

入札談合の基本合意と個別調整

大 録 英 一

I カルテルと談合

「競争の実質的制限」とは、競争機能が働かず、有効な競争が行われていない状態のことである。簡単に言えば、「一定の取引分野における競争の実質的制限」を考える場合、「競争の実質的制限」（有効な競争が行われていない状態）が生じている範囲を「一定の取引分野」ととればよい。従来の「一定の取引分野」をめぐるさまざまな議論の混乱は、この考え方で解決できるように思われる。

ここでは、正当化事由のないカルテルを考える。次のように、すべてのカルテルは、シェアが低くとも、一定の取引分野における競争を実質的に制限するという事実上の推定をすることができる。談合も同様である。カルテル・談合の場合は、当事者が「一定の取引分野の競争を実質的に制限」しようとしているのであるから、競争が実質的に制限される範囲を「一定の取引分野」ととればよい。この場合、その範囲が小さくとも「一定の取引分野」ととることができる。これによって、基本ルールがなくとも、一回限りの談合であっても、談合対象物件が小さくとも、独占禁止法違反となる。また、小売業者が特定ブランド商品についてカルテルを行った場合も独占禁止法違反となる。

カルテルは、参入障壁が相当程度大きくないと行われまいだろう（このようなどきでなければ、カルテルに乗じて新規参入者等が安売り等の攻勢をかけるからカルテルは行われまい）。また、すべてのカルテルは競争が実質的に制限される場合でなければ行われず、カルテルメンバーのシェアが低くとも、「競争の実質的制限」を事実上推定することができる。カルテル参加者のシェアの低い場合や有力なアウトサイダーがいる場合でも、カルテルが行われているのであれば、それは、カルテルによって競争者の数を減らして、単独効果であれば、価格引下げに対して価格引下げで対抗し価格引上げに対しては価格引上げ

を行う戦略的補完関係である場合であり、協調効果であれば、繰り返し競争（繰り返しゲーム）による暗黙の協調型やプライス・リーダー型である場合に、行われていると考えることができる。このような場合であれば、アウトサイダーはカルテルに追随して価格をあげる。アウトサイダーがカルテルに追随して価格をあげるときでなければ、アウトサイダーがカルテルに乗じて安売り等の攻勢をかけるからカルテルは行われぬ。したがって、すべてのカルテルは競争を「実質的」に制限していると考えられる。

II 談 合

基本合意と個別物件談合の両方が行われる場合、従来は、独占禁止法上は「一定の取引分野」という要件のため、基本合意が不当な取引制限に該当すると考えられてきた。これに対して、筆者は、基本合意と個別物件談合の両方が行われる場合、基本合意と個別物件談合は別個の違反行為であり、課徴金を課すべき違反行為は個別物件談合であると考えられる。基本合意は受注予定者から連絡を受けた場合に積極的行動をとらないことを決めただけで具体的に落札価格をいくりにするということを決めたわけではない。基本合意は価格を決めたカルテルではなく、課徴金は、基本合意について課されるのではなく、個別談合に対して課されるものであると考えられる。基本合意と個別物件談合の両方が行われる場合、従来基本合意が不当な取引制限に該当すると考えられてきたのは、基本合意の形成行為が価格カルテル事件において価格を合意する行為に相当し、個別物件談合は合意した価格で事業活動を実施する行為に相当すると考えられたことも大きいかもしれない。しかし、一定の取引分野を「ある行為により競争が実質的に制限される範囲」と考えれば、基本合意と個別物件談合は一定の取引分野が異なる。またメンバーも異なることが多い。

1 個別物件談合

まず、一回限りの談合についてみてみよう

一回限りの談合では談合金（補償金）等が用いられる。基本合意がなく、ある個別物件だけで談合金の授受等により談合が行われた場合は、当該物件を一定の取引分野にとり、共同遂行で違反にすればよい。SSNIPで考えれば、当該物件を一定の取引分野にとることができる。また、共同遂行とするのは、受注

