

経済法 第 8 回 05/08

担当 中川晶比兒

I 企業結合規制の概要

【企業結合規制の射程】:独禁法第 4 章の規定(第 9 条~18 条)

[1] 「企業結合とは、株式保有・役員兼任や、合併・営業譲受け¹などの会社組織上の手段によって、複数の企業が継続的・組織的に統一的意思決定の下に置かれることをいう。」²

[2] 市場集中規制(市場支配力規制)と一般集中規制

[2-1] 「企業結合規制は大きく 2 つの類型に分かれる。市場集中規制と一般集中規制である。」「まず、市場集中規制は、10 条、13 条、14 条、15 条、15 条の 2、15 条の 3、および 16 条である。これら市場集中規制は、①「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」および②不正な取引方法によるものである場合に、企業結合を禁止する。①は、私的独占の禁止や不当な取引制限の禁止等と同じく、「一定の取引分野」における市場支配力の形成、維持、強化の有無を問うものである。個別の商品市場および地理的市場を念頭に置く。」³

[2-2] 「一般集中規制は、9 条および 11 条である。」⁴「これらの規定に共通の特色は、規制の基準を、…市場支配力の形成とは無関係に定めていることで、その根底にある共通の考え方は、少数者による産業支配の排除ということである。すなわち、個々の事業者の事業活動を、少数者の支配から解放し、それぞれの事業者の自主的な立場で活発に行われるようにすることが、これらの定める狙いといってよい。」「従って、独禁法の他の諸規定が、市場における競争機能の維持を狙いとして設けられているのとは、いささか異質な感を免れないが、少数者支配の排除は、反独占の立場に立つ経済民主主義の現われに外ならないもので、もとより、競争政策とも無縁ではない。」⁵

[3] 違反の効果に大きな違いはない:独禁法第 17 条の 2⁶

「第十条第一項、第十一条第一項、第十五条第一項、第十五条の二第一項、第十五条の三第一項、第十六条第一項又は前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、株式の全部又は一部の処分、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。

2 第九条第一項若しくは第二項、第十三条、第十四条又は前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、当該違反行為者に対し、株式の全部又は一部の処分、会社の役員 の 辞 任 其 他 此 等 の 規 定 に 違 反 す る 行 為 を 排 除 す る た め に 必 要 な 措 置 を 命 ず る こ と が で き る。」

【一般集中規制 1: 事業支配力の過度集中】

[1] 独禁法第 9 条

「他の国内の会社の株式(社員の持分を含む。以下同じ。)を所有することにより事業支配力が過度に集中することとなる会社は、これを設立してはならない。

2 会社(外国会社を含む。以下同じ。)は、他の国内の会社の株式を取得し、又は所有することにより国内において事業支配力が過度に集中することとなる会社となつてはならない。⁷

¹ 現行法では「事業譲受け」である。会社法第 467 条、独禁法第 16 条を参照。

² 実方謙二『独占禁止法〔第 4 版〕』79 頁(有斐閣、1998 年)

³ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法第 5 版』192 頁(武田邦宣)(弘文堂、2015 年)

⁴ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法第 5 版』192 頁(武田邦宣)(弘文堂、2015 年)

⁵ 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』41-42 頁(有斐閣、1993 年)

⁶ ただし、独禁法第 11 条違反については罰則が定められている(独禁法第 91 条)。

⁷ 9 条 1 項における規制対象は内国会社のみだが、2 項において外国会社が規制対象に入る。

3 前二項において「事業支配力が過度に集中すること」とは、会社及び子会社その他当該会社が株式の所有により事業活動を支配している他の国内の会社⁸の総合的事業規模が相当数の事業分野にわたって著しく大きいこと、これらの会社の資金に係る取引に起因する他の事業者に対する影響力が著しく大きいこと又はこれらの会社が相互に関連性のある相当数の事業分野においてそれぞれ有力な地位を占めていることにより、国民経済に大きな影響を及ぼし、公正かつ自由な競争の促進の妨げとなることをいう。」

[2] 事業支配力が過度に集中することとなる 3 つの場合 (概要)

[2-1] 会社グループ(会社+子会社+実質子会社)が、
総合的事業規模すなわち総資産の合計額で 15 兆円を超え、
日本標準産業分類 3 桁分類で売上高 6000 億円超の 5 以上の事業分野の全てにおいて、
単体総資産の額が 3000 億円を超える別々の会社を有する場合。⁹

