



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント1 民法学から見た制度的契約論
Author(s)	池田, 清治
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—《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), 419[104]-408[115]
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33818
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p419-408.pdf



標から光を当てるのとは、お互いに補い合って分析を深めることができるように思います。

そういう意味で、ご著書は大変興味深く拝読させていただきましたし、この両面からの研究によって、今後、理論的な交流がなされ議論が発展することを、私としては大変期待をしているところでございます。

長い報告になってしまいましたけれど、一応以上で私からのプレゼンテーションを終えさせていただきます。どうもありがとうございました。(拍手)

コメント1

民法学から見た制度的契約論

池 田 清 治

1. はじめに

それではコメントさせていただきます。最初に言い訳になってしまうのですが、実は今日の内田先生のレジメを見て、「しまった」と思いました。私のレジメの冒頭部分の「1. はじめに」というところを見ると分かりますように、内田先生は制度的契約論について2つ論文をお書きになっていらっしゃる。第1はジュリストに掲載された「民営化と契約」というご論稿で(内田貴「民営化(privatization)と契約(1)～(6・完)——制度的契約論の試み」(ジュリスト1305号118頁、1306号70頁、1307号132頁、1308号90頁、1309号46頁、1311号142頁)。以下では「第1論文」という)、第2は「制度的契約と関係の契約」というご論稿です(内田貴「制度的契約と関係の契約——企業年金契約を素材として——」(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頁以下所収)。以下では「第2論文」という)。もちろん、2つとも勉強させていただいたのですが、本日の研究会の参考文献としては、第1論文しか挙げられていなかったものですから、こちらを中心にご報告いただけるものと誤解し、レジメにも書きましたように、第2論文にふれるのは最小限にとどめることにしてしまいました(後で伺ったところ、参考文献については報告者が指定したわけではなかった

ようである)。つまり、個別的な事案にはあまり論及しないことにしてしまったわけです。

しかし、制度的契約論は、個別具体的な事案に絡ませなくても、それ自体として検討に値するものですし、後の議論でも、それが全体としてどのような内容を持つものなのか、あるいはその正当化根拠は何なのかということは、当然、議論になるでしょう。ですので、このさい、内容は変えずに、このままコメントをさせていただきます。

なお、私のコメントは2つの部分に分かれます。第1は、レジユメの1頁目の「2. 制度的契約論の正当化根拠」というもので、もう1つは2頁目の「3. 制度的契約と関係の契約との関係」というものです。このうち、特に後者については、本日、ご報告者から懇切なご説明をいただいたところですが、それについても簡単にコメントさせていただき、最後に「4. むすび」とさせていただきます。

2. 制度的契約論の正当化根拠

レジユメでは「2. 制度的契約論の正当化根拠」という表題をつけさせていただきましたが、おそらく最も問題になるのはこの点であろうと思ひ、問題提起させていただきます。

まず第1論文で、内田先生が制度的契約の特徴として挙げているのは、①個別交渉排除原則、②締約強制・平等原則・差別禁止原則、③参加原則、④透明性・アカウンタビリティ、の4つです（1311号142頁）。このうち、契約法学にとって最も注目されるのは——もちろん、すべて注目しなければならないことは重々承知しておりますが——やはり①と②だろうと思います。まずは①と②があって、しかし、それが許されるには③と④が必要である、つまり、③④は①②の代償的措施としての意味があるとお見受けしましたので、①と②に焦点を絞りたいと思います。

では、何故、制度的契約は①②の特徴を有するのでしょうか。そこで第1論文が挙げているのは「サービスの性質」という根拠です（各所に見られるが、たとえば1306号71頁注61、1307号135頁等）。しかし、ここで重要なポイントは「サービスの性質」と言うとき、そこには単にサービスそのものの客観的な性質だけでなく、その供給主体がどのような者

であるのかという、供給主体の有り様も含んでいる点です（1307号134頁）。つまり、「公」と「私」の区分で申しますと、確かに「私」かもしれませんが、その「私」が社会的な役割を担った「私」であるということです。そして、このようなサービスの性質から、最終的には「ある意味での『外部性』」（個人を超えた利害）が想定されるわけです（1307号138頁）。ここに「外部性」という用語が出てくる点には注意しておきたいと思います。

さて、このような議論の流れは、確かに自然なように感じます。なぜなら、もちろん、当事者がまったく社会から遊離していることはあり得ないわけですが、もし遊離しているとすると、契約が①②の性質を帯びることは考えられません。つまり、「他者」、すなわち、「社会」というものを想定しない限り、①とか②の性質は導出できないように思われます（「個別契約ごとに当事者の意思を重視することでは、実質的な意思の尊重にならないのが制度的契約である」（1311号149頁）との表現も見られるが、ここでいう「実質的な意思」とは多義的で、右の理解に反するものではあるまい）。

