

福祉契約上の応諾義務違反における 締約強制と契約自由

— 子ども・子育て支援法33条1項を例として —

山下 慎一*

はじめに

- I. 問題状況の分析——違法判断と法効果
 - II. 支援法・契約・選択権
 - III. 締約強制と契約自由
- おわりに

はじめに

保育所に入りたくとも入ることのできない、いわゆる待機児童の問題は、「一億総活躍」を掲げる現政権の方針とも相俟って、近年1つの重要なトピックを形成している。この領域において主要な役割を果たす子ども・子育て支援法（以下、支援法）は、2000年代前後の社会福祉領域における基礎構造改革（「措置から契約へ」）の流れを汲み、保育所や幼稚園の入所について契約

*福岡大学法学部准教授

を前提とした制度を形成している。このような社会福祉領域における契約(いわゆる福祉契約)については、重要な先行研究¹が存在する。

福祉契約では、サービス事業者に「応諾義務」(利用者から申し込みがあった場合、サービス事業者は、正当な理由がない限りサービスの提供を拒んではならない)が課されることが多い。しかしながら、当該義務については、それが現実のサービス利用確保において重要な役割を果たしうるにもかかわらず、未だ研究の蓄積が十分ではない。特に、当該義務の私法上の効力や、その結果生じうる契約締結の強制(「締約強制」)の可能性について、私法上の大原則たる契約自由との関係で検討するものはごく稀である。

折しも、NHK 受信料訴訟最高裁判決(最大判平29. 12. 6 裁時1689号 3 頁)を一つの契機として、締約強制と契約自由の関係について議論が提起されつつある²。さらに後述のように、この論点は福祉契約や個別の法領域を超えて、広範な影響を与える可能性を秘めている。

本稿ではまず、締約強制を巡る議論を、支援法に限らず広く概観し、問題状況を分析する(Ⅰ)。つづいて、支援法の仕組みを前提として締約強制の私法上の効力を論じ(Ⅱ)、最後に、それを契約自由との関係でいかに正当化し得るかを検討することが目指される(Ⅲ)。

¹ 代表的なものとして、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」同『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会、2014年)107-153頁〔初出2003年〕、岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』(信山社、2007年)。

² 「特集 NHK 受信料訴訟大法廷判決のインパクト」ジュリスト1519号(2018年)13-50頁所収の座談会・論文参照。さらに、文脈を異にするものの、EU 諸国においても、近時のEU 指令の扱い等をめぐって、契約自由をめぐる類似の議論を見出すことができる。後掲注(70)・(71)参照。

I. 問題状況の分析——違法判断と法効果

1. 違法判断——「正当な理由」

(1) 検討対象の限定

応諾義務規定の私法上の効果の問題は、理論的には、利用者とサービス事業者との契約過程全般（施設からの退所＝契約の解除や、施設の廃止の問題等）に波及しうる³。しかし本稿では、これらの問題には必要な限りでしか触れることができない。また、支援法による給付には性質の異なる多様な給付が含まれるが（法8～11条参照）、議論の複雑さを回避するため、検討対象を子どものための教育・保育給付としての施設型給付費（法11条）に限定する。さらに、対象とする子どもを「満3歳以上かつ就学前の子ども」に、扱う施設を「幼稚園」・「保育所」・「認定こども園」の3類型に、それぞれ限定する。

(2) 規定内容

支援法33条1項は、「特定教育・保育施設の設置者は、支給認定保護者から利用の申込みを受けたときは、正当な理由がなければ、これを拒んではならない。」と規定する。

支援法の仕組みは後ほど詳述するが（Ⅱ）、ここでは、同法においては利用者と、行政により資格を認められた（後述の「確認」）施設設置者が、「契約」を締結することによって教育・保育サービス利用関係に入ることが前提とされていることを確認しておけば、差し当たり十分である。つまり、法33条は、施設設置者に対し、上記のような契約の締結に応じる義務、すなわち

³ 放送法32条1項に関して、松本恒雄「締約強制の私法上の効果——放送法32条1項における受信契約を素材とした公私共同論に向けて」布井千博ほか編『川村正幸先生退職記念論文集 会社法・金融法の新展開』（中央経済社、2009年）442頁は、解除の可否と締約強制の問題の「同質」性を指摘する。

「応諾義務」を課すものと解されている^{4,5}。

応諾義務違反の有無の判断においては、「正当な理由」の解釈が中心的な問題となる。行政解釈⁶では、正当な理由があるとされるものとして、①定員に空きがない場合、②入園希望者が定員を上回る場合（＝選考ができる）、③その他特別な事情がある場合が挙げられている。特に問題が生じそうな③については、「特別な支援が必要な子どもの状況と施設・事業の受入れ能力・体制」、「利用者負担の滞納」、「設置者・事業者による通園標準地域の設定」、「保護者とのトラブル」などが挙げられ、運用上の取扱いが示されている。

他方、学説は上記の行政解釈を紹介するに止まっている。よって、検討に際しては他の法領域における議論を参照する必要がある。

（3）他法における議論状況

支援法と類似の応諾義務規定としては、水道法15条1項、電気事業法18条1項、電気通信事業法25条1項、医師法19条1項、司法書士法20条などがある。これらの応諾義務を負う主体は、利用（希望）者に何らかのサービスを提供する主体であると言えるので、様々な法において応諾義務を課される主体を一般的に指し示す際に、本稿では「サービス提供者」という語を当てることとする。

これらのうち、多くの裁判例の蓄積があるのが水道法である。水道事業を実施するY（福岡県志免町）が、不動産業者Xからの給水契約の申込みを拒

⁴ もし、この規定自体は設置者に「サービスの提供」を義務づけているに過ぎないと解するとしても、（当該サービス提供が契約によって根拠づけられる限り）サービス提供を義務づける「前提として契約の申込みがなされた場合に、これを拒絶することができないことをも意味している」（松本・前掲注（3）432頁）。

⁵ 菊池馨実『社会保障法』（有斐閣、2014年）498頁ほか。

⁶ 内閣府「事業者向けFAQ（よくある質問）【第7版】」（<http://www8.cao.go.jp/shoushi/shinseido/faq/pdf/jigyousya/zenbun.pdf>）3 - 4 頁（Q 8）。

⁷ <http://www8.cao.go.jp/shoushi/shinseido/administer/setsumeikai/h260911/pdf/s6-5.pdf>（「応諾義務について（案）平成26年9月11日」）。

否して、同法15条1項⁸違反が争われた事案において、最高裁⁹は、Y「は全国有数の人口過密都市」であることに加え、水道事業の取水能力の低下と受水量増加のためのダム計画の遅れ、代替的に利用している取水方法の不安定さなどから「このまま漫然と新規の給水申込みに応じていると、近い将来需要に応じきれなくなり深刻な水不足を生ずることが予測される」としたうえ、「このようにひっ迫した状況の下においては、Yが、新たな給水申込みのうち、需要量が特に大きく、住宅を供給する事業を営む者が住宅を分譲する目的であらかじめしたものについて契約の締結を拒むことにより、急激な水道水の需要の増加を抑制する施策を講ずることも、やむを得ない措置として許される……。そして、Xの給水契約の申込みは、マンション420戸を分譲するという目的のためにされたものであるから……。建築計画を数年度に分け、井戸水を併用することにより水道水の使用量を押さえる計画であることなどを考慮しても、Yがこれを拒んだことには法15条1項にいう「正当の理由」がある」と述べた。

本稿の問題関心との関係で重要な点は、「正当の理由」があるか否かの判断において、裁判所が上記のように個別具体的な事情を詳細に検討している点である（この当然とも思える点が重要である理由は、下記2.(4)以下で論じる）。

2. 法効果——私法上の効力？

(1) 法効果としての行政的サンクションとその「限界」

以上のように「正当な理由」の有無の判断にかかる他法の状況を概観した上で、視点を一旦、支援法に戻す。支援法33条1項の構造からすれば、問題

⁸ 「水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需要者から給水契約の申込みを受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない。」

⁹ 最一小判平11. 1. 21民集53巻1号13頁。

となる事案において「正当な理由」なしと言える場合に、応諾義務違反が生じ、そこで初めて当該義務違反に対してどのような法効果が生ずるかを考えることになる。つまり、正当な理由の有無の判断と、どのような法効果が生ずるかという問題は、区別すべき議論である。

