

研究ノート

民法学から見た公法と私法の交錯・協働

吉 村 良 一

はじめに

大学における民法の入門講義では、民法の定義として、民法は私法の一般法であるとして説明されるのが一般的であろう。そして、その特徴が、行政法等の公法との対比で解説される。しかし、同時に、社会法や経済法のような、公法私法のいずれにも属さない（あるいは両者の性質を併せ持つ）中間領域が存在し、そのような法領域が拡大してきていることが、併せて述べられる。このように、そもそも、公法と私法の関係は単純ではなく、両者の交錯は、いわば当然のこととして理解されてきた。しかし、注目すべきは、近時、このような意味での交錯の域をこえた新たな交錯現象が発生し、そこでは、両者の協働が語られることも増えてきていることである。本稿の目的は、社会法や経済法領域における交錯とは異なる新しい交錯現象に着目し、そこでは公法と私法の関係はどのように考えられているか、そこでの協働とはいかなる意味を持つかを、主として民法学の立場から検討することにある。特に新たな主張を展開するだけの準備はないが、問題状況が新しく複雑なだけに、その紹介・整理と一定の意味づけを行うことにも何がしかの意義があると考え、次第である¹⁾。

第一章 民法学における公と私

第一節 公法と私法の関係

公法と私法の関係について、これまでどのような議論がなされてきたのであろうか。民法学における議論をしてみるならば、以下の点が確認できる。すなわち、1980年代にこの問題を包括的に検討した山田卓生（敬称略。以下同じ）によれば²⁾、公法と私法の関係として従来論じられてきたのは、「両者の差異を前提としたうえで、公法と私法がいかなる関係に立つのか、より具体的には、公法関係に私法が適

用されるのか、という問題であり、戦前には、行政裁判所が設けられていたことにかかわらず、公法と私法は截然と区別され、穂積八束の「コノ所民法入ルヘカラズ」に象徴されるように、国または公共団体の法律関係は、私人間の法律関係とはまったく別個のものとされ（「截然たる公法私法二分論」）、国家・公共団体の特権的地位が保障されてきた。戦後、行政裁判所が廃止され司法の一元化がはかられるとともに、従来のような二分論は維持されなくなり、公法関係と私法関係はいかなる点で異なるかという、両者の区別の前提として、両者の性質はどう異なるかに関する議論がなされるようになった。区別の基準としては、「法の規律する目的あるいは規律の対象となる生活関係に着目する実質説と、規律の形式に注目する形式説に分けられ」、「実質説に利益説と生活説があり、形式説に主体説と性質説がある」とされる。利益説は、「全体の利益を目的とするのが公法」「個人の利益を目的とするのが私法」とするものであり、生活説は、「政治的生活に関する法が公法であり、民事的生活に関する法が私法であるとする」ものである。主体説とは、法律関係の主体が国家または国家の下にある公の団体かどうかで区別するものであり、性質説（または権力説）は、「法の規律する法律関係が、権力服従関係であれば公法、平等の関係であれば私法とするものである」³⁾。

それでは、代表的な民法の体系書・教科書は、どのように説明してきているのであろうか。まず我妻栄は、次のように述べる。すなわち、「国民としての生活関係」を規律するのが公法であり、「国家とは直接の関係のない、いわば、人類としての生活関係」を規律するのが私法である。公法に対する私法の特徴は、「公法が命令服従を指導原理とするのに対し、私法が自由平等を指導原理とする点にある、と一応いいうるのであろう。しかし、この区別は一応のものであり、「第十九世紀末葉から著しくなった富の不平等という現象に当面し、国家は、……個人の財産関係にも積極的に関与し、命令強制を加えるようになった」ため、「私法は次第に公法原理を摂取し、「公法は次第に私法の領域を蚕食している」⁴⁾。

また、四宮和夫も、私法と公法を区別する標準としては、法の規律する生活関係を標準とする考え方（「個人としての生活関係を対象とするのが私法、国家・公共団体の内部および国家・公共団体と市民の関係を対象とするのが公法」）と、法の指導原理を標準とする考え方（「自由・平等を指導原理とするのが私法、上下秩序の原理によって規律されるのが公法」）があるが、「両法の対立は、実は、これらの二つの要素を含んでいる」とする。そして、これも我妻と同様、「資本主義の高度化とともに資本主義の矛盾・欠陥があらわになり、それを是正するために、個人的生活関係に対しても国家の干渉が行われるようになって（社会法・経済法の誕生）、

個人的生活関係を支配した私的自治の原則は広範な制限を受けるようになる(私法の公法化)」とする⁵⁾。

この問題を詳細に論じたのが星野英一である。星野は⁶⁾、行政裁判所が廃止され、一切の訴訟が通常裁判所で扱われる現在、「公法と私法を区別する実益は著しく減少した」、「あらかじめ公法・私法を区別し、また、ある社会関係が、公法関係か私法関係かを決めて、その後公法関係には公法、私法関係には私法の規定を全面的に適用するというやり方は、具体的な妥当性を欠くのではないか」、「公法・私法の区別を前提としても、両者に共通の部分が大きく、それぞれに特殊な法規ないし考え方が若干あるにすぎないとする説も有力であり、これが妥当のように思われる」とする。このように、主として実益という立場から、両者の区別を重視しない立場に立ちつつも、星野は、「純理論的な問題」としては、両者は、以下の点で、「特色」を有しているとする。すなわち、第一に、規律する対象の違い(私法は「個人と個人との関係を規律することを歴史的に出发点としており、今日でもこれを予定している」)の対し、公法は、「行政権の主体または行政機関の組織、その相互関係、それらと個人との関係を規律するものとして出発」)、第二に、社会関係の規律の仕方の違いとして、私法は、個人を一応平等なものとして予定し規律するが、公法は、個人をある程度実質的に、不平等に取り扱う点、第三には、やはり社会関係の規律の仕方の違いとして、私法は、社会関係の形成をできるだけ個人の自主自律にゆだねるのに対し、公法においては、個人のイニシアティブをまたずに、積極的に法律なり行政機関が介入していくこと、そして第四に、法の規律のねらいないし目的が違う(私法の目的は自由でありかつ平等とされる個人間の利害関係の調整をはかることであるが、公法には、種々の行政目的(政策)を実現することを目的とするものがあり、その領域は増えている)。しかし、「今日では、社会関係で、もっぱら公法により、あるいはもっぱら私法により規律されるものは少なくなってきた。社会関係の多くは、公法の規定と私法の規定との双方によって規律されるに至っている」。すなわち、「従来もっぱら私法によって規律されていた社会関係を公法も規律するようになったこと」と、「従来公法の規定によって規律されていた、あるいはそう考えられていた社会関係に、私法が適用されると考えられるに至っていること」という二種において、両者の錯綜が生じている。

以上のような、いくつかの体系書・教科書の検討から明らかなように、当然のことながら、そこには、かつてのような相互排斥的な二分論は見られない。しかし、公法と私法には規律する関係や法原理による区別があることが承認され(その意味では公私法二分論)、そして、区別のメルクマールはそれぞれに同じではないが、

私法関係を、私的自治の支配する自由平等な関係としてとらえて公法関係と区別する点では、およそその一致があるように思われる⁷⁾。また、公法と私法の二分論が、近代社会（資本主義社会）における国家と社会ないし市場の二元論を前提とし、そして、その二元論における変化（市場や社会への国家の介入現象）を背景に、公法と私法の融合現象が見られるようになっていることの指摘も、各論者において共通している。

第二節 民法における公共性

それでは、民法において、公共性はどのように位置づけられているであろうか。この点に関し、従来は、公共性は民法に外在的であり、民法を外から制約するものと考えられてきた。例えば、民法1条1項に公共の福祉条項があるが、池田恒男の研究によれば⁸⁾、立法段階から、公共の福祉は、私権に外在しそれを制約するものとされていた。その後の学説においても、例えば、我妻栄は、「公共の福祉とは、要するに、社会共同生活の全体としての向上発展である」、「私権の内容及び行使は、これと調和を保つべき」とする⁹⁾。ここでは、「社会共同生活」を私権・私的利益と異質ないし対立するものとし、これらによる、私権行使や私的利益享受の制限を根拠づけるものとして公共の福祉条項が位置づけられている。池田は、「公」を「官」ととらえ公法・私法を峻別する思想のもとで「公共の福祉」を民事法に外在的であ・プリオリの「私権」制約原理とみなす思考は、これを、「公」の世界に固有する、したがって、「それを振り回せば何でも出てくる『打ち出の小槌』として」「どんな人権もいかにしても制限できる便利な主観的道具概念とすることも可能」としたと指摘する¹⁰⁾。

