

カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠

**公正取引委員会
競争政策研究センター**

2007 年 7 月

カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠

【執筆者】

越知保見

ジョーンズ・ディ法律事務所弁護士

yochi@jonesday.com

荒井弘毅

公正取引委員会競争政策研究センター研究員

koki_arai@jftc.go.jp

下津秀幸

公正取引委員会競争政策研究センター研究員

hideyuki_shimozu@jftc.go.jp

【この研究報告書における役割分担と位置付けについて】

1. 本は、序章，第1章，第4章，第6章及び第7章を越知保見，第2章，第3章を越知保見及び下津秀幸，第5章を荒井弘毅が担当した¹。
2. 本共同研究をとりまとめるに当たっては，欧米法律事務所，競争当局（米国司法省，米国連邦取引委員会，欧州委員会競争総局），公正取引委員会において審査審判に携わる方々へのインタビューを行った。また，競争政策研究センターワークショップで報告し，参加者に議論をいただくとともに，有益なコメントをいただいた。
3. 本稿の内容は筆者たちが所属する組織の見解を表すものではなく，記述中のあり得べき誤りは筆者たちのみの責任に帰する。

¹ 第2章については，欧州における最近の先例についての報告を下津秀幸が，その他の部分を越知保見が担当し，第3章については，現行実務の調査・報告を下津秀幸が，その他の部分を越知保見が担当し，第2章，第3章の執筆は，越知保見が行った。

(目 次)

序章 本共同研究についての概要	1
第1章 日米欧のカルテルの事実認定の現状と日本の問題の概観	3
1 ハードコアカルテルの成立要件についての日米欧の比較	3
2 合意の立証対象についての日米欧の比較	4
3 合意を推認する間接事実・状況証拠からの事実認定	6
(日米欧のカルテル規制の範囲・概念のイメージ図)	9
第2章 欧米の事実認定手法, 協調行動理論	10
I アメリカにおける合意の立証対象	10
1 合意の立証対象と民事手続における状況証拠からの合意の認定	10
2 情報交換活動の評価 情報交換合意そのものを違法な合意ととらえるアプ ローチから価格カルテル等の証拠として活用するアプローチへ	17
3 刑事手続におけるカルテルの認定	18
II EC における立証対象と状況証拠からの事実認定	20
1 EC における合意・コンサーティッドプラクティスの意義と推認理論	20
2 情報交換合意及び情報交換活動からのカルテルの認定	27
第3章 行政事件におけるハードコアカルテルの事実認定の現状とその課題	30
1 不当な取引制限の意義	30
2 カルテル契約的発想の実務・学説への影響と先例の展開	31
3 共同行為(合意又は意思の連絡)の対象・成立時期についての実務の現状	39
4 不当な取引制限の解釈論の再検討	44
5 共同行為又は意思の連絡の証拠, 間接事実・状況証拠からの事実認定	48
第4章 入札談合の事実認定	58
1 入札談合の要件・審査の対象	58
2 入札談合と一定の取引分野における競争の実質的制限	66
3 入札談合における状況証拠からの事実認定についての方法	67
4 課徴金審判実務及び損害賠償請求訴訟をめぐる個別調整の立証	75
第5章 情報交換活動・入札談合のメカニズム立証への経済分析の活用	82
1 経済学的証拠の活用	82
2 カルテルと談合の状況証拠	82
3 カルテルの経済学的証拠	84
4 入札談合の経済学的証拠	95

5	まとめ	104
第6章	要件事実論と独禁法の事実認定	107
I	要件事実論の整理	107
1	日本の要件事実論における主要事実、間接事実、要件事実の意義の整理	107
2	欧米における法律要件と事実の関係・規範的要件に関する問題	107
3	主要事実、間接事実の区別と弁論主義・証明責任	108
4	要件事実を独禁法のカルテル・入札談合の事実認定に適用する場合の注 意点	109
II	具体的事例におけるブロックダイアグラムによる事実整理	110
1	直接証拠から共同行為を認定するケース	110
2	決定的間接事実から共同行為を認定する場合	110
3	複数の間接事実・状況証拠から事実認定を行う事例	112
4	入札談合における落札率からの推認	114
5	主要事実を推認するために間接事実が用いられるケース	115
第7章	刑事事件の事実認定の現状とその課題	116
1	公訴時効の起算点と罪質	116
2	刑事事件における共同行為の立証	117
第8章	結語	120

序章 本共同研究についての概要

本研究は、不当な取引制限、特にいわゆるハードコアカルテルに関する事実認定・立証責任・事実の推認と事実上の立証活動の負担(以下「立証負担」という。)の問題、要件事実論との関係(主要事実と間接事実の区別、その立証方法)に焦点をあて、同違反行為の独占禁止法上の要件が裁判規範においてどのように機能するか又はするべきかについての指針を与えることを目的としている¹。

これまで、ハードコアカルテルに関する事実認定の問題は、不当な取引制限の行為要件である「共同して、相互にその事業を拘束し、又は遂行すること」(相互拘束又は共同遂行)の解釈問題ととらえられ、学説上、相互拘束と共同遂行の関係に多くの学説が生まれるに至った。今日では、どの学説に立とうと、(東芝ケミカル事件²の先例に依拠して)相互拘束又は共同遂行は意思の連絡で足りると解されることから、日本と欧米のカルテルの規制範囲に違いはないものと解されがちである。しかし、実務的には、その対象が何か、その立証方法などについて、カルテルの規制範囲には、欧米と日本の間に大きな差異があり、日本の審判・裁判においては、今日の欧米では論点になり得ないような問題について延々と主張が行われ審判の遅延が生じる原因となっている。

なお、「共同して、相互にその事業を拘束し、又は遂行すること」の意義について、法文上は、合意という用語は使われていないものの、アメリカ反トラスト法や EC 競争法で、合意という言い方が使われているため、日本法でも、合意という言い方がよく使われ、本稿でも、合意という用語を用いている箇所が多い。この場合の「合意」とは私法契約上の合意でないことが今日の欧米の当然の前提であり、独禁法 2 条 6 項の定義規定は、そのことを明言するために規定されたものであると考えられるにもかかわらず(第 3 章 5 参照)、定義規定の趣旨に反して、カルテル・入札談合に関する実務は、私法上の「合意」概念に引きずられて、本来、価格を上昇させる旨の合意(価格カルテル)や受注予定者を話し合って決める(入札談合)などの単純な合意の存在で足りるはずのカルテル・入札談合の行為要件(共同行為)に過度の特定性・明確性を求めることにより、条文で要求されていない要件が付加され

¹ 現行実務を整理した文献として、酒井紀子「独占禁止法 3 条後段の主張立証にかかる試論」判例タイムズ 1199 号(以下「酒井論文」という。)があり、本稿は、この論文に多くの示唆を得ている。そのほかのカルテルの事実認定に関しては次のような論文を参照。郷原 信郎 「独占禁止法違反の立証に関する検討(上)(下)」 公正取引 496 号(1992 年 2 月号)・497 号(1992 年 3 月号)・514 号(1993 年 8 月号)、谷原 修身 「米国における入札談合の法規制」 公正取引 521 号(1994 年 3 月号)、恩田 宗紀 「カルテル立証における状況証拠の活用について」 公正取引 605 号(2001 年 3 月号)、村上 政博 「価格カルテルの状況証拠による認定」『独占禁止法研究Ⅲ』(弘文堂 2000)、舟田 正之 「談合と独占禁止法」 日本経済法学会年報第 25 号(2004 年)、川濱 昇 「カルテル規制の再検討 合意の機能と協調促進的慣行」 法学論叢 140 巻 5・6 号、荒井 弘毅 「共同性認定に関する独占禁止法違反事件の証明度達成の補強策について」 公正取引 613 号・614 号(2001 年 11 月号・12 月号)

² 東京高判平成 7 年 9 月 25 日

て審理の遅延・執行の停滞を招いているように思われる。本研究は、ハードコアカルテルに関し、欧米において、ハードコアカルテルの「合意」はきわめて単純化されていることを示し、不当な取引制限の要件、特に行為要件である共同行為に関し、欧米の解釈論と整合的な、不当な取引制限の行為規定の解釈を確立することを目的としている。

この問題は、①要証事実・立証対象の問題(合意の成立か存在か、合意の内容、合意が最終的なものであるか、合意の拘束力があるかなどの合意の対象の問題)及び②要証事実をどのような間接事実・状況証拠から認定できるかという問題に分けられ、後者の問題はさらに、(i)会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の合意形成の推認の問題、(ii)不自然な価格引上げ(徴表的事実)はあるが、会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての証拠がない場合に、徴表的事実を含む間接事実・状況証拠をどこまでカルテルの事実認定として活用できるかという問題に分けて論点を整理する必要がある。このような整理に従い、以下に、欧米との相違及び日本の問題状況を概観する。

第1章 日米欧のカルテルの事実認定の現状と日本の問題の概観

1 ハードコアカルテルの成立要件についての日米欧の比較

いわゆるハードコアカルテルはアメリカのシャーマン法1条、EC競争法のEC条約81条で規制しているが、アメリカでは、司法省が刑事手続、民事手続を用い、FTCが行政手続を用い、かつ私人が損害賠償請求を行うというように多面的に規制されていることはよく知られるが、状況証拠をどこまで活用できるか、どのような制裁又は救済が各手続に用意されているかについて、やや混乱して議論が行われている場合があるので、その点を最初に整理する³。

ハードコアカルテルについての要件を日米欧で比較すると、まずアメリカでは合意のみが立証要件である。アメリカの場合、Socony Vacuum 事件(1940年)⁴において、価格協定は、目的、効果、カルテル参加企業の市場シェア、価格水準(価格を競争価格以上につりあげる合意のみならず、競争価格又はそれ以下に維持する合意を含む)に関わりなく当然違法(illegal per se)であると明言されたので、日本における競争の実質的制限についての要件はない⁵。これに対してEUでは、Agreement, Decision or concerted practiceとされている。ここにコンサーティッドプラクティスが含まれていることの意味は、合意を私法上の合意の成立要件で考えた場合に合意の段階に至らないとも考えられる協調行動を違法なものとして取り込むことを意図するものである。ただし、この協調行動の成立範囲はアメリカで、合意が認定できる範囲とほぼ同じ範囲であり、実務上は、アメリカよりカルテルの成立範囲が拡張されているわけではないことに注意を要する。

なお、アメリカで合意の射程外のものとしてFTC法5条に規定する不公正な取引方法として規制されるものがあるが、これを含める場合、EUの合意プラスコンサーティッドプラクティスよりもアメリカの違反行為の範囲はより広くなるとも考えられる。

EUでは、市場に対する影響又は取引制限を行う意図ないし計画が要件とされる。ただし、ハードコアカルテルの事例においては、市場に影響を与える意図が明白であるとして、ハ

³ 欧米の先例の網羅的詳細については、越知保見『日米欧独占禁止法』（商事法務、2005年）（以下「越知(2005)」という）第2章第1節及び第2節を参照。本報告書では、この先行研究に依拠し、欧米での調査結果をもとに、先例の再評価を行っている。その他の欧米の事実認定についての解説として、舟橋 和幸 欧州諸国のカルテル規制法制と運用状況 公正取引 466号(1989年8月号)、滝川 敏明 状況証拠によるカルテルの認定(上)(下) 公正取引 513号(1993年7月号)・514号(1993年8月号)、上杉 秋則 米国カルテル規制と立証問題 ジュリスト 967号(1990年11月15月号)、平林 英勝 EC競争法におけるカルテルの立証 ジュリスト 967号(1990年11月15月号)

⁴ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

⁵ 日本でも、ハードコアカルテルは当然違法的に処理されているとの認識している者もいるが、当然違法原則とは、目的、効果、カルテル参加企業の市場シェアについての要件を一切不要とし、合意が存在するか否かのみを要件とするものであるが、日本の3条後段は、そのようには処理されていない。

ードコアカルテル自身が認定される事例において、これが独立した問題となることはほとんどない。

日本の場合、合意に相当する要件は、相互拘束又は共同遂行である。この両者はあわせて共同行為と呼ばれることがある(なぜ、共同行為と呼ばれるかについては、第3章5参照)。相互拘束と共同遂行の関係については、通説は、共同遂行に独自の意味はなく、相互拘束が行為要件であると解している⁶。この相互拘束又は共同遂行という行為要件の射程については、相互拘束又は共同遂行の内容(立証対象)及び間接事実・状況証拠の評価方法の違いにより、実務上は、アメリカの合意やEUの合意プラスコンサーティッドプラクティスという行為要件よりも限定されたものとして運用されているといえる。この点が本研究の主たるテーマであり、第2章以下で詳述するが、日米欧の相違についての要点は、本章の以下の2及び3で整理している。

なお、日本においては、相互拘束又は共同遂行を立証する以外に、一定の取引分野における競争の実質的制限が生じたことを立証する必要があるが、EUの場合と異なり、競争の実質的制限については実質的な検討が行われており、競争の実質的制限がないことを理由として8条1項1号の成立を否定する先例も存在する⁷。

2 合意の立証対象についての日米欧の比較

合意(EUでは合意又はコンサーティッドプラクティス、日本では共同行為)の立証対象は何かについて、アメリカでは、1930年代において決定的な先例が現れ、この問題に終止符を打っている。それがInterstate Circuit事件⁸であり、本事件により、合意の立証対象は抽象的に価格の固定、生産量の制限などの制限合意があれば足り、価格の引上げ幅をどうしたか、どのような計画で価格を上げようとしたか、生産量を制限したか、その取決めの条件は何かなどは立証対象ではないことが確立している。この判例によりアメリカでは、合意の内容がどのようなものであったか、そこでの協議に参加者が拘束される意図を有していたかなどの抗弁はほとんど有効なものと考えられなくなり、主要な判例においてこの点が問題とされた例はほとんどなく、カルテルの事実認定の関心は、合意を推認するために間接事実や状況証拠をどこまで活用できるか、特に価格引上げという徴表的事実はどうした場合にカルテルを推認する状況証拠となるかに移り、この分野で圧倒的に進んだ先例の形成が行われている。合意の成立時点や価格引上げ幅についての合意が必要とされないことが協調行動理論への展開の第一歩であり、Interstate Circuit事件判決が協調行動

⁶ 厚谷襄児，糸田省吾ほか編『条解独占禁止法』68頁以下〔厚谷襄児〕（弘文堂，1997年）（以下「条解」という。）

⁷ この点については、本研究のテーマとはしていないが、詳細については、越知(2005)（4）287頁以下参照。

⁸ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939)

規制の先駆的判例である前提として、合意の対象は何かその立証はどのようなもので足るかを明確にした点は見過ごされがちだが実は重要である。

これに対して、EU では、ドイツで、合意を私法上の合意と平行に捉える考え方から、合意の内容、成立時期が特定され、最終的な合意内容、合意に拘束力があることが立証される必要があるというアプローチがとられ(私法上の合意の成立要件と平行に考えるこのアプローチをカルテル契約又はカルテル契約論と呼ぶ。), 日本同様、最終的な合意が立証されなかったことを理由に独禁法違反を認めなかった事例がある。EU の競争法において合意以外にコンサーティッドプラクティスが違法行為の類型とされたのは、合意をカルテル契約論的に捉え、カルテルの成立範囲が限定されることに対応したものである。ドイツにおいても合意をカルテル契約的にとらえる先例が出た直後に法改正がなされ、実体法の要件を EC 競争法に合わせ、合意及びコンサーティッドプラクティスに変更することで問題を解決している。上記のようなドイツにおけるカルテル契約論的な発想の影響もあり、EU では、1980 年代半ばまでのカルテル事件で、(日本同様に)合意の対象は何か、あるいは当事者間の接触や心の連携(agreement in mind)はどこまでを合意といえるかについて引き続き問題とされてきている。この論点について、初期の判例は、コンサーティッドプラクティスという類型を活用し、合意に当たらないとしても当事者間で接触した事実があれば、コンサーティッドプラクティスを認定できるとした(Dyestuff 事件⁹)。1980 年代半ばの Polypropylene 事件¹⁰のころから、合意とコンサーティッドプラクティスを一体化して解釈するアプローチが採られ、合意が私法上の合意よりも広く、準備段階でも、違法な合意が成立することが最近の先例で明示されるに至った(Pre-insulated Pipe 事件¹¹)。

日本では、合意ではなく相互拘束又は共同遂行(共同行為)という文言を用いているので、カルテル契約的に相互拘束又は共同遂行(共同行為)を解釈する必然性はなく、学說的にもカルテル契約として解釈する必要はないとの解釈が確立している。しかしながら、実務的には、合意の成立時点として主張された会合においてカルテルの最終合意が成立していなかったとして、カルテルが否定されるという、欧米ではあり得ないような事例もある(三菱ビルテクノ事件¹²)。談合事件においては、必ずしも談合の成立時点を立証する必要はないと解釈されるようになってきているが(協和エクシオ事件審決¹³)、ごみ焼却炉に関する住民訴訟である静岡地裁判決(第 4 章参照)は三菱ビルテクノ事件と同じ誤りを犯している。刑事事件では、実行行為・訴因の特定性などの要請から、合意の成立を必要とする考え方が維持され、橋梁事件¹⁴のような談合事件においても、談合が成立する期間中において談合

⁹ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619 CMLR 557

¹⁰ Polypropylene OJ 1986 L230/1 [1988] 4 CMLR 347 (決定)

¹¹ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 (決定)

¹² 審判審決平成 6 年 6 月 2 日

¹³ 審判審決平成 6 年 3 月 30 日, 東京高判平成 8 年 3 月 29 日

¹⁴ 排除勧告平成 17 年 9 月 29 日

ルールの変更なり確認なりを行った会合を(実行行為の成立時点として)認定する必要があると解している。このように、共同行為の成立時点や価格引上げ幅など合意の内容が明らかにされねばならないというカルテル契約論的な発想に立つ限り、並行行為プラスファクターからハードコアカルテルを認定するいわゆる協調行動規制を行うことは極めて難しく、日本で協調行動規制が行われない理由はここにある。

3 合意を推認する間接事実・状況証拠からの事実認定

状況証拠からの合意の認定の範囲に関しては、民事手続と刑事手続では、状況証拠の活用範囲が異なるので、アメリカの事実認定の事例を検討するに当たっては、それは刑事事件のものか、民事事件のものか、又は FTC の行政手続によるものかを意識する必要がある。民事手続及び行政手続においては、立証水準は、証拠の優越(preponderance of evidence)で足りるが、刑事手続による場合の立証水準は、合理的な疑いを入れない程度(beyond reasonable doubt)であり、民事及び行政事件の方が状況証拠を積極的に活用できる。民事手続の救済方法は差止請求(日本では排除措置)が原則である。ただし、政府が購入者の場合は、government purchaser の理論により、損害賠償請求をすることができるが、そうでなければ、差止請求のみが原則であることの認識が重要である。これが 1990 年代の案件において、司法省が提起する民事事件で和解が多い理由である(今行っているプラクティスをやめるだけで金銭的損失がない。また、損害賠償請求は私訴によって請求され、和解によって敗訴判決を受けるのを避ければ、私訴による損害賠償請求での敗訴の可能性も低くなる。もっとも、ATP 事件¹⁵では、司法省と和解したにもかかわらず、航空会社は、莫大な支払を行って、クラスアクションを行った原告と和解している。)。

なお、行政事件(FTC 手続)では、合意を認定できないような場合でも、不公正な取引方法での規制が可能であり、その規制理論に「助長のための道具の理論」があるが、助長のための道具の理論によって、規制範囲が劇的に広がっているわけではなく、黙示の合意論による並行行為プラスファクターからの事実認定と大差はなく、黙示の合意論に準じて考えることができる。

刑事手続においても、状況証拠(刑事では「情況」という用語が用いられる)が活用されない訳ではないが、その範囲は民事手続に比べるとはるかに限定的であり、主として会合における価格の情報交換活動を価格協定の証拠として活用するなどの場合である。情報交換合意そのものを刑事訴追する例として、Gypsum 事件¹⁶があるが、合理の原則のとられる情報交換合意についての立証要件が厳格に判断されたため、同事件以後、情報交換合意そのものが刑事訴追された例はないとみられる。ただし、リーニエンシー制度のおかげで最近、直接証拠による事例がむしろ大半になってきたようである。ただ、日本ならば状況証拠か

¹⁵ United States v. Airline Tariff Publishing Civ. A. No. 92-2854 SSH. (1993)

¹⁶ United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978)

らの事実認定といえるような事例が、アメリカの場合、ほとんど直接証拠に近い事例として評価されることがある。例えば、将来価格についての情報交換や、市場分割協定における顧客リストの交換（Stolt-Nielsen 事件¹⁷）の事例がある。

以上のとおり、アメリカでは(i)会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の合意形成の推認の問題は刑事手続の問題であり、(ii)不自然な価格行動(徴表的事実)があるが、会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての証拠がない場合に、徴表的事実を含む間接事実・状況証拠をどこまでカルテルの事実認定として活用できるかという問題は、民事又は行政手続の問題である。

EU においては、日本同様カルテル理論的発想が残っていたため、カルテルメンバーで行われた会合がある場合に会合に参加した当事者のカルテルにコミットしていないとの主張がどこまで可能かという問題も 1980 年代までよく主張され、この問題の克服に関し日本で参考になるような事例が展開されている。また、後者に関しては、EU ではアメリカほどの先例の蓄積はないが、不自然な並行行為が、カルテルの証拠になること自体は、Dyestuff 事件¹⁸において確立している。ただし、Wood Pulp II 事件¹⁹以降は協調行動の規制について、欧州委員会はやや消極的になっているといえ、アメリカとの間に協調行動規制の理論についての先例の展開に差異が生じている。

なお、EU の手続は、日本の公取委の審判手続と同じく行政手続であり、行政手続に課徴金(EC では制裁金の性格が鮮明であるため、本報告書では「制裁金」という)やリーニエンシー制度が設計されている点も日本と同じである。したがって、協調行動規制の場合にも差止(排除措置)でなく、全世界売上高を基にした極めて多額の制裁金が課されることになる。この点が、1990 年代以降、協調行動規制に慎重になっている実質的理由であるといえるかもしれない。EC の行政手続の立証水準については、刑事手続に準ずるとする判例もあるが、事実の推定をかなり広汎に認めており、実際には、民事の証拠の優越より幾らか慎重というレベルの立証水準である。

日本では、要証事実をどのような間接事実・状況証拠から認定できるかという問題は、これまでほとんど、前者(会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の共同行為の推認)の問題であり、状況証拠からの共同行為の推認手法の準則を判示した重要な先例である東芝ケミカル事件高裁判決²⁰も前者の事例についての推認理論である。東芝ケミカル事件判決は、そのような事実認定を黙示の合意と呼んでいるため、日本では、黙示の合意を、状況証拠からの事実認定と同意義に理解する文献もあるが、アメリカにおける黙示の合意(tacit collusion)とは、状況証拠からの事実認定のうちでも、会合が存在しない場合にも、

¹⁷ Stolt-Nielsen S.A., Stolt-Nielsen Transportation Group, Ltd. And Richard Wingfield, No.04-CV-537

¹⁸ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619 CMLR 557

¹⁹ Ahlstrom v. Commission (Wood Pulp II) [1993] I ECR 1307 [1993] 4 CMLR 407

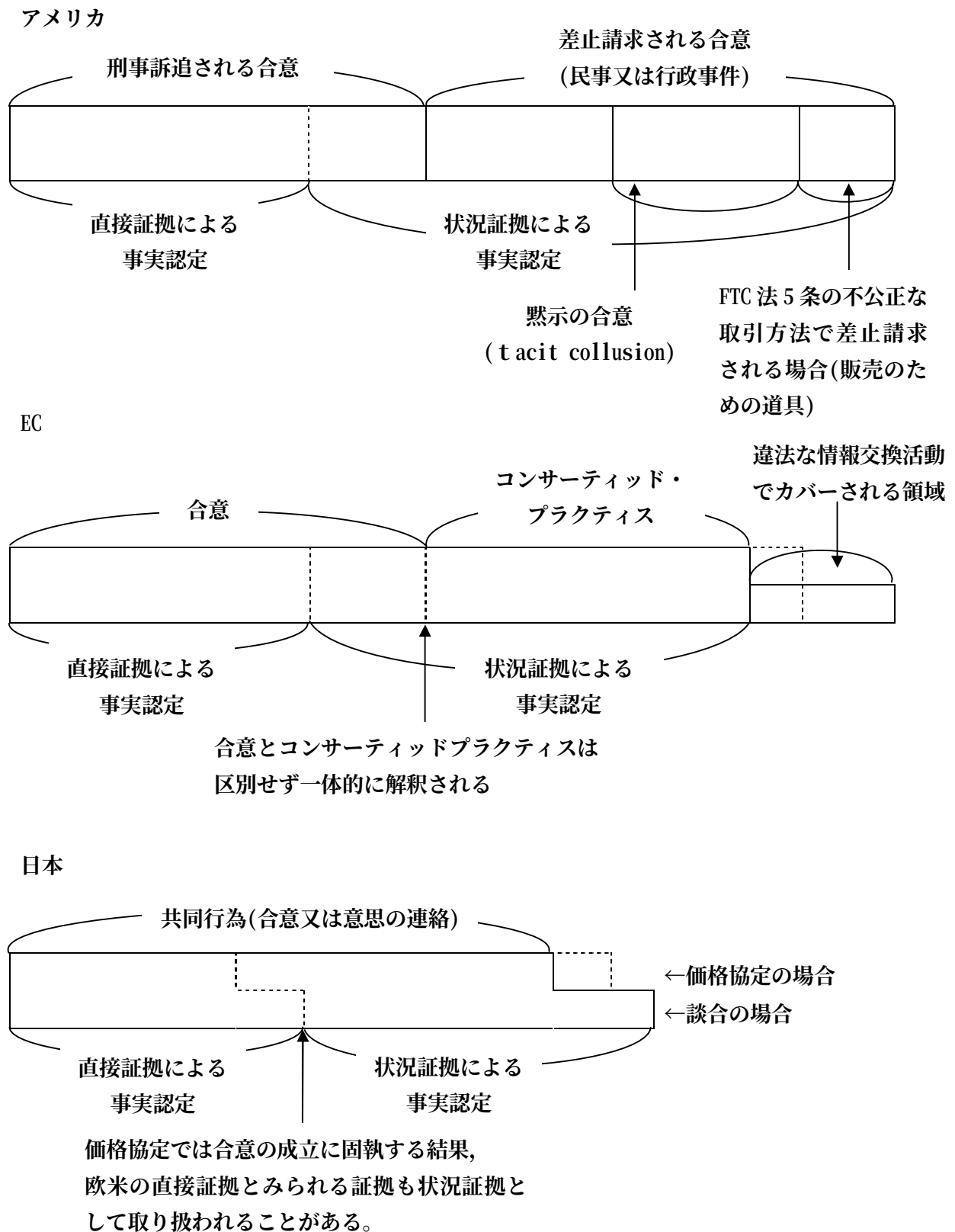
²⁰ 東京高判平成 7 年 9 月 25 日

独立して行動したことを排除する証拠(並行値上げなどの徴表的事実プラスファクター)があれば、合意を認定できるとする理論であり、状況証拠からの事実認定よりも狭い意義で使われており、注意を要する。本報告書では、特別の断り書きのない限り、「黙示の合意」とは、アメリカの黙示の合意(tacit collusion)を指し、東芝ケミカル事件の黙示の合意理論については、東芝ケミカル事件理論として紹介することにする。

なお、本報告書は、東芝ケミカル事件から、後者の協調行動理論に発展する理論を構成することは可能であり、東芝ケミカル事件理論は協調行動規制への重要な一歩であることを否定するものではない。

なお、アメリカで、黙示の合意(tacit collusion)理論により刑事訴追されることはないが、刑事訴追でも、(民事事件より用いられる範囲は限定されるものの)状況証拠(circumstantial evidence)からの事実認定は行われている。今日では、リーニエンシー制度により(通報に基づく共犯者の供述調書などの)直接証拠を得ることが多くなったので、刑事訴追では、状況証拠が以前ほど用いられなくなっているといわれるが、アメリカで、直接証拠からの事実認定と呼ばれる場合でも、日本では、状況証拠の事実認定と考えられる場合もあるので注意が必要である。

(日米欧のカルテル規制の範囲・概念のイメージ図)



第2章 欧米の事実認定手法，協調行動理論

I アメリカにおける合意の立証対象

1 合意の立証対象と民事手続における状況証拠からの合意の認定

(1) Interstate 事件 合意の存在のみが要件であることを明確にしたことの意義

カルテルの会合の事実なしに，価格の同調的値上げ(並行行為)からカルテルを認定した先駆的判例である Interstate Circuit 事件²¹であるが，本判例が，会合による合意が必要ないと判示したことにより，価格の固定という抽象的内容の合意の存在が立証されれば足り，合意の成立時点や価格の引上げ幅，実行の条件などの合意の内容が要証事実ではないことを当然の前提としていることが看過されがちである。本件の事実関係は以下のとおりである。

封切り映画興行主であるインターステート社はテキサス州の6都市において封切館に関し支配的地位を有していた。インターステート社の支配人は映画フィルム配給業者8社に対しインターステート社が封切映画の上映価格を従来の価格(夜間入場料40セント)で継続するには，第2次上映のためのフィルム配給について，夜間入場料を25セント以上，2本立て上映の禁止という条件を課すよう求めて書簡を発送し，8社はこれを実行した。本書簡発送前には，第2次映画の上映は15セント以下で，かつ，他の映画との2本立てで行われるのが通常であった。インターステート社の出した書簡には写し送付先としては同業者7社の社名を記載しており，各配給業者は書簡が8社すべてに配布されていたことを承知していた。

本件ではインターステート社と配給業者の会合も開かれており，地裁ではこの会合から合意を認定したが，最高裁は会合による合意が違法な共謀に不可欠ではないとして次のように判示した。「配給業者間の会合に対する地裁判決の認定は，その証拠により支持されているが，本件のような状況においては，2次上映館についての制限を課すこの会合が，違法な共謀に不可欠ではない。協調行動が企図され，引き起こされたことを知っていれば，配給業者がその計画に参加することで十分である。各々の配給業者には，他の者も計画に参加するよう誘われているということが通知されており，計画が実施されたならば，取引の制限をもたらす，シャーマン法に背くものであること，そしてそれを知りながら他の者がその計画に参加しているということを各々が認識していたのである。そのような認識を有しつつ，彼らは引き続き2年間にわたりその計画を実施してきたのである。これらの事実は違法な共謀が存在することの説得的証拠である。」

²¹ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939)

つまり、カルテルを認定するには、(i) 1 社で行動し得ないような高いリスク、(ii) 合意なしに行うことが不自然な程の大幅な取引条件の変更、(iii) カルテルへの誘引行為が必要ということになる。

カルテルの立証について、合意の成立した会合やその取決めの詳細を明らかにする必要はないとの準則が本判例で明らかになったため、アメリカにおいては、どの会合で合意が成立したか、どの時点で合意が成立したかが問題にならなかった(争われる事例が存在しなかった)。この点は、助長のための道具の理論など協調行動を規制する理論が大きく展開することができた背景としても看過してはならない点である。

(2) マツシタ・モンサント準則

1980 年代に入り、裁判所は、水平的合意については、共謀による略奪的価格設定(ダンピング販売)についての Matsushita 事件(1986 年)²²、垂直的合意については再販価格維持に関する Monsanto 事件(1984 年)²³により相次いで、「状況証拠により共謀を立証する場合には、被告が独立して行動しているという可能性を排除するものでなければならない」という状況証拠を合意の証拠とするための一般準則を判示した。この、マツシタ・モンサント準則はインターステート理論を修正しているかが問題となるが、上記インターステート理論の(i)(ii)(iii)がそろえば、独立して行動しているという可能性を排除するものであるため、インターステート理論自体が修正されたわけではないと考えられる。しかし、これらの事件後は、マツシタ・モンサント準則に従って、被告が独立して行動しているという可能性を排除する証拠があるか否かが黙示の合意(tacit collusion)を認定するための基準となっている²⁴。

マツシタ・モンサント準則の帰結として、被告が独立して行動しているという可能性を排除するような証拠があれば合意の推認を妨げないことになり、この結果、価格引上げが会合で協議されている場合や将来の価格情報の交換が行われていることは、まさに、被告が独立して行動しているという可能性を排除するような証拠となるので、マツシタ・モンサント準則後も、会合における合意の推認は当然のこととして問題にならなかった。マツシタ・モンサント準則は、EU の Wood Pulp II 事件²⁵に影響を与え、東芝ケミカル事件²⁶後、

²² Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

²³ Monsanto Co. v. Spray-rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)

²⁴ なお、EC 競争法では、Wood Pulp II 事件においてマツシタ準則に類似する準則が判示され、並行行為からの合意等の推認について、欧米の基準が共通化したが、アメリカでは、1990 年代以降においては、並行行為プラスファクターにより黙示の合意を認定する理論がむしろより活発に展開する一方、EC では、同事件後は、並行行為プラスファクターにより、concerted practice を認定することは慎重になっている。

²⁵ Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

²⁶ Monsanto Co. v. Spray-rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)

学説で展開されている日本の意思連絡論も、抽象的には、この準則の影響のもとに合意の推認理論を展開したものであるといい得る。

(3) 1990 年代以降の展開—徴表的事実の評価

1990 年代以降は、FTC の行政事件であるが、マツシタ・モンサント準則の「独立して行動したことを排除する証拠」の運用が問題となる事例が多い。この点で、重要な事例が同準則を緩やかに運用した Toys “R” Us 事件²⁷である。本件は、大規模小売業者であるトイザラス社がおもちゃの製造業者に、ディスカウント店におもちゃを販売しないように影響力を行使した事例で、FTC は、コルゲート理論²⁸の適用を拒否し、本件については価格に影響を与える水平的合意を認定し、価格に関する水平的合意は当然違法であり、また、本件合意に合理の原則を適用するとしても、やはり違法である(FTC 法 5 条に違反する)とした。

FTC によればウェアハウスクラブ(以下「ディスカウントクラブ」という)が、より低いマージンで低価格販売を行えば、トイザラス社の有するもっとも低価格の店であるというブランド・イメージが崩れることを懸念し、おもちゃ製造業者の大手 10 社に対し、特定のおもちゃをトイザラス社だけに供給するか、ディスカウントクラブに供給するおもちゃをトイザラス社より高く売るように強制した。さらに個々のディスカウントクラブとの協定により、トイザラス社がとりまとめ役となり、各ディスカウントクラブが協定の抜け駆けを行わないように監視するシステムを構築していた。FTC は、上記の協定により 10 社間に黙示の合意が生じたので、当然違法のグループ・ボイコットに該当するとし、また、合理の原則の下でも、トイザラス社が米国における 40%のおもちゃの売上を有し、上記 10 社の 30%の売上を占める点でマーケットパワーを有するとし、トイザラス社が垂直的協定を 10 社と結ぶことによってとりまとめ役と監視役を行っている上、ボイコットを正当化するビジネス上の理由がないから、違法なグループ・ボイコットに該当するとした。

FTC は、トイザラス社が、おもちゃ市場で 32%の市場を有し、優越的地位(dominant outlet)にあり、その影響力を製造業者に行使し得ることから、各製造業者が当然トイザラス社の要請に応えるであろうとの確実性(assurance)を有するため、黙示の合意が存在すると認定した。

これに対する高裁への取消訴訟において、被告は、「被告が独立して行動しているという可能性を排除する証拠」はなく、マツシタ・モンサント準則に従えば、本件で共謀を認定することはできないと主張した。FTC は、「マツシタ・モンサント準則における並行行為を行ったものが独立に行ったことを排除する証拠とは、独立に行動したことについてのすべて

²⁷ Toys “R” Us v. FTC 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000)

²⁸ 「再販売価格維持の合意」が認定できない事案では、製造業者の取引拒絶の自由（契約の打ちりの自由）が認められるとの理論。Colgate 事件（United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)）に依拠している。越知(2005)317 頁

の可能性を排除するものではない。100%の確実性を原告に課すことはおろかであり、法律的にも基盤がない(absurd and legally unfounded)。協調行動を示す何らかの証拠(some evidence which would support a finding of concerted behavior)があれば足る。」と主張した。他方、トイザラス社は「トイザラス社の方針は、製造業者が独立に行動したことを示す証拠である。なぜなら、業界の巨人との関係を良好に保つのと、ディスカウントクラブから少しでも売上を伸ばすのとどちらが得かは自明だからである」と主張した。

裁判所は、FTC の考え方は裁判所のとる基準ではないとしつつも、「本件では、製造業者はトイザラス社だけに依存したがっていたわけではなく、多角的に商売をしたがっていたことを示す証拠がある。各製造業者は各自でこの新しい取引相手との取引を行わないことにより、競争者に新しいニッチ市場をとられるのではないかと恐れていたとの事情が存在する。FTC は各製造業者がトイザラス社の要求に合意する条件が競争者が同じ行動をとることを確実にするところまで、すなわち製造業者とトイザラス社の証言の信用性を崩すことまでは要求されていないとして、マツシタ・モンサント準則に従えば、本件で共謀の存在を認定できる。」と判示した。

本件で裁判所はマツシタ・モンサント準則の独立に行動したことを排除する証拠に関し、協調行動を示す何らかの証拠があれば足るとの FTC の主張に賛成しなかったが、「各製造業者が競争者が同じ行動をとることを確実にするところまで、すなわち製造業者とトイザラス社の証言の信用性を崩すことまでの立証は FTC に要求されていない。」と述べ、独立に行動したことについてのすべての可能性を排除するものである必要はないとの FTC の主張を実質的に支持した結果となっている。

シカゴスクールの指導者であるポズナー判事(同判事は、近年、協調行動規制に積極的となっている²⁹⁾)により下された JTC Petroleum 事件(1999 年)³⁰⁾では、サマリー・ジャッジメントにおける証拠の評価の点につき、マツシタ・モンサント準則の並行行為を行ったものが独立に行ったことを排除する証拠となり得る可能性のある証拠資料の範囲を緩やかに解した事例である。本件は、道路事業の入札に関する談合を維持するためのグループ・ボイコットに関する事案に関し、地裁が証拠不十分を理由にサマリー・ジャッジメントにより、請求を棄却したのに対し、高裁でポズナー判事がこれを覆したものである。高裁は、本件でアスファルト製造業者が JTC にアスファルトを売らなかったことについて、被告が主張する正当理由は口実に過ぎず、製造業者が取引拒絶を行う見返りとして金銭が供与されることを推認する証拠が出されているとして、状況証拠からグループ・ボイコットを推認し得る可能性があり、トライアルによる審理を行うべきであるとして、事件を地裁に差戻した。

²⁹⁾ 同氏の Antitrust Law(University of Chicago, 2001)では協調行動に対する従来の消極的立場を微妙に修正している(シカゴスクールの代表的論者は協調行動によるカルテルの成功の見込みが弱く、反カルテルの行動をとる動機も強いことから、協調行動規制に消極的であった)。

³⁰⁾ JTC Petroleum Co. v. Piasa motor Fuels, Inc. 179 F.3d 1073 (7th Cir. 1999)

(4) 黙示の合意(tacit collusion)理論

並行行為プラスファクターから合意を認定する状況証拠は、独立して行動したことを排除する証拠でなければならない。会合での価格引上げについての協議や将来情報の交換は、独立して行動したことを排除する証拠と当然に評価される³¹が、このような会合がない場合は、必ずしも容易でない。それは、寡占市場においては、ある価格引上げに追従する方が、価格を据え置くという判断より、利益をもたらす合理的行動であると言い得る場合が多いからである。これが、寡占的相互依存(oligopolistic interdependence)又は意識的並行行為(conscious parallelism)の問題である³²。

1980年代には、寡占的相互依存の問題について並行的価格引上げを助長する道具(facilitating device。以下「助長のための道具」という)が存在する場合、それは、人為的なカルテル形成のシステムであり、カルテルの状況証拠とみなすことができるとの考え方(以下「助長のための道具の理論」という)が現れた³³。ただ、直接の伝達行為(communication)もない場合、そのようなシステムがあるというだけで、合意の状況証拠があるといえるか懐疑的な見解も多かったため、合意が明示の要件とされていないFTC法5条³⁴の不正な取引方法(unfair practice)として、排除措置を講ずるという手法が模索され、1980年代初めFTCはこの手法を活用して、カルテル助長のためのシステムを利用した同調的値上げを規制しようとした。Ethyl事件³⁵がそのもっとも有名な事件であるが、このようなシステムを採る正当理由がある場合には、不正な取引方法とはならないとする判断が示され、1980年代では、正当事由のハードルを越えることが難しいと考えられていた。1990年代には、情報交換(や情報の拡散)を、プラスファクターとして合意の推認に活用するようになった。すなわち、不自然な並行行為の背後に情報交換や情報の拡散が行われた場合には、この情報交換を(情報交換合意自体をシャーマン法1条に反する合意と構成するのではなく)マツシタ・モンサント準則の「独立に行動したことを排除する証拠」(価格協定の証拠)として活用するようになった。ここでの情報交換はいわゆる会合での事業者間の情報交換だけでな

³¹ それゆえ、アメリカでは会合での協議における合意の推認というものが、ほとんど問題にならない。

³² 詳細は、越知(2005)125頁以下、寡占的強調とカルテルの同質性に関し、川濱昇「カルテル規制の再検討 合意の機能と協調促進的慣行」民商法雑誌140巻5・6号180頁以下。

³³ 助長のための道具理論についての先例については、越知(2005)128頁以下

³⁴ FTC Act Section 5

Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are declared unlawful.