まず、施設設置者が支援法33条1項に違反した場合、所在地の市町村長は、期限を定めて、応諾義務違反をしないよう勧告をすることができる（同法39条1項1号¹⁰）。施設設置者が期限内に当該勧告に従わなかった場合には、市町村長は、その旨を「公表」することができる（同法39条3項）。さらに、施設設置者が、「正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかったときは」、市町村長は、施設設置者に対し、「期限を定めて、その勧告に係る措置をとるべきことを命ずることができる」（同法39条4項）。施設設置者が、この命令に従わなかった場合、同法40条1項8号に基づき、市町村長は、当該施設にかかる同法27条1項の「確認を取り消し、又は期間を定めてその確認の全部若しくは一部の効力を停止することができる」¹¹。

つまり、応諾義務違反は、市町村からの勧告や、違反の事実の公表、さらには当該施設の確認の停止・取消（＝子ども・子育て支援制度からの（一時的）排除）という行政上のサンクションにつながる可能性がある。

ところが、行政の上記権限は裁量規定であるうえ、「監査指導のための行政資源が限定されている」状況下では、そもそも行政による「監督権限の行

¹⁰ 同条には、直接的には、法33条1項違反は挙げられていないものの、市町村条例による施設運営基準に、法33条1項の規定と同様の規定が置かれる（例えば福岡市の場合、「福岡市特定教育・保育施設及び特定地域型保育事業の運営の基準を定める条例」6条1項に、「特定教育・保育施設は、支給認定保護者から利用の申込みを受けたときは、正当な理由がなければ、これを拒んではならない。」との規定が置かれている）。

¹¹ 上記のような流れのほか、応諾義務（法33条1項）違反が、直接に、法40条1項各号に定める施設の確認取消等の基準に該当するとの解釈もあり得る（例えば、伊奈川秀和「子ども・子育て支援新制度の立法過程」社会保障法研究6号（2016年）131頁）。

¹² 原田・前掲注（1）135頁。

使が機動的になされることは期待できない¹²。さらに、上記のようなサンクションが発動したとしても、個々の保護者が救済されるとは限らない¹³。なぜなら、上記の行政的サンクションが効果を発するには一定の時間がかかるうえ（「期限を定め」た勧告や命令）、施設設置者がそれらに従う保証もないからである。子どもに関連する権利においては、この時間の経過という問題は、利益の喪失（小学校就学年齢への到達による保育所等の利用の無意味化）という点でも、守られるべき利益の中身（子どもの健やかな成長：支援法2条2項）という点でも致命的であり得る。

（２）「措置」による解決の可能性とその不十分性

そうすると、支援法33条1項違反に該当するような、サービス提供者による利用契約の拒絶に対して、より直截かつ確実な救済を与える途がないかが問題となる。ここでまず解決策として考えられるのは、現行制度でも残されている措置制度の活用である。すなわち、契約には基づかず、市町村が行政処分として、子どもを公立保育所に入所させる、あるいは私立の保育所等に入所を委託する（例として児福法24条6項）。

しかしながら、措置制度による解決には2つの問題がある。第一に、私立の保育所への委託等の場面については、行政と保育所設置者の間の委託契約が前提となるが、保育所等が契約の締結を拒絶する場合があります。そうすると、上記の契約拒絶の議論が形を変えて再度登場することとなる。第二に、法が採用した「措置から契約へ」の経緯からすれば、現行法上の措置制度の位置づけはあくまで「補完的」なものに止まるのであり、かつその利用は「暫定的」なものである必要がある¹⁴。後述するとおり、契約方式の導入の背景

¹³ 支援法と類似の給付システムをとる介護保険法につき同旨を述べるものとして、又坂常人「契約による福祉と行政の責任——介護保険法を中心として」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）860頁。

¹⁴ 参照、原田・前掲注（1）124頁。

には利用者の「選択権」を確保するという意図があった。サービス提供者の任意によっては契約によるサービス提供が実現されない時に、利用者には何らの法的救済を提供せず、契約方式を安易に諦め、措置制度に流れるとすれば、（ここに言う選択権を法的意味における権利と解する限り）「権利」概念とは矛盾する。

以上のように考えれば、まずは契約方式の下で解決が可能か否かを真剣に検討する必要がある。そこで論じられるのが、応諾義務違反に対する私法的効力の議論である。

支援法33条1項についてはもとより、社会保障法領域全般を見渡しても、応諾義務違反に関する私法上の効果については議論が少ない。そのため、問題状況の分析に際しては、まずは他法における議論状況を参照し、大きな流れを確認する。その上で、支援法33条1項（ないし社会保障法領域）における応諾義務違反の私法的効力の議論を、他法との関係においてどのように位置づけるべきかを検討したい。

（3）他法における議論状況 i ——私法上の効果の類型化

応諾義務違反（既述のとおり、「正当な理由」がないことが前提となる）による私法上の効果として議論される中身は、大きくは①不法行為法と②契約法の問題に分けられる。一般的に、①不法行為法上の責任（損害賠償義務）は比較的容易に肯定されるのに対し、②契約法上の効果の発生は、契約自由の原則に対する例外を意味することから、（認める立場に立つとしても）かなり抑制的にしか認められない、という議論の傾向が見られる¹⁵。さらに、もし②契約法上の効果を認めるとしても、そこでの具体的な救済方法として債務不履行による損害賠償を念頭に置く場合、②と①の実質的な差異はわずかなものになる¹⁶。これに対して本稿は、上記（1）のとおり、利用者に対

¹⁵ 例えば、平野裕之「放送法64条1項と民法414条2項但書——契約と制度と私的自治——」法学研究87巻1号（2014年）17頁。

する直截かつ確実な救済を目指す趣旨から、契約を強制的に成立させ、その強制執行まで含めた現実のサービス提供の確保を想定する¹⁷（ただし、紙幅の都合と現段階における研究の進展から、強制執行の方法等についての具体的な検討は他日を期す）。本稿では、以上のような意味で「契約法上の効力」ないし「締約強制」という語を用いる。

（４）他法における議論状況 ii —— 視点の差異

そして、契約法上の効力を発生させるか否かの判断において裁判例や学説が立脚する視点の、「一般・抽象性／個別・具体性」の差異にも、注意を払う必要がある。

例えば、水道法15条1項の応諾義務規定違反に対して、契約法上の効力発生を認める議論において、裁判例¹⁸は次のように論じる。いわく、「水道事業は〔都市の健全な発達及び公衆衛生の向上という——引用注〕目的を有し、国民生活に直結し、その健康で文化的な生活を守るためには一日たりとも不可欠のものであることを勘案すれば、需要者の給水契約の申込みに対し水道事業者が全く正当な理由がないのにこれを拒んだ場合には、右申込みがなされた日に給水契約が成立したと認めるのが相当である」。すなわち、契約法上の効力発生を導くにあたって、裁判所は、およそ水道事業一般の性質を論拠としている（申込みによる契約成立という構成については後述）。言い換え

¹⁶ 小西知世「契約による福祉と事業者の応諾義務—医師の応招義務を類比して—」新井誠ほか編『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）14頁。

¹⁷ 別の法領域においては、例えば後述する医師法上の応招義務について、前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編「京都大学法学部百周年記念論文集 第3巻 民事法」（有斐閣、1999年）112頁以下（特に114・115頁）は、「医師の自由な人格の一定の侵害ではある」ことは認めつつ、「患者の生命身体という人格権上最も重要な権利との比較考量」であること、および上記の医師の人格権が「医師法19条1項の「正当な事由」によって守られている」ことから、医療契約につき「間接強制の可能性もあるのではなかろうか」と指摘する。

¹⁸ 東京地裁八王子支判昭50.12.8判時803号18頁。

ると、当該事案における個別具体的な事情に関する言及は一切なされていない。これは、「正当な理由」の有無の判断が上記 I. 1.(3) のとおり個別具体的に判断されていたこととは好対照を成している（水道法15条1項違反に契約法上の効果を認める他の裁判例においても同様である）。

さらに、水産業協同組合法25条¹⁹違反に関する契約法上の効果を肯定した最高裁判例²⁰も、同法制定の目的（漁民等の協同組織の発達促進と経済的地位の向上、国民経済の発展）とそれを受けた同条の趣旨（組合員資格を一定の範囲に限定する反面、有資格者に対しては、その者が欲する限り組合事業の恩恵を与えること）を挙げたうえで、「このような規定の趣旨に照らすときは、右法25条は、単に……公法上の義務を有することを定めたにとどまらず、組合員たる資格を有する者……が組合加入の申込みをしたときは、正当な理由がない限り、その申込みを承諾しなければならない私法上の義務を組合に課したものと解するのが相当」と論じる。ここでも、個別具体的な事情に言及することなく、一般的・抽象的に漁業協同組合の性質と応諾義務規定の趣旨を論じることによって、契約法上の効果が導かれている。

