

Title	我が国独占禁止法における市場及び取引段階の異なる事業者が誘引する協調的行動の規制
Sub Title	Regulations of concerted conduct induced by an enterprise operating in different markets or different levels within the market under the Japanese Antimonopoly Act
Author	淵川, 和彦(Fuchikawa, Kazuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	2023
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.96, No.12 (2023. 12) ,p.303- 325
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	田村次朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20231228-0303

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

我が国独占禁止法における 市場及び取引段階の異なる事業者が誘引する 協調的行動の規制

渕 川 和 彦

- 1 はじめに
- 2 取引関係を有する事業者が誘引する共同行為
- 3 市場の異なる事業者が誘引する共同行為
- 4 市場及び取引段階の異なる事業者が誘引する共同行為規制の検討
- 5 おわりに

1 はじめに

価格協定・入札談合等の共同行為は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）上、原則として不当な取引制限により禁止される（独禁法三条）。不当な取引制限において、特定の違反行為が他の違反行為者との関係で主導的あるいは仲介者としての役割を果たすことがある。時として、価格協定・入札談合は、取引先事業者やコンサルティング会社等の市場及び取引段階の異なる事業者によって誘引され

ることがある。この場合、市場及び取引段階の異なる事業者が誘引する協調行動への規制には、市場及び取引段階の異なる事業者（以下、このような事業者をまとめて「誘引者」という。）を起点として、競争者間の水平的な合意が認定できるか否かがまず問題となる。

誘引者を起点とした水平的な合意が認定できる場合、誘引者に対して共同行為規制が及ぶかが問題となる。そして、誘引者を起点とした水平的な合意が仮に認定できない場合は、基点となった誘引者に対して単独行為として規制が及ぶかが問題となる。

このように、誘引者が協調行動において積極的あるいは主導的な役割を果たす場合には、水平的な協調行動の行為者と同様、誘引者も不当な取引制限の規制対象となり得る（以下、このような場合を「ケース①」という）。また、誘引者が仲介者としての役割を果たす場合に、共同行為の成立に果たす誘引者の役割が消極的あるいは副次的なものに留まるのであれば、不当な取引制限規制の名宛人から外れ、水平的な共同行為のみが規制対象となり得る（以下、このような場合を「ケース②」という）。また、誘引者が協調行動において主導的な役割を果たす場合に、協調行動を指示・命令するなど、一方的な拘束がある場合には、私的独占（あるいは不公正な取引方法）に該当し得る（以下、このような場合を「ケース③」という）。

上記「ケース①」について、不当な取引制限の規制対象となる「事業者」は、実質的な競争関係を含む「相互に競争関係にある独立の事業者」に限定されてきた（新聞販路協定事件（東京高判昭二八・三・九審決集 4 卷 145 頁）及び隠しシール談合事件（東京高判平五・二二・一四審決集四〇卷八九頁）。「相互拘束」要件においても、その拘束内容の共通性が一定程度求められてきたことから、誘引者が不当な取引制限の規制対象に含まれるか否かが問題となる。また、この「ケース①」は、通謀による私的独占として規制される可能性もある。私的独占では、規制対象となる「事業者」に関して不当な取引制限のような限定はなく、「通謀」、すなわち意思の連絡があれば足

りるものと解されている。これは、不当な取引制限の「共同して」の解釈と同様であり、私的独占と不当な取引制限の規制対象は重複し得る。その場合の両者の違いは、相互拘束要件の有無ということになる。但し、通謀による私的独占として規制する場合、私的独占の行為要件である「支配」行為（又は「排除」行為）が認められる必要がある。ここでいう、支配とは、「他の事業者についてその事業活動に関する意思決定を拘束し、自己の意思に従わせること」である。¹⁾違反行為者による「支配」行為が認定される場合、「支配」された側の事業者は、違反行為者によって、意思決定が拘束されていることから、「支配」された事業者は、通常、独占禁止法上の規制対象から外れてしまうこととなる。

この点、穀物の貯蔵施設工事が問題となった、福井県経済連事件（公取委排除措置命令平二七・一・二六審決集六一巻一四二頁）では、農協等から施主代行業務を受託していた福井県経済連が特定共乾施設工事の入札談合を主導していた行為が私的独占に該当し独禁法三条に違反するとされている（「ケース③」に相当）。他方、一連の穀物貯蔵施設工事の事件である北海道低温空調設備工事事件（公取委排除措置命令平二七・一・二〇審決集六一巻一四八頁、公取委課徴金納付命令平二七・一・二〇審決集六一巻一九三頁）では、農協等から施主代行業務を受託していたホクレンが受注予定者について「意向」を示すことがあり、入札談合を誘発していたが、施工業者間の入札談合の基本合意が不当な取引制限に該当し、独禁法三条に違反するとされている（「ケース②」に相当）。

我が国独禁法においては、市場が異なる事業者と水平的な関係にある競争事業者らとによる共同行為の場合には、両者の間には実質的な競争関係を含めて競争関係がないことになる。この場合、取引関係がある事業者を含む共同行為と比べて、誰を違反行為者とし、誰に対してエンフォースメント（排除措置命令・課徴金納付命令）を実施するべきかを判断することがより困難となる。そこで、市場及び取引段階が異なる事業者が誘引する協調的行動が、取引関係がある場合か、市場が異なる場合かを分類した上で、それぞれ「ケース①」「③」のどの場合に

該当するか検討し、特に「ケース①」の場合に着目して、どのように共同行為規制として規制するべきかを検討する。

「ケース①」の場合については、①不当な取引制限と私的独占の重疊適用を主張する重疊適用説、②不当な取引制限の共同遂行要件の解釈を用いる共同遂行説^③、そして、③不当な取引制限の相互拘束要件を事実上の拘束として緩和し、取引段階を異なる拘束をこれに含める見解である相互拘束要件緩和説^④という主要な三つの学説から、誘引者に対する共同行為規制の理論的な説明を試みる。

