

# カルテル・入札談合に係る終了時期等について — 途中離脱：行政事案と刑事事案をめぐって —

和 泉 澤 衛

- 1 はじめに
- 2 独占禁止法違反行為をめぐる行政・刑事の主な相違点
- 3 終了時期をめぐる問題について
- 4 共同行為からの離脱問題
- 5 おわりに

## 1 はじめに

独占禁止法違反行為に関し、行政事案においては、その終了時期の認定は不可欠の要素である。とりわけ、独占禁止法上のカルテルや入札談合についていえば、①違反行為全体の終了・取り止め・消滅、②違反行為からの途中離脱、③課徴金算定に係る実行期間の終期、④リニエンス（課徴金減免措置制度）に係る要件充足性、などの局面で登場してくるものであって、避けて通ることができない問題である。

それでは、独占禁止法違反に係る刑事事案においては、どのようなものとなっているのであろうか。すなわち、これまで行政事案と刑事事案をめぐって、必ずしも十分に整理されていなかったこの問題について、特に「途中離脱」に焦点をあてて本稿で取り上げることとしたい。

直接の契機としては、いわゆる橋梁談合・刑事判決（東京高裁：平19・9・21）<sup>1)</sup>に対する経済法研究者による様々な疑問や批判に起因する<sup>2)</sup>。

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

沿革的にいうと、行政事案は、違反行為全体の終了時期や一部の者の途中離脱などの問題をもつばら独占禁止法の（行政上の）観点から検討し対処してきたものであり、その意味では実需があつて独自の発展を遂げてきたものである。他方、刑事法の領域においては、犯罪の終了時期や一部の者の犯罪行為終了などの問題については、状態犯と継続犯をめぐる概念分類論や共犯関係の解消・離脱の理論として、それこそ種々の過程を経て精緻な発展を遂げてきたものといえよう。それが、たまたまこの判決で、「共同行為からの一部の者の途中離脱」について、双方における理論や考え方にギャップないし齟齬があるのではないかとの疑問が（主として経済法研究者から）生じたということである。ギャップがあるとすれば、まず、その程度及び要因を分析し、次いで、統一的な理解が可能であるのかどうか、さらに、それが可能でないときにはいかなる理由・根拠から当該住み分けを是とするのか、といったことを明らかにする必要があると考える<sup>3)</sup>。

## 2 独占禁止法違反行為をめぐる行政・刑事の主な相違点

### (1) 概要

独占禁止法違反については、ほとんどが行政事案として処理され終結している。刑事事案となるのは、カルテル・談合等のうち、特に「重大・悪質」な場合に、刑事告発され刑事責任を追及されるというものであり、いわば行政処分だけでは不十分と認められるものを例外的に刑事告発するというものである<sup>4)</sup>。

したがって、刑事告発に至った事件数は、公正取引委員会がその積極化を表明した平成2年以降でも14件であり（独占禁止法制定の昭和22年以降：20件<sup>5)</sup>、必ずしも十分な事例の蓄積があるとはいえないが、その範囲でも、行政事案と刑事事案とで取扱や考え方に違いがみられる点が存在する。微細なものも含めて主な相違点をあげると、①事件の捉え方、②立

脚理論、③違反の成立時期、④違反行為の終了・途中離脱、③部外者の任意的共犯、⑥その他、に区分できる。

## (2) 行政・刑事の主な相違点

### ア 事件の捉え方

簡潔に言えば、行政は時間的に連続型で、刑事は切り取り型という違いである。なお、これは、後述のように「視点」による違いであり、本質的なギャップとは異なるものと考えられる。

例えば、独占禁止法上の入札談合行為について言えば、行政では、いわゆる（当初の）基本合意が形成された時点から違反行為（全体）が終了するまでの間を連続的に捉えている。条文に即していうと、独禁：2条6項の「一定の取引分野」に関し、時間的区分として、当初の基本合意から違反行為終了までを一体のものとして捉えるということの意味する。これに対して、刑事では、独占禁止法上の入札談合行為につき、年度ごとの違反行為として捉える場合がほとんどであり、いわば年度単位に区切った一定の取引分野としているということである。

端的な例をあげると、防衛庁石油製品談合事件について、刑事では、最終直近の年度（平成10年度）に係るもののみを対象としているのに対して、行政では、違反行為として当初（平成7年度）から終了の時期（平成10・11・20）までを対象としている<sup>6)</sup>。

なぜこのような差異が現われるかといえば、行政では、追って命じることとなる課徴金の算定の必要性もあって事件の全貌を認定する必要があるのに対して<sup>7)</sup>、刑事においては、限られた時間の中で、事件構造の本質を逃すことなく、かつ、確実に有罪とできる証拠をもって公訴を提起するということが重要課題だからと考えられる。すなわち、「視点」の違いによって必然的に生じてくる差異といえよう。ちなみに、行政事案においても、極めて長期にわたって行われてきたと思われる入札談合に関して、その基

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

本合意の成立の時期につき古く遡るのではなく、課徴金上の問題が生じない範囲で「遅くとも△△年度以降……」と認定するものが多いのは、証拠収集の困難さの問題も含め、行政の「視点」からのものといえるのではないか。

#### イ 立脚理論（相互拘束と共同遂行の関係）

条文解釈の差異であり、具体的には独禁：2条6項に関して、行政は「相互拘束中心説」であり、刑事は「遂行行為説（相互拘束と共同遂行は別個の実行行為）」ということである。一般的に、経済法学者と刑事法学者の差異ともいえる。この問題の論点は多岐にわたり、紙幅の関係で詳細を述べることはできないが、ポイントは、次のとおりである。

経緯とすれば、独占禁止法上の入札談合に係る刑事事案に関して、1990年代後半に刑事法の領域から提起されたものであり、今や刑事法の立場からは「刑事の裁判例は遂行行為説で固まっており、今後、変わることはないと思われる」<sup>8)</sup>といわれているものである。

すなわち、不当な取引制限の定義として独禁：2条6項は「事業者が、共同して……相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより……」と規定しているところ、独禁：3条後段・89条1項1号違反の不当な取引制限罪の実行行為をどのように解するかの問題である。①談合の基本ルールの設定といえる基本合意形成行為（相互拘束行為）だけを実行行為と捉えるのか、②それに基づく個別調整行為（遂行行為）を別個の実行行為と捉えるか、ということであり、刑事法的にはこの2つはそれぞれ独立した実行行為の類型とみることができ、起訴について、いずれか一方のみでも、また、両方を共にであっても可能である（ただし、一罪）というものである<sup>9)</sup>。

一方、経済法の領域では、上記の①を中核の概念ないし行為類型とし、②はその実施にすぎないと捉えるのが通説的見解で、行政事案の実務もほぼ同様の取扱である。もちろん、経済法分野でも①と②を並立的に捉える

有力な学説はあるものの<sup>10)</sup>、いわゆる相互拘束中心説は、石油価格カルテル・刑事事件の最高裁判決（昭59・2・24）<sup>11)</sup>や平成以降における入札談合・行政事案の基本合意の立証方法の展開によって、さらに一層強まったといえる。そこに、改めて刑事法分野から遂行行為説が提起されたということである。

現状を要約すると、入札談合の基本合意と個別物件調整行為の関係については、①も存在し②も存在するというものであることから、刑事事案に限っていえば「①プラス②」とし、②を実行行為と捉えることがほぼ定着している（経済法分野からすれば、それを尊重しているということであろうか）。ただし、刑事事案であっても、②のみで起訴したものはない。

