The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	契約自由の原則と新エネルギー法制をめぐる小論
Author(s)	棟居, 快行
Citation	阪大法学. 2008, 58(3,4), p. 87-101
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55327
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

契約自由の原則と新エネルギー法制をめぐる小論

棟居快行

一　はじめに

契約自由[1]という概念は、日本国憲法に明文の保障規定を有しているわけではない。しかしながら、憲法二二条一項が保障する「職業選択の自由」（「営業の自由」を意味すると一般に解されている）、ならびに同二九条一項が保障する「財産権」（通説はこれを「私有財産制度の制度的保障」を含む観念と理解している）を併せ読み、さらに日本国憲法が個人の自己決定と自己責任を内包する個人主義という基本的なスタンスを同一三条の「幸福追求権」に込めていることをも想起すれば、全体として日本国憲法が個人の自己責任を伴う自由な経済活動を保障していることは明らかであり、その一環として、「契約当事者は自由な意思によって契約関係を決定しうるのであり、国家がそれに干渉することは原則として許されない」という意義を有する「契約自由の原則」を、日本国憲法の前記諸条文から読み取ることができる。さらにより広く、「個人や任意団体相互の契約締結やそれに至る交渉等は、公序良俗に反しない範囲で基本的に当事者の自由であり国家の干渉は許されない」という意味の「私的自治原則[2]」もまた、単に私法の一般原則というにとどまらず、日本国憲法の当該諸条文に含まれるものと解することができる。

このように、「契約自由の原則」あるいは「私的自治原則」は憲法上の主要な原則の一つというべきなのである

が[3]、これまで憲法学的には意外にも深い検討を欠いてきた[4]。ところが他方で、いうまでもなく国家による国民経済活動への介入は、いわゆる福祉国家という題目がその正当性を減じ「規制緩和」が時代のキーワードに躍り出た九〇年代以降にあっても、なお様々な形態で行われている。〇二年六月に公布された「電気事業者による新エネルギー等の利用に関する特別措置法」（以下「ＲＰＳ法」と略称する）のように方向性としては「電力自由化」を目標としながら、その達成手段としてはむしろ私企業である電力会社の契約自由を縛る内容を含むといった、ねじれた国家介入も新たに出現しているところである。「地球環境保護」や「京都議定書目標達成」などの総論に異論のあるはずもないが、そのための手段としてＲＰＳ法が選択した手法は、たまたま特許事業であることに着目して一般電気事業者に過大な負担を負わせるものとなっていはしないか。このような規制は私企業たる電力会社の契約自由を侵害し違憲となることはないか。本稿はＲＰＳ法の有する憲法上の問題点につき、契約自由の観点からおおまかな問題提起をすることとしたい。

二　ＲＰＳ法五条の問題点（その１）――一般電気事業者の営業の自由との関連で

（１）一般電気事業者の位置づけ

ＲＰＳ法（以下「法」と略記することがある）五条は、一般電気事業者に基準利用量以上の風力、太陽光、地熱、水力、バイオマス等による「新エネルギー等電気」（以下「新エネ」と略記する）の利用義務を課している。もとより新エネをどういう方法で調達するかは基本的に一般電気事業者の判断にゆだねられており、法六条も五条の義務の達成方法として、ａ自ら新エネを発電、ｂ電気の購入、ｃ「電気相当量」の購入、の三つの方法を認めている。ａの選択肢がある限りでは、風力発電事業者などからの買い取りの強制ではない。しかしながら、現行法制にはべ

ンチャー的な太陽光発電事業者などから強い不満が寄せられているようでもあり、将来「買い取り強制」が実現しないともかぎらないであろう（実際に田中康夫知事時代の長野県のように、条例でそれを実現しようとする試みも存在した）。

