

〔論 説〕

# カルテルと不当利得返還請求

服 部 育 生

- I 序論
- II 独占禁止法違反行為と私法上の効力
- III シール談合事件
- IV 石油製品談合事件
- V 防衛庁専用電池談合事件
- VI 結語

## I 序 論

1 入札談合は、基本合意と個別調整行為（受注調整）の2段階で構成される。受注予定者や入札価格を参加者の協議により決定するためのルールが定められた上で、その基本合意に従って個々の入札物件ごとに受注予定者等が決定される。基本合意の成立をもって、相互拘束（独禁2条6項）が認定される。

入札談合に基づき発注者Aと受注事業者Bとの間で締結された個別契約（売買・請負等）が無効とされると、BにとってはAから受領した代金相当額が不当利得となり、AはBに対しその返還を請求することができる。他方でAには、Bに対する商品役務の返還債務がある（返還が不能である場合には、Aは金銭で返還する）。すなわちBにも逆方向の不当利得返還請求権が発生し、Bはこれを自働債権として相殺の抗弁を主張する。<sup>(1)</sup>

---

(1) 白石忠志『独占禁止法 第3版』（2016）744頁。

通常、A は、B に対し、「支払済み代金額」から「納入された商品役務の客観的価格相当額（A において自認する額）」を控除した残額の返還を求めるとは、これは、貼用印紙額を節約できるほか、B による相殺の抗弁主張の蓋然性を考慮に入れた上での、A の現実的な対応といえる。<sup>(2)</sup>

本稿は、入札談合事件を素材にして、受注事業者による相殺の抗弁における自働債権の金額、発注者側が入札談合に関与した場合の取扱い（不法原因給付、過失相殺や信義則の類推適用による発注者の請求が減額される可能性）を検討しようとするものである。

2 入札談合事案では発注者から受注事業者に対して不当利得の返還請求がなされるが、それ以外の独禁法違反事案では供給者から需要者に対して不当利得の返還請求がなされる場合もある。

破産会社 A（工務店）の破産管財人 X は、Y 社（飲食店）に対して、A Y 間の店舗内装請負工事代金減額の合意が公序良俗に違反し無効であると主張して、適正な請負代金額と減額合意後の代金額との差額 1 億 8400 万円につき不当利得の返還を請求した。大阪地判平成 22・5・25 判時 2092 号 106 頁は、次のように判示して、X の Y 社に対する請求を 2072 万円の限度で認容した。

本件請負代金減額合意のうち「B 部長<sup>(3)</sup>の査定額の 8 割（本来あるべき金額）」を下回る部分については、公序良俗に違反し無効である<sup>(4)</sup>。Y 社は、自らが優越的地位にあり、A 社が従属的地位にあることを利用して不当に利益を得るために減額合意をなした。Y 社は、法律上の原因なく、「B 部長の査定額の 8 割に相当する額」と「減額合意に基づき Y 社が支払った金額」との差額の支払を免れ、これにより A 社は上記相当額の損失を受けた。

Y 社は減額合意に基づき A 社に対する支払額を節約したが、合意の一部（B 部長査定額の 8 割を下回る部分）は無効であるから、節約額のうち

---

(2) 大東泰雄「私法上の効力・不当利得返還請求」村上政博／栗田誠／矢吹公敏／向宣明（編）『独占禁止法の手続と実務』所収（2015）469 頁。

(3) 積算経験の豊富な B 部長（Y 社）の査定額には、合理性があるとされる。

(4) B 部長査定額の 8 割が A 社の工事原価になる。

当該部分はY社の不当利得になる。

## Ⅱ 独占禁止法違反行為と私法上の効力

1 競争入札において談合が行われ、談合がなかった場合よりも高い価格を支払った発注者は、民法709条又は独禁法25条に基づき損害賠償請求を行うことができる。落札事業者及び「自らは受注しないが個別調整行為に参加し入札に協力した事業者」は、共同不法行為者として、発注者の損害について連帯して賠償する責任を負う（不真正連帯債務）。基本合意に参加しているにせよ、個別調整行為に参加していない事業者は、当該受注調整に係る共同不法行為責任を負わない（東京地判平成14・7・15審決集49巻720頁）。損害額は、現実の落札価格から（談合がなければ存在していたであろう）想定落札価格を控除することにより算定される。

発注者としては、上記のほか、入札談合に基づき締結した個別契約は無効であると主張して、民法703条、704条に基づき不当利得返還請求を行う方法も考えられる。支払済み代金（現実の落札価格）から納入済み商品の客観的価格相当額を差し引いた額の返還を求めるとすれば、結果的には損害賠償請求に接近する<sup>(5)</sup>。しかし不当利得返還債務を負うのは、発注者から代金支払いを受領した落札事業者に限られる。

2 基本合意及び個別調整により構成される入札談合は不当な取引制限の典型事例であるが、入札談合に基づき締結される個別契約はそれ自体としては、独禁法3条後段違反の法律行為ではない<sup>(6)</sup>。そこでたとえば、個別契約は入札談合（公の秩序に反し社会的に強い非難に値する）と密接に関連するものであるから、それ自体も公序良俗に反し無効になるといった付加的な説明が必要になる。

(5) 坂巻陽士「談合関係訴訟の現状と今後の課題」判タ1363号9頁。

(6) 根岸哲（編）『注釈独占禁止法』（2009）109頁【川濱昇】。

基本合意の当事者A B C D間の個別調整行為により、受注予定者としてAが決定されている。仮にAとアウトサイダーR S Tが価格競争を行ったとしても、既に競争単位の減少を通じて、合意による競争制限効果が具体的に発生している（東京高判平成24・3・2審決集58巻第2分冊188頁）。発注者と落札者Aとの間で締結された個別契約は無効とされようが、この結論には疑問が残る。

上記事例に少し修正を加え具体化しよう。入札結果は、1番札R（入札率75%・低入札価格調査・失格）、2番札A（入札率79%・低入札価格調査・履行可能と判断され落札）、3番札S（入札率80%）、4番札B（入札率85%）、5番札T（入札率85.5%）、6番札C（入札率85.8%）、7番札D（入札率86%）である<sup>(7)</sup>。受注予定者AがアウトサイダーRらの低入札価格に備えて、自己の入札価格を大幅に引き下げたものと推測される。基本合意参加者B C DはAの受注に協力しているが、私見によれば、調査基準価格を下回る水準でR A間の価格競争が行われた以上、A B C Dの受注調整による競争制限効果は消滅したと考えられる。発注者と落札者Aとの間で締結された個別契約についても、契約価格が結果的には適正なものであることから、公序良俗に反せず有効としてよい。

なお個別調整により受注予定者Aが決定されたにもかかわらず、R S Tの協力が得られず、基本合意参加者A B C Dによる受注予定者の決定が覆され自由競争（フリー物件）になった場合には、基本合意による競争制限効果は当該入札には及ばない（独禁法3条後段に違反しない）。