欧米競争法では、誘引者による共同行為については、「ハブ・アンド・スポーク型共同行為」、「ファシリテーター型共同行為」として規制されている。^⑤「ハブ・アンド・スポーク型共同行為」とは、取引先事業者を通じて競争者間で情報の交換を行い、水平的要素と垂直的要素を結び付ける、取引先事業者間の共同行為である。^⑥すなわち事業者が、競争者間で直接的に価格や数量等の情報を交換するのではなく、共通の顧客や供給者を通じて、間接的に情報交換を行い、協調行為を行うものである。車輪のごとく、ある事業者を軸として「ハブ」に相当、複数の取引先とそれぞれ合意を締結し「スポーク」に相当、取引先間で協調行動や合意が結ばれる「リム」すなわち、外輪に相当。^⑦

また、共同行為の当事者が事業活動を行う関連市場において消極的・受動的な活動しか行わない一方で、共同行為を助長する事業者のことを「ファシリテーター」と呼び、違反行為者として、関連市場において積極的に事業活動に従事している共同行為の当事者だけでなく、ファシリテーターを含めて規制を行うことを「ファシリテーター型共同行為」と呼ぶ。^⑧ハブ・アンド・スポーク型共同行為とファシリテーター型共同行為は概念上、相互排他的という訳ではなく、ハブ・アンド・スポーク型共同行為は、狭義のファシリテーター型共同行為と整理し得る。^⑨すなわち、ハブ・アンド・スポーク型共同行為は、「ケース①」に該当するものであり、広義のファシ

リテーター型共同行為は「ケース①～③」に当たるものである。そこで、我が国における異なる市場及び取引段階の事業者が誘引する協調的行動が「ケース①～③」のどの場合に当たり、特に、「ケース①」については、三つの学説のうちのどれの見解で根拠付けて考えるべきかを検討する。

本稿では、直接の取引関係を有する事業者あるいは直接の取引関係を持たない事業者が垂直的な合意を締結することにより、競争者間の水平的な合意を形成するものについて取り扱い、垂直的な合意による共同行為（いわゆる「縦のカルテル」）に関する問題はここでは取り扱わない。また、法人が異なる事業者間の合意の問題について取扱う。グループ会社は組織的な一体性が認められるところ、議論の明確化のため、グループ会社間の合意の問題はここでは取り扱わない。⁽¹⁰⁾

2 取引関係を有する事業者が誘引する共同行為

(1) 初期の判例変遷…取引段階毎の違反行為を認定した事例

取引関係を有する事業者が誘引する共同行為の初期の代表的な事例として、地域分割協定の独禁法旧4条（一定の取引分野における競争の実質的制限の要件がなく共同行為それ自体を規制する点を除けば、現行法2条6項の不当な取引制限と同様の規定）の該当性が問題となった新聞販路協定事件（東京高判昭二八・三・九審決集四卷一四五頁）がある。新聞販路協定事件では、「事業者とは……相互に競争関係にある独立の事業者と解するのを相当とする。……当事者の一方だけにその制限を課するような行為は、その事情によって私的独占又は不正な競争方法に当たる場合があるとしても、ここにいう共同行為には当てはまらない。……異種又は取引段階を異にする事業者を含む場合においても、これらの者のうち自己の事業活動の制限を共通に受ける者の間にのみ共同行為が成立する

ものといわなければならない」と述べている。また、「もし新聞発行本社が相手方たる販売店とその競争者たる他の販売店との間の競争廃止を望んで、この間に地域協定を結ぶことを条件とするならば、それ自体不正な競争方法として禁止さるべきものである……。しかし各販売店の地域が直接には販売店と発行本社との個別の契約によって定まるものであることは原告ら主張のとおりであるけれども、これを契機として各販売店間に暗黙に地域に関する協定が形成されるものと認めるべきである。」としている。

このように、新聞販路協定事件は、新聞販売店間の水平的な合意について共同行為の成立を認め、新聞発行本社と新聞販売店間の垂直的な合意については共同行為の成立を否定し、「ケース②」の問題として処理している。

次に、目隠しシール談合事件（東京高判平五・一二・一四審決集四〇巻八九頁）では、傍論として、新聞販路協定事件高裁判決のように「『事業者』を競争関係にある事業者限定して解釈すべきか疑問があり、少なくとも、ここにいう『事業者』を弁護人の主張するような意味における競争関係に限定して解釈するのは適当ではない。」と述べた上で、「実質的には競争関係にあったのであり、立場の相違があったとしてもここにいう『事業者』とくに差し支えない。『事業者』を同質的競争関係にある者に限るとか、取引段階を同じくする者であることが必要不可欠であるとする考えには賛成できない」と述べている。

裁判所は新聞販路協定事件を実質的に競争関係にある事業者間の水平的な合意の事例と捉え、「ケース②」の問題として処理している。しかし、関連市場において事業活動を行っていない事業者が水平的な合意としての入札談合に関与しており、「ケース①」の問題と整理することもできよう。

次に、パラマウントベッド事件（公取委勧告審決平一〇・三・三一審決集四四巻三六二頁）では、医療用ベッド業界最大手のパラマウントが、仕様書入札において、医療用ベッドに精通していない都立病院の入札事務担当者に対して、パラマウント社のみが適合する使用を含んだ仕様書を作成させた上で、同社の医療用ベッドのみが納入

