OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | 韓国における公共調達制度の現状と改革（二・完）：ドイツと日本の制度から示唆を得て |
| Author(s) | 金守, 弘 |
| Citation | 阪大法学. 2015, 65(1), p. 201-222 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/75413 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

# 韓国における公共調達制度の現状と改革（二・完）

## ――ドイツと日本の制度から示唆を得て――

金　守弘

**一**　はじめに
**二**　ドイツにおける公共委託発注
**三**　日本における公共調達制度（以上、六四巻六号）
**四**　韓国における公共調達制度
**五**　検討
**六**　おわりに（以上、本号）

### 四　韓国における公共調達制度

#### 1　実定法令

国家契約に関する基本法として「国家契約法」がある。その下位法令に「国家契約法施行令」と「国家契約法施行規則」、「特定調達のための国家を当事者とする契約に関する法律施行令特例規程」、「特定調達のための国家を当事者とする契約に関する法律施行特例規則」がある。地方自治体の政府調達に関しては既に地方財政法で規律して

いたが、二〇〇五年に「地方自治体を当事者とする契約に関する法律」（以下「地方契約法」という）が制定され、地方自治体の特性を反映した契約制度が用意された。この他にも「調達事業に関する法律」、「防衛事業法」および「建設産業基本法」等の主要な法令がある。(90)

## 2　契約類型と契約者選定基準

### （1）契約類型

国際入札の契約方式には一般競争入札による契約、指名競争入札による契約および随意契約がある。国内入札の契約方式には一般競争入札による契約（国家契約法七条）、制限競争入札による契約（国家契約法施行令二一条）、指名競争入札による契約（国家契約法施行令二三条）および随意契約（国家契約法施行令二六条）がある。国際入札の契約方式は制限競争入札による契約類型がないという点で国内入札の契約方式との差異があると言える。これはＷＴＯの政府調達協定の契約方式に合わせて規定したからである。

各中央官庁の長または契約担当公務員は契約を締結しようとする場合には、一般競争に付さなければならない。ただし、契約の目的・性質・規模等を考慮して必要と認められるときには参加者の資格を制限すること、参加者を指名して競争に付すること および随意契約によることができる（国家契約法七条）。現実には、日本と同様、指名契約や随意契約が用いられることが多い。特に、随意契約は契約の公開性・公共性を害する可能性があり、公務員の不正が行われやすいと言われる。随意契約を締結する場合には、透明性の向上が必要である。(91)

日本と同様、韓国では、競争性と透明性を確保するため、二〇〇一年に電子政府の重点事業として、複数の政府機関が横断的に取組むべき一一プロジェクトが選定された。その一つとなったのが「総合電子システム（ナラジャ

ント）」である。ナラジャント（韓国語サイト）は、事業者登録―電子公告―電子契約―電子請求―電子決済に至るまで、全てインターネット上で処理できる機能を有し、公共調達分野の入札・契約業務に係るワンストップサービスを提供している。事業者は一度オンライン登録すれば、システムを利用する全ての政府機関の入札に参加できるようになる。入札公告、不当業者の通報、契約実績の報告等については、ナラジャントの利用が義務付けられているため、全ての公共機関の入札情報が閲覧できる。政府や銀行等の八八機関のシステムと連結している(92)。

（2）契約者選定基準

①最低価格落札制

最低価格落札制とは、国庫の負担になる競争入札においては予定価格以下として最低価格に入札した者の順序で契約履行能力を審査して落札者を決める入札制度である（国家契約法一〇条二項）。

②代表的な価格以外の評価方式―交渉による契約（国家契約法施行令四三条）

各中央官庁の長または契約担当公務員は物品、用役契約において契約履行の専門性、技術性、緊急性、公共施設の安全性その他に国家安保目的等の理由で必要と認められる場合には、多数の供給者から提案書を受けて評価した後、交渉手続を通じて国家に最も有利と認められる者と契約を締結することができる（同法施行令四三条一項）。情報科学技術等の集約度が高い知識を活用して付加価値を創出する事業の中で知識基盤事業（エンジニアリング事業、情報通信産業、情報化に関する事業、産業デザインに関する事業、文化産業、オンライン・デジタルのコンテンツ産業等）に関する契約を締結する場合には、交渉による契約の締結方法を優先的に適用することができる（同法施行令四三条二項）。交渉による契約は、情報科学技術等を活用した知識基盤産業に関する契約を締結する場合には、最低価格落札制等を適用せず、提案書の評価および交渉手続を通じて契約を締結しようとしている。

評価項目は、履行実績、技術能力、事業遂行計画、財務状態及び入札価格等である（同法施行令四三条七項）。EU指令による競争的対話と国家契約法施行令四三条の交渉による契約は類似する。しかし、両制度が完全に同一であるとは言えない。すなわち、競争的対話は、事業参加候補者が事業の対象と目的を主務官庁とともに、構想するという仕組みであるが、交渉による契約は事業に係る主務官庁が公告した事業条件に最適である事業候補者を決める仕組みである。競争的対話では対話を開始する前に候補者の数を制限することができる。また対話を進行する過程でも候補者の数を減らして行くことができるが、韓国の交渉による契約は候補者の数を制限することができる根拠規定を定めていない(93)。

