

日本の行政機関における競争文化の欠如 —公共入札談合を例として—

稗 貫 俊 文

はじめに

東アジアの競争法の実務家や研究者の間では、公共入札談合はカルテルの一種として原則として違法であるという考え方が共有されている。しかし、それは専門家の間だけのことで、東アジアの多くの事業者や政府の官僚は公共入札談合が原則として違法であるという考え方を有していないだろう。

日本では、1990年代以降、独占禁止法によるカルテル・入札談合の規制が格段に強化され¹、また1998年のラップカルテル刑事事件判決（東京高判平成5年5月21日）やシール談合刑事事件判決（東京高判平成5・12・14）を契機にして、カルテルや入札談合事件が次々と摘発され刑事責任が問われるようになった。こうして公共入札談合の実態が明らかにされるに依りて、入札談合は違法であるべきという考え方は一般にも理解され、支持されるようになった。しかし、今なお、入札談合を擁護する考え方が消滅したとはいえない。

日本の競争法の専門家は、欧米の競争法の専門家と異なり、公共入札談合を厳しく規制し、これを擁護する考え方を徹底的に批判すれば済むとい

¹ 課徴金はカルテル実施期間中の売上高の3%の1/2という1977年導入時の額から、1991年に3年間の売上高の6%に、2005年に10%に引き上げられた。法人の刑事罰（罰金）は1992年に500万円から1億円に大幅に引き上げられ、2002年には5億円に引き上げられた。

う問題ではないことに気がつき始めている。公共入札談合を無くするには、厳しい法規制と並んで、事業者の談合を容易にし、これを利用する発注者側の不公正な慣行や制度の改善も同時に行う必要がある。そうでなければ、入札談合をなくしても、発注者側の不公正な慣行や制度が残り、事業者には一方的に不利な結果になる。それでは競争政策の信頼を損なうであろう。本報告はこのような問題を明らかにして、その解決の方法を競争法の東アジアに共通課題の一つとして探るものである。

なお、本報告の作成にあたり、2012年1月21日の北大経済法研究会での上智大学の楠茂樹准教授の報告「公共調達と競争政策」から貴重な示唆を受けた。本報告は楠准教授の知見に依存していることを明らかにしたい²。

1 入札談合の容認から禁止へ

1-1 入札談合を容認する伝統

日本では、一般競争入札を原則とする会計法が制定されたのは1889年である。民法の制定はそれから7年後の1896年である。民法には請負契約の規定が設けられていた。こうして発注者と事業者の法的な関係は、近代的な対等の契約関係となった。しかし、その実態は官尊民卑の不平等な関係のままであり、それが談合を含めた公共入札手続を合理的なものに変えていくことの障害となった。

発注側には、一般競争入札の制度の意義を理解し、これを適切に運用する意思と能力があったとは思えない。例外のはずの指名競争入札や随意契約が事実上、公共調達の原則になった。それに伴い公共入札談合という悪しき慣行も定着した。そして入札談合は事業者の倒産を防止し、雇用を維持するものと評価された。公共工事の請負におけるダンピングを防止し、手抜き工事を防止するとして正当化された。

1941年に談合罪が刑法典に規定され、また1947年に独禁法が制定され、

² 楠茂樹准教授の北大における報告と類似のレジュメはネット上で見ることができる。<http://www.cao.go.jp/sasshin/koukyo-service/meeting/101124/pdf/1.pdf>。そのほか、楠茂樹「公共調達と競争政策」『公正取引』737号50頁以下、738号43頁以下（平成24年）も参照した。

談合は明確な法律違反とされた。しかし、それによっても、公共入札談合を悪（犯罪）とする観念は日本の社会に定着しなかった。

1-2 談合罪と大津事件判決

公共入札談合とは、公の競争入札において、入札に参加する事業者が相互に通謀して、ある特定の者を落札者とするために、他の者が一定の価格以上の入札をすることを約束することである。談合罪（刑法96条の3第2項）は、このような談合を「公正な価格を害し又は不正な利益をうる目的」で行なった場合に犯罪とするものであった³。このうち、前者の「公正な価格を害する目的」とは、判例と多数説は「公正な自由競争によって形成されたであろう落札価格」としている（最判昭和28年12月10日、刑集7巻12号2418頁）。これを競争価格説という⁴。

しかし、下級審が判例に従わない判決を出したり⁵、それを支持する少数説が存在した。その理由は、自由競争に委ねると出血入札による叩き合いが生じ、事業者の倒産を引き起こし、不完全な工事の実施等の被害が生じるという考え方からである。そこで、「公正な価格」とは、その入札において公正な自由競争により最も有利な条件を出しうる者が実費に適正な利潤を加算した額で落札すべき価格を言うと言われた。これを適正利潤価格説という⁶。

