

平成 22 年 6 月 3 日現在

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2008～2009

課題番号：20730029

研究課題名（和文） 地方公共団体による経済活動の許容性に関する研究

研究課題名（英文） Legitimacy of economic activity by local public entity

研究代表者

野田 崇 (NODA TAKASHI)

関西学院大学・法学部・准教授

研究者番号：00351437

研究成果の概要（和文）：政府契約は直接には政策目的追求に必要な財・サービスの調達手段であるが、同時に、地域経済振興や労働条件の向上といった政策目的を実現するための手段として利用されることも多い。そのような、政府契約の政策手段化は、調達価格を上昇させる可能性がある。また、調達の際に一般の民間企業と異なる行動をとれば、市場競争の環境を歪めるおそれもある。そのため、政府契約の政策手段化がはたして、またどの程度許容されるかを検討する必要がある。契約の自由を持ちだして政策手段化を正当化する議論もあるが、国は契約の自由を享受しない。国が契約を締結するのはその任務を遂行するためであって、私的自治の行使としてではない。その点からは、契約の政策手段化は支持されるが、調達が国による市場取引への参加であることを重視すると、政策手段化は競争阻害的であり得る。何れの要素を重視するかは、国家と経済の関係をどのように整理するのかに左右される。

研究成果の概要（英文）：Government contract is a means to procure goods and services needed for policy implementation, but often the proposed contract will be used as a means to achieve policy objectives unrelated. However, to use such contracts, the government may increase the procurement price. So if the use of government contracts as a means of policy is allowed or not, is the question. Freedom of contract cannot be justification, because the state does not enjoy the freedom of contract. The government contract is not a public activity, but a public activity. From that point, the use of government contracts as a policy instrument can be supported. On the other hand, it also raised the participation of state in market and the use of government contracts as a means of policy implementation could interfere with normal competitive market. Relationship between these two elements is to be resolved with the state-economy relations.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	600,000	180,000	780,000
2009年度	300,000	90,000	390,000
年度			
年度			
年度			
総計	900,000	270,000	1,170,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：調達、契約の自由、付随的目的、競争秩序

## 1. 研究開始当初の背景

(1)平成 20 年度の国民経済計算確報によれば、日本の GDP における政府部門の占める割合は、支出面では 23%、生産面ではおよそ 9% である。民間部門と比較すると相対的に小規模ではあるが、政府部門を構成する主体は主として国および地方公共団体（以下単に「国」とすることがある。）であり、民間に比して主体数が少ないことから、個々の主体の行動が経済に及ぼす影響は、個々の民間主体の場合と比して大きいと想定できる。たとえば、土木需要に占める政府部門の割合が 8 割に近いことや、防衛産業がもたら政府需要によって成立していることからわかるように、一定の種類財・サービスについては、政府が唯一の、または主要な需要者である。そのような場合、政府は有力な需要者として、企業の命運を左右することすらできる。また、供給者としての側面から見ると、国民経済全体の中では小規模であっても、地域的には唯一の供給者である場合や、公的資金を投入して安価に供給している場合には、民間事業者を排除ないし圧迫している可能性がある。以上のように、政府は、需要面でも供給面でも、民間の経済活動に対して大きな影響力を有しているといえる。

(2)政府の供給者としての影響力が発揮される場面として考えられるのは、地域内公共交通機関（乗合バスなど）を地方公共団体のみが経営しており、民間事業者が参入できない場合や、地方公共団体が宿泊施設その他レクリエーション施設を経営し、安価に提供しており、私人が同種の施設を経営しても、採算面から競争できない場合などである。ここでは、租税収入や政府部門としての信用、さらに各種の行政権限を背景として行われる生産活動が、私人の職業選択の自由や財産権を侵害する可能性がある。

(3)他方で、政府の需要者としての影響力が発揮される場面として考えられるのは、民間供給者に対して一定の公的目的の実現に協力することを求め、それに応じた者を発注面で優遇する場合や、政策実現にとって望ましくない者を排除する場合、また、一定の製品や業界、地域を経済的に支援するために、それに関わる者のみに発注する場合である。いずれの場合にも、調達対象の品質と価格以外の要素を発注時に考慮することとなるので、価格が上昇すると考えられるほか、政府が唯一の、またはそれに近い支配力を有する発注者