### 3　公共調達制度における紛争処理

#### （1）裁判所以外の機関による紛争処理

従来、公共調達に係る苦情処理の流れは、主に国内事業者を対象にした「国内入札」と、海外の事業者を対象に含めた「国際入札」とで異なっていた(94)。しかし、二〇一二年の法改正で、「国家契約紛争調停委員会」が設置され、新たな苦情処理制度が二〇一三年六月に施行された。同委員会は国際入札と国内入札の紛争調停を担当している。この背景には、利害当事者の不満や意見を十分に聴取し調停することで、時間や経済的な負担が大きく非効率な司法的救済プロセスを削減する狙いがあった。

①国際入札と国内入札に係る不服申立て制度

国際入札(95)と国内入札(96)に係る紛争処理については、企画財政部に設置されている「国家契約紛争調停委員会」が担当する。同委員会は、ＷＴＯの政府調達協定二〇条に基づく不服申立て制度として開設されたものである。国際入

札と国内入札の場合、異議申立ての対象となるのは、国際入札による政府調達契約の範囲、入札参加資格、入札公告、落札者の決定等に係る紛争で、まず調達を実施した政府機関に対し、異議申立てを行うことになる（国家契約法二八条一項）。異議申立ては、申請人が、異議申立ての原因になる行為があった日から一五日以内または事実を知り得た日から一〇日以内に、該当中央機関の長にしなければならない（同法二八条二項）。該当中央機関の長は異議申立てを受けた日から一〇日以内に審査して是正など必要な措置を行い、その結果を申請人に通知する（同法二八条三項）。もしその結果に不服がある場合には、「国家契約紛争調停委員会」に調停のための再審を請求（一五日以内）できる（同法二八条四項）。同委員会は外部委員を含む一五名以内の委員で構成され、特別な事由がなければ、再審請求を受けた日から五〇日以内に審査・調停を行う（同法三一条）。申請人と該当中央機関の長の調停が完了した後、一五日以内に異議を提起しない場合には、裁判上の和解のような効力を持つ（同法三一条の二）。もしこれに異議があれば、裁判所による民事訴訟または世界貿易機関（ＷＴＯ）への提訴ができる。(97)

②監査院への審査要求

監査院の監査を受ける職務に関する処分、その他行為に関して利害関係にある者は監査院にその審査を請求するように規定している（監査院法四三条）。監査院の審査を通じて監査院の監査を受けた者に対して行政の適法性を保障するという点を考慮すれば、その職務に関する行政処分だけではなく、契約者の選定行為についても監査院の監査を請求することができるという見解がある。(98)

（2）裁判所における紛争処理

韓国の公共調達契約の法的性質については、私法上の契約という見解と公法上の契約という見解がある。私法上の契約という見解の最も重要な法的根拠は、国家契約法の五条（契約の原則）である。(99) 同条の一項では「契約は、

相互対等な立場で当事者の合意によって締結されなければならず、当事者は契約の内容を信義誠実の原則によって、これを履行しなければならない」と規定している。ここで、「対等な立場」を根拠として私法上の契約であると把握しているのである。公法上の契約という見解は、国家契約法および地方契約法は、国家（政府）および地方自治体が、締結する収入及び支出の原因になる契約[100]に関して詳しく規定していることを理由に挙げる。従来、納品契約と建築請負契約などの公共調達契約を、学説と判例は私法上の契約とみることが一般的であった。しかし、近時、国家および地方自治体による調達契約を公法上の契約とみようとする立場が有力視されている[101]。

一方で、公共調達契約に係る国際入札による契約や国内入札による契約は、裁判所による司法審査が成り立つが、現在の大法院は、両方の場合、原則的に私法上の契約とみて民事訴訟による救済を許容している。

大法院は、「予算会計法または地方自治体が当事者になって締結する契約は、公権力を行使することや公権力の作用と一体性を持ったものではないので、これに関する紛争は、行政訴訟の対象にならない。」と判示している[102]。しかし、大法院は、公共調達契約に係るすべての紛争を民事訴訟によって解決するのではない。大法院は、国家や地方自治体が締結した公共調達契約に係る不正な業者に関する制裁[103]が認められる場合、行政処分とみて、これに対して行政訴訟の一種である取消訴訟の提起を許容している[104]。他方で、政府投資機関または公企業の入札参加資格制限においては、その根拠が法規命令ではない政府投資機関会計規定にあり、これを通じて通報を受けた他の政府投資機関、中央官庁の長または地方自治体の長を拘束するという明文の規定もないということから、不正な業者の入札参加資格制限措置は、行政処分ではなく、私法上の効力を持つ通知行為にすぎないとするのが、従来からの判例であった[105]。

国家や地方自治体の不正業者制裁に関して、迅速な権利救済のために行政訴訟法で、仮の権利保護制度も幅広く

活用されている。大法院は、「不正業者制裁処分の違法性が審理されておらず、相手方が本案訴訟で勝訴するかどうかが不明であるが、もし当該処分の効力が止められないまま本案訴訟が進行すると、相手方は、その間に国家機関等の入札に参加することができなくなる。したがって、もし本案訴訟で勝訴するとしても、それまでの入札等に参加することができないことによって被った損害は、金銭に補償されることができる性質のものではなく、社会観念上、回復が困難な損害にあたるので、相手方の不正当制裁処分の取り消しの本案請求に理由がないことが、記録上、明白でない以上、このような損害を予防するため、この事件の処分の効力を停止させる緊急の必要がある。」と判断して効力停止の申請を認容したことがある。(106)

