

独占禁止法の審査・審判手続における経験則

**公正取引委員会
競争政策研究センター**

2008 年 3 月

独占禁止法の審査・審判手続における経験則

【執筆者】

酒井紀子

公正取引委員会競争政策研究センター研究員

noriko_sakai at jftc.go.jp

垣内晋治

公正取引委員会競争政策研究センター研究員

shinji_kakiuchi at jftc.go.jp

【この研究報告書における役割分担と位置付けについて】

1. 本報告書は、報告書本文を酒井紀子、巻末の別紙1及び2を垣内晋治が担当した。
2. 本共同研究をとりまとめるに当たっては、競争政策研究センターワークショップで報告し、参加者に議論をいただくとともに、有益なコメントをいただいた。
3. 本報告書の内容は筆者たちが所属する組織の見解を表すものではなく、記述中のあり得べき誤りは筆者たちのみの責任に帰する。
4. 本報告書は公表資料に基づき作成したものである。
5. メールアドレス中の at は@を表す。

目次

はじめに	1
第1章 訴訟における経験則	2
1節 訴訟の構造と訴訟における事実認定の方法	2
第1 訴訟の構造	2
第2 訴訟における事実認定	2
第3 自由心証主義と経験則	3
2節 訴訟における経験則の機能	5
第1 民事訴訟における経験則	5
第2 刑事訴訟における経験則	6
3節 訴訟における経験則の利用方法	8
第1 民事訴訟	8
第2 刑事訴訟	9
4節 訴訟における経験則の具体的な例	11
第1 事実認定	11
第2 法解釈・価値の充填	20
第2章 審査・審判における経験則	23
1節 審判における事実認定の方法と審判の構造	23
第1 審判の構造	23
第2 審判における事実認定の方法と審判の構造	23
2節 審査・審判手続における経験則の機能	24
第1 経験則が機能する場合	24
第2 独占禁止法の特異性	25
3節 審判における経験則の利用方法	27
第3章 審査・審判手続における事実認定と経験則	28
1節 証拠の評価	28
第1 供述調書	28
第2 物証	30
第3 根拠そのものが実質的証拠能力を持つ場合	31
2節 事実認定における推認	33
第1 直接証拠による主要事実の推認	33
第2 間接事実による主要事実の推認	33
3節 判例・審決にみられる具体例	35

第1	事業者	35
第2	相互に拘束する	42
第3	基本合意の対象範囲	69
第4	競争関係（受注能力・受注意思）	80
第5	競争の実質的制限	84
第6	排除	90
第7	不公正な取引方法	98
第8	終期 — 価格カルテルは破棄決定があるまで終了しない	104
第9	二重規制	107
第10	業種認定	111
4節	間接事実による主要事実の推認	115
第1	価格カルテルでは実施状況は違反行為の成否に影響しない	115
第2	違反行為者の市場占拠率（シェア）と「競争を実質的に制限する」	116
第3	落札率が高い場合には受注調整が行われている	118
第4	協調促進的慣行があれば、「相互に拘束する」を認定できる	121
5節	主要事実間の関係	124
第1	違反行為が認定できれば、「公共の利益に反して」を認定できる	124
第2	合意には実効性がある	125
第3	合意の成立が認定できれば、「競争を実質的に制限する」も認定できる	128
第4章	審査・審判における法解釈・価値の充填と経験則	130
1節	法解釈・価値の充填	130
第1	独占禁止法の要件の性質	130
第2	立証方法・認定方法	130
2節	審査・審判における法解釈・価値の充填の具体的な例	132
第1	相互に拘束する・共同して遂行する	132
第2	一定の取引分野	138
第3	競争を実質的に制限する	152
さいごに		180
付録	別紙1, 2及び別表1, 2	

独占禁止法の審査・審判手続における経験則

はじめに

訴訟において、事実認定の過程で経験則が利用されることは争いがない。むしろ、事実認定は経験則の積み重ねであるといわれる¹。これは、間接事実から要件事実を認定することの多い民事訴訟においてはいうまでもないが、刑事訴訟においても状況証拠による事実認定を行う場面においても当てはまることである。

独占禁止法の審査・審判手続においても、事実認定が行われるが、そこでも経験則が利用されることはいうまでもない。ただ、審査・審判手続における経験則には、どのようなものがあり、どのように利用されているのかについては、審判手続、あるいは審決で現出することはあるものの、断片的なものであり、また、一般には理解されていないことが多い。その中には、一般の訴訟に見られるような事実に係る経験則から、経済学的な考え方（経済理論）に係る専門的な経験則まで、様々なものが見受けられる。

そこで、以下では、まず、民事訴訟、刑事訴訟における経験則について検討し、さらに、審査・審判手続における経験則について、どのようなものがあり、どのように利用されているのかについて、審査・審判における事実認定の過程を見ながら経験則となりうるのかについて検討した。

本報告書を作成するに当たっては、多くの方から、貴重な御意見、御指摘等をいただくことができたことを深く感謝する。この場をお借りして心よりお礼を申し上げる。

また、本報告書は個人的な研究の結果であって、報告者が帰属する組織の見解ではなく、その責任は報告者個人が負うものである。

脚注番号の見方

番号が句点の前にある場合 当該番号が付された文が対象となる。

番号が句点の後にある場合 当該番号より前の複数の文が対象となる。

¹ 賀集唱「事実上の推認における心証の程度—いわゆる「推定の動揺」を考えながら—」民事訴訟雑誌 14

本間義信「訴訟における経験則の機能」講座民事訴訟⑤証拠（弘文堂）65頁

近藤完爾「証拠の証明力」民事訴訟法講座第2巻609頁

第1章 訴訟における経験則²

一般的に、経験則とは、「経験的事実に基づいて得られた法則」であるとされる³。一般に周知された常識的なものから専門の科学研究によって見出されたものまでを含む。具体的事実ではなく、事実の判断をするための前提となる知識あるいは法則である。

他方、訴訟における経験則は、後に述べるとおり、一般的なそれとは異なり、固有の意義、機能を持つ。すなわち、訴訟における経験則は、事実認定の過程で用いられるものであり、また、民事訴訟と刑事訴訟では、異なる部分もある。

そこで、審査・審判における経験則を検討するに当たり、まず、民事訴訟、刑事訴訟における経験則について、それぞれみることにする。

第1節 訴訟の構造と訴訟における事実認定の方法

訴訟における経験則は、事実認定の過程で利用されるものであることから、訴訟における事実認定はどのようなものか、経験則が事実認定のどのような場面で利用されるのかについて検討する。

第1 訴訟の構造

民事訴訟は、原告が、裁判所に対して被告との関係における一定の権利主張（裁判上の請求）を提示し、これを証拠により立証し、裁判所がその当否を判断するという手続である。

刑事訴訟は、検察官が、訴因を明らかにして犯罪事実を主張し、これを証拠により立証し、裁判所が判断し、犯罪事実の存否と科すべき具体的刑罰を決めるという手続である。

第2 訴訟における事実認定⁴

訴訟における事実認定は、事実関係を確定することである。そして、事実認定は、基本的には証拠によるとされる（刑事訴訟法317条、民事訴訟法247条）⁵。

² 本章全体にわたり参考にした文献として次のものがある。

後藤勇「民事裁判における経験則—その実証的研究—」判例タイムズ社

同「続・民事裁判における経験則」判例タイムズ社

伊藤滋夫「事実認定の基礎 裁判官による事実判断の構造」有斐閣

同「要件事実の基礎 判官による法的判断の構造」有斐閣

同「要件事実論の現状と課題」民事要件事実講座第1巻（青林書院）3頁

伊藤滋夫・山崎敏彦「ケースブック要件事実・事実認定」有斐閣28頁

「推論の構造—経験則の内実は」判例タイムズ1239号20頁

難波孝一「規範的要件・評価的要件」民事要件事実講座第1巻（青林書院）197頁

田尾桃二「主要事実と間接事実に関する二、三の疑問」裁判法の諸問題中（有斐閣）269頁

³ 広辞苑第5版（有斐閣）

⁴ 前掲注2 伊藤・山崎 28頁

⁵ 例外的に証拠による立証が不要とされる場合がある。

刑事訴訟では、公知の事実、裁判上顕著な事実証拠によらずに認定できるとする判例がある。民事訴訟では、裁判所において当事者が自白した事実、顕著な事実証明することを要しない

証拠をもって事実を認定することを立証という。証拠から心証を形成し、当該要証事実が存在するかどうかを判断するという過程をとる。我が国の訴訟法では、基本的には自由心証主義が採用されており、法定証拠主義ではないことから、証拠による事実認定は裁判官にゆだねられる（刑事訴訟法317条、民事訴訟法247条）。

事実認定は、証拠によって要件事実を直接立証する場合（i）と、証拠によって間接事実を認定し、認定された単数、あるいは複数の間接事実から要件事実を推認する場合（ii、単数の場合をii①、複数の場合をii②という。）がある⁶。（別紙1 図1参照）

刑事訴訟では、犯罪事実又は主要事実の存否を直接証明する証拠を直接証拠という。直接証拠が得られないときには、間接事実を総合して犯罪事実を認定することになるが、この間接事実を証明する証拠を間接証拠、あるいは状況証拠という。⁷

民事訴訟では、直接証拠は、要件事実を直接証明するための証拠である⁸。間接証拠は、要件事実の存在を推認する機能を持つ事実（間接事実）、あるいは証拠の信用性に影響を与える事実（補助事実）を立証するための証拠である⁹。要件事実を直接立証するものではなく、間接的なものである。

第3 自由心証主義と経験則

我が国の訴訟法では、自由心証主義が採用されている（民事訴訟法247条、刑事訴訟法317条）。すなわち、証拠の証明力¹⁰、証拠による事実認定は裁判官の自由な判断にゆだねられる。証拠の証明力は、証拠の持つ実質的な価値であり、裁判官の心証形成におい

（179条）。擬制自白の場合も同様である（159条）。

⁶ 吉川慎一「事実認定の構造と訴訟運営」自由と正義50－8 63頁（図参照）

⁷ 間接事実というのは、”indirekte Tatsache”であり大陸法系の用語である。状況証拠は、”circumstantial evidence”であり、英米法系の用語である。

状況証拠は、間接証拠（間接事実を証明する証拠）という意味で使用されることが多いが、そうすると、供述証拠も含まれることになり妥当ではない。むしろ、間接事実とは、事実の一種であるとともに、要証事実を立証する証拠としての性質をもっているから、間接事実＝状況証拠とみるべきであるとする。

松尾浩也「刑事訴訟法（下）新版補正第2版」（弘文堂）102頁

⁸ 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編「民事訴訟法講義（補訂第2版）」（有斐閣）287頁

⁹ 前掲注8 287頁

¹⁰ 用語の意味については、民事訴訟法と刑事訴訟法では異なる。共通するものとしがないものがあるが、一応、本文のように整理する。証拠力は民事訴訟法上の用語であり、証明力は刑事訴訟法上の用語である。

このほか、民事訴訟法では、書証について形式的証拠力（成立の真正。作成名義人の意思で作られたこと）と実質的証拠力（事実の証明に役立つこと）がある。

前掲注2 29頁

中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕「新民事訴訟法講義〔第2版補訂版〕」（有斐閣）278頁

植村立郎「刑事訴訟法318条（自由心証主義）」新版注釈刑事訴訟法5（立花書房）120頁

渡辺修「刑事訴訟法318条（自由心証主義）」大コンメンタール刑事訴訟法5－I（青林書院）196頁

石井一正「刑事実務証拠法」（判例タイムズ社）300頁

て証拠が持つ力、効果である。証拠価値、証拠力（実質的証拠力¹¹）、信憑力ともいう。これは、証拠の信用力と狭義の証明力からなる。証拠の信用力は、要証事実とは関係なく証拠自体の真実性、つまり、証拠が真正に成立したことであり、信用性、信憑性ともいう。証明力（狭義）は、要証事実との関係で要証事実を推認させる力であり、証拠価値（狭義）、証拠力（実質的証拠力）（狭義）、信憑力（信憑性）（狭義）ともいう。

なお、証拠方法として証拠調べの対象とし得るかどうかという点で証拠能力が問題となる¹²。

詳細にみると、民事訴訟では、職権証拠調べ事項の例外はあるものの、ほとんどについて裁判官の自由な判断によるが、刑事訴訟では、一定の範囲で証拠能力に係る制限を規定することから制限的自由心証主義が採られるとされる。¹³

ただ、自由心証主義が採用され「自由な判断」が可能であるとしても、恣意的な判断を認める趣旨ではなく、論理の法則、経験則に反することは許されないとされる。これは、民事訴訟でも、刑事訴訟でも同様である¹⁴。内在的制約といわれる。¹⁵

具体的な訴訟における事実認定では、直接証拠による立証よりも、間接証拠から間接事実を認定し、さらに、要件事実を推認することが多いが、この過程において経験則が利用される¹⁶。

¹¹ 実質的証拠力、形式的証拠力という言葉は、民事訴訟における書証の証拠力を説明する場合に使用される。

¹² 民事訴訟ではほとんどなく、限定される（手形小切手訴訟の書証以外の証拠、少額訴訟の即時に取り調べ可能な証拠以外など）。刑事訴訟では伝聞証拠の規定がある。

¹³ 前掲注10 植村 123頁

¹⁴ 田尾桃二「事実認定の諸問題について」司法研修所論集92

前掲注10 植村 125頁

¹⁵ 前掲注10 植村 124頁

¹⁶ 前掲注14 田尾 32頁

前掲注10 植村 141頁

第2節 訴訟における経験則の機能

次に、具体的な訴訟のどのような場面で経験則が利用されるのかについてみる。

訴訟における経験則の研究は、民事訴訟のほうが詳細である。これは、刑事訴訟よりも民事訴訟のほうが間接証拠、間接事実により事実認定をしなければならないケースが多いこと、一般的に社会における事実関係は多種、複雑、不明確なことが多く、これを直接立証する証拠が少ないこと、また、条文自体が抽象的なものが多いことなどによるとされる。

以下では、事実認定において経験則がどのように用いられるかをみる。

第1 民事訴訟における経験則

1 意義

民事訴訟における経験則とは、「経験から帰納された事物に関する知識や法則」であり、一般常識に属するものから、職業上の技術、専門科学上の法則まで含まれている。経験則は、「具体的事実」ではなく、事物の判断をする場合における「前提となる知識ないし法則」である¹⁷。

2 機能する場面

経験則が用いられる場合には、

- i 事実認定において、判断の大前提として機能する場合
- ii 法令の適用がある事実に対する価値判断を前提としている場合に、法の解釈における判断基準として機能する場合
- iii 法律行為の解釈において、判断基準として機能する場合

がある¹⁸。

i について、経験則は、事実認定の過程において使用される。すなわち、

- ① いかなる事実が間接事実、補助事実になるか
- ② 1個あるいは数個の間接事実から主要事実、又は他の間接事実を推定することができるか
- ③ 証拠がどの程度の証明力（信憑性）を有するか
- ④ 補助事実で証拠の証明力に影響を与えるか
- ⑤ 弁論の全趣旨がどの程度の証明力を有するか
- ⑥ どの証拠方法を選択するか

ということを判断する場面で用いられる¹⁹。

¹⁷ 今中道信「事実認定について」司法研修所論集76 39頁
後藤勇「民事裁判における事実認定」司法研修所論集92 7頁

¹⁸ 前掲注17 後藤 12頁

法律行為の解釈には、法律行為に用いられた言葉等のシンボルのもつ社会的意味を明らかにすること、および当該法律行為にどのような法的保護（法的効果）を与えるべきかどうかを説明する手段として、当該シンボルがもつべき意味を付与することの二つがあるとされる。

間接事実から要件事実を推認する場合、証拠から事実を認定するという段階と認定した事実から他の事実を推認するという段階の二つがある。証拠から事実を認定する段階では、証拠の評価が問題となる。そこでは、証拠の証明力を経験則によって検討することになる。また、間接事実から要件事実を推認する段階では、間接事実から主要事実を推認するに当たり、経験則を用いることになる。²⁰

iiについて、抽象的概念規定（「過失」、「正当理由」の存在など）を認定判断するに当たって、これを構成する個々の具体的事実を認定し、これが法律の定める抽象的概念に該当するとの価値判断をする必要があるが、経験則はこの価値判断における大前提の一部として作用し、法令解釈の問題として考慮される²¹。抽象的概念は、具体的な内容を明示していないゆえに、具体的な訴訟において具体的事実との関係で具体的にその内容が決定されなければならないものであり（価値の充填の必要）、その上で、具体的事実が抽象的概念に含まれるかという判断が行われなければならない（認定）²²。

iiiについて、法規の内容の確定が必要な場合に、これを確定するために経験則が用いられる。すなわち、具体的事実を認定し、法律の規定に該当するとの価値判断をするにおいて、経験則を使用する。iiは規範的要件を対象とするが、iiiは通常法律を含む。考え方は同様にみてよいと解される。

第2 刑事訴訟における経験則

1 意義

刑事訴訟における経験則とは、「個別的経験から帰納的に得られた因果の関係や事物の性状等についての知識や法則」である²³。その内容として、日常の常識から科学的法則まで含まれることは、民事訴訟の場合と同様である。法規に対しそれ以外の一般知識上の法則をいうとされる²⁴。

経験則について、蓋然的経験則、必然法則的経験則、一般的経験則、専門的経験則という分類がされることもある。蓋然的経験則及び必然法則的経験則は、経験則の確からしさの程度による分類であり、一般的経験則及び専門的経験則は、経験則の普遍性に係る分類である。

¹⁹ 前掲注1 本間

²⁰ 前掲注1 賀集 43頁

²¹ 前掲注1 7 後藤 19頁

²² 例えば、医療過誤による損害賠償請求事件で、「過失」は医師の注意義務違反であるが、その義務を経験則により「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」を基準とすること（価値の充填）、および注射器を十分消毒せずに注射したという事実が「平均的医師であれば、注射器を十分消毒して注射する」という経験則によれば過失に該当すると認定すること（認定）というように使用される。

²³ 前掲注10 植村 130頁

²⁴ 大審院昭和8年1月31日判決 [民集12-51]

2 機能する場面

民事訴訟と同様に、事実認定の場合と法解釈・価値の充填の場合が考えられる。

i 事実認定

証拠から事実を認定する場合、推認の過程において、経験則を大前提として行なわれる。

証拠資料Aから事実Bを推論することは、AならばBであるという因果関係を表す一般的経験命題を媒介として行なわれる。

想定された複数の原因を吟味し、他の原因の不存在を確定して初めて一定の原因を当該結果の真の原因として確定せねばならない。

① 証拠の評価

個々の証拠の評価である。すなわち、当該証拠の証拠能力と証拠の証明力に係る評価である。

② 推認

証拠から認定できる事実と当該事実から要件事実が推認できるかである。

ii 法解釈・価値の充填

条文の解釈とそこにおいてどのような内容を持たせるのかという問題である。条文が抽象的な文言である場合、そのままでは直接事実認定をすることができないので、より具体的な内容を持たせ、そこに一定の要件を読み込むことになる。²⁵

²⁵ 刑事訴訟に関して論じたものは見当たらないが、事実認定の過程、証拠の評価、法律解釈、抽象的な規定への価値の充填等は、いずれも、基本的には民事訴訟と異ならないことからすると同様に解することができる。

第3節 訴訟における経験則の利用方法

実際に訴訟で、経験則を用いるためにどうすればよいかについてみる。

経験則は事実ではなく、事実を法令に当てはめる際の法則であるから、原則として立証は要しない。一般的な経験則、つまり一般人が共有する経験則は、誰でも知っている、あるいは知り得るものであるから、通常、立証することなく用いられる。しかしながら、特殊な経験則は立証を要する。すなわち、特殊な経験則は、一般人が知り得ないものであるから、当該経験則を用いた認定は、当事者のあずかり知らぬことを前提に認定することになり、不意打ちとなり得る。したがって、特殊な経験則は立証が必要である。さらに、その場合、どの程度の証明が必要かという問題がある。

第1 民事訴訟

1 経験則の蓋然性

(1) 意義

民事訴訟の経験則には、その確実性において、必然的といえる絶対確実なもの、高度の蓋然性を持つもの、単なる蓋然性あるいは単なる可能性に過ぎないものなど種々の段階のものがある。

判決において、「特段の事情がない限り」「実質的に見て」といった認定が見られる場合は、経験則について述べていると解される²⁶。そこにいう「特段の事情」は例外を表すから、「特段の事情」に該当する場合が多いということは例外が多いということになり、経験則としての蓋然性は低いことになる。²⁷

(2) 推定と経験則の蓋然性

ある事実から経験則を利用して他の事実の存在を推定することを事実上の推定という²⁸。

経験則のうち、高度の蓋然性を持つものについては、当該経験則により要件事実を推認することができる²⁹。他方、蓋然性が低い場合には、一つの間接事実からでは要件事実を推定することはできず、数個の間接事実から数個の経験則を使って要件事実を推定することになる。つまり、蓋然性の低い経験則を用いる場合には、数個の経験則を並列複合するこ

²⁶ これ以外にも、「合理的である」「自然である」「みやすい道理である」などといった表現が用いられる場合も同様と解される。

²⁷ 前掲注1 賀集 46頁

倉田卓次「間接反証」民事実務と証明論（日本評論社） 243頁

前掲注17 38頁

吉岡進「民事法講義（上）—事実認定について—」判例時報1047 14頁

藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」講座民事訴訟法⑤証拠（弘文堂） 136頁

²⁸ 前掲注1 本間 73頁

前掲注10 350頁

前掲注27 藤原 128頁

²⁹ 山内敏彦「経験則試論—最近の判例を中心として—」民商法雑誌78臨時増刊号3 168頁

とにより、事実の推定力を高め、証拠資料の信憑力を高めることが必要になる。

ところで、事実上の推定のうち、間接事実から特に高度の蓋然性を持つ経験則を用いて、ある要証事実を推定することを表見証明という³⁰。表見証明と単なる事実上の推定を区別するメルクマールは、事案の具体的内容を特定することなく、要証事実を推定することができるかどうかである。表見証明では事実の特定なく、要証事実が推定される。例えば、事案の詳細な事実をもって具体的内容を特定することなく、「過失」「因果関係」などを推定することができる。いずれの場合も、経験則が存在することについて合理的な疑いのない程度の確信を持つことができることが必要である。

2 立証

経験則の中でも一般人にとって当然の前提であるもの、すなわち、一般人が共有する知識等については、裁判所も当然の前提として判断をすることができ、特に立証は必要ではない。しかしながら、一般人にとって当然の前提ではなく、また、裁判所にとっても当然の前提ではないものについては、立証が必要である。その場合に、当該経験則が存在すること（内容）、それが通則となっていること、さらに、その確からしさ（必然性、蓋然性、可能性）を立証する。そして、これらは、その経験則をもって事実認定が行われることによって法的効果を受ける者が立証することになる。経験則は、法規と同様、職権調査事項であるとして自由な証明の対象となるとする説が有力であるが、事実認定の客観性を担保するため、鑑定等の証拠調べによるべきであり、厳格な証明による必要があるとする見解も少なくない。³¹

第2 刑事訴訟

1 経験則の蓋然性

刑事訴訟の経験則自体はそれ以前の経験から帰納して得られるもので、統計的な法則とってよいのであるから、日常の経験に近いものも多く含まれ、例外や条件付きのものもあり、妥当する領域の狭い経験則も多い。重要なことは、定立された経験則がどれだけの具体的事実により支持されているかである。例外が多いものについては、当該経験則は蓋然性が低いことになる。また、条件付きのものについても当該条件を満たすことが少ない場合には、当該経験則もやはり蓋然性が低いことになる。さらに、妥当する領域が狭いものは、当該領域において使用される限りでは蓋然性が高いということになるが、一般的ではないということができる。

³⁰ 前掲注1 本間 74頁

前掲注27 146頁

³¹ 杉山悦子「経験則の獲得方法」「民事事実認定の構造と判例」（有斐閣）79頁

前掲注27 倉田 243頁、249頁

西田隆裕「証明と疎明」民事証拠法大系第2巻（青林書院）29頁

森英明「厳格な証明と自由な証明」同（同）63頁

2 立証

経験則は事実ではなく、事実を法令に当てはめる際の準則であるから原則として立証は要しない。しかしながら、特殊な経験則は立証を要する。その場合、厳格な証明を必要とするという説と自由な証明で足りるという説がある。³²

³² 前掲注10 植村 130頁

第4節 訴訟における経験則の具体的な例

第1 事実認定

1 証拠の評価

(1) 証拠の評価

ア 個々の証拠の評価

個々の証拠の評価は、民事訴訟と刑事訴訟では、証拠方法に違いがあるので、違いを説明しつつみる。

(ア) 民事訴訟

証拠には物証と人証がある。物証には文書と検証物があり、人証には証人と本人がある。

a 書証

書証とは、文書の記載内容を証拠資料とする証拠調べのことをいう。実務上は、証拠調べの対象となる文書自体を指す意味で使用することもある。³³

証拠により事実を認定する場合、証拠には事実を証明することができる証拠としての価値³⁴がなければならないが、これを証拠力という。証拠力には、形式的証拠力と実質的証拠力がある³⁵。形式的証拠力は、文書が真正に成立したことである。すなわち、形式的証拠力があるということは、当該文書は挙証者が作成者であると主張する者の意思に基づいて作成されたということを意味する。これに対し、実質的証拠力は、当該証拠がどの程度、要証事実を証明する力（価値）を持っているかを示すものである。³⁶

また、文書には処分文書と報告文書がある。前者は証明しようとする法律上の行為が文書によってなされたものであり、後者はこれ以外の作成者の見聞、判断、感想等を記載した文書である。³⁷処分文書の場合は、その成立が認められたときは、当該文書の作成者が過去の一定の時点においてある法律上の行為をしたことが確定する。他方、報告文書の場合は、当該文書の作成者が、一定の事項について、一定の認識なり、意見なり、判断なりを持っていたことが確定する。ただし、報告文書については作成者が特定されない場合もある。³⁸

形式的証拠力、つまり証拠の成立の真正は、当該証拠の成立に係る事実によって判断される。通常、形式的証拠力が認められるには、作成者の意思に基づくことが必要であるため、作成者の特定が必要とされる³⁹。また、実質的証拠力を持つかどうかを判断する際に経

³³ 伊藤滋夫「書証に関する二、三の問題（上）－文書の成立の真正と文書の写しによる証拠の申出－」判例タイムズ752号16頁

³⁴ 証拠の信用性ともいう。

³⁵ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」31頁

³⁶ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」32頁

³⁷ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」34頁

³⁸ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」34頁

³⁹ 処分文書については該当するが、報告文書については、要証事実との関係で作成者の立場が特定できればよいとし、証拠価値の問題として、自由心証にゆだねるべきとする考えもある。前掲注33 25頁

験則が利用される。⁴⁰

実質的証拠力は、証拠資料に内在する経験則の蓋然性に依拠しているともいい得る。すなわち、当該証拠資料から認定される事実が真実である場合、経験則上どの程度の蓋然性を有するかを考慮することにより、心証形成作用の強弱をもたらすことになる。換言すれば、経験則上、通常認められる一連の事実関係が起こる順序、範囲、影響等を大前提とし、証拠資料が表す事実関係がこれと一致するかどうかによって判断される。⁴¹

b 証言

証言とは、証人の供述である。経験した事実、及びそれにより推測した事実の報告を内容とする。

証言に基づいて事実認定をする場合、当該証言の信用力を検討することが必要である。

証言の信用力を検討する場合、二つの問題がある。一つは、証言が評価に属する表現をもって行われた場合にどのような事実を前提としているかである⁴²。他の一つは、証言が事実の存否について述べられた場合、当該事実が存在するかどうかを検討することである。検討方法には、当該証人に着目して検討する方法と当該証人から離れて検討する方法がある。⁴³

(a) 当該証人に着目する場合

まず、当該証人による証言の内容はおいておき、証人そのものに着目する場合である。

証人の供述の根拠には、直接の経験、伝聞、推測などがあるが、特段の事情がなければ、直接の経験が伝聞より信用力が高く、推測が最も信用力が低いということは一般的に認められる。直接の経験に基づく供述が信用できるのは誤りが生ずる可能性が少ないからである。それよりも伝聞の信用力が低いのは、伝聞は当該事実について聞いたということ以上に事実を知ることとはできないからである。さらに、推測が最も信用できないのは証人が体験したものではないからである。⁴⁴

証人の供述の対象となる事実と証人との関係、すなわち、当該事実に関する知識、認識なども影響する。まず、人が経験をするときには、その人なりの視点や立場によって影響を受けることがあり、さらに、証言をするときには、意識的であると無意識であるとを問わず、その人の立場によって影響を受けることがある。これは経験則である。⁴⁵証人の立場

⁴⁰ 前掲注1 近藤 596頁

⁴¹ 前掲注1 近藤 602頁

賀集唱「民事裁判における事実認定をめぐる問題」民事訴訟雑誌16 53頁

⁴² 前掲注17 32頁

⁴³ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」46頁

前掲注41 50頁

前掲注17 今中 44頁、52頁

野村秀敏「証言の証拠能力と証拠力(二)」民商法雑誌98-6 752頁

⁴⁴ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」51頁 経験則とみてよいと解される。

⁴⁵ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」54頁

が当事者と密接な関係にある場合は、当事者に有利になるように証言することが多い⁴⁶。

証人の記憶力という点でみると、証人の供述の信用力は、供述の明確性、整合性によって判断する。最近の、しかも当該事件にとって基本的で重要な事実について食い違いがある、あるいは曖昧である場合には原則として信用力が疑われる。他方、かなり以前の事実について些細なことであるにもかかわらず詳細にしかも整然と供述する場合には信用できないということになる。⁴⁷また、証言の内容についてみると、通常的判断力がある人であれば判断でき、あるいは記憶しているはずであるということを前提とすれば当該供述がこれと異なる場合には信用できないということになる。

(b) 当該証人から離れてみる場合

他方、当該証人から離れてみる場合は、通常、証言そのものに着目することになる。

まず、証人の供述内容から証言の信用力を判断する。この場合には、当該供述が自然であるか、合理的であるかを判断する。供述の内容が通常経験するような事の成り行きに合致している場合には、自然であり、合理的であるということができる。⁴⁸

さらに、当該供述と他の事実との関係から証言の信用力を判断する。当該事件において「動かし難い事実」と整合性のある証言は信用力を疑う理由はないということになる⁴⁹。ここでいう「動かし難い事実」は、明確な証拠により疑問の余地なく認められる事実、顕著な事実をいう⁵⁰。これに対して、争いのない事実は、必ずしも「動かし難い事実」ではない⁵¹。相手が主張する要件事実を認めることは自己に不利な法律効果を認めることになるので、通常、真実に反する等特段の事情がない限り認めることはないと解される。したがって、要件事実に争いがなければ真実に反するものではなく「動かし難い事実」とみてよい。

岩松三郎＝金子一「自由心証主義」法律実務講座民事訴訟編第4巻第一審手続（有斐閣） 85頁

村田渉「推認による事実認定例と問題点」判例タイムズ1213 46頁

経験則とみてよいと解される。

⁴⁶ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」53頁

前掲注45 村田 46頁

野崎幸雄「裁判所から見た証人尋問」自由と正義29-4 64頁, 68頁

鈴木重信「証言の証明力の評価」自由と正義31-5 56頁

吉岡進「民事法講話—事実認定について（下）」判例時報1048 8頁

経験則とみてよいと解される。

⁴⁷ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」55頁

前掲注46 鈴木 58頁

⁴⁸ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」60頁

経験則とみてよいと解される。

⁴⁹ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」64頁

⁵⁰ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」67頁

前掲注41 51頁 これを「補助事実として機能する間接事実」とする。

前掲注6 66頁

前掲注17 後藤 10頁

⁵¹ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」67頁

これに対して、間接事実については、意味の評価が困難なこともある。また、不注意で認めることもある。⁵²

このように、証言の信用力の判断方法は複数あることから、これら相互の関係をどうみるかということになる。「動かし難い事実」や経験則に反する証言は信用できないことになる。「動かし難い事実」と一致する証言は、それが争点である要件事実であり、具体性・特定性が高い場合には信用力が高いことになる。しかし、経験則と一致する証言はそれだけでは信用力が高いことにはならない。経験則は抽象的な法則であって、他の事実と証言の関係を判断するためのものに過ぎないからである。⁵³

(イ) 刑事訴訟

刑事訴訟における事実認定では、自白の信用性と状況証拠による認定が重要な意味を持つ。したがって、刑事訴訟における経験則も、この二つのテーマにかかわるものが多い。以下、それぞれみる。

a 供述

まず、自白の信用性、つまり、供述にかかわるものである。自白の信用性は、一般的に、供述者に係る事項と供述そのものに係る事項に分けられる。前者には、供述者の性質・性格、知識、地位、記憶力等があり、後者には供述の時期、動機、供述の変遷等がある。通常、刑事訴訟においてとりあげられるのは、被告人の供述であるので、供述者の性質・性格は問題となり得るが、一般的な刑事犯では知識、地位が問題となることは少ない。また、記憶の変遷等供述にかかわる事項は問題となることが多い。⁵⁴

事件処理の早い段階の自白は信用性が高いとされる。これは経験則に近い判断基準といわれる。⁵⁵

身柄の拘束との関係では、拘束されない状況での自白は、特段の事情がない限り、信用性が高いとされる⁵⁶。

公判廷での自白は捜査段階の自白よりも信用性が高いとされるが、例外もある⁵⁷。

供述内容の合理性は、客観的状況との関係で検討される。当該客観的状況の下で当該行動に合理性が認められる場合には、自白内容の合理性も認められ、信用できるとされる。⁵⁸

また、秘密の暴露が認められる場合には、供述は自発的なものであり、任意性があると

⁵² 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」69頁

前掲注46 吉岡 8頁

⁵³ 前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」75頁

前掲注46 吉岡 8頁

⁵⁴ 田崎文夫・龍岡資晃・田尾健二郎「自白の信用性」(司法研修所)56頁

⁵⁵ 前掲注54 10頁

⁵⁶ 前掲注54 10頁

⁵⁷ 前掲注54 11頁

⁵⁸ 前掲注54 35頁

して自白の信用性が認められるとされている。⁵⁹

供述が客観的証拠との間で整合性がある場合には、信用性が認められる。しかし、供述内容が客観的証拠と全く同じであることはまれであり、客観的証拠と食い違いがあるからといって、すべてが真実でないとする事もできない。⁶⁰これを判断するためには、自白の内容を確定した上で、客観的証拠が確実性を有すること、あるいは客観的証拠によって客観的状況事実を確定することが必要である⁶¹。

その際、自白の内容について客観的証拠との対応関係を具体的、分析的に検討する方法と、自白を全体的にみて、基本的な部分が客観的証拠と矛盾しないかを検討する方法がある。一般的には、いずれか一方によることなく、両方の視点で検討されるべきである。⁶²また、符合の程度は、合理性が認められる範囲を超えた重大な食い違いがないかが一応の基準とされている。客観的証拠と全般的に符合する場合、あるいは符合しない場合は、それぞれ、特段の事情のない限り、証拠により認定される事実による。主要な部分が符合しない場合、その理由が説明される場合を除き、信用性に影響する。⁶³

客観的証拠と一致する場合でも、捜査官の誘導、暗示、強制による場合には、信用性は認められないのは自明である⁶⁴。

事例の対比、検討からも、弁解の合理性の有無、程度が自白の信用性の判断と密接に関係することが明らかである⁶⁵。

b 物証

物証には、直接証拠と間接証拠があるが、直接証拠は要証事実を直接証明するのに用いる証拠であり、間接証拠は要証事実を直接証明することはできないがこれを推認させる事実（間接事実）を証明するのに用いる証拠である。このうち、間接証拠を状況証拠と呼ぶことがある。また、要証事実の証明力に影響力を及ぼす証拠を補助証拠という。⁶⁶

間接事実の認定について、相互補完の関係にある間接事実であれば、一つ一つは仮に確実でなくとも、全体として事実認定に供し得る場合があるとされる。他方、間接事実自体の証明が確信に達していなければ、その後の推理が大きい誤謬の可能性を持つという指摘もある。⁶⁷

状況証拠が、客観的なもの（証拠物）、犯罪事実と密接に関係するものがあることが証明

⁵⁹ 前掲注54 49頁

⁶⁰ 前掲注54 51頁

⁶¹ 前掲注54 52頁

⁶² 前掲注54 54頁

⁶³ 前掲注54 55頁

⁶⁴ 前掲注54 58頁

⁶⁵ 前掲注54 73頁

⁶⁶ 中川武隆・植村立郎・木口信之「状況証拠の観点から見た事実認定」（司法研修所） 7頁

⁶⁷ 前掲注66 13頁

の質を高めるとされる⁶⁸。

イ 証拠相互の関係と評価

証拠相互の関係と評価については、民事訴訟、刑事訴訟において、ほぼ同じであるので、まとめてみる。

(ア) 単数の証拠の評価

a 根拠そのものが実質的証拠力を持つ場合⁶⁹

実質的証拠力を有する証拠が、当該証拠に限られる場合である。すなわち、当該事実を立証する証拠が当該証拠に限られるような場合である。この場合、当該証拠の証拠価値を当該証拠そのものから判断することになる。

民事訴訟のところで述べたように、実質的証拠力は、証拠資料に内在する経験則ともいえる。すなわち、当該証拠資料が経験則上どの程度の蓋然性を有するかであり、これによって心証形成作用の強弱をもたらすことになる。当該証拠から認定できるとされる事実が真実であるとする場合に経験則上蓋然性の高いものか否かを考慮するというものである。換言すれば、経験則上、通常認められる一連の事実関係が起こる順序、範囲、影響等を大前提とし、証拠資料が表す事実関係がこれと一致するかである。

証言、あるいは文書による報告の事実関係について、出来事の順序を追って検討し、その出来事が、それ自体、順序において不自然でないかを検討する。この一連の事実関係が真実であるとする、経験則上、蓋然性が高いと認められる場合には、当該証言、あるいは文書による報告の証明力が強いといえることができる⁷⁰。

b 補助証拠等によって判断される場合

当該証拠だけが、実質的証拠力を有する証拠である場合であるが、その証拠力を補完する証拠（刑事訴訟では補助証拠、民事訴訟では間接証拠）がある場合である。すなわち、違反行為を立証する証拠は当該証拠に限られるが、その信憑性を裏付ける証拠がある場合である。この場合、当該証拠の証拠価値は当該証拠そのものと補助証拠等により判断することになる。⁷¹

供述、証言については、当該人物の誠実性といった要素もあるが、当該事実を供述するに至る過程、認識、記憶、伝達といった一連の行為を検討しなければならない。例えば、認識については、そのときの本人の状態、周囲の状況等がある。記憶については、時間の

⁶⁸ 前掲注66 15頁

⁶⁹ 前掲注1 近藤 602頁

⁷⁰ 前掲注1 近藤 598頁

前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」60頁

⁷¹ 前掲注1 近藤 598頁 間接証拠とならない純粋な補助証拠がある場合である。

植村立郎「状況証拠と事実認定(2)」警察学論集8 194頁

植村立郎「状況証拠と事実認定(3)」警察学論集9 180頁

経過、他の認識の付加による変容がある。伝達については、表現に使用された言葉が正確性に欠けることによる場合などがある。⁷²

物証については、民事訴訟では、書証について形式的証拠力、すなわち、成立の真正が重要である。これは、人証との大きな違いであるが、人証においては記憶の変容がみられるのに対し、物証又は書証は表現された内容等が固定され、確定されることから、後に変化するということによる。したがって、当該証拠資料が作成されたときの事情と当該証拠資料が意味するところが検討されなければならない。ただ、これらの事情はいずれも当該証拠資料そのものから立証することはできない。⁷³

補助証拠等がない場合には、これと齟齬する証拠資料もない場合は前述のとおりであるが、これと齟齬する証拠資料がある場合は、当該齟齬を合理的に説明できなければ実質的証拠足り得ない。

(イ) 複数の証拠間の評価

a 複数証拠の評価

証拠が一つしかないというような場合は少なく、通常、複数の証拠がある。したがって、これらの証拠を評価しなければならない。

証拠の数が多ければよいというわけではなく、質が重要である。証明力が薄い証拠が集まっても個々の証拠の証明力が質的に高まるものではない⁷⁴。

中核となる要証事実について質の高い証拠で認定できれば事実認定全体の基礎が堅い事実ということになり、事実認定の実現が容易となる。⁷⁵証拠が少ない場合でも、価値の高い証拠があれば、それを軸に認定が可能となる。⁷⁶

また、証拠が偏在している場合でも、証拠の集積自体が意味を持ち、集積をもって当該事実を推定することが容易となる。これから、他の事実の認定を容易に導くことが可能となる。⁷⁷

b 相反する証拠の評価

(a) 一方当事者の提出した証拠相互の齟齬

一方の当事者が提出した証拠相互の間で一致がみられるかである。また、それぞれの証拠から認定できる事実が相互に齟齬がないか、齟齬があるとして合理的に説明が可能であるかである。一致しない場合には証拠価値を減殺することになる。ただ、完全に一致する

⁷² 前掲注71 植村(3) 180頁

⁷³ 前掲注1 近藤 599頁

⁷⁴ 最高裁昭和48年12月13日判決

⁷⁵ 前掲注71 植村(2) 194頁

⁷⁶ 前掲注71 植村(2) 194頁

⁷⁷ 前掲注71 植村(2) 194頁

必要はないと解するべきであろう。⁷⁸

(b) 双方の当事者の提出した証拠相互の齟齬

一方の当事者が提出した証拠（本証）とこれに関して他方の当事者が提出した証拠（反証）がある場合、両者は相容れない関係にあるから、いずれが優越するかを判断しなければならない。これらは、原則と例外の関係にあるといえるが、例外的事実が発生する状況にあるかどうかを判断しなければならない。単に例外であるからといって排斥することは許されず、具体的に例外的な現象が生じているかどうかを調べる必要がある。具体的に、何によって補強され、何によって減殺されるかは事案による。⁷⁹その際、検討されるべきものとしては、これまで述べたような事情、例えば、証拠の客観的証拠力として、証拠成立時の状況（外的要素）、証拠成立における当事者の心理状況（内的要因）、作成に係る経緯、また、実質的証拠力として、それぞれの証拠について、証拠そのものの持つ経験則、他に内容が一致する証拠があるか、他に意味する事実が一致する証拠があるか、齟齬があるとして合理的に説明が可能であるかなどを検討し、これらを比較して判断することになる。⁸⁰

2 推認

(1) 民事訴訟

ア 判断の対象

要件事実を認定する場合、直接証拠による要件事実の認定と間接事実による要件事実の推認では、直接証拠が信用できることが認定できれば、直接証拠により要件事実を認定する方法を採るべきである。前者の場合、直接証拠と要件事実の関係が直接的であり、何らかの法則を介した推定ではなく、認定を誤る危険が少ないからである。⁸¹また、後者の場合、これを妨げる事実も考えることができるので、その推認は強いとはいえない⁸²。

直接証拠の信用力が低い場合には、間接事実の集積によって認定する方が間違いが少ない。直接証拠といっても証言しかなくが多く、関係者等であれば証明力が低いこと、間接事実の集積によって心証を形成する方が容易であることから間接事実によって推認する方法を採るべきとする。⁸³その場合、複数の証拠から複数の間接事実を認定することができるということが重要である。複数の経験則を利用することによって、相互に補完することになるからである。さらに、複数の間接証拠が、種類、出所の異なる証拠であればなお

⁷⁸ 前掲注1 近藤 604頁

前掲注71 植村(2) 195頁

前掲注71 植村(3) 179頁

⁷⁹ 前掲注1 近藤 603頁

⁸⁰ 前掲注1 近藤 604頁

⁸¹ 前掲注2 伊藤「事実認定」77頁

⁸² 前掲注2 伊藤「事実認定」79頁

⁸³ 前掲注6 62頁

さらよいとされる。しかも、この経験則が高い蓋然性を持つものであればなおさら認定は容易となる。⁸⁴

イ 判断の方法

事実判断には、全証拠に対する直観的総合的反応として形成される直観的な判断作用の面とこのような反応を論理的な推理のかたちで分析し整理検討する判断作用との面が含まれている。前者を直観型の判断、後者を分析型の判断という。⁸⁵

分析型の判断は、広い意味での判断の飛躍や、必要な前提命題の見落としを防ぐ点で重要な働きをするものである。人間の記憶や集中の能力に限りのある以上、すべての証拠ないし前提命題を、改めて明確に裁判官の意識に上せ、また、帰納推理を働かせた大前提のもつ蓋然性の程度やその被る具体的な制約をもれなく、かつ正確に吟味することは、特に複雑な事案においては極めて必要である。分析的判断作用によれば、直観的反射的な判断方式に伴いがちな感情的非合理的要素の影響や無意識な偏りなど、偶然的又は主観的な理由による判断の危険を避けることができる。⁸⁶

直観型の判断では、証拠を分析的に判断することが少ないだけに、見落としや複雑な推理に陥る危険があるばかりでなく、主観的ないし感情的要素が、無意識のうちに裁判官の心証にしのびこむことになりやすく、裁判官の心証を不当に偏らせる危険がある。⁸⁷

事実認定に当たっては、いろいろな事情を細かく分析的に考えると同時に、その一方で、もう少し高い観点に立って、事件全体を見渡すことが必要である。そして、「事件のスジ」として、当該事件をどのように解決するのが社会正義に合致する合理的な解決なのかを大局的に判断し、細かい点の多少の矛盾は黙殺して、事実認定をしていくことが必要である。

⁸⁸

さらに、直接証拠による認定を中心とする考え方と間接事実による推認を中心とする考え方がある。要証事実に符合する直接的証拠が備わっていても、要証事実の存在を疑わしめるに足りる間接事実があるときは、そのことによって、当該直接証拠の証明力が減殺されることから、間接事実が補助事実として機能する。この場合には、たとえ、直接証拠が備わっている場合でもそれだけに依拠することなく相手方提出の間接事実の機能を停止させることが必要である。⁸⁹

前記アで述べたとおり、直接証拠による認定も間接証拠による認定も、それぞれ一長一

⁸⁴ 前掲注41 59頁

前掲注17 今中 41頁

⁸⁵ 田辺公二「民事訴訟の動態と背景」(弘文堂) 82頁

⁸⁶ 前掲注85 89頁

⁸⁷ 前掲注85 89頁

⁸⁸ 前掲注17 今中 49頁

前掲注2 後藤「民事裁判における経験則」20頁

⁸⁹ 前掲注1 賀集 47頁

前掲注45 46頁

短があるので、両者をうまくあわせて総合的に判断することになると解される。

間接事実から直接事実を推認することは演繹か帰納かという問題があるが、判例、通説によれば、演繹だと見ている。⁹⁰

(2) 刑事訴訟

ア 判断の対象

複数の状況証拠から間接事実を認定する。その際、多方面から集積する。客観的なもの、犯罪事実に密接に関係するものが重要である。他方、消極的証拠として提示されるものも検討する。その際、その間接事実が認定されたとして、それが、真実、消極的証拠となるのか、あるいは両立する間接事実であるかを検討する。さらに、被告人が争わない事実についてはそのまま受け入れるとしても証明力が薄い、あるいは十分でないものとして量的に積み上げて証明力が増大するものでないとする。⁹¹

イ 判断の方法

総合的・直観的な判断と分析的・論理的な判断との対比においては、分析作業に内包する全体的視野に立つ検討の欠落の危険性と総合認定の推認の過程に内包する不十分な分析作業に基づく不確かな証拠の集積ないし直観に頼り過ぎる危険性が指摘される。⁹²

間接事実から要件事実を推認する場合について、通常は、帰納法的形式であるが、演繹的形式が利用される場合もあるとする。帰納的推理に伴う本質的危険は結論としての犯罪事実以外に他の合理的仮説を容れる余地が存するという危険であり、判断者は他の合理的仮説を容れる余地があるかどうかを確認する必要がある。⁹³

第2 法解釈・価値の充填

1 民事訴訟

具体的に法規を適用するには、法規の内容の確定、つまり解釈が必要となる。

通常、民法の条文は、事実に係る一義的な意味を持つ言葉で規定されている。すなわち、法規が要件を特定の・具体的な概念で規定している場合には、当該概念の解釈はさほど問題とならず、法律要件を表す概念は、言語上の経験則によりその内容は明らかにされる。このため、具体的事実が法の要件を満たすかの判断が行われることになる。この場合にも、法的評価が全く行われないわけではないが、不特定概念の場合ほどの意味を持たない。⁹⁴

しかしながら、法規が不特定概念を用いて規定されている場合には、具体的内容を有し

⁹⁰ 前掲注17 33頁

⁹¹ 前掲注54 85頁

⁹² 前掲注66 30頁

前掲注54 85頁

⁹³ 前掲注66 13頁

⁹⁴ 前掲注1 本問 69頁

ないことから価値の充填、及び法的評価を必要とする。これは具体的事実が法規の抽象的要件を満たすか否かの判断として行われるのであって、この時に経験則が機能する。不特定概念が用いられる規定については、具体的な訴訟との関係で、具体的にその内容が決定されなければならない（価値の充填の必要）。このような概念も一般的に定義付けられることはある。しかし、抽象的、一般的に定義付けられるとしても、当該定義だけでは、結局は当該訴訟における判断の基準足り得ず、具体的に経験則に従って判断することが必要となる。この経験則を基準とするべきとの判断は一種の法的評価であり、この法的評価を介して当該概念が決定されることになる。このようなことから、法的当てはめの過程は、経験則を基準として行うべきとの法的判断の問題と具体的な事実が法の要件を満たすかという判断の問題に分けられる。⁹⁵そして、このような判断における基準は、法の趣旨・目的、社会一般の正義・公平感覚に究極のよりどころを求めることになる⁹⁶。

事実認定と法解釈は相互に複雑に絡み合っているとされる。これは、要件事実の認定の構造が法的評価、法的判断と密接不可分であることから必然的に生じるとされる。換言すると、審理の上、明らかになった事実関係を法的に評価して因果関係があると判断してよいか、さらに法的に因果関係ありと評価したことについて「因果関係がある」という法概念に含めてよいかということの問題としているとみることができる。判例も、因果関係の立証について、事実関係を法的に評価して因果関係ありと判断してよいかを考えている。⁹⁷

2 刑事訴訟

刑法の規定にも、同様に不特定概念を用いたものがある。刑法では、罪刑法定主義の考えから、法文が不明確であり犯罪構成要件があいまい不明確な場合には憲法31条違反となり得るとされる（明確性の理論）。通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国等の主観的判断にゆだねられて恣意に流れるなど、重大な弊害を生ずるからであるとされる⁹⁸。

⁹⁵ 前掲注1 本間 64頁, 70頁

前掲注45

⁹⁶ 土屋文昭「事実認定再考【民事裁判の実態から】」自由と正義50-8 80頁

⁹⁷ 前掲注96 79頁

中村哲「医療事故訴訟における因果関係について—疾病を前提とする医療行為を中心に—」判例タイムズ858号23頁

なお、因果関係は事実的因果関係であっても歴史的事実の存否の判断ではなく価値的判断の要素が強いとされる。

賀集唱「損害賠償訴訟における因果関係の証明」講座民事訴訟法⑤証拠（弘文堂）183頁
因果関係論では、事実的因果関係（条件関係）と相当因果関係があり、前者は行為と結果の発生の関係の問題であり、後者は行為と損害の範囲の問題である。前者は評価の対象であり、後者は対象の評価である。

⁹⁸ 最高裁昭和50年9月10日判決

他方、規範的構成要件要素、あるいは行政刑法については、抽象的、形式的な規定もみられる。規範的構成要件要素としては、例として「わいせつ」概念が挙げられるが、抽象的な規定であり内容を具合化する必要がある。他方、行政刑法は、そもそも、規定されることで違法となるものであり、自然犯とは異なる。したがって、これらの規定については、法の文言の意味を確定し、それを構成する事実を認定し、法律の定める概念に該当すると
の価値判断をなすことになる。

ところで、規範的要件、あるいは行政刑罰法規については、生の事実と社会的・規範的意味の事実が乖離することがあるが、この場合には、解釈による価値の充填を必要とする
とみることもできる。故意の問題としては、生の事実の認識で足りるとみているようである⁹⁹。

⁹⁹ 最高裁昭和25年11月28日判決、最高裁昭和32年3月13日判決、最高裁昭和32年10月18日判決など

第2章 審査・審判における経験則

第1章で見た訴訟における経験則の考え方は審判手続にも該当するであろうか。

経験則は、訴訟における事実認定において利用されるものであることから、審査・審判手続における事実認定について概観し、訴訟との差異について検討し、利用の可能性についてみる。

第1節 審判における事実認定の方法と審判の構造

第1 審判の構造

平成17年改正前の独占禁止法は、事前の告知聴聞手続であり（事前審査型）、審査官が違反行為について主張立証し、審判官、あるいは公正取引委員会が違反行為に係る事実を認定し、排除措置命令の内容について判断するという手続であった。

平成17年改正により、事後の不服申立手続となり（不服申立型）、審査官は処分が相当であることを主張立証し、違反事業者が取消理由を明らかにし、審判官、あるいは公正取引委員会が判断するという手続になっている。

第2 審判における事実認定の方法と審判の構造

独占禁止法の審査・審判手続においても、証拠によって事実を認定することについては平成17年改正前独占禁止法54条の3（以下、旧法の場合は「旧〇条」とする。）、現独占禁止法68条（以下、新法の場合は「〇条」という。）が規定する。また、立証と心証の関係について、自由心証主義を採用する旨の明文の規定はないものの、法定証拠主義を採用するための規定がないことからすれば、自由心証主義が採用されているとみることができる。したがって、事実認定における証拠の評価と間接事実から要件事実を推認するということも行われる。すなわち、証拠による事実認定は、直接証拠によって要件事実を認定する、あるいは間接証拠によって間接事実を認定し、これから要件事実を推認することになるが、これは訴訟における事実認定と同じである。

実際の審査・審判手続においても、間接事実から直接事実を推認することは一般的に行なわれている。要件事実を直接立証できるような物証がある場合はまれであること、行為者の供述が得られない可能性もあることからすると、間接証拠の持つ意味は大きい。ところで、間接証拠である物証（例えば、カルテルの内容を記載したとみられるメモなど）について、所持者の供述が得られる場合は文書の意味は明らかになるが、供述が得られない場合は、間接証拠から推認することが必要となる。その場合、特に証拠の持つ意味内容の分析が重要であるが、それとともに証拠力もまた重要である。

独占禁止法の審判手続においても、事実認定のプロセスは訴訟と同じであるので、事実認定とともに、法の解釈と価値の充填も行われる。すなわち、審判においても、法の意味を明らかにするため、法解釈は必要である。特に、独占禁止法は、その条文の規定が抽象的、評価的であることから、その意味の確定は重要である。

第2節 審査・審判手続における経験則の機能

このように、審査・審判手続における事実認定のプロセスが訴訟と同じであることからすると事実認定の具体的な場面における経験則の利用も、基本的には訴訟と同様に解することができる¹⁰⁰。

独占禁止法の対象は、事業活動、経済活動という社会的、経済的事象であり、専門的、複雑な様相を持つものであることから、ごく一般的な経験則から、独占禁止法固有の特殊な経験則までである。さらに、特殊の経験則には、経済学的な考え方（経済理論）も含まれる。独占禁止法が経済法といわれ、専門性があるとされる所以である。

また、法の解釈における経験則の利用は、独占禁止法の条文の規定が抽象的、評価的であることから、その意味の確定が必要となる。このため、ここでも経験則を利用して、その内容を明確にする（価値の充填）ことになる。

