

入札談合に対する処罰による解決とそれ以外の解決

楠 茂 樹

一 はじめに…談合をめぐる昨今の状況

入札談合は洋の東西を問わず存在する。わが国に限ったことではない。しかし、わが国は「談合天国」などと表現されるほどに談合が蔓延している、としばしば批判的に指摘されている。⁽¹⁾では、談合がこれまで徹底的に害悪視されてきたか、というところという訳でもない。かつては「談合擁護論」も根強かった。⁽²⁾諸説あるだろうが、談合がわが国において本格的に問題視されはじめたのは、昭和五〇年代からであると言える。それまでは、「不当な取引制限」(三条後段)として禁止の射程に入れている独占禁止法は、入札談合に対してほとんど適用されてこなかった。⁽³⁾また、昭和一六年に新設された刑法上の談合罪(九六条の三)は、戦後、散発的に適用されてきたものの、昭和四三年の大津地裁判決⁽⁴⁾で、落札価格を通常の利潤が加算された価格まで引き上げる意図をもってする協定には「公正な価格を害する目的」がないと判示され、そのまま確定したこともあり、その後同罪の適用は消極的なものとなった。⁽⁵⁾

現在では、独占禁止法違反事件処理件数中、入札談合が多数を占めているが、そのきっかけとなったのが、昭和五〇年代半ばに発生した静岡建設業協会等の独占禁止法違反事件(しばしば「静岡事件」と呼ばれる)⁽⁷⁾である。この事件は静岡

県等発注の建設仕事をめぐる入札談合行為が問題とされたものだが、ここでは地元中小建設会社のみならず大手ゼネコンも絡んでいたと疑われたことから、国民の強い関心を惹き起こし、大きな社会問題となったものである⁽⁸⁾。結局、大手ゼネコンに対する課徴金納付命令は見送られたが、この事件をきっかけに入札談合に対する独占禁止法上の適用が積極化することとなった⁽⁹⁾。そして、平成元年から翌年にかけて行なわれた日米構造協議 (Structural Impediments Initiative)⁽¹⁾ を受けてなされた一連の独占禁止法制裁・措置制度、運用にかかわる改革の後、入札談合取り締まりの動きはさらに強まった⁽¹³⁾。この段階から、入札談合が独占禁止法の最も主要な違反類型として定着することとなった。いわゆる「落札率」が税金の無駄使いぶりを示す指標であるかのように用いられ (強調され) 始めたのは、この頃からである。

このような入札談合摘発が加速する中、入札談合批判は単なる競争制限批判という色彩のみならず、政官財の不正・癒着構造に対する批判としての色彩を強めるようになってきた (もちろん、それ以前からそのような見方はされていた)。その象徴的な出来事が、平成四年に発生した埼玉土曜会事件である⁽¹⁴⁾。同事件では、大手ゼネコンを中心とした大規模な談合事件として注目を浴び、それに関連した贈収賄事件が発覚するという事態に至り、この事件をきっかけに公共事業不信が高まり、公共調達活動が不正の温床であるかのようなイメージが国民に形成されることになった⁽¹⁵⁾。少し前であれば指名競争入札に対する非難⁽¹⁶⁾、現在であれば官製談合、天下りに対する非難は、埼玉土曜会事件以降国民に定着した公共事業不審がその背景にあり、またその不審をさらに強めるものとなっている。

こうした流れの中で、入札談合に対して厳しく処罰する声がさらに高まり、それが平成一七年独占禁止法改正の大きな背景となった (改正内容の紹介は他稿に譲る⁽¹⁸⁾。なお、必要な限りにおいて本稿でも後に触れる)。新法施行数ヶ月で、新法の目玉である犯則調査権限の適用事例も出始めている⁽¹⁹⁾。現在、独占禁止法改正法の付則に定められた「二年以内の見直し」のための検討が内閣府の研究會 (「独占禁止法基本問題懇談会」) で行われている⁽²⁰⁾。

註

- (1) 例えば、日本経済新聞平成一七年四月二三日朝刊二面（社説）等。
- (2) 牧野良三『競争入札と談合』解説社（一九五三）。
- (3) ケースについては、鈴木満『入札談合の研究』信山社（二〇〇二）三三三頁以下参照。
- (4) 大津地判昭和四三年八月二七日下午二〇卷八号八六六頁。
- (5) もちろん、この判決はあくまでも地裁判決であって、その後の檢察実務に「實際上」影響したに過ぎない。最近件数が増加してきた談合罪事件を見る限り、同判決に拘束されているようにには思われない。
- (6) 公正取引委員会の各年度年次報告書 (<https://www.jtcc.go.jp/info/nenpou.htm>) の該当箇所参照。
- (7) 勧告審決昭和五七年九月八日審決集二九卷六六頁。
- (8) その背景には全国紙による反談合キャンペーンの影響もあったようだ。
- (9) 前掲注（6）参照。
- (10) 静岡事件は建設業界に強い危機感を与えたようであり、この時期、多くの業界誌で入札談合をめぐる特集が組まれた。「特集・公共工事と談合入札」ジュリ七五九号（一九八二）等。また、一線級の法学者も多く入札談合関連の論稿を公表したり、雑誌のインタビューに応じたりしている。例えば、正田彬「自由経済体制のもとにおける入札制度のあり方―独禁法と建設業―」建設業界三一巻七号一八頁以下（一九八二）（インタビュー記事）、舟田正之「公共工事に関する独禁法の適用除外の可否―問題点の整理を中心に―」全建ジャーナル二二巻二〇号八頁以下（一九八二）等。なお、既にこの時期に、松下満雄教授は、入札談合の背景にある公共調達制度それ自体の問題性を指摘していた。松下満雄「公共工事における入札と独占禁止法の適用」建設総合研究三一巻二号一頁以下（一九八二）参照。
- (11) 日米構造協議に関する文献は枚挙に暇がない。ここでは省略する。
- (12) 平成二年から平成四年にかけて、「課徴金算定率の最大二パーセントから六パーセントへの引き上げ」「法人に対する罰金の法定刑の「五〇〇万円以下」から「一億円以下」への引き上げ」といった法改正を行ない、また、「①一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ポイコットその他の違反行為であって、国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案、②違反行為を反復して行っている事業者・業

界、排除措置に従わない事業者等に係る違反行為のうち、公取委の行う行政処分によっては独占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案、の二つの類型の違反行為に対して積極的に告発を行う」旨の公取委の告発方針を公表した。

(13) 前掲注(6) 参照。入札談合に対する独占禁止法による処分件数が年間数件程度だったものが、一〇案件〜二〇案件程度へと増加した。

(14) 勧告審決平成四年六月三日審決集三九卷六九頁。

(15) 平成六年には、批判の強かった公共入札に関する独占禁止法旧ガイドラインを改め、事業者団体のみならず事業者それ自体にも適用され、また情報交換活動も違反の射程に入れる等、旧ガイドラインよりも厳格な公取委「公共的な入札に係る事業者及び事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」が策定、公表された。参考として、小川秀樹「公共的な入札に係る事業者及び事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」について「公正取引五二六号三二頁以下(一九九四)、真淵博「公共的な入札に係る事業者及び事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針(入札ガイドライン)の事例解説(一)」判例タイムズ四七巻七号五三頁以下(一九九六)、同「(二)」判例タイムズ四七巻一〇号六一頁以下(一九九六)等参照。

