HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	複数事業者が弊害発生に関与する私的独占と課徴金
Author(s)	中川, 晶比兒
Citation	北大法学論集, 63(2), 208[149]-179[178]
Issue Date	2012-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49789
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-2_007.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

複数事業者が弊害発生に関与する私的独占と課徴金

中　川　晶比兒

目　次

1．はじめに
　問題の所在
　本稿の射程
　平成21年改正後の課徴金対象類型の整理
2．複数事業者の範囲
　内部関係と違反行為への寄与
　平成21年改正後の支配型私的独占の射程
3．３つの事件の検討
　分析の前提
　有線ブロードネットワークス
　ロックマン
　パラマウントベッド
4．おわりに

1．はじめに[1]

【問題の所在】

平成21年の独占禁止法（以下、「独禁法」という。）改正により、従前課徴金

[1] 本稿の前提となった原稿については、荒井弘毅、大木良子、岡本直樹、菅野貴樹、岸井大太郎、楠茂樹、寺川祐一、稗貫俊文、和田健夫（五十音順、敬称略）の各氏に有益なコメント及び批判をいただいたことに感謝したい。

対象となってきた不当な取引制限に加えて、私的独占の大半（購入による独占の場合を除く）及び不公正な取引方法の一部にも課徴金が課されることとなった。[2]

これにより、ある行為が不公正な取引方法にも私的独占にも該当しそうな場合に、不公正な取引方法の禁止規定（独禁法19条。以下、条項のみを記す。）よりも立証のハードルの高い私的独占の禁止規定（３条前段）を適用することの実益が現実のものとなった。しかしながらこれまでの私的独占事件の多くは、支配型私的独占に課徴金制度が導入された平成17年改正（平成18年１月４日施行）よりも前のものである。平成17年改正法施行後の私的独占事件で終局判断がなされたのは、ニプロ、NTT 東日本事件くらいだが、いずれも単独事業者による私的独占事件であり、課徴金事例ではない。

現在のように課徴金規定を持つ私的独占規制を学ぶ者が、これら過去の私的独占の先例の価値を検討する場合には、これらの事件をめぐる過去の議論が、「現行規定の下で」どのように変わってくるかを明らかにしておかなければならない。本稿は課徴金に関する法改正を踏まえて、私的独占事件における従来の議論をアップデートするものである。本稿が平成21年改正だけでなく平成17年改正にも言及しているのは、支配型私的独占の課徴金及び不当な取引制限の課徴金減免制度等がこの改正で導入されているからである。後に検討するように、これらの改正は、複数の事業者が関与する私的独占事件において、いずれも考慮すべき論点となりうる。

なお本稿は、平成21年改正の意義を評価することを直接の目的とするものではなく、その前提作業にとどまる。そもそも「平成21年改正後の規定そのものがおかしい」と考える独禁法研究者は少なくないようであるが、本稿はそのようなスタンスは取らず、あくまでも現行規定を所与として、課徴金規定の改正によって私的独占の禁止規定の解釈運用がどのように影響を受けるかを論じる

[2] 立法経過及びこれまでの法運用との関係からみた紹介として、白石忠志「不公正な取引方法に係る課徴金の導入と定義規定の改正」ジュリ1385号34頁（2009年）を参照。また主に単独事業者による違反行為に重点が置かれた詳細な検討として、川合弘造ほか「座談会　課徴金導入後の私的独占・不公正な取引方法」L&T46号４頁（2010年）を参照。

（ただし改正後の規定に欠陥があることは後述する）[3]。本稿での検討を前提としたうえで、実務での運用がどのように変わるか、また事業者がどのように行動を変えるかを見なければ、平成21年改正の評価としては完結しない。

【本稿の射程】

本稿が検討課題とするのは、私的独占行為が複数の事業者の関与を通じて反競争効果をもたらす場合に限定する。言い換えれば私的独占による弊害発生に複数事業者が関与する場合であり、単独支配者による支配型私的独占の一部も含む。その場合に、誰が違反行為者となり、誰にどれだけの課徴金が課されるかを焦点とする。従って、単独の違反行為者による排除型私的独占については本稿で取り上げない。

もちろん、単独の違反行為者による私的独占にも不公正な取引方法との関係で課徴金算定の問題点はある。例えば、単独事業者による継続的な不当廉売や継続的な差別的対価供給は、私的独占または不公正な取引方法（課徴金との関係では前者が優先する。20条の３ただし書、20条の４ただし書[4]を参照。）として課徴金対象となる。不公正な取引方法にかかる課徴金規定を適用する場合には、課徴金対象の売上額を定めた「当該行為において当該事業者が供給した…商品又は役務の…売上額」（20条の３、20条の４）[5]は、優越的地位の濫用にかかる「当該行為の相手方との間における…売上額（…購入額）」（20条の６）[6]と

[3] 現行法規定がおかしいか否かは、平成21年改正以前の法に対する評価と連続性を持ちうる（その延長線上にもある）から、平成21年改正それ自体のインパクトを取り出すのは厳密には困難である。筆者自身は、多数の研究者と比べれば、今回の法改正に対してさほど強い抵抗を感じていない方に分類されるだろうが、本稿とてニュートラルな分析をしているとはいえない。

[4] なおこれらのただし書における「第七条の二第一項」には、20条の２ただし書にあるように、読み替え準用を含む。

[5] 不当廉売に対する課徴金納付命令が差別対価に対するそれに優先する。

[6] 20条の６の括弧書きでは、「当該行為の相手方が複数ある場合は当該行為のそれぞれの相手方との間における…売上額又は購入額の合計額」を算定基礎とすることが明記されている。例えば山陽マルナカに対する課徴金納付命令（平成23年６月22日）では、違反行為の相手方165社からの購入額が算定されている。

同義のようである[7]から、そのような限定のない私的独占による課徴金の算定基礎（売上額）よりも小さくなりそうであるが、この点について明示的に判断を示した審判決はまだない。[8]また、ある行為をどのような行為類型と位置づけるかという性格決定の問題は課徴金算定にも影響する。例えば、忠誠リベートを排他的取引と見るならば私的独占規定を適用しない限り課徴金を課すことができないが、不当廉売の一種と見るならば不公正な取引方法の規定を適用して課徴金を課すことが可能となる（わが国の公正取引委員会の立場は前者である[9]）。優越的地位の濫用を除き、不公正な取引方法ならば２回目の違反行為でなければ課徴金が課されないため、どちらがより厳しい制裁を伴うかは個別事案に左右されるが、性格決定の帰結は大きく異なりうる。

複数事業者の関与によって反競争効果をもたらす私的独占は、排除行為すなわち「他の事業者の事業活動を排除」することによって行われる場合も、支配

---

[7] 藤井宣明・稲熊克紀編著『逐条解説　平成21年改正独占禁止法―課徴金制度の拡充と企業結合規制の見直し等の解説』（商事法務、2009年）（以下、藤井・稲熊『平成21年解説書』という。）では「廉売の対象となった売上額」（86-87頁）「差別的な価格を設定された商品等の売上額」（85頁）が課徴金算定の基礎になるとされており、廉売価格で販売されていない売上額を除外する図が描かれている。

なお、差別対価が買い手段階の競争に弊害を与える場合の売上額については運用に耐えうるだけの議論の蓄積がない。そもそも課徴金対象とすべきかについて、白石忠志『独占禁止法第２版』176頁（有斐閣、2009年）（以下、白石『独占禁止法』という。）及び川濵昇ほか『ベーシック経済法第３版』193頁（有斐閣、2010年）（泉水文雄）の批判がある。

[8] 同じことは再販売価格維持に対して私的独占規定を適用する余地がある場合にも問題となる。２条９項４号は商品の再販売という制約がある（白石・前掲注２論文40頁）が、それによる射程の限定に対しては、支配型私的独占で対応することになろう。当然ながら、より根本的な対応は法改正を要する。岸井大太郎「独占禁止法における課徴金制度の展開と構造」刑事法ジャーナル25巻32頁（2010年）。

[9]「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」第２の３（４）ウ参照。日米欧の詳しい比較法分析として、袁杰「市場支配的事業者による忠誠リベートの供与行為の独占禁止法上の判断基準 ―形式主義(form based approach)と市場レベルの効果重視主義(effect based approach)の取捨選択」（北海道大学大学院提出修士論文、2011年）を参照。