さらに、環境法に例をとるならば、差止訴訟における公共性の問題がある。すなわち、空港や道路、鉄道等の公共施設による公害の民事上の差止めが問題となる事件で、公共性を理由に差止請求をしりぞける裁判例は少なくない¹¹⁾。このような公共性による差止めの制限に対しては、健康侵害等がある場合には公共性を考慮すべきではないとして判例を批判する学説も有力であるが、注意すべきは、公共性を理由に差止め請求を退ける裁判例はもちろん、健康被害等との関係では公共性の考慮を否定ないし縮減すべきとする有力説を含めて、人格権といった公害被害者の私法上の権利ないし利益を外在的に制約するものとして、公共性が理解されている点である。

第二章 公法と私法の交錯・協働

第一節 公私法の交錯する問題群・理論

(1) 景観保護をめぐる議論

以上のように、公法と私法の性質上の違いを前提に、ゆるやかな交錯現象を指摘する学説、さらには、公共性を民法外在的に見る考え方に対し、近時、公法と私法の交錯を積極的に肯定し、両者の協働を志向する考え方、あるいは、公共性を私法の中に取り込む議論が、様々な場面で有力になっている。以下、いくつかの特徴的な議論を紹介し、一定の整理を行ってみたい。

公私の交錯現象として多くの論者が取り上げるのが、景観保護の問題である。本来、景観利益は、地域住民の生活と密接に関係はするが、同時に、個々の住民の利益には還元しきれない、その意味で公共的性格をも有する利益である¹²⁾。東京都・国立市の駅前通りの景観をめぐる最高裁まで争われた国立景観訴訟は、このような景観利益の私法(民法=不法行為法)上の保護に関して興味深い素材を提供している¹³⁾。

まず第一審の東京地裁は、本件の景観が、特定の地域内の地権者が自らの自己規制の継続によって形成してきたものであることに着目し、そのような景観利益を土地の付加価値とすることにより住民の権利内容に取り込み、その侵害に対する不法行為上の保護を認めた(東京地判平14・12・18判時1829・36)。この判決の特徴は、基本的に公私二分論を前提にしつつ、景観利益を土地の付加価値という私的利益として構成し、その私法上の保護を認めたことである。これに対しては、「景観利益の公共的性格が切り落とされてしまったのではないか」、本件では結局3人の地権者の利益(私的利益としての景観利益)侵害により建設済み建物の上部の撤去が認められることになったが、はたして妥当な結論か、むしろこの3人が公的利益を代表していると考えてはじめて撤去まで行きうるのではないかと吉田克己の指摘がある¹⁴⁾が、逆に、公共的性格を切り離すことによって私法上の保護が可能になったとの見方も可能である。

これに対し控訴審は、「良好な景観は適切な行政施策によって十分に保護されなければならない。しかし、翻って個々の国民又は個々の地域住民が、独自に私法上の個別的具体的な権利・利益としてこのような良好な景観を享受するものと解することはできない」、「良好な景観の形成は、……行政が主体となり、地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和を図りながら、組織的に整備される

べきものである」として、請求を全面的にしりぞけた（東京高判平16・10・27判時1877・40）。ここには典型的な公私二分論があり、吉田は、「公私を峻別した上で、景観利益を公的領域に封じ込め、市民はそこには入るなというロジック」をとるものであると批判する¹⁵⁾。

最高裁は、結論としては請求を棄却したが、景観利益が、現代語化改正民法709条の「法律上保護される利益」として不法行為法上の保護の対象となりうることを認めるといふ、興味深い判断を示している（最判平18・3・3民集60・3・948）。すなわち、判決は、良好な景観は条例や法律（景観法）で保護・保全がはかられている、「そうすると、良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益は、法的保護に値するものと解するのが相当である」としたのである。判決が景観条例や景観法をあげ、「そうすると……」と続けているところについては、「公法の規定から私法上の利益を導き出すかのような論述には、やや問題があるのではないか」との指摘もある¹⁶⁾が、公私の交錯という視点からは、本判決が「私益と公益を峻別せず、両者の重なる領域を明確に認めた」との評価¹⁷⁾が可能であり、大塚直は、最高裁は近時の小田急訴訟判決で、行政訴訟における原告適格の問題について公益と私益の峻別を改める方向を打ち出したが、これをさらに進めるものであると評価している¹⁸⁾。いずれにしても、公共的性格を有する利益が私法上の保護対象になるという意味で、公私の交錯現象の一例といつてよかろう。

(2) 環境法や都市・土地法における交錯

かつてのわが国では、四大公害裁判に代表されるように、民事訴訟を通じた私法による公害・環境問題への対応が、公害・環境法において大きな位置を占めてきた。これには、公法的規制が当初まったく不十分な中で、被害者やそれを支援する公害反対運動が、私法上の手段（とりわけ民法709条のような伝統的な民法規範）を利用せざるをえなかったという事情に加えて、そこでは、私法上の保護法益である生命・健康被害の救済が中心的課題であったという事情が背景となっている。そして、そのような私法上の救済が問題となる場合、公法的規制を守っていても民法上違法（受忍限度を超える）であったり、注意義務違反を問う（過失あり）として、公法と私法は意図的に切り離されていたのである（その意味での公私二分論）。

しかし、その後公法上の規制が整備されるにつれて、環境法における公法と私法の関係、すなわち、環境法における公法上のルールが私法に及ぼす影響を与える

か、両者が一致すべき場合はいかなる場合かといった問題が論じられる基盤が整い、近時、このような検討を行う議論が登場している。例えば、宮澤俊昭は、ドイツの環境法の議論の検討を通じて、公法上のルールと私法上のルールが一致すべき条件を、公法的規制の遵守を私法上適法と評価すべき場合と、公法上の規制の不遵守を私法上違法と評価し私法を通じて公法上のルール不遵守を是正すべき場合に分けて検討している。具体的には、BGB 906条1項における本質性の評価と公法的規定の関係、BGB 823条2項に基づいた民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関わる課題が検討されているが、前者は、公法的規制の遵守を私法上適法と評価することに関する問題であり、後者が、公法的規制の不遵守を私法上違法と評価することに関する問題である。そして結論として、民法的保護と行政法的保護の一致を肯定するためには、不一致を回避すべきという内容の法政策的根拠、公法的規制による評価と私法上の制度に基づく評価の同質性、公法的規制の遵守を私法上適法と評価することによって従来からの私法上の制度の機能が失われないこと、公法的規制の不遵守の是正を私法上の制度によって達成する必要性を考慮しなければならないとする¹⁹⁾。

秋山靖浩の、都市・土地法に関する一連の研究も、公私法の関係を扱っている。すなわち秋山は、相隣関係における調整と都市計画の関係の検討を通じて、公法と私法の接点における連携のあり方とその限界を扱い²⁰⁾、建築基準法43条の接道要件を充足するために圍繞地通行権に基づく通路の拡幅を主張できるかという問題の検討を通じて、公法的規制と私法的規制の連続性を²¹⁾、さらに、都市計画の不備を地役権がカバーできるかという問題の検討によって、公法的規制と民法的規制の協働、前者の不備を補充するものとしての後者の意義を明らかにしている²²⁾。

これらの業績はいずれもドイツ法を比較法的検討の対象としているが、これには根拠がある。すなわち、環境法について見れば、ドイツにおいては、環境法発展の初期の段階から公法上の規制が中心になり、そのようにして整備された公法上のルールが相隣関係法(BGB 906条)や不法行為法(BGB 823条1項, 2項)といった伝統的な私法にいかなる影響を与えるかという点について、様々な議論が行われてきており、加えて、近時、公法上の規制の限界の認識と、市民のイニシアティブ発揮の手段としての私法という視点から、私法の役割の再評価という議論もなされるようになってきているという事情があり、わが国における現在の時点での環境公法と私法の関係を論ずる上での手がかりがえられる考えられるからである²³⁾。同様の事情は、都市・土地法にも存在するのであろう。いずれにしても、このような議論に、公法と私法の伝統的な二分論ではない、両者の交錯と協働という方向を見て取ることは容易である。

(3) 取締法規違反の契約の効力に関する議論

従来から、民法学において、公法と私法の関係に関して議論が行われてきたものとして、いわゆる取締法規に違反した契約の効力に関する問題があるが、ここでも、公法と私法の交錯・協働につながる新しい議論が登場している。

