

入札談合と市場の画定

名古屋大学大学院法学研究科教授 林 秀弥

【要旨】

公共工事をめぐる入札では、過去、談合の問題がつとに指摘されていた。談合の形態はさまざまであるが、通常は、競争業者間において、入札参加回数等を点数化して点数の低いものから順番に受注する点数制、一定の順番で受注する輪番制など、受注予定者の選定方法、談合手続等を定める「基本合意」と呼ばれる基本的ルールを策定し、個別工事等の発注があった場合には、上記の基本合意に基づいて個別の受注調整を行い、具体的な受注予定者を決定するのが一般的な形態である。それでは、上記のような基本的ルールの存在しない（またはその存在を立証できない）個別の受注調整行為について、不当な取引制限罪を構成しうるであろうか。経済法及び経済刑法で重要な論点とされるこの問題について、本稿では、「一定の取引分野」の画定という切り口から、学説、判例、公正取引委員会実務を概観することにより、若干の検討を試みる。

【Abstract】

There are bid rigging problems in public procurement. Although there are various forms of bid rigging, it is common that cartel members have “basic rules” of bid rigging. Generally, when the basic rules that determine the rigging procedure, such as the selection method, are agreed and there is an order for individual construction, individual rigging is performed based on the basic rules on the right to determine the specific person who will receive the order. However, would it be possible to constitute an unreasonable restraint of trade offense for a one-time, independent, individual rigging act that does not have (or cannot prove the existence of) the basic rules? This paper attempts to examine this issue by reviewing theories, court precedents, and the practice of the Fair Trade Commission.

1. 問題の所在

工事の入札に関し、あらかじめ受注予定者を決定するなどの行為が、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。）に違反したとの嫌疑で摘発される事件が依然として相次いでいる。

最近では、東海旅客鉄道株式会社（以下、「JR 東海」という。）が発注する中央新幹線工事の入札に関し、大手ゼネコン 4 社が談合し、入札前にそれぞれが受注する工区を決めていたとして摘発されたことは記憶に新しい。

談合とは、一般に、公共入札等において、競売または入札参加者が通謀して、ある特定の者に落札させるため、他の者は、一定の価格以上または価格以下に入札する旨の協定を行うことをいうが、談合は、独占禁止法上は、「不当な取引制限」（2 条 6 項）という。不当な取引制限は法文上「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされる場合に違法となる。「一定の取引分野」とは、いわゆる「市場」のことであると解されている。

入札談合の形態はさまざまであるが、通常は、競争業者間において、工事等の発注があった場合には談合を行うこととして、入札参加回数等を点数化して点数の低いものから順番に受注する点数制、一定の順番で受注する輪番制など、受注予定者の選定方法等談合手続を定める「基本合意」を策定し、個別工事等の発注があった場合には、上記の基本ルールに基づいて個別の談合（受注調整行為）を行い、具体的な受注予定者を決定するのが一般的な形態である。

それでは、上記のような基本合意の存在しない（または「基本合意」の存在を立証できない）一回限りの独立した個別の受注調整行為について、不当な取引制限罪（独占禁止法 89 条及び 95 条 1 項 1 号）を構成しうるであろうか。この点、刑法（96 条の 6 第 2 項）が一定の目的をもった公の入札における談合のみを処罰していることに鑑みれば、一回限りの個別入札談合について「一定の取引分野」の成立を認めて（非限定説）、独占禁止法違反で処罰することはその趣旨に反するのではないか¹、あるいは、「一定の取引分野」とは、一般に「市場」ないし「競争圏」を意味すると解されているところ、市場・競争圏の概念はある程度の広がりをもった一般的・継続的なものを指しているのであって、個別入札のような個別の取引先についての一回限りの取引は、単なる「取引」にすぎず、市場とはいえない場合が多いのではないか、

¹ 白井滋夫「行政罰則とその手続をめぐる若干の問題」福田＝大塚古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣、1993 年）483 頁。