できる仕様書入札を実現して、他の医療用ベッドの製造業者の事業活動を排除することにより、また、落札予定者及び落札予定価格を決定するとともに、当該落札予定者が当該落札予定価格で落札できるように入札に参加する販売業者に対して入札価格を指示し、当該価格で入札させて、これらの販売業者の事業活動を支配することにより、それぞれ、公共の利益に反して、財務局発注の特定医療用ベッドの取引分野における競争を実質的に制限しているものであって、これらは、独占禁止法第二条第五項に規定する私的独占に該当し、独占禁止法第三条の規定に違反するとした。

当該事件では、パラマウントベッドが取引関係にある販売業者の入札談合を主導していた。しかし、公取委は、パラマウントベッドによる販売業者への支配行為に着目し、事業活動に関する意思決定を拘束されたとする販売業者間の合意は認定しておらず、「ケース③」の問題として処理している。パラマウントベッドを基点として販売業者間の合意を認定できるのであれば、「ケース①」の問題として処理することができ、公取委は、パラマウントベッドからの指示・命令など一方向的な拘束を評価し、パラマウントベッドを違反行為者として規制すれば自由競争経済秩序が回復すると捉えていると解される。

(2) 取引段階を跨る合意が認定された事例

以上のように、これまで日本における市場及び取引段階が異なる事業者が誘引する協調行動については、取引段階の異なる事業者、あるいは競争者間の行為として「ケース②」あるいは「ケース③」の二者択一の処理がなされる傾向があることが分かる。しかしながら、本町化学工業事件では、これまでの二者択一の処理から一歩踏み出し、「ケース①」の問題として処理されている。

本町化学工業事件排除措置命令等取消請求事件（東京地判令四・九・一五）では、原告本町化学工業を含む活性

炭の販売業者一六社において、東日本地区に所在する地方公共団体が入札等の方法により発注する東日本地区の特定浄水場等向けの粉末活性炭又は粒状活性炭（以下「特定活性炭」という。）について、供給予定者を決定して原告を介して供給すること等の合意（以下「本件東日本合意」という。）をしたことが、不当な取引制限に該当し独禁法三条に違反するとされた。原告は、粉末活性炭又は粒状活性炭（以下、これらを併せて「活性炭」という。）の販売はしておらず、活性炭の卸売業者として、自社の名称等を付した活性炭を販売する事業者又は当該事業者の代理店から活性炭を仕入れ、これを販売する取引を行う事業者であった。

裁判所は、本件東日本合意及び本件近畿合意が、特定活性炭の入札等に係る市場及び特定粒状活性炭の入札等に係る市場（供給者から受注者までの商流を含む。）の相当部分において、事実上の拘束力をもって有効に機能し、その当事者である東日本一五社及び原告、近畿一〇社及び原告がその意思で落札者及び落札価格等がある程度自由により左右することができる状況をもたらし、本件東日本合意及び本件近畿合意は、独占禁止法二条六項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の要件を充足するとした。

本町化学工業事件では、活性炭の卸売業者である本町化学工業が製造業者と取引関係にある製造業者間の入札談合を誘引している。他方、本件東日本合意及び本件近畿合意において、卸売業者である原告と活性炭の製造業者とは実質的な競争関係はない。製造業者間で互いが直接に情報交換等のやり取りを行うと、独占禁止法違反その他コンプライアンス上の問題があることから、供給者となることが予定されていない原告を介して情報交換等のやり取りを行うこととし、原告に対する見返りとして原告をその商流に入れるという行為を行っていた。他方、原告も、上記事情に加え、その供給調整により供給予定者となった者が原告を介して活性炭を供給することを前提として、上記のような情報交換等のやり取りを行うなどしていた。以上から、裁判所は、原告自らが上記物件の供給者となることが予定されていないことをもって、合意の当事者となり得ないということではできないとして

いる。

このように、本町化学工業事件は、実質的な競争関係にない取引段階の異なる本町化学工業を違反行為者に含めている。不当な取引制限の規制対象となる事業者を実質的な競争関係を含む相互に競争関係にある独立の事業者に至るまで拡張した目隠しシール談合事件判決からさらに踏み込んだ判決であり、初めて司法判断としてハブ・アノド・スポーク型共同行為、すなわち「ケース①」の事例として規制したものとして評価できる。⁽¹⁾

3 市場の異なる事業者が誘引する共同行為

第二章では、取引関係のある事業者間において、特定の取引先事業者が関連市場における競争者間の協調行動を引き起こす場合の問題を取り扱ってきた。第三章では、異なる市場の事業者、つまり関連市場において直接的な事業活動を行っていない事業者が関連市場において協調行動を引き起こす場合の問題について取り扱う。

異なる市場における事業者が誘引した事例として、まず日本医療食協会事件公取委勧告審決（平成八年五月八日審決集四三卷二〇九頁）が挙げられる。日本医療食協会事件では、日本医療食協会（以下、「医療食協会」という。）及び日清医療食品は、六一年協定及び登録方針に従い、医療用食品の登録制度、製造工場認定制度及び販売業者認定制度を実施することによって、医療用食品を製造又は販売しようとする事業者の事業活動を排除するとともに医療用食品の製造業者の販売先並びに医療用食品の販売業者の仕入先、販売先、販売価格、販売地域及び販売活動を制限してこれらの事業者の事業活動を支配することにより、公共の利益に反して、我が国における医療用食品の取引分野における競争を実質的に制限していたものであって、これは、私的独占に該当し、独占禁止法の規定に違反するとした。

日本医療食協会事件は、異なる市場において事業活動を行う日本医療食協会による、医療用食品を巡る違反行為への関与が認められており、「ケース①」の問題として処理されている。他方、日清医療食品と六一年協定を締結したメデイカル・ナックスに関しては、支配された側の事業者として取り扱われており、独禁法違反は認定されていない。

