

## 公私の交錯・協働と私法の「変容」

吉 村 良 一\*

### 1. はじめに

筆者は、前稿<sup>1)</sup>において、景観の私法上の保護、環境法や都市・土地法における公私法の関係に関する議論、取締法規違反の契約の効力、民営化と契約といった問題を取り上げ、伝統的な公法私法二分論ではとらえきれない交錯現象が生じてきていることを指摘した。このような現象の背景には、社会における公と私の両面における構造変化と公私の交錯現象がある。前稿では、その点につき、原田純孝（敬称略。以下同じ）の、次のような指摘を紹介した。すなわち、原田によれば<sup>2)</sup>、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などがむしる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り、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のである。これを筆者なりに言い換えれば、公私の交錯の背景は、まず第一に、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、公私の交錯現象が起こっているのである。すなわち、公私の交錯の背景には、

---

\* よしむら・りょういち 立命館大学教授

新自由主義による反福祉国家政策、福祉国家の解体現象が存在する。しかし第二に、このような交錯の背景には、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。

その上で、前稿では、このような交錯領域では、公法と私法の協働が求められており、そのような視点から法理論を組み立て直すことが必要だと主張するとともに、その際、留意すべき点ないし検討課題として、三点を指摘した。まず第一は、公の権力性にかかわる問題である。「私」(private)に対する「公」(public)の概念については、国家に関係する official という意味での公共性(ここでは国家や政府の authority が肯定される)、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、誰に対しても開かれている open という意味での公共性の三つの意味があるとされる<sup>3)</sup>が、公法は、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うものとされてきた。これに関し、公私法の協働論が、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機能の軽視につながるのではないかという疑問ないし批判がある。確かに、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、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。しかし、他方において、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の意義から、公私法の協働が求められることがありうるとすれば、あらためて、公私法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。

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)といった私法領域における基本原理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、それらがなく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。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。

本稿の課題は、公と私の構造変化、それを背景にした公法と私法の交錯現象の出現と、そこでの公私法の協働の必要性という前稿の問題認識を踏まえ、上記の三つの留意点ないし検討課題のうち、第二点の問題、すなわち、公私の交錯・協働が伝統的な私法(民法)の基本原則にどのような変容をもたらしているのか、そこに問題はないのかといった点を、景観ないし環境利益の私法による保護に関する議論と、民営化により生じている契約法上の問題を素材に検討することにある。これらの問題を取り上げるのは、後に詳述するように、そこでは、公私の交錯・協働の動きの中で、権利や意思といった民法の基本原則の変容(あるいは変質)ともいべき現象が生じているからである。したがって、それらの検討は、公私の構造変化と両者の交錯・協働がもつ法理論的意味(意義と課題)を、私法の視点から明らかにすることにつながるのである。

## 2. 景観・環境利益の私法的保護

いわゆる国立景観訴訟において、最高裁は、結論としては、損害賠償と上層階の撤去を求める住民らの請求を棄却したが、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た(最判平18・3・3民集60・3・948)。すなわち、判決は、「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、この種の利益侵害が違法といえるために設定したハードルは、住民にとって相当に高いものではあるが、景観利益の私法(この場合は不法行為法)上の保護可能性を認めたことの意義は大きい<sup>4)</sup>。しかし、問題は、ここで私法上保護される利益とされた景観利益の性格である。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(少なくとも、住民への排他的帰属を問題にしない)、その意味で公共的性格をも有する利益である。景観法が景観を「国民共通の資産」としているのも、それが公共的性格を有する利益であることを示しているといえよう。したがって、最高裁が、景観利益の私法上の保護を認めたことは、公益と私益の峻別論に立たず、公共的性格をも有する利益が私法上の保護対象になるという意味で、公私の交錯現象を認めたことを意味する<sup>5)</sup>のであるが、

そのことは、私法にとっていかなる理論的意味を持つのであろうか。

景観(より広くは環境)に関する利益のように、公共的性格をも有し、私人への排他的帰属が問題とならない利益を、私法上、どう位置づけるかについては、以下のような議論がある。まず、このような利益保護を権利の問題ではなく「秩序」の問題と見る主張がある。原島重義は、「環境はいかなる者にも帰属しない」、したがって、環境「共有」法理にもとづく環境権論は「しいていえば正確ではない」、  
 「公害の差止請求事件で、原告側がしばしば、環境権は支配権として排他的性格を有し、差止の根拠となる、と主張するのを見るが、ここにも概念の混乱がある」とする。その上で原島は、「環境破壊によって被害を受ける住民のイニシアティブの下に環境保全秩序・環境利用秩序に関する法規範の違反をチェックしようとするもの」として、環境侵害に対する差止請求権を根拠づけるのである<sup>6)</sup>。市民社会の秩序を、「財貨秩序」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」、さらに「権力秩序」に整序する広中俊雄<sup>7)</sup>も、環境問題を「生活利益秩序」に位置づけた上で、そこでは、帰属は問題とならないので、帰属の確保に奉仕する差止請求権がこの分野で成立する余地はないが、「『生活利益秩序』に反して生活利益を害されている者または害されるおそれのある者は、……生活妨害の停止または予防のための差止請求権を認められうるし」、「環境から享受されべき他人の生活利益を故意または過失により『生活利益秩序』に反して害した者は……賠償をなすべき責任を負う」とする<sup>8)</sup>。吉田克己もまた、広中の「秩序論」を踏まえて、景観や環境の問題を外郭秩序に属する問題ととらえ、ここでは、帰属を意味する権利パラダイムは機能せず、秩序違反の是正として差止請求を位置づけるべきとするのである<sup>9)</sup>。