第1 経験則が機能する場合

経験則が用いられる場合には、

- i 事実認定において、判断の大前提として機能する場合
- ii 法令の適用がある事実に対する価値判断を前提としている場合に、法の解釈における判断基準として機能する場合
- iii 法律行為の解釈において、判断基準として機能する場合

がある¹⁰¹。

1 事実認定

¹⁰⁰ 一定の行為のもつ特性を明らかにし、一定の行為の特性を当然の前提として、経験則を利用して他の事実を推定することで認定する。あくまでも推定であり、公正取引委員会が立証責任を負うことは変わらない。したがって、被審人は推定を覆すような事実を主張すれば足り、公正取引委員会は当該要件事実の立証責任を負うことから、改めて当該事実を立証しなければならない。このように、立証責任は訴追者である公正取引委員会にあり、明文の規定、あるいは判例によらずに転換することは許されない。にもかかわらず、これを暗黙のうちに行なうことは、被審人にとっても、判断者である審判官にとっても、その思考経路が全くわからないことになり、審査官は主張立証責任を尽くしていないことになりかねない。他方、審決において、何らことわりなく認定する場合には、理由不備となる可能性もある。すなわち、経済学的見方によれば、その理論を当然の前提としており、経験則と同様に推認に利用することで要件を満たすとみるが、法律学的見方によれば、推認に利用される経済学的見方は、その存在を立証することなく推認過程に利用できないものであるから、主張立証が欠けている、あるいは、判断について理由が付されていないことになるからである。その部分については、実質的証拠がないことになり、審決の取消原因にもなりかねない。ただし、以下で述べるように、経済学的見方が経験則として用いられているのだとすれば、そこでは、主張が欠けることにはならない。ただし、経験則であったとしても、特殊な経験則については、その存在について主張立証が必要であるのと同様に、経済学的見方についても、その内容と蓋然性を主張立証することが必要である。つまり、公正取引委員会は事実認定の過程で用いられる経済学的見方の内容と蓋然性を明らかにする必要がある。

¹⁰¹ 前掲注2 後藤「民事裁判における経験則」 12頁

法律行為の解釈には、法律行為に用いられた言葉等のシンボルのもつ社会的意味を明らかにすることおよび当該法律行為にどのような法的保護（法的効果）を与えるべきかどうかを説明する手段として、当該シンボルがもつべき意味を付与することの二つがあるとされる。

上記 i の場合であるが、経験則は、事実認定の過程において使用される。すなわち、

- ① いかなる事実が間接事実、補助事実になるか
- ② 1 個あるいは数個の間接事実から主要事実、あるいは他の間接事実を推定することができるか
- ③ 証拠がどの程度の証明力（信憑性）を有するか
- ④ 補助事実が証拠の証明力に影響を与えるか
- ⑤ どの証拠方法を選択するか

ということを判断する場面で用いられる¹⁰²。

間接事実から要件事実を推認する場合、証拠から事実を認定するという段階と認定した事実から他の事実を推認するという二つの段階がある。証拠から事実を認定する段階では、証拠の評価が問題となる。そこでは、証拠の証明力を経験則によって検討することになる。また、間接事実から要件事実を推認する段階では、間接事実から主要事実を推認するに当たり、経験則を用いることになる。¹⁰³

2 法律解釈・価値の充填

上記 ii の場合であるが、抽象的概念規定（「不当に」、「正当な理由がないのに」、「競争を実質的に制限する」など）を認定判断するに当たって、これを構成する個々の具体的事実を認定し、これが法律の定める抽象的概念に該当するとの価値判断をする必要があるが、経験則はこの価値判断における大前提の一部として作用し、法令解釈の問題として考慮される¹⁰⁴。抽象的概念は、具体的な内容を明示していないゆえに、具体的な訴訟において具体的な事実との関係で、具体的にその内容が決定されなければならないものであり（価値の充填の必要）、その上で、具体的事実が抽象的概念に含まれるかという判断が行われなければならない（認定）¹⁰⁵。

同 iii の場合であるが、法規の内容の確定が必要な場合に、これを確定するために経験則が用いられる。すなわち、具体的事実を認定し、法律の規定に該当するとの価値判断をするにおいて、経験則を使用する。

ii は規範的要件を対象とするが、iii は通常法律を含む。考え方は同様にみてよいと解される。

¹⁰² 審判手続の場合、民事訴訟の場合の⑤弁論の全趣旨は含まれない。審判の全趣旨による認定はないとされるからである。

¹⁰³ 前掲注 1 賀集 43 頁

¹⁰⁴ 前掲注 2 後藤 19 頁

¹⁰⁵ 前掲注 2 2

第2 独占禁止法の特異性

独占禁止法は経済法といわれ、専門性を持つ法と位置付けられているが、そこでは、法律は経済学と密接に関わり合っている。法律要件の中には、例えば、「取引分野」「競争」といった概念が含まれているが、これらは法律と経済学が交錯する部分である。これらは、抽象的、評価的な要件があり、その認定に当たり、要件を具体化することが必要であり、その解釈においては、経済理論、経済学の考え方がベースになると解される。すなわち、経済理論を経験則として、あるいは経験則と同様に用いることになると考えられる。経済理論は、経済学における知識や法則であるが、これらを、法の解釈、あるいは法律行為の評価に当たり経験則として、あるいは経験則と同様に用いるということである。

審決において、経済理論を経験則として使用していることが窺われるものがないわけではない。また、審査官の主張には飛躍があるようにみえる場合には、推論の過程、あるいは法律解釈に用いられている可能性もある。

通常的事実認定でも、証拠から事実を導く場合、あるいは法律解釈の場合に、経験則という事実ではない、知識、あるいは法則といったものを用いていることは前述のとおりである。したがって、経験則として、あるいは経験則とまではいえないとしても、経験則と同様に経済理論を用いて判断することも可能である。

ただ、その場合、一般的な経験則はそのまま利用できるが、特殊な経験則は立証を要することはこれまで述べたとおりである。一般人、あるいは裁判所にとって、当然のものではない経験則を使用する場合には、当該経験則が存在すること（内容）、それが通則となっていること、さらに、その確からしさ（必然性、蓋然性、可能性）を立証することが必要である。経済理論は、学問上の考え方であり、また、専門的な考え方であり、一般人にとって必ずしも知り得るものではない。更にいえば、同様の事案の積み重ねから認められるようになった一般の経験則とは違い、理論として多数の学者の賛同を得た、あるいは理論として実際に合致することが多い、などが通則となった理由である。そうすると、経済理論を経験則として利用する場合、机上のものであり、事案の積み重ねの担保がないことから、一般の経験則以上に確からしさが必要とされることになる。

第3節 審判における経験則の利用方法

事件を担当する審査官は、数多くの事件に取り組む中で、同種の事件において、一定の法則が見られることに気づくことがある。それは、社会的現象であり、経済的現象である。これらの法則は、存在するだけでは、経験則にはならないが、その法則に合理性があり、同種の事件において高度の蓋然性が認められる場合には、「経験則」として認められることになる。

ところで、審判における経験則は、一般的なものもあるが、いわゆる特殊な経験則に該当するものも多い。したがって、立証が必要である。後者については、利用するには主張立証が求められる。すなわち、相手方等には一般的ではないことが多いので、これを使用するには、当該経験則が存在すること（内容）、通則となっていること、確からしさ（必然性、蓋然性、可能性）について、主張立証することが必要である。その上で、当該経験則が当該事案に当てはまることを明らかにしなければならない。

第3章 審査・審判手続における事実認定と経験則

審査・審判手続でも、事実認定は、証拠によって事実を立証するというプロセスを採る。独占禁止法の審査・審判手続においても、事実認定は、証拠によって事実を認定する（旧54条の3、68条）こと及び自由心証主義を採用することはこれまで述べたとおりである。事実認定における証拠の評価、あるいは事実の認定において、経験則が用いられる。以下、詳述する。

第1節 証拠の評価

第1 供述調書

多くの事件では、事業者の従業員、役員等から事情聴取を行うが、審尋の場合だけでなく（48条、47条1項）、任意の場合も供述調書にする。ところが、審判手続では、供述調書の成立の真正、あるいは信用性について争われることが多い。事実認定に用いる供述調書の証拠力を確保することは必要不可欠であり、その認定に当たって利用される経験則について検討する。

1 成立の真正

一般的に、事情聴取後、審査官が供述者に対し同人が供述した内容を読み聞かせ、あるいは、同人に閲読させたところ、誤りがないことを述べ、供述調書に署名押印したものであれば、信用できるとされている¹⁰⁶。供述調書の作成は、法に定められた手続によって行われるものであり、供述者の署名押印は供述調書作成の最後に行われる。したがって、読み聞かせ、あるいは閲読の上、署名押印したものであれば、特段の事情がない限り、一連の手続は適法に行われ当該供述調書が作成されたといえる。これは経験則ということができる。

これに対して、取調べにおいて、身体の拘束、あるいは意思を抑圧する等不当な状況があった場合には、任意に作成されたものとはいえないから、このことを明らかにすれば、適法な手続によって作成されたという推定は覆ることになる。このような事情が特段の事情に当たる。したがって、争う場合、自由な意思で供述したものとはいえないこと、つまり、供述者は意思を抑圧された状態で、供述し、署名したものであることを明らかにしなければならない。

特段の事情が認められる場合が少なければ経験則としての蓋然性が高いことになる。身体の拘束、あるいは意思の抑圧等の不当な状況が認定されたケースは見あたらず、当該経験則の蓋然性は高いといえることができる。

他方、供述者にとって供述調書の内容が供述したものとニュアンスが異なる、あるいは異なる場合であっても、おおむね一致すると認識し、あるいは、異なるとするところも、審査官とのやりとりの結果、そのような記述になったということを了解した上で作成され

¹⁰⁶ 例えば、ごみ焼却施設入札談合事件（公正取引委員会平成18年6月27日審判審決）、防衛庁航空タービン燃料等石油製品入札談合事件（公正取引委員会平成19年2月14日審判審決）

た場合には、内容についても信用できるとされる¹⁰⁷。

2 同一供述者の供述に不一致がある場合

同一供述者の同一事実に関する供述が一致しない場合、どのように評価するかである。

客観的な事実と一致する供述は信用できるとされる。客観的な事実とは、公知の事実、あるいは客観的な証拠と一致する事実等である。物証とおおむね一致する供述は客観性があり、信用できるとされる¹⁰⁸。ただし、当該物証の意味するところが一義的であり、他の証拠と齟齬がないことが前提である。

抽象的な供述と具体的な供述では、後者のほうが信用できる¹⁰⁹。抽象的な供述は多義的であり、評価次第でどのようにも解されるが、具体的な供述は一義的で内容が確定できるからである。

さらに、時間的にみれば、一般的に、特段の事情のない限り、立入検査時の供述は信用性が高いとされる。また、審査時の供述のほうが審判廷における供述よりも信用性が高いとされる。これは、先に述べたとおり、時間の経過によって、あるいは利害関係によって、記憶の変容・消滅がもたらされるためである。立入検査時の供述調書は、最も記憶が鮮明な時期に作成されたものであり、事件について先入観なく供述したものであり、事実について知っていることをそのまま供述することが多く、また、そのような供述を期待することができる。後の供述は、時間の経過による記憶の変容もさることながら、他の関係者からの情報による変容が大きい。供述者が所属する事業者内の関係者からの情報、共同行為の場合には参加者からの情報、また、代理人からの情報等による記憶の変容がある。さらに、自分の供述により所属する事業者に対して様々な不利益（排除措置命令、課徴金納付命令、入札参加停止、損害賠償請求、場合によっては刑事罰）が課されることになるため、供述に制限がかかることもある。民事訴訟においても利害関係人の証言は関係ある者に有利な方向にかたよるとされることと同様に解してよい。¹¹⁰

また、刑事事件とは異なり、身体の拘束はなく、真実を供述することにインセンティブが働かないことから、審査時の供述の信用性は個別に検討する必要がある。

しかし、当該事件が刑事告発される場合、行政処分とは異なり、自然人がその対象となるので、違反行為を行った従業員等と事業者は利害が対立することになる。すなわち、刑事告発され、刑事手続が行われれば、従業員等は、合理的な理由なく黙秘、あるいは否認することは、裁判所の心証形成を考えると不利益となる可能性が高く、真実を供述することにインセンティブが働くことになるが、これは事業者の不利益をもたらすことになる。

¹⁰⁷ 防衛庁航空タービン燃料等石油製品入札談合事件（前掲注106）

¹⁰⁸ ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

¹⁰⁹ ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

¹¹⁰ 多くの事件では、審判廷における供述よりも供述調書のほうが信用できるとされる。これは、利害関係があることともに、審判廷での供述が違反行為時から数年を経て行われることが多く、記憶の変容・消失もあると見られるからである。

このため、刑事告発された後の供述は真実を供述していると思われる。さらに、刑事告発される前であっても、刑事告発があることを想定して供述する場合には、同様のインセンティブが働くので、真実を供述しているとみることができる。このようなことから、刑事告発があるかどうかは、特段の事情に当たると解される。

また、蓋然性については、刑事告発された事件で審判手続が行われ、審決が出された事件は数が少なく、その範囲でみた限りにおいて蓋然性は高いといえることができる。

3 複数の供述者の供述に不一致がある場合

同一の事実について、複数の供述者がそれぞれ異なる供述をしている場合、いずれの供述が信用できるか。

まず、2と同様に客観的な事実と一致する供述は信用できるとされる。さらに、供述者の立場、供述者と違反行為との関わり、供述者の関心の程度、当該供述者の他の供述との整合性、他の証拠との一致、当該供述者以外の供述者の供述との一致（その供述調書に信用性があることが前提となる。）等を検討することになる¹¹¹。

第2 物証

1 成立の真正（形式的証拠力）

独占禁止法の審判では、書証について、証拠の採否決定において、成立の真正、つまり、作成名義は問題とならない。したがって、関連性が認められるものについては、形式的証拠力は認められる。書証が処分文書の場合には、当該証拠により立証する意思表示の主体を確定しなければならないことから、作成者を特定する必要がある。しかし、審判で提出される書証の多くは報告文書であり、作成者の意思表示ではなく、作成者の認識を記載したに過ぎない。したがって、作成者が特定できない場合でも、成立の真正を認めることができ、内容の信用性は評価の問題となるとみることができる。実際の審判では、作成者が特定できない文書についても形式的証拠力は認め、作成名義の問題を含めて証拠を評価することで証拠の信用性を判断することになる。¹¹²

2 他の物証と一致する場合

他の物証と一致する場合には、特段の事情がない限り、実質的証拠力があるとされる¹¹³。

¹¹¹ 大阪ほ装工事入札談合事件（竹中土木・東海工業）（公正取引委員会平成19年1月30日審判審決）

警視庁信号機入札談合事件（松下電器産業）（公正取引委員会平成18年3月8日審判審決）

防衛庁航空タービン燃料等石油製品入札談合事件（前掲注106）

¹¹² 作成者の氏名が不明であるが特定できる場合、作成者がある特定の範囲内の者という限度でしか特定できない場合にも形式的証拠力を認める考えがあるが、この考えによった場合と同様の結論となる。前掲注33 伊藤 27頁

¹¹³ ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

3 他の物証と一致しない場合

どちらの物証が実質的証拠力を有するか、もしくは信用性があるかということになる。それぞれの物証について、当該証拠が表示する内容を認定した上で、いずれが実質的証拠力を有するかを明らかにする。供述と同様に客観的な事実と一致する物証は信用できるとされる。また、客観的な事実の確定が難しい場合には、当該証拠の成立、内容から判断することになる。仮に、一方が実質的証拠力を有すると判断した場合、他方はこの物証と相容れない物証となるので、実質的証拠力を有すると判断した物証の信用性の程度が低くなるか、否定されることになる。しかし、これらの物証が一致しない理由を合理的に説明できれば、一致しないことをもって実質的証拠力を有すると判断した物証の信用性の程度が低下することにはならない。つまり、信用性を有すると判断した証拠と一致しない証拠が存在する理由を合理的に説明できれば、証拠の信用性の低下、否定にはつながらないのである。

また、複数の一致する物証と一つの一致しない物証がある場合には、一般的には複数の一致する物証が実質的証拠力を有することになる。例外的な場合としては、複数の一致する物証が意図的に虚偽の内容をもって作成されたような場合である¹¹⁴。

なお、自分の関わる仕事に関する事実に関心があったこと、理解する上で知識を有していたことなどから、業務に関して作成されたメモは信用できるとされているから、これと一致する証拠は実質的証拠力があるとされる¹¹⁵。

第3 根拠そのものが実質的証拠力を持つ場合¹¹⁶

違反行為を立証する証拠が当該証拠に限られ、かつ、当該証拠だけが実質的証拠力を有する証拠であり、他に補強となるような証拠がない場合である。

この場合、当該証拠の証拠価値を当該証拠そのものから判断することになる。

民事訴訟のところで述べたように、実質的証拠力は、証拠資料に内在する経験則ともいうことができる。当該証拠資料が、経験則上、どの程度の蓋然性を有するかであり、これによって心証形成作用の強弱をもたらすことになる。当該証拠から認定できるとされる事実が真実であるとした場合、当該事実が、経験則上蓋然性の高いものか否かを考慮するというものである。換言すれば、経験則上、通常認められる一連の事実関係が起こる順序、範囲、影響等を大前提とし、証拠資料が表す事実関係がこれと一致するかどうかを判断するものである。証言、あるいは文書によって表される報告による事実関係について、出来事の順序を追って検討し、その出来事が、それ自体、順序において不自然でないかを検討する。この一連の事実関係が真実であるとする、経験則上、蓋然性が高いと認められる

¹¹⁴ 被審人は、自社を陥れる目的であったと主張されたが、そのような認定はされていない。(前掲注111)

¹¹⁵ ごみ焼却施設入札談合事件(前掲注106)

¹¹⁶ 前掲注1 近藤 602頁

場合には、当該証言、あるいは文書による報告の証明力が強いといえる¹¹⁷。

例えば、合意の成立の場に参加していた担当者が話し合いを録音していた場合、あるいは一人だけが供述した場合であって、他に証拠資料となるようなものは、すべて処分されている場合を想定する。当該録音媒体の記録、あるいは供述が、合意の成立に至る過程、例えば、原材料の価格・製品の価格・隣接市場の製品の価格について、その動向の調査、合意の参加者との情報交換、社内での検討、繰り返し行われる合意の参加者による会合、合意の成立について記録されているか、あるいは供述しているような場合である。これが、合意が成立するに至る過程と一致すれば、通常、それらの証拠資料自体が実質的証拠力を有することになるということである。

¹¹⁷ 前掲注1 近藤 598頁
前掲注2 伊藤「事実認定の基礎」 60頁

第2節 事実認定における推認

事実認定は、証拠によって要件事実を直接立証する場合と、証拠によって間接事実を立証し、単数、あるいは複数の間接事実から要件事実を推認する場合がある。

第1 直接証拠による主要事実の認定

要件事実を直接証拠で認定する場合がある。例えば、物証による場合として、カルテルについて作成された協定書をもって立証する場合とか、供述による場合として、合意した事業者の代表者が会合に出席して、カルテルの合意をした場合に、当該代表者が違反行為について供述したことをもって立証する場合がある。(別紙1 図2参照)

協定書に、各事業者の代表者によるカルテルの意思が記載されている場合¹¹⁸、当該書面における各事業者の意思とその合致をもってカルテルの成立を認定する。あるいは、合意した事業者の代表者がカルテルの意思を表明し、他の事業者の代表者と意思の合致があったことを供述した場合、これらの供述をもってカルテルの成立を認定する。

直接証拠から認定できる事実の合理性、正当性を裏付けるために、間接事実から要件事実を推認する場合、当該事実を認定することは認められる¹¹⁹。

第2 間接事実による主要事実の推認

間接事実を間接証拠で認定し、要件事実を推認する場合のうち、単数の間接事実から推認する場合がある¹²⁰。(別紙1 図3①参照)

単数の証拠による認定の場合には、当該証拠だけで事実認定がされることになるので、この推認の過程(当該証拠から間接事実、間接事実から要件事実を立証する過程)で、経験則が正しく適用されることが重要である。そのためには、① 前提となる事実認定が正しいこと、② 当該事実にもっとも適した経験則を選択すること、③ 選択した経験則を正しく適用することが必要である¹²¹。

また、複数の間接事実から推認する場合もある。この場合、分析と総合という観点から事実認定がされる。すなわち、複数の間接証拠から認められる事実を認定し、これを総合認定することで事実を認定する。¹²²(別紙1 図3②参照)

総合認定については、直観的なものとされることがあるが、裁判の内容をなすものであり、当該結論が合理性を持ったものであることが必要であるし、さらに、結論に至る過程もまた論理的に審査できることが必要である¹²³。

ところで、個々の間接事実の立証の程度と要件事実の認定について、二つの考え方があ
る。一つは、個々の間接事実が認定されていない事実であり、その後の事実認定の証拠と

¹¹⁸ 直接証拠が物証である場合、当該文書は処分文書である。

¹¹⁹ 前掲注71 植村(3) 162頁

¹²⁰ 前掲注71 植村(3) 161頁

¹²¹ 前掲注71 植村(3) 174頁

¹²² 前掲注71 植村(3) 175頁

¹²³ 前掲注71 植村(3) 176頁

はできないという考え方である。もう一つは、個々の間接事実が相互の独立性が低くて相互補完的な関係にある場合は、個々の間接事実自体は合理的な疑いを入れない程度に証明されていないときでも、相互補完的な関係にある事実をも含めた総合認定を経て認定された事実を前提に改めて検証すれば、事実認定の証拠とすることができるという考え方である。前者の考え方は、個々の間接事実の独立性が高い場合には、妥当する考え方である。しかし、後者の考え方も否定されるべきではなく、個々の間接事実が相互の独立性が高くない場合には、総合認定することによって、その認定の根拠とされた個々の間接事実に関してそれまであった合理的な疑いは解消されて、結果的には個々の間接事実も合理的な疑いを入れない程度に証明されたことになる場合もあるとされる¹²⁴。¹²⁵

¹²⁴ 郵便区分機入札談合事件（公正取引委員会平成15年6月27日審判審決）

ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

¹²⁵ 前掲注71 植村（3） 177頁

第3節 判例・審決にみられる具体例

第1章第3節第1の1(1)で述べたとおり、判決において「特段の事情がない限り」「実質的に見て」といった認定がみられる場合は、経験則について述べているとされる。審決、あるいは審決取消請求事件の判例でもこのような認定がみられるが、同様に経験則について述べていると解される。したがって、以下ではこのような認定を行っている審決、あるいは判例を取り上げて、検討することとする。

なお、判例・審決の下線部は、いずれも報告者による。

第1 事業者

違反行為の対象となる業務を担当している従業員の行為は、事業者の行為である

1 判例・審決

(1) 石油カルテル刑事事件¹²⁶

「不当な取引制限行為が事業者団体によって行われた場合であっても、これが同時に右事業者団体を構成する各事業者の従業員によりその業務に関して行われたと観念しうる事情のあるときは、右行為を行ったことの刑責を問うことも許され」とし、「各被告会社の営業担当役員である被告人等は、元売り会社の営業担当役員によって事実上構成される石連の営業委員会において、石油製品価格の油種別の値上げ幅と実施時期を定め、通産省の了承を前提として各社いっせいに値上げを行う旨合意をしたものであるところ、」「被告人等の右行為は、石連の営業委員としての行為であると同時に、その所属する各事業者の業務に関して行われたものと認めるのが相当である。」

(2) ストレッチフィルム刑事事件¹²⁷

「被告人H2は、昭和60年3月から被告会社グンゼのプラスチック事業部営業統括課東京販売課長、平成2年7月からは同事業部東京営業統括課販売課長の職にあり、本件当時本部会副メンバーであったものであるところ、同事業部が扱う業務用ストレッチフィルム等の製品の販売価格は最終的には同事業部長の長岡正司が決定権を持つものであったが、当時被告会社グンゼでは、業務用ストレッチフィルムの売上高が年々減少し同事業部内での占める割合は低くなり、これに代わる新製品を開発して近い時期に業務用ストレッチフィルムの製造・販売を中止するという方針を固めていた事情もあり、業務用ストレッチフィルムの販売価格の決定等はすべて営業統括課長の柴本博司に任せるという形になっており、同人もまた、関西に勤務していたこともあり、業務用ストレッチフィルムについては、部下である被告人H2に任せていたことが認められ、このことは同年7月1日から同事業部の組織変更により被告人H2の直接の上司が東京営業統括課長の岩田紀治になった後も同じであったことが認められる。したがって、被告人H2は、組織変更の前後を通じて、

¹²⁶ 最高裁昭和59年2月24日判決

¹²⁷ 東京高裁平成5年5月21日判決

本部会の副メンバーとして本部会に出席し、被告会社グンゼを代表して本件各協調値上げ協定を締結したことが明らかである。

(3) 東芝ケミカル事件

審判審決¹²⁸は、「本件決定がされたときには、(紙フェノール同張積層板の国内販売価格についての最終決定権者である)高木部長は在席せず、被審人の関係では日野が在席していたこと、日野は被審人の東京営業管内を担当する積層品営業部長であり、本件紙フェノール同張積層板の国内価格の最終決定権者ではなく、部会の正式メンバーであることが各認められるが、……業務委員会のメンバーとして同委員会に出席し、高木に同行して部会にも出席し、本件協調値上げの問題について同業他社と検討を重ねてきた者であり、そして、本件臨時部会において突然本件協調値上げの提案がなされたわけではなく、従前から部会において協調値上げについて検討が重ねられてきたところであり、前記認定の本件臨時部会が開催された経緯から見ると、本件臨時部会で値上げの決定がされる可能性も十分に予測できたのである。そのような会合に高木が何も意見を述べずに途中退席した本件臨時部会においては、日野が高木に代わって被審人を代表して意見を述べる立場にあったものと見るのが相当である。」とする。

審決取消請求事件の判決¹²⁹は、「原告の高木幹夫は、……退席するまで、右の意見交換の内容を聞いており、その後は、原告の日野誠三が右会合に参加していたこと、大手三社が価格引上げを実行することを表明し、残る五社に対しても、大手三社に追随して同年七月末までに同様の価格引上げを実行するように要請したが、原告の日野誠三ら五社の関係者は特に反対の意向を述べることはなかったことが認められる。右認定事実によれば、原告が右臨時部会において、本件商品の国内需要渡し価格についての情報交換や意見交換に参加していたと認めるべきである。」とする。

(4) 中国・四国ブロイラー孵卵協議会事件¹³⁰

協議会の招集に係る連絡について、代表取締役が電話して出席要請をするはずであるのに、松尾会長から實村に直接電話があったことについて、「松尾会長は、平成8年4月1日、4月3日の協議会です承が得られれば使用する予定の値上げ通知文書の案をファクシミリで山上に送り、山上の添削どおりに右案を修正しており、松尾会長と山上は、協議会の前に、連絡を取り合い、相談していること、また、實村は福田種鶏場を代表して協議会に出席できる地位にあること、山上も平成8年4月3日に協議会が開催されたことを認めていること」を認定し、代表者といえる者に対して協議会の招集を行ったとする。

¹²⁸ 公正取引委員会平成4年9月16日審判審決（最初の審決）

¹²⁹ 東京高裁平成7年9月25日判決（手続違背を理由に差し戻された。）

¹³⁰ 公正取引委員会平成12年5月8日審判審決

(5) ごみ焼却炉入札談合事件¹³¹

「5社の会合の出席者は、いずれも本社の環境装置の営業を担当する部門の課長ないし部長待遇の者であり、ストーカ炉の建設工事の入札にかかる物件や入札金額の決裁権限を有していたとは認められないが、同建設工事の選定の過程や入札価格の決定の過程に関与し得る立場にあり、このような立場において、受注予定者を決めるための会合において、社の受注希望を表明し、受注希望が重複した場合には話し合うことができたものと推認することができる。」

(6) ポリプロピレンカルテル事件¹³²

「部長会メンバーの大部分はPPの値上げにつき決定する権限を有していない者である以上、そのような者の間で会合をもっても、そこでの発言は社としてではなく個人としての発言にすぎないのだから、PPの値上げにつき話し合いをし、かつ合意することはできないと主張」したのに対し、「部長会メンバーは、各社の営業部長級の営業の責任者であって、会社の内部規定上値上げを最終的に決定する権限を有していなかったとしても、この者らにより価格カルテルの合意がされた場合に、その相互拘束力の形成におよそ寄与しないことはあり得ない。現に、7社の関係者は、PPの値上げは営業部長級の者で話すべきことであったと認識していたのである。」

2 経験則の内容と蓋然性

(1) 内容

法人である事業者の違反行為に関して、当該法人の違反行為の対象となる業務（対象商品・役務に係る業務）を行っている部門の担当者が違反行為を行った場合には、当然に、事業者が違反行為を行ったということができるといことが経験則といえるかである。

法人である事業者は、自ら行為することはできず、自然人の行為を通じて事業活動を行うが、独占禁止法は事業者を主体としており、どのような場合に事業者が違反行為を行ったといえるのか、つまり、どのような場合に違反行為を行った自然人の行為をもって事業者が行為を行ったということができるといえるかである。

業務を行っている部門の担当者が違反行為を行えば、当該担当者の職務権限、あるいは社内手続に関わらず、当該事業者が違反行為を行ったということは可能か。

(2) 判例・審決の概要

前記1(1)の事件と同(2)の事件はいずれも刑事事件である。したがって、旧95条による両罰規定を適用できるかということであり、「法人又は人の業務又は財産に関して」という要件を満たすかどうかの問題となるので行政事件における判断とは異なる。(1)

¹³¹ ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

¹³² 公正取引委員会平成19年8月8日審判審決

の事件では、営業担当役員であることから、権限を有する者と認定しているとみられる。

(2) の事件では、決定権を有する者が権限を順次委譲しているので、実質的には権限がある者ということができる。

これに対して、同(3)ないし(6)の事件は行政事件であり、「事業者」という要件の問題となる。(3)の事件はその者の地位、当該会合における意思決定までのいきさつから被審人を代表する立場にあったこと、(4)の事件はその者の地位、代表者が知っていたこと、(5)の事件はその者の地位、工事の選定過程、入札価格の決定過程に関与し得る立場にあり、このような立場で受注予定者を決める会合で発言したこと、(6)の事件はその者の地位、相互拘束力の形成におよそ寄与しないことはあり得ないこと及び参加者が営業部長級の者で話すべきと認識していたことを認定し、「事業者」の行為と評価している。

(3) 検討

いずれも、社内における決定権限を有しない者であってもよいとし、当該対象商品・役務に係る担当者であること、しかも、ある程度の地位にあることを前提に、違反行為の形成過程において現実にとった行動、あるいは事業者の意思決定への関与、当事者の認識等から、個人の違反行為ではなく法人の違反行為と認定できるかどうか判断している。しかも、それぞれ、異なる事実をもって「事業者」の違反行為であると判断している。このことから、「事業者」の違反行為であると判断するには「違反行為の対象となる業務を行った担当者が違反行為を行った」というだけでは足りず、個人の違反行為を法人に帰属させるための事実が必要であるとするものといえる。

従業員も多数におよび、事業部門も多数にわたるいわゆる大企業といわれるような大規模な会社では、意思決定を行う者と実際の事業活動を行う者は必ずしも同じではない。法人なりした小規模の会社とは異なり、所有と経営の分離が明確である。事業活動における意思決定は、通常、会社の機関により行われ、これが組織の全体に伝えられ、従業員によって実際に実行される。すなわち、大規模な会社では、会社としての意思決定を行う者と実際に実行する者は一致しない。これは、事業活動に伴う違反行為にも当てはまる。すなわち、代表者、役員等、つまり、事業活動を行うにつき決定権限がある者が自ら違反行為を行うことはほとんどない。また、あるとしても、代表者、役員等者は、基本的な合意、つまり、価格を決める、受注調整を行うといった基本的な合意をするだけで、合意を実施するための個別具体的な方法等は決めないことが多い¹³³。そして、通常は、基本的な合意の実施のために必要な個別具体的な方法等は、それぞれの部下である従業員が決めることになる。すなわち、当該部門の担当者によって個別具体的な方法等が決定されることになる。この場合には、当該部門の担当者は、代表者から委託を受けて、あるいは権限を委譲されて決定しているので、権限の有無は問題とならない。この場合、違反行為の対象となる業

¹³³ 代表者による合意は具体性に欠け、それだけで競争を実質的に制限するといえるかは不明なケースが見受けられる。

務を行っていた担当者であることに加え、権限の委譲等があるので「事業者の行為」とみることが容易である。同（１），（２）及び（４）の事件がこれに当たると解される。

しかしながら、このようなケースはめったになく、あるいは、表面化しないことが多いため、立証することができないことが多い。そうすると、結局は、表面化している当該部門の担当者が合意したことが違反行為となる。この場合には、当該担当者は、合意の内容（例えば、販売価格、時期、落札を希望する物件の選定方法など）について、決定する権限を持たない、あるいは、権限の委譲等が明らかではないことになる。このような者の違反行為が、そのまま、事業者の違反行為といえるかが問題となる。同（３），（５）及び（６）の事件がこれに当たると解される。これらも、違反行為の対象となる業務を行っていた担当者であるということだけで認定しているわけではなく、他の事情をあわせることで「事業者の行為」を認定している。他の事情については、特定の事実ではなく事案ごとに異なる。意思決定に直接関与したこと、当該会合における意思決定までのいきさつのように違反行為の成立過程に係るものと、工事の選定過程、あるいは入札価格の決定過程に関与し得る立場にあること、もしくは相互拘束力の形成におよそ寄与しないことはあり得ないこと及び参加者が営業部長級の者で話すべきと認識していたことというように当該個人の地位等に関するものがある。違反行為の成立に係るものは、実際に違反行為を行うについて実質的に見て権限があった（事業者を代表した）かどうかということが問題であるのに対し、事業活動の意思決定に関与できるかどうかは、実際に違反行為を行うについて権限があった（事業者を代表した）かどうかを問題とするのではなく、違反行為の結果が事業者の意思決定に反映されるかどうかということの問題とする。

これらは、それぞれ経験則といえるのか。以下、検討する。

まず、意思決定への関与に係るものである。違反行為を行った者の地位にかんがみ「工事の選定過程、入札価格の決定過程に関与し得る立場にある」場合には担当者の違反行為は事業者の違反行為ということができるといことが経験則といえるか。つまり、自然人である担当者が「工事の選定過程、入札価格の決定過程に関与し得る立場にある」場合には、同人が違反行為を行えば、担当者の違反行為は事業者の違反行為ということができるとい経験則によって、事業者の違反行為と評価できるといことである。この場合、当該自然人の地位については、事業活動に「関与し得る立場にある」とされており、関与の可能性があれば足りる反面、「関与する立場になかった」ことを立証すれば推認はできないことになる。さらに、「関与しなかった」ことを立証すれば、当該行為についての推認は覆されることになる。

また、自然人の行った違反行為は、同人が事業活動へ関与することによって、事業者の意思決定の基礎となるのであり、意思決定を行う者は、当該情報を含め様々な情報を総合して判断することになる。このため、意思決定に関与する立場にある者のもたらす情報が違法な行為によるものである場合には、違反行為を行った担当者が意思決定に関与することによって、担当者の違反行為は事業者の意思決定に反映される。つまり、意思決定を行

う者にとって、担当者の違反行為は事業者の意思決定において取り込まれることになるのであり、その関与を遮断しない限り、担当者の違反行為とは全く関係なく意思決定を行ったということはできないことから、当該違反行為は事業者の意思決定に取り込まれたとみるべきである。このとき、当該違反行為が主たる要因となって事業者の意思決定が行われたかどうかは関係がないとみるべきである。つまり、情報に接したこと自体ですでに意思決定に反映したということができる。また、事業者の意思決定をする者が違反行為を認識していたかどうかは問わないが、意思決定を行う者としては知っている、あるいは知り得ることが多いと解される。このように、担当者の違反行為は、事業者の意思決定に関与することによって、権限を有する者が意思決定を行ったと同じ効果をもたらすことになるのである。したがって、担当者の違反行為があり、「工事の選定過程、入札価格の決定過程に関与し得る立場にある」場合には、担当者の違反行為は事業者の違反行為となる。

このようなことは、他の場合も同様である。「合意の結果が事業者の意思決定に何らかのかたちで反映される」場合、「事業者における実質的な判断は、現場の担当者の判断による」場合、「社内の意思決定の手続は形式的なものに過ぎない」場合、担当者の違反行為は事業者の違反行為ということができるといことが経験則となると解することができる。一つめは、意思決定への関与であり、後二者は意思決定そのものである。いずれにしても、事業者の意思決定が、担当者の関与等によって決まることを想定する。表裏の関係にあるともいえよう。実質的な判断は、担当者が行うことになるので、担当者の意思決定が事業者の意思決定となるということである。

このように、単に「違反行為の対象となる業務を行っていた担当者」であるということだけで事業者の行為と認定しているわけではなく、当該違反行為の結果が、事業者の意思決定に影響を及ぼす事情があれば、事業者の行為とみるという経験則はあるとみてよい。つまり、担当者の違反行為とその事情によって、その合意は事業者の意思決定とみることができる。

では、例外がどの程度みられるか、すなわち、経験則の蓋然性はどのようにみるか。ある程度の蓋然性は認められるといえるが、個別事情によるところもある。すなわち、事業者の代表者は、代表者として意思決定を行うにおいて、当該部門の担当者間の合意を認識していたとしても、それに拘束されるわけではなく、あるいはそもそも、当該部門の担当者の合意を認識していないこともあり得る。しかしながら、代表者は、意思決定をするに当たり、自ら収集した情報だけでなく、部下の収集した情報も併せて、判断の資料とすることは否定できない。その際、事業活動を行う担当者は当該事業については任されていることからすると、通常、収集した情報は上司である決定権限を有するものに提供するとみられ、認識しているかどうかは別として、合意に反映されることになろう¹³⁴。ただ、カルテル、入札談合が違法な行為として認識されるようになってきたことからすると、事業者が

¹³⁴ 独占禁止法の行政処分では、事業者の主観（故意・過失）は問わないので、違反行為を認識して意思決定したことは不要である。

コンプライアンスを確立し実施しているような状況にあることが明らかになれば¹³⁵、事業者の意思決定は担当者の違反行為から遮断されて行われたということになり、逆に関与の可能性ではなく実際に関与したかどうかを立証する必要が生じる。

また、合意にかかわる担当者間の認識に係る経験則についてみると、違反行為を行った者の地位にかんがみ「合意の形成に参加した者は、お互いに事業者を代表すると認識している」という経験則があれば、当該合意は事業者の合意であると推認できる。担当者が業務を離れて、個人的な立場で違反行為を行うことは無意味であり、通常、想定できないことであるから、個々の自然人がそのような行為をするということは、事業者の結果を帰属させる意思であることは論を待たない。そもそも、競争関係にある事業者間で独占禁止法違反の行為を行う場合、お互いに違法な行為を行うことについて認識はあるから、リスクをおかしてそのような行為を行うには、相手との間に信頼関係がなければできないのである¹³⁶。すなわち、当該事業部門の担当者といっても、様々な立場の者がいるが、通常、新入社員の行為をもって会社の代表とみることはできないし、他社も同様に考えるであろう。これに対し、ある程度の地位にある担当者が行う場合には、権限を有しているかどうかにかかわらず、また、社内における形式的な手続があるとしても、実質的には会社の意思決定足り得ると、つまり会社の意思とみているということができよう。そして、担当者の中で合意を形成したことが認定できる場合は、たわむれにそのような行為をすることはあり得ないから、代表する行為とみることができる。したがって、「合意の形成に参加した者は、お互いに事業者を代表すると認識している」場合には、それらの参加者による行為は、事業者の行為と評価できるという経験則は高度の蓋然性が認められると解される。

¹³⁵ 逆に、コンプライアンスが確立し、実施されている場合には、担当者の違反行為と関わりなく意思決定が行われたという経験則が認められる余地もあろう。

¹³⁶ また、通常、これらの担当者は、違反行為に関わる事項に関する会合であるかどうかは別にして、様々な会合等を開催し、信頼関係の構築に努めることが多い。例えば、ポリプロピレンカルテル事件（前掲注132）、新潟下水道工事入札談合事件（公正取引委員会平成18年4月18日同意審決ほか）など

第2 相互に拘束する

1 事前の情報交換と結果の一致の事実から意思の連絡が推認できる

(1) 判例・審決

ア 東芝ケミカル事件¹³⁷

「原告の本件事案における行為が、法3条において禁止されている「不当な取引制限」すなわち「事業者が、他の事業者と共同して対価を引き上げる等相互に事業活動を拘束し、又は遂行することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（法2条6項）にいう「共同して」に該当するというためには、複数事業者が対価を引き上げるに当たって、相互の間に「意思の連絡」があったと認められることが必要であると解される。しかし、ここにいう「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（黙示による「意思の連絡」といわれるのがこれに当たる。）。もともと「不当な取引制限」とされるような合意については、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の配慮が働くのがむしろ通常であり、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結果になるのは見易い道理であるから、このような解釈では実情に対応し得ないことは明らかである。したがって、対価引上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである。そして、右のような観点からすると、特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出たような場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に、取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に、協調的行動をとることを期待し合う関係があり、右の「意思の連絡」があるものと推認されるのもやむを得ないというべきである。」

イ 郵便区分機入札談合事件¹³⁸

「(1) 意思の連絡についての判断基準

ア 不当な取引制限は、複数の事業者が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より成立し、事業者相互間に意思の連絡が存在することがその成立要件となるものである。そして、この意思の連絡は明示的に行われる必要はなく、黙示的なものでも足りることはこれまでの公正取引委員会の審決及び判決のとおりである。すなわち、公正取

¹³⁷ 前掲注129

¹³⁸ 前掲注124

引委員会は、「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はなく、進んで行為者間に何らかの意思の連絡が存することを必要とするものと解するとともに、本件におけるがごとき事情の下に、或る者が他の者の行動を予測しこれと歩調をそろえる意思で同一行動に出たような場合には、これ等の者の間に右にいう意思の連絡があるものと認めるに足るものと解する。」（公正取引委員会昭和24年8月30日審決・公正取引委員会審決集1巻62頁（合板入札価格協定事件審決））と判断する。また、東芝ケミカル事件判決においては、「ここにいう『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（黙示による『意思の連絡』といわれるのがこれに当たる。）」と判示されている。

ところで、審査官は「共通の認識」とは、東芝ケミカル事件判決が判示するところの、相互に他の事業者の同内容の行為を認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思のあることであって、単なる認識を意味するわけではない（審査官意見413頁）と主張し、被審人2社も「意思の連絡」の定義として、単なる「共通の認識」では足りないとして、東芝ケミカル事件判決が判示するものを援用して主張する（被審人2社の準備書面(6)65頁）。本審決案においても、東芝ケミカル事件判決が判示する「意思の連絡」の定義により判断することとする。

イ 意思の連絡を間接事実から認定するに当たり、どのような間接事実を重要なものとして評価すべきかは事案により異なるが、本件では、双方の主張立証内容に照らし、i. 当事者が属する市場の構造、製品の特質、過去の当事者の市場行動等の市場環境、ii. 当事者の事前の連絡交渉の有無やその連絡交渉の内容、iii. 結果としての行為の一致、iv. 事後の市場行動、市場成果の変化等の市場環境を総合勘案して、意思の連絡が推認できるか否かを判断する。」

ウ ポリプロピレンカルテル事件¹³⁹

「独占禁止法第3条において禁止されている「不当な取引制限」すなわち「事業者が、他の事業者と共同して対価を引き上げる等相互に事業活動を拘束し、又は遂行することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（独占禁止法第2条第6項）にいう「共同して」に該当するというためには、複数事業者が対価を引き上げるに当たって、相互の間に「意思の連絡」があったと認められることが必要であると解されるが、ここにいう「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

¹³⁹ 前掲注132

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され、また、その判断に当たっては、対価引上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである（東芝ケミカル株式会社審決取消請求事件平成7年9月25日東京高等裁判所判決同旨）。

そこで本件につき、まず平成12年3月6日（平成12年の月日については、以下の記載を省略する。）の部長会の前後の経緯をみると、別紙審決案において認定しているように、1月21日の部長会においてナフサ価格の高騰を背景に、4月以降のナフサ価格の見通し及びポリプロピレンの値上げの必要性について意見交換を行い、ポリプロピレンの値上げについて部長会において検討していくこととし、これに基づき、2月7日及び2月21日の部長会において当該値上げについて意見交換等が行われた。そして、3月6日の部長会後の3月17日の会合においては、各社の値上げのための社内手続の進ちょく状況、値上げの打出しの内容、対外発表時期等につき確認をした上で、次回3月27日の会合において各社が責任をもって値上げ交渉を行う需要者に対する分担を決める案を持ち寄ることとし、続く3月27日の会合においてその分担が決められ、その後、実際に値上げの交渉が行われ、さらには実施状況の確認等について会合等が行われたのである。

これらのことからすると、値上げの打出しの内容、時期等の確認が行われた3月17日の会合までには、ポリプロピレンの値上げについて被審人らの間に上記の趣旨における「意思の連絡」が既に存在していたと考えられるところ、3月6日の部長会をはさんだ上記の一連の事実経過、3月6日の部長会において、当該値上げに関して認識が一致したとの趣旨を被審人ら関係7社のうち5社の出席者が審査官に供述している（これらの供述調書が供述者の意思に反して作成されたことを疑わせるに足る事情は認められない。）こと、そして、その後、本件合意内容に沿う値上げ交渉が実際に行われ、その実施状況の確認も行われたことなどを総合的にみると、3月6日の会合において、被審人らが相互にポリプロピレンの需要者向け販売価格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を有し、もって上記「意思の連絡」に当たる本件合意が成立したと認めることができるというべきである。」

（２） 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

事前の情報交換と結果の一致の事実から意思の連絡を推認できるということが経験則といえるかである。

価格カルテルでは、「共同して相互に拘束する」に該当する行為は、通常、「合意の成立」

である¹⁴⁰。そこでいう合意の内容は、対象商品又は役務、その値上げ額、あるいは値上げの幅、値上げの時期である。しかし、価格カルテルがいわゆる密室の行為であることから、「合意の成立」を直接立証できる場合は限られており、通常は間接事実から推認することになる。

よく用いられる方法は、事前の情報交換と結果の一致を立証し推認するというものである。すなわち、合意の成立する前に合意の内容に係る情報の交換が行われ、合意の成立後、合意の内容と一致する結果がみられる場合には、これらの事実はいずれもそれぞれ間接事実となり要件事実を推認する。それとともに、両方の事実はお互いの補助事実となって間接事実の信用性を高めることになる。

他方、入札談合では、通常、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことが違反行為とされる。入札談合の場合、いわゆる基本合意の成立（個別の合意と区別する意味でこのようにいう。「合意の成立」と異なる。）とこれに基づく受注調整行為がある。刑事事件では、合意の成立と実施行為のいずれも犯罪行為とする¹⁴¹が、行政事件で、いわゆる基本合意の成立をもって、違反行為とすることは少なく、通常は、上記の「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」が違反行為とされるので、事前の情報交換と結果の一致を間接事実とすることも少ない。しかし、いわゆる基本合意の成立を違反行為として認定する場合には、価格カルテルと同様に事前の情報交換と結果の一致を認定することで要件事実を認定することになる。

このように、合意の成立する前に合意の内容に係る情報の交換が行われ、合意の成立後、合意の内容と一致する結果が見られる場合には、違反行為があるということが経験則となるとする。

なお、価格カルテルの場合も、入札談合の場合も、情報交換という情報とは何か、あるいは、結果とは何かが問題となる。

イ 審決・判例の概要

前記（１）アの事件が、事前の情報交換と結果の一致による認定を明らかにしたものである。同イの事件は、合板入札価格協定事件¹⁴²、同アの事件を引用しているが、認定の前提となる事実はこれに限られない。加えて、当事者が属する市場の構造、製品の特質、過去の当事者の市場行動等の市場環境と事後の市場行動、市場成果の変化等の市場環境を対象としている。同アの事件は価格カルテルであり、同イの事件は入札談合である。

すなわち、事前の情報交換と結果の一致は、具体的には合意が成立する前に合意の内容に係る情報の交換が行われ、合意の内容と一致する結果がみられることである。これらの事実から、合意したことを推認する。区分機入札談合事件も合意の成立が認定されている。

¹⁴⁰ 審決では「決定した」とされることが多いが、意思の一致という意味では同趣旨と解される。

¹⁴¹ 道路公団橋梁工事入札談合刑事事件（東京高裁平成19年9月21日判決）

¹⁴² 公正取引委員会昭和24年8月30日審判審決

同アの事件では、「特段の事情がない限り」とあるので、経験則によって推認したことが明らかである。しかも、「右行動が他の事業者の行動と無関係に、取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り」とあるように、何が例外に当たるかを明示している。したがって、「他の事業者の行動と無関係に、対価の競争に耐えうるとの独自の判断によって」行ったことを示すことで推認を覆すことが可能である。

他方、同イの事件は、「特段の事情」については述べていないが、その趣旨は当てはまる。

さらに、同ウの事件では、結果の一致を認定する事実として、価格を引き上げる旨の新聞発表、ユーザーに対する通知等の価格引上げ等対外的に発表する行為（打出し行為）をとりあげている。

ウ 検討

（ア） 価格カルテル

事前の情報交換と結果の一致で、「共同して相互に拘束する」つまり、「合意の成立」を認定する。また、ここにいる「合意」には、明示の合意だけでなく、黙示の合意も含まれる。

前記（１）アの事件は、黙示の合意を意味する「意思の連絡」について、「特定の事業者が、他の事業者との間で対価引き上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出たような場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に、取引市場における対価の競争に耐えうるとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に協調的行動をとることを期待し合う関係にあり、右の「意思の連絡」があるものと推認される」と判示する。

事前の情報交換は、「対価の引き上げ行為に関する情報交換」とされており、合意の内容に関するものに限定されている。

また、結果の一致は、「情報交換と同一又はこれに準ずる行動に出た」ことであって、合意の内容に従った行動が行われれば足り、合意どおりに取引、契約が成立したことまでは必要ではない。

「合意の成立」が直接立証できない場合でも、これを推認させる徴表が認定できれば足りるが、その際に当事者が行う行動としては、「合意の成立」に向けた行動であり、成立後はこれを実施に移すことになるのが一般的である。前者については、合意を成立させるためには、その内容と当事者の意思を確認することが必要であるから、そのための行動があるはずである。もっとも、いわゆる密室の行為といわれるように、明確に外部から認識できないこともあるが、何らかの徴表が見られる場合も否定されない。他方、結果の一致は、個々の事業者の行為であり、外部的、客観的に認識可能である。

個々に事業活動を行う事業者において、価格の引き上げの結果が一致するということは、通常、想定できないことであり、しかも、事前には当該価格に関して情報交換をしている

のであるから、これらの情報を前提として価格の引き上げの意思決定を行ったとみることは容易であり、意思の連絡があったと推認することができる。

このように、事前の情報交換と結果の一致から「相互に拘束する」を推認することは、経験則となっていると解される。そして、情報交換の内容が価格について行われたときは高度の蓋然性があるとみてよい¹⁴³。

同アの事件も、価格について情報交換を行っており、さらに個々のユーザーに対し価格の引上げを通知し、あるいはユーザーとの会合をもって価格引上げを要請していることから、対外的に発表する行為、つまり打ち出し行為があるということが出来る。そして、結果の一致については、打ち出し行為が一致すれば足りることからすると、情報交換と結果の一致があれば意思の連絡を認定できるという経験則により、意思の連絡があったということができるとしたものである。

他方、同ウの事件は、複数の会社が同時期に同金額の価格引き上げのプレスリリースをしたことをもって意思の連絡を推認する。価格競争が行われている場合、他社よりも低い価格を設定することで顧客を獲得しようとするところ、さらに、各社ごとに社内におけるコスト状況が異なるにもかかわらず、同時期に同じ額の引き上げを打ち出すのは特段の事情のない限り不自然であり、事業者間にカルテルの合意があったものとみる。

(イ) 入札談合

先に述べたように、入札談合でも、いわゆる基本合意の成立を違反行為とする場合には、価格カルテルと同様である。合意の成立前に「受注調整に関する情報交換」が行われ、「情報交換と同一又はこれに準ずる行動に出た」ことである。すなわち、受注調整に関する情報交換は、ルールに関する情報交換であり、このルールに従って個別物件における受注調整が行われたことである。もっとも、ルールの内容には、その目的等も含むのであり、単に受注調整の方法だけでなく、当該市場における利益の分割も含まれる。

同イの事件では、「意思の連絡」について、「事前の連絡交渉の有無やその連絡交渉の内容」、「結果としての行為の一致」とし、さらに「市場の構造、製品の特質、過去の当事者の市場行動等の市場環境」、「事後の市場の構造、製品の特質、過去の当事者の市場行動等の市場環境」を総合勘案して判断するとしている。

情報の提示を求めることは、これが当該入札談合のルールの基本であることからすると経験則としての蓋然性は高いとみてよい。ただ、複占市場であるという特殊性から、他の事情もみていると解される。

他方、「合意の下、受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにする」場合には、合意の成立が違反行為とされないから、事前の情報交換も、結果の一致も問題とならない

¹⁴³ ここにいう情報が価格以外でもよいかという問題はある。厳密に合意の内容だけに限るのではなく、市場構造、慣習などとあわせみること合意の内容に係る情報といえる場合には認めてよいと解される。この意味ではより緩やかにとらえることも可能である。

ことになる。よって、ここでは、この経験則は利用できないことになる。

2 様々な情報交換から合意の成立等を推認することができる

(1) 判例・審決

ア 東芝ケミカル事件¹⁴⁴

「昭和62年4月21日、学士会館会議室で開催された定例業務委員会において、業務委員長である田中から具体的な値上げ方法等について4月中に検討し、その結果を5月7日の臨時部会に報告するように前記4月20日の定例部会において指示があった旨報告された。そして、同月30日、部会から指示のあった問題を検討するため東京都新宿区所在の鐘淵化学の四谷クラブで臨時業務委員会が開催され、同委員会で各社のプリント配線板用銅張積層板の国内価格及び輸出価格の現状等について共通認識を得るため無記名でアンケート調査を行い、また具体的な値上げ幅及び値上げ方法につき意見を交換し、各社の部会メンバーがプリント配線板の需要者らを訪問して値上げの要請をすると、値上げに関する新聞発表をすること等値上げに関するいわゆる環境整備を行う必要性を部会に提案することとされた。21日の定例業務委員会には被審人から日野、糠本剛司が、また30日の臨時業務委員会には日野が出席し、同業他社と同様な行動をとっている。なお、利昌工業は右臨時業務委員会に欠席したが、右アンケート調査の結果は後日同社に報告された。被審人は、前記認定第一の五（六）のアンケート調査に関し次のとおり主張する。

昭和62年4月30日の臨時業務委員会におけるアンケート調査は、業界関係者には公開された資料に基づき了知し得る情報ばかりであり、各事業者の個別的な情報は全くない。したがって、日野らが右委員会に出席し、アンケート調査に応じたことがあるとしても、被審人の協調値上げの意思の存在を認める根拠とはなり得ないものである。

(二) (右主張に対する審判官の判断)