しかし、ここで疑問が生じます。たとえばAとBとが契約を締結し、それによって第三者であるCが影響を受けることは常にありうることで、そのような事実的な影響となりますと、制度的契約でない契約、つまり、ほかのすべての契約も、多かれ少なかれ、そのような性質を持っているのではないかということです。もしそうだといたしますと、——この点は既に第1論文でも指摘されていることですが——事実として影響があるかどうかではなく、規範的な意味において「他者への配慮」が要求されるかどうかという点に、制度的契約であるか否かの分水嶺が求められることになると思います。現にそのような観点から第1論文を見ますと、それを思わせる記述がちりばめられています。「社会的に容認されない」（1308号96頁）、「正義公平に反すると感じる意識が社会のなかに存在するかどうか」（1309号52頁）、「ある共同体に属する人々の政治的判断」（1311号142頁）、「制度的契約としての性質を付与する政治的意識」（同号147頁）等々です。これらは結局、その社会における意識（あるいは規範意識）、社会全体の意識に還元された説明方法のように思います（「保育サービスに対する国民の意識、言い換えればその社会

において保育サービスが有している性質」(1308号97頁)とも表現されている)。

この説明自体は、ある一面では「正しい」ように思います。しかし、それはトートロジーだから「正しい」のではないのでしょうか。ですので、そのような意識のないところに、制度的契約論を持ち出すことは的はずれになると思います。またここからはレトリックの問題ですが、第1論文には「以上のような特質が生ずる理由は、制度的契約の持つ『外部性』にある」といった記述が見受けられますが(1311号142頁)、しかし、実際にはそうではなくて、「外部性のある」、つまり、「外部性が見出される」契約のことを「制度的契約」と命名しているのではないかと感じるわけです。さらに用語法の問題ですが、確かにそれはサービスの「性質」とも表現できますが、むしろサービスの「社会的意義」とか「社会的意味づけ」とでも言った方がニュアンスが伝わるようにも感じます。もちろん、第1論文、第2論文とも、このような意味をも含めて、「性質」という用語を使っているのではないかと思います。

さて、このあたりまでは——もちろん誤解があるかもしれませんが——何となくわかるのですが、しかし、労働契約のところに行きますと、急に分からなくなるところがございます。そこで、その点を質問させていただきます。労働契約における「外部性」の問題です。

第2論文では、労働契約の「外部性」を次のように説明なさっています。

「労働契約に制度的性質が与えられる理由は、提供される労務の性質によるのではなく、一般市民が人生の多くの時間を費やす生活の場であり生きがいの場を提供するという特質によるものではないかと思われる。それゆえに、他の公的な財やサービスの提供契約と同様に、ある種の公的(外部性のある)性格が付与され、制度的契約に要請される様々な特質が見出せることになるのではないだろうか。」(第2論文27頁)

しかし、ここで指摘されている「外部性」は——提供される労務の性質によるのではなく」という表現からも分かるように——他者への配慮」というよりも、「人生の多くの時間を費やす生活の場であり生きがいの場であ[る]」というところに求められています。すると、内田先生の言う「外部性」とは何か、どのような要素(ないし範囲)まで「外

部性」に入るのか、という疑問が出てきます。もちろん、労働契約の「外部性」についても、「他者への配慮」という形に変換することは可能かもしれませんが、第2論文のこの箇所では、明らかにそれとは異なる説明がなされているものですから、一体「外部性」という言葉にはどのような意味まで込められうるのか、少し戸惑いを覚えるところですので、質問させていただきます。

次に質問と言いますか、第1論文と第2論文を読んでいて感じたことなのですが、「何故、その社会では、そのように意識されているのか」という「社会意識の発生論」、つまり、そのような意識が共有されるに至った経緯に対する研究も重要で、今後、展開されなければならないのではないかと感じました。2つの論文では、この点にまではあまり考察が及んでおらず、「この契約はこうである」という以上の説明はあまり見られなかったように思います。そして、第1論文では、ある法理を説明しようとする見解が「独占と必要性」という要素を挙げているのに対して、「常識的にも直ぐに思いつくもの」といわば「酷評」されているのですが（1307号133頁、特に注106）、もちろん、確かに単純に過ぎるでしょうが、それはこの「発生論」を究明しようとする試みだったようにも感じております。意識を「独占と必要性」といったようなものに直結させるのは確かに短絡的なのですが、方向性と申しますか、課題がそこにあることを示した点は貴重だと思います。

