平成２０年６月２０日判決言渡　同日原本領収　裁判所書記官　植月覚

平成１９年（行ケ）第３９号　審決取消請求事件

平成２０年４月２５日口頭弁論終結

判　　決

大阪市西区北堀江一丁目１２番１９号

原　　告	株式会社栗本鐵工所
同代表者代表取締役	横　内　誠　三
同訴訟代理人弁護士	高　橋　善　樹
同	岡　田　英　夫
同	鈴　木　伸　佳

東京都千代田区霞が関一丁目１番１号

被　　告	公正取引委員会
同代表者委員長	竹　島　一　彦
同指定代理人	大　胡　　勝
同	萩　原　浩　太
同	髙　原　慎　一
同	菅　野　　光
同	髙　橋　克　美

主　　文

1　原告の請求を棄却する。

2　訴訟費用は原告の負担とする。

事　実　及　び　理　由

第１　請　求

1　被告が原告に対し公正取引委員会平成１８年（判）第２号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反事件について平成１９年９月７日付けでした審決を取り消す。

2　訴訟費用は被告の負担とする。

第２　事案の概要

原告は，鋼橋上部工工事の請負業を営む会社であるが，被告から，他の事業者と共同して，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について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ことにより，公共の利益に反して，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事の取引分野における競争を実質的に制限し，私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律２条６項に規定する不当な取引制限に該当する行為をしたとして，被告から，平成１８年３月２４日，私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律（平成１７年法律第３５号）附則２条のなお従前の例によるとする規定により，改正前の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）４８条の２第１項の規定に基づき課徴金の納付を命じられたことに対し，同年４月２１日同条第５項の規定に基づく審判手続の開始の請求をし，これにより，独占禁止法４９条２項の規定により審判が開始され，被告は，平成１９年９月７日，原告に対する課徴金の対象となる工事は別紙課徴金算定対象物件一覧（以下「別紙一覧」という。）の工事名記載のとおりであり，独占禁止法７条の２第１項の売上額は別紙一覧の合計欄記載のとおり合計５４億４３２９万５１４４円であるとして，原告に対し，課徴金３億２６５９万円を同年１１月７日までに国庫に納付することを命ずる審決をした（以下「本件審決」という。）。

本件は，原告が，別紙一覧の番号４中部横断自動車道坪川橋（鋼上部工）工事（以下「本件工事」という。）は原告と東日本鉄工株式会社（以下「東日本鉄工」という。）が共同企業体（以下「本件ＪＶ」という。）として受注したところ，受注後東日本鉄工が破産したため，発注者との間で新たに東日本鉄工分も引き受ける契約を締結して工事を完成させたのであるから，上記引き受け分は独占禁止法違反行為による工事でなく，したがって，原告の独占禁止法７条の２第１項の違反行為に基づく売上額となるのは，本件工事全体の売上額１２億１８００万円

のうち当初から原告の工事分とされた７億３２０４万１９０２円だけであり，原告に対する課徴金の額は２億９７４４万円であるとして，本件審決の取消しを求めた事案である。

１　争いのない事実

(1)　原告は，他の事業者と共同して，日本道路公団が支社，建設局及び管理局において一般競争入札，公募型指名競争入札又は指名競争入札の方法により鋼橋上部工工事として発注する工事（以下「日本道路公団発注の鋼橋上部工工事」という。）について，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ことにより，公共の利益に反して，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事の取引分野における競争を実質的に制限していた。

原告の違反の実行期間は平成１４年５月３０日から平成１７年３月３１日までであり，原告の上記違反に係る工事は別紙一覧記載のとおりであった。

(2)　別紙一覧番号４の中部横断自動車道坪川橋（鋼上部工）工事（本件工事）については，平成１６年６月１５日に入札が行われ，発注者と本件ＪＶの構成員（原告及び東日本鉄工）との間で，同月１６日付けで請負代金額を１２億１８００万円とする契約が締結された（以下「原契約」という。）。

