

主 文

- 1 原告らの請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は、原告らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第 1 請 求

1 第 1 7 号事件

公正取引委員会平成 年（判）第 号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律に基づく課徴金納付命令審判事件について、被告が平成 2 0 年 7 月 2 4 日付けで原告株式会社 P 1（原告 P 1）に対してした審決を取り消す。

2 第 2 3 号事件

公正取引委員会平成 年（判）第 号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律に基づく課徴金納付命令審判事件について、被告が平成 2 0 年 7 月 2 4 日付けで原告 P 2 株式会社（原告 P 2）に対してした審決を取り消す。

3 第 2 9 号事件

公正取引委員会平成 年（判）第 号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律に基づく課徴金納付命令審判事件について、被告が平成 2 0 年 7 月 2 4 日付けで原告 P 3 株式会社（原告 P 3）に対してした審決を取り消す。

4 第 3 1 号事件

公正取引委員会平成 年（判）第 号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律に基づく課徴金納付命令審判事件について、被告が平成 2 0 年 7 月 2 4 日付けで原告 P 4 株式会社（原告 P 4）に対してした審決を取り消す。

第 2 事案の概要等

本件は、被告において、財団法人 P 5 公社（公社）が、東京都の区域のうち区部及び島しょ部を除く区域（多摩地区）において、平成 9 年 1 0 月 1 日から平成 1 2 年 9 月 2 7 日までの間（本件対象期間）に発注した土木工事について、原告ら（ただし、原告 P 2 については吸収合併前の P 6 株式会社）を含む 3 3 社が私的独占の禁

止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律（平成１７年法律３５号）附則２条の規定によりなお従前の例によることとされる同法による改正前の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（**独占禁止法**）３条に違反する不当な取引制限を行ったとして、上記３３社のうち原告らを含む３０社に対して課徴金の納付を命じる審決（**本件審決**）をしたところ、原告らがこれを不服として、本件審決の取消しを求める事案である。

第３ 前提事実

１ 当事者等

(1) 原告らは、肩書き住所地に本店を置き、いずれも建設業法の規定に基づき国土交通大臣の許可を受け、国内の広い地域において総合的に建設業を営む者（**ゼネコン**）であり、多摩地区において営業所を置くなどして事業活動を行っている。

(2) 原告Ｐ４は、平成１７年３月３１日、Ｐ７株式会社に営業を譲渡した上、解散を決議し、現在、清算手続中である（弁論の全趣旨）。

原告Ｐ２は、もと「Ｐ８株式会社」の商号であったが、平成１５年４月１日にＰ６株式会社（Ｐ６）を吸収合併した上、商号を現商号とした（弁論の全趣旨）。

(3) 公社は、東京都並びに八王子市、青梅市、町田市、
、及び（当時の市町名）により、昭和３６年７月２０日に設立された財団法人であり、多摩地区に所在する市町村から委託を受けるなどして、多摩地区において公共下水道の建設等の都市基盤整備事業を行う者である（査共６０）。

２ 公社の工事発注方法

(1) 公社は、本件対象期間、多摩地区において別紙１記載の７２件の工事（**本件各工事**）を発注した（査共３２８，４６３。以下の説明は、いずれも本件対象期間におけるものである。）。

(2) 公社は、予定価格が５００万円以上である工事を発注する際には、指名競争入札の方法によって発注業者を選定した。

工事の発注に当たっては、まず「工事発注予定表」をもって発注する工事の件名、

概要，格付け等を公示し，入札に参加を希望する事業者は，公社に工事希望票を提出し，これを提出する者の中から入札に参加する事業者又はＪＶの構成員となるべき者が選定された。

公社は，入札に参加する指名業者の選定について，その契約規程１０条によって「Ｐ５公社工事請負指名業者選定基準」を定めており，これによると，経営状況や技術力を元に業者の適格性の判定を行い，適格性ありと判定された者の中から指名業者の選定を行うものとされ（査供４３６，４３８，４３９，４６４から４６６），事業者が入札に参加するためには，その資格を有する事業者として公社に登録された者であることが必要とされた。実務的には，東京都財務局が作成している建設工事等競争入札参加有資格者名簿（査供４６９，４７０）に基づいて入札参加資格及びその格付けが判定されていた。

（３）公社は，上記名簿に基づいて，事業者を工種区分ごとにＡからＥまでのランクを用いて格付けし（**事業者ランク**。格付けは東京都財務局の上記名簿に従ったものである。また，ランク毎に更に順位が付されている。），他方，発注する工事を，その予定価格の額を基礎とし，これに施工技術の難易性を勘案して，ＡからＥまでの工事及び共同施工方式により施工する工事に格付けし，原則としてその工事のランクに対応する格付けを有する事業者を入札に参加する事業者として指名した。

（４）工事を発注する場合は，１社のみに請け負わせる場合（**単独施工方式**）と，共同企業体（ＪＶ）に請け負わせる場合（**共同施工方式**）がある。単独施工方式の場合は，予定価格が原則として２億６０００万円未満の工事とされ，それ以上の予定価格の工事は原則として共同施工方式の工事とされた。共同施工方式の工事は，ＡＡランク，ＡＢランク，ＡＣランクに格付けされ，順にいずれもＡランクの２社，ＡランクとＢランクの２社，ＡランクとＣランクの２社のＪＶにより施工されるものとされた。工事の格付けの基礎とされる予定価格は，５億６０００万円以上はＡＡランク，３億円以上５億６０００万円未満はＡＢランク，２億６０００万円以上３億円未満はＡＣランクとされ，１億７０００万円以上２億６０００万円未満はＡ

ランクの単独施工工事とされたが，中には工事内容等を勘案して当該工事の本来のランクよりも上位のランクに格付けされる工事があった。

単独施工工事の指名競争入札の参加者は，発注する工事のランクに対応する事業者ランクに格付けされた者の中から指名することを基本とし，共同施工工事については，事業者ランクがAである者をJVの構成員のうちの代表者（JVのメイン）として指名し，事業者ランクがB又はCの者をJVのメイン以外のJVの構成員（JVのサブ）として指名することを基本とし，指名を受けたJVのメインとJVのサブにJVを結成させ，当該JVを指名競争入札の参加者としていた。

AAランクに格付けした共同施工工事については，JVのメインとJVのサブを区別せずに，事業者ランクがAの者の中から指名することを基本とし，指名を受けた者同士にJVを結成させ，当該JVを指名競争入札の参加者としていた（査共64，436，438，439，466から470）。

(5) 入札に参加する事業者の選定は，公社の指名業者選定委員会によって行われ，単独施工工事については10社が，共同施工工事についてはメインの業者10社，サブの業者10社がそれぞれ指名され，まれに工事希望表を提出する業者が10社に満たない場合は，いわゆる逆指名を行うこともあった。その選定の際に考慮される要素で重要なものは，工事の規模，工法の難易度であるが，公社は，地元建設業者の育成を図りつつ，当該工事の技術的困難性に応じた選定を行っており，選定する事業者の活動の拠点，格付け，工事希望票の提出回数，指名回数及び受注回数，公社発注の工事の現在施工状況等も総合的に勘案していた。特に，地元業者は優先的に指名をされ，Aランクと位置づけられる工事についてもその直下のBランクの地元業者が指名される例もあった（査共367から436，438から441，464から466，469，470，審共9）。

(6) 入札に参加する事業者又はJVの構成員となるべき者が指名されると，単独施工工事の場合は，指名された事業者に対する現場説明会が行われ，共同施工工事の場合には，JV結成についての説明会，入札参加者によるJV結成の届出，現場

説明会が行われた。その後入札が行われ、落札者との間で契約が締結された（査共 4 3 6 , 4 3 8 , 4 3 9 ）。公社は、入札に当たって予定価格を設定しているところ、平成 1 3 年 9 月以前は、予定価格は事前に公表されておらず、各入札参加者の入札価格の全部が予定価格に達しない場合には、その場で 3 回まで入札を行うこととしていた。また、公社は最低制限価格を定め、これを予定価格の 8 割としていた。これを下回る価格で入札した者は失格とし、最低制限価格以上の価格で入札した者の中で最も低い価格で入札した者を落札者としていた（査共 5 , 6 , 8 , 5 4 , 5 6 , 6 5 から 7 1 , 9 1 , 3 2 8 , 4 3 6 ）。

なお、ＪＶを結成して公社の指名競争入札に参加する場合には、通常、ＪＶのメインが入札価格を決定していた（査共 5 6 , 6 2 , 6 6 , 7 7 , 8 3 , 8 5 から 9 3 , 1 5 3 ）。

3 本件対象期間に入札に参加した業者

(1) 本件対象期間中に公社から入札参加資格者として登録を受けていたゼネコンは、別紙 2 記載の 3 4 社のうち、原告 P 2 及び P 9 を除く 3 2 社と P 6 及び株式会社 P 1 0 (P 1 0) の合計 3 4 社 (3 4 社) 並びに別紙 3 記載のゼネコン 4 6 社 (その他のゼネコン 4 6 社) であり、いずれも A ランクに格付けされていた。

3 4 社のうち、原告 P 2 及び同 P 4 を除いて、組織の変更や商号の変更等があるものは以下のとおりである（査供 1 , 9 から 5 1 , 5 3 , 弁論の全趣旨）。

ア P 1 1 は、もと「株式会社 P 1 2」の商号であったが、平成 1 6 年 4 月 1 日に会社分割の方法により建設業に関する一切の営業を他社へ譲渡し、現商号に変更し、建設業を廃業する旨を届け出た。

イ P 1 3 は、平成 1 8 年 8 月 1 日、株式会社 P 1 4 に営業の大半を譲渡した上、同年 9 月 3 0 日、解散を決議し、現在清算手続中である。

ウ P 1 5 は、もと「P 1 6 株式会社」の商号であったが、平成 1 1 年 1 0 月 1 日に P 1 7 株式会社を吸収合併して、「P 1 8 株式会社」に商号を変更し、さらに、平成 1 4 年 4 月 1 日に現商号に変更した。

エ P 1 9 は、もと「P 2 0 株式会社」の商号であったが、平成 1 5 年 7 月 1 日に現商号に変更した。

オ P 2 1 は、もと「P 2 2 株式会社」の商号であったが、平成 1 4 年 1 0 月 1 日に「P 2 3 株式会社」に商号変更した上、平成 1 6 年 4 月 1 日に株式会社 P 2 4 を吸収合併し、現商号に変更した。

カ P 2 5 は、もと「P 2 6 株式会社」の商号であったが、平成 1 8 年 1 0 月 1 日に株式会社 P 2 7 を吸収合併し、現商号に変更した。

キ P 9 は、もと「P 2 8 株式会社」の商号であったが、平成 1 9 年 1 0 月 1 日にゼネコンである株式会社 P 1 0 を吸収合併した上、現商号に変更した。

(2) 本件対象期間中に、公社が実施する入札に参加したゼネコン以外の地元業者は、別紙 4 の 1 6 5 社であり、このうち、本件対象期間において、公社の入札参加資格を有する者としての登録を受け、土木工事のうち下水道工事の工種区分におけるランクが A として格付けされていた業者は 7 4 社であった（査共 3 2 8 , 3 6 7 から 4 3 5 , 4 6 9 , 4 7 0 ）。

