

入札談合における受注調整と 個別物件の課徴金対象該当性

——受注希望者を1名とし得る特別事情が存在する場合——

内 田 耕 作

I 問題関心

入札の工事物件については、工事場所の遠近・権利関係、過去の受注工事との継続性・関連性、工事实績の有無、工事の難易度、工事の効率性、工事の習熟度など、特別の事情が存在する場合がある。この場合、特別事情に起因して自ずと、1名の事業者のみが受注を希望し、他の事業者は受注を希望しないという事態が生じ得る。

入札談合が行われた場合、特別事情が存在する物件もことごとく、課徴金対象となるのであろうか。確かに、特別事情が存在しても、受注予定者決定の話し合い・入札価格の連絡など具体的な受注調整行為が行われている場合は、課徴金対象と判断することにそれほど問題はない。疑問が残るのは、何ら具体的な受注調整行為が行われていない場合である。

入札談合に係る課徴金審判事件の中には、受注調整行為は行っていないと主張して、個別物件の課徴金対象該当性を争うものが相当数ある。1名の事業者のみが受注を希望し、その者が落札するに至ったのは、特別事情に起因するものであり、談合以前の問題であるとの素朴な思いが、事業者の心中にあるのであろう。

それに対し公取委はすべての事件で、事業者の主張を斥け、個別物件が課徴金対象となるとの判断を下している。この結論は、あり得るストーリーの一つであり、異とすべきものではないかもしれない。本稿で問題にするのは、この結論の妥当性それ自体ではなく、個別物件の課徴金対象該当性の判断枠組み、

判断構造が、明確さと説得力をもっているか否かの方である。というのは、受注調整が常態化している場合、特別事情に起因して1名のみが受注希望者となる物件があっても、受注調整に組み込まれた1物件であることに違いはなく、特に異なった扱いをする必要はないと先見的に考えてのことか、審決の認定・判断は、理詰めというには程遠いからである。

叙述は、以下の順による¹⁾。まず、審判事件の整理・分析を行う()。その後、課徴金対象該当性の判断枠組み・判断構造の解明を図る()。そして最後に、簡単なまとめをし、むすびとする()。

Ⅱ 審判事件の整理・分析

まず、取り上げる事件を記す。次に予備的整理を行う。本稿の問題関心は、個別物件の受注希望者を1名とし得る特別の事情が存在し、かつ受注予定者決定の話合い・入札価格の連絡などの具体的な受注調整行為が行われていない場合の課徴金対象該当性にあるので、何が特別事情となるかを整理しておく必要がある。また、本稿との直接の関わりはないが、全体像の把握に資することともなるので、受注調整行為の具体的様相を、受注予定者決定の話合い、入札価格の連絡ごとに整理する。その後、本題に係る整理・分析に入る。

1. 取り上げる事件

直接的に取り上げるのは、次の16事件である²⁾。～事件は、香川県発注特定土木工事・高松市発注特定土木工事入札談合³⁾に、～事件は千葉市等発注特定土木工事・特定舗装工事入札談合⁴⁾に係るものであり、それぞれ一応

1) 関連して、波光巖「最近の入札談合事件の課徴金納付命令審決について——課徴金賦課対象物件の認定を中心にして——」神奈38巻2・3号21頁(2006)参照。

2) 本稿では取り上げないが、生成建設〔土木工事〕事件(平18・4・18審判審決)、生成建設〔舗装工事〕事件(平18・4・18審判審決)、白川土建〔舗装工事〕事件(平18・4・26審判審決)など参照。

3) 村上組ほか121名事件(平14・2・1勧告審決、審決集48・350)、大王工務店ほか124名事件(平14・2・1勧告審決、審決集48・358)参照。

4) 高田土木ほか116名事件(平14・12・4勧告審決、審決集49・226)、旭建設ほか95名事件(平14・12・4勧告審決、審決集49・235)参照。

のパターンがある。なおいずれも、法定代理人がついていない点で特徴がある。

河西建設〔香川県発注〕事件（平16・2・5 審判審決，審決集50・213）
 河西建設〔高松市発注〕事件（平16・2・5 審判審決，審決集50・220）
 大王工務店〔香川県発注〕事件（平16・3・29審判審決，審決集50・315）
 大王工務店〔高松市発注〕事件（平16・3・29審判審決，審決集50・324）
 ユニコ〔香川県発注〕事件（平16・5・12審判審決，審決集51・15）
 ユニコ〔高松市発注〕事件（平16・5・12審判審決，審決集51・23）
 アベ建設工業〔土木工事〕事件（平16・6・22審判審決，審決集51・68）
 大熊組事件（平16・10・13審判審決，審決集51・149）
 甲栄建設事件（平17・2・14審判審決，審決集51・268）
 横石興業事件⁵⁾（平17・5・19審判審決，審決集52・20）
 東栄興業〔土木工事〕事件（平17・6・28審判審決，審決集52・69）
 高田土木〔土木工事〕事件（平17・10・7 審判審決，審決集52・116）
 高田土木〔舗装工事〕事件（平17・10・7 審判審決，審決集52・127）
 東信建設事件（平18・2・3 審判審決，審決集52・215）
 伊藤工務店〔土木工事〕事件（平18・9・21審判審決）
 伊藤工務店〔舗装工事〕事件（平18・9・21審判審決）