この問題に関する従来の通説は、公法と私法の二分論を前提として、公法である取締法規違反は原則として契約の無効をもたらすものではないが、当該取締の目的等を総合的に考慮して契約無効をもたらす場合もあるとするものであった。それに対し、当該契約が履行前か履行後かにより区別する履行段階説が有力に主張されている。例えば、磯村保は、1980年代に、以下のような主張を行っている²⁴⁾。未履行の段階では、「取引の安全性を害する虞れは少なく、また、後になって取締規定違反を口実として自己に不利な契約の無効を主張し、原状への回復を図るというような反信義的な事態も原則的に生じない。考慮すべきはなによりも取締規定の趣旨ということになるが、この場合には法秩序における価値矛盾の回避という要請を看過してはならないものと思われる。すなわち、法が一方においてある行為を禁止しながら、他方においてその行為の履行請求に対し、裁判所がこれを認容してその履行を命ずることは、法秩序内部における自己矛盾ではないであろうか」。したがって、「このように、取締規定に違反する行為の履行請求を認めないという意味での無効は、むしろ取締規定による禁止の要請の強弱を問わず……原則的に承認してもよいのではないか」。その上で磯村は、履行後は、「無効の主張を許すことにより当事者間の不公平や取引の安全性を害する結果を招来しないかが同時に考慮されねばならない」ので、通説と同じく、総合判断で無効になるかどうかを決定すべきとする。ここでは、履行前の段階についてはあるが、「法秩序における価値矛盾の回避」の要請というかたちで、公法的判断と私法的判断の一致が志向されており、なお公法私法二分論が前提とはされているが、両者の交錯・協働が前面に出てきている。

その後、1990年代になって、公法私法二分論を前提にして一定の局面で両者の統一をはかるだけでなく、むしろ、両者の相互依存関係を正面から認めていこうとする議論が登場する。まず大村敦志は、消費者行政法令に違反する行為について私法上の効力をより積極的に否定すべきとする「消費者取引公序」論²⁵⁾を手がかりに、法令の目的に着目した議論を展開する²⁶⁾。すなわち、大村は、法令を、取引とは直接には関係しない価値を実現するための警察法令と、取引と密接な関連を有する経済法令に区別し、前者にあっては、「警察法令によって取引が犠牲とされるのをさけるという観点からは、公法上の規制と私法上の効力とを切り離すことが望ましい」ので、法令違反があっても、私法上の効力は否定されないのが原則であると

いう方向が指向されるが、後者の場合は、法令の目的が取引の効力とは無縁でない以上、個々の取引の効力を考える際にも、これらの法令違反は重要な判断要素となり、「経済法令と取引の効力とは密接な関係を持つようになっているのである」とする²⁷⁾。このような指摘を行った上で大村は、以上の考察を一般化し、公法秩序と私法秩序の相互関係（公法秩序による私法秩序実現への「支援」と、私法秩序による公法秩序の「補強」）という視点を提示する。そして、何よりも注目すべきは、このような相互関係にあって大村が、「公法の領域に属する法令をより積極的に私法上の公序に組み込む」ことによって個人の権利実現を援護するという視点に加えて、「個人の利益が法令の目的実現に奉仕するということがあってもよい。私法上の公序は法令の目的実現をサポートするものとして機能しうるはずである」として、「個人のイニシアティブに期待するという発想が有益である」としていることである²⁸⁾。すなわち、ここでは、個人の権利を起点とし、その実現に向けた私法と公法の協働、さらには、個人の権利実現を通じた公序の実現（その意味での公法と私法の協働）が主張されているのである。

さらに、山本敬三も、いわゆる基本権保護義務論の立場から、以下のように主張する²⁹⁾。「国家が取締法規を通じて一定の行為を禁止ないし命令し、その違反に対して制裁を定めたりするのは、それによって他の個人の基本権を保護し、あるいは支援するためだとみることができる。」「そのかぎりでは、公法的規制と私法的規制は、同列にならぶことになる。」「もっとも、この私法上の効力の否定は、取締法規自身が明示的に定めているわけではない。ここでは、その取締法規がめざしている基本権の保護ないし支援をよりよく実現するために、裁判所が、違反行為の効力を否定すべきかどうかを決定するのである。その意味で、これはまさに、取締法規の存在を前提とした、裁判所による法形成にほかならない。」「すなわち、山本は、憲法という視点からみると公法と私法は決して異なるものではなく、基本権の保護と支援という共通の目的に役立つ手段として位置づけられ、取締法規も、国家が市民の基本権を保護、あるいは支援するために定めたものとしてとらえられるので、それが目的としている基本権の保護ないし支援をよりよく実現するために違反行為の効力を否定することが必要なら、裁判所はその方向で法形成を行うことが要請されるといふかたちで、公法と私法の「相互依存論」を主張するのである。山本は、まさにそうした法形成を行うための手段として民法90条が用意されているとし、法令の存在を前提にして公序良俗違反の有無を判断するという意味で、それを「法令型公序良俗」と呼ぶ³⁰⁾。

なお、山本は、1980年代における磯村らの議論には、70年代から80年代にかけて

の福祉国家観の浸透があるのではないか（すなわち、福祉国家観の下で、弱者保護のための様々の規制法が登場し、それに対応して、民法の世界でも、同じような目的を実現する方向で民法の解釈を行う可能性がアクチュアルなテーマとなったことが背景にあるというわけである）、それに対し、90年代における公私法の相互依存論は「福祉国家観を引きずりながらも、自由主義・市場主義の復権という動きに強く影響を受けている」との、興味深い指摘を行っている³¹⁾。

(4) 民営化と法

以上と異なる場面で、公法と私法、公と私の新たな関係が問われるものとして、民営化にともなう法現象がある。この点について、内田貴が近時、興味深い主張を行っているので、それを紹介しよう³²⁾。

内田は次のように言う。20世紀末から21世紀にかけての現代社会の大きな傾向を象徴する概念として「契約化」をあげることができる。すなわち、それまで契約関係ではなかった社会関係が契約関係に置き換えられること、より広く捉えれば、社会関係を契約を基軸として構成しようとする現象である。その思想的背景として、二つの異なる流れがある。第一は、社会関係の「市場化」を進める手段として契約をとらえるものであり、規制緩和や民営化と呼ばれる動きがその例である。第二は、国家からの介入を受けない社会関係を形成する手段として契約をとらえるものであり、電子商取引の分野で進行している国際的な契約ネットワークの構築があげられる³³⁾。

以上のうち第一の市場化について言えば、80年代の「民営化」＝国有事業の国からの切り離しの段階から、「市場化テスト」による公的な財・サービスの提供における民間の利用によって、新しい段階に入ったが、このような財・サービスの公的提供を民営化し、市場原理を導入しようとする場合、その法的手段として活用されるのが契約であり、公的財やサービス提供の民営化は、しばしば、契約化でもあるのである³⁴⁾。

このように、市場化、民営化によって、財・サービス提供の契約化が進行するのであるが、そのような契約の中には、当事者の意思によって自由に決定できず、当事者の意思の外にある仕組みを視野に入れなければ理解できないものがある。それらは、全ての人に平等であり個別交渉による修正が許されず、契約締結が制度への加入といった比喩が自然に感じられるという意味で、「制度的契約」と呼ぶことができる³⁵⁾。制度的契約の例としては、介護契約、保育契約、学校教育契約、企業年金契約などがある。学校教育契約について言えば、たとえ教育提供主体についての

規制が緩和され、教育内容についての自由度が高まり、教育サービスが競争的市場で提供されるようになったとしても、公教育の提供契約は、ダンスやピアノのレッスン契約とも、受験塾や予備校の教育とも異なり、個々の当事者の合意で契約内容を定めることはできず、法律や学習指導要領などによる制約がある。このような制度的契約の特質は、契約締結の際に、個々の当事者が契約条件を交渉し、個別に合意することは、正義公平に反すると観念される(個別交渉排除原則)、財やサービスは、受給者としての資格を有する者に、平等に、差別なく提供されなければならない(締約強制, 平等原則, 差別禁止原則)、契約の拘束力が正当性を得るためには、契約の内容やその運用に対して、財・サービスの潜在的な受給者が、直接的または間接的な方法で、集権的に決定に参加できる仕組みが確保されている必要がある(参加原則)、財やサービスの給付の内容や手続について透明性が確保されるべきであり、給付の提供者は受給者に対して説明責任を負う(透明性原則, アカウンタビリティ)ということである。そのような特質が生ずる理由は、制度的契約の「外部性」(個々の契約は不可避免的に、他の主体の同種の契約や潜在的当事者集団、さらには社会一般に影響を与えること)にある。どのような財・サービスの提供契約を制度的契約とするかは、「ある共同体に属する人々の政治的判断」による³⁶⁾。