査第22号証、査第72号証によれば、本件アンケート調査は、積層板の国内価格及び輸出価格の現状について共通の認識を得るために無記名で実施されたものであり、通常は実施されないものであること、各社自社の最低販売価格、平均販売価格を報告しており、その結果を本件値上げについて利害関係をもたない合協の島村事務局長が集計していることが各認められる。右事実からみると、本件アンケート調査の内容がどの程度秘密のものであり、重要性をもつものかは別として、本件協調値上げに向けての情報を収集し、共通の認識を得るためになされた意味のあるものであることは明らかであり、被審人の日野が本件アンケート調査に参加していることは前記認定第一の五（六）のとおりであるから、被審人の右主張は失当である。」

イ 郵便区分機入札談合事件¹⁴⁵

¹⁴⁴ 前掲注128

「(1) 意思の連絡についての判断基準

イ 意思の連絡を間接事実から認定するに当たり、どのような間接事実を重要なものとして評価すべきかは事案により異なるが、本件では、双方の主張立証内容に照らし、i. 当事者が属する市場の構造、製品の特質、過去の当事者の市場行動等の市場環境、ii. 当事者の事前の連絡交渉の有無やその連絡交渉の内容、iii. 結果としての行為の一致、iv. 事後の市場行動、市場成果の変化等の市場環境を総合勘案して、意思の連絡が推認できるか否かを判断する。

(2) 本件における判断の基礎となる主要な事実 (略)

(3) 主要な事実の要件ごとにみた検討内容

前記各事実について、前記(1)イの判断基準に照らして検討する。

ア 当事者が属する市場の構造等の市場環境

(ア) 市場構造や当事者の過去の市場行動等といった市場環境により、意思の連絡の容易さの程度には違いがみられる。例えば、事業者の数が少なく高度に集中しており、参入障壁が高い市場では、多数の事業者を擁し、参入が容易な市場よりも競争事業者間で意思の連絡がされやすいものとみることができよう。また、過去に当事者がカルテルを行った経験や当事者の確立した行動や慣行があれば、当事者の将来の行動の予測が容易になり、これもまた意思の連絡を容易にするものといえよう。そして、意思の連絡が容易であるとみられるような市場環境にあることが認定されれば、意思の連絡をするための会合等の事前の連絡交渉が認定できなくとも、意思の連絡に資すると認められる事業者の事前・事後の市場行動等の事実を総合することにより、意思の連絡の存在が推認できることもあり得る。

(イ) 前記(ア)の観点から、本件における市場環境を検討すると、特に前記(2)ア i. 及び i i i. の事実は、意思の連絡を容易にするものであり、また、同 i v. 及び v. の事実は、被審人2社がこれまで協調的であったことを示唆するものである。

(ウ) 他方、買手が一者のみである場合には、売手に対する拮抗力を有し、売手に譲歩を求め得るので、一般的には、買手が分散している場合と比べて、売手間で意思の連絡をすることが難しいと言われている。しかし、本件においては、前記(2)ア i. のとおり区分機類の買手は郵政省(国)のみであるが、郵政省が前記(2)ア v i. のとおり情報の提示、納入日程の調整等を行うなど被審人2社と相互に依存する関係にあるところ、これを勘案すると郵政省が買手独占として存在することは必ずしも売手間の意思の連絡を難しくすることとはならない。また、前記(2)ア i i. のとおり区分機類が耐久財であり、技術革新が進行しており、さらに売手による一定のサービスを要することも、一般的には、消費財で、技術的に成熟し、何らのサービスも要しない商品と比べて売手側の検討すべき内容が多くなり、意思の連絡の内容が複雑化するため意思の連絡を困難とすると言えるが、郵政省により被審人2社が長年にわたり技術競争を促され、両社の製品、サービスが均質化、同等化してきていることがうかがわれることからすれば、このような製品の特質は 必ずし

¹⁴⁵ 前掲注124

も意思の連絡を難しくするように作用するものではないものと認められる。

(エ) 次に、郵政省の指名競争入札の方法による区分機類の発注において、被審人2社のうち郵政省の調達事務担当官等から情報の提示を受けた者のみが入札に参加し、情報の提示を受けなかった者は入札を辞退するという行為が確立しており、被審人2社は一定の協調的關係にあったものと推認されるところ、指名競争入札当時の被審人2社の協調的關係の強さを示すものとされる事実について検討する。

a まず、審査官は平成5年9月ころの被審人東芝の資料及び平成6年1月21日ころの被審人2社間の情報交換から、被審人2社間にかねてから協調的關係があったものと主張するので、この点について検討する。

(a) 平成5年9月ころの被審人2社の関係

(略)

これらの記載を総合してみると、「当社対応状況」との記載から、新郵便処理システムへの対応について被審人東芝は、被審人日本電気との間で具体的な内容は不明ではあるが、ある程度の情報交換、関係調整を図っていることが窺われる。そこで、被審人2社は具体的な内容は不明であるが、ある程度の協調的關係にあったものと推認できる。

(b) 平成6年1月21日の被審人2社間の情報交換

平成6年1月21日の施設課システム企画室の主催した会合に係る事実、前記第2の2(1)イに認定したとおりであり、当該箇所に援用した証拠に沿って更に検討すると、被審人2社の担当者は、同会合で、余田室長から区分機類の価格の10%引下げ要求への回答を求められ、同会合後、被審人2社の担当者間で、郵政省の要求の感触や対応方針等について、何らかの意見交換を行ったことが認められる(査第21号証とこれに添付された植松部長作成名義の平成6年1月21日付け文書)。同会合では、余田室長は「10%のダウンについては一律でも機種ごと変わっても良い来週後半に回答してほしい」と述べており(査第21号証)、両社に一律の対応を求めたわけではない。そこで、被審人2社が、郵政省の要求の感触や対応方針等について意見交換を行ったことをもって、被審人2社はある程度の協調的關係にあったものと推認できる。

b 次に、郵政省の指名競争入札の方法による区分機類の発注において、被審人2社のうち郵政省の調達事務担当官等から情報の提示を受けた者のみが入札に参加し、情報の提示を受けなかった者は入札を辞退するという行為が確立していた理由について、審査官は、当該市場における競争が一時的なものではなく長期的に続く場合には、一度だけ、競争に勝てばよいわけではなく、長期的に見て安定的に利益を上げることが必要であり、そうであれば、当該年度のすべて、あるいは多くの物件を落札・受注することにより短期的に自社に利益をもたらす行為であっても、そのような行為は、別の年度において、他社にも同じ行為を行わせる可能性があり、長期的には利益とならない可能性があることから、協調的(協力)行動を採る方が長期的には利益をもたらすからであると述べる。

この主張は、被審人2社が、過去にこのような協調的行動を採ってきた理由の一つとして

は納得できるものであり、前記のとおり、そのような事情があれば意思の連絡は容易となる。そのような協調的行動を促したのが郵政省の情報の提示に始まる諸行為であり、それらが長年行われてきたのである。

(オ) 以上のとおり、本件における市場構造等の市場環境は、被審人2社の意思の連絡が比較的容易な状況であったといえることができる。以下では、このことを踏まえて、一般競争入札導入という新たな事態において被審人2社が郵政省及び他社との関係においてどのような対応を採り、従来の協調的関係を維持するため被審人2社がどのような行動をしたか、その結果として被審人2社がどのような行動を採ったかを検討することにより、被審人2社間の意思の連絡の有無について判断することとする。

イ 一般競争入札導入までの被審人2社の行動

(ア) 意思の連絡の過程では、通常は当事者間の意見の相違を調整して、意見を一致させるなどの作業が行われる。そのような調整がどの程度必要とされるかは、市場構造やこれまでの慣行、当事者の協調度、意思の連絡の内容等により様々であるが、本件は、調整の必要度が比較的低いものと考えられる。しかし、事前の連絡交渉等の行為が、どのように行われ、その内容がどのようなものであったかということを確定することが、意思の連絡を推認する上で重要であることは変わりはない。

本件において意思の連絡とされるものは、郵政省が一般競争入札の方法により発注する区分機類について、入札実施前に機械情報システム課の調達事務担当官等から情報の提示を受けた者を当該区分機類の物件を受注すべき者とし、情報の提示を受けた者のみが当該区分機類の物件の入札に参加し、他の者は当該区分機類の入札に参加しないことにより、情報の提示を受けた者が受注できるようにする旨のものであるので、一般競争入札導入までの被審人2社の行動について検討する。

(イ) 本件における被審人2社の行動

a 平成6年4月15日の会合

平成6年4月15日の会合は、郵政省が区分機類の性能テストの結果を説明することを主たる目的として、被審人2社の担当者の上、開催したものである。郵政省の高橋係長が平成7年度は区分機類を一般競争入札の方法により発注する見通しであると述べ、このことは被審人2社の社内で報告されている。(前記(2)イ i.)

この会合において、被審人2社は、郵政省が平成7年度以降、区分機類を一般競争入札の方法により発注する見通しであることを共に出席した会議の席上で説明を受けることにより明確に認識するに至ったものと認められる。

b 平成6年4月26日の被審人2社間の会合

被審人2社は、平成6年4月26日、郵政省の要請を受けて、読取率の目標値案について検討するとともに、新型区分機等の見込価格について意見交換を行った。(前記(2)イ i i.)

ここで話し合われた新型区分機の実験機は随意契約により発注されており(平成7年度の

試行機も同様である。査第80号証, 第85号証, 第91号証), 本件会合の対象である新型区分機の仕様が決まり本格発注されたのは平成9年度であり(前記第2の5(1)), 本件会合の時期からみれば, 相当程度将来の不確定事実について話し合われたものであり, また, 被審人2社が読取率の目標値案について検討したことも, 郵政省の求めに応じてされたものではある。しかしながら, 被審人2社が, 新型区分機等の価格設定について話し合ったことは, 被審人2社が協調的な関係にあったことの一端を示すものと評価することができる。

c 平成6年6月14日付けの被審人東芝の須田部長作成の文書

(略)

d 平成6年9月2日の会合

平成6年9月2日の会合は, 区分機類の価格低廉化と一般競争入札の導入を議題に開催されたものである。(前記(2)イiv.)

この会合において, 被審人2社の担当者は, 郵政省の調達事務担当官等に対し, 郵政省の区分機類の発注について一般競争入札を導入することに反対し, 被審人日本電気の担当者は, 価格低廉化についてとはいえ, 一般競争入札の方法による発注とはその趣旨において相容れない早期の情報の提示を, 被審人東芝の担当者も同様に早期実質発注をそれぞれ要請しており, このことにより, 被審人2社の担当者は, 被審人2社のそれぞれが一般競争入札の導入に反対しており, その当時行われていた指名競争入札の下での情報の提示の継続を求めていることを相互に認識したものと認めることができる。

e 郵政省への働きかけ

(略)

f 平成7年1月25日の被審人2社の会合

平成7年1月中旬ころ, 機械情報システム課の小関次席は, 一般競争入札を導入するに当たり, 被審人2社それぞれに共通仕様書の原案を送付してその検討を依頼し, 被審人2社の担当者は, 同月25日に, 郵政省から送付された仕様書について, それぞれ社内で検討した結果を持ち寄り, 主に技術的な面からの意見交換を行った。(前記(2)イviii. 及びix.)

g 平成7年1月26日の会合

平成7年1月26日, 機械情報システム課は, 一般競争入札の導入に際し共通仕様書を作成するために会合を開催した。この席で, 高橋係長又は小関次席は, 一般競争入札の方法により発注する場合においても, 被審人2社に対し入札実施前に情報の提示を行う旨の説明を行った。これに対し, 被審人2社は何も意見を述べなかった。(前記(2)ix.)

この会合において, 被審人2社の出席者は, 被審人2社だけが一般競争入札に参加することが予測される下で, 情報の提示が継続されることをそれぞれ認識したものと認められる。

ウ 結果としての行為の一致

(略)

エ 事後の市場環境

(略)

ウ ポリプロピレンカルテル事件¹⁴⁶

「被審人らは、本件違反行為に至る過程において、本来他企業には秘匿すべき各社のナフサ価格とPPの価格との具体的関係について平然と情報交換してきたのであって、本件違反行為終了後、PP小委員会及び部長会は開催されなくなったものの、これは公正取引委員会の立入検査を契機とするものであること、PP製造販売業者の数は7社から4社に減少したことにより、PP製造販売業者がPPの値上げ合意へ向けて上記の情報交換をすることは本件当時に比べさらに容易になったこと、前記第1の1(4)のように、ナフサ価格とPPの価格との連動性が比較的単純であることに照らすと、PPの値上げについて共通の認識を形成しやすいといえること及びPPをはじめとするポリオレフィン業界においては価格の引上げを行う不当な取引制限が繰り返し行われてきて、とりわけ被審人住友化学は過去にPPの価格カルテルにつき1回、PEの価格カルテルにつき3回行政処分を受けたこと（争いが無い。）からすれば、今後、本件違反行為と同様の違反行為が再び行われるおそれがあると認めることができる。」

エ 種苗カルテル事件¹⁴⁷

「32社は、毎年度、基準価格を検討するに当たり、討議研究会において、まずアンケートによって出席元請業者の意向を確認し、その上で、据え置くか引き上げるかについてさらに議論を行いながら基準価格を決定していたことは、下記の各年度の討議研究会の議事進行の記録を示す書証及び決定された基準価格の各社のメモに係る書証により優に認められるのであって、下記書証のうち供述調書の内容もこれと整合的である（当該供述調書の信用性については後記4に述べる。）。そして、この基準価格は、単なる情報提供や予測ではなく、各社の意見を収斂させるプロセスを経て決定されたものであって、アンケートや席上で述べた意見とは異なる結論となった事業者も、決定された基準価格を各自メモしており、決定された基準価格が各社の合意事項であって各社の価格表価格の設定に影響すべきものとの認識を有していたと認められる。」

オ 能美防災工業課徴金事件¹⁴⁸

「右に見たところによれば、被審人らが5つの事実を懇話会の場において主張するのは、単にそれらの事実が生じたことを他社に報告して確認し合うにとどまるものではなく、親となるための有力な主張理由として主張し、親となることによって、一方においてその余

¹⁴⁶ 前掲注132

¹⁴⁷ 公正取引委員会平成18年11月27日審判審決

¹⁴⁸ 公正取引委員会昭和60年8月6日審判審決

の者の割り込み行為を防止し、他方において親よりも低い価格を提示しないこと等によるその余の者の協力を得て、受注価格を維持しようとするものであることは見やすいところである。

仮に被審人らの主張するように、5つの事実が発生することにより、法律的には受注契約が成立するものとしても、契約の内容のすべて、特に価格が具体的に確定していないこともあり、自火報設備工事業者間の受注活動は、必ずしも5つの事実の発生前にのみ存在するものとは限られず、5つの事実の発生後にも見られることは前記のとおりであり、このことは、懇話会において親決めを行うについて、5つの事実の発生の前後を特に区別しておらず、むしろ5つの事実が発生していることを当該物件について他社に優先して自社が受注すべき理由として主張し、他の自火報設備工事業者を納得させることによって、当該物件について受注すべき者としての親となることができるものであることから、容易に認め得るところである。

※ 5つの事実とは、(イ)注文書を受領すること、(ロ)発注者に対し工事内容を記載した承認図を提出すること、(ハ)社内において受注票を作成すること、(ニ)工事に着工すること、(ホ)被審人らのいわゆる親会社の受注後、当該受注に係る工事を子会社である被審人らが担当することをいう。」

カ 警視庁信号機入札談合事件¹⁴⁹

「平成12年度において、被審人は、被審人が受注予定者となっている物件の一部について、被審人の入札する価格を5社の一部に連絡しているものの、平成13年度には価格連絡を全く行っていない。(査第39号証[8頁～9頁、13頁]、査第41号証[14頁]、査第61号証[28頁～29頁]、査第64号証[15頁]、査第78号証[15頁～16頁]、査第88号証[8頁～9頁]、査第102号証[28頁～31頁]、審共第1号証の1[33頁、48頁])

なお、京三の担当者は、平成12年度において被審人から被審人が受注予定者となっている物件について価格連絡を受けていた旨を供述しており(査第64号証[1頁～6頁、添付資料1枚目～5枚目])、また、京三の担当者が記録した書面には、被審人の1回目の入札価格のみならず、1回目の入札で被審人が落札することに決定した物件について2回目以降の入札価格(2回目の入札で被審人が落札することに決定した物件については3回目の入札価格)が記載されており(査第205号証～第208号証、査第239号証、査第241号証～第243号証)、これらは入札実施前に被審人から入札する予定の価格が連絡されていたことを示すものと認められる。被審人は、この書面の記載は入札実施後に記載されたものである可能性があるとか、京三の担当者が想定して記入したものであるなどと主張する(前記第2の1(2)イ(ウ))が、京三の担当者の供述内容は具体的に十分信用できるものであり、被審人の主張は採用できない。)

¹⁴⁹ 前掲注111

キ ごみ焼却施設入札談合事件¹⁵⁰

「ア 5社の間で、ストーカ炉の入札実施前に入札価格等の連絡が行われたものがある。
(ア) 日本鋼管の環境エンジニアリング本部環境第二営業部長植村高志の所持する「物件調査および希望物件のリストアップ」と題する文書等在中の袋内にあるメモ（査第124号証。植村が所持していた点につき査第140号証）には、

	①	②	③	④
62.5億	(61億)	(60億)		
M 65	最低より7000万円引き	同左	辞退	
K 67	// 4000万円引き	//	辞	
H 69	// 3000万円引き	//	辞	
T 72	// 5000万円引き	//	辞	
69.5				」

との記載があるところ、平成6年度から平成10年度までの全連及び准連ストーカ炉の受注状況に照らすと、「①」に記載された数字は、平成10年8月31日に指名競争入札が行われた「賀茂広域行政組合」工事の入札参加者である5社の第1回目の入札金額とほぼ一致し、第1回目の入札で日本鋼管が62億円で落札している（査第29号証）。このことからすれば、「賀茂広域行政組合」工事の入札に際して、受注予定者である日本鋼管が、あらかじめ4回目までの入札における入札価格や入札への行動方針を決めて相指名業者である他の4社に連絡し、他の4社は、あらかじめ連絡された価格で入札をしたものと推認することができる。

(イ) 川崎重工業の機械・環境・エネルギー事業本部環境装置営業本部東部営業部参事渡辺武司が所持する「95-5-2」（平成7年5月2日）の日付けのあるメモ（査第125号証。渡辺が所持していた点につき査第140号証）には、焼却炉工事の見積原価額が積算過程とともに示されており、「出し値」として、第1回目から第3回目までの入札価格が記載され、この中で「不調の場合の予定価格と最低入札額の想定」がされ、「入札結果に至る過程」として2つの案が検討された上で最終案が示されており、この最終案に沿った金額が、「K」（川崎重工業）の第1回目から第3回目までの入札金額として記載されており、また、他の4社（「H」「T」「M」「N」）についても同様に3回目まで入札金額が記載されている。これを、平成6年度から平成10年度までの全連及び准連ストーカ炉の受注状況に照らすと、この5社の第1回目から第3回目までの入札金額として記載された数字は、平成7年5月9日に指名競争入札が行われた「佐渡広域市町村圏組合」工事の入札参加者である5社の第1回目から第3回目までの入札金額と一致し、第3回目の入札で川崎重工業が60億5000万円で落札している（査第29号証）。このことからすれば、「佐渡広域市町村圏組合」工事の入札に際して、受注予定者である川崎重工業において、あら

¹⁵⁰ 前掲注106

かじめ入札参加者である5社の第3回目までの入札価格を決めて、これを他社に連絡するなどしており、5社は、これに従って入札をしたものと推認することができる。

(ウ) 日立造船の環境事業本部東京営業部の平野は、平成10年9月16日、川崎重工業の環境装置営業開発第二部松江部長にあてて、「西海岸の件」と題する送信票とともに、サンプルとして自社の見積金額をファクシミリ送信した(査第129号証)。これを、前記(3)イ(イ)の平成10年3月26日に日本鋼管及び日立造船の2社が「西海岸」工事について受注希望を表明したと併せて考えると、「西海岸」工事については、日立造船が受注予定者となり、川崎重工業に対し、入札価格の算定の基礎となる見積金額を連絡したものと推認することができる。

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

合意の内容に関わる情報交換があれば「合意の成立」が推認できるということが経験則といえるのである。

「合意の成立」が違反行為である場合に、「合意の成立」を推認させる事実としては合意の内容に関する情報交換は最も分かりやすいものとされる。これは前記1の事前の情報交換である。他方、入札談合では、個別物件における受注調整に関連して情報交換が行われる。また、方法としては、会合、電話、ファクシミリ等があるが、違反行為に係る情報交換として明示的に行われる場合、アンケート、報告などの形をとることで黙示的に行われる場合がある。これらの間接事実は、「共同して相互に拘束する」を推認する。

イ 判例・審決の概要

前記(1)ア、イ、ウの事件は、合意の成立が違反行為である場合の情報交換である。同エ、オ、カ、キの事件は、個別物件の受注調整に関連する情報交換である。

また、同ア、イ、ウ、エ、オ、カの事件は会合、同キの事件はファクシミリという手段を利用して情報交換が行われている。また、同アとエの事件は、アンケート、また、同オの事件は、物件の内容の報告という方法をとることで、情報交換とは認識されないような形で行われている。

ウ 検討

合意の成立に係る情報交換については、前項で述べたとおりである。

事業者が、当該カルテルに係る商品の価格の見通しのアンケートを行っている場合がある。これは、当該商品の価格について、その見通し等についてのアンケートの形式を採るが、実際に、記載した事業者は、見通しではなく、既に当該事業者において設定することが決定されている価格を記載したものである¹⁵¹。

¹⁵¹ 設定した価格であることは、データ等で明らかになる。

明示的な情報交換は、違反行為につながるので、外部から明らかにならないようにするためのものである。アンケート用紙へ記載された数値は単なるアンケートの結果ではなく、これによって他社に自社の価格の情報を明らかにすることになり、価格に関する情報交換と推認することができる。このアンケート結果によって、相互に設定する価格が明らかになるので、価格の情報交換が行われたことになる。

情報交換のうち、価格カルテルにおける対象商品・役務の価格の情報交換が認定される場合、「合意の成立」が推認できることは経験則として認められており、蓋然性も高いといえる。では、これ以外の情報交換についてはどうか。一般的には、全く合意と関係ない情報交換は、「合意の成立」を推認する事実とはなり得ない。例えば、環境保全等に係る情報の交換は、価格カルテルの成立を基礎付けるものとはならない。もっとも、リサイクルに関するカルテルの成立に係る情報交換となる場合があることはいうまでもない。では、原材料の動向はどうか。原材料の価格と製品の価格に連動性がある場合には、原材料の価格の情報交換が、製品の価格の情報交換につながるので、このようなコストの構造とともに基礎付ける事実となると解される。このように合意の内容に関する情報交換は違反行為を推認するという意味で経験則となる。他方、前記（１）イの事件では、一般競争入札に使用される仕様書について情報交換（意見交換）を行っているが、協調的関係を基礎付けるものとされている。入札の仕様書は入札談合では違反行為に関係あるものといえるのであり、協調的関係を推認し、ひいては意思の連絡に結びつくものとみていると解される。この事件では、旧郵政省による「情報の提示」に基づいて受注調整が行われるが、「情報の提示」に関する情報交換は違反行為を推認すると解される。これは、入札談合の場合、受注調整のルールは合意の内容をなすことが多いことからすると、受注調整のルールに関する情報交換が行われたときは、「合意の成立」（意思の連絡）を推認すると解される。

また、基本合意型のカルテルに基づく実施行為についても、情報交換が行われる。例えば、同エの事件のように、基本合意に基づいて各年度の価格の決定が行われる場合に会合でアンケートを行うことで当該年度の価格に関する情報交換を行うことがある。

他方、入札談合では、希望表明するに当たり当該物件との関連性を明らかにする行為、受注予定者が自己の入札予定価格、あるいは入札参加者が応札する価格を連絡する行為がみられる。同オの事件のように、事業者が、報告と称して当該物件との関連性を報告する場合も、実際は、希望表明をするための関連性等の主張なのであるが、いわゆる物件情報として報告する形をとることで違反行為をカモフラージュしているのである。

さらに、入札談合における個別物件の受注調整に係るものとして、価格連絡が行われる。この場合、物証から情報交換が行われたことを推認することになる。

入札談合において、入札案内書に二つの数字が記載されており、しかも①、②と数字が付され、①の数字が１回目の入札価格と万の単位で一致する場合、受注予定者から連絡を受けた同社が１回目と２回目の札入れにおける入札価格を記載したものである。例えば、××××万円で入札している場合に××××と記載があり、しかも入札は１回しか行われ

ないのに二つ記載されている場合である。中には、①、②と番号が付されている場合もある。一方の数字と1回目の結果が一致すれば、いずれも入札価格ということができる。そして、行われていない2回目の入札価格が記載されているということは、当該数字は連絡を受けた数字と推認できる。1回目の入札の結果を見なければ、最低制限価格を把握することは難しく、通常、2回目の入札価格は、1回目の最低入札価格を下回る必要があり、1回目の入札結果が明らかになるのを待って決めることになるからである。

また、入札談合において、他社及び自社の入札価格を記載した一覧表が作成されていた場合には、受注予定者が他社の入札する価格を算定したと推認できる。入札前に他社の入札する金額を知ることはできない。これをあらかじめ知っていたということは、当該会社が算定し、当該会社が他社へ連絡し、連絡を受けた他社はそれに従って入札したと推認できる。

このように、入札参加者間で入札価格の連絡があったとみられる場合、競争入札において入札価格は極めて重要な情報であり、これを他社に提供する事実が認定される場合、当該物件における受注調整があったことを推認することは経験則といえる。また、その蓋然性も極めて高いことになる。他方、多数ある物件のうちの一件について価格を他社に連絡した事実が認定できる場合、このことから基本合意を推認することができるかについては、合意の内容によると解される。話し合いによる場合であれば、個別の受注調整か、基本合意に基づくかが明らかでないが、特別なルールがある場合は、そのルールがなければ当該価格連絡は行われないことからすると推認することも可能であろう。例えば、中核となる会社からそれぞれ連絡を受けるようなケースである。

3 談合の会合への参加と合意への参加

(1) 判例・審決

技研システム国家賠償請求事件¹⁵²

「公正取引委員会は、i. 入札についての受注予定者に係る調整ルールが実効性をもって存在すること、ii. 当該事業者が受注調整ルールを認識していたこと、iii. 当該事業者が受注調整のための会合に参加し、受注調整ルールに特段の異を唱えないなど受注調整ルールに副った行動をしていたこと、以上の3点が認定されれば入札談合事案において不当な取引制限があり、かつ、これに当該事業者が参加したと認めるに十分であるとの判断基準（以下「三要件基準」という。）に基づいて措置勧告を行っていること、三要件基準の運用による措置勧告の実施事案で後に審決によって基礎となる事実が存しないとされた事案はこれまで十数件にすぎず、過去10年間では本件が唯一の例であること、公正取引委員会自体において、いわゆる公共入札ガイドラインを公表し、受注意欲についての情報交換等の行為は受注予定者を決定するための手段となったり、受注予定者に関する暗黙

¹⁵² 東京地裁平成14年12月26日判決

の了解や共通の意思形成につながる蓋然性が強く、独占禁止法違反となるおそれが強い行為であると表明していること、以上の各事実が認められ、これらに加え、一般的にみても、談合に参加しない事業者は、関係当局から疑いを持たれることを避けるため、受注調整のための会合に出席したり、受注調整ルールに副うような行動を取らないと考えられることをも併せかんがみると、三要件基準を用いた運用は、これを訴訟上の事実認定において経験則として用いることができるほど一般化したものとみることはできないものの、実務上の運用としては一応の合理性があるものということができる。

この点に関し、原告は、受注調整ルールの存在は業界の営業担当者であれば一般的な認識として知っているのが通常であること、会合への参加は直ちに談合への参加を意味するものでないこと、談合に参加しなくても会合において受注意欲を表明することはあり得ること等を理由として挙げ、三要件基準では、原告のように談合に参加せずに事業を落札しようとする事業者を措置勧告の対象から除外することはできず、基準としての合理性はない旨主張するが、同業者間における受注調整ルールの存在に関する一般的認識は、むしろ受注調整ルールに副った行動の素地となり得るものであり、また、受注調整のための会合に参加することは、他に特段の事情がない限り、受注予定者を決定するための話合いに加わる意思があるとみて差し支えないというべきであり、要は、この基準を硬直的に運用せず、一般的な見地からの認定に疑念を抱かせるような個別事情が存在するのであれば、当該事業者について可能な範囲において審査（調査）を尽くして、有利・不利を問わず諸般の証拠を収集し、個別事案における具体的な事情を慎重に斟酌すべきであり、そのようにしてこそ前判示の判断の相当性を担保し得るものというべきである。

（略）

しかしながら、他方、証拠（略）によれば、審査段階における事情聴取において、杉山は受注調整のための本件会合へ出席していない旨述べていたことが認められる。この点、原告は、杉山は審査官から現場説明会直後に相指名業者らとともに会合に出席しなかったかと問われたのに対しこれを否定したにすぎない旨主張するが、審判及び当公判廷における同人の供述はこれに副う内容もあれば、事情聴取のときは会合そのものがあったことを忘れていた旨の供述も存するのであって、一貫しないばかりでなく内容的にも曖昧であり、さらに5、6時間にもわたったという談合への参加の有無を判断するための事情聴取の間に、現場説明会直後の会合についてのみ質疑応答が行われるということは通常考えにくく、この点に関する杉山の供述を信用することはできない。そうすると、他方で花田章の供述から杉山が本件会合に出席して受注意欲を表明していたとの情報を得た公正取引委員会が、杉山において談合への加功を隠蔽しようとしており、同人からこれ以上の調査協力は得られないと判断することにも理由があったというべきである。さらに、原告は、本件会合には情報収集のために出席したにすぎないと主張するところ、当初から下田案件の受注を希望し、最終的にもそれを貫いたという態度に照らせばそのような意図を有していたこと自体は否定し難いものの、そもそも受注調整のための会合であることを知りながらそれに参

加し、受注の希望を述べていることに照らせば、それ自体により調査段階で談合への関与を疑われてもやむを得ないといわざるを得ない。そして、前掲各証拠及び弁論の全趣旨によれば、下田案件の会合において他の指名業者は受注意欲を表明した富岡測量と原告のいわゆる2社預かりとして話合いから離脱したこと、入札価格もこの2社が他の8社とは掛け離れており、しかも、2社の入札価格自体は非常に近似していることが認められるのであって、これらによると、事後的に談合に関与していたと判断される余地も十分にあったと考えられる。

以上の諸事情に照らすと、本件勧告前に公正取引委員会が収集した証拠によれば、原告が受注調整に応じたことを強く推認させる事実関係があったというべきであり、それ以上の補充調査を不要と考えたこともあながち無理のないことともいえる。」

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

受注調整のための会合に参加することは、他に特段の事情がない限り、受注予定者を決定するための話合いに加わる意思があることは経験則といえることができるのである。

一定の基準に従って、審査が行われた場合に当該基準を満たせば、直ちに違反行為を推認することができるかについて、特段の事情が認められ、例外が全くないわけではないことからすると、経験則としては認められない。

イ 判例・審決の概要

入札談合事件について、公正取引委員会は、個々の事業者が違反行為に参加しているか、つまり、違反行為の当事者であるかを判断するに際しては、外形的に見て違反行為の当事者らしい外観を呈しているかどうかによるようである。その際、利用されるのが、次の事実である。

- i 入札についての受注予定者に係る調整ルールが実効性をもって存在すること
- ii 当該事業者が受注調整ルールを認識していたこと
- iii 当該事業者が受注調整のための会合に参加し、受注調整ルールに特段の異を唱えな
いなど受注調整ルールに副った行動をしていたこと

という3点である。原則として、これが認定されれば入札談合事案において不当な取引制限があり、かつ、これに当該事業者が参加したと認めるに十分であるとする。しかし、この判断基準に基づいて措置勧告を行っていることについて、例外となる場合もあること、参加を否定するような事情がみられるには更に調査を行うことも可能であることから、経験則とまではいえないとする。

他方、iiiに関して、受注調整のための会合に参加することは、他に特段の事情がない限り、受注予定者を決定するための話合いに加わる意思があるとみて差し支えないとし、経験則といえることができるとみるものである。

ウ 検討

会合への参加と合意への参加については、本件のように受注調整だけのための会合であれば、会合への参加は、特段の事情がない限り、受注調整の話合いに参加する意思があるとみることが経験則とみてよい。特に、コンプライアンスが重要視される現状では疑われるようなことはしないのは当然であろう。前記（１）の事件では、特段の事情があったかどうかの補充調査が不足しているとされており、認定されていない。原告は、会合への参加を情報収集のためと主張しているがこれについては判断されておらず、これだけでは足りないとする趣旨と解される。他方、当該案件について受注意欲を表明した２社預かりとして他の指名業者は話し合いから離脱したこと、入札価格もこの２社が他の８社と離れており非常に近似していることは合意への参加を推認させる事実と認定できる余地があったとされている。

審査の方法について、公正取引委員会（審査官）に立証責任があることからすると、上記三要件基準が違反行為を推認する経験則として認められない以上、この三要件を立証するだけでは足りないことになる。すなわち、公正取引委員会（審査官）が立証しなければならないのは、２条６項の要件であり、当該事業者が「共同して相互に拘束」したことである。確かに、三要件は、違反行為に参加していたことを推認するための間接事実足り得る。しかしながら、原則的にはこれで足りるものの、これらと相容れない事実が明らかにされた場合には、それらの事実について調査しなければならないことはいうまでもない。本件のように、事業者の動機、目的等、主観に係る事情については、外部からは認識し得ないので、事業者から主張がない限り、調査することなく、判断したとしてもやむを得ない。他方、入札価格が最低制限価格に近い等、客観的にも競争したことが窺われる事情があれば、外部から判断し得るのであるから、調査することなく、判断することは許されないであろう。

４ 会合における中座・退席

（１）判例・審決

ア 東芝ケミカル事件¹⁵³

「本件決定がされたときには高木は在席せず、被審人の関係者では日野が在席していたこと、日野は被審人の東京営業管内を担当する積層品営業部長であり、本件紙フェノール銅張積層板の国内販売価格についての最終決定権者ではなく、部会の正式メンバーではないことが各認められるが、日野は、積層板の分野では東京管内における責任者であり、前記認定第一の五のように業務委員会のメンバーとして同委員会に出席し、また高木に同行して部会にも出席し、本件協調値上げの問題について同業他社と検討を重ねてきた者であ

¹⁵³ 前掲注１２８

り、そして、本件臨時部会において斎藤から突然本件協調値上げの提案がなされたわけではなく、従前から部会において協調値上げについて検討が重ねられてきたところであり、前記認定の本件臨時部会が開催された経緯からみると、本件臨時部会で値上げの決定がされる可能性も十分に予測できたのである。そのような会合に高木が何も意見を述べずに途中退席した本件臨時部会においては、日野が高木に代わって被審人を代表して意見を述べる立場にあったものとみるのが相当である。

そして、高木が昭和62年6月10日前の部会において本件協調値上げに反対する意見を表明した事実及び同業7社が被審人が本件協調値上げに反対していると認識していたとの事実は、前記説示のように本件全証拠によるもこれを認めることができないから、前記のような立場の日野が前記認定第一の四ないし六の状況下において特段の反対意見を表明しなかったことをもって前記のように黙示的に追隨した旨認定することは何ら不合理ではない。」

イ 岩谷産業事件¹⁵⁴

「被審人は、出席者の鈴木が平成7年11月16日の例会の席上で発表したのは、CP 価格の上昇に関する情報のみであって、鈴木自身他社の卸売価格情報には格別の関心はなかったこと、また、たまたま体調を悪くしていたので、会議を中座し、席に戻ったときには価格に関する情報交換はある程度終わっていたと主張する。そして、被審人によれば、当日、問題の価格についての発言が行われたのは、せいぜい20分から30分であり（被審人準備書面（4））、鈴木によれば、中座した時間は15分前後（第8回審判速記録）であるとする。なお、これに関して、鈴木が、中座ではなく退席して帰って来なかったとする伊丹産業の小澤の審判廷における供述がある（第12回審判速記録）。以下、この点につき判断する。

（一） 第1に、審査官の主張によれば、被審人の鈴木は、審査段階では一切会議を中座した旨の主張をしていなかったものであり（審査官意見）、これに反する被審人の主張もなく、同人の供述調書を精査してみても、中座をしたとの主張をした形跡が認められない。もし、真に中座をし、価格の引上げに関する共通の意思の形成にほとんど関与していないということであれば、独占禁止法違反とならない可能性が高まることは一般的にも見やすいところであるところ、後記5のとおり独占禁止法について一応の知識のある鈴木が、審査段階で中座について全く主張せず、審判が開始されて1年以上も経過した被審人の準備書面（4）において初めて主張したものであれば、極めて不自然であり、その信用性には疑問がある。」

ウ 警視庁信号機入札談合事件¹⁵⁵

¹⁵⁴ 公正取引委員会平成12年3月27日審判審決

¹⁵⁵ 前掲注111

「離脱宣言後も被審人は6社の会合に出席しているが、これらの会合には正当な目的があった。これらの会合に被審人の担当者が受注調整の目的で出席したことはなく、また、その会合の場で被審人以外の出席者の間で受注調整に関する話合いがなされ、被審人の担当者が退席しなかったからといって、被審人が受注調整に参加したことにはならない。また、平成12年度下期に被審人は6社の会合の幹事ではあったが、被審人の杉本が幹事として受注調整に関与した事実はない。」とする主張に対し、「被審人は、平成14年1月16日の時点で被審人の累計受注基数が最も少ないのは5社にとって自明のことであり、5社は、累計受注基数や新設工事の受注予定者の順番を確認する必要はなく、これを確認したとする供述には信用性がないと主張する（前記第2の1(2)イ(カ)e)が、5社がこれらを確認したことについての供述（査第61号証、査第64号証、査第102号証）は具体的で十分信用できるので、被審人の主張は採用できない。また、被審人は、被審人の杉本は平成14年1月16日の5社の話合いに単に居合わせただけであり、その内容には一切関与していないとも主張する（前記第2の1(2)イ(カ)e)が、被審人の杉本は少なくとも5社の話合いの内容を承知しており（審共第1号証の1[47頁～48頁]）、被審人は、この入札に関する5社の方針を認識していたと認められる。」と判断している。

エ ポリプロピレンカルテル事件¹⁵⁶

被審人サンアロマーは、「MS S佐紺は、社内手続が行われておらずまだ値上げ手続に入っていない、つまり値上げ決定をしていない旨を伝えて、情報交換に参加せず途中退席することで、MS Sが3月6日の部長会から10日以上も何もしていないことを明らかにしている。このことからすれば、MS Sに本件合意を遵守する意思はなかったというべきである。グラントポリマー土田の供述（査第36号証）では、MS Sが値上げを打ち出すことは疑っていなかった旨述べられているが、そもそもグラントポリマー土田は3月6日の合意成立を否定している以上、当該供述は単に一般的にMS Sが値上げするであろうと推測していたとの趣旨にとどまるものであり、また、この供述で実施日が遅くなるかも知れないと述べているが、値上げするにしてもいつ値上げするのかはグラントポリマー土田には分からないのであり、その認識は、単に、MS Sは外国本社との関係で値上げ実施時期が遅れるという程度にとどまり、同人の供述をもって、MS Sが合意どおりに値上げする方針を有していたとの根拠とすることはできない。その後、他社からMS Sに対して社内手続の進ちょく状況につき確認がされた旨、あるいは、逆にMS S佐紺も連絡をした旨の主張立証はなされておらず、MS Sと他社との間で意思の連絡は認められない。」と主張し、被審人住友化学、被審人トクヤマも、「責任分担ユーザーの案を持ち寄ることを決めた時点の出席者が特定されず、さらに、責任分担ユーザーの案を持ち寄る旨連絡したとする日本ポリケム宇川の供述はあるものの、一堂に会する会合ではなく、また、MS S佐紺は途中で退席している以上、責任分担ユーザーの案を持ち寄る旨の連絡が同人になされたことを

¹⁵⁶ 前掲注132

示す証拠はなく、さらに、欠席したチッソ森本とトクヤマ横地に次回日程を伝えたことは査第38号証及び第41号証からうかがわれるが、責任分担ユーザーの案を持ち寄る旨伝えたことはうかがわれない。」と主張する。これに対して、審決は特段の判断をしていない。

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

もともと違反行為に参加していた事業者の従業員等が、価格の引き上げに関する会合、あるいは合意に基づく個別の物件の受注調整に出席していた場合でも、途中で中座し、価格の引き上げに関する共通の意思の形成、個別の物件の受注予定者の決定に全く関与していないということであれば違反行為の参加者とならず、また、個別の受注調整を行った者とはならないということが経験則といえるかである。

イ 判例・審決の概要

前記(1)アの事件は、権限のある者が退席したが、部下が残っていた場合に、退席したとはいえないとした。

同イの事件は、中座したことは意思の形成に関与していないとして独占禁止法違反とならない可能性があるとして述べた上で、実際には退席した事実はないとした。

同ウの事件は、話合いに参加しなかったとしても、同席し、話合いの内容を知っており、入札の方針も知っている以上、受注調整に関与していないとはいえないとした。

同エの事件は、退席したことを認定していないとした。

引き上げに関する会合、あるいは合意に基づく個別の物件の受注調整に出席していた場合に、意思決定の場面だけに参加せず、その内容を知り得なかった場合には、意思の形成に参加したとはいえないとした。

ウ 検討

違反行為の会合の場から退席すれば、一般的に違反行為の成立に参加していないことになることは経験則といえる。したがって、これを前提にして、会合の場からの退席、中座について、それぞれのケースの事情にかんがみ、判断している。その際、形式的にはではなく、実質的に判断していると解される。すなわち、権限ある者が退席したからといって参加していないとはいえず、また、参加しないと発言しても合意の成立の場において、その内容を知りうる場合には参加していないとはいえないとするものである。情報の遮断が要求されるとみられる。価格の引き上げに関する会合、あるいは合意に基づく個別の物件の受注調整に出席していた場合に、価格の引き上げに係る情報を知り得ることからすると、単に権限のある者が意思決定の場面に参加しなかっただけでは足りず、全く関与していないことが必要である。前記3と同様の趣旨と解される。

5 同一の方法で受注調整が行われていれば基本合意が推認できる

(1) 判例・審決

ア 京都ほ装工事入札談合事件¹⁵⁷

「別紙2（略）の証拠によれば、他の事業者も、3物件に限らず、74物件の入札において、受注希望を表明し、積算内訳書を配付するなど、当該ルールに即した行動を採っていたことが認められるのであって、入札に当たり、あらかじめ受注予定者を定め、受注予定者が受注できるようにすることが13社の合意であったと認定できる。したがって、受注予定者の絞り込み行為が、たまたま3物件についてしか認定できないことをもって、受注調整合意が存在しないとする被審人らの主張は失当である。」

イ 大石組審決取消請求事件¹⁵⁸

「被告が上記（1）イで認定した受注希望の表明、受注予定者の決定、入札価格の連絡、入札での協力という四過程が存在し、対象期間内全105物件のうち80物件において四過程に相当する経過で基本合意に即した受注調整が行われている事実、さらに相談者がいて受注予定者決定の話合いがつかないときに相談を受け、説得・助言に当たり受注調整をより実効的なものにしていたとの事実は、旧清水市の土木業者が、基本合意のもと、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示す重要な間接事実であり、この事実から本来の競争入札のルールとは相いれない別のルールがあり、これに基づいて受注調整が行われていたことを推認することができる。

（略）

そして、原告は、他の28名もそのようなルールの存在を認識していたとする供述はないと主張するが、28名のうちの水野組常務取締役であるKは、その陳述書（審6）において、「希望する工事について他者に電話をして意思表示するのは、私はこの業界の慣習みたいなものだ」と受け止めておりました。」と述べていることが認められ、これにより旧清水市の土木業者間において受注希望の表明がルール化されていたことが裏付けられているから、原告の上記主張は採用することができない。」

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

入札談合事件で、対象物件のうち多数の物件で、同一の方法で受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていたことが認定できれば、その方法を内容とする合意の成立が認定できるということが経験則といえるかである。

¹⁵⁷ 公正取引委員会平成16年9月17日審判審決

¹⁵⁸ 東京高裁平成18年12月15日判決

イ 判例・審決の概要

個別物件において、受注調整行為が行われていることが間接事実となる。個別物件において同一の方法で受注調整行為が行われていることから、その調整方法を内容とする基本合意があることを推認できる。繰り返されているということは、対象となる物件について当該方法をルールとして受注調整を行うという合意があるとする。たまたま、同じ方法で受注調整が行われたということではない。

ウ 検討

ある物件について、特定のルールで受注調整が行われた場合、その受注調整行為は、当該物件についてのみ行われたのか、それとも、いわゆる基本合意に基づいて行われたのかは明らかににはならない。しかし、そのような物件が複数ある場合には、個々の物件について個別に受注調整が行われ、たまたま、一致したとみるよりも、当該基本合意に基づいて受注調整が行われたとみるのが合理的である。ただ、受注調整が、特定のルールによって行われたことが明らかであることが必要であろう。例えば、順番制、点数制、あるいは調整役による配分といった場合である。他方、個々の物件ごとに話合いで決めるという場合には、当該基本合意に基づく受注調整か、個別の受注調整かが不明である。とすると、ルールが明確である場合には、基本合意をより強く推認できることになる。また、同じ方法で受注調整が行われた物件が多数に及ぶ場合、換言すると、繰り返し発注される場合にもより基本合意を推認することができる。

6 受注調整システムが継続的に維持されていれば基本合意が推認できる

(1) 判例・審決

協和エクシオ審決取消請求事件¹⁵⁹

「(略) 原告は、本件審決において個々の話合いが行われたことが具体的に認定されているのは4件にすぎず、これらから遡って本件基本合意の存在を認めることはできないと主張する。しかし、現実には話合いが行われたのが4件にすぎないとしても、そのほかの物件についても、その都度現場説明会等の機会にかぶと会の会員が会合し、受注希望の有無の打診が行われたが、従前からの当該設備の受注者以外に受注を希望する者がなかったため話合いに入らずに終わったものであることは査第61号証、第70号証、第127号証等によって明らかであるから、同会会員の間では契約センター発注の全物件について話合いを行う体制が継続的に維持されていたものであり、この事実は本件基本合意の存在を推定する有力な根拠といえることができる。

なお、原告は、受注予定者以外の者の協力を、そもそもそれらの者ははじめから受注意思がなかったのであるから、本件基本合意の立証との関係では意味を持たないようにいうけ

¹⁵⁹ 東京高裁平成8年3月29日判決

れども、その前提において理由のないことは先に判断したとおりである。」

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

受注調整のためのシステムが形成され、維持されているということは、基本合意があることが推認できるということが経験則といえるかである。

基本合意の対象となる物件の発注があり、受注希望者間で調整が必要となった場合には、いつでも受注調整を行うことができるわけであり、受注調整のためのシステムは他に利用されるものではないから、当該方法によって受注調整を行うことが予定されていることが推認できる。

イ 判例・審決の概要

前記(1)の事件では、違反行為の対象物件は27件であったが、このうち、話合いが行われた物件は4件であった。多くの物件は受注調整を経ることなく、受注予定者が決まり、受注できたのであるが、そもそも、受注調整のシステム自体、受注を希望する者が複数の場合に利用されるものであるが、協調的關係にある入札参加者の間では最初から希望者が1名しかいないこともあり、受注調整が必要ないケースが多いとされる。

ウ 検討

受注調整のためのシステムが維持されているということは、発注があり、受注希望者間で調整が必要となった場合には、いつでも受注調整を行うことができることからすると、受注調整のためのシステムは他に利用されるものでない限り、当該方法によって受注調整を行うことが予定されていると推認できる。他方、受注調整のシステムが維持されているとしても、そのシステムが受注調整だけでなく他の事項についても同時に利用される場合、例えば、「会」が様々な事項についての処理を行うような場合、当該システムの維持が受注調整のためかどうかは不明なこともある。

また、話合いがされることもないまま、受注されるケースが多い場合、特に、1件も話合いが行われなかった場合、既に、機能しておらず、形骸化しているというような場合もあり得るから、システムが維持されているといえるかが問題となるケースもあり得る。

7 ペナルティがあれば合意を推認できる

(1) 判例・審決

ア 協和エクシオ審決取消請求事件¹⁶⁰

「不当に競争を制限したかどうかは、競争入札によらず「話合い」であらかじめ受注す

¹⁶⁰ 前掲注159

べき者を決めていたか否かにあるものであり、必ずしも「話し合い」で決まらなかった場合の仲裁機関の設置、決定に従わなかった場合の罰則等の取決めが無くとも、被客人の主張するように具体性、規範性に欠けるものとはいえないことは当然である。

また、本件は決定に従わなかった場合の罰則等の定めは無いが、罰則等の定めが無ければ、当該合意に拘束性が認められないというわけではなく、前記認定のように、本件基本合意に基づいて別紙一記載の米国空軍契約センター発注の27物件について、「話し合い」を継続してきたものであり、本件基本合意は、実効性、拘束性を有していたことは明らかである。なお、本件は、いわゆる黙示の合意であるが、本件基本合意が認められることは、前記のとおりであり、右合意が認められる以上、明示でも黙示でもその効力、効果に関係がなく、その実効性等において欠けるところが無いことは前記説示のとおりである。」

イ 福岡造園工事入札談合事件¹⁶¹

「被審人らは、仮に談合行為があるとしても、福岡市発注の造園工事について落札金額1億円以上の工事が落札金額1億円未満の工事と別個に独立して一定の取引分野を形成するのではなく、全体が一体としての取引分野を形成するはずであると主張する。しかしながら、本件において、福岡市発注の落札金額が1億円以上であると想定される大規模な造園工事について一定の取引分野が成立し、これを受注することができる超特Aランク業者である被審人ら及び緑化建設愛廣園の間で本件合意が成立したことは前記認定のとおりである。したがって、同大規模な造園工事を受注することができない超特Aランク以外の造園工事業者が本件合意に参加していたということはできない。また、超特Aランク以外の指名業者がこれらの物件を自ら受注せずに受注予定者に協力するのは、自分のランクにおける受注に関して超特Aランク業者の協力を得ることを期待すると共に将来自分が超特Aランク業者になった場合に利益を享受できる見込みがある反面、他方超特A業者に協力しなければ業界ぐるみの制裁を受けるおそれがあったためであり（査第47号証、第78号証）、これらの者は、本件合意による事業者間の相互拘束をしていたのではなく、一方的に超特Aランク業者に協力していたのである。したがって、これらの者を当該談合の参加者ということはできず、これらの者を含めた上での一定の取引分野を想定することはできない。」

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

違反行為の実効性を担保するため、ペナルティ、制裁、罰則等が付されることがある。違反行為にペナルティが含まれること、加えて違反行為に従わなかった者に対しペナルティが発動されたことから、合意に実効性があるということ、あるいは違反行為にペナルティが含まれていることから、「相互に拘束」したことを推認することができることが経験則

¹⁶¹ 公正取引委員会平成13年9月12日審判審決

といえるかである。

逆に、ペナルティがない、あるいはペナルティが発動されなかったことから、合意に実効性がない、あるいは「相互に拘束」したことが推認できないということが経験則といえるかである。

イ 判例・審決の概要

従わなかった者に対しペナルティ等が課されていることから、「相互に拘束する」を推認する場合とペナルティ等がない違反行為について、ペナルティ等がないからといって違反行為がないわけではないとする場合がある。

ウ 検討

従わなかった者に対しペナルティ等が課されていることから拘束力を推認する場合については、ペナルティという人為的な行為から違反行為を推認することができるとするものである。しかし、ペナルティ等がない場合について、ないことをもって違反行為がないとはいえないとする。すなわち、違反行為にはペナルティ等が不可欠の要件というわけではなく、ある場合には違反行為を推認できるというに過ぎない。また、違反行為にペナルティ等が課されることは、それが実効性あるものと推認することができるとする。

ペナルティ等は人為的な行為であり、逸脱を許さないものであるから、拘束力を推認させるということができる。しかし、破られることが多いことからペナルティを課すともいえる。ただ、結果と照らし合わせると、いずれかを認定することは可能である。

なお、経済学におけるカルテル合意のメルクマールでもあることからすれば、経験則として経済理論を取り入れていることがわかる。¹⁶²

第3 基本合意の対象範囲

1 判例・審決

(1) 能美防災工業課徴金事件¹⁶³

「同条同項によると、課徴金の計算の基礎となる売上額が生ずるには、「当該行為の実行としての事業活動」が行われていることが前提となつてはいるが、「当該行為の実行としての事業活動」という要件は、「当該行為」の実行期間の始期及び終期を特定するためのものであることは文理上明らかである。

しかして、同条同項にいう「当該役務」は、「当該行為」の対象とされている役務と解されるところ、課徴金の計算の基礎とされる売上額は、右「当該役務」に係る売上額について計算されるのであって、被審人らの主張するように、右売上額が「当該行為の実行として

¹⁶² 植草益「産業組織論」181頁

¹⁶³ 前掲注148

の事業活動」によったものであるか否かによって判断され、計算されるべきものではない。
ところで、本件において、「当該行為」とは、本件違反行為つまり前記審決書の事実二（一）記載のとおり、自火報設備の工事の受注に関し、共同して、受注予定価格の最低額及び受注予定者を定めることを決定すること（以下「基本決定」という。）により不当な取引制限をした行為のことである。したがって、基本決定の対象とされている自火報設備工事が「当該役務」に該当することになる。そして、確認親物件は、後記のとおり、基本決定の対象とされている役務と認められるのであるから、確認親物件に係る売上額が本件課徴金の計算の基礎となる売上額に含められるべきものであることは、もとより明らかであると言わなければならない。

よって、被審人らの右主張は採用できない。

ロ （略）

前記のとおり、既に確定した審決によれば、被審人らが共同して、基本決定を定めることにより「一定の取引分野における競争を実質的に制限」していたことが独占禁止法第2条第6項に規定する「不当な取引制限」に該当するのである。そして、その不当な取引制限が対価に係るものであることは、基本決定の内容から見て当然である。また、この基本決定について実行としての事業活動が開始されたことは、前記第2の2及び第4の1において見たとおりである。

したがって、右実行としての事業活動が開始された後においては、基本決定の対象とされている役務すなわち懇話会場で協議して受注予定価格の最低額及び受注予定者を定める対象とされている役務について、独占禁止法第7条の2に規定する方法により課徴金が計算されるものであることは言うまでもないところである。

しかして、独占禁止法第7条の2の「当該行為」すなわち本件違反行為については、前記審決書において説示するように、我が国における自火報設備工事の取引分野を一定の取引分野とした1個の競争制限行為と判断されたものであり、課徴金が賦課されるのは、右違反行為の対象とされる役務であることは前記のとおりであるから、個々の物件についての競争の有無や現に懇話会において受注予定者を定めたか否かは問うところではない。

したがって、被審人らの、確認親物件は既に受注契約が成立しているので、もはや受注予定者を定める余地はなく、「受注予定者を決定」したとは言えないものであり、この場合受注についての競争は存在しないから課徴金賦課の対象とすべきでないとの主張は、当を得ないものである。

そこで、確認親物件が基本決定の対象とされている役務か否かを検討するため、また、被審人らが、確認親物件については5つの事実発生後に競争がないと主張していることにもかんがみ、以下に本件違反行為の実態を見ることとする。

（イ） （略）

（ロ） （略）

（ハ） （略）

(ニ) (略)

(ホ) (略)