また、行政事案についてみると、これまでも②に関しては「①の実施状況」として認定・記載されていたものであるが、何らかの変更や修正が生じることなく、そのまま定着しているということである。いわば、住み分けの状態にあるが、役割分担論などから合理的な説明ができそうもない居心地のよろしくない状況とみることもできる。

なお、この問題は、入札談合のみならず価格カルテルでも同様かとの議論や後述の状態犯・継続犯をめぐる議論とも関係がある。

#### ウ 違反行為の成立・既遂の時期

行政も刑事も共に前記の石油価格カルテル・刑事事件の最高裁判決により、合意時説に収斂しているといえる。ただし、前記のような合わせ技（①プラス②）ではなく、②のみで違反・犯罪が成立するとの論を突き詰めていくと様相は一変することになる<sup>12)</sup>。

#### エ 違反行為の終了時期、一部の者の途中離脱

違反行為全体の終了時期については、入札談合事案に関しては、現状、行政・刑事で違いはないといえる。ただ、強いて挙げれば、行政では必須認定事項であるが、刑事の場合には既遂となった犯罪（例えば、既遂となった継続犯）がいつ終了するかは法益侵害状態がなくなった時点を指すと

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

いうことであれば<sup>13)</sup>、重大関心事との位置付けではないかもしれないということである。なお、価格カルテル（全体）の終了時期も同様に關しては、前記の②を犯罪の実行行為とみるかによって、刑事上は見解が分かれることになる<sup>14)</sup>。

一部の者の途中離脱については、本稿のテーマであるので、別途詳述するが、現状、行政では、基本合意の他の参加者に対して、離脱の意思が明確に認識されるような意思表示又は行動等を行ったか否かを判断基準としており、刑事（橋梁談合・刑事判決）では、共犯関係の解消・離脱の法理から、犯行継続中における共犯関係からの離脱が認められるためには客観的にみて犯行の継続阻止に十分な措置をとることが必要でありそれが認められるどうかを判断基準としているということである。行動等の事実関係からその成否を判定するという点では同じであるが、行政が主としてカルテル・談合の仲間からみて相互拘束やその実施から抜けたと認識される実態であるかどうかに着目しているのに対して、刑事は当該犯罪の継続阻止に向けてどこまでの措置（行動）をとったかに着目しているものといえよう。

#### オ 部外者の共犯（任意的共謀共同正犯等）

制度・法制上の問題であってギャップとはいえないかもしれないが、行政は、「事業者」以外の者に排除措置命令等を講じることはできないが、刑事では、入札談合メンバー企業ではない部外者たる自然人についても、任意的共犯として処断することができるということである（現に、本件橋梁事件はいわゆる官製談合であって、刑事判決において、発注側の道路公団の副総裁・理事が共謀共同正犯とされた。）<sup>15)</sup>。

#### カ その他

このほか、「公共の利益」の位置付けや立法論ではあるが法人の刑事責任能力・犯罪主体性などの議論がみられるものの、ここでは省略する。

### (3) 小活

本稿のテーマである途中離脱問題について、独占禁止法上の立脚理論（相互拘束と共同遂行）の関係のみで論じることが不可能ではないが、より本質的な検討を行うためには、まず、行政における違反行為関連の終了時期及び刑事における犯罪行為の終了時期などをめぐる状況を概観し、その上で共同行為からの途中離脱問題を分析・考察することが有用と考えられるので、それに沿って述べていきたい。

なお、説明の便宜上、単に「違反行為」とのみ記述する場合があるが、特段の注記がない限り、それは「独占禁止法上のカルテル・入札談合に係る行政事案としての違反行為」を意味するものであり、また、刑事事案の場合には「不当な取引制限罪」ないし「犯罪（としての独占禁止法違反行為）」と表記することとする。

## 3 終了時期をめぐる問題について

### (1) 行政関係

#### ア 行政事案における終了時期をめぐる問題

行政事案では、終了時期に関しては、前記のとおり、①違反行為全体についての終了時期、②違反行為からの途中離脱、③課徴金算定に係る実行期間の終期、④リニエンス（課徴金免除等）に係る要件具備、という4点が関係する。

#### ① 違反行為全体についての終了時期

排除措置を講ずることができる除斥期間との関係である。いわゆる既往の違反行為につき、独禁：7条2項は「違反する行為が既になくなっている場合においても……必要な措置を命ずることができる」としているが、「当該行為がなくなった日から五年を経過したときは、この限りでない」と規定している。過去、この除斥期間が1年であったことから、排除措置

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

を命じることができない事案が生じることがあったが、現在では特段の問題はなくなっている（平成17年改正・平17法35号で3年に、平成21年改正・平21法51号で現行の5年に延ばされた。）。ちなみに、違反行為全体の終了の態様については、公正取引委員会の立入検査等を契機として、いわゆる破棄決定等を行う合意破棄型や、入札談合事案ではその後の個別物件調整を続けられずに取り止めたり、カルテル事案では大手企業が抜けることで事実上実効性がなくなったなどの消滅型がある<sup>16)</sup>。

## ② 違反行為からの途中離脱

下記のイで、これまでの状況も含め詳述する。

## ③ 課徴金算定に係る実行期間の終期

行政措置である課徴金（独禁：7条の2第1項）については、違反行為の「実行としての事業活動を行った日から当該行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間」における売上額を基礎に算定されるもので、最長でもその終期からさかのぼって3年間とされる。課徴金は、各事業者ごとに命じられるものであり、終期は、違反行為全体の終了時期と一致することが多いものの、事業者によって異なる場合もある（特に、途中離脱の場合）。なお、用語として、「実行期間」と呼称されるが、刑事法上の犯罪の実行行為やその着手時期・期間とは全く異なる概念である。

## ④ リニエンス（課徴金免除等）に係る要件

事業者が自ら関与したカルテル・入札談合について公正取引委員会に自主申告をした場合、それが当該事件の調査開始前の最初のもの（一番目）であれば課徴金の100%免除を得られるが、その要件の一つとして「事件についての調査開始日以後において、当該違反行為をしていた者でないこと」（独禁：7条の2第10項2号）と規定されている。また、事柄の性質上、正当な理由なく自主申告した旨を第三者に明らかにしてはならないとされている<sup>17)</sup>。そして刑事事案との関係でいえば、この一番目のものについては、その法人・社員個人とも原則として刑事告発を行わないことにな



っている<sup>18)</sup>。

なお、このほか、リニエンシー制度においては、いわゆる早期離脱に係る措置として、課徴金の実行期間が2年以下で「調査開始日の一月前の日までに当該違反行為をやめた」事業者に対しては、20%を減額するというものがある（独禁：7条の2第6項）。

イ 違反行為からの途中離脱（これまでの行政事案の状況）

（ア）概要

途中離脱の問題は、課徴金の終期との関係でその受命者側からの主張として生じてくる場合が多いが（それが受け入れられることはほとんどない）、課徴金に限られるものでないことは前記のとおりである。

過去の経過としては、排除措置の除斥期間が1年間であったので、それよりも前の途中離脱者が存在する場合には、法的措置（排除勧告）においてその旨の認定・記載をした上で（排除勧告の名宛人にはならないが）、課徴金納付命令を行うときに課徴金上の終期としてそれを援用するということが一般であった。水産庁船舶用石油・入札談合事件（平12・10・27：勧告審決）は、除斥期間内の途中離脱者について、後述の理由から排除措置の名宛人とはしない初めてのケースであった<sup>19)</sup>。