(3)　東日本鉄工は，平成１６年９月２８日破産宣告を受け，破産管財人は原告に対し，同年１０月２２日付けの書面により，本件工事の続行が不可能であることを伝えて本件ＪＶから脱退する旨届出をした。

そこで，原告は発注者との間で，同年１１月２６日付けで，本件工事の請負人を本件ＪＶの構成員から原告のみに変更する工事変更請負契約を締結し（査６。以下「本件変更契約」という。），原告は工事を完成させた。

(4)　被告は，平成１７年９月２９日，原告を含む違反行為を行った事業者らに対し，独占禁止法４８条２項の規定に基づき勧告をしたところ，原告はこれを応諾したため，被告は，同年１１月１８日，上記勧告と同趣旨の審決をした。

(5) 被告は，平成１８年３月２４日，原告に対し，独占禁止法４８条の２第１項の規定に基づき課徴金の納付を命じたところ，原告は同条５項により審判手続の開始を請求したため，被告は，同年５月２９日審判手続開始決定をし，審判手続を経て，平成１９年９月７日本件審決をした。

審判手続において争点となったのは，本件工事に対する課徴金の計算の基礎となる売上額が，当初の原告の担当工事に係る７億３２０４万１９０２円だけなのか，途中で東日本鉄工が破産したことにより原告が担当することになった東日本鉄工の担当工事に係る分を加えた１２億１８００万円なのかであった。

(6) なお，原告の売上額合計が別紙一覧のとおり５４億４３２９万５１４４円であるとして独占禁止法７条の２第１項，第４項の規定を適用すると，同条第１項の課徴金の額は３億２６５９万円となる。

2 本件審決の要旨

(1) 本件ＪＶの構成員である原告と東日本鉄工は，原契約書に添付された中部横断自動車道坪川橋（鋼上部工）工事共同企業体協定書（以下「協定書」という。）に従い，本件工事を共同連帯して請け負うことを発注者と合意しており，また，協定書には，各構成員は，本件工事の請負契約の履行及び下請契約その他の本件工事の実施に伴い本件ＪＶが負担する債務の履行に関し，共同連帯してその責任を負うこと（協定書１０条）並びに工事途中において脱退した構成員がある場合には，残存構成員が協同連帯して当該工事を完成させるものとし，その場合には脱退者の出資割合は当然に残存構成員に移転することが定められており（協定書１６条２項，３項，１８条），これによれば，原契約は，原告及び東日本鉄工が当事者として本件工事全体を連帯して請け負い，本件工事の完成債務を負担した契約といえる。

(2) 原告は，東日本鉄工が破産宣告を受けて本件ＪＶから脱退したことに伴い，原契約の約定に従い単独で契約の履行をすることを確認した上で，発注者と

の間で工事変更契約書を取り交わしたものであり，これによれば，工事変更契約書は，原契約の約定のとおり原告が契約を履行することを明確にするためにとり交わしたものであって，原契約の内容を実質的に変更したものではない。

(3) 共同企業体により契約が履行された場合には，共同企業体内部において担当工事部分の取り決めがされ，請負代金も各構成員がいわゆるＪＶ比率で按分した額を取得するという実態を踏まえ，請負代金額全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決められた各構成員の請負代金取得額をもって各構成員の売上額とするのが相当であるが，本件においては，実行期間中に東日本鉄工が本件ＪＶから脱退し，原契約の約定に従って原告が単独で本件工事を完成し，請負代金を受領すべきこととなったのであるから，請負代金の全額をもって原告についての売上額と解すべきである。

(4) したがって，本件工事に係る売上額は，東日本鉄工の担当工事に係る部分を加えた１２億１８００万円となり，原告に対する課徴金は全体として３億２６５９万円となる。

3 本訴における争点及び双方の主張

(1) 本件工事に対する課徴金の計算の基礎となる売上額は，当初の原告の担当工事に係る分である７億３２０４万１９０２円か，途中で東日本鉄工が破産したことにより原告が担当することになった東日本鉄工の担当工事に係る分を加えた１２億１８００万円か。

