
種 別： 論説

タイトル： 費用負担をめぐる独占禁止法と建設業法

著 者： 楠 茂樹

所 収： 『上智法学論集』第 67 卷 1-3 合併号（平成 20 年 11 月）73-98 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

費用負担をめぐる独占禁止法と建設業法

楠 茂樹

- 一 はじめに
- 二 制度の整理
 - 1 独占禁止法と建設業法
 - 2 標準請負約款の位置付け
 - 3 建設業法 19 条の 3 及び 4 の意味するもの
 - 4 公正な競争、適正な競争へ向けた制度パッケージ
- 三 価格転嫁円滑化問題：エンフォースメントの硬軟
 - 1 特別調査開始、緊急調査報告
 - 2 特別調査の継続
 - 3 競争唱導
 - 4 確約手続
 - 5 公表
 - 6 優越的地位濫用規制の射程
 - 7 請負契約に特有な問題
- 四 建設業法上の対応：パートナーシップ構築のための法的戦略

一 はじめに

昨今、独占禁止法上⁽¹⁾の優越的地位濫用規制⁽²⁾の動きが活発である。デジタル・プラットフォーマーに関連する規制のあり方や、フリーランス人材市場の拡大を受けた働き方をめぐる公正な取引環境の整備の必要性が盛んに議論される中、同規制の適用のあり方が大きく注目されるようになった。

(1) 昭和 22 年法律第 54 号。

(2) 独占禁止法 19 条、2 条 9 項 5 号。

これらの問題も含めて同規制は、公正取引委員会の競争唱導(アドボカシー)活動の強力な武器として、その存在意義がますます高まってきた⁽³⁾。現在進行形のイシューの一つは、資材高騰局面や労働賃金高騰局面におけるコストの分担問題である。公正取引委員会は、令和4年6月から翌年5月にかけて、「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する緊急調査」を行った⁽⁴⁾。これは、令和3年12月に公表された、内閣官房(新しい資本主義実現本部事務局)、消費者庁、厚生労働省、経済産業省、国土交通省、公正取引委員会の各省庁共同で示された方針である、「パートナーシップによる価値創造のための転嫁円滑化施策パッケージ」(令和3年12月27日)⁽⁵⁾を受けてのものである⁽⁶⁾。

-
- (3) 公正取引委員会のウェブサイトでは「競争唱導(アドボカシー)活動」について次の通り説明されている(<https://www.jftc.go.jp/dk/advocacy/index.html>)。

公正取引委員会では、今後成長が期待される分野や規制分野などにおける取引慣行や規制制度について、実態調査の実施や有識者による検討会によって問題点を整理し、その結果を報告書にまとめて公表しています。報告書では、取引慣行や規制制度についての独占禁止法・競争政策上の考え方を明らかにすることを通じて、事業者や事業者団体による取引慣行の自主的な改善を促したり、所管省庁による規制制度の見直しなどを提言したりしています。

また、実態調査等で明らかとなった問題点について、ガイドラインの形で周知することにより、独占禁止法違反行為の未然防止に努めています。

このような取組は、アドボカシー活動や競争唱導活動などと呼ばれています。

- (4) 公正取引委員会ウェブサイト(https://www.jftc.go.jp/partnership_package/tokubetsu/chosa.html)参照。
- (5) 内閣官房ウェブサイト(https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/partnership_package_set.pdf)より。
- (6) 公正取引委員会(独占禁止法)関連のものを以下まとめておこう(前注資料中、「2. 価格転嫁円滑化に向けた法執行の強化」より)。

(1) 価格転嫁円滑化スキームの創設【公正取引委員会・中小企業庁・事業所管省庁】
・業種別の法遵守状況の点検を行う新たな仕組みを創設する。この新しい仕組みにおいては、公正取引委員会・中小企業庁が事業所管省庁と連携を図り、事業者について、①関係省庁から情報提供や要請、②下請事業者が匿名で、「買いたたき」などの違反行為を行っていると思われる親事業者に関する情報を公正取引委員会・中小企業庁に提供できるホームページの設置(「違反行為情報提供フォーム」)を通じて、広範囲に情報提供を受け付ける。このため、価格転嫁に関する関係省庁連絡会議を内閣官房に設

その主戦場の一つが道路貨物運送業であるが、建設取引も例外ではない。建設工事の契約は請負契約であり、設計図書に基づく工事完成を以て契約履行とするものであり、契約通りであれば資材の高騰のリスクは受注者側が負うことになる（一方、下落場面ではその差額が利益になる）というのが契約の基本である。しかし現在、建設資材の急激な高騰について極端な費用負担の偏りが、受発注者間、元下間で深刻な問題を生じさせている⁽⁷⁾。

建設工事をめぐる費用負担問題は、単に独占禁止法だけの問題ではない。

置する。

・今年度末までに把握した情報に基づき、来年6月までに、事例、実績、業種別状況等について公正取引委員会・中小企業庁が報告書を取りまとめ、公表する。これにより、問題点を明らかにするとともに、法違反が多く認められる業種については、公正取引委員会・中小企業庁と事業所管省庁が連名で、事業者団体に対して、傘下企業において法遵守状況の自主点検を行うよう要請を行う。

・また、公正取引委員会、中小企業庁は、これらの情報に基づき、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否が疑われる事案が発生していると見込まれる業種について、重点立入業種として、毎年3業種ずつ対象を定めて、立入調査を行う。

(2) 独占禁止法の適用の明確化【公正取引委員会】

・下請代金支払遅延等防止法（昭和31年法律第120号。以下「下請代金法」という。）の適用対象とならない取引（※）についても、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇を取引価格に反映しない取引は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号。以下「独占禁止法」という。）の「優越的地位の濫用」に該当するおそれがあることを公正取引委員会は明確化し、周知徹底する。

（※）資本金要件を満たさない取引（例：資本金2億円の企業と資本金1,500万円の企業の取引）や、売買などの委託以外の取引、自家使用する役務を委託する取引（「事業者が業として行う提供の目的たる役務の提供」の委託）

(3) 独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関する緊急調査及び法執行の強化【公正取引委員会・事業所管省庁】

・独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関して、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否が疑われる事案が発生していると見込まれる業種について、これまでは荷主と物流事業者との取引のみ調査を行っていたが、今年度内に対象業種を追加的に選定し、来年度に緊急調査を公正取引委員会において、実施する（「買ったたき」の指導実績が多い道路貨物運送業のほか、関係省庁からの情報提供や要請、令和3年9月に実施した取組のフォローアップ調査の結果を踏まえて選定）。調査結果については、報告書を取りまとめ、公表する。また、公正取引委員会が取引価格への転嫁拒否が疑われる事案について、立入調査を行う。さらに、関係する事業者に対し、具体的な懸念事項を明示した文書を送付する。