(16) 会計法令上、国、自治体を問わず、契約者選定は一般競争入札に基づくことが原則である(会計法、地方自治法)。しかし、指名競争入札が恒常化、一般化しているのが実態であった。静岡事件の頃から指名競争入札が談合の温床になっている、との批判はあったが、埼玉土曜会事件以降さらに強まり、談合防止のための公共調達改革としての一般競争入札の徹底が図られるようになってきた。中央建設業審議会は平成五年の建議で一般競争入札の積極採用を謳い、また、従前からなされてきた日米建設協議も踏まえつつ日本政府は平成六年、「公共事業の入札・契約手続きの改善に関する行動計画」を発表、指名競争入札を中心とする契約者選定手法を改めることを宣言した。WTO政府調達協定の発効(平成八年)以降、一定額以上の公共調達には一般競争入札を用いることとなっているが、入札談合への批判がますます高まる中、その額は段階的に下げられている。詳細については、例えば、泉水克規「地方自治体における入札・契約手続制度について」厚谷襄児(監)『公共入札制度の改革』地域科学研究会(二〇〇一)参照。

(17) 独占禁止法改正法制定の前後で特に問題視されるようになったのは官製談合である。道路公団発注の橋梁工事をめぐると入札談合、防衛施設庁発注の建設工事をめぐると入札談合等は、いずれも発注官庁の役職員の関与が問題とされている。これらを受けて、平成一七年半ば頃から、官製談合防止法(正式名称は「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律」)改正等

官製談合の抑止のための法改正論議が高まり、平成一八年二月に与野党各々から法案が提出されている。それらでは、刑法典か官製談合防止法かの違いはあるにしても、談合関与行為を行った発注官庁役職員に対する（懲役刑を含む）刑事罰規定の創設が盛り込まれている。

(18) さしあたり、拙稿「独禁法措置体系改革の視点としての「国際比較」建設オビニオン」一巻七号三〇頁以下（二〇〇四）、同「独禁法における違反事業者に対する制裁・措置について」産大法学三八巻三・四合併号三〇頁以下（二〇〇五）、同「独占禁止法改正について…要点整理と検討」Corporate Compliance 第三号六六頁以下（二〇〇五）、同「独禁法措置体系改革について―回顧と展望―」産大法学三九巻一号一頁以下（二〇〇五）参照。その他に、例えば、白石忠志「改正独禁法の論点から（上）（下）」NBL八二五号一四頁以下、八二六号四七頁以下（二〇〇六）等参照。

(19) 例えば、日本経済新聞平成一八年四月二五日夕刊一面等。

(20) 内閣府ウェブ・サイト (<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/>) 参照。

二 問われるべきことがら

入札談合（そしてその背景となる政官財の癒着構造⁽²¹⁾）に対する批判が強まる中、入札談合に対する厳格な処罰を要請する声が高まり、それに反対する声はかき消されつつある。筆者は入札談合を根絶し、競争的な公共調達を実現することに賛成であるし、そのための重要な手段として独占禁止法⁽²²⁾、刑法上の談合罪⁽²³⁾、入札妨害罪（九六条の三）⁽²⁴⁾、官製談合防止法（「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律」）⁽²⁵⁾等を強化し、積極適用することについても基本的に賛成である⁽²⁶⁾。「基本的に」といったのは、条件があるからである。その条件とは、これら処罰の手段が他の手段よりもベターであるということ、又は他の手段と組み合わせることによって可能な限り適正なものになっているということである。

平成一七年独占禁止法改正の主たるターゲットは入札談合であった（とは言え、リーニエンシー制度導入は、「国際

カルテル摘発を容易にするための日本側の「ハーモナイゼーション」という外からの要請がその背景にあった。これに対し、特に経済界を中心として主張された改正反対論は、指名停止や違約金特約等入札談合に対しては既に大きな不利益が違反企業に科されているのであり、これ以上の制裁強化は過剰なものとなるので妥当でないというものであった。これに対しては当然、「制裁が十分過ぎる位なら、なぜに違反行為がなくならないのか。」という反論がなされるだろう。このような反論に対しては次のような再批判が可能である。それは、「違反行為が存在するということが、それ自体制裁が軽すぎることの意味するものではない。」⁽²⁷⁾ というものである。⁽²⁸⁾

入札談合について言えば、このような制裁（ないし不利益）が重いか軽いか、という問題の他にもうひとつ重要な問題がある。それは、入札談合は何故に形成され、何故に蔓延するに至ったのか、という問題である。このような問題提起に対して一部の論者は呆れ顔で「入札談合が形成されるのは談合当事者が儲かるから、に決まっている」というかもしれない。では、入札談合が何故禁止されるべきか聞いたらどうだろうか。おそらく「発注官庁が受けるべき利益を損なり、言い換えれば国民、住民の利益を損なうから」又は「資源配分上の効率性が損なわれるから」という答えが返ってきてそうである（経済法学者の中には「競争（秩序）が侵害されるから」という理由付けをするものもいるだろう）。それでは、何故そういった入札談合が長い間放置されてきたのか、と聞いたらどうだろうか。単に「最近まで気付かなかったから」と答えるだろうか。又は「政治的な圧力がかかっていたから」と答えるだろうか。

このような問いを発したのには理由がある。筆者は談合擁護論者ではないので、入札談合がこの世からなくなる世界を、最終的には望ましいものと考えている。⁽²⁹⁾ 公共工事のような社会基盤整備活動であっても「競い合い」による規律が、そうでない場合よりも望ましい結果をもたらすという確信があるからである。⁽³⁰⁾

問題はその手段である。独占禁止法等により入札談合を処罰し、制裁（不利益賦課）を下すことだけで入札談合を抑

止ないし排除しようとすることは果たして妥当なのだろうか。処罰、制裁（不利益賦課）だけに頼れば、逆に事情を悪化させることはないのか。処罰による入札談合という弊害を除去することで別の弊害が生じることはないのか。

そのようなことを指摘する背景には、入札談合はわが国公共調達の世界において「抜き差し」ならない構造が形成されており、これを無理に引き抜くと公共調達のあり方全体に悪影響を与えるのではないか、という筆者なりの談合理解がある（それは後に触れる）。しばしば談合は「必要悪」といわれる。必要悪とはそれ自体望ましくないが、それを除くともっと大きな害があるのでやむを得ず認められるというものだ。

では、談合という「悪」の必要性はいつい何か。

再び断るが、筆者は談合擁護論者ではない。ただ、単純な談合処罰論者でもない。入札談合がわが国公共調達に蔓延しているのであるならば、蔓延している原因を探り、その原因から考えて最も効果的な処方箋を作るべきではないかと筆者は考えている。その結果、談合に対する処罰、制裁の徹底が唯一の効果的な対策法であるという結論に至ったのであれば、その結論を受け入れればよい。⁽³¹⁾

註

(21) 入札談合を通じて政官財の癒着構造を簡単に概観し、これにかかわる法的対応を解説するものとして、曾根威彦「政・官・業の癒着をめぐる構造汚職…入札談合における汚職事件を中心として」季刊企業と法創造（早稲田大学二一世紀COE「企業法制と法創造」総合研究所）第三号（二〇〇四）一四九頁以下参照。なお、公共工事をめぐる政官財の癒着構造を自己を詳細に触れる文献として以下を参照。See BRIAN WOODALL, JAPAN UNDER CONSTRUCTION: CORRUPTION, POLITICS, AND PUBLIC WORKS, BERKELEY, CALIF.: UNIVERSITY OF CALIFORNIA PRESS (1996).