ところで、何故、このように「発生論」にこだわるかと申しますと、「何故、そう考えるのか」という背景次第で、状況が変わった場合の、変化の意味づけも変わってくるのではないかと考えるからです。つまり、周りの状況が変化する、すると、供給主体の社会的役割とか、そのサービスが持っている社会的な意義も変わってきて、それと連動した形で、制度的契約とそうでない契約との領域が変化することもあるのではないかと思います。「発生論」にこだわるのは、そのような変化のダイナミズムを認識するための、共時的ではなく、通時的な視点を獲得するうえで、この「発生論」が重要ではないかと考えるからです。

ただし、このような「発生論」の萌芽は、もちろん第1論文に見受けられますし、しかも、そこでは極めて重要な指摘もなされています。すなわち、制度的契約は「生命の維持や最低限の文化的生活に必須な財」

に関連するもので（1307号138頁）、また多少文脈は異なりますが、公共財を論ずる箇所では「何が公共財であるかは往々にして文化的産物」という指摘が引用されています（1306号73頁）。すると、制度的契約の対象となるものには、（ α ）「生命の維持」という人間の存在の根幹にかかわる普遍性の高いものと、（ β ）「文化的生活」という社会の伝統、すなわち、歴史的偶然に左右されるものとがあるのではないかと思うわけです。すると、この両者を1つにくくって、たとえば「法と経済学」を駆使して一定の説明を与えようとする試みは、もちろん可能だとは思いますが、（ α ）たとえば「生命の維持」にかかわる普遍性の高いものについては、そのような説明もあまり無理を感じず、むしろ説得的な説明が可能かもしれませんが、しかし、（ β ）「文化的生活」となると、国によってそのあり様が変わってきますから、これを普遍性の高い道具で説明しようとする、かなり飛躍した、あるいは取って付けたような説明になってしまうのではないかと思います。そこでは偶発的な歴史に支配された物語的な説明方法に甘んずるよりないでしょう。要するに、その財の性質ごとに適合的な説明の手法は変わってくるように思うわけです。もちろん、以上はいずれも今後の課題でありますけれども、重要な問題ではないかと思っております。

なお、この項目の最後として、両論文に非常に啓発された点について説明させていただきたいと思います。締約強制論との関係です（特に1307号134頁以下）。

今年（2007年）の私法学会では、北大グループが中心となって『競争秩序と民法』というテーマでシンポジウムをさせていただきました。また内田先生にはコメンテーターをお願いしたわけです。そして、このシンポジウムを準備するなかで、締約強制が話題となり、たとえばCDショップがあったとして、そこではある音楽のCDを揃えていない限り、商売にならない、とする。では、この場合、CDの業者はそのCDショップにCDを売らなければならないのか、つまり、締約が強制されるのか、ということが論題とされました。そして、これをめぐっていろいろな議論がなされたわけですが、第1論文をあらためて読んでみて、少なくとも私個人は最も議論しなければならない重要なポイントの1つ見落としていたように感じました。シンポジウムで報告者を務められた他の方々

は分かりませんが、少なくとも私の頭からは抜けておりました。それはCDとか音楽というものを、この社会においてどのようなものとして位置づけるのかという視点でありまして、このような社会的な意味を論じない限り、最終的な答えは出ないように思います。

これとの関係で何かよい例はないかと昨日から考えているのですが、よい例かどうかは分かりませんが、教科書の例を挙げたいと思います。もちろん、教科書については教科書検定がなされており、またそれがよいことなのかどうかをめぐって大いに議論のあるところですが、本日はその問題をおいておきます。

さて、現実の問題としては、出版社も自分のところで発行している教科書をたくさん売りたいわけですから、もしお金を出して買ってくれるというのであれば、喜んでどんどん売るはずです。しかし、仮定の話として、ある出版社がある地域には教科書を売るが、別の地域にはその地域が気に入らないので売らない、ということができるでしょうか。少なくとも直観的には「できる」とはなかなか言いがたいように思います。では、何故そのように思うのでしょうか。それは、教科書、そして、その背景にある「教育」というものに対してある種の社会的意味を見出しているからではないのかと思うわけです。さらにここでは供給主体が誰であるかという問題は重要です。「教科書を必要としている地域には教科書を売るべきだ」と我々が考える場合の供給主体とは、当然、出版社なわけですし、たとえば隣の地域でたまたまその教科書が余っていたとしても、その隣の地域に締約強制が課されることはないと思います。つまり、その財の社会的意義や供給主体の社会的役割、あるいは社会的位置づけを考えない限り、締約強制論は語れないわけで、第1論文からはその点を教えていただいたわけです。