3 独禁法に違反する契約が締結されると、契約の無効を主張して、履行義務の不存在の確認や、不当利得の返還が請求されることがある。金融機関YがXに融資する際に、貸付条件として即時両建預金を要求した。拘束預金比率が高いため、実質的にはかなり高金利貸付となる。Xは金銭消費貸借契約の無効（優越的地位の濫用）を主張し、債務不存在確認の訴え

---

(7) 公取委審判審決平成25・5・22審決集60巻第1分冊105頁〔岩手談合課徴金・藤正建設・花巻養護学校改築工事案件参照、入札率等の数字は若干修正してある〕。

を提起した。第1審判決は、拘束預金の強制が独禁法19条に違反し（原始一般指定10該当）無効であるから、それと一体不可分の関係にある金銭消費貸借契約も無効であるとしてXの請求を全部認容した（岐阜地判昭和45・5・8下民集21巻5・6号655頁）。しかし控訴審判決は、本件貸付を独禁法19条違反と認定しつつ、違反の程度が軽く、無効とまではいえないとした（名古屋高判昭和48・8・18下民集24巻5～8号557頁）。X上告。

上告審判決は、①独禁法19条に違反する契約の私法上の効力については、契約が公序良俗に反する場合は格別として、同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効と解すべきではないが（貸付契約自体は有効）、②貸付契約中の利率及び遅延損害金の約定が利息制限法所定の割合を超過する部分につき一部無効となり、これを是正する必要があるとしてX敗訴部分を破棄し、差戻した（最二小判昭和52・6・20民集31巻4号449頁）。

独禁法に違反する契約を無効とするには、強行法規違反（民91条）を理由とするだけでは足りず、さらに公序良俗違反（民90条）も必要であるとする判断枠組みが示された。民法90条によって一元的に、法令違反を含めて公序の枠内で違反行為の効力判断をする<sup>(8)</sup>ことになる。公序良俗には競争秩序の要請も含まれるとすれば（経済的公序<sup>(9)</sup>）、独禁法違反は契約の効力を考える上でも重大な判断要素であり、契約の効力を否定すべき場合が多くなると指摘されることもある。

4 同一地域に2社しか存在しないバス会社の一方X（路線免許を有している）が、他方Yとの間でYの免許申請を制限する協定（Yは甲発着の旅客の輸送に限り、限定免許として他の旅客を取扱わない）を締結していた。Yが非限定の免許申請をしたため、XはYの免許申請取下げを求めて訴訟を提起した。高松高判昭和61・4・8判タ629号179頁は、本件協定は私的独占に該当し（独禁3条前段違反）、無効というべく、Xの請求は理

(8) 大村敦志「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討」ジュリスト1025号71頁。

(9) 川濱昇「独占禁止法と私法取引」ジュリスト1996号174頁。

由がないとした。独禁法規定の性格は効力規定的要素が強いものから行政取締法規的性格が強いものまで様々であるから、規定の趣旨と違反行為の違法性の程度、取引安全保護等諸般の事情から具体的契約ごとにその効力を考えるべきであり、本件では、X Yのほか第三者が介在せず、取引安全を考慮する必要がなく、協定は無効であるという。

YはXの下請けとして仮設機材の製造を行っている。契約書には、①Yは競合製品を製造販売してはならない旨、②Yが上記①に違反した場合には、違反製品の販売対価に販売数量を乗じた額の賠償予定条項が定められていた。XがYに対し②に基づき損害賠償を請求したところ、大阪地判平成1・6・5判タ734号241頁は、上記条項①②につき、Xが優越的地位を濫用してYに不利益となる取引条件を設定した（独禁法19条違反）ものとして、民法90条により無効となると判示し、Xの請求を棄却した。Xの工業所有権を侵害しない限り、Yの独自開発商品について①の制約を加えるべき合理的理由は認められない。

5 値引き販売するディーラーに対しメーカーが特約店契約を解約すると、解約の効力が争われる。ディーラーXは化粧品メーカーの販売子会社Y（花王化粧品販売）との間で特約店契約を締結していた。Xは卸売販売の禁止約定に反して、Yから購入した商品を甲へ卸売販売した（甲はYの特約店でない）。YがXとの特約店契約を解約したところ、XはYによる解約の効力を争った。東京地判平成6・7・18判時1500号3頁は、Yの解約につき、再販売価格維持目的によるもので権利濫用に当たり無効であるとして、Xの注文済み商品の引渡請求を認容した。東京高判平成9・7・31判時1624号55頁は、卸売販売禁止約定が再販売価格維持手段として用いられていると認めるに足る証拠がなく、Yの解約は有効として、Xの請求を棄却した。

最三小判平成10・12・18判時1664号14頁は、Yと特約店契約を締結していない小売店等に対する卸売販売の禁止約定は独禁法19条（拘束条件付取引）に違反しないとして、Xの上告を棄却した。価格安定効果が生じるに

せよ、カウンセリング販売義務及び卸売販売禁止約定には一応の合理性が認められることによる。

6 Y（マックスファクター）と化粧品販売業者Xとの間で締結された特約店契約では、対面販売条項及び店別契約条項が設けられていた。しかしXが職域販売を実施し、本店で仕入れた商品を各支店において販売していたことから、Yは特約店契約を解約した。

神戸地判平成14・9・17審決集49巻766頁は、本件解約につき、値引販売阻止の目的で行われた再販売価格の拘束であると推認し、独禁法の趣旨に照らし、公序良俗に違反し無効というべきであるとした。

大阪高判平成16・2・25判例集未登載は、本件解約が値引販売阻止の目的で行われたと認めるには足りないとしつつ、合理的な解約理由の不存在及び解約予告期間前の供給停止を認定し、Yの解約の意思表示は信義則に違反して無効であるとした。結論は原審と同じであるが、独禁法の趣旨に照らした公序良俗違反との理由付けは用いられていない。なおYの営業担当者は、Xにおける本店仕入商品の支店への流用を容認していた。

7 価格カルテルの参加事業者が協定価格で対象商品を需要者に販売する場合、カルテル協定は無効であるが、個別の売買契約（独禁法3条後段違反の法律行為ではない）は有効である。取引の安全を考慮する必要があるほか、高い協定価格による売買契約が公序良俗に反するとまではいえない。

しかし、既に述べたように、入札談合に基づき締結される個別契約については、その多くが公序良俗に反するものとして無効になる。入札談合は価格カルテルよりも悪性が高い。入札談合と個別契約は密接に関連し表裏一体の関係をなすから、個別契約も公序良俗に反すると言いやすい。入札談合に基づく個別契約は、発注者側の信頼に対する欺瞞的な要素を含む<sup>(10)</sup>。官公庁側の関与・黙認がある事案においても、納税者の信頼に対する欺瞞