少数説を體現する下級審判決の代表的な裁判例として1968年の大津事件判決が挙げられる（大津地判昭和43年8月27日）。この事件では談合の存在は認められたが、談合に協力した事業者に談合金を分配するような悪質な行為がなかったとして無罪となった。談合金の分配を伴う談合は、分配金の原資が入札価格に算入され、あるいは手抜き工事による費用削減に

³ 「不正な利益をうる目的」の「不正な利益」とは「談合によって得られた金銭その他の経済的利益であって、社会通念上『祝儀』の程度を超えた不当に高額なもの」とされている（最判昭和32年1月22日、刑集11巻1号50頁）。

⁴ 山口厚『刑法』455-457頁（有斐閣、平成17年）10月

⁵ 下級審が判例に従わない判決を出した。東京高判昭和28年7月20日、大阪高判昭和29年5月29日、東京高判昭和32年5月24日がある。

⁶ 山口、同上。

より生み出されれば、「公正な価格」を害するから処罰の対象となるが、そのような暴利行為を伴わない談合は事業者の通常の利益の確保により、工事を完成まで確実に履行するという入札の目的を満足させるものとして是認されるところとした。

この判決を契機に、入札談合擁護論が力を得て、建設業界の実務では公共入札談合は許されるという理解が生まれた。なぜなら最高裁判決に反するような無罪判決が出たのに、検察が高等裁判所に控訴せず、無罪が確定したことから、建設業界は、検察と地方裁判所は、入札談合は違法ではないと考えていると理解したのである。そして、検察と地方裁判所がそのような態度であれば、今後も談合で訴追される心配はないと考えたのであろう。

その後、業界は、談合により、信頼できる業者を交代で落札させ、それによってダンピングを抑止し、工事の安全と仕事の期限内完成を保証すると正当性を主張するようになった。業界側は談合のかかる望ましい効果についての了解が広く社会に共有されていると考えて、談合を繰り返していた。行政の側も、入札談合を容認することは不況時の倒産防止と失業対策となり、地域経済の振興による共存協栄を図り、全国的に見れば中央から地方への所得の再分配という役割を果たすものと考えた。

1-3 革新自治体の談合容認

このような談合の容認は保守党の自民党の考え方だけでなく、革新系の地方自治体でも受け入れられた。1980年代まで、日本の地方都市は社会党や共産党などの革新市長や革新知事が誕生し、地元の零細企業を育成するために地域の経済の振興に務めていた。そのなかでは、談合を容認する方法も取られていた。1963年から1977年まで横浜市長を務めた飛鳥田一雄は、社会党左派であったが、地域産業を守るために地元業者の談合を擁護していたとされる。また、1975年から95年まで続いた神奈川県長洲一知事も、地元業者を擁護する方策を取ったと言われる。共産党系の京都府の蜷川知事も地元業者を擁護するために談合を容認していたと言われる。1986年当時の共産党の副委員長の上田浩一郎は、談合を批判しながらも、

大企業と中小企業を区別して、中小企業の受注調整は容認できるという立場を取っていたという⁷。その当時、保守政権は、同様な考え方であったので、革新市長や革新知事のかかる政策を批判することはなかった。

1-4 静岡建設協会事件と談合規制

公正取引委員会は、当然ながら、このような共通の了解を全く支持しなかった。公正取引委員会は、1982年に、静岡市内の建築業者を構成員とする静岡建設協会が静岡県内の公共工事を談合により受注していたのを摘発して排除措置命令を下した（昭和57年9月8日）。建設業界はこの摘発に相当に驚いたようである。しかし、独禁法は、当時、石油カルテル事件後の昭和52年（1977年）独禁法改正でカルテル・談合に対する課徴金制度を導入して強化されたばかりであった。建設業界は、独禁法の改正をめぐる議論も、課徴金の導入も知らなかったのである⁸。

建設業界で長く行われた取引慣行と独禁法の規制とが対立した。当時の建築業界の政治的影響力は強く、建築業界を独禁法の適用除外とする法改正を主張した。法改正の働きかけ実らなかったものの、公取委の談合規制の強い意思を牽制することに成功した。公取委は、事業者団体を通じた構成事業者の受注実績や受注計画などの情報交換は入札談合を助長するおそれがあるのに、これは問題ないという妥協的な建設業ガイドライン「公共工事に係る建設業における事業者団体の諸活動に関する独占禁止法上の指針」⁹を1984年2月21日に公表せざるをえなかった。その後、公取委の談合の摘発はしばらく行われなかった。