判決としては、行政事案の審決取消請求訴訟である岡崎管工・広島市水道工事入札談合事件の東京高裁判決（平15・3・7：途中離脱とは認められない。以下、「岡崎管工・判決」という。）<sup>20)</sup>があり、行政運用もそれを踏まえたものとして推移してきた。

そこに（平成19年）、刑事事案として橋梁談合・刑事判決（途中離脱とは認められない）が登場したということである。

なお、行政事案としての橋梁談合の審決（平21・9・16：審判審決・途中離脱とは認められない）は、行政におけるこれまでの取扱と同様のものとなっている<sup>21)</sup>。

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

#### (イ) 水産庁船舶用石油・入札談合事件

この事件は、水産庁発注の船舶用燃料油につき、47事業者がいわゆる基本合意に基づいて個別入札実施の都度その受注予定者の調整等を行っていたものであるが、このうち2事業者は談合疑惑報道等を契機に途中離脱(本件の「合意から離脱」)したというものである。違反行為全体の終了時期については(残る45事業者)、平成12年4月12日の公正取引委員会の立入検査以降、基本合意に基づく受注予定者調整行為を取り止めているとしている。なお、この途中離脱は、違反行為全体の終了の4~6か月前である。

2事業者を排除勧告の名宛人としなかった理由について、公正取引委員会の報道発表資料等によれば、自ら本件行為は独占禁止法に抵触すると判断し、以後同行為は行わない旨を他の談合メンバーに表明した上で、調整会議への参加をしないなど自主的に離脱するとともに、かつ、再発防止のため法令順守体制の整備をしたなどの事情が認められ、排除措置を命じる必要性がないと判断したものと窺われる<sup>22)</sup>。

途中離脱について、本件では、入札談合の他の参加者に対する明確な離脱表明及びそれに沿ったその後の行動から、いわゆる真正の離脱と認められたものと考えられる。

#### (ウ) 岡崎管工・判決

この判決では、原告・岡崎管工の自己の離脱時期は審決の認定よりも1か月前であるとの主張に対して、「本件受注調整を行う合意から離脱したことが認められるためには、離脱者が離脱の意思を参加者に対し明示的に伝達することまでは要しないが、……少なくとも離脱者の行動等から他の参加者が離脱者の離脱の事実を窺い知るに十分な事情の存在が必要である」旨を判示している。

ちなみに、原告の主張どおりであれば命じられる課徴金の額は少なくなるのであるが、判決では、そもそも原告はその1か月の間の入札において

受注調整の結果に従って受注予定者の落札に協力している等の事情があると主張を退けている（請求棄却）。

本件判決に係る判例批評としては、他の参加者への離脱表明の要否や離脱の客観的証明と評価できる兆表などをめぐり様々なものがあるが<sup>23)</sup>、行政事案においては、「違反事業者において相互拘束から離脱する行為があったと認めるためには、他の事業者に対して離脱の意思が明確に認識されるような意思表示又は行動が必要である」ということで定着している。

#### （エ） 橋梁談合の行政事案（途中離脱関係）

橋梁談合の審判審決（途中離脱とは認められない）では、被審人2社の主張に対し、上記とほぼ同様に「基本合意からの離脱の意思を有する者が、基本合意に基づく受注調整行為を取りやめ、かつ、基本合意の他の参加者に対して、当該離脱の意思が明確に認識されるような意思の表明又は行動等を行った場合には、……基本合意自体の消滅が認められないとしても、当該離脱の意思を有する者に基本合意からの離脱を認め、当該者の違反行為は終了したものとするのが相当」とした上で、主張に係る事実関係を詳細に論じ、本件違反行為の全体を取り止めた日より前に本件基本合意から離脱したとは認められないとした。要するに、立入検査を受けた段階で経営陣において離脱の発言や指示をしたとの外形があったとしても、結局、実際の担当者はそれに沿うことなく、かえって違反行為を継続していたとの実態であったということである。

なお、この橋梁談合事件にかかわった事業者は途中で破産したものも含め50社であるが、そのうち2社が立入検査を契機に途中離脱している。それとの差異について、本件審決では付言として、（途中離脱者は）談合の幹事役会社が離脱を引き留めようと新たに受注予定者にする旨の物件を示唆したがこれを聞き入れず、また既に他の事業者を受注予定者として決めていた工事の入札で当該離脱者が受注したりするなどの実際の行動を示し、その離脱の意思は本気であると他の事業者は理解した旨を述べている。

## (2) 刑事法関係

### ア 刑事法における犯罪の終了時期

一般に、犯罪の終了時期については、状態犯か継続犯かをめぐる議論を通じて多くの論稿がある<sup>24)</sup>。犯罪の既遂後において法益侵害状態は続くものの構成要件該当行為（実行行為）が犯罪行為として継続しているかどうかは焦点とされるが<sup>25)</sup>、即成犯・状態犯・継続犯という概念的分類論ではなく法益侵害の質的・量的拡大が認められるものか否か等で犯罪の終了時期を具体的事実関係に即して判断してはどうかとの見解もある<sup>26)</sup>。

犯罪の終了時期を論ずる実益については、終了後では、①公訴時効の進行開始、終了前においては、②関与者への共犯成立、③正当防衛の成立、④刑の変更に際しての新法適用、などといわれている。

なお、犯罪継続中に共同正犯から一部の者が抜けるという事柄は、別途、共犯関係の解消・離脱の成否の問題として、結果に対する因果性の除去・解消・弱化（以下、「因果関係の除去等」という。）の観点から扱われている。実行行為着手後の離脱あるいは共犯関係の解消については、学説では、因果関係（心理的因果関係及び物理的因果関係）の除去等の問題としているが、判例によれば、単に加功をやめる（立ち去る）だけでは不十分で「犯行を防止する措置を講ずること」が原則として必要とされる<sup>27)</sup>。ただし、自らの加功により当該犯行に与えた影響を将来に向けて消去したと評価できる特段の事情があるとして、離脱を認めたものもある（離脱後の刑責は別としても、当然のことながらそれまでの既遂分については有罪<sup>28)</sup>）。判例の態度は、一部実行・全部責任の論理を時間的な区分でも当てはめ、全体を一連ないし一体のものと捉え、途中離脱が認められるためには、後行部分に関する刑責を負わないと評価できる特段の事情（犯行継続阻止に向けた行動等）が必要としているように思える<sup>29)</sup>。

### イ 独占禁止法違反の刑事事案における終了時期

独占禁止法上の入札談合に係る刑事事案に関しては、平成9年の第1次

水道メーター談合・刑事判決<sup>30)</sup>において、「相互拘束行為等が行われて……既遂となるが、その時点では終了せず、競争が実質的に制限されているという行為の結果が消滅するまでは継続して成立」しているとして継続犯の扱いであることが示されて以降、継続犯であるとの点はその後の判例においても定着している。犯罪行為全体の終了時期については、前記のとおりに行政事案との間で差異はみられない。

#### ウ 橋梁談合・刑事事件（途中離脱）

橋梁談合・刑事判決で刑事事案としては初めて途中離脱が争点となった。判決は、被告の主張に対して、「……継続犯である不当な取引制限罪においても、犯行継続中における共犯関係からの離脱が認められるためには、行為者が犯行から離脱する旨の意思を表明し、これに対して他の共犯者らが特段の意義をとらなかつたというだけでは足りず、行為者において客観的に見て犯行の継続阻止に十分な措置をとることが必要というべき」とした上で、「……（談合の）遂行行為を止めるよう働きかけた事実はなく、……各社が入札談合を継続しているのを放置していたことが認められ……犯行の継続阻止に十分な措置をとったとはいえない」と主張を退けた。