2．予備的整理

（1）特別事情 特別事情となるのは，工事場所，過去の受注工事との継続性・関連性，工事实績，工事難易度，工事の効率性，工事習熟度などである。なお，工事場所は，本店所在地などからの距離，権利関係（工事場所の周辺を含む。）などに分けることができる。

特別事情は単一の場合もあるが，多くは複数が組み合わさっている。単一のものとしては，「施工場所が被審人に近い」（事件，事件1物件）というだけのもの，「施工場所は，被審人が高松市から依頼されて，同市が買収することを前提として，被審人の関連会社が買い入れた私有地に隣接している」（事件）というものがある。

複数が組み合わさったものとしては，例えば，「工事場所は，被審人の

5）審決取消請求事件につき，東京高判平18・2・3 審決集52・731参照。

本店所在地から近距離にあり、被審人は当該工事場所の周辺地域において工事をした実績が相当あった」、「排水機場の場内のほ装工事であって、いわゆる水場における工事であり、かつ、建築業者、設備業者等と調整しながら施工する必要がある効率が悪い工事であったところ、被審人は、このような工事に習熟していた」(事件1物件)というものがある。

(2) 受注予定者決定の話合いなど 受注希望の表明、協力依頼、話合い、協議、了解などがある。

受注予定者の確定に至ったものとしては、「被審人が受注を希望していたところ、相指名業者同士の話合いにより、被審人が受注予定者となった」(事件1物件)、「相指名業者に連絡を取り、受注希望を確認したところ、S社等も受注希望を表明したので、協議した結果、被審人が受注予定者とされ」た(事件2物件など)、「被審人は相指名業者に被審人が受注予定者となることについて了解を得た」(事件1物件など)とするものなどがある。また、「被審人が受注を希望し、その旨を現場説明会の席上や図面閲覧の際に相指名業者に明らかにし、相指名業者は特段異議を唱えなかった」(・事件)とするものも、これに含めることができよう。

話合いがなされたが、受注予定者の確定に至ったとは断言できないものもある。「Tは、指名業者のうち受注を希望する者は**で受注予定者を決めるための話合いを行うようになっていたことから、本物件について、**に行ったところ、他社は誰も来ていなかった。Tとしては、他社は〔特別の〕事情を知っていることから本物件の受注を希望しなかったものであって、被審人が受注予定者になったものと認識した」(事件)、「相指名業者同士の話合いにおいて受注希望者がT社に絞られ、次いで、被審人に電話で受注希望の照会があった。被審人が受注を希望する旨の回答をすると、相指名業者が集まっている**に呼び出され、T社の専務と話合いを行うこととなった。話合いの結果、T社は会社に持ち帰って検討することとなった」(事件2物件)とするものがそうである。また、「指名が行われる前に、その後、相指名業者となったF社に対し、被審人が受注できるよう協力してほしい旨依頼し

た」(事件 2 物件) も、このカテゴリーに入ろう。

なお、事件 2 ・ 7 物件、 ・ ・ 事件、事件 3 ・ 4 物件、事件 5 ・ 6 物件、事件、事件 3 ・ 5 物件、事件 1 ・ 2 ・ 6 ・ 8 ・ 9 ・ 10 物件、事件 1 ・ 2 物件では、話合いなどは認定されていない。

(3) 入札価格の連絡など 話合いなどに加え、入札価格の連絡などがなされたものとしては、「相指名業者同士の話合いにより、被審人が受注予定者となった。その後、被審人が相指名業者に入札価格の連絡を行い、相指名業者がそれに応じて被審人の入札価格より高い価格で入札することにより、相指名業者の協力を得て被審人が本物件を落札した」(事件 1 物件。 事件なども同様) とするものがある。

話合いなどはないが、入札価格の連絡などがなされたものとしては、2 類型がある。一つは、「被審人が相指名業者に入札価格の連絡を行い、相指名業者がそれに応じて被審人の入札価格より高い価格で入札することにより、被審人が相指名業者の協力を得て、落札した」(事件。 事件 1 ・ 2 ・ 10 物件も実質的に同様) とするものである。そしてもう一つは、「相指名業者 5 社の入札価格は、作為的に配列されたものであると認められる。落札者である被審人が相指名業者の入札価格を意図的に決定し、相指名業者に連絡したのでなければ、相指名業者の入札価格が 作為的な配列となることは考えられない。したがって、被審人は、入札前に、相指名業者に対して、それぞれが入札すべき価格を連絡したと推認できるものである」(事件 5 物件。 事件 6 物件、 事件も同様) とするものである。

なお、入札価格の連絡がなされていないものには、話合いなどがあるもの(事件、 事件 2 物件) と、ないもの(事件 2 ・ 7 物件、 ・ 事件、 事件 3 ・ 4 物件、 事件 3 ・ 5 物件、 事件 6 ・ 8 ・ 9 物件、 事件 1 ・ 2 物件) の 2 類型がある。

