



言 渡	平成24年2月20日
交 付	平成24年2月20日
裁 判 所 書 記 官	

平成22年（行ヒ）第278号

判 決

当 事 者 の 表 示 別紙当事者目録記載のとおり

上記当事者間の東京高等裁判所平成20年（行ケ）第25号、第26号、第32号、第38号審決取消請求事件について、同裁判所が平成22年3月19日に言い渡した判決に対し、上告人から上告があった。よって、当裁判所は、次のとおり判決する。

主 文

原判決を破棄する。

被上告人らの請求をいずれも棄却する。

訴訟の総費用は被上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人南雅晴ほかの上告受理申立て理由について

1 本件は、公共下水道工事等の入札において被上告人らを含む事業者らがした受注予定者の決定等に関する合意が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（平成14年法律第47号による改正前のもの。以下「法」という。）2条6項所定の「不当な取引制限」に当たる行為（談合）であるとして、上告人から課徴金の納付を命ずる審決（公正取引委員会平成14年（判）第1号ないし第34号。以下「本件審決」という。）を受けた被上告人らが、上告人に対し、それぞれ本件審決のうち自らに対して課徴金の納付を命じた部分の取消しを求めている事案であ



る。

2 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 財団法人東京都新都市建設公社（以下「公社」という。）は、東京都の区域のうち区部及び島しょ部を除く区域（以下「多摩地区」という。）に所在する市町村から委託を受けるなどして、多摩地区において公共下水道の建設等の都市基盤整備事業を行う法人である。

公社は、原則として、公共下水道等の土木工事を指名競争入札の方法により発注しており、予定価格が500万円以上である土木工事のうち、一の事業者によって施工される工事（以下「単独施工工事」という。）の発注においては、公社が入札参加資格を満たす者として登録している事業者の中から入札参加希望者を募り、その中から指名競争入札に参加する事業者（以下「入札参加業者」という。）を指名し、また、二の事業者の共同施工方式により施工される工事（以下「共同施工工事」という。）の発注においては、上記と同様の方法で募る入札参加希望者の中から共同企業体（以下「JV」という。）の構成員となるべき者を指名してこれらの者により結成されたJVを入札に参加させていた（以下、公社の上記各指名に係る事業者を「指名業者」といい、共同施工工事の指名競争入札に参加するJVを「入札参加JV」という。）。公社は、これを工事希望型指名競争入札と称し、工事発注予定表をもってその発注する工事の件名等を公示し、入札参加希望者に工事希望票を提出させ、工事希望票の提出者の中から指名業者を選定していた。公社は、指名業者の選定に当たっては、単独施工工事については10者が入札参加業者となり、共同施工工事については10組のJVが入札参加JVとなるように選定することを常としていた。



公社は、上記の入札参加資格を満たす者として登録している事業者を、その事業規模等により工種区分ごとにAからEまでのいずれかのランク（以下「事業者ランク」という。）に格付けした上、格付けごとに順位（以下「格付順位」という。）を付していた。また、公社は、発注する土木工事を、その工事の予定価格を基準とし、これに工事の技術的な難易度等を勘案して、事業者ランクがAからEまでのいずれかの1者による単独施工工事（以下、事業者ランクがAの者による単独施工工事を「Aランクの工事」という。）並びに事業者ランクがいずれもAの2者、A及びBの2者又はA及びCの2者で結成するJVによる共同施工工事（以下、これらの共同施工工事を順に「AAランクの工事」、「ABランクの工事」、「ACランクの工事」という。）に分けて格付けしており、予定価格1億7000万円以上2億6000万円未満の工事がAランクの工事、2億6000万円以上3億円未満の工事がACランクの工事、3億円以上5億6000万円未満の工事がABランクの工事、5億6000万円以上の工事がAAランクの工事におおむね対応していた。そして、公社は、指名業者を選定するに当たり、① 単独施工工事については、発注する工事に対応する事業者ランクに格付けされた者の中から指名することを基本とし、② ABランクの工事又はACランクの工事については、事業者ランクがAの者をJVの構成員のうちの代表者（以下「メイン」という。）として指名し、事業者ランクがB又はCの者をJVのその他の構成員（以下「サブ」という。）として指名することを基本とし、指名を受けたメインとサブに結成させたJVを入札参加JVとし、③ AAランクの工事については、メインとサブを区別せずに、事業者ランクがAの者の中から指名することを基本とし、指名を受けた者同士に結成させたJVを入札参加JVとしていた。



規模が大きい工事や高度な施工技術が求められる工事については、公社が工事希望票を提出してきた者の中から原則として格付順位が上位の者を優先して指名業者を選定していたため、その上位に格付けされていた後記(2)のゼネコンが指名業者を選定されることが多かった。また、公社は、何度も工事希望票を提出しているにもかかわらず指名されていない事業者を救済する目的で、工事希望票の提出回数、指名回数及び受注回数を考慮して指名業者を選定する場合があった。

公社は、入札の実施に当たって予定価格及び最低制限価格を設定し、各入札参加業者又は入札参加JVの入札価格の全部が予定価格を上回る場合にはその場で3回まで入札を行い、最低制限価格を下回る価格で入札した入札参加業者又は入札参加JVは失格とし、最低制限価格以上予定価格以下の価格で入札した入札参加業者又は入札参加JVの中で最も低い価格で入札した者を落札者としていた。公社は、平成13年9月以前は、予定価格及び最低制限価格を事前に公表していなかったが、公社の設定する最低制限価格は予定価格の80%に相当する額であり、このことは後記(2)のゼネコンの入札担当者に広く認識されていた。

JVを結成して公社の指名競争入札に参加する場合には、通常、JVのメインが入札価格を決定していた。

(2) 被上告人らを含む本件審決の被審人らのうち徳倉建設株式会社、三井住友建設株式会社及びオリエンタル白石株式会社を除く31社並びに吸収合併前の住友建設株式会社及び株式会社白石（以下、これらを併せて「本件33社」という。）は、いずれも建設業法所定の許可を受けて国内の広い地域において総合的に建設業を営む者（以下「ゼネコン」という。）であり、多摩地区においても営業所を置くなどして事業活動を行っていた。



平成9年10月1日から同12年9月27日までの間（以下「本件対象期間」という。）においては、本件33社に加え、いずれも多摩地区で事業活動を行うゼネコンである徳倉建設ほか46社（以下「その他47社」という。）が、公社から、入札参加資格を満たす者として前記(1)の登録を受け、土木工事のうち下水道工事、一般土木工事等の特定の工種区分における事業者ランクをAとして格付けされていた。

また、本件対象期間においては、多摩地区で建設業を営むゼネコン以外の事業者165社（協同組合を含む。以下「地元業者」という。）等も、公社から入札参加資格を満たす者として前記(1)の登録を受け、公社が発注する土木工事の指名競争入札に参加していた。地元業者のうち、本件対象期間において、公社から下水道工事の工種区分における事業者ランクをAとして格付けされていた者は、74社であった。

(3) 公社は、指名競争入札の方法により発注する土木工事であるAAランクの工事、ABランクの工事、ACランクの工事又はAランクの工事（以下「Aランク以上の土木工事」と総称する。）で、本件33社及びその他47社のうちの複数の者又はこれらのいずれかの者をメインとする複数のJVを入札参加業者又は入札参加JVの全部又は一部とするもの（以下「公社発注の特定土木工事」という。）を、本件対象期間中に72件発注した。

本件33社は、それぞれ本件対象期間中に入札が実施された上記72件の工事に係る指名競争入札の一部において指名業者となり、それぞれ入札参加業者又は入札参加JVの構成員として1ないし3件の工事を落札して受注した。本件33社の落札及び受注に係る工事の合計数は34件であり（以下、これらの工事を「本件34



件の工事」という。），その予定価格に対する落札価格の割合（以下「落札率」という。）は，９９％を超えるものが２１件，９８％を超え９９％に満たないものが５件，９７％を超え９８％に満たないものが２件，９０％に満たないものが６件であった。また，本件３４件の工事のうち２４件の工事の指名競争入札においては，地元業者が入札参加業者又は入札参加ＪＶのメインの中に含まれていた。

（４）本件３４件の工事のうち被上告人らの落札及び受注に係る各工事（以下「本件個別工事」という。）における入札の実施状況は，次のとおりである。

ア 公社は，八王子市の下水道工事（本件審決にいう番号１１の物件）について，ＡＣランクの工事として，平成１０年４月１６日付け工事発注予定表により入札予定を公表し，１０組のＪＶの構成員となるべき事業者を指名して，同年５月２６日に入札を実施した。指名業者によるＪＶ結成後のメインは，本件３３社のうちの被上告人株式会社新井組を含む４社，その他４７社のうちの４社及び地元業者２社であった。同被上告人を除くゼネコン各社をメインとする７組のＪＶは，予定価格を上回る価格で入札し，地元業者をメインとする２組のＪＶは，入札価格が最低制限価格を下回ったため失格した。その結果，同被上告人をメインとするＪＶが落札し，落札率は８９．７９％であった。

イ 公社は，立川市の下水道工事（本件審決にいう番号２４の物件）について，ＡＡランクの工事として，平成１０年８月２７日付け工事発注予定表により入札予定を公表し，１０組のＪＶの構成員となるべき事業者を指名して，同年９月２８日に入札を実施した。指名業者によるＪＶ結成後のメインは，本件３３社のうちの被上告人大成建設株式会社を含む４社及びその他４７社のうちの６社であった。同被上告人を除く各社をメインとするＪＶは，予定価格を上回る価格で入札した。その



結果、同被上告人をメインとするＪＶが落札し、落札率は９９．６２％であった。

ウ 公社は、前記イの工事の継続工事である立川市の下水道工事（本件審決にいう番号２６の物件）について、ＡＡランクの工事として、平成１０年１１月２６日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、１０組のＪＶの構成員となるべき事業者を指名して、同年１２月２５日に入札を実施した。指名業者によるＪＶ結成後のメインは、本件３３社のうちの被上告人大成建設を含む４社及びその他４７社のうちの６社であった。同被上告人を除く各社をメインとするＪＶは、予定価格を上回る価格で入札した。その結果、同被上告人をメインとするＪＶが落札し、落札率は９９．６０％であった。

エ 公社は、立川市の下水道工事（本件審決にいう番号３０の物件）について、ＡＡランクの工事として、平成１１年２月２５日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、１０組のＪＶの構成員となるべき事業者を指名して、同年３月２９日に入札を実施した。指名業者によるＪＶ結成後のメインは、本件３３社のうちの被上告人飛島建設株式会社を含む３社及びその他４７社のうちの７社であった。同被上告人を除く各社をメインとするＪＶは、予定価格を上回る価格で入札した。その結果、同被上告人をメインとするＪＶが落札し、落札率は９９．９７％であった。

オ 公社は、前記イ、ウの工事の継続工事である立川市の下水道工事（本件審決にいう番号３４の物件）について、ＡＡランクの工事として、平成１１年４月１日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、１０組のＪＶの構成員となるべき事業者を指名して、同年５月６日に入札を実施した。指名業者によるＪＶ結成後のメインは、本件３３社のうちの被上告人大成建設を含む４社及びその他４７社のうちの６社であった。同被上告人を除く各社をメインとするＪＶは、同被上告人をメ

ンとするJVの入札価格より高い価格で入札した。その結果、2回目の入札において同JVが落札し、落札率は97.99%であった。

カ 公社は、前記エの工事と一体の工事である立川市の下水道工事（本件審決にいう番号52の物件）について、AAランクの工事として、平成11年11月25日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、10組のJVの構成員となるべき事業者を指名して、同12年1月6日に入札を実施した。指名業者によるJV結成後のメインは、本件33社のうちの被上告人飛島建設を含む3社及びその他47社のうちの7社であった。同被上告人を除く各社をメインとするJVは、予定価格を上回る価格で入札した。その結果、同被上告人をメインとするJVが落札し、落札率は99.89%であった。

キ 公社は、八王子市の下水道工事（本件審決にいう番号71の物件）について、AAランクの工事として、平成12年7月21日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、10組のJVの構成員となるべき事業者を指名して、同年8月23日に入札を実施した。指名業者によるJV結成後のメインは、本件33社のうちの被上告人株式会社奥村組を含む3社及びその他47社のうちの7社であった。同被上告人を除く各社をメインとするJVは、予定価格を上回る価格で入札した。その結果、同被上告人をメインとするJVが落札し、落札率は99.75%であった。

(5) 上告人は、平成20年7月24日付けの本件審決において、次のアないしキの事実を認定し、イの本件33社による合意は、法2条6項所定の「不当な取引制限」に当たり、かつ、法7条の2第1項所定の「役務の対価に係るもの」であり、本件個別工事はいずれも同項にいう「当該…役務」として課徴金の対象となると判