前記の橋梁談合・審決と比較すると、結論は同じであるが、行政の審決では、そもそも違反行為を継続して実施している実態にある旨を積極的に認定しているのに対し、刑事判決では、これまでの判例と同様に犯行の阻止を働きかけることなく放置するにまかせたということから判断しているという点で違いがあるといえる。

なお、橋梁談合事件については、行政事案において途中離脱と認定された者が存在するが、それは刑事被告となっていないので、刑事事案でいかなる取扱になるか本件刑事判決では明らかではない。

#### エ 刑法上の談合罪の場合（終了時期等）

刑法において談合罪（新96条の6第2項<sup>31)</sup>が規定されているが、終了時期等の関係に限っていうと、一般に、本罪は、法所定の目的をもって談

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

合すれば直ちに既遂に達し入札が実際に行われることを要しないとされ、複数件の入札について一つの談合行為（協議・決定）で行ったという場合、科刑上一罪（刑：54条1項前段・観念的競合）とされていることなどから、それぞれの入札につき犯罪が成立するとみていることは分かるが、犯罪の終了時期について、状態犯と捉えているかどうかは必ずしも判然としない。

なお、刑法上の必要的共犯の犯罪に刑法総則（共犯規定）の規定の適用があるかどうかについては、主として対抗犯をめぐって議論があり不適用とするものが一般であるが<sup>32)</sup>、必要的共犯・集団犯であるこの談合罪に関しては、必要的共同正犯の主体足りうる範囲で（刑法の共犯規定を介さない形で）入札者以外の部外者が共同正犯となると解され、また、外部的関与につき共謀共同正犯を肯定するものが多い<sup>33)</sup>。

### (3) 論点の整理（途中離脱）

#### ア 問題の所在

カルテル・入札談合からの途中離脱の問題は、刑事法的にみると、次のような極めて限定された局面の議論といえるのではないか。

犯罪につきその既遂後から犯罪終了までの間において当該犯罪を実行している者の一員が途中で自己の犯罪としての実行をやめて共犯関係の解消・離脱をする事象に係る問題という設定であるが、その前提として、もちろん犯罪継続中の場合（継続犯）だが、その行為類型は、任意的共犯（例、監禁罪の共同正犯）ではなく、必要的共犯のうちの集団犯であって、かつ、処罰につき関与形態に応じた軽重の区分がなく同一であるもの、ということである。刑事法一般の領域からみた場合、かなりレアなケースともいえる。

したがって、事例の蓄積はほとんどなく、また、「重箱の隅」であるがゆえに、一部実行・全部責任という共犯理論があらかじめ想定していた領

域かどうかは定かでなく、さらに、既遂後であるから離脱者といえども同一の犯罪が優に成立しているにもかかわらず、量刑判断に委ねるのではなく刑責の範囲を時間的に厳密に区分することにどれほどの意味があるのかといった素朴な疑問も生じるかもしれない、などと入り組んだ状況かと思われる。

#### イ 検討の手法

そこで、まず、思考のための予備的な検討（予備実験）として、既遂後の継続犯への途中からの加功（途中参加）について、任意的共同正犯・必要的共同正犯（集団犯）・不当な取引制限罪の場合を整理した後に、途中離脱に関する考察をすることにしたい。

## 4 共同行為からの離脱問題

### (1) 予備的検討（既遂の継続犯への途中からの加功、途中参加）

#### ア 任意的共同正犯（途中参加）

既遂後の継続犯への途中からの加功についてであるが、前提として、途中参加者は参加前は全くの無関係で参加後は優に正犯と認められる状況にあり、かつ、その犯罪の該当法条は参加の前後を通じて一つのみとする。ここでは、承継的共犯を論じたいのではなく（既遂という前提なので肯定説であろうと否定説であろうと）、この前提の場合には、少なくとも途中参加者における自己の犯罪に係る事実としての既遂の時期（実行に及んでこれを遂げた時期）については、原則として参加・実行の時点が基準となるように思われるという点を示したいということである。なお、先行部分につき刑責を負わせるべきかについては議論が分かれようが（形成時の当該共謀に丸ごと加わった、参加者も含めた共謀となった等）、実質的に量刑評価の対象となるのは参加後の行状に関するものであると思われる。

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

イ 必要的共同正犯（集団犯）への途中参加

（ア）例えば、内乱罪につき法所定の暴動が既遂となった後に、群集指揮者（刑：77条1項2号）として途中参加した者がいた場合、当該暴動が鎮圧平定されるまでは犯罪は継続しているとみられるであろうから、上記とほぼ同様と考えられる。騒乱罪等についても同様であろう。

（イ）刑法上の談合罪については、やや難問となる。簡単のため、行為者は自然人でもあり事業の営業主でもある個人事業者で、談合（共謀）の内容は順次発注される工事について各入札の都度くじ引き等で平等になるよう受注予定者を決めるというものであって、それは順調に続いていて、あるとき新たにその地区で営業を開始した者が参加することになり、その後も順調に続いていったところ、摘発された、という前提とする。

まず、犯罪の成立自体は談合（共謀）の段階で既遂になっているとしても、本件は状態犯か継続犯かの問題がある。状態犯と解すると、当初の談合がまとまった段階で犯罪行為は終了しておりその後は法益侵害状態が続いているだけとなるが、それでは途中参加者の犯罪が成り立たなくなるので、チェーン型であれハブ型であれ、途中参加の時点で別の談合があったと認定ないし擬制することになりそうである。継続犯と解すると、本件の前提の限りでは大きな問題はないが（談合行為が2回必要かとか犯罪行為の終了時期など）、前提が異なる別の状況では、それらを個別に判断することとなる。

次に、罪数の問題についてであるが、一つの談合行為によって複数の入札不正結果が起ったとき、一罪（観念的競合）と扱う処理はよいとしても、一次と二次の2回の談合行為があったと擬制せざるを得ない場合、当初からのメンバーは二罪の外形となるが、普通に併合罪と考えるのかそれとも当初メンバーに係る法益侵害性に着目するなどして包括一罪と考えるのかといった問題が生じる。

これらのことは、犯罪の実行行為の捉え方に関連があるように思われる。



すなわち、条文上は「談合した（者）」ということであるが、本件前提の場合、確かに当初の協議・決定の時点で法益侵害性は満たされているのであるが、その後、各入札において協議・決定の内容に基づいてその実施が繰り返され、経済的な侵害（被害）も順次積み重なっていくという関係が内在しているのである。

「談合した」という語句の意味内容として、単発の一回の入札だけに係る談合行為を指すものとするならば、各入札に対応したそれぞれに係る談合行為が存在しなければいけないことになる。そうすると、本件前提の理解として、各入札に係る談合行為を束ねるような包括的な談合行為の存否を問われた場合には、行為が二重になることはナンセンスとするか（当初の協議・決定が談合行為であり、それ以外は存在しない等）、実質的に二重構造を認めるかのどちらかになる。一般的にいうと、これが状態犯か継続犯かの違いになるのであろう。ただし、後者の場合であっても、各入札における所為は当初の協議・決定（談合行為）の実施という位置付けではあるが、単なる下位概念ではなく、犯罪の観点からは実行行為と評価されるべきものであるといった構成になるのではないか。

しかしながら、「談合した」という構成要件の評価として、当初の協議・決定の段階で既遂となり（そうした実行行為があり）、かつ、その後もある種の実行行為が存在して犯罪が継続しているという二重構造が本来的に含まれているのだとするかどうかは、刑事法の領域においては、大いに見解が分かれるところであろう。

