

# 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 —

米 丸 恒 治

はじめに

第一章 公共契約の法的・争訟的統制不全の現状

第一節 わが国における政府契約との比較の論点

第二節 ドイツ法における公共委託発注の法的統制の前段階

第二章 E C統合とE C法上の公共調達法準則

第一節 E C統合と公共調達の開放

第二節 E C法上の公共調達法準則

第三節 各国の公共調達指令の受容状況

第三章 ドイツにおける公共委託発注の争訟的統制の新展開

第一節 ドイツにおける受容の状況

第二節 財政法的受容の概要

第三節 争訟的統制の現状と検討

おわりに

本稿の主たる課題は、E C（現在ではE U）およびドイツ法上の公共調達の法的統制の新展開を、特に争訟的統制に重点をおいて検討を加え、そしてまたこの作業を通じて、私法上の法人ではあるが公共性の高いもの、補助金を受給して事業を営む者に対しても、その公共性を理由として同様の法的統制を及ぼさんとするE Cの現状も示すことである。

さて、わが国でもこのところ、公共事業に絡まる汚職、談合の増加を理由として、公共工事の発注、物品購入などのいわゆる「政府契約」<sup>2)</sup>（以下では、公共団体等の契約も含め「公共契約」という用語を用いる）締結手続の抜本的な改善が求められている。これまでわが国の行政法学では、公共契約は私法上の契約とされ、法制度的にも財務会計上の諸規定の適用がある他は、それに対する法的または争訟的統制のしくみは十分には提供されてきていない。公共契約の手続および内容的な基準については、国の契約については、会計法および予算決算および会計令により、自治体の契約については、地方自治法で一応の規制が加えられている。

しかし、このところの談合問題が示すように、手続および実体的な規制のみでは、必ずしも現実にそれらがうまく実施されるとは限らない。むしろそれらが適切に履践されたかどうかをチェックするしくみが多元的に必要であるといえよう。そのようなチェックの仕組として期待されているものとして、行政機関自らによるコントロールの他、会計検査院または地方自治体の監査委員による会計監査<sup>3)</sup>、独占禁止法等による規制、刑事的規制、すなわち談合罪、贈収賄罪による刑事的威嚇とならんで、争訟制度の活用による当事者によるコントロールが考えられる。本稿では、このうち争訟制度の活用による当事者によるコントロールの手法に着目したい。

これまでわが国では、入札から洩れた当事者による争訟制度による公共契約のコントロール制度としては、つとにアメリカ合衆国の連邦のそれが知られているが、それとともに新たな展開を見せているものとして、E Cのそれがある。E C

における展開そのものは、もともと、外国の業者の差別禁止、外国の業者への国内調達市場の開放というきわめてEC特有の共通市場政策によるものではあるが、一旦成立した制度自体は、公共契約手続の統制制度として十分機能しうるものと考えられる。本稿では、そのような意図から、ECの制度を概観することに重点を置きたい。

EC法においては、現在では、入札参加者によるコントロールとして、権利救済または法的統制のための法制度を新たに形成することにより、公共契約締結過程での法的統制が可能となっている。本稿は、このように公共契約締結についての新たな法的統制のシステムをわが国の公共契約のコントロールの改善のための比較の素材として検討し、わが国の現在の公共契約締結手続の改善に資することを目的としている。<sup>(5)</sup>

このような課題設定は、資金助成行政など非権力的な行為形式または私法上の行為形式を利用しつつ遂行される行政活動に対して法的統制の手段を用意してきていない行政法学の見地からの法的統制拡大のための試みにも位置付けられる。すなわち、資金助成行政など行政処分以外の行為形式を用いつつ行われる行政活動は、その社会経済的な重要性および国民との関わり的重要性にもかかわらず、それが法的統制の俎上にのぼせられることは少なかったといつてよい。しかしドイツにおいては、その法的統制のために、二段階論を始めとする法的統制の試みがなされてきた結果、現在でも補助金等の資金助成行政活動は、義務づけ訴訟、取消訴訟等の行政行為を対象とする訴訟制度による法的統制のシステムによりコントロールされることとなっているといつてよい。しかしドイツにおいても、資金助成行政の分野以外では、一部の例外を除いて公共委託発注法(Öffentliches Vergabewesen)<sup>(6)</sup>の分野、すなわち公共契約の場合は、この法的統制のシステムの対象にならないと考えられていたのである。それが、本稿で検討する最近の展開により、公共契約については、立法的措置によるものではあるが、法的統制の制度が用意されつつある。これはそのようなものとして、検討を要すると同時に、資金助成行政と同様法的統制が及びつつある現状をもってわが国の、この種の行政活動に対する法的取組の遅れたまたはたらざる部分を検証するための比較の素材とすることも有意義なものと考えられる。本稿は、このように非権力行政の法

的統制の検討作業の一環としても位置づけられるものである。

また、この作業自体は、特にドイツ法については、行政法的な観点からする公共委託発注手続についての研究はほとんどなされてこなかったことから、このような欠を埋める作業としての意味も持つものであろう。

さらにEC法とドイツ法を素材に検討を加える意味を述べるならば、後述のように、公共調達制度自体を公法的システムの中に位置づける国、私法上の位置づけをする国とEC構成国の中でも多様であるが、ECの動きは、それらのシステムにそれぞれ適用可能な諸原則と争訟的統制のしくみを導入せんとするものであり、この点では、さまざまな国の国内的な公共調達統制のシステムとの比較が意味をもち得る。さらになお国や自治体のような古典的な公共調達者のみならず、その法的形式のいかんを問わない公共的活動をも統制するものであることから、わが国における特殊法人、認可法人等の活動に対する統制の在り方を検討する素材としても意味をもち得ると思われる。また、補助金受給者等の活動についても、部分的ではあるが、統制が及んでいることが注目される。このように、公共性が高く、さまざまな特権が付与されている諸団体の活動に対する、その公共性に見合った法的統制のしくみが用意されているように見受けられるのである。このような課題設定による作業を通じて、法的行為形式、団体の種類のいかんをとわず、その公共性にみあった法的統制の枠組み獲得のための、「視野の拡大」、「枠組みの拡大」が求められている状況が示されるのではないかと思われる。

以下ではまず第一章で、わが国の公共契約締結手続との比較の論点と、EC統合以前のドイツ法の状況を比較しつつ整理しておき、第三章で行う新たなドイツ法の法システム検討のための前提作業を行う。次に、第二章では、EC法による公共調達分野の開放の諸原則を検討し、それがドイツの公共委託発注制度にどのような改変を迫ることとなったのかを整理した上で、最後に、第三章でドイツ法の新たな委託発注者の範囲に関する点、手続の争訟的統制を概観して、検討を加えることにする。終りに、ドイツ法の検討を通して得られた知見をわが国の公共契約発注手続の改善のための論点として整理し本稿を締めくくりにしたい。

## 第一章 公共契約の法的・争訟的統制不全の現状

### 第一節 わが国における公共契約との比較の論点

わが国でも公共契約の法的統制の観点から、近時まとまった業績が出されている。公共契約の法的統制自体は、極めて重要な課題であるにもかかわらず民法学または行政法学上のいわばはざまにあつて十分な検討もなされていかなかったし、また法的議論の対象となる素材も、実務的な関心からのものをのぞけば必ずしも豊富な蓄積があつたわけではない。しかしわが国の法制度も、さらに比較法的検討の作業を経ることによりその特徴や限界、問題点もよりよく明かになるものと考えられる。

さてEC法およびドイツ法における公共契約規制との比較を念頭におきながら、わが国のそれを予め論点として整理しておく、次のような点が問題となろう。

まず、第一に、公共契約の範囲に関しては、公社公団などの特別の事例を除けば、国、地方公共団体が締結する契約をその範囲としてきた。したがつて、私法上の法人の契約はその対象に入らず、また公社公団などについても一般的な法的規制はない。

第二に、基本的に公共契約は、わが行政法学の一般的な考え方からすれば、私法上の契約である。かなりの制限を受けるものの、基本的には契約自由の原則が支配する私法原理が妥当するとともに、その締結前後の法的な紛争は、それが民事訴訟により解決される紛争については処理されるが、住民訴訟・住民監査請求を除きそのための特別の法的争訟的統制手段はない。対等の法的関係において相手方、契約条件等を考慮して契約が締結されるが、契約締結過程においてその相手方として選定されなかつた者や、その手続過程に関与できなかった者は、契約に対する何らの権利もないと考えられるために、その契約締結過程を裁判等で争うことはほとんどできないし、またそのために特別に法制度として設けられた権

利救済制度もこれまでのところ存在しない。<sup>(10)</sup>

第三に、私法上の契約たる公共契約を、公正性および経済性の観点から規制する諸手続規律および会計法上の規律は、「行政内部的な」規制として、<sup>(11)</sup>それに違反した場合でも、基本的にはその法的な効力自体は、強行法的な規律違反でないかぎり、否定されない。<sup>(12)</sup>

以上のように、わが国における公共契約も、他の諸国同様経済的にはかなりの重要性を持ち、またその相手方たりうる企業等に対しても極めて重要な影響を与えるにもかかわらず、それを統制するための制度を欠いてきたことは確認されてよい。<sup>(13)</sup>

わが国の公共契約規制をこのように特徴づけておき、二章および三章では、E C法およびドイツ法における政府契約規制の現状と比較検討することにする。ドイツにおいても、基本的にはわが国行政法学と同様の特徴がみられた状態から、E C法の影響を受けて新展開を示す最近の状況までを対比することにより、わが国のような法的統制の枠組みからの国際ルールの形成に伴う変容の一類例とその限界を知ることができよう。

## 第二節 ドイツ法における公共委託発注の法的統制の前段階

一 ドイツ行政法学が公共委託発注に関していかなる法的統制のための議論枠組みを用意してきたかについては、行政私法論や資金助成行政をめぐる一部の議論を除いて、<sup>(15)</sup>わが国で紹介されるほどの理論的枠組みはなかったといつてよい。すなわち、公共委託発注は、その社会経済的な重要性にも関わらず、それが私法上の契約であり、公法的な統制の枠組み外にあると考えられることよって、行政法学の見地からの法的統制の試みはほとんどなされてこなかった。<sup>(16)</sup>

その中であって、行政私法論は、<sup>(17)</sup>行政機関の活動が私法上の形式で展開されるものではあるが、純粹に私法上の法原則の統制を受けるのみならず、それが行政活動であることからして、基本権による統制、特に平等原則などの憲法的法原則

が適用されることを説いてきた。この理論的対応は、行政活動に適用される実体的な法原則の追求という点ではその意義を持ちながらも、なおもその説くところは概括的一般的な法原則にとどまり、そのみでは、私法上の形式による行政活動を十分に統制しうるものとはならなかったし、またその機会も争訟法上は欠いていたのである。

一方、私法上の行為形式による行政活動の中でも、特に資金助成行政については、当初私法上の形式で行われるものとされていた段階から、その法的統制の欠如という点での欠陥が認識されるに至り、次第に公法的な法的構成がなされるようになっていった。そこでは、もともと私法上の行政活動に対して、次第に公法的な実体的統制および争訟的統制を及ぼすべきであることが理論上も、そしてまた実務上も承認されて、現在に至っているといつてよい。補助金、融資などの資金助成行政は、ドイツにおいては、公法的な統制が実体的にもそしてまた争訟的にも及んでいるという認識には、異論はないところであろう。<sup>(18)</sup>

ところで、従来より、各種の資金助成行政の種類の中に、本稿が対象とする公共契約締結の対象となるような公共委託発注の分野で、特定の政策目的に基づいて、特定の範囲のものが優遇されるものがあることは、指摘されてきた。<sup>(19)</sup> それらの助成手法については、法律が特定の集団を優遇する法的根拠を与えているときは、その優遇措置に基づいてなされる委託先の決定を行政行為として構成し、それに行政行為を前提とした法的統制を及ぼしていこうとする動きがあったことは前に指摘したことがある。<sup>(22)</sup> しかしそのような特別な事例を除いて、公共委託発注一般については、実体的にも争訟の上でも私法上のものとしての構成が取られてきたことがここでは確認されればよい。<sup>(23)</sup>

すなわち、ドイツにおいても公共委託発注については、特別のケースを除いて、私法上の法的構成が取られてきた結果、それを公法的に統制するための制度なり法原則なりは、用意されてこなかったのである。したがって、政府が物品調達または建設委託をする場合など公共契約を締結しようとするときには、それに際しての財政法上および契約手続上の基準は<sup>(25)</sup>あるものの、その契約の性質は私法契約であり、契約相手として選定されなかった者は、私人が契約相手を決定する場合

と同様、契約相手として決定される以前には、例外的な場合を除き、特別な法的地位を持つてゐるわけではなく、選定からもれても、法的な争訟手段を用いて、救済を求めることはできないとされてきたわけである。<sup>(26)</sup>

このように委託発注の相手方として選定されなかった者は、その争訟の手段がないとされた結果、実体的に適用されるはずの行政私法も、また理論上のものにとどまったといつてよい。実体的な法原則が適用され実施に移されるための、制度的機会を欠いたわけである。

二 なお、ドイツ法において、建設事業や物品供給などの公共委託発注にかかわる発注手続や基準などを定めてきたものとして、請負規程(Verdingungsordnung)<sup>(27)</sup>があるが、これは、従来、公共契約、公共委託契約の約款として取り扱われてきたにすぎず、その結果、これらが、契約の法的統制に果たしてきた機能については十分検討されないまま、民事法の研究に委ねられてきたといつてよい。この請負規則は、次のように財政法上、位置付けられていた。すなわち、財政原則法の規定を受けて連邦では連邦財政法<sup>(28)</sup>が定められているが、委託発注については、その五五条第一項が、公開入札を原則とする旨の定めをおき、さらにその第二項が、契約の締結にあつては、統一的な要綱(Richtlinie)にしたがつて手続をすべきものとしている。そしてこの規定に基づき、連邦財政法暫定行政規則<sup>(29)</sup>は、その中で、契約に適用されるべき諸請負規程<sup>(30)</sup>を定め、契約担当機関に対する訓令の機能を果たしていた。連邦財政法暫定行政規則の中では、契約の公募条件(Bewerbungsbedingungen)の中に、明示的に、給付および建設給付の委託発注のための一般規定(VOL)のA部、V O BのA部<sup>(31)</sup>は契約の構成部分とはならない旨および申込者にはこれらの規定を適用することを求める訴求可能な権利はない旨を示すものとされており、それらは、もっぱら調達機関への訓令(Dienstanweisungen)の性格しか持たないとされてきた。<sup>(32)</sup>

さて、以上のようにドイツ法においては、公共契約の締結過程で、その相手方として選定されなかった者は、締結前はその法的地位がないものと考えられたために、争訟的な救済の機会も閉ざされていたが、それに対して、EC法における



共通市場政策の一環として展開された政府調達に関する政策の実施の結果として、新たな制度的な展開を見ている。次章では、ECにおける公共契約に関する政策と法原則を概観することにする。

## 第二章 EC統合とEC法上の公共調達法準則

### 第一節 EC統合と公共調達の開放

一 ECの域内共通市場政策の実現にあたって、公共調達の開放、すなわちドイツ流にいえば公共委託発注分野の開放は、その重要な前提条件の一つとされてきた<sup>35</sup>。特に、公共調達分野は、GNPのかなり重要な部分をしめるといふ経済的な意味からもその重要性が指摘されてきていた<sup>36,37</sup>。もともと公共調達に関する事項は、一九五七年のローマ条約中には盛り込まれていなかったが、一九八七年の単一欧州議定書とともに、ヨーロッパ共同体条約二三〇f条<sup>38</sup>に取り入れられることになった。

ECは、この政府調達市場の開放という目的のために、これまで二〇年以上にわたって、様々な指令(Directive)を発し、<sup>39</sup>法的な手段を用いて、構成国の国内法の開放へ向けた動きを促進してきた<sup>40</sup>。その動きの中で出されてきた、公共調達関係の各種指令を挙げると、次のとおりである。<sup>41</sup>漢数字は、公報の公布日である。

- (1) 公共建設委託指令(一九七一年八月一六日)71/305/EEC(L 185)―93/37指令により廃止
- (2) 公共物品供給委託指令(一九七七年一月一五日)77/62/EEC(L 13)―93/36により廃止
- (3) 77/62/EEC指令改正指令(一九八〇年八月一八日)80/767/EEC(L 215)
- (4) 77/62/EEC指令改正指令(一九八八年五月二〇日)88/295/EEC(L 127)

- (5) 71 / 305 / EEC指令改正指令(一九八九年七月二一日) 89 / 440 / EEC(L 210)
- (6) 公共物品供給委託および公共建設委託の発注にかかる事後審査手続の適用に関する指令(一九八九年二月三〇日) 89 / 665 / EEC(L 395) — 略称、救済手段指令 —
- (7) 水道、エネルギーおよび交通手段供給ならびに電気通信部門の領域における委託発注に関する指令(一九九〇年一月二九日) 90 / 531 / EEC (L 297) — 93 / 38 指令により失効していると宣言された。
- (8) 水道、エネルギーおよび交通手段供給ならびに電気通信部門の領域における委託発注者による委託発注に関する共同規則の適用に関する法規則および行政規則の調整に関する指令(一九九二年三月三三日) 92 / 13 / EEC (L 76) — 略称、特別部門救済手段指令 —
- (9) 公共役務提供委託の発注に関する手続の調整に関する指令(一九九二年七月二四日) 92 / 50 / EEC (L 209)
- (10) 水道、エネルギーおよび交通手段供給ならびに電気通信部門の領域における委託発注者による委託発注の調整に関する指令(一九九三年八月九日) 93 / 38 / EEC (L 199 / 84) — 略称、特別部門指令 —
- (11) 公共物品供給委託発注手続の調整に関する指令(一九九三年八月九日) 93 / 36 / EEC (L 199 / 1)
- (12) 公共建設委託発注の手続の調整に関する指令(一九九三年八月九日) 93 / 37 / EEC (L 199 / 54)
- 二 まず、第一に建設事業部門について述べよう。建設部門での当初の重要な指令が、(1) 公共建設委託発注のための手続の調整に関する指令 — 略称、公共建設委託指令 — である。この指令は、公共委託発注者に対して、EC全体への建設委託の公告 *Ausschreibung* を義務づけた。委託発注手続の公開性を保障するために、公告指令 (*Bekanntmachungsrichtlinie*)<sup>(42)</sup> が、公共委託発注手続の種類と様式を規律していた。この建設委託指令は、八九年の(5) 建設委託指令改正指令により改正され、委託発注手続がさらに公開されるとともに、この段階ではじめて、公共団体が間接的に支配力を行使する私法上の

