

「政策手段としての政府契約」の法問題

野田 崇

序章

はじめに

第一節 調達の政策手段化を巡る学説

第二節 行政は「買い手」か？

第一章 政府契約の制度

第一節 契約制度の概要

第二節 競争参加資格

第三節 総合評価一般競争入札

第四節 指名競争入札と随意契約

第五節 政府契約制度の基本原則

第二章 政府契約の法的性質

第一節 「自由の行使」なのか「権限行使」なのか？

「政策手段としての政府契約」の法問題

第二節 政府契約締結の法的根拠

第三節 権限融合論

第三章 名古屋デザイン博事件

第一節 事件の概要

第二節 控訴審判決

第三節 最高裁判決

第四章 若干の整理

第一節 二つのパラダイム

第二節 経済性評価の「範囲」

第三節 手続の潜脱

第四節 競争の視点

結びにかえて

序 章

はじめに

千葉県野田市は、平成二二年秋、「野田市公契約条例」(平成二二年九月三〇日条例二五号)を制定した。「公
正かつ適正な入札を通じて豊かな地域社会の実現と労働者の適正な労働条件」を確保するために、「公契約に係
る業務の質の確保」と「公契約の社会的な価値」の実現を目指したこの条例によれば、市長は、公契約に係る業
務に従事する労働者(下請負者に雇用されている者や派遣労働者も含む)の最低賃金を、最低賃金法とは別に独

自に定めることとされており、受注者、下請負者にその支払いを義務付けている（条例六条）。市長は受注者及び下請負者に対して報告徴収権、立入検査権を有しており（条例九条）、違反者に対して是正命令を行うことができる（条例一〇条）。市長は、是正命令不服従等がある場合には契約を解除することができ（条例一条）、解除した場合にはその旨が公表される（条例一二条）。また、地方自治法施行令一六七条の一〇の二に定められた総合評価一般競争入札、及び指定管理者（地方自治法二四四条の二第三項）の選定においては、「労働者の賃金を評価する」ものとしている（条例一四条）。

この条例は、政府契約（以下、国・地方公共団体が締結する請負契約、売買契約等の調達のために締結される契約を、「政府契約」という。）の相手方及びその下請業者に対して、最低賃金法が定める最低賃金を上回る賃金を支払うことを義務付けることよって、いわゆる「ワーキングプア」問題の解消に資そうとするものである。このような条例の制定を支持している団体によれば、このような公契約条例を支える理念は次のようなものである。すなわち、「自治体には、環境や福祉、公正労働基準の確立などの社会的価値の実現に取り組み義務がある」という地方公共団体の役割理解を前提に、現在の入札制度が低価格競争を煽り、低賃金労働者を生み出しているという認識に立つ。その上で、価格以外の要素をも落札者決定の判断材料とすることのできる総合評価入札制度を積極的に活用して労働者に良い待遇を与えている企業を優遇するとともに、契約を通じて、「公契約入札を希望する企業にも、社会的価値の実現に向けた取り組みを求める」のである。^{〔1〕}野田市条例は、政府契約を通じて労働条件の改善を促そうとするものであるが、それを超えて、地方公共団体の発注者としての強力な地位を利用した政策目的の追求をより一般的に進めようとする見解がある。それによれば、「行政は、公平性を保ちつつ、よ

りよい社会を実現するための施策を行っていかねばならない」のであるが、この責務は、行政が調達を行う際にも妥当する。そして、環境保護、福祉、男女共同参画、公正労働などの行政が推進すべき諸価値は、行政が調達を行う際にそれら価値に配慮している企業を優遇することを通じて、効果的に追及され得るのである。論者は、このように「入札制度そのものが社会的価値を追求する政策手段として機能する」ような制度作りを提唱し、それを「政策入札」と呼ぶのである。⁽²⁾ このような立場は、調達の際に、契約の目的物である財・サービスと直接には関連しない政策目的をも併せて追及することが、行政主体の責務として求められている、とするものである。しかし、直接には何らかの財・サービスの購入を目的としている政府契約を他の政策目的追求のために利用すれば、調達価格が上昇する可能性があるのではないか、政策目的の追求が、結果的に一定の事業者にとって差別的に作用する可能性はないか、といった疑問が直ちに生じるだろう。また、そもそも、政府契約を通じた政策目的の追求は、「やってもよいこと」なのだろうか。

調達ないし政府契約は、その国民経済に占める割合に比して、それほどには法学的な関心の対象とされてこなかった。この分野に研究の必要のあることは夙に指摘されているが、⁽³⁾ 地方自治法や会計法、契約制度に関する実務的な解説書を除けば、確井光明の一連の研究を例外として、体系的検討はほとんど行われて来なかったといえる。その原因をここで確言することはできないが、次の二つの理由が考えられる。第一に、調達に関する会計法令の定めはいわゆる内部法であると解されてきており、⁽⁴⁾ 調達を行う行政機関に対して課せられた法的規制に対応する権利を想定することが難しいため、裁判例はそれほど多くはない。

第二に、政府契約は、私人間の契約と同様の私法上の契約であると解されている。⁽⁵⁾ そのため、規制権限の行使

に関連する公害防止協定や、給付行政分野で締結される契約などとは異なり、政府契約は定義上は「行政契約」の一類型であるとしても特に行政法学の関心の対象となることはなかったのではないかと思われる。無論、以下で検討する名古屋デザイン博事件（第三章）を巡る学説にも見られるように、政府契約の締結に向けた諸行為の違法性が、裁量論の見地から検討されてはいる。それに対して、政府契約ないし調達活動の法的性質を手掛かりにした検討、すなわち、「政府契約法」としての検討が必要ではないか、というのが本稿の問題意識である。

そこで本稿は、「政府契約法」の法理論を探るための準備的作業として、政府契約を通じた行政目的追求の許容性を巡る論点の整理を試みる。なお、政府契約は第一義的には何らかの財・サービスの入手を目的としたものであるはずであり、環境保護や公正労働の確保といった目的は、二次的な目的である。そこで本稿では、政府契約を通じていわば付随的に追及される行政目的を、「二次的行政目的」と呼ぶこととする。

また、本稿では、政府契約を通じた二次的目的の追求が法的に許容されるか否かを検討するが、ここでいう「許容性」は行政活動としての適法性、すなわち行政活動を拘束する行為規範への違反の有無を意味する。いうまでもなく、ある契約締結行為が行政法規に違反している場合に当該契約が当然に無効になるわけではなく、違法に締結された契約の効力は、違反した規定の趣旨や違反行為に対する倫理的非難の程度、取引の安全性や信義則等を考慮して判断される。⁶⁾ 本稿はそのような意味での契約の効力を検討するのではなく、政府契約分野での行政活動の統制の見地から、あくまでも行政活動としての契約締結行為の違法性のみを対象とする。したがって、本稿で行う検討は、あくまでも客観法レベルのものである。契約締結過程での入札参加資格の認定や入札排除措置の処分性など、権利保護の問題には触れない。⁷⁾

「政策手段としての政府契約」の法問題

調達制度に関する規律は、国による調達については会計法、「予算決算及び会計令」（以下「予決令」という。）に、地方公共団体については地方自治法、地方自治法施行令に置かれ、また両者に共通する規律として、入札適正化法（平成一二年法律一二七号）、官製談合防止法（平成一四年法律一〇一号）などが存在している。本稿は、基本的に国・地方公共団体に共通する問題を扱うものであるが、僅かに存在している裁判例の全てが地方公共団体を一方当事者とする契約に関するものであるので、以下では、調達制度に関する説明は原則として地方自治法及び地方自治法施行令の定めるところによることとする。⁽⁸⁾

第一節 調達の政策手段化を巡る学説

政府契約の政策実現の手段としての活用は、学説でも主張されることがある。⁽⁹⁾ また阿部泰隆は、入札とは関係のない違法行為を行った事業者を競争から排除して、政府規制の実効性を高めるべきことを主張している。⁽¹⁰⁾ それらに共通しているのは、政府契約の締結も国・地方公共団体といった公行政主体の活動である以上、その際にも行政が抱える様々な政策課題を併せ追求するのは当然のことである、という発想である。平成二〇年度の国民経済計算確報によれば、日本のGDPにおける政府部門の占める割合は、支出側では二三%であり、比較的少数の経済主体が国民経済の二割を超える支出を行っている状況で、「武器」にしようという発想は、自然なものであるといえよう。そのもっとも端的な表現が、先に挙げた「政策入札」である。「行政は、公平性を保ちつつ、よりよい社会を実現するための施策を行っていかねばならない。こうした観点からみれば、契約の相手となる業者がさまざまな社会的価値に配慮しているかどうかを、業者の選定基準に組み入れることが必要になる。」⁽¹¹⁾

しかし政府契約とは、国民ないし住民から徴収した税金を用いて、行政活動のために必要となる財・サービス調達するために締結されるものである。政府契約のそのような側面を重視するならば、「国・地方公共団体等が費用の安く、質の高いサービスを国民に提供するためには、公共調達において、いかにして『(一定のコストに対して)最も価値の高いものを調達するか』とらう、Value for Money (VFM)の基本理念に基づき、安くて質の高い物品やサービスを調達することが必要である」⁽¹²⁾ことになる。もちろん、国・地方公共団体は行政主体として、より安価な調達を行うことよって公金を節約することのみならず、環境保護や地元企業への配慮など、多様な課題を負っている。しかし、地方自治法二三四条二項が一般競争入札原則を採用していること、住民訴訟制度の存在が、住民の経済的利益を考慮した調達活動を要請していると考えられること、また現実の財政状況の厳しさといった諸事情は、調達を行う行政主体が基本的に「買い手」として振舞うことを要請している。⁽¹³⁾このように、調達を行う国・地方公共団体が、「『買い手の立場』に立った行動に徹する」⁽¹⁴⁾ことを求めているのである。

第二節 行政は「買い手」か？

前節で概観した二つの考え方の背後にある一つの大きな相違は、国・地方公共団体による調達活動を、前者の立場が行政活動の一つとして他の行政活動とおそらくは同質のものとして見ているのに対して、後者の立場は、むしろ調達活動を私人によるそれと同質のものとして解している点にあるのではないか、と思われる。そしてこの相違は、「調達を行う国・地方公共団体」の位置付けという、より根本的な問いにつながる。⁽¹⁵⁾ 公行政の主体としての国・地方公共団体は、「一需要者」として、自己にとっての経済的有利性を最大限追求すべき存在なのだろうか。こ

のように考えた場合、国・地方公共団体を私人、とりわけ民間企業と同様の「市場ルール」に従わせることが課題となる。そのようにしてこそ、価格面で最も有利な調達が可能になると考えられるからである。それに対して、調達活動もまた、終局的には公益の実現を目指すべき行政活動の一つであると捉えるならば、国・地方公共団体は政府契約を締結する際にも、一般の私人とは質的に異なる存在であることになる。

この問題が顕在化する局面の一つが、調達の際に、調達の対象である財・サービスとは直接に関わらない政策目的を追求することが許されるか否か、許されるとしてもどこまで許されるかが問われる場合、すなわち、政府契約を通じた二次的目的の追求の許容性が問われる場面である。

政府契約を締結する際に、併せて他の政策目的を追求することは、比較的違和感なしに行われてきたことではないかと思われる。むしろ、反社会的な企業（暴力団関係企業、労働法規違反企業など）に落札させ、公金を支払うことは好ましくないと考えられるだろう。また、「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」（昭和四一年法律九七号）や「国等による環境物品等の調達の推進に関する法律」（いわゆるグリーン購入法、平成一二年法律一〇〇号）のように、法律上、一定の企業や一定の製品を調達の際に優遇するよう求めている場合もある。しかし従来、政府契約の政策手段としての利用がどこまで可能なのか、政策目的の追求が調達価格を上昇させる場合にもなお、そのような政策目的の追求が許容されるのか、どこまで許容されるのか、どのような条件下で許容されるのかなど十分に検討されていない問題も多い。

そこで次章では、まず地方自治法、自治令の規定を中心に、政府契約の制度を概観した上で、国・地方公共団体による私法上の契約の締結を巡る基礎的な法問題のうち、二次的目的の追求と関連するものについて検討を加

えておく。

- (1) 自治労パンフレット「入札改革と自治体公契約条例で公正労働基準の確立を」(二〇〇七年一月改訂版) <http://www.jichiro.gr.jp/campaign/koukeiyaku/公正労働の確立を改訂版.pdf>
- (2) 武藤博巳『入札改革 談合社会を変える』(岩波新書、二〇〇三年) 一三〇頁以下、同『自治体の入札改革』(二〇〇六年) 七三頁以下。
- (3) 芝池義一『行政法読本』(二〇〇九年) 一七七頁、塩野宏『行政法Ⅰ〔第五版〕』(二〇〇九年) 一八九頁注一。
- (4) 兵藤廣治『財政会計法』(一九八四年) 二五八頁、自治体契約研究会(編著)『詳解地方公共団体の契約』(二〇〇三年) 一四頁以下、参照、碓井光明『公共契約法精義』(二〇〇五年) 一六頁以下(以下「碓井・精義」という)。
- (5) 一般的見解である。兵藤・前掲二五七頁など。
- (6) 磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商法雑誌九三巻臨時増刊(一)『創刊五〇周年記念論集Ⅰ 判例における法理論の展開』(一九八六年) 一、一〇頁以下。
- (7) 政府契約における権利保護については、碓井・精義四四六頁以下、碓井「政府契約」岩波講座現代の法8 政府と企業(一九九七年)(以下、碓井・政府契約という) 三五、六三頁以下を参照。ドイツは日本と同様に政府契約法を「内部法」に位置付け、政府契約に関する紛争を司法審査の対象とすることに消極的であったが、E C法(現在ではE U法)の展開を通じて、少なくとも一定金額以上の政府契約については裁判的権利保護の導入を余儀なくされた。その展開については、米丸恒治の詳細な研究がある。米丸恒治「政府契約締結の争訟的統制——E C法によるドイツ公共調達法の新展開を中心に——」法学論集三二巻一号一頁以下、同「ドイツ公共調達法と司法審査の保障——委託発注法改正法による裁判的統制の展開——」立命館法学二六二号(一九九八年) 七三四頁以下、同「公共調達に関する権利救済とその実効性——ドイツ委託発注法改正後の状況——」立命館法学二七一・二七二号(二〇〇〇年) 一七三頁以下。