最近の実務においては、このような入札に参加することができない損害が回復の困難な損害に当たるとして、非常に多くの事件で効力停止の決定が下されている。(107)

## 五　検討

### 1　比較

#### （1）実定法令

ドイツでは、公共委託発注は財政原則法、連邦・ラントの財政法、ラント法である地方自治法等に規定が置かれている。公共委託発注の手続等の詳細は、建設・納入等に係る発注・契約規定の中で定められている。また、日本では、私法上の契約たる公共調達契約を公正性および経済性の観点から調達に関する会計法令で定めている。(108)これに対して、会計法令を柱とする日独とは異なり、韓国は、ＷＴＯの政府調達協定に合わせて旧予算会計法の契約に関する規定に代えて国家契約法を制定し、地方自治団体の特性を反映した地方契約法を用意した。国家契約法で国

際入札における契約と国内入札における契約を区分している。

（2）契約類型と契約者選定基準

ドイツでは、限度額以上の公共委託発注については公開手続、非公開手続及び交渉手続が使われているが、限度額未満の公共委託発注については公開入札、非公開入札及び随意発注が使われている。ドイツでは、限度額以上のものに用いられる公開手続、非公開手続及び交渉手続と、限度額未満のものに用いられる公開入札、非公開入札及び随意発注がある。これに対して、日本では限度額に区切りなく、一般競争入札、指名競争入札及び随意契約が用いられている。また、韓国においても限度額に区切りなく一般競争による契約、指名競争による契約及び随意契約が用いられている。日本の一般競争入札、指名競争入札及び随意契約は、韓国の一般競争による契約、指名競争による契約及び随意契約と同一の意味で使われている。また、契約者選定基準において、ドイツでは経済的に最も有利な札によるが、日本と韓国では最低価格自動落札方式が使われている。

ドイツにおいて、競争制限防止法によって、国の発注についても規制がされており、公開手続が原則とされ、例外的に交渉手続が認められている。二〇〇五年に、この規定を改正し、新しく競争的対話の概念を導入した。競争的対話は、発注者と入札参加者の間で仕様等について対話や交渉を想定していない日本の総合評価方式とは異なる。競争制限防止法において、競争的対話は、幅広い手続への参加の要請と選ばれた受注者との事業の詳細に関わる交渉と定義されている。この手続の具体的内容は建設・納入等に係る発注・契約規定の中に定められており、詳細な入札案件を提示することが技術的に困難な場合に、競争的対話を用いることができるとされる(109)。EUの指令（およびこれをもとに制定されたドイツの公私協働促進法）には、「入札手続に参加する民間事業者の権利または法的利益を保護するための規定（たとえば、秘密情報漏洩禁止規定、差別的取扱い禁止規定、入札参加企業すべてに対す

る費用弁済規定等）」は存在するものの、「契約の履行に利害関係を持つ第三者の権利または法的利益を直接保護することを目的とした手続規定」は、ただの一箇条も存在しないのである。(110)

韓国の代表的な価格以外の評価方式である交渉による契約は日本の代表的な価格以外の評価方式である総合評価方式（除算方式）と違い、ドイツの競争的対話に類似する。韓国の交渉による契約は供給者から提案書を受けて評価した後、交渉手続を通じて契約を締結する仕組みであるが、日本の総合評価方式（除算方式）は基礎点と加算点の合計得点を入札価格で除算する仕組みである。日本と韓国において、契約者選定基準について社会及び国民のニーズが変化・多様化してきていることを考えた場合、民間のノウハウや創意工夫を積極的に活用すべき案件、事業内容が複雑な案件等は、入札手続において発注者と入札参加者との間で仕様等について対話や交渉を行うことが考えられる。(111)

ドイツにおいては、日本・韓国と同様、公開手続が原則であるが、さらにドイツでは公正性と透明性の確保を図るため、競争制限防止法に公共委託発注の規定が組み込まれている。

一方、日本において、国や地方公共団体が締結する契約については、法制度上は一般競争入札中心主義がとられている。日本の公共調達契約は、会計法で原則として一般競争入札により締結しなければならず、指名競争入札や随意契約などは法令で認められている場合に限られる。しかし、法令の規定が抽象的であり、その基準が曖昧である。また、それが数々の業者間の談合や公務員の汚職を生み出す原因にもなった。そこで、二〇〇〇年に「入札契約適正化法」が制定され、入札・契約の過程や契約内容の透明性の確保が図られることになった。また、発注者側（公務員）の入札に関する不正については、二〇〇二年に制定された「官製談合防止法」が規制している。(112)韓国においても日本同様、国や地方公共団体が締結する契約については、法制度上は一般競争入札中心主義がとられてい

る。しかし、事業者間の談合や随意契約についての入札に関する不正が問題になっているが、日本における入札契約適正化法や官製談合防止法のような法律は見られない。その点については、代わりに総合電子システム（ナラジャント）等の電子入札を活用して競争性と透明性を確保しようとしている。