- (7) そして資材の供給業者（流通業者）と購入業者（受注業者）の間でも問題になり得るが、これは売買契約であり、ここでは扱わない。

もう一つ、建設業法⁽⁸⁾も深くこの問題に関連し、むしろ同法こそがこの問題の起点になっているといっても過言ではない。昭和28年に独占禁止法において不公正な競争方法の規定を見直し、不公正な取引方法規制の一環として優越的濫用規制を設けたことに先駆けて、昭和24年制定の建設業法は受発注者関係、元下関係について公正な取引の観点からの規律を定めていた。元下関係については独占禁止法の特例法である下請代金支払遅延等防止法⁽⁹⁾に代わり建設業法がこれを専ら扱うものとなっている。

以下では、建設取引における価格転嫁円滑化問題を念頭に置いて、(1) 独占禁止法上の優越的地位濫用規制に係る昨今の動きを踏まえつつ批判的にこれを考察、検討し、また(2) 建設業法上の適正取引に係る規制について同様の視点から考察、検討し、問題解決の一つの出口である約款のあり方見直しについてコメントを行うこととする。

二 制度の整理

1 独占禁止法と建設業法

関連する知識を整理しておこう。

昭和24年に制定された建設業法は、昭和22年制定の独占禁止法よりも後発ではあるが、その理念である、格差のない立場を前提にした取引の実現という観点からは独占禁止法よりも先行するものであった。というのは独占禁止法に優越的地位濫用規制が導入されたのは、不公正な競争方法規制が不公正な取引方法規制に変更された昭和28年のことである⁽¹⁰⁾が、この段階で原

(8) 昭和24年法律第100号。

(9) 昭和31年法律第120号。

(10) 根岸哲「優越的地位の濫用規制来し方・行く末：覚書」商學討究71巻臨時号(2021)28~29頁参照。この改正において定められた(旧)2条7項は、「不公正な取引方法とは、左の各号の一に該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公取委が指定するものをいう」と定め、その5号で、「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」と定めた。公正取引委員会は、これを受けてその不公正な取引方法に係る告示(一般指定)の10として、「自己の取引上の地位が相手方

始建設業法には現在も存在する 18 条の理念規定が既に存在していた。元下関係も同様の観点から規律され得るので、昭和 31 年に独占禁止法の特例法として下請法が制定された後も、先行する建設業法を優先させる対応となった⁽¹¹⁾。現在でも下請法は建設業法が射程とする建設請負契約においては適用されていない。ただ、建設業法は独占禁止法に優先するものではなく、いわゆる二重規制となっている。

建設業法はその名の通り業法であり、独占禁止法と異なり特定の業の適正な環境の整備をその所管の官公庁、地方自治体の監督下で実現することをミッションとしている。そこで中央建設業審議会が標準請負約款を定める形で

に対して優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして相手方に不当に不利益な条件で取引すること」と定めるに至った。以下、同前 29 頁から。

2 条 7 項が、不公正な取引方法の一類型として、5 号に「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」と定めるに至ったのは、昭和 28 (1953) 年の改正により従来存在した「不当な事業能力の格差の排除に関する規定が削られたのに対処して、大規模事業者や事業者の結合体等がその優越した地位を利用して、中小企業その他を不当に圧迫するような取引を行う場合にこれを厳に取り締まる為」に新たに追加されたものであると説明されていた（公取委事務局編『改正独禁法解説』（唯人社昭和 28 (1953) 年) 214 頁)。独禁法により大規模事業者・中小企業間の取引条件に直接介入できる中小企業保護の橋頭堡としての役割が期待されたのである。しかしながら、他方では、大規模事業者間の自由な競争と中小企業間の自由な競争の中で取引先を選択し相互の取引条件が設定されるのであるが、公取委が、そのようにして設定される取引条件に直接介入することを認めるものであり、優越的地位の濫用規制は自由な競争との緊張関係に立つことになる。

- (11) 元下規制が建設業法に委ねられるのは、下請法が明示的に建設請負に係る下請取引を除いているからである。以下、2 条 4 項を示しておく。

この法律で「役務提供委託」とは、事業者が業として行う提供の目的たる役務の提供の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること（建設業（建設業法（昭和 24 年法律第 100 号）第 2 条第 2 項に規定する建設業をいう。以下この項において同じ。）を営む者が業として請け負う建設工事（同条第 1 項に規定する建設工事をいう。）の全部又は一部を他の建設業を営む者に請け負わせることを除く。）をいう。

下請法は独占禁止法を排除するものではないと同様、建設業法も独占禁止法を排除するものではない。いずれにせよ、建設請負工事はその全般に渡って独占禁止法の射程内にある。

公正な取引を推進しようとしている(建設業法34条2項)。建設業法には独占禁止法と同様の一定の禁止規定を設けているが、独占禁止法との二重規制故に、重複する部分については建設業法の独自性がないというのであれば、唯一、独占禁止法では「事業者」性の要件を満たさない公的発注機関を「発注者」に対する地位の不当な利用の規制のみが建設業法独自の有効な規制となる(同19条の6)。

2 標準請負約款の位置付け

標準請負約款は必ずしも独占禁止法や建設業法違反の予防のためにある訳ではないが、適正な取引に向けた環境の整備という観点からは、独占禁止法や建設業法の理念に沿うものとなっている。例えば、民間建設工事標準請負契約約款(甲)の31条は次のように定めている。

第31条 発注者又は受注者は、次の各号のいずれかに該当するときは、相手方に対して、その理由を明示して必要と認められる請負代金額の変更を求めることができる。

- 一 工事の追加又は変更があったとき。
- 二 工期の変更があったとき。
- 三 第三条の規定に基づき関連工事の調整に従ったために増加費用が生じたとき。
- 四 支給材料又は貸与品について、品目、数量、受渡時期、受渡場所又は返還場所の変更があったとき。
- 五 契約期間内に予期することのできない法令の制定若しくは改廃又は経済事情の激変等によって、請負代金額が明らかに適当でないと認められるとき。
- 六 長期にわたる契約で、法令の制定若しくは改廃又は物価、賃金等の変動によって、この契約を締結した時から一年を経過した後の工事部分に対する請負代金相当額が適当でないと認められるとき。
- 七 中止した工事又は災害を受けた工事を続行する場合において、請負代金額が明らかに適当でないと認められるとき。