こうした新エネ発電事業者らからの買い取りを法律で強制するとすれば、それは契約自由の侵害として違憲というべきではないか？　またそもそも、公益事業者としての一般電気事業者の「公益性」は、後述のようにもっぱら一般的・安定的供給義務の一点に尽きるのであり、逆に安定的な供給にとっていかなる発電ないし買電が望ましいかは、基本的には一般電気事業者が判断すべき事柄であろう。もとよりこの点にも国の監督権限は及ぼうが、当該権限はあくまで安定的供給の実現のために行使されるべきであり、安定的供給を犠牲にしてまで他の環境保護などの目的をそこに混入させることを目指す国の監督権限の行使は、電気事業の基本法たる電気事業法の枠組みからおよそ逸脱している。

換言すれば、いうまでもなく電気事業は公益事業の代表例の一つであるが、その公益性は生活上の必須のインフラである電気の供給を確保するという供給面での公益性に尽きるはずであり（参照、電気事業法一条、一八条一項）、特許事業（参照、電気事業法五条）として国の強度の監督下（電気事業法一五条、一六条）に置かれるのもひとえに供給上の公益性のゆえである。すなわち、電気という生活インフラが供給面での公益性がきわめて高い一方で、国自身による電気事業の運営は必ずしも事業の性質になじまず、事業体そのものとしては特許を受けた民間企業によるものとし、国は供給面での安定性と適正価格の面を中心とする規制にとどめるのが、結局のところ安定供給という公益の実現に最適の施策である。このような観点から、本来的には生存配慮行政として国家独占に服すべき事業を、民間企業に参入させるとともに特許的規制を敷いているというのが、電気事業法の建前であると考え

られる。

すなわち、一般電気事業者はいかに強力で特殊な高権的規制に服するものだとしても、それは消費者との関係での一般的・安定的供給義務という局面においてにすぎず、それ以外の、たとえば電気の発電や他企業からの調達の局面では、通常の私企業同様に営業の自由を有するというべきである。ある局面、ある機能における特殊性をもって、あらゆる局面、あらゆる機能においてまで特殊視すべきものではない。このことは、いわゆる電力自由化以降、より一層強くあてはまる。

（2）ＲＰＳ法五条の仕掛けと契約自由の原則

ところが、ＲＰＳ法五条が定める新エネの利用義務は、一般電気事業者に対して事業許可の附款などといった手法を通じて、私経済企業たる一般電気事業者に対して、その利用者との供給契約に際して確保すべき公益性（一般的・安定的供給義務）を超えた、それゆえに不必要過大な規制を課すものとならないかが懸念される。

契約自由の原則は、もとより公益事業においては大幅な制約を受けるが、それは当該公益性（一般的・安定的供給義務）を確保するために、必要かつ合理的な範囲にとどまる制約であるべきである。したがって、一般電気事業者が利用者との間で有する契約自由には、供給拒否や料金改定は含まれないが、いかなる発電方法をとるかは、なお一般電気事業者の営業の自由・契約自由に含まれているのではないかと考えられる。

このように考えると、「新エネルギー等電気」（法二条三項）の供給義務を電力会社の一般的供給義務の内容に加えるのは、本来筋違いというべきであり、一般電気事業者の一般的供給義務の一部をなすものとしては正当化できないといえよう。

もとより、新エネ促進は重要な国策であり、一般電気事業者が火力発電を通じて供給している電力が、新エネに部分的にでも取って代わられるという方向性は、発電事業全体がもたらすCO_2の排出量を削減し、地球環境保護に寄与しうるものであることはいうまでもない。しかしながら、このような目的の正当性と、その実現手段の相当性とは、厳密に区別されるべき事柄である。目的がいかに重要であるからといって、そのために法が選択する手段が単に実効性の観点だけから正当化されることは許されない（「目的は手段を正当化せず」）。

このような考え方は、最高裁も法令につき違憲判決を下す際にしばしば前提としている思考方法といえる（小売商業調整特別措置法事件最高裁大法廷判決昭和四七年一一月二二日刑集二六巻九号五八六頁、薬事法距離制限規定事件最高裁大法廷判決昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁、森林法共有分割制限規定事件最高裁大法廷判決昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁など）。

