平成２２年３月１９日判決言渡　同日原本領収　裁判所書記官　奥垣内仁

平成２０年（行ケ）第４５号　審決取消請求事件

平成２１年１２月２５日口頭弁論終結

判　　決

札幌市清田区清田一条一丁目４番３０号

原　　告	桜井鉄工株式会社
同代表者代表取締役	森岡彬眞
同訴訟代理人弁護士	吉岡桂輔
同	中村英示
同	楠部亮太

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	南雅晴
同	髙原慎一
同	秋沢陽子
同	髙野雄二
同	佐藤真紀子
同	因藤奈緒子
同	大谷美穂
同	遠藤孝史

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　当事者の求めた裁判

東京高等裁判所

1　請求の趣旨

(1)　被告が，原告に対する公正取引委員会平成１８年（判）第３号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条によりなお従前の例によることとされる同法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（以下「独占禁止法」という。）に基づく課徴金納付命令審判事件（以下「本件審判事件」といい，本件審判事件における手続を「本件審判手続」という。）について平成２０年１１月１９日にした審決（以下「本件審決」という。）を取り消す。

(2)　訴訟費用は被告の負担とする。

2　請求の趣旨に対する答弁

主文同旨

第2　事案の概要

1　本件は，本件審判事件において，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（総合評価落札方式によるものを含む。）により鋼橋上部工工事として発注する工事（鋼橋上部工工事以外の工種と一体として発注する工事を含む。以下「日本道路公団発注の鋼橋上部工工事」という。）のうち原告が受注した第三京浜道路綿打高架橋支承改良工事（以下「綿打高架橋工事」という。）及び館山自動車道白狐川橋（鋼上部工）工事（以下「白狐川橋工事」という。）が，独占禁止法７条の２第１項の「当該役務」に該当するとして，平成２０年１１月１９日に被告が原告に対して行った「課徴金として１３７８万円を平成２１年1月１９日までに国庫に納付しなければならない。」との本件審決の取消しを求めた事案である。

2　被告は，平成１７年9月２９日，独占禁止法４８条２項に基づき，原告に対し，排除勧告（以下「本件勧告」という。）を行ったところ，原告がこれを応諾したので，同年１１月１８日，独占禁止法４８条４項に基づき，当該勧告と

同旨の審決（平成１７年（勧）第１３号。以下「本件勧告審決」といい，本件勧告審決が認定した違反行為（その内容については争いがある。）を「本件違反行為」という。）をし，本件勧告審決は確定した。

そして，被告は，原告に対し，平成１８年３月２４日，独占禁止法４８条の２第１項に基づき，平成１８年（納）第１８３号納付命令をもって課徴金１３７８万円の納付を命じたところ，原告が同条５項に基づき審判手続の開始を請求したので，被告は，独占禁止法４９条２項の規定により，原告を被審人とする審判手続を開始し（審判開始決定書の「第１　課徴金に係る違反行為」は本件勧告審決を引用している。），平成２０年１１月１９日，本件審決をした。

3　本件勧告審決の「事実」の２項及び３項には，大要，次のような記載がある。

(1)　２項（以下「事実２」という。）

日本道路公団元理事（以下「元公団理事」という。）は，遅くとも平成１４年４月１日以降，各社の過去の受注実績等を勘案し，三菱重工業株式会社の営業責任者級の者と話し合いの上，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事についての落札を予定する者（又は共同企業体）（以下「落札予定者」という。）を選定した一覧表（以下「割付表」という。）を作成していた。

元公団理事らは，石川島播磨重工業株式会社（以下「石川島播磨」という。）の営業責任者級の者（以下「石川島播磨の担当者」という。）に，割付表の写しを渡すなどして，発注予定工事ごとの落札予定者の名称を示し，石川島播磨の担当者は，これを受け，発注予定工事に係る入札の公告等が行われた後に，落札予定者にその旨を連絡していた。

(2)　３項（以下「事実３」という。）

４０社(本件勧告審決別紙の表１被審人目録記載の４０社。原告を含む。)及び１０社（本件勧告審決の別紙の表２記載の５社，川崎製鉄株式会社及び本件勧告審決の別紙の表７記載の４社）は，（原告においては遅くとも平成１４年４月１日以降平成１７年３月３１日まで），日本道路公団発注の鋼橋

東　京　高　等　裁　判　所

上部工工事について，受注価格の低落防止及び安定した利益の確保を図るため

ア　石川島播磨の担当者らから落札予定者である旨の連絡を受けた者（又は共同企業体）を受注すべき者（以下「受注予定者」という。）とする

イ　受注すべき価格は，受注予定者（受注予定者が共同企業体である場合にあってはその代表者）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協力する

旨の合意の下に，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。

4　査４号証添付の「発注物件一覧」（以下「査４一覧表」という。）に記載された物件中，公正取引委員会の立入検査前に公告があった１４６物件（番号１～１４６）のうち，原告が受注した物件は，綿打高架橋工事（査４一覧表番号３８），白狐川橋工事（査４一覧表番号９０）及び中央自動車道谷村橋（鋼上部工）補強工事（査４一覧表番号１０７。以下「谷村橋補強工事」という。）の３物件のみであり，これらはいずれもＡランクに格付けされる工事（以下「Ａランクの工事」という。）ではなく，設計額４億円未満のＢランクに格付けされる工事（以下「Ｂランクの工事」という。）であった。