- 2 請負代金額を変更するときは、原則として、工事の減少部分については監理者の確認を受けた請負代金内訳書の単価により、増加部分については時価による。

これは請負代金に関する契約変更に係る規定であるが、特別の事情があってもこのような契約変更がなされ得ないということは、あるいはその交渉の過程に参加しないということは、当事者間の力関係に何らかの格差があり、その立場の違い故に、一方が不利益に甘んじざるを得ない構造があるので、と疑われる事情となる。もちろん、そのような構造が存在しなくても（言い換えれば、完全に対等な関係を前提にしても契約変更が進まないこともあるので）、そのような結果に至ることもある。しかし、このような約款の規定があることでそのような問題を未然に予防することに役立ち、少なくとも対等な関係を前提にした取引の推進という建設業法の理念に合致する。既に述べたように、建設業法の理念と独占禁止法の理念は後者が前者に追い付く形で整合的なものであり、それは建設業法 18 条にあるように、「建設工事の請負契約の当事者は、各々の対等な立場における合意に基いて公正な契約を締結し、信義に従つて誠実にこれを履行しなければならない。」というものであって、約款規制はそのような関係を維持、促進することに役立つものである。上記約款 31 条の規定を意図的に抜く民間契約もあるといい、その場合、それ自体ある種の取引上の力の格差の存在を示しているという見方もなされ得よう。

請負標準約款それ自体は建設業法における地位の不当利用規制、あるいは元下規制とは異なるものであり、当事者間の力の格差を前提にするものでは必ずしもない。しかし、一律に対等な関係が担保されているのであれば、契約変更に係る契約条項はそもそも当事者間で決めればよいのであって約款の推奨は意味がなく、ただの（お節介な）サンプルにすぎない。しかし、約款に係る事項が建設業法に根拠があるものであるならば、建設業法 1 条の「建設業を営む者の資質の向上、建設工事の請負契約の適正化等を図ることによつて、建設工事の適正な施工を確保し、発注者を保護するとともに、建設業の健全な発達を促進し、もつて公共の福祉の増進に寄与する」という目的に

資するとともに、取引関係を律する理念たる「建設工事の請負契約の当事者は、各々の対等な立場における合意に基づいて公正な契約を締結し、信義に従って誠実にこれを履行しなければならない」とする18条の規定と整合的でないといけない。特に後者は、契約の規律そのものであり、契約約款は受発注者、元下関係において「各々の対等な立場における合意に基づいた公正な契約」の実現のための手段であると考えなければ、契約約款に係る建設業法上の位置付けが説明できなくなってしまう。

3 建設業法19条の3及び4の意味するもの

官民間では受発注者間の格差の程度の違いがあるだろうし、官公需の中でも発注者の規模等によっても程度が異なるだろう。民間も同様で、受発注者間で対等な関係もあるだろうが、そうでない場合もあるだろう。建設業法19条の3（不当に低い請負代金の禁止）及び4（不当な使用資材等の購入強制的禁止）は、各々の禁止事項の主語が単に「注文者」になっているので、そこで想定されている主体の官民を問わない。一般的には官公庁、地方自治体の優位が問われることが多い。それは特に土木分野においては、特に地方の中小建設業者の官公需への依存度が高く、地域要件等の関係で、地元以外の工事を受注することが十分期待できない事情があるからであろう。民間工事の場合には、カテゴリー的に受発注者どちらが優位にあるかを論ずることはできず、それはケースバイケースである（官公需でも一定の傾向性はあるだろうが、カテゴリー的にいえないのは同様である）。しかし、建設業法19条の3及び4が官公需、民需問わずその主語を「注文者」としている以上、ケースによっては官民間問わずこの問題が生じ得ることを少なくとも法令は想定しているということになる。

やや奇妙に見えるのは、これらの規定を受けた建設業法19条の6である。その第1項は次のように定めている。

建設業者と請負契約を締結した発注者（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）第2条第1項に規定する事業者に該当するものを除く。）が第19条の3又は第19条の4の規定に違反した場合

において、特に必要があると認めるときは、当該建設業者の許可をした国土交通大臣又は都道府県知事は、当該発注者に対して必要な勧告をすることができる。

発注者が独占禁止法上の事業者（2条1項）でない場合、この条項が適用されることになるのだが、建設工事の契約主体で事業活動をしていない注文者となると、それは官公需の発注主体、すなわち国や地方自治体ということになる⁽¹²⁾。無償での公共サービスの提供、インフラ整備のため発注は、事業者ではないとの理解が定着している。故に公的発注に係る建設業法19条の3及び4違反への対応として同6の規定が存在しているということになる。

繰り返すと、建設業法は同法の射程においては下請法の適用は排除されるが、独占禁止法との関係においては独占禁止法と二重規制となっている。しかし、建設業法を所管する国土交通大臣又は都道府県知事の対応は、独占禁止法違反が認められる限り同法にその対応を委ね、それから漏れる部分についてのみ対応するという形をとって二重規制の問題が二重行政にならないように工夫されている。ただ、両者の射程が異なるのであれば別途の検討が必要となる。その際、19条の6のような対応が私的発注者による19条の3や4（の独占禁止法の射程をはみ出す範囲）違反に対してなされないのは何故か、という問題が生じることになろう。

残る問題は、では受注者側に対するこの種の規制はどうか、である。受注者は元下関係においては建設業法の厳しい規制を受けているが、そもそも受発注段階での規律はどうか。この点について建設業法は特に定めがないので、純粹に独占禁止法の問題ということになる。建設業法1条は明確に「発注者の保護」を謳っているのにも拘らず、発注者による地位の利用のみに言及しているのは確かに違和感があるが、これは主として官公

(12) 事業者の意味に関する判例は、都営芝浦と畜場事件最高裁判決（平成元年12月14日審決集36巻570頁）であるが、そこでいう「なんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動（を行う者）」という解釈からは、一般の公共事業の実施主体は含まれないように見えるが、都が運営する費用徴収型の事業はこの射程内となる。

