248条（損害が生じたことが認められる場合において，損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは，裁判所は，口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき，相当な損害額を認定することができる。）に繋がったといわれる。

今回の裁判の構造は先の鶴岡灯油事件とは違っている。いわば住民が政府に代わって原告になったということである。それが住民監査請求であり，住民訴訟という手段になった。住民訴訟では消費者が政府に代わって原告になるから，企業―政府―家計という経路が短縮され，企業―家計（政府の代理）となり，裁判所にとっても争点の判断が容易になる。また，鶴岡灯油事件がきっかけの一つとなってできたともいわれる民事訴訟法248条は，ある意味で裁判官自身の素養，特に経済紛争に伴う経済学の素養を深めることが重要であることを認識させる。

独占禁止法では「一定の取引範囲」という概念がある。これが経済学で使われる「市場」との関係で関心の的になる。今回の事件において需要者は公社，供給者はゼネコン業者と地元業者から構成される建設業者，取引される財・サービスは公社が需要する工事物件である。このように規定すると，「一定の取引範囲」に対応する経済学の「市場」は，東京都の公共土木工事市場となる。さらに経済学で重要な要素である市場情報と時間を考慮する。情報には「私的情報」と「公的情報」があり，時間軸は，本件対象期間が平成９年10月１日から同12年９月27日までの期間ではあるが，談合という私的情報との関連では平成９年10月１日以前の時期も考慮する方が，本件の本質を考える上では適当であろう。

審決でも三多摩建友会の存在を述べ，その経緯で「本件基本合意」ができ，その影響が，直接的な効果はなくとも，本件の談合と深くかかわっていることに言及している。時間軸を平成９年10月１日以前にまで広げると，図6.1で述べた本件対象期間以前のゼネコン業者の落札状況が明確となり，違反ゼネコン業者の認定方法が改善されることになる。

また，市場の私的情報を考慮することにより，入札方法を改善する理由が明らかになり，独占禁止法の目的に沿った入札方法が生まれる余地ができる。

入札方法について，公共工事発注者である東京都新都市建設公社は指名競争入札制度を採用している。確かに工事によっては高度な技術を必要とする物件もあるだろう。また，一般競争入札によって発注した工事が，万が一，安全性を確保できない杜撰工事であった場合のリスクを考えると，一概には指名競争入札に談合を生む余地があるという理由から一般競争入札にすべきだということはいえない。しかし発注者が検査体制や談合が明らかになった場合のペナルティー条項を付加する等，契約内容を工夫することによって一般競争入札に伴うリスクを軽減することは可能である。

従来の指名競争入札から一挙に一般競争入札に変更することは実務上は困難であろう。そうであると，談合体質を改善するためには，発注元である公社の予定価格算定の厳格さが重要になってくる。表８に示したように，一部のゼネコン業者は最低制限価格であっても利益が確保でき，また，６％の課徴金という行政処分にも耐えられる予定価格の設定になっているようである。

予定価格について，直接原価を算定する際に公社に民間企業並みの厳格さを求めることは酷だろうが，ここにメスを入れないかぎり談合が無くなることは不可能であろう。しかし，予定価格算定の基礎となるコスト表と課徴金算定の基礎となった直接経費である費用Ａとの食い違いは無視できない大きさにみえる。予定価格設定の方法に工夫が必要であると同時に，予算（予定価格）と決算（実際にかかった費用）の状況を分析することも必要となっている。

最後に正義と公正について述べよう。正義の定義は多様であるが，ここでは経済循環を重要視する経済学の視点から正義を考える。企業が談合により競争を制限し，それによって不公正な利益を得たのが今回の事件である。そして不当な利益を生み出すことによる直接の被害者は納税者である家計である。このような経済循環の下では企業の違法行為に対する課徴金納付命令と家計（消費者）に対する損害賠償賠償がセットになって正義が実現される。従来，談合には独占禁止法が適用され，損害賠償には民法が適用されるということで，それぞれの場面で法律の適用の仕方が連続的ではなかった。しかし，経済紛争では企業に対する罰あるいは行政処分と家計に対する損害賠償請求とのバランスを両立させるような法律上の工夫を考える時期になってきた。そのために経済学の知識を法制度にも活用できる仕組みを作ることが必要になっている。本論文との係わりで考えると，最初にアダム・スミスの文章を提示したが，談合による経済の非効率と不公正を是正していくことは経済学と法学に課せられた将来的な共通のテーマであろう。