契約法理論としても、従来の内田の主張である「関係的契約」論とならんで興味深い議論であるが³⁷⁾、本稿の主題である公と私の関係においても、重要な提起を含んでいる。すなわち、一方において、内田にあっては、公的財やサービス提供の契約化の中で、公共性が外部性に置き換えられ、しかも、どのような契約を外部性のゆえに制度的契約として特別の扱いをするかは共同体の政治的判断であるということにより、いわば、公の解体とも言うべき主張がなされている。この意味で、内田の議論(ないし、その背景にある契約化現象)は、公私のあり方に関する議論に、重要な問題を提起している。しかし同時に、内田は、そのような契約を個別当事者の交渉が内容を決定する通常の契約とは異なる制度的契約と呼び、そこにおける外部的(公的)制約を指摘する。ここにおいては、私の領域であったはずの契約への公的介入が広範に認められるのである。すなわち、内田の表現によれば、制度的契約にあっては、「純粹の私法領域においては異質な公法的ないし共同主義的規範」が要請され、その結果、「公私の領域のうち、『公』の領域を狭め、『私』の論理を一般化するはずの契約化は、かえって、『私』の領域に公法的規範を要請し、公私の境界の一層の流動化をもたらすのである」³⁸⁾。このように、民営化の問題は、内田によれば、「私の拡大」と「私への公の進入」という二つの側面において「公法

と私法の区別の流動化」をもたらすのである。

なお、内田の制度的契約論そのものについて言えば、ある契約が制度的契約とされることによって、制度的な規範や決定が当事者の意思に優先したり、そもそも当事者の意思が問題にされなくなることになり、その結果、契約における意思や合意の契機、さらにいえば私的自治的要素が軽視ないし欠落させられることになるのではないかとの疑問もありうる。すなわち、制度的契約とされる問題領域における制度と意思の関係の有様についての検討が必要なのではないか。さらに、この提起は、民営化・契約化が進展することは、契約内容の公的なコントロールの廃止を意味するものではないとすることにより、その契約内容の公私の協働による適正化をめざすという狙いを持っていると考えられるが、例えば、学校契約について公教育の公共性がゆえの制約（公共性による制約）を考えるのではなく、その外部性を根拠に契約に対する制約を根拠づけるこの理論が、私の論理の無限定な拡大に果たして有効な歯止めをかける論理なのかどうかについても、にわかには判然としないところがあるように思われる。いずれにしても、その当否については一層の検討が必要である。

第二節 交錯・協働を根拠づける理論

(1) 「外郭秩序」論

公私法の交錯・協働現象を背景に、それを根拠づける様々な理論が、公法学、私法学の両者から主張されている。ここでは、民法学における代表的な理論と、行政法学における新しい動きを取り上げてみたい。

第一は、広中俊雄の法秩序論である。広中は、市民社会に成立する基本秩序を、財貨秩序（財貨帰属、財貨移転）とその外郭秩序としての競争秩序、人格秩序とその外郭秩序としての生活利益秩序、他の諸秩序を確保・助成し、そのための手段を用意する権力秩序に整序し³⁹⁾、公共の福祉条項は、民法上の意味で「公共」が問題となる外郭秩序に属する「生活利益法」と「競争利益法」の分野の法理を表現したものであり、そこでは、公共性の問題は民法内在的な問題になるとしている⁴⁰⁾。

吉田克己がこれを受けて以下のように主張する。すなわち、外郭秩序は市民総体の利益に関わる公共的空間を形成し、そこにおいては市民総体の公共的利益（市民社会と離れた国家的利益を内容とする国家的公共性とは区別された「市民的公共性」と私的・個別的利益が、分離・対立するものではなく、オーバーラップし、二重性を帯びたものとして現れる。例えば、良好な環境の維持といった生活環境秩序の維持は不特定多数の市民（市民総体）の利益となるだけでなく、そこから

個々の市民は良好な環境の享受という利益を受け取っている。近代法において、この維持は公共団体の責任に帰すが、しかし、それが十分に機能しない場合、外郭秩序確保のための市民のイニシアティブが必要になる。その際、外郭秩序の公共性に着目し、行政を主体とするその確保に市民が参加していくという方向と、外郭秩序が個々の市民に割り当てる私的利益に着目して、その保護を確保するという二つの形をとりうる⁴¹⁾。

以上の議論では、少なくとも、外郭秩序（競争秩序や生活利益秩序）において公法と私法の分離が克服されており⁴²⁾、特に、吉田においては、市民の共同利益ないし市民総体の公共的利益保護のため、公法と私法の協働が志向されているのである⁴³⁾。

(2) 市民社会の公序としての民法

市民社会の基本秩序ないし構成原理（公序）を定めたものとして民法をとらえる見方がある。例えば、星野英一は、広義の市民社会（「国家から一応独立した自律的社会」）から経済社会の部分を除いた狭義の市民社会（「自立した人間（個人）の自発的団体が形成する社会」）の基本的な法（社会の constitution）が民法であり⁴⁴⁾、それは、「自立した平等な人間相互の非権力的で自由な関係を規律する基本的な法」であるとする⁴⁵⁾。大村敦志も、星野と同じように、民法を社会の構成原理としての役割を果たすものとして位置づける⁴⁶⁾。

これらの考え方において、民法は、社会（市民社会）の基本秩序（公序）を規律するものとして位置づけられているのである。そして、そこでは、民法の外にそれを制約するものとして公序があるという考え方はとられておらず、社会（市民社会）の公序そのもの（ないし公共性を創造し公序を作り出すツール）として、私法である民法が位置づけられている。

(3) 基本権保護義務論

憲法と民法に関する山本敬三の議論もこの問題に関連する。すなわち、山本によれば⁴⁷⁾、憲法は国家に基本権を保護することを要請する（基本権保護義務）。したがって、国家（裁判所も）は基本権を保護するために私法を定立し解釈しなければならない。民法もまた国家法である以上、国家の基本法としての憲法による拘束を受ける。このように、山本は、民法上の制度を、基本権保護義務を国家が果たすための制度として位置づけるのである。

この考え方では、国家が憲法上みずからに課せられた責務を果たすために定めた

法である国家法としての公法と私法は、同列にならんで、相互に支援し合い補強し合う関係に立つことになる。すなわち、私法と公法はともに憲法的公序を実現するための手段であり、私法もまた基本権を保障する憲法システムの一翼をになうものとされ、したがって、「私法を通じて国家が基本権の保護をはかろうとするとき、すでに公法においてそうした保護を意図した措置を定めているならば、むしろそれを積極的に利用することが要請され」、「公法を通じて、国家が一定の基本権を支援するという立場を採用しているときに、その実現のために私法上の手段も必要ならば、むしろそれを活用することが要請される」ことになる⁴⁸⁾。

そして、興味深いのは、このように基本権を保護するものとして併存する公法と私法が相互連携をとるための通路として、民法90条の公序良俗規定や709条の一般的不法行為規定のような一般条項が位置づけられることである。すなわち、公序良俗に関し、山本が「法令型公序良俗」という範疇を抽出し、取締法規違反の問題をそこに位置づけたことはすでに述べたし、また、不法行為に関して言えば、このような位置づけによって、過失や違法性を判断するに当たって取締法規とその趣旨が考慮されていることが根拠づけられているのである⁴⁹⁾。

(4) 行政法学における新しい動向

公法と私法の関係について、行政法学においてこれまで多くの議論がなされてきたことは周知のところである。それらに立ち入ることはできないが⁵⁰⁾、大橋洋一は、民事法と行政法が、相互に孤立した法体系として形成された時期、すなわち、行政法関係における私法及び私法の一般法理の適用を排除し、行政権の権力性、行政目的の公益性を力説し、市民の従属をことさら強調した「相互排斥」の時期、公法と私法が全く相いれないものではなく、私法規定・私法原則であっても行政法関係に適用可能であることが承認され、公法と私法の相互の参照可能性が肯定される「相互参照」期、さらには、行政法と民事法との間で多様な協力・補完関係の構築が要請される時期、すなわち、行政法と民事法を補完的に組み合わせ、新しい協力システムを形成しなければならない「相互補完」期に区分し、現代は「相互補完」期にあり、「現代社会の生み出す新規の政策課題に対して、行政法と民事法が共同戦線を張って、新しいシステムの構築を模索することが要請されている」、その典型領域が、消費者法であり、環境法であるとする⁵¹⁾。