（3）営業規制立法についてのいわゆる「規制二分論」

この点に関連して、営業の自由に対する合憲的規制として、判例上次の二つの規制類型が挙げられていることに触れておく。第一は消極規制であり、第二は積極規制である。前者は、官庁ないし新聞用語でいう「社会的規制」に相当し、後者は「経済的規制」に相当する。

消極規制とは、消費者・国民の生命・健康を保護するという立法目的のための営業規制であり、もともと自由権一般に内在する「他者加害禁止」という限界を立法化したものである。他人の生命・健康のための規制であるから、その実現手段の選択にあたっては広範な立法裁量が許されそうであるが、判例（前掲薬事法判決）はそのようには解しておらず、むしろ当該目的の達成のための必要最小限の手段のみが合憲であるとする（必要最小限度の基準）。

このような厳格な裁量統制基準は、自由な経済活動は安全確保のためといえども過剰な規制に服するいわれはない、という経済的自由主義の考え方を反映するものである。さきの薬事法の最高裁判決は、こうした厳格基準を適用した結果、目的達成の手段として同法が用いていた開設許可の距離制限という手法は、目的達成手段として必要最小限を超えておりゆきすぎであるとの理由で違憲との結論に至った。

ＲＰＳ法が目的とする新エネルギーの促進、ひいてはCO_2の排出削減による地球環境保護という到達目標は、生態系の保持を通じて人間の健康的な生存環境を守ろうとするものともいえ、そうであれば、そのための営業規制は消極目的規制という位置づけもなしえないではない。このように考えると、法五条が当該目的の達成手段としてゆきすぎた負担を一営利企業としての一般電気事業者（その営利企業としての側面）に課すものでないかが問題とされうる。

もっとも、規制二分論を法五条にあてはめることができるとなれば、その規制類型は素直に考えれば積極規制の方に分類されよう。こちらは、国には国民の生存権・勤労権等に配慮する社会国家的責務があるという位置づけのもとで、国の経済政策・社会政策を推進するための手段として、広く経済活動の規制が許されるとし、従って立法者は規制手段の選択にあたり広範な立法裁量を有していることを認める（参照、前出小売商業調整特別措置法事件最高裁大法廷判決）。

ＲＰＳ法の目的は、市場原理の下での弱者を保護するといった本来の積極規制の想定する目的とは必ずしも合致しないが、しかしながら、地球環境保護を前述のように他人の生命・健康のための規制と同視して消極規制目的とするのも、いささかずれている。地球環境保護は人間の生命・健康といった人体の安全には必ずしも収斂しない、より抽象的かつ高次元の価値ともいいうるからである。その意味では、ＲＰＳ法の目的をむしろ積極規制ととらえ

ることが妥当といえよう。自由競争では当然には実現されない（むしろもっとも損なわれやすい）価値としての地球環境の保護を、自由競争に国家的介入を加えることで人為的に実現するという点において、法五条の手法は典型的な積極規制（廃止された大規模小売店舗法などがその例である）に近いともいい得ないではない。

このように法五条を一般電気事業者（その営利企業としての側面）の営業の自由に対する積極規制の一種と見うるとすれば、国の立法裁量の余地はもともと広大であることになるから、法五条の手法も合憲ということになりそうである。そうだとすれば、法五条の違憲性の可能性を主張することは、土台無理な話ということで一件落着となる。

（4）「規制二分論」の当てはめの困難さと代替基準

しかしながら、法五条を「積極規制」とのみ位置づけることには、やはり困難が残る。第一に、すでにすぐ前にも触れたように、ＲＰＳ法の目的は積極規制の本来の目的であるところの、市場における弱者の保護という範型からは相当に遠い。およそ国の政策であれば何であれ「積極規制」だというほどには、この概念は茫漠としたものではない。本来ならば自由権に共通する消極規制（内在的制約）しか許されないはずのところを、あえて経済的自由競争市場においては国の例外的な介入が弱者保護のためであれば許されるという、二〇世紀に登場した「社会国家原理」が積極規制という規制類型の正当化根拠である。地球環境の保護という公益の実現は、本来は「社会国家」の課題とするところではない。