以上が「制度的契約の正当化根拠」に関するコメントです。

3. 制度的契約論と関係的契約論との関係

次に「制度的契約論と関係的契約論との関係」に移ります。この点については、本日詳しいご報告をいただきました。また第1論文でも「関係的契約という概念だけでこれらの契約の特質を把握しきれぬだろう」との指摘がなされています(1311号146頁)。しかし、これは「関係

的契約」理論のとらえ方にもよるのだろうと思います。現に過去においては関係的契約としてとらえられていた契約類型が制度的契約として位置づけられているように見えるところもあります。

何故、このような問題にこだわるかと申しますと、第2論文の関係的契約論に関する行には違和感を覚える箇所もあったからです。そこでは、次のように指摘されています。

「……では、関係的契約と制度的契約の概念はどのような関係にあるのだろうか。

制度的契約においては、当事者の意思を超える『仕組み』が契約内容を規定する。契約上の権利義務の根拠として当事者の意思を越えるものを想定する点では、関係的契約と共通する。しかし、関係的契約の場合は、社会規範はあくまで当事者の意思を補充する役割を演ずる。言い換えれば、当事者は共有された暗黙の規範を前提として自らの意思を表示するのである。これに対して、制度的契約においては、契約するかどうかの選択を除いて、個別の当事者の意思が契約内容を来ている場面はない。」(第2論文23-24頁)

なるほど、これは制度的契約と関係的契約を対比する文脈で述べられたことではありますが、しかし、「当事者の意思を補充する役割」という表現はやはり気になります。これでは、関係的契約理論が補充的契約解釈の枠のなかにあるものと受け取られかねませんし、他方、内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990年)では、次のように指摘されています。

「すなわち、契約関係は動的(ダイナミック)に把握され(その中では合意の成立時点の持つ意味は小さい)、契約関係の進行とともに権利義務が発生するだけでなく変化する。そして、紛争が発生した場合には、それまでの全契約関係の経緯を考慮に入れて、権利義務が判断されるのである。その判断を導く原理は、当事者の意思や信頼、あるいは法律だけではなく、契約の背後にある社会関係・共同体の規範(関係の保存等)にも拠り所が求められる。むしろ、約束も信頼も、そのような規範に裏付けられて初めて拘束力の根拠たりうるのである。」(同書173頁)

「しかし、これらの新しい傾向の中で重視されつつある『社会関係』も、これまでは、しょせん、当事者の意思や実定法のルールといった『模様』の間隙を埋める『地』に過ぎなかった。ある学者の表現を借りるな

ら、『それらは当事者の意思や国家の政策がその上に自由に絵を描けるキャンバスであった。マクニールやマコーリイがなし遂げたことは、契約の背景にある社会を前景に引き出し、そうすることによって、契約の発生・変更・消滅に関する社会的条件を理解することなくしては、当事者の契約上の期待を理解する緒にすらつけないのだということを示した点にあった。さらに、彼らは、それらの条件が、契約の規範やサンクションの補完的法源ではなく、まさに第一次的なそれであることを明らかにしたのである。』」（同書175-176頁）

『契約の再生』のこの部分を読むと、「当事者の意思を補充する役割」という表現とは——「矛盾」とまでは申しませんが——ずいぶん異なる印象を受けますし、第2論文の前掲箇所は表現方法としてどうかという気がしないでもありません。

次に『契約の再生』では、関係的契約理論にとって重要な契約として、労働契約も念頭におかれていたと思うのですが（同書67頁のアンガーの印象的な引用を参照）、第1論文では労働契約は制度的契約としても挙げられており（1311号147頁）、「関係的契約理論の分裂か」とも思わせませんが、しかし、これは的はずれであり、実相は現代の契約法を考察するための基軸の内容が豊富化して、その一部が独立したというものでしょう。つまり、たとえば労働契約の特徴としていくつかのものがあるが、そのなかには関係的契約という面では共通する他の契約が有していない特徴もあり、すると、それらの特徴は関係的契約理論のなかでとらえ切れないものであることになる。であるなら、関係的契約理論の内実を明確化する意味でも、関係的契約理論として語るべき内容・射程を限定し、ほかの特徴についてはほかの形で（つまり、制度的契約という形で）グルーピングしたうえ、それらを1つの独立した基軸として切り出す、という過程ではなかったかと思います。関係的契約理論だけでは若干苦しいなと思いながらも、その枠のなかで語りうるのではないかと考えられていたものが、思索が深まるにつれ、やはり別のものとして認識され、それが新しく制度的契約論という形で昇華したのではないかと思いますし、現にそのような経緯については、第1論文でもふれられています（1311号147頁注225）。

