

政府調達における財政法的規律の意義

—「経済性の原則」の再定位—

藤谷武史*

要 約

1. 本稿が扱う問題

政府調達の分野においては、公的資金の効率的な執行が図られなければならないという「経済性の原則」が基本原則の 1 つとされている。ところが、現実の政府調達には、狭義の経済性の原則と必ずしも調和しない、多様な政策目的が盛り込まれる例が観察される。中小企業の保護育成や地域経済活性化などが古典的な例であるが、最近では環境政策や社会的弱者の雇用促進政策なども、政府調達制度を通じて追求されるようになってきている。政府調達制度の主眼はあくまでも公共部門の任務遂行のための財やサービスの効率的な調達であるから、それ以外の政策目的はいわば付帯的なものと位置づけられる。こうした「付帯的政策」を巡っては、経済性の原則に反し、政府調達制度を歪めるものとして否定的に評価する見解と、「経済性の原則」を会計制度に限定せず公共政策全体の効率性をも考慮する広義の原則と捉えることによって、付帯的政策も正当に評価すべきとの見解が対立してきた。

2. 本稿のアプローチ

本稿は、この論争に対して異なる分析視角を提示する。法制度設計論においては、個別具体的な事案ごとに、一定の指標に照らして最適な決定が何であるか、を直接明らかにしようという〈1 階の問題〉だけでなく、1 階の問題に対する判断自体に、情報収集・分析・判断等、決定自体に付随する費用（決定コスト）と、誤った判断を下してしまうことに伴うコスト（過誤コスト）が不可避免的に伴うことを前提として、当該決定手続全体としてのパフォーマンスを高めるような手続・制度配置を問う〈2 階の問題〉を意識することが重要である、という視点である。この視点からは、政府調達における付加的政策の効率性を一概に決定することは困難であるだけでなく、評価に伴う決定コストや過誤コストにも配慮するならば、問われるべきは、「政府調達における付帯的政策が望ましいか否か」ではなく、むしろ「政府調達において「経済性の原則」という高次の原則を設定することの法的・政策論の意味は何か」であると導かれる。

3. 「経済性の原則」の再定位

以上の分析視角を前提に、本稿は「経済性の原則」の実定法上の位置づけを検討し、少なくとも法的には、実体的な 1 次ルールとしての性格は曖昧で、むしろ一般競争入札を中心とする契約方式選択や契約条件設定を規定する政府調達制度の制度設計の指導原理としてより良く理解されることを示す。

そして、この観点から経済性の原則と付帯的政策の関係を検討する場合、まず、付帯的政策の効率性の問題について類型化して捉える可能性が示唆され、さらにそれを安価かつ安定的に評価し統制しうる制度設計は何かという観点から、経済性の原則を再定位することが試みられる。

* 北海道大学大学院法学研究科准教授

法的観点からは、「経済性の原則」に非効率な付帯的政策の遂行に対して違法を宣言し是正する機能を期待しがちであるものの、著しく濫用的な場合を除けばこれは困難であると思われる。1 階のルールとして経済性の原則を捉えた場合には、付帯的政策の非効率性を明確に認定することが困難であるために、裁判所は調達を行う公共団体・官庁の裁量的判断を尊重せざるを得ない。したがって、むしろ経済性の原則は、付帯的政策が策定・実施されるプロセスの各段階において、ゲートキーパーのような形で作用する仕組みを複数工夫することで間接的に追求されるべきである。そのためには、政策所管官庁と調達実施官庁や、予算執行職員のインセンティブ構造を踏まえた制度設計が有益であろうし、付帯的政策を類型化することで、統制の基準を異にするという方法も可能かもしれない。

本稿は以上のような視点からの試論的な見通しを示したものに過ぎないが、今後、このような視点の有用性の検証も含め、具体的事例の研究を通じた考察を深めていくこととしたい。

キーワード：経済性の原則、付帯的政策、制度配置

I. 本稿の目的

I-1. 政府調達における「経済性の原則」と「付帯的政策」

国や地方公共団体、その他の公法人（以下、これらを包摂的に指す場合には「公共部門」の語を用いる）は、権力的な手段で市場に参与する（規制）ばかりでなく、私人と対等な（非権力的・私法的）関係を結ぶことにより、いわば市場参加者としての地位に基づいて、様々な公共的目的を追求する。公共的任務の遂行に必要とされる財やサービスを、対価を支払って私企業から獲得する作用（政府調達）はその最たるものである。

いわゆる家産国家の時代とは異なり、現代国家における公共部門は、市場に参加するための資源を、租税収入等によって、経済社会の側から調達せざるを得ない。公共部門が利用することのできる資源は全て、公共の福祉の実現のた

めに、公衆の負託を受ける形で調達されたものである。従って、公共部門が私人と対等な立場で市場に参加するといっても、私人には妥当しない様々な制約に服することが当然視されている。その一つが、政府調達においては公的資金の効率的な執行が図られなければならないという「経済性の原則」である¹⁾。

もっとも、現実の政府調達においては、狭義の経済性の原則と必ずしも調和しない、多様な政策目的が盛り込まれる例が観察される。中小企業の保護育成や地域経済振興などが古典的な例であるが、最近では環境政策や社会的弱者の雇用促進政策なども、政府調達制度を通じて追求されるようになっている。

政府調達制度の主眼はあくまでも公共部門の任務遂行のための財やサービスの効率的な調達であるから、それ以外の政策目的はいわば付帯

1) 経済性の原則については、参照、碓井光明『公共契約法精義』（以下、「碓井・精義」）8頁以下、福田淳一編『平成19年改訂版 会計法精解』（以下、「福田・精解」）24頁以下。なお、こうした議論は諸外国でも見られる。See, e.g., Omer Dekel, The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts, Public Contract Law Journal, Vol.37, No.2 (Winter 2008), 237, 242.

的なものと位置づけられる。これらの「付带的政策」²⁾を巡っては、政府調達制度を歪めるものとして否定的に評価する見解³⁾と、これを一律に否定することに対して疑問を呈する見解⁴⁾とが対立している。もっとも、すぐ後に見るように、両者の議論は必ずしも噛み合っていないようにも見える。本稿の目的は、このような政府調達における付带的政策の評価を巡る議論状況を踏まえて、異なる分析視角を提示することにある。

I-2. 分析の視角 ―〈1階の問題〉と〈2階の問題〉の区別

政府調達における付带的政策の問題を素朴に考えれば、個別具体的な調達の案件によって、付带的政策の付加が阻害的に作用するとして否定的に評価される場合と、「公共政策全体としての経済性・効率性」（その意味については別途検討する必要があるが）を高めるとして肯定的に評価される場合とがあり得ることは、ごく自然なことであるように思われる。付带的政策否定論も、およそ全ての付带的政策が「公共政策全体としての効率性」の観点からも正当化し得ないとまでは論じていないように思われる。もちろん、付带的政策肯定論も、全ての付带的政策がこのような意味で望ましいとまで主張しているわけではない。

従って、問われるべきは、「政府調達における付带的政策が望ましいか否か」ではなく、「政府調達において「経済性の原則」という高次の原則を設定することの法的・政策論的意味は何か」であろう。付带的政策という（法）現象を「経済性の原則」に照らして評価するという思考枠組み（およびそれに付随する法的評価）は、

そうでない枠組み（個々の事案毎に財政コスト増加分に見合う社会厚生上の利得があるかを費用便益分析等の手法で判断する）と比べてどのような意味を持っているのか、が問題であろう。

このような問題の立て方をする際に重要なのが、法制度設計論における「1階（first-order）」と「2階（second-order）」の問題の区別である。

ここにいう「1階の問題」とは、個別具体的な事案ごとに、一定の指標（例えば社会厚生）に照らして最適な決定が何であるか、を直接明らかにしようという問題設定である。例えば、費用便益分析を用いて公共政策を評価する、という枠組みはこれにあたる。本稿においても、定性的な議論に留まるものの、付带的政策の利点と欠点の検討を試みている。これによって、付带的政策がどのような場合には望ましく、どのような場合には望ましくないのかについて、一定の見通し（あるいは実証的研究のためのアジェンダ）が得られることとなろう。

これに対して、「2階の問題」とは、1階の問題に対する個別の判断（決定）手続自体に、情報収集・分析・判断等、決定自体に付随する費用（決定コスト）と、それにも関わらず誤った判断を下してしまうことに伴うコスト（過誤コスト）が不可避免的に伴うことを前提として、当該決定手続全体としてのパフォーマンスを高めるような手続・制度配置を問う思考方法である。これをごく大雑把に言えば「『誰が・どうやって決めるか』を決めること」である⁵⁾。

上に述べた「経済性の原則」という高次の原則を設定することの意味は何か」という問題設定自体は、「1階の問題」に関する分析を前提としつつも、「2階の問題」に密接に関わることは明らかであろう。例えば、「経済性の原則」

2) これは碓井教授の用語法に倣ったものである。参照、碓井・精義 332 頁（「公共契約に関する経済性原則及び公正性原則をふまえて、経済性・公正性を実現するための方法を工夫することは当然であるが、他のさまざまな政策目的を実現するために契約の場面を活用することができるかどうか問題となる。そのような他の政策を、アメリカ合衆国の一部研究者の用いる用語にならって「付带的政策（collateral policy）」と呼んでおこう。」）。

3) 例えば、福田・精解 414 頁。

4) 碓井・334-335 頁。

5) See, e.g., Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, Harvard, 2006, ; Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Harvard, 2007, ch.3.