連邦取引委員会法第5条(不正な競争方法)

取引における若しくは取引に影響を及ぼす不正な競争方法、及び不正な若しくはぎまんの行為又は慣行は、違法である。

³⁵ E.I. Du Pont De Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

く、事前公表などの方法による不特定多数のものに対する情報の伝播行為も含まれ、後者は事業者間の情報交換と区別して、情報拡散(data dissemination)と呼ばれることもある。その先駆的判例は、Petroleum Products 事件(1990 年)³⁶である。

本件は、アリゾナ州、カリフォルニア州、オレゴン州及びワシントン州の各州(原告)が、スタンダードオイル社ほか石油製品会社(被告)は、石油製品の価格の引上げ若しくは安定について共謀しており、これらの行為を助長するために、被告等は、継続的に価格及び価格関連情報について意見を交換しているとして、民事差止請求を行った事例である。本件は、価格がある一定期間に渡ってなだらかに下降し、突然急上昇する、その後上昇地点から再びなだらかな下降が起き、一定期間後に再び価格が急上昇するというのこぎりの刃型の価格形成がなされ、その背景として、価格が急上昇する直前における事前発表及び業界内での情報交換活動の事実が存在していた。地裁は、1986 年 11 月、本件をサマリー・ジャッジメントにより原告を敗訴せしめたが、高裁(第 9 区)は以下の理由で、サマリー・ジャッジメントによったことは違法であるとして事件を第一審に差戻した。その後、被告側は、FTC の提案を受け入れ、事前公表と情報交換活動を止めることに同意し、事件は同意判決により終了した。

- (i) 寡占市場のようなあまり競争的でない市場において原告が示すようなのこぎりの刃型の価格の推移は自然な価格形成の結果ではないとみられるかもしれない。ただし、価格の動きだけを捉えてシャーマン法違反を認定することはできない。
- (ii) 卸価格の情報の共有が、競争者の追従のみを目的としていることは証言からも明らかである。そして、卸価格の引上げの事前公表が競争相手の追従値上げを得るために行われたと認められる場合は、明示若しくは黙示にかかわらず価格の引上げ若しくは安定のための合意とみなすことができる。さらに(i)の「のこぎりの刃型」の価格の推移に鑑みても原告が被告の共謀を推認する合理性がある。
- (iii) 第一審では、被告の悪意の秘匿を理由とした出訴期間の進行の停止を求める原告の申立について判断を示すことなく事件を終了しているが、この出訴期間の進行の停止について再度審理する必要がある。出訴期間の進行の停止が認められていたならば、原告が提出している証拠は、被告の行為を違法と認定するのに十分である。また、Container 事件³⁷前の口頭での情報交換がContainer 事件最高裁判決後の被告等の新聞、郵便を利用した情報交換につながっており、両社(口頭での情報交換と郵便等での情報交換)は基本的に同様の効果・目的(価格の安定・引上げ)を有するものである。

情報交換・情報拡散をカルテルの重要な状況証拠として活用する事例のなかでとりわけ有名なのは、航空業界において CRS(Computer Reservation System)を利用してコンピュー

³⁶ In re Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990). 下津秀幸 石油製品事件(1990 年) 公正取引 608 号(2001 年 6 月号)参照。

³⁷ United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

ター上で値上げを公表し、他社が追随しなければこの値上げを直ちに撤回するという手法が価格についての協議をコンピューター上で行っているものとして、司法省や消費者が航空業界を訴えた一連の事件³⁸である。このような値上げの公表による誘引行為はプライス・シグナリングと呼ばれることがある。これらの事件は同意判決によって終了しており、裁判所の最終的な判断は下されていないが実質的に合意の存在を認めた前提での同意判決となっている。

(5) 並行行為における不自然性の程度

協調行動理論については、並行行為にプラスファクターがある場合に、違法な協調行動になるとの準則を分析する場合、プラスファクターが独立に行動したことを排除するだけの証拠かという点から分析するのであるが、並行行為についてその不自然性の程度がプラスファクターとして要求される証拠の水準に影響を及ぼす可能性があることが見過ごされがちである。しかし、不自然性の程度が低ければ、そのような価格行動をとる合理性(正当事由)の立証がされやすいため、違法な協調行動を認定しにくい。実際、先例を具体的にみていけば、並行行為プラスファクターから違法な協調行動が認定される事案は並行行為による価格形成の不自然さが大きい事例であり、逆にこれが否定された事例は並行行為の不自然性の程度が大きくなく、並行行為が形成されたことについて正当な理由を立証できる場合であるともいえる。つまり、並行行為がある場合でも正当事由がある場合においては、FTC 法 5 条の適用が否定されることが判示された前述の Ethyl 事件では、価格が極端に引き上げられたわけではないため、そのような、価格形成が合理的であるとの説明がしやすい事例であったとも解し得る。これに対して、先駆的先例である Interstate Circuit 事件は、映画上映館の価格が 15 セント以下から 25 セント以上という 2 倍程度とってよい引き上げられ方をしており、通常ありえないような不自然な価格引き上げが行われているため、独立に価格が形成されたという合理性の説明が難しい事例である。また、Petroleum Products 事件では、価格が急速に上昇してはなだらかに下降するというのこぎりの刃型の価格形成となっており、Interstate Circuit 事件ほどではないにしろかなり不自然性は大きいといえる。このような場合、価格形成自体から合意を認定することはできない(同事件の中間的判断における判旨)にしても、事前公表や情報拡散などの何らかのプラスファクターが存在し、このような価格形成について独立に行動した場合も起こり得ることについて、合理的な説明がなされていないので、独立に行動したことを排除するだけの証拠について立証がなされたとみなされたものと考えられる。Matsushita 事件では、価格が協調的に引き上げられるのではなく引き下げられた事例であり、1 社が価格を引き上げた場合他の競争者は競争に勝つためにはこのような低価格に対して対抗的に価格を引き下げるのが通常であり、

³⁸ In re Domestic Air Transportation Antitrust Litigation, MDL No. 861 (1993)など。越知(2005年)134頁以下参照。

この事例では、価格形成の不自然性の度合いが著しく低く、そのような事例では、プラスファクターから違法な協調行為を認定するのがもともと難しい事例であったと解することもできるように思われる。

日本では、不自然性の程度について十分な注意が払われていないが、予定価格近辺に落札価格が集中するという現象は、まさに不自然な価格形成を問題にするべき事例といえる(第4章参照)。

2 情報交換活動の評価 情報交換合意そのものを違法な合意ととらえるアプローチから価格カルテル等の証拠として活用するアプローチへ

情報交換活動に関しては、ある種の情報交換自体を違法な合意とみることができる場合がある一方、カルテルの証拠としても活用される。教科書的には、情報交換活動そのものを違法な合意とみることができるか、どのような場合に違法な合意となるかについての先例(Maple Flooring 事件³⁹, Container 事件, Gypsum 事件)が有名であるが、Gypsum 事件以降は、情報交換活動そのものを違法な合意とする先例は途絶えており、価格協定の証拠として活用される事例がほとんどとなっている。ポズナー判事が、情報交換合意そのものが消費者福祉を害するものではなく、情報交換の結果としてとられた行為が消費者を害する場合があるので、情報交換の結果とられた行為に関する、カルテルの証拠として情報交換の事実を活用すべきであると主張したことも影響している。

なお、EU では、Wood Pulp II 事件以後、協調行動的な形態を価格協定として立件することが難しくなったため、むしろ、1990 年代に入り、情報交換の合意そのものを 81 条 1 項違反に問擬する事例が増えている(U.K. Agricultural Tractor 事件⁴⁰などを参照)。

情報交換合意については、合理の原則が適用される(Maple Flooring 事件⁴¹)。過去の売上についての全体的データは景気や経済を計測する上で欠かせない競争促進的なものである。反面、将来的な価格についての情報を交換することはほとんどカルテルをやっていることと同じである。いかなる情報交換までが適法な情報交換かについて、以下のような先例が展開している。

Maple Flooring 事件⁴²では、同業者間で過去の価格情報が配布された事例であるが、このような過去の統計的情報については、価格情報であっても違法な情報交換とは判断されないと判断された。これに対し、Container 事件⁴³では、事業者は競争者が顧客に提示してい

³⁹ Maple Flooring Manufactures Ass'n v. United States, 268 U.S. 563 (1925)

⁴⁰ United Kingdom Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992 L68/19 [1993]4 CMLR 358

⁴¹ Maple Flooring Manufactures Ass'n v. United States, 268 U.S. 563 (1925)

⁴² Maple Flooring Manufactures Ass'n v. United States, 268 U.S. 563 (1925)

⁴³ United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

る価格を顧客や自らの記録で割り出せない場合、競争者から直接、価格情報を提示しあうという情報交換を違法な合意と判断している⁴⁴。このような情報の交換は、現在の情報交換であり、秘密の値引きを抑制し、市場を透明にする効果を有するため、違法とされたものだが、今日的には、価格協定の証拠としても活用の可能な事例である。

価格の情報交換が現在だけでなく将来の価格の情報交換である場合はさらに競争阻害効果が高まる。将来の情報交換が、価格の事前公表によって行われる場合は、追随値上げは、合理的活動となる余地があるが、会合において将来の情報をどうするかについて意見交換するということはカルテルの会合そのものと考えられ、将来の価格の情報交換についての証拠がある場合は、原則的に刑事手続が活用されている。このような会合に出席しながら、自分は価格を情報交換したレベルに上げる意図はなかったという議論は、実際にその者が価格を引き上げた場合はもちろん引き上げなかった場合においても抗弁となり得ない。

なお、情報交換合意については合理の原則によって判断されるということは、民事訴訟上目的又は効果についての主張立証が必要とされる⁴⁵。これに対して、当然違法とされる価格協定については、民事上は目的・効果の立証は不要である (Socony Vacuum 事件⁴⁶でそのように判示されている)。Gypsum 事件は刑事事件であるが、裁判所は、民事事件の情報交換合意の違法になる基準についても、傍論で「民事事件では、犯意(mens rea)の立証は必要でなく、競争阻害効果を立証すれば足る。」との判断を示している。

3 刑事手続におけるカルテルの認定

(1) 当然違法類型に属する行為の場合

刑事事件においては、犯意の立証が必要であるが、当然違法原則の適用される価格引上げの場合、価格引上げについての認識があれば、当然に犯意は立証されていると考えられている。ただし、状況証拠から黙示の合意を認定する場合についてはやや議論がある。当局が当然違法を直接証拠から立証できなかった場合には、当局は犯意の立証を要求される

⁴⁴ 本判決は、価格情報の交換合意を当然違法とするものではないが、合理の原則の適用にあたり、価格情報交換の合意にある要因(plus factor)が加われば、違法となり得ること、当該産業の市場構造的要因もプラスファクターになり得ることを前提とし、品質面に差がなく、価格競争が最大の競争手段であり、供給過剰により、価格が下落傾向にある市場構造の場合、価格に関する情報交換活動はカルテルを誘発する競争阻害効果の強いものであるとの判断を行ったものであると理解されているが、むしろ、本件の価格情報の交換が「過去」の価格情報ではなく、「現在」の価格情報である点も本件の情報交換が違法とされた重要な要因として考えられる。一般に、情報交換に「現在」価格の情報が含まれているとすれば、情報交換は価格を透明にし、抜け駆け的価格競争を抑制するため競争阻害効果が強いものと考えられる。

⁴⁵ 刑事上は、さらに目的及び効果まで主張立証されなければならない。

⁴⁶ United States v. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

とする先例もあるといわれる。

(2) 合意の成立か存在か

アメリカの場合の事実認定は陪審によってなされるが、陪審に対しどの会合によって事実認定がなされたかそのカルテルの合意が成立した時期についての検察官の主張が正しいかについて陪審員が認定する事実として、陪審員指示(jury instruction)が与えられるわけではなく、単にカルテルの合意が存在しているかどうかだけが陪審員指示の対象となる(これは民事事件でも同じである)。例えば、アメリカの刑事手続で検察官が会合 A で合意が形成されたと主張したが、陪審員は会合 A ではカルテルの合意は形成されておらず、べつの会合 B においてカルテルの合意が形成されたと心証形成した場合、検察官の側から会合 B においてカルテルの合意が成立したという主張がない場合においてもカルテルの合意の認定は一般に妨げられない。

US v. MMR Corp. 事件(1990 年)⁴⁷では、入札談合に関する陪審員指示の内容も争点となり、被告は、シャーマン法 1 条の合意(conspiracy)として落札者より高い入札を行うか又は入札をしない旨の合意があるかないかを判断するよう陪審員に対して指示すべきであったと主張したが、裁判所は、陪審員に対する指示は、特定の内容の合意があったか否かではなく、単にシャーマン法 1 条に反する合意が存在したか否かだけであると判断している。

(3) 情報交換活動の場合

これに対し、情報交換活動については、合理の原則で判断されるため、目的(犯意)⁴⁸及び効果まで立証されなければならない。犯意については、主要な 6 製造業者が価格を検証しあうプログラムにより情報交換活動を行っていたとして刑事訴追された Gypsum 事件において、被告はこのような価格情報の交換を行うのはロビンソン・パットマン法上の対抗価格の抗弁として許容される価格引下げを適法な形で行うためになされるもので、被告には情報交換を行うための正当な目的があるから違法な情報交換活動ではないと主張したことに関し、最高裁は、刑事事件においては、当局は競争阻害効果だけでなく情報交換活動の目的を立証する必要があり、目的(犯意)は価格に影響する価格情報の交換から法律上推定されるものではないと判示した。

Gypsum 事件の結果、情報交換合意より、価格の合意さえ示せば違法とされる価格協定そのものの方がはるかに立証しやすいことになったため、情報交換活動そのものを理由として刑事訴追される例はほとんど見当たらなくなり、情報交換活動を状況証拠とした価格協定により刑事訴追が行われるようになった。その場合、上記 2 で既に述べたとおり、将来

⁴⁷ US v. MMR Corp., 907 F.2d 489 (5th Cir. 1990)

⁴⁸ この目的の立証は日本における故意の立証(有責性の立証)に近いと考えられる。

の価格についての情報交換活動はカルテルの決定的証拠として活用されている。

II EC における立証対象と状況証拠からの事実認定

1 EC における合意・コンサーティッドプラクティスの意義と推認理論

(1) コンサーティッドプラクティスの意義と二通りの活用

EC 競争法では、合意(agreement)以外に concerted practice を行為要件に取り込んでい
る。ただし、concerted practice は協調行動と訳されることが多く、ここから EC 競争法に
おけるカルテル規制の範囲が、アメリカ反トラスト法より広いものとして議論されること
があるとすれば、その前提は正しくない⁴⁹。既に指摘しているように、concerted practice
がカバーする範囲はアメリカの黙示の合意論がカバーする範囲より広い範囲にわたるもの
ではなく、EC 条約 81 条の合意プラス concerted practice がシャーマン法 1 条の agreement
とほぼ同じ射程を有するという関係にある。以下に示すように、concerted practice は、
アメリカで並行行為プラスファクターから合意を認定する場合に活用されるよりも(その
ような例として、以下の(2)で紹介する事例を参照)むしろ、会合はあるが、会合での結論
が不明、あるいは価格の引上げ幅等の価格協定の条件が決まった時点がはっきりしない案
件で、合意を認定するのがためらわれた初期の案件について、concerted practice を認定
した事例が多い(そのような例として、以下の(3)で紹介する事例を参照)。もっとも、この
ような場合に合意が存在していないというわけではなく、合意と concerted practice のいず
れに該当するかを区別することは意味がなく、合意と concerted practice は一体的に解釈
されるべきであるとの準則を明らかにした。そうすると concerted practice を並行行為プ
ラスファクターから違法行為を認定する協調行動規制のみに対応するかにみえる協調行動
と訳すのは必ずしも適切ではないといえる。そこで、本報告書では、concerted practice
をコンサーティッドプラクティスとそのまま表現することにし、合意又はコンサーティッ
ドプラクティスを一体解釈する場合など、両者を総称して用いるときは「合意等」と表記す
ることにする。

Dyestuff 事件⁵⁰はコンサーティッドプラクティスの意義を判示し、会合による合意がなく
とも並行行為プラスファクターから 81 条違反の合意等を認定できることを示したリーディ
ング・ケースである。本件は、事前公表と並行的価格引上げという協調行動規制の問題に
ついて、各国市場が分断されているとの市場構造的要因がある場合において、「値上げの
事実公表と引上げの時期・引上げの割合が同一で、価格引上げが、市場の分断構造に全く

⁴⁹ そのような、前提での議論となっているように思われるものとして正田彬編 『全訂独占禁止法 [I]』
(日本評論社 1980) 230 頁。アメリカ反トラスト法の合意概念を「カルテル契約」的に捉えた上で
の議論となっている。

⁵⁰ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619 CMLR 557

影響を与えないような、価格引上げが行われた場合、独立した並行行為の結果と考えるのは不自然過ぎる。」として、81 条違反を認定した事例である。この基準は反トラスト法の Interstate Circuit 事件で示された独立した並行行為の結果と考えるのは不合理な場合に、合意を認定するのに似通っている。「市場の正常な条件に対応しない競争条件が導かれることは、価格引上げを成功させようとの共通の意図なしに説明できない。」と述べている点も、Interstate Circuit 事件における独立した行為というにはリスクの高すぎる行為がなされという状況と似通っており、独立した経済行為としての合理性のない場合にコンサーティッドプラクティスを認定する点でもインターステート理論に通じる点があるといえる。本件で、3 度目の価格引上げの前にスイスのバーゼルにおいて協調行動参加者の会合が開かれ、その会合で 1 社が、価格引上げの時期・引上げ幅など具体的に価格引上げを明らかにしたのに対し、他社が検討中である旨応じたという証拠があり、価格を議題とする会合が開かれている事案であり、会合からの合意の推認が可能な事例であり、そのようにせず、あえて協調行動規制の理論を打ち立てた点も Interstate Circuit 事件と共通している。

また、本件で、コンサーティッドプラクティスを「合意が形成される段階まで達していないけれども、競争上リスクを生ぜしめる当事者間の協力(coordination)の方式である。」と定義したことは、会合はあるが、会合での結論が不明、あるいは取決め(価格の引上げ幅等)の条件が決まった時点がはっきりしない事例について、コンサーティッドプラクティスを活用する道を開くもので、以下の(3)で解説するとおり Suiker Unie 事件⁵¹、Pioneer 事件⁵²では、コンサーティッドプラクティスを合意の推認理論の代替として用いている。

(2) 協調行動規制としてのコンサーティッドプラクティス

協調行動規制としてのコンサーティッドプラクティスに関しては、アメリカ、カナダ、スカンジナビアの材木パルプの製造業者の国際カルテルが問題になった Wood Pulp II 事件⁵³において、「並行行為は協調行動であることが並行行為に対する唯一の説得力のある(only plausible reason)場合にのみ、協調行動の証拠になる。」との重要な準則が判示された。

本件の事実関係及び判決要旨は以下のとおりである。木材パルプ市場は製造業者と顧客の間の長期的関係に特徴があり、価格について、製造業者は四半期毎に、次の四半期の最高価格を公表し、顧客のためにパルプの必要量の確保を保証していた。欧州委員会は、この価格公表システムと値引きシステムにより、製造業者は取引の不確実性を低減することができるので、事前の価格公表システムは協調行動の証拠になるものとして、「協調行動」

⁵¹ Suiker Unie v. Commission [1975] ECR 1663 [1976] 1 CMLR 295

⁵² Musique Diffusion Francaise v. Commission (Pioneer), [1983] ECR 1825 [1983] 3 CMLR 221

⁵³ Ahlstrom v. Commission (Wood Pulp II) [1993] I ECR 1307 [1993] 4 CMLR 407

を認定した。しかし、欧州裁判所は、裁判所は並行行為は協調行動であることが並行行為に対する唯一の説得力のある説明(only plausible reason)である場合にのみ、協調行動の証拠になるものと判示し、以下のとおり、公表システムや値引システムでは取引の不確実性は低減せず、事前告知のシステムをもって「協調行動」の証拠とすることはできないものと判断した。ただし、本件でも、情報交換活動についての違法性は認定されている。

価格公表システムについては、欧州裁判所は、欧州委員会が提出したテレックス・文書などの書証について釈明を求めたのに対し、欧州委員会は、「並行行為のすべての関連企業及び全期間にかかるもの」と回答した。欧州裁判所は、この回答では、それぞれの書証について協調行動をとった当事者及び協調行動の時期の特定ができないとして、これらの書証を証拠から排除することを決定した。その結果、当事者間の事前の接触については証拠がなく、4半期ごとの価格公表システム、価格の公表時期の一致又は近接性、公表価格の一致が、違法な協調行動であることの唯一の説得力のある説明(only plausible reason)であるかが判断された。本件においては鑑定証人が、価格公表が同時に行われることは木材パルプ市場の特性(特に市場の透明性)に基づく必然的結果であり、並行行為は市場の正常な機能の結果であるとみなす方が協調行動であるとみなすよりもより説得力のある説明であると証言しており、裁判所はこの鑑定証拠に依拠し、協調行動であるとの委員会決定を覆した。

Wood Pulp II 事件の、「並行行為は協調行動であることが並行行為に対する唯一の説得力のある(only plausible reason)場合にのみ、協調行動の証拠になる」との基準自体はアメリカにおける Matsushita 事件の「状況証拠により共謀を立証する場合に被告が独立して行動しているという可能性を排除するものでなければならない」との基準に非常に近い表現となっており、マツシタ・モンサント準則の影響が認められる。ただ、唯一の説得力のある(only plausible reason)場合のみカルテルの証拠となるというのは狭すぎ、接触に関する証拠が排除されなければ(上記のとおり、本件は、接触に関するすべての証拠が排除された結果、プラスファクターがなくなり、並行行為だけが証拠となっている特殊な事例であることに注意が必要である。)、マツシタ・モンサント準則に従えば、協調行動を認定できる事例ではないかとの疑問もある。実際、マツシタ・モンサント準則のもとでも、アメリカでは、「被告が独立して行動しているという可能性を排除するものでなければならない」という点は、100%の確実性を原告に課すこととまで要求されていないとの実務運用(Toys"R"Us 事件参照)により、1990年代において Petroleum Products 事件、航空業界におけるプライス・シグナリング等協調行動規制について一定の成果を収めてきたのに対し、ヨーロッパでは、本判決以降、会合の存在のない並行行為の事例については、協調行動を認定することに慎重となっており、会合の存在しない不合理な並行行為についての規制の実務運用の水準は、「協調行動」(concerted practice)を違法行為と明記していないアメリカの方が厳格(規制に積極的)である。ただし、ECでは、1990年代以降は、情報交換活動自体を積極的に規制することで、協調行動規制に対応しようとしている。

(3) 合意の推認理論の代替としてのコンサーティッドプラクティス

Dyestuff 事件はコンサーティッドプラクティスの意義を「合意が形成される段階まで達していないけれども、競争上リスクを生ぜしめる当事者間の協力(coordination)の方式である。」と定義したことは、会合はあるが、会合での結論が不明、あるいは価格協定(価格の引上げ幅等)の条件が決まった時点がはっきりしない案件で、合意の成立を認定するのが明確でない事例について、コンサーティッドプラクティスに該当することで、最終的合意の内容が不明であるので合意が成立していないとの主張を封じるように運用されており、むしろこちらの運用の方が重要である。

Suiker Unie 事件⁵⁴は、価格協定の事例ではなく、水平的独占的販売契約の事例であるが、そのような事例では、価格引上げより合意の内容の立証が難しい。本件で、事業者は、「合意」の条件が明らかでないことから共同計画の立証はなされていないと主張したが、本判決により、共同計画の全容の立証はなされていなくとも、すなわち、独占的取扱いの条件などの合意内容の詳細が明らかでなくとも、条件について協議(判決では、「接触」(contact)と表現されている。)されたことが立証される場合は、(接触によって相手方の行動を知り得る場合には、自ら単独で行うことによる不確実性のリスクが除去されているのだから、)コンサーティッドプラクティスを認定できるとするものである。その結果、いわゆる合意の成立時期、取決めの条件などの合意内容の詳細が明らかでなくとも、違法な行動がなされれば、その協議の結果、違法な行動が推認できるとするものである。このような、コンサーティッドプラクティスの活用により、合意がどこで成立したか、取決めの具体的条件は何かを明らかにすることは欧州委員会に求められなくなり、単に合意又はコンサーティッドプラクティスが存在したということだけが、立証の対象となった。

Pioneer 事件⁵⁵は、垂直的制限に関する協調行動の事例であるが、そこで示されたアプローチは Suiker Unie 事件理論の延長にある。本件ではホテルの会合で並行輸入についての話し合いがなされたことは認められるものの、パイオニアが協調行動の阻止を具体的に指示した証拠は提出されなかった。しかし、裁判所は、パイオニアが並行輸入を阻止しようとしたという具体的証拠を提出しなかった以上、ホテルの会合への参加によりコンサーティッドプラクティスに賛同したものと推定できると判断した。これにより、当事者間で違法な行動を行うことについての会合がある場合、会合での結論が明らかにならなくとも(会合で違法行為を行うことの結論がはっきりしていなくとも)、コンサーティッドプラクティスを認定できるとの理論が確立した。

⁵⁴ Suiker Unie v. Commission [1975] ECR 1663 [1976] 1 CMLR 295

⁵⁵ Musique Diffusion Francaise v. Commission (Pioneer), [1983] ECR 1825 [1983] 3 CMLR 221

(4) ドイツのカルテル契約論

このような運用が生じた背景として、EC においては、日本同様、合意をカルテル契約的に発想する見解も当时に存在したからであると思われる。ドイツにおいては、かつて、カルテルの合意についてカルテル契約と解釈した裁判例があるが、この裁判例の結果、ドイツ法が EC 条約 81 条に矛盾する(カルテルの成立範囲が狭くなる)ことになったため、EC 競争法との調和の観点から concerted practice が条文に追加されたという経緯がある⁵⁶。EU で合意の推認理論として、コンサーティッドプラクティスが活用されたことは、「合意」という概念に関し、1980 年代前半まではカルテル契約的な発想が EU でも残されていたことを示しているともいえる。最近の Pre-insulated Pipe 事件では、「合意」は民法上の合意とは異なるものであることが判示され、最終的な包括合意が形成される以前の交渉過程における初期段階においても合意が認定される場合もあること、合意は状況証拠から推認され、ある観点からは不明確な特定しないものであってもよいこと、合意又は共同の計画(common scheme)へのコミットメントの程度は多様であり、内部的に利益相反があり、時にはある参加者が他の参加者をだますことがあっても、合意の存在を妨げないことが説示され(共同体裁判所もこの決定を支持している)、合意は私法上の合意とは異なる概念であること、最終的な合意でなくとも、81 条 1 項の agreement に該当し得るとされ、カルテル契約的な発想からの訣別が明確な形で示された。

(5) 合意とコンサーティッドプラクティスの一体解釈論

Pioneer 事件の後、欧州委員会及び欧州裁判所は、合意とコンサーティッドプラクティスについてはどこまでが合意で、どこからがコンサーティッドプラクティスカを明らかにする必要がないとの準則を打ち立てた⁵⁷。まず、欧州委員会は、かつて合意とコンサーティッドプラクティスの間に概念的な区別が必要であるとの立場をとっていたが、1980 年頃の Van Landewyck v Commission 事件⁵⁸において合意とコンサーティッドプラクティスを区別することは意味がないとの法務調査官 Reich の見解に依拠し、この区別を行わずに合意又はコンサーティッドプラクティスが存在するという形でカルテルの立証を行うようになってきている。例えば、下記に詳細に紹介する Polypropylene 事件では、欧州委員会は、合意とコンサーティッドプラクティスを区別せずに(以下「合意とコンサーティッドプラクティスの一体解釈論(joint classification)」という)、当事者企業が合意等に参加したと事実認定したが、CFI は複雑なカルテルの事案では欧州委員会は合意とコンサーティッドプラクティ

⁵⁶ 細田 孝一 「ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル概念とその立証」 ジュリスト 967 号(1990 年 11 月 15 月号)参照。

⁵⁷ Whish Competition Law (Fifth Edition) Butterworths (2001) p.78 -81

⁵⁸ Van Landewyck v Commission [1978] ECR 2111

スを正確に区分することができないが、いずれの行為も 81 条に違反することにはかわりがないので両社を正確に区分する必要はないとして、合意とコンサーティッドプラクティスの一体解釈論を許容した。

(6) 「全体として単一の合意」の概念

複雑なカルテルにおいては長期間において全体として単一の合意等(a single overall agreement)が成立する。Polypropylene 事件以来、欧州委員会は全体的な一個の合意というコンセプトを発展させてきた。これは、多数回の会合と多数回の並行的な価格引上げがあり、多数回の会合の中にはある当事会社が欠席する場合もあり、欠席した当事者が価格引上げを行わなかった場合もあるような事案について、これを 1 個の合意等とみなすことができるとの理論である。同事件においては 15 社が 7 年以上にわたり、会合と価格引上げを繰り返していた。ただし、この当事者の中にはすべての会合に参加していない当事者もあり、当事者の一部には意思決定を明確にしておらず、むしろ自らはカルテルに同調せず、他の当事者を出し抜いて利益を上げようとたくらんでいる当事者もいたという事案についてこのような当事者にも 81 条 1 項違反の合意が成立するものと判断した。PVC 事件⁵⁹において CFI はこの全体としての単一の合意というコンセプトを支持し、当事者企業は、会合の一部にしか参加せず、一部の価格引上げについてのみ参加したという場合でも全体としてのカルテルに責任があるとした⁶⁰(ただ、参加の度合いについては制裁金額の算定においては減額事由として考慮される)。カルテルについては、効果が発生しなくても価格引上げについての目的を持って合意することだけで 81 条 1 項違反の合意が存在することも明らかにした。

(7) 接触・会合への参加という事実と証拠の十分性

カルテルの場合、証拠となる書面を発見することはできず、カルテルの証明は状況証拠を積み重ねるという方法によらざるを得ない。このような場合、接触・会合への参加の事実があるものの決定への参加自体について明白な証拠がない場合、接触・会合への参加の事実がどの程度まで状況証拠として証明力を有するかが問題となるが、この点についても Polypropylene 事件(CFI 判決)⁶¹は先例となっている⁶²。前記の Polypropylene 事件決定の決

⁵⁹ PVC OJ 1989 L74/1; [1990]4 CMLR 345, PVC II OJ 1994 L239/14

⁶⁰ Limburgse Vinyl Maatschappij NV etc v. Commission (1999)

⁶¹ 決定取消訴訟は各事業者ごとに分離して判決が下されており、主要なものは以下の通りである。Hercules (T-7/89), [1991] ECR II-1711, [1994] 4 CMLR 84, ICI (T-13/89), [1992] ECR II-757, Shell (T-41/89), [1992] ECR II-757

⁶² Marc vander Woude, 'The Court of First Instance: The First Three Years' (1983) 16 Fordham Int'l LJ 412, Valentine Korah Cases & Materials on EC Competition Law (2001) p.303

定取消請求訴訟において、CFI は、次のような点を証拠の十分性の分析の基準に挙げ、CFI はほとんどの当事者について全体のスキームへの関与について十分な証拠があるとした。

- (i) 当該企業は競争者と接触していたか
- (ii) 当該企業は会合に出席していたか
- (iii) 当該企業は会合における決定に参加していたか

(iii)については、当該企業の課長級の者が会合に出席していれば当該企業が決定に参加したとの推定は決定的なものであろうとする。

(8) Pre-insulated Pipe 事件

Pre-insulated Pipe 事件⁶³決定は、「合意」と「コンサーティッドプラクティス」の意義、カルテルの事実認定の分析手法など、それまでの先例理論を整理・発展させた重要な先例である。本件で、欧州委員会は、「コンサーティッドプラクティスとは、合意が事前に存在しなくても、相互に依拠して協調を生み出しやすい状況を作り出す協調のための道具(collusive devices)を故意に設置し、これに従うことをいう。⁶⁴」として Dyestuff 事件におけるコンサーティッドプラクティスの定義をより具体化した上、複雑なカルテルの事案では合意と協調は行動が判然一体とな行われ、競争を制限する場合があります、このような場合、(合意とコンサーティッドプラクティスをいちいち区別せず)全体として一個の 81 条 1 項違反を認定することができるものとしている⁶⁵。

さらに同判決では合意の意義についても次のように述べ、カルテル契約的に「合意」を解釈すべきでないことを明確にしている。「合意」は民法上の合意とは異なるもので、基本計画に対する特定の合意だけでなく、当事者が関与する共謀の過程を一体として合意と認定することができる。また明確に合意したものだけでなく、合意に基づく実行も「合意」と認定することができる。参加者の各自の行動を拘束するルールを含む最終的な包括合意が形成される以前の交渉過程における初期段階の合意についてもカルテルが認定される場合もある。合意は状況証拠から推認され、ある観点からは不明確な特定しないものであってもよい。合意の一部が他の一部と矛盾することもあり得るし、合意によって競争が完全に排除されない場合もある。参加者の合意又は共同の計画(common scheme)へのコミットメントの程度は多様であり、内部的に利益相反があり、時にはある参加者が他の参加者をだま

⁶³ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402

⁶⁴ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 パラ 130。アメリカにおける「助長のための道具の理論」であり、Hercules 事件においても同趣旨の判示がなされている。

⁶⁵ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 パラ 131。Polypropylene 事件以来のアプローチを確認するものである。

すこともある。合意をしていますがカルテルが破られ、むしろ激しい価格競争が起こることもある。このような事情は合意又はコンサーティッドプラクティスの認定を妨げるものではなく、継続した 1 つの競争者の競争制限行為が存在しているものと認定できる。不確実性が除去されてしまうことが合意の要件となるものではない。その過程でカルテル参加者が増えたり減ったりすることは起こり得る。ある参加者が計画の細部すべてを了解しているわけではない場合でもカルテルの認定を妨げるものではない。」⁶⁶

2 情報交換合意及び情報交換活動からのカルテルの認定

価格情報交換合意自体が 81 条 1 項に違反するか否かについては、81 条 3 項の適用免除に関する Cobelpa 事件⁶⁷、Hasselblad 事件⁶⁸及び欧州委員会告示により、統計情報を事業者団体を通じて配布することは許容されるが、情報交換の対象が企業の営業秘密に属する情報の場合、違法な情報交換合意となるとの一般理論が確立しているが、EC 競争法の実務においても、価格情報の交換は価格カルテルの証拠として活用されることが多い。

前述した Polypropylene 事件は、情報交換活動からカルテルを認定している点でも重要な先例である。EC 競争法でも、価格についての情報交換は 81 条 1 項に該当するとされるが、価格についての情報交換それ自体を 81 条 1 項違反と認定する場合と情報交換から価格協定を認定する場合がある。1980 年代には、できる限り価格協定を立証して、巨額の制裁金を課し、抑止効果を高めようとしていたように見受けられる。Polypropylene 事件のホテル会合における情報交換は、情報交換活動と斉一的な価格引上げが組み合わせられることにより価格協定を認定している重要な先例となっている。

1990 年代に入ると、価格、生産量についての情報交換自体を 81 条 1 項違反の合意と認定し、巨額の制裁金を課す例も現れている。U.K. Agricultural Tractor 事件⁶⁹では、情報交換契約は、正確な販売量、正確な市場シェア、商品別の生産量、地区毎及び月毎の細かい販売量など営業秘密とされるような事項に及んでいた。他方、本件における市場は、80% を 4 社で占め、88% を 7 社で占める寡占市場であり、情報交換契約に参加していない企業の市場シェアは 12% に過ぎなかった。広汎な販売網とサービスネットワークが参入に不可欠であり、また顧客のブランド・ロイヤリティも高いので新規参入のための参入障壁は高かった。共同市場外からの輸入はほとんどなかった。契約当事者は定期的に情報交換のための会合を開いていた。情報交換により、不確実性と秘密性が排除され、競争者の競争方法を察知して直ちに対策を取ることが可能となっていた。

裁判所は以下のような理由から本件の情報交換を 81 条 1 項に反するものとした。情報交

⁶⁶ Pre-insulated Pipe Cartel OJ 1999 L24/48; [1999] 4 CMLR 402 パラ 134

⁶⁷ Cobelpa/VNP OJ 1977 L242/10; [1977] 2 CMLR D28

⁶⁸ Hasselblad, 2 December 1981 OJ 1982 L161/18; [1982] 2 CMLR 233

⁶⁹ United Kingdom Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992 L68/19 [1993] 4 CMLR 358

換により、あらゆる(秘密の)競争手段(販売量の増加、販売価格の低下)は直ちに他の契約当事者の知るところとなり、他の競争者は追隨した行動をとることができるので、競争手段を最初に用いた当事者はリスクにのみさらされ、リターンを得ることが難しい。それゆえ、契約当事者間で競争手段をとる動機付けを失わせることになる。不確実性こそ競争により生じる正常なリスクであり、不確実性の排除はこのような活発な競争を抑制することになる。これらの情報交換は価格に及んでいないが、価格についての情報は電話を使えば直ぐ入手できるし、顧客の方から価格情報をもってくるので、価格情報が含まれていないことにより適法とされるものではない。新規参入者がこの契約に加入しなければ、この者は市場の情報入手について、競争者に比べ不利な地位に立たされる。逆にこの契約に加入してしまうと、新規参入者が行う積極的競争手段は直ちに競争者の知るところとなり、対応策がとられるので積極的競争手段により、市場シェアを拡張することは困難である。そうすると結局リスクを冒して市場に参入するインセンティブがないことになる。

本判決は寡占市場における情報交換活動に関し、市場構造を考慮して情報交換がどこまで許されるかを判示したものである。本判決は、価格情報の交換を含むものではなく過去の統計的情報であっても、それが詳細に渡り、隠れた競争を排除することになれば違法となることを確認した重要な判決である。

U.K. Agricultural Tractor 事件⁷⁰に依拠し、反競争目的のために用いられる情報交換を81条1項違反として欧州委員会が審判開始を決定したCartonboard 事件⁷¹がある。本事件は、1986年半ばから1991年4月にかけて、欧州にCartonboardを供給する同製品製造業者19業者が、市況、製品価格、各社の供給能力等についての情報を交換し、同製品の価格引上げ、市場分割等のカルテルを行ったと欧州委員会が認定したものである。本事件において、欧州委員会は、会合における事業者の秘密に当たる情報の交換は、合意した価格を実施する状況が可能な限り都合のよいものであることを確認するための明らかに反競争的なものであり、そのような会合はカルテルを助長する道具(facilitating device)であると認定している⁷²。また、情報交換の目的が反競争的なものであるならば、カルテルとして摘発するために欧州委員会が必ずその市場に与える影響を分析しないといけないというわけではないが、本件では、関連市場へ与える悪影響を示す証拠が存在するとして、上記製造業者が人為的に需給を調整して、カルテル価格の維持を図っていることを記載している⁷³。

2000年代に入っても、U.K. Agricultural Tractor 事件における「不確実性こそ競争により生じる正常なリスクであり、不確実性の排除はこのような活発な競争を抑制することになる」という考えは維持されている。組織的な情報交換活動から81条1項違反が認めら

⁷⁰ United Kingdom Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992 L68/19 [1993]4 CMLR 358

⁷¹ Cartonboard OJ 1994 L243/1 [1994]5 CMLR 547

⁷² Cartonboard OJ 1994 L243/1 [1994]5 CMLR 547 パラ 134

⁷³ Cartonboard OJ 1994 L243/1 [1994]5 CMLR 547 パラ 127

れ、莫大な制裁金（総額 1 億 2426 万ユーロ）が課された欧州の Lombard Club 事件⁷⁴は、オーストリアの銀行が 1994 年から 1998 年までの間、金利の変化率や広告手段等について意見交換するために、300 回以上、会合（毎月開催される各社トップレベルの会合が Lombard Club と呼ばれる。）を開催し、貸出金利や各種サービスに対して消費者が支払う手数料等についてカルテルを締結していた事件であるが、欧州委員会は「このような定期的な会合を重ねることにより、本件原告（オーストリアの銀行）は競争業者の競争的な事業活動についての不確実性を除去する若しくは少なくとも減少した」⁷⁵と認定し、81 条 1 項違反を決定している⁷⁶。

⁷⁴ Commission press release of 11 June 2002, 14 December 2006。EC 決定については、<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/36571/en.pdf> を参照のこと。なお、本件は、2002 年 6 月の EC 決定に対し、原告（オーストリアの銀行）が制裁金の額について、CFI に不服を申し立てたが、2006 年 12 月、CFI が EC 決定を支持するほぼ支持する判決を出したものである。

⁷⁵ EC 決定（<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/36571/en.pdf>）パラ 423

⁷⁶ ただし、本件では、カルテルを立証する文書等の証拠が多数存在している。"The hundreds of documents found – minutes of meetings, memoranda, records of telephone conversations, correspondence, etc. – unearthed a network of cartel committees which covered the whole of Austria and all banking products and services as well as advertising, or rather the lack of it" (Commission press release of 11 June 2002)

第3章 行政事件におけるハードコアカルテルの事実認定の現状とその課題

1 不当な取引制限の意義

日本では、カルテルは3条後段の不当な取引制限として規制される。3条後段の不当な取引制限の要件は(1)共同して対価を決定し、維持し、もしくは引き上げ、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を拘束し、又は遂行すること(相互拘束・共同遂行)及び(2)一定の取引分野における競争の実質的制限である。欧米の合意(EUでは合意又はコンサーティッドプラクティス)に相当する要件は、相互拘束又は共同遂行である。相互拘束と共同遂行の関係については、通説は、共同遂行に独自の意味はなく、相互拘束が行為要件であると解している。しかし、この行為要件は、共同行為と呼ばれることが多い。報告者は、本章4で述べるとおり、行為要件は「事業拘束」と表現することが最も適切であると考えているが、本報告では、行為要件として共同行為という用語を用いることにする。共同行為という行為要件が、合意と異なるかについては、意思連絡があれば足り(東芝ケミカル事件)、合意よりも広いと解され、通説は、日本の共同行為の要件は、欧米の合意(EUでは合意又はコンサーティッドプラクティス)と同様の射程を持っており、東芝ケミカル事件により、並行行為と独立した行動をとることを排除した証拠があれば合意の存在を認めるとの理論をとることも可能であると解していると思われる⁷⁷。しかし、(本章で詳説するとおり、カルテル契約的発想⁷⁸が依然として残るため)アメリカの合意やEUの合意プラスコンサーティッドプラクティスという行為要件よりも限定されたものとして運用されているのが実務の実情である。共同行為・相互拘束・共同遂行の意義・関係については、これまでのいずれの学説にも問題があり、実務の現状を整理した後に、行為要件の再構成を本章5で提案する。