このような「相互補完」期にあって、行政法が保護する利益の性質の分析を通じて、行政法と民事法の協働を主張するのが山本隆司である。すなわち、山本によれば⁵²⁾、「従来行政法の規律は、実体法上は、『公益』の実現を目的とし、場合により、

孤立的に捉えられた私益を個々に保護するものと、観念されてきた。」しかし、「行政法が目的とする『公益』は、基本的に私益間の関係(複合)に分析すべきであり、また保護される私益は、他の私益との関係で捉えるべきである。すなわち行政法の規律は、むしろ基本的に諸私益間の調整・関係化を内容にするものと、観念される。他方民事法の規律は、『私的自治』や市場システムを前提にする。そして、法システムの側から見て……民事法の規律は、個人の行為や市場の機能を保障したり制限したりしつつ、諸行為・諸私益を調整し関係づけることを、内容とする。』このように、行政法と民事法が、諸私益を調整し関係化するものとして共通性を持つことを指摘した上で、山本は、「重要なのは、『一体としての公的任務』、不可分な『社会的問題状況』に対処するために、『異なる制御機能』を持つ行政法的規律と民事法的規律とを、有効に組み合わせることである」とするのである(「相互補足秩序としての公法・私法」)。もちろん、山本にあっても、民事法と行政法は「異なる制御機能」を有する⁵³⁾ことから、両者の法が同一化されることにはならないのであるが、山本の考え方によれば、両者の差異は相対化され、それぞれが調整・関係化する利益が重なる場合には、両者は、まさに相互に補完し協働し合う関係に立つことになる。

大橋洋一は、以下のように述べ、山本の主張が、本稿で指摘した近時の公法と私法の交錯・協働に有力な基礎を与えるものと評価している。すなわち、大橋によれば⁵⁴⁾、山本「の説くような行政法と民事法との親近性からは、例えば、近時民事法で説かれている消費者公序の理論との対話を可能にするように考える。すなわち、行政法規に業者が違反したことが消費者救済の観点から民事上の取引無効の理由づけとして積極的に援用されるという考え方に、行政法サイドから支援を与えるように思われる。また、山本の説く「両法の同質性という考え方は、環境法、消費者法といった分野で新たな仕組みを構想する際に、民事の手法と行政手法を組み合わせていくという視点に理論的基礎を提供しうるものである。この意味で、大橋は、山本の視点を、「民事法と行政法との共(ママ)働に向けた新しい関係強化を導くものであるといえよう」として、「相互補完」期にふさわしい理論と位置づけるのである。

第三節 小 括

(1) 法社会学会シンポジウムでの議論

以上のような公法と私法の交錯という新しい動向の中で、法社会学会は、2006年に、「現代における私法・公法の 協働」と題するシンポジウムを開催し、本稿が

扱っているテーマを、様々な角度から検討した。その企画趣旨説明の中で、原田純孝は、「公私協働」には、「行政が手を引き、その関与を縮小・後退させていく部分を、私的主体やNPOなどが受け止め」ていく局面と、「自発的に組織された私的主体やNPOなどがむしろ積極的に行政に関与し、参加・発言していこうとする局面との双方がある」とし、前者の局面については、「一方では、国および地方公共団体の財政危機と支出削減、まがりなりにも整備されてきた福祉国家的諸制度の見直し、その背景でもある経済のグローバル化・市場化と規制緩和・構造改革、公的主体が関与してきた事業活動の民営化・民間開放などの言葉に示される、国家・経済・市場の大きな変容がある」が、「他方には、社会のなかでの地域住民組織やボランティア・NPOなど多様な市民団体の活動と力量の拡大があることも確かであり（原田はこれを「市民社会の成熟」と呼ぶ）、そのことが同時に、後者の局面の展開にもつながっていると述べている⁵⁵⁾。

また、山本隆司は、シンポジウムの報告において、私法と公法に関する学説を整理した上で、「近年ではむしろ民法学の側から、私法の性格、および公法との協働可能性が問い直されている」が、そこで議論されているテーマは、「私法も公法と同様の法益を一定程度保護・実現し得るメカニズムであり、したがって、法益の実効的な保護・実現のために私法と公法が協働すべきである」という議論（「利益の次元における私法・公法協働論」）と、「私法は私人が公益のために行う活動を促進し規律する枠組みを含み、この点で公法と関連を持つ」という議論（「主体の次元における私法・公法協働論」の二つに整理できるとする。そして、前者の議論の背景に、「環境・景観・競争秩序など個々人の権利に還元するのが困難な『共同利益』あるいは『外郭秩序』を重視する志向、および、こうした利益・秩序が行政機関により十分実現できていないという不満があり、後者の背景には、「国家・公共団体の財政危機と減量、行政活動の民間委託および民営化、規制緩和などの進行により、諸種の私的団体による公益活動の重要性が、理念としてのみならず現実に増していることが」、そして、両者に共通する背景として「公益を実現する役割を行政から司法に一定程度シフトさせるための司法制度改革が挙げられる」と述べている⁵⁶⁾。

両者の指摘から言えることは、公私法の交錯や協働現象は、その背景に、国家・経済・社会のあり方の大きな変容があること、そして、民営化に見るような、従来、公（行政）が担ってきた役割の後退・縮小が公私の交錯・協働の背景として重要だが、同時に、それだけではなく、従来、公（行政）が独占してきた領域への私（市民）の参加、あるいは私による公の取り戻しと、それを可能とする「市民社会の成

熟」という、前者と密接に関連した、しかし、異なる背景も存在するということがある。それとの関係では、山本の、司法の役割の拡大という背景指摘も重要である。以下では、このような指摘を踏まえつつ、これまで検討してきた公私法の交錯・協働現象の持つ意味を、検討してみよう。

(2) 「私の公化」と「公の私化」

公法と私法、公と私に関する近時の議論を見れば、そこには、二ないし三つの異なるものが含まれていることが分かる。すなわち、景観利益保護に関する議論は、公的利益の私法への取り込み、公的利益の私法による保護という形での交錯・協働であり、環境法や都市法における議論、取締法規違反の私法上の効力に関する議論は、公法的ルールと私法的ルールの交錯、とりわけ前者が後者にいかなる意味を持つかという意味での交錯・協働に関する議論であった。この二つは、私法の中に公共的な利益や公法的ルールが取り込まれるという意味で、「私の公化」と呼ぶことができるかもしれない。そして、このような意味での公私の交錯・協働現象が進行すると、そのようにして私法に取り込まれた公共性とは何かという問題の検討が、あらためて重要となってくるのである。

これに対し、民営化・市場化による私法(契約法)の拡大という現象は、従来、公的な領域であり私法とは異質な公法的ルールが適用されたものが私法化・契約化される、その意味で、「公の私化」と見ることができる。そして、このことにより、公共性の解体が生じているのである。ただし、内田が指摘するように、このようにして解体され私化された領域においては、純然たる私法とは異なる(その意味で公法化された)ルールが適用されるのであり(当事者の意思によってのみ形成されるのではなく、何らかの規制が前提とされる「制度的契約」)、その意味で、ここでの「公の私化」は、同時に、私法領域への公共性の拡大(「私の公化」)をもともなうものであり、ここでもやはり、公共性の内容を明らかにするという課題が浮上するのである。

いずれの局面でも、公私の交錯・協働現象を前提として、あらためて公共性とは何かが問われてくることを確認しておきたい。

(3) 公私(法)交錯の背景・意味

公法と私法の交錯は、最近に始まったことではない。20世紀に入り、とりわけ第二次世界大戦後において、労働法や社会保障法のようないわゆる社会法、独占禁止法や不正競争防止法のような経済法の整備の中で、すでに、公法と私法の交錯、ど

ちらにも分類されない新しい法領域の登場と確立が指摘されてきた。近時の動向もこのような流れと共通のものと考えられることはもちろん可能である。しかしそこには、異なる点もある。すなわち、社会法や経済法における公私法の交錯現象においては、国家による私人の活動（とりわけ経済活動）への介入や規制（福祉国家政策ないしは国家独占資本主義における国家の機能拡大）が背景にあり、そのような介入政策の手段ないし結果として、私契約への公的コントロールのように、従来、私的自治が支配するとされた私法と権力的な作用を前提とする公法が交錯して行ったのである。

これに対し、本稿で示した近時の交錯においては、公的な領域に属するとされてきたものの私化が進行し、その結果、かつては公法が扱っていたものが私法の課題となったり（あるいは私法の課題ともなったり）、公法の不備を私法が補うといったことが問題となり、両者の交錯が起こっている。その意味で、近時の交錯現象も、国家と社会の二元論が変容を受けてきているという意味で、社会法や経済法における交錯と基本的には同質のものと考えられることはできるが、それとは異なる側面も有しているのである。

