

入札制度に係る公法上の論点（序論）

—平成の裁判例からの検討—

齊藤徹史

はじめに

自治体財務にとって、公金を適正かつ効率的に使用することは極めて重要である。自治体の存在意義が「住民の福祉の増進を図ること」にあるとすれば（地方自治法1条の2第1項）、公金は住民の福祉の増進を図るために用いられる必要がある。この点で、公金の支出に係る入札実務は自治体の活動のなかで枢要を占めるといえ、法令の規律に従いながら、住民の福祉の増進に資することが求められる。

入札実務の特徴として、例えば、談合の蔓延や発注者と受注者間の片務性を指摘されることがある。前者は、我が国の悪弊にほかならず、事業者間で公金を不正に分けあう入札談合だけでなく、発注者である自治体職員がこれに加担する官製談合も行われてきた。後者は、発注者と受注者の関係は対等であるにもかかわらず、公共工事の受注に経営上依存する建設業者が多いことから、両者の契約書に発注者優位の条項が存在するなど、あたかも上下関係におかれているかのように運用されてきた⁽¹⁾。これらは戦前、戦後、そして平成の時代が終わった今日にもなお残る状況である。

それでも、平成の時代には入札改革が大きく進んだ。自治体の契約制度を定める地方自治法や地方自治法施行令を補完するものとして、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12年）や入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処

(1) 建設産業政策会議「建設産業政策2017+10」8頁（2017年7月4日）参照。併せて、都丸泰助「公共事業入札制度の沿革とその問題点」日本財政法学会編『入札の法制度』25頁（龍星出版、1995年）など。

罰に関する法律(平成14年)、公共工事の品質確保の促進に関する法律(平成17年)などが制定され、入札実務では総合評価方式の積極的な活用など様々な取組みが行われたほか、自治体職員には法令遵守の意識が広まった。また、入札制度の設計には海外の知見が取り入れられ、例えば、英国やEUなどの入札におけるVFM(Value For Money)の考え方は、我が国における入札制度の目的を考えるうえで参照されてもいる⁽²⁾。

他方、入札制度に関する平成の時代の学説をみると、大別して、談合防止の観点からの経済法学研究者によるアプローチ⁽³⁾と、公共契約に対する法的統制の観点からの公法学(財政法・行政法)研究者によるアプローチ⁽⁴⁾から研究が行われた。官公庁の現役やOBの実務家による豊富な経験をもとにした研究もある⁽⁵⁾。そして、最高裁判所の判決にとどまらず、下級審の個々の判決に対する研究も行われており、これらに学術上の大きな価値があることは多言を要しない。しかし、判例研究の対象となっていない裁判を含め、入札に係る裁判例全体で何が論点とされ、どのように議論されてきたかを網羅的に把握する機会は、これまで十分にはなかった。裁判は、入札実務における紛争が直接提示される場である。こうした裁判例の網羅的な分析は、財政法・行政法の研究においても、入札実務においても一定の意義はあると思われる。

-
- (2) 例えば、行政刷新会議公共サービス改革分科会「公共サービス改革プログラム」3頁以下(2011年4月)は、「調達目的は、使用期間(ライフサイクル)を通じて、『支払に対して最も価値が高い』財・サービスを購入する、あるいは『コストと質の最適な組み合わせを達成する』こと」にあり、これは「よりわかりやすい言葉でいえば、『お買い得』、『お値打ち』である」という。各国で定義づけに多少の違いはあるにせよ、この内容は概ね海外におけるVFM概念に当たる。
- (3) 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』(弘文堂、第6版、2018年)、楠茂樹『公共調達と競争政策の法的構造』(上智大学出版、第2版、2017年)などがある。
- (4) 碓井光明『公共契約法精義』(信山社、2005年)、碓井光明『公共契約の法理論と実際』(弘文堂、1995年)などがある。
- (5) 有川博『官公庁契約法精義二〇一八』(全国官報販売協同組合、2018年)、齋藤清史『官庁契約のポイント』(全国会計職員協会、新訂増補版、2013年)、鈴木満『入札談合の研究』(信山社、第2版、2005年)などがある。

そこで、本稿では、入札制度に係る平成の裁判例⁽⁶⁾を分析し、そこでの論点を整理する。これにより、平成における入札制度とその実務、さらには裁判例の到達点の一端を明らかにしたい。

本稿では分析対象として入札制度に係る裁判例のうち、公法学の観点からのアプローチを試みるため、経済法・刑事法に係る判決など一定の類型のものは除くこととした⁽⁷⁾。また、本来であれば先行論文や判例評釈、国や自治体の通知などを踏まえて「判例総合研究」としたいところであるが⁽⁸⁾、ここでは紙幅の制約から裁判例と入札実務の動向を叙述の中心とする。また、同様に、個々の裁判例の評釈は行わず、あくまでも論点を整理したものであることとお断りしておく。

なお、本稿は、2事案4判決を検討した「公共契約の基本原則」、15事案22判決を検討した「入札の法的性格と処分性」、18事案24判決を検討した「指名回避等の措置の違法性」から構成されている。

第1 公共契約の基本原則

1 公共契約の基本原則

公共契約とは、「国、地方公共団体、その他の公法人（『公共部門』又は『政府部門』という）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

(6) 第一法規法情報総合データベース（D1-Law）で「入札」というキーワードを入れると、平成元年1月8日から平成31年4月30日までの期間に2483判決が選定される（校了日の令和元年6月24日時点）。

(7) 本稿の分析では、前掲（6）の2474判決から、①独占禁止法（不当な取引制限）違反に関連する事件（審決取消訴訟、発注者による談合に關与した者への損害賠償請求訴訟、事件記録の謄写請求など）、官製談合事件、②刑事事件、③談合が行われたことに伴って不当利得返還請求などを行う住民訴訟及びそれに関する弁護士費用請求などの事件、④共同企業体（JV）内部で契約内容が争われるなどした民事事件、⑤民事執行事件、⑥自治体による動産や不動産の売却、賃貸に関する事件を除いた。

(8) 参照すべきものとして、阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟①』～『住民訴訟⑥』」判評414～428号などがある。

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」をいう⁽⁹⁾。我が国の公共契約では、国や自治体といった公共部門が財や役務を購入する調達(政府調達・公共調達)が大きな割合を占める⁽¹⁰⁾。そのため、入札制度に係る裁判例では自治体を中心に財や役務を購入する事案が中心であり、逆に、売却する事案は必ずしも多とはいえない状況にある。

公共契約は公共部門の財政に大きな影響を与え、また、一方当事者が公共部門であるがゆえに公共部門には高度の公正性が求められることから、特別の規律の必要性が提起され、そこから公共契約の基本原則が導き出されている⁽¹¹⁾。

その内容をみると、次の5つの原則が挙げられている。①経済性原則は、政府を支える納税者の利益を重視する観点から、歳出予算を使用する支出原因契約にあつては歳出予算を有効に使用することを求めるものである。②公正性原則は、契約が国民全般の利益のために公正でなければならないことと、公共部門と契約を締結しようとする者(競争者)相互間の公平を達成するための公正性を確保することの2つの要請からなる。③競争性原則は、経済性原則と公正性原則を実現するために競争性の確保が重視される。④対等性の確保は、発注者たる政府部門と受注者たる事業者が対等な関係におかれるべきことを意味する。⑤透明性原則は、「外部からの監視可能性」を高めることで公正性を確保するというものである。

他方、入札実務では、国の会計作用の面から要請される原則として、統制の原則、正確厳正の原則、公正の原則の三大原則のほか、経済性の原則や会計事務の合理的運営等が要請されるとしている⁽¹²⁾。これを具体的にいえば、法令に準拠すること、予算の定めるところに従うこと、予算の効率的使用を図ること、公正な契約を締結すること、信義誠実の原則により契約を履

(9) 碓井・前掲(4)精義1頁。

(10) 碓井・前掲(4)精義3頁。

(11) これにつき、碓井・前掲(4)精義7頁以下。

(12) 青木孝徳編『平成27年改訂版会計法精解』24頁(2015年、大蔵財務協会)。

行すること、予定価格の算定が適正であることを意味するとされる⁽¹³⁾。

裁判所はこうした入札制度に係る基本原則をどのように理解しているだろうか。例えば、「地方自治法等の定めは、普通地方公共団体の締結する契約については、その経費が住民の税金で賄われること等にかんがみ、機会均等の理念に最も適合して公正であり、かつ、価格の有利性を確保し得るという観点から、一般競争入札の方法によるべきことを原則とし、それ以外の方法を例外的なものとして位置付けているものと解することができる」、「地方自治法等の法令は、普通地方公共団体が締結する公共工事等の契約に関する入札につき、機会均等、公正性、透明性、経済性（価格の有利性）を確保することを図ろうとしている」（最判平成18年10月26日裁判集民221号627頁）とする。後述のとおり、裁判所は自治体が締結する契約を私法上のものとみており、そこでは両当事者が対等であること（私的自治の原則）が前提であるとすれば、公共契約の基本原則を掲げる確井教授の見解と裁判所の理解はほぼ一致するといえるであろう。