---

(10) 根岸（編）・前掲注（6）109頁〔川濱〕。

的な要素が含まれる。

基本合意の当事者A B C Dによる受注調整の大筋を認識したアウトサイダーRが入札に参加し、落札した。RはA B C D間の受注調整に便乗して落札し利益を得た結果となるが<sup>(11)</sup>、発注者HとRとの間の個別契約は有効である。

A B C Dによる受注調整により受注予定者B（入札率96%）が決定されていたところ、内紛の発生により事実上フリー物件となり自由競争が行われた。結果的にはBが落札したとしても（落札率80.5%）、HB間の個別契約は有効と解すべきであろう。

### Ⅲ シール談合事件

1 独禁法に違反する契約、又は独禁法違反行為と密接に関連し表裏一体の関係をなす契約が無効とされると、当該契約に基づく代金の支払や物品の納入は法律上の原因を失い、不当利得返還請求権が発生することになる。

X（国・社会保険庁）は19回にわたり指名競争入札の方法によりシールを発注し、指名業者であるY<sub>1</sub>（大日本印刷）、Y<sub>2</sub>（小林記録紙）、及びY<sub>3</sub>（トッパン・フォームズ）との間でシール製造契約が締結され、Xに製品が納入された。ところが指名競争入札に際しては、Yらの間で談合が行われていた。Xは入札談合に基づく各シール製造契約の無効を主張し、Yらに対し、不当利得返還請求権に基づき、第1～第16契約に基づく支払済代金額（ただし第16契約には未払部分がある）からシールの客観的価格を控除した残額（Y<sub>1</sub>につき3億0414万円）とその利息の支払を求めた（本訴）。これは、XのYらに対する支払済代金相当額の不当利得返還請求権を自働

---

(11) 森田修「防衛庁専用電池談合・不当利得返還請求事件」公正取引746号67頁。

債権とし、YらのXに対するシールの客観的価格相当額の不当利得返還請求権を受働債権として、対当額により相殺したものである。

他方、代金未払いの第16～第19契約について、Xは、Yらが納入したシールの客観的価格相当額（Y<sub>1</sub>につき第19契約分の2億9606万円）がXの不当利得になっているとして、同額を不当利得返還債務の弁済として法務局に供託した。Yらは反訴を提起し、未払残代金（主として第16～第19契約分）及び遅延損害金の支払を求めた。なおXは、訴状において、上記供託額はXが負う不当利得返還債務より僅かに（Y<sub>1</sub>につき310万円）不足していたとして、Yらに対する支払済み代金についての不当利得返還請求権（Y<sub>1</sub>につき第3契約分）の利息請求権を自働債権とし、YらのXに対する不当利得返還請求権（供託金充当後の残金、Y<sub>1</sub>につき第19契約分）を受働債権として、それぞれ対当額で相殺する旨の意思表示をしていた。

2 東京地判平成12・3・31判時1734号28頁は、本件談合態様の悪質性やYらの得た不正の利益が高額であることを摘示し、また本件各契約が本件談合と極めて密接に関連している（落札業者及び落札価格が受注調整の決定通り）ことを併せ考慮すると、本件各契約はいずれも公序良俗に反し無効であると判示し、Xの請求を一部認容した（Y<sub>1</sub>につき2億8890万円余）。裁判所の認定したシールの客観的価格はXの主張した客観的価格を若干上回ることから、本判決の認容額は（Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>とも）Xの請求額の95%程度にとどまる。なおYらの反訴請求は棄却されている。

3 YらのうちY<sub>1</sub>のみが控訴した。Y<sub>1</sub>の主張は次の通りである。①本件シール製造契約の取引条件は妥当なものであり、公序良俗に反しない。②XはYらの談合を容認して本件各契約を締結したのであるから、Xが契約の無効を主張することは信義則に反し許されない。③原判決における本件シール原反の単価算定には、事実誤認がある。④Xは課徴金の徴収により損失の回復を果たしているから、課徴金相当額は不当利得額から控除されるべきである。

東京高判平成13・2・8判時1742号96頁は、次のように判示して、Y<sub>1</sub>

の控訴を棄却した。①談合により競争契約や指名競争入札制度（会計29条の3、29条の6）の根幹が否定される。談合に基づく入札は当然無効であり、これを契約の申込みとしてされる契約も、その公序良俗違反性を別途検討するまでもなく、当然に無効である。②Xの契約担当官が談合を容認していたとすれば、その責任を追及すべきものであって、談合による入札を有効とすべき理由にはならない。③納入されたシールの客観的価格の算定に関するYらの主張は、採用することができない。原審判断が相当である。④課徴金制度は、不当利得制度と類似する機能を有する面がある。しかし、現実に損失者が損失を回復していないにもかかわらず、利得者が課徴金を支払ったことだけで、損失者の不当利得返還請求権に影響を及ぼすべきものではない。課徴金が納付されたことは、本件の損失を回復することにはなっていない。<sup>(12)</sup>

4 Xは、本件シール製造契約の無効原因として、①XとYらは、入札条件に違反した場合には入札を無効とする旨の合意をしていたこと、及び②本件各契約は談合金分配の手段として談合と密接不可分な関係にあり公序良俗に反することを、選択的に主張していた。第1審判決は、談合態様が巧妙かつ悪質であり、本件各落札価格はシールの客観的価格に比し相当高額であり、本件各契約はYらの一連の工作及び談合と極めて密接に関連していることを併せ考慮し、本件各契約をいずれも公序良俗に反する（②）とした。

Xの契約担当官は、Yらに対し、談合した場合の入札は無効とする旨記載された入札者心得書を提示し、予算決算及び会計令76条に基づいて入札条件に違反した入札は無効となる旨を公告していた。Yらはこれを知りながら（条件違反の場合には入札が無効となることを覚悟して）各入札に及んだのであるから、談合による入札を無効とする合意があった。これが上記①の主張である。入札条件にも程度の差があり、入札条件に違反したか

---

(12) 課徴金納付先である国庫と、不当利得返還請求権の主体である国（公法人）とは形式的に区別されることによる。

らといって公序良俗に違反しない場合であっても、直ちにこれを無効としない点において、入札条件に違反する入札を無効とする旨の合意の意義が認められるのであろうが、無効の合意の効力自体に疑問の余地が残る。<sup>(13)</sup>

5 本件シール製造契約を無効とすることに私も異論はないが、入札談合に基づく個別契約については、その公序良俗違反性を別途検討するまでもなく当然に無効であるとする第2審判決の考え方には、賛成できない。単なるカルテルとは異なり、独禁法違反の中でも談合は明らかに公的反価値性の高い行為であるにせよ<sup>(14)</sup>、また国の会計法規等による規律が公序良俗の内容をなすとの理解を暗黙の前提とするにせよ<sup>(15)</sup>、個別契約を一律かつ当然に無効とすることはできない。