1-5 日米構造問題協議と談合

カルテル・談合規制の停滞を変えたのは米国の市場開放要求であろう。日米構造問題協議（1989年－1990年）で、米国側は、日本の市場は閉鎖的

⁷ 宮崎学『談合文化』276-277頁（祥伝社、平成21年）

⁸ 稗貫俊文編著『競争法の東アジア共同市場』223頁の注14（日本評論社、平成20年3月）を参照されたい。

⁹ この「建設ガイドライン」の批判的評価については、根岸哲・舟田正之『独禁禁止法概説（第4版）』181-182頁（有斐閣、平成23年7月）。

であり、それが日本の消費者利益を損っているとして、市場開放を要求した。そのような要求の一部として、独禁法違反の制裁の強化（刑事罰の強化、課徴金の金額の引き上げ）などが求められ、日本側は、この要求に答える独禁法の改正をおこなった。法改正と並行して、建設業界の入札談合が摘発されるようになった。刑事事件も増えた。国民のまえに、報道機関が示した公共入札談合の実態は醜悪なものであった。発注者は建築業界に仕事を安定的に与える見返りに、職員の再就職先の確保（天下り）を建築業界に求め、政治家は違法な政治献金、選挙時の票の取りまとめなどを求めて談合に介入するという実態があきらかにされた。

1-6 官製談合防止法の制定

談合の摘発は、当初は、地方の零細な建設業者の談合が大部分であった。大手ゼネコン（総合建設業者）¹⁰は摘発をまぬがれていた。そのため、公取委の談合の摘発は経済的弱者をいじめるものであるという批判があった。また、地方の零細な建設業者の談合が摘発されるにつれて、そのなかには発注者側が関与している事例が多いことが明らかになった。北海道の農業土木工事に関する入札談合¹¹では、発注者の側が入札に関する情報の漏洩や落札者の示唆をするなど積極的な関与があったことが判明した。これを契機に、発注者側の関与を防止する法律が平成14年に制定された（通称「官製談合防止法」）。

この法律は、公取委が違反行為の審査の過程で発注者側の職員が談合に関与していることを発見したとき、その職員が属する省庁、自治体等の長に改善措置要求を求めるものである。要求を受けた省庁、自治体等の長は、発注者としての損害を調べて関与職員への賠償請求や関与職員の処分などを行わなければならない。そして、その結果を公取委に報告することが

求められる。しかし、この改善要求には強制力はない。損害賠償や身分上の処分も官製談合防止法に定めるものではなく、地方公務員法など既存の法律の適用を求めるものである。

官製談合防止法の制定後、発注者側の職員に関与行為があったとして官製談合防止法が適用された事例は多い。岩見沢市発注土木工事談合では岩見沢市長に（平成15年1月30日）、新潟市発注建設工事談合では新潟市長に（平成16年7月28日）、旧日本道路公団発注鋼橋上部工事談合では公団総裁に（平成17年9月29日）、国土交通省発注水門設備工事談合では国土交通大臣に（平成19年3月8日）、札幌市発注下水処理施工工事の談合では札幌市長に（平成20年10月29日）、国土交通省発注車両管理業務談合では国土交通大臣に（平成21年6月23日）、防衛庁航空自衛隊発注什器類談合では防衛大臣に（平成22年3月30日）青森市発注土木行為談合では青森市長に、それぞれ改善措置命令を行なっている。それぞれの発注者の調査結果が公取委に報告されている。これらの自治体が十分な調査をしていたか必ずしも明らかではない。

なお、平成18年に、関与職員には談合罪の刑罰（3年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金又はその併科）より重い刑罰（5年以下の懲役又は250万円以下の罰金）が課される官製談合防止法の改正が行われ、平成19年に施行された。

1-7 ゼネコン談合の摘発と刑事責任

2000年以降、ゼネコンの入札談合が頻繁に摘発され、その刑事責任が問われるようになった。公正取引委員会だけでなく、検察が談合罪容疑で起訴する例が増えた。大津事件判決の時代は過去のものになった。2005年から2007年にかけて、ゼネコンに絡む談合の有罪判決がくだされた。有罪判決がくだされた代表的なものとして、①防衛庁石油製品談合刑事事件（最判平成17年11月21日）、②防衛庁石油製品談合刑事事件（最判平成17年11月21日）、③国土交通省鉄橋工事談合事件刑事判決（東京高判平成18年11月10日）、④日本道路公団鋼橋工事談合刑事事件（東京高判平成19年12月7日）、⑤名古屋市地下鉄工事談合事件（名古屋地判平成19年10月15日）、⑥緑資源機構林道調査測量設計業務談合刑事事件（東京地判平成19年11月1日）がある。

