HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント2 行政法学から見た制度的契約論
Author(s)	原田, 大樹
Description	講演 「制度的契約論の構想」(札幌, 2007年11月9日, 「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働ー《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト主催, 北大民事法研究会, 北大公法研究会共催)
Citation	北大法学論集, 59(1), 408[115]-395[128]
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33819
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p408-395.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

います（「個別当事者への開示の持つ意味は相対的に軽く、内容を知りうる状態に置かれていれば足りると解することができよう」（1311号145頁）とするが、それはまさに「参加原則を実質化するような別の方策」（同頁）がどの程度講じられているか等の事情にもよるであろう）。つまり、具体的な事案においてどのような法的効果を発生させるべきかについては、制度的契約論内部でもいろいろな考え方がありうるでしょうし、考慮せねばならない要素も様々だと思います。すると、制度的契約論の理論的価値を語るさい、あまり個別事案に引きずられた議論は危険であるように思いますし、またある事件で特定の解決がなされたからといって、制度的契約論そのものの理論的価値が毀損されるわけではないのではないかと思います。そのような次第で、制度的契約論の理論そのものにコメントさせていただきました。

以上、最初に述べたような事情もありまして、ご報告の内容とはちょっとずれてしまいましたが、コメントとさせていただきます。

コメント2
行政法学から見た制度的契約論

原　田　大　樹

はじめに ―― 制度的契約論の“衝撃”

ただいまご紹介に預かりました、九州大学の原田大樹でございます。どうぞよろしくお願い申し上げます。それでは、レジュメに従いまして、コメントをさせていただきたいと思います。

(1)　行政法学からの注目点

2006年2月から『ジュリスト』誌において連載された内田貴先生の「民営化（privatization）と契約（1）～（6・完）」[(1)]は、民法学はもちろ

(1)　内田貴「民営化（privatization）と契約（1）～（6・完）」ジュリスト1305号（2006年）118-127頁、1306号70-77頁、1307号132-138頁、1308号90-97頁、1309号46-53頁、1311号142-149頁（引用の際には「内田・民営化（連載回）」と表記する）。

んのこと、行政法学にも大きな反響を呼び起こしました。より正確に述べれば、民法学よりも行政法学の方に大きなインパクトを与えているとさえ言えるようにも思います。その理由は、同論文に含まれている内容が行政法学にとって極めて衝撃的であったからです。具体的には次の3点において、制度的契約論は行政法学に大きな“衝撃”を与えたと考えられます。

第1は、いわゆる民営化によって登場した契約の法的特色を契約法の観点から分析したことです。しかもその際には行政法学における行政契約論の蓄積が参照され、それとの接合性が極めて強く意識されていました（内田・民営化（2）72頁）。すなわち、従来行政契約に特殊と考えられてきた法的ルールが必ずしも行政契約だけに妥当するわけではないことを、同論文が明らかにしました。第2は、国家によるサービス給付の正当化理由、規制の性質、公共性・アカウンタビリティの概念など、行政法学の基幹的部分についての検討が試みられたことです（内田・民営化（2）74頁、（3）137頁）。その際には従来の行政法学が意識的・無意識的に強調し依拠してきた「国家作用の権力性」「公的財源を使った活動」の要素を周到に取り払った上での立論がなされていました（内田・民営化（3）138頁、（4）90頁）。第3は、公法・私法に通底する契約内在的な規範を示したことです。その際にはコモンローのcommon callingsの法理が手掛かりとして用いられ（内田・民営化（3）132頁以下）、公法・私法の関係に関する新たな視点を含む「制度的契約論」が行政法学の一般理論に極めて近い内容を含む形で提示されました（内田・民営化（6）142頁以下）。そこで示された内容は、「民営化には再規制が伴う」と主張してきた行政法学の従来の主張に近いものであり、民事法学からこうした議論が登場したことは、行政法学にとって大変心強いものでもありました。