3 . 本題に係る整理・分析

(1) 課徴金対象該当性の判断箇所の構成 受注希望者を 1 名とし得る特別事情が存在する場合の、個別物件の課徴金対象該当性を判断する箇所は、次

の項目から構成されている(なお、事件は不明)。～事件にあつては、課徴金の対象についての基本的な考え方、個別物件の課徴金の対象該当性。・、～事件にあつては、課徴金の対象についての基本的な考え方、個別物件の入札状況、個別物件の課徴金の対象該当性。・事件にあつては、課徴金の対象についての考え方、基本合意等、個別物件の入札状況、個別物件の課徴金対象該当性。違いは、事件以降、「個別物件の課徴金の対象該当性」から「個別物件の入札状況」が分離され、・事件に至り明確に、「課徴金の対象についての基本的な考え方」から「基本合意等」が分離された上、「課徴金の対象についての考え方」とされたところにある。

ここでは、課徴金対象該当性を判断する箇所の構成が時系列で整理されてきたことを確認して、以下、課徴金の対象についての考え方、基本合意など、個別物件の入札状況、個別物件の課徴金対象該当性、ごとに整理・分析する。

(2) 課徴金の対象についての考え方 関連規定は、独禁法7条の2第1項であり、概要、次のように規定する。事業者が商品・役務の対価に係る不当な取引制限等をしたときは、公取委は、当該事業者に対し、実行期間における「当該商品又は役務」の売上額を基礎として算定した額の課徴金の納付を命じなければならない。問題は、「当該商品又は役務」(本稿に即して言えば「当該役務」)とは何かである。

記述は、2通りある。千葉市等発注特定土木工事・特定舗装工事入札談合に係る～事件では、次のように記述されている(香川県発注特定土木工事・高松市発注特定土木工事入札談合に係る～事件も同様)。

ここ〔課徴金制度を定める独禁法7条の2第1項〕にいう「当該商品又は役務」とは、当該違反行為の対象になった商品又は役務全体を指すが、受注調整の場合には、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、具体的に競争制限効果が発生するに至ったものを指すと解すべきである。

それに対し、千葉市等発注特定土木工事・特定舗装工事入札談合に係る～事件では、次のように記述されている。

受注調整の場合においては、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、具体的に競争制限効果が発生するに至ったものは、「当該商品又は役務」に該当すると解すべきである。

両者の違いは審決時期によるものであり、内容面での実質的な違いはなからう。ここでは、次の２点を確認すればよい。一つは、考え方は、個別物件の課徴金対象該当性のいわば判断枠組みを示すにとどまり、判断構造を明らかにするものとはなっていないということである。二つは、違反行為の対象になった商品・役務全体が課徴金対象となるのではなく、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、具体的に競争制限効果が発生するに至ったものに限定されているということである。

(３) 基本合意など 記述は、違反行為の対象役務、基本合意、受注調整の態様、の３構成となっている。例えば、事件では、次のように記述されている。

本案審決によれば、本件違反行為の対象役務及び基本合意（ ）等は次のとおりである。

(１) 本件違反行為の対象役務は、千葉市等発注の特定ほ装工事である。

(２) 被審人ら96社、Y社、T社及びM社並びにS社は、受注価格の低落防止を図るため、

ア 千葉市等から指名競争入札又は希望型指名競争入札の参加の指名を受けた場合には、次の方法により、受注予定者を決定する

(ア) 受注希望者が1社のときは、その者を受注予定者とする

(イ) 受注希望者が複数のときは、工事場所、過去の受注工事との関連性等の事情を勘案して、受注希望者間の話し合いにより受注予定者を決定する

イ 受注すべき価格は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者がその定めた価格で受注できるように協力する

旨の合意の下に、必要に応じ、千葉市中央区所在の千葉県建設業センターにおいて会合を開催するなどして、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていた。

その他の事件も、事案に即した記述となる箇所で違いが出てくるが、体裁は実質的に同じである⁶⁾。ここでは、まず、被審人らが、基本合意の下に、個別の受注調整を行っていたことを確認することができる。また、受注調整の態様が、「必要に応じ、積算委員又は月例委員と称する者の助言を得て」(～事件)とか、「必要に応じ、会合を開催するなどして」、「必要に応じ、千葉市中央区所在の千葉県建設業センターにおいて会合を開催するなどして」(～事件)とされていることから、助言、会合の開催が受注調整のすべてではないということも分かる。加えて、基本合意の内容が、受注希望者が複数のときは、「工事場所、過去の受注工事との継続性又は関連性等の事情を勘案」する(～事件)、「工事場所、過去の受注工事との関連性等の事情を勘案」する(～事件)というものであることにも、留意する必要がある。

(4) 個別物件の入札状況 記述は、一般に、工事物件・指名業者、特別事情・受注希望、指名・入札・落札、の3構成となっているが、その内容は、事案を反映して多様である。本稿の問題関心は、受注予定者決定の話し合い・入札価格の連絡などの具体的な受注調整行為が行われていない場合の個別物件の課徴金対象該当性にあるので、ここでは、話し合い・連絡などがなされていない事件・物件のみ取り上げる。例えば、事件の1物件の入札状況は、次のように記述されている。

証拠()によれば、以下のとおり認められる。

- (1) 番号1の物件は、千葉市が指名競争入札の方法によりほ装工事として発注した設計金額が3339万円のものであり、その指名業者は千葉市内に本店を置く事業者であった。
- (2) 番号1の物件の工事場所は、* *であって、被審人の本店所在地から近距離にあり、被審人は当該工事場所の周辺地域において工事をした実績が相当あったので、被審人は番号1の物件の受注を希望した。