（3）紛争処理制度

ドイツにおいて、委託発注における現行制度の原型を作ったのが、一九九八年の委託発注法根拠改正法の「カルテル法モデル」である。それは、民事訴訟による日本・韓国とは異なり、競争制限防止法（GWB）に委託発注法を組み込み、従来の委託発注監視委員会にあたる発注審査部と上級通常裁判所への出訴（即時抗告）を組み合わせた権利救済制度を保障する制度を導入している。裁判手続としては、さらに、連邦最高裁判所（BGH）で最終的に判例調整のための手続が整備されている。[113] ドイツ公共調達法制はヨーロッパ法の影響下で立法的に整備され、競争性・透明性の確保とその裁判的保障を通して、公私協働事業が私法上の契約により実施される場合における手続的統制は強まっている。とはいえ、限度額未満の公共委託発注に係る法の内容から限界があることに注意が必要である。[114] ドイツにおいて限度額未満の公共委託発注は、日本・韓国と同様、民事訴訟により解決している。

一方、日本と韓国では、裁判所以外の機関による紛争処理制度があるが、裁判所における不服の処理に関しては、民事訴訟による。日本の苦情処理制度は、国の政府調達苦情処理体制（CHANS）と地方公共団体の苦情処理に分かれている。これに対して、韓国の苦情処理制度は、国際入札と国内入札を統合して国家契約紛争調停委員会が担当している。日本と韓国では、苦情処理制度や会計検査院の検査が存在するが、これのみでは必ずしも十分ではないと思われる。

日本の公共調達における判例は、ドイツ・韓国と同様、処分性を否定している。[115] 日本において、国家賠償法を適

用した裁判例が見られる。[116] 韓国では、国家賠償法の適用による救済は見られないが、最近、大法院が、国家や地方自治体が締結した公共調達契約に係る不正な業者に関する制裁が認められる事案で、行政処分性を認めたことが注目される。

ドイツ学説においては、公共委託発注について二段階論を用いる見解も存在する。[117] しかし、連邦行政裁判所は、限度額未満の公共委託発注をめぐる紛争について、二段階論を否定している。[118] また連邦憲法裁判所は、限度額未満の公共委託発注について事後審査が却下されたことが争われた事例において、限度額で公共委託発注に適用される法が異なることについて立法裁量の範囲内であると判断している。[119]

日本において、指名・指名停止の法的性格について、契約の準備段階における内部的行為であるとするのが、裁判例および行政実務上の見解であるが、処分性を肯定する解釈もある。[120] また、立法論としても、処分性を明確にすべきであるという主張もなされている。[121] かかる主張は、それによって、行政手続法の規定を適用し、指名や指名停止の公正性を確保し、透明性を向上させるとともに、行政不服審査法、行政事件訴訟法による救済の機会を確保しようとする実践的意図に基づくものと思われる。「入札契約適正化法」の制定により透明性が向上したことは評価されるが、なお十分とは言えず、指名・指名停止を処分として構成することは有意義であろう。[122]

二〇〇四年の行政事件訴訟法改正においては、行政処分以外の行政作用に対する救済の受け皿として、当事者訴訟としての確認訴訟（行政事件訴訟法四条）を活用することが有効と考えられたため、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が公法上の当事者訴訟の例として明記された。ここには、確認訴訟の活用を促す立法者のメッセージが込められている。今後、確認訴訟の利用も期待される。[123]

地方公共団体の場合、紛争処理と括ることはできないが、公共調達をめぐる裁判例は住民訴訟でも少なくない。

公共調達において、住民が個人で財務会計上の違法行為を訴訟で争う住民訴訟の制度が活用されている（地方自治法二四二条の二）。

一方、韓国の公共調達契約を規律する法律は、「国家契約法」、「予算会計法」、「地方契約法」以外に国防調達に関する特別法として「防衛産業に関する特別措置法」などがある。国家契約法について、詳しい内容の施行令と施行規則が制定されており、行政規則として膨大な内容の会計例規、国防獲得管理規定などがある。このような国家契約に関する独立的な法律があるだけではなく、非常に詳しい内容の法規命令と行政規則が制定されているという点において、公共調達の法的性質について、公法的性格を持つという見解が有力視されている(124)。

一九九九年二月に政府投資機関法の改正で、同法の二〇条二項に入札参加資格制限の根拠が用意されたことによって、このような大法院の判例に変化が予想されるという見解が提示されているが(125)、既存の判例理論によると、政府投資機関法の改正のみで当然処分性が認められることは考えにくいという見解も提示されている(126)。

最近、実務上では、このような入札に参加することができない損害が、回復が困難な損害に当たるとして、非常に多くの事件で、効力停止の決定が下されている。このような判例及び実務に対しては、不正業者制裁の取り消し、すなわち、不正な業者が入札に参加して最低価格を提示することで、国家が、仕方なく契約を締結するようになる事態を、あらかじめ防止するための応急措置としての性格を持つという点を考慮すると、再考の余地があるという指摘がある(127)。

## 2　日独法から韓国法への示唆

本稿の課題は、ドイツ、日本及び韓国の公共調達制度に関する比較検討をした上で、韓国法が日独法からいかな

る示唆を得られるのかである。以下では、韓国の行政法学に影響を与えてきている日独法から韓国法への示唆について述べる。

（1）不公正行為に関する法令の整備

韓国において、不公正行為の規制に関する根拠法律が国家契約法、建設基本法などに分散されているため、規制機関の間で法令の調整ができる制度的整備が必要である。日本において、入札・契約の過程や契約内容の透明性の確保を図るため、入札契約適正化法が制定されている。また、発注者側（公務員）の入札に関する不正の防止のため、官製談合防止法が定められている。これらの法律を参考にして、韓国の公共調達制度における公正性と透明性の向上を図るため、不公正行為に関する法令を整備することが必要であると思われる。