組織の委託発注者も、EC全域での公共建設委託の発注手続を義務付けられることになったのである。そして公告指令が建設委託指令に統合されることとなった。これらの改正は、さらに一九九三年六月の段階で、公共建設委託発注の手続の調整に関する指令(12)で統合されている。

第二に、特定の生存配慮にかかわる部門の委託発注にかかわる規律がある。水道供給、エネルギー供給および交通手段供給ならびに電気通信事業などの公益事業部門の領域については、その委託発注手続は、特別部門指令(10)により規律されることになった。<sup>(13)</sup>これらの指令は、この部門が、さまざまな法形式の法人により担われているにもかかわらず、国民生活上の重要性をもつことから包括的な統制を及ぼさんとするものである。

第三は、物品調達にかかわる規律である。建設事業以外の物品供給にかかわる公共委託発注手続については、物品供給調整指令により規律がなされる。当初は、七六年の指令により規律がなされたが、最近では、九三年の指令によりこれも統合された規律がなされるようになった。

第四に、役務提供にかかわる規律である。ドイツ流に言えば、営業的な役務提供および自由業的な役務提供にかかわる委託発注手続については、役務提供指令が規律をおいている。

最後に、これら各部門の公共委託発注にかかわる関係者の権利の救済手段にかかわる指令として、救済手段指令が、建設、物品供給、役務提供の部門にかかわるもの(6)と、特別部門にかかわるもの(8)との二種類出されている。この権利救済手段指令が、まさしく本稿で特に検討の対象とする争訟手段による委託発注手続の統制の問題にかかわるものである。

これらの指令は、後述のように、委託発注の価額を基準として、一定額を越える発注額の委託発注事業のみを適用対象としている。たとえば、建設委託の場合の規制限界値は、五〇〇万ECU(約二千万マルク)、物品供給委託の場合は、二〇万ECU(約四〇万マルク)である。

ECの指令による国内法調整の動きの具体的な内容は、次節で検討するが、なお、国内法に受容規定が設けられていな

い場合でも、一定の要件があれば、EC指令が直接的に国内の発注手続に適用され、それを拘束する場合があることも、認められていることを付言しておく。<sup>(44)</sup>

## 第二節 EC法上の公共調達法準則

一 本節においては、EC法上の公共調達法の諸原則について具体的に検討する。ECにおける公共調達市場の開放は、公共調達者の広範な把握、公共調達の広範な把握、市場現象の透明性の向上、差別の撤廃、競争導入、もっぱら委託に関連した基準での委託先の決定により促進されると考えられているといつてよい。EC指令による公共調達規制は、これらの諸点を共通の準則により構成国に示し、構成国の国内法による対応によって促進せんとするものである。

### 二 公共調達者

公共調達者の概念は、制度的な概念と機能的な概念とから構成されている。このうち、制度的公共調達者とは、公法上の法人という形式的徴表により定義されるもので、機能的それは、法形式の如何を問わず、一般利益のための事務を遂行するという基準で拡張される概念である。<sup>(45)</sup> 伝統的な国、領域団体のみならず、公法上の組織(Einrichtungen des öffentlichen Rechts; bodies governed by public law)なる用語の下に、営利的な種類でない一般利益のための事務を遂行する、特別の目的のために設立され、法人格を持ち、圧倒的に国、領域団体もしくはその他の公法上の制度により財源が賄われるか、<sup>(46)</sup> またはその活動に関しそれらの監督に服するかまたはその管理機関、監督機関、指導機関の過半数が国家、領域団体またはその他の公法上の制度により任命されている構成員からなる制度(組織)と定義している。問題は、「一般利益のための事務(needs in the general interest; im Allgemeininteresse liegende Aufgaben)」なる基準であらうか。<sup>(47)</sup> これは構成国の法的見解により区々となりうる。

この点、現行の指令では、構成国が委員会に対して適用対象となる法人を挙げることによって実際上の疑義は生じない

ように手当てされている。委員会が指令の付表として対象法人を列挙している。この一覧は、法的には創設的な構成的なものとしてではなく、もっぱら確認的宣言的なものとどまる。

この適用対象法人の範囲の点では、特別部門指令は、特に機能的意味での適用法人の範囲が最も広がっている。

ドイツ法においては、制度的意味の公共委託発注者の定義も、公共委託発注の概念規定も法律上のものはなかった。ドイツ法の理解では、公共委託発注(Offentliche Auftrag)とは、公法上の法人(連邦、州、ゲマインデ、公法上の社団、営造物法人、財団)と私法上の法人または自然人との間で締結される、公法上の法人が報酬と引換えに、物を獲得しまたはその他の給付(工事給付、役務給付)を得ることを内容とする契約である。したがってこれまで、ドイツ法では、公法上の法人が私法上の法人の形式で法的取引を行う事例については、それを公共委託発注の範囲にいれてこなかった。また、公法上の法人が、物品等を販売する契約についてもその内容から公共委託発注にいれてきていない。

### 三 調達関連情報の公開

ECの政府調達の開放にあたって重要な施策の一は、委託発注過程が他の構成国の企業等にとっても公開されており、その透明性を高めることである。ECの各種指令では、委託発注の事前事後の情報の公開を通じて、透明性を高めようとしている。

まず、委託発注の事前の情報公開として、将来的に予定されている委託発注に関して企業に情報を提供するために、調整指令は、公共委託発注者の事前情報提供義務(Vorabinformationspflicht)を定めている<sup>14)</sup>。この情報提供はECの公報のCシリーズに掲載されることになっているが、その内容は拘束的ではない。あくまでも予定を知らせるにすぎないものとなっている。事前に提供される情報は、公共調達者により予定される調達要領の広告である<sup>15)</sup>とみてよい。さらに物品提供および建設委託の場合は、予定される委託発注の様式(Modalität)も示されなければならない<sup>16)</sup>。

次に事後的情報提供として、まず一般的なものとしては、調達者は、EC公報のCシリーズに、委託発注先決定基準、

申込者の数、委託受注者の名称および住所、発注決定額または価格帯を示さなければならない。

個別的には、建設委託の場合、発注者は、受注し得なかった申込者に対して申請に基づいて、その申し込み拒否の理由を通知する義務を負う。

また建設調整指令および物品供給指令によれば、それぞれの委託発注について、発注者は、特定の受注者に委託先を決定した理由、特定の申込者を排除した理由等の詳細な情報を記載した委託発注記録(Vergabevermerk)を作成しなければならない。E C委員会は随時、この記録の提出を求めることができる。

事後情報の第二のグループとして、構成国は、E C委員会に対し、毎年度、公共建設発注および公共物品調達委託に関する詳細に類別された統計数値を報告しなければならない。

#### 四 非差別措置

E C域内の非差別措置については、E C条約上も定めがある。

従来 of 行政慣行上なされていた外国の申込者の潜在的差別に対処するために、E C指令は、申込者の財政的および経済的な業績能力に関する証明につき完結的な規律をおいている。具体的には、銀行証明、損益対照表、売上高、研究証明、比較対象業績に関する証明、企業の技術的および人的装備に関する証明、公的品質リストへの登載の証明である。

技術的な分野の規制も、場合によっては、非関税障壁となつて外国企業の政府調達への参入を妨害することになるが、この点についても、指令は、包括的な規律をおくことにより対処している。

技術的な分野での品質証明、業績証明等は、特に、公共調達者の属する国の品質保証機関の品質証明等が要求されることになれば、これは容易に事実上の差別措置となりかねない。この点に関しては、E C裁判所のダンダルク事件判決が示しているように、国際的な技術規程があるにもかかわらず、あえて国内の特殊な技術規程への適合製品の使用を求めることは、建設調整指令の一〇条およびE C条約三〇条に違反する。したがって、国内的な技術規程が差別効果をもち得るこ

とを考慮して、指令<sup>56</sup>では、技術的な要求は、できるだけヨーロッパ的な特性に照らしてのみの判断基準で定めるべき義務を課している。

技術仕様は、ヨーロッパ規格を国内に受容した規格、ヨーロッパの技術的許認可、または共通技術仕様に従って決定しなければならぬとされ、共通法上の技術仕様を欠くときは、技術要求は、その他の文書に従い確定されなければならないが、その際、国際規格を国内に受け入れた国内規格、その他の国内規格、国内許認可、またはその他の技術的規準の優先順位にしたがい、技術仕様が確定されるべきこととされている<sup>57</sup>。

明示的に禁止されているのは、特定の製造所もしくは原料または特別の製造方法の製品に言及しかつ特定の企業を優遇または排除する効果をもつ技術仕様である<sup>58</sup>。同様のことは、特定の製造方法による商標、特許またはタイプ、表示の指示にも妥当する<sup>59</sup>。

## 五 競争手続

EC域内の政府調達の開に不可欠の条件として、域内企業等が調達過程に自由に参加することが必要であるが、そのために必要な施策として、EC全域での競争の実現が挙げられよう。この点については、委託発注の公告が必要とされ、協調指令は、一定の規模以上の委託発注については、ECの公報に公告することを求めている。それぞれの委託発注毎の限界値(Schwellenwert)は、以下のとおりである。

物品供給(物品供給協調指令) 二〇万ECU<sup>60</sup>

〃 (GATT協定による政府購入) 一二万九千ECU

建設委託 五〇〇万ECU

役務提供委託 二〇万ECU

特別部門指令による

物品供給および役務提供(一般) 四〇万 E C U

物品供給および役務提供(電気通信部門) 六〇万 E C U

これらの限界値以上の発注行為は、E C 法の統制に服することになる。

指令による競争委託発注手続の内容は、まず、競争の程度により、次のように三種類の手続に区分される。

公開手続<sup>(61)</sup>、非公開手続(参加競争を伴うものと伴わないもの)、折衝手続(参加競争を伴うものと伴わないもの)<sup>(62)</sup>、である。

このうち、公開手続は、参加の面と価格の面など全面的に競争が行われることになるが、非公開手続および折衝手続の場合も、競争を促進するために、調達者は、委託発注の意思を E C 全域に公告しなければならぬとされている。これらの場合も、委託発注の公告により、手続参加への競争は行われなければならないわけである。委託発注者が公告をしないでもよい場合については、特別に緊急性があるときや、小規模の付随的な給付の場合など制限的に列挙されている。

公開手続が優先されるべきことは、E C においては、物品供給の指令のみが定めていたが、現在では、公開手続と非公開手続とは自由な選択に委ねられている。

こうした競争機会の付与を現実的なものとするためには、手続に参加するための十分な期間が必要となるが、協調指令は、それぞれの委託発注の種類に応じて確定された最短期間を定めている<sup>(63)</sup>。

## 六 発注先決定基準

政府調達市場の公開の上で、さらに重要な要素となるのは、委託発注先決定の基準である。調整指令は、委託先決定を、もっぱら二つの基準により行うことを求めている。すなわち、もっぱら最低価格という基準により行うか、または経済的に最も有利な供給がなされるかどうかという基準によるかのどちらかである。後者の場合は、委託発注の種類によりさまざまな基準が用いられ得るのであり、またその考慮の程度もさまざまであるが、例えば、価格、施行期間、運転費用(ランニング・コスト)、収益性(Rentabilität)、技術的価値、美的価値、合目的性、顧客サービス、供給期間などが考えら



れている。

このように、経済合理的な観点からのみ基準が運用されると、従来から各国で取られてきた、公共委託発注を経済政策的手段として用いる政策と矛盾することになる。すなわち、経済政策的には、公共委託発注は、地域経済の振興、雇用の確保、経済各部門の操縦、女性の雇用推進など経済秩序操縦のための重要な手段として用いられてきたが、各国のかかる政策的な委託発注の運用が、どの程度まで許容されるかという問題が出てくる。この点については、EC裁判所の *Beaufort* 判決<sup>(66)</sup>が重要である。判決は、長期失業者の雇用という条件について、それを公告しなおかつその基準が差別的効果をもたないことを条件に、補充的に委託先決定基準とすることを認めたが、これについては、このような条件で差別的な効果をもたない基準はないなど強い批判が出されている<sup>(67)</sup>。

また、物品供給指令の改定の議論においては、女性の雇用促進の基準が議論されたが、のちの閣僚理事会での審議では、それを指示する構成国はなかったようである<sup>(68)</sup>。また、ドイツの州が、職業訓練の機会を与えているかどうかを有利な考慮要件としていたものについて、委員会の条約違反手続の中で批判があり、それにもとづいて、当該通達が廃止されたことがある<sup>(69)</sup>ことも知られている。

なお、このように委託発注法上、もっぱら委託発注に関連する経済的な基準のみにより発注先を決めるという原則そのものの相対化もみられる。すなわち、特別部門指令は、国産品使用率による制限を認めている。第三国産の製品の割合が全価格の二分の一を越えるときは、その第三国からの申込は拒否することができる。EC構成国の企業が同額の供給をするときは、第三国からの提供者の供給物より三パーセント高までは、申込は同額と評価しなければならぬとされている<sup>(70)</sup>。このような非経済的条件を承認するに至った背景には、GATTの政府購入についての政府間交渉の交渉政策(戦略)的なものがあつたといわれている<sup>(71)</sup>。なお、委託発注をするに際して、経済全体の景気動向を考慮して、景気過熱時には発注を遅らし、停滞時にはそれを早めるなどの考慮が許されているかについては、委員会は許容されていないとしているようである。

あるが、そのような見解は、EC法上根拠がないとする見解も出されている。<sup>(72)</sup>

## 七 救済指令

EC法の政府調達に関する規律のうち、最後の本稿の関心からして最も重要な原則が、EC法上の委託発注原則の実施の監視に関する部分である。この点については、上述のように、構成国の委託発注手続の統制および制裁のための権利救済手段に関し、二つの指令がだされた<sup>(73)</sup>。八九年の指令と、九二年の指令であるが、八九年指令は、当初の委員会の意図よりもかなり後退した内容のものとなったといわれている<sup>(74)</sup>。すなわち、当初、委員会は、ヨーロッパ経済共同体条約の一〇〇条および一〇〇a条にもとづく構成国の統制手段のみならず、委員会が独自の介入権限を持ち、構成国の手続違反および差別措置があるときには共同体の公共的利益を主張するために行政手続上または裁判上の手段を用いて自律的に介入できるようにすることを意図していた。また、統制の基準となる規範も、共同体法およびその国内的に受容された規範のみならず、構成国独自の規定をも統制の基準とすることを意図していた。しかしこの意図は、構成国の反対により実現されなかった。

八九年指令は、EC条約一八九条三項の意味で典型的な指令であるといわれている。すなわち、指令の拘束的な目標にそった各構成国の措置を求めるものであるが、その実施措置の内容は構成国の自主的な判断に委ねられているからである。指令により課されることになった原則は次のようである。

### ① 救済指令の目標

まず、同指令によれば、構成国は、ECの政府調達法の実施のために指令で定められた適切な事後審査手続・救済手段を有効に実施するよう確保しなければならない<sup>(75)</sup>。具体的には、委託発注手続の進行中にも発注者の手続瑕疵のできるだけ迅速な是正、EC公共調達法違反の是正、法違反により損害を被った企業に対する損害賠償を確保することが重要な目標である。

構成国は、このような目標のために迅速かつ有効な統制の具体的な措置を定めなければならない。

## ② 統制措置および制裁措置

指令が求める具体的な統制措置の条件のまず第一は、構成国における事後審査機関が、委託発注機関から独立でなければならぬ。そして、審査機関は、(i) 仮処分の方法で、委託発注規定違反を暫定的な措置により除去する(たとえば委託発注手続の停止によるなど)、(ii) 違法な決定を取り消すか、あるいは取消しを請求する、(iii) 法違反により損害を被った委託発注参加者に損害賠償を与える権限を持つていなければならない。(監視指令二条一項)

しかしこの手続にあたり、審査機関は、委託発注手続の停止の決定をする場合には、利益衡量の原則にしたがい判断を行うことができるかとされている。より高次の法益を実現するという公共の利益が、EC法の遵守の利益よりも優先させられることがあり得る。(二条四項)この利益衡量の原則は、Dundalk 決定において示されたEC裁判所の見解が取り入れられたものである。<sup>(76)</sup>この事件では、建設調整指令一〇条およびヨーロッパ経済共同体条約三〇条の明白な違反があったにもかかわらず、裁判所は、発注手続の停止を認めなかった。

## ③ 構成国の統制機関

統制機関がどのような機関でなければならないかについては、監視指令は、特定の内容のものを義務づけているわけではない。(二条二項)委託発注機関から独立した行政庁でも、裁判所でもよいとされている。ただ、最終審の事後審査は、裁判所またはヨーロッパ共同体条約一七七条<sup>(77)</sup>という裁判所に準じた機関でなければならない。この点では、EC裁判所の判例によれば、の事前決定(Vorabentscheidung)を求める権限を有していなければならない。この点では、EC裁判所の判例によれば、当該機関の名称が裁判所であるかどうかでなく、当該法システムにおけるその機関の機能および位置が重要であるとされている。<sup>(77)</sup>