以上に見たところによれば、ある者に5つの事実が生じた場合、他社にそのことが判明しないうちは他社の受注活動が継続することはもとより、判明後においても他社が受注活動を中止しない限り、受注価格が低落するおそれがあり、また、場合によっては発注先を変更されるおそれさえあるため、これを防止すべく、発注者との関係ではたとえ5つの事実が生じているとしても、競合各社間の関係では、懇話会において5つの事実の生じている者を受注すべき者として相互に承認し合ってこれを親と定めるものと認められ、結局のところ親を定めるまでは受注活動が依然として継続しているのである。

したがって、確認親物件についても、被審人らが懇話会の活動を通じて受注価格の低落を防止すべく、懇話会において協議の対象としたものであり、同物件も基本決定の対象とされている役務と認められる。

そして、被審人らのかかる確認親についても競合物件一覧表等に親として記載するのは、いわゆる賦金を徴収するためにすぎないとの主張には何ら理由がないものと言わざるを得ない。

仮に被審人らの主張するように、課徴金の計算の基礎となる売上額については、被審人らが個々の物件について受注予定価格の最低額及び受注予定者を決定し、それに基づいて受注した物件であるか否かによって判断され、計算されるべきであるとの立場に立って見ても、さきに見た本件違反行為の実態からすれば、確認親物件についても右両決定がなされているのであるから、このことをもってすれば、確認親物件に係る売上額が本件課徴金の計算の基礎となる売上額に含められるべきものであることは、明らかである。

なお、念のため付言するに、確認親物件について、懇話会において協議する際、既に発注先が定まっているものがあつたとしても、同物件は、一定額以上で2社以上が引合いを受けて懇話会に届け出たものであり、かつ、現に右協議において受注予定価格の最低額を定めていることを考慮すると、これらの物件に係る役務も基本決定の対象とされている役務であることになるのは言うまでもない。

したがって被審人らの右主張は採用できない。」

(2) 東芝ケミカル課徴金事件¹⁶⁴

「一 前記第一の事実によれば、本件違反行為の要旨は、被審人ら紙フェノール銅張積層板の製造販売業者が、共同して紙フェノール銅張積層板の価格を単位面積（1平方メートル）当たりで一定額（300円）により又は一定比率（15パーセント）により引き上げることを決定し、その決定に基づき販売価格を引き上げていた、というにあることが明らかである。

したがって、紙フェノール銅張積層板に属する本件各商品は、他に特段の事情の立証がな

¹⁶⁴ 公正取引委員会平成8年8月5日審判審決

い限り、外形的にはその売上額を本件課徴金算定の基礎とすべき本件違反行為の対象商品に含まれる、と推定しても特に妨げはない、ということができる（なお、審査官提出の査第1ないし第13号証を検討しても、この範囲の証拠からこの推定と矛盾する事実を認めるのは無理である。）。

二 そこで、被審人が審判廷に提出した積極的な反証を検討してみると、審第3ないし第5号証によれば、本件各商品は、いずれも特殊品であるが、その製造過程において、紙フェノール銅張積層板の標準品（銅箔35 μ mであり、かつ、サイズが1000mm $\times$ 1000mmの製品）よりも多量の原料が必要とされ、又は半端部分が生ずるなどのロスも生じるため、特別のコストが必要であり、元来標準品よりかなり高く価格設定せざるを得ず、標準品の単価を基に面積比率等で価格を決定することはできないこと、本件各商品は、特定の需要者から最終製品の仕様に対応して特別に仕様を指定して発注され、個々の商品ごとに各別に価格が設定され、被審人と取引実績のある顧客もわずかな数に限定されており、他の標準品等と代替したり競合したりすることがないこと、これらのことも与って、本件各商品が本件違反行為の対象商品に含まれるとは意識されておらず、現実に標準品と異なり本件違反行為の前とその実行期間中との間で価格に全く変動がないなど標準品との間に価格連動性がないことが認められ、査第1ないし第13号証によってもこの認定を左右することはできない。

この認定事実によれば、本件各商品が本件違反行為の対象商品から除外されるべき特段の事情がある、というべきである。」

（3） 中国塗料課徴金事件¹⁶⁵

「もっとも、いわゆる「価格カルテル」の型に属する不当な取引制限に該当する共同行為は、その商品の自由な価格形成に対して恣意的な影響を与えることに本質的な意味を見出すことができる。そして、独占禁止法違反の事実として認定できる程度にある商品の価格形成に恣意的な影響を与える特定の違反行為がされた場合において、その対象商品の範疇に属しながら、その商品に該当する典型的対象商品と代替性があり現在又は将来において競合関係に立つ、別の類型の商品の価格形成が、当該違反行為の対象から外されて自由な競争に委ねられてよいとするならば、結局において当該違反行為は典型的対象商品の価格形成にも実効性をもって恣意的な影響を与えることができなくなるおそれがあることは、当の違反行為者はもちろん、誰にでも見やすい道理である。してみると、ある商品の価格形成に恣意的な影響を与える共同行為に参加した当事者は、明示的又は黙示的にその別類型の商品を合意の対象商品から敢えて除外したことを窺わせる特段の事情のない限り、その違反行為当時、当該共同行為の典型的対象商品と別類型をなす商品ではあっても、その対象商品の範疇に属し、かつ、典型的対象商品と代替性があり、現に競合関係に立っており、又は将来競合関係に立つような類型の商品をも、積極的に当該共同行為の対象商品に

¹⁶⁵ 公正取引委員会平成8年4月24日審判審決

含める意思を有しており、したがって、このような類型の商品も当該共同行為の対象商品として表象（認識又は予見）している、と推定すべきである。また、同じ理由から、違反行為当時まだ販売されていなかった新型の商品であるとか、従前の商品より性能、機能的に優れた改良品であるとかいうような事実だけで、この特段の事情があるといえないことも、明らかである。

以上の検討を経てみると、ある商品の価格形成に恣意的な影響を与える特定の違反行為が独占禁止法違反と認定された場合において、当該違反行為の対象商品の範疇に属しながら典型的対象商品とは別類型をなす商品ではあっても、市場において違反行為の典型的対象商品と代替性があり、かつ、競合するときは、違反行為当時に明示的又は黙示的にその別類型の商品を合意の対象商品から敢えて除外したことを窺わせる特段の事情のない限り、同法第7条の2にいう「当該商品」に該当する、というべきである（なお、違反行為に従って機械的、自動的にその商品の価格が算定できることは、右の「当該商品」に該当するために必要でない、と解されるが、この点は、後記4において詳述する。）。

そこで進んで、本件新製品について以上の点を検討してみると、まず、本案審決において、違反行為の対象商品は、船舶用塗料（非錫防汚塗料を除く。）及び船舶用シンナーとされているが、本件新製品は、前記2の認定によれば、非錫防汚塗料に属しない船舶用塗料であって、品目として本件違反行為の対象商品の範疇に属することは明白である。

次いで、前記2における認定事実によれば、本件新製品は本件違反行為の典型的対象商品である船舶用下塗塗料従来品と代替性があること、本件新製品の販路は特に限定されていないこと、上塗塗料との相性という汎用性においては多少見劣りするものの船舶用下塗塗料という用途において本件新製品と同種と見做る従来品を、競合他社も製造販売していることが明らかである。してみると、本件新製品は、市場において、本件違反行為の典型的対象商品である被審人及び他社の製造に係る従来品と、代替性があり、かつ、競合している、といわなければならない。

また、前記2において認定したような、本件新製品が新型商品で従来品に比べて優れた特長があるという程度の事実によっては、前述の明示的又は黙示的に本件新製品を違反行為の対象商品から敢えて除外したことを窺わせる特段の事情があるというのに足りず、本件全証拠によっても他に右の特段の事情があることを窺わせる事実を認定することはできない。

そうすると、本件新製品は、同法第7条の2にいう「当該商品」に該当する、というべきである。」

（４） 東京無線タクシー課徴金事件¹⁶⁶

「二 課徴金の算定対象についての考え方

1 独占禁止法第7条の2第1項の「当該商品」の解釈

¹⁶⁶ 公正取引委員会平成11年11月10日審判審決

(略)

違反行為の事実認定においてこれらの要素によって画定された対象商品の範疇に属する商品については、当該違反行為による拘束を受け、定性的に違反行為の影響が及ぶものであるから、原則として当該範疇に属する商品全体が課徴金の算定対象となるものである。したがって、違反行為の対象商品の範疇に属する商品については、当該行為を行った事業者又は事業者団体が明示的又は黙示的に当該行為の対象からあえて除外したこと、あるいは、これと同視し得る合理的な理由によって定型的に当該行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情がない限り、独占禁止法第7条の2第1項にいう「当該商品」に該当し、課徴金の算定対象に含まれると推定して妨げないものと解される(同審決・同18頁及び平成5年(判)第2号東芝ケミカル株式会社に対する平成8年8月5日審決・公正取引委員会審決集43巻73頁参照)。※ 同審決は中国塗料審決を指す。

2 本件への当てはめ

前記1の特段の事情に関する考え方を本件に当てはめると、審査官が主張する都スタンド協会の違反行為が認められる場合には、右行為は、東京都の区域におけるオートガスの需要者向けの販売価格に係るものであり、被審人の組合員向け取引は、この需要者向け販売の範疇に含まれるから、他に特段の事情がない限り、課徴金の算定対象であると推定されることになる。したがって、以下においては、被審人の組合員向け取引を課徴金の算定対象から除外すべき特段の事情があるか否かについて判断する。

三 本件における組合員向け取引に係る「特段の事情」

被審人の組合員向け取引については、前記二の特段の事情に関して、次の事実が認められる。

1 被審人の事業についての都スタンド協会の役員の認識

(一) 被審人は、被審人のオートガス事業が協同組合による共同購買事業であるとした上で、都スタンド協会自身が被審人のスタンドを自家消費スタンドとして認識していた旨主張するので、この点について判断する。

(略)

(四) 以上のとおり、都スタンド協会の役員が被審人のスタンドを自家消費スタンドと認識していたことが認められる。

2 組合員向け価格の決定方式

(一) 被審人は、被審人のオートガス事業が協同組合による共同購買事業であるとした上で、被審人における組合員向け価格の決定方式の特殊性(固定価格制、割戻しによる原価供給)を挙げて、都スタンド協会の決定内容が組合員向け価格に反映される余地はないと主張するので、この点について判断する。

(略)

(四) 以上の事実から、被審人の組合員向けの実質的な(価格調整割戻金の支給後の)価格の決定は、城西スタンド分と委託スタンド分とで仕入価格の決定の具体的な方法に違

いはあるものの、いずれも、組合員に対する請求価格と仕入価格を含む供給に要する費用との差額の水準を勘案して行われていることが認められ、取引先との交渉という通常の価格形成とは異なる方法によって一貫して行われているものと評価でき、都スタンド協会の決定内容が組合員向けの実質的な価格に反映される余地は本来的に大きく制約されているというべきである。

(略)

(七) 以上のとおり、被審人の組合員向け取引は、仕入価格及び費用を基にした原価供給として行われていることが認められる。

3 他のスタンドとの競合

(一) 審査官は、被審人の組合員向け取引は、他のスタンド業者の法人タクシー事業者向け取引と現に競合しており、都スタンド協会の決定は、被審人の組合員以外の需要者向け価格だけでなく、組合員向け価格に対しても具体的影響を及ぼしていたものであり、特段の事情が存在しないことは明らかであると主張する。そこで、まず、両者の競合関係について判断する。

(略)

(六) したがって、両者の競合関係は、あったとしても特殊なものというべきであり、これを根拠に特段の事情の不存在を根拠付けることはできないというべきである。

4 都スタンド協会の決定内容との連動性

(一) 審査官は、都スタンド協会の決定内容に沿って被審人の組合員向け実売価格（価格調整割戻金による調整後の価格）の改定が行われており、前者が後者に対して具体的に影響を及ぼしていたと主張し、他方、被審人は、価格調整割戻金の支給単価の改定は審査官が主張する都スタンド協会の決定とは何ら連動性がないと主張する。

(二) ところで、本件の争点は、審査官が主張する都スタンド協会の価格カルテルの対象商品の範疇に外形的には含まれる被審人の組合員向け取引を課徴金の算定対象から除外すべき特段の事情があるか、という点にあり、特段の事情として重視すべきは、事後的な結果としての事情ではなく、事前に把握できる定型的な事情であるというべきである。本件に即していえば、組合員向け取引において、都スタンド協会の決定内容に沿って事後的又は結果的に価格調整割戻金の支給単価が改定されているか否かは重視されるべきものではない。特に、前記2のとおり、被審人の組合員向け取引は仕入価格及び費用を基にした原価供給として行われており、都スタンド協会の決定内容が被審人の組合員向けの実質的な価格に反映される余地は本来的に大きく制約されているところであるから、本件においては、事後的又は結果的な価格調整割戻金の支給単価の改定状況は格別の意味を有するものではないというべきである。

四 結論

前記三の事実によれば、被審人の需要者向けのオートガスの販売のうち、組合員向けについては、協同組合による共同購買事業として、都スタンド協会の役員によって自家消費と

認識され、また、仕入価格及び費用を基にした原価供給により行われており、審査官が主張する都スタンド協会の本件違反行為の対象商品の範疇に外形的には含まれるとしても、都スタンド協会が当該行為の対象からあえて除外した事実と同視し得る合理的な理由によって定型的に当該行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情があると認められ、課徴金の算定対象から除外すべきである。」

(5) 水田電工課徴金事件¹⁶⁷

「そして、課徴金制度を定める独占禁止法第7条の2第1項は、「事業者が、不当な取引制限・・・で、商品若しくは役務の対価に係るもの・・・をしたときは、公正取引委員会は、・・・事業者に対し、当該行為の実行としての事業活動を行つた日から当該行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間・・・における当該商品又は役務の政令で定める方法により算定した売上額に100分の6・・・を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」と規定している。ここで、「当該役務」は、「当該行為」の対象とされている役務であり、したがって、この「当該役務」とは一定の取引分野における競争を実質的に制限する違反行為がなされた場合において、その対象役務の範疇に属する役務であって、当該違反行為による拘束を受けたものをいうと解される（昭和57年（判）第2号ないし第7号能美防災工業株式会社ほか5名に対する昭和60年8月6日審決・審決集第32巻25頁、平成7年（判）第1号中国塗料株式会社に対する平成8年4月24日審決・審決集第43巻17頁）。

2 そこで、この点について、本件に即して判断する。まず、別添平成6年（判）第6号審決で認定された基本合意の内容及びその実施された状況は、次のとおりである。なお、この審判手続を経た審決は、被審人が審決取消訴訟を提起しなかったため確定している。

(一) 対象物件は、滋賀県、滋賀県道路公社、滋賀県住宅供給公社及び財団法人滋賀県下水道公社（以下「滋賀県等」という。）が指名競争入札の方法により発注する電気工事（共同施工方式により施工される工事を除く。）である。

(二) 受注予定者の決定方法等の内容は、次のとおりである。

(1) 滋賀県等から指名競争入札の参加の指名を受けた者は、幹事役の連絡員を通じて指名されたことを相互に連絡し合った上、次の方法により、受注予定者を決定する。

ア 当該工事について受注を希望する者（以下「受注希望者」という。）が1名の場合は、その者を受注予定者とする。

イ 受注希望者が複数の場合は、受注希望者の話し合いにより受注予定者を決定する。

ウ 右イにより受注予定者を決定することができないときは、あらかじめびわ湖同好会等の構成員間の特殊事情、過去の指名回数等により定められた優先順位等に基づき受注予定者を決定する。

(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

¹⁶⁷ 公正取引委員会平成12年4月21日審判審決

の定めた価格で受注できるように協力する。

(三) 基本合意の実施については、びわ湖同好会等の場において、幹事役が立ち会う研究会と称する会合を開催するなどして、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしており、その結果、被審人その他の違反行為者は、滋賀県等発注の特定電気工事の大部分を受注していた。

この認定をみると、基本合意の対象物件が、発注者、入札方法及び対象工事について、一定の範囲に明確に限定され、基本合意の内容である受注予定者決定の基準も明白なものであり、実施状況も実効性あるものとなっている。このような場合には、違反行為当事者を拘束する程度が強く、したがって、基本合意が個別物件について実施に移される蓋然性が高いので、被審人の受注した個別物件について、それが基本合意の対象の範疇に属することの立証があれば、基本合意の対象から明示的又は黙示的に除外されたことを示す特段の事情のない限り、当該個別物件については、基本合意の拘束を受け、受注予定者の決定が行われたものと推定するのが相当である。」

(6) 大葉開発課徴金事件¹⁶⁸

「査第36号証ないし査第41号証によれば、本件違反行為に係る受注調整は、千葉市等発注の特定ほ装工事に該当する物件において一般的に行われていたものと認めることができる。したがって、千葉市等発注のほ装工事に該当する物件においては、受注希望者間の話合いがまとまらず、各社が自由に入札に臨んだ等の特段の事情があった物件を除いて、本件基本合意に基づき受注予定者が決定されていたものと推認することができる。

別紙記載の各物件は、千葉市等発注の特定ほ装工事に該当する物件であり（査第1号証ないし査第34号証）、上記特段の事情があったことをうかがわせる証拠はない。そして、被審人代表者において、審査官の事情聴取の際に、これらの物件について本件基本合意に基づく受注調整が行われ、被審人が受注予定者に決定されて受注した事実を認めていること（査第35号証。以下「本件供述調書」という。その信用性については後記のとおり。）、各物件の相指名業者も、これらの物件を含めたそれぞれの相指名業者が入札に参加した物件全般において受注調整が行われたことを認めていること（査第36号証ないし査第41号証。また、査第37号証及び査第41号証によれば、別紙記載の番号1及び5の物件については、物件を特定して受注調整が行われた旨の供述がある。）からすれば、これらの物件は、本件基本合意に基づき明示的又は黙示的に受注予定者が被審人に決定された物件であると認めることができる。」

2 経験則の内容と蓋然性

(1) 内容

課徴金の対象となる商品・役務（7条の2の要件としては「当該商品・役務」である。）

¹⁶⁸ 公正取引委員会平成18年5月15日審判審決

は、特段の事情がない限り、違反行為の対象商品・役務に含まれるものであるということが経験則といえるのである。

また、特段の事情は、認定された違反行為の対象商品・役務からみると当該商品・役務は対象となるが、当事者が明示的、又は黙示的に含まれないとしたことである。すなわち、特段の事情を判断するにおいては、当該対象商品・役務の範疇に属し、典型的対象商品と代替性があり現在又は将来において競合関係に立つような類型の商品を対象に含める意思を有しており、対象とされることを認識または予見していた場合には、特段の事情には当たらないということが経験則といえるのである。

通常であれば、推定がはたらくことによって立証責任が転換されるが、審判手続では、審査官に立証責任があるので、推定がはたらく場合でも立証責任は転換されない。ただ、その場合にあらゆる推定を覆すに足る事実について審査官が主張立証する必要はなく、対象商品・役務に含まれない商品・役務があることを主張する者（通常は被審人）において、どの商品・役務が含まれないのかを明らかにすることが必要であるとされる。そして、審査官は、被審人等によって含まれないとされた商品・役務が、対象商品・役務に含まれることを立証する。

（２） 判例・審決の概要

前記１（１）ないし（４）の各事件の判例・審決は、カルテル事件であり、いずれも一定の範疇に入る商品・役務が違反行為の対象とされるかが争われたものであるのに対し、同（５）及び（６）の各事件は入札談合事件であり、個別の物件が対象となるかどうか争われたものである。前者は、そもそも、一定の範疇に入る商品・役務が違反行為の対象とするとの意思があったかどうかの問題であるが、後者は、当該物件について競争を制限するものであるかどうかの問題である。

（３） 検討

特段の事情は、認定された違反行為の対象商品・役務からみると当該商品・役務は違反行為の対象となるが、当事者が明示的、または黙示的に含まれないとしたこととされる。すなわち、当事者が明示的、黙示的に合意の対象から除外したことを窺わせる事情がない限り、当事者は、違反行為当時、当該違反行為が対象とする典型的な商品・役務でなくても、違反行為の対象商品・役務の範疇に属し、典型的対象商品・役務と代替性があり現在又は将来において競合関係に立つような類型の商品・役務を違反行為の対象に含める意思を有しているということができ、当該商品・役務が違反行為の対象とされることを認識または予見していたと推定することができるとされる。したがって、違反行為の対象から除外したと主張する者が、特段の事情について明らかにしなければならない。

価格カルテルの場合、違反行為の対象となる商品・役務について自由に価格設定を行うことを制限することを本質とする。しかし、違反行為が行われた場合に、その対象商品・

役務の範疇に属し、その商品・役務に該当する典型的対象商品・役務と代替性があり、現在又は将来において競合関係に立つ商品・役務の価格設定が、当該違反行為の対象から外されて自由な競争に委ねられるならば、これらの商品・役務の価格が、結局において当該違反行為の典型的対象商品・役務の価格設定に影響を及ぼすことになり、実効性をもって制限することができなくなるおそれがあることは、違反行為者はもちろん、誰にでも理解できることである。すなわち、代替性がある商品・役務については、価格が連動していることから、一部について自由な競争に委ねられれば、他の価格設定にも影響が及ぶことになる。したがって、代替性がある製品・役務については違反行為の対象とされることになる。そして、代替性の有無は、商品・役務の機能等、製造方法、販路・取引の形態等によって判断されることになる。

このようなことから、違反行為当時、当該違反行為の典型的な対象商品でなくても、当該対象商品・役務の範疇に属し、典型的対象商品と代替性があり現在又は将来において競合関係に立つような類型の商品を対象に含める意思を有しており、対象とされることを認識または予見していたことは経験則として認められることになる。

カルテルの判例・審決で、特段の事情として、明示的又は黙示的に対象としないとされたのは前記１（３）事件だけであり、蓋然性も高いとみることができる。

入札談合の判例・審決では、個別物件については、当該商品・役務に該当するものについて、明示的又は黙示的に対象にしないことはあり得る。事業者は、基本合意の成立と個別物件の受注調整という２段階で意思の連絡をすることになるが、基本合意の拘束力によっては、個別物件における受注調整が成立しないこともある。したがって、基本合意の拘束力が弱い場合には、基本合意の範疇に含まれる個別物件が基本合意によって受注調整が行われ受注されたと推定が及ぶとする経験則は認められないか、蓋然性が低いものとなる。当事者拘束力が強固な場合には、対象となる物件について例外なく受注調整が行れることになることから、基本合意の範疇に含まれる個別物件はいずれも対象となる。入札談合の場合、課徴金の対象となるかどうかについて、個別物件ごとに競争制限効果が生じたかどうかを認定することが必要とされるが、個別物件が基本合意の対象となる商品・役務に含まれる場合には、特段の事情の内限り受注予定者を決定したといえるから、あらかじめ受注予定者を決定すれば、受注予定者が競争を前提としない価格によって入札し受注することになるから、当該物件について具体的に競争制限効果が発生するに至ることを推定することができることになる¹⁶⁹。

なお、争われている商品・役務がその範疇に含まれるかどうか不明な場合もある。そもそも、違反行為の対象とされる商品・役務を表す言葉自体が抽象的であるとか、外延が不明確であるような場合である。この場合には、当事者の意思は明確であるが、違反行為の対象とされる商品・役務が不明確であるため、当該商品・役務に該当するかどうか不明な場合である。この場合は、争われている商品・役務を確定することが必要である。結局は、

¹⁶⁹ 岡崎管工課徴金事件（公正取引委員会平成１７年９月２８日審判審決）

当事者が違反行為の対象とした商品・役務から判断せざるを得ない。

第4 競争関係（受注能力・受注意思）

1 判例・審決

（1） 協和エクシオ審決取消請求事件¹⁷⁰

「2 本件基本合意を推認し得る事実の存否について

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、特定の注文者が継起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。

イ かぶと会設立の経緯、目的 （略）

ロ 1級9社の受注能力、受注意思について

原告は、1級9社の受注能力が確定されていないのに本件基本合意が成立したというのは不当である、そもそも現場説明会に技術者を同行した業者がほとんどいなかったという事実にも照らしても、大半の業者には受注する意思など初めからなかったというべきであると主張する。

なるほど、被告の指摘するとおり、かぶと会は、予めその存続期間が定められておらず、本件に対する被告の審査開始という偶発的な事由に促された結果解散に至ったものであるという事情はあるにせよ、同会設立時に同会の会員に客観的に本件各物件を受注する能力がなく、かつ、解散に至るまでの7年の間に、その受注能力になんらの変化もなかったとすれば、それにもかかわらず本件基本合意が成立したとは考えられないとの原告の主張も理解できないではない。

しかしながら、そもそも本件審決は、かぶと会成立当時の状況では、1級9社にとっては、その技術的能力、入札対象物件に対する知識等からみて、直ちに日電インテックと競争をし

¹⁷⁰ 前掲注159

て受注することには困難があり、かつ、無理を押して受注すれば受注価格の低落を招くおそれがあったから、長期的視野のもとに、当面は協調して同社に受注させ、これを「貸し」として、将来はそれを返して貰う形で受注できると考えていたと認めたものであり（この認定が是認できることは前記のとおりである。）、客観的にはかぶと会会員の多くにとって従来から受注している業者を排除して自ら直ちに受注する条件は整っていなかったことを前提としているものである。そして、査第9、10号証、第13号証、第31ないし第33号証、第69号証、第114号証によれば、1級9社が契約センターに業者として登録したのは、それぞれに思惑（将来の営業の拡大を図るため、従来と異なった分野での受注の機会を作ることや、そのような受注に対応できる態勢を整備することなど）を持ってのことであり、その多くは、いずれは自ら受注したいものもろみを抱いてかぶと会に参集し、入札にも応じたものと認められる（もっとも、三和大榮については、その受注意思に問題のあることは前記のとおりである。）。しかも、仮に客観的には本件基本合意が成立した時点においては、運用保守の業務を受注することができない状態にある業者がいたとしても、その思惑を当然には知り得ない他社としては、契約センター発注物件が金額も大きく、継続性もあり、仕事として相当魅力があると考えられていた（査第13号証、第69号証）状況にあり、このような状況のもとでは、そこに受注競争の発生の可能性があることと認め、互いに、他社がその程度に差はあれ、単独で又は別の会社と協力して受注する能力を備えているかも知れないと予測して臨むほかないわけである。査第115号証によれば、実際にも、1級9社が相次いで業者登録をしたことに対し、日電インテクの側でも競争激化による受注価格の低下の危険を予想し、受注調整を図る必要があると考えていたことが認められる。また、原告の主張するとおり、実際には従前から受注していない会社は現場説明会に技術者を同行しない例が多かったとしても、それは当該物件に関する限り、その会社が受注意欲をもたなかったことを意味するにとどまるというべきであるし、一応入札説明会や現場説明会に顔を見せていることは、状況いかんで次の機会には受注意思を固めてくる可能性を示すものとも考えられ、そうであるからこそ、実際にも、受注意思の強い者、本件では多くの場合に日電インテクは、現場説明会等に参加した会員らに対し、常になんらかの形で意見の聴取を行い、その意向の打診を怠らなかったものと考えられる。なお、受注実績のない会社が受注意欲を高めるに至らなかったことについては、経済事情の影響もあったことは前記のとおりである。しかも、査第9号証、査第126号証等によれば、日電インテクのほかに、原告、大明電話及び日本コムシスの3社もマイクロウエーブ通信設備及び電話回線設備の運用保守についての受注能力を有していたことは明らかであり、このように、現実には複数のかぶと会会員について受注能力のあることが認められる限り、本件基本合意成立の基盤となり得る受注競争関係があったというのを妨げないというべきである。

ハ 個々の話合いの参加者及び内容

（略）

査第9、10号証、第12号証、第29、30号証、第33号証、第127号証によれば、同会会員が、かぶと会設立から解散に至るまでの間、話し合って受注予定者を決定することが必要かどうか判断するための前提行為としての話し合いを含む広い意味での話し合いを行っていたことが認められるし、それらの話し合いを通じて、日電インテックにとっては競争することなく自社が受注予定者に決まり、その反面で他の事業者にとってあえて競争することなく同社の受注に協力したという状況が続くなかで、協力した事業者から「貸し借り」の清算がなされていないことについての不満が出た事実は前掲の証拠から認められるから、たとえ他の業者が、日電インテックから受注するかどうかを聞かれた際に、単に受注を希望しないと答えたのみであるとしても、見返りも期待せず、単純にそうしたというものではない。

原告は、話し合いが行われ、受注予定者が決まると、受注予定者は他の入札参加者と連絡し合って、監査やネゴシエーションに対する対応などを考慮し、予定者の受注が円滑にできるようにしていたとの本件審決の認定を証拠に基づかない判断であるとして非難するが、この事実は査第30号証等により十分認められるところである。

また、内心において受注意思のない事業者が個々の話し合いに参加していたとしても、そのことは他の事業者にはわからないことであり、本件業務が下請業者を利用して遂行することを常態とするものであることからすれば、当初は採算を度外視して落札を求める事業者もあると考えられるところであって、特段の事情のない限り、受注意思のある事業者は他の事業者が受注能力、受注意思があるものと予測して行動すると考えるのが自然である。以上のところから、個々の話し合いは形式的なものにとどまらず、実質を有するものであったことが明らかである。」

(2) 日鉄運輸課徴金事件¹⁷¹

「(1) 業者の施行能力及び積算期間の問題について

ア 被審人は、個別の物件において技術的対応能力がない業者が指名されていると主張する。

しかし、北九州市においては、下水道施設に係る機械器具設置工事を指名競争入札の方法により発注する際、同市建設局施設部施設課が、発注工事の内容を詳細に検討した上で、入札参加資格を有する事業者の中から、過去の工事の実績等に基づいて当該工事の施工に必要な技術力や施工能力の評価を行い、施工することが可能であると判断した業者を同市契約室に提示し、それを受けた契約室が入札参加資格審査時の情報等を総合的に考慮して指名業者を選定しているのである（査第17号証、第20号証、第27号証、参考人松本裕昭）から、北九州市から指名された業者には一般的に当該工事について施工能力があると認められる。

イ 被審人は、現地説明から入札までの期間が12日間（土日を除くと、実質は10日間）

¹⁷¹ 公正取引委員会平成18年12月14日審判審決

しかないところ、事前調査等を行っておらず、工事知見を有しない相指名業者は、わずか12日間では入札価格の積算を完了することが困難であると主張する。

しかし、北九州市としては、過去の工事の実績等に基づいて当該工事の施工に必要な技術力や施工能力の評価を行い、施工可能な業者を選定する中で、相応の理由から指名業者の積算期間が現地説明から入札までの12日間で十分可能であると判断しているのであり（査第20号証、参考人松本裕昭）、被審人以外の指名業者も一般的に当該期間内において積算ができると認められる。

ウ 以上のとおり、個々の物件について施工能力及び積算能力を有する者が被審人以外に存在しないというべき特段の事情が認められない限り、競争が存在すると認められるべきである。」

（２） 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

入札手続の形式を採り、入札参加者において、受注能力を有している者がいると認められる限り、合意成立の基盤となる競争関係があったとすることができるということ、あるいは発注者から指名される、あるいは入札に参加できる有資格者として登録をした事業者は受注能力・施工能力があると推認され、施行能力がある者が1者しかいないという特段の事情がない限り競争はあるということが経験則といえるかである。

さらに、競争関係にあるかどうかは、当該発注が継続すると見られる場合には、違反行為当時、競争関係にあるかどうかではなく、将来において競争関係が生じる場合も含むこともまた、経験則といえるかである。

受注意思を有しない者が話合いに参加していたとしても、特段の事情のない限り、受注意思のある事業者は、他の事業者が受注能力・受注意思があるものと予測して行動するとされる。

イ 判例・審決の概要

入札談合で受注能力、受注意思がない者が合意に参加している場合、競争関係にないことからすると競争を制限することはできず、合意の成立を推認することはできないとの主張について、前記1（1）の事件では、当該発注が継続するとみられる場合には、違反行為当時だけでなく、将来において競争関係が生じる場合も競争関係にあるといえとし、入札に参加できる有資格者として登録した者は受注能力があると推認され、また、受注意思については、外部からは不明であるから、特段の事情がない限り、あると予測して行動すると考える。

同（2）の事件では、発注者から指名された事業者は施工能力があり、個々の物件について施工能力がある者が1者しかいないという特段の事情がない限り競争はあるとする。

ウ 検討

通常、入札談合は、繰り返し継続して発注されることを前提とするから、競争関係についても、違反行為の成立時だけで判断されるべきではない。事業者としては、当該事業の将来性等にかんがみ、将来、事業活動を拡大し、参入しようと考えているということはあるべきことである。したがって、その時に備え、布石を打つこともあり、受注調整に参加し実績を積むことにより、「貸し」を作ることもある。したがって、競争関係にあるかどうかは、当該発注が継続するとみられる場合には、違反行為時だけではなく、将来にわたって競争関係があるかどうかを判断することが必要である。したがって、競争関係にあるかどうかを判断する際、競争関係の前提となる受注能力も、将来にわたって判断されるべきことになる。

受注意思は、外部からは判断できないので、特段の事情のない限り、受注意思のある事業者は、話合いに参加する事業者がある場合、当該事業者は受注能力・受注意思があるものと予測して行動すると考える。特段の事情については、受注意思がないのに話合いに参加したことを予測するに足る事実があったことである。

第5 競争の実質的制限

1 新規参入の排除

(1) 判例・審決

ア 東宝・スバル審決取消請求事件¹⁷²

「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。」

イ 東宝・新東宝審決取消請求事件¹⁷³

「市場における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のであって、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、それらの意思に拘わりなく、自らの自由名選択によって価格、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。」

¹⁷² 東京高裁昭和26年9月19日判決

¹⁷³ 東京高裁昭和28年12月7日判決

ウ ニプロ事件¹⁷⁴

「被審人の本件行為は、ナイガイグループ及び被審人の競争者の事業活動を排除する行為に該当するものであり、そして、前記５（３）に判断したところに照らし、暫定条件による取引が開始され、これにより被審人とナイガイグループの抗争が暫定的ながら解消される契機となった前記公正取引委員会の勧告前の状況においてみると、上記事業活動の排除を実現することができる状態が既に生じているということができるのである。

したがって、被審人の本件行為は、西日本地区の生地管の供給市場において独占的な日本電気硝子製生地管の供給者であって既に市場支配力を有する被審人が、輸入生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、これに対して制裁を加えることを企図し、ナイガイグループに対して行ったものであって、これにより競争力のある競争者の生地管の輸入を制限又は抑制して品質・価格による競争が生じ又は生じ得る状況を現出させないようにしているものであり、西日本地区における生地管の供給分野における競争を実質的に制限するものであると認められる。」

エ 東日本電信電話株式会社事件¹⁷⁵

「市場における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形態が現れているか、又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」などとされている（東宝・スバル事件判決（昭和２６年９月１９日東京高等裁判所）及び東宝・新東宝事件判決（昭和２８年１２月７日東京高等裁判所）参照）ところ、このような趣旨における市場支配的状态を形成・維持・強化することをいうものと解される。（略）

その競争状態については、既に繰り返し述べたように、加入者光ファイバの保有量や保有地域の広狭、戸建て住宅向けＦＴＴＨサービスのシェア等において、被審人が極めて優位な立場にあるといえるのであって、被審人が新規参入を妨げてそのような３社のみによる競争という状態を保つことは、前述の市場支配的状态を維持、強化することにほかならない。

一般に、既存事業者間で競争が活発でない場合には新規参入が誘引され、新たな競争単位が加わることによって競争が活発化することは市場メカニズムの道理であり、また、新規参入が実際に起こらなくとも、新規参入があり得るとの脅威が既存事業者を競争に向かわせる力となるところ、事業者数が少ない等のいわゆる独占・寡占市場において新規参入が人為的に妨げられていれば、既存事業者にとっては、更なる価格引下げ、サービス内容の充実、事業の効率化などの企業努力をする必要性が小さいことが容易に分かる。このた

¹⁷⁴ 公正取引委員会平成１８年６月５日

¹⁷⁵ 公正取引委員会平成１９年３月２６日審判審決（以下、東日本電信電話株式会社をＮＴＴ東日本という。）

め、そのような市場で新規参入の妨害行為が行われれば、既存事業者間で競争が行われにくくなり、市場機能が働きにくくなる状況に陥るものと考えられる。」

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

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、又は少なくとも現れようとする程度に至っている状態をもって競争を実質的に制限したとすることが経験則といえるかである。

イ 判例・審決の概要

前記(1)アの事件は、東宝とスバルとの間の劇場の共同経営の契約の締結について、東宝がスバル座、オリオン座の経営に関与することで競争を制限したとする。

同イの事件は、東宝と新東宝の間の映画の制作・供給に関する協定の締結について、新東宝がその制作する映画の配給を東宝に委託し東宝は制作費を払うことで競争を制限したとする。

同ウの事件は、ナイガイグループに対し輸入生地管の取扱いを牽制等することで、有力な競争者の生地管の輸入を制限し、競争が生じないようにしたことで競争を制限したとする。

同エの事件は、新規参入を妨げることになる行為を行うことで、競争条件等の向上による競争が行われにくくなり、市場機能が働きにくくなる状況をもたらすことをもって競争を実質的に制限したとする。

ウ 検討

「競争を実質的に制限する」について、「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である」とされるが、これは、「市場支配の状態」ではなく「市場支配力の形成・維持・強化」を意味するとされるものである(第4章参照)。前記(1)ア、イ、エの各事件は明示しており、同ウの事件では先例については言及していないものの、いずれも同趣旨とみることができる。

同エの事件は、被審人が新規参入を妨げてそのような3社のみによる競争という状態を保つことは、これに当たるとされるにほかならない。取引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る。

新規参入の排除は、実際に参入しようとした者が参入を妨げられたことは必要ではない。これは、参入できなかったことを必要とすると、市場支配力が形成・維持されたことが必

要となり、それまでは介入できないことになり法規制が意味をなさないことになる。これは、既存業者の撤退についても同様に解されるところである。

同エの事件では、「一般に、既存事業者間で競争が活発でない場合には新規参入が誘引され、新たな競争単位が加わることによって競争が活発化することは市場メカニズムの道理であり」としているが、いずれも競争単位の数と競争の関係について理論を前提にして新規参入の排除が競争の制限をもたらすことについて論じている。特に、ウとエでは、違反行為時の取引分野における競争と新規参入があることを仮定して論じる競争の違いについて判断するにあたり、第4章第2節第3で述べるあるべき競争を前提とし、市場メカニズム、つまり、経済理論を前提に判断している。当該理論は一般的に認められるものであり、経験則として利用するに当たっては蓋然性も高いと見られる。

なお、同ウの事件は、排除行為の対象となる事業者はナイガイグループと見ており、他方、これにより有力な競争者の生地管の輸入を制限した」とする。ナイガイグループに対する排除行為を認定するとともに、国産の生地管と輸入生地管の「競争」を排除したことを「競争を実質的に制限」とするものと解される。ここでも、輸入業者という競争単位が増加しなかったことによって、「競争」が生じなかったことをもって「競争を実質的に制限する」を認定する。

2 行為と競争の実質的制限との因果関係

(1) 判例・審決

ア 京都ほ装工事入札談合事件¹⁷⁶

「別紙2（略）の証拠によれば、他の事業者も、3物件に限らず、74物件の入札において、受注希望を表明し、積算内訳書を配付するなど、当該ルールに即した行動を採っていたことが認められるのであって、入札に当たり、あらかじめ受注予定者を定め、受注予定者が受注できるようにすることが13社の合意であったと認定できる。したがって、受注予定者の絞り込み行為が、たまたま3物件についてしか認定できないことをもって、受注調整合意が存在しないとする被審人らの主張は失当である。

（略）

本件基本合意は、入札に当たり、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにするとの内容であり、合意への参加事業者は、いずれも、自己が受注を希望する物件については受注希望を表明し、必要に応じ話し合いを行って、受注予定者を決定し、自己が受注予定者となった場合には相指名業者の協力を得て受注し、また、自己が受注予定者とならなかった場合には受注予定者が受注できるよう協力することとしていたのであるから、相互にその事業活動を拘束し、受注をめぐる競争を回避していたことにほかならない。」

¹⁷⁶ 前掲注157

イ 日本冷蔵倉庫協会事件¹⁷⁷

「前記冷蔵倉庫料金の引上げに関する従来からの実情の存在及び被審人又は会員事業者の認識が定かではないとしても、平成4年の本件当時において、届出料金の引上げ決定の実施状況及びその後の実勢料金の変動状況からみて、届出料金の引上げ決定と実勢料金の上昇との間に連動性があり、競争の実質的制限が生じていると評価し得るか否かについて検討する。

(1) (略)

(2) また、個別の引上げの実施状況としてではなく、全国の会員事業者の総体的な傾向として分析する手法が考えられるところ、会員事業者の月ごとの実勢料金の単価を平均し、その変動をみると、季節変動の要素を除いた前年同月比の実勢料金についての上昇傾向は、平成5年4月以降には明らかになるものの、届出料金の引上げが実施された平成4年9月から同年12月ころまでの間には現れておらず（査第81号証、審第98号証）、他方、冷蔵倉庫の在庫率の変動と保管料の実勢料金の変動とに関連性があるとする被審人の主張については、需給のバランスによる価格決定という市場原理や過去の価格の推移から考えてあながち否定もできないこと（審第98号証、査第15号証）に照らすと、行為と結果との因果関係という観点からは、届出料金の引上げ決定との結び付きはやや薄いものとなっており、実施状況から実勢料金についての競争の実質的制限の存在を推定することも容易ではない。

このような事情を具体的にみると、本件の場合においては、被審人の本件届出料金の引上げ決定に連動して会員事業者の実勢料金の引上げが行われ得るような状況が的確に立証できているとはいえない。」

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

行為と「競争を実質的に制限する」の間に因果関係があることが必要であるとするが、これについて、特段の立証は要しないということが経験則といえるかである。

価格カルテルについては、後述のとおり、通常、行為そのものが「競争を実質的に制限する」ものである¹⁷⁸として、行為から推定され、特段の事情がない限り、「競争を実質的に制限する」ものとされ、行為とは別に「競争を実質的に制限する」について特段立証を要しない¹⁷⁹というものである。

また、入札談合事件において、基本合意の対象となる物件のほとんどが基本合意の内容と一致する方法で落札・受注されている場合には、基本合意は、「競争を実質的に制限する」ものといえるのであり、基本合意と「競争が実質的に制限」されることの間の

¹⁷⁷ 公正取引委員会平成12年4月19日審判審決

¹⁷⁸ 価格カルテルは競争制限以外の目的はなく、「競争を実質的に制限する」を立証するまでもない。

¹⁷⁹ 評価に係る要件であるとすれば、立証する必要はない。

因果関係を立証する必要はないとするものである。

イ 判例・審決の概要

行為と「競争を実質的に制限する」の間の因果関係について、立証する必要はないとするのではなく、これに係る事実を認定し、それを前提に判断している。

ウ 検討

「競争を実質的に制限する」は、行為の結果であること、つまり、行為によって競争を実質的に制限したことが必要である。すなわち、行為と「競争を実質的に制限する」の間には、因果関係が存在することが必要である。

通常、行為と「競争が実質的に制限」されている状況が認定されたとしても、これらを結びつけることができなければ、違反行為は成立しない。行為が認定できること及び「結果」が認定できることと、これらの間に因果関係が認められることは、別の要件であり、むしろ、因果関係が立証できなければ、単に行為と「結果」が存在するということになり、違反行為は成立しないのである。

ところで、民事法上、因果関係については、「評価の対象」と「対象の評価」とからなるとされる。「評価の対象」は、事実認定であるが、「対象の評価」は認定された事実の評価である。ここでいう「評価の対象」は、行為に係る事実、「競争を実質的に制限する」に係る事実、両者を関連付ける事実である。また、「対象の評価」は、損害をどの範囲まで認めるのが相当の判断のためのものである。¹⁸⁰

因果関係を認定するには、前提として、行為と結果である「競争を実質的に制限する」を基礎付ける事実の立証が必要である。行為の立証はさほど問題にはならないので、ここでは、結果である「競争を実質的に制限する」の立証についてみる。「競争を実質的に制限する」は、価格等の取引条件を左右することができる状態をもたらすことで市場支配力を形成・維持・強化することであるとされるが、評価的要件といえることができ、直接立証することはできないので、これを基礎付ける事実をもって立証する必要がある。

価格カルテルでは、通常、事業者の市場占拠率と値上げの打出しが認定される。価格カルテルでは、事業者の市場占拠率が高く、価格引き上げの打出しが同様に行われていれば、価格を左右することができる状態をもたらすことで市場支配力を形成・維持・強化するものといえることができ、「競争を実質的に制限する」と評価できる¹⁸¹。そして、行為との関係については、事業者の市場占拠率が高く価格カルテルがあって価格の引上げの打ち出しがあれば、因果関係はあると評価される。前記2（1）イの事件は、事業者団体の行為であるが、被審人が主張する事実を総合して判断し、因果関係を認めることはできないと判断

¹⁸⁰ 前掲注97 賀集 183頁

¹⁸¹ これに対して、市場の構造等の要素を加味する場合には、当該市場の構造という個別の要素が関係するので、具体的に因果関係を認定することが必要である。

している。被審人が、冷蔵倉庫の在庫率の変動と保管料の実勢料金の変動とに関連性があると主張しており、需給バランスによる価格決定という市場原理、過去の価格の推移を認定に加え、これらも併せて因果関係を判断している。ここでは、因果関係は、前提となる事実を総合して評価し判断することにより認定されている。このような判断は、上記民法の考え方、つまり、事実とこれに対する評価をもって認定するのと同じである。また、判断するに際しては市場原理を前提としており、「競争を実質的に制限する」の判断においても経済理論を前提としていることも明らかにされている。違反行為期間における価格の変動が違反行為によるか、市場原理によるかを検討することが必要であるとされる。

また、入札談合事件では、「競争を実質的に制限する」を基礎付ける事実の最たるものは、個別物件の落札・受注状況である¹⁸²。そして、これらの認定された事実を前提に、行為と時間の因果関係を認めてよいかを判断する。同アの事件のように、入札談合では、基本合意のルールと基本合意の対象となる物件のほとんどが基本合意の内容と一致する方法で落札・受注されていることが認定できれば、因果関係を認めることができる。この場合も、行為と「競争を実質的に制限する」の因果関係は、事実認定と評価によるとみることができる。

なお、同ウの事件では、排除行為の対象である事業者と結果としての排除、つまり「競争を実質的に制限する」という効果要件として「排除」される競争関係にある事業者が異なるが、ここでも、事業者に対する排除行為と新規参入の妨害の間に因果関係があることが必要とみていと解される。

第6 排除

1 複数の行為があり、「排除」に向けられた一連の行為である場合は、個々の行為によって「排除」されたかどうかにかかわらず、一連の行為によって「排除」したと認定できればよい

(1) 判例・審決

ア 北海道新聞社事件

北海道新聞社は、函館新聞社が、函館対策と称して、

- i 函館地区に新設される新聞社に使用させない意図の下に、自ら使用する具体的な計画がないにもかかわらず、函館地区で新聞を発行する場合に使用されると目される新聞題字の選択を行い、9つの新聞題字を特許庁に対し商標登録を求める出願手続を行い、函館新聞社に対し出願中の「函館新聞」について使用中止を求めた
- ii 時事通信社に対し、函館新聞からの配信要請に応じないように求めた
- iii 地域情報版掲載の営業広告の基本料金を半額の水準とし、広告代理店の手数料に割

¹⁸² ただ、個別物件の落札・受注状況が芳しくない場合でも、市場の構造等の要素を加味すると、市場の支配が認められることもある。

増手数料を加算することとし実施した

- iv テレビ北海道に対し函館新聞発刊のテレビコマーシャルの放映をさせないように要請した

ことにより、函館新聞社の参入を妨害した。¹⁸³

イ ニプロ事件

ニプロは、ナイガイと内外硝子に輸入生地管の取り扱いをやめさせる、又は一定限度にする目的で、

- i ナイガイに対してのみ、平成7年4月以降の販売価格の引き上げ、手形サイトの短縮、特別値引きの実施の取り入れを申し入れた
- ii 平成9年6月及び7月ころのナイガイのアンプル用生地管の発注に対し、当該発注に係る生地管が同社が輸入している生地管と同種類のものであることを理由に受注を拒絶した
- iii 平成11年3月以降、前記iの販売価格の引き上げを前提として、ナイガイの生地管購入代金債務に対する担保の差し入れ、または代金の現金決済のいずれかの条件以外での生地管の取引には応じない

という3つの行為をナイガイグループの輸入生地管の取扱いの継続または拡大を牽制し、これに対して制裁を加える目的で行ったものであり、その目的を実現するための一連の、かつ一体的な行為であるとして、これによって「排除」されたとする。¹⁸⁴

ウ NTT東日本事件

NTT東日本は、最大100Mbpsの通信速度を可能とする戸建て住宅向けFTTHサービスを導入するに当たり、総務大臣に対し、分岐方式の設備構成を採用することを前提として、

- i 接続料金の基本料金が月額20,130円となる接続約款の変更申請をした
- ii 32分岐する端末回線の利用率を約60%とした場合を基準として1端末当たりの接続料金相当額を約4,906円と試算して、約款変更の認可を受けた
- iii 分岐方式のサービスのユーザー料金を5,800円と設定することを届け出た
- iv 分岐方式のサービスを販売したが、実際には分岐方式を用いることなく、芯線直結方式でサービスを提供した

ことにより、将来性に富んだFTTHサービス事業における自社の優位の地位を早期に確立するため、NTT東日本の保有する光ファイバ設備に接続して新規にFTTHサービス事業を開始しようとする事業者の参入を困難にした。¹⁸⁵

¹⁸³ 公正取引委員会平成12年2月28日同意審決

¹⁸⁴ 前掲注174

¹⁸⁵ 前掲注175

エ インテル事件

インテルは、米国の本社が製造する CPU を販売する日本 AMD、取次等するトランスメタが躍進したことを受け、自社の市場占拠率（シェア）を拡大するために、日本のパソコンメーカー 5 社に対し、

- i 当該パソコンメーカーが製造するパソコンに搭載する CPU の数量のうちインテル製 CPU の数量が占める割合（MSS）を 100%とし、他社の CPU を使用しないこと
- ii MSS を 90%とし、競争事業者の CPU を 10%以下に抑えること
- iii 生産数量の比較的多い複数の商品群に属するすべてのパソコンに搭載する CPU について競争事業者製を採用しないこと

のいずれかを条件として、インテル製 CPU に係る割戻金又は資金を提供することを約束することにより、競争事業者製 CPU を採用しないようにさせる行為を行ったことにより競争事業者を排除した。¹⁸⁶

（２） 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

2条5項にいう私的独占の行為要件は、「排除する」であるが、これを認定する場合には、複数の行為を認定し、これらの行為が一連の、かつ一体的な行為であり、それは一つの目的の実現に向けられたものである場合、個々の行為によって当該事業者を「排除する」ものであることは不要であり、一体的な行為によって当該事業者を「排除する」ものであることを明らかにすれば足りることが経験則といえるかである。

イ 判例・審決の概要

複数の行為を認定し、これらが一体的な行為であることを明らかにすれば、個々の行為が事業者を「排除する」ものであることを明らかにする必要があることになる。

ウ 検討

単一の行為によって「排除」した場合には、当該行為の認定と行為によって「排除」されたことを立証することになる。ところが、複雑な事業活動においては、単一の行為によって、「排除」したといえることはまれであるし、むしろ、様々な行為の集積によって当該事業者を「排除」したとされることが多い。

多くのケースでは、単独行為ではなく、複数の行為が認定され、これらをもって、特定の事業者の「排除」に向けられた一連の行為とされている。前記（１）アの事件では、複数の行為が相互に関連し、相乗効果によって、「排除する」ことになったと見られる。同ウの事件では、i～iiiの行為は料金の認可を得るための手続行為にすぎないが、ivの行為は事実行為であり、これがi～iiiの行為を違法な目的のための行為であると推認させ、全体

¹⁸⁶ 公正取引委員会平成17年4月13日勧告審決

として「排除する」ことになる。同イの事件では、一連の行為であるが、当初の行為が功を奏しなかったことから、次々に行われたものであり、功を奏すれば当該行為だけでも足りたと解され、相互に関連するというよりも追加的に行われた行為であり、これらの積み重ねによって、はじめて効果を生じたものである。さらに、同エの事件では、国内のパソコンメーカー５社に対し i～iii の条件を付して競争事業者の CPU を採用させないようにする行為が違反行為であるが、行われた行為は同一、あるいは同様の行為であり、同時並行して行われているが、やはり複数の行為が認定されており、これらの行為をあわせることで「排除」したとされる。すなわち、パソコンメーカー１社に対する行為ではなく、５社に対する行為を認定しているが、これらのパソコンメーカーの市場占拠率（シェア）は 77% とされていることから、取引の対象となる事業者のかなりの部分を取り込むことによって、競争者を「排除」できたとみるようである。

このように、複数の行為が見られる多くのケースで、それぞれの行為が一つの目的の実現に向けられた行為であると認定できれば、個々の行為と「排除する」との関係を問うことなく、一連の行為によって「排除」されたことを認定していることから、経験則となっていると見てよいであろう。

2 競争水準を超えた価格を設定することができ、ライバルのコストを引き上げれば「排除」したと推認できる

(1) 判例・審決

ア ニプロ事件

ニプロの行った行為のうち、

- i ナイガイに対してのみ、平成 7 年 4 月以降の販売価格の引き上げ、手形サイトの短縮、特別値引きの実施の取り入れを申し入れた
- iii 平成 11 年 3 月以降、前記 i の販売価格の引き上げを前提として、ナイガイの生地管購入代金債務に対する担保の差し入れ、または代金の現金決済のいずれかの条件以外での生地管の取引には応じない

が該当する。¹⁸⁷

イ NTT 東日本事件

被審人が自らの加入者光ファイバ設備について設定した芯線直結方式の接続料金は、メディアコンバータの分を含めて 1 ユーザーにつき最低 6,328 円であるところ（前記(1)ウ（ア））、ニューファミリータイプのユーザー料金を 5,800 円（平成 15 年 4 月以降は 4,500 円）と設定して、芯線直結方式で提供したのであるから、被審人の行為と他の事業者の参入の困難との因果関係は十分認められる。¹⁸⁸

¹⁸⁷ 前掲注 174

¹⁸⁸ 前掲注 175

(2) 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

競争水準を超えた価格を設定することができ、ライバルのコストを引き上げれば「排除」と推認できることが経験則といえるかである。

行為者がライバルのコストを引き上げることができ、ライバルのコストが引上げられた場合、行為者が、ライバルのコストの上昇後に、競争水準を超えた価格を設定することができるようにする場合、ライバルは、費用の引き上げによって、価格を引き上げざるを得ず、行為者との間の競争に対抗できず、結果として、市場から駆逐されることになる。また、新たに当該市場に参入しようとする事業者の参入を阻止することも含まれる。通常の事業活動の範囲内で、ライバルのコストを引き上げることはありうるのであって、能率競争に反する場合との違いが問題となるが、行為者の市場における地位、相手方の限界費用を上昇させる可能性、行為者が価格引上げを行なう蓋然性などから違反行為と評価されることになる。¹⁸⁹

ライバルのコストを引き上げる行為には、様々なものがある。投入市場における排他的条件付取引の投入（原材料の買占め、流通機構からの締め出）、Leverage Theory（てこの理論）、ネットワーク効果の利用、規模の経済の利用などがある。また、直接的妨害として、直接相手に被害を及ぼすこと、政府活動の不当な利用なども考えられる。