(22) 独占禁止法による入札談合禁止、違反事業者等に対する処罰、処分のあり方については、任意の独占禁止法の教科書を参

照のこと（比較的参照度の高い文献として、さしあたり、根岸哲「舟田正之『独占禁止法概説（第三版）』有斐閣（二〇〇六、公刊予定）、金井貴嗣「川濱昇他編著『独占禁止法（第二版）』弘文堂（二〇〇六）等参照）。

(23) 談合罪については、例えば、大塚仁他編『大コンメンタール刑法第六卷』青林書院（一九九九）の該当箇所を参照。

(24) 入札妨害罪は入札情報の漏洩等に適用され（入札妨害罪の射程は任意の刑法教科書を参照のこと）、情報漏洩は談合を容易にする行為であることから、ここで採り上げることとした。解説として、同前参照。

(25) 解説として、磯寿生「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律（官製談合防止法）の制定（公正取引六二二二号三頁以下（二〇〇二）、榎木純一「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律の概要について」地方自治六六〇号一六頁以下（二〇〇二）、森恭子「官製談合」の排除・防止に向けて―入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律」時の法令一六八八号六頁以下（二〇〇三）等参照。

(26) 本稿注（17）参照。

(27) 制裁の程度が「重すぎる」「軽すぎる」「大きすぎる」「小さすぎる」といった場合には注意が必要である。単に止めさせるというだけの「抑止」を考えるなら、違反行為が存在する限り「重すぎる」ということはあっても、「軽すぎる」ということはあり得ないだろう。「重すぎる」といったとき、ひとつが、刑法でいえば「罪刑均衡」の問題であり、行政法でいえば「比例原則」の問題、すなわち各々の法領域において「妥当性を欠く」ことを意味することとなる。なお、「抑止」に引き付けて「過剰」といった場合には、コストとベネフィットの観点から議論されることがある。すなわち、ある行為を止めさせることで得られるベネフィット（害悪の減少等）と、それを止めさせることにより生じるコスト（捜査コストや裁判コスト等）を比較し、トータルで最も効率がよい「抑止」の水準を考える議論において、ある一定上の抑止が非効率的であることを「過剰抑止（overdeterrence）」と表現することがある。

「違反行為が存在することそれ自体」だけから現在の制裁水準が低すぎることを指摘し、制裁強化を主張するのは法的観点からも経済的観点からもナンセンスである。筆者自身、独占禁止法上の制裁が未だに低水準に止まっているという認識を有しているが、問題を単純化して考えるべきではない、と自戒している。なお、犯罪と刑罰に関する経済学上の議論については、ヘッカー（Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," 76(2) J. Pol. Econ. 169-217 (1968)）以降のさまざまな展開が見られている。最近の文献では STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, HARVARD UNIV. PRESS (2004), Ch. V が

参考になろう。コスト・ベネフィットの観点から、制裁にかかわる法的スキームのあり方を議論するものに、Vikramaditya S. Khanna “Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?” 109 HARV. L. REV. 1477 (1996) がある。日本語文献では、例えば、四方光「組織・企業犯罪の新制度派経済学分析(二)：法政策立案のための現状認識理論を求めて」警察学論集五四巻三号一―三頁以下(二〇〇二)、藤田友敬「サンクションと抑止の法と経済学」ジュリスト一二二八号二五頁以下(二〇〇二)がある。

(28) 筆者はかつて、独占禁止法の実効性を高めるための制裁・措置制度の再構築のあり方を論じたことがある(拙稿「独禁法への制裁金制度導入について(上)(下)」法律時報七三巻八号五三頁以下、七三巻九号九〇頁以下(二〇〇二)参照)。その中で、課徴金制度の法的趣旨が(従来)不当利得の剥奪にあることが足かせになり、独占禁止法の実効性を著しく損なわせていることを指摘し、より政策目的を実現するという趣旨、言い換えれば違反行為抑止の目的を正面から認めた新たな行政制裁のスキームを構築すべきと論じた。制裁(ないし不利益)の水準を単純に引き上げるのではなく、幅を持たせるといのが筆者の主張であった。実際の改正作業は、現実的には現行法のスキームから大幅に変えづらいという制約もあってか、基本的には課徴金算定率を上方に引き上げるものとどまり、機械的、画一的な算定手法には変化はなかった。拙稿前掲注(18)「独禁法措置体系改革について―回顧と展望―」参照。

(29) これは「競争」が存在することのメリットは何か、という問題にかかわる。「競争」の意味と意義について考察を通じて独占禁止法の基礎理論を展望した文献として、拙稿「独禁法における「競争」の理解及び「競争」とルールの関係についての検討(一)・(二)・完」ハイエク競争論及びルールの視点から」論叢一四七巻三号七〇頁以下、一四九巻二号五九頁以下(二〇〇二)参照(但し、公契約が念頭に置かれているわけではない。別途、考察と検討が必要となる)。

(30) もちろんただ単に競い合わせればよいというものでもあるまい。拙稿「公共工事法制の再検討序論：マネジメントの視点から」産大法学三九巻二号一頁以下(二〇〇五)参照。

(31) 平成一五年、公正取引委員会が主催した「公共調達と競争政策に関する研究会」は、入札談合抑止、防止のために入札・契約制度改革が必要であるとす報告書を公表している。

三 談合の形成と安定化についての一般的な理解

入札談合はなぜ発生するか。最も簡単に理解されやすい説明は、「談合した方がしないよりも儲かるから」というものである。では、なぜ談合は安定化するのか（約束が守られるのか）。この場合の最も簡単に理解されやすい説明は、「（多数回の入札が行われる）長期に渡る談合ならば、裏切るよりも談合の約束を守るほうが得だから」というものである。指名競争入札による入札参加メンバーの固定化は談合の発生と安定化を補完する役割を演じている、という説明がしばしば付け加えられる。

それでは、官製談合はなぜ発生するのか。最も簡単に理解されやすい説明は、「関与する発注機関側の職員にとってそれが得になるから」というものである。ここでは「得」の中身として将来の天下りの期待を考えることとしよう。では、なぜ官製談合は安定化するのか（関与が継続して行われるのか）。この場合の最も簡単に理解されやすい説明は、「天下りの慣行が長期に渡り継続し、自ら（ないしは組織全体として）関与し続けられれば、その恩恵に浴する期待が高まるから」というものである。⁽³²⁾そして、追加的に、発注機関OBの受け皿である、さまざまな公益法人の存在は天下りの慣行を安定化させる役割を少なからず演じている、との指摘がなされるかもしれない。

そしてこれら入札談合、官製談合が社会全体として望ましいものかという質問をしたらどうだろうか。おそらく以上の理屈を前提にするならば、誰からも「税金の無駄使い以外の何ものでもない」という答えが返ってくるのではなからうか。このような理解と見方は、世間一般に受け入れられているものである。そこから導かれる結論は、（官側も含めた）談合厳罰化、天下り禁止の徹底、一般競争入札の徹底の三点セットであろう。実際、そのような主張が世論としては支配的であり、少なくとも多くの経済法学者はそう考えているようだ。⁽³³⁾

註

(32) とするならば、発注機関の職員を頻繁に配置換えし、特定の業界や企業との癒着を防止すればよいのではないか、という意見が出てきそうである。確かに単純に考えればその通りであろう。しかし筆者は若干悲観的である。というのは、発注官庁組織全体として業界全体との癒着構造があるように思われるからである。ある企業が官公庁OBを業界のサークル内で厚遇しておけば、談合構造のサークル内として扱ってもらえるという期待が持てるし、そうした漠然としたサークル内の意識が談合構造を支えているように筆者には映る。もちろん、これは筆者自身が実証したものではないし、それを実証するのは難しいだろう。さまざまな、ある程度の広がりがある(広い領域をカバーする)業界(事業者)団体の「常勤の理事」で発注機関OBを迎える慣行はなぜ存在するのだろうか。

談合が発生し安定化する構造の合理的説明は難しいが、それを解明しなければ合理的な対策もまた打てないだろう。伊丹敬之教授に代表される、「場」のマネジメント論(『場の論理とマネジメント』東洋経済新報社(二〇〇五))が最近注目を浴びているが、談合問題も業界サークルという「場」という観点から眺めてみると何かが見えてくるかもしれない(読者に誤解を招かないために、マネジメント論としての「場」はあくまでも経営活動にとって重要な「知識創出活動」に向けられたものであることを注記しておく)。

