

公共調達における低価格入札に対する不当廉売規制についての一考察

横 田 直 和

- 一 はじめに
- 二 低価格入札に対する公取委の対応
 - (一) 個別の低価格入札事案に対する対応
 - (二) 低価格入札に係る独占禁止法上の考え方
- 三 低価格入札に対する法的規制
 - (一) 公共部門の調達方法
 - (二) 会計法令上の低価格入札の取扱い
 - (三) 独占禁止法上の不当廉売規制
- 四 検討
 - (一) 低価格入札を規制する必要性
 - (二) 独占禁止法で規制するための方策
 - (三) 発注者側の防止責任
- 五 おわりに

一 はじめに

近年、公共建設工事に係るものを中心に入札談合の摘発が増加し、これに対する制裁が強化されるとともに、公共建設工事等の発注が減少傾向にあることを背景に、公共調達分野における事業者間の競争が活発化するようになっている。公共調達分野における競争の活発化により、官公庁が行う競争入札における落札率（予定価格に占める落札価格の比率）が低下することは、税金の効率的な使用の面でも好ましいものであるが、とうてい採算が合わないと思われるような著しい低価格で落札されるような事案も増加してきている。

建設工事など発注後に工事や製造などが行われるような物件に係る競争入札において事業者が採算の合わないような低価格で応札し受注することになれば、十分な履行がなされないおそれがあるので、そのような低価格で応札を行った事業者には発注をしなすことが会計法令において認められている。しかし、地方公共団体が工事又は製造その他についての請負に係る競争入札を行う際に最低制限価格を設ける場合を別とすれば、会計法令の規定に基づき、低価格で応札した事業者と契約を行わないとされた事例はほとんど存在しないようである。

また、事業者が商品・役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で供給することは、独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）上の不当廉売として問題となり得るものであり、競争入札において著しい低価格で応札することも不当廉売規制の観点から問題とされている。公取委（公正取引委員会）では、このような低価格入札事案について警告・注意などの行政指導を行ってきたが、独占禁止法上の行政処分である審決ないし排除措置命令が行われたことはない。

公共調達分野における低価格入札事案が増加するにつれ、これを不当廉売として独占禁止法で規制すべきとする意見も強くなっており、公取委においても不当廉売として問題のある行為が認められた場合には必要な措置を採ることとしている。

私見によれば、現在の「不正な取引方法」（昭和五七年公取委告示第一五号。以下「一般指定」という。）の規定を前提とする限り低価格入札事案につき不当廉売に該当するとして規制することは難しく、また、個々の低価格入札事案ごとに独占禁止法で問題とすることも競争政策上好ましくないと考えられる。一方、発注官公庁は自己の行う競争入札につき詳細を知り得る立場にあるほか、自己の行う競争入札において公正な競争が確保されるようにする責務があると解すべきであるので、低価格入札事案については、むしろ発注者が会計法令で対応するのが適当と考えられる。本稿においては、このような立場から、低価格入札事案に対する不当廉売規制の在り方について検討を行うこととする。

二 低価格入札に対する公取委の対応

(一) 個別の低価格入札事案に対する対応

公共調達における低価格入札事案については、かつては官公庁が情報システムを調達する際に多発しており、公取委による調査が行われた事案も情報システムの調達に係るものが中心であったが、最近では、公共建設工事に係る事案など多様な事案につき公取委による調査が行われている。

まず、公共調達における低価格入札事案について警告・注意等を行った旨を公取委が公表したものを、新聞発表資料等により概観すると、次のとおりである。なお、公取委においては、平成一三年一月までは個別具体的な事案であっても一般的な調査として取引部で対応されてきたが、それ以降は独占禁止法違反被疑事件として審査局で対

応されている。¹⁾

ア 富士通及びNECに対する嚴重注意²⁾(平成元年一月二四日)

コンピュータ・システムの取引において有力な地位にある事業者がコンピュータ・システムの基本計画又は設計業務の入札において繰り返し著しく低い対価で入札する場合には、競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあり、また、コンピュータ・システムの詳細業務について、プログラミングやハードウェアについて自社と取引するよう誘引することとなり、一般指定第六項(不当廉売)又は第九項(不当な利益による顧客誘引)に該当し独占禁止法第十九条の規定に違反するおそれがあるとして、公取委では、コンピュータ・システムの取引において有力な地位にある富士通株式会社及びNEC(日本電気株式会社)について、

昭和六二年八月に和歌山県が実施した情報基盤整備事業基本計画業務に係る入札において、富士通及びNECとも一円で応札し、抽選で富士通が落札

平成元年七月に埼玉県が実施した図書館コンピュータシステム基本計画業務に係る入札において、富士通が一円で落札

平成元年七月に広島市教育委員会が実施した文化・学習情報提供システム開発業務に係る入札において、富士通が一〇万円で落札

平成元年一〇月に長野県が実施した県立図書館コンピュータシステム開発業務に係る入札において、富士通及びNECとも一円で応札し、抽選で富士通が落札

平成元年一〇月に広島市水道局が実施した水道施設情報管理システム設計に係る入札において、富士通が一円で落札

といったように、地方公共団体が実施する入札において著しく低い価格で応札している事例が認められたことから、

公取委では、両社に対し、今後このような行為を行わないよう嚴重に注意している。この注意は、今後このような行為を再度行えば、独占禁止法に基づく措置の対象となり得るといふ趣旨のものとされている。

なお、この 及び の事案については、「一円入札」として大きく報道され社会的な関心が呼んだことから富士通は長野市及び広島市に契約辞退を申し入れており、長野市ではこの申入れを受けて契約を解除するとともに、正当な理由なく契約を履行しないものとして平成元年度未までの指名停止措置を講じている。³⁾一方、広島市では、入札は法的に有効であるとして富士通の契約辞退の申入れを認めず、契約不履行であるとして契約を解除して二年間の指名停止とともに、損害賠償請求を行っており、結局、富士通が広島市に一、〇八五万円を支払うことで示談が成立している。⁴⁾

イ NTTに対する嚴重注意(平成九年二月一七日)

政府発注のシステム関係業務において有力な事業者であるNTT(日本電信電話株式会社)が、コンピュータ・システムの実施可能調査業務の入札において著しく低い対価で入札する場合には、競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあり、一般指定第六項に該当し独占禁止法に違反するおそれがあるとして、公取委は、国立国会図書館統合システム開発基本計画実施可能委託調査に係る入札で一円で応札したNTTに対し、今後このような行為を行わないよう嚴重に注意している。

なお、NTTでは、国会図書館のシステム開発に係る調査を受注することは今後の電子図書館システムの構築にとつて大きな成果になるとして一円で受注したとしても問題はないとの姿勢を示していたが、この一円入札が社会的にも問題とされたことから、公取委による注意が行われる前の平成九年二月七日に契約を辞退している。⁵⁾

ウ ビルメンテナン事業者等に対する注意・問題点の指摘(平成一〇年三月一日)

地方公共団体等が行った入札において極端な低価格での応札や契約が行われたとの報道がなされたことから、公

取委では、後記(二)アのとおり連続する役務等の取引における不当廉売の考え方を明らかにするとともに、この考え方に基づき、東京都保谷市等が発注したビルメンテナンス業務などが著しい低価格(七二八円・五、〇〇〇円・一八、九〇〇円)でそれぞれ落札されたことについて、一連の業務が単年度に分割して入札に付されるような場合において各年度の落札価格についてコストとの関係を見て事業者が継続してコストを下回った価格で応札するようなどきは不当廉売に該当するおそれがあるとして、これらの業務を受注した地元業者に対し、今後も継続してコスト割れの価格で受注すれば不当廉売につながることをおそれがあるとの注意を行っている。

また、岡山市教育委員会が実施した複写機一〇台の購入に係る入札において三社が一円から五〇円で応札し一円で落札されたことについて、当該複写機に係るメンテナンス契約が複写機本体の落札者と随意契約により発注されていたことから、業務の一部が競争入札に付され、他の業務については当該入札における落札業者と随意契約が行われるような場合においては、これらの業務を一体のものとしてコストとの関係を見ることがなるので、仮に入札に付された業務の落札価格がその部分のコストを下回っていたとしても不当廉売に該当しない場合があるとして、公取委では、発注者に対し、複写機本体とメンテナンスを一括して入札に付すなど、発注に当たってあらかじめ複写機本体とメンテナンス契約の取扱いを明らかにすることが望ましい旨を指摘するとともに、これらの応札者に対し、一体として業務を受注するような場合に、その価格が全体としてコストを下回るようなときには不当廉売につながることをおそれがあることを指摘している。

エ 大手情報システム業者四社に対する注意(平成一三年一月三一日)

官公庁等の情報システム調達において、コストを大きく下回る極端な低価格入札が繰り返され、他の事業者の事業活動を困難にするおそれが生ずる場合には不当廉売として問題となり、特に他の事業者の事業活動に与える影響を判断するに当たって、あるシステムを受注するとその後の改良や類似のシステム等の受注において技術面、コス

ト等で有利になるといふソフトウェアの開発の特殊性を考慮すると、情報システム供給における有力な事業者が、採算を度外視したコスト割れ受注を行うことでその後のシステムの受注等において優位に立つことも可能であり、中小規模のソフトウェア開発業者等の受注機会が減少する可能性も考えられるとして、

平成一一年七月に郵政省が実施した郵便トータルネットワークシステムの基本設計、概要設計及び詳細設計業務に係る入札において、松下通信工業株式会社が一七万円で落札

平成一二年五月に郵政省が実施した調達総合情報システムのプログラム作成等の業務に係る入札において、日本IBM(日本アイ・ピー・エム株式会社)が二万八千円で落札

平成一二年七月に国税庁が実施した電子納税申告実験システムの開発等業務に係る入札において、NTTデータ(株式会社エヌ・ティ・ティ・データ)が一万円で落札

平成一二年八月に建設省が実施した行政文書のファイル管理システムのプログラム作成業務に係る入札において、日本ユニシス株式会社が四、八〇〇円で落札

というように、情報システム調達において採算を度外視した極端な低価格受注が認められた四社に対し、公取委は、情報システム調達に係る競争政策上の考え方を説明し、今後同様の行為を行えば不当廉売につながるおそれがある旨を注意している。⁷⁾

オ 日立製作所に対する警告(平成一三年一月二二日)

平成一三年九月に東京都が実施した文書管理システム開発業務委託に係る入札において、株式会社日立製作所が、七五〇円で応札して落札するとともに、この入札価格を設定するに当たり、「目録管理スタータキット」と称するソフトウェアをそのまま使用すること及びその後に当該ソフトウェアを全国の多数の地方公共団体等に販売することを前提としていたこと(なお、七五〇円との応札価格は、このソフトウェアの一月間の賃貸料として計算され

ている)に対し、公取委は、その他の地方公共団体等に係る販売計画において同様の行為が行われれば、競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあり、独占禁止法第十九条の規定に違反するおそれがあるとして、今後このような行為を行わないよう警告している。

カ 富士通に対する警告(平成一四年二月七日)

平成一三年一月に金融庁が実施した「申請・届出等手続をオンライン化するためのシステム及び総合的文書管理システム」の入札において当該システムの供給に要する費用を著しく下回る三〇三万円で応札して落札するとともに、この入札前においても、複数の官公庁発注の情報システム等の入札において供給に要する費用を著しく下回るおそれのある価格で応札して落札した行為が、官公庁発注の情報システム等の入札における競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれを生じさせる疑いがあり、独占禁止法第十九条の規定に違反するおそれがあるとして、公取委は、富士通に対し、今後このような行為を行わないよう警告している。

キ NTTデータに対する警告(平成一四年四月二日)

