

競争「関係」の制限と競争「機能」の制限

——多摩談合事件東京高裁平成二三年三月一九日判決批判——

林 秀 弥

第一章 問題の所在

第二章 多摩談合事件東京高裁平成二三年三月一九日判決

- 一 事実の概要
- 二 原審決による認定事実
- 三 判旨

第三章 判決批判

- 一 本判決の判断構造とその問題点
- 二 独占禁止法二条四項における「競争」をめぐる学説
- 三 同種事件四判決との乖離
- 四 本判決の「競争の実質的制限」理解の淵源
- 五 「一定の取引分野」について
- 六 「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

七 最後に…判決の経験則違反について

第四章 結語

第一章 問題の所在

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。）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、不当な取引制限（二条六項、三条後段）の違反要件と定める。この違反要件は高度に抽象的であるため、判例、学説、そして公正取引委員会（以下「公取委」という。）の実務により、これについて様々な解釈が試みられてきた。とりわけ、違反要件の中核をなす「競争を実質的に制限すること」（以下、場合により「競争の実質的制限」ともいう。）については、独禁法の制定後ほどなくして、裁判所によって一定の解釈が示された。すなわち、昭和二六年のいわゆる東宝・スバル事件東京高裁判決¹¹⁾において、競争を実質的に制限するとは、「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、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう」と解釈され、かかる意味での「市場支配力」が形成・強化されることをもって、「競争の実質的制限」と捉えられた。この解釈は、その後の判決にも引き継がれ、判例・通説となっているだけでなく、公取委によっても支持され、現在に至っている。

これに対して、本稿で検討する多摩談合事件東京高裁平成二二年三月一九日判決¹²⁾（以下単に「判決」又は「本判

決」という。）は、独占禁止法二条六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ぬとし、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、従来の「競争の実質的制限」とは異なる解釈を採るものである。すなわち、本判決は、同項の「競争」について、同法二条四項に定義されている「競争」概念を当てはめて、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を行うことを停止あるいは排除」との基準によって判断しており、後に見るように従来の先例及び学説とは著しく異なる解釈を採るものである。本件にかかる原審決（以下、単に「審決」又は「本審決」という場合がある。）⁽³⁾により課徴金の納付を命じられたのは三〇社であるが、そのうち、本判決の原告とは別に二一社により審決取消訴訟が提起されていた。これら本件同種事件のうち、原告以外の者の提起に係る審決取消訴訟の判決の全て、すなわち、東京高裁平成二一年五月二九日判決、同平成二一年一〇月二三日判決、同平成二一年一二月一八日判決、同平成二二年一月二九日判決の四判決（以下、上記四判決を「同種事件四判決」または単に「同種事件判決」という。）⁽⁴⁾全てにおいて、原審決の結論及びその理由中の判断が是認されており、その意味で、同種事件における本判決の特異性が際立っている。⁽⁵⁾

そこで、本稿は、本判決を批判的に検討することを通じて、独占禁止法二条四項の「競争」と二条六項にいう「競争の実質的制限」との関係を考察するものである。⁽⁶⁾

以下、第二章において、判決の〈事実〉と〈判旨〉を確認した上で、続く第三章において、本判決の「競争の実質的制限」の解釈を先例・学説との関係において批判的に検討する。特に、東宝・新東宝事件東京高裁判決（東京

高判昭和二八年一二月七日)における「いいかえれば」以下の判示、すなわち、競争者によって行われる競争単位としての競い合いの活動に対して制圧が加えられているかどうかを問題にする立場との親和性を明らかにする。最後に、結語を述べる。

第二章 多摩談合事件東京高裁平成二二年三月一九日判決

一 事実の概要

本件は、財団法人東京都新都建設公社(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。)において平成九年一〇月一日から平成一二年九月二七日までの間(以下「本件対象期間」という。)に発注した土木工事について、原告株式会社新井組(以下「原告新井組」という。)、原告株式会社奥村組(以下「原告奥村組」という。)、原告大成建設株式会社(以下「原告大成建設」という。)及び原告飛鳥建設株式会社(以下「原告飛鳥建設」という。)の四社(以下「原告ら」という。)を含む三四社が、平成一七年法律第三五号附則二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独占禁止法三条後段(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。¹⁰⁰⁾

公取委の課徴金納付命令は以下の通りである。すなわち、本判決の原告らを含む三四社は、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。）であるところ、三四社は遅くとも平成九年一〇月一日以降、公社発注の特定土木工事について、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していた。特定土木工事とは、Aランクの格付の単独施工工事並びにA A、A B及びA C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三四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共同企業体（三四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以下、「J V」という。）のメイン（J Vの構成員のうちの代表者）とする複数のJ Vを指名して指名競争入札の方法により発注することである。三四社は、右行為により、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、独占禁止法二条六項の不当な取引制限に該当し、同法三条後段に違反するものであり、かつ、同法七条の二第一項に規定する役務の対価に係る行為であると判断された。そして、本判決の原告らが平成九年一〇月一日から平成一二年九月二七日までの違反行為の実行期間内に原審決の審決案別紙七記載の物件を受注していたことから、公取委は、平成一三年一二月一四日、同項に基づき、原告らに対し、当該物件を対象役務として、原告新井組に対して一三七四万円、原告奥村組に対して二九八六万円、原告大成建設に対して五〇四六万円、原告飛鳥建設に対して一三四八万円の課徴金の納付をそれぞれ命じた。

本判決の原告らは、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、第一に、本件基本合意は存在しないこと、第二に、本件基本合意による競争の実質的制限は認められないこと、第三に、本件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こと、などを主張して争った。

これに対し、公取委は、平成二〇年七月二四日、原告らの右主張をいずれも排斥し、原告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。

原告らは、これを不服として、審決取消訴訟を提起したところ、東京高裁は、本件審決のうち原告らに対して課徴金納付を命じる部分を取り消し、公取委敗訴の判決を言い渡した。

ところで、審決取消訴訟においては、公取委の認定した事実はこれを立証する実質的な証拠があるときには裁判所はこれに拘束される（独占禁止法八〇条一項）が、実質的証拠の有無の判断は裁判所が行い（同法同条二項）、事実を立証する実質的な証拠がないと判断される場合には裁判所はこれを取り消すことができる（同法八二条一号）。そこで、まず、原審決において認定された事実を確認し、これに対して裁判所がどのような判断を下したのかをみることにする。

二 原審決による認定事実

1 基本合意

ゼネコンである被審人三四社のうち、訴外徳倉建設株式会社（以下「訴外徳倉建設」という。）は、公取委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三三社（以下「三三社」又は「違反行為者」という。）は、遅くとも平成九年一〇月一日以降、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、受注希望者が一名のときは、その者を受注予定者とし、受注希望者が複数のときは、それぞれの者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、