#### ウ 不当な取引制限罪（途中参加）

独占禁止法上の不当な取引制限罪が必要的共犯（集団犯）かどうかについては、その類型に属するものと考えてよいであろう<sup>34)</sup>。いわゆる途中参加については、実態としては入札談合事件をはじめ多くみられるところであるが、不当な取引制限罪で被告として取り上げられ争点となったことはないようである。したがって、あくまでも仮定の議論となるが、検討して

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

みたい。

結論からいえば、上記の刑法上の談合罪をめぐる諸問題と比べ、不当な取引制限罪は、まことに都合よくできているということである。相互拘束行為と共同遂行行為が「又は」の関係で並んでおり、かつ、入札談合に関しては行政事案で基本合意と個別物件調整をめぐる事例が蓄積しており（基本合意で要件は充足するのだが、その実施としての個別物件調整の存在の解明は、基本合意の立証手法上また課徴金の算定業務上ほぼ不可欠）、俗にいう環境が整備されている状態ということである。

途中参加については、刑事法上の共同正犯の因果性の議論とも平仄が合うように思われる。すなわち、共同正犯に関しては、①各メンバーにおける合意形成に向けての行為と全体合意（共謀）との因果関係、②合意（共謀）と具体的な実行行為や結果との因果関係、という二段階の因果関係が必要としたとき<sup>35)</sup>、入札談合（不当な取引制限罪）における途中参加は、①既に成立している合意にその一員として加わり、実際に、②当該合意に基づいて行動するという関係にあるものと考えられる。

要するに、入札談合事案における基本合意と個別物件調整という二重構造の関係及び共同正犯論における二段階的因果関係をともども満たしているのではないかということである。

細かくいえば、途中参加者自身の既遂時期については、単純に合意参加時点とすればよいであろうし、継続犯問題については、構成要件上の遂行という実行行為の観点からも、法益侵害・悪影響の程度の拡大という観点からも、十分に継続犯と評価されようし、罪数についても、基本合意（相互拘束行為）に基づくものである点に注目すれば観念的競合として、また、遂行という実行行為を強調する場合には包括一罪として、いずれにしても一罪という扱いになると思われる。

ただ、注意を要するのは、入札談合に関して、遂行行為だけで不当な取引制限罪は成立するのかという点である。基本合意なき実施・遂行という

ものは想定しづらいので、やはり難しいと考える。

この関連で、実施という事実上の行為なのか遂行という犯罪実行行為なのか議論については、入札談合事案に限っていえば、同じ所為に対する呼び名の違いにすぎないと整理することも可能である。分かりやすさのため若干先取りになるが、入札談合行為（全体）の終了という行政事案と刑事事案の双方に共通する切り口からみた場合には、個別物件調整行為について、刑事ではそれを実行行為と捉える（呼ぶ）必要があるし、行政では実行行為という概念がないのでそれを実施と捉え（呼んで）、それぞれその所為がなくなった段階で違反行為（全体）の終了という構図になるであろう。これを途中参加に当てはめると、入札談合（基本合意）に後から加功・参加した者について、当該参加者のその後の「所為」を犯罪実行行為と呼ぶか実施と呼ぶかの違いということである。

## (2) 共同正犯関係の解消・離脱をめぐる問題（途中離脱）

### ア 任意的共同正犯（途中離脱）

既遂後の任意的共同正犯からの途中離脱については、共犯関係の解消・離脱の法理として、刑事法分野において、それこそ十分な議論・検討が行われているところであり、ここでは関連する部分のみ短く触れるにとどめる。

既遂後の共犯関係の因果関係の除去等（途中離脱）については、要するに、共謀（心理的因果関係）が形成された場合、ある時点でこれまで行っていた自己の実行行為を取り止めても、当初の共謀及びそれに基づく残りのメンバーによる実行行為は続くので、その犯罪との関係が断ち切られたというためには、将来に向かって当該共謀から離脱すること（共犯関係の解消）が不可欠であるという構造を表わしている。判例の態度は、その点につき、犯罪の継続阻止にどこまでの行動（努力）をしたかで共謀とのつながりの遮断の程度を評価しようとするものであろう。

したがって、前記のような例外的な事情（逮捕され翻意して犯罪解決に協力したとか、犯行継続を阻止しようとしたが逆に失神させられて果たせなかったなど）がない限り、容易に認められないということなのであろう<sup>36)</sup>。

#### イ 必要的共犯（集団犯）からの途中離脱

（ア）既遂後で犯罪継続中の必要的共犯（集団犯）からの途中離脱という突飛な設定であり、これも仮定の議論となるが、検討することとしたい。

内乱罪が既遂となってそれが鎮圧平定されるまで間における途中離脱については、そのハードルはかなり高いのかもしれない。ただ、付和随参加者（刑：77条1項3号）の一員という役割である者について、犯罪（暴動全体）の阻止を求めるのは不可能を強いることであるし、同一条項の範囲内としても自己以外の付和随参加者全員の行動阻止を求めることも同様といえる。やはり、犯罪の継続阻止に向けてどの程度の影響力を持った働きかけがあったといえるのかを判断することになるのかもしれない。他方、構成要件上の特性から参加を取り止めた段階で事後の刑責までは問われないと解することも不可能ではない。例えば、参加をある時点以降において取り止めるためには、共犯（集団犯）であるから、付和雷同しない・同調しないと意思表示と立去りが必要であるが、それをもって随行・参加の法益侵害に係る関与は終了したとみるなどである。なお、実際問題からすれば、その者については既遂なのであるから、途中離脱に当たるか否か、すなわちその者自身の犯罪の終了時期の確定にコストをかけるのではなく、量刑評価に反映させれば足りるのではないかという考え方もあるかもしれない。

次に、内乱予備陰謀罪（刑：78条）は、その性質上、既遂後も犯罪が継続する扱いであろうから途中離脱の検討になじみやすいと思うが、暴動発生前に自首したときには、刑は免除される特有のシステムとなっている（刑：80条）。したがって、論ずることに意味があるかどうかは別として、

自首した場合にはそれが実質的な途中離脱に相当しよう（もちろん刑事法上の自首として成立したものでなければならないが、途中離脱者自身の犯罪の終了時期についていえばその時点が基準となるのではないか。）。自首を選択しない形での途中離脱の場合、やはり犯罪の継続阻止に向けてどの程度の影響力を持った働きかけがあったといえるのかを判断するか、あるいは刑免除の手段を放棄したとしてより厳しい評価になるのか、不明である。

騒乱罪（刑：106条）については、上記と異なり事件・判例はあるものの、途中離脱を扱っているものはないようである。そもそも、騒乱罪における共同意思がいわゆる共謀・通謀とは内容や水準が違っており（個々人を本罪の主体である多衆に結び付ける主観的要件）、また、付和随行者については、法定刑が罰金のみと軽いこともあって、野次馬であっても一体感を持って声援を送る場合には該当するとの説もあるなど、共犯（集団犯）の途中参加のハードルについては低いものとなっている<sup>37)</sup>。しかしながら、刑事法上の共犯関係の解消の法理からすると、必ずしも途中離脱のハードルが同様に低くなるとは限らない（個々の者の共犯関係の解消が焦点なのであるが、それについて「犯罪全体の存続」との関係で論じられているからであろう。）。

