

司法試験 経済法 令和元年 第1問

問題文

A、B、C、D、E、F、G、H、I、Jの10社（以下「10社」という。）は、各地の農業協同組合（以下「農協」という。）が競争入札等の方法により発注する穀物の乾燥・調製・貯蔵施設及び精米施設（以下「穀物貯蔵等施設」という。）の建設を請け負う事業者であり、他に当該建設を請け負う事業者は存在しない。A、B、C、D、E、F、Gの7社（以下「7社」ともいう。）は、一定の技術的水準を満たした農業施設を建設できる能力を有し、かねてより、穀物貯蔵等施設工事の指名競争入札においては、7社のうち複数の者が指名されることが多かった。10社は穀物貯蔵等施設以外の施設・設備の建設工事も行っており、特にH、I、Jの3社（以下「3社」ともいう。）は、穀物貯蔵等施設を建設することもできるが、主たる事業分野は農業施設以外の建設工事であり、穀物貯蔵等施設の建設能力は相対的に低かった。

穀物貯蔵等施設工事に当たっては、農業振興のための補助金が平成28年度から3年間の予定で国や都道府県から農協に交付されることとなった（以下、当該補助金が交付される穀物貯蔵等施設工事を「特定農業施設工事」という。）。当該補助金の交付を受けるための条件として、農協は3者以上の事業者を指名して行う競争入札を実施することが必要であり、補助金事業として3年間に相当数の特定農業施設工事の指名競争入札が実施される見込みとなった。

これを受けて、A、B、C、D、E、F、Gの7社は、平成27年12月から数回の会合を経て、平成28年1月30日の会合で、特定農業施設工事の入札について、均等な受注機会の確保と受注価格の低落防止を図るため、

- (1) 指名を受けた事業者（以下「指名業者」という。）は、Aに当該特定農業施設工事を受注する意思の有無を連絡する
- (2) 受注を希望する者が1社の場合は、その者が受注予定者となり、受注を希望する者が複数の場合は、会合を開いた上、7社において受注予定者を決定する
- (3) 受注予定者以外の指名業者が入札すべき価格は、受注予定者が定めてAに連絡する
- (4) Aは受注予定者以外の指名業者に、受注予定者が定めた価格で入札するよう連絡する

などにより、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合意した（以下「本件合意」という。）。

H、I、Jの3社は、平成27年12月、Aから、特定農業施設工事の入札について競合事業者が集まって話し合いを行うので出席するよう持ちかけられたが、3社の担当者は言葉を濁して出席することを見合わせた。3社は、それぞれ、工事の規模や技術力の点から自社も受注できると考えた特定農業施設工事の入札に指名された場合には、積極的に落札を目指して低価格で入札を行おうと考えていた。一方、3社は、それぞれ、特定農業施設工事以外の分野の入札において競合事業者から協力を得たいと考えていたため、自社が受注を希望しない特定農業施設工事について、競合事業者の

間で受注予定者が決定されている場合には、要請があれば、指定された価格で入札するなどの方法により当該受注予定者の落札に協力するつもりであった。

Aは、3社が特定農業施設工事の入札に指名されることは少ないと考えたが、念のため、特定農業施設工事の発注が行われるたび3社に指名の有無と受注の意思を確認し、協力が得られる場合には、3社に入札価格を連絡することとし、その方針を平成28年1月30日の上記会合でA以外の6社に伝えた。

平成28年6月に行われた甲農協発注の特定農業施設工事の指名競争入札（以下「第1回入札」という。）では、A、B、C、Dが指名され、A、B、Cが受注を希望したため開かれた会合で、Aが受注予定者に決定し、入札では、会合での調整の結果どおり、Aが落札した。

平成28年11月に行われた乙農協発注の特定農業施設工事の指名競争入札（以下「第2回入札」という。）では、B、C、D、Eが指名され、B、C、Dが受注を希望したため開かれた会合で、Dが受注予定者に決定し、入札では、会合での調整の結果どおり、Dが落札した。