たとえば、①基本合意の当事者A B C Dによる受注調整においてBが受注予定者として決定されていたが、Aが受注目的でBより低額で入札し落札した場合、②受注調整に従いAが落札したが、受注予定者Aの選定には合理性が認められる（当該物件に最も適切な技術を有している）、またAの入札価格は競争価格と同水準に抑制されていたので、Aの落札価格は低入札価格調査スレスレであった場合、並びに③受注予定者としAが決定されていたところ、(ア) Bが受注目的でAより低額で入札したが、低入札価格調査によりBが失格したため、2番札Aが落札した場合、及び(イ) 内紛発生で事後的にフリー物件となり競争が行われたが、結果的にはAが低額で落札した場合を想定しよう。

少なくとも①、②及び③(ア)の場合には独禁法3条後段違反を免れず(③(イ)については議論がわかる)、Aの落札物件には課徴金が課されるであろう。しかし発注者・A間の個別契約が当然に無効となるわけではあるまい。第1審判決のように、個別契約が公序良俗に違反するとの判断を経て初めて無効とすべきである。

(13) 南博方「本件判批（第2審）」自治研究78巻5号106頁。

(14) 平田健治「本件判批（第2審）」判評515号（判時1764号）8頁。

(15) 南・前掲注(13)107頁。

談合による入札は、会計法上原則とされている競争入札の根幹を否定するから無効であると説明されることもあるが<sup>(16)</sup>、談合には競争入札の根幹を否定するものもあれば、根幹を否定するに至らない程度のものもある<sup>(17)</sup>。会計法上の競争入札の原則が私法上の公序に組み込まれるとすれば、談合に基づく入札や個別契約の効力は否定されることが多くなるであろうが、公序良俗違反性を別途検討するまでもなく当然に無効であるとはいえない。

6 民法上の不当利得及び独禁法上の課徴金の両制度が、その要件・効果だけでなく、趣旨・目的も異にしているとすれば、不当利得金と課徴金とが実質的に重複する関係にはない。課徴金納付済みのYらに対して不当利得金の返還を命ずるとしても、同一の事実関係を原因として二重の不利益を課すことにはならない。すなわちYらが課徴金を既に国庫に納付していたとしても、XのYらに対する不当利得返還請求権には何らの影響も及ぼさない。これが第1審判決の基本的な考え方である。

課徴金は行政上の制裁として性格づけられるが、事業者が独禁法違反行為により、不当に得た利益を国が剥脱するという側面を有するので、民法上の不当利得と類似する。不当利得として、Yらが支払を受けた契約代金と納入したシールの客観的価格との差額をXに返還すれば、談合により不当に得た利益はほとんどYらの手許に残らない。課徴金は違反行為の実行期間における当該商品役務の売上額に一定率を乗じて機械的に算出されるから、不当利得より多額になることも少額になることもあるが、不当に得た利益として重複する部分は存在する。本件談合の実行期間は3年を超えるため、19本の契約のうち初期の第1～第3契約に関して課徴金賦課の対象とされていないが、その点を除けば、不当利得と課徴金の原因となる事実関係はほぼ重なる<sup>(18)</sup>。

---

(16) 岡田外司博「本件判批（第2審）」別冊ジュリスト199号208頁。

(17) 南・前掲注（13）107頁。

(18) 村田淑子「本件判批（第1審）」ジュリスト1202号252頁。

7 課徴金制度には不当利得制度と類似した機能を有する側面が認められるとの理解から出発するとすれば、次のような問題が生じる。①利得者が既に全ての利得を損失者に返還している場合、国は売上額に一定率を乗じて機械的に算出される額の課徴金を課すべきであるか（課徴金を減額すべきではないか）。②課徴金納付後に利得者が全ての利得を損失者に返還した場合、納付済み課徴金の全部又は一部を利得者に返還すべきではないか。もとより、これは主として立法論上の課題である。

本件では、Yらは既に課徴金を納付している。第2審判決は、利得者が課徴金を支払ったことだけで、損失者の不当利得返還請求権に影響を及ぼすべきものではないとする。不当利得返還請求が課徴金制度のために妨げられる結果となつてはならないことによる。課徴金制度の創設が不当利得の要件（とりわけ利得と損失との間の因果関係）の立証が困難であることによるという理解も、背景にある<sup>(19)</sup>。

課徴金納付が先行した場合には、その限度において不当利得返還額を軽減することにより、両制度の調整を行う必要がある。これがY<sub>1</sub>の主張である。国は、国の債権の管理等に関する法律により不当利得債権の「全額」について強制履行の請求をしなければならない<sup>(20)</sup>。ただY<sub>1</sub>は、課徴金納付が不当利得の消滅又は減少の効果を招来すると解釈しているようである。しかし損失者が現実には損失を回復していないにもかかわらず、利得者が課徴金を納付したことにより損失者の不当利得返還請求権に影響が及ぶ<sup>(21)</sup>というのは不合理である。

本件では課徴金の納付先のみならず不当利得金の返還先も「国庫」<sup>(22)</sup>であるから、国が二重取りする結果となる。先行する課徴金納付により、損失者たる国は現実には損失を回復していると言えなくもない。損失者が私人である場合には、納付された課徴金が国から当該私人に還元・返還されない

(19) 厚谷襄児「本件判批（第2審）」別冊ジュリスト161号66頁。

(20) 南・前掲注（13）109頁。

(21) 納付された課徴金が損失者に還元・返還されることは、予定されていない。

(22) 南・前掲注（13）109頁。

以上、損失は回復されない。国は民間企業と同様の立場でYらとシール製造契約を締結しているのであるから、課徴金が既に納付されていたとしても、そのことによって国の不当利得返還請求権は何ら影響を受けない。第2審判決はこのような考え方に立つものと推察される。

損失者が国である場合には利得の額から課徴金相当額を控除する余地もあると考えられるが、このような控除を一切否定する結論を維持するのであれば、賦課される課徴金と返還を求められている利得との重複関係は全く存在せず、したがって課徴金と不当利得の機能的類似性も認められず、両制度はそのままの形で並存すると理解すべきことになる。

#### IV 石油製品談合事件

1 不当利得返還請求訴訟において発注者A（原告）は、入札案件に係る個別契約の無効を主張して、受注事業者B（被告）に対して支払済みの契約代金の返還を求める。Bは、抗弁として、引渡した商品の返還、又は費消された商品・役務の客観的価格相当額との相殺を主張することになる<sup>(23)</sup>。客観的価格の主張・立証責任はBが負う。実務上は、Bから相殺の抗弁が主張される蓋然性が高いことや、貼用印紙額を節約することを踏まえ、Aにおいて自認する客観的価格相当額を控除した額の返還が求められること（一部請求）が多い。