審査機関の独立性にかかわっては、当該機関の構成員にその任期、身分保障、独立性の点で、裁判官に準じた地位が与

えられなければならないとされている。少なくとも独立機関の委員長は、裁判官資格を持つてゐる者でなければならない。(八条四項および五項)この機関の決定は、法的に拘束力あるものでなければならないが、どのように拘束力を持たせるかについては、構成国に委ねられている。(八条六項)

#### ④ 損害賠償

指令は、法違反を理由とする損害賠償については、構成国の国内法の規律に委ねている。(指令二条一項c)

#### ⑤ EC委員会の異義申出手続

前述のように、委員会は当初、独自の統制手段を設けることを意図していたが、指令により実現した手段は、委員会による異義申出手続(Beanstandungsverfahren)である。委員会は、明白なEC委託発注法違反がある場合には、構成国に対して違反行為の除去を求めることができる。(三条)それに対し、構成国は、三週間以内に、違反行為の除去の確認を通知するか、除去しない場合はその理由を示すかまたは手続を停止した旨を連絡しなければならない。この手続は、従来委員会が構成国との間でとっていた手続を正式に制度化したものである。この手続によれば、EC裁判所に対する、事後的な、時間のかかる条約違反手続および裁判を避けるために、違反行為を迅速に除去することができる。とされている。

#### ⑥ 特別部門監視指令

水道事業等前述の特別部門の指令実施のために制定された特別部門監視指令は、もともとの監視指令の手続を自由選択的に適用してもよいと定めている。さらにこの特別部門監視指令は、特別部門の委託発注者全体またはその一部の客観的基準により選定された委託発注者に対して、手続の中止や決定の取消しなど従来の指令により導入された措置以外の措置を導入することを認めている。指令は、別の措置として、課徴金手続(Zwangsgeldverfahren)を定めている。(部門指令二条一項c)課徴金を課す手続を導入するときには、委託発注法違反の疑いがあるときに、予め仮に課徴金を課し、裁判所の判決が確定してはじめて支払わなければならないようにして課すこともできるとされている。(二条五項)この行政庁

の直接の介入により、特に私法上の委託発注者に対してもその委託発注手続に法的効力を及ぼす手続に対しては、ドイツ、イギリスなどが直接の手続の停止を求めない方式を取り入れるよう要求したといわれている。これは、当時においては、行政庁が私人の委託発注手続に対して介入することに対する憲法上の疑問(ドイツでは基本法一二条の職業遂行の自由の侵害)もあつたからだといわれている<sup>78)</sup>。しかしその後ドイツの経済界は、専門的な権限を持つ行政庁により短期間手続を停止させられる方が、その他の構成国で行われているような高い課徴金を支払わなければならない危険よりもましであるとして、行政庁の停止措置の支持をしたようである。

#### ⑦ 調停手続

特別部門指令は、さらにECのブリュッセルにある公共委託発注審議委員会において進められる調停手続も定めている。(部門指令九条ないし一二条)この委員会は、一九七一年に設立が決つているが、これまで詳細な規定がおかれないためにまだ実施されていない。

手続自体は、純粹に自由選択的のものであり、委託発注手続との関係で共同体法違反により差別されたまたは差別されようとする者はなにびとも、委員会に調停手続をはじめのように申請することができる。手続開始の要件は、調停者の同意である。仲裁者は、部門指令一〇条二項の基準にしたがい当事者の同意のもとに委員会により、審議委員会の審議により作成された信任仲裁者リストの中から任命される。仲裁者は当事者の合意を目指して努力する。申請者および調停者は、いつでも手続をうちきる権利を持つ。

#### ⑧ 証明手続

特別部門指令は、さらに自由選択性の証明手続(Bescheinigungsverfahren)も定めている(部門指令三条ないし七条)。それによれば部門指令の適用を受ける委託発注者は、定期的に、検査士により、当該企業の委託発注実務の相当の検査の後、その委託発注手続および委託発注実務が一次的共同体法および受容された二次的共同体法と一致している旨の証明

を行わせることができる。この部門指令四条ないし六条による証明手続に関するヨーロッパ規格の作成が今後予定されている。

### ⑨国内統制措置、国内制裁措置とEC条約一六九条による措置との関係

さて、以上の諸措置は、二つの監視指令により国内法に受容される措置であるが、それとは別個に、ECレベルの統制措置が存在する。すなわち、指令を受容した国内の措置とはかわりなく、EC条約一六九条にもとづく委員会の措置がとられることがあり得る。企業は、国内でなされている不服申出の諸措置にかかわらず、EC委員会に対して、不服を申し出ることができる。委員会は、公共調達者による共同体法違反の疑いがあるときは、職権で、EC条約一六九条による構成国に対する条約侵犯手続(Vertragsverletzungsverfahren)を開始することができる。この方法は、従来しばしばとられてきている。<sup>(79)</sup> 著名な事件では、Pratelli Constanzo事件<sup>(80)</sup>、Dundalk事件<sup>(81)</sup>、Mezzogiorno事件<sup>(82)</sup>、Benjes事件<sup>(83)</sup>、リサボン空港中央電話設備事件<sup>(84)</sup>などがある。

なお、ECレベルでの委託発注の統制手段と、国内法上の諸統制措置とを比べると、たとえば、仮の救済の手続および既に契約締結済みの委託発注の統制に対する統制方法などの点で、前者が有利であるとされているが、手続が遅くかつ面倒な点などのマイナス面も指摘されている。<sup>(85)</sup>

## 第三節 各国の公共調達指令の受容状況

### 一 政府調達制度の国内法的位置づけ

政府調達の制度を国内法上、どのような法システムに位置付けるかについては、周知のごとく構成国により区々である。<sup>(87)</sup> 大まかにその位置付けを整理すれば、私法上の位置付けと公法上の位置付けをしている国がみられる。

まず、私法のシステムに位置付けている国として、デンマーク、ドイツ、オランダ、イギリスおよびアイルランドの諸

国が、あげられる。ドイツにおいては前述のように、委託発注者は高権的に行動するのではなく、私法規範にしたがい行動するとされ、その活動は国庫的な補助的活動として位置付けられてきた。これらの諸国では、委託発注手続、委託発注者と受注者との法的関係は、私法上のものとされ、それらから生じる法的争訟は、民事裁判所の管轄に属するとされている。

公法上の位置付けをしている国として、フランス、スペインおよびポルトガルがあるとされている。これらにおいては、公共委託発注制度は、完全に公法上のものとされている。これらの法関係は公法上のもので、またそれらに関する争訟は、行政裁判所または国事裁判所の管轄とされている。委託発注先の決定は、行政行為または類似の権力的決定とされている。ベルギーについては、例外的である。

## 二 監視指令の受容状況

ここで、不服申立指令の国内法への受容状況を概括的に整理しておく、次のとおりである。<sup>(88)</sup> 構成国は、指令の実施のために個別の立法をするか、国内法を改正するなどの措置をとった。<sup>(89)</sup>

以下、二次資料を基礎にせざるを得ないが、それぞれの国の特徴を整理しておきたい。

### (1) ベルギー

ベルギー<sup>(90)</sup>では、契約からはずれた入札参加者は、契約決定の取消しを求めて、行政裁判所たる国事裁判所(Council of State)に出訴する方法と、通常裁判所への損害賠償の請求とが認められている。基本的には、特別の制度は設けられなかった。

### (2) デンマーク

デンマーク<sup>(91)</sup>では、公共調達不服審判所(Appeal Board for Public Procurement)を設置して、調達関係の紛争を担当させることとした。ここでは、E C法による統制と国内法による統制を区別することなく担当する。公共調達法の体系が整

備されていなかったために、包括的な立法作業が行われた結果である。

(3) イタリア

イタリアでは、損害賠償を与えるための特別の立法がなされた。その他の点では、行政的規制については行政裁判所、民事的規制については民事裁判所が紛争を管轄する。

(4) ルクセンブルク

ルクセンブルクでは、作成された法案の中では、仮の権利保護の規定などが整備された。

(5) オランダ

オランダでは、基本的には、特別の制度は設けられなかった。

(6) スペイン

スペインでも、基本的には、特別の制度は設けられなかった。

(7) 連合王国

連合王国<sup>(96)</sup>では、公共調達法の体系が整備されていなかったために、包括的な立法作業が行われた。EC法を受容した手続によりハイ・コートへの出訴により、契約の取消、損害賠償を通じた救済を与えた。この手続は、国内法によるのみの手続をカバーしない。損害賠償の訴求可能性についても、手続の利用可能性についても、国内法による部分と、EC法による部分の取扱が異なっている。

(8) アイルランド

アイルランド<sup>(97)</sup>でも、公共調達法の体系が整備されていなかったために、包括的な立法作業が行われた。同様に、EC法を受容した手続は、国内法によるのみの手続をカバーしない。

(9) フランス



既にふれたように、フランス法上は、公共調達契約については、行政契約のシステムが存在したが、さらに、権限を拡大する立法がされ、特別の手續が設けられた。フランスでも同様に、E C法を受容した手續は、国内法によるのみの手續をカバーしないが、ここでは、契約前不服申立て制度(reours précontractuel)が設けられ、E C指令の適用をうける手續の統制を担当する。国内法によるものと、E C法上の統制が、手續および権限の点で違いがある。

(10)ギリシヤ

ギリシヤでは、基本的には、特別の制度は作られず、行政不服審査手續で対応されている。

(11)ポルトガル

ポルトガルでも、基本的には、特別の制度は設けられなかった。

### 第三章 ドイツにおける公共委託発注の争訟的統制の新展開

#### 第一節 ドイツにおける受容の状況

##### 一 ドイツにおける受容の基調

すでに八〇年代において、連邦議会の多数党派、州および諸団体が、E C委員会の公共委託発注に関する指令案に対して、徹底的な疑問を提示していた。特に、監視指令については、それが一定の委託発注額からVOLおよびVOBの委託発注規律の遵守の監視のために特別の正式の手續を定めるものであり、投資事業を長期にわたる行政手續または裁判手續で遅延させることになるであろうとして、国内の委託発注法にはシステムを異にする手段とみられたのである。特に、ドイツの建設委託発注の場合、実務上、ドイツの中小企業も委託発注手續に参与してきた経済構造と、委託発注において一

括入札方式ではなく、専門別入札発注または部分入札発注方式がとられてきたという実務の構造上、個別の発注決定が監視手続により遅れることにより全体的に重大な手続の遅延が発生する危険があることが考慮されたようである。<sup>(10)</sup>

救済手続指令が施行され国内法に受容されるとき議論は、まさしく、入札者に対して裁判所による審査の権利 (Subjektives Recht) を承認しかつ基本法一九条四項による権利救済手段を与える委託発注法律を制定しなければならぬのか、特別の行政的な審査手続で十分なのかの問題に集中していた。EC委員会は、たびたび、指令の受容のためには権利に基づいての制度化のみが、考慮し得るものであることを協調してきたが、連邦政府は、連邦議会および連邦参議院に支持されつつ、いずれにせよかかる結論を避けようとしたのである。<sup>(11)</sup>そして実施可能な妥協として、VOIおよびVOBに法律の根拠を与え、かつ権利を承認することなく委託発注決定の行政指向的な審査を可能とする「財政法的解決策」がとられたのである。同解決策を実現する財政原則法改正法案は、九三年七月一日に連邦議会を、九三年九月二四日に連邦参議院を通過し、九四年一月一日に施行された。この財政原則法の改正により、従来から財政法により委託発注規定に従うべきことが求められていた公共団体のみならず、はじめて一定の要件を満たす私法上の法人も委託発注法による統制の下に服さしめられることとなったのである。

EC委員会は、これを不十分とみて、九三年一月三日にEC裁判所に提訴した。九五年八月現在、まだ裁判所の結論は出ていない。

## 二 ドイツ法のヨーロッパ化<sup>(12)</sup>

ECの公共調達法の原則がドイツ法に取り入れられることにより、上述のように私法の領域での手続規律および特別の争訟制度が行政法学上の関心と呼ぶことになった。そのことを従来の行政私法論の射程を越えて、行政の私法が第二の一般行政法のシステム構成部分となり、公法および私法の法分野を包括する行政法への発展とみる見方も出てきている。<sup>(13)</sup>この発展は、委託発注法が、伝統的な公法上の法主体のみならず、公共性の高い私法上の法主体に対する同質的な法規制を

及ぼさんとして、行政法学のさらなる発展のひとつの特徴を表すものとして興味深い現象といえる。本稿の関心からも極めて注目に値する。

## 第二節 財政法的受容の概要

### 一 財政原則法改正の概要

ドイツにおけるECの指令の受け入れについては、これまで述べてきたように、財政法上整備規定をおくことよって、対応するという姿勢で臨むことになった。その法改正の基本的な考え方は、財政原則法で、従来公共委託発注規定の適用を受けていなかった委託発注者も含めて公共委託発注者の範囲にいれ、範囲を確定し、請負規程の手続規定にEC指令の手続規定を取り込むことにし、従来は訓令または契約締結の約款としての機能しか与えられていなかった請負規程に法規としての性格をあたえ、そこで定められた諸手続規則を法的に拘束的なものとする。そしてそれらに対する違反行為については、特別の争訟手続を用意する、ということである。

このような連邦政府の政策に基づき、九三年三月に財政原則法改正法案<sup>(9)</sup>が連邦議会に提出され、第二次財政原則法改正法により五七a条、五七b条、五七c条の三カ条が挿入されることになった。<sup>(10)</sup>これは、「公共委託発注制度に関するEC指令全体を国内法に受容するために、外部から緊急的に付加されたもの」である。<sup>(11)</sup>この改正により付加された条文は、以下のとおりである。

### 財政原則法

#### 五七a条 EC委託発注法による委託者(Auftraggeber gemäß EG-Vergaberecht)

(1) ヨーロッパ共同体の指令から生じる義務の履行のために、連邦政府は、連邦参議院の同意を要する法規命令により、次の各号の委託発注者による物品供給委託、建設委託および役務供給委託の発注および役務供給委託につながる競争に関する定めを

おく。

一 領域団体およびその特別財産ならびにそれらにより構成される諸団体

二 公共の利益のための非営利的な種類の事務を遂行するという特別の目的のために設立された、その他の公法上および私法上の法人で、第一号に定める機関が個別的にまたは共同で資本参加によりもしくはその他の方法で圧倒的に財政的に関与しているか、その指導部を通じて監督を行っているか、またはその業務遂行機関もしくは監査機関の過半数の構成員を決定したものであるか、または他の者と共同で圧倒的に財政関与を行っているか、または職務執行若しくは監査のための機関の構成員の過半数を決定した機関が、第一号に属するものであるときは、同様とする。

三 第一号または第二号に属する構成員よりなる諸団体

四 上水道供給、エネルギー供給、交通制度または電気通信制度の領域で活動している私法上の法形式の企業で、第一号ないし第三号に属する機関がそれらに対し個別にもしくは共同で支配的な影響力を行使し得るもの

五 上水道供給、エネルギー供給、交通制度または電気通信制度の領域で活動しているその他の私法上の自然人または法人で、それらの活動が、権限ある行政庁により与えられた特別権または独占権にもとづいて行われるもの

六 共同利用の目的の事業のために第一号ないし第三号に定める機関より財源をうるもので、当該事業の二分の一を越える財源がそれにより賄われる場合における、私法上の自然人または法人

七 第一号ないし第三号に定める機関と建設役務の供給に関する契約を締結した私法上の自然人または法人で、建設工事の反対給付として報酬ではなく、場合によっては価格の支払いも含めて建設された設備の利用権を約するものを締結したもの

八 どのような財源によるかにかかわらず、公的委託発注者により示された必要性に応じ、第一号ないし第三号に定める機関の二と第三者による建設役務の供給に関する契約を締結した私法上の自然人または法人

(2) 法規命令は、特に、委託発注の公告、経過および種類、企業および入札の選択および審査、契約締結ならびに委託発注手続または競争手続のその他の問題点につき定めをおく。

(3) 連邦政府は、連邦参議院の同意を要する法規命令により、上水道供給、エネルギー供給、交通制度または電気通信制度の領域で活動する委託発注者が、独立の検査人により、その委託発注活動が第一項にもとづき適用されることとなる委託発注規定に適合している旨の証明を得ることのできる手続についての定めをおくことができる。

五七b条 委託発注審査機関 (Vergabepflichten)