② 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

を合意していた。これが本件で問題となった入札談合の基本合意である（以下「本件基本合意」という。）。

なお、審決では、その他のゼネコン四七社は、受注予定者からの協力依頼に応じて協力したのみであり、本件対象期間中公社発注の特定土木工事において本件基本合意に基づいて落札・受注した物件はなかったことから、自社が受注意欲や物件との関連性を有するときに三三社と協力すべきことについて相互に認識認容していたとまでいうことはできないとして、当該四七社は本件基本合意の当事者とまで認めることはできないとされた。同様に、訴外徳倉建設が三四社から分離され、その他のゼネコン四六社と同様に扱われたのは、本件対象期間中公社から受注した物件の入札手続に、三三社が入札参加者となっていないためであった。このような処理については、学説上批判が強いところであるが、本稿ではこの点については触れないこととする。

2 本件基本合意に基づく具体的実施態様

次に、当該基本合意に基づく具体的実施態様は概ね次の通りである。三三社のうち、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に対して、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必要に応じて「アピール」していた。

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受注希望者の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。

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、受注希望者が一社に絞り込まれていた。

受注希望者は、前記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一〇社が、共同施工工事については一〇組の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、この依頼は、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。

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。

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。

3 受注結果

原告らは、本件基本合意に基づき、前記の具体的実施方法に従い、原告新井組は番号一一の物件について、原告大成建設は番号二四、二六及び三四の物件について、原告飛鳥建設は番号三〇及び五二の物件について、原告奥村組は番号七一の物件について受注した。

そして、三三社は、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七二物件のうち、右記載の番号一一、二四、二六、三〇、三四、五二、七一の物件を含む三一物件を落札・受注した。三一物件は、件数では、公社発注の特定土木工事の約四三・一パーセントを占め、落札金額では、合計二〇〇億七五七五万四〇〇〇円のうち一一三億 九一四万一〇〇〇円（約五六・三パーセント）を占めていた。

4 違反行為の終了

平成一二年九月二七日、本件について、公取委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。

三判旨

原審決取消

1 「一定の取引分野」について

独占禁止法一条、二条一項及び同条四項を踏まえれば、「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することができる」（判決四二頁）。

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一億七〇〇〇万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」（判決四二、四三頁）。

2 「競争」について

独占禁止法一条及び二条四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

3

「実質的に制限する」について

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ない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内で最低の金額で入札しなければならぬことになっていた。

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」（判決四三、四四頁）。

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

4 個別物件について

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の発注する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」(判決四四頁)。

(1)「本件審決が認定する番号一一、二四、二六、三〇、三四、五二、七一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(引用者注:「公取委」)のこと。以下同じ)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りる証拠はないというべきである」(判決四四、四五頁)。

(2)「原告らが違反行為(独占禁止法三条、二条六項)の結果受注したとされる番号一一、二四、二六、三〇、三四、五二、七一の各物件において、『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」(判決五一頁)。

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

独占禁止法二条六項の「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」（判決五四頁）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」（判決同頁）が認められる必要がある。

そして、判決は、本件審決について、「被告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』たる三三社及び『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」（判決五四頁）。

第三章 判決批判

一 本判決の判断構造とその問題点

本件においては、いわゆる「一発課徴金」の事案であったため、独占禁止法七条の二第一項所定の要件、すなわち、課徴金納付命令固有の要件として、三三社が受注した個別物件が「当該役務」（同項）に該当するか否かが問題となり、その判断の前提として、三三社の行為が不当な取引制限（同法二条六項）に当たるか否かが問題となったものである。判決は、独占禁止法二条六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ず、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であるとしている。

すなわち本判決は、二条六項の「競争」について、二条四項の「競争」の定義から、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」という基準によって判断しているのである。

しかし、独占禁止法二条六項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、本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のは、市場の競争機能の侵害行為を防止する旨の同法一条、二条六項及び三条後段の趣旨に悖り、不当な取引制限が成立する範囲を不当に狭めることになる。

そもそも、本判決のこの二条六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公取委は立証しなければならないこととなる。このことは、アウトサイダーである地元業者が入札に参加しているこの種の事案について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とを意味する。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「関係」ではなく）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」の侵害を保護しようとする不当な取引制限（同法三条後段及び二条六項）の趣旨が没却されてしまう。確かに、独占禁止法七条の二第一項固有の問題として、課徴金納付命令事案においては、個別物件において具体的な競争制限効果の立証を課徴金対象該当性の判断に当たり要求されるとしても（土屋企業事件・東京高判平成一六年二月二〇日・公正取引委員会審決集五〇巻七〇八頁参照）、本判決はその判断の前提として、三三社の行為が同法二条六項にいう不当な取引制限に該当するかの問題として判示しており、本判決の二条六項の解釈を批判する本稿の主張が右七条の二第一項固有の問題によって変容を来すことはない。

では、なぜ、独占禁止法二条六項の「競争の実質的制限」の判断については、個々の競争者の競争「関係」ではなく、市場の競争「機能」が制限されているか否かが問題なのか。それを学説から確認しておく。

二 独占禁止法二条四項における「競争」をめぐる学説

判決は、前記のように、独占禁止法二条六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

れなければならぬとし、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（二条四項）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」との基準によって判断するものである。しかし、この判示は問題であるといわざるを得ない。

なんとすれば、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」（二条六項）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、このような市場の全体としての競争機能を制限することを意味するものと解すべきだからである。このことは学説上も確立されている。代表的なものを挙げておく。

まず、今村成和博士は次のようにいう。独占禁止法二条四項で示される「この定義規定は、『この法律において競争とは……』と定めているけれども、実質的には、競争関係についての定め、——詳しくいえば、この法律において、個々の事業者間における競争関係の存在を認むべき範囲を定めたもの——に外ならないといつてよい。このことは、この定義規定を、条文中に競争の語が用いられている場合に当てはめてみて、もっともよく適合するのが、第四章における「競争関係」（括弧内略）の場合である。「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』に当てはめても、文字通りには、何の役に、も立たないことが明らかである」¹⁰³（傍点引用者）、「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以外ならぬ¹⁰⁴とされているのである。すなわち、独占禁止法一条にいう「公正且つ自由な競争を促進し」にいう「競争」とは「市場のもつ価格形成機能が正常に働きうる状態」をいうのであって、二条四項の「定義規定に基づく競争概念とは無関係」¹⁰⁵なのである。このように、不当な取引制限をはじめとした独占禁止法上の各違反類型における「一定の取引分野における競争の実質的制限」の解釈においては、二条四項の「定義規定に基づいて『一定の取引分野』

を想定した上で、当該取引分野における競争の実質的制限を論ずる、というのではなく、当該行為の結果として、競争制限が生じているか（あるいは、生じることになるか）どうか、生じているとすれば（生じることになるとすれば）どういう商品または役務の取引分野においてか、を問題とすべきなのである」と説かれるところである。¹⁷⁰