（2）日本の総合評価方式とドイツの競争的対話の導入可能性

韓国では、日本の総合評価方式のような制度は見られない。しかし、日本の総合評価方式は、価格以外の諸事情をも考慮して落札者を決定する方式であるため、評価項目への政策目的の取り入れが議論されている。総合評価方式の評価項目に、環境配慮、障害者雇用のような福祉への配慮、男女共同参画の推進、公正労働への配慮など、行政として推進すべき様々な政策目的を組み込もうとするものである。入札制度に社会的価値を評価基準として取り込むことが注目される[128]。

また、韓国におけるドイツの競争的対話の導入について、第一に、契約規格を決める段階から諮問を受けるなど民間企業の公共調達手続への参加を初期段階から許容することが妥当なのかという点が問題である。競争的対話のモデルは民間部門の創意性を早い時点から反映することができるという点で長所があるが、透明性の確保という観点でみるとき、民間企業の公共調達手続への参加を初期段階から許容することは慎重に考える必要がある[129]。第二に、

候補者の数を制限することが妥当なのかという点が問題になる。たしかに、候補者の数を適切な範囲で制限することは望ましい。候補者の間に実質的な競争が成り立つことで調達手続の効率性を高めることができるからである。ただし、候補者を制限する過程で競争制限の恐れがあるので、候補者の数を制限する基準を明示する必要がある[130]。日本の総合評価方式やドイツの競争的対話をそのまま韓国に導入するか否かはともかく、今後、検討に値しよう。

（3）権利救済手段の拡充

①ドイツ紛争処理制度の導入可能性

韓国の紛争処理制度は、審査機関の独立性、中立性及び実効性などの問題を抱えている[131]。そこで、国際的な規制にあわせた制度作りが求められている。ドイツ、日本及び韓国の行政訴訟制度は、行政処分・行政行為を対象とする抗告訴訟、公法上の当事者訴訟、そして公共調達契約が争われる手続として民事訴訟も共通している。ドイツ公共調達契約が、発注者側決定を処分として抗告訴訟での出訴が閉ざされている状況からすれば、ドイツのような紛争処理制度の整備が検討に値する制度設計として、参照されるべき重要な事例であろう[132]。

②国家賠償請求訴訟と公法上の当事者訴訟の活用

日本においては、入札手続の過程における公務員の行為を国家賠償法一条の「公権力の行使」とみて利害関係者の国家賠償請求が認容されている[133]。韓国においても、広義説（判例と通説）によれば、韓国の国家賠償法二条一項[134]の「職務」を公権力な作用以外に非権力的な公行政作用（私経済作用や同法五条の営造物の設置・管理作用を除く）が含まれる[135]。そうであれば、公共調達契約に国家賠償法の適用を検討する必要がある。

また、韓国において、二〇一三年三月、法務部が立法予告した行政訴訟法改正案で公法上の当事者訴訟の活性化のための規定が明示されている。行政訴訟改正案三条二号では、当事者訴訟とは、行政上の損失補償、損害賠償・

不当利益返還、又は、その他の公法上の原因で発生する法律関係に関する訴訟としてその法律関係の一方当事者を被告とする訴訟であると規定している。ここには、公法上の当事者訴訟と民事訴訟の区別実益を認める前提で、公法上の当事者訴訟をより明確に定めようとする趣旨が見られる。[136] そこで、日本における当事者訴訟としての確認訴訟の動向が今後、検討に値しよう。

③抗告訴訟の許容性

ドイツにおいては、委託発注の契約は私法契約であり、二段階論の適用は、一般には認められていない。ただし、その締結に先立つ行政の決定を行政行為として、行政裁判により争わせようとする議論がある。[137] また、日本においても、裁判例では公共調達契約は私法上の契約であり、行政処分性を認めないが、契約準備過程のうちで事業者に向けられた重要な行為には、行政処分性を認める議論が見られる。[138] そこで、韓国において公共調達契約における抗告訴訟の許容性を考える余地があると思われる。

## 六　おわりに

以上、ドイツ、日本及び韓国における公共調達制度に関する法制について実定法令、契約方式及び紛争処理制度を中心に検討をしてきた。

日本では、二〇〇六年二月、各省庁の局長級を構成員とする「公共調達の適正化に関する関係省庁連絡会議」が内閣官房に設置され、公共調達全体の適正化と透明化に向けた具体的な取組みとして「公共調達の適正化に向けた取り組みについて」（二〇〇六年二月）が取りまとめられ、以後、政府全体としてこの方針に基づいた改革が進められている。[139] さらに、二〇〇六年に「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」[140]、二〇〇九年に「公共

サービス基本法」[141]が制定され、行財政改革の一環として新たな法的仕組みが設けられている。

一方、ドイツでは、公私協働事業における委託発注先（民間事業者）の選定手続として、二〇〇五年に公私協働促進法により、「競争的対話」を導入している。[142]またドイツ競争制限防止法九七条七項は発注手続に関する規定を遵守することを求める権利を応募者に保障している。ただし、公正性・透明性確保による公共委託発注に係る手続的統制に依存するだけでは不十分であり、公私協働事業の遂行に際して国・公共団体に保障責任[143]を果たさせるためには、公法上の契約をも含めた行政協働契約法理の探究も必要になるであろう。[144]