(33) この問題に精通した経済学者や経済史学者は、この三点セット以外のバラエティーある改善案を提示する。それは彼らが談合抑止という観点のみならず公共調達全体の適正化という視点から公共調達の問題を眺めているからであろう。例えば、金本良嗣「談合対策(上) 発注工夫し、やりにくく(経済教室)」日本経済新聞平成一七年八月一六日朝刊二三面、武田晴人「入札・契約制度改革に向けた提言」建設オピニオン一三巻二号二六頁以下(二〇〇六)等参照。

四 公入札及び公契約の制度と運用という視点から見た入札談合…公共工事請負契約に関して

1 描写の前提

ある経済現象を説明するときに、利他的に行動することを前提にすることは果たして妥当か。自ら（自社の）利得を最大化するように人々は（企業は）行動するという尤もらしい仮定を置けば説明できることも、そのような仮定を取り払ってしまうと説明できなくなってしまう。逆に、人々は利他的に行動すると仮定するならば説明が可能になることも、そのような仮定は尤もらしくないと採用しなければ説明できなくなってしまう。⁽³⁴⁾

公務員等の行動を考える際、その問題に突き当たることになる。この場合、公務員等の行動を国民の利益と整合的なものとして仮定するか、国民を欺いても自らの利益を最大化する人間像を立てるか、になるのだろう。ただ、モニタリングの問題が解決可能ならば、前者と後者は両立するだろう。

この、人間像の設定問題（そしてモニタリングの問題）は、公共調達をめぐる不正防止、適正化にかかわる描写、検討の前提として本来無視できないものである。しかし、本稿ではこれ以上触れないこととする。本稿の狙いは、談合問題について、支配的な見方に対抗する新たな（または目立たなかった）見方を表に出し、議論を喚起することにある。人間像の設定問題は、その後詰めて考えられるだろう、事実描写の説得力、あり得る解決策の有効な検討にとってクルーシナルなものとなる。ここでは、筆者自身、そういった人間像の設定問題の存在に気付いている、ということを確認すればそれでよい、と考えている。

2 公共工事請負契約の性格⁽³⁵⁾

公共工事請負契約は、工事という仕事を完成させるという役務の給付とそれに対する報酬の支払という反対給付を相互に義務付ける双務契約である。しかし、公共工事請負契約に関しては、従来から「片務的」であると指摘されてきた。それはどういふことだろうか。

川島武宜、渡邊洋三両教授は戦後まもなく刊行された古典的名著『土建請負契約論』において、「請負人のみの危険負担」「违约金、遅延料等に関する契約上の不公平」「賠償を伴わない注文者の都合による一方的な工事内容の変更」などを取り上げつつ、次のように述べている。⁽³⁶⁾「…注文者と請負人との関係は、外形においては、民法が規定する近代的なカテゴリーで構成されるところの近代的な双務契約としてあらわれるのであるが、現実においてはそうではなく、上級者・下級者、支配者・服従者、の間の封建的な一種の権力関係であり、業者が「片務契約」として攻撃している…点は、この封建的権力関係の近代法的表現形式に他ならないのである。」

この、発注官庁と受注業者との契約関係が同著の刊行から半世紀以上経った現在においても「封建的」と呼べると思われぬが、何らかの形で「不平等」ないし「歪んだ」ものであることは言えそうだ。渡邊法美助教授は高度成長期以降現代に至るまでの発注者側、受注者（＝施工者）側の関係の考察を踏まえつつ、「片務」の内容を「論理的・一貫性の欠如」という言葉で表現している。設計図書の完成度や精度が低いまま契約がなされることや、工事監理の方法について明確な基準がなく現場に委ねられていること、などから発生する契約履行時の不確定性の不利益を受注者側が一方的に負担している。契約後の設計内容や代金額の変更が行なわれたり、工事監理者が受注者側に工事のやり直しや修正を求めたりすることが、予算の潤沢さや監理者の経験、主観といった発注者側の「都合」⁽³⁷⁾でなされている。結局、受注

者側は、発注者側の一貫性がなく事前に予測の付かない内部事情に自らの工事マネジメント、より強調すれば自らの経営を委ねざるを得ない状況にあるのである。基本的には、両者の関係は、半世紀前と変わっていないことだ。

設計図書の完成度、精度が低い場合、工事費を事前に正確に見積もることができない。それは発注者側、受注者側両者に当てはまることである。また、工事監理のあり方が不明確であれば、工事の品質を一定水準以上に維持する事前の予測が立たない。しかし、このような実務は、膨大な量の公共工事を、過不足なく予算を執行しながら年度内に終了し、会計検査に対応することが求められてきたという発注官庁側の事情がその背景にあった。高度経済成長期以降、日本の膨大な量の公共工事の多くは、事前の準備と工事中の監理が不十分な状態で実施されてきた。⁽³⁸⁾

では、このような中で発注者側はどうやって工事の質を維持し、受注者側はどのような論理一貫性のなさ（不確実性）にどうやって対応していけばよいのか。

また、緩やかな発注者の工事監理で粗悪工事が容易となる上、契約後の設計図書変更や代金増額の余地が大きいことで、施工業者は「望外の利」獲得に対する大きな期待感を抱くことになる。それが、原価を著しく下回る低い価格での、いわゆるダンピング入札の引き金となる。当然工事の質は低下する。さらには、工事代金の四〇パーセント程度が前渡金として工着手前に支払われ（工事完成後に残り全額が支払われる）ことで、不誠実な業者の「前渡金食い逃げ」というリスクも生じることになる。⁽³⁹⁾このような弊害を防ぐにはどうしたらよいのか。

そして、受注者側の事情としては、公共発注者による企業の格付けでは、完成工事高の大小が最も重要な評価要素とされてきたため、目標完工高を確保できないと、その企業の次回の格付けは低下し、完工高がさらに減少することになる。日本の元請企業では、一定水準以上の完工高を確保することが最も重要な経営目標の一つとされ、利益よりは完工高の確保を優先する傾向がある。受注競争が激化した場合、工事利益を犠牲にする、極端な場合は赤字工事も厭わずに受

注を図ることが少なくない。当然、経営は不安定になる。不安定になれば、工事の質が低下する。⁽⁴⁰⁾このような危機を乗り越えるにはどうすればよいのか。

その解決策が入札談合や官製談合だった、というシナリオは果たして説得力がないだろうか。⁽⁴¹⁾

3 入札制度とその運用面から眺める

よく知られているように、会計法令上、一般競争（入札）、指名競争（入札）、随意契約という三手続が契約者選定手続として用意されている。⁽⁴²⁾ここでは、一般競争入札が原則とされ、指名競争入札は例外である。⁽⁴³⁾しかし、これまで事実上逆転してきた。とは言え、最近では指名競争入札が不正の温床になっているという批判が強くなったこともあり、一般競争入札が用いられる割合が大きくなった。⁽⁴⁴⁾なお、随意契約は極めて例外的にしか用いられ得ないものである。それだけではなく、随意契約が官民間の不正・癒着の手段であると報じられることが多いことから、實際上、随意契約に躊躇する発注機関が多いようだ。⁽⁴⁵⁾以上は、契約者選定プロセスにおける「競争の有無」「競争の程度」についての分類である。⁽⁴⁶⁾

契約者選定の仕方（され方）についてはもうひとつ重要な視点がある。それは「何について競争するのか」というものである。

この点、会計法上、「最低の価格をもって申込みをした者が落札する」契約者選定方式である「最低価格自動落札方式」が原則とされている。⁽⁴⁷⁾「価格及びその他の条件が最も有利なものを選ぶ」総合評価方式も認められているが、「その性質又は目的」から最低価格自動落札方式には抛り難い契約についてのみ認められる例外的なものである。⁽⁴⁸⁾以上の点に