(3) 本件対象期間中に公社が発注した A ランクに属する各工事、入札日、予定価格、落札金額、工事の格付、各工事の入札に参加した業者は、別紙 1 のとおりである(査共 3 6 7 から 4 3 5 , 4 4 2 から 4 6 3)。

4 課徴金納付命令及び本件審決

(1) 被告は、平成 1 3 年 1 2 月 1 4 日、本件対象期間中に本件各工事を行ったゼネコンのうち、3 4 社が、独占禁止法 3 条に違反する行為をしたとして課徴金納付を命じた。3 4 社はこれを不服として、審判手続の開始を請求した。被告は、審判手続を開始した上、P 2 9 を除く 3 3 社（3 3 社）が、公社が行う指名競争入札において、基本合意に基づいて受注予定者を決定し、受注予定者が落札できるように協力したとして、その行為が、同法 2 条 6 項の不当な取引制限に当たり、同法 3 条に違反し、同法 7 条の 2 第 1 項の役務の対価に係るものであるとして、3 3 社のうち、売上額を認めることができないとされた P 3 0 , P 9 及び P 3 1 を除く別紙 5

記載の 30 社に対して、同別紙「課徴金額」欄記載の課徴金の納付を命ずる本件審決をした。

(2) 原告らが納付を命じられた課徴金額は、以下のとおりである。

原告 P 1 1 9 2 7 万円

原告 P 4 1 3 8 2 万円

原告 P 2 4 3 2 1 万円

原告 P 3 1 4 6 1 万円

5 原告らが受注した工事

(1) 別紙 1 番号 7 の物件 (番号 7 の物件)

公社は、番号 7 の物件について、A B ランクの共同施工工事として、平成 10 年 4 月 23 日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、10 組の J V の構成員となるべき事業者を指名して、同年 5 月 25 日に入札を実施した。

番号 7 の物件の予定価格、入札者、予定価格との差額、落札率は、別紙 6 - 1 のとおりであり、J V 結成後のメインは、33 社のうち 2 社 (原告 P 1 及び P 32)、P 29、その他のゼネコン 4 社及び地元業者 3 社であり、原告 P 1・株式会社 P 33 (P 33) J V がこれを落札した (査共 328, 370, 463, 464)。

(2) 別紙 1 番号 10 の物件 (番号 10 の物件)

公社は、番号 10 の物件について、A B ランクの共同施工工事として、平成 10 年 4 月 16 日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、10 組の J V の構成員となるべき事業者を指名して、同年 5 月 26 日に入札を実施した。

番号 10 の物件の予定価格、入札者、予定価格との差額、落札率は、別紙 6 - 2 のとおりであり、J V 結成後のメインは、33 社のうち 3 社 (P 4, P 3 及び P 21。なお、P 21 の本件対象期間中の商号は「P 22 株式会社」である。)、その他のゼネコン 4 社及び地元業者 3 社であり、原告 P 4・P 34 J V がこれを落札した (査共 328, 373, 463, 464)。

(3) 別紙 1 番号 13 の物件 (番号 13 の物件)

公社は、番号 13 の物件について、AA ランクの共同施工工事として、平成 10 年 5 月 21 日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、10 組の JV の構成員となるべき事業者を指名して、同年 6 月 22 日に入札を実施した。

番号 10 の物件の予定価格、入札者、予定価格との差額、落札率は、別紙 6 - 3 のとおりであり、JV 結成後のメインは、33 社のうち 3 社（P6、P35 及び P36）及びその他のゼネコン 7 社であり、P6・P15（当時の商号は「P16 株式会社」である。）JV が落札した（査共 328、376、463、464）。

(4) 別紙 1 番号 22 の物件（番号 22 の物件）

公社は、番号 22 の物件について、AB ランクの共同施工工事として、平成 10 年 8 月 6 日付け工事発注予定表により入札予定を公表し、10 組の JV の構成員となるべき事業者を指名して、同年 9 月 14 日に入札を実施した。

番号 10 の物件の予定価格、入札者、予定価格との差額、落札率は、別紙 6 - 4 のとおりであり、JV 結成後のメインは、33 社のうち 4 社（原告 P3、P19、P37 及び P32）、その他のゼネコン 4 社及び地元業者 2 社であり、原告 P3・P38 株式会社（P38）JV が落札した（査共 328、385、463、464）。

第 4 被告が認定した事実の概要

被告が認定した事実の概要は、以下のとおりである。

1 背景事情

(1) 多摩地区に営業所を置くゼネコンは、これらの営業所において土木工事を担当する営業責任者をメンバーとする P39 と称する組織に参加していたが、同会は、公正取引委員会が平成 4 年 5 月 15 日に同会の会員を含む埼玉県発注の土木工事の入札参加者に対して勧告を行った（いわゆる P40 事件）のを機に解散した。しかし、P39 の解散後も、旧会員らのほか、解散後に多摩地区に進出したゼネコンや多摩地区に営業所を置かずに事業活動を行っているゼネコンの営業担当者を含めて、恒例的に懇親会が開催され、ゼネコン各社の営業担当者の名簿が作成されていた。

(2) P39 存続当時、名簿に掲載されているゼネコンの間では、工事の入札に当

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

2 本件基本合意

(1) 以上のような背景の下、33社は、遅くとも平成9年10月1日以降、公社発注の土木工事について、受注価格の低落防止を図るため、以下の内容の合意（本件基本合意）をしていた。

a 公社から指名競争入札の参加者として指名を受けた場合（自社が構成員であるJVが指名を受けた場合を含む。）には、当該工事若しくは当該工事の施工場所との関連性が強い者、若しくはJV又は当該工事についての受注の希望を表明する者、若しくはJV（受注希望者）が1名のときは、その者を受注予定者とし、受注希望者が複数のときは、それぞれの者の当該工事又は当該工事の施工場所との関連性（条件）等の事情を勘案して、受注希望者間の話し合いにより受注予定者を決定する。

b 受注すべき価格は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者がその定めた価格で受注できるように協力する。

(2) 本件基本合意の内容及び具体的実施方法

ア 33社のうち受注希望者は、工事の発注が予測された時点、あるいは公社が入札の執行を公示（入札参加希望者を公募）した時点で、33社に属する他の会社、P29あるいはその他のゼネコン（協力会社）及び多摩地区における有力者に対して、自社が受注を希望していること又は自社が条件を有していることを必要に応じてアピールしていた。この有力者はP35のP41等である。受注希望者は、アピールの方法の一つとして、地図に工事予定箇所及び近隣における自社の施工実績等を記入した資料又は予定工事に関連する設計業務等に係る資料（PR紙）が利用さ

れることがあり，特に，P 4 1 等に相談する際に条件を有することをアピールするための手段として，しばしば用いられていた。

イ 受注希望者が 3 3 社に属する他の事業者に応援をした場合において，当該事業者も受注希望を表明したときは，アピールをした者とアピールを受けた者の間で，いずれの者の条件が強いかにについて話し合いを行っていた。アピールを受けた他の事業者すべてが受注希望を表明しなかったときは，この段階すなわち入札指名の前の段階で，受注希望者が 1 社に絞り込まれていた。

ウ 受注希望者は，アピールに代えて，又はこれと併せて，3 3 社に属する他の事業者並びに協力会社に対して，公社に工事希望票を提出するよう依頼していた。この依頼は，3 3 社に属する他の事業者並びに協力会社に入札に参加して自社の受注に協力してほしいという趣旨で行われるものであるが，同時に，当該入札の参加者のうち，自社の受注への協力を見込めるゼネコンが占める割合を多くすることにより，自社が受注できる可能性を高めることも目的としていた。

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

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

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

カ 受注予定者が決定された場合には、受注予定者が３３社に属する他の事業者並びに協力会社のうち相指名業者となった者に対して、入札価格を連絡し、連絡を受けたこれらの者は、受注予定者の入札価格より高い価格で入札していた。また、相指名業者となったこれらの者は、経験的に、発注工事と同等の過去の工事の入札結果等を勘案して積算することにより予定価格を推計できることから、受注予定者から入札価格の連絡がなくても、受注予定者の受注を妨げないであろう価格で入札していた。場合によっては、相指名業者が自社の入札価格を受注予定者に連絡し、受注予定者が異議を述べなければそのままの価格で入札するということがあった。

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

３ 個別物件の受注調整の状況

３３社は、本件基本合意に基づき、本件各工事のうち３１物件について、必要に応じて、業界の有力者の助言を得るなどして、受注予定者を決定し、さらに、受注予定者は、指名競争入札の参加者として指名を受けた３３社に属する他の事業者及び協力会社の協力を得て受注した。

原告らに関する番号７，１０，１３，２２の物件に関する落札までの状況は以下のとおりである。

(１) 番号７の物件

ア 原告Ｐ１は、公社が番号７の物件の入札予定を公表した後、Ｐ３２並びに協力会社であるＰ２９，Ｐ４２，Ｐ４３（当時の商号は「Ｐ４４株式会社」）及びＰ４５に対して、工事希望票の提出を依頼した。依頼を受けたゼネコン各社は、原告

Ｐ１が同物件の受注を希望していることを認識した上で、工事希望票を提出した。

公社が指名を行った後、原告Ｐ１は、番号７の物件の施工場所近くに本社があるＰ３３とＪＶを組んだ。

イ 原告Ｐ１は、入札までに、指名を受けた上記の会社に対して、自社が番号７の物件の受注を希望している旨を伝え、また、指名を受けた上記の各社及び地元業者との間で、入札価格の連絡・確認をし、指名を受けた上記の各社は、原告Ｐ１・Ｐ３３・ＪＶが番号７の物件の受注を希望していることを認識し、それに異議を唱えず、原告Ｐ１・Ｐ３３・ＪＶの入札価格よりも高い価格で入札した。なお、原告Ｐ１は、地元業者をメインとする３組のＪＶに対しても依頼をしており、その入札価格は原告Ｐ１・Ｐ３３・ＪＶの入札価格を上回り、この結果、原告Ｐ１・Ｐ３３・ＪＶが落札した。

(2) 番号１０の物件

ア 原告Ｐ４は、番号１０の物件の施工場所近隣において八王子市発注の下水道工事を実施した実績があるため、同物件の受注を希望していた。同原告は、公社が番号１０の物件の設計作業を発注した後、Ｐ４１に対して、自社が同物件の受注を希望している旨を伝えた。また、同原告は、公社が同物件の入札予定を公表した後、Ｐ２１並びにいずれも協力会社であるＰ４６、Ｐ４７及びＰ４８に対して、工事希望票の提出を依頼し、依頼を受けた上記各社は、原告Ｐ４が同物件の受注を希望していることを認識した上で、工事希望票を提出した。

イ 原告Ｐ４は、入札までに、指名を受けたＰ２１及び協力会社に対して、自社が番号１０の物件の受注を希望している旨を伝え、入札価格の連絡・確認をした。指名を受けたゼネコン各社は、以上の過程で原告Ｐ４・Ｐ３４・ＪＶが番号１０の物件の受注を希望していることを認識し、それに異議を唱えなかったが、いずれも地元業者であるＰ４９及びＰ５０からは、受注を希望する旨原告Ｐ４に意思表示がされた。