予定者は拘束を受けておらず、受注予定者以外の者が拘束を受ける一方的拘束と考えられ、共同遂行であれば、一方的拘束でも違反にできるからである。

また、基本合意がある場合でも、個別談合が行われているのであれば、個別談合については、当該物件を一定の取引分野にとり、共同遂行で違反にすればよい。

従来、一定の取引分野は、一定の地域的広がり、期間的継続、経済的規模等が必要とされ、入札談合事案においては、基本合意が違反とされ、個別調整だけでは違反にならないとされてきた。ただし、個別調整という間接事実の積み重ねにより基本合意の存在を推認することができれば、不当な取引制限違反を認めることができるとされている（協和エクシオ事件¹⁾）。しかし、基本合意が無くとも、ある個別調整だけでも物件の規模が小さくとも違反とする必要がある。それはSSNIPから考えれば、個別物件で一定の取引分野が成立するからである。

四国ロードサービス事件²⁾では、四国の工事について、四国の業者Aが落札し中国地方の業者BとCはAよりも高い価格で入札することを談合したものである。BとCが積極的な入札行動をとらなかったことでAは落札できたのであるから、BとCも違反とする必要がある。この場合、中国地方の工事については逆の拘束があったと考えられるが証拠が無い。本件は、中国地方の工事については逆の拘束の証拠がある場合も無い場合も、個別談合については、四国の工事だけを一定の取引分野とし、A、B及びCは相互拘束ではなく共同遂行で違反とすればよいと思われる。

なお、上で談合金の授受等により行われた一回限りの談合は共同遂行で違反にすべきことを説明したが、同様に考えるべき事件として、奥道後温泉観光バス事件³⁾がある。この事件では、伊予鉄道と奥道後温泉観光バスとの協定で競合する路線における奥道後温泉観光バスの認可申請を禁止するという内容があったことが、私的独占の排除とされたが、奥道後温泉観光バスが認可申請をしないという協定に同意していたなら何らかの見返りがあったと考えられ友好的行動であり、私的独占の排除ではなく、不当な取引制限の共同遂行で違反にすべきであったと思われる。

2 入札談合における基本合意と個別談合

一回限りの談合では、談合金（補償金）等の方法がとられるが、繰り返し行われる入札では、基本合意で、談合メンバーの規模が同じ位であれば、ローテーション方式がとられ順に落札できるようにし、談合メンバーの規模が異なる場合は、談合組織内のマーケットシェアを安定化するようにする。この場合、メンバーが同質的なほど談合がやりやすく、規模が同じ位でローテーション方式をとる場合が最も談合がしやすい。

筆者は一回限りの談合は、物件の規模が小さくとも個別物件談合で一定の取引分野が成立し独占禁止法違反となると考える。繰り返し行われる談合では、基本合意で、メンバーの規模が同じ位であればローテーション方式がとられ、メンバーの規模が異なり同質的でない場合は、談合がしやすいように、同質的なもの同士に市場を分割して談合を行う。メンバーの規模が同じ位でローテーション制がとられている場合は簡単であるので説明は省略し、以下では、メンバーの規模が異なり談合しやすいように、基本合意で同質的なもの同士に市場を分割して談合を行うことを定めた場合について説明しよう。次いで、個別物件談合で基本合意のアウトサイダーがいる場合について説明する。

(1) メンバーが異質な場合

基本合意と個別物件談合の両方が行われた場合についてみてみよう。

まず基本合意で、受注希望者が複数の場合の工事については受注希望者間で話し合い受注予定者を決定することと、受注予定者から連絡を受けた者は受注予定者より低い価格をつけない等積極的行動を行わないことが決められ、その後、個別談合が行われたとしよう。