しかし、そうであったとしても、制度的契約論と関係的契約論との間

には、やはり共通性もあるように思います。それは2で検討した正当化根拠の問題で、具体的に申しますなら、正当化根拠が最終的には共同体のある種の規範意識に求められている点で、2つの理論は同質であるということです（その他、裁判規範として一定の効果を導くための概念ではない点でも共通する。1311号147頁）。この点を関係的契約理論では、最終的には「納得の合意性」という言葉で表現されたのではないかと思います。その点で、それでは納得なさらなかった方々がたくさんいて、いろいろな議論を呼んだことも確かです。制度的契約論にもこのような側面があり、レジュメに「『納得の合理性』をめぐる議論の再燃」と書かせていただいたのはそのような趣旨です。そして、この問題は結局、先に述べた規範意識の「発生論」の問題に帰着する（あるいは、そこに突破口がある）のではないかと思う次第です。

4. むすび

最後にむすびに入らせていただきます。

これまでもいくつか疑問に思うこと、あるいはお伺いしたいことを申し上げてまいりましたが、議論の端緒になればと考え、—— おそらくこのようにお答えになるのではないかと—— 1つ質問させていただきます。制度的契約論の理論的性格にかかわる問題です。

制度的契約論は、その基本的性格において、ある現象を説明するための「説明理論」なのでしょうか、それとも規範的な主張を含む「規範理論」なのでしょうか。「これらの現象を整合的に説明できるこの理論に説得力を感じ、それを受け容れたとき、規範理論としての意味も持つようになる」と言われてしまいそうな気がするのですが、一応問題提起させていただきます。

次に制度的契約論の理論的価値にとっては外在的なことですが、学界の状況を説明する意味も込め、制度的契約論の反響についてご紹介しておきたいと思います。現在、学界では契約法の「基礎理論」がよく語られますし、現実の世界では債権法の改正も俎上に上っております。ですので、制度的契約論に対しては、それにどのようなスタンスを採るにせよ、大いなる反響があらねばいけないはずですが、しかし、民法学界では、

遺憾ながら、ほとんど議論がなされていないように思います。もちろん、関係の契約理論以来の論争相手である川角先生は論陣を張っていらっしゃるんですが(川角由和「大阪地裁松下年金訴訟に関する一考察——『制度的契約論』考——」(龍谷法学38巻4号1頁)、同「松下年金契約訴訟大阪高裁判決——民法学の視点から」(労働法律旬報1650号17頁)、それ以外はほとんど見当たらず、『契約の再生』をめぐるあの活発な議論を体感した者としては、寂しい限りです。このような本格的な著作はそうそう出るものではないのですから、しっかりと議論を重ねていなければいけないと思いますし、その意味では残念な状況にあります。

なお、最後に消費者法を少し勉強しております関係上、その点からちょっとだけコメントさせていただきます。第1論文には、次のような行があります。

「他方、この種の契約において、契約締結過程での情報提供を充実させることは、それ自体望ましいことはいうまでもないが、それによって契約内容の適正化を担保することはできない。この点で、一般の消費者契約と制度的契約は異なるのである。」(1311号144頁)

しかし、混ぜっ返すなら、一般の消費者契約においても、契約内容の適正化を担保するには情報提供を充実させるだけでは十分ではありません。交渉力の格差の問題を考えるなら、これは明らかでしょう。しかし、引用させていただいた箇所では、おそらく約款論と企業年金の問題とを対比させて、そのようにおっしゃっただけではないかと思いますので、この点は特に気になりませんでした。むしろ気になったのは、ここからも分かりますように、特定の事件、すなわち、松下企業年金訴訟に刻印づけられた記述が散見されるように思うのですが、そのような個別事案をこの理論の全体のなかでどのように位置づけるかという問題です。

まず制度的契約論自体、③参加原則や④透明性・アカウントビリティという要素を重視しています。そして、松下企業年金訴訟では——私は詳細を存じておりませんので、確かなことは申せませんが——この点について疑義があったのではないかとも思うわけです。そして、もしそれらが十分には満たされていない場合に、法的にどのような効果を割り振るべきかは、制度的契約論から一義的に導かれるものではないでしょうし、その事案固有の、他の要素・状況にもよるのではないかと思

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らさい、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よつ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ますと思います。

(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、民法学はもちろん

⁽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）。