という伝統的な刑事法の立場からの主張（限定説）があり²、問題となる。

2. 学説の展開

2.1 肯定説（非限定説）

経済法学のおそらく伝統的な多数説は、個別的な受注調整行為の場合でも「一定の取引分野」の成立を認める。舟田（1982）³は、「カルテルは競争制限を直接目的とし、行為内容も競争制限そのものであるから、カルテルの成立それ自体が、カルテルの対象たる取引が一つの取引分野を形成していることを示している。……従って通常は、談合が行われた個々の入札ごとに、入札参加企業と発注者とからなる取引圏が、『一定の取引分野』として成立すると考えられる」とする。また、根岸（1995）⁴も、「そもそも基本ルールがあったということは別に必要要件ではありませんよね。つまり、これは例えば一定の取引分野とか全体に関わる問題かもしれませんが、基本ルールがなくても、それぞれの入札のときの談合が個別に行われていれば、独禁法上は別に問題はないと思います。」とされた上で「私は個別の取引先ごとに一定の取引分野が構成されるべきだと思います。そうしないと、慣行的に行われていけばいるほど、はっきりしたルールを証拠によって認定することは極めて困難であって、個々の調整行為しか出てこないようになり得ます」と主張される。同じく泉水（1996）⁵も、「現実には基本ルールがない談合、すなわち真に一回限りの談合は、絶対にとはいわないまでも、まずありえず、実際にあるのは基本ルールの証明ができなかったものにすぎない」という事実認識を示した上で、「入札は複数の候補者に契約条件を提出させて最も有利な契約条件を提示した者と契約する一つの取引の場であり、入札自体が一つの市場すなわち取引の分野を構成している。このような取引分野の競争制限を独禁

² 刑事法の立場についての詳細は、例えば、山口厚編著『経済刑法』（商事法務、2012年）276頁以下参照。

³ 舟田正之「談合入札」法学教室19号91頁（1982年）。

⁴ 座談会（根岸哲発言）「最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引536号32-33頁（1995年）。

⁵ 泉水文雄「日本下水道事業団発注電気設備工事談合事件—平成8年5月31日東京高裁判決（判タ912号139頁）をめぐって—」公正取引553号46-47頁（1996年）。あわせて参照、同「入札談合と独占禁止法」法律時報66巻7号47頁（1994年）は、競争制限の目的および実効性のない談合が行われることは考えられないこと、したがって談合の行われる入札が一つの取引分野と認識されているはずであること、公共入札は人為的に擬似的な市場（取引分野）を作りそこでの競争を利用するものであることからすると、「一定の取引分野」の要件が満たされているのが一般である」とする。

法の対象とすべきでないとする実質的理由はない。さらに談合は独禁法にいう競争制限以外の目的では行われない。本当に個別談合しか行われていないのであればそれは実効性があり、したがって競争制限があったはずであり、競争制限が生じていればその場所が独禁法にいう『一定の取引分野』なのである」として、この場合にも、一定の取引分野の成立を認めてよいとする。大録(2010)⁶も「すべてのカルテルは、シェアが低くとも、一定の取引分野における競争を実質的に制限するという事実上の推定をすることができる。談合も同様である。カルテル・談合の場合は、当事者が『一定の取引分野の競争を実質的に制限』しようとしているのであるから、競争が実質的に制限される範囲を『一定の取引分野』にとればよい。この場合、その範囲が小さくとも『一定の取引分野』にとることができる。これによって、基本ルールがなくとも、一回限りの談合であっても、談合対象物件が小さくとも、独占禁止法違反となる」とする。

なお、川濱(1997)⁷は、社会保険庁シール入札談合事件判決の評釈のなかで、「…価格カルテルのように行為の性格から競争の実質的制限をもたらす蓋然性の高いもの場合は、その行為の影響が及ぶ範囲を基準に一定の取引分野を捉えればたりるものと解される」とされ、肯定説に親和的だといえよう。また刑法学者からも条件付きながら肯定する見解がある。神山(1996)⁸は、「個別入札談合も、商品や工事が相当程度の規模であるとか、地域経済に対する影響が大きいとか、他の競争者からの競争がはたらかない等の場合は、一定の取引分野における競争を制限することになると解してよいであろう。したがって、そのような要件を充足しない小規模な個別の入札談合は、刑法典の処罰対象にはなっても、独占禁止法の処罰対象にはならない」と主張する。