5　本件審決は，本件違反行為の内容は，原告が，本件勧告審決記載のとおり，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ていたというものであるとしたが，本件審判事件においては次の点が争点となった。

(1)　争点１

勧告審決（本件勧告審決）が確定した場合でも，課徴金納付命令審判事件（本件審判事件）において，勧告審決の主文に係る違反行為（本件違反行為）

の存在について争うことができるか。

(2) 争点２

いずれもＢランクの工事である綿打高架橋工事及び白狐川橋工事は，独占禁止法７条の２第１項の「当該役務」に該当するか。

ア 本件違反行為における事業者間の合意（以下「本件基本合意」という。）の内容は，事実３のみによって特定されている（事実３の基本合意は事実２に記載された割付表に基づく連絡を受けた場合に限らない）のか，それとも，事実２及び事実３によって特定されている（事実３の基本合意は事実２に記載された割付表に基づく連絡を受けた場合のことをいう）のか。

イ 綿打高架橋工事及び白狐川橋工事において，石川島播磨の担当者である清宮正美（以下「清宮」という。）から，落札予定者であるとの連絡を受けて，原告が受注予定者となったのか（事実認定にあたっての審査官提出の各供述調書の信用性の有無）。

第３ 本件審決の事実認定及び法令の適用

本件審決は，争点について以下のとおり判断し，独占禁止法７条の２第１項，２項及び４項の規定を適用して，原告に対し，独占禁止法５４条の２第１項の規定により，本件審決の主文のとおり審決することが相当であるとした。

１ 争点１について

(1) 本件審判手続は，勧告審決がされた後に課徴金納付命令が発せられたことに由来する課徴金審判手続であるところ，かかる課徴金審判手続においては，その手続の被審人に対し，勧告審決の主文に係る違反行為の存在について争う機会を与えなければならないとする理由は存しない。

(2) 原告が被告から，本件勧告の応諾を事実上強制されるような圧力をかけられた事実は認められず，原告には審査段階から弁護士が関与していたことにも照らすと，原告による本件勧告の応諾が任意性を欠いていたとは到底認められない。

東 京 高 等 裁 判 所

(3) したがって，原告が本件違反行為を行っていたことは，本件審判手続において争うことはできない。

なお，査４～１３，１８及び２３によれば，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事については，受注価格の低落防止，安定した利益の確保のため，K会（老舗企業１７社）及びA会（後発企業約３０社）という談合組織により組織的に受注調整が実施されていたところ，原告がA会の会員であり，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について，同じ談合組織であるK会の会員らと共同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ことが認められる。

2 争点２について

(1) 本件基本合意の内容は，事実３のア及びイのとおり特定されている。

事実２は元公団理事らの関与について認定した事実の記載にとどまり，本件基本合意の内容を構成し，あるいは限定するものとして記載されていないことは文言上明らかである。

(2) 綿打高架橋工事及び白狐川橋工事は，独占禁止法７条の２第１項の「当該役務」に該当する。

Bランクの工事の受注を希望する者は，発注者である日本道路公団に対する働きかけを行った上で，相指名業者に落札予定者となることについての了解を得て，清宮に当該物件の受注を希望したい旨届出をし，その後，清宮から落札予定者となった旨の連絡を受けていたことが認められるのであり，本件基本合意はBランクの工事をも受注調整の対象としていたのである。

清宮は，査４において，査４一覧表のうち１４６物件（番号１～１４６）について，落札予定者への連絡を行った旨供述しているところ，その中に綿打高架橋工事（査４一覧表番号３８）及び白狐川橋工事（査４一覧表番号９０）が含まれている。

審査官提出の各供述調書の証拠能力に問題はなく，不自然な供述の変遷な

どの信用性を疑うに足りる事情も認められない。

第４　原告の主張

１　争点１について

(1)　被告は，本件審判事件において，本件違反行為を行っていたことを争えないとしたため，原告は，本件違反行為につき関与していないのに，そのことにつき争う機会を完全に奪われたものである。

(2)　原告が，本件勧告に応じたのは，被告からの圧力があったこと，民事再生中であったこと，今後は談合に関与するつもりはないことなどの事情から，排除命令を受け入れる点については異論がなかったからである。

(3)　東京高等裁判所平成１８年２月３日判決（平成１７年（行ケ）第１３６号。以下「平成１８年東京高裁判決」という。）は，次のとおり述べている。

ア　独占禁止法４８条の規定による審決が確定した場合にあっても，課徴金審判手続において，勧告審決の主文に係る違反行為の存在について争うことができるものと解される。

イ　勧告審決においては，審判手続を経た上違反行為の存在が認定されて行われる独占禁止法５４条の規定による排除措置に関する審判審決の場合と異なり，違反行為の存否に関する公正取引委員会の判断が示されるわけではなく，勧告審決が違反行為の存在を確定する効力を有するものでもなく，勧告審決は，専らその名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示をその基礎とし，その応諾は，排除措置を取る旨の応諾であって違反行為の事実を認める旨の応諾ではない（最高裁判所昭和５０年１１月２８日第三小法廷判決・民集２９巻１０号１５９２頁（以下「昭和５０年最高裁判決」という。），最高裁判所昭和５３年４月４日第三小法廷判決・民集３２巻３号５１５頁（以下「昭和５３年最高裁判決」という。））。