「政策手段としての政府契約」の問題

九

(8) 調達に関する法律による規律が、国と地方公共団体に対して全く同じ意味を持つか否かは検討を要する問題である。なぜなら、会計法及び予算令は、契約締結能力を有する法人たる国の一機関である国会（及びその委任を受けた内閣）が、いわば自己統制、自律として定めたことと捉えることもできるのに対して、地方公共団体にとって、地方自治法や地方自治法施行令による規律は、他律に他ならないからである。しかしこの点の検討は他日を期したい。

(9) 明示的にそれを主張しているのが、山田卓生（「公共工事契約の公正配分」横浜国際経済法学一卷一号（一九九三年）一一、三四頁）である。また、交告尚史も、指名競争入札の際の地元企業優先指名を是認している（兼子仁／椎名慎太郎（編）『行政手続条例制定の手引』（一九九五年）二二二頁）。大橋洋一も、購入者・発注者としての立場を利用した政策誘導（租税滞納、障害者高齢者雇用、環境購入）を肯定している（『行政法（第二版）』（二〇〇四年））。阿部泰隆『行政の法システム（新版）下』（一九九七年）五〇四頁。畠山武道「サンクシヨンの現代的形態」岩波講座基本法学八巻（一九八三年）三八四頁も参照。

(11) 武藤・前掲岩波新書一三一頁。

(12) 公共調達と競争政策に関する研究会「公共調達における競争性の徹底を目指して——公共調達と競争政策に関する研究会報告書——」（二〇〇三年）一二二頁。

(13) 鈴木満「談合を排除するための入札制度改革のあり方」日本経済法学会年報二五号（二〇〇四年）七四、九〇頁。

(14) 鈴木満「談合を防止する自治体の入札改革」（二〇〇八年）一六頁。

(15) Vgl. Christoph Benedict, *Sekundärzwecke im Vergabeverfahren*, 2000, S. 10ff.

第一章 政府契約の制度

第一節 契約制度の概要

本章では、政府契約制度の概要を、政府契約を通じた二次的目的の追求との関係を念頭に置きつつ、必要な限

度でみておく。地方自治法は、契約の方式として、一般競争入札、指名競争入札、随意契約又はせり売りの方法を定めている（地方自治法（以下「法」という）二三四条一項）が、行政側が発注者である場合の方式は前三者である。法はそれらのうち、一般競争入札を原則とし、その他の方法を、一定の要件が満たされた場合にのみ用いることのできる例外的方法と位置付けている。法は一般競争入札を定義していないが、一般競争入札とは、契約相手方を決定するための手続に原則として不特定多数の者が参加することを認め、それらの者のうち、当該地方公共団体にとって最も有利な価格をもって応札した者に落札させる（法二三四条三項前段）方式である⁽¹⁶⁾。指名競争入札とは、指名を受けた者のみが参加する入札である（地方自治法施行令（以下「自治令」という）一六七条の一二第一項）。随意契約の定義規定も存在しないが、競争の方式によらないで、任意に特定の相手方を選定して契約を締結する方法である⁽¹⁷⁾。「競争の方式によらない」とは、一般競争入札、指名競争入札又はせり売り以外の方法であると解されている。したがって、随意契約とは控除的概念である⁽¹⁸⁾。

一般競争入札の手続は入札公告から始まる。必要な入札参加資格、入札の場所及び日時、契約の目的物、契約条項を示す場所（説明会の会場など）などが公告される（自治令一六七条の六第一項）。グリーン購入法は、契約の目的物の種類・仕様を決定する段階での環境配慮物品の優遇を求めるものであり、既にこの段階で二次的的目的が調達過程に組み込まれることがある。この段階で、契約の目的物の仕様を詳細に指定することを通じて、事実上特定メーカーの製品のみが仕様を満たすという状況を作り出すこともできる⁽¹⁹⁾。

競争に参加するためには入札参加資格を備えていなければならないが、これは次節で検討する。入札が終了すると、直ちに開札が行われる（自治令一六七条の八第一項）。原則として⁽²⁰⁾、予定価格の制限の範囲内で最低価格

で入札した者が落札者となる（地方自治法二三四条三項本文、最低価格入札者落札原則）。つまり、予定価格を上限とし、最低制限価格（自治令一六七条の一〇第二項）が設定されている場合にはそれを下限として、その範囲内に収まる入札のうち最低価格で入札した者が自動的に落札するという、自動落札方式が採用されているのである。⁽²¹⁾ 以上によれば、競争入札による調達が原則的方法とされているのは、行政活動のために必要となる財・サービスのより安価な獲得、競争参加者の平等取り扱いの保障をめざしたからであるといえよう。

第二節 競争参加資格

競争入札に参加するためには、競争参加資格を有していなければならない。競争参加資格は、入札から契約履行能力を欠く者や不誠実な者を排除するとともに、契約相手方として適切な者のみに競争への参加を認め、確實かつ良質な契約履行を確保するために定められる。

参加資格は消極的参加資格と積極的参加要件からなる。自治令一六七条の四第一項は、「特別の理由がある場合を除くほか、一般競争入札に当該入札に係る契約を締結する能力を有しない者及び破産者で復権を得ない者を参加させることができない」と定めている（消極的参加資格）。「能力を有しない者」とは、未成年者、成年被後見人、被保佐及び被補助人である（民法五条以下）。また、入札手続において、又は契約履行の段階で不適正な行為のあった者は、競争参加不適格者として、その事実のあった時から二年間にわたり、競争から排除され得る（自治令一六七条の四第二項）。これに基づいて排除され得るのは、契約履行の際に手抜き工事など不正行為を行った者（同項一号）、入札において談合を行った者（同項二号）、契約履行妨害（同項三号）、検査妨害（同

項四号)、契約不履行(同項五号)、及び以上に該当する事実があった後二年を経過しない者を代理人、支配人その他の使用人として使用した者(同項六号)である。以上の消極的参加資格は、指名競争入札にも準用される(自治令一六七条の二第一項)。

積極的参加資格は、契約の種類及び金額ごとにあらかじめ定められる資格(自治令一六七条の五)と、追加的参加資格(自治令一六七条の五の二)からなる。前者は、「工事、製造又は販売等の実績、従業員の数、資本の額その他の経営の規模及び状況を要件とする資格」であり、「資格要件」ないし「格付け(ランク付け、等級付け)」と呼ばれるものである。工事の請負、物品の製造の請負、物件の買入れ等の契約の種類ごとに、また契約金額ごとに、競争に参加するための資格が定められる。これは、契約履行能力を有する者だけを競争に参加させるための資格である。ここでは、「経営の状況」を評価するための考慮事項の一つとして、公租公課の納付状況も考慮される²²⁾。この参加資格は、一般競争入札については「必要があるとき」に定められるが、指名競争入札については定めなければならない(自治令一六七条の二第二項)。

資格要件の審査基準は、各地方公共団体の長が、自治令に従って独自に設定する。一例として京都市の例を見る。京都市は、他の地方公共団体と同じく、契約に関する事項を要綱で定めており、「京都市競争入札等取扱要綱」が制定されている。まず消極的参加資格として、自治令一六七条の四が援用されている²³⁾。また公租公課を滞納していないこと、当該営業について法律の定めている許可、免許等を取得していること、暴力団関係企業ではないこと等が挙げられている(要綱二条)。その上で、「格付け」に関する規定が置かれている。これが、自治令一六七条の五第一項に定められた「契約の種類及び金額」に応じて定められる参加資格である。要綱はこれに関

し、次のような規定を置いている。

第三条 市長は、前条第一項各号に掲げる資格を有する者のうち、別表1に定める工事種別の工事の請負の競争入札に参加しようとする者については、次の各号に掲げる経営事項及び本市評価事項を審査のうえ、同表に定める工事種別及び予定価格の金額（以下「予定価格」という。）に対応する等級に区分して格付けすることができる。

(1) 経営事項

国土交通大臣又は都道府県知事から建設業法第二七条の二九第一項の規定により通知を受けた総合評定値（建設業法第二七条の二三第一項に規定する審査により評価を受けたもので、格付しようとする年度の開始の日の一年七月前の日の直後の営業年度終了の日以降において当該審査を受けたものに限る。）

(2) 本市評価事項

ア 本市が発注した工事で、直前五年間に完成した工事に係る工事種別ごとの平均工事成績

イ 本市における工事種別ごとの一件最高施工額

ウ 規則第二二条第一項に規定する指名競争入札有資格者名簿に登録された者としての工事種別ごとの継続年数

エ 第二九条第一項の規定により直前一年間に措置された競争入札参加停止の期間

オ その他市長が必要と認める事項

この規定によれば、競争入札参加希望者は、建設業法二七条の二三に基づいて国土交通大臣もしくは都道府県知事が行う「その経営に関する客観的事項」に関する審査、いわゆる経営事項審査の総合評定値と、京都市発注工事での実績、有資格業者となつてからの年数等に基づいて、格付けされることになる。そこで次に、経営事項審査の内容を確認しておく。建設業法二七条の二三第一項は、「公共性のある施設又は工作物に関する建設工事で政令で定めるものを発注者から直接請け負おうとする建設業者は、国土交通省令で定めるところにより、その経営に関する客観的事項について審査を受けなければならない。」と定めている。建設業法二七条の二三第二項によれば、経営事項審査は、「経営状況」（同項一号）、及び「経営規模、技術的能力その他の前号に掲げる事項以外の客観的事項」（同項二号）のそれぞれを数値評価して行われる。経営事項審査の評価の項目と基準は、国土交通大臣が中央建設業審議会の意見を聴いて定めるものとされており（建設業法二七条の二三第三項）、それを受けて、「建設業法の規定により、経営事項審査の項目及び基準を定める件」（平成六年六月八日建設省告示一四六一号）が制定されている。それによると、評価項目は経営規模、経営状況、技術力、及び「その他の審査項目（社会性等）」とされており、それぞれについて内容が定められている。「経営規模」とは、直前二年ないし三年の種別年間平均完成工事高及び審査基準日（審査申請日の直前の営業年度終了日）における自己資本額から評価される。「経営状況」は、売上高営業利益率、総資本経常利益率、キャッシュ・フロー対売上高比率、純支払利息比率など一二項目の財務指標から評価される。²⁴「技術力」は、建設業法二七条一項に基づく技術検定試験合格者など一定の資格を充たす技術職員の員数から評価される。「その他の審査項目（社会性等）」として挙げられているのは、労働福祉の状況（雇用保険、健康保険、厚生年金保険、賃金不払件数、建設業退職金共済制度、

退職一時金制度、企業年金制度、法定外労働災害保障制度）、労災事故による死亡者数及び負傷者数、建設業の営業年数、建設業経理事務士検定試験合格者等の員数であり、それぞれが一定の数式により点数化される。それらを一定の数式に従って加算して算出したものが、経営事項審査にかかる総合評定値である（建設業法施行規則二一条の三）。

このような総合評定値に、京都市における工事実績等を加味して、格付けがなされるのである。一般競争入札の場合には、参加資格として一定の格付けを得ていることが求められ、指名競争入札の場合には一定の格付けを得ている業者の中から指名選定が行われることになる。以上のような競争参加資格の認定、すなわち「格付け」の仕組みについて注目されるのは、評価項目が財務の健全性と、企業規模にほぼ集約されていることである。技術者の員数は、従業員数に比例すると思われる。また、社会性を測る指標として挙げられている労働福祉の状況も、企業規模を反映するものではないかと思われる。したがって、格付けは、主として契約履行能力を、契約対象となる工事の規模ごとに段階的に認定してゆくシステムである。このように、競争参加資格の主要な意義は、契約履行能力の確保なのである。

前節で説明した一般競争入札参加資格に、さらに追加的な参加資格が付されたものを、制限付一般競争入札という。追加的参加資格に関する自治令一六七条の五の二は、昭和五七年（昭和五七年政令二四〇号）に、予決令七三条の定める追加的参加資格と同様の制度を地方公共団体の契約にも導入する趣旨で追加されたものである。⁽²⁵⁾この規定によると、「契約の性質または目的により、当該入札を適正かつ合理的に行うため特に必要があると認める」場合に、競争参加資格を有する者についてさらに追加的に、「事業所の所在地又はその者の当該契約に係

る工事等についての経験若しくは技術的適性の有無等に関する必要な資格」を定めることができる。この制度により、一般競争入札への参加資格が、特殊な工事経験や特殊な建設機械を保有する者に限定されるなど、発注内容に応じた追加的資格が設定される。⁽²⁶⁾しかしこの参加資格は、多くの場合、競争に参加する企業を地元企業に限定する（「事業所の所在地」）ために用いられている。⁽²⁷⁾競争参加者を地元企業に限定する主な理由は地元経済振興、地元の雇用確保であるが、本来、制限付一般競争入札制度は「契約の性質又は目的」が競争参加者の制限を必要としている場合に用いられるものであり、その観点から合理化可能でなければならない。契約対象と関わりのない追加的参加資格の設定は、制度趣旨には合致しないことになる。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾

第三節 総合評価一般競争入札

既に述べたように、落札基準は入札価格であり、予定価格の制限の範囲内で、また最低制限価格が設定されている場合にはそれを下回らない範囲内で、最低価格の入札を行った者が落札する。すなわち、最低価格入札者落札原則が妥当している。このように価格のみを落札基準とする理由は、競争参加資格を有する者が、入札公告に示された工事ないし製品の設計、仕様に従って工事、製造ないし納入すれば、それで品質は確保されるのであり、それ以上の品質は求めないものとされてきたからである。⁽³⁰⁾しかし、価格のみの競争では品質面での競争が行われず、また工事の場合であれば工事方法の面での創意工夫を競わせるといったこともできなかったため、そのような配慮を要する場合には随意契約に拠らざるを得なかった。そのため、平成十一年自治令改正（政令二五号）により追加された自治令一六七条の一〇の二は、入札価格以外の要素をも考慮して落札者を決定することができる、