平成29年6月に行われた丙農協発注の特定農業施設工事の指名競争入札（以下「第3回入札」という。）では、E、G、Jが指名された。Jは、第1回入札及び第2回入札に際してAからの問合せに対し指名を受けていないことを回答していたところ、第3回入札に際しても、Aからの問合せに対し、指名を受けたこと及び落札を目指していないことを回答した。そして、EとGが受注を希望したため開かれた会合で、Gが受注予定者に決定し、入札では、会合での調整の結果どおり、Gが落札した。Jは、Aから指示されたとおりの価格で入札して、Gの落札に協力した。

平成29年11月に行われた丁農協発注の特定農業施設工事の指名競争入札（以下「第4回入札」という。）では、D、F、Iが指名を受けたが、受注希望者はFのみであったため、会合は開かれず、DとIがAから指示されたとおりの価格で入札した結果、Fが落札した。

平成30年7月30日に指名競争入札（以下「第5回入札」という。）が行われた戊農協発注の特定農業施設工事は、第4回入札の対象であった丁農協発注の特定農業施設工事と工事の規模や必要とされる技術力がほぼ同じであった。この第5回入札では、B、C、Jが指名されたが、それまでの入札で受注予定者になることができなかったBとCは、これを必ず落札したいと考えた。第5回入札の受注予定者を決定するために平成30年6月15日に開かれた会合には7社が出席し、長時間の話し合いの結果、B以外の6社は、Cを受注予定者とすることに決したところ、その場でBの担当者は、「今度は本気で勝負する。値下げ競争になっても必ず仕事を取る。」「今後、一切、受注予定者を話し合って決めるつもりはない。」「二度とこの会合には戻らない。」と発言し、Cの担当者と激しい口論になった。その後、Aは、Jに連絡し、Jから第5回入札の指名を受けたこと及び落札を目指していないことを確認すると、Cの落札に協力するよう要請し、Jが承諾したことから、Jが入札すべき価格を伝達した。第5回入札において、JはCに協力するためにAから指示されたとおりの価格で入札し、一方、BはJに協力を依頼しないで入札を行った結果、Bが落札した。そのため、7社のうちBを除く6社は、平成30年8月1日、本件合意のメンバーからBを除名することを決定した。

その後、Eは、このような入札談合はもはや維持できないと考え、平成30年8月10日、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第7条の2第10項に基づいて公正取引委員会に事実の報告等を行い、それを受けて、公正取引委員会は、平成30年9月20日、関係各社に対する一斉の立入検査を実施した。以後、7社は本件合意に基づく会合を開いていない。

各回の入札における指名業者の入札価格及び農協が設定した予定価格は、以下の表のとおりである。

入札	入札価格				予定価格
第1回	A：2.91億円	B：2.94億円	C：2.97億円	D：3.06億円	3億円
第2回	B：2.97億円	C：3.03億円	D：2.94億円	E：3.06億円	3億円
第3回	E：1.94億円	G：1.90億円	J：2.02億円	—	2億円
第4回	D：0.98億円	F：0.96億円	I：1.03億円	—	1億円
第5回	B：0.72億円	C：0.75億円	J：0.90億円	—	1億円

〔設 問〕

上記のB及びJの行為について、独占禁止法に違反するか、違反する場合には、違反する行為がなくなった時期も含めて検討しなさい。

本問は、入札談合の事案を題材にして、不当な取引制限（法2条6項）の成否と終了時期を問うものである。検討に当たっては、他の事業者と明示的な合意を行った者（B）と明示的な合意をした事実が認められない者（J）、合意に反する行動をとった者（B）とそのような行動をとっていない者（J）を区別し、その違いが要件充足性や終了時期の判断にどのような影響を及ぼすかを考えることが重要となる。

（解答のポイント）

① 「共同して」の意義を明らかにすること

- ・ 「共同して」とは、協調的な行動をとることについて意思の連絡があることを意味し、意思の連絡とは、複数事業者が互いに、同内容又は同種の行動をとることを認識ないし予測し、それと歩調をそろえる意思を有している状態を意味する。そして、意思の連絡が成立するためには、事業者間で相互に拘束し合うことを明示して合意することを要せず、相手方の行動を認識して暗黙のうちに認容することでも足りると解されている（東京高判平 7.9.25〔東芝ケミカル事件〕【百選21】参照）。
- ・ Bについては、A及びCないしGとともに、平成28年1月30日の会合で、特定農業施設工事の入札について受注予定者を決定すること及び受注予定者の受注に協力することを明示的に合意しているため、意思の連絡があることは明らかである。
- ・ Jについては、上記会合に出席しておらず、AないしG（7社）との間で明示的な合意をした事実が認められない。そこで、黙示による意思連絡が認められるか否かを検討することになる。