それでは、このような近時の公私の交錯の背景は何か。その第一は、民営化による私法（契約）の拡大に典型的なように、規制緩和・民営化といった新自由主義政策による「構造改革」である。そのような政策によって、例えば、従来、公的制度によって行われていた福祉が民営化され私的契約によって媒介されることになり、「公の私化」が起こっているのである。すなわち、ここでは、前述の福祉国家政策の進行による「私の公化」と逆の現象が進行しており、そのことの背景に、新自由主義による反福祉国家化、福祉国家の解体が存在する。山本敬三が、取締法規と契約の効力にかかわって、90年代における公私法の相互依存論は「福祉国家観を引きずりながらも、自由主義・市場主義の復権という動きに強く影響を受けている」と指摘していることはすでに紹介した。

しかし第二に、このような「公の私化」の背景には、社会秩序形成における私人の役割を重視し、市民の活動から形成される市民的公共性や市民社会（ここでいう市民社会は、経済社会としてのそれではなく、吉田克己のいう、「自由な意思に基づく非国家的・非経済的な結合関係としての市民社会＝市民社会」⁵⁷⁾、あるいは、星野英一のいう、狭義の市民社会（自立した人間（個人）の自発的団体が形成する社会）⁵⁸⁾による国家と市場の制御を志向する動きが存在することにも注意が必要である。そして、そのような動きの背景に、原田の言う「市民社会の成熟」があるのである。吉田は、「現代における国家・社会の構造変容を踏まえつつ、『国家』と

『市場経済』の中間に市民の対等・平等性を前提とした自発性に基づく公共空間であるところの『市民社会』を設定し、これによって国家と市場経済とをコントロールする」というのが「市民社会」論の基本的問題意識だと述べた上で、社会の constitution として民法を位置づける星野の議論をその例としてあげている⁵⁹⁾。

取締法規と契約の効力に関する検討を通して、個人の権利を中核にした公法と私法の協働（公法秩序による私法秩序への支援と私法秩序による公法秩序の補強）を説いた大村敦志が、次のように言うのも、同様の志向であろう。すなわち、個人の自由の領域である私的領域と「大きな公共性」の実現をめざす「政治」の領域である公的領域の中間に、「準公的な私的領域」と「準私的な公共空間」がある。この中間領域において日々の個別の問題解決を通じて、少しずつ、あるべき社会を構成していく営みによって作り出される「小さな公共性」による社会の「再編成」ないし「改造」をめざすべきである⁶⁰⁾。以上のように、大村においても、個人の権利実現を出発点にした新しい公共性の創造が構想されており、そのコンテクストの中で公法と私法の交錯・協働が語られているのである。

これらの主張にあっては、国家と市場をコントロールし、市民の自律的存立の共同条件を形成するものとして公共性がとらえられ⁶¹⁾、このような公共性は私法外在的な制約原理ではなく私法内在的なものであり、そのような公共性の形成・維持において私法は積極的な役割を果たしうる（果たすべき）との立場から、公法と私法の交錯・協働が語られるのである。

(4) 社会構想（戦略）と公私のあり方

糊澤能生は、日本社会のあり方にかかわって、三つの戦略の存在を指摘している⁶²⁾。第一は、福祉国家を批判し、市場原理がもつポテンシャルに依拠し、自由を取り戻そうとするものであり、第二は、福祉国家を前提として、それに改良を加えつつその拡大を志向するもの、そして最後は、市場への回帰でも単なる福祉国家の拡張でもない、自由と連帯を同時に充足できる第三の道を模索するものである。

第一の新自由主義的戦略が、「構造改革」の名の下に、この間の日本で進められてきたものであるが、第二の戦略としては、「新福祉国家構想」がある⁶³⁾。「新福祉国家構想」とは、既存の福祉国家が新自由主義的再編によって崩壊・変質を余儀なくされるなかで、「多国籍企業による国民経済の破壊と新自由主義的再編に反対し、その犠牲を被る諸階層が連合してめざすべき構想」であり、具体的には、労働・学習・所得・社会サービス・生活空間の保障という五大支柱を不可欠とする国家構想である。第一の戦略による「格差社会」⁶⁴⁾の進行の中で、当然のありうべき構想で

あり、その有効性は否定できない。しかし、グローバル化のもとでの国民国家の役割の限界、国家による支援が持ちがちなパートナーリズムの危険性に鑑みれば、それに加えて、第三の戦略も検討に値する。

市場主義でもなく福祉国家でもない「第三の道」を志向するものとして、例えば、神野直彦⁶⁵⁾は、社会を構成する三つのサブシステムとして、「経済システム」（市場経済を媒介とする人間関係）と「政治システム」（強制力にもとづく、支配・被支配という人間関係）と「社会システム」（人間と人間との自発的協力による結びつき、つまり共同体の人間関係）をあげ、「社会システム」の拡大する方向での改革を志向する。筆者自身、すでに、極めて稚拙な形ではあるが、「自由や自己決定といった価値を基礎においてそれを支える福祉を構想する方向」、「生存権や平等を実現する制度を支えられた自立を志向する市民からなる社会」という方向を示したことがある⁶⁶⁾。本稿で検討した公法と私法の交錯・協働論の少なくともいくつかは、このような動向と基本を同じくするものと位置づけられるのではなからうか。

なお、この三つの戦略についてさらに述べれば、第二の戦略と第三の戦略は、必ずしも対立したものとも考える必要はないのではないか。なぜなら、第三の戦略において重視される自由や自己決定も、福祉国家的政策の下支えなしには現実のものとはならない⁶⁷⁾からであり、他方では、第二の戦略がパートナーリズムに陥らないで、従来の福祉国家への復古ではなく新しい社会構想として展開されるためには、第三の構想がめざす自由や自己決定といった価値をも含み込みうるものとして構想される必要があるからである。少なくとも、新自由主義的改革が進行し、それに対抗する政治的社会的勢力が十分には形成されていない現状では、第二と第三の戦略の「共闘」が当面の重要課題と言えるのではないか⁶⁸⁾。

(5) 公共性について

これまで、公ないし公共性とは何かについては、論じて来なかった。しかし、公法と私法の交錯・協働という現象を検討する場合、この点は避けて通ることができない。公共哲学をめぐる様々な議論⁶⁹⁾、法哲学における議論⁷⁰⁾、あるいは、行政法学における公共性研究の成果⁷¹⁾に学ぶ必要があるが、現時点での筆者には、その準備も力量もない。そこで、ごく一般的なことのみを述べておきたい。

「私」(private)に対する「公」(public)の概念については、次の三つの意味があるということが一般に指摘されている⁷²⁾。すなわち、第一が、国家に関するofficialという意味での公共性であり、そこでは国家や政府のauthorityが肯定される。日本語で言う「官」に近いもので、公共事業、公安などという意味での公共性

である。第二は、特定の誰かではなく、すべての人々に関係する common という意味での公共性であり（反対概念は particular）、公共の利益、公共心などという使い方がされる場合の公共性である。そして第三のものは、誰に対しても開かれている open という意味であり、公然、公開、公園といった使われ方をする場合の、公共性である（反対概念は privacy）。

公法私法の伝統的な二分論では、公法における権力的契機が重視されることから、そこでの「公」は第一の official という意味で理解されていたのであろう。公法におけるこのような要素は決しておろそかにされるべきではない。特に、公法が、authority を有する国家や政府の権力作用をコントロールするという役割を担ったこと、そのような意味での「公」法の果たすべき役割は依然として重要である。しかし、私法である民法もまた社会の基本秩序（公序）に関する法だとされたり、公的利益としての景観利益の私法上の保護可能性が議論されたり、あるいは、市民的公共性が言われる場合の「公」は、それにとどまるものではなく、むしろ、第二の common や第三の open という意味合いを強く持つてくることになるのではないかと。内田のいう「外部性」=万人に関わるという意味での公共性もまた、第二や第三の意味と関連する。このような意味での公共性の再構成と公法私法関係の整理もまた必要であろう。公共性に関する本格的な議論は今後の課題として残しつつ、ここでは、公法と私法の交錯・協働現象は公共性の再構成の議論と密接不可分であることだけを確認しておこう。

