
判例研究

福井県経済農業協同組合連合会事件の検討

—公取委排除措置命令平成27年1月16日（審決集61巻142頁）—

岡田直己

本件は、公正取引委員会（以下「公取委」という。）が独禁法違反を認定し行政処分を行った5例目の支配型私的独占事件であり、支配型私的独占事件としてはパラマウントベッド事件以来17年ぶりのものである¹⁾。支配型私的独占に係る課徴金制度の導入後初めての事案であるが、違反事業者とされた福井県経済農業協同組合連合会（以下「福井県経済連」という。）は、被支配事業者とされた入札参加者である施工業者に対し違反行為に係る工事も当該工事の供給に必要な商品又は役務も供給しておらず、本件の関連市場で当該工事を自ら供給した者でもなく、独禁法7条の2第2項所定の「当該商品又は役務」「必要な商品又は役務」に係る売上額を得ていなかったため、課徴金納付命令は行われていない²⁾。本稿は、福井県経済連事件の事実関係に対し不当な取引制限を認定することの是非を中心に、公取委による支配型私的独占という違反認定を批判的に検討するものである。

1) 公取委勧告審決平成10年3月31日（審決集44巻362頁）。

2) 独禁法7条の2第2項は、支配型私的独占がカルテルなど不当な取引制限と同様の競争制限効果を生ずるシナリオを念頭に導入されたが、本件のような事案では、支配行為に係る課徴金を算定することができないほか、施工業者に対して課徴金納付を命ずることもできず、法の欠缺というべき状況が現れることになる。「法改正を含む検討が行われてもよいかもしれない」とする見解として、山部俊文「施主代行者による支配型私的独占事件—福井県経済連事件」ジュリスト1481号（2015）77頁を参照。

1. 事実概要と法の適用

福井県経済連は農業協同組合法（昭和22年法律第132号）に基づいて設立された組合であり、その組合員は福井県所在のすべての農業協同組合（以下「農協」という。）、信用事業、共済事業または厚生事業をそれぞれ行う農協連合会等であり、平成25年3月末日現在の組合員数は18名（うち12名が農協）である。

福井県経済連は、組合員から委託を受けて、穀物の乾燥・調製・貯蔵施設（以下「穀物関連施設」という。）の製造請負工事等に係る施主代行業務を提供する事業その他の経済事業等を行っており、それらの施設の建設等の際は、施主（農協等）の多くが当該施設の建設等に関する専門知識を有していないなどの事情から、従前、施主が施主代行者を選定して施主代行業務の提供を受けるという方法が採用されており、施主代行者はその報酬として管理料（各工事につき定められた料率を当該工事代金に乗じる等の方法で算出する金額）を収受している。穀物関連施設の製造請負工事等の多くは補助事業により発注されており、当該工事の施主代行者に支払われる管理料が当該事業の助成対象となる場合は、平成18年度以降、施主代行者は原則として一般競争入札で選定されている。

福井県は、平成23年度から3カ年度に亘り、県内生産米の評価向上を目的とする同県農林水産部所管の補助事業（以下「福井県補助事業」という。）を実施しており、農協が施主として発注する現在稼働中の穀物関連施設に係る各種工事も当該事業の助成対象となっていた（ただし、建設工事は助成対象外。以下、これらの工事を「特定共乾施設工事」という。）。福井県補助事業に係る契約は、平成22年3月15日付の行政通知において、農協が施主となる場合には原則として3以上の施工業者が参加する指名競争入札によるものと定められており、福井県はその旨を農協に指導していた。

福井県所在の11農協は、特定共乾施設工事を57件発注しており、発注の際は一般競争入札等によって施主代行者を選定していたが、当該入札の参加者が福井県経済連のみであったことなどから、福井県経済連がすべての特定共乾施設工事で施主代行者となっていた。11農協は、特定共乾施設工事57件のうち15件を除くものについて³⁾、前記の方法に基づく指名競争入札によって発注していたが、入札参加者を指名する際は福井県経済連から助言を受け、福井県内で現在稼働中の穀物関連

施設の建設等または保守点検等の実績を有する者（以下「既設業者」という。）のうち6社の中から当該入札の参加者を指名していた。

福井県経済連は、平成23年9月頃以降、特定共乾施設工事について、施主代行者として、工事の円滑な施工、管理料の確実な収受等を図るため、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ていた。その具体的な方法としては、①当該施設の既設業者を受注予定者と決定すること、②受注予定者に「ネット価格」と称する受注希望価格を確認し、当該価格をふまえて、受注予定者に自らが決定した入札価格で入札するよう指示すること、③受注予定者の入札価格をふまえて、他の入札参加者に自らが決定した入札価格で入札するよう指示することなどがある。これらの行為の結果、指名競争入札で発注されたすべての特定共乾施設工事において、福井県経済連から指定された受注予定者が受注していた。なお、福井県補助事業により発注されるすべての工事の入札が平成25年5月21日に終了したため、翌日以降、福井県経済連の前記の行為は行われていない。