これらの主張の大きな特徴は、民法・私法の基本概念である権利が「相対化」されていることである。この点を強調するのが吉田である。吉田によれば、外郭秩序においては権利パラダイムがうまく機能しないので、「民法が公共性問題に取り組むためには、この権利パラダイムを相対化する必要がある」とされるのである<sup>10)</sup>。原島や広中にあっても、環境の問題では、特定の個人への利益帰属が語れないことから、権利ではなく「秩序」違反として問題を考えるべきとする点では、やはり、権利の「相対化」が行われている。この意味で、権利を中核とした私法の変容が見られるのである。もちろん、ここでいう権利の「相対化」とは、権利を語れない領域が存在するというものであり、要するに、権利論の射程の限定という議論である。そして、彼らの主張は、権利が妥当する領域では、安易な利益衡量を排し、権利保護を議論の中心にすえる点で、ある意味では、権利論の意義を再確認する議論でも

あった点には留意すべきである。例えば、吉田は、「外郭秩序における新たな法理論開拓によって民法学の(権利論を中核とする 筆者)近代的パラダイムが変容することは……『中核的秩序』において近代法的パラダイムの妥当性がなくなったことを意味するものではない」として、「問題が提示される社会の『場』=領域に応じた多元的法戦略」を主張し<sup>11)</sup>、また、「外郭秩序でない、中核的な秩序の領域では、差止が問題になる場合には、権利化という方向で考えるのが妥当なのだろう」と述べている<sup>12)</sup>。しかし、古典的な権利パラダイムが、環境利益保護のような問題ではうまく機能しないと(したがって、別の、「秩序」という概念を持ち出す)点で、権利の「相対化」と表現することも間違いではなからう。さらに注目すべきは、これらの論者のうち、吉田が後に、これまで、中核的秩序は「主観的権利の複合」が法律関係となる領域、外郭秩序は「主観的権利の複合」ではない法律関係が現れる領域という二分的な整理をしてきたが、「ひょっとして……中核的秩序においても『主観的権利の複合』ではない法律関係が現れることがあるかもしれない<sup>13)</sup>」として、広中や吉田のいう「中核秩序」「根本秩序」の領域においても権利を「相対化」する方向を示唆するにいたっていることである。吉田がいう「主観的権利の複合ではない法律関係」がどのようなものであるかは明らかでないが、ここにいたれば、権利の「相対化」、権利を中核とした伝統的私法の変容は、新たな段階に入ることになるであろう。

このような(私法原理の変容をも含意した)「秩序論」に対しては、以下のような批判がある。大塚直は、「個人に排他的に帰属するわけではない利益も重要であり、生活妨害に晒される個々人の利益を『秩序』の中に吸収してしまって良いとは思われない」、「『秩序』を強調することは思わぬ副作用をもたらす可能性があるのではないか」、「『秩序』というものが一義的に決まるわけでもなく、多くの場合は不明確であることからすると、これに権利利益に代わる位置づけを与えることはそもそも可能か。そのような状況で、あえて憲法13条の幸福追求の自由に対する『公共の福祉』を『公益』として格上げしようとする見解に近いともいえる立場を、むしろそれと正反対の議論をしようとしている論者が採用することをどう見たら良いのか。これが、競争・環境以外の分野の議論に拡張する可能性はないのか。『秩序』を主張することには、両刃の剣としての機能があることに注意しなくて良いのか」とする<sup>14)</sup>。さらに、山本敬三も、「そこでいう『秩序』がなぜ認められ、どのように基礎づけられるのか」、「そうした『秩序』を構成する原理がどこに求められ、それがどのようにして正当化されるのか」が不明確であり、「このままでは、支配権的な『権利』が認められないところでは、個人は『秩序』によっていかなる理由

からどのようなあつかいを受けることになるかわからず、不安定ないし危険な状態にさらされる可能性が残る」、「このように、『秩序』に特別な意味を認めると、『権利』もまた『秩序』の一部を構成するないしは『秩序』に包摂されるものとみる可能性が開かれやすくなる」と批判する。そして、「これまであげた論者（原島，広中，吉田 筆者）は、むしろ国家による強制的な秩序づけに対して警戒感をもち、個人の権利や自由をできるかぎり尊重するという基本姿勢をとる者ばかりである。しかし、それだけに、なぜこれらの論者がことさら『秩序』というものを持ち出すのか、疑問を禁じえない」とも言う<sup>15)</sup>。

これらの批判に対する一つの答えは、吉田の市民的公共性論であろう。すなわち、吉田は、生活利益秩序の確保は、「市民総体にとっての重要な利害の対象であり」、「生活利益秩序のあり方は公共的性格を有」するが、「この公共性は、あくまで市民総体の共同の利益を内容とするものであって、市民社会と離れた国家的利益を内容とするものではない。その意味で、ここでの公共性は、『市民的公共性』を形成する」と主張するのである<sup>16)</sup>。そして、このような「市民的公共性」であるがゆえに、「ここでの公共性確保の任務を、国家に専属するものと考えべきではない。市民を主体とする公共性と外郭秩序の維持も考えるべきである」として、市民の主体的関与による公共性・秩序の形成維持を重視するのである<sup>17)</sup>。山本は、この吉田の市民的公共性論を、秩序を実体的な内容をもつものとしてではなく、プロセス的なものとして基礎づける「プロセス的秩序論」と評するのであるが、吉田は、このように、公共性を再構成し、市民のイニシアティブによって「下から」形成されるものとして「秩序」を構想することにより、公共性の主張が個人の利益や自律をないがしろにすることがないように、公共性が形成される場の多元的・多層的保障<sup>18)</sup>を目指すのである。