需の発注者が念頭に置かれてきたことがその背景にあるということは想像に難くない⁽¹³⁾。

建設業法18条が契約関係の対等性を謳っておきながら、発注者と元請会社（これもある意味発注者である）を規律する規定を置くだけで受注する側を問題にしない。結局は、独占禁止法の問題になるのだから不都合はない、との見方も可能ではあるが、建設業社が発注者に優越している場合の、建設業法上の対応が欠如している点は尚も否めない。建設業法42条1項は、「国土交通大臣又は都道府県知事は、その許可を受けた建設業者が第19条の3、第19条の4…の規定に違反している事実があり、その事実が私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第19条の規定に違反していると認めるときは、公正取引委員会に対し、同法の規定に従い適当な措置をとるべきことを求めることができる。」と定めているが、19条の3、19条の4はその主体が発注者となっており、とするならば、建設業者が発注者になる場合、つまりは建設業者が他の建設業者との間で建設工事の請負契約をする場合に限られる（そのほとんどが元下関係の問題として扱われるものだろう）。建設業者の非建設業者に対する地位の不当利用等はここでは問題にされない。建設業法2条2項で「この法律において「建設業」とは、元請、下請その他いかなる名義をもつてするかを問わず、建設工事の完成を請け負う営業をいう。」とし、その5項で「この法律において「発注者」とは、建設工事（他の者から請け負ったものを除く。）の注文者をいい、「元請負人」とは、下請契約における注文者で建設業者であるものをいい、「下請負人」とは、下請契約における請負人をいう。」と定めているので、売買契約等は含まない。

4 公正な競争、適正な競争へ向けた制度パッケージ

建設業法と独占禁止法はパラレルな立法である⁽¹⁴⁾。とはいえ、その射程

(13) 建設業法は官公需と民需との違いを明確にしていない。当事者間の力のバランスも事情に応じてまちまちであるので、主として官公需を念頭に置いて説明されるいくつかの規定は改めて位置付け直す必要があるかもしれない。

(14) 建設業法42条1項は、19条の3等違反が認められたケースにおいて独占禁止法上違反が認められれば、国土交通大臣等は公正取引委員会に対し適当な措置をとるべきことを

が同じならば建設業法 19 条の 3 及び 4 は 19 条の 6 の場面でしかその独自性を活かすことができず、独占禁止法と被る部分は独占禁止法の適用に事案の処理が委ねられる。公正な取引、適正な取引の環境整備という意味では、禁止規定の体系をとる建設業法 19 条の 3 及び 4 は、18 条の理念規定の下に続く義務付け規定である「建設工事の請負契約の内容の書面記載等」「現場代理人の選任等に関する通知」（19 条、19 条の 2）と同系列である⁽¹⁵⁾。その契約内容、取引内容を拘束する義務付け規定との比較で緩やかな、推奨されるものとしてその適用が勧告される契約内容、取引内容に係る規定を定める請負約款も、19 条以下の規定と同様に 18 条の理念規定に導かれた一連のルールであると位置付けることができる。

建設業法研究会が編集、出版している現在において最も定評があるコメントである『建設業法解説』⁽¹⁶⁾は、中央建設業審議会が標準請負約款を作成し、その適用を勧告する仕組みについて次のように説明している⁽¹⁷⁾。

…標準請負約款を定めたり、入札参加者の資格の基準や予定価格の基準を定めたりすることは、本来契約当事者、あるいは注文者が自由に判断し、決定すべきものであって、一行政機関がこれを一方的に作成して使用を勧告する性質のものではない。しかし請負契約を締結する当事者間の力関係が一方的であるならば、たとえば大発注機関と受注者との契約であるならば発注者に有利に、また一般消費者と建設業者との請負契約であるならば受注者に有利に契約内容や請負代金が定められてしまうおそれが強い。実質的な当事者間の平等性を確保するために契約内容を適正なものとし、また契約の履行を確保するために紛争処理機関を設置するというのが本法の基本的な態度であり、そのためには抽象的な規定を設けるより、当事者間

求めることができる、と規定している。これは独占禁止法違反が認められない建設業法違反の余地を認めるものではあるが、この余地について研究上、実務上の検討が詰めてなされた歴史的な形跡は確認できない。

(15) 書面記載義務は独占禁止法ではなく下請法の規定事項であることを考えれば、建設業法はこれら二つの立法の中間的存在であるようにも見える。

(16) 建設業法研究会『[逐条解説]建設業法解説（改訂 13 版）』大成出版社（2022）556 頁。

(17) 同前。

の権利義務の内容を定めることが最も適当であるので、このような見地から標準請負契約約款等を作成することとしたものである。

当事者間の力の格差がなければ、このような標準請負約款は確かに不要である。一方、当事者間の力の格差がなければ、このような力の格差を解消するための標準請負約款に準拠しても不都合はあるまい。個別の実情に応じて修正は必要だろうが(だから標準のそれなのである)、対等な関係が前提なのであるならば実現されるだろう適正な取引の実現のための標準的な契約モデルなのだから、力の格差の問題がない場合に、この標準モデルが支障になることはない。

独占禁止法2条9項5号や建設業法19条の3及び4は、力の格差が取引関係に歪みを生じさせた場合にこれを事後的に矯正する行政上の取締規定である。一方、標準請負約款はそうした歪みが生じないようにする予防的な私法上の規律である。そのような力の格差の問題への事前、事後の立法パッケージとして理解することでこれら制度をよく理解することができよう。建設業法19条及び19条の2のように義務付け規定にまで至らない(これを中央建設業審議会の勧告という形にしている)のは、契約の自由への配慮であると同時に、独占禁止法2条9項5号や建設業法19条の3及び4による事後的手続が用意されているからである。優越性の要件や不当利用される地位の要件の充足性に係る困難があり、仮にこれらの法令が機能しないのであれば約款規制がより強い形で行われるべきだという立法論に至ることになるう。

三 価格転嫁円滑化問題：エンフォースメントの硬軟

1 特別調査開始、緊急調査報告

冒頭に掲げた「パートナーシップによる価値創造のための転嫁円滑化施策パッケージ」に対する公正取引委員会の対応として注目すべき動きは、以下の記述に係るものである。

独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関して、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否が疑われる事案が発生していると思込まれる業種について、これまでは荷主と物流事業者との取引のみ調査を行っていたが、今年度内に対象業種を追加的に選定し、来年度に緊急調査を公正取引委員会において、実施する（「買ったたき」の指導実績が多い道路貨物運送業のほか、関係省庁からの情報提供や要請、令和3年9月に実施した取組のフォローアップ調査の結果を踏まえて選定）。調査結果については、報告書を取りまとめ、公表する。また、公正取引委員会が取引価格への転嫁拒否が疑われる事案について、立入調査を行う。さらに、関係する事業者に対し、具体的な懸念事項を明示した文書を送付する。