つまり、上記の判例・裁判例は、「正当な理由」（応諾義務違反となるかどうか）の判断においては個別具体的な事情を考慮する一方で、応諾義務違反があった場合に契約法上の効力が生ずるか否かの判断においては、一般的・抽象的に、法の趣旨やそこから導かれるサービス等の重要性を根拠として、これを肯定している。

しかしながら他方で、学説においては、応諾義務違反の場合に契約法上の効果を導くうえで、上記裁判例等とは対照的に、個別具体的な事情を勘案す

¹⁹ 「組合員たる資格を有する者が組合に加入しようとするときは、組合は、正当な理由がないのに、その加入を拒み、又はその加入につき現在の組合員が加入の際に附されたよりも困難な条件を附してはならない。」

²⁰ 最一小判昭55.12.11民集34巻7号872頁。

る議論も見られる。

第一の例として、いわゆる医師の応招義務（医師法19条1項。「診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」）をめぐる議論を挙げることができる。同規定は伝統的には公法規定とされ、かつては同義務違反に対して不法行為責任を問うことすら否定的に解されていたが、1980年代以降、不法行為責任が生ずることが裁判例によって肯定されている²¹。さらに現在では、同義務違反に対して契約法上の効果が生ずべき場合があることを主張する学説²²も登場している。手嶋豊は、HIV感染者のような予後長期の慢性疾患を念頭に、「損害賠償責任のみならず診療契約の成立を肯定すべき場面が実際必要である」と論じる²³。また、中村哲は、同じく慢性疾患の患者について、「代替診療機関を確保することが困難な場合などには、条理上、診療契約締結義務まで肯定すべき場合もある」と述べる²⁴。これら各説に共通するのは、応招義務違反の契約法上の効果を論じる際に、一般的・抽象的に給付（診療治療）の重要性のみを考慮するのではなく、個別具体的な事情（患者の具体的な病状や代替的な診療機関確保の可能性など）までも考慮する点であり、この点が、水道法や水産業協同組合法に関する判例とは異なる理論を形成している。

第二の例として、応諾義務・締約強制に関する一般論の提示を試みる学説を挙げることができる。平野裕之は、いわゆる「公法上の義務規定」の私法上の効果について分析し、一般論を提示する際に、「同じ法律規定が問題と

²¹ 大橋洋一「制度的理解としての「公法と私法」」高木光ほか編『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）11-13頁。

²² 本文中で紹介する2学説のほか、前田・前掲注（17）115-116頁は、同義務に基づいて発生した契約の履行についての間接強制の可能性をも肯定する。

²³ 手嶋豊「判批（神戸地判平4.6.30）」判例評論421号（1994年）202頁。

²⁴ 中村哲「救急医療をめぐる法律問題について——主として私法上の問題について——」判例タイムズ940号（1997年）35頁。また、三上八郎「〔研究ノート〕診療契約強制（応招義務）の系譜的・機能的再検討」北大法学論集52巻4号（2001年）156頁も同旨。

なっている、不法行為にとどめられるべき事例と契約の成立まで認められるべき事例とに具体的結論が異なることも起こりえよう」²⁵と論じる。

以上のように、応諾義務違反があった場合に契約法上の効果を導くにあたって、問題となる給付等の性質を一般的・抽象的に論じることでこれを肯定するか、それとも個別具体的な事情を考慮するかという2つの対照的な議論様式が存在する。本稿では、議論の整理のため、水道法の裁判例等に代表される前者を「抽象的思考モデル」と呼び、これに対して、医師法上の応招義務をめぐる学説に代表される後者を「具体的思考モデル」と呼ぶ。なお、これらの区分けはあくまで、応諾義務違反が生じた際に契約法上の効力を導くか否かという論点における着眼点の差異であることに、再度注意を向ける必要がある（応諾義務違反が生ずるか否か=契約の拒否に「正当な理由」があるか否かについては、上記のとおり、両モデルともに事案に即した個別具体的な判断を実施する）。

（5）支援法および社会保障法学説の検討

それでは、支援法ないし社会保障法領域における応諾義務規定に関する学説は、以上のような議論状況を念頭に置いた場合にどのように位置づけることができるか。

まず、支援法成立以前の議論として、小西知世は福祉契約一般について、「利用者側の事情と事業者側の事情の比較考量を基軸としつつ、当該地域の福祉サービス提供者の数などといった社会的条件をも考慮にいれ、事業者に応諾義務を課すことが適切であるか否かを、より個別具体的に検討」し、その「結果、事業者に応諾義務が課せられるのが妥当である場合には、利用者から申込があった時点で福祉サービス利用契約が成立する」²⁶と論じている。同説は、個別具体的な事情の考慮をベースとして契約法上の効果を検討して

²⁵ 平野・前掲注（15）18頁。

²⁶ 小西・前掲注（16）13頁。

いるため、具体的思考モデルに分類できる。

この福祉契約一般に対する小西説を受けて、嵩さやかが支援法33条1項に関する契約法上の効力について次のように論じている。嵩は、小西の締約強制論の実質的根拠を、サービスの不可欠（重要）性と事業者の独占的地位と解したうえで、福祉サービスは「一般的に医療より切迫性・緊急性が低いケースが多いと考えられるため事業者の独占性（当該状況ではその事業者しか提供できないこと）を肯定するのは多くの場合困難であり、基本的には、この見解に立つとしても（利用者の申込みによる契約の当然の成立という効果を与える）応諾義務は否定されるのではないか」²⁷と論じる。この議論が契約法上の効果を一律に否定するものか、それとも例外的には認める趣旨かは明らかでないが、後者と捉えた場合には、個別具体的な状況（当該状況下における事業者の独占性）を考慮する点で、具体的思考モデルに分類できる。

これらに対して小島晴洋は、支援法と類似の仕組みを採用する介護保険法に関して、次のように論じる。介護保険に関する指定居宅サービス基準省令9条²⁸により、事業者は、利用者との契約の締結を拒否することができない。その理由は、介護保険法が「制度全体として介護サービスを保障するものであるにもかかわらず、形式上は給付内容を当事者の契約によって決めることとしているのであるから、その契約内容に対するより直接的な法的コントロールを確保することが必要」なためである²⁹。つまり、小島説は、制度趣旨を理由に、一律に応諾義務違反における契約法上の効果を肯定するものであり、抽象的思考モデルに立脚していると評価できる。

²⁷ 嵩さやか「社会保障法と私法秩序」社会保障法研究3号（2014年）43頁。

²⁸ 「指定訪問介護事業者は、正当な理由なく指定訪問介護の提供を拒んではならない。」

²⁹ 山口浩一郎・小島晴洋『高齢者法』（有斐閣、2002年）187-188頁・脚註17〔小島〕。

3. 小括：契約法上の効果の統一的理解

(1) 従前の議論の不十分性

このように、応諾義務違反における契約法上の効果につき、給付の性質等を一般的・抽象的に論じることで一律にこれを肯定する考え方（抽象的思考モデル）と、個別具体的な事情の考慮により（例外的に）これを肯定する考え方（具体的思考モデル）の2つの思考様式を見出すことができる。しかしながら、応諾義務違反における契約法上の効果に関する議論を統一的に読み解こうとするならば、両モデルは何らかの要素に基づいて議論枠組みが使い分けられた結果としての、現象面での違いに過ぎないと見ることも可能である。それでは、どのような視角に立てば、これら両モデルを整合させることができるか。

第一に考えられる可能性は、給付の性質、特に重要性に着目する方法である。抽象的思考モデルを採る水道法の裁判例が示すように、問題となる給付が「国民生活に直結し、その健康で文化的な生活を守るためには一日たりとも不可欠」なほど重要である場合には、応諾義務違反によって契約法上の効果が一律に発生すると考え、他方で、給付の性質の重要性が一般的・抽象的に肯定できるほどではないものについては、個別具体的な事情を考慮して、当該重要性が肯定できる場合にのみ契約法上の効果を肯定する、という切り分けがあり得る。しかしながら、具体的思考モデルを採る医師法上の給付（診察治療）の重要性が、水道よりも劣るとは言い難いし、そもそも応諾義務規定を有する法律における給付は、多くが一般的に重要である。そうすると、給付の重要性という要素は、契約法上の効果を肯定するうえで重要な要素の一つではあり得ても、抽象的思考モデルと具体的思考モデルを統一的に説明し得るものとは言い難い。

第二に考えられる可能性は、給付提供者の性格に着目する方法である。よく言及されるのは、提供者の「公的性格」や「独占性」という要素である。

しかし、「公的性格」に関して言えば、①応諾義務規定を有する給付にかかる提供主体で公的性格を有さないものは少ないであろうし、②公営事業であればすべて抽象的思考モデルが採用されているとも言えない。「独占性」については、①具体的思考モデルを採る医師法上の応招義務に関しても、医師によって医業は独占されているし（医師法17条）、②抽象的思考モデルを採る水道法や水産業協同組合法においても、問題となっている地域を超えてまで独占されてはいない（契約を欲するものが別の地域に移れば、別の給付提供者との契約の可能性がある）ことから、どのレベルまでを「独占」といい得るかが明確ではない。