このような、権利論の射程を限定し（権利論を「相対化」し）、その上で、公共性の再構成により対応しようとする吉田に対し、権利論を再構成することによって、環境保護のような「外郭秩序」に属するとされる問題においても、権利パラダイムを維持すべきとの主張がある。例えば、中山充は、以下のような環境権論を主張する<sup>19)</sup>。環境は商品交換の対象となりえない（すべきでない）ものであるために、個人による排他的支配を認めるべきではないが、「住民各人がその環境を利用することは正当と認められており、そこにはその利用を維持し保護するために一定の規律が存在し、その利用は、他の多数の人々と共同で一定の利益を享受できることであるという特質を持つ。このような利用利益は法的に保護されていると考えることこそが、道理に適う。法的に保護されるべきこの環境利用の利益の範囲を画定するも



のが、環境権である。」「環境権の第一次的な権能は、そのような性質を持つ環境を他の人々と共同で利用できることであり、権利者は他の人々によるそれと同一内容の利用を排除することができないから、環境権は公共的な性質を帯びる。物の排他的支配を認めて他の者による同一内容の支配を許さない所有権その他の物権とは、異質の権利である。」「しかし、物を直接に利用できる権能を持つ点では環境権は物権と共通し、支配権の一種と言ってもよい。」「環境の破壊ないし悪化はその権利内容である利用の妨害であって、権利者はその妨害を予防又は排除することができるよう差止請求権を持つことになる。」かくして、民事法上の環境権は、「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」として定義されるべきである。このような中山説に対しては、「それは、権利構成から離れる一歩手前」と評価できるが、「権利構成にこだわることに十分な説得性があるのか」疑問であるとの批判<sup>20)</sup>もあるが、伝統的な権利論から出発しつつ、ギリギリまで問題を煮詰めることにより、伝統的な権利の枠を越える新しい権利としての環境権を構成したものであり、権利論の再構成による対処の有力説として、積極的に評価できるのではなからうか。

また、山本敬三の新しい権利観の提唱も興味深い。山本によれば、民法学における伝統的な権利論(古典的権利論)は、利益の支配ないし帰属を権利と考える権利観(「支配権的権利観」)であるが、このままでは「権利」として保護されるものの範囲は限定的にならざるをえない(「人格に関する保護の限定性」「環境に関する保護の限定性」「競争に関する保護の限定性」という意味で、その妥当範囲には限界がある。それへの対処のためには、伝統的な権利観を維持しながら権利とは別の構成による保護を考える可能性(前述の「秩序」説)と、伝統的な権利観そのものを転換することによる保護を考える可能性の二つが考えられるが、「あらためて『権利』の意味を見なおすことにより、『権利』論の限界を克服する方向」をさぐるべきである<sup>21)</sup>。そして山本は、「主体がするかしないかを定める可能性が保障されているところに、『権利』を認める主眼がある」という権利理解(「決定権的権利観」)を提唱し、環境や景観保護の問題を、この、「決定権的権利」保護の問題として位置づけるのである<sup>22)</sup>。このような、山本の権利論は、プライバシー等の精神的人格利益や生活・環境利益といった、古典的な権利論ないしは伝統的権利論が必ずしも妥当しない領域の利益保護のあり方にとっては、アトラクティブなものである。環境利益を例にとって述べれば、自然環境に典型的なように、その多くは、私人への排他的帰属＝支配が観念しえない公共的な性格を有する点において、また、その侵害の有無と要保護性の判断においては、当該環境に関わる他のアクターの利益と

