HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	討論．制度的契約論の構想
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)，394[129]-369[154]
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33820
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p394-369.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

〈討論〉

司会（吉田克己・北海道大学教授）　これからは、基本的にいつもの研究会のように、フリーに議論していきますが、最初にお二方のコメントがございましたので、内田先生の方からそれに対する応答がありましたらいただいて、それから議論をしていくことにしたらいかがかと思います。内田先生、いかがでしょうか。

内田　池田先生からのコメントに対して、本来は個別に一つ一つお答えすべきだろうと思うのですが、いま気が付いたものだけ恣意的に選んでお答えいたします。

まず、労働契約の外部性という点について、労働契約に制度的性質が与えられる理由は、労務の性質というよりも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の問題ではないかというところを引用していただきまして、外部性へのご批判をいただいたと思います。おそらく行政法で議論される行政契約、公的な契約の理論と制度的契約論の違いの１つは、労働契約を取り込むかどうかだと思います。

労働契約をレジュメの４象限の図の中でいうと、従来の労働契約が右上にあって、新しい労働契約が左上になっています。労働契約というのは、提供されるサービスの性質上、公的機関によって提供されるものではありえませんので、その意味で、public utility 契約とか介護契約といったものとは違うわけですね。そういう点での異質さがあります。

ところが、従来の労働基準法が想定していた労働契約は、集団的性格が強くて、団体的な扱いがなされてきたわけです。その結果、団体的な処理が要請されるがために生み出されたさまざまな法理があるわけですが、それが実は制度的契約と共通しているのではないかというのが私の発想です。

その意味で、ほかの公的契約、民営化で出てきたような契約とは違いますが、しかし団体性による特殊性を持った契約であるという点で、制度的契約のカテゴリーに入れることができるのではないかと考えたわけです。

しかし、その特殊性は、労務という提供されるサービスの性質で説明

できるものではありません。労働契約が制度的契約とされる理由は別のところにあるのではないか。職場というのは、人々が人生のかなりの部分を過ごし、自分のアイデンティティーまでがその職場での仕事によって規定されていることも多いわけですが、そのような職場での規律について、不公平や不平等があるのはおかしいと感じる。そのような意識があってはじめて制度的契約としての特質が生み出されるのだろうと理解したわけです。

現在法案審議がなされている労働契約法が想定しているのは、もっと個別的な合意で契約内容を決めることができるような関係ですが、それでも、ある程度集団性が前提となる場合には、依然として制度的契約としての性質はあるだろうと考えました。ただ、この図の中の位置には意味がないと言いながら、新しい労働契約を下の線にかなり近いところに書いてあるのは、人々の意識が変わって、ある職場で解雇されたら別のところに移ればいいんだというぐらいに、労働市場の流動性が高まってきますと、制度的契約性がたぶん失われるであろうという見通しを意味しています。そうなると古典的な契約、取引的契約に近づいていくわけです。もちろん労働法上の一定の規律（それは関係的契約として説明できる場合が多いのですが）は残るにしても、契約の性質上、制度的契約と性格づけることができなくなる可能性がある。そうなるかどうか、これは意識の問題で、その意識の根拠が先ほど池田先生に読んでいただいたようなところにあるのではないかと考えたわけです。これが労働契約についてのご指摘に対するコメントです。

もう１つ、関係的契約と当事者の意思の関係について、池田先生のコメントに対してお答えしておきたいと思います。関係的契約も制度的契約も当事者の意思以外のものに着目するという意味では共通しています。しかし、関係的契約の場合には、意思以外のものは意思を補充するものだと考えているけれど、ほかのところでは補充ではなくて、もっと意思以外のものを重視しているではないかというご指摘かと思います。

意思を補充すると言ったのは、これは言語哲学の話で、ヴィトゲンシュタインなどが下敷きになっていますが、契約の交渉をしたり、契約内容を決めたり、契約上の権利義務を合意したりするのは、常に言語的なコミュニケーションによって行われるわけです。特にある特定の業界の中

で行われる契約交渉は、その業界の中で共有されている暗黙の規範ないしルールが背後にあって、それではじめてコミュニケーションが成り立つわけですね。このような理解は哲学的コミュニケーション理論では常識的なことだと思います。

そして、単純な言語的コミュニケーションの場合には、文法とか言葉の意味についての理解が共有されているためにコミュニケーションが可能になるわけですが、例えば繊維業界で特定の繊維についての継続的な契約の締結交渉をする場合には、言葉からしてほかの業界では使わないような特別な用語を使ってコミュニケーションがなされるわけです。しかし、実は、言葉だけではなくて、言葉の周辺にあるにさまざまな業界のしきたりとか、慣行が背後にあって、それを共有してはじめてコミュニケーションが成り立ち、契約交渉や合意というものが存在するのだろう。

そのような意味での社会規範を踏まえてはじめて契約に表現された意思を理解することができる、ということを『契約の再生』の中で述べたわけです。契約でなされた意思表示がどういう意味なのか、あるいはある点について明示的には何も合意していないけれども、当事者は何を意図していたのか、といったことを理解するためには、背景の社会関係を見ないと分からないということを述べたわけです。これが関係的契約の理論です。

これに対して、制度的契約は、個別の当事者の意思とはまったく無関係に外から規範が課されるわけです。たとえば、common callings の理論にありますように、宿屋の看板を掲げたことから当然に一定の義務が課されるわけです。それは、そういう暗黙の合意があったはずだという話ではなくて、提供されるサービスの性質によって規範が外から課されるという意味でかなり異質ではないか。関係的契約の場合は、業界や共同体の慣行から離れた合意も当事者が明示的になすことは可能ですが、制度的契約においてはそのような個別合意は許されないのです。個人の主観的な意思以外のものに着目はしますが、しかしこの点で、制度的契約と関係的契約はまったく違うと考えています。

そのほか、いろいろとご説明すべきことはあり、納得の合理性の問題とか、話しだすと長い問題もありますけど、それはまた後でご議論が出

れば、その中でお答えさせていただきたいと思います。

次に、原田先生のコメントについては、深く理解すれば私に対するご批判もあるのだろうと思いますが、批判に対する応答という形で、今の段階で私から申し上げることはありません。ただ一言、「やっと理解していただけた！」という感謝だけを申し上げたいと思います。どうもありがとうございました。