このことは、独占禁止法における競争とは「市場における全体としての競争」であって、企業間の個別的な競い合いではないとか、「競争の実質的制限は、一定の取引分野における競争を全体としてみて、その機能を実質的に制限することであり、単に競争関係の量的現象が著しいという意味ではない（括弧内略）」と説かれているところと共通している。¹⁷¹

このように、二条四項の「競争」の定義規定が適用できる独占禁止法の条項は、極めて限定されていると解さざるを得ないのであって、本判決のように、二条六項の「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（二条四項）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」との基準によって判断するのは、その前提において失当であると言わざるを得ない。

三 同種事件四判決との乖離

本判決は、同種事件四判決とも乖離している。例えば、多摩談合事件・東京高裁平成二一年五月二九日判決は、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一社（受注予定者となったゼネコンをメインとする一組のJV）と価格競争力の劣る地元業者一社ないし三社（地元業者をメインとする一組ないし三組の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。

また、同じく多摩談合事件・東京高裁平成二二年一〇月二三日判決は、「本件基本合意は、予め受注予定者を決
めて三三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。同様の理は、他の二判決でも述べられているところである。²⁰⁾

しかるに本判決は、前述の「自由で自主的な営業活動の停止・排除」基準を適用し、いずれの受注活動において
も「自由で自主的な営業活動を行ったとみることができるのであり、そうしてみると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」とした。

すなわち、(1) 物件番号一一、二四、二六、三〇、三四、五二、七一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、(2) また、番号一一の物件について、原告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(判
決四五頁、五三頁)。(3) さらに、番号二四、二六、三四の物件について、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（判決四六、四七頁）。同様に、番号三〇、五二の物件について、本件違反行為である訴外鉄建建設が訴外高松建設と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（判決五〇頁）。

以上のとおり、判決は、前記(1)ないし(3)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が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右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、前述のように、独占禁止法二条六項にいう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、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のは、市場の競争機能を侵害する行為を防止する旨の同法一条、二条六項及び三条後段の趣旨に悖るものであり、不当な取引制限が成立する範囲を不当に狭めることとなりかねない。かかる判決の解釈は、同法二条六項の趣旨を没却するものであるといわざるを得ない。

四 本判決の「競争の実質的制限」理解の淵源

以上のように、本判決は、「競争の実質的制限」について従来の学説及び同種事件四判決ともその理解を異にするものであるが、本判決のように「競争の実質的制限」を捉える種子は萌芽的にはあるが東宝・新東宝事件判決において既に蒔かれていたように思われる。特に、同判決の「いかえれば」以下の判示部分と本判決との親和性は顕著である。決して本判決だけが特異というわけではないのである。そこで、「競争の実質的制限」の解釈の先例となっている東宝・スバル事件を確認し、そこから東宝・新東宝事件判決及び八幡・富士合併事件同意審決の²³⁾問題を批判的に検討することで、東宝・新東宝事件判決及び八幡・富士合併事件同意審決と本判決との類似性について論ずることとする。

「競争の実質的制限」の解釈の嚆矢となったのが、前述の東宝・スバル事件東京高裁判決であることは判例・学説上争いが無い。本件は、東宝（被審人・原告）がスバル興行の映画館二館の営業の賃借したことが、独占禁止法一六条に違反するとされたものである。そこでは、「競争の実質的制限」について、本稿の冒頭で引用したように、その意義をはじめて明らかにした。²⁴⁾そして価格支配力としての「市場支配力」が形成・強化されることをもって「競争の実質的制限」と捉える本判決の解釈は、その後の判審決例及び学説上通説的見解となった。

続く東宝・新東宝事件判決は、東宝・スバル事件判決の「競争の実質的制限」の解釈をそのまま受け継ぎつつも、それとは異なる新たな解釈を付け加えた。東宝・新東宝事件判決は次のように述べる。①「競争を実質的に制限するとは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者団体がその意思で、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ている状態をもたらすことをいう」。②「いい

かえればかかる状態においては、当該事業者又は事業者集団に対する他の競争者は、それらの者の意思に拘りなく、自らの自由な選択によって価格、品質、数量等を決定して事業活動を行い、これによって十分な利潤を収めその存在を維持するということは、もはや望み得ないということになるのである」。

右の判示事項のうち、①については東宝スバル事件判決とほぼ同じ内容であり、「競争の実質的制限」を市場支配力が成立している状態と捉える通説的見解と軌を一にしている。これに対し、②が本件で新たに加わった部分であり、問題とされてきた部分である。②の判示によれば、「競争の実質的制限」とは、①の内容とは異なり、競争者が十分に競争することができず、市場において存立をすることができなくなるといふ意味に解釈されている。すなわち、判決によれば、①の意味での市場支配力の成立に加えて、競争相手が市場において制圧されることが必要であるということになる。換言すれば、①が認められても、他の競争者が市場において存立し、依然として競争活動を行うことができる状況にあれば、「競争の実質的制限」が認められないとされる解釈上の余地を残したのである。

しかし、この解釈は妥当でない。競争者との競争関係は存在しても、市場支配力の成立は十分に可能だからである。例えば、合併を例にとると、高度に寡占的な市場となり、その結果、合併当事企業とそのライバルとの間で、暗黙の協調が可能になったり、あるいはより容易になったりするのである。市場支配力は、何も、合併により独占的な地位を形成する場合にだけ生じるものではない。他の競争者の事業活動を制圧するまでには至らなくても、市場構造が高度に寡占的となることにより、それが競争圧力の緩和を招き、結果として、当該市場における主要なプレイヤー間で、競争水準を超えた価格設定が可能ないし容易になるのである。また、不当な取引制限の典型である価格カルテルの事案においても、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

ザーとの価格交渉力の関係から、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むしろ例外的である。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に着目すれば、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、その範囲で競争が残存しているといえなくもない。このような価格カルテルにあつては、完全には競争が消滅してしまつてはいえないとも考えられる。しかし、かかる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であつて、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。この点、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認められれば、独占禁止法の保護法益である公正かつ自由な競争秩序が侵害されることは自明であるから、「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」の要件も満たすのである⁸³。しかし、東宝・新東宝事件判決は、他の競争者の事業活動の制約の有無という点に「競争の実質的制限」の解釈を求めたがために、解釈の混乱を招いたのである。

東宝・新東宝事件判決のこの解釈には、「競争の実質的制限」を、価格支配力としての市場支配力が成立している状態と捉えるか、あるいは、他社の競争単位としての競い合いの活動に制約が加えられている状態と捉えるかという点で混乱がある。後者の側面を重視すれば、市場における他社の競争能力に対する制圧に着目する⁸⁴の判示につながる。これは、市場支配力の「支配」という日常的な語感とも親和的であつた。「支配」という日常的語感から、競争者の競争活動に対する制圧こそが市場支配力だと理解されたとすれば、問題は、かかる語感に引きずられて、価格支配力としての市場支配力の本来の意義が没却されるおそれが生じたことであつた。①と②は、いいかえ