[2-2] 会社グループが、
単体総資産の額が 15 兆円を超える金融会社(銀行業、保険業又は第一種金融商品取引業を営む会社)と、
金融又は金融と密接に関連する業務を除く¹⁰事業分野で単体総資産の額が 3000 億円を超える会社
を有する場合。¹¹

[2-3] 会社グループが、
日本標準産業分類 3 桁分類で売上高 6000 億円超の 5 以上の事業分野の全てにおいて、
売上高のシェアが 10%以上の別々の有力な会社を有しており、
これらの事業分野が取引関係・補完的關係・代替関係を通じて相互に関連性を持つ場合。¹²

[3] 3 類型の意味に関する公取委の説明

①独禁法第 9 条 3 項の「要件を満たし、事業支配力が過度に集中することとなる会社として禁止される類型」は、上記 3 つの類型の「いずれかに該当するものであると解釈することができる。」¹³

②「現在、9 条ガイドラインにおいて第 1 類型から第 3 類型までその基準を定めているが、…、同ガイドラインの基準に該当することをもって直ちに法第 9 条が定める事業支配力の過度集中に該当することとなるものではない。このため、仮に 9 条ガイドラインで定める各基準に該当するような会社グループが出現した場合には、法第 9 条に定める要件に該当するかどうかを、個別事案の事実関係に基づいて慎重に検討し、その違法性を判断することとしている。」¹⁴

※ 3 類型は注視・警戒すべき企業グループをスクリーニングする機能しかない。

[4] 9 条の規制はいつ発動されるか

公正且つ自由な競争が妨げられる可能性が「市場を横断して広範囲にわたって発生し、国民経済に大きな影響を及ぼす場合には、「個々の市場で見れば独占禁止法第 10 条等の市場集中規制や同法第 3 条、第 19 条等の行為規制…の規制基準に達しないようなものであっても、法第 9 条に違反することとなる。」¹⁵

⁸ 「子会社」は会社が総株主の議決権の過半数を有する他の国内の会社(独禁法第 9 条 5 項)であり、「その他当該会社が株式の所有により事業活動を支配している他の国内の会社」は、「実質子会社」と呼ばれる。実質子会社は、会社が議決権保有比率で 25%超 50%以下を保有することによって筆頭株主となっている他の国内の会社を意味する。「事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方」1(1)ウ(平成 14 年 11 月 12 日)

⁹ 「事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方」2(2)(平成 14 年 11 月 12 日)。15 兆円や 3000 億円はいずれも 6 大企業集団(三井/三菱/住友/富士・伊藤忠/三和/第一勧銀・丸紅)の規模を参考にしている。実方・95 頁**、****。

¹⁰ 銀行業・保険業の子会社として業法で認められている会社を規制対象から外す趣旨。

¹¹ 「事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方」2(3)(平成 14 年 11 月 12 日)

¹² 「事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方」2(4)(平成 14 年 11 月 12 日)

¹³ 「事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方」2(1)(平成 14 年 11 月 12 日)

¹⁴ 「独占禁止法第 9 条に基づく一般集中規制が廃止された場合に実際に生じ得る現実的な弊害について」4(平成 27 年 3 月 31 日)

¹⁵ 「独占禁止法第 9 条に基づく一般集中規制が廃止された場合に実際に生じ得る現実的な弊害について」4(平成 27 年 3 月 31 日)。同文書は、「規制改革実施計画」(平成 26 年 6 月 24 日閣議決定)により、「独占禁止法第 9 条に基づく今後の一般集中規制の在り方について、市場

※ 市場集中規制が実務のメインであり、そこでは事案ごとに競争に与える影響を具体的に分析している。そのような現状を前提とする限り、「過度の経済力集中により個別市場での競争に対する悪影響が生じることの予防的な規制である」¹⁶という位置づけはもはや正当化できない。企業結合規制でも私的独占・不当な取引制限・不公正な取引方法規制でも捉えられないような行為が複数市場にわたって行われれば、法が介入すべき弊害が生じるという経験的事実は存在しない。その意味では、9 条は未知の弊害への備え。「仮に法第 9 条を廃止することになれば、将来、我が国において、事業支配力の過度集中をもたらす会社グループが出現した場合に、これがもたらす可能性のある問題に対して、有効に対処する手段が存在しないこととなる。」¹⁷