その緊急調査の結果は令和4年12月に公表されている⁽¹⁸⁾が、そのポイントは以下のようにまとめられる。

調査の結果は違反行為の存在を指摘するものではない。言い換えれば、個別の行為の違反要件の充足が認定された訳ではない（もちろん、調査の結果としてそのような蓋然性が認められた行為も相当程度あっただろうことは想像に難くない）。違反行為の疑いに対する「警告」や将来の違反行為の可能性に対する「注意」のような行政指導とは異なり、広く産業を跨ぐ大規模調査の結果公表であって（法令に係る）意識の喚起の趣旨が強い。しかし、「労務費、原材料価格、エネルギーコスト等のコストの上昇分の取引価格への反映の必要性について、価格の交渉の場において明示的に協議することなく、従来どおりに取引価格を据え置くこと」「労務費、原材料価格、エネルギーコスト等のコストが上昇したため、取引の相手方が取引価格の引上げを求めたにもかかわらず、価格転嫁をしない理由を書面、電子メール等で取引の相手方に回答することなく、従来どおりに取引価格を据え置くこと」といったい

(18) 独占禁止法43条は、「公正取引委員会は、この法律の適正な運用を図るため、事業者の秘密を除いて、必要な事項を一般に公表することができる。」と規定している。ただ公表自体には処分性がないので法的には争えず、この点に業者側からの不満の声をしばしば耳にする。

わゆる濫用行為として想定される具体的な(不作為として描写される)行為が特定されている以上、違反認定の一步手前の問題意識の下でなされていることは明らかである。そうでなければ「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関する緊急調査の結果について」(傍点筆者)などというタイトルを付ける訳がない。この調査結果の報告においても上記の行為を「独占禁止法上の優越的地位の濫用の要件の1つに該当するおそれがある行為として挙げている」と述べている。

2 特別調査の継続

公正取引委員会は令和5年5月末に、上記緊急調査報告に続く、「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する特別調査」を行うことを公表した⁽¹⁹⁾(やや混乱を招くのは、令和4年6月段階で開始した調査も「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する緊急調査」と呼ばれていたことである。この調査の中に前半の半年において緊急調査報告がなされ、その後調査が継続され、1年間の取組期間満了前にこれをバージョンアップさせた形で継続するという説明になる⁽²⁰⁾)。そこで「…公正取引委員会は、今回の書面調査等の結果を踏まえ、必要に応じて発注者向けの書面調査を実施するとともに、発注事業者と受注事業者との間で協議を経ない取引価格の据置き等が疑われる事案について立入調査を実施」し、「問題につながるおそれのある行為が認められた事案については、関係事業者に対し注意喚起文書を送付するなど必要な対応を採るとともに、令和5年内を目途に調査結果を取りまとめ」している。

緊急調査のところでも出てきたが、必要に応じて公正取引委員会は立入調査を行う、という。「立入」(独占禁止法47条1項4号)という手法に出る以

(19) https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2023/may/230530_tokubetsu.html.

(20) 「令和5年度において、独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関して、労務費、原材料価格、エネルギーコスト等のコストの上昇分の価格転嫁が適切に行われているかなどを把握するための更なる調査として特別調査を実施することとし、本日、11万人を超える事業者に対して調査票を送りました。」とある(同前)。

上は、それは公正取引委員会による「事件について必要な調査」のために行われる（47条柱書）ものであり、それが「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する特別調査」の中で行われる以上、違反を構成する要件である地位の優越までもが意識されているのは明白である。明らかに無関係な事案についても違反を懸念するというのはあり得ない。これは緊急調査の結果公表についても、同様である⁽²¹⁾。なお、立入調査は間接強制と呼ばれるように、正当な理由なく検査を拒み、妨げ、又は忌避した場合、あるいは物件を提出しない場合には罰則（94条）が適用されることがあり、これによって強制力を働かせる手続である。

特別調査のアウトプットは「注意喚起文書を送付するなど必要な対応を採る」ことなので、確約手続や排除措置命令等の行政処分までにはいくつかのステップが残っている。緊急調査と同様、違反の認定の外で、あるいは行政処分よりも手前の段階で、あるべき競争環境、取引環境の整備を促す、いわゆる「アドボカシー（競争唱導）」と呼ばれる活動の一環として理解することができる。

3 競争唱導

独占禁止法違反が認められれば、必要に応じて排除措置命令や課徴金納付命令が公正取引委員会によってなされる。疑いの段階に止まれば警告、将来的に違反の可能性を孕む場合には注意といった措置がなされることもある。不当な取引制限や私的独占等の違反が認められ、その重大性、悪質性等が認められる場合には刑事告発がなされることもある。

最近、こうした個別の事件処理ではなく、ある産業分野やある取引分野を広く念頭に置いて、その競争環境、取引環境の適正化を目指した公正取引委員会のアドボカシー活動が目立っている。具体的には、システム調達、デジタル調達といわれる分野におけるロック・インの解消へ向けた一連の取り組み⁽²²⁾や、フリーランス人材をめぐる公正取引委員会の一連の取り組み⁽²³⁾が

(21) 43条が、「この法律の適正な運用を図るため」と書かれている以上、法令違反の存在が念頭に置かれていることは明らかである。

(22) 本稿後掲注（25）に掲げた文献参照。

その例である。

一般的には、対象となる分野の競争状況、独占禁止法違反との関連性、あるべき取引、契約のあり方といった事項についての分析、考察が有識者による研究会によってなされ、その報告書が作成、公表されることが出発点となり、提言がなされる。各種調査の結果、問題が認められたケースにおいては公正取引委員会から何らかの形で注意喚起が行われる。それは事業者に対して個別に行われる場合もあるだろうし、調査結果の公表という形で広く一般に向けてなされることもある。

こうした政策レベルでの環境整備を目指した取り組みは当然、個別のケースにおける事件処理とリンクするものである。問題点が指摘されていたのにも拘らず、その問題が改善されないままになっていた場合、個別の事業者、事業活動に対する事件処理という形で出口が見出されることになる。その場合、アドボカシー活動は問題の喚起で、事件処理は問題の解決という対比となる。

4 確約手続

留意すべき点は、事件処理の形である。一般的には違反を認めた上での行政処分が想起されるが、確約手続（48条の2他）による事件処理が現在では可能であり、制度導入後、積極的にこれが用いられている。要するに、違反を認定しない前提で対象事業者からの改善計画が公正取引委員会によって認められれば、（行政処分という形で）その内容での認定となる。違反を認定しないので事業者にとっても公正取引委員会にとっても負担が少なく、事件の迅速な処理が可能であるというメリットがある。法政策的に言えば事業者インセンティブを与え、誘導する仕組みであり、アドボカシー活動を効果的ならしめるための手段である。ただ、違反の射程が曖昧にされてしまうリスクはある。