ウ　課徴金審判手続において，違反行為の存否を争うことは，必ずしも不合理であるとまでいうことはできず，応諾によって勧告に従う意思を表示し

ながら，課徴金審判手続において，違反行為の存否を争うことも，手続上の信義則や禁反言の原則に反し，許されないものとまでいうことはできない。

2　争点２について

(1)　綿打高架橋工事及び白狐川橋工事は，元公団理事作成の割付表によって落札予定者を決める方法の談合はされておらず，本件違反行為により受注したものではない。

ア　本件勧告審決では，まず事実２で，公団理事作成の割付表に基づく落札予定者の決定方法について述べた上で，石川島播磨の担当者が，この割付表に基づき落札予定者に連絡していることを認定しており，事実３は，事実２の記載を受けている。

イ　審判開始決定書の「事実」の記載（勧告審決の「事実」欄記載の事実）は，違反行為とそれ以外の行為を画するメルクマールになる記載であり，被審人の防御の範囲を画するものである。勧告審決の「事実」欄の記載に違反行為を限定する趣旨ではないものが含まれるとすると，防御の範囲が定まらず，被審人の立場は極めて不安定となり，不意打ちの認定も可能となり，極めて不合理な結果をもたらす。

ウ　原告は，本件勧告審決の「事実」欄の記載を前提とする限り，綿打高架橋工事及び白狐川橋工事も含めて，元公団理事作成の割付表によって落札予定者を決める方法の談合によっては，日本道路公団から工事を一切受注していなかったことから課徴金を課されることはないものと考え，本件勧告については争わなかったものである。

(2)　本件審決は，審査官提出の各供述調書（査４，６，８～２３）のみを証拠として，元公団理事らによる割付のないＢランクの工事である綿打高架橋工事及び白狐川橋工事についても清宮から連絡があったとして，独占禁止法７条の２第１項の「当該役務」に該当するとして，原告に課徴金を課したもの

である。しかし，審査官提出の各供述調書は次のとおり証明力はなく，信用性は認められないものである。

ア　審査官提出の各供述調書全般について

(ア)　伝聞証拠であり，抽象的記述が多く，その内容自体にも矛盾がある。

(イ)　これら各供述調書のうち勧告審決前に作成されたものはわずか３通（査４，５，７）のみであり，それ以外は，原告が，平成１８年３月１３日に被告の課徴金納付命令に応じない意向を明らかにしてから（審９）作成されたものである。

(ウ)　Ａランク，Ｂランクの区別については，原告が審判の開始を申し立てる直前である平成１８年４月１９日以降に作成された調書に初めて言及されている。

イ　査４（清宮の供述調書）について

(ア)　清宮は，査４一覧表の道路公団発注の橋梁工事における受注予定者等の連絡につき，一貫して，　Ａ　（元公団理事，以下「Ａ」という。）らが割り付けた結果を連絡したとしており，割付表を前提としない連絡について一切述べていないのであり，清宮の供述は綿打高架橋工事及び白狐川橋工事のような割付表を前提としない工事についての証拠になり得ない。

(イ)　清宮が，査４一覧表の中に　Ａ　らによる割付の対象となっていない物件が入っているのを認識していたのであれば，当然，割付によらない方法で受注予定者が決定された物件がある点につき言及し，その方法につき供述してしかるべきであるのに，そのような供述がないのは不自然である。

(ウ)　清宮は，査４一覧表に記載された物件中，公正取引委員会の立入検査前に公告があった１４６物件について，落札予定者への連絡を行った旨供述しているが，１４６もの物件の一つ一つについて連絡したか否かを

記憶していることなど経験則上考えられない。

(エ) 清宮は，本件違反行為により受注されたのではないことが明らかな谷村橋補強工事（査４一覧表番号１０７）についても連絡をしたなどと明らかに誤った供述をしている。

(オ) 清宮の供述は，Ａランクの工事についての一般論を述べているものであり，Ｂランクの工事については具体性がない。清宮は，綿打高架橋工事及び白狐川橋工事については具体的には何も述べていない。

ウ　査６（　Ｂ　の供述調書）及び査８（神田宏の供述調書）について

(ア) いずれも本件勧告審決前に作成された査５（　Ｃ　の供述調書）及び査７（神田宏の供述調書）は，本件違反行為における清宮からの連絡は，各社の過去のシェアを基準にして決定された受注予定者等に関してであることを明確に述べている。これらの供述は指名業者間で受注予定者を決める方法については言及していない。

(イ) しかし，本件審決は，査５及び査７を完全に無視し，いずれも原告が審判開始の申立てをしたあとに作成された査６及び査８の表面的な記述のみを証拠として引用している。