次に、マリンホース事件（公取委排除措置命令平二〇・二・二〇審決集五四卷五一二頁）では、タンカーと石油備蓄基地施設等との間の送油に用いられるゴム製ホース（以下、「マリンホース」という。）の製造業者が、本店所在国を特定マリンホースの使用地とする場合には、使用地となる国に本店を置く者を受注予定者とし、複数の事業者がこれに該当する場合には、当該複数の事業者のうちのいずれかの者を受注予定者とし、それ以外の場合には、あらかじめ特定マリンホース（本店所在国を使用地とするものを除く。）のうち各社が受注すべきものの割合（以下「受注割合」という。）を定めた上、受注予定者の選定等の業務をコーデイナーと称する者（以下「コーデイナー」という。）に委任し、コーデイナーが選定する者を受注予定者とし、受注すべき価格は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者がその定めた価格で受注できるように協力する旨の合意が不当な取引制限に該当し、法3条に違反するとされた。

本件ではコーデイナーが国際的な価格協定及び地域分割協定の合意を調整していた事例であり、米国において、平成一九年五月二日、同国政府によりコーデイナー及び五社の営業担当者が逮捕された。但し、我が独禁法では、八社の違反行為が認定されているが、コーデイナーによる違反行為は認定されていない。また、特定マリンホースのうち、我が国に所在するマリンホースの需要者が発注するものの取引分野に限定することで、各国競争法が課徴金を重複して徴収することを避けていると思われる。その結果、課徴金減免制度を利用した横浜ゴムを除いて、特定マリンホースのうち我が国に所在するマリンホースの需要者が発注するものの取引分野に

において売上のあったブリジストンのみに二三八万円の課徴金納付が命じられている。

マリンホース事件は、異なる市場で事業活動を行うコーディネーターが共同行為を調整していた事例であり、本来は「ケース①」の事例として扱われるべき事例ではあるが、米国競争法（米国反トラスト法）に基づきコーディネーターが逮捕されていることもあり、我が国独占禁止法では、「ケース②」の事例として処理されたと解される。

続いて、郵便区分機審査決取消請求事件（差戻審）（東京高判平二〇・一二・一九審決集五五卷九七四頁）では、我が国において郵便区分機のほとんどすべてを製造する原告ら二社は、郵政省の担当官から情報提示をそれぞれ受け、情報提示を受けた区分機類については、自社に発注する意思を有していると認識して、担当官から情報提示を受けた者が入札に参加し、情報提示を受けなかった者は入札を辞退するという行為が相当以前から行われてきた。郵政省は、平成七年度は区分機類を一般競争入札により発注する見通しであることを明らかにしたが、原告らは一般競争入札の導入を疑問視する発言を行い、一般競争入札の中止の要請、郵政省による情報提示の継続を要請した。裁判所は、「遅くとも平成七年度の入札日である平成七年七月三日までにそれまでの指名競争入札当時と同様に『郵政省の調達事務担当官等から情報の提示のあった者のみが当該物件の入札に参加し、情報の提示のなかった者は当該物件の入札に参加しないことにより、郵政省の調達事務担当官等から情報の提示のあった者が受注できるようにする。』旨の少なくとも黙示的な意思の連絡があったものと認めることができる」と判示した。

郵便区分機事件では、郵便区分機の製造販売業者二社がそれぞれ郵政省の調達事務担当官から情報提示を受け、当該二社間の黙示的な意思の連絡（水平的な合意）を認定していると理解することができる。また、刑事事件ではあるが、入札談合の発注者側の責任について言及するものとして、防衛庁石油製品談合刑事事件（東京高裁判決平一六・三・二四審決集五〇卷九一五頁）がある。官製談合において、官公庁の職員は事業者とは解されないこと

から、関連市場において事業活動を行っていないため、ファシリテーターが共同行為を誘引するファシリテーター型の共同行為の構図をとることが多い⁽¹²⁾。但し、ファシリテーターが一人の場合で共同行為を調整する場合においては、関連市場における反競争効果という観点に着目すれば、垂直的な取引関係を基点として競争事業者間の水平的な合意を認定していくハブ・アンド・スポーク型共同行為と類似する⁽¹³⁾。しかし、ファシリテーター型の共同行為の場合については、仲介者役が不当な取引制限の違反行為に関して役割が消極的あるいは副次的なものに留まるのであれば、不当な取引制限規制の名宛人から外れ、水平的な共同行為のみが規制対象となる。郵便区分機事件については、官公庁の職員が入札談合行為等関与行為防止法で規制される余地はあるものの、仲介者役としての官公庁の職員は、不当な取引制限の違反行為に関して役割が消極的あるいは副次的なものに留まる事例であると考えられ、「ケース②」の事例であると整理することが出来る。

次に、福井県経済連事件（公取委排除措置命令平二七・一・一六審決集六一卷一四二頁）では、福井県経済連が、平成二三年九月頃以降、特定共乾施設工事について、施工主代行者として、工事の円滑な施工、管理料の確実な収受等を図るため、入札談合を主導していた。公取委は、福井県経済連が、特定共乾施設工事について、受注予定者を指定するとともに、受注予定者が受注できるように、入札参加者に入札すべき価格を指示し、当該価格で入札させることによって、これらの事業者の事業活動を支配することにより、公共の利益に反して、特定共乾施設工事の取引分野における競争を実質的に制限していたものであって、この行為は、独禁法二条五項に規定する私的独占に該当し、独禁法三条の規定に違反するとした。

福井県経済連事件では、公取委は、福井県経済連の要請に従わなければ施工業者らは、今後入札に参加できなくなるおそれがあったとして、福井県経済連による施工業者に対する支配を認定している。公取委が認定した事実に基づけば、直接の取引関係がない施工主代行者を行う福井県経済連による入札参加者に対する入札談合行為の要