(2)の競争の実質的制限の要件は、通説によれば市場支配力の形成である。したがって、一定の取引分野において価格を引き上げたカルテルの参加者が相当程度の市場シェアを有している事実の認定が必要とされる。加えて、学説の中には競争の実質的制限に関し、市場に対する具体的害悪が生じること及び共同行為との因果関係を求める見解があり、その見解に依拠しているとみられる8条1項1号に関する審決がある(日本冷蔵倉庫協会事件⁷⁹)。しかし、カルテルの成立に関して、因果関係⁸⁰を考慮すべきではなく、この点についても、本章5で詳説する。

⁷⁷ 条解独占禁止法 65・66 ページ

⁷⁸ カルテルの合意を私法上の合意とパラレルに捉える考え方から、合意の内容、成立時期が特定され、最終的な合意内容、合意に拘束力があることが立証される必要があるというアプローチをいう。

⁷⁹ 審判審決平成12年4月19日

⁸⁰ EUでは、市場に対する影響又は取引制限を行う意図ないし計画が要件とされるが、ハードコアカルテルの事例においては、市場に影響を与える意図が明白であるとして、ハードコアカルテル自身が認定される事例において、これが独立した問題となることはほとんどない。

2 カルテル契約的発想の実務・学説への影響と先例の展開

(1) カルテル契約的発想の実務・学説への影響

日本では、合意ではなく相互拘束又は共同遂行(共同行為)という文言を用いているので、カルテル契約的に相互拘束又は共同遂行(共同行為)を解釈する必然性はなく、学說的にもカルテル契約として解釈する必要はないとの解釈が確立している。しかしながら、実務的には、石油カルテル刑事事件判決⁸¹以後、カルテル契約的発想が判審決の中に強く残存してきた。カルテル契約論的発想とは、不当な取引制限における合意の立証対象ないしその事実認定の手法について、私法契約における契約の成立要件の考え方に従ったアプローチをとる考え方である。この考え方によると、合意の成立時期、合意(取決め)の内容・条件、合意が最終的なものか、合意に拘束される意図を有していたか等が問題となる。三菱ビルテクノ審決が、「いつ、どのように共同して、各社の標準料金につき、いかなる内容の共通の認識を形成するに至ったのか明らかでなく、本件料金協定を認めることはできないといわざるを得ない。」としたのは、典型的カルテル契約論のアプローチである。三菱ビルテクノ事件審決は、東芝ケミカル高裁判決によって克服されたが、立証の対象を抽象的価格引上げ(談合では話し合って決めるという合意)の存在のみで足りるところまではいっておらず、共同行為の成立時点や価格引上げ幅など合意の内容が明らかにされねばならないというカルテル契約論の残滓のような考え方が、最近の私訴の損害賠償請求事件などで実務上根強く残っている。カルテル契約論の発想を完全に克服できていない限り、並行行為プラスファクターからハードコアカルテルを認定するいわゆる協調行動規制を行うことは極めて難しく、日本で協調行動規制が行われない理由はここにある。

日本の学説は一致して、共同行為とはカルテル契約ではないと解しているにもかかわらず、実務のカルテル契約的発想による判断を批判してきていない。学説は共同行為の意義の問題ととらえ、相互拘束と共同遂行の關係に多くの学説が生まれるに至った。今日では、どの学説に立とうと(いわゆる共同認識説に立たなくとも)、(東芝ケミカル事件の先例に依拠して)共同行為は意思の連絡で足りると解されることから、今日では、アメリカのような協調行動規制をとることが可能となっていると解する見方が多いように思われる。ところが、他方で、学説は、意思の連絡を、事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致の三種類に分類して整理するものが多い⁸²。この場合、その意思の連絡が生じた時点の問題にしたり、意思の連絡によって形成された共同意思の具体的内容(例えば価格引上げ幅)は何かというところまでの立証が必要であると解するならば、共同行為を意思の連絡に置き換えたからといって、協調行動規制が可能となるものではないことに注意が必要である

⁸¹ 最判昭和 59 年 2 月 24 日

⁸² 金子・川濱・泉水 独占禁止法第 2 版 50 頁。条解 65 頁。

⁸³。合意であろうが共同行為であろうが意思連絡であろうが、価格の引上げ幅をどうしたか、どのような計画で価格を上げようとしたか、その取決めの条件は何かなどまでの立証が必要と解されたり、共同行為(意思連絡)の成立時期が特定され、最終的な共同行為(意思連絡)の内容、共同行為(意思連絡)に拘束力があることが立証される必要があると解されれば、カルテル契約的アプローチに逆戻りすることになるのであり、上記の学説の整理は、カルテル契約ではないとの学説の前提に矛盾しているように思われる(本章4で詳述する。)。問題は、合意であるか共同行為であるか意思連絡であるかのラベルの問題でなく、共同行為(意思連絡)の内容、成立時期、最終的なものであること、拘束される意思を有することなどが私法契約並みに要求されるものではなく、抽象的に価格の固定、生産量の制限などの事業活動の制限について、意思を通じ合う関係があれば足り、そのように意思を通じたか否かは、外形的な事実(並行的な価格の引上げ)とそれが独立の行動によって行われたことを排除する事実によって立証されるという共同行為の立証対象についての解釈論が確立するか否か、及びこれを立証対象事実を推認するために、どこまで徴表的事実や情報交換、当事者間の接触や話合いの事実などがどこまで状況証拠として活用できるかである。その意味で、以下では、本2の(2)以下で基本先例の展開を整理し、3で、「相互に事業活動を拘束し」の解釈として、抽象的に価格の固定、生産量の制限などの事業活動の制約について、意思を通じ合う関係があれば足り、そのように意思を通じたか否かは、外形的な事実(並行的な価格の引上げ)とそれが独立の行動によって行われたことを排除する事実によって立証されるという立証対象についての解釈論、4で、間接事実・状況証拠からの事実認定などの立証方法の問題を取り上げる。

(2) 昭和20年代の審判例(新聞販路協定事件)のアプローチ

この点につき、昭和20年代の審判例は、カルテル的発想ではなく、アメリカの Interstate Circuit 事件的な解釈をとろうとしていた。例えば、新聞販路協定事件⁸⁴がある。第2次世界大戦中、新聞販売をするべき地として、各新聞発行本社が立ち会う形での各新聞販売店間の相談により、各新聞販売店が一定地域内において事業活動を行うことが取り決められていた。終戦後、東京都内では約430の新聞販売店に編成され、昭和23年4月にこのような新聞販売についての地域制限を行う共販連盟が解散するまで続いていた。共販連盟解散後も1地域には1販売店のみが販売店とされ、同一地域に2以上の販売店はないとの実態が継続していた。これについて、公取委は各販売店が地域外に進出することは他の販売店が自己の地域に進出し、この地域を保全し得なくなることから地域協定が依然として効力を維持し続けているものとして3条後段違反を認定し、東京高裁もかかる判断を支持した

⁸³ この整理自体が、カルテル契約の発想の影響を払拭し切れていない点については、以下の4(2)で詳述する。

⁸⁴ 東京高判昭和28年3月9日

ものである。

本件は、EC 競争法の Soda ash 事件⁸⁵類似の事件である。協定が廃棄された後も事実上当事者間で協定内容が黙示的に維持されていたという事案について黙示の合意を認めるものである。ただ、本件について公取委は、他の販売店の地域に進出すれば他の販売店から自己の地域への進出を許し、結局自己の地域を保全し得なくなると認識していたことが黙示の合意になるとするが、今日的には、かかる認識は、カルテルの合意ではなく、並行行為の合理的な理由であるとも考えられるのであり、独立に行動したことを排除した証拠として十分ではないように思われる⁸⁶。

なお、入札談合について同様のアプローチを取るものとして、湯浅木材事件⁸⁷がある(第4章参照)。

(3)石油カルテル刑事事件

しかしながら、昭和20年代の審決例は実務上あまり省みられず、刑事事件である石油カルテル事件⁸⁸がむしろ実務の出発点となっているように思われる。この事件において検察官が、共同行為の成立時期及び価格引上げ幅までを立証しなければ有罪に持ち込めないとの立場から、事実上カルテル契約論的アプローチに立つ立証活動を行ない、裁判所も、ある被告人(太陽石油)には合意に拘束される意思がなかったことを理由として、同社を無罪とした⁸⁹。

石油カルテル刑事事件は、昭和48年の石油危機時にOPECによる原油価格の引上げに便乗して石油元売会社12社の営業担当役員らが5回にわたって、共同して石油製品の価格を引き上げる合意を結び、価格を引き上げた事例に対し、公取委がはじめて専属告発権限を行使したもので、専属告発権限行使後の検察庁と公取委の協力関係のあり方に関しても課題を残した事例である⁹⁰。本件では12社のうち1社(太陽石油)が無罪の判断を受けることになった。無罪となる理由として、最高裁は、(i)同社が5回の会合に出席しかつ会合後に価格の引上げを行っていたものの、同社が販売する石油製品の一部は日銀の卸売物価指数にリンクした価格で他の元売会社に売り渡すことが契約上義務づけられ、他の石油製品についても全量を原油の供給を受けている商社に売り渡しており、商社側に原価を把握さ

⁸⁵ Soda ash Solvey ICI 0J 1991 L152/1

⁸⁶ 本件は、厳格な地域制限という垂直的制限の事例であるが、本件で、裁判所は垂直的合意については、3条後段は適用にならないと判示している。

⁸⁷ 審判審決昭和24年8月30日

⁸⁸ 石油カルテル刑事事件 最判昭和59年2月24日 刑集38巻4号1287頁

⁸⁹ ある会合で合意が認定できる状況にある場合においても、その会合での賛否を明らかにしなかったものが、合意に従わないで別のやり方で価格を引き上げたと主張した場合、その当事者が合意に参加していなかったと判断した。

⁹⁰ 郷原信郎 『独占禁止法の日本的構造』(清文社 2004) 47頁以下、越知(2005)1057頁以下

れていることから、他社と同様に需要者との値上げ交渉を行うことができない立場にあったこと、(ii)価額の引上げ幅、引上げの時期などについては他の11社と異なる形態を採っていたこと、(iii)これらの事情から同社は合意の内容の実施に向けて努力する意思を有しておらず、また他社においてもそのことを暗黙のうちに了解していたのではないかという合理的疑いが未だに払拭されていないことを理由として述べている。

本判決を、「合意」の内容どおりに価格引上げがなされていなければ、合意に拘束される意思がなかった(疑いがある)と解した先例とみるべきではない。本件当時、通産省(現在の経済産業省)が、石油製品の値上げに関し値上げ幅を抑制するための行政指導を行っており、その行政指導が必ずしも弱いものではなかったため、行政指導を無視して各社がその個別的判断によって価額を引き上げることは事実上困難な状況があり⁹¹、強い行政指導に従って価格の話し合いが行われた点に特殊性があると理解すべき事例であり、価格についての話し合いについての行政指導が行われない場合についてまで、会合に参加しながら独自のやり方で価格を引き上げれば合意に拘束される意思がなかったものと判断した事例ではないと解すべきである。すなわち、(行政指導等により)会合への参加が強制されたため、やむなく会合には出たが、会合の結果に拘束される意思を持っていなかった当事者にのみ、違反行為の成立を否定した事例であると理解すべきである。

(4)三菱ビルテクノ事件

ところが、石油カルテル刑事事件の太陽石油に関する最高裁判決後、被審人から、同判決を、ある会合で合意が認定できる状況にある場合においても、その会合での賛否を明らかにしなかった者が、合意に従わないで別のやり方で価格を引き上げたと主張した場合、その当事者が合意に拘束される意思がなかったと判断された先例として主張されるようになり、審判事件実務において、合意の成立時点として主張された会合において共同行為の最終的内容が成立していなかったことを理由として、将来の価格引上げを協議し、将来の価格についての情報交換まで行っている(欧米でカルテルが否定されることはありえないような)事例に関し、カルテルの成立が否定された事例が現れた(三菱ビルテクノ事件)。本審決は、短い審決文のほとんどの箇所に致命的な誤りがあるように思われる。以下、大きな、視点での誤りをイタリック体で示しつつ、審決を紹介する。⁹²

三菱ビルテクノ事件の概略は次の通りである。

⁹¹ 判決は「値上げに関する通産省の了解を得る必要があったという特殊事情があったために業界の価格に関する話し合いが独禁法上一切許されないと解することは妥当でないと述べている。」

⁹² 本審決に肯定的な評釈として、村上 政博 『独占禁止法研究Ⅲ』(弘文堂 2000)「価格カルテルの状況証拠による認定」

- ① 昭和 57 年 3 月頃：昭和 58 年度の昇降機の保守の標準料金値上げについての要請と了承
- ② 昭和 57 年 6 月～7 月：引上げ幅の協議
- ③ 昭和 57 年 8 月初旬～半ば：標準料金の改定案について、三菱と日立との間で情報の交換
(この結果、三菱と日立は 3%の価格引き上げ案を内部的に決定)
- ④ 昭和 57 年 8 月 17 日：標準料金の値上げ幅についての協議
日立や三菱は 3%程度を考えていたが、日本オーチスは 5%程度、東芝は 4%程度と意見が分かれていた
- ⑤ 昭和 57 年 8 月 8 日頃：三菱の担当者が各社を訪問し、各社の改定案を三菱の用意した用紙に記入し、三菱の担当者に交付。この聴取結果を基に三菱が一覧表を作成
- ⑥ 三菱は改定案をフジテック、日テレの担当者に伝達。併せてフジテック・日テレの改定案についての連絡を受ける。
- ⑦ 昭和 57 年 8 月 31 日、被審人 5 者での会合：審判官は当日における価格カルテルの成立を否定。
- ⑧ 三菱の担当者が上司に、昭和 57 年 8 月 31 日以後各社からの価格についての情報の訂正の報告を受け、保守料金一覧表を作成して上司に報告

(三菱ビルテクノ事件審決)

「8 月 31 日の・・・会合で・・・料金協定・・・をしたというのであれば、当然に、三菱の担当者は、被審人 5 社に対して被審人各社の改定案を具体的に報告し、・・・その報告に基づき各社の改定案について検討してしかるべきもの[**そもそもの経験則違反**]と思われるが、右事実を直接認めるに足る証拠はなく、本件全証拠によるも、事前にあるいは 8 月 31 日の本件会合において、三菱の担当者が被審人 6 社の改定案をとりまとめた一覧表等を配布した事実は認められず、右会合における議題数(13 議題)と会合の開催時間・・・を考慮すると時間的にも被審人各社の改定案を詳細に検討する余裕はなかったと思われること[**そもそもの経験則違反**]、・・・実質的な討議、検討がされたとすれば 8 月 31 日前に行われていたとみるのが相当であるが、本件全証拠によるも、右のような事実を認めることができないこと、・・・に照らすと、被審人 6 社は、8 月 31 日の本件会合において三菱の担当者の収集した各社の改定案を検討し、本件標準料金表どおりの料金(確定額)に改定することを決定したとは考え難い面がある[**カルテル契約論的アプローチの誤り**]ことは否定できない。」

「三菱の担当者が被審人 5 社に三菱の改定案を教える代わりに各社の改定案を収集した行為について右が・・・料金協定の前提、準備行為として行われたものであれば、事前に三菱の改定案を参考、基準にして、他の被審人の改定案を調整し決定するという趣旨の話し合いがあつてしかるべきである[**そもそもの経験則違反**]」・・・そして、右のような話し合いがなされるとすれば、・・・8 月 18 日の会合以外には考えられないところ、審査官は右会

合でそのような方針が打ち出されたとの趣旨の主張をまったくしておらず**[刑事事件的アプローチの誤り]****[要件事実論の誤った適用]**、・・・また、・・・被審人 6 社が自社又は自社系列メーカー製の昇降機のみを保守している現状では、事前の話合いもなく、被審人 5 社が三菱の改定案を知るのと引換えに自社の改定案を教えることは有り得ないことではないこと・・・等を考えると、被審人各社は、被審人 6 社間との料金協定を前提とすることなく個別に自社の改定案を調整したと考える余地もある。**[刑事事件的アプローチの誤り]****[そもそもの経験則違反]**

「被審人 6 社が、本件昇降機の標準料金につき何らかの料金協定をしているとの疑いは拭いきれない**[刑事事件的アプローチの誤り]**が、本件全証拠によるも、被審人 6 社が、いつ、どのように共同して、各社の標準料金につき、いかなる内容の共通の認識を形成するに至ったのか明らかでなく**[カルテル契約論的アプローチの誤り]**、・・・本件料金協定を認めることはできないといわざるを得ない。」

本件の誤りは、カルテル契約論的アプローチをとったことだけにとどまらず、(a)刑事事件的アプローチ⁹³プラス経験則違反及び(b)要件事実論を誤って適用しているという問題があり、この点についても略述する。

(a)については、カルテルの成否について合理的疑いがあるかという基準で判断しており(何らかの料金協定をしているとの疑いは拭いきれないと説示している)、かつその判断には経験則違反がある。(i)「8月31日の会合で料金協定をしたというのであれば、当然に、三菱の担当者は、被審人 5 社に対して被審人各社の改定案を具体的に報告し、その報告に基づき各社の改定案について検討してしかるべきものとした点、(ii)右会合における議題数(13 議題)と会合の開催時間考慮すると時間的にも被審人各社の改定案を詳細に検討する余裕はなかったと思われることを、8月31日に協議が行われていないことの理由とするが、カルテルの謀議というのは目配せでも成立するものであり、時間をかけた協議は必要ないという経験則に違反している。

また、「三菱の担当者が被審人 5 社に三菱の改定案を教える代わりに各社の改定案を収集した行為について、右が、料金協定の前提、準備行為として行われたものであれば、事前に三菱の改定案を参考、基準にして、他の被審人の改定案を調整し決定するという趣旨の話合いがあってしかるべきである」とするが、情報交換に、事前の交渉がなければならないとする理由はなく、価格情報の交換から話合いが推認されるというのが、本来の事実認定の流れである。

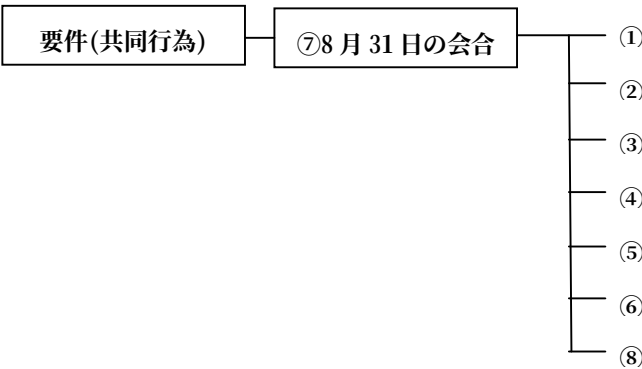
さらに、審査官主張の変更がない場合に、異なる判断ができないとした点は、審判開始決定書を訴因的に解釈するとの誤りを犯している。8月18日の会議を推認する必要があるのであれば、「審判開始決定書記載の事実については、社会的同一性があれば、審判の範囲

⁹³ 日本の審判手続が刑事裁判化していることの問題については、越知保見「欧州委員会の聴聞手続と改正独禁法への示唆」 国際商事法務 2006 年 9 月号, 10 月号参照。

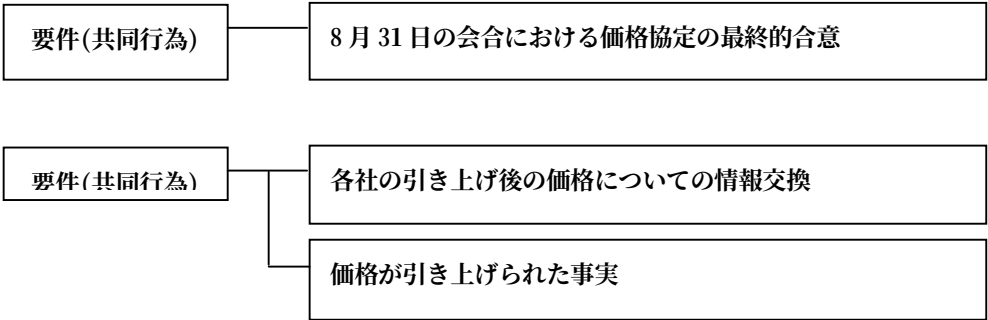
は、審判開始決定書記載の事実と多少異なった事実に渡ったとしても事実の同一性を害せず、審判手続全体の経過からみて被審人に防御の機会を閉ざしていない限り許される」(東宝スバル事件、第1次粉ミルク事件、日本冷蔵倉庫協会事件)とする先例に依拠し、8月18日の会議を認定すればよい(ただし、本件で、そもそも、そのように特定の会合での合意の成立を認定する必要はない)。

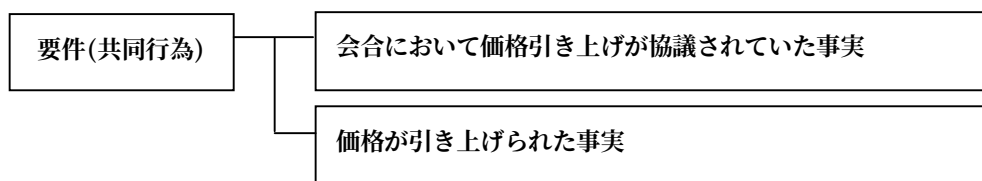
(b)については、直接証拠から事実認定できないことにより、要件事実が立証されていないとしていることである。すなわち、三菱ビルテクノの事案においては、⑦を除く①乃至⑧の事実が認定されているのに、⑦の事実なしに共同行為(合意)を認定できないと解しているが(下(i)参照)、本来的事実認定のあり方としては、合意が最終的に決定した会合からの直接証拠による事実認定だけでなく、将来の引上げ価格についての価格情報を交換していたという事実及び価格引上げの事実からの事実認定(将来情報の交換を決定的間接事実として事実認定する場合)、引上げについての交渉と価格引上げについての事実という間接事実から事実認定を行う場合という状況証拠からの事実認定の方法があり、審決はこのような分析を行わずに、直接証拠から事実認定できないことにより、要件事実が立証されていないとしている。この点をブロックダイヤグラムで示せば以下のとおりである。

(i) 三菱ビルテクノ事件審決の事実認定の仕方



(ii) 三菱ビルテクノ事件の本来の事実認定の仕方





(5) 東芝ケミカル事件

東芝ケミカル事件⁹⁴は、共同行為の推認の枠組みを明らかにしたもので、カルテル契約的発想ではなく合意の存在だけを要件とする欧米型の発想に接近したと見られる判決である。ただし、本件は、価格の引上げ幅などまで、黙示の合意の対象にしているともいえ、Interstate Circuit 事件のように大胆に立証対象を価格引上げ合意で足りるとしたのではなく、立証対象自体についてのカルテル契約論的発想の残滓が認められる(これが要件事実論の考え方にあるのではないかと考えられる点について第6章参照)。本件の事実関係は以下のとおりである。

東芝ケミカルは、テレビ、ビデオテープレコーダー等の機器のプリント配線板の器材として使用される紙基材フェノール樹脂銅張積層板等(以下「本件商品」という)の市場において、同業7社とともに合成樹脂協会の担当部会に所属していた。昭和60年6月10日の臨時部会において、大手3社から本件商品を平米あたり300円又は15%の値上げを行いたいとするとする表明があり、残り5社に対する追従値上げの要請が行われ、同要請に対して5社から特に反対の意見は表明されなかった。

8社に対し、独禁法3条後段違反であるとの勧告を行い、同業7社は勧告を応諾したが、東芝ケミカルは、かかる部会において同社は表明を受諾したわけではないから合意は成立しないとして、これを審判手続で争った。公取委は、この主張を認めず、東芝ケミカルの違反行為を認め、東京高裁もこの判断を支持した。

東京高裁は、「意思の連絡とは複数の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、事業者相互で拘束する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引上げ行為を認識して、暗黙のうちに容認することで足りる。対価引上げがなされるにいた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り、そして右のような観点からすると、特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思

⁹⁴ 東芝ケミカル事件 東京高判平成7年9月25日 審決集42巻393頁

の連絡があるものと推定されるのもやむをえないと言うべきである」①8 社が事前に情報交換・意見交換の会合を行っていたこと、②交換された情報・意見の内容が本件商品の価格引上げに関するものであったこと、③その結果としての本件商品の国内需要者に対する販売価格引上げに向けて一致した行動がとられたことが認められる。すなわち原告は本件商品につき、同業 7 社の価格引上げの意向や合意を知っていたものであり、それに基づく同業 7 社の価格引上げ行動を予測した上で、昭和 62 年 6 月 10 日の結果の決定と同一内容の値上げをしたものであり、右事実からすると原告は 7 社に追隨する意思で右価格引上げを行い、7 社も原告の追隨を予想していたと推認される。」と判示して、カルテルの合意を認定した。

本件は、会合の存在と、会合における価格引上げ合意の存在が認定されることを前提に会合において明示に合意への参加を(明確に)表明しなかったが、価格を引き上げた当事者について合意を認定した(当然と言えば当然の)事例である⁹⁵。本判例は、意思の連絡の意義を明らかにし、推認の準則を明らかにした点はきわめて重要であり、3、4 で詳述する。

3 共同行為(合意又は意思の連絡)の対象・成立時期についての実務の現状

(1) 共同行為(合意又は意思の連絡)の対象・成立時期

合意の事実認定については、カルテル契約的発想のもとで価格の上げ幅、合意の成立時点を立証する必要があるとの認識に立ち、審査官主張の日時に、合意が成立していないこと、最終的な価格の引上げ幅を合意する直接証拠がないことから、カルテルの成立を否定した事例である三菱ビルテクノ事件審決があるが、現状の実務は、東芝ケミカル事件高裁判決を活用しつつ、三菱ビルテクノ事件審決を克服しようとしている。合意の成立時点の特定に関しては、東芝ケミカル事件高裁判決により、価格引上げ日までに、実際に引き上げた金額、又は引上げ公表価格(実務上は打ち出し価格と呼ばれる)まで引き上げる旨の合意があったと認定することができる結果、今日の実務では、●月●日でなくとも、価格の引上げ日までに合意が成立したと主張をすればよいとの考え方がとられるようになっている。その意味で成立時点も実質的には立証対象でなくなっているといえる。

価格の引上げ幅についても、合意の内容として価格の引上げ幅の立証まで必要であるとの認識は根強い。その理由として、価格引上げ幅について決まっていなくても価格を引き上げようと決めただけで合意が成立するとすれば、協議が続き、引上げ幅について交渉している段階の証拠が出ている状況でも、最初に価格引上げを合意した時点でカルテルの合

⁹⁵ ただし、石油カルテル刑事事件では、会合に出席し、価格を引き上げた 1 社について無罪とされている。本件の被審人の主張は、同事件の判例に依拠したものと思われる。ただし、同事件で無罪となった者は、会合の結果と同内容の価格引上げを行ったものではない。同判例については後記 4. を参照。

意が成立したことになるが、合意は実行可能なものである必要があり、引上げ幅をあとから交渉している証拠が出てくると価格を引き上げようと決めた段階の合意は実行可能なものではなかったのではないかと疑問が生じるからであるとされる。

しかし、東芝ケミカル事件高裁判決により、価格引上げ日までに、実際に引き上げた金額、又は引き上げ公表価格(実務上は打ち出し価格と呼ばれる)まで引き上げる旨の合意があったと認定することができることと解されている結果、実際に引き上げた金額、又は引き上げ公表価格(実務上は打ち出し価格と呼ばれる)まで引き上げる旨の合意があったと主張することができることとされているので、価格引上げ幅をどこで決めたかを立証する必要はなくなっており、その意味で価格引き上げ幅は実質的には立証対象でなくなっているともいえる⁹⁶。

既に、ほとんど形骸化したといえるにもかかわらず、合意の成立に固執する理由として、課徴金の算定に関する 3 年の除斥期間との関係で合意の成立時点の認定が不可欠だとする意見がある。しかし、課徴金算定の問題は、価格引上げや落札した事業者にのみ課されるもので、その始期は「実行としての事業活動を行った日」の解釈になるのであり、事業活動とは、価格引上げ又は入札であるから、価格の引上げ行為時や入札日が課徴金算定の関係での始期となるのであり、課徴金算定の基準時の問題のために合意の成立時を確定しなければならない必要性は存在しない。(公訴時効の起算点の問題については、第 7 章参照。)

除斥期間の問題以外に、合意の成立が必要だとする見解の背景は、日本の要件事実論で、私法上の合意の要証事実として、特定の日に成立した〇〇という内容の合意が原告の要証事実と解されていることから⁹⁷、これとカルテルの合意をパラレルに考えることによって生じているように思われるが、その考え方がカルテル契約そのものであり、私法上保護されるべき契約の要件事実と同じものを私法契約として保護されるものではないカルテルにおける合意に応用すること自体に合理的理由がない。法文上は、「相互にその事業を拘束し、又は遂行すること」が要件となっているだけであり、特定の日に成立した〇〇という内容の合意が要証事実であると解さなければならない理由も見出し難い(下記 4 を参照)。

価格の引上げ幅についていえば、上記のような、除斥期間からの理由もなく、価格引上げ幅を合意の対象とすることの合理的理由はいっそう見出しがたい。

価格引上げ幅を合意の対象としたうえ、打ち出し価格により、打ち出し価格まで価格を引き上げる旨の取り決めを守る意思があったと解するのは、最終的合意の立証が必要という考え方に結びつきやすく、ある特定時点における最終的な合意という最も保守的な見解

⁹⁶ 同判決により、打ち出し価格を公表するという行動が合意に基づく行動であって、そこから拘束を導くことができるので、實際上それだけ価格が上がらなかった場合にも、拘束がないとは言えないと解されている、という見方すら生まれた。

⁹⁷ 私法上、執行力をもって保護される契約であるためには、内容が特定される必要がある。執行可能性が判断できないような不明確なものは、私法上保護に値する契約ではないとの考え方によるものであろう。ただし、日付までが要証事実かについては疑問がある。

に逆戻りしやすくなることが懸念される。また、打ち出し価格というような価格の公表がないような場合にも対応が困難となる。具体的な価格上昇幅までの立証は不要と考える方が、現実的であり、この考え方で実務を確立していくべきである。

なお、価格を引き上げる合意の存在でなく、価格引上げ時までのある価格引上げ幅についての合意の成立が要件(事実)と解すると、何が直接証拠かについての範囲に違いが生じる。欧米的に、価格を引き上げる旨の合意で足りるとすれば、価格を協議していることが立証されている個々の会合はすべて、カルテルの直接証拠となり得る。会合はあるが会合の内容が不明な会合でも、その会合の目的がはっきりしない理由が不自然すぎ、合理的に考えるとカルテルや入札談合の謀議に違いないとの心証が形成されるなど、場合によっては状況証拠となり得る。しかし、価格引上げ時までのある価格の引上げ幅についての合意の成立を要件(事実)とすると、最終的な合意内容が確定した会合以外については、価格を協議している会合であっても状況証拠としかなり得ないのではないかと思われ、カルテルの対応に不慣れな裁判所において、三菱ビルテクノ事件の誤りを生じやすい危険がある。

また、攻撃防御の対象を確定するためには、合意の内容・成立時点が主張されなければ反証活動が行えないとの手続的保障の観点に依拠して、特定の日に成立した特定の内容の合意が要証事実になるとして主張されることもある。しかし、攻撃防御(手続的保障)の観点からは、カルテルの合意として主張される個々の事実(状況証拠)について、釈明により主張内容が明らかにされれば足りることであり、要証事実の特定とは別問題である。

なお、共同行為という要件を、「過失」の概念と同じく規範的要件であり、その基礎となる事実を主張しなければならないと解した場合には(その見解に賛成し得ないことについては、第6章参照)、基礎となる事実とは、会合の存在や情報交換などのコミュニケーションに関する具体的事実であり、特定の日に成立した特定の内容の合意は具体的事実の結果の評価であって要証事実ではなくなるであろう⁹⁸。

(2) 最終的な合意内容が立証される必要があるか

単に価格引上げ合意の存在があれば、違法な合意の存在を認定できるとの欧米のアプローチに立てば、最終的合意にこだわる必要がないのは自明である⁹⁹。しかし、価格協定で価格の引上げ幅を合意の内容として主張しなければならないと解した場合には(そのような

⁹⁸ なお、民事要件事実講座2(青林書院 2005) 336頁(藤山雅行)は、行政訴訟における裁量権行使の適否を基礎付ける事実に関し、このような規範的要件を基礎付ける事実が間接事実であり、裁量権行使の範囲を逸脱又は濫用したとの主張だけで、弁論主義の観点での主張は十分であるとする。

⁹⁹ ECのPre-insulated Pipe事件決定では、「参加者の各自の行動を拘束するルールを含む最終的な包括合意が形成される以前の交渉過程における初期段階の合意についてもカルテルが認定される場合もある。このような合意は状況証拠から推認され、ある観点からは不明確な特定しないものであってもよい。合意の一部が他の一部と矛盾することもあり得るし、合意によって競争が完全に排除されない場合もある。」と説示している。

アプローチは誤りであるが)、最終的合意内容を立証しなければならないのではないかと、三菱ビルテクノ事件のように合意の成立した会合における料金表が、実際の価格引上げ行動と一致しない場合に立証がなされていないと考えるべきではないかとの疑問が生じる。しかし、最終的合意の成立を立証する必要があると解したとしても、最終的な合意の成立を直接証拠から立証する必要はないので、価格の引上げ幅についての協議が行われていたことが立証されれば、実際の引上げ内容に改定された合意が価格引上げ時まで成立していることが推認され、最終的な合意内容が直接証拠により立証されなくとも、合意の立証は妨げられない。

しかし、そのような推認理論を介入させねばならないこと自体に、最終的合意内容を立証しなければならないと解する説の問題がある。そもそも、最終的な合意に至るもの以外は準備行為であるという考え方は、契約の履行が国家によって保護される私法契約理論の世界の議論であり、「法的拘束力」のあるはずもないカルテルの事実認定を契約法のアプローチで考えることはナンセンスなものである。

実際的にみても、カルテルが行われる場合の会合は実務レベル、部長レベル等各段階の会合が錯綜してカルテルの意思が形成されることが多いが、会合レベルでの引上げ幅などが相違したり、矛盾する場合も同様である。いずれにしろ価格引上げの合意がなされているのであるから、合意の認定が妨げられるものではない。複数のレベルの会合が矛盾していても価格引上げが実行に移されることはよくあることである。

(3) 合意の拘束力(合意に拘束される意思)はどこまで必要か

最終的な合意でなければならないとの主張は、カルテルの合意のあとに各社が、価格引上げ幅を調整すれば、合意に拘束力がなかった(合意に拘束される意思がなかった)との主張もみられる(三菱ビルテクノ事件の審判官はそうのように考えられている。)。そのように評価できるならば、カルテルを行うものは、合意後、引上げ額を修正して実行すればカルテルが存在しなくなるという(したがって、カルテルは合意後に自ら引上げ幅を変えることで合法化されるという)おかしな結論になってしまう。これも私法上の契約の拘束力の観点から、相互「拘束」を解釈しようとするカルテル契約的発想の表れである。後記 5 で詳述するが、2 条 6 項では「相互に事業活動を拘束し」と規定されているのであるから、「拘束」とは、「当事者」を拘束するのではなく、「事業活動」を拘束するものであり、事業活動に制約が生じていれは拘束性の要件は充足されているのである。すなわち、合意したことが、独立した事業活動の決定の何らかの制約になっていれは(合意に影響されて事業活動の決定が行われていれは)、合意内容に 100%従っていないくても、事業活動に対する「拘束」が生じているといえる。カルテルは違法な合意であるから、合意に拘束されるといっても、私法契約のように常に 100%の実施が期待されるものではない。合意に従わなかったとしても(裁判所に履行請求できるものではなく、)私的制裁があるだけであり、そのような制裁に対しては、当局への通報という形で報復できるのでカルテルにおける拘束の意味はそれが自分にとつ

て得になるという損得勘定からの誘引以外ではなく、損得勘定からいったん合意した内容に従わないことはよくあることである。カルテルの合意が議事録から認定できるような事案であったとしても、各社は個別に自社の改定案を調整することはできるのであり、そのような可能性は、カルテルの認定を民事上はもちろん刑事上も妨げるものではない。拘束性の要件が満たされない場合とは、石油カルテル刑事事件の太陽石油の事例のように、会合への参加が行政指導により強制され、会社として会合の決定に従う意思はなく、実際に従ってもいない場合に限られ、このような場合が、東芝ケミカル事件最高裁判決で合意の拘束力を欠くとされる「特段の事情」に該当する。

(4) 審査官主張の事実と審判官の心証形成が異なる場合(弁論主義・不意打ち防止)

例えば、価格協定において3月22日の会議Aにおいて価格協定の合意が行われたと審査官が主張したが、3月22日の会議Aにおいては価格協定についての合意は行われておらず、3月12日の会議Bでカルテルの合意が成立したとの心証を審判官が得た。この場合、審判官はカルテルの合意を認定できるか。また、会議Bではなく被審人間の情報交換活動から価格協定を認定することができるであろうか。また、談合において、審査官が談合でチャンピオン(受注予定者)を決めるルールがAであったと主張したが、実際はそのルールとは違ったルールでチャンピオンが決まるという心証を審判官は得た。このような場合、審判官は談合の事実を認定することができるであろうか。

欧米では、ある時点における合意の成立を認定する必要はないが、認定される場合でも、この点は、当事者の主張に拘束されることなく、証拠から裁判官・審判官が自由に認定される。例えば、あるカルテルの会合が、Aという日とBという日に開かれ、審査官がBという日におけるカルテルの主張に固執したとしても、審判官はAという日においてカルテルの成立が認められるという心証を得た場合には、カルテルの存在を認定でき、また、Aという日かBという日かははっきりしないが、いずれにしろAかBの遅い方の日までにカルテルが存在していることの心証を得ている場合には、カルテルの存在を認定できることに疑いはない¹⁰⁰。この点は、アメリカの刑事手続であっても同様である。検察官の主張に拘束されるわけではない。陪審員はカルテルが存在するか否かを認定するのであり、カルテルがいつ成立したかについては認定しないし、いつカルテルが成立したとの主張を検察官が行ったとしても(そもそもアメリカの検察官はそうように主張を行わないようだが)、検察官の

¹⁰⁰ EC競争法の行政事件の実務について、私(越知)が多数の実務関係者に質問したところ、「審判官はAという日にカルテルが成立すると考えれば、その日にカルテルの成立を認定し、あるいは両方の会合により合意が形成すると考えれば、Aという日に会合が開かれその内容はこれこれ、Bという日に会合が開かれその内容はこれこれという事実認定をfact finding(事実認定)で行い、その法的評価としてカルテルが存在するものと評価できるとconclusion of law(法令の適用)の項目で書いておけばよい。」との意見であった。

主張の当否の判断に制約されるものではない¹⁰¹。このような、個々の会合の事実は状況証拠であり、状況証拠からの事実認定について、審判官(裁判官)は、審査官(検察官)の主張に拘束されるものではない。

談合ルールについても同様の考え方ができる。つまり、審査官が談合ルールはAであると主張していたとしても、審判官がそのルールとは違ったルールBでチャンピオンが決まるという心証を得た場合、審判官はルールBによる談合の事実を認定することができる。

この問題も、立証対象が何かで議論が変わってくる。立証対象を価格引上げ合意と解すれば、変更できることは当然である。弁論主義に関しても、合意の日時や談合ルールの内容は、要証事実ではなく、間接事実であるから弁論主義の問題にもならない。しかし、現行の実務では、当事者同士がある会合でのカルテルの成立に固執している場合、別の時点でのカルテルの成立を認定することは防御権の侵害という問題があるではないかとの考えが根強く、審判官は、審査官主張の事実と異なる事実認定をすることに慎重であり、まず、審査官に主張の変更を促す対応をとる必要があると考えているようである¹⁰²。しかし、防御権とは、主張の機会の保証であるが、裁判官がとる法的構成をあらかじめ示して、それについての反論を行う権利まで保障するものではない。このような機会の保証は、審級制度を通じて保障されているのであり、独禁法審判では、審決取消訴訟で是正される問題であり、主張の変更を促す必要はないと思われる。

4 不当な取引制限の解釈論の再検討

(1) 「共同して、相互に事業活動を拘束し」の意義

現在の実務のカルテル契約論の影響を払拭するためには、共同行為・相互拘束・共同遂行の意義・関係について、2条6項を整理し直す必要があると思われる。

2条6項は、不当な取引制限の定義について以下のとおり規定する。

「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、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」。

この定義で、不当な取引制限の行為要件は、相互拘束又は共同遂行であり、「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

¹⁰¹ アメリカの大手法律事務所・司法省でヒアリングを行ったが、すべての実務家は一致してこのように考えている。

¹⁰² このような主張の変更は、社会事実関係が同一であれば可能と解されている。また、審判官から主張の変更を促すことについて、刑事訴訟における訴因変更命令のような制約はないと解されている。

手方を制限する等」は、相互拘束又は共同遂行の例示であると解すべきであると思われるが、「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」として例示列挙された行為を共同行為と呼び、この「共同して」の文言の解釈として意思の連絡が必要となると解している。しかし、「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」の部分は例示なのであるから、このような行為を共同行為と呼ぶ必要はなく、相互拘束・共同遂行と呼ばばよいように思えるが、共同行為という呼び方が残された理由は、2条6項が、原始独占禁止法の2条4項及び4条を統合した条項であるという本条の立法経過に由来する。以下の規定が原始独禁法の2条4項及び4条の規定である。

第2条第4項 (不当な取引制限)

「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以てするかを問わず、他の事業者と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、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。」

第4条 (共同行為)

「事業者は、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 1 対価を決定し、維持し、又は引き上げること
- 2 生産数量又は販売数量を制限すること
- 3 技術、製品、販路又は顧客を制限すること
- 4 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること

- ② 前項の規定は、一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には、これを適用しない。」

原始独禁法の立法者の意図は、上記の原始独禁法の4条がいわゆるハード・コア・カルテルについての当然違法原則であり、2条4項は、水平的制限のみならず垂直的制限に適用される不当な取引制限一般の規定であったと思われるが、原始独禁法2条4項と4条を統合した後の現行法2条6項の解釈論としては、不当な取引制限は水平的制限にのみ適用されるとの解釈が新聞販路協定事件¹⁰³によって確立している。