おわりに

以上の検討を通じて、公法と私法の交錯現象が増加し、その結果、公法と私法の関係性を再検討する必要が生じていること、少なくとも一定の場面では、両者の協働のあり方を検討することが必要となってきたことが確認できたのではないかと。そこで、最後に、そのような作業を行う上で留意すべき点、あるいは検討すべき課題を思いつくままに述べておきたい。

第一は、すでに指摘した「公」の権力性にかかわる問題である。すなわち、本稿で検討したような公法と私法の協働を志向する理論に対しては、国家ないし行政の権力作用に対する警戒心が希薄なのではないかと、公法とりわけ行政法の、行政という権力作用を適正にコントロールし国民の権利を擁護するという機能の軽視につながるのではないかと疑問ないし批判がありうる。また、基本権保護義務論に対しても、それが、個人的権利の相対化につながるのではないかと疑念が表明されて

いる⁷³⁾。このような批判・疑念が生ずることは、ある意味で当然であり、国家や行政が権力性を有する公的存在であること、そして、法とりわけ公法はそのような権力に対するコントロールを重要な役割としていることは、公私法の交錯や協働を考える上でも等閑視すべきではない。また、基本権保護義務論も、それが、例えば、警察などの行政機関が人権保護を名目として市民生活に過度に介入するというように、国家による市民の法関係への一方的な介入を正当化する根拠として使われるようなことがあれば、かえって、国家による人権の抑圧につながるようになって、望ましいことではない⁷⁴⁾。そのことを押さえながらも、少なくとも一定の領域なり問題群では、公法的手段の不備、あるいは、私人のイニシアティブの持つ今日的意義から、公私の協働が求められることがありうるというのが本稿の基本的立場である。そうだとするならば、あらためて、公私の協働が求められる領域や問題群は何かの見極めが必要となる⁷⁵⁾。なお、私人のイニシアティブに関して言えば、私法的手段とともに、公法ないし行政の中に、私人ないし市民のイニシアティブを促進する制度を組み込み、拡大することが求められる。いわゆる住民参加の問題であり、行政訴訟制度の改善による訴訟を通じた私人の行政への関与の拡大といった課題である。公私の交錯・協働という場合、このような意味での公私協働の推進も重要である。

第二は、公私法の交錯領域の拡大を指摘し、そこにおける協働を志向することと、私人の権利保障や意思尊重（私的自治）という私法領域における諸原則の関係という問題である。古典的な権利や意思の限界を意識しつつ、しかし、公私の協働の名の下に、それらがないがしろにされないようにする必要がある。

第三は、公私が交錯する領域において、各種の団体（いわゆる中間団体）の果たすべき意義という問題である。例えば、消費者契約法の改正によって、一定の要件を備えた消費者保護団体に差止請求が認められることになったが、ここでは、消費者問題という領域において、市民の私的利益でもあり同時に消費生活秩序にかかわるという意味では公的利益でもある消費者利益の実現が、消費者保護団体によって担われることになる。同様のことは、例えば環境利益についても可能である。現に、ドイツやその他のEU諸国では、環境保護団体に団体訴権が認められている⁷⁶⁾。また、ドイツでは、環境団体訴訟が、環境問題を解決するためにはあらゆる主体の適切な役割分担と協力が不可欠だとする、いわゆる協働原則（Kooperationsprinzip）のための重要な仕組みとして位置づけられている⁷⁷⁾ことも注目される。あるいは、労働組合の役割を、このようなコンテキストで考えてみることもできるかもしれない⁷⁸⁾。このような、公ではない（その意味で私）、しかし個人ではない存在が、公

私の交錯領域で果たすべき役割については、これを重視すべきであろう。ただし、その場合、団体の中に個人が埋没してしまうのではなく、個人としての私人もまた独自の位置を占めるべきである。したがって、このような団体と個人の間をどう整序するのかという課題があることをも看過してはならない。公私の交錯領域における協働のあり方については、公としての行政、公ではないという意味で私ではあるが個人ではない団体、そして個人としての私人という、重層的な関係の中で考えなければならないのである。

- 1) 本稿は、2007年2月に日本学術会議法学委員会「法における公と私」分科会で、さらに同年4月に民科法律部会関西支部(関西民科)研究会で行った報告が基礎になっている。そこでの批判と教示にすべて答えることはできていないが、貴重なご意見をいただいた参加者の皆さんに感謝したい。
- 2) 山田卓生「公法と私法」星野英一他編『民法講座1巻』(有斐閣1984年)1頁以下。
- 3) 山田前掲論文(注2)11頁以下。
- 4) 以上、我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店1965年)1頁以下。
- 5) 以上、四宮和夫『民法総則(新版)』(弘文堂1976年)1頁以下。
- 6) 星野英一『民法概論(序論・総則)』(良書普及会1971年)4頁以下。
- 7) 最近の代表的体系書・教科書である内田貴『民法(第3版)総則・物権総論』(東京大学出版会2005年)14頁も、「人びとの自由が尊重され、自由な法律関係の形成が認められる領域の法として民法が観念され」、「国家の組織や国家と国民の関係について規律する法が別のカテゴリーとして観念される」とし、同じく、山本敬三『民法講義 総則(第2版)』(有斐閣2005年)10頁以下も、「国と個人との関係を規律する法を、公法といい」、「個人と個人との関係に妥当する法を、私法という」が、「公法では、一方で、公益の確保が問題になるとともに、他方で、個人の権利が不当に害されることのないよう、国家権力に対して適正なコントロールをくわえることが問題となり」、「私法では、個人と個人というひとまず対等の関係にあると考えられる者どうしの間での利害関係をいかに調整するかが、中心的な問題となる」とする。
- 8) 池田恒男「日本民法の展開(1)民法典の改正」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年』(有斐閣1998年)66頁以下。
- 9) 我妻前掲書(注4)34頁。
- 10) 池田前掲論文(注8)104頁以下。
- 11) 公害訴訟における公共性に関するこれまでの議論については、澤井裕「公害裁判における公共性」平成法学2000年4・5合併号1頁以下参照。
- 12) 景観法は景観を「国民共通の資産」として、公共的性格をも有する利益であることを明言している。
- 13) 国立景観訴訟について詳しくは、拙稿「景観保護と不法行為法」立命館法学310号455頁参照。
- 14) 吉田克己「景観利益の法的保護」慶應法学第3号86頁。

- 15) 吉田前掲論文(注14) 89頁。
- 16) 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト1323号80頁。
- 17) 大塚前掲論文(注16) 73頁。
- 18) 大塚前掲論文(注16) 75頁。
- 19) 宮澤俊昭「環境法における私法の役割(前篇)」一橋法学2巻1～3号,「同(後篇)」近大法学51巻3・4号,52巻1,2号。
- 20) 秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係」早稲田法学74巻4号,75巻1,2,4号,76巻1号。
- 21) 秋山靖浩「囲繞地通行権と建築法規」早稲田法学77巻4号,78巻2,4号。
- 22) 秋山靖浩「ドイツにおける都市計画と併存する地役権」早稲田法学81巻1号。
- 23) ドイツにおける環境法の展開と日本の比較については,拙著『公害・環境私法の展開と今日的課題』(法律文化社2002年)28頁以下参照。
- 24) 磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」『民商法雑誌創刊五十周年記念論集判例における法理論の展開』(有斐閣1986年)13頁以下。
- 25) 長尾治助「消費者取引と公序良俗」N B L 457, 459, 460号他。
- 26) 大村敦志「取引と公序」ジュリスト1023, 1025号。
- 27) 大村前掲論文(注26)ジュリスト1025号71頁以下。
- 28) 大村前掲論文(注26)ジュリスト1025号72頁。
- 29) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣2000年)250頁以下。山本の主張については,山本敬三・大橋洋一「行政法規違反行為の民事上の効力」法学教室249号62頁以下も参照。
- 30) 山本前掲書(注29)75頁以下。
- 31) 山本・大橋前掲(注29)64頁。
- 32) 内田貴「民営化と契約」ジュリスト1305～1309, 1311号。
- 33) 内田前掲論文(注32)ジュリスト1305号118頁以下。
- 34) 内田前掲論文(注32)ジュリスト1305号120頁以下。
- 35) 内田は,このような制度的契約の特色は,主体が国や公共団体であるといった主体の特性から説明することはできないことや,公的資金が投入されていることからくるものでもないで,公的契約や公共的契約という表現は避けたとする(前掲論文(注32)ジュリスト1308号90頁)。
- 36) 内田前掲論文(注32)ジュリスト1311号142頁。
- 37) 内田はすでに,契約法の現代的課題に関わって,「関係的契約」という理論を提唱している(『契約の再生』(弘文堂1990年),『契約の時代』(岩波書店2000年)参照)。したがって,内田によれば,現代における契約は,関係性の大小を問題にする「単発的契約と関係的契約」と,外部性の大小を問題にする「取引的契約と制度的契約」の二つの軸で整理・分析されることになる。
- 38) 内田前掲論文(注32)ジュリスト1311号148頁。
- 39) 広中俊雄『新版民法綱要第一巻総論』(創文社2006年)3頁以下。
- 40) 広中前掲書(注39)135頁以下。
- 41) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社1999年)267頁以下。