（原告の主張）

ア 共同企業体の場合に課徴金を算定する場合には，請負代金額全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金取得額をもって契約額とすべきである。

本件工事について原告が受注した請負金額は７億３２０４万１９０２円であり，残りの４億８５９５万８０９８円は東日本鉄工が請け負ったもの

である。

イ　本件変更契約によって原告の請負契約の金額が増額した場合に増額された金額を売上額とするためには，変更契約が違反行為による受注の当然の帰結であることが必要である。

ウ　共同企業体の場合に他人が負っていた工事部分を引き受けるということは主体の変更にほかならず，主体の変更の場合は，変更自体が違反行為の内容になっていない限りは，変更後の契約は違反行為の実行期間において締結した契約に含まれないというべきである。

本件における主体の変更は，東日本鉄工の破産決定による共同企業体からの脱退を契機として，発注者から原告に対して契約引受の意思確認が行われ，原告が自らの意思により発注者と変更契約を締結したものである。この引受けは何らカルテルによるものではなく，カルテルの当然の帰結ともいえないから，変更契約は平成１７年政令第３１８号による改正前の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令（以下「施行令」という。）６条の契約ということはできない。

エ　本件審決は，共同企業体の場合は共同企業体の構成員が工事全体につき施工する債務を連帯して負担していることを理由として，共同企業体の構成員である２社のうちの１社が脱退し，残りの１社が脱退者の工事を引き受け，工事全体を施工した場合も工事全体の債務を負っていたのであるから契約に変更があったとはいえないとしている。

確かに，発注者と本件ＪＶとの間の平成１６年６月１６日付け工事請負契約によれば，原告と東日本鉄工は発注者に対し本件工事を共同連帯してすることを約束しており，これからすると，契約論としては，原告は当初の連帯責任を果たしたともいえる。

しかし，独占禁止法は，課徴金の算定については請負代金全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金

取得額をもって各構成員の「売上額」と算定するという考え方をとっている。そうであるならば，いったんＪＶ比率が定められた以上，通常の場合と同様にその後の契約変更による売上げの増減は，契約の変更とすべきであり，しかも，本件においては変更後の契約は違反行為によるものではない。

オ　共同企業体の場合，当初契約の契約金額でなく，ＪＶ比率，共同企業体内部で取り決められた各構成員の請負代金取得額を売上額としながら，その後本件のような変更が生じた場合には，民法の解釈により当初契約の契約金額とするのは平等原則（憲法１４条）の趣旨にも反する。

カ　したがって，本件においては，変更契約により原告が引き受けた東日本鉄工分４億８５９５万８０９８円を原告の売上額に加えることはできない。

（被告の主張）

ア　確かに，共同企業体方式によって請負契約が締結された場合，課徴金を算定するに当たっては，請負代金額全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金取得額をもって各構成員の「売上額」とするのは相当である。

しかしながら，そのことから直ちに，契約締結後，共同企業体の他の構成員の担当部分を施工することが契約主体の変更であり，それについては施行令６条の「実行期間内において締結した契約」に含まれないなどということにはならない。

イ　本件変更契約は，原告が原契約上の本件工事全体の完成債務を単独で履行することを確認する趣旨で締結されたもので原契約の変更ではない。原告は，原契約の締結によって発注者との関係で本件工事全体を東日本鉄工と連帯して請け負い，本件工事全体について完成債務を負担していたのであり，東日本鉄工が破産宣告を受けて本件ＪＶから脱退した場合には契約

上当然に原告が東日本鉄工担当部分についても完成義務を負う。原告は原契約の履行として東日本鉄工担当部分の工事をしたに過ぎない。

ウ　本件においては契約主体の変更はないし，原告は違反行為に基づいて締結された原契約に基づき，東日本鉄工担当部分の工事を施工したのであるから，東日本鉄工担当部分の本件工事請負代金も，違反行為に係る役務の対価というべきである。