以上のとおり、給付の重要性や給付主体の性質に着目する議論では、抽象的思考モデルと具体的思考モデルの関係性を十分に整理できない。

（2）谷江陽介による「代替可能性」

この点では、ドイツ民法における議論状況の分析から、契約の「代替可能性」という概念を軸として締約強制論を再構成する谷江陽介の議論が参考になる。谷江によれば、ドイツ法の分析から、代替可能性を軸とする4要件（「①申込者に契約の代替可能性がないこと、②申込者が法律上保護に値する利益を有していること、③拒絶者が契約締結志向を有していること、④拒絶者が給付能力を有していること」³⁰）が得られ、これらが満たされる場合には、締約強制が可能であるという。

ただし、谷江の最終的な目的は、法律上の応諾義務規定が存在しない場合をも視野に入れた³¹、契約法内在的な締約強制の基礎付けである。これに対して本稿は、応諾義務規定の存在を前提に、同規定の解釈論として契約法上の効果を論じている。このような異同からすれば、上記4要件のうち②③④は、応諾義務規定の「正当な理由」の解釈に吸収可能である。そのため、「抽

³⁰ 谷江陽介『締約強制の理論』（成文堂、2016年）90-97頁。

³¹ 谷江・前掲注（30）163頁ほか。

象的／具体的思考モデルの統一的説明」という文脈において重要な意味を持つのは、上記のうち①申込者に契約の代替可能性がないことである。谷江によれば、この要件は、さらに（a）実質的な依存関係（給付対象の性質上、申込者の求めている給付対象が特定の提供者以外から入手することが困難なこと）、（b）場所的・時間的依存関係（他の給付提供者から入手可能であっても、場所的關係ゆえに、特定の提供者から給付を受けるのに比べて時間を要すること）、（c）条件的な依存関係（他の給付提供者から入手可能であっても、特定の提供者から給付を受けるのに比べて莫大な費用を要すること）の3基準に細分され³²、これら（a）から（c）のうち1つでも認められれば当該要件が満たされる³³。

（3）代替可能性による統一的理解

上記の谷江説を念頭に、抽象的思考モデルを採る漁業協同組合判決と水道法判決を再検討すると、申込者の求めている給付対象を特定の漁業協同組合・水道事業者以外から入手することは困難であるため、上記（a）「申込者に実質的な依存関係」が認められ、代替可能性がないと評価できる³⁴。そして、水道法や水産業協同組合法を念頭に置いた場合、同一地域（生活圏）内において水道供給業者・漁協が2つ以上存在することが想定されない以上、この問題局面においては常に代替可能性の存在が否定される。

これに対して、医師法上の応招義務に関して契約法上の効力を肯定する学説（上記2.（4））は、本稿の見方によれば具体的思考モデルを採っているのであるが、これを代替可能性の観点から再検討した場合、次のようになる。まず、手嶋による問題提起は、傷病一般ではなく予後長期の慢性疾患を念頭に置いており、さらには HIV 感染者を例とすることから、（当時の時代背景

³² 谷江・前掲注（30）80-81頁。

³³ 谷江・前掲注（30）82頁。

³⁴ 谷江・前掲注（30）92頁。

からすると）特殊な病気・治療を念頭においていたものと推測できる。そうすると、この議論には、特殊な病気を治療が可能な病院に限られている（＝代替可能性の否定）、との前提も含まれていると見うる。さらに、中村の議論は、より直截に「代替診療機関」の確保が困難な場合を、締約強制を肯定すべき場面として想定する。このように、応招義務違反における締約強制を論じる学説は、医療行為（機関）には一般的に代替可能性が存在するというを前提とした上で、個別具体的な事情の検討によって代替可能性が存在しないような特殊な場面において、締約強制の必要性を論じるものと解することができる³⁵。

上記のような分析に従えば、水道法・漁協法のように類型的に給付の代替可能性が否定される法状況は、個別具体的な検討が不要であることを意味するため、現象として抽象的思考モデルが立ち現れる。他方で、一般的には多様な給付主体が存在すると言える法状況においては、問題となる事案において代替可能性が否定されるような特殊性が存在するかを検討する必要があるため、現象として具体的思考モデルが表出する。つまり、抽象的思考モデルと具体的思考モデルは、「類型的な代替可能性の存否」という視角から統一的に理解することができる。

このように、類型的な代替可能性の存否によって思考モデルが決まるとすれば、本稿の扱う支援法における施設型給付はどちらのモデルに属するのか。この考察を実施するためには、同法の給付システムをより詳細に検討する必要がある。

³⁵ 谷江・前掲注（30）101頁も同旨。

Ⅱ. 支援法・契約・選択権

1. 制度の概観

(1) 法制定の経緯

2015年4月から本格施行されている子ども・子育て支援のための新制度は、支援法をはじめとした、子ども・子育て関連3法を柱とする制度の総称である。同制度が設けられた背景には、少子化、待機児童問題、教育改革（幼稚園と保育所とを問わない、全ての幼児に対する質の高い幼児教育の提供と、それに関連する「幼保一体化」）、規制改革（提供主体としての株式会社の参入など）、地方分権（幼稚園と保育所の管轄に関する国と地方との権限関係など）といった議論が存在した³⁶。

上記の経緯のうち、本稿との関連でまず注意すべき点は、法の規定する施設型給付について、幼稚園と保育所、認定こども園等といった性質の異なるサービス（提供者）が混在していることである。このうち保育所との関係では、子ども・子育て支援制度の施行後も、保育所入所の可否を判定する要件（「保育を必要とする場合」）は、基本的には、制度改正前と同じく児童福祉法（以下、児福法）24条1項に置かれる。つまり、児福法と支援法の関係性を概括的に把握するならば、前者が保育所の入所要件について規定しているのに対して、後者が保育所（および幼稚園や認定こども園など）に入所した際の、利用者の費用負担に関わる給付について規定している、と表現できよう。

(2) 法における施設型給付

本稿で扱う施設型給付（費）は、支援法の文言上は金銭給付の形式を採る（法11条）。給付形式としても、利用者がいったんサービス利用費全額を施

³⁶ 伊奈川・前掲注(11)98-99頁、衣笠葉子「子ども・子育て支援新制度と幼保改革」論究ジュリスト11号(2014年)43-44頁。

設に立替払し、しかるのちに行政が当該サービスの利用費のうち一定割合を、利用者本人に対して事後的に償還することが規定される（法27条）。しかしながら、実務上は行政から施設への直接払いが一般化しており³⁷、利用者は、サービス利用費全額を一時的に立て替えることなく、一部負担金のみを施設に支払うだけでよいこととなる（結果として、公的医療保険を利用した上での病院の受診関係と類似する）。

このように、施設型給付は、利用者によるサービスの利用を前提として実施されることとなる。そして、ここにおけるサービスの利用関係は、利用者サービス提供者との契約（行政による用語法では「公的契約」）を前提とする。そこで次に、子ども・子育て支援制度における契約の（非常に複雑な）現れ方を整理する必要がある。

2. 利用者と施設の「契約」

（1）対象となる子どもと施設

現行制度におけるサービス保障の仕組みの特徴は、「保育と教育の一体化も含め、児童に関わる多様なサービスを1つの制度体系に組み込」³⁸もうとする点にある。その結果、法における教育・保育給付の給付対象となる子どもとして、①満3歳以上かつ就学前の、（家庭において必要な保育を受けられる）子ども（法19条1項1号）、②満3歳以上かつ就学前の、「家庭において必要な保育を受けることが困難」な子ども（同2号）、③満3歳未満の、「家庭において必要な保育を受けることが困難」な子ども（同3号）、の3類型が含まれる。冒頭で述べたとおり、本稿では①と②のみを扱い、①を「1号

³⁷ この背景には、本人への償還払いをごく例外的なものとする行政解釈の存在がある。内閣府「自治体向けFAQ【第15版】2017年3月8日」（http://www8.cao.go.jp/shoushi/shinseido/administer/qa/pdf/jichitai_faq.pdf）99頁（No. 390）。

³⁸ 西村淳編『入門テキスト 社会保障の基礎』（東洋経済新報社、2016年）242頁〔常森裕介〕。

こども」、②を「2号こども」と呼ぶこととする。そして、2号こどもについて規定する法19条1項2号における「家庭において必要な保育を受けることが困難」という文言が、保育所入所の要件を規定する上述の児福法24条1項の文言（「保育を必要とする」）と連動している。