談合を行うのに基本合意参加者全員で話し合うよりも、これを受注希望者という形で分け少人数で話し合い受注予定者を決め、他の者はそれに従うという方が談合がしやすい。基本合意は、基本合意参加者全員で話し合う代りに受注希望者という形で市場を分割したものと考えられる。それは、市場を分割すれば個別物件ごとの談合は同質的な事業者同士の談合となって談合がやりやすくなるためである。談合やカルテルは、異質な事業者が含まれる場合よりも同質的な事業者同士の方がやりやすい。

基本合意は、市場を分割して受注予定者を決め、受注予定者から連絡を受けたものは積極的行動を行わないという内容の合意である。

入札談合において基本合意と個別物件ごとの談合の両方が行われた場合に、基本合意と個別物件談合は、次のように別個の違反とすべきであるとする。

基本合意の一定の取引分野は基本合意に含まれた全物件であり、仮に個別物件談合で談合破りが生じ結果的に談合が失敗したとしても基本合意に含まれた全物件で競争の実質的制限が成立すると思われる必要がある。その理由は次のとおりである。

入札は、同質財のベルトラン競争（価格競争）と考えられる。この場合は、二社であっても少しでも安い価格をつけた企業が落札するから、たとえ企業が二社であっても、価格が競争価格（限界費用）に等しくなるというベルトラン・パラドックスが成立する。ただし、これは、二社の限界費用が等しい場合である。限界費用が異なれば、高い方の限界費用よりもわずかに低い価格で限界費用の低い企業が落札する。

基本合意に含まれている物件であれば、受注予定者から連絡を受けた者は積極的行動をとらなくなり、限界費用の低い事業者でも積極的行動をとらなくなる。したがって基本合意に含まれた物件で、個別調整が失敗したとしても、当該物件で限界費用の低い事業者が積極的行動をとらなくなるので、その分価格が上がる。

一定の取引分野は、ある行為により競争が実質的に制限される範囲である。基本合意は、談合をしやすいように市場を分割し、受注予定者から連絡を受けた者は積極的行動を行わないカルテルであると考えることができ、一定の取引分野は基本合意により価格が上がる範囲であるから対象となった全物件であり、違反行為者は基本合意参加者である。個別物件談合は、一定の取引分野は個別談合により価格が上がる範囲であるから当該物件であり、違反行為者は、当該物件入札参加者のうち、受注予定者と受注予定者から連絡を受けこれに協力し積極的行動をとらなかった者であり、また、基本合意のアウトサイダーが協力した場合は、基本合意のアウトサイダーも違反行為者である。個別物件談合は共同遂行で違反にすればよい。個別談合でアウトサイダーが協力した場合、何らかの見返りがなく協力するはずがない。必ず談合金が支払われたり、他分野の受注予定物件のやりとり等が行われるはずである。

次に、結果的に一度も受注予定者にならなかったとしても基本合意に参加する場合についてみよう。協和エクシオ事件では、協和エクシオは、基本合意参

加者のうち日電インテック以外のものは受注能力も受注意志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。これに対し東京高裁判決は、日電インテックは他社の参入により価格が下がることを嫌い、日電インテック以外のものは、長期的視野や他分野での受注を受けること等の個々の思惑により基本合意に参加していることが認められ、基本合意の成立の基礎となり得る競争関係があったとした。結果的に一度も受注予定者にならなかったとしても基本合意に参加する場合の理由についてみてみよう。Aの費用がBやCよりもはるかに低くBやCが競争入札では落札できる見込みがない場合でも、AはBやCと談合することを説明しよう。Aの限界費用が、BやCよりもはるかに低い場合の競争入札について考えると、Aは、BやCのいずれか低い方の限界費用よりもわずかに低い価格で落札する。この場合、談合を行えば、Aはさらに価格を上げることができる。しかし、Aは、BやCに談合金を払ったり他分野での受注を与えたりする等なんらかの利益をBやCに与えなければ、BやCは談合に参加しない。談合が継続的に行われる場合を考えると、Aが、なんらかの利益を、BやCに与えれば、BやCは結果的に一度も受注予定者にならなかったとしても基本合意に参加し続ける。このとき、BやCが談合金の支払い等により談合に参加し続けた場合、A、B、Cを相互拘束と言わずらいのであれば、共同遂行で違反にすればよい。多摩談合事件審決⁴⁾では、基本合意に参加したが落札・受注した事実のない事業者(47社)に関しては、一方的拘束にとどまり相互拘束は不成立であるとして基本合意の当事者から除外しているが、相互拘束と言わずらいのであれば、共同遂行で違反にすればよいと考える。

