

---

種 別： 論説

タイトル： 公共入札の不正と取引妨害

著 者： 楠 茂樹

所 収： 『上智法学論集』第 62 卷 3-4 合併号（平成 31 年 3 月）87-98 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

## 公共入札の不正と取引妨害

楠 茂樹

---

- 一 はじめに
- 二 考察1：独占禁止法における検討
- 三 考察2：公契約関係競売等妨害罪、入札談合等関与行為防止法との関わり
- 四 その他関連する問題：違約金について

### 一 はじめに

2018年6月、株式会社フジタに対して、公正取引委員会は、競争者に対する取引妨害（以下「取引妨害」）規制（独占禁止法19条、2条9項6号、一般指定14項）違反での排除措置命令を下した（以下「フジタ事件」）<sup>(1)</sup>。この事件は、公共工事においてある受注希望業者が、ある発注機関を退職して自社に再就職した職員を通じて、当該発注機関の現役職員から総合評価型競争入札における内部情報を聞き出し、さらには提案書の書き方について指南を受け、結果複数の受注を獲得したという事案であり、公契約関係競売等妨害罪（刑法96条の6第1項）、入札談合等関与行為防止法<sup>(2)</sup>違反罪によって「絶好のストライクゾーン」ともいえるようなものであったが、適用されたのは独占禁止法であった。同事件は、公共契約における入札不正独占禁止法上の取引妨害規制違反とした初のケースである。

---

(1) 平成30年(措)第12号。

(2) 正式名称は「入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律」である。

公共契約の受注をめぐるなされる受注業者側の不正には、受注希望業者間で結託し競争を制限するタイプ（「談合」型）のもの、ある受注希望業者が他の受注希望業者を排除し、あるいは自社のみを有利にしようとするタイプ（「抜け駆け」型）のものがあり、フジタ事件は後者のものである。それはさらに一連の入札過程における発注者側の行為を利用するタイプのものと、そうでないものに分けることができ、排除型私的独占規制違反（独占禁止法3条前段、2条5項）が問われたパラマウントベッド事件<sup>(3)</sup>が前者の例であり、低価格受注に対して不当廉売規制違反の疑いでなされた警告（例えば、公共工事に係る大成建設(株)等に対する警告<sup>(4)</sup>、住宅地図等の販売に係る警告<sup>(5)</sup>等）が後者の例に当たる。フジタ事件はそのうち前者に属するが、発注機関職員を欺罔するタイプであるパラマウントベッド事件とは異なり、発注機関職員と癒着するタイプのものである。

「抜け駆け」型の入札不正に対する独占禁止法の適用についてはその数の少なさもあり、議論自体未開拓の状況にある。公正取引委員会の公共入札に係る指針<sup>(6)</sup>においても、「談合」型の入札不正が専らの対象となっている。この事件をきっかけに、同種の事件に対する独占禁止法と刑法、入札談合等関与行為防止法の関係（制裁・措置の対象としての個人と法人の差異、行政と刑事の差異を意識した上での棲み分けのあり方、交錯）の整理も、入札談合事案と同様に問われることとなろう。本稿では、フジタ事件が提起することになるだろうこれら法律上の論点、争点を指摘し、多少の考察を行うことを課題とする<sup>(7)</sup>。

---

(3) 勧告審決平成10年3月31日審決集44巻362頁。

(4) 公正取引委員会警告平成19年6月26日。

(5) 公正取引委員会警告平成12年3月24日。

(6) 「公共的な入札に係る事業者及び事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」（最終改定：平成27年4月1日）。

(7) 本稿は、著者が昨年執筆、掲載したフジタ事件の解説（拙著「入札における技術提案書の添削、技術評価点の教示等と取引妨害（経済法4）」速報判例解説 Vol.23（2018））をベースに、そこでは書き切れなかったテーマや論点も加えた上で、若干論究色を強めた論考として作成したものである。