を明確な判断基準を明示したルールとして設定するのか、それとも一般的な方向性を示すに留まるスタンダードとして設定するのかは、(政省令設定者も含めた広義の)立法者と、事後的な評価者(裁判所・会計検査院)のいずれに権限を配分すべきか、という問題であるし、スタンダードとして位置づける場合にはさらに契約担当官の裁量をどの程度認めるべきか、という問題も派生する。これらは、付带的政策の個々の事案がどう評価されるかという基準自体の問題ではなく、その評価基準をどの主体がどのように運用するか、に関わる問題である⁶⁾。

I-3. 本稿の分析対象と用語の確認

本論に先立ち、本稿における用語法について確認しておく。碓井教授は「国や地方公共団体、その他の公法人を一方当事者とする契約で、公

共部門以外の者のなす有償による工事の完成若しくは作業その他の役務の給付又は物件の納入を内容とするもの、及び公共部門以外の者に対する公共部門による有償による物件の譲渡等若しくは役務の給付を内容とするもの」を「公共契約」と呼んでいる⁷⁾(これらは「政府契約」「官庁契約」と呼ばれることもある⁸⁾)。他方で、行政目的実現のための法形式として契約が用いられる場合(「行政契約」)はこれに含まないのが一般的である⁹⁾。

「政府調達」は、こうした公共契約のうち、公共部門が財や役務を購入する調達を指す¹⁰⁾が、本稿の分析の対象となる「政府調達」もこの意味で用いる。つまり、公共部門による物件の譲渡は含まず、有償双務契約のうち公債発行や資金の貸付等、公共部門が行う金融取引についても本稿の対象外とする。

II. 「経済性の原則」と「付带的政策」の関係

II-1. 政府調達の基本原則としての「経済性の原則」

II-1-1. 基本的考え方

Iにも述べたように、政府調達の基本原則としての「経済性の原則」は、公共部門が有償調

達契約の対価として支払う資金が公衆(納税者)の負託によるものであることに立脚し、公共団体は政府調達において公費の効率的な執行を図るべきことを要請する原則である。会計法や地方自治法には経済性の原則を文字通りに宣言し

6) なお、本特集所収の神田=大前論文も、本稿にいう「付带的政策」を扱っている。同論文は「契約に係る権限と責任ならびに職務分担」の観点から、公共契約の基本原則とは別の政策的考慮が存在する場合に契約担当者が置かれる地位が職務分担の観点から適正さを欠くと指摘し、「内部統制」の観点からの解決策を示唆している。その意味では本稿にいう「2階の制度設計問題」に具体的に踏み込んだものと言えよう。本稿は同論文の示唆も踏まえつつ、より一般的な観点から「経済性の原則」の位置づけを検討するものであり、内容的に重複しないものと考ええる。

7) 碓井・精義1頁。

8) 碓井・精義3頁。

9) 福田・精解412頁は、「会計法第四章の「契約」とは、国が統治権の主体としての立場でなく、財産権の主体としての立場から、私人と対等の立場において締結する私法上の契約であり、公法上の契約は含まないと解されている。」としている。

10) 碓井・精義3頁。なお、法令データ提供システムによれば、「政府調達」という語を用いる実定法令は、国の物品等又は特定役務の調達手続の特例を定める政令(昭和五十五年十一月十八日政令第三百号)(以下「特例政令」)、地方公共団体の物品等又は特定役務の調達手続の特例を定める政令(平成七年十一月一日政令第三百七十二号)(以下「地方特例政令」)を含むわずか6法令にすぎない。これらも、1996年発効のWTOの「政府調達に関する協定」(平成7年条約23号)における「政府調達」の語を直接に参照したものに基づき、実定法上「政府調達」の語は特に定義されていない。

た条文は存在しない¹¹⁾。それにも関わらず経済性の原則が今日一般に承認されているのは¹²⁾、これが当然の法理であるというだけでなく、国や地方公共団体の契約制度が一般競争入札中心主義を中核として構築されていることが大きい。一般競争入札では、「契約の目的に応じ、予定価格の制限の範囲内で最高又は最低の価格をもって申込みをした者を契約の相手方とする」（会計法29条の6第1項）と規定されており、ここから「経済性の原則」が国の契約制度の中心原則の1つであるという理解が導かれる。と同時に、「経済性の原則」がこのように解釈的に構成され、必ずしも適用範囲・条件を明確化されたものとなっていないことが、同原則の位置づけを巡る論争の一因となっていると言えるように思われる。

なお、こうした状況は政府調達他の基本原則についても当てはまり、論者によって掲げる原則の内容は異なる。例えば、碓井教授は「経済性（の）原則」の他に、「公正性原則」（国民全般の利益のために公正であること及び競争者相互間の公平の達成）、および前二者の手段としての「競争性原則」、公共部門と相手方私人の間の「対等性の確保」、公正性確保の手段としての「透明性原則」を掲げている¹³⁾。

Ⅱ－1－2.「経済性の原則」の実定法上の位置づけ

1) 国の法令

明治22年制定の「明治会計法」以来、公共部門の契約方式は、一般競争方式が原則とされてきた¹⁴⁾。その一方で、「競争の適正化」のための措置として保証金の納付等の要件が付され、無制限の競争が却って国の利益を損ねる場

合には指名競争方式が、さらに競争に付すこと自体が不利と認められる場合には随意契約が、それぞれ一定の要件の下で許容されてきた。

もっとも、明治以来の政府調達の歩みを振り返ると、この制度が常に政策的な考慮からの圧力に晒されてきたことも指摘される。例えば、一般競争中心主義を掲げた大正会計法（大正10年法律第52号）31条の特例として昭和2年法律第41号により制定された「国産奨励ノ為ノ会計法ノ特例ニ関スル法律」の下で、国産品の愛用・輸入抑制・国際貸借の改善が図られ、また昭和12年には戦時財政遂行のために昭和12年勅令第584号により随意契約の範囲が拡張される、といった次第であった。昭和22年に現行会計法（昭和22年3月31日法律第35号）が成立した後も、昭和22年8月5日付蔵計第435号大蔵大臣通牒「指名競争契約及随意契約による場合大蔵大臣との協議について」が、一般競争方式からの離脱について広汎に各省各庁限りで処理することを認めており、さらに昭和27年には、特に政令で定めるものについては、大蔵大臣の協議を必要としないよう改められた。

現行法の下では、会計法29条の3が政府調達における一般競争の原則を掲げており、その上で「競争に付すことが不利と認められる場合」は指名競争入札によることを許容している（3項）。ここにいう「不利」とは経済的に不利であることを意味するところ¹⁵⁾、これは個別具体的な判断を要する基準であるため、法は、原則として、各省各庁の長は財務大臣に協議しなければならないとしている（予決令102条の4）。さらに、同条4項は、「契約の性質又は目的が競争を許さない場合、緊急の必要により競

11) ただし、地方自治法2条14項や地方財政法4条1項は、いわゆる「最少経費最大効果原則」（碓井・精義12頁）を掲げており、経済性の原則を表明したものと理解するのが通例である。

12) 碓井・精義8頁。また、福田・精解24頁も、「統制の原則、正確厳正の原則及び公正の原則の三大原則」には含めていないが、それに並ぶものとして経済性の原則や会計事務の合理的運営等を挙げている。

13) 碓井・精義8-12頁。このうち興味深いのが「透明性原則」を「厳正の原則」（参照、福田・精解25頁）と対置している点である。両者の違いは、後者が会計法令による規律を正確厳正に執行することで公正性が確保されると考えるのに対して、前者は「厳正さ」が外部からの監視可能性という視点を欠いたことを問題視し、外部からの監視可能性を重視する近年の傾向として強調されている。