請があり、福井県経済連による一方的な拘束がある場合と捉えることができ、「ケース③」の事例であると整理することができる。

これに対して、同じく農業関連施設の一連の事例である北海道低溫空調設備工事備事件（公取委排除措置命令平二七・二二〇審決集六一卷一四八頁）では、ナラサキ産業、北海道日立（以下、「三社」という。）は、建設業法に基づき国土交通大臣又は北海道知事から建設業の許可を受け、農協等が発注する低溫空調設備工事を請け負っていた。三菱電機冷熱プラント（以下、二社と併せて「三社」という。）も同様に、北海道支店において農協等が発注する低溫空調設備工事を請け負うものであったが、平成二六年三月三一日をもって、同支店の事業活動を取りやめている。また、ホクレン農業協同組合連合会（以下、「ホクレン」という。）は、農協等発注の特定低溫空調設備工事の大部分について、農協等から施主代行業務を受託していた。ホクレンは、農協等から施主代行業務を受託した者として、農協等に対し、候補選考と称して競争入札を実施し、その場合には、改めて競争入札等を実施しないことを提案していた。三社は、遅くとも平成二一年四月八日以降、農協等発注の特定低溫空調設備工事について、受注価格の低落防止等を図るため、入札談合を行い、三社は、農協等発注の特定低溫空調設備工事の大部分を受注していた。

公取委は、三社が、共同して、農協等発注の特定低溫空調設備工事について、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、公共の利益に反して、農協等発注の特定低溫空調設備工事の取引分野における競争を実質的に制限していたものであって、この行為は、独禁法二条六項に規定する不当な取引制限に該当し、独禁法三条の規定に違反するものであるとした。公取委は、ホクレンに対して、違反行為を誘発し、助長していたとして、同様の行為が再び行われないように適切な措置を講ずるよう申し入れている。

北海道低溫空調工事設備事件では、三社間に合意が認められ、三社の入札談合として不当な取引制限の違反が

認定されているが、三社に対して意向を示していたホクレンは違反行為者に含まれておらず、「ケース②」の事例として処理されている。しかし、本件では、直接の取引関係がない施主代行業務を行うホクレンにより、農協等の希望を踏まえ、受注予定者についての意向の表明があった。福井県経済連事件とは異なり、ホクレンが違反行為を誘発し、助長したものと認められている。本件入札談合行為の成立に寄与していたものとして、ホクレンも独禁法違反行為者に含め「ケース①」の事例として処理されるべきであったのではないかと考えられる⁽¹⁴⁾。

全日空制服事件（公取委排除措置命令・課徴金納付命令平三〇・七・一二審決集六五巻第二分冊四七頁）では、高島屋、名鉄百貨店、そごう・西武は、全日空に対し、本件全日空向け制服を販売し、伊藤忠、オンワード商事、そして名苑人以外の丸紅メイト（以下、「六社」という。）は、直接又は他の事業者を通じて、高島屋及びそごう・西武に対し、本件全日空向け制服の一部の品目を販売していた。六社は、本件全日空向け制服について、カテゴリーごとの受注予定者が受注できるようにしていた。このうち、オンワード商事は、全日空との間で「デザイナー選定に関するアドバイザリー業務等委託契約」を締結し、その際に、オンワード商事に対し、秘密保持義務を課していた。また、オンワード商事は、直接又は他の事業者を通じて、高島屋及びそごう・西武に対し、本件全日空向け制服の一部の品目を販売していた。オンワード商事は、六社のうち同社を除く者らに対して本件全日空向け制服の完成品見本等を事前に提供し、特に、カテゴリーごとの受注予定者には仕様書の基準に合致した品質の完成品見本等を事前に提供することにより受注予定者が受注できるようにしていた。公取委は、六社が、共同して、本件全日空向け制服について、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにする旨を合意することにより、公共の利益に反して、本件全日空向け制服の取引分野における競争を実質的に制限していたものであって、この行為は、独禁法二条六項に規定する不当な取引制限に該当し、独禁法三条に違反するとした。当該違反行為に関して、高島屋、そごう・西武、名鉄百貨店に対して課徴金納付命令が課されている。

公取委は、全日空と業務委託契約を締結するオンワード商事を含めて、競争事業者間の入札談合を一つの共同行為（ファシリテーター型共同行為）を不当な取引制限として規制し、「ケース①」の事例として処理している。オンワード商事は業務委託契約を締結する事業者であり、旧独禁法上、課徴金の算定が違反行為に係る当該商品又は役務の売上額（旧独禁法七条の二第一項一号及び二号）に限定されており、排除措置命令の対象にオンワード商事を含めることはできたが、課徴金納付命令の対象に含めることはできなかったと考えられる。その後、令和元年に課徴金の算定の基礎に新たに密接関連業務を含まれることとなり、また、手数料・報酬が課徴金額として徴取されることとなった（現独禁法独禁法七条の二第一項三号及び四号）。したがって、本事件は、現行法であれば、オンワード商事に対しても排除措置命令だけでなく、課徴金納付命令を課すことが出来たであろう。

4 市場及び取引段階の異なる事業者が誘引する共同行為規制の検討

（１）取引関係がある場合（ハブ・アンド・スポーク型共同行為）

取引段階が異なる事業者と協調行動を行う競争者らとの間に取引関係がある場合、垂直的な関係にある事業者が水平的な合意及び合意の実施行為を容易にしており、一般的に競争者間の水平的な合意の認定はさほど困難ではない。問題は、取引段階が異なる事業者が関連市場において違反行為に関与する場合に、水平的な合意に基づく違反行為に、垂直的な関係を有する事業者を含めることができるか否かが問題となる。