断して、被上告人新井組につき1374万円、同奥村組につき2986万円、同大成建設につき5046万円、同飛島建設につき1348万円のそれぞれ課徴金を国庫に納付すべき旨を命じた。

ア 多摩地区に営業所を置くゼネコンは、以前、三多摩建友会と称する組織に会員として参加していた。同組織は、昭和54年頃から平成4年頃まで存続し、上告人が同年に会員のゼネコンを含む埼玉県発注の土木工事の入札への参加者に対して勧告を行ったのを機に解散したが、その後も、旧会員らのほか、解散後に多摩地区に進出したゼネコンや多摩地区に営業所を置かずに事業活動を行っているゼネコンの営業担当者を含めて、恒例的に懇親会が開催されていた。また、同組織の解散以前にはゼネコン各社の営業担当者の名簿が作成されていたところ、同組織の解散後もほぼ同じ体裁の名簿が作成されていた。

上記組織の存続当時、上記名簿に掲載されていたゼネコンの間では、工事の入札に当たって、受注意欲を持つ者や発注される工事との関連性を持つ者がある場合には、当該受注意欲や関連性を尊重することによって競争を避けることが望ましいとの認識が存しており、受注を希望する者の間の話合いが難航した場合には、同組織の会長等の役員が調整に当たっていた。同組織の解散後においても、多摩地区において事業活動を行うゼネコン各社は、上記と同じ認識を有していた。

イ 本件33社は、遅くとも平成9年10月1日以降、公社発注の特定土木工事について、受注価格の低落防止を図るため、① 公社から入札参加業者又は入札参加JVの構成員として自社が指名を受けた場合には、当該工事若しくは当該工事の施工場所との関連性（以下「条件」という。）が強い者又は当該工事についての受注の希望を表明する者（以下「受注希望者」という。）が1名のときは、その者又



はその者を構成員とするJVを受注予定者とし、受注希望者が複数のときは、それぞれの者の条件等の事情を勘案して、受注希望者間の話合いにより受注予定者を決め、② 受注すべき価格は、受注予定者が決定し、受注予定者以外の者は、受注予定者がその決定した価格で受注できるように協力する旨の合意（以下「本件基本合意」という。）をしていた。

ウ 本件基本合意に基づく具体的な受注調整の方法は、次のとおりである。

(ア) 受注希望者は、当該工事の発注が予測された時点又は公社が入札の執行を公示した時点で、他のゼネコン又はその多摩地区における営業担当者のうちの有力者に対して、自社が受注を希望し又は条件を有していることを必要に応じてアピールしていた。受注希望者が複数いる場合には、受注希望者の間でいずれの者の条件等が強いかを話し合うことにより、受注予定者が決められていた。アピールを受けた他社全てが受注希望を表明しなかったときは、入札指名前の段階でも受注希望者が1社に絞り込まれていた。

(イ) 受注希望者は、前記(ア)のアピールに代えて又はこれと併せて、他のゼネコンに対して、公社に工事希望票を提出するよう依頼していた。この依頼は、他のゼネコンに指名競争入札に参加して自社の受注に協力してほしいという趣旨で行われるものであるが、同時に、指名業者のうち、自社の受注への協力を見込めるゼネコンが占める割合を多くすることにより、自社が受注できる可能性を高めることも目的としていた。

(ウ) 条件は、具体的には、① 当該工事が過去に自社が施工した工事の継続工事であること、② 自社と特別な関係にある建設コンサルタント業者が当該工事の調査又は設計の入札に参加していること、③ 当該工事の施工場所又はその近隣で施



工実績があること、④ 当該工事の施工場所の近隣に自社の資材置場や営業所等の施設があること、⑤ 自社又は関連会社が当該工事の施工場所の地権者であること等である。これらの条件の中では、①及び⑤がそれ以外の条件よりも強い条件であるとされ、その他の条件については強さの順序が明確ではなかった。

(エ) 発注される工事について、自社に強い条件があり、他社に条件がない場合には、他社に対して直接の受注希望の表明ないし入札における協力の依頼をしなくとも、自社に強い条件があることを他社が認識していれば、受注予定者とされていた。したがって、当該工事を受注しようとする者は、自社に強い条件があることが他の相指名業者にも明らかであると考えられる場合には、その相指名業者に対し入札における協力を依頼しないこともあった。

(オ) 受注予定者が決められた場合には、受注予定者が、相指名業者となったゼネコンに対して、入札価格を連絡し、連絡を受けたゼネコンは、受注予定者の入札価格より高い価格で入札していた。また、相指名業者となったゼネコンは、経験的に、発注工事と同等の過去の工事の入札結果等を勘案して積算することにより予定価格を推計できることから、受注予定者から入札価格の連絡がなくても、受注予定者の受注を妨げないであろう価格を比較的容易に予測し得たので、そのような価格で入札していた。このような入札価格の連絡を受けることにより、相指名業者が受注予定者を知ることもあった。

(カ) J Vを結成して指名競争入札に参加する場合には、J Vの受注への協力の依頼、受注予定者を決めるための話合い及び入札価格の連絡、確認は、通常、J Vのメインの間で行われていた。

エ 本件33社は、本件基本合意に基づき、本件34件の工事について、それぞ



れ本件 33 社中の 1 社である入札参加業者又は本件 33 社中の 1 社をメインとする入札参加 J V を受注予定者と決め、そのうち 33 件の工事については、受注予定者が入札参加業者又は入札参加 J V のメインとなった他のゼネコンの協力を得て落札し受注するとともに、他の 1 件の工事については、受注予定者以外の本件 33 社中の 1 社をメインとする J V が本件基本合意に基づく受注調整の結果を利用して落札し受注した。

オ 本件 34 件の工事のうち地元業者が入札参加業者又は入札参加 J V のメインとなった 24 件の工事については、少なくともそのうちの 20 件の入札において、当該地元業者に、受注予定者からの協力依頼に応じ又は高めの価格で入札して競争を回避する行動がみられた。

カ 本件個別工事においては、いずれも、指名を受けたゼネコン各社のうち、当該工事を落札し受注した J V のメインとなった各被上告人を除く各社が、当該被上告人による工事希望票の提出依頼、入札価格の連絡、確認等の過程で、当該被上告人をメインとする J V が当該工事の受注を希望していることを認識し、それに異議を唱えなかったことにより、当該 J V が受注予定者とされていた。

キ 平成 12 年 9 月 27 日、上告人が法の規定に基づき審査を開始したところ、同日、本件基本合意は事実上消滅した。

3 原審は、上記事実関係等の下において、次のとおり判断し、本件審決のうち被上告人らに対して課徴金の納付を命じた部分を取り消すべきものとした。

上告人が本件審決において認定する本件基本合意とは、本件 33 社において、公社の発注する A ランク以上の土木工事は受注希望を有する者が受注すればよい、受注希望者が複数いれば当該受注希望者同士で自社の条件等を話し合えばよい、その



他の者は受注希望者から工事希望票の提出依頼や入札価格の連絡等がされた場合にはこれに従い受注希望者の落札を妨害する行為はしない、という共通認識があったという程度のものにすぎず、この程度の認識を建設業者らが有していたことをもって直ちに自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意の成立があったと断ずることはできない。また、上告人が本件審決において認定する本件個別工事に係る前記2(5)カ的事实をもつて競争が実質的に制限されたと断ずるには論理の飛躍があり、更に建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止され又は排除されたというような、その結果競争が実質的に減少したと評価できるだけの事実も認定されなければならないというべきところ、そのような事実までを認定するに足りる証拠はなく、かえって本件個別工事のいずれの受注においても本件における取引分野で予定されている競争は正常に行われたと評するのが相当とさえいうことができる。したがって、本件個別工事の受注において法2条6項所定の「不当な取引制限」があったとの事実を認定するに足りる実質的な証拠があるとはいえず、本件審決のうち被上告人らに対して課徴金の納付を命じた部分は、その基礎となった事実を立証する実質的な証拠がないものであるから、取消しを免れない。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 本件審決に係る審判で取り調べられた証拠によれば、上告人が本件審決において、前記2(5)のうちイを除く各事実を認定したことは合理的であり、また、同イの事実を認定したことも、本件対象期間において、多摩地区で事業活動を行うゼネコンのうち少なくとも本件33社が、少なくともAランク以上の土木工事のうちの



公社発注の特定土木工事を対象として、本件基本合意をしていた旨を認定したものとして合理的であるというべきであるから、これらの認定事実には、それを立証する実質的な証拠があるものと認められる。

(2) 本件基本合意は、前記2(5)イのとおり、各社が、話し合い等によって入札における落札予定者及び落札予定価格をあらかじめ決定し、落札予定者の落札に協力するという内容の取決めであり、入札参加業者又は入札参加JVのメインとなった各社は、本来的には自由に入札価格を決めることができるはずのところを、このような取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となることは明らかであるから、本件基本合意は、法2条6項にいう「その事業活動を拘束し」の要件を充足するものということができる。そして、本件基本合意の成立により、各社の間に、上記の取決めに基づいた行動をとることを互いに認識し認容して歩調を合わせるという意思の連絡が形成されたものといえるから、本件基本合意は、同項にいう「共同して…相互に」の要件も充足するものということができる。

また、法が、公正かつ自由な競争を促進することなどにより、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ことを目的としていること（1条）等に鑑みると、法2条6項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な方法や手順等を取り決める行為によって競争制限が行われる場合には、当該取決めによって、その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解さ



れる。そして、本件基本合意の当事者及びその対象となった工事の規模、内容や、前記2(1)のとおり、公社では、予定価格が500万円以上の工事の発注について工事希望型指名競争入札と称する方式を採用し、規模の大きい工事や高度な施工技術が求められる工事については、入札参加希望者の中から原則として格付順位の上位の者が優先して指名業者を選定されていたためその上位に格付けされていたゼネコンが指名業者を選定されることが多かったことから、Aランク以上の土木工事については、入札参加を希望する事業者ランクがAの事業者の中でも、本件33社及びその他47社が指名業者を選定される可能性が高かったものと認められることに加え、本件基本合意に基づく個別の受注調整においては、同(5)ア、エ及びオのとおり、その他47社からの協力が一般的に期待でき、地元業者の協力又は競争回避行動も相応に期待できる状況の下にあったものと認められることなども併せ考慮すれば、本件基本合意は、それによって上記の状態をもたらし得るものであったといえることができる。しかも、前記2(3)及び同(5)エのとおり、本件対象期間中に発注された公社発注の特定土木工事のうち相当数の工事において本件基本合意に基づく個別の受注調整が現に行われ、そのほとんど全ての工事において受注予定者とされた者又はJVが落札し、その大部分における落札率も97%を超える極めて高いものであったことからすると、本件基本合意は、本件対象期間中、公社発注の特定土木工事を含むAランク以上の土木工事に係る入札市場の相当部分において、事実上の拘束力をもって有効に機能し、上記の状態をもたらしていたものといえることができる。そうすると、本件基本合意は、法2条6項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の要件を充足するものというべきである。

さらに、以上のような本件基本合意が、法2条6項にいう「公共の利益に反し



て」の要件を充足するものであることも明らかである。

以上によれば、本件基本合意は、法2条6項及び7条の2第1項所定の「不当な取引制限」に当たるといふべきである。

(3) 法の定める課徴金の制度は、不当な取引制限等の摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、不当な取引制限等の予防効果を強化することを目的として、刑事罰の定め（法89条）や損害賠償制度（法25条）に加えて設けられたものである（最高裁平成14年（行ヒ）第72号同17年9月13日第三小法廷判決・民集59巻7号1950頁参照）。

本件基本合意は、法7条の2第1項所定の「役務の対価に係るもの」に当たるところであるところ、上記の課徴金制度の趣旨に鑑みると、同項所定の課徴金の対象となる「当該…役務」とは、本件においては、本件基本合意の対象とされた工事であって、本件基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったものをいうと解される。そして、前記2(4)及び同(5)カのとおり、本件個別工事は、いずれも本件基本合意に基づく個別の受注調整の結果、受注予定者とされた者が落札し受注したものであり、しかもその落札率は89.79%ないし99.97%といずれも高いものであったから、本件個別工事についてその結果として具体的な競争制限効果が発生したことは明らかである。

以上によれば、本件個別工事は、法7条の2第1項にいう「当該…役務」として同項所定の課徴金の対象となるものといふべきである。

5 これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、以上説示したところによれば、被上告人らの請求はいずれも理由がないから棄却すべきである。



よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官	白	木		勇
裁判官	宮	川	光	治
裁判官	櫻	井	龍	子
裁判官	金	築	誠	志
裁判官	横	田	尤	孝