## 二 考察 1：独占禁止法における検討

### 1 「抜け駆け」型の入札不正と独占禁止法

発注者側の行為を利用するタイプの「抜け駆け」型の入札不正には、発注機関職員、受注業者職員に入札談合等関与行為防止法違反の罪、公契約関係競売等妨害罪が問われ、独占禁止法が関わることはないのが通常であることから、フジタ事件のような事案処理はやや奇異に映るかもしれない。注目すべきは、公正取引委員会が、排除措置命令に併せて、他の建設業者 10 社に対して不当な取引制限規制違反につながるおそれがあるものとして注意を行っている、という点である。公正取引委員会はその事実が「本件審査の過程において…認められた」としているが、当初から不当な取引制限規制違反での立件を念頭に置いていた、という見立ては可能だろう。公正取引委員会は（官製）談合事件として関心を抱いたが、結果的に単独事業者の「抜け駆け」型の違反として処理することになり、その落とし所選ばれたのが一般条項的な性格を有する取引妨害規制だったのではないか。「いかなる方法をもつてするかを問わ」ない取引妨害規制の行為要件の射程は広く、「競争関係にある他の事業者」である他の応札者を出し抜いて自らが有利になる行為を「取引を…妨害」とすることには然したる障壁はなかりう。フジタ事件にみる、発注機関職員による技術提案書の添削や技術評価点の教示等の行為は、当該教示等を受けた応札業者の受注の可能性を相当に高めることは疑いない。

### 2 公正競争阻害性について

取引妨害規制にいう不当性、すなわち公正競争阻害性は、大きく分ければ手段としての不公正、あるいは自由競争減殺のいずれかで説明される（その両方で説明されるケースもある）<sup>(8)</sup>。

(8) 取引妨害規制の公正競争阻害性について、根岸哲編『注釈独占禁止法』有斐閣（2009）512 頁以下〔泉水文雄執筆〕、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法〔第 5 版〕』有斐閣（2015）290 頁以下、菅久修一ほか『独占禁止法〔第 3 版〕』商事法務（2018）

(1) 手段の不正型としての理解

ある事業者が取引相手と通じて他の事業者よりも有利になろうとする行為は、通常、当該取引相手の「契約の自由」の行使に過ぎず、自由市場の要請に何ら反するものではない以上、「不当」とは評価されない。しかし、公共契約の場合、発注機関は会計法や地方自治法の定める契約手法に基づかなければならず、そこでは内部情報の提供や特定業者の有利な取り計らいは手続上認められていない不正な行為である。つまり、フジタ事件における取引妨害規制適用のポイントは、公正競争阻害性が契約の公共的な性格にリンクしているということであり、「公共契約の手続違背」に能率競争に反する取引妨害の「手段としての不正」たる公正競争阻害性が見出されているという点にある、ということである。

発注機関側の関与による入札不正の手続違背性に着目して取引妨害の不当性を理解する見方の他、発注機関職員の行為の当該機関に対する背任的性格に着目してその不当性を説明することもまた可能であろう。2006年に入札談合等関与行為防止法に刑事罰則が設けられ、その際自由刑たる法定刑を「5年以下の懲役」としたのは背任罪に合わせたからだとの説明がなされている<sup>(9)</sup>。この点を意識して、発注機関職員の背任的な行為を利用した事業者の行為が手段として不正であるという理解もあり得るのではないだろうか。その場合、個人的なつながりを利用した「癒着」型の取引妨害として、民間企業同士の一般的な取引にも応用が効くだろう<sup>(10)</sup>。

---

185～6頁 [伊永大輔執筆] 等参照。

- (9) 大原義宏「『入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律の一部を改正する法律』について」警察学論集 60巻3号 (2007) 44頁参照。
- (10) こういった公正競争阻害性の手段の不正型としての特徴は、これまでの分類でいえば、「顧客の奪取」として説明されてきたものといえるかもしれない。指摘されているように、「顧客の奪取」というだけでは、「競争そのものとの限界が微妙となる」(泉水文雄「第5章 不公正な取引方法(9)優越的地位濫用、競争者に対する取引妨害(経済法入門第21回)」法教 435号 (2016) 137頁)。(過去のケースに関連して)「民法の不法行為を構成する積極的債権侵害でもあることが、競争者の能率競争を侵害しているというための重要な要因にな」(同前)るのと同様に、フジタ事件では、財務会計法令上の手続違背、背任的な性格が能率競争の侵害の説明になっているといえるだろう。

