

**東京都が発注する個人防護具の入札談合事件**

- 【文献種別】 排除措置命令／公正取引委員会  
【裁判年月日】 平成29年12月12日  
【事件番号】 平成29年(措)第8号、平成29年(措)第9号  
【事件名】 東京都発注個人防護具入札談合事件  
【参照法令】 独占禁止法2条6項・3条・2条5項  
【掲載誌】 判例集未掲載

**事実の概要**

本件違反行為の対象となった東京都の個人防護具の発注は、平成26年度物件及び平成27年度物件から構成される。

**1 平成26年度物件**

エア・ウォーター・メディエイチ、新成物産と丸紅の3社(以下、「H26年度3社」という。)は、地方公共団体に対し、製造業者等から調達した個人防護具を直接又は他の事業者を通じて販売していた。丸紅及び新成物産は、個人防護具の発注情報を共有するとともに、丸紅が製造業者等から調達した個人防護具を新成物産に販売し、当該個人防護具を新成物産が地方公共団体等に販売するなど、個人防護具の調達及び販売に関して協力関係にあった。

丸紅及び新成物産がエア・ウォーター・メディエイチに会合の開催を働きかけたことを契機として、H26年度3社は、平成26年度に東京都が発注した個人防護具(ガウン等セットとして7製品と外3点の買入れ)について、営業責任者等による会合を複数回開催し、平成26年7月7日の会合において、①エア・ウォーター・メディエイチ側の入札参加者を受注予定者とし、受注予定者の入札価格をおおむね11億円とすること、②丸紅及び新成物産は、エア・ウォーター・メディエイチ側が丸紅及び新成物産から本件個人防護具のうち一部の製品を購入して東京都に納入し、丸紅及び新成物産がおおむね1億5,000万円の利益を得られるようにすることを条件として、受注予定者の受注に協力すること、③入札が不調となり2回目の入札が行われる場合の入札価格を1,000万円引き下げ、利益減少分を3社で折半し、受注予定者以外の入札参加者は辞退することを合意した

(以下、「H26年度合意」という。)

エア・ウォーター・メディエイチは、H26年度合意に基づき、日本船舶薬品を受注予定者とし、日本船舶薬品に入札価格を指示して当該価格で入札させ、自らは入札しなかった。H26年度3社は、それぞれ側の入札参加者(新成物産、関東エア・ウォーター、越前屋多崎)に入札価格を指示して当該価格で入札させ、日本船舶薬品に受注させた。

H26年度個人防護具の入札後、エア・ウォーター・メディエイチは、丸紅及び新成物産から、本件個人防護具のうちいくつかの商品を購入して日本船舶薬品に販売し、東京都に対し、日本船舶薬品に本件個人防護具を納入させた。

**2 平成27年度物件**

新成物産がセンチュリーメディカルに会合の開催を働きかけたことを契機として、同2社と丸紅の3社(以下、「H27年度3社」という。)は、平成27年度に東京都が発注した個人防護具について、営業責任者等による会合を複数回開催し、平成27年7月7日の会合において、①センチュリーメディカル側の入札参加者を受注予定者とし、受注予定者の入札価格をおおむね15億8,000万円とすること、②丸紅及び新成物産は、センチュリーメディカル側が丸紅及び新成物産から本件H27年度本件個人防護具のうち一部の製品を購入して東京都に納入し、丸紅及び新成物産がおおむね2億5,000万円の利益を得られるようにすることを条件として、受注予定者が前記①で定めた価格で受注できるように協力することを合意した(以下、「H27年度合意」という。)

H27年度3社はH27年度合意に基づき、センチュリーメディカルは、エア・ウォーター・メディエイチを受注予定者とし、エア・ウォーター・メ

ディエイチに入札価格を指示して当該価格で入札させた。新成物産は、エア・ウォーター・メディエイチの入札価格を上回る価格で入札し、H27年度3社は、それぞれ側の入札参加者（関東エア・ウォーター、日本船舶薬品、越前屋多崎）に入札価格を指示して当該価格で入札させることにより、エア・ウォーター・メディエイチに受注させた。