参 考 資 料

審決・判決
（1）都市基盤整備事業談合入札事件
審決：
「大成建設（株）ほか33名に対する件」平成14年（判）1号ないし34号，平成20年7月24日。（課徴金納付命令審決等）
判決：
「審決取消請求事件」，平20(行ケ)16号，22号，28号，34号，東京高裁，平成21年5月29日判決。（第1高裁判決）
「審決取消請求事件」，平20(行ケ)17号，23号，29号，31号，東京高裁，平成21年10月23日判決。（第2高裁判決）
「審決取消請求事件」［東京都新都市建設公社（多摩地区）談合事件］，平20（行ケ）18号，24号，30号，37号，東京高裁，平成21年12月18日判決。（第3高裁判決）
「審決取消請求事件」，平20(行ケ)21号，27号，33号，39号，東京高裁，平成22年1月29日判決。（第4高裁判決）
「審決取消請求事件」，平20(行ケ)25号，26号，32号，38号，東京高裁，平成22年3月19日判決。（第5高裁判決）
「審決取消請求事件」，平22（行ヒ）278号，最高裁判所，平成24年2月20日第1小法廷判決，民集66巻2号，796頁。

（2）談合と公共の利益
審決：
「（株）金門製作所ほか24名に対する件」，平成9年（勧）3号，平成9年4月18日。
判決：
「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反被告事件」，平成10年（あ）148号，平成12年9月25日第2小法廷決定，刑集54巻7号，689頁。

（3）都市基盤整備事業談合入札事件・損害賠償
「損害賠償（住民訴訟）請求事件」，平14（行ウ）228号，東京地裁，平成19年7月26日判決。
「損害賠償（住民訴訟）請求事件」，平14（行ウ）231号，東京地裁，平成19年7月26日判決。
「損害賠償（住民訴訟）請求控訴事件」，平19（行コ）287号，東京高裁，平成21年5月21日判決。
「損害賠償（住民訴訟）請求事件」，［立川市工事談合事件・第1審］，平14（行ウ）229号，東京地裁，平成19年10月26日判決。
「損害賠償（住民訴訟）請求控訴事件」，［立川市工事談合事件・控訴審］，平19（行コ）388号，東京高裁，平成21年5月28日判決。
「損害賠償（住民訴訟）請求事件」，［八王子市下水道工事事件］，平14（行ウ）230号，東京地裁，平成18年11月

24日判決。
「損害賠償（住民訴訟）請求控訴，同附帯控訴事件」，平20（行コ）342号，東京高裁，平成20年７月２日判決。

参 考 文 献

碧海純一（2014）『新版法哲学概論（全訂第二版補正版）』弘文堂。
金井貴嗣（2017）「一定の取引分野，競争の実質的制限（１）［多摩談合（新井組）事件］『経済法判例・審決百選［第２版］』『別冊ジュリスト』No. 234，８頁。
金本良嗣（1993）「公共調達制度のデザイン」『会計検査研究』７号。
岸井大太郎（2009）「最近の独占禁止法関係事件における重要判決の検討――入札談合事件（郵便番号区分機談合事件，ストーカ炉談合事件，多摩地区談合事件）を中心に――」『公正取引』707号，２頁。
栗田誠（2012）「独占禁止法による入札談合規制の展開――公取委は急事例を素材に――」『ジュリスト』No. 1438，30頁。
牧厚志（1998）『日本人の消費行動――官僚主導から消費者主権へ――』筑摩新書140，筑摩書房。
牧厚志（2017a）「最高裁判所判決と計量経済モデルによる第１次オイルショック時日本経済の再考察」『三田商学研究』60巻１号，pp. 17-43。
牧厚志（2017b）「経済学と法学の相互協力」『三田商学研究』60巻３号，pp. 13-37。
牧厚志・六車明・西川理恵子（2016）「1000兆円の政府負債――経済学と最高裁判所判例からの考察――」『三田商学研究』59巻１号，pp. 31-47。
McMillan, John（1990）, “Dango: Japan’s price-fixing conspiracies,” Research Report 90-03, Graduate School of International Relations and Pacific Studies, University of California, San Diego, 24pp.
McMillan, John（1992）, “Dango: Japan’s price-fixing conspiracies,” *Economics and Politics*, vol. 3, pp. 201-218.
McMillan, John（2002）, *Reinventing the Bazaar: A Natural History of Markets*, Norton.
武藤博巳（2003）『入札改革』岩波新書。
村上政博（2017）『独占禁止法新版』岩波新書。
村上政博（2011a）「多摩地区入札談合（東京都新都市建設公社）事件13判決の意味するもの（上）」『判例タイムズ』No. 1344，51頁。
村上政博（2011b）「多摩地区入札談合（東京都新都市建設公社）事件13判決の意味するもの（下）」『判例タイムズ』No. 1345，66頁。
芝原邦爾（2000）『経済刑法』岩波新書。
スミス，アダム（大内・松川訳）（1969）『諸国民の富』岩波書店。
岡田外司博（2008）「アウトサイダーが存在する談合の基本合意と競争の実質的制限」『ジュリスト』No. 1336，118頁。
越知保見（2009）「カルテル・入札談合の審査の対象・要件事実・状況証拠（Part２）――平成20年判審決の総合的検討と今後の課題（上）」『判例時報』No. 2034，３頁。
武田晴人（1994）『談合の経済学』集英社。