6) なお、事件では、「被審人が課徴金の対象であることを認めている各物件は、被審人のほかに受注希望者がいたので、受注希望者同士で話し合いを行った結果、被審人が受注希望者に決定され、被審人が、他の相指名業者に対し、受注希望を表明するとともに、入札価格を連絡するなどして、落札したものである」ことが特記されている。

さらに、番号1の物件は、排水機場の場内のほ装工事であって、いわゆる水場における工事であり、かつ、建築業者、設備業者等と調整しながら施工する必要がある効率が悪い工事であったところ、被審人は、このような工事に習熟していたが、ほかの指名業者は受注を希望する工事ではなかった。

- (3) 番号1の物件の入札について、被審人を含む本件違反行為の主体が8社指名され、本件違反行為の主体ではない業者も2社指名された。被審人以外の指名業者9社は、いずれも予定価格を上回る3200万円（ ）から3390万円の範囲で入札し、被審人のみが、予定価格を下回る3100万円で入札し、落札した。

以下、本稿の問題関心に即して、特別事情、受注希望、入札・落札の経緯、についてのみ整理する。

(a) 特別事情 何が特別事情となるかは、すでに整理した(2(1)参照)。特別事情は被審人のサイドから被審人に即して記述されるのが一般的である。しかし、中には、相指名業者が、「認識して」おり、あるいは「知っており、又は、知り得るものであった」(事件3物件)とか、「認識していた」、あるいは「認識していたものと推認できる」(事件4物件など)との記述が追加されている場合もある。また、「業界他社には周知のことであった」(事件2・7物件)とするものもある。これらの記述が持つ法的意味合いは、問題になる。

(b) 受注希望 特別事情に起因する受注希望については、何ら言及がないもの(事件2物件、 事件)と、言及があるものとがある。後者の場合、主体に即してみれば、記述は4通りある。一つは、単に、「受注希望者は被審人だけ」(事件7物件)、「被審人は 受注を強く希望した」(事件4物件)とするものである。二つは、「被審人のみが受注を希望し、相指名業者は受注を希望しなかった」(事件6・8・9物件。 事件2物件も同様。事件1物件については本文で検討)とするものである。三つは、「被審人は

受注を希望した」との記述に加え、相指名業者は、「被審人が 受注を希望していることを認識していたので、受注を断念した」(事件3物件)とするものである。四つは、「被審人は、 極めて強い受注意欲を持った。被審人は、相指名業者が、 受注希望を有していないことを認識していた」(

事件3・5物件)とするものである。

これに関しては、次の3点に着目する必要がある。一つは、「希望する」という言葉が、内的心情にとどまるものとして用いられているのか、内的心情が何らかの意味で外部に表明されたものとして用いられているのか、判然としない場合が多いということである。二つは、受注希望について記述される場合、被審人だけでなく、相指名業者の受注希望についても記述されている場合があり、その内容は種々であるということである。その記述が持つ法的意味合いは、問題になる。そして三つは、事件の1物件の受注希望についての記述が他のものと異なることである。1物件では、「被審人は番号1の物件の受注を希望した」、「ほかの指名業者は受注を希望する工事ではなかった」と記述し、他の指名業者は受注を希望しなかったとは記述していない。問題は、この違いが何に起因するかである。それは、番号1の物件の入札では、「被審人を含む本件違反行為の主体が8社指名され、本件違反行為の主体ではない業者も2社指名された」ことによるように思われる。このことの持つ意味合いについては、後に触れよう。

(c) 入札・落札の経緯 被審人についてのみ記述するものと、相指名業者についても記述するものがある。前者には、「自社の積算を基に入札し、これを落札した」(事件7物件、・事件)とするものがある。それに対し、後者は多様である。簡単に触れるものとしては、「指名業者10社〔すべて違反行為の主体〕のうち、予定価格を下回って入札したのは、被審人のみであったので、被審人が落札した」(事件6・9物件。8物件も同様)と入札価格を示さないものと、入札価格を示すもの(事件1物件。2物件も同様)がある。他方、詳細に記述するものとしては、「被審人は、自社の積算を基に入札し、これを落札した」とし、「相指名業者は、発注者の予定価格及び被審人の応札価格を推測することにより、自社が落札しないと見込まれる価格で応札したものと推認される」(事件2物件)とするものや、「被審人は、自社の積算を基に1億3250万円()で入札し、これを落札した」とし、「相指名業者のうち、〇社は、発注者の予定価格及び被審人の入札価格を推測することによ

り、自社が落札しないと見込まれる価格である１億3365万円で入札した。さらに、○社以外の相指名業者も、○社の入札価格と同程度の価格又は予定価格を超える価格で入札していることから、○社と同様の入札行動をとったものと推認できる」とするもの（事件３物件。事件４物件、事件３・５物件も実質的に同様）がある。また、「相指名業者は、被審人が落札できるよう高めの価格で入札したことから、予定価格を下回って入札したのは、被審人及びＤ社の２社のみであり、被審人の入札価格が最低であったので、被審人が落札した」（事件８物件）とするものもある。