センチュリーメディカルは、H27年度個人防護具の入札後、エア・ウォーター・メディエイチに、丸紅及び新成物産から、本件個人防護具のうちいくつかの商品を他の事業者を通じて購入させ、東京都に対し、本件個人防護具を納入させた。

## 命令の要旨

H26年度3社、及びH27年度3社は、独占禁止法第3条（不当な取引制限の禁止）の規定に違反する行為を行っていたとして、公正取引委員会は、丸紅を除いた東京都が発注する個人防護具の入札参加業者3社（エア・ウォーター・メディエイチ、新成物産、センチュリーメディカル）に対して、排除措置命令を行った。

## 命令の解説

東京都における個人防護具の発注は、平成20年、21年、22年と実施されており、本件は、その後の26年及び27年に実施された発注に関する違反行為である。違反行為者は4社であるが、丸紅は実際の入札に参加しておらず、排除措置命令の対象となっていない。

さらに、本件は、価格に関する不当な取引制限に当たる事案であるにも拘らず、違反行為者について、独占禁止法第7条の2第1項という売上額（本件では、東京都に販売する取引における売上額が該当する）がないため、課徴金納付命令の対象とならなかった。

### 一 行為形態

#### 1 事業者と「他の事業者」との関係について

独禁法2条6項にいう事業者と「他の事業者」は、それぞれ独立の事業者であることを要するだけでなく、当初、判例において事業者相互の関係は競争関係にあることが求められ、競争者間の共同行為に限定された（「新聞販路協定事件」東京高

判昭28・3・9高民集6巻9号435頁）。しかし、かかる限定的な解釈に対しては批判もあり、現在では、その者の同意がなければ共同行為が成立しない関係であれば、「実質的な競争関係」にあるとして（「シール談合刑事事件」東京高判平5・12・14高刑集46巻3号322頁）他の事業者に該当することが認められており、競争関係は拡大的に解釈される傾向が認められる。

違反行為者である4社は全て、製造業者から調達した個人防護具を直接又は間接的に地方公共団体に販売する、いわば卸売段階として位置付けられており、ここから競争関係の存在が認められることになろう。他方で、丸紅が新成物産に個人防護具を販売するという意味での協力関係も同時に認定されている。厳密に言えば、4社がそれぞれ取り扱っている商品は同種の関係になく、一般的には供給及び需要サイドからも代替関係は存在しないと考えられる。しかし、東京都の個人防護服の発注は、東京都のインフルエンザ対策として、防護服（ガウン）のみでなく、フード付きワンピースやそれに付随するキャップ、ズボン、ゴーグル、手袋、マスクなどを個別にはなく一括して発注する方法をとっており、かかる一括発注という態様に依りて、これらの商品の一部を扱う当該事業者間の取引を前提とした協力関係を包含する広い意味での競争関係が捉えられている。

違反行為者とされた4社のうち丸紅は入札に参加していないが、丸紅・新成物産側として当該合意の形成に主導的な役割を果たしていると考えられる。丸紅が欠ければ本件合意は成立しないという意味で、実質的な競争者と捉えることに問題はないであろう。もっとも、H26年度及びH27年度物件の受注予定事業者がそれぞれ年度物件に関する合意当事者でないことには留意すべきである。このことに関連して、本件の行為要件該当性の捉え方はやや不自然な構成となっており、以下の通り、検討の余地があるように思われる。

#### 2 「相互拘束」と「共同して」

独禁法2条6項にいう不当な取引制限は、「共同して……相互にその事業活動を拘束」することと定められている。「相互にその事業活動を拘束」について、新聞販路協定事件判決によれば、「拘束の共通性」と「拘束の相互性」が必要とされている。拘束の共通性は、現在では、事業活動の拘束内容が共通していることを必要とせず、目的の