であるような分野では、発注のあり方が私人の職業選択の自由や財産権を侵害する可能性がある。

## 2. 研究の目的

(1)以上のように、政府部門の経済活動には、その供給者としての側面においても、需要者としての側面においても、私人の基本権を侵害する可能性があるため、国家の活動が私人の基本権を侵害することがないように国家活動を統制するという意味での公法的統制をこれら経済活動にまで及ぼす必要がある。また、調達活動は公金の支出を伴うものであるが、公金は、達成すべき目的との関係でできる限り経済的に支出されなければならない（経済性原則）。この要請は、地方公共団体については地方自治法 2 条 14 項、地方財政法 4 条 1 項に明記されており、国については明文規定はないものの、会計法が採っている一般競争入札原則から、同様の立法者意志が導かれている。そうすると、調達のための発注に併せて、調達対象の品質等とは直接のかかわりを持たない政策目的をも追求しようとする行為は、経済性原則との関係で正当性を問われることとなる。

(2)このように、いずれの側面においても、政府部門、すなわち国・地方公共団体の経済活動に公法的規制、すなわち民商法とは異なる公的主体に特有の法規制を及ぼす必要性が認められる。しかしながら従来、行政法学において、国・地方公共団体による経済活動は、少なくとも活発な議論の対象とはなっていない。その主たる理由は、これらの活動が代表的学説によって「私経済行政」ないし「私行政」と称されてきたことにも現れているように、これらの活動は私人の活動と同質であり、原則として私人と同様の法的規制に服すると考えられてきたからであった。戦後の行政法学が、公法私法二分論の否定や特別権力関係論の否定、公定力理論の手続的把握に現れているように、戦前の権威主義的行政への批判として国家活動の非特権化、国家活動と私人の活動の質的相対化を目指してきたとすると、上述したような二方向の経済活動が行政法学的関心の対象とならず、国家の私的行為として私法の分野へ追いやられていたことは、自然なことであった。

(3)しかしながら、国民経済における政府部門のプレゼンスや、その私人の基本権にとってのレバンスを前提とすると、これらの行為の私人の活動との共通性に着目して私法的

規制を検討するだけでは不十分である。むしろ、公的主体に特有の、公法的規制の可能性を検討すべきであろう。そして、国や地方公共団体の経済活動に、私人と同様の私法的規制が及ぶのみならず、公法的規制、すなわち国家ないし地方公共団体としての固有の地位に由来する法的規制が及ぶのだとしたら、それこそが、私人と異なる公的主体の特質を示すものである。すなわち、「私人とは異なり、国は経済活動にあつていかに振舞うべきであるのか」は、(広義の) 国家の輪郭を描く作業の一つであると思われるのである。

### 3. 研究の方法

(1)本研究では、主としてドイツ法における当該分野の立法、判例及び学説の検討を通じて、日本法への示唆を得ることとした。

また、日本法への示唆を得ることを目的として外国法研究を行うという本研究の趣旨に鑑みて、本研究での検討対象を主として需要者としての政府、すなわち、公的調達に限定することとした。

(2)供給者としての公的主体を主要な検討対象とはしなかった理由は次の通りである。ドイツにおいては歴史的に都市が、電力やガス、近距離交通といった都市生活に不可欠のサービスを提供してきたのであり、既に戦前から、そのような都市による営利的経済活動と民間の経済活動との衝突が生じていた。その調整として制定されたのが、1935年ドイツゲマインデ法[Die Deutsche

Gemeindeordnung von 30. Januar 1935.]67条以下であった。この規定は、今日でも、各ラントの地方自治立法に受け継がれている。ドイツでは、ゲマインデやクライス(郡)などが貯蓄金庫[Sparkasse]を設立し、それが庶民金融の中心となっていることからわかる通り、日本と比較して公的経済活動が広範にわたっており、かつ、市民生活により深く根付いている。そのため、それらによる民業圧迫や、許認可権限を背景とした事実上の利用強制が問題となるとともに、競業者の基本権侵害を理由とする訴訟が多数提起され、そこでは、そもそも自治体が営利活動を行うことが憲法上許容されるか否かが問題とされているのである。それに対して、日本で地方公共団体による営利経済的活動が法的に問題とされるのは、せいぜい、破綻時の債務処理を巡って住民訴訟が提起される局面であり、営利活動そのものの許容性が問われることはほぼないと言えよう。