まず、重疊適用説は、私的独占に課徴金が課されていなかった時代に私的独占だけでなく、不当な取引制限の適用可能性を唱えていた見解である。排除型私的独占であれば、不当な取引制限と重疊適用は可能であるが、支配型私的独占の場合、支配が認定されれば事業活動に関する意思決定を拘束されていることから、支配された側

の事業者は独禁法違反行為者になり得ない。したがって、取引段階を跨った共同行為を規制する場合の法律構成として、私的独占は、基本的に妥当でないと解される。

次に、共同遂行説の場合、共同遂行を不当な取引制限の独立の要件として捉える場合には、規制対象が際限なく広がる可能性があり、過剰規制の懸念がある⁽¹⁵⁾。例えば、寡占市場において偶然の結果であっても同様の行為を「遂行」した場合に独禁法違反となるおそれがある。このため、事業者にとって不確実性が高まり、事業活動が萎縮する可能性がある。また、共同遂行を独立の要件とした場合、影響する論点は多岐に亘り、不確実性が高まることとなる⁽¹⁶⁾。

この点、東宝・新東宝審決取消請求事件（東京高判昭二八・一二・七高民集六卷一三号八六八頁）は、「相互拘束を伴わない共同遂行は、不当な取引制限に該当しない」と判示しており、相互拘束要件は不当な取引制限規制の本質的要件であるとされてきた⁽¹⁷⁾。その後、多摩談合（新井組）事件最高裁判決（最判平成二四・二・二〇民集六六卷二号七九六頁）では、「共同して……相互に」と言えるためには「意思の連絡」が必要であり、「事業活動の拘束」は事実上のもので足りると述べている。この多摩談合（新井組）事件最高裁判決は、取引段階を跨る合意が問題となった事例ではないが、相互拘束要件を緩和し、合意が市場の相当部分において事実上の拘束力をもって有効に機能している場合には、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の要件を充足するものとしている。そして、本町化学工業事件地裁判決は、この多摩談合（新井組）事件最高裁判決の規範を取引段階の異なる事業者が誘引する共同行為に拡張している⁽¹⁸⁾。相互拘束要件緩和説は、合意の範囲をもって、一般的・客観的に一定の取引分野と推定する規範を取引段階が異なる合意が成立する場合に拡張するものであり、規制対象も具体的に特定することができることから、妥当な見解であると言える。

以上のように、取引段階が異なる事業者が関連市場の競争事業者間の違反行為に積極的に関与する場合には、

「ケース①」の事例として、取引段階を跨る合意に基づいて市場の異なる事業者を含めて規制対象とすべきである（例えば、本町化学工業事件⁽¹⁹⁾）。他方、関連市場における競争事業者間の違反行為に消極的あるいは副次的な役割を果たすに過ぎない場合には、独禁法上は規制対象とならないこととなり得る（例えば、新聞販路協定事件、目隠しシール談合事件）。また、取引段階が異なる事業者が協調行動を指示・命令している場合には「ケース③」として、単独行為の問題として処理されることとなり得る。

（２）市場の異なる事業者の場合（ファシリテーター型共同行為）

市場の異なる事業者が共同行為に積極的あるいは消極的に関与する場合（ファシリテーター型共同行為）においても、「ケース①」については取引関係がある場合（ハブ・アンド・スポーク型共同行為）と同様の議論が可能であり（４（１）の議論を参照）、合意が市場の相当の範囲に及び、事実上の拘束がある場合には、相互拘束要件緩和説により規制可能である。相互拘束要件緩和説によれば適用範囲も明確であり、共同遂行説のように違反行為が無限定に広がるようなことはない。また、重畳適用説のように、私的独占の「支配」行為を受ける事業者が違反事業者足り得ないという問題も生じない。

したがって、関連市場の競争事業者間の違反行為に積極的に関与する場合には、「ケース①」の事例として、市場を跨る合意に基づいて市場の異なる事業者を含めて規制対象とすることができる（例えば、日本医療食協会事件、全日空事件）。他方、関連市場の競争事業者間の違反行為に対して、市場の異なる事業者が消極的あるいは副次的な役割を果たすに過ぎない場合には、「ケース②」の事例として、独禁法上は規制対象とならないこととなり得る（福井県経済連事件）。この場合、他の法律によって規制する余地は残されている（マリンホース事件、郵便区分機事件）。

市場の異なる事業者が介在する場合（ファシリテーター型共同行為）については、協調行動を誘引する事業者は、直接的な取引関係がなく、実質的な競争関係もないこととなる。このため、市場の異なる事業者と関連市場における競争事業者らとの市場を跨る合意を認定することは、直接的な取引関係がある場合と比べるとエンフォースメントに関して困難が伴い得る。これまで、異なる取引段階に存在する事業者のどちらが主導したかを重視し、主導した側の市場で事業活動を行う事業者を違反行為者として、私的独占又は不当な取引制限として法律構成する運用がなされてきた（例えば、福井県経済連事件、北海道低温空調設備事件）。

確かに、誰が違反行為者か、誰に対してエンフォースメントを課すべきかを検討する上で、誰が共同行為を主導したことを検討することは重要である。しかしながら、市場あるいは取引段階を跨る共同行為が行われている場合、共同行為を主導する市場に属する事業者に対して違反行為を認定する一方で、それ以外の市場に属する事業者の違反行為を認定しない場合、違反行為者とならない事業者も不当利得を得ている可能性が高い。