刑法学説でも、近時は、肯定説(非限定説)が有力であるように思われる。今井(2015年)では、「不当な取引制限の罪と談合罪とは、保護法益は(共通する面があるものの)同一ではない。入札に係る行政庁の職務の公正を保護する談合罪とは異なり、不当な取引制限の罪は、国民経済における自由競争を保護するものであり、同罪が妥当すべき領域は、談合罪からの保護が要請される場面よりも広い局面で想定できるから、非限定説が採用されるべき

⁶ 大録英一「入札談合の基本合意と個別調整」駿河台法学第24巻第1・2合併号189頁(2010年)。

⁷ 川濱昇「一定の取引分野(2)」今村成和他編『独禁法審決・判例百選(第五版)』(有斐閣、1997年)11頁。

⁸ 神山敏雄『日本の経済犯罪—その実情と法的対応』(日本評論社、1996年)18頁以下参照。

である」とする⁹。同様に、芝原（2005年）は、「不当な取引制限の罪は、事業者によって『相互拘束行為』または『遂行行為』がなされ、これによって『一定の取引分野における競争の実質的制限』が生じたときに成立するのであって、この要件を満たす場合は、それが基本協定の合意行為であっても、基本協定に基づく個別調整の行為であっても、本罪が成立する」¹⁰と主張する。

2.2 否定説（限定説）

先に簡単に触れたように、刑法学説は、この問題に関し、少なくとも伝統的には、おおむね否定的であったように思われる¹¹。齋野（1997）¹²は、肯定説（非限定説）の立場を、「謙抑的であるべき刑罰法規の解釈としては問題があり、『一定の』に含蓄される地域的・場所的広がり、反復継続性、取引規模等を軽視することは許されないように思われる」と批判する（ただし、齋野は後記の折衷説をとる。）。

小木曾（1996）¹³は「刑法が談合罪の規定を置き、公正なる価格を害し又は不正の利益を得る目的等を有する公の談合に限定して可罰的なものとしている趣旨からも、小規模な個別談合について、…不当な取引制限罪として談合罪よりも重く処罰する理由を見つけるのは困難であろう。……したがって、規模の小さい特定取引先に対する個別談合、または規模の大きな特定取引先に対するものであっても継続的に発注がなされているうちの一回の個別入札に対する談合は、不当な取引制限に該当しないと思われる」と主張する。

また、西田（1998）¹⁴は「経済法の観点からは、いずれの見解も成立しうるであろうが、刑事法の観点からは、否定説が妥当であるように思われる。」として次の理由を挙げる。「なぜなら、指名競争入札の場合は談合参加者による市場占有率が100%であるため常に本罪（不当な取引制限罪－引用者注）が成立し、3年以下の懲役（現在は5年以下の懲役－引用者注）または500万円以下（95条1項1号の場合は一億円以下）の罰金で処罰されることになるが、それでは刑法96条の3第2項（現在は、96条の6第2項－引用者注）が公の入札についての談合罪をより軽い法定刑（二年以下の懲役または