(23) 「人材と競争政策に関する検討会報告書」及びそれに続く公正取引委員会の取り組み参照。

5 公表

その他、問題があると認定される事業者の公表がなされることもある。これは処分量がないので警告や注意と同様、法的には争いようがない。この公表は、独占禁止法 43 条の「公正取引委員会は、この法律の適正な運用を図るため、事業者の秘密を除いて、必要な事項を一般に公表することができる。」の規定を受けてのものである。既に警告事案については公表の対象になっているのであるから、その延長線上で考えられる。上記緊急調査の結果発表時に特に顕著な問題があると考えられた事業者の名前が公表された⁽²⁴⁾ものについては、警告のそれに準じるものが対象になっているようだ。

提言された競争環境、取引環境に適応しない事業者を公に名指しすることは是非は今後も問われるだろう。ただ、個別の違反類型とは切り離されて扱われるものではなく、上記の緊急調査や特別調査のように何らかの違反の問題とリンクさせた上でアドボカシー活動がなされている以上、公表されるということは、その名前は「法律の適正な運用」のための「必要な事項」だということになり、当然に違反の疑いあるいはその蓋然性が意識されているはずである。しかし、公表と非公表の線引きは相対的にならざるを得ず、その判断は行政の裁量ということになるが、事業者からすればその差は雲泥のものがあり、法的には争えない以上、事業者側からの不満は大きいものがあるだろう。しかも、多くのケースではコンプライアンス対応として拒絶反応を示す訳にもいかず、とすると公正取引委員会のこのような対応は実質的に法令違反の枠外で事業者の行動の変化を促すある種の強制力として働くことになる。法執行のあり方として果たして妥当かは、さまざまな意見があるだろう⁽²⁵⁾。

(24) 対象となったのは 13 の事業者であった。

(25) 例えば、楠茂樹「株式会社サイネックス及び株式会社スマートパリュールから申請があった確約計画の認定について（公正取引委員会令和 4 年 6 月 30 日認定）」公正取引 867 号 52 頁以下（2023）参照。

6 優越的地位濫用規制の射程

上記緊急調査、特別調査はいずれも「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係る……調査」である。ここで、優越的地位濫用規制を念頭に置いた上での留意点について触れておこう。なお、濫用する側は「事業者」であるが、濫用される側は「取引の相手方」と規定されているので、事業者ではない個人も含まれるが、以下では事業者間同士の問題を扱おう。

優越的地位濫用規制はその名の通り、地位の優越性が前提にありこれを濫用した場合に違反となる。およそビジネスである以上、取引上の地位の優劣は必然的に生じるものであり、競争上強みのある事業者にそうでない事業者が必ずしも恵まれたとはいえない条件で契約し、以後依存関係が生じること(悪い言い方をすれば「ぶら下がること」)は、むしろ自然な現象ではある。取引において優位に立ち、できる限りよい条件での契約を目指して事業者がマーケットの要請に応えようと努力、工夫しているのであって、どこから先が濫用でどこまでが濫用でないのかの線引きは難しい。何よりも、この規制が自由競争基盤としての取引主体の自主性、独立性に着目しているので、多分に被害者側の属人的要素に左右されることになる。仮にある事業者がある事情から経営上困難な状況にある場合、自主性、独立性が侵されたと評価され易くなってしまいかねない。また、濫用の射程を広げ過ぎると、優位に立つ事業者の優位性それ自体に反規範性を見出す事態になってしまう⁽²⁶⁾。

だからこの種の規制の射程はできる限り抑制的に捉えておいた方が望ましい。これまでは要求が常軌を逸していると常識的に見て評価されるだろうケースに限定されてきた⁽²⁷⁾。

しかし、近年になって、同規制の射程は広がりを見せているように思われ

(26) このような問題意識は筆者に特有のものではなく、多かれ少なかれ、この分野に所属する研究者にある程度共有されているものである。この規制への賛否には濃淡があるが、自由競争に対するイデオロギーをよく反映するものではある。根岸・前掲注(10)30頁の記述が非常に参考になる。

(27) ローソン事件(公正取引委員会勧告審決平成10年7月30日審決集45巻136頁)がその例だろう。いずれにしても、一般人の目からみて常軌を逸したように映るものばかりである。

る。柔軟性を帯びてきたといってもよいかもしれない。第一に、取引の相手方は従来の法実務では事業者に限定されてきたが、法の規定上事業者に限定されていないことからこれを個人にまでその射程が拡大されて議論されるようになり、実際、Eコマースの分野においては個人を被害者とする優越的地位濫用規制のあり方が模索されるようになってきた⁽²⁸⁾。

第二に、環境の大きな変化によって当初の取引条件が一方当事者にとって大きく不利に偏った場合に、この条件の変更に応じないことが濫用に当たるという認識がなされるようになったということである。コンビニの24時間営業をめぐる本部と店舗との対立問題は、一つの例である。

第三に、マーケットの要請に応えるという正当化、消費者の利益のためにという正当化は効かないということが近年のケースの積み重ねで明らかにされてきた、ということである。楽天の送料無料問題に象徴されるように、多面的市場における各種ステークホルダーの利益を満遍なく配慮するという要請がこの規制にかけられている。マーケットへの要請に応えるためにという理由であっても一部取引相手にとって不満が生じる条件変更がこの規制の射程として扱われることは、緊急停止命令の申し立てがなされたこの事件において明らかになった（ただ裁判所の判断を待たずに事業者が方針を撤回したので司法の判断が下された訳ではない）。

アドボカシーの一環として上記の緊急調査、特別調査がなされたということ、そのような同規制の射程の拡大、柔軟化という流れの中で位置付けて考える必要がある。言葉遣いとしてはやや古くなりつつあるが、（独占禁止法という）ハード・ローを（アドボカシー活動として）ソフト・ローの形で用い、要件の充足を前提にした行政処分等という事件処理によらない政策誘導を試みているのである。

地位の優越性の認定に際しては、濫用行為がなされた際に取引相手の変更がコスト上容易であることがポイントになるが、これは検討対象となる取引の個別の事情によるのであるから必然的にケースバイケースである。短期的

(28) 例えば、「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（令和元年12月17日公正取引委員会（改正：令和4年4月1日）参照）。