（イ） 刑法上の談合罪については、前記の途中参加の前提の変形になるが、順調に続いている途中で当初メンバーの一部が離脱する問題という設定になる。なお、この場合、本罪犯罪行為を状態犯であると解すると、当初の協議・決定がまとまった段階で犯罪は終了しそもそも途中離脱の問題は起きないから、ここでは、一応、継続犯との扱いとする。

すると次に、当初の協議・決定とは別の新たな協議・決定が行われたという実態なのか（残ったメンバーで改めて談合する等）、当初の協議・決定はそのままに途中離脱の問題が生じたという実態なのかに区分される。前者であれば、途中離脱ではなく、第1次談合の犯罪としての終了という

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

ことになる。

後者の場合にも、倒産・廃業・入札参加資格喪失等の事由であれば、メンバーとして一緒に続けていくことができなくなったというのが離脱の理由であるから、常識的には、当該離脱者の犯罪の終了時期は、この離脱の時点ということになりそうである。すなわち、焦点となるのは、自らの意思で離脱するという場合に、どのような事実関係が必要かの評価の問題ということになる。

これまでと同様に、犯罪の継続阻止に向けてどの程度の影響力を持った働きかけがあったといえるのかで判断をするということであれば、必要的共同正犯であるから残るメンバーはまだ多数いて犯罪が続くとして、まず、自己の実行行為の取り止めは当然のことである。そして、将来に向けた共謀の遮断の吟味へと進みたいのだが、直ちにジャンプすることができない事情がありそうである。

各入札に係る談合行為を束ねるような包括的な談合行為の存否の問題である。繰り返しになるが、「談合した」という構成要件の理解として、当初の協議・決定という実行行為があり、かつ、その後もある種の実行行為が存在して犯罪が継続しているという二重構造にあるとした場合、論理的には、当初の協議・決定の内容は「『共同して』順次の入札においてある種の実行行為を行う」ということなので、離脱行動によって、共同してという点で、当初の共謀から自己の部分を遮断する余地が生じてくるのである。つまり、共謀の内容そのものが、単にある種の一つの行為ないし結果を主担・分担を問わず実現するというのではなく、一緒に（「共同して」）同一の方向の協調行動をとり合うということが含まれているのであるから、共同すること（当初の協議・決定の自己部分）を取り止めるし、協調行動（ある種の実行行為の自己部分）も取り止める、という主張があり得るのである<sup>38)</sup>。通常の単独犯可能型の犯罪のように、共謀及びそれに基づく残りのメンバーによる犯罪の継続と考えることで構わないのかもし

れないが、共同行為（必要的共同正犯・集団犯）なるがゆえの問題点ともいえる。

#### ウ 不当な取引制限罪（途中離脱）

独占禁止法上の不当な取引制限罪に係る途中離脱の問題は、前記の途中参加のようにはうまくいかない。

モデル的に検討してみると、入札談合からの離脱について、仮に「立ち去り」程度のもに過ぎないとすれば、将来的な個別入札における共同性は消えるようにみえても、結局、基本合意（相互拘束）における共同性に関して、立ち去り者の位置付けに何らかの変動があったかは不明である（共謀がそのまま残っている状態に相当）。してみると、立ち去り程度では足りず、基本合意における共同性（自己の関与）を遮断する必要がある。これは集団犯における心理的因果関係の解消であるから、「自己の犯罪」としての継続を将来的に打ち消すためには、①ストレートに自己に係る心理的因果関係を解消するか、②他のメンバーによる犯罪（全体）の継続そのものをやめさせるか、といった方法しかないと思われる。

すなわち、入札談合からの離脱に関して、行政は主として①を、刑事（判決）は主として②を、それぞれメルクマールとしているだけの話ではないだろうか。確かに単独犯可能型の犯罪の共謀共同正犯であれば、共謀との関係を解消するかのごとくの外形（立ち去りを了承等）のみでは十分との感もある。また、そもそも共同行為についてストレートに心理的因果関係を解消するという評価が可能とすれば、何故かとの疑問も生じる。

単独犯可能型の犯罪の共謀共同正犯と共同行為型の犯罪である集団犯との差異は、離脱という事象をめぐって、ベクトルの向きの違い及び法益侵害（被害）の量的質的な減少にあるのではないかと考える。談合仲間としてこれまで競争を回避してきた者が今後は競争者として登場するということである。これにより、少なくとも途中離脱者のシェアの分は競争が回復するし、また、入札談合については仮に1名でもアウトサイダーがいる場

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

合には競争の働きの違いとなって表われるということである。そして、これは憶測だが、途中離脱者が出れば出るほど当該入札談合等競争制限行為の崩壊が早いということなのかもしれない。

### (3) 再整理：不当な取引制限と途中離脱

#### ア 行政事案と刑事事案のギャップの背景にあるもの

およそ行政上の違反行為であれ刑事上の犯罪行為であれ終了時期は存在する。独占禁止法の入札談合という不当な取引制限に関し、当該行為全体の終了時期については、特段の差異はみられない。途中離脱についても、それが存在する（であろう）こと自体は共通している。ただし、行政では、共同行為という観点から他の談合メンバーに対して離脱の意思が明確に認識されるような意思表示又は行動をメルクマールに評価し、刑事では、因果関係の除去等の観点から犯罪継続を防止・阻止する措置ないし行動をメルクマールに評価するというのが現状である。

これまで述べてきた点を再度整理すると、途中離脱なるものが生じても違反行為ないし犯罪行為（の全体）について残りのメンバーで継続していくことに変わりがないとすれば、こうした行政と刑事の違いは歩み寄りの余地はほとんどないともいえる<sup>39)</sup>。

ところで、何故、行政では途中離脱を認定することがそれこそ「多発」しているのだろうか。これに関しては、その背景に、共同行為から一部の者が抜けることについて、単に既存メンバーの数が減るばかりでなく、離脱後において共同行為（全体）に対抗する競争単位となるはずとの『理念』があるのではないかと思われる。すなわち、市場原理における競争の理解に関係するのであるが、企業は好むと好まざるとにかかわらず市場の下で切磋琢磨をしなければ生き残れないという競争行動を強いられているのであり、仮に人為的な競争制限があってもそれから解放されれば本来の競争行動をとるものである、という考え方（理念）である。繰り返しにな



るが、入札談合に即していうと、途中離脱は、それが真正の離脱であるならば、それまで基本合意・共同行為の一員として同一方向で競争を制限する行動をとっていた者が、逆に自由な立場で当該共同行為（残されたメンバー）との間の競争をすることになるという性質を持っていることになるのである。

このことは、入札談合事案における途中離脱に関して、基本合意について自己に係る心理的因果関係を解消することでもあり、その後の途中離脱者の行動は犯罪行為（全体）の継続に対して何らかの負の影響を及ぼすものでもあるという点で、行政と刑事の双方をつなぐブリッジの存在の可能性を示すものといえよう。ただし、行政と刑事との実際の距離が近いとは限らない<sup>40)</sup>。前記のとおり、橋梁談合事件で被審人及び被告となった者の途中離脱したとの主張は、審決及び刑事判決とも否定しており結論において違いはないが、その理由が現状のままでは困難な事態を招くことになるのではないかと危惧は残る。真正の途中離脱を含む刑事事案において、その点が争点となり、いかに判断されるかが待たれるのであるが、ここでは、必要的共同正犯（集団犯）の範疇でも同一方向の協調から単に抜けるだけではなくベクトルの向きが逆になるものとして刑法上の談合罪があることを指摘しておきたい。