令和元年改正以前は、違反行為の売上げが課徴金の算定の基礎とされていたため、取引関係にない事業者は違反行為による売上げが存在しないことになり、課徴金を課することが出来なかった。しかし、令和元年独禁法改正において、密接関連業務が課徴金の算定の基礎に含まれることとなり、また、手数料、報酬等その他名目のいかんを問わず、金銭その他の財産上の利益を得ている場合には、その額を課徴金として徴収することができることとなった。

取引関係がある場合には密接関連業務が課徴金の算定の基礎に含まれる。したがって、市場の異なる事業者の場合（ハブ・アンド・スポーク型共同行為）に課徴金納付命令を課することができる。また、取引関係がない場合であっても、手数料、報酬等その他名目のいかんを問わず、金銭その他の財産上の利益を得ている場合には、その額を課徴金として徴収することができる。したがって、市場の異なる事業者の場合（ファシリテーター型共同行

為)についても課徴金納付命令を課することができる。

5 おわりに

初期の判例変遷において、新聞販路協定事件（東京高判昭二八・三・九審決集四卷一四五頁）では、不当な取引制限の対象となる「事業者とは……相互に競争関係にある独立の事業者と解するのを相当とする。」とし、目隠しシール談合事件（東京高判平五・一二・一四審決集四〇巻八九頁）では、競争関係について「実質的な競争関係」にある事業者も不当な取引制限に該当するとしている。初期の判例変遷では、取引段階毎の違反行為を認定してきた。しかし、近年、取引段階を跨る合意を認定する判決が現れている。

本稿では、我が国における誘引者（市場及び取引段階の異なる事業者）が誘引する協調的行動について、「ケース①～③」の場合分けを行い、「ケース①」に該当する場合には、重畳適用説、共同遂行説、相互拘束要件緩和説の三つの学説のうちどの見解により根拠付けて法解釈するべきかを検討した。

市場あるいは取引段階の異なる事業者のいずれの場合であっても、関連市場の競争事業者間の違反行為に積極的に関与する場合には、「ケース①」の事例として、市場あるいは取引段階を跨る合意に基づいてこれらの事業者を含めて規制対象とすべきであることを明らかにした。この場合、重畳適用説では、私的独占の「支配」の対象になればその対象事業者が独禁法の規制対象から外れてしまうこと、また、共同遂行説については、規制対象が際限なく広がり過剰規制の懸念があることを問題点として指摘した。そして、相互拘束要件緩和説が、従来の判例法理にも整合しており、合意の範囲をもって一般的・客観的に一定の取引分野を捉えることで適切に市場を画定することができ、またその範囲も具体的に特定できることを明らかにした。

この点、本町化学工業事件排除措置命令等取消請求事件（東京地判令四・九・一五）では、取引段階の異なる卸売業者が活性炭の製造業者の入札談合において主導的な役割を果たしたものととして、不当な取引制限の違反行為の対象となっている。目隠しシール談合事件からさらに踏み込み、相互拘束要件を緩和した多摩談合最高裁判決（平二四・二・二〇）の規範を取引段階を跨る共同行為まで拡張している点で評価することができる。また、全日空制服事件（公取委排除措置命令・課徴金納付命令平三〇・七・一二審決集六五卷第二分冊四七頁）は、市場の異なる事業者が百貨店間の全日空向け制服に関する入札談合を調整していたところ、当該事業者を含めた入札談合に関する合意を認定している。

取引関係がない事業者を含む共同行為の場合には、実質的な競争関係を含めて競争関係が認められないため、合意の実効力が及ぶかが問題となり得る。しかし、相互拘束要件緩和説を採用する本町化学工業事件排除措置命令等取消請求事件東京地裁判決に基づけば、合意が、市場の相当部分において、事実上の拘束力をもって有効に機能し、その当事者がその意思で落札者及び落札価格等のある程度自由に左右することができる状況をもたらすのであれば、当該合意は、独占禁止法二条六項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことになる。したがって、取引関係がない事業者であっても違反行為者とし、課徴金納付命令を課すことが可能である。

我が国独占禁法において、市場及び取引段階を跨る合意が締結されている場合には、合意の影響が及ぶ範囲をもって違反行為者及び一定の取引分野を画定し、エンフォースメントを課すことが望ましい⁽²⁰⁾。

(1) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』六六頁（有斐閣、第五版、二〇一五）参照。判決では、支配とは、「原則としてなんらかの意味において他の事業者に制約を加えその事業活動における自由なる決定を奪うことをいうもの」

としている（野田醬油事件（東京高判昭三三・二二・二五高民集一〇卷一二号七四三頁）。なお、支配に関する学説を整理する文献として、山部俊文「判批」ジュリ一四八一号七六頁（二〇一五）。

（2）重畳適用の可能性を指摘する文献として、沢田克己「判批」公正取引五五〇号三三三四頁（一九九六）、河谷清文「判批」経済法判例・審決百選（第一版）三三三頁（二〇一〇）、大久保直樹「不当な取引制限と事業者団体規制」日本経済法学会年報三八卷三八四頁（二〇一七）。

（3）正田彬「全訂独占禁止法Ⅰ」二二九―二四二頁（一九八〇）、齊藤高広「不当な取引制限の主体と行為要件の現代的意義」日本経済法学会年報三七号四八―五二頁（二〇一六）。

（4）多摩談合（新井組）事件最高裁判決平成二四・二二〇、拙稿「判批」ジュリ一五〇七号一二五頁（二〇一七）。

（5）欧米競争法では、ハブ・アンド・スポーク型共同行為、ファシリテーター型共同行為について、反競争的な合意を締結しているものであれば、取引段階の有無に関係なく、関連市場において合意を締結した当事者だけでなく、カルテルを機能するよう手助けした事業者も競争法上違反行為者となり得る。

（6）See Okeoghene Odudu, *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, 7 Eur. Competition J. 205, 207-209 (2011).