司会　それでは皆様方から、ご質問なりご議論なり、どうぞ、自由に出していただければと思います。いかがでしょうか。それでは、亘理先生、どうぞ。

亘理格（北海道大学教授）　質問が2点あります。まず、先生の『ジュリスト』のご論文の中で、民間委託契約はご検討の対象から除外されていたと記憶しています。他方、本日のご報告の最後の方では、行政事務事業の民営化や公私協働との関係に言及されました。その中で、従来の行政法の限界というコンテクストで、行政契約論に対し制度的契約論がもち得る独自性ないし有用性に言及されています。逆の言い方をしますと、今日問題となっている民営化や公私協働に対して、行政法で論じてきた行政契約論では十分な対処ができないという意味で、従来の行政法の限界を指摘されているのだと思います。また、制度的契約論の有用性と言う場合には、民間委託契約型の民営化や公私協働に対しても、制度的契約論は有効な理論たり得るという意味合いが含まれているのではないかと推測致します。そこで、第1にお伺いしたいのは、民間委託契約、例えばPFIのような契約手法を、制度的契約と取引的契約及び関係的契約と古典的契約という相互関係の中でどのように位置付けられるのか、という問題です。と申しますのは、提供契約創設型で介護保険のようなものを民間にやらせるという形での民営化の場合、法律ないし立法でそのようなサービス提供契約を創設してきています。それに対して、民間委託契約型の場合は、契約でそのような民間事業者によるサービス提供事業を創設するという側面があるのではないかと思います。しかし、その結果として実際にそこで提供されることとなるサービス提供をめぐる法関係には大きな違いはないのでして、かなり共通性があるのではないかと思います。このように考えますと、提供契約創設型と民間委託契約型とを違ったタイプとして分けることは、確かに可能ではありますが、

民間事業者と受益者との間で実際に成立するサービス提供の法関係については、むしろ共通面が大きいのではないかと考えます。そこであらためて、先生は民間委託型契約をどのように構想されているかをお伺いしたい、という質問が第１点です。

第２点目は、先生が意見書を書かれたという企業福祉年金の件ですが、これはお話を伺った限りでは、年金給付率を削減するという、いわば従業員にとっては契約条項の不利益変更になるのではないかという印象をもっています。私は民法が専門ではありませんので、誤解があるかもしれませんが、そうしますと合意条項の不利益的変更になるわけですが、先生が『ジュリスト』誌上でお書きになった御論文では、確か、契約の締結強制とか、平等原則、差別禁止原則等には言及されていましたが、契約条項の不利益変更の可能性については言及されていなかった、あるいは少なくとも強調されてはいなかったのではないかと記憶しています。そうしますと、先生の制度的契約論では、このような契約条項の不利益変更まで、本来的な射程として予定されているのかどうかについてお伺いしたいと思います。

と申しますのは、私の個人的な関心を申しますと、フランスの行政契約論では、公益上十分な必要性があれば、場合によっては契約条項の変更が、不利益変更となる場合も含めて可能とされる場合があり得ると考えられてきています。その意味で、行政契約に関する限りでは、事情変更の原則の適用をかなり広く認める傾向があるわけです。そのようフランスの行政契約論における契約条項の変更のあり方に従来から関心を持っていたものですから、先生が制度的契約論を提唱されるなかでは、合意条項の不利益的変更まで視野に入れられていると理解してよろしいのかどうか、この点をお伺いしたいと思います。

内田　いずれも大変重要なご指摘でどうもありがとうございました。まず、第１点の民間委託契約型の民営化で使われる、民間委託契約はどういう位置付けになるのかですが、一言でお答えすると、実はまだよく分からないのです。そこまで研究をしたかったのですが、なかなかそのための時間が十分に取れてないということです。民間委託契約のあり方について、私はドイツやフランスの議論はフォローしていないのですが、アメリカの行政法学ではかなり議論がありまして、どういう内容である

べきなのか、またそのあるべき内容はどこから来るのか、何を根拠にそういう制約がかかるのか――アメリカの場合ですと憲法が援用されることが多いのですが――について、ずいぶん議論があります。

ただ、民間委託契約そのものは、法律上のいろいろな制約はあるものの、国とか公共団体と民間の事業者との間で、かなり古典的契約のモデルに近い形で個別的に契約条項を交渉し締結します。もちろん、内容について完全に自由に結べるわけではなく、変な条項が入ってしまうとあとで司法審査で無効にある恐れもある。そういう制約はかかっているわけですが、しかし私が想定しているような典型的な制度的契約とは違います。では、これをどう位置付けるべきかについて、まだ私の答えは出てないのです。

特に日本の場合について、もう少し、実際の民間委託契約の実態を探り情報を集めてから結論を出したいと考えております。その過程では、また先生からいろいろご教授をいただければと思います。

それから第２点の福祉年金契約事件で出てきた契約条項の変更、これは一方当事者による一方的な、しかも相手方にとって不利益な契約条項の変更であって、通常の契約ではあり得ないことです。ところが、就業規則などでは判例上そのための法理が存在しています。これが制度的契約の法理として認められるのかどうかというご質問ですが、私は、これは制度的契約の問題ではないと考えています。むしろ関係的契約としての性質から要請されるものです。ある程度の長期間、関係が継続していく中で、いろいろな条件が変化していく、それに対して、契約を終了させてしまうのではなく、契約内容を修正することによって対応していくという「柔軟性原理」が存在することを関係的契約理論では論じたのですが、この問題です。ただ、制度的契約の場合には、制度的契約としての制約を受けた形でこの柔軟性原理が出てくると考えておりまして、両方の特質が交差することを示すために、縦横の座標軸を引いた図の中に位置付けたのです。

関係的契約で要請される柔軟性原理が、制度的契約の制約を受けた形で出てくるわけですので、個別の契約ごとの処理で柔軟性原理を適用することは認められず、制度的枠組みの中で適用されるという形になるのだと私自身は理解しています。

司会　一言忘れましたけれども、最初に申し上げましたように、今日の議論は録音を採りまして後で起こそうと思っていますので、ご発言の方は、おそれいりますが、所属とお名前ということで、今、亘理先生は私から申し上げましたが、お願いしたいと思います。ほかではいかがでしょうか。どうぞ、ご自由に。藤谷先生、どうぞ。

藤谷武史（北海道大学准教授）　北海道大学の藤谷です。いろいろお伺いしたいことはありますが、まずは一番の鍵と思われる点についてお伺いします。これは池田先生がコメントの中で触れておられたことですが、結局のところ、制度的契約論では、コモン・コーリングスの例が示すように、ある種、当事者の意思によらず「上」からかかってくる何かが想定されているように思えますが、それがどこから出てくるのか、という話がやはり気になるところです。これは私が公法の人間だからそう思うのかもしれません。