¹⁰ ゼネコン（General Construction）とは日本の独自の大手建設業者で、設計、施工、研究を併せもつ総合建築業者であると言われる。日本では、発注者側には建設工事の知識・経験がないのが通例であり、それがゼネコンなど業界への非公式の協力を求める背景になっている。

¹¹ 土木建設業会（日本土木工業協会）「透明性のある入札・契約制度に向けて一改革姿勢と提言」 http://www.nikkenren.com/archives/doboku/ce/ce0606/tokusyu_05.html

このうち、③国土交通省鉄橋工事談合事件刑事判決では、橋梁専門メーカー23社に罰金64億8千万円、8人の被告人有罪判決ができた。④日本道路公団鋼橋工事談合刑事事件では、発注者側の日本道路公団の副総裁、理事、元理事が懲役2年6カ月から2年の有罪判決（執行猶予付き）を受けた。

公取委は、2002年の就任した竹島一彦公正取引委員会のもとで、談合の摘発に乗り出していた。平成17（2005）年には公取委の審査手続に刑事罰に関する犯則調査権限を導入する法改正をおこなった。2001年に成立した小泉内閣（2001年－2006年）のもとでは、談合は容認しないという考え方が、検察を中心とした政府側の基本姿勢となり、積極的に談合の取締りに乗り出した。その結果として、今日、地方の談合は残っていると言われるが、中央のゼネコンの談合はなくなったように見える。2011年の東日本大震災後の復興工事でその成果が試されるであろう。

このような変化の背景として、税金の無駄使いとか、政治家の関与（政治献金、選挙への協力）、官僚の天下りへの社会の批判が強くなったことが挙げられよう。それまで入札談合を容認していた政府や地方自治体は、財政事情の悪化により、公共工事や公共調達に関する政府や地方自治体の補助金が出せなくなった。また、米国との通商交渉の結果として、強化された刑事罰や引き上げられた課徴金が積極的に適用されたことであろう。

後知恵で考えれば、入札談合の慣行は、高度成長が続き、右肩上がりの経済が続くという前提で行われていたといえる。経済が長期に停滞すれば、そのような前提は失われる。入札談合という慣行は早期に排除されなければならなかった。その時期が遅れたといってもよいだろう。

1-8 土木建設業界の談合決別宣言

ゼネコンの入札談合が次々と刑事責任を問われているなか、独禁法改正の議論がなされ、平成17年に改正法が制定された。この改正は、課徴金の額の引き上げと、課徴金の適用範囲の拡大、課徴金の過重と軽減の導入、課徴金の減免制度を導入した。これらの法的環境の変化を受けて、2006年4月27日に、土木建設業会（日本土木工業協会）は、談合決別宣言「透明

性のある入札・契約制度に向けて一改革姿勢と提言」¹²を発表した。そのなかには「談合はもとより様々な非公式の協力などのしきたり」から決別することを述べているところがある。これは今までのような協力は今後できないという発注者に対する宣言であろう。この宣言のあとでも、名古屋市地下鉄工事談合（前掲）が摘発され、業界は談合を続けているという批判が起きた。日本土木工業協会・経営企画委員会は、2011年3月に、改めて、「建設市場の変化に対応したビジネスモデルの提案「脱・請負」とグローバル化」¹³という宣言を公表している。この声明文では、日本の官公庁が行うインフラ整備は、日本特有の問題があることが指摘されている。その主なものとして、①細かな工区に区分して個別に発注する方式（工事区分の恣意性）、②詳細な仕様規定、③契約関係における発注者優位の片務性、などが挙げられている。本報告の関心は③の指摘である。これは発注者に対する批判として理解することができるであろう。「発注者優位」の「片務」的な関係という批判は談合問題の原因を指摘しているように思われる。

2 談合の原因

2-1 行政による談合の利用

予算執行の権限をもつ発注者側は業界に対して強い交渉力をもっている。発注者と建築業者の間に請負契約の締結と実施は対等なものではなく、業者側は発注者その要求は断ることが難しかったといわれる。業界側は、安定した仕事の発注の見返りに、発注者側に様々な便宜を供与しなければならなかった。例えば、①発注者側の問題で工期が伸びたのに契約変更がなされない、②発注者側の都合で契約変更がなされたのに契約金額が安く抑えられる、③発注者側の設計ミスで追加費用がかかったのにその費用を負担させられる。こうして発注側