になっただけに、いかえれば」という接続詞で結ばれているところに、判決の混乱がある。⁸⁵しかし、多摩談合事件・東京高裁平成二二年一月一八日判決が述べるように、「競争が実質的に制限されたというためには、……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」のである。

①と②は、実は、それぞれ原始独禁法制定当初における「競争の実質的制限」解釈の二つの立場と実は整合的なのである。⁸⁶すなわち、帝国議会本会議での原始独占禁止法案の提案理由によれば、「一定の取引分野における競争の実質的制限」に関して、「或る物資なり用役なりの生産とか供給とかの、一定の取引分野において、競争が実質的に行はれないように致し、仮令競争者が形の上で残っているにしても、それが将来到底成立ってゆかないと云う程度に至らしめるもの」と説明されている。⁸⁷委員会用の提案理由においても同様に、「或る物質等の生産、販売等につきまして、競争が殆んど行はれないようにすることを言う」との説明がなされている。⁸⁸このように、制定時の起草関係者の理解によれば、「競争の実質的制限」とは、市場における他の競争者が競争することができない状況に追い込まれているかどうか、すなわち、当事者以外の競争者の事業活動を不能ならしめる力の獲得が問題とされていたのである。また、原始独禁法の起草関係者による当時の解説書では、次のように説明されている。すなわち、「競争を実質的に制限する」とは、競争を全く無くするか、又は競争の大部分を排除して残存している競争が市場の大勢に影響力を持ち得ないようにすることをいう」としつつ、「而してこの場合において、従来の競争者の競争を制限するのみならず、今まで競争者でなかった者が新規に競争者として現れることをも抑圧するもの―即ち潜在的な競争をも制限するものでなければならぬ」とする。⁸⁹これは、他の競争者の事業活動を制圧し、あるいは競争者の参入・退出を左右しようするような戦略的地位の獲得を問題とする立場とみることができる。このような立場を推

し進めていけば、「競争の実質的制限」には、市場における他の競争者の事業活動を駆逐する能力が必要である」とか、「市場での他者による競争する能力が残存している限り、『競争の実質的制限』は認められない」といった、競争者の事業行動が抑圧されているかどうかを「競争の実質的制限」判断の基準とみる考え方が登場するのは見やすい道理であった。

もっとも、「競争の実質的制限」の解釈に当たっては、問題の行為により、価格その他の取引条件を左右する力（以下、包括的に「価格支配力」と略称する。）が形成・強化されるかどうかを問題とすれば足りるとする、後の東宝スバル事件判決に連なる解釈ももちろん存在した。例えば、前述の解説書と同時期に出された大隅健一郎博士らによる注釈書によれば、「競争を実質的に制限するとは、或る商品又はサーヴィスの生産・販売・供給というような一定の取引分野において、取引が行われる基礎となっている競争条件を現実に広くかつ深く変更することであり、その「実際の判断に当たっては、一人又は少数の者が事実上市場における価格を決定する力をもつか否かが重要な基準となる」と明示的に説明されていた³⁰⁾。また、米国反トラスト法をわが国に初めて本格的に紹介した矢沢惇博士の論稿³¹⁾、および、少し時代は下るが今村成和博士の論稿³²⁾においても、同様に、価格支配力の点から「競争の実質的制限」が説明されていた。この立場では、「競争の実質的制限」には、価格支配力の形成・強化があれば足り、それに加えて、競争者の事業活動が抑圧されているかどうかさらに問題となるものではなかった。

以上のように、原始独禁法制定の当初において、「競争の実質的制限」の解釈について、価格支配力と捉えれば足りるとする議論が有力になされていた。その一方で、かかる力に加えて、他の競争者の事業行動を不能ならしめるような戦略的地位の獲得を、競争への悪影響をみるに当たって追加的に必要であるかのごとき説明もなされていた³³⁾。このような二つの異なる立場が、その後の判審決例における「競争の実質的制限」解釈の混乱に少なからず影響

したと考えられるのである。

いわば、東宝・新東宝事件判決は、両者を統一的・整合的に解釈しようと試みたと考えられる。仮にそうであるとすれば、その努力にもかかわらず、「いいかえ」とは理解しがたいものを「いいかえ」として結んでしまったがために、解釈の混乱は引きずられ、有名な八幡・富士合併事件同意審決につながったのである。同審決で公取委は、「競争の実質的制限」について、次のように判断した。(1)独占禁止法「一五条第一項第一号にいう「当該合併によって、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なる場合」とは、当該合併によって、市場構造が合併前と比較して非競争的に変化し、特定の事業者が、市場における支配的地位を獲得することとなる場合をいう。しかし、ある事業者が、市場を独占することとなったり、あるいは取引上、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しうる力をもつこととなり」、(2)「これによって、競争事業者が自主的な事業活動を行ないえないこととなる場合には、右の特定の事業者は、その市場における支配的地位を獲得することとなるとみるべきである」。このように、審決では、まず(1)において、「競争の実質的制限」を特定の事業者による「市場支配的地位の獲得」と解釈する。そして(2)において、かかる「市場支配的地位の獲得」は、ライバル事業者が「自主的な事業活動を行えない」場合に生じると解釈する。

「競争の実質的制限」をめぐる東宝・新東宝事件判決、八幡・富士合併事件同意審決の理解と多摩談合事件における本判決の理解とに一定の親和性を見いだせるのは明らかである。本判決は、前述のように、「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」されたことが必要であると解し、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、右記の基準を満たさないと判断した。これは、ライバルが市場において自主

的な事業活動を行えるかどうかを「競争の実質的制限」の有無を判断する要素としている東宝・新東宝事件東京高裁判決及び八幡・富士合併事件同意審決と共通の理解に立っている。これに対して、八幡・富士合併事件同意審決による「競争事業者が自主的な事業活動を行ないえない」かどうかという基準と、本判決でいう、競争事業者が「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」されたかどうかという基準について、判断の次元が異なるのではないかとこの批判がありうるところである。すなわち、前者は、競争事業者が市場参加者として自主的な事業活動が行えるだけの競争機能が市場ではたらいっているかどうかを問題とするものであるのに対して、後者は、個々の事業者の現実の営業活動において自由で自主的な意思決定が存在するかどうかを問題にするものであり、市場参加者としての事業者の事業活動上の自主性を問題にするものではないというものである。しかし、東宝・スバル事件判決のみならず東宝・新東宝事件判決も言及するところの、「競争自体が減少して」とは、前述のように、個々の競い合いの結果、市場において集積される競争機能が減殺されている状態が認められれば当然に認められるのであって、本判決のいうように、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「競争の減少」が認められず、結果、「競争を実質的に制限する」との要件が満たされないというものではない。要するに価格支配力としての「市場支配力」が成立すれば「競争を実質的に制限する」との要件を満たすのであって、それ以上に、八幡・富士合併事件同意審決や本判決が述べるような、競争事業者の自主的な事業活動が消滅するかどうかといった附加的要素は、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のである。