- (1) 第五七 a 条第一項に挙げた委託発注者の物品供給、建設および役務提供委託の発注のための手続ならびにそれらによりとりおこなわれる競争手続は、委託発注審査機関の事後審査に服する。専門監督および法監督に関する連邦および州の規定は、影響を受けない。
- (2) 連邦政府は、連邦参議院の同意を要する法規命令により委託発注審査機関の権限に関する定めをおく。委託発注審査機関の組織は、連邦および州がそれぞれその領域毎に定める。第一項の定めを越える管轄規定および州における委託発注審査機関の組織は、州法により権限ある機関が定め、かかる定めのないときは、州政府が定め、州政府は、この授權をさらに委任することができる。
- (3) 五七 a 条により発せられた法規命令により適用される委託発注規定 (Vergabevorschriften) に対する違反の根拠が明らかになるときは、委託発注審査機関は、事後審査手続を開始する義務を負う。特定の申請に利益を持つかまたは持った者が前段の意味での委託発注規定違反を主張するときは、特にこの義務を負う。
- (4) 委託発注審査機関は、五七 a 条にもとづき発せられた法規命令にしたがい適用される委託発注規定 (Vergabebestimmungen) の遵守を審査する。審査機関は、委託発注手続を実施する機関に対し、違法な措置もしくは決定を取消し、または適法な措置もしくは決定を行うことを義務付けることができる。委託発注機関が、第五七 a 条第一項第一号ないし第三号にあたる公法上の法人であり、かつこれが指示 (Anweisung) に従わないときは、委託発注審査機関は、必要な措置を自ら行いかつ執行することができる。委託発注審査機関は、委託発注手続を仮に停止することができる。仮停止の決定にあつては、審査機関は、すべての関係諸利益を相互に考慮しなければならぬ。その際、委託発注に際して不適切な遅延は避けるという公益が考慮されるものとする。圧倒的な利益がその継続を求めるときは、委託発注手続の停止はこれを行わないものとする。委託発注の付与により委託発注機関の委託発注決定がすでに行われたときは、委託発注審査機関の決定は、委託発注手続の違法性または適法性の確認に限られる。
- (5) 第五七 a 条第一項に挙げられた委託発注者に対し、委託発注審査機関は、その事務を遂行するために必要な報告を求めることができる。審査機関は、ヨーロッパ共同体の指令より生じる連邦政府の義務の履行に必要なかぎり、前段によりまたはその他の方法により得られた知識を連邦政府に伝えることができる。事後審査手続のより詳細な細目は、連邦政府が連邦参議院の同意を要する法規命令によりこれを定める。
- (6) 委託発注規定違反があるときに通常裁判所で訴求しうる損害賠償請求権についての規律は、影響を受けない。

五七c条 委託発注監視委員会 (Vergabeüberwachungsausschüsse)

(1) 連邦および州は、それぞれの領域の委託発注制度の監視のために、その活動を独立して自らの責任において行う委託発注監視委員会を設置する義務を負う。州は、単数または複数の共同の委託発注監視委員会を設置することもできる。

(2) 委託発注監視委員会には、単数または複数の部を設ける。部は、委員長一名、官吏および名譽職たる委員 (Beisitzer) 各一名の出席の下に決定を行う。部の構成員は、独立であり、かつ法律にのみ服する。委員長および一名の委員は、生涯官吏でなければならぬ。委員長および一名の委員は、ドイツ裁判官法による裁判官職の資格または一九九〇年八月三十一日の統一契約 (BGBI. 1990 II S. 885, 929, 930) の別表一第三章 A 領域第三款第 8 a および y の B による職業裁判官の資格を持っていないなければならない。委員は、委託発注制度についての基本的な知識を持っていないなければならないものとする。名譽職の構成員の任期は、5年とする。名譽職の構成員は、その任期中には、自らが委託発注決定に関与したかまたは入札者もしくは入札者の利益代表者であるかもしくはそれらであった事実を担当してはならない。

(3) 委託発注監視委員会の部の官吏たる構成員への任用 (Berufung) の無効および取消、ならびに部の官吏たる構成員の独立性および降格可能性については、ドイツ裁判官法一八条第一項および第二項、一九条第一項第一号、第三号および第四号ならびに第二項、二六条第一項および第二項、二七条第一項、三〇条第一項第二号ないし第四号ならびに第三項、三一条、三二条、三三条および三七条を準用する。指名 (Ernennung) の無効は、任用機関がそれを確定力をもって確認した後にはじめて主張することができる。

(4) 委託発注監視委員会の部の名譽職の構成員への任用の無効および取消、ならびに部の官吏たる構成員の独立性および降格可能性については、ドイツ裁判官法一八条第一項および第二項、一九条第一項第一号、第三号および第四号ならびに第二項を準用する。名譽職たる委員が重大な職務義務違反をおかしたときは、任命も取り消されるものとする。指名の無効は、任用機関がそれを確定力をもって確認した後にはじめて主張することができる。名譽職構成員は、名譽職裁判官の補償に関する法律第一条ないし第五条および第八条ないし第一〇条の規定を準用し補償を受ける。

(5) 委託発注監視委員会は、委託発注審査機関の決定の適法性を審査する。委託発注審査機関の決定の基礎となつてゐる事実の審査は行わない。委託発注監視委員会が委託発注審査機関の決定の違法性を確認したときは、委託発注監視委員会の法的見解を尊重して新たに決定することを委託発注審査機関に指令する。

(6) 五七a条に基づき法規命令にしたがい適用されるべき委託発注規定違反を主張するときは、委託発注監視委員会に対して

は、委託発注審査機関の決定が出された後、四週間以内に審査を提起することができる。委託発注規定違反を主張したものが申請権を持つ。

(7) 本法により委任された事務の実施のために、連邦の委託発注監視委員会を設立する。その官吏たる構成員は、連邦カルテル庁の裁決部の委員長および委員である。部の委員長の任務は、裁決部の委員長により、官吏たる委員の任務は、委員により遂行される。第二項は、影響を受けない。連邦カルテル庁長官は、委託発注審査委員会の配置および部の構成および配置を決定する。連邦カルテル庁長官は、公法上の会議所の上級組織の提案に基づき名誉職員およびその代理人を任命する。委託発注審査委員会は、業務の配分およびその遂行を規律するために業務規則を定める。連邦カルテル庁は、委託発注審査委員会に対し、業務の遂行のために必要な職員およびその物的手段を提供する。職務監督は、連邦政府の委託に基づき連邦カルテル庁が行う。

(8) 連邦政府は、連邦参議院の同意を得て、さらなる組織規則および手続規則を定めることができる。

(9) 州の委託発注審査機関の決定の審査のための委託発注監視委員会の設置と組織については、州法により権限ある機関がこれを定め、かかる定めのないときは、州政府がこれを定め、州政府は、この授権をさらに委任することができる。

(10) 委託発注監視委員会の職務活動に関しては、行政支出を補うために費用(手数料および経費)を徴収する。行政費用法を適用する。連邦政府は、連邦参議院の同意を要する法規命令により、費用の徴収、ならびに目的に対応した権利追求または権利防御のために不可欠の支出の弁償についての細目を定める権限を授権されている。

以上が財政原則法に挿入された三箇条の条文である。連邦政府は、本法に基づき、二つの法規命令を制定した。公共委託の委託発注規定に関する命令(委託発注命令)<sup>(11)</sup>と、公共委託の事後審査手続に関する命令(委託発注審査命令)<sup>(12)</sup>である。両命令とも、九四年三月一日に施行された。

このうち、委託発注命令は、対応するEC規定を取り込んだVOLおよびVOBの委託発注規定の実質的な内容に法律の根拠をあたえることを目的としており、これにより、VOL、VOBおよび役務提供指令の受容のために今後制定される請負規程は、実質的な法規としての性格を得ることになる。また請負規程の実体的な内容とかかわって、立法者は、E

Cの委託発注指令の受入にあわせて、既存の二つの請負規程、すなわち建設事業請負規程と物品供給委託請負規程を内容的に補充し、そして四つの部分に区分した。そして、委託発注命令が、それぞれの公的および私的委託発注者の範疇毎に、この区分された請負規程の各部分を参照させるように定めをおいたのである。<sup>(10)</sup> なお、EC指令の施行期限は、九三年六月三〇日までとされていたが、役務提供委託を規律する指令は、いまだドイツ法に受容されていない。営利的な役務提供については、VOL/Aに定めがあるものの、自由業的な役務提供については、目下のところ自由業的な役務の提供に関する請負規程を準備している。<sup>(11)</sup>

委託発注審査規則は、委託発注審査機関および委託発注監視委員会の権限規定および手続規定を定めるものである。この財政的解決策が実施された結果、公共委託発注の手続審査は、第一審では、行政内部の委託審査機関に委任され、第二審においては委託発注監視委員会という上告審類似の裁判所に等しい機関が連邦および州のレベルで新たに創設されたのである。

さて、発注手続自体と手続規律については、EC法の諸原則について先に概説したので省略しつつ、発注者の範囲と審査機関およびその手続に限定して、これらの財政原則法に新たに挿入された規定について、簡単に検討しておこう。<sup>(12)</sup>

## 二 委託発注命令の適用範囲

まず、五七a条により、EC委託発注指令の適用される範囲を確認している。ここでは、前述のように、公共委託発注指令が公共委託発注者として法形式の如何を問わず公共委託発注にしばりをかけるという原則を示したことに対応して、ドイツ法でも法形式の如何に関わらず指令の対象となる公共委託発注者を特定するという作業がなされている。

第二項は、連邦政府に公共委託発注の手続を規律する法規命令の制定を授權している。これによる法規命令が、VOL、VOBを指示してそれに法規としての性質を与える委託発注命令である。役務提供委託については、請負規程がまだ定められていないので含まれてはいない。制定後は、委託発注命令が改正されなければならない。第三項は、公共委託発注に



関わる証明手続を導入することを予定しているが、目下のところ、かかる手続は準備されていない。

五七 a 条一項の各号は、E C 法の準則により委託発注しなければならぬ公的および私的委託発注者を列挙している。これらの委託発注者についての規定が適用されるのかについては、委託発注命令が詳細に定めている。私法上の委託発注者が E C 法により入札手続をとらなければならないかなど疑問が生じたときは、法律は委託発注命令およびそこであげられている請負規程を参照させることにしており、規定の分かりやすさという点では、問題がある<sup>118)</sup>。

### 三 公的委託発注者

公的委託発注者は、一ないし三号にあげられ、私的委託発注者は、二号と四ないし八号にあげられている。

列挙された公的委託発注者のほとんど大部分は、これまですでに請負規程にしたがうべきことが義務づけられてきたものである。

まず第一号の領域団体には、連邦、州、ラントクライスおよびゲマインデがあたるが、さらに特別財産および団体も含まれることになる。連邦には、連邦の直営事業および目的財産も含まれるが、すでに私法形式化、株式会社化がなされた連邦鉄道および郵便の三株式会社には含まれないことになる。自治体の経営、固有の法人格を持たないでエネルギー供給や廃棄物処理などを行う経営体についても、自治体レベルでは、第一号に含まれる。もしそれらが、公法形式または私法形式の法人として形成されていれば、それは第二号に含まれることになる。いわゆる電気、水道およびガス供給などの領域でのいわゆる特別部門活動をする委託発注者は、V O L、V O B の第三節 (b パラグラフ) の規定が適用され、その他の委託発注者には、第二節が適用されることになる。委託発注命令一ないし三条による。

公法上の法人は、第二号にあげられる。連邦直属、州直属の社団、財団、営造物法人がそうである。特に、この号に含まれる法人のうち重要なものとして、たとえば連邦労働公社 (Bundesanstalt für Arbeit) などがある<sup>119)</sup>。

それらは分節された国家分枝として間接国家行政に属し国の権限領域および責任領域に属するとされている。物品供給

指令および建設調整指令によれば、それらは公的委託発注者に数え上げられ、EC委託発注法の適用をうけることになる。立法手続においては、公法上の放送局および公法上の金融機関が二号に含まれるかどうか問題となったが、連邦参議院は、それらが私的機関と営業上競争して活動していることから、これには含まれないとする判断を示した。<sup>(18)</sup> EC委員会は、異なる見解を示してきており、またこれらの指令の中では長く、間接国家行政は適用範囲に入れられており、様々な国家による拘束および特権がそれらにたいして加えられてきたことを考えれば、それも意味があるようにも思われる。立法者は、少なくとも公法上の金融機関はEC法の適用をうけないとし、放送局については、連邦政府は問題に決着をつけないでこのようにしたのである。<sup>(19)</sup>

社会保険団体が公的委託発注者の範囲に入るかどうかは、更に議論のあるところであろう。連邦会計検査院の見解によれば、社会保険会計制度についての命令の二二により、請負規程を適用する義務が生じるといふ。<sup>(20)</sup> 連邦被用者保険局は、たとえば、自らの委託発注規定を定めたが、事後審査手続の対象となるのかどうかの問題が生じるかも知れない。

教会は、国家と教会の分離のために、間接国家行政には算入されず、それゆえ、委託発注制度の統制には服さない。

#### 四 私的委託発注者

(1) これまでVOL、VOBの適用を受けなかった私的委託発注者を適用領域にいれることにより、EC委託発注法の適用領域は格段に広がった。それにより、公共団体が私法形式を用いようとまたは特別の契約形式を用いようと、公共委託発注はその法的形式の如何に関わらず委託発注命令にしたがって取り扱われなければならないことになった。

第五号によって、はじめてドイツの公共委託発注制度は、国家により財源が賄われているわけでもなく、その他の「特別権または独占権(特許、ネットワーク独占)の付与を除いて」影響力も行使されない企業をも把握することになったのである。公共団体が関与しない電気供給株式会社、マンネスマン無線電話株式会社などがその例である。

当該規定の適用に際しては、EC指令の用語が用いられており、ドイツの状況にあわされているわけではないので、分

かりにくいという問題点がある。この部分的には新しい用語法の採用は、ECの統一的な法規制を担保しなければならぬことから避けられないのであろう。

(2) まず、第二号に関して、営利的、市場経済的な法人は除外される。公共委託発注者のメルクマールを満たすというよりは、国家的な影響力が全体として私人に支配的であると特徴付けられるか否かにより決定されるようである。

二号には、有限会社または登記済み社団として組織された大規模研究施設も入ることになる。さらに、私法上の会社でも、公的な事務を遂行する会社、たとえば、ドイツ航空管制有限公司、ドイツ宇宙飛行代理有限公司(DARA)、ドイツ技術協力有限公司、連邦建設有限公司などがその例としてあげられる。ルフトハンザなどは入らない。私法形式の公共事務を担い出し委託発注法上の観点で法的状況を明確にするためには、請負規程の適用を、DARAの場合のように、会社の設立状の中に明示することが推奨される。

郵便銀行、郵便業務、テレコムも私法形式化されるまでは、連邦の部分特別財産として存在していたので、請負規程の基本条項(Basisparagrafen)を適用してきた。ECの規制限界値を越えるときは、郵便銀行および郵便業務については、請負規程の第二節が適用され、郵便業務に関しては、私法形式化後も、公益のためのインフラストラクチャー事務を遂行するかぎりにおいて(財政原則法五七条一項二号)、これが適用される。同じく連邦の特別財産であったテレコム株式会社は、改革前は、規制限界値を越えれば請負規程の第三節が適用されていたが(委託発注命令三条一項)、株式会社化されてからは、請負規程の第四節が適用される(委託発注命令三条二項)。

(3) 四号および五号は、私法上の組織のいわゆる特別部門委託発注者(Sektorenauftraggeber)を定める。上水道、エネルギー供給、交通、電気通信制度という特別の部門に属していることを徴表として発注者を限定する。個別的には、委託発注命令三条三項に定められている。これらは、固定施設網、公衆電気通信網の運営者として、五号に属するとともに、国家等の関与においては、四号に属することになる。両号ともに、委託発注命令の適用においては同じである。限界値を

越える物品供給委託または建設委託に関しては、委託発注命令三条二項により請負規程の第四節が適用されなければならない。すなわち、特別部門指令の条項が適用される。<sup>(8)</sup>これは、連邦の領域では、連邦鉄道株式会社、株式会社化の後のテレコムに当てはまる。

さて問題は、私法上の法形式の部門委託者については、五七 a 条第一項第二号の適用も考えられるのかである。しかしこの号の適用については、より厳格な委託発注規律が適用されるので、四号五号は、一般的な規律に優先する特別規定であるという扱いによる。二号と四号の要件は、大部分重なりあっているため、このように考えないと、限定は不可能となってしまう。

なお、公法上の法形式の特別部門委託発注者は、請負規程の第三節の適用を受ける。

六号は、共同利用される事業の財政援助のために公共団体から援助を得ている私法上の企業と、直轄経営および直営事業とを等置している。建設工事請負規程/Aは同様に適用される。直営の病院と有限会社の建設委託であろうと違いがない。補助事業を受ける者についても、その五〇パーセントを越える部分を補助されるものについては、適用される。これはまた、補助交付決定(Bewilligungsbescheid)の附款の中でも公共委託発注手続によるべきことが義務付けられることにより、実効的なものとされる。

七号は、建設特許者(Baukonzessionäre)の委託に関するものである。

建設計画および建設の施行、ならびにプロジェクトの事前金融を引受ける、―それを建設給付に対する報償にかえて、後に利用することを許されることになるが、―私法上の自然人または法人が、本号に該当する。VOB/Aの三二条に取り入れられたこの形態は、ドイツの民事法に取っては新たな法現象であるが、公共投資を大規模に私人に行わせるという計画に鑑み、今後大きな意味を獲得しうるものである。このような私人を利用した投資の促進の例としては、例えば、連邦高速道路 (Bundesautobahn) のガソリンスタンドや休憩所を連邦高速道路関連連事業会社(Gesellschaft für

Nebenbetriebe an Bundesautobahnen: 民営化後は、アウトバーン・タンク・アンド・ラスト株式会社<sup>(註)</sup>や私人に委ねようとするような事例が挙げられ得よう。委託発注法上は、建設特許を受ける者自身が公共委託発注者とみなされるときのみ、発注者に適用される規定が適用されることになる。すなわち、第二号の要件に該当するときのみ、第三者への建設委託に際しては、V O B / A が適用されなければならない。

八号については、公共団体のために第三者による特定の建設給付をさせる、私法上の自然人および法人が該当する。この規定は、委託発注の第二段階で、V O B を適用することを義務づけられるべき建設主体およびリース企業を念頭においている。リース業者(Leasinggeber)を対象にすることに對する反対意見が、若干の経済団体から出されたが、それについては、連邦参議院は、一九九三年二月一七日の審議で命令の草案に、自らの名前でかつ自らの計算で公共委託発注者のために建設工事を行うリース業者のみが、V O B の適用から免除されるという基準で同意するに至った。<sup>(註)</sup>連邦政府は、委託発注命令を財政法的解決策の一部として至急実施しなければならない不可避的な必要性からそれに同意せざるを得なかった。法規命令により私的リース業者を外したことは(委託発注命令二条一項二段)、法律の規定をかなり後退させたといわれている。リース業者を外したことは、E C 指令の文言および意味に反するし、E C 裁判所における連邦政府の立場をいいものとはしていない。