投入市場における排他条件付取引については、原材料の入手ルートに接近できないようにし、他の入手ルートもないということになれば、原材料が入手できず、そもそも、事業活動の継続が困難になる。また、原材料の入手ルートを探すこと、あるいは構築することが必要になれば、その間、在庫がなければ、生産ができないことになる。

てこの理論については、後記3（2）アで述べるように否定する考えもあるが、認められるべきことはいうまでもない。あわせて、ネットワーク効果、あるいは規模の経済の認められる市場でこれを利用する場合には、より認められやすい。

これらは、いずれも理論的には認められると解される。実際に利用するには、コストが引き上げられたことと行為との間の因果関係を立証することが必要である。

イ 判例・審決の概要

競争水準を超えた価格を設定することができ、ライバルのコストを引き上げる行為を認定することで「排除する」ことを認定できるとするものである。

前記（1）アの事件では、iとiiiがライバルのコストの引き上げに該当する。すなわち、ナイガイに対してだけ、割引等の条件を適用しないこととし販売価格を引き上げ、さらに、取引に当たり現金決済、あるいは担保の提供を求めることで、支払いの負担を増やした。これにより、ナイガイ（ナイガイグループ）は、これまでの取引におけるコストよりも多

¹⁸⁹ Rising Rival's Cost Theory (RRC理論)といわれる。

くのコストを負担することになった。このようなコスト増により、同業他社に対抗できる価格を設定することができなくなった。

同イの事件では、NTT東日本の設備に接続して事業に参入しようとする事業者は、芯線直結方式による場合にはその接続料を負担しなければならず、また、分岐方式で参入する場合にはユーザー数に見合わない接続料を負担しなければならないことになった。このような価格設定は、参入しようとする事業者のコストを増加させ、しかも、そのコストは後に回復することができないものであることから、新規参入をあきらめざるを得ない状況にあった。

ウ 検討

明示的にこの考えによることを述べたわけではなく、また、詳細に実際のコストの算定等は審決からは不明であるが、この考え方によるものとみられる。同アの事件では、コストの上昇をナイガイがどの程度まで耐えられるかが争点となっている。また、同イの事件では、コストの上昇は、接続料金とユーザー料金から判断されている。接続料金よりも高いユーザー料金を設定しなければならないことから、接続して参入する事業者はライバルであり、明らか参入できない接続料金、ユーザー料金体系となっているとみている。

このように、競争水準を超えた価格を設定することができ、これによりライバルのコストの引き上げたことが認定できれば、「排除」したと推認できることは経験則となっていることができる。

3 競争していれば得られたであろう利益の一部を犠牲にしてライバルを市場から駆逐し、後に失った利益を回復することは「排除」を推認させる

(1) 判例・審決

ア 北海道新聞社事件

北海道新聞社は、函館新聞社が、函館対策と称して、採った行為のうち、

- iii 地域情報版掲載の営業広告の基本料金を半額の水準とし、広告代理店の手数料に割増手数料を加算することとし実施した

ことが該当する。¹⁹⁰

イ NTT東日本事件

被審人が自らの加入者光ファイバ設備について設定した芯線直結方式の接続料金は、メディアコンバータの分を含めて1ユーザーにつき最低6,328円であるところ（前記(1)ウ(ア)）、ニューファミリータイプのユーザー料金を5,800円（平成15年4月以降は4,500円）と設定して、芯線直結方式で提供したのであるから、被審人の行為

¹⁹⁰ 前掲注183

と他の事業者の参入の困難との因果関係は十分認められる。¹⁹¹

ウ インテル事件

インテルは、米国の本社が製造する CPU を販売する日本 AMD、取次等するトランスメタが躍進したことを受け、自社の市場占拠率（シェア）を拡大するために、日本のパソコンメーカー 5 社に対し、

- i 当該パソコンメーカーが製造するパソコンに搭載する CPU の数量のうちインテル製 CPU の数量が占める割合（MSS）を 100%とし、他社の CPU を使用しないこと
- ii MSS を 90%とし、競争事業者の CPU を 10%以下に抑えること
- iii 生産数量の比較的多い複数の商品群に属するすべてのパソコンに搭載する CPU について競争事業者製を採用しないこと

のいずれかを条件として、インテル製 CPU に係る割戻金又は資金を提供することを約束することにより、競争事業者製 CPU を採用しないようにさせる行為を行ったことにより競争事業者を排除した。¹⁹²

（２） 経験則の内容と蓋然性

ア 内容

競争していれば得られたであろう利益の一部を犠牲にしてライバルを市場から駆逐し、後に失った利益を回復するということから、「排除」を推認することが経験則といえるか。

ライバルを市場から退出させ、独占的利潤を得ることを目的に、競争状態であれば得られたかもしれない利益の一部を犠牲にしたライバルへの対応について、略奪とされる行為が行われたことによって、事後に相手方が退出したと仮定した場合の合計利潤が、規模の経済性の長期的な発現のもと、略奪とされる行為でない特定の戦略が行われたことによって、相手方が存続ないし参入した場合の合計利潤を上回っていること及び略奪を行ないながらも、ライバル、ないし参入者が生存していたら獲得し得た合計利潤が略奪とされない行為を行なった場合の合計利潤を下回っていることを満たす場合が問題となる。効率性を動機とする行為ではなく、もっぱら相手を市場から駆逐することを動機とする行為であるということを意味する。¹⁹³

略奪的戦略の典型例は、略奪的価格設定である。これ以外には、過剰な設備投資、独占によるこの理論などが考えられる。

独占によるこの理論は、一つの市場で独占力を有する者が、その独占力を利用して他の市場に独占力を及ぼす場合をいう。そもそも、このような行為は私的独占として違反行為にはできないという考えもあったが、一つの市場の独占力を利用することで他の市場へ

¹⁹¹ 前掲注 175

¹⁹² 前掲注 186

¹⁹³ 略奪的戦略といわれる。

の参入を阻止することは十分可能である。その際、支配している市場で得た利益を他の市場に利用することで、他の市場においても支配するようになる。そして、他の市場をも囲い込むことが可能となる。したがって、これらの場合も、同様に考えられる。

イ 判例・審決の概要

競争していれば得られたであろう利益の一部を犠牲にしてライバルを市場から駆逐し、後に失った利益を回復することを認定することで「排除する」ことを認定できるとするものである。

このような行為は、そもそも、効率性を動機としない行為であることから、正当な事業活動とは認められず「排除する」に該当するとされる。

前記（１）アの事件は、北海道新聞社が設定した低廉な広告料と同程度の広告料で広告することにより、通常の広告料によって広告することによる利益（不利益）と低廉な広告料によって広告することによる利益（不利益）の差額を負担しなければならないことになった。

同イの事件は、NTT東日本が設定した自社の戸建て住宅向け FTTH サービスについて、他社が分岐方式によって接続し、接続料として支払う金額を設定したが、自社が分岐方式で販売するサービスについて、芯線直結方式によってサービスを提供したため、芯線直結方式によって販売したのと同様でないことから、芯線直結方式のサービスについて対抗できない価格設定であるとされた。

同ウの事件は、インテルが、割戻金、あるいは資金の提供により CPU の取引価格が事実上低下していることになる。

ウ 検討

略奪的価格については、理論自体は争いがないところであり、また、公正取引委員会の定める「不当廉売に関する独占禁止法の考え方」¹⁹⁴にいう不当廉売の算定と同じように考えることができよう。ただ、ここでは、ライバルが退出した後に失った利潤を回復することは要件ではない。しかし、通常、略奪的価格設定では、他のライバルを市場から退出させ、独占的利潤を得ることを目的に、競争状態であれば得られたかもしれない利益の一部を犠牲にしたということができ、これを回収することが必要である。上記のいずれのケースも、違反事業者による事後の回収については認定されていない。したがって、競争していれば得られたであろう利益の一部を犠牲にしてライバルを市場から駆逐したことをもって「排除」とすることは経験則として認められ、後に失った利益を回復することまでは必要としていないとみられる。

¹⁹⁴ 一般指定６項の「供給に要する費用を著しく下回る対価」は、仕入価格を基準とするとされている。名目上の価格ではなく、実際の取引価格とされる。

第7 不公正な取引方法

1 判例・審決

(1) 拘束条件付取引

ア 和光堂審決取消請求事件¹⁹⁵

「一般指定8は、「正当な理由がないのに、相手方とこれから物資の供給を受ける者との取引を拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること」を不公正な取引方法の一つと定めているが、公正な競争を促進する見地からすれば、取引の対価や取引先の選択等は、当該取引当事者において経済効率を考慮し自由な判断によって個別的に決定すべきものであるから、右当事者以外の者がこれらの事項について拘束を加えることは、右にいう「取引」の拘束にあたることか明らかであり、また、右の「拘束」があるというためには、必ずしもその取引条件に従うことが契約上の教務として定められていることを要せず、それに従わない場合に経済上なんらかの不利益を伴うことにより現実にもその実効性が確保されていれば足りるものと解すべきである。ところで、本件販売対策の内容は前記のとおりであるが、更に、審決によれば、育児用粉ミルクについては、その商品の特性から、銘柄間に価格差があっても、消費者は特定の銘柄を指定して購入するのが常態であり、使用後に他の銘柄に切り替えることは原則としてないため、特定銘柄に対する需要が絶えることがなく、これに応ずる販売業者は、量の多寡にかかわらず、右銘柄を常備する必要があるという特殊事情があり、このことは上告人の育児用粉ミルクについても同様であるところ、上告人と取引する卸売業者は、右粉ミルクのほかに、上告人の製造又は販売する他の多数の育児用商品及び乳幼児用薬品等をも取り扱っている、というであって、審決の右の認定はすべて実質的証拠に基づくものとして首肯することができる。このような事実関係のもとにおいては、たとえ所論のように上告人の育児用粉ミルクの市場占拠率が低く、販売業者の取扱量が少ないとしても、小売業者からの注文を受ける卸売業者としては、右粉ミルクについて上告人との取引をやめるわけにはいかないものであり、また、取引を続けるかぎり、前記感謝金による利潤を確保するために、上告人の定めた販売価格及び販売先の制限に従わざるをえないこととなるのはみやすいところであるから、審決が、本件販売対策は右市場占拠率のいかんにかかわらず、相手方たる卸売業者と小売業者との取引を拘束するものであると認定したことは、なんら不合理なものではない。したがって、右審決を是認した原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」

イ 明治乳業事件¹⁹⁶・雪印乳業事件¹⁹⁷

「被審人が卸売業者に対し取引上優位にあることは、前記第一事実一（二）イ及びロに

¹⁹⁵ 最高裁昭和50年7月10日判決

¹⁹⁶ 公正取引委員会昭和52年11月28日審判審決

¹⁹⁷ 公正取引委員会昭和52年11月28日審判審決

において認定し、前記一（二）の判断において述べたところから明らかであり、このように被審人が取引上優位にある状況の下においては、卸売業者は、被審人との取引を継続する必要から、被審人の定めるところに従わざるを得ない状況にあると認められ、このことは、前記第一事実一（二）ハ及びニにおいて認定したとおりである。被審人は、このような状況の下で、卸売業者に対し同三（一）において認定したとおり、本件一店一帳合制を取引上の仕組みとして一般的・制度的に実施しているものであり、卸売業者としては、これにより自己の販売先及び販売数量を被審人によって不断に掌握され、かつ、販売先を変更しないよう要請を受け、その変更については、被審人の定める手続を履まねばならないので、大多数の卸売業者は、被審人の本件一店一帳合制実施の要請を受け容れざるを得ない立場にあると認められる。しかも、被審人が、本件一店一帳合制の実施に伴い、卸売業者に対し、被審人の右要請に従わない場合には、リベートの減額、取引契約の解除などの制裁を課することがある旨を伝達している事実、必要に応じてこのような制裁を課したことがある事実及び昭和48年7月の育児用粉ミルクの価格引上げの際に、卸売業者に対し、一定期間、特定販売先の変更を一切禁止した事実が認められる以上、本件一店一帳合制の実施は、被審人の主張するような勧奨の域を出ないものとは到底言えず、むしろ端的に被審人の卸売業者に対する取引上の優位に基づいた一般的・制度的な取引上の仕組みであると言わざるを得ないものであって、また、実際にも卸売業者がこれに従っており、拘束の効果が挙がっていると認められる。以上の次第であるから、本件一店一帳合制の実施は、卸売業者に対する拘束とみるはかなく、一般指定の8に該当することは明らかであり、被審人の主張は失当である。

（略）

イ 一般指定の8にいう「正当な理由がないのに」とは、公正な競争秩序を維持するために不公正な取引方法を禁止している独占禁止法の趣旨に照らして、同指定の8に規定する行為類型に該当する行為であっても、公正な競争を阻害するおそれがない場合には、これを不公正な取引方法から除外することを定めたものである。このように、「正当な理由」とは、公正な競争秩序と直接関係のない経済上の合理性などを含まず、専ら公正な競争秩序の観点から解されるべきものであり、このことは、公正取引委員会がつとに明らかにしたところであり（昭和41年（判）第1号明治商事株式会社に対する件）、その審決取消請求に対する判決（東京高等裁判所昭和43年（行ケ）第148号及び最高裁判所昭和46年（行ツ）第83号）においても、同様の判断が示されているところであるから、右に述べたところが無理のない解釈であり、また、同法撃妄第7項各号の「不当な（に）」の字句も、右の同法の趣旨に照らして判断すべきものであるから、右の解釈がこの字句を無視したとされるいわれはない。よって、被審人の「正当な理由」の解釈に関する主張は独自の見解と言わざるをえず、このような見解を前提とするその余の主張も失当であり、いずれも、到底これを採用することはできない。

ロ 本件一店一帳合制が被審人の育児用粉ミルクの卸売価格及び小売価格を被審人自身の

価格建てによる水準に維持する方策として実施されており、実質的にその再販売価格維持に役立つ機能を有することは、前掲の証拠、とりわけ査第58号証ないし査第61号証により十分認められるところであるが、更に、被審人の主張に即してこれを敷衍すれば、小売業者の取引先卸売業者の選択及び変更は、前記第一事実二（一）及び三（一）に認定したとおり卸売業者を経由して被審人の定める手続を履まなければならないのであって、言わば被審人の管理下に置かれているのであるから、自由であるとは認められないものであり、その変更が行われる場合でも、小売業者は2以上の卸売業者とは取引できなくさせられているのであるから、本件一店一帳合制が取引先の自由な選択及び変更を制限しており、その結果、小売業者が随時適宜の卸売業者を取引先として選択し、自己に有利な条件で時宜にかなった仕入れをすることを妨げている事実は、明らかである。右の制限は、同時に卸売業者が取引先小売業者を選択及び変更する自由をも妨げるものであるが、このことは、とりもなおさず、卸売業者間における被審人の育児用粉ミルクの販売価格及び各種の取引条件についての競争が行われる場を極めて狭い範囲に限定することになり、このような被審人による育児用粉ミルクの競争の場の限定は、前述したように卸売業者の段階における育児用粉ミルクについての製造業者間の競争が活発に行われていない状況の下では、卸売業者間において本来存在すべき小売業者に対する競争を減殺する効果を生ずるのであるから、本件一店一帳合制が公正な競争を阻害するおそれがあることは明らかである。

ハ 独占禁止法が禁止する不当廉売が行われた場合、主務官庁である公正取引委員会が適切な措置をとるべきことは、論をまたないところ、同委員会としても違反事件のすべてを探知することは不可能であるから、まず、違反によって影響を受ける競争業者等利害関係人において、できるだけ同法第45条第1項に基づき両委員会に違反事実の報告を行い、適切な措置をとるべきことを求めるようにするのが至当であり、それ以上に自己防衛手段と称して本件一店一帳合制のような違法行為を行うことが、一般指定の8にいう「正当な理由」があるものとして、容認されるべきものではない。なお、昭和48年8月に公正取引委員会が発表した「小売業における特定の不公正な取引方法」の指定案については、指定がなされていないので、被審人の主張のうち当該部分については言及の限りでない。」

ウ ソニー・コンピュータエンタテインメント事件¹⁹⁸

「横流し禁止行為は、販売業者の取引先の選択を制限し、販売段階での競争制限に結び付きやすいものであり、それにより当該商品の価格が維持されるおそれがあると認められる場合には、原則として一般指定第13項の拘束条件付取引に該当するのであるが、例外的に、当該行為の目的や当該目的を達成する手段としての必要性・合理性の有無・程度等からみて、当該行為が公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるとはいえない特段の事情が認められるときには、その公正競争阻害性はないものと判断すべきである。

そこで、この観点から、被審人が主張するPS製品の横流し禁止の合理性等について検討

¹⁹⁸ 公正取引委員会平成13年8月1日審判審決

する。

i. 実需の把握

被審人においては、直取引を基本としている以上、P Sソフトの実需の把握はできるはずであり、しかも、P Sソフトの受発注システムの下では、被審人が取引先ごとの発注数量をコントロールできるのであるから、横流しのための実需を超える発注を防止することは容易にできるものというべきである。

被審人は、横流し禁止が実需把握のための多段階流通の防止に不可欠であると主張するが、そもそも人気ゲームソフトは横流しなどされないのが通常であり（横流しするより、自分で一般消費者に販売する方が利益になる。）、仮に横流しされたとしても、すぐに一般消費者に販売されるであろうから、実需把握上問題はないはずである。一方、人気のないゲームソフトが横流しされたとしても、こうしたゲームソフトは不良在庫、あるいはその前段階にあるのであり、被審人が実需の把握をすることにさほど意味があるということとはできない。

i i. 一般消費者への商品情報の提供の確保

小売業者にこうした商品情報の提供を期待することは当然であるが、このことと横流しを禁止することとの間には論理の飛躍がある。一般消費者へのゲームソフト情報の提供において小売業者がどの程度の役割を果たしているかは別として、被審人が小売業者にそうした活動を期待するのであれば、具体的にそれを小売業者に義務付けることが適切なはずである。しかし、被審人は、特約店契約上、こうした義務付け（これこそが「販売方法」の制限に該当する。）を行っているとは認められない。（査第2号証の1，第85号証）

i i i. 輸出の防止

仮に輸出防止が必要であるとして、被審人は、特約店契約の中で、別途、輸出禁止条項を設けている（査第84号証）から、更に横流し禁止が必要であることの合理性は乏しいものというべきである。

i v. 債権の保全

被審人は、取引先特約店から、一定の方式ないし基準で算定した額の保証金を徴求しており（前記第1の1(4)オ）、さらに、被審人の受発注システムからみて、特別な債権保全が必要なほどの過大な発注は予防できるのであるから、横流し禁止まで行う必要性があるということとはできない。

以上のとおり、仮に被審人が主張する横流し禁止の目的に合理性が認められるとしても、こうした目的は競争制限効果の小さい他の代替的手段によっても達成できるものであって、被審人が横流しを禁止すべき必要性・合理性の程度は低いものというべきである。

そして、前記イに認定のとおり、P S製品の横流し禁止行為によるP Sソフトの販売段階での競争制限が広範囲に及び、競争に与える影響の大きいものであることからすると、仮に被審人の横流し禁止行為の目的にその主張に係る合理性が認められるとしても、その手段としての必要性・合理性が低いことからすれば、前記特段の事情は認められず、本件横

流し禁止行為に公正競争阻害性がないということとはできない。」

(2) 優越的地位の濫用

明治乳業事件¹⁹⁹・雪印乳業事件²⁰⁰

「前記第一事実一（二）イにおいて認定したとおり上位3社で約94パーセントの市場占有率を占めている育児用粉ミルク業界において約30パーセントの市場占有率を占め、明治乳業株式会社に次いで顧客の注文が多い商品を供給しており、かつ、同業者中2位にある被審人が、同業者の多数存在する卸売業者との取引において卸売業者に対し取引上優位にあることは見易いところである上、同一（二）ロにおいて認定したとおり、大多数の卸売業者にとってはこれを常備しておくことが営業上不可欠であるから、これらの結果、大多数の卸売業者は、被審人との取引を継続する必要から、被審人の定めるところに従わざるを得ない状況にあると認められ、このことは同一（二）ハ及びニにおいて認定したとおりである。被審人は、このような状況の下で卸売業者に対し、同二（一）において認定したとおり、本件一店一帳合制を、取引上の仕組みとして一般的・制度的に実施しているのであり、卸売業者としては、これにより自己の販売先及び販売数量を被審人によって不断に掌起され、かつ、販売先を変更しないよう要請を受け、その変更については被審人の定める手続を履まなければならないので、大多数の卸売業者は被審人の本件一店一帳合制実施の要請を受け容れざるを得ない立場にあると認められる。しかも、被審人が、本件一店一帳合制の実施に伴い、卸売業者に対し、被審人の右要請に従わない場合には、一定金額の徴収、リベートの不払いなどの制裁を課することがある旨を伝達している事実、これを承けて卸売業者の中には、被審人の前記要請を厳守するため、右伝達事項を社内の関係者に周知している者が存在する事実及び本件一店一帳合制の推進を図るための機関を設置し、同機関に被審人の右要請の遵守状況を監視させた事例が存在する事実がそれぞれ認められる以上、本件一店一帳合制の実施は、被審人の主張するように勧奨の域を出ないものとは到底言えず、むしろ、端的に被審人の卸売業者に対する取引上の優位に基づいた一般的・制度的な取引上の仕組みであると言わざるを得ないものであって、また、実際にも卸売業者がこれに従っており、拘束の効果が挙げられていると認められる。」

2 経験則の内容と蓋然性

(1) 内容

一定の類型では、原則として行為要件を満たせば、不当であること、「公正競争阻害性」があることは推定できることが経験則といえるかである。

不公正な取引方法における「公正競争阻害性」は、2条9項では共通の要件として規定されているが、一般指定では、「正当な理由がないのに」若しくは「不当に」として具体的

¹⁹⁹ 前掲注196

²⁰⁰ 前掲注197

な要件となっている。このうち、「不当に」とあるものについては、行為要件を立証するだけでは足りず、行為が不当であること、つまり「公正競争阻害性」の立証が必要である。他方、「正当な理由がないのに」とあるものについては、行為要件を立証するだけで足り、行為者のほうで「正当な」行為であること（「正当理由」）、つまり「公正競争阻害性」がないことを明らかにしなければならない。このように、一定の類型については、原則として行為要件を満たせば、不当であること、「公正競争阻害性」があるとされる。すなわち、一般指定によって「公正競争阻害性」が、推定されることになる。ただし、立証責任が転換されるかは別である。該当するのは、共同の取引拒絶（１項）、不当廉売（６項）、再販売価格の拘束（１２項）である。

（２） 判例・審決の概要

前記（１）ウの事件は、「公正競争阻害性」について、横流し禁止行為について、取引先の選択を制限し、販売段階での競争制限に結びつきやすいものであり、価格が維持されるおそれがあると認められる場合には、原則として拘束条件付取引に該当するとして推定が及ぶとし、例外として公正な競争に悪影響を与えない特段の事情があれば、該当しないとする。１３項の拘束条件付取引規定は「不当に」とされていることから、不当性の立証が必要であるところ、横流し禁止行為は価格維持に該当するおそれがあると認められる場合には、原則として拘束条件付取引に該当すると推定され、「特段の事情」が認められれば該当性が認められなくなるとする。これは、規定を変更するものとなっている。

同ア及びイの事件は、不当性の推定ではなく、「拘束」を推認できるかについて判断している。いずれも、拘束条件付取引に該当するかどうかを、粉ミルクがロックインされる商品であること、粉ミルクのメーカー相互の競争が活発でないこと、継続的取引であること、市場の構造から、メーカーに従わざるを得ないことを推定している。

（３） 検討

同ウの事件は、違反行為の特殊性にかんがみて、１３項の規定とは異なるかたちで推定するものである。すなわち、１３項の拘束条件付取引の規定は「不当に」とされていることから、不当性の立証が必要であるが、横流し禁止行為が価格維持に該当するおそれがあると認められる場合には、再販売価格の維持の規定（１２項）が「正当な理由がないのに」とされ、行為要件を満たせば「公正競争阻害性」が推定され、行為者が「正当理由」を明らかにしなければならないことにかんがみ、「公正競争阻害性」が推定されるとしたものと解される。すなわち、１３項に１２項の趣旨を加味して、要件を再構成しているものである。再販売価格の維持の違法性に鑑み、事実上、その目的を達するために他の類型の行為を行う場合には、行為要件の立証により、正当理由を明らかにしない限り違反行為が成立するとしているが、これは、経験則として認められると解される。再販売価格の維持が違法であることは争いがなく、違反行為が認定されるのを回避するために、別の行為をの

たちをとることはよくあることである。

同ア及びイの事件は、事実認定における推認であり、商品の特殊性、当該事件の特殊性からすると認めてよいであろう。同アの事件は、市場占拠率が低い商品であるが、他商品への移動がないので、品揃えを必要とするという商品の特性から拘束は認められるとする。同イの事件は、市場占拠率が高い商品であり、ユーザーも多く、常備する必要があるとして、拘束を認める。いずれも、拘束を認めるための経験則としてよいと解される。

第8 終期 — 価格カルテルは破棄決定があるまでは終了しない

1 判例・審決

ポリプロピレンカルテル課徴金事件²⁰¹

「独占禁止法第7条の2第1項は、実行期間の終期につき、「当該行為の実行としての事業活動がなくなる日」と規定している。不当な取引制限は、違反行為者間の合意による相互拘束状態の下に、競争を実質的に制限する行為をいうから、この終期は、そのような相互拘束力が解消されて、もはや、かような競争制限的な事業活動がされなくなった時点を指すものと解される。したがって、この終期は、典型的には、違反行為者全員が不当な取引制限行為の破棄を明示的な合意により決定した時点や、一部の違反行為者が不当な取引制限の合意から明示的に離脱した時点を指すというべきであり、単に違反行為者の内部で違反行為を中止する旨決定しただけでは足りず、原則として、違反行為者相互間での拘束状態を解消させるための外部的徴表が必要となる。

しかし、上記のような終期の趣旨にかんがみれば、違反行為者全員の外部的徴表を伴う明示的合意がない場合であっても、違反行為者全員が、不当な取引制限の合意を前提とすることなく、これと離れて事業活動を行う状態が形成されて固定化され、上記合意の実効性が確定的に失われたと認められる状態になった場合には、やはり、当該行為の実行としての事業活動がなくなり、終期が到来したといえることができる。

以上のように、本件においては、本件合意成立後3か月弱で立入検査が行われ、その間、被審人らを含む本件違反行為の参加者が値上げに成功した取引先はごくわずかであって、合意に基づく値上げの浸透はいまだその実現途上にあったところ、本件立入検査がなされ、その旨が新聞等で報道された結果、本件合意に基づく値上げを実現することが客観的に困難になり、同日以降、被審人らを含む本件違反行為参加者による値上げの実現状況を確認する等のための会合は開かれなくなり、また、本件合意に基づく値上げ交渉を行ったとの事実も具体的に認めることができないのである。このような事情を総合すると、本件においては、立入検査時以降は、違反行為者全員が、本件合意を前提とすることなく、これと離れて事業活動を行う状態が形成されて固定化され、本件合意の実効性は確定的に失われたと認められる。

²⁰¹ 公正取引委員会平成19年6月19日審判審決

そうすると、本件においては、平成12年5月30日の立入検査をもって本件違反行為がなくなったと認められる。したがって、課徴金算定の基礎となる実行期間の終期は、その前日である同月29日となる。」

2 経験則の内容と蓋然性

(1) 内容

価格カルテルは、いったん、合意が成立すると、相互拘束状態は続き、参加者が自ら消滅させない限り、終了しないということが経験則といえるかである。

(2) 判例・審決の概要

上記事件では、終期は、違反行為の破棄を明示的な合意により決定した時点や、一部の違反行為者が不当な取引制限の合意から明示的に離脱した時点を目指すというべきであり、単に違反行為者の内部で違反行為を中止する旨決定しただけでは足りず、原則として、違反行為者相互間での拘束状態を解消させるための外部的徴表が必要となるとする。その上で、違反行為者全員による外部的徴表を伴う明示的な破棄の合意がない場合でも、違反行為者全員が、不当な取引制限の合意を前提とすることなく、これと離れて事業活動を行う状態が形成されて固定化され、上記合意の実効性が確定的に失われたと認められる状態になった場合には、やはり、当該行為の実行としての事業活動がなくなり、終期が到来したということができるとする。そして、本件合意成立後3か月弱で立入検査が行われ、その間、被審人らを含む本件違反行為の参加者が値上げに成功した取引先はごくわずかであって、合意に基づく値上げの浸透はいまだその実現途上にあったところ、本件立入検査がなされ、その旨が新聞等で報道された結果、本件合意に基づく値上げを実現することが客観的に困難になった場合には、違反行為が終了したとする。

価格カルテルの合意をし、これに基づいて価格が引上げられた場合、一般的には目的を達成すれば終了する。しかし、価格の引上げが成功しなかった場合には、その後も、違反行為は続くとする。上記審決も、引上げの交渉途上であったことを認定しているが、引き上げが成功しなければ、交渉は続けられることになる。つまり、価格の引上げが成功しない間、合意が終了しないことは審決も認めている。

ちなみに、ポリプロピレンカルテル課徴金事件は、旧7条の2について、実行としての事業活動の終期が争われたものであるが、違反行為の終期について論じている。実行としての事業活動の終期と違反行為の終期は同じと解されるという趣旨と見られる。

(3) 検討

入札談合事案と比較するとその違いがわかりやすい。すなわち、入札談合では、基本合意が成立した後、個別物件に係る受注調整が行われるが、これは、基本合意の参加者間で、基本合意に基づいて個別物件について、交渉、調整等が行われるものである。つまり、行

為者の間で、基本合意に基づく実施行為が行われるのである。したがって、個別物件の受注調整がみられなくなり、個別物件に基本合意に基づく実施行為が行われなくなれば、破棄決定を待つまでもなく、違反行為は終了することが多い。例えば、公正取引委員会による立入検査が行われ、審査が開始された場合には、個別物件に係る合意を行うことはできないか、あるいは極めて難しくなる。もっとも、これも違反行為の方法によって異なる。話し合い型の場合は、受注調整のために、会合、あるいは相互に連絡をとることが必要となるが、このような行為は、外部的に明らかになるため、行われなくなる。しかし、調整役による割付型の場合は、外部的に認識できるような形で受注調整を行う必要がないので、引き続き、個別物件の調整を行うことは可能である。また、立入検査が行われた場合、いったん、個別物件の調整が中断するものの、その後、再開されたとみられるケースもある。あるいは形を変えて、続けられる場合もある²⁰²。

価格カルテルの場合には、合意が成立した後は、個々の事業者が個々の取引先と交渉等を行うだけであり、行為者間の行為は見られない。そして、価格交渉が通常の営業活動であることからすると、立入検査が行われた場合でも、取引先との価格交渉を行うことは可能である。これを行うことが必要な場合もある。しかも、その交渉の内容は、価格カルテルの合意の内容と同じ価格の引き上げを求めることになることは十分あり得る。そうすると、価格交渉が、価格カルテルに基づく引き上げであるか、そうでないかは外部的にも内部的にも明らかではない。むしろ、価格引き上げの合意をして、相互に拘束する状態になっていけば、これを明確に消滅させる行為がない以上、何らかの形でその影響は続いているとみることも可能である。

しかしながら、最近では、立入検査は、マスコミで報道されることが多く、取引先においても知り得るはずである。このため、営業活動が中断することも多い。担当者は、事情聴取を受けることになるからなおさらである。その場合、取引先との間の力関係にもよるが、カルテルの存在を前提に交渉が行われるから、立入検査前と同じ条件で交渉することは難しい。このため、仮に、立入検査後も違反行為が継続しているとするのであれば、審査官はそれを立証する必要がある。立入検査後に現われた事実を総合勘案して判断すべきであり、合意を破棄する旨の決定がなされない以上、相互に拘束する状態は続き、価格交渉は合意に基づくとはできない。

(別紙2 調査結果第2の3参照)

立入検査により、終了するということは、事実認定とその評価である。マスコミの取り上げ方、独占禁止法違反に対する世論、独占禁止法違反事件に対する公正取引委員会の活動への注目度などからすると、一般的に知られることで事実上終了したとみることになる。

²⁰² 同一性が問題となる。いったん中止したものを再開したのか、終了し、改めて別の合意を形成したのかである。前掲注141参照

第9 二重規制

1 判例・審決

(1) 大阪バス協会事件²⁰³

「ウ もっとも、その価格協定が制限しようとしている競争が刑事法典、事業法等他の法律により刑事罰等をもって禁止されている違法な取引（典型的事例として阿片煙の取引の場合）又は違法な取引条件（例えば価格が法定の幅又は認可の幅を外れている場合）に係るものである場合に限っては、別の考慮をする必要があり、このような価格協定行為は、特段の事情のない限り、独占禁止法第2条第6項、第8条第1項第1号所定の「競争を実質的に制限すること」という構成要件に該当せず、したがって同法による排除措置命令を受ける対象とはならない、というべきである。

なぜならば、前記（一）において詳しく検討したとおり、同法による排除措置を命ずることができるかどうかは、専ら同法の見地から判断すべきであって、道路運送法の認可制度を定める規定により当然に判断の拘束を受けるものではないが、独占禁止法の直接及び究極の目的、すなわち、同法第1条に記載された、公正かつ自由な競争を促進し、もって、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という目的をも考慮してみると、これらの場合には、他の法律により当該取引又は当該取引条件による取引が禁止されているのであるから、独占禁止法所定の構成要件に該当するとして排除措置命令を講じて自由な競争をもたらしめても、確保されるべき一般消費者の現実の利益がなく、また、国民経済の民主的で健全な発達の促進に資するところがなく、公正かつ自由な競争を促進することにならず、要するに同法の目的に沿わないこととなるのが通常の事態に属するといえるため、特段の事情のない限り、その価格協定を取り上げて同法所定の「競争を実質的に制限する」ものに該当するとして同法による排除措置命令を受ける対象となるということができないからである。

なお、ここで価格協定が制限しようとしている競争が他の法律により刑事罰等をもって禁止されている違法な取引又は違法な取引条件に係るものであることの証明責任についても検討しておく、これらの事実は通常の事態との関係では例外に属するから、審査官の主張自体から明らかでない限り、被審人の側からこれらの点を指摘する主張がなければ、これらの点をあえて審判において考慮する必要がない（その意味では、指摘ないし特定の負担が被審人の側にあるといってもよい。）と思われる。しかし、これらの事実は、告発を経て刑事訴訟事件となったときは、法律的に違法性阻却原因、処罰条件事由等と同様の意味をもち、真偽不明の場合検察官が客観的挙証責任を負うことになるのではないかと予想されることとの権衡から、いったん被審人からこれらの事実の指摘がされた場合（もとより審査官の主張自体から窺われる場合も同様である。）には、審査官が価格協定が制限しようとしている競争が法律により禁止されている違法な取引又は違法な取引条件に係るものであることの最終的な証明責任を負担すると考えてよいと思われる。したがって、この点に

²⁰³ 公正取引委員会平成7年7月10日審判審決

ついて真偽不明となったときは、審査官により後記エの事実が主張立証されない限り、独占禁止法所定の「競争を実質的に制限する」との構成要件該当事実の証明がないことに帰するから、排除措置を命ずることはできないと解すべきである。

(この関係で、認可運賃等を上回る額で運賃等の協定がされたときは、特段の事情の主張立証がない限り、その協定は、認可運賃等による競争をも制限しようとしていると認めるほかはないから、その協定が制限しようとしている競争は冒頭に記載した違法な取引条件に係るものには該当しないというべきである。

これに対し、認可運賃等が確定額により定められている場合においてその確定額で価格協定がされたとき又は認可運賃等が最高額及び最低額により定められている場合においてその最低額で価格協定がされたときは、通常の事例においては特別の立証を要しないで、その価格協定が制限しようとしている競争は、その確定額又は最低額より低い額での競争であって専ら違法な取引条件に係ることが事実上推定される、といって差し支えないと思われる。)

エ 以上のようにいうことができる反面、全く同じ理由に基づき、価格協定が制限しようとしている競争が事業法等他の法律により刑事罰等をもって禁止された取引条件に係る場合であっても、当該価格協定に対して独占禁止法上の排除措置を命ずることが、同法の直接及び究極の目的、すなわち同法第1条に記載された、公正かつ自由な競争を促進し、もって、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、という目的から首肯され得る、特段の事情のあるときは、このような価格協定行為が同法第2条第6項、第8条第1項第1号の構成要件に該当するというものを妨げる理由はないのであるから、同法の見地に立って排除措置を命ずることができる、と判断される。

このように、事業法等により禁止された取引条件に係る競争を制限しようとする価格協定も、特段の事情のあるときには独占禁止法所定の構成要件に該当するものとして排除措置命令の対象となり得る場合があるとの判断は、繰り返しになるが、前記(一)において詳述したとおり、同法による排除措置を命ずることができるかどうかは専ら同法の見地から判定すべきであることに根ざしている。

そして、前記の特段の事情のある場合の典型的な例として、当該取引条件を禁止している法律が確定した司法部における判断等により法規範性を喪失しているときを掲げることができる。

その外に、本件での被審人、審査官双方の主張に即して、右の特段の事情のある場合の例を挙げれば、i. 事業法等他の法律の禁止規定の存在にもかかわらず、これと乖離する実勢価格による取引、競争が継続して平穩公然として行われており(以下この点を「(二)エのi.の点」という。)、かつ、ii. その実勢価格による競争の実態が、公正かつ自由な競争を促進し、もって、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、という独占禁止法の目的の観点から、その競争を制限しようとする協定に対し同法上の排除措置を命ずることを容認し得る程度までに肯定的に評価される(以

下この点を「(二) エの i i. の点」という。)ときを挙げることができる (なお、ここでは、前述のとおり、専ら独占禁止法に基づく排除措置命令の可否の判断をする前提として同法の前記の特定の構成要件を解釈するに当たって、競争の実態が同法の目的から肯定的に評価されるかどうかを問題としているにすぎないから、このことが肯認された場合であっても、事業法等による認可制度の運用の当否が問題とされるものではなく、まして認可制度による禁止の効力等は全く影響を受けないことは、当然である。また、ある事業が事業法により主務官庁の規制下に置かれている場合において、その事業法上の警察目的による禁止規定に反してされた契約が私法上効力を否定されず、したがって、主務官庁以外の他の行政庁はその契約の効力を無視できないときがあり得ることと対比すれば、国家行政組織法第2条第2項を根拠に当然に本文のような判断を排除することは無理というべきである。)。このような場合には、排除措置命令により価格協定を排除すれば、かえって、公正かつ自由な競争を促進し、もって、一般消費者の利益を確保し、国民経済の民主的で健全な発達の促進に資することになるからである。」

(2) NTT東日本事件²⁰⁴

「被審人は、電気通信事業法が、独占禁止法と同様の公正な競争の促進を目的として独占禁止法より詳細な規制を置いており、接続料金及びユーザー料金に関して独占禁止法に上乗せした規制を行うものであるので、この規制に従う行為への独占禁止法の適用は排除される旨主張し、古城教授の意見書(審第177号証)を提出する。

およそ事業者の事業活動を規制する各法律の規定は、相互に矛盾することなく運用されるべきであることは論を待たず、これは、それぞれ目的を共通にする法律であっても異なる法律であっても異なるところはない。

確かに、接続料金については、電気通信事業を所管する専門官庁としての総務省が、同事業における競争の促進や利用者の利益の観点から考察を行い、かつ、パブリックコメントや情報通信審議会による審議等の手続を経た上で、認可等を与えていることからすれば、当該認可の対象となった料金水準は、特段の事情がない限り、電気通信事業法上は、問題がないものといえる。

しかし、ある行為が一方の法律に違反しないというだけで、当該行為に対し、明文の適用除外規定がない限り、他方の法律の適用それ自体が排除されることはなく、被審人の主張は採用できない。

次に、被審人は、電気通信事業者が、電気通信事業法に基づいて認可された上、変更認可申請命令が出されていない接続料金や、同法に基づいて届出がなされ、料金変更命令が出されていないユーザー料金に従って事業を行っている場合に、これを独占禁止法違反とすることは、一方の法律に従えば他方の法律に違反するという二律背反の状態となり、許されないとも主張し、白石教授の意見書(審第121号証)を提出する。

²⁰⁴ 前掲注175

しかし、本件では、上記二律背反の関係にあるとは認められない。本件は、被審人がニューファミリータイプについて、電気通信事業法上認可された分岐方式の接続料金の下で分岐方式でサービスを提供し、同法に基づき届け出たユーザー料金を収受することを問題にするものではなく、現に、平成16年4月以降の被審人のそのような行為は違反行為としていないのである。

被審人のいう「認可され、かつ、変更認可申請命令が出されていない接続料金」と「届出がなされ、かつ、料金変更命令が出されていないユーザー料金」は、電気通信事業法に規定する手続を経た電気通信事業法上適法な料金のことを指していると思われるが、それらの料金は電気通信事業法上適法であるというにとどまり、被審人において接続料金の変更認可申請やユーザー料金の変更届出を行うことができないというものではない。（査第45号証、査第50号証、査第51号証、査第53号証）（総務大臣において変更命令を行っていないことが独占禁止法上も適法であるとの判断に基づくものでないことはもちろんである。）

したがって、被審人の主張は採用できない。

（4） また、被審人は、独占禁止法の適用が排除されていないとしても、電気通信事業法の規制に従った行為は、競争の実質的制限に該当することはないとも主張する。

しかし、本件で問題としたのは、被審人が新たにニューファミリータイプを導入するとして分岐方式の接続料金の認可を受け、分岐方式のユーザー料金を5,800円（その後4,500円）と設定し、実際には芯線直結方式を用いてサービスを提供したことである。

ユーザー料金について、実態に沿って、芯線直結方式で5,800円との届出を行った場合であれば格別、被審人自ら届出とは異なる設備構成で提供しているのであるから、電気通信事業法による規制における事業所管官庁の判断を尊重すべきであるとの主張は、その前提を欠く。

なお、被審人も審査官も、大阪バス協会事件審決の趣旨を援用してそれぞれの主張をするが、同事件は業法（道路運送法）上許容されていない運賃の範囲における競争制限行為を問題にするものであって、本件とは事案を異にする。

（5） さらに、被審人は、公正取引委員会の「行政指導に関する独占禁止法上の考え方」を援用し、法令に具体的に規定がある事業所管官庁による認可等に従った事業者の行為は独占禁止法違反とはならないと主張する。しかし、電気通信事業法上の取扱いが本件違反行為の認定を左右しないことは前述のとおりであって、被審人の主張は採用できない。」

2 経験則の内容と蓋然性

（1） 内容

事業法と独占禁止法の適用の関係について、事業法上、適法かどうかは別にして、独占禁止法の目的から適用することができることが経験則といえるかである。

(2) 判例・審決の概要

前記1(1)の事件は、カルテルが制限しようとしている競争が事業法により刑事罰をもって禁止された競争でも、特段の事情のあるときは独占禁止法を適用できる。特段の事情の例として、取引条件を禁止している法律が確定した司法部における判断等により法規範性を喪失している場合、事業法の禁止規定の存在にもかかわらず、乖離する実勢価格による取引が継続して行われており、その実勢価格による取引が独占禁止法の目的の観点からその競争を制限しようとする協定に対し排除措置を命ずることを容認し得る程度にまで肯定的に評価される場合があげられる。

同(2)の事件は、事業法上違反でないとしても、明文の適用除外規定がない限り、独占禁止法を適用できる。

(3) 検討

両方の事件にかんがみると、事業法上、適法かどうかは、独占禁止法の適用を左右するものではなく、事業法上適法であるからといって、独占禁止法も適法であるということとはできない。

独占禁止法の目的にかんがみ、適用するかどうかは独自に判断されるべきとするようである。事業法の目的と独占禁止法の目的は類似するものもあるが、異なるものもあり、それらを総合して判断することになる。

電気通信事業法は、そもそも、当該事業の発達促進、それによる消費者の利益の確保を目的とし、他方、独占禁止法は競争を促進することによる消費者利益の確保を目的とするように、両者の目的は類似するものもあるが、異なるものもあるのであって、これらを総合して独占禁止法を適用するかどうかを判断することになる。

したがって、事業法と独占禁止法の適用の関係について、事業法上、適法かどうかは別にして、独占禁止法の目的から適用することができることが経験則といえる。

第10 業種認定

1 判例・審決

東燃ゼネラル課徴金審決取消請求事件²⁰⁵

「(ア)原告は、まず、歴史的経緯を理由に自社は一般に卸売業者に該当する旨主張するが、歴史的経緯の如何に関わらず、本件違反行為当時の業務実態に照らして業種性を認定すべきところ、その時点では本件審決認定のとおり販売油種について自ら製造した上でこれを調達実施本部に販売していた（ただし、航空タービン燃料については後記する。）のであるから、一般に卸売業であるとはいえない。

したがって、この点に関する原告の主張は理由がなく、採用することはできない。

²⁰⁵ 東京高裁平成18年2月24日判決（平成18年3月10日確定）

(イ) 原告は、航空タービン燃料については、原告が南西石油において製造された商品を調達実施本部に売却している（争いがない）から、日本標準産業分類に基づき画一的に判断し、卸売業者又は小売業者に該当する旨主張する。

しかし、法7条の2第1項が、課徴金算定率について、6パーセントを原則としつつ、卸売業、小売業については例外的に軽減した算定率（卸売業は1パーセント、小売業は2パーセント）を設定した趣旨は、卸売業や小売業の取引は商品を右から左に流通させることによりマージンを受けるという側面が強く、事業活動の性質上、売上高営業利益率も小さくなっている実態を考慮したためである。したがって、一般的には事業活動の内容が商品を第三者から購入して販売するものであっても、実質的にみて卸売業又は小売業の機能に属しない他業種の事業活動を行っている」と認められる特段の事情があるときには、当該他業種と同視できる事業を行っているものとして業種の認定を行うことが相当である。

そこで、本件について上記特段の事情があるかどうかについて検討する。

a 本件審決は、証拠（略）に基づき次の事実を認定しているところ、同証拠によればこれを合理的な事実認定と認めることができる。

(a) 南西石油は、沖縄県西原村に精製施設を有する石油精製のみを行う精製会社である。昭和60年以降、原告は、南西石油の株式の87.5パーセントを保有し、残りは住友商事株式会社（以下「住友商事」という。）が保有している。

南西石油には4名の取締役がおり、そのうち2名が代表権を有する。代表取締役のうち、1名は原告から出向しており、1名は住友商事の役職を兼任している。代表権を有しない取締役のうち、1名は原告の役職を兼任しており、1名は南西石油の出身である。

(b) 南西石油の精製施設については、各株主が、各株主と南西石油間の契約である参加者間協定に基づき、それぞれの出資比率に応じてその精製設備の利用権を保有し、これに対応した原油を南西石油に供給して、それぞれが指定する数量及び仕様の石油製品を同社1；生産させ、当該製品をそれぞれがすべて買い取るになっている。同協定は、各株主に、南西石油の施設の合理的な操業を可能にするために十分な製品を引き取る義務及びその製造に要する原油を供給する義務を課しており、また、各株主に対する石油製品の販売によって全体として予定された一定額の利益額（プロフィットマージン）が南西石油に生じるように保証する義務を課している。各株主に係る原油の納入から製品の生産、販売の過程について施設を効率的に使用して行うための生産計画については、協定当事者間で設置したサプライ・アンド・オフテイク・コーディネーション委員会において協議することとされている。

(c) 原告は、このような仕組みのもとで、南西石油から航空タービン燃料を含む石油製品を購入していたものであり、その原料となる原油をすべて原告から南西石油に販売し、製品の仕様を指示し、生産から出荷に至る生産計画の決定に関与し、精製された製品はすべて購入していた。原告から南西石油に対する原油の販売価格は、最終的に製品を購入することを視野に入れて、産油国からの購入代金に輸送費及び保険料を加えた金額にとどめ、

原油の販売によって原告は利益を得ておらず、間接経費の徴収もしていなかった。そして、南西石油から原告に対する製品の販売価格は、毎月仮の代金を支払った上で、最終的に、株主及び南西石油で構成されるアカウンティング委員会で南西石油に一定の利益（プロフィットマージン）を確保するようにして決定され（南西石油の精製費用は、各株主の出資比率に応じて株主が負担していた。）、南西石油には販売価格を独立して決定する権限はなかった。

b 以上の事実によれば、南西石油における上記航空タービン燃料を含む石油製品の製造は、原告の原油の供給及び製品の引取りと一体の過程として予定され、南西石油が製造して原告に供給する上記航空タービン燃料について、製品の数量、仕様、生産計画、更には販売価格の決定という製造事業の主要な意思決定に原告が主導的立場で関与していたのであり、また、原告は南西石油の支配的な株主として同社に生じた利益が実質的に帰属する地位にあったのであるから、南西石油が製造して原告に供給する上記航空タービン燃料については、南西石油は原告の一部門と同視できる地位にあったといえることができる。

したがって、原告の南西石油の事業に対する関与の実態に照らせば、原告は、上記航空タービン燃料に係る事業活動の内容において、自らの一部門において製造事業を行っていたものであるから、上記特段の事情が存在するものと認めることができる。

（略）

しかしながら、本件審決認定のとおり、自動車ガソリン、灯油、軽油及びA重油については、自社製油所で製造した商品を調達実施本部に販売していたものであり、航空タービン燃料については、上記のとおり、自社製油所で製造したものと同視でき、これを調達実施本部に販売していたものであるから、他社の製品を最終需要家に販売する小売業者であるとはいえず、この点に関する原告の主張は理由がなく、採用することはできない。」

2 経験則の内容と蓋然性

（1） 内容

独占禁止法7条の2第1項が、課徴金算定率について、6パーセントを原則としつつ、卸売業、小売業については例外的に軽減した算定率（卸売業は1パーセント、小売業は2パーセント）を設定した趣旨は、卸売業や小売業の取引は商品を右から左に流通させることによりマージンを受けるという側面が強く、事業活動の性質上、売上高営業利益率も小さくなっている実態を考慮したためである。このようなことから、一般的には事業活動の内容が商品を第三者から購入して販売するものであっても、実質的にみて卸売業又は小売業の機能に属さない他業種の事業活動を行っているものと認められる特段の事情があるときには、当該他業種と同視できる事業を行っているものとして業種の認定を行うことが経験則といえるのである。

（2） 判例・審決の概要

前記1の事件では、業種の認定に当たり、当該事業者が卸売業や小売業に該当するかどうかについて、i 事業者の歴史的経緯、ii 航空タービン燃料については、原告が南西石油において製造された商品を調達実施本部に売却している（争いがない）から、日本標準産業分類に基づき画一的に判断し、卸売業者又は小売業者に該当する、iii 販売先の調達実施本部は最終需要家であるから、自社は小売業者であると主張したのにかんがみ、それぞれ、論じているがいずれも特段の事情には当たらないとされる。

（３） 検討

どの業種と認定するかは、課徴金納付命令の要件であるので、公正取引委員会が主張立証しなければならない。その際、取引の外形から判断しても、通常は実質と一致することから、その旨認定できるが、特段の事情により、取引の形態の外形と実質が一致しないこともあるから、その場合には、実質的にみて当該業種に属しないとするほうが主張立証することになる。

第4節 間接事実による主要事実の推認

間接事実から主要事実を立証する場合にみられる経験則について見てみる。

第1 価格カルテルでは実施状況は違反行為の成否に影響しない

1 内容

価格カルテルでは、合意の内容どおりの価格引上げについて打ち出し行為があれば、合意どおりの価格で契約を締結したとか、取引価格を決定したといった結果が生じなくても違反行為は成立する。

これを分析すると、

i 価格カルテルの合意が成立すれば、結果を見るまでもなく、当該合意は「競争を実質的に制限する」

ii 合意の内容どおりの価格引上げについて打ち出し行為があれば、価格カルテルの合意を推認することができる

という二つの命題となる。

さらにいえば、iは要件事実から他の要件事実が認定できるかという問題であり、iiは間接事実から要件事実を推認できるかという事実認定の問題である。

iは、価格カルテルの合意、つまり「共同して相互に拘束する」が認められれば、これから「競争を実質的に制限する」を認定する。換言すると「競争を実質的に制限する」を「合意した」ことから直接認定することになる。

iiは、価格引上げの打ち出し行為から、当該価格について価格カルテルの合意の成立が推認される。実際に打ち出した価格の引き上げがなかった場合、つまり実施状況がよくない場合でも、この事実は価格カルテルの合意の成立の認定を妨げる事実とはならない。換言すると、「実施状況」を検討しなくてもよいということであり、また、「実施状況」が悪いという事実が「競争を実質的に制限する」の成立を妨げる事実（評価障害事実）となり得ないということである。

2 検討

iについては、第5節第3で述べるので、ここではiiについてのみ検討する。

iiは、価格カルテルの実施状況は、取引の相手方との関係、市場の状況等、当事者の意思とは別のところで決まることがある。すなわち、価格は相手方との交渉の結果によるから、その関係で決まることが多い。例えば、取引関係における優劣、事業者のグループ関係、市場の状況、原材料の価格の変化など、様々な要素に左右される。このため、合意の参加者間の拘束は強固なものであるにもかかわらず、実施状況が悪いということが生じ得る。しかしながら、いったん、参加者が価格の引上げを打ち出せば、市場における価格等の取引条件は打ち出し価格を基準に交渉が行われるので、取引条件を左右することができる状況となるから、自由競争秩序は侵害されたといえることができる。外部的な事情によっ

て、価格の引上げが成功しなかったとしても、当該行為によって、自由な価格の設定ができなくなり、競争を制限する危険の発生という結果を生ぜしめたといえることができる。したがって、競争を実質的に制限していないということにはならない。実施状況は、「競争を実質的に制限する」の要素とならないとみることができる。ただ、iによれば、そもそも、合意の成立だけで足りることになる。

(別紙2 調査結果第2の2参照)

ほとんどの事件で、実施されたことが認定されている。すべての事業者が実施したか、あるいは多くの事業者が実施したことが認定される。

第2 違反行為者の市場占拠率（シェア）と「競争を実質的に制限する」

1 内容

当該取引分野に属するほとんどの事業者が違反行為に参加している場合（違反行為者の市場占拠率が高い場合）、そのことから「競争を実質的に制限する」といえる。

違反行為者の市場占拠率（シェア）の合計が高いことを認定すれば、競争を実質的に制限するといえる。

不当な取引制限の参加者の「市場占拠率（シェア）が高いこと」を認定すれば、「競争を実質的に制限する」を認定できる。価値の充填の問題として「市場占拠率（シェア）が高いこと」が「競争を実質的に制限する」の内容となるかである。

ただ、市場占拠率（シェア）が高いといっても、どの程度の市場占拠率（シェア）が必要であるかが問題である。

2 検討

カルテル事件と入札談合事件では異なるので、それぞれ、検討する。

(1) カルテル事件

カルテル事件では、複数の事業者の合計市場占拠率（シェア）が高い場合には、これらの事業者は当該取引分野全体の価格等の取引条件を支配することができるから、「競争を実質的に制限する」ことになり、市場占拠率（シェア）が100%であれば、もちろん、そうでなくても、これに近い市場占拠率（シェア）であれば足りるということができる。

合意の参加者以外の者は、合意の内容と異なる行為（合意よりも低い価格で販売すること）を選択することが可能であるが²⁰⁶、そのためには、当該事業者が供給することができる量がある程度大きくなければならない。すなわち、供給能力、あるいは供給の代替性²⁰⁷が問