ウ 指名を受けたＰ２１及び協力会社のうちＪＶのメイン５社は、予定価格を上

回る価格で入札し、P 4 8 は、予定価格を下回る価格であるが、いずれも原告 P 4 ・ P 3 4 J V の入札価格よりも高い価格で入札した。

原告 P 4 ・ P 3 4 J V は、P 4 9 ・ P 5 1 J V 及び P 5 0 ・ P 5 2 J V が番号 1 0 の物件の受注を希望していることが予想されたことから、予定価格の 8 0 パーセントである最低制限価格を 2 0 0 円上回る価格で入札した。しかし、上記 2 つの J V を含む地元業者をメインとする 3 つの J V は、同原告の予想に反して予定価格近辺の価格で入札をし、原告 P 4 ・ P 3 4 J V が番号 1 0 の物件を落札した。

(3) 番号 1 3 の物件

ア P 6 (原告 P 2 に吸収合併された。) は、番号 1 3 の物件の施工場所近隣において施工実績があることなどから、同物件の受注を希望しており、P 4 1 に対して、自社が受注を希望している旨を伝えた。また、P 6 は、公社が同物件の入札予定を公表した後、P 3 6 及び P 5 3 並びにいずれも協力会社である P 5 4 及び P 5 5 に対して、工事希望票の提出を依頼した。上記各社は、P 6 が同物件の受注を希望していることを認識した上で、工事希望票を提出した。

イ 公社が指名を行った後、P 6 は、P 1 5 と J V を組み、入札までに、指名を受けた J V のメイン各社に対して、自社が番号 1 3 の物件の受注を希望している旨を伝え、また、指名を受けた J V のメイン各社との間で、入札価格の連絡・確認をした。指名を受けたゼネコン各社は、以上の過程で P 6 ・ P 1 5 J V が番号 1 3 の物件の受注を希望していることを認識し、それに異議を唱えず、P 6 ・ P 1 5 J V の入札価格よりも高い価格で入札した結果、同 J V が落札した。

(4) 番号 2 2 の物件

ア 原告 P 3 は、番号 2 2 の物件の施工場所が自社の営業所に近いため、同物件の受注を希望し、協力会社である P 5 6 に対して、番号 2 2 の物件の受注を希望している旨を伝えた。また、同原告は、P 3 7 並びにいずれも協力会社である P 5 7 及び P 5 5 に対して、工事希望票の提出を依頼した。依頼を受けた上記各社は、原告 P 3 が同物件の受注を希望していることを認識した上で、工事希望票を提出した。

イ 公社が指名を行った後，原告 P 3 は，P 3 8 と J V を組み，入札までに，指名を受けた P 3 2 並びにいずれも協力会社である P 5 5 及び P 5 6 との間で，入札価格の連絡・確認をした。指名を受けたゼネコン各社は，以上の過程で原告 P 3 ・ P 3 8 J V が番号 2 2 の物件の受注を希望していることを認識し，それに異議を唱えず，原告 P 3 との間で入札価格の連絡・確認をしたとおり，原告 P 3 ・ P 3 8 J V の入札価格よりも高い価格で入札した。

なお，地元業者をメインとする 2 組の J V の入札価格は，原告 P 3 ・ P 3 8 J V の入札価格を上回った。この結果，入札価格が予定価格を下回ったのは原告 P 3 ・ P 3 8 J V のみであり，同 J V が同物件を落札した。

第 5 争点及び当事者の主張

1 本件基本合意の存在について

(被告の主張)

(1) 本件基本合意

ア 3 3 社は，遅くとも平成 9 年 1 0 月 1 日以降，公社発注の土木工事について，受注価格の低落防止を図るため，本件基本合意をした。

イ 不当な取引制限における「意思の連絡」の意義

原告らは，本件基本合意に関し，合意の成立時期や場所，合意の参加者，意思の連絡方法，受注予定者の調整や決定の方法，合意違反の場合の制裁等が定まっておらず，また，これが合意参加者に周知された事実はなく，このような合意は存在しないと主張する。

しかし，本件基本合意における受注予定者の決定の方法や本件基本合意の具体的な実施方法は，本件審決が認定するとおり，明確性を欠くものではない。

また，独占禁止法 2 条 6 項が定める「不当な取引制限」の要件である「他の事業者と共同して」とは，事業者が相互に意思の連絡を取り合い，互いの事業活動を拘束し，又は遂行することを意味するが，合意した競争制限行為を互いに認識，認容してこれに歩調を合わせるといった意思が形成されることで足り，このような意思の

形成が明示されたものである必要はない。また，このような意思が形成されるに至った経過について日時，場所等をもって具体的に特定されることまでを必要とするものではないし，合意に違反した場合の制裁が定められていないとしても，そのことは不当な取引制限に当たらないことの根拠となるものでもない。

ウ その他のゼネコン４６社については，一部の者が，受注予定者とされた違反行為者からの協力依頼に応じて受注予定者の受注に協力しているのみであって，本件対象期間中，公社発注の特定土木工事でその他のゼネコン４６社が本件基本合意に基づいて落札・受注したと認められる物件はなく，他に，その他のゼネコン４６社が，自社が受注意欲や関連性を有するときは３３社に属する他の事業者が協力すべきことについて相互に認識・認容していたことを認めるに足りる証拠はない。

また，Ｐ２９は，番号４６の物件を受注しており，他方で番号７，１９，２７，３９，５８，６４及び７１の各物件について，他の受注予定者が受注できるように協力しているが，Ｐ２９が受注した番号４６の物件について，３３社に属する他の事業者は入札に参加していないので，同社が本件基本合意に基づいて同物件の受注予定者に決定され，３３社に属する他の事業者の協力を得て同物件を受注したとは認められない。

（原告らの主張）

（１）本件基本合意が存在しないこと

本件では，合意の当事者とされている３３社の間で，受注調整の方法が具体的に定められ，定められた内容が３３社に周知され，３３社がそれぞれ了承して相互に拘束力を生じるような合意が成立したことを内容とする合意文書は存在せず，その旨を各社の担当者等が述べた供述調書も存在しない。

しかも，被告が主張する本件基本合意は，合意の参加者が特定しておらず，参加者とそうでない者とを区別する根拠が不明である上，受注予定者の調整に関する各業者間の連絡方法，決定方法など具体的な受注調整の基準や方法等の重要な要素も定められていない。しかも，違反に対する制裁的措置が定められたともされていない。

いから、合意の当事者に対する拘束力があったとはいえない上、合意のルールが事業者には周知されていた事実も存在しない。すなわち、被告が主張する本件基本合意が、合意として存在した事実は認められないというべきである。

（原告 P 3 の主張）

3 3 社の合意に基づいて特定の物件に関する受注予定者が決まったというのであれば、そのことが 3 3 社のすべて、少なくとも当該物件の入札に参加した 3 3 社に属する全社に連絡され、了承を受けるはずであるが、そのような事実はない。したがって、個別の物件の入札参加者のうち誰かが受注予定者となることを了承し、落札に協力したという事実があっても、そのことは基本合意の存在を裏付けるものではない。

（2）その他の 4 6 社との関係

本件審決は、違反行為者 3 3 社が本件基本合意の当事者であり、その他のゼネコン 4 6 社は本件基本合意の当事者ではないとするが、3 3 社と 4 6 社との行為態様には差がなく、その他のゼネコン 4 6 社のうち 2 4 社の担当者は、3 3 社の担当者と同様の供述をしているのであるから、その他のゼネコン 4 6 社が本件基本合意の当事者とは認められないとすれば、3 3 社も本件基本合意の当事者と認めることはできないというべきである。

本件審決は、その他のゼネコン 4 6 社が本件対象期間中に公社発注の土木工事を受注していないことを指摘するが、本件対象期間中の受注実績は、本件基本合意の参加者であったかどうかと関連性を有するものではない。

また、本件審決は、その他のゼネコン 4 6 社は、他の 3 3 社が受注意欲や関連性を有するときは自社が協力すべきことを相互に認識・認容していたが、自社が受注意欲や関連性を有するときは他の 3 3 社が協力すべきことの認識がなかったとしているところ、談合とは貸し借りの世界であって、相互に協力するからこそ談合が成立するのであるから、一方が他方に協力するのみで、協力されることがないというようなことは経験則上あり得ず、本件審決の認定は誤っている。

(原告 P 3 の主張)

本件審決は、P 2 9 が受注した番号 4 6 の物件については 3 3 社に属する他の事業者が入札に参加していないから、受注予定者に決定された 3 3 社に属する他の事業者の協力によって受注したと認められないとして、P 2 9 を本件基本合意の当事者から除外しているが、入札参加者のなかに 3 3 社が含まれるかどうかは偶然の事柄であり、そのことによって合意の参加者かどうかが決まるというのは、不合理、不可解である

2 競争の実質的制限

(被告の主張)

(1) 競争の実質的制限とは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団が、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。

(2) 本件基本合意による競争の実質的制限

ア 多摩地区において事業活動を行う協力会社 4 6 社は、3 3 社とともに、入札に当たって、条件又は受注希望を有する者がある場合には、当該条件又は受注希望を尊重することによって、3 3 社を含むゼネコン同士で競争を避けることが望ましいとの認識を有していた。そして、3 4 物件について、入札参加者のうちゼネコンが占める割合を多くすることも目的として、受注予定者とされた違反行為者からの依頼等に応じて工事希望票を公社に提出した上、入札参加者として指名された場合は、受注予定者から入札価格の連絡・確認を受け、又はそのような連絡がされなくとも、受注予定者が受注できるよう受注予定者よりも高い価格で入札することによって、受注予定者が受注できるよう協力していた。

他方、地元業者のうち、入札参加資格の登録を受け、土木工事のうち下水道工事の工種区分におけるランクが A として格付けされていたのは 7 4 社であるから、基本合意の当事者及び協力事業者の割合は、A ランクの業者のうち 5 1 . 9 パーセントを占めることとなる。なお、協力会社のうち下水道工事について公社から A ラン

クの格付を受けている者は３５社であり，これを基礎に上記の割合を算定しても，４７．９パーセントとなる。

イ 本件対象期間中の公社発注の土木工事７２物件のうち，本件基本合意により競争制限効果が具体的に生じたと認めることができる物件は３１物件あり，その落札金額の合計は本件各工事７２物件についての合計２００億７５７５万４０００円に対して１１３億０９１４万１０００円（５６．３パーセント）を占める。この３１物件の全体に占める割合等を工事格付別にみると規模の大きい工事ほど３３社が落札した件数の割合が高い上，落札金額でみるとその割合はより高くなっている。

ウ 地元業者を含め，公社発注の土木工事の入札に参加する業者は，いわゆる指名稼ぎのために，受注を希望しない場合であっても工事希望票を提出して指名を受けることが少なくないこと，番号６の物件のように，受注予定者の有する条件について地元業者も認識し得る物件があったこと，番号１１の物件のように，地元業者が受注予定者の要請によりＪＶを組むことにより，受注の恩恵にあずかることがあったことに照らせば，地元業者は，３３社とともに入札に参加する場合であっても，常に落札を目指して本件基本合意によって受注予定者とされた者に対して競争を挑んでくるとは限らず，受注予定者の依頼に応じて協力したり，自主的に高めの価格で入札して，競争を回避することがある程度期待できる状況にあった。