(2) 本コメントの課題

しかし、こうした制度的契約論の“衝撃”は、行政法学に深刻な「アイデンティティー・クライシス」[(2)]をもたらしたと評しても過言ではな

(2) 中島誠『立法学［新版］』（法律文化社・2007年）133頁の表現を借用した。

いように思います。これは行政法学にとっての初めての試練ではありません。行政法学はその出発点においてすでに、高度な学問体系を発達させていた民法学の成果を吸収しつつもそれとは差別化を図ることで学問としての独自性を主張せねばならない立場にありました(3)。それが過剰な形で現れていた伝統的な「公法・私法二元論」が解体されたとされる現在でもなお、民法学との差別化が行政法学の最低限の存立条件となっているとする認識は根強いと思われます(4)。これに対し、近時（1990年前後以降）に限定してみても民法学は以下の３つのモデルにより、行政法学の独自性を問いかける理論的なチャレンジを行ってきています。そこで、本コメントの第１の課題は、これら民法学が提示した理論モデルに対し、行政法学がそのアイデンティティをなお主張しうるのかを検証することにあります。仮にそれが果たされたとした上で、第２の課題は、「制度的契約論」が主要な問題領域として設定した民営化後の法関係を把握する行政法学からの理論モデルを提示することにあります。この分野は民事法学と行政法学との協力関係の構築が必要な「フロンティア」であり、「制度的契約論」という民事法学からのモデル提示に呼応する理論を行政法学が準備することで、両者の協力関係の展開が期待できます。具体的には「私行政法」と「公共部門法論」を取り上げ、制度的契約論との連携の可能性を模索することとしたいと思います。

１．行政法学のアイデンティティ

とりわけ1990年代以降、契約法の基礎理論領域を中心に、民法学は次の３つの理論モデル(5)を提示し、行政法学のアイデンティティを厳しく

同書・151頁は、これからの官僚像が利害調整を得意とするジェネラリストを目指すべきか、企画立案に秀でたスペシャリストを目指すべきかが定まっておらず、それが官僚制の閉塞感へとつながっていると指摘する。

(3) Vgl. Otto Mayer, Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Vertrage, AöR 3 (1888), S. 3-86 (3).

(4) このことを率直に披瀝する見解として参照、櫻井敬子「公法の復権」自治実務セミナー43巻11号（2004年）13-16（13）頁。

(5) 第１のグループと第２のグループの区分は、山本顕治「競争秩序と契約法」神戸法学雑誌（神戸大学）56巻３号（2006年）142-272（234）頁にいう「厚生」

問いかけています。以下の類型論はあくまで民法学と「行政法学のアイデンティティ」との関係を明らかにすることを目的としたものであり、とくに第２のグループには基礎付けを異にする複数の議論が含まれていることに注意が必要です。第１は大村敦志教授・森田修教授に代表される「政策実現志向の民法学」の考え方です。第２は個人の意思の自律の保障・支援に民法学の特色を見出す立場であり、本コメントではこれを「リベラリズム民法学」と呼ぶこととしたいと思います。「リベラリズム」概念の多義性からも推測されるように、この中には様々な立場が含まれますが、ここでは行政法学との接点を強調する２つの見解を取り上げます。第３は「紛争解決志向の民法学」であり、関係的契約論・制度的契約論を提示する内田貴先生の理論を念頭に置いています。以下では、それぞれの主張を簡単に要約した上で、行政法学が主張しうるアイデンティティが説得的なものであるか検証することとしたいと思います。

(1) 政策実現志向の民法学

第１の潮流は、政策実現手段として民法を捉え、民法学における制度設計論の重要性を強調する見解です。例えば大村敦志教授は、契約正義の考え方を基調理念とし、正義の基準として給付の均衡や公序良俗の要素を重視します。そしていわゆる取締法規のうち経済法令に関して、公序良俗の部分に行政法規が充填されることにより、民法も行政法規による政策実現の一翼を担う一方、個人の権利の実現のために行政法規が援用されることもあってよいとします(6)。また、国家と個人の中間領域に属する部分における公共性実現のための制度化の道具としての民法（とりわけ契約法）の役割を強調(7)し、小さな公共性の制度化による実体的価値の発見と凝集が目指されています(8)。これに対し森田修教授はより

対「権利」の図式にほぼ対応する。

(6) 大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会・1999年）163-204（202）頁［初出1993年］。

(7) 任意規定・典型契約論の利用可能性を検討する議論（大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣・1997年）351-357頁［初出1995年］）もここに位置づけうる。