行為すなわち「他の事業者の事業活動を…支配すること」により行われる場合もある。支配行為による私的独占事件においては、多数の事業者が違反者よりもむしろ被支配事業者として登場する場合があるため、本稿ではその場合に反競争効果の発生行為に関与する被支配事業者が課徴金納付命令の名宛人となる可能性も検討する。本稿の検討対象を具体的に明らかにするため、次節では現行法において、課徴金賦課という観点から私的独占と不公正な取引方法にかかる規定の適用関係を(単独の違反事業者による場合も含めて)簡単に整理する。

【平成21年改正後の課徴金対象類型の整理】

私的独占または不公正な取引方法によって（少なくとも理論的には）課徴金を課すことのできる行為類型を、以下のように分類する（本稿で取り上げる事案は太字の事件であり、当該事件の処理としては複数の事業者を違反者とはしなかった事件も含む)。この分類は、私的独占と不公正な取引方法にかかる規定の適用関係を俯瞰するという目的に従った１つの分類にすぎず、具体的事件については「当時の」法適用に基づいて分類したものであって、しかも事件の全ての側面を反映しているわけではない点に注意されたい。

（１）不公正な取引方法でも私的独占でも課徴金が課されうる類型

①継続的な不当廉売（２条９項３号)、継続的な差別対価供給（２条９項２号）

（例）**有線ブロード**[10]

②競争者との共同の供給拒絶（２条９項１号）

（例）パチンコプール[11]（私的独占）

（例）**ロックマン**[12]、新潟市タクシー共通乗車券[13]（不公正な取引方法）

③再販売価格維持（２条９項４号)[14]

---

[10] (株)有線ブロードネットワークスほか１名に対する件・勧告審決平成16年10月13日審決集51巻518頁、東京地判平成20年12月10日判時2035号70頁。

[11] 三共ほか10名に対する件・勧告審決平成９年８月６日審決集44巻238頁。

[12] (株)植村開発ほか16名及び(株)ワキタに対する件・勧告審決平成12年10月31日審決集47巻317頁。

[13] 都タクシー(株)ほか19社に対する件・排除措置命令平成19年６月25日審決集54巻485頁。

[14] 課徴金との関係では野田醤油事件のように、競争者に対する支配という構成

（２）私的独占でのみ課徴金が課されうる類型

④支配行為にしか該当しない行為

（例）**パラマウントベッド**[15]（販売業者に対する支配行為のみ取り上げる）

⑤排他的取引、抱き合わせ、拘束条件付取引

（例）雪印乳業（農林中金）[16]

⑥差別的取扱い（競争者との共同の購入拒絶、単独の取引拒絶、その他の差別対価等）

⑦その他の不当廉売、不当高価格購入

⑧取引妨害

⑨非典型な排除行為（不公正な取引方法に該当しないもの）

（例）日本医療食品協会[17]

（３）不公正な取引方法でのみ課徴金を課される類型

⑩優越的地位の濫用（２条９項５号）

以上の暫定的な分類について、いくつかの注意が必要である。

まず公取委実務との関係では、２つの点に留意する必要がある。

第一に、上記（１）①はいずれも廉売を規制対象とするが、不当廉売と差別対価で違法性判断基準は異なる。公取委が公表している「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（以下、「排除型私的独占ガイド」という。）では、排除行為として４つの典型的行為類型を挙げているが、継続的差別的低価格供給は典型的行為類型と考えられていない[18]。「不当廉売に関する独占禁止法上の考

を取る実益はなく（競争者に対する売上額がないから）、自らの流通業者に対する支配だけ捉えれば足りる。より慎重な分析として、根岸哲編『注釈独占禁止法』60頁（有斐閣、2009年）（川濵昇）（以下、根岸編『注釈』という。）。前出注８も参照。

[15] パラマウントベッド(株)に対する件・勧告審決平成10年３月31日審決集44巻362頁。

[16] 雪印乳業ほか３名に対する件・審判審決昭和31年７月28日審決集８巻12頁。

[17] (財)日本医療食協会ほか１名に対する件・勧告審決平成８年５月８日審決集43巻209頁。

[18] 有線ブロード事件は一般に差別対価による私的独占の事件として分類されているが、排除型私的独占ガイドでは４つの類型に当てはまらないものとして脚

え方」[19]（以下、「不当廉売ガイド」という。）の５（１）イ（イ）では、「差別対価等」を論じているが、そこでは２条９項２号も一般指定３項も区別することなくまとめて論じられており、公正競争阻害性を判断する際に勘案する要因として「供給に要する費用と価格との関係」に言及するが、これは総販売原価のことであり、排除型私的独占ガイドで使われる「商品を供給しなければ発生しない費用」とは異なる概念である。むしろ不当廉売ガイドで示された考慮要因からすると、日本瓦斯事件（東京高判平成17年５月31日審決集52巻818頁）における「自らと同等あるいはそれ以上に効率的な事業者」基準で足りると考えているようにも読める[20]。

第二に、上記（１）の場合には、不公正な取引方法と私的独占のいずれの禁止規定を適用するのかが、（２度目の違反行為でなくても）悩ましい問題としてつきまとう。自由競争減殺型の公正競争阻害性と競争の実質的制限の違い、不公正な取引方法における市場画定の厳密さの程度といった、曖昧なまま残されてきた論点[21]が、争訟の場で議論されることは必至であろう。

最後に、不公正な取引方法にかかる課徴金は私的独占にかかる課徴金に劣後する。すなわち、独禁法20条の２から20条の５のただし書では、第７条の２第

注３に挙げられている。

[19] 同考え方は特殊な用語・用法を十分な定義や正当化なくちりばめた、自己完結的でない「ガイドライン」であり、初見では理解不可能である。「我々（公取委）だけ知っておればよい」という公取委中心主義の典型といってもよい。良心的な解説として池田卓郎・伊地知淳「解説」NBL924号22頁（2010年）を参照。

[20] 「『不当廉売に関する独占禁止法上の考え方』改定案等に対する意見の概要とこれに対する考え方」24頁80番の「考え方」には同高裁判決を踏まえた運用をするとの言及がある。

[21] さしあたり、白石『独占禁止法』13-15頁、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636号34頁（2003年）を参照。最近の例としてはマイクロソフト事件が記憶に新しい。マイクロソフトコーポレーションに対する件・審判審決平成20年９月16日審決集55巻380頁。これらの要件について独禁法関係者の間で漠然と通念となっているものを明示したものとして、栗田誠「私的独占規制の理論と実務」経済法学会年報28号（通巻50号）80-81頁を参照。実務の取扱いはそこで書かれたような「単純化した整理」「によってしか説明できない」とされるが、これよりも明快な説明を展開する研究者の議論を残念ながら筆者は見たことがない。

１項（同条第２項において準用する場合を含む）または第７条の２第４項による課徴金納付命令がある場合には不公正な取引方法にかかる課徴金納付を命じることができないと定めている。課徴金額は私的独占の方が高いと想定されるからである。

本稿では上記具体例のうち、複数の規定（私的独占と不公正な取引方法、または私的独占と不当な取引制限）によって課徴金賦課がありうる上記３件の事例を素材として、複数の違反事業者に対する課徴金賦課の可能性を検討する。

２．複数事業者の範囲

【内部関係と違反行為への寄与】

本稿が課題とする私的独占事件における複数事業者とは、「狭義」には、「他の事業者と結合し、若しくは通謀し」て排除行為または支配行為を行っている違反者のことであって、私的独占の禁止規定を適用することで違反事業者が複数存在する場合である（私的独占禁止規定に閉じた複数違反者）。他方、平成21年改正は私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法、の３種の禁止規定の関係を変容させるものであるから、私的独占の禁止規定だけでなく、課徴金規定を持つ他の禁止規定（不当な取引制限、不公正な取引方法の禁止規定）を適用（前者の場合には同時適用）することによって、複数の事業者が排除措置命令及び課徴金納付命令の名宛人となる場合も「広義」には含み、このような現象は３つの事件を議論する中で検討する。ただし本節では私的独占規定のみを念頭に置いて、「狭義」の複数事業者（私的独占行為に関与する複数事業者）に限定した議論を行う。

独禁法２条５項にいう「結合」とは、合併、事業譲受け、株式保有（例としてパチンコプール事件）、役員兼任等の企業結合による場合であり、「通謀」とは複数事業者が相互に企業組織上の独立性を維持しつつ契約等によって一時的に結合するものであって、意思の連絡があることで足りるとされる[22]。有線ブ