(3)そうすると、公的主体による経済活動の許容性の問題は、国家を社会から区別した上で国家の活動の限界を探るという観点、また現在社会における国家の位置を画定するという課題にとっては重要な検討課題であるが、現在の日本が直面している課題に適合的であると直ちにいうことはできない。

(4)以上のような理由で、本研究では、地方公共団体による経済活動のうち、主として調達活動を対象として、広義の「国」の限界を探ろうと試みた。

### 4. 研究成果

#### (1) 契約締結行為の法的根拠

以下では、国が必要な財・サービスを調達するために締結する契約を、政府契約という。

上述したように、国は私人との間で様々な契約を締結している。そのような「契約を締結する国家」の法的性質については、特に実務上、次のような説明がしばしば行われる。

「会計法第四章の『契約』とは、国が統治権の主体としての立場ではなく、財産権の主体としての立場から、私人と対等の立場に置いて締結する私法上の契約であり、公法上の契約は含まないと解される。したがって、近代私法の三大原則の一つといわれる契約自由の原則も妥当する。」(福田淳一(編)『平成19年度改訂版会計法精解』412頁)。契約が当事者間の合意に基づいて成立するものである以上、一方が他方に自己の意思を強要することができないという意味で、当事者間が法的に対等であることは当然のことであるが、私法上の契約であるから契約当事者は契約の自由を享受するとする点には問題がある。契約とは、当事者間の合意に当事者間での法的拘束力を承認し、場合によっては国家がその履行を強制する制度である。私人は、自己決定の意味での私的自治を認められているが、その中には他人と関係を取り結ぶことによって自己実現を図る自由も含まれると考えられ、その手段として契約がある。つまり、契約の自由とは、憲法が私人に認めている自己決定権と結び付いた自由なのである(星野英一、山本敬三など)。そうであれば、憲法によって形成され、任務を付与され、義務付けられる国家について、「契約の自由」を語る余地は本来なかったはずである。したがって、国家も私人と同様に契約当事者たり得るが、契約を締結し得る法的根拠は相違するといふべきである。すなわち、私人がその自己決定権に基づいて契約を締結し得るのに対して、国家は、その任務を遂行するために必要となる財・サービスを調達するために契約を締結することが認められる。換言すると、国家ないし地方公共団体に属する公務員の契約行為が、当該公務員の属する団体に法律上与えられた「任務と所掌事務」の遂行であると言える場合にのみ、当該契約行為の効果が当該団体に帰属する(塩野宏『行政法Ⅲ[第三版]』(平成18年)7頁参照)。したがって、政府契約とは国家による市場参加であると同時に、国家の行動として、国家に特有の法的規律の下に置かれると考えられるのである。

## (2) 問題

そのような規律を考える手がかりとして、国家がその購買力を通じて、一定の政策目的の実現を図ることの是非の問題がある。例えば、法定の最低賃金を上回る時給の支払いを受注者に要求し、落札者決定の際に女性や障害者雇用への努力を考慮し、または地元企業のみを入札に参加させる場合がある。日本の判例を挙げると、公共事業の入札にあたって広く行われている、指名競争入札における地元企業優先の慣行が問題となった、最高裁平成18年10月26日判決、および、市の出資法人に発生した赤字の穴埋めのために、当該法人の所有する動産を市が一括して高額で購入する契約の適法性が争われた、最高裁平成16年7月13日判決（いわゆる名古屋デザイン博事件）がある。この二つに共通するのは、本来の調達対象（前者であれば土木・建築、後者であれば売買契約の対象物）を調達するという、調達活動本来の目的に加えて、前者であれば地元経済振興・雇用確保といった社会政策的、経済政策的目的が、後者にあっては出資法人の赤字処理という目的が追及されていることである。基本的人権を有する私人は一般的に自由に行動し得るので、契約締結の際に（契約対象以外の）いかなる目的を有しようとも、本人の自由である。それに対して国家は、法律上割り当てられた事務を遂行するために必要となる財・サービスを調達するために契約を締結するのであり、調達活動の目的を任意に設定できるわけではない。この点に、私人と国家の質的違いが存することは、争いのないところであろう。そうすると、国家がその購買力を背景として、いわば付随的に何らかの政策目的を追求すること（「政府契約の政策手段化」）がはたして、またどの程度許容されるのかが問われることになる。