考え方としては、例えば、業界の慣習や、ある種の共同体、社会的意義を共有する共同体に自分から依拠して活動しているのならば、その共同体に共有された意義や規範に拘束されるのは仕方がない、という話があると思いますし、あるいは、先生のご論文で指摘されている私的年金契約におけるある種の「参加」の仕組みのように、何らかの「参加」がある場合も、この「参加」が規範の正統性の欠如を補う要素として機能しうるのかなとは思います。となれば、制度的契約論が市場的すなわち財産権者が自律的に形成する法関係ではなく、かといって行政法が強調するように法律による、民主的政治過程による秩序形成でもない、第三の何らかの決定ないし紛争処理メカニズムとして機能するのかどうか、そういった規範ないし秩序形成のモデルを提示しておられるのかどうか、というところが鍵になるように感じております。

だからこそ、原田コメントに対する応答として、「行政法的統御の前提としての法律が存在しないところでも、制度的契約論は作用し得る」ということですけれども、私には、本当にそれで大丈夫なのかなということが分からないのです。具体的に申しますと、先生が今日のご報告で挙げられた松下の例で、果たして、退職者と現役世代はいかなる意味で、ある種の社会的意義を共有する共同体であり、個別の合意がないにもかかわらず、制度内在的な論理として（制度が全体として機能するために）、

なお服さざるを得ない規範が存在する、というロジックが出てくるのか。これは池田先生のコメントにもつながるかもしれませんが、「松下」という企業それ自体のイメージもあるのかもしれませんが、古き良き会社共同体というか、ある種、素朴なイメージをもしかすると想定しておられるのかなと思えてしまうのです。仮にそうだとすると、果たしてそれでよいのかどうか。

ここで終わりますが、原田コメントが提示した民法学のモデルの中で、特にリベラリズム民法学が重視しており、公法学もまた当然の前提とする「個々人の自律」というファクターが、制度的契約論の中ではどう位置づけられるのか。「共同体はどうあれ、自分はこう生きたいのだ」という自由を認めるための、個人と社会・公権力との「距離」をどう保障するのか。裁判所は、最終的には国家法を背景にして強制力を発動する機関という点ではやはり公権力であると思いますので、公権力や社会と個人の間の距離の保障（行政法学ではしばしばDistanzschutzと言いますが）は制度的契約論においてはどう確保されるのか、この点についてどのようにお考えなのかということだけお伺いしたいと思います。

内田　どうもありがとうございました。大変難しい質問ですが、まず共同体の規範の中に制度的契約の規範の根拠を求めるのかと言われれば、それはそうではありません。対比のために、まず関係的契約の話をさせてください。関係的契約理論については、解釈理論であるということを提唱した当初からしつこく言っているのですが、現に日本の下級審裁判例によって形成された規範があり、また、その規範を生み出した判決が存在するわけですね。それを解釈したというのが関係的契約理論なのです。

信義則という一般条項を適用する際に、裁判官が何をやっているかというと、当事者が共有しているはずの法意識の中で、どういうことが期待されていたのかを探ろうとしたのではないか。契約書にはこう書いているけれど、そのような契約を結ぶときに当該業界では実際にはどういうことが常識だったのかということを、裁判官は探っている。その中から見出した規範を信義則という一般条項を使って法の世界に吸い上げて判決をしている、と私は解釈をしたわけですね。そのうえで、「解釈」論としては、実践を説明すると同時に正当化する必要があるわけですの

で、次の段階として、その実践を正当化しうる理論を探りました。裁判官がめざしている解決は、当該紛争の一方当時者は納得しないかもしれないけれども、しかしその当事者を含む業界ないし共同体の中の人たちが、その辺が落としどころだと感じるようなものだろう、それは、紛争解決に携わる人たちが、日常頻繁に使う言葉で言えば「納得」だろうと考え、その正当化を試みたわけです。

これに対して、制度的契約の場合の規範は、共同体の中で共有された規範ではないと思います。じゃあ、どこから出てくるのか。これもやっぱりある種、解釈論ですので、テクストを解釈しているわけですが、その場合のテクストは、典型的な事例としては民営化なのですね。国などが提供していたサービスが民営化されて、民間が契約で提供するとなったときに、国が提供していたときと同じ規律がある程度課されないとおかしい、と考えられている。これは、そうあるべきだと私が主張しているのではなくて、日本でもドイツでもアメリカでもフランスでも、事実としてそう考えられているのです。

では、それはなぜなのだろうか。従来は、もともと国が提供すべき公的なサービスだからだといわれてきたわけです。ところがprivatizationの国際比較や歴史研究をやってみると、ある国では国がやっているけど別の国では初めから民間が提供しているというものがあるわけです。そして、初めから民間が提供する場合も、何らかの法理を使ってやはり同様な規律が課されることを説明しようとしている。そうだとすると、サービスの提供者がもともと国であったかどうかは決定的ではなくて、国が提供しようがしまいが、ある種公的なサービスであるからだという、サービスの性質が根拠になるだろうと考えたのです。

では、サービスの性質を根拠にしてなぜある規範が出てくるのか。そこまで突き詰められると、これがその根拠ですと示せるようなものが予め存在しているわけではないのですね。事実としては確かにそういう制約がかかっている。しかし、国が法律を作ってそのような規制をかけるときに、当該業界ではどういう期待や規範が共有されているかなんて考えないわけです。およそこういうサービスをあまねく多くの人たちに提供する以上は、当然にこうでなければということで規制していくわけです。

規範と言っても、私が挙げたものをご覧いただければお分かりいただけますように、かなり一般的な合意を得やすい規範ですけれど、そういう一般原則も、共同体の中で共有された規範とはまったく別のところからたぶん出てくるのだろう。その出方として、例えば企業年金契約の場合のように、法律上の年金制度の中で組み込まれている仕組みが、ある種モデルとなって使われる場合もある。松下福祉年金訴訟の場合は、私はそういう推論をやったわけですが、そういう場合もあるだろうと思います。

その場合は、昔から歴史的にそうだというのではなく、法律上の年金制度を作るときに立法者たちが合理的に考えて、こういう年金制度を組む以上は、当然こういう制約が必要であると合理的に考えた結果出てきた仕組みです。それが、法律のない、純粋に私的な契約による年金契約の中でもおそらく妥当するだろう。その根拠を、たとえば経済学者は経済学のタームを使って説明しますが、果たしてそれだけが決定的な根拠なのかどうか、私にはまだ分かりません。しかし、以上のような議論は、それなりに法律家の間では説得力があるだろうと私は感じています。それが法律家の直感の面白いところです。直接のお答えにはなっていないのですが、これに答えが出たら大論文になると思いますので、ぜひ、どなたか書いていただければと思います。