「総合評価一般競争入札」（以下「総合評価方式」という。）を導入した。⁽³¹⁾総合評価一般競争入札の落札基準は、「価格その他の条件が当該普通地方公共団体にとって最も有利なもの」であるが、具体的には、設備の納入・設置であれば当該設備の耐用年数やメンテナンスコスト、工事であれば騒音低減など公害防止のための工夫、道路封鎖時間の短縮などの施工上の工夫、省資源対策など多様な項目が点数化され、入札金額を合計得点で除した金額が最低額となった者が落札する。⁽³²⁾

総合評価方式は価格以外の諸事情をも考慮して落札者を決定する方式であるため、評価項目への政策目的の取り入れが提唱されるようになる。既に述べた「政策入札」の提案も、総合評価方式の評価項目に、環境配慮、障害者雇用のような福祉への配慮、男女共同参画の推進、公正労働への配慮など、行政として推進すべきさまざまな政策目的を組み込もうとするものである。⁽³³⁾実際、平成一二年に建設省（当時）が発した通達「工事に関する入札に係る総合評価落札方式の標準ガイドライン」は、評価項目のうち社会的要請に係るものとして、環境の維持（「騒音、振動、粉塵、悪臭、水質汚濁、地盤沈下、土壤汚染、景観を国の利害の観点から評価する。」）、交通の確保（「交通への影響（規制車線数、規制時間、交通ネットワークの確保、災害復旧等）を国の利害の観点から評価する。」）、特別な安全対策（「特別な安全対策を必要とする工事について安全対策の良否を評価する。」）省資源対策又はリサイクル対策（「省資源対策、リサイクルの良否などへの対応を国の利害の観点から評価する。」）、といった項目を例示している。これらは契約の目的物それ自体の性能とは直接に関わらない事項であり、その点で、経済的有利性を契約価格よりもより広く捉えるものであるとはいえる。

しかし他方で、同ガイドラインの評価基準に関する総論部分では、「評価項目及び得点配分は、工事における

必要度・重要度に基づき、適切に設定する」、「工事における必要度・重要度に照らし、必要な範囲を超え評価する意味のないものは評価しない」、「必須の評価項目であっても、工事における必要度・重要度に照らし、最低限の要求要件を満たしていれば十分であり、当該要求要件を超えていても評価する必要がないものは、加算点の対象にしない」とされている。価格以外の要素をも考慮して落札者を決定する総合評価方式といえども、限られた予算の範囲内でより良い調達を行うための手法の一つであり、またそもそも調達とは国民の財産を用いて行われるのであるから、「最も有利な目的物を評価するため、真に必要な項目のみを評価の対象とすべき」であるといえるのである。⁽³⁴⁾

以上から明らかになるのは、総合評価方式といえども政府契約制度の一つである以上、評価項目としては工事の過程や目的物それ自体に関わる評価項目のみが考慮される、ということである。そのため、総合評価方式の評価項目にさまざまな政策目的を組み入れ、「入札制度そのもの」を「社会的価値を追求する政策手段として機能」させようとする試み⁽³⁵⁾に対しては、それが公金をできる限り効率的に用いるという政府契約の論理にとつて異質であるが故に、制度的合理性の見地からの抵抗が予想されるのである。また、総合評価方式では、価格面で優位に立った者が、その他の項目の評価の結果、より高い価格で入札した者に負けることがあり得るが、各評価項目への配点についても、個別の採点についても、基準作成段階、採点段階での恣意性を完全に排除することは困難である。⁽³⁶⁾

第四節 指名競争入札と随意契約

指名競争入札は例外的な方法であり、契約又は性質が一般競争入札に適しない場合、競争参加者が少数である場合、及び一般競争入札に付することが不利と認められる場合にのみ、選択することができる（自治令一六七条）。指名競争入札の場合、参加資格（第二節参照）を有する者の中から、地方公共団体の長が競争参加者を指名する（自治令一六七条の二第一項）。具体的な指名選定は、契約を締結する長の広範な裁量にゆだねられる⁽³⁷⁾。指名の基準（指名基準）の制定は、国については各省庁の長等に義務付けられているが（予決令九六条一項）、地方公共団体については義務付けられていない。ただし、指名基準を制定した場合には、それを公表しなければならぬ（公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律（平成一二年法律一二七号）七条二項、同施行令七条一項三号）。一例として、京都市競争入札等取扱要綱二二条一項は、指名基準として、企業の経営状態、不誠実な行為の有無、同種の契約での実績、技術的適性及び履行能力、地理的条件、手持ち工事高、技術者の配置状況、安全管理及び労働福祉の状況、格付け等を挙げている。また、区域内に主たる営業所を置く中小企業を優先的に指名することができる（要綱二三条一項）。暴力団関係企業は、指名から排除される（京都市契約事務暴力団等排除対策要綱五条⁽³⁸⁾）。

指名競争入札も一般競争入札と同様に、競争を通じて最も安価に調達するための制度であり、競争参加者が当初から限定されている点でのみ、一般競争入札とは異なる。したがって、被指名者を決定する際にも、契約履行能力が重視されるべきである⁽³⁹⁾。しかし、既に挙げた京都市の例を含めて、指名基準に含まれることの多い「手持ち工事高」は、業者間の受注量の均等化を意味し得るものであるし、「地理的条件」⁽⁴⁰⁾の考慮は、区域外業者の排

除を意味し得る。⁽⁴¹⁾これらは、指名選定の段階で、何らかの政策的考慮が行われ得ることを示している。

随意契約も、一定の要件を満たしている場合にのみ例外的に用いることのできる方法であるが、例外がより詳細に列挙されている。自治令一六七条の二第一項は、随意契約によることのできる場合を九項目にわたり列挙しており、その中には、少額の契約である場合、不動産の買い入れや特定の物品の製造のようにその性質上競争に適しない場合、緊急の場合や随意契約による方が有利である場合などが含まれるが、本稿で注目されるのは、福祉（同項三号）、新製品の開発促進（同項四号）といった政策目的追求のために随意契約の方法を用いることが認められていることである。政策目的を追求するために、競争によらずに特定の者を契約相手とし得るということであり、契約方式選択の段階で、政策目的の追求が考慮されることになる。

また、「その性質又は目的が競争入札に適しない」（自治令一六七条の二第一項二号）の意義を、最高裁は次のように解している。すなわち、競争入札が不可能又は著しく困難とはいえないが、競争原理に基づいて契約の相手方を決定することが必ずしも適当でなく、価格の有利性を犠牲にしても、「契約の目的、内容に照らし、それに相応する資力、信用、技術、経験等を有する相手方を選定し、その者との間で契約の締結をするという方法をとる」方が、「当該契約の性質に照らし又はその目的を究極的に達成する上でより妥当であり、ひいては当該普通地方公共団体の利益の増進につながると合理的に判断される場合」も、それに含まれる。そして、そのような場合に当るか否かは、当該契約の種類、内容、性質、目的等諸般の事情を考慮した契約担当者の合理的な裁量判断に委ねられるのである。⁽⁴²⁾この事件は、ごみ焼却場の焼却炉設置に当り、競争入札が必ずしも不可能ではないにもかかわらず、設計面での多様性などを理由に随意契約が行われた例であり、価格面での有利性よりも焼却炉の

技術的特性が重視されたものである。しかし、本判決の説示を一般論として捉えると、価格面での有利性以外の面を重視して契約相手方を選定することが、当該地方公共団体の「究極の利益」に繋がる場合のあることを承認したものである。本判決の調査官解説は、⁽⁴³⁾競争入札が不可能ではないが適しない場合の例として、「当該契約自体では必ずしも地方公共団体にとって有利とはいえないが、特定の相手方と契約することによって他の政策遂行上の利点が見込める場合」を挙げている。「他の政策」としてどのようなものが念頭に置かれているのか明らかではないが、住民の「究極の利益」に繋がるのであれば、特定の企業への発注を通じた二次的目的の追求も許容される、ということではないかと思われる。ここで注目されるのは、政府契約制度が、必ずしも個別の調達における経済的有利性のみを目指したものとは捉えられていないこと、調達価格の上昇をもたらしたとしても、他の政策遂行上の利点が見込めるならば、政府契約制度の運用としても正当性が認められていることである。

第五節 政府契約制度の基本原則

判例によれば、契約制度は、機会均等、公正性、透明性及び経済性の確保を図ろうとしているものである。⁽⁴⁴⁾ 会計法にも地方自治法にもこれらの原則が明示されているわけではないが、一般競争入札原則と最低価格入札者落札原則から導かれる。⁽⁴⁵⁾ 「財政的消費が納税者の負担に基づくものであるところから、納税者の機会均等と、広く競争に付することにより公正性を確保し、かつ、最も有利な条件を見出」⁽⁴⁶⁾ するために、一般競争入札原則が採用されたと解されるからである。また、広く競争に付して最も安価な調達を行うことが制度目的であるならば、ここでいう「経済性」は、基本的に対価の金額で評価されることとなる。最高裁は、ここでいう経済性が価格の有

利性であることを明言している。また、価格の有利性確保が、競争性の低下防止を要請していることをも明言している。すなわち、競争性を確保して価格の有利性を得ること、つまり安価な調達を行うことが、政府契約制度の趣旨であるとされるのである。

このような意味での経済性は、より一般的に、「最小経費最大効果原則」（地方自治法二条一四項）、及びその原則を予算執行の立場から表現した「必要最小限度支出原則」⁽⁴⁷⁾（地方財政法四条一項）からも要請されている。本来、予算は執行機関による支出を可能にするものであり、かつ、支出の最高限度額として執行機関を拘束するものであるが、支出額を拘束するものではない。すなわち、予算編成後の経済情勢の変化により、当初予算額よりもより少ない額で目的を達成し得ることもありうる。そのため、この原則は、予算執行において、「その目的」を達成するために必要かつ最小限度を超えて支出しないことを求めている。⁽⁴⁸⁾このような意味の必要最小限度支出原則の、政府契約法における表現が、経済性原則なのである。

しかし、経済性原則を地方財政法上の必要最小限度支出原則の具体化であると位置づけると、経済性を評価する際に、目的の観点が入ってくる可能性がある。経済性原則を、競争入札において最低額での入札者を落札者とすることを求めるものと解すると、個別の競争入札において、何らかの方法で二次的目的が追求されているために入札価格が上昇していると考えられる場合であっても、それを前提とした上で個々の入札において最低額（総合評価方式の場合には総合評価による調製後の金額）の入札者を選定すれば、それで経済性原則は充たされたものとも考えることもできる。しかし、必要最小限度支出原則は、一定の「目的」が最小限度の費用で達成されるべきことを求めている。そのため、「目的」を調達活動本来の目的と狭く捉えた場合、二次的目的を追求したが故

に調達価格が上昇すれば、必要最小限度支出違反と評価される可能性も出てくるのである。⁽⁴⁹⁾この点は後に更に検討する。

- (16) 松本英昭『要説地方自治法(第六次改訂版)』(二〇〇九年) 四七六頁。会計法一九条の三第一項は、「公告して申込みをさせること」と定義している。
- (17) 松本・前掲四七七頁。
- (18) 碓井・精義一九四頁、碓井・政府契約六一頁。
- (19) 参照、公取委平成一〇年三月三一日審決(パラマウントベッド事件)。
- (20) 地方自治法二三四条三項但書及びそれに基づく自治令一六七条の一〇の二に基づく総合評価一般競争入札については後述する。
- (21) 参照、碓井・精義九一頁。
- (22) 自治体契約研究会・前掲五四頁。
- (23) ただし、同条第二項に該当する者の排除期間は、自治令が二年としているのに対して三年に延長されている。
- (24) 経営事項審査は、建設業の許可(建設業法三条)をした国土交通大臣又は都道府県知事が行うが(建設業法二七条の二六第一項)、この経営状況分析だけは、国土交通大臣の登録を受けた「登録経営状況分析機関」が実施する(建設業法二七条の二四第一項)。
- (25) 奥田義雄「地方自治法施行令の一部改正について」地方自治四一九号(一九八二年) 一六、二三頁以下。
- (26) 参照、碓井・精義九六頁以下。
- (27) 小笠原春夫／河野正一(編著)『最新地方自治法講座 8 財務(2)』(二〇〇二年) 二九頁、公正取引委員会事務総局「公共調達における入札・契約制度の実態等に関する調査報告書」(二〇〇六年) 一一頁。参照、碓井・政府契約五二、五五頁。

(28) 参照、拙稿「地元企業優先指名の許容性」法と政治五八巻三・四号（二〇〇八年）二二七、二二六頁。

(29) 自治令一六七条の五の二は、指名競争入札には準用されていない。このことについては、拙稿・前掲二二八頁を参照。

(30) 兵藤・前掲二八四頁。

(31) 国の締結する契約については、既に昭和三六年会計法改正時に同制度が導入された。会計法二九条の六第二項によると、「その性質又は目的から前項の規定〔最低価格入札者落札原則〕により難い契約については、同項の規定にかかわらず、政令の定めるところにより、価格及びその他の条件が国にとつて最も有利なもの（同項ただし書の場合にあつては、次に有利なもの）をもつて申込みをした者を契約の相手方とすることができる。」

(32) 例えば、基礎点を一点とし、各評価項目を充たしている場合に〇・〇一点つつ加算して行き、入札金額を合計得点で除する。A社が一、一〇〇万円、B社が一、〇〇〇万円で入札した場合、価格のみで落札者を決定するならばB社が落札するが、総合評価方式においてA社の持ち点が一・二一点、B社が一点であれば、A社が落札者となる。

(33) 武藤・前掲岩波新書一三二頁。

(34) 高柳岸夫／有川博『官公庁契約精義〔平成二〇年増補改訂版〕』（二〇〇八年）四九二頁以下、福田淳一（編）『平成一九年度改訂版会計法精解』（二〇〇七年）四九三頁注二。