(2) ストーカ炉事件と多摩談合事件

個別物件で基本合意のアウトサイダーがいる場合を考えよう。

基本合意と個別談合の両方が行われる場合についてみてみよう。例えば、ストーカ炉事件のように、基本合意で、「①受注希望者が複数の場合の工事については、受注希望者間で話し合い受注予定者を決定し、受注予定者から連絡を受けた者は積極的行動を行わないこととするし、②アウトサイダーがいる場合には、受注予定者は自社が受注できるようにアウトサイダーに協力を求める」ということが決められ、また、その後、個別談合が行われたとしよう。

この場合も、基本合意についてみると、基本合意は、市場分割協定を行って受注予定者を決め、受注予定者から連絡を受けた者は積極的入札活動をしない

こととするカルテルであり、一定の取引分野は基本合意により価格が上る範囲であるから対象となった全物件、違反行為者は基本合意参加者である。それは次の理由である。

個別調整で、基本合意参加者が積極的行動をしないことは、基本合意のアウトサイダーとの交渉で交渉を成立させる大きな要因になる。基本合意の受注予定者とアウトサイダーが受注物件を取引し、受注予定者が当該物件を受注しアウトサイダーが他分野の物件を受注することや、逆に、アウトサイダーが当該物件を受注し基本合意の受注予定者が他分野の物件を受注することも考えられる。したがって、アウトサイダーが当該物件を受注している場合でも、受注予定者とアウトサイダーの交渉が成立していることもある。また、受注予定者の費用がアウトサイダーよりもはるかに低くアウトサイダーが競争入札では落札できる見込みがない場合でも、受注予定者はアウトサイダーと交渉を行うことを説明しよう。アウトサイダーの限界費用が基本合意参加者の談合価格よりは小さい場合を考えよう。受注予定者Aの限界費用が、アウトサイダーであるBやCよりもはるかに低い場合の競争入札について考えると、Aは、BやCのいずれか低い方の限界費用よりもわずかに低い価格で落札する。この場合、個別談合を行えば、Aはさらに価格を上げることができる。Aは、BやCに談合金を払う、他分野での受注を与える等なんらかの利益を、BやCに与えれば、BやCは個別談合に参加する。なお、個別調整で受注予定者とアウトサイダーとの交渉が成立しなかったとしても、受注予定者は、基本合意参加者が積極的行動をしないのでその分高い価格で落札できる。

個別調整で受注予定者とアウトサイダーとの交渉が成立せず、アウトサイダーが受注したとしても、アウトサイダーは、基本合意参加者が積極的行動をしないことに乗じてその分高い価格で落札できる。これは、次のように考えることができる。それは、基本合意参加者が積極的行動を行わなければ、アウトサイダーは、受注予定者や他のアウトサイダーのうち一番低い限界費用よりもわずかに低い価格で落札できる。したがって、アウトサイダーの非協力により個別談合が失敗するとしても、当該物件で基本合意参加者である限界費用の低い事業者が積極的行動をとらなくなるので、その分価格が上る。この場合、個別物件について共同遂行による不当な取引制限を考えると、違反行為者は、当該物件入札参加者のうち、受注予定者及び受注予定者から連絡を受けこれに協