このような点を考慮すると、韓国の公共調達制度における公正性・透明性の確保を図るため、他の法制度と韓国における公共調達制度の特殊性を考慮しながら、契約方式や契約者選定基準の多様化と不服処理制度の一層の整備と法解釈の深化が必要であると思われる。

（90）　金大仁『政府調達契約における透明性の向上のための法制改善方案』（韓国法制研究院、二〇〇六年）一二五頁以下参照。

（91）　キム＝カン・前掲書注（3）三八頁参照。

（92）　イ・前掲注（4）六五頁以下。ナラジャント〈http://g2b.go.kr〉参照。

（93）　金大仁「公共調達契約の法制の改革に関する考察」江原法学二八巻（二〇〇九年）四二頁。

（94）　イ・前掲注（4）六五頁以下参照。調達庁「二〇〇八年調査年報（二〇〇九年五月）によると、韓国での政府調達に係る苦情処理件数は、特に国内入札分野において、二〇〇八年から増加傾向が見られる。調達庁が受付けた苦情や照会等の総数（主として国内入札関連）は、二〇〇四年に五二件（陳情：二三件、異議申請：四件、提案：一九件、質問・照会：六件）、二〇〇五年に一六四件（陳情：七九件、異議申請：一二件、提案：六九件、質問・照会：四件）、二〇〇六年に一六三件（陳情：八五件、異議申請：一一件、提案：六七件、質問・照会：〇件）、二〇〇七年に一六〇件（陳情：八二件、異議申請：二〇件、提案：五八件、質問・照会：〇件）、二〇〇八年に二一九件（陳情：八八件、異議申請：八九件、提案：四二

件、質問・照会：〇件）となっており、前年に比べやや増加している。二〇〇八年の苦情処理件数のうち、書面による受理は八件で、他の殆どが調達庁ホームページにある申請コーナー等、インターネット経由で電子的に受理されている。また、異議申請の総数は、二〇〇八年に八九件と前年から急増している。これには、「調達品質シンムンゴ（意見箱）」と呼ばれる納入物品の品質に関する苦情申告システムが、二〇〇八年から新たに開設されたことが大きく影響しているものと見られる。国際入札に関しては、「国際契約紛争調停委員会（現在、国家契約紛争調停委員会）」による苦情処理件数はごく限られている模様である。また政府調達協定の関連で、韓国がＷＴＯに提訴されたケースは過去に一件しかない。そのケースは米国によるもので、韓国における仁川国際空港の建設工事を巡り、同工事の実施機関は政府調達協定の適用機関であるのに政府調達協定に違反した独自の規則で調達を行い、米国の利益を侵害したと主張したが、二〇〇〇年六月に韓国が勝訴している。

(95) 中央政府機関について物品サービスの基準額は一三万ＳＤＲ（一億三千万ウォン）、建設サービスの基準額は五〇〇万ＳＤＲ（八七億ウォン）である（二〇一三年一月一日～二〇一四年一二月三一日）。

(96) 工事契約の基準額は七〇億ウォン、物品・納入契約の基準額は一億五千万ウォンである。

(97) http://www.wto.org; Sharif Bhuiyan, National Law in WTO Law: Effectiveness and Good Governance in the World Trading System, Cambridge University Press, 2011, pp. 86-116; Christina L. Davis, Why Adjudicate?: Enforcing Trade Rules in the WTO, Princeton University Press, 2012, pp. 291-293; イ・前掲注(4)六五頁以下参照。

(98) 金・前掲書注(90)一四九頁参照。韓国の監査院は、日本の会計検査院とほぼ同様である。

(99) 韓国の大法院の見解である。

(100) 政府調達契約または公共調達契約と呼ばれている。

(101) 朴正勳「行政調達契約の法的性格」『行政法の体系と方法論』（博英社、二〇〇五年）一六三頁。

(102) 大判一九九六年一二月二〇日宣告、九六ヌ一四七〇八判決。韓国の大法院は、日本の最高裁判所とほぼ同様である。

(103) 国家契約法二七条（不正な業者に関する入札参加資格制限）。

(104) 大判一九九六年二月二七日宣告、九五ヌ四三六〇判決。

(105) 大判一九九九年一一月二六日宣告、九九ブ三判決。

(106) 大判一九八六年三月二一日宣告、八六トゥ五判決。

(107)　朴・前掲書注(101)三〇八頁以下。

(108)　米丸恒治「政府契約締結の争訟的統制」鹿法三一巻一号（一九九五年）五頁以下を参照。

(109)　Detlef Krasemann, Public Private Partnership, Diss., 2008, S. 131 ff.;「海外情報　ドイツにおけるＰＰＰ事業の促進に関する法律の制定」前掲注(17)三〇頁。