⁹ 今井猛嘉「刑法と独占禁止法」公正取引777号3頁（2015年）。

¹⁰ 芝原邦爾『経済法研究 下』（有斐閣、2005年）748頁。

¹¹ 代表例として、臼井・前掲注(1)483頁。

¹² 齋野彦弥「談合に対する刑事責任」前掲・今村他編・262頁。

¹³ 平野龍一編（小木曾国隆執筆）『注解特別刑法 補巻（3）』（青林書院、1996年）64-65頁。

¹⁴ 西田典之「独占禁止法と刑事罰」『岩波講座 現代の法・現代社会と刑事法』（岩波書店、1998年）225頁。

250万円以下の罰金。なお、現在は三年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金（引用者注）で処罰していることの趣旨が没却されることになるからである。独禁法1条が規定する『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』という同法の究極目的からみても、不当な取引制限罪における『一定の取引分野』とは、一定規模の地域的な広がり、時間的な継続性、取引規模の大きさを必要とし、個別的な物件に関する一回限りの入札談合は原則としてこれにあたらぬと解するのが妥当なように思われる。」と主張する。

このような否定説（限定説）の背後には、「非限定説では小規模な入札談合事案にも不当な取引制限の罪が適用される結果、刑法の談合罪の適用範囲が狭くなり、その存在意義が低下することを避けたいとの理解が存在するものと推察される」との指摘がある¹⁵。

2.3 折衷説

金子（1982）¹⁶は、個々の入札について一定の取引分野の成立を否定しつつも、基本ルールに基づくか、また基本ルールが存在しない場合であっても、個々の入札にあたって、落札予定者を決定し、この者が落札できるよう入札参加者の入札価格等について調整行為をすることが慣行化している場合、または、慣行化していなくても、将来にわたって継続して談合が行われることがかなり確実である場合には「一定の取引分野」の成立を認める。

また齋野（1995）¹⁷は、「カルテル行為が禁圧されるのは、かかる不当な取引によって市場の公正が阻害され、ひいては『市場』を通じて消費財を調達する一般消費者の利益を害することであると単純化することが可能であるならば、一種の買手独占の入札等においては、このような意味での被害者としての一般消費者を観念することができない以上、一般のカルテルの場合と利益状況が異なることになろう。なぜなら、入札等で談合が行われるならば、それによって被害を受けるのは入札の実施主体に限定されるのであり、ここに一般消費者の被害を論ずる余地はないからである。」として、入札の実施主体が私人の場合には、独占禁止法の「一定の取引分野」の成立を否定するが、実施主体が国・地方公共団体の場合には、公法人の損害の実質は納税者（一般消費者）に帰属することを理由に、個別談合の場合にも一定の取引分

¹⁵ 今井・前掲3頁。

¹⁶ 金子晃「談合入札と独占禁止法（下）」NBL252号34頁（1982年）。

¹⁷ 齋野彦弥「独占禁止法上の不当な取引制限の罪と刑法の談合罪との関係について（一）」公正取引534号26-27頁（1995年）。

野の成立が認められると主張する。

3. 判例の立場

判例は、昭和28年改正前の独禁法4条2項に関するものであるが、神戸市の発注する公共工事に係る談合につき刑法上の談合罪で有罪とされた事案に関し、刑法の談合罪は一般法、独禁法旧4条は特別法であって、本件談合には特別法である旧4条が適用されるべきであるという弁護人の上告趣意に対し、最高裁は「所論の独占禁止法の条文は一定の取引分野における競争に対する共同行為を取り締まろうとしたものであって本件のように所定の目的の下に各特定の取引について談合するものに適用されるべきものではない」と判示して、右上告を棄却した¹⁸。この事件に関する青柳・調査官解説（1957）は「改正前の私的独占禁止法4条2項が『前項の規定は、一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とするに至らないものである場合には、これを適用しない』ものと規定し、またその1条において本法が『公正かつ自由な競争を促進することによって国民経済の発達を促すことを目的とする』趣旨の規定を置いていることから見て、神戸市という地区における工事の施行という程度のものには私的独占禁止法の適用がないとされたものであろう。」¹⁹とする。もっとも、神戸市という地区における工事の施行であっても「一定の取引分野」を構成することは可能であり、本件では、被告人らの行為が不当な取引制限罪に該当することまで裁判所が否定したものであるという意味で、「この判示は傍論であり」、したがって「本判決の先例としての価値は必ずしも大きいものとはいえない」との評価もみられる²⁰。