施設型給付の対象となる施設として、本稿では「幼稚園」、「保育所」、およびそれら両者の性質を併せ持つ「認定こども園」の3類型を扱うが、これらの施設の類型と、前述した子どもの類型が対応する関係にある。具体的には、1号子ども（保育の必要性のない子ども）は幼稚園、または認定こども園を利用し、他方で2号子ども（「家庭において必要な保育を受けることが困難」な≡「保育を必要とする」子ども）は、保育所、または認定こども園を利用することとなる。そしてこれらの利用関係は、いずれも契約を前提とする。しかし、それぞれの契約の中身には、法制定の際の紆余曲折に由来する重要な差異が生じる。

（2）契約の「前段階」における差異

まず、1号子どもと2号子どもの区分については、契約締結の前段階において差異がある。すなわち、2号子どもが保育所ないし認定こども園を利用する場合には、保護者の希望を聞きつつ、市町村が「利用調整」を実施する仕組みとされている（児福法24条3項、同附則73条1項）。利用調整を受けた施設には、当該利用調整に協力する義務が課せられる（児福法46条の2第2項³⁹⁾。そして、利用者は、利用調整の結果として選ばれた施設を利用対象として（ここでは「相手方として」と表現することができない。下記（3）のとおり、誰と契約を結ぶかが重要な論点となる）、契約を締結することとなる。

この利用調整の法的性質について、行政解釈は、「利用調整の結果は事実

³⁹⁾「保育所若しくは認定こども園の設置者…は、第24条第3項の規定により行われる調整…に対し、できる限り協力しなければならない。」

上入所の可否を左右するものであり、処分性がある」と述べる⁴⁰。さらに、保護者が市町村による利用調整を経ずに、ある施設に対して直接申し込んできた場合、または、利用調整の結果に従わずに（つまり利用調整の結果示された施設Aではなく、別の施設Bに）申し込んできた場合には、当該申込を受けた施設については応諾義務違反を問われることはない、というのが行政解釈である⁴¹。つまり、行政解釈を前提とすれば、利用者としては事実上、利用調整の結果示された施設に申込みをせざるを得ない。

他方で、1号子どもの場合、市町村による利用調整はなく、保護者が施設（幼稚園ないし認定こども園）に対して、当該施設を相手方として直接、利用契約の申込みをすることとなる。この場合、保護者と施設設置者との間の契約に、法33条1項の応諾義務規定が適用される。

このように、1号子どもと2号子どもの区分については、両者を分ける「保育の必要性の有無」という要素に応じて、契約前の段階における利用調整の有無という差異が存在する。

（3）契約の「相手方」における差異

つづいて、上記（2）で留保を付したとおり、2号子ども内部においても、その選択する施設に応じて、誰と契約を結ぶかという点で差異が生じる。これは、2号子どもが保育所を選択した場合における、保育所の公立／私立の区別によって生じる差異である。

まず、2号子どもが公立保育所を選んだ場合には、利用者と施設設置者（行政）とが契約することとなる。これに対し、私立保育所を選んだ場合には、法改正時の紆余曲折を経つつも、改正後の児福法24条が引き続き市町村の保育の実施義務を規定した点に由来して⁴²、利用者は、当該私立保育所ではなく、保育の実施義務者としての市町村と契約をする（その上で、市町村と当

⁴⁰ 内閣府・前掲注（37）12頁（No.50）。

⁴¹ 内閣府・前掲注（37）13頁（No.56）。

該私立保育所が保育委託契約を締結する) ことになる。

なお、2号子どもが認定こども園を選択した場合には、次のような契約関係になる。すなわち、保護者が公立の認定こども園を利用しようとする場合には、申込み・契約の相手方は、施設設置者としての行政である。他方で、保護者が私立認定こども園を利用とする際には、申込み・契約の相手方は私人たる施設設置者となる。

(4) 契約のあり方の3類型

以上で確認した内容を、本稿の検討に必要な限りで整理すると、①利用者が、行政による利用調整を経て、施設設置者と契約する類型、②利用調整を経ることなく、利用者が施設設置者と直接に契約する類型、③利用者が、保育の実施義務者としての市町村と契約する類型に分けることができる。

支援法33条1項は施設設置者を対象とする規定であることから、上記のうち③については、同条の適用対象とはならない⁴³。また、①・②の中でも、施設設置者が行政(市町村)である場合と私人である場合との区別も論点となり得るが、本稿では深くは立ち入らない。

結果として、本稿の検討対象は上記①と②に限られることとなり、それら

⁴² この点を敷衍すると以下ようになる。児福法24条1項は、市町村自身が保育サービスそのものを提供する義務を負うとの趣旨である。公立保育所が利用される場合、市町村自身が設置した保育所で保育をするため、同項の要請を満たす。しかし、私立保育所が利用される場合に、もし保護者と私立保育所の設置者との直接契約とそれに対する施設型給付費という法形式が選ばれると、市町村自身が保育サービスを実施したことにはならず、同項の要請を満たせない。そのため、私立保育所の利用の場合には、保護者と市町村が契約をし、市町村が保育の実施を私立保育所に委託することによって、市町村自身が保育を実施することとされた(以上、菊池馨実編『ブリッジブック社会保障法』(信山社、2014年)213頁〔中益陽子参照〕。結果として、私立保育所は施設型給付の対象からは外れ、市町村から委託費を支払われる(法附則6条)。

⁴³ 他方で、市町村が契約の一方当事者となることから、行政契約に対する一般的な規制(平等原則や応諾義務、解除の制限、事情変更の場合における行政による一方的条件変更など)が、「明文の規定がある」と否を問わず、理論上)及ぶと解される(原田尚彦『行政法要論』(学陽書房、全訂第7版〔補訂2版〕、2012年)215-217頁)。

について、利用者と施設設置者との契約締結の局面（＝応諾義務規定の適用場面）に先立つ「利用調整」の有無という差異が、本稿にとって重要なものとして現れる。

（５）「契約」化の背景——２つの流れと「選択権」

なぜ上記のような複雑性をも厭わず、契約を前提とする仕組みが導入されたのか。この背景には、密接に関連しつつも区別可能な２つの流れがある。それらは、第一に、児福法の改正経緯であり、第二に、福祉基礎構造改革に遡る、社会福祉法領域における大きな流れである。そして、下記のとおり、そこに底流するのは「選択権」の思想である。

まず、第一の点については、次のような経緯がある。かつては、利用すべき保育所は行政による措置によって一方的に決定されており、利用者による保育所の選択の余地は認められていなかった。このような制度設計への批判を受けて、1997年の児福法改正によって、「保育所入所の仕組みが措置から保護者の選択利用の仕組みに改革された」⁴⁴。ところが、この改正によってもなお、「保育サービスの利用保障が弱く、認可の裁量性等による事業者の新規参入抑制によって都市部を中心に待機児童が解消されておらず真に選択が可能な状況に至っていない」⁴⁵との問題があった。これを受けて、子ども・子育て支援に関する新たな制度の必要性が2008年から検討され、現行制度につながっている。

さらに、第二の点である福祉基礎構造改革からの流れは、次のようなものである。社会福祉領域における措置制度から契約制度への移行の背景には、当時とられていた措置制度への批判（サービスの利用しにくさや法的地位の曖昧さなど）があり、そこから、「介護保険と障害者福祉（支援費制度、つ

⁴⁴ 衣笠葉子「子どものいる家族と社会保障」社会保障法研究6号（2016年）32頁。

⁴⁵ 衣笠・前掲注（44）33頁。倉田賀世「保育所入所の法的性質をめぐる考察——1997年児童福祉法改正を契機として——」季刊社会保障研究45巻1号（2009年）36-45頁も参照。

いで障害者自立支援制度)の領域で契約方式が導入されるに至った」⁴⁶。それらの立法時の議論において、「契約方式の導入は、高齢者・障害者というサービス利用者の嗜好に沿った選択を可能にするという点に力点が置かれていた」のであり、「そこから派生するものとして、……サービス事業者間の競争を促し、市場メカニズムを通じた資源配分の効率化・適正化を図ることも狙いであった」⁴⁷。つまり、社会福祉法領域での「措置から契約へ」という大きな変化をもたらした原動力の中心に、利用者の選択権という考え方が存在していたと評価できるのである。

