

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 8 日現在

機関番号：34504

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2012～2015

課題番号：24530041

研究課題名(和文) 政府契約の法的統制に関する公法学的研究

研究課題名(英文) a study on the legal control of the government contract

研究代表者

野田 崇 (NODA, Takashi)

関西学院大学・法学部・教授

研究者番号：00351437

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,800,000円

研究成果の概要(和文)：民法上の契約制度は、契約当事者間の合意に法的効力を認め、当事者の意思による自治を承認するものであるが、民主政国家における行政活動は国民代表の意思決定(法律)に従う必要がある。そのため、行政と私人の契約にあっては、個別具体の意思と、国民代表の意思(法律)とが抵触し得る。行政手続法54条の一般的な授權規定と個別行政法規とがあいまって、契約による行政活動の規範的正統性を根拠づけるドイツ法と異なり、そのような一般的な授權規定を欠く日本では、第一に、個別具体の問題解決を志向する契約に対して、法律社会共通の問題を共有可能な形で定式化し、妥協的に問題解決を図っていること、及び法律の可変性を考慮すべきである。

研究成果の概要(英文)：Contract system on the Civil Code recognizes the legal effect to the agreement between the parties to the contract, it is to approve the autonomy by the parties of the intention. On the other hand, the administrative activities of the democratic state must comply with the decisions of the national representative (law). Therefore, in the contract between the government and private individuals, the specific intention of the individual and the intention of the national representative (law) may conflict. In German law, the general authorization regulations of the Administrative Procedure Act Article 54 and individual administrative regulations in association authorize the normative legitimacy of administrative activities by contract. In Japan, lacking such general authorization provisions, we must consider that the law is the general form of the problem-resolving, and it's variability.

研究分野：行政法学

キーワード：公法上の契約 民主政 契約の自由性 契約の可能性 規範授權説

1. 研究開始当初の背景

国家と国民が締結する契約には多様なものがあるが、従来から一定程度着目されてきたのは、政府がその活動に必要な財・サービスを社会から調達するために締結するいわゆる政府契約と、公行政分野で締結される公法上の契約ないし行政契約であった。

従来の政府契約研究の中心は、実務担当者による実務的研究であった。それらの研究は、単に会計法令の定め説明にとどまることなく、契約締結手続から契約の履行に至るまでを網羅した、「政府契約法」体系を構築するものであった[1]。しかしそれらはいずれも、国等には私人と同様に契約自由が認められることを当然の前提としている点で、一定の限界があった。それらに共通して見られる発想は、「『契約』とは、国が統治権の主体としての立場でなく、財産権の主体としての立場から、私人と対等の立場に置いて締結する私法上の契約」であるから「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」というものである[2]。また、政府契約に関する代表的な研究[3]や、裁判例[4]も、この点では同様の見解であると思われる。しかし、行政法学においては、一般的公益に拘束される行政主体は、私法上の行為形式を用いる場合であっても、基本的人権を享受する「私人」になるわけではないことが指摘されている[5]。また民法学においても、契約自由が憲法 13 条に体现されているリベラリズムの思想に由来する私的自治の制度的具体化であること、したがって契約の自由は契約締結者の自由であることが指摘されている[6]。契約自由が、特別の授権なしに契約制度を用いる自由であるとする、国等にそのような自由が認められないのであれば、国等の契約締結については別途法的根拠を探る必要が出てくることになる。しかし従来、国等が民法上の契約を締結し得ることは、いわば当然視されてきており、その法原理的、憲法的な根拠を探る作業はなされてこなかったのではないと思われる。

他方で、いわゆる公法分野で締結される公法契約ないし行政契約は、戦前期に一定の研究の蓄積があるものの[7]主要な研究課題であるとはおそらく認識されず、かかる事情は戦後も同様であったらうと思われる。戦後の公法契約ないし行政契約研究は、一方では実務上広がりつつあった公害防止協定の検討[8]、他方では行政契約を法律で起立したドイツ法を中心とする比較法研究[9]が若干行われていた、という状況である。

2. 研究の目的

本研究は、国・地方公共団体(以下単に「国等」とする。)による政府契約(売買契約や請負契約など)の締結が、それらが法人として当然に有するとされている能力に基づくものではないという認識を前提としつつ、国等の契約締結能力の根拠を明らかにすることを目的とする。ここで明らかにされる根拠

は、法人格や契約自由といった民事法的なものではなく、公法学的なものである。「契約を締結する国家」の再検討は、新たな国家像の提示ともなり得る。

3. 研究の方法

本研究においては、主としてドイツ法との比較法研究に依拠した。国家と市民の間で締結される契約には多様なものがあるが、私法の契約であるとされる政府契約と、公法分野で締結される契約の双方に着目した。いずれについても主として文献による研究を行った。