藤谷　基本的に先生のお考えには納得いたしました。特に民営化の場合にはよく分かる気がします。民営化のようにもともと公的な規範が存在したもの、コモン・コーリングスのように歴史的に形成されてきたもの、あるいは企業年金契約のように、法律上の制度にそのモデルとなるものがあった場合のように、ある程度客観的な「足場」がある場合に制度的契約論が作用する、という理解でよろしいでしょうか。一人で時間を取ってもいけませんので、他の方にお譲りします。

司会　それではほかの方でいかがでしょうか。別に専門にこだわるわけではないですが、最初の２人の質問者は公法でしたので、民法というか、私法の方から質問があればと思いますけど。どなたか。それでは、根本さん、どうぞ。

根本尚徳（北海道大学講師）　北海道大学の根本と申します。民法を専攻しております。内田先生のお考えになっている契約理論の中で、「制

度的契約」というものがどのように位置付けられているのか、特に、私的自治の原則とどのような関係に立つものと捉えられているのか、という点をお伺い致します。つまり、伝統的に契約の拘束力の根拠として理解されてきた私的自治の原則を個人意思自治の原則、言い換えれば、個人の意思自律を出発点として法的な問題を分析していく考え方と捉えると致しますと、内田先生のお考えにおいて、制度的契約とはそのような私的自治ないし個人意思自治の原則とは関係がないものとされているように、本日のご講演やジュリストに掲載されたご論文などからは理解致しました。仮にそのような理解が正しいと致しまして、私が教えていただきたいことは、どのように関係がないのか、ということです。

要するに、先生がおっしゃるところの「古典的契約」が私的自治の原則によって支えられているものとした場合に、それが契約（理論）の中で原則なり基本形なりであって、制度的契約はそのいわば例外現象と先生は位置付けられるのか、それともそれとはまったく違った理解の仕方、すなわち、古典的契約と制度的契約とはどちらが原則ということでもないし、例外ということでもない、それぞれが独立した契約として位置付けられる。そのような考え方をされるのか。この点につきご教示いただければと存じます。私は、先生のお考えはおそらく後者だろうと理解したのですが、そのような理解でよろしいでしょうか。

内田　どうもありがとうございます。意思自律とか私的自治との関係ということですが、契約と名前が付いている以上、当然、意思自律とか、私的自治と関係しています。無関係なところにあるものではありません。ただ、その意思の反映の仕方が通常の古典的契約は個人主義に立っていて、一つ一つの契約ごとに当事者の意思を反映させるという発想をするわけですね。

ところが制度的契約の場合には、一人一人の個人の意思を反映させるとかえって正義に反する。集団としての意思を反映しないといけない。それを反映させる仕組みをつくる必要があるというのが制度的契約の特色だろうと思います。例えば public utility 契約の例であるガスとか水道とか電気とかの供給契約の場合に、一人一人の利用者、ユーザーの意思を反映させて契約条件を変えるなんていうことは認めるべきではない。

しかし、ユーザー全体、集団としてのユーザーたちの意思を反映させ

て契約条件を交渉し、場合によっては変更させるということは必要なわけですね。その役割を通常は国が担い、法律でそれを規制しています。いわば、その集団の人たちの意思を国会を通じて、立法者の意思として反映させて規律をするわけです。それができない年金契約などの場合には、やっぱり団体としての労働者とか退職者の意思を反映させる仕組みを組まないと、正当性は主張できないだろう。このように、意思自律とか私的自治はもちろんあるのですが、その反映の仕方がかなり違う。その違いは単なる程度問題ではなくて、質的な違いなので、別の概念で把握した方が説明がしやすいだろうということです。

この点について、吉川吉衛先生が約款論でずいぶん論文を書いておられますけど、吉川先生の集団的意思（先生は「客観的意思」と呼ばれます）でもって約款の拘束力を基礎づける考え方は、学界の中であまり理解者が多くないのですが、私は、約款の正当性を基礎付けるかなり鍵の部分の理論ではないかと考えております。

田村善之（北海道大学教授）　北海道大学の田村です。本日はどうもありがとうございました。今の根本さんの質問と、それに対する先生の応答に関係しているのですが、私は先生が外部性という言葉を論文でお使いになったときに、大変親近感を覚えました。ところが、今の応答を聞いていますと、結局、集団的意思に換言なさいます。しかし、通常は外部性と言うともっと大きく考えて、集団としての契約の潜在的な当事者以外のところに及ぶ効果も考えるのですね。

私などは、競争政策や知財政策を考えるときに、こうした潜在的な取引当事者以外の、より一般公衆に与える影響を考えて、この契約は締結させた方がいいのではないかと考えます。例えばCDのレンタル店の話ですと、レコードメーカーと個々のレンタル店だけではなく、またその両者の集団でもなく、その背後にある国民全体、一般公衆全体のことを考えて、レンタル業が栄えてほしいという観点から、契約締結を強制するという考え方を取ります。そのような私の考えと内田先生のお考えは、やはりなお隔たりがあると考えた方がよろしいのでしょうか。

せっかく外部性という言葉を使っているにもかかわらず、中途半端な外部性というか、やはりどこかに区切りがあり、ある一定のところまで限界があって、そこから先は契約法の仕事ではないというところがある

のかもしれません。一言加えると、本日、原田先生が、民法が内田理論で動いたら行政法はどうするんだというお話をなさっていたのですが、行政法学は私が取り扱う意味での外部性まで当然に取り込んでいるように思います。そこに内田先生の外部性というお言葉の限界があるのではないでしょうか。それを確認をしていただければと思います。

内田　どうもありがとうございます。今のCDのレンタル店についての田村説に賛成するかどうかはさておき、外部性のとらえ方について、私はそんな違いがあるとは思わないのですね。ただ、例えば集団的意思と言ったときに、外部性で考慮すべきなのはどの範囲の意思か、線をどこで引くかは論争のある問題だと思います。誰かが一義的に解答を出せる問題ではなくて、論争によって決めるべき問題だと思います。経済学のいう外部性も無限定になりうるのであって、それが経済学の恣意性をあらわしている、という点はかつてアメリカのDuncan Kennedyが論文に書いていたことです。社会契約論でいう契約の外部性などは、何世代も先の人たちを含むわけですね。そういう将来の世代の利益を反映させることができるような、そういう人たちの発言を代弁できるような仕組みを組み込んで社会契約説を組まないと、将来の世代に対する拘束力を正当化できないのではないかというのが、制度的契約理論の持っているインプリケーションです。