14) 以下の記述については、福田・精解415頁以下を参照。

15) 福田・精解499頁。

争に付することができない場合及び競争に付することが不利と認められる場合」について随意契約によることを定めている。ただし、「不利と認められる場合」については、統一的判定のために、各省各庁の長は原則として財務大臣に協議しなければならないのが原則である¹⁶⁾。他方、これらとは異なり、一般競争に付することは可能であるが、契約金額が少額であるため契約事務の簡素化の観点から競争に付するまでもないもの（予決令 99 条 1～7 号）、契約の性質から競争に付するまでもないもの（同条 8～10 号、15 号）又は国の施策上の必要から随意契約によるもの（同条 13・14 号、16 号～）¹⁷⁾についても、随意契約によることができる、とされている¹⁸⁾。ただし、随意契約は相手方の選定方法の特例を定めたものに過ぎず、不利な条件による契約の締結までも許容したものではない、との指摘がなされている¹⁹⁾。

2) 地方自治法

地方公共団体の契約制度についても、一般原則である地方自治法 2 条 14 項や地方財政法 4 条 1 項の下で、地方自治法 234 条が一般競争入札中心主義を規定しつつ、政令において指名競争入札・随意契約が許容される場合が規定されている（地方自治法施行令 167 条・167 条の 2）。

地方自治法については国の会計法令にみられる財務大臣との協議の規定がないが、仮に要件を満たさない場合に随意契約等が行われた場合には、住民訴訟による裁判統制が及びうることになる²⁰⁾。

3) 政府調達協定

WTO の下で運用される「政府調達に関する協定」も、基本的には国内の公共契約制度と軌を一にする考え方に立つものであるが、個々の手続面に相違点があるため、会計法の規定に基づき、国の物品等又は特定役務の調達手続を定める政令（特例政令）が制定されている²¹⁾。特例政令 12 条は、随意契約によることができる場合を、予決令 99 条 18 号に掲げる場合、予決令 99 条の 2 及び 99 条の 3、予決令臨時特例 4 条の 8 により随意契約によることができるものとされる場合に限定し、予決令 99 条の 4（分割契約）の規定の適用を除外している。

Ⅱ－１－３．「経済性の原則」の法的性質？

以上に見てきたところからすると、現行の会計法令において、「経済性の原則」は、明確なルールとしての側面と、スタンダードとしての側面を併有していると理解することができるように思われる。

16) 福田・精解 520 頁、予決令 102 条の 4。なお、同条 4 号に掲げる場合にはこの限りではないが、これらはいずれも経済性の原則に親和的な理由であるためと考えられる。

17) 同条 16 号の要件について、福田・精解 529-530 頁は、「これらの団体が本来営利を目的とする団体でないところから、これら団体から直接物件を買い入れるときは概ね一般の市価より低価をもって買い入れ又は借り入れることができ、またこれらの団体の存立目的にかえりみ、国としても概ね同質同価の物件であれば、私益を目的とする一般の会社又は個人に優先して契約の相手方とすることがその存立を援助する所以であるところからである。」と述べるが、公益法人の公益性が所与視できない状況（例えば特定官庁と密接な関係にある公益法人に財政資金をプールするなど）においてまでこのように言えるかについては疑問もある。

18) ただし、同条 19 号以下の要件により随意契約によろうとする場合は、財務大臣との協議を要する（予決令 102 条の 4 第 7 号）。

19) 福田・精解 513 頁。もっとも、「有利な価格による契約の締結は、会計法上不変の大原則である」（同頁）としても、それが実定法上どの程度具体的に法的規律として機能するかについては、議論があり得よう。

20) 例えば参照、最判昭和 62 年 3 月 20 日民集 41 卷 2 号 189 頁。また、碓井・精義 203 頁は、予決令が明示的に随意契約の許容要件としているものの多くが、自治令にあっては「競争入札に適しない」の解釈に委ねられて、結果的に許容されていることを指摘する。

21) 牧野治郎『新・政府調達制度の手引 概説と関係資料』（大蔵財務協会、1997 年）2 頁。また、地方公共団体の調達活動についても別途、地方公共団体の物品等又は特定役務の調達手続の特例を定める政令（平成 7 年 11 月 1 日政令第 372 号）が定められている。

まず、ルールとしての側面は、原則としての一般競争入札（※談合等が存在しなければ、これが最も経済性に適った調達を実現しうる方法である、との前提がある）と異なる契約方式（特に随意契約）の採用が許容される要件を、比較的细节に定めている点に見いだすことができよう。また、自動落札方式（会計法29条の6第1項）なども、最も有利な価格条件を提示した応募者を契約相手とすることにより、意図的に契約担当官の判断の余地を排除することで（その結果、より有利な交渉が行いうる可能性を排除してもなお）、政府調達における経済性の確保を意図した規定であると評価できよう。

他方で、より実体的な意味での「経済性の原則」については、必ずしも明確にルール化されているわけではない。例えば、随意契約によることができる場合にもなお、随意契約の運用は限定的に行われるべき、という考え方自体には法的拘束力はない。また、随意契約は不利な条件での契約締結を許容するものではないという考え方も、「不利な条件」であることが明白である場合はともかく、判断が分かれうる場合にまで違法との判断を下しうるものでもないようにも思われる。この意味で、上記の手続ルールを離れた実体的な法原則としての「経済性の原則」は、せいぜいがスタンダードとしての性格を有するに留まる、と言えよう。

以下での議論においても、経済性の原則の以上のような性質を踏まえておくことが重要である。もちろん、政策論・制度設計論の問題として、この原則を現状よりも重視する、という方針はありうるが、そのことと現行法において「経済性の原則」がどのような機能を有しているかとは、別の問題だからである。

Ⅱ－２．「付带的政策」を巡る議論

Ⅱ－２－１．「付带的政策」の定義

Iでも述べたように、実際の政府調達においては、様々な「付带的政策」の例が見られる。なお、ある政策目的が予算や法律に正面から掲げられており、その施策実現のための調達契約において当該政策目的に即した内容を要求することは、ここに言う付带的政策には該当しないことに注意を要する²²⁾。ここでは、当該政策がなかった場合には「経済性の原則」に基づいて選択されたとであろう契約方式・契約条件等が、当該政策が存在するために採用されず、これと異なる契約方式・契約条件等が行われる場面、に限定して検討を行う。これらの場面においてこそ「経済性の原則」との緊張関係が問題となるからである²³⁾。

また、碓井教授は、一見すると付带的政策目的に見えても、会計法令の目的に合致する政策として、①談合関与事業者の排除、②納税要件、③暴力団関係者の排除を挙げ、これらを「不真正付带的政策」と呼んでいる²⁴⁾。②については議論の余地があり得るものの、いずれも経済性の原則との抵触関係は考えにくいので、ひとまずこれらについては考察の対象外として差し支えないであろう。

Ⅱ－２－２．付带的政策の具体例

次に、付带的政策の具体例を見ておこう。碓井教授は、付带的政策が用いられる主要な領域として、①中小企業政策、②環境政策、③雇用機会の均等、④男女共同参画社会の実現、⑤災害対策、⑥地方公共団体の地域経済活性化策、を挙げている²⁵⁾。以下、概観しておこう。

22)「契約の内容たる財やサービスの内容自体に政策目的を反映させることは、広く行われることであって、付带的政策とはいえない。たとえば、環境に優しい物品の供給を契約の内容とするのは、それ自体が契約の対象・目的である。この場合には、契約の仕様等として反映されることになる。」（碓井・精義343頁）

23) 言い換えれば、様々な政策領域に亘る政府調達を、なんらかの一元的な指標によって横断的に評価し、その費用便益の最大化を図る、ということではない。

24) 碓井・精義338頁。

25) 碓井・精義343頁以下。

1) 中小企業政策

中小企業の保護育成のために政府調達制度を用いる例は各国で見られるが、我が国においても、中小企業基本法 21 条が、「国は、中小企業が供給する物品、役務等に対する需要の増進に資するため、国等の物品、役務等の調達に関し、中小企業者の受注の機会の増大その他の必要な施策を講ずるものとする。」と規定し、これを受けた「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 41 年 6 月 30 日法律 97 号)は、国と公庫等はその契約の締結にあたって「予算の適正な使用に留意しつつ、中小企業者の受注の機会の増大を図るように努めなければならない。」と規定し(3 条)、経済産業大臣の取り纏めの下で、「中小企業者の受注の機会の増大を図るための方針」を作成することが義務づけられている(4 条)²⁶⁾。さらに同法は、地方公共団体にも同様の努力義務を課している(7 条)。

現状では、この「方針」の下で、中小事業者の受注機会を確保するために公共工事の分離・分割発注が積極的に推奨されている実態があると指摘される²⁷⁾。分割発注の場合、個々の調達自体は一般競争入札による経済性の原則を満たしていても、工事全体として捉えた場合にはコストが増加している場合が少なくない。このため、一般競争入札方式中心主義による経済性の原則を潜脱するものと評価することができる。もちろん、先述の「中小企業者に関する国等の契約の方針」においても、「国等は、地域の建設業者、専門工事業者等の中小建設業者を活用することにより円滑かつ効率的な施工が期待できる工事については、極力分離・分割して発注を行うよう努めるものとする」とされており、経済性の原則を無視した分割発注を(少