平成一三年二月に法務省が実施した「法務省認証局及び総合的な受付・通知システム」の入札において、当該システム(システム構築に必要なハードウェア及びソフトウェアの調達)の供給に要する費用を著しく下回る五〇〇万円で応札した行為が、官公庁発注の情報システム等の入札における競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれを生じさせる疑いがあり、独占禁止法第十九条の規定に違反するおそれがあるとして、公取委は、NTTデータに対し、今後このような行為を行わないよう警告している。

ク 八千代エンジニアリングに対する警告(平成一六年四月二八日)

公取委が、地方公共団体などの官公庁が行った設計コンサルタント業務、情報システム調達等に係る低価格入札事案について実態把握を行った結果、八千代エンジニアリング株式会社が、岩国市が実施したし尿処理施設の基本

設計業務の入札(平成一四年二月)及び実施設計業務の入札(平成一五年二月)において、一七〇万円及び五〇万円と当該設計業務に要する費用を著しく下回る価格で応札し、官公庁発注のし尿処理施設に関する設計業務の事業活動を困難にさせるおそれを生じた疑いがあり、独占禁止法第十九条の規定に違反するおそれがあるとして、公取委は、同社に対し、今後このような行為を行わないよう警告している。

なお、公取委の新聞発表資料においては八千代エンジニアリングが低価格入札を行った理由について言及はないが、その後の新聞報道によれば、同社は、建設工事の受注を希望するプラントメーカーからの資金協力を受けることにより採算が合うようにしていたとされている。

ケ 守谷商会に対する警告(平成一六年四月二八日)

公取委は、公共建設工事に係る低価格入札事案について独占禁止法上の不当廉売規制の観点から対処するため、国土交通省及び各都道府県に対し低入札価格調査制度の対象となつた事案について情報提供を依頼し、情報提供があった約七〇〇件を受注した建設業者のうち五社を対象に調査を行った結果、長野県が発注する建設工事において供給に要する費用を著しく下回る価格で繰り返し受注していた株式会社守谷商会に対し、今後このような行為を行わないよう警告している。

公取委の調査によれば、守屋商会は、長野県において有力な建設業者であつて、長野県が平成一五年度に発注した建設工事のうち三八件を受注しているところ、そのうち約六割の建設工事について一般管理費及び利益を計上することなく入札価格の積算を行い、また、実行予算が作成された建設工事約三〇件のうち約三割の建設工事において落札価格が工事原価を下回っており、長野県発注の建設工事における競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれを生じさせた疑いがあると認められたとされている。

また、公取委が調査対象とした他の四社については、受注した建設工事の四〇%強が落札率が七〇%未満で受注

されているものの、そのような落札率が低い工事であっても実行予算上は一般管理費等が若干でも確保されており、落札価格が工事原価を下回っている状況は認められないものとされている。

□ 磯部建設に対する警告（平成一六年九月一五日）

公取委は、前記ケの情報提供のあった事案のうち比較的事業規模の大きい事業者など一〇五社を選定し、これらの者が平成一五年度に受注した公共建設工事につき実行予算上の工事原価との関係を見た上で、この工事原価を下回る落札価格で受注していた七社を対象に調査を行った結果、栃木県下で官公庁が発注する建設工事において供給に要する費用を著しく下回る価格で繰返し受注していた磯部建設株式会社に対し、今後このような行為を行わないよう警告している。

公取委の調査によれば、磯部建設は、栃木県において有力な建設業者であるところ、栃木県などが平成一四年度及び一五年度に発注した建設工事のうち五件について、その供給に要する費用を下回る価格で受注し他の建設業者の事業活動を困難にするおそれを生じさせた疑いのある行為を行っていたとされている。

また、公取委では、前記一〇五社が発注した公共建設工事の損益状況等について調査を行っており、一〇五社が平成一五年度に受注した七六五件の物件（うち落札率七〇％未満のものは三四件）のうち落札価格が実行予算上の工事原価を下回ったものは六件（同三件）であり、これら六件の中には発注者側の要因により工事原価を下回ったものや決算時には工事原価を下回らなかったものがあるとされている。

サ 松下電器産業に対する警告（平成一六年一二月一四日）

道路交通法の改正により平成一八年度から駐車違反対応業務について民間委託ができるようになったことを受けて、駐車違反事実の確認の公平・公正性等を図るための携帯端末、携帯印字機等の機器を中心とする「放置駐車違反処理システム」が平成一七年度に警視庁及び各道府県警察において調達される予定となっているところ、警察庁

が、警視庁及び各道府県警察における当該システムの調達に際して参考として提示する標準仕様書を作成するため、当該システムの中心的な機器である携帯端末等の試作、これを用いた警察実務担当者による評価試験及びこの試験結果を踏まえた標準仕様書案の作成を主な調達内容として平成一六年七月に開札を行った一般競争入札において、松下電器産業株式会社が当該調達に係る業務の供給に要する費用を著しく下回る価格である四万円を応札し、落札することによって、平成一七年度以降、警視庁及び各道府県が発注する当該システムの入札における競争業者の事業活動を困難にさせるおそれを生じさせる疑いのある行為を行ったとして、公取委は、同社に対し、今後、このような行為を行わないよう警告している。

また、公取委では、この審査の過程において、警察庁から、平成一七年度に警察庁及び各道府県警察において行われる放置駐車違反処理システムの入札等に当たって技術開発・製造面において松下電器産業以外の事業者が不利にならないようにするため、標準仕様書案を公開して意見を求めるなどの措置を講ずる旨の報告があったとして、同庁に対し当該措置を確実に実施するように要請している。

シ ヤフー及びシンワアートに対する警告（平成一七年一二月九日）

財務省が、一般会計で保有する近代金貨（戦前に発行された金貨）を売却するオークションを、インターネットオークション及び公開オークションの方法により平成一七年度から三年間実施することとし、平成一七年度のこれらのオークションの運営補助業務について平成一七年七月に実施した一般競争入札において、インターネットオークションに係る運営補助業務についてはヤフー株式会社、公開オークションに係る運営補助業務についてはシンワアートオークション株式会社が、それぞれ、当該運営補助業務の供給に要する費用を著しく下回る価格である一円で応札して落札したことに対し、公取委は、これらの行為により平成一八年度以降に財務省が発注する当該運営補助業務に係る入札において競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれを生じさせる疑いのある事実が認められ

たとして、公取委は、ヤフー及びシンワアートに対し、今後、これらの行為と同様の行為を行わないよう、それぞれ警告している。

なお、新聞報道によれば、財務省では、入札後にヤフー及びシンワアートから事情を聴取した結果、両社が契約に基づく履行を行えることが確認されたので契約を行うことは問題ないと判断したとされている。^①

又 大成建設など建設業者五社に対する警告（平成一九年六月二六日）

公取委では、公共建設工事に係る低入札価格調査件数が増加している状況を踏まえ、低価格入札事案について独占禁止法上の不当廉売規制の観点から対処するため、国土交通省、農林水産省、各都道府県及び各政令指定都市に対し、低入札価格調査制度の対象となった事案（平成一七年四月から同一八年九月までの間に発注された物件）について情報提供を依頼し、情報提供のあった約二、三〇〇件を受注した建設業者約一、一〇〇社のうち、地域において有力な建設業者、低価格入札により複数の物件を受注している六八社を対象に、各社が平成一六年四月から同一八年九月までに受注した物件について調査した結果、

大成建設株式会社については、国土交通省が平成一八年三月に北海道開発局において一般競争入札により発注した一物件において、同社が代表者となった共同企業体が不当に低い価格で受注し^②、

株式会社大林組については、国土交通省が平成一八年二月に北海道開発局において一般競争入札により発注した一物件において、同社が代表者となった共同企業体が不当に低い価格で受注し、

株式会社間組については、千葉市が平成一七年九月及び同一八年五月に一般競争入札により発注した二物件において、同社が代表者となった共同企業体が不当に低い価格で受注し、

馬淵建設株式会社については、横浜市が平成一六年八月から同一八年四月までの間に条件付き一般競争入札により発注した五物件において、単独で又は同社が代表者となった共同企業体が、その供給に要する費用を著しく

下回る価格で繰り返し受注し、又は不当に低い価格で受注し、

株式会社丸本組については、宮城県が平成一六年七月から同一八年三月までの間に条件付き一般競争入札により発注した九物件において、その供給に要する費用を著しく下回る価格で繰り返し受注し、

それぞれ、他の建設業者の事業活動を困難にさせるおそれを生じさせる疑いのある事実が認められたとしている。

そして、公取委では、これら五社の行為は、それぞれ、独占禁止法第一九条（不当廉売に該当）の規定に違反するおそれがあるとして、今後、このような行為を行わないよう警告している。

なお、公取委がこの八六社を対象とした調査を実施する際には、平成一六年九月一五日に公表した「公共建設工事における不当廉売の考え方」（後記（二）ウ参照）を踏まえ、落札価格が実行予算上の工事原価を下回る価格かどうか及びその程度、落札率の低さ、低価格入札による落札の頻度・規模等を勘案して、各地域に所在する建設業者八社について重点的に調査を行ったとされている。

（二）低価格入札に係る独占禁止法上の考え方

公共調達における低価格入札事案が多く見られるようになり、これら事案につき独占禁止法上の不当廉売規制の観点からの対応が求められるようになったことから、公取委ないし公取委が設けた研究会においては、次のとおり、低価格入札に係る独占禁止法の考え方がないし対応方針を明らかにしている。

ア 連続する役務等の取引に関する不当廉売の考え方（平成一〇年三月一日）

公取委では、前記（一）ウの地方公共団体等発注のビルメンテナンス業務などにつき注意・問題点の指摘を行った際に、連続する役務等の取引に関する不当廉売について、次のような考え方を明らかにしている。^③

なお、平成一〇年ころまでに公取委が注意を行った低価格入札事案はコンピュータ・システムに関するものが中

心であり、コンピュータ・システムに係る事案にあっても最初に契約した事業者がその後の業務の受注に当たり有利になる場合には、この考え方と同様の取扱いができるものと考えられる。

1 公共的な入札における不当廉売等について

公正取引委員会は、規制緩和後の市場の公正な競争を確保するため、中小事業者等に不当な不利益を与える不公正な取引に対して迅速・適切に対応することとしている。

(1) 公共的な入札における不当廉売……について

独占禁止法第十九条の規定により禁止されている……不当廉売については、それが、企業の効率性によって達成した低価格で商品を提供するのではなく、採算を度外視した低価格によって顧客を獲得し、これにより他の事業者の事業活動を困難にするおそれがある行為……である。公共的な入札における応札価格についても、競争に与える影響等によっては不当廉売として独占禁止法違反となる場合があるので、事業活動の遂行に当たり注意が必要である。……

(2) 連続する役務等の取引に関する不当廉売の考え方について

公共的な入札において、発注の方法が極端な安値による応札の背景となり得ることが考えられる。例えば、複数の会計年度にわたって一連のものとして行われる役務提供等について、単年度の予算に分割して入札に付したり、機器・機材等のハード部分とソフト・メンテナンス部分の業務について、ハードの部分を競争入札に付し、ソフト・メンテナンス部分の業務を随意契約により当該ハードの部分の落札業者に委託したりすることがある。

こうした発注は、各地方公共団体等の財政上の要請から行われているものと考えられるが、応札業者としては、その後の役務又はそれらに付随する業務を引き続き受注することができることを期待して、当該入札についてコストを大幅に下回る対価で応札する可能性がある。特に、当該入札に係る役務等を落札することがその後の役務又はそれらに付随する業務を受注する上で極めて有利である場合は、コストを大幅に下回る対価で落札しても当該事業者にとって必ずしも不利になるものではないことから、このような行動が生じがちになる。

この場合の独占禁止法上の不当廉売の考え方は、次のとおりである。

ア 一連の業務が単年度に分割して入札に付されるような場合においては、各年度の落札価格についてコストとの関係を吟味し、当該事業者が継続してコストを下回った価格で応札するような場合には、不当廉売に該当するおそれがある。