4条の共同行為が2条5項の不当な取引制限の例示行為として規定されたとしても、同条においては一定の取引分野における競争の実質的制限が生じるとの要件がかかってくるため、4条の規定を2条5項に例示列挙する意義は乏しいと考えられるが、以後の解釈論では、ハードコアカルテルについての不当な取引制限の行為要件は、相互拘束・共同遂行ではなく

¹⁰³ 東京高判昭和28年3月9日

共同行為とよぶことが一般的となっている¹⁰⁴。

いわゆる、「意思の連絡」の問題は、上記の「共同して・・・(中略)・・・取引の相手方を制限する等」の部分(以下この部分を「例示部分」という)、特に「共同して」の解釈論として位置付けられている。しかし、意思の連絡の問題は、ハードコアカルテルだけでなく、不当な取引制限のすべての行為態様に共通するものであるから、「共同して、相互に」の部分の解釈問題と位置づけるべきではないと思われる。

まず、相互拘束と共同遂行の関係については、共同遂行に独自の意義はないと解するのが通説であるとされている¹⁰⁵。さらに相互拘束については、石油カルテル刑事事件最高裁判決において、「協定内容の実施に向けて努力する意思をもち他の者もこれに従うものと考えて当該協定を締結した場合には・・・(中略)・・・「相互に事業活動を拘束し」の要件を充足する」と解されている¹⁰⁶。

上記の解釈論により、「相互に事業活動を拘束し」の拘束性とは、法的な拘束性でないこと(私法上の binding の意味ではないこと)が、最高裁判例で確立されているにもかかわらず、「相互拘束」を合意と呼ぶことも多いため、独禁法に不慣れな裁判官が、合意とは、申込みと承諾から成る意思表示であるという私法的な感覚を「相互に事業活動を拘束し」の解釈に持ち込み、当事者が拘束されるという意味に解しがちである。三菱ビルテクノ事件審決はその典型例であるといえよう。「相互に事業活動を拘束し」の要件でいう「拘束」の原語は restricting であり、「制約」という意味である¹⁰⁷。定義語である取引制限とは、trade restraint であり、trade restraint とは事業活動に対する restriction であるというのが定義の本来の意味である。したがって、「共同して相互に事業活動を拘束し」とは、相互に「事業活動への制約」が生じることであり、事業活動への制約に関し、事業者間で意思の連絡があれば、不当な取引制限の行為要件が充足されるというのが本定義の本来の意味である。このような解釈の結果として、「相互に事業活動を拘束」する場合とは、価格の固定、生産量の制限などの事業活動の制約について、連絡行為により意思を通じ合う関係があれば足り、そのように意思を通じたか否かは、外形的な事実(並行的な価格の引上げ)とそれが独立の行動によって行われたことを排除する事実によって立証されることになり、本定義は、共同遂行について独自の意義がないと解釈しても、協調行動を規制する tacit collusion の場合まで射程に入れた定義であると解することができる。

¹⁰⁴ 4条が廃止されても、ハードコアカルテルに関する行為だけは、当然違法的に解したとの意図があったのかもしれないが、条文上はそうのように読むことはできず、単に概念の混乱を招いているだけのようにも思われる。

¹⁰⁵ 条解 69 頁

¹⁰⁶ かつて、公取委は昭和 34 年に行われた事前の申し合わせに基づく新聞購読料の一斉値上げについて、拘束力ある申し合わせがあったとの証明がなかったとして不当な取引制限の成立を否定したことがあったが、この解釈は変更され、申し合わせの実施・維持義務の有無にかかわらず不当な取引制限の行為要件である「相互拘束」を満たすものとして解釈している。

¹⁰⁷ 競争政策研究センター『原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆』 泉水文雄、西村暢史（2006 年）75 頁以下

現行の実務では、依然として、つまり、抽象的な合意、統一的に価格を決めて上げる、あるいは、協調的に値上げをするといった意思の合致では違法行為としての特定性を欠くとする実務家が多い¹⁰⁸が、特定性が必要という発想が、合意を私法契約的にとらえていることの結果であるように思われる¹⁰⁹。「合意」を、私法契約的発想を離れて、事業活動の拘束(制約)となるか否かの観点から考えれば、単純に値上げをするといった意思でも、「事業を拘束して」の要件は充足される。ただ、このような場合に価格引上げが行われなかったなら、そのような単純な(抽象的な)合意に拘束される意思はなかった(合意したのではなく、戯言を言っただけということになる)。しかし価格引上げが行われた場合には、価格引上げの事実は拘束性の重要な証拠となり、それが独立した行動であることを示すような特段の事情がない限り¹¹⁰、事業拘束性が立証される。したがって、合意が抽象的であることはなんら、「事業を拘束して」の要件充足の障害となるものではない。むしろこのような、単純な(抽象的な)合意のみを要件事実とするために、すなわち、私法上の合意概念にとらわれずに事業活動に対する制約が生じたか否かで、不当な取引制限があるかないかを決めるために、「合意」という表現ではなく、わざわざ「共同して相互に事業活動を拘束し」という表現が使われているように思われ、単純な(抽象的な)合意のみが要件事実であることが、事業拘束性の要件の本質であるように思われる。

また、違法行為の範囲が広がりすぎるのではないかという政策的懸念から特定性を要求する見解も生じ得るのかもしれないが、日本の独禁法の場合、行為要件が充足されても、競争の実質的制限が生じることを要求されており、カルテル・談合の範囲は十分に限定されているのであり、「共同して相互に事業を拘束して」の要件をシンプルに解したとしても、違法行為の範囲が広がりすぎるとの懸念が生じる懸念はなく、むしろ特定性・具体性を要することによる立証負担により、ナイーブなカルテルや地方の談合案件ばかりが執行の対象となり、隠蔽性の強い巨額のカルテル・談合についての執行が困難化するという政策上、許容しがたいアンバランスが生じる¹¹¹ことに注意すべきであり、政策的懸念からはむしろ、合意の内容は、単純な内容で足りるとの方向に向かわなければならない。

上記の観点からは、「拘束」の意味が当事者を拘束する契約的な意味で解釈されることを避けるためには、「共同して相互に事業活動を拘束し」の要件について、相互性を重視した

¹⁰⁸ 酒井論文脚注 40 参照。

¹⁰⁹ 要件事実論が、私法契約の「合意」に関し、特定性や明確性を要求するのは、大陸法上、契約として保護される「合意」に関し、英米法の *parol evidence rule* はないため、口頭の合意であれ、書面化された合意であれ、合意が存在すれば、その合意に対して法が保護を与えるという建前がとられていることに起因しているのではないかとと思われる。第 6 章 I 脚注 219 を参照。そのような法的保護を与えるための要件である特定性や具体性というアプローチを違法行為の限定の問題として用いることは不合理であり、政策的にも妥当でない。

¹¹⁰ 例えば、行政指導等により)で会合への参加が強制された場ため、やむなく会合には出たが、会合の結果に拘束される意思を全く持っていなかった場合(石油カルテル刑事事件で無罪となった太陽石油の事情である。本章 II.3 参照)がこのような例にあたる。

¹¹¹ 昨今の審判事件の長期化を見れば、懸念は現実化しているといえる。

いわゆる「相互拘束」という呼び方よりもむしろ事業活動への制約の点を重視した「事業拘束」との用語を用い、当該要件のうち「共同して相互に」を意思連絡の問題、「事業活動を拘束し」の部分をいかなる内容の拘束(制約)かという問題として整理するほうが適当であるように思われる。

(2) 「意思の連絡」の問題の位置づけ

いわゆる、「意思の連絡」の問題は、「共同して」の解釈論いわゆる共同性の要件の問題として位置付けられている。しかし、意思の連絡があれば相互性も同時に満たされ、行為要件の問題としては、後は事業活動の制約に向けられたものかという問題だけとなるので、「共同して、相互に」の部分の解釈問題と位置づけるべきではないかと思われる¹¹²。

5 共同行為又は意思の連絡の証拠、間接事実・状況証拠からの事実認定

状況証拠がどこまで集まれば、合意を認定できるかについては、東芝ケミカル事件高裁判決で「共同して、相互に」の要件が意思連絡を意味すると解されたことから意思連絡の推認の問題となることが多い。この推認の問題は、(i)会合・接触や競争者間での情報交換がある場合の意思連絡の推認の問題と、(ii)並行的な価格引上げその他の不自然な価格引上げはあるが、会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての直接的な証拠がない場合に、間接事実・状況証拠をそこまでカルテルの事実認定として活用できるかという問題がある。

(1) 意思連絡の推認についての考え方

学説では、意思の連絡を、事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致の3種類に分類して整理することが一般的のようである¹¹³が、意思の連絡を推認する間接事実、情報交換、公表など様々な事実があり、事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致は、限定列举として不適切であることはもちろん、例示列举としても適切ではない。むしろ、意思連絡は、事業拘束を生ぜしめるようなあらゆる連絡行動(コミュニケーション)を含み、コミュニケーションは、直接他の事業者に働きかける必要はなく、公表やプライスシグナリングのような情報拡散による場合も含まれると解することが重要である。しか

¹¹² 「共同して」の部分も例示として、「相互に」の解釈論と位置づける方がむしろすっきりするともいえる。

¹¹³ 金井貴嗣・川浜昇・泉水文雄 『独占禁止法第二版』(弘文堂 2006) 50 頁。条解 65 頁。白石忠志 『独占禁止法』(有斐閣 2006) (以下「白石(2006)」という。) 229 頁では、事前の連絡交渉、結果としての行為の一致とするが、意思連絡をめぐる間接事実はほかにもあることを銘記するべきとする。

し、意思連絡は、連絡行為により価格を引き上げること、生産量を削減することといった事業拘束の内容について意思の合致が生じた¹¹⁴ことまでの特段の立証を要求されるものでもなく、価格を引き上げること、生産量を削減することといった事業活動が独立して決定されたのではないことが伺われる程度の情報の伝播がなされていれば足りると解すべきである。意思の合致は黙示的なものも含むので、事業活動が独立して決定されたのではないことが伺われる程度の情報の伝播が立証できれば、黙示に意思の合致があると解することができるからである。例えば、情報交換により、価格を引き上げること(又はその他の事業活動)についての不確実性が除去されるか若しくは減少される場合には、事業活動が独立して決定されたのではないことが伺われる程度の情報の伝播がなされている場合に該当するといえる。

これに対して、なんらのコミュニケーションもなしに同じ事業活動の決定(価格引上げなど)がなされた場合、この決定について、他の事業者が同じ決定をすることを認識していたとしてもこれは意識的並行行為であり、「意思連絡」があったとは認められず¹¹⁵、「共同して相互に事業活動を拘束し」の要件は充足されないことになる。ただし、談合の受注調整の合意については、その合意を合意の相手方の協力なしに実行できないので、意識的並行行為という問題が生じず、連絡行動なしに意思連絡が生じる場合があると考えられる(第4章1(3)で詳述する。)

事前の連絡交渉、連絡交渉の内容、行動の外形的一致の3種類に分類して整理しようという発想はカルテル契約の発想に引きずられているように思われる。つまり、私法契約においては、契約は、事前の交渉を経て(事前の連絡交渉)、合意の内容が特定され(連絡交渉の内容)、それが履行される(外形的一致)ことであり、意思連絡をこのように整理したのでは、共同行為の意義を意思連絡に緩和した東芝ケミカル事件理論は骨抜きになってしまうであろう。東芝ケミカル事件判決では、複数の事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げ¹¹⁶を実施することを認識ないし予測し、暗黙のうちに容認することで足りるのであり、価格を引き上げるなどの事業活動の制約についての意思連絡であること以上に「事前」の連絡「交渉」があることやその内容を明らかにすることを求めるものではなくまた求めるべきでもない。意思連絡は、プライス・シグナリングのように価格引上げと同時になされるこ

¹¹⁴ 合意に意思の合致を要するとの見解として酒井論文22頁。

¹¹⁵ 東芝ケミカル事件最高裁判決では、歩調をそろえる意思があれば足り、連絡行為は必要ないようにも思われるが、本判決は、会合に参加した当事者において、歩調をそろえる意思により意思連絡を認めるものであり、なんらの連絡行為もなく、単に競争者の追随を予測しこれを確信して、価格引上げを行った場合(いわゆる意識的並行行為の場合)には、「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情がある」と言う除外要件に該当するというべきであろう。日本では、意識的並行行為の場合も、「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当すると解する学説があるが(いわゆる共同認識説)、東芝ケミカル事件最高裁判決がかかる立場をとったものとは解されていない。

¹¹⁶ 本来的には同内容又は同種である必要もなく、相手方が価格引上げを行うことを認識することで足りるというべきである。

とがあり「事前」である必要はないし、その内容が競争制限的行為を共同することへの誘因的なものであれば足り、その内容が特定される必要はない。独立して行動したことを排除する程度の連絡行為があれば足りる。行為の外形的一致に関しても、10万円の価格引上げに合意していた当事者のいずれかが7万円しか引き上げなかったとしても、意思連絡が否定されるものではないことは前記3(3)で述べたとおりである。

(2) 独立に行動したことを排除する証拠及び因果関係論

意思連絡があることは、独立に行動したことを排除する証拠からも推認される。この推認は、日本ではまだ行われていないが徴表的事実である不自然な価格形成プラスファクターによる合意の推認は、独立に行動したことを排除する証拠から合意が推認されるというアプローチなしに生まれ得ない。この問題を考えるに当たっては、カルテルや談合の場合、因果関係が問題にならないことを認識することが重要であるが、日本では、カルテルや談合の場合にも、共同行為(事業拘束)と競争の実質的制限との間の因果関係を問題にされることがある。¹¹⁷

因果関係論が問題となるのは、実行行為である共同行為(事業拘束)を行った当事者と結果である実施行為(価格の引上げ又は合意した価格での入札)を行った主体との間が異なる可能性があり、カルテルや談合の場合には、合意があるかないかはともかく、合意したことが疑われるものが価格を引き上げたこと自体は間違いがない。すなわち、価格引上げという行為自身を、被疑事業者が行ったことは疑いがなく、価格の引上げが独立に行われたか合意に基づいて行われたかだけが問題となるのである。そこから「独立に行動したことを排除する証拠がある場合にカルテルが認定される」という米国における合意を認定するための有名な準則が導かれるのである。つまり、価格の引上げという結果はいずれにせよ発生しており、これは合意の結果行われたか、独立した決定によって行われたかの2つの選択肢しかない。カルテルを立証するものは独立に行動したことを排除する証拠が示せれば、独立に行動したという可能性が消える結果として、合意に基づいて行動したことになる。つまりダイレクトにいずれかの会合や情報交換により合意が成立したことを立証しなくても、独立に行動したことを排除する証拠を示すことによってカルテルを認定することができるのである。この準則を示したMatsushita事件では、カルテルの認定が否定される理由付けとしてこの準則を持ち出したため、この準則は協調行動からの事実認定に慎重な米国判例の傾向を示す準則と位置付けられることもあるが、この準則自身は、「合意」の認定に関し、直接に合意そのものを立証しなくても価格の引上げに対し独立に行動したことを排除する証拠が示されれば、間接的に合意の存在が推認されることを明確にした点が

¹¹⁷ 白石(2006)128頁。企業結合であれば、企業結合という行動と将来的な価格引き上げの中に、起因性が必要であり、これを因果関係といってもよい。つまり、企業結合があろうとなかろうとかが価格が上昇する蓋然性が高ければ、企業結合により競争が実質的に制限されることにはならないと解される。

重要であり、その考え方は Interstate 事件の延長上にある点が看過されてはならない。Interstate 事件と Matsushita 事件の結論の相違は、独立に行動したことを排除する証拠の有無及び並行的な価格形成についての不自然性の度合いについての有無が決定的に異なるためである。

なお、意思連絡が事業活動を拘束することに向けられているか(事業拘束を生ぜしめるものであるか)を因果関係の問題というならば、因果関係の問題は存在するといえるであろうが、行為要件としての十分性の問題であり、行為と結果との間の関係を問題とする因果関係論の問題ではない。同様に、入札談合で、基本合意と個別調整の両者の因果関係を要する¹¹⁸というのも必ずしも正しくない。この両者が存在しなければならないものではなく、個別合意それ自身が事業拘束と評価できるならば基本合意との因果関係がなくとも個別合意自体を事業拘束行為と評価できるからである。

(3) 会合・接触・情報交換からの共同行為の推認

ア 会合・接触からの推認

- (i) 事業者 X が、価格についての話し合いがあった会合への出席を認めつつ、ある事業者が「うちは価格を上げざるを得ない」と述べたところ、X はそれに明示に同意しなかったが、明示に反対もしなかった場合に、カルテルの会合に参加する前に価格引上げを自分の意思で決めていたとの主張により、合意の参加を否定できるか。X が会合に出席しておらず、会合の結果について連絡を受けた場合はどうか。

欧米では、会合に出席した場合、この会合に参加した者は、会合で合意に参加するとの明確な意思表示をしなくとも、カルテルに参加するとの意思があったものと(事実上)推定され、これに対する反証は、事業者の側で行わなければならないとの推定ルールがある。この反証活動については、単に、会合後に社内で検討し、合意した金額どおり価格を引き上げなかったこと、合意とは別のメカニズムで価格を引き上げたこと、合意の半分程度しか価格を引き上げなかったこと、価格を全く引き上げなかったことという主張は、いずれもカルテルの合意を否定するに十分な反証があったとは認められないものと解されている。

日本では、石油カルテル刑事事件(太陽石油についての判断部分)において、ある会合で合意が認定できる状況にある場合において会合に出席したが、会合で合意に参加するとの明確な意思表示をせず、合意に従わないで別のやり方で価格を引き上げたと主張した場合について、当該当事者をカルテルに参加していないとして、無罪とした判断したため、審

¹¹⁸ 酒井論文 31 頁以下では、実務上、課徴金審判では基本合意と個別調整の両者の因果関係の立証が問題とされているようである。

判事件でも、カルテルの会合に参加していながら、カルテルの会合の合意の影響を受けずに独自に価格を決めたのであり、合意に参加していないとか合意がその者に対し、拘束力を有していないとの主張が繰り返される。しかし、同判決は、行政指導により、会合への参加が事実上強制されたために会合に参加した特殊な事例であり、自由な判断で会合に参加した事例についての先例とはなり得ない。東芝ケミカル事件高裁判決は、会合・接触から共同行為を推認する手法を説示したので、同事件判例により、この問題はある程度、欧米の事実認定の手法に従う基礎ができている¹¹⁹。同判決は、「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思の連絡がある。」と説示した。同判決により、会合に出席した場合、この会合に参加した者は、会合で合意に参加するとの明確な意思表示をしなくとも、カルテルに参加するとの意思があったものと(事実上)推定され、これに対する反証(特段の事情の立証)は、事業者の側で行わなければならないとの欧米流の推定ルールが確立したといえる。

上記の事例では、会合に参加し価格を引き上げているので、東芝ケミカル事件の推認理論が働くと考えてよい。カルテルの会合に参加する前に価格引上げを自分の意思で決めている場合、東芝ケミカル事件の特段の事情に該当するかが問題になるが、既に自分が価格引上げを決定していたなら会合に出る必要はなく、会合に出て、他の事業者の行動を知ることにより、自分の行動が損をしないことについての確信が得られるのであり、他の事業者の情報を収集した以上、他の事業者の事業活動による制約を受けているのであり、もはや「他の事業者と無関係に」価格を引き上げたとはいえない。カルテルの会合に参加することにより、自らの行動が損をしないとの確信が得られ、決定を実行に移すことについての不安が除去されるのであり、そのような効果を伴う以上、共同性も事業拘束性の要件も充足しているといえる。したがって、欧米と同じく、単に、会合後に社内で検討し、合意した金額どおり価格を引き上げなかったこと、合意とは別のメカニズムで価格を引き上げたこと、合意の半分程度しか価格を引き上げなかったことなどの主張は、いずれも特段の事情とは認められないものと解すべきであろう。(会合に参加したが、価格を引き上げなかった場合については、エを参照。)

では、会合に出席していないにもかかわらず、会合の結果について連絡を受けた場合はどうであろう。基本的に全く、カルテルによる価格引上げに応じそうにないものに連絡することは考えがたい。そのような連絡は、カルテルのアウトサイダーにカルテルを出し抜くチャンスを与える(敵に塩を送る)ことにしかならず合理的行動と考えられないからである。このような連絡を受けたものが、事前の社内決定に基づいて価格を引き上げたに過ぎ

¹¹⁹ しかし、学者や実務家のなかには、東芝ケミカル事件の射程の認識が十分でなく、事例の評釈ではカルテル契約的発想が抜け切れていないものも多く、審判廷でも、上記の主張は依然行われている。

ないと主張したとしても、連絡を受けたとき直ちにカルテルには加わらないことを表明していたこと(及び連絡を受ける以前の社内決定がなされていたこと)等が立証されない限り、合意への参加が推認される(立証されていると評価する)(広島市連合会事件¹²⁰ではこのような連絡によるカルテルへの参加が認定されている。)

イ 将来の価格情報の交換

- (ii) 事業者 X が、ある会合への出席を認めつつ、その会合で、価格についての話合いがあったことを否定し、会合の趣旨が業界内の一般的情報交換であると主張した。その場合に、会合参加者の間で現在、顧客に対して提示している価格の情報交換を行ったこと又は、将来の需給見通しから X は近い将来価格を引き上げる予定であるとの情報を会合参加者に伝達したことが証拠から明らかになった場合、違法行為を認定できるか。

欧米では、価格情報の交換が「過去」の価格情報ではなく、「現在」価格の情報が含まれているとすれば、情報交換は価格を透明にし、抜け駆けの価格競争を抑制するため競争阻害効果が強いものと考えられる。

価格の情報交換が現在だけでなく将来の価格の情報交換である場合はさらに競争阻害効果が高まる。将来の情報交換が、価格の事前公表によって行われる場合は、追随値上げは、合理的活動となる余地があるが、会合において将来の情報をどうするかについて意見交換するということはカルテルの会合そのものと考えられている。このような会合に出席しながら、自分は価格を情報交換したレベルに上げる意図はなかったという議論は、実際にその者が価格を引き上げた場合はもちろん引き上げなかった場合においても抗弁となり得ない。

したがって、欧米では、会合で価格引上げに合意されなくとも、事務レベルで、今後(将来)の価格についての情報交換(事前に公表されることによる場合を除く)があれば、行政事件・民事事件による場合はもちろん刑事事件においても(よほどの正当事由が認められない限り、)その事実だけでカルテル合意を認定できると解されている。すなわち、今後(将来)の価格についての情報交換の事実が直接証拠に近い決定的証拠(conclusive evidence)と解されている。

日本では、業界内の一般的情報交換であることが立証されるならば、合意が推認されない場合も多い。しかし現在価格の情報が含まれていたり、過去の価格情報であっても、営業秘密に属するような情報が交換されていたり、情報交換の結果として、攻撃的な価格設定をしたものに対する制裁的行動が行われるような場合には、合意を推認する証拠として使われる。

¹²⁰ 審判審決平成9年6月24日

将来価格の情報交換が行われた場合には、東芝ケミカル事件判決¹²¹に従い、共同行為を認定できる。競争上の秘密である自社の将来の価格行動を競争者に示すことはカルテルの誘引行為であり、それに対し、自社の価格行動についての情報を提供することは、カルテルの参加についての賛意を示す行為にほかならないから、直接証拠に近い決定的証拠 (conclusive evidence) と解することが合理的である¹²²。

なお、将来価格の情報交換後、当事者が価格引上げ方法を変更した場合(三菱ビルテクノ事件はこのような事例である)でも、上述のとおり、情報交換時点での違法な合意を否定する論拠にはなり得ない。むしろ、交換された情報をもとに、自社の価格引上げ方法を変更したということは交換された情報が、情報を交換した事業者の価格形成に影響を与えていること(すなわち、競争の制限効果を生じていること)を示す事実といえる(岩谷産業カルテル事件¹²³で似たような認定がなされている。)

ウ 会議の目的について説明のつかない会合の評価

(iii) 事業者 X が、ある会合への出席を認めつつ、その会合で、価格についての話し合いがあったことを否定し、会合の目的が全く別であると主張する。しかし、事業者 X の主張する別の目的の存在を裏付ける証拠はない。このような場合に、会合をカルテルの合意の間接事実とすることができるであろうか。また、目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない多数回の接触・会合をカルテルの状況証拠として活用することができるであろうか。

会合の目的が不明な場合の評価に関しアメリカでは、会合の趣旨について事業者から説得的な説明が得られない場合に、他の証拠と総合的に評価して、その会合におけるカルテルの合意の推認を認める場合がある¹²⁴。EU でも目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない多数回の接触・会合の事実を、他の証拠と総合的に評価して、合意又はコンサーティッドプラクティスの証拠として考えている先例が多い¹²⁵。目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない接触・会合が多数回に及ぶ場合は、より証拠の価値が増すがあくまで他の証拠との総合評価となる。

日本でも、他の証拠と総合的に評価して共同行為の証拠として活用することが考えられる。例えば、三菱ビルテクノ事件で第 1 回目の会合で価格を引き上げようとするにつ

¹²¹ 「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、・・・特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待しあう関係があり、右の意思の連絡があるものと推定されるのもやむをえないと言ふべきである。」と述べている

¹²² 欧米でそのように解されていることについては、第 2 章参照。

¹²³ 審判審決平成 12 年 3 月 27 日

¹²⁴ Areeda Antitrust Law Vol.VI (Little Brown Company) p99

¹²⁵ 第 2 章 II1(3)の先例参照

いて合意しているとの事実認定が可能で、第 2 回以降の会合についてはその会合の目的が価格引上げ幅の交渉であることが認定できない場合であっても逆にそれらの会合が他のどのような目的で開かれたかが合理的に反証できないとすれば、ほとんど同一メンバーによるカルテルの会合に引き続く数回の会合は価格引上げ幅その他の具体的実施方法についての会合であるとの可能性が高いので、それらの接触の事実及び価格引上げの事実と合わせカルテルの合意を認めることができる場合がある。日本の現行の実務では、多数回の接触自体は状況証拠とならないと考えられているようだが、独立して決定されたとみるには不自然な価格形成がなされている場合に、目的・議題内容がカルテルに関係ないことが立証されていない多数回の接触・会合が存在する事実はカルテルの状況証拠となると解する余地もあり、談合のように、価格形成自体がまったく不自然な予定価格の 100% 近くにとどまる事例においては、より重要な状況証拠となり得るように思われる(第 4 章を参照)。ただし、日本では、これまで、そのような証拠は、カルテルを認める供述調書(これ自体は直接証拠である)を補強する証拠として用いられているにとどまることが多い。

エ 複数回の価格引上げの一部でのみ価格を引き上げた場合

(iv) 事業者 X が、ある会合への出席及び価格についての話合いがあったことも認めつつ、X は明示に同意しなかったが、明示に反対もしなかった場合で、当該会社が価格を引き上げなかった場合、また、5 回の会合が各回の会合後の価格引上げ、暴落、また引上げという形で続いていた場合、X は第 2 回目だけ引上げ、残りの 4 回は引き上げなかった場合、5 回についてカルテルの合意があるといえるか。また、5 回が課徴金の対象となるか。

東芝ケミカル事件の推認の要件として価格を引き上げていることが必要であり、賛同したかが不明な当事者が価格を引き上げない場合については東芝ケミカル事件理論では、カルテルの合意を認定できない。しかし、後段の例では、5 回の価格引上げを包括的な一個のカルテルの合意を認定することができる。「タキイ種苗ほかに対する件¹²⁶」では、「遅くとも平成 10 年 3 月 19 日以降、4 種類の元詰種子について、販売価格の低落を図るため、種類ごとに、販売価格を定める際の基準となる価格を毎年決定し、各社は当該基準価格の前年の基準価格からの変動に沿って各社の 4 種類の元詰種子の品種ごとの販売価格を定めて販売する旨の合意」がされたと認定し、各年の個別価格協定行為を違反行為とするのではなく、各年の個別協定から、包括的な合意と推認しこれを違反行為としている¹²⁷。

このような場合、全 5 回を課徴金対象としてよいであろうか。これまでの実務では、実際に値上げが実現した売上げでないと課徴金の対象としないという運用は行われていない

¹²⁶ 審判審決平成 18 年 11 月 27 日

¹²⁷ EC のように、全体としての一個の合意の考え方を取る先例が現れているといえる。

(値下げされても、それは相手との力関係で結果的にそうっただけと考えている)¹²⁸ため、原則として 5 回とも課徴金の対象となると解している。しかし、入札談合ではフリー物件が明らかな場合、当該物件は課徴金算定の対象外となるのに対して、価格カルテルでは、何らかの理由で価格カルテル行為を実行することができなかったと思われる場合でも課徴金算定の対象となっており、この点に違和感を感じる。これは、公取委は課徴金の納付を命じないといけないとされていることが影響していると思われ、課徴金算定の対象について、公取委の裁量を認めない現行制度の是非について検討する余地があるものと思われる。

(4) 徴表的事実の活用(協調行動規制)

合意についてその存在だけが要件事実(立証対象)であることが確認されると、価格の引上げ方の不自然性も共同行為の証拠となり得る。アメリカでは、インターステート理論以来、並行的な価格引上げその他の不自然な価格引上げはあるが、会合や引上げ価格についての情報交換などの価格引上げについての直接的な証拠がない場合に、間接事実・状況証拠をそこまでカルテルの事実認定として活用できるかについての先例がもっとも高度に展開しており、石油製品事件では、片のこぎりの刃型の不自然な価格変動、ATP 事件では、コンピューターリザベーションシステムを利用した価格の引上げ行為をシグナリング(価格情報の同業者への伝達行為)とみなして、合意の状況証拠に活用している。EU では、ダイスタッフ事件において、価格引上げ幅の不自然性をコンサーティッドプラクティスの状況証拠として活用している。ところが、日本では、昭和 20 年代の合板談合事件では、不自然な入札行動を談合の証拠としたり、従前の市場分割協定の協定破棄後もまったく市場の競争が生じなかったという徴表的事実から市場分割協定が維持されていることを認定した例があるが、昭和 30 年代以降価格カルテルについてはこのような事例は現れておらず、談合についても、落札価格が予定価格の 100%近くに張り付くという最も重要な間接事実が、談合の証拠として十分活用されていない(談合に関しては第 4 章で詳述する)。

徴表的事実の活用が進まない理由の 1 つに、日本の民事訴訟で要求される高度の蓋然性という基準を、70%又は 80%程度の証明度を有すると解されており¹²⁹、欧米と比べるとかなり立証のハードルが高い(証拠の優越による基準を取る英米法系の国では、50%を超えればよい)。三菱ビルテクノ事件やごみ焼却炉に関する静岡地裁判決では、この、高度の蓋然性をほとんど刑事立証水準並みに考えている。これらの先例は異例で、実務上は、そこま

¹²⁸ 東京無線タクシー共同組合に対する審決(課徴金の納付を命ずる審決)(平成 11 年 11 月 10 日)

¹²⁹ 共同行為に関する証明度に関する研究として荒井 弘毅「共同性認定に関する独占禁止法違反事件の証明度達成の補強策について」公正取引 613 号・614 号(2001 年 11 月号・12 月号)

での高い証明度で判断されてはいないと思われる¹³⁰が、一般的に説かれる 70%又は 80%程度という証明度の高いハードルも状況証拠の活用による事実認定が進まず供述調書に依存する実務を形成してきた要因となっていると思われる¹³¹。

(5) その他の状況証拠の活用

第 5 章において、カルテルの事実認定で、状況が活用されたその他の先例について、刑事事件の状況証拠の分類と比較し、総合的に解説している。多くの事例は、これらの状況証拠を供述調書という直接証拠を補強するものとして活用しているが、入札談合の場合は落札率を重要な証拠として活用すべきことに関しては第 4 章を参照されたい。

¹³⁰ 高度の蓋然性を判示した、ルンバール事件最高裁判決(昭和 50 年 10 月 24 日 民集 19 卷 9 号 1417 頁)は、医学の専門家の鑑定人の大勢は因果関係について否定的な意見であったにもかかわらず、因果関係の存在を否定した原審判断を経験則違背として破棄した事例であり、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、」「経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得る程度であることを必要とし、かつそれで足りるものである。」と判示するもので、「高度の蓋然性」を高いハードルと考えるべきではないことをむしろ判示している事例として位置づけるように思われる。

¹³¹ 越知(2005)65 頁及び 1040 頁以下。ケグィン・M・クラーモント 三木浩一「民事訴訟の証明度における日米比較」 国際商事法務 33 巻 5 号(2005 年 5 月号)

第4章 入札談合の事実認定

1 入札談合の要件・審査の対象

(1) 入札談合における受注調整、基本合意、個別調整の意義

ア 合意の具体性・拘束力

入札談合における違反行為(「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当する行為)とは、競争せずに落札者¹³²を入札者間で定めることに合意することである。業界では、競争せずに落札者を入札者間で定める行為を「受注調整」と呼ぶので、違反行為を受注調整と表現すること多いが、違反行為として「受注調整」という用語を用いる場合にビジネス上の用法に引きずられることなく法律的な意義を確認する必要がある。受注調整の過程は、基本合意と呼ばれる「受注予定者を調整することに合意することと、この合意にしたがって、(個別物件に受注希望者が複数になった場合に)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個別合意ないし個別調整の2段階の行為が観念できるとされている¹³³。談合行為の認定においては基本合意が違反行為を構成し、個々の談合行為はその基本ルールという一定の合意に基づいて行われた実施行為であるとし、基本合意のみで不当な取引制限に該当する合意になるとするのが判審決の立場である。これに対し、話し合って入札を決めるという抽象的な内容の基本合意しかない場合、そのような抽象的な合意だけでは誰が受注予定者か決まらないし、具体的調整ルールが明確でない場合、基本合意に拘束は生じておらず、3条後段の共同行為の要件は満たさないとの見解もあるが¹³⁴、協和エクシオ事件の審決取消訴訟に関し、東京高裁判決¹³⁵は、「受注を希望する者の間で話し合いをすること自体に相当な競争を制限する効果があるというべきである」と延べ、受注を希望する者の間で話し合

¹³² 公取委の認定では、「受注予定者」ということが多い。しかし、入札参加者で決めるのは、誰が落札するか(誰がベストプライスをオファーするかであり)である。受注予定者を決めるのではなく、発注者が受注予定者を決める過程で競争を偽ることに談合の本質があるので、落札者という表現の方が適切ではないかと思われる。

¹³³ 個別物件に受注希望者が一名しかいない場合、個別調整は行われないことに注意を要する。

¹³⁴ ごみ焼却炉談合についての静岡地裁判決はそのような立場に立っているものと思われる。その詳細は本章4参照。学説の中にも、基本合意の存在の中で一定の案件について必ず受注調整するとの基本合意のルールが不明確である場合、受注調整ルール自体が明確でなく、単に話し合って決めるという以上の基本合意の内容を立証し得ないなど、基本合意の拘束力が弱いと認められる場合には個別案件の受注調整行為の立証が必要であるとの立場があるようである(高橋 岩和 入札談合と課徴金 平成11年 重要判例解説 242頁)。白石(2006)もこの立場に近いと思われる。ただし、価格カルテルで抽象的な合意を不十分と考える実務家も入札談合については、これを十分と考えるものが多い。

¹³⁵ 東京高判平成8年3月29日 判時1581号37頁

をするという抽象的な合意のみで競争制限効果があることを判示している¹³⁶。

談合の本質は、競争で決める入札過程を、発注者に競争の結果落札しているようにみせかけ、受注希望者間の自主ルールで決定することを合意することであるから、違法行為は、「受注予定者を決める」行為ではなく、「受注予定者を話し合って決めるよう取り決めること」である。条文解釈としても、本来的には自由に入札価格を決め、あるいは入札するかどうかを決めるべきところがそのルールに制約されて事業活動の意思決定を行うことになるのであるから、「相互に事業活動を拘束し、」の要件は、自由に札を入れるという意思決定が、話し合って受注者を決めるという合意に制約された時点で既に充足されており、「受注予定者を決める」行為は、(違法な)合意を履行する行為に過ぎないから協和エクシオ事件判審決の立場が妥当である¹³⁷。

ところが、協和エクシオ事件の判審決にもかかわらず、課徴金審判実務では個別調整を改めて立証して始めて、課徴金賦課の対象となるとの実務がとられてきたようである。その理由として、基本合意の射程(範疇)が基本合意では不明確であることが理由とされるが、その問題点については、後述4で詳説する。

イ 受注調整の意義

法律的意義としての「受注調整」を個別調整のみを示すように位置づけ¹³⁸、あたかも個別調整が違反行為であるかのような用語の使い方がなされることがある。実務上、談合の違法行為を「(合意の下、)受注予定者を決定し受注予定者が受注出来るようにしていた」と審決書などで表現する¹³⁹ことが多い¹⁴⁰ため、受注調整は個別調整を意味するかのように使われが

¹³⁶ 「特定の注文者が継続的に発注する工事又は役務等につき、その取引分野に属する請負業者が、受注予定者を協議して定める旨の抽象的・包括的な内容の協定・・・のみによっては、特定の受注予定者が直ちに定まるものではなく、また、個々の工事又は役務等の受注に当たっての協議において、特定の受注予定者を決定することのできないことがあり得ることを考慮しても、なお右のような目的をもって受注を希望する者の間で話し合いをすること自体に相当な競争を制限する効果があるというべきであるから、当該協定は、前記合意に該当するものと解すべきである。」と述べている。

¹³⁷ 話し合って決めるというだけでは具体性又は拘束力を欠くという発想が、独禁法における基本合意を私法契約における合意になぞらえて分析しているという問題のほかに、そうした考え方は、刑事事件の共謀共同正犯ですらとられていないのではないかと思われる。殺人の共謀共同正犯に関し、殺害を実行する意思が確認された場合に、実行計画についての全貌が明らかにならないからといって、殺人罪についての共謀共同正犯を否定するであろうか。

¹³⁸ 白石(2006)242頁もこの立場をとる。課徴金実務で、個別受注調整の立証を要するとの考え方にたつため、とくに課徴金審判実務で、個別調整を受注調整と呼んでいる例が増えている。菊池麻緒子「課徴金審判実務に関する一考察」公正取引(668号—669号)などでもそのような用語法をとっている。

¹³⁹ このような用語の用いられ方が、課徴金審判実務で、個別調整を個々に立証するという実務につながっている可能性がある。

ちになる理由かもしれない。しかし、談合という違反行為を意味する法律用語として受注調整という用語を用いる場合は、基本合意のみか、基本合意と個別調整を包括するような使い方をすべきである。既に述べたとおり、談合の違法行為の本質は、「受注予定者を決定する」ことではなく、事業者の間で入札するか否か、落札価格をどうするかについて「調整する(各自が自由に意思決定せず、必要があれば競争者と話し合いをする)ことを合意する」ことであり、「受注予定者を決定し、受注できるようにする」行為は合意(調整)の履行(実施行為とも呼ばれる)に過ぎないのであるから、受注調整という用語は、違法行為である基本合意のみで用いるべきであり、ビジネス用語と平仄を合わせる必要から基本合意と(基本合意だけで、受注予定者が一本化できなかった場合の再調整としての)個別調整を包括する概念として用いるべきである。

ウ 談合における基本合意と個別調整による「調整」のメカニズム

受注調整を個別調整を意味するものとして用いたり、個別調整を談合の違反行為として捉えたり、課徴金賦課には個別調整の個別的立証を行う必要があるとする考え方は、個別調整が必ずなされることを前提とするが、そもそも個別物件については「調整」(話し合い)なくして受注希望者が決定する場合もあり、個別「調整」が必ずなされるかのように前提することは談合の実態に即していない¹⁴¹。実質的個別調整なく、受注予定者が決まる場合まで、「個別調整」があると考えれば「個別調整」は必ず存在するが、実際に調整が行われる場合と混乱が生じるので、実質的個別調整なく受注予定者が決まる過程を「個別調整がない」と表現する。実務が、「受注予定者を決定する」行為を違法行為又は受注調整を特定する表現として用いていることは、再考の余地がある。「決定する」ことではなく、「各自が自由に意思決定せず、必要があれば競争者と話し合いをする(調整する)」ことを違法行為の中核に添えた表現に改められるべきであるように思われる。以下、基本合意と個別調整の根本的なメカニズムについてまず確認する。

話し合いで決めるという抽象的な基本ルールについて合意がなされ、個別物件において受注意欲のある者の間で受注調整が行われるという大枠が説明されるので、日本の談合にお

¹⁴⁰ 酒井論文によれば、上記の他に(i)合意し、(ii)合意をし、これに基づき、受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようしていた、(iii)受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようにするとの合意の下、・・・の方法により受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようしていた、の3つのパターンがあるが、最近では本文で述べたパターンが多いとされている。なお、酒井論文では、本文のパターンの場合、個別の物件の受注調整ルールについて合意していることについての立証が行われ、その合意が立証出来ない場合には、合意の抽象性から違反行為の特定性の問題になると解しており、入札談合の場合においても、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注出来るようにする」だけでは合意の内容が具体性を欠き、他の違反行為との区別が出来ないことから、違反行為の特定としては不十分と解しているようにも読めるが、そのような解釈は、協和エクシオ事件その他の審決の立場ではない。(同論文 33 頁)

¹⁴¹ 後述する郵便区分機事件は、全く個別調整のない(要確認)事例であり、協和エクシオ事件でも、個別調整のなかったのは、入札希望者が一名しかおらずそもそも個別調整の必要ない事例であった。