²⁰⁶ カルテルの参加者以外の者が、合意に同調する場合は、ここでの議論は当たらない。

²⁰⁷ 対象商品・対象役務自体は、他の事業者でも供給することができるものであることを前提とする。

題となる。供給できる量に制限がないのであれば別であるが、低い価格の商品の流通量が限られれば、低い価格での供給が需要に追いつかない状態になり、結局、大量に供給できる事業者の価格になる。価格が需要曲線に一致することになる。しかしながら、合意の参加者以外の者が供給できる量が大きければ、需要は低い価格のほうへ流れるのであり、市場占拠率（シェア）を拡大することができる。

このようなことからすると、カルテル事件では、市場占拠率（シェア）が高い事業者が合意をすれば、価格等の取引条件を支配することは可能であり、「競争を実質的に制限する」といえるのである。勧告審決の場合、これらの事実をもって「競争を実質的に制限する」を認定している。しかしながら、実際の取引では、様々な事情によって、競争を制限することになるので、その場合には合意によって競争を制限するとはいえないケースが生じる。したがって、他の競争を制限する事情についても併せて判断することが必要である。

さらに、このことを考える場合、取引の形態を考えなければならない。すなわち、取引が単発的な取引の場合には、その都度、取引の相手方が変わる可能性はある。しかしながら、継続な取引の場合には、取引の相手方が固定されることになり、他への変更はコストを伴うことから、変更を困難にする。また、取引の相手方の変更に伴うコストが発生するケースでは、このコストとの比較により、他への変更の難易を検討することになる。この例として、系列化されているケースがある。

結局は、取引の形態、製品・サービスの内容、その他の事情をみて判断せざるを得ないのである²⁰⁸。

（別紙２ 調査結果第２の１の（２）参照）

（２） 入札談合事件

入札談合事件では、合意の参加者が当該取引分野の事業者のすべて、あるいはほとんどを占める場合、これらの合意の参加者が当該取引分野における取引条件を支配しているといえることができるか。

合意の参加者以外の事業者、いわゆるアウトサイダーが１社でも存在する場合には、合意の参加者が価格を決めて入札した場合でも、アウトサイダーは、自ら価格を決め、より低い価格（もっとも、予定価格以下で最低制限価格以上であることは必要である。）で入札することが可能であり、入札制度の趣旨からすると、理論上は、アウトサイダーがすべての物件を受注することも可能である。このため、参加者による調整は効力を発揮できず、「競争を実質的に制限する」とはいえないことになる。ただ、実際には、別の事業者の下請させるようなことがなければ、当該事業者が受注できる数量は限られるので、合意の参加者以外の事業者が手持ちの仕事で飽和状態になり、受注できなくなるので、それ以降は、合意の参加者は合意に基づいて落札受注することができるので、取引条件を支配することが

²⁰⁸ もっとも、供給の代替性が生じないのが、対象商品の特定による場合は、市場の画定に問題があるともいえる。

できることになる。

さらに、入札談合では、基本合意とこれに基づく個別の受注調整があるが、合意の参加者の市場占拠率（シェア）が高くても、個別の物件の受注調整の過程で個々の参加者間で調整がつかないまま、入札されることもある（参加者間で受注予定者の絞り込みはあるが、1社に決まらない場合である。）。また、調整が行われ、受注予定者が決定したにもかかわらず、これに反して取りに行くこともある（調整の結果を利用して、入札することもある。）このような物件が発注物件の過半を占める場合には、そもそも、合意に実効性がないことになり、市場占拠率（シェア）が高いことと競争を実質的に制限することは、必ずしも結びつかない。

ただ、市場占拠率（シェア）が高い場合には、アウトサイダーが参加する物件が少なくなる。特に指名競争入札の場合は、合意の参加者が指名される機会が増える。したがって、受注調整が行いやすくなる。

あるいは全体に低い価格で入札が行われたとしても、拘束からはずれることを回避するための手段である場合（いわゆるペナルティ）、当該物件についても、違反行為による拘束を受けて受注されたものとみることができる。

このようなことからすると、入札談合事件では、市場占拠率（シェア）が高い者が価格等の取引条件を決定しても、個別の入札で異なる対応をすることは可能であり、市場占拠率（シェア）が高い場合でも、それだけをもって競争を実質的に制限するとはいえず、別の要素を併せてみる必要があるであろう²⁰⁹。

（別紙2 調査結果第2の1の（1）参照）

ちなみに、入札談合事件の審決では入札談合の参加者の市場占拠率は認定されていない。

第3 落札率が高い場合には受注調整が行われている

1 内容

落札率とは、落札価格の予定価格に対する割合であり、 $\text{落札価格} / \text{予定価格} \times 100$ で算定される。「落札率が高い」というのは、通常、落札価格と予定価格が一致しているか（落札率が100%）、あるいはこれを幾分下回る率である場合である。落札率が99%以上の場合もある。

「落札率が高い」という場合には、二つの場面が想定できる。一つは、個々の物件の「落札率が高い」場合であり、他方は、発注物件全体としてみた場合、「落札率が高い」物件が多いという場合である。

前者については、当該物件についてみれば、落札率が100%に近いという事実があれば、当該物件については入札談合が行なわれたということである。

²⁰⁹ ただ、シェアが高いことが別の意味で、競争を制限するという場合もある。すなわち、シェアが高い事業者の合意を尊重しなければならないような事情が見られることもある。

後者については、個別の物件の落札率が高い場合、その積み重ねである発注物件全体の落札率が高いことになるから、当該発注物件を対象に入札談合が行なわれているということである。また、発注物件全体の落札率の平均が高い場合には、当該発注物件を対象に入札談合が行なわれているということである。

「落札率が高い」と受注調整が行われているといわれる場合、通常は、後者を意味する。

前者については、「当該物件の落札率が高いこと」により「相互に拘束する」、あるいは「競争を実質的に制限する」を推認することができるかである。

後者については、「落札率の高い物件が多いこと」により「相互に拘束する」、あるいは「競争を実質的に制限する」を推認することができるかである。

2 検討

(1) 「相互に拘束する」との関係

入札談合事件では、通常、落札率が高い場合が多いことは否定できない。しかしながら、落札率が高いことから入札談合が行われている、「合意した」ということを推認することができるかについては、争いがある（第3の1でいう1物件の落札率が高い場合だけでなく、複数の物件の落札率が高い場合も含む。）。後者の場合について、下級審判例²¹⁰ではあるが、裁判所は否定的である。つまり、落札率が高いことは談合と矛盾しないが、談合が行なわれていなくても、落札率が高い場合もあるので、落札率が高いことから談合があったことを認定することはできないとしている。これに対し、審決には肯定的である²¹¹。

これは換言すると、「合意した」とことと落札率が高いことの間に因果関係があるかということである。価格は、様々な要素により影響される²¹²。したがって、両者の関係を明らかにすることが必要となる。つまり、落札率が高いだけで合意の成立を推認することはできないことから、別の事実と併せることで推認するか（複数の間接事実からの推認）、あるいは、他に落札率が高くなる要因（評価障害事実）が存在しないこと、若しくは結果との結びつきが弱いこと（反論反証）を明らかにすることが必要である。

ところで、被審人の主張としてよくあるのは、個別物件において、土木・建設工事については、資材等の標準価格が公表されており、これにしたがって予定価格が算定されていることから予測できる、あるいは、予定価格の算定を外部の事業者（例えば、コンサルタント）に委託しているような場合、系列のコンサルタントが算定する予定価格は予測できる、さらには、事業者に予定価格の決定のために見積もりを提出させているような場合（これが1社しかない場合もある）には、予定価格と落札価格が一致、あるいは近似するのは

²¹⁰ 津地裁平成12年6月8日判決 [判例タイムズ1061-161]

²¹¹ ただ、落札率のみで認定しているわけではなく、他の多くの事実も認定されているので、高い落札率をもって合意を認定したケースというのは正確ではないともいえる。

²¹² 大橋弘「公共入札の経済分析①」THE KEIZAI SEMINAR APRIL 2006 50頁

同「同②」THE KEIZAI SEMINAR MAY 2006 54頁

同「同③」THE KEIZAI SEMINAR JUNE 2006 66頁

いうまでもないということになる。このような場合には、これらの事情を否定するか、そのような事情があっても、なお、「合意した」とことと両立すること、さらに「合意した」ととの因果関係のほうがより強いことを明らかにする必要がある。

ところで、落札率の変化ということは一つのメルクマールとなる。物件全体としては、合意の成立の前後、あるいは審査の開始の前後で落札率に格段に差異が生じていることである²¹³。すなわち、合意の成立前の落札率と合意の成立後の落札率をあわせて見て評価する場合、違反行為期間中と終了後の落札率を併せてみて評価する場合である。一般的にみて、このように落札率の変化がみられるケースでは「合意の成立」と落札率の間に因果関係がある蓋然性が高い。ただ、この場合でも、落札率が低下する原因が別に存在するようなケースでは、いずれが原因であるかを明らかにしなければならない。しかしながら、審査の開始の前後で、落札率がほとんど変化しない場合もある。このような場合には、「合意した」とことと落札率の間には関係はないということもできる。以上のように、落札率が高いことだけから「合意した」ことを認定することはできず、他の事情を明らかにすることが必要である。したがって、単に落札率が高いことから違反行為を行っていたということとはできず、経験則足り得ない²¹⁴。

(2) 「競争を実質的に制限する」との関係

物件全体の落札率が高い場合、「競争を実質的に制限する」といえるのか。「競争を実質的に制限する」の意義をどうみるかということとも関わるが、詳細については第4章でみることにし、ここでは「取引条件を左右することができることができる市場支配力の形成・維持・強化」をいうとして、検討する。

取引条件の1つである価格を決めているのであるから取引条件を左右することができるに該当し得ることになるのであり、「競争を実質的に制限する」ということができよう。

では、「取引条件を左右することができる」とはどのような場合をいうのか。複数の個別物件のうち、特定の物件の落札率が高いが、すべての物件の落札率が高いわけではない場合、どの程度の割合であれば「競争を実質的に制限する」といえるか。全物件の50%を越える場合には、一応、競争を実質的に制限するといえるであろう²¹⁵。その場合、物件数をみるか、価格をみるかという問題もある。これについては、市場規模との関係では、基本的には件数ではなく、金額でみるのが相当である。ただ、同程度の価格の物件が多数発注されるようなケースでは、物件数であれ、発注金額であれ、あまり差はないと見られる。しかしながら、発注される物件の規模に差がある場合には、件数は市場規模との関係では

²¹³ いわゆる前後理論と呼ばれる。25条訴訟における求意見において用いられる手段である。

²¹⁴ ただ、そうはいっても、落札率が高く、審査の開始を契機に、落札率に格段に差異が生じているような場合には、違反行為と落札率の間に因果関係がある蓋然性が高く、経験則足り得るともいえる。

²¹⁵ 大阪ほ装工事入札談合事件（進歩組）（公正取引委員会平成18年4月26日審判審決）
ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

正確性を欠くことになる。

さらに、合意と「競争を実質的に制限する」との間に因果関係があることを明らかにしなければならない。すなわち、それぞれが認定できたとしても、その間の関係を明らかにしなければ、違反行為の成立を認めることはできないからである。ただ、この場合、合意に実効性があれば「競争を実質的に制限する」について推定され得ることは第5節第3で述べる。

第4 協調促進的慣行があれば、「相互に拘束する」を認定できる

1 内容

協調促進的慣行とは、競争を回避することを容易にするような事業慣行をいう²¹⁶。その機能は、「合意」の容易化、逸脱の発見の容易化、制裁の確実性、競争回避の事前コミットメントである。すなわち、「合意」の内容にかかわる情報の交換、情報の開示は合意を容易化することは分かりやすい。また、契約の条項で、他の事業者との間の契約に従って、価格が決まる、あるいは値引きがされるよう規定される場合である。

このような慣行が存在する状況で取引が繰り返し行なわれる場合、事業者はお互いに裏切ることなく、各事業者にとって最適となる対応を採ることになる。これは、一方にとって短期的に最も利益となる対応ではないが、無限に繰り返されるゲーム（入札談合では個別の物件の発注）を前提とすると、一方の事業者が裏切ることにならない限り、協調的対応を続けるというものである。仮に、一方の事業者が裏切ることによって自社にとって最も利益となる対応を採るとすると、他方の事業者は最も不利益となる。このため、次のゲームでは、反対に、もう一方の事業者が自社にとって短期的に最も利益となる協調的対応を採ることになる。こうして、いったん、一方が自社にとって最も利得となる対応を選択した場合には、もう一方の事業者も同じ対応を採るようになる。²¹⁷しかし、このように、事業者が交互に自社にとって短期的に最も利益となる対応を採る場合は、事業者がお互いに裏切ることなく、両者が利得を得られる対応を採る場合よりも、長期的なトータルとしての利得は少なくなってしまう。つまり、一方にとって最も利益となる対応の選択は、一時的に大きな利潤を得ても、長期的には損失を被ることになる。また、安定的に利益を得られる状況から、利益の獲得が不確実となり、利益を得られないという場合もあり得る。このようなことからすると、このような不利益を被る戦略をあえて、選択することは考え難い。この場合の事業者の行為は、カルテル参加者の行為と客観的には異ならない。

具体的な事件では、郵政省区分機入札談合事件²¹⁸がある。この事件は、まさに2社における意思の連絡が争点となるが、審決においては、次のとおり、この理論に沿った判断がさ

²¹⁶ 川濱昇「カルテル規制の再検討－合意の機能と協調促進的慣行－」法学論叢140－5・6

²¹⁷ トリガー戦略といわれる。

²¹⁸ 前掲注124

れている。

「次に、郵政省の指名競争入札の方法による区分機類の発注において、被審人2社のうち郵政省の調達事務担当官等から情報の提示を受けた者のみが入札に参加し、情報の提示を受けなかった者は入札を辞退するという行為が確立していた理由について、審査官は、当該市場における競争が一時的なものではなく長期的に続く場合には、一度だけ、競争に勝てばよいわけではなく、長期的に見て安定的に利益を上げることが必要であり、そうであれば、当該年度のすべて、あるいは多くの物件を落札・受注することにより短期的に自社に利益をもたらす行為であっても、そのような行為は、別の年度において、他社にも同じ行為を行わせる可能性があり、長期的には利益とならない可能性があることから、協調的（協力）行動を採る方が長期的には利益をもたらすからであると述べる。

この主張は、被審人2社が、過去にこのような協調的行動を採ってきた理由の一つとしては納得できるものであり、前記のとおり、そのような事情があれば意思の連絡は容易となる。そのような協調的行動を促したのが郵政省の情報の提示に始まる諸行為であり、それらが長年行われてきたのである。」

2 検討

現実の生活において調整を必要とするときは、具体的コンテキストと文化的な背景の下で、際立った特徴を有するためにそれが選択されそうだとすることが知られているような行動様式が認められることがある。なんらかの協調の水準を両者が守ろうとし、それを超えれば競争に入っていくという戦略を互いが採りそうだとする理解が存在する場合、お互いが競争に入ることなく守ろうとする、つまり、引き金を引かない協調水準に関する理解が存在すれば、それがフォーカルポイントとなる。トリガー戦略においていえば、これまでとは別の選択（一方の事業者にとって最も利益となる対応）はしないという理解があることである。フォーカルポイントとするには、費用構造の同質性が必要である。すなわち、対称性が認められるときには、フォーカルポイントを基礎付けることが多い。高度に集中し、安定した市場で、当事者が相手の行動への予想とは無関係に、単に自身の行動と市場の反応との適合という形で、最終的に協調的な均衡へと到達する場合があるが、この場合、つまり他者の行動に関係なく均衡に達する場合であり、他者の行動について了解がないため、フォーカルポイントとならないことになる。

このような状況によって「合意」の成立が容易になることは否定できない。すなわち、このような状況の存在が、「合意」を認定する基礎となる事実ともなりうるし、これを否定する事実ともなりうる。言い換えると、「共同して相互に拘束する」の評価根拠事実ともなりうるし、評価障害事実ともなりうる。つまり、行為の外形だけではどちらとも評価できない。つまり、当該事実のみからでは違反行為となる「合意」と違反行為とならない「偶然的協調的均衡」の区別がされないことになり、実際にもどちらとも認定できないことになる。したがって、このような場合には、他の事実とあいまって、評価の根拠となり、あるいは

評価の障害となると解される。例えば、なんらかの接触があり、当該行為が偶然的な協調を超えて、競争を制限する意図が認定できる場合には、評価根拠事実となるし、一切接触がなく、接触しないにもかかわらず、協調的な状況が続いているということであれば、評価障害事実となり得る。

この場合、客観的側面は同じであり、主観的側面（故意ではなく、意図）が異なるということもできる。そうであるとすれば、主観面だけで処分するように見えるが、意図をもって処分するわけではなく、意図に基づく行為として、行為自体が違法性を帯びることになる。したがって、意図をもって処分するものではない。他方、意図が認められない場合は、通常取引活動と差異がなく、これを違反行為とするのは難しいことになる。事業者間の取引の場合は、営利を目的とする事業者間の利益の争奪であり、原則として自由な活動に委ねるべきであり介入することは極力回避すべきである。しかし、公的機関と事業者の取引である場合には、支払われる対価は税金であること、営利を目的とする事業者と公益を目的とする発注者との間では事業活動の自由は必ずしも妥当せず、バランスを欠くことなどから、政策的判断であるものの、ある程度の介入が必要となる。特に、入札談合の場合は、直接、不利益を被るのは、発注者である地方自治体等であり、最終的に不利益を被るのは、納税者である国民であり、国民は直接その不利益を回避することができないことからすると、公的機関を利用することで当該利益を得ることができることをもって、意図に基づく行為とみることができると考えられる。

なお、官製談合の場合には、違反行為に加担していることから、介入すべきではないとの考えもあり得るが、官製談合であることは、違反行為の成否とは別の問題であり、別途、処分等を行なうべきであって、官製談合であるからといって、介入が否定されることはない。

また、利用するに当たり、具体的コンテキストと文化的な背景、費用構造の同質性が認定されることが必要である。費用構造の同質性は、ある程度までは認められる。つまり、入札談合事件における入札価格の算定は、同じような価格表などのデータ（発注者が出しているものもある）で行なわれることが多いのであって、同質性が認められるといえよう。また、特に、地方都市の入札談合事件では、具体的コンテキストと文化的な背景の共通性も認められることが多い。

第5節 主要事実間の関係

主要事実から主要事実を認定するというものである。いわゆる事実上の推定が働く場合と解される。

第1 違反行為が認定できれば、「公共の利益に反して」を認定できる

1 内容

(1) 新聞販路協定事件²¹⁹

「新聞販売店の地域協定の結果東京都内の取引分野における販売店相互間には全く競争が存しないこととなるのであって、決して当該共同行為の影響が問題とする程度に至らない場合ではないことは自明であり、新聞販売店の行為が公共の利益に反しないとの理由をもって、本件が同条第2項の場合に該当する。」

(2) 石油カルテル刑事事件²²⁰

「独占禁止法第2条第6項の「公共の利益に反して」とは、原則として同法の直接の保護法益である自由競争秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的にこれに該当する場合であっても、この法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、「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」という同法の究極の目的に反しないと認められる例外的な場合を不当な取引制限から除外する趣旨と解される。」

(3) くん蒸料金カルテル事件²²¹

「本件くん蒸料金等の共同設定行為は、成田空港において保税上屋2社のくん蒸用倉庫を使用して行うくん蒸貨物のくん蒸処理業務に関するくん蒸料金等の価格競争を消滅させるものであり、一般消費者の利益を害するものであると認められる。これに対し、被審人は、統一料金とせず、自由に価格競争を行うこととなれば、くん蒸料金等が上昇することは当然予想され、くん蒸料金等が上昇すれば、小売価格は当然上昇するのであり、ひいては一般消費者が不利益を被ることになることは明白である旨主張する。しかしながら、自由競争状態でくん蒸料金等が上昇するか否かということは、「公共の利益」に反するか否かを判断する要素には通常なり得ないものであり、被審人の主張するような統一料金とせず、自由に価格競争を行うことにより生じるとされる事情をもってしては、独占禁止法の究極の目的に反しないと認められる例外的な場合に当たるものということとはできず、被審人の主張は理由がなく採用できない。」

²¹⁹ 東京高裁昭和28年3月19日

²²⁰ 前掲注126

²²¹ 公正取引委員会平成15年11月28日審判審決

2 検討

もともと、「公共の利益に反して」にいう「公共の利益」は、自由競争経済秩序の維持それ自体と解されており、前記1(1)の判決も同様の趣旨であるとされる。したがって、「公共の利益に反して」以外の要件を満たせば、不当な取引制限は成立するとされていた。

ところが、石油カルテル事件では、「公共の利益に反して」は自由競争経済秩序に反することを指すことは同様に解するものの、この法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して独占禁止法の究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を除外すべきとする。

「公共の利益」は、自由競争経済秩序の維持と解すれば、行為要件を満たし、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なれば、原則として違反行為は成立することになる。ただ、その場合でも、他に守られる利益が存在することを明らかにすれば、自由競争経済秩序の維持と行為によって守られる利益を比較衡量して、独占禁止法の目的に反しないとされる場合には例外的に「公共の利益」に反しないとして違反行為が成立が否定される。刑事法からみれば、違反行為の立証により「公共の利益に反して」が推定され、違反行為者が、行為によって守られる利益の存在と両者の比較衡量を違法性阻却事由（構成要件阻却事由）として明らかにするとみることができる。また、民事法からみれば、規範的要件、あるいは評価的要件とみて、自由競争経済秩序の維持が評価根拠事実であり、行為によって守られる利益が評価障害事実であるとして、それぞれ事実認定し、評価判断することになる。いずれにしても、公正取引委員会としては「公共の利益に反して」以外の要件を立証すれば自由競争経済秩序の維持についても立証したことになるから、違反行為者のほうで「公共の利益」に反しないこと、つまり、行為によって守られる利益を明らかにしなければならない。その上で、公正取引委員会としては、違反行為者の主張する利益が守られるべき利益ではないこと、あるいは比較衡量し独占禁止法の目的に反しないとはいえないことを立証しなければならない。

このように、「公共の利益に反して」以外の要件を立証すれば、特段の事情がない限り、違反行為が推定されることは、経験則と認められ、蓋然性も高いと解される。これまで、「公共の利益に反する」が要件を欠くとされた事件はないことからいえる。「公共の利益」に反しない事実、つまり、行為によって守られる利益が存在し、これと比較衡量して、独占禁止法の目的に反しないことが阻却事由に該当するとみて、違反行為者に明らかにさせることとするものである。これは、あらゆる利益を公正取引委員会が主張立証させることは手続のバランスを失するとみるものと解される。

第2 合意には実効性がある

1 内容

違反行為としての「合意」には「実効性」があるといわれる。また、「実効性」のある合

意は他の効果をもたらすともいわれる。

「実効性」の意義については、当事者間の拘束力（当事者拘束力）と市場に対する競争制限効果（対市場効果²²²）の両方の意味がある。「当事者拘束力」は、当事者が相互に合意の内容に拘束されることであり、「対市場効果」は、市場における競争を制限しているかどうかである。ここでいう実効性は、両方の意味を含むものとして、検討する。

合意をしたことを主張立証すれば、「当事者拘束力」と「対市場効果」を立証することなく、認定することができる。

「当事者拘束力」は、「相互に拘束する」の「相互に保証する意思」を意味し、「対市場効果」は、「競争を実質的に制限する」を意味すると解される。

2 検討

独占禁止法違反を認識しているかどうかは別として、事業者は、通常、当該行為が違法であるとの認識は持っており、にもかかわらず、あえてそのような行為を行なうということは、そのような行為を行うことによる利益と不利益を比較衡量して、利益のほうが大きいと判断したことによると解される。したがって、合意には意味があり、合理的な判断であったといえることができる。そうすると、事業者の判断が合理的なものであるとすれば、「合意をしたこと」から、「相互に保証する意思」及び「競争を実質的に制限すること」を認定できることになるといえそうであるが、以下、それぞれ、検討する。

（１） 当事者拘束力

合意が成立した場合、当事者がこれに拘束されることについては、一般的には「合意した場合には、お互いにこれを守る」ということが経験則として認められる。しかしながら、独占禁止法違反という違法な行為である場合は必ずしもそうではない。すなわち、適法な合意であれば、通常は法律の効果として権利義務が発生するので、これによって守られないということになる。また、法律上の効果が生じない合意でも、信義則上の義務が認められる。しかしながら、違法な合意は私法上も無効となり得るのであって²²³、これを守らなければならないという義務は生じない。他方、違反行為を行っている各担当者のレベルでは、違反行為はこれらの担当者の信頼の上に成り立つものであるから、守るべきものであると認識しているということもできる。しかしながら、担当者間の信頼関係が弱い場合、例えば、一応、合意したものの、市場の状況その他を見て実際に実行するかどうかについて、相互に様子を見る状態が続くような場合には、拘束力が弱いといえることができ、さらに、合意したものの、時と場合によっては合意に従わない者がいる場合には、そもそも、全体として拘束力が弱い、あるいはその事業者との間では合意は拘束力に欠

²²² 本来は、「取引分野」に対する効果なのであるが、通常、「対市場効果」といわれるので、ここではそのまま使用する。

²²³ 独占禁止法によれば違法であることと民事法上の違法は必ずしも一致しない。独占禁止法の行為であっても、公序良俗（民法90条）に反して無効となるわけではないとされる。

けるか、拘束力が弱いことになる。

このようなことからすると、これらの担当者の中で、違反行為であっても「合意した場合には、お互いにこれを守る」という経験則が働く場合には、合意に拘束力があることになり、「合意したこと」が「相互に拘束する」の内容となる。さらにいうと、発覚した場合を考えると、違反行為であるからこそ「合意した場合には、お互いにこれを守る」という経験則が働くと解される。しかしながら、これら担当者の中で、「合意した場合には、お互いにこれを守る」という経験則が働かない場合には、「合意したこと」が「相互に拘束する」の内容とならないことになる。そうすると、「合意した場合には、お互いにこれを守る²²⁴」という別の経験則が働いているかどうかをみる必要が生じる。

（２） 対市場効果

市場に対する競争制限効果であるが、「合意した」としても、実際には、市場構造、我が国の市場の状況、海外の市場の状況等、様々な要因によって、影響を受けることが多く、必ずしも効果が認められないこともある。

価格カルテルの場合であれば、当事者が、主観的には効果があると思って合意したとしても、市場構造、我が国の市場の状況、海外の市場の状況、その他、当事者では左右できない事情によって、効果がもたらされない場合がある。例えば、当該製品の価格が原材料の価格に影響されるようなケースでは、原材料の高騰、あるいは下落により、価格は影響を受け、合意どおりの値上げができないケースも出てくる。また、市場構造を見た場合、アウトサイダーが存在し、当該アウトサイダーの影響が強いといった事情がみられる市場では、仮に合意が成立したとしても、アウトサイダーの行動に左右され、合意が実効性を持つかどうか、すなわち、市場に対し影響を及ぼすかどうかは決まらない。このような場合には、合意以外に市場効果と結びつく事実が存在することで、合意と市場効果の間の因果関係は認められないことになる。すなわち、合意と諸般の事情が混在する場合に市場効果がどちらによってもたらされたかが不明であり、合意は市場に対する競争制限効果に結びつかないことになる。この場合、違反行為者が因果関係を否定する事情が存在することを明らかにすれば、公正取引委員会（審査官）はそれが存在しないことを立証することになる。

また、入札談合の場合には、アウトサイダーが存在すれば、たとえ、合意の参加者の間で受注調整が行われ、受注予定者が決定されても、当該受注予定者はアウトサイダーとの間で競争しなければならず、結局、受注できないことになる。もちろん、受注予定者とアウトサイダーとの間で話がつけば、受注予定者は受注できることになるが、それは合意による受注といえるかは議論の余地がある。合意がなければ受注できないが、合意とは別の個別の受注調整があったからこそ、受注できたともいえるからである。

²²⁴ 「拘束」が強いことは、ペナルティが存在すること、合意について相互に維持・確認していること。

また、独占禁止法自体、旧4条が削除され、「競争を実質的に制限する」が要件とされたことからすると、行為類型に該当すれば立証は不要とするものではなく、やはり、具体的な事案ごとに検討し判断されるべきと解したものとみるのが素直である。

このような事情は、個々の市場の状況によるが、市場の構造上、このような外部的な要因が少ない市場においては、「合意」が効力を発揮することを妨げる事情があまりなく、推定することが可能であり、他方、外部的要因が多い市場では、「合意」が効力を発揮することを妨げる事情が多く、推定することが難しいとみられる。そうすると、推定すること自体は可能であるとしても、その蓋然性は市場の状況に左右されることになる。このようなことからすれば、経験則とみることができるが、蓋然性ということでは、必ずしも高い場合ばかりではないとみられる。結局は、市場の状況を明らかにしなければならないことになり、合意をただけで、当該合意に対市場効果があるということとはできない。

もっとも、アウトサイダーが存在せず、合意の拘束力が強固であり、逸脱行為がみられない場合（たとえ、それが、ペナルティによるか、当事者の意思によるか、第三者の指図によるかはあるにしても）には、すべての個別の物件について、取引条件である受注者と受注価格を左右しているのであるから、経験則として極めて蓋然性が高いものということができ、直ちに競争を実質的に制限するということができるとも解される。

第3 合意の成立が認定できれば、「競争を実質的に制限する」も認定できる

1 内容

合意の成立が認定できれば、「競争を実質的に制限する」の認定につながるとされるのは、そもそも、価格カルテルは価格を制限する合意であり、それ以外の目的・効果を持たないことから、共同行為が立証されれば、それだけで「競争を実質的に制限する」という要件も満たすとされる²²⁵。

これによると、価格カルテルの合意をしたことが認定されれば足りることになる。

いわゆるハードコアカルテルの場合という限定つきではあるが、行為要件を満たすことが認定できれば、「競争を実質的に制限する」を改めて立証することなく、認定できる。これによると、価格カルテルの合意をしたことが認定されれば足りることになる。

2 検討

第2の2（2）と同様に解される。

いわゆるハードコアカルテルである価格カルテルは、経済学的には、性質上、競争を制限するものであるということである。これは、ハードコアカルテルについては、当然違法の考えが採られていることに結びつく。

しかし、独占禁止法上の問題としては、他の条文と齟齬がないかである。独占禁止法旧

²²⁵ 根岸哲・舟田正之「独占禁止法概説〔第3版〕」157頁

4条は、価格カルテル等について、いわゆる当然違法に当たるような規定を置いていたが、昭和28年に削除された。すなわち、価格カルテル等であっても、実質的な判断が必要であるとされたのである。にもかかわらず、それがなくなった後も、価格カルテル等は「競争を実質的に制限する」ものであるとするほどの経験則は認められるかは疑問である。

さらに、当然違法とみると正当化の余地はなく、結局、実質的判断はしないことを意味する。すなわち、当該行為により得られる利益の存在はないか、あっても衡量の対象とならないということであろう。実際には、価格カルテル等が正当化されることもあり、実質的には違法性の要件である「競争を実質的に制限する」かどうかは、具体的な事情を併せてみる必要がある。市場の構造、プレーヤー、対象商品など、諸般の事情を含めて、「競争を実質的に制限する」ことになろう²²⁶。

ハードコアカルテルは、naked restraintとして、反競争効果が明らかであり、正当化されえないとする。そこであげられる価格カルテル、数量制限カルテル、市場分割カルテル、入札談合、共同の取引拒絶が、競争の制限を目的とするものであることは述べたとおりであるが、いずれの場合も、正当化の余地があることもまた否定されない。

このように、合意の成立が認定できれば、「競争を実質的に制限する」も認定できるということは経験則足り得ず、原則として、主張立証が必要である。ただ、例外が認められることが少ない場合、例えば、明確な内容をもつ価格カルテルの場合には、経験則とまではいえないとしても、すなわち、合意の成立が立証されれば、事実上、「競争を実質的に制限する」とされ、これを否定する事実を争う方で明らかにすることになるとみることが、ハードコアカルテルそのものの性質という経済学的な見方を経験則と同様に見て、推定するものであり、正当化の余地を残すものであるから、条文の趣旨にも反しないと解される。

²²⁶ 競争を実質的に制限するかどうかを判断するまでもないとしても、さらに、「公共の利益に反して」の部分で他の利益との比較衡量が可能ということになれば、当然違法とすることに、あまり、意味がないことになる。したがって、当然違法とする以上、「公共の利益に反して」の判断もしないということになろう。

第4章 審査・審判における法解釈・価値の充填と経験則

第1節 法解釈・価値の充填

第1 独占禁止法の要件の性質

第1章第2節でみたように、法律要件には抽象度の高いものから低いものまでであるが、その抽象度に応じて、抽象度の低いものを事実的要件、抽象度の高いものを評価的要件という。また、評価的要件のうち、規範的评价を内容とするものを規範的要件という。評価的要件を規範的要件に含める考えもある。さらに、評価的要件と事実的要件の間に価値的要件を区別する考えもある。

民事法、刑事法において、抽象的概念規定に係る判断は、法解釈によって当該概念による法律要件に一定の価値を充填するとともに、当該要件を認定するために、事実認定を行い、その認定された事実によって当該概念による要件を満たすかどうかを判断する。独占禁止法について見れば、「不当に」、「不公正な」、「一定の取引分野」、「競争を実質的に制限する」といった要件があるが、いずれも、抽象的概念規定であり、規範的要件、あるいは評価的要件といわれるものとみることができる。また、「相互に拘束する」は、「合意」を成立させることであるとすると、明示の合意、黙示の合意を含み、これらは事実的要件から評価的要件まで、様々の段階を含むことになる。これらを民事法と同様に、規範的要件²²⁷、あるいは評価的要件²²⁸と呼ぶかどうかは別にして、同様の判断過程を経ると解される。

第2 立証方法・認定方法

抽象的概念規定を認定判断するに当たっては、これを構成する個々の事実を認定し、これが法律の定める抽象的概念に該当すると価値判断をする必要があるところ、経験則はこの価値判断の大前提の一部として作用し、法令解釈の問題として考慮されるといわれる。したがって、個々の事実が当該抽象概念に該当するとの判断をする場合には、その判断過程において経験則が適用される²²⁹。

独占禁止法の要件も抽象的概念規定であるから規範的要件と同じようにみて、規範的评价を成立させるには、その成立を根拠付ける具体的事実が認定されることが必要である。このような事実は、評価の基礎となる事実であり、評価根拠事実と呼ばれる。他方、評価根拠事実と両立するが、当該評価の成立を妨げるような事実があり、これは当該評価を消極の方向に基礎付ける事実であり、評価障害事実と呼ばれる²³⁰。評価根拠事実、

²²⁷ 民事訴訟における要件事実第1巻 30頁

²²⁸ 前掲注2 難波 200頁

前掲注2 伊藤 125頁

²²⁹ 前掲注2 後藤「民事裁判における経験則」19頁

この判断が事実問題か、法律解釈かについては争いがある。これは不特定概念を構成する具体的事実が主要事実とみるか、間接事実とみるかによって異なる。

²³⁰ 前掲注2 27 34頁

評価障害事実の法的性質には次の考え方がある。

および評価障害事実については、それらの事実が証明された場合にはその事実が存在したと扱われ、それらの事実がノンリケット（真偽不明）の場合には、その事実は存在したと扱うことはできず、存在すると認められた事実を総合して判断することになる。²³¹規範的要件に該当する事実が存在すると認められるかどうかの判断は、法的評価であってノンリケット（真偽不明）はない。

また、評価根拠事実が主要事実か、間接事実かについては争いがあるが、主要事実説が主流である。規範的要件は、主要事実ではないとされる²³²。これによると規範的评价自体は、具体的事実が当該規範的要件に当てはまるという法的判断であり、主要事実の認定ではない²³³。

評価根拠事実、評価障害事実を主要事実と解する場合には、評価根拠事実も、評価障害事実も、当該事実が認められることで法的効果を認められることになる者が明らかにしなければならない²³⁴。

抗弁説

評価根拠事実と評価障害事実の関係を本文のように考えると、規範的评价の成立が請求原因の要件となるとき、評価障害事実はこちらに対する抗弁として位置付けられることから、この見解を抗弁説と呼ばれる。この説によると、規範的要素を取り入れられている各実体法の構成要件は、その性質上、いずれも右に読み替えた但し書きに相当する評価成立の障害要件を伴っていると解釈される。

間接反証説

法的性質については、抗弁説と同様に考えるが、評価障害事実が主要事実を推認させる間接事実に対する間接反証に類似した関係にあると考える。

²³¹ 前掲注2 伊藤「要件事実の基礎」 125頁

²³² 前掲注2 27 31頁

主要事実が直接立証することが理論上可能でなければならないが、具体的事実から切り離された過失とか、正当理由の評価自体を証拠によって直接立証することはできないのであること、これを根拠づける具体的事実なしに成立しえないという関係も、通常的主要事実・間接事実とも異なる。

²³³ 相手方の防御権との関係では、どのような事実が具体的に主張されるかを知ることなく、防御活動を行なうことは困難であり、指揮権の実効性との関係では、具体的事実の主張があつて初めて、主張された個々の事実ごとに相手方の認否を求め、要証事実・不要証事実を選別することが可能となる。規範的评价を基礎づける事実について、主張責任がある。

²³⁴ 評価障害事実については、違反行為者が明らかにすれば足り、公正取引委員会（審査官）がその不存在を立証することが必要である。

第2節 審査・審判における法解釈・価値の充填の具体的な例

勧告審決は、公正取引委員会が、違反行為があると認める場合に、当該違反行為をしているものに対し、また、違反行為が既になくなっていると認める場合において、特に必要があると認めるときは、当該違反行為を行ったものに対し適当な措置を採るべきことを勧告することができるとするもので（旧48条1項及び2項）、勧告を受けた者は、勧告を応諾するか否かを選択することができ、応諾した場合には審判手続を経ることなく、公正取引委員会は当該勧告と同趣旨の審決をすることができた（旧48条4項）。すなわち、勧告審決は、勧告と同趣旨の審決であり、勧告から変更されることはほとんどなく（時間の経過により事実が過去になる場合等を除き）、審査における違反行為の事実認定と法的な判断を表しているということができ、評価的要件の評価根拠事実が示されているとみられる。

審判審決は、公正取引委員会が、審判手続を経た後、違反行為があると認める場合に、審決をもって、被審人に対し、また、違反行為が既になくなっていると認める場合において、特に必要があると認めるときは、被審人に対し、旧7条2項に規定する措置を命じなければならないとする（旧54条第2項）。すなわち、審判審決は、審査官の主張立証、被審人の反論反証について、審判官が判断したものである。公正取引委員会が主張する違反行為の評価的要件の評価根拠事実だけではなく、これを否定する事実及び被審人の主張する評価的要件の評価障害事実とこれを否定する事実を主張立証するとともに、これに対する審判官の判断が示されている。審判における考え方を表しているということができる。

さらに、ここで取り上げる判例は、審決取消の訴えの判決である。公正取引委員会が行った審決については、取消を求めることができるとされるが（旧77条1項）、その判断である。

以下では、判例・審決における認定をもとに、各要件についてどのような法解釈・価値の充填が行われているか、そこではどのような経験則が使われているかについて検討する。

第1 相互に拘束する・共同して遂行する

1 判例・審判

(1) 価格カルテル

価格カルテルの場合、違反行為として認定された事実には次のようなものがある。

- i 「価格を決定した」
- ii 「価格の引上げを決定した」
- iii 「価格を引き上げた」
- iv 「価格の引上げを決定し、実施した」
- v 「合意した」

(別表1参照)

(2) 入札談合

入札談合の場合、違反行為として認定された事実には次のようなものがある。

- i 「決定（合意）した」
- ii 「合意し、合意に従って受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした」
- iii 「・・・の合意の下、受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした」
- iv 「合意の下、・・・の方法により受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした」

(別表2参照)

2 判例・審決における認定と判断

(1) 意思の連絡（黙示の合意）合意には黙示の合意も含まれる

不当な取引制限に該当する合意は、事業者相互間で拘束し合うことを明示して合意する必要はないとされる。すなわち、「相互に拘束する」の法解釈・価値の充填として「相互に拘束する」は「意思の連絡」であるとし、明示の合意だけでなく、黙示の合意も含むとされる。判例は以下のとおりである。

「ここにいう「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（黙示による「意思の連絡」といわれるのがこれに当たる。）。もともと「不当な取引制限」とされるような合意については、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の配慮が働くのがむしろ通常であり、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結果になるのは見易い道理であるから、このような解釈では実情に対応し得ないことは明らかである。」²³⁵

なお、審決では、争点とならなければ、合意が明示的なものか、黙示的なものかは明らかではない。

(2) 行為要件と実施行為の関係

ア 価格カルテル

1で見たとおり、違反行為として認定された事実は、

- i 「価格を決定した」
- ii 「価格の引上げを決定した」
- iii 「価格を引き上げた」

²³⁵ 前掲注129

iv 「価格の引上げを決定し、実施した」

v 「合意した」

である。ivが一番多く、ii、iと続く。ただ、時期によりかたよりがあり、iiiとivは昭和の時代には多くみられたが平成になってからはほとんど見られない。他方、iとiiは昭和の時代にはほとんどなかったが、平成の時代になってからはこれらが大半を占める。

現在の考え方は、価格を決定したことを違反行為としており、価格を引上げたこと、つまり、実施行為は行為要件には含まれないとみてよいと解される。

価格カルテルは、競争を制限することを目的とするものであり、当該合意の成立は、当該合意に実効性が認められれば、競争を実質的に制限するを認定することができる。ここでのいう実効性は、当事者拘束力である。審決には、合意に当事者拘束力があることについて直接の記載はない。このため、合意には当事者拘束力があるので立証を要さない（第3章第4節第2）とみているのか、これ以外の事実から当事者拘束力を認定するのは明らかではない。

そこで、審決を見た場合、当事者拘束力に関わるものとしては、市場占拠率（シェア）と実際に引き上げたことを挙げることができる。これらによって、市場のほとんどで実際に価格が左右され得る状態にあったこと、あるいは制限されたことが認定できるとともに、それが合意によるものであることが明らかであれば、その実効性を推認させる、あるいは評価できることになる。

イ 入札談合

1で見たとおり、行為要件は、

i 「決定（合意）した」

ii 「合意し、合意に従って受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした」

iii 「・・・の合意の下、受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした」

iv 「合意の下、・・・の方法により受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした」

である。このうち、ほとんどがiiiである。

刑事事件が立件されているケースでは、i、ii、iiiのいずれかとなっている。

（ア） 決定（合意）した

「決定（合意）した」ことが違反行為である。刑事事件が立件されているケースでみられる。カルテルの場合は、合意により犯罪行為は成立するとされるため、同様にみていると解される。第1次水道メーター入札談合事件がこれによる。下水道事業団入札談合事件もこれに当たるとみてよいと解される。

（イ） 合意し、合意に従って受注予定者を決定し受注予定者が受注できるよう

にした

「相互に拘束する」は、「合意したこと」と「合意に従って受注調整を行ったこと」である。

この場合、合意したことと合意に従って受注調整を行ったことの両方を行為要件とする。合意したことだけでも、合意に従って受注調整を行っただけでも、それぞれ違反行為は成立するが、これらの行為によって侵害された法益は1つとみることができるので、両方が認定できる場合は包括して1つの違反行為が成立する。²³⁶

ただ、ここでいう「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしたこと」は、具体的に実施されたことではなく、実施しようとした行為を違反行為としているとみられる。これは、価格カルテルで実際に引き上げたことが違反行為とならないことと同じように考えていると解される。すなわち、結果を伴うことは必要ではなく、実現に向けられた行為があれば足りるとみているものである²³⁷。

合意の内容に詳細な実施方法を含むものと合意の内容は「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」こととして、詳細な実施方法は実施状況で述べるものがある。

社会保険庁シール入札談合事件²³⁸は前者、第2次水道メーター入札談合事件²³⁹は後者に当たる。

(ウ) 合意の下、受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにした

「合意に従って受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしたこと」である。

(イ)のうち後半の部分違反行為とする場合であるが、外形上は「合意した」ことは違反行為には含まない。ただ、「合意の下」に、「合意したこと」を含めることもできないわけではないので、「合意したこと」も違反行為に含まれるとみることも可能である。そうすると、(イ)と同じになる。また、合意の内容に実施方法を含めることから、共通のルールとして実施方法が認識されていた場合であるといえることができる。したがって、共通のルールとするとの認識があり、実際にそのルールによって受注調整を行っていたことからすると、「合意したこと」も違反行為となり得る。ただ、そうすると、表現は異なるにもかかわらず、違反行為は(イ)と同じことになるが、同じ行為についてあえて異なる記載をする必要はないことからすると、むしろ、(イ)の後半部分に着目して、繰り返し受注調整を行おうとしていることを違反行為とするものと解するのが素直であろう。この行為の意味等については(イ)で述べたとおりである。

²³⁶ 前掲注141参照

入札談合に関して、相互拘束行為とその相互拘束行為に基づく遂行行為も別個の実行行為に当たるとし、それぞれ独立して犯罪行為となるが、相互拘束行為が行われ、その後、これに基づく遂行行為も行われた場合には不当な取引制限の罪の包括一罪が成立すると解されるとしている。

²³⁷ 刑事事件は、実際に行われた個々の実施行為を違反行為としている。

²³⁸ 公正取引委員会平成8年8月6日審判審決

²³⁹ 公正取引委員会平成16年2月5日同意審決

(イ)と同様に、合意の内容に詳細な実施方法を含むものと合意の内容は「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」こととして、詳細な実施方法は実施状況で述べるものがある。

道路公団橋梁工事入札談合事件²⁴⁰は前者、名古屋市土木工事入札談合事件²⁴¹、防衛庁航空タービン燃料等石油製品入札談合事件²⁴²は後者に当たる。

3 法解釈・価値の充填

(1) 意思の連絡（黙示の合意）

法の解釈として、「相互に拘束する」には、明示の合意のみならず、黙示の合意も含まれる。「相互に拘束する」について、解釈により「合意する」という意味を充填すると解する場合には「明示」の合意のみならず、「黙示」の合意も含まれる。

「不当な取引制限」とされるような合意は、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の配慮が働くのが通常であり、外部的に明らかな形による合意が認められなければならないとすると、法の規制を容易に潜脱することを許す結果になる。したがって、このような解釈は実情に対応できない。また、多くの事案でもこのような認定がされている。

また、判例の「見易い道理」は、「筋道がはっきりしていてわかりやすいことわり」を意味するのであり、誰にもわかることという意味で経験則として、認められると解される。

「相互に拘束する」には、明示の合意のみならず、黙示の合意も含まれる。これが経験則に当たることは、争いはない。しかも、多くの合意は黙示の合意であり、例外はないとみてよく、蓋然性も高い。

この場合、どのような事実をもって推認するかについては、第3章第3節第2で述べたとおりであり、事前の情報交換と結果の一致によることになる。この推認も経験則ということができる。

(2) 行為要件と実施行為の関係

価格カルテルでも、入札談合でも、「合意したこと」で行為要件は満たすとされる。

また、入札談合では、「合意したこと」と「合意に従って受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにしたこと」を行為要件とすることもある。さらに、「合意に従って受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにしたこと」を行為要件とすることもある。ただ、いずれの場合も、実施行為自体は行為要件には含まれない²⁴³。このことは、判断等で明示的に述べられたものはないが、勧告審決、審判審決を問わず、違反行為部分には含まれていないことからこのように解される。したがって、実施行為を違反行為に含まないこ

²⁴⁰ 公正取引委員会平成17年11月18日勧告審決

²⁴¹ 公正取引委員会平成10年4月23日勧告審決

²⁴² 防衛庁航空タービン燃料等石油製品入札談合事件（前掲注106）

²⁴³ 刑事事件では、個別の実施行為を犯罪行為に含めている。（前掲注141参照）

とは、経験則として認められると解される。

ただ、個別具体的な個々の物件における受注調整が違反行為とはならないとしても、これ以外の行為について、何を違反行為とするかは評価の問題であり、「相互に拘束する」と「共同して遂行する」のいずれか一方、あるいは両方を違反行為とすることは可能とも考えることができる。端的に言えば、「合意に従って受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにしたこと」がいかなる違反行為とされているのかは明確にされておらず、この部分がいかなる構成要件に該当するのかについて経験則は認められないと解される。

第2 一定の取引分野

1 判例・審決

(1) 3条後段

ア 価格カルテル

「一定の取引分野」に関して、認定された事実、商品・役務、地域、取引方法である。このうち、商品・役務は不可欠の要素であり、商品・役務だけで認定されるものが最も多い。商品・役務と地域、商品・役務と取引方法によるものもある。ただ、特段、地域について明示的に認定されていないものは、日本国内ということであるので、通常は、商品・役務と地域によって認定されているということもできる²⁴⁴。

イ 入札談合

「一定の取引分野」に関して、認定された事実、商品・役務、発注者、入札参加者、発注方法である。発注者、入札参加者、発注方法は、商品・役務の内容に含まれるとも解される。発注者、入札参加者は取引の主体であり、発注方法は取引方法とみることもできるが、ここではそれぞれ別の要素として区別してみる。このうち、商品・役務、発注者は不可欠の要素であり、少なくとも、商品・役務と発注者が認定されている。

(2) 3条前段

商品・役務、地理的範囲、取引方法、取引段階で認定される。このうち、商品・役務は不可欠である。

2 判例・審決における認定と判断

判例・審決では、「一定の取引分野」をどのように認定し、判断しているかについて、前記第2節第1、1でみたデータを参考にしながら、検討することにする。

(1) 3条後段

ア 価格カルテル

(ア) 判断の基礎となる要素（事実）

前記1でみたとおり、商品・役務では、製品、原材料等である、例えば、商品であれば、石油、ポリプロピレン、冷間圧延ステンレス鋼板、アルミニウム箔、元詰種子などがある。また、役務（いわゆるサービスといわれるものである。）であれば、航空貨物のくん蒸処理業務、金融機関の口座振替業務、病院用寝具の賃貸がある。また、商品・役務のうち、一部が除かれることもある。ポリプロピレンについて「ナフサリンク方式で契約される分」は除かれている²⁴⁵し、元詰種子のうち、だいこんについて「葉だいこん及び二十日だいこん」、

²⁴⁴ 「我が国の」と明記されるものもある。

²⁴⁵ 前掲注132

すべての元詰種子について「大容量」、「小袋で流通するもの」などがある²⁴⁶。用途が限定される場合としては、アルミニウム箔について「電解コンデンサに用いられるもの」²⁴⁷、橋梁用ゴム支承について「鉄道用」²⁴⁸がある。これらの当該商品を除いたものが「一定の取引分野」の商品・役務の範囲である。

地理的範囲については、多くの事件は限定された地域ではなく、国内全体に及ぶ。この場合には、日本全国であることは明示して認定されないものと「我が国」と認定するものがある。これに対し、ある特定の地域に限定されるものもある。例えば、宮城県の区域に所在する保険医療機関及び保険薬局において使用される医薬品というような場合である。

取引の方法で限定される場合もある。例えば、前記冷間圧延ステンレス鋼板のカルテルでは、ひも付き取引と店売り取引があり、それぞれ、別個の取引分野とされている²⁴⁹。取引先が限定されるものとしては、「戸建住宅等において用いられるもののみを取り扱う事業者」を除いているものがある²⁵⁰。

審判審決では、事業者が争うことから、反論として次のような主張がある。

商品のグレードの差異によって別の取引分野が成立する。

原料を同じくする製品について一緒に値上げせざるを得ず、一方について違反行為が行われていないということであれば、他方の違反行為も行われていないとする²⁵¹。

石灰石の鉱山を有するセメント業者について、当該石灰石は自己使用であり、他の事業者へ販売しないのであるから、競争関係にない。あるいは原材料の価格からして、セメント製造業者と石灰石粉末製造業者は競争関係にないとする²⁵²。

(イ) 判断の基準

認定された対象商品・役務について、どこまでの範囲が含まれるかについての判断基準は、原則として需要者にとっての代替性である。代替性の有無の判断は、具体的には商品・役務の効用等を基準とする²⁵³。

通常は、当事者の意思により判断する。その際、供述により認定されることから違反行為者の認識によることが多い。しかし、商品・役務の外延が不明瞭な場合、違反行為者相

²⁴⁶ 前掲注147

²⁴⁷ アルミニウム箔カルテル事件（公正取引委員会平成17年12月12日勧告審決）

²⁴⁸ 橋梁用ゴム支承カルテル事件（公正取引委員会平成15年10月21日勧告審決）

²⁴⁹ 冷間圧延ステンレス鋼板カルテル事件（公正取引委員会平成16年1月27日勧告審決）

²⁵⁰ 内装工事用けい酸カルシウム板カルテル事件（公正取引委員会平成19年5月24日排除措置命令）

²⁵¹ 前掲注132

²⁵² 旭硝子課徴金事件（公正取引委員会昭和59年10月15日審判審決）

²⁵³ 第3章第2節第3参照

機能とは、物のはたらき、役割とされる（前掲注3）。functionである。効用とは、つかいみち、用途とされる（前掲注3）。utilityである。前者はそのものもつ性質に、後者はそのものが発揮する効果に着目したものとみることができる。ちなみに、旧企業結合ガイドラインでは、機能・効用等とされていたものが、効用等に変更されている。

互の認識に齟齬がある場合、違反行為者相互の商品に差異がみられる場合、あるいは違反行為者の供述が得られない場合には、当事者の意思を合理的に判断することになる。その場合には、当事者の認識（供述）ではなく、他の事実から判断することになる。

商品・役務の代替性が問題となる場合として、特殊品がある。通常、代替性があるというには、商品が同種であると認められることが必要である。ところが、商品によっては、同種であっても、商品の特殊性を前提に取引が行われる場合があり、その場合には、価格が変動しても、他の商品に振り替えることはない。当該取引先に対する特殊品の場合は、これを他の事業者が供給することもできないため、需要者にとって代替性がないということになる。種苗カルテル事件で主張されている。例えば、同じ野菜の同じような種類のものであっても多様性が認められ、差別化が進んでいることから、購入するにあたり、特定のブランドの種子を指定するというものである。

また、商品・役務を特定して取引が行われる場合においては、その特定の商品・役務であることが取引の前提となるので、価格が変動しても、他の商品への変更は考えられないようなケースもある。当該商品が市場からなくなっても他の商品への変更が全くない場合（当該商品を使用した製造を断念する場合など）には、代替性は認められないことになる。

違反行為者の認識から導く場合、当事者が対象とする商品・役務をもって取引分野を画することになる。その場合でも、当事者が合意の対象にしたからといって、直ちに合意のとおり取引分野が成立するわけではなく、1つの合意で、複数の取引分野の競争を実質的に制限したとみることもできる。例えば、種苗カルテル事件の場合がそうである。そこでは、社会的な事実としての合意と法的評価としての合意を区別することが重要である。

ところで、勧告審決では、違反行為者は争わないので、代替性があるかどうかについて、商品・役務の効用等により判断している。しかしながら、審判審決では、違反行為者の反論を含めての判断であるから、抽象的に商品・役務の代替性があるかどうかではなく、個別的、具体的な取引において代替性があるかどうか、換言すると「競争関係」があるかどうかをみている。すなわち、審査官が主張立証した評価根拠事実があるかどうか、被審人が反論反証した、これを否定する事実、つまり、両立しない事実（理由付否認の理由に当たる事実）と両立するがこれを否定する事実（評価障害事実）について、それぞれ、認定し、さらに総合判断して、審査官が当該違反行為における「一定の取引分野」とするものが認められるかどうかを判断する。