[22] 今村成和ほか編『注解経済法〔上〕』49頁（青林書院、1985年）（根岸哲）（以下、今村ほか編『注解』という。）、厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』40頁（向田直範）（弘文堂、1997年）、根岸編『注釈』35-36頁（川濵昇）。立法当時の資料によると、結合は combination、通謀は conspiracy と訳されているが、方法を問わないこ

ロード事件では被審人２社には顧客獲得の営業活動に関して業務提携関係があり、通謀による排除行為があったとされている[23]。また、丸佐生糸事件では埼玉銀行とその実質100％子会社の状態であった丸佐生糸の両社が違反事業者とされた。[24]これまでの審決例では、法令の適用において、「結合及び通謀」の両方があるとされた事件（パチンコプール事件）もあれば、結合・通謀のいずれの文言についても審決文のどこにも記載がない事件（日本医療食事件）もある。[25]結合または通謀のいずれに該当するかは法的結論を左右しないから実益がないことは言うまでもない。

私的独占における（狭義の）複数の違反事業者は、不当な取引制限とは異なり、競争関係になければならないとする先例自体が存在しない[26]。また、事業者以外の者との通謀は、２条５項の文言上（「単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し」）ありえない。もっとも、非事業者を通謀相手として違反者

との具体例として入れられたにすぎないようである。当時から、他の事業者は競争者でなくてよいとされていた。西村暢史・泉水文雄「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆」46-47頁（2006年、競争政策研究センター共同研究報告書）参照。

[23] 審決集51巻524頁。業務提携関係にある事業者による不当廉売ないし差別対価が問題となった事件としては、このほかにもトーカイ事件（東京高判平成17年４月27日審決集52巻789頁。トータルが顧客開拓の業務提携を行った）、中部読売新聞社事件（東京高決昭和50年４月30日高民集28巻２号174頁）がある。

[24] 株式会社埼玉銀行外17名に対する件・同意審決昭和25年７月13日審決集２巻74頁。同審決については埼玉銀行単独での違反行為と見るべきとする批判がある。木元錦哉「解説」『独禁法審決・判例百選』９頁（1970年）、根岸哲「親子会社関係をめぐる独禁法適用上の問題」ジュリ685号56頁（1979年）（同『独占禁止法の基本問題』183頁（有斐閣、1990年））。しかし「別個の法人格を有する場合であれば、それぞれに排除措置をとるのが適切な場合もある」（根岸編『注釈』36頁（川濵昇））し、課徴金（売上額の所在）を考えれば違反行為の名宛人を先見的に狭めるのはエンフォースメントの効果を損なうことになりかねない。

[25] なお雪印乳業事件では違反乳業２社は「共同して」、違反者とされなかった金融２社とは「通謀し」とされており、法文とは用語法が異なる。

[26] 今村ほか編『注解』49頁（根岸哲）。通謀による支配として例えば、支配的シェアを占めるメーカーによる再販を、特定の流通業者が要請した場合が考えられる。

にする必要がないかどうかは慎重な検討が必要かもしれない。[27]

上記の内部関係と関連性を持つのが、複数事業者の違反行為への寄与である。すなわち、違反行為をどの程度分担していれば、違反者（排除措置命令及び課徴金納付命令の名宛人[28]）になるのか、という問題である。理論的には以下の可能性が考えられる。

①複数の事業者各自が、単独でも行為要件及び弊害要件[29]を満たす場合。

②複数の事業者（全員）の分担行為が合わさって初めて行為要件及び弊害要件を満たす場合。[30]

（例）雪印乳業（農林中金）、パチンコプール

③複数の事業者のうち一部の者の行為は、行為要件及び弊害要件充足に必要不可欠ではないが、行為の実効性ないし弊害を強化することに貢献する場合。

④謀議に加わった程度であって、実質的な行為はほとんど行っていない場合。

（例）丸佐生糸[31]

---

[27] 労働者との通謀は、排除行為において理論的にありえて、かつそれは消費者にとって弊害をもたらしうるから、労働者を通謀相手として独禁法を適用する可能性を否定できず、その場合に労務供給を事業活動と呼べるかどうかがまず検討されることになろう。

[28] 課徴金納付命令には裁量がないから、売上額がある限り、排除措置命令の名宛人と同一事業者が名宛人となる。私的独占及び不公正な取引方法にかかる課徴金には減免制度がない。ただし企業グループ問題を考慮に入れると変わってくることにつき、後出注33も参照。

[29]「市場効果要件」といった言葉の方が普及しているが、初心者には効果なのか要件なのか紛らわしいため、白石教授の用語法にならった。

[30] この場合、行為要件と弊害要件の充足性を判断する過程で、被疑違反者全員の行為をひとまとめにして評価する作業が行われることになろう。意思の連絡を要件としない類型の（単独事業者による違反行為を想定している書きぶりの）不公正な取引方法でも、複数事業者による違反行為が認定された事案がある。先駆的業績によれば、これらは「同業者が集団的に実行してはじめて実効性が確保でき」た場合とされる。厚谷襄兒「集団的不公正な取引方法について」北大法学論集43巻４号504-509、526頁（1992年）（同『独占禁止法論集』162-167、183頁（有斐閣、1999年））参照。

[31] 同意審決に挙がっている丸佐生糸の行為は、「自己の本店に前記被審人埼玉

これらのうち違反者とするか否かの問題を提起しうるのが②～④である。②と③は区別が困難であり、大多数の事例はこのいずれかに属すると考えられる。しかし、④でも違反者にできるならばその区別を議論する必要はない。

関与行為が多種多様であり、それに応じて課徴金の対象となる売上額の所在も多様となりうることを考えると、④の場合でも違反者から先見的に外すことには慎重にならざるをえない。[32]これは積極的に全ての関与者を寄与度を問わず課徴金納付命令の対象者にすべきという理由付けではなく、行為の寄与度が同じでも売上額の所在は事案によって変動しうるから、場合分けして事案のパターンを網羅することなく寄与度だけで違反者の範囲を狭める解釈をすることは妥当でないという立場である。

なお不当な取引制限においては、類似の問題が、同一企業グループ内の誰を違反者とするかという問題として議論されてきた。[33] 1つの単位の事業活動が、同一企業グループ内の複数企業によって分担されている場合には、グループ企

銀行の支店長等を招き協力方を懇請し」たことにすぎない。

[32] たとえば松下満雄「排除型私的独占及び特定の不公正取引方法への課徴金の賦課」公正取引713号4頁（2010年）図5の挙げる抱き合わせ事例では、部品等供給者との通謀と構成する必要があろう。

栗田誠「平成21年改正独占禁止法における課徴金制度の問題点～課徴金対象行為類型の拡大を中心に～」千葉大学法学論集26巻1・2号283-284、291-292、295頁（2011年）はこの問題に対してむしろ、裁量性のある課徴金制度にすることによって対処すべきとする。

筆者は当初、刑罰法規でもある2条5項にいう「通謀」が意思の連絡で足り、これは刑法上の共同正犯の要件である共同実行の意思と同じものであると考えられる（刑法の文脈においても共同実行の意思の認定が客観化されてきていることを示す例として、最二小判平成21年10月19日判時2063号155頁参照）ことから、通謀者であっても一部実行の全部責任を負うと解釈できると考えていた。刑罰を科す場合よりも行為要件を加重する理由が見当たらないからである。しかし私的独占事件で刑罰を科された事件がないことからすれば、この理由付けは限定されるかもしれない。

[33] 白石忠志『独禁法講義第5版』116頁（有斐閣、2010年）（以下、白石『講義』という。）、白石忠志『独禁法事例の勘所[第2版]』70-73、124-131頁（有斐閣、2010年）（以下、白石『勘所』という。）。自ら行為要件を満たさないにもかかわらず違反者となるという現象は、それが現行実務であるならば、どの程度の「関与」で違反者になるのかについて相応の説明が必要となろう。

業をひとまとまりとして考えるプロセスがどこかで必要となろう。技術的理由から、排除措置命令と課徴金納付命令の名宛人が分かれる場合もある。他方で、本稿で問題にしているのは被疑違反事業者の従事する事業活動自体が（同種の事業活動であっても）１つとは数えられない場合であって、状況は区別しうる。いいかえると、本稿で取り上げる事例に、企業グループの問題を付加して別の分析を行うことも可能である。もっとも、考える枠組みとしては結果的に共通することになるのかもしれないが、現段階ではそこまでの見通しを示す準備がない。