まず、Aらは、Jにも指名の有無や受注の意思を確認し、協力が得られる場合には入札価格を連絡する旨の方針を立てているため、Aらの側には、Jの行動を認識ないし予測して、それと歩調をそろえる意思があったといえる。

一方で、Jも、特定農業施設工事の入札について競合事業者が集まって話合いを行うことをAから聞いているため、Aを含む競合事業者らの行動を認識ないし予測していたといえる。また、第1回入札及び第2回入札では指名を受けていないことをAに連絡したにすぎないが、第3回入札では指示されたとおりの価格で入札することもしているため、遅くとも第3回入札が行われる直前の時点では、Aらと歩調をそろえる意思を有していたと推認される。

したがって、AらとJの間には、遅くとも第3回入札が行われる直前の時点で、「受注予定者が落札できるように調整済みの価格で入札する」旨の意思連絡が形成されていたと認定できる。

- ・ なお、上記の意思連絡を第3回入札限りのものとみるか、それ以降も存続するものとみるかは、いずれの考え方もあり得るであろう。特定農業施設工事以外の分野の入札でAらの協力を得たいとのJの思惑に着目し、「可能な限りAらに協力しよう」という意思であったと考えるならば、第3回入札限りでなく、それ以降も存続するような意思連絡であったと評価し得る。一方で、Jが「工事の規模

等によっては低価格で入札して落札しよう」と考えていたことに着目し、Jとしては個別の入札ごとに協力するか否かを判断する意思であったと考えるならば、第3回入札限りの意思連絡と評価することも可能である（その場合は、第5回入札に関して別個の意思連絡を認定することになる。）。

- ・ 付随的な論点として、拘束の相互性についても論じる余地がある。すなわち、AらとJの間の意思連絡は、Aらが決定した受注予定者の落札にJが一方向的に協力するという内容であるため、拘束の相互性を欠くのではないかと考えられる。ただし、当事者間に「合意を遵守し合う関係」が形成されていることで足りると考える場合には、本件でも拘束の相互性を肯定することができる。

② 「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」か否かを判断すること

- ・ 「一定の取引分野」とは、競争が実質的に制限されるか否かを検討・判断するための範囲であり、入札談合を含むハードコア・カルテルの事案では、当該共同行為が対象とする取引及びそれにより影響を受ける範囲をもって端的に画定すればよい。

7社の間で成立した合意も、Jが参加した後の合意（意思連絡）も、「各地の農協が平成28年度から3年間、指名競争入札の方法により発注する特定農業施設工事の入札」を対象とするものであり、影響を受ける範囲は当該入札に係る市場であるため、一定の取引分野は「各地の農協が平成28年度から3年間、指名競争入札の方法により発注する特定農業施設工事の入札分野」と画定される。

- ・ 「競争を実質的に制限する」とは、市場が有する競争機能を損なうことをいい、入札談合の事案では、受注調整の方法・手順を定める基本合意によって、その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態（市場支配的状态）をもたらすことをいう。

本件では、7社の合意によって、入札参加資格を有する10社のうち7割に相当する事業者の間の競争が回避されることになる。また、残り3社は形式的には競争者に位置づけられるが、建設能力が相対的に低いことに照らすと7社に対抗し得るような低価格で入札することはそもそも困難であると考えられる上、いずれも、自社が受注を希望しない工事の入札については7社に協力する意図であるため、7社を牽制し得る存在とは評価できない。したがって、7社の合意は、上記入札分野における競争機能を損なうものであり、7社が落札者及び落札価格をある程度自由に左右できる状態をもたらすものといえる。このことは、Bが離脱するまでに行われた第1回ないし第4回入札の全てで受注予定者が落札に成功していることや、予定価格とほぼ変わらない価格で落札することに成功していること（落札率が高いこと）といった事後的な間接事実からも推認できよう。