(110)　Ziekow, a.a.O. (Fn.1), S. 114 ff. 二〇〇一年にドイツ連邦内務省に対して詳細な鑑定意見を提出したヤン・ツィーコウ（Jan Ziekow）教授は、協働契約の締結に利害関係を持つ第三者の基本権保護の必要性を説き、そのための具体的な制度の構築を提案した。ヤン・ツィーコウ教授は、鑑定意見の中で、「契約当事者以外の第三者（利害関係人）の手続参加規定」と「契約に対する異議申立制度」を創設するよう提案している。亘理格「フランスのPFI的手法―『公役務の委任』を素材に」会計検査研究二五号（二〇〇二年）一一九頁以下（特に一三一頁以下）、岸本・前掲注(1)一九一頁以下。その意味で、既に一九九三年の時点において、「サパン法」上、競争的対話にほぼ匹敵する「交渉を組み込んだ入札手続」をいち早く確立したフランスの立法動向は、「制度確立の時期的先行」という意味においても、またその「内容の先進性」という意味においても、注目に値するものである。

(111)　楠茂樹「公共調達制度の現代的課題」上智法学五五巻一号（二〇一一年）六六頁を参照。

(112)　宇賀・前掲書注(2)三八一頁を参照。

(113)　von Wietersheim, a.a.O. (Fn.6), S. 145 ff.; 米丸・前掲注(28)五九三頁。上級通常裁判所では、調達審査部（Vergabesenat）が設置された。

(114)　荒木・前掲注(6)二〇九頁。

(115)　東京地判平成一二年三月二二日判自二一四号二五頁。

(116)　高松高判平成一二年九月二八日判時一七五一号八一頁、津地裁平成一四年七月二五日判タ（二〇〇四年）一一四五号一三三頁、福岡高判平成一七年七月二六日判タ（二〇〇六年）一二一〇号一二〇頁、碓井・前掲書注(59)四七〇頁を参照。

(117)　Hermes, a.a.O. (Fn.47), S. 909 ff.; 米丸・前掲注(47)一七四六頁以下、同・前掲注(28)五九四頁。

(118)　BVerfGE 129, 9, 13; 荒木・前掲注(6)二一〇八頁。

(119)　BVerfGE 116, 135, 154 ff.; 荒木・前掲注(6)二一〇七頁。

（120）　碓井・前掲書注（59）四七四頁。
（121）　碓井・前掲書注（59）四七五頁。
（122）　宇賀・前掲書注（2）二六七頁。
（123）　宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第三版〕』（有斐閣、二〇一一年）三六〇頁、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）二六〇頁、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商一三〇巻六号（二〇〇四年）九七六頁以下。改正後の判例の動向については、碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（1）（2・完）」自治研究八五巻三号（二〇〇九年）一七頁以下・同八五巻四号三頁以下、西村淑子「公法上の法律関係に関する確認訴訟の動向」判タ一三六〇号（二〇一二年）六〇頁以下、村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件―裁判例を手がかりとして」高木＝交告＝占部編・前掲書注（28）七三三頁以下。
（124）　朴・前掲書注（101）一六三頁、キム・ハクセ「行政訴訟の体系」（日湖閣、一九九八年）二六三頁以下。公法上の当事者訴訟が民事訴訟と大差がないと指摘する見解がある。これに対して、ベク・ユンキ「当事者訴訟の対象」『行政判例研究Ⅳ』（ソウル大学校、一九九九年）三五九頁以下。公法上の当事者訴訟は民事訴訟と比較する場合、区別実益が存在するという見解がある。区別実益は、①当事者訴訟と抗告訴訟の間には訴変更ができるが、民事訴訟と抗告訴訟の間には訴変更ができない。②当事者訴訟には関連する民事訴訟請求を併合できるが、民事訴訟には関連する当事者訴訟請求を併合できない。③当事者訴訟には行政庁が参加できるが民事訴訟には不可能である。④当事者訴訟には職権探知主義が適用されるが、民事訴訟には弁論主義が適用される。⑤当事者訴訟において判決の拘束力は当該行政主体の下級行政庁にも及ぼすが、民事訴訟には訴訟当事者のみに判決の効力が及ぶことが挙げられる。当事者訴訟は民事訴訟と大きく異なるため、これを民事訴訟と区別する実益があるとしている。
（125）　朴正勳「不正な業者における入札参加資格制限の法的諸問題」ソウル大学校法学四六巻一号（二〇〇五年）二八三頁参照。
（126）　イ・ウォンウ「政府投資機関の不正業者に対する入札制限の資格措置の法的性質」韓国公法理論の新しい展開（三知院、二〇〇五年）二八三頁参照。
（127）　朴・前掲注（125）三〇八頁以下。