イ 他方、業務の一部が競争入札に付され、その余について、契約の性質・目的などに応じて当該入札における落札業者との随意契約が行われるような場合においては、これらの業務を一体としてとらえてコストとの関係を吟味することとなることから、仮に、入札に付された業務の落札価格がその部分のコストを下回っていたとしても、不当廉売に該当しない場合がある。

(3) 以上のように、一連の業務の発注方法のいかんによって不当廉売に該当するおそれがあるかどうかの考え方が異なるものである。また、入札部分に付随する業務の発注方法が明らかでないときに、当該入札に参加する事業者が、当該入札部分の受注が何らかの形で付随する業務の受注に有利になるものと過大に期待して極端な安値で応札する場合には、競争に与える影響等によっては不当廉売に該当することがある。

したがって、発注者においては、業務の一部を入札に付す場合には、これに継続する業務の発注方法がどうなるかを明らかにすることが望まれるところである。

イ 公共調達と競争政策に関する研究会報告書（平成一五年一月一八日）

公取委では、公共調達分野における入札談合に対する社会的批判が高まっている状況を踏まえ、公共調達においても民間における調達と同様に一定のコストに対し最も価値の高い調達が行われることが必要であるとして、平成一五年に学識経験者等からなる「公共調達と競争政策に関する研究会」（座長：金子晃・慶應義塾大学名誉教授）を開催している。この研究会においては、公共調達における一層競争的な環境の実現と入札談合の効果的な防止を図るための方策を中心に議論がなされたが、低価格入札に係る問題については、一般競争入札の推進等に伴ういわゆるダンピング受注や公共建設工事の品質低下のおそれに対応するため、発注者において低入札価格調査制度や最低制限価格制度を適切に活用することが重要であるとしつつ、独占禁止法上の不当廉売規制との関係については、「採算を度外視した極端な低価格受注が繰り返され、他の事業者が受注の機会を得られないなどにより、競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合には独占禁止法上の不当廉売として問題となる。公正取引委員会は、このような事案に接した場合には、厳正に対処していく必要がある」と提言している。

ウ 公共建設工事における不当廉売の考え方（平成一六年九月一五日）

公取委では、前記（一）ケの守谷商會に係る事案を公表する際に、公共建設工事における不当廉売への対応として、公共建設工事における不当廉売の考え方を明らかにしている。この考え方と同趣旨の内容のものは、同コの磯部建設に係る事案の公表時（平成一六年九月一五日）に別添資料として取りまとめられており、さらに、同ヌの大成建設など建設業者五社に係る事案の公表時（平成一九年六月二六日）では、次のとおり、平成一六年九月一五日に「公共建設工事における不当廉売の考え方」として取りまとめられたものとされている。

- 1 独占禁止法が禁止する不当廉売
 - 公共建設工事における不当廉売の考え方（平成一六年九月一五日 公正取引委員会）

「正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、その他不当に商品又は役務を低い対価で供給すること」（価格要件）により、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」（影響要件）がある場合に、独占禁止法で禁止する不当廉売に該当する（不公正な取引方法第六項）。

2 公共建設工事における不当廉売の考え方

公共建設工事の特性に照らし、その不当廉売の考え方を示すと、以下のとおりである。

（1）公共建設工事における費用構成

工事原価¹¹ 直接工事費 + 共通仮設費 + 現場管理費
 工事価格¹² 工事原価 + 一般管理費等

（2）公共建設工事の特性を踏まえた考え方

ア 前記1の価格要件のうち「供給に要する費用」とは、通常、総販売原価と考えられており、公共建設工事においては、「工事原価 + 一般管理費」がこれに相当するものと考えられる。また、「供給に要する費用を著しく下回る対価」かどうかについては、落札価格が実行予算（注）上の「工事原価（直接工事費 + 共通仮設費 + 現場管理費）」を下回る価格であるかどうかひとつの基準となる。

イ 前記1の影響要件については、安値応札を行っている事業者の市場における地位、安値応札の頻度、安値の程度、波及性、安値応札によって影響を受ける事業者の規模等を個別に考慮し、判断することとなる。

（注） 実行予算

落札業者は、発注者との契約締結後、契約価格（落札価格）を基に、改めてそれぞれの経費について詳細な見積りを作成する。これは、通常、実行予算と呼ばれており、実際に工事を施工するに当たっては、この実行予算に従うこととなる。

三 低価格入札に対する法的規制

(一) 公共部門の調達方法

ア 会計法令に基づく調達と会計法令の性格

公共部門が国民に公共的サービスを提供する際に必要となる資材等を調達するに当たっては、会計法等の会計法令に定められた手続に従って、発注者の調達業務が遂行されている。

会計法令においては、公共部門の調達方法として一般競争入札の方法によることを原則とするなど発注者が遵守すべき事項が規定されているところ、会計法令は基本的には公共部門の内部法であって、その規定は公共部門の調達担当者の行動を規律するものである¹⁶⁾。情報システム業者、建設業者などの事業者は、公共部門に物資等を供給しようとするれば当該公共部門が個々の調達ごとに定めた手続に従う必要があるため、会計法令による規律に従う必要があるが、これは、会計法令の規定に直接的に規律されるのではなく、その契約の相手方たる公共部門が会計法令で規律される結果として間接的に規律されるものである。

また、公共部門が調達した物資等を利用して国民に公共サービスを提供する際には、公共部門が行政権の主体として私人（国民・事業者）に相對する場面もあるが、当該資材等を調達する際には、公共部門は財産権としての主体として私人（事業者）に相對することとなるので、公共調達における発注者である官公庁は、会計法令の手続に従う必要はあるものの、受注者である事業者は對等の立場で契約を行うこととなり、その契約については私法上の契約であるとされている¹⁷⁾。

イ 公共調達に関する契約原則

公共部門が調達（公共契約）を行う際の規律に関しては、「経済性原則」と「公正性原則」があるといわれており、会計制度の確立やその運用に当たっては、これらの原則に従うことが要請されることとなる。

このうち、経済性原則については、公共調達に係る原資が国民の納めた税金であることにかんがみ、税金の効率的使用の観点から、一般競争入札を原則とし発注者に最も有利な価格で応札した者と契約を行うとの点に端的に現れている。

一方、公正性原則については、公共部門の調達活動も国民全般の利益のために公正に行われなければならないとするものであるが、「公正」との用語が価値判断を伴う多義的なものであるため、この原則が具体的にどのような機能しているのかは必ずしも明確ないように思われる。一般競争入札を原則とすることが公正性原則の現れとする見解もあるが、碓井教授は、公共契約が国民全般の利益のために公正でなければならぬとの要請のほか、公共部門と契約を行おうとする事業者相互間の公平を達成するため競争における対等性を確保することが要請されるとされている¹⁸⁾。

(二) 会計法令上の低価格入札の取扱い

ア 会計法令の規定内容

公共部門が物品等を調達する際に行う競争入札においては、経済性原則が示すとおり、予定価格の制限内で最も安い価格で応札した事業者が落札して受注者（官公庁の契約の相手方）となるのが原則となっている（国の場合にあっては会計法第二九条の六第一項本文、地方公共団体の場合にあっては地方自治法第三三・三四条第三項本文）。しかし、最も安い価格で応札した者の応札価格によっては契約の内容に適合した履行がなされないおそれがある場合

などは、次のとおり、政令で定めるところにより当該事業者を受注者としないうことができないこととなっている（会計法第二十九条の六第一項ただし書、地方自治法第一三四条第三項ただし書）。

まず、国が発注する場合にあつては、「相手方となるべき者の申込みに係る価格によつては、その者により当該契約の内容に適合した履行がなされないおそれがあると認められるとき、又はその者と契約を締結することが公正な取引の秩序を乱すこととなるおそれがあつて著しく不適当であると認められるとき」に政令で定めるところによるものとされ、具体的には、予決令（予算決算及び会計令）で、最も低い価格で応札した者を受注者としないう場合の手続が定められている。予決令では、この対象とできる公共調達については、予定価格が一千万円（各省各庁の長が財務大臣と協議して一千万円を超える金額を定めたときは当該金額）を超える工事又は製造その他の請負契約を行う場合とされている（第八四条）。また、契約内容に適合した履行がなされないおそれがあると認めるときの手続としては、当該おそれがあると認められるときの基準を作成し（第八五条）、個別の入札における応札価格が当該基準に該当することとなつたときは、契約の内容に適合した履行がなされないおそれがあるか否かについて調査（低入札価格調査）を行うこととされている（第八六条）。なお、公正な取引の秩序を乱すこととなるおそれがあるときの手続においては、このような基準を作成するなどの手続は設けられていない。

次に、地方公共団体が発注する場合にあつては、工事又は製造その他についての請負契約を締結するときに關し、前記の会計法第二十九条の六第一項ただし書と同様の規定が地方自治法施行令第一六七条の一〇第一項（同令第一六七条で準用する場合を含む。以下同じ。）で設けられているが、国が発注する場合と異なり、予定価格が一千万円を超えるものに限るとの限定はなく、低入札価格調査を行う際の基準をあらかじめ作成することも求められていない。また、小規模な地方公共団体の場合に低入札価格調査ですべて対応することが難しいことを考慮し、あらかじめ最低制限価格を設けて、予定価格の制限の範囲内であっても最低制限価格を下回る価格で応札した者を受注者と

しないことができることとされている（地方自治法施行令第一六七条の一〇第二項）。

なお、これらの最低価格での応札者を受注者としなくてよいとする制度は、昭和三十一年二月に行われた東宮御所建設工事の競争入札において一万円という低価格入札が行われたことを契機として、同三七年の会計法の改正及び同三八年の地方自治法の改正により導入されたものである。

イ 「一円入札」など極端な低価格入札の取扱

いわゆる一円入札など極端な低価格での入札が行われる場合には、応札者が発注官公庁に契約で定められたおりの商品・役務を提供するとすると、大幅な赤字となり採算が合わないことは明らかである。

しかし、会計法令の解釈としては、会計法又は地方自治法の規定を適用して受注者としなくてよいとされる場合でなければ、一円入札など採算がとつてい合わないような価格で応札した事業者であつても、これを受注者としなければならぬこととされている。例えば、国が発注する場合にあつては、契約内容が物品の売買などであつて、請負契約でない場合、請負契約であつても予定価格が一千万円以下の場合、予定価格が一千万円超の請負契約であつても、低入札価格調査を行うための基準が設定されていない場合には、予決令で定められた要件に該当しないので、発注者は応札者の価格が著しく低いときであつても当該応札者と契約しなければならぬものと解釈され運用されている⁽³⁾。

この会計法（第二十九条の六第一項ただし書）又は地方自治法（第二三四条第三項ただし書・同法施行令第一六七条の一〇第一項）の規定を適用して最も安い価格で応札した者を受注者としなくてよい場合には、申込みに係る価格によつては、その者により当該契約の内容に適合した履行がなされないこととなるおそれがあると認められるとき及び、その者と契約することが公正な取引の秩序を乱すこととなるおそれがあると認められるときがある。

まず、この「当該契約の内容に適合した履行がなされないこととなるおそれがあると認められるとき」に該

当するか否かを判断する際には、単に応札価格で契約の履行に要する費用をまかなえるか否かによって判断するのではなく、当該応札者の経済力や技術力も勘案して判断するものとされている。このため、著しい安値で応札した者が大企業である場合など応札価格いかんにかかわらず十分な履行を行い得ると見られる場合には、当該応札者と契約しても発注者が損害をこうむるおそれはなく、当該応札者と契約しないときにはかえって発注者の支出が増加することとなるので、当該応札者と契約を行わなければならないものとされており、この規定に基づき低価格での応札者と契約がなされなかったケースは、入札書の記載漏れや記載ミスなどの場合に限られるとされている。²⁴⁾