(35) 武藤・前掲岩波新書一三二頁。

(36) 各評価項目への配点は、いわばそれらの項目を金銭評価するに等しい機能を持つが、例えば道路封鎖時間の短縮や、工期短縮の工夫にはどの程度の価値があるのか、また入札参加者からの具体的提案をどのように評価するのか、客観的な基準を見出すことはできない。この点については、鈴木満『談合を防止する自治体の入札改革』（二〇〇八年）三六頁以下を参照。

(37) 高松高裁平成二二年九月二八日判時一七五一号八一頁。

(38) 地方公共団体レベルでは、政府契約からの暴力団関係企業の排除が進んでいる。暴力団排除措置は、従来は要綱

「政策手段としての政府契約」の法問題

二二五

で定められてきたが、京都府暴力団排除条例一三条一項は、府が暴力団関係企業と契約を締結することを禁止している。また、福岡県暴力団排除条例六条、愛媛県暴力団排除条例六条は、暴力団関係企業を「県が実施する入札に参加させない等の必要な措置を講ずるものとする。」と定めている。従来は、暴力団排除に限らず、指名基準や指名停止措置は要綱ないし規則で定められてきた。契約事務に関する事項は住民の権利利益に関連しない行政内部事項であるとする認識に基づくものであったと考えられるが、要綱ないし規則が、契約締結権者たる長の意思を表明しているに過ぎないのに対して、条例は議会の議決を経て制定されるものである。暴力団排除という目的の正統性を高めるためにも、条例に根拠を置くべきであろう。

(39) 参照、自治体契約研究会・前掲一五二頁。

(40) 確井・精義一一七頁以下。

(41) 地元企業優先指名の是非については既に考察を加えたことがあるので（前掲・拙稿「地元企業優先指名の許容性」）ここではこれ以上触れないが、「手持ち工事高」の考慮が、受注能力を超える過剰受注による工期の遅れ等を懸念してのことであるならば、それは、本来は競争参加希望者が自己の営業方針として考慮すべきことであり、発注者としては、違約金等に対処すべきこととも思われる。

(42) 最判昭和六二年三月二〇日民集四二巻二号一八九頁（福江市ゴミ焼却場事件）。

(43) 山崎敏充・曹時四一卷四号二〇五頁。

(44) 最判平成一八年一〇月二六日判時一九五三号一二二頁。

(45) 確井・精義八頁。

(46) 兵藤・前掲二六九頁。

(47) 木村琢磨「行政の効率性について」千葉大学法学論集二二巻四号（二〇〇七年）一、四二頁注七、石原信雄／二橋正弘『新版地方財政法逐条解説』（二〇〇〇年）三二二頁。

(48) 石原／二橋・前掲三一頁以下。

(49) 参照、碓井・精義一三頁。

第二章 政府契約の法的性質

従来の裁判例及び実務は、「政府契約も私法上の契約である以上、民法その他私法の適用を受けるので、契約自由の原則も適用される」と理解してきた。⁽⁵⁰⁾ 碓井は、「公共契約も私法契約であるから、契約自由の原則が妥当するかのようにも見える。しかしながら、公共部門の行動を制約する規範の存在によって、公共部門の契約の自由は著しく制限される。」としているので、⁽⁵¹⁾ 国・地方公共団体の自由を享受することは前提とされている。

しかし、国・地方公共団体が締結する政府契約を、私人間の売買契約や請負契約と同視して、私的自治ないし契約の自由の下に置くことには疑問がある。⁽⁵²⁾ 国や地方公共団体がいわゆる「契約の自由」を享受するか否かは一つの問題であるが、今までのところ、日本ではほとんど検討されていない。また、政府契約における「契約の自由」がどのような意味内容のものとしていわれているのか必ずしも判然としないし、そこでいわれる「契約の自由」の原則が、政府契約においていかなる法的機能を果たしているのかも明らかではない。とりわけ、契約締結担当者の有する判断の余地が「契約自由」の現れであるのか、それとも「行政裁量」であるのか判然としない。

他方で、調達契約の締結について個別的に法律の根拠が存在しているわけではない。国・地方公共団体による契約締結行為は、主として国であれば予決令、地方公共団体であれば自治令を通じて、手続を中心に強い規制を受けているが、それらは規制規範であって、授權規範ではない。そうであるとすると、国・地方公共団体は、いかなる法的根拠に基づいて契約を締結しているのだろうか。法人として有している「契約の自由」に基づいてい

「政策手段としての政府契約」の法問題

一一七

るのだろうか。それとも、何らかの法的根拠が他に存在しており、それに基づいて政府契約を締結している、と考えるべきなのだろうか。まず、国・地方公共団体が「契約の自由」を享受するのかどうかを検討する。

第一節 「自由の行使」なのか「権限行使」なのか？

契約締結の際に、地方公共団体や国の契約担当者には判断の余地が与えられている。例えば指名競争入札なし随意契約方式の選択、総合評価落札方式の選択、入札参加資格の設定、指名選定、契約内容における広範な判断の余地が事実として存在している。その余地の法的性質はどのようなものなのだろうか。

まず、契約締結の際に契約担当者が有する事実上の判断の余地を、行政裁量と捉えることができるだろうか。行政裁量は、伝統的には行政行為について論じられてきたが、⁽⁵³⁾今日では、行政行為のほかに行政立法、行政計画、行政契約など行政活動の多様な場面で行政裁量が問題になることが認められている。⁽⁵⁴⁾また、今日の代表的な学説によれば、行政裁量は「法令が行政機関のとする措置の要件や内容などについて一義的な規定を設けていないところから認められる、法令によっては一義的に拘束されない行政機関の判断の余地」と定義される。⁽⁵⁵⁾この定義によれば、契約締結に関連して契約担当者が有する判断の余地も、行政裁量の一局面であることになる。⁽⁵⁶⁾

しかし、行政裁量に関する最近の研究において、法律の個別的授權に基づいて行われる活動と、「法的な主体として当然に行われる活動」とを区別し、前者についてのみ行政裁量の概念を用いるべきことが主張されている。⁽⁵⁷⁾それに従うならば、法律の個別的授權に基づいているわけではない調達契約に関して、行政裁量を語る余地はないことになる。

本稿は、行政裁量概念それ自体の検討を目的とするものではない。しかし、次節で述べるように、契約の自由とは、個別の法的根拠なく契約を締結して、他者との法関係を形成し得る権能を意味するものであり、国・地方公共団体が契約の自由を享受するとは、国・地方公共団体の契約締結権の根拠が契約の自由に存することを意味する。そうすると、政府契約締結にあたって国・地方公共団体が有する判断の余地が契約の自由であるか、行政裁量であるかの検討は、契約締結権限の根拠を探ることもである。したがって、個別的な権限付与がある場合の判断の余地を行政裁量と呼ぶことにして、以下の検討を続けたい。

契約担当者による判断の余地の行使が「裁量権」の行使であるとする、一定の目的のために与えられた何らかの「個別的権限」の存在が前提になる。それによって初めて、その権限行使が「裁量権の範囲」を逸脱したかどうかを判断し得るからである。したがってこの場合、個々の政府契約の締結に、何らかの個別的な法的根拠が存在していなければならないことになる。確かに国も地方公共団体も法人格を有しているが、そのこと自体は、国・地方公共団体が権利義務の主体となり得ることを意味するにとどまるので、ここで明らかにしようとしている政府契約締結の根拠には当たらない。したがって、政府契約締結の際の判断の余地を行政裁量であるとするならば、何らかの法的根拠を求めることが必要になると思われるのである。

では、国・地方公共団体が私的自治ないし契約自由に基づいて契約を締結すると考えることができるだろうか。上述したように、従来の裁判例及び実務によれば、国・地方公共団体も、請負契約や売買契約といった民法上の契約を締結する際には、私人と同様の契約の自由を享受するとされる。政府契約は国・地方公共団体が私人と対等の立場に立って締結する契約であり、民法をはじめとする私法の規律を受けるので、私法の基本原理である契

約自由の原則も当然に適用される、という論理である。⁽⁵⁹⁾

少なくとも、私人が契約を締結する場合、それは「自由の行使」である。契約を締結する私人は、任意の目的を実現するために、契約を締結することができる。それに対して、国や地方公共団体も同じ意味での「自由」を享受するのだろうか。それとも、国や地方公共団体が契約を締結する際に有している判断の余地は、私人のそれとは異なる性質を持っているのだろうか。

もちろん、行政が常に公益に義務付けられているのに対して、私人も自己の私益を追求する存在であり、したがって、私人も他ならぬ「自己の利益のために」契約を締結しており、その意味では私人も一定の目的に拘束されつつ契約を締結する。⁽⁶⁰⁾しかし、契約を締結する際、私人が自己の追求すべき目的を自ら決定するのに対して、行政は、その追求すべき目的を常に外部から与えられる存在である。中川丈久によれば、「法律で設置され、法律で任務を与えられる行政機関の『行政活動』は、その由来上、国会の法律の予定する範囲の仕事を、国会の意図した方向で行うべきものであり、その意味で法律に縛られる活動である」。⁽⁶¹⁾この言明は、直接には行政指導に関するものであり、調達のような私経済行政にまで及ぶものであるかは、直ちには明らかではない。しかし、これは、「行政機関の活動」に関する説明であるから、行政機関による調達活動にも同じ考え方が妥当するということになるだろう。そうであるとすると、国・地方公共団体により、調達のために締結される契約も、法律なし条例で予定された事務の遂行であり、「自由の行使」なのではないことになる。

国や地方公共団体が私的自治ないし契約自由を享受するか否かは、おそらくは原理的な検討を要する問題であると思われるが、日本の実務においては、私法上の契約である以上、当然に民法が適用され、同時に私法上の原

理である契約自由をも享受するというのが、おそらくは支配的な発想であり、またそのような発想は、かつてドイツにおいても見られた。⁽⁶³⁾このように、契約自由ないし私的自治の原則を私法上の原則と捉えるならば、私法上の契約を締結する以上、契約自由ないし私的自治を享受することは特に論じるまでもないこととなる。⁽⁶⁴⁾しかし今日では、契約の自由とは私法上の契約を締結する者に対して認められるものではなく、契約締結主体の性質に着目した、契約締結者の自由であるとされる。すなわち、契約の自由は基本権から導かれている。ドイツの論者によれば、「自律的行為としての基本権的自由の行使を現実的に可能にしている（私法上の）法規範の構造が、制度的に、各基本権を保障している」という意味において、私法秩序は契約自由により刻印されている。そのような認識に従うならば、私的自治と私法、契約と契約自由とが必然的に結び付いているといえるのは、それが基本権主体についていわれる場合のみである。⁽⁶⁵⁾日本ではこの点に関する議論が活発に行われているわけではないが、契約の自由を「憲法二三条が体现しているリベリズムの思想から求められる私的自治の制度的具体化」と捉える見解がある。⁽⁶⁶⁾また田中二郎は、私法における契約自由の基礎を、個人の自由尊重の思想に見出している。⁽⁶⁷⁾それらの見解によれば、契約自由の原則は、少なくとも今日では、私法上の契約という行為形式に当然に付随して認められるものではなく、憲法が市民に認めた自由を背景としているものである。⁽⁶⁸⁾

また、国や地方公共団体が「契約の自由」の行使として契約を締結しているのだとすると、会計法や地方自治法を通じた法令上の制限は、自由の制限ということになる。したがって、制限が不在であれば、その領域では自由に行動することができるはずである。なぜなら、「契約の自由」であるならば、生来的に有している自由ということになり、制約がない以上当然に自由だからである。その領域では、公序良俗や信義則といった、民法の一

般法理以外の制約はないはずであろう。⁽⁶⁹⁾しかし、従来の立法実務はそのような考え方には立脚してはいなかったのではないかと思われる。たとえば、昭和五七年の自治令改正による制限付一般競争入札の導入について、立案関係者は次のように説明している。すなわち、自治令一六七条の四第二項には不正行為者や不誠実な者が列挙され、入札から排除され得ることとされているが、例えば他の地方公共団体や民間との間で不正・不誠実な行為のあった者までも排除し得るか否かは明らかではない。また、自治令一六七条の五に定められた資格要件はあくまでも経営の規模及び状況に関するもので、それ以外の要件を資格として定めることはできない。このように、「地方公共団体の契約制度にはこの制度〔追加的な参加資格〕がなかったため、一部地方公共団体から制度の整備を要望する声が聞かれた。国の契約制度と地方公共団体の契約制度がほぼ同一であるにもかかわらず、制限付一般競争入札〔国については予決令七三条が定めている。〕について地方公共団体の契約制度で特に排除する理由が無いことから、今回の施行令改正に際し、この制度を採用することとしたものである。⁽⁷⁰⁾」地方公共団体が「契約の自由」を有しているのならば、自治令の定める競争参加資格の設定は義務付けられるとしても、法令で挙げられていない事項について、追加的に独自の参加資格を設定することに妨げはないのではなからうか。自治令の改正を俟たなければ、「当該入札に参加する者の事業所の所在地又はその者の当該契約に係る工事等についての経験若しくは技術的適性の有無等に関する必要な資格」を設定することができないと一般的に考えられていたのであれば、それは、契約の締結が各地方公共団体の「自由」に委ねられているのではないことを示唆するものであろう。

この問題は、より立ち入った検討を必要とするが、ここでは、国・地方公共団体は契約の自由を享受しないこ

とを確認しておく。

第二節 政府契約締結の法的根拠

前節の検討によれば、国・地方公共団体は、その私的自治ないし契約の自由の行使として契約を締結しているのではない。換言すると、権利義務の主体たる資格、すなわち、法人格を有していること⁽⁷¹⁾から、当然に、法令で禁じられていない限り任意の契約を締結し得るといふわけにはいかない。しかし、契約の自由とは、契約制度を用いる自由⁽⁷²⁾、法律の明示の根拠なくして法律関係を自由に有効に形成し得る可能性を意味している以上、国・地方公共団体が契約の自由を享受しないのであれば、契約締結権限の根拠を別に求める必要が出てくる。