このように、契約化の背景に、利用者の選択の真の確保としての選択権という思想が、2つの流れから生み出された様を見て取ることができる。

3. 小括：典型的な代替可能性の存否

(1) 多様性・利用調整・選択権

支援法では、多数の給付提供主体の参入を促すことが目的の一つであったことから、給付提供主体の多様性が前提とされている。そして、多様な給付提供主体の中から、自らのニーズに合うものを選ぶという趣旨からは、同一の生活圏内に複数の提供主体が存することが想定される。そうすると、給付提供主体の代替可能性が典型的に否定されるとは言えない。よって、法33条1項違反に対して常に契約法上の効果を肯定することはできず、個別具体的な事情を考慮した上で例外的に代替可能性が否定される場合にのみ、契約法上の効果を肯定する(具体的思考モデル)ということになろう。

しかし他方で、支援法には「利用調整」という独特の仕組みが存在する。利用調整に処分性を認める行政解釈に従う限り、利用調整により示された施設については代替可能性がない。そうすると、利用調整が存在する場合には

⁴⁶ 岩村正彦「社会福祉サービス利用契約をめぐる法制度と課題」同編・前掲注(1)4-5頁。

⁴⁷ 岩村・前掲注(46)5-6頁。

一律に代替可能性を否定して契約法上の効果を生じさせる半面、利用調整が存在しない場合には、具体的事情を考慮して代替可能性の存否を判断する手法もあり得る。これは、いわば具体的思考モデルに留まりつつ、その考慮要素を利用調整の存否という限度で抽象化するやり方である。

以上に対して、支援法を、基礎構造改革から継続する社会福祉法領域の大きな流れに沿いつつ理解することで、さらに別の解釈の余地が見出される。すなわち、支援法における契約の仕組みは、選択権の確保をその趣旨としている。そこでは、利用者にとって最も良いものは利用者自身が決める（利用者以外には分からない）という考え方が前提となる。その意味で、選択権は自己決定権の一内容として、憲法13条によって基礎づけられうる。そして、社会福祉に関する法の目的が究極的には「生活を送るうえで一定の社会的支援を必要とする人々に対するサービス給付を中核とする非金銭的給付」すなわち「社会サービス」の保障⁴⁸であることからすると、そこにおける選択権は、金銭的な賠償に回収される問題ではなく、現実のサービス提供を確保してこそ意義がある。このような観点からすれば、利用者が自己決定により「選択」したものは常に「唯一」であるのであり、類型的に代替不可能であると言える。つまり、支援法33条1項違反に対する救済として、常に契約法上の効果発生が肯定される（抽象的思考モデル）との解釈も成立しうる。

（2）「正当な理由」による調整

上記のように、選択権を根拠として法33条1項違反により常に契約法上の効果が発生するとする場合、利用者とサービス提供者の合意を前提とする契約という仕組みを採用した意味がない、あるいは個別的な事情を考慮して妥当な救済を検討するための場が失われる、との批判がありうる。さらに、これを嫌ったサービス提供者が、子ども・子育て支援制度から離脱する恐れも

⁴⁸ 菊池・前掲注（5）386-387頁。

ある。そうすると、利用者の立場からしても、契約相手の選択肢が減る、つまり選択権の前提たる基盤が侵食される事態が生じ⁴⁹、本稿の意図はむしろ没却される。

ただし、この点については、「正当な理由」によって、(契約法的効力を発生させるか否かではなく、そもそも応諾義務違反か否かというレベルにおいて) 個別具体的な事情を考慮することは十分に可能である⁵⁰。現実的にも、締約強制がサービス提供者にとって酷であるような事案においては、そもそもサービス提供者に契約締結を拒否する「正当な理由」が存在する(応諾義務違反自体が生じない)ことが多いのではないか。

(3) 契約の内容および法律構成

ここで、締約強制に際して、成立する契約の内容が明らかでない場合には、締約強制は不可能であるとの批判がありうるが、支援法に関する施設については、「モデル契約書」(契約書のひな型)が存在するため、少なくとも契約の本質的部分の内容は特定可能である。

次に、いかなる法律構成をとるかという問題がある。これについては、例えばサービス提供者の営業活動そのものをもって、法的には契約の申込みと捉え、利用者による申込みを法的には承諾と捉えるという構成もあり得よう。ただしこの構成は、支援法33条1項の解釈論からすると、同項の文言との乖離が著しい。また、上述の水道法に関する下級審のように申込みによって契約が成立するという構成もあり得るが、これは契約という枠組みを用いること自体と整合しない⁵¹。むしろ、応諾義務違反により施設設置者が私法上の承諾義務を負う(利用者が利用契約承諾請求権を取得する⁵²)ことを前提に、

⁴⁹ 本澤巳代子「社会福祉の権利の実現」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法2 地域生活を支える社会福祉』(法律文化社、2012年)53頁参照。

⁵⁰ 医師法上の応招義務について、「正当な理由」による個別的な調整の可能性を根拠に、その契約法上の効力を肯定し、間接強制の可能性までも示唆するものとして、前田・前掲注(17)。

⁵¹ NHK 受信料訴訟最高裁判決(前出)・多数意見参照。

利用者からの申込みに対して施設設置者が承諾をしない場合には、利用者がその者に対して承諾の意思表示を命ずる判決を求め、その判決の確定によってサービス利用契約が成立する⁵³との構成をとる方が説得的である。

この点に関しては、支援法上のサービス提供者の法的な位置付けが意義を有する。すなわち、サービス提供者は、行政から確認を受けて、支援法上の給付システムに算入する法的地位を享受することと引き換えに、支援法33条1項による応諾義務に服している。そうすると、同法と全く無関係な（行政法規としての応諾義務規定に服さない）当事者間の関係と、同法の下にある（応諾義務規定に服する）当事者間の関係は、①契約締結を拒絶することに対する私法上の責めという点でも、②私法上の契約の成立に対する相手方の期待という点でも、区別可能である。むしろ、同法の下にあるサービス提供者は、利用者との関係において、少なくとも行政法規上は応諾義務を負っているのであるから、そのことが、私法規範としての信義則^{54,55}に媒介されて、契約法上の行為義務としての承諾義務を生ずると構成する可能性はある。

以上のような、契約の内容や法律構成にかかる問題の解決は容易ではない。しかしながら、本稿の議論にはより一層重大な難点が存在するのであり、下記ではその検討に焦点を当てる。

⁵² NHK 受信料訴訟最高裁判決（前出）・岡部喜代子補足意見参照。

⁵³ NHK 受信料訴訟最高裁判決（前出）・多数意見参照。

⁵⁴ 信義則は、民法1条2項の文言上は「権利の行使及び義務の履行」に関する規範であるが、その規律は「契約の履行段階だけでなく締結段階にも及ぶ」。中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）134頁。

⁵⁵ ここで言う信義則違反は、利用者による申込みおよびサービス提供者による承諾拒絶に至る個別具体的な事情を指すのではなく（これらの個別具体的な事情は「正当な理由」の有無において判断される）、行政法規上の応諾義務に違反した事実のみを指す。

Ⅲ. 締約強制と契約自由

(1) 公法と私法の関係

これまでの検討が、選択権の保障としての締約強制の重要性を示しえたとしても、それだけでは、契約法上の効果発生を法的に——とりわけ私法理論的に——基礎づけたことにはならない。あるサービス提供者が「申込みを拒んではならない」旨を定める行政法規中の応諾義務規定に違反したことで、当該サービス提供者に、承諾の意思表示をなすべき、民法414条1項但書の意味における——契約法上の——債務を負わせることを直結させてしまうとすれば、行政上の義務違反と私法上の債務の発生の関係が説明されていないという点で、(少なくとも伝統的理解によれば) 論理の飛躍がある。

この行政法規違反の行為の私法上の効力——あるいはより広く公法と私法の関係——という論点について本稿に示唆を与えるのは、行政法規違反行為の私法上の効力に関する議論(以下、本稿では「取締法規論」と呼ぶ)である。一例として、法律(行政法規)上必要な許可を国土交通大臣から受けずに運送業を営んでいたXが、Yとの間で荷物の運送契約を締結した場合に、当該契約の効力が(主として公序良俗との関係で)私法上無効となるか⁵⁶、といった事案が挙げられる。すなわち、取締法規論は、行政法規に違反する行為の私法上の効力を問う点で本稿と問題関心を同じくし、他方で契約の無効化/有効化という点において、本稿とは逆の指向を有する。

歴史的に見ると⁵⁷、明治・大正期では、取締法規違反の契約の効力を否定する判決も少なくなかった。しかし、昭和期には、公法と私法の異質性を根

⁵⁶ 本文中の事案は、山本敬三＝大橋洋一「行政法規違反行為の民事上の効力——民法との対話」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』(有斐閣、2003年)5頁を参考にした。