2 国X（防衛庁調達実施本部）は、石油製品について指名競争入札の方法で発注するに際し、入札参加要件を満たし登録されているYら（Y<sub>1</sub>～Y<sub>9</sub>）及びAの中から発注案件ごとに指名業者を選定していた。Xは、Yらが談合を行っていたので、XとYらとの間で締結された石油製品の売買契約が無効であると主張して、Yらに対し、支払済み売買代金額から納

---

(23) 中野雄介／鈴木悠子「独禁法違反行為の私法上の効力」村上政博（編）『条解 独占禁止法』所収（2014）645頁、大東・前掲注（2）469頁。

入された石油製品の客観的価格を控除した金額の返還及び遅延損害金の支払を求めた。

Yらの主張は次の通りである。①YらはX担当官の指示・要請を受けて受注調整したのであるから、不当な取引制限に該当しない。②本件売買契約は公序良俗に反しない。③Xの売買代金支払は不法原因給付に当たる。④スプレッド方式により想定落札価格を算定すべきである。

3 東京地判平成23・6・27判時2129号46頁は、次のように判示して、Xの請求を一部認容した。XのY<sub>1</sub>～Y<sub>9</sub>に対する請求額（合計）は約90億円であり、認容額（同）は約84億円である。判旨は次の通りである。①X（調達実施本部）担当官の行為は、調達不能や調達遅滞の回避及び調達事務の簡略化を目的として、先行するYらの受注調整行為を受けてこれに対応してなされたにすぎず、本件受注調整行為は不当な取引制限に当たる。②本件売買契約は、受注調整行為により競争を消滅させた後に、Yらが当該行為から利得を得るための手段として行われた。その意味で本件売買契約と受注調整行為とは密接不可分な関係にあり、本件売買契約は公序良俗に反し無効である。

③Yらは、Xに対し、不当利得返還請求権に基づき、引渡し済み石油製品の返還を求められるが、石油製品は既にすべて費消されている<sup>(24)</sup>ので、原物返還に代えて、石油製品の価格相当額の支払を請求することになる。具体的には、原物返還不能時の客観的価格が返還対象価格になる。しかし混和又は費消が物品ごとにいつ生じたかについて、Yらは関知し得ない。Yらとしては、想定落札価格を主張、立証すれば足り、Xにおいて特段の事情を主張、立証できない限り、上記想定落札価格をもって、原物返還不能時における石油製品の客観的価格であると事実上推定される。

本件売買契約に基づく売買代金の支払及び石油製品の引渡しのいずれについても、民法708条所定の不法原因給付には当たらない。

---

(24) 正確には、石油製品のタンク納入時に混和状態を生じるから、費消前に原物返還不能となる。

④本件においてはスプレッド方式を用いるための前提条件が満たされていない。想定落札価格についてのYらの主張額を認めるに足る証拠はなく、したがって原物返還不能時における石油製品の客観的価格がYら主張の価格であると推認するに足りず、石油製品の価格については、Xが自認している以上の価格を認めることができない。

4 仮に発注者側が主導して落札予定者を決定し、入札参加者がそれに従うことを余儀なくさせられているケースであるならば、供給者らの行為は不当な取引制限に該当しない。本件でYらは、各入札及び商議の手続は完全に形骸化しており、調達実施本部自身により競争が排除されていたと主張する。

供給者Yらの入札の自由を奪うに至らない程度の発注者Xの側からの指示、要請、主導があるという程度では、独禁法3条後段違反の成立を妨げるものではない<sup>(25)</sup>。なお最決平成17・11・21刑集59巻9号1597頁（石油製品談合刑事事件）は、指名競争入札の運用が形骸化していたことを認めつつ、しかし発注者が指示、要請、主導したのではなく、現に被告人会社等は入札における自由競争が妨げられていたわけではないと判示し、不当な取引制限の罪の成立を認めている。

5 本件において指名競争入札は次のように実施された。当初入札（3回）を経ても、3回目の入札までには指名業者が受注予定会社1社（N）を残して辞退してしまい、Nも入札予定価格を上回る価格での受注を希望するため、当初入札は全件不調になる。担当官は随意契約を締結するためNとの間で価格交渉（商議、ここでNは商議権者と呼ばれる）に入るが、Nは発注者Xの設定した入札予定価格を上回る価格を記載して見積書（商議札）を提出する。随意契約において入札予定価格の変更は禁止されているため、担当官はNと随意契約を結ぶこともできない。

担当官は、当初入札予定価格を上回り、かつ予定価格の再算定に当たり

---

(25) 山田耕司『最判解刑事篇（平成17年度）』601頁。

最大限許容できる計算価格を下回る範囲で、入札参加業者が受け入れると予想される最低商議価格を決定し、これを入札参加業者に提示する。商議不調後に実施される新たな入札においては、Nが新たな入札予定価格（最低商議価格）で入札し、他の入札参加業者はそれを上回る価格で入札することから、結局、当初入札で残ったN（商議権者）が当該案件を受注する。

当初入札不調、商議不調を当然の前提として、新たな入札の第1回目において、当初入札で最後に残った受注予定会社Nが最低商議価格で落札するというシナリオに沿った展開のようにも見える<sup>(26)</sup>。調達実施本部の担当官に不適切な行為があったことは勿論であるが、新たな入札における落札者は、当初入札の前にYらの受注調整行為により決定された会社である。決して担当官の意向に従って納入業者が決定されていたわけではない。また新たな入札において入札参加業者は、最低商議価格を下回る価格で入札することもできた。すなわちYらは、入札の自由を奪われているわけではなく、価格競争の余地もなお存在したのであるから、不当な取引制限の成立は認められる。

6 ㉔談合行為は、不当な取引制限の中でも明らかに自由競争経済秩序に反する行為として、社会通念上容認することができない。㉕本件個別契約（石油製品売買契約）も公序良俗に反し無効である。この点は、㉔から㉕への無効の伝播と説明されることもある<sup>(27)</sup>。伝播する理由は次の通りである。個別契約は談合から具体的利益を得るための手段として締結される。個別契約と受注調整行為は密接不可分な関係にあり、個別契約を無効にしなければ独禁法の趣旨が没却される。本稿Ⅱ章2及びⅢ章5で挙げた事例のいくつかにおいては、私見によれば、㉔の談合行為の反公序性を認めつつ、無効の伝播を否定して、㉕に属する個別契約の反公序性が否定される

---

(26) この点を主張して石油会社らは審決の取消を求めたが、東京高判平成21・4・24審決集56（2）231頁は、調達実施本部又は担当官において、これを指示・主導したことを認めるに由ないというべきであると判示し、取消請求を棄却した。

