

# 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月から数次の会合を経て、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つた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。

### 第1 行為類型の選択

本問は入札談合の事案であり、不当な取引制限（法2条6項）の該当性が問題となる。ただし、入札談合の関係者のうちB及びJの行為のみが検討対象とされており、Bについては基本合意からの離脱に該当し得る事情が、Jについては基本合意の成立当初からこれに参加していたわけではないとの事情がそれぞれ存在し、それを踏まえて不当な取引制限の成立時期及び終了時期を判断しなければならない点に特徴がある。

### 第2 Bの行為について

#### 1 行為要件

##### (1) 「共同して」

意思の連絡があることを意味するところ、Bを含む7社は、平成28年1月30日の会合において、平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札について、問題文中(1)ないし(4)の方法で受注予定者の決定と受注予定者による受注への協力を行うことを明示に合意しているから、本要件を充足する。

##### (2) 「相互にその事業活動を拘束し」

ア 意思の連絡によって各事業者の事業活動が事実上相互に拘束されることをいう（最判昭59.2.24〔石油価格協定刑事事件〕※百選20の評釈中に引用されているところを参照）。

イ 本件合意の成立によって、7社は本件合意に従って受注予定者の決定と受注予定者の受注への協力を行うことになるという意味で、7社の事業活動が事実上相互に拘束されたといえる。

#### 2 効果要件

##### (1) 「一定の取引分野」

ア 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を示すものであり、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、違反者のした共同行為が対象としてい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」（東京高判平5.12.14【百選2】〔シール談合刑事事件〕）。

イ 本件合意は、平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札を対象とするものであるから、一定の取引分野は「平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札分野」と画定される。

##### (2) 「競争を実質的に制限する」

ア 意義は「市場が有する競争機能を損なうこと」であり、入札談合の場合には「当該取決めによって、その当事者である事業者らと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（最判平24.2.20【百選20】〔多摩談合事件〕）。

イ 本件合意は、特定農業施設工事の指名競争入札において指名資格を有する10社のうち過半を占める7社によって行われている。従前の穀物貯蔵等施設工事の指名競争入札においても7社のうち複数の者が指名されることが多かったことからすると、上記一定の取引分野において7社は有力な地位を占めていたといえる。また、7社以外の3社は穀物貯蔵等施設の建設能力が相対的に低く、しかも、自社が受注を希望しない特定農業施設工事については要請があれば受注予定者の落札に協力する意図を有していたことからすると、3社による競争圧力は低いといえる。

以上によれば、本件合意は、当事者である7社がその意思で上記一定の取引分野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ものであったといえる。このことは、本件合意の成立後に行われた第1回ないし第4回入札において、本件合意に基づいて受注予定者の決定と当該受注予定者による受注が実現した事実、落札率（落札価格を予定価格で除した割合）が第1回入札から順に97、98、95、96パーセントという高い水準である事実からも裏付けられる。

したがって、競争の実質的制限も認められる。

### 3 Bの違反行為の終了時期

- (1) 不当な取引制限の終了時期は、「各事業者が違反行為の相互拘束に反する意思の表明等相互拘束が解消されたと認識して事業活動を行う」ようになった時点であり、相互拘束の解消には、「事業者間の合意が破棄されるか、破棄されないまでも当該合意による相互拘束が事実上消滅していると認められる特段の事情」が必要と解されている（価格カルテルの事案につき、東京高判平22.12.10〔モディファイヤーカルテル事件〕）。

また、相互拘束を解消する手段の一つとして基本合意からの離脱があるが、離脱が認められるには、「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等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」と解されている（東京高判平15.3.7【百選30】〔岡崎管工事件〕）。

- (2) Bは、第5回入札の受注予定者決定のために開かれた平成30年6月15日の会合において、B以外の6社に対し、「今回は本気で勝負する。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、同会合の後は本件合意に従わない意思を表明している。これらの事実からすれば、同会合の時点で、B以外の6社がBによる離脱の事実を窺い知るに十分な事情が存在したといえる。