さて、E C 法の公共調達法原則をドイツの公共委託発注法に受容するためにとられた実体的な法律改正のうち公共委託発注者に関する部分は、以上のような内容である。古典的な発注者以外の公共性の高い発注者までも基本的には法的統制に服せしめるものであることが示された。また、契約手法の発展に伴う新たな契約現象をも視野にいれて統制の枠組みが用意されていることが明かになった。争訟手続を除いてドイツ法への受容のシステムは、要約すると、財政原則法の中に、公共委託発注法の適用対象となる委託発注者を定め、それらにどのような手続規律が適用されるかについては、法規命令の定めに委ねられ、法規命令として定められた委託発注命令において、E C 公共調達法の諸原則を取り込んだ請負規程の

どの部分が適用されるのかを指定することにより、最終的に具体的な公共委託発注者毎の適用規則が定まるようになってくる。

## 五 委託発注審査機関

次に、委託発注手続をめぐって新たに導入された審査手続をみよう。財政原則法五七b条および五七c条は、委託発注審査機関および委託発注監視委員会という二段階の委託発注手続の統制制度を定めている。

まず、第一段階の委託発注機関は、実質的には、何ら新しい制度ではない。これまで委託発注担当機関に対し法的監督および専門監督またはそのいずれかを行ってきた既存の行政機関に対して、委託発注審査機関という新たな名称を与えることとしたにすぎない。

公法上の法人および特別財産の委託発注手続に関しては、審査命令は、委託発注機関に対し専門監督および法監督またはそのいずれかを行使用する行政庁を権限ある委託発注審査機関として位置付けている<sup>(15)</sup>。委託発注機関は、委託発注公告および委託発注資料の中に、応募者および供給者が事後審査を求めて委託発注規定違反を主張することができる権限ある委託発注審査機関を表示する義務を負う (§§ 31 a, 31 b, VOL/A, 13 SKR)。

私法上の法形式の委託発注者の場合は、事後審査命令の中で特別に権限ある行政機関が別途に定められている。どの理由から私法上の法人が公共委託発注者として取り扱われているかに応じて、権限ある委託発注審査機関は、財源を承認したり、業績に関する監督を行したりすることにより、それに支配的な影響力を行使用する機関、または、エネルギー供給企業がその住所をおいている州により決められるべき委託発注審査機関である。電気通信制度の領域での委託発注機関に関しては、連邦郵電相が権限ある委託発注審査機関である。

## 六 委託発注審査機関の手続

事後審査手続は、職権で開始されるか、または委託発注規定違反を主張する入札参加者の申立てにより開始される。す

なわち、審査機関は、委託発注手続の中で不正常な点を発見したときは、職権で権限行使する義務を負う。申請者（供給者\応募者）が、委託発注規定違反を主張するときもこの義務を負う。申請者は、ドイツの参加者であることも、他のEC諸国の業者であることもあり得る。他の諸国の業者の場合は、これまでもそうであったように、たいていは、EC委員会を通じて異議を申し立てる方法を選択するであろうといわれている<sup>(18)</sup>。委員会は、共同体の規則に対する明白かつ一義的な違反があるときには構成国を通じて手続を開始させることができる。（監視指令三条）

四項では、審査機関が取り得る手段が定められているが、監督機関一般がそうであるように、委託発注手続に対して修正的にしか介入し得ない。委託発注手続の仮停止、適法な措置をとるべきことの命令、公告入札の取消、公告入札条件の取消などであるが、契約締結の前までしか関与し得ないことに注意されるべきであろう（審査命令二条）。契約が締結されると、ドイツの契約法は、国家の介入によりそれを取り消すことを知らない。つまり合意は拘束するの原則により法的効力が維持されると考えられているようである。契約締結後は、委託発注手続の違法性の確認のみが考慮の対象となる（審査命令二条二項）。したがって、委託発注手続を停止させる可能性が実際上は重要な意味をもつ。手続の停止のみが、委託審査機関が適法な委託発注を担保する措置を取るための時間を得ることを確保するわけである。他方、委託発注手続は、それにより発生し得る消極的な効果が生じることが防止されることになる。

一方、このような手続の停止は、圧倒的な利益が手続の続行を求めているとき、すなわち、重大な利益のために手続を続行しなければならぬときは、行つてはならない。このような可能性があることは、監視指令も認めてはいるものの、その遅延という代償を払つても適法な委託発注手続の確立に優先をおいていることは疑いが無い。したがって、委託発注審査機関が停止を限定的に利用することは、指令の趣旨にそわないということになる。

審査機関の決定は、委託発注機関に対して出されることになるが、それは申請者にも送付されなければならない。それにより、申請者は、委託発注監視委員会に対する手続をすすめることができるようになる。委託発注機関そのものは、審査

機関の決定に不服があるときでも、監視委員会に申立することはできない。

委託発注機関および委託審査機関は、もちろんさまざまな法人に属しているが、審査機関の決定は、行政行為であり得るとされ、この行政行為を争って、行政裁判所に出訴することもできることになる。<sup>(17)</sup>このことから、場合によっては、一件の委託発注手続が、二件の審査手続により審査されるということもありうる。公共委託発注者については、このように、出訴の途(Rechtsweg)が、必ずしも統一的不是なということになっている。

公共委託発注の争訟手続においては、このように、委託審査機関と委託監視委員会がそれぞれ複数の機関あり、異なった判断も示され得る状況である。したがって、統一的な委託発注法についての判例が形成されないという問題点を指摘する声もある。

## 七 委託発注監視委員会

委託発注審査機関の決定を審査する第二審にあたる委託発注監視委員会は、連邦と州の両方のレベルで設置されることになった。<sup>(18)</sup>

まず、組織について述べよう。委託発注監視委員会は、裁判所のように部に分かれており、それぞれの部に委員長を含む三名の委員がおかれ、委員長以外の二名の委員のうちの一人は名誉職としておかれる。それぞれの委員は、独立で法律にのみ服する。これが委員会の基本であるが、問題は、このような構成で、EC指令の要件を満足させるものといえるかどうかである。

EC指令によれば、事後審査は、「ヨーロッパ経済共同体条約一七七条の意味における裁判所」にあたる独立の機関によりなされるものとされている。EC委員会は、すでにこの問題については、ドイツ法がこの要件を満たしていないという認識を示している。現在、今年後半にも予定されているとわわれているEC裁判所の判決が待たれているところである。財政原則法および審査命令ともに、委員の構成等については、詳細な定めをおいているが、委員会の権限および手続に



ついでには、基礎的なことしか定めていない。この点に関わつては、連邦委託発注監視委員会が、九四年八月二日に、最初の裁決を行ったが、その中で、州の監視委員会についても指針となるような言及を行っている<sup>(10)</sup>。

次に、監視委員会の手続の概要と問題点を整理しておく。

まず、第一に、申請権にかかわる問題点としては、委託発注規定違反を主張した者が申請権を持つ。監視委員会の審査は、委託発注審査機関の決定の適法性を審査することである。申請は、第一に、請負規則に定められる限界値を越える申請価格のものであり、第二に、書式および期限が適切であり、第三に、審査の趣旨<sup>(11)</sup>(Überprüfungsbegehren)が一般的な形式で表現されていることである。

委員会は、EC指令から生じるドイツ連邦共和国の義務を履行するために設置されたとされているので(原則法五七 a 条一項、五七 c 条)、基本条項 Basisparagrafen (国内手続 nationales Verfahren)違反の審査は、権限がないものとして<sup>(12)</sup>行われている。

連邦委託発注監視委員会は、限界値を下回る価額の委託発注を審査するよう求める申請を許容されないものとして却下した。これは、委託発注審査機関が不適切にも委員会への申立を可能なものとして権利救済手段教示の中で示したとしても、そうであるとしている<sup>(13)</sup>。

審査の趣旨については、連邦の委員会は、九四年八月二日の裁決で、申請者は、一般的に委託発注規定違反を主張すれば足りると確認している。申請者は、その審査の趣旨を表現し、かつ、少なくとも素人的にでも、その主張を、委員会がもしかすると侵害されている個別の委託発注規定の審査に入り得るほどに具体的に述べておくことが必要である。同様のことは、手続の中でのその他の申請についても妥当する。たとえば委託発注手続の停止を求める許容されない申請についても妥当する。手続関与者の申請の場合には、委員会は、対審的な手続で活動するわけではないので、事柄の性質上、督促のみが問題である。

## 八 委託発注監視委員会の権限

まず、委員会の権限は、上告手続に準じて作られた法律審査のみに限定されている。五七c条五項二段によれば、委託発注審査機関の決定の基礎になっている事実の審査は禁止されている。この条項の厳格な解釈をすれば、委員会は、委託発注規範の解釈または手続瑕疵の確認のみが許されているなどということになってしまう。審査機関が、委託発注の事後審査の申請を許容されないと見たために、事実についてまったくまたは完全には事実を取り上げなかったとか、またはその決定で事実の確認をなさなかったなどということがあれば、このような権限は無になってしまうといえよう。そこでこの点については、連邦委託発注監視委員会の九四年八月二日に出された最初のかつ指導的裁決によれば、次のように確認されている。

「委員会は、I V O BおよびV O Lが民事法に近いこと理由からも—その法審査権限を、連邦通常最高裁判所(BGH)の上告手続に照らして解釈する。民事訴訟法五六一条二項に鑑みて、委託発注審査機関の事実確認への拘束を次のように解する。すなわち、これは、法規範の解釈および手続瑕疵の確認を許容するのみならず、委託発注機関が事案を、包括的に、矛盾なくかつ思考原則および経験則に反することなく審理したのかどうか、その評価が完全でかつ法的に可能であるのかどうかの審査も許容されている。」<sup>(10)</sup>連邦委員会の裁決実務では、このような考え方が定着しているといつてよい。

次に、実務においては見られることであるが、委託審査機関が委託発注書類の提出を拒むときですら、このような解釈により、連邦委託発注監視委員会は、委託発注審査が可能となる。この事案および不十分な事情説明しかされないような場合においては、連邦委員会は、委託発注審査機関の決定を違法として確認した。<sup>(11)</sup>

五七c条五項三段によれば、委託審査機関が請負規程の規定に違反しかつ事実を不十分にしか調査および評価しなかったとき、またはそのいずれかがあったときは、委託発注監視委員会は、委託審査機関の決定の違法性を確認しなければならぬ。委員会は、審査機関に対して、その法的見解を斟酌して新たに決定をするよう命令することができる。このよう

な命令は、発注先最終決定がまだなされていないかぎりでのみ行うことができる。委託発注手続が、発注先最終決定によりすでに終結しているときは、委託発注審査機関は、もはや命令を受けることはできない（審査命令二一条三項、三条四項）。違法性の確認は、これらの事案においては、申請者にとっては、損害賠償訴訟におけるその法的地位を改善する意味しか持たない。委託発注審査機関が―これまでの連邦の領域で決定された事案においてみられることだが―、手続の停止の可能性を用いることに同意しないかぎり、委託発注監視委員会の決定は、それが申請者にとっては遅すぎることから、広範囲にわたって無に帰してしまふ。

連邦の委員会は、第七項で定められているように、連邦カルテル庁におかれ、その委員長および委員の一人は、連邦カルテル庁裁決部の委員または委員長を兼ねている。現在、連邦委託発注監視委員会の部は、一部のみおかれており、委員会は、その事務処理のための規則を定め、九四年六月二〇日に施行している。

### 第三節 争訟的統制の現状と検討

一 さて、前節で見たように、ドイツにおいて導入された委託発注の統制のシステムは、裁判所によるものではなく、行政機関による争訟による解決で、委託発注審査機関による第一段階の審査と、委託発注監視委員会による第二段階の審査を用意している。本節では、まず連邦の委託発注に関する第二段階の審査機関としておかれた連邦委託発注監視委員会の裁決をみることに、委託発注監視の現状の一端を見てみることにする。本稿で把握したかぎりでは、九四年に九件、五年に一件の裁決を検討することができた。

連邦委託発注委員会の最初の裁決は、東部ドイツの業者の優遇措置にかかわる事件であったが、前述のように、委員会の以後の実務にとって指導的な原則を含むものであった。

初期の裁決には、連邦委託発注監視委員会の統制の範囲にかかわるものがある。すなわち、EC指令の統制限界値を越

えない委託発注額の発注が委員会の統制の対象になるかどうかであるが、Kappitor 事件の裁決<sup>(18)</sup>では、既に述べたように、限界値を下回る手続には委員会の統制は及ばないという判断を示した。

さらに、監視委員会への不服の申出は、フックスによることも認められており、この点では、形式面での厳格さの若干の緩和と迅速な手続が確保されていると評価し得るものである。さらに、複数の不服の申出があったときに、裁判所の判決となり、複数の申請をまとめて裁決を行うことも認められているようである<sup>(19)</sup>。

また、訴訟と異なる点としては、審査手続の当事者の主張に審査機関および監視委員会が拘束されるのか、すなわち対審的な当事者主義的構造で手続が行われるのか、ただ両当事者は意見は聴取されるものの審査機関または委員会が職権主義的に事実を認定できるのかについては、後者によるべきことが確認されているといえる<sup>(20)</sup>。

EU域外企業が公共委託発注規則違反を主張して、委託発注監視委員会の手続を利用しうかが問題となったものとして、ゼネラル・エレクトロニクス事件がある<sup>(21)</sup>。これは、EC域外企業がドイツでの委託発注に関与しようとして拒否されたことに対し、審査を提起したものである。委員会は、域外の企業に対しても不服申出の資格を認め裁決を下している。

さらに、前述のように、EC指令およびドイツ法ともに古典的な公的委託発注者のみならず、私的な委託発注者に対してもその統制を及ぼそうとした点が重要であるが、この私法上の委託発注者の手続に対しても、不服申出がなされている。株式会社化されたのちのドイツ連邦鉄道株式会社<sup>(22)</sup>の発注行為に対するものと、株式会社化(第二次郵便改革 Postreform)<sup>(23)</sup>直前のドイツ連邦郵便テレコム<sup>(24)</sup>の発注行為に対するものと二件の裁決が出されている。

また、請負規程の文言の上では、委託発注手続の対象として統制を受けそうもない契約について、EC指令等の趣旨目的の解釈から、実質的な解釈を展開しようとしている裁決もある。たとえば、冷蔵倉庫事件<sup>(25)</sup>では、将来の冷蔵庫への保管契約についての大綱条件についての契約が、給付請負規程(VOL/A)の適用対象として扱われたものである。

全体的にみると、委託発注審査機関、および委託発注監視委員会の手続ともに、もともとの委託発注手続の違法性を認

めたり、第二審の監視委員会が委託発注審査機関の決定の違法性を認め、新たな決定を求めたりと、裁決をみる限りでは、かなりの法的統制が及んでいるのではないかといえそうである。<sup>(15)</sup>

二 次に、この度の争訟的統制のシステムではほとんど影響を受けていないが、損害賠償の問題がある。上述のように、EC指令の導入に際しては、発注過程において受けた損害の賠償については、国内法の定めにて委ねていた。この点、ドイツにおいても、これまで発注過程において損害賠償が認められるのは極めて限られた場合のみだとされていた。この点についての裁判例として、連邦通常最高裁判所判決がある。<sup>(16)</sup>

本件では、物品供給請負規程(VOL/A)の規定に違反する発注行為により、不利益を受けた申込者は、契約締結前の過失を理由として、もし適切な入札手続が行われていたら契約先としての決定を得ることができたときは、その積極的な利益の賠償を請求することができることが認められた。この判断は、一般的に支持されているものであるが、今後は、損害賠償の具体的な内容および範囲等についての検討が行われなければならないであろう。

三 さて、ここでとりあえず以上検討を加えてきたドイツ法が受容した公共委託発注の法的小および争訟的統制のシステムについて若干の検討を加えたい。

まず、争訟的統制制度と第三者保護の点に関する問題点である。前述のように、ドイツ法では、入札からもれた申込者に対して、裁判所に対して訴求し得る「権利」を与える法的構成はあえてとられなかった。それにかえて、行政内部的な審査機関と、さらに行政内部的ではあるが独立の法的判断を可能とする監視委員会が設けられた。第一段階の審査機関は、特別新たな制度というわけではないので、一審段階では、争訟的統制の実は期待し得ないともいえよう。しかし、若干の裁決でも明かになるように、審査機関の中には、委託発注機関の行為の違法性を認定したものもあり、全くその役割が否定されてよいわけではない。しかし、全体としてみる限り、第二審の監視委員会の統制に大きな役割が期待されるといってよい。

第二段階では、それが裁判官資格をもつ独立の委員により構成されていることもあり、審査機関の決定を適切に統制しているとの評価ができそうである。しかしながら、この制度自体が、直接的に委託発注機関の行為の効果を取り消すなどの権限を与えられていないことから、それが意味をもつ期間的制限があるなど、一定の限界をもつものである。この点に關わつては、監視委員会自体も、たとえばファックスによる手続を認めているように、柔軟かつ迅速な事案の処理を目指しその限界を若干ではあれカバーしている傾向も伺える。

このようにドイツ法における第三者保護は、その機関が裁判所ではないとはいえ、なお法制度上独立性が与えられた、法的統制の人的能力を備えた機関によるものである点では、わが国の統制手続が不十分である状況に対する反省を迫るものとなっている。その実効的な統制も、まずまずの運用ともいえそうである。