なくとも正面から)認めたものではない。しかし、この基準自体が曖昧さを含んでおり、合理的な根拠のない分割発注を違法と断定することの困難性も指摘されている²⁸⁾。

なお、WTO 政府調達協定および特例政令との関係が問題となるが、特例政令 12 条 1 項は、「予決令第 99 条第 18 号に掲げる場合」については政府調達協定にかかわらず随意契約によることができる、としている。この予決令 99 条 18 号は中小企業者の組合等を相手方とする契約の場合を定めた規定である。また、地方公共団体の場合には、地方公共団体に関する特例政令 3 条 1 項 2 号が、同様の場合について適用除外としている²⁹⁾。

2) 環境政策

環境政策に関しても、近年、いわゆる「エコ調達」「グリーン調達」が強調されるようになってきている。この分野については、「国等による環境物品等の調達の推進等に関する法律」(平成 12 年法律 100 号)があり、国及び独立行政法人等が、その調達活動において「予算の適正な使用に留意しつつ」、「環境物品等」(同法 2 条)を選択するように努力する義務を課している(3 条)。また、環境物品等の調達促進のために、「基本指針」を定めることを国に義務づけ(6 条)、その指針の下で各省各庁の長に、環境物品等の調達方針の作成を義務づけ(7 条)、調達実績の概要の公表(8 条)という緩やかなエンフォースメントの仕組みが採られている。

従って、エコ調達についても一応、実定法上の根拠は存在している。しかし、「エコ調達」の会計法令上の位置づけは明らかではなく、会計法令における経済性原則とエコ調達との関係が明確でないことが問題点として指摘されている³⁰⁾。

26) 例えば参照、「平成 22 年度中小企業者に関する国等の契約の方針(平成 22 年 6 月 18 日閣議決定)」<http://www.chusho.meti.go.jp/keiei/torihiki/2010/download/100618KKH-2.pdf>

27) 参照、碓井・精義 344 頁。また、本特集の神田＝大前論文も参照のこと。

28) 碓井・精義 346 頁。

29) ただし、予決令 99 条 18 号に対応する規定が地方自治令等には存在しないため、地方公共団体が中小企業者の組合を相手方とすることのみを理由に随意契約を選択できないことには注意を要する。碓井・精義 348 頁。

30) 碓井・精義 349 頁。

3) 雇用機会の均等その他、雇用に関する政策

男女雇用機会均等法には、労働者の募集・採用や配置・昇進・教育訓練等について、男女の機会均等に配慮することを事業者には義務づける規定（5条・6条）はあるが、中小企業政策や環境政策とは異なり、政府調達を通じた政策の推進は規定されていない。高齢者雇用・障害者雇用促進政策についても同様である。そこで、政府調達を用いて事業者の自主的取り組みにインセンティブを与えることが考えられる。具体的な手法としては、雇用機会均等遵守企業である旨の宣言・第三者認証を受けていることを競争参加の要件とする方法や、あるいは努力義務を達成している事業者について総合数値への加算を行うなど、公共契約の資格審査等でプラス評価とする方法が挙げられている³¹⁾。さらに、契約方式の選択ルールにおいても、障害者・高齢者支援を目的とした随意契約が認められる例（地方自治法施行令167条の2第3号）もある。

4) 男女共同参画社会の実現

1999年に制定された男女共同参画社会基本法の下で、国・都道府県は男女共同参画基本計画が定める義務を負い、これに沿って啓発・教育・協力要請などを通じて政策の実現が図られている³²⁾。関係法令中に政府調達を通じた政策推進に関する明文の定めはみあたらないが、この分野でも雇用政策等と同様に、付带的政策の利用が提唱されている³³⁾。

5) 災害対策

災害対策基本法は、国や都道府県・市町村に、防災に関する計画の作成・実施を義務づけるとともに、地方公共団体の住民も「自ら災害に備えるための手段を講ずるとともに、自発的な防災活動に参加する等防災に寄与するように努めなければならない。」旨の努力規定を置いている（7条2項）。自然災害時の応急復旧工事には地域の建設事業者の助力が重要であるところ、自治体の中には、事業者との協定を締結し、それに基づく応急復旧工事の実績を「貢献度」として、公共契約の事業者選定時の加点事由とする例もあると指摘されている³⁴⁾。

6) 地方公共団体の地域経済活性化策

地方公共団体が、公共事業の発注において地元企業を優先する傾向は顕著に見られる。地域内の事業者の方が災害復旧工事における即応性に優れる、過去の実績からも信頼がおける、等の理由も挙げられるが、主たる関心が地域経済の活性化にあることは疑いがないと言えよう³⁵⁾。具体的には、競争参加資格における域内事業者要件の設定や、指名競争における地元業者優先指名、総合決定方式における地理的条件の組み込みなどの方法が指摘されている³⁶⁾。もっとも、近年ではこうした運用に対する批判的な見方も強まっており、原則として村内業者のみを指名するという自治体の運用について、具体的な事実関係の下で違法であり国家賠償法に基づく賠償責任を生じるとした判例³⁷⁾も存在する。

31) 確井・精義353頁。

32) 概要につき参照、http://www.gender.go.jp/main_contents/category/houritu_keikaku.html。

33) 確井・精義356頁。

34) 確井・精義357頁。

35) 例えば、後掲注37)の平成18年最判の控訴審判決である高松高判平成17年8月5日判時2014号71頁は、村の発注する公共工事の指名競争入札から村外業者を排除した事案について、村の過疎の程度が著しいことや村の経済にとって公共事業の比重が非常に大きいことを、村内業者に指名を限定する運用に合理性があると判断する根拠としていた。

36) 確井・精義361-66頁。

37) 最判平成18年10月26日判時1953号122頁。ただし、同判決では、経済性や公正性の原則を定めた地方自治法等の法令の下でも、事業者の地理的近接性や地域経済の活性化への寄与を考慮して指名競争入札において地元業者を優先する指名を行うことまでは否定していない。むしろ、村外業者を一律に排除するとの運用において経済性の原則等が全く考慮されておらず、村内業者の要件も公表されておらず恣意的な運用が可能となっていることなど、本件の具体的事実関係の下で合理性を著しく欠き、裁量権の逸脱・濫用がないとはいえない、という点を重視したものと理解される。

Ⅱ－２－３．付帯的政策の実定法上の根拠

以上に列挙した様々な付帯的政策の実例・提案について、実定法上の位置づけは様々である。これらは、(1) 法令上の根拠、および(2) 政策的考慮が織り込まれる局面、の観点から、概ね以下のように整理できよう。

1) 法令上の根拠

まず、会計法令上の特例扱いについて、①実定法上の根拠がある場合(中小企業政策)と、②根拠が不明確な場合(それ以外)とに分けることができよう。もっとも、実定法上の根拠がある場合にも、経済性の原則との調整は明確とは言えない。

他方、後者の場合の法的根拠は、各省各庁の長が定める一般競争参加資格における「経営の状況」(予決令72条1項。同様に自治令167条の5第1項)や、総合評価方式における評価基準設定に、政策目的に即した要素を盛り込むことが許されるかに依存することになろう³⁸⁾。

2) 政策的考慮が盛り込まれる局面

先に見たように、経済性の原則からすれば、契約方式の選定において一般競争入札が原則であり(指名競争入札・随意契約は例外)、競争参加資格や落札者決定基準においても価格等の契約条件の経済的有利性のみを考慮すべき、ということになる。本稿における「付帯的政策」は、

その存在によって「経済性の原則」のみによる場合と異なる契約方式・契約条件が選択されるような政策を意味するところ(Ⅱ－２－１)、①本来は一般競争入札を採るべきところ、政策目的を理由に随意契約が選択される場合、及び、②競争入札における(ア)競争参加要件、(イ)参加資格判定の一要素、(ウ)落札者決定の基準(総合評価方式³⁹⁾)、など、様々な局面で政策的考慮が取り込まれうる。

Ⅱ－２－４．付帯的政策否定論

さて、以上に見てきたように、政府調達制度における付帯的政策は、様々な政策領域について、長年にわたり行われてきた。もっとも、これに対しては、早い段階から一貫して、否定的な見解が説かれてきた。

「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。」⁴⁰⁾

諸外国においても我が国同様、政府調達制度を用いた付帯的政策目的の追求はしばしば観察されるが⁴¹⁾、やはり学説からの批判に晒されている。例えば、米国の実情について、ある論

38) この点、碓井・精義358頁は、「社会的に要請される責任を応分に果たしていることは良好な「経営の状況」を示す位置指標であるという見方も可能である」として、柔軟な解釈の可能性を示唆する。

