［令和７年予備試験論文式 経済法］

１．２社の行為は、不当な取引制限（独禁法２条６項）に該当し、３条後段に反しないか。

２．２社はいずれも、甲の製造販売業者であり、相互に競争関係にある独立の事業者といえ、「事業者」「他の事業者」にあたる。

３.「共同して」とは意思の連絡があることをいい、具体的には、受注予定者を事前に決めて、当該受注予定者が入札できるように協力する行動をとることを互いに認識ないし予測して、それに歩調を合わせようとする意思を複数事業者間で形成することをいう。意思連絡については、明示して合意する必要まではなく、上記の入札に関する協力について認識して、暗黙のうちに認容することで足りる。なお、意思連絡の対象は、個別調整ではなく基本合意である。

（１）令和３年度の入札に係る合意について

本問では、令和３年５月に開催された２社の会合において、両社はAから情報提示を受けた甲のみを入札する方針を互いに確認しているものの、両社で明確に入札に協力し合うことを合意してはいないから明示の合意までは認められない。もっとも、２社は、令和３年度の入札においては、すべての物件において事前に確認しあった入札方針のとおり、事前にAから情報提示を受けたもののみ互いに入札しており、事前の情報交換に基づいた入札行動をしている。落札率も、99.7％を下回ることがないという異常に高い数字であり、合意の存在を前提にしないと到底ありえないようなものである。

以上の事実からすれば、遅くとも令和３年度の指名競争入札にお

ける第1回入札が始まる前の時点において、「Aから情報の提示のあった当該物件の入札にのみ参加し、情報の提示のなかった者は、当該物件の入札に参加しないことにより、相手方が入札できるよう協力する」旨の合意を形成していたといえる。よって、2社は、受注予定者を事前に決めて、当該受注予定者が入札できるように協力する行動をとることを互いに認識ないし予測して、それに歩調を合わせようとする意思を形成したといえ、「共同して」に該当する。

なお、Y2は、会合において「令和3年度に予定されている甲の指名競争入札において」はと対象を限定していたことからすれば、合意の対象となるのは、令和3年度の入札のみであると考えられる。

（2）令和4年度以降の入札に係る合意について

令和4年以降の入札に関しても、明確に入札に協力し合う旨の合意は存在しない。もっとも、2社は、既に令和3年度の入札において、談合に係る黙示の合意を成立させていたところ、令和3年10月の会合において、令和4年以降も同様にAから情報提示を受けることで合意をしているから、令和4年以降も上記と同様の方法で談合を行うことを前提としている。また、令和5年9月中旬に2社は、Aが一般競争入札に発注方法を変更しようとした際に、協力してAに当該発注方法の変更に反対し、従前通りの情報提示の継続を要請することを決定しており、Aからの情報提示を前提にした入札に係る合意を維持しようとしている。落札の結果について、令和4年以降も落札率は99.7%を下回ることがないという状況に変わりはな

く、令和3年度から令和5年度までA発注の案件の半分ずつがほぼ均等に2社に割り振られていることからも、2社が利益を最大化しつつ、均等に利益を分配しようと案件を調整していることが窺える。

以上からすれば、令和4年以降の入札を対象としても令和3年度と同様に黙示の合意が形成されたといえ、「共同して」といえる。

4．2社は本来的には自由に入札価格を決めることができるはずのところを、上記の意思連絡に制約されて入札に参加しなければならなくなるから、事業活動を「相互に…拘束」されている。

5．「一定の取引分野」とは競争が行われる場である市場を意味するところ、談合のようなハードコアカルテルにおいては、共同行為が対象としている取引を市場として画定すれば足りる。

本問の市場は、各合意の対象ごとに画定され、令和3年度の入札に係る合意については、令和3年度にA発注の甲調達に係る指名競争入札市場となり、令和4年度以降に係る合意については、令和4年度以降のA発注の甲調達に係る指名競争入札市場となる。

6．「競争を実質的に制限」とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、入札談合においては、当事者らがその意思で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（市場支配力の形成・維持・強化）をもたらすことをいう。

本問では、令和3年から令和5年度の入札においては、談合の当事者である2社しか指名を受けていないため、アウトサイダーは存在しない。また、上述のように令和3年度の入札及び令和4年以降の入札

のいずれにおいても異常に高い落札率で推移し、かつ、2 社が均等に案件を受注できており、2 社は思い通りに入札結果を左右できていた。以上からすれば、上記のいずれの市場においても 2 社は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形成・維持・強化したといえ、「競争を実質的に制限」にあたる。

7．本件では、発注者 A が 2 社に均等に案件を配分するような意向を有しているところ、かかる A の意向に沿うような行動をすることは特段消費者の利益にかなうものではなく、2 社の行為は独禁法 1 条の究極目的に反するから、「公共の利益に反して」といえる。

8．以上より、2 社の行為は 2 条 6 項にあたり、3 条後段に反する。

9．事業者間で合意が破棄された場合には合意が消滅するところ、令和 4 年度以降に係る合意についてはその終了時期が問題になる。

令和 6 年度の入札では、A から事前の情報入手ができなくなり、入札に当たって会合を開かず、従前通りの調整は行われていない。また、令和 6 年度の入札においては、入札方式も一般競争入札に変更となり、Y3 も新たに参加し、落札率も 65%から 80%と大きく低下していることからも、従前の入札とその態様が大きく異なるものであり、令和 4 年度以降に係る合意の効力が及んでいるとは考えにくい。

したがって、遅くとも、令和 6 年度の入札が始まる前の時点で合意は破棄され、終了していたと考える。　以上