- 42) 秋山靖浩は、吉田の生活利益秩序論を紹介した上で、「生活利益秩序の領域では、公共的利益と私的・個別的利益とは連続したものとして捉えることができるとされ」、したがって、「生活利益秩序の視角を出発点にするならば、この場面では私法・公法を峻別する考え方自体が理論的に妥当しないことになる」とする（「民法学における私法・公法の協働」法社会学会編『現代における私法・公法の協働』（法社会学66号）（有斐閣2007年）39頁）。
- 43) 広中も、「民法は私法の一般法である」として民法の総論的論述を始める伝統は公法・私法の区別を基盤とするものであるが、そうした伝統的な民法総論の克服が要請されており、「なされるべき議論の焦点は『公法私法二元論』の克服の仕方にある」とする（前掲書（注39））35頁）。
- 44) 星野英一『民法のすずめ』（岩波書店1998年）115頁以下。
- 45) 星野前掲書（注44））122頁。
- 46) 大村敦志「民法と民法典を考える」民法研究1巻5頁。
- 47) 山本のこの点に関する業績は多数に上るが、主要なものとして、前掲書（注29）、「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号100頁、「憲法システムにおける私法の役割」法律時報76巻2号59頁、他がある。
- 48) 山本前掲書（注29））293頁。
- 49) 山本前掲書（注29））266頁以下。
- 50) 公法と私法に関する学説の歴史については、塩野宏『公法と私法』（有斐閣1989年）参照。
- 51) 大橋洋一『行政法 現代行政過程論』（有斐閣2001年）74頁以下、同第2版（2004年）71頁以下。
- 52) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣2000年）322頁以下。
- 53) 山本によれば、制御の差異は、「民事法的規律を担うのは、基本権的自由を有し自らの行為に『正当化』を要しない私人であり、行政法的規律を担うのは、民主主義的正統性を有し自らの行為に『正当化』を要する行政庁である」という主体の相違に由来する（前掲書（注52））323頁）。
- 54) 大橋洋一「法関係を基軸とした権利論の再構成」自治研究77巻4号139頁以下。
- 55) 原田純孝「企画の趣旨と問題の提示」前掲（注42））法社会学66号6頁以下。
- 56) 山本隆司「私法と公法の協働の様相」前掲（注42））法社会学66号20頁以下。
- 57) 吉田は、市民社会概念を、「ブルジョア社会あるいは市場経済社会としての市民社会＝市民社会」、「政治共同体としての市民社会＝市民社会」と「市民社会」に整理し、この「市民社会」は、国家と市場社会の間にある公共圏に対応するものであり、近代市民社会から現代市民社会への構造変容のなかで「市民社会」の重要性はますます顕著なものとなっているとする。三つの市民社会概念については、吉田克己「総論・現代『市民社会』論の課題」法の科学28号11頁参照。
- 58) 星野前掲書（注44））122頁。
- 59) 吉田前掲論文（注57））11頁および21頁の注7。
- 60) 大村敦志「大きな公共性から小さな公共性へ」法律時報76巻2号71頁以下。

- 61) 以上のような意味での公共性は、市民的公共性として国家的公共性と区別されることが多いが、広中俊雄は、「国家を“市民社会の管理に服し市民社会のために機能すべきもの”としてとらえる視座」から、国家的公共性と市民的公共性の単純な対置を批判している（「12年を振り返る」創価法学32巻1・2合併号22頁）。
- 62) 糊澤能生「友愛原理と法社会学」法社会学50号66頁。
- 63) 二宮厚美『日本経済の危機と新福祉国家への道』（新日本出版社2002年）他。
- 64) 「格差社会」については、「格差論争」ともいうべき非常に多数の文献があるが、「格差」問題の中心を「貧困」の急速な拡大ととらえ、新自由主義政策にその原因を見て、その実態・問題点・克服方向を明らかにするものとして、後藤道夫他『格差社会とたたかう』（青木書店2007年）が興味深い。
- 65) 神野直彦『人間回復の経済学』（岩波新書2002年）10頁以下、他。
- 66) 拙稿「『社会』変動と民主主義法学の課題」法の科学33号94頁以下。
- 67) 労働者の自己決定の価値を重視する西谷敏は、同時に、自己決定を実現する上での国家的規制の重要性を強調している（『規制が支える自己決定』（法律文化社2004年））。
- 68) この点では、本間重紀の、「私法的救済など権利・人権保障と、市場と競争のための政府規制を重視し、自由と参加に主導された、いわば市民主義的福祉国家とでもいうべき改革方向」、「市民主義的福祉社会という構想」（『暴走する資本主義』（花伝社1998年）246、302頁）が目目に値する。また、ヨーロッパの社会民主主義の近時の動向をてがかりに、「一方では市民の自立を支援し、社会的に包摂していく社会民主主義」、「市民形成の社会民主主義」＝「市民社会民主主義」という考え方も登場している（山口二郎・宮本太郎・小川有美編『市民社会民主主義への挑戦』（日本経済評論社2005年）11頁以下参照）。
- 69) 佐々木毅＝金泰昌編による『公共哲学』シリーズが刊行されている（岩波書店2001年～）。なお、宮澤俊昭は、そこでの議論を検討し、「公共哲学において『公共性』が、個々の市民自身およびその個々の市民を困む環境を意味するのと同時に、具体的問題状況によって広くなったり狭くなったりする一定範囲内の市民全体とその市民を取り巻く環境をも意味するとされる。このような『公共性』は、まさに市民の自由な意思に基づく非国家的・非経済的な結合関係としての『市民社会』に関わる問題として、民法の領域に含まれることになるといえよう」、「『公共哲学』によって示された『公共性』の問題は、現在の議論において有力に主張されている理解に基づいた市民社会の法としての民法の規律の対象となるものと考えられる」との結論を導いている（「集会的・公共的利益に対する私法上の権利の法的構成についての一考察⁽²⁾」近大法学54巻4号105頁以下）。
- 70) 例えば、近著の井上達夫編『公共性の法哲学』（ナカニシヤ出版2006年）においても、公共性に関する多元的な議論が展開されている。
- 71) 行政法学における公共性をめぐる議論についてさしあたりは、晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社2004年）参照。
- 72) 以下の整理は、日本学術会議法学委員会「法における公と私」分科会での森村進報告ならびに、齋藤純一『公共性』（岩波書店2000年）による。
- 73) 例えば、西原博史「『国家による人権保護』の困惑」法律時報75巻3号80頁。
- 74) 西谷前掲書(注67)193頁は、ストーカー規制法、個人情報保護法、国民保護法、青少

年保護法案などが次々と制定・立案されるという近年の日本の状況において、このような危惧が生ずることはよく理解できるとする。ただし、山本敬三は、「保護」というと国家のパターナリスティックな介入ととられがちだが、それは誤解であり、「ここでいう『保護』とは、あくまで侵害からの保護という限定された意味にとどまる」、また、国家は、この保護を与えることによって侵害者の基本権に過度に介入することになってはならない（「過剰介入の禁止」としており（山本前掲書(注29)200頁以下）、基本権保護義務論が、本文で述べたような事態を正当化する論理となりうるかは疑問である。

- 75) 西谷敏は、「労働関係など契約対等性が欠如する関係において、国家が基本権を保護するために介入する義務があるという論理として」、という限定を付した上で、基本権保護義務論に対する支持を表明している（前掲書(注67)193頁）。
- 76) ドイツおよびEUにおける環境団体訴訟の最近の動向については、大久保規子「環境団体訴訟の新動向」環境と公害34巻4号21頁以下参照。
- 77) 大久保規子「ドイツ環境法における団体訴訟」小早川光郎=宇賀克也編『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣2001年）52頁。
- 78) 西谷は、使用者の単独決定を規制し、従属的地位にある労働者の「真の自己決定」を実現する上で、労働者保護法による自己決定の環境整備等の国家法による規制、裁判所の役割に加えて、労働組合による集団的規制を重視する（前掲書(注67)257頁以下、379頁以下）。