実際にも，本件対象期間中少なくとも２０物件についてそのような行動がみられる。すなわち，少なくとも８物件については，受注予定者とされた違反行為者からの協力依頼に応じて，受注予定者の入札価格よりも高い価格で入札して受注予定者が受注できるよう協力している。また，そのような依頼が認められない場合であっても，少なくとも１２物件について，地元業者が予定価格を超える価格あるいは予定価格に近い価格で入札しており，地元業者は，非ゼネコンであっても，予定価格の推計を比較的容易かつ正確に行うことができると考えられるから，上記のような入札行動の多くは，ゼネコンとの競争を回避したものと推認される。

エ ３３社は，本件対象期間中に入札を実施した公社発注の土木工事７２物件の

うち、31物件について、本件基本合意に基づき、必要に応じて業界の有力者の助言を得るなどして、受注予定者を決定し、さらに、受注予定者は、指名競争入札の参加者として指名を受けた33社に属する他の事業者並びに協力会社の協力を得てこれを落札受注している。

オ 以上のとおり、基本合意の当事者及び協力者の数が市場への全参加者数のうち相当程度を占めていた上、地元業者が多数いたとはいえ、その協力や競争回避もある程度期待できる状況にあり、上記のような実際の落札状況も考え併せると、本件基本合意によって公社発注の土木工事の市場における競争自体が減少して、本件基本合意の当事者である33社がその意思で、ある程度自由に受注予定者及び価格を左右することができる状態がもたらされていたと認めるに十分である。

（原告らの主張）

(1) 競争の実質的制限とは、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、市場を支配することができる状態をもたらすことである。

しかし、本件基本合意の参加者及び協力者の数は、全競争事業者のうち51.9パーセントないし47.9パーセントしか占めていない。また、本件各工事72物件中競争制限的効果が生じた物件の数は31件で、代金額の合計は、全工事代金額の56.3パーセントにすぎない。すなわち、本件審決の認定によっても、入札による競争の結果、72物件中41物件、金額ベースで44.7パーセントの物件で競争制限的効果は生じていないとされるのであるから、このような33社及び協力者が全事業者に占める割合や、実際に受注した工事金額の割合をみても、33社や協力者が市場を支配する状態、あるいはある程度自由に受注予定者及び価格を左右することができる状態にあったとはいえない。

（原告P1の主張）

本件審決が競争制限効果が生じたと認定した31物件から、本件と関連する八王子市及び日野市の住民訴訟において競争制限効果が否定された別紙1の番号2、29、56、64及び65の5物件を除けば、26物件にしかならず、その割合は3

6. 1パーセントにすぎない。また、地元業者が競合して指名されている物件は60件であるが、そのうち地元業者が落札した物件は32物件にのぼる。これらの事実は、入札に参加する地元業者の数が多く、侮ることのできない競争力を有していることを示しており、本件基本合意によって市場を支配する状況がもたらされ、当該市場の競争が実質的に制限されたなどと評価することは不可能である。

（原告P3の主張）

Bランクの事業者もAランクの工事を指名される場合があり、また、JVのメインでなく、サブとなっても、それがJVの一員となった以上、メインの言うとおりにするとは限らないから、地元業者のうち、Aクラスでない者もすべて競争業者として数えるべきである。そうすると競争業者は165社となるから、33社と協力会社の事業者数が、本件対象期間中の全入札参加有資格者に占める割合は32パーセントにしかない。このような割合の事業者が、市場の価格、数量などのある程度自由にすることなど不可能である。

（原告P2の主張）

受注件数は、入札市場が1件1件の入札の集合体であることから、入札市場をどれだけ支配し得たかを見る上で直裁的であり、入札制限の状況を正確に反映するものであるから、具体的競争制限効果が生じたか否かを見る際に着目すべきは受注の件数である。受注金額を判断の基礎とすると当該入札市場をどれだけ支配しているかを正確に把握できないから、これを判断の基礎とするのは相当でない。これを本件についてみると、本件では、合意当事者が、市場全体の4割程度の物件しか受注できておらず、合意によりコントロールできなかった物件が6割程度もあるということになるから、競争制限効果が生じていないことは明らかである。

(2) 地元業者の協力・競争回避について

ア 競争入札市場は、1件1件の入札の集合体であり、入札参加者のうちの1社だけが競争を仕掛けた場合でも、直ちに競争制限状態が崩壊するという性質を有し、合意による相互拘束がされていない事業者が相当程度の頻度で入札に参加する場合

には、合意当事者だけで受注調整を行っても当該入札市場の競争を実質的に制限することはできない。

本件では、72件中アウトサイダーである地元業者（競争業者）が入札に参加していないものは12件であって約16パーセントに過ぎない。このような状況で33社が市場を支配することはできない。

（原告P2の主張）。

アウトサイダーの競争回避的状況が見込める場合には、一部の事業者の合意によって市場における競争を実質的に制限するものと評価できる場合もあり得るが、アウトサイダーの競争回避的状況がある程度期待できるというだけで、合意の当事者である事業者だけで市場における競争を実質的に制限するものと評価することは不当である。

イ 本件審決は、地元業者の協力、競争回避の認められる根拠として、いわゆる指名稼ぎのために、受注を希望しない場合であっても工事希望票を提出して指名を受けることが少なくないこと、地元業者も受注予定者の有する条件について認識しうる物件があったこと、地元業者が受注予定者の要請によりJVを組むことにより、受注の恩恵にあずかることがあったことを挙げている。

しかし、についてはこれを裏付ける証拠は提出されておらず、かえって指名を受けた地元業者は受注を目指して競争を挑んできているのが通常である上、地元業者が指名回数だけを稼ぐためだけに、入札価格を積算する手間をかけるとは考えにくい。は地元業者が競争を挑んでこない理由とはならないし、についてもこれを裏付ける証拠はなく、もともと共同施工工事についてはJVを地元業者と組むことが予定されているから、ある物件で地元業者がゼネコンとJVを組むことを期待して競争が回避されるという事実は認めることができない。

実際にも、地元業者は、72物件のうち少なくとも60物件について33社に対して競争を挑み、32物件を受注しており、地元業者は、採算を度外視しても低価格競争をしかけてきているのが実態である。

なお、本件審決は、72 物件中 8 物件について受注予定者からの協力依頼に応じて受注に協力したとしているが、そのことを裏付ける証拠はない。

また、本件審決は、地元業者が 12 物件について予定価格を超える価格あるいは予定価格に近い価格で入札したとして、このような入札行動の多くは、ゼネコンとの競争を回避したものと推認できるとしているが、予定価格は公社が算定した価格であって、各業者が独自の積算の結果として予定価格を超え、あるいはこれに近い価格で入札することは十分にあり得ることであるから、上記のような推認は成り立たない。現に、地元業者が落札した物件については、受注調整が行われたものとはされていないが、そうした物件でも、落札率 99 パーセントを超えるものは 17 件あり、97 パーセントを超える物件は 21 件に及んでおり、更に受注した地元業者が 1 回目の入札においては予定価格を超える金額で入札している例があることにも留意すべきである。

3 個別物件について

(1) 番号 7 の物件

(原告 P 1 の主張)

ア 原告 P 1 の当時の P 58 営業所長であった P 59 の供述調書には、その着任（平成 10 年 4 月 1 日）のころには、P 1 が「本命」つまり受注予定者であることがあらかじめ決まっていたこと、指名業者から地元業者を排除し、P 60 と相談して、希望表を出してもらってゼネコンを選定したことが記載されている。

しかし、同人の着任のころには、番号 7 の物件は未だ公示もされておらず、同原告が受注を希望すべきような工事なのか否かを検討する段階ではなく、希望表の提出はおろか、指名されるか否かも分からない段階であった。しかも、昭和 58 年以来平成 10 年 4 月までの約 15 年間で、同原告が受注した公社発注の工事はわずか 2 件だけであって、指名されても受注できる可能性はきわめて低いと判断できる時期であるから、このような時期に同原告が受注予定者であることがあらかじめ決まっていたなどということとはあり得ない。また、番号 7 の物件は、A C ランクの共同企業体工事であり、C ランク業者と共同企業体を組むことになれば、地元業者と組む

ことになるのであって、「地元業者を排除する」などあり得ないことである。P 5 9 の供述は、以上のとおり客観的事実と明白に相違する点があるほか、他の従業員との供述の食い違い等他にも不自然な点がある。

P 5 9 は、その供述調書が作成される 1 年前に原告 P 1 を懲戒解雇されており、同原告に対する反感や悪感情を背景として事実と反する供述をしたものであって、同人の供述は信用することができない。

イ 3 4 社のうち、番号 7 の物件につき工事希望票を提出したのは 7 社であるが、原告 P 1 を除いた 6 社のうち、担当者の供述調書が提出されているのは P 2 9 と P 3 2 の 2 社分しかなく、そのいずれにも同物件に関して同原告との間で受注調整に関する明確な合意がされたとする供述は記載されていない。また、同物件に関して指名を受けたその他のゼネコン 4 社及び地元業者 3 社のうち、担当者の供述調書が提出されているのは P 4 3（旧 P 4 4）、P 4 2 だけであるが、P 4 3 の担当者の供述調書には原告 P 1 について述べる部分はない。また、P 4 2 の担当者の供述調書には、同原告の J V から入札金額の連絡を受け、受注できるように協力している旨の記載があるが、他の複数の物件に関しても同文の記載がされている上、入札金額の連絡を何時、誰から、どのような方法で受けたのか、どのような協力をしたのかについて具体的な記載は全くなく、信用性がない。

（被告の主張）

ア 番号 7 の物件を原告 P 1 が落札受注するに至る経過は、本件審決が認定した事実の概要のとおりであり、同原告は、本件基本合意に基づいて P 3 2、協力会社である P 2 9、P 4 2、P 4 3（当時の商号は「P 4 4 株式会社」）及び P 4 5 に工事希望票の提出を依頼し、入札までに指名を受けたゼネコン各社に対して自社が番号 7 の物件の受注を希望している旨を伝え、また、指名を受けたゼネコン各社及び地元業者との間で、入札価格の連絡・確認をし、その協力を得て、同物件を落札・受注したものである。

イ 原告 P 1 は、P 5 9 が、同物件が未だ公示もされていない時期から同社が受

注予定者であることがあらかじめ決まっていたと供述していることから，同人の供述には信用性がないと主張する。しかし，P 5 9 は，前所長である P 6 1 が，番号 7 の物件について長年営業活動を行っていたもので，P 6 1 は，P 5 公社が東京都の O B であり，P 1 が発注官庁から情報を入手するために雇い入れた人間であると述べており，前任の P 6 1 が，同物件の公示に先立って，情報収集の上，営業活動を行うなどした結果，同原告が他のゼネコンから受注予定者と認識されていたとしても不自然なことではない。