しかしながら、課徴金納付命令が高額になればなるほど、④のような程度の関与で制裁を加えることが妥当か、故意過失といった主観的要件も満たさなければならないのではないか、という議論が沸き起こる。[34]本稿ではこの論点についての結論を留保するが、今後の議論の仕方としては、どのような事情を満たさない場合に課徴金納付義務が生じないか、という形で焦点を絞る方が有益ではないかと思われる。また、主観的要素を要件とすると、少なくとも現行法では責任要素の生じた時期の認定が追加的に必要となる可能性も考慮する必要があろう。[35]

そこで、本稿では主観的要件については棚上げし（不要ということを前提として）以下の議論を進める。主観的要件が必要と考える論者からすれば、過剰規制と捉えられるのかもしれないが、それは具体例に応じて今後の議論に委ねたい。

【平成21年改正後の支配型私的独占の射程】

支配行為の内容が不明確であることはこれまでも複数の指摘があるが、それ

---

[34] 主観的要件に関する議論として、岸井大太郎「独占禁止法における課徴金（違反金）制度のあり方」法政法科大学院紀要３巻１号82頁以下（2007年）（課徴金賦課の文脈で）、佐伯仁志『制裁論』19-20頁（有斐閣、2009年）、白石『講義』110-112頁を参照。なお、不当な取引制限においては「立法論は別として、…主観的要素を要件とすべきことが憲法上要請されていると解することはできない。」と判示されている。東京高判平成24年２月17日。

[35] 主導的事業者の割増し算定率については主導的行為の時期が実行期間の一部であっても、算定期間外であってもよいとされる（藤井・稲熊『平成21年解説書』59頁）が、主観的要件については同じような扱いはできないであろう。

を明確化しようとする試みはほとんど発展してこなかった。[36]排除行為が算定率のより低い課徴金対象となった現在では、両者を明確に区別する必要がある。排除行為の分析が欧米の議論の影響を受けて一定程度進んだ[37]のに比べて、支配行為がどのようなメカニズムで反競争効果をもたらすか（競争回避なのか競争排除なのかそれ以外なのか）についてはほとんど十分な分析がなされてこなかったと言わざるを得ない。事実としての支配があればなんとなく競争の実質的制限につながると考えられてきたようであり、単に使いやすい文言（使えた気にさせる文言）だったということなのだろう。

しかし平成17年改正及び平成21年改正による課徴金規定の改正は、結果的に支配行為の定義を変容させた[38]ことを以下に述べておく。

課徴金対象となる支配行為のカテゴリーとしては、取引相手（直接の取引相手のみならず、中間業者を介する場合を含む）に対する支配と、競争者に対する支配がある。[39]

排他的取引は取引相手に対する支配に当たりそうに見えるが、課徴金対象となる支配行為には含まれない。[40]その説明の仕方は、表現こそ違え、内容は同じであり、たとえば白石教授が「支配型私的独占に課徴金が課されるためには、被支配事業者が検討対象市場の供給者でなければならない」と表現されている

---

[36] 大橋敏道「競争者に対する一方的制限」福岡大学法学論叢42巻２・３・４号182頁（1998年）は、通説的定義よりも踏み込んで、支配は「相手方事業者の事業活動を制限する一方、自己の事業活動には制限を受けない、あるいはノミナルな制約しか受けない」場合を指すと指摘していた。

[37] 排除行為の定義は出発点にすぎず、類型化した上での基準設定を論じるのが近時の通説といってよいであろう。根岸編『注釈』40頁（川濵昇）。

[38] 日本固有の要件である支配の定義を歴史的に探求する研究は既になされているが、いずれの研究においても、支配が入れられた理由は必ずしもはっきりしないとされている。泉水文雄「私的独占規制における支配型規制及びエンフォースメントのあり方」経済法学会年報28号（通巻50号）56-57頁（2007年）及び同69頁脚注２の文献、岡田直己「原始独禁法の立法過程にみる私的独占の『支配』概念」青山法学論集52巻２号206頁（2010年）を参照。

[39] 白石忠志「改正独禁法の論点から（上）」NBL825号17頁（2006年）。

[40] 条文上、排他的取引が含まれえないことは、白石・前掲注39論文18-19頁、泉水文雄「支配型私的独占と課徴金」神戸法学雑誌55巻４号26頁（2006年）（以下、泉水「支配型」という。）を参照。

のは、対価要件を例にすれば、被支配事業者の供給価格がカルテル価格でなければならない（供給量等も同様）という意味である。

他方、競争者に競争回避させる行為も支配行為に含まれ、かつその場合には不当な取引制限が成立しないとされるのが一般的である。すなわち、「経済力を有する主導的事業者が、競争者に対して価格協定や入札談合を強制する場合」には「共同性ないし相互拘束性の要件を満たさない」とされる。[41]「相互拘束の要件を広く捉える立場であっても、対等の関係での合意にそれを限定するのが通例であり、強制されて渋々黙従したに過ぎない者との間には不当な取引制限は認定されえない。」[42]というのである。しかしながらこれらの見解は疑問である。

まずこれらの見解が念頭においている状況を明らかにしよう。競争者の中に、強制されることなく自発的に競争回避に加わっている者と、強制される者の両方がある場合には、前者との間で不当な取引制限が成立し、強制される者は単にアウトサイダーとして扱えば足りるから、そもそも支配型私的独占を議論する必要がない（この場合を「アウトサイダーへの強制事例」という。）。そうすると、これらの論者が念頭においているのは、強制を加えないとカルテルがそもそも成立しない場合（以下、「インサイダーへの強制事例」という。）と考えられる。

その上で、上記見解の主張は２つの命題に分解できる。すなわち、「支配行為は不当な取引制限を介することなく強制されたカルテルをとらえることができる」ことと、「強制されたカルテルには不当な取引制限が成立しない」ことである。これらは妥当であろうか、２つに分けて検討しよう。

①支配行為と競争回避の乖離

支配行為は排除行為よりも課徴金算定率が高く、不当な取引制限の算定率を準用しているから、反競争効果の程度が排除行為よりも高いもの、すなわち「競争回避」による反競争効果を想定していると解釈せざるをえない。現に、平成17年改正の解説書[43]では、被支配事業者の供給する価格・供給量は「カルテル

[41] 根岸編『注釈』156-157頁（岸井大太郎）及び岸井大太郎「独占禁止法における課徴金制度の展開と構造」刑事法ジャーナル25巻30頁（2010年）。

[42] 根岸編『注釈』56頁（川濵昇）。

[43] 諏訪園貞明編『平成17年改正独占禁止法』54頁（商事法務、2005年）。

等と同様に当該違反事業者の意思で決定されるため、経済実態としては、カルテル等が行われた場合と同様の競争制限効果が生じており、その結果、違反事業者はカルテル等の場合と同様の違法な経済的利得を得ていることになる。」ことを課徴金制度導入の根拠としている。

しかしながら、競争回避は競争者との間で「お互いに」競争圧力ないし牽制力を制限し合う行為であるから、「支配」行為だけでは、被支配事業者たる競争者が競争圧力を制限されることはいえても、違反行為者自身が競争を回避していることの立証は何もない。[44]競争者（被支配事業者）の価格・供給量・市場占有率・取引相手を指示する行為は、自分と競争者との共同利益最大化を図る場合には限定されず、かえって競争者にとって一方的に不利に、競争者の価格を自分よりも高く・供給量を自分よりも少なくさせる場合もありうるからである。すなわち、課徴金算定率で想定されている「支配」が成立するには、その先決事項として、共同して競争回避行動が行われていることが認定されなければならない。行為要件レベルで支配行為＋αの認定が必要となる以上、上記学説の最初の命題は必ずしも妥当しないことになる。

②他の規定との両立不可能性

仮に不当な取引制限が成立しうる状況であっても、強制された競争回避は不当な取引制限とせずに支配型私的独占にするというのが上記学説の第２の命題である。しかし、課徴金算定率にかかる早期離脱（７条の２第６項）・主導的事業者の上乗せ算定率（７条の２第８項）制度、さらには減免制度（７条の２第10項～12項）が整備されていることからすれば、支配される側にも、強制された共同行為からの逃げ道はあるのであり、むしろ不当な取引制限として規制した方が望ましいという反論が可能である。また現行規定では、主導者が他の事業者に「要求」（７条の２第８項１号３号）しても「強要」（７条の２第17項）[45]しても、なお共同行為・相互拘束による違反行為が成立することが前提