(27) 森田・前掲注（11）63頁。

場合も存在しうる<sup>(28)</sup>。

7 本件では、Xに引渡された石油製品はすべてタンク内で混和した上で費消されていた。Xから契約無効を主張され契約代金全額の返還を求められたYらは、抗弁として、石油製品の客観的価格返還請求権との相殺を主張する。客観的価格はYらが主張・立証すべき事実である。

Yらから相殺の抗弁が主張される蓋然性や貼用印紙額の節約を考慮して、Xが契約代金全額ではなく契約代金からXにおいて自認する石油製品の客観的価格（ $\beta$ ）を控除した一部請求を行うケースを想定する。この場合、Yらにおいては、石油製品の客観的価格（ $a$ ）が、「Xが予め請求から控除する金額（ $\beta$ ）」を上回ることを立証しなければならない。

石油製品の客観的価格の算定時期は、本来ならば原物返還が不能となった時を基準とすべきであるが、売買契約締結時と原物返還不能時との時間的間隔が短いと推認されることから、売買契約締結時における想定落札価格をYらが立証すれば、特段の事情がない限り、当該価格をもって原物返還不能時における客観的価格であると事実上推定される。

本件では想定落札価格に関するYらの立証は不十分であり、客観的価格として、Xが自認している価格（ $\beta$ ）以上の価格を認めことはできないとされた。

8 発注者Xが納入業者Yらの入札談合に関与し又は黙認していたケースにおける不当利得返還請求については、Yらの側から、不法原因給付（民708条）に該当するので、Xの不当利得返還請求は認められないと主張されることがある。本件でもYらは、受注調整行為における調達実施本部の契約担当官の寄与度が極めて大きく、XがYらに支払った売買代金は不法原因給付に当たると主張していた。

しかし本判決は、不法原因給付の主張を退けた。不法原因給付とは、原因行為が公序良俗に違反する場合のすべてを意味するものでなく、行為の

---

(28) 森田・前掲注(11)67頁は、無効の伝播を否定すべき場合が存在するか疑問視する。

実質に即し、行為時の社会生活及び社会感情に照らし、真に倫理、道徳に反する醜悪なものに限られる。入札談合案件においては、発注者による代金の支払及び納入業者による商品役務の給付には、通常、不法原因給付の抗弁が成立するほどまでの悪性は認められない。

仮に本件でXの代金支払いが不法原因給付に当たるとされたならば、X及びYら双方の不法を比較して、Yらの不法がより強い場合には、民法708条但書（不法な原因が受益者についてのみ存したとき）の拡張解釈により、Xの不当利得返還請求が認められる余地がある。

発注者が入札談合に関与し、さらに賄賂の授受もなされ、発注者がそれを認識しつつ代金を支払ったような場合には、不法原因給付の抗弁が成立しうる。<sup>(29)</sup>

9 不法原因給付において民法708条但書が適用される場合には、たとえ給付者が債務の不存在を知っていても、給付者は給付物の返還を請求しうる。これに関連して、本判決は、不法な原因があることを認識しながら給付を行った者の返還請求の可否が問われる場面では、もっぱら民法708条の不法原因給付に当たるか否かを問題とすべきであり、705条（非債弁済）の規定は適用されないとする。

10 官製談合事案で発注者からの損害賠償請求に対し、違反行為者は過失相殺（民722条2項）による損害賠償責任の減額を主張するが、裁判所は容易には過失相殺を認めない。ましてや不当利得返還請求については、そもそも過失相殺の適用はない。本判決は、一般論として、信義則の適用により不当利得返還請求権の行使が制限される余地を認める。

発注者である官公庁固有の過失<sup>(30)</sup>が認定される事案については、過失相殺の類推適用又は信義則の適用により、発注者が違反行為者に返還請求できる金銭が減額されることがあってもよい。

---

(29) 中野／鈴木・前掲注(23) 648頁。

(30) 白石忠志／多田敏明『論点体系独占禁止法』(2014) 370頁〔長澤哲也〕。

## V 防衛庁専用電池談合事件

1 受注調整の行われた入札案件で発注者の返還すべき利得額は、本来返還すべき原物の客観的価格である。上記石油製品談合事件判決は、想定落札価格をもって、原物返還不能時における客観的価格であると事実上推定した。これは、ある意味において便宜的な取扱いである。他方、防衛庁専用電池談合事件では、後述のように企業会計方式すなわち原価計算基準により算出された製品総原価に利益率10%を加算して、客観的価格が算出されている。納入製品が特殊仕様の電池（自衛隊専用品）であることも、原価積上げ方式の用いられた理由であると推測される。

2 国（X）は指名競争入札又は一般競争入札の方法により専用電池の製造請負を発注し、電池メーカー（ $Y_1 \sim Y_3$ ）と複数の請負契約を締結し、Yらから製品の納入を受けた。Xは、談合に基づく請負契約の無効を主張し、Yらに対し、支払済み請負代金から製品価格相当額を控除した残額の返還とその利息の支払を求めた。<sup>(31)</sup>

Yらの主張は次の通りである。①（ア）本件談合は悪質なものではなく（刑事訴追もされていない）、請負契約は公序良俗に反しない。（イ）契約価格は、Xが決定した予定価格を下回る。（ウ）仮に請負契約が無効になるとしても、その範囲は、 $Y_3$ の主張する電池価格を超える部分に限られる（ $Y_3$ のみの主張）。（エ）Xは、Yらの受注調整により安定調達の確保を目論み、本件談合とそれに基づく入札の落札状況を暗黙のうちに了承していた。②Xは本件談合に深く関与したから、契約請負代金の支払は不法原因給付に当たる（ $Y_2$ のみの主張）。③本件電池の価格はX算定の価格を上回る。Yらは、納入時の電池の時価相当額の不当利得返還請求権を自働債権、支払済請負契約代金相当額の不当利得返還請求権を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をする。

---

(31) YらのほかAも本件談合に参加していたが、本訴提起前にAはXとの和解に応じていた。

Xは、Yらに対し、「支払済請負契約代金（甲）」と「X算定の電池価格（乙）」との差額（総額約7億円<sup>(32)</sup>）の返還を請求した。Yら算定の電池価格（丙）は乙を上回る。したがって、甲から丙を控除した残額は甲から乙を控除した残額を下回る。

3 東京地判平成22・6・23判タ1392号129頁は、次のように判示して、Xの請求を一部認容した。認容総額は約3億1400万円である<sup>(33)</sup>。

①（ア）談合行為は公の秩序に反する行為として社会的に強い非難に値する行為であり、談合の結果に基づきこれを実現するために締結された契約は公序に反し無効である。（イ）本件契約価格の中に本件電池の価格より低額のものがあったとしても、競争による価格形成機能が阻害されたことは否定できないから、本件契約は公の秩序に反する。（ウ）本件では、1個の契約のうち的一部分のみが無効となると解することはできない。（エ）Xが本件談合に関与しており、また本件談合が電池の安定的調達という公益目的に資するものであっても、本件契約が公の秩序に反することは否定されるものではない。