したがって、Bは平成30年6月15日に本件合意から離脱したと認められ、これによってBの違反行為は終了したといえる。

なお、Bによる離脱時期については、Bが実際に競争的な入札をした同年7月30日や、Bが本件合意のメンバーから除名された同年8月1日であると判断する余地もある（詳しくは出題趣旨参照）。

### 第3 Jの行為について

#### 1 行為要件

##### (1) 「共同して」

ア Jは、平成27年12月にAから会合への出席を持ち掛けられたがこれを見合わせており、本件合意が成立した平成28年1月30日の会合にも参加していない。また、Jは、自社が受注を希望しない特定農業施設工事について要請があれば受注予定者の落札に協力する意図を有していたが、その意図が7社に伝えられた事実はないから、明示の意思連絡は認められない。

しかし、意思の連絡とは、「複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げ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」をいい、「一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りる」(東京高判平7.9.25【百選21】〔東芝ケミカル事件〕)

そこで、黙示の意思連絡が認められないかを検討する。

イ まず、Aは平成28年1月30日の会合において、A以外の6社に対し、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との方針を伝えているから、7社には、Jが現に応じる場合には、Jとの間でも受注予定者の決定と受注予定者の落札への協力に向けた行動を取る意思があったといえる。

次に、Jは、第1回及び第2回入札に際し、Aからの問い合わせに対して自社が指名を受けていないことを回答しており、第1回入札の時点でも既に受注予定者の決定に協力する意思を有していたと推認される。さらに、第3回入札では、Aからの問い合わせに対して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のみならず、Aから指示されたおりの価格で入札し、受注予定者のGによる落札に協力しており、この時点では、7社による受注予定者の決定に加えて受注予定者の落札への協力を行う意思まで明確に認められる。

したがって、遅くとも第3回入札においてJが現に入札した時点では、7社とJの間でも意思の連絡が成立したと認められる(以下、Jが参加した後の意思連絡を「本件合意2」という。)

##### (2) 「相互にその事業活動を拘束し」

ア 7社とJとの間で本件合意2が成立したとはいえ、Jは、自社が受注を希望しない特定農業施設工事の入札についてしか協力を行う意思がない。これに対し、7社は、平成28年度から3年間の特定農業施設工事の入札全てについて受注予定者の決定とその受注への協力を行うことになる。そうすると、7社とJの間では、拘束される事業活動の内容ないし程度が異なると考えられる。

また、7社の目的は、特定農業施設工事の入札における均等な受注機会の確保と受注価格の低落防止であるのに対し、Jの目的は、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ることであり、拘束の目的も異なる。

このように拘束の内容や目的が異なる場合でも、相互拘束性の要件を充足するかどうかの問題となる。

イ この点につき、基本合意に基づいた行動をとることについて意思の連絡が形成されれば「共同して…相互に」の要件を充たし、また、本来的には自由に入札価格を決めるはずのところを、基本合意に制約された意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となるといえば「事業活動を拘束し」の要件も充たすとした判例（最判平24.2.20【百選 20】〔多摩談合事件〕）の考え方を踏まえれば、7社及びJが、本来的には他社の行動と無関係に自由な入札活動を行うべきところを、本件合意2に制約されて入札に関する意思決定を行うことになることをもって相互拘束性の要件は充たされ、拘束の内容や目的の非共通性は問題とならないと考えられる。

なお、拘束の内容や目的の共通性をどこまで厳格に求めるかについては未だに議論が定まっていないところであり、本問でも相互拘束性を否定する余地はある（出題趣旨参照）。

## 2 効果要件

上記第2の2(2)イのとおり、7社による本件合意が「平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札分野」における「競争を実質的に制限する」ものと認められる以上、7社にJが加わった本件合意2についても同分野における競争の実質的制限が認められる。

## 3 Jの違反行為の終了時期

Jについては、基本合意から離脱したことを示す事情がない。

また、本件合意2が破棄されたとの事情もない。したがって、本件合意2による相互拘束が解消されたのは、公正取引委員会による立入検査が実施された平成20年9月20日であり、この時点でJの違反行為は終了したことになる。

1

### 第1 Bの行為について

1 Bを含む7社による本件合意は、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。

(1) 「共同して」

意思の連絡があることを意味するところ、Bを含む7社は、平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札につき、受注予定者の決定と受注予定者の受注への協力を行うことを明示に合意（本件合意）しているから、本要件を充たす。