エ　したがって，本件においては，変更契約により原告が引き受けた東日本鉄工分４億８５９５万８０９８円を売上額に加えた１２億１８００万円が原告の売上額となる。

(2)　本件審決の審理手続に違法があるか。

（原告の主張）

本件審決は，原告にとっても，審判の相手方であった審査官にとっても全くの不意打ちである。すなわち，審査官は，実行期間内に生じた契約の一部変更により当初の契約によって定められた金額が変更された場合には，当該変更後の契約金額が施行令６条の「契約により定められた対価の額」，すなわち課徴金の計算の基礎となる売上額となり，本件において原告の売上額は変更契約の金額となると契約の変更を前提に主張し，一方，原告は，契約の変更ではあるが，契約主体の変更があったもので，別の契約であると主張するなど，契約の変更を前提に審理されていたのに，本件審決は，変更契約は原契約の約定どおり原告がこれを履行することを明確にすることを確認したもので，原契約の内容を実質的に変更したものではないとした上，本件工事請負代金全額をもって原告の売上額に当たると認定した。本件審決は，原告にとって不意打ちである。

これによって，原告は防御の機会を奪われた。このような不意打ちをもたらす判断は，適正手続の保障（憲法３１条）に反し，許されない。

（被告の主張）

本件事実関係について，原契約の履行とみるか，契約の変更とみるかは民法の解釈，適用に関する事項であり，審判官にその判断につき権限があるというべきである。また，本件で審査官が主張した事実関係，発注者と原告及び東日本鉄工との間の工事請負契約書（査１），原告と東日本鉄工との間の工事共同企業体協定書（査２），意思確認書（査５），工事変更請負契約書（査６）の文言からすると，本件は契約の変更という以前にそもそも原契約の履行であると認定されるべきことについて十分予測できたというべきであるから，本件審決の認定が審判手続全体の経過からみて原告に防御の機会を閉ざしていたということはできない。

第３　当裁判所の判断

１　争点(1)（原告の売上額）について

(1)　本件審決が認定した事実は以下のとおりである。（独占禁止法８０条１項，２項）

ア　本件工事について，平成１６年６月１５日に入札が行われ，発注者と本件ＪＶの構成員である原告及び東日本鉄工との間で，同月１６日付けで請負代金額を１２億１８００万円とする原契約が締結された（査１）。

イ　原契約において，原告及び東日本鉄工は，発注者に対し，原契約書に添付された協定書に従い，本件工事を共同連帯して請け負うことを約束した。

ウ　本件協定書には，各構成員は，本件工事の請負契約の履行及び下請契約その他の本件工事の実施に伴い本件ＪＶが負担する債務の履行に関し，共同連帯してその責任を負うこと並びに工事途中において脱退した構成員がある場合及び構成員のうちいずれかが工事途中において破産した場合には，残存構成員が当該工事を完成させるものとし，この場合には，脱退者の出資割合は当然に残存構成員に移転すること（協定書１６条２項，３項，１８条）が定められている（査２）。

エ　原契約締結後，平成１６年９月２８日東日本鉄工が破産宣告を受け，同

年１０月２２日付けの書面によって，同社破産管財人が原告に対し，本件工事の続行が不可能であることを伝えて本件ＪＶから脱退する旨届け出て，東日本鉄工は本件ＪＶから脱退した。

原告は，本件工事の原契約の約定に従い原告が単独でその契約の履行を続行することを確認した上で（査５），同年１１月２６日付けで発注者との間で，本件工事の請負人を本件ＪＶの構成員から原告のみに変更する工事変更請負契約書を取り交わした（査６）。