このように、ＲＰＳ法の立法目的（究極的には地球環境保護）からすれば、法五条の規制が営業規制だととらえても、それを積極規制に分類することは厳密さを欠くこととなろう。むしろ、地球環境保護には人間の生命・健康

を含みそれを超えた価値が備わっていると考えるなら、先の消極規制と今し方言及した積極規制との混合形態の規制目的ととらえるのが、理屈としてはもっともすっきりするであろう。このような、規制二分論の枠に収まりきらない立法目的については、実は最高裁はすでに一定の法理を編み出している。それは、財産権規制についての事案であるが、いわゆる森林法違憲判決（前出）においてであった。

森林法旧一八六条は、共有持分権者は任意に分割請求をなしうるという民法二五六条一項の規定に対して、過半数の持分権者のみが同請求をなしうるとする特則を定めていた。この規定の合憲性が争われた訴訟で最高裁右判決は、森林法の右規定の立法目的は森林の細分化を防止し森林経営の安定をはかることであるとし、このような立法目的は「公共の福祉」（憲法二九条二項）に合致しないことが明らかとはいえないとして、これを是認した。ところが、当該立法目的を達成する手段として森林法が採用した、共有分割請求権の制限規定については、「立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らか」であるとして、この点で右条項は違憲であるとしたのである。機械的な消極―積極二分論によることなく、立法目的と目的達成手段（すなわち規制）との関連性につき、立法事実に即した検討を緻密に行ったものと評価しうる手法である。

本法五条もまた同様に、機械的に規制二分論を当てはめることなく、消極規制―積極規制の混合形態ととらえて、森林法判決同様に「必要性と合理性」を具体的に精査すべきであろう。すると、次のようにいいうるのではないか。すなわち、法五条で定められた新エネの「利用義務」は、なるほど新エネの普及というＲＰＳ法の立法目的を達成するひとつの有力な手段たりうる。しかしながら、だからといって、他の手段を顧みることもなくただ単にたまたま電気事業法の下で強力な高権的規制に服する一般電気事業者に対して、新エネ利用促進というＲＰＳ法の立法目的の達成手段を一方的に課すことが許容される、ということにはならない。新エネの普及にとり、まずもってとら

れるべき手段は、国自身による新エネ事業への補助金支出や新規参入にあたって障害となりうる法制の見直しであり、こうした目的に即応した手段が不十分ななかで、既存の一般電気事業者に新エネ推進のコストを転嫁するかのような法五条の手法は、その「必要性と合理性」の点で違憲の疑いを拭いきれないように思われる。

（5）電気事業法を背景とした附款論の問題点

あるいは法五条の背景には、電気事業が本来的には（本稿も前述したように）国民の生存配慮のための国家独占事業であり、したがって一般電気事業者にはもともと発電・売電の点で「営業の自由」という自然的自由の基礎づけはないのだ、という発想が横たわっているかもしれない。しかしながら、〈国家独占〉という観念を発電と売電の段階で承認しうるとしても、それはもっぱら一般的・安定的供給義務の実現という観点と結びついたかぎりにおいてであろう。すなわち、国は、自ら独占的に発電事業を行い独占的に国民に電気を供給することも本来的には許される。しかしながら、それは国民に一般的・安定的に電気を供給するという目的にとって合理的な範囲においてのみの独占権限を国家にもたらすにすぎない。それゆえまた、国の一般電気事業者に対する強い規制権限も、国民に一般電気事業者を通じて安定的に電気を供給するという観点から合理的に説明しうる範囲に限定してのみ認められるというべきである（他の目的のため、あるいは当該目的のためであってもそのための合理的な範囲を超える規制権限の行使は裁量権の逸脱濫用となる）。

法五条は、このような電気の国家独占が由来する根拠――すなわち国民に対する一般的・安定的供給義務――からすれば、むしろマイナスに作用する。新エネの買い取りが、同条と電気事業法上の許可制度の附款の組み合わせや、同じことであるが監督官庁からの強い行政指導により、一般電気事業者に対して強制されるとすれば、それは