[44] 競争回避と競争排除の区別が、製品分野協定における市場画定問題と絡めて議論となった事件として、旭砿末事件がある。東京高判昭和61年６月13日行集37巻６号765頁。泉水文雄「判批」商事法務1227号46頁（1990年）（石灰石加工製品の生産分野協定として「不当な取引制限が成立するためには、…セメント・石灰石粉末が同一の製品市場にあること…が必要である。」）がその趣旨を示している。

[45] 要求、強要の定義の不明確さについては多田敏明「不当な取引制限に係る課

とされている（これらは課徴金規定であって違反行為の成立が前提となっている）ことと、どう整合するのであろうか。もしこの規定が、「インサイダーへの強制事例」すなわち強制を加えないとカルテルが成立しない場合にも当てはまるのならば、要求・強要された者もまた違反者であることが前提とされており、強制されたカルテルは不当な取引制限ではないとする上記見解と矛盾する。[46]また、もし主導的事業者の規定が、「アウトサイダーへの強制事例」にのみ適用されるのであれば、それが算定率割増し事由として一般的に合理的といえるか、という疑問（この規定の合理性そのものに対する疑問）が生じよう。

以上の検討からすれば、平成17年改正、平成21年改正を経た現行規定において、競争者に対する支配行為はそもそも観念できず、「競争者以外の複数事業者に互いに競争回避させる行為」のみが、支配行為にあたることになる。これ以外の場合で従来支配行為と考えてこられた事例については、単に排除行為と構成すれば課徴金を課すことができるから、支配行為は狭く解釈するのが合理的である。

3．３つの事件の検討

【分析の前提】

以下の３つの事件の検討では、不公正な取引方法及び私的独占の成立要件（行為要件及び弊害要件）を充足するという前提ないし仮定を置く。冒頭で述べたように、現行法の下で誰にどれだけの課徴金が課されるかに関心があるからである。従って、以下の分析をこれらの事件の純然たる評釈として理解していただくのは適切ではない。あくまでもこれらを素材として課徴金賦課の実益を考え、法改正のインパクトを検討するのが本稿の目的である。課徴金規定の整備によって私的独占禁止規定を適用する実益が生じ、一定の取引分野における競争の実質的制限の立証が従来よりもいっそう重大な問題として回避できなくなるが、その先にどのような実益があるかをまずは確認したいからである。また同じ理由から、不公正な取引方法における共通の課徴金賦課要件（優越的地位

徴金をめぐる諸改正」ジュリ1385号25-26頁（2009年）を参照。

[46] 藤井・稲熊『平成21年解説書』57頁では、「違反事業者の中で主導的な役割を果たす事業者が存在することがある。」としている。

の濫用を除き、10年以内に同一法条の行為について排除措置命令または課徴金納付命令等を受けたことがあること）も満たすものと仮定する。不公正な取引方法における課徴金については、現実には２回目の違反行為として措置が取られることは稀かもしれない。つまり、２回目の違反行為による課徴金規定は、それが発動されないことによって違反行為を防止することにその存在意義を発揮するかもしれない。しかしながら私的独占規定との関係で実益を論じる本稿の問題関心からは、このような場合を射程外に置かざるを得ない。

従前、私的独占禁止規定を適用することにさほど実益がなかった時代においても、本件は私的独占として規制すべきだった、と評されることは少なくなかった。そこには私的独占と構成すべき事案とそうでない事案とに関する論者の間での認識の違いが横たわっているように思われる。私的独占禁止規定を適用するための閾値 threshold はどこに設定されているのだろうか。現行の条文を前提とする限り、小さな市場での私的独占の成立を否定する理由はない（「函館地区における一般日刊新聞の発行分野」を画定した先例[47]はよく知られている）。課徴金額が裾切り額である100万円未満である場合に、私的独占の規定を適用する実益がないというにとどまる。おそらくこれが事実上の閾値にはなろうが、課徴金を命じられない場合に私的独占の禁止規定を適用してはならないというものではない。理論的な話を越えて、実務上の threshold を考える上では、次の点を頭に入れておく必要もあろう。小規模市場の私的独占を頻繁に事件として取り上げると、全国的規模で市場支配力を持つ事業者による私的独占を立証できない場合に、そのことが顕在化する。それにより、公取委は大企業に対して弱腰であるという「逆転現象」と見られて、批判を浴びるかもしれない。それゆえ、公取委としては小さな市場を画定できるならば私的独占にあたりそうな事案でも、私的独占とすることには躊躇するのかもしれない。そのような「逆転現象」が生じたとしても、公正競争阻害性と一定の取引分野における競争の実質的制限という２つの異なる弊害要件を持つ日本法の枠組み及び公取委の事案ごとの立証能力の限界がそのような現象を生じさせているだけだ、と弁明することは可能であろうが、意見は分かれるかもしれない。

---

[47] （株）北海道新聞社に対する件・同意審決平成12年２月28日審決集46巻144頁。なおパラマウント事件についての、川浜昇「解説」ジュリ1157号241頁（1999年）も参照。

【有線ブロードネットワークス】[48]

本件は、垂直的提携関係にある２社（有線ブロードネットワークス及び日本ネットワークヴィジョン）によるライバル（キャンシステム）の顧客に対する差別対価が、業務店向け（業務用）音楽放送の取引分野における競争を実質的に制限し、私的独占にあたるとされた事件である。

ネットワークヴィジョンは有線ブロードネットワークスのために営業活動（受信契約の取次ぎ）を行う目的で設立されており、顧客による差別的安値キャンペーンは２社が共同して繰り広げていた。従って、審決は２社が「通謀して」キャンシステムの事業活動を排除したとしており、これに対する批判はある[49]ものの、前述したように分担行為をしていることから、２社を違反者にすることも可能であったように思われる。公取委は従業員の引き抜きについては取り上げなかったが、私訴ではこれも不法行為に当たるとされて有線ブロードネットワークス（USEN に商号変更）に損害賠償が命じられている。[50]本件差別対価に適用可能な条文としては、私的独占（２条５項）及び継続的な差別対価供給（２条９項２号）の各禁止規定があるが、いずれを適用するかは課徴金対象事業者及び課徴金額に影響する。ここではより複雑な、排除型私的独占にかかる課徴金規定の構造を見ておこう。

独禁法７条の２第４項（排除型私的独占にかかる課徴金）

「事業者が、私的独占（他の事業者の事業活動を排除することによるものに

---

[48] (株)有線ブロードネットワークスほか１名に対する件・勧告審決平成16年10月13日審決集51巻518頁、東京地判平成20年12月10日判時2035号70頁。

[49] 森平明彦「審決批評」ジュリ1301号92-93頁（2005年）。同評釈は、相互に対等な関係で違反行為を行っている場合のみを通謀と理解されているようであり、ネットワークヴィジョンに意思決定の独立性がない事件として単独行為の事案と理解されている。

[50] 従業員の引き抜きについての排除措置を観念しにくいことからすれば、仮にこの事実をつかんでいたとしても、公取委が取り上げなかったとしてもやむをえなかったのではないかと思われる。私訴でも競業避止義務違反に基づいて営業の差し止めが認められる事例を見るくらいで、通常は損害賠償しか認められない。判決の読み方については、谷原修身「判批」公正取引707号25頁（2009年）を参照。

限り、第二項の規定に該当するものを除く。）をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間（…「違反行為期間」という。）における、*[1a]*当該行為に係る一定の取引分野において当該事業者が供給した商品又は役務（*[1b]*当該一定の取引分野において商品又は役務を供給する他の事業者に供給したものを除く。）及び*[1c]*当該一定の取引分野において当該商品又は役務を供給する他の事業者に当該事業者が供給した当該商品又は役務（*[1d]*当該一定の取引分野において当該商品又は役務を供給する当該他の事業者が当該商品又は役務を供給するために必要な商品又は役務を含む。）の…売上額に百分の六…を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」

ここでは３つの種類の売上額すなわち、
[1a] 一定の取引分野において当該事業者が供給した商品・役務の売上額
[1c]（再販売する）他の事業者に供給した「当該」商品･役務の売上額（＝[1b]）
[1d] 他の事業者が当該商品・役務を供給するために「必要な」商品・役務の売上額
が定められることにより、売上額をもれなく捉えることが意図されている。[1b]が括弧書きの中で[1a]から除かれているのは、[1b]＝[1c]だからであり、[1b]を「及び」以下の方に分類するためである。[1c]の意義はすぐ後に具体的に述べる。