権限の根拠を論じる場合、まず問題になるのは、法律の留保の意味での法律の根拠の要否である。調達はいわゆる「私行政」ないし「私経済行政」であり、そもそも法律の留保論の対象とはされてこなかった⁽⁷⁴⁾。しかし、調達も国家活動の一つである以上、何らかの民主的コントロールの下に置く必要性、すなわち、民主的正統性が必要である⁽⁷⁵⁾。民主的正統性は、国・地方公共団体の職務担当者⁽⁷⁶⁾に何らかの方法を通じて民主性が備わっていること、個々の活動内容にも民主性が備わっていることを通じて獲得されるものとされている⁽⁷⁶⁾。調達活動の民主的正統化根拠としては、まずは、契約担当者の人的正統性が問題となるが、契約担当者とは、国であれば各省庁の長ないしその委任を受けた職員（契約担当官）又は契約担当官の事務の一部を分掌する職員（分任契約担当官）であり（会計法二九条、二九条の二）、地方公共団体であれば長又はその委任を受けた職員等である⁽⁷⁷⁾。国の場合であれば各省庁の長は内閣を通じて国会に対して責任を負っており、地方公共団体であれば、その長は住民の選挙によ

り選出されている。それら民主性を備えた機関により選任・監督され、また契約締結権限を委任される職員は、そのことによって人的な民主的正統性を具備する。したがって、正規の行政機関による活動であれば、人的な民主的正統性は常に存在している。そうすると、行政機関の個々の活動に民主的正統性が備わっているか否かを決定づけるのは、内容的正統性である。

行政活動の内容的な民主的正統性とは、個々の活動の内容が何らかの意味で国民の意思に拘束されているといえる事情の存在することである。この意味での正統性は、行政活動が法律・条例や予算に表現される議会の意思に拘束されていることからたらされる。では、調達活動の内容面での民主的正統性はどのようにして確保されるだろうか。これには、法律の留保の意味での法律の根拠の存在や、事前手続の整備などさまざまな方法が挙げられる。⁽⁷⁸⁾ 政府契約は、私人の権利自由を法的に制限する活動には当たらず、規制の行政指導のように事実上の規制の効果を持つわけでもない。また、競争によって最も経済的な条件を求め、契約を締結する以上、「事実上の補助金としての効果を持ち、競争者にとっては不利益的に働くので、法律の根拠が必要である」という論理も成り立たないだろう。したがって、規制の行政活動と同様の法律の根拠が必要であるとは思われない。

他方で、政府契約の締結手続は詳細に規制されている。入札手続は事前手続の一つであるから、その存在を通じて、調達活動が国民の意思に拘束されている、といえそうである。しかし、入札手続は基本的には最も安価に調達するための手段であり、また、常に倒産の危険にさらされながら調達を行う民間企業と比較して、真剣に価格調査を行う動機・能力に劣ると考えられる行政主体にとつては、自己の能力不足を埋める手段であるともいえる。そうすると、会計法令が定める政府契約手続は、行政手続法が定める行政処分手続のように、国民の権利利

益の保護を、少なくとも第一義的な目的にしているとはいえず、また、計画策定手続のように、計画の民主性を向上させるいわゆる参加手続⁽⁸²⁾にも当たらない。そうであるとする、政府契約手続に、行政活動を国民の意思によって拘束する機能が備わっているということは困難であろう。少なくとも、政府契約の締結が国民の意思に基づいているといえるようにするためには、なお、他の手掛かりが必要なのではないかと思われるのである。

そこで、政府契約の締結を国民の意思と結び付けるという観点から、政府契約が果たしている機能に着目すると、それは第一義的には、ある行政活動を遂行するために必要となる財・サービスを調達するために締結されるものである。無論、政府契約は議会で議決された予算の執行として締結されるので、当該支出にかかる予算項目それ自体が政府契約の正統化根拠であるようにも見える。しかし、予算が当該年度に実施されるべき事務事業の経済的基盤を用意するものであること⁽⁸³⁾に着目すると、法律、条例ないし予算など、何らかの方法で住民の意思に結び付けられた個々の行政活動のために必要となる財・サービスの調達活動である点に、政府契約締結の民主的な正統性が根拠づけられるように思われる。そのように言えるのだとすれば、調達活動ないし政府契約締結の法的根拠は、その調達活動が奉仕すべき個々の行政活動であって、「契約の自由」⁽⁸⁴⁾ではないことになる。

以上のように、国・地方公共団体による調達契約の締結は、特定の行政活動のために必要となる財・サービスを調達するために行われるものであり、そのような活動として民主的に正統なものとされる。しかし、政府契約の締結それ自体に一定の民主的正統性が存在するとしても、次の段階の問題がある。政府契約は特定の行政目的実現のために必要となる財・サービスを獲得するために締結されるものであり、そのような活動として正当なも

のであるとしても、そうであるから契約を締結する国・地方公共団体は、「一需要家」として自己にとつて最も有利な、すなわち安価な調達を探索すべきであるのか、それとも、調達活動も行政活動の一つとして、国や地方公共団体による政治的意思の現れであるから、調達活動はむしろ総体としての行政目的に資するべきであるのか、という問題である。⁽⁸⁵⁾

調達のための契約は、確かに個々の行政活動のために必要となる人的物的基礎を獲得するために締結されるものであるが、国・地方公共団体の活動の範囲は、例えば地方公共団体の組合のように個別の分野に限定されているわけではない。むしろ、公共の福祉のために必要と判断する限り、あらゆる活動を行う包括的な権能を有している。⁽⁸⁶⁾ そうであるとする、調達が行政活動の目的を実現するために必要となる財・サービスの獲得手段であるとしても、そこでいう「行政活動」を、国や地方公共団体が現に引き受けている、または引き受けることのできる諸活動の全体を指すものと捉えるならば、政府契約を利用して、任意の目的を追求することができることとなる。仮に、そのように捉えるならば、「国や地方公共団体は法人格を有しているのであるから、任意の経済活動を行うことができる」という論理⁽⁸⁷⁾と違いはない。抽象的に表現すると、国や地方公共団体による請負契約や売買契約の締結は、個々の行政活動に対応した「購買活動」であるにすぎず、その意義は、個々の行政活動のために必要な財・サービスの調達に尽きる（と捉えなければならない）のか。それとも、国・地方公共団体は、いわば一つの生命体として、それ自身に固有の目的をあらゆる手段を用いて追及してゆく実存であるのかを問わなければならないのである。この問いの一つの現れが、政府契約を利用した二次的目的の追求の許容性の問題なのである。

第三節 権限融合論

二次的目的の追求にあつては、国・地方公共団体は調達対象である財・サービスの獲得という主たる目的と並んで、その他の行政目的をも追及する。これは受注者側から見ると、発注を獲得しようとするならば、調達対象それ自体の価格や品質面での努力のみならず、国・地方公共団体が達成しようとしている他の行政目的への協力をも余儀なくされることを意味する。この問題は、遠藤博也が夙に「権限融合」問題として論じていたものである。⁸⁹⁾

遠藤によれば、「同一行政庁に属する行政権限にあつても、それぞれ特定の目的のために特定の手段が認められ、いわば行政権限行使のルートが定まっているのであるから、たまたま規制の対象を共通とするなど相交錯することがあつても、原則としてそのルートを混同融合してはならないのである。さもないと、行政権限を特定し、それぞれに枠を与えた意味がなくなるし、私人の側からは行政権限行使に対する予測がつかないことになるからである。⁹⁰⁾」

遠藤は、現代行政の活動の増大、行政手段の多種多様性、特に私法上ないし公法上の契約といった、相手方の同意や任意の服従を前提とする非権力的手段が多数登場したことが、行政権限相互の分界を不明確たらしめ、権限融合を容易にしたとし、現代行政においては一つの行政権限が他の行政目的の実現のためにも利用されるという現象が広範に出現しているとして⁹¹⁾いる。では、それはどのような問題を生じさせるのか。「このようにして、現代行政は、多くの行政権限をその集中におさめることによって、私人に対する関係において、個別的行政権限の行使をこえる、包括的な公権力の発動がみられるにいたった。行政権限の競合・融合の結果、制度としての行

「政策手段としての政府契約」の法問題

三七

政権限分配の原則がその機能を喪失し、ために法律による行政の原理そのものの意義が問われるにいたったといえよう。⁹²⁾

遠藤の議論は、現代行政の計画化現象が主題である。その一断面として、計画を通じた諸権限の融合が取り上げられている。融合を問題視するのは、私人の生存が行政活動に高度に依存し、その結果として行政が私人の生活をトータルに把握しているからである。そのように生存の基礎を把握された私人は、トータルな支配を受けやすい存在である。行政がそのようなトータルな潜在的支配力を持っているからこそ、権限間に隔壁を設けておく必要も出てくる。したがって遠藤の議論は、給付行政が侵害的性格を持ち得るという文脈での話である。ではこの趣旨が政府契約にまで及ぶだろうか。

権限融合論は、供給契約を梃子とした義務履行確保などを念頭に置いている。行政に頼らざるを得ない国民に対して、そのような関係を利用して何らかの見返りを要求するという手法の問題を指摘しているのである。国民経済に占める政府調達の重みを考えると、調達を巡る競争に参加せざるを得ない事業者に対して、発注者としての強い立場を背景に行政目的達成への協力を迫るといふ行動は、権限融合論が問題視したのと同様の問題性があるといえるのではないだろうか。そうであるとすると、少なくとも一般論として、調達の二次的行政目的の追求には、ある目的のために付与された権限が、運用上、別の目的を実現するためにも利用されている、という側面があり、それは、権限を付与した趣旨目的を逸脱する恐れがあるのではないか、という法治国的な疑義が生じてくるのである。

(50) 一般的見解である。前掲・高松高裁平成二二年判決、兵藤・前掲二五八頁、宮本義雄『新地方自治講座第7巻

- 〈地方財務〉(一九七三年)三五九頁以下、高柳岸夫／有川博『平成二十年度増補改訂版官公庁契約精義』(二〇〇八年)一〇三頁など。
- (51) 碓井・精義一五頁。
- (52) 芝池義一『行政法総論講義〔第四版補訂版〕』(二〇〇六年)一三三九頁。
- (53) 田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』(一九七四年)一一九頁。
- (54) 芝池・前掲六九頁以下、塩野・前掲一二四頁。
- (55) 芝池・前掲。
- (56) 塩野・前掲一九〇頁注二も同趣旨であろう。
- (57) 深澤龍一郎『行政裁量論に関する覚書』法学論叢一六六卷六号(二〇一〇年)一四九頁。
- (58) 拙稿「自治体と収益事業」ジュリスト増刊行政法の争点〔第三版〕(二〇〇四年)一五一頁参照。
- (59) 兵藤・前掲二五八頁、自治体契約研究会・前掲二頁以下など。
- (60) 参照、柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能及不可能」『行政法の基礎理論(一)』(一九四〇年)二一九、二四三頁注一。
- (61) 中川丈久『行政手続と行政指導』(二〇〇〇年)三五六頁以下。
- (62) この両概念の関係については、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」同『民法論集六卷』(一九八九年)二〇一頁以下、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一・完)」法学論叢一三三卷四号(一九九三年)五頁以下、同「公序良俗論の再構成」同『公序良俗論の再構成』(二〇〇〇年)九、一二頁以下を参照。
- (63) Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 110, 229.
- (64) 参照、山本敬三『公序良俗論の再構成』一八頁以下。
- (65) Eberhard Schmidt-A. mann / Walter Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl., 1992. S. 127.
- (66) 山本・前掲『公序良俗論の再構成』二七頁以下。

「政策手段としての政府契約」の法問題

三九

(67) 田中二郎「公法契約論序説」『行政行為論』（一九五四年）二六九、二九七頁。もっとも、田中は私法における自由に決定できる余地の存在を指摘した上で、そのような余地が公法にも存在し得ることをいおうとしているのであって、契約自由の根拠を論じているのではない。

(68) 山本隆司「行政判例研究」自治研究七四巻四号（一九九八年）一〇七、一一五頁は、一般的公益に拘束される行政主体が、私法形式を用いたからといって、基本的自由を享受する「私人」となるわけではないことを指摘している。

(69) ただし、国・地方公共団体側の代表者の代表権限の問題はある。

(70) 奥田義雄「地方自治法施行令の一部改正について」地方自治四一九号（一九八二年）一六、二三頁以下。小笠原／河野・前掲三三頁をも参照。

(71) 地方公共団体は自治法二条一項により法人格を付与されているが、国の法人格については法律の根拠が存在しない。国の法人格については、中里実「財政法の私法的構成——民法九五九条と国庫の関係を素材として（下）」ジュリスト一四〇三号（二〇一〇年）一六九、一七八頁を参照。

(72) 山本敬三『民法講義Ⅰ』（二〇〇一年）九六頁以下。

(73) 柳瀬・前掲二五九頁。

(74) 芝池義一『行政法読本』（二〇一〇年）五五頁、参照、藤田宙靖『行政法Ⅰ（第四版改訂版）』（二〇〇五年）八七頁注一。

(75) 参照、藤田・前掲八三頁。

(76) 行政活動の民主的正統性については、参照、藤田・前掲八二頁以下、拙稿「私人による都市計画？」法と政治五七巻三・四号（二〇〇六年）一、二三頁以下。

(77) 長の契約締結権限は、地方自治法一四七条及び地方自治法一四九条一項二号に基づいている。地方公共団体の契約締結権者については、宮本・前掲三六八頁以下、自治体契約研究会・前掲一五頁以下を参照。

(78) 藤田・前掲八四頁。

(79) 入札手続は、競争参加者の平等取り扱いを保障する機能も有する。

(80) Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Altmann/Andreas Volkruhe (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung (Hermuth Schulte-Fielitz), Rn. 141. (以下「Schulte-Fielitz, Grundmodi」)

(81) 前出高松高判平成二二年は、「政府契約に関する法的規制は」指名競争入札に参加する請負業者の正当な経済的利益を法的に保護することにもつながっている」とする。この判示は、指名停止基準に列挙された指名停止事由に該当しない業者をことさらに指名しない行為が不法行為に当たるとをいう際のものであり、指名競争において公正に取り扱われる事業者の利益が、不法行為法上の保護法益であり得るとしている。それに対して、政府契約に関する規定が、競争参加者の権利利益を保護しようとしていると性格づけられることができるかどうかは疑問である。少なくとも、指名停止や格付けの処分性は裁判例において、それらは契約準備行為であるに過ぎず、直接に個人の権利ないし法律上の利益に影響を与えているとはいえないとの理由をも挙げて、否定されている（東京地裁平成二二年三月二二日判例地方自治二一四号二五頁、東京高裁平成二二年九月二七日判決判例集未登載、札幌地裁平成一七年二月二八日判例地方自治二六八号二六頁、名古屋地裁平成一七年三月二日決定判例集未登載）。

(82) 「権利保護手続」と「参加手続」の区別については、参照、芝池・前掲『行政法総論講義』二七八頁以下。

(83) 櫻井敬子『財政の法学的研究』（二〇〇一年）五、六頁注五、松本・前掲四四七頁。

(84) Vgl. Jost Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandeln, 1978, S. 264; Walter Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), S. 165, 196f.