これら事業者が負わされた電気の安定供給という義務にとっては、電力の調達方法に余分かつ無関係な条件を加えるものに他ならない。電力の安定供給という一般電気事業者の第一次的な義務の実現（すなわち電気事業法全体の立法目的）にとっては、新エネの調達の強制は、まさに「二律背反」であり、目的の実現を阻害し困難にする施策というべきであろう。一般電気事業者が、自ら未成熟の発電技術に電気の調達源を求め、ましてや経営基盤も脆弱なベンチャー企業による風力発電等から電気を調達することは、その供給義務の実現にたえず潜在的なプレッシャーを加えることになる。電気事業者としては、こうしたリスクをも織り込んで、これまで以上にゆとりある発電能力を既存の発電技術によって備えておかなければならないこととなるのである。

このように、ＲＰＳ法五条は、電気事業法の規制に便乗して一般電気事業者の協力を手段として用いながら、ＲＰＳ法の大前提であるところの、電気事業法自体の立法目的を阻害しかねない手段を選択しているものといわざるをえない。法五条はＲＰＳ法の新エネ促進という立法目的にはもちろんすぐれてマッチしているが（そのかぎりでは、ＲＰＳ法の内部だけを見れば、立法目的と目的達成手段との間には齟齬はない）、その反面として電気事業法の立法目的という、電気事業にとってはより本質的な法目的にはマイナスの影響を及ぼしかねず、法体系全体のなかでみた場合に、ＲＰＳ法が選択すべきでなかった手段を選択したものである疑いが残るのである。

三　ＲＰＳ法五条の問題点（その２）——消費者の権利との関連で

（１）消費者の営業の自由（契約自由）

次いで、利用者（ユーザー）の利益を中心にＲＰＳ法五条の問題を検討する。一般ユーザーが相対の一般電気事業者との電気購入契約に際して、当該電気の発電方法（生産・調達方法）に一定の制約を課すこと（その分のコス

ト転嫁を飲まされること）は、私企業ないし個人の営業の自由に対する規制として違憲とならないか？

法五条により、電気事業者の発電ないし電力調達方法に一定の制約を課すことの反射的効果として、独占企業たる電力会社による料金への当該コストの上乗せは当然に生じる。従って、電気事業者側の営業の自由については、もともと国家独占という性格から前述のように国民の生存配慮のための手段としての規制は受忍せざるをえないものであるとしても、消費者の自由な契約締結を妨げ、同時に電気事業者に電気の国家独占目的とは無関係な負担を課す法五条の手法は、契約自由の原則に負荷を及ぼすという点で営業規制そのものであるということができるように思われるのである。

このように考えると、消費者の営業の自由という観点からも、他に同じ立法目的を達成しうる「より制約的でない選択しうる方法」がなかったのかどうか、という観点から、法五条を精査する必要が生じることとなる。もっとも、消費者の営業の自由（契約自由）は、供給側である一般電気事業者の営業の自由（契約自由）を担保することにより、反射的・自動的に保障されるから、独立に考察するまでもなく、前述の一般電気事業者についての記述につきることになる。ただし、一般電気事業者については、国家独占論との絡みで、その営業の自由（契約自由）を本来的に否定しようとする誘因も働くことから、そうした思考パターンをとってもなお残る消費者サイドの営業の自由（契約自由）の論点を指摘しておくことは、それなりに有意味である。ここでは、このことを確認するにとどめる。

（2）消費者の負担の逆進性の問題

消費者サイドから法五条を見た場合に気づかされる新たな論点は、次のようなものである。すなわち、法五条の

仕組みを要するに、新エネ推進（地球環境保護）のコストを電気料金として利用者から徴収する仕組みだと考えると、一種の「逆進税」（もとより比喩であり厳密な意味で「税」という用語を用いているわけではない）ではないのかという問題が出てくるように思われるのである。すなわち、本来であれば国が累進税により確保した財源から補助金を支出することで推進すべき新エネルギーの普及を、税のような公平な賦課の仕組みを持っていない電力料金によって行うことの、憲法理念（弱者保護）との整合性の問題である。