(8) 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（2004年）

直截に、民法が国家により市場経済を設定する道具として使われていることを重視し、意思の自律の有無を問わず一定の政策目的を実現する手段としても民法を位置づける可能性を示します(9)。この発想の背景には、不法行為法研究から法政策学へと展開した平井宜雄教授の見解(10)が大きな影響を与えているように思われます。

行政法学においては、1980年代以降に主流となった行政過程論が憲法的価値の実現のための法技術の蓄積を行政法学の課題と位置づけ(11)、さらにはよりダイレクトに、政策目的を意識しながらその手法を検討する政策法学・政策法務の考え方も主張されるに至っています(12)。この立場から見れば政策実現志向の民法学は、志向性の競合による行政法学のアイデンティティ喪失のおそれを引き起こすというよりはむしろ、行政法学と共通の方向性を持つ議論として歓迎されることになると思います。すなわち、ある政策目的の実現のために有効な手段を選択するに際し、民事法と行政法とは並立するオプションと位置づけられます(13)。

71-77（76）頁、同『生活のための制度を創る』（有斐閣・2005年）310-314、341-343頁、同「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」能見善久他編・平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣・2007年）3-31（29-31）頁。

(9) 森田修「『独禁法違反行為の私法上の効力』試論」日本経済法学会年報41号（1998年）99-122（117）頁、同「市場における公正と公序良俗」金子晃他監修・フェアネス研究会編『企業とフェアネス』（信山社・2000年）67-79（76-78）頁、川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法（3）総則（3）』（有斐閣・2003年）96-100、132-137頁［森田修］。関連して参照、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商法雑誌133巻3号（2005年）385-421（411）頁。

(10) 契約法学の役割についての言明として参照、平井宜雄「契約法学の再構築（1）」ジュリスト1158号（1999年）96-105（99）頁。

(11) 塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』（有斐閣・1989年）197-236（228）頁［初出1972年］。

(12) 代表的な著作として参照、阿部泰隆『政策法学の基本指針』（弘文堂・1996年）、木佐茂男『自治体法務とは何か』（北海道町村会・1996年）、鈴木庸夫編『自治体法務改革の理論』（勁草書房・2007年）。

(13) 田村善之「競争秩序と民法学」同『競争法の思考形式』（有斐閣・1999年）35-53（46）頁［初出1998年］、同「競争政策と『民法』」NBL863号（2007年）81-93（86）頁。著作権法は「所有権的構成」を「借用」していることを強調

また行政法学から見れば、特別私法に代表される民事法による制度設計は、政策実施のための１つの手法としても位置づけうるのです(14)。

(2) リベラリズム民法学

第２のグループは、民法学を私的自治ないし個人の自律を保障する目的との関係で理解する立場です。個人の自由意思に大きな価値を認めている理論的な立場をここでは広く「リベラリズム民法学」に含めることとしたいと思います。行政法学が通常念頭に置く民法学はこのイメージが支配的であり、権力性を特色とする行政法学と好対照を描いている限りで双方に牴触関係は生じないはずでした。しかしこのグループの中でも次の２つの主張は、行政法学との交錯が不可避です。１つは広中俊雄教授により提唱され(15)、吉田克己教授により展開された「外郭秩序」の考え方です。吉田克己教授によれば、外郭秩序においては特別法たる行政法規が定められている限りでそのプログラムに基づく処理が民事法に優先し、行政法規による権利・利益保護が不十分な場合に民事法が作動するとされます(16)。民事法と行政法が競合する領域が示され、そこにおける調整原理を「個人の自律」の尊重という観点から提示している点が行政法学からは注目されます(17)。もう１つは山本敬三教授が主張

する中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007年）17頁をも参照。

(14) 夙に、阿部泰隆『行政の法システム（下）［新版］』（有斐閣・1997年）470頁以下は「行政と民事の諸手法」と題する章を置く。評者も、公的利益を実現する「規制」手法の一種として、民事法による制度設計を「枠組規制」と位置づける構想を有している（原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・2007年）11頁、同「政策実施の手法」大橋洋一編『政策実施』（ミネルヴァ書房・2008年刊行予定））。