の調整が必要であり、「侵害者」の行為態様を含む総合的な判断が必要な点においても、古典的権利ないし伝統的権利論ではとらえきれないものである。このようなものとしての環境利益の保護を考える際の有力な考え方として、前述した、環境利益保護を「環境秩序」違反の問題とする説があるわけだが、それらに対し、あくまで問題を権利の問題としてとらえようとするところに、この説の特徴がある。筆者自身、景観ないし環境保護に関わって、「環境利益は、……私人の利益に還元できない公共的性格を持つ。したがって、それに対する所有権やそれに類似した排他的な私権を観念することには無理があり、この意味で、共有法理により所有権類似的の権利として環境権を構成した初期の環境権論には限界がある。しかし、環境利益に対する住民の権利は構成しうるし構成すべきではないか。そして、このような権利を構成することによって、環境秩序＝環境的公共性の形成と維持に住民が主体的にかかわれるようになるのではなからうか」と述べたことがある<sup>23)</sup>。これは、地域における環境秩序やそれを形成する地域的ルールが、多数の住民による少数住民の利益無視、社会的強者による社会的弱者の「抑圧」につながらないためには、地域における住民の民主的な合意形成や参加が重要であり、住民が主体的に「環境秩序」形成に関わることが必要だと考えたからである<sup>24)</sup>。そして、そのような立場から、筆者は、先に紹介した中山の環境権論や、淡路剛久の、「環境権に関する手続的アプローチ」<sup>25)</sup>を積極的に評価し、環境秩序の形成維持に参加する権利（参加権、手続権としての環境権）としての側面と、環境利益を適正に他のアクターと共存できるようなやり方で享受しうる権利という側面から環境権を再構成することを主張した<sup>26)</sup>のであるが、これらの新しい環境権論と山本の決定権の権利の距離はそう遠いものではない。山本説の問題は、このような決定権の権利の射程、すなわち、山本が、所有権や生命・身体に関する人格権のような、ある利益の帰属と支配が語りうる領域、すなわち、古典的権利ないし伝統的権利論が妥当しうる領域においてまで権利観の転換を主張しているのかどうかである。もしそうだとすれば、特定の利益の権利主体への帰属とそれに対する支配を認めることによって、「個人の自由の根拠」<sup>27)</sup>を保障するという古典的権利の意義が失われることはないのか。浅野有紀は、山本のような権利論について、「民法の従来絶対権的な権利論と比較すれば、秩序との関係では権利の相対化論となっている」、「秩序論的な前提の下で、それに適合的な、相対化された権利論を主張する結果になっている面があるように思われる」、「当事者を越えた社会全体の利益が暗に持ち込まれてくることが避けられなくなる」と批判する<sup>28)</sup>が、山本説が、古典的な権利パラダイムが妥当する領域を含めて権利観の転換をはかるものだとすれば、この批判があてはまるのではないか。



以上見てきたように、環境利益のような公共的性格をも有する利益保護が民法・私法の課題となったとき(私による公の取り込み),そこでは、権利の「相対化」あるいは権利観の転換という2つの方向で、民法・私法の基本原理である権利パラダイムの限界ないしその変容が意識されて来ているのである。そして、同時にそれはまた、市民的公共性論のように、公共性の再構成の議論をも登場させている。公私の交錯・協働の強まりは、このような両者の意味での変容を一層押し進めることになるのである。

### 3. 民営化と契約法

1980年代以降の、いわゆる民営化ないし民間化(privatization)を指向する政策によって、国鉄や専売公社などの民営化が行われ、社会福祉などの、従来、行政が主としてになってきた活動の民間化が行われ(例えば、介護保険制度の導入)、さらには、「市場化テスト」による公的な財やサービスにおける民間利用も進んできている。このような、公の私へのシフト現象は、公ひいては公法に構造的な変容をもたらさざるをえないが、同様に、私法もまた変容を迫られている。特に、それは、契約法分野で顕著である。というのも、このような財・サービスの公的提供を民営化・民間化し、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、契約化でもあるからである。

この問題について、興味深い分析と視角を提示するのが内田貴である。内田によれば<sup>29)</sup>、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いと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。「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決めることはできず、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。そして、内田は、このような「制度的契約」にあつては、当事者の意思という、本来、契約のコアであったものが意義を失い、その反面として、「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」とするのである。

このような性質を持った契約を、内田が、「公共的契約」や「公的契約」ではなく、「制度的契約」と呼ぶのは、「公共的」ないし「公的」という表現を用いると、少なくとも部分的にせよ「公的資金(税)が投入されている」とい印象を与えかねないからだとする<sup>30)</sup>が、そこから明らかなように、内田においては、制度的契約のメルクマールから、公的財源を使った活動という要素が取りわられている。同時にまた、内田は、国家ないし行政作用の権力性という要素をも制度的契約の性質から取り払っている<sup>31)</sup>。その結果、内田の制度的契約は、相当に広い概念となっており、内田自身は、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」によるとしている<sup>32)</sup>。

民営化・民間化にともなう契約現象の特徴をとらえるものとして、注目すべき議論であるが、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と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、さらにはいえば私的自治の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疑問がある。この点を示したのが、企業が退職者と締結した年金契約の利率の減額措置の有効性をめぐって争われた松下企業年金契約訴訟<sup>33)</sup>に関する、内田と川角由らの議論である。内田は、同訴訟に関して、「制度的契約」論の立場から、本件のような契約においては、「個別の当事者が契約締結の時点で、将来の事情変更についてのリスク分配を合意

によって行うことは認められていない」、したがって、「契約条件の改定の可否やその要件についても、福祉年金契約(当該企業年金契約のこと 筆者)を締結した全ての退職者間の平等や公平を考慮しつつ、制度全体として検討する必要がある」として、当事者との合意によらず年金を減額することを認めた判決を肯定的に評価する<sup>34)</sup>。これに対して、川角は、「本件『年金契約』とは、あくまで原告らと被告とのあいだで有効に成立したことによって法的拘束力をもち、それゆえ法的保護の対象となるところの『契約』以外のなにものでもない」、「制度的契約」も契約である以上「当事者が、その契約の基本的な内容や条件を認識し了解して『合意』する」という法的な実体がある、従来「制度」であったものが「私的契約」に置き換えられたのだとすれば、「法的にはむしろ『私的契約』の尊重こそ重要であり、その『私的契約』が守られないことには『契約社会』は成り立ちえず、結果的に大きな社会的・経済的混乱を引きおこしてしまう」、「本件では事前開示と事前説明が可能であったし、またそれが重要な事案であった」<sup>35)</sup>とする。また、「公的制度が私的契約に転換されたという場合、その『公的制度』の制度的側面を無視しえないとしても、その『私的契約』から当事者間の意思的拘束まで剥ぎ取ってしまっているのだろうか」、「当事者間で有効に合意され形成された契約は、まずなによりも当事者間で 例外的に『事情変更の原則』が適用されない限り 遵守されなければならない」とも言う<sup>36)</sup>。根本到も、これらの判決について、「制度であれば、契約の核心的部分に関する合意(本件給付利率)を一方的に変更する権限が、変更権が会社側に担保されていることについての合意や対象者の了解を得るだけの手続きがなくとも、一方当事者に付与されるのかという根本的な問題を残した」、「集団的な取扱いが必要とされるゆえに要請される特殊性がある一方、契約遵守の原則や契約当事者の意思の尊重にもとづき、集団的な取扱いや特殊性を承認することにも一定の限界があると見るべきであろう」とする<sup>37)</sup>。