(ウ) 本件審決は，綿打高架橋工事又は白狐川橋の指名業者のうち，Ｋ会会員あるいはＡ会会員の子会社ないしは関連会社（以下，併せて「子会社等」という。）について，これらの子会社等がＢランクの工事において受注予定者となった場合は，当該子会社等の親会社ないし関連会社（以下，併せて「親会社等」という。）から相指名業者である子会社等の親会社等に，受注に協力してもらいたい旨の連絡が行われており，また，Ａ会の会員が受注予定者となった場合には，相指名業者である子会社等の親会社等を通じて受注調整の協力を求めていた，子会社等は，親会社等の指示によって入札していたと認定している。

同認定は，査６及び査８によるものであるところ，これら証拠は，Ｂ

ランクの工事について，A会K会のいずれにも属さない会社（以下「アウトサイダー」という。）も含めた入札業者が，本件審判がいうところの本件基本合意以外の方法によって受注していたことを明らかにした証拠であり，本件審決は，これら証拠を不適切に引用している。

エ　上記イのとおり清宮自身，Bランクの工事に関する談合について一切供述していない。他にBランクの工事に関する談合についての全体像を述べた供述はない。

(ア)　Bランクの工事については指名業者間の合意により受注予定者が決定されるとの供述（査１３，１５，１９～２２）があるが，そうであれば，A らによる割付は不要であり，清宮からの連絡も不要といえる。

(イ)　Aランクの工事とBランクの工事との区別について述べることなく，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について清宮から受注予定者への連絡がある旨の供述（査１０，１１，２３，上記ウの査６，８）があるが，これらの供述ではBランクの工事における受注予定者の決定方法や清宮の連絡の位置づけは不明といえる。

(3)　本件審決が認定したBランクの工事の受注調整は，本件基本合意とは当事者も違えば（アウトサイダーを含む。），受注調整の方法も全く異なる（入札業者が落札予定者を決める。）。にもかかわらず，本件審決は，Bランクの工事も本件基本合意によるものとしている。

すなわち，本件審決は，受注調整らしきことがあれば，全て本件基本合意に基づく受注調整であるとするものであり，実質的証拠に基づかない不当な認定である。

(4)　新証拠の提出

ア　本件審判手続において，清宮，　C　，　B　，神田宏の各供述調書の証明力，信用性，関連性を吟味するために，参考人審訊を行うべきところ，被告は，これを行わないばかりか，原告が，本件審決案に対し，異議を申

し立て，参考人審訊を行うため審判手続の再開を求める上申書を提出した直後に本件審決をしたものであり，被告は，本件違反行為について原告が本件審判事件で争うことを認めなかった。

したがって，本件違反行為については，本件審判を取り消した上で，さらに審理をする必要がある。原告は，本件審判において重過失なく提出できなかった証拠として，独占禁止法８１条１項２号に基づき，審査官提出の各供述調書の供述者の参考人審訊を申し出る。

イ　原告は，平成２１年９月９日に　　D　　（以下「　D　」という。）が作成した「平成１４年日本道路公団東京管理局発注　綿打高架橋支承改良工事　営業経緯」と題する書面（以下「　D　書面」という。）及び同年８月２１日に　　E　　（以下「 E 」という。）が作成した「平成１５年１０月　日本道路公団東京建設局発注白狐川橋（鋼上部工）工事　営業経緯」と題する書面（以下「 E 書面」という。）を新証拠（独占禁止法８１条１項２号）として提出する。

D　及び E は，いずれも原告の元従業員であり，本件審決の後に両名の協力が得られて，　D　書面及び E 書面が作成されたものである。

D 書面及び E 書面は，いずれも日本道路公団の指名を受けるために，Ａ会Ｋ会とは関係のない第三者の協力を得るなどして，日本道路公団に対して営業を行ったとしている。

入札価格については，自ら検討し，２回の入札とも不落札となったため過剰な値引きをして受注した（　D　書面），あるいは，茨城工場の稼働と受注実績を考慮した（ E 書面）としている。

D 書面により綿打高架橋工事が本件違反行為と無関係であること，E 書面により白狐川橋工事が本件違反行為と無関係であることは明らかといえる。

３　以上のとおり，本件審決は，原告の防御権を侵害するものであり，審判開始

東　京　高　等　裁　判　所

決定書に「事件の要旨」を記載することを定める独占禁止法５０条，被審人の防御権について定める同法５２条及び適正手続について定める憲法３１条に違反する違憲，違法なものであり，かつ，実質的証拠に基づかない認定をしたものであるから，独占禁止法８２条１項に基づき直ちに取り消されるべきである。

第５　被告の主張

１　争点１について

排除措置に係る審判審決（独占禁止法５４条），同意審決（独占禁止法５３条の３）のみならず，勧告審決（独占禁止法４８条４項）を経た後の課徴金審判手続においても，違反行為の存否を争うことはできない。課徴金審判手続においては，対象物件が「当該商品又は役務」（独占禁止法７条の２第１項）に該当するか否か等の課徴金固有の要件が審理の対象となる。

(1)　排除措置を命じる審決と，課徴金納付命令とは，同一の違反行為を対象として，同一の行政庁（すなわち被告）によって課される行政処分であって，これらの前提となった違反行為の存否について，被告の認定が異なることは想定されていない。