(15) 広中俊雄『新版民法綱要第１巻総論』（創文社・2006年）３-37頁。公法と私法の関係の観点から同理論を分析したものとして参照、広渡清吾「市民社会論のルネサンスと市民法論」林信夫＝佐藤岩夫編・広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・2006年）249-294（273-278）頁。

(16) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社・1999年）269-271頁［初出1998年］、同「総論・競争秩序と民法」NBL863号（2007年）39-47（44）頁。

(17) 同様の構造は、古典的私的自治論の重層性を説く児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論（新装版）』（九

する基本権保護義務論による民法学の再構築です。憲法を具体化する法律として民法を位置づける山本敬三教授の理解によれば、行政法も民事法も基本権を保護・支援しようとする点で共通であり、両者の差異はかなり小さくなります(18)。

これに対し、行政法学側からのアイデンティティの主張の仕方は次の３通りに分けられます。第１は、民主的な統治プロセスの一環として行政過程を把握し、そこに民事法と同様の構造を持つ権利・義務関係には還元できない制度・秩序の要素を見出す仲野武志准教授の見解です(19)。この立場は、利害調整過程や政策実施過程を規律する法としての行政法の特質を強く浮かび上がらせることができる反面で、民事法との結節点ないしインターフェイスを閉ざすことで民事法との協力関係の構築を難しくする可能性(20)や、行政法学が持つ市民の権利自由保障機能を低下させる恐れがないとは言えません(21)。第２は、裁判所ではなく行政機関が介在することに積極的な意義を見出す大橋洋一教授の見解です(22)。能動的な紛争予防活動を行政機関が恒常的に行うがゆえに、行政活動に

州大学出版会・1996年）119-204（120-130）頁、原島重義『法的判断とは何か』（創文社・2002年）17-19頁にも共通してみられる。

(18) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（１）」法学論叢（京都大学）133巻４号（1993年）１-20（17）頁、同「取引関係における公法的規制と私法の役割」同『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2000年）239-293（248-251）頁［初出1996年］、同「基本法としての民法」ジュリスト1126号（1998年）261-269（267）頁。

(19) 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・2007年）12-15頁［初出2002年］、同「法律上の争訟と既得権の観念（１）」法学（東北大学）67巻２号（2003年）174-227（207）頁。原島良成「地方政府の原告適格に関する一考察（１）」上智法学論集（上智大学）50巻３号（2007年）71-91（88）頁も共通の方向性を示す。

(20) 仲野准教授の見解に対するコメントではないものの、民事法学からこうした見解を示しているものとして参照、吉村良一「環境利益保護と民法」林信夫＝佐藤岩夫編・広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・2006年）641-673（663）頁。

(21) 参照、原田大樹「法秩序・行為形式・法関係」法政研究（九州大学）74巻３号（2007年）661-687（680）頁。

(22) 山本敬三＝大橋洋一「行政法規違反行為の民事上の効力」宇賀克也他編『対

対しては法令適合性以外の行為規範が必要となるとするこの考え方は、共通の規律対象事項に対して行政法と民事法が競合する場合を正面から認めた上で、行政法規の行政に対する規律密度の高さを重要なメルクマールと見ています。第３は、第２の見解と基盤を共通にしつつも、行政法と民事法の利害調整方法ないし作動方法の違いに力点を置いて説明する山本隆司教授の見解です(23)。民主的正統性を持つ行政が登場する行政法においては、利益衡量の包括性・総合性を特色とするのに対し、個人のイニシアティブを前提に裁判所が紛争解決をする民事法では、利益衡量をより繊細に、また個別的に行うことに重点が置かれるとします。ここで注目されるのは、民事法と行政法との協力関係の構築を志向する大橋洋一教授と山本隆司教授の見解が、その前提としての行政法学のアイデンティティを確立する際に、民事法における個人の意思の自律と、行政法における行政の法律による羈束とを強烈に対照させていることです(24)。

(3) 紛争解決志向の民法学

前述の２つの潮流とは異なる第３の理論モデルを提示しているのが内田貴先生です。1990年に提示された関係的契約論(25)では、現代的契約における契約上の義務の拡大現象を説明するために、当事者の意思よりもその背景にある社会的な関係に注目する必要があることが主張されました。関係的契約論が注目しているのは信義則を媒介とする妥当な解決であり、共同体の一員たる当事者の「納得」の合理性がキーワードとなっています(26)。契約の背景にある要素に注目する点で、また紛争解決を