力し積極的行動をとらなかった者である。

上のように考えれば、基本合意に含まれた全物件で競争の実質的制限が成立すると考えてよい。受注予定者から連絡を受けたものは積極的行動を行わないというような、本来の競争入札のルールとは相いれない別のルールの存在をもって実質的制限を認定してよい。それは、談合破りが生じたとしても、アウトサイダーが存在したとしても、また、アウトサイダーの非協力のため個別談合が失敗しアウトサイダーが落札したとしても、基本合意参加者が積極的行動を行わないので競争の実質的制限が成立するからである。

上のケースで個別談合で基本合意のアウトサイダーが協力した場合についてみると、個別談合の一定の取引分野は個別談合で価格が上がる範囲であるから当該物件であり、違反行為者は個別談合に参加した者とアウトサイダーである。アウトサイダーは何らかの見返り無しに協力するはずがない。したがって、この場合、不当な取引制限の共同遂行で違反とし、協力したアウトサイダーも違反としてよい。個別調整で、基本合意の受注予定者とアウトサイダーが受注物件を取引し、アウトサイダーが受注したときにはアウトサイダーにも課徴金を課す必要がある。

ストーカー炉事件判決⁵⁾や多摩談合事件審決では、全体の入札物件のうちで相当数を基本合意に基づく個別調整によって受注・落札できていれば(ストーカー炉事件では87物件のうち66物件、多摩談合事件では56.3%)、基本合意による競争の実質的制限は認められるとしている。

ストーカー炉事件判決は、個別調整行為は違反の構成要件ではなく基本合意を推認する間接事実であるとした。この事件では、対象87物件のうち、基本合意のアウトサイダーが入札に参加した物件が58物件あり、そのうち受注予定者がアウトサイダーに協力を求めたことが具体的な証拠により判明しているのは数件であった。ストーカー炉談合事件は、前述のように考えれば、基本合意と個別物件談合は別個の違反とする必要がある。基本合意については、一定の取引分野は対象となった全物件であり、違反行為者は基本合意参加者である。それは、基本合意のアウトサイダーの非協力のため個別談合が失敗しても、基本合意参加者が積極的行動を行わないので競争の実質的制限が成立するからである。個別物件談合については、一定の取引分野は当該物件であり、違反行為者は、当該物件入札参加者のうち、受注予定者及び受注予定者から連絡を受けこれに協

力し積極的行動をとらなかった者であり、また、基本合意のアウトサイダーが協力した場合は、アウトサイダーも違反行為者である。課徴金は個別物件談合について課し、基本合意のアウトサイダーが協力した場合は、アウトサイダーが受注したときにはアウトサイダーにも課徴金を課す必要がある。基本合意は相互拘束で違反とし、個別物件談合は共同遂行で違反にすればよい。

ストーカ炉事件判決は、基本合意メンバーの5社は、受注割合が大きいこと、技術力等から優位性があること、落札率が高いこと等から相当程度アウトサイダーをコントロールし得るものであったと推認できるとした。判決は、基本合意を行った大手5社が受注トン数で約87.3%、受注金額で約87%である受注実績をもって、アウトサイダーが存在しても市場における入札の受注者を左右することによって市場を支配することができる状態をもたらしたと認定している。では、その割合が低い場合には、基本合意の実効性は乏しく、基本合意は独占禁止法違反にならないといえることができるだろうか。基本合意の違法性については、基本合意の対象となった全物件を一定の取引分野にとり、また、基本合意メンバーの受注物件のシェアが低くとも、一定の取引分野の競争の実質的制限が成立し、基本合意は独占禁止法違反であると推定する必要がある。それは、前述したように、基本合意参加者が積極的行動をしないことは、基本合意のアウトサイダーとの交渉を容易にし、また、交渉が成立しなかったとしても価格が上がるからである。これは、価格協定はシェアが低くとも独占禁止法違反であることと似ている。コストをかけて基本合意をするのであれば、何らかの競争制限効果を狙って行ったと考えられるから、基本合意をしたのであれば、基本合意メンバーの受注物件のシェアが低くとも、すべて独占禁止法違反と推定する必要がある。そうでなければ、コストをかけて基本合意を行わない。なお、ストーカ炉事件判決が、ストーカ炉全体を一定の取引分野にとり、基本合意メンバーの受注割合が非常に高いことを認定したのは、談合をカルテルと同様に考え、基本合意の形成行為が価格カルテル事件において価格を合意する行為に相当し、個別物件談合は合意した価格で事業活動を実施する行為に相当すると考えられたことも大きいのかもしれない。従来価格カルテル事件の競争の実質的制限については、シェアが50%を超えれば量的実質性を推定し、50%に満たなければ質的実質性を判断すると考えられてきた（高松豆腐事件⁶⁾）。ストーカ炉事件判決は、基本合意の違法性を判断するに当たって、これと同様に考えた