現実のいろいろな制度的契約と呼ばれる契約について、どこまでの範囲の意思を反映させる仕組みをつくれば正当性を持ち得るかという問題は、一義的に答えは出なくて、やはり議論によって解決していくしかないだろう。ただ、議論のための枠組みは提供できるのではないかということです。

田村　そうしますと先生の先ほどの応答の中で、集団とおっしゃったときに、最初は潜在的な契約当事者のようなもの、あるいは同種同質の契約をすでに提携している当事者、あるいは潜在的な当事者のことをお考えで、集団と画するお考えかなと、卒然と聞いたときに思いました。しかし、そうではなく、そこからは論争、議論で決めるんですね。どのように議論で決めるのかがよく分からないのですが。

内田　論争で決めるというのは、ある意味では逃げの言葉ですけれど、もしかしたら田村さんと違いが出るかもしれないと思うのは、ガス、電

気の供給契約という場合に、やはりある供給者によって供給されている地域の人たちというのが、１つの限界を画するだろうと私は漠然と考えていました。少なくともその人たちの間での平等性、公平性といったことが当然に規範として課される。しかし、それをもっと広げるべきであると田村さんがもしお考えになるのであれば、つまりまったく別の地域の供給者も含めて、となるとちょっとずれが出てくるかもしれません。ただ、それでも一国という限定付けはされるのではないかと思うのですが。

田村　少しずつですが、分かってきたようです。ただ、今の私ですと、ガスの供給契約でガスが供給されることによって、その地域の人だけではなく、さらにその社会がどうなるかというところまで考えます。ですので、例えば池田先生が本日示唆されたような社会的な認識のようなものを内田先生が取り込んでおられるのでしたら、最終的にはあまり変わらないかもしれません。ただ、今の応答で気が付いたことは、私は政策的な、社会的な厚生のようなことをどうしても考えがちなのですが、先生がお考えの外部性は、むしろ不平等や公平ということが前面に出るようです。その意味では経済学で考慮するときの外部性とやはり違うところがあり、集団や議論、論争で決めていくときも、不平等や公平性を感じる集団のようなものが、１つの結節点になっていくのではないかという気がいたします。勉強させていただきました。

内田　今、最後におっしゃったのはまったくそうだと思います。重要なご指摘をありがとうございます。

得津晶（北海道大学准教授）　北海道の得津と申します。今、田村先生がおっしゃって、内田先生も正面からお認めになったんですが、商法学者からすると、商法学者は法律学者ではないかもしれないですけれども、内田先生の外部性という言葉の使い方が商法の論文等で用いられる使用法と大きく異なるように感じました（発言者注：ただし、民法の分野においては経済学の用語を経済学とは異なった意味で用いることは他にもあるようである。機会主義的行動について私法69号50頁潮見佳男発言参照）。内田先生の外部性という用語は非常に違和感があって、やっぱり平等とかそういったものを、外部性という用語の中に、直接に取り込んでしまうという点です。例えば、先ほどの内田先生のお話の中にも

あったんですけど、ガスの供給契約で、ある人には契約して、ある人には契約をしないということが、不平等に感じるのか、感じないかという問題は、田村先生もおっしゃっていましたけど、ガス供給契約を特定の相手に契約しなかったら、契約してもらえなかった人たちはどうするのか、といった事後的な帰結を考えることで多くの場合、解決できるのではないかと思っています。

ガスという生活の最低限のインフラが供給されない場合、もうひとつ別のガス供給ネットワークを作ることになれば社会的なコストになるということもありますし、そもそもガス供給契約締結義務がないのであればその地域で生活しなくなるということも考えられます。ガスが本当に生活に必要なものであれば、法律に違反してでもガスを手に入れる、隣の家からガスを盗むなどして手に入れることもあるのではないでしょうか。もちろん絶対に法律を守る社会を前提にすれば締約義務を課さなくても、まっとうな社会になるんでしょうけど、ガス供給契約を結んでもらえない人たちはたぶん法律を守らなくなる。

大雑把な議論でしたが、このように、締約義務を課さないことで社会全体として、非効率になる、これが不平等と感じる中味なのではないでしょうか。こういう社会全体の効率を考えた上で外部性ということを使った方が、私はよいのではないかと。不平等に感じるかどうかというのだけでは人によって全然違うわけで、ちょっとそれは無理があるのかなと、私は思ったんです。

この点は感想なんですけど、ちょっと商法の観点からすると、不平等とか何かからいきなり外部性を持ってくるのはちょっと違和感があります。もちろん社会的に効率、非効率であるかどうかは、統計的に有意なところまで求めなければ法が介入できないというのは、それはちょっと行き過ぎかもしれないと思いますけれども、どこかで線を引く必要があるのではないかという気がしたので。

内田　うかがっていて、外部性という言葉の選択はまずかったかなとも思いました。経済学の概念そのものを私は使っているわけではないのです。ただ、いわんとしていることを理解してもらうためには、経済学の externality という言葉が持っている力を借りたかったのは事実で、それで外部性という言葉を使ったのですが、かえってそれを使うことに

よって、厳密に経済学の外部性で議論されてしまうと、それは明らかに違います。

得津　それともう１点あるのは、内田先生の書き方では、外部性があるときに法律の介入が必要であるとなっているんですけれども、商法の学者は絶対にこのようには考えないと思います。なぜならば外部性があっても、市場の失敗があったとしても、国家が規律したら、たいがい、もっとひどい失敗が起こるので国家の介入を正当化できないと考えます。国家が規律することで、放置した場合よりも、より効率的になる場合に初めて国家の規定が正当化されると、商法の人たちはみんなこのように考えていると思うんですね。

これは、この外部性という言葉の中に、平等という考え方を入れていることが原因で、内田先生の理論の運びがそういう考えとは違う方向にいっているような感じが、私にはしました。ですから、外部性という言葉を使うだけで、今まで言ったような意味に、内田先生の見解が曲がって理解されてしまう恐れがあるので、あんまり使わない方がいいかなと。

内田　商法の人がみんなそういう経済学のコンテクストの中で議論しているのかどうか分かりませんが、確かに、私はそういう議論をしているわけではありません。

司会　だいぶ盛り上がってきました。今の議論を受けた形でもよろしいですし、ほかの観点からでもいいですけれども、さらにどなたかいかがでしょうか。もしすぐに出ないようであれば、司会ではありますが、といいますか司会の職務かもしれませんので、私の方から１点お聞きしておきたいと思います。内田理論は、「制度」概念を用いて現代的契約現象の分析をなさるわけですが、これと「公序」という概念とがどのように連関するのだろうかをお聞きしておきたいなという気が今してきました。