(2)　排除勧告を受けた事業者は，勧告書に記載された違反行為を認識した上で，勧告を応諾しないことにより，審判手続において勧告書に記載された違反行為を争う機会が与えられている。その機会を放棄して自ら勧告を応諾して勧告審決を受けた以上，課徴金審判手続において，勧告審決の主文に係る違反行為の存否が審理の対象とされなくとも，手続保障の問題や憲法３１条違反の問題は生じない。

勧告を応諾する以上，勧告審決の主文に係る違反行為が不当な取引制限に該当する行為ゆえ当然課徴金の対象となることを認識していたものと解するのが合理的である。

(3)　排除措置に係る審判手続が開始された場合には，当該審判手続が終了した後でなければ，課徴金の納付を命ずることはできないとされている（独占禁

止法４８条の２第１項ただし書)。これは，排除措置を命ずる審決の前提となる違反行為の判断と課徴金納付命令の前提となる違反行為の判断との間に不一致が生じることを回避し，かつ，同一の違反行為について手続の遅延・重複が生じないように配慮したためである。

勧告審決についていえば，勧告を応諾した事業者は，違反行為を審判で争う機会を放棄しているのであるから，課徴金審判手続において改めて違反行為の存否を争う機会を付与することは予定されていない。課徴金審判手続において改めて違反行為の存否を争うことは，手続上の信義則及び禁反言の原則に反する。

(4) 被告が審判官に課徴金審判手続の一部を行わせる場合（独占禁止法５１条の２)，被審人は，被告に対し直接陳述する機会を保障されている（独占禁止法５３条の２の２本文)。これは，被告が，最終的に審判審決において違反行為の存否等の判断を行う前に，被審人が被告に対して直接意見を陳述する機会を与えたものである。

しかるに，審判審決，同意審決のみならず，勧告審決が先行している場合は，被審人が被告に対して直接意見を陳述する機会は与えられていない（独占禁止法５３条の２の２ただし書)。これは，勧告の応諾によって違反行為について争わないとしたことから，課徴金審判手続において改めてこのような機会を与える必要がないからである。

(5) 独占禁止法違反行為を行った事業者は，被害者に対し，無過失損害賠償責任を負うところ（独占禁止法２５条)，無過失損害賠償請求権は，審決が確定した後でなければ，裁判上これを主張することができず，そこでいう審決には審判審決，同意審決のみならず，勧告審決も含まれるとされており，これら審決がされなかった場合のみ課徴金の納付を命ずる審決が無過失損害賠償請求権を主張する前提となる審決に該当するとされている（独占禁止法２６条１項)。これは，勧告審決も含めて審決がされている場合には，課徴金

の納付を命ずる審決において新たに違反行為の認定が行われるものではないことを前提としている。

(6) 昭和５０年最高裁判決及び昭和５３年最高裁判決は，いずれも昭和５２年以前，すなわち課徴金制度が導入される前の事実関係に係るものであり，そもそも，勧告審決と課徴金制度との関係については何ら考慮されていない。

平成１８年東京高裁判決は，昭和５０年最高裁判決及び昭和５３年最高裁判決の射程範囲及び独占禁止法の解釈を誤ったものである。

2　争点２について

(1) 本件違反行為の内容についての本件勧告審決の記載は，課徴金審判手続において，原告の防御の機会を奪うようなものではない。

ア　勧告審決の「事実」中，事実２は，元公団理事らの関与について認定した事実が記載されているにとどまり，事実３における本件違反行為とは明確に区別されるものであって，これについて，仮に，原告が，両者が相まって一つの違反行為を構成するものであると理解したとしても，それは，原告の誤解あるいは独自の解釈に基づくものにすぎず，このような独自の見解に立脚した主張はすべて失当である。

イ　課徴金の対象となる違反行為は，「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（独占禁止法２条６項）を要件の一つとするところ，勧告審決は，「一定の取引分野」について，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事と記載し，「法令の適用」においても，４０社及び１０社は，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ていたものであって，これは，独占禁止法２条６項に規定する取引制限に該当し，独占禁止法に違反するものであると記載していることから，原告は，課徴金の対象となり得る工事の範囲を当然に予測できたのである。

(2) 本件審決の事実認定は実質的証拠に基づくものである。

ア 被告提出の各供述調書（査４，６，８～２３）は実質的証拠となり得る。

(ア) 証拠能力，信用性について

独占禁止法には，刑事訴訟法３２０条以下のような伝聞証拠の証拠能力を制限する規定はない。各供述人は，任意に事情聴取に応じ，供述調書について読み聞かせを受け，かつ，閲読した上で誤りのないことを認めて署名押印しており，各供述調書の記載は各供述人が任意に供述した内容を誤りなく正確に反映したものである。また，各供述調書の内容は具体的であり，その内容に矛盾はない。

(イ) 作成時期について

a 課徴金納付命令の適法性の根拠として審査官が提出し得る証拠が，勧告審決あるいは課徴金納付命令時に存在したものに限られるとすべき根拠はない。

b 勧告審決後，原告が課徴金納付命令に応じない意向を明らかにしたことにより，課徴金審判手続において，課徴金固有の要件について主張，立証の必要性が見込まれる状況となったのであるから，審査官が，Ｂランクの工事が課徴金固有の要件たる「当該役務」に該当することについての証拠を収集すべく補充的に調査を行い，その過程で関係者に事情を聴取し，供述調書を作成しても不合理ではない。