(85) Vgl. Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, S. 10.

(86) したがって、仮に、民法三四条により法人たる地方公共団体の権利能力がその「目的の範囲内」に限定されると考えるとしても、実際上の影響は生じない。もっとも、法人の能力を「目的の範囲内」に限定している民法三四条は、今日では一般に権利能力の制限とは解されていないようである（内田貴『民法Ⅰ〔第四版〕』（二〇〇八年）二四〇頁

「政策手段としての政府契約」の法問題

四一

以下)。かつてフォルストホフは、法人は、その権利能力が法人の目的に限定されているが故にはなく、法人の実体的権能が限定されているが故に、その活動領域「Wirkungskreis」を超えて法的に有効な行為をなすことはできないと主張した(Ernst Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, 6. Aufl., 1956, S. 403)。また連邦通常裁判所も、少なくとも公法上の法人は、法律ないし定款によって付与された任務領域の範囲内においてのみ、法的に有効な行為をなす権能を有しており、当該法人の機関の代表権もその範囲内でのみ存在するので、かかる範囲外でなされた法律行為は法的効力を有しないとされた(BGH Urteil vom 28. 2. 1956, BGHZ 20, 119)。国や地方公共団体は包括的権能を有しているのでこの面での問題は生じないが、「活動領域」を、調達を実施する個々の行政機関単位で判断した場合、ある政府契約が当該行政機関の任務の範囲内にあるか否かが問題となり得る(Pietzker, Der Staatsauftrag, S. 264f.)。もともと、活動領域外で締結された契約は、当該行政主体がその限りで権利能力を有していないために、または契約担当者に代表権が欠けているために無効であるという理解は、主として相手方の信頼保護を理由に批判されてくる(Ernst-Werner Fuß, Die Überschreitung des Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, 566; Pietzker, Der Staatsauftrag, S. 264f.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 102ff.; Ulrich Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 70ff.)。

(87) 例えば、宗教の布教を引き受けることはできない。

(88) 参照、行政裁判所昭和六年一月二九日判決。

(89) 小早川光郎『行政法上』(一九九九年)二五七頁以下をも参照。

(90) 遠藤博也『計画行政法』(一九七六年)一一五頁。

(91) 遠藤・前掲一一九頁。

(92) 遠藤・前掲一二四頁以下。

第三章 名古屋デザイン博事件

第一節 事件の概要

前章での分析は、いわば抽象的な議論であって、現実の日本法の制度に当てはめた分析を行ったわけではない。二次的目的の追求に法的な問題があるとして、具体的にはいかなる法規範に抵触する可能性があるのか。この点で参考になるのが、いわゆる名古屋デザイン博事件の控訴審判決⁽⁹³⁾、及び上告審判決⁽⁹⁴⁾である。

本件は、名古屋市（以下「市」とする。）が、市が主導して設立した財団法人世界デザイン博覧会協会（以下「協会」とする。）から、協会に生じた赤字を埋め合わせるために、同博覧会で使用した施設及び物品を随意契約で購入したことに対して提起された住民訴訟である。本件の最大の争点は、本件の被告であった市長が一方では名古屋市の代表者として、他方では協会の会長として締結した本件随意契約に、民法一〇八条の双方代理禁止規定が類推適用されるか否か、より一般的には、ある行政主体が、その任務を遂行するために別の法人を設立した場合の、当該行政主体と当該法人の関係であり、学説の関心もその点に集中している。しかし本章では、控訴審判決と最高裁判決がそれぞれ示したと思われる、区々の「政府契約観」を検討する⁽⁹⁵⁾。

本件は、市が協会の赤字補填のために、購入目的のはっきりしない物品を高額で買い取ったというものであり、政府契約法の理論という視点からは重要な裁判例であると思われる。なぜなら、物品の調達行為は、本来は、何らかの行政活動のための必要を充たすために行われるはずであるのに、本件ではもっぱら協会の赤字補填のために、物品の購入という形がとられたようにも見えるからである。換言すると、本件随意契約を通じて、協会の赤

「政策手段としての政府契約」の法問題

四三

字回避という二次的目的が追求されたのである。

上述のように、二次的目的は、主として競争参加者の範囲の設定、落札基準の設定、契約内容の設定の各段階で考慮され得るが、本件ではそれらの前提となる段階、すなわち、調達を実施するという意思決定段階で、本件協会の赤字補填という、調達対象それ自体とは何らの関わりもないと思われる目的が考慮され、その上で、随意契約が締結された事例であり、競争参加者の範囲決定や落札基準の設定が問題となり得なかつた事例である。また本件で問題となっている「裁量権」は、ある財・サービスを購入するという決定を所与としていかなる契約方式を採用するか、いかなる落札基準を設定するかに関するものではなく、そもそもある財を購入するか否かを巡るものである。しかし、仮に本件において市が購入した諸物品が、その行政活動のために真に必要なものであつたのだとしたら、それぞれを地方自治法施行令の予定する通常の調達方法である一般競争入札にかければ済むはずである。また、そのようにしてこそ、経済的な調達が確保される。そのようにせず、協会から調達することそれ自体が目的となつていた本件は、政府契約を通じた二次的目的追求のいわば「究極の形」であり、政府契約による二次的目的追求の一事例に位置付けることができる。本章では、本件控訴審判決と最高裁判決から、政府契約を通じた二次的目的追求に関する論点を探る。

第二節 控訴審判決

控訴審判決は、本件契約に民法一〇八条及び一一六条が類推適用されるとし、本件においては双方代理があつたことを認定した上で、本件契約に対する議会承認（地方自治法九六条一項五号）が民法一一六条の追認に当る

とした。しかし他方で、「名古屋市議会が利益相反行為を追認しても、契約の効果が名古屋市に帰属することになるのみであって、本件各契約につき、市長らに裁量権の逸脱、濫用等の違法がある場合には、右追認によりその違法が治癒されることはない」（二四九五頁。以下、民集の該当頁をこのように表記する。）として、本件契約締結における裁量権の逸脱・濫用の有無を審査した。

本判決は、地方公共団体の契約締結権限の根拠を、「物品の購入行為は、当該地方公共団体の行政上の施策を実施するための物的基礎を確保する行為」（一四九六頁）である点に見出し、そこから、契約を締結する長の裁量権を制限しようとする。つまり控訴審は、調達という行政活動の性質から、事案を検討したのである。それによると、「地方公共団体……による物品購入行為は、当該地方公共団体の行政上の施策を実施するための物的基礎を確保する行為」であるから、施策実施に関する政治的判断を背景として、予算・財務の状況等様々な諸事情を踏まえて行われるものであり、「契約時期、契約内容等については、地方公共団体の長に裁量権が付与されている」（一四九六頁）が、その裁量権は当然のことながら法令により制約される。そのような法令の制限の一つとして、地方財政法四条一項がある。地方財政法四条一項は「地方公共団体の経費は、その目的を達成するために必要かつ最小の限度をこえて支出してはならない」と定めており、本件における物品の購入もこの制約を受ける。そこで、地方財政法四条一項にいう「その目的」の意味内容が問題となる。これについて、「地方財政法四条一項の『その目的』とは、経費を負担する行為に通常伴う目的を意味すると解すべきであって、物品を購入する内容の売買契約であれば、当該地方公共団体の施策のため必要な物的基礎を確保する目的がこれに当たる」（二四九六頁）とし、（判示の順序は前後するが）「右の目的とは異なる目的で物品を購入したり、当該地方公共

団体にとって必要でない物品を購入したり、本来無償で取得しうる物を有償で取得し、あるいは、適正価格を大きく超える価格で購入することは、裁量権の逸脱、濫用であって、違法である」（一四九六頁）とする。

では、仮に「その目的」に、外郭団体の赤字解消といった、調達対象物と直接に関わらない、上述の「二次的目的」まで含まれると解するとどうなるか。本判決によれば、「その目的」に「経費を負担する行為に通常伴わないような目的（＝本稿でいう「二次的目的」）を有する場合もこれに含まれるとすると、目的の設定の仕方次第で際限なく支出がなされる可能性」があるので、「物品を購入する内容の売買契約の目的として、契約の相手方に対する補助金を交付する趣旨を含ませること」は、地方財政法四条一項違反となる（一四九七頁）。また、補助金を交付する趣旨での売買契約の締結は、「市議会による補助金交付に関する審査を経ずに実質的に補助金たる金員を売買代金として支払うことに他ならない」のであり、「補助金の支出に関する手続的規制を潜脱する行為」であり、「赤字回避の目的に基づく支出は原則として違法」（一四九七頁）である。

以上によると、次のようにいうことができる。地方財政法四条一項は、地方公共団体の経費が「その目的」を達成するために必要最小限度を超えて支出されてはならないことを定めている。そこで、調達行為の目的が問題となるが、調達の目的とは「当該地方公共団体の行政上の施策を実施するための物的基礎を確保する」ことであるから、それ以外の目的のための契約締結は地方財政法四条一項違反である。

本件では、調達を実施するという決定の段階、すなわち調達過程の最初の段階で二次的目的が考慮されており、本判決もそれに関するものである。しかし、政府契約の「目的」とは施策実施のために必要となる物的基礎の確保であり、その「目的」のための必要最小限度の支出のみが許容されるのであれば、より後の段階、すなわち、

競争参加者を決定する段階で、調達対象とかわりのない参加資格を設定して競争参加者を狭め、あるいは総合評価方式における評価項目や契約条件の中に、調達対象の品質や施工条件と関わりのない事項を取り入れて落札価格を押し上げるようなことも、地方財政法四条一項違反になるだろう。本判決の判示は、二次的目的が調達対象及び契約方式の決定の段階で考慮された場合のみならず、参加資格決定段階、落札者決定段階で考慮された場合にも妥当するものと思われる。

この高裁判決は、いうまでもなく、地方財政法四条一項の解釈として以上の趣旨を述べているのであるが、前章での検討に即していうと、前提として個別の行政任務が存在し、そのために必要となる財・サービスの調達活動が付随する、という思考である。換言すると、直接に公益の実現をめざささまざまな行政活動に対して、調達活動は、それら活動の前提を創り出すという意味で、公益との関係は間接的なものにとどまることになる。⁽⁹⁶⁾ それに対して、最高裁による調達活動の性質理解は、控訴審判決のそれとは異なる。

第三節 最高裁判決

調達活動、政府契約の目的ないし存在理由から本件随意契約の適法性を検討した控訴審に対して、最高裁は、デザイン博開催をめぐる名古屋市と協会との関係に注目し、そこに準委任的な関係が存在している可能性を指摘し、そこから事案を解決しようとした。最高裁によれば、仮にそのような準委任的な関係が存在していたとすると、「市が、……協会に対し、同協会がデザイン博の準備及び開催運営のために支出した費用のうち、市が同協会にゆだねた範囲の事務を処理するために必要なものであって基本財産と入場料収入等だけでは賄いきれないも

のを補てんすることは、不合理ではなく、市にその法的義務が存するものと解する余地も否定することができない。」そしてそのような義務の存在は、「本件各契約の締結に裁量権の逸脱、濫用があったか否かを判断する上で、重要な考慮要素となるというべきである。」(一三八一頁)

「最高裁によれば、協会に生じた赤字を補てんするために、協会が所有する物品を購入するという形をとること自体に問題はない。そのため、本件各契約の締結における裁量権の逸脱、濫用の有無を判断するためには、「市と……協会との関係の実質、……協会が行ったデザイン博の準備及び開催運営の内容並びにこれに関して支出された費用の内訳」の検討が不可欠であるとす。最高裁は、地方財政法上の必要最小限度支出原則に触れていない。むしろ、契約締結権者(名古屋市長)がその立場において一般的に考慮し得る事項の一つとして、協会に対する費用償還義務の存在の可能性が挙げられている。調達の際に、調達の相手方に対する費用償還義務の存在を考慮することが許容されるということは、調達活動の目的が単に行政活動のために必要となる財・サービスの獲得に留まらないことを意味する。したがって最高裁によれば、政府契約は調達のために締結されるとどまらず、それを通じて他の目的をも追及することが必ずしも排除されないことになる。⁹⁷⁾

また最高裁は、別の事件でも同様の考え方を示している。公共工事の指名競争入札における地元企業優先指名の適法性が争われた、平成一八年一〇月二六日判決判時一九五三号一二二頁において最高裁は、「確かに、地方公共団体が、指名競争入札に参加させようとする者を指名するに当たり、……地元の経済の活性化にも寄与することなどを考慮し、地元企業を優先する指名を行うことについては、その合理性を肯定することができる」としている。最高裁は、地元企業であるか否かを指名の唯一の基準とすることの合理性には疑いを差し挟んだもの