②Xが本件談合を指示したり、Yらの意思決定に深く関与するなど本件談合を主導したとまでは認められない以上、Yらに対する契約請負代金の支払が不法原因給付に当たると解することはできない。

③Yらが自働債権として主張する不当利得返還債権は、Yらが納入した電池の不当利得返還請求権としての動産引渡請求権が電池の費消により金銭債権に転化したものであるから、その価額は、（原価計算基準により）Yらが電池を製造販売する際の相当な価額として算定されなければならない。Y<sub>1</sub>は、本件電池5003について、製造原価、販売費、一般管理費の算出により製品総原価を算出し、利益率10%を加算して、電池の客観的価格を算出しており、その算定過程に不合理な点はない。（Y<sub>1</sub>のみならずY<sub>2</sub>及

---

(32) 請求総額7億円の内訳は、Y<sub>1</sub>に対し3億8200万円、Y<sub>2</sub>に対し1億4900万円、Y<sub>3</sub>に対し1億6900万円である。

(33) 認容総額3億1400万円の内訳は、Y<sub>1</sub>に対し2億2600万円、Y<sub>2</sub>に対し3500万円、Y<sub>3</sub>に対し5300万円である。

び Y<sub>3</sub>についても)、納入済み本件電池の納入時の時価相当額による相殺が認められる。

4 本件において平成9年度までは、当該年度の最初の入札前に、担当官から、予定価格の単価情報を教えてもらい、発注数量にその単価を乗じた額が落札予定価格とされていた。平成10年度は、予定価格の単価情報を入手できなかったため、受注予定者の「入札単価」を前年度最後の落札単価から予想される価格よりも多めに「上方修正した金額」とし、当該金額が予定価格の単価を超えるために入札回数が重ねられるにつれ、入札単価が逡減して予定価格の単価の範囲内となり、外観上、適正な入札が行われているかのように見える体裁を整えていた。受注予定者以外の入札参加者は、受注調整後の金額（受注予定者より高い）か、入札を辞退する旨を記載した入札書を提出するなどしていた。

(a)仕様書を超える高度の品質を要求されるため、Yらは採算度外視で部品調達体制等を整えた、(b)落札後に生産着手したのでは完成不可能なほどの短納期の発注に応じるため、Yらは受注調整を避けられない状況にあった、(c)電池の安定供給を確保するため、XはYらに対し事前に調達情報を提供する等して入札談合を容認していた等の諸事情があったにせよ、YらはXの指示を受けてではなく自主的に受注調整行為を繰り返したのであるから、談合結果に基づきこれを実現するために締結された請負契約は、原則的に公序良俗違反として無効になる。

しかし例外も認められてよい。受注調整が契約価格に影響を及ぼしているとしても、契約価格が相当な価格であると認められるのであれば、そのような個別契約は公序良俗に違反するとまではいえない。とりわけ Y<sub>1</sub>の製造した本件電池 J B A - 7001については、契約価格が電池の客観的価格よりも相当低額であり、当該製造請負契約は有効と解すべきである。契約価格が適正価格であるとしても、それは結果的にそういえるにすぎず、競争による価格形成機能が阻害されたことは否定することができないとの批判が寄せられようが、上記(a)(b)(c)の諸事情がある中で価格も適正といえる

ならば、公序良俗違反は否定されてよい。J B A - 7001の製造請負契約も無効と解するにせよ、Y<sub>1</sub>の相殺の抗弁が成立するから、結論的にはほぼ同じである。

5 本件ではX（通信補給処調達会計部原価計算課）の担当官が、Yらからの要請に応える形で入札情報（予定価格を含む）を提供していた。入札期日から納期までの期間が短いことから、Xは談合の存在を認識、認容していたと推認される。もっとも、調達手続の担当官は納期設定に裁量を有していたわけではない。情報提供も、1 担当官の行為を超えて、陸上自衛隊の組織として行われていた行為ではない。XからYらに対する談合の指示、主導又は強制も存在しない。本件で個別契約が無効になるとすれば、それは自由競争秩序維持の観点からであって、社会倫理、道徳に反する醜悪な行為によるからというわけではない。したがって、XからYらへの契約請負代金の支払が不法原因給付に当たることはない。

6 本章3で見た通り、本件ではYらの相殺の抗弁が一部認められている。これに対して、Xは、YらからXへの電池の給付が不法原因給付に当たるから、電池の価格相当額の不当利得返還債権を自働債権とするYらの相殺は許されないと主張していた。（不法原因給付の再抗弁）。

社会倫理、道徳に反する醜悪な行為の基準からすれば、Xによる契約請負代金の支払のみならず、Yらによる電池の納入も不法原因給付には当たらない。そこまで強い非道徳性、悪質性は認められないことによる。もしXが納入済み電池の客観的価格相当額の返還義務を負わないとすれば、Xは無償で電池を使用したことになる。そこで東京地裁は、次のような理由で、Xによる不法原因給付の再抗弁を否定した。Yらの談合を助長する行為を行っていたXが、電池の納入を受けてこれを費消しておきながら、後になって、Yらの電池納入が不法原因給付に当たるからXは当該電池の客観的価格相当額の返還義務を負わないとすることは、衡平の見地から、信義則に反し許されない。

7 受注調整の対象とされた入札案件に係る製造請負契約が無効とされ

ると、発注者Xから受領した請負代金は受注者Yらの利得になる。Xには、これに対応する損失が発生する。Xは、請負代金額（甲）からX自らの算定する既履行分電池の客観的価格相当額（乙）を控除した残額を請求する。

Yらの算定する電池価格（丙）は乙よりも高額である。そこでYは丙と乙との差額につき相殺の抗弁を主張する。Xの請求額は「甲－乙」であるが、丙乙差額が相殺されると「甲－丙」になる<sup>(34)</sup>。Yらに対するXの請求が一部請求である場合には、Yらにおいて、納入電池の価格（丙）が、Xにより予め請求から控除された金額（乙）を超えることを立証しなければならない<sup>(35)</sup>。

8 本件電池は自衛隊専用品であるため市場価格が存在しないので、基本的には原価積み上げ方式により納入電池の客観的価格が算定される。Xは、防衛庁（現防衛省）の定めた訓令に基づく方式により価格を算定すべきであると主張していた。訓令方式は、防衛省内部において調達物品の予定価格を定める際の算定方式である。しかしYらが抗弁で主張する不当利得返還債権は、原物返還に代わる価額の返還を求めるものであるから、Yらが現実にどれだけの費用を費やして電池を製造したか、通常得べかりし利益はどれほどかを考慮した上で、電池の価格を算定しなければならない。入札予定価格は訓令方式により算定されるが、電池の客観的価格は企業会計方式（原価計算基準）により算定される。これが本判決の考え方である<sup>(36)</sup>。