次に、の「公正な取引の秩序を乱すこととなるおそれがあると認められるとき」とは、社会通念上正常な取引の関係を歪めることとなるような場合²⁵⁾とか、行政権の主体として経済社会の秩序ある取引を乱すような結果を招くおそれのある契約をすることは適当ではないとの観点から、最低価格による応札者と契約を締結することが著しく不適当であると判断されるような場合とされている。具体的にとどのような場合がこれに該当するかについては必ずしも明確ではないが、応札者の行為が独占禁止法を含む法律に違反する場合はこれに該当すると考えられるほか、極端な低価格入札が行われた場合もこれに該当すると解釈し得る余地があると考えられる。²⁶⁾

(三) 独占禁止法上の不当廉売規制

ア 不当廉売規制の対象範囲

事業者が供給に要する費用を下回る価格で販売する行為（原価割れ販売）を継続するなどにより競争者を駆逐することとなれば、行為者が独占的な高価格設定（略奪的価格設定）を行うことも可能となるため、このような行為を不当廉売として独占禁止法で規制することについては、（競争者が駆逐されても、行為者が高価格設定を行うこととなれば新規の事業者が参入することとなるので、懸念されるような事態が生ずるおそれはほとんどないとい

た批判を除き）異論はみられない。しかし、原価割れ販売をどの程度まで不当廉売として独占禁止法で規制すべきかについては、従来、大きな議論があるところであり、現在でも酒類小売店などの酒類販売業界やガソリンスタンドなどの石油製品販売業界では原価割れ販売を広く不当廉売として独占禁止法で規制すべきとの意見が強い一方、原価割れ販売を広く規制することは、事業者間の競争を減少させるものであって競争政策として適当でないとする意見もある。²⁹⁾

独占禁止法上の不当廉売の構成要件については、一般指定第六項で「正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、その他不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」とされており、事業者の原価割れ販売行為を不当廉売とするためには、価格要件だけでなく影響要件も満たされる必要がある。

原価割れ販売を不当廉売として規制する際には、公正競争阻害性（独占禁止法第二条第九項の「公正な競争を阻害するおそれ」）が認められる必要があるが、一般指定第六項では、旧一般指定（不正な取引方法（昭和二十八年公取委告示第一一〇号））における不当廉売規制に係る東京高裁決定及び審決での取扱いを踏まえ、公正競争阻害性を影響要件として明示している。³⁰⁾

イ 低価格入札に対し独占禁止法を適用する上での問題

前記二（一）のとおり、公取委では公共調達における低価格入札事案に対し、警告・注意を行うなどの対応を行っているが、独占禁止法上の行政処分が行われたことはない。

このように行政処分が行われたことがない理由としては、公共調達における低価格入札事案を不当廉売として規制する場合であっても一般指定第六項に規定する価格要件及び影響要件の双方に該当する必要があるところ、このいずれの要件についても、これに該当すると判断するのが難しいことが挙げられよう。³¹⁾ すなわち、価格要件につい

ては、例えば、同じ事業者が極端な低価格での入札を繰り返し行うことは想定しにくく、また、継続性を要件としていない「不当に低い対価で供給」することに該当するとしても、他の事業者の事業活動に困難にさせるおそれがあるとして影響要件に該当するとまで判断できるかとの問題がある³²⁾。

また、この一般指定第六項の影響要件を判断するに当たっては、問題の対象となる低価格入札を行った事業者と競争関係にあるとして、その事業活動に及ぼす影響を判断しなければならぬ事業者の範囲はどこまでかを明確にする必要があるところ、低価格入札は個々の競争入札ごとに問題となるのに対し、この影響を判断しなければならぬ事業者の範囲は問題の対象となる個々の競争入札に参加した事業者に限られないため、低入札価格事案につき影響要件に該当すると判断することが難しくなっているとの問題もある³³⁾。この問題は、入札談合事件を独占禁止法上の不当な取引制限として規制する場合に、「一定の取引分野」がどの範囲で成立しているか把握できるかとの問題にも関連するものであり、低価格入札の問題に関し、「一定の取引分野」が一回限りの取引に係る取引では成立しないことを前提として判断するのではなく、個別の入札ごとに不当廉売か否かを見るべきであるとする見解もある³⁵⁾が、一般指定第六項で影響要件が明示的に規定されている以上、このような見解を採ることは難しいと考えられる。

四 検討

(一) 低価格入札を規制する必要性

ア 公共調達において低価格での入札が行われる理由

公共調達における低価格入札が問題とされる場合には、事業者が応札価格の積算を誤ったことや低価格で応札しても利益が見込めると考えたことによるケースもある³⁶⁾が、このようなケースは例外的なものであり、通常の低価格

入札事案にあつては、事業者は赤字となることを覚悟の上で低価格で応札をしていると考えられる。

赤字となることを承知で事業者が低価格で応札することは、不当廉売ではないかとの非難を受けるなど正常な企業活動として適当かとの疑問が生ずるが、そのような低価格で応札して受注することを決定した役員・従業員が事業者内部で問題とされないのが通常である以上、当該事業者にとって利益追求のための合理的な行為と考えざるを得ない。

事業者が著しい低価格で応札する場合には、事業者の立場からは、そのような低価格で応札することにつき合理的な理由が存在するのであって、例えば、情報システムに係る公共調達事案にあつては、

その後に発注される業務の入札において有利になるため（平成元年当時に問題となった低価格入札にあつては、システムの基本設計を受注した事業者がハードウェアを含むその後の発注において有利になるとの事情があつたことが、一円入札などの著しい低価格入札の背景にあつたとされている。また、国や有力地方自治体のシステムを構築した事業者が他の地方自治体の同種システムを受注する際に有利になることがあるとされている。）

発注官庁側の情報を得るため（官公庁向けの情報システムを構築する際には、官公庁側の業務遂行の実態などの情報がなければシステムを構築することは難しいので、官公庁向けの情報システム分野に参入しようとする事業者にあつては、最初はどうのような価格で応札しようとも当該情報を得ることが重要となる。）

既存成果物の再利用により低価格での供給が可能となるため（ある官公庁向けに開発した情報システムにつき若干修正するだけで他の官公庁向けに転用できる場合には、当該他の官公庁向けの入札にあつては当該システムの修正費用程度で採算が合うこととなる。）

といった事情が指摘されている。

また、公共建設工事やビルメンテナンスなどに係る事案にあつては、

実績作りのため（指名競争入札や一般競争入札においては、指名要件や入札参加要件として一定の期間内に同種の公共建設工事を施工した実績が求められることが多く、低価格で応札した事業者にあつては、当該価格で応札した理由として「実績作りのため」と説明することが多いように思われる。）

その後に発注される工事等の入札において有利になるため（第一期、第二期など数回に分けて発注される工事にあつては、第一期工事を受注した事業者が第二期以降の工事の入札において有利になるとされている。また、ビルメンテナンス業務など種類の業務が継続的に発注される場合には、それまで受注していた事業者がその後の発注業務でも有利になるとされているので、新築されたビルなどの新規物件の入札にあつては低価格で応札されがちであるとされている。³⁷⁾

広告宣伝効果が生まれるため（公共建設物では、これを施工することに大きな広告効果があるとされており、また、官公庁から受注していることが民間物件を受注する際に有利になることがあるとされている。³⁸⁾）

入札談合が行われている場合に、当該入札談合に協力しない者を排除するため³⁹⁾

設備や人員を有効に活用するため（資材費などの変動費を超える価格で受注できれば、従業員給与や減価償却費などの固定費が若干でも賄えることとなり、企業経営上赤字が減少することとなる。）

といった事情が指摘されている。

イ 個別の入札における公正な競争を確保する必要性

独占禁止法は、我が国市場における公正かつ自由な競争を維持・促進することを目的とするものであり、公共調達の分野においては、それが国民・住民の税金で調達されるものであることもあつて、入札談合行為に対し厳正に対処するなど、公共調達に係る市場における公正かつ自由な競争を維持・促進することが重要視されている。

公共調達分野においては、原則として競争入札による調達が行われており、個々の競争入札においては、入札に

参加する事業者間で、その他の競争入札における競争関係とは関係なく、競争が行われて落札者が決定されることとなる。このように公共調達分野においては個々の競争入札ごとに一つの競争関係が成立することとなるので、公共調達に係る市場における公正かつ自由な競争を維持・促進するためには、個々の競争入札において公正かつ自由な競争を維持・促進することが必要となる。

公共部門の調達活動は、公権力の行使として行われるのではなく、民間の事業者と同様の経済主体として行われているので、競争政策の観点からは、公共調達分野においても一般の市場と同様の競争ルールに従った競争秩序が形成されるべきであつて、民間分野（民間の事業者間における取引）で問題となり得る行為が公共調達分野で行われた場合にも同様に問題とされるべきであると考えられる。一方、公共調達分野における価格形成が低価格入札として問題とされる場合であつても、民間分野においては問題とされないようなものであれば、これを不当なものとするには適当ではない。例えば、低価格入札が行われる場合のうち前記ア の設備や人員を有効に活用するために行われるものについては、需給関係が崩れて供給が過剰となつている市場において一般的に見られるものであつて、このような競争関係を反映したものととして独占禁止法上の問題はないと取り扱われるものと考えられる。しかし、その他の事情によるものについては、民間分野においては生ずることは少ないので、これらの低価格入札行為が経済社会一般に見られるものとして直ちに是認することは難しいと考えられる。

なお、公共調達市場において独占禁止法に違反する入札談合が行われたとする場合に、個々の競争入札ごとに市場（一定の取引分野）が存在するとして、個別の競争入札ごとに独占禁止法第三條後段（不当な取引制限）違反が成立すると解するのは妥当ではなく、また、これと同様に、個別の競争入札ごとに独占禁止法第一九條違反となる不当廉売が成立すると解するのも妥当ではない。しかし、不公正な取引方法規制の場合にあつては公正競争阻害性が認められれば第一九條違反が成立し、この公正競争阻害性の認定にあつては、現に公正な競争が阻害されている

ことまでは必要なく、公正な競争を阻害することとなる可能性や蓋然性があれば足りるとされているので、個別の競争入札における公正な競争が現に阻害されているのであれば、公共調達分野に係る市場における公正な競争が阻害されていると解する余地がある⁽⁴⁰⁾。不当廉売の場合についてもこのように解することができるが、個別の競争入札において著しい低価格入札が行われれば独占禁止法第十九条違反に問擬できることになると考えられる。

ウ 入札談合規制の強化と低価格入札の規制

入札談合に対し独占禁止法等に違反するとして厳しく規制することは、事業者に対しそれぞれの採算に合う範囲内のできるだけ低い価格で応札することを求めることとなる。多くの事業者が応札に当たりそのような対応をしたにもかかわらず、とつてい採算の合わないような価格で応札した事業者が落札することを是認することとなれば、事業者の正当な競争意欲を削ぐことになるので、前記二(二)イの「公共調達と競争政策に関する研究会報告書」でも指摘されており、入札談合に対する規制を強化する際には、低価格入札に対する規制も合わせて強化する必要があると考えられる⁽⁴¹⁾。

エ 公共建設工事における工品質の確保と下請建設業者の利益保護

なお、公共建設工事に係る低価格入札事案については、建設物の品質が確保されないおそれがある⁽⁴²⁾とか、受注した建設業者(元請建設業者)が下請建設業者に低価格入札における損失を負担させることとなるとの問題も指摘されている。このうち、後者の下請建設業者の利益が不当に損なわれるとの問題は、まずは建設業法の規制対象となるものであるが、独占禁止法上の優越的地位の濫用規制とも関係するものであり、この観点からも低価格入札事案に対応する必要がある⁽⁴³⁾。

(二) 独占禁止法で規制するための方策

ア 現行の一般指定第六項の問題点

一般に事業者の廉売行為を不当廉売として規制するに当たっては価格要件と影響要件の双方を満たす必要があるところ、公共調達における低価格入札事案については、これらの要件(特に、価格要件のうち継続性に係る要件及び影響要件)が充足される事案はほとんどないとの問題がある。