の⁹⁸⁾、調達の際に「地元経済振興」という、調達目的と直接の関連性があるとはいいい難い目的を考慮することを、それ自体としては許容している。

このような捉え方によれば、政府契約とは個別の行政活動に対応してそのために必要となる財・サービスを調達する手段であるのみならず（勿論それが主ではあろうが）、行政主体が有している、政策実現手段の一つである、という位置付けになるだろう。

(93) 名古屋高裁平成一一年二月二七日判決民集五八卷五号一四八九頁。

(94) 最高裁平成一六年七月一三日判決民集五八卷五号一三六八頁。

(95) 評釈として、最高裁判決について、薄井一成・自治総研三一四号（二〇〇四年）四八頁以下、前田雅子・法と政治五五卷三号（二〇〇四年）二二七頁以下、室井敬司・法令解説資料総覧二七五号（二〇〇四年）八七頁以下、高橋滋・自治研究八一巻一―号（二〇〇五年）一四〇頁以下、石井昇・法学教室二九五号（二〇〇五年）一七〇頁以下、

山本隆司「行政組織——地方公共団体と関連団体の双方代理」法学教室三四一―号六七頁以下、稲葉一将・ジュリスト増刊平成一六年度重要判例解説四八頁以下、寺洋平「普通地方公共団体の長による契約の締結と民法一〇八条・一一六条」法学セミナー六〇六号（二〇〇五年）一一七頁、福島啓氏「名古屋デザイン博住民訴訟」法学セミナー六〇二号（二〇〇五年）五二頁以下、垣見隆禎・判例評論五六〇号（二〇〇五年）二八頁以下、寺田友子・桃山法学六号（二〇〇五年）七七頁以下、木藤伸一朗・行政判例百選〔第五版〕（二〇〇六年）一二頁以下、林俊之・法曹時報五九巻一号（二〇〇七年）一七五頁以下。第一審判決については、藤原淳一郎・判例評論四七一―号（一九九八年）二二頁以下、山本隆司・前掲自治研究七四巻四号一〇七頁。

(96) 公益との関係の直接性、間接性という区別に関しては、美濃部達吉『日本行政法』（一九四一年）五九二頁、佐々木惣一『日本行政法』（一九二四年）七六八頁以下を参照。

「政策手段としての政府契約」の法問題

(97) 林・前掲一八五頁は、「契約締結に係る裁量権の行使の合理性を判断するには、当該契約の必要性及び相当性が実質的に検討される必要がある、購入される物品等の必要性、客観的な価格の相当性以外にも考慮されるべき事情があることは当然であ」としている。

(98) 参照、前掲・拙稿「地元企業優先指名の許容性」。

第四章 若干の整理

第一節 二つのパラダイム

前章ではデザイン博事件控訴審判決と最高裁判決をそれぞれ検討した。その検討を通じて明らかになったのは、これらの判決のそれぞれに、既に示した政府契約の性質の捉えかたに関する二つのパラダイムが示されたのではないか、ということである。端的にいうと、調達とは、「必要な財・サービスをできる限り安価に獲得する」活動であり、できる限り有利に調達しようとする経済的動機を有する民間企業と同じように行動することが求められると考えるのか、それとも、調達も行政活動の一つであるから、各種の行政目的を併せて追及することがむしろ要請されると捉えるのか、という政府契約ないし調達制度観が問われるのである。

控訴審判決は、前者の立場を鮮明に表現している。それによれば、「市の代表者は、物品の購入という手段を用いて行動する際には、デザイン博の赤字とは関係なく、必要な物品を安く購入することが求められていた筈」（二四九三頁）である。このような制度観の違いが現れるのが、政府契約制度に関する不文の法原則である「経済性原則」ないし「必要最小限度支出原則」（地方財政法四条一項）の解釈である。政府契約の制度は、一般競

争入札が典型的であるように、できる限り多くの者を競争に参加させ、原則として最も安価な入札を行った者に落札させることによって、市場において最も有利な条件を獲得することを目的とした制度である。それを通じて、支出が必要最小限度に抑えられることになる。問題は、「経済性」ないし「目的」（地方財政法四条一項）を判断する際の「範囲」である。控訴審判決は、「物品購入行為は、当該地方公共団体の行政上の施策を実施するための物的基礎を確保するための行為」（二四九六頁）であるとしている。これ自体はいうまでもないことであるが、調達活動のこのような性格づけが、調達を行う地方公共団体の長の「裁量権」の制約として働いている。すなわち、施策実施のために必要な財・サービスを不適正とはいえない価格で購入する行為であれば違法性はないが、「右の目的（＝施策のために必要な物的基礎を確保する目的）」とは異なる目的」での物品購入や、「当該地方公共団体にとって必要でない物品」の購入などは、「裁量権の逸脱、濫用」であって違法と評価される。この考え方は、既に検討した、政府契約締結の法的根拠を、それが奉仕する個々の行政活動に見出す立場に通じるものがある。調達活動は個々の行政活動のために必要となる財・サービスを準備するために行われるものであって、当該行政活動から離れた目的を追求するための手段としてはならない、という発想である。¹⁰⁰ それに対して最高裁判決では、政府契約が調達対象それ自体とは関わりのない行政目的を併せて追及することそれ自体は是認しているように思われる。

第二節 経済性評価の「範囲」

前節で触れたように、政府契約を通じた二次的目的の追求の許容性との関係で問題となるのは、地方財政法四

「政策手段としての政府契約」の法問題

条一項の必要最小限度支出原則からみてそれが許容されるか否かである。地方財政法四条一項は、「地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない。」と定めているが、ここにいう「その目的」をどのような範囲で捉えるかが問題となる。政府契約の「経済性」との関係でいうと、「経済性」評価の基準の問題である。この論点は、前節で述べた二つのパラダイムと密接に関わっているものである。

既に述べたように、デザイン博事件控訴審判決は政府契約の機能を、個々の行政活動のために必要となる物的基礎を確保することに見出しているので、地方財政法四条一項にいう「目的」もそれに限定されることになる。そうすると、調達活動とは、個々の行政活動のために必要となる財・サービスをできる限り有利な条件で獲得する活動である、ということになる。その場合、「経済性」評価の基準は、個々の調達対象である。このような考え方は、行政実務の立場からも主張されている。石原／二橋⁽¹⁰⁾によれば、予算執行においては「その目的」達成のための必要かつ最小限度を超えて支出してはならず、その場合の「その目的」とは「個々の経費の支出目的」である。また、予算編成後の情勢変化により当初予算額より少ない額で目的を達成することもあり得るとしているところを見ると、支出の目的とは、予算に示された目的、すなわち調達の対象である財・サービスの入手を意味しているようである。例えば、道路建設ならまさに当該道路を建設することが、「目的」である。したがって、ここでいう「目的」に、二次的目的を容れる余地はないことになる。また、財務省関係者の手になる解説書⁽¹¹⁾は、政府契約を通じた二次的行政目的の追求について「契約制度は、会計制度の一環として予算の執行についての手続を定めるものであるから、契約の実行を通じて一定の行政目的を達しようとするような内容を含むことは契約

制度の本旨にもとるものといわなければならない。また、行政目的を達するための内容を契約制度に含めたときには、契約制度上、公正性の原則を失い、経済性の原則も確保することができなくなる。(傍点筆者)とする。

それに対して、「目的」ないし「経済性」評価の基準をより広く捉える見方もある。デザイン博事最高裁判決は、地方財政法四条一項にいう「目的」に、本件協会の赤字補填という目的が含まれるか否か、また政府契約の経済性評価の際に、赤字補填のための手段としての評価まで含まれるか否かを述べてはいない。ただ、赤字補填の法的義務の存在が、契約締結の際の長の裁量にとって重要な考慮事項になり得る、とするのみである。しかし、少なくとも調達対象の決定の段階で、当該対象物を必要とする行政目的とは異質の、「協会の赤字解消」という目的をも考慮すること自体は許容されているのであり、「個別の行政活動のために必要となる物的基礎」を最も有利な条件で獲得するという意味での、限定的な「目的」観には立っていないといえる。

政府契約を、「行政上の施策を実施するための物的基礎」の確保のために締結されるものと捉える立場に立つと、その契約の経済性は、基本的には「物的基礎」の調達コストから判断されるはずである。それに対して、最高裁判決、及び、市が協会に対して費用償還義務を負う以上、「本件売買契約の」目的物の必要性、価格等の点を、本件各契約の締結における裁量権の逸脱、濫用を判断するうえで重視することはできない。」とした差戻し後控訴審判決(名古屋高裁平成一七年一〇月二六日判決判例集未登載)⁽¹⁰³⁾は、別種の「経済性」観に立っていると見える。経済性原則が、政府契約全体に妥当する法原則であるならば、本件で締結された随意契約の方法による売買契約も、経済性を備えていなければならない。ところが、差戻し後控訴審は、価格は重要な考慮事項ではないとしており、このことは、売買の目的物の価格以外の点が本件契約の経済性判断で考慮されることを意味する。

本件に即していえば、協会に生じた赤字を補てんする義務の存在を所与として、補助金による場合と、物品の売買の形をとる場合とで、手続コストまで含めて何れの方法が最終的に「安上がり」であるかを比較する、ということになるのだろう。⁽¹⁰⁶⁾

既に挙げた平成一八年最判（平成一八年一〇月二六日判決判時一九五三号一二二頁）は、指名競争入札における競争参加者の指名にあたり、地元業者でないことのみを理由に指名から排除したのだとしたら違法であるとしたが、同判決の反対意見の中で横尾和子裁判官は、「地元企業であることを必須の要件とすることも、そうすることが総体としての当該地域の住民（納税により公共工事の費用を負担する者、公共工事の経済効果により利益を受ける者など）の利益を損なうことのない限り、合理的な裁量の範囲内にある」とした。また、泉徳冶裁判官もその反対意見において、「機会均等の理念及び価格の有利性の確保を考慮に入れても、当該普通地方公共団体の区域内に主たる事務所を有する者に限って指名する方が当該地方公共団体の利益の増進につながると合理的に判断される場合には、そのような指名を行うことも許容される」としている。この判決は、指名競争入札での指名選定の際の契約締結権者の裁量に関するものであり、契約目的物の価格や性能とは関係しない目的を追求しているという意味で、二次的目的が追求されている事例である。ここで紹介した反対意見は、住民の福祉を増進するという、それ自体としては否定できない「究極の行政目的」が、地元企業振興という二次的目的を正当化し得る、という発想である。また、そのような発想の背後には、調達活動も行政活動の一つである以上、それ自体が直接に何らかの公益（ここでは地域経済振興）にも奉仕するのは当然のことである、という観念があるのだろう。そして、このような発想は、学説においても主張されている。政府契約を通じた二次的目的追求の許容性問題

を恐らくは初めて本格的に論じた確井⁽¹⁰⁶⁾は、経済性判断の「単位」の問題として、二次的目的追求の許容性を論じている。それによると、経済性判断の最も狭い単位は「給付に対する対価」であるが、それでは狭すぎる。調達対象物のライフサイクルコストへも着目し、それも経済性評価に取り込むべきであるとする。たとえ調達単価が低廉であっても、より高価な製品と比較して保守点検費用が高んだり、修理用の部品調達に難渋するようでは、却って高くつく、ということである。確井はさらに、場合によっては、「多様な価値の実現のために最も経済的となる」という考え方も必要であるとする。対価のみで判断する狭義の経済性原則と矛盾する価値も取り込んで、経済性を判断する必要が生じ得るというのである。確井は、二次的目的追求の許容性を考える際には、トータルコストの視点を持つべきこと、会計法令のみならず法秩序全体で検討すべきとする。ここでトータルコストの視点とは、当該二次的目的を、政府契約を通じて追及する場合と、独立的に追及する場合とで、どちらがトータルコストの削減につながるか、という意味である。経済性判断の「単位」を、個別の契約目的物よりも拡大する考え方である。

木村琢麿⁽¹⁰⁷⁾は、契約の「経済性」について、契約価格に着目したミクロの経済性のみならず、手続の合理化等によるマクロの経済性ないし効率性を観念し得る、とする。木村の議論は、効率性ないし経済性の原則の法規範性を論証することを目指したものであり、財政法九条等の法規定が木村のいう「マクロの経済性」、すなわち行政事務全般の経済性の確保を求めており、行政事務全般に妥当する法規範としての意義を持つ、とするものである。したがって木村の議論は、政府契約における二次的目的追求に関するものではない。しかし、契約の「経済性」を評価する際に、その評価の単位が個別の契約目的物ではなく、より広い視野で評価される、という発想につな

がるものである。

第三節 手続の潜脱

重要と思われる論点をもう一つ挙げておく。デザイン博事件は、協会に生じた赤字を埋め合わせるために売買契約が締結された事例であったが、ここでは、実質的な補助金交付のために、調達の形式が取られている。しかし、補助金の交付に法律ないし条例の根拠が必要であるか否かともかく、補助金を交付するためには、本来、そのための予算を計上しておく必要がある⁽¹⁰⁸⁾。また、地方公共団体の長の規則として定められる補助金交付規則などの手続的規制にも従わなければならないはずである。補助金交付規則が行政内部的な定めに留まるのか、市民に対する法的拘束力を有しているかはともかくとして、少なくとも行政側は、補助金を交付しようとする際にはこの規則に拘束されるはずである。そのため控訴審判決は、政府契約を利用した事実上の補助金交付が、補助金の交付のために必要となる予算上及び手続上の制約の潜脱であることを指摘した。それに対して名古屋市は、上告受理申立て理由において次のように主張した。それによると、地方公共団体が支出を伴う施策を行う場合には、まず施策それ自体の必要性を考慮した上で、いかなる手段を用いるかを決定する。地方公共団体がある団体から物品を引き取り、金員を交付する場合にも、売買契約による場合もあれば、補助金として与える場合もある。「地方公共団体が施策実行のためにどのような法形式を用いるかは行政裁量の問題であることは明らかであり、売買契約であれば補助金交付の趣旨を含ませるはいけないという狭量な解釈は地方公共団体の裁量権や行政の実情を無視したものといわざるを得ない。」⁽¹⁰⁹⁾