公共契約の基本原則における公正性原則や対等性の確保に関連して、自治体が締結した公共契約のありようが私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）に違反するなど契約当事者以外の入札参加者が主張した裁判例がある。市は公道下の給水装置工事を、事故発生などによる市民生活への影響の大きさに鑑み、随意契約によって技術と経験のある1社に独占して継続的に行わせ、これにより市が工事施工箇所を一体的に把握し得るようにしていた。原告は自らが選定した事業者に工事を行わせることを前提に市の上下水道局長に公道下の給水装置工事の申込みを行ったところ、同局長は申込みを受理せず、既存業者と随意契約によって工事を行わせることとしたため、市が原告らに工事を行わせた場合よりも、原告らは本件工事を行う際に高額の費用の支出を余儀なくされたとして、市に損害賠償を請求した事案⁽¹⁴⁾で、原告が本件随意契約の締結は独占

(13) 齊藤・前掲（5）26頁。

(14) 事案の概要の記述に当たっては、第一法規法情報総合データベース（D1-Law）の当該判決の「要旨」欄を参照した。

禁止法2条5項及び6項にいう私的独占又は不当な取引制限に当たるとしたことに對し、裁判所は、本件事情の下では工事遂行能力や安全確保の観点から市が行った本件随意契約の締結には合理性があり、長に裁量権の逸脱又は濫用はないとした(名古屋地判平成26年7月18日判自395号20頁)。

県警察本部の新交通管理システムの定期点検等の業務委託に関し、県が交通管制装置等の調整・保守等を主たる業務とする原告には競争入札の参加資格がないとして、原告を排除して同委託業務の競争入札を実施すること又は原告以外の他の業者と随意契約をすることが、その優越的地位を濫用し、不正な取引方法を用いるもので独占禁止法19条に違反するなどとして、同法24条に基づき本件各対象行為の差止めを求めた事案がある。裁判所は、本件委託業務は既に事前公募手続を経て他社との間で随意契約によって業務委託契約が締結されており、被告がさらに業務委託契約を締結する蓋然性があるとは認められないから、差止請求の対象行為を欠くとして訴えを棄却している⁽¹⁵⁾(東京地判平成26年2月27日D1-Law.com判例体系。その控訴審の東京高判平成26年7月16日D1-Law.com判例体系は本件委託業務の期間経過を理由に原判決を取り消して、訴えを却下。その上告審は訴えを棄却、上告申立て不受理とした〔最決平成27年1月13日D1-Law.com判例体系〕。)

2 小括

公共契約のありようが独占禁止法に違反すると認められるケースは、極めて限定的である。そもそも、独占禁止法が禁止する私的独占や不当な取

(15) 本判決で、原告は、発注者と原告以外の他の業者が随意契約によることを許されていないにもかかわらず、それによって契約を締結したと主張し、その契約の効力についても争っている。裁判所は、最判昭和62年5月19日民集41巻4号687頁を参照し、「普通地方公共団体が随意契約の制限に関する法令に違反して締結した契約は、地方自治法施行令167条の2第1項の掲げる事由のいずれにも当たらないことが何人の目にも明らかである場合や契約の相手方において随意契約の方法によることが許されないことを知り又は知り得べかりし場合など、当該契約を無効としなければ随意契約の締結に制限を加える法令の趣旨を没却する結果となる特段の事情が認められる場合に限り、私法上無効になると解するのが相当」とした。

引制限、不公正な取引方法の行為主体は「事業者」であり、事業者とは、「商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいう」（独占禁止法2条1項前段）。これにつき、裁判所は、「この事業は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指し、その主体の法的性格は問うところではない」とし、「地方公共団体も、同法の適用除外規定がない以上、かかる経済活動の主体たる関係において事業者に当たると解すべきである」とする（最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁）。

この解釈を前提にすると、先に取り上げた2つの事案で裁判所は「事業者」性への言及を行ってはいないが、一般に、自治体が公共工事の発注や物品の購入などのために発注者として入札を実施し公共契約を結ぶとき、通常は「経済活動」の一環として行っているとはいえ、基本的に自治体が「事業者」に当たることはないと考えられる。この点で、事業者が自治体の入札や公共契約に対して独占禁止法違反を主張することは困難である⁽¹⁶⁾。

事業者が抱える公共契約や入札に係る不服を解消するためには、現在の裁判例の動向からすると、後述のとおり、主に国家賠償請求訴訟を起こすことになる。しかし、こうした訴訟によっては不服を解決しえないときに備え、自治体が事業者からの不服申立ての受け皿となる機関をつくるのが有益である⁽¹⁷⁾。これにより、訴訟が起きる前に問題の解決を図ることができるうえ、自治体と事業者との対話によって入札制度を改善する契機になると考えられる⁽¹⁸⁾。

(16) このような発注者の事業者性が否定される問題状況に疑問を呈するものとして、楠・前掲（3）165頁以下参照。

(17) これについては、すでに公共調達と競争政策に関する研究会報告書「公共調達における競争性の徹底を目指して」32頁（2003年11月）が、「将来的には、独立性の高い新たな第三者機関において、国や地方公共団体の調達手続きに関する各種の情報を受け付け、また、事業者が不服申立てを行うことができるシステムを調達契約の差止手続も含めて構築していくことは、談合を防止していく上でも有効であり、国及び地方公共団体において、こうした体制の構築に向けての検討を進めていくことが期待される」と提言している。併せて、行政刷新会議公共サービス改革分科会・前掲（2）26頁など参照。

(18) 入札のプロセスにおいて、住民の福祉の増進を図るに当たり、発注者である自治体と受注者である事業者・NPOなどとの対話の重要性を原田晃樹教授（立教大学）が地方自治や福祉をテーマとする研究会で指摘され、そのコメントから示唆を得た。

第2 入札の法的性格と処分性

1 入札の法的性格

自治体が売買、貸借、請負その他の契約を締結するときには、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による(地方自治法234条1項)。一般競争入札では入札参加資格を決め(同法施行令167条の4、167条の5、167条の5の2)、公告を行い(同法施行令167条の6)、事業者が入札してから開札が行われ(同法施行令167条の8)、予定価格の制限の範囲内で最低の価格をもって申込みをした者が契約の相手方となる(自動落札方式)(同法234条3項)。指名競争入札では入札参加資格を決め(同法施行令167条の11)、当該入札に参加することができる資格を有する者のうちから参加させようとする者を「指名」し(同法施行令167条の12第1項)、必要な事項をその指名する者に「通知」しなければならない(同法施行令167条の12第2項)。入札が行われると、ここでも自動落札方式が適用される(同法234条3項)。

地方自治法234条1項に定める「契約」は、自治体が私人と対等の地位において締結する私法上の契約をいう⁽¹⁹⁾。このとき、一般競争入札における「公告」、指名競争入札における「通知」は「申込みの誘引」であり、「入札」が契約の「申込み」、「落札の決定」が契約の「承諾」に当たるとされる。入札に際しては、入札の公正性を確保するため、入札者は、その提出した入札書(当該入札書に記載すべき事項を記録した電磁的記録を含む。)の書換え、引換え又は撤回をすることができない(同法施行令167条の8第3項)⁽²⁰⁾。このとき、国の事案ではあるが、「国が当事者となり、売買等の契約を競争入札の方法によつて締結する場合に落札者があつたときは、国および落札者は、互に相手方に対し契約を結ぶ義務を負うにいたるのであり、この段階では予約が成立したにとどまり本契約ははまだ成立せず、

(19) 松本英昭『新版逐条地方自治法』902頁(学陽書房、第9次改訂版、2017年)。

(20) 齋藤・前掲(5)14頁。

本契約は、契約書の作成によりはじめて成立する」との判例がある（最判昭和35年5月24日民集14巻7号1154頁）。

なお、自治体が支出を実行する行為、すなわち、予算の執行は自治体の長が行うこととなる（同法220条1項）。このとき、議会の議決した予算の目的に従って、予算が最も効率的にすなわち最少の経費で最大の効果を挙げるように執行する必要がある⁽²¹⁾。