右にみた八幡・富士合併事件同意審決の説示に立ち戻ると、(1)は、東宝・スバル事件および東宝・新東宝事件の①で示された市場支配力とほぼ同じ内容である。問題は(2)の判示である。「これによって」以下を文字通り受け取ると、自主的な事業活動を行える企業Ⅱ「有効な牽制力ある競争者」が「一社でも存在すれば」、「競争の実質的制限」

がないと解釈される危険がある。複占を容認する論理を提供したものととして学説がござって批判したのも、まさにこの点である⁸³。すなわち、自主的な事業活動を行える競争者が存在するかどうかが問題ではなく、競争者が有効な牽制力を振るうことが期待できないような市場構造及び市場行動が出現するかどうかが基準とされるべきであり、その意味で学説の批判は正当であった。現在では、このような八幡・富士合併事件同意審決理論は既に放棄されている。

本判決に即していえば、同種事件四判決⁸⁴中、多摩談合事件・東京高裁平成二二年一〇月二三日判決が述べるように、「…独占禁止法二条六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」のであって、「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、受注を旨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、それ自身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のである。

以上のように本判決は、確立した先例とも相反している⁸⁵。そもそも、前記・東宝・スバル事件判決判示の市場支配力が成立すれば「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。本稿で強調するように、合意すること自体が市場の競争機能を害するのである。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三条後段の趣旨にかんがみれば、談合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のである。同種事件判決においても、多摩談合事件・東京高裁平成二十二年一〇月二三日判決、同二十二年一月一八日判決及び同二十二年一月二九日判決においても、「競争を実質的に制限する」の意義について、前記・東宝・スバル事件判決判示の「競争の実質的制限」を前提として判断されている。

五 「一定の取引分野」について

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、……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、ゼネコンが二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かなる合理的事情があるのかについても説明をすることがない。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（判決五二頁）。

独占禁止法二条六項の「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、ここでいう「競争」の制限とは企業の個別の競い合い活動を制限することを意味するのではなく、それら個々の競

競争行為が市場において集積した結果としての競争「機能」が全体として害されることである。言い換えれば、競争（competition）の実質的制限とは個別の競い合い活動（rivalry）を制限することそれ自体をいうのではなく、市場において企業がお互いの競争を通じて相互に牽制しあう関係、すなわち市場競争を通じた相互の牽制作用（欧米でいう competitive constraints がこれに当たる）が実質的に制限されることこそが「一定の取引分野における競争の実質的制限」である。一定の取引分野を画定することは、かような反競争効果を測定するのにふさわしい場を決定するという意味をもつ。

「競争の実質的制限」の意義については、本判決も引用するように、「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」状態がもたらされることをいい、かつそれで足りるのであって、この市場を支配できることができる状態をもたらすことのできる力を「市場支配力」とよび、「競争の実質的制限」とは、このような市場支配力の形成・強化を指すものと解すれば足り、本判決のように、事業者が「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るかどうかといった余計な付加は不要かつ有害である。そして、右のかかる意味での市場支配力の有無を判定できるような場を画定する作業が「一定の取引分野」の画定である。そのような場を通じて、市場支配力の形成・強化の判断が可能となるのである。

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ける一定の取引分野については、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（＝競争の実質的制限が生じている範囲）の取引について一定の取引分野が認定され、判例もこの考え方に従っている。このように、不当な取引制限の「一定の取引分野」については、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。

他方で、入札談合事件は、「基本合意が対象とする複数の入札案件の受注予定者を事業者間で分け合う市場分割カルテルの側面とともに、公共入札制度にはある入札によって成立した取引が別の取引に影響しないように人為的に個々の入札対象に市場機能を限定する側面があり、一定の取引分野は重疊的に成立する」⁴³。この重疊的市場画定も市場支配力の形成しうる範囲が「一定の取引分野」であるという考え方と整合的に説明することができる。この重疊的市場画定のリーディングケースとなっているのが、石油価格協定事件である⁴⁴。石油価格協定事件東京高裁判決では、全体として石油製品販売市場を画定した上で、さらにその中に、大口需要者向け販売市場と一般消費者向け販売市場という二つの部分市場を画定した。判決は、これら三つの市場のいずれもが「一定の取引分野」を構成しうると判断した上で、本件で問題となる「一定の取引分野」は大口需要者向け販売市場であると判断した。その根拠として判決は、流通経路の違い（傘下配給経路経由か直接販売か）および契約方式の違い（入札または見積合せ方式をとるかどうか）を挙げた⁴⁵。

大口需要者向け販売市場のように、大口需要者に直接販売され、かつ、入札または見積合せの方式をとる場合には、かかる販売分野において、取引価格やその他の販売条件が左右されることは容易に推認できるため⁴⁶、当該販売分野を「一定の取引分野」とみることは首肯されよう。しかし、ここでも重要なのは、流通経路や契約方式の違いそれ自体ではない⁴⁷。そのような違いが存在することにより、かかる販売分野が市場支配力の形成しうる範囲であることが重要なのである。カルテルや入札談合（以下、両者をあわせてカルテル等という）は、競争制限それ自体を

目的とし、またその効果も専ら競争制限に向けられた行為であるため、たとえ一時的であれ、また小規模であれ、市場支配力（価格その他の取引条件を左右する力）をもちうる範囲で「一定の取引分野」を画定することは理にかなっている。また、かかる範囲は、通常は、カルテル等の対象となっている取引分野と評価される⁸⁶。なぜなら、カルテル等は、普通、それが実効性をもつからこそ行われるのであり、それが実効性をもつ限り、その範囲で市場支配力が形成されているとみることができからである。このように、石油製品という同じ製品であっても、石油製品全体で市場をとらずに、大口顧客を識別した上で、かかる顧客をターゲットにした、市場支配力の行使（競争水準を超えた価格引き上げやその維持）が可能なのであれば（この事件で問題となった入札談合が、大口需要者向けの販売分野で実効的になされていたことは、かかる市場支配力の行使が可能であったことを物語っている）、当該大口顧客向けの販売市場を画定しうることになる。