いては、必ず個別調整が行われるかの錯覚がもたれているように思われる。しかし、基本ルールというのは、事業者間での仕事の分配(分かち合い)であり、その分配は、基本的にはどれだけ汗をかいたか、その案件を誰が担当するのがふさわしいかという観点から事業者間で決め、その決めごとを守るルール(要するに縄張りを決め縄張りを守るルール)であり、ルール自体は、事業者間で公平になるよう取り決められるものであるから、一定の合理性を有する。しかし、そのような決め方で決定された受注予定者は、(実質的に無競争入札となるので)マーケット・パワーをもち、競争価格による落札が行われなくなることに談合の違法性の本質がある。したがって、事業者間での縄張りが決まっている物件については個別調整は行われたい。例えば、地方案件では、個別物件でどの業者を落札予定者にするかについて、物件に対する事業所の距離とか、その事業者が何を得意としているか等、長年の慣行により形成された要素により、(個別受注調整などしなくとも)談合参加者間で共通の認識に達する(縄張りが決まってくる)例も多くある。そのような案件では、ほとんどすべての個別入札案件で個別調整なく受注予定者が決まることになり、個別受注調整行為は具体的な受注予定者を決めるというより、受注予定者以外に誰がサクラとなって札を入れるか、つまり競争を偽装するためだけの目的で協議の機会がもたれることも多い。このような場合には、個別会合の目的は、実質的な調整行為ではなく、競争の偽装だけである。

また、個別調整を当初必要とする物件であっても、個別調整を何回か経れば、個別調整における落札予定者決定のルールが当事者間に浸透してそれが基本ルール化し、基本ルールが具体化することになるので、個別調整が行われない物件も増えてくる。あるいは、基本合意について幹事を務める者が、個別物件についての落札予定者を具体的なポイントなどで決めることとし、その算定方式を談合参加者間に知らしめておけば、参加者はポイントを計算することによりどの物件が自分の割当か分かることになり、このような場合にも個別調整は必要なくなる。個別物件で、本来的な調整が行われるのは、基本合意により受注予定者をまとめることができなかった場合の決め直しの必要がある場合であり、その意味で個別調整は、いわゆるデフォルト・ルールの機能することが多いと思われる¹⁴²。

したがって、談合参加者が固定されている談合期間の長い案件においては、新参加者が出てくるような案件やアウトサイダーが出てくるような案件でない限り、個別調整を行うことは少なくなってくる。個別調整が多くの物件に存在している案件というのは、談合ルールの浸透の薄い、その意味で談合の歴史の浅い悪性の比較的弱い事例であり、談合の歴史が深く、談合組織が強固である悪性の強いと考えられる事例ほど、個別調整の必要性は少なく、個別の調整が行われる度合いは減ってくる(希望表明すれば、誰も対抗馬として名乗りを挙げず、実質的調整なく、落札予定者に選ばれる)のである。

このような個別調整と基本合意のメカニズムからすれば、課徴金審判実務や私訴における

¹⁴² 「デフォルト・ルールの機能する」は、うまく、受注希望者を一本化できなかったときのルールという意味で用いている。

損害賠償に関して、基本合意の存在を認定しながら、個別調整行為の立証を要求するのは存在しない行為の証明を求めるに等しく、より強固な悪性の高い談合を見逃し、歴史の浅い悪質性の薄い談合を厳しく処罰することになり、法執行のあり方が妥当でなくなる危険性があることを執行に携わる実務家は十分に留意する必要がある。

エ 欧米との比較

欧米では談合の違反行為である合意を基本合意と個別合意の二つの合意に分けて考えることは、行われていない¹⁴³。欧米では、入札談合については、基本的には1件毎の入札についての談合行為をとらえることが一般的である。欧米での談合では、ある物件についての談合での協力の見返りを他の物件で取り返すのではなく、その物件での見返り（バックペイメント）で精算する場合が多く、その場合は一回の談合で完結する、ある物件についてのバックペイメントがなされない場合でも、談合での協力の見返りがどの案件かということは、裁判所や執行当局が談合の認定をするにあたって必要ないし重要な間接事実とは考えられておらず、当該物件について、競争しないことの約束があるだけで取引制限合意を認定する¹⁴⁴。ただ、この一回的な合意であっても、「落札者を決める」行為ではなく、「落札者を話し合って決めるよう取り決めること」が違法な合意と認識されており、欧米では、日本の「個別調整」を違反行為としているわけではない。

なお、日本で基本合意と個別合意という区別を行うことは日本の公共工事発注方式の特殊な事情によるところが大きいように思われる。日本における公共工事の発注は、1回で発注できる工事を何社もの事業者が発注案件を落札できるように数回に分割して発注されるのがむしろ原則である。この分割発注された一連の工事について談合参加者の間で分かち合いができるように談合が仕組みられ、参加者がすべての案件の受注にあずかれるようになっていることが地方の典型的な談合案件の事例である¹⁴⁵。

(2) 基本合意の存在か成立か

基本合意については、長年、談合を繰り返してきた業界ほど、会合などでいちいち基本合意の内容を確認する必要もないので、基本合意を取り決める会合や基本合意の成立時点

¹⁴³ 米国の入札談合についての文献として、谷原 修身 米国における入札談合の法規制 公正取引 521号(1994年3月号)参照。

¹⁴⁴ Leigher 事件参照。EU の Pre-insulated Pipe 事件では、個別受注行為についての一連の会合の事実から全体として一個の合意を認定しているが、このように談合の全貌が明らかにされることはむしろまれである。

¹⁴⁵ その意味で、日本の公共工事の発注方式自体が談合を誘発しやすいようなものとなっている。したがって、地方の水道工事や道路舗装などの談合案件ばかりに、入札談合の執行を強化することは執行のあり方としてバランスがとれたものか注意が必要である。

を認定することは価格協定より一段と困難である。ところが、価格協定に関し、合意の成立にこだわる審査・審判実務も、入札談合の審査・審判実務に関しては、入札談合における基本合意の成立時点・形成過程は立証される必要はなく、その存在が示されればよいと考えてきている¹⁴⁶。最近の大石組審決取消訴訟判決¹⁴⁷も、「独占禁止法の規制対象たる不当な取引制限における意思の連絡とは、入札にさきだって各事業者間でその行動に事実上の拘束を生じさせ、一定の取引分野において実質的に競争を制限する効果をもたらすものであることを意味するのであるから、その意思の連絡があるとは、各事業者がかかる意思を有しており、相互に拘束する意思が形成されていればよく、その形成過程について日時場所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」と判示している。ただ、実務上は、遅くともある時点以降基本合意が維持されているという主張を行うことも多いようである。

なお、刑事事件においては、談合事件でも、基本合意の「成立」にこだわっており、当該談合の前に談合の基本合意についての確認行為や修正同意があったことを主張立証するか各年の基本合意を認定する実務となっている（第7章を参照）。

（3）意思の連絡

基本合意の内容は、競争せずに落札者(ベストオファーをする者)を入札者間で定めることで足るが、「共同して相互に」の要件を充足するために「意思の連絡」が必要となる。上記(2)で述べたとおり、意思連絡の形成過程について日時場所をもって具体的に特定することは必要ない¹⁴⁸とされているが、連絡行為(コミュニケーション)が行われていることが立証される必要があるかが問題となる。この点、競争せずに落札者(ベストオファーをする者)を入札者間で定めることそれ自体が立証される場合¹⁴⁹は、このような行為は各事業者が単独でできる行為ではないから、特段の連絡行為が立証されなくとも、事業者相互間に受注調整(競争せずに落札者を入札者間で定めること)についての共同の認識、認容が形成されていると考えることができる¹⁵⁰。これに対して、競争せずに落札者(ベストオファーをする者)を入札者間で定めることそれ自体が直接立証されていないが、落札価格が、予定価格近辺に集中しているなどの不合理な価格形成が行われているとき、そこから基本合意を推認す

¹⁴⁶ 入札談合についての先例を整理した文献として、舟田 正之 談合と独占禁止法 日本経済法学会年報第25号(2004年)、

¹⁴⁷ 東京高判平成18年12月15日

¹⁴⁸ 大石組審決取消訴訟判決(東京高判平成18年12月15日)

¹⁴⁹ 供述調書などで、立証が行われる場合である。

¹⁵⁰ 多摩談合事件(東京地判平成18年11月24日)では、合意の成立時期にこだわり、基本合意はないが、慣行があるとしたが、このような慣行は、意思疎通なしに行われないものであり、このような慣行それ自体も、「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当するものであり、私法的な合意概念にこだわって、基本合意を認めなかった本判決は、誤った法解釈を行っているといわざるを得ない。

る場合¹⁵¹には、価格カルテルにおける協調行動からの合意の推認同様、意思連絡の立証が問題となる。この場合、個別調整が一件でも行われていれば、個別調整が、東芝ケミカル事件最高裁判決において意思連絡が否定される場合とされた「右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情」を否定する事情であり、個別調整が行われている事実により、個別調整が立証された案件のみならず、基本合意の射程に含まれるすべての案件について、談合参加者間で、事業者相互間に受注調整(競争せずに落札者を入札者間で定めること)についての共同の認識、認容が形成されていることの有力な証拠となり得る。ただし、個別調整のない事例については、基本合意の射程に含まれることについての立証が必要である。このような立証は、幹事会社や仕切り役のものを情報センター又は連絡係として情報を拡散するシステムの存在や(いわゆるハブアンドスポーク型共謀)、仕切り役に対する参加の意思の表明等により可能である¹⁵²。

なお、連絡行為は、談合(競争せずに落札者を入札者間で定める合意)に加わることで足り、個別物件の受注予定者の決定過程についての認識・認容が必要なわけではない。違反行為は、基本合意であるから、基本合意についての意思連絡で足りる。

なお、基本合意について意思連絡がはっきりしない場合は、個別物件についての調整を独立した共同行為と認定する余地は残されている¹⁵³。

(4) 談合参加者の外延を明らかにする必要があるか

また、談合に参加する者の外延を明らかにする必要があると解すべきではなく、談合参加者の一部だけを排除命令の対象とすることも許されると解すべきである。談合では、一定の取引分野に属する一連の入札の中で全く自分の分け前を持たず、一定の取引分野外の別の案件で分け前を獲得する例が生じることは自然である。例えば、関東地区の入札案件で貸しを作り、東北地区の入札案件でその貸しを返してもらうようなことがあり得る。そのような場合には、貸しを作っている関東地区の入札案件については、会合にも出席しないであろうし、関東地区での基本合意のルールには関心を持たないであろうから、供述調書以外、関東地区の談合に参加していることを示す証拠を収集するのは難しいし、仮にこれを立証し得たとしても関東地区では自分が受注案件をもっていないのであるから、課徴金納付命令の対象にならず、立証活動を行う実益より、審理が遅延化するデメリットの方が大きい。反トラスト法の私訴でも、協力者がどこで見返りを受けるかなどは、要証事項とされておらず、単に損害賠償の対象となる落札者が競争せずに、競争相手の協力があっ

¹⁵¹ 私訴で、公取委の収集した証拠を活用できない場合が典型例である。

¹⁵² 個別合意から基本合意を推認した協和エクシオ事件(後掲脚注 157 参照)では、かぶと会を通じた情報交換が行われていた。

¹⁵³ 後述する厚木基地訴訟の控訴審ではこのような主張が予備的主張としてなされた。

たことが認定されているのみである(Reicher 事件¹⁵⁴)。当該案件において話合いによって受注がなされたことすなわち競争して入札していないことさえ立証出来れば、法益の侵害は明白なのであるから、そのような話合いに参加したことが立証されている当事者間に談合が存在するか否かを明らかにすれば足り、その他に参加者がいたかどうかを立証する必要はないと解すべきである¹⁵⁵。

(5) 受注能力のない参加者を談合の参加者から外すべきか。

その案件を落札する能力のないものを落札できないからといって、談合参加者に含めることができないと解すべきではない。受注能力のないものでも他の案件での貸しとして、談合に参加することはありうるからである(協和エクシオ事件はこのような事例として理解できる)。安藤造園事件¹⁵⁶では、超特 A のランクのものだけが入札できる案件について、超特 A のランクを持たない業者は落札する可能性がないものとして、談合の参加者から除外されているが、その妥当性に疑問がある。

(6) 審判官の合意内容についての心証が審査官主張の内容と異なる場合

被審人が、審査官主張のルールは存在しないと主張され、審判官において、審査官主張のルールは、実際のルールとは違っており、審判官は別のルールが存在するとの心証を得た場合、どのように判断されるべきか。

審判官において、実際のルールの心証が形成されているのであれば、そのルールを事実認定し、基本合意の存在を認定すればよい。審判官において、ルールはあるようだがはっきりせず単に話し合いで決めるという抽象的なルールがあることまでは確信できる場合で

¹⁵⁴ United States V. Reicher 938 F.2d 168 (10th Cir. 1992). 本件の実事関係は以下のとおりである。ライファーはロスアラモス・ナショナル・ラボラトリー(以下「ラボ」という)の入札について談合に加わったという容疑で訴えられた。この契約はOptical Channel Assembly(OCA)というレーザーのテストについての特別なストラクチャーの設計に関する契約であった。ラボの担当者から入札のパッケージが送られてきた。ライファーはギオラスという会社の担当者に自分たちより高い価格で入札するよう要請し、ライファーが落札した。本件で問題になったのは、ギオラスがOCA 契約で偽のビッド(ライファーとの間の合意により負けると分かっているながら出したビッド)についてギオラスが競争者と言えるかという点であった。また、ギオラスには自らこの契約を実行する能力がなかったため、現実又は潜在的競争者との間の合意があったとは言えず、シャーマン法に違反しないと主張した。しかし、裁判所は、US v. MMR Corp.事件(第2章 I 3(2)参照)その他の事件を引用し、偽の入札を行った当事者自身が入札に参加したプロジェクト全体を取り仕切る能力がない場合、あるいは当事者が受けることができるボンドの上限を超えている場合でも入札談合は成立するとし、偽の入札により入札過程においてあたかも正当な競争があるかのように装う行為については、入札する能力がないことを理由としてこのような汚れたディールについての責任から逃れることは出来ないと判示した。

¹⁵⁵ アメリカなどでは、カルテルの参加者が複数に渡っている案件でも、案件について全体を1件として立件せず個別事業者毎に立件する傾向が強まっている。

¹⁵⁶ 安藤造園事件 審判審決 平成13年9月12日

も、受注について競争ではなく交渉(話し合い)で決めるという事実が認定できるならば、基本合意が存在するとの認定を行うことができる。最近のごみ処理施設の談合事件における審決及び損害賠償請求事件判決(静岡地裁判決を除く)はこのような事例であり、受注調整ルールとされている指数計算ルールの内容が明確でなくとも、被審人の間で、話し合っ
て受注予定者を決めることが合意されていることにより基本合意を認定している。

2 入札談合と一定の取引分野における競争の実質的制限

分割発注方式の下に行われる談合は、談合参加者間での受注工事の分かち合いであるため、一連の発注案件について一定の取引分野を画定することになる。古い判例の中には一定の取引分野という意義が時間的又は空間的に幅のある概念であることを理由とするものがあるが、そのような文言的なアプローチは妥当ではない。入札の場合、各入札案件ごとに、競争が行われるのであるから、入札市場においては、入札案件ごとに市場が画定され
ると考えることが基本である。ただし、談合事件においては、談合参加者間での市場の分割が行われているので、談合の受注調整の範囲(すなわち基本合意の範囲)で、関連市場を画定することも合理的理由があるといえる。ただ、受注調整の貸し借りは、同種工事の中
で行われないこともあり、必ずしも、基本合意の範囲として、単一の市場を画定する必要があるわけではなく、複数の関連市場にまたがった基本合意が形成されている場合もある
と考えるべきである。ごみ焼却炉のようなケースでは、発注者ごとに複数の関連市場にまたがった基本合意が形成されているものと解すべきではないと思われる。

入札談合でも、競争の実質的制限により、市場支配力の形成が必要と解されている。そこで、談合のアウトサイダー落札案件が 50%を超える場合、支配されていないと解する余地が生じるので、審査官は一般に 50%を超えていると解する必要はないとの解釈的な留保をしつつも本件は 50%を超えているという形で主張を行うようである。しかし、入札の場合、60%について談合がなくとも、40%の個別案件で、受注調整にしたがって落札が行われれば、競争価格と異なる価格での取引が行われるので、40%の個別案件について競争制限効果は発生している。入札では市場支配力を落札シェアでみることは意味がなく、基本合意の範囲にある物件(関連市場における物件)について、談合参加者が落札した案件については、落札シェアにかかわりなく、競争の実質的制限が生じているとみるべきである。

のみならず、アウトサイダーが落札した物件でも他の入札者が談合しているとの予想の下に、談合していなければ 80 で入札するところ、談合している者は 100 以下の価格をつけないとの予測の下に 90 で入札するということがありえる。そうすると、談合参加者が落札していないとしても市場の価格形成に悪影響を与え、競争を実質的に制限することになる。入札事例では、談合による落札が行われた場合には、談合参加者が落札していなくてもその物件について競争の実質的制限が生じている可能性を排除すべきではない。

3 入札談合における状況証拠からの事実認定についての方法

(1) 個別物件についての受注調整行為からの基本合意(意思連絡)の推認理論

基本合意についてその存在を立証すれば足り、その形成過程を立証する必要がないとしても、基本合意は歴史的に形成されたものであることが多く、その立証は必ずしも容易でない長年、談合を繰り返してきた業界ほど、会合などでいちいち基本合意の内容を確認する必要もないので、特定の会合での基本合意の成立を立証することは難しい場合が多い。そこで、特定の者の供述を、基本合意の証拠(それ自体は直接証拠である)とすることが多い。しかし、供述という伝聞証拠だけで、意思連絡を推認することは必ずしも好ましいものではない。供述という伝聞証拠以外に、談合参加者間で意思の連絡があることを推認する証拠として、ある物件で実際に個別の受注調整が行われたことが立証されれば、それが有力な証拠となる。このような証拠は、個別調整がない案件についても、基本合意による受注調整の結果無競争となったことを推認でき、独立して行動したことを排除する証拠が存在するといえるからである。そのような推認理論の先駆的先例が協和エクシオ事件である。

協和エクシオ事件¹⁵⁷は、4 件についての話合いの事実から各社の米軍センター発注の 27 物件についての基本合意を認定したものであるが、本件では、4 件についての個別の受注調整行為だけから、(個別の受注調整行為のない、23 物件を含めて)基本合意を推認した(その余の 23 件について、話合いは行われていないとされている)。本審決は、談合の場となった組織の設立及びその解散の経緯は本件基本合意を認定する上で有力な間接事実であるとし¹⁵⁸、審決で具体的に認定されている 4 件についての話合いの事実及び当事者が認定され、同会会員の間では発注の全物件について話合いを行う体制が継続的に維持されていた事実は本件基本合意の事実を推定する有力な根拠といえることができるとして基本合意を推認した。かかる分析手法は東京高裁でも支持されている。

¹⁵⁷ 協和エクシオ事件 審判審決平成 6 年 3 月 30 日 審決集 40 巻 49 頁, 東京高判平成 8 年 3 月 29 日 判時 1581 号 37 頁

¹⁵⁸ 審決によればそれまで米軍センターの物件は、日本電機インフォメーションテクノロジー(日電インテック)が受注しており、9 社はこれと競争して受注することは技術的能力から当初は困難であると考えたが、日電インテックは 9 社が米軍センター発注の物件の入札に参加することにより、受注価格が低下するおそれがあることを危惧していた。そこで、9 社と日電インテックは米軍センター発注物件について情報交換をする場としてかぶと会を発足させ、かぶと会の設立頃までに米軍センター発注物件について予め入札に参加するかぶと会会員による話合いにより、受注予定者を決めること、受注予定者以外の入札参加者は受注予定者が落札できるように協力することを内容とする基本合意が認定された。被審人は審決において、かぶと会会員のうち日電インテック以外は受注能力も受注意思もなく競争自体が存在しなかったから、基本合意は存在しないと主張したが、審決は、かぶと会を発足させた経緯、かぶと会の解散とともに、談合が行われなくなった事実、各社の米軍センター発注の 27 物件へ対応の仕方は本件基本合意の存在を推認させる事実であり、本件についての基本合意の存在を認定できるとした。

本件で個別調整のなかった 23 件は、個別調整がなく落札予定者が決まったと見られる事例であり、4 件の受注調整と談合のための話合いの場の存在から基本合意を推認することは合理的である。最近の判審決では、談合のための話合いの場を認定できない場合について、個別調整なく落札予定者が決まった案件でも、受注表明と組み合わせてこのような推認を行う事例が多いが、受注表明があれば、基本合意を推認できるのは当然であるが、これがない場合に、基本合意を推認できないと考えるべきではない。

京都市発注舗装工事事審判審決¹⁵⁹では、対象期間中 74 件の舗装工事について、複数の受注希望間の協議で受注予定者が決定したのは 3 件のみであるが、残り 71 件のうち 51 件については受注希望者が予め希望表明をした直接証拠があり、他の 20 件についても積算内訳書の配布など予め受注予定者を決定していた証拠があるとしている。そのうえで、これらの受注態様に関する事実から基本合意を推認している。

本件では、個別調整が少数の物件でしか行われていない点が協和エクシオ事件に似た事例である。少数の個別調整しか立証できない場合、どこまでの物件が基本合意の対象となっているのかが明確でなくなるケースが生じうる。協和エクシオ事件ではかぶと会という談合組織の存在により、基本合意の及ぶ範囲を確定し得たが、本件では、受注希望者による希望表明や積算内訳書の配布などから、個別調整のない物件でも基本合意の射程に含まれるとしたものである。受注希望表明は競争相手に手の内を見せる行為であり、基本合意がない限り行われえない行為といえるのでこのような認定は合理的である。

大石組審決取消訴訟判決¹⁶⁰でも、対象期間中に発注された 105 物件のうち、80 物件について個別の受注調整の具体的証拠があるとされ、それ以外の案件も受注希望の表明などがあり、これらの行為から基本合意が推認された。

(2) 徴表的事実の活用

ア 落札価格の不自然性の評価

個別受注行為から基本合意を推認するといっても、基本合意として、単に話合いで決めるという抽象的な合意しか見出せない場合には、どの案件までがその射程に入るかが問題となりうる。協和エクシオ事件の場合、入札案件が明確で、かつその入札を目的とした組織が設立され、組織に加入したものだけで入札が行われていたので、基本合意の射程(「基本合意の範疇」とも呼ばれる)は明確であった。この射程の問題が課徴金審判では徹底的に争われ、課徴金審判では実質上、個別調整行為を基本合意から推認することはできず、個別に立証する必要があるとの実務に傾いている(後述 4 を参照)。

合意の成立でなく存在が要件であるとされ合意の存在が状況証拠から認定できることに

¹⁵⁹ 審判審決平成 16 年 7 月 22 日

¹⁶⁰ 東京高判平成 18 年 12 月 15 日

なる場合、不自然又は不合理な価格形成はそれ自体もハードコアカルテルの存在を推認する重要な状況証拠である。欧米の協調行動規制について、並行行為にプラスファクターがある場合で、プラスファクターが独立に行動したことを排除するだけの証拠である場合には、違法な協調行動になるとの準則が確立しているといえるが、並行行為についてその不自然性の程度がプラスファクターとして要求される証拠の水準に影響を及ぼす可能性があることは第 2 章エの 1(5)で指摘したとおりである。すなわち、価格形成の不自然性のみにより、カルテルを認定できないことはいうまでもないとしても、不自然性の程度が高ければ、そのような価格行動をとる合理性(正当事由)の立証がされにくくなる。しかし、日本では、審判事件では、価格形成についての不自然性自体をカルテル又は談合の重要な状況証拠として活用した事例はあまりない。

最も古い活用例は、以下のイで紹介する合板入札談合事件であるが、それ以降最近まで積極的活用がなされてこなかった。以下のウで紹介する郵便区分機事件では、価格形成の不自然性自体が証拠として活用されているが、以下のエで紹介するごみ焼却炉事件審決では、予定価格の 100%近辺であることについての不自然性に言及しているが、会合又は情報交換の目的が談合又はカルテルの形成にあったことについての間接事実(間接事実を証する間接事実)として、判示されるにとどまっている。しかし、以下の 4(2)ウで紹介するごみ焼却炉事件の損害賠償請求事件では、個別調整の立証に落札率その他の徴表的事実を重要な状況証拠として認定しており、画期的な判断といえる¹⁶¹。

入札に関し、落札価格が予定価格の 100%近辺に常に張り付くことは Interstate Circuit 事件の 2 倍の価格上昇に比肩しうような不自然性の程度が極めて大きいといえるのではないかと思われる。予定価格の 100%近辺で落札されるということが統計的に分かっているならば、競争して落札する気があるのであれば、統計上の落札されている価格を少し下回る価格をつければ、落札できるのである(例えば予定価格の 97%に張りついているのであれば、落札しようという意思を有していれば 96%ないし 95%の指し値を入れれば落札できることになる)。したがって、予定価格の 100%近辺で張りついている場合に、これを破ろうとするものがないということは、競争する意思をもって入札価格を差し入れていないことの証拠であり、これは談合の証拠となりうる。米国では勝つ気のないビッドを差し入れることは談合の証拠であるとの先例がある(前出の Reicher 事件はこのような事例である)。日本では、指名競争入札制のもとで、採算の悪い物件についても、入札業者から外れないようにするため、皆が予定価格近辺の入札価格を入れ、予定価格の近辺の価格で落札される

¹⁶¹ その他、広島県石油商業組合広島市連合会審決(平成 9 年 3 月 31 日)では、「広島地区での価格引上げは、顕著に均一の傾向を示し全国的に特異であって、非人為的な経済現象としては説明しづらい」とし、価格形成の不自然性を状況証拠として活用している。

ことはあり得るかも知れない¹⁶²が、大多数の物件又は過半数の物件について、予定価格の100%近辺で落札が行われている場合、このような落札価格の形成それ自体に加え、入札事業者間で合理的説明のつかない接触行動があるとか、落札物件についての情報交換が行われるなどの事実があるだけで、独立して行動したことを排除する証拠が提出されていると評価できるように思われる。もちろん、このような推定は反証を許さないものではなく、100%近い落札価格での入札が続くことが経済行為としてありうるものが立証されるならば、その推認は打ち碎かれる¹⁶³。

なお、予定価格の100%近辺で落札が行われている事実があるとしても、そのような価格形成の不自然性のみにより、入札談合を認定できないことはいうまでもない

地方案件においては、地方の業者の供給能力が限られているため何件かある案件のうち、1件だけ受注すれば十分でありかつ、それ以上に受注してもこれを施工する能力がないとの事情があり、各社が自分の番がどこにあるかということを過去の経験に照らして予想できるように、自分の番のときにだけ落札が予定される水準の価格を差し入れ、その他の場合にはそれよりも少し高い価格でビッドを行うということは意思連絡なく意識的並行行為として起こりうる。このような意識的並行行為が成立する場合には、価格形成に対する正当事由が存在すると言いうことは可能であろう。ただし、個別調整が行われている事実があれば、この事実と落札率や乖離率などの不自然な価格形成を組み合わせることにより、このような価格形成は、意識的並行行為ではなく、意思連絡の結果であると推認することができる。

イ 合板入札談合事件

なお、このような、入札価格の不自然性が談合の状況証拠となることは、実は、昭和20年代の合板入札談合事件(湯浅木材事件)¹⁶⁴で説示されている。本件では、会合が開かれ価格についての協議がなされているものの、指定製造業者の大多数がほとんど同一価格で入札するという行為があったことにより合意の存在を推認したもので、上記の落札価格の不自然性につながる内容の審決である。

¹⁶² 例えば、前掲脚注138の菊池論文では、「参考人が『予定価格は積算ソフトの使用では100%わかる、また受注を希望しない物件でも役所との関係上予定価格とあまりにも乖離する価格を入札価格とはしないなどと述べる事が多く、結局、この入札物件は旨味が無く自分を含めて誰も受注を希望しなかったから、落札率が高く、すべての指名業者の入札価格が予定価格付近に固まっているのだ、落札した自分はババを引かされた』などと弁解されてしまうこともままあった。」と述べている。

¹⁶³ 意識的並行行為の結果として、予定価格の100%近辺に張り付くことはあり得るが(ゲーム理論のフォーク定理が適用になる局面など)、そのようなことがあり得るならば、競争入札という制度を採ることが合理的でないことになるであろう(どうせ、予定価格でしか、落札されないのならば、入札のコストと手間は無駄であり、予定価格で随意契約を結んだ方が、入札コストと手間の節約になる)。ただし、そのような理論が適用されたとしても、意思連絡に関するプラスファクターが存在すれば、談合の認定を妨げないであろう。

¹⁶⁴ 合板入札談合事件(湯浅木材事件) 審判審決昭和24年8月30日 審決集1巻62頁

本件は、特別調達庁が進駐軍向けの合板の調達に際し、多数の製造業者に対し、入札見積り合せという方式を用いて入札を実施したところ、入札価格の程度の判断について苦心していた入札参加者(被審人)は会合又はその他の場所において見積価格について種々雑談¹⁶⁵の末、各自自己以外の者は旧例外許可価格の約一割高の価格をもって入札するであろうことを察知するとともに自己もまたこれに歩調をそろえて入札しようと決意し、右決意に従って入札したとの認定を行った事例である。被審人らが入札価格の一致は別に指標となるもの(旧統制価格)があったことから生じたもので協定の結果ではないと主張したが、審判官は、「各事業者の原価計算の結果が区々であることの明白な本件において指定製造業者の大多数がほとんど同一価格で入札するがごときことは、そこに被審人等主張のごとき合理的根拠があって行われたものとは到底認めがたい。」と述べているのである。

ウ 郵便区分機事件審決

郵便区分機事件¹⁶⁶は、郵便番号自動読み取り機(以下「区分機」という)について受注者間での意思連絡について、価格形成の不自然性などの徴表的事実が活用された事例である。協調行動を認定した事案である。区分機の発注は昭和 61 年度までは随意契約により、昭和 62 年度から平成 6 年度までは指名競争入札の方法により、平成 7 年度以降は一般競争入札の方法により発注されていた。一般競争入札の導入前には、東芝及び NEC の 2 社が指名入札事業者となり、両者がほぼ半分ずつの受注を獲得していた。受注にあたっては、発注者が受注をしてほしい会社の方に情報を開示し、情報の開示を受けた事業者だけが入札するという方法で、事実上無競争での落札となっていた。このような入札形態は、随意契約の時代の発注を継続していたものとみられる。一般競争入札後も、発注者、東芝及び NEC は一般競争入札前の受注システムを継続し、総務省から情報開示を受けた事業者のみが入札し、その者が受注を獲得するという状況を継続していた。公取委の立入検査後、日立が入札に参加し、このような総務省からの一当事者に対する情報開示が行われなくなり、落札価格も従前より大幅に低下した。指名競争入札から一般競争入札への移行にあたっては、東芝及び NEC は、一般競争入札への移行に反対し、あるいは一般競争入札へ移行後も情報開示を継続するよう総務省に働きかけており、総務省と 2 社との間でこの働きかけに関する事実が認定されており、かつ総務省との話し合いの後に 2 社間で対応についての情報交換が行われたことも事実認定されている。

本件での事業拘束に該当する行為は情報の開示を受けた者が当該物件の入札に参加し、他の者は当該物件の入札に参加しないことであり、これに関し、共通の認識が形成されて

¹⁶⁵ 「このような価格はどうですかね。」「いい値段ですね。」などの雑談が交わされているようであるが、判旨からは明らかではない。

¹⁶⁶ 郵便区分機事件 審判審決平成 15 年 6 月 27 日 東京高裁は、実体的な争点について判断せず、本件の排除命令が、排除措置を特に必要とする理由が示されていないことを理由に取り消したが、最高裁において、上告されている。

いるので意思の連絡があるものと認定された。意思連絡を認定する理由として、本審決は競争入札下では考えられない不自然な受注結果になっていること、公取委の立入検査後、入札価格が顕著に急落したこと、本件は高い参入障壁があり、二社しか入札に参加できない特殊な市場であったことから談合が起りやすい状況にあり、意思の連絡がなければ起りえない不自然な行動が存在することをあげている。

本件での共通の認識は指名競争入札の時代に既に形成されていた認識を継続するものであるが、このような共通の認識を継続させるためには、一般競争入札移行後も発注者が一方にだけ情報を開示するという制度を維持するという行為がなければ成立しえないし、逆にこのような2社の一方への開示という制度が維持される限り、両者が共通の認識に達することは容易である。すなわち、発注者が情報伝播のハブとなり、共通の認識が継続されていることになる。入札談合では、一般にすべての談合参加者が情報を直接やり取りするわけではなく、仕切り役(幹事役又は談合組織)が情報伝播のハブとなり、個別物件について調整の必要な談合参加者との間でのみ、情報の伝播が行われる。発注者を仕切り役と同視すれば、意思の連絡を認めてよいとも思われるが、談合において発注者は通常被害者であり、被害者をハブとした情報伝播で意思の連絡があると認めうるか(アメリカでは被害者をハブとみることができるかについては消極的な見解が多い)¹⁶⁷、また本件は、談合参加者が受注希望を出すのではなく、発注者が受注予定者を決めて落札させるという意味で、発注者が、競争させないようなルールを主導しているといえる。そこで、本件のような事例は、発注者が会計法に違反して入札過程を随意契約化したに過ぎず、それは独禁法上の談合ではなく、刑法上の入札妨害罪として刑事告発を行うべき事例であり、独禁法で保護される消費者利益が存在しないのではないかが問題となる。

しかし、米国の反トラスト法でも、保険等のエージェントが発注者となる場合は、ある本人に対する善管注意義務に反して、相手方の利益のために行為することもありうるので、発注者を含めた入札談合が生じうることは認めている。発注者が公共機関の場合、保険のエージェント同様、納税者に対する信認義務に反して、相手方の利益のために行為することもありうるものであり、まさしくそれが日本の官製談合であるとの日本の実務の現状に照らせば、納税者の利益に反して、発注者や発注担当者がハブとなりうることを保険等のエージェントと区別する理由はないとも考えられる。

ただ、本件では、そのような複雑な構成をとらなくとも、指名競争入札から一般競争入札への移行時に、2社と総務省又は2社間で受注予定者への開示という制度を維持することを求める協議(情報交換)を何度も行ったことが認定されており、この事実から、一般競争入札移行後の行動が、独立した決定に基づくことを排除する十分な証拠があるといえる。ここから、2社の情報の開示を受けた者が当該物件の入札に参加し、他の者は当該物件の入

¹⁶⁷ 報告者の海外における調査結果では、「被害者自身が関与する場合、保護されるべき法益が欠如しているからである。そのような事例は、談合よりもさらに重大な犯罪である Government Fraud に発注者が問われる事例である。但し、保険会社が被害者の場合には、保険料を高くするためにこのような共謀を仕組む動機があり得る。」との意見が多かった。

札に参加しないという事業活動を拘束する行為について、意思の連絡が認められる。

エ ごみ焼却炉事件審決

ごみ焼却炉事件では以下の事実から入札談合を認定している。

- ① 5社がストーカ炉の発注予定物件につき受注予定者を決定する行為をしていたこと、又は受注予定者を決定していたものと認定していたことについて、以下の供述がある
- ② 5社が、会合等で、地方公共団体が建設を計画しているストーカ炉の建設工事の情報を交換し、ストーカ炉の建設工事の情報を共通化しようとしていたことを、各社の社内資料等から認めることができる。
- ③ 5社は、地方公共団体の発注に係るストーカ炉の受注予定者を決めるための会合を開催し、各社ごとに受注希望表明を行っていたことを、各社の社内資料等から認めることができる。
- ④ 5社のストーカ炉の営業担当者に5社あるいは7社のストーカ炉の受注に関して工事のトン数を加算した数値を算出していたものがあった。
- ⑤ 5社の各社に未発注のストーカ炉をとりまとめ、これに受注予定者を記載したとみられるリスト、あるいはそれ以外のものでこれに受注予定者を記載したとみられるリストがある。

本審決が、基本合意の成立について、合意の内容は立証対象ではなく、受注を調整する(話し合いで受注者を決める)ことが要証事実である点を前提として、審決理由を構成していること及び審査官の事実認定の主張にとらわれず、どのような間接事実があれば基本合意が認定できるかという点から、審決書を構成し直し、その各事実についての証拠をあげて評価するという方法を採用したことは高く評価される。ただし、その基本合意を認定するにあたって最も重要な状況証拠である落札価格が予定価額の98.6%である点が独立の状況証拠として挙げられておらず、上記の基本合意の認定する各事実を補強する間接事実として述べられてはいるが、落札価格の点は基本合意を認定するにあたって最も基本的かつ決定的な間接事実として列挙すべきであった。本審決では、状況証拠の整理の仕方として、原田供述を一番目の状況証拠としたのは、直接証拠に近いからだと思われるが、伝聞証拠よりも、客観的事実である落札率の点を状況証拠の中心にすべきではなかろうか。また、受注調整についてその具体的内容が要証事項でないことを審決書の中で明確に説示すべきであったと思われる、

オ 損害賠償請求事件における活用

ごみ焼却炉談合事件に関する住民訴訟による損害賠償請求事件で原告の請求を認容した

事例では、個別調整についての個別の証拠がなかったが、落札率や乖離率などの価格形成の不自然性を状況証拠として活用している。たとえば、さいたま地判平成 17 年 11 月 30 日では、「個別的な特定にかかる証拠がないとしても、入札金額等からその工事について結果的に談合による落札ではないと窺われる特段の事情¹⁶⁸がない限り、基本合意に基づく落札であることが推認される」としている。本来の基本合意の推認のケースではなく基本合意の範囲に入るかの認定であるが、ごみ焼却炉入札という基本合意の対象となる入札工事案件である限り、同じ一定の取引分野に属し、5 社による頻繁な情報交換活動などから談合組織の結束が窺われる案件であり、入札金額等からその工事について結果的に談合による落札ではないと窺われる特段の事情がない限り、基本合意の対象に含まれると解したものである。

ごみ焼却炉事件以外にも、最近では、落札率や乖離率についての不自然な価格形成を理由として住民訴訟による損害賠償請求が行われているが、このような訴訟の多くは、落札率や乖離率についての不自然な価格形成のみが基本合意の双方の証拠となっている事例が多い。価格形成だけでは意思連絡の十分な証拠とならないのはいうまでもなく、今後、独立して行動したことを排除する証拠として、プラスファクターの証拠を収集し得るかが課題である¹⁶⁹。

カ その他の状況証拠

その他の状況証拠の活用例と経済学的証拠の活用に関しては第 6 章で詳述する。ここでは、入札談合特有の状況証拠の意義につき簡単に説明する。

(7) コストの内訳書

工事の内訳が斉一的であることから、コスト構造が全く同じになることが不自然であることを利用する手法に関しては、発注者が内訳書をすぐに受注希望者に返還してしまうため、このような証拠が残りにくく、現状では工事の内訳書を談合の証拠として活用することは行われていない。発注者が談合探知の見地からこのような内訳書を保存するよう誘導することが重要であると思われるが、返還されているとしても、各受注希望者に内訳についての報告を求めることができるように思われる。

(4) 積算ソフトによる受注価格差し入れについて

¹⁶⁸ 同判決は特段の事情として、「極めて処理能力の小さなストーカ炉であるとか、極端に予定価格を下回る価格で落札されているなど、本件個別談合が行われなかったこと、あるいは、本件基本談合が存在するにもかかわらず受注予定者以外のものが低額で落札したことが不合理でない特段の事情がある場合」をあげている。

¹⁶⁹ 名古屋高判平成 19 年 1 月 15 日は、談合についての情報提供ををこのプラスファクターとして主張したといえる事例であるが、情報の出所、信頼性に疑問があるため、証拠として活用されなかった。

積算ソフトを使ったり、業界が公表している基準価格表を用いることにより、札を入れる行為は広く行われている。確かに、このような受注行為をすることは、勝つ気がない(受注する気がない)ことの表れであるといえるものの、そのような行動を採る理由としては指名業者から外れたくないのでとりあえず入札自体は行うという合理的な動機が存すると考えると基準価格表や積算ソフトを使って勝つ気がないというのは談合の並行行動であるとまでは言えないのではないか。やはり、誰をチャンピオンにするかということについての意思連絡(連絡行為)について立証が必要ではないかという認識を持っている。

4 課徴金審判実務及び損害賠償請求訴訟をめぐる個別調整の立証

(1) 課徴金審判実務

課徴金審判実務においては、基本合意が認められる場合、基本合意の対象となる一定の取引分野の範疇に属する物件は、審査官による個別物件ごとの受注調整に関する具体的な主張・立証がなくても、特段の事情のない限り合意の拘束が及んでいて、原則としてすべての物件が課徴金の対象となり(能美防災事件¹⁷⁰)、①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、②具体的に競争制限効果が発生するに至った物件は、受注調整行為を示す直接行為がなくても、個別の受注調整を推認することができ、課徴金の対象となり、個々の受注調整の詳細を立証する必要はないとの先例理論が確立していた。最近の白川土建審決¹⁷¹も、「本件違反行為に係る受注調整は、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件において一般的に行われていたものと認めることができる。したがって、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件においては、受注予定者間の話合いがまとまらず、各社が自由に入札に臨んだ等の特段の事情があった物件を除いて、本件基本合意に基づき受注予定者が決定されていたものと推認することができる」と述べている。これらの先例に従えば、基本合意の対象となる入札物件でありながら、個別受注調整が失敗し、競争の結果、落札者が決まったいわゆるフリー物件と呼ばれる競争の行われたことが被審人の側で立証された物件を、基本合意の対象から明示的、黙示的に除外されたことを示す特段の事情がある物件(具体的に競争制限効果が発生していない物件)として除外すれば足りると解することになる。

ところが、最近の課徴金審判の実務では、フリー物件は課徴金の対象から除外するという考え方をする場合、個別物件における受注調整が行われたこと(フリー物件でないこと)の主張・立証責任は審査官にあるとの実務運用が行われている¹⁷²。このような実務は、先例理論を不合理なまでに被疑企業に有利に拡大解釈した実務運用であるといわざるを得ない。特に、実質的調整の行われなかった案件を個別調整の立証を行うことは出来ないとし

¹⁷⁰ 課徴金審決 昭和60年8月6日

¹⁷¹ 課徴金審決 平成18年4月26日

て除外したのでは、談合参加者間で縄張りの決まっている案件を課徴金対象から外すことになり、談合の結果、落札された物件が、課徴金対象からはずされることになり、法の趣旨に著しく反する結果となる¹⁷³。