⁵⁷ 以下、本段落の叙述は、山本敬三『契約法の現代化Ⅰ——契約規制の現代化』(商事法務、2016年)102-104頁に負う。

拠として両者を峻別する「公法・私法二分論」が定着し、（経済統制法令の役割の一時的な増大を挟みつつも）原則化した。ところが、1980年代に入るところから、公序良俗違反の判断について、下級審裁判例でそれまでとは異なる動きが見られるようになり、学説の側において、このような動向をいかに受けとめるべきかということが課題となる。この問題について代表的な見解を提唱したのが、大村敦志と山本敬三である。

大村の議論の出発点は、取締法規論で問題となる法令の性質が変わってきているという認識である⁵⁸。すなわち、問題となる法令が、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」から、取引と密接な関連を有し、当事者の利益保護や市場秩序の維持を目的とする「経済法令」へと変化している。警察法令を前提としていた時代には、「警察法令によって取引が犠牲とされるのを避けるという観点から」、「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」と考えられ、当時の通説が形成された。他方、経済法令が登場するに至ると、「法令の目的と取引の効力はもはや無縁のものではありえない」ため、「発想の転換」が必要となる。経済法令の目的が「個々の取引を直接に規律すること、あるいは、取引の環境を整備すること」である以上、「取引の効力を否定することが必要なことが多くなる」。大村は、以上のような検討をより「一般化」して、「権利の実現における法の役割、法秩序の実現における個人の役割」の「再検討」の必要性、すなわち公法と私法との相互協力関係を主張する。

これに対して、山本の見解は、憲法上の権利（基本権）の保障という観点に立脚する⁵⁹。山本は、私的自治を「自分のことは自分で決める権利」と捉え直し、その根拠を憲法13条に求める。その私的自治を具体化した制度が契

⁵⁸ 以下の説明につき、大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）201-202頁。

⁵⁹ 以下の説明につき、山本・前掲注（57）108-111頁。

約制度であり、それを使う自由が、同じく憲法13条から要請される基本権としての契約自由である。そうすると、当事者間に介入して契約の無効化を指向する民法90条の公序良俗規範は、これらの基本権を制約する立法と位置づけられることになり、どのような場合に同規範による介入が正当化されるかが問題となる。そこでの正当化の根拠として挙げられるものを本稿の議論との関係で取り上げれば、国家は個人の基本権を他人による侵害から保護する義務（基本権保護義務）を負うのであり、その義務を果たすために加害者の基本権を制約することが正当化される、ということになる。つまり、XY間で結ばれている契約が一方当事者Xにとって不当に不利で、それによってXの基本権が侵害されることになるのであれば、国家は基本権保護義務の要請により、契約の自由を侵してでも、当該契約に介入する——民法90条を用いて当該契約を無効化する——ことが正当化される。ただし、この介入自体もまた、他方当事者Yの基本権たる契約自由に対する国家による制限を意味するのであるから、当該介入による制約が過度にわたることは許されない。この基本権保護義務論に見られるのは、基本権の保護のために公法と私法とが協働する関係である。

このように公法と私法の相互依存・協力関係を強調する両説の助けを借りることが、本稿の議論にとって有用であるようにも見える。しかしながら、公序良俗論として展開されたこれらの議論と締約強制を扱う本稿との、無効化／有効化という指向の差異は、簡単には埋められない断絶を生む。

まず、山本が「私的自治・契約自由を出発点として」⁶⁰提唱する基本権保護義務論は、選択権を憲法13条（自己決定権）によって基礎づける本稿と親和的にも見えるが、他方で締約強制とは根本的に相容れないと思われる部分がある。不当な応諾義務違反（契約拒絶）により、利用希望者の選択権ないし

⁶⁰ 山本＝大橋・前掲注（56）9頁。

自己決定権の侵害があったとしても、その救済が契約締結の強制ということになれば、そのような救済は山本の議論の出発点たる契約自由と真っ向から対立し、「相手方の基本権に対して過度に介入」⁶¹する許されないものと評価されうる。また、契約自由そのものではなく契約正義を重視するとも評される⁶²大村の議論にしても、その主戦場は「内容の自由」であり、契約締結の自由ではない⁶³。そうすると、大村の議論と締約強制の間にも距離があるように思われる。少なくとも大村の言う⁶⁴「契約正義」を前提にした場合、正義に反するような締約拒否があったとしても、それに対する救済として締約強制を直接に導くことは困難であろう。

このように、もし公法・私法二分論を克服できたとしても、本稿の試みにとっては、契約自由と締約強制の関係という難問が立ち足はかかる。そこで、以下ではこの問題について少しだけ立ち入った分析を試みたい。

（２）締約強制の不可能性

そもそも、「契約（の）自由」については、それを法（律）の枠によって設けられたもの、あるいは社会経済状況に規定されたものとして（いわば「現象」として）捉えるか、それともより理念的・抽象的なレベルで（いわば「思想」として）捉えるかというアプローチの違いがあるように思われる。これら両者とも、現実の社会において契約自由に一定の制限がある（べき）と考える点では共通するが、そのような制限への評価には差異がある。契約自由

⁶¹ 山本・前掲注（57）111頁。

⁶² 山本・前掲注（57）105頁。大村も、同様の自己認識を有しているようである（大村敦志『もうひとつの基本民法Ⅰ』（有斐閣、2005年）16頁）。

⁶³ 大村は、「契約自由から契約正義へ」という議論を、当事者による契約内容決定の自由および国家による当該決定内容の尊重と関連するものと位置づけている（大村・前掲注（61）279頁）。

⁶⁴ これに対し、「契約正義」を別のニュアンスで用いた場合には、締約強制の採用に積極的になり得る。参照、山下丈「契約の締結強制」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第1巻 現代契約の法理（1）』（有斐閣、1983年）237-238頁。

を現象として捉える前者においては、相対的に見ると、締約強制に親和的な議論が多いように感じられる。他方でより思想的なアプローチを採る後者においては、契約自由は、前実定法的な意味での契約の拘束力の基礎づけや意思自治・私的自治といった議論と接合することで、締約強制に対して警戒的な視線を向けるであろう。そうすると、本稿の主張との関係で困難を生じるのは後者である。そのため以下では、議論が支援法を離れてやや抽象的になる恐れはあるが、契約自由に関する思想的アプローチを念頭に置いて検討を実施する。

契約自由について詳細に分類する山本敬三は、それをまず①「契約自由の消極的側面」=「契約するかしないかについて禁止も命令もないという自由」と、②「契約自由の積極的側面」=「国家によって契約を強制的に実現してもらう権利」に分類する。そして、①の中身を、⑦契約締結の自由（契約を締結してもしなくてもよい）、⑧相手方選択の自由（誰としてもよい）、⑨内容形成の自由（どのような内容でもよい）、⑩方式の自由（どのような方式でもよい）に細分化する⁶⁵。

本稿の主題である締約強制は、これらのうち①⑦契約締結の自由に関連するものとする整理が一般的である。しかし、締約強制の結果として契約が生じた場合、（その契約を特殊な契約と見ない限りは）当事者は当該契約を守る義務を負うのであり、それは当然国家によって強制される。その意味で、締約強制は②契約自由の積極的側面とも強く関連する。そして、この②の示す国家による強制的実現が「契約の拘束力」の基礎付けと密接に関連するとすれば、契約という仕組みについて次のように言うことが可能である。すな

⁶⁵ 以上、山本敬三『民法講義Ⅳ－1 契約』（有斐閣、2005年）17-18頁。

⁶⁶ 本文の記述は、契約の拘束力に関する意思理論に基づく説明を念頭に置いている。参照、大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論』（有斐閣、第2版、2005年）107頁、中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号（2010年）5-6頁、同・前掲注（54）29-31頁。

わち、人が契約を守るべきなのは自らがそう望んだからであり⁶⁶、その実現の確保という点に、国家による強制が求められ、あるいは正当化される契機がある。そうすると、一方当事者が明確に契約を拒む・望まない（＝締約強制が問題とする）局面において、当事者間に契約を無理やり発生させたうえで「契約を守るべきだ」ということは背理であり、ましてやその履行を国家が強制することは許されず、正当化もされない。

たしかに、先述の取締法規論において、公序良俗違反によって契約を無効とする場合にも、当事者が（少なくとも形式上は）それを望んだにもかかわらず、その実現が国家によって妨げられる点で、契約自由が侵されている。しかしながら彼らは、無効とされた契約とは別の、自らが守りたいと欲する契約を探しに行くことのできる、いわば自由な状態に戻るに過ぎない。これに対して締約強制は、自らの望まない契約の締結とその履行という唯一の行動を、国家により強制される、という帰結をもたらす。このように考えると、取締法規論と締約強制論を①㉞契約締結の自由への制限として並置し、両者には程度の差があるなどと説明することはできない。両者の間には質的な、契約制度の理解そのものにかかわる断絶がある。