このように、自治体が締結する公共契約は私法上の契約であると一般に解されており、裁判例においても同様である。例えば、発注者が独立行政法人の事案であるが、「落札者が被告理化学研究所と締結するPET用小型サイクロトン納入に関する契約は、一般の私人間の契約と同様に対等当事者間の法律関係である私法上の行為であり、相手方の意思にかかわらず、一方的に決定し、相手方にその受忍を強制する性質を有するものではない」（さいたま地判平成20年1月30日裁判所ウェブサイト掲載）とされ、その控訴審においても、「本件落札決定により決定された落札者は、被控訴人理化学研と上記契約を締結すべき義務を負うことになるにすぎないと認めるのが相当であるから、本件落札決定により被控訴人 a は、契約当事者となりうる地位、すなわち予約当事者たる地位に立たせられるにすぎないものというべきである。もとより落札者である被控訴人 a は本件納入契約を締結すべき義務を負うに至るが、それは申し込み（入札）に対する承諾（落札決定）があったことによる契約上の効果によるものにすぎない」。「入札者のうちのいずれを落札者とするかは、入札者の意見と関係なく予め定められた要件及び手続に従って決定されることになり、控訴人ら契約締結希望者は、入札基準についてあらかじめ了解する者のみが入札に応じるということになるけれども、それは、通常の私人間の契約締結にあたり、自由競争の範囲内で最良の条件を提示する相手を契約相手に選定することと変わりがない」とする（東京高判平成20年7月8日裁判所ウェブ

(21) 松本・前掲（19）803頁以下。

サイト掲載)。大多数の判決が一連の入札に係る契約を私法上の契約と理解する(上記のほか、福井地判平成17年3月30日判時1925号141頁など)。

他方、後述のように、私人によってはこうした入札プロセスの一部の措置等を捉え、そこに行政処分(行政事件訴訟法3条2項)としての性格を見出そうと試み、これにより取消訴訟を提起することがある。一般競争入札の「落札決定」に処分性があるかが争われた事案で、裁判所は、「落札決定は、契約の相手方選定に係る準備的行為」で、「契約の準備的行為にすぎない落札決定は、法の認める優越的な意思の発動として行われるものとは解されない」(前掲さいたま地判平成20年1月30日など)とするほか、「そもそも本件落札決定は入札者の申し込みに対する承諾にすぎないのであって、入札有資格者であるとする処分を含むものではない」(前掲東京高判平成20年7月8日)などとして、多くの裁判所が処分性を否定する。

2 指名停止措置

指名競争入札において、事業者が発注者から「指名」を受けるか否かは大きな関心事である。とりわけ、事業者の経営において公共工事の受注など自治体への依存度が高ければ、「指名」は生殺与奪を握るともいえる。そのため、事業者が発注者から「指名」を停止され、あるいは、「指名」を受ける機会を喪失されたことを契機に、法的な紛争が生じることがある。

「指名」の法的位置づけについては、前掲福井地判平成17年3月30日が詳細に説明している。これによると、「指名」とは「当該契約の入札参加資格を有する者の中から、当該指名競争入札に参加させようとする者を選択する行為であって、契約締結に向けた私法上の行為」をいう(地方自治法施行令167条の12)。しかし、そこには具体的な指名基準や手続は定められていない⁽²²⁾。それは、「業者の指名については、業者の経営及び信

(22) 工事契約制度研究会編著『新版中央公共工事契約制度運用連絡協議会指名停止モデルの解説』24頁(新日本法規出版、2016年)参照。

用の状況等の諸事情を考慮して的確に判断する必要があるから、いかなる者を指名競争入札に参加させるかの判断を契約担当者である地方公共団体の長の広範な裁量に委ねる趣旨」と解されている。しかし、このことは契約の相手方の選択について自治体の契約担当者である長の全面的な自由裁量に委ねたわけではない。なぜならば、「地方公共団体の行う事業の経費は、基本的には地域住民等から徴収した税金で賄われるものであることから、契約締結に当たっては、公正性、透明性及び適正な競争を通じた経済性を確保することが必要」であり、「指名競争入札は、業者が特定していることにより、不信用不誠実な者を排除できる反面、指名される業者が一部に偏重し、あるいは一部の業者を排除するといった弊害が生じるおそれがある」からである。そこで、「このような弊害をなくすために、契約担当者である地方公共団体の長において、あらかじめ、指名競争入札に参加できる者の資格要件を定めることが義務付けられている（地方自治法施行令167条の11第2項）が、これだけでは十分とはいえないため、これに加えて、各地方公共団体において、指名基準を定め、あるいは、指名停止又は指名除外の措置をとる場合の基準や手続を定めている。特に、従来競争入札に参加していた特定の業者を一定期間恒常的に入札指名から排除することは、当該業者の重大な利害に関わることであり、また公正な競争を形成する上でも影響するところが大きいから、恣意的な運用がなされないようにすることが求められる」としている。

指名基準を策定した場合には、それを公表する必要がある。すなわち、公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律3条は、公共工事の入札等について、入札の過程の透明性が確保されること、入札に参加しようとする者の間の公正な競争が促進されること等によりその適正化が図られなければならないとし、その8条1号では、指名競争入札の参加者を指名する場合に基準を定めたときの公表を義務づけている（前掲最判平成18年10月26日）。

しかし、契約担当者が自ら策定した指名基準に反し、あるいは重大な手続違背により、一部の業者を排除し又は偏重するような場合には、特段の事情のない限り、裁量権の逸脱又は濫用に当たることになる(前掲福井地判平成17年3月30日、同旨宮崎地都城支判平成10年1月28日判時1661号123頁など)。

他方、指名を受けることを望む事業者の地位はどのように解されるか。これについては、指名とその通知は契約成立に向けた自治体の私法上の行為(契約の申込みの誘引)に当たるから、指名競争入札の参加資格があるにもかかわらず、指名を受けられなかったとしても、行政不服審査法に基づく不服審査や行政訴訟等の救済方法によっても発注者に指名の請求はできないとする(前掲宮崎地都城支判平成10年1月28日)⁽²³⁾。ただし、実務の運用では、「指名競争入札において、指名されなかった者が、公表された指名理由等を踏まえ、指名されなかった理由の説明を求めた場合は、その理由を適切に説明するとともに、その者が指名されることが適切であるとの申出をした場合においては、当該申出の内容を検討し、回答することとする」とされている⁽²⁴⁾。

さて、指名停止とは、地方自治法及び同法施行令に明文の規定はないが、「工事請負契約業務を統括する者がその所属担当者に対し、一定の要件に該当するため、工事その他の契約を受注させるのにふさわしくない有資格業者について、一定の期間、指名の対象外とすることを指示する措

(23) 指名に関し、事業者がこれを受ける権利があるかについては、「資格者名簿に登録されたからといって、『常に』あるいは『一定の割合』でもって指名を受けることを保障するものではなく、つまるところは、相手方が指名を相当と判断したときに指名を受け得るというものにすぎないことにかんがみると、そもそも申立人が豊田市と契約を締結する権利ないしその機会を与えられている権利を当然に有しているとみることはできず、仮に申立人が豊田市の発注する契約に関する指名競争入札のうちのいずれかの指定を受けることが通例であったとしても、それは単なる事実上の期待にすぎない」とするものがある(名古屋地決平成17年3月2日裁判所ウェブサイト掲載)。

(24) 「公共工事の入札及び契約の適正化を図るための措置に関する指針」16頁(閣議決定、平成26年9月30日)。

置」をいい（前掲名古屋地決平成17年3月2日）、これは「契約自由の原則の観点から、当該普通地方公共団体の契約担当者の合理的な裁量的判断により決定されるべきもの」とされる（富山地判平成29年2月15日D1-Law.com判例体系）。公共工事は国民の税金を原資として社会資本の整備のために実施されるものであるから、重大な工事事故を発生させ、談合・贈賄等の不正行為によって行政処分を受け、若しくは関係者が逮捕又は起訴されるなどの事実が認められた有資格業者は、公共工事の発注者として契約の相手方とすることが適当ではなく、その責務としてこのような事業者を契約手続から排除するルールを整備し、公表して、これを公正かつ着実に運用する必要があるために行われるという⁽²⁵⁾。

実務の運用では、指名停止基準は、原因事由の悪質さの程度や情状、結果の重大性などに応じて適切な期間が設定されるよう、必要に応じて適宜見直される。そして、指名停止を行った場合、当該指名停止を受けた者の商号又は名称、指名停止の期間及び理由等の必要な事項は公表される。指名停止を受けた事業者が不服を申し出た場合、発注者は当該申出の内容を検討し、回答することとされている⁽²⁶⁾。