もっとも、前述の「積極規制」もその本来の姿は「社会国家」の観点から、経済的弱者を過酷な自由競争から守るための経済介入であった。その結果、大手スーパーは自由な立地が制約され、自由競争では生き残れないはずの零細商店街が生き残ることになった（近時のシャッター商店街という現象は、こうした人為的な介入のツケともいえる）。こうした弱者救済施策は、憲法上の素直な実現方法としては、憲法二五条の生存権保障による生活保護行政などの手法である。もちろん甚大な財源を必要とする話であるが、基本的にそのリソースは税であるから、そこでは累進性という実質的公平の原理が確保されている。すなわち、生活保護等のダイレクトな社会国家的施策による弱者保護は、その負担の公平な配分という副次的なメリットをも帯有しているのである。

これに対して、旧大店法などの大手スーパーの規制による零細商店街の人為的な延命施策は、結局のところ割高の流通コストを一般消費者に押しつけることに終わる。そして、消費者間での所得の高低にはかかわらずに一律にこの「つけ回し」は発生する。むしろ、駅前商店街の割高の生鮮食料品店が生き残り、大手スーパーが郊外に活路を見いだす結果として、郊外のスーパーにマイカーで買い物に行けない老人や近隣の低所得者層が割高の食料品などを購入せざるをえないことになる。すなわち、積極規制は、弱者保護を財源を必要とせずにスマートに実現する妙案ではあるが、他方では、弱者保護のコストを別の弱者に過大に負わせるという難点を有しているともいいうる

のである。

電気料金についても同じことが起きる点に注目すべきである。すなわち、一般消費者に割高の新エネのコストを転嫁するということは、必ずしも負担の公平化のメカニズムを内包していない電気料金の負担を通じて、むしろ「負うべき者」よりも「負うべきでない者」が新エネ開発の負担をより多く負うという逆説を生みかねないのである。「社会国家」（新聞用語でいう「福祉国家」に近い）は、なにも右肩上がりの時代の「パイ」を分け合う場面だけの原理原則ではない。「地球環境保護」といった全体で負うべきコストの配分の原理としても、「社会国家」の原理が教える実質的公平の観点は重要である。環境コストは消費者に配分される際にも、経済的強者に累進的に負担させるべきであるが、このようなコストの正義公平にかなった配分は税の仕組みに乗るのがもっとも妥当かつ現実的であろう。このような環境コストの負担を、他のエネルギーとの競争にもさらされ、大口割引など経済的強者に有利な仕組みさえ取られているところの電気事業者と消費者との間の料金体系によるのは、およそ適切とはいいがたいのである。

環境保護という要請と社会国家原理とは、矛盾するものではない。両者はその存在する次元を異にするからである。環境保護という目的を国家の施策として追求する場合に、そのためのコスト（手段としての規制等）の配分をどのように行うかについて社会国家原理が作用し、弱者に最もしわ寄せがいかない形での当該目的達成の手段の有り様が要請される（逆に、社会国家という目的を実現するためであっても、環境コストを最小限にとどめる手段が要請されることはいうまでもない）。電気料金による環境コストの負担は、社会国家原理に基づくコストの分配を伴わないがゆえに、税による負担と比べて劣るのである。

（1）契約自由の原則は、私的自治原則に含まれる。私的自治原則は、営業の自由（憲法二二条一項）のみならず、個人の

尊厳（同一三条）にも基礎を置くと考えられる。ドイツでは契約自由は、基本法二条一項（人格の自由な発展の権利・一般的行為自由＝日本国憲法一三条に相当）に含まれると説明されている。すなわち、個人の人格的自律や自由主義社会の試金石としての性格を持っている。参照、ピエロート＝シュリンク（永田・松本・倉田訳）『現代ドイツ基本権』（二〇〇一年、法律文化社）七六頁。