このような事実について、公取委は平成27年1月16日、「福井県経済連は、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」、当該行為は独禁法2条5項に該当し、同法3条に違反するもの（支配型私的独占）であるとして、福井県経済連に対して排除措置命令を行った。なお、前記の通り、福井県経済連の独禁法違反行為は本件命令の時点では既往のものであるが、公取委は、当該行為が「自主的に取りやめられたものではないこと等の諸事情を総合的に勘案すれば、特に排除措置を命ずる必要があると認められる」としている（独禁法7条2項1号）⁴⁾。

3) 15件については、入札等の方法によらずに、当該施設の既設業者に発注していた。本件報道発表資料第2及び第3を参照。http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150116_2.files/150116shinbunhappyoubun.pdf

4) 福井県経済連が協同組合の連合体である事実との関係で、本件排除措置命令書が独禁法22条に基づく適用除外を認めない旨の記載を欠くことに対する批判がある。山部・前掲注(2)76頁を参照。

なお、JA 福井市が施主であった 11 件の特定共乾施設工事では、指名競争入札等の方法によらずに既設業者に発注し、JA 福井市が、福井県経済連からの協力を得て、適切な入札を実施したかのように体裁を整えていた事実が認められたため、公取委は JA 福井市に対して同様の行為の再発防止と適正な入札の実施の徹底を申し入れた。また、福井県所在の農協は、福井県補助事業により発注した食味分析計の調達に係るすべての入札について、指名競争入札により契約を行わねばならないことが原則であるにもかかわらず、入札等の方法によらずに福井県経済連に発注し、適正な入札を実施したかのように体裁を整えており、福井県経済連はその際、一部の入札参加予定者に対し、入札書に記載すべき価格等を指示して入札関係書類を提出させるなど、適正な入札を実施したかのように体裁を整える行為に関与していたため、公取委は福井県経済連に対して同様の行為を再び行わないよう申し入れた。さらに、JA 福井市、福井県所在の農協、福井県経済連らによる前記のような行為について、公取委は福井県に対して通知を行った⁵⁾。

2. 評釈

はじめに、本件における支配型私的独占という法律構成の適否について述べると、福井県経済連による施工業者に対する支配行為が成立することに異論はない。本件排除措置命令は、福井県経済連が受注予定者の「指定」と入札価格の「指示」を行い「当該価格で入札させ」ていたと認めるのみで、「指定」や「指示」が施工業者に対して強制性を有するものであったという事実認定を行っていないが、行為の相手方に対する強制性や不本意性は支配行為該当性を肯定するうえで必要ではなく、他の事業者の事業活動に係る自由な意思決定を困難ないし不可能にする行為であれば、支配行為と評価して差し支えない⁶⁾。本件排除措置命令の法律構成は、施主代行者が施工業者の事業活動を支配することで入札談合と同様の結果を生ぜしめた（入札談合該当行為を行わせた）というものであり、パラマウントベッド事件にお

5) 公取委による申入れや通知について、本件報道発表資料第2乃至第4を参照。http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150116_2.files/150116shinbunhappyoubun.pdf

6) 山部・前掲注(2)76頁も同旨。

ける支配行為と類似している⁷⁾。福井県経済連が指名競争入札の受注予定者を指定して受注できるようにしていたという状況では、施工業者は、福井県経済連による受注予定者の「指定」や入札価格等の「指示」に従わなければ、指名競争入札に参加できなくなる等の不利益を被るおそれがあり、そのような事態の発現を回避するため、「指定」や「指示」に従う事業活動を行わざるを得なかったのであろう⁸⁾。実際、具体的事実は本件排除措置命令において認定されていないが、福井県経済連はすべての特定共乾施設工事で「指定」や「指示」を行い、施工業者はそれらの「指定」や「指示」に従っていたという実態が指摘されている⁹⁾。福井県経済連は、すべての特定共乾施設工事で施工代行者という事実上の発注者であり、指名競争入札の参加者を決定できる立場にあったところ、指名業者にならなければ特定共乾施設工事に係る事業機会を得られない施工業者は、福井県経済連による「指定」や「指示」に従う必要があり、入札という競争の場における意思決定の自由が阻害されていたとみることができる¹⁰⁾。

なお、本件と類似する事実関係をもつ低温空調設備入札談合事件では¹¹⁾、本件の福井県経済連と同様の立場にあったホクレン農業協同組合連合会（以下「ホクレン」という。）が特定の施工業者に対して、受注予定者の決定に関する意向を示したり、