のだろう。しかし、価格カルテルや基本合意は、シェアが低くともすべて独禁法違反と推定する(当然違法とする)必要がある。

多摩談合事件も同様に考えられる。

多摩談合事件は、審決の認定によれば、33社が、①指名競争入札の指名を受けたとき、受注希望者が1名の場合は当該事業者を受注予定者とし、受注希望者が複数のときは、受注希望者間の話し合いにより受注予定者を決定すること、②受注価格は受注予定者が定め、それ以外の事業者は、受注予定者がその価格で受注できるよう協力するという内容の基本合意を取り決めたというものである。筆者は、基本合意は市場分割協定により受注予定者を決め、受注予定者から連絡を受けた者は積極的入札活動をしないこととするカルテルであり、一定の取引分野は基本合意により価格が上がる範囲であるから対象となった全物件、違反行為者は、落札・受注した事実のない事業者(47社)も含めて基本合意参加者であると考え。前述したように、基本合意について、落札・受注した事実のない事業者(47社)に関しては、相互拘束と言わずらいのであれば、これらの事業者は共同遂行で違反にすればよいと考える。また、もしも、基本合意の対象となった全物件を一定の取引分野にとったとき、アウトサイダーが多く、基本合意メンバーの受注物件のシェアが低かったとしても、一定の取引分野の競争の実質的制限が成立し、基本合意は独占禁止法違反であると推定する。それは、前述したように、基本合意参加者が積極的行動をしないことは、基本合意のアウトサイダーとの交渉を容易にし、また、交渉が成立しなかったとしても、価格が上がるからである。課徴金は基本合意ではなく、個別物件談合について考える。個別物件談合については、一定の取引分野は当該物件であり、違反行為者は、当該物件入札参加者のうち、受注予定者及び受注予定者から連絡を受けこれに協力し積極的行動をとらなかった者であり、また、基本合意のアウトサイダーが協力した場合は、アウトサイダーも違反行為者である。課徴金は個別物件談合について課し、基本合意のアウトサイダーが協力した場合は、アウトサイダーが受注したときにはアウトサイダーにも課徴金を課す必要がある。基本合意は相互拘束で違反とし、個別物件談合は共同遂行で違反にすればよい。

3 課徴金

課徴金は、個別物件談合で、受注予定者が決定されその者が落札した物件だけを課徴金の対象にすればよいと考えられる。それは、その方が、談合破りを誘発したり個別物件談合を阻害したりするからである。談合破りの例として土屋企業事件について検討し、個別物件談合の阻害の例として協和エクシオ事件について検討しよう。

談合破りに課徴金を課すべきかという問題についてみてみよう。例えば、課徴金事件の土屋企業事件⁷⁾は、次のように考えられる。この事件では、土屋企業以外の企業は基本合意に基づき受注予定者から入札価格の連絡を受けそれよりも高い価格で入札したが、土屋企業は当初から受注を希望すると主張して調整を拒否し受注予定者よりも安い価格で入札し落札したものである。公取委は落札企業（土屋企業）に課徴金納付を命ずる審決を行ったが、東京高裁はこれを取り消した。