といいますのは、私がフランスをやっているということもあるかもしれませんが、フランスでは、契約と制度は昔から対立的に出てくる概念です。そこでの制度は、個別的な契約では動かせないよというニュアンスで語られるわけです。言い換えれば、これは公序ですよというインプリケーションがあると思います。制度と公序とは、もちろん同じではありませんが、相通じるものもある。そのような中で、内田先生は、あえ

て制度という言葉を使っているのではないか思います。

ところで、内田先生が制度的契約を根拠付けるところで、その正当化の論拠として少なくとも２つぐらいが出てきたように思います。１つは、提供される財やサービスの性質、特にパブリックユーティリティーという観点です。もう１つは、社会的意識がそう思っているからだという観点、あるいは集団的意思という観点です。前者はともあれ、後者を含めてこれらをおしなべて外部性というロジックで説明するのは、難しいのかもしれないという感じがいたします。

問題は、契約の外側からその制約をかぶせる際の正当化原理なのでしょう。そうだとしますと、「公序」という概念をめぐっては、私的自治に対する制約原理をどのように根拠付けるかという議論が一生懸命なされてきたわけですから、そちらの力を借りるという発想があってもいいのかなという気がしないでもないんですね。そのあたりをお聞きしておきたいということです。

内田　ご質問の趣旨をきちんと理解できてないと思いますし、ストレートにうまくお答えできないのですが、公序という概念は日本ではかなり手垢が付いているというか、個人主義的な民法の契約理論の中で、すでにたくさんの役割を担わされている概念なわけですね。それに対して、明らかに契約として性質が異なるカテゴリーがあることを指摘し、そこに妥当する規範をきちんと整理したいという問題意識があるものですから、あえて避けたという面があります。

もちろん公序についても、伝統的公序と何とか公序とか限定を付けて使えばいいのかもしれませんけど、例えば最初に挙げた企業年金契約で、事情変更の原則が個別契約単位での適用のされ方をしないで集団的な適用がなされるということ、これはちょっと従来の公序という概念では導きにくい感じがして、やはり契約のカテゴリーが違うのだと言った方が、はるかに説得的であるように私には思えたわけです。

公序について、今も日々議論は発展しているわけで、かなりこれまでに蓄積されたものが多いので、外部性ですら経済学的な発想からはこれだけいろいろな反応があるわけですから、公序については、たぶんもっと、「それは公序じゃない」とか、「我々の言う公序はこうだ」とか、そういう議論になるので、やっぱり別な言葉を使った方がいいだろうと考

えたということです。

司会　それでは、吉川さん、お願いいたします。

吉川吉樹（北海道大学准教授）　北海道大学の吉川です。内田先生の本日のご報告、そして池田先生、原田先生のコメントは、内田先生の問題意識が、近代契約法理論にいうところの当初合意、当初意思、これを越えたところにあるものを検討するということを、改めて明らかにするものであったと存じます。そういたしますと、近代の契約法、つまりは当初意思の呪縛に絡め取られる前の、例えば売買というものと、今回、ご報告いただきました制度的契約、あるいは関係的契約とは、どのような位置関係に立つのかを質問させていただきたいと存じます。

その意図は２つありまして、１つには制度的契約というのは非常に通史的と申しますか、中世から common callings の法理としてあったというお話がございました。当時、もちろん既に売買契約は存在したわけでございますが、そこでは必ずしも当初意思というものではなくて、むしろ捺印契約等に見られるような、形式が根拠の１つの大きな要素であったものと存じます。そういたしますと、この「形式」というものと、「制度」というものはどういった関係にあるのか、歴史的に見てどのような関係にあったのかというのが１点でございます。

もう１点は、「形式」というもののやや異なった側面に関連してではございますが、現在の典型契約論との関係をお聞きしたいと存じます。典型契約論は、一方で合意原則というものと、他方で形式というものとの間で、一種の緊張状態にあるのではないかと感ぜられるのです。そういたしますと、「形式」というものを１つのモデルとして出してきた場合に、先生の中で、典型契約論はこの四象限の図においてどのように位置付けられるのでしょうか。さらには、典型契約論自体について、制度的契約という視点から、どのようなお考えをお持ちなのか、ぜひお聞かせいただければと存じます。

内田　難しいご質問で、何とお答えしてよいのかよく分からないですが、形式というのは、要式契約で使われる書面のような形式のことですね。ヨーロッパの歴史の中で形式が非常に重視されてきたのは、16世紀フランスのムーランの王令や17世紀イギリスの詐欺防止法を見てもわかるように、合意の証明のためですよね。契約をするという合意が、実際

に存在したかどうかを証明するために、形式がさまざまな形で要求されてきたわけです。

さらに遡ると、本当に契約をする意思は、一定の形式に乗せて初めて存在しうるという考え方もある。その問題と制度的契約は、ちょっと次元が違うのだろうと私自身は感じています。年金契約を結ぶときには、もちろん書面を要求すべきですが、しかし、そこで書面を要求するかどうかは、契約一般の話とつながるところで、制度的契約としての規範として問題にした事柄は、むしろその先の、契約に課される規範、意思の中から出てこないような規範の問題を扱おうとしたということです。

それから典型契約の議論も、今、売買を例に挙げられましたけど、これまでの代表的な典型契約論は、取引的契約の古典的契約という、レジュメの図でいうと左下の象限の話をしていたわけです。しかし売買も、もっと広い視点から見ると、給付される財の中身いかんによっては、制度的な性質を帯びるということを今日は申し上げました。そのような視点を出すことで、契約を見る視野を広げようとしたということではないかなと思います。あまりストレートに答えになっていませんが。

司会　よろしいですか。ほかにいかがでしょうか。それでは藤谷さん、どうぞ。

藤谷　藤谷です。今の吉川さんの問題提起に反応するところがありましたもので、私なりに敷延させていただければと思います。典型契約論というのは、最近、大村先生たちが強調される中に、もちろん典型契約を締結する時点では、合意に基づき、おそらく単発であるので、そういう意味では、内田先生の４象限の中でも左下に入ると思うのですが、一方でその内容を全部自分たちで決められない。「典型」契約である以上、入る前にどうなるかは分かっているという部分はあると思いますが、自分たちですべてを決められないというものを意味しているのではないかと。

言い換えれば、そこで何らかの法的効果が生じる根拠が、合意、自由意思のみにはよらず、一定の形式ないし「型」に依存する、あるいは自由意思の範囲が制約されているという意味で、ひょっとすると制度的契約が志向しているものと重なり得るかもしれない、と思ったのです。ただ、制度的契約は少なくとも、これは先生が解釈学的に新しく構成され