7) 「本件違反行為は、被支配事業者に入札談合をさせた、というもの」という見解があるが、本件排除措置命令書の事実認定に拠る限り、福井県経済連は施工業者に対して入札談合という共同行為を指示ないし強制していないため、「入札談合をさせた」とまで評価することはできない。山部・前掲注(2) 75頁を引用。

8) 関尾順市ほか「福井県経済農業協同組合連合会に対する排除措置命令等について」公正取引777号(2015) 75頁以下、奥村豪「独占禁止法に関する論点の解説(5) 私的独占」商事法務2075号(2015) 118頁以下も同旨。

9) 「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引778号(2015) 8頁〔山田昭典発言部分〕を参照。

10) 「施工業者は、福井県経済連による受注予定者の指定等の行為を受け入れるしか選択の余地はなく、その自由な意思決定を奪われていた」という解説があるが、後記の通り、選択の余地がないというほど強度の制約が施工業者の意思決定の自由に作用したとみるべきか否かについては、議論の余地がある。関尾ほか・前掲注(8) 76頁を参照。なお、施工業者が福井県経済連の「指定」や「指示」に自ら進んで従っていても「支配」は成立する。

11) 平成27年1月20日公取委排除措置命令（審決集61巻148頁）・課徴金納付命令（同193頁）。

工事の契約締結の目安となる予算額を教示することもあったが、ホクレンは再発防止を公取委から申し入れられたのみで、同事件の違反事業者とされていない。同事件では施工業者間の意思の連絡が認定されており、ホクレンの行為は施工業者による入札談合を「誘発し、助長していた」と評価されているに過ぎない¹²⁾。また、特定農業施設工事入札談合事件では¹³⁾、福井県経済連が施主代行業務を提供する工事と北海道区域の工事が排除措置命令の対象外とされているが、全国農業協同組合連合会（以下「全農」という。）の県本部が施主代行者を務めた特定農業施設工事の競争入札等の実施に当たって、県本部の担当者が競争入札等の実施前に特定の施工業者に対し、施主（農協等）の希望等を踏まえて受注者に関する意向を示したり、予定価格等の非公表情報を教示したことについて、公取委は施工業者間の入札談合を「誘発し、又は助長していたもの」と認定の上、再発防止に関する申し入れを行っている¹⁴⁾。福井県経済連事件と両事件では事実関係に少なからぬ相違があるものの、「指定」や「指示」という行為が2条5項所定の「支配」を構成する一方、「意向（の伝達）」や「教示」という行為がそれを構成しないことについて、施工業者に対する関与の程度が「支配」該当性を左右するのであれば、その法的評価の基礎となる具体的事実排除措置命令書に記載されることが望ましい。

ところで、特定農業施設工事入札談合事件では、公取委は、北海道及び福井県を除く全国において、農協等が発注する農業関連施設の製造請負工事等について入札談合が行われたほか、施主代行者である全農の職員が前記入札談合を誘発又は助長していたことについて、入札参加者らに対して排除措置命令及び課徴金納付命令を行い、全農に対して申し入れを行っている。そして、同事件の排除措置命令書は、福井県経済連が施主代行者を務めた特定共軛施設工事が同事件の違反行為の対象でないことを明記しており、農業関連施設の製造請負工事等をめぐる受注調整が全国

12) 低温空調設備入札談合事件報道発表資料第2を参照。http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jan/150120_1.files/150120_1.pdf 福井県経済連事件のように「（筆者注：施工業者の事業活動を自らの）意に服さしめていた」ものとは異なるという説明がある。前掲注（9）6頁〔山田昭典発言部分〕を引用。

13) 平成27年3月26日公取委排除措置命令（審決集61巻156頁）・課徴金納付命令（同197頁）。

14) 特定農業施設工事入札談合事件報道発表資料第2を参照。http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/mar/150326_1.files/150326shinbunhappyoubun.pdf

規模で行われた事実を認定する一方、福井県経済連事件とは異なる違反行為スキームであると評価している。両事件の事実関係を比較した場合、農協等発注の農業関連施設の製造請負工事等に係る入札で受注予定者が事前に決定され、施主代行者（発注側）が当該決定に一定程度関与していた事実は共通している。しかし、福井県経済連事件では施主代行者による支配型私的独占とされた一方、特定農業施設工事入札談合事件では入札参加者らによる不当な取引制限とされており、共通部分が多い事実関係に対する法の適用は異なっている。受注予定者が入札前に決定されるという入札談合と同様の競争制限効果を有するにもかかわらず、入札参加者による不当な取引制限（共同行為）ではなく、施主代行者による入札参加者の事業活動に対する支配行為（単独行為）と評価されたことが福井県経済連事件の特徴であるが、このような法の適用を基礎づけるものは何であろうか。また、両事件における法の適用に係る相違は妥当なものであろうか。