39) 会計法29条の6第2項および予決令91条2項。

40) 福田・精解414頁。ほぼ同旨の記述は米田一男『官庁契約法精解』(大蔵財務協会、1963年)24-25頁にも見出せる。ただし、米田・精解においては、「もっとも、これは本質論であって、この立前が今日まで一貫されているかという点ではない。」という、近時の『精解』には見られない譲歩的な記述が見られ、興味深い。

41) 碓井・精義335-337頁。また、山田卓生「公共工事契約の公正配分 — 契約を利用した規制」横浜国際経済法学1巻1号11頁(1993年)も参照。

米国について、例えば、Steven L. Schooner, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, 11 Public Procurement Law Review 103 (2002), fn 29 は以下の例を挙げている。

“...48 C.F.R. Part 19 (Small Business Programs, including preferences for disadvantaged businesses and women-owned businesses), Part 22 (Application of Labor Laws to Government Acquisitions), Part 23 (Environment, Conservation, Occupational Safety, and Drug-Free Workplace), Part 25 (Foreign Acquisitions (or domestic preferences)); 48 C.F.R. Subpart 26.1 (Indian Incentive Program), Subpart 26.3 (Historically Black Colleges and Universities and Minority Institutions). See, also, the recent Federal Acquisition Regulation amendments implementing Executive Order 13101, at 65 Fed. Reg. 36016 (June 6, 2000), amending 48 C.F.R. § 4.3, 11.0, 11.3, 23.4, 23.7 (including affirmative programs to procure environmentally preferable products or services, such as products or services “that have a lesser or reduced effect on human health and the environment when compared with competing products or services that serve the same purpose” and mandating the use of paper with a minimum recycled content,...”

者は、付帯的政策は政府調達制度を介して富の（再）分配を行おうとするものであり、競争を制限する効果を持つと指摘する⁴²⁾。また、ただでさえ複雑な政府調達プロセスに付帯的政策遂行が組み込まれると、契約担当官の裁量を増大させ、透明性を失わせ、汚職の温床となる、との指摘もなされる⁴³⁾。さらに、政府調達制度本来の目的とは異なる目的に用いることは、政府調達に関わる担当者からみても正統性を欠くものと評価されるために、かえって政策目的の実現も阻害される、との指摘もある⁴⁴⁾。これは調達実施官庁と当該政策を所管する官庁が異なる場合に顕著に見られるであろう。中小企業政策に顕著に見られるように、付帯的政策の多くは（広義の）所得移転プログラムと理解できるところ、これは政府調達制度の主要な目的ではなく、透明性・競争性・公正性⁴⁵⁾などの原則的な価値を阻害することが多い以上、肯定的に評価することは難しい、ということになるうか。

もっとも、付随的政策否定論に対しては、先に見た付帯的政策の様々な法的根拠との関係で、どのような規範的言明を意図しているのかが不明確である点が指摘されよう。政府調達制度において付帯的政策を遂行すべきことが特別法によって直接に認められている場合には、経済性の原則を損なうことは好ましくないという政策論的な言明ということになろうし、実定法上の根拠が曖昧で、「経営の状況」や「競争に付すことが不利と認められる場合」などの文言

の解釈論において付帯的政策が読み込まれようとする場合には、これを消極に解すべきという解釈論的な言明ということになる。これらを曖昧なままに経済性の原則によって付帯的政策を否定しようとするれば、かえって原則の意義すら曖昧化・無意味化しかねない。

Ⅱ－２－５．付帯的政策否定論に疑問を提起する見解

以上のような付帯的政策否定論に対して、碓井教授は以下の4点を挙げて、疑問を提起している。

①個別具体の契約について他の政策を考慮に入れることが常に経済性・公正性を害するとは限らない。

②当該契約単体でみた場合には対価の額が不利になるように見えても、当該政策の実現のためのコストまでも視野に入れた場合、公共契約と当該政策を包摂した公共政策全体の「トータル・コスト」は節約できる可能性がある。

③会計法令の「独立性」を主張するよりも、法秩序全体の中に位置づけた上で付帯的政策の許容性を検討すべきである。

④契約方式に関する情報が公開され透明性が確保されるならば、公正性を阻害するおそれも少ないといってよい。

以上の疑問の背後には、否定論は「経済性の原則」を狭く解しすぎている、との評価がある⁴⁶⁾。すなわち、ライフサイクルコストの視点（上記②の考え方。なおこれはすでに「工事

42) See, Schooner, supra note 41.

43) Christopher R. Yukins & Steven L. Schooner, *Incrementalism: Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market*, 38 Georgetown Journal of International Law 529 (2007), at 545.

44) See, Mark Cancian, *Acquisition Reform: It's Not as Easy as it Seems*, Acquisition Rev. Q. 189 (Summer 1995), at 191. もっともこれは、米国における付帯的政策の多くが連邦議会の利益誘導的立法によってなされ、これに対して付帯的政策によって中核的な任務が阻害されることを嫌う専門家＝行政機関による「抵抗」が観察されるという、米国固有の制度配置による部分も大きいと思われる。See, Yukins & Schooner, supra note 43, at 547.

45) See, Schooner, supra note 41; もっとも、Schooner 自身も認めるように、政府調達制度の主要な原則が何かということについては争いがある。Schooner 自身は system transparency, procurement integrity, competition を主要な原則として挙げている。ここにいう integrity は「汚職を斥け不偏を貫くこと」という意味で用いられているため、公正性の訳語を当てた。

46) 碓井・精義 9-10 頁。

に関する標準ガイドライン」⁴⁷⁾において総合評価落札方式における総合評価の評価基準の一つとして取り込まれている⁴⁸⁾にとどまらず、「公共部門は、その政策に従って多様な価値を追求する立場にあるから、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ような契約を締結すること」が望ましい。換言すれば、対価のみに着目した狭い意味での経済性原則と矛盾する価値を契約場面に持ち込んで経済性を判断する必要性に迫られることがありうる。」⁴⁹⁾という観点からすれば、「経済性を判断する単位」を「受ける給付に対する対価」に限定することが不合理である場合がある、と評価されることになる。「経済性を判断する単位」を「適切に」拡張するならば、付帯的政策と経済性の原則は矛盾しない、というわけである。

Ⅱ－３．「経済性の原則」の法的意味の曖昧さ

上記の論争の根底には、「経済性」の意味ないし「判定の単位」に関する意見の不一致がある。では、どちらの考え方に立つべきであろうか。

この問題を考える上では、議論のレベルを2つに分けることが有益である。

第1に、「経済性」の範囲を柔軟に拡張することによって、効率的な付帯的政策が可能となり社会的に望ましい結果が達成できる場面と、拡張された「経済性」概念の下でもやはり付帯的政策が否定的に評価される場面とが可能性としては考えられるが、両者を区別す

る安定的な基準は立てられるか、という問題がある。

第2に、そのように「経済性」概念を拡張することが、政府調達制度の運用・規律付けにどのような影響を及ぼすか、それはどう評価されるか、という問題がある。これは、「経済性」概念を拡張する場合には、どのレベルで／どの機関が、その拡張された「経済性」基準への適否を判定するのか、という問題が新たに生じるためである。「経済性」を狭い意味で捉える場合に比べると、評価基準となる要素が増えるため、評価主体の判断裁量も増大するように思われるが、これをどのように適切に統御するか、という問題である。

したがって、Ⅰ－2で述べた枠組みによれば、前者は、付帯的政策の効率性そのものを問題にするという意味で「1階の問題」であり、後者は付帯的政策の効率性を判断する手続や制度配置を問題にするという意味で「2階の問題」、ということになる。もちろん、両者は相互依存적である。付帯的政策の効率性を判定する基準が客観的に明確なものであるほど、判断裁量に伴う Principal-Agent 問題は小さくなり、制度配置の問題も相対的に重要度を減ずるからである。

以下では、まず前者（1階の問題）をⅢで検討した上で、後者（2階の問題）をⅣで論じることとしよう。

47) 「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」 <http://www.mlit.go.jp/tec/nyuusatu/keiyaku/sogogaido/sogoinde.htm>

48) 碓井・精義 163 頁は「これらのうちで、「国の利害の観点から評価する」とされている点は、当然「価格その他の条件」の有利性の判断方法を示したものである。この有利性が経済的有利性のみであるとするならば、環境改善費用の提言などが重視されるであろう。しかし、これらの列举項目からすれば、狭い経済的有利性ではなく、より広い政策実現への貢献度を考慮する趣旨のようである。法律の条文の「有利」を広く解釈しているといえよう。」と述べる。

49) 碓井・精義 9 頁。

Ⅲ. 付带的政策の（非）効率性

Ⅲ－１. 基本的な考え方

付带的政策は、定義上、狭義の契約の対価における Value for Money の最大化（会計法令が単なるコストの最少化を企図しておらず、一定の品質を確保した上でコストの最少化や、所与のコストに対する品質の最大化を重視していることは、予定価格制度や積極要件の定め（予決令72条・73条）などから明らかである）を犠牲にして、他の政策目的の実現を図るものである。「経済性を判断する単位」の拡張によって付带的政策（の一部）を肯定的に捉える見解は、上記の意味での VFM におけるコストを上回る金銭的・非金銭的便益があることを根拠としていると理解できる。では、どのような場合にそれが期待できるのであろうか。あるいはそれに伴うコストは、財政コストの増大だけであろうか。