ついでには地方自治法上も同様のものとなっている。⁽⁴⁹⁾

総合評価方式が採用される場合には、国に關しては各省各庁の長が財務大臣に協議しなければいけないこととなっている。⁽⁵⁰⁾ 財務大臣に協議するとなると手続が煩雜なので数年前まではほとんど採用されなかった。しかし、かつては一件ごとに個別協議が必要だったこの手続は、平成一二年に公共事業関係各省の申し合わせにより包括協議がなされガイドラインが作られて以降、そのガイドラインに該当する限りにおいては個別協議が不要という実務に変わった。⁽⁵¹⁾ これによって総合評価方式が採用される件数が多くなった。なお、地方自治体に關しては総合評価落札方式を採用する場合には学識経験者への意見聴取を踏まえないことになっている。⁽⁵²⁾ 地方自治体で総合評価方式が採用されるケースは、国と比べて極端に少ない。

わが国の公共調達手続には比較法的に見て特殊な「競争の枠」がある。落札価格の上限を画する「予定価格」がそれである。一般競争入札であるか、指名競争入札であるかを問わず、また最低価格自動落札方式であるか、総合評価方式であるかを問わず、契約金額の上限価格として定められることとなっている。⁽⁵³⁾ 予定価格は会計法令上、仕様書と設計書、需給の状況、数量の多寡といった要素を考慮しながら定められるものとなっており、その価格は一般に、「契約担当官等が競争を行うにあたって、事前に予定した競争に係る見積価格」と説明されている。⁽⁵⁴⁾ その価格を一元でも上回る入札は効力を失う、言い換えると、全ての入札価格が予定価格を超えると、その入札は不調になるという効果が生じる。そういった「価格」が存在するのは、少なくとも日米EUの中では日本だけである。⁽⁵⁵⁾ なお、価格の下限については、会計法上の規定では、当該低価格では契約が履行されないおそれがある、公正な取引の秩序を乱すおそれがあると判断される場合には、契約担当官が必要な調査を行った上当該低価格入札者を除外することを認める「低入札価格調査制度」がある。⁽⁵⁶⁾ 一方、地方自治体の場合は、国と同様に低入札価格調査が可能である上、その価格を下回ると無効とな

る最低制限価格を設けることができることになっている。⁽⁵⁷⁾

もうひとつ、入札制度それ自体の問題ではないが、契約者選定プロセスにおいて重要な役割を果たす制度が存在する。そのひとつが公共調達における中小企業の保護を定めている「官公需についての中小企業者の受注の確保に関する法律」（官公需法）である。これは「競争の有無・程度」「競争の内容」といった分類との対比では、「競争上の優遇（策）」とでもいうべきだろうか。

同法により、国が、契約に関して、プロジェクトの予定を勘案しながら中小企業の受注の機会の増大を図るための方針を作成すること、方針の案を経済産業大臣と各省各庁の長が協議すること、中小企業に対してどの程度の契約実績があるかということについて経済産業大臣に報告すること、必要な施策を講ずることなどに努めることなどが義務付けられている。同法の具体的な運用として、例えば、分離発注のように工種を分けることで契約金額を小さくしたり、分割発注のようにロットを小さくしたりすることで中小企業が受注しやすきようにすることや、指名競争入札や随意契約などを活用することなどで中小企業の保護が図られる。その結果、国の調達では、契約金額の中の凡そ四〇パーセントから五〇パーセントぐらいが中小企業に発注されている。⁽⁵⁸⁾

さて、このようなわが国の入札制度とその運用をあり方から、入札談合が発生し安定化する背景を次のように描くことはできないだろうか。

価格以外の要素が全く考慮されない最低価格自動落札方式は単純な物品調達などには馴染むものの、公共工事を中心とする複雑で高度な技術が求められる調達には馴染まない。それが用いられ続ける場合、調達の質を維持する何らかの仕組みが必要になる。ひとつが入札参加資格の厳格化であり、もう一つが構築された談合システムの下での談合参加者相互の質の管理である。最低価格自動落札方式は勢い、ダンピング受注を招く恐れを伴い、これを回避する目的で談合

システムが構築されやすいのも事実である。ダンピング回避、安定受注の見返りとして質の維持に談合参加者が努める、そういった談合システムが最低価格自動落札方式の下形成されてきたということは想像に難くない。予定価格の存在によって自由競争に上限の枠が嵌められているという受注者側にとって不利な事実が、それ以下の価格帯における価格調整への抵抗を低からしめているかもしれない。このシステム維持のためには、発注機関側の関与、少なくとも黙認が必要になる。そしてそのように関与し、黙認することの旨みは、質が軽視されやすい現行入札制度の下での質的效果的な維持が可能になるという意味において、国民の利益と整合的に動く公務員としての発注者側にも存在する。談合の多くが官製談合であると言われる背景事情はそこにあるのかもしれない。官公需法の下行われる不透明な分割発注、指名行為、そして天下りなど、公共調達制度の歪みが、いくつかの日本特殊の制度を補完的に伴って談合システムを醸成し、それを安定化させてきたといえるのではなからうか。

4 小括

以上の記述は、あくまでも入札談合の発生と安定化に関する考え得るシナリオであって、すべての入札談合に当てはまる単一のシナリオではない。もしかしたら上記のような説明が当てはまる入札談合は無視できるくらいにごく僅かなものかもしれない。しかし、より現場に近い業界団体関係者、工学系研究者を中心に本稿がこれまで述べてきた内容を指摘する声は少なくない。⁽⁵⁹⁾筆者自身、短い間ではあるが、「公共調達における競争のあり方」についての研究を進める過程で、⁽⁶⁰⁾経済学の教科書に書いてあるような単純な説明では言い尽くせない、入札と契約にかかわる制度と運用に複雑に絡みついた根深い問題であると考えるようになった。⁽⁶¹⁾

公共調達における入札と契約にかかわる制度と運用に複雑に絡みついた根深い問題であるとすれば、入札談合を抑制、防止するためには何をすればよいのであろうか、言い換えると、どのような制度をどのように運用すればよいのであろうか。

註

(34) 経済現象の分析においてどのような人間像を前提とするかは、重要な問題である。この問題は、組織内における各メンバーのインセンティブ設計の問題においてしばしば提起される。例えば、伊藤秀史「組織とインセンティブ設計の経済分析を豊かなものとするために」経済セミナー二〇〇四年三月号(二〇〇四)参照。直感的には、多くの人間の利他的に映る行動は、長期的に見れば利己主義的な動機付けがなされている場合が多いであろう。ある論者は、自らの利益を意識的に度外視した(長期的に見ても得になりそうにないと分かった上での)行動(例えば、海で溺れかかっている見ず知らずの子供を助ける行為など)も実際にあり、それは利己心だけでは説明が付かないだろう、と指摘するかもしれない(もちろんそれ自体利己心で説明できるという見方もあろう)。これは人間にそもそも備わっている本能か、それともある種の教育効果か。教育効果だとするとなぜにそのような教育が施されてきたのか。『国家の品格』(岩波書店(二〇〇五))の著者である藤原正彦氏のように「当然」と言ってしまうのは簡単である。しかし当然ならばなぜそれができないのか。利他主義に満ち溢れた(利己心など全くない)社会の可能性を追求する議論は長い間議論されてきたが、利己的に行動する人間の処遇の問題で常に壁に突き当たる。裏切り者への制裁スキームが必要になるだろうか。しかし、利他主義に満ち溢れた社会ならば制裁など必要があるのか。そのような疑問を払拭するのが、神のような絶対的な「権威」の存在なのではないか。