には他の取引相手を選ぼうと思えば選べるが、より長期の関係を意識して相手の変更躊躇する場合もあるだろう。こういった場合、実際かかるコストは見え難く、長期的な関係を断ち切ることへの将来への不安のような心理的障壁であるかもしれない。どのような基準、視点を以て取引相手の変更可能性を論じるべきかは、必ずしも明らかにされてこなかった点多々ある。これもまた不確定要素となるものであって、アドボカシー活動や確約手続において同規制の運用が積極化される際には、事業者はコンプライアンス対応に苦慮するかもしれない。法適用においては予測可能性の担保が重要なものはいうまでもなく、際限なく適用の範囲が広がる恐れがあるような運用は控えるべきであることをここで確認しておきたい。

7 請負契約に特有な問題

請負契約は決められた取引条件で請け負った作業を完成させることで契約の履行となる。総価一式で行われるか否かに拘らず、公序良俗にでも反しない限り当初の条件が決定的な出発点となる。もちろん、契約条項で契約変更に係る規定が設けたり、契約変更に向けて当事者間で任意に交渉を行ったりすることは妨げられていない。要するに、契約の自由の下、請負契約に係る取り決めは柔軟に行い得るのである。

ではこの分野に独占禁止法はどのように係ることになるのであろうか。不当取引制限規制違反を構成する入札談合のケースでは悩まない。請負契約それ自体ではなくその契約締結過程における競争制限が問題にされるから、違反要件の充足はその契約締結の前段階のそれを検討すれば足りる。

優越的地位濫用の場合、違反要件の充足はトータルでの契約過程において問題にしなければならない。継続的に繰り返される売買契約のような場合、その一連の過程において契約条件の不利益変更がなされること、あるいは契約外での不利益要求がなされることが、濫用行為として想定される。その継続性の中で力の格差が生じ、どちらかがどちらかに関係上依存する状況になっているのであれば、優越性要件の充足性が認められることとなる。

フランチャイズ契約やEコマースサイトの利用契約のように一つの契約で一定期間の継続性が認められ、その期間内での特定行為の禁止要求や契約

条件の変更をフランチャイズの本部やデジタル・プラットフォーマーが要求することもある⁽²⁹⁾。

請負契約、特に建設工事のそれは、一定期間の継続性があるのが当然であり、その期間中に資材価格が高騰し、一方当事者がその費用負担に苦しむケースがある。一方、一つの請負契約の履行後に新たな請負契約を同じ発注者との間で結ぼうとする際、費用高騰を反映しない価格での新規契約を余儀なくされるケースもあるだろう。これらは発注者が優位にあるケースであるが、受注者が優位にある場合には、高騰した分の費用を発注者に全部、または多くの部分を持たせようとするケースもあるかもしれない。地位の優位の存否は個別の事情によるのであって、力の格差によって平等な費用負担が歪められる場合に、この規制の適用が問題になる。

ここでいくつかポイントがある。

第一に、継続的な取引関係の下において一つの契約終了後、新規契約に際して条件変更が認められない場合について、同規制の射程となることは争いがないだろうが、一定の継続性がある建設工事のような請負契約の過程における条件変更はどうだろうか。

第二に、契約変更に応じたか、応じないか、という事実だけでは法的評価は下せない、ということである。契約変更に応じるか否かだけでは地位の不当な利用は明らかではない。発注者が受注者の要請に応えず契約変更がなされない場合だったとしても、そのことをもって発注者の優越性が認定できる訳ではない。発注者は将来において当該受注者との契約の機会を失うかもしれないが、それでもよしと考えての判断かもしれない。そういった関係においては地位の優越もなければ、当然に濫用行為にもならない。特に建設工事請負契約は実に多様であって一部を切り取って全体を論じることは厳に慎まなければならない。

第三に、より一般的な問題として、優越的地位濫用規制の発動は、問題があるとされた事業者は価格設定等の取引条件について後から変更を余儀なく

(29) 消費期限がある食品の値引き販売の禁止が前者の例であり、Eコマースにおける送料無料化の契約上の義務付けは後者の例である。

されることになるのであるが、これはビジネスを遂行する際の大きな不確実性を生むのではないか、ということである。同規制の発動による条件変更はある意味、絶対的に優位な地位にある国家権力による法的強制なのであって、場合によっては重要な計画の変更を余儀なくされる。ただ、優越的地位濫用規制の考え方として、仮に地位の優越があつたとしても合理的な範囲で費用負担を相手に求めることは許される。それは確かに相手方にとってビジネスを遂行する際の大きな不確実性となる。それが法的な強制力を伴うというのであれば、劣後の地位にある取引の相手方からの一定の費用負担の要請に応えなければならないという不確実性をかかえることになる⁽³⁰⁾。

第四に、契約変更に応じないビジネス上の合理的理由が存在するが、一方、地位の優越もあつた場合はどうするか。これは合理的理由が優先するというのが基本的考え方だ。もちろん負担の程度にはさまざまあるので、判断は相対的になされるべきものであって、程度の問題ということにはなる。

なお、独占禁止法と建設業法の間でどう棲み分けを行うのか、あるいは行わないのか、これまでの議論の積み重ねは皆無といってよい。しかし、建設業法についての立法作業が現実的なものとなる中、この議論がないまま実務を先行させるのは、建設行政の不確実性を生み出すだけの結果となりかねない。

四 建設業法上の対応：パートナシップ構築のための法的戦略

公正取引委員会の上記緊急調査報告がなされたのは令和4年12月のことであつたが、これを受けて令和5年1月、日本経済団体連合会、日本商工会議所、そして経済同友会の経済三団体は共同で「[「パートナーシップ構築宣言」の実効性向上に向けて]と題する文書を発出した⁽³¹⁾。以下、引用しよ

(30) 特に不動産会社が発注者となる建設工事の場合、その先の市場に対するコミットメントが先行していることが多い。マンションやオフィスビルの場合、費用面を含む一連の事業計画の不確実性が増すとそもそも事業そのものに支障をきたすという指摘がある。

(31) <https://www.keidanren.or.jp/policy/2023/001.html>

う（下線部は筆者による）⁽³²⁾。

わが国経済は、過去 20 年以上にわたり物価、賃金、生産性がほぼ横ばいという停滞が続いてきた。現下のエネルギー・原材料価格の高騰、人手不足の深刻化といった内外の環境変化を契機に、わが国経済を停滞から成長へと転換させ、多くの人が豊かさを実感できる社会の実現につなげることは経済界の責務でもある。

このためには、新たな付加価値の創造による「成長」と、公正・適正な取引や賃上げを含む人への投資による「分配」の好循環の実現が不可欠である。

この観点から官民挙げて推進している「パートナーシップ構築宣言」は、サプライチェーン全体での成長と分配の好循環を目指すものとして極めて重要な取組である。

しかしながら、宣言企業数は増加しているものの、昨年末の公正取引委員会や中小企業庁の調査結果で浮き彫りになったように、宣言の趣旨が自社調達部門等の取引現場に十分に浸透していない企業があるのが実態であり、宣言の実効性向上が急務である。