Ⅲ－２. 付带的政策による便益

Ⅲ－２－１. 財政的便益

付带的政策の利点としてまず挙げられるのが、公共部門の政策遂行のトータル・コストの削減である。これは、例えば（障害者雇用政策の推進という）政策目標を所与とした場合に、政府調達制度にインセンティブとして組み込む方が、別建ての補助金政策等で実施するよりも低いコストで同じ政策効果が実現できる、という主張である。

確かに、政府調達制度が、付带的政策が働きかける対象となる経済主体を既にカバーしているなど範囲の経済性が働く事情があり、かつ

付带的政策を盛り込むことによる政府調達事務コストの増大が軽微ならば、理論上はこのようなシナリオも考えられなくはない。租税特別措置などにも通じる議論と言えよう⁵⁰⁾。

ただし、政策費用の節約と言うためには財政コストあたりの政策効果を計測しなければならないところ、付带的政策を行うにあたって、代替的な政策における費用と効果との比較はなされていないと思われ、この議論は決め手を欠く。

また、既存の制度に「相乗り」することで直接的な政策経費でない部分（間接費）を節約できるという点も自明ではない。調達実施担当官が当該付带的政策に対する専門性を欠く場合や、調達実施官庁が当該政策と矛盾する政策目標を有している場合には、新たな principal-agent 問題を持ち込むことにもなるためである。

Ⅲ－２－２. 非財政的便益

また、付带的政策目的の中には、他の政策手段で実現することが容易ではないものが含まれている可能性がある。例えば、男女共同参画や雇用機会均等などは、規制による政策目的の実現には馴染みにくく、さりとて補助金のようなポジティブ・サンクションによって誘導するには余りにも範囲が広すぎるというディレンマがある（補助金を廃止した途端に元の状態に戻るのでは意味がない）。このような場合に、「目立つ (salient)」存在である公共部門が、政府調達という無視できない大きさを持った経済活動を通じて特定の行動について率先垂範⁵¹⁾ないし「お墨付き」を与えることが、啓

50) 伝統的な租税法からは、租税特別措置は税制の公平を歪め、複雑化させるものとして否定的に捉えられてきたが、近年ではむしろ税制と他の政策手段を統合的に捉えた上で政策実現コストの観点から使い分けの基準を評価すべきものとの主張が有力である。See, e.g., David A. Weisbach & Jacob Nussim, *The Integration of Tax and Spending Programs*, 113 Yale L. J. 955 (2004) .

発活動や協力要請などを補完する形で、人々の行動パターンに影響を与えるかもしれない⁵¹⁾。あるいは、男女共同参画や雇用機会均等がネットワーク外部性のある行動パターンだとすると（確かに、女性の就労や男性による育児がひとたび一般化してしまえば、個人や企業にとってのコストは必ずしも高いものではなくなるが、いまだ一般化していない状況で率先して個々の企業や個人がこれらを行うことには極めて高いコストがかかる、というのは、直感的にはもっともらしく思われる）、市場経済において一定の割合を占める政府調達活動を通じて、政府があえて非合理的に（高いコストを費やして）これらの行動パターンを促進することで、ネットワーク外部性が働き、個々の企業や個人がこれらの「望ましい」行動を選択するコストが徐々に低下していくことに期待する、というシナリオもあり得るかもしれない。

他方で、他の政策と連動してエンフォースメント効果を高める、という可能性も、早くから指摘されてきた⁵²⁾。ただし、行政上の義務の不履行者を契約の相手方から排除することについては、事業者の死命を制する可能性もあり、法治主義・適正手続保障の観点から慎重に評価すべきであり、少なくとも法律の根拠を置くべきであるとの指摘があることには留意すべきである⁵³⁾。行政上の義務履行確保手段が必ずしも十分とはいえない現状を踏まえれば、政府調達に補完的エンフォースメントの機能が期待されることもやむを得ないと言えるが、比例原則の考え方からも、個々の政策目的との関係で適切な水準のサンクションを規定するのが本筋であり、仮に政府調達からの排除や制限をサンクションとして用いるとしても当該他の政策根拠

法律の側で明示的に規定されるべきであろう。

Ⅲ－３．付帯的政策の(直接の財政費用以外の)コスト

Ⅲ－３－１．非財政的成本（社会厚生損失）の可能性

付帯的政策を積極的に評価する議論は、狭義の「経済性の原則」から逸脱することによる財政コストの増大と、それによる政策実現の便益を比較するものであったが、それ以外のコストも発生している可能性がある。すなわち、社会厚生上の損失である。

この点を定性的に述べると以下ようになる。まず、付帯的政策を加味した政府調達は、①狭義の経済性のみに基づく政府調達に、②(正負の)外部性を補完するための矯正税(corrective tax)・補助金、または、③相手方への所得移転を目的とした補助金が付加されたもの、として把握することができる。

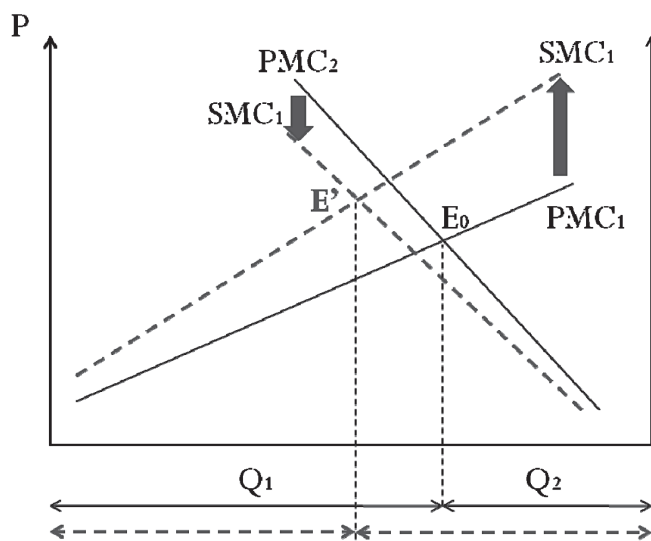
まず、①+②の場合（外部性補完政策）を考えてみよう。理論的には、付帯的政策による補助金・矯正税が、存在する正負の外部性に上手く対応するものであれば、社会厚生を改善させる可能性がある（【図１】参照）。特に、環境政策や雇用機会均等などの政策目的を企図した付帯的政策の場合、必ずしも射程は政府調達の局面に限定されず、当該企業の経営の態様自体が優遇／抑制の基準となることもある。この場合、理論的には当該企業の限界費用曲線全体に影響を及ぼしうることになる。しかし、付帯的政策による優遇／抑制が外部性を正確に反映しない場合には、（失敗した補助金や矯正税と同じく）かえって市場の歪みをもたらし、社会厚生損失を発生させる。実際、外部性の測定は困

51) なお、最近の法と経済学では、「法の表出機能 (expressive function)」への関心が高まっており、その1つに、価値表明機能（特に、法が、社会が追求すべき価値を示すことで、人々の選好を形成する機能）を指摘する議論がある（参照、飯田高「フォーカルポイントと法（１）—法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学 63 号（2006 年）299 頁）。ただし、同論文も指摘するように、このような機能があるとしても、どのようなメカニズムで作用しているのかについては未解明の点もあり、本稿でも可能性の指摘に留める。

52) 阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』（有斐閣、1997 年）504 頁。

53) 畠山武道「サンクションの現代的形態」『岩波講座基本法学 8 紛争』（岩波書店、1983 年）383 - 86 頁。

【図1】付帯的政策による外部性の内部化（企業1＝負の外部性，企業2＝正の外部性，を想定）



難であること、政府調達制度を通じた補助金や矯正税は大雑把な仕組みであって、外部性の分布状況に対応する可能性は高いこと⁵⁴⁾、外部性の問題を生じている市場に政府調達が占める割合が小さい場合、同一市場内で政府調達に参加する企業としない企業の間での不均衡を生じ、かえって歪みを拡大させるのではないかなどの疑問が提起できる。

次に、①＋③の場合（所得再分配政策）であるが、政府調達を通じた所得再分配は、かなりアドホックかつ偏ったものとなり、所得再分配政策の観点からは望ましいものと評価するのは困難であろう⁵⁵⁾。もっとも、まさに当該特定集団への再分配が目的である場合もあり（例えば、地域経済活性化の場面）、民主的政治過程においてそのような政策判断が行われること自

体をどう評価するか、という問題にも依存することになる（→Ⅲ－３－２）。

Ⅲ－３－２．財政過程の不透明化

上に述べたように、付帯的政策は実質的には政府調達制度に補助金または矯正税を付随させたものとして理解することができるが、そこで「政策目的のために」やり取りされている財政的な収入・支出の額は不透明である⁵⁶⁾。少なくとも、通常の政策費用であれば、予算編成過程において明示化された上で、他の政策目的との間で優先順位づけが行われる。また、近年では事後的な政策評価の重要性も強調されるようになっている。付帯的政策は、こうした財政的規律を潜脱するものとして、否定的に評価されるのではないかな、と思われる。あ

54) この点、エコ調達については、それが一般的に（公共部門以外の私的経済主体が購入する際にも）妥当すべき水準の社会的外部費用の内部化を実現するような内容となっているならば、肯定的に評価できる可能性がある。

55) See, Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. Legal Stud. 667 (1994) .