(35) 以下の記述は、筆者がメンバーの一人として参加した「談合構造解消対策研究会報告書」(後掲)の内容を踏まえてのものである。

(36) 川島武宜Ⅱ渡邊洋三『土建請負契約論』日本評論社(一九五〇)六頁(引用に際しては、旧字体を新字体に変えてある。以下同様)。

(37) 海外の建設市場では、増額設計変更のための根拠として厳格な定量的根拠が求められるが、わが国では別の工事名目で予

算化することが多く、そのような厳格な根拠が求められないため、発注担当者の裁量の余地が大きいようだ。

(38) 以上、渡邊法美「わが国の公共工事入札・契約制度改革に関する一考察」土木学会建設マネジメント委員会『第二三回建設マネジメント問題に関する研究発表・討論会講演集』三五頁以下(二〇〇五)。

(39) 後掲・談合構造解消対策研究会報告書参照。

(40) 同前参照。

(41) 筆者は談合擁護論者ではないので、そのような解決が妥当な選択であったとは考えていない。しかし、そのような解決方法の選択が現実となされたのであれば、それは事実として受け止めなければならないし、今後の対策を考える際にも考慮しなければならない。入札談合が一定の合理性を有したシステムとして公共工事請負契約制度及び実務の中に組み込まれているとするならば、問題は根深い。公共工事にかかわる制度や定着した実務が入札談合を前提に形成されているかもしれないからである。

(42) 会計法二九条の三以下、地方自治法二三四条以下等。

(43) 会計法二九条の三、地方自治法二三四条二項等。

(44) 例を挙げるまでもなく、ここ数年、国、各自治体ともに一般競争入札の適用範囲を拡大している。

(45) 後掲・談合構造解消対策研究会報告書参照。

(46) 拙稿・前掲注(30)参照。

(47) 会計法二九条の六。

(48) 会計法二九条の六。

(49) 地方自治法二三四条四項、地方自治法施行令一六七条の一〇の二等。

(50) 予算決算及び会計令九一条の二。

(51) 「公共工事における総合評価方式の包括協議について」(建設省厚契発第三〇号、平成一二年九月二〇日)、「総合評価落札方式の実施に伴う手続について」方式の実施について」(建設省厚契発第三〇号、平成一二年九月二〇日)、「総合評価落札方式の実施に伴う手続について」(建設省厚契発第三二二号、建設省技調発第一四七号、建設省営計発第一三二二号、平成一二年九月二〇日)、「工事に関する入札に係る総合評価落札方式の性能等の評価方法について」(国地契第一二二号、国官技第五八号、国営計第三三三号、平成一四年

六月(三日)等参照。

- (52) 地方自治法施行令一六七条の一〇の二第四項。
- (53) 会計法二九条の六等。
- (54) 香川俊介編『会計法精解「平成一六年改訂版」』大蔵財務協会(二〇〇四) 他を参照。
- (55) かつてフランスではわが国の予定価格に相当する価格が存在したが、今では存在しない。
- (56) 予算決算及び会計令八五条等。
- (57) 地方自治法施行令一六七条の一〇第二項。
- (58) 日本土木工業協会「建設業ハンドブック二〇〇五」(<http://www.dokokyo.or.jp/data/data.html>) より。
- (59) その例は省略する。「C E 建設業界」「建設オペニオン」「土木学会誌」等さまざまな雑誌に多くの論稿が掲載されている。
- (60) 例えば、前掲注(30)の文献の他、拙稿「政府調達法制の新发展…公共工物品質確保法のポイント」Corporate Compliance 第四号一一五頁以下(二〇〇五)、同「公共工物品質確保法と独占禁止法」法律のひろば五八卷一二号三三頁以下(二〇〇五)、同「公共工事とコンプライアンス」建設オペニオン一二卷一二号三八頁以下(二〇〇五)等参照。
- (61) もちろん、これも経済学が説明しなければならぬ問題であるだろう。但し、現在経済学が掘って立つディシプリンと分析ツールでどこまで説明し尽くせるかは、分野外の筆者には分からない。これはフロンティアの経済学者や工学系研究者と共同して解明すべき問題であろう。

五 入札談合に対する処罰による解決とそれ以外の解決

入札談合を抑止、防止する最も直接的な方法は、入札談合を行った企業、その役職員、そしてこれに関与した発注者側の職員に制裁を科す、不利益を科すことである。入札談合に対する不利益賦課の手段は多様である。独占禁止法は三

条後段（不当な取引制限禁止）違反として、違反事業者に対する行政処分としての課徴金納付命令（七条の二）、違反者個人、事業者、代表者に対する刑事制裁（八九条、九五条、九五条の二）があり、刑法典には、談合罪と入札妨害罪とがある（九六条の三）。入札談合を行った事業者に対しては、発注機関は一定期間の入札参加資格停止措置を行っている⁽⁶³⁾。また、入札談合が行われた案件の発注機関は、事前に決められた、落札価格の一定比率を違約金として請求する特約を結んでいる⁽⁶⁴⁾。そして、今年の通常国会で、官製談合防止法を改正し談合関与行為を行った発注機関側の職員に対する刑事罰規定を創設する等内容をとする法案が与野党から各々衆議院に提出されている⁽⁶⁵⁾。

こうした入札談合に対する処罰ないし不利益賦課の厳格化を求める声はとどまるところを知らない。世間一般では、入札談合は百害あって一利もない、単なる業者間の利益獲得と配分という自分勝手な動機に基づく国家財政の侵害行為にしか映っていないようだ。また、官製談合は天下りを期待しての、又はもつと露骨に贈収賄が絡む官民癒着の発露形態としてしか映っていないようだ。だからこそ、独占禁止法にせよ、官製談合防止法にせよ、厳罰化が単純に求められるのである。入札と契約にかかわる見直しについては、不正の温床として批判されている指名競争入札の例外化、より入札談合が困難になると考えられている一般競争入札の徹底化が主張される位である。入札談合の抑止、防止をテーマとする多くの法律学者の議論もその射程内か、その射程を大きく超えるものではないようだ。

筆者は、独占禁止法等による制裁、処罰その他不利益賦課の有効性を決して否定しない。入札談合のネガティブな面に反発する国民感情に厳しい制裁、処罰等はマッチしもする。

しかし、問題は単純ではない。われわれは次の点を考慮しなければならない。第一に、入札談合はわが国公共調達に蔓延している⁽⁶⁶⁾ということである。そして第二に、それがわが国公共調達制度やこれまで形成されてきた官民間の契約関係の下、（発注者側、受注者側それ自体の利益のみならず公共調達の目的という観点からも）一定の合理性をもって安

定的に維持されてきた、ということである（本稿四以前の記述を参照）。

このような状況下で、入札談合対策として制裁、処罰その他不利益賦課のみに頼ろうとするならば、次のような問題が生じるのではないかと筆者は考える。

第一に、公取委や警察、検察の現在の調査・捜査体制、マン・パワーでは、入札談合の摘発、取締りにはあまりに不十分であり、現在の制裁、措置制度では、効果的な抑止、防止からは程遠い結果しか得られないだろうということである。入札談合が、もし、公共調達案件の半数で行われているとするならば（そういった想定は決して極端で意外なものではないはずだ）、年間三十件程度の公取委による入札談合摘発はあまりに少ない。発覚率と抑止効果の関連を考えると、課徴金や刑事罰による不利益賦課の程度はあまりに低い。しかし、だからといって不利益の水準を何十倍にも引き上げれば、刑事法上の原則である罪刑均衡原則の制約を超えるものになることはもちろん、行政法上の原則である比例原則にも抵触するおそれがある。調査、捜査体制を劇的に強化するという選択も非現実的であり、一定以上の強化は逆に非効率な結果を招いてしまうだろう⁶⁶。談合構造が根深ければ根深いほど、この問題は大きくなる。