#### イ 価格カルテルと入札談合（途中離脱）

入札談合については上記のとおりであるが、価格カルテルの途中離脱をどう取り扱うかの問題がある。これまで述べてきた点を再整理すると、現状、行政事案も刑事事案も違反行為は「相互拘束」のみで構成されていて「共同遂行」は触れられておらず<sup>41)</sup>、したがって、まず状態犯・継続犯の議論の余地があって、次いで、継続中の犯罪行為からの離脱問題ということになる。途中離脱の性格（合意に係る因果関係の解消、事後のベクトルの向きの転換）については入札談合類似の考察が可能としても、刑事上、そもそも当該行為（カルテル犯罪）が続いているのかという基礎が不明確

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

なのである。

紙幅の関係で詳細は省略するが、独禁：2条6項につき、犯罪は一つであるが実行行為の類型が二つあるという説明では十分でないと思われる。前記の刑法上の談合罪の場合には、「談合した」というやや曖昧な字句の理解の便宜のため、当初の協議・決定という実行行為とそれに基づくある種の実行行為とに区分して二重構造を示したが、価格カルテルについて同様に論じられるかという点、そうではない。個別物件調整行為を要する入札談合と異なり、価格カルテルの場合には、当該合意に基づくその後の所為としては多数の得意先に対する日々の販売ということしかなく、その膨大な販売の逐一が共同しての遂行という独立の実行行為であって具体的な証拠により立証しなければならないとすることは、事実上困難なのである。実施を意味するのか遂行という実行行為を意味するのかといった、行政と刑事における単なる呼称の違いとすることも妥当とはいえない。すなわち、「実行行為」という用語を通じての使い分けは混乱を招き不適当なので、その者（カルテルメンバー）について「犯罪（行為）」が続いているのか・終了したのかという本質的な検討をしなければならないのである。

私見ではあるが、法益侵害に対する量的・時間的な拡大等に着眼して価格カルテル（相互拘束）という犯罪が続いているとみるか、逆に、文理解釈上の疑義は残るが、相互拘束と遂行を一連一体のものとして一気に読んで、カルテル合意にはその実施も含まれており、実施が続く以上は犯罪は続くのだが、当該部分は「遂行」ということで抽象的に観念できれば足りる（別個の独立の実行行為として厳密に区分する必要はない）とみるかのどちらかではないか、と考えている。

次いで、価格カルテルからの途中離脱の問題は、継続中の犯罪ならばそこから離脱は存在し得ることになるので、その場合の考え方については上記で述べたとおりとなる。

#### (4) その他の問題

ア 独占禁止法違反行為に係る終了時期（全体ないし一部）をめぐる問題は、様々な局面に関係がある。

リニエンシーの問題はどうであろうか。自主申告の第1順位の者に対する課徴金の免除や刑事告発の対象としないなどの取扱は、摘発や調査への協力という位置付けもさることながら、法益侵害（ないし経済的被害）の観点から、競争制限行為を排除し競争を回復させるための措置手段との評価をするべきと考える。ちなみに、前記の翻意して捜査協力し監禁罪の共犯関係からの離脱を認められた事件の判決に係る評価も、法益侵害（監禁拘束）状態の早期解消という犯罪抑止の面を強調することになるのではないか。

イ 課徴金は行政固有の事柄ともいえるが、刑事事案と若干の関係がある。独禁：51条は、課徴金納付命令後における刑事罰金と課徴金の調整を規定しており、溶融亜鉛めっき鋼板・価格カルテル事件に関し、罰金刑の確定に伴い、既に発した課徴金納付命令の課徴金額から罰金額の2分の1を控除した額に変更すると審決が出されている<sup>42)</sup>。違反行為の終了時期そのものとは異なるものの、課徴金の算定には違反行為の実行としての事業活動の始期・終期という時期概念があり、その意味でも、行政と刑事で個別事業者の違反行為の終了時期などに係る考え方にあたかも大きなギャップがあると一般に受け止められることは決して望ましいことではないといえよう。

## 5 おわりに

以上、独占禁止法違反に係る行政事案と刑事事案との差異などについて、途中離脱の観点から述べてきた。広大、かつ、基本論からして多説多論のある刑事法の領域の中では、必要的共犯のうち同一方向に向けられた共

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

同・共動行動である集団犯をめぐっては、それこそ片隅の問題で議論の実益がないとの感があるかもしれないが、経済法の領域からみると、実際、刑事事件の感銘力には絶大なものがある。共同行為（刑事でいう集団犯）において、その集団的關係から一部の者が離脱（共犯關係を解消）するという途中離脱問題は、行政事案においては日常茶飯事であり、今後、刑事事案においても多々登場してくるかもしれない。競争制限行為における真正の途中離脱とは何か・何故かとか、また、リニエンシーにおける刑事告発の差控えと刑事的法益との関係はどうかなど、更に議論が深まっていくことを期待したい。

このほか、筆者自身の課題として、独占禁止法の刑事関連の事象をめぐる諸点があるが、別途の機会に改めて論じることにした。

---

## 註

- 1) 東京高裁：平 19.9.21・平 17 (の) 1号, 2号、公取委審決集・54 卷
- 2) 根岸哲「橋梁談合刑事事件東京高判平成 19.9.21 (事業者分)」公正取引・728 号 88 頁、瀬領真悟「違反行為からの離脱の要件および既往の違反行為への排除措置の必要性」NBL・938 号 51 頁、白石志『独禁法事例の勘所 (第 2 版)』(2010) 307 頁、大槻文俊「入札談合からの離脱の時期」法セミ増刊・速報判例解説 vol. 6・2010.4・300 頁。なお、刑事法分野からのものとしては、島田聡一郎「不当な取引制限の罪 状態犯か継続犯か」別冊ジュリスト No 199・『経済法判例審決百選』(2010)・589 頁。
- 3) 瀬領・前掲注 2)・51 頁
- 4) 金井貴嗣ほか編『独占禁止法 (第 3 版)』(2010) 556 頁
- 5) 平 23 年度公取委年次報告：付属資料・告発事件一覧、及び公取委報道発表資料（「軸受製造業者による価格カルテル事件の告発について」平 24・6・14）。
- 6) 刑事事件は、東京高裁：平 16.3.31・平 11 (の) 2号・公取委審決集 50

巻915頁。行政事件は、勧告審決：平11.12.20・平11（勸）25号・公取委審決集46巻352頁、審判審決：平19.2.14・平11（判）7号・公取委審決集53巻611頁、東京高裁：平21.4.24・平19年（行ケ）7～9号・公取委審決集56巻1-231頁。