当 事 者 目 録

東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

上 告 人	公 正 取 引 委 員 会
同代表者委員長	竹 島 一 彦
同 指 定 代 理 人	田 中 久 美 子
	島 崎 伸 夫
	秋 沢 陽 子
	藤 原 昌 子
	小 高 真 侑 一
	渡 辺 健 一

兵庫県西宮市池田町12番20号

被 上 告 人	株 式 会 社 新 井 組
同代表者代表取締役	中 西 政 治
同訴訟代理人弁護士	青 木 武 男
	千 葉 睿 一
	森 葉 子
	杉 森 洋 平

大阪市阿倍野区松崎町2丁目2番2号

被 上 告 人	株 式 会 社 奥 村 組
同代表者代表取締役	奥 村 太 加 典
同訴訟代理人弁護士	俵 谷 利 幸
	伴 義 聖



東京都新宿区西新宿 1 丁目 2 5 番 1 号

被 上 告 人 大 成 建 設 株 式 会 社

同代表者代表取締役 山 内 隆 司

同訴訟代理人弁護士 竹 内 淳

柏 原 智 行

東京都千代田区三番町 1 番地

被 上 告 人 飛 島 建 設 株 式 会 社

同代表者代表取締役 伊 藤 寛 治

同訴訟代理人弁護士 加 瀬 洋 一

平成22年（行ヒ）第278号

上告受理申立て事件番号 東京高等裁判所平成22年（行ノ）第55号

審決取消請求上告受理申立て事件

申立人 公正取引委員会

相手方 株式会社新井組 ほか3名



上告受理申立て理由書

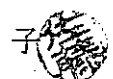
平成22年6月1日

最 高 裁 判 所 御 中

申立人指定代理人

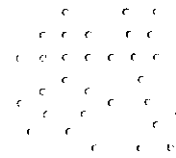
南 雅 晴 

秋 沢 陽 子 

佐 藤 真 紀 子 

小 高 真 作 

渡 辺 健 一 



第1	はじめに	4
第2	本件審決の概要等	6
1	本件審決における判断構造	6
(1)	違反行為の認定の必要性について	6
(2)	入札談合事案における違反行為の認定の手法について	6
2	本件審決に至る経緯等	10
3	本件審決による認定事実等	11
(1)	背景事情	11
(2)	本件違反行為の具体的実施方法	12
(3)	本件における基本合意	16
(4)	受注結果	17
(5)	違反行為の終了	17
第3	原判決の判示等	17
1	「一定の取引分野」について	18
2	「競争」について	18
3	「実質的に制限する」について	19
4	個別物件について	19
5	「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」 について	22
第4	独占禁止法2条6項の解釈について	23
1	「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」 の解釈	23
(1)	「他の事業者と共同して」について	23
(2)	「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること」について	25
2	「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」について	26
(1)	「一定の取引分野」の意義について	26

(2) 独占禁止法 2 条 6 項における「競争」の意義について.....	26
(3) 独占禁止法 2 条 6 項の「競争を実質的に制限する」の意義について.....	30
第 5 原判決の法令解釈の誤り及び判例違反・経験則違反	34
1 「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」について	34
(1) 「一定の取引分野」及び「競争」について	34
(2) 競争の実質的制限について	35
ア 法令解釈の誤り	35
イ 経験則違反	39
2 「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」 について	41
(1) 法令解釈の誤り	41
(2) 経験則違反.....	43
3 小括.....	47
第 6 結語.....	48

第1 はじめに

1 本件は、財団法人東京都新都市建設公社（以下「公社」という。）が東京都の区域のうち区部及び島しょ部を除く区域（以下「多摩地区」という。）において平成9年10月1日から平成12年9月27日までの間（以下「本件対象期間」という。）に発注した土木工事について、相手方株式会社新井組（以下「相手方新井組」という。）、相手方株式会社奥村組（以下「相手方奥村組」という。）、相手方大成建設株式会社（以下「相手方大成建設」という。）及び相手方飛島建設株式会社（以下「相手方飛島建設」という。）の4社（以下「相手方ら」という。）を含む34社が、平成17年法律第35号附則2条の規定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。）3条後段（不当な取引制限）違反に問われ、課徴金の納付を命じられたため、同条に違反しないこと等を主張して、これを争った事案である。

申立人は、平成20年7月24日付け公正取引委員会平成14年（判）第1号ないし第34号課徴金納付命令審判事件の審決（以下「本件審決」という。）により、相手方らを含む30社に対して課徴金の支払を命じた。

相手方らは、これを不服として、審決取消訴訟を提起したところ、原判決は、本件審決のうち相手方らに対して課徴金納付を命じる部分を取り消した。

しかし、原判決の理由中の判断には、不当な取引制限（同法3条後段）の定義規定である同法2条6項の「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」について、最高裁判所の判例（同裁判所昭和59年2月24日判決・刑集38巻4号1287ページ）の趣旨と相反する部分があり、また、同項の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことについて、審決取消訴訟事件について実質的な控訴審たる東京高等裁判所の多数の判例と相反する判断があり、同項の解釈、経験則の適用について重大な誤りが存在する。



したがって、本件は、民事訴訟法 318 条 1 項の「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」に該当するので、申立人は、上告の受理を求めるとともに、原判決は同法 325 条 2 項の「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとき」に該当するから、原判決を破棄し、更に相当の裁判をすることを求めるものである。

- 2 なお、本件審決により課徴金の納付を命じられた 30 社のうち 21 社及び相手方らが本件審決の取消訴訟を提起したところ、相手方ら以外の者の提起に係る訴訟については、東京高等裁判所平成 21 年 5 月 29 日判決（平成 20 年（行ケ）第 16 号，第 22 号，第 28 号及び第 34 号・公刊物未登載。原告：訴外西松建設株式会社（以下「訴外西松建設」という。），訴外株式会社クボタ建設，訴外東洋建設株式会社，訴外株式会社銭高組，訴外株式会社浅沼組及び訴外株木建設株式会社），東京高等裁判所平成 21 年 10 月 23 日判決（平成 20 年（行ケ）第 17 号，第 23 号，第 29 号及び第 31 号・公刊物未登載。原告：訴外株式会社加賀田組，訴外三井住友建設株式会社，訴外佐田建設株式会社及び訴外大木建設株式会社），東京高等裁判所平成 21 年 12 月 18 日判決（平成 20 年（行ケ）第 18 号，第 24 号，第 30 号及び第 37 号・公刊物未登載。原告：訴外株式会社松村組，訴外株式会社不動テトラ，訴外株式会社大林組及び訴外安藤建設株式会社）及び東京高等裁判所平成 22 年 1 月 29 日判決（平成 20 年（行ケ）第 21 号，第 27 号，第 33 号及び第 39 号・公刊物未登載。原告：訴外株式会社植木組，訴外株式会社みらい建設グループ，訴外馬淵建設株式会社，訴外坂田建設株式会社，訴外大和小田急建設株式会社，訴外清水建設株式会社及び訴外青木あすなろ建設株式会社）において、すべて例外なく、本件審決の結論及びその理由中の判断が是認されており、各事件の原告らの請求はすべて棄却されている（これらの判決を併せて、以下「同種事件判決」という。）。

第2 本件審決の概要等

1 本件審決における判断構造

(1) 違反行為の認定の必要性について

平成17年法律第35号による改正前においては、申立人は、本件のような不当な取引制限に係る事案について、通常、まず、独占禁止法2条6項の不当な取引制限に該当する行為を認定の上、同法3条後段に違反するものとして排除措置を命じ、次に、これを前提に、同法7条の2第1項の課徴金賦課要件に該当する場合には、課徴金納付命令等を行うこととされていた。このような場合、課徴金納付命令の審判手続においては、同法2条6項の要件該当性は判断の対象とはされていなかった（現行法59条2項は平成17年改正により導入された規定であるが、改正以前においても、同様に扱われていた。根岸哲編・注釈独占禁止法693ページ参照）。

他方、本件については、申立人は、違反行為の終了から1年までという排除措置の除斥期間の経過により、相手方らに対して排除措置を命じることができなかったが（同法7条2項）、実行期間の終期から3年を経過する前であったことから課徴金の納付を命じた事案である（同条の2第6項）。このような事案については、課徴金納付命令（同法7条の2第1項）又は課徴金の納付を命ずる審決を行うに当たっては、不当な取引制限（同法2条6項）に該当する違反行為を認定する必要がある。

以上のことから、本件においては、課徴金納付命令の固有の要件として、相手方らが受注した個別物件が「当該役務」（同法7条の2第1項）に該当するか否かが争点になるとともに、相手方らの入札談合における違反行為が同法2条6項の不当な取引制限に該当するか否かも争点とされたものである。

(2) 入札談合事案における違反行為の認定の手法について

本件は、公共発注に係る競争入札において入札予定者間で受注調整が行わ

れるいわゆる入札談合の事案である。

国、地方公共団体、特殊法人等が行う競争入札は、発注する工事を的確に遂行する意思と能力を有する事業者が入札に参加し、入札参加者全員が落札、受注を目指して互いに競争するためのものであり、このような入札参加者間の競争を通じて、受注者や受注価格等を決定しようとするものであるところ、本件を含めて、発注者は、同種の商品又は役務を継続的に入札により発注することが一般的である。

一般に、入札談合事案においては、発注者が個々に発注する個別物件ごとに事業者間で受注予定者や受注価格等を決めること、すなわち受注調整行為が行われるところ（以下「個別調整行為」という。）、個別調整行為は、発注により指名される事業者間において、発注者から個別物件の発注があるごとに、受注予定者を決め、受注予定者以外の者は、受注予定者の入札価格よりも高い価格で入札して受注予定者が受注できるように協力する等の共通の認識に基づき行われている場合が多い。

申立人が入札談合事案を独占禁止法 2 条 6 項にいう不当な取引制限に該当するとして規制する場合、通常、個別調整行為を違反行為とは捉えず、上記共通の認識を同条の違反行為と捉えている。そして、このような共通の認識を実務上「合意」、「基本合意」などと呼んでいる。

申立人が入札談合事案について同法 7 条の 2 第 1 項に基づき課徴金納付命令を命じる場合には、個別調整行為が行われた個別物件が同項の「当該役務」に該当するか否かを判断する必要があることから、当該物件自体が同項の要件該当性の検討対象となる。しかし、当該入札談合事案が同法 2 条 6 項の不当な取引制限に当たるか否かを判断する場合には、個別調整行為は、違反行為である基本合意の存在を推認する間接事実として位置づけられるにすぎない。

後記第 4 の 2(3)イ（30 ページ）のとおり、入札談合事案においては、先



に述べた基本合意が存在し、それが維持されていることが認められれば、「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」の要件が満たされるとともに、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」との要件も満たされることから、独占禁止法2条6項の要件該当性を判断するに当たっては、まず、違反行為たる基本合意の存在が認められるか否か、すなわち「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」の要件に該当するか否かという点が判断されることとなる。

本件審決を始めとして、申立人の大多数の審決においては、入札談合事案における違反行為をこのように捉えている。また、入札談合事案における違反行為に係るこのような理解は、過去の裁判例においても是認されている。

例えば、東京高等裁判所平成8年3月29日判決（判例時報1581号37ページ）においては、「注文者が競争入札等の競争的方法によって請負人を決定しようとしている場合において、その注文に係る工事又は役務等の取引分野に属する請負業者が、その受注をするに当たり、受注予定者を協議して定める旨の合意をし、又はかかる合意とともに、受注予定者とならない者は受注予定者が受注できるように入札価格等の点で協力することを約する旨の合意をすること（いわゆる受注調整カルテル）は、独占禁止法2条6項、3条、7条の2第1項にいう不当な取引制限に該当する共同行為というべきである。そして、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をするとともに、個々の工事又は役務等の受注に当たって、右の協定に基づいて別途協議をして特定の受注予定者を定める旨を約することは、右の抽象的・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。」とされている。

また、東京高等裁判所平成20年9月12日判決（公正取引委員会審決集第55巻872ページ）においては、「法2条6項の『不当な取引制限』の解釈として、本件のように、受注予定者を決定する方法等について基本合意（談合）がなされており、この基本合意に基づいてその後に入札に付される個々の物件について受注予定者が決定され受注予定者が受注できるように基本合意の合意者が協力するとされている場合には、当該基本合意そのものが競争を実質的に制限するものとして、当該基本合意そのものを『不当な取引制限』に該当する行為というべきである（これによれば、排除措置命令書に記載される基本合意の実行状況は余事記載ということになる。）」とされている。

このような入札談合事案における違反行為の捉え方は、後述の最高裁判所昭和59年2月24日第二小法廷判決（刑集38巻4号1287ページ）とも整合的である。

また、基本合意と個別調整行為の関係については、東京高等裁判所平成20年9月26日判決（公正取引委員会審決集第55巻910ページ）において、「本件審決の認定及び認定判断の過程に照らせば、本件審決は、基本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ことを違反行為と捉え、個別の受注調整行為は、基本合意が存在し、その基本合意のもと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事実を推認することができる間接事実として認定していることが明らかである。すなわち、本件審決は、基本合意が、個別合意をまって初めて不当な取引制限を充足するとの論理構成の下に、個別合意、つまり個別の受注調整行為自体を違反行為の構成要件とするものではない。したがって、個別の合意