両事件の事実関係における顕著な相違は、施主代行者による受注予定者の指定の有無に見出される。すなわち、特定農業施設工事入札談合事件の場合、施主代行者が受注予定者を指定した事実は認定されておらず、受注予定者の決定等は入札参加者らによる合意に基づいて行われ、受注予定者の入札価格等は受注予定者が自ら決定していたという事実が認められている¹⁵⁾。他方、福井県経済連事件の場合、施主代行者が受注予定者を指定して受注できるようにしていた事実が認定されており、入札参加者が受注調整に係る共同行為を行っていた事実は認められていない。このように、両事件ではそれぞれの関連市場において入札談合と同様の競争制限効果が生じているものの、当該効果を生ぜしめた主体（受注予定者の決定等を行った主体）に関する事実認定が異なっており、特定農業施設工事入札談合事件では受注側の入

15) 審決集61巻157頁以下を参照。なお、施主代行者の担当者が、競争入札等の前に特定の施工業者に対し、①受注者に関する意向を示したこと、②非公表情報である予定価格等に関する情報を教示したことについて、公取委は同事件における独禁法違反行為を「誘発し、又は助長していたもの」と評価している。また、施主代行者の担当者が、競争入札等を実施したかのような体裁を整える目的で、施工業者に対し入札価格など具体的な内容を指示して入札関係書類を作成し提出させるなどしたことについて、公取委は「競争入札等の制度の趣旨に反するものであり、公正かつ自由な競争を妨げるもの」と評価し、同様の行為に関する再発防止策を講ずるよう全農に申し入れている。前掲注（14）を参照。

札参加者らであり、福井県経済連事件では発注側の施主代行者であるとされている。公取委が認定し排除措置命令書に記載した事実関係に照らす限り、福井県経済連事件における支配型私的独占という法律構成は妥当であり、施工業者間の不当な取引制限の成立を認めることはできないであろう。

しかし、排除措置命令書に記載された事実関係と、公取委が報道発表資料で明らかにしている事実を併せ考えると、福井県経済連事件では支配型私的独占ではなく不当な取引制限が成立していたと評価できる余地がある。本件では、福井県経済連による施工業者に対する支配行為の結果、施工業者間の入札談合が行われた場合と同様の競争制限効果が発現しているが、支配型私的独占という法律構成が採られたため、施工業者は入札談合による不当な取引制限として違反事業者に問われることなく競争回避による正の効果（正常な競争機能が損なわれなければ確保できなかったであろう事業機会の獲得）を享受している。換言すれば、本件排除措置命令書の見立ては、福井県経済連と個別の施工業者との間に支配行為が成立しており、そのような行為が複数の施工業者との間で並立しているというものであって、施工業者間の共同行為の事実はないというものである。しかし、入札談合が施工業者間で行われた場合と同様の競争制限効果が生じており、施工業者が正常な競争機能が作用していれば得られなかったであろう利益を享受しているにもかかわらず、施工業者間の不当な取引制限の成立を認めないという法の適用には少なからぬ違和感がある。本件における独禁法違反行為を2条5項所定の「支配」とする限り、福井県経済連が課徴金納付命令を受けないことはやむを得ないが、施工業者が（支配行為の結果であれ）入札談合該当行為に及んで不当な利得を得ているにもかかわらず、その者らに対しても課徴金の納付を命じ得ない結果となる法の適用は、果たして独禁法の目的の実現に資するのだろうか¹⁶⁾。事実認定に係る証拠の有無やその評価によるであろうが、施工業者が自ら進んで入札談合を企図ないし実行した事実は本当に存在しないのか、さらに進んで、施工業者が福井県経済連に対して指名競争入札の形骸化に係る共謀を働きかけた事実は

16) 独禁法3条は一般条項として独禁法違反行為を遺漏なく捕捉すべきであり、本件では課徴金納付命令の重複が生じないことから、支配型私的独占と不当な取引制限の重疊適用が許容されるという見解がある。藤田稔「福井県経済農業協同組合連合会に対する排除措置命令（平成27・1・16）の検討」NBL1052号（2015）78頁を参照。