(ウ) 原告は，本件審判手続において，各供述調書（査４～２３）について反対尋問による検証を受けていないとしてその信用性を争う旨主張していながら，本件審判手続の終結に至るまで，各供述調書の供述者について，参考人審訊を求めなかった。

原告は，本件審判手続終結後，本件審決案を見て，本件審判手続を再開した上でこれら供述調書の供述人の参考人審訊を行うことを求めており，原告の行動は一貫性を欠く。

イ　被告提出の各供述調書（査４，６，８～２３）の個々の内容について

(ア)　査４（清宮の供述調書）

a　清宮は，Ａランクの工事及びＢランクの工事といった区別に全く触れることなく，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について同様の談合が行われていたことを認める旨の供述をしている（査４の１２～１５頁）。

b　清宮が，元公団理事らによる割付表を前提としない連絡について具体的に供述していないとしても，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について割付表を前提としない連絡が全くなかったと供述しているわけではない。また，清宮が，本件基本合意に基づく受注調整について，元公団理事の関与を供述しているからといって，本件基本合意の対象となる工事について，元公団理事らの関与のない工事が全くなかったことを意味するものではない。

c　清宮は，査４一覧表（綿打高架橋工事（番号３８），白狐川橋工事（番号９０）を含むＢランクの工事が多数記載されている。）について，Ｂランクの工事を除外することなく，本命等の連絡を行っていた旨供述している（査４の２９頁）。清宮は，個別の連絡状況については詳細に記憶していないかもしれないが，平成１４年度から平成１６年度までの間の日本道路公団発注の鋼橋上部工工事のうち，被告の立入検査前に公告があった工事で本件基本合意に基づく受注調整の対象となったものすべてについて，いずれも本命等の連絡を行ったと記憶していることは，何ら経験則に反せず不自然ではない。

d　谷村橋補強工事は，当該物件の入札参加者のうち，本件違反行為の当事者は原告のみであり，本件基本合意に基づく受注調整がされず，具体的競争制限効果が生じなかったため，「当該役務」に該当しなかったものである。それゆえ，査４一覧表に谷村橋補強工事が含まれて

いるからといって清宮の供述全体の信用性が損なわれるわけではない。

(イ) 査６（　B　の供述調書）及び査８（神田宏の供述調書）

本件審決において，査５（　C　の供述調書）及び査７（神田宏の供述調書）ではなく，査６及び査８を引用したのは，査６及び査８において，綿打高架橋工事及び白狐川橋工事が独占禁止法７条の２第１項の「当該役務」に該当するか否かの判断に必要な事項がより詳細に記述されているからにすぎない。査５及び査７を無視する恣意的な証拠の引用ではない。

また，原告は，本件審判手続において，査６及び査８の供述人の参考人審訊を求めることをしなかった。

なお，査５及び査７も，Ａランクの工事，Ｂランクの工事といった区別に触れることなく，日本道路公団発注に係るすべての鋼橋上部工工事について談合が行われていたこと，清宮から受注を希望する事業者に対し，落札予定者である旨の連絡が行われていたことを認める旨の供述がされており，査５及び査７は，本件審決の認定を支える証拠であって，原告の主張に沿った内容の証拠ではない。

ウ　Ｂランクの工事についての受注調整

当該工事の指名業者の中にアウトサイダーが含まれるからといって，当該工事が本件基本合意の対象から除外されるわけではない。また，Ｂランクの工事についても，清宮から受注を希望する事業者に対し，落札予定者である旨の連絡が行われている以上，本件基本合意は，Ｂランクの工事も受注調整の対象としている。入札業者が落札予定者を決めることは，本件基本合意がＢランクの工事も受注調整の対象としていることを否定するものではない。

エ　原告は，本件審判手続において，重過失なく提出できなかった証拠とし

て，独占禁止法８１条１項２号に基づき，被告提出の各供述調書の供述者の参考人審訊を申し出ることができる旨主張する。

しかし，原告は，本件審判手続において，参考人審訊を求めることができたにもかかわらず（独占禁止法５２条１項），あえてこれをしなかったのであるから，原告の主張は失当である。

第６　当裁判所の判断

１　争点１について

原告は，勧告審決が確定した場合でも，課徴金納付命令審判事件において，勧告審決の主文に係る違反行為の存在を争えると主張するので，判断する。

勧告審決は，被告が独占禁止法に違反する行為があると認めた場合において，正規の審判手続を開始するに先立ち，当該違反行為者に適当な措置（排除措置）をとるべきことを勧告し，その者がこれに応諾したときに，審判手続を経ないで，勧告と同趣旨の審決をするものであって，審判手続を経た上で行われる独占禁止法５４条の規定による排除措置に関する審判審決の場合とは異なり，違反行為の存否に関する被告の判断が示されるわけではなく，違反行為の存在を確定する効力を有するものでもない。