※ 9 条の背景にある発想は？

(a) 「一企業が複数市場で影響力を持つと、個別市場での競争的努力を怠るはずだ」という直観？

(b) 富の集中(複数産業を特定企業が手中に収めること)への素朴な嫌悪感？我々は誰かに支配され命じられた人生を生きたいとは思わない。

⇒ (a)はコーポレート・ガバナンスが機能していれば一般的には想定しにくいのではないか。

⇒ (b)は一企業が複数市場で市場支配力を持つ状況であり、市場集中規制が完全に機能していれば対処可能かもしれない。もっとも、サプライチェーンの上流から下流まで(各段階での金融を含む)を特定企業グループが支配する状況はグローバルにはありうるかもしれない。どこまで集中すれば介入すべきかは、国民世論ないし政治圧力でしか線引きできないことからすれば、市場集中規制が失敗した場合のセーフガードというべきか。

【一般集中規制 2: 銀行・保険業の株式保有規制】

[1] 独禁法第 11 条

「銀行業又は保険業を営む会社は、他の国内の会社の議決権をその総株主の議決権の百分の五(保険業を営む会社にあつては、百分の十。次項において同じ。)を超えて有することとなる場合には、その議決権を取得し、又は保有してはならない。ただし、…次の各号のいずれかに該当する場合は、この限りでない。

- 一 担保権の行使又は代物弁済の受領により株式を取得し、又は所有することにより議決権を取得し、又は保有する場合
- 二 (略)
- 三 金銭又は有価証券の信託に係る信託財産として株式を取得し、又は所有することにより議決権を取得し、又は保有する場合
(略)
- 六 前各号に掲げる場合のほか、他の国内の会社の事業活動を拘束するおそれがない場合として公正取引委員会規則で定める場合

2 前項第一号から第三号まで及び第六号の場合…において、他の国内の会社の議決権をその総株主の議決権の百分の五を超えて有することとなつた日から一年を超えて当該議決権を保有しようとするときは、公正取引委員会規則で定めるところにより、あらかじめ公正取引委員会の認可を受けなければならない。この場合における公正取引委員会の認可は、同項第三号の場合を除き、銀行業又は保険業を営む会社が当該議決権を速やかに処分することを条件としなければならない。」

[2] 制度趣旨

「銀行と保険会社は、…一般の事業会社と比べ、その事業の特性から巨大な資金力を抱える会社であり、かつ事

集中規制がある中、存在意義は無く廃止すべきとの指摘があることを踏まえつつ、現在の経済社会において規制が廃止されることにより実際に生じ得る現実的な弊害を具体的に明らかにする。」よう求められたことに対応したものである。

¹⁶ 実方・87 頁

¹⁷ 「独占禁止法第 9 条に基づく一般集中規制が廃止された場合に実際に生じ得る現実的な弊害について」4(平成 27 年 3 月 31 日)。

業会社に対し融資・保証などをするにより、企業支配の可能性を強く有しているの、これに株式保有が加わればその危険性はさらに大きくなる。」¹⁸

※ 銀行・保険会社が他の事業会社を支配(事業活動を拘束)することが、当該事業が行われる市場での競争が制限されることを問題にしているのではない(そのような例は私的独占等で処理可能)。9条の予防規制ともとれるが、銀行法第 16 条の 4 第 1 項及び保険業法 107 条第 1 項にも類似の規定がある¹⁹ことから、金融インフラが公平かつ安定的(事業者のリスクが波及しないように²⁰)営まれることは、事業会社間が公正且つ自由な競争を行うための基盤として重要ということか。

【市場集中規制の構造】

[1] 独禁法第 10 条

「 会社は、他の会社の株式を取得し、又は所有することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合には、当該株式を取得し、又は所有してはならず、及び不公正な取引方法により他の会社の株式を取得し、又は所有してはならない。

2 会社であつて、その国内売上高…と当該会社が属する企業結合集団²¹…に属する当該会社以外の会社等…の国内売上高を…合計した額(以下「国内売上高合計額」という。)が…政令で定める金額を超えるもの(以下この条において「株式取得会社」という。)は、他の会社であつて、その国内売上高と当該他の会社の子会社の国内売上高を…合計した額が…政令で定める金額を超えるもの(以下この条において「株式発行会社」という。)の株式の取得をしようとする場合…において、当該株式取得会社が当該取得の後において所有することとなる…議決権の数の当該株式発行会社の総株主の議決権の数に占める割合が、…政令で定める数値…を超えることとなるときは、公正取引委員会規則で定めるところにより、あらかじめ当該株式の取得に関する計画を公正取引委員会に届け出なければならない。…