共通性で足りるとされており、当事者が互いに合意内容を遵守しあう関係が見られることで十分であるとされる<sup>1)</sup>。「拘束の相互性」については、合意が成立すれば、当事者の一定の事業活動が拘束されることは明らかであるとして、当事者が互いに合意内容を遵守しあう関係があれば、拘束の相互性も認められることになる<sup>2)</sup>。ここでは、合意が存在するとしても、競争制限をもたらすような事業活動の制限を相互に課し合う関係になれば相互拘束に該当しないことはその前提となる<sup>3)</sup>。本件では、受注後の納入という利益供与の協力関係を背景にして、受注予定者を一方の側にすると合意していることに鑑みれば、当事者間に一見双務的な関係があるように思われる。しかし、他方で、受注予定者が合意に参加しておらず、具体的な受注予定者がこの合意を受けた指示によって初めて決定されるところでは、当該合意に基づく受注予定者に対する事業活動の「相互拘束」を認定することは困難であろう。ここから、当該合意に起因して、競争の実質的制限をもたらすような事業活動の制約を課し合う関係が認められるのかどうかという疑問が残る。

「共同して」の要件は、事業者間に「意思の連絡」があることを意味し、典型的には、合意・協定を指す。本件についていえば、会合の開催等を根拠に平成26年度及び27年度それぞれの物件に関する協議・合意が形成されていることは認定されている。合意の内容によれば、受注予定者の入札価格はおおむね決められているが、受注予定者に関してはその決め方を決定しているのみであり、既に述べたように一方の側が受注するという合意にとどまっている。「意思の連絡」を認定するにはこの程度の合意内容の認定で十分であると考えられるにしても<sup>4)</sup>、本件の合意において受注予定者は具体的に決定されておらず、各年度の受注予定者や他の入札参加者は合意の当事者ではないため、本件合意のみを捉えてそれに起因する競争制限的効果を認定することは、いずれにしても難しいように思われる。

結局、具体的な受注予定者やそれぞれ入札参加者の入札価格の決定は、合意の当事者による具体的な指示によって実現している。かかる指示は、排除措置命令において本件合意に基づく不当な取引制限の実施状況という形で理解されており、この指示は合意の実施として付随的にしか捉えられ

ていない。しかし、競争制限効果の認定に関して、かかる効果を伴うのは当該指示であり、本来はこれを違反行為の核心として検討すべきであると考ええる。本件合意でそもそも具体的な受注予定者や入札価格を決定しなかったのは、それぞれの側の合意当事者が、受注予定者をコントロールするという背景があったからであると思われ、この指示によって、他の入札参加者の事業活動に対する支配行為が具現化したということになる。このように見てくると、本件の違反行為については、私的独占という支配行為として規制することが実態に即した法的構成であると考えられるため、次に、支配型私的独占の該当性について検討する。

## 二 支配型私的独占について

私的独占という支配は、他の事業者の事業活動における自由な意思決定を制約又は拘束することによって、その事業活動を自己の意思に従わせることを意味する。支配型私的独占ケースの蓄積は乏しいが、支配は、株式保有等の企業結合の手段を通じて他の事業者の意思決定に干渉する場合と、他の事業者の意思決定を拘束し干渉する行為に大別することができ、近年は、後者のケースが顕著となっている<sup>5)</sup>。この場合、支配としてどの範囲・程度の拘束を射程範囲とするかが問題となる。

支配の意義が問われた近年の主要なケースである、パラマウントベッド事件（公取委勧告審決平10・3・31 審決集44巻362頁）<sup>6)</sup>、福井経済農業協同組合連合会事件（公取委排除措置命令平27・1・16 審決集61巻142頁）<sup>7)</sup>では、入札談合において、自らは入札に参加しない（受注予定者ではない）事業者が、受注予定者や入札価格、受注価格を決めるなどして、入札参加者間において入札談合に該当する行為をさせたことが、入札参加者の事業活動の「支配」に当たるとされた。ここでは、支配として、「相手の意思に反して」拘束する場合だけでなく、強圧的な要素が希薄化した制約・拘束が捉えられ、幅広く相手方の意思決定を拘束する行為や協力させる行為も支配と捉える傾向が看取される。なお、これらのケースでは、違反行為者による支配行為だけでなく、これを契機とした入札参加者間の談合を前提とする場合には、不当な取引制限規制の可能性も否定しえないのであるが、何れにしてもこの点は認定されなかった。本

件についても同様に、各年度の物件における受注予定者その他の入札参加者が当該年度の物件に関する会合に参加したという認定はなく、かつこれらの事業者間の意思の連絡の存在を別個に認定しうる事実関係は何ら示されなかった。