## (2) 自由競争減殺型としての理解

不公正な取引方法の一類型である取引妨害規制は、かつては「手段の不公正」型で説明されることが多かったが、最近では自由競争減殺型としての取引妨害規制の適用が強調され、そういった事案も多く見られるようになった<sup>(11)</sup>。

フジタ事件は、受発注者間の不正なやりとりによって、単に特定の競争相手の取引の機会を奪うだけではなく、一連の競争入札において期待される最も望ましい契約者の選定、契約内容の実現を妨げ、自由市場の機能である競争過程を人為的に歪めるものであり、自由競争減殺型にも該当する。不公正な取引方法において当該行為を捕捉し得る他の違反類型が見当たらず、この類型が選択されたといえよう<sup>(12)</sup>。

発注機関の行為を利用して正当化できない競争優位を作り出す行為が問題とされた過去のケースに、前述のパラマウントベッド事件がある。フジタ事件で公正取引委員会が排除型私的独占規制違反の有無を検討したのかは不明だが、発注機関側の行為を利用した「抜け駆け」型の入札不正を自由競争減殺と結び付けたこの先例に続くケースであるといえ、それが不公正な取引方法の一類型としての取引妨害規制違反として開拓されたという意味で先例的価値を有する。

## 三 考察 2：公契約関係競売等妨害罪、入札談合等関与行為防止法との関わり

### 1 業者側の規律

従来、公契約関係競売等妨害罪<sup>(13)</sup>が射程としてきた癒着型の入札妨害について、今後取引妨害規制の射程となるとすると、公契約関係競売等妨害罪との棲み分けはどうか。刑法の談合罪と不当な取引制限規制との棲み分

(11) 根岸＝舟田・前掲注(8)290頁。

(12) 取引妨害規制と不公正な取引方法の他の類型との関係については、根岸＝舟田・前掲注(8)289、292～293頁、根岸・前掲注(8)522頁〔泉水文雄執筆〕等参照。

(13) 業者側にも入札談合等関与行為防止法違反の罪は成立し得るが、ここでは触れない。

けは、後者の違反要件たる「一定の取引分野」の存在が背景となって、単発の入札が複数回のそれかによってなされてきた<sup>(14)</sup>。取引妨害規制には「一定の取引分野」の制約はないが、同様の観点から公契約関係競売等妨害罪と取引妨害規制との棲み分けがなされる可能性がある。フジタ事件では5件の土木一式工事（一括審査方式が適用され一つの建設業者が落札・受注できる工事は最大で3件）が問題となった（うち2件の落札・受注）。一方、手段の不正型を念頭に置くならばどうだろうか（いわゆる「行為の広がり」の観点を入札不正に持ち込むか<sup>(15)</sup>）。フジタ事件は、公契約関係競売等妨害罪（の性格）との距離という視点から取引妨害規制の性格を改めて考え直す重要なきっかけとなるだろう<sup>(16)</sup>。これまで刑法上の公契約関係競売等妨害罪と独占禁止法上の不正な取引方法との関係については、後者に刑事罰則がないこと、入札不正への適用事例がなかったことから、議論されること自体がなかった。しかし、取引妨害規制が入札不正に適用されるに至り、両者の比較考察の必要性が生じたともいえる。

公契約関係競売等妨害罪においては、侵害される法益の種類から分類するならば、「公務」としての競売・入札を保護法益として理解する考え方（公務侵害説）、自由な価格形成を担保するための「競争制度」として理解する考え方（競争侵害説）、競売・入札制度を利用する施行者等の具体的な財産的利益として理解する考え方（施行者等利益侵害説）に分かれ、判例はやや曖昧だが競争侵害説で理解する立場が強い<sup>(17)</sup>。研究、実務の両者において参照度が最も高いテキストである青林書院刊の『大コメンタール刑法』の該当箇所では、刑法96条の6第1項にいう、「公正を害すべき行為」とは、

---

(14) 白石忠志「政府調達と独占禁止法」ファイナンシャル・レビュー104号(2011)44頁。

(15) 取引妨害規制と「行為の広がり」の問題については、大久保直樹「一般指定15項及び16項の生い立ちと不正な取引方法規制の基本原則」知財研紀要13巻118頁以下(2004)参照。