「一定の取引分野」自体が、時的広がりをも前提とするものであることからすると、仮定的なものとしてとらえることになる。認定された事実を前提に、効用等からみて、実際に行われた取引のみに着目するだけでは足りず、むしろ、当然であるともいえる。つまり、当該商品・役務が実際の個別的、具体的な取引において代替性があるか、「競争関係」があるかどうかをみるだけでは、不十分である。そもそも、何を違反行為とみるのかという問題に帰着することも否定できないが、一般的にみて、違反行為自体が特定の一時点の競争のみを制限するというものではなく、当該取引が続く限りにおいて競争を制限するもので

あることからすると、ある程度、判断の対象が広がることになり、仮定的なものを含めることになる。

課徴金における「当該商品・役務」についてであるが、第3章第3節第3でみたところでも明らかである。すなわち、判例も、商品・役務の代替性について、当該違反行為の対象商品の範疇に属しながら、その商品に該当する典型的対象商品と代替性があり現在又は将来において競合関係に立つ、別の類型の商品の価格形成が、当該違反行為の対象から外されて自由な競争に委ねられてよいとするならば、結局において当該違反行為は典型的対象商品の価格形成にも実効性をもって恣意的な影響を与えることができなくなるおそれがあることはみやすい道理であると述べている。

イ 入札談合

(ア) 判断の基礎となる要素（事実）

前記1でみたとおり、「一定の取引分野」については、対象商品・役務、発注者、入札参加者で画される。

商品・役務は、客体である。また、商品・役務を限定する場合がある（特に、工事等の役務の場合が多い。）。まず、商品・役務そのものを限定する場合がある。例えば、「Aランクの工事」という場合は、Aランクとして資格要件を満たし、Aランクとして登録されている事業者を対象とする工事であり、商品・役務がAランクの事業者、つまり高度の技術を要する工事を施工できる事業者ということになる。ちなみに、この場合には、「Aランク」の事業者でなくても、施工可能であれば、入札に参加することは可能である。また、金額で限定する場合がある。例えば、設計金額が5000万円以上3億円未満の工事²⁵⁴、予定価格が5000万円以上の工事²⁵⁵、落札金額が1億円以上と想定される工事²⁵⁶といった場合である。さらに、発注方法によって限定する場合もある。例えば、指名競争入札、一般競争入札、希望型指名競争入札などである。入札参加者による限定は、「Aランクの事業者を指名して行う工事」という場合、通常は、工事のランクが高いのであるが、当該工事を施工する能力があるとしても、Aランクの資格要件を満たす事業者であり、しかも、指名されたもののみが主体となり、そのような工事の取引分野ということになる。入札談合でも、対象から除外する場合もある。タイヤについて「航空機用」、農業土木工事について「舗装工事、建築工事、電気工事、ダム工事等」、上水道工事について「推進工法及び海底に配水管を設置する工事」を除いている。

発注者と入札参加者は取引の主体である。発注者は需要者であるが、特定の地方公共団体等が発注する場合には、需要者は一つであるが、このことは入札談合に特有の事情である。発注者を別の角度からみると、地理的範囲を画するという意味もある。例えば、××

²⁵⁴ 千葉ほ装工事入札談合事件（公正取引委員会平成18年4月26日審判審決）

²⁵⁵ 前掲注157

²⁵⁶ 開始決定では、落札金額が1億円未満の工事を除くとなっていた。前掲注161

市発注ということになれば²⁵⁷、××市はその市のための商品・役務を調達するのであるから、これによって地理的範囲が画される。他方、(国内の)地方公共団体発注ということになれば、発注者は一つではなく、取引の相手方は限定されない。この場合は、国内の地方公共団体が発注する工事ということで、地理的範囲は日本全国ということになる。入札参加者は、供給者であるが、指名競争入札であれば指名されること、一般競争入札であっても、資格要件があることから、競争に参加することができる者を限定するという意味がある。入札参加者を「××市に本店を置く事業者」とする場合があるが²⁵⁸、これは、いわゆる全国規模のゼネコンを含まない違反行為を認定する場合に利用される。いわゆる地方の入札談合事件である。

審判手続では、違反行為者の反論として次のような主張がある。

商品・役務に代替性があるか、入札参加者に競争関係があるか、あるいは、競争関係がないということについて争われることが多い。

審査官が主張する「一定の取引分野」に含まれる商品・役務には代替性がないものが含まれると反論するものがある。例えば、警視庁信号機入札談合事件²⁵⁹、種苗カルテル事件²⁶⁰がそうである。

逆に、審査官が主張する「一定の取引分野」に含まれないもので、代替性がある商品・役務があると反論するものもある。例えば、高松土木工事入札談合事件²⁶¹がこれにあたる。

(イ) 判断の基準

「一定の取引分野」は、行為の内容、つまり当事者の意思によって認定することが多い。特に、対象商品・役務に限定が付される場合は、商品・役務自体の効用等に差異がなく、事業者の意思による場合が多い。これを事業者からみれば、競争関係にあるかどうかである。

しかし、行為の内容から認定できない場合には、商品・役務の代替性をみる場合もある。その場合には、需要の代替性、供給の代替性をみる。通常、需要の代替性は、当該商品・役務の効用等に一致する。ただ、効用等と供給可能性とは相容れない場合もある。このような場合が生じるのは、入札制度の制度設計上の問題であるともいい得る。また、需要の代替性がない場合、供給可能性で判断することになる。

他方、取引のほうからみると、競争関係にあるかどうか、判断のメルクマールになる。競争関係にあるかどうかは、供給能力と供給の意思でみる。供給能力は供給可能性で判断する。ちなみに、入札でいえば、受注能力と受注意思である。行為を行うことができる、つまり競争を実質的に制限できるのは、競争関係にあることが必要であるとされることに

²⁵⁷ ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

²⁵⁸ 前掲注254

²⁵⁹ 前掲注111

²⁶⁰ 前掲注147

²⁶¹ 公正取引委員会平成16年3月29日勧告審決

よる。しかし、現在では、厳密にとらえられておらず、競争関係にあるかどうかは、違反行為の成否には影響しないとされる。あるいは供給可能性があれば、競争関係にあるとみられることもできる。

以下、敷衍して述べる。

意思の内容をみる場合、合理的にみて及ぶ範囲を考えることになる。第3章第2節第3でみたとおり、商品・役務の代替性について、当該違反行為の対象商品の範疇に属しながら、その商品に該当する典型的対象商品と代替性があり、現在、又は将来において競合関係に立つ別の種類の商品の価格形成が、当該違反行為の対象から外されて自由な競争にゆだねられてよいとするならば、結局において当該違反行為は典型的対象商品の価格形成にも実効性をもって影響を与えることができなくなるおそれがあるとされる。したがって、特段の事情のない限り、同商品・役務と競合関係にある商品・役務は対象となるとされる。

まず、商品・役務の代替性について検討する。

商品・役務の代替性について、違反行為者は、抽象的な代替性、つまり代替可能性ではなく、実際に代替するかどうかを争うことが多い。しかし、商品・役務の代替性は、当該商品・役務の価格の上昇に伴い、別の商品・役務に代えることができるかである。すなわち、当該商品・役務の「一定の取引分野」自体が時的広がりをも前提とするものであることからすると、仮定的な事実も含めてみることになるのはいうまでもない。この場合には、実際に行われた取引のみでは足りず、つまり、当該商品・役務が実際の個別的、具体的な取引において代替性があるか、「競争関係」があるかどうかをみるだけでは、不十分である。そもそも、何を違反行為とみるのかという問題に帰着することも否定できないが、一般的にみて、違反行為自体が特定の一時点の競争のみを制限するというものではなく、当該取引が続く限りにおいて競争を制限するものであることからすると、判断の対象は仮定的な事実を含めたものになる。

次に、商品・役務の供給可能性と受注意思について検討する。

一定の取引分野は、取引の場、換言すると競争の範囲を画するものであることから、需要者と供給者ということからみることになるが、入札制度では、需要者は一つであり、供給者が多数にわたるという関係にあり、どの範囲の供給者が競争関係にあるかとみることができるかは判断において重要である。

入札談合の場合、価格カルテルとは異なり、当該事業者が当該商品・役務を供給できるか、つまり落札した後、受注し納入できるかという問題が生じる。通常の取引でも、取引の段階が問題となるが、入札手続のシステムでは、どのような形であれ、調達して納入すればよいケースもあり、その場合には、当該商品・役務を自ら提供する必要はないとされる。したがって、通常の商品・役務の代替性とは異なる判断がある。

供給可能性の判断基準について検討する。

「一定の取引分野」の判断は、まず、需要の代替性による。これによって、画定できない場合には、供給の代替性から判断することになる。しかし、入札談合の場合は、需要の

代替性よりも、むしろ、供給の代替性があるかどうかをみると考えられる。このため、需要の代替性がないものを取り込んで取引分野を画定している、あるいは違反行為のみをもって市場を画定しているといった批判がされることになるが、入札談合における「一定の取引分野」は、入札制度の持つ特殊性を考慮する必要がある。

公正取引委員会が取り上げる入札談合事件は、複数の需要者と複数の供給者からなる案件もないわけではないが、通常は、需要者が一つであることが多い。この場合、需要者は、公的機関であるから、入札により調達することになるが、入札をどのような形で行うかは、通常は需要者が決めることになる。通常の取引のように、需要者と供給者の間で、交渉、取引が行われるものではない。発注者は、同じような効用²⁶²をもつ商品・役務について繰り返し入札に付すことが多い。例えば、商品であれば、燃料等の石油製品、水道メーター、郵便区分機などの機械、役務であれば、建設工事、ほ装工事、下水工事、航空測量などである。これらは、効用において同様とみられるものを繰り返し発注している。効用という観点からみれば、かなり広く取り込むことになるかと解される。すなわち、機能ということからすると、商品・役務自体の同一性が必要であるが、効用ということになると、商品・役務自体が同一性をもつかどうかよりも、当該商品・役務がもたらす効果において同一性がみられることで足りることになる。

入札制度は、そもそも、当該商品・役務を提供するというものであって、他の商品・役務への代替性は問題とならない。つまり、提供する商品・役務は決まっており、誰が当該商品・役務を提供するか（価格を含めて）を決めるシステムなのである。

ところが、入札制度は、必ずしも当該商品・役務を供給できるものが落札しなければならないわけではない。つまり、他者をして供給させることも認められている。つまり、商品であれば、他の事業者から調達して、納入することが可能であるし、役務であれば、他の事業者の下請させることも可能である。もっとも、下請させるに当たっては、発注者に届出をする、あるいは発注者の許可を得ることが必要であるが、手続をふめば可能である。逆に、発注者のほうで、事業者が供給できるかどうかを厳密に検討せずに、むしろ、入札に参加することを希望して入札参加者としての登録を求められることもあり、審査はあるものの、通常は名簿へ登録されることになり、指名して入札に参加させるような場合もある。その際には、下請させることによって、自ら供給できない事業者であっても、落札受注することが可能になる。

このようにみると、入札制度を前提にする取引分野は、いわゆる機能・効用、あるいは需要の代替性がないとみられるような場合であっても、供給する側が、多大な追加的費用やリスクを負うことなく、短期間のうちに当該商品・役務を提供できることになることか

²⁶² 役立つこと。用途。前掲注3

ガイドラインの英訳では「効用」はutilityである。

また、「効用等」という部分は、改定前のガイドラインでは「機能と効用」とされていた。両者は並列的にあげられているが、実際には見ている側面が異なると見られる。機能はその物の持つ性質に着目しており、効用はもたらされる効果に着目していると見られる。

ら、供給の代替性があるとみることができる。この場合、自らが供給するものではなく、取引分野における新たな参加者となるわけではないが、取引段階の異なる事業者であっても取引分野に含めることは可能であることからすると、このような者も競争関係を認めることになり、取引分野を画定することはできる。

このように、単に違反行為者がどのような合意をしたかによって、取引分野を画定したわけではなく、違反行為者による合意の内容から導かれる客観的事情にかんがみて、市場を画定したとみるべきである。入札制度の特殊性にかんがみ、供給可能性から、供給の代替性を判断し、異なる機能・効用を持つものを同じ取引分野としたものとみることができる。

もっとも、入札談合についてみれば、外形上は、取引分野ごとに受注調整を行っているように見えるが、そのベースには市場分割カルテル、シェア配分カルテルがあることが多いと解される。つまり、特定の物件群について受注調整を行うが、受注調整以前に「当該発注物件群を入札参加者で分ける」という行為があるのであって、入札談合に当たる行為は、この合意の実施に過ぎないのである。本来、この市場分割カルテル、シェア配分カルテル自体が違反行為とみることができる。そもそも、入札談合は、総発注量、あるいは総発注額に参加する事業者で同程度に分けることを前提とするから、このことだけで競争を制限しているとみることが可能である。個々の物件における受注調整は、これらのカルテルを実施する手段に過ぎないことになる。したがって、個々の物件で競争関係があるかどうかは問題ではなくなる。市場分割カルテル、シェア配分カルテルを認定しないのは、通常、これらのカルテルは、暗黙の合意であるか、合意さえなく、慣行という形で行われてきたものということもあり、この合意を認定する証拠が乏しく、あるいはないことが多いためであると考えられる。これに対して、入札談合の部分は、外形上、比較的容易に認定できるということが出来る。このように、実際の認定は、立証できるかどうかの問題に帰着するため、いわゆる訴訟上の事実が本来の事実から離れてしまうこともある。さらにいえば、実際に行われている行為を取り上げるということであれば、入札談合は、合意の成立の問題として、「共同して相互に拘束する」に該当するかどうかよりは、個別の発注物件ごとに受注調整を繰り返している事実をとらえ、「共同して遂行する」に該当するとみることが可能である²⁶³。

(2) 3条前段

ア 判断の基礎となる要素（事実）

商品・役務、地理的範囲、取引方法、取引段階で認定される。

「一定の取引分野」の要件事実は、判例のいう「競争関係」にあるか、どうかである。「競

²⁶³ 前掲注141

審判では、「合意の維持」をもって、相互拘束に該当すると主張されることが多いが、「合意の維持」に該当する具体的な行為がなければ、不作為になるため、むしろ、実際に行われている行為に着目して、共同遂行とみるのが自然である。

争関係」にあるかどうかの判断は、市場画定の要素に当たる事実である。すなわち、対象商品又は役務、地域（地理的範囲）、取引段階、特定の取引の相手方等の観点から画定される。カルテル事件と入札談合事件について、それぞれ、具体的に検討する。

対象商品・役務については、概括的に表されることが多いが、他の商品との区別できる程度に特定することが必要である。

イ 判断の基準

対象商品・役務を特定するためには、代替性の判断が必要である。商品の代替性が重視されているのと同じである。これに加えて、違反行為者の行動・認識を加味して特定する。

第3章第3節第3でみたとおり、商品・役務の範囲について、代替性により判断していたが、ここでも同様に考えられる。すなわち、これらの判例・審決では、当該商品・役務は、違反行為の対象商品・役務に含まれるが、当事者が例外的に含まれないとした場合についてどのように考えるかについて述べたものである。当事者が明示的、黙示的に合意の対象から除外したことを窺わせる特段の事情がない限り、違反行為当時、当該共同行為の典型的対象商品でなくても、当該対象商品・役務の範疇に属し、典型的対象商品と代替性があり現在又は将来において競合関係に立つような類型の商品を対象に含める意思を有しており、対象とされることを認識または予見していたと推定する。したがって、違反行為の対象から除外したと主張する者が、特段の事情について明らかにしなければならない。

3 法解釈・価値の充填

「一定の取引分野」の法解釈と価値の充填、つまり、「一定の取引分野」にどのような価値を持たせるかについて、また、認定された具体的事実がこの概念に含まれるかについて、これまでみた審決の考え方を敷衍し、経験則がどのように利用されているかについて、以下、検討する。

(1) 「一定の取引分野」の意義

ア 「一定の取引分野」と「市場」の関係

「一定の取引分野」は、「市場」のことを指すといわれることが多い。「いわゆる市場」という言葉が使用されたりする。流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（流通取引ガイドライン）では、「市場」という言葉が使用されており、逆に「一定の取引分野」という言葉は使用されていない（市場における競争が実質的に制限される場合には、独占禁止法3条に違反するとされる。）。他方、平成19年3月に公表された企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針（企業結合ガイドライン）では、専ら「一定の取引分野」という言葉が使用されている。旧企業結合ガイドラインでは、「一定の取引分野」とは、いわゆる市場を意味するとされていたが、現行企業結合ガイドラインでは、削除されている。

「市場」とは、経済学では「交換が行われる状況」とされる。交換はあらゆる形態を含

み、「場」を必要とするわけではないとされる。²⁶⁴

ところで、公正取引委員会は、企業結合の審査において「一定の取引分野」と「市場」を使い分けていたようである。すなわち、「一定の取引分野」については、法律上の概念であり、経済学上の概念、あるいは実態を表す「市場」とは区別される。さらに、旧企業結合ガイドラインは、……とし、「一定の取引分野」における競争が制限されるかどうかを判断するにあたって、実態として海外の市場と日本の市場が不可分である場合には全体として一つの市場が成立し、当該市場における競争が国内の市場における競争に反映されるとして判断したと解される。確かに、国の主権の及ぶ範囲、つまり、独占禁止法の目的である、我が国の消費者の保護の観点、協力協定の内容、国際法上の管轄の問題といったことからみれば、「一定の取引分野」は国内に限定されると解することになろう。しかし、それは、理論的な意味における「一定の取引分野」の意義というよりは、法律上の概念としての「一定の取引分野」に関わるものであり、むしろ、内在的制約と解される。しかし、実態としては、昨今の取引関係をみると、我が国の消費者であっても国内の市場からのみ調達するわけではなく、しかも、調達にそれほどの障害があるわけでもない。したがって、国内に限定する理由はないことになる。「一定の取引分野」について、取引が行われる場ということになれば、理論的には「海外市場」を含めた「国際市場」とみることになろう²⁶⁵。

「一定の取引分野」と「市場」の関係は、複雑な問題であり、ガイドラインによって記載が異なっており、公正取引委員会でも考え方に統一がみられないようにみえるので、ここでは、問題の提起にとどめ、以下では、法律上の概念としての「一定の取引分野」を取り上げることとする。

イ 法律要件としての「一定の取引分野」

法律要件としての「一定の取引分野」とは、どのように解されるか。

独占禁止法は、2条に定義規定を置くが、「一定の取引分野」という概念については、定義規定は置かれていない。他方、2条4項は「競争」について定義する。この「競争」についての定義は、「競争」の内容について述べるというよりも、むしろ「競争関係」について述べたものであって、「一定の取引分野」の内容に通じるものがある。2条4項が述べる「競争」の定義は、どちらかといえば、「競争」というよりも「競争関係」を表しているともみることができ、「一定の取引分野」を考える際の参考になるとされる²⁶⁶。

すなわち、2条4項は、「競争」は、「2以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次の各号の一に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。

一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を提供すること

²⁶⁴ 奥野正寛・鈴木興太郎「ミクロ経済学Ⅰ」岩波書店 7頁

²⁶⁵ 前掲注225 43頁

²⁶⁶ 前掲注225 42頁

二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けることと規定する。

そこで「状態」という言葉が用いられていることからすると、ここで述べられているのは、「競争」そのものではなく、事業者間の「競争関係」であるといえる²⁶⁷。これは、審決でも同様に解されている²⁶⁸。「競争関係」にあるかどうかは、「取引分野」の判断のための具体的事実とみることができる。すなわち、「取引分野」は、抽象的な概念であり、それだけでは認定できないが、より具体的に「競争関係」とみることで判断できるようにしたものである。また、見方を変えれば、「取引分野」は取引という「行為」のほうからみたものであるが、「競争関係」は、競争に参加する「事業者」からみたものであり、その見方の違いはあるものの、判断の対象は同じである。したがって、「取引分野」の判断は、「競争関係」にあるかどうかによって、認定されることになる。

条文の文言からすると、「競争関係」をみる場合、商品・役務、取引段階、取引地域、取引の相手方によっていることを示しているとされる²⁶⁹。条文では、「事業者」、製品の同一性・類似性（「同種又は類似の商品役務を供給すること」、「同種または類似の商品役務の供給を受けること」）、活動の同一性（「通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく」）、相手方（2以上の事業者）について規定している。したがって、「取引分野」について判断するための要素として、これらを念頭においているといえることができる。

他方、現行企業結合ガイドラインでは、「一定の取引分野」とは、「企業結合等により競争が制限されることとなるか否かを判断するための範囲を示すもの」とされるが、英訳では A Particular Field of Trade とされている。

学説では、様々な表現があるが、代表されるものとして、一定の供給者群と需要者群との間に成立するものであり、「競争が行われる場」とであるとされる²⁷⁰。学説にも、ガイドラインのように「範囲」とするものもある。

ある行為（違反行為、企業結合等）によって「競争が実質的に制限されていることを判断するための範囲」ということは、裏返してみると、ある行為がなければ「競争が行われている範囲」と解される。

このように、法律の解釈としての「取引分野」は、抽象的には「複数の事業者が他の事業者を排して第三者との取引の機会を獲得するために、相互に競い合う場」であるが、具体的には、独占禁止法に違反するかどうかを判断するためのものであって、条文を離れてそれだけが意味を持つわけではないと解される。

²⁶⁷ 今村成和「独占禁止法入門第3版」有斐閣 13頁

根岸哲「経済法新訂版」有斐閣 49頁

²⁶⁸ 種苗カルテル事件（前掲注147）、NTT東日本事件（前掲注175）、郵便区分機入札談合事件（前掲注124）

²⁶⁹ 前掲注225 42頁

²⁷⁰ 前掲注225 42頁

(2) 認定方法と経験則

「一定の取引分野」の認定（いわゆる市場画定）について、どのような方法をとるかに
ついて明らかにされているものは企業結合ガイドラインである。違反行為に係る取引分野
とは異なる点もあるが、検討すべき諸要素が明らかにされている。

ア 企業結合ガイドライン

平成19年3月28日に公表された「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」で
は、「一定の取引分野」について、企業結合により競争が制限されることとなるか否か判断
するための範囲を示すものであり、一定の取引の対象となる商品・役務、取引の地域の範
囲等に関し需要者にとっての代替性という観点から判断されとし、必要に応じて供給者
にとっての代替性という観点も考慮される。その他、取引段階、特定の取引の相手方等の
観点からも判断されとする。

商品範囲は、需要者からみて代替性は、当該商品の効用等の同種性と一致することが多
く、この基準で判断できることが多い。また、地理的範囲は、ある地域において対象商品
と画定された商品の価格引上げが生じた場合、需要者が輸送上の問題を生ずることなく、
当該地域の供給者に代えて他の地域の供給者から当該商品を購入することが予測されるた
めに、当該他の地域の供給者が当該地域における価格、数量等の自由な動きを妨げる要因
となるか否かを基準に判断される。その他、取引方法、取引段階、生産設備・販売網の構
築に係る時間・費用等も問題となる。

この企業結合における市場画定の方法は、違反行為に係る市場の画定にも利用できると
解される。

このような画定は、いずれの案件でもみられる。ただ、多くの場合、違反行為の成否と
ともに、取引分野の画定だけが問題になるのではなく、一定の取引分野における競争の実
質的制限があるかどうかをみることになる。取引分野の画定が誤っているから、競争の実
質的制限が認められないのか、取引分野の画定自体は問題なく、競争の実質的制限がある
かどうか問題となるのである²⁷¹。

イ 判断の基礎となる要素（事実）

「一定の取引分野」の認定の基礎となる要素として、商品・役務は不可欠であり、これ
以外には地域、取引方法などがある。法解釈・価値の充填により、これらの要素を基礎と
することは経験則となっており、しかも高い蓋然性を有する。

²⁷¹ 取引分野の画定が取り上げられた審決としては豆腐製造販売業者カルテル事件（公正取引委
員会昭和43年11月29日審判審決）、福岡造園工事入札談合事件（前掲注161）、勧告審決
で評釈上取り上げられたのは、道路公団道路保全工事入札談合事件（公正取引委員会平成14年
12月4日勧告審決）がある。審判手続で、取引分野の認定が誤っている旨、主張されたものは
多数に及ぶ。

類型別にみると以下のとおりである。

(ア) 価格カルテル

「一定の取引分野」の認定の基礎となる事実とは、商品・役務、地域、取引方法である。このうち、商品・役務は不可欠の要素であり、商品・役務だけで認定されるものが最も多い。商品・役務と地域、商品・役務と取引方法によるものもある。ただ、特段、地域について明示的に認定されていないものは、日本国内ということであるので、通常は、商品・役務と地域によって認定されているということもできる。

(イ) 入札談合

「一定の取引分野」の認定の基礎となる事実とは、商品・役務、発注者、入札参加者、発注方法である。発注者、入札参加者、発注方法は、商品・役務の内容に含まれるとも解される。発注者、入札参加者は取引の主体であり、発注方法は取引方法とみられることもできるが、ここではそれぞれ別の要素として区別してみる。このうち、商品・役務、発注者は不可欠の要素であり、少なくとも、商品・役務と発注者が認定されている。

ウ 判断の基準―需用の代替性・供給の代替性

需用の代替性は、市場画定基準の中心的存在である。これに対して、供給の代替性が取り上げられることは少ない。供給の代替性が市場の画定に影響を及ぼさないというわけではないが、通常は、検討の対象とされることは少ない。

アメリカの92年ガイドラインは、関連市場の画定は需用の代替性から行い、供給の代替性は、SSNIPに反応して、1年以内に参入・退出の際に有意な埋没費用の支出なしに供給上の反応が生じる蓋然性がある者を、市場の参加者の識別、市場の市場占拠率（シェア）の算定の段階で考慮することとしている。

これに対して、需用の代替性はないが、埋没費用を伴わずに生産を転換することで供給できる場合、需用の代替性・供給の代替性から市場を画定することになれば、転換可能な事業者を含めて市場を画定することになる。しかしながら、転換可能な事業者のすべてが、転換するわけではなく、転換が可能であっても転換しようとならない事業者を含めて市場をみることで市場全体の規模が拡大し、市場における市場占拠率（シェア）を正確に認定することができないことになる。このため、供給の代替性は、市場の参加者の識別という点でみることになる。

ECの告示では、供給の代替性を市場画定の考慮要素とするが、考慮する場合を限定している。つまり、有効性と即時性で需用の代替性に匹敵する効果をもつ場合だけに限っているのは、供給の代替性を考慮することで、市場の拡大に歯止めが利かなくなるのをセーブするためである。

供給の代替性を考慮することが考えられるのは、商品が多様化している市場において、機能・効用からすると需用の代替性が認められるかどうか、明らかではないケースである。

機能・効用のとらえ方によっては需要の代替性が明確でないケースであっても、供給の代替性が認められれば、需要の代替性と併せて、市場画定をなしうることになる。すなわち、供給者が、現在、生産していない商品を生産するに当たり、コスト・時間をかけることなく生産を転換することが可能な場合には、供給代替性があることから、これらの供給代替者を含めて市場を画定することも可能となる。2年以内に参入が見込める者は考慮するとされる。

日本では、「一定の取引分野」の判断において、基本は需要の代替性とみており、一定の取引の対処となる商品・役務、取引の地域の範囲等に関し需要者にとっての代替性という観点から判断されるとし、必要に応じて供給者にとっての代替性という観点も考慮される。その他、取引段階、特定の取引の相手方等の観点からも判断されるとされている。そして、商品範囲は、需要者からみて代替性は、当該商品の効用等の同種性と一致することが多く、この基準で判断できることが多いとされており、実際にもこの基準で判断されることが多い。

需要の代替性、供給の代替性をみるに当たり、考慮される期間は1年としている。

第3 競争を実質的に制限する

1 判例・審決

(1) 事実の構成

勧告審決は、主文、事実及び法令の適用からなる。審判審決はこれに加え、審判官の判断が含まれる。このうち、事実は、通常、次の四つのパートからなる。これは、価格カルテル、入札談合でも同じである。

- i 違反行為の主体と客体
- ii 違反行為
- iii 実施状況
- iv 終期

(2) 法令の適用

法令の適用の部分において、「競争を実質的に制限した」原因とされる事実には、次のようなものがある。

ア 3条後段

(ア) 価格カルテル

- ① 当該事業者は、販売価格を引き上げる旨合意することにより、競争を実質的に制限した
- ② 当該事業者は、販売価格を引き上げることを決定することにより、競争を実質的に制限した
- ③ 当該事業者は、販売価格を決定し、実施することにより、競争を実質的に制限している
- ④ 当該事業者は、販売価格を引き上げることににより、競争を実質的に制限した
(別表1参照)

(イ) 入札談合

法令の適用の部分において、「競争を実質的に制限した」原因とされる事実には、「共同して、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」がある。これは、違反行為が「合意した」となっている場合も、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した」とされている場合も、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことをもって「競争を実質的に制限した」とする。

これに対して、事実の部分における違反行為の認定は、

- ① 決定し、競争を実質的に制限した
- ②— a ……(の方法)を決定し、共同して、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した

②－b 決定し、共同して、・・・(の方法)により受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した

③－a ・・・旨の合意の下、共同して、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した

③－b 合意の下、・・・(の方法)により、共同して、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した
というものがある。

(別表2参照)

イ 3条前段

法令の適用には、「事業活動を排除することによって競争を実質的に制限した」とあることが多く、どのような事実をもって競争を実質的に制限したとするかは不明である。他方、事実の部分の記載では、これに該当するのは市場占拠率（シェア）の維持、拡大とみられる。

勧告審決では、次のような事実が認定されている。

明確に市場占拠率（シェア）の維持・拡大（相手の市場占拠率（シェア）の縮小）を認定する場合がある。また、取引ができず、参入できないこと、あるいは退出したことを認定する場合がある。この場合は参入できないことにより、市場占拠率（シェア）は少なくとも維持されているとみることができる。

市場占拠率（シェア）の拡大の認定があるものとして、有線ブロード事件²⁷²、インテル事件²⁷³、参入の阻止による市場支配力の維持・強化の認定があるものとして、東洋製罐事件²⁷⁴、ノーディオン事件²⁷⁵、ぱちんこ機パテントプール事件²⁷⁶、パラマウントベッド事件²⁷⁷、北海道新聞社事件²⁷⁸がある。

また、審判審決は、ニプロ事件²⁷⁹、NTT東日本事件²⁸⁰があるが、次のような事実が認定されている。

競争力のある競争者の生地管の輸入を制限又は抑制して、品質・価格による競争が生じ、又は生じ得る状況を現出させないようにしていることで、すでに有する市場支配力を維持・強化したとする²⁸¹。

²⁷² 公正取引委員会平成16年10月13日勧告審決

²⁷³ 前掲注186

²⁷⁴ 公正取引委員会昭和47年9月18日勧告審決

²⁷⁵ 公正取引委員会平成10年9月3日勧告審決

²⁷⁶ 公正取引委員会平成9年8月6日勧告審決

²⁷⁷ 公正取引委員会平成10年3月31日勧告審決

²⁷⁸ 前掲注183

²⁷⁹ 前掲注174

²⁸⁰ 前掲注175

²⁸¹ 前掲注174

新規参入が困難になり、市場占拠率（シェア）を拡大したことで、市場支配的地位を形成・維持・強化することをいう²⁸²。

2 審決・判例における認定と判断

判例・審決では、「競争を実質的に制限する」をどのように認定し、判断しているかについて、1を参考にしながら、検討することにする。

(1) 3条後段

ア 価格カルテル

法令の適用をみると、次のようなケースがある。

- ① 当該事業者は、販売価格を引き上げることにより、競争を実質的に制限した
- ② 当該事業者は、販売価格を決定し、実施することにより、競争を実質的に制限している
- ③ 当該事業者は、販売価格を引き上げることにより、競争を実質的に制限した他方、事実の部分では次のような認定がある。

iのパートでは、違反行為の主体と客体に関する事実が認定される。主体に係る事実として、通常、事業者であること、当該事業者の行う事業活動、当該事業活動を行っていること、翻って、既に当該事業活動を行っていない場合にはそのこと（他社との合併、事業譲渡などの事実を含む。）、当該事業者が事業活動を行う取引分野（市場）における地位などである。また、当該事業者（違反行為者）が取引分野においてどの程度の市場占拠率（シェア）を有するかもあわせて認定される。他方、客体に係る事実として、違反行為の対象となる商品・役務の内容がある。また、対象となる商品・役務を取引方法によって限定する場合にはこれについても認定される。

iiのパートでは、違反行為に関する事実が認定される。価格カルテルの場合、通常、違反行為は「合意した」ことである。また、「合意」の内容が明らかにされるが、「対象となる商品」、「価格」、「引き上げの時期」が認定されることが多い。

iiiのパートでは、iiの違反行為の実施状況が認定される。引き上げたことではなく、引き上げていたことである。

ivのパートでは、違反行為の終了に係る事実が認定されるが、当該事実は「競争を実質的に制限する」という要件とは直接関係がない。

法令の適用には

- ① 販売価格を引き上げることにより、競争を実質的に制限した
- ② 引き上げることにより、競争を実質的に制限した
- ③ 販売価格を決定し、実施していることは、競争を実質的に制限している

²⁸² 前掲注175

④ 取引の相手方を制限することにより、競争を実質的に制限したといった判断の基礎となる事実がある。これらの記載は、いずれも、行為要件の一部、あるいは、全部とみられるが、事実の部分のどの部分に該当するのかは、これだけでは明らかではない。

(ア) 価格カルテルと「競争を実質的に制限する」の認定方法

「競争を実質的に制限する」を認定する方法には、次の二つの考え方がある。

- ④ 行為要件のうち、「合意したこと」を認定するだけで、「競争を実質的に制限する」もまた認定できるとするものである。
- ⑤ 行為要件を認定するだけでは足りず、事業者の市場占拠率（シェア）と実際の引き上げ行為を認定し、あわせて「競争を実質的に制限する」を認定するものである。

まず、④であるが、いわゆるハードコアカルテルの場合、行為要件を満たし、当該行為に実効性がある場合には、「競争を実質的に制限する」も認定できるとする。そもそも、いわゆるハードコアカルテルは、価格制限、数量制限、市場分割など、競争を制限する以外の目的・効果を持たないことから、共同行為が立証されれば、それだけで「競争を実質的に制限する」という要件も満たすとされる²⁸³。ただ、この場合でも、合意に「実効性」があることが必要とされる。ここでいう「実効性」は、いうまでもなく当事者拘束力である。合意に当事者拘束力が認められれば、当該合意はその内容どおりに実施されることになる。いわゆるハードコアカルテルの場合、合意の内容そのものが価格を制限するという直接競争を制限するものであることから、当該合意が実施されれば当該取引分野における競争は制限されることになる。つまり、合意に当事者拘束力があれば、行為の本質から「競争を実質的に制限する」と評価できるということである。逆にいえば、合意に当事者拘束力が認められない、あるいはこれが弱い場合には、そもそも、合意は実施されないことになり、競争が制限されることはない。当事者拘束力は、合意の内容を相互に保証すること、あるいは歩調を合わせることであるが、合意の成立とは別に立証しなければならなくなる²⁸⁴。そうすると、合意の成立と当事者拘束力によって、「競争を実質的に制限する」を認定することになる。

しかし、ここで、更に「合意には『実効性』がある」という経験則をもってすれば、合意に「実効性」があることを立証しなくてもよいことになる。すなわち、「合意の成立」が認定できれば、その事実から、合意は「実効性」があることが推認でき、さらに「実効性」のある合意が「競争を実質的に制限する」ことを推認することができることになる。そう

²⁸³ 前掲注225 157頁

²⁸⁴ 当事者拘束力は当事者の主観なので、自白供述があれば直接立証することが可能となる。しかし、自白供述が得られない場合には、他の事実から立証することになる。審判開始決定等によれば、通常、これに該当する事実、市場占拠率（シェア）と実施状況と解される。実施されなければ、実施状況による立証はできないことになるが、理論的には可能であるものの、一般的には他にこれに変わるような事実を見つけるのは困難であるといえる。

すると、「合意」の成立を立証することで²⁸⁵「相互に拘束する」ことにより「競争を実質的に制限する」ことまで認定できることになる。

㊦の考えについてみれば、価格カルテル事件の勧告審決では、合意の成立、市場占拠率（シェア）及び合意の実施（価格の引上げ）が認定されている。これは、合意の成立という行為要件のほうから、「競争を実質的に制限する」行為を認定する。また、市場占拠率（シェア）は、当該取引分野全体に対する参加者が競争に影響を及ぼすことができる範囲を認定することで、取引分野における取引条件を支配できる状況を認定する。また、実施状況は、取引条件の支配を認定する事実でもある。このように、これらの事実は、「競争を実質的に制限する」という要件を、行為の性質から認定するとともに、現実の「競争の状況」からも認定する。この考えによれば、合意の成立、市場占拠率及び「実効性」のある合意の成立によって、「競争を実質的に制限する」を認定するのであって、いずれも事実認定によることになる。

以上を踏まえ、㊤と㊦を比較すると、「合意には『実効性』がある」という経験則が認められない限りは、結局は、立証することになる事実はほとんど同じことになる。

審決では、具体的には、合意の成立、実施状況、市場占拠率（シェア）が認定されている。しかし、これらの事実は、「合意には『実効性』がある」という経験則を認めない場合に立証しなければならない事実であり、「競争を実質的に制限する」を立証する事実である。通常、立件される場合は、これらの事実について証拠があるとみられるので、あえて、経験則によるまでもなく、事実認定によって認定されるものと考えられる。

（イ） 「競争を実質的に制限する」の事実認定

a 判断の基礎となる要素（事実）

行為要件である「合意の成立」と合意の「実効性」が認定できる場合には、「競争を実質的に制限する」ことが推定されるとみてよいであろう。

合意の「実効性」は「当事者拘束力」であり、「相互に保証する」ことであるが、実際には、これに係る事実としては、行為要件である「合意の成立」を除くと「市場占拠率（シェア）」、「実施状況」を認定している。

市場占拠率（シェア）については、具体的には参加者の売上げの合計が市場においてどの程度になるかをみている。例えば、冷間圧延ステンレス価格カルテル事件（平成15年（勸）第33号）では、違反行為者である6社の国内の販売数量は、我が国における販売数量のほとんどを占めていたと認定している。これに対して、ポリプロピレン価格カルテル事件（平成13年（勸）第7号）では、参加した7社におけるポリプロピレンの販売量

²⁸⁵ 当事者拘束力がないこと、あるいは、競争を実質的に制限するものではないことを反論反証された場合には、さらに当該要件を立証する必要がある。その場合、他の事実をもってこれらの要件を立証すること困難であるといえる。

の合計は我が国におけるポリプロピレンの総販売量のほとんどを占めるとする²⁸⁶。

なお、市場占拠率（シェア）が高いということは当事者拘束力には、必ずしも結びつかない。市場占拠率（シェア）が高くても、他の要因によって、実施が阻まれることはあるし、市場占拠率（シェア）が低くても、実施されることはある。しかし、通常、取引分野を構成する事業者の多くが参加しているということになれば、参加していない者がこれに反する行動をとったとしても、供給余力の問題があるものの、価格は違反行為者の提示する価格へと傾斜し、当該価格による利益を得ることができることからして、当事者拘束力があるとみることは可能である。

実施状況として「販売価格を引き上げていた」という事実も認定される。これは、価格を「引き上げた」とはされておらず、価格を「引き上げに向けられた行為が行われた」ことを意味する。つまり、価格カルテルでは、価格が上がったことは必要ではなく、価格が引き上げようとした」ことで足りるのである。これは、事業者が実施行為に及んだことによって、「実効性」あるとみるものと解される。

審判では、違反行為者は、「合意の成立」と合意の「実効性」を否定するか、これと両立するが評価の障害となる事実を主張立証することによって、推定を覆すことになる。そして、いずれかが否定される場合には、改めて「競争を実質的に制限する」を立証することが必要となる²⁸⁷。このように、「競争を実質的に制限する」を認定するための反論反証の対象は、「合意の成立」と合意の「実効性」といった行為要件に係る事実であるから、行為要件について争うことは、「競争を実質的に制限する」についても争うことになるのである。

以下では、審判でどのように主張立証がされるかをみることにする。

「合意の成立」については、iiのパートにおける違反行為の部分のうち、「合意の成立」に係る事実について争われる。その場合、「合意の成立」を基礎付ける事実が存在しないということで争うか、事実は存在するが評価が異なるということで争うか、あるいは「合意の成立」を基礎付ける事実の存在は争わず、当該事実と両立するが、違反行為の成立を否定する事実を主張立証することによって争う場合がある。

他方、合意の「実効性」に係る事実としては、iの市場占拠率（シェア）とiiiの実施状況がある。このうち、iの市場占拠率（シェア）については、これだけで争うことはあまり想定できず、対象とされる商品・役務の認定に誤りがあるとして争う場合、iiの合意に参加しているかどうかを争う場合など、他の事実を争うことで、結局、否認することになる。すなわち、商品・役務の認定に誤りがある、あるいは当該事業者が参加していないということになれば、市場占拠率（シェア）も変化することになるから、「実効性」に影響することになる。

²⁸⁶ もっとも、ポリプロピレン価格カルテル事件では、日本ポリケムとグランドポリマーの2社の販売量の合計が我が国における販売量の半分近くを占める点も認定している。上位2社の販売量の認定は、直接、違反行為とは関係ないが、終期の判断のために記載されている。これは、違反行為の終了に係る認定からわかる。取引分野の構造を見ているわけではない。

²⁸⁷ 通常は、別の事実をもって立証することは困難なことが多いと見られる。

これに対して、「実施状況」については価格の引上げ（プレスリリースとか、取引先への通知）がない、あるいは価格が実際に上がっていないと反論されることが多い。しかし、実際に引き上げられたかどうかは、「競争を実質的に制限する」ことの判断要素にはならない²⁸⁸。そもそも、価格カルテルの場合、行為そのものが「競争を実質的に制限する」という性質を持つものであるから、行為自体に当事者拘束力があれば、「競争を実質的に制限する」ことは否定されるものではなく、現実には価格が上がったかどうかは要件ではないと解されており、上がらなかったことだけでは「合意の成立」は否定されない。しかし、価格が上がらなかったことが、行為に「実効性」、つまり「当事者拘束力」がなかったことを理由とするのであれば、行為要件を満たさないことになり、2条6項にいう「共同して相互に拘束する」を満たさないことになる。これは、価格の引上げがない場合も同様である。これに対して、「合意の成立」は否定しないし、価格の引上げも否定しないが、外部的な事情により、価格が上がったような場合は、「合意の成立」と合意の「実効性（当事者拘束力）」はあるものの、行為が「競争を実質的に制限する」という結果と結びつかないことになる。いわゆる因果関係の問題である。すなわち、外部的な事情が認められることによって価格が上がったことと合意との間に全く関係がないといえる場合である。完全に合意と結果の関係が切断されるようなケースもないとはいえないが、通常は、なんらかの関係にある場合が多い。例えば、購入者側にもカルテルがあり、そこで決められた価格で販売するようなケースである。その場合、取引において購入者側、つまり需要者が価格の決定について完全に主導する場合には、供給者側のカルテルは、「競争を実質的に制限する」とはいえないケースもあり得る。しかし、通常は、全く関係がないということではなく、上記の場合でも、供給者側も需要者側が設定した価格を受け入れているのであるから、需要者側、供給者側の双方の行為をもって「競争を実質的に制限する」とみることができる。

逆に、合意したとしても、価格を引き上げることができない事情があることが明らかなケースでは、そもそも、合意自体、全く意味がないことになる。例えば、統制価格があるような場合である。対市場効果という意味で実効性がないということも可能である。価格を引き上げることができない事情があることが明白であり、それを前提とすれば合意をすることはあり得ない場合である。しかし、それでも、価格を上げるためには、足並みをそろえる必要があるということで、あえて、合意することもあり得る。前者のような場合、価格を引き上げるに至らないであろうという外部的事情があることは認識しているのであるから、合意をしても実際に価格が上がらないことも認識している。したがって、この場合には、「競争を実質的に制限する」ことは認められないことになる²⁸⁹。他方、後者は、外部的な事情が価格を引き上げる妨げになることは認識しているが、だからこそ、それに対抗するために合意をするといった場合である。いずれも、現実にはあまり想定できるもの

²⁸⁸ これも、事実に係る経験則に該当する。

²⁸⁹ 合意は成立しているが、競争を実質的に制限するものでないとみるか、そもそも、合意も成立していないとみるかという問題はある。

ではない。

実際に認定される事実とは、価格カルテルの場合、「合意の成立」、合意の「実効性」としての市場占拠率（シェア）と実施状況という事実から、競争の実質的制限を認定しているということができる。

なお、これらの事実のうち、価格カルテルの合意をしたことは行為要件である。他方、市場占拠率（シェア）は、実効性を認定する事実であり、行為要件を補完的に支える事実でもある。さらに、実施行為もまた、実効性を認定する事実であるとともに、合意したこと、つまり行為要件を支える事実でもある。

b 判断の基準

では、このような要素に係る事実が認定されたとき、「競争を実質的に制限する」と認定できる基準はどのようにみるか。

「競争を実質的に制限する」について、「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である」とされるが、これは、「市場支配の状態」ではなく「市場支配力の形成・維持・強化」とされるものである²⁹⁰。

「競争を実質的に制限する」は、市場支配力の形成・維持・強化とされるが、具体的には、「取引条件を支配することができる状態をもたらすこと」である。また、取引条件とは具体的には、「価格、数量、品質その他」とされる。

基礎となる具体的事実、すなわち「合意」、実施状況、市場占拠率（シェア）から、「取引条件を支配することができる状態をもたらすと評価できるかどうか」による。評価の基準としては、量的なものとみるか、質的なものとみるかといった考えがあるが、明示する判例・審決はない。「取引条件を支配し得る」かどうかを量的なものとみると、数字的にみて左右したかどうか重要となり、質的なものとみると、数字には関わらず、状況が変化したかどうか重要となる。

最も容易に「競争を実質的に制限する」と認定できる場合は、

- i 合意の内容が明確に価格の引上げを決めるものであること
- ii 参加者のすべてが価格を引上げていること
- iii 参加者の市場占拠率（シェア）が100%であること

がといった典型的な事実が認定される場合である。この場合、いずれの要素も「競争を実質的に制限する」と評価するに足りる。すなわち、合意は価格の引き上げを決めるものであり、競争制限の目的効果しか持たないものであるし、すべての事業者が合意どおりに実施していることが認められるのであり、当事者拘束力も、取引条件の制限もみられる。し

²⁹⁰ 第4章第2節第3の3参照。ア、イ、エは先例を明示して引用しているが、ウは先例については言及していない。同趣旨とみることができる。

たがって、価格カルテルという合意の本質と当事者拘束力が認められる。また、市場占拠率（シェア）が100%であるということは、アウトサイダーの存在を意識する必要がなく、カルテル合意は一定の取引分野において実施される得るのであり、当該取引条件を左右することができる状態にあるといえる。

ただ、このような状況にあることはまれであり、通常は、これらの要件が欠けることはあり得る。だからといって「競争を実質的に制限する」といえないわけではなく、これらの事実が相互に補充しあうことで「競争を実質的に制限する」と認定することはいうまでもない。つまり、プラスの事実とマイナスの事実をあわせみて、なお、「競争を実質的に制限する」といえるかを判断することになる。

個々の事実についてみれば、以下のとおりである。

「合意」については、その内容がより競争制限的かどうかである。合意自体が価格を制限するものであることから、それ自体、取引条件を制限するものであり、競争を制限することは強く推定される。また、内容としては、直接価格に係る内容の「合意」の方が競争制限的であるし、価格ではなく原料値上げ分の転嫁といった「合意」は価格を定めた「合意」に比べ明確ではないことから、直接的に競争を実質的に制限すると評価できるとはいえない。しかしながら、合意の内容が不明確であるようにみえても、慣習、価格構造などから、当事者にとっては不明確ではない場合もある。つまり、慣習上、価格の設定方法が当該市場の事業者に通ずるものがあるような場合である。この場合、慣習、価格構造を明らかにすることで、合意の内容を明確化することが可能となる。

また、「実効性」については、具体的な実施の状況による。他方、合意の内容そのものから認定されることもある。「実効性」、つまり「当事者拘束力」は、参加者の内心の意思であり、また、それがどの程度のものであるかは、外部から判断することは難しい。これが、外部に現れるものとして、一番容易に判断できるのは、参加者が合意の内容に沿った行動をすることである。すなわち、合意の内容どおりに外部に意思を表明すること、例えば、プレスリリース、あるいは取引先への通知をすることである。一度、意思が外部へ表明されると、それが基準となり、価格交渉は進められるので、他者もこれを基準とすることになる。ただ、その後、価格が引き上げられるかどうかは事業者の取引における取引先との関係、取引先の事業の状況、輸入、その他の経済事情によって左右されることから、引上げの結果まで求めるものではなく、また、その認定は必ずしも必要というわけではない。

例えば、参加者の市場占拠率（シェア）が50%未満である、合意の内容が明確に価格の引き上げを決めるものではない、参加者が価格を引き上げていないといった事情が、一つ、あるいは複数見受けられる場合である。例えば、合意の内容が明確であったとしても、参加者の市場占拠率（シェア）が50%未満であるような場合には、いったん価格が引き上げられたとしても、参加者以外の事業者がより低い価格を設定した場合には、価格競争が行われ、低い価格が取引の基準となる可能性がある。このようなケースでは、参加者以外の者が競争をしないこと、例えば、市場占拠率（シェア）は50%未満であったとして

も、これらの事業者がプライスリーダーであって、50%を超える事業者は、事実上、プライスリーダーが設定した価格に従うような場合である。また、そもそも、市場の系列化が進んでおり、取引先を奪い合う関係がみられないような場合である。このような場合では、参加者の市場占拠率（シェア）が50%未満であったとしても、「競争を実質的に制限する」といえる場合もある。

また、要件相互の関係をみれば、価格を制限する内容の合意であっても、当該合意の参加者の市場占拠率（シェア）が小さければ、当該参加者の供給余力が他の事業者のそれをしのぐものでない限り、合意の参加者以外の事業者によって当該商品の価格が決まることになるので、価格について共謀する合意自体が意味を持たないものとなり、結局、当事者拘束力も否定されることになる。

さらに、価格の引上げが行われなかった場合でも、そのことに合理的な理由があれば、「競争を実質的に制限する」ことを否定することにはならない。つまり、合意したにもかかわらず、実施の時期になっても、価格の引上げの対外発表、いわゆる打ち出しが行われなくてもある。このような場合でも、直ちに「競争を実質的に制限する」といえないということにはならない。すなわち、事実上、あるいは経済的理由等、様々な理由により、打ち出しが困難な場合もある。これは、参加者の意思によるものではなく、外部的要因によるのであるから、打ち出しが行われなかったという一事を持って、「競争を実質的に制限する」ものでないということとはできない。合理的な説明を付加することで、認定することは可能である。

このように、「競争を実質的に制限する」と評価できるかどうかは、評価の対象となるプラスの事実とマイナスの事実を総合評価して判断することになるが、マイナスの事実があったとしても、これを合理的に説明できれば総合評価としては、「競争を実質的に制限する」と評価することは可能である。

（ウ） 経験則

このようにみると、「競争を実質的に制限する」を認定するには、「合意の成立」、「実効性」に係る具体的な事実として「市場占拠率（シェア）」、「合意の実施」を認定し、市場支配力を形成・維持・強化したといえるか、取引条件等を左右することができる状況にあるかを総合判断することは経験則となっており、その蓋然性は高いといえることができる。

イ 入札談合

事実の部分では次のような認定がある。

i のパートで違反行為の主体と客体に関する事実が認定されることは同じである。ただ、その内容をみれば、価格カルテルと違い、事業者の市場占拠率（シェア）は認定されていない。他方、違反行為者が落札・受注した物件が発注物件中に占める割合について、iv パート実施状況の部分で認定される。

なお、入札談合事件においては、競争入札という特別の方法で取引が行われる。このため、発注方法等が詳しく認定される。すなわち、発注者、発注される商品・役務の内容、発注の方法についても認定されることが多い。

iiのパートでは、違反行為について明らかにされる。入札談合の場合、ほとんどの案件で、違反行為は、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことである。また、「合意」の内容は、受注調整の対象となる商品・役務、受注調整の実施方法である。

iiiのパートでは、iiの違反行為の実施状況が認定される。先に述べたとおり、違反行為者が落札・受注した物件が発注物件中に占める割合について認定される。違反行為が「合意」の成立ではなく、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことであるので、当該行為から導かれる結果についても述べている。

ivのパートでは、違反行為の終了に係る事実が認定されるが、当該事実は「競争を実質的に制限する」という要件とは直接関係がない。

法令の適用をみると、

共同して、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した

となっている。違反行為が「合意した」となっている場合も、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、競争を実質的に制限した」とされている場合も、実施状況に係る部分をもって「競争を実質的に制限した」とする。

(ア) 入札談合と「競争を実質的に制限する」の認定方法

入札談合もハードコアカルテルであり、「合意の成立」とその「実効性」によって「競争を実質的に制限する」を認定することができることも解される。しかし、審決において認定された事実をみると、価格カルテルとは異なる。とすると、価格カルテルと全く同じと解してよいかという問題がある。以下、検討する。

まず、行為要件についてみると、「決定（合意）した」を違反行為として認定するケースもあるものの、極めて限られ、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」とする場合が圧倒的に多い。さらにいうと、「決定（合意）した」を違反行為とする場合でも、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」が付加されている。また、法令の適用では、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことにより競争を実質的に制限したとされており、「合意の下」は含まれていない²⁹¹。このように、入札談合と価格カルテルでは行為態様が異なる。すなわち、価格カルテルは、合意の形成、意思の連絡を違反行為とするのに対し、入札談合では、むしろ、繰り返し行われる個別の受注調整行為に着目し、違反行為としている²⁹²。

²⁹¹ これにどのような意味を持たせるかは、明らかではない。

²⁹² どちらかというところ、「相互に拘束する」ではなく、「共同して遂行する」に該当するような行

他方、実施状況については、受注結果をもって認定する。すなわち、入札談合の違反行為は、「(合意の下、) 受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」こととされるにもかかわらず、実際にどの程度の個別物件が受注調整によって受注されたかを認定しているのである。しかも、単に受注しただけという認定ではなく、いわゆる合意に基づいて受注したとされているのである。

入札談合について、価格カルテルのように「合意の成立」を違反行為として認定し、合意の「実効性」、つまり「当事者拘束力」があれば、「競争を実質的に制限する」を認定できるとすることは可能であろうか。違反行為が「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことであるとすると、この行為と合意の関係、さらに「当事者拘束力」とは何を意味するのか。

さらに、違反行為は「合意の成立」であるとして、価格カルテルと同様に「当事者拘束力」が認められれば、「競争を実質的に制限する」とする考えがある。そうすると、価格カルテルのように、「合意の成立」と「実効性」、つまり「当事者拘束力」を認定すれば「競争を実質的に制限する」を認定できることになる。ここでいう「実効性」は、当事者拘束力であるが、価格カルテルのように「市場占拠率(シェア)」は認定されておらず、実施状況によって認定することになる。したがって、入札談合においては、「合意の成立」と「個別物件の実施状況」が基礎付ける事実となる。