相指名業者についても入札の経緯を記述するのは、被審人・相指名業者の入札価格の不自然さを示そうとしてのことであるが、この記述が持つ法的意味合いは、問題になる。

（５）個別物件の課徴金対象該当性 記述は、結論、被審人の主張とそれに対する判断の二つの部分に分けることができる。このことは、基本的にすべての事件に当てはまる。もっとも、以下の整理・分析は、本稿の問題関心が受注予定者決定の話し合い・入札価格の連絡などの具体的な受注調整行為が行われていない場合の個別物件の課徴金対象該当性にあるので、話し合い・連絡などがなされていない事件・物件のみを対象とする。

（ａ）結論 例えば 事件では、次のように記述されている。

前記３〔番号１の物件の入札状況〕及び４〔番号２の物件の入札状況〕のとおり、本件２物件は、千葉市等発注の特定ほ装工事に該当する。被審人は前記２〔本件基本合意等〕記載のとおり本件基本合意の下に受注調整行為を行っていたものであるところ、前記３及び４の認定事実によれば、本件２物件について、工事場所等の事情から指名業者のうち受注希望者が被審人だけであったため、被審人が受注予定者となり、相指名業者の協力を得て受注したものであると認めることができるから、本件２物件は、本件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、具体的に競争制限効果が発生するに至った物件といえることができるのであり、課徴金の算定対象となる。

結論部分の判断の論理構造は、事件を例にとれば、次のように分節することができる。

被審人は、基本合意の下に受注調整行為を行っていた。

「個別物件の入札状況」記述の認定事実によれば、次のことを認めることができる。

㊦ 特別事情から、受注希望者は被審人だけであった。

① このため、被審人が受注予定者となり、相指名業者の協力を得て受注した。

上記 から、該当物件は、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、具体的に競争制限効果が発生するに至った物件ということができる。

結論部分の記述はパターン化されているが、事件によって違いもある。以下、大きな違いのみ記す。一つに、事件では、「本件基本合意の下に受注調整行為を行っていたものであるところ」との記述があるが、他の事件にはない。この記述が持つ法的意味合いは、問題になり得る。二つに、事件では、被審人が受注予定者となった理由として、「工事場所等の事情から指名業者のうち受注希望者が被審人だけであったため」と特別事情を示しているが（事件なども同様）、単に「指名業者のうち受注希望者が被審人だけであったことから」とするもの（事件など）もある。香川県発注特定土木工事・高松市発注特定土木工事入札談合関連のものに限られており、事件処理パターンの違いによるものかもしれない。三つに、事件では、「被審人が受注予定者となり、相指名業者の協力を得て受注したものであると認めることができるから」と記述しているが（・事件も同様）、単に「被審人が受注予定者となり、受注したものであると認めることができるから」と記述しているに過ぎないものがある（事件。・事件もほぼ同様）。話合い・入札価格の連絡などが行われていない事件・物件であるので、判断の論拠が特に問題になる。

何より問題なのは、認定事実から受注予定者決定の結論を導き出すことができるかである。

(b) 被審人の主張とそれに対する判断 例え ば 事件では、次のように記述されている。

これに対し、被審人は、本件2物件について、指名業者の間で受注予定者を決めるための話し合いをしておらず、本件基本合意に基づく受注予定者の決定はなかった旨、また、相指名業者に被審人が受注できるよう協力依頼もしていない旨を主張する。

確かに、本件2物件について、被審人が相指名業者との間で受注予定者を決めるための話し合いをしたこと及び被審人が相指名業者に協力依頼したことを証明するに足る直接の証拠はない。しかし、前記3及び4の認定事実によれば、番号1の物件については工事場所が被審人の本店所在地に近いものであったこと、被審人に過去の受注工事との関連性があること、被審人は得意であるが、相指名業者は不得意な工事であったことという事情から、番号2の物件については工事場所が被審人の本店所在地に極めて近いものであり、被審人が地権者であったことという事情から、被審人は、本件2物件について、受注を希望するとともに相指名業者が受注を希望しないと認識しており、他方、本件2物件の相指名業者は、前記の各事情を知っていたことから、本件2物件について、被審人のみが受注希望者であろうと考え、自社が落札しないと見込まれる価格で入札することにより被審人が受注することとなると認識していたものと推認できる。

このことからすれば、被審人は、本件2物件の唯一の受注希望者であり、本件基本合意に基づき、暗黙のうちに、本件2物件の受注予定者に決まり、相指名業者は、受注予定者である被審人が受注できるよう協力したものと認めるのが相当であり、指名業者の間で受注予定者を決めるための話し合いがなく、被審人の相指名業者に対する協力依頼がなかったとしても、この認定判断を左右するものではない。

被審人の主張としては、話し合いをしていない(・ ・ 事件)、話し合い・入札価格の連絡をしていない(事件)とするものがある。また、受注希望の表明・受注への協力依頼・入札価格の連絡をしていない(事件)、話し合い・受注への協力依頼をしていない(・ 事件)とするものもある。

被審人の主張に対しては、直接の証拠をもって斥けるものと、推認により斥けるものがあり得る。ここでは、話し合い・入札価格の連絡などがなされていない事件・物件を問題にしているので、後者が問題になる。例えば、 事件にお