に関しては、基本合意がその内容のとおり機能し、競争を実質的に制限していたとの事実を認定する上で必要な範囲で立証されれば足りるものというべきである。」と判示されている。

2 本件審決に至る経緯等

- (1) 申立人は、建設業法の規定に基づき国土交通大臣の許可を受け、国内の広い地域において総合的に建設業を営む者（このような建設業者を以下「ゼネコン」という。）である34社（相手方らを含む）が、遅くとも平成9年10月1日以降、公社発注の特定土木工事（Aランクの格付の単独施工工事並びにAA、AB及びACランクの格付けの共同施工工事の土木工事で、入札参加者の少なくとも一部の者につき34社及びその他のゼネコンのうちの複数の者を指名し、又はこれらのいずれかの者をJV（34社及びその他のゼネコンのうち複数の者を指名し、又はこれらの者を代表者とする複数の建設共同企業体）のメイン（JVの構成者のうちの代表者）とする複数のJVを指名して指名競争入札の方法により発注するもの）について、受注予定者を決定し、受注予定者が受注することができるようにすることにより、公共の利益に反して、公社発注の特定土木工事の取引分野における競争を実質的に制限したものであって、かかる行為は、独占禁止法2条6項の不当な取引制限に該当し、同法3条後段に違反するものであり、かつ、同法7条の2第1項に規定する役務の対価に係る行為であると判断した。そして、相手方らが平成9年10月1日から平成12年9月27日までの違反行為の実行期間内に本件審決の審決案別紙7記載の物件を受注していたことから、平成13年12月14日、同項に基づき、相手方らに対し、当該物件を対象役務として、相手方新井組に対して1374万円、相手方奥村組に対して2986万円、相手方大成建設に対して5046万円、相手方飛島建設に対して1348万円の課徴金の納付をそれぞれ命じた。

- (2) 相手方らは、これを不服として審判開始請求を行い、審判手続においては、

①基本合意は存在しない、②基本合意による競争の実質的制限は認められない、③課徴金納付命令の対象となった物件について、課徴金対象性は認められないなどと主張した。

(3) これに対し、申立人は、平成20年7月24日、相手方らの前記主張をいずれも排斥し、相手方らに対して前記金額について課徴金の支払を命じる本件審決を行った。

3 本件審決による認定事実等

(1) 背景事情

ア 多摩地区に営業所を置くゼネコンは、従前、これらの営業所において土木工事を担当する営業責任者をメンバーとする三多摩建友会と称する組織に参加していた。同会は、昭和54年ころに発足し、平成4年ころまで存続していたが、申立人が同年5月15日に同会の会員を含む埼玉県発注の土木工事の入札参加者に対して勧告を行った（いわゆる埼玉土曜会事件）のを機に解散した。

しかし、三多摩建友会の解散後も、旧会員らのほか、解散後に多摩地区に進出したゼネコンや多摩地区に営業所を置かずに事業活動を行っているゼネコンの営業担当者を含めて、恒例的に懇親会が開催されていた。また、同会の解散以前には、ゼネコン各社の営業担当者の名簿が作成されていたところ、解散後もほぼ同じ体裁の名簿が作成されていた。

イ 三多摩建友会存続当時、前記アの名簿に掲載されているゼネコンの間では、工事の入札に当たって、受注意欲を持つ者や、発注される工事との関連性を持つ者がある場合には、当該受注意欲や関連性を尊重することによって競争を避けることが望ましいとの認識が存しており、受注を希望する者の間の話合いが難航した場合には、同会の会長等の役員が調整に当たっていた。

同会の解散後においても、多摩地区において事業活動を行うゼネコン

各社は、上記と同じ認識を有していた。

(2) 本件違反行為の具体的実施方法

被審人34社のうち相手方らを含む被審人33社が個別物件について受注予定者を決定し受注予定者の受注に協力するまでの状況は、以下のとおりである。

ア(7) ゼネコンである被審人34社のうち、訴外徳倉建設株式会社（以下「訴外徳倉建設」という。）は、申立人から課徴金納付命令を命じられたが、本件審決では違反行為者とされなかった。訴外徳倉建設を除く33社（以下「33社」又は「違反行為者」という。）のうち、工事若しくは当該工事の施工場所との関連性が強い者若しくはJV又は当該工事についての受注の希望を表明する者若しくはJV（以下「受注希望者」という。）は、当該工事の発注が予測された時点、あるいは公社が入札の執行を公示（入札参加希望者を公募）した時点で、他の違反行為者並びに訴外徳倉建設及びその他のゼネコンに対し、又はゼネコンの多摩地区における営業担当者のうちの有力者（以下「業界の有力者」という。）に対して、自社が受注を希望していること又は自社が工事又は当該工事の施工場所との関連性（以下「条件」という。）を有していることを必要に応じてアピールしていた。

(i) 受注希望者は、アピールの方法の一つとして、地図に工事予定箇所及び近隣における自社の施工実績等を記入した資料又は予定工事に関連する設計業務等に係る資料（以下「PR紙」という。）を用いることがあった。PR紙は、特に、業界の有力者に相談する際に条件を有することをアピールするための手段として、しばしば用いられていた。

業界の有力者とは、三多摩建友会の最後の会長で、相手方大成建設多摩営業所の所長であった大木正毅（以下「相手方大成建設の大木」

という。)のほか、相手方大成建設土木営業本部営業担当部長の中西豊(以下「相手方大成建設の中西」という。), 相手方大成建設の大本の部下であった多摩営業所の次長の松本洋一(以下「相手方大成建設の松本」という。)及び相手方飛島建設多摩営業所の所長であった丸山正文であった。

各社の担当者は、相手方大成建設の大本に対しては、PR紙を提出したり、口頭で受注希望を表明したりして、これに対する同人の反応、すなわち、「受注活動を続けたらよい。」、「他に有力な条件を持つ者がいる。」などの示唆を踏まえて、発注される工事について受注活動を継続するか受注活動を中断するかなどの判断をしていた。しかし、平成12年2月29日に同人が退職した後、各社の担当者は、申立人が同年3月29日に町田市発注工事の入札参加者に対して立入検査を行ったため、相手方大成建設の中西と松本に対してPR紙を提出することが少なくなった。

(ウ) 受注希望者が他の違反行為者にアピールをした場合において、当該他の違反行為者も受注希望を表明したときは、アピールをした者とアピールを受けた者の間で、いずれの者の条件が強いかにについて話し合いを行っていた。アピールを受けた他の違反行為者すべてが受注希望を表明しなかったときは、この段階すなわち入札指名の前の段階で、受注希望者が1社に絞り込まれていた。

イ 受注希望者は、前記アのアピールに代えて、又はこれと併せて、他の違反行為者並びに訴外徳倉建設及びその他のゼネコンに対して、公社に工事希望票を提出するよう依頼していた。公社は、入札に参加する事業者又はJVの構成員となるべき者の選定に当たっては、当該施工工事については10社が、共同施工工事については10組のJVが、それぞれ入札に参加するように選定することを常としていたところ、受注希望者



による上記の依頼は、他の違反行為者並びに訴外徳倉建設及びその他のゼネコンに入札に参加して自社の受注に協力してほしいという趣旨で行われるものであると同時に、当該入札の参加者のうち、自社の受注への協力を見込めるゼネコンが占める割合を多くすることにより、自社が受注できる可能性を高めることも目的としていた。

ウ(ア) 受注希望者は、公社の指名により入札参加者が確定した以降において、必要に応じて、相指名業者に対して、改めて、自社が受注を希望していること又は自社が条件を有していることをアピールし、自社が受注できるよう入札での協力を依頼していた。この依頼は、現場説明会のために相指名業者がそろった際に口頭で行われたり、個別訪問又は電話により行われたりしていた。この時点で、ほかにも受注希望者がいる場合には、受注希望者の間でいずれの条件が強いかを話し合うことにより、受注予定者が決定されていた。

(イ) 条件は、具体的には、i 当該工事が過去に自社が施工した工事の継続工事であること、ii 自社と特別な関係にある建設コンサルタント業者が当該工事の調査又は設計の入札に参加していること、iii 当該工事の施工場所又はその近隣で施工実績があること、iv 当該工事の施工場所の近隣に自社の資材置場や営業所等の施設があること、v 自社又は関連会社が当該工事の施工場所の地権者であること（賃借権者であること及び施工場所の近隣の土地の所有権者であることを含む。以下同じ。）等である。

これらの条件の中では、自社が施工した工事の継続工事であることや当該工事の施工場所の地権者であることがそれ以外の条件よりも強い条件であり、その他の条件については強さの順序が明確ではなく、受注希望者間で条件の強弱について話し合いが行われ、その結果、受注予定者が決められていた。



なお、当該工事について強い条件を持つＪＶのメインがいない場合においては、当該工事の施工場所の近くに事業所を有するなどの強い条件を持つ地元業者等とＪＶを結成したＪＶのメインが、強い条件を持っていると主張し得ることとなっていた。

(ウ) また、受注希望者間の話合いにおいて、受注希望者の受注希望ないし受注努力の強さなどが反映される場合があった。

(エ) さらに、発注される工事について、自社に強い条件があり、他社に条件がない場合には、他社に対して直接の受注希望の表明ないし入札における協力の依頼をしなくとも、自社に強い条件があるということを他社が認識していれば、受注予定者とされていた。したがって、当該工事を受注しようとする者は、自社に強い条件があることが他の相指名業者にも明らかであると考える場合には、その相指名業者に対し入札における協力を依頼しないこともあり、他方、自社に条件があることを相指名業者に認めてもらうことが必要と判断した場合には、その条件を相指名業者に認めてもらうよう働きかけていた。

(オ) なお、ＪＶを結成して入札に参加する場合には、ＪＶの受注への協力の依頼や受注予定者を決めるための話合いは、通常、ＪＶのメインの間で行われていた。

エ (7) 受注予定者が決定された場合には、受注予定者は、他の違反行為者並びに訴外徳倉建設及びその他のゼネコンのうち相指名業者となった者に対して、入札価格を連絡し、連絡を受けたこれらの者は、受注予定者の入札価格より高い価格で入札していた。また、相指名業者となったこれらの者は、経験的に、発注工事と同等の過去の工事の入札結果等を勘案して積算することにより予定価格を推計できることから、受注予定者から入札価格の連絡がなくても、受注予定者の受注を妨げないであろう価格を比較的容易に予測し得たので、そのような価

格で入札していた。

このような入札価格の連絡を受けることにより、指名を受けた違反行為者は、受注予定者を知ることもあった。

(イ) 入札価格の連絡・確認方法は一様ではなく、i 受注予定者が相指名業者の入札価格を決めた上で連絡する方法、ii 受注予定者が相指名業者の積算価格を問い合わせる自社の入札価格より高い価格であることを確かめ、その積算価格に基づき入札するよう依頼する方法、iii 相指名業者が自社の入札価格を受注予定者に連絡し、受注予定者が異議を述べなければそのままの価格で入札する方法等がとられていた。

(ウ) なお、J Vを結成して入札に参加する場合には、入札価格の連絡・確認は、通常、J Vのメイン間で行われていた。

(エ) 公社は、予定価格を下回る入札がなかった場合には、入札日において3回まで入札を行っていたため、受注予定者は、3回分の入札価格を連絡することがあった。

オ なお、原判決は、「被告は、その『アピール』と称するものの内容を定義しておらず、その具体的内容は…証拠上不明である。」とする(原判決9ページ)。しかし、以上のとおり、それが、他のゼネコンに対して、自社が受注を希望していること、自社が受注の条件を有していること、それを明らかにするためにPR紙を作成して関係者に配布すること、工事希望票の提出を依頼することなどにより、自社が受注できるよう訴求する諸活動をいうことは明らかであり、原判決は、本件審決を正解していない。

(3) 本件における基本合意

3 3社は、遅くとも平成9年10月1日以降、公社発注の特定土木工事について、受注価格の低落防止を図るため

ア 公社から指名競争入札の参加者として指名を受けた場合(自社が構成

員であるJVが指名を受けた場合を含む。)には、受注希望者が1名のときは、その者を受注予定者とし、受注希望者が複数のときは、それぞれの条件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旨、及び

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合意していた。

(4) 受注結果

相手方らは、前記(3)の基本合意（以下「本件基本合意」という。）に基づき、前記(2)の具体的実施方法に従い、相手方新井組は番号11の物件について、相手方大成建設は番号24、26及び34の物件について、相手方飛島建設は番号30及び52の物件について、相手方奥村組は番号71の物件について受注した。