このように考えると、契約自由について思想的アプローチをとる論者は、たとえその目的に共感したとしても、締約強制の議論様式を——とくにそれが契約の名の下に行われることを——受け入れ難いであろう。

（3）契約自由「からの」正当化

ここで、契約自由への思想的アプローチという方法を批判したり、別のアプローチ（の優位性）を提示したりすることももちろん重要であるが、それのみでは、異なる価値観に立脚する見解の対話の可能性を十分に引き出せない。そのため、ここでは思想的アプローチそれ自体に、締約強制を基礎づけ得る論理が内在していないかを検討したい。出発点は、下記のように、締約強制を捉える視点を少し変えることである。

上述のとおり、従前、締約強制は、①契約自由の消極的側面との関係では、^⑦契約締結の自由との関連において語られることがほとんどであった。しかしながら、あるサービス提供者が、全事業期間においてただ1人の相手方としか契約を締結しないということはごくごく稀であろう。言い換えれば、当該サービス提供者と過去に契約を締結した者が存在するということであり、このことは、サービス事業者から、現在契約の締結を拒否されている者と、過去に契約を締結できた者との間の、取扱いの差異——そこにおける許されない区別＝「差別」の存否——が検討可能であることを意味する。ここでももちろん、サービス提供者としては、自らが誰と契約をするか／しないかは自らの自由である、と①④相手方選択の自由を持ちだすことができる。しかしながら、この相手方選択の自由は無制限に許されるわけではなく、差別的な取扱いは禁じられるという理解が多数であり⁶⁷、特に大村敦志は、「公衆＝公開（性）」を帯びていると評価される行為が増加している今日、「平等取扱いこそが原則であり、相手方選択の自由は限られた例外的な局面においてのみ働くと考えるべきかもしれない」⁶⁸と述べる。

従前、上記のような差別的な取扱いに対する救済として念頭に置かれるのは不法行為責任であった⁶⁹。しかしながら、この点について、差別的取扱いによる「契約拒否を人格権侵害として捉えることになれば、精神的損害の賠償だけでなく、差止も視野に入ってくる。そうすると、契約拒否を差し止め

⁶⁷ このことは、改正債権法において相手方選択の自由に関する明文規定が置かれなかった理由の一つとしても言及されている。中田・前掲注（54）28頁参照。

⁶⁸ 大村敦志『不法行為判例に学ぶ：社会と法の接点』（有斐閣、2011年）205頁。大村の議論は、「平等取扱い原則」の「公序」としての「措定」にまで進む（大村敦志『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）495頁）。

⁶⁹ 中田・前掲注（54）27-28頁。大村の所説もそのように捉えられる。

⁷⁰ 桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い（一）」民商法雑誌147巻1号（2012年）12-13頁。ただし、契約締結の拒否を差し止めることは「何もない」状態に戻ることを意味するに過ぎず、そこから契約の締結に至るまではなお距離があるのではないかと、との疑問がある。

る結果として、契約が締結されることにもなりそうである』⁷⁰との指摘もある。さらにはより直截に、不当な差別の禁止を「契約法の枠組み」で捉え、「契約実現型の救済」を検討することの重要性を説く見解⁷¹もある。このように、①①相手方選択の自由を制限するものとして広くコンセンサスを集めている差別的取扱いの禁止ないし平等取扱原則は、①⑦契約締結の自由を「広い範囲で制限する力を秘めて」いる⁷²。このように見れば、締約強制を差別的取扱いへの救済として位置付ける可能性が開かれる。

ただしもちろん、上記のように言えたとしても、差別的取扱いへの救済としての締約強制を、契約の名において正当化することの基礎付けの問題は残る。この点については、次のような思考実験が意味を持つかもしれない。

まず、①自らが望んだ行動をとることのできない（許されない）人々だけの世界を想定する。そこでは、「契約を守らなければならないのは、自らがそう望んだからだ」との説明は成り立たない。誰もが、契約自体を結ぶことができず、結んだとしても守ることができないからである。この世界を反転させて、②自らが望んだ行動をとることのできる人々だけの世界を想定した場合、先の説明が成り立つ。では、そこから少しだけ戻って、多くが②であるが、一定数①がいる世界を想定する。この場合、先の説明が成り立たない局面が一定数出てくるため、先の説明は一般論たりえない。そうすると、「契約を守らなければならないのは、自らがそう望んだからだ」という説明は、全ての人が等しく②であることを前提としており、①の創出を意味する差別の不存在が原理的に要請される。

上記のように説明してもなお、契約の基礎付けと差別禁止の関係が十分に明らかにならないものの、本稿の検討はここで終わらざるを得ない。

⁷¹ 茂木明奈「住居の賃貸借契約における平等処遇の意義と課題（上）」法律時報90巻4号（2018年）77頁。

⁷² 桑岡・前掲注（70）13頁。

おわりに

本稿では、代替可能性や選択権という概念に依拠しつつ、社会保障法領域を念頭において、応諾義務違反の契約法的効力について論じてきた。本稿の主張は、当事者が憲法13条を淵源とする選択権に基づいて選んだサービスは常に唯一であり、代替不可能なのであるから、(正当な理由の不存在を前提として) 応諾義務違反の場合には常に契約法上の効果が発生する、というものであった。

しかしながら、本稿の上記のような議論に対しては、そもそも立法論で解決すべきという評価⁷³もあり得よう。また、「応諾義務の実効力を実質的に決定するのは、……どのような正当事由をどの程度認めるか」⁷⁴という点である。本稿では、「正当な理由」の中身や広狭の問題と、応諾義務違反の効果の問題を区別したうえ、後者についてのみ論じたため、上記の批判に応答できない。また、締約強制の法律構成も十分に検討しえていない。

より根本的な問題として、一見して明らかなおと、本稿の試みた締約強制に関する私法上の基礎づけは不十分で、あり得る1つの可能性の素描に過ぎない。このような大がかりな作業に挑むよりは、むしろ従前の締約強制論にかかる個別のしくみを過不足なく包含しうる最小限の枠組み(支援法において行政解釈が示す「公的契約」のような)を設け、それを契約一般とは分離する形で論じるほうが戦略的かもしれない。それにもかかわらず、本稿が専門外の契約法理論全体を視野において議論をする理由は、次のような問題認識にある。

人口集中による限界集落化や高齢化、自動車免許の返納といった要因で、

⁷³ 岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点」同編・前掲注(1)41頁参照。

⁷⁴ 小西・前掲注(16)5頁。

買い物弱者⁷⁵と呼ばれる存在が増加している。例えば、経済的には窮乏しているとは限らない市民が、自動車免許の返納で自由に移動できず、生活用品の購入を集落で唯一の商店（ないし生協、インターネット通販）といった事業者に依存しているとする。その市民が事業者から、差別的に商品の購入を拒絶された場合、法は何ができるか。市場の自浄作用や行政措置による将来の改善を待ち、現時点で苦しむ市民の救済は断念するのか。そうでなければ、（現状ですら財源確保に窮迫している）社会保障（類似）の枠組みで、行政が他の事業者からの商品確保や流通といった追加的なコストをかけて対処するのか。この場合、事業者の不当な行為によって生じたコストを社会全体が負担すること、さらには市民が一般市場と切り離され、行政の選択した商品にしかアクセスできないことを正当化できるのか。このような局面における事業者への締約強制を国家による契約自由の侵害として排斥しつつ、他方で市民が国家に依存せざるを得ない救済しか準備できない状況は、果たして平仄があっていると言えるのか。従前「契約を締結しない自由」として尊重されてきたものが、むしろ他方の自由への浸食を前提としてきたとは言えないか。

上記の買い物弱者問題は一例に過ぎない。人口構造の変化やグローバル化、情報技術の革命的な進歩による社会状況の激変が、法学に問うものはこれまで以上に大きい。これまであまり光の当たらなかった論点や自明視されてきた価値を、たとえ拙くとも洗い直し、社会の必要に応答しようとする試みは、無駄ではないはずである。

（2018年5月 脱稿）

⁷⁵ 民間シンクタンクである九州経済調査協会が公表した『スマホ時代の新しい消費と流通 2018年版 九州経済白書』（同協会、2018年）によると、「買物弱者やフードデザート（生鮮食品の入手が困難な地域）の問題」について九州地域の150の市町村から回答を得たところ、「問題が生じている地区・集落はない」と答えたのは10.7%に過ぎない（同書46-47頁）。

【付記】

本稿は、科学研究費助成事業・若手研究（B）〔研究課題／領域番号：16K17006〕、および福岡大学研究推進部推奨研究プロジェクト〔課題番号：167101〕による研究成果の一部である。