話で学ぶ行政法』（有斐閣・2003年）１-18（17）頁［大橋洋一発言］［初出2001年］、大橋洋一『行政法 現代行政過程論［第２版］』（有斐閣・2004年）３-５、10頁。

(23) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣・2000年）322-330頁［初出1997年］。

(24) 山本隆司「判批（名古屋デザイン博事件１審）」自治研究74巻４号（1998年）107-117頁、大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」公法研究65号（2003年）74-99（76）頁。民事法学から類似の指摘をするものとして参照、曽野裕夫「競争秩序と契約法」NBL863号（2007年）64-72（65-71）頁。

(25) 内田貴『契約の再生』（弘文堂・1990年）223-255頁。

(26) 内田貴『契約の時代』（岩波書店・2000年）152-158頁［初出1992年］。

も志向する点[27]で、制度的契約論は関係的契約論と共通性を有するように思います（内田・民営化（４）97頁、（６・完）147－148頁）。そこでこの両者を包括する理論モデルを「紛争解決志向の民法学」として行政法学と対置させた場合、行政法学にとって悩ましいのはこのモデルが個人の意思の自律を民事契約における必須の前提とはしないことです。このモデルによると、契約の概念に当てはまるための条件を、法関係の内容形成を個人の意思の自律に委ねることではなく、「合意」すなわち法関係を生じさせることを双方が承諾することに求めています（内田・民営化（４）93頁）。すると、制度的契約論における個別交渉排除原則（内田・民営化（４）94頁、（６・完）142頁）が「契約という手法を利用することの意義をそぐ」[28]とは直ちには言えないのだろうと思います。この理論モデルが意図しているのは、現代において「契約」と呼称しうる法技術が古典的なそれとは比較にならないほど広範囲で使われている現実を受け止め、それをあくまで「契約」の枠組の中で整合的に説明するための方策を示すことにあると考えられるからです。ここにおいて、法関係の内容形成における個人の意思の自律をカウンターパートとした行政法学のアイデンティティ構築は困難となります。

そこで、民営化の「国家政策」としての性格を強調し、民営化により公的利益の実現が図られるようにする規律責務が国家にはあることを梃子とする行政法学のアイデンティティ構築が考えられます[29]。すなわち、政策実現の観点から給付の法的しくみのなかに契約を位置づけて契約解釈を行うこと[30]、また制度的契約論は立法に盛り込む際の参照モデルとして位置づけうることが大橋洋一教授によって説かれています。

---

(27)　内田貴「平井宜雄教授著「契約法学の『再構築』」をめぐる覚書（下）」NBL685号（2000年）35-40（35-37）頁。

(28)　山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学66号（2007年）16-36（33）頁。民事法学からの類似の指摘として参照、吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」立命館法学（立命館大学）312号（2007年）472-498（483）頁。

(29)　大橋洋一「民法と他領域（２）行政法」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣・2007年）10-11（11）頁。

(30)　具体的には、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究（九州大学）69巻４号（2003年）765-806（797-798）頁。

制度的契約論は、伝統的に国が直営で行ってきた給付サービスについて、市場機能の阻害要因を何らかの手段で矯正できれば、少なくとも効率性の観点に関する限り国が直営で行う必要はないことを強調します（内田・民営化（２）74頁）。私見では、直営の給付システムか私的主体による給付かの選択に際しての考慮要素は、①直営給付に要する公費のコスト、②私的主体の給付の採算性、③私的主体による給付に要する国家の規制コストの３つあると思われます。すると、私的主体による給付に要する国家の規制コストが低減されることが、効率性の面から見た私的主体による給付の最重要の前提と言えます。このことから、規制技術の高度化によって規制のコストパフォーマンスを高めることが民営化による給付作用の外部委託の基盤となっていることが分かります。ここに「規制のための法技術」を蓄積する行政法学の使命が存在するように思われます(31)。