(16) 前者について関連する議論（保護法益論等）として、大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀編『大コメンタール刑法第6巻〔第3版〕』青林書院(2015)252~3頁〔高崎秀雄執筆〕。

(17) 橋爪隆「競争入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義：最近の最高裁判例の検討を契機として」神戸法学雑誌49巻4号39頁以下(2000)参照。

「公の競売又は入札が公正に行われていること、すなわち入札等の参加者が平等な取扱いの下でその意思に基づいて自由に競争しているということに対し客観的に疑問を懐かせることないしそのような意味における公正さに正当でない影響を与えることをいう」とされている<sup>(18)</sup>。これは法益論において競争侵害説に立つならば、ごく自然な理解である。

独占禁止法上の取引妨害規制が、公正競争阻害性としての手段の不正を公契約関係競売等妨害罪における保護法益としての公務への侵害と同視し<sup>(19)</sup>、自由競争減殺を公契約関係競売等妨害罪における保護法益としての競争制度と同視するのであれば、排除措置命令に止まる公正取引委員会による取引妨害規制の適用と、公正取引委員会の関わらない公契約関係競売等妨害罪との境界をどこに設けるべきなのであろうか。取引妨害を問題とする限り、独占禁止法は事業者に対する排除措置命令に止まるものでありそれに関与した個人は組織内部の責任追及の対象に止まり、一方、刑法は直接に個人を処罰する。独占禁止法の側に行為の広がりや繰り返しを求めるとなると、侵害される利益の大きい方を非犯罪化するという、規範感覚に反する結果を招きそうだ。談合罪と不当な取引制限の関係については、後者も（例外的な適用ではあるが）刑事罰則を用意しているので、法定刑の違いからも棲み分けの理屈は立ったが、刑事罰則の存在しない取引妨害規制には公契約関係競売等妨害罪との差別化の理屈は難しい。入札談合以外の入札不正は刑法の専売特許であるという前提ならば、そのような棲み分け論は生じないが、しかしながら今後は、実務的にもこの問題と正面から向き合う必要が生じたといえよう。

仮に公正取引委員会の事業者に対する行政処分と個人に対する公契約関係競売等妨害罪の刑事制裁が重複するならばどうだろうか。もちろんそこには憲法上の二重処罰禁止の問題が生じる訳もなく、法的には何ら問題のない対応ではあるが、その実益はどこにあるのだろうか。受注業者の職員が公契約関係競売等妨害罪で摘発された場合、通常、当該違反行為は強制的に終了と

---

(18) 大塚他・前掲注(16)252～3頁〔高崎秀雄執筆〕。

(19) 入札談合等関与行為防止法を意識するならば、取引妨害規制違反の背任の性格との重複が指摘できよう。

なる。発注機関側職員も併せて（入札談合等関与行為防止法で）摘発される場合にはなおさらであろう。とするならば排除措置命令に止まる公正取引委員会の取引妨害規制の適用が妥当する場面は、当該職員個人の問題では捕捉し切れない組織体としての違法を認識した場合であるというのだろうか。違約金特約や指名停止といった派生するサンクションへの影響が異なるのであれば格別、そうではない場面において、取引妨害規制を適用する積極的な理由を用意しておく必要は、あるだろう。

## 2 発注機関側の規律

発注者側の規律についても問題が生じる。官製の入札不正の場合、業者側に刑法の公契約関係競売等妨害罪を問いつつ、そのセットとして発注機関側に入札談合等関与行為防止法違反罪を問う場合が多い（少なくとも問われ得る）<sup>(20)</sup>。一方、独占禁止法上の取引妨害規制は、それ自体では発注機関側の規律には至らない。一連の行為を不当な取引制限、あるいは共同による排除型私的独占と捉え発注機関側をその射程に入れる発想もあろうが、そもそも独占禁止法が公的発注機関を事業者の射程に入れるのは当該発注機関が事業活動を行う限りにおいてであって、公共調達一般について事業者性を認めるのには解釈論上ハードルが高い<sup>(21)</sup>。発注機関の職員個人の行為であって、発注機関それ自体の行為ではないという反応も十分予想される。単独行為としての排除型私的独占として捉え、これに加担した発注機関側職員の刑事責任を問う、という構成は理屈上あり得るが、実際的ではない。発注機関側の規律を独占禁止法で自己完結的に行うのには無理がある。