ている概念ですから、ある意味、制度的契約というのが定着してくれば、これは新たな典型契約というか、新たなフォルムとして、契約の１つのフォーマットとして機能していくのではないかということなのかな、と思いました。

ただ、そこで興味深いのは、ある種、契約当事者が当初の合意で詰め切れない部分、あるいは事後的に事情が変わるとか、松下の例がまさにそうですが、そういう場合の変更権のようなものが制度の側に留保されているということなのかもしれない、と思います。いま「制度の側に」と言いましたが、より正確には、後に事情が変わった時点での合理的な解釈者（裁判所がその筆頭でしょうが）に判断が委ねられている、そういうタイプの形式であるということができるのでしょうか。

すなわち、合意によってすべてを決められないという点では、要式性と似ているし、おそらく典型契約というのは、私はその辺は全然存じないですが、典型契約というのが出てきた、何でも自由にやっていいのではなくて、ある種のフォーマットに従わないと、その当時の社会秩序としては混乱を来すから認められない、という意味では、実は似ていたのかもしれない。ここは素人の憶測に過ぎないのですが。

さて、そうしたときに、この時点で典型契約というのはすでにあるし、民法典もあると。制度的契約はこれから新しい枠組を創ろうとしているのかな、と。そこで私の先ほどの質問に対する内田先生のお答えで、制度的契約が提示する新しい枠組・規範は共同体意識などに依拠するのではなく解釈理論として客観的に把握されるのだということはよく分かったのですが、ここでおそらく原田さんのコメントとの関連で、どの機関、どの組織がそういった作業をするのに適しているかという問題が出てくるように思います。

もちろん裁判所にもそういう役割はある程度は期待し得るとは思いますが、果たして裁判所に任せ切りでよいのかどうか。言い換えれば、制度的契約論というのは、立法者が対応できない場面に、紛争解決のために即応する手段として使われるのか（従って、できるだけ早く立法によって対処することが望ましいということになるのか）、それとも、むしろ裁判所が当該紛争状況を ex post に振り返る形で、何か合意によらない制約・規範を抽出して、当事者は合意していないかも知れないがそうし

た制度的な規範は最初から存在していたのだ、という形で提出することが適しているのかという、これはさっきの民主主義の話を裏側から言っているようなものですが、そういう疑問にもつながってくるかと思ったのですが、いかがでしょうか。

質問の形にもう１回要約すると、制度的契約論の中では、裁判所が制度的契約における当事者の合意に依らない規範や制約の同定を行う役割を担うものとされている、と理解したときに、そうした役割は裁判所の役割としてふさわしいかどうかということです。

内田　ご発言は前半と後半で２つの内容に分かれていると思います。前半は典型契約の話ですが、さっきの吉川さんのご質問は十分理解できていなくて、たぶんいまだに十分理解できてないと思うのですが、今、藤谷さんが補ってくださった限りで申し上げますと、最近の典型契約論というのは、認知科学のスキーマの理論などを使うわけですね。まずそもそも契約をしようとするときに、どういう合意をすればいいかについて一定のパターンがあるはずである。また合意を理解し、解釈するときにも、一定のカテゴリーが役割を演じているはずだ、というわけです。

そういう典型契約論には、もちろん重要な意味があると思います。そこでは要素、常素、偶素といった歴史的な典型契約のカテゴリーが想定されていて、ある要素が含まれていなければその契約にはならないという判断枠組の必要性はあるのだと思います。ただ、これは左下の象限で考える限りは、すべて契約自由の原則のもとにあるのですね。だから、ある要素を含まない契約であるから売買ではないと性質決定されたら、別の無名契約になるだけの話で、どんな契約をするかは自由である。もちろん、抽象的債務負担合意は契約かといったむずかしい問題はありますが、一般的に言えば、どういう契約をするかの判断をするためのガイドラインを提供し、また締結された契約がどういうタイプの契約かを理解するための枠組みを提供するものとして、典型契約は意味があるのだと思います。

しかし、制度的契約というのはそうではなくて、当事者がある契約を選んでも、その合意の中に入っておらず、従来の伝統的な要素、常素、偶素にも入っていない規範が外から入って来るわけですね。たとえば、ある財を購入する契約は、普通ならば単純な売買であるところ、それが

ある地域一帯の住民に対して一斉に提供されると、制度的契約としての制約が課されるのです。それは、これまで理解されてきた契約の性質決定の話とは別の話なのだと思うのです。

後半の話は、制度的契約に行政的な規制がかかる前は司法的な規律でいくとしたときの、裁判所が事後的にチェックをして、外から規範を持ち込んで裁判をすることの正当性の問題ですね。裁判所にそんなことができるのか、という問題ではないかと思います。

藤谷　正統性と言っちゃうと、ちょっとあまりにも頭が堅いような気がしますので、役割分担の方が近いと思いますけれども。

内田　私が例として挙げたcommon callingsの理論は、コモン・ローの理論です。ここが面白いと同時に、私の理論の弱点にもなっている。やっぱりコモン・ローにおける裁判官の役割というのは特殊なのだろうと思うのです。コモン・ローといういわゆる普通法は、イギリスだけでなく、ヨーロッパ大陸の中世にもあった。普遍性のある隠れた共通規範の体系がすでに存在していて、人間の理性を体現する者がそれを見いだすという確信ですね。

共通規範を見いだすことのできる優れた人が裁判官になっているという制度的な前提があってはじめて、あのようなcommon callingsの理論を裁判官が作り出していくことが正当性を持つのだろうと思うのです。裁判官が何をしでかすか分からないというような国で、司法的なチェックによって制度的契約理論を妥当させようとするのは、かなり無理がある。そういう意味では、この理論が妥当する制度的な前提というものがあるのだろうと思います。制度的契約の制度的前提、とういのはなんともややこしいですが。

日本の場合には、ドイツやフランスのように裁判官の身分が政治的批判にさらされたことはなく、地位が比較的高いというか、かなり尊敬されています。顔の見えない司法といわれますので、個人として尊敬されているかどうか分かりませんが、裁判所が確定判決として出した判断に対して、社会がそれを尊重する度合いの高い社会であるように思います。また、裁判官の養成システムを見ても、わりあい優れた人たちが裁判官になるシステムができている。そういう条件の下では、とりあえず司法的なチェックで制度的契約の規範を課していくということは、政治的に