そして、33社は、本件基本合意に基づき、本件対象期間中の公社発注の特定土木工事72物件のうち、上記番号11、24、26、30、34、52、71の物件を含む31物件を落札・受注した。31物件は、件数では、公社発注の特定土木工事の約43.1パーセントを占め、落札金額では、合計200億7575万4000円のうち113億914万1000円（約56.3パーセント）を占める。

(5) 違反行為の終了

平成12年9月27日、本件について、申立人が独占禁止法の規定に基づき審査を開始したところ、同日、本件基本合意は事実上消滅した。

第3 原判決の判示等

本件においては、前記第2の1（6ページ）で述べたとおり、独占禁止法7条の2第1項所定の要件該当性を判断する前提として、33社の行為が不当な



取引制限（同法2条6項）に当たるか否かが問題となるところ、原判決は同項の要件のうち、第1次的に、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の要件の解釈及びその該当性について判示する。その判断内容は、おおむね以下のとおりである。

1 「一定の取引分野」について

独占禁止法1条、2条1項及び同条4項を踏まえれば、「競争の実質的制限の有無が判断される『一定の取引分野』とは、同種又は類似の商品又は役務について、需要者あるいは供給者として二以上の商業等の事業を行う者が存在し、その者らが生産、販売、価格、技術等について事業活動を行うことができる場ということができる。」（原判決41ページ）。

そして、本件における一定の取引分野とは、「一方当事者を公社、他方当事者を公社によってAランクに格付けされた建設業者とし、公社が算出した予定価格が1億7000万円以上となる多摩地区の下水道工事のAランクの工事について受発注をめぐる事業活動が行われる場と解するのが相当である。」（原判決42、43ページ）。

2 「競争」について

独占禁止法1条及び2条4項を踏まえるならば、「同法における『競争』とは、二以上の事業者が、同種又は類似の商品又は役務の供給において、受注等の獲得のために、価格、品質、技術その他各般の事項について、他の同業者との間で自由で自主的な営業活動を行って競い合うことであり、かつ、それは当該商品等に関する営業活動全般において行われ得るものとなる。

ただし本件の場合、『一定の取引分野』、すなわち、一方当事者を公社、他方当事者を公社によってAランクに格付けされた建設業者とし、公社が発注する多摩地区の下水道工事のうちのAランクの工事の受発注をめぐる事業活動が行われる場ではいわゆる指名競争入札の方法が採用されていたため、Aランクの建設業者が工事を受注するには、まず公社によって入札参加者として選定指

名されなければならない、次に公社が設定した予定価格以下最低制限価格以上の価格幅の中で最低の金額で入札しなければならないことになっていた。

そうすると、本件における『一定の取引分野』における『競争』とは、公社によって下水道工事のうちのAランクの特定の工事に関して行われる入札手続に入札参加者として選定指名されること、及び入札金額を決定することに関して、当該工事を受注すべくAランクの建設業者間に自由で自主的な営業活動が行われることをいうと解するのが相当である。」(原判決43, 44ページ)。

3 「実質的に制限する」について

前記1及び2によれば、「本件において『一定の取引分野』において『競争』を『実質的に制限』するとは、公社が発注する多摩地区の下水道工事のうちのAランクの工事に関し、入札参加者となることや自社で決定した金額で入札することに関して、Aランクの建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除すること（ただし、指名競争入札という手続上の制約から、公社が選定指名しなかったという意味での営業活動の停止や排除は除く。）によって、特定の建設業者が、ある程度自由に公社が発注するAランク工事の受注者あるいは受注価格を左右することができる状態に至っていることをいうものと解される。」(原判決44ページ)。

4 個別物件について

- (1)「本件審決が認定する番号11, 24, 26, 30, 34, 52, 71の各物件における工事希望票の提出、入札、落札に至る経緯は、おおむね被告が掲記する証拠により認定することができる。しかしながら、被告が認定した事実をもって『競争』を『実質的に制限』したと断ずるには論理の飛躍があることは否めず、更に建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除されたというような、その結果競争が実質的に減少したと評価できるだけの事実も認定されなければならないというべきところ、そのような事実までを認定するに足る証拠はないというべきである。」(原判決44,

45ページ)。

上記の基準による各物件についての原判決の判断の要旨は、以下のとおりである(原判決45ないし51ページ)。

- ① 相手方新井組、地元業者に該当する訴外イワキ工業株式会社(以下「訴外イワキ工業」という。)及び訴外工藤建設株式会社(以下「訴外工藤建設」という。なお、原判決本文中では同社は「工藤工業」と記載されているが、本件審決の認定においてはそのような名称の会社は存在せず、また、原判決の別紙4及び別紙5では「工藤建設株式会社」あるいは「工藤建設」と記載されているため、「工藤工業」は「工藤建設」の誤記と思われる。)が受注希望を有していたこと、相手方新井組から工事希望票の提出の依頼を受けたために同票を公社に提出したと述べるゼネコンの建設業者の入札参加者は10社中2社にすぎないこと、公社は、工事希望票を提出したAランクの建設業者19社の中から、Aランクの準地元業者(八王子市に契約先を登録している建設業者)1社、隣接の市の建設業者(町田市に契約先を登録している建設業者)1社を優先して選定し、その余のAランク建設業者枠8社については平成9年度において工事希望票の提出回数が多いものの指名回数の少なかったAランクの建設業者を格付上位から選定したこと、相手方新井組、訴外イワキ工業及び訴外工藤建設以外で同物件について受注希望を有しているAランクの建設業者が公社の選定指名を受けなかったこと以外の理由で入札参加者のJVメインとなれなかったとの事実をうかがうことはできないこと、相手方新井組、訴外イワキ工業及び訴外工藤建設が価格についてなんらかの合意を形成した上で入札に及び、その結果として相手方新井組が落札して受注したとの事情はないこと、以上の点を指摘することができる。

そうすると番号11の物件においては、入札参加や入札金額の決定に関してAランクの建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止ある

いは排除されたとの事実を認定あるいは推認する実質的証拠があるということできない（なお、番号24, 26, 30, 34, 52, 71の各物件についても、入札参加者のうち相手方から工事希望票の提出の依頼を受けたため、同票を公社に提出したゼネコンの建設業者は10社中数社にすぎないこと、公社が独自の判断でAランクの特定の工事に関して行われる入札手続における入札参加者を選定指名したこと、同物件について受注希望を有しているAランクの建設業者について、公社の選定指名を受けなかったこと以外の理由で入札参加者になれなかった事実をうかがうことはできないこと、一部の入札参加者間においては受注希望者が受注するよう協力した事情はうかがわれないこと等からすれば、各物件において、入札参加や入札金額の決定に関してAランクの建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除されたとの事実を認定あるいは推認する実質的証拠があるということとはできない旨が判示されている。）。

- ② 番号24, 26, 34の物件については、前記①のほか、本件違反行為者である訴外西松建設あるいは「その他のゼネコン」である訴外日特建設株式会社（以下「訴外日特建設」という。）が、自ら受注活動を行おうとしていたこと、また、事業上の事由により自社が受注することを諦めるなどしたことがうかがわれ、これらの事業者が受注活動を終了したことについての事業上の理由が存在しており、自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除されたことを認定あるいは推認するに足りる証拠はない。
- ③ 番号30, 52の物件については、前記①のほか、本件違反行為者である訴外鉄建建設株式会社（以下「訴外鉄建建設」という。）が立川市の業者である訴外高松建設株式会社（以下「訴外高松建設」という。）とJVを組むことを受注の前提として工事希望票を提出し、同社とJVを組むことができなかったため受注を諦めているところ、このような対応をとることは指名競争入札制度においては営業活動として合理的な判断であって

通常行われている健全な営業判断であり、自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除されたと評価することは困難である。

- (2) 以上のとおり、「原告らが違反行為（独占禁止法3条、2条6項）の結果受注したとされる番号11、24、26、30、34、52、71の各物件において、『一定の取引分野』における『競争』が『実質的に制限』された、すなわち建設業者が入札参加や入札金額に関して、自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除されたとの事実について、これを認めるに足りる実質的な証拠はないというほかない。」（原判決51ページ）。

5 「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」について

原判決は、申立人の主張に対する判断においてであるが、独占禁止法2条6項の「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」の要件について、「自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意の成立」（原判決54ページ）が必要であること、あるいは、「事業者間の競争の停止ないし排除を目的とする合意を締結したという事実」（原判決同ページ）が認められる必要があると述べる。

そして、原判決は、本件審決について、「被告（引用者注：申立人）の主張する本件基本合意とは、要は、公社の発注する土木工事の入札に関しては、『当事者』たる33社及び『協力者』たるその他のゼネコンの総体において、公社の発注するAランクの工事は受注希望を有する者が受注すればよい、受注希望者が複数いれば当該受注希望者同士で自社の事情等（被告はこれを『条件』と称する。）を話し合えばよい、その他の者は受注希望者から工事希望票の提出を求められたり入札する金額の連絡等がされた場合には、工事希望票を提出し受注希望者の落札を妨害する行為はしないという共通認識があったという程度のものにすぎず、この程度の認識を建設業者らが有していたことをもって直ちに自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの

合意の成立があったと断ずることができるのか甚だ疑問というべきである」として、「当事者」や「協力者」が有していた「共通認識」が同項の「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」の要件に該当することを否定している（原判決54ページ）。

第4 独占禁止法2条6項の解釈について

前記第3（17ページ）の原判決の判示は、独占禁止法2条6項の要件の「一定の取引分野における競争の実質的制限」の解釈適用を誤ったものである。

また、入札談合事案が不当な取引制限に当たるか否かの判断については、前記第2の1(2)（6ページ）で述べたとおり、「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」の要件該当性が問題となるところ、原判決は、前記第3の5で述べることに以外に、この要件についての判断を明確にしていない。

そこで、以下では、まず、同項の中心となる「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」及び「一定の取引分野における競争の実質的制限」の各要件の解釈について、後記1及び後記2においてそれぞれ述べ、次に、後記第5において原判決の法令解釈の誤り及び経験則違反について述べることにする。

1 「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」の解釈

(1) 「他の事業者と共同して」について

ア 不当な取引制限は、複数の事業者間の共同行為であるということがその要件であることから、「他の事業者と共同して」に該当するためには、複数事業者間に「意思の連絡」があることが必要となる。この点については、申立人の審決において、「共同行為の成立には、単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけでは、未だ十分でなく、進んで行為者間に何等か

の意思の連絡が存することを必要とする」(公正取引委員会昭和24年8月30日審決・昭和23年(判)第2号・公正取引委員会審決集1巻62ページ)との判断を示しているところである。

イ また、「意思の連絡」の態様としては、明示的な合意が必要となるものではなく、事業者間において、相手の行動を予測し、これに歩調を合わせようという意思が相互に共有されており、また、そのような意思が共有されていることを相互に了解している状態があれば「意思の連絡」が認められると解される。「意思の連絡」については、これを外部に明らかになるような形で形成することは避けようとする配慮が働くのが通常であり、外部的にも明らかな形による合意が認められなければならないと解すると、法の規制を容易に潜脱することを許すこととなるが、そのようなことを許さないためにも、このように解釈することが必要となる。

この点については、価格カルテルの事案について、『意思の連絡』とは、複数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意思があることを意味し、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、事業者間相互で拘束し合う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の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解するのが相当である」と判示されており(東京高裁平成7年9月25日判決・判例タイムズ906号136ページ)、また、入札談合事案においても、「東芝ケミカル事件の判決(引用者注：上記東京高裁平成7年9月25日判決)で示された判断基準を一般的な基準として本件に適用すること自体は何ら差し支えない」として、この基準によることが判示されている(東京高裁平成20年12月19日・判例時報2043号51ページ)。

さらに、同じく入札談合事案に係る前掲東京高等裁判所平成20年9月26日判決においては、「…独占禁止法2条6項にいう『不当な取引制限』

があるといえるためには、事業者が相互に意思の連絡を取り合い、互いの事業活動を拘束し、または遂行することが必要というべきであるが、事業者相互感（原文ママ）で拘束しあうことを明示して合意することまでは必要ではなく、合意した競争制限行為をすることを互いに認識、認容し、これに歩調を合わせるとい意思が形成されることで足り、また、それは黙示的なものであっても足りると解するのが相当である。」と判示されているところである。

(2) 「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること」について

ア 不当な取引制限に該当するためには、「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること」が必要である。「相互にその事業活動を拘束」するとは、事業者間の事業活動の上に一定の制限を課する行為をいう。