筆者自身は、松下企業年金契約が内田のいう「制度的契約」なのかどうかには疑問を持っており、その意味では、この論争については、川角らに軍配を挙げたい。すなわち、この年金契約は、老後の生活における公的年金の不足をカバーし、その意味で生活保障の機能を持つにしても、厚生年金などと異なるものであることは言うまでもなく、また、年金規約が厚生労働大臣の承認を必要とする確定拠出年金法による企業型の確定拠出年金とも異なり、あくまで企業と退職者の退職金運用に関する私的契約の一種(少なくとも、私的契約の性質を失っていない)と見るべきではないかと思われるのである。したがって、これを、各種の公的な関与の中で締結される介護サービス提供契約など同列に論ずることはできないのではないかと。そ

れを、「企業型確定拠出年金制度と類似の制度が、法律による規律から離れて完全に契約のみによって提供される場合、『契約である以上個別当事者間に合意があればよい』という発想は余りに現実離れしている」<sup>38)</sup>というのも、いささか乱暴な議論に思われる<sup>39)</sup>。その意味で、かりに内田「制度的契約論」を肯定するにしても、このケースで当事者の合意や、その前提としての契約条項の開示を軽視した一連の判決には疑問をめぐうことができない。「制度的契約」として当事者の意思が無視ないし軽視されてよいケースがかりにありうるとしても、何がそのような契約にあたるかについては、より厳格な絞り込みをかけるべきではないか。

しかし、問題は、その先にある。すなわち、かりに、この企業年金契約にはあてはまらないとしても、内田がいう「制度的契約」という性格づけがあてはまる契約類型が存在することは事実であり、そのような契約類型においては、当事者の意思や合意に依拠するだけではすまない問題が存在することは、否定しがたい。それでは、そのような契約の内容や運用・解釈の適正さ、公正さを保障するにはどうすれば良いか、その際に、当事者の意思や合意はどう関係するのか。古典的な契約像においては、契約の適正さの保障は、当事者の交渉と熟議、それに基づく意思決定にあり、したがって、契約の運用(解釈)は、当事者の意思を基本において行われ、強行法規や公序良俗規範は、あくまで、それを補うものと位置づけられていた。しかし、このような、当事者の意思に基礎を置いた契約の適正化が消費者契約等の現代的契約において限界を持つことは、「制度的契約」論を待つまでもなく、一般に意識されてきているところである。

それでは、「制度的契約」において、その内容や運用の適正さ、公正さを保障する道筋とは何か。内田が提示するアカウントビリティ・説明責任も重要な視点ではあるが、それだけで、適切さ・公正さが担保されるとは限らない。また、内田は、多くの「制度的契約」で内容的合理性を担保する手法として、「潜在的な当事者または当事者の利益代表者(究極の代表者は国である)が契約内容の形成に参加し、または内容をコントロールするというもの」があることを指摘している<sup>40)</sup>が、果たしてこれだけで十分なのかどうか<sup>41)</sup>。そうすると、考えられる一つの方法は、この種の契約が持つ「公共性」に着目して、公的なコントロールを行うといやり方ではないか。この点に関して、介護保険契約等の福祉契約に関する、原田大樹の議論が注目される<sup>42)</sup>。すなわち、原田は、「措置から契約へ」の構造改革にともなって、福祉契約(福祉サービスの利用者と提供者との契約)というしくみが導入されたが、「詳細に分析すると福祉契約の周辺部分には行政的なしくみが多く投入されていることが判明する」。すなわち、福祉契約においては、行政による給付決定の意義

はなお大きく、また、利用者のサービス選択権を実質的なものとする一連の行政法システムが発展しつつあり、福祉契約においては、「契約内容の適正性を確保するための行政過程が存在して初めて契約は機能するのである。」ここには、福祉契約という類型に限ってではあるが、「制度的契約」の適正化のために、行政法システムとの協働の視点が示されている。弁護士の額田洋一が、福祉サービス契約に関し、「高い公共性」「継続的な契約関係」「サービスの利用者と提供者の交渉力の差の大きさ」「単純な資本の論理が貫徹しない福祉サービスという産業の特性」といった特徴から、「憲法上の理念」「社会福祉法などの福祉法の理念」「サービスの高度の公共性や専門性」に基づく規制やサービス利用者への支援を説く<sup>43)</sup>のも、同様の方向ではないか。額田は、福祉サービスが「契約」に転換したといっても、「制度全体としては依然として公的システムであることに変わりはない」ことを、これらの支援や規制の根拠としている。