(略)

8 第二項の規定による届出を行つた会社は、届出受理の日から三十日を経過するまでは、当該届出に係る株式の取得をしてはならない。ただし、公正取引委員会は、その必要があると認める場合には、当該期間を短縮することができる。

9 公正取引委員会は、第十七条の二第一項の規定により当該届出に係る株式の取得に関し必要な措置を命じようとする場合には、前項本文に規定する三十日の期間又は同項ただし書の規定により短縮された期間(公正取引委員会が株式取得会社に対してそれぞれの期間内に公正取引委員会規則で定めるところにより必要な報告、情報又は資料の提出(以下この項において「報告等」という。)を求めた場合においては、前項の届出受理の日から百二十日を経過した日と全ての報告等を受理した日から九十日を経過した日とのいずれか遅い日までの期間)内に、株式取得会社に対し、第五十条第一項の規定による通知をしなければならない。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない。

- 一 当該届出に係る株式の取得に関する計画のうち、第一項の規定に照らして重要な事項が当該計画において行われることとされている期限までに行われなかつた場合
- 二 当該届出に係る株式の取得に関する計画のうち、重要な事項につき虚偽の記載があつた場合」

※ 10条の構造は、15条(合併の制限)、15条の2(会社分割の制限)、15条の3(共同株式移転の制限)、16条(事業譲受け等の制限)でも採用されている(準用規定としての読み替え)。²²

¹⁸ 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第 5 版)』128 頁(有斐閣、2015 年)

¹⁹ ただしこれらの違反は過料のみである(銀行法第 65 条第 7 号、保険業法第 333 条第 34 号)

²⁰ 根岸哲編『注釈独占禁止法』278 頁(山部俊文)(有斐閣、2009 年)

²¹ 「当該会社が属する企業結合集団」とは、「会社及び当該会社の子会社並びに当該会社の親会社であつて他の会社の子会社でないもの及び当該親会社の子会社(当該会社及び当該会社の子会社を除く。)から成る集団をいう。」

²² 事業譲受け等のうち、譲受け以外の場合は事前届出の対象ではない。根岸・舟田 82 頁。役員兼任については株式保有についての事前届出制度によってある程度の監視は可能である等の理由から届出制度は廃止された。根岸・舟田 83 頁。

[2] 事前届出制度における企業結合審査

①届出受理から 30 日間の禁止期間・待機期間²³に、第 1 次審査:

- (a) 独占禁止法上問題ないと判断する場合には、「排除措置命令を行わない旨の通知」²⁴を行う。
- (b) より詳細な審査が必要であると判断する場合には、報告等の要請を行う。これにより、50 条 1 項の規定による通知(排除措置命令前の事前通知)をするまでの期間が延長される。

②報告等の要請を行う日から第 2 次審査(詳細審査)が始まる。²⁵

- (a) 独禁法上問題ないと判断する場合には、①(a)と同じ。
- (b) 独禁法上の問題を解消する計画(事業の一部譲渡等)をとることができる場合には、このような措置(問題解消措置)を届出書に記載することにより、排除措置命令を行わない旨の通知を得ることができる。²⁶

※ 【発展 ハイブリッド型談合の違反者と課徴金】

[1] 社会保険庁シール談合事件の事実

①社会保険庁[現在の日本年金機構の前身]は、国民年金、厚生年金等の受給者宛て通知葉書に貼付されるプライバシー保護用のシール(支払通知書等貼付用シール)の全てを指名競争入札の方法により発注している。平成元年 6 月 26 日以降平成 4 年 9 月までの 8 回にわたる入札において、いずれもトッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙、ビーエフの 4 社が指名されていた。

②ビーエフは日立情報が受注・販売するビジネス・フォーム紙等を製造して日立情報に納入するなどの目的で設立された会社(日立情報が株式の 12.5%を保有して 3 位の株主)で、日立情報がその営業の全てを担当し、日立情報の販売する製品はビーエフが製造していた。

日立情報は、ビーエフと話し合いをして、本件シール(社会保険庁発注の支払通知書等貼付用シール)の入札に関する全権を日立情報に任せて貰うこととした。

平成元年 8 月上旬ごろ、トッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙、日立情報の営業実務責任者は、小林記録紙東京支店の会議室に集まった。このときビーエフの取締役営業部長もその場に出席して、「ビーエフは日立情報の D さんに全て任せていますのでよろしくお願いします。」と挨拶し、指名業者のビーエフは、本件シールの入札に関する交渉等の営業活動を、全面的に日立情報に任せることを他の指名業者に表明し、他の三社もこれを了承した。

③トッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙、日立情報の営業部長・営業課長は、平成 4 年 4 月下旬頃、小林記録紙東京支店会議室に集まるなどして、「A、B、C 三タイプの本件シールはトッパン・ムーア、大日本印刷及び小林記録紙の指名業者三社が交互に落札し、日立情報はその全てについて仕事業者²⁷になること、ただ従前のように各年度単位で四社間の利益を均等化することは、三タイプのシールの枚数に極端な差があつて困難であるため、数年間の幅でその間の利益が均等になるよう、落札業者から仕事業者への発注価格の調整等を行うこと、各社の入札価格についてはこれまでどおり[小林記録紙のH]の方で調整するが、仕事業者への右発注価格の調整については、これを提案した[日立情報のD]の方で行うことなどの基本方針を決めた。」このとき、「平成四年五月一日施行の入札分に関しては、三タイプとも小林記録紙が、同年九月一日施行分に関しては、Aタイプを小林記録紙が、Bタイプをトッパン・ムーアが、Cタイプを大日本印刷がそれぞれ落札することとし、その全てについて日立情報が仕事業者となることを併せて決めた。」

²³ 初日不算入の原則(民法第 140 条)により、届出受理日の翌日から起算される。

²⁴ 「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第九条から第十六条までの規定による認可の申請、報告及び届出等に関する規則」第 9 条

²⁵ 第三者からの意見聴取や多くの需要者からのヒアリング又はアンケート、経済分析等を実施しなければ独禁法上の問題の有無を確定できない場合には第二次審査に進むとされる。田辺治・深町正徳編著『企業結合ガイドライン』247 頁(商事法務、2014 年)

²⁶ 「当事業社が申し出た問題解消措置を前提とすれば、一定の取引分野における競争を実質的に制限することはない」という表現。なお、時間的な制約等から、公取委から競争上の問題の指摘を受ける前に、当事業社側の判断により一定の措置を申し出ることもある。田辺治・深町正徳編著『企業結合ガイドライン』214 頁(商事法務、2014 年)

²⁷ 「仕事業者というのは、本件談合の際関係者が使用していた名称で、現実にシールの印刷加工をして製造するものではなく、その仕事を原反業者等に取り次ぐ中間業者のことである。」

④「その後行われた右各入札の際、ビーエフを含む本件指名業者四社は、右談合の結果に従って入札を行い(但し、同年五月一日施行のA、Cタイプについては大日本印刷の担当者が入札価格を間違えて記載したため、同社が落札する結果となった。)、[日立情報のD]は、五月分については全て狭山化工に、九月分のうち三〇〇万枚についてはビーエフに、その余は狭山化工にそれぞれ印刷加工を依頼した。」(335)

[2] 法的措置(対法人)

①公取委の告発(H5.2.24)を受けて H5.3.31 に公訴提起された。被告人はトッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙、日立情報の4社。「被告会社4社は、…社会保険庁が発注する本件シールの受注・販売にかかる取引分野における競争を実質的に制限し、不当な取引制限をしたものである。」

②公取委は、本件行為が社会保険庁の発注する支払通知書等貼付用シールの供給に係る取引分野における競争を実質的に制限していたとして、トッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙、日立情報の4社に対して排除措置を命じた(H5.3.12 排除勧告、H5.4.22 勧告審決)。また、トッパン・ムーア、大日本印刷、小林記録紙の3社に対して課徴金納付を命じた(H5.9.24)。

③国は、小林記録紙、大日本印刷、トッパン・フォームズ(旧商号 トッパン・ムーア)に対して、不当利得返還請求権に基づき、支払済みの代金と本件シールの客観的価格相当額を相殺した残金の返還及びその利息の支払を求めて東京地裁に提訴した(H5.12.17)。