公正取引委員会が受注業者側を取引妨害規制で処分したとしても、その後の入札談合等関与行為防止法違反罪での摘発が続かなければ、公契約関係競

---

(20) 両者は観念的競合の関係にあるとされる（大原・前掲注(9)44頁以下参照）。

(21) 公的機関に事業者性を認めるか否かというより一般的な議論と、公共調達に係る公的機関への事業者性の有無を考える議論との差については、意識を先鋭化させる必要がある。EU競争法においては常時強い関心の対象であるようだ。See ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, PUBLIC PROCUREMENT AND THE EU COMPETITION RULES, 2ND EDITION, OXFORD: HART PUBLISHING (2015), Chapter 4.

売等妨害罪と入札談合等関与行為防止法違反罪とがセットでなされる場合とその不均衡が疑われる。その場合には、片面的な対応をすることの合理的な説明が求められることになる。以下3でみるように、フジタ事件で公正取引委員会が入札談合等関与行為防止法に基づかない形で「申入れ」を行ったのは、そういう事情を意識してのことなのだろうか。

### 3 入札談合等関与行為防止法における措置要求について

フジタ事件において公正取引委員会はその排除措置命令及び注意に併せて、同事件の違反の対象となった工事について、農林水産省の職員が、同工事に係る競争参加資格を有する建設業者に在籍する農林水産省の元職員に対して、(技術提案の課題、技術評価点及び順位等)各種未公表情報の教示、(技術提案書の提出期限前)技術提案書の添削等を行っていた事実が認められたとして、「同省の発注担当職員に対して、同様の行為が再び行われることのないよう適切な措置を講ずる」という申入れを農林水産省に対して行っている。入札談合等関与行為防止法3条による「改善措置要求」の適用場面は「入札談合等の事件についての調査の結果、当該入札談合等につき入札談合等関与行為があると認めるとき」であり、「入札談合等」は不当な取引制限、事業者団体による実質的競争制限(独占禁止法8条1号)に結び付けられているので、不当な取引制限については注意に止まったフジタ事件では申入れという形になった<sup>(22)</sup>。

官製談合事件として知られる、国土交通省四国整備局等発注の一般土木工事の談合事件や鉄道建設・運輸施設整備支援機構発注の北陸新幹線融雪・消雪基地機械整備工事の談合事件では、不正に関与した発注機関職員は入札談合等関与行為防止法違反の罪で有罪となっており、公正取引委員会は同法3条に基づく改善措置要求を発注機関の長に対して行った。改善措置要求は不当な取引制限や事業者団体による実質的競争制限にリンクしているが、刑罰の対象たる競争入札の「公正を害すべき行為」はこれに限定されない。

---

(22) 併せて、退職職員による不当な取引制限を防止するための退職前の研修の実施も申入れられている。

入札談合等関与行為防止法は歪な構造をしている。2002年に制定された当時は、刑事罰はなく、不当な取引制限等、公正取引委員会が所掌する独占禁止法の違反を前提に、それも独占禁止法にはない「入札談合等」という文言を伴って、公正取引委員会による発注官庁（の長）に対する改善措置要求の手續が創設された。自らの所掌する法律の違反が前提にあるからこそ、それに発注機関側職員が関与した場合には公正取引委員会が独占禁止法違反処理の延長として、この行政指導を行うという構造のものだった。ただ、2006年に刑事罰則が導入されるに至って、入札談合等関与行為防止法と独占禁止法とに距離が生じるようになった。「入札談合等」では捉え切れない入札不正が広く入札談合等関与行為防止法上の刑事罰の対象とされたからである。