次に問題となるのは、いかなる行為があれば上記拘束性の存在を認めるべきかである。そのような行為は、違法行為であり、法的拘束力がなく、かつ、外部にその存在を秘匿せざるを得ないものであるから、暗黙の紳士協定に止まらざるを得ない。このような暗黙の合意は、相手方が守るという期待の下に、自分も守るという意識に基づいて成立し、その相互的認識が行動の一致となって現れるのである。不当な取引制限を規制する趣旨は、事業者の共同行為によって自由競争が制限されることを防止しようというものであるから、上記の暗黙の合意が認められれば、その拘束性の程度は緩やかなもので足り、前記の意思の連絡があれば、相互拘束性も同時に認められると解すべきである（今村成和・独占禁止法（新版）（法律学全集）78ないし80ページ参照）。

イ この点について、判例では、「被告人らは、それぞれその所属する被告会社の業務に関し、その内容の実施に向けて努力する意思をもち、かつ、他の被告会社もこれに従うものと考えて、石油製品価格を各社いつせいに一定の幅で引き上げる旨の協定を締結したというのであり、…かかる協定



を締結したときは、各被告会社の事業活動がこれにより事実上相互に拘束される結果となることは明らかであるから、…その実効性を担保するための制裁等の定めがなかつたことなど所論指摘の事情は、右結論を左右するものではない」(前掲最高裁昭和59年2月24日第三小法廷判決)とされている。この判例は、拘束性の程度を考慮していない立場に立つものと解されている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度125ページ)。

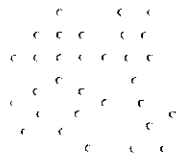
2 「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」について

(1) 「一定の取引分野」の意義について

独占禁止法2条6項の「一定の取引分野」の要件は「競争の実質的制限」の要件の前提となるものであるところ、典型的な不当な取引制限である価格カルテルや入札談合等においては、拘束力のある合意が成立していること自体により競争の実質的制限が生じていると推認されるものであり、通常、合意の及ぶ範囲の取引について一定の取引分野が認定される(金井貴嗣=川濱昇=泉水文雄・独占禁止法74ページ参照)。この点、刑事事件についてのものであるが、東京高等裁判所平成5年12月14日判決(高刑集46巻3号322ページ)においては、同項の「一定の取引分野」について、「違反者のした共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定して『一定の取引分野』を決定するのが相当である」との判断が示されている。

(2) 独占禁止法2条6項における「競争」の意義について

ア 独占禁止法は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止する等により、直接的には「公正且つ自由な競争を促進すること」、すなわち自由競争経済秩序の維持を目的とし、これにより「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こと」を究極の目的としている(同法1条)。そして、同条は、市場の競争機能すなわち、需要量と供給量との関係で価格が決まり、価格の変化を通して需



要と供給が調整されるという市場メカニズムを最大限発揮することが、
「事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民実所得の水準を高め」というような諸々の経済的効果をもたらすために、最も重要であるとの考えに立っているものである（今村・前掲独占禁止法2ないし8ページ参照。なお、市場の競争機能の内容については、実方謙二・独占禁止法〔第4版〕1ないし3ページ、岸井大太郎＝向田直範＝和田健夫＝内田耕作＝稗貫俊文・経済法6，7ページ、小田切宏之・競争政策論1ないし8ページ等参照）。

このような独占禁止法の目的及び不当な取引制限の規制趣旨からすると、不当な取引制限の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」（同法2条6項）における「競争」とは、単なる事業者間の個々の競争関係を指すのではなく市場の競争機能を指すと解すべきであり、また、「競争を制限する」とは、このような市場の競争機能を制限することを意味すると解される。

この点については、我が国における独占禁止法の有力な学説においても、上記と同様、「『競争の制限』（restraint of competition, Wettbewerbsbeschränkung）とは、…市場のもつ競争機能に影響を及ぼすことである」（今村・前掲独占禁止法61ページ）とされ、また、「…市場における競争により市場価格が形成され、その価格を媒介として市場経済が展開されるという自由競争経済体制のメカニズムを、市場価格を意図的に左右しうる力の結集により、歪めることを意味するもので、そのような力の結集が、競争事業者の結合（共同行為）によって行われる場合がカルテルに当たるのである」（今村成和・私的独占禁止法の研究（六）102，103ページ）、「資本主義社会における競争の機能としては、右に見たように、複数の事業者の中の特定の者が、取引の機会を獲得するための条件となる、ということの外に、同一の目的をもつ複数の競争行為が相互に影響

し合うことにより、資本主義社会における経済循環を可能ならしめるという機能が存在することに注意しなくてはならぬ。すなわち、前者が個別的な競争の機能であるのに対し、後者は、個別的な競争行為の集合体が、全体として有する機能に外ならぬもので、競争が、後者の機能を発揮する場を、通常、市場と呼んでいる。『一定の取引分野における競争の実質的制限』は、競争のもつ後者の機能との関連において形成されている観念で、『一定の取引分野』とは、市場というに等しく、そこにおける『競争の実質的制限』とは、市場における競争機能の発揮を妨げることに外ならない。」（今村・前掲独占禁止法46ページ）などとされているところである（実方・前掲独占禁止法136，137ページ，今村成和＝丹宗昭伸＝実方謙二＝厚谷襄児編・注解経済法上巻98ページ（実方謙二，和田健夫），厚谷襄児＝糸田省吾＝向田直範＝稗貫俊文＝和田健夫編・条解独占禁止法73ページ（厚谷襄児），松下満雄・経済法概説〔第4版〕52ページ，谷原修身・新版独占禁止法要論（第2版）84ページに同旨）。

イ この点に関して、独占禁止法2条4項は「競争」を定義しているが、同項は、独占禁止法の適用の前提として、単に事業者間において競争関係にあることを定義するにとどまり、同条6項の「競争」が市場の競争の機能を意味することからすると、同条4項の内容をそのまま同条6項の「競争」と同義に解することは相当でないと解される。

同条4項の沿革，適用範囲等については，今村・前掲独占禁止法において，「定義規定がこのような形で定められていることには，沿革的理由が大きく働いているのであって，元来，同法は，『この法律において競争又は競争者とは，潜在的な競争又は競争者を含むものとする』（旧2条2項）と定めるに止まっていた。それが現行法のように改められたのは，昭和二四年法二一四号改正によってであるが，その主な目的は，(i) 潜在競争の範囲を明らかにすること，(ii) 競争の観念の中には，いわゆる買手競争の場合も含



まれることを明示すること、(ハ) 企業結合の制限からは、買手競争の場合を外すこと、の三点にあったといわれる（公取編・昭二四改正法解説九〇頁、一〇〇頁）。ところで、このような必要が認められたのは、この昭和二四年の改正によって、競争関係にあることを基準として、会社間の結合が制限されることとなったので、その範囲を明らかにすることが、法的安定の上から、強く望まれたためである。然るに、昭和二八年の改正は、『競争関係』という基準のウェイトを著しく低いものにしてしまった（括弧内略）。従って、現状においては、このような形で競争の定義規定を設ける意味も、甚だ稀薄となるに至っているのである（括弧内略）。他方において、この定義規定をその他の場合、とくに、『一定の取引分野における競争の実質的制限』にいう『競争』に当てはめてみても、文字通りには、何の役にも立たないことが明らかである。」（４８ページ）とされているところであり、このような同条が規定された沿革、経緯等を踏まえると、同法２条４項の規定が独占禁止法の各条項における「競争」に当然に適用されるものではないと解される。また、学説上、「本項の『競争』の定義が役立つのは、①不公正な取引方法による役員の兼任を禁止する１３条２項の成立要件である『競争関係』、②不公正な取引方法を定義する２条９項を受けて定められた不公正な取引方法の一般指定（引用者注：昭和５７年６月１８日公正取引委員会告示第１５号「不公正な取引方法」）１項の共同の取引拒絶、同１５項の競争者に対する取引妨害および同１６項の競争会社に対する内部干渉の成立要件である『競争関係』、そして、③不公正な取引方法の一般指定８項のぎまんの顧客誘引、同９項の不当な利益による顧客誘引および同１１項の排他条件付取引の成立要件に含まれる『競争者』、のそれぞれの範囲の画定においてである。」（根岸編・前掲注釈独占禁止法１７ページ。なお、同書中の「不公正な取引方法」（一般指定）の条項は平成２１年１０月２８日公正取引委員会告示第１８号による改正前のものである。）とされており、同



法2条4項の「競争」の定義規定が適用される独占禁止法の条項は、極めて限定されたものであると解される。

(3) 独占禁止法2条6項の「競争を実質的に制限する」の意義について

ア 前記(2)を前提とした場合、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件は、市場支配状態の形成・維持・強化を意味し、市場における価格、品質、数量等の競争条件をある程度自由に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されていれば、それだけで上記要件に該当することが認められると解される。

この点、東京高等裁判所昭和26年9月19日判決（民集8巻5号967ページ、高民集4巻14号497ページ）においては、「競争の実質的制限とは、…競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現れているか、または少くとも現われようとする程度に至っている状態をいう」とされている。同様に、東京高等裁判所昭和28年12月7日判決（高民集6巻13号868ページ）においても、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件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すことをいう」とされている。

また、同種事件判決のうち、東京高等裁判所平成21年10月23日判決、同21年12月18日判決及び同22年1月29日判決においても、「競争を実質的に制限する」の意義について、上記東京高等裁判所昭和28年12月7日判決を前提として判断されているところである。

イ 不当な取引制限の典型である入札談合や価格カルテル等においては、本来市場の需給関係において決まるべき価格、数量等の競争条件について、「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」との要件に該当する合意の存在が認められれば、独占禁止法の保護法益である自由競争秩序は侵害されているのであり、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件を満たしていることが推認されることになるから、違反行為は直ちに成立するものと解される。

この点について、価格カルテルに係る刑事事件についての東京高等裁判所昭和55年9月26日判決（高刑集33巻5号359ページ）においては、「前記罰則は『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』ことを構成要件としているが、この行為は、具体的態様としては前述のとおり事業活動を拘束する行為（本件では原油処理量の制限行為）によって行われる。したがって、一定の取引分野における競争の実質的制限は、右具体的行為との関係においては結果であるが、その結果は、いわば右具体的行為自体に包蔵され、その拘束力の発生により直ちに生ずる性質のものである。その意味で、これを効果ということもできる」とされている。

また、前掲最高裁判所昭和59年2月24日第二小法廷判決においては、「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たことや決定された実施時期が現実到来することなどは、同罪の成立に必要ないと解すべきである。」とされており、一定の取引分野における競争を実質的に制限する合意が認められれば、これにより不当な取引制限は成立するとされている。

上記判決に関して、最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度においては、「合意の内容が実施されれば、競争の実質的制限が顕在化することは明らかであるが、相当の市場占拠率を占める事業者が共同して価格協定を結べば、そのこと自体により、潜在的には競争の実質的制限が生じているとみ



うることは、合意時説の指摘するとおりのことと思われ、かかる事態が生じたときは、可及的速やかに右競争制限を排除し、競争の自由を回復させるのが、独禁法に忠実な解釈であると思われる。」とされている（134ページ）。当該最高裁判所判決は、不当な取引制限の成立時期に関して判断したものであり、不当な取引制限における典型的な価格カルテルに関しては、拘束力ある合意が認められれば、競争の実質的制限が推認され、それにより直ちに違反が成立することを前提として述べていると解される（根岸・前掲注釈独占禁止法（稗貫俊文）86ページ参照）。

同様に、入札談合事案においても、基本合意が存在し、それが維持されていることが認められれば、独占禁止法の保護法益である自由競争秩序が侵害されることになるのであるから、「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」の要件を満たすとともに、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件も満たすことになると解される。

ウ 前記アのとおり、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」とは、市場における価格、品質、数量等の競争条件をある程度自由に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がもたらされることであるから、市場の事業者がすべて共同行為に参加することまでは必要ではない。この点については、学説においても、「…これらのカルテルは、当該取引分野に含まれている競争事業者の全員が参加していなくても、相当程度の割合の事業者が結合していれば、目的とする対市場効果の達成は可能であり、それが不可能なカルテルは、当事者に不利益をもたらすだけであるから、かりに合意されることがあるとしても、たちまち崩壊するのは必至である。」（今村・前掲私的独占禁止法の研究（六）103ページ）とされているところである。

エ また、市場支配の状態が成立すれば「一定の取引分野における競争を実



質的に制限する」との要件を満たすと解されるから、それ以上に、事業者間の個々の競争関係が消滅するというような事情は、同要件の該当性を判断する上で必要となるものではないと解される。