（7）ハブ・アンド・スポーク型共同行為規制については、拙稿「欧州競争法における取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の規制」慶應法学四二号三一九―三三六頁（二〇一九）、拙稿「米国反トラスト法におけるハブ・アンド・スポーク型協調行動規制―共謀と累積的反競争効果の評価の関係性を中心として―」舟田先生古稀祝賀『経済法の現代的課題』一五五―一七四頁（有斐閣、二〇一七）を参照されたい。

（8）拙稿「欧州競争法における取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の規制」慶應法学四二号三一九―三三六頁（二〇一九）を参照されたい。

（9）EU競争法におけるファシリテーター型共同行為として、AC-Treuhand II 事件（Case C-194/14 P AC-Treuhand AG v Commission (AC-Treuhand II) [2015] 5 CMLR 26）、Euras 事件（Case C 74/14 Euras UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (ECJ-Euras) [2016] ECLUEJ:C:2016:42）が挙げられる。Euras 事件については、Euras は複数の旅行代理店との間において、オンライン旅行予約システムを提供してお

- り、両者間で直接の取引関係があったわけではない。しかし、論者によつては、EU 競争法におけるハブ・アンド・スポーク型共同行為の例として、紹介されることがある。例えば、Euras の異なる市場あるいは関連市場において事業を行っていない事業者が旅行代理店間の協調行為を組織するものと捉えて Euras 事件をハブ・アンド・スポーク型共同行為の事件と捉える論者もいれば (Ariel EZRACHI, EU COMPETITION LAW 198-199 (2021); DAVID BAILEY AND LAURA ELIZABETH JOHN EDS, *BELLAMY & CHILD: EUROPEAN UNION LAW OF COMPETITION* 413 (8th ed. 2018))、当該事件をファシリテーター型共同行為として紹介する論者もいる (RICHARD WHISH AND DAVID BAILEY, *COMPETITION LAW* 544 (10th ed. 2021)). IOANNIS LIANOS, VALENTINE KORAH AND PAOLO SICILIANI, *COMPETITION LAW* 404-410 (2019)). このようにハブ・アンド・スポーク型共同行為とファシリテーター型共同行為との関係は相互排他的ではなく、狭義のファシリテーター型共同行為がハブ・アンド・スポーク型共同行為であると整理することができる。
- (10) グループ会社間の合意が問題となった例として、沖縄県等アルミサッシ事件 (公取委勧告審決平一・五・一八審決集四六卷二三四頁)、富士電線工業株式会社事件 (公取委審判審決平二七・五・二二審決集六二二卷一頁)。
- (11) 土佐和夫「判批」公正取引八七一号五九六〇頁 (二〇二三) に同旨。
- (12) 官製談合において、入札談合等関与行為を行った官公庁の職員は、入札談合等関与行為防止法によつて規制されることとなる (職員に対する損害賠償請求 (同法四条)、職員に係る懲戒事由の調査 (同法六条))。また、公契約関係競売等妨害罪で有罪となった場合、三年以下の懲役もしくは二五〇万円以下の罰金、またはこれらの両方が科せられる (刑法九六条の六)。
- (13) 郵便区分機事件をハブ・アンド・スポーク型共同行為として整理する見解もある。See Steven Van Uytsel, *Algorithmic Hub-and-Spoke Cartels: Japanese Perspective in The Digital Economy and Competition Law in Asia* 193-219 (Steven Van Uytsel ed. 2021)。
- (14) 拙稿「判批」ジュリスト一五〇七号一二四一二六頁 (二〇一七)。
- (15) 共同遂行説の論者自身もこの懸念を指摘している。齊藤・前掲注(3)五一頁。
- (16) 本件のような寡占的協調行為の問題だけでなく、例えば、再販売価格維持行為や共同出資会社等の問題に派生することになる。

(17) 今村成和『独占禁止法』七八頁(有斐閣、新版、一九七八) 参照。

(18) また、流通・取引慣行ガイドラインは、「事業活動の拘束は、その内容が行為者(例えば、製造業者と販売業者)すべてに同一である必要はなく、行為者のそれぞれの事業活動を制約するものであって、特定の事業者を排除する等共通の目的の達成に向けられたものであれば足りる」としている(流通・取引慣行ガイドライン第二部第二3(1))。流通・取引慣行ガイドラインは、行為者それぞれの事業活動を制約する共通の目的が認められる場合に相互拘束要件を拡張し、相互拘束要件の立証を緩和している点で、相互拘束要件緩和説と軌を一にする。

(19) 新聞販路協定事件において裁判所は新聞発行本社による新聞販売店との個別の契約が新聞販路店間の地域分割協定の契機となったに過ぎないとしている。しかしながら、新聞発行本社が実際に地域分割協定にどの程度積極的に関与していたのかについては明らかにされていない。

(20) この点、欧米競争法は、ハブ・アンド・スポーク型共同行為、ファシリテーター型共同行為について、反競争的な合意を締結しているものであれば、取引段階の有無に関係なく、関連市場において合意を締結した当事者だけでなく、カルテルを機能するよう手助けした事業者も競争法上違反行為者となり得る。EU競争法におけるファシリテーター型共同行為として、AC-Treuhand II 事件 (Case C-194/14 P AC-Treuhand AG v Commission (AC-Treuhand II) [2015] 5 CMLR 26.)、Euras 事件 (Case C 74/14 Euras UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (ECJ-Euras) [2016] ECLI:EU:C:2016:42.) が挙げられる。また、米国反トラスト法におけるハブ・アンド・スポーク型共同行為については、シャーマン法1条において当然違法の原則が適用され厳しく規制されることとなる (See e.g., Toys 'R' Us, Inc. v. F.T.C., 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000))。