具体的には次のようになる。直接原価（素電池材料費・加工費及び組立材料費・加工費）に製造管理費を加算して製造原価を算定する。製造原価に販売費及び一般管理費を加算して製品総原価を算出する。客観的価格は製品総原価に利益率10%を加算して算出される。Y<sub>1</sub>については、上記のプロセスを経てY<sub>1</sub>の算出した価格に相当する不当利得債権を有するもの

(34) (甲－乙)－(丙－乙)＝甲－丙

(35) 坂巻・前掲注(5)12頁。

(36) 談合契約に基づく個別契約の効力に関する本判決の分析については、西村暢文「本件判批」別冊ジュリスト1420号314頁参照。

と認められた。

Y<sub>2</sub>は、原価計算基準による算定を行うための原資料を散逸させてしまっていた。本件電池取引終了から5年以上経過後に、Xから不当利得返還請求を受けたことによる。そこでY<sub>2</sub>は、次善の方法として、Xの訓令方式に基づき、採用数値の一部をY<sub>2</sub>における個別具体的な事情を反映した数値に修正するなどして電池の客観的価格を算定した。Yらの抗弁につき判断する際の算定方法として、Xの訓令方式は相当性を欠くものであるが、本判決は、時間の経過によるデータの散逸には無理からぬものがあるとして、Y<sub>2</sub>が訓令方式の枠組みを援用して、一部の数値につきY<sub>2</sub>の実情に応じた主張、立証を行うことも許されるとした。

Y<sub>3</sub>は、Y<sub>1</sub>からOEM供給を受けて電池JBA-5003をXに供給していた。Y<sub>3</sub>がXに対して請求しうる当該電池の価格は、製造原価相当部分にY<sub>1</sub>からの取得価格を用い、これにY<sub>3</sub>の総利益、運賃を加算した金額になる。

発注者Xからの不当利得返還請求訴訟において、受注者Yらは、納入済み製品の客観的価格相当額の金員の返還請求権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することになる。客観的価格の主張立証責任はYらにある。本件では、立証責任の帰結としてY<sub>2</sub>に厳しい判断となるところ、それを緩和する取扱いがされたものといえる。

## VI 結 語

1 入札談合にあっては、①基本合意、②個別受注調整による受注予定者の決定、③発注者と受注予定者（落札者）との間における個別契約の締結という形でプロセスが進行する。基本合意のほか受注調整も不当な取引制限の違反行為であるかについては議論がわかれるが、少なくとも個別契約それ自体は独禁法3条後段違反の法律行為ではない。

自由競争経済秩序（公の秩序）に反する談合行為は、社会的に強く非難

に値する行為である。受注調整と個別契約は密接不可分な関係にある（個別契約は調整結果を実現するために、或いは調整行為から具体的な利益を得るための手段として締結される）ため、受注調整から個別契約へ反公序性が伝播し<sup>(37)</sup>、個別契約自体も公序良俗に違反し無効である。密接不可分な関連性は、客観的ファクターとしての因果性（受注調整と個別契約締結との間の因果関係）、及び主観的ファクターとしての目的・手段性（契約当事者の意図的な関与）を考慮に入れて総合的に判断されるという<sup>(38)</sup>。

2 発注者Hは、指名競争入札による物件aにつき、入札予定価格を100、調査基準価格（低価格調査）又は最低制限価格を80と設定している<sup>(39)</sup>。基本合意の当事者としてA B C Dが、またアウトサイダーとしてR S Tが存在する。

A B C Dの受注調整により、受注予定者としてA（入札価格83）が決定された。Rの低価格入札を察知したAは、自己の入札価格を83から79に引下げた。入札結果は、1番札R（入札価格75・低入札価格調査・失格）、2番札A（同79・低入札価格調査・履行可能と判断・落札）、3番札S（同80）、4番札B（同85）、5番札T（同85.5）、6番札C（同85.8）であった。これは岩手談合事件の藤正建設に対する件の数値を若干修正した設例である。前掲公取委審判審決平成25・5・22は、Rが競争的な行動をとったにせよ、競争単位の減少による競争制限効果の発生を覆すに足りる特段の事情は認められないとして、Aに課徴金1042万円の納付を命じた。しかし調査基準価格を下回る水準でR A間の価格競争が行われた以上、受注調整による競争制限効果は消滅したと見ることもできる。仮にAに課徴金納付が命じられるとしても、H A間の個別契約は公序良俗に反するとまではいえず、有効とすべきである。

A B C Dの受注調整により、受注予定者としてB（入札価格98）が決定

---

(37) 森田・前掲注(27) 66頁。

(38) 森田・前掲注(27) 69頁。

(39) 入札予定価格及び調査基準価格は非公表とされた。

された。Aが受注目的で低価格入札し（入札価格97又は80）落札した。受注調整参加者Aは、受注調整の結果を利用してBを裏切り落札したことになる。Aに課徴金納付が命じられることは勿論であるが、Aが入札価格80で落札した場合に限っては、H A間の個別契約が公序良俗に反するとまでいえるかは微妙である。もしRがA B C Dの受注調整を認識し、Bの入札価格より低価格で入札し落札したとすれば、RはA B C Dの受注調整に乗じたことになるが、Rの落札価格が97又は80のいずれであったにせよ、Rに課徴金納付は命じられず、H R間の個別契約も有効である<sup>(40)</sup>。

3 入札談合に基づく個別契約が公序良俗違反で無効とされる場合、受注者Yには、当該契約に基づき発注者Xから受領した契約代金相当額の利得が発生する。他方、当該契約に基づく反対給付としてYがXに納入した製品についても法律上の原因を欠くことになり、XにはYに対する当該製品の返還債務があるが、当該製品が費消されており原物を返還できなければ、当該製品（又は役務）の客観的価格相当額を返還しなければならない。Xの提起した不当利得返還請求訴訟において、Yの側で、費消された製品（又は役務）の客観的価格相当額の返還請求権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することになる。客観的価格の立証責任はYが負う。

Yから相殺の抗弁を主張される蓋然性や貼用印紙額の節約を考慮して、Xは、支払済契約代金額（甲）からXの自認する納入済み製品等の客観的価格相当額（乙）を控除した残額の返還のみを求めることもある。Yの算定する客観的価格相当額（丙）は、通常、乙よりも高額である。そこでYは、丙と乙との差額につき相殺の抗弁を主張する。Xの請求額は「甲－乙」であるが、丙乙差額が相殺されると「甲－丙」になる。Yにおいて、丙が乙を超えることを立証しなければならぬ<sup>(41)</sup>。

(40) しかし森田・前掲注(27) 69頁は、H R間の契約についても客観的ファクターとしての因果性を肯定する。

(41) 坂巻・前掲注(5) 12頁。