しかしながら、一円入札に代表されるような著しい低価格入札は、事業者が入札に参加するための費用も賄えないものである⁽⁴⁴⁾、これを社会的に問題のない企業行動とすることはできないものであり、前記(一)イのとおり、市場における競争秩序と無関係のものともいえない。

現行の一般指定は独占禁止法第二条第九項の規定に基づき公取委が指定したものであって、公取委は同項で授權されている範囲内で一般指定の内容を変更することも可能であるので、警告対象となった低価格入札事案を独占禁止法上の不当廉売に該当するとして規制することが適当であるにもかかわらず、現行一般指定では十分に対応できないのであれば、一般指定第六項の改正や公共調達における低価格入札事案を対象とした新たな「不正な取引方法」(特殊指定)の制定を検討すべき⁽⁴⁵⁾といつことになろう。

イ 一般指定第六項における公正競争阻害性

公共調達における低価格入札事案につき独占禁止法上の不当廉売として規制する際の一般指定第六項の規定上の問題としては、価格要件と影響要件の双方が定められていることが挙げられる。この影響要件は、前記三(三)アのとおり、旧一般指定の五に係る東京高裁決定等の判断を踏まえ、不当廉売の公正競争阻害性を明示するために設けられたものである。

不当廉売の公正競争阻害性を「他の事業の事業活動を困難にさせるおそれ」と解することに妥当性はあろうが、

不当廉売の公正競争阻害性につきこのように解することと、一般指定第六項の不当廉売の要件としてこれを明示することは同一ではない。すなわち、例えば「正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給」する場合には、そのこと自体で競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあると解されることもあり^⑤、このように解されるのであれば、価格要件が充足されることのみを立証すれば不当廉売に該当するとされることになる。(影響要件に係る立証が必要であるとしても、廉売行為により競争事業者に現に悪影響が生じている事実までは揭示しなくてもよいと考えられる)。これに対し、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」との要件が一般指定に明記されている場合には、不当廉売として規制するためには、価格要件だけでなく影響要件が充足されるとする事実(典型的には、廉売行為により競争事業者の事業活動を現に困難にさせているとの悪影響が生じている事実)を立証する必要があることとなり、その立証が困難となることも多いと考えられる^⑥。

ウ 一般指定の改正又は特殊指定の制定

公共調達における低価格入札事案にあっても公正競争阻害性が認められる限り規制対象とできるものであり、独占禁止法第二条第九項の規定に基づく公取委の指定内容をこれを規制できるようにすることも可能である。その方策としては、前記アのとおり、現行一般指定第九項を改正するか公共調達における低価格入札事案を対象とする特殊指定を制定することが考えられる。従来、特定の業界における不当廉売を規制対象とする特殊指定の制定が検討されたものとして、昭和四八年の小売業における不当廉売の特殊指定案^⑦がある。この特殊指定案においては、小売業者が仕入原価に六%を上乗せした額に満たない価格で販売することは原則として不当廉売に該当するとされているので、その可否は別として、公共調達における低価格入札事案を独占禁止法の不当廉売として規制するため形式的な基準で判断できるような特殊指定を制定することは可能であると考えられる。

しかしながら、この小売業における不当廉売の特殊指定案についても一般的な安売規制であるとの強い批判があったことなどから特殊指定として指定することが見送られように、価格要件に該当するだけで不当廉売に該当することとは価格競争を減少させるおそれがあると考えられる。公共調達に係る競争入札の場合にあつては、取扱い対象商品の全体につき一定期間内で採算が合うように事業者が活動している小売業の場合と異なり、個々の入札物件ごとに価格と原価の関係を判断する必要性は高いものの、個々の低価格入札事案が市場に及ぼす具体的な影響を見ることなく、独占禁止法違反とすることには適当ではないであろう。このため、公共調達における低価格入札事案のうち独占禁止法上の不当廉売として規制すべきものを的確に規制できるようにする現在の現行一般指定第六項の改正や特殊指定の制定を行うことは難しいものと考えられる。

仮に、個々の入札物件ごとに価格と原価の関係を判断して原価割れ受注を規制すべきであるとすると、当該関係については低入札価格調査を行う発注者の方が公取委より把握しやすいこと、市場に及ぼす影響と関係なく規制する際には専門機関としての公取委でなくとも判断が可能であることとの事情があるほか、後記(三)のとおり発注者においても競争入札において公正な価格形成がなされることを確保すべき責務があると考えられるので、独占禁止法上の不当廉売に該当するおそれのある低価格入札事案にあつても、まず発注者側で対応するのが適当であると考えられる。

(三) 発注者側の防止責任

ア 会計法令と独占禁止法との関係

公共部門が公共サービスを提供する際に必要となる資材等を調達するに当たっては、会計法令に定める手続によらなければならないこととなっているが、前記三(一)のとおり、会計法令は発注者である公共部門の調達担当者

の行動を主として規律するものであり、また、この調達に当たっては公共部門の官公庁と民間部門の事業者とは対等の立場にあるとされている。

一方、独占禁止法は、公取委が行政権の主体として、公共調達に係るものを含め、広く経済活動の主体である事業者の行動を規制するものである。また、事業者が企業活動に必要な物資等を調達するに当たり、自社内の調達規定に基づき取引先事業者に要請した条件によって取引先事業者間の競争に悪影響が及ぼされることとなる場合には、当該事業者の行為が自社内の調達規定に従ったものであることを理由として独占禁止法違反に問われないとの取扱いがなされないのは当然である。

このように事業者に対する会計法令と独占禁止法の性格の相違を踏まえると、発注者である官公庁であっても、民間の発注者の場合と同様に、契約の相手方となる事業者に係る競争秩序に悪影響を及ぼすような行為を行わないことが求められると考えられる⁸⁾。また、会計法令の運用に当たって公共部門の調達活動も国民全般の利益のために公正に行われなければならないとする公正性原則を踏まえると、我が国が市場経済体制を採用している以上、このような要請は会計法令も求められると解すべきであると考えられる。

イ 著しい低価格入札が生ずるような発注方法を採用した発注者の責任

平成元年度の情報システムへの調達における一円入札に代表されるような著しい低価格入札が行われたとしても、経済性原則の観点から、当該入札は会計法令上有効なものとして取り扱われており、著しい低価格入札であることが社会的に問題となったことを受けて落札者が契約辞退を申し出た際に発注者側がこれを拒否することも法的には問題ないものと考えられている。

公共部門が物資等を調達する際には、公権力の主体としてではなく事業者や一般消費者と同様の経済主体として行動することとされているので、一般消費者が物資等を購入する際に著しく安い価格で販売している事業者から購入することが全く非難されないのと同様に、公共部門が著しく低い価格で応札した事業者と契約することも問題はないとの意見もあり得よう⁴⁹⁾。このような見解に従えば、例えば、一円入札が社会的に問題となった後に契約辞退を申し出た富士通に対し、入札手続は法律に従っているので合法であって、富士通の行為は契約違反であるとして損害賠償を請求した広島市の行為も妥当とされることになる。

しかしながら、事業者が一般消費者との取引や他の事業者との取引において、著しく安い価格での取引を申し出ることがあるのは、当該取引において大幅な損失が発生したとしても、長期的には当該損失を補うことができる程度の利益が見込めるからである。

一般消費者との取引にあつては、著しく安い価格の商品しか購入しない消費者も存在することは否定できないであるが、大規模小売業者が著しく安い価格で販売する目玉商品を用意するのは当該目玉商品と合わせて他の商品の購入を期待してのものであるし、新規開店時等に大規模な安値セールをするのは安値で販売する業者であることを一般消費者に印象付けてその後の集客につなげようとするためである。

また、事業者間の取引においては、継続的な取引を行うことを前提として取引条件が設定されることが多く、著しく安い価格設定もそのような継続的な取引の中で行われるのが通常であると考えられる。継続的な取引関係の下では、販売者にとって継続的な取引の一部分だけを見れば採算が合わないとしても全体として採算が合えばよく、また、購入者にとつても、全体としては販売者側の利益も助案することとしているため、一時的に著しく安い価格で購入したいとの要求を行うことができ、販売者側もこれを受け入れることとなる。例えば、平成元年当時に情報システムで著しい低価格入札事業が続発したのは、当時の事業者向けの情報システムの販売にあつては基本設計は無料で提供してもハードウェアを販売することで全体としては利益が確保されるとの販売方針が採られていたためであり、ユーザー側の事業者も、基本設計を無料で提供してもらった事業者からハードウェアを購入することとし

ていたはずである（事業者間の取引においては、ユーザー側は、ハードウェアを購入するつもりのないメーカーから基本設計の無料提供の申出があったとしても、これを断るのが通常であろう）。

公共部門が情報システムを構築する際に、当該システムに係る業務等を分割して複数年にわたって調達するのは、公共部門の予算が単年度主義となっていることによるものであって、情報システム事業者間の競争関係を見る際には基本的に関係がないものであるので、発注者側には、著しい低価格入札が行われることにより事業者間の競争に悪影響が生じないようにする責務があるのではないかと考えられる⁵⁰⁾。

なお、このように、低価格入札事案が生ずることにつき発注者側の問題もあるとすると、当該事案につき社会的に大きな問題となったことを踏まえて、応札者側が契約辞退を申し出ることにつき発注者が応札者に対し契約不履行としての責任を追及することが妥当かとの問題も生じよう⁵¹⁾。

ウ 市場システムを利用した公正な価格形成を実現すべき発注者の責務

競争入札制度は、市場経済体制の下での価格形成システムを公共調達の分野においても活用しようとするものである。競争入札制度において競争を通じて形成される価格が公正妥当なものとしてされるためには、競争入札において形成される価格が公共部門の発注に係るものであるといった理由で影響を受けることは極力排除すべきであると考えられる⁵²⁾。

多くの事業者は、公共調達に係る取引であっても、一般の取引と同じように認識して応札するものであるが、入札参加者のうち一部の者が、発注者が公共部門であることを理由として一般の取引においてはあり得ないような価格で応札することは、競争入札における公正な価格形成を損なうものであって、ひいては事業者の入札参加意欲を減退させることとなり競争入札制度の機能を阻害することとなると考えられる。

このため、公共部門が市場経済の下で調達しようとする場合には、昭和三十三年の皇室財産に係るものだけでなく、

公共部門の財産一般についても一部の者の実質的寄付で形成されることは許されないとすべきであろう。個々の競争入札における価格形成がこのようなものであるか否かは、まず、発注者で判断すべきものであり、落札者による価格形成がこのようなものであれば、そのような競争入札は有効とすべきではないと解すべきであろう⁵³⁾。

五 おわりに

公共調達を行う際の官公庁は入札参加者である事業者と対等な立場にあるとされているものの、調達担当者は、行政権の主体としての官公庁の事務を行うことに馴れた公務員であることもあって、市場経済の下における活動主体であるとの自覚に欠ける面があることは否定できず、また、官公庁の内部法である会計法令に従えば発注官庁の責任が果たされる考えがちである。このため、著しい低価格入札が行われた場合には、その責任は入札参加者である事業者側だけに求められるものであるとか、会計法令で事業者を問題とできないので独占禁止法で対応すべきとの意見も強いように思われる。

事業者の行為により市場における競争が制限ないし阻害された場合には、それが競争入札に係るものであっても、公取委が対応すべきものであることは当然であるが、内部法ではあるものの会計法令によって官公庁が競争入札により調達する義務を負っている以上、自己が実施する個々の競争入札を公正に機能させる義務を負っていると解すべきである。

このため、個々の競争入札において低価格入札が行われた場合に、発注者が当該低価格入札者と契約しようとするのであれば、まず、その入札価格が公正な競争を通じて形成されたことや発注内容等の不備により惹起されたものでないことの説明を行うべきであろう。発注官公庁も、競争入札が的確に実施されることを通じて我が国の競争