この点については、例えば、不当な取引制限の典型である価格カルテルの場合を考えてみれば自明である。価格カルテルの事案においては、価格に関して事業者が一定幅の値上げを合意したとしても、取引先であるユーザーとの力関係などの事情から、当該合意の内容どおりに価格引上げが実施されることはまれであり、このような場合、値上げ幅を交渉する余地があるという点からすると、事業者の自主的な意思は多少なりとも存在し、また、値上げ幅に裁量の余地があることからすると、その限度で競争が存在しており、完全には競争が消滅しているとはいえないと評価し得る。しかし、このような価格カルテルであっても、本来市場の需要と供給とのバランスで決まるべき価格を事業者間で合意すること自体が市場の競争機能を害するものと評価される。市場の競争機能を制限する行為を禁止するという独占禁止法3条後段の趣旨からするとカルテルに参加した事業者に自由で自主的な意思決定の余地が存在するか否かは、その成否の判断には何ら関係しないと解される。

なお、この点に関して、前掲東京高等裁判所昭和26年9月19日判決及び前掲東京高等裁判所昭和28年12月7日判決は、市場支配の要件として「競争自体が減少して」ということを前提としているところ、この場合の競争の減少とは、先に述べたような市場の競争機能が害されているような状態が認められれば当然に認められるものであるから、事業者間の個々の競争関係が完全に、あるいは、ほとんど消滅したことが認められなければ「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件を満たさないというものではないと解される。

以上の点については、価格カルテルと同じく不当な取引制限に該当する

入札談合事案についても、異なって解釈すべき理由はないことから、入札談合の違反行為である基本合意についても、当然に肯定されるものである。なお、先に述べたとおり、入札談合における個別調整行為は、違反行為である基本合意を推認する間接事実であり、基本合意の立証に必要な範囲で認定される場合があるにとどまるものである。

第5 原判決の法令解釈の誤り及び判例違反・経験則違反

1 「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」について

(1) 「一定の取引分野」及び「競争」について

ア 原判決は、本件審決の認定する「一定の取引分野」について、「被告は『一定の取引分野』について前記のとおり主張するが、結局その内包と外延は明らかではなく、また、競争の実質的制限の有無の判断の場として、前記(1)アで検討した本件における『一定の取引分野』から更に、本件対象期間中であること、ゼネコンが2社以上入札参加者となっていることなどの事情による限定を行わなければならないことにいかなる合理的事情があるのかについても説明をするところがない。そして、本件において取調済みの証拠によっても、被告の採るような限定を行わなければならない事情のあることをうかがうことはできない。したがって、被告の認定する本件における『一定の取引分野』には、実質的な証拠の裏付けがないというほかない。」と判断する（原判決52ページ）。

しかし、不当な取引制限の「一定の取引分野」については、前記第4の2(1)（26ページ）で述べたとおり、違反者のした共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定して決定することになり、入札談合事案においては、通常、基本合意が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討して一定の取引分野が画定されるべきものである。本件においても、

本件基本合意が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、一定の取引分野を認定したものであり、実際にも、前記第2の3(2)イ(13ページ)で述べたとおり、受注希望者は、「ゼネコンが2社以上入札参加者となっていること」を前提として、他の違反行為者並びに訴外徳倉建設及びその他のゼネコンに対して、公社に工事希望票を提出するよう依頼していたのである。これに対して、原判決は、基本合意が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討することなく一定の取引分野を認定するものであるから、原判決の上記判示は、このような不当な取引制限における一定の取引分野の判断基準に係る解釈を誤るものであり、本件審決の認定を否定する原判決の判断に法令解釈の誤りがあることは明らかである。

イ また、前記第4の2(2)ア(26ページ)のとおり、独占禁止法2条6項の「一定の取引分野における競争」は市場の競争機能を指すと解されるところ、原判決は、これを「一定の取引分野」に存在する個々の競争関係を指すと解している。したがって、原判決はそもそもその「一定の取引分野における競争」の解釈を誤っているといわざるを得ない。

(2) 競争の実質的制限について

ア 法令解釈の誤り

(7) 原判決は、独占禁止法2条6項の不当な取引制限が成立するためには、建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除され、その結果競争が実質的に減少したと評価できるだけの事実も認定されなければならないとし、個別物件ごとに建設業者が自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除され、その結果競争が実質的に減少したと評価できるだけの事実が必要としている。

これは、本件において、同項の「競争」について、個別調整行為における事業者間の個々の競争関係として捉えた上で、当該事業者間の個々



の競争関係が制限されたか否かを「自由で自主的な営業活動の停止あるいは排除された」との基準によって判断するものである。

- (イ) そして、この基準を適用した結果をみると、原判決は、物件番号 11, 24, 26, 30, 34, 52, 71 において工事希望票の依頼を受けた事業者が入札参加者の数に比べて少ないことを指摘する。
- (ロ) また、原判決は、番号 11 の物件について、相手方新井組が本件基本合意のアウトサイダーである地元業者の訴外イワキ工業及び訴外工藤建設との間で価格について合意していないことを「建設業者が自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除された」との事実が認められない主要な考慮事由としている（原判決 45 ページ, 53 ページ）。
- (ハ) さらに、番号 24, 26, 34 の物件について、本件違反行為者である訴外西松建設あるいは本件審決において「その他のゼネコン」とされた訴外日特建設が、自ら受注活動を行おうとしていたこと、また、事業上の事由により自社が受注することを諦めるなどしたことがうかがわれ、これらの事業者が受注活動を終了したことについての事業上の理由が存在したことから、「建設業者が自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除された」との事実を認めていない（原判決 46, 47 ページ）。同様に、番号 30, 52 の物件について、本件違反行為者である訴外鉄建建設が訴外高松建設と J V を組むことを受注の前提として工事希望票を提出し、同社と J V を組むことができなかったため受注を諦めているところ、このような対応をとることは指名競争入札制度においては営業活動として合理的な判断であって通常行われている健全な営業判断であるとし、この点を「建設業者が自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除された」ことが認められない事情の根拠としている（原判決 50 ページ）。
- (ニ) 以上のとおり、原判決は、前記 (イ) ないし (ハ) のような事情が存在すれば、「建設業者が自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除された」と

の基準を満たさないと判断しており、これは、入札において違反行為者及び協力者以外の業者が入札に参加すること、あるいは、当該入札物件についての営業活動の停止、継続等に関して事業者は何らかの自主的な意思が存在する事実が認められれば、事業者間の競争関係が停止あるいは排除されていないことを意味するものにほかならず、結局、事業者間の競争関係について完全に、あるいは、ほとんど消滅していなければ上記基準を満たさないと判断しているものと解される。

しかし、独占禁止法2条6項（不当な取引制限）の競争の実質的制限の判断については、市場の競争機能が制限されているか否かが問題なのであり、原判決のように個々の事業者間の競争関係を完全に、あるいは、ほとんど消滅させることを必要とすることは、市場の競争機能を侵害する行為を防止する旨の同法1条、2条6項及び3条後段の趣旨にもとり、不当な取引制限が成立する範囲を不当なまでに狭くすることとなる。このような解釈は、同法2条6項の趣旨を正しく理解するものとはいえない。

(カ) この点について、同種事件判決をみると、東京高等裁判所平成21年5月29日判決は、本件談合について「実質的評価としては、地元業者より企業規模が大きいなど価格競争力に優れたゼネコン同士の競争は一切失われ、受注予定者となったゼネコン1社（受注予定者となったゼネコンをメインとする1組のJV）と価格競争力の劣る地元業者1社ないし3社（地元業者をメインとする1組ないし3組のJV）との競争と評価すべき状況を作出しているのであるから、このような状況を作出したこと自体をもって競争を実質的に制限しているのであり、アウトサイダーである地元業者が入札に参加しているからといって競争の実質的制限が生じていないことにはならない。」としている。

次に、東京高等裁判所平成21年10月23日判決は、「…独占禁止法



2条6項が定める競争の実質的な制限とは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団が、その意思である程度自由に価格、品質、数量、その他の各般の条件を左右することによって市場を支配することを意味しており、ここにいう市場の支配は、特定の事業者又は事業者集団が、その意思だけで自由に価格、品質、数量その他の各般の条件を左右できる状態にまで至っていることを必要とするものではない。」とした上で、「本件基本合意は、予め受注予定者を決めて33社に属する他の事業者、協力会社が受注予定者の落札、受注に協力することを内容とするものであって、その合意の執行は、真に落札を目的とする者を入札市場から排除し、受注予定者以外の違反行為者及びその協力者が入札に参加して、受注予定者の落札に協力するものとなるから、本来されるべき入札参加者全員による競争は、受注予定者と地元業者のみの競争に限定されることとなり、原則として、そのこと自体が入札における正当な競争を阻害するものである」としている。

また、東京高等裁判所平成21年12月18日判決も、「競争が実質的に制限されたというためには、前記(1)のとおり、市場を支配することができる状態をもたらすことを要するが、完全な市場支配がされていなければならないものではない。」との一般論を述べた上で、本件においては、アウトサイダーが存在しても同要件を満たす旨を判示している。

さらに、東京高等裁判所平成22年1月29日判決は、「…本件基本合意の具体的実施方法は、入札指名前の段階で受注希望者を1社に絞り込み、その後、受注希望者は、他の違反行為者やその他のゼネコンに対し、公社に工事希望票を提出するよう依頼し、入札に参加して受注に協力する者を募り、自社が受注できる可能性を高めた上、公社の指名により入札参加者が確定した以降において必要に応じて話し合いをして受注予定者となり、他の者は受注予定者が落札するような入札をするというので



あって、その他のゼネコンや地元業者が存在することを考慮すると市場を完全に支配できるものとはいえないが、競争を相当程度制限することが可能なものといえる。」と判示し、同要件を満たすとしている。

(イ) 原判決は、独占禁止法2条6項における「競争」について、同法1条及び同法2条4項の「競争」の定義を前提としてその意義を解釈している(原判決第3の2(1)イ(43, 44ページ))。

しかし、同法1条は、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の健全な発展を促進する」との究極の目的を達成するために、「公正且つ自由な競争」の促進を目的とする、すなわち、市場の競争機能の保護を目的とするものであるところ、同条の規定から、原判決のいうように、同法2条6項の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件について市場における競争機能の侵害以上に、個々の事業者間の競争関係が完全に、あるいは、ほとんど消滅することが必要となるという解釈が導かれるものではない。

また、原判決が同法2条4項を根拠とする点については、上記のとおり、同条6項は市場の競争機能の制限を問題とするものであるから、同項の解釈に、事業者間において競争関係があることを定義するにすぎない同条4項の「競争」の解釈をそのまま適用することはできないというべきであり、同条4項における「競争」の定義規定の内容を前提として同条6項の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件を解釈した原判決は、そもそもその前提からして誤っているものといわざるを得ない。

イ 経験則違反

(ア) 仮に、原判決の解釈、すなわち、一定の取引分野における競争の実質的制限について「自由で自主的な営業活動の停止あるいは排除」が必要であるとの解釈をとったとしても、以下に示すとおり、原判決は、その



要件への当てはめを誤った経験則違反があるというべきである。

- (イ) 入札については、発注者が発注方法として入札を選んだ場合、これにより競争が行われる場である市場が形成される。そして、入札制度は、本来、入札参加者のうち最も低い価格を提示した者が落札するという価格競争によることを基本とするものであるから、市場の競争機能を制限することを防止しようという独占禁止法の趣旨からすると、入札制度のこのような機能を阻害する行為はすべて競争を制限する行為であると評価される。

この点、同種事件判決のうち、東京高等裁判所平成21年10月23日判決において、「このような制度（引用者注：入札制度）は、発注する工事を的確に遂行する意思と能力を有する事業者の全員が落札、受注を目指して互いに競争するためのものであるから、落札する意思を持たない者が落札する意思を有している者を排除して入札に参加すること、受注（落札）予定者を予め調整することは、それ自体が入札制度の目的に反し、一般的に正当な競争を阻害するものである」とされており、当該判示は入札制度の意義・目的を正しく捉えたものというべきである。

- (ロ) このような入札制度の意義・目的に照らして考えると、入札参加は、入札に参加した以上落札を目指し、自由で自主的な意思決定に基づき競争をすることが予定されており、競争事業者である他の入札参加者と調整することは、このような自由で自主的な意思決定と相反するものであることは明らかである。したがって、本件において、本件違反行為者らは、自由で自主的な営業活動を行っているなどと評価されるべきものとは到底いえず、原判決の解釈によっても、違反行為者らは「自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除」され、市場の競争機能は侵害されていると評価されるべきである。

- (ハ) 以上のとおり、入札において、当該入札物件を受注するか否かに関し



て、入札参加者に事業者としての何らかの自主的な意思が存在する事実が認められれば、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件に該当しないと判断する原判決は、同項の規制の趣旨の理解を誤ったものであり、同時に、原判決は、同要件への当てはめも誤ったものであるから、この点について経験則違反があるといわざるを得ない。