このような場合、一定の行政活動のために用いる財・サービスを調達するという、政府契約本来の目的と並んで、調達対象物の品質・性状と直接には関係しない他の政策目的も、併せて追及されているのであるが、このような、「政府契約の政策手段化」の問題は、ドイツにおいてはEU法の影響もあって活発に議論されているものの、日本においては従来、ほとんど議論の対象とされてこなかった。しかしながら、政府契約の政策手段化の許容性とその限界を巡ってドイツで行われた議論のうち、一部は日本法においても検討を要する問題である。また、政府契約は広くEU法の規律を受けており、少なくとも今日ではもはやドイツ固有の議論が成立しにくい状況にあるが、周知の通り政府契約はWTOを通じて国際条約による規律の対象ともなっているため、EU法の状況も日本にとって無関係ではない。

## (3) ドイツの調達手続

政府契約は、かつては法的規律の対象とはされておらず、行政規則を通じて行政内部的な統制が行われるにとどまっていた。そのような内部的統制の歴史は古く、既に1926年には建設工事の発注に関する「建設発注規則 [Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)] が制定され、物品調達については1936年に「物品発注規則 [Verdingungsordnung fuer Leistungen (VOL)] が制定されていた。両者の規律には相違もあるが、発注手続を公開公募（日本の一般競争入札に相当する）、制限公募（同じく指名競争入札に類似する）および任意発注（同じく随意契約に相当する）に種別した上で公開公募を原則的手続としている点、「専門知識・能力・信頼性」を備えた者のみを競争に参加させ（適性基準）、最も「経済的」な応札者を落札者とする（落札基準）点では共通していた。競争性を確保してできる限り安価な調達を行うことがその目的である。調達制度は、長年にわたり、行政規則によって形成されるにとどまっていたが、欧州共同体法を国内法化する必要から、1993年から1994年にかけて、財政原則法改正、発注令 [Vergabeverordnung] により、法律上の制度とされた（彼の地では「財政法的解決」と呼ばれている。）。しかし、法律では一般的な規定をおくにとどまり、具体的な規律は政令に委ねられた（発注令）。また発注令は、上述の発注規則を包括的に援用していたので、実態は発注規則が法律の裏付けを得たということになる（発注規則を制定するのは、国等の発注側と企業等の受注側との共同協議機関であり、組織としての民主的正当性を持たない。そのような機関が制定した規則をそのまま政令へ受け入れて、法的拘束力を付与することの、民主政の観点からの問題は別途検討を要する。）。しかし財政法的解決では欧州共同体法の国内法化としては不十分であるとされた。1998年に競争制限禁止法が改正され、調達に関する規定がそこに置かれた（「競争法的解決」）。この法律は、調達を、UE指令の対象となる一定金額以上のものとそれ以下のものとに区別し、一定金額以上に限って規律している。それ以下の部分については、従前の法状態が継続している。調達制度の骨格（公開公募原則、競争参加資格としての三要件、もともと「経済的」な応札者の落札）は、1993年以前から今日に至るまで維持されているが、少なくとも一定金額以上の調達については、競争参加者に裁判的権利保護の可能性が開かれた点、調達に合わせてその他の政策目的を追求する際には、法律の根拠を要する（一定金額以下の場合は行政規則等内部的決定で足りるとされている。）こととされた点が、従前とは異なっている。

#### (4)政策手段化の多層性

政府契約の政策手段化は、予算との関係から二つに大別される。景気対策のための公共事業発注のように財政支出を行うこと自体が政策目的実現のための手段となる場合と、通常の調達活動の枠内で、何らかの政策目的が併せて追及される場合である。両者を明確に区別することは困難であるが、前者が景気対策を目的とした予算策定の問題であるのに対して、後者は、一定の行政活動のために必要な財・サービスの調達のための予算を執行する際に、併せて他の行政目的をも実現しようとするものである点で、法的検討の対象とする必要性が高い。それに対して前者は主として政治的課題であると思われるので、さしあたり検討の対象からは外す。後者については、政策目的追求の態様はさらに、どの段階で政策的考慮がなされるかにより、四段階に区別される。発注対象の特定の段階、適性基準判断の段階、落札基準判断の段階、契約内容形成の段階である。さらに、一定の事実の存在ないし発生が契約の解除条件とされることもある。