- 7) 平成17年改正（平17法35号）で、排除措置命令と課徴金納付命令は原則として同時に発出されるようになったが、全貌の認定の必要性という意味では変わりはない。
- 8) 佐伯仁志「入札談合の実行行為」別冊ジュリスト No 199・『経済法判例審決百選』（2010）・58頁
- 9) 芝原邦爾「不当な取引制限（独禁法違反）の罪」法学教室・168号120頁、同「不当な取引制限（独禁法98条1項1号）の実行行為」ジュリスト・1143号95頁。経過等については、神山敏雄『独禁法犯罪の研究』（2002）230頁以下参照。
- 10) 正田彬『全訂 独占禁止法（I）』（1980）239頁、同：「東京都発注の水道メーター談合刑事事件」ジュリスト・1133号194頁など
- 11) 最判：昭59.2.24・昭55（あ）2153号・刑集38巻4号1287頁
- 12) そもそも、入札談合は、基本合意（①）に基づいて遂行行為（②）を実施するという関係にあるので、①がないとき、何をどのように遂行するのか（相互拘束ないし共謀の存在）が不明となり、一連・一体のものと認められる根拠を欠く場合には、遂行の都度犯罪が個々独立に成立し継続犯と捉えることが可能かという問題が再燃することになる。
- 13) 法益侵害状態の消滅・解消ということでは、構成要件該当行為、構成要件的效果・結果、法益侵害性拡大などのいずれの考え方であっても、犯罪の終了時期に関する見解の対立はないように思われる。
- 14) 構成要件該当行為説の立場から、理念論とすれば、価格カルテル等の各社における実施の所為を実行行為と捉えることはできようが、実際に、企業の日々の実施の所為を実行行為としてどのように具体的証拠をもって立証するかの問題が残る。そして、犯罪の終了についていえば、例えば立入検査等を契機として、入札談合の場合には個別物件調整行為の取止めといった外形が明白であるが、価格カルテルの場合は価格の変動がないのが通常の様態であり、継続犯のよりどころとした実行行為（遂行行為）の終了ではなく、相互

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

拘束（共謀）が終了したという論理に転換することになるかもしれない。一方、構成要件該当行為説以外の立場からは、実行行為は不可欠ではないので、入札談合も価格カルテルも同様ということであろう。

- 15) 東京高裁：平 19. 12. 7・平 17 (の) 4 号・公取委審決集 54 卷 809 頁（確定）、東京高裁：平 20. 7. 4・平 17 (の) 3 号・公取委審決集 55 卷 1057 頁（最決：平 22. 9. 22・審決集 55 卷 1057 頁）（確定）。これまで、官製談合の発注者側（担当責任者ら）に係る刑事判決は、①下水道事業団事件（幫助）：東京高裁・平 8. 5. 31・平 7 (の) 1 号・公取委審決集 43 卷 579 頁、②緑資源機構事件（共同正犯）：東京高裁・平 19. 11. 1・平 19 特（わ）1275 号・公取委審決集 54 卷 799 頁。
- 16) 近時の価格カルテルの消滅型の例としては、溶融亜鉛めつき鋼板・価格カルテル事件がある。この事件では、他社との事業統合に当たっての独占禁止法遵守体制に係る自主的社内調査の結果、本件カルテルを行っていたことが判明しカルテル（合意）からの離脱を本件カルテルメンバーに対して通告したという経過で、事実上消滅（崩壊）したというものである。なお、本件では、リニエンシーに係る自主申告があり、その一番目の企業は刑事告発の対象となっていない。行政事案は、排除措置命令：平 21. 8. 27・平 21 (措) 19～21 号・公取委審決集 56 卷 2-52 頁、このうちの不服申立者に対する審決・平 24. 6. 13・平 21 (判) 31 号・審決集未登載。刑事事案は、東京高裁：平 21. 9. 15・平 20 特（わ）2430 号・公取委審決集 56 卷 2-675 頁。
- 17) 「課徴金の減免に係る報告及び資料の提出に関する規則（平成 17. 10. 19・公取委規則 7 号）」の第 8 条（第三者への秘匿義務）
- 18) 「独占禁止法違反に対する刑事告発に関する公正取引委員会の方針」（平 2. 6. 20）
- 19) 勧告審決：平 12. 10. 27・平 12 (勸) 11 号・公取委審決集 47 卷 309 頁
- 20) 東京高裁：平 15. 3. 7・平 14 (行ケ) 433 号・公取委審決集 49 卷 624 頁
- 21) 審判審決：平 21. 9. 16・平 17 (判) 23、24 号・公取委審決集 56 卷 1-192, 1-240 頁
- 22) 高橋克美「水産庁発注の特定船舶用燃料油の入札参加業者による独占禁止法違反事件について」公正取引・602 号・73 頁、鈴木満「違反行為からの離脱」別冊ジュリスト No 199・『経済法判例審決百選』（2010）・63 頁

- 23) 鈴木・前掲注22)・62頁、土田和博「入札談合の離脱の要件と時期」ジュリスト・1284号137頁、このほかこれらに注記の文献等
- 24) 林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学・24巻2、3号279頁、佐伯仁志「犯罪の終了時期」研修・556号15頁、松原芳博「状態犯と継続犯」『刑法の争点』(2007)28頁、このほか刑法の各教科書の状態犯・継続犯の解説部分など
- 25) 継続をめぐる概念については、実行行為ではなく、構成要件的结果とするもの(高橋則夫『刑法総論』(2010)・109頁)、構成要件要素である結果の持続的な惹起とするもの(山口厚『刑法総論(第2版)』(2007)・48頁)など各種の見解がある。
- 26) 最近のものとしては、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学・54巻2号61頁などがある。
- 27) 豊田兼彦「共犯からの離脱」法学教室・359号28頁、監禁罪に係る立ち去りにについては、東京高裁：昭46.4.6・昭和46(う)221号は、「他の共犯者らによるそれ以上の監禁行為の継続を現実に阻止することもなく……ただ単身右犯行から離脱する旨の意思を表明し、これに対して他の共犯者らが特段の異議をととなえなかつたというだけでは、一連の監禁行為全体に対する責任を免れることはできない」としている。
- 28) 東京地裁：平12.7.4・平128(合)56号は、「(身代金を受け取ろうとして警察官に逮捕された後)、その説得に応じて捜査協力したことにより、自らの加功により本件各犯行に与えた影響を将来に向けて消去したものと評価できるから、その時点において、当初の共犯関係から離脱したものと認めるのが相当」としている
- 29) そうした作為義務が生じるという見方もある。井田良『講義刑法学・総論』(2008)・105頁
- 30) 東京高裁：平9・12・24・平9(の)1号・高刑50巻3号181頁。
- 31) 平23法74号の刑法改正により、96条の3から96条の6に変わっている。便宜のため、「新」を付した。
- 32) 前田雅英ら編『条解刑法(第2版)』(2007)・205頁 ほか
- 33) 前田・前掲注32)・275頁、鈴木茂嗣『刑法総論(第2版)』(2011)214頁 ほか

カルテル・入札談合に係る終了時期等について

- 34) 神山・前掲注9)・94頁
- 35) 井田・前掲注29)・504頁
- 36) ある犯罪についてその関与者となった以上、例外は「狭き門」ということであろうか。
- 37) 前田・前掲注32)・299-305頁
- 38) 換言すると、犯罪（全体）は継続するとしても、当初談合のメンバーが一人減って、少なくとも、その限りではあるが談合・共同行為に欠落が生じるということである。
- 39) 途中離脱・因果関係解消といっても、刑事的には、犯罪（全体）が継続するならば、離脱者なるものはそれを容認ないし黙認しているに等しく、特段の事情や行動がない限り、結局、共謀・共犯の加担の糸は切れないということかもしれない。確かに、一部実行・全部責任の法理に、安易に例外を持ち込むことは慎む必要はあろう。
- 40) 犯罪継続に対する影響の程度は事案によって異なるので、現に競争行動に出ているとは認められないとか（もちろん、影に回った協調行動が続いていれば離脱ではない）、影響はあるものの不十分といった評価もあり得る。
- 41) 前掲注16) 参照。刑事事案の判決では、罪となるべき事実として「……事業活動を相互に拘束することにより……競争を実質的に制限したものである」と判示しており、事案の概要で値上げの実現などの記載はあるが、遂行の文言はない。過去の価格カルテル刑事事案においても同様である。
- 42) 課徴金変更審決：平21.11.9・平21（納変）1～3号・公取委審決集56巻1-455頁