4. 研究成果

(1)本研究においては、契約上の合意と法律の関係を中心に検討を加えた。民法の定める契約制度は、契約当事者間の合意に法的効力を認め、当事者の意思による自治を承認するものである。他方で、民主政国家における行政活動は法律、すなわち国民代表の意思決定に従う必要がある。そのため、行政と私人とが締結する契約にあつては、個別具体の意思と、国民代表の意思である法律とが矛盾抵触する可能性がある。そこで、両者の関係を検討した。

(2)政府契約をめぐる法問題の一つは、個々の行政活動のために必要となる財・サービスの調達という、政府契約の元来の目的と併せて、他の政策目的をも追求することの許容性である。例えば、障害者支援施設や地域活動支援センターや母子・父子福祉団体等、生活困窮者就労訓練事業を行う施設が供給する財・サービスを随意契約の対象とすること(地方自治法施行令 167 条の 2 第 1 項)調達において中小企業の受注機会の増大に配慮すること(中小企業基本法 23 条)リサイクル製品や環境負荷の少ない製品の調達を進めること(国等による環境物品等の調達の推進等に関する法律)などは、調達の際に、当該調達が目指している本来の調達目的(ある行政活動のために必要となる財・サービスの調達)とは異なる一般政策上の目的をも追求している例である。これらについては、本来の調達目的とは異なる行政目的の追求が調達の経済性を害する可能性に注目する必要を指摘することができるが、より問題であると思われるのは、上記のように、法律によって調達の際の考慮が要求されているのではないような政策目的を考慮することである。例えば、行政指導の順守を経営事項審査の審査項目とすることや、制限付き一般競争入札における参加資格審査の項目とすることは、事実上、当該行政指導にある種の強制性を付与することとなる。

(3)公法上の契約ないし行政契約の締結については、そもそも公法領域において私人と国家が契約を締結するかという「公法契約の可能性」と、公法契約の存在可能性を前提に、

個別の公法契約の締結に法律の授權を要するかという「公法契約の自由性」とが論じられてきた。

(4)ドイツにおいては、周知のように、公法関係の本質を支配従属関係に見出すオッター・マイヤーが、対等当事者間でのみ成立し得る契約は公法領域では存在しえないとした[10]。しかし、オッター・マイヤーの公法契約不能論はその後克服されてゆく。公法契約の可能性を承認する初期の学説は、オッター・マイヤーと同じく、公法関係における法関係形成の一方性を理由に、両当事者の意思表示の効力の対等性を前提とする契約は排除されるとし、法律の授權がある場合にのみ、行政は私人と公法上の契約を締結することができるとしていた。いわゆる規範授權説である[11]。それに対して既に1920年に、支配従属関係においては契約は排除されるというオッター・マイヤーのテーゼそのものは維持しつつ、支配従属関係を行政行為による法関係の形成が法的に命じられている場合に限定することにより、公法分野でも行政機関と私人が対等の立場に立って契約を締結し得ることが主張されていた[12]。この学説は、「法令に反しない限り」公法契約の締結を一般に可能であると定めていた、1931年のヴュルテンベルク行政法典草案47条に影響を与えた。1950年代に入ると、なお公法契約に対して懐疑的な学説が存在していたものの[13]、法律の個別的授權なくして公法契約の締結を承認する学説、すなわち公法契約の自由性を承認する学説が登場し[14]、1973年に制定された行政手続法に、公法契約に関する規定が置かれるに至った。

(5)法律の授權の要否を巡る、19世紀から20世紀にかけてのドイツの議論は、法律という形で表現される国民の一般的抽象的な意思と、現実の行政活動において表明される国民の個別具体的な意思の関係について、後者が前者に代替し得るかを巡るものであったといえる。ドイツにおいては、いわゆる規範授權説が克服された後にも、この点について懐疑的な見解があり、行政手続法54条の一般的な授權規定と個別行政法規とがあいまって、契約による行政活動の規範的正統性が根拠づけられている。契約による行政活動に関する一般的規定を欠いている日本においてはこの点が問題となる。さしあたりの考え方として、以下の点を挙げることができる。

(6)少なくとも契約内容について法律の定めが欠けている場合には、相手方私人の同意のみでいかなる問題に対しても行政が介入しようということはできず、むしろ当該契約の対象を行政の活動として引き受けるためには、議会の何らかの意思表示が必要なのではないかと思われる。そしてこのことは、利害