また，同原告は，P 5 9 が，地元業者を指名業者から排除し，ゼネコンの受注を容易にするために，工事希望表を出してもらったゼネコンを選定したと供述していることについて，番号 7 の物件が A C ランクの共同企業体工事であって C ランク of 地元業者と J V を組むことから，地元業者を排除するなどあり得ず，同供述は信用できないと主張する。しかし，P 5 9 は，公社が工事希望型指名競争入札を採用していることから，それをゼネコンが逆用して，指名業者を A ランク業者のゼネコンで固め地元業者を排除しゼネコンが容易に受注する方法として，工事希望票の提出依頼を行うと述べているのであるから，同人の供述に不自然な点はない。

なお，本件審決の上記(1)の認定は，P 5 9 の供述のみを根拠としたものではないことに留意すべきである。

(2) 番号 1 0 の物件

(原告 P 4 の主張)

同物件の入札に参加した地元業者は 3 社であり，これら 3 社が落札に協力したことを認めるに足る証拠はなく，原告 P 4 の落札率は失格ぎりぎりの 8 0 パーセントである。本件審決では，入札に参加した地元業者 3 社が予定価格に近い価格で入札していることから，地元業者が競争的行動をとったものとは認められないとしているが，地元業者は入札日直前まで競争的行動をとり，中でも P 5 0 ・ P 5 2 J V は，最後まで受注の意思を表明していた。原告 P 4 は，このような競争があったからこそ赤字覚悟で失格ぎりぎりの予定価格の 8 0 パーセントで入札したものであり，

このような落札率となったのはまさに競争の結果というべきである。

なお、本件審決では、別紙１の番号１，４及び１９の物件について競争制限的效果が具体的に生じたと認めることはできないとしているところ、番号１０の物件における入札で、上記３物件と異なる重要な要素は地元業者の入札率（上記３物件では８０パーセント前後）である。しかし、入札の時点まで他の業者が受注意欲を示して入札に臨む行動を取っている場合は、現に競争が行われているというべきであるから、競争の制限があったか否かを入札率だけでみるのは誤りであり、競争の制限の有無はこのような入札までの経過全体から判断すべきである。同原告が、番号１０の物件について、上記のような失格ぎりぎりの価格で入札したのは、そのような競争が行われていたからであり、同物件については競争制限的效果は具体的に生じていない。しかも、原告Ｐ４は、このような落札率でいわば赤字受注をしているのであるから、不当な利益を保持させないという課徴金制度の趣旨からは、あえて課徴金を課すまでもないというべきである。

（被告の主張）

ア 番号１０の物件を原告Ｐ４が落札・受注するに至る経過は、本件審決が認定した事実の概要のとおりであり、同原告は、本件基本合意に基づいてＰ２１，協力会社であるＰ４６，Ｐ４７及びＰ４８に対して、工事希望票の提出を依頼し、入札までに指名を受けた上記各社に対して自社が番号１０の物件の受注を希望している旨を伝え、また、指名を受けた上記各社との間で、入札価格の連絡・確認をし、その協力を得て、同物件を落札・受注したものである。地元業者であるＰ４９及びＰ５０からは、受注を希望する旨原告Ｐ４に意思表示がされたが、上記２社を含む地元業者をメインとする３組のＪＶは、予定価格近辺の価格で入札したから、地元業者はいずれも競争的行動をとったものとは認められない。

イ 原告Ｐ４は、地元業者３社をメインとするＪＶが入札日直前まで競争的行動をとり、中でもＰ５０・Ｐ５２ＪＶは、最後まで受注の意思を表明していたこと、同原告の落札率が８０パーセントであることを根拠に、番号１０の物件については

競争制限的な効果は生じていないと主張する。しかし、基本合意の当事者間で受注予定者が決定されたことにより競争単位が減少したものについては、原則として、競争単位の減少それ自体をもって上記の競争制限効果が具体的に生じたことになるというべきである。しかも、非ゼネコンである地元業者であっても、本件各工事の予定価格の推計を比較的容易かつ正確に行うことができると考えられるところ、地元業者をメインとする３つのＪＶの入札価格は、いずれも予定価格の近辺の価格（このうち２つのＪＶは予定価格を超えるおよそ落札の可能性のない価格で入札していた。）となっているから、このような入札行動は、同原告との競争を回避したものというべきである。したがって、同原告の落札率が低いことは、競争制限的な効果が生じていないことを根拠づけるものではない。

(3) 番号１３の物件について

(被告の主張)

番号１３の物件をＰ６が落札・受注するに至る経過は、本件審決が認定した事実の概要のとおりであり、同物件の入札参加者がすべて本件基本合意の当事者又は協力者で占められており、本件基本合意に基づいてＰ６・Ｐ１５ＪＶが受注予定者に決定され、その協力によって、同物件を落札したものである。

(4) 番号２２の物件について

(原告Ｐ３の主張)

原告Ｐ３は、番号２２の物件について熱心に営業をしていたが、他の入札参加ＪＶと個別に談合したり、入札価額についての打ち合わせ等をした事実はなく、同原告が受注調整を行ったことはない。営業活動を行っていることを直ちに受注調整行為と判断することには論理の飛躍がある。なお、公社は、入札に参加する資格を有する業者でも、公社の工事を受注して施工している場合や、他の物件の参加者として指名を受けている場合は入札の執行が終わるまで指名をしない扱いとしていることから、他の事業者に対して当該物件に対する受注意欲を示すことは、他の事業者に対して落札すべき物件について選択の機会を与えるという重要な役割を果たして

いる。

また、有利な価格で当該物件を落札するためには、他社の動向を把握し、その営業活動に関する情報を得る必要があるものであり、これを受注調整行為ということはできない。

なお、地元業者をメインとする２組のＪＶの入札価格が予定価格を上回っているが、入札前には工事予定価額は全く未知のものであるから、上記事実は、個別談合の存在を推認させるものではなく、番号２２の物件の受注調整状況に関する本件審決の認定を裏付ける実質的証拠はない。

（被告の主張）

ア 番号２２の物件を原告Ｐ３が落札・受注するに至る経過は、本件審決が認定した事実の概要のとおりであり、同原告は、本件基本合意に基づいてＰ５６に対して、同物件の受注を希望している旨を伝え、Ｐ３７、Ｐ５７及びＰ５５に対して、工事希望票の提出を依頼し、入札までに、指名を受けたＰ３２並びにＰ５５及びＰ５６との間で、入札価格の連絡・確認をした上、指名を受けたゼネコン各社の協力を得て同物件を落札・受注したものである。

イ 原告Ｐ３は、番号２２の物件の受注調整状況に関する本件審決の認定を裏付ける実質的証拠がないと主張する。

しかし、同原告のＰ６２支店Ｐ６３営業所所長は、他のゼネコンに対して折に触れて同物件について一所懸命営業しているという話はしていると思うし、他のゼネコンから問い合わせがあったと記憶している旨を述べており、このような情報交換が行われていたことは、受注希望者間の話し合いにより受注予定者を決定するとの内容を含む本件基本合意に基づく受注調整行為が行われていたことを示すものである上、Ｐ３２の担当者は記憶がないとしながらも協力要請があれば協力をしたと思うと述べている。また、Ｐ３２との関係では、入札価格の連絡・確認をした事実を強くうかがわせる証拠も存在し、地元業者をメインとする２組のＪＶの入札価格は予定価格を上回っているから、競争を回避していたと認定できる。したがって、原

告 P 3 ・ P 3 8 J V は、本件基本合意及びこれに基づいた受注調整の下でそれまでと同様に肅々と入札及び落札を行ったと判断されたとしても、何ら不合理なことではない。そして、番号 2 2 の物件の受注調整状況に関する本件審決の認定を裏付ける明確な証拠が存在することは、既に述べたとおりである。

4 課徴金の算定について

(被告の主張)

原告らが違反行為の実行行為としての事業活動を行った日から同事業活動がなくなる日までの期間（平成 9 年 1 0 月 1 日から平成 1 2 年 9 月 2 7 日まで）の違反行為における売上額を、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令の一部を改正する政令（平成 1 7 年政令第 3 1 8 号）による改正前の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令（**独占禁止法施行令**）6 条の規定により算定すると、別紙 7 の契約金額欄記載の金額（契約期間内に契約金額が変更されていない場合は契約金額、変更されている場合は最終変更後の契約金額に J V の出資比率を乗じた額）のとおりとなる（P 6 を構成員とする J V が落札・受注した番号 1 3 の物件に係る同社の売上額は、独占禁止法 7 条の 2 第 5 項により、原告 P 2 の売上額とみなされる。）。したがって、原告らが納付しなければならない課徴金の額は、同法 7 条の 2 第 5 項によって上記契約金額に 1 0 0 分の 6 を乗じた額となる。

第 6 当裁判所の判断

1 本件基本合意について

(1)ア 3 3 社及びその他のゼネコン 4 6 社で多摩地区において公社が発注した物件の受注業務を担当していた多くの者は、工事の入札に当たって、受注意欲を持ち、発注される工事との関連性を持つ事業者がある場合には、事業者と当該工事との関連性を尊重することによって競争を避けることが望ましい、あるいはそれが慣行であるとの認識を有し、受注を希望する者の間の話し合いや P 3 5 の P 4 1 の助言などによって受注予定者を決め、入札に当たっては受注予定者が落札することに協力していたこと、受注予定者の決定については、本件審決案が認定するような受注希

望者の有する条件が考慮され、受注希望者同士の話し合いがまとまらない場合は、業界の有力者であるP35のP41等の助言を得て受注調整がされていたこと、受注予定者は、入札に参加する業者に33社及びその他のゼネコン46社が入るように、これらの業者に公社に対する工事希望票の提出を依頼し、入札参加者が指名された後は、入札参加者のうち、33社及び協力会社に属する者に入札金額を連絡し、あるいはそのような連絡をしないまでも、これらの事業者が受注予定者の入札金額を上回ると考えられる価格で入札して、受注予定者が落札できるように協力していたことの全部又は一部の事実を述べ(査共3から6, 8, 54, 56, 58, 62, 66から75, 77から81, 84から86, 89から93, 98, 99, 102から106, 110, 113から115, 135から156, 158から160, 162から189, 191から196, 201から212, 232, 233, 235から241, 243から246, 248, 249, 251, 289, 290, 292から297, 322から325, 349から352, 354, 358, 364から366)、またこれらの供述の一部を裏付ける証拠(査共2, 9から53, 65, 121から134, 252から289, 298から321)も提出されている。また、33社が、本件対象期間中、本件各物件をそれぞれ落札、受注したことは「第3前提事実」3の(3)のとおりである。

イ 原告P1の関係では、同社の本件当時のP58営業所長であったP59の供述調書(査共72)、P58営業所に勤務していた従業員であるP60の供述調書(査共162)、原告P4の関係では、同社のP64営業所課長であったP65の供述調書(査共5, 171, 172)、原告P2の関係では、平成6年7月までP6のP66営業所の副所長、平成9年7月から同営業所長であったP67の供述調書(査共135, 136)が存在し、これらの供述調書には、それぞれ審決案の認定に沿う供述が記載され、これを裏付ける資料も添付されている。