発注者から指名停止を受けた事業者が、その措置に不服があるとして発注者と争うには、主に2つの方法がある。一つは国家賠償請求訴訟であり、もう一つは指名停止を「処分」とみた指名停止等の取消訴訟である。

まず、国家賠償請求訴訟（国家賠償法1条1項）では、長が指名に関する裁量権を逸脱又は濫用して指名停止を行ったとして、事業者が自らに生じた損害の賠償を自治体に請求する事案が多い。こうした請求が認められるかについて、裁判所は、「地方自治法、同法施行令及び指名排除の基準等による規制は、直接的には、地方公共団体のする契約締結に当たっての公正性、透明性及び適正な経済性を確保することを目的とするものであるが、同時に、それは、指名競争入札に参加する業者の正当な経済的利益を

(25) 工事契約制度研究会・前掲(22)30頁。

(26) 閣議決定・前掲(24)16頁以下。

法的に保護することにもつながっていると解される。したがって、地方公共団体の契約担当者がその裁量権を逸脱又は濫用し、指名競争入札に参加しようとする業者に損害を与えた場合には、国家賠償法1条1項の違法性が認められる場合がある」と容認する(前掲福井地判平成17年3月30日)。また、市立病院の工事に係る条件付き一般競争入札で落札候補者となった原告が、入札参加資格を満たしていなかったことから、病院職員の促しを受けて辞退したところ、これを理由に発注者から指名停止を受け、さらにその経緯を公表された。事業者がこの対応を違法と主張して市に国家賠償を求めた事案で、裁判所は、「一般競争入札に係る指名停止が、上記の諸要素(公正性、機会均等性、入札参加者間の公平性及び経済性を確保すること—引用者)に照らし、不合理であり、社会通念上著しく妥当性を欠く場合には、その裁量権を逸脱、濫用したもものとして、国家賠償法上違法との評価を免れない」とした。そして、「入札参加資格要件を満たすことができない事態を生じさせた者を指名停止とすることは、一般競争入札の他の参加者との間における公平性を確保する上でも、また、将来の入札手続の経済的、効率的運用を図る上でも有効なものであり、また、必要」であるとし、本件入札の参加資格要件を満たすことができず、落札候補者の資格を辞退した原告を、被告の指名停止要領の「業務に関し不正又は不誠実な行為をし、工事等の請負契約の相手方として不適当であると認められるとき」に当たるとして指名停止等を行うことは合理的かつ社会通念上妥当なもので、市長及び上下水道事業管理者の裁量の範囲内のものとして是認できると述べた(前掲富山地判平成29年2月15日、その控訴審の名古屋高金沢支判平成29年6月28日D1-Law.com判例体系)⁽²⁷⁾。

なお、工事遅延を理由とする指名停止につき、その原因が発注者にあるときには、市の契約管財局長が裁量権を逸脱又は濫用したものといえ、国家賠償法上も違法であるなどとする事案(大阪地判平成27年5月14日判

(27) 本件の上告審は棄却・上告受理申立ては不受理となっている(最終平成29年12月5日D1-Law.com判例体系)。

自408号67頁）もある。

次に、原告が指名停止措置を「処分」とみて取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）を提起し、指名停止の取消しを求めていることがある。これについて裁判所は、「指名競争入札は、私人と対等な関係で締結する契約の当事者の選定方法の一種であるから、いかなる有資格業者を指名するか、あるいは指名しないかということは、あくまでも契約の相手方選定に係る普通地方公共団体内部における準備的行為にすぎない」とした。そして、「指名停止は、その期間中当該業者を入札参加者として指名しないという包括的な措置という性質を有することからすると、これもまた契約の相手方選定に係る普通地方公共団体内部における契約の準備的行為の性質を有するというほかない。そうすると、相手方のした本件指名停止は、法の認める優越的な意思の発動として行われるものとはいえないし、また、それによって直接に個人の権利又は法律上の利益に直接の影響を及ぼす法的効果が生じるものともいえない」と述べた（前掲名古屋地決平成17年3月2日）。別の裁判例も、競争入札の指名停止は私法上の契約を締結するに先立ち、その相手方としてふさわしくない者を排除する目的で行われ、契約の準備段階における行為にすぎないのであり、のみならず、「契約の相手方となることを希望する者が、地方公共団体と契約を締結する権利や指名競争入札に参加する権利を当然に有しているということもできない。そうであれば、上記契約の準備段階において行われるにすぎない指名停止が、法の認める優越的な意思の発動として行われるものと解することはできないし、また、個人の権利又は法律上の利益に直接の影響を及ぼす法的効果を有するものでもない」（札幌地判平成17年2月28日判自268号26頁）などとし、いずれも処分性を否定する。

他方、指名停止措置に処分性を認めた裁判例もある。契約締結に参加することのできる資格及び機会という点からみると、「契約締結の主体が公権力の主体である地方公共団体であるため、一般私人間における契約締結

の場合とは異なり、本来であれば、個人であれ、法人であれ平等に与えられるべき機会につき地方自治法以下の法令の定めるところに従い制約を加えるものであり、右の参加の資格及び機会の制約に関する限りにおいては地方公共団体が優越的地位に基づき公権力を発動することによりその者の権利義務の範囲を画するものといつて妨げなく、地方自治法施行令第167条の12に定めるところにより被告が入札参加者を指名するに当たり、岡山市指名停止基準を設け、指名停止事由に該当する場合に当該指定業者に対し原則として24月以内の範囲で定める期間指名を停止することは、当該指定業者から将来に向かって契約締結に参加する機会を包括的かつ一律的に奪う点で、その行為は、行政事件訴訟法第3条第2項に定める行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為に該当する。「指名停止の措置は、指定業者が指名競争入札に参加する資格を有するとしてもその資格の存在にかかわりなく当然に一定期間指定業者から指名競争入札に参加する機会そのものを包括的かつ一律的に奪うものであって、指名競争入札制度上指定業者が有する法的利益に制限を加えるものといつてよく、この意味で個々の入札において双方が対等の立場で呈示する契約条件によって契約の成否が定まるため、指定業者の契約締結に対する期待が事実上のものに過ぎないといえるのとはその性質を異にするものである」としている(岡山地判平成12年9月5日裁判所ウェブサイト掲載)⁽²⁸⁾。しかし、裁判例の多くは指名停止に処分性を認めてはいない(上記のほか、千葉地判平成23

(28) このほか、町長の職にあった被告に対し、同人が事業者から契約辞退の申出があったときに直ちに指名停止処分及び損害賠償請求をする旨の警告をしなかったことなどが違法な職務執行に当たるとして損害賠償を求めた住民訴訟の事案で、住民である原告が指名停止措置を「指名停止処分」としたことに対し、裁判所はこれを「当該入札者を将来の指名競争入札に参加させない旨の処分(地方自治法施行令第167条の11第1項、167条の4第2項)をいうものと解されるが、右処分は契約辞退について制裁を課し、将来の指名競争入札から不適格者を排除するための措置(傍点は引用者)と述べている。そして、原告の主張する損害賠償請求を行う旨の警告は、相手方に契約辞退の翻意を促すなどの目的で行われる事実上の行為であり、自治体の財務処理を直接の目的とするものでなく、住民訴訟の対象とする財務会計上の行為に当たらないとした(東京地判平成2年9月5日判タ756号183頁)。

年9月9日裁判所ウェブサイト掲載、大阪地判平成25年9月26日判自388号55頁など）。

3 競争入札参加資格名簿への不登載措置

前掲福井地判平成17年3月30日は、事業者の競争入札参加資格名簿への登載に関して、概ね次のように説明する。

地方自治法施行令167条の5の2、167条の11第2項は、不適格業者の競争入札への参加を排除するために、競争入札に事業者が参加するに際し、発注者がその参加資格を事前に定めて審査することを認めている。この資格審査は、入札の度に参加業者の資格の有無を判断するのは煩瑣であるため、入札に参加しようとする者に申請をさせ、当該申請をした者が所定の資格を有するかどうかを審査したうえで、指名に必要な名簿を作成しておくのが合理的であることから行われる。そして、この競争入札参加資格者名簿に登載されるための審査手続等は、法令上何ら具体的規定がないため、契約担当者である自治体の長の裁量に委ねられている。もっとも、競争入札参加資格の審査は、自治体の契約締結に当たっての公正性、透明性及び適正な経済性を確保することを目的とするものであるから、長は、その目的に照らして裁量権を適切に行使すべきで、業者の経営規模及び状況に照らして審査結果が明らかに不合理であるなど、一部の業者をことさらに排除し又は偏重する目的で審査が行われた場合や、審査手続が著しく公正を欠くという場合には、特段の事情のない限り、裁量権の逸脱又は濫用に当たる。また、名簿登載のための審査は、競争入札に参加しようとする業者の正当な経済的利益を保護することにもつながるから、契約担当者が、その裁量権を逸脱又は濫用し、そのため、当該業者が自治体との間で契約を締結できない等の損害を被ったような場合には、国家賠償法1条1項の違法性が認められる場合があるという。