なお、土屋企業についての審決取消訴訟¹⁷⁴では、課徴金を課される企業の関与しない受注調整手続によって競争制限効果が発生した場合は、課徴金の対象から除外するとの判断が示されているが、これもフリー物件となったものをはずす趣旨であり、すべての個別物件における個別調整が行われたことの主張・立証を審査官に課したものではない。

仮に、当該物件が基本合意の対象に含まれているとの何らかの証拠が求められるとしても、そのような証拠は、基本合意プラス個別調整が行われた場合と同様の落札率や乖離率などで足りると解すべきである¹⁷⁵。下記（２）ウのごみ焼却炉事件に関する損害賠償請求を認容した裁判所の判断は、「競争の結果入札されたと解すべき特段の事情が窺えない限り」、落札率や乖離率などの状況証拠から個別物件が基本合意の対象であったと認定している。このような裁判所の判断は合理的であり、損害賠償請求訴訟に関する裁判所の判断に従い、課徴金審判実務を運用すべきであろう。

もちろん、政策的な考慮をおくことが、絶対に悪であるとまで言い得ない場合もないではないであろう。日本の場合、課徴金賦課について、公取委の裁量が全く働かないため、法の機械的執行が、ある事業者に気の毒な結果となることがあるからである（技研システム事件もこのような場合といえる）。例えば、（i）ある物件で、特殊な能力のため、基本合意がないとしても、他の事業者が施工することができないような特殊な物件であった場合、（ii）ある物件について、発注者が特定の事業者、発注前からすでに仕事をさせている場合（先行取得物件といわれる）、（iii）誰もとりたがらない案件を指名入札の指名から外されないように皆が予定価格付近で入札した場合には、課徴金賦課の対象から外すことは政策的にはあり得るかもしれない。このような案件のうち、（i）と（ii）は本来随意契約で発注すべき案件ともいえるからであり、（iii）は一般競争入札とし、受注希望者が現れない場

¹⁷² 最近の白川土建審決（課徴金審決平成18年4月26日）は、「本件違反行為に係る受注調整は、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件において一般的に行われていたものと認めることができる。従って、千葉市等発注の特定土木工事に該当する物件においては、受注予定者間の話がまとまらず、各社が自由に入札に臨んだ等の特段の事情があった物件を除いて、本件基本合意に基づき受注予定者が決定されていたものと推認することができる」と述べ、上記の立場によっている。

¹⁷³ このような案件を無競争案件としているが、それは、受注調整たる基本合意の結果、縄張りが決まるために無競争になるのであり、無競争とはいえない。そもそも、受注調整は競争を消滅させる行為だから、無競争案件が多いということは談合が成功し、談合参加者の結束が固いことを示すものである。ごみ焼却炉事件では、被審人らは発注自治体に対し5社を指名業者にしよう働きかけてきた経緯などがあり5社の結束が固いことが認められる事案である。このような事情のもとでは、少なくとも5社が指名業者となった物件について、個別受注調整の証拠がないことから、競争の結果と落札が行われたと見るのは著しく不合理である。

¹⁷⁴ 東京高判平成16年2月20日

¹⁷⁵ 基本合意が存在するので、落札率や乖離率などで、独立に行動したことを排除する証拠があるといえる。

合、予定価格を上げるなどの対応がとられるべきだからである¹⁷⁶。ただ、そのような場合を常態化することなく、入札制度の改革の提言と並行して行うべきであろう(根本的には、課徴金に裁量性を導入するべきである)。

また、基本合意が本案で認定されていない案件で、談合の仕切り役ないしインフォメーションセンターの存在がはっきりしない場合には、談合参加者間の意思連絡の立証が不十分となり¹⁷⁷、意識的並行行為の主張が可能である場合はあるであろう(上記 1(3)及び 3(2)ア参照)。しかし、談合組織や仕切り役の存在が認定できたり、談合参加者間で情報交換が行われたりしていたり、ある案件で、受注調整者間での個別調整があることが認定される案件では、独立して行動したことを排除した証拠があるものとして、談合参加者が受注した当該案件の一定の取引分野に属する物件は基本合意の対象に含まれると解することができる。このようにして、基本合意の対象であることが立証できれば、原則として、さらに、当該物件での個別受注調整の立証は必要ないと解すべきである。

(2) 損害賠償請求訴訟における個別調整の要否

ア 総 論

私訴における損害賠償請求訴訟において談合の個別調整を直接証拠から立証できない事例について注目すべき二つの流れの判断が最近相次いで下されている。このような判決の中には、独禁法に不慣れな裁判官が案件を担当する結果として、独禁法における基本合意を私法契約における合意になぞらえて分析している事例がある一方、個別調整に直接的証拠がなくとも、「競争の結果入札されたと解すべき特段事情が窺えない限り」、落札率や乖離率などの状況証拠から個別物件での受注調整を推認できるとして、損害賠償を認容した注目すべき判断がある。前者の例として、イのごみ焼却施設に関する静岡地判平成 17 年 7 月 29 日、ウの米軍厚木基地損害賠償請求事件、エの多摩談合に関する東京地判平成 18 年 11 月 24 日があり、後者の例として、イの静岡地判平成 17 年 7 月 29 日を除くその他の判例がある。

イ ごみ焼却施設に関する損害賠償請求事件

(ア) 判決の状況

¹⁷⁶ このような場合であっても、受注調整が行なわれていることにより、自分の物件について、誰かが介入するという不確実性が除去されるという意味では、理論的には、競争制限効果が発生していないとはいえないと思われる。

¹⁷⁷ 供述調書の信用性に関わる問題であり、供述調書の証拠力を評価する刑事訴訟実務からは、立証がないとはいえないとも考えられる。

ごみ焼却施設に関し、公取委から事件記録を取得して行われた入札談合を理由とする損害賠償請求事件の判決の状況¹⁷⁸は以下のとおりである。

- ① 静岡地判平成 17 年 7 月 29 日 住民敗訴 指名 5 社＋アウトサイダー 2 社 落札率 94.26%
- ② 京都地判平成 17 年 8 月 31 日, 住民勝訴, 指名 5 社＋アウトサイダー 2 社 落札率 97.82%
- ③ 福岡地判平成 17 年 11 月 15 日, 住民勝訴, 指名 5 社 落札率 99.7%
- ④ さいたま地判平成 17 年 11 月 30 日 住民勝訴 指名 5 社) 落札率 100%
- ⑤ 東京地判平成 18 年 4 月 28 日, 住民勝訴, 指名 5 社 落札率 98.997%
- ⑥ 横浜地判平成 18 年 6 月 21 日, 住民勝訴, 指名 5 社 落札率 99.12%及び 99.66%
- ⑦ 鳥取地判平成 18 年 9 月 26 日, 住民敗訴, 指名 5 社＋アウトサイダー 4 社 99.84%
- ⑧ 新潟地判平成 18 年 9 月 28 日, 住民勝訴, 指名 3 社 3 階の入札すべてが予定価格を上回ったため、随意契約となり、被告が落札
- ⑨ 神戸地判平成 18 年 11 月 16 日 住民勝訴 指名 5 社 落札率 98.6%
- ⑩ ②の控訴審, 大阪高判平成 18 年 9 月 14 日 (控訴棄却)
- ⑪ ⑤の控訴審 東京高判平成 18 年 10 月 19 日 (控訴棄却)

(イ) 各事件の分析

①と⑦以外は基本合意ならびに個別物件における受注調整のいずれも認定されている。そのうち、④⑤⑥⑧⑨については個別物件の受注調整につき直接的な証拠のないものである。

例えば④は、「少なくとも平成 6 年 4 月以降平成 10 年 9 月 17 日までの間のストーカ炉の建設工事については、きわめて規模が小さい場合は例外として、原則的に 5 社の受注調整の対象となったと見るのが相当であって、特に 5 社のみが参加して 5 社のいずれかが落札した工事については、・・個別的な特定にかかる証拠がないとしても、入札金額等からその工事について結果的に談合による落札ではないと窺われる特段の事情がない限り、5 社は予め受注予定者を決め、その受注予定者が落札できるよう入札金額を連絡して協力するなどの行動を取り、その結果受注予定者が落札したと推認するのが相当である。・・本件工事では、落札率が 100 パーセントであり、被告日本鋼管と他の 4 社の価格差は 2 回目の入札で最大で 8000 万円にとどまっていた」ということは、5 社が見積価格や入札価格を連絡していたことを窺わせる 1 つの事情といって差し支えない。」とし、基本合意の対象物件であることのほか、落札率、乖離率等を談合による落札の推認のための証拠としている。

¹⁷⁸ これ以外に、ダイオキシンをめぐる訴訟などでは、落札率が効率であることから、入札談合による損害賠償請求が行われることが多いが、このような訴訟は、落札率のみに依存し、事業者間での意思の連絡について殆んど立証を行っていないために立証がないものとして、請求が棄却されているものが相当数あると思われるが、これらについては検討の対象としていない。

⑤は、「本件基本談合に参加した本件 5 社のみを入札参加者として指名するよう営業活動を行うように内部で指示がされていたような状況であるにもかかわらず、本件工事に係る本件入札においては、本件基本談合から離れて実質的な競争が行われたと考えることは不合理である。このような事情に加え、一般に談合は秘密裏に行われることを勘案すると、極めて処理能力の小さなストーカ炉であるとか、極端に予定価格を下回る価格で落札されているなど、本件個別談合が行われなかったこと、あるいは、本件基本談合が存在するにもかかわらず受注予定者以外のものが低額で落札したことが不合理でない特段の事情のない限り、本件基本談合にそった個別談合が行われて・・被告が工事を落札したと推認するのが相当である。」とし、本件が 5 社の営業活動として、発注者に対し指名業者を 5 社に絞るよう働きかけていた事実をとらえ、その思惑どおりに指名業者が 5 社に絞られた場合に受注調整が行われてないはずがない、とするもので極めて特徴的である。

なお、落札率が 98.997%と高率である点については、特に証拠として言及されていない。

⑥では、「違反行為期間中の物件であること、5 社のみが参加していること、規模が大きいストーカ炉であること、落札率が高いこと(99 パーセント以上)が認められるのであって、他方、これらの工事について談合が行われなかったことを疑うべき事情は見当たらない」と述べ、落札率を談合による落札の推認の証拠としている。

⑧では、3 回の入札で 3 回とも入札参加 3 社は予定価格を上回った結果、入札が流れ、受注予定者が随意契約で受注した案件について、それも個別受注調整の結果だとされたものである。本件では、指名競争入札の時期が本件対象期間に含まれ、契約金額が少なくないこと、本件指名競争入札において、3 回の入札で 3 回とも 3 社は予定価格を上回ったが 3 回とも被告が最低価格を入れていること、原告から積算根拠を明らかにするよう求められたが明らかにしないことなどから、個別具体的な証拠はないが、談合による落札を認定している。本件では、競争していれば当然説明できること(積算根拠)を説明しなかったことを推認の証拠としているが、このような推認は合理的であり、今後の活用が期待される。

⑨は、本件工事は、300T/日以上施設の 3 つも作る大型工事であること、入札参加者は 5 社のみであること、本件入札は 1 回目 2 回目いずれも川崎重工(現 JFE)が最低価格で入れていること、落札率 98.6%であること、個別受注調整の対象から外れたことが窺える事情が全くないこと、などから談合による落札を認定した。

損害賠償が認められなかった①と⑦のうち、①(静岡地裁)については、三菱ビルテクノ事件のようなカルテル契約論的発想から、合意内容の不明確性を理由に基本合意が認められないとして請求棄却となっている。

⑦は基本合意は認定されたが、当該物件にアウトサイダーが存在し、アウトサイダーに協力要請がなされたもののこれを拒否されたという事情が存在するため、競争により落札された(フリー物件となった)可能性があるとして、当該個別物件における受注調整を認めなかったものである。アウトサイダーが存在する案件で、アウトサイダーの協力が認定されない事例での、損害賠償請求の困難さを示す事例といえる。

①と⑦を除き、少なくとも対象期間中の指名業者が 5 社の物件については、落札率等を

勘案し特段の事情のない限りは、直接的な証拠がなくても基本合意だけで受注調整が認定できるとの判断を行ったことは妥当である。①の静岡地判以外は、妥当な分析がなされているといえよう。

ウ 米軍厚木基地損害賠償請求事件¹⁷⁹

米軍厚木基地談合事件は、米軍厚木基地にかかる建設工事 98 件についての入札談合を原因とする損害賠償請求訴訟について東京高裁は、以下のように述べて、個別調整を認定することのできなかった 43 件について¹⁸⁰、共同行為の立証がないものとして請求を棄却した原審を認容した。控訴審では、基本合意からの推認に加え、個別物件ごとの独立した受注調整を予備的請求として追加したが、「控訴人は、当審における予備的請求として、個別の談合行為を主張し、その証拠として、甲号証を提出するが、これらの証拠は、そのほとんどが単に入札に参加した事業者名を特定するものにすぎず、これをもって直ちに個別の談合行為の成立を認定することはできない。すなわち、控訴人は、入札に参加した事業者は本件基本合意に基づき入札をしたものであるから、上記証拠により談合行為の成立を立証することができるという前提に立っているようであるが、原判決が説示するように、本件においては、個々の工事について個別的に入札参加事業者による話合が行われて受注予定者が決定されたこと、決定された受注予定者が当該工事を落札したことを立証しなければならないが、上記証拠は、その事実を直接に証するものではない」と判断された。

本件の原審で、98 件中の過半数である 55 件についての個別調整があり、個別調整のなかった案件にも、希望表明が行われていることが推認できるにもかかわらず、基本合意の推認を認めなかったことには疑問が残る。確かに本件では、公取委の事件記録の閲覧・謄写を経た事例でないため原告の入手した証拠は限られており、基本合意に関する一括調書や談合組織、受注調整の仕組みなどについての立証などができず、談合が認定された工事においても、工事種は多岐にわたり、受注価格も数百万円程度から 1 億円を超えるものまで幅広いことから基本合意の範囲が明確でなかったとも考えられる。判決は、「談合によるものではないとされた工事 19 件について、その業種、内容、それが談合によるものではないと判断された理由、その件数が統計学上十分に意味のある数値であるかどうかなどを的確に判断することのできる資料はない」として、落札率についての資料を証拠として評価せず、「・・・の各契約について、いずれも話合による受注予定者の決定が行われたと認めることができないことは、原審判断の通りである」と判断している。

しかし、98 工事における乖離率（落札価格／政府見積価格）が 104.86%であるのに対し、

¹⁷⁹ 東京高判平成 18 年 10 月 5 日

¹⁸⁰ 個別調整の行われた 43 件については和解されており、個別調整のない物件のみが審理の対象になっている。

談合をしていないとされる工事 19 件の乖離率は 85.66 パーセントであるから、そこに有意な差があり、経験則上、統計学上の有意な資料が存在すると思われるべきではないかと思われる。いかに雑多の案件であるとはいえ、半数以上について、似たような個別調整が行われていれば、話し合って決めるという受注調整の基本合意が存在するという推認ができ、落札率・乖離率・入札過程からみて競争して落札されたとみる特段の事情がうかがわれない場合は、基本合意の射程に含まれることが推認できるのではないと思われる。本件では、地域性、継続・関連性といった要素から話し合いをせずとも無競争での単独入札により受注予定者が決まる場合が多いので、そのような場合は意識的並行行為にすぎないとの反論はあり得るが、個別調整が広く行われている事実は、そのような意識的並行行為の推認を覆す証拠(独立して行動したことを排除する証拠)であり、無競争物件にについて、基本合意が及んでいないと考える原審及び本判決の事実認定は疑問である。本件のように過半数で個別調整が行われている以上、過半数での個別調整の事実から意識的並行行為の主張には無理があるように思われる。

エ 多摩談合事件¹⁸¹

本件では、受注調整の慣行は存在するとしながら、基本合意について成立時期その他の特定が不十分として、基本合意は成立しないとしつつ、慣行に基づく個別調整が認定できるとして、損害賠償を認容した。基本合意に関し、私法的な合意概念にこだわったためにこのような混乱した判断となったのであり、基本合意といおうが本件慣行といおうが、いずれにしても「共同して相互に事業活動を拘束し」に該当することを端的に示すべきであった。

¹⁸¹ 東京地判平成 18 年 11 月 24 日

第5章 情報交換活動・入札談合のメカニズム立証への経済分析の活用¹⁸²

1 経済学的証拠の活用

本章では、独占禁止法違反事件における経済学的な状況証拠の活用について、主としてこれまでの刑事事件で検討されてきた状況証拠の項目と比較して考慮要素を検討した。

状況証拠から間接事実を認定する段階において、経済学がどのように用いられるかに関し、先例上の参考となるポイントは、仁保事件上告審判決に示されているとおり状況証拠自体の証明が十分であることが必要となることが挙げられる¹⁸³。他方、同判決では、相互補完的な間接事実であれば全体として事実認定に供し得る場合があるともされていることも踏まえると、各々の具体的事実の下で経済状況がどのように理論的に分析できるかを積み重ねることが重要であり、今後の課題である。このために、これまでの判審決に見られた経済学的考え方を分類整理するとともに、個別事件に応用可能な経済学的考え方を類型別に検討しておくことが有益と考えられるところ、以下では、主として情報交換活動の立証への活用を念頭に置いて経済分析の事件処理の際の証拠としての利用の観点から、これまでになされている議論の整理と応用可能な考え方の紹介を試みることにしたい¹⁸⁴。

本章の構成は、2節でカルテルと談合での状況証拠について区分けして考えるべきことを指摘し、3節でカルテルの経済学的証拠について、(1)並存的事実、(2)予見的事実及び(3)遡及的事実について、それぞれ関係する経済学上の考え方と具体的な事例の分類整理を行い、4節で入札談合の経済学的証拠として、同様に3分類で経済学上の考え方と具体的な事例の分類整理を行っている。その上で、5節ではまとめとして、カルテルと入札談合に活用が考えられる考え方と留意点を取りまとめ、今後の課題として計量経済学に基づく実証の充実と個別事件における実際の状況証拠としての活用を挙げている。また、参考として刑事事件とカルテル・談合事件との状況証拠分類対比表を取りまとめている。

2 カルテルと談合の状況証拠

不当な取引制限の典型的違反事例にはカルテルと入札談合があるが、これらはそれぞれ

¹⁸² 本稿の初期の草稿に対して、大橋弘（東京大学大学院経済学研究科・経済学部准教授）、中川晶比兎（京都大学大学院法学研究科 COE 研究員）の各氏から有益なコメントをいただいた。ここに記して感謝の意を表したい。

¹⁸³ 仁保事件上告審判決(最判昭 45.7.31 刑集 24 巻 8 号 597 頁)

¹⁸⁴ 経済学の活用については、根岸哲(1990)『独占禁止法の基本問題』神戸大学研究双書刊行会、川濱昇(2002)『独禁法と経済学』『経済法講座 2』日本経済法学会編、三省堂などでも述べられている。酒井論文では、「…3 条後段では(経済理論を:引用注)用いることが必要となるケースはまれである。…3 条後段については、これまではハードコアカルテルにかかる事案が多く、特に経済理論を必要とするケースは少なくなかったことは否定できないが、立証の軽減に繋がることもあるので、利用する余地は十分認められる」とされている。

推論の順序や判断基準について次のとおり違いがあり、各々に分けて考えることが相当である。

(1) カルテル

カルテルの類型においては、事業者間の情報交換の可能性に関する面からの状況証拠としての活用手法を検討する。これは、不当な取引制限に関しては、東芝ケミカル事件において「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出た場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動を採ることを期待しあう関係があり、右の意思連絡がある。」とされており¹⁸⁵、市場における事業者の同一又はこれに準ずる対価引上げ行為は直接証拠となり、情報交換活動の有無の部分で状況証拠の活用の余地があると考えられるためである。

また、同一又はこれに準ずる行為に関するものかどうかの争点部分としては、ダクタイル鋳鉄管シェア協定刑事事件で、事業者間において活発な販売競争が行われていたかが問題となったものに対して、「受注量の約 8 割を占める間需市場で互いに販売競争を展開しながらも、被告 3 社間の受注実績は、全体として一種の均衡を保っていた」と認定されており、状況証拠による他の事業者の行動と無関係に取引市場における競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情の主張が否定された事例がある¹⁸⁶。

(2) 入札談合

入札談合事件に関しては、調整ルールのメカニズムと存在についての検証が状況証拠になると考えられる。これは、技研システム損害賠償請求事件において、「①入札についての受注予定者に係る調整ルールが実効性をもって存在すること、②当該事業者が受注調整ルールを認識していたこと、③当該事業者が受注調整のための会合に参加し、受注調整ルールに特段の異を唱えないなど受注調整ルールに副った行動をしていたこと、以上の 3 点が認定されれば入札談合事案において不当な取引制限があり、かつ、これに当該事業者が参加したと認めるに十分であるとの判断基準」とされており¹⁸⁷、この考え方が実務上の運用として一応の合理性が認められており、この中の①調整ルールの存在と③当該事業者のルールに副った行動が、主として状況証拠で示すべきものとなると考えられるためである。

¹⁸⁵ 東芝ケミカル(株)による審決取消請求事件(東京高判平成 7 年 9 月 25 日、平成 6 年(行ケ)144 号)

¹⁸⁶ ダクタイル鋳鉄管シェア協定独占禁止法違反被告事件(東京高判平成 12 年 2 月 23 日、平成 11 年(の)1 号)

¹⁸⁷ 技研システム株式会社による国家賠償請求事件(東京地判平成 14 年 12 月 26 日、平成 13 年(ワ)13381 号)

3 カルテルの経済学的証拠

(1) 並存的事実

ア カルテルのなされた機会

カルテルにおける情報交換の状況証拠としては、当該取引分野での価格変動の推移が挙げられる。その内容は、問題となっている行為のその時点での同一又はこれに準ずる対価引上げ行動は、情報交換活動が行われなければ、こうした行動は考えにくいとするものである。具体的には、価格決定行動について、当該取引分野における各事業者の従前の行動を事業者及び取引先から聴取し、問題となった時点の事業者の行動の特異性を考えるものである。

この考え方は、後述(3)アでも述べるとおり、不当な取引制限は、共同行為である合意が成立した時点で既遂となるとされていることから、その合意を推測する状況証拠として、問題となっている価格の引上げが、当該取引分野において背後の何らかの人為性が推測される特別な行動であったことを示して、逆に合意の存在を示そうとするものである。

すなわち、計量経済学を用いて、価格変動についての要因を幾つかの要素から回帰分析を行い、問題となっている行為の時点での価格決定行動の不自然さを示そうというものである。誘導型による価格方程式の産出は実証経済学ではよく見られる手法であり、カルテル被疑製品の一定期間の価格の推移を考えて、仮想的な情報交換活動ダミーを設定する等して(Chow テスト等の構造変化テストを含む。)、問題となった時点の価格変動の特異性を推測する手法である。談合事例の売上は各入札契約ごとに不連続的に立つと見られるが、カルテルの疑いのかけられている製品の売上はある程度連続的に生じていると考えられるため、こうした手法がより活用しやすいと考えられる。

一般的に、価格は、需要の状況、費用の状況などによって変動するものであるところ、まず、当該違反被疑事業者の価格設定行動が通常はどのように行われているのかを明らかにする。その上で、一定期間の価格の推移をそのメカニズムで説明できるか確認し、それを踏まえた上で、カルテル被疑の時期に仮想的な情報交換活動を組み込んだモデルが有意な説明力を有しているかどうか検証し、有意であれば情報交換活動があった状況証拠とするということである。通常の価格設定行動については、当該事業者・顧客・競争事業者等から聴く等して調査することが有効である。

例えば、ある被疑事業者のある週の価格設定行動が、前週の需要、前週の費用、前週の競争事業者の価格から値付けを行っている当事者から説明されたとする。

$$p_t = a(\text{需要}) + b(\text{費用}) + c(\text{競争}) + d(\text{ダミー}) + e \quad (1)$$

p_t : t 週の当該事業者の価格; a, b, c, d, e : 一定の係数

(1)式についてデータを基に推計を行い、推計式の当てはまりや各係数の有意性等を検証するものである。

ある時点で価格引上げ行動があったことは分かりやすい事例となるが、例えばある製品で費用が価格決定の大きな要素となっているものがあったとき、費用の下落傾向が見られ

たにもかかわらず、ある時点で価格が維持されるようになっていたことも、情報交換活動
ダミーに影響を及ぼすものとなる。また、需要(引き合い)に応じて価格が大きく変動する
製品があったとき、ある時点で価格変動が小さくなったことも情報交換活動により説明さ
れる要素となり得るものである¹⁸⁸。

イ 違反行為がなくても同種の効果が生じ得るか

(ア)東芝ケミカル判決

東芝ケミカル事件の判決では、「(同一又はこれに準ずる)行動が他の事業者の行動と無関
係に取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す
特段の事情」として、原告側は、次の8点を特段の事情として主張している¹⁸⁹。

- ①「…当時、株式の東京証券取引所第二部への上場を図ろうとしていたこと、当時同じ東芝グループの東芝機械株式会社のココム規制違反事件が社会的問題となっており、原告としては株式上場の実現の妨げになるような事態を招かないように企業倫理に特に留意しなければならない特殊事情下にあったこと、同業7社も原告の右特殊事情を了知していたこと、」
- ②「原告…は、…協調的価格引上げに協力することを要請されたが、原告には右の特殊事情があることを理由に断ったことがあること」
- ③「原告…は、原告には特殊事情があることを理由として協調して価格引上げをすることができない旨発言し、同業7社の関係者から別段の異論や非難は出なかったこと」
- ④「原告は、…本件商品の値戻し提案に対し「ナンセンス」と発言したこと」
- ⑤「価格引上げ協力要請や協調的価格引上げに対する追従の要請を拒否する言明をしたこと」
- ⑥「原告の本件商品の価格引上げは、その経営の継続性確保と成績の見直しのためにした独自の市況分析と製品の収支の試算結果によるものであること」
- ⑦「原告ら関係各社の本件商品の平均販売価格、各社ごとの販売金額及び販売数量の動きは、無秩序で、一般的な競争制限的傾向が窺えず、現実にも原告を含む数社につき昭和62年11月以降の本件商品の納入量やシェアの減少などが見られること」
- ⑧「原告は、本件事案について被告の審査が開始された後、同業7社の対策会議に参加せず、被告の措置勧告が出された後も同業7社とは異なった対応をしていること」

¹⁸⁸ カルテルによる価格の差異に関する実証分析は、1998年から2000年にかけて行われた製油5社の入札談合により国防省が被った被害額について、談合状態下における国防省が発注する油の入札の落札価格（軍納落札価格）と国防省以外が発注する油の入札の落札価格（非軍納落札価格）の差分から競争状態における軍納落札価格と非軍納落札価格の差分を差し引く二重比較方法を用いて、軍納市場と非軍納市場の間の時期的な価格差異をコントロールし、純粋な談合による損害額を推定する研究がある(Sonku Kim, Inkwon Lee, Keunkwan Ryu, and Sang-Seung Yi, (2005) “Econometric Damage Estimation from the Bid Rigging in the Korean Military Oil Procurement Auctions during 1998-2000,” paper in “Japan and Korea Mini Conference on Bid-rigging,” on January 17th with the University of Tokyo, Seoul National University, Competition Policy Research Center (CPRC) and Competitive Power Research Center)。

また、カルテル崩壊後に、価格の平均が16%下がり、分散が200%上昇したことを実証的に示した研究もある(Rosa M. Abrantes-Metz, Luke M. Froeb, John F. Geweke, and Christopher T. Taylor, (2005) “A Variance Screen for Collusion,” FTC Working Paper No. 275, <<http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp275.pdf>>)。

¹⁸⁹ 前掲脚注187参照

しかしながら、東京高裁は、「…発言や本件商品の価格引上げの実施等の実情をとらえて前示の推認を覆すに足りる特段の事情と認めることはできない。また、被告が本件事案について審査を開始した後及び措置勧告を出した後に、原告が同業 7 社と異なる対応をした事実があっても、右事実によって右認定が左右されるものではない」と判断している。

(イ)ダクタイル鑄鉄管判決

平成 12 年のダクタイル鑄鉄管シェア協定事件では、次のとおり検討すべき点が挙げられる¹⁹⁰。この事件では、直接証拠(供述)でシェア協定の存在が明らかになっており、東京高裁は、独占禁止法違反を認定している。

同事件において、被告人側から次の主張がなされた。

- ①「受注を前倒しするなどの操作を行っていたことは、むしろ、本件シェア協定が、間需市場において拘束力を持たなかった」
- ②「栗本鐵工所においては、他の 2 社に対し、受注実績の 1 部を秘匿して実績を過少に報告することも行っていたのであって、要するに、本件シェア協定は、半ば形骸化していた」

しかしながら、これらの主張に対しては、東京高裁は、それぞれ次のとおり退けている。

- ①「受注時期を前倒しすることにより、当該年度内の受注実績が増加し、これが次年度の年度シェア配分にも影響することになるのであるから、受注実績をできるだけ年度シェア配分に近づけようとする作業は、単なる数字合わせ以上のものであったというべき」
- ②「関係証拠によれば、受注実績の数字に細工を加えても、最終的には、全体の受注量の数値と出荷実績とが乖離し、その差等が大きければ、他社に露見するであろうから、秘匿できる受注数量には限りがあり、現に、平成 9 年度に栗本鐵工所が秘匿した受注量は、同社の年間受注量の数パーセントに過ぎなかった」

すなわち、シェア協定の実態に関して、事業者間において活発な販売競争が行われていたかどうかについて、「前倒し受注」「数字の細工」といった特段の事情に類する主張は、事実の評価において否定されている。

また、間需市場における特約販売店との取引では値引き販売が少なくなかったことが認定されているものの、その事実に対する評価として、被告人側からの活発な販売競争が行われていたものとする主張は、値引きがすべて販売競争にかかわるものではなかったとしている。その上で、各社の営業能力、販売能力、基本シェア合意の存在の有無などの諸要素を総合して、各社の力関係が大きく変動なく推移してきており、間需市場での販売競争の展開を認めた上で、年度配分シェアに相応するための受注の調整は全体として一種の均衡を保っていたと総合評価されている。間需市場は一部大口受注で調整が行われ直需市場

¹⁹⁰ 前掲脚注 186 参照

を補っていたとしている。

(ウ) ストレッチフィルム判決

平成 5 年のストレッチフィルム事件では、直接証拠(供述)で協調値上げ協定の存在が明らかになっており、東京高裁は、独占禁止法違反を認定している¹⁹¹。

この判決の中で、違反行為がなくても同種の効果が生じ得ることに関して、一部弁護人は、成立時期が異なると主張していた。しかしながら、東京高裁は、業務用ストレッチフィルムの原料である塩ビレジンの価格が引き上げられることが確実な状況、湾岸危機のぼっ発で原料の値上がり在必至の状況であったことから、各社間に協調値上げを行う抵抗がなかったことが言及され、また他の被告人の供述証拠が取り上げられて成立時期が認定しており、その時点以外の成立時期についての主張を退けている。

例えば、価格に占める費用の割合が大きい製品で、費用が大きな割合で上昇したときには、それに見合うよう各社が独立に価格を引き上げることが考えられる。本件では直接証拠で協調値上げ協定が認定されているのではあるが、各社独自の要因で値上げがなされたとして、成立時期が異なっていると主張がなされたところについても、湾岸危機のぼっ発から原料の値上がり在必至であるとの状況も背景となるとして、経済事情がその主張を打ち消す状況証拠として用いられていることが指摘できる。

(エ) くん蒸審決

平成 15 年のくん蒸カルテル事件では、営業活動の余地が無く、顧客争奪競争の回避が行われていないことが争われた¹⁹²。審決は、「くん蒸業者としては、植物防疫所の検査場において、くん蒸処理に使用するくん蒸用倉庫の予約を受ける際などに、くん蒸業者として顧客を獲得するために営業活動することはできるのである」とした上で、「くん蒸貨物の移管の例が極めて少ないのは、くん蒸 2 社によるくん蒸貨物の配分等の申合せにより、顧客獲得競争を回避する効果が生じた」ためであるとして、違反行為がなくても同種の効果が生じ得たことは否定してはいないものの、そうした効果は違反行為によるものと認定している。

「(2) くん蒸貨物の配分等の申合せの効果について

被審人は、くん蒸貨物の移管の手続の流れからすると、くん蒸業者がくん蒸依頼者に対してくん蒸用倉庫の移管の依頼を働きかける営業活動をする余地はなく、また、横持ちをする場合には、外国貨物運送申告費用、横持ち運搬料を支払う必要があり、横持ちの指示が少ないのは、くん蒸 2 社が営業活動を行っていないからではなく、荷受人等が多額の費用負担を回避しているためであるから、くん蒸 2 社の申合せにより、顧客争奪競争を回避するなどの効果は生じていない旨主張する。

そこで検討するに、次の事実が認められる。…

¹⁹¹ 平成 5 年 5 月 21 日の三井東圧化学株式会社ほか 22 名に対する独占禁止法違反被告事件(東京高判平成 5 年 5 月 21 日、平成 3 年(の)1 号)

¹⁹² 関東港業(株)に対する件(審判審決平成 15 年 11 月 28 日)

上記事実によれば、くん蒸貨物の移管に際して、くん蒸依頼者とくん蒸業者との間のくん蒸処理業務に係る契約の締結手続と、くん蒸依頼者と保税上屋業者との間のくん蒸貨物の運搬に係る契約の締結手続があり、この２つの手続は同時に並行して行われているが、論理的には、くん蒸依頼者とくん蒸業者との間のくん蒸処理に関する契約により、どちらのくん蒸業者がくん蒸処理するかが決まり、これに伴い、くん蒸依頼者と保税上屋業者との間のくん蒸貨物の運搬に係る契約を要することになるのであるから、くん蒸業者としては、植物防疫所の検査場において、くん蒸処理に使用するくん蒸用倉庫の予約を受ける際などに、くん蒸業者として顧客を獲得するために営業活動することはできるのである。また、くん蒸貨物の移管には、外国貨物運送申告の手続を執り、通関業者への同手続に係る料金及び横持ち運搬料を負担する必要があるとしても（なお、前記のとおり、現時点では、保税上屋２社は包括保税運送の承認を受けており、外国貨物運送申告の手続及び通関業者への同手続に係る料金の負担を要しない。）、荷受人のうちには、くん蒸貨物の移管に伴う費用を負担しても早急なくん蒸処理を求める者がある（前記(1) v. ）ことからすれば、このようなくん蒸貨物の移管に伴う手続や費用の負担があるとしても、くん蒸業者として顧客を獲得するために営業活動することはできるのであり、前記(1) i v. のようなくん蒸貨物の移管の例が極めて少ないのは、くん蒸２社によるくん蒸貨物の配分等の申合せにより、顧客獲得競争を回避する効果が生じたことによるものと評価することができる。」

ウ 特定の被疑事実と関係人との結び付き(情報交換活動について)

カルテル事件では、会合等情報交換の機会自体に加えて、そこで合意等が成立したかどうかについては、裁判所は直接証拠による認定を行っている。その際に、費用情報についての意見交換、景況・市況についての一般的な意見交換等がカルテル被疑事実を裏付ける状況証拠となるかに関しては、情報交換活動に関する特定の事実と関係人との結び付きの検討事項において問題となる。具体的には、事業者が合理的な行動として自らの費用情報を開示することが考えられるかを検討して、そうした行為を行っている事業者の行動が合理的なものであるかを示す際の留意点を見る。

価格設定行動の情報交換はカルテルそのものであるが、事業者が自らの費用についての情報を交換することが通常合理的な事業者の行動として考えにくいのであれば、費用の情報を交換したこともカルテルの状況証拠の一つとなる可能性があるかどうか、そう考えられるのであれば、その際の留意点は何かを考えるものである。

利潤最大化を行っている合理的な２事業者が、カルテルを行っていない場合、競争事業者の費用情報を有することがどのように当該事業者の利潤・総厚生に影響を与えるか、クールノー競争の枠組で、静学的に検討する¹⁹³。ここでの事業者はすべて高費用か低費用であるとする。

なお、ベルトラン競争の枠組では、低費用事業者と高費用事業者がいた場合は、すべてを低費用事業者が供給し、両事業者が低費用事業者なら市場を分け合うことになる。

¹⁹³ ここでの議論は、Masahiro Okuno-Fujiwara, Andrew Postlewaite, and Kotaro Suzumura, (1990) “Strategic Information Revelation,” *Review of Economic Studies*, 57(1); 25-47 を参考とした。

(ア) 競争事業者が高費用であるか低費用であるか、お互い知っている場合

自 社 が 高費用	競争事業者も 高費用の場合	基準となる状況
	競争事業者は 低費用の場合	基準状況より競争事業者はより多く生産し、自社は少なく生産する。
自 社 が 低費用	競争事業者は 高費用の場合	上記自社が高費用、競争事業者低費用の逆の状況
	競争事業者も 低費用の場合	基準となる状況より自社も競争事業者も多く生産し、それを合わせると片方が高費用の場合の生産量の合計より多くなる。ただし、片方だけ見ると非対称な状況のときの方が多く生産することになる。

(イ) 競争事業者が高費用か低費用かについて、お互い知らない場合

(競争事業者のタイプについて推測した期待値を基に自社の行動を決定する場合)

自 社 が 高費用	競争事業者も 高費用の場合	基準となる状況より多い生産量(期待値で見ても競争事業者が自社のことを低費用と推測することを織り込んだ自社の生産量の決定)
	競争事業者は 低費用の場合	基準状況より競争事業者はより多く生産し、自社は少なく生産する(自社はすぐ上の場合と同じ生産量、低費用の競争事業者は自社のことを低費用の可能性があると推測して、自社が高費用であることが知られていた場合よりも少なく生産する。)
自 社 が 低費用	競争事業者は 高費用の場合	上記、自社が高費用、競争事業者が低費用の逆
	競争事業者も 低費用の場合	両事業者とも低費用で、競争事業者が低費用であることを知っていた場合よりも、競争事業者側が高費用の可能性あることを織り込んで、両事業者とも多く生産することになる。

このように期待値を基にした意思決定は、生産量決定に影響を与えることとなる。そのメカニズムは、次のとおりである。

高費用の事業者は、競争事業者から低費用かもしれないと推測されることを利用して生産をより多くする。

低費用の事業者は、競争事業者が高費用事業者の可能性があるので、競争事業者が低費用事業者であることを知っている場合よりは多く生産するが、確実に高費用事業者であると知っているわけではないので、競争事業者が高費用事業者であると知っている場合よりは少なく生産する。

(ウ)合理的な事業者行動として費用情報開示が行われるか

自らの費用情報を競争事業者に提供する行為が、カルテル等の状況証拠となるかどうか

を検討する。

高費用の事業者が、競争事業者側が高費用の事業者であると信じているときに、自社の費用情報を提供して競争事業者の費用情報を集める行為(費用情報の交換の持ちかけ)は、事業者が合理的なときになされることである(しかしながら、競争事業者側が低費用事業者であるとすると、自社の費用情報の提供は逆効果となる。)。また、低費用の事業者が、競争事業者側が高費用であることを確認するために、自社の費用情報と引き替えに競争事業者の費用情報を求める行為(競争事業者側は自社の情報は教えない。)もあり得る。

それ以外の状況(高費用の事業者が、競争事業者側は低費用であると信じているとき。低費用の事業者が、競争事業者側も低費用であると信じているとき。)では、事業者は自社の費用情報を競争事業者側に提供するインセンティブはない。

これらのことから費用情報の相互交換がなされている状態が生じているのは、双方とも高費用の事業者と思われるときである。このときには、合理的な事業者同士でも生じ得る状況であり、費用情報の交換をカルテルの証拠として活用するためには、さらに、市場において交換された事業者が高費用の事業者と信じられているわけではなかったことを示さなければならないことになる点に留意が必要である。

エ カルテル維持要素

カルテルに関する実証分析をサーベイした研究では、カルテルには 5 年以上続くものと 1 年以内程度の短命のものとの 2 種類見られた(Margaret C. Levenstein and Valerie Y. Suslow, (2006) “What Determines Cartel Success?” Journal of Economic Literature, 44; 43-95)。こうしたカルテルは、抜け駆け又は効率的な監視の欠落によっても崩壊するが、新規参入及び経済環境の変化による共謀の合意の適応によって崩壊することが多いとされている。逆に、長く続いたカルテルでは、抜け駆けを監視するための多面的な戦略とともに参入障壁を増加させることがなされている。

こうした研究のインプリケーションとしては、カルテルが維持されていたことについては、抜け駆け監視システムの存在と参入障壁増加行動を状況証拠として主張することが考えられる。そうしたシステムや行動は、それ自体は、例えば、過去の情報の処理と公表であったり、当該産業全体の売上・利潤に貢献するため行動であったとしても、それがカルテル維持として使われる可能性を指摘することも考えられるであろう。

(2) 予見的事実

ア 違反被疑事業者の特有の行動形式・事業者行動の様式

性格面に関しては、自然人との対比で検討されるとき、通常は、事業者は組織として違法行為を行うことを決定したりはしないものの、むしろ犯罪事実そのものを立証するための証拠として使用することについては消極的見解が強い自然人の「性格」よりも、当該産業における慣行と違反被疑事業者の行動様式としての「性格」が、その事業者の置かれた環境において利潤獲得に結び付くことが示されるのであれば、違反行為を行ったはずであると

する状況証拠として用いやすいとも考えられる¹⁹⁴。

(ア)広島県石油商業組合広島市連合会審決

不当な取引制限の背景事情として、過去の被審人の行動・被審人の独占禁止法に対する対応が検討された事例が、広島県石油商業組合広島市連合会に対する件である¹⁹⁵。

審決は、組織、組織活動の姿勢、方針等が明らかにされた後、「価格協定行為に出ようとする動機の有無など主観的側面を探るために過去に価格協定行為がみられなかったかどうかを検討しておく必要があると考えられる」としている。

その上で、「そこで、争いがない事実と証拠とを精査してみると、旧支部連合会、被審人がその両時期を通じて、前記三の 4 で認定した「上がったときは上げ、下がったときは下げる。」との方針に従い、元売業者の仕切価格の引上げ又は引下げがあった場合に前記第一の二の 2 ないし 6 に認定したとおり、合計 10 回にもわたり、会員の小売価格の引上げ又は引下げの決定をしたことは、十分に認定することができる。」としている。