この点、わが国で一般的にいわれているように、契約手続を規律する会計法規が内部法であるとすれば、EC法の基本的なながれは、外部法化であり、契約の相手方に権利を保障することにより争訟的統制を及ぼそうとする。それに対し、ドイツ公共委託発注法は、尚も財政法的な施行を行いながらも、実質的には、法制度上の対応で争訟法的統制を及ぼそうとしていることが注目されなければならない。ECの法原則からすれば、なおも執行が十分ではなく、さらに規制の権利か、法化が求められるということであろうが、わが国からみれば、争訟制度の救済制度としての整備など学ぶべき点多いというべきであろう。

第二は、公共委託発注法により法的統制を及ぼす発注主体の範囲の問題である。わが国においても、特殊法人等の改革が議論されているが、特殊法人等が公共的な資金を投入して公共的な事務事業を行っている限り、その法的統制の必要性は否定することができない。EC法の展開は、わが国の特殊法人等の契約過程をめぐる談合や汚職(注)の法的統制のための参考にもなりうるものと考えられる。

さらには、限られた範囲ではあれ導入されていた補助金等による事業を行う者の契約過程についても射程をひろげ、法

的統制を及ぼすことの意味も示されたものと思われる。公共的な資金の受給を受けながらその事業実施の点についてなおも十分な法的コントロールを受けていないわが国の補助事業者の活動にとつても有意義なもののように思われる。ドイツにおいては、補助事業過程を全体的に公法的な統制のシステムに服せしめるために、間接補助事業についても、私人への権限委任の制度を用いて、補助金の配分・仲介を行う私人に公法上の行為形式でさらなる補助金配分をする権限を認めているが、これも公共性に応じた法的統制のしくみを確保しようとする思考の現れとして、わが国の法制度の足らざるところを照射するものといえるのではないかと思われる。委託発注法の点でも、公共的な事業に対する法的統制が及んでいくわけである。

次に、争訟手続に直接関わるわけではないが、委託発注規定違反が、契約の効力にどのような影響を与えるかの問題がある。この点は、民法上の契約の効力の問題でもあり、つつこんだ検討は、ただちに本稿でよくなしうるところではない。今後の検討課題として指摘するにとどめざるをえない。

なお、前述のように、ドイツの受容したシステム自体、現在、EC裁判所における条約違反手続の対象となっており、今後予定される判決の内容によつては、本稿が検討してきたこのシステム自体が大きく変わる可能性がある。また、契約の実務自体が、建設技術、契約技術の進展にあわせて、契約の変化、改革も議論<sup>(四)</sup>されつつある。EC裁判所の判決等、今後の動きにあわせて、再検討せざるを得ないことを留保しておきたい。

## おわりに

ドイツにおいても、ECの公共調達法の原則が適用されるようになった過程で、従来、公法上の組織と私法上の組織と

を峻別して、私法上の組織については、様々な法的規律が及ばない状況があつたのに対し、私法上の組織も含む形で、その規律の下に服せしめられるようになっているところも、注意すべき点の一つである。すなわち、従来、いわゆる「私法への逃避」という用語の下に、行政が私法上の行為形式または組織形式を用いて、その法的拘束を免れる現象が取り上げられてきたが、委託発注法の規律に関するかぎり、法形式の如何にかかわらず、公共性の高い発注者の契約行為は、委託発注規定の拘束の下におかれていることが注目されるべきであろう。現在もなお、法的規律の上でも公法私法の峻別をし、基礎としているドイツ行政法の下にあつて、このような現象がでてきていることが注目されるべきだと思われるのである。

一方、ドイツ法によるE C公共調達法の受入手続の不十分さがドイツにおいても議論されていた。まだE C裁判所の判決は、出されていないものの、ドイツの「財政法的解決策」の不十分さが国際的に批判の対象となつていることも忘れてはならない。判決をまっつて、場合によってはさらに再検討の機会を持ちたい。

とりあえず本稿では、E Cの公共調達法の原則とそのドイツ法への受容を素材に若干の比較法的検討を行ったが、その他の諸国の政府調達法制との比較も含めて、さらなる検討が必要である。他日を期すこととしたい。

## 注

- (一) 入札談合などを契機として契約手続の改善等を述べる文献として、さしあたりジュリ七五九号一五頁以下(一九八二年)の特集・公共工事と談合入札の各論稿(内山尚三「公共工事と入札制度の問題点」、前田泰男「会計法の見地から見た公共工事の入札制度および会計検査」、橋元徹志「契約事務の公正性および経済性の確保について」、大塚仁「談合罪の問題点」、樋口嘉重「入札談合と独占禁止法―審決例にみる―」、鈴木満「入札談合カルテルと課徴金」、中川政直「主要国における談合入札の規制」、岡崎市建設部管理課「岡崎市における入札制度の現状」、公正取引五二一号四頁以下(一九九四年)の特集・入札談合・入札制度と独占禁止法の各論稿(平林英勝・原敏弘「最近における入札談合問題に対する公正取引委員会の対応」、志田至朗「入札談合事件に対する最近の公正取引委員会の取組」、日原洋文「公共工事に関する入札・契約制度の改革について」、確井光明「日本の入札



- 制度について」、谷原修身「米国における入札談合の法規制」、青島隆志「米・欧・日のボンド制度について」、山口広「公共入札談合と損害賠償請求―埼玉土曜会談合事件住民訴訟―」、自由と正義四五卷四号七七頁以下（一九九四年）、磯村篤範「公共工事の契約と天降り構造」法セシ四七〇号一三頁以下（一九九四年）など参照。
- (2) 「政府契約」なる用語は、英米法の *government contract* から来ているが、厳密にはこれは政府の契約のみを意味するために、最近では、その他の公共団体の契約も含めて、「公共契約 (*public contract*)」という用語が用いられている。確井光明・公共契約の法理論と実際（弘文堂、一九九五年）参照。本稿でも、公共契約という用語を用いることにする。さらに最近では、ECでみられるように、国、公共団体のみならず、公共性の高い私法上の法人の契約まで法的統制に服せしめようとする動きがあることも、注目される。後述、第二章第二節、第三章第二節参照。
- (3) 地方自治体のレベルでは、違法な契約手続に対する統制手段として、地方自治法による住民監査請求および住民訴訟がある。その例として、山口・前掲（注一）参照。
- (4) 竹中勲「アメリカにおける政府契約の法的コントロール（一）三・元」民商七七卷三号六〇頁以下、四号五五頁以下、五号二七頁以下（一九七七、一九七八年）。会計検査院（GAO）に対する入札異義手続（*Bid protest*）については（一）七六頁以下、裁判所による統制は、（二）参照。
- (5) 政府契約の法的統制についての比較法的検討の対象としては、これまでアメリカ合衆国の法制度や、英連邦の制度が取り上げられてきた。アメリカについては、竹中・前掲（注四）、英連邦については、確井光明「英連邦諸国における公共契約の法理論（一）（二）」エコノミア九九号三八頁以下（一九八八年）、四〇巻二号五四頁以下（一九八九年）を参照。アメリカ法上の *Bid Protest* 制度についてのその後の文献としては、George M. Coburn/Matthew S. Simchak, *Federal Procurement in the Federal Courts 1987-1988: A Selective Review*, 19 *Public Contract Law Journal* 14-115 (1989); Michael A. Hordell/Eric L. Lipman, *The Rise and Use of Protective Orders at the General Services Board of Contract Appeals*, 20 *Public Contract Law Journal* 22-55 (1990); Roger J. McAvoy, *Bid Protest - Balancing Public and Private Interests*, 34 *Air Force Law Review* 227-235 (1991); James McKay Weitzel, *GAO Bid Protest Procedures under the Competition in Contracting Act: Constitutional Implications after Buckley and Chadha*, 34 *Catholic University Law Review* 485-524 (1985); Eldon H. Crowell/David T. Ralston, *The New Government Contracts Bid Protest Law*, 15 *Public Contract Law Journal*, 177-201 (1985); Steven W. Feldman, *Interim Suspension Authority of the General Services Board of Contract Appeals in automatic Data Processing*

*protests: Legal and Practical Considerations*, 17 *Public Contract Law Journal* 1-30 (1987) も参照。さらに、政府契約を公法契約として位置付けてきた国として、フランスの契約法の紹介もなされている。参照。フランス法では、契約締結過程の行政的決定は、「分離し得る行為」の理論 (acte détachable) を用いて越権訴訟(取消訴訟)による法的統制が及んでいるとされている。フランスの行政契約法については、浜川清「行政契約」雄川一郎他編・現代行政法体系第二巻行政過程(有斐閣、一九八四年)一四九頁以下、J・リヴェロ(兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳)・フランス行政法(東京大学出版会、一九八二年)一九九頁以下、ジャンマリイ・オービイ(近藤昭三訳)「フランス行政法における行政契約」日仏法学会編・日本とフランスの契約観(有斐閣、一九八二年)九一頁以下、山田幸男・行政法の展開と市民法(有斐閣、一九五一年)二八五頁以下、滝沢正「フランス法における行政契約—行政契約の標識を中心として—」法協九五巻四号一七号、九号(一九七八年)、浜川清「フランス行政契約—般理論の成立—」民商六九巻六号、七〇巻一(一九七四年)、三好充・フランス行政契約論(成文堂、一九九五年)参照。

(6) ドイツにおいては、政府契約については、当該契約の中で建設工事の委託や物品納入の委託がなされる過程としてとらえて、公共委託発注 *Öffentliches Vergabewesen* という用語が用いられ、それを規制する法制の中でも特に公告入札などの手続規定を中心に公共委託発注法と呼んできている。以下、ドイツにおける法制の議論では、委託発注 *Vergabewesen* という用語を用いることとしたい。ECの議論では、*Public Procurement* (公共調達)、*Government Procurement* (政府調達) という用語が用いられる。

(7) 確井・前掲注(二)は、わが国の公共契約法についての最新の貴重な業績である。

(8) 確井・前掲注(二)一二頁以下、二五七頁以下。なお、「政府調達に関する協定」では、JR各社、日本たばこ産業株式会社、日本電信電話株式会社を対象としている。確井・前掲注(二)二六〇頁参照。

(9) 一般的な見解であろう。確井・前掲注(二)二頁参照。

(10) 入札無効の取扱をめぐる争訟および建設調達審査委員会について、確井・前掲注(二)一〇五頁以下および二七一頁以下、指名停止をめぐる争訟について、同書・一三七頁(指名停止を一種の拒否処分と見て、取消訴訟を認めるべきだとする)、入札監視委員会について一四四頁、「政府調達に関する協定」にもとづく「政府調達に関する委員会」について二六二頁。独立の審査機関についても、委員の資格および任期などの独立性を担保する諸条件については、ふれるところがない。二七二頁も参照。確井は、今後の法的統制の課題としてその法的統制についても述べているが、そこでは、民事訴訟の枠内での可能な救済方法の探求、新たな救済制度の模索、行政処分の技術を取り入れることの検討、会計検査院、監査委員などの活用などを提案している。なお同

- 二五頁でも行政処分性を認めて統制をかけることが主張されている。本稿の立場からも極めて興味深い提案である。入札監視委員会(仮称)の設置、苦情処理制度の創設などを提言した中央建設業審議会の報告の概要は、日原・前掲(注一)一六頁以下参照。
- なお、九六年一月一日に発効するWTO政府調達協定の実施に先立ち定められた「公共事業の入札・契約手続の改善に関する行動計画」(平六・一・一八閣議了解)でも既存の建設調達審査委員会を当面は活用するものとされている。入札制度問題研究会編著(建設省建設経済局建設業課監修)・詳解 公共事業の入札・契約手続の改善に関する行動計画(大成出版社、一九九五年)二一頁以下、四八二頁以下参照。
- (11) 確井・前掲注(二)四頁、一〇頁注(二)、一一頁。
- (12) 確井・前掲注(二)一七七頁、談合にもとづく契約の効力については、磯村・前掲(注一)一四、一五頁も参照。
- (13) なお、その他の点として、入札に関する情報の開示について、確井・前掲注(二)二六七、二六八頁。
- (14) 国際ルールの形成と国内法制の変容については、すでに公法学会のテーマとして取り上げられ、ここでは、環境アセスメントと環境情報の公開の問題が主として取り上げられた。大橋洋一「国際ルールの形成と国内公法の変容」公法五五号五二頁(一九九三年)他参照。
- (15) 資金助成行政の一類型としての公共委託発注の法的統制については、米丸恒治「資金助成行政の行為形式論」(二、三・完)西ドイツ行政法学および裁判例の理論とその問題点」名法一〇六号三七三頁以下、一〇八号二四九頁以下、一一一号五一頁以下(一九八五・八六年)参照。
- (16) Vgl. Manfred Zuleeg, Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?, NJW 1962, S. 2231 ff.; ders., Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WtVerw. 1984, S. 112 ff.; Jost Pletzker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns - Recht und Praxis der Beschaffungsverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 249 ff.; ders., Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107 (1982), S. 61 ff.; Ferdinand Kopp, Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakt?, BayVBl. 1980, S. 609 ff.; Jost Pletzker, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NWZ 1983, S. 121 ff.
- ドイツの委託発注制度にもかかれつつオーストリアにおける公共委託発注制度を検討したものであって、若干古らるが、Karl Wenger, Das Recht der Öffentlichen Aufträge, 1977参照。

- (17) 行政私法については、Hans J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl. 1974, S. 108 f. 参照。
- (18) 行為形式そのものについては、行政行為によるのではなく公法契約によるべきだとする異論も出されてきた(vgl. Wilhelm Henke (u. Mitarb. v. E. Richter/R. Voigt), *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, 1979; ders., *Subventionsrecht und Wirtschaftsförderung*, in: Hermann Hilli (Hrsg.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, S. 115 ff.)が、連邦レベルの実務では、なおも行政行為による決定がほとんどであるところである。実務の取扱については、Erwin Krämer (Begr.)/Jürgen Schmidt (Bearb.), *Zuwendungsrecht - Zuwendungspraxis*, St. Jul. 1995, D. Ⅲ 参照。なお、Henkeの所説については、石井昇・行政契約の理論と手続(弘文堂、一九八七年)も参照。
- (19) 米九・前掲注(一五)(一)三八五頁。
- (20) 有名なものでは、連邦難民法七四条の規定が知られている。米九・前掲注(一五)(一)四二〇頁参照。
- (21) この点では、学説により若干の差異がある。資金助成行政に二段階論を定着させる礎石を築いたイブセンによれば、委託発注の場合、委託発注の相手方として拒否された場合のみ行政行為として、すなわち拒否処分として扱われ、積極的に発注の相手方となったものに対しては、一段階的に私法上の契約が締結されるのみである。Hans Peter Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, S. 59 ff.そしてその場合、拒否された相手方は、取消訴訟のみを提起することができる。その他の補助金、融資などの場合と異なり、行為要求訴訟、義務づけ訴訟は提起できないとされているわけである。米九・前掲注(一五)(一)四一三頁。
- (22) 裁判例でも、連邦行政裁判所第七部(一九五八年六月六日判決 BVerwGE 7, S. 89)は、公共委託発注手続からはずれた連邦難民法に基づく難民認定を受けた石炭卸業者が、行為要求訴訟を提起することの許容性を認めた。すなわち、公共委託発注手続からはずされた者が公共委託発注手続への関与を求めて行政行為を求めるための訴訟を提起することを認めたのである。米九・前掲注(一五)(一)二五三頁参照。なお、その他にも、連邦難民法に関する連邦行政裁判所第八部七六年二月一八日判決(BVerwG, DÖV 1976, S. 860 ff.)、重度障害者雇用法に関わる同第五部六九年一月二六日判決(BVerwGE 34, S. 213 ff.)などが、委託発注決定の行政行為性を認めたものである。
- (23) 一般に学説の中では、委託発注行為は、私法上の行為であるとされてきたし、また裁判例も一般には国庫的な補助的活動として、私法上のものとして扱ってきた。さしあたり、裁判例では、連邦行政裁判所一九五七年一月七日判決(BVerwGE 5, 325)参照。ドイツの公共委託発注制度を検討した文献として、前注(一六)のもの他、Veit J. Waltheim, *Das öffentliche*

Auftragswesen-Eine rechtssystematische Untersuchung, 1979を参照。なお、経済法学者の Fritz Ritterer は、公共委託発注制度を市場経済に適合した法規制を提供する私法により規制を加えていくべきことを述べていた。Fritz Ritterer, Öffentliches Auftragswesen und Privatrecht, ZHR 152 (1988), S. 318 ff.