ただし、競争入札参加資格審査の実施目的は発注者の損失を未然に防止

することにあり、特定の業者を保護し、その既得権を尊重するといった趣旨のものではない。そして、自治体を含む私法上の契約の一方当事者が、自己の損失防止のために他方当事者との間のその後の契約に自ら一定の制限を設け、あるいは契約の締結自体をしないとすることは本来的に自由であるともいわれている(東京高判平成12年9月27日裁判所ウェブサイト掲載)。

他方、競争入札参加資格を得るべく、発注者の審査を経て競争入札参加資格者名簿への登載を希望する事業者について、その地位はどのように扱われるであろうか。競争入札参加資格審査は自治体が契約締結の相手方を選定するための内部的・準備的行為といえるから、地方自治法及び同施行令の解釈上、資格の審査の申請に対して、行政庁が諾否の応答義務を負うことはなく、事業者に申請に対する法律上の権利又は法的利益が保障されているわけではないとされる(前掲福井地判平成17年3月30日)⁽²⁹⁾。そして、入札参加資格は、当事者の合意によって生じるものではなく、あくまでも自治体が一方的に決めるものではあるが、これは契約締結を準備する発注者が、申込みの誘引の一内容としてなし得ることであり、自治体が一方的に優越的な意思の発動として決定するものではないという(東京高判平成24年2月28日裁判所ウェブサイト掲載)。これに関し、葬祭業者である原告が行政解剖に係る遺体運搬等業務の入札参加資格申請書を県知事に提出したところ不受理とされたため、その不受理の取消しを求める取消訴訟を起こした事案で、裁判所は、「原告が競争入札参加資格を取得すれば、遺体運搬等業務委託以外の役務提供等を目的とする契約に係る競争入札に参加し得ることになるが…、上記随意契約にせよ、競争入札による契約にせよ、地方公共団体である被告が、私法上の契約締結をするに過ぎな

(29) 前掲千葉地判平成23年9月9日は、競争入札参加資格について、地方自治法施行令167条の4及びこれを準用する地方自治法施行令167条の11第1項により資格制限についての定めが設けられているうえ、施行令167条の5において競争入札の参加資格を裁量的に資格制限できるとしていることからすると、原告に競争入札に参加する法律上の権利及び利益があるとはいえないと述べる。

いものであり、本件不受理もまた、相手方の資力等を判断し、その履行確保のために行う地方公共団体内部における上記随意契約又は競争入札の準備的行為にすぎず、法の認める優越的な意思の発動として行われるものでもなければ、それによって直接に個人の権利又は法律上の利益に直接の影響を及ぼす法的効果が生じるものでもないので、処分性を認めることはできない」とした。このとき、地方自治法施行令167条の4第2項は「入札参加禁止処分」（傍点は引用者）について定めるが、それは自治体が一般競争入札を経て私法上の契約を締結するべく相手方を選定するに際し、契約の相手方とするべきではない者を典型的に規定するにすぎず、ここからただちに、各私人が入札に参加する法的利益を有しているとはいえないという（神戸地判平成18年9月14日判自303号69頁、同旨前掲千葉地判平成23年9月9日裁判所ウェブサイト掲載⁽³⁰⁾）。

4 その他の措置

入札の過程で処分性が問われた事案は、その多くが先の指名停止措置と競争入札参加資格名簿への不登載措置であるが、裁判例で取り上げられたこれら以外の事案にも触れておく。

ア 競争入札参加資格の決定に際しては、等級（ランク）も決定される。この等級の決定に処分性を認められるかが争われた事案で、裁判所は、等級の決定は法令の根拠にもとづくものではあるが、「契約の準備的行為として行われる普通地方公共団体の内部行為にすぎないものであって、右決定が被控訴人の優越的意思の発動として一方的に行われたものであるとすることはできない。また控訴人が被控訴人に対し法的保護の対象となる契約上の地位を有していたといえない」（前掲東京高判平成12年9月27日、

(30) 同判決は、「物品等の競争入札参加禁止及び入札参加資格の取消しは、単に、処分行政庁が私法上の契約の相手方として、原告を不適格であると判断して、事前にその旨を表明したものにすぎず、処分行政庁が、その行為により直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するものであるとはいえない」とする。

その原審の前掲東京地判平成12年3月22日)として、処分性を否定している。

イ 建設業法に違反して府知事から2度の処分を受けた原告が、本訴の口頭弁論終結時までに処分期間が過ぎて処分の本来的な効果は失われたにもかかわらず、当該処分を受けたことを理由に市から通常より重い入札参加停止措置を受けるおそれがあるとき、処分の取消しを求める「訴えの利益」(行政事件訴訟法9条1項)は認められるかが争われた事案がある。裁判所は、「本件処分〈1〉及び本件処分〈2〉を受けたことを理由に堺市から入札参加停止措置を受け、その停止期間の満了後3年を経過する平成27年9月20日までは、堺市要綱に定める措置要件に該当して再度の入札参加停止を受ける場合、その停止期間が当該定められた期間の2倍になるという法的な不利益を受けるおそれがあると認められる。そうすると、…原告は、行政事件訴訟法9条1項の適用上、なお本件処分〈2〉の取消しによって回復すべき法律上の利益を有している」とした(大阪地裁平成26年1月24日判自384号79頁)。

ウ 事業者は、発注者との関係で、競争入札への参加資格等があること及び指名業者としての地位にあることが「公法上の法律関係」にあるとして、公法上の当事者訴訟としての確認の訴え(行政事件訴訟法4条)を起こすことがある。しかし、裁判所は、「いずれも私法上の契約についての準備的行為に関する資格や地位であって、『公法上の法律関係に関する』(行政事件訴訟法4条)ものということとはできない」として否定的である(前掲東京高判平成24年2月28日)。同じく、発注者が独立行政法人の先の事案で、「落札決定に引き続いて締結される本件納入契約は、被告理化学研究所と落札者とが対等な立場において行う私法契約であるから、当該契約関係を公法上の法律関係ということとはできない」などとし、行政事件訴訟法4条に定める公法上の法律関係に関する訴えを認めなかった(前掲さい

たま地判平成20年1月30日⁽³¹⁾、その控訴審の前掲東京高判平成20年7月8日）。

エ 自治体の競争入札参加禁止措置が請負契約との関係で問題となることがある。都から道路改修工事に伴う擁壁設置工事を請け負った原告が、都が請負契約を理由なく解除したため工事の続行が不可能になったうえ、競争入札への参加を禁止する措置を執られて損害を被ったと主張して、都に不法行為に基づき、請負残代金相当額及び競争入札参加禁止措置による逸失利益相当額などの支払を求めるとともに、上記解除は無効であるとして、請負契約又は民法536条2項に基づき、請負残代金及び遅延損害金の支払を求めた事案で、裁判所は、解除の原因は原告の施工不良にあることや、都の再三の要請にもかかわらず、補修工事に取りかかる意思をみせずに工事完了期限を過ぎたことなどに原告の帰責性を認め、本件解除は有効であるとして都の不法行為の成立を否定した（東京地判平成30年2月16日D1-Law.com判例体系、その控訴審の東京高判平成30年8月16日D1-Law.com判例体系）。

なお、市の老人福祉施設の民間移管に当たっての譲渡先の公募に際し、提案書を提出した者が、市長から提案について決定に至らなかった旨の通知を受けたことが、抗告訴訟の対象となる処分には当たらないとした事案（最判平成23年6月14日裁判集民237号21頁）もある。

5 小括

裁判所の大多数は入札のプロセスを「私法上の契約の締結に向けた準備過程」と捉える。そのため、私人が入札の過程に不服があり、その中の個々の措置・行為に処分性を見出して取消訴訟を起こすことは、裁判所の基本的な考え方からすると困難である。結果として、不服のある私人は、

(31) 同判決では私法上の法律関係の確認訴訟として、落札者たる地位を有することの確認の訴えが認められるかが論じられたが、結論として確認の利益を欠くことを理由に否定された（その控訴審も同様である。）。