なお、7社の合意が競争を実質的に制限するものである以上、Jが加わった後の合意が競争を実質的に制限するものであることは明らかである。

③ 不当な取引制限の終了時期を明らかにすること

- ・ 不当な取引制限は、各事業者が合意による拘束から解放されて自由に事業活動を実施することになった時点で終了する（東京高判平 22.12.10〔モディファイヤ

一カルテル事件」参照)。そして、拘束からの解放に至るプロセスには、合意から離脱することで解放される場合と、違反行為（合意）それ自体が消滅して解放される場合の2パターンが存在する。

- ・ 本件では、第5回入札の受注予定者を決定するための会合で、Cを受注予定者とするに反対したBについて、合意から離脱したと認められるか否かが問題となる。

判例は、合意からの離脱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、離脱者が自らの内心において離脱を決意したにとどまるだけでは足りず、少なくとも離脱者の行動など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」と解している（東京高判平 15.3.7〔岡崎管工事件判決〕【百選 33】）。

これを踏まえて検討すると、Bは上記会合において、「今度は本気で勝負する。値下げ競争になっても必ず仕事を取る。」と述べ、受注予定者となったCの受注に協力しない旨を明言している。また、「今後、一切、受注予定者を話し合っ

て決めるつもりはない。」「二度とこの会合には戻らない。」とも述べて、本件合意に従わない意思を表明している。その上で、Bは第5回入札で実際に対抗的な価格での入札を行っており、これにより、他の参加者（A、CないしG及びJ）はBが翻意する可能性がないことを確定的に認識したと考えられる。

したがって、遅くとも第5回入札が行われた時点で、他の参加者がBの離脱の事実を窺い知るに十分な事情が生じるに至ったといえ、これによってBの違反行為は終了したと判断される。

なお、出題趣旨では、入札の時点ではなく、会合の時点や除名の時点をもって離脱時期と捉えることも許容されている。

- ・ Jについては、途中で合意から離脱したことを示す事情が認められないため、違反行為（合意による相互拘束）が消滅した時期を検討することになるが、平成30年9月20日に公取委の立入検査が実施されたことや、同日以降、本件合意に基づく会合が開催されていないことに照らせば、同日時点で違反行為が消滅したと評価できるであろう。

答案例

1

第1 Bについて

- 1 BがA及びCないしGとともに本件合意をしたことは、不当な取引制限（法2条6項）に該当し、法3条後段に違反しないか。
- 2 同条の名宛人は「事業者」であるところ、農業施設建設の「事業」（法2条1項前段）を行うBは「事業者」に該当する。
- 3(1) 「事業者」と「他の事業者」は競争関係にあることを要するところ、7社は特定農業施設工事の入札に参加する資格を有する事業者として互いに競争関係にある。
- (2) 「共同して」とは、複数の事業者間に、同一又はそれに準じる行動をとることについて意思の連絡があることを意味する。
7社は、平成28年1月30日の会合で明示的に本件合意を成立させているため、意思の連絡があることは明らかである。
- (3) 「相互にその事業活動を拘束し」とは、意思の連絡により、各事業者の事業活動が事実上相互に拘束されることを意味する。
本件合意の成立により、7社はその内容に従って入札活動を行うことになるため、事業活動が事実上相互に拘束されるといえる。
- 4(1)ア 「一定の取引分野」とは、競争が実質的に制限されるか否かを検討・判断するための範囲であり、ハードコア・カルテルの事案では、取引の対象・地域・態様等に応じて、当該共同行為が対象とする取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定して決定する。
- イ 本件合意が対象とする取引は「各地の農協が平成28年度から3年間、指名競争入札の方法により発注する特定農業施設工事の