秩序を確保すべき責任があるのであって、低価格入札事案に対しては、まず、そのような対応が求められよう。

注

(1) 不当廉売ではないかとして問題となった事案は、従来は小売業におけるものが中心であったが、公取委では、価格介入につながるおそれがあることから、不当廉売規制についてかなり消極的な対応を行ってきた。公共調達に係る低価格入札事案に係る公取委の対応について、内田教授は、「小売業の廉売とは異なり、公取委は当初から、安値応札・受注の規制に積極的であった」との評価をされている（内田耕作「中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売と警告による事件処理（その2）」彦根論集 第三六一号（平成一八年七月）六二頁）が、平成元年一月に公共調達事案に係る低価格入札事案につき公取委が初めて調査を開始したのは、当該事案が「円入札」として大きく報道され、当時行われていた日米構造問題協議にも悪影響が生ずるおそれがあるとされたことを受けたものであり、また、調査担当部署が独占禁止法違反被疑事件の処理担当部署でなかったことからみても、公取委が公共調達に係る低価格入札事案の処理に積極的であったとは言えないであろう。

また、現在の公共調達に係る低価格入札事案においても、例えば平成一六年度の建設業者二社に対する警告につき公表する際に、調査対象とした低価格入札事案あっても工事原価を上回るものがほとんどである旨を合わせて公表しているところ、公取委では、低価格入札事案につき独占禁止法違反として積極的に対応しようとしているとは思われない。ちなみに、公共建設工事に係る低価格入札事案については、自由民主党においても独占禁止法により規制すべきとする意見があり、例えば、平成一八年一〇月には「公共工事低入札緊急対策会議」が開催され、同一九年一〇月には「公共工物品質確保に関する議員連盟」が再開されており、同議員連盟が同年一二月一七日に取りまとめた提言においては、「公正取引委員会、建設業許可部局及び発注者は、原価割れ受注等の不当廉売、不正取引等に対する監視を強化すること」として、政府に対し体制の整備や速やかな取り組みの実施を求めている（同議員連盟の主要メンバーである脇雅史・参議院議員のウェブサイト（<http://www.waki-i.m.jp/column/column071218.html>）参照。最終アクセスは平成二〇年一月七日）。また、協議員は、平成一六年に公共建設工事に係る低価格入札事案に対し公取委が積極的に対応すべきとの国会質問を行って

おり（平成一六年三月三日・参議院予算委員会議事録一頁）、公取委が公共建設工事に係る低価格入札事案につき調査を開始することとなったのは、「このような政治的な要請をも踏まえたものと考えられる」。

(2) この事案に係る公取委担当者の解説は、菅久修一「コンピュータ・システムに関する安値入札について」『公正取引』第四七一号（平成二年一月）六二頁。

(3) 日本経済新聞・平成元年一月二九日。なお、その後、長野市では、発注内容について当初の県立図書館に係るコンピュータシステムの設計業務にプログラムの作成業務を加えることとして、富士通及びNECのほか日立製作所を指名業者とする入札を行っている（日本経済新聞・平成二年五月三日）。

(4) 日本経済新聞・平成元年二月五日及び同年六月五日。なお、当時の地方自治法施行令の規定においては、情報システムの構築に係る請負契約については最低制限価格制度等の対象とされていなかった。また、広島市水道局の水道施設情報管理システム設計業務については、その後の入札によりNTTデータ通信株式会社（現・NTTデータ）が落札しており、富士通が広島市に支払った一、〇八五万円はNTTデータ通信の落札価格から算定されたものとされている。

(5) 日本経済新聞・平成九年二月八日

(6) この事案に係る公取委担当者の解説は、戸田聡「最近の地方公共団体等が行った入札における安値応札について」『公正取引』第五七〇号（平成一〇年四月）三四頁

(7) 公取委では、大手システム業者四社に対し注意を行った旨を公表するに当たり、四社の社名は明らかにしなかったが、各社の受注物件を公表したことから、四社の社名も報道されている。

(8) この事案に係る公取委担当者の解説は、甲田健・栗谷康正「株式会社日立製作所に対する警告について」『公正取引』第六一六号（平成一四年二月）八三頁

(9) 公共建設工事を受注する建設業者やプラントメーカーの間で入札談合が行われる場合には、発注物件につき設計を行うコンサルタント業者に最も協力した者を受注予定者とするのルールが採用されることがある。日本経済新聞・平成一八年四月二〇日夕刊では「プラントメーカー間では、コンサル業者への貢献度で受注業者を決める方式が慣例化していた。契約を希望するメーカーがコンサル業者に資金を提供したり、設計業務を肩代わりしていることがしばしばあったといっ

とされ、し尿・汚泥処理施設建設工事をめぐる入札談合事件を取材する過程において、八千代エンジニアリングがプランメーカーからの資金提供などにより採算を合わせていたことが明らかになったとされている。

(10) 「実行予算」の説明については、後記(二)ウの(注)参照

(11) 例えば、日本経済新聞・平成一七年一月一〇日では、財務省・官房会計課は「会計法令に基づき履行が確保できるかを調査、特に問題ないと判断した」と説明しているとされている。

(12) 『週刊ダイヤモンド』二〇〇七年一月二〇日号によれば、大成建設の警告対象となった「夕張シューパロダム堤体建設第一期工事」の落札率は四六・六％であるが、同工事の採算ラインは予定価格の約八〇％とされている(三四頁)。また、通常、ダム工事は約一〇年間継続し、その間に二・三回に分けて発注されること、第一期工事を受注した建設業者が第二期工事を随意契約で受注することがほとんどであるとされており、大成建設の葉山社長は、当該工事を低価格で落札したことについて「夕張ダムは第一期工事は低価格でも、二期工事で降で挽回すれば、トータルで採算が取れると判断した」としている(同三五頁)。

(13) 前記(一)ウの個別事案の処理結果とともに、「最近の地方公共団体等が行った入札における安値応札について」として公表されたものであり、独占禁止法上の考え方としては、不当廉売規制のほか不当な利益による顧客誘引規制の観点からの言及もあるが、後者の規制に係る記載は省略する。

(14) 『公共調達における競争性の徹底を指して 公共調達と競争政策に関する研究会報告』三三三頁

(15) 公共部門の調達方法として一般競争入札が原則として採用されている理由については、「納税者である国民についての機会均等の思想と、なるべく広い範囲の競争をすることにより、最も公正な処理を図り、かつ、最も有利な価格を見いだそうとすることにほかならない」(福田淳一編『会計法精解(平成一九年改訂版)』(大蔵財務協会・平成一九年)四三二頁)とされている。

(16) 碓井光明『公共契約法精義』(信山社・平成一七年)一五、六頁、福田編・前掲書(注15)四一三頁。なお、会計法令の中には、契約書を作成する場合には契約当事者のすべてが記名押印しなければ契約が確定しない旨を定める会計法第二九条の八第二項の規定など、私法に対する特別法としての外部法と位置づけられる規定もある。

(17) 福田編・前掲書(注15)四二二頁、碓井・前掲書(注16)三頁。なお、外国事業者が我が国の官公庁と取引を行う際には、事業者間の取引と同様にコマースナル・ベースで行われると想定されること、公共調達の分野において内外無差別原則などを確立することを目的とする「政府調達に関する協定」が昭和五五年に発効していることから、発注者と受注者は対等な立場にあると考えられる。

(18) 碓井・前掲書(注16)八頁、福田編・前掲書(注15)一四頁では、会計制度を支配する原則として、会計作用の面から「統制の原則」、「正確公正の原則」及び「公正の原則」の三大原則が要請され、業務の執行面から「経済性の原則」や「会計事務の合理的運営等」が要請されるとしており、これらのうち公共調達の業務遂行面では、「公正の原則」及び「経済性の原則」が重要であると考えられる。

(19) 福田編・前掲書(注15)一六頁

(20) この後者の「公正」の要請につき、碓井教授は、「公共部門と契約を締結しようとする者(競争者)相互間の公平を達成するための公正性の確保である。公共部門は最大の購買者であるから、供給者になろうとする者は、その契約のあり方によって大きな影響を受ける。したがって、競争の場合については、競争における対等性を確保しなければならない(競争条件対等原則)」(碓井・前掲書(注16)一〇頁)とされている。

(21) 最低価格での応札者と契約を行わないこととしてよい請負契約の内容として、かつては「工事又は製造の請負契約」に限られていたが、情報システムの構築に係る調達が増加するなど、国の発注する請負契約の内容が多様化してきたことを踏まえ、平成一三年に予決令が改正され、請負契約一般が対象とされることとなった。この点については、地方自治法施行令の場合も同様であり、同令の改正が平成一四年に行われている。

(22) 昭和三三年一月に行われた東宮御所の建設工事に係る競争入札においては、予定価格が七千万円であった工事に伴う間組が一千万円で落札している。これについては、「一千万円入札事件」として国会でも問題とされ、当時の瓜生・宮内庁次長は、皇室の施設が特定の企業の恩恵によってできることは好ましくない旨の発言をしている(昭和三三年一月三日・参議院内閣委員会議事録第四号一一二頁)。なお、この東宮御所の建設工事については、間組が辞退を行い、同社を含む建設業者七社の共同企業体が随意契約で受注している。

(23) 国が発注する請負契約に係る競争入札において極端な低価格入札が行われたにもかかわらず、当該価格で応札した者と契約をしたことが問題とされた最近の事例として、国土交通省が平成一六年一月三〇日に入札を実施した、道路関係四公団の民営化に伴う資産評価及び会計基準作成に関する検討業務」に関するものがある。この入札においては、予定価格が一千万円程度とされている（予定価格は未公表）のに対し当時の中央青山監査法人が二万六千円で落札し、国土交通省が同監査法人と契約を行ったことが道路関係四公団民営化推進委員会などで問題とされたが、国土交通省では同監査法人と契約を行ったことについて「本件業務については、予算決算及び会計令第八六条に基づく低入札価格調査の対象にならないうが、業務の執行体制が確保されるかどうか、また、契約内容について重大な錯誤があれば、相手方から契約後に契約の無効が主張される可能性があるため、錯誤がないかどうかを確認した後、契約を締結した」（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/road/040224/Kokudo.pdf>・最終アクセスは平成二〇年一月七日）とが、「いろいろ調べましたけれども、会計法の契約規定に照らせば、本件について契約を行わないということも、かえって法律に違反するということになる」ということだったので、そういうことで契約をさせていただいた」（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/road/Kondankai/040224/Kiroku.pdf>・最終アクセスは同前）と説明している。

この業務の契約期間は平成一六年二月三日から同年三月三十一日であり、国土交通省が中央青山監査法人の応札価格では採算が合わないかと判断したにもかかわらず同監査法人と契約を行ったのは、予定価格が一千万円以下であったためか、予定価格が一千万円超であっても会計基準作成等の検討業務に関しては低入札価格調査を実施するための基準が作成されておらず低入札価格調査の対象とできなかったためであると考えられる。また、中央青山監査法人は、当時の我が国を代表する監査法人の一つであって赤字受注を行っても適正な業務遂行が可能であると判断されたことも、国土交通省が同監査法人と契約を行った理由であると考えられる。

また、前記二（一）シのヤフー等に対する警告事案にあつては、予定価格が不明であるため低入札価格の対象となるか否かは明らかではないが、財務省では、前記（注11）のとおり、発注金額が一円であつても会計法令に基づき履行が確保されることが確認されたとしている。

(24) 福田編・前掲書（注15）では、「当該契約の内容に適合した履行がされないおそれがあると認められるとき」とは、結果的に国が損害をこうむるおそれがあるときであるとし（四八一頁）、この規定は国の経済的な利益を確保するための見地からのものとされている（四八八頁）。なお、同書では、国が最低制限価格制度を採用していない理由として、応札価格と品質や業者の誠意等に必然的な関係がないこと、競争の利益を享受して廉価で優れた条件を提示した者と契約できなくなり、国の財政上不利をもたらす結果になることが挙げられており（四八〇―一頁）、取引当事者としての国の利益を確保することが会計法上も期待されていると思われる。