[3] 東京高判平成5年12月14日高刑集46巻3号322頁

[3-1] 「本件において、被告4社の従業員がした談合・合意の内容は、…その取引段階に着目すれば、①社会保険庁から落札・受注する業者とその価格、②落札業者から受注する事業者とその価格とに分けることが可能であるとはいえ、指名業者になっていない日立情報が右談合・合意にその一員として参加している以上、同社に事業者等として利益を得る機会を与えない限り、①の談合が成立するわけがなく、また、被告会社4社の利益を均等化するためには、落札業者の発注価格(事業者の受注価格)をも定めなければならない関係にあり、結局①と②は一体不可分のものとして合意されたとみることができる。」「そうしてみると、この様な合意の対象とした取引及びこれによって競争の自由が制限される範囲は、…社会保険庁の発注にかかる本件シールが落札業者、事業者、原反業者等を経て製造され、社会保険庁に納入される間の一連の取引のうち、社会保険庁から事業者に至るまでの間の受注・販売に関する取引であって、これを本件における「一定の取引分野」として把握すべきものである。」

[3-2] 弁護人は、日立情報が事業者になったのは談合の利益分配のための方便に過ぎず実体の伴わないものであるというが、日立情報は「現実に本件シールについてこれの印刷加工をする狭山化工への発注や、さらにビーエフも狭山化工の下請となって利益を得られるようにし、…事業者としての活動をしているのであって、これが利益分配のための架空の取引ということはできない。また、特定の商品の受注・販売、役務の提供等の過程で中間業者が入り利益を得ることは現実の経済活動においてしばしば見られること…であり、その取引も本来自由であるべきものであるから、…これが談合によって生じた不正なもので独禁法上保護に値しないものであるとはいえない。」

「本件における「一定の取引分野」を前記…の範囲のものと理解すれば、日立情報は、事業者として「事業者」の立場にあることが明らかであるうえ、前記…のとおり経緯で、…落札業者、落札価格の決定に関与しているのであるから、この点においても「事業者」に当たるものと解される。」

[3-3] 「日立情報の同意なくしては本件入札の談合が成立しない関係にあったのであるから、日立情報もその限りでは他の指名業者三社と実質的には競争関係にあったのであり、立場の相違があつたとしてもここにいう「事業者」というに差し支えがない。この「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。」

[4] 判旨の読み方

「旧い新聞販路協定事件東京高裁判決²⁸は、社会保険庁シール談合刑事事件東京高裁判決によって変更されたとみるべきである。」「多くの学説は、この判決が、「実質的な競争関係」という言葉を使っていることを捉えて、新聞販路協定事件東京高裁判決…に反対する趣旨のことを述べたとしても、それは傍論に過ぎず依然として競争関係の存在にこだわっていると理解したようである…。…しかし、問題は、判決が競争関係という言葉を使ったかどうかではなく、どのように事実に対してその言葉を使ったか、ということであろう。」「事実関係を分析すれば、指名漏れした日立情報は入札に参加したのではなく、入札談合に参加したのであり、本件談合では、日立情報は指名業者 3 社といかなる意味でも競争関係…に立っていない。裁判所の行った市場画定も、日立情報が談合を行うべく働きかけた取引の範囲を覆うように画定しているが、その中で日立情報が 3 社と競争関係にあったという事実はいささかも提示されていない。実質的な競争関係という言葉の意味は、日立情報が 3 社と結託して競争制限を行いうる共同行為者の立場にあったということである。…「競争の実質的な制限をなし得る立場にある者」ということが…判決のキーワードであり、それを「実質的な競争関係」と表現したと理解するのが本判決の適切な読み方であると思う」。²⁹

※ 「同質的競争関係」にこだわる(判例変更でないとする)見解は、ビーエフと日立情報を一体と見る。東京高裁は、日立情報の事業活動に対する拘束を認めるために、シールの販売にかかる取引分野に存在意義を見出した。

※ 本件談合を「単純な入札談合+利害調整」というハイブリッド型の入札談合と考えれば、「落札・受注する取引分野」に限定する必要はない。EPS ブロックの場合との異動はどうか？

²⁸ 東京高判昭和 28 年 3 月 9 日高民集 6 卷 9 号 435 頁。不当な取引制限の主体となりうる事業者について、「ここにいう事業者とは法律の規定の文言の上ではなんらの限定はないけれども、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。」「競争関係にある数個の独立の事業者が相互に自己の事業活動に共通の制限を設定してこの共同行為を成立させるについては、往々にしてこの共同行為者たる事業者以外の者が指導、介入、助成等の方法によつてこれに加功することがあり得る。しかしこれらの競争関係にも立たず或いは共通に事業活動の制限をも受けない単なる加功者は、…すべてここにいう共同行為者あるいは事業者にあてはまらないものと解すべきである。」とした。

²⁹ 根岸哲編『注釈独占禁止法』96 頁(稗貫俊文)(有斐閣、2009 年)