以上に対して、本判決は、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、二条四項に依拠して事業者間の競争関係の生じる範囲という形式的な立論で一定の取引分野を認定しており、妥当ではない。前記のように、独占禁止法二条六項の「一定の取引分野における競争」は市場の競争「機能」を指すとは解すべきであって、判決のいうように、これを「一定の取引分野」に存在する「個々の競争関係」に捉えるべきではないのである。また、判決は、「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、ゼネコンが二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かなる合理的事情があるのかについても説明をすることがない」と批判するが、本件においては、実際に受注希望者は、「ゼネコンが二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り、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としてみた場合、本件審決の認定する「一定の取引分野」を論難する本判決の論拠は説得力に乏しい。

六 「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 基本合意と個別調整

判決は、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から不当な取引制限（独占禁止法二条六項）が認められないと判断するものであって、妥当でない。

国、地方公共団体、特殊法人等が行う公共調達においては、発注する工事を的確に遂行する「意欲」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ことを前提にしたものであり、これが競争入札の本旨である。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。本件は、公共調達において入札予定者間で受注調整が行われたいわゆる入札談合の事案である。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定めること、すなわち受注調整行為が行われ、これがいわゆる「個別調整行為」とよばれるものである。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。そして、このような共通の認識がいわゆる「基本合意」と呼ばれるものである。そもそも、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。⁶⁰このため、独占禁止法二条六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が重要となる。⁶¹この点において、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。⁶²このことは、他の同種判決でも是認されている。

このように、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のであって、結果として、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公取委において立証することを要求する本判決には賛成することができない。

2 意思の連絡

判決は、独占禁止法二条六項の「他の事業者と共同して」の要件について、判決所論の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の解釈をここでもそのままあてはめて、「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」とか、「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」が必要であるとして、本件で「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」とした。しかし、前記のように、判決所論の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の解釈自体が失当である以上、かかる「意思の連絡」⁶³の解釈も妥当でない。

そもそも、入札談合事案においても、判例上、「東芝ケミカル事件の判決（引用者注…東京高裁平成七年九月二五日判決）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おり、さらに、同じく入札談合事案に係る東京高裁平成二〇年九月二六日判決⁵⁴⁾においても、「…独占禁止法二条六項にいう『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ふべきであるが、事業者相互間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互いに認識、認容し、これに歩調を合わせるという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。

このような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って、本判決の解釈は狭きに失する。

この点について、同じ多摩入札談合事件東京高裁平成二一年一〇月二三日判決においては「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間では、先

任の者からの引継などによって広く知られていた上、三三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三三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・受注した三三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、本判決とは全く異なる判断を示している。

七 最後に…判決の経験則違反について

本判決は、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表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、PR紙を提出したりするといった行為について、単なる「情報提供・情報収集」行為であると断じた上で、これらの行為によって「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。」という。しかし、この裁判所の判断こそ、経験則違反であるというべきである。

第一に、判決は、入札価格の連絡を単なる情報交換というが、入札価格は入札参加業者間の最も重要な競争手段でありそれゆえに最も重要な秘匿事項となるものであり、これを他社に洩らしてしまった場合、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ため、そのような相手に手の内を晒すような真似は競争状態では

考えられない。他方、入札談合が行われている場合においてこそ、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い、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。このことから、「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」（以下、「入札ガイドライン」という。）においては、「受注予定者以外に入札参加者が、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（入札ガイドライン第二の一(2)一―一三⁵⁶）。

第二に、そもそも入札においては、受注意欲と能力を有する者が入札に参加することを前提として制度が組み立てられているのであり、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そもそも存しない。他方、入札談合が行われている状況においてこそ、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となるものであり、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のである。このことから、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（入札ガイドライン第二の一(2)ア）。本判決の上記判断は、入札制度及び入札談合について、上記の広く共有されている経験則とは著しく理解を異にするものである。

第四章 結語

本判決は、独占禁止法二条六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ぬとし、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（二条四項）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」との基準によって判断した。しかし、この判断は、確立した判例とも相反している。前記・東宝・スバル事件判決判示の市場支配力が成立すれば「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」との要件を満たすのであって、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。合意すること自体が市場の競争機能を害するのである。市場の競争機能を制限する行為を禁止するのが独占禁止法三条後段であって、談合に参加した事業者が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。

多摩談合事件・東京高裁平成二二年一〇月二三日を再度確認したい。「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」。

本稿はこの点を強調するため、原始独占禁止法制定時以来の判例・学説を辿りつつ、競争「関係」の制限と競争「機能」の制限とは峻別すべきであると説いた。これが本稿の結論である。

注

- (1) 東京高判昭和二六年九月一九日・高民集四卷一四号四九七頁。
- (2) 東京高裁平成二二年三月一九日判決、平成二〇年（行ケ）第二五号、第二六号、第三二号及び第三八号、(株)新井組ほか三名による審決取消請求事件、判例集未登載。本判決の評釈として、中野雄介・ジュリスト一四〇三号一四頁及び藤田稔・速報判例解説（TKCローライブラリー経済法No.二二・Web版平成二二年六月二二日掲載）がある。
- (3) 公取委平成二〇年七月二四日課徴金納付命令審判事件審決・公正取引委員会審決集五五卷一七四頁。
- (4) 平成二〇年（行ケ）第一六号、第二二号、第二八号及び第三四号・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、訴外株木建設株式会社。
- (5) 平成二〇年（行ケ）第一七号、第二三三号、第二九号及び第三一〇号・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、訴外大木建設株式会社。
- (6) 平成二〇年（行ケ）第一八号、第二四号、第三〇号及び第三七号・判例タイムズ一三二二号二一九頁。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、訴外安藤建設株式会社。平成二二年三月一日上告却下、上告不受理決定。
- (7) 平成二〇年（行ケ）第二一〇号、第二二七号、第三三三号及び第三九号・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、訴外青木あすなる建設株式会社。
- (8) 本審決及び同種事件四判決に関する評釈として以下のものがある。岡田外司博・ジュリスト一三六六号一一八頁、金井貴嗣・ジュリスト一三七八号一八二頁、根岸哲・ジュリスト一三七六号（重判解）二七八頁、横田直和・公正取引六九八号八頁、岸

井大太郎・公正取引七〇七号二頁。西村暢史・速報判例解説六卷二八九頁、越知保見・ジュリスト一三九八号（重判解）二七五頁。

(9) 本稿は、拙稿「独占禁止法二条四項にいう「競争」と二条六項にいう「競争」の実質的制限」ジュリスト一四〇五号一七九頁（二〇一〇年）において紙幅の制約上検討できなかった内容さらには詳細に展開したものである。