2

- 入札」であり、それにより影響を受ける範囲は当該入札に係る市場である。したがって、一定の取引分野は「各地の農協が平成28年度から3年間、指名競争入札の方法により発注する特定農業施設工事の入札分野」と画定される。
- (2)ア 「競争を実質的に制限する」とは、市場が有する競争機能を損なうことをいい、入札談合の事案では、受注調整の方法・手順を定める基本合意によって、その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいう。
 - イ 本件合意は、上記入札分野において入札参加資格を有する10社のうち、過半を占める7社の間の競争を回避させるものである。また、残り3社は、建設能力が相対的に低く、7社に対抗し得るような低価格で入札することはそもそも困難である上、いずれも、自社が受注を希望しない工事の入札については7社に協力する意図であるため、7社を牽制し得る存在とは評価できない。
したがって、本件合意は、7社が落札者及び落札価格をある程度自由に左右できる状態をもたらすものといえる。
 - (3) 本件合意は専ら競争の制限を目的としているため、「公共の利益」に反しないと評価する余地はない。
 - 5 以上によれば、Bを含む7社が本件合意をしたことは、不当な取引制限に該当し、法3条後段に違反する。
 - 6 次に、Bの違反行為の終了時期を検討する。
 - (1) 不当な取引制限は、合意により当事者らが相互に事業活動を拘束

事後的な間接事実（第1回ないし第4回入札の全てで受注予定者が落札に成功していること、予定価格とほぼ変わらない価格で落札することに成功していること）も指摘するのが望ましい。

3

されている限り継続するが、合意から離脱し、その拘束から解放されたと認められる事業者については、その時点で終了する。ただし、離脱が認められるためには、離脱者が内心において離脱を決意することでは足りず、少なくとも他の行為事業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。

- (2) Bは、第5回入札の受注予定者を決定する会合で、受注予定者となったCの受注に協力しない旨を明言し、以後は本件合意に従わない意思も表明している。その上で、Bは第5回入札で実際に対抗的な価格での入札を行っており、これにより、他の参加者はBが翻意する可能性はないことを確定的に認識したと考えられる。

したがって、遅くとも第5回入札が行われた時点（平成30年7月30日）で、他の参加者がBの離脱の事実を窺い知るに十分な事情が生じるに至り、Bの違反行為は終了したことになる。

第2 Jについて

- 1 Jは、本件合意に事後的に参加したものと評価され、法3条後段に違反しないか。「共同して」の要件について検討する。

- (1) 同要件は意思の連絡があることを意味するが、意思の連絡とは、相互に同内容又は同種の行動を実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味する。そして、意思連絡が形成されるためには、相互に拘束し合うことを明示して合意する必要はなく、相手方の行動を認識し、暗黙のうちに認容することでも足りる。

- (2) Aらは、Jにも指名の有無や受注の意思を確認し、協力が得られ

4

る場合には入札価格を連絡する旨の方針を立てているため、Jの行動を認識・予測し、それと歩調をそろえる意思があったといえる。

一方で、Jも、特定農業施設工事の入札について競合事業者が集まって話し合いを行うことをAから聞いているため、Aを含む競合事業者らの行動を認識・予測していたといえる。また、第1回入札及び第2回入札では指名を受けていないことをAに連絡したにすぎないが、第3回入札では指示されたとおりの価格で入札することもしているため、遅くとも第3回入札が行われる直前の時点では、Aらと歩調をそろえる意思を有していたと推認される。

したがって、Jは、遅くとも第3回入札が行われる直前の時点では、Aらとの間で、「受注予定者が落札できるように調整済みの価格で入札する」旨の意思連絡を形成するに至ったといえる。

- (3) よって、JもAらとともに共同行為の当事者と評価され、法3条後段に違反する。

- 2 では、Jの違反行為はいつの時点で終了するか。

- (1) 上記のとおり、不当な取引制限は、合意により当事者らが相互に事業活動を拘束されている限り継続するが、合意の拘束力が事実上消滅したと認められる場合には、その時点で終了する。

- (2) 本件では、平成30年9月20日に公取委の立入検査が実施されたことや、同日以降、本件合意に基づく会合が開催されていないことに照らして、本件合意は同日時点で消滅したと認定できる。

したがって、Jの違反行為も同日時点で終了したことになる。

以上

余裕があれば、拘束の相互性についても論じるのが望ましい。