- (24) 財政法上は、連邦および州の財政原則法(Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder v. 19. Aug. 1969 (Haushaltsgrundgesetz)), BGBl. I S. 1273)三〇条契約締結に際し、公開入札を原則とする。連邦の場合には、連邦財政法(Bundshaushaltsordnung v. 19. Aug. 1969, BGBl. I S. 1284)五五条(同旨)、各州の州財政法(Landshaushaltsordnung)がある。連邦財政法については、Ernst Heuer (Gesamtedaktion), Kommentar zum Haushaltsrecht, St. Mai 1985; Sieghardt v. Köckritz/Günter Ermisch/Christel Lamm, Bundestaushaltsordnung (BHO), St. Jan. 1995; Werner Patzig, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar zu den Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Bd. II u. III, St. 1991; Erwin Adolf Piduch, Bundestaushaltsrecht, 2. Aufl., St. Jan. 1995を、州財政法については、Patzig, a.a.O., Teil Cを参照。

- (25) 後注(二七)の請負規程(Verdingungsordnung)がある。請負規程は、もともと一九二六年にライヒ請負委員会が作成した建設工事請負規程(Verdingungsordnung für Bauleistung)を嚆矢とし(物品供給請負規程は、一九三六年が最初とされている)、その後、一九四七年に設置されたドイツ建設事業請負委員会が作成した五二年規則、六五年規則、七三年規則、七九年規則などを経て、現在に至っていた。これらは、五二年草案からは、ドイツ工業規格(DIN)に組み込まれ、そして連邦公報(Bundesanzeiger)に掲載されて各行政機関に示達されてきている。請負規程は、行政部内の訓令によりこれによることを求められてきたに過ぎない。したがって、いわゆる行政規則として、法規としての性格をもたない規範である。また、契約法上は、契約当事者が、請負規程によることを合意し、請負契約の約款としての役割を果たしてきたとされている。本稿で参照したものと、J. P. コメンタール、Walter Daub (Begr.)/Hans Hermann Eberstein (Hrsg. 3. Aufl.), Kommentar zur VOL/B-Verdingungsordnung für Leistungen (ausgenommen Bauleistungen)- Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen, 1992; Horst Kuss, Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)- Teil A und B, 1993; Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, Verdingungsordnung für Bauleistungen VOB Teile A und B - DIN 1960 / 61 (Fassung Dezember 1992) mit EG-Sektorenrichtlinie - Kommentar, 12 Aufl. 1993を挙げたい。請負規程の歴史およびその法的性格については、さしあたり、Ingenstau/Korbion, a.a.O., S. 114 ff. 参照。また、日本語文献では、栗田哲男「建設

- 請負契約の比較法的検討の基礎「我が国における一括発注方式とドイツにおける分割発注方式との相違点を中心として」立教三五号三九頁以下(一九九〇年)も参照。
- (26) なお、例外的な場合に、契約締結前の関係者に損害賠償が認められることはあるとされている。これは、契約締結時の過失(culpa in contrahendo)理論により根拠づけられる。Ingenstau/Korbion, a.a.O. (N. 25), S. 133.
- (27) 請負規程 Verdingungsordnung には、建設工事にかかわるもの(Verdingungsordnung für Bauleistungen/VOB)と、物品供給にかかわる Verdingungsordnung für Leistungen- ausgenommen Bauleistungen- (VOL)があった。
- (28) 前注(二四)の各文献参照。
- (29) Vorläufige Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (Vorl. VV-BHO) i. d. F. v. 1. 10. 1993 (GMBl. 1993, 475 ff.). 本規則については、前注(二四)の連邦財政法のコメントールも参照。
- (30) 八八年段階の五五条に対する規則の二・一で、上述の二種の請負規則のほか、公共委託発注に際し優遇すべき申込者についての要綱、ECの物品供給調整指令、公共調達制度に関する協定(GATT 政府調達協定)、連邦政府の中小企業要綱(Mittelstandsrichtlinie der Bundesregierung)、情報処理設備、機器およびプログラムの調達に関する特別契約条件の七件にしたがうことを命じている。八八年段階の規則は、Piduch, a.a.O. (N. 24), St. Jan. 1989 を参照した。
- (31) 各種請負規程は、それぞれ各A部は、行政規則として委託発注機関に対して向けられている条項で、B部は、契約関係にとりこまれるべき約款的規律である。
- (32) 前注(二五)の各文献参照。なお、後述のように、EC法の受入後も、訴求可能な権利がないこと自体は変わっていない。
- (33) なお、連邦財政法の暫定規則によれば、入札者には請負規程の適用を求める異議を提起する資格がないとしていた。Vgl. VV-BHO § 55, in: Piduch, a.a.O. (N. 30) など、Norman Cleesattel, *Government Procurement in the Federal Republic of Germany*, 21 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 59-90 (1987) も参照。
- (34) 「政府調達(Public Procurement)」なる用語もEC構成国の間で一般的なものではなう。ドイツ法上の「公共委託発注(öffentlicher Auftrag; öffentliche Vergabe)」、「調達制度(Beschaffungswesen)」、「フランス法の「marchés publics)」、「イタリア法の「appalti pubblici)」が用いられるほか、調達時の法的形式に着目して「公共契約(Public contracts)」とドイツ用語も用いられることがある。
- (35) ECの共通市場政策における位置付けを簡略にまとめたものとして、Commission of the European Communities,

- (36) *Conditions for industrial Cooperation, A Single Public Procurement Market*, 1989, pp. 49-60 が、*等*。  
 通常、EC諸国の平均で国内総生産の10-12%、水道、電気通信など除外部門までとられて、15%にはるといわれつゝ。  
 報告、Angelos Kotlos, Das öffentliche auftragswesen im Binnenmarkt, in: Thomas Oppermann/Erich-Wolfgang Moersch, Europa-Leitfaden - Ein Wegweiser zum Europäischen Binnenmarkt 1992, 2. Aufl. 1990, S. 99 ff.; Paolo Cecchini, Europa '92, Der Vorteil des Binnenmarktes, 1988, S. 37 ff.; Karl-Hein Narjes, Geleitwort, in: Prieß, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 1994, S. VII.
- (37) マインの公共委託発注の社会経済的な位置付けに、*Maximilian Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht - Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart*, 1988, S. 39 ff. 参照。
- (38) ヨーロッパ共同体条約130f条二項では、共同体構成国の研究および技術開発の促進にかかわり、「構成国の公共契約の開放、共通基準の設定ならびに協力に対する法律上および租税上の障壁の除去により」、「企業間の相互協力の努力を支援しなければならない」となされている。
- (39) EC法一般については、日本語文献で概括的なものとしては、大谷良雄・概説EC法(有斐閣、一九八二年)・田村悦一・EC行政法の展開(有斐閣、一九八七年)・山根裕子・新版EU/EC法—欧州連合の基礎—(有心堂、一九九五年)・欧文では、D. Lasok, *Law & Institutions of the European Union*, 6th. ed. (Butterworths, 1995); John A Usher, *Cases and Materials on the Law of the European Communities*, 3rd. ed. (Butterworths, 1993); Robert Maclean (ed.), *European Union Law Textbook*, 7th. ed. (H.L.T., 1995) 参照。  
 EC法の国内における意味については、*Hans D. Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1994 参照。指令は、共同体の理事会または委員会が制定する。指令は、各構成国を名宛人として発せられ、達成すべき成果については、構成国を拘束するが、達成の方法および手段については、構成国の裁量にまかされ、最も適切な方法でよいとされている(EC条約一八九条)。指令を国内で施行するための受容については、特に、Jarass, aa.O., S. 51 ff. 参照。指令の国内における効力については、その他、大谷・前掲注(三九)八九頁以下、田村・前掲注(三九)四七頁以下、山手治之「欧州共同体法の直接適用性(三)」立命一九七六年三三二八〇頁以下、Arno Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, JURA 1993, S. 225 ff.; Holger Stadel, Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1994, S. 435 ff.; Rudolf Mögale, Neuere Entwicklungen im Recht der Europäischen

- Gemeinschaften, BayVBl. 1993, S. 129 ff.; Jutta Geiger, Die Entwicklung eines europäischen Staatshaftungsrechts, DVBl. 1993, S. 465 ff. 参考文献の紹介として、Meinhard Hilf, Die Richtlinie der EG- ohne Richtung, ohne Linie?, Eur 1993, S. 1 ff. 参考文献。
- (9) 参考文献として、Andrew Geddes, *Public Procurement - A Practical Guide to the U.K. Regulations and Associated Community Rules* (Sweet & Maxwell, 1993.); Andrea B. Adler, *The Utilities Directive - A Giant Step Down the Long and Winding Road Toward Opening Public Procurement Markets in the EC*, 17 Boston College International & Comparative Law Review 111 - 125 (1994.); Joseph F. Riga, *Recent Council Directives and Commission Proposals Affecting Public Procurement in the European Communities*, 12 Boston College International & Comparative Law Review 387 - 421 (1989.); Charlene Barshefsky/Alastair Sutton/Jo Anne Swindler, *Developments in EC Procurement Law Under the 1992 Program*, [1990] Brigham Young University Law Review 1269 - 1337; Julia A. Sohrab, *The Single European Market and Public Procurement*, 10 Oxford Journal of Legal Studies 522 - 38 (1990.); Friedl Weiss, *Public procurement law in the EC internal market 1992: the second coming of the European Champion*, [1992 Summer] The Antitrust Bulletin 307 - 335; Friedl Weiss, *Public Procurement in European Community Law* (Athlone Press, 1993.); Mark Lewis, *The New EC Law of Public Procurement: Is the Information Technology Industry Ready for 1992?*, The Computer Lawyer Vol. 9, No. 4, 24 - 32 (1992.); Friedl Weiss, *Public Procurement in the EEC- Public Supply Contracts*, 13 European Law Review 318 - 334 (1988.); Peter-Armin Treppe, *Public Procurement in the EC* (CCH Edition, 1993.); Christopher Bright, *Public Procurement Handbook* (Wiley Chancery, 1994) 参考文献として、Kathrin Stolz, Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1991; Hans-Joachim Prieß, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 1994; Thorsten Diercks/Georg Schareck, Die Neuregelung der Auftragsvergabe im EG-Binnenmarkt und ihre Bedeutung für den deutschen Bergbau, EuZW 1993, S. 559 ff.; Christian Bock, Öffentliche Auftragsvergabe im Europäischen Wirtschaftsraum, EuZW 1994, S. 677 ff.; Thorsten Diercks/Georg Schareck, Die Neuregelung der Auftragsvergabe im EG-Binnenmarkt und ihre Bedeutung für den deutschen Bergbau, EuZW 1993, S. 559 ff.; Ingeleore Seidel, Öffentliche Auftragswesen, in: Manfred A. Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrecht, St. Sept. 1994, H. IV, 参考文献として、Jean-Pierre Gohon, Les marchés publics européens (Que Sais-Je?, 1991.); Christine Bréchon-Moulénes et al, Les Marchés Publics Européens, (Sirey,



- (41) 1989)二七頁以下では、イギリス、ドイツ、ベネルクス、スペインの比較法的検討がなされている。(を参照。なお、ECの政府調達関係の諸原則の法的整備がなされる直前に、主要諸国の政府調達法制を比較したものとして、『*International Symposium on Government Procurement Law (Part I & II)*』, The George Washington Journal of International Law and Economics, vol. 20, pp. 415-597 (1987), vol. 21, pp. 1-163 (1987)がある。
- (42) 公共委託発注にかかわる各種指令をまとめたものとして、英文では『*European Commission, Public Procurement in Europe The directives*』, 1994; Trepte, *supra* note 40を、独文では『*Prüf, aaO. (N. 40), S. 161 ff.*を参照した。』)れらは、ECの官報(「*シリース*」)で公布されるが、現在では「これら各種指令およびEC裁判所の裁判例は『CELEXデータベース(英文のものおよび仏文のもの)』、LEXIS-NEXISでも、独文のものは『JURIS』でも検索および入手可能である)で入手可能である。
- (43) *Richlinie des Rates vom 26. 6. 1972 Nr. 72/27/EWG.*
- (44) 電気通信事業者の公共調達との関係でEC法の公共調達の開放にふれるものとして既に、土佐和生「ECにおける電気通信規制の法と政策―規制と競争の相互連関―」香川一二巻四号四三頁以下、一一一頁以下(一九九三年)の作業がある。
- (45) 指令の直接適用については、その内容と文言が明確かつ無条件的であり、かつ共同体または構成国が追加的な措置をとる必要がないという要件を満たすことが必要とされている。注(三九)の諸文献参照。
- (46) 伝統的な公共調達者についての指令と、特別部門指令との間で、概念規定は異なっている。公共建設委託調整指令一条b)によれば、本文のようである。特別部門指令は、「これらの調達者を公共団体(Public Authority)および公共企業体(Public Undertaking)として挙げる」と同時に、「公益事業(水道供給など)二条二項に列挙する事業(営む私企業で、構成国の権限ある機関により与えられた特別のまたは独占的な権利に基づき活動する者を適用対象とする)」。この点では、出資などのほか、株の所有等も意味されている。
- (47) この点を指摘するものとして、『*Seidel, aaO. (N. 40), S. 4 f.*
- (48) 委員会は、当該一覽作成の前に、政府代表からなる諮問委員会の意見を徴しなければならないが、それに拘束されない。また委員会には、当該構成国に通告することなく適用法人のリストを拡大しまたは縮小する主導権をもっている。
- (49) 物品供給調整指令九条、建設調整指令一条、役務提供調整指令一六条、特別部門指令一七条。
- (50) 例えば、建設委託の様式については、建設調整指令の別表四を参照。
- (51) 例えば、建設指令八条一項。

- (52) 物品供給指令三一条、建設調整指令三四条。
- (53) EC条約六条。注(三九)の文献の他、Prieß, a.a.O. (N. 40), S. 5 ff. 参照。
- (54) 例えば、建設調整指令二五―二九条。
- (55) *Commission of the European Communities v. Ireland* (Case 45 / 87 R) of 22. Sept. 1988; [1988] ECR 4929; [1989] 1 CMLR 225. Sue Arrowsmith, *A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice* (Farrisgate Press, 1992), 55-72 参照。
- (56) 建設調整指令一〇条一項、物品供給調整指令八条一項、役務提供調整指令一六条一項、特別部門指令一三条二項。
- (57) その他、技術規準の問題については、Prieß, a.a.O. (N. 40), S. 80 ff.; Trepte, *supra* note 40 at 176-187 参照。
- (58) 建設調整指令一〇条四項、物品供給調整指令八条六項、役務提供調整指令一六条六項、特別部門指令一三条五項。
- (59) 建設物の仕様については、建設物指令による技術仕様で示さなければならぬことになっている。
- (60) ECUと各国通貨との換算割合は、毎二年度に委員会により確定される。
- (61) 公開手続は、ドイツ法上は、公開入札手続 (*Öffentliche Ausschreibung*)、フランス法上は、*adjudication* または *appel d'offres ouvert*、イギリス法上は、*open tendering* と呼ばれる。
- (62) ドイツ法上は、制限入札 (*beschränkte Ausschreibung*) とある。
- (63) ドイツ法上は、随意委託発注 (*freihändige Vergabe*) とある。
- (64) 建設指令の場合には、一三条に定めがある。
- (65) ドイツ法においても、前述の特別優遇法制があったし、現在でもある。注(一九) (三〇) 参照。
- (66) *Gebroeders Beentjes BV v. The Netherlands* (Case 31 / 87) of 20. Sept. 1988, [1988] ECR 4635; [1990] 1 CMLR 287. See also Arrowsmith, *supra* note 55, at 73-82.
- (67) Seidel, a.a.O. (N. 40), S. 22.
- (68) Ebenda.
- (69) Ebenda.
- (70) 特別部門指令三六条。
- (71) Seidel, a.a.O. (N. 40), S. 22.

- (72) Seidel, a.O. (N. 40 ), S. 23.
- (73) 上の指令については、後に検討するドイツ法との関係で、「ドイツ語の指令では、「監視指令(Uberwachungsrichtlinie)」とされ、英語およびフランス語の指令で用いられている救済手段(または救済方法)なる言葉と異なる用語が用いられている。これは、それぞれの構成国の国内法への受け入れの基本原則ともかかわるようにも思われる。なお、Seidel, a.O. S. 23では、「監視指令を救済手段指令(Rechtsmittelrichtlinie)とドイツ語で言い替えている。」
- (74) Seidel, a.O. (N. 40 ), S. 23.
- (75) 救済手段指令については、Sue Arrowsmith (ed.), *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, (Earlsgate Press, 1993)からもっとも包括的な文献がある。
- (76) Dundalk 事件の仮処分についての決定は「*Commission v. Ireland* (Case 45 / 87 ) of 13. Mar. 1987, [1987] ECR 1369.
- (77) Manfred A. Dausès, *Vorbentscheidungsverfahren*, in: Dausès, a.O. (N. 40 ), P.II. Rdn. 41 ff.
- (78) Seidel, a.O. (N. 40 ), S. 26.
- (79) Arrowsmith, *supra* note 75, at 4-41.
- (80) *Pratelli Constanza SpA v. Comune di Milano* (Case 103 / 88 ) of 22 nd June 1989, [1989] ECR 1839.
- (81) 注(七六)の他、判決は「*Commission v. Ireland* (Case 45 / 87 ) of 22 nd Sept. 1988, [1988] ECR 4929.
- (82) *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita Sanitaria Locale No. 2 Di Carnara* (Case C-21 / 88 ), [1990] ECR 889.
- (83) (Case 31 / 87 ), *supra* note 66.
- (84) *Commission v. Portugal* (Rs C-247 / 89 ) of 11 th Juli 1991, in: Arrowsmith, *supra* note 55, at 121-124.
- (85) Arrowsmith, *supra* note 75, at 43.
- (87) 以下については「Seidel, a.O. (N. 40 ), S. 7 ff; *International Symposium, supra* note 40 など参照。」
- (88) 筆者の言語能力との関係で、以下については「Arrowsmith (ed.), *supra* note 75 を参照した。」イギリス、ドイツおよびフランスについては、できるだけ国内法の規定を参照するよう努めた。
- (89) 参考までに、両指令を実施するために特別にとられた国内施行措置の内容を注(四一)でふれたEC委員会のCELEXの国内施行措置のデータベースにより検索した内容をしめすと次のようである。データが提供されていない国は省略した。  
八九年指令

デンマーク:

- 01. LOV N. 344 AF 06 / 06 / 91
- 02. BEKENDTGOERELSE AF 18 / 12 / 91 (OM KLAGENAEVNET FOR UDBUD)

スウェーデン:

- 01. LEY DU 27 / 12 / 65
- 02. REAL DECRETO 923 / 65 08 / 04 / 65
- 03. LEY PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 17 / 07 / 85, BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO N. 171 18 / 07 / 85
- 04. LEY REGULADORA LEY AUTONOMICA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 27 / 12 / 56, BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO N. 363 28 / 12 / 56

フランス:

- 01. DECRET NO 92-964 DU 07 / 09 / 92, JOURNAL OFFICIEL DU 11 / 09 / 92 P. 12526

ギリシャ:

- 01. LOI NO 1418 / 84
- 02. DECRET PRESIDENTIEL NO 609 / 85
- 03. DECRET PRESIDENTIEL NO 23 / 1993 DU 15 / 01 / 93, FEK A NO 8 DU 05 / 02 / 93 P. 55
- 04. DECRET PRESIDENTIEL NO 18 / 89
- 05. LOI NO 2145 / 93

イタリア:

- 01. LEGGE N. 142 ( ARTT. 12, 13 ) DEL 19 / 02 / 92

ルクセンブルク:

- 01. LOI DU 13 / 03 / 93, MEMORIAL A NO 22 DU 25 / 03 / 93 P. 398
- 02. REGLEMENT GRAND-DUCAL DU 17 / 03 / 93, MEMORIAL A NO 22 DU 25 / 03 / 93 P. 399

ポルトガル:

- 01. DECRETO-LEI N. 442 / 91 15 / 11 / 91 (ART. 158 AVISO 177, 84 E 85), DIARIO DA REPUBLICA I SERIE AVISO N. 263 15 / 11 / 91 P. 5852
- 02. DECRETO N. 41234 20 / 08 / 57 (ART. 46), DIARIO DO GOVERNO 20 / 08 / 57 I SERIE N. 186
- 03. DECRETO-LEI N. 267 / 85 16 / 07 / 85 (ARTS. 25 N. 1, 28, 76 AVISO 81), DIARIO DO GOVERNO I SERIE N. 161 16 / 07 / 85 P. 2046
- 04. DECRETO-LEI N. 235 / 86 18 / 08 / 86 (ARTS. 53 AVISO 55, 83, 85, 86, 91), DIARIODO GOVERNO I SERIE N. 188 18 / 08 / 86 P. 2036
- 05. DECRETO-LEI N. 129 / 84 27 / 04 / 84 (ART. 9 N. 3, 51 N.G) DIARIO DO GOVERNO I SERIE N. 98 27 / 04 / 84 P. 1047
- 06. DECRETO-LEI N. 256 N. A / 77 17 / 06 / 77 (ART. 6 N. 2 E 7, 11 N. 1 E 3), DIARIO DA REPUBLICA 17 / 06 / 77 I SERIE N. 138 P. 1475
- 07. DECRETO-LEI N. 48051 21 / 11 / 67 I SERIE N. 271 P. 2041

韓国法規:

- 01. THE PUBLIC WORKS CONTRACTS REGULATIONS 1991 OF 28 / 11 / 91 STATUTORY INSTRUMENTS NO 2680 OF 1991
  - 02. PUBLIC SUPPLY CONTACTS REGULATIONS 1991, STATUTORY INSTRUMENTS 1991 NO 2679 OF 28 / 11 / 91
  - 03. THE PUBLIC SERVICES CONTRACTS REGULATIONS 1993, STATUTORY INSTRUMENTS 1993 N. 3228 OF 22 / 12 / 93
- 九二律法令
- 法令:
- 01. LOV NR 1006 AF 19 / 12 / 92
  - 02. LOV NR 344 AF 06 / 06 / 91
  - 03. BEKENDTGOERELSE NR. 558 AF 24 / 06 / 94

フットンク:

- 01. LOI NO 93-1415 DU 28 / 12 / 93, JOURNAL OFFICIEL DU 01 / 01 / 94 P. 10

ネトハク:

- 01. ARTIKELN 289 E.V. VAN WETBOEK BURGERSLIJKE RECHTSVORDERING

聖令出版:

- 01. UTILITIES SUPPLY AND WORKS CONTRACTS REGULATIONS 1992 OF 23 / 12 / 92,

STATUTORY INSTRUMENTS 1992 NO 3279

- (95) David DHooghe, Ch. 2, in: Arrowsmith, *supra* note 75, at 91-110; Helmut Köhler/Ernst Steindorff, Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, S. 1705 ff.
- (96) Kirsten Hee Larsen, Ch. 3, in: Arrowsmith, *supra* note 75, at 111-117.
- (97) Franco Mastragostino, Ch. 4, *id.* at 119-161.
- (98) Dean Spielmann, Ch. 5, *id.* at 163-193.
- (99) Gert-Wim A. Van de Meent, Ch. 6, *id.* at 195-238.
- (100) Jose' M. Fernandez Martin, Ch. 7, *id.* at 239-270.
- (101) Stephen Weatherill, Ch. 8, *id.* at 271-304; Geddes, Public Procurement, *supra* note 40, at 81-93.
- (102) Kieran McCourt, Ch. 9, *id.* at 305-325.
- (103) Patrice Valadou, Ch. 10, *id.* at 327-356.
- (104) Evangelia Koutoupa-Rengakos, Ch. 12, *id.* at 387-399.
- (105) Antonio Miguel Catala Teixeira, Ch. 13, *id.* at 401-409.
- (106) BT-Drucks. 11 / 4544.
- (107) 川の発注方式の種ごとの上げ、栗田・前掲(注115)参照。
- (108) Seidel, aaO. (N. 40), S. 26.
- (109) ユーコン法66条の発注指令の受発過程については、注(115)の文献参照。
- (110) BT-Drucks. 12 / 2540.

- (106) Dimitris Triantafyllou, Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, NVwZ 1994, S. 943 ff.; Eberhard Schmidt-Almann, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens - FS f. Peter Lerche z. 65. Geburtstag, 1993, S. 513 ff. insb. 524.
- (107) Schmidt-Almann, a.a.O. (N.106), S. 524.
- (108) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsatzgesetzes, BT-Drucks. 12/4636 (v. 25. 3. 1993), 連邦議会経済委員会〇審議結果報告第14号 BT-Drucks. 12/5334 (v. 30. 6. 1993)参照。
- (109) 財政原則法の追加法条の逐条解説「ユントゼ」 Güntzel, Erl. zu §§ 57 a-57 c, in: Ernst Heuer (Gesamtreaktion), Kommentar zum Haushaltsrecht, St. Mai 1995, III. HGGrG, § § 57 a-57 c.
- (110) Güntzel, a.a.O. (N. 109), § 57 a, Rdn. 1.
- (111) Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabeverordnung-VgV) v. 22. Feb. 1994, (BGBl. I S. 321).
- (112) Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (Nachprüfungsverordnung-NpV) v. 22. Feb. 1994, (BGBl. I S. 324).
- (113) 委託発注規定の改正がなされた後の、現在の各請負規程の第一節は、「いわゆる基本条項 Basisparagaphen であり、これらは、連邦財政法、州財政法またはゲマインデ財政法により請負規程の適用を義務づけられている委託発注者による規定限界値を下回る価額の委託発注に適用される。規定限界値の価額を越える委託発注については、請負規程の第二、三または四節の規定が適用されることになる。」
- 第二節は、「EC建設調整指令またはEC物品供給調整指令の基本条項と付随の規定を定めている。財政原則法五七a条1項に該当する委託発注者は、請負規程の第二款の規定の適用を義務づけられている。これらの規定は、特別部門の領域での委託発注の場合には、適用されない。特別部門の委託発注は、請負規程の第三節および第四節の規定の適用を受ける。」
- 第三節は、「EC特別部門指令による基本条項および付随規定を定める。これらの規定は、五七a条第一項により公告を義務付けられている公共部門委託発注者に適用される。」
- 第四節は、「基本条項なしのもっぱら特別部門指令による委託発注規定を定めている。これらの規定は、私的な特別部門委託発注

注者に対して適用される。

- (114) Verdingungsordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF).
- (115) ①ドイツ公法調達法の受け入れ前後のドイツ委任発注法のドイツ化、Hannes Rehm, Die Umsetzung der EG-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen in nationales Recht, ZöGU 1993, S. 322 ff.; Rudolf Eiermann, Die Auswirkungen der EG-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen auf die öffentlichen Unternehmen, ZöGU 1993, S. 117 ff.; Helmerich Bornheim/Rainer Stockmann, Die neuen Vergabevorschriften- Sind auch private Auftraggeber zur europaweiten öffentlichen Vergabe von Bauaufträgen verpflichtet?, Baur 1994, S. 677 ff.; Lutz Horn, Neuere Entwicklungen im öffentlichen Vergaberecht, Baur 1995, S. 20 ff.; Jan Rogmans, Vergabeverordnung und Nachprüfungsverordnung Neuerungen im öffentlichen Auftragswesen, NJW 1994, S. 3134 ff.; Fritz Ritter, Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, S. 313 ff.; 皇法体の格記発注手続ドイツ化、Rolf Stober, Der Einfluß des europäischen Rechts auf Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Werner Hoppe/Alexander Schinck (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung und europäischen Integration, 1990, S. 116 ff.
- (116) Günstel, Erl. z. § 55 in: Heuer, a.a.O. (N. 24), § 55 BHO Rdn. 4a.
- (117) 皇法体のドイツ化、Heuer, Erl. z. § 102 BHO, in: Heuer, a.a.O. (N. 24), § 105 BHO, Rdn. 4 参照。
- (118) Günstel, in: Heuer, a.a.O. (N. 24), § 57 a HGfG, Rdn. 5.
- (119) Ebenda.
- (120) Ebenda.
- (121) Günstel, in: Heuer, a.a.O. (N. 24), § 57 a HGfG, Rdn. 6.
- (122) 上の点についての判断も分かれ得る。
- (123) Günstel, in: Heuer, a.a.O. (N. 24), § 57 a HGfG, Rdn. 7.
- (124) 航空管制有限公司 Deutsche Flugsicherungs GmbH については、米丸恒治「ドイツにおける航空管制組織改革と「私人による行政」論—Privatisierung, Beilehung、基本法の制限を中心として—」各法一四九号二一七頁以下(一九九三年参照)。
- (125) ドイツ宇宙飛行代理有限公司(Deutsches Agentur für Raumfahrtangelegenheiten, DARA)の事例については、既に簡単にふれたことがあるが、間接的資金助成の統制という観点から別稿で検討する予定である。米丸恒治「指定機関による行政の法



- (126) 律問題―日本における「私人による行政」手法の法的統制」鹿法二九卷一・二号二四一頁以下(一九九四年)、二四六頁。  
完全に民営化されたものとして統制からはずされる。
- (127) DARAの財務規則(Finanzstatut)七条一項は、委託発注に際し、請負規程等によるべきことを明示している。同規則は、筆者の九三年一月の調査で直接入手したものである。
- (128) 従来連邦の特別財産としてではあれ連邦行政組織として位置付けられてきた郵便三企業は、九五年一月より株式会社化された。これを第二次郵便改革(Postreform II)とす。第二次郵便改革の私法形式化の経緯とその行政法的问题点を検討したものと、さしあたり、米丸恒治「ドイツ第二次郵便改革の行政法的考察―郵便三企業の株式会社化・官吏の移籍―」私人による官吏の雇用」―鹿法三〇卷二号九五頁以下(一九九五年)参照。
- (129) 競争的な業務分野では、それらはこれらの委託発注規定を柔軟に、すなわち、参加競争が優先するときは、義務的な裁量に従い適用してよいとされてきた。(郵便構造法三九条二項、財政原則法三〇条)。
- (130) Vgl. Güntzel, in: Heuer, a.O. (N. 24), § 55 BHO, Rdn. 4.
- (131) Krämer/Schmidt, a.O. (N. 18), D.XI, S. 1に所収の各種補助事業に適用される一般附款参照。
- (132) このような公共投資の促進の為に私人の資力その他の能力を活用しようとする試みは、特に、東西両ドイツの再統一後に、活用されはじめている現象である。私人を活用して公共投資をすすめる、たとえば道路建設を行うとか、建物の建設を進めるなどのためにどのような方式があるかについては、別稿で簡単ながらそれに対する批判も含めて紹介したことがある。米丸「私人による道路建設―民活による道路建設の新展開―」行財政研究二四号五八頁以下(一九九五年)。
- (133) 道路行政に付随した民営化の動きについては、Willi Blümel (Hrsg.), Straßenwegerecht im Wandel, 1994 所収の諸論稿も参照。
- (134) BR-Drucks. 573 / 93.
- (135) 州は、委託発注審査機関の権限を広範に自ら決定することができる(審査命令一条九項)。たとえば、バイエルン州およびライント・ファルツ州では、Bezirksregierungを委託発注審査機関として決定している。Markus Lösch/Helmerich Bornheim, Die neuen Vergabevorschriften: Erste Entscheidungen des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes, ZBR 1995, S. 115 ff., S. 116, Fn. 15.
- (136) Vgl. Güntzel, in: Heuer, a.O. (N. 24), § 57 b HGfG, Rdn. 3.

- (137) AaO, S. 4.
- (138) Ebenda.
- (139) 州の委託発注監視委員会の設置と組織は、財政原則法五七c条九項によれば、州法により権限ある機関により決定される。ハイエルンおよびライニンラント・フォルツ州では、経済省におかれている。Löschn/Bornheim, aa.O. (N. 135), S. 116, Fn. 17. 本稿執筆にあたっては、公表された判決そのものを参照することができた(Europäisches Vergabericht, 1994, S. 52 ff. 以下でも公表されている)。連邦委託発注監視委員会の協力によるものである。判決については、裁判番号で引用する。本判決の内容については、Güntzel, aa.O., § 57 c HGfG, S. 3 ff.; Löschn/Bornheim, aa.O. (N. 135)にまとめの概要は示されている。注(1111)参照。
- (141) Güntzel, Erl. zu § 57 c HGfG, in: Heuer, aa.O. (N. 24), Rdn. 2参照。
- (142) Beschl. des VÜdB v. 2. Aug. 1994, 1 VÜ 1/94, "Rollbehälter".
- (143) AaO, Para. 3. a.
- (144) 現在の部の委員長は、連邦カルテル庁の長官である Kurt Stockmann 博士である。
- (145) Beschl. des VÜdB, aa.O. (N. 143).
- (146) Beschl. des VÜdB v. 2. Aug. 1994, 1 VÜ 2/94, "Klappfor".
- (147) 最初の裁判(注141)でも認められている。その点については、定着していることでもあろう。
- (148) Beschl. des VÜdB v. 21. Nov. 1994, 1 VÜ 8/94, "Warmbildgeräte".
- (149) Güntzel, Erl. z. § 57 c, in Heuer, aa.O. (N. 24), Rdn. 2.
- (150) Beschl. des VÜdB v. 12. Apr. 1995, 1 VÜ 1/95, "Kraftwerkkomponenten".
- (151) ドイツ連邦鉄道の軌道および旅客それぞれの部門毎の株式会社化の改革については、さしあたり法案段階の紹介として米丸恒治「ドイツ連邦鉄道改革法案の概要」行財政研究一八号二三五頁以下(一九九三年)参照。
- (152) Beschl. des VÜdB v. 8. Sept. 1994, 1 VÜ 7/94, "Überführungsbauwerk".
- (153) 米丸・前掲注(111)九五頁以下。
- (154) Beschl. des VÜdB v. 8. Sept. 1994, 1 VÜ 6/94, "Telefonhauben und -säulen".
- (155) Beschl. des VÜdB v. 12. Dez. 1994, 1 VÜ 9/94, "Kühnhäuser".
- (156) Beschl. des VÜdB v. 12. Dez. 1994, 1 VÜ 9/94, "Kühnhäuser".

- (157) 全体的に、審査機関の判断の違法性を認めるものが多いが、裁決の中には、委託発注審査機関の決定の中で、すでに委託発注機関の手續の違法性を認めているものがあることも注意されるべきである。委託発注監視の統制の実があがっているとはしあたり評価することが必要とされている。
- (158) BGH Urt. v. 25. Nov. 1992, BGHZ 120, S. 281.
- (159) Angela Faber, Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, DÖV 1995, S. 403 ff.
- (160) Beschl. des V.ÜdB v. 23. Aug. 1994, 1 V.Ü. 3 / 94, "Rohbauarbeiten".
- (161) たとえば、日本下水道事業団発注の電気設備工事に係る入札談合およびそれをめぐる公取委による刑事告発事件を想起された<sup>5)</sup>。
- (162) この点については、法案段階で紹介したことがあるが、最近、連邦財政法四四条の改正として、実現をみた。米丸恒治「ドイツにおける『私人による資金助成行政』の法的統制」(室井力先生還暦記念論文集・現代行政法の理論(法律文化社、一九九一年)一一一頁以下。連邦財政法改正法案、改正法については、BT-Drucks. 11 / 3920; Kramer u. a., aa.O. (N. 18), D IX 参照。
- (163) Markus Lösch/Helmerich Bornheim, Zivilrechtliche Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der neuen Vergabevorschriften der VOB/A durch private Auftraggeber, NJW 1995, S. 2134 ff.;
- (164) 私的な建設契約の分野については、*Arno Lang, Bauvertragsrecht im Wandel*, NJW 1995, S. 2063 ff.; Jens Kersten, *Ist die Verdingungsordnung für Bauleistungen -VOB- noch zeitgemäß? <-Zugleich ein Bericht über die Eröffnungsveranstaltung des Instituts für Deutsches und Internationales Baurecht e.V. an der Humboldt-Universität anlässlich seiner Verlegung von Bonn nach Berlin, DVBl. 1995, S. 786 ff. 参照。*
- (165) なお、*ラレキ*の注に引かれたその他の諸国の法制にかかわるものは、*Nicolas Michel et al., Aspects du Droit des Marchés Publics*, 1992; *ヘルギー*については、*Helmut Köhler/Ernst Steindorf, Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb*, NJW 1995, S. 1705 ff.; *カナダの政府調達と入札異義の制度について*, *Arte Reich, Government Procurement and Bid Challenging in Canada after the Free Trade Agreement*, 18 *Canadian Business Law Journal* 195 - 244 (1991).