なお、同種事件判決において、原判決のように「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件に「事業者建設業者が自由で自主的な営業活動を停止あるいは排除された」との事実が必要であると解するものはない。また、本件のように、入札参加者に当該入札物件を受注するか否かに関して何らかの事業者の自由で自主的な意思が存在する余地が認められれば、上記の基準を満たさないと判断しているものも存在しない。

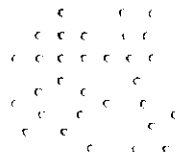
2 「他の事業者と共同して相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること」について

(1) 法令解釈の誤り

ア 前記第4の2(3)イ（30ページ）で述べたとおり、不当な取引制限の典型である入札談合事案においては、基本合意が存在し、それが維持されていることが立証されれば、「競争の実質的制限」が推認されるのであって、個別調整行為は、不当な取引制限の違反行為である基本合意を推認する間接事実として問題になるにすぎない。

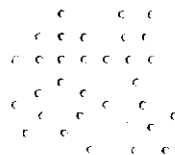
しかるに、原判決は、基本合意の認定が不明なままに、前記1のように、個別物件について完全に、あるいは、ほとんど競争の実質的制限が認められないため不当な取引制限（独占禁止法2条6項）が認められないと判断するものであって、原判決には法令解釈の違反があることは明らかである。

イ また、意思の連絡の内容の判断について、原判決の判旨は、前記1で述べた「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の解釈をそのま



ま意思の連絡の内容に当てはめたものと解されるが、先に述べたとおり、原判決の「競争を実質的に制限する」の解釈が誤りである以上、意思の連絡の内容についても、同様に独占禁止法2条6項の解釈を誤ったものといわざるを得ない。同項の「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」の意義は前記第4の1（23ページ）に述べたとおりであり、判例や学説において、意思の連絡、相互拘束性の要件は緩やかに解されているのであるから、これらの判例等の基準に照らしても、原判決の判旨はその内容を不当に厳しくするものであり、明らかに誤っているというべきである。

この点、同種事件判決である東京高等裁判所平成21年10月23日判決においては、「確かに、本件基本合意は、文書化され、あるいは合意の参加者が一堂に会する等して定められたものではなく、その当事者が誰なのかを明確にする基準があるとは認められない。また、受注調整の方法及び基準、受注予定者の決定の手続、各ゼネコン間の連絡方法、違反に対する制裁等のルールが具体的に定められているとはいえず、その存在や内容について何らかの周知措置が執られたとも認められない。したがって、本件基本合意は、契約のように法的な拘束力を持つ合意とはいえない（関係者の多くは、多摩地区で営業活動をするゼネコンの間の慣行と称している。）。しかし、上掲各証拠によると、このような慣行は、受注調整や入札に際しての協力につき、本件審決案が認定するような内容のものとして存在していたことは明らかである。しかも、多摩地区で営業活動をするゼネコンの担当者の間では、前任の者からの引継などによって広く知られていた上、33社においてこれを尊重し、遵守すべきものとされ、現実にも、これが尊重され、遵守されて受注調整のルールとして有効に機能し、受注予定者がこのルールに従って33社に属する他の事業者及び協力会社の協力を得て、希望の物件を落札していたことが認められる。したがって、独占禁止



法の不当な取引制限の有無を判断するに際して、このようなゼネコン間の受注調整及び公社発注の物件の入札に際して有効に機能している慣行を、本件対象期間中にこれに基づいて公社発注の土木工事を落札・受注した33社の基本的な合意であったと認めることはなんら不当なものではない。」と判断しており、原判決とは全く異なる判断を示しているところである。

他の同種事件判決においても、原判決のような判断を示すものではなく、この点も本件判決の上記要件の解釈に合理性が欠けることを示しているものといえる。

(2) 経験則違反

ア 仮に、原判決の示した「自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意の成立」、あるいは、「事業者間の競争の停止ないし排除を目的とする合意を締結したという事実」を要件としたとしても、本件における事実認定の下では、前記1(2)イ(39ページ)で述べたのと同様の理由から、本件違反行為たる合意の下で事業活動を行っている入札参加者は、到底、自由で自主的な営業活動を行っているなどと評価されるべきものとはいえず、経験則に違反しているものである。

イ(7) この点に関して、原判決は、本件審決が経験則に違反するとしている点として、特に次のとおり判示している。

「…被告は、受注しようとする建設業者が、受注意欲を表明したり、他の建設業者に対し工事希望票を公社に提出するよう依頼したり、他の入札参加者に入札価格を連絡・確認したり、原告大成建設の大木に対するPR紙を提出したりするといった、入札手続において価格競争が有効に機能していれば本来行う必要のないはずの行為が行われていると指摘し、そのような必要性のない行為を行うのは、それが自社に有利であるため、すなわち価格競争を回避して受注希望物件を希望価格で受注するために必要な行為であると認識していたためであると主張する。



しかしながら、建設業者は営業活動を行うに際し営業上正確な意思決定を行うために情報提供・情報収集等を行うものであるし、取り分け被告の指摘する行為はいずれも第一次的には自社が当該物件について受注を強く希望していることを他の建設業者に印象づけることを目的とするものであるから、こうした行為が独占禁止法2条6項にいうところの不当な競争制限行為と評価される場合があるのは、あくまで当該情報提供・収集行為（受注意思表明行為を含む。）により競争が制限されるという結果が生じた場合に限られるのであって、情報提供・情報収集（受注意思表明行為を含む。）を行ったことから、競争制限結果の発生を推認するかのごとき被告の上記主張は経験則に反し合理性を欠くものであって採用できない。」（原判決58ページ）

- (イ) 原判決のいう「当該情報提供・収集行為（受注意思表明行為を含む。）」の内容は、その前に指摘されている「受注しようとする建設業者が、受注意欲を表明したり、他の建設業者に対し工事希望票を公社に提出するよう依頼したり、他の入札参加者に入札価格を連絡・確認したり、原告大成建設の大口に対するPR紙を提出する」ことであると解される。

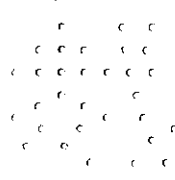
しかし、本件のような入札における競争は価格をめぐって行われており、入札談合等が介在せず競争が行われている状況においては、入札参加者は、入札物件に係る自社のコストを積算し、当該入札物件についてどの程度の価格であれば落札できるかといった競争に係る諸般の事情を考慮した上で、自己の入札価格を決定する。この場合、入札価格は入札参加者間の最も重要な競争手段であるとともに、当然に重要な機密事項であり、これを他社に洩らした場合、他社は当該価格よりも低い価格で入札すれば受注できるようになることから、そのような相手に手の内を晒すようなことは通常考えられない。他方、入札談合が行われている場合には、個別物件についての受注調整の結果、受注予定者が予め決まっ



ていたとしても、他の入札参加者が受注予定者の入札価格を知らなければ、誤って受注することもあり得るから、入札談合における入札価格の連絡は、違反行為に不可避免的に伴う行為であり、それ自体、違反行為の一部、あるいは、違反行為を推認させる極めて重要な間接事実として評価されるものである。このようなことから、申立人は、平成6年7月5日に作成・公表した「公共的な入札に係る事業者及び事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」(<http://www.iftc.go.jp/dk/kokyonyusatsu.html> 参照。以下「入札ガイドライン」という。)において、「受注予定者以外の入札参加者が、受注予定者等から入札価格に関する連絡・指示等を受けた上で、受注予定者が受注できるようにそれぞれの入札価格を設定すること」を違反行為としているところである（入札ガイドライン第二の1(2)1-1-3。なお、入札ガイドラインは、改正されているが、当該部分は改正の前後を通じて変わるところはない。以下同じ。）。

また、上記のとおり、入札においては、受注意欲と能力を有する者が入札に参加するものであり、入札参加者のうち最も低価格で落札した者が落札できるという仕組みであるから、競争が行われている状況においては、他の入札参加者に対して受注意欲を表明する必要はない。他方、入札談合が行われている状況においては、受注意欲がある違反行為者間の利害関係を調整する必要があることから、その表明は違反行為の前提であり、また、それが受注予定者を決定する際の極めて重要な考慮要素ともなり得る。これを受けて、入札ガイドラインでは、受注意欲の情報交換等を「次のような行為は、受注予定者を決定するための手段となるものであり、又は受注予定者に関する暗黙の了解若しくは共通の意思の形成につながる蓋然性が高いものであり、違反となるおそれが強い」としているのである（入札ガイドライン第2の1(2)ア）。

このようなことからすると、前記(ア)の原判決の判示は、入札における



違反行為に関して実態と著しく乖離した独自の見解を述べるものであり、当該見解が本件違反行為の存否を認定する際の前提とされていることからすると、原判決の法令の当てはめには、経験則違反の誤りがあることが明らかである。

(ウ) そのほか、他の建設業者に対し工事希望票を公社に提出するよう依頼すること、PR紙を提出することなどの本件における個別事情についても同様のことがいえる。すなわち、これらの事情は、関係証拠により受注予定者を決定するあるいは受注予定者が受注することができるようにするために行われていると認定できるものであり、これらの証拠があるにもかかわらず、原判決がこれを本件違反行為と関係がないかのように論じること誤っているといわざるを得ず、この点も前記(イ)と同様に経験則に違反しているというべきである。

(エ) なお、同種事件判決においては、すべて、本件において「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」の要件を満たすことを認めており、この点も、原判決の判断が合理性を欠いていることを示すものである。

ウ(ア) さらに、原判決は、「特段の事情や更なる追加的事情が認められない限り、たとえ特定地域のほとんどあるいは相当数の建設業者が上記のような『条件』に該当する事項の存否優劣を営業活動の開始、継続、中止等を判断するに当たっての一考慮要素にしていたとしても、そのことをもって直ちに競争者同士が各自の自由で自主的な営業活動上の意思決定を拘束し合っているとか、更にはこれが競争者間の競争を停止ないし排除するものであるなどと評価することは経済活動の実際にそぐわない不合理な見方というほかなく、採用できない。」と述べている（原判決56ページ）。

(イ) しかしながら、原判決が55及び56ページで挙げる証拠の中には、

「条件」が受注予定者決定の際の考慮要因になっていたことを供述する証拠も多数存在するのであるから、前記(7)の判断部分について、原判決は、違反行為の認定に際しての間接事実の取捨選択、あるいは間接事実の評価を誤った経験則違反があるといえる。

この点についても、同種事件判決では、原判決のような判断を示しているものではなく、このことは原判決の判断が合理性を欠くことを示すものである。

3 小括

以上のとおり、原判決は、独占禁止法2条6項の要件の解釈及び経験則の判断を誤ったものである。

なお、我が国の入札談合事案においては、本件のように半ば慣行化した受注調整行為が行われ、受注調整行為の条件がその事業者の営業上の判断と重なっている事案も少なからず存在するところ、原判決の同項の解釈によった場合、入札談合については、個別物件についてすべて入札参加者の間の競争関係が完全に、あるいは、ほとんど消滅したことを申立人において立証しなければならないこととなるから、このような事案を不当な取引制限として規制することが著しく困難となる。このような事案においても、入札によって形成された市場の競争機能が害されていることは明らかであり、仮にこれを規制することができなくなれば、市場の競争機能を保護しようとする不当な取引制限（同法3条後段及び2条6項）の趣旨を全うすることができないこととなる。

また、個別調整行為についての原判決の判断は、個別調整行為は違反行為である基本合意を推認するための間接事実として必要な範囲で認定されれば足りるものとしてきた申立人の独占禁止法の運用に多大な影響を与えるものである。

さらに、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」という要件は、独占禁止法において、不当な取引制限のほかに、私的独占（同法3条前段、同

法2条5項)や企業結合規制(同法第4章)においても共通の要件とされている独占禁止法上の基礎的な概念であり、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」という要件についての解釈はこれらの規制に共通している(「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(<http://www.jftc.go.jp/dk/haijyogata.pdf>)第3の2(1)及び「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」(<http://www.jftc.go.jp/dk/kiketsushishin.pdf>)第3の1(1)参照)。原判決の同要件に関する判示は、本件だけでなく、他の入札談合事案、価格カルテル事案等における同法2条6項の解釈、私的独占、企業結合規制などの同項以外の申立人の運用にまで多大の影響を及ぼし、仮にも、原判決の判旨が定着するようになれば、申立人の実務に及ぼす影響は極めて大きく我が国における競争政策の実現に多大の障害となるものといわざるを得ない。

第6 結語

以上の次第であるから、原判決は、確立した判例に相反し、独占禁止法2条6項の解釈、経験則の判断について、重大な誤りがある。

これらは、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」(民事訴訟法318条1項)に該当するので、上告受理を求めるとともに、これは「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとき」(同法325条2項)に該当するので、原判決のうち申立人が相手方に対して行った課徴金の納付を命ずる審決を取り消すとした部分を破棄し、更に相当の裁判を求めるものである。