ける被審人の主張を斥ける判断の論理構造は、次のように分節することができる。

被審人の主張を証明するに足る直接の証拠はない。

しかし、「個別物件の入札状況」記述の認定事実から、㊦・㊧を推認することができる。

㊦ 特別事情から被審人は、受注を希望するとともに、相指名業者が受注を希望しないと認識していること。

㊧ 他方、相指名業者は、特別事情を知っていたことから、被審人のみが受注希望者であろうと考え、自社が落札しないと見込まれる価格で入札することにより被審人が受注することとなると認識していたこと。

このことからすれば、被審人は唯一の受注希望者であり、本件基本合意に基づき、暗黙のうちに、受注予定者に決まり、相指名業者は、受注予定者である被審人が受注できるよう協力したものと認めるのが相当である。

指名業者の間で受注予定者を決めるための話し合いがなく、被審人の相指名業者に対する協力依頼がなかったとしても、この認定判断を左右するものではない。

・ 事件の判断構造も、事件に酷似している。また、事件2・7物件、
・ 事件の判断構造は、分節的でも明示的でもないが、事件と同様と見ることができよう。それに対し、事件は、上記に関わって、「〔特別〕事情から、被審人は 受注を希望し、他方、 相指名業者は、被審人が受注を希望する事情を認識していたことから、 当然に受注を希望せず、自社が落札しないと見込まれる価格で入札したものと認められる」と断定し、推認していない。事案の違いが反映されているに過ぎないであろう。

ここでも問題は、認定事実から推認することにより、暗黙裡の受注予定者決定という結論を導き出すことができるか否かである。

Ⅲ 課徴金対象該当性の判断枠組み・判断構造の解明

審判事件を手がかりに解明を図る。重点は判断構造の解明にある。

1. 判断枠組み

本稿で取り上げた一連の事件は、「課徴金の対象についての考え方」において、課徴金の対象に該当するのは、受注調整の場合には、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、具体的に競争制限効果が発生するに至った商品・役務である旨記述する。この記述は、課徴金対象該当性の判断枠組みを示したものと見ることができるが、2点で注目に値する⁷⁾。一つは、課徴金の対象が、違反行為の対象になった商品・役務の全体ではなく、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、具体的に競争制限効果が発生するに至った商品・役務と限定されていることである。この考え方には異論があり得るが、本稿では、所与のものとして扱う。

もう一つは、暗黙の了解による受注予定者の決定には、何ら言及がないことである。この点、千葉市等発注特定土木工事・特定舗装工事入札談合に係る事件で、個別物件の課徴金対象該当性が争われた別類型の事件の中には、「基本合意に基づいて受注予定者が決定された場合に当たるのは、必ずしも、受注希望者が受注希望を相指名業者に明示的に連絡したり、相指名業者との間の話合いにより受注予定者が決定される場合に限られるわけではなく、受注希望者が地域性、関連性等の観点から、自らはあえて他の相指名業者に対して受注の希望を表明せず、相指名業者の間で明確な連絡や話合いを経ずして、いわば、暗黙の了解により特定の事業者が受注予定者に決定されるような場合も、これに含まれる」と明記するものがある⁸⁾。本稿で取り上げた一連の事件においても、基本合意に基づく受注予定者の決定には暗黙の了解による場合が含まれるか、含まれるとしてそれは妥当か、妥当であるとしてなぜ明記されていないのか、は一応問題になる。

直接的な手がかりは、事件の「被審人の主張とそれに対する判断」の部分で、「被審人は、本件2物件の唯一の受注希望者であり、本件基本合意に基づ

7) 従来の審・判決の考え方にどう位置付けるかは大きな関心事であるが、本稿では触れない。

8) 白川土建〔土木工事〕事件（平18・4・26審判審決）など。

き、暗黙のうちに、本件2物件の受注予定者に決まり、相指名業者は、受注予定者である被審人が受注できるよう協力したものと認めるのが相当」とするところに求めることができる。その他の事件の「被審人の主張とそれに対する判断」の部分で精査しても、暗黙による場合が含まれていると見ることができる。また、基本合意に基づく受注予定者の決定には、話し合いなど具体的な受注調整行為がなされた場合だけが当てはまるとするのは、あまりにも不合理である。疑問が残るのは、明記されなかった理由である。暗黙の了解による場合も含まれるとの考え方が明記されるようになったのはごく最近であることと関係するかもしれないが、判断としない。あるいは当然と考えてのことかもしれない。

判断枠組みに関わっては、以上2点を確認することができる。

2. 判断構造

事件における個別物件の課徴金対象該当性の結論部分の記述を除き、判断構造の全体像を明記するものはない。分散する断片的記述をも読み合わせれば、個別物件の課徴金対象該当性は、個別物件が全体の受注調整から切り離されて単独に判断されるのではなく、基本合意の下に受注調整を行っていることを前提として、個別に判断される、とすることができる。このことは、事件の「個別物件の課徴金対象該当性」の結論部分で、「本件基本合意の下に受注調整行為を行っていたものであるところ」と記述されているところに顕著である。以下、判断構造を便宜上、前提部分、個別物件に即した部分に分けて検討し、その後、簡単なまとめをする。