ないのか等々の疑惑をもちうる事案である¹⁷⁾。

本件排除措置命令書の見立てと異なり、福井県経済連と施工業者の間には垂直的・水平的関係における意思の連絡が存在したとみるべきであり、①福井県経済連による支配型私的独占に加えて施工業者間の不当な取引制限も成立するという法律構成と、②福井県経済連と施工業者を違反事業者とする不当な取引制限が成立するという法律構成を、それぞれ検討してみる必要がある。なお、いずれの法律構成を採る場合でも、本件排除措置命令は施工業者間の意思の連絡や受注調整行為に係る事実を認定していないため、施工業者間の共同行為が成立するという法律構成には障害がある¹⁸⁾。少なくとも、排除措置命令書の認定事実に照らす限りでは、施工業者間の直接の意思の連絡を認定することはできない。しかし、本件の事実関係に見られる競争制限の仕組みが「福井県経済連が入札談合該当行為の指揮・調整役を担い、施工業者が当該行為の実行役を務める」というものであり、競争停止行動の分担を通じて、両当事者が正常な競争環境では得られない利益を獲得している事実に着目すると、施工業者が福井県経済連を介した間接の意思の連絡を行っていると推認することは十分に可能であろう。以下、上記②の法律構成を検討する¹⁹⁾。

はじめに、施工業者間の不当な取引制限である。施工業者を当事者とする不当な

17) 公取委の審査担当官解説によると、本件では「施工業者間の相互の意思の連絡や、福井県経済連を介した意思の連絡が行われたとする事実はないほか、特定農業施設工事入札談合事件の違反事業者の認識も、（筆者注：福井県経済連事件の工事は、特定農業施設工事入札談合事件の）違反行為の対象ではないとの認識であった」ために、福井県経済連事件の工事が特定農業施設工事入札談合事件における一定の取引分野から除外されているそうである。関尾順一ほか「特定農業施設工事入札談合事件解説」公正取引780号（2015）64頁を参照。

18) 競争制限効果の発生に「主たる役割」を果たした者に着目し、発注側であれば支配型私的独占とし、受注側であれば不当な取引制限とするという見解があるが、支配行為の相手方といえども、当該行為に従うことが入札談合該当行為となることを容易に認識する場合に、それらの者を独禁法違反に一切問わないという法の適用が本当に許容されてよいのか、少なからぬ疑問がある。大東泰雄「施工主代行者が受注予定者を指定するなどしたことが支配型私的独占とされた事例—福井県経済農業協同組合連合会事件」ジュリスト1480号（2015）7頁を参照。

19) 施工業者間の間接の意思の連絡を推認できれば、上記①・②の法律構成のいずれにおいても、施工業者間の不当な取引制限は成立する。問題は、②の法律構成において、福井県経済連と施工業者の間に共同行為（相互拘束）の成立を認めることができるか否かである。

取引制限が成立するためには、施工業者間の入札行動に係る協調関係の存在では足りず、施工業者が入札行動に係る意思決定の自由を相互に損なう行為（意思の連絡・相互拘束）の存在を必要とする。たとえば、施工業者の協調的入札行動が福井県経済連による支配行為の結果として観察されるという事実では足りず、「福井県経済連による『指定』や『指示』に従って入札する」旨を内容とする暗黙の了解の存在であって、そのような了解が施工業者間で直接にまたは間接に形成された事実を要する。本件では、間接事実の積み上げや本件関係の事情を考慮することによって、施工業者が福井県経済連を介して意思の連絡を間接的に形成したと推認することができる。

検討事項の第1は、特定共乾施設など農業関連施設の工事業における施工業者の競争実態である。特定農業施設工事入札談合事件の違反事業者の過半は福井県経済連事件の施工業者と同一であり²⁰⁾、それらの者が、北海道区域を除く全国では入札談合を行っていたにもかかわらず、特定共乾施設工事の指名競争入札では競争行動を予定していたという例外的理解は、あまりにも不合理であると言わざるを得ない²¹⁾。福井県における穀物関連施設の製造等の発注が福井県補助事業の開始を契機として急増し、「新たに市場が発生したということに近いような状況」が現れたところ、事業者間の「意思の連絡が見受けられないということは、競争制限の原因はほかにある」という説明があるが²²⁾、実際は、施工業者間の直接の意思の連絡を必要としない事情があったために、意思の連絡の証明が困難であったのではないか。換言すれば、福井県経済連は、特定共乾施設工事に係る指名競争入札を正常に実施する意思を当初から欠いており²³⁾、施工業者に対して入札談合該当行為の実行を働きかけたところ、施工業者がこれに進んで応じたというのが真相ではなかろうか。

20) 日本車両製造、井関農機、クボタアグリサービス、ヤンマーグリーンサービス、サタケの5社。

21) 藤田・前掲注(16) 77頁も同旨。藤田氏は、「福井県経済連の関与は他の地域よりも程度が強力だったに過ぎないのではないか」と推察する。

22) 前掲注(9)を引用。

23) 福井県経済連は、特定共乾施設工事の一部や食味分析計の調達に係る入札のすべてにおいて、農協が指名競争入札の方法によらずに発注することを可能とする協力行動（架空の指名競争入札の偽装）を行っており、「競争入札の制度の趣旨に反するものであり、公正かつ自由な競争を妨げるもの」として、再発防止に関する申入れを公取委から受けている。前掲注(3)を参照。