また、碓井・前掲書（注16）一五三頁では、独占禁止法の不当廉売に該当する可能性がある場合においても、応札者側の資力等に鑑みて、「当該契約の内容に適合した履行がされないおそれがある」とはいえないときがあるとされている。

さらに、長野土郎『逐条地方自治法（第二二次改訂新版）』（学陽書房・平成七年）七七四頁では、「当該契約の内容に適合した履行がされないおそれがあると認められるとき」とは、応札者が契約の完全な履行をせず、そのために結果的に普通地方公共団体が損害をこうむるおそれがあると認められるような場合であるとし、斎藤清史「官庁契約のポイント―法律知識とQ&A（改訂二版）」（全国会計職員協会・平成一三年）三五六―七頁では、平成元年に広島市水道局が発注した情報システムにつき富士通が一円で応札したことに関し、「大手コンピュータメーカーにより行われたものであるため、契約の履行能力は十分であり、不完全履行等債務不履行のおそれがないと認められるものである。したがって、特例措置の第一の要件である『契約の内容に適合した履行がされないこととなる場合』に該当しないものであり、仮に特例措置が適用される契約の対象となつたとしても、その構成要件を欠く事案である」としている。

(25) 鈴木満「談合を排除するための入札制度改革のあり方」『日本経済法学会編『日本経済法学会年報』第二五号（有斐閣・平成一四年）八八頁。

なお、国土交通省では、公共建設工事に係る低入札価格調査制度が機能していないとの批判に対応するため、平成一八年一月八日に「緊急公共工物品質確保対策」を公表しており、この対策の実施により最も低い価格で応札した者が受注者となるケースが減少したとされている。しかし、この対策においては、総合評価落札方式の採用に当たり「施工体制評価点」が導入されており、著しい低価格応札者が落札者とならないケースが減少したのはこの評価を厳格にすることとした結果であつて、落札者の決定方法自体は通常の総合評価落札方式におけるものと変わらないとされている（例えば、

『週刊ダイヤモンド』二〇〇七年十一月一日号(五一頁参照)。

(26) 長野・前掲書(注24)七七四頁

(27) 福田編・前掲書(注15)四八八頁

(28) 碓井・前掲書(注16)一五三頁では、「公正な取引の秩序を乱すこととなるおそれがある」典型は、独占禁止法の規定する『公正な取引方法』などであると説明されるが、同法二条九項の定義に照らしてみると、『不当な対価をもつて取引すること』に当たる可能性が最も高い。……公正取引委員会告示『公正な取引方法』……においては、『他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること』が要件であって、多くの場合は継続的な不当販売によってそのようなおそれが生ずるのである。これに対して、公共契約における入札に関しては、当該入札に限定して、単一の取引の対価に着目して公正な取引秩序を乱すかどうかを判断してもよいと思われる」としている。

また、福田編・前掲書(注15)四八八〜九頁では、公正な取引の秩序を乱すおそれがある場合に係る規定が導入された経緯として東京御所の建設工事に係る一百万円入札事件があることから、このような低価格入札が行われたような場合が一つの参考になるとしているものの、同事件において落札者が辞退するなどの措置は、単に政治的・事後的な解決であって、会計法規の法律的解釈から解決されたものではないとしている。昭和三十三年当時は会計法第二六条の六第一項ただし書の規定は設けられていなかったため、会計法の法律的解釈から当該措置が取られたものでないとするのは当然である。同規定が設けられている現行会計法の解釈として極端な低価格入札を行うことが「公正な取引の秩序を乱す場合」に該当しないとすることは妥当でないと考えられる(この点については、後記四(三)で更に論ずる)。

(29) 経済法学や経済学の分野においては、不当販売規制であっても価格に対する介入は最小限にすべきとの見解が一般的であり、三輪教授は、いわゆる一円入札の場合を含め原価割れ販売は、事業者が競争を行うために合理的な行動であって、これは消費者の利益にもなることであるので、原価割れ販売は規制する必要がない旨を強く主張されている(例えば、三輪芳朗「独禁法と低価格入札についての考察」『ファイナンス』平成一七年三月号(大蔵財務協会)七四頁、同『日本の取引慣行 流通と消費者の利益』(有斐閣・平成三年)第四章参照)。

(30) 旧一般指定においては、不当販売については「不当に低い対価をもつて、物資、資金その他の経済上の利益を供給」することと定められており、中部読売新聞社に対する緊急停止命令申立て事件・東京高裁決定(昭和五〇年四月三日・昭和五〇年(行タ)第五号、公取委審決集第二二巻三〇一頁)及び牛乳不当販売事件・勧告審決(昭和五七年五月二八日・昭和五七年(勤)第四号及び第五号、公取委審決集第二九巻一三頁及び一八頁)では、原価割れ販売が競争事業者の事業活動に及ぼす悪影響の観点から公正競争阻害性を認定している。その後、昭和五七年に現行の一般指定が制定された際には、これらの事件における判断を踏まえ、公正競争阻害性を表す要件として影響要件が規定されている(例えば、田中寿編著『不公正な取引方法 新一般指定の解説』(商事法務研究会・昭和五七年)五四頁参照)。

(31) 公共調達に係る低価格入札事案につき価格要件及び影響要件が充足されることの説明が十分になされずに警告が行われることについては、事業者側に不満がみられる。例えば、内閣府の独占禁止法基本問題懇談会において、村田委員(松下電器産業・理事)は「入札事案に対する不当販売に関して、不当販売として違法になる要件として、『原価を著しく下回る価格での供給』以外に、『継続性』、他の事業者の事業活動を困難にさせること」の三要件が必要であるはずなのに、一回の入札行為に対して、継続性とか他の事業者の事業活動への影響についての評価に関する説明がきちんとなされないまま警告、注意が出されている事例が現実にあるということ。そのような構成要件の当てはめが不十分であるということについても警告、注意の課題があるのではないか(平成一八年五月一九日・第一二回講事録(http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisijokyo/mtng_12th/minutes_12th.pdf)四六〜七頁)とされている。

(32) 公取委が警告を行った事案のうち警告対象となった低価格入札を最も多く行った事業者は、前記二(一)ケの守谷商会(丸本組)である。守谷商会の警告対象となった物件は長野県が一年間に発注した物件のうち九件程度(同社が実行予算を作成した建設工約三〇件のうち約三割のもの)であり、丸本組の警告対象となった物件は宮城県が一年九か月の間に発注した物件のうち九件にすぎない。このため、仮に守谷商会及び丸本組の行為が「供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給」したものと判断されるとしても、守谷商会及び丸本組が低価格入札によらずに受注した物件を含めても、長野県又は宮城県の発注物件に占める各社のシェアはあまり大きなものではなく、他の建設業者の事業活動を困難にするおそれがあるとは判断できないであろう。

なお、公取委が警告を行った事案のうち一般指定第六項の影響要件を充足し得る可能性が最も高いものとしては、前記

二(一)オの日立製作所に係る事案であると思われる。この日立製作所に係る事案にあっては、東京都だけでなく全国の多数の地方公共団体等と同じソフトウェアを販売することが前提とされているので、東京都に当該ソフトウェアを販売することで他の地方公共団体等への販売に当たって同社が有利になるとか、他の地方公共団体等への販売に当たっても東京都への納入価格と同様の価格を設定するといった事情があるのであれば、影響要件も充足し得るのではないかと思われる。また、同(一)サの松下電器産業に係る事案においても、警察庁の標準仕様書を作成することにより警視庁及び各道府県警察の発注において同社が非常に有利な立場になる可能性があれば、影響要件が充足されるものと考えられる。これらの事案につき実際に公正競争阻害性が生ずるか否かを判断しようとするれば、その後の問題対象事業者の活動状況等を見る必要があるが、行政機関としての公取委としては、当該公正競争阻害性が生ずることを未然に防止して公正な競争秩序が維持され続けるように警告により対応することも是認されよう。

(33) 鈴木教授は、公共調達における不当廉売問題は入札ごとに判断が求められるところに特徴があるので、入札一件ごとには不当廉売に該当するか否かは判断できないとする見解では公共調達における不当廉売問題に対応できないとされている(鈴木満『入札談合の研究(第二版)』(信山社・平成一六年)三二九頁)。

(34) 事業者の行為を不公正な取引方法として規制する場合には、当該行為により公正な競争が阻害されるおそれのある「一定の取引分野」を画定することは要件となっていないが、当該行為により公正な競争が阻害されるおそれがあるか否かを判断するためには、当該行為により事業者間の競争が影響を受けることとなる競争圏を想定する必要がある。また、不公正な取引方法規制に関し、積極的に市場(一定の取引分野)を画定すべきとする意見もある(例えば、稗貫俊文「不公正な取引方法の規制の改革にむけて 市場画定の必要性」『公正取引』第六三六号(平成一五年一〇月)三五頁)。

(35) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第二版)』(有斐閣・平成一五年)二二四頁

(36) 事業者が応札価格の積算を誤るケースとしては、単純なミスによるものだけでなく、発注内容が明確になっていないために的確な積算ができないケースもあるといわれている。また、日本郵政公社が実施した「簡保資金の資産管理事務の外部委託」に係る入札において一円で応札した事業者につき独占禁止法に違反する事実が認められないとして公取委が審査を終了する旨を公表(平成一八年四月二四日)した事案のように、事業者が発注者に役務提供を行うことに伴い事業者側

に経済的な利益を得られる場合には、当該利益が得られることを前提に著しい低価格で応札されることもある。

(37) ただし、ある官公庁発注のすべての物件で入札談合が行われている業種にあっては、第一期工事や新規物件にあっては低価格での入札は行われないこととなる。

(38) 平成一四年七月に北朝鮮拉致被害者の家族が日本に渡航する際利用するチャーター機につき外務省が行った見積もり合わせにおいて、日本航空と全日空がそれぞれ一円での見積もりを出した事案についても、両社が広告宣伝効果を求めた結果であるといわれている(なお、この事案にあっては公取委の調査等は行われなかったようである)。

(39) 平成一五年(勸)第三号及び第三三三号・長野県測量・建設コンサルタント業務入札談合事件(公取委審決集第五〇巻四一三頁)においては、株式会社第一測量設計コンサルタントが入札談合から離脱することによって入札談合行為が表面化した。入札談合参加事業者は同社が入札談合から離脱したことに對抗するため、同社が指名業者となった入札において著しく低い価格で応札することにより、同社が受注できないようにしていたとされている。例えば、同社が平成一五年一月一日に開催された長野県公共工事入札等適正化委員会の公聴会のために準備した資料(<http://www.daiichi-ssc.jp/htdocs/kouchoukai/koujufugenkou.pdf>・最終アクセスは平成一〇年一月七日)によれば、同社が指名に入っていない物件の落札率はほとんどが九〇%台であるのに対し、同社が指名された物件の落札率は極端に低くなり、二〇%台のものもあるとされている。

(40) 入札談合など「一定の取引分野における競争の実質的制限」が問題となる場合には、競争事業者間で競争回避のための会合が行われるなど競争が消滅していることが眼に見える事実として存在するのに対し、不公正な取引方法における公正競争阻害性については、公正な競争を阻害する「おそれ」であって、この「おそれ」(危険性)が存在するか否かについては、基本的には、その存在が認識できるか否かが問題となるものであって、現に存在する事実として認められることはないと考えられる。このため、具体的な不公正な取引方法に係る独占禁止法違反事件の処理においては、そのような事実関係があれば公正な競争を阻害する「おそれ」が認められることが一般的に承認され得る事実関係の存在を認定するか、問題の対象となった事業者が現に公正な競争を阻害している事実を例示することにより、公正競争阻害性の認定が行われている。