長が契約に係る裁量権を逸脱又は濫用したとして専ら国家賠償請求訴訟で争うこととなる。

しかし、事業者にとって、大口の取引先である自治体の入札に参加できないことは経営上の打撃が極めて大きい。とすれば、私人にとっては国家賠償請求訴訟によって事後的に損害を賠償されるよりも、入札への参加を速やかに回復されることが望ましいこともある。そこで、裁判例では一部にとどまるものの、学説には、指名停止措置などに処分性を認めて取消訴訟を可能とする余地を認める有力な見解がある⁽³²⁾。自治体の調達は公金である税を原資としていることから、一般競争入札には誰もが参加できるとされ、これは公共契約の基本原則でいう公正性の実現にも資する。このことから、事業者に「入札に参加できる地位」を肯定し得るとすれば、指名停止などの事業者への不利益措置に処分性を認めることは検討に値するものと考えられる⁽³³⁾。

第3 指名回避等の措置の違法性

1 指名回避

本来、指名競争入札における指名は基準に則って公正に行われるべきであるが、発注者が特定の事業者に対して恣意的に指名を行わないことがある。これが指名回避の問題である。

指名回避はかつて「不選定」といわれ、事業者が事件や事故を起こすと、一定期間は指名を差し控える措置が内部でとられていた。しかし、行政の透明性・公平性を確保する観点から、建設省では不選定措置の明確化を図るため基準をつくることになり、昭和52年9月に建設事務次官が各地方建設局長宛てに「地方支分部局所掌の工事請負契約に係る指名回避等の措

(32) 秋田周ほか「討論—入札の法制度」92頁日本財政法学会編『入札の法制度』〔碓井発言〕(龍星出版, 1995年)、野口貴公美「判評」判自272号114頁ほか。

(33) 日本財政法学会編『地方財務判例質疑応答集』3996頁〔斉藤徹史〕(ぎょうせい, 加除式, 2019年4月現在)。

置要領」との通知を発出し、不選定基準を明文化するに至った。さらに、「指名停止」と「指名回避」の概念上の混乱が残るなどしたため、昭和59年3月に中央公共工事契約制度運用連絡協議会が「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領中央公共工事契約制度運用連絡協議会モデル」を採択し、「指名回避」は「指名停止」に統一された（「指名回避」との名称は廃止された。）。その結果、指名停止とは「自発注工事であるか否かにかかわらず、一定の要件に該当することになった有資格業者については、発注者が一定の期間を定めてその間は指名の対象にしない措置」をいうと整理されている⁽³⁴⁾。

とはいえ、発注者による指名回避は、平成の時代になっても行われている。指名回避は、往々にして明確な基準によらず、また、事業者にとっては自らが指名を回避されているのかがわからないうえ、発注者の恣意にもとづくケースが多い。このように指名停止と同じ効果をもたらす指名回避に事業者が疑問を突き付け、訴訟を起こすことがある。

指名回避に対して、裁判所は、「地方自治法等の法令が、普通地方公共団体が締結する公共工事等の契約に関する入札につき、機会均等、公正性、透明性、経済性（価格の有利性）の確保を図ろうとしていることから、地方公共団体の長が恣意的な指名や指名停止、指名回避をすることは許されず、これらの行為がなされたときは、長に与えられた裁量権の濫用または逸脱として国家賠償法上違法となる」としている（青森地判平成22年4月16日判時2086号102頁）。実務においては、「未だ指名停止措置要件には該当していないにもかかわらず、指名停止措置要件に該当する疑いがあるという判断のみをもって事実上の指名回避を行わないようにするものとする」という⁽³⁵⁾。

また、市が発注する公共工事の指名競争入札に参加していた事業者が、市長には客観的に公平かつ公正に業者を指名しなければならない義務があ

(34) 工事契約制度研究会・前掲(22)2頁以下。

(35) 閣議決定・前掲(24)20頁。

ることを前提に、要綱等により適格性のある原告事業者らを入札参加者として指名する法的な義務(作為義務)があるにもかかわらず、長期間にわたって市長が指名から排除したことで、不作為による不法行為があったなどと主張する国家賠償請求の事案で、裁判所は、「地方公共団体における指名競争入札が客観的に公平かつ公正に行われるべきことは法の要請するところであり、また地方公共団体の長らもそのような法の要請に従って指名競争入札制度を運用すべき責務がある」としつつ、「当該地方公共団体の長らが負うべき前記責務は、その住民らとの関係で負担する一般的抽象的なものにすぎないのであって、そのことから当然に、当該長らの特定の業者に対する個別具体的な法的義務が基礎づけられるわけではないし、ましてや原告らが主張するように、被告の長が原告らに対して、被告が行う指名競争入札において、原告らを入札参加者として指名をしなければならないといった作為義務を導き出すことはできない」とした(水戸地土浦支判平成17年4月4日判タ1218号229頁)。

さらに、入札で個々の事業者に指名を行うか否かに係る手続は適正に実施する必要がある。裁判例においても、町の建設工事請負業者選定要綱の趣旨に照らせば、「町長が、審査委員会によって選定された指名候補者を指名から排除し、あるいは審査委員会によって選定されなかった者を指名することは、合理的な理由がない限り、許されないというべきである。特に、従来から競争入札に参加してきた特定の業者を一定期間恒常的に入札指名から排除することは、当該業者の重大な利益に関わるだけでなく、公正な競争による適正な価格形成の妨げになることから、恣意的な運用がなされないようにすることが強く求められる場面である。したがって、従前競争入札に参加してきた業者を審査委員会においてこれまでと同様に指名候補者として選定しているのにもかかわらず、契約担当者である町長において当該業者を指名から排除することは、当該業者が業務に関し不正又は不誠実な行為をするなど指名排除を正当とする特段の事情のない限り、裁量

権の逸脱、濫用にあたる」としている（徳島地判平成14年9月4日裁判所ウェブサイト掲載）。

これに関連して、指名停止措置要領等にはない事由にもとづき、契約担当者が特定の建設業者を指名から排除した指名回避の事案で、裁判所は、指名停止措置について要領等の定めがある場合に、その事由に該当しないのに、契約担当者が特定の業者をことさら入札参加者に指名せずに競争入札から排除することは、特段の事情がない限り、その裁量権を逸脱又は濫用するものといえ、それにより損害を与えた場合には、「国家賠償法1条という違法が認められる場合がある」とした（高松高判平成12年9月28日判時1751号81頁）。

自治体で指名回避が争われるケースには様々なものがある。

① 村からの公共工事に依存し大きな受注実績を有する原告は、指名が約3年間行われておらず、これは工事代金に関する村との別件訴訟に対する報復、又はこれを取り下げさせることを目的に指名回避が行われたと主張した。他方、村は、公共工事契約の根幹部分の理解不足・知識不足や紛争解決への非協力といった原告の姿勢を参酌して指名しなかったと主張する事案で、裁判所は、「地方公共団体から公共工事を請け負った請負業者が右地方公共団体に対して請負契約に基づく追加工事代金等を請求する訴えを提起」し、地方公共団体が「そのような訴えを提起したこと、あるいはそれを維持していることを理由に、指名停止の措置を執ることは許されない」という。そして、「右のような目的で競争入札の参加者指名の権限を行使することは、まさに、指名について認められた裁量権を濫用するものであって、違法」であるとして、原告の損害賠償請求を認めた（前掲高松高判平成12年9月28日）。

② 原告は、町発注の工事に指名されなかったのは、現町長が別件工事の町職員の責任を原告に押し付けてきたり、町の旧執行部への損害賠償請求訴訟に原告が協力しなかったことへの意趣返しであると主張した。他方、

町は、貸し渡した住宅取得資金の弁済を被控訴人(原告)が滞納していることなどを理由に指名を回避したと主張する事案で、裁判所は、「本件滞納等のような控訴人に支払うべき税金等の滞納が、控訴人発注の公共工事における指名を回避する理由として、客観的に一定の合理性を有するものであることはいうまでもない。しかし、そうであるとしても、当該滞納者に対しては何らかの警告ないし説明の措置をとるべきである。したがって、本件において、上記指名回避に先立ち、控訴人が被控訴人に対し、本件滞納等について何らかの警告ないし未納を解消しないと指名回避になる可能性があるとの説明もしなかった以上、上記指名回避には、少なくとも手続的な違法があるといわなければならない」とした。そのうえで、本件の「指名回避は控訴人(代表者町長)の裁量権の逸脱又は濫用として違法であるから、控訴人は、被控訴人に対し、原則として、これにより生じた損害を賠償しなければならない」という。しかし、損害賠償の範囲については、本件の「指名回避が本件滞納等を理由とするものではなく、違法であったとしても、その後、客観的に被控訴人に対する上記指名回避もやむを得ない程度の合理的理由が存在するに至った場合には、その時点以降の上記指名回避による被控訴人の現実的財産状態の減少ないし不増加は、損害賠償法理における公平の原則からして、もはや法的保護の対象にはならないというのが相当である」とした(福岡高判平成17年7月26日判タ1210号120頁)。