しかしこのような考え方には、上述したように手続の潜脱の問題がある。補助金交付規則は、補助金交付の適正化のために定められているはずであり、調達の経済性の確保を念頭に置いている政府契約法上の諸規制で代替可能であるとは思われない。また、補助金は、「公益上必要がある場合」（地方自治法二二三二条の二）に付与されるものであるが、その際の公益性とは、いうまでもなく補助金の支出先（受領者）に関して判断されるものであろう。それに対して政府契約は、既に述べたように、ある行政活動のために必要となる財・サービスを調達するために締結されるものであり、公益の実現を目指す行政活動を支える補助的な活動として正統化されるものである。政府契約としての公益性は、売買代金の支払先の性格（準委任関係の存在の有無など）から評価されるものではないだろう。したがって、上告受理申立て理由が述べているように、補助金交付と売買契約を交換可能な行為形式と見ることはできないものと思われる。⁽¹⁰⁾

第四節 競争の視点

「パラダイム」として挙げた二つの立場は、契約制度の目的観の違いに由来するものである。だとすれば、結論は、論者が調達活動の性格をどのように捉えるかにかかっており、政策的価値判断の範疇に属する問題であるかもしれない。しかし、少なくとも次のことはいえよう。第一に、政府契約法の基本原則の一つである「公正性」が、会計処理の適正さと並んで、国・地方公共団体との契約締結を希望する事業者間の競争における対等性まで要求していること⁽¹¹⁾、そしてこの意味での対等性は、憲法一四条一項からも要請されると考えられることである。したがって、政府契約締結に至るいずれかの段階での二次的目的追求が、事実上、客観的、合理的理由

なく一定の事業者を競争から排除するように機能する場合、そのような二次的目的の追求は、行政主体による不合理な差別に当たる可能性があるために、その許容性が疑問視されよう。たとえば、制限付き一般競争入札（自治令一六七条の五の二）において「事業所の所在地」が当該地方公共団体の区域内であることを競争参加資格に設定する例が多くみられるが、⁽¹²⁾ 契約の目的物の性質からそのような参加資格が必要になる場合を除いて、合理性を欠いているのではないかと思われる。

第二に、競争性の確保という視点の位置づけが問題となる。本節では、この点に検討を加えておく。政府契約法の基本理念である公正性、経済性を実現するためには、競争性の確保が必要である。⁽¹³⁾ 競争性を最もよく確保しうる手段である一般競争入札において、最低額で入札した者を落札させれば、公正性、経済性がともに確保される、と想定するのである。しかし、自由に参入しうる競争的な市場の創設・確保を第一義的な目的とした欧州共同体の調達関係立法を⁽¹⁴⁾ 国内法化したドイツにおいて、政府契約に関する新たな規律は、財政法ではなく競争法に位置付けられ、⁽¹⁵⁾ 調達制度にとつて競争原理が最重要の指導原理であること、調達制度を通じた競争的な市場の創出を図るべきことが明確にされた。⁽¹⁶⁾ もちろん、競争性の確保と調達における価格面での有利性の確保は、前者が後者の条件になっていると一般的にはいうことができるだろう。しかし、競争性を確保するために広範囲に入札公告を行う必要がある場合にはそれだけ入札コストが上昇すること、また、競争性を確保するための手段の一つとして競争参加者に（参加資格認定や指名選定、落札決定等について処分性を認めるなど）何らかの形での出訴可能性を与えた場合、それが発注や竣工の遅延に繋がり得ることを考えると、競争性の確保と、発注側にとつての有利性の確保が常に完全に一致しているとはいえないだろう。そうであるとすると、調達制度は、行政活動の

ために必要な財・サービスを最も安価に調達するための手段、行政主体が公益を実現するために追求するさまざまな行政目的を実現するための手段、さらに、欧州におけるように、政府契約における競争性の確保ないし競争的な市場を創出するための手段という、三つの機能を持ち得ることになる。これらは相互排他的であるとはいえないが、三つの目的をバランスよく実現する制度が求められるのか、それとも、いずれかへの傾斜が求められているのかが問われよう。また後者であるとしても、それが法的要請であるのか、政策判断の問題であるに過ぎないのかが問われよう。ここで簡単に検討しておく。契約を通じて、契約目的物と関連しない目的をも追及する場合、調達価格を押し上げる可能性のあることは否定できないので、二次的目的の追求は、最も安価に購入するという目的とは対立することが多いだろう。また、既に述べたように、例えば地元経済振興という二次的目的が追求される場合、区域外の事業者が合理的理由なく差別されることとなる恐れがあり、それは競争を阻害することにもなる。したがって、二次的目的の追求は、経済性確保の面からも、競争性確保の面からも正当化を必要とするだろう。それに対して、調達活動と競争秩序の関係はより複雑である。例えば、ある分野において独占ないし寡占状態の成立を防止するために、その分野で劣位にある企業を優遇することは、個別の調達として見ると調達価格を押し上げる可能性があり、また競争参加者の一部を競争において優遇するということであるから、その限りで競争秩序を歪めることにもなる。しかし他方で、劣位にある企業を支援することで、当該分野での独占ないし寡占が阻止されれば、中長期的には、むしろ競争状態が維持されることにもなる。⁽¹¹⁾ 個別の調達における競争性の確保と、当該分野での競争的環境の維持とが、両立しない場合も考えられるのである。そのような場合に後者を目指した調達活動を行うということは、それ自身が、「競争秩序の維持・創出」という二次的目的を追求する

行為であるといえるかもしれない。この点は、欧州共同体における議論と立法、実務の展開など、なお、検討を要するが、ここではこれ以上言及することができない。

(99) 確井・精義九頁以下。

(100) 控訴審は以上の趣旨を地方財政法四条一項の解釈論として展開したが、同様のことを、個別の法律を超えた次元に定位される立法指針としてもいえるかどうかは、今後の検討課題である。

(101) 前掲三一頁以下。

(102) 福田淳一（編）『平成一九年度改訂版会計法精解』四一三頁以下。

(103) ランニングコストや使用終了後の処理コストを含める考え方もあるが、いずれにせよ、調達対象それ自体について生じるコストである。

(104) 林・前掲一九二頁注一三は、赤字補てんのために売買契約という手段を選択した以上、対価の相当性や物品の必要性を完全に無視することはできないと指摘している。

(105) 確井・精義三三四頁。

(106) 確井・精義三三二頁以下。

(107) 「行政の効率性について」千葉大学法学論集二二卷四号（二〇〇七年）一、八、一四頁。

(108) 芝池・前掲『行政法総論講義』五三頁、確井『要説自治体財政・財務法』（一九九九年）二四九頁以下は、補助金の交付にも、原則として法律の根拠が必要であるとしている。

(109) 民集五八卷五号一四二二頁。

(110) 参照、確井・前掲『要説自治体財政・財務法』二二〇頁、稲葉・前掲五〇頁。そのほか、林・前掲一九二頁注一三、薄井・前掲五五、五九頁、垣見・前掲三三頁も本件では補助金交付の形式をとることが可能であったことを指摘している。

- (111) 確井・精義一〇頁。
- (112) 公正取引委員会事務局『公共調達における入札・契約制度の実体等に関する調査報告書』（二〇〇六年）一一頁。
- (113) 確井・精義八頁、金子晃「公共調達の理念と制度」日本経済法学会年報二五号（二〇〇四年）一、四頁以下。
- (114) Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie v. 18.6.1992, 92/50/EWG, L209/1; Baukoordinierungsrichtlinie i. d. F. v. 14.6.1993, 93/97/EWG, L199/54; Lieferkoordinierungsrichtlinie i. d. F. v. 14.6.1993, 93/36/EWG, L199/1. Vgl. Peter Friedrich Buttmann, *Beihilferecht und Vergaberecht*, 2004, S. 66f.
- (115) ドイツの政府契約制度の改革に「*statt vieler*」 Jost Pietzcker, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), S. 427; ders., Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001.; Schulze-Fielitz, Grundmodi, Rn. 140. 競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbschrankungen) 九七条ないし一二九条に、政府契約に関する規定が置かれている。本規定の日本語訳として、米丸恒治「公共委託発注のための法根拠改正法（ドイツ）——公共調達法制の競争制限禁止法への組み込みと裁判的統制の展開——」立命館法学二二六二号（一九九八年）一二八三頁以下がある。
- (116) Hermann-Josef Bunte, *Kartellrecht*, 2. Aufl., 2008, S. 427.
- (117) Vgl. Pietzcker, *Der Staatsauftrag*, S. 308ff.

結びにかえて

以上の検討を簡単にまとめる。契約担当者は、契約締結にあたり、広範な判断の余地を持っている。その余地が「契約の自由」なのか、それとも行政裁量なのかが問題となるが、国・地方公共団体は原理的に、契約自由を享受しないものと考えられる。それに対して、一定の判断の余地を行政裁量と性格づける場合、具体的な権限の付与が前提となる、との指摘がある。契約自由を、特別の根拠なしに契約制度を利用する自由であると捉えた場

合、国・地方公共団体が契約の自由を享受しないとすると、政府契約の締結の法的根拠を見つける必要がある。政府契約、すなわち調達活動が行政活動のために必要な財・サービスの獲得を目的とした活動であるとする、財・サービスを必要としている個々の行政活動が、調達活動の法的根拠であるといえる。

このような認識から生じる問題の一つが、二次的目的の追求の許容性である。なぜなら、上で確認した調達活動の法的根拠を厳格に捉えた場合、政府契約を通じて二次的目的の追求は、法的根拠から逸脱した活動である、と評価され得るからである。この問題はまた、原理的には、調達を行う国家を私人と同様の需要者と捉えるか、私人とは区別される特別の存在と捉えるかという、経済秩序のあり方の問題であり、経済秩序の中に国・地方公共団体をどのように位置付けるのかという問題でもある⁽¹⁸⁾。

実定法レベルでは、この問題は、地方財政法四条一項にいう「目的」、また政府契約法上の「経済性」原則の解釈問題として現れる。「目的」についていうと、それを個別の行政活動と捉えた上で、そのために必要である財・サービスを必要最小限度の費用で獲得すべきと考えるか、それとも、ここでいう「目的」とは、国・地方公共団体が行政主体として追及しているさまざまな行政目的の総体を指していると考えなのか、という問題である。また「経済性」についていえば、契約の目的物をもっとも有利な価格で購入することが求められているのか、それとも、直接の契約対象のみならず、その他の行政目的を実現するための費用まで含めて「総合的に」判断されるのか⁽¹⁹⁾が問われる。

本稿では、政府契約を通じた二次的目的の追求には、以上のように、「調達する国家」を民間との関係でどのように位置付けるのかという原理的な問題があること、実定法レベルでは、地方財政法四条一項の「目的」概念

や、地方自治法及び地方自治法施行令の定める政府契約制度に関する「経済性原則」の解釈が問題になり得ること、さらに、本来の手続を潜脱することになる可能性のあることを示した。しかしいうまでもなく、以上の分析は問題のごく一端を示したに過ぎないのであって、さらなる検討が必要である。例えば、環境に配慮した調達を行う際にも、調達対象に対する要求性能として一定の環境性能を設定する方法、ISO 14001の取得など事業者に一定の属性を求める方法、総合評価入札において、環境配慮を評価項目とする方法、契約条件として一定の環境配慮を求める方法などがある。それらを一括して、その法的許容性を検討し得るか否かが問題となる。二次的目的の考慮が法律で求められている場合、それは政府契約法上の経済性原則に対する例外、ないしは経済性判断の際の考慮事項を法律で付け加えることになる。この場合、そのような法律が違憲無効でない限り、そこで定められた事項の考慮は当然に許容されることになる。しかし、違憲ではないにしても、政府契約法の体系に適合的でない [systemwiring] ことはありうる。どのような事項の考慮であれば体系適合的であり、そのような事項が体系非適合的であるのかを検討する必要がある。それに対して条例で二次的目的の考慮を定める場合（例えば、一定の属性を有する事業者の入札からの排除）、地方財政法や地方自治法との関係が問題となろう。本稿は、主としてこの場合に関する端的な考察を行おうとしたにとどまる。

(118) したがって、二次的目的追求の許容性問題は、行政主体による営利活動の許容性問題とも無関係ではない。行政主体が民間の経済活動に対して権力的に介入する場合には、行政法学が発展させてきた権力的活動に対する諸規制が適用されるが、行政主体自らが一個の経済主体として経済取引に参加する場合にいかなる規制に服するかが問題であるし、その前提として、例えば行政主体が民間企業と同様に営利活動を行い得るのかが問題となる。

(11) Vgl. Schulze-Fielitz, Grundmodi, Rn. 146. 「財政法上の経済性」と「調達法上の経済性」を対比し、総合的に評価される前者とは異なり、後者は個別の調達対象から判断されるとしている。

Die Rechtsprobleme des Staatsauftrags als Instrument des Verwaltungshandelns

Takashi NODA

「政策手段としての政府契約」の法問題

Einleitung

1. Die Literaturen um die Instrumentalisierung des Staatsauftrags
2. Ist der Staat “Käufer”?

I Das Recht der Staatsauftrags

1. Überblick
2. Der Tatbestand für die Wettbewerbsteilnahme
3. Offenes Verfahren mit nichtökonomischen Zuschlagskriterien
4. Nichtoffenes Verfahren und Verhandlungsverfahren
5. Grundsätze des Vergabewesens

II Rechtsnatur des Vergabevertrags

1. “Ausübung der Vertargsfreiheit” oder “Kompetenzausübung”?
2. Rechtsgrundlage für Vertragsabschluss
3. Rechtsprobleme der Koppelung der Kompetenzen

III Ein Urteil über die Verfolgung der sekundär Zwecke durch den Vergabevertrag

1. Überblick
2. Die zweite Instanz
3. Die letzte Instanz

IV Zusammenfassung und einige Streitpunkte

1. Zwei Paradigmen
2. Die Bedeutung der “Wirtschaftlichkeit” als Zuschlagskriterium
3. Entziehung der finanzrechtlichen Pflichten
4. Wettbewerbsgesichtspunkte

Schlusswort

六五