被告が本件審決において認定した上記事実はこれを立証する実質的な証拠があると認められる（独占禁止法８０条１項，２項）。

(2) ところで，本件審決は，共同企業体により契約が履行された場合には，共同企業体内部において担当工事部分の取り決めがされ，請負代金も各構成員がいわゆるＪＶ比率で按分した額を取得するという実態を踏まえ，請負代金額全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決められた各構成員の請負代金取得額をもって各構成員の売上額とするのが相当であるが，本件においては，実行期間中に東日本鉄工が本件ＪＶから脱退し，原契約の約定に従って原告が単独で本件工事を完成し，請負代金を受領すべきこととなったのであるから，請負代金の全額をもって原告についての売上額と解すべきで，結局，原告の本件工事に係る売上額は，東日本鉄工の担当工事に係る部分を加えた１２億１８００万円である旨判断した。

これに対し，原告は，共同企業体の場合に他の構成員がすべきであった工事部分を引き受けるということは，契約主体の変更で，新たな契約の締結であるところ，本件において本件変更契約の締結は違反行為となっていないから，原告が引き受けた東日本鉄工の担当工事に係る部分の代金４億８５９５万８０９８円は，独占禁止法７条の２第１項の実行期間内の原告の売上額とすることはできず，これを加えた１２億１８００万円を課徴金の基準となる原告の売上額ということはできない旨主張する。

(3) そこで検討するに，独占禁止法７条の２第１項は，不当な取引制限をした違反行為者に対し，違反行為の実行としての事業活動の期間（実行期間）における商品又は役務の売上額の一定割合の課徴金を課するとした上，課徴金の額については，「実行期間における当該商品又は役務の政令で定める方法により算定した売上額に１００分の６（小売業については１００分の２，卸売業については１００分の１とする。）を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」とし，これを受けた施行令５条は，売上額の算定方法につき，「法第７条の２第１項（略）に規定する政令で定める売上額の算定の方法は，次条で定めるものを除き，実行期間において引き渡した商品又は提供した役務の対価の額を合計する方法とする。（以下，略）」と定め，また，施行令６条１項は，「法第７条の２第１項に規定する違反行為が実行期間において受注する商品又は役務のみに係る場合において，実行期間において引き渡した商品又は提供した役務の対価の額の合計額と実行期間において締結した商品の販売又は役務の提供に係る契約により定められた対価の額の合計額との間に著しい差異を生ずる事情があると認められるときは，同項に規定する売上額の算定の方法は，実行期間において締結した商品の販売又は役務の提供に係る契約により定められた対価の額を合計する方法とする。」と定めている。

そして，本件工事が土木工事であり，施行令６条１項の「実行期間において引き渡した商品又は提供した役務の対価の額の合計額と実行期間において締結した商品の販売又は役務の提供に係る契約により定められた対価の額の合計額との間に著しい差異を生ずる事情があると認められるとき」に該当するものであったことは当事者間に争いがない。

そうすると，仮に，本件工事を事業者が単独で受注していた場合には，独占禁止法７条の２第１項の「売上額」は，施行令６条１項により，原契約で合意された代金１２億１８００万円となる。

しかしながら，本件工事は原告と東日本鉄工の共同企業体が受注し，しかも，途中で東日本鉄工が破産し，共同企業体から脱退した上，原告が東日本鉄工分の工事を引き受けたという事情があるので，これを踏まえて検討する必要があるところ，前記認定事実によれば，原契約において，原告及び東日本鉄工は，発注者に対し，本件工事の請負契約の履行及び下請契約その他の本件工事の実施に伴い本件ＪＶが負担する債務の履行に関し，共同連帯してその責任を負うこと並びに工事途中において脱退した構成員がある場合及び構成員のうちいずれかが工事途中において破産した場合には，残存構成員が当該工事を完成することを約束し，さらに，その場合には，脱退者の出資割合は当然に残存構成員に移転することが合意されているところ，原契約締結後，平成１６年９月２８日東日本鉄工が破産宣告を受けて本件ＪＶから脱退し，原告は，発注者に対し原契約の約定に従い単独でその契約の履行を続行することを確認した上で，発注者との間で本件工事の請負人を本件ＪＶの構成員から原告のみに変更する工事変更契約書を取り交わして工事をしたというのであるから，原告は違反行為により締結した原契約に従って義務を履行し，発注者に対し原契約で定められた代金の支払を受けられる地位を取得したというべきで，原告の売上額は原契約で定められた対価である代金１２億１８００万円と認めるのが相当である。原告は，違反行為により締結された契約により１２億１８００万円の対価を得たことになり，これに応じた課徴金を課さないというのでは違反行為による利益を原告に得させる結果となるからである。