福井県経済連が指定する受注予定者は常に当該施設の既設業者であるため、全国規模の入札談合を展開していた施工業者から見れば、「既設業者を受注予定者とする」旨が確約される限り、施工業者間の受注調整に向けた直接の連絡・交渉を要することなく入札談合が可能となるのであり、この確約が施工業者間の直接の意思の連絡に代わる（福井県経済連を介した間接の意思の連絡として機能する）こととなる。本件のように、受注側（施工業者）がより広範な地域で同種の役務の提供をめぐる入札談合を行っている場合、受注側がその一部地域で受注調整に係る合意等の形成を直接に行っていない場合、発注側（福井県経済連）が受注側における受注調整を必要としない入札談合スキームを確約し、受注側がその確約を遵守する行動を取っているときは、受注側がそれぞれに独自の判断で入札行動を取ったことを窺わせる特段の事情がない限り、当該一部地域における入札談合に係る意思の連絡を推認してよいであろう。本件のような事案において、受注調整に係る合意等の不存在を以て意思の連絡を認定できないとすることは、受注側にとっては渡りに船となるだけでなく、後記の通り、発注側と受注側が入札談合スキームを通じてそれぞれの利益を追求するという事案の本質を見落とす結果を招く。

検討課題の第2は、福井県経済連の「指定」や「指示」が本件の入札談合スキームで果たす機能である。福井県経済連は、施工業者に入札談合該当行為を行わせるための「指定」や「指示」を行うのみで、パラマウントベッド事件に見られたような実効性確保手段を施工業者に対して何ら講じていないため²⁴⁾、すべての特定共乾施設工事で事実上の発注者であることを考慮しても、施工業者がそれぞれ独立して「指定」や「指示」に唯々諾々として従っていたと考えることは著しく不合理である。なぜならば、「指定」や「指示」の方法や内容に照らして、施工業者は、それらに従う行動が実質的には入札談合該当行為となることを容易に理解できるのであり、

24) パラマウントベッド事件で行われた入札協力金や伝票回しによる利益の提供について、公取委勧告審決は、入札談合該当行為に係る支配行為の「実効を確保するため」のものと評価している（審決集44巻366頁）。他方、本件排除措置命令は、福井県経済連が受注予定者に対して受注希望価格の確認等を行った事実を認定しているが、当該事実を本件違反行為の実効性確保手段と評価していない。また、本件排除措置命令書を読む限りでは真相は不明であるが、本件で行われた受注希望価格の確認等は、施工業者の利益を図るためというよりも、発注側・受注側それぞれの利益を最大化できる受注価格を模索するにあたって、受注側の意向を調べた行為に過ぎないと思われる。

独禁法違反行為の当事者と評価されうる行動を取るためには、他の施工業者も「指定」や「指示」に従って行動することを相互に認識ないし予測し、これと歩調を揃える意思を形成したうえで、福井県経済連との連絡・交渉に係る事実を外部者に対して秘匿する必要がある。また、事実上の発注者による支配行為に従う行動であっても、施工業者が「福井県経済連は施工業者が実行する入札談合該当行為の指揮・調整役である」旨を理解することは容易であろうし、そのような理解を欠いたまま「指定」や「指示」に従うことは、自らの受注機会の見込みや何らかの利益を得ることに関する期待可能性が高くない限り、競争停止行動を採用する合理的理由を欠くことになる。「他の施工業者も自らと同様の『指定』や『指示』を受け、これに則った入札行動を取る」ということが施工業者間で相当の確度を以て認識ないし予測できなければ、競争的な入札行動を取ることが受注機会の獲得にとって合理的戦略となるのであり、前記のような期待可能性が低い入札談合スキームであれば、それに参画すべき理由を見出し難いはずである²⁵⁾。

施工業者が「指定」や「指示」に従う合理的理由は、「指定」や「指示」に係る福井県経済連との連絡を通じて、本件における競争制限の仕組みが「既設業者である指名業者が受注予定者となり、他の指名業者は受注予定者が受注できるように協力する」旨の入札談合スキームであることを理解できたほか、自らが既設業者である入札案件では受注価格に関する交渉（「ネット価格」の確認）を通じた利益の確保が相応に可能であったために、「福井県経済連の指揮・調整に従う限り既設工事の受注と収益は確実である」という期待を形成できたことから、「施工業者間で入札談合に係る合意等の形成や受注調整を直接に行う必要はない」と相互に暗黙裡に