勧告審決では我が国における業務店向け音楽放送の取引分野における競争を実質的に制限していたとされているから、「当該」商品・役務は業務店向け音楽放送である。

有線ブロードネットワークスはどの売上額に対して課徴金が課せられることになるだろうか。有線ブロードネットワークスを「当該事業者」と読むと、以上の３つのうち、[1a]のみが売上額として存在するから、これが課徴金の算定基礎となる。

次に、ネットワークヴィジョンを「当該事業者」と読む場合にはどうなるか。ネットワークヴィジョン自身は契約（受信契約）の取次ぎ業務をしているだけだから、一定の取引分野において当該商品･役務を供給していない（従って[1a][1c]は存在しない）。しかし、[1d]にいう「他の事業者」を有線ブロードネットワークスと読み、取次ぎ業務が「必要な商品又は役務」にあたると解釈でき

るならば、有線ブロードネットワークスに対する手数料収入を課徴金対象とすることも可能であろう（裾切り額を下回る場合もあろうが）。これは「必要な商品又は役務」の解釈に依存し、H21年解説書53頁は「必要な商品・役務（例えば原材料、部品等）」と述べるのみであるが、それ以外にどこまで広がるかについて曖昧さがあることは既に指摘されてきている。[51]

私的独占の立証ができない場合には継続的な差別対価供給を検討することになる。先にも言及したように、独禁法20条の３では「当該行為において当該事業者が供給した…商品又は役務の…売上額」が算定基礎となるところ、これは差別的に安く売った相手方との売上額であるとすれば、無料期間が長かった本件では、課徴金額が裾切り額を下回る可能性が高まる。これに対して排除型私的独占と構成できる場合には、差別的対価で供給しなかった顧客への売上額も含まれる。その違いは大きなものとなりうる。

【ロックマン】[52]

本件は、ロックマン工法による敷設工事を営み、ロックマン工法協会施行部会の会員であった工事業者17社と、ロックマン機械の大部分を販売するワキタの行為が、それぞれ共同の取引拒絶、単独の取引拒絶に該当し独禁法19条に違反するとされた事件である。17社は、ワキタも決定プロセスに関与した中で、ワキタが協力することを前提に、非会員に対してロックマン機械の貸与・転売を行わないことを内容とする決定をし、さらに貸与・転売禁止を施行部会への入会要件とし、それを実施すると共に、ワキタも非会員に対してロックマン機械の貸与・販売を行わなかった。

本件では課徴金規定との関係で、２つの論点が問題となる。第一に、競争者との共同の供給拒絶のうち、間接の取引拒絶（競争者と共同して他の事業者に取引拒絶させる）に対して適切な課徴金が取れるか[53]。第二に、平成21年改正

[51] 泉水「支配型」15頁。

[52] （株）植村開発ほか16名及び（株）ワキタに対する件・勧告審決平成12年10月31日審決集47巻317頁。

[53] 最初の分類であげた、パチンコプール事件（三共ほか10名に対する件・勧告審決平成９年８月６日審決集44巻238頁）や新潟市タクシー共通券事件（都タクシー（株）ほか19社に対する件・排除措置命令平成19年６月25日審決集54巻485頁）も同じ分析が当てはまるので、本稿では取り上げない。

を前提として、なお共同ボイコット（ここでは競争者以外の者と共同する場合を含めて広く定義しておく）に不当な取引制限の禁止規定を適用するという議論に実益はあるか、である。

まずは共同の供給拒絶にかかる課徴金の条文から見よう。

独禁法20条の２（競争者との共同の供給拒絶にかかる課徴金）

「事業者が、次の各号のいずれかに該当する者であつて、第十九条の規定に違反する行為（第二条第九項第一号に該当するものに限る。）をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間…における、当該行為において*[2a]*当該事業者がその供給を拒絶し、又はその供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限した事業者の競争者に対し供給した同号イに規定する商品又は役務と同一の商品又は役務（同号ロに規定する違反行為にあつては、*[3a]*当該事業者が同号ロに規定する他の事業者（以下この条において「拒絶事業者」という。）に対し供給した同号ロに規定する商品又は役務と同一の商品又は役務（当該拒絶事業者が当該同一の商品又は役務を供給するために必要な商品又は役務を含む。）、*[3b]*拒絶事業者がその供給を拒絶し、又はその供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限した事業者の競争者に対し当該事業者が供給した当該同一の商品又は役務及び*[3c]*拒絶事業者が当該事業者に対し供給した当該同一の商品又は役務）の…売上額に百分の三…を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」

競争者と共同して自ら供給拒絶する（２条９項１号イ）場合には、
[2a] 被拒絶事業者の競争者に供給した商品・役務の売上額
だけが課徴金算定基礎となる売上額である。

他方､競争者と共同して「他の事業者に」供給拒絶させる（２条９項１号ロ）場合には、[3a][3b][3c]の全て[54]が課徴金算定の基礎となる。すなわち
[3a] 拒絶事業者に供給した商品・役務（必要な商品・役務を含む）の売上額
[3b] 被拒絶事業者の競争者に供給した商品・役務の売上額

[54] 競争者と共同して供給拒絶させる場合に[3a]～[3c]を合算することは施行令22条２項が定めている。

[3c] 拒絶事業者が当該事業者に供給した商品・役務の売上額
である。

さらに注意すべきことは、売上額を見る商品・役務は、（必要な商品又は役務を除けば）上記４つの売上額のいずれについても、「同号イに規定する商品又は役務と同一の商品又は役務」（同号ロについても同様）に限定されることから、「供給拒絶が行われた商品・役務」についてしか売上額を観念できないことになる。

ロックマン事件で、供給拒絶された商品はロックマン機械である。ロックマン機械の販売を事業としているのはワキタだが、17社はロックマン機械を使った敷設工事をすることを事業活動としている。以上の事実を前提に、ロックマン事件で課徴金対象の売上額を探してみよう。

①共同で供給拒絶する（２条９項１号イ）

本件審決の法適用を前提とするならば、共同の供給拒絶を行ったのは17社であるから、17社を「当該事業者」（違反者）と読むことになり、その場合の課徴金対象売上額は[2a]である。ところが、本件で被拒絶事業者（非組合員）の競争者とは、17社自身にほかならないから、お互いの間でロックマン機械の貸与や販売がなければ、その売上額もないことになる。もっとも17社のうちにはロックマン機械の開発に携わった者が１社（太閤テックス）存在し、同社も機械を製造してワキタに販売していた[55]から、これがワキタを通じて被拒絶事業者の競争者（他の16社）に供給された商品・役務と解釈できれば、太閤テックスに課徴金納付を命じられる。結果として、公取委の当時の法適用では課徴金納付が命じられるのはたかだか１社である。次に代替的な構成を考えてみよう。

②共同で供給拒絶させる（２条９項１号ロ）

17社がワキタに取引拒絶させたとした場合にはどうなるか。この場合、17社は「当該事業者」であり、ワキタが「拒絶事業者」である。そうすると、[3a]は17社がワキタに供給したロックマン機械の売上額であるから、先ほどの[2a]の場合とほぼ同じく、太閤テックスにしか売上額がない。[3b]は、被拒絶事業者（非組合員）の競争者とは17社自らのことであるから、これは[2a]と同じものであって、[3a]の場合と同じ結論になる。最後に残る[3c]は、ワキタが17社に供給したロックマン機械の売上額であり、この売上額が最も大きいであろ

[55] 高橋明克・小菅英夫・野田聡「事件解説」公正取引603号76頁（2001年）

うから、公取委の当時の法律構成と比べて結論に大きな差異をもたらす。

しかし、これを17社の売上額と言ってよいのだろうか。購入カルテルを課徴金対象とした７条の２第１項ですら、「購入額」という言葉を使っている。購入額としかいえない[3c]を「売上額」とするのは、７条の２第１項との関係でも根拠のないものであって、立法の過誤であるとすら言えるのではなかろうか。

③ワキタを競争者と見る場合

17社のみを共同の供給拒絶の違反者とする構成では、ワキタに課徴金を課すことができない。他方、ワキタをロックマン機械の供給者という意味では17社と競争関係にあるとして、17社＋ワキタの行為が２条９項１号イに該当するとすれば[56]、ワキタの17社に対する売上額と、太閤テックスの売上額の両方を[2a]の売上額として、これに課徴金をかけることができる。