¹² 日本土木工業協会・経営企画委員会「建設市場の変化に対応したビジネスモデルの提案」http://www.nikkenren.com/teigen_houkoku/pdf/110304.pdf

¹³ 楠准教授は、これを官の「無謬性の要請」とする。楠茂樹「公共調達と競争政策」2012年1月21日の北大経済法研究会の報告。

は、会計検査院など行政監査機構の監視をクリアして、誤りのない官僚組織という体裁を保つことになる¹⁴。

無理な注文が受け入れられるので、発注者側は、入札方式（会計法の建前は一般競争入札であるが、実際には、指名競争入札や随意契約が多い）の改善という努力をしない方がよい。入札談合を黙認することは、発注者側が業界に理不尽な要求をするための代償であったと思われる。

これまでも、入札談合という慣行は、公取委と競争法を研究する者の間では、様々な否定的な評価が長く行われてきた。たとえば、それは、競争の制限による限界企業の温存、それによる建築業界全般の効率の低下、革新の停滞がもたらされることや、さらに、税金の浪費や、役人の再就職先の確保（天下り）による業界との癒着、政界と癒着した政治家の選挙時の票の取りまとめ、政治献金（裏金）の供与が行われる等、談合を批判する根拠は多くあった。これらの批判の多くは談合という官尊民卑の取引慣行に寄生した既得権の累積である。問題の根本は官尊民卑の関係である。

2-2 官尊民卑

入札談合が容認されるには官への協力が必要であり、そのために官は談合を容認し利用する。政府と建設業者の契約関係は対等で平等な契約関係のようにみえるが、実態は、官が強く民が弱いという関係にある。官が法律を整然と守っているという法治主義の外観を取り繕うために、面倒な部分や都合の悪い部分は民間の業者に処理を押しつける。その対価が談合の黙認である。対価である限り、発注者は談合を改善する動機はもたない。

このような関係は政府主導で行われた日本の近代化において、前近代の慣行を近代化（法治主義）の外装のために利用したものということができる。この関係のうえに事後的に積み上げられた様々な既得権（公務員の天下り先の確保、政治献金、票の取りまとめ）が複雑に錯綜して、それを正当化する議論も巧妙に組み立てられた（ダンピング防止、工事の安全、手抜き工事の防止、雇用の確保、地場産業の保護、景気対策）。

慣行も制度のひとつである。慣行という制度体系の要素は、他の制度と

¹⁴ 青木昌彦『比較制度分析序説』267-280頁（講談社文庫、平成20年）、青木昌彦『経済システムの進化と多様性』18-22頁（東洋経済新報社、平成7年）。

結びついて、お互いの働きを強め合うという関係があるという。いったん制度体系が前近代的な諸慣行を含んで均衡すると、環境変化に対して一定の頑健性をもつとされる（制度的補完性）¹⁵。これに対して、重罰などのショック療法は有効であるかもしれないが、限度がある。厳罰の結果が事業者に不公平であれば、競争政策に対する信頼を損なう危険がある。競争政策と適合しない旧い行政慣行と戦うことが補完的に考えられなければならない。

おわりに

本報告で示したように、競争法の適用が零細な事業者に不当な結果をもたらすというような困難が存在するとき、開発途上国であれば、競争法の慎重な適用や暫定的な適用除外の制定を考えることができる。しかし、日本では、それはできず、また、すべきでもない。競争法の適用が事業者にもたらす不当な結果を避けるには、競争法と適合しない旧い行政慣行と戦うことである。このような慣行の研究と摘発は、はじめは、競争法の実証研究者や行政法学・行政学の研究者、ジャーナリストにより行われるであろう。それが端緒となり、公正取引委員会や行政監査機関の大規模な実態調査やヒヤリングなどで悪しき行政慣行が明らかになれば、競争法の法運用や立法に生かす機会が開かれるかもしれない。もちろん、競争政策に適合しない旧い慣行は容易に見出されるものではないし、見出されても、それは競争法が取り組む問題であると理解されないかもしれない。官製談合防止法の制定時の議論が教訓になる。多くの競争法の専門家は、当初、この法律の制定に積極的ではなかった。競争法は行政の行為を問題にするものではないという固定観念があったからである。しかし、競争法は本来、事業者の行為を対象とするものであるという考え方は、日本では、悪しき固定観念であろう。官製談合防止法は、強力な法律ではないが、日本の競争政策のひとつの方向を示している。

¹⁵ 青木、前注『経済システムの変化と多様性』18-20頁。