は許容されるのではないかなと思います。

なお、一言だけ、さっきのコモン・ローの話の補足をいたしますと、コモン・ローのもとでは裁判官の地位が高くて特別な立場にいるので、だからこういう規範形成ができたのではないかという趣旨のことを申しましたが、実を言うと、実際に common callings の理論を体系的に理論化したのはブラックストンですね。つまり、学者がばらばらの判例法の中からまとまりを持った規範の体系を作り出したわけで、common callings の理論は、その意味では１つの解釈理論として作り出されたのです。それに示唆を受けつつ、私は、現代の法実務を解釈して制度的契約の理論を作ろうとしている、ということだと思います。

司会　それ以外にいかがでしょうか。

高見進（北海道大学教授）　北大の高見と申します。いろいろ教えていただいて、専門が違う民事訴訟を勉強しているので不十分にしか理解ができていない部分もありますが、大変面白く聞かせていただきました。内田さんに今日配っていただいた図がありますよね。関係的契約と古典的契約、そして制度的契約と取引的契約という座標軸で契約を４象限に分けるという。いろいろな契約を頭に浮かべて、これはどこに入るかな、あれはどこに入るかなと考えていたのですが、先ほど、民間委託契約というものは、そもそもまだ考えに入ってないということで、入るのかなと思っていても、入らないものがたくさんあり、この図は一部の契約を切り取って、それらを分けていることが分かりました。

この中で、私にとって分かりにくいのは、古典的契約というもので、右は関係的契約だから、非関係的契約と言い直すことができるのであれば、話が非常に簡単というか、分かりやすくて、図の上下は個人意思を重視するものなのか、集団的意思なりで決めるものなのかで分かれ、左右はそういう単発的というか、１回切りのものなのか、継続的なものかということで分けると分かりやすいのですけれど、古典的契約というと、これはいろいろな意味を含みうるので、そこはどういうことでお使いになっているかをちょっと教えていただきたいのです。

内田　この古典的契約という言葉は、ご指摘の通り分かりにくいと思うのですが、イアン・マクニールをはじめ、ある時期のアメリカの契約法学でよく使われた表現です。簡単に言うと、マクニールは古典的契約

の重要な特色として、現在化（presentiation）という点を挙げています。契約を結ぶ際に、当事者が将来のことをすべて予測した上で、契約締結時に全部合意の中に組み込んでいる、という想定のことです。これは経済学がモデルとして想定している契約にかなり近い —— こう言うとまた、誰かから「経済学ではそうじゃない」という反論が出てくるかもしれませんが、経済学で最近はやっている契約理論が想定している契約にかなり近いと思います。古典的契約というのは、そのような意味での現在化が妥当する契約です。英米では19世紀末から20世紀初頭に確立した契約観念だといわれ、日本やドイツの民法典が想定している契約も、これに近いと考えられています。

経済学の契約理論の中には、完全な契約に対立するものとして、不確定要素があまりにも多いためにあえてすべてを契約条件の中に盛り込まない不完備契約とか不完全契約と呼ばれるものがあります。ある条項をブランクにしておいて、将来のネゴシエーションに委ねた方がコストが安いという場合です。不完備契約の理論が出てきた背景には、やはり関係的契約を論じたウィリアムソンの理論があると思います。したがって、不完備契約の理論は、関係的契約が法律学で議論されていることに刺激された面はあると思いますが、しかし、経済学の不完備契約と法律学の関係的契約がイコールというわけではないと思います。

不完備契約の理論が新鮮であった理由は、従来、契約といえば合理的な計算のもとにすべてを合意するという想定に立っていた、その前提を崩したからですが、それでも、あくまで個人主義的に、一つ一つの契約を分断してとらえている点においては、変わりないと思います。古典的契約であれ関係的契約であれ、取引契約として理解していたわけです。

しかし、制度的契約の発想でいうと、古典的契約（言葉は確かに悪いですが）、つまり現在化をして契約条件を全部合意の中に盛り込んでしまうようなタイプの契約の中にも、取引的契約のほかに、制度的契約という団体的な処理がなされるべきものが含まれている、というわけです。

司会　ありがとうございました。最初に予告といいますか、だいたい５時前後ということで議論してまいりました。時間的にはだいぶ近づいているというか、もう越えていますが、せっかくの機会ですので、今、これは聞いておきたいということがありましたら、まだ多少は大丈夫か

と思いますので、いかがでしょうか。

それから、今までのセッションの発言者は、だいたい予想通りとも言えるのですが、特に若い方、院生の方とか、折角の機会ですので、聞いておきたいことがありましたら出してほしいと思いますが。

橋口祐介（京都大学大学院博士課程）　京都大学院生の橋口祐介と申します。本日は大変分かりやすいご説明をいただきまして、ありがとうございました。今までのご質問の流れの中で、１点だけ質問させていただければ、と思います。先ほど、制度的契約における規範というものは、共同体の規範によって共有されているものではなく、あくまでもサービスの特質そのものから生じている、という点についてご説明があったように僕は理解したのですが、サービスの特質そのものから生じている規範という問題と、それから外部性のところでその理論が展開されていました、潜在的当事者であるとか、関係者によって形成されている側面という、この２つの関係が僕にはいまだにつかめていなくて、財やサービスの特質そのものが、ある種、客観的な当事者の合意には還元できないような規範を形成していくのか、それとも、立法府であるとか、行政であるとか、当事者が共同することによって「形成」していくという形なのか、それは僕の考え違いなのか、という点についてご指摘いただければと思います。

つまり、財やサービスの特質そのものから規範が生じているということが、どのようにして認識されていくのかという点について、先ほど司法の位置付けというものもあったと思いますが、ご教授いただければと思います。

内田　財やサービスの特質から規範が生じるということと外部性との関係をどう考えるかという問題と、それから仮に制度的契約というものがあるとして、それに課される規範をどうやって発見するのかという問題と、２つ含まれていると理解してよろしいですか。

橋口　はい。

内田　まず前者の財やサービスの特性から規範が発生するということと外部性がどう関係しているのかということですが、例えばある一定量の水をある人に供給するという契約をすると、水の売買であって、そのこと自体によって何ら特別な性質は出てこないですね。水を売買で提供

するということ自体には、何の特異性もない。ところがある地域の人たちに一斉に水を供給すると、これは public utility 契約となって、制度的契約としての特質が出てくる。

この辺は池田さんがトートロジーと言われたと思いますが、まさにトートロジーで、そのような外部性を持つような集団性を持った形で、ある種のサービスなり財が提供されると、制度的契約としての特質が出てくる、そういう関係があるということです。

その上で、制度的契約となっていることを、誰がどうやって発見し、また規範を見出すのかということですが、発見の主体や方法について、予め何か基準が存在