さらに、前述の３つの要素のうち①の直営給付に要する公費コストや②私的主体の給付の採算性を左右する公費投入の決定といった、制度運営に要する資金の調達・分配構想の提示も行政法学の重要な対象であり、制度的契約論からおそらくは「戦略的に」除外された視点です。制度的契約論は契約に基づく給付に内在する制約としてさまざまな法理を提示しており、それらが行政法学にとって大きなインパクトを持っていることは疑いありません。しかし制度的契約論が念頭に置いている諸サービスの多くは、現実には国家によるサービス供給責任とその具体化としての行政法的な「制度」化を前提にしてはじめて存立しうると言えます（無論すべてではありません（内田・民営化（４）94頁））。現に存在するサービスについての契約締結義務ないし給付義務はコモンローのcommon callingsの法理から導出することは可能であっても、まだ存在しないサービスに対して給付を要求するロジック（サービス総量供給責任）や限られたサービス資源の分配に関する社会的な調整システム（内田・民営化（４）96頁）の正当化は、行政法学からしか導出できないのではないかとも思われます(32)。ここに「所得再配分システム」(33)を規

(31) 原田大樹・前掲註（14）262頁。
(32) 原田大樹・前掲註（14）274頁註（40）。
(33) 大橋洋一・前掲註（22）10頁。

律する法としての行政法学のもう一つの使命を見出すことができます。

2．民営化対応法への理論的アプローチ

先に示した、制度的契約論には見られない行政法学の２つのアイデンティティ（「規律構造と資金調達の相互作用の分析の場」[34]としての行政法学）が認められるとすれば、民営化によって生じる法関係を規律する民営化対応法（Privatisierungsfolgenrecht）の理論モデルとして行政法学からいかなるものを提示できるかを以下では検討します。加えて、これらのモデルが制度的契約論とどのような接点を持ち、両者の連携関係を深めていくことができるかも展望することとしたいと思います。

(1) 私行政法

第１は、ドイツ公法学の議論をベースに山本隆司教授が提唱する「私行政法」の考え方です。これは、「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つ場合に、機能の大きさや性質に応じて決め、また適用すべきもの」[35]とされます。そこで念頭に置かれているのは、公益や人権の実現に携わる私的主体に対して、その組織と手続が法治国原理・民主主義原理の要請と適合するように国が監視・規律することです（波及的正統化責任）[36]。具体的には、私的主体の任務遂行に必要な人的・物的資源の要件やガバナンス構造を法律で定めたり、建築士などの専門家に特別な法的義務を負わせたり、様々な利害関係を同等に考慮させるための意思決定手続を法定することが考えられています[37]。

私行政法と制度的契約論との接点は、団体への加入契約の部分にあります。漁業協同組合への加入をめぐる最判1980（昭和55）年12月11日民集34巻７号872頁を具体例として、制度的契約論はこの場合に明文の加入強制規定がなくても団体の承諾義務を認めるべきであるとします（内

---

[34] 原田大樹・前掲註（14）264頁。
[35] 山本隆司・前掲註（28）31頁。
[36] 山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明他編・金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策（下）』（有斐閣・2000年）531-568（556-557）頁。
[37] 山本隆司・前掲註（28）31-32頁、同・前掲註（36）562-565頁。

田・民営化（５）53頁)。私行政法は国家の側から民事組織法の公益適合的な規律のあり方を議論するのに対し、制度的契約論は団体（加入契約）の性格に内在する要素から加入契約の承諾義務を発生させようとします。このように両者の議論の出発点は異なっていますが、ある種の民間団体に対する加入強制を導出する点では共通の方向性を示しており、両者は相互補完関係にあると見てよいと思われます。すなわち、国家の波及的正統化責任を果たすために国家が法律によって規律することで生じる私行政法の内容には制度的契約論が提示している団体の性格に内在する要素を含めなければならず、また制度的契約論はこの文脈における国家法規律の正当化根拠を提供します。しかし、国家による制度化が果たされていない状態で生じた紛争に対しては私行政法では対応が困難であり、裁判の場面で制度的契約論のロジックによる解決が図られることが期待されるのです。