さらに、近時の、行政法における公私協働論も参考になる。例えば、亘理格は、民間化の進行は、行政が専属的に担ってきた公共施設の設置運営や公的サービスの給付活動を私的事業主体の営利的事業経営に委ねた場合、その公共性をいかに確保するかという問題を生じさせるが、「民間化された役務といえども公的サービスである限り、利用者に対する関係での行政責任を免れるわけではない」とし、公共性確保における行政の責任（「制度の企画・設計並びに民間によるサービス提供や施設運営が適正に行われるように監視し規制・監督を行うという役割」）を重視する。その上で、亘理は、この行政責任を類型化し、それに対応した国民の法的地位保障の必要性を指摘するのである。具体的には、政策決定主体ないし政策実施管理主体としての行政の責任には、政策決定過程への利用者の参加制度の整備や苦情処理・オンブズマン等の手続整備、規制・監督権の主体としての行政の責任に対応しては、それらに対する国民の法的地位の保障である<sup>44)</sup>。

また、山本隆司の「私行政法」という主張も注目される。「私行政法」とは、「私的主体が社会において事実上、公益や人権を実現する機能・役割を果たしている場合、あるいは果たす能力を持っている場合に、機能の大きさや性質に応じて定め、また適用すべきもの」<sup>45)</sup>であり、そこでは、「国は、当該私人の形成する組織・手続が、法治国家原理や民主主義原理の要請により強く適合するよう監視し、あるいは規律せねばならない」とされる<sup>46)</sup>。

さらに、原田は、「公共部門法」という考え方を提示している<sup>47)</sup>。これは、行政法学の基礎理論領域に「国家・公的任務遂行主体と市民が登場する法関係を取り扱う公共部門法論を設定し、公的任務遂行主体の対国家的な自主性・自律性の発揮と

名宛人市民・利害を持つ市民の権利利益の保護とを両立させる法理論を探求すべき」との主張である。「制度的契約」の問題に即して言えば、行政主体と類似の作用を非行政主体が行う場合に行政法理がまったく及ばないとすれば、「これを奇貨として市民の権利利益に対する配慮を十分にしないままにアウトソーシングが進行するおそれがある」り、このような部門における契約(「公共部門契約」)には、それが私人間契約であっても、「公的任務遂行主体の組織上の特性」と「公的任務遂行主体が担う作用」等に注目して、公法法理を段階的に及ぼすべきとするのである。作用の特性に着目する点で、内田「制度的契約論」と共通しているが、内田と異なり、運営に公費が投入されていることを重視していることから、それを除外する内田「制度的契約論」よりも適用範囲は狭くなる<sup>48)</sup>。

以上のような、主として行政法学からの議論は、内田が「制度的契約」とした契約類型において、公私協働の視点から、行政(国家)による公的コントロールによって、その適正性・公正性を担保しようとするものである。これに対しては、私的契約への行政法規範の拡張は、「本来は法律がないとできないはず」「その根拠はやっぱり法律がないと説明できないのではないか」<sup>49)</sup>との批判もあるが、「制度的契約」の適正・公正さの保障を確保する有力な道筋であることは否定できない。この意味で、民法・契約法と行政法の協働が重要な意味を持つてくる。しかし、これとは異なり、あくまで、意思や合意を重視し、そこから問題を考えるという道もまたありうるのではないか。例えば、やはり同様に、契約当事者の意思だけではその内容的適正性・公正性が担保できない約款による契約に関して、約款に「取り入れ要件」と「原則的な内容的コントロール」を結びつけることにより問題を意思自治の支配する契約の法理に引きつけて対処しようとする原島重義の約款論がここでも参考になる。すなわち、原島は、約款の妥当と私的自治原則は矛盾しているとした上で、「この矛盾を解消するためには、約款による契約を通常の契約締結に近づけるほかない。……約款使用者が約款による旨を相手方に告げるだけでなく、意思表示一般と同じように、相手方に到達すること、すなわち、約款内容につき了知可能な状態に置くことが必要である。その上で相手方が承諾してはじめて、約款が契約内容に入る、というのが最小限の要件であろう」とする。そして、このように約款の契約内容への取り入れ要件を充足したとしても、「約款はいわばまると契約内容に入るのであって、個々の約款条項の内容について合意があったというにはほど遠く、まさしく約款の一方的形成は私的自治に支えられたとは言えないから」、内容コントロールが出てくるとするのである<sup>50)</sup>。内田が言うように、約款と「制度的契約」とは異なる面があるが<sup>51)</sup>、私的自治に立脚し、その基礎である合意がないから