（2）私的自治について、基本権の立法による内容形成という観点から、ドイツ憲法学・憲法裁判所判例を参考に近時詳細な分析を行った小山剛氏の『基本権の内容形成――立法による憲法価値の実現』（二〇〇四年、尚学社）は、A 私的自治は個人の自己決定権として基本法二条一項で保障されている、B 私的自治は必然的に制限を受け、立法による内容形成を必要とする、C しかしながら立法者の内容形成は憲法の客観的規準に適合していなければならない、などの命題を述べたドイツ連邦憲法裁判所連帯保証決定を紹介している（一四八頁～一五五頁）。

（3）私的自治・契約自由をどのように解するとしても、そこには制度的保障としての核心部分として、「契約強制は私的自治原則・契約自由の原則に反し、違憲である」という点が残る。京都大学教授（民法学）の山本敬三氏の体系書『民法講義Ⅳ―1契約』（有斐閣、二〇〇五年）も、契約自由には二つの側面があるとし、「契約自由の消極的側面」と「契約自由の積極的側面」を区別する。後者は国家によって契約を強制的に実現してもらう権利だとされるが、前者は「契約締結の自由」「相手方選択の自由」「内容形成の自由」「方式の自由」に区分され、ここで重要な「契約締結の自由」とは、「契約を締結してもしなくてもよいという自由」のことであるとされる（以上、一八頁）。

（4）契約自由の原則が憲法学においてあまり関心を集めてこなかった理由の一つは、それが私法学のテーマであると考えられてきたことにあろう。いま一つの理由としては、私人間の契約関係、あるいは契約外の（契約の前段階も含む）事実行為は、人権の「私人間適用」という別個の難問にかかわってくるためでもあろう。人権の私人間での適用が争われる裁判例のなかには、いまだ契約に至っていない段階で企業や店舗、大家などが契約を拒絶し、それが個人の側の思想や国籍・人種などに基づくとして慰謝料請求訴訟等を提起されているものがいくつかある。契約強制は許されない、という契約自由の核心的な大原則は基本的には裁判例においても維持されていると見ることができる。以下に代表的な裁判例を挙げておく。なお、後掲【裁判例3】のように例外的に被告企業等が敗訴している場合は、契約拒絶そのものでなく、それに至る一連のプロセスで企業側が有形力を行使するなどの落ち度があった場合に限定される。

【裁判例1】　三菱樹脂事件最高裁大法廷判決昭和四八年一二月一二日（民集二七巻一一号一五三六頁）

私人間での人権の対立の「調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、……一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入」して調整すべきである。二九条の財産権保障、二二条の営業の自由を企業側は有するから、「企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」、「思想、信条を理由とする雇入れの拒否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らか」である。

【裁判例2】　千葉カントリー事件東京地裁判決平成一三年五月三一日（判例時報一七七三号三六頁）（控訴審東京高判平成一四年一月二三日判時一七七三号三四頁、上告審最判平成一四年七月一八日判例集未登載でも維持される。）

「私人である社団ないし団体は、結社の自由が保障されており、それにもかかわらず、新たな構成員の加入を拒否する行為を民法九〇条により無効とし、あるいは、民法七〇九条の不法行為に当たるとすることは、国家が、その権力によって私人間の関係に介入し、個別的な救済を行うことになるのであるから、このようなことが許される場合は、結社の自由を制限してまでも相手方の平等の権利を保護しなければならないほどに、相手方の平等の権利に対して重大な侵害がされ、その侵害の態様、程度が憲法の規定の趣旨に照らして社会的に許容し得る限界を超えるといえるような極めて例外的な場合に限られるものと解するのが相当である」。

【裁判例3】　浜松宝石店入店差別事件静岡地裁浜松支部平成一一年一〇月一二日（判例時報一七一八号九二頁）

「被告らのような店舗を構える経営者には、顧客対象を限定したり、入店制限を行うとか、被紹介者に限るとか、完全な会員制にするとかの自由はない」。慰謝料一五〇万円（確定）。

【追記】　本稿は、二〇〇五年度に筆者が参加した日本エネルギー法研究所（理事長・成田頼明氏）・新エネルギー法制研究班（座長・宇賀克也教授）での討論と筆者の報告に基づいている。