近時の裁判例として「一定の取引分野」であるには、取引に場所的または量的な広がりがあることが必要だとする日本下水道事業団電気設備工事談合事件²¹、取引規模が大きかった点にも言及して「一定の取引分野」を認めた防衛庁石油製品談合刑事事件²²がある。

4. 公正取引委員会実務

では、公正取引委員会（以下、「公取委」という。）実務ではどういう扱い

¹⁸ 最判昭和32年12月13日刑集11巻13号3207頁。

¹⁹ 青柳文雄「最高裁判所判例解説刑事篇昭和32年度」628頁（1957年）。

²⁰ 芝原・前掲書747頁。

²¹ 東京高判平成8年5月31日高刑集49巻2号320頁。本件については、『独禁法審決・判例百選』第6版（2002年）261頁〔今井猛嘉〕も参照。

²² 東京高判平成16年3月24日審決集50巻915頁。

がなされてきたか。この点、肯定説の立場に立って運用がなされてきたとの評価もあるが、一般に、個別の入札談合についてではなく、基本ルールに基づく継続的な談合が摘発の対象とされてきたと考えられる。個別に事件名は挙げないが、独占禁止法違反で摘発された近時の談合事件もみな、基本ルールに基づく継続的な談合が問題となったものである。これは、基本ルールに基づく継続的な談合が常態であり、むしろ基本ルールに基づかない真に一回限りの個別談合は實際上ほとんどありえないことに由来するのかもしれない。もっとも、たとえば弘前大学 B 重油入札談合事件²³のように、一回限りの入札談合について「一定の取引分野」を認めたものもあるが、そもそもこの事件は、弘前大学が弘前地区最大の大口需要者であったこと、B 重油の納入価格は同地区内の他の需要者への納入価格にも大きく影響を与えること、弘前大学への B 重油の納入を一つの取引の場として継続的に談合が行われてきたことといった、取引規模や市場に与える影響が極めて大きかった事件であった。大雑把にまとめれば、公取委が、基本ルールに基づかない一回限りの独立した個別談合であって、かつその規模が微小なものについて、「不当な取引制限罪」に問擬したものはないとあってよい。

5. 若干の検討

従来、刑事法の立場からは否定説が説得的であると考えられてきた。談合罪と不当な取引制限罪の量刑の点は否定説を評価するに当たって大きなポイントとなる²⁴。すなわち、肯定説によれば、公の入札にかかる個別談合については談合罪と不当な取引制限罪両方の成立が問題になるが、その場合、両罪はそれぞれ保護法益を異にすることから、両罪は一般法・特別法の関係に立つことによって「法条競合」として単純一罪となるのではなく、「観念的競合」（刑法54条1項前段）として科刑上一罪となる（通説）。とすると、同法54条1項により、「その最も重い刑により処断」されるから、結局、不当な取引制限罪の罰条が適用されることになる。しかしそれでは、公の入札について談合罪を不当な取引制限罪より軽い法定刑で処罰していることの趣旨が没却されることになろう。かような点に鑑みれば、不当な取引制限罪と談合罪において、「一定の取引分野」の有無とその解釈によって、両者の「規制の役割分担」を図っていくのも、刑事法的観点からは一つの方策であろう。また独占禁止

²³ 昭和 59 年 8 月 20 日審決・審決集 31 卷 22 頁。

²⁴ 談合罪の法定刑の上限は、平成 23 年の刑法改正により引き上げられたが（刑法第 96 条の 6 第 2 項）、不当な取引制限の罪のそれに比べて依然として低い。

法の規定を刑罰法規としてみた場合、構成要件として抽象的にすぎるから、刑法の大原則である「罪刑法定主義」(憲法31条参照)の要請および刑法の謙抑主義からすれば、談合罪にはない「一定の取引分野」という構成要件要素の解釈を通じて何らかの歯止めをかけることが求められるということになるのであろう。