(イ)岩谷産業審決

また、被審人の属する業界における経済環境の変化が価格競争の起こりやすさとして主張されたが、違反行為の背景とされた事例が、岩谷産業(株)に対する件である¹⁹⁶。

この審決は、「被審人の主張のとおりプロパンガスの卸売業会において様々な経済環境の変化があり、競争を激化させ得る要因となっていること、また、プロパンガスは差別化されていない商品であることから一たび価格競争が進展すると激化しがちなものであることが一般的には認められるとしても、本件違反行為は、プロパンガスの卸売業界がむしろそのような状況にあったために引き起こされたともいえるものである」としている。

そこに引き続き、審決は、一般的な取引分野における経済環境だけではなく、取引の行われ方と事業者の行動様式を次のとおり指摘し、それに基づいて、被審人の主張を採用しなかったものである(後述の動機部分にも関連する。)。

「……、本件違反行為の背景として、卸売業者は共納している小売業者については価格競争があり、単独の取引先であっても価格が高ければ他の卸売業者に変更されたり、それとの共納とされるおそれがあったため、他の卸売業者の販売価格の動向を把握する必要性が高かったことがある」

「……その契機となったのは、平成 6 年 10 月にプロパンガスの価格決定方式が SP 方式から CP 方式に変更され、卸売業者にとっては湾岸危機の値上がり以来の重大な事態を迎えたことである。このため、プロパンガスの仕切価格が大幅な値上げとなる見通しとなり、卸売業者はその値上がりを転嫁しなければ事業経

¹⁹⁴ 特別公務員暴行事件(最判昭和 28 年 5 月 12 日、昭和 26 年(あ)3756 号)

¹⁹⁵ 広島県石油商業組合広島市連合会に対する件(審判審決平成 9 年 6 月 24 日、平成 6 年(判)2 号)

¹⁹⁶ 岩谷産業(株)に対する件(審判審決平成 12 年 3 月 27 日、平成 9 年(判)3 号)

営上支障が生ずる状況が見込まれたところから、他の卸売業者の動向が気になり、例会の場において、互いに仕入価格、販売価格について情報交換を行い卸売価格の引上げについて共通の意思の形成に至ったものと認められる」

イ 違反行為遂行能力

違反行為の遂行能力については価格の引上げが可能であったか等共同性に関する遂行能力について検討する。価格をある程度自由に左右できる等の競争の実質的制限性の面で見られるのではなく、情報交換活動の遂行能力について見るものである。

例えば、価格引き上げの違反被疑対象商品・役務について、ある違反被疑事業者が情報交換できたかどうかの問題である。例えば、将来の価格情報・顧客からのカウンターオファー情報の交換などが行われた場合、それが共同性に関する認定における「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をし」と評価できるかどうかである。すなわち、将来の価格情報・顧客からのカウンターオファー情報が、違反被疑事業者の設定する価格に影響を与える情報を有しており、また共同する事業者の設定する価格に影響を与えるものとなっていたかが問題となる。費用情報の交換に関する 3(1)ウで見たような合理的な事業者行動としてあり得るかどうかもまた留意すべき点となる。

ウ 違反行為の動機

違反行為の動機に関しては、自然人との対比で見ると、自然人の法違反の動機は多種多様な動機で行われるが、これに対して法人となることが多い事業者の法違反の動機はほとんどの場合利潤獲得であることが指摘できる。この意味で、(2)アで見たように違反被疑事業者の行動原因としての「動機」が、その事業者の置かれた環境において利潤獲得に結び付くことが示されるのであれば、違反行為を行ったはずであるとする状況証拠として用いやすいとも考えられる。

(ア)動機が積極的に評価された事例

広島県石油商業組合広島市連合会に対する件では、「広島地区での価格引上げは、顕著に均一の傾向を示し全国的に特異であって、非人為的な経済現象としては説明しづらい」として、動機が存在自体を一種の状況証拠として用いている。

「もっとも、被審人は、同年3月以降の仕切価格の引上げはほぼ各元売業者に共通で、全国の小売業者に共通の経営圧迫要因であり、ほぼ同様の対応をとる原因ともなり得たから、カルテルの動機として評価することはできない、と主張している。しかしながら、本文に述べたような情勢が一般的に事業者が価格を引き上げようとする原因となり得ることは疑いなく、それが価格カルテルの動機となり得る可能性は排斥されないというべきである。そして、前記二3において検討した結果によれば、本件で問題とされている広島地区での価格引上げは、顕著に均一の傾向を示し全国的に特異であって、非人為的な経済現象としては説明しづらいのであるから、右のような情勢が価格引上げ決定の誘因となり得るというのに何らの妨げもない。」

(イ)動機が消極的に評価された事例

また、岩谷産業に対する件では、次のとおり、被審人側の情報交換の動機を欠くとする主張を認めず、情報交換会合の反論を退けている。

「6 被審人は、北部支部会は、江守石油の古森が、北部営業地域について伊丹産業や上原成商事の進出を防ぐために、全く独自の個人的動機に基づき開催していたものと主張する。

しかし、この被審人の主張は証拠上の裏付けを欠くばかりか、被審人の鈴木の審判廷における「京都北部の舞鶴地区を中心とした業者さんの集まりが、特に伊丹産業さんの掛け声の中で行われているというふうに私も聞いておりました…やはりあの地区で伊丹さんが非常にお客を拡大するという市場でございました。」との供述(第8回審判速記録)とも矛盾するものである。さらに、北部支部会に、伊丹産業及び上原成商事がよく出席していたこと(査第119、第144号証)からしても、両社の進出を防止することが北部支部会の開催の動機であったとは考え難い。」

(ウ)その他

なお、動機が存在が情報交換の状況証拠として用いられたものではないが、契約当事者にとって経済的に合理的な動機であっても、独占禁止法の要件に該当すれば違反となることが示されている¹⁹⁷。

「しかし、独禁法2条6項に定める「公共の利益に反して」とは、原則として、同法の直接の保護法益である自由競争秩序に反することを指し、なお、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達を促進するという同法の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を不当な取引制限行為から除外する趣旨であるところ、本件が右除外の場合に当たるとは到底解されず、契約当事者にとっては合理的な動機から締結された契約であっても、一定の取引分野全体の立場から競争を実質的に制限するものである限り、これを排除することが公共の利益の合致することはいうまでもない。そのうえ、本件審決が排除を求めているのは、原告が主張するように単に住友セメントに対する拘束条項だけではないし、また、住友セメントは本件基本契約締結以前から石灰石を供給していたのであって、原告の主張はいずれも失当というほかはなく、原告及び住友セメントが本件相互拘束条項の履行によって獲得、維持している利益の追求は、独禁法2条6項に定める「公共の利益」に反することは明らかである。」

(3) 遡及的事実

ア カルテル、談合等の審査が開始された後の市場の状況

この分類は3(1)アのカルテルのなされた機会とも関係するものであり、市場における事業者の同一又はこれに準ずる対価引上げ行為といった直接証拠が、情報交換活動の有無についての遡及的事実となり、対価引上げ行為の存在が情報交換を推測させるとする用い方が考えられる。

(ア)価格引上げ行為が情報交換を推測させる考え方

¹⁹⁷ 旭硝子資料(資)による審決取消請求事件(東京高判昭和61年6月13日、昭和59年(行ケ)264号)

これは、石油カルテル事件における既遂時期の考え方から、導き出されるものである。最高裁は、同判決で、不当な取引制限の既遂時期は、「事業者が他の事業者と共同して対価を協議・決定する等相互にその事業活動を拘束すべき合意をした場合において、右合意により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争が実質的に制限されたものと認められるときは、独禁法 89 条 1 項 1 号の罪は直ちに既遂に達し、右決定された内容が各事業者によって実施に移されることや決定された実施時期が現実に来ることなどは、同罪の成立に必要でないと解すべきである」としている¹⁹⁸。すなわち、共同行為が合意されたときに不当な取引制限が成立するとしており、その合意を推測する状況証拠として、事後的に価格が引き上げられたことが合意の存在を示すものとなる¹⁹⁹。

(イ)事後の価格の大きな変動もカルテルを否定するものでない

岩谷産業(株)に対する件(平成 11 年 11 月 30 日、平成 9 年(判)3 号)では、審決は、次のとおり、価格の推移における変動が状況証拠とならないとする反論に対して、それらの指摘がカルテルの存在を否定するものではないとしている。

「被審人は、被審人における卸売価格の推移について、本件違反行為が行われたとする期間中の被審人の本社からの仕切値、京都支店の取引先小売店への通知価格及び取引先との交渉による実際の取引価格からみて、例会での情報の影響は全くみられない旨、また、他の卸売業者の卸売価格との比較からみても、およそカルテルの実施と認める余地はなく、状況証拠ともならないから、共通の意思の形成によるカルテルは存在しない旨主張する。

しかし、平成 7 年 11 月 16 日の例会における共通の意思の形成については、既に詳述したとおり、証拠に基づき認定できるものである。

また、実施状況についてみても、被審人及び 13 社は、本件違反行為に基づき、平成 8 年 3 月ころまでの間に、おおむねプロパンガスの卸売価格を引き上げており(前記第一、五及び前記一 2)、被審人の指摘する、被審人及び 13 社の平成 7 年 9 月から平成 8 年 3 月までの卸売価格の平均上昇率 5・7 円という数字自体が、5 円ないし 6 円の引上げという合意内容におおむね合致するものといえる。

なお、被審人は、値上げカルテルに加わらなかった 7 社の方が被審人及び 13 社よりもむしろ値上げ幅が大きいことを指摘するが、カルテルの非参加者にもカルテルの競争制限の効果が及び、時としてカルテル参加者以上にその利益を享受する場合があっても不自然とはいえないし、本件当時、CP 価格の大幅な上昇による元売仕切価格の上昇が他の 7 社にも及ぶことは明らかであること、取引先小売業者との交渉があるため、卸売価格の引上げが必ずしもすべてそのとおり実施され得るわけでもないことを考慮すると、被審人の右指摘は、カルテルの存在を否定する根拠となるものではない。」

(ウ)価格引上げの態様

また、東芝ケミカル事件の判決では、東京高裁は、次のとおり、価格引上げ自体が実現

¹⁹⁸ 出光興産(株)ほか 25 名に対する独占禁止法違反(価格協定)被告事件(最判昭和 59 年 2 月 24 日、昭和 55 年(あ)2153 号)

¹⁹⁹ 成立時期に関し、着手時に不当な取引制限が既遂となると考えるとしても、事後的な一定の取引分野における動向からの検証の面で差異はない。

せずとも、共同して価格の引上げを目的とする行為がなされたのであれば、不当な取引制限が成り立つとし、目的とする行為としては、「決定の実現に向けた事後の行動の一致があれば」良いとしている。

「原告がもしその主張する特殊事情から協調的価格引上げに加わらない意向を有していたならば、8社間の意見交換や協議に加わらず、本件商品の価格引上げについても、協調的とみられるおそれのある行動は極力避けるはずである、このような観点から、前記第二項一5の(一)ないし(六)に述べた本件の事実経緯、第四項三1に判示した認定事実を判断すると、前記(1)の5月29日及び7月1日にした高木幹夫の協調的行動をとらない旨の言明も、額面どおり受け取ることはできず、原告の真意を示すものとは認め難いうえ、これに対し日立化成工業の斎藤征二や同業7社の出席者が異論を言わず、非難をしなかったというのも、原告の右特殊事情を知っており、高木幹夫の立場上前記発言もやむを得ないものと理解を示したことによるものであって、前記のプリント配線板用銅張積層板業界の実情、市場の状況及び従前の原告の対応からみて、高木幹夫の右言明にかかわらず、いずれ原告は本件協調的価格引上げに追随してくると思え、あえて非難をしなかったにすぎないとみる余地が十分にある。また、本件のような協調的価格引上げの場合、価格引上げが実施できるかどうかは取引先との力関係や取引上の信頼関係、世界的な取引市場の動向等に左右されることもあるので、必ずしも決定どおりに価格引上げが行われ、また、引き上げられた価格が永続的に維持されるものとは限らないから、その後の実情にかかわらず決定の実現に向けた事後の行動の一致があれば、共同して価格の引上げを目的とする行為をしたと推認して差し支えない。」

イ 当該事業者の状況

問題となっている行為によって事業者の経済状況等が変化したことが、情報交換の状況証拠となるためには、例えば、行為前の事業者は経営困難であったが、ある時点から経営が改善したような状況があったならば、カルテル等が行われて利潤が増加した結果であって、これは情報交換があったからであると推認させる一つの事情となるかもしれない。しかしながら、ある事業者の経営の改善の要因は、カルテル行動によるものだけとは考えがたく、一般的な経済状況に大きく左右されるものであり、補強的に使うものとしても難しいと考えられる。

4 入札談合の経済学的証拠

入札談合事件に関しては、入札についての受注予定者に係る調整ルールが実効性をもって存在することについて、経済学的分析が応用可能と考えられる。また、当該事業者が、受注調整のための会合に参加し、受注調整ルールに特段の異を唱えないなど受注調整ルールに副った行動をしていたことについても、実証的な検証が考えられる。

(1) 並存的事実

ア 受注予定者にかかる調整ルールの存在

受注予定者に係る調整ルールの存在を検証した代表的なものは、Mark Duggan and Steven D. Levitt, (2002) “Winning Isn't Everything: Corruption in Sumo Wrestling,” American Economic Review, 92(5); 1594-605 による相撲の分析である。多くの勝敗データから、千秋楽における

7勝7敗の力士の勝率について談合(調整)が行われていることを示したものである。

この例のように、ある入札談合における基本ルールが、例えば、事業所所在地からの距離と隣接案件と星取りとから成り立っているような受注予定者調整ルールが推測できたとするならば、それらの情報を基にしたモデルが一定の説明力を有しているかについて確認することが考えられる。

工事場所と事業所との距離(x)、隣接案件施工ダミー(隣)、星取り(取っていれば+1、とっていないければ-1の累積)等により、

$$p_t = a(x) + b(\text{隣}) + c(\text{星取り}) + e \quad (2)$$

p_t : t 週の当該事業者の価格; a, b, c, e : 一定の係数

(2)式についてデータを基に推計を行い、推計式の当てはまりや各係数の有意性を検証するものである。

事後的な検証によって、談合の存在を経済学的に分析したものとして、米国オハイオ州における学区ごとの牛乳調達の入札における談合を研究したものがある (Robert H. Porter and J. Douglas Zona, (1999) “Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding,” RAND Journal of Economics, 30(2); 263-288)²⁰⁰。

1980 年から 1990 年の 10 年間に、600 の学区数での学校牛乳市場が検討された。そこでは、各事業者が均質の商品(牛乳)を供給し、規模や販路拡大に伴うコスト増加要因に事業者間の差異がなく、一定であるため、事業者は価格のみで競争している。他方、事業者による生乳の仕入価格は公的に管理されている。また、学区による牛乳の調達に対する補助金が多く、需要の価格弾力性は低い。そして、製品化された牛乳の輸送コストは原価構成比の中で相対的に高くなっている状態であった。

談合を助長する要素はこの市場の入札制度内にもあった。入札を公開し入札業者を公表する慣習は、カルテルの参加者にカルテル違反者を発見する機会を与えるものとなった。契約の発注時期がずれているために、カルテル参加者がその行動を調整することができた。需要が予測できるためにカルテル違反者に対する将来の報復が現実的なものとなり、各地域ごとの納入業者はその数が限られており、互いに取引があり、商業組合も同じであることも談合を助長した。

事業者は、入札をする学区とその価格帯を決定して行動することになる。データの分析から、各学区へ牛乳を納入する業者の 85%は、その学区から 75 マイル以内に製乳工場を有していた。稼働中の製乳工場を持つ事業者でも、遠隔地の市場への参入は難しく、実際に入札を控える傾向があった(事業者が入札を行う可能性は距離に関する減少関数)。また、

²⁰⁰ このほか、高速道路建設談合(Robert H. Porter and J. Douglas Zona, (1993) “Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions,” Journal of Political Economy 101(3); 518-538), フロリダとテキサスの学校牛乳(Martin Pesendorfer, (2000) “A Study of Collusion in First Price Auctions,” Review of Economic Studies, 67(3); 381-411)等について実証分析がある。また、柳川範之、木村友二及び鈴木淑子(2005), 「入札談合の経済分析」, 競争政策研究センターCR03-05 <<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/cr-03-05.pdf>>も参照。

対象期間において談合に参加しなかったとされる事業者の入札価格は、距離に比例して増加しており、他の条件を一定とした場合、入札価格は 100 マイルごとに 1 セント増加していた。対象学区の近くに工場を持つ事業者は競争上有利であるが、その優位性は距離とともに減少していた。

さらに、個々のケースの分析として、談合に参加して起訴されたシンシナティの 3 社を抽出して観察し、これらの事業者と起訴されなかった事業者とでは入札行動が異なっていることを見ている。3 社はそれらの所有する工場の半径 30 マイル以内の入札に他社よりも頻繁に参加していた。100 マイルや 60 マイルも離れた学区の入札に参加した事業者もあった。また、1983 年と 1989 年は談合が成立されなかったとされており、3 社の入札価格もその年には低いものとなっていた。3 社の入札価格は距離とともに下落していたが、その入札行動には自然でない人為的な点がみられた。実際に価格への影響を推測してみると談合に伴う価格の平均上昇率は 6.5% であり、距離にして 50 マイルの輸送費用に該当するものであった。さらに、このうちの事業者 2 社は、遠い学校には比較的安く最も工場から近いところには高く入札しており、これは市場力が使われていることを示している。これによって、地理的に競争から守られており、地域市場外では同じ条件で競争しているときの近隣供給者間の共謀行動の特徴が示されている。

ただし、こうした経済分析においては、問題となる談合が、事業者の経済合理的な行動を基にした基本合意となっているときには、経済合理的な行動と話し合いが行われたうえでの行為との識別は難しく、一定の推計を行った後の残差での特定の可能性が考えられているところである²⁰¹。

イ 違反行為がなくても同種の効果が生じ得るか

しかしながら、何らかの調整行為は無くても、ある入札において、直前に別の受注を得た事業者は、事業者内部の資源配分上の問題から連続した受注は難しくなっている可能性があり、例えば、参加事業者間での持ち回りの外的な外観を呈する場合は生じる可能性がある。

違反行為が無くても同種の効果が生じ得るかについて、これまでの判審決では次のとおり示されている。

(ア)大石組審決

平成 16 年の大石組に対する入札談合事件では、審決は、対象工事の一部について調整方法にばらつきがあることをもって、合意が存在しないと主張されたものの、105 物件中 80 物件と大部分を共通するルールにより受注調整が行われていたと認定し、その他の物件に

²⁰¹ Patrick Bajari and Lixin Ye, (2003) “Deciding between Competition and Collusion,” *Review of Economics and Statistics*, 85(4); 971-989 及び Hiroshi Ohashi, (2006) “Effects of Transparency in Procurement Practices on Bidding Behavior: A Case Study of the Experience of Municipal Public Works,” *mimeo* 参照。また、大橋弘(2006), 「公共入札の経済分析① 落札率 99% は談合か?」『経済セミナー』2006 年 4 月号にポイントが解説されている。

においても基本合意非参加事業者が受注を希望している等の事情によるものであるとして、基本合意が実施されていたことを認めている²⁰²。

「80 物件は、平成 11 年 6 月から同 15 年 2 月までに発注された旧清水市等発注の特定土木工事 105 物件の大部分を占めているところ、80 物件における入札参加者間の受注調整については、①受注希望の表明、②受注予定者の決定、③入札価格の連絡、④入札での協力の各過程について規則性を有しているのであって、受注希望者が複数いた場合の調整方法など各過程の具体的実施方法が様々であるとしても、各物件に共通するルールにより行われていたものと認められる。

そして、残りの 25 物件において本件基本合意に基づく受注調整が行われたとは認められないが、そのうち一部の物件については、本件基本合意に参加していないアオキ綜建が受注を希望している等の事情により受注調整が行われなかったのであって(査第 12 号証及び第 13 号証)、本件基本合意に基づく受注調整が行われない物件があることにより本件基本合意が存在しないということにはならない。」

(イ)国際地質審決

平成 13 年の国際地質に対する入札談合事件では、審決は、談合の外観を呈した被審人の受注物件は押し付けられていたものであったと主張されたが、採算の有無等は調整行為の存否とは関係ないとした²⁰³。

「イ 他の相指名業者からの押し付けの結果である等の主張について

被審人は、被審人が受注した 13 物件の多くは、相指名業者が自らは受注を希望しない物件を被審人に受注させようとした押し付けの結果、受注したものであり、本件合意に従ったことにより受注したのではないと主張する。

しかしながら、被審人としては、受注を希望しないのであれば、相指名業者の意向にかかわらず、入札を辞退するなり、自己の積算により採算のとれる価格をもって入札するなりすれば足りるのである。それにもかかわらず、被審人は、これらの物件につき、自己が受注予定者であることを前提に、相指名業者の協力の下にこれらを受注したのである。」

(イ)技研国家賠償判決

平成 13 年の技研システムによる国家賠償請求訴訟では、東京地裁は、談合に類した状況であっても更なる調査が必要として、「基準を硬直的に運用せず、一般的な見地からの認定に疑念を抱かせるような個別事情が存在するのであれば、当該事業者について可能な範囲において審査(調査)を尽くして、有利・不利を問わず諸般の証拠を収集し、個別事案における具体的な事情を慎重に斟酌すべき」としている²⁰⁴。

「同業者間における受注調整ルールが存在に関する一般的認識は、むしろ受注調整ルールに副った行動の素地となり得るものであり、また、受注調整のための会合に参加することは、他に特段の事情がない限り、

²⁰² (株)大石組に対する件(審判審決平成 18 年 4 月 12 日、平成 16 年(判)1 号)

²⁰³ 国際地質(株)に対する件(審判審決平成 13 年 9 月 20 日、平成 11 年(判)6 号)

²⁰⁴ 前掲脚注 187 参照

受注予定者を決定するための話合いに加わる意思があるとみて差し支えないというべきであり、要は、この基準を硬直的に運用せず、一般的な見地からの認定に疑念を抱かせるような個別事情が存在するのであれば、当該事業者について可能な範囲において審査(調査)を尽くして、有利・不利を問わず諸般の証拠を収集し、個別事案における具体的な事情を慎重に斟酌すべきであり、そのようにしてこそ前判示の判断の相当性を担保し得るものというべきである。」

さらに、談合の違反行為の外見を呈していたとしても、必要な調査の足りない急いだ審査を行ってはならないとして、「指名を受けた業者間の大勢として受注の本命とみられていた富岡測量からの協力依頼の働きかけを断っていたこと、下田案件の落札価格は、発注予算の約 6 割であったこと」を挙げて、違反行為の不存在を示すべきであったと指摘している。

「ところで、証拠(甲第 15 号証, 第 25 号証, 第 37, 第 38 号証, 証人杉山到, 原告代表者本人)及び弁論の全趣旨によれば、原告は、その代表者の信念として談合をしないことを社是としており、本件においても、杉山は指名を受けた業者間の大勢として受注の本命とみられていた富岡測量からの協力依頼の働きかけを断っていたこと、下田案件の落札価格は、発注予算の約 6 割であったこと、以上の各事実が認められ、これらの事情は、原告が最終的に富岡測量との間で受注に関する合意をしたのか否かについて疑念を抱かせるものと考えられ、本件勧告前に公正取引委員会においてさらに補充調査を行っていれば判明し得たことであるから、原告について措置勧告をしないという結論を導く余地は十分にあったものといわざるを得ない。」

ウ 特定の被疑事実と関係人との結び付き

入札談合において、当該事業者が、受注調整のための会合に参加し、受注調整ルールに特段の異を唱えないなど受注調整ルールに副った行動をしていたことについても、実証的な検証が考えられる。

例えば、先に見たモデル全体の説明力を基に基本ルールの存在を主張するとともに、問題となっている事業者が、このモデルに沿った行動をしているかどうかを検証することにより、当該事業者が受注調整ルールに沿った行動をしていたことを主張することが考えられる。

エ 落札率

このほか、入札談合特有の検討すべき点として、入札予定価格と落札価格との割合を見て、それが高いことから談合を推測するものがある。例えば、横石興業事件では、東京高裁は、受注予定者が決定されていない工事と違反被疑工事とでは、落札率が顕著に違うことから、「価格決定を伴う受注調整の存在を強く疑わせる」としている²⁰⁵。

「エ そのほか、入札状況をみても、受注予定者の決定に至らずに入札がされ、課徴金納付命令の対象とならなかった千葉市発注の「排水施設新設工事(平川町 12-1 工区)」及び「下水道排水施設工事(川戸汚水 1

²⁰⁵ (株)横石興業による審決取消請求事件(東京高判平成 18 年 2 月 3 日, 平成 17 年(行ケ)136 号)

号幹線4工区)」においては、落札率(落札価格を予定価格で除した値)がそれぞれ77.06パーセント、75.59パーセントと低く、最低制限価格を下回って失格した者を含め、すべての相指名業者が入札予定価格より相当程度低い価格で入札し、最低入札価格と最高入札価格の乖離率が12パーセント程度に達しているのに対し(証拠略)、本件各工事については、落札率が99パーセントを超え、他の相指名業者がほとんどの場合入札予定価格を上回る価格で入札し、最低入札価格と最高入札価格の乖離率も1パーセントから2パーセント程度と低くなっている(証拠略)。このような入札状況も、価格決定を伴う受注調整の存在を強く疑わせるものといえることができる。」

また、下水道事業団の損害賠償事件では、津地裁は、民事事件においては、刑事事件と異なり、談合の具体的方法等を微細にわたってまで認定する必要はなく、間接事実等に照らして、本件各入札において談合がなされたということ自体が推認できれば必要にして十分であると解すべきであるとして、落札率が高率であることをその一つの要因として談合を認定している²⁰⁶。

「(二)被告らは、本件において談合が行われていたとする直接証拠はなく、原告らが書証として提出する独占禁止法違反の刑事事件においては、個々の契約に関する談合が判断の対象とされているものではないから、本件各契約を含む個々の契約において、被告東芝、被告富士電機らが談合を行っていたと推認されるものではない旨主張する。

しかしながら、受注調整(独占禁止法3条違反の事実)と、談合の事実とが厳密には別個の事実であるとしても、両者はいずれも業者が少しでも多く利潤を上げるための手段という点でこの目的を共通にし、受注調整の結果を実現するために談合を行うことが必要になるといえることができるから、前者をもって後者を推認することは可能である上、民事事件においては、刑事事件と異なり、談合の具体的方法等を微細にわたってまで認定する必要はなく、間接事実等に照らして、本件各入札において談合がなされたということ自体が推認できれば必要にして十分であると解すべきである。そして、前記のとおり、本件各工事について、9社間の話し合いによって被告東芝を受注予定業者として決定したことは優に認定できることや、受注調整を行う目的が、可能な限り高額で落札し十分な利益を上げることにあること、事業団発注の工事において、入札前に事業団の職員から予定価格の示唆を受けた落札予定業者の担当者が、他社に具体的な入札金額の指示を行うのが通常化しており、本件各入札においてそれがなされなかったと考えることはかえって不自然であること、平成2年度以降、事業団は、9社会の幹事らに対し、年度の初めころには、発注予定工事の一覧表を交付し、同一覧表には予定金額(予定価格ではないが、予算として承認された価格である。略)が記載されていたこと、及び本件受変電設備工事の予定価格は1億9219万8000円であり、落札率(落札価格の予定価格に対する比率)は96・25パーセント、本件電気設備工事の予定価格は5億3086万2000円であり、落札率は96・92パーセントといずれも高率であること(略)などに鑑みれば、本件各入札に先立ち、被告東芝、被告富士電機を含む重電9社において、話し合いによって被告東芝を受注予定業者と決定し、他の業者に対し被告東芝の入札価格よりも高い価格で入札するよう入札価格の指示を行い、右のとおり入札がなされることで、予定どおり被告東芝が落札したものと認められる。すなわち、本件入札は自由競争を排除して入札価格の低下を防止するものであって、本件各契約は談合によるものといえることができる。」

なお、落札率の経済分析については、予定価格を適切に算定することで入札者を競争的

²⁰⁶ 日本下水道事業団発注工事入札談合に係る損害賠償請求事件(津地判平成13年3月29日、平成9年(行ウ)15号)

に行動させることができるとする理論的研究(Charles J. Thomas, (2005) “Using Reserve Prices to Deter Collusion in Procurement Competition,” Journal of Industrial Economics, 53(3); 301-326)のほか、公正取引委員会の立入検査の前後で企業の入札行動に統計的に有意な違いが見られるか否かの検証から、入札談合を推定する研究がなされている(砂田充及び鈴木淑子(2006),「入札談合事件における落札率の計量経済分析」公正取引委員会競争政策研究センター報告会資料)²⁰⁷。

(2) 予見的事実

ア 違反被疑事業者の特有の行動形式・事業者行動の様式

最近の審決では、違反行為の繰り返しのおそれについて長期・継続的・恒常的に過去に行われてきたことから、直ちに違反行為が解消されるとは考えにくいと認定している事例が見られる。

例えば、松下電器産業(株)に対する件では、審決は、次のとおり記載している²⁰⁸。

「3 独占禁止法第54条第2項に規定する「特に必要があると認めるとき」の要件への該当性について(争点2)

(1) 違反行為が繰り返されるおそれの存否について

本件のような入札を対象とする不当な取引制限行為は、一般的に、特定の業界における複数の事業者間で、長期間にわたり、継続的・恒常的に実行されるという性格の行為であることから、その過程で、競争を回避することによって利益を得ることを志向する個々の事業者の意識と、これを共同して行うことを容易にする事業者間の協調的な関係が強固に形成され、そのため、違反行為が一旦終了しても、このような意識や協調的な関係が直ちには解消されず、再び違反行為が繰り返される可能性が高いといえる。」

イ 違反行為遂行能力

平成8年の協和エクシオによる審決取消請求事件では、事業者の調整に類する行為があったとしても、被審人側から、実際の受注能力が無かったため不当な取引制限は成立しないと主張された²⁰⁹。しかしながら、東京高裁は、当該事業者の思惑、共同した事業者の意図・目的を詳細に認定して、「長期的視野のもとに、当面は協調して同社に受注させ、これを『貸し』として、将来はそれを返して貰う形で受注できると考えていた」と、その時点の違反行為遂行能力の問題は、実際に複数の事業者が能力を有していたことが認められる場合に、違反行為を打ち消すだけの状況証拠として評価しなかった。

「ロ 1級9社の受注能力、受注意思について

原告は、1級9社の受注能力が確定されていないのに本件基本合意が成立したというのは不当である、

²⁰⁷ このほか伴金美(2005),「入札談合事案等における統計的手法の一般的な利用方法」公正取引委員会競争政策研究センター報告会資料も参照

²⁰⁸ 松下電器産業(株)に対する件(審判審決平成18年3月8日,平成15年(判)10号)

²⁰⁹ (株)協和エクシオによる審決取消請求事件(東京高判平成8年3月29日,平成6年(行ケ)80号)

そもそも現場説明会に技術者を同行した業者がほとんどいなかったという事実にも照らしても、大半の業者には受注する意思など初めからなかったというべきであると主張する。

…しかしながら、そもそも本件審決は、かぶと会成立当時の状況では、1級9社にとっては、その技術的能力、入札対象物件に対する知識等からみて、直ちに日電インテックと競争をして受注することには困難があり、かつ、無理を押して受注すれば受注価格の低落を招くおそれがあったから、長期的視野のもとに、当面は協調して同社に受注させ、これを「貸し」として、将来はそれを返して貰う形で受注できると考えていたと認めたものであり(この認定が是認できることは前記のとおりである。)、客観的にはかぶと会会員の多くにとって従来から受注している業者を排除して自ら直ちに受注する条件は整っていなかったことを前提としているものである。…日電インテックのほかに、原告、大明電話及び日本コムシスの3社もマイクロウェーブ通信設備及び電話回線設備の運用保守についての受注能力を有していたことは明らかであり、このように、現実には複数のかぶと会会員について受注能力のあることが認められる限り、本件基本合意成立の基盤となり得る受注競争関係があったというのを妨げないというべきである。」

ウ 違反行為の動機

(ア)動機が積極的に評価された事例

入札談合の動機については、平成8年の協和エクシオ事件では、東京高裁は、事業者の調整に類する行為の動機として、当該事業者の思惑、共同した事業者の意図・目的を認定して、「長期的視野のもとに、当面は協調して同社に受注させ、これを『貸し』として、将来はそれを返して貰う形で受注できると考えていた」と、将来の思惑について不当な取引制限の成立に関する状況証拠として積極的に評価している²¹⁰。

また、下水道事業団判決では、発注者側からの指示に単に従うだけでなく、それを利用する意識を動機として不当な取引制限成立に関する積極的な評価として活用している²¹¹。

「…下水道事業団の指示ないし主宰の中身として、弁護人らは、特に、i. シェア枠による受注調整のシステムは、下水道事業団の指示により成立したものであること、ii. 各工事の受注予定者は、すべて下水道事業団の指示に基づいて調整され、下水道事業団の承認を得て決定されていたものであることの2点を指摘している。

2 i. の点について見ると、シェア枠による受注調整のシステムの成立については、確かに、前記24で認定したように、被告会社日立製作所の羽賀の発案を受けて、下水道事業団の当時の工務部次長の岩崎が、このシステムの導入を被告会社9社に提案したことは事実である。そして、各被告会社は、この提案について社内で検討するとともに他の被告会社と連絡し合い、これを受け入れるに至ったものである。

その際、「9社」とりわけ「5社」から被告会社日立製作所を除いた大手4社が賛同するについては、工事の発注者であり入札参加者の選定権限を持つ下水道事業団に逆らい難いとの配慮が働いたであろうことは、容易に推認される。

しかしながら、証拠関係から見て、それだけではなく、同時に、シェア枠を定めることにより受注の安定の確保ができるという思惑も働いたといえる。シェア枠の制度は、受注額の上限を画することに主眼があるとしても、他面では、その枠一杯の受注額をその時々営業力の強弱にかかわらず保障するという機能を持っており、当時受注率が低下気味であった被告会社日立製作所、同明電舎はもとより、他の被告

²¹⁰ 注200参照

²¹¹ (株)日立製作所ほか26名に対する独占禁止法違反被告事件(東京高判平成8年5月31日、平成7年(の)1号)

会社においてもその機能を肯定的に評価していたと認められるからである。」

(イ)動機が消極的に評価された事例

入札談合の動機が消極的に評価されたものとしては、談合の参加者の範囲をみるときに、一定の規模の事業者だけが共同していたものを認定するときに、小規模事業者には動機がないものとして、動機の消極性を範囲確定の際に利用したものが、安藤造園土木審決の中にみられる²¹²。

「しかしながら、本件において、福岡市発注の落札金額が1億円以上であると想定される大規模な造園工事について一定の取引分野が成立し、これを受注することができる超特Aランク業者である被審人ら及び緑化建設愛廣園の間で本件合意が成立したことは前記認定のとおりである。したがって、同大規模な造園工事を受注することができない超特Aランク以外の造園工事業者が本件合意に参加していたということはできない。また、超特Aランク以外の指名業者がこれらの物件を自ら受注せずに受注予定者に協力するのは、自分のランクにおける受注に関して超特Aランク業者の協力を得ることを期待すると共に将来自分が超特Aランク業者になった場合に利益を享受できる見込みがある反面、他方超特A業者に協力しなければ業界ぐるみの制裁を受けるおそれがあったためであり(査第47号証、第78号証)、これらの者は、本件合意による事業者間の相互拘束をしていたのではなく、一方的に超特Aランク業者に協力していたのである。したがって、これらの者を当該談合の参加者ということはできず、これらの者を含めた上での一定の取引分野を想定することはできない。」

(3) 遡及的事実

ア 談合の審査が開始された後の取引分野の状況

入札談合について公正取引委員会が審査を開始した後の取引の状況を、落札率の変化が談合の検討に用いられたが採用されなかったものとして、座間市発注の土木工事等損害賠償事件がある²¹³。そこでは、東京高裁は、受注意欲の程度、他社の動向、工事の特徴等から、談合摘発後の落札率低下については要因の分析・比較なしに活用することはできないとしている。

「第1審原告は、談合が摘発された後の座間市の発注工事の落札率が、道路工事については平均76パーセント程度に低下しているとも指摘するが、さきに認定したような第1審被告前里興業の受注意欲の程度や他社の動向、本件工事の特徴(本件工事の現場の作業効率の悪さ、本件工事の大部分に下請けが用いられていること、平成8年度の53号線の粗利益率は約5パーセントにとどまっており、平成9年度のそれも同程度であったことなど)等の事実関係に照らすと、本件においては、これらの個別事情を考慮する必要があり、仮に談合摘発後に第1審原告が指摘するような落札率の低下がみられるとしても、その要因の分析や本件との比較を抜きにして(これらの点につき、前記判断を左右するに足りる資料はない。)、その数値を用いることはできない。」

²¹² 安藤造園土木(株)ほか13名に対する件(審判審決平成13年9月12日、平成12年(判)1号)

²¹³ 神奈川県座間市発注の土木工事及びほ装工事入札談合に係る損害賠償請求控訴事件(東京高判平成14年12月24日、東京高判平成14年(行コ)147号)

イ 当該事業者の状況

問題となっている行為によって事業者の経済状況等が変化したことが、談合に違反被疑事業者が関与していたかどうかの状況証拠となるためには、例えば、行為前の事業者は経営困難であったが、ある時点から経営が改善したような状況があったならば、談合等が行われて利潤が増加した結果であって、これは情報交換があったからであると推認させる一つの事情となるかもしれない。しかしながら、ある事業者の経営の改善の要因は、談合行動によるものだけとは考えがたく、一般的な経済状況に大きく左右されるものであり、補強的に使うものとしても難しいと考えられる。

5 まとめ

本章の結論としては、状況証拠の諸類型の中で、幾つかの手法においてカルテル・談合事件とも経済学分析に基づいた状況証拠の活用が考えられるものの、これまでの判決審決の中では、それぞれの観点からの叙事的検討が行われるにとどまっており、今後の実際の活用を通しての問題の把握と改良が必要とされている²¹⁴。

カルテルに関しては、①並存的事実の観点からは、カルテル等のなされた機会としての価格の推移、違反行為がなくても同種の効果が生じ得るかについての経済実態、特定の被疑事実と関係人との結び付きの点では合理的な事業者が自らの費用情報を開示することが考えられるかどうかのいずれの点についても経済学的分析が有用となる。また、②予見的事実に関しては、違反被疑事業者の特有の行動形式・事業者行動の様式、違反行為遂行能力、違反行為の動機の点についても応用可能な経済分析の手法と課題が考えられる。さらに、③遡及的事実に関しては、カルテル等の審査が開始された後の市場の状況については経済分析による対応が有効となる部分と考えられる。

入札談合に関しては、①並存的事実の観点からは、受注予定者に係る調整ルールが存在・特定の被疑事実と関係人との結び付きの面で、実証的な検証が考えられる。このほか、入札談合特有の検討すべき点として、入札予定価格と落札価格との割合を見て、それが高いことから談合を推測するものがある。また、②予見的事実に関しては、違反被疑事業者の特有の行動形式・事業者行動の様式、違反行為遂行能力、違反行為の動機から見たものがあるが、経済学の活用はまだ今後の課題である。さらに、③遡及的事実に関しては、談合の審査が開始された後の取引分野の状況、当該事業者の状況と考えられるものの、今後の課題と考えられる。

これら活用が見込まれる部分としては、計量経済学に基づく実証の部分であり、データ

²¹⁴ 「…市場の構造変化による価格変化等の動学的な動きに対しても、経済学では消費者の損失を計算することが可能であろうが、実際の裁判・審判ではこのような考え方では受け入れられない可能性が高いと思われる」とする指摘もあるが(白石賢及び山下篤史(2006),「独禁法・証取法等行政処分の重罰化と立証責任・証明度のあり方について」, ESRI Discussion Paper Series No. 159), 個別の事件における地道な活用が必要とされていよう。

の収集・整理が重要と考えられる。個別事件における実際の状況証拠の活用とともに、実証経済分析の蓄積も更に充実させていくことが必要であろう。

(参考 1) 刑事事件とカルテル・談合事件との状況証拠分類対比表

以下では、主として刑事事件で裁判官が事実認定をする際に状況証拠をどのように取り扱っているかを分類整理した研究(「状況証拠の観点から見た事実認定」²¹⁵)における状況証拠分類表に基づき、独占禁止法違反事件における経済学的証拠がどのように使われるかをこれに対比して整理した。

状況証拠分類表

刑事事件での状況証拠	カルテル事件での状況証拠	入札談合事件での状況証拠
1 並存的事実 (1) 犯行の機会 ア 犯行の時, 所における被告人の物理的存在(の可能性) イ (犯行方法からみた)犯行の可能性 (2) 犯行の機会を持つ者が被告人以外にいるか否か (3) 犯行と被告人との結びつきに関する状況的基礎 疫学調査, 手口の類似性, 場所・時刻等の共通 (4) 本質的不一致 ア 不在証明(アリバイ) イ 第三者の犯行であること(の蓋然性) ウ 被害者の自損行為であること(の可能性) (5) その他の並存的事実 ア 犯人が現場に残した肉体の痕跡等 指紋, 足(靴)跡, 歯型, 掌紋, 頭髮, 陰毛, 体臭, 精液, 唾液, 血液等 イ 犯行に使用された道具によって現場, 被害者に残された痕跡 ウ 特殊な方法で道具が使用されたことを示す痕跡 エ 犯人の遺留物件	(1) 並存的事実 ア カルテルのなされた機会 イ 違反行為がなくても同種の効果が生じ得るか (ア)東芝ケミカル事件 (イ)ダクタイル鋳鉄管事件 (ウ)ストレッチフィルム事件 ウ 特定の被疑事実と関係人との結び付き(情報交換活動について) (ア)競争事業者が高費用であるか低費用であるかについて, お互い知っている場合 (イ)競争事業者事業者が高費用であるか低費用であるかについて, お互い知らない場合 (ウ)合理的な事業者行動として費用情報開示が行われるか エ カルテル維持要素	(1) 並存的事実 ア 受注予定者にかかる調整ルール イ 違反行為がなくても同種の効果が生じ得るか (ア)大石組審決 (イ)国際地質審決 (イ)技研国家賠償判決 ウ 特定の被疑事実と関係人との結び付き エ 落札率
2 予見的事実 (1) 性格 被告人の悪性格, 善性格, 非行(前科, 前歴等), 善行, 被害者の性格 (2) 被告人の犯罪遂行能力 ア 肉体的精神的能力, 知能, 熟練, 知識 イ 酩酊とその程度 ウ 手段ないし道具 (3) 動機, 情緒, 欲望 (4) 計画, 企図, 意図 ア 道具等の獲得又は所持 イ ある場所における所在又はある場所への移動	(2) 予見的事実 ア 違反被疑事業者の特有の行動形式・事業者行動の様式 (ア)具体事例 (イ)広島県石油商業組合広島市連合会に対する件 (ウ)岩谷産業に対する件 イ 違反行為遂行能力 ウ 違反行為の動機 (ア)動機が積極的に評価された事例 (イ)動機が消極的に評価され	(2) 予見的事実 ア 違反被疑事業者の特有の行動形式・事業者行動の様式 イ 違反行為遂行能力 ウ 違反行為の動機 (ア)動機が積極的に評価された事例 (イ)動機が消極的に評価され