56) 確井教授も、政策目的による対価の設定（普通財産の譲与（国有財産法28条）や無償貸付（同22条）。なお、財政法9条を参照。）の場面についてではあるが、「財政法的にいえば、補助金等の交付の場合と異なり、どれだけの金額の利益が供与されたのか表示されないという問題」があると指摘している。参照、確井光明『公共契約の法理論と実際』（弘文堂、1995年）192-93頁。

るいは、租税特別措置についても見られるように、それこそがまさに立法者の動機であるかもしれない⁵⁷⁾。

いずれにせよ、これらは、「トータル・コストの節約」論が前提としているはずの、公共政策全体の相互調整問題の解決をむしろ困難にする要素ということができるのではないかと思われる⁵⁸⁾。

Ⅲ－４．検討

Ⅲ－４－１．付带的政策の（非）効率性

最終的には、付带的政策が拡張された意味における「経済性の原則」を充足するかについては、結局は具体的な事実即ち判断によらざるを得ず、一般的な評価は困難である。それでも、先に検討したところから、評価の基準となる要素を挙げることが一定程度は可能であるように思われる。

第１に、付带的政策が働きかけようとする範囲（政策の対象）と、政府調達制度が実際に影響を及ぼしうる範囲（契約の相手方）との重なりが問題となりうる（Ⅲ－３－１）。付带的政策の目的が外部性への対処である場合において、当該市場における事業者が一様に政府調達に参加することに関心を有しているような状況であれば、付带的政策に基づく政府調達の条件が市場全体の均衡を（外部性を内部化する形で）好ましい方向にシフトさせることが可能になるが、事業者の一部のみが政府調達に参加する場

合には、市場の分断が生じて、社会厚生改善の効果も限定的とならざるを得ない。例えば、エコ調達なども、ちょうど社会的外部性に見合った分の価格の上積みになっているならばよいが、参入が不十分で市場規模が小さい場合には、最適な水準を超えて割高な調達になる可能性も否定できない。

第２に、他の政策手段（直接補助金等）に対する優位性がある場合かどうか、という評価基準も立てられよう（Ⅲ－２－２）。例えば男女共同参画や雇用機会均等については、それ自体を落札者決定の主要な要素とする例はないようであり、むしろ事業者に対する啓発活動の一環としての象徴的な機能が期待されていると理解することもできよう。象徴的な機能の評価は難しく、結局はこの類型による財政コストの増大が（参加資格・選定基準における強い絞り込みとして機能しないことによって）軽微であることによって消極的に肯定されるということになろうか。他方で、中小企業政策については、正の外部性がある場合も考えられなくはないが、多くの場合には純然たる所得再分配政策であると考えられるため、（拡張された意味での「経済性」も含めた）効率性の観点からは正当化が困難であると言えよう。

第３に、付带的政策を実施する、調達実施担当官（の所属官庁）のインセンティブ構造についても、考慮する必要がある。すなわち、当該官庁の政策目的と、付带的政策の方向性が合

57) 「隠れた補助金」の議論である。例えば、アメリカにおいても、福祉国家的な支出が一般公衆には不人気な中では、立法者としては個別の利益集団への利益移転にむしろ租税支出（tax expenditure）を用いることが好都合であり、その結果が巨額の租税支出による「隠れた福祉国家」である、との指摘がある（Christopher Howard, *The Hidden Welfare State: Tax Expenditures and Social Policy in the United States*, Princeton, 1997）。

58) もちろん、立法者が公共政策全体の coordination を行っているということ自体、1つのフィクションである。米国でも、Schooner, *supra* note 41 (fn 28) による、以下のような指摘がある。

“First, in the same year that Congress increased the government-wide goal for small business participation in federal procurement from 20 to 23 percent, it extended the Small Business Competitiveness Demonstration (Comp-Demo) Program. The Comp-Demo favors *big* businesses by stopping agencies from setting aside contracts for small business in four selected industries in which small businesses have proven themselves competitive. Second, Congress effectively gutted its affirmative action contracting program by mandating that the Defense Department (representing 60 percent of government buying) suspend use of price preferences for disadvantaged firms following any year in which the five-percent participation goal is met. See Steven L. Schooner, “Mixed Messages: Heightened Complexity In Social Policies Favoring Small Business Interests”, 8 P.P.L.R. CS78, CS82-83 (No. 3, 1999).”

致している場合には、付帯的政策による支出膨張を歓迎し、非効率な支出が行われる可能性も高まるが、政策の方向性があわない場合には、当該官庁にとって付帯的政策を遂行することは自らの調達政策にとっての「真水」部分を減少させるコストと認識され、むしろ自発的に抑制的な運用を行う動機を持つのではないかと思われる⁵⁹⁾。このように考えてくると、当該付帯的政策が誰のイニシアティブによるものであるか、という制度的な視点も、付帯的政策の効率性を考える上では重要な要素となるように思われる。

Ⅲ－４－２．制度的視点の重要性

以上に見てきたように、「経済性の原則に照らして付帯的政策は許容されるか」という問題設定は大雑把に過ぎ、有用性を欠く。さりとて、付帯的政策の効率性の定量的な評価は困難である。もちろん、費用便益分析によって定量化は可能であろうが、そうした評価手続にもコストがかかることを看過すべきではない。また、効率性の評価が調達実施担当官のレベルで行われる場合には、評価の誤りや偏りの可能性も加味する必要が生じよう（これらを過誤コストとよ

ぶことにしよう）。

先に見たように、伝統的な付帯的政策否定論は、付帯的政策の詳細に立ち入ることなく一律に否定的に捉えてきた。これは一見すると不合理な態度である。1階の問題としては、付帯的政策が社会的に望ましい場合があり得ることを否定できないからである。ところが、決定コストや過誤コストまでも加味した場合には（効率的な付帯的政策が時には存在しうることを加味してもなお）合理的な戦略であったと評価する余地もあるかもしれない。

もっとも、付帯的政策否定論の論理がこのようなものであったとすれば、付帯的政策を一概に否定するばかりではなく、Ⅲ－４－１で示したような、付帯的政策の効率性に影響を及ぼしうる要素に着目したある程度大雑把な類型論によって、判断基準を分ける、という方法も排除されないように思われる。そのためには、付帯的政策を段階的に評価・統制する手続的・制度的な工夫が必要となろう。そこで、「経済性の原則」と制度配置（institutional arrangement）の観点の関係について、以下で検討を試みることにしたい。

Ⅳ．「経済性の原則」と制度配置

Ⅳ－１．政府調達制度における2階の（制度論的な）分析視角の重要性

既に繰り返し述べたように、付帯的政策の効率性の定量的評価は困難である。もっとも、政府調達制度は元来、1階の問題としての効率性の追求をある程度放棄していることは、注目に値しよう。すなわち、会計法29条の6第1項⁶⁰⁾の自動落札方式は、契約担当官に入札価

格について考慮の上決定する裁量を与えない仕組みとなっているが、これは principal-agent 問題への対処としてのルール化（その反面、first-best の効率性の追求を部分的に放棄している）として評価することが可能である。

従って、「経済性の原則」も、個々の政府調達における効率性（最大限の価格・条件の有利性）の追求に関わるものとしてのみ捉えるので

59) See, Yukins & Schooner, supra note 43.