これに対しては、談合罪が十分に機能していない現状に鑑みれば、否定説を採ることにより、個別入札談合を独占禁止法上規制できないとなれば、事実上、入札談合の取締りの弛緩を招くのではないかという、実際上の懸念がある。この点、「一定の取引分野」について、刑罰と行政的規制では要件の解釈を変えてよいのであれば、上で述べたような問題を適切に処理することができるかもしれない。

しかし、このような解釈は、一つのありうる考えではあるが、便宜的であるとの謗りを免れまい。不当な取引制限罪の構成要件要素は独占禁止法2条6項に規定されていることから分かるように、同一法条において刑罰と行政処分の構成要件要素の確定が必要となる。同一法条で規定されている構成要件要素の解釈について、一方は刑罰法規の解釈だから刑法の厳格解釈をもって対処し、他方は行政処分だからゆるやかな解釈で足りるとするのは、憲法31条のコロラリーである明確性の原則²⁵に照らし合理的根拠に乏しいであろう。

結論的には、否定説(非限定説)の立場にも一理あるが、筆者としては、島田(2012年)が述べるように、「地域的広がり、継続性、取引規模といった観点はいずれも量的なものにすぎず、しかもその限界は不明確である。1回限りの入札談合でも、そこには一定の競争の場、市場が存在していることは否定できず、一定の取引分野に該当するというべきであろう。そのように解したとしても、刑法の談合罪は、公取委による専属告発の対象ではないため、公取委が告発せずとも処罰することができる点に独立の意義がある」²⁶との指摘が、正鵠を得ているように思われる。

²⁵ 徳島市公安条例事件・最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁参照。

²⁶ 山口編・前掲書277頁〔島田聡一郎〕。

参考文献

- 白井滋夫「行政罰則とその手続をめぐる若干の問題」福田＝大塚古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣、1993年）483頁
- 山口厚編著『経済刑法』（商事法務、2012年）276頁以下
- 舟田正之「談合入札」法学教室19号91頁（1982年）
- 座談会「最近の独占禁止法違反事件をめぐる」公正取引536号32-33頁（1995年）
- 泉水文雄「日本下水道事業団発注電気設備工事談合事件－平成8年5月31日東京高裁判決（判タ912号139頁）をめぐる－」公正取引553号46-47頁（1996年）
- 泉水文雄「入札談合と独占禁止法」法律時報66巻7号47頁（1994年）
- 大録英一「入札談合の基本合意と個別調整」駿河台法学第24巻第1・2合併号189頁（2010年）
- 川濱昇「一定の取引分野（2）」今村成和他編『独禁法審決・判例百選（第五版）』（有斐閣、1997年）11頁
- 神山敏雄『日本の経済犯罪－その実情と法的対応』（日本評論社、1996年）18頁以下
- 今井猛嘉「刑法と独占禁止法」公正取引777号3頁（2015年）
- 芝原邦爾『経済法研究 下』（有斐閣、2005年）748頁
- 齋野彦弥「談合に対する刑事責任」今村成和他編『独禁法審決・判例百選（第五版）』（有斐閣、1997年）262頁
- 平野龍一編（小木曾国隆執筆）『注解特別刑法 補巻（3）』（青林書院、1996年）64-65頁
- 西田典之「独占禁止法と刑事罰」『岩波講座 現代の法・現代社会と刑事法』（岩波書店、1998年）225頁
- 金子晃「談合入札と独占禁止法（下）」NBL252号34頁（1982年）
- 齋野彦弥「独占禁止法上の不当な取引制限の罪と刑法の談合罪との関係について（一）」公正取引534号26-27頁（1995年）
- 青柳文雄「最高裁判所判例解説刑事篇昭和32年度」628頁（1957年）

謝辞

本研究は鹿島学術振興財団による研究助成の成果の一部である。研究助成に対して、記して感謝申し上げたい。

Keywords: 独占禁止法 不当な取引制限 談合 一定の取引分野 市場画定

Keywords: Anti-monopoly Act, Unreasonable restraint of trade, Bid rigging, Relevant Market, Market definition