前述したように、基本合意と個別談合が行われた場合、それぞれ別の違反と考える必要がある。基本合意は受注予定者から連絡を受けた場合に積極的行動をとらないことを決めただけで具体的に落札価格をいくりにするということを決めたわけではない。基本合意は、価格を決めたカルテルではなく、課徴金は、基本合意について課されるのではなく、個別談合に対して課されるものであると考える。

土屋企業事件のような場合は、個別談合の共同遂行の違反行為者は、当該物件入札参加者のうち、受注予定者及び受注予定者から連絡を受けこれに協力し積極的行動をとらなかった者である。土屋企業は、談合破りをした個別物件については、個別物件談合の共同遂行に参加していないから、違反者ではなく課徴金を課す必要はない。また、土屋企業は基本合意参加者なので、基本合意については土屋企業も叩き合いをした物件以外の物件に関して独禁法違反である。

まず、個別物件について、受注予定者から連絡を受けた者が積極的行動をとらなかったことで競争の実質的制限が成立していることについてみてみよう。

入札は、同質財のベルトラン競争（価格競争）と考えられる。この場合は、二社であっても少しでも安い価格をつけた企業が落札するから、たとえ企業が二社であっても、価格が競争価格（限界費用）に等しくなるというベルトラン・パラドックスが成立する。ただし、これは、二社の限界費用が等しい場合である。限界費用が異なれば、高い方の限界費用よりもわずかに低い価格で限界費

用の低い企業が落札する。

上の二社の限界費用が異なれば価格は競争価格にはならないことを考えれば、土屋企業事件の場合、受注予定者から連絡を受けこれに協力し積極的行動をとらないことが問題となる。土屋企業はその分高い価格をつけることができる。したがって、この物件について、競争の実質的制限が成立している。以上のことから、土屋企業事件では、談合破りが行われた物件では、一定の取引分野を当該物件にとれば、違反行為者は受注予定者及び受注予定者から連絡を受けこれに協力し積極的行動をとらなかった者であり、共同遂行による不当な取引制限が成立する。土屋企業は共同遂行に参加しておらず、違反行為者ではない。

次に、談合破りをした者には課徴金を課さないことについてみてみよう。

土屋企業事件で、談合破りをした者には課徴金を課さないこととしたのは、入札はたとえ二社であっても価格が競争価格(限界費用)になるベルトラン・パラドックスが成立することを考えれば、談合破りを誘発するという観点から適当であると考えられる。

東京高裁判決は、課徴金には制裁的要素があることを考慮すると、課徴金を課すには、当該事業者が直接又は間接に関与した受注調整手続の結果競争制限的効果が発生したことを要するとしている。これは、競争の実質的制限とは切り離して、談合破りを誘発するため談合破りに課徴金を課さない趣旨であると解せられる。このようにすれば、談合破りを誘発する⁹⁾。筆者は、本件では、土屋企業以外の者は積極的行動をとらなかったことで、個別物件について競争の実質的制限が成立しているが、土屋企業は共同遂行に参加しておらず、違反行為者ではなく、土屋企業には課徴金を課さないこととなると考える。

協和エクシオ事件は、2社が受注を希望して調整がつかず、2社を受注予定社に選定することとし、他の入札参加者は2社のいずれかを入札価格について連絡した上で入札に参加した物件について、落札者に課徴金が課された。土屋企業事件判決では、協和エクシオ事件との違いについて、土屋企業のように「自己が関与していないところで行われる受注調整によって生ずる競争制限効果を自己のために利用する行為をしていない」と評価される場合には、「直接又は間接に関与した受注調整手続の結果競争制限効果が発生した」とはいえず、当該商品・役務該当性は否定されたとした。しかし、土屋企業事件も、土屋企業は、自己が関与していないところで受注調整が行われる場合は、高く落札で