60) 同条2項は総合評価方式による場合を規定する。もっとも総合評価方式においても自動落札方式は貫徹されている（碓井・精義159）。

はなく、むしろ政府調達制度全体としての効率的な結果が達成されるような仕組みの整備を要請するものとして捉えることが必要であると思われる。このように考えれば、付带的政策と経済性の原則についても、同じレベルで対立するものと捉えるよりは、「〈効率的な付带的政策が実行され、非効率的な付带的政策が実行されない〉蓋然性を可能な限り高める、政府調達制度の設計において、経済性の原則がいかなる位置づけを与えられるか」という問題において把握されるべきであると考えられる。

Ⅱ－３で見たように、「経済性の原則」は政府調達制度の基本原則の１つであるとされながら、その具体的な位置づけ・機能は実は曖昧であった。本稿は、これを制度配置に「組み込む」ことで、その機能を明らかにしようとするものである。

Ⅳ－２．「経済性の原則」と制度配置・試論

まず、付带的政策が明確に法令の根拠を与えられる場合がありうる。先に触れた地方自治法施行令 167 条の 2 第 3 号（障害者・高齢者支援を目的とした随意契約）などはこの例である。経済性の原則は、このような民主的正統性を背景とした政策決定を上書きするものではない。ただし、経済性の原則を背景にした類型論（Ⅲ－４－１）は、緩やかな立法指針としての役割を果たしうると思われる。

問題は、こうした政治部門の政策判断が、政府調達制度の一連のプロセスのどの部分に組み込まれるか、である。本稿の立場は、少なくとも実定法上は、経済性の原則は、一般競争入

札を中核に、契約形式選択の要件、入札参加要件や契約条件要件について手続的に規律するものとして最も良く理解できる、というものであるから、付带的政策による（狭義の）経済性の原則の修正も、このプロセスへの組み込みとして把握されることになろう。

実際、自治令 167 条の 2 第 3 号は、契約形式選択のルール of the 段階で、例外規定を明示的に定めたものである。立法者は随意契約を選択しうる契約の対象を限定した上で、具体的な条件設定は実際の調達実施担当官の判断に委ねたものと理解できる。

これに対して、近時問題となっている「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」は、内閣による「中小企業者の受注の機会の増大を図るための方針」を踏まえてもなお、経済性の原則と受注機会の増大のいずれを優先させるのか、曖昧さを残すものとなっている。政治的には分割発注等による財政コストの増大を正面から認めることが躊躇された反面、実は財政コストの膨張を厭わず受注機会を増大させることに本音があるのではないかと憶測も働くが、いずれにせよ現状では調達実施担当官に過度の法的リスクを負わせる構造になっており、問題であろう。先に述べたように、中小企業政策は拡張された意味における経済性の原則の下でもその合理性が疑われるところであるが、あえてそのような政策を採用することが法的に禁じられているわけではない。だとすれば、曖昧なスタンダードとして経済性の原則を適用するのではなく⁶¹⁾、ルール化された基準（例えば、分割発注をしなかった場合の費用の 10% 増以

61) ルールに対するスタンダードの利点は、立法時に利用可能でない情報が後に利用可能となることによって、より質の高い政策決定を（例えば裁判所が）行うことを可能にする点にあるが、先に見たように付带的政策の効率性について、その都度の判断を行うことのコストは高い反面、事案の蓄積によって得られる学習効果はさほど大きくないと思われるから、あえてスタンダードにしておく利点に乏しいと思われる。

他方、随意契約について、予決令 102 条の 4 で、財務大臣協議の原則が定められるとともに、協議を要しない場合が列挙されている。これなども、たとえば当初は財務大臣との協議を要する類型としておき、当該付带的政策を政府調達制度の中で行うことの合理性についてある程度実績が蓄積・検証された段階で、協議不要の類型に切り替える、という方法として、ルールとスタンダードの枠組みで理解することもできるように思われる。

内であることを要求し、かつその立証責任を負わせるなどの方法が考えられよう⁶²⁾）を法令で明確に設定し、財政コストを明示化して政治的責任を負わせる方が⁶³⁾、プロセス全体としてはむしろ経済性の原則に則した結果が実現するのではないと思われる。

また、付带的政策の政府調達への織り込みについては、所轄官庁の取り纏めの下で基本方針を策定し（閣議決定を経る）、各省各庁の長に方針を作成・公表させる仕組みが採られているが⁶⁴⁾、これは当該政策の所管官庁とそれ以外の官庁の政策志向のバイアス（Ⅲ－４－１）を相殺させる仕組みとして評価できるかもしれない。付带的政策の所管官庁は、当該政策の実施に最も強い関心を持つから、経済性の原則を犠牲にするインセンティブを強く持つ。他方、その基本方針の下で調達実施にあたる他の官庁は、自らの事業予算が付带的政策遂行の分だけ実質的に削減されるのと同じであるから、あまり熱心に行う動機を持たないものと思われる。こうした省庁間での相互チェック関係は、実質的に経済性の原則の方向にバランスを回復させる機能を持つかもしれない。

これに対して、政治過程自体のバイアスについては、法的に統制するのは困難であるから、透明性を高めることで反対勢力が批判しやすくなる程度しか手段はないと思われる。上に述べたルール化は、このような観点から正当化

されるであろう。

法的観点からは、「経済性の原則」に非効率な付带的政策の遂行に対して違法を宣言し是正する機能を期待しがちであるものの、著しく濫用的な場合を除けばこれは困難であると思われる。特に、1階のルールとして経済性の原則を捉えた場合には、付带的政策の非効率性を明確に認定することが困難であるために、裁判所は調達を行う公共団体・官庁の裁量の判断を尊重せざるを得ない。例えば、先に言及した、村外業者の排除を違法とした平成18年最高裁判例も、運用の恣意性を問題としたのであって、村内業者を優先するという政策的判断の合理性までも否定したものではない。

本稿の観点からは、むしろ経済性の原則は、付带的政策が策定・実施されるプロセスの各段階において、ゲートキーパーのような形で作用する仕組みを複数工夫することで間接的に追求されるべきことが指摘される。そのためには、政策所管官庁と調達実施官庁や、予算執行職員インセンティブ構造を踏まえた制度設計が有益であろうし、付带的政策を類型化することで、統制の基準を異にするという方法も可能かもしれない。いずれにせよ、本節に述べたことは試論に留まる。このような視点の有用性の検証も含め、具体的事例の研究を通じて、考察を深めていくこととしたい。

62) 「分割発注をしなかった場合の費用」についてのデータがない可能性があるが、だとすればそもそもなぜ分割発注が「予算の適正な使用に留意」「円滑かつ効率的な施工」を要求する現行法の下で正当化しうるのである、説明に窮することになるはずである。

63) もっとも、政治部門がこうした責任を負いたくないという発想が現状の背後にあるのだとすれば、何らかの工夫が必要になる。例えば会計検査院ないし裁判所があえて厳格に違法性を認定し、予算執行職員を萎縮させることを通じて、それでも分割発注等を行いたいのであれば、明示的に根拠を与えるしかない、という形で政治部門の行動を促す、ということが考えられようか。

64) 例えば、国等による環境物品等の調達の推進等に関する法律6条3項（環境大臣による基本方針案のとりまとめ）、7条（各省各庁の長および独立行政法人の長による方針の作成と公表）。同様に、中小企業の受注機会増大政策についての方針は、中小企業庁を擁する経済産業大臣が取りまとめて閣議の決定を求めるものとされている（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4条2項）。

V. むすびにかえて

本稿は、政府調達の基本原則とされる「経済性の原則」と「付带的政策」を巡る従来の論争に対して、「経済性の原則」の法的な位置づけ・機能が曖昧であることを指摘し、〈1階の問題〉と〈2階の問題〉を区別するという分析視角を提示した。その上で、付带的政策の効率性（1階の問題）について、関連要素ごとに分析した上で、類型化の可能性を示唆した。さらに、「経

済性の原則」の機能を、政府調達制度における契約方式・契約条件の決定プロセスにおける制度配置の問題（2階の問題）として再定位することを試みた。本稿では、いずれの点についても試論的な見通しを示すに留まったが、このような視点の有用性の検証も含め、具体的事例の研究を通じて、今後考察を深めていくこととしたい。

参 考 文 献

碓井光明『公共契約法精義』学陽書房，2005年
福田淳一編『平成19年改訂版 会計法精解』大蔵財務協会，2007年
Omer Dekel, *The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts*, Public Contract Law Journal, Vol.37, No.2 (Winter 2008), pp. 237-268
Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, Harvard, 2006
Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Harvard, 2007, ch.3
牧野治郎『新・政府調達制度の手引 概説と関係資料』大蔵財務協会，1997年
米田一男『官庁契約法精解』大蔵財務協会，1963年
山田卓生「公共工事契約の公正配分 — 契約を利用した規制」横浜国際経済法学1巻1号11頁（1993年）
Steven L. Schooner, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, 11 Public Procurement Law Review 103 (2002)

Christopher R. Yukins & Steven L. Schooner, *Incrementalism: Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market*, 38 Georgetown Journal of International Law 529 (2007)
飯田高「フォーカルポイントと法（1）—法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学63号（2006年）
阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』有斐閣，1997年
畠山武道「サンクションの現代的形態」『岩波講座基本法学8 紛争』岩波書店，1983年
Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. Legal Stud. 667 (1994).
Christopher Howard, *The Hidden Welfare State: Tax Expenditures and Social Policy in the United States*, Princeton, 1997).
碓井光明『公共契約の法理論と実際』弘文堂，1995年