原告P3の関係では、同社のP62支店P63営業所長であったP68の供述調書(査共352, 353)が提出されているところ、同人は、本件基本合意の存在

を直接裏付ける供述をしておらず、他のゼネコンに対して工事希望票の提出や同社の落札に対する協力を依頼したり入札価格の調整をしたことはないと述べている。しかし、同人の供述とは異なり、同原告から工事希望票の提出依頼や入札価格の連絡を受けていずれもこれに協力したこと、逆に同原告に工事希望票の提出を依頼したことを述べる他のゼネコン担当者の供述も少なからず存在する(査共 6 2 , 8 1 , 9 3 , 1 4 5 , 2 3 8 , 2 4 1)。

ウ 審決の本件基本合意に関する事実の認定は、以上のような各証拠からすると、合理的なものというべきである（なお、原告 P 3 に関する受注調整や落札に至る経過に関する証拠については、後記 3 の(4)に述べるとおりである。 ）。

(2) 原告らの主張について

ア 原告らは、本件基本合意について、その存在を証する文書が存在しないこと、合意の参加者が特定しておらず、参加者とそうでない者とを区別する根拠が不明である上、受注予定者の調整に関する各業者間の連絡方法、決定方法など具体的な受注調整の基準や方法等の重要な要素も定められていないこと、違反に対する制裁的措置が定められたともされていないから、合意の当事者に対する拘束力があつたとはいえない上、合意のルールが事業者に周知されていた事実も存在しないこと等を主張して、本件基本合意がされたことはないと主張する。

確かに、本件基本合意は、文書化され、あるいは合意の参加者が一堂に会する等して定められたものではなく、その当事者が誰なのかを明確にする基準があるとは認められない。また、受注調整の方法及び基準、受注予定者の決定の手續、各ゼネコン間の連絡方法、違反に対する制裁等のルールが具体的に定められているとはいえず、その存在や内容について何らかの周知措置が執られたとも認められない。したがって、本件基本合意は、契約のように法的な拘束力を持つ合意とはいえない(関係者の多くは、多摩地区で営業活動をするゼネコンの間の慣行と称している。)。

しかし、上掲各証拠によると、このような慣行は、受注調整や入札に際しての協力につき、本件審決案が認定するような内容のものとして存在していたことは明ら

かである。しかも、多摩地区で営業活動をするゼネコンの担当者の間では、前任の者からの引継などによって広く知られていた上、３３社においてこれを尊重し、遵守すべきものとされ、現実にも、これが尊重され、遵守されて受注調整のルールとして有効に機能し、受注予定者がこのルールに従って３３社に属する他の事業者及び協力会社の協力を得て、希望の物件を落札していたことが認められる。したがって、独占禁止法の不当な取引制限の有無を判断するに際して、このようなゼネコン間の受注調整及び公社発注の物件の入札に際して有効に機能している慣行を、本件対象期間中にこれに基づいて公社発注の土木工事を落札・受注した３３社の基本的な合意であったと認めることはなんら不当なものではない。

イ 原告らは、３３社とその他のゼネコン４６社との行為態様には差がないから、その他のゼネコン４６社(原告Ｐ３については、そのほかにＰ２９を含む。)が本件基本合意の当事者でないのであれば、３３社も本件基本合意の当事者とはいえないと主張する。

しかし、３３社について本件基本合意を認めるに足りる実質的な証拠が存在することは前記のとおりである。本件審決は、その他のゼネコン４６社については本件対象期間中に本件基本合意に基づいて落札・受注したと認められる物件がないことから、自社が受注意欲や関連性を有するときは３３社に属する他の事業者が協力することについての認識、認容を認めるに足りる証拠がなく、また、Ｐ２９は別紙１の番号４６の物件を落札、受注しているが、３３社に属する他の事業者が入札に参加していないためにその協力を得て同物件を受注したとは認められず、そうすると、その他のゼネコン４６社と同様に自社が受注意欲や関連性を有するときは３３社に属する他の事業者が協力することについての認識、認容を認めるに足りる証拠がないとしたものにすぎない。したがって、本件審決が、その他のゼネコン４６社及びＰ２９を本件基本合意の当事者と認めなかったことは、原告らも含む３３社が、本件基本合意の当事者ではないことの根拠となるものではない。

２ 本件基本合意と不当な取引制限

(1) 公社は、予定価格が500万円以上の工事の発注に当たり、公募型の入札制度を採用し、入札参加資格を有する事業者をAからEのランクを用いて格付けし、他方、発注する工事を、その予定価格の額を基礎とし、これに施工技術の難易性を勘案して、AからEまでの工事及び共同施工方式により施工する工事に格付けし、通常その工事のランクに対応する格付けを有する事業者を入札指名したこと、入札に参加する事業者の選定は、公社の指名業者選定委員会によって行われ、単独施工工事については10社が、共同施工工事についてはメインの業者10社、サブの業者10社が指名され、その指名、選定に当たっては、工事の規模、工法の難易度、選定する事業者の活動の拠点、格付け、工事希望票の提出回数、指名回数及び受注回数、公社発注の工事の現在施工状況等も総合的に勘案していたことは前記のとおりである。

このような制度は、発注する工事を的確に遂行する意思と能力を有する事業者の全員が落札、受注を目指して互いに競争するためのものであるから、落札する意思を持たない者が落札する意思を有している者を排除して入札に参加すること、受注（落札）予定者を予め調整することは、それ自体が入札制度の目的に反し、一般的に正当な競争を阻害するものである。

(2) 「第3 前提事実」3のとおり、本件対象期間において、33社、協力会社47社の合計80社は公社から入札参加有資格者として登録を受けていたが、公社が実施する入札に参加した上記以外の地元業者は165社であり、このうち、公社の入札参加資格を有する者としての登録を受け、土木工事のうち下水道工事の工種区分におけるランクがAとして格付けされていた業者は74社である。そうすると、33社と協力会社の数、本件対象期間における公社の入札にAのランクで参加する資格を有する事業者全体の51.9パーセントを占めることになる。

$$(33 + 46 + 1) \div (33 + 46 + 1 + 74) = 0.519$$

また、協力会社46社のうち下水道工事について公社からAランクに格付けされていた業者は35社であるから、下水道工事について上記と同じ割合を算定すると

47.9パーセントとなる。

$$(33 + 35) \div (33 + 35 + 74) = 0.479$$

したがって、本件対象期間における公社が発注するAランクの工事に関して、33社及び協力会社が総事業者に占める割合は過半を超え、下水道工事についても半分近くを占めていたことになる。もっとも、公社は、地元業者保護の観点から、Aランクの工事につきBランクに格付けされる地元業者が工事希望票を提出してきた場合には、Bランクに格付けされる業者を指名することがあったが、そのような例は少なく、そのような例を考慮しても33社及び協力会社が競争業者を含めた全事業者に占める割合は相当程度に及ぶことに変わりはない。現実にも、別紙1のとおり、本件各物件で共同施工工事とされた物件のうち、JVのメインとして、あるいはAAランクの工事に入札指名を受けた業者の割合は、大方の物件で33社を含むゼネコンが過半を占め、その割合はランクが上になる程高くなり、特にAAランクの格付けの工事について入札指名を受けた者すべてが33社及び協力会社で占められている。また、単独施工工事においても、指名業者の過半以上を33社及び協力会社が占めている例は少なくなく、そうでない場合も33社及び協力会社の中から複数の業者が指名を受けている。

(3) また、本件各物件72件のうち、本件審決において競争制限効果が生じたと認められた物件は31件あり(前掲各証拠によると、この認定は合理的である。)、その落札金額合計113億0914万1000円は、本件各物件の落札金額合計200億7575万4000円のうち56.3パーセントを占めている。しかも、これを工事の格付け毎の落札件数、落札率、落札金額及びその割合をみると下表のとおりであって、格付けが高い物件ほど33社の落札件数、落札金額が全体に占める割合は高いものとなっている。

工事の格付	件数(件)			落札金額(千円)		
	全体	33社落札	割合 %	全体	33社落札	割合 %
AA	11	9	81.8	5,132,500	4,802,200	93.6

A B	1 5	1 2	8 0 . 0	4,876,484	3,979,641	8 1 . 6
A C	1 6	5	3 1 . 3	4,192,022	1,376,300	3 2 . 8
A	3 0	5	1 6 . 7	5,874,748	1,151,000	1 9 . 6

(4) 本件基本合意は、受注予定者を定めた上、落札する意思を持たない者がこれを有する者を排除して入札に参加することによって競争者の数を限定し、入札に参加した受注予定者以外の 33 社に属する者及び協力会社が、受注予定者が対象の物件を落札することに協力するというものであるから、それ自体が入札制度における競争を阻害するものである。

しかも、前記(2)及び(3)のとおり、33社と協力会社の数が本件対象期間における公社の入札に A のランクで参加する資格を有する事業者全体に占める割合、競争制限効果が生じたと認められる件数及びその落札金額の割合は、いずれも相当程度高いのであるから、本件基本合意は、公社が発注する本件各工事の入札による競争を実質的に制限するものといえることができる。

(5) 原告らは、競争の実質的制限とは、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、市場を支配することができる状態をもたらすことであるとした上、33社及びその協力者の数が全事業者に占める割合や本件審決が競争制限効果が生じたとする物件の数や入札金額、地元業者が入札に参加し、33社などと競争をしていること等を根拠として、本件基本合意によって市場支配がされ、競争の実質的制限がされたとはいえないと主張している。以下、これらの点について検討する。

ア 33社及びその協力者が全事業者の占める割合と競争の実質的制限

(ア) 原告らは、本件基本合意の参加者及び協力者の数は、全競争事業者のうち 51.9 パーセントないし 47.9 パーセントしか占めておらず、本件審決の認定によっても、本件各工事 72 物件中競争制限的効果が生じた物件の数は 31 件で、その入札金額の合計は全工事の入札金額の 56.3 パーセントにすぎないから、33社や協力者が市場を支配する状態、あるいはある程度自由に受注予定者及び価格を左右することができる状態にあったとはいえないと主張する。

(イ) しかし、独占禁止法 2 条 6 項が定める競争の実質的な制限とは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団が、その意思である程度自由に価格、品質、数量、その他の各般の条件を左右することによって市場を支配することを意味しており、ここにいう市場の支配は、特定の事業者又は事業者集団が、その意思だけで自由に価格、品質、数量その他の各般の条件を左右できる状態にまで至っていることを必要とするものではない。

本件基本合意は、予め受注予定者を決めて 33 社に属する他の事業者、協力会社が受注予定者の落札、受注に協力することを内容とするものであって、その合意の執行は、真に落札を目的とする者を入札市場から排除し、受注予定者以外の違反行為者及びその協力者が入札に参加して、受注予定者の落札に協力するものとなるから、本来されるべき入札参加者全員による競争は、受注予定者と地元業者のみの競争に限定されることとなり、原則として、そのこと自体が入札における正当な競争を阻害するものであることは前記のとおりである。

そして、33 社及び協力会社の数は、全事業者のほぼ半数に達しており、本件各物件の入札参加者をみても、共同施工工事とされた物件のうち、JV のメインとして入札指名を受けた業者の割合は、大方の物件で 33 社とその協力者が過半を占め、その割合は工事のランクが上になるほど高くなり、特に AA ランクの格付けの工事について入札指名を受けた者は、すべて 33 社及び協力会社に属する者で占められているから、後記イのとおり、地元業者が競争を回避することがある程度期待できる状況にあったことも考えると、本件基本合意は、本件対象期間における公社発注工事の入札市場における競争を実質的に制限するものであることは明らかである。