(2) 「相互にその事業活動を拘束し」

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いう。本件合意の成立により、7社はそれに従って受注予定者の決定と受注予定者の受注への協力を行うことになるという意味で、7社の事業活動が事実上相互に拘束されたといえる。

(3) 「一定の取引分野」

ア 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を示すものであり、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、違反者のした共同行為が対象としてい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に照らせば、一定の取引分野は「平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札分野」と画定される。

(4) 「競争を実質的に制限する」

2

ア 市場が有する競争機能を損なうことを意味し、当該取決めによって、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、特定農業施設工事の指名競争入札において指名資格を有する10社のうち過半を占める7社によって行われている。従前の入札においても7社のうち複数の者が指名されることが多かったことからすると、7社は有力な地位を占めていたといえる。また、7社以外の3社は穀物貯蔵等施設の建設能力が相対的に低く、しかも、自社が受注を希望しない特定農業施設工事については要請があれば受注予定者の落札に協力する意図を有していたことからすると、3社による競争圧力は低いといえる。

以上によれば、本件合意は、7社がその意思で上記一定の取引分野における落札者及び落札価格をある程度自由に左右し得る状態をもたらすものであったといえる。このことは、本件合意の成立後の第1回ないし第4回入札において、受注予定者の決定と当該受注予定者による受注が実現した事実、落札率がいずれも95%を超える高い水準である事実からも裏付けられる。

(5) 小括

「公共の利益」に反しない事情もないから、本件合意は不当な取引制限に該当し、法3条後段に違反する。

2 次に、Bの違反行為の終了時期を検討する。

(1) 不当な取引制限の終了時期は、各事業者が、違反行為の相互拘束



3

- が解消されたと認識して事業活動を行うようになった時点である。そして、相互拘束解消の手段の一つである基本合意からの離脱が認められるためには、少なくとも離脱者の行動等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。
- (2) Bは、平成30年6月15日の会合において、他の6社に対し、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、同会合の後は本件合意に従わない意思も表明している。これらの事実からすれば、同会合の時点で、B以外の6社がBによる離脱の事実を窺い知るに十分な事情が存在したといえる。
- したがって、Bは平成30年6月15日に本件合意から離脱したと認められ、これによってBの違反行為は終了したといえる。

## 第2 Jの行為について

- 1 JがAからの問い合わせに対して指名の有無や受注意思の有無を回答した行為は、不当な取引制限に該当し法3条後段に違反しないか。
- (1) 「共同して」
- 意思の連絡とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の入札活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いい、黙示によっても成立する。
- Aは平成28年1月30日の会合において、他の6社に対し、3社に指名の有無と受注意思を確認し、協力が得られる場合には3社にも入札価格を連絡するとの方針を伝えているから、7社には、Jとの間でも協調行動を取る意思があったといえる。
- 次に、Jは、第1回ないし第3回入札において、Aからの問い合

4

- わせに対して指名の有無や受注意思の有無を回答し、第3回入札では、Aから指示された価格で入札してGの落札に協力している。そうすると、遅くとも第3回入札の時点では、Jにおいても、7社とともに受注予定者の決定及び受注予定者の落札への協力を行う意思があったと認められる（以下、Jが参加した後の意思連絡を「本件合意2」という。）。
- (2) 「相互にその事業活動を拘束し」
- 本件合意2により、7社及びJは、本来的には他社の行動と無関係に自由な入札活動を行うべきところを、本件合意2に制約されて入札に関する意思決定を行うことになるという意味において、事業活動が事実上相互に拘束されたといえる。
- (3) 「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」
- 上記第1の1(4)イに述べたところによれば、7社にJが加わった本件合意2についても、平成28年度から3年間発注される特定農業施設工事の指名競争入札分野における競争を実質的に制限したと認められる。
- (4) 「公共の利益」に反しない事情はないから、不当な取引制限に該当し、法3条後段に違反する。
- 2 本件合意2による相互拘束が解消されたのは、公正取引委員会による立入検査が実施された平成20年9月20日であるから、この時点でJの違反行為は終了したことになる。

以上