費用負担問題でいえば、この発出文書では「「パートナーシップ構築宣言」の趣旨および自社の宣言内容について、自社調達部門等の取引現場への浸透徹底を図るとともに、取引先に明示する。」「受注側企業におけるコスト（労務費、原材料費、エネルギー価格等）上昇分について、積極的に価格協議に応じるとともに、取引対価へ円滑に反映する。」といったことが謳われている。

(32) 政府と日本経済団体連合会、日本商工会議所、そして経済同友会の経済三団体等、官民共同で形成された「未来を拓くパートナーシップ構築推進会議」が令和 2 年 5 月、「パートナーシップ構築宣言」を行った。この宣言は、事業者が、取引先との共存共栄を目指し、(1) サプライチェーン全体の付加価値増大と、新たな連携（IT 実装、BCP 策定、グリーン調達の支援等）、(2) 下請企業との望ましい取引慣行（「振興基準」）の遵守、特に、取引適正化の重点 5 分野（①価格決定方法、②型管理の適正化、③現金払の原則の徹底、④知財・ノウハウの保護、⑤働き方改革に伴うしわ寄せ防止）において取り組むことを「代表権のある者の名前」で宣言し、ポータルサイトで公表するものである。

公正取引委員会の上記調査結果は優越的地位濫用規制を入り口にはしているが違反を認定するものではなく、アドボカシーとして環境整備を促すものである。経済界の反応も違反の有無を問うものではなく、そうした政策提言に積極的に呼応しようというものである。これまで議論してきた点に絡めるのであれば、建設業法や独占禁止法の要件が充足されるかどうかには拘るのではなく、これら違反が疑われる、あるいはその可能性を孕む問題状況が指摘されたことを受けて、より先を見た環境整備を行う必要性を官民あげて共有するものである。だからこそ、経済三団体は「パートナーシップ構築宣言」の実効性確保を指摘しているのである。しかし、このようなある種の「焦り」が経済界にあるということは、各種業界の反応はまちまちということであり、それは業界による独占禁止法上の対応の効果には限界があるということを示すものでもある。

では、業法である建設業法上の対応についてはどうだろうか。国土交通省の「持続可能な建設業に向けた環境整備検討会」⁽³³⁾が令和5年3月に取りまとめた報告書において、建設業法19条の3に係る手続を見直し、問題業者への国土交通大臣等による勧告（それを公表の対象とする）を可能にする旨の提案がなされている⁽³⁴⁾。社会評判のダメージを回避したいという業者側のインセンティブに訴えかける手続の整備は一つの実効性確保方法であるが、第三章で指摘した問題と同様の問題、すなわち法適用の不確実性の問題は避けられない。元下間であれば両者とも建設業であり、（地方自治体も含め）所管故の効果もあるだろうが、発注者にはさまざまあり、どこまでこの「業法」が機能するかは不明な部分もある。（担当部署のあり方次第だが）一定程度の機動力は期待できる。独占禁止法との射程の異同についてはまずは詰めた議論が必要だ。

パートナーシップ構築を目指した、受発注者間における契約変更へ向けての協議条項の標準請負約款のあり方見直しについてはどうか。上記検討会報告書では、建設業法上、中央建設業審議会が作成、その利用を勧告する標準

(33) 国土交通省ウェブサイト（https://www.mlit.go.jp/tochi_fudousan_kensetsugyo/const/content/001599759.pdf）参照。

(34) 国土交通省「持続可能な建設業に向けた環境整備検討会」報告書（2023）21頁。

請負約款の利用の促進が提唱されている。具体的には、「民間約款の利用を促進するため、元下ガイドラインにおける元下約款の利用と同様に、受発注者ガイドラインにおいて、「民間約款又はこれに準拠した内容を持つ契約書による契約を締結することが基本」である旨を明記」「民間約款の利用を促す観点から、契約書において民間約款又はこれに準拠した内容を持つ請負契約であるか否かについて表示するよう措置」「ガイドラインによる措置で効果がないのであれば、民間約款の利用を建設業法上の努力義務とすることも視野に検討」といった記述がなされている⁽³⁵⁾。

公共事業の場合、社会基盤整備の公共的な必要性からその品質維持が強く求められ、そのために会計法等による契約過程の規律を補完する公共工物品質確保法が制定され、その一環として公的財源を原資として官公需契約と費用負担問題の解決を図ることができる。標準請負約款における契約変更の協議条項はその条項があるから機能しているのではなく、契約変更に応じることを可能とする金銭的バックグラウンドが発注者側に存在するからである。しかし民間の建設取引の場合はそうはいかない。ビジネスとして展開される民需における建設取引の場合、その品質は発注者がマンション販売、オフィスビル賃貸、あるいは自社工場の稼働というユーザー視点に立った自由市場の論理で保証されるものあって、工事価格の高低はそうした自由市場のリスクを考慮してなされるべきだという意見はもっともではある。発注者は費用高騰局面において負担を拒絶するということはそこで発生する費用負担のアンバランスのリスクを受け入れるということを意味する。そういった自由市場の論理に対する過度にパターナリスティックな介入はその正当化が難しい。しかし、業法というのは、そういう自由市場の論理に一定の法的な枠を設けること、あるいは行政によるグリップを効かせるためのものであって、敢えて約款についてまで業法で言及しているのは、建設業がそれだけ特殊な市場構造、産業構造にあるということの意味するものでもある。もちろん、官民の違い、元請け段階と下請け段階の違いを踏まえたものでなければならぬが、約款のあり方の大胆な見直しは、パートナーシップ構築へ向けた基

(35) 同前 19～20 頁。

盤整備そのものであり、受発注者双方を委員とした中央建設業審議会の場においてコンセンサスに至ることが前提にあるのであるから、中長期的にはFIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils: 国際契約約款)⁽³⁶⁾型の費用分担モデルの導入も含めて、そこには持続可能な環境整備として問題解決の大きな可能性があるのではなかろうか。

(本学法学部教授)

(36) FIDICについては、建設関係、法律関係の各種サイトで解説がなされている。本文の記述に係るものとして、例えば、西村あさひ法律事務所所属弁護士による解説「FIDIC 契約約款のポイント(第2回)物価調整条項」(https://www.nishimura.com/sites/default/files/images/newsletter_construction_infrastructure_20221219.pdf)等参照。