そのことは、前記 2 の(3)のような競争制限効果が生じたと認められる物件の数や落札金額にも裏付けられている。

(ウ) なお、原告 P3 は、B ランクの事業者も A ランクの工事を指名される場合があり、また、JV のメインでなく、サブとなっても、それが JV の一員となった以

上，メインの言うとおりになるとは限らないから，地元業者のうち，Ａクラスでない者もすべて競争業者として数えるべきであるとして，違反行為者数等が全事業者に占める割合は３２パーセントにしかないと主張する。

しかし，公社は，入札参加資格を満たす者として登録している有資格者及び発注する土木工事を，それぞれＡからＥのランクに格付けしているところ，Ａランクの単独施工工事，ＡＣランク及びＡＢランクの共同施工工事のメイン及びＡＡランクの共同施工工事には，通常Ａランクに格付けされた事業者が指名され（査共４３６，４３８，４３９），Ｂランクに格付けされる地元業者が上記工事に指名を受けるのは少数の例にとどまっており，Ａランクに位置づけられる工事について３３社及び協力会社が占める割合が相当程度に達することは前記のとおりである。また，Ａランクの共同施工工事のサブにＢランク以下の事業者が指名される場合に，ＪＶのサブがＪＶのメインの意向に反した入札行動を取ることは考えにくく，実際にそのような事例があったことを窺うに足りる証拠はない。

そうすると，この点に関する原告Ｐ３の主張は採用できない。

また，原告Ｐ２は，受注金額に比して，受注件数が入札制限の状況を正確に反映するとした上，具体的競争制限効果が生じたか否かを見る際に着目すべきは受注件数であって，受注金額を判断の基礎とすることは相当ではない旨を主張する。確かに，１件又は少数の物件の落札金額が飛び抜けて多額なため，落札金額によって競争の制限効果を検討することが不相当な事情がある場合には，同原告の主張にも理はあるが，本件ではそのような物件は見当たらず，受注件数だけに着目すべき事情があるとはいえない。

さらに，原告Ｐ１は，本件審決が競争制限効果が生じたと認定した３１物件から，本件と関連する八王子市及び日野市の住民訴訟の判決で競争制限効果が否定された５物件を除けば，２６物件にしかならず，その割合は３６．１パーセントにすぎないと主張するが，３１物件について競争制限効果が生じたものと認められることは前記のとおりであるから，同原告の主張は採用できない。

イ 地元業者の協力・競争回避について

(ア) 原告らは、本件各物件 72 件中 60 件の物件についてアウトサイダーである地元業者（競争業者）が入札に参加して競争を仕掛けているから、このような市場において合意当事者だけでは入札市場の競争を実質的に制限することはできないと主張する。

(イ) 地元業者の入札行動に関する本件審決の認定の概要は、以下のようなものである。

公社が、工事の入札回数を勘案していることから、地元業者を含め、公社発注の土木工事の入札に参加する業者は、いわゆる指名稼ぎのために、受注を希望しない場合であっても工事希望票を提出して指名を受けることが少なくないこと、受注予定者の有する条件について地元業者を認識し得る物件があったこと、地元業者が受注予定者の要請によって J V を組むことにより、受注の恩恵にあずかることがあったことに照らせば、地元業者が常に落札を目指して受注予定者に対して競争を挑んでくるとは限らず、受注予定者の依頼に応じて協力したり、自主的に高めの価格で入札して競争を回避することがある程度期待できる状況にあったと認められる。実際にも 20 の物件で地元業者にそのような行動が見られた。

(ウ) 原告らは、本件審決の上記認定について、についてはこれを認めるべき証拠がなく、については地元業者が競争を回避する理由とはならない、についてもこれを裏付ける証拠はなく、共同施工工事は J V を組むことが必要であって、地元業者が J V の一員となることは当然予定されているから、ある物件で地元業者がゼネコンと J V を組むことを期待して競争を回避するということはないとし、地元業者は、72 物件のうち少なくとも 60 物件について 33 社に対して競争を挑み、32 物件を受注しており、採算を度外視しても低価格競争をしかけてきているのが実態であると主張する。

(イ) しかし、公社が入札に参加する業者を指名する際に、工事希望票の提出回数を考慮要素としていることは「第 3 前提事実」2 の(5)に記載のとおりであり、

公社でこの事務を担当していたP 6 9は、公社の入札に参加する業者は、入札指名に関して工事希望票の提出回数が考慮されていることを知っており、受注を希望しない場合でも指名稼ぎのために工事希望票を提出して指名を受けることが少なくないと供述し(査共4 3 9)、ゼネコンの担当者も実際に指名稼ぎのために工事希望票を提出した経験を供述している(査共7 9, 9 1, 1 7 6, 2 0 3, 3 2 7, 3 5 2等)。このような証拠からすると、地元業者が受注を希望していない場合でも、指名稼ぎのために工事希望票を提出することがあると認定できるから、この点に関する本件審決の認定には合理性が認められる。

この点、平成1 3年4月から平成1 4年8月まで公社において多摩地区の公共下水道の建設等にかかる工事の発注業務を担当していたP 7 0は、受注意欲のない者が工事希望票を提出することは考えられないと供述し(審共1)、株式会社P 7 1のP 7 2本店営業副本部長であるP 7 3は、審判手続における参考人審尋において、受注を希望しないのに形だけ指名を申し込むというようなことはなく、他社がそのようなことをするという事柄も聞いたことがない旨を供述し、更にP 7 4株式会社土木部長のP 7 5も、その陳述書(審共8の4)及び審決手続における参考人審尋において、入札において競争を回避することはしないという趣旨に理解できる供述をしている。

しかし、受注予定者が入札対象の物件に対していわば強い条件を持つ場合は、地元業者がそれを尊重して競争を回避することはあり得ることであり、また、公社の発注する共同施工工事において3 3社とJVを組む可能性があることは、地元業者が競争を回避することの動機となり得るものである。

また、入札参加者に地元業者がいる場合に、受注予定者とその地元業者との間で話し合いが行われ、調整が行われていたことを示す証拠(査共6 6, 6 7, 7 2, 9 8, 1 6 6, 1 7 3, 1 8 2)がある。さらに、地元業者は、1 2物件(別紙1の番号9, 1 0, 2 2, 2 9, 4 0, 4 2, 5 0, 5 1, 5 6, 5 8, 5 9, 6 5の各物件)で予定価格を超える価格あるいは予定価格に近い価格で入札しているところ

(査共 3 2 8 , 4 6 3) , これら工事は , 通常の建設業者であれば , 公刊されている積算資料及びソフトウェアを用いることによって予定価格の推計を比較的正確に行うことができるものであるから , 地元業者が競争を回避したためにこのような価格での入札をしたものと推認することも , 不合理であるとはいえない。

そして , P 7 0 の供述は , 発注者側から本件対象期間以後の経験を述べるものであり , P 7 3 及び P 7 5 は , いずれも本件対象期間に多摩地区の営業を担当していなかったというのであるから , 本件対象期間における地元業者の入札行動を認定する上ではその証明力に限界がある。また , 上記 3 名が述べるように , 地元業者の中に指名稼ぎのための工事希望票を提出することはせず , 指名されて後に競争を回避することをしない業者がいても不自然ではないが , そのことは必ずしも本件審決の認定と矛盾するものとはいえない。

そうすると , 地元業者が , もともと落札の意欲を持たないまま指名を受け , あるいは受注予定者の依頼に応じる等の事情によって , 高めの価格で入札することをある程度期待することができる状況があり , 現にそのような事例も存在しているといえるから , 本件審決の前記(イ)の認定は合理的なものといえる。

なお , 地元業者が , 個別の物件について 3 3 社に対して競争をしかけてくる例があることは原告らが主張するところと思われるが , そのような事例があるとしても , そのことは上記認定を左右するものではない。

(オ) 次に , 原告らは , 地元業者が 7 2 物件のうち少なくとも 6 0 物件について 3 3 社に対して競争を挑み , 3 2 物件を受注していることを根拠に本件基本合意による競争の実質的制限は生じていないとし , 原告 P 2 は , アウトサイダー(地元業者)の競争回避的状況がある程度期待できるというだけで , 合意の当事者である事業者によって市場における競争を実質的に制限するものと評価することは不当であると主張する。

しかし , 入札に参加した地元業者が落札を希望し , 競争の結果本件基本合意によって受注予定者とされた者が落札ができない物件が生じているとしても , そのこと

が直ちに本件基本合意が競争制限効果を有していないことの根拠となるものとはいえない。なお、この点の事情について、P 4 1 は、以下のように供述している(査共 9 8)。

「ゼネコン側と地元側の折衝は、簡単に申せば、話し合いということですが、やはり、双方は当該物件についての関連性など種々条件を提示し合って、結局、例えば、一方が下請けに入るとの条件で決着を図るといった仕方も採られ、最終的には、本命業者として一本化が図られるパターンです。ただ、ゼネコン側の意思としては、地元業者との混合入札参加物件のケースは、地元側が強いとの判断もありまして、喧嘩までして取ろうということにはならず、地元業者側が強く受注意欲を示せば、何らかの条件で譲ったり、あるいは、降りるということにならざるを得ません。それは、ゼネコン側は経費面で地元業者に勝てませんので、叩き合いに持って行っただとしても落札できませんし、もし落札できたとしても得にならないからです。」

このように、本件基本合意によっても、地元業者との競争を避けられない事例があることは認められるが、上記のとおり、本件基本合意は、一般的に受注意欲を持たない受注予定者以外の 3 3 社に属する者及び協力会社に工事希望票を提出させるなどして競争者の範囲を限定するものである上、もともと落札の意欲を持たない地元業者が入札に参加する場合もあるという事情も考えると、地元業者が受注予定者の依頼に応じてくれることをある程度期待することができるという程度でも、公庫発注物件の入札における競争を実質的に制限するものと認めるのが相当というべきである。

3 個別の物件について

(1) 番号 7 の物件(原告 P 1 関係)

ア 本件審決が番号 7 の物件に関して認定した事実は、前記「第 4 被告が認定した事実の概要」3 の(1)のとおりである。

原告 P 1 の本件当時の P 5 8 営業所長であった P 5 9 は、ほぼ本件審決が認定した事実に沿う供述をしており(査共 7 2)、平成 8 年 6 月から平成 1 1 年 4 月ころま

で、同原告 P 5 8 営業所に勤務していた P 6 0 も、概括的には P 5 9 の供述を裏付ける供述をしている(査共 1 6 2)。また、番号 7 の物件の相指名業者となった P 4 2 の P 7 6 (査共 1 5 0)は、原告 P 1・P 3 3 J V から入札金額の連絡を受けて同 J V が受注できるように協力したことを述べ、P 2 9 の P 7 7 営業所長であった P 7 8 (査共 1 4 4)及び P 3 2 営業本部 P 7 9 営業所長であった P 8 0 (査共 1 4 5)も、原告 P 1 が同物件を落札することに協力したことを少なくとも否定していない。