しかし，課徴金について定めた独占禁止法７条の２は，当該違反行為が「商品もしくは役務の対価に係るもの又は実質的に商品若しくは役務の供給量を制限することによりその対価に影響があるもの」に該当するときは，そのことのみで，被告は，当該事業者に対し，「課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」としており，勧告審決後に課徴金の納付を命ずる場合についても，改めて違反行為の存在を確定することは要件とされていない。しかも，排除勧告を受けた事業者は，勧告書の記載から，被告が認めた違反行為の内容を認識することができ，かつ，勧告を応諾すれば，後日課徴金納付命令を受ける可能性が高いことも承知しているのであるから，それにもかかわらず，審判手続において違反行為の存在を争う機会を自ら放棄して勧告を応諾した事業者

は，勧告書に記載された違反行為が存在するという前提で応諾したものとみるのが合理的であり（ちなみに，原告代表者（森岡彬眞）は，勧告の説明のときに今後，課徴金手続があることの説明を受けたことを認めており（同代表者審訊速記録１１頁），勧告を応諾するに当たって弁護士と相談し（同６頁），また，応諾期間の延長を申し出ている（同７頁）。），その後の課徴金審判手続において違反行為の存在を争うのは，手続上の信義則，禁反言の原則に反し許されないというべきである。以上の点を考慮すると，被告が主張するとおり，独占禁止法は，排除措置を命じる審決と課徴金納付命令の前提となった違反行為の存否について，被告の認定が異なるような事態は想定していないものと解され，勧告審決を経た後の課徴金審判手続においては，勧告審決の主文に係る違反行為の存在を争うことはできないと解するのが相当である。

なお，原告が援用する昭和５０年最高裁判決及び昭和５３年最高裁判決は，いずれも課徴金制度が導入された昭和５２年以前の事案に関するものであり，昭和５０年最高裁判決は，勧告審決が名宛人以外の第三者に対する関係において違反行為の存在を確定する効果を有しない旨を，昭和５３年最高裁判決は，違反行為の不存在は勧告審決の取消原因とはならない旨を述べたものであって，いずれも本件と事案を異にし，適切でない。

２　争点２について

(1)　本件基本合意の内容について

原告は，本件勧告審決では，まず事実２で，元公団理事作成の割付表に基づく落札予定者の決定方法について述べた上で，石川島播磨の担当者が，この割付表に基づき落札予定者に連絡していることを認定しており，事実３は，事実２の記載を受けている旨主張する。

しかし，本件基本合意の内容が事実３のとおりに過不足なく特定されていること，事実２は，元公団理事らの関与について認定した事実が記載されているにとどまり，本件基本合意の内容を構成し，又は限定するものとして記

載されていないことは文言上明らかであるから，原告の主張は採用し難い。

(2) 本件審決の事実認定について

上記１のとおり，原告は，本件審判手続において本件違反行為の存在を争うことはできない。さらに，以下のとおり，本件審決の事実認定は，実質的証拠に基づくものと認めることができる。

ア 原告は，本件審決が引用する証拠のうち供述調書については，本件勧告審決前に作成されたものは３通（査４，５，７）のみであり，それ以外は，原告が，課徴金納付命令に応じない意向を明らかにしてから作成されたものであるから，証明力はなく，信用性は認められない旨主張する。

しかしながら，審決は，課徴金納付命令の取消事由の有無を判断する手続であるところ，同命令が適法であることを根拠づける事実そのものは命令時に存在しなければならないが，その事実を証明するための証拠も命令時までに作成されていなければならないとする根拠はなく，原告の上記主張は理由がない。また，審査官提出の各供述調書（査４～２３）は，いずれも，その末尾に供述者の署名押印があり，かつ，供述内容も強要あるいは誘導を窺わせるような不自然な部分はなく，任意性の点において問題がない。

イ 査４について

清宮は，査４一覧表の１４６物件について，「これまでお話した方法で，

A さんらでお示しの文書の「落札業者」欄記載の会社を本命として割り付け，私が本命等の連絡を行っていたものでした。」と供述している（査４の２９頁）。その供述中には，割付表の作成されていないＢランクの工事についても割付表の存在を前提とするかのような部分があるものの，１４６物件について落札予定者への連絡を行ったことは明確に供述している。すなわち，査４一覧表は，平成１４年度から平成１６年度にかけての日本道路公団発注の鋼橋上部工工事についての一覧表であり，このう

ち１４６物件は公正取引委員会の立入検査前に公告があった工事であるところ，これら物件についてはあまねく清宮は本命等の連絡を行っていたと供述しているのであり（査４の２９頁），その内容は明確で，信用性は高い。

なお，１４６物件のうち１物件（谷村橋補強工事。番号１０７）については，原告代表者（森岡彬眞）は，審訊において，同物件は２回目の入札において，原告と同額入札が１社あり随意契約となった旨供述しており（同審訊速記録１頁，２頁），被告が本件違反行為により受注されたのではないとしたとしても不合理ではなく，その例外事由をもって，清宮の供述全体が信用できないとするのは相当でない。

ウ　査６及び査８について

(ア)　査６

B　（綿打高架橋工事の入札参加者であった東綱橋梁株式会社の総務課長）は，同工事について，原告から東綱橋梁株式会社に，自社が受注したいので協力してもらいたい旨の連絡が来た旨供述しており，その内容に不自然な点はない。