きる。したがって、「自己が関与していないところで行われる受注調整によって生ずる競争制限効果を自己のために利用する行為をしていない」かどうかを問題にする必要はないと思われる。協和エクシオ事件は、2社も含め入札参加者で受注調整の努力がなされたのであり、一定の取引分野を当該物件にとったときに、2社も含めて共同遂行による不当な取引制限が成立する。一定の取引分野を当該物件にとれば、違反行為者は受注予定者及び受注予定者から連絡を受けこれに協力し積極的行動をとらなかった者であるからである。しかし、協和エクシオ事件の場合も、落札者に課徴金を課さない方がよいと思われる。それは、このような場合、落札者に課徴金を課さない方が個別調整を阻害するからである。課徴金は、個別調整で1人の受注予定者が決定されその者が落札した物件だけを課徴金の対象にすればよいと考えられる。独禁法第7条の2第1項第1号の商品又は役務の対価に係るものは、談合の場合は、個別調整で1人の受注予定者が決定されその者が落札した物件に関する場合だけを指していると考えなければならない。

土屋企業事件高裁判決に対しては、公正取引委員会は、個別の物件について、落札者が受注調整に関与したことを証明しなければならず、負担が重すぎて独禁法の制度が機能しなくなるという批判がある。課徴金は、個別調整で1人の受注予定者が決定されその者が落札した物件だけを課徴金の対象にするとすれば、同様の批判が考えられる。しかし、水田電工課徴金事件⁹⁾は、基本合意が証明されたならば個別の物件について基本合意に基づく受注調整が行われたと推定されるとしている。この推定則を活用することが考えられる。

4 ペナルティ

談合のペナルティは、課徴金だけではない。例えば、個別談合とは別に基本合意が違反となれば、基本合意参加者に対して、刑事罰や指名競争入札の指名停止等一定期間の入札への参加禁止等のペナルティが考えられる。一定期間の入札への参加禁止は、企業にとって大きな損失となる。したがって、個別談合とは別に基本合意が違反かどうかを認定することは、大きな意味をもっている。

なお、民事の損害賠償請求では、米軍厚木基地発注建設工事談合事件東京地裁判決¹⁰⁾で、基本合意ではなく個別受注調整が証明されなければ損害賠償請求を基礎づけることはできないとされた。

注

- 1) 協和エクシオ事件高裁判決(東京高判平成8年3月29日審決集42巻424頁)では、個々の入札については談合の存在を示す証拠があるのに、基本ルールに関する合意の存在を示す証拠が不十分である場合に、個々の入札における談合の事実と実態とから、受注予定者決定の基本ルールに関する暗黙の合意を推測する手法を採用した。
- 2) 勧告審決平成14年12月4日審決集49巻243頁(四国ロードサービス事件)。
- 3) 高松高判昭和61年4月8日判タ629号179頁(奥道後温泉観光バス事件)。
- 4) 課徴金納付命令平成20年7月24日審決集55巻登載予定(多摩談合事件)。
- 5) 東京高判平成20年9月26日審決集55巻910頁(ストーカ炉事件)。
- 6) 勧告審決昭和43年11月29日審決集15巻135頁(高松豆腐事件)。
- 7) 最決平成18年11月14日審決集53巻999頁 東京高判平成16年2月20日審決集50巻708頁(土屋企業事件)。
- 8) 平林英勝「最近の入札談合事件審判決の検討—談合破りに対する課徴金賦課・損害賠償請求は妥当か?」判タ1222号(平成18年)は、談合破りがあれば違反は成立せず、課徴金も課すべきでないとする。鈴木満「入札談合カルテルと課徴金」ジュリスト759号(昭和57年)56頁。
- 9) 審判審決平成12年4月21日審決集47巻37頁(水田電工課徴金事件)。
- 10) 東京地判平成14年7月15日審決集49巻720頁(米軍厚木基地発注建設工事談合事件)。