③ 原告は、町長選挙後に指名を受けなくなったことは、当選した町長の対立候補を原告が応援したことへの報復であると主張した。他方、町は、町の合併による影響で業者数が増加したものの、発注額は微増したにとどまったことが原因と主張する事案で、裁判所は、「丙川元町長は、本件選挙において丙川元町長を支援しなかった原告に対し、その報復として、被告が発注する公共工事に係る指名競争入札において恣意的に指名を行わなかったものというほかない。したがって、本件指名回避は、被告町長に与

えられた裁量権を濫用し、またはその範囲を逸脱するものであるから、国家賠償法1条1項における違法性を有するものというべき」とした（前掲青森地判平成22年4月16日）。なお、この判決では、原告に生じた損害を算出するに当たり、「推定受注率」と「推定利益率」をもとに推計している。

また、建設業者である控訴人は、町発注の公共工事の入札に指名業者として指名されないのは、町長選挙の際、当時の控訴人代表者が当選した町長の対立候補者の応援をしたことへの意趣返しであると主張した。他方、町は、従来から特定の実力者と旧執行部との間に癒着と不正行為の存在を疑われていた経緯があり、その是正のための過程で原告への指名を回避したと主張する事案で、裁判所は、町の指名停止規程等に従った手続に則ることなく、指名停止等の措置を採ることが許されないのと同じく、「明確な理由、根拠もなく指名回避を続けることは、実質上、指名停止以上の措置、効果を生じることになるものであるから、許されない」。町の指名停止規程では、「指名停止期間中でも、当該業者が責めを負わないことが明らかになったときは、指名停止を解除するものとされているのであるから、指名回避の事由がないことが明らかとなったときは、同様に指名回復の措置をとるべき」と述べ、結論として、本件の事情の下では指名停止に準じた事由があるとはいえず、指名回避の措置には町長としての裁量権の濫用があったとした（福岡高判平成18年7月14日判タ1253号141頁）。

村長選挙で当選した村長が対立候補を応援した建設業者6社を指名競争入札で指名しなかったため、工事の適正価格を破壊されて価格が高止まりし、その結果、村に少なくとも100万円の損害が発生した。しかし、村は当該村長に対する100万円の損害賠償請求権を有しているにもかかわらず、それを行使しないことが違法であるとして、住民が怠る事実の違法確認を求める住民訴訟の事案で、裁判所は、「村内業者6社が排除されていた期間と村内業者6社が参加していた期間における落札率を比較しても、統計的に意味のある差異を見出すことはできない。高い落札率が、どのよ

うな具体的な行為によって生じたかまでは不明であるから、高い落札価格と想定される適正な価格との差額が直ちに損害であるとまではいえない」とし、村に損害が生じた事実は認められないとした(福島地判平成15年3月11日判自247号89頁)。

④ 原告は、6年間にわたって市に指名を受けることがなかったのは、原告が談合反対の宣伝活動を行い、「市が談合しない会社(原告)を指名しない」などと活発に広報したり、原告が市から請け負った工事で市に意見や異議を述べてきたためであると主張した。他方、市は、入札参加者選定要綱に指名基準があるにせよ、新規の登録業者で公共工事の実績がないときには、公共工事の下請け等の経験を積んでから指名を行うという慣行があるなどと主張する事案で、裁判所は、「仮に、被告主張の慣行が当時存在したとしても、指名基準を定めた場合には、法令上公表が義務づけられており、その法の趣旨は、指名競争入札における指名権者によるし意を排除して公平性を担保することにあると解されるから、指名回避をする際にも公表された基準により判断すべきであり、本件指名回避の違法性の有無を判断するにあたっては、当該慣行を基準とすることは不相当というべきである」とし、これにつき、指名に係る裁量権の逸脱又は濫用を認めた。(岐阜地判平成21年10月28日裁判所ウェブサイト掲載)。

⑤ 原告は、市が約22か月にわたって原告に指名を行わなかったのは、市議会議員である原告代表者の夫が市の事業に反対したことに対する報復であると主張した。他方、市は、原告が極めて劣悪な成果品を納品していること、原告代表者の夫が市の委託業務の打合せの際に同席するなどして、職員に無言の圧力をかけ、自由な打合せを妨げられる状況にあったことなどから請負者として不相当であるため指名しなかったと主張する事案で、裁判所は、指名回避とは「個々の指名競争入札の際に、当該有資格業者を入札参加者として指名しないというだけであり、一定期間、一切の入札に参加させないとする指名停止措置とは異なる」が、事業者に対する影

響は指名停止措置よりも大きく、「指名回避、殊に指名回避を継続的に行うことについても、地方公共団体の長による恣意的な運用は許さないというべきである。被告による本件運用基準に基づく指名回避が、上記諸要素（機会均等、公正性、透明性及び経済性〔価格の有利性〕の確保－引用者）に照らして極めて不合理であり、社会通念上著しく妥当性を欠くと認められる場合には、その裁量権を逸脱又は濫用したものとして国家賠償法上違法となるものと解するのが相当である」という。そして、水道部所管の指名競争入札に限定されているとはいえ、市の指名停止期間は最長で12か月以内であるにもかかわらず、本件指名回避は1年10か月余りにわたって、合理的理由なく恣意的に行われたとして損害賠償請求を認めた（岐阜地判平成25年10月31日D1-Law.com判例体系）。

⑥ 原告らは、町長選で当選した町長を応援しなかった業者に指名回避が行われ、町の指名業者の選定が不公正であると批判的な文書を町議会議員に出したことなどを理由に指名が回避されたと主張した。他方、町は原告らが過去の談合の経験を自認したことや、当該文書に官製談合があったかのような、町長や助役に対する名誉棄損に当たるとも思われる内容が含まれていたこと、固定資産税の滞納があったこと、指名を受けても多くの入札を辞退したことなどが回避の原因と主張する事案で、裁判所は、「適正・公平に町政を執行すべき立場にある佐藤町長や助役が、上記名誉毀損に対する報復の手段として本件指名回避を実行することが許されないことはいうまでもなく、「本件指名回避は、指名委員の一部が、本件文書において名前を特定明記された佐藤町長や助役の受けた不快感を忖度し、主管課長による指名の内申から原告らを外す旨の申し合わせをした結果、指名委員会の暗黙の合意として実行されたものと認められるところ、普通地方公共団体の執行機関や職員が、常に住民からの批判にさらされることはやむを得ないことであって、その批判の内容が気に入らない…からといって、機会均等、公正性、透明性及び経済性（価格の有利性）の確保が要請

されている指名競争入札における業者の指名に係る被告の裁量権の行使に当たり、考慮すべきではない上記不快感を決定的な考慮要素とし、他に考慮すべき事項を十分考慮することなく、本件指名回避を実行した…ことは、極めて不合理であり、社会通念上著しく妥当性を欠くものといわざるを得ない」とした。また、「固定資産税を滞納したからといって、直ちに請負業者としての基本的姿勢に問題があると即断することはできない。固定資産税を滞納していることが、当該普通地方公共団体が締結する公共工事等の契約に係る工事の施工における不誠実な対応に結びつくことが明らかに推知される等の特段の事情が認められる場合に限り、被告指名基準及び被告運用基準にいう『不誠実な行為が認められるとき』に該当すると解するのが相当」とした。さらに、入札辞退が指名基準及び運用基準の「不誠実な行為が認められるとき」に当たるとしたことについては、「指名競争入札における指名は、入札参加資格を有する者に対し、個々の入札に参加する機会を与えるものに過ぎないのであって、指名を受けたからといって、指名を受けた者と入札を実施した地方公共団体との間に具体的な権利義務関係が生じるものではないから、指名を受けた者は入札執行の完了に至るまでの間、いつでも入札を辞退することが許されているものというべきである。したがって、入札の指名を受けた者が入札を辞退したことが、その者の経営状況の悪化や工事施工能力に問題があることを推知させる一事情として考慮することは許されるものと解されるが、入札を辞退したことのみをもって、将来の指名を行うに際して不利益な取扱いをすることは基本的に許されない」とした。この判決では、原告の損害は原告ごとに平均受注率、推定受注高、平均利益率から推計されている(仙台地判平成19年5月8日判時1983号110頁。なお、その控訴審では計算方法が見直されて損害額が縮減されている〔仙台高判平成19年10月31日判タ1272号133頁〕)。