④私的独占

以上のように独禁法20条の２の適用を前提とする限り、ワキタと17社「全社」の双方に課徴金を課すことはできない。それでは排除型私的独占ではどうか（仮にその要件を満たすとして）。７条の２第４項の規定ぶりからすれば、本件では最下流の敷設工事の市場で一定の取引分野を画定するのが合目的的である。[57]課徴金対象売上額にかかる前記分類によって、まずワキタを「当該事業者」と読む場合には、ワキタは工事役務を供給していないから[1a][1c]の売上額は存在せず、[1d]の「必要な商品」の売上額として、ロックマン機械の売上額が課徴金対象となる。

---

[56] 伊藤隆史「審決批評」法学67巻３号167-168頁（2003年）、林秀弥「審決批評」神戸外大論叢55巻４号130-131頁（2004年）を参照。

[57] 原乳の排他的購入の事案であるが、雪印乳業・農林中金事件では、「北海道における原乳取引分野」（審判開始決定書）における競争を実質的に制限しているとしたため、原乳の売上額のない（購入する側の）乳業２社（雪印乳業・北海道バター）に課徴金納付を命じるのは難しい。乳業２社は単位農協に対して信用保証をしていたことからすれば、信用保証役務を他の事業者（単位農協）が当該商品（原乳）を供給するために必要な役務（上記［1d］）とみて、その売上額（保証料）を課徴金算定基礎にすることも考えられるが、裾切り額を下回る可能性が低くないであろう。７条の２第４項によって、一定の取引分野の画定は変化することが予想される事件である。川濵昇「排除型私的独占に係る課徴金」ジュリ1385号18頁脚注３（2009年）（以下、川濵「排除型課徴金」という。）。

次に、17社を「当該事業者」と読むと、[1a]が17社の敷設工事の売上額となり、[1c]の売上額は17社間で敷設工事の下請があればその売上額を含めうるかもしれない。また[1d]の「必要な商品」（ロックマン機械）の売上額は、前述の太閤テックスの売上額がこれに当たる。

以上のように見てくると、共同の供給拒絶よりも私的独占の課徴金規定を用いる方が課徴金をもれなくとらえることができ、また問題も少ないことが分かる。排除型私的独占ガイドでは供給拒絶・差別的取扱いを典型行為類型の一つに挙げており、そこでは上流と下流の両方の市場で違反事業者（意思を通じた複数事業者でもよいであろう）が操業していることを前提としている（第２の５（１）を参照）ことは、本件との関係でも示唆的である。

このことはまた、競争排除型の共同の供給拒絶に不当な取引制限の禁止規定を適用する現代的意義にも関連する。共同ボイコットに対しても７条の２第１項に基づいて課徴金を課すことが可能であるとの主張は常になされてきたにもかかわらず、排除型私的独占との間で課徴金算定率に区別がつけられた現行規定の下では、もはや競争排除型の共同の供給拒絶に不当な取引制限の禁止規定を適用する実益はないのではなかろうか。不当な取引制限に該当するといったところで、カルテルと同じ算定率の課徴金を課さないという裁量がなく、かつカルテルと同じ算定率を課すことが法文上正当化できない状況にある以上、排除型私的独占の該当性のみが問題になるものと思われる。[58]共同ボイコットに不当な取引制限を、という議論が現在も実益を持つとすれば、不当な取引制限が競争回避行為だけを射程範囲にするわけではないということ、さらには相互拘束の当事者は競争者に限定されないという議論の旗振り役にとどまるだろう。

【パラマウントベッド】[59]

本件は国及び地方公共団体が発注する病院向け医療用ベッドのほとんどすべてを製造･販売する医療用ベッドメーカーが､発注者に働きかけてライバルメーカーを排除すると共に、入札参加者（販売業者）を支配して受注調整を行わせ

[58]「今回の改正は不当な取引制限として規制する必要性を実質的に消し去ったものと言える。」川濵「排除型課徴金」23頁。もっとも､８条の３の問題は残る。

[59] パラマウントベッド(株)に対する件・勧告審決平成10年３月31日審決集44巻362頁

た事案である。ここでは入札参加者に対する支配についてのみ取り上げる。パラマウントベッドが落札予定者と落札予定価格を決め、他の入札参加者にも入札すべき価格を指示し、販売業者はこれに従って入札することにより、パラマウントベッドの定めた価格で受注されていた。落札予定者以外の入札参加者に対しては、パラマウントベッドが「指示する価格で入札することを要請する際に」入札協力金の提供または伝票回しによる利益提供を申し出ており[60]、事後の利益提供によって落札予定者以外の利益を調整していた。

本件は単独の私的独占事件とされ、事実上入札談合を行っていた販売業者の行為は不当な取引制限とされなかったことにつき、疑問を提起する見解は見られない。「自主的な選択の余地」のない一方的拘束であって「相互拘束性の要件を充足しない」[61]とか、「販売業者間で競争回避の任意の相互拘束が伴っている場合は、三条後段の適用も問題となり得たのであろうが」本件では「販売業者が自分たちの間で競争回避を望んだのではない」[62]とされる。しかしながら、不当な取引制限の行為要件において、任意性や動機の立証が要求されることを述べる先例はない。[63]自分たちの利益に直結する入札価格について指示を受けながら、受注調整について相互の認識認容を持たないという認定の方が不自然ではないか。販売業者にとっては、パラマウントベッドが入札価格を指示する時点で自分が受注予定者とされていなければ「入札協力金」等の申出があるのだから、自分が受注予定者なのか否かをその時点で了解しているはずであり、かつ自分の指示された価格で入札すれば、受注予定者が受注することもまた認識しているはずである。受注予定者をパラマウントベッドが決めるというルールの存在が共通了解となっており、パラマウントベッドが指示したとおりの落札結果となっているのだから、受注予定者と他の入札参加者との間で、すなわちパラマウントベッドの支配を受けた販売業者間で相互の認識認容が認められるといわざるを得ないように思われる。そのような行為を相互に認容しなけれ

---

[60] 審決集44巻366-367頁。

[61] 岸井大太郎「解説」『経済法判例・審決百選』37頁（2010年）。

[62] 川浜昇「解説」ジュリ1157号241頁（1999年）。「落札予定者を共同して決定していたという事実はない」とする石岡克俊「審決批評」ジュリ1147号117頁（1998年）も同旨であろう。

[63] 自主的でなければ相互拘束でないというのならば、官製談合が不当な取引制限でないことになりかねない。この点については菅野氏のご指摘に負う。

ばパラマウントベッドが指示した価格での落札は成功しない。また、「実態」からみれば支配型私的独占しかない、という論法[64]は、「私の事実の見方が正しい」と述べているだけであって、要件該当性を否定する論拠を述べなければ議論として成立しない。

支配型私的独占の射程でも述べたように、現行法規定では課徴金算定率にかかる早期離脱及び減免制度が整備されていることからすれば、支配される側にも共同行為からの逃げ道はあるのであり、むしろ不当な取引制限規定を適用した方が法遵守インセンティブを高める点では望ましいのではなかろうか。

以上のように考えると、公取委が不当な取引制限の禁止規定を適用しなかったのは、メーカーの関与がなければ実効性を持たない談合の事案とみて、メーカーの行為さえ排除すれば足りると考えたものと説明することになろう。[65]

支配型私的独占と不当な取引制限の両規定を適用すべきである（両者は排他的な関係にない[66]）という本稿の立場からすれば、メーカー及び販売業者の両方を違反者として不当な取引制限の成立を認める可能性も考えられる。販売業者に不当な取引制限規定を適用する（算定率は卸売業者のものとなる）場合には、減免申請や早期離脱を行った販売業者に対してパラマウントベッドが報復行動を取る可能性に対処する必要がある。パラマウントベッドに支配型私的独占規定を適用すると、報復行為も支配行為の一部として吸収評価されるにとどまる。他方でパラマウントベッドも不当な取引制限の違反者にすると、主導的事業者の割増し規定（７条の２第８項）を使える（支配型私的独占よりも課徴

[64] たとえば「本件は実質的に販売業者間の入札談合であるとの見解がしばしば聞かれるが、実態は有力なメーカーが競合品の排除後に販売業者に入札協力金や伝票回しによる利益提供をして行った入札の操作であり、入札談合でもなければ再販売価格維持行為ですらない。」とする平林英勝「違反金対象範囲の拡大について―制裁強化よりも適切なルールの形成を」ジュリ1342号50頁（2007年）を参照。