こそ内容的コントロールが根拠づけられるという発想は、「制度的契約」においても行かされて良いものではないか。

また、内田が「制度的契約」の特質を持つとした労働契約<sup>52)</sup>に関して、西谷敏は、「労働契約は、労働関係の不可欠の基礎をなすだけでなく、労働条件の決定・変更についても中心的な役割を果たすべき」であり、労働条件の決定や変更には、「労働契約や労働者の自己決定の契機を適切に組み込む必要がある」とする。そして、そのためには、労働条件の開示義務(労働基準法15条)の意義を重視すべきとする。すなわち、「労働条件の明示とは、労働契約締結にあたっての使用者の申込みであり、それは労働者の承諾を経て労働契約の内容となる」とするのである<sup>53)</sup>。このように、西谷は、労働契約における労働者の意思、当事者の合意、その前提としての労働条件明示義務を議論の出発点にすえるのであるが、だからといって、それだけで労働契約の適正性・公正性が担保されるとも、労働者の自己決定が実質的に確保されるとも考えているわけではない。すなわち、西谷は、労働者と使用者の「個別合意を適切に位置づけない労働法理論は、労働法の世界において労働者意思を甚だしく軽視することになるか、逆に表面的な労働者意思を無批判に法的効果に結びつけることになり、法理念的にのみならず、結果妥当性の観点からしても容認できない結果をもたらす」としつつ、他方において、労働関係における労働者の自己決定は、「真正の自己決定と表示された自己決定の乖離という独特の二重構造」を持つことから、「真正の自己決定の実現のための支援装置が必要である」とする<sup>54)</sup>。そして、具体的には、「労働者保護法による自己決定の環境整備」「労働組合や従業員代表を通じた集団的な共同決定や関与(労使自治)」「裁判所の役割」を、「労働者の真の自己決定を現実化させ、労働契約をその精神に即して機能させるため」の「制度的支援」と位置づけるのである<sup>55)</sup>。

これらの主張は、約款や労働契約において、意思自治だけでは限界があることを率直に認め、公的なコントロールや支援(司法によるコントロールを含む)を肯定する。その意味で、前者の公的コントロールアプローチと、矛盾対立するものではない。しかし、あくまで意思や合意を中軸にすえ(その意味で、私法の基本原理を踏まえつつ)、個人的意思決定(自己決定)を重視し、それを支援し実質化するために内容的コントロールや規制を位置づけるのである。筆者自身、自己決定権に関して、このようなアプローチを積極的に評価し、自己決定の条件としての「保護」と「支援」という見地から、試論を述べたことがある<sup>56)</sup>が、「制度的契約」とされる契約類型において、その内容的適正性・公正性保障のありうるアプローチとして、再度、その意義を確認しておきたい。

## 4. お わ り に

以上の検討によって、公私の交錯現象の中で、民営化・民間化による公的活動の私(契約)への移動、環境や景観といった公的利益の不法行為法上の保護による公の私への取り込みといった現象が出現し、そのことが、私法の基本原理の変容をもたらしていることが確認出来た。具体的には、契約における意思・合意という要素の「相対化」であり、不法行為や差止における権利の「相対化」であった。しかし、他方で、それにもかかわらず、このような問題領域においても、なお、意思や権利を基本にすえる議論が有力に存在することも確認出来た。もちろん、これらの公私の交錯領域では、意思や権利に立脚するにせよ、それは古典的な意思や権利にそのまま固執するというのではなく、意思自治を支える支援(公的コントロールを含む)との組み合わせで問題を考えていく方向や、権利の再構成といった、新たな理論の創造を含む理論的営為が有力に行われているのである。さらに、これとは異なり、むしろ、公共性や公的コントロールのあり方を再構成しようとする理論動向が有力に存在することも見てきた。市民的公共性論や行政法学における公私協働論である。この両者は、あるいは、相互に対立するものではなく、補完的なものであり、その意味で、ここでも、公私の協働ということがキータームになるのかもしれない。

ところで、本稿では、主要な検討対象とはしなかったが、公私の交錯と公の私へのシフトは、当然のことながら、公ないしそれを規律する公法の構造変化をももたらす<sup>57)</sup>。本稿で紹介した、「私行政法」や「公共部門法」の主張は、この、公の構造変化に対応する理論動向と見ることができる。公私の交錯とそれによる公と私の構造変化は、公法私法両者の変容を迫っている。その変容の中から、現代社会における公私協働のあり方をさぐっていくという課題をあらためて確認して、稿を閉じることにはしたい。

- 1) 拙稿「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」立命館法学312号。
- 2) 原田純孝「企画の趣旨と問題の提示」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)6頁以下。
- 3) 齋藤純一『公共性』(岩波書店2000年)等参照。
- 4) この判決の意義と問題点について、詳しくは、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、拙稿「景観保護と不法行為法」立命館法学310号参照。
- 5) この点を指摘するものとして、大塚前掲(注4)73頁。
- 6) 原島重義「開発と差止請求」九大法政研究42巻2=4号286頁。
- 7) 広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』(2006年創文社)第1章第1節参照。