(1) 前提部分 前提を置くことがどのような法的意味を持つか、前提内容にはどのような拘束性があるか、が問題になる。両者は連関しているが、分けて検討する。

(a) 前提を置くことの法的意味 基本合意の下に受注調整を行っていることを前提とすることは、基本合意に基づく受注予定者決定の推認を意味するか。本稿で取り上げた一連の事件には、基本合意に基づく受注予定者決定の推認に係る記述はない。この点、千葉市等発注特定土木工事・特定舗装工事入札談合に係る事件で、個別物件の課徴金対象該当性が争われた別類型の事件の中

には、証拠をもって、受注調整が「一般的に行われていたものと認めることができる」との認定をし、その場合には、「受注希望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、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」との判断を示すものもある⁹⁾。

本稿で取り上げた一連の事件で推認に係る記述がないことは、推認の判断構造が当てはまる事件ではないと考えていると見なければならない。推認するということは、特段の事情があれば推認が破れるということであるが、本稿で取り上げた一連の事件には、特段の事情の存立余地はないと先見的に判断しているように思われる（このことは追いつ追いつ検討しよう）。それにもかかわらず前提を置くのは、事実上の推認を与えることを意図しているからであろう。しかし、法的意味をあいまいなままにして前提に漫然と依拠することには、大きな問題がある。

（b）前提内容の拘束性 事件を例にとれば、「個別物件の課徴金対象該当性」の結論部分で「本件基本合意の下に受注調整行為を行っていたものであるところ」ということの内実は、「基本合意など」において記述されている「〔基本〕合意の下に、必要に応じ、千葉市中央区所在の千葉県建設業センターにおいて会合を開催するなどして、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていた」ということである。これは一般論である。しかも個別物件からの帰納であり、直ちに個別物件の受注調整を導き出すことができるものではない。また、受注調整が一般的に行われていることは、あえてそうする必要はないと考えてのことか、証拠をもって認定されてさえいない。

このように、前提内容の拘束性には疑義があり、前提に漫然と依拠することの問題性は、さらに増す。個別物件に即した判断が確たるものであることが不可欠となる。

（2）個別物件に即した部分 この部分の判断構造の根幹は、「〔個別物件の入札状況に記述されている〕認定事実によれば」、該当物件は、「本件基本合

9) 前掲（注8）の白川土建〔土木工事〕事件など。

意に基づいて受注予定者が決定されることによって〔 ・ 事件。他事件は『決定され』と記述されている〕、具体的に競争制限効果が発生するに至った物件ということができる」ということである。問題は実際に、認定事実からこの結論を導き出すことができるかである。 事件を例にとれば、特別事情から受注希望者は被審人だけであったため、被審人が受注予定者となり、相指名業者の協力を得て受注したということが、「個別物件の入札状況」記述の認定事実から結論付けられるかである。

(a) 二つのストーリー 特別事情に起因して1名のみが受注を希望し、かつ受注するに至るプロセスを、原因との関わりで説明するストーリーは、2通りある。一つは、審決が想定していると思われるものであり、もう一つは、事業者(被審人)側が描くものである。いずれにあってもキーワードは、「特別事情」である。

ア 審決が想定していると思われるストーリー 受注調整が常態化している場合には、個別物件が特別事情に起因して受注希望者1名となり得るものであるとしても、受注調整に組み込まれた1物件であることに違いない。そこでも、調整ルールは自ずと働く。特別事情が有利に働く事業者と相指名業者の間には、暗黙裡に次の内容で共通の認識が成立する。前者は特別事情に起因して、受注を希望するとともに、後者が受注を希望しないと認識する。他方、後者は、特別事情を知っていることから、前者のみが受注希望者であろうと考え、自社が落札しないと見込まれる価格で入札することにより前者が受注することとなると認識する。結果、基本合意に基づき、受注希望者1名として前者が受注予定者となり、後者の協力を得て受注する。また、特別事情に起因して受注予定者が1名となるには、受注希望者が複数の場合の受注調整の経験も大きく与する。

イ 事業者(被審人)側が描くストーリー 狭い地域の同業者にとっては通例周知である特別事情がある場合、次のことは極めて自然である。特別事情が有利に働く事業者(被審人)が、受注を希望するとともに、相指名業者は受注を希望しないと認識すること。逆に、相指名業者が、被審人のみが受注を希

望すると考え、自社が落札しないと見込まれる価格で入札することにより被審人が受注することとなると認識すること。またその上で、受注を希望する事業者（被審人）が、落札が見込まれる価格で入札し、受注を希望しない相指名業者が、落札しないと見込まれる価格で入札することも、当然の理である。

（b） 不明確な判断根拠 認定事実を見ても、何をどのように考慮して結論を導き出そうとしているのか、判然としない。しかし、三つの要素、すなわち、受注予定者を1名とする特別事情の存在、被審人・相指名業者間での共通の認識、入札価格の不自然さを考慮して、暗黙のうちに受注予定者の決定があったとの結論を導き出そうとしているように思われる。決め手となるのは、共通の認識であり、特別事情の存在は、それを醸成する拠り所とされ、入札価格の不自然さは、その補強とされていると思われる。