上記のケースに基づけば、受注予定者及び受注予定価格を入札参加者に指示し、入札が行われた場合、かかる指示から支配行為が認定されるという運用の蓄積が認められる。他方、本件では、具体的な受注予定者、入札価格の指示に関しては、不当な取引制限の実施という整理がなされているが、上記ケースで明らかにされた論理に基づけば、受注予定者、入札参加、入札価格を入札参加者に指示する等の行為は、まさに支配行為に該当する。本件では、かかる認定はなされず、この点、従来の法適用と相違した運用となっている。

本件の特徴は、違反行為者単独の支配行為であることが明らかであった上記ケースと異なり、受注予定者や入札価格の指示が、複数の事業者の合意に基づく通謀による支配行為と捉えられることであろう。この通謀は、本件では不当な取引制限という合意と整理されているが、合意当事者以外の入札参加者の事業活動を支配することを可能にする合意として構成すべきであった。本件では、入札に参加していない丸紅は排除措置命令の対象となっていないが、本来は、通謀による支配行為として捉え、丸紅についても違反行為者として排除措置命令の対象としうるケースであったと考えられる。

なお、このように考えることによって、支配行為としての課徴金賦課の可能性も考慮されることになる。支配行為の課徴金については、被支配業者の供給する商品・役務の価格等を支配していることが要件となっており（7条の2第2項）、課徴金の算定の基礎となる売上額は、違反事業者が被支配業者に供給した当該商品の売上額と当該一定の取引分野において供給した商品等の売上額となる。本件では、H26年度及びH27年度に東京都が発注した個人防護具の取引分野における違反行為者の売上額の合計が基礎となろう。

### 三 効果要件

本件については、H26年度及びH27年度に東京都が発注した個人防護具の取引分野における競争を実質的に制限したとされた。

取引分野の画定については、東京都発注の個人防護具の一括発注に応じて検討されることになる。それぞれ個別に発注する可能性もあるのかもしれないが、インフルエンザ対策を念頭に置いた一括注文であるとされ、かかる一括発注は発注機関の裁量の範囲にあるといえよう。取引分野はかかる特殊性を勘案して、画定されることになる。

それぞれ年度の合意当事者は実際に受注しておらず、受注予定者が合意の当事者となっていない本件合意のみでは競争制限効果をもたらさないと考えられるが、この実施として受注事業者や受注価格が指示されることによって、競争制限がもたらされるとする限りにおいて、効果要件の充足は首肯される。もっとも、既に述べたように、行為形態としては、不当な取引制限ではなく、私的独占という支配行為として、かかる指示による支配行為によって競争制限効果との因果関係が説明されるであろう。

### ●—注

- 1) 近年の談合事件では、拘束内容の共通性を重視する傾向はますます後退しているとされ、共通の談合ルールに従うべきことについて認識が共有されていることで十分であるとする（金井＝川濱＝泉水編著『独占禁止法〔第6版〕』（弘文堂、2018年）87頁）。
- 2) 多摩談合課徴金事件（最判平24・2・20民集66巻2号796頁）では、基本合意の成立により、各社の事業活動が事実上拘束されることは明らかであり、「その事業活動を拘束し」の要件を満たすとす。
- 3) 合意に基づく相互拘束の実効性について、競争の実質的制限が成立しうる程度の相互予測が成立していれば、それで足りる（前掲注1）64頁）。
- 4) 例えば、「種苗カルテル審決取消請求事件」（東京高判平20・4・4）では、実際の取引価格について合意がなかったとしても、その限度で事業者相互の競争制限行動を予測することが可能であったとしており、この程度の相互予測で足りるとすれば、本件もこれに則って、合意の範囲内での競争制限を予測しえ、意思の連絡が認定しうることになる。
- 5) 拙稿「私的独占」日本経済法学会年報「独占禁止法70年」（2017年）21頁以下所収参照。
- 6) パラマウントベッドが、特定医療用ベッドの仕様書入札において、落札予定者及び落札価格を決めるなどして、取引先である複数の販売業者に入札談合に該当する行為をさせたケース。
- 7) 施主代行者である連合会が、受注予定者を指定し入札価格を指示することによって入札を行わせたケース。

香川大学教授 柴田潤子