このような証拠からすると、本件審決の番号 7 の物件に関する認定には合理性が認められるというべきである。

イ(ア) 原告 P 1 は、P 5 9 の供述のうち、番号 7 の物件が未だ公示もされていない時期から同社が受注予定者であることがあらかじめ決まっていたとする部分及び地元業者を指名業者から排除し、ゼネコンの受注を容易にするために工事希望表を出してもらってゼネコンを選定したとする部分は客観的事実に反し、同人の供述は信用できないと主張する。

しかし、同人は、前任の P 6 1 が同物件が公示される前から営業活動をし、これに関する情報を入手していたことを示唆する供述をし、P 6 0 も以前に同物件付近で公社発注の工事を実施した実績があることから、他社に比較して有利な条件を持っていたことから受注のための営業努力をしていた物件であることを述べているほか、33 社や協力会社の営業担当者の多くが公社発注の工事の実施前からダミコンや業界の新聞によって情報収集をしていたことも述べているから、上記の供述部分が客観的な事実と矛盾するとはいえない。また、受注予定者が 33 社に属する他の事業者及び協力会社に対して工事希望票の提出を依頼するのは、競争相手となる可能性のある地元業者を入札参加者から排除するためであって、上記の部分は客観的な事実と合致するものである。

(イ) また、同原告は、P 7 8 (査共 1 4 4)及び P 8 0 (査共 1 4 5)の供述調書は、いずれも番号 7 の物件に関して同原告との間で受注調整に関する明確な合意が

されたことは述べられておらず，P 7 6 の供述(査共 1 5 0)には，具体性がなく，他の複数の物件に関してほぼ同文の記載が繰り返されているだけであるから，信用性がないと主張する。しかし，前記のとおりの人らの調書の内容に照らすと，その指摘のような点だけで上記各供述調書が実質的証拠に該当しないとはいえない。

(ウ) なお，原告 P 1 は，3 3 社及び P 2 9 のうち，工事希望票を提出したのは 7 社(同原告を除けば 6 社)であるが，そのうち担当者の供述調書が提出されているのは 2 社分しかない，相指名となったその他のゼネコンに属する 4 社及び地元業者 3 社のうち，担当者の供述調書が提出されているのは 2 社分しかなく，そのうちの 1 社(P 4 3)の担当者の供述調書には同原告について述べる部分がないことを指摘している。しかし，このような点を考慮しても，前記のような証拠からすると，本件審決の原告 P 1 に関する認定が不合理なものとはいえない。

(2) 番号 1 0 の物件(原告 P 4 関係)

ア 本件審決が番号 1 0 の物件に関して認定した事実は，前記「第 4 被告が認定した事実の概要」3 の(2)のとおりである。

イ 原告 P 4 の P 6 4 営業所課長であった P 6 5 は，ほぼ本件審決の認定に沿った供述をしており(査共 5)，同物件の相指名業者となった P 5 7 P 8 1 支店 P 8 2 営業所長であった P 8 3 は，P 6 5 から頼まれて工事希望票を提出し，指名を受けた後も原告 P 4 ・ P 3 4 J V が落札できるように協力して札入れをしている旨を述べている(査共 9 3)。

このような証拠からすると，本件審決の番号 1 0 の物件に関する認定には合理性が認められるというべきである。

ウ(ア) 原告 P 4 は，番号 1 0 の物件の入札には，地元業者 3 社が参加し，この 3 社が入札の時点まで受注意欲を示して入札に臨む行動を取っていたことから，同原告は，落札率 8 0 パーセントという失格ぎりぎりの価格で入札したものであるところ，競争の制限があったか否かは，上記のような入札までの経過全体から判断すべきであって，同原告の落札率は，番号 1 0 の物件についてまさに競争が行われてい

たことを示しており、同物件については競争制限的效果は具体的に生じていないこと、また、同原告は、このような落札率でいわば赤字受注をしているのであるから、不当な利益を保持させないという課徴金制度の趣旨からは、あえて課徴金を課すまでもないことを主張する。

(イ) 確かに、番号 10 の物件の入札に参加した地元業者である P 4 9 ・ P 5 1 J V 及び P 5 0 ・ P 5 2 J V は、同物件の受注を希望する意思を原告 P 4 に表明していたことが認められる。しかし、別紙 6 - 2 のとおり、地元業者を構成員とする J V のうち 2 社は予定価格を上回る価格で、残りの 1 社は予定価格に近い価格（予定価格の 99.05 パーセントの価格）で入札しており、その入札価格は、上記物件の入札に参加した 33 社及び協力会社を構成員とする J V の入札価格より高い価格か、それに相当する価格となっている。このような入札結果からは、地元業者 3 社を構成員とする J V は、最終的にはいずれも原告 P 4 からの要請を受け、原告 P 4 ・ P 3 4 J V との競争を回避したことを推定させる。したがって、同原告による同物件の落札率が失格ぎりぎりの 80 パーセントであったとしても、同原告を除く入札参加者全員が競争を回避していることになるから、番号 10 の物件では競争制限効果が生じていることは明らかというほかない。

(ウ) 課徴金の納付命令は、不当な取引制限又は商品又は商品供給量の制限による経済的利得を国が徴収し、違反行為者がそれを保持し得ないようにすることによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、不当な取引制限等の禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置であり、不当な利得の剥奪にとどまらない複合的な趣旨及び目的を持つ。しかも、その金額は、画一的な基準によって、不当な利得の有無及びその額とは一応切り離して機械的に算出されるものとされているから、不当な利得の発生の有無及びその多寡を問わずに、不当な取引制限等によって競争制限効果が発生したものについて命じられるべきもの、すなわち、不当な取引制限等によって不当な利益を得ることができなかったというような場合にも、適用されるものと解される。

なお，このような課徴金制度の適用も，同制度が不当な取引制限等の禁止規定の実効性を確保するという趣旨，目的を有することからすれば，一定の合理性があるというべきである。

したがって，番号１０の物件について，課徴金を課すまでもないとする同原告の主張は採用できない。

(3) 番号１３の物件（原告Ｐ２関係）

ア 本件審決が番号１３の物件に関して認定した事実は，前記「第４ 被告が認定した事実の概要」３の(3)のとおりである。

イ Ｐ６のＰ６６営業所長であったＰ６７は，ほぼ本件審決の認定に沿った供述をしている(査共１３６)。また，同物件の相指名業者となったＰ５５のＰ８４支店Ｐ８５営業所長であったＰ８６（査供６２），Ｐ５３Ｐ８７営業所長であったＰ８８（査供８４），Ｐ５４Ｐ８９営業所長であったＰ９０（査供９２），Ｐ３６Ｐ９１営業所長であったＰ９２（査供１６４）は，いずれも依頼を受けて番号１３の物件について工事希望票を提出したと供述し（ただし，Ｐ９０は，Ｐ６からの依頼なのかＰ９３（上記物件について本命であったが，後に辞退したという。）からの依頼であったのかは定かでないとしている。），また，Ｐ８６，Ｐ９０及びＰ９２は，指名後にＰ６から入札価格の連絡を受けて入札したと述べている。Ｐ９４Ｐ９５営業所に勤務していたＰ９６（査供７４），Ｐ４６Ｐ９７支社Ｐ９８営業所長であったＰ９９（査供７５）及びＰ８Ｐ１００営業所長であったＰ１０１（査供１５６）も，同物件についての具体的な記憶を述べるものではないが，Ｐ６・Ｐ１６ＪＶが同物件を落札するように協力した可能性が高いことを示す供述をしている。

このような証拠からすると，本件審決の番号１０の物件に関する認定には合理性が認められるというべきである。

(4) 番号２２の物件（原告Ｐ３関係）

ア 本件審決が番号２２の物件に関して認定した事実は，前記「第４ 被告が認定した事実の概要」３の(4)のとおりである。

イ 原告 P 3 の P 6 2 支店 P 6 3 営業所所長であった P 6 8 は、 番号 2 2 の物件に関して、営業所に近く、工事場所の状況も把握し近隣の状況もよく分かっている物件であったため、前々から熱心に営業活動をしていた物件であり、他のゼネコンに対しても折に触れて受注意欲を示していたこと、 他社から同物件に関する同原告の受注意欲の問い合わせがあったこと、 結果的に受注意欲を示したことによって他社が工事希望票を提出したことがあるかも知れないこと、しかし、 工事希望票の提出を他社に依頼した覚えはないこと、 他社との間で入札価格を連絡・調整したり、他社から同原告の入札価格を尋ねられたりしたことはなく、番号 2 2 の物件を同原告が落札したのは正当な競争の結果であることを供述している（査供 3 5 2 , 3 5 3 ）。

しかし、P 5 5 P 8 4 支店 P 8 5 営業所所長であった P 8 6（査供 6 2 ）、P 3 7 P 1 0 2 支店 P 1 0 3 営業所所長であった P 1 0 4（査供 8 1 ）、P 5 7 P 8 1 支店 P 8 2 営業所所長であった P 8 3（査供 9 3 ）、P 5 6 P 1 0 5 支店 P 1 0 6 営業所所長であった P 1 0 7（査供 2 4 1 ）は、いずれも原告 P 3 からの依頼によって工事希望票を提出し、原告 P 3 ・ P 3 8 J V が番号 2 2 の物件を落札できるように協力したことを述べている（なお、P 8 6 及び P 1 0 7 は、同原告から入札額の連絡があったとしている。）。また、P 3 2 営業本部 P 7 9 営業所所長であった P 8 0 も、原告 P 3 から受注に協力して欲しい旨の依頼があったかは覚えていないが、そのような依頼があれば、受注意欲のない物件であったことから協力していると供述している（査供 1 4 5 ）。

そして、3 3 社の間で本件基本合意が存在し、協力会社が 3 3 社の受注に協力するものとされていたことは前記認定のとおりであるから、P 8 6 , P 1 0 4 , P 8 3 , P 1 0 7 及び P 8 0 の上記各供述は多摩地区におけるゼネコンの入札や受注を巡る状況に合致するものである上、これに反する証拠は P 6 8 の前記供述のみであって、他にその信用性に疑いを差し挟むべき証拠はないから、番号 2 2 の物件に関する本件審決の認定には合理性が認められるというべきである。

4 課徴金の算定について

以上のとおりであるから，原告 P 1 は番号 7 の物件に関し，原告 P 4 は番号 1 0 の物件に関し，原告 P 2 は番号 1 3 の物件に関し，原告 P 3 は番号 2 2 の物件に関し，それぞれその受注価格に影響がある不当な取引制限をしたものというべきである。そこで，その実行期間における売上額を独占禁止法施行令 6 条の規定により算定すると，別紙 5 の売上金額欄記載の金額と認められる（弁論の全趣旨）から，原告らが納付しなければならない課徴金の額は，本件審決が命じた額となる。

第 7 結論

よって，原告らの請求をいずれも棄却することとし，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第 3 特別部

裁判長裁判官 一 宮 な ほ み

裁判官 杉 山 正 己

裁判官 加 藤 謙 一

裁判官 田 川 直 之

裁判官 石 垣 陽 介