25) 「指定」や「指示」に従わない入札行動を取れば、施工業者はその後の指名競争入札において指名業者から外されるおそれがある。しかし、特定農業施設工事入札談合事件の公取委審査担当官が解説する同事件違反事業者の認識が事実であれば、福井県経済連事件における施工業者は特定共乾施設工事の指名競争入札で競争行動を予定していたことになり、「指定」や「指示」の方法や内容にみられる拘束性・強制性の弱さを考慮すると、施工業者が「競争者も自らと同様の行動を取る」と認識ないし予測できなければ（支配行為に対する協調的対応を期待できなければ）、施工業者は競争の入札行動を通じて事業機会の獲得を目指すことが合理的戦略となる。また、指名業者の候補リストは既設業者が占めており、多くの施工業者が前記のような行動を取れば、福井県経済連の支配行為は首尾よく作用せず、入札談合スキームは機能しないこととなるため、後記の通り、福井県経済連は競争停止行動を通じて利益の追求が不可能になるはずである。

認識・認容できたことにあるだろう。前記の通り、指名競争入札への参加を通じて事業機会を獲得する必要がある施工業者にとって、「指定」や「指示」に従って行動せねばならない事情がある（支配行為の側面がある）ことは事実であるが、全国規模の入札談合を展開するなど農業関連施設の工事業において競争停止志向を有する者から見れば、「指定」や「指示」は施工業者間の直接の意思の連絡を代替・省略する機能を果たしていたと言える。このような代替・省略が間接の意思の連絡を構成することによって、福井県経済連を中核とする施工業者間のハブ・アンド・スポーク型共同行為が成立していたと評価することができるだろう²⁶⁾。公取委は本件でハブ・アンド・スポーク型共同行為の成立を認めるという法律構成を行っていないが、その理由は事実認定に係る証拠の有無や評価によるところが大きかったのではないかと推察する。たしかに、「指定」や「指示」を支配行為と評価して排除措置等を命ずれば独禁法違反の状態を解消できる²⁷⁾。しかし、このような問題解決のアプローチは、施工業者がすべての特定共乾施設工事で「指定」や「指示」に従っていたという垂直的制限の事実を重視するもので、競争制限の原因行為の一を捉えた法の適用・執行ではあるが、「指定」や「指示」が施工業者間の入札談合該当行為で果たしている機能を見落としているとも言えるものであり、本件の競争制限の仕組みが有する水平的制限の効果を軽視する結果に至りうるものである²⁸⁾。

次に、福井県経済連と施工業者による不当な取引制限である。施工業者が間接的な意思の連絡を行ったと推認可能であるとしても、福井県経済連も施工業者と共に不当な取引制限の行為者と評価できるのかという問題がある。すなわち、特定共乾施設工事の受注側である施工業者の間で「福井県経済連による『指定』や『指示』に従って入札する」旨の相互拘束が成立するとしても、福井県経済連は当該工事の

26) 山部・前掲注(2) 76頁以下も同旨。ハブ・アンド・スポーク型共同行為として捉えるとしても、本件では意思の連絡が見受けられないため、事業活動の相互拘束が成立したと評価できないという説明もある。前掲注(9) 7頁以下〔山田昭典発言部分〕を参照。

27) 前記の通り、本件の排除措置命令は既往の違反行為に対するものであり(7条2項1号)、本件では命令時点で競争制限は生じていない。

28) 「(ハブ・アンド・スポーク型共同行為など) 非典型カルテルが違法となるかの認定は、市場の状況に照らして当該行為が引き起こす効果をケース・バイ・ケースで評価せざるを得ない」。池田毅「直接の連絡によらない『非典型カルテル』の近時の発展と求められる競争法コンプライアンスーハブ・アンド・スポーク(hub-and-spoke)とシグナリング(signaling)を中心に」NBL1039号(2014) 37頁以下を引用。

発注側の者であって、施工業者との間で相互拘束の対象とする事業活動が存在しない。しかし、事業活動に対する拘束内容が行為者間で異なるものであっても、共通の目的の達成に向けて各事業者の事業活動を拘束している事実があれば、それらの事業者間で相互拘束が行われたと評価することは可能であり、本件の入札談合スキームはまさにそのような相互拘束の一例と見るべきものであろう²⁹⁾。具体的には、福井県経済連と施工業者が、「指名競争入札の形骸化を通じた各事業者の利益の最大化」を共通の目的として、「福井県経済連は指揮・調整役を務め、施工業者は実行役を果たすことによって、指名競争入札の機能停止に努める」旨の暗黙の了解等を垂直的・水平的関係で形成していたと捉えることができれば、両者を相互拘束の当事者と評価できる³⁰⁾。共通の目的（各事業者の利益の最大化）について、工事代金の一部が福井県補助事業によって助成されるところ、福井県経済連が収受する管理料は工事代金に比例して増加する一方、施工業者の収益は工事代金（落札率）に比例して増加するのであり、指名競争入札の形骸化を通じて工事代金を吊り上げることに利益の共通性を見出せる³¹⁾。また、公取委は本件違反行為の目的を「工事の円滑な施工、管理料の確実な収受等を図るため」と認定したが、福井県経済連の会員の大半は特定共乾施設工事の発注者・施主である農協であり、施主と施主代行者が協力して特定共乾施設工事等に係る適正な入札の実施を偽装していた事実を考慮すると、特定共乾施設工事を指名競争入札に付す場合に、両者は「管理料の確実な収受等を図る」ことが工事代金の吊り上げを当然に含むことを承知していたであら