分らないのは、一つに、特別事情に起因して1名のみが受注を希望し、かつ受注するに至ったことを極めて自然なこと・当然の理とするストーリーを斥け、認識を共通にするものと判断する根拠である。事件に即して言えば、違反行為の主体とそうではない業者がともに指名された場合の、違反行為の主体でない相指名業者にとっては自然なこと・当然の理と言えることが、違反行為の主体であって受注を希望しない相指名業者には言えないと判断される根拠である。そしてもう一つに、受注希望の事業者（被審人）が、落札が見込まれる価格で入札し、受注希望のない相指名業者が、落札が見込まれない価格で入札することを当然の理とするストーリーを斥け、不自然と判断する根拠である。また、それらの判断を証拠をもってどのように立証しようとしているのかも、分らない。

結局、そこには、受注予定者を1名とする特別事情があれば、話し合い・入札価格の連絡などがなされなくても、被審人と相指名業者が共通の認識を持つことにより、暗黙のうちに、基本合意に基づく受注調整のメカニズムが自動的に作動して被審人が受注予定者に決まるとする媒介「法理」があるのではないか。そして、その「法理」で媒介しているだけではないのか。

（c） 認定事実から結論を導き出す媒介「法理」 注目に値するのは、千

葉市等発注特定土木工事・特定舗装工事入札談合に係る事件であって、個別物件の課徴金対象該当性が争われた別類型の事件で、次の判断構造が採られている箇所があることである¹⁰⁾。まず、事実認定をする。I社は特別事情から受注意思を有していなかった事実を認めることができる。そして、特別事情は他社にも当然に認識されていたはずであるから、I社に受注意思がないことは他の相指名業者にとって明らかであったと認めることができる。続いて、「法理」を叙述する。「受注価格の低落防止のために行われる受注調整においては、受注予定者をあらかじめ確定することによって、受注予定者となった事業者が、受注調整を行わない場合よりも高い価格で落札できる利を得ようとするものであるから、受注意思を有していないことが予想できる入札参加者との関係では、あえて、受注意思の確認や入札価格についての連絡を行う必要はない。したがって、このような入札参加者との間で受注意思の確認や価格の連絡が行われなかったとしても受注調整の存在を認定する妨げとはならない。」そして最後に、受注意思の確認や価格連絡等の行為を行っていなかったとしても、受注調整が行われた事実を認定することの妨げとはならない、との結論を導く。要は、特別事情から受注意思がないという事実が認定できればよいのである。それに「法理」を当てはめれば、自動的に受注調整ありの結論が出る。

本稿で取り上げた一連の事件も、暗黙裡に同様の判断構造を採っているように思われる。しかし、これは問題である。個別物件について受注調整が行われたか否かを問うているのに、受注調整を前提とした「法理」を媒介することで答えることには、背理がある。また、被審人に反論の余地がないことも問題である。相指名業者が、受注を希望しない物件に価格競争を挑むことも考えられない¹¹⁾。いわば、受注調整ありきの判断構造になっている。

(3) 判断構造についての簡単なまとめ 判断構造は、審決全体を見ても判然としていない。本稿の検討からは、次のことが分かる。まず、基本合意の

10) 東葉建設〔土木工事〕事件(平18・4・28審判審決)参照。

11) 価格競争を挑まなかったことを問題視する事件として、犬飼建設事件(平18・7・31審判審決)参照。

下に受注調整を行っているという一般論を前提として、個別物件ごとに判断するという構造を採っていることである。しかし、前提を置くことの法的意味、前提内容の拘束性には問題があり、現状では、前提に漫然と依拠することはできない。個別物件に即した判断が確たるものであることが、不可欠になる。

次に分かるのは、個別物件ごとの判断構造の根幹に、次の判断が位置することである。すなわち、「個別物件の入札状況」記述の認定事実から、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、具体的に競争制限効果が発生するに至った物件であるか否かを判断すること。しかし、何をどのように考慮して結論を導き出そうとしているのか、判然としない。また、証拠をもってどのように立証しようとしているのかも分からない。証拠の不十分さを補うために認定事実から結論を導出する媒介「法理」を定立しているように見えるが、それは、受注調整を前提とする背理に陥っている。

結局、課徴金対象該当性の判断構造は、受注調整ありきの判断構造になっている。

IV むすび

特別事情に起因して受注希望者が1名となる場合の個別物件の課徴金対象該当性の判断構造は、明確さと説得力を持っておらず、談合以前の問題とする事業者の主張に正面から答えるものとはなっていないというのが、本稿の最終結論である。

特別事情に起因して受注希望者が1名となる個別物件も課徴金対象となるとの判断が異とすべきものでないとするれば、公取委が採り得る道は、2通りある。一つは、間接証拠を積み重ね、受注者決定の立証の精度を高めることである。そしてもう一つは、課徴金制度の趣旨に立ち戻り、個別物件の課徴金対象該当性の判断枠組みを再設計し、受注調整から切り離れたものとするところである¹²⁾。いずれの道も採らないということであれば、課徴金の対象外とするほ

12) 岸井大太郎「独占禁止法における課徴金（違反金）制度のあり方」法政法科大学院紀要 3巻1号79、90-92頁（2007）が示唆的である。

かなだろう。

他方、この判断構造で十分ということであれば、入札談合のみならずカルテルの立証問題の将来は、大きく開かれたものとなる。