(128) 武藤博己『入札改革　談合社会を変える』（岩波新書、二〇〇三年）一三一頁、野田・前掲注(65)六一六頁。
(129) 金大仁「社会基盤施設における民間資本参与に関する法的検討」土地公法研究四三集二号（二〇〇九年）二〇〇頁参照。
(130) 金・前掲注(93)四三頁参照。
(131) ジョ・前掲注(5)四九頁以下。
(132) 米丸・前掲注(28)五九三頁。
(133) 高松高判平成一二年九月二八日判時一七五一号八一頁、津地裁平成一四年七月二五日判タ（二〇〇四年）一一四五号一三三頁。
(134) 国家賠償法二条では、国又は地方自治団体の公務員が、その職務を行うことについて、故意又は過失で法令に違反して他人に損害を加えるとき、又は、自動車損害賠償保障法の規定によって損害責任があるときには、その損害を賠償しなければならないと規定している。
(135) 大判二〇〇一年一月五日宣告、九八ダ三九〇六〇判決。張台柱『行政法概論〔改訂三版〕』（玄岩社、二〇〇六年）五六五頁以下、キム・ドンヒ『行政法Ⅱ〔第二〇版〕』（博英社、二〇一四年）一八三頁以下、キム・ナムジン＝キム・ヨンテ『行政法Ⅱ〔第一七版〕』（法文社、二〇一三年）二二五頁以下、ホン・ジョンソン『行政法原論（下）〔第二二版〕』（博英社、二〇一四年）三六八頁以下。
(136) 金大仁『行政契約法の理解』（景仁文化社、二〇〇七年）二六一頁、キム・クァンス「行政訴訟法改正案の明暗」行政法研究三七号（二〇一三年）一頁以下。韓国の法務部は、日本の法務省とほぼ同様である。
(137) Hermes, a.a.O. (Fn.47), S. 909 ff.; 米丸・前掲注(47)一七四六頁以下、同・前掲注(28)五九四頁。
(138) 碓井・前掲書注(59)四七四頁。
(139) 高柳＝有川編・前掲書注(55)五五一頁。
(140) 橋本博之「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律案について―公私協働・契約手法の導入という観点から」自治研究八二巻六号（二〇〇六年）三五頁以下、官民競争入札等監理委員会『「国民本位の公共サービス」へ―公共サービス改革報告書（二〇〇六年～二〇〇九年）―』（二〇〇九年）、官民競争入札等監理委員会「公共サービス改革報告書（二〇一〇年～二〇一二年）」（二〇一二年）、光多長温＝松尾貴巳『大阪版市場テストを検証する』（中央経済社、二〇一四

年）三二頁以下。この法律は、国の行政機関等または地方自治団体が自ら実施する公共サービスに関し、その実施を民間が担うことができるものは民間に委ねる観点から、民間事業者の創意と工夫が反映されることが期待される業務を選定し、それを官民競争入札または民間競争入札に付することにより、公共サービスの質の維持向上及び経費の削減を図ることを目的としている（一条）。対象となる公共サービスについて、入札の結果、当該サービスの質の維持向上及び経費の削減を実現する上で有利な申込みをした民間事業者があった場合は、最も有利な申込みをした民間事業者が落札者となり、そうした民間事業者が存在しなかった場合には、国の行政機関等が当該サービスを実施することになる（一三条一項・二項）。民間が行う場合には、民間委託の契約が締結される（二〇条一項）。ただし、公共サービスの提供や業務には、処分権限は含まれない（二条四項一号）。

(141) 氏家正喜「国民の視点に立って公共サービスの在り方を規定」ジュリ一三八四号（二〇〇九年）二頁以下、辻山＝勝島＝上林・前掲書注(69)、原冨悟『公契約条例ハンドブック』（新日本出版社、二〇一三年）一三頁以下、古川景一「公契約規整の到達点と当面の課題」労働法律旬報一七一九号（二〇一〇年）七頁以下、松井裕次郎＝濱野恵「公契約と公契約条例―日本と諸外国における公契約事業従業者の公正な賃金・労働条件の確保―」レファレンス七三三号（二〇一二年）五三頁以下、森原琴恵「公契約基本法の制定とILO94号条約批准に向けて―公契約条例事例を中心に―」『企業法学の展望』大野正道先生退官記念（北樹出版、二〇一三年）二七五頁以下。この法律は、公共サービスが国民生活の基盤となるものであることに鑑み、公共サービスについての基本理念、国の責務等を明らかにするとともに、公共サービスに関する施策を推進することで、公共サービスの利益を享受すべき国民のために、公共サービスの実施体制を確固たるものにし、国民が安心して暮らせる社会の実現に寄与しようとするものである（一条）。公共サービスに関し、基本理念（三条）、国等の責務（四条～六条）、公共サービスを委託した場合の役割分担と責任の明確化（八条）、国民の意見の反映等（九条）、公共サービスの実施に関する配慮（一〇条）、公共サービスの実施に従事する者の労働環境の整備（一一条）などを定めている。

(142) 岸本・前掲注(17)六〇頁以下、大久保・前掲注(1)二二三頁以下、米丸・前掲注(1)三〇五頁以下、山本・前掲注(1)二七七頁以下参照。

(143) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 172 ff. 日本語訳として、エバーハルト・シュミット-アスマン（太田匡彦＝大橋洋一＝山本隆司訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版

会、二〇〇六年）がある。山田洋「「保証国家」とは何か」法律時報八一巻六号（二〇〇九年）一〇四頁、同・『リスクと協働の行政法』（信山社、二〇一三年）四七頁以下、ヤン・ツィーコー（磯村篤範訳）「ドイツにおける公私協働論の構造と戦略」法時一〇〇六号（二〇〇九年）一〇七頁以下、ヤン・ツィーコウ（高橋明男訳）「国家と私人による公共の福祉の具体化」阪法五九巻一号（二〇〇九年）一九一頁以下、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、二〇一三年）を参照。

(144)　荒木・前掲注(6)二〇五頁を参照。

【謝辞】　本稿の作成にあたって大阪大学の高橋明男教授、ならびに阪大法学の匿名の査読者から有益なコメントを頂いた。記して感謝申し上げる。なお、本稿の筆責はすべて筆者に属するものである。

【付記】　本稿は、平成二四年大阪大学「学生海外短期研究留学助成」制度による助成を受けたものである。