この点につき，原告は，共同企業体として契約を締結した場合は，施行令６条１項の契約で定められた対価は，原契約の請負代金１２億１８００万円ではなく，原契約の請負代金額１２億１８００万円全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金取得額（すなわち，原告については１２億１８００万円のうちの７億３２０４万１９０２

円，東日本鉄工は４億８５９５万８０９８円。）であり，かつ，原告が東日本鉄工分を引き受けることになった本件変更契約は違反行為による契約ではないから，原告の実行期間における売上額は，東日本鉄工分を除外した７億３２０４万１９０２円である旨主張する。

なるほど，共同企業体方式によって請負契約が締結された場合においては，各構成員が現実に取得する代金は，ＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金取得額であるところ，課徴金制度の趣旨は，違反行為による不当な経済的利得を違反行為をした事業者から奪うことによって社会的公正を確保するとともに，違反行為の抑止を図り，不当な取引制限禁止の実効性を確保することにあるから，共同企業体方式で請負契約が締結された場合に課徴金を算定するに当たっては，請負代金額全体をＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金取得額をもって各構成員の「売上額」とするのが相当というべきであり，したがって，共同企業体方式による請負契約締結の場合においては，ＪＶ比率で按分した額ないしは共同企業体内部で取り決めた各構成員の請負代金取得額を施行令６条１項所定の「契約により定められた対価」と解することになる。

しかしながら，そうだからといって，本件ＪＶと発注者との契約を，原告と発注者との契約，東日本鉄工と発注者との契約という別個の２本の契約であるとか，東日本鉄工が破産して本件ＪＶから脱退した後，原告が発注者と締結した本件変更契約を原告の違反行為による原契約とは関係のない新たな契約ということはできない。

前記のとおり，原告及び東日本鉄工は，発注者に対し，本件工事の請負契約の履行及び下請契約その他の本件工事の実施に伴い本件ＪＶが負担する債務の履行に関し，共同連帯してその責任を負うこと並びに工事途中において脱退した構成員がある場合及び構成員のうちいずれかが工事途中において破

産した場合には，残存構成員が当該工事を完成することを約束し，さらに，その場合には，脱退者の出資割合は当然に残存構成員に移転することが合意されていたのであるから，原告及び東日本鉄工は，本件工事全体を連帯して請け負ったというべきであり，また，東日本鉄工脱退後，本件工事の請負人を本件ＪＶの構成員から原告のみに変更するという本件変更契約は原告が原契約上負っている義務を確認したものにすぎないといえるからである。

以上のとおりであって，本件工事における原告の売上額は原契約で定められた対価である１２億１８００万円と認めるのが相当であり，原契約における東日本鉄工分を原告の売上額に加えることはできないとの原告の上記主張は理由がない。

なお，原告は，共同企業体の場合，当初契約の契約金額でなく，ＪＶ比率，共同企業体内部で取り決められた各構成員の請負代金取得額を売上額としながら，その後本件のような変更が生じた場合には，民法の解釈により当初契約の契約金額とするのは平等原則（憲法１４条）の趣旨に反する旨主張するが，本件のような変更が生じた場合，残された構成員が取得できる請負代金額は増加するのであるから，その者の課徴金額が増加することとなるのは，違反行為による利益を奪うという課徴金の制度に沿うものであり，不合理ではなく，原告の上記主張も理由がない。

2　争点(2)（審決の手続的違法）について

原告は，本件審判の審理においては，審査官は実行期間内に生じた契約の一部変更により当初の契約金額が変更された場合には，変更後の契約金額が施行令６条の「契約により定められた対価の額」となるから，原告の売上額は変更契約の金額となると主張し，一方，原告は契約主体の変更があったもので，一部変更とは違うと主張し，双方とも契約の変更があることを前提として審理がされていたのに，本件審決は，原契約の変更はないとして本件工事請負代金全額をもって原告の売上額に当たると判断したから，本件審決は原告の防御の機