(41) 鈴木・前掲書（注33）三二九頁。なお、かつては、不当な取引制限に係る規制と不当廉売規制の関係について、発注官公庁が求める技術水準から見て自社が受注できないような工事（このような工事であれば随意契約をすべきとの問題もあるが）であっても相指名業者に根回ししなければ低価格で技術の低い業者が受注し発注者にも迷惑をかけてしまうとの趣旨の意見や、産業界でカルテルが多いのは株主による監視を含め事業者が原価割れ販売を行うことに對する規制が弱いことも原因となっているといった意見がみられた。

(42) 国土交通省の資料によれば、公共建設工事に係る入札事案における落札率と建設物の品質との関係については、落札率が著しく低い物件にあっては建設物の品質も低くなるとされている。例えば、国土交通省が自由民主党の「公共工物品質確保に関する議員連盟」に提出した資料（注（1）のウェブサイト資料参照）によれば、落札率が概ね八五%未満の工事では下請建設業者が黒字であって工事成績評価ポイントが平均点以上の工事が大幅に減少し、また、落札率が概ね六五%未満の工事では下請建設業者が黒字であって工事成績評価ポイントが平均点以上の工事はないとされている。

しかし、この国土交通省の調査対象となった工事においては低価格入札物件につき発注者が品質確保のためにどのような方策を講じたかは明らかではなく（なお、一般に指名競争入札にあってはそれほど厳格な検査は行われまい）、国土交通省の調査対象工事に指名競争入札に係るものが多ければ、落札率の低い物件において工物品質が低くなる可能性も高くなり得よう。発注者が厳密に検査を行うなどの品質確保措置を講じた場合には、低価格入札物件であっても品質は十分に確保されることが想定される。鈴木教授にご教示いただいたところによれば、低価格入札物件について厳格な検査を行うこととしている地方公共団体における調査では、落札率と工物品質とは関係がないとするものが多いとされており（なお、落札率が低い物件ほど発注者が厳格な検査を行う結果、落札率が高い物件より工物品質が高くなることもあるようである。）、例えば、宮城県が発注した工事においては、低価格入札物件については監督体制を強化していることから、平成一七年の調査では落札率と工事成績の相関関係はないとされており、その後も同様の状況であるとされている（宮城県公共工事等入札・契約適正化委員会の平成一八年度第二回議事録（<http://www.pref.miyagi.jp/keiyaku/data/kk/kt182.htm>）参照。最終アクセスは平成二〇年一月七日）。

(43) 鈴木・前掲論文（注（25））八五頁。なお、建設業における下請問題については、まず建設業法で対応することとされていることから、国土交通省においては、低価格入札物件における下請建設業者へのしわ寄せの実態やその対応を検討するため、平成一九年一月二日に「低価格受注問題検討委員会」を発足させている。

(44) 鈴木教授は、公共調達における低価格入札事案については発注者ではなく公取委が独占禁止法で対応するのが適当であり、独占禁止法で的確に対応することができるようになるため、公取委が価格要件等の取扱いを変更するか、一般指定の枠内で対応できなければ特殊指定を策定するかを検討が必要であるとされている（鈴木・前掲書（注33）三二七～九頁）。

(45) 東京都屠畜場不当廉売損害賠償請求事件・最高裁判決（昭和六一年（オ）第六五五号・平成元年一月四日第一小法廷判決）においては、旧一般指定の五ないし一般指定第六項の規制趣旨につき「原価を著しく下回る対価で継続して商品又は役務の供給を行うことは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、競争事業者の事業活動を困難にさせるなど公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれが多いとみられるため、原則としてこれを禁止し、具体的な場合に右の不当性が無いものを除外する趣旨で、旧指定の五にいう「不当」ないし一般指定の六にいう「正当な理由がない」との限定を付したものであると考えられる」（公取委審決集第三六巻五七一頁）と判示されている。このように、原価割れ販売が継続される場合には競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあると考えられるので、一般指定第六項において影響要件を価格要件と別に定める必要があるかは疑問である。ただし、現行の一般指定第六項において影響要件を明記しなかった場合に、最高裁判決が判示するように、「正当な理由がないのに」原価割れ販売を継続することに公正競争阻害性が認められるとして原則的に独占禁止法に違反すると取り扱うことには疑問が残る（この場合にあっても、競争事業者の事業活動に悪影響を及ぼすような形での原価割れ販売が問題とされるべきであるので、「正当な理由がないのに」ではなく「不当」とすべきである。）。なお、最高裁判決では、旧一般指定の五の「不当」と一般指定第六項の「正当な理由がないのに」を同視しているように思われるが、この点も妥当ではない。

(46) 平成一八年には、昭和五七年の一般指定改正後初めて第六項に該当するとしてガソリンの不当廉売事案につき排除措置命令が行われ（平成一八年五月一八日・平成一八年（措）第三号、公取委審決集未掲載）、同一年にもガソリンの不当廉売事案二件につき排除措置命令が行われている（平成一九年一月二八日・平成一九年（措）第一六号及び第一七号、同未掲載）。排除措置命令書の記載によりこれらの事件において影響要件に該当するとされた事実を見ると、平成一八年

(措) 第三号事件においては、他の有力なガソリン小売業者を排除する意図をもって廉売行為(原価割れ販売)をしたこと、廉売行為により地域内の販売シェアが第一位となったこと、廉売行為により競争業者のガソリン販売量が減少したことが勘案されたものと考えられ、平成十九年の事件においても排除意図を除きほぼ同様である。

事業者の行為が独占禁止法に違反するか否かを判断するに当たっては、事業者の意図も重要な要素となり得ると考えられるが、一般指定第六項の規定を前提とする限り、その影響要件の判断に当たっては実際に意図した効果(競争業者の排除効果)が生じたか否かが重要であると考えられる。排除措置命令書においては、この点についての事実関係は明確ではないが、排除の対象となったガソリン小売業者が排除措置命令時に警告を受けた事業者であるとする、当該事業者は積極的な競争業者とみられ、排除の効果は生じなかったのではないかと疑問がある。また、地域内のシェア第一位の事業者がある程度大規模な廉売行為を行えば、通常、競争業者の販売量が減少することが想定され得るので、競争業者の販売量が減少したことからのみで影響要件が充足されるとするのは適当ではなく、その販売量の減少が事業活動の継続が困難になるようなものであるといった事実を摘示する必要がある。

(47) 昭和四八年一〇月に公表された小売業における不当廉売の特例指定案の内容は、次のとおりである(公取委事務局編『独占禁止政策三十年史』(昭和五二年)三七七頁による。第三項及び第四項は省略)。

小売業における特定の不正な取引方法の指定案

- 1 小売業者が、商品を他の事業者から購入して一般消費者に販売する場合において、その商品の通常の仕入原価に、一〇〇分の六をこれに乗じて計算した金額(その商品の販売に直接必要な販売費が、この金額以下であることを立証できるものについてはその金額)を加えた金額に満たない価格でその商品を販売すること。
- 2 次の各号の一に掲げる場合は、不当廉売に該当しないものとする。
 - (1) 生鮮食料品であつて、その品質が急速に低下するおそれがあるものについて処分する必要がある場合
 - (2) 有効期限の定めのある商品、その他一定期間を経過したとき品質が変化するおそれのある商品であつて、その期限が切迫している等の事由により処分する必要がある場合
 - (3) 季節商品であつて、その販売の最盛期を過ぎたものについて処分する必要がある場合

(4) 旧型になつた商品又は流行遅れとなることが明らかな商品を販売する場合

(5) きず物、はんぱ物、その他明らかに品質にかしのある商品を処分する場合

(6) 店舗の閉鎖に伴い在庫商品を処分する場合

(7) その他廉売行為を行なうについて正当な理由があると認められる場合

(48) いわゆる官製談合に代表されるように、発注者側の行為により競争秩序に大きな悪影響が及ぼされることがある。契約担当者等が官製談合行為に該当する行為を行うことは会計法令上も許されないものであるが、発注者が会計法令上は問題のない行為を行った際に、それに従つた事業者が競争制限的な行為を行うこととなつた場合においても、当該発注者の行為が会計法令の規定に従つたための唯一の方策であるようなときを除き、当該事業者の競争制限的行為が独占禁止法上問題ないとされるものではないと考えられる。

(49) 例えば、三輪・前掲論文(注29)参照

(50) 例えば、情報システムの基本設計業務のみを発注するのであれば、その後のハードウェアの発注等との関係を遮断してソフトウェア業者もコンピュータ・メーカーと対等の立場で応札できるように発注内容となるようにすべきである。

また、発注者の行為により競争制限ないし競争阻害がもたらされることを防止すべきは当然のことであるが、舟田教授は、発注者側の行為により事業者間の競争制限がもたらされることを抑止するため、発注者である国・地方公共団体を独占禁止法上の事業者と該当するとして規制すべきであると主張されている(例えば、舟田正之「談合と独占禁止法」、日本経済法学会編・前掲書(注25)一四頁)。ただし、私見によれば、バス事業などの経済活動を行っている地方公共団体の場合を除き、調達面における公的部門に独占禁止法を適用することは妥当ではないであろう。

(51) 平成元年度の広島市発注物件において富士通が一円で応札したのは、その後の発注においてハードウェアなどを随意契約で受注できる可能性が高くなるといった事情があることを踏まえたものと考えられる。仮にこのような事情が当該物件においても妥当するもの(例えば、広島市の情報システムの調達方針がこのようなものであった場合)であるか、広島市としても富士通がこのような事情の存在を前提として応札したことを承知していたとすると、著しい低価格入札が社会的に大きな問題として報道された結果、その後のハードウェアの販売が期待できなくなつたとして、富士通が契約を辞退す

ることは是認されるべきではないかと思われる。このような場合に落札者が契約を辞退できるか否かは、民法第九五条が適用されるかとか、信義則上の事情変更の原則が適用されるのではないかとの観点から検討されることとなる。

- (52) 市場における価格形成につき独占禁止法上の問題を検討する際には、独占禁止法が確保しようとする「公正な競争」の内容をどのように観念するかとの問題とも関連するものである。「公正な競争」の具体的な内容について論者の見解は必ずしも一致しているわけではない（これをめぐる議論の概観としては、例えば、矢部丈太郎「不公正な取引方法の規制原理についての一考察 自由な競争と公正な競争の関係」厚谷襄兒先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相（上）』（信山社・平成一七年）五八三頁参照）。

競争と市場との関係を論ずる経済学の分野において、矢野教授は、「公正（フェア）」の意味を「平等であると同時に法律やルールなどに従って、それぞれの人やグループなどを取り扱うこと」などと捉え、それぞれの市場環境の下で達成され得る最大限の競争を通じて形成される範囲の価格を「競争上フェアな価格」であるとされ、すべての市場参加者に一律に自由競争が保証されることが競争上フェアな価格を実現する上で重要であるとされている（矢野誠編著『法と経済学 市場の質と日本経済』（東京大学出版会・平成一九年）八頁）。このような考え方に従えば、発注者が公共部門であることを理由に、一般の事業者より有利な条件で物品等が購入できるとすることは妥当でないと考えられる。

- (53) 著しい低価格入札が行われた場合でも会計法令上の手続に従った結果であるので、低価格入札が行われたこと自体を理由として発注者側から無効であるとはできないとする意見がなされることがある（例えば、注23参照）。しかし、会計法令上の手続に従った結果であることを理由に入札結果を有効としなければならぬと解することは疑問であり、例えば、昭和三年の東宮御所の建設工事に係る一万円入札事件の前に実施された大宮御所の取壊し工事の入札において一万円で落札された際には再入札が行われているし（前掲国会議事録（注22）、一一三頁）、現在でも、例えば、落札者につき独占禁止法違反などにより入札参加資格を停止すべき事態が契約前に生じたときは契約を行わず資格停止者を除いて再入札を行っている地方公共団体もある。