(10) 本件は、平成一七年法律第三五号による改正独占禁止法以前の事案であったため、違反行為の終了から一年までという排除措置の除外期間の経過により、違反行為者に対して排除措置を命じることができなかった事案であった（同法七条二項）。ただし、実行期間の終期から三年を経過する前であったことから課徴金の納付が命じられた事案である（同条の二第六項）。平成一七年法律第三五号による同法改正以前においては、公取委は、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、独占禁止法二条六項の不当な取引制限に該当する行為を認定した上で、同法三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、同法七条の二第一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、同法二条六項の要件該当性は判断の対象とはされていないかった。これに対して、本件のようないわゆる「一発課徴金」事案については、課徴金納付命令（同法七条の二第一項）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（同法二条六項）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、違反行為者が受注した個別物件が「当該役務」（同法七条の二第一項）に該当するか否かが争点になるとともに、違反行為者の入札談合における違反行為が同法二条六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。

(11) 例えば、岸井・前掲注(8)八頁参照。

(12) 例えば今村成和博士は、「…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ふ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）』（有斐閣、一九九三年）一〇二、一〇三頁）とされ、「……『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發揮を妨げることには外ならない」（今村成和『独占禁止法（新版）（法律学全集）』（有斐閣、一九七八年）四六頁）とされている（傍点引用者）。同様の指摘として、今村成和『丹宗昭信』実方謙二『厚谷襄児編』注解経済法上巻（青林書院、一九八五年）九八頁（実方謙二、和田健夫）、厚谷襄児『田省吾』向田直範『裨貫俊文』和田健夫編『条解独占禁止法』（弘文堂、一九九七年）七三頁（厚谷襄児）。松下満雄『経済法概説（第四版）』（東京大学出版会、二〇〇六年）五二頁、谷原修身『新版独占禁止法要論（第二版）』（中央経済社、二〇〇六年）八四頁等。

- (13) 以上、今村成和『独占禁止法（新版）』四八頁。同頁によれば、「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』（旧二条二項）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、昭和二十四年法二一四号改正によってであるが、その主な目的は、(イ)潜在競争の範囲を明らかにすること、(ロ)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（括弧内略）。ところで、このような必要が認められたのは、この昭和二十四年の改正によって、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）」と指摘されている。

(14) 今村・前掲書（一九七八年）四六頁。

- (15) 前掲・『注解経済法上巻』四〇頁（今村成和）。
- (16) 前掲・『注解経済法上巻』同頁。
- (17) 舟田正之「『公正な競争』の規範的意義」公正取引四二三号一六頁以下（一九八六年）。
- (18) 田中誠二他「コンメンタール独占禁止法」一〇四頁（福岡博之）。
- (19) なお、主要経済法学説における「競争」概念を詳細に比較検討した貴重な文献として、江口公典『経済法研究序説』（有斐閣、二〇〇〇年）四〇頁以下（同書第一部第一章第三節「独占禁止法上の『競争』について」）を参照。
- (20) 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、二〇〇九年）一七頁によれば「本項の『競争』の定義が役立つのは、①不正な取引方法による役員の兼任を禁止する一三条二項の成立要件である『競争関係』、②不正な取引方法を定義する二条九項を受けて定められた不正な取引方法の一般指定一項の共同の取引拒絶、同一五項の競争者に対する取引妨害および同一六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不正な取引方法の一般指定八項のさまざまな顧客誘引、同九項の不当な利益による顧客誘引および同一一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」（根岸哲）とされているのであって（なお、同書中の一般指定の条項は平成二一年改正独占禁止法による改正前のものである）、同法二条四項の「競争」の定義規定は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の解釈には役に立たないというべきである。あわせて参照、金井貴嗣「川濱昇」泉水文雄編『独占禁止法（第三版）』（弘文堂、二〇一〇年）二七頁（泉水文雄）（「立法論としては、二条四項を廃止するか、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」および「公正な競争を阻害するおそれ」の解釈に役立つように二条四項を改正すべき」とする）。
- (21) すなわち、多摩談合事件・東京高裁平成二二年二月一八日判決も、「競争が実質的に制限されたというためには、……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。また、同じく多摩談

合事件・東京高裁平成二二年一月二九日判決は「…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一社に絞り込み、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。

(22) 東宝・新東宝事件東京高裁判決（東京高判昭和二八年二月七日・高民集六卷一三三号八六八頁）。

(23) 公取委審決昭和四四年一〇月三〇日・公正取引委員会審決集一六卷四六頁。

(24) 本件の上告審で最高裁は、本判決につき、「その判断は正当である」と判示し、上告人（東宝）の主張を斥けている。最判昭和二九年五月二五日・民集八卷五号九五〇頁。

(25) 不当な取引制限罪の成立時期について述べたものではあるが、石油カルテル刑事事件最高裁判決昭和五九年二月二四日・刑集三八卷四号一二八七頁においては、「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、独禁法八九条一項一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」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。

(26) 東宝・スバル事件、東宝・新東宝事件の両判決に参画した猪俣幸一元東京高裁判事は、「このように裁判所の態度が変わりましたのは、競争の実質的制限の本質は市場支配力の存在である。市場を力でおさえることができるというところに重点をおいたのであります」と説明している。石井幸一ほか「座談会・独禁法重要判例の問題点を検討する」財政経済弘報七〇二号五

面（一九五八年七月二二日）。この説明にも「支配」の語感に引きずられた跡が窺われる。

(27) 同様の指摘として、今村成和『私的独占禁止法の研究（四）Ⅰ』（有斐閣 一九七六年）二二四頁参照。

(28) 猪俣元判事は、両事件について、東宝・新東宝事件において、「競争の実質的制限の意義についての裁判所の態度が変わった」とした上で、「前の判決（東宝・スバル判決―筆者注）では、そういう事業支配の形態が現れているか、現れようとする程度にいたっている状態という説明し、もの状態を動的にみたわけでありますが、今挙げました東宝・新東宝事件では、市場を支配することができると説明し、支配力を持っている状態を、いわば機能的な見方に変えてきております」と述べている。前掲・財政経済弘報財政経済弘報七〇二号五面（一九五八年七月二二日）。しかし、ここにいる「市場を支配することができる状態」とは、「いいかえれば」以下の判示により、市場支配力をもつ企業に対してライバルの置かれた状態として理解されていることが問題なのである。

(29) 総合研究開発機構（NIRA）戦後経済政策資料研究会編『経済安定本部戦後経済政策資料 財閥解体・集中排除関係資料（3） 独占禁止法関係（二）』（日本経済評論社、一九九八年）二七三頁（独占禁法案提案の理由説明（本会議用））。議会で、独占禁止法自体が当時非常に目新しい法律であり、一般にはなじみがなかったこともあって、当該法律案に関して、実質的な議論はほとんどなされなかったようである。公取委事務局編『独占禁止政策三十年史』（大蔵省印刷局、一九七七年）四二六頁には、回想録として次のようなくだりがある。「帝国議会で、議論も全然なかったですね。細かい陳情のような話が二、三ありましたが、委員会を開いても質問がないんですよ。もやもやと時間つぶしをやっていました」（小山雄二・元公取委職員談）。