入札談合に関していえば、談合罪（の共犯）の身分犯的性格と背任罪的な要素があり、入札談合等関与行為防止法違反罪の法定刑は談合罪の法定刑よりも重く設定されている。独占禁止法の不当な取引制限は複数回の入札談合を扱い、談合罪は単発のそれも扱うという棲み分けがあったが、入札談合等関与行為防止法違反の罪は独占禁止法の不当な取引制限規制違反となる「入札談合等」のみでなく、市場画定要件を伴わないタイプの違法（すなわち独占禁止法上の不公正な取引方法該当行為、公契約関係競争等妨害罪）も対象とすることからこの棲み分けには対応していない<sup>(23)</sup>。「入札等の公正を害すべき行為」は入札談合等ではない入札不正も含むので、もはやそれは不当な取引制限、事業者団体による実質的競争制限とは切り離されたもの、すなわち公正取引委員会の射程ではない、と説明せざるを得ない状況に映るものであった。入札談合等関与行為防止法について、公正取引委員会の活動という視点から各規定の説明を一貫して行うということは困難に見える<sup>(24)</sup>。

しかし、取引妨害規制が入札不正にも適用されるというのであれば、そう

---

(23) 8条では「談合」という言葉は用いられているが「入札談合等」という言葉は用いられてはいない。独占禁止法では拾われなかった刑法における談合罪該当行為はここでは射程となる。

(24) 入札談合等関与行為防止法3条の対象は「入札談合等」であり、それは入札等について「・・・等により・・・第3条又は第8条第1号の規定に違反する行為をいう。」(2条4項)と定義されている。

いった説明（の困難さ）にも変化を与えることになるのではないだろうか。入札不正が契約者選定過程の競争性にあるいはその競争の手續の公正性に悪影響を及ぼすものであるならば、自由競争減殺型あるいは手段の不正型のいずれかの公正競争阻害性は説明可能であり、とするならば、特定の受注希望者が有利になる限りにおいて取引妨害規制の射程となり得る。これを実証したのがフジタ事件であった。

そこで、入札談合等関与行為防止法3条による「改善措置要求」の適用場面を独占禁止法3条、8条1号違反以外にも拡大するという立法論は一考に値するのではないだろうか。入口を「入札談合」にして3条、8条1号違反に結び付けることで限定的にするのではなく、対象を「入札不正」と広くとった上で「公正取引委員会が独占禁止法違反を認定したもの」という形で限定するというやり方である。

#### 四 その他関連する問題：違約金について

通常、公共調達の入札公告あるいは契約書において、談合の存在が認定された際には当該契約金額に一定率を乗じた金額を違約金として徴収する旨定められている。違約金特約（民法420条）は損害賠償の予定であり（3項）、公序良俗に反するようなものでない限り、実害の大きさと乖離していてもそれは契約として有効である。入札談合の場合、10%から20%程度の違約金の定めがなされているのをよく聞く。これまで何度も強調された、非談合事案における落札率との乖離から15%なり20%の利得が生じているといったデータは違約金設定のためのガイドとなってきた。

ただ、入札妨害としての入札不正については、そういった「比較」のための類似案件の抽出が難しい。同様に総合評価方式において入札不正が行われた場合の損害額の算定も、競争への影響が単純な落札率の低下というだけではないので、困難に直面するだろう。そもそも、競争入札で「前後」の理屈を持ち出し得るのは、発注内容の同一性の条件に加え、誰が受注者になってもその品質において無差別という前提を置いているからなのであって、その前提が置けない総合評価方式については再考が求められよう。

また、官製の入札不正の場合、違約金請求、損害賠償請求の際には過失相殺の問題が発生するが、それは取引妨害規制違反であっても同様である。判例法上、無過失責任を定める独占禁止法 25 条に基づく損害賠償請求の場合には、主観的要素を考慮する過失相殺はその射程外という扱いが入札談合事案では貫かれてきた<sup>(25)</sup>が、その是非自体を措いて考えるならば、そのような対応を取引妨害規制について別にする理由はないであろう<sup>(26)</sup>。

(本法学部教授)

- 
- (25) 最近の事例については、洪淳康「『官製談合』における違約金債権の行使が過失相殺の対象にならないとされた事例—北陸新幹線工事談合・請負代金請求事件—東京高判平成 29・7・20」ジュリスト 1517 号 102 頁以下 (2018) 参照。過去の事例については同文献に掲げられたものを参照。
- (26) 改正民法は 420 条 1 項中、「この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」との規定を削除しているが、それは確立した判例 (最判平成 6 年 4 月 21 日裁判集民 172 号 379 頁) に合致するものである。