29) 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（公正取引委員会事務局平成3年7月11日公表、平成28年5月27日最終改正）第1部第2の3の注3を参照。

30) 公取委事務総局審査局長の説明によれば、本件では「競争業者間の合意というのが認定できるような実態になかった」ほか、特定農業施設工事入札談合事件における施工業者間の合意の対象に「福井県の物件は入ってこない」と考えられている。前掲注(9)6頁〔山田昭典発言部分〕を引用。

31) 「本件ではいわば補助金を山分けする分配が企図されていたと評価できるのではないか」という見解に賛成するが、この見解を示した論者が用いている補助金支給の有無による場合分けは誤りではなからうか。福井県経済連が指名競争入札に付す特定共乾施設工事はすべて福井県補助事業の対象であり、福井県経済連が受注予定者に指示する入札価格は、当該入札案件において受給しうる福井県補助事業の助成金額を想定したうえで、工事代金に占める発注者負担金額が過大とまらない範囲で設定されるはずである。藤田・前掲注(16)75頁を引用。

う³²⁾。そして、施主、施主代行者及び施工業者がそれぞれの利益を最大化することを目的としているときに、指名競争入札に付される特定共乾施設工事のすべてについて、施主代行者は施工業者に対する「指定」や「指示」を通じて競争入札の本来的機能（入札参加者間の競争による受注者及び受注金額の決定）を喪失させる必要がある一方、施工業者は「指定」や「指示」に則った入札談合該当行為という競争停止行動を取る必要があったと理解できる。

問題は、前記のような目的の共通性を認定できるとしても、施工業者が福井県経済連の事業活動に係る意思決定の自由を拘束していないことである。公取委が認定した福井県経済連の支配行為が、施工業者に対して入札談合該当行為の実行役を務めさせたことは事実であるが、施工業者が福井県経済連に対して当該行為の指揮・調整役を務めさせた事実はないと言わざるを得ない。特定共乾施設工事の受発注をめぐる諸事情（福井県補助事業による工事代金の助成、管理料の算出方法など）ゆえに、指名競争入札の形骸化が福井県経済連と施工業者の双方の利益に適う状況が存在したなかで、福井県経済連が自己の利益を追求する行動（支配行為）に出たところ、当該行動が競争停止志向の施工業者の利益に合致したと見ることが、本件の競争制限の仕組み全体を俯瞰したときの素直な理解であろう。「目的の共通性を認定できても、拘束の相互性がない」ということが、福井県経済連と施工業者による不当な取引制限という法律構成が採られなかった理由であろうと推論する。

本件では、福井県経済連による支配型私的独占が成立するという法律構成そのものに誤りはない。しかし、発注側と受注側の双方が競争停止志向を有し、それぞれが入札談合該当行為から利益を得られる状況が存在したなかで、入札案件で工事実績を有する施工業者が確実に受注でき、受注価格の決定過程で施工業者の意向を汲むという「指定」や「指示」は、施工業者の事業活動に係る意思決定の自由を拘束する単なる支配行為の域を超えて、施工業者間の直接の意思の連絡を代替・省略する機能を有していたと見ることができるものであり、間接の意思の連絡による施工

32) 藤田・前掲注(16)75頁も同旨。

業者間の不当な取引制限（ハブ・アンド・スポーク型共同行為）が成立していたと評価すべき余地がある。事実認定に係る証拠の有無等に左右されることは否定できないが、支配行為と評価された「指定」や「指示」の方法や内容とその特徴、競争制限の仕組みの本質が入札談合該当行為の実施にあること、当該行為の実施が発注側・受注側それぞれの利益の追求に適うこと（目的の共通性）を併せ考えると、本件に対する法の適用としては、福井県経済連による支配型私的独占と施工業者による不当な取引制限の同時成立とすべきであったと考える。

（追記）

本稿は、青山学院大学判例研究所 2015 年度特定課題研究プロジェクト（排除型私的独占及び支配型私的独占の最新事例研究）による研究成果の一部である。