(30) NIRA・前掲書二八八頁（理由説明（委員会用））。

(31) 橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』（日本経済新聞社 一九四七年）

(32) 前注一二四頁。

- (33) 大隅健一郎・吉川大二郎『独占禁止法注釈』（法律文化社 一九四七年）
- (34) 前注一四—一五頁。また、公取委事務局編『改正独占禁止法解説』（時事通信社 一九四九年）一一八頁は、価格支配力には言及がないものの、「競争の実質的制限」を「市場をコントロールする力」と定義している。商工省企画室『独占禁止法解説』（時事通信社 一九四七年）一五頁も、同じく価格支配力への言及はないものの、本文で見た立場と同様の理解が看取できる。
- (35) 原始独占禁止法制定後ほどなくして、既に米国反トラスト法について相当進んだ研究と理解がなされていたことは注目される。それらの研究のうち、独占禁止法を含む企業法の制定過程に深く関与した矢沢博士による論稿（次注参照）は特に重要である。
- (36) 矢沢惇「独占禁止法の基本原理」『企業法の諸問題』（商事法務研究会 一九八一年）四六二頁（初出、一九四九年）では、米国法の検討に続いて、日本の独占禁止法の「競争の実質的制限」について、「市場の支配の意味に解すべきであろう。それはしたがって価格または供給その他の条件を一方的に決定しうることをいう」とある。
- (37) 今村成和『私的独占禁止法の再検討—反トラスト法と私的独占禁止法—』（国立国会図書館調査立法考査局 一九五一年）八五頁は、「競争の実質的制限」の徴表を、「市場価格の決定が、いかにして行われるか」の観点から見いだされなければならないとする。
- (38) このような理解の背景には、初期の米国法の理解が一定程度影響を与えたと考えられる。例えば、Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904) の反対意見を参照。
- (39) 批判の概要については、たとえば、厚谷襄児他編『条解独占禁止法』（弘文堂 一九九七年）三七六頁（根岸哲）を参照。当時の代表的な批判として、今村・前掲注⑦二六三頁以下、正田彬『独占禁止法研究Ⅰ』（同文館 一九七六年）一四五頁以下、丹宗昭信『独占および寡占市場構造規制の法理』（北大図書刊行会 一九七六年）二六〇頁以下をそれぞれ参照。また、『独禁法審決・判例百選』（有斐閣）の初版から第六版及び『経済法判例・審決百選』（有斐閣 二〇一〇年）までに掲載されている本

件の解説は、初学者向けのものではあるが、簡潔な解説として、批判の要点が把握できる。

- (40) 例えば、東京高等裁判所平成二二年一月三日判決において、「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」とされている。

- (41) 前掲東宝・スバル事件及び東宝・新東宝事件判決の両判決は、「競争の実質的制限」の定義のなかに「競争自体が減少して」という文言を含めているが、ここにいる「競争の減少」とは、市場の競争機能が害されていることを指し、判決のいうように、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解釈をとるものではない。

- (42) この点、刑事事件についてのものであるが、東京高判平成五年二月一四日・高刑集四六卷三三二二頁においては、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。

- (43) 藤田・前掲注(2)三頁。

- (44) 東京高判昭和三十一年一月九日・公正取引委員会審決集八卷六五頁。

- (45) 前注七九一八〇頁。

- (46) 宮井雅明「判批」『独禁法審決・判例百選（第六版）』一一頁（有斐閣二〇〇二年）は、「入札を通じた大口需要者向け販売においては、一般消費者向け販売における競い合いによって価格や販売量は左右されないし、取引参加者の特定の容易さと取引結果の透明性において、カルテルからの逸脱の探知と制裁が、一般消費者向け販売と比較して格段に容易である」と指摘する。

(47) なお、宮井・前注同頁は、「本件判決のように、大口需要者を「共通の顧客」として石油元売業者が相互に競争関係に果たことを強調するのみでは、一般市場との区別の論理は明確にはならない」と指摘する。

(48) 本文に述べた見地からは、大口顧客のうち、さらに細分化された範囲について、それが実効的なカルテル等の対象分野となっているのであれば、かかる範囲について市場が成立しうることになる。本件判決の理解としてその点を指摘するものに、根岸哲「判批」『独禁法審決・判例百選〈第三版〉』一七頁（有斐閣一九八四年）参照。

(49) 公取委実務では、個別調整行為を違反行為とは捉えず、「基本合意」を同条の違反行為と捉えている。

(50) この点については、価格カルテルに係る刑事事件にかかるものではあるが、東京高判昭和五五年九月二六日・高刑集三三三巻五号三五九頁においては、不当な取引制限にかかる罰則は、「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）によつて行われる。したがつて、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、不当な取引制限罪の成立時期について述べたものではあるが、最高裁判所昭和五九年二月二四日・刑集三八巻四号一二八七頁では、「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、独禁法八九条一項一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つて実施に移されたことや決定された実施時期が現実に来ることなどは、同罪の成立に必要なと解すべき」とされており、右最高裁判決に関して、最高裁判所判例解説刑事篇昭和五九年度一三四頁においては、「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」とされていること

ろである。このように、競争の実質的制限を伴う基本合意により、不当な取引制限は成立するのである。

- (51) このような理解は多数の判例でも支持されている。例えば、東京高判平成八年三月二十九日・判例時報一五八一号三七頁においては、「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業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、独占禁止法二条六項、三条、七条の二第一項にいう不当な取引制限に該当する共同行為といふべきである。そして、特定の注文者が継続的に発注する工事又は業務等につき、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もに、個々の工事又は業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、個々の工事又は業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ふべきであるから、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、東京高判平成二〇年九月一二日・公正取引委員会審決集五五卷八七二頁においては、「法二条六項の『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ふべきである（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。

- (52) 東京高判平成二〇年九月二六日・公正取引委員会審決集五五卷九一〇頁において、「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（傍線引用者）。

53) 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。「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」（公取委昭和二十四年八月三〇日審決・公正取引委員会審決集一卷六二頁）。

54) 東京高判平成二〇年二月一九日・判例時報二〇四三号五一頁。東芝ケミカル事件東京高裁判決では、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」と判示されている（東京高裁平成七年九月二五日判決・判例タイムズ九〇六号一三六頁）。

55) 公正取引委員会審決集五五卷九一〇頁。

56) 今村（一九七八年）・前掲書七八頁以下参照。

57 公取委・平成六年七月五日。平成一八年一月四日及び同二年一月一日改正。

〔付記〕

本稿は、日本学術振興会科学研究費補助金による助成研究（研究課題「公正取引市場の実現を目的とする消費者の集団的利益救済・予防システムの総合的構築」（基盤研究（A）／研究代表者：千葉恵美子・名古屋大学大学院法学研究科教授／課題番号：22243007）の成果の一部である。助成に対して、記して感謝申し上げます。