他方、違反行為を「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことであるとすると、「合意の成立」は違反行為ではないので、「合意の成立」と「当事者拘束力」から「競争を実質的に制限する」を認定することはできないことになる。そして、通常、違反行為は「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした」とされるから、このことと「当事者拘束力」から認定することになる。これらの事実を基礎付ける事実、いずれも「個別物件の実施状況」ということになり、同一の事実をもって認定することになる。結局は、「個別物件の実施状況」が意味を持つことになる。

入札談合では、事業者の意思決定が2段階にわたって行われるので、いわゆる基本合意が成立しても、個別の受注調整においてどれほど拘束されるかは不明なこともある。逆に、いわゆる基本合意の実効性が強く認められる場合には、基本合意が「競争を実質的に制限する」と認定することも可能であろう。いわゆるハードコアカルテルについては、行為要件を満たせば「競争を実質的に制限する」という要件も満たすとし、価格制限、数量制限、市場分割を挙げる²⁹³。入札談合にも、このことがあてはまるかは、入札談合の本質をどのようにみるかによるものと解される。すなわち、入札談合を2段階の合意という特殊性から特別の類型とみるとあてはまらず、市場分割とみるとあてはまることになる。

ところで、このように「個別物件の実施状況」によって「実効性」(当事者拘束力)を認定することは、入札談合において個別物件の受注調整そのものは違反行為ではなく、基本

為を違反行為と見ているようである。

²⁹³ 前掲注225 157頁

合意が違反行為とされることと矛盾しないか。価格カルテルでは、合意が成立し、合意に「実効性」があれば「競争を実質的に制限する」を認定することができる。しかし、入札談合が価格カルテルと異なるのは、合意が二重構造になっていることである。すなわち、入札談合は基本合意とこれに基づく個別の受注調整という構造を持つが、個別の受注調整は、当該物件の入札参加者による基本合意とは別の合意であり、たとえ、基本合意の参加者であっても、自由な意思で入札することは可能であり、基本合意に基づかない別個の受注調整が行われる可能性もある。このため、入札談合においては、基本合意の「当事者拘束力」が重要な意味を持つ。基本合意の参加者が当該市場の事業者のほとんどを占め、かつ、当事者拘束力が強い場合（合意からの逸脱が少ない場合）には、個別の受注調整において基本合意が実現される蓋然性が高い。つまり、水田電工課徴金事件²⁹⁴のように、拘束力が強い場合には、当該合意の対象となる個別の物件は、合意の内容に従って受注調整が行われ、受注される可能性が高い。このように、「当事者拘束力」が最も明確になるのは、個別の調整行為なのである。入札談合でも、市場占拠率（シェア）は、「実効性」を示す要素ではあるが、そもそも、何をもってシェアというのかという問題もあり、「実効性」をより鮮明にするのは「個別の受注調整」と解される。そうすると、「個別の受注調整」は違反行為ではなく、個々の物件について立証は不要であるものの、実施状況としては立証を要することになる。ただ、この場合も、すべての個別物件の受注調整過程を立証しなければならないというわけではなく、個別の物件が受注調整により受注されたということを立証すれば足りる。個別物件が違反行為ではないということとは矛盾しない。

（イ） 「競争を実質的に制限する」の事実認定

a 判断の基礎となる要素（事実）

行為要件については、「合意した」を違反行為として認定するケースもあるものの、極めて限られ、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」とする場合が圧倒的に多い。さらにいうと、「合意した」を違反行為とする場合でも、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」が付加されている。

ここでも、違反行為は「合意の成立」であるとして、合意の「実効性」を価格カルテルと同様にみるという考えがある。そうすると、価格カルテルのように、「合意の成立」と合意の「実効性」、つまり当事者拘束力を認定すればよいことになる。そして、価格カルテルと同じとみれば、「当事者拘束力」は、「市場占拠率（シェア）」と「実施状況」であるが、いずれも、「個別物件の実施状況」によって認定することになる。したがって、入札談合においては、「合意の成立」と「個別物件の実施状況」である。

他方、違反行為を「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことであるとする、行為要件も、当事者拘束力も「個別物件の実施状況」によって認定することになる。

²⁹⁴ 前掲注167

これに対して、被審人は、アウトサイダーがいること²⁹⁵、実施状況がよくないこと（例えば、たたき合いになった物件があること、最低制限価格で受注している物件があることなど）、競争関係にない物件を対象に含めていること²⁹⁶等を反論している。

入札談合の場合、「合意の下、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」という行為が、違反行為であるとする、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」という違反行為、発注物件に対する合意によって受注された物件の割合、すなわち、受注調整の実施の結果という事実から、「競争を実質的に制限する」を認定しているということができる。これは、勧告審決も、審判審決も同じである。具体的には、「合意に基づき受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」という違反行為、当該違反行為の「実効性」（当事者拘束力）、具体的には、落札・受注した物件が発注物件中に占める割合、つまり、受注調整の実施の結果という事実、また、さらに、当該取引分野におけるアウトサイダーの存在等の事実から、「競争を実質的に制限する」を認定しているということができる。

入札談合についても、争われる点は、違反行為の成否であり、実施状況である。iiのパートについてみれば、入札談合における違反行為と価格カルテルにおける違反行為では、行為の類型が異なることである。すなわち、価格カルテルの場合は、通常、違反行為は「合意の成立」であるが、入札談合の場合は、合意の成否が認定されることは少なく、むしろ、一般的には、「合意に基づき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」ことである。これ自体、どのような行為を意味するのかといった問題があるものの、違反行為の参加者が、実施していたこと（つまり、iiiのパートで認定される受注の実績）とは異なるとみられるが、ルールに従って受注調整が繰り返されていたことをもって、違反行為としているものと解される²⁹⁷。このように、合意の成立自体ではなく、実際に実施されている行為をもって違反行為とみているのは、一つには、受注調整が繰り返され、各物件の入札において参加者の意思の介入がみられるという行為の特質からすると、合意の「実効性」、つまり「当事者拘束力」をもってしても、実際に「競争を実質的に制限する」という結果に結びつかないことが十分あり得るからである。もちろん、ペナルティを課す等によって、「当事者拘束力」がより強まることは否定されないが、入札談合が基本合意と個別の受注調整という２段階の合意を前提としており、一つの合意を前提とする価格カルテルが、基本合意の実効性、当事者拘束力があれば、個別の受注調整も実効性、当事者拘束力があるとみられるのとは、異なるとみているようである。すなわち、基本合意に当事者拘束力があるとしても、なお、個々の物件の入札においては、参加者の意思によって基本合意のルールに従わずに入札することは可能である。換言すると、基本合意が、例えば、ペナル

²⁹⁵ 大阪ほ装工事入札談合事件（前掲注111，同215）

²⁹⁶ 警視庁信号機入札談合事件（前掲注111），新潟下水道工事入札談合事件（前掲注136）

²⁹⁷ これが共同遂行に当たるとかは議論のあるところであることは述べたとおりであり、条文の文言、実態からすれば、「相互に拘束する」というよりもこちらのほうが現実の状況に合致すると見て差し支えないであろう。

ティが課される等によって、当事者拘束力を強めるものであるとしても、あえてそれを受け入れて受注することは可能であるから、個別物件すべてにおいて、必ずしも基本合意どおりに受注されるとはいえない。むしろ、基本合意はルールとしてみるだけで、個別の物件において、基本合意のルールに従って受注調整が繰り返されていたこと、つまり、実施行為に当たる部分を併せてみることで「競争を実質的に制限する」ことを認定したものと解される。

このようなことから、「競争を実質的に制限する」ことに係る判断を否定するには、基本合意そのものを否定するか、基本合意自体の実効性、つまり当事者拘束力がないこと、例えば、個別の受注調整が行われていないか、行われているとしても基本合意のルールに従った調整行為がみられないこと、また、調整行為はみられるものの個別物件の受注における結果が伴わないことを反論反証することになる。

まず、基本合意がないこと、基本合意自体の実効性（当事者拘束力）がないことであるが、これは価格カルテルと同じである。iiのパートにおける違反行為の部分のうち、合意の成立に係る事実について争われる。その場合、合意の成立を基礎付ける事実が存在しないということで争うか、事実は存在するが評価が異なるということで争うか、あるいは合意の成立を基礎付ける事実の存在は争わず、当該事実と両立するが、違反行為の成立を否定する事実を主張立証することによって争う場合がある。合意の成立が違反行為となっている場合には、価格カルテルと同じように合意の成立、意思の連絡、認識認容といった事実を否定する事実が主張されることになる。

さらに、自社の行為について経済合理性に基づくものであると反論されることがある。外形上は、受注調整が行われたと同様の事実が認定されるが、それは自社が自ら選択した行為であり、他社とは関係なく行った行為が、たまたま、受注調整の結果と一致するというものである。

次に、実効性（当事者拘束力）に係る事実としては、実施状況がある。実施状況については、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした」ことであり、「受注予定者を決定した」とことと「受注予定者が受注できるようにした」ことからなる。これらを否定することが考えられる。これを否定する事実としては、受注予定者が決定されているとはいえないこと、受注予定者が受注していないことがある。ただ、発注物件のうち、いくつかについてそのような事情が認定されたからといって、直ちに違反行為が否定されるわけではない。しかしながら、「受注予定者を決定した」ことは、課徴金事件との関係では、受注予定者が1社に確定しなくても、受注調整手続に上程されれば足りるとされるので、決まらなかったことだけでは否定する事実にはならない。また、「受注予定者が受注できるようにした」ことは、「受注した」ことは含まないので、協力したが他の事情で受注できなかったとしても、違反行為を否定することにはならない。受注予定者が、自社が入札する価格、あるいは他社が入札において入れてほしい価格を連絡することが典型的な例である。これを否定する事実、あるいはこれと両立する事実を主張することになる。例えば、価格

連絡がなかったこと、価格連絡があったとしても、自社の算定した価格で入札したことがある。

また、当該取引分野に合意の参加者以外の事業者（アウトサイダー）が存在し、合意の内容もアウトサイダーの存在を前提としている場合であっても、当該市場の構造と結果として合意の参加者の受注金額が高い場合には、「競争を実質的に制限する」ということを認めることも可能である²⁹⁸。

また、実際に「受注した」ことが必要かどうかは、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした」にもかかわらず、アウトサイダーが存在し、アウトサイダーが受注した場合に、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしたといえるかということが問題となる。さらに、価格カルテルで、引き上げられたことは、「競争を実質的に制限する」ことの判断要素にはならないとすることと同様に解してよいといった問題もある。そもそも、価格カルテルの場合、行為そのものが「競争を実質的に制限する」という性質をもつものであるから、行為自体に当事者拘束力があれば、「競争を実質的に制限する」ことは否定されるものではなく、現実には価格が上がったかどうかは要件ではないと解されており、上がらなかったことだけでは合意の成立は否定されない。しかし、「受注予定者を決定した」としても、「受注予定者が受注できなかった」ことが、行為に実効性がなかったことを理由とするのであれば格別、そもそも、アウトサイダーが存在しているため、受注予定者を決定しても受注できない蓋然性が高い場合には、そもそも、当該合意自体、「競争を実質的に制限する」ものではなく、2条6項の要件を満たさないことになる。ただ、このような物件が1件あるということで、「競争を実質的に制限する」ことが否定されるわけではないが、例えば、そのような物件が50%に至った場合には、別途、「競争を実質的に制限する」ものであることを立証する必要がある。

これに対して、「合意の成立」は否定しないし、「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした」ことも否定しないが、外部的な事情により、「受注予定者が受注できなかった」場合は、合意の成立と実効性はあるものの、行為が結果と結びつかないことになる。いわゆる因果関係の問題である。すなわち、外部的な事情により「受注予定者が受注できた」と合意との間に全く関係がないといえる場合である。完全に合意と結果の関係が切断されるようなケースもないとはいえないが、通常は、なんらかの関係にある場合が多い。例えば、官製談合で、発注者が落札業者を決めている場合で完全に発注者の主導で、これと異なる入札はできないようなケースであれば格別、当事者がこれを受入れて受注予定者を決定していることが認められる場合もある。そのような場合、参加者は、発注者の意向に従うことで利益を得ることができ、発注者は確実に落札者が決まるという関係からすれば、双方にプラスになるのであるから、参加者もこれを受け入れ利用したということができ、発注者、入札参加者の双方の行為をもって「競争を実質的に制限する」とみるのが通常であり、因果関係は切断されないといえることができる。

²⁹⁸ ごみ焼却施設入札談合事件（前掲注106）

また、受注予定者が決めた価格、通常は、予定価格とほぼ一致する価格で落札された場合には、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした」ことによって、高い落札率で落札されたということができる。高い落札率と受注調整の関係については、受注調整が行われている場合には、通常、落札率が高いが、そのことが、直ちに受注調整が行われているかということに結びつかないと考えるのが一般的である。確かに、競争が行われているのに、なお、高い落札率で落札されるということがあるかということからすると、入札システムの持つ特性、あるいは、違反行為後の協調的行動、競争回避的行動などから、落札率が高いことはあり得る。したがって、落札率が高いことをもって、直ちに違反行為に結びつけることはできない。

しかしながら、落札率の変化、つまり、落札率が違反行為の前後で変化したこと（落札率が低下したこと）は受注調整を推認する事実である。したがって、実施状況がよいことを反論反証された場合には、落札率の変化を立証することで違反行為を認定することになる。

b 判断の基準

では、このような要素に係る事実が認定されたとき、「競争を実質的に制限する」と認定できる基準はどのようにみるか。

競争を実質的に制限するについて、「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である」とされる。これは、「市場支配の状態」ではなく「市場支配力の形成・維持・強化」とされる。

先にみた「合意」、若しくは「合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」と実施状況を基礎として、取引条件を支配することができる状態にあるかどうかを判断する。

入札談合は、受注する者を決めるものであり、取引の相手方を決めるということでは、取引条件を左右するということができる。また、入札談合は、価格カルテルのように直接価格を制限するものではないものの、入札システム自体から「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする」ことで価格も制限することになる。ただ、入札談合における合意の内容は「受注予定者を決める」というものであり、直接的には参加者間で「価格を決める」という行為は行われなことが多い。これは、入札談合が前提とする「入札」というシステム自体が通常取引方法とは異なり、取引の相手方は発注者だけであり、入札手続によって、受注する者が決まれば、同時に価格も決まることになり、価格は当該事業者が決めた価格で取引されることになる（実際には、後に変更されることも多い。）。入札談合においては、参加者は、取引の相手方を決めるが、取引の相手方を決定することで価格も決定されるのである。その際、他の事業者は、価格について合意するわけではなく、

受注予定者はその決定した価格で受注できるが、それは、他の事業者は受注予定者が決定した価格を承認（暗黙の場合もある）するのであって、これをもって価格を決定したと評価することになるのである。

入札談合の場合、例えば、合意の内容が明確で、アウトサイダーが存在せず、結果として発注された物件の100%を合意に基づいて受注している場合には、「競争を実質的に制限する」と認定することができる。

しかし、これらの事実が一部でもかける場合には、直ちに「競争を実質的に制限する」といえないというものではない。この場合には、プラスの事実とマイナスの事実をあわせてみて、なお、「競争を実質的に制限する」といえるかである。マイナスの事実が反論として意味がないか、当該事実を補完するような事実、あるいは補完するような経験則が必要である。

例えば、合意の内容が明確で、実効性、つまり当事者拘束力があつたとしても、直ちに「競争を実質的に制限する」ということはできない。なぜなら、入札談合は、価格カルテルと異なり、基本合意とこれに基づく個別の受注調整という2段階の合意の形成がみられるからである。基本合意に基づく個別の受注調整において、参加者の意思が介入する可能性があり、参加者が市場の事業者のほとんどを占め、かつ、当事者拘束力が強い場合には基本合意に基づいて受注調整が実施される蓋然性が高い。しかし、当該取引分野に他の事業者、いわゆるアウトサイダーが存在すれば、当該アウトサイダーとの関係、つまり競争関係にないことを明らかにしなければならない。したがって、原則として、違反行為と実施状況を見ることになるが、場合によっては、市場構造も併せてみることになる。つまり、マイナスとなる事実を補完するプラスの事実を付加的にみるが必要となるのである。

ところで、発注物件に対する合意に基づいて受注された物件の割合が50%未満となったとしても、直ちに「競争を実質的に制限する」を認定できないということではない。他の要素から、「競争を実質的に制限する」ことを認定することは可能である。これは、価格カルテルの場合と同様である。すなわち、取引分野の構造、あるいは、結果から当該合意の拘束が取引分野全体に及ぶことが認定できる場合もある。発注された物件数に対する合意に基づき受注された物件の数（あるいは、受注された物件の金額）の割合が、たまたま、50%未満となったとしても、それは、違反行為の時期の設定の問題に過ぎない場合もある。合意との関係、つまり因果関係を明確にするということで、発注された物件数に対する合意に基づき受注された物件の数（あるいは、受注された物件の金額）の割合が重要である。また、これが50%未満となる場合には、救済的な手段として何らかの手当が必要であろう。

（ウ） 経験則

このようにみると、「競争を実質的に制限する」を認定するには、「合意の成立」を違反行為とする場合、合意の成立、合意の実施を認定し、市場支配力を形成・維持・強化した

といえるか、取引条件等を左右することができる状況にあるかを総合判断することは経験則となっており、その蓋然性は高いといえることができる。

また、「合意の下、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ること」を違反行為とする場合、「合意の内容」と「合意に基づく実施」を認定し、同上の判断をすることになる。

(2) 3条前段

ア 私的独占と「競争を実質的に制限する」の認定方法

行為としての「排除」と結果としての「市場支配力の形成・維持・強化」である。新規参入の排除を含むのかである。2条5項は、行為としての「排除」の対象は「他の事業者の事業活動」としており、事業者ではない。結果として事業者が排除される場合も含まれる。「競争を実質的に制限する」の競争の排除であって特定の事業者の排除ではない。特定の事業者が排除されても、競争は排除されないこともある。また、不当ではない、通常の事業活動においても、事業者の事業活動が排除されることはある。したがって、これを区別することも必要である。

他方、「競争を実質的に制限する」という場合、新規参入の排除を含む。

いずれも、行為と結果の間の因果関係が必要である。

イ 「競争を実質的に制限する」の事実認定

(ア) 判断の基礎となる要素(事実)

排除の場合、市場占拠率(シェア)が重要な意味を持つ。市場占拠率(シェア)の拡大と維持である。また、排除される者の市場占拠率(シェア)の縮小も併せて認定される。

どちらかという、取引条件を左右することができる状態にあることよりも、その前提である市場の構造の変化を認定している。違反行為者の市場占拠率(シェア)の拡大を認定する、排除される側の市場占拠率(シェア)の縮小を認定する。また、明確には触れていないが、参入できないことを認定することで、事実上、市場占拠率(シェア)が維持されていることを認定している。

審決は、新規参入の排除について、次のようにいう。

一般に、既存事業者間で競争が活発でない場合には新規参入が誘引され、新たな競争単位が加わることによって競争が活発化することは市場メカニズムの道理であり、また、新規参入が起これなくとも、新規参入があり得るとの脅威が既存事業者を競争に向かわせる力となるところ、事業者数が少ない等のいわゆる独占・寡占市場において新規参入が人為的に妨げられていれば、既存事業者にとっては、更なる価格引き下げ、サービス内容の充実、事業の効率化などの企業努力をする必要性が小さいことが容易にわかる。このため、

そのような市場で新規参入の妨害行為が行われれば、既存事業者間での競争が行われにくくなり、市場機能が働きにくくなる状況に陥るものと考えられる。」²⁹⁹

(イ) 判断の基準

排除の場合、「競争を実質的に制限する」は、市場支配力の形成・維持・強化であり、市場支配力は市場占拠率（シェア）でみているから、違反行為の前後で当該事業者が市場占拠率（シェア）を維持したこと、あるいは増加させたことを判断の基準としている。

排除の場合、市場占拠率（シェア）の維持・拡大から「競争を実質的に制限する」を認定することになる。その基準は、市場支配力の形成・維持・強化とされるが、具体的には、市場占拠率（シェア）の維持・拡大があることをみている。

取引条件を支配することができる状態をもたらすこと、といった具体的な事情ではなく、取引条件を検討する前段階として、構造的な部分をみており、そのことが取引条件を左右できると判断しているようである。構造規制と行為規制の両方を含むところ、むしろ、構造規制に近いといえる。

「競争を実質的に制限する」を認定する事実が、違反行為者の市場占拠率（シェア）の維持・拡大に係る事実であり、その判断基準が違反行為の前後で市場占拠率（シェア）に変化が生じたことであることは経験則となっていると解することができよう。

(ウ) 経験則

「競争を実質的に制限する」を認定するには、事業活動を「排除」する行為、結果としての「市場支配力の形成・維持・強化」、これらの間の因果関係を認定するといえるかを総合判断することは経験則となっており、その蓋然性は高いといえることができる。ただ、具体的にどのような事実を認定するかは、個々の事件ごとの判断となる。

3 法解釈・価値の充填

「競争を実質的に制限する」の法解釈・価値の充填、つまり、どのように解するか、あるいはそこにどのような価値を持たせるかについて、これまでみた審決の考え方を敷衍し、経験則がどのように利用されているかについて、以下、検討する。

(1) 「競争を実質的に制限する」の意義

違反行為の成立要件は、「競争を実質的に制限する」であるから、法適用の前提として「競争」の内容についても確定しなければならない。そうでなければ、当該要件について判断できないことになる。そこで、まず、「競争」について法がどのようにみているかである。

ア 独占禁止法における「競争」の意義

一般的に、「競争」という場合、特定の市場において複数の事業者が、他を排して第三者

²⁹⁹ 前掲注175

との取引の機会を獲得するために、相互に競い合うことを意味する行為概念、特定の市場においていかなる事業者（またはその集団）も市場支配力を有していないことを意味する構造概念（あるいは状態概念）がある³⁰⁰。

独占禁止法は、公正かつ自由な競争を促進することを目的とし（1条）、「競争」概念は独占禁止法にとって最も重要な基礎概念である。

独占禁止法は2条に定義規定をおき、「競争」についても4項で定義している。すなわち、競争とは、二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次の各号の一に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。

- 一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること
- 二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること

このような「競争」の定義規定は、

- i 売り手競争・買い手競争を含む
- ii 顕在競争・潜在競争を含む
- iii ブランド内競争・ブランド間競争を含む

ことを規定するとされる。しかし、この定義は、事業者が「競争関係」にあるかを明らかにするものの、行為概念、構造概念としての「競争」を明らかにするものとはいえない。むしろ、「一定の取引分野」を認定するにおいて有意義ではあるが、「競争」の内容はこの定義自体から導くことはできない。「競争」の内容は、別途、考えることが必要となる。³⁰¹

独占禁止法が、あえて、「競争」の内容について規定を置かなかったのは、「競争」の内容が時代に応じて、場面に依拠して変化することを予定していたからであり、どのような価値を充填するかはその時々判断であるとみていたと解される。すなわち、「競争」という概念は、時代、産業、あるいは市場の発達段階（成熟度）、国内事業者に対する保護の必要性、国際的な競争、景気的好況・不況、あるいは国民の生活水準、国民の消費活動等の諸般の経済的要因によって、柔軟に判断できるようにする必要がある、それは高度な政策的判断であるといえることができるのである。

しかし、他方では、法の予測可能性もまた重要な要請である。すなわち、事業者は、事業活動を行うについて、迅速かつ適切な判断を要請されるが、そのためには、違法な行為が明確でなければならない。そうでなければ、実際に当該行為を行うことができるかどうかを判断するに当たり、判断の前提として、どのような情報を収集する必要があるのか、さらに、それらの情報をもとにどのような基準で判断すべきかを決するためのよりどころがないことになる。他方、適法かつ適切な判断をすることは、経営者としての責任であるが、これを全うするには、よりどころが必要であるところ、先に述べた枠組みと基準を明らかにすることで予測可能性を確保することができることになる。

³⁰⁰ 前掲注225 41頁

³⁰¹ 前掲注225 41頁

イ ガイドラインにおける「競争を実質的に制限する」

そもそも、公正取引委員会は、独占禁止法が抽象的、評価的概念からなる法であり、その執行の方向性を示すことが要請されることから、いくつかの法の運用指針を設けて、「競争を実質的に制限する」とはどのような場合であるかについて、解釈を示している。特に、この考え方に重大な関係があるのは、「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（いわゆる企業結合ガイドライン）と「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（いわゆる流通取引ガイドライン）である。このうち、前者は「競争を実質的に制限することとなる場合」について考え方を明らかにしているが、後者は個別の類型との関係で述べるに過ぎない（共同ボイコットについて述べられている）。

法律において、複数の条文で共通の概念が用いられる場合、その意義、解釈は共通するとみるのが一般である。独占禁止法においても、これを例外とみる必要はなく、「競争を実質的に制限する」は、私的独占、不当な取引制限、事業者団体の行為、企業結合の場合であっても共通すると解する。そこで、私的独占、不当な取引制限における「競争を実質的に制限する」を検討するに当たり、両ガイドラインが述べるところをみることにする。

企業結合ガイドライン（平成19年3月に改定）は、「競争を実質的に制限する」について（企業結合の場合は、「競争を実質的に制限することとなる」）、東宝・新東宝事件の東京高裁における判断を引用する（昭和28年12月7日判決）。すなわち、「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」とする。

これに対し、流通取引ガイドライン（平成17年11月改定）は、共同ボイコットについて、「事業者が市場に参入することが著しく困難となり、又は市場から排除されることとなる」場合には「競争を実質的に制限する」としている。この意味での「競争を実質的に制限する」は、排除行為による私的独占の場合である。

このように、企業結合ガイドラインにいう「競争を実質的に制限する」は、流通取引ガイドラインのように適用の対象となる場合が限定されておらず、その意味するところは普遍性を持つと解されるので以下これに沿ってみることにする。

企業結合ガイドラインでは、「競争を実質的に制限する」について、「市場を支配することができる状態があらわれている」こととしており、いわゆる市場支配力の形成・維持・強化をいうとされる。そして、市場支配力のうち、「市場における価格その他の取引条件を左右することができる状態をもたらすこと」、つまり、取引条件の支配をその基準としてとらえている。

ウ 「競争を実質的に制限する」の意義

「競争の実質的制限」は、市場支配力の形成・維持・強化であるとされ、それは市場に

おける価格その他の取引条件を支配する力、または市場の開放性を妨げる力（競争を排除する力）³⁰²であるとされる。

「市場支配力」について、完全競争の条件が欠ける場合には、市場支配力が形成されるとみることもでき、他方、完全独占に至って初めて市場支配力が形成されるとみることもできる。しかしながら、判例³⁰³は、「有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態をもたらす場合に市場支配力が形成される」とし、両極の立場を採用していない。

「市場支配力」は、相対的な概念であり、経済学上の「競争」をどのようにとらえるかが問題となる。判例がいうように、完全競争、完全独占を前提に論ずることは、市場の状況とかけはなれ、現実味を帯びないことになる。このようなことから、「有効競争」を前提に判断されることになる。以下、詳述する。

完全競争の条件が欠ける場合は常に市場支配力が形成されるとみることもできるし、他方、完全独占にいたって初めて市場支配力が形成されるとみることもできる。また、このいずれかではなく、中間的なものとして有効な競争を期待することが不可能な状態をもたらす場合に市場支配力が形成されるとみることもできる。このうち、高度に寡占化し、組織化された現代の資本主義社会を前提とすれば、多数の小規模事業者による完全競争を前提とする考えは採り得ないし、他方、完全独占によって市場支配力が形成されるまで介入することはできないとする考えも採り得ない。つまり、中間的な有効な競争を前提とする考えを採ることになる。ただ、中間的といっても、その幅は広く、まさに完全競争と完全独占を両端とする振り子のようなものである。前述したように、時代、産業、あるいは市場の発達段階（成熟度）、国内事業者に対する保護の必要性、国際的な競争、景気的好況・不況、あるいは国民の生活水準、国民の消費活動等の諸般の経済的要因によって、柔軟に判断することが可能となるが、それは高度な政策的判断であるということができるのである。

ところで、経済学において、「完全競争（perfect competition）」は、理想的な目的とされる。すなわち、「完全競争」は、

- i 市場で売り手と買い手の数が多く、どの売り手もどの買い手も市場に影響を与えない
- ii どの売り手もどの買い手も市場における価格その他の取引条件について完全な情報

³⁰² 「競争を実質的に制限する」という場合、市場支配力の形成・維持・強化がこれに当たるとは、争いがないと言ってよい。しかしながら、これとは別に、市場の開放性を妨げる力の形成・維持・強化を含むのか。既存事業者間で競争が行なわれているとともに、事業者が競争の機会が付与されていること、つまり、新規参入が可能であることが有効競争の前提として必要であると解するものである。排除による3条前段違反、共同ボイコットによる3条後段違反、事業者団体の共同ボイコットによる8条違反などの場合である。これらの場合には、市場の価格その他の取引条件を支配する力の形成・維持・強化すること、市場の開放性を妨げる力の形成・維持・強化があれば、競争の実質的制限があるとされる。参入は阻止されるが、既存の事業者間では競争が行なわれている場合に、競争の実質的制限の要件は満たされるのかということであるが、経済学上は、この場合にも、あるべき競争との差をとらえ、競争は制限されると見ている。

³⁰³ 前掲注126

を有している

iii 市場で取引される商品が同質であり、差別化されていない

iv あらゆる生産要素の完全な可動性が存在し、売り手、買い手ともに様々の取引へ自由に参加、退出することができる

ことをいう。このような状況下では、経済資源が最適に配分され、経済効率は最善になるとされる。

しかしながら、理論的に見ても、完全競争モデルは、市場で競争が行われ、ぎりぎりまで行った均衡状態に見られる特徴を示したものであって、そこには「競争」は見られない。言い換えると、価格メカニズムの資源配分機能を分析する用具でしかなく、「競争」の要素を欠くのである。また、だれにも明らかなように「完全競争」は、理想のモデルではあるが、現実には存在しえないものである。そこにいう前提、つまり上記 i から iv を満たすことはありえないのである。特に、「情報の完全性」を前提とすることは、市場経済の意義が失われる。

独占禁止法を適用する場合、実際の市場を前提とするが、多数の小規模な事業者のみからなる完全な古典資本主義的社会はみられることが少なく、多くの市場は寡占状態として組織化されている現代資本主義的社会が多い。例えば、地方都市における土木工事においては、法人なりした地元業者が多数存在することも多く、小規模な発注物件についてはこれらの業者間の競争になることもあり、上記 i から iv の要件を満たすことがあり得ないわけではない。しかしながら、地方都市でも中規模以上の発注物件については、全国規模の事業者（いわゆるゼネコン）が参入することがあるから、上記要件を満たすことは少ない。ましてや、大規模な工事にあつては、中小は受注するよりも、下請となることが多く、自ら受注することはない。さらに、いわゆる原材料に当たる市場については、差別化の試みはないではないが、企業の再編がすすんでおり、合併・企業分割・営業譲渡等の企業結合をはじめとして、業務提携がひろく行われ、寡占化の一途をたどっている。このような市場の状況にかんがみれば、「完全競争」に当たる事実が認められることはない。したがって、独占禁止法の解釈においてこれを経験則として用いることは難しい。

このため、より現実的な理論を模索して、「競争」とは「有効競争 (workable competition)」であるという考え方を前提とすることが考えられる。「有効競争」とは、「規模の経済性」と「競争原理」の利点を享受することができるとされる産業組織論の概念である。「規模の経済性」を問題とする場合、「工場規模」と「企業規模」の二つに分けて論じられることが多い。「工場規模の経済性」は、工場規模の最適規模を生産コストが最小化する点をもって「最小最適規模」と考え、この点まで企業規模を拡大することはコストダウン・企業の競争力の維持の観点から不可欠であるとし、大規模化は正当とされる。これを越えると高コストとなることから、大規模化による不利益となる。「企業規模の経済性」も同様に、企業規模の最適規模はコストの最小化する点であることは否定されないが、これ以外にコストダウンにつながる他の要因、つまり、多角化の利益である「範囲の経済性」、取引費用の節

減を図る「内部組織化の経済性」などの要因を考慮の上、判断されることになる。すなわち、「企業規模の経済性」は、国家、時代、産業などの事情によって異なってくるのである。

このような理論的な考え方を現実にとどのように反映させるかを考える場合、最小最適規模基準に代替する手法を検討することが必要となる。ここで利用されるのが、有効競争基準³⁰⁴である。すなわち、市場構造基準、市場行動基準、市場成果基準であり、次のような内容とされる。

i 市場構造基準

- ① 集中度があまり高くないこと
- ② 市場参入が容易なこと
- ③ 極端な製品差別化がないこと

ii 市場行動基準

- ① 価格について共謀がないこと
- ② 製品について共謀がないこと
- ③ 競争者への強圧政策がないこと

iii 市場成果基準

- ① 技術の進歩・革新への絶えざる圧力があること
- ② コストの引下げに対応して価格が引き下げられること（正常利潤を超える独占利潤が獲得されていないこと）
- ③ 当該産業が効率的な適正規模の企業から構成されること
- ④ 販売費が浪費的でないこと
- ⑤ 慢性的な過剰能力がないこと

これらの基準に照らし、産業を分析し、全体的・総合的に、独占的か、有効競争的かを判断する。

なお、これらの事実は、あくまでもメルクマールであって、認定においては総合判断されることになる。

そして、同基準を用いて現実の市場を分析することになるが、これらの要素のうち、どれを取り上げるか、どれを重視するかは、基準があるわけではなく、国、時代、産業、あるいは、分析者の立場などによって結果が異なる可能性がないわけではない。既に、この基準は、過去のものであるという考えもあるが、理論として現在も妥当しているかどうかは別にして、その枠組、つまり判断のための事実のメルクマールとして残っているとみることもできる。何ら基準もなく分析するよりも、これらの要素をメルクマールとして分析

³⁰⁴ 前掲注225 29頁

産業組織論における構造＝行動＝成果パラダイム（Structure Conduct Performance paradigm）（SCPパラダイム）は、構造的要因、行動的要因が市場の成果にどのような影響を与えるかを統計的技法や理論によって解明しているというプログラムである。有効競争論の判断要素と同じように見えるが、有効競争論はSCPパラダイムの影響を受けて、競争状態をこれらの要因で述べたことである。

することは方向性が明らかになるといえる。

実際にも、「一定の取引分野」の画定、あるいは「競争を実質的に制限する」を判断するに当たり、これらの要素を基準としていることは、企業結合のガイドライン、あるいは判例・審決においても認められる。ただ、これらの要素が共通するというだけで、当該基準を採用するものであるかどうかは明らかではない。

「一定の取引分野」の画定は、競争関係にあるかどうかかみていることは前述のとおりであるが、その際に、この3つの基準に含まれる要素をもとに判断しているとみられる。通常、3条後段の事件、カルテル事件、入札談合事件では、違反行為からみるということでiiの市場行動基準が重視される（ほとんどの場合、これで決まるといっても過言ではない。）が、カルテル事件でも、入札談合事件でも、それだけでは足りない。少なくとも、iの③の対象とする製品・サービスに極端な差別化がないことは前提となっている。例えば、カルテル事件では、いわゆる代替財であって、製品に共通性があり、入札談合事件では、発注物件の均一性がある。また、カルテル事件では、iの集中度については高い場合が多いし、入札談合事件では、iiの新規参入が難しいケースが多い。さらに、iiiについては、ほとんどの場合、これらの要素が硬直状況にあることが多い。これに対して、3条前段の事件、つまり私的独占事件の場合には、違反行為の認定に当たり、市場構造が大きなウェイトを占めると解されるから、そこでは、市場構造基準、市場行動基準が重要である。

さらに、「競争を実質的に制限する」の判断においても、これらの要素を基準に判断することになる。「取引分野の画定」と「競争を実質的に制限する」は、別の要件ではあるが、「競争」の場とその制限であり、前提となる事実は共通するものと解される。

そこで、「競争を実質的に制限する」を判断する枠組みをどのようにとらえるかである。すなわち、市場支配力が形成・維持・強化されているかについて、取引条件を支配し得る状態にあるかどうかの観点から判断することになるが、その際には、前提となる市場は通常は寡占市場であって、有効な競争が行われているかどうかを判断することになる。そして、有効な競争が行われているかは、競争に係る複数の事実から総合判断して、認定されることになる。そして、その際、判断の枠組みとしては、前提として事実を認定し、市場を分析的にみるのが、綿密な分析につながると解される。したがって、有効な競争が行われているかどうかを判断するための枠組みとして、いわゆる市場構造、市場行動、市場成果に係る要素に分けて考えることは、経済的な見方を取り入れることにより、現在のいわゆる市場、あるいは取引分野の状況を分析することができ、また、競争に係る具体的な状況の判断が容易になると解される。ここで、このような枠組みを採用するからといって、必ずしも、その理念まで採用するというのではなく、むしろ、理念を採用するかどうかは別にして、判断の枠組み、分析判断の道具として各要素をメルクマールとして利用するだけであるということも可能である。

ここで、いわゆる市場構造、市場行動、市場成果に係る要素をみてみると、
市場構造基準は

- ① 集中度があまり高くないこと
- ② 市場参入が容易なこと
- ③ 極端な製品差別化がないこと

市場行動基準は

- ① 価格について共謀がないこと
- ② 製品について共謀がないこと
- ③ 競争者への強圧政策がないこと

市場成果基準は

- ① 技術の進歩・革新への絶えざる圧力があること
- ② コストの引下げに対応して価格が引き下げられること（正常利潤を超える独占利潤が獲得されていないこと）
- ③ 当該産業が効率的な適正規模の企業から構成されること
- ④ 販売費が浪費的でないこと
- ⑤ 慢性的な過剰能力がないこと

といった事実の存否を認定し、認定できた事実を前提に「競争を実質的に制限する」かどうかを取引条件の支配といった観点から総合勘案して判断することになる。

（２） 認定方法と経験則

「競争を実質的に制限する」の解釈・意味の充填においては、「市場支配力の形成・維持・強化」がこれに当たることは、争いがないといってよい。さらに具体化したものが「取引条件を左右しうる状態をもたらすこと」であろう。

ただ、このように解しても、これだけで具体的事実が明らかになるわけではなく、「市場支配力」の判断の基準が明らかではない。そこで、経済学における「競争」概念の持つ価値、意味を法の「競争」に充填することになる。これを基礎付ける事実、評価根拠事実を主張立証することになる。

このような推認は、いずれも、経験則として高い蓋然性を持つと解される。

ア 3条後段

（ア） 価格カルテル

価格カルテルの場合、「合意の成立」と合意の「実効性（当事者拘束力）」、具体的には実施状況、さらに、市場占拠率（シェア）から「競争を実質的に制限する」を認定することになる。その基準は、「競争を実質的に制限する」は、市場支配力の形成・維持・強化とされるが、具体的には、取引条件を支配することができる状態をもたらすことであり、取引条件は、具体的には、価格、数量、品質その他を意味する。

「競争を実質的に制限する」を認定する事実が、「合意」の内容と合意の「実効性（当事者拘束力）」、具体的には実施状況、さらに、市場占拠率（シェア）であること、その判断基

準が「取引条件を左右することができる状態をもたらすこと」であることは経験則となっておりと解することができよう。

このようなことは経験則として高度の蓋然性を有すると解される。

(イ) 入札談合

入札談合の場合、「合意の成立」と合意の「実効性（当事者拘束力）」、具体的には実施状況から「競争を実質的に制限する」を認定することになる。その基準は、「競争を実質的に制限する」は、市場支配力の形成・維持・強化とされるが、具体的には、取引条件を支配することができる状態をもたらすことであり、具体的には、価格、数量、品質その他を意味する実質的に制限する」を認定する事実が、「合意」と合意の「実効性」であるところ、具体的には実施状況であること、その判断基準が「取引条件を左右することができる状態をもたらすこと」であることは経験則となっておりと解することができよう。

このようなことは経験則として高度の蓋然性を有すると解される。

イ 3条前段

排除の場合、市場占拠率（シェア）の維持・拡大から「競争を実質的に制限する」を認定することになる。その基準は、「競争を実質的に制限する」は、市場支配力の形成・維持・強化とされるが、具体的には、市場占拠率（シェア）の維持・拡大があることをみている。

取引条件を支配することができる状態をもたらすこと、といった具体的な事情ではなく、取引条件を検討する前段階として、構造的な部分をみており、構造的な状況があればそのことが取引条件を左右することができる状態をもたらすと判断しているようである。構造規制と行為規制の両方を含むところ、むしろ、構造規制に近いといえる。

「競争を実質的に制限する」を認定する事実が、違反行為者の市場占拠率（シェア）の維持・拡大に係る事実であり、その判断基準が違反行為の前後で市場占拠率（シェア）に変化が生じたことであることは経験則となっておりと解することができよう。

このようなことは経験則として高度の蓋然性を有すると解される。

さいごに

独占禁止法の判例・審決について、著名なものについては触れたつもりであるが、網羅的に検討することができなかったのも、よりきめの細かい研究がされるべきであろう。独占禁止法の要件を明確にするため、さらに事実認定の過程、法の解釈等について、検討すべきであろう。独占禁止法の理解のための一資料となれば幸いである。

図 1

i 直接証拠による場合

直接証拠 → 要件事実
事実認定

ii 間接証拠による場合

① 単数の場合

間接証拠 → 間接事実
事実認定

→ 要件事実
推認

② 複数の場合

間接証拠 → 間接事実
事実認定

間接証拠 → 間接事実
事実認定

間接証拠 → 間接事実
事実認定

→ 要件事実
推認

図2

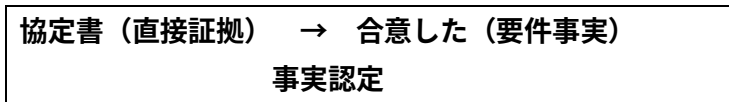
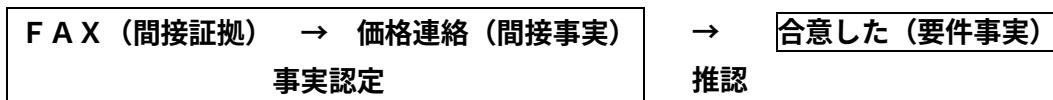
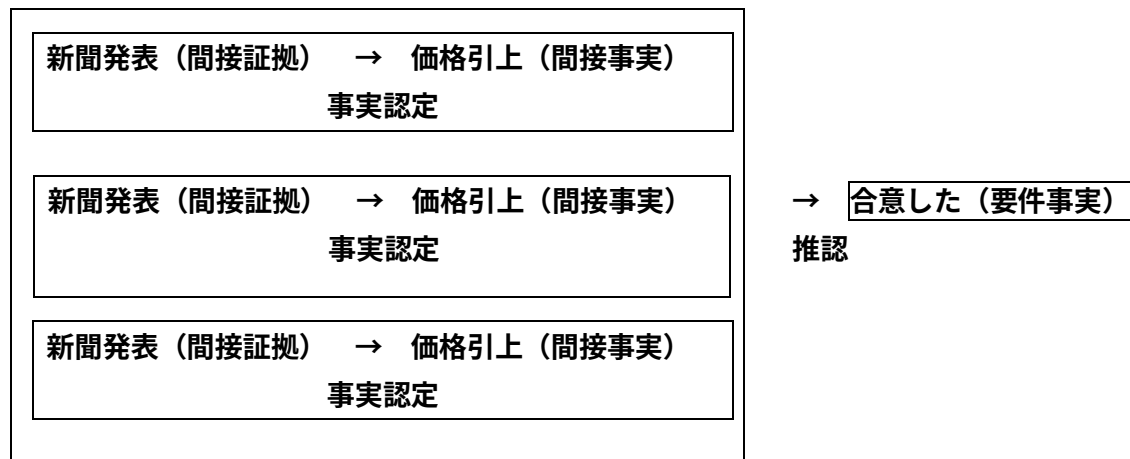


図3

① 単数の場合



② 複数の場合



過去の審決に関する調査結果

第1 調査対象審決数

昭和28年度¹から平成18年度までにおける3条違反、8条1項1号違反の審決（ただし、違反事実無しとなったものを除く。）。

調査対象審決数は、合計871件（うち談合326件、カルテル545件）

第2 調査結果

1 違反行為者の市場シェアに対する記述振り

(1) 談合参加者が占めるシェア

（昭和28年度～平成18年度）

代表的表記	みなしシェア	件数	備考（代表的表記と類似の表記とみなしたものの）
すべて	100%	44	おおむね半分づつ ²
ほとんどすべて	90%以上	133	
ほとんど	80%以上	31	7物件のうち6物件 ³
大部分	70%以上	114	87件中66件（75.9パーセント） ⁴
過半	50%超	2	
4割強	50%以下	1	
記載なし	不明	1	
合計		326	

¹ 現行8条の規定は昭和28年9月1日より施行されていることから。

² 平成10年（判）第28号（株）東芝及び日本電気（株）に対する件では、入札参加者は2社のみ

³ 平成16年（判）第9号（株）新歩組に対する件

⁴ 平成11年（判）第4号日立造船（株）ほか4名に対する件

（昭和 53 年度～平成 18 年度）

代表的表記	みなしシェア	件数	備考（代表的表記と類似の表記とみなしたもの）
すべて	100%	44	おおむね半分づつ ⁵
ほとんどすべて	90%以上	131	
ほとんど	80%以上	31	7 物件のうち 6 物件 ⁶
大部分	70%以上	111	87 件中 66 件（75.9 パーセント） ⁷
過半	50%超	2	
4 割強	50%以下	1	
記載なし	不明	1	
合計		321	

（２） カルテル参加者が占めるシェア

（昭和 28 年度～平成 18 年度）

代表的表記	みなしシェア	件数 ⁸	備考（代表的表記と類似の表記とみなしたもの）
すべて	100%	46	全量、全部

⁵平成 10 年（判）第 28 号（株）東芝及び日本電気（株）に対する件では、入札参加者は 2 社のみ

⁶平成 16 年（判）第 9 号（株）新歩組に対する件

⁷平成 11 年（判）第 4 号日立造船（株）ほか 4 名に対する件

⁸ 1 審決中において 2 つ以上の市場を認定している案件（例えば、昭和 30 年（勸）第 2 号広島糧工株式会社ほか 14 名に対する件では、事件対象の市場シェアとして、「すべて」（氷の取引分野）「ほとんどすべて」（小売事業分野）としている。）において、当該市場のシェアを個々に計上している案件については、それぞれの市場シェアを 1 件として計上（例えば前記の例では、2 件として計上）している。そのため、カルテルに関する審判決総件数 545 件とは一致しない。

ほとんどすべて	90%以上	232	ほとんどすべて又は大部分 ⁹ 、90パーセント、90パーセント以上、100名中99名、147名中145名、大部分（90パーセント以上）、ほとんど全員、ほとんど全部、ほとんど大部分、ほとんど全量、約90パーセント、約95パーセント、126名中120名、約96パーセント、113名中110名、37名のうち36名を支部員としている、61名中60名、62名中60名、67名のうち65名を支部員としている、69名中67名、92名中89名、約98パーセント、127名のうち125名、191名のうち189名
ほとんど	80%以上	27	80パーセント、80パーセント以上、89.8パーセント、少なくとも80パーセント、約80パーセント、30名中25名、約814名中694名、86名中74名、約88パーセント、16名中14名
大部分	70%以上	239	70パーセント以上、75パーセント以上、約70パーセント、約73パーセント、約75パーセント、約77パーセント
ほとんど大部分	60%以上	7	約60パーセント、約65パーセント
過半	50%超	4	
半分近く	50%以下	2	ほぼ半ば
大きく依存	不明	4	相当部分
合計		561	

（昭和53年度～平成18年度）

代表的表記	みなしシェア	件数	備考（代表的表記と類似の表記とみなしたもの）
すべて	100%	12	全量

⁹ 該当審決は、平成14年（判）第61号（タキイ種苗(株)ほか18名に対する件）及び昭和45年（勸）第29号（板紙連合会に対する件）の2件のみ。平成14年（判）第61号については、違反対象品目に対する関係人らによる販売総額が市場シェアがいずれも9割を超えている。また昭和45年（勸）第29号については、違反対象品目に対する具体的なシェアに関する言及が「ほとんどすべて又は大部分」と記された以外にないことから便宜的に「ほとんどすべて」と同種とみなすこととした。

ほとんどすべて	90%以上	58	ほとんどすべて又は大部分 ¹⁰
ほとんど	80%以上	5	
大部分	70%以上	62	
過半	50%超	3	
半分近く	50%以下	1	
大きく依存	不明	1	
合計		142	

2 カルテルの履行状況

事業者間の合意事項を実施したかどうかに関する審判決中の表現は、「引き上げを図った」、「販売できるようにしていた」、「価格を維持していた」等様々であるが、実施の程度については、①合意が完全に実施したことがうかがえる表現（例：販売価格を引き上げている）、②合意が完全ではないがほぼ実施されたことがうかがえる表現（例：おおむね販売価格を引き上げている）、③合意の実施の確認ができない表現（例：引上げを図った）の3種類に分類される。それぞれに合致する審決を整理すると次のとおりとなった。

（昭和 28 年度～平成 18 年度）

	件数 ¹¹
①合意が完全に実施したと考えられる表現	223
②合意が完全ではないがほぼ実施されたと考えられる表現	322

¹⁰ 注9と同じ。

¹¹ 1審判決において2つ以上の内容のカルテル（例えば、数量カルテルと価格カルテル）があり、そのそれぞれについて実施状況が異なる場合それぞれを1件として計上している。

③合意の実施の確認ができない表現	3
合計	548

(昭和 53 年度～平成 18 年度)

	件数 ¹²
①合意が完全に実施したと考えられる表現	41
②合意が完全ではないがほぼ実施されたと考えられる表現	101
③合意の実施の確認ができない表現	3
合計	145

3 違反行為の終結形態

(1) 入札談合

審判決における違反行為の終結理由の表記は、審決中にみる違反行為の終結理由は、「公正取引委員会の立入検査」、「公正取引委員会の立入検査（別件）」、「(何らかの理由により) 自発的に中止」、「陸上自衛隊から陸上自衛隊発注の特定通信機用乾電池の入札に関して事情を聴取された」、「新聞報道」、「発注者の監視が厳しくなった」、「競売入札妨害罪の事実による地検の搜索・差押え等」等様々である。そのためこれら違反行為の終結理由の記述ぶりを「立入検査により終結」、「自発的に終結」、「外部要因により終結」の 3 つに分類した。なお、終結が認定されていないものについては「継続」に分類した。

(昭和 28 年度～平成 18 年度)

終結の原因となる理由	件数	備考
立入検査	291	「公正取引委員会の立入検査」が該当

¹² 注 11 と同じ。

自発	7	「(何らかの理由により) 自発的に中止」が該当
外部要因	23	「新聞報道」,「発注者の監視が厳しくなった」,「公取委の別件立入検査」等が該当
継続	5	終結が認定されていない。
合計	326	

(昭和 53 年度～平成 18 年度)

終結の理由となる原因	件数	備考
立入検査	291	「公正取引委員会の立入検査」が該当
自発	7	「(何らかの理由により) 自発的に中止」が該当
外部要因	18	「新聞報道」,「発注者の監視が厳しくなった」,「公取委の別件立入検査」等が該当
継続	5	終結が認定されていない。
合計	321	

(2) カルテル

審決中にみる違反行為の終結理由は、「公正取引委員会の立入検査」,「公正取引委員会の立入検査(別件)」,「(何らかの理由により) 自発的に中止」,「審決」¹³,「審判の途中で適用除外組合になった」,「当該工事が終了した」,「仕入価格が下降に転じることが見込まれた」等である。そのためこれら違反行為の終結理由の記述ぶりを「立入検査により終結」,「自発的に終結」,「外部要因により終結」,「審決による

¹³ 審決により終了の例は、例えば 13 (判) 16「関東港業(株)に対する件」では、審決書では、関東港業(株)の違反行為の終了について「平成 13 年 9 月 17 日、公正取引委員会が関東燐蒸に対し審決を行い、同社は、同審決に基づき、同年 10 月 15 日、取締役会においてくん蒸料金等の共同設定及びくん蒸貨物の配分等の申合せを取りやめることを決定し、同年 11 月 9 日、その旨を取引先に周知した。これに伴い、関東燐蒸は、くん蒸料金を改定するなどし、被審人と関東燐蒸のくん蒸料金等は、同一ではなくなった。…(中略)…くん蒸 2 社が行った本件違反行為は、平成 13 年 9 月 28 日の審判開始決定の時には存在していたが、平成 13 年 11 月 8 日に関東燐蒸が本件違反行為を取りやめたこと(前記第 2 の 5)により既になくなっていないものと認められる。」と認定している。

「終結」の4つに分類した。なお、終結が認定されていないものについては「継続」に分類した。

(昭和 28 年度～平成 18 年度)

終結の理由となる原因	件数	備考
立入検査	78	「公正取引委員会の立入検査」が該当
自発	8	「(何らかの理由により) 自発的に中止」が該当
外部要因	7	「当該工事の終了」, 「仕入価格が下降傾向」等が該当
審決	3	「審決」が該当
継続	449	終結が認定されていない。
合計	545	

(昭和 53 年度～平成 18 年度)

終結の理由となる原因	件数	備考
立入検査	78	「公正取引委員会の立入検査」が該当
自発	7	「(何らかの理由により) 自発的に中止」が該当
外部要因	6	「当該工事の終了」, 「仕入価格が下降傾向」等が該当
審決	3	「審決」が該当
継続	48	終結が認定されていない。
合計	142	

別表1

	価格を決定することにより	価格の引上を決定することにより	価格を引き上げることににより	価格の引き上げを決定し実施することにより	合意することにより	維持することにより	その他	合計
18					1			1
17		4						4
16		1						1
15		2				1		3
14		1		2				3
13	1	2						3
12	1	3						4
11		6					1	7
10	2							2
9		2						2
8	1	3						4
7		2						2
6		1						1
5	2	8					1	11
4		7						7
3		7	1			1		9
2	2	2						4
1			4					4
63		1	4					5
62								0
61			2					2
60						1		1
59			2				1	3
58			4					4
57			2				1	3
56		1	3	1				5
55						3	1	4
54			1					1
53		1						1
52		1					1	2
51	1			11			1	13
50		1		8			3	12
49				29				29
48	3	7	2	23				35
47			5	1				6
46				3				3
45			1	1				2
44			2	1				3
43	3		1	2				6
42	1							1
41								0
40				1				1
39			8	2				10
38			1					1
37								0
36								0
35								0
34								0
33								0
32	2							2
31								0
30	4							4
29								0
28	1							1
合計	24	63	43	85	1	6	10	232
%	10.34	27.16	18.53	36.64	0.43	2.59	4.31	

別表2

	合意(決定)し、合意に基づき		合意に基づき	方法により	合意の下			合計
	…旨合意し、合意に基づき、受注予定者を決定し受注できるようにした	…旨合意し、合意に基づき…の方法で受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした			…旨の合意の下、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした	…旨の合意の下、…の方法で受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした	受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする旨の合意の下、…の方法で受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにした	
18						38		38
17						20		20
16			2			15	11	28
15	3		3			10	2	18
14	1		5		19	8		33
13					24	9	1	34
12			3		5	4		12
11			2		12	1	1	16
10		1	1		7	5		14
9	4				8	3		15
8					9	2		11
7	1				6	2		9
6	4			8	2	3		17
5	3				4	5		12
4	8				10	2		20
3					3			3
2	4							4
1		1						1
63								0
62								0
61		2						2
60								0
59	2							2
58	1							1
57	4							4
56	2							2
55								0
54	5							5
合計	42	4	16	8	109	127	15	321
%	13.08	1.25	4.98	2.49	33.96	39.56	4.67	