- 8) 広中前掲(注7)書20頁以下。なお、山本敬三が指摘するように、原島は、権利と秩序の二元説であるのに対し、広中は、秩序二元説(権利が認められる秩序とそうでない「外郭秩序」の二元説)である点が異なっている(山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号103頁)。
- 9) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(1999年日本評論社)244頁以下、同「景観利益の法的保護」慶應法学3号92頁以下他。
- 10) 吉田前掲(注9)慶應法学95頁。
- 11) 吉田前掲(注9)書273頁以下。
- 12) 吉田前掲(注9)慶應法学93頁。
- 13) 吉田克己「環境秩序と民法」北大法学論集56巻4号1809頁。
- 14) 大塚直「環境訴訟と差止の法理」能見善久他編『民法学における法と政策』(2007年有斐閣)731頁以下。
- 15) 山本前掲(注8)106頁以下、118頁以下。
- 16) 吉田前掲(注9)書244頁以下。
- 17) 吉田前掲(注9)書271頁。なお、このような「市民的公共性」論に対しては、広中が、「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)ことを付記しておきたい。
- 18) この必要性を強調するものとして、水野謙の指摘がある。水野は、「公共性」に関わって、「現実の社会では、とすれば、声の小さな個人々々の人格的利益や自律がないがしろにされたまま、共通善とか公共善といったものが声高に主張されてはならないかということ、慎重に見きわめる必要がある」として、「多元的・多層的な場が現実には保障されているかどうか」が問題だとする(「『環境』をめぐる法的諸相」北大法学論集56巻4号1776頁)。筆者もまた、「秩序」の重要な要素である地域のルールについて、地域の慣行やルールの重視が多数の住民による少数住民の利益や意見の無視、あるいは一部の「有力な」住民による既得権の擁護にならないようにするためには、地域における土地や空間利用のあり方にかかわる地域住民の民主的合意の形成が何よりも重要である(地域民主主義・自治の必要性と言っても良い)と述べたことがある(「景観の私法上の保護における地域のルールの意義」立命館法学316号479頁)。
- 19) 中山充『環境共同利用権』(2006年成文堂)103頁以下。
- 20) 吉田前掲(注13)1976頁以下。
- 21) 山本前掲(注8)121頁以下。
- 22) 山本の権利論については、「人格権」『民法の争点』(2007年有斐閣)44頁以下も参照。
- 23) 拙稿「環境利益保護と民法」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』(2006年創文社)665頁。
- 24) 拙稿前掲(注18)479頁参照。
- 25) 淡路剛久『環境権の法理と裁判』(有斐閣1980年)83頁以下、「自然保護と環境権」環境と公害25巻2号10頁以下。
- 26) 拙稿前掲(注23)665頁。

- 27) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号94頁。
- 28) 浅野有紀「権利と法秩序」民商法雑誌134巻4・5号526頁, 535頁以下, 539頁以下。
- 29) 内田貴「民営化と契約」ジュリスト1305~1309号。
- 30) 内田前掲(注29)ジュリスト1308号90頁。
- 31) 以上の点を指摘するものとして, 原田大樹「行政法学から見た制度的契約論」北大法学論集59巻1号407頁。
- 32) 内田前掲(注29)ジュリスト1311号142頁。
- 33) この訴訟と判決の概要については, 根本到「松下電器産業(年金減額)事件の特徴と争点」労働法律旬報1650号6頁以下参照。
- 34) 内田貴「制度的契約と関係的契約」新堂幸司・内田貴編『継続的契約と商事法務』(2006年商事法務)11, 13頁。
- 35) 以上, 川角由和「大阪地裁松下半年金訴訟に関する一考察」龍谷法学38巻4号6頁, 11頁, 16頁以下, 28頁。
- 36) 川角由和「松下半年金契約訴訟大阪高裁判決」労働法律旬報1650号26頁。
- 37) 根本前掲(注33)9, 12頁。
- 38) 内田前掲(注34)21頁。
- 39) 逆に言えば, このような契約にまで制度的契約との性格づけを可能とする点に, 「公共的契約」「公的契約」ではなく, 「制度的契約」とした内田理論の前述の特徴が表れていると見ることもできる。
- 40) 内田前掲(注29)ジュリスト1311号144頁。
- 41) また, 国家によるコントロールを, このように, 当事者の「究極の代表者」として位置づけて良いのかといった点も問題となり得る。
- 42) 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」九大法政研究69巻4号765頁以下。
- 43) 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号15頁以下。
- 44) 亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究65号194頁以下。
- 45) 山本隆司「私法と公法の 協働 の様相」法社会学66号31頁。
- 46) 山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明他編『公法学の法と政策(下)』(2000年有斐閣)556頁。
- 47) 原田大樹『自主規制の公法学的研究』(2007年有斐閣)265頁以下, 同前掲(注31)396頁以下も参照。
- 48) 原田は, 企業年金契約は, 「公共部門契約」ではないとする。
- 49) 内田貴「制度的契約論の構想」北大法学論集59巻1号421, 422頁。
- 50) 原島重義「約款と契約の自由」『現代契約法大系1巻』(有斐閣1983年)53頁以下, 68頁他。
- 51) 内田は, 「制度的契約」において個別交渉による契約条件の変更が認められないのは, 約款の場合のように, 個別の交渉が事実上困難だからではなく, 「個別の交渉を認めることが容認しがたい不公平を生むからであり, 「意思による契約形成」というフィクションが維持しうる約款の場合と異なるとする(ジュリスト1311号144頁以下)。
- 52) 内田は, 前掲(注49)424頁で, 「労働契約法ができて, 労働契約が個人主義的に変容す

る,あるいは変容し得るということが認められたとしても,それが集団的な契約として締結される限りは,制度的契約としての性質はなくなるであろう」とする。

- 53) 以上,西谷敏『労働法』(2008年日本評論社)157頁,160頁。西谷は,このような立場から,労働契約法が労働条件明示義務に言及していないのは「理解に苦しむところであるとする(同書160頁)。
- 54) 西谷敏『規制が支える自己決定』(2004年法律文化社)361頁。
- 55) 西谷前掲(注54)書379頁以下。
- 56) 拙稿『『自己決定権』論の現代的意義・覚書』立命館法学260号638頁以下参照。
- 56) 近時における公の構造変化と公法(行政法)の変容の特徴については,浜川清「行政改革下における行政と行政法」公法研究70号41頁以下参照。