関係人と行政の間の個別具体的合意と、議会による法律制定の違いからも理解される。第一に、個別具体的同意の一方当事者である私人は、自己の利益に立脚して交渉にあたるため、あくまでも個別具体的事例解決を求めるのみであり、一般的通用性を持った解決を目指すわけではないし、またそうする必要もない。しかし、社会内部に存在する諸問題のうち、社会の成員に共通の課題として取り上げられるべき問題を特定し、その解決ルールを定めるためには、社会の成員全員に共有可能な形で問題を認識・定式化し、解決の方針を示す必要がある。そして、個々人の認識が区々であり、また正義に適うと感じる解決の方向も区々であり得る以上、社会全体で共有され得る問題解決を得るためには、社会内に存在する問題を抽象的一般的に定式化し、関係する諸利益を同様に一般的抽象的レベルで調整するにとどめるほかない。すなわち、議会という合議体において妥協的に合意された法律という形式こそが適切な方法である、とされるのである。第二に、法律を含めた議会における決定の可変性を挙げることができる。法律は、議会において多数派の同意を得て成立するものである。そして、ある時期に制定された法律が状況の変化に対応しきれなくなれば、新たな多数派が形成され、新たな状況に適合するために以前の決定を変更することは容易である。それに対して、法律による課題選択と解決の方向指示を経ないまま個別の契約によって個別具体的解決が積み重ねられて行く場合、それぞれの契約は相手方の同意がない限り変更できないため、新たに生じた公益上の必要や状況の変化への対応が困難になるおそれがある。少なくとも、法律で未だ規律されていない問題を新たに取り上げ、行政課題とし、一定の方向での解決を図るような合意は、法律が担うべき機能、すなわち、第三者利害関係人や公益を踏まえつつ、できる限り多くの者が共有し得るような準則を定めるという機能を侵食する可能性を否定できないものと思われる。

<引用文献>

- [1]たとえば、米田一男『官庁契約法精解』〔1963〕、兵藤廣治『契約法精解』〔1986〕、高柳岸夫／有川博『官公庁契約法精義〔平成22年度増補改訂版〕』〔2010〕など。
- [2]福田淳一（編）『会計法精解』〔2007〕412頁。
- [3]碓井光明『公共契約法精義』〔2005〕15頁。
- [4]高松高裁平成12年9月28日判決判例時報1751号81頁など。
- [5]山本隆司「行政判例研究」自治研究74巻4号〔1998〕107、115頁。
- [6]山本敬三『公序良俗論の再構成』〔2000〕27頁以下。
- [7]たとえば、美濃部達吉「法律上より観たる報償契約」国家学会雑誌47巻6号1頁、田

中二郎「広報契約論序説」(初出 1933 年)同『行政行為論』(1953 年)269 頁、柳瀬良幹「公法上における契約の可能及び不自由」(初出 1936 年)同『行政法の基礎理論(一)』(1940 年)219 頁。

[8]たとえば、原田尚彦「公害防止協定とその法律上の問題点」(初出 1970 年)同『環境権と裁判』(1977 年)212 頁。

[9]たとえば、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点(1)(2 完)法律時報 42 巻 1 号(1970 年)69 頁、同 3 号 85 頁、藤原淳一郎「西ドイツにおける行政契約論」法学研究 48 巻 11 号(1975 年)57 頁、石井昇「行政契約と法律による行政の原理」甲南法学 20 巻 3・4 号(1989 年)1 頁など。

[10] Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR 3(1888), S. 3, 23 f., 41 f.

[11] Fritz Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1913, S. 200ff.

[12] Willibalt Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S. 55 ff.

[13] Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962; Klaus Starn, Zur Grundlage einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 49(1958), S. 106.

[14] Jürgen Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958.

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 9 件)

野田崇、行政法における「民主的な意志」、曾和俊文他編『行政法理論の探求』、査読無し、2016 年、79 - 108

野田崇、土地利用行為のコントロール手段、巨理格他編『転換期を迎えた土地法制度』、査読無し、2015 年、42 - 63

野田崇、自治体と収益事業、ジュリスト増刊行政法の争点、査読無し、2014 年、182 - 183

野田崇、大規模施設設置手続きと市民—シュツットガルト 21 をめぐる議論(2・完)法と政治、査読無し、62 巻 3 号、2014 年、47 - 91

野田崇、大規模施設設置手続きと市民—シュツットガルト 21 をめぐる議論(1)法と政治、査読無し、62 巻 2 号、2014 年、1 - 30

野田崇、行政による調査・指導・規制と法人情報の情報公開、現代行政法講座編集委員会編『現代行政法口座 自治体争訟・情報公開争訟』、査読無し、2014 年、285 - 309

野田崇、行政裁量の所在と司法審査、法学

教室、査読無し、2014、4 - 14

野田崇、行政行為の撤回と補償、行政判例百選 [第 6 版] 査読無し、2012、190 - 191

野田崇、市町村マスタープランは都市計画マスタープランによって調整され得るか?、新世代法政策学研究、査読無し、16 巻、2012、265 - 283

〔学会発表〕(計 0 件)

〔図書〕(計 0 件)

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・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：