そして第二に、そしてより重要なことに、入札談合がわが国の公共調達、公契約の制度や運用に深く組み込まれているとするならば、そしてそのことが一定の合理性によって支えられているとするならば、制裁、処罰その他不利益賦課のみによる入札談合抑止、防止が試みられ、それが功を奏した場合、現行公共調達、契約制度及びその運用の抱えている潜在的問題性が一気に表面化する可能性がある、ということである。端的に言えば、現行公共調達、契約制度及びその運用の下で、入札談合が担ってきた「質の維持と向上」の役割を新たに担う何かが必要になるのである。入札談合を減ぼすだけではなく、橋や道路まで減ぼしてしまつたら、何のための公共調達か分からない。

とするならば、入札談合に対する制裁、処罰その他不利益賦課を強化するだけでは不十分であるとともに、それと同

時か又はそれに先行する形で公共調達、契約制度及びその運用の見直しを行うべきではなからうか。すなわち入札談合に対する非処罰的対応である。

入札談合に対する非処罰的対応には二つの種類がある。ひとつは、談合構造を解消することに向けられた非処罰的対応であり、もうひとつは、談合構造が消滅した後に公共調達を適正化させることに向けられた非処罰的対応である。両者はオーバーラップし得るもので、明確に分けられないものもある。例えば、よく指摘される一般競争入札の徹底は、談合構造解消に向けられたものである⁽⁶⁷⁾。また、これもよく指摘される、総合評価方式の積極採用は、「価格だけに基つかない契約者選定手法は受注希望者間の調整を困難にする」という意味で談合構造の解消に向けられたものであると同時に、談合解消後に質を安定、向上させる適正化の手法でもある⁽⁶⁸⁾。さらには、公共工事請負契約の履行時に用いられる出来高払い方式は、それ自体が直接談合構造の解消に向けられるものではないが、入札談合によって補完されることで機能している工事代金支払い方式（前渡し金＋事後一括払い）から、入札談合に頼らない契約履行の適正化を図るものである⁽⁶⁹⁾。

入札談合に対する非処罰的対応は本格化しつつある。公共工物品質確保法（正式名称は「公共工物品質確保の促進に関する法律」）の制定（平成一七年三月）と施行（同四月）は、よい例である⁽⁷⁰⁾。問題は、そういった動きが、それが一般国民のみならず専門家である法律学者、経済学者にもほとんど（少なくとも詳細には）知られていないこと、そして入札談合の抑止、防止（その構造の解消）も含め、「公共調達のあり方の適正化」という視点から全体的、体系的に議論されてこなかったということ、である。後者の問題については、個別の実務対応に追われ易い実務家の責任ではなく、制度設計とその運用のあり方を包括的、体系的に論じることができるはずの（そしてそれが求められている）研究者、その中でも特に法律学者の責任であらう。

註

- (62) 橋梁談合事件では、検察側は発注機関側（本件においては道路公団）の幹部の独占禁止法違反の共同正犯を主張している。日本経済新聞平成一七年一月二三日朝刊三九面参照。
- (63) 「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領中央公共工事契約制度運用連絡協議会モデル」（中央公共工事契約制度運用連絡協議会、昭和五九年三月二三日採択、平成一五年五月二九日最終改正）、その他各発注官庁の指名停止措置要領参照。確認的に触れておくと、一般に「指名停止」という言葉が用いられるが、実際には「入札参加資格の停止」のことである。
- (64) 例えば国土交通省に関して言えば、「工事における違約金に関する特約条項の制定について（国土交通事務次官から各地方整備局長あて通達）」（平成一五年五月一五日国地契第一七号）、「建設コンサルタント業務等における違約金に関する条項の制定について（国土交通事務次官から各地方整備局長あて通達）」（平成一五年五月一五日国地契第一八号）、「違約金に関する特約条項の制定等について（国土交通省大臣官房地方課長、技術調査課長、官庁営繕部営繕計画課長から各地方整備局総務部長、企画部長、営繕部長あて通達）」（平成一五年五月一五日国地契第一九号、国官技第四三号、国営計第三四号）等参照。
- (65) 本稿注（17）参照。
- (66) 違反行為は見つかりやすいものから摘発されるであろう。調査、捜査体制を強化するにつれて当初はかけたコストを回収するに十分なくらいの効果的な摘発がなされるだろうが、どこかの段階からコストをかけても摘発の効果が上がらない状況に陥るだろう。
- (67) 例えば、瀬川滋Ⅱ加藤光男編「特集 指名競争入札がなくなる日―談合防止を目的に一般競争入札の対象が急拡大」日経コンストラクション三八九号三四―五二頁（二〇〇五）等を参照。
- (68) 「入札談合の再発防止対策について」（国土交通省入札談合再発防止対策検討委員会、平成一七年七月二九日）等参照。
- (69) 渡邊・前掲注（38）参照。
- (70) 公共工物品質確保法をひとこと言うならば、会計法等が求める競争的手法に抛りつつ質を高める手続を定めたものと言える。解説として、拙稿・前掲注（60）（政府調達法制の新发展…公共工物品質確保法のポイント）参照。

結 語

入札談合問題に向き合うとき、入札談合を全くメリットのない「害悪」と見るか、デメリットを有しながらも一定の合理的機能を果たしてきた「必要悪」と見るかで、その対策のあり方が随分と変わってくる。前者のような立場では処罰にしか意識が向かないが、後者のような立場に立つならば、処罰という視点のみならず、「入札談合が公共調達における入札・契約制度とその運用の中に根深く組み込まれ、入札談合に依存しない入札・契約制度とその運用の新たなあり方を考える必要がある」という視点をも手に入れることができる。

もちろん、公共調達にはさまざまなあり、あらゆる調達について一概に言えるものではあるまい。本稿では主として公共仕事を念頭に置いて議論を進めてきたが、公共工事分野であっても本稿のような説明は全体からすれば些細なものなかもしれない（筆者はそうは思っていないが）。しかし、そのような理解をする論者が一定程度存在するのであれば、そのような理解をしない論者は無視できないはずだ。本稿は、この点の問題提起を行なった。

入札談合処罰と入札・契約制度（及び運用）改革は択一的なものではなく、相互に補完的なものである。入札談合の処罰による国民の利益の回復（ないし維持）がより効果的になされるためには、一連の適正な公共調達の入札・契約制度と運用がその前提として必要となる。逆に、公共調達の入札・契約制度と運用が機能するには、厳格な入札談合処罰がその前提として必要となる。どちらが欠けても公共調達の適正化は十分ではなくなる。本稿は、そういった認識を持つことが、入札談合を論じる場合に先ずは必要となる、ということを主張してきた。

本稿は二つの課題を残している。ひとつが、一連の議論の前提となる、入札談合の発生原因と安定化原因の探求である。これは社会現象の解明の問題であり法社会学の課題となるのだろうか。しかし、現実を無視した制度設計などでき

るはずがない。川島、渡邊両教授が戦後まもなく、公共工事請負契約の社会的現実をヴィヴィッドに描いたように、今入札談合を論じる者が談合の社会的現実をヴィヴィッドに描くことが求められている。そして、もうひとつが、一連の入札・契約制度（運用）改革のあり方を説くことであり、これと入札談合に対する処罰、不利益賦課との間の相互補充関係、適当な組み合わせを見出すことである。故に、本稿の議論は、更なる設定された課題のために、引き続き進められなければならない。このような状態で部分的に公表に踏み切ったのは、入札談合問題が喫緊の課題でありながらも、本稿のような議論が必ずしも広く受け入れられていない状況にあるからである。⁽⁷¹⁾