会を奪ってされたものというべきで，このような不意打ちをもたらす判断は，適正手続の保障（憲法３１条）に反し許されない旨主張する。

確かに，本件審判においては，審査官は，本件において契約は変更され，原告の施行令６条１項所定の「契約の対価」は変更後の代金額である１２億１８００万円であると主張し，原告は，本件ＪＶの構成員である原告と東日本鉄工それぞれについて，受注分の契約額について発注者との間で契約関係が生じることを前提に，本件変更契約は主体の変更で新たな契約であり，違反行為による契約ではないから変更契約により原告が取得した代金は独占禁止法７条の２第１項の売上額，すなわち施行令６条１項所定の「契約の対価」には当たらないと主張していたところ，本件審決は，双方の上記各主張は排斥して，原契約は，本件ＪＶの構成員である原告及び東日本鉄工が当事者として本件工事全体を連帯して請け負い，本件工事の完成債務を負担した契約で，本件変更契約は原契約の内容を実質的に変更したものではないとした上で，本件においては原契約の請負代金額の全額をもって原告の売上額と判断した。

しかしながら，本件審判において，審査官は，原告は原契約により東日本鉄工と連帯して本件工事を完成させる義務を負っていたため，東日本鉄工が破産により脱退した後，原告が単独で工事を完成させることになり，これを受けて本件変更契約が締結されたのであるから，施行令６条にいう「契約に定められた対価の額」は，変更後に原告が行うことになった工事全体に対する対価の額であるとか，本件変更契約は，本件違反行為の実行としての事業活動において締結された原契約の主要部分である当事者すなわち請負人を変更するものであるが，原契約が存在しなければ締結し得ないほどの関係にあるから，本件変更契約が本件違反行為に係る契約であることは明白である旨主張しているところ，本件審決は，原契約が本件ＪＶの構成員である原告及び東日本鉄工が当事者として本件工事全体を連帯して請け負い，本件工事の完成債務を負担した契約であることを重視し，請負代金額の全額をもって原告の売上額としたもので

あるから，本件審決の内容は基本的には審査官の主張に沿うものであり，本件審決が原告にとって不意打ちであるとか，本件審決に手続上の違法があるということはできない。

3　結　論

以上のとおりであって，本件工事に対する課徴金の計算の基礎となる売上額は，１２億１８００万円であり，また，本件審決の審理手続に違法があるとはいえない。そして，前記のとおり，原告の本件工事の売上額が上記金額であれば，独占禁止法７条の２第４項により課徴金は３億２６５９万円となるから，本件審決に違法はない。

よって，原告の本訴請求は理由がないからこれを棄却することとし，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第３特別部

裁判長裁判官　宮　崎　公　男

裁判官　土　屋　文　昭

裁判官　辻　次　郎

裁判官　山　本　博

裁判官　森　邦　明

別紙

課徴金算定対象物件一覧

番号	工事名	入札日	契約日	施行令第６条に定められた対価の額（消費税込，円）
1	東海北陸自動車道河合パーキングエリアＣランプ橋（鋼上部工）工事	平成14年5月30日	平成14年6月3日	558,689,024
2	東京外環自動車道谷口高架橋（鋼上部工）南工事	平成14年6月25日	平成14年6月25日	1,167,606,120
3	第二東名高速道路鎧田沢橋（鋼上部工）西下り線工事	平成15年8月19日	平成15年8月19日	1,323,000,000
4	中部横断自動車道坪川橋（鋼上部工）工事	平成16年6月15日	平成16年6月16日	1,218,000,000
5	第二名神高速道路亀山東ジャンクションＤランプ橋（鋼上部工）工事	平成17年3月23日	平成17年3月28日	1,176,000,000
合計				5,443,295,144