⑦ 原告は、町に別件工事の報酬の増額を求めて起こした前訴が不合理な

ものではないにもかかわらず、町はそれを理由に指名を回避したと主張した。他方、町は、原告が前訴で事実と異なる主張や不合理な要求を行っており、町の選定要綱の「不誠実な行為」に該当するため指名業者として選定しなかったと主張する事案で、裁判所は、原告による「前訴の提起・追行は、一旦、低い入札金額において公共工事を落札しておきながら、事後的に自らが主張する不足額の填補を求めるに等しく、公正な競争の形成を阻害するものであり、経済性（価格の有利性）の観点から採用されている競争入札の趣旨を没却するものというべきである。そうすると、旧宮田町において、今後も原告を指名業者として選定し、その結果原告が落札して原告と請負契約を締結した場合には、同様の主張を展開する可能性がある」と判断したことには合理的な理由があると認められ、それは、同時に、旧宮田町選定要綱及び被告選定要綱の各11条3号に規定する『不誠実な行為』にも該当する」として、本件指名回避をもって、裁量権の逸脱又は濫用があったとはいえないとした（福岡地飯塚支判平成22年10月27日判自368号27頁）。しかし、その控訴審では、町の指名停止等措置要綱にもとづけば、当該事由による指名停止は最長でも9か月と定められているにもかかわらず、約3年8か月間の指名回避を行ったことは、「不誠実な行為を理由とする指名回避の措置はそれ自体としてはこれが許容されるとしても、同期間を超えてされる指名回避の措置は、指名停止の場合以上に業者に不利益を与えるものであって同要綱等の趣旨にも反することになるから、その選定権者である町長ないし市長に与えられた裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものとして、違法といわざるを得ない」とした（福岡高判平成24年3月15日判自368号21頁）。

⑧ 原告は、最低制限価格の不当性を訴える監査請求を行ったことへの報復として、町長が指名保留を行ったと主張した。他方、町は当該監査請求とは関係がなく、原告が今後も不誠実な工事を行うことが予測され、その指導の一環として指名を保留したと主張する事案で、裁判所は、「長年指

名競争入札に参加してきた特定の業者を一定期間恒常的に入札指名から排除するようなことは、当該業者の重大な利害に関わり、また、公正な競争への影響も大きいと考えられることから、恣意的な運用がなされないようにすることが特に求められる」とし、各種基準や法令に基づかずに「契約担当者が特定の業者をことさら入札参加者に指名せず、競争入札から継続的に排除するような措置を執ることは、特段の事情のない限り、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するもの」で、自治体の契約担当者が指名競争入札に参加しようとする請負業者に損害を加えた場合には、国家賠償法1条の適用があるとした。結論として、本件指名保留は原告が監査請求を行ったことに対する町長の報復措置と認定し、町の損害賠償責任を認めた(津地判平成14年7月25日判タ1145号133頁)。

なお、村が指名競争入札において、建設業者を「村内業者」か「村外業者」かで区別し、「村外業者」を指名から回避した事案(前掲最判平成18年10月26日)、自治体の指名基準の運用で、「地場業者」を優先する「優先基準」を定めたことで、地場業者ではない「準地場業者」が指名を受けることができなくなった事案(大分地判平成27年10月1日判自415号78頁)もある。

2 その他の措置

入札の過程で長が裁量権の逸脱又は濫用を行ったとされるケースは、指名回避の事案で多くみられる。しかし、それ以外の場面でも長が裁量権を逸脱又は濫用したとする事案が存在する。

原告は、その経営する建設会社が、町長に入札参加資格を「Bランク」と認定され、「Aランク」の認定がされなかったことで当該ランク相当の工事から排除されたと主張して国家賠償を求めた事案で、裁判所は、「公共土木工事の発注において指名競争入札制が採用された場合の参加資格を有する業者(指名業者)の選定やその格付についても、右趣旨からして、指名権者である普通地方公共団体の長(本件では、被告町の町長)に裁量

権が与えられていると解するのが相当であり、その指名権の行使が明らかに不合理で、裁量権を逸脱ないし濫用していると認められる場合に限り、違法と評価されるというべきである」とした。しかし、本件の事情の下では、「指名業者のうちからA、Bのランク付の認定をするには、客観的な工事施工能力を最大の審査基準とすべきであるが、発注者である被告町との信頼関係も重要であり、指各業者選定基準に不誠実行為の存在が挙げられていることからしても、不誠実行為の存在を付随的に斟酌してA、Bランクの格付認定をすることに問題はない」として原告の請求を棄却した（松山地判平成12年3月29日判自204号83頁）。

他方、長が違法な指名回避を行ったとして、自治体が裁判所から損害賠償の支払いを命じられ、その後の求償について取り上げた裁判例がある。町長選挙で自分を支持しなかったことへの意趣返しとして、町長により指名を回避されたと建設業者が主張する裁判が起こされ、裁判所はこれを認め、町は損害賠償請求に応じた。そこで、町は元町長と元助役に対し、国家賠償法1条2項にもとづいて求償する裁判を起こした。裁判所は、元町長が意趣返しによって故意に指名回避を行ったと認め、その裁量権の逸脱又は濫用があったとして町の求償を認めた。他方、元助役への町の求償は認めなかった（熊本地裁平成24年10月26日判時2241号84頁、その控訴審の福岡高判平成25年8月16日判時2241号78頁）⁽³⁶⁾。

3 小括

指名回避等に係る裁判例は、長が「指名」そのものを適正に行うことを求めている。そこでは、長に契約に関する（自由）裁量権があることを前提に、裁判所は基本的に裁量論に関する最高裁の定式にもとづいて審査し

(36) その後、元助役は、本件求償金請求訴訟の提起そのものが違法であるとして新たに訴訟を起した。裁判所は、町が元助役に求償する裁判を起こしたのは、指名回避に元助役が指名の決裁などを通して関与したとみて、その職責は重いと町が判断したためであるとし、本件求償金等請求訴訟の提起に違法はないとした（熊本地人吉支判平成28年1月13日判時2299号137頁）。

ている。すなわち、裁量権の司法審査が許容されるのは逸脱又は濫用があるときで、それは、行政庁の判断が「全く事実上の根拠に基づかないと認められる場合」、あるいは、「社会観念上著しく妥当を欠き(法令によって与えられた)裁量権の範囲を超えるものと認められる場合」をいう。しかし、近時の判例には、その副次的基準として、特に「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと」、「判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと」を付加する例がみられるとされる⁽³⁷⁾。このうち、後者は「判断過程審査」の類型に当たり、行政庁が考慮すべき事項を考慮せず、または考慮すべきでない事項を考慮した(他事考慮)のではないかというように、行政庁の判断過程に不合理な点がないかを審査するものである⁽³⁸⁾。

これまでみてきたように、指名回避等で争われた事案の多くは、長の判断が全く事実上の根拠に基づかないケースや、他事考慮のケースなどがあり、事情は様々であるが、裁判例では長が指名権を逸脱又は濫用したと認めるものが多い。指名回避等は、それが明文化された基準にもとづかずに行われるとき、事業者自らでは指名回避を認識できず、発注者からの指名を待ち続けることになるため、結果として被害の拡大を抑えることが困難となる。指名回避等は公共契約の基本原則のうちの公正性、透明性に反するということができる。

自治体が指名回避を防ぐためには、指名に関する事務を自治体職員だけで行うのではなく、例えば、自治体の附属機関である入札監視委員会の委員に条例上の守秘義務を課し、入札担当者から指名や業者選定の状況についての説明を受けるなど、外部から監視するための方策をとることが必要である⁽³⁹⁾。また、長期間にわたって指名を受けていない事業者は、発注者にその理由を開示するように求める機会を制度的に設けるこ

(37) 藤田宙靖『行政法総論』117頁(青林書院, 2013年)。

(38) 中原茂樹『基本行政法』133頁(日本評論社, 第3版, 2018年)。

(39) 閣議決定・前掲(24) 5頁参照。

とも考えられる⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾。

（東北公益文科大学准教授）

(40) 秋田・前掲(32)91頁〔碓井発言〕参照。

(41) 本稿におけるさらなる検討細目は、引き続き別誌（『東北公益文科大学総合研究論集』）に掲載する予定である。その基本部分を発展させる貴重な紙幅を分与して下さった『白鷗法学』編集委員会にお礼を申し上げます。

(42) 鈴木孝之先生は、公正取引委員会事務総局経済取引局長及び審査局長の要職を務められ、ご在職中は我が国の競争政策の発展に大きく貢献された。その豊富なご経験は後の研究者としてご活躍される中で、数多くのご業績へと結実された。筆者は、鈴木先生が東北大学に着任されて以来、今日に至るまで親身にご指導をいただいている。この場をお借りして、先生の学恩に深甚なる感謝を申し上げますとともに、ますますのご健勝を心より祈念いたします。