また，Ａランクの工事，Ｂランクの工事の区別なく，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について，清宮から受注を希望する事業者に対し，落札予定者である旨の連絡が行われていた旨供述している。

なお，査６によれば，綿打高架橋工事の入札参加者のうち，深井建設株式会社及び綿半鋼機株式会社はアウトサイダーであることが認められるが，入札参加者の一部に本件基本合意に加担しないものがいたとしても，他の者の間において事実３で特定される合意が存在していれば本件基本合意がされたというべきである。

(イ)　査８

神田宏（白狐川橋工事の入札参加者であった辻産業株式会社の元東京

支店長）は，同工事について，原告から辻産業株式会社の応札価格についての連絡があり，原告が受注できるように協力した旨供述しており，その内容に不自然な点はない。

また，Ａランクの工事，Ｂランクの工事の区別なく，日本道路公団発注の鋼橋上部工工事について，石川島播磨の清宮から受注を希望する事業者に対し，落札予定者である旨の連絡が行われていた旨供述している。

なお，査８によれば，白狐川橋工事の入札参加者のうち，飯田鉄工株式会社，石原工業株式会社，清本鉄工株式会社及び株式会社日本製鋼所はアウトサイダーであることが認められるが，上記(ア)で述べたとおり，そのことによって本件基本合意の存在が直ちに否定されるわけではない。

(ウ) 増野弘（綿打高架橋工事の入札参加者であった日車建設工事株式会社の当時の営業担当者）の供述（査９），　Ｆ　（綿打高架橋工事の入札参加者であった松尾エンジニヤリング株式会社の親会社である松尾橋梁株式会社の当時の営業担当者）の供述（査１１），　Ｇ　（綿打高架橋工事の入札参加者であったトピーエンジニアリング株式会社の親会社であるトピー工業株式会社の当時の営業担当者）の供述（査１２），小林孝（綿打高架橋工事の入札参加者であったリバースチール株式会社の当時の営業担当者）の供述（査１６），鈴木正孝（綿打高架橋工事の入札参加者であった川鉄シビル株式会社及びリバースチール株式会社の親会社である川鉄橋梁鉄構株式会社の当時の営業担当者）の供述（査１３）及び　Ｈ　（綿打高架橋工事の入札参加者であった株式会社イスミックの当時の営業担当者）の供述（査１５）は，いずれも査６の内容と整合するものである。

牧野年（白狐川橋工事の入札参加者であった日車建設工事株式会社の親会社である日本車輌製造株式会社の当時の営業担当者）の供述（査１

０），片山正人（白狐川橋工事の入札参加者であった日本橋梁エンジニアリング株式会社の親会社である日本橋梁株式会社の当時の営業担当者）の供述（査１８）及び　I　（日本橋梁株式会社の当時の営業担当者）の供述（査２３）は，いずれも査８の内容と整合するものである。

(エ) なお，査５及び査７には，指名業者間で受注予定者を決める方法については言及していないが，査６及び査８の内容と矛盾する供述は見受けられない。

エ　原告代表者の供述の信用性

原告代表者（森岡彬眞）は，利益の少ないＢランクの工事はＡ会Ｋ会による受注調整の対象ではない，綿打高架橋工事及び白狐川橋工事は営業努力を重ねて受注した，清宮から本命である等の連絡を受けて受注したわけではない旨供述する（審１５の２頁）。しかし，同供述は，上記イ，ウの各供述に照らして信用できない。

(3) 原告による新証拠提出の可否について

ア　原告は，本件審判手続において重過失なく提出できなかった証拠として，独占禁止法８１条１項２号に基づき，審査官提出の各供述調書の供述者の参考人審訊を申し出ることができる旨主張する。

しかしながら，本件審判手続において，原告は参考人審訊申出の予定はないと明言しており（第５回審判調書），原告の主張は失当である。

イ　原告は，本件審判手続において重過失なく提出できなかった証拠として，D 書面及び E 書面の証拠提出を申し出ることができる旨主張する。

しかしながら，D 及び E は，いずれも原告の元従業員であり，本件審判手続において，D 書面及び E 書面を提出することは容易であったものと推認することができる。

したがって，D 書面及び E 書面について，「公正取引委員会の審判に際して当該証拠を提出することができず，かつ，これを提出できなか

ったことについて重大な過失がなかった場合」（独占禁止法８１条１項２号）に該当する事実を原告が明らかにした（同条２項）ということはできず，原告による新証拠の提出は認められない。

３　以上の次第であるから，本件審決の認定は実質的証拠に基づくものであり，また，その認定判断は合理的なものであって，本件審決の判断に原告主張の違法はなく，その過程にも違法は認められない。

よって，本件審決の取消しを求める原告の請求は理由がないので棄却することとし，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　倉　吉　敬

裁判官　西　口　元

裁判官　始　関　正　光

裁判官　小　林　元　二

裁判官山本博は転補につき署名押印することができない。

東京高等裁判所

裁判長裁判官　　倉　　吉　　敬

東　京　高　等　裁　判　所