(2) 公共部門法論

第２は、評者が提示している「公共部門法論」です。これはドイツ・アメリカの公法学の議論動向を踏まえつつ、わが国の実定法制度を念頭に置いて構想した、なお生成途上の理論枠組です。公共部門法論は行政・市民・公的任務遂行主体の三者が登場する法関係において、公的任務遂行主体が国家に対して自律性を発揮することと、被規制者ないし受給者市民の権利利益の保護を図ることとを両立させることを目的としています。従来の公法理論が「権力性」「公役務」といった一定の属性の有無によって公法による処理か私法による処理かを分ける二分法であったのに対し、公共部門法論では４つの基本戦略（全面的「国家行政」化、部分的「国家行政」化、契約の活用（行政契約・公共部門契約)、立法者の規律責務（基本権保護義務論・本質性理論)）によって具体的な利害状況を踏まえたきめ細かい処理をすることを目指しています(38)。公共部門法論からみれば「私行政法」は前述の基本戦略のうち「立法者の規律責務」に関する具体的な規範的要請を提示する議論と位置づけることができます。

(38) 原田大樹・前掲註（14）265-276頁。

公共部門法論と制度的契約論との接点は、公共部門契約にあります。行政契約法理の直接的な適用では解決ができない場面において、公共部門法論は公的任務遂行主体と市民との間で締結される契約に公法法理を段階的に及ぼすことを提唱しています。その具体的アプローチとして、公的任務遂行主体の組織上の特性に注目する方法、担う作用に注目する方法、公物法のような市民の利用権・受給権を予め設定した上で民事ルールに解決を委ねる方法の３種類を例示しています。このうち作用に注目する方法が制度的契約論と共通の視角を有しています。この場合に公共部門法論が公法法理を契約に及ぼす正当化根拠として主として念頭に置いているのは、契約に基づく法関係の展開の前提となっている客観法としての行政法的「制度」(39)ないし法的しくみの存在であり（これと制度的契約論が念頭に置く「制度」とは少し捉え方に違いがあるような気もいたします）、その運営に公費が投じられていることです。これに対し制度的契約論は、給付されるサービスの特性に内在する要素から類似の法的要請を導出します。この場面においても両者の補完関係を語ることが許されると思われます。まず、制度的契約論が、契約化により公法的規律が拡大することを明らかにした点（内田・民営化（６・完）148頁）は、公共部門法論の主張と軌を一にします。次に、制度的契約論は給付されるサービスの特質に注目した、公共部門法論からは導出されない行政関与の有力な正当化根拠を提供し、その要請を受けて設定された行政関与の法「制度」こそ制度的契約論の重要な構成要素たる「制度」を具体的に構築します。さらに、制度的契約論が公費の要素を戦略的に除外したことは、同理論の適用可能性を公共部門法論が念頭に置く以上に拡大させることを可能とします（例：企業年金契約(40)）。このことは民事法と行政法の規律技術を事例に則して段階的に適用していくことを志向する公共部門法論にとっても、大きな福音となるように思います。

---

(39) 契約と法制度の区別につき参照、原島重義「なぜ、いまサヴィニーか」同編『近代私法学の形成と現代法理論（新装版）』（九州大学出版会・1996年）１-55（13）頁。

(40) 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』（商事法務・2006年）１-29（12-13）頁。

終わりに

法関係の内容形成に個人の意思の自律を不可欠の前提としない制度的契約論は、行政法学のアイデンティティに対して大きな“衝撃”を与えました。しかしそれは行政法学にとって、自己の独自性を改めて見直す機会を得たことでもありました。制度的契約論の考え方を踏まえてもなお残される行政法学のアイデンティティとして考えられるのは、民営化の前提条件である「規制」のための法技術の高度化と、民営化後の給付システムにおいても公費がなお投入されることに着目した「所得再配分」の規律の２つであろうと思います。その上で、民営化後の法関係を構想する理論モデルとして、民事法学から提示された制度的契約論と、行政法学が示す私行政法・公共部門法論とが相互協力関係を構築しつつ、新たな法理を継続的に生み出していくことが、今後の民事法学・行政法学にとって不可欠の課題です。制度的契約論は契約への司法的コントロールのみならず立法的コントロールも視野に含めており（内田・民営化（６・完）147頁）、この点に関する行政法学との学際的交流が、この種の契約の制度設計技術をより高度化することを可能とする原動力となると思われるからです。ご静聴ありがとうございました。