[65]「本件は、ナックスに対する判断と同様に、不当な取引制限としても構成できたが、公取委の事件選択の問題として排除措置を命じなかった事案と考えるべきであろう。」泉水「支配型」35頁脚注39参照。

[66] 筆者は支配型私的独占が不当な取引制限の違反者を拡張する規定と考えているが、指示を下した事業者だけに違反者を限定する規定と考えれば不当な取引制限と排他的な適用関係になる。

金算定率は高くなる)。不当な取引制限の禁止規定を適用した方が現行法の下ではより望ましいかもしれない。

最後に、審決当時の法適用を前提とした私的独占規定による課徴金算定について議論しておく。本件は支配行為、排除行為それぞれについて私的独占の成立が認められた事件である[67]。一つの行為が算定率の異なる複数の違反規定に該当する場合には、算定率の大きいものを適用すればよいからその優先関係は自明だが、複数の行為が関わる場合に、どちらの算定率を用いるのかがここでの問題である。これは７条の２第４項の「私的独占（他の事業者の事業活動を排除することによるものに限り、第２項の規定に該当するものを除く。)」の解釈問題として、支配型私的独占の課徴金のみが課されるとされている。[68]文言上はそう解釈せざるをえないとしても、その根拠は必ずしも明らかではない。複数の行為がどのような形で違法な利得に貢献しているかを考えることによって、独禁法内在的に説明は可能だろうか。[69]本件ではパラマウントベッドが排除行為によって得る利得も、支配行為によって得る利得も、結局のところ販売業者への売上額の上昇という形で結実する。しかも、排除行為による売上額の上昇と支配行為による売上額の上昇が共通部分のない別個独立の加算要素として積み上がる関係かどうかは明らかではない。本件ではパラマウントベッドの製品指定入札における利得（支配行為のみによって得た利得）よりも、仕様書入札における利得（排除行為も伴って得た利得）の方が６％高いとは思えないことからも、支配行為と排除行為があれば10＋６％だとは簡単には言えない。また売上額の上昇にも天井がある（そのうえ本件は入札市場であった)。このように考えると、最大でも支配型私的独占に対する課徴金を課せば十分であり、10％＋６％の算定率の課徴金を課す必要はない。支配行為が行われている以上

---

[67] 斉藤隆明・奈雲まゆみ・池内裕司「解説」公正取引572号68頁（1998年)。

[68] 伊永大輔「平成21年独占禁止法改正の概説」金法1886号31頁(2009年)、白石『勘所』115頁。支配と排除の双方が混在して始めて私的独占が成立する場合の理由付けは白石『独占禁止法』505頁を参照。

[69] 川濵「排除型課徴金」22頁（2009年）は、「それぞれが単独で競争の実質的制限をもたらすものであったとしても、私的独占として同時に行われそれが密接に関わっているものであるなら、２つの行為によって市場支配力が超過的に発生しているとは言い難い。…どちらか一方の評価が行われれば十分」とされるのが、この方向性の議論ではないかと思われる。

は、10％の算定率のみを課せばよいことになる。

また別の理由としては、10％や６％といった算定率は競争回避のみ、競争排除のみがなされた場合を想定しているから、両者が混在する場合の算定率については経験的基礎と呼べるものがなく、両者を足し合わせることの根拠がそもそもないということもできよう。

より厳密には、罪数論のアナロジーで議論する必要があろう。[70]その場合には、独禁法の保護法益が何か、その帰属主体が誰なのかをまず特定しなければならない。本稿ではその本格的な展開を行う余裕はない[71]が、本件の排除行為、支配行為いずれも、発注者からみればメーカー間の規格競争・価格競争と販売業者間のブランド間・ブランド内価格競争の両方を制限するものであり、法益帰属主体（ここでは発注者である財務局と考えるべきである）にとって一つの法益侵害が行われていると考えられる。価格競争や規格競争それぞれで一つの法益と考えられているのではなく、それらの競争形態の組み合わさった自由かつ公正な競争が行われる状態が一つの法益を構成しているからである。従って、包括一罪と同様に、最も重い支配型私的独占に対する課徴金を課すことになろう。法益侵害の個数との関係では、独禁法では「１つの行為と１つの市場の組み合わせごとに」法益侵害を見ていることに留意が必要である。本件での市場は、メーカー－販売業者間の市場と、販売業者－発注者間の市場という、２つの市場があると考えれば法益侵害が２つあるということになりかねないが、このような議論には賛同しかねる。メーカーレベルの上流市場においても法益帰属主体は流通業者たる販売業者ではなく発注者と考えるべきである[72]し、そもそも本件では下流での入札市場と切り離して上流の市場を観念すること（２つの市場に分けること）が困難と考えられるからである。行為ばかりに目を向けるのではなく、保護法益が何かという点に立ち戻った検討が必要とされる。

４．おわりに

[70] 白石『勘所』115頁、川合弘造ほか前出注２記事32頁（長澤哲也発言）。

[71] 通説的な理解に疑問があるだけでなく、ここでは消費者厚生基準と総余剰基準との対立にまで言及せざるをえず、本稿の射程を超える。

[72] 拘束条件付取引等の垂直的制限ではこのことが当然の前提として議論されているが、その理由付けは十分に与えられていないように思われる。

本稿では平成17年改正及び平成21年改正によって変容した課徴金規定の活用という観点から、複数事業者が反競争効果発生に関与する私的独占事件を素材として、誰にどれだけの課徴金が課されるかを検討した。本稿によって明らかになった点を、今後の課題も含めて、次の６点に要約できる。

①誰が課徴金納付命令を受ける違反者であるかという問題は、何らかの形で違反行為への寄与を判断する必要に迫られるが、事案によって売上額の所在が変動した場合になお課徴金制度の実効性を損なわないような解釈でなければならない。

②課徴金納付を命じるために主観的要件の充足が必要か否かについては、どのような事情があれば課徴金納付義務を生じさせるべきでないか、という形で論点を具体化する必要がある。

③支配行為は、競争者以外の複数の事業者にお互いの間で競争回避させる行為に限定するのが合理的な解釈である。

④競争者との共同の供給拒絶にかかる独禁法20条の２のうち、間接の取引拒絶を行う（他の事業者に取引拒絶させる）場合の課徴金算定基礎は、立法の過誤といわざるをえず、法改正が必要である。共同の供給拒絶には排除型私的独占の禁止規定を適用すれば足り、不当な取引制限の禁止規定を適用する余地がなくなった。

⑤支配型私的独占と不当な取引制限の規定を同時に適用することは可能である。私的独占のような特定の規定にこだわりを持つことはかえって法適用を誤る危険性を伴う。私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法の規定の相互関係を見直す必要がある。

⑥支配行為と排除行為の両方が行われた私的独占事件では、支配型私的独占の課徴金規定のみが適用される。

課徴金にかかる論点の難しさは、どこまでが要件の問題であり、どこからが効果裁量の問題なのかが不明確なことである。[73]しかし効果裁量を議論の出発点におくと、そもそも何を議論しているのか分からなくなる。本稿では効果裁量の話は最後の説明として取っておくことにより、理論的な可能性をできるだ

[73] 私的独占事件においても、売上額のない関与者についてはそもそも違反者から外すことがありうる。この点については、中川寛子准教授にご指摘いただいた。

け広く検討した。

残された課題はまだ多い。関与者が増えるほど、関与者が得ている利得と違反行為との関連性が希薄になる現象も、無制限に認めてよいのか、理論的には気になるところである。競争の実質的制限が起こっている市場以外で売上額があってもよいことは支配型私的独占に課徴金を導入した時点で認められたが、それはあくまでも「必要な商品又は役務」という縛りの下であった。原料と最終製品という関係ならば連続性・関連性は強いが、それを超えて広がる可能性をこの文言は許容している。[74]

本稿で明示的に留保した課題も含め、今後も建設的な議論を期待したい。

※本稿は科研費（22730043）の助成による研究成果の一部である。

[74] 具体的には、日本医療食事件（(財)日本医療食協会ほか１名に対する件・勧告審決平成８年５月８日審決集43巻209頁）における協会や、雪印農林中金事件における金融２社に課徴金納付を命じることは、違反行為と関連性のある売上額に課徴金をかける構造から離れることになるのではないか、という懸念を持っている。これらの関与行為の寄与度は大きいから、違反行為を排除するためにはこれらの行為を排除する必要があり、抑止のためには課徴金が必要だと言ってしまえば、何も気にすることなくとにかく売上額があれば課徴金を課すことが可能かもしれないが。