²¹⁵ 司法研修所編(1998)『状況証拠の観点から見た事実認定』法曹会

刑事事件での状況証拠	カルテル事件での状況証拠	入札談合事件での状況証拠
ウ 質問, 実験 エ 暗示, 予言 オ 脅迫的言動 カ 過去における類似言動 (5) 習慣 常習犯人の手口等	た事例 (ウ)その他	
3 遡及的事実 (1) 物質的証拠 ア 後日における凶器や犯行の道具の所持 イ 被告人との接触後における被害者の客観的状況 所在不明, 身体状況の急変等 ウ 血痕, 受傷, 硝煙痕, 盗賊品の所持, 経済状況の急激な変化等の犯罪の結果の存在 (2) 有機的, 生物学的証拠 警察犬の臭気鑑別等 (3) 精神的証拠 ア 有罪意識の証拠としての行為 ① 審理中, 捜査中における態度, 挙動 ② 逃亡, 犯行, 潜伏 ③ 虚言, 虚偽供述 ④ 証拠の偽造・隠滅, 証人の買収, 文書毀棄 ⑤ 自己に有利な証拠の不提出 イ 犯罪による知識を表明する行為及びその知識を前提とする行為 ウ 無罪の意識を示す行為	(3)遡及的事実 ア カルテル, 談合等の審査が開始された後の市場の状況 (ア)価格引上げ行為が情報交換を推測させる考え方 (イ)事後の価格の大きな変動もカルテルを否定するものでない (ウ)価格引上げの態様 イ 当該事業者の状況	(3)遡及的事実 ア 談合の審査が開始された後の取引分野の状況 イ 当該事業者の状況

第6章 要件事実論と独禁法の実事認定

I 要件事実論の整理

1 日本の要件事実論における主要事実、間接事実、要件事実の意義の整理

日本の要件事実論において要件事実とは法律要件を基礎付ける具体的事実とされ、その要件事実とは主要事実と解されている。主要事実とは証明責任を負う当事者が主張立証しなければならない事実であり、弁論主義が適用になる。これに対し、主要事実を推認する個々の具体的事実を間接事実という。間接事実とは証拠的なものであり、弁論主義は適用されず、証拠共通の原則が適用される。

2 欧米における法律要件と事実の関係・規範的要件に関する問題

欧米の独禁法の実事認定に関しては(他の法領域も同じと思われるが)、あまり主要事実と間接事実の区分が議論されることはなく、むしろ、直接証拠(direct evidence)か状況証拠(circumstantial evidence)かの区別がよく用いられる。法律要件を直接証拠から直接に事実認定できる場合が主要事実による事実認定であり、直接証拠から法律要件を認定できない場合に間接事実又は状況証拠から法律要件を認定するのが、状況証拠からの事実認定である。理論的には、直接証拠から間接事実を認定する場合もありうるはずだが、実際にはそのような認定で直接証拠による認定の事例(direct evidence case)と呼ぶことはほとんどないのではないかとと思われる。また、日本では、状況証拠(間接事実)は主要事実を推認するものと考えられているが、要件そのものを状況証拠から推認する場合もありうる。規範的要件を基礎付ける事実を権利根拠事実として主要事実とする(弁論仕儀の適用がある)という最近の有力な考え方では、状況証拠からの事実認定の問題はすべて主要事実の推認の問題となってしまうが、これは欧米の直接証拠(direct evidence)か状況証拠(circumstantial evidence)の考え方からは相当奇異に映る考え方であるように思われる。

規範的要件についての独特の考え方を独禁法事件のような行政事件に適用すると、ほとんどの要件が規範的要件となり、要件を充足させるための個々の事実が広く権利根拠事実として主要事実となりかねないことも危惧される。例えば、カルテルの共同行為(合意又は意思の連絡)はそれ自体評価を伴うものである。私法上の契約とはその点が異なる。しかし、同時に直接証拠からある事実だけで認定することができないわけではない。例えば、カルテルの会合においてカルテルの合意が書面化された合意で残っていれば、あたかも私法上の売買契約書の存在から売買契約を認定できるように、これを直接証拠として事実認定できる。その意味で合意それ自体が要件事実であるともいえる。しかしながら、ほとんどの

場合には、会合が繰り返され、その間に多数回の接触を積み重ねて合意が存在することが主張され、このような場合にはこれらの複数の事実を組み合わせると合意が推認できないかを判断することになる。この評価は合意の有無は各事実によって合意と評価できるかという規範的评价であり、その意味で合意も規範的要件であるともいえる。このように行政事件の要件の該当性は規範的评价を伴うものの、そのような事実を直接証拠から認定できる場合もあり、規範的要件的人格と規範的要件的人格でない性格を併せ持っていると言える。少なくとも、直接証拠で認定可能な、共同行為(合意又は意思の連絡)については、規範的要件ではないと解すべきであろう。

さらに、一般論としても、規範的要件について、それを基礎付ける事実を主要事実と解する見解は、本来、要件事実ではない事実を要件事実として認識したならば、要件事実でない事実についての裁判官・審判官の事実認定の自由度を著しく奪い、不合理な結論を導いてしまう危険がある。例えば、100万円を盗まれたことを理由に返還請求する場合に、実はその100万円が窃取されたのではなく、(例えば、振り込み詐欺のような手口で)詐取されたことが分かった場合、当然のことながら窃取されたのであろうが詐取されたのであろうが、不法な行為の結果として損害が発生しているのであり、被害者が損害賠償請求権を有する事実是不変である。ところが、窃取や詐取の事実を要件事実とすると、当事者が窃取にこだわる場合、裁判官が詐取されたとしても違法行為を認定できないことになりかねない。これは、あまりにも幼稚な例に見えるが、独禁法のカルテルや入札談合の事件における合意の日時や価格引上げ幅、談合の具体的ルールの立証への固執は、これと同じような問題であり、本来要件事実ではないような事実が要件事実と誤認されて主張自体失当のような主張に延々と審理が続くという事態が独禁法審判ではながらく行われてきている²¹⁶。

3 主要事実、間接事実の区別と弁論主義・証明責任

主要事実でない事実は裁判官にとっては主張責任の問題を考える必要がなくなるが、主要事実であっても、相手方当事者の不利益陳述は裁判の基礎とでき、どちらの当事者からも主張されていない事実を裁判所が職権探知して事実を認定することはあまり考えられないので、その点での違いは実は大きくない。審判官は、弁論主義の適用される主要事実であっても、証明責任を負わない当事者の主張する自己に不利な事実をも裁判の基礎とできるので、(争点として議論しなかったとしても)事実関係が弁論に現れて、十分な証拠に支

²¹⁶ 典型的な例がゴミ焼却炉事件審判審決において受注予定者決定のルールが違っているという主張についての審理がある。受注予定者の決定のルールがどのようなものであれ、話し合っただけで決めたということさえ立証されていれば、入札談合の要件事実である共同行為又は基本合意が成立しており、入札ルール(ここでは受注機会を均等化するための指数計算のルール)についての審査官の認識が正しいかどうかは、上記の1千万円が窃取されたか詐取されたかの違いと同じく、要件事実ではなく間接事実には過ぎない。

えられていれば裁判官・審判官は自由に事実認定できるのである²¹⁷。

4 要件事実を独禁法のカルテル・入札談合の事実認定に適用する場合の注意点

カルテルや入札談合における要件事実論の影響として、カルテルや談合の共同行為という要件を、私法契約的発想²¹⁸で考えがちなことである。これは、共同行為が合意と考えられていることから、申込と承諾から成る意思表示であるという私法的な感覚を「相互に事業活動を拘束し」の解釈に持ち込みがちであることに原因があるのである。「相互に事業活動を拘束し」の拘束性とは、法的な拘束性でないこと(私法上の binding の意味ではないこと)が、石油カルテル刑事事件最高裁判例で確立されていることを再確認しておく必要があるが、既に第3章5で指摘したように、「相互に事業活動を拘束し」の解釈では、「相互性」よりも「事業活動の」拘束であること、「拘束」の原語は restricting であり、「制約」という意味であることを確認することが重要である。すなわち、「相互に事業活動を拘束し」とは、相互に「事業活動への制約」が生じることであり、意思の連絡がある場合に「相互に」の要件が満たされ、事業活動への制約に関し、事業者間で意思の連絡があれば、拘束性の要件(不当な取引制限の行為要件)が充足されると言うのが本定義の本来の意味であり、合意の認定においては、事業活動に対する制約があるか否かの観点から認定すれば足り、私法契約的に申込と承諾の意思表示がいつなされたかという発想で認定を行うべきではない²¹⁹。このよ

²¹⁷ 日本では、当事者の防御権の保障の問題として、口頭弁論で証明責任を負う当事者の主張と異なるやり方での事実認定が制約されるかのように認識されることがあるが、主張共通の原則に反する考え方である。

²¹⁸ カルテル契約的発想とは、合意を私法上の合意とパラレルに捉える考え方から、合意の内容、成立時期が特定され、最終的な合意内容、合意に拘束力があること立証される必要があるというアプローチである(第1章2.参照)

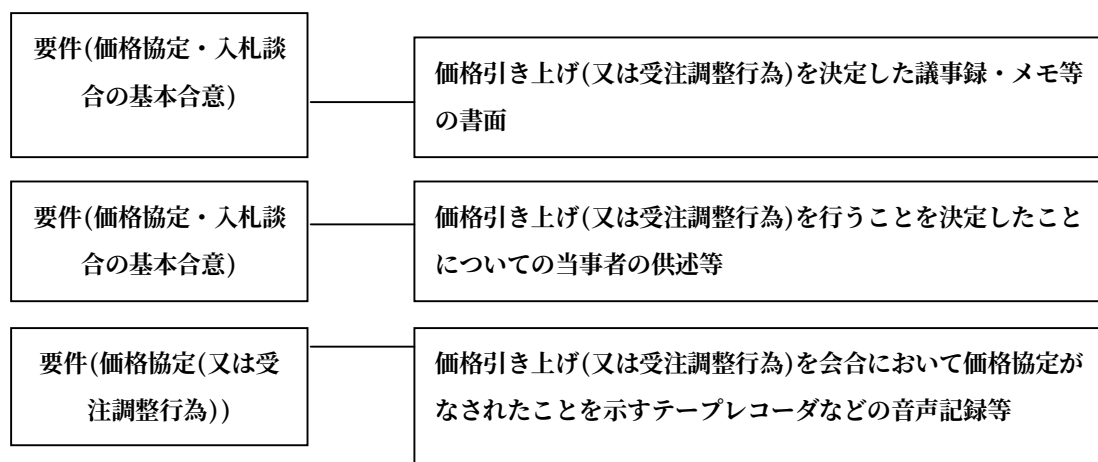
²¹⁹ そもそも、私法契約における「合意」の要件の認定というのは、実はかなり特殊な面があるように思われる。コモン・ローにおいては、parol evidence rule というものが存在し、書面化されていない契約の拘束力は大幅に弱められたものになっている。大陸法上は、このような parol evidence rule はないため、口頭の合意であれ、書面化された合意であれ、合意が存在すれば、その合意に対して法が保護を与えるという建前がとられている。しかし実際問題として、単なる口頭の合意でいいとなれば、戯れ言や冗談で合意しているような内容まで法が保護を与えねばいけないということになりかねないため、parol evidence rule ではないにしても、その合意が真剣に結ばれたものであることを明らかにする必要がある、契約内容の明確性というものが実務上要求される。この契約内容の明確性は、契約が成立した日時、契約の主要な条件が特定されていること(売買契約であれば売買代金や支払時期が特定していること)によって達成され、その結果として合意を立証するための要件事実のように取り扱われている。しかし、本来立証すべきは「合意」であるから、要件事実も、合意されていることであり、契約した日時や契約条件などは間接事実過ぎないと解されるのが本筋であり、このように要件事実を、明文の規定以上に広げることが、コモン・ロー的な裁判例に基づく要件の加重という考え方にとって初めて是認されうるものであろう。

うな解釈の結果として、「相互に事業活動を拘束」する場合とは、「独立に行動したことを排除する証拠」がある場合ということになり、欧米の合意(EU の場合、合意又はコンサーティッドプラクティス)の認定手法と同一の手法がとられることになる(欧米の手法の詳細については第2章を参照)。

II 具体的事例におけるブロックダイアグラムによる事実整理

1 直接証拠から共同行為を認定するケース

まず、合意の存在を直接証拠から認定できないかを検討する。直接証拠とは、合意の存在を裏付ける議事録であるとか、当事者の供述、会合においてカルテルの合意がなされたことを示すテープレコーダの録音記録などである。

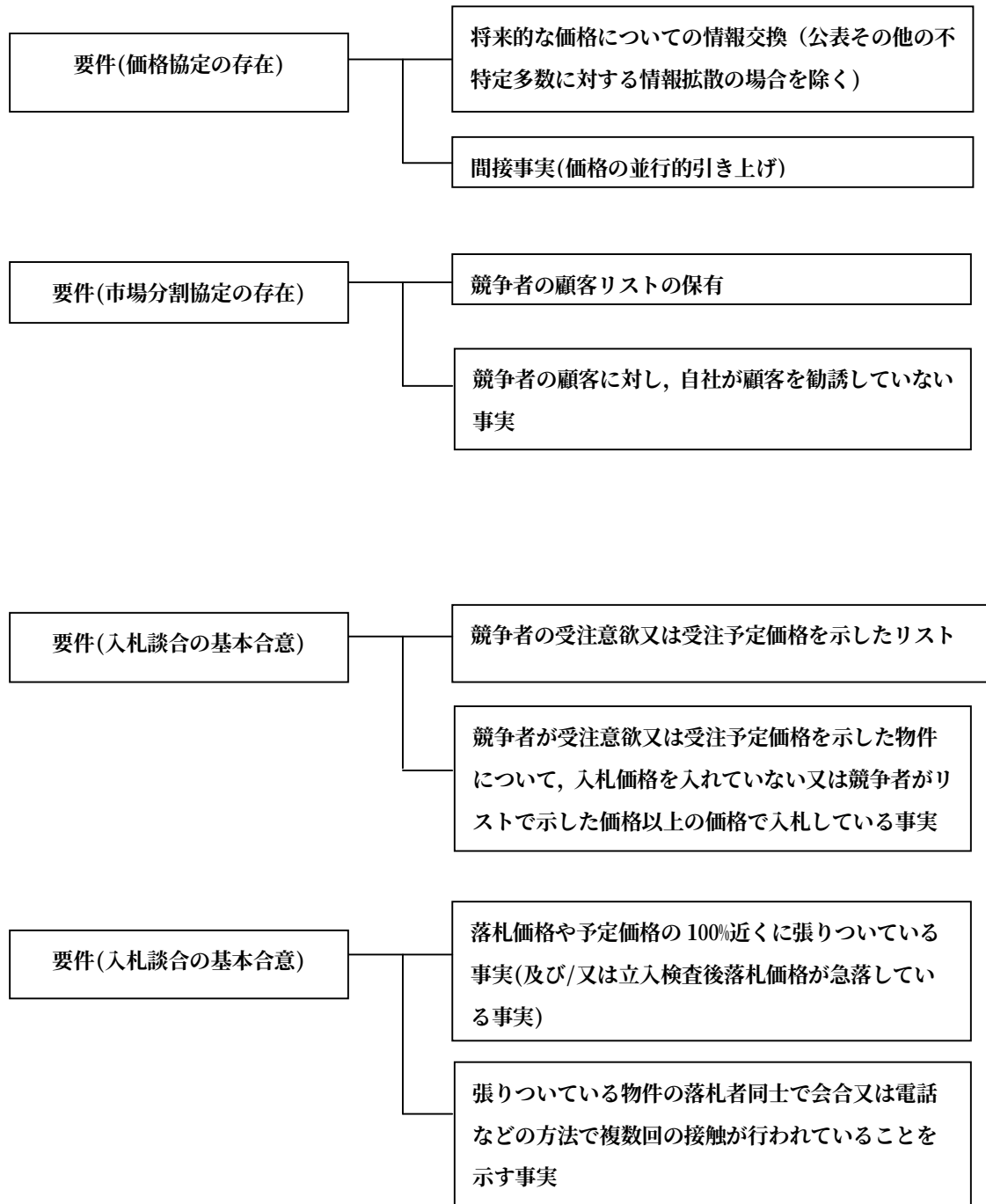


2 決定的間接事実から共同行為を認定する場合

直接証拠で認定出来ない場合、間接証拠(状況証拠)による事実認定を考える。この事実認定に当たって、間接証拠であってもほぼ直接証拠に近い決定的証拠というものがないかを検討する。直接証拠に近い決定的証拠の例は、競争者間の情報交換のうち、将来の価格

したがって、このような私法契約における「合意」についての要件事実の考え方は、あくまで法により保護されるに足る契約という観点から構築されたものであり、法によっておよそ保護されることが予定していない違法な合意について、このような加重された要件によって、合意の有無を認定することは、本来の法の趣旨に反するものであり、原則に立ち返って合意の存在のみが要件事実であることを認識する必要がある。私法契約的な発想に立つために、価格カルテルについては、価格の引上げ幅であるとか、合意の成立時を立証しなければならず、かつそのような合意が最終的なものでなければならないという錯覚が生じてしまうのであり、三菱ビルテクノ事件はこのような錯覚によってもたらされた審決例である。価格の引上げ幅は、打ち出し価格から認定し、合意の時期については、価格引き上げ時まで合意されているという形で要件を緩和することは、一つの解決ではあるが、カルテル契約的な発想をベースにしたものであり、このような発想から脱却する必要がある。

情報を交換する場合である。ただし、公表などの方法により不特定多数に向けられたいわゆる情報拡散は、状況証拠にはなりうるが、決定的な証拠ではない。同様に市場分割協定においては、他の競争者の顧客リストを持っており、この他の競争者の顧客リストの顧客に対しては、積極的な誘致活動を行っていないという事実がある場合には、これらは市場分割協定の決定的な証拠となる²²⁰。



²²⁰ このように、決定的な証拠はある場合、アメリカでは刑事訴追の対象であると考えられており、日本で刑事告発を行う場合の参考になる。

3 複数の間接事実・状況証拠から事実認定を行う事例

このような決定的事実がない場合には、会合における接触の事実、情報交換活動(会合における情報交換のみならず、公表などの情報格差なども含むが、それぞれの証拠としての価値は異なる。)及び価格が引き上げられた経緯を総合評価することになる。会合における接触において、価格引上げが協議されていれば、その価格引上げの協議が最終的に明確に価格を引き上げることが合意されていない場合(交渉の途中であるような場合)であっても、実際に価格引上げが行われた事実を組み合わせることで合意の存在を認定することができる。情報交換に関しては、将来価格についての情報を公表などの方法で不特定多数の者に拡散する場合、価格引上げの態様次第によっては、違法な合意となりうる²²¹。もちろん公表という形の情報拡散以外にも、会合における過去の情報交換であっても、そのような過去の価格情報が、営業秘密に渡る情報である場合に、不自然な並行的価格引上げが行われれば、カルテルの合意が認定される可能性がある²²²。

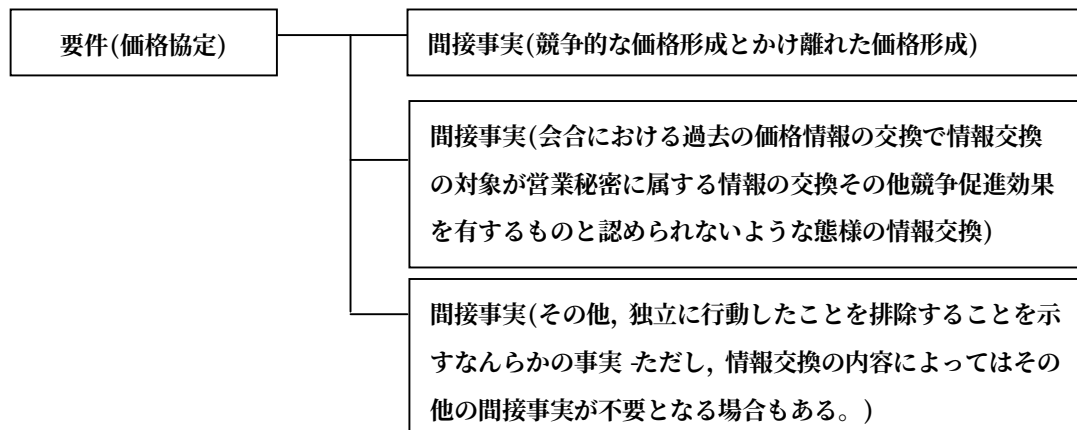
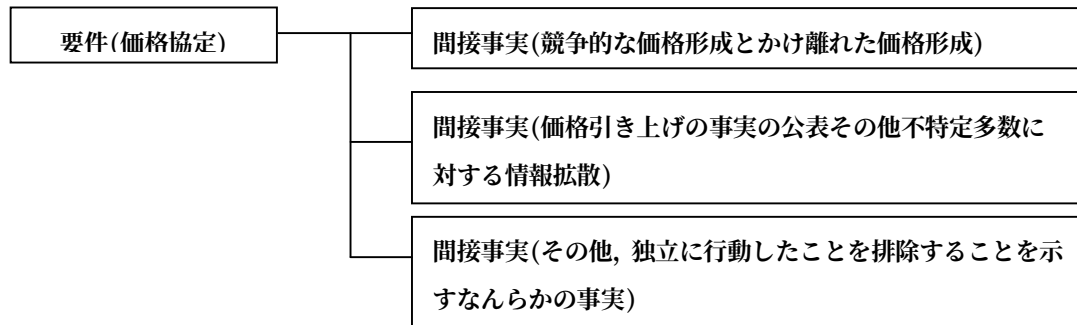
価格の引上げの方法が競争的な価格形成とかけ離れていることが立証できるような場合には、会合における接触において価格引上げが協議されていることが明確でなくても、断片的に価格についての協議が行われていることが示されるか、会合の目的がはっきりしない場合でも、カルテルを認定できる場合がありうる。ただし、価格の引上げが競争的な価格形成とかけ離れている場合とは、例えば、いわゆる価格カルテルでは、価格が2倍近くに引き上げられる(米国の Interstate Circuit 事件)、価格がある一定期間に渡ってなだらかに下降し、突然急上昇する、その後上昇地点から再びなだらかな下降が起き、一定期間後に再び価格が急上昇するというのこぎりの刃型の価格形成がなされる(米国の石油製品事件)場合があり、入札談合では、落札価格が常時、予定価格の100%近辺に張りつくという場合がある(次項4を参照)。単に数%程度並行した価格上昇があるに過ぎない場合など不自然さの度合いが少ない場合、価格形成が需給を反映したものであることの立証により、価格形成が独立して行動した可能性があることを示せば合意の推認を妨げることができる(Wood Pulp II 事件)²²³。

²²¹ これが、1990年代のアメリカで並行行為プラスファクターからカルテルの合意を認定する、いわゆる協調行動規制として活用された例である。第2章Ⅰの1(4)参照

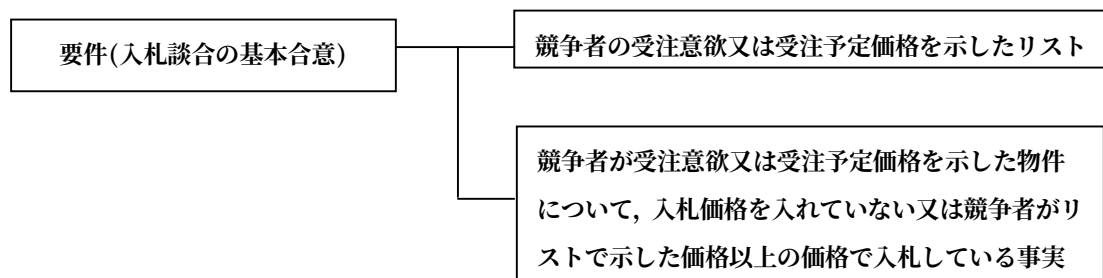
²²² EUでは、情報交換合意そのものを違法とし、情報交換そのものに対して課徴金を課す場合もある(UK Agreicultural Tractor 事件)。第2章Ⅱの2参照。

²²³ 本件では、断片的な証拠であるコミュニケーションの事実についても大半の証拠が排除されている(第2章の Wood Pulp II 事件の解説を参照)。しかし、会合・接触の事実についての断片的な証拠について、事業者の側で合理的な説明がなされていない場合には、これらの会合・接触の事実を状況証拠とすることができるとの考え方もありえ(第3章4参照)、Wood Pulp II 事件のようなケースは合意が認定できるとの考え方もあり得る。

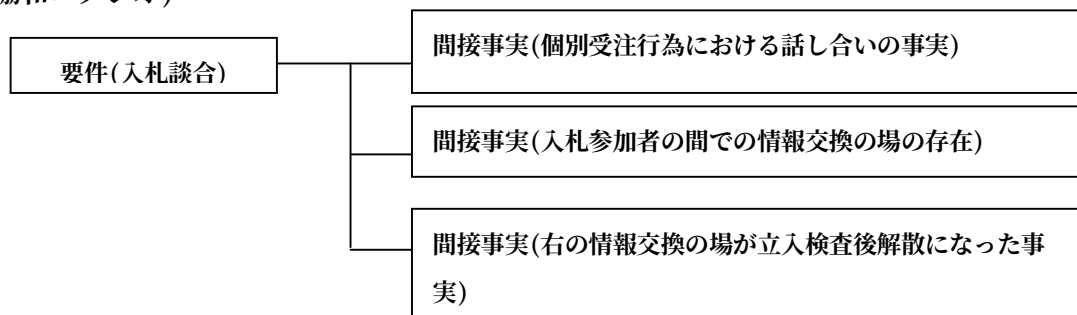
＊ 下記の場合，すべての間接事実が必要でない場合もある。



(情報交換:入札談合)



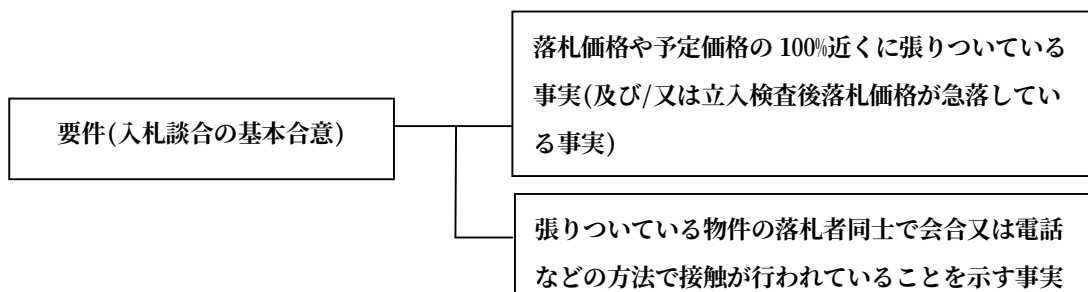
(協和エクシオ)



上記の個別受注調整行為からの基本合意の推認の事例は、協和エクシオ事件をモデルとするものであるが、本来、個別受注行為があることから基本合意自身は推認できるものの、その基本合意の射程となる範囲が不明確であることから、どの範囲で受注調整を行う旨の基本合意が存在するのかを確定するための間接事実が必要となる(第4章3(2)参照)。

4 入札談合における落札率からの推認

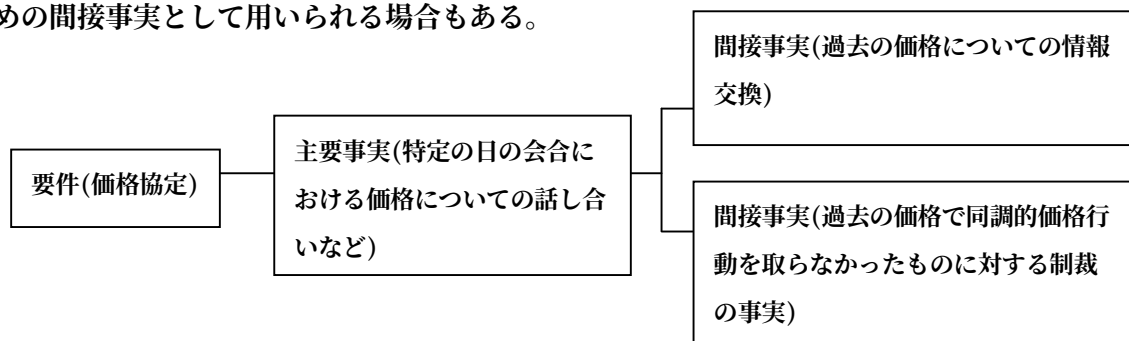
日本の入札談合における落札価格が常時、予定価格の100%近辺に張りつくという価格形成については、競争的な価格形成ではあり得ない価格形成であると評価することが可能ではないかと思われる。入札談合の場合、落札価格が予定価額の100%近辺に張りついているという価格形成の事実そのものが合意の有力な証拠(独立に行動したことを排除する証拠)となりうるものであり、このような価格形成に関し、事業者の側からそのような価格形成が競争的な価格形成としてありうることの説得的な反証がない限り、話し合っただけであることを認める供述などの直接証拠又は会合において受注者を決める将来の情報交換の事実などがない場合でも、入札前に入札者間で多数回の接触・会合があり、この会合の内容についてそれが受注者決定の目的はなく別の目的の会合であることの説明が出来ない場合には、入札談合の状況証拠となりえ、不合理な価格形成(落札価格が予定価格の100%近辺に常時張りついている価格形成)プラス入札前に入札者間で行われた多数の会合・接触の事実が入札談合の基本合意を認定する有力な状況証拠になり得る(第4章3(2)ア参照)。



このほかに、各社の費用項目の共通性という間接事実の他に事業者の稼働率その他の費用要因に関係なく受注が行われている事実も間接事実となり得る。平成16年の競争政策研究センターの報告によれば、入札談合の立入検査があった結果として談合が解消した前後を比較すると、立入検査前(すなわち談合があったと考えられる時期)においては稼働率に関係なく受注が行われているのに対し、立入検査後(落札率が95%程度から80%程度に急落した後であり、談合が解消したものと推定される時期)においては、稼働率と受注の間に強い相関関係が見られることが実証されている。ただし、この経済的証拠がどの程度有用かについてはなお検討を要するであろう。

5 主要事実を推認するために間接事実が用いられるケース

間接事実はある会合で価格協定が行われたという直接証拠にかかわる事実を立証するための間接事実として用いられる場合もある。



第7章 刑事事件の事実認定の現状とその課題

1 公訴時効の起算点と罪質

不当な取引制限の罪の罪質が状態犯であるか継続犯であるかが永年の問題とされ、裁判所もこの問題について明確な判断を行っていない。これは既遂時期の問題とも絡み、公訴時効の起算点がいつになるかという観点から問題とされるものである。状態犯説によれば、公訴時効の起算点は合意の成立時で、価格引上げが行われている間にも、公訴時効が進行することになるとされる。一方、継続犯説によれば、価格引上げ行為が終了するまでは公訴時効が進行しないことになるものとされることが多い。状態犯説によれば、合意(事業拘束)の成立時点が問題になるため、検察官は、立件にあたって状態犯説の可能性を考慮し、談合の事例であっても、合意の成立時点を主張立証しなければいけないと考え、合意の成立時点のはっきりしない事件を取り上げることに躊躇することになる。そうすると、永年続いた談合のように、成立時点のはっきりしないカルテル・談合が刑事事件として立件しやすくなり、違法性の高いカルテルより違法性の低いカルテルの摘発が強化されるリスクが生じたり、公訴時効の起算点のために、カルテルの合意の成立時点を遅らせるような事実認定がなされる(業務用ラップ事件では、部長級の会合までカルテルの成立を遅らせた)「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体を歪める危険があり、実際にそのような結果が発生しているように見える事例もあるように思われる²²⁴。

常識的には、価格引上げ行為が継続している間に公訴時効が進行するのは、不合理であるから継続犯説の立場のほうが常識にかなう結果が導かれるが、刑事法学者の間で、不当な取引制限の罪の実行行為は、合意の成立したときに終了せざるを得ないとし、状態犯説の支持が根強いようである²²⁵。しかし、実行行為後の価格引上げ行為は不可罰の事後行為と評価される行為ではなく、共謀罪を実現する行為であり、構成要件に該当する行為(実行行為)でなくとも、状態犯が予定する事後的な不可罰行為と解されるべき行為ではない。そもそも犯罪の罪質論から公訴時効の起算点を導くことが妥当かは疑問で、公訴時効の起算点は、罪質論にかかわりなく、法益侵害の終了したとき(価格協定ならば合意に基づく価格引上げが終了したとき)と解すべきであり、アメリカではそのように解されている。むしろその前提から罪質が議論されるべきであって、罪質により公訴時効の起算点を導くことは主客転倒しているように思われる。

状態犯説に立ちつつ、アメリカと同様の帰結を導くため、合意を相互拘束行為という実行行為と捉え、他方において遂行行為を別の実行行為と捉え、遂行行為は相互拘束行為による不当な取引制限の罪とは別の種類の犯罪行為であり、遂行行為がなされた場合、相互

²²⁴ 越知(2005) 第9章

²²⁵ 神山 敏雄 『経済犯罪の研究第2巻』「独禁法犯罪の研究」(成文堂 2002) 207頁以下

拘束行為による犯罪とは包括一罪になるとの見解が刑事法学者から提唱されている²²⁶。この見解は相互拘束行為による共謀罪の他に、共謀が実行に移された場合の実行罪を別の犯罪類型と捉えるものである。しかし、共謀罪が成立する場合、結果発生により、別罪が成立するとの考え方は、欧米ではとられておらず、公訴時効の起算点をずらすために、別の犯罪類型の成立を認めるというのもまた主客転倒しているように思われる。また、それでは、合意の成立時点にこだわるあまり、「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体が歪められているという問題の解決につながるか疑問である。

この問題は、わが国の刑事訴訟法上、共謀罪が一般的でないことから生ずるカテゴリーの不足(状態犯か継続犯しかないこと)に問題があるようにも思われる。共謀罪的な犯罪において、共謀内容を実行に移す行為がある場合には、少なくともそのような行為が行われている間は犯罪が継続しているのであり、公訴時効の制度から言えば、犯罪結果を生じ続けている間は時効が進行しないと解するのが当然であるから、犯罪結果の発生が継続しているかどうかを基準として公訴時効を考えれば足りるのではないか。したがって、共謀罪においては共謀の結果行われる行為の結果発生が継続する限り、公訴時効が進行しないと考えればよいと思われる。この問題は「不当な取引制限」罪の解釈・運用全体を歪めており、至急立法的手当てが取られるか、裁判所により、公訴時効や除斥期間は、カルテルの合意の効力が失われるまで(引き上げた価格が維持できなくなるなどカルテルが崩壊するまで)進行しないことが明確に説示されるべきである²²⁷。

2 刑事事件における共同行為の立証

不当な取引制限の罪の構成要件は、行政事件におけるカルテルの成立要件と同じである。既に述べたとおり、石油カルテル刑事事件最高裁判決により、刑事事件においても価格の引上げという結果の発生なく、犯罪は既遂に達すると解されている。

しかし、刑事事件の不当な取引制限にあたり得るのは、競争促進効果のない類型の行為に限られるであろう。会合や情報交換のない事例で、不自然な価格形成プラスファクターから合意を推認することは刑事立証水準が民事の立証水準より高いことから難しいであろう。

しかし、そのような差異以外に、刑事事件では状態犯説への考慮から合意の存在という考え方は取れず、合意の形成が立証されなければならないとされ、談合事件でも、基本合

²²⁶ 西田 典之 「独占禁止法と刑事罰」『岩波講座・現代の法 6・現代社会と刑事法』(岩波書店 1998) 特に談合で、基本合意がはるか昔に形成されていた場合、個別受注調整行為を遂行行為とみなし、個別受注調整行為がある限り、公訴時効が進行しないとの解釈論を導くものである。

²²⁷ 日本だけ公訴時効や除斥期間の論点だが、すべての理論構成に影響し全体の解釈論をゆがめているにもかかわらず、早急な司法的又は立法的対策をとることができないというのは、日本の法システム上の問題のようにも思われる。

意の「成立」にこだわっており、公訴時効の期間内に談合の基本合意についての確認行為や修正同意があったことを主張立証するか各年の基本合意を認定する実務となっている。さらに、合意の形成の立証には、合意の拘束力や事業者間の合意の成立時期・具体的内容が明らかにされる必要があると解されがちであり、合意の成立時期に関して、「単に価格を上げるとの合意があった程度では、未だ各社を拘束する協定となるものではなく、それが各社の協定となるためには、さらにこれを守らせるために各種の細かな取り決めと各社のその部門のトップによる明確な確認が必要であったと認められる」とする先例(業務用ラップ事件)がある。業務用ラップ事件に関して、裁判所が、合意の成立時期を最終的な本部長会議まで遅らせた実質的理由として、本件の業界では、これまでカルテルを行おうとしてもいつもカルテル破りがでて成功したためしがない業界であるとの特殊事情の下に、実効性の期待できるカルテルが合意されたのは、最終的な本部長会議であると考えたためであり、刑事事件において、常に最終的な合意の立証が必要とされると解されたものではないことに注意を要する。しかしそのような事情があったとしても、一般論としていえば、実効性の有無は合意の存在に必要な要件ではなく(石油カルテル刑事事件最高裁判決)、部長レベルによる最終的な打ち合せ会合によって合意が成立するとの解釈は遅すぎる。

カルテル・談合の行為要件(共謀共同正犯の実行行為と区別するためここでは「事業拘束」という。)が共謀に似ていることから刑事事件実務においては、共謀共同正犯あるいは共謀罪についての実務に影響され、合意時の特定等が要求されているのかもしれない。しかし、近時の判例では、刑事事件の共謀共同正犯の事例についての共謀の日時の特定は必ずしも必要ないと解されている。

しかし、共謀共同正犯と独禁法における事業拘束の間には因果関係の問題で大きな違いがある。第3章5で述べたとおり、独禁法において事業拘束を行った当事者が価格を引き上げたことについては疑いがない。共謀共同正犯で問題となる共謀を行ったものが共謀で意図した結果を引き起こしたかということに関する因果関係の問題は独禁法の事業拘束の場合には存在しないのである。共謀共同正犯では、結果発生行為を行った者が、共謀したものかどうか常に自明ではなく、共謀者に結果発生行為の責任を負わせる事が出来ない場合があるのではないかという問題が生じるが、事業拘束の場合にはこの問題が生じない(価格を引き上げたものが被擬事業者であることは疑いがなく、ただ独立して引き上げたか事業拘束の結果引き上げたかが問題になるに過ぎず、共謀の内容を特定していかなければならないという理由は存在しない。)

なお、共謀共同正犯であっても、そもそも共謀の内容は抽象的であるからといって、行為に対する影響が十分でないと解することは妥当でなく(暴力団の親分的存在の者はめくばせだけで部下に実行行為を行わせることができるのであり、その点、目配せによって共謀が成立する関係にある。)、共謀の内容の具体性を要求する実務は、共謀共同正犯の問題においても変貌してきているものと思われるが、独禁法の事業拘束の解釈にあっては合意の抽象性はより問題にならないと思われる。

また、石油カルテル刑事事件では、合意の実効性確保手段の存在は構成要件ではないと

判示されたが、実務上は、前述した合意の具体性との関係で、相互拘束を立証する上での必要(不可欠)な間接事実(情況証拠)と解される傾向がある。しかし、実効性確保手段が強固に決められている事例は、カルテル破りが頻発することの裏返しであり、むしろ拘束力の弱さの現れであるともいえ、実効性確保手段の有無を拘束力の(必須の)間接事実と考えることは何が悪性の強いカルテルかについての評価を見誤る危険性がある(実効性確保手段もはっきりせず、あうんの呼吸で決まるカルテルこそ長年にわたって維持されてきた悪性の強いカルテルであるのに、このような事件は刑事事件の対象とならず、実効性確保手段まで取り決めてやっと実行にこぎつけたある意味でナイーブなカルテルが(悪性の強いカルテルとして)刑事事件の対象となるという本末転倒の結果となる可能性がある)。

第8章 結語

本研究の間にごみ焼却炉についての審決及び住民訴訟による損害賠償請求事件の裁判所の判断が相次いで出された。私訴については、審決実務の悪例である三菱ビルテクノ事件の考え方を採用した判決(静岡地裁判決)が下される一方、本研究の趣旨に沿った単純な合意を要件事実であると考え、談合の個別受注行為に直接的な証拠のない事例においても損害賠償請求を認容した点で画期的な判決も多数下された(第4章参照)。このような判決は、課徴金審判実務における個別談合の立証を促す課徴金審判実務及び合意の意義にいつての審判実務の変革を迫るものといえ、公取委とくに審判官の判断において、裁判所の画期的判断を踏まえ、欧米のカルテル理論に整合的な解釈や実務運用に転換するよう期待したい。