#### (5)政策手段化の問題性

政府契約の政策手段化に対しては、財政法的視点からの批判と、経済法的視点からの批判が考えられる。財政法の観点からは、調達の経済性が問題となる。調達対象を事実上特定企業の製品に限定し、または適性基準として、国内に工場を有していることや地元企業であることを求めると、それだけ競争性が低下し、公開公募導入の趣旨目的が損なわれることになる。また、落札基準としての「経済性」を評価する際に、一定の政策上の理由（例えば地域振興、中小企業振興、見習い教育[Ausbildung]促進）から、より高い価格で応札した入札者に落札させることがある。この場合、最も安価な調達を行うことにより公金を節約するという、公開公募制度の機能が阻害されていることになる。契約条件として何らかの政策目的に沿った行動を受注者に求める場合、それによって応札価格が上昇している可能性もある。以上のように、契約の調達手段化により競争性が低下し、又は契約履行に直結しない費用が受注者に発生することにより、財政法上の経済性原則が損なわれる可能性がある。また、ある財・サービスの調達のための予算を用いて、他の政策目的をも追及し、そのために調達価格が上昇した場合、上昇部分は予算の目的外支出とも言える。したがって、予算の真实性の原則への衝突の可能性も指摘されている。次に経済法の観点からは、政府契約の政策手段としての活用が潜在的な競争参加者の範囲を狭めるため、競争制限的であり得る点が問題視される。

#### (6)検討

解釈論としては、経済性原則にいう「経済性」の解釈が問題となる。所与の目的を最も効率的に達成することが求められているのだとすると、調達を通じて社会政策・経済政策上の目的を追求することそれ自体は問題ではなく、それらの目的を追求する際に経済的であれば足りることになる。この場合、調達手続の法的規律は、本質的には、国の内部統制という性格を持つだろう。それに対して、民間企業が通例は、品質が同等であればできる限り安価な調達に努めるであろうことを考慮すると、政府契約の政策手段化は、市場での行動の合理性に従わない異分子の登場を意味する。この「異質性」を取り除き、国に市場で合理的行動を取らせる手段が調達手続であると位置づけることもできる。この場合、経済性とは基本的に「最も安価」を意味することとなり、調達手続は国に価格競争阻害的行動をとらせないという意味で競争法に位置付けられることになる。これら二つの捉え方は、換言すると、国は調達の際にも行政主体であり続け、調達の際にも直接に公共目的を追求するのか、それとも、調達はあくまでも行政活動のための財・サービスを手に入れるための補助的活動であるにとどまり、調達活動と公共目的との関係は間接的なものにとどまるのか、ということである。このように考えると、政府契約の政策手段化は、国が私法上の契約を締結する際には「高権の高み」から降りてきて私人と対等の立場に立つとする国庫理論が克服され、私法上の契約を締結する国家の基本権被拘束性が承認されてゆく過程と関連付けることもできよう。私人と同一の立場に立つ国庫は、私法上の取引において私人と同様の合理性に従って振舞うことが期待される。それに対して、国家の基本権拘束が契約を締結する際にも及ぶとすると、契約を締結する際にも自らの公益に対する責任、とりわけ基本権保護義務を重視しなければならないことになる。政府契約の政策手段化を考える際には、契約を締結する国家をこのどちらのイメージで捉えるかが問題となるだろう。ドイツを含めて欧州では、域内共通市場創出のために国家をも市場取引の一プレイヤーに位置づけようとする方向性と、各構成国の国内的な政治的責任を重視する方向性との相克があり、その時々々の政治状況および経済状況に左右されつつ、国家と経済のあるべき関係を探っている状況であるといえよう。

本研究は、政府契約の政策手段化が以上のような国家の捉え方に関わる問題であることの確認にとどまる。欧州共同体の動きはなお流動的であり、今後も継続的な観察が必要である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計4件)

①野田崇、「浄化槽清掃業許可を受けた者の汚泥収集運搬義務の範囲」、民商法雑誌、141巻3号、409～417頁、2009年12月、査読無

②野田崇、「市民参加の『民主化機能』について」、法と政治、60巻3号、1～62頁、2009年10月、査読無

③野田崇、「民間児童養護施設への入所措置と国家賠償責任」、法学論叢、165巻3号、136～151頁、2009年6月、査読無

④野田崇、「住民監査請求期間徒過の『正当な理由』と情報公開請求」、民商法雑誌、139巻4・5号、2009年2月、査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

野田 崇 (NODA TAKASHI)  
関西学院大学・法学部・准教授  
研究者番号：00351437

(2) 研究分担者

( )

研究者番号：

(3) 連携研究者

( )

研究者番号：