註

(71) 本稿の題名には「(一)」や「(上)」といった「未完」を示す表現を用いなかった。本稿が提示した課題に取り組むことなどの程度の時間と労力を要することになるかは現段階では不明である。課題の大きさを考えると、少なくとも短期間で完成されるものではない。これに引き続き論稿は当分公表できないかもしれない。「(一)」や「(上)」が刊行されたのにもかかわらず、「(二)」や「(下)」が出ないとすると、読者に多大な迷惑をかけることになる。

補足 談合構造の分析とその解消策を検討する研究会とその報告書について

平成一八年四月下旬、入札談合問題をわが国経済社会に歴史的、制度的に根差す構造問題として捉え、これを解消する方策を講じることを課題とする「談合構造解消対策研究会報告書」（座長・松田昇元預金保険機構理事長）が公表された。この研究会には筆者もメンバーの一人として参加し、報告書作成に係わった。この研究会での討議は本稿作成のひとつの動機となり、本稿の内容は同報告書の内容を受けてのものであるので、ここで同報告書の要旨を掲載しておく。⁽⁷²⁾

註

(72) 「要旨」は同研究会が記者会見用に作成、配布したものに（当然、内容を全く変えない限りで）筆者がごく一部加筆、修正したものである。報告書全文は研究会主催者のウェブ・サイトで見る事ができる (http://cmg.cc.toin.ac.jp/crc/news/20060427-report_bidriging.pdf)。

【要旨】

○公共調達をめぐる談合構造の歴史と現状

戦後、製造業を中心とする民間セクター、銀行業を中心とする金融セクター、建設工事業を中心とする公共セクターのいずれもが非競争的状况にあったが、高度成長の中で国際競争力をつけた民間セクターは比較的早い時期から、貿易自由化の流れの中、国際的な競争的環境に置かれるようになり、金融セクターにおいては、バブル経済の崩壊の中で様々な金融・証券不祥事が表面化したこともあって、いわゆる「金融ビッグバン」により自由化、規制改革が進められ、多くの金融機関が破綻又は経営統合されるなど、現在では厳しい競争的環境に置かれている。

ところが、建設工事を中心とする公共セクターにおいては、品質・技術についての評価を行わず、価格だけで落札を決める最低価格自動落札方式や、発注者側が一方的に定めた予定価格を上回る落札を一切認めない予定価格の上限拘束性などの先進各国の中でも特異な入札制度が維持され、そうした制度の下で生じ得るダンピング受注、粗悪工事等の弊害を、業者間の話し合いによる悪質不良業者の排除を行う談合システムによって防止するという形で、公共工事の発注と談合システムとが密接不可分の関係にあるという非競争的構造が維持されてきた。

このような談合システムは、中小企業の受注割合の目標を立て、それを実行すること各発注機関に求める官公需法や、発注者側の恣意的な契約の運用などと相まって、高度成長経済期における膨大な公共工事を効率的に発注すること

に関して、それなりの機能を果たしてきた面があり、形式的には違法であっても、実質的には、ほとんど違法性がないものと考えられ、建設工事以外の分野にも広がり、公共調達全体に蔓延していった。

談合システムは受注者側にとっては経営上のリスクを回避させ、発注者側にとっても不良工事発生のリスクを回避させるという意味で、両者にとって旨みのあるものだった。また、契約金額の一定率の金額が前渡金として支払われ、その後は出来高に関係なく工事完了後に残金が支払われる制度が従来採用されてきたが、談合システムは、受注業者間で「前渡金の食い逃げ」を防止するという機能も果たしてきた。

○談合に対する制裁・処罰の実情

昭和五〇年代に独禁法に課徴金が導入されて以降、談合システムが、独禁法違反として摘発されるようになり、平成に入ってからの日米構造協議における米国の要求を受けて制裁・処罰が強化された。本年一月に施行された改正独禁法で課徴金が大幅に引き上げられ、違反事実の申告者に申告の順位に応じた課徴金等の減免を行なう制度が導入されるなど、制裁・処罰がさらに強化され、談合システムに動揺を与えるという面で一定の効果を挙げているが、談合が違法行為として厳しい制裁・処罰の対象とされることは、一方で、談合当事者が、談合の事実関係やその関与者の範囲を可能な限り狭い範囲にとどめようとし、それが事実関係と背景事情を全面的に明らかにして構造を解消することを妨げることにつながるというマイナス面があることも否定できない。

○談合システムの問題性とその構造解消の必要性

談合システムには、(一) 受注者間で競争が機能していないことによって、公共事業の非効率性が温存されているこ

とは否定し難く、(二) 談合システムの下での、一部公務員にのみ特権的利益を与える「天下り」の問題が伴い、(三) 談合による不正な利益が、不透明な金の流れ、利益提供の原因となり、不正な政治献金、選挙資金の提供や反社会的勢力等への資金提供にまで結び付くことになる等の問題がある。

バブル経済崩壊とともに、右肩上がりの成長は終わり、日本経済が本当の意味の競争を中心とする経済システムに移行する中で、公共調達には合理性、効率性がより重視されるようになってきた。そのような中、競争システムの下で、複雑化・多様化した国民のニーズに適合した社会的基盤を整備していくことが強く求められている。

○談合構造解消へ向けた提言

(制度面・運用面)

- 最低価格自動落札方式と総合評価方式の原則・例外関係を会計法令上解消する。
- 予定価格制度は廃止し、「落札価格の合理性を判断する重要な目安」としての性格を持つ価格を設定することとする。
- 発注者の意向によって形骸化した入札を行われることがないよう、何らかの事情により随意契約で発注するのが妥当な場合には、可能な限り透明性を確保した上で随意契約を行うことができるようにする。
- 出来高部分払い方式を採用し、談合システムの正当化要因を除去するとともに、発注者、受注者両者による厳密な品質管理を推し進める。
- 公共調達に基づく中小企業保護については、その必要性がある場合には、中小企業保護を目的としたよりオープンな手続きに基づいた施策を行う。

- 落札できなかった者による不服申立手続きを充実させ、司法審査への道を開く。
- 発注者側に求められる技術審査能力等を補うために発注者支援を積極化する。
- 適法性監督能力を向上させ、コンプライアンスを充実させるために、法曹を含めた法律家による発注者支援体制を整える。同時に、法科大学院等で人材養成を図る。

（制裁・処罰面）

- 談合への独占禁止法の適用に当たって、一定期間に限定して、過去に行ったまたは現在行っている入札談合を自己申告し、談合構造の解消に協力することを約束した事業者に対しては独占禁止法の適用を免除する、という措置を講ずることを検討する。
 - 談合罪による個別の談合行為の処罰に当たっては、個別の談合行為の背景となっていている談合構造全体に着目し、事案の実態に即した適切な処罰を行なう。一方、賄賂等の不正な資金提供や、事業者間の不正な利益分配を伴う事案に対しては厳しい処罰を行う。
 - 官製談合防止法については、発注者の職員すべてに「談合構造に関する事実解明と構造の解消を行うこと」、発注業務についての権限者には、談合行為の実態に関する調査を義務付け、義務に違反した権限者が、受注業者側から何らかの利益を得る行為（「天下り」、政治資金・選挙資金の供与を受けることなど）に対して罰則を設ける。
- （官民合同機関の創設）
- 制度・運用面の改革と談合に対する制裁・処罰とを談合構造の解消のために有機的に結びつけていくために、国土交通省、各自治体等の発注官庁や、公正取引委員会、検察庁等の談合の摘発を行う当局、そして、業界側の代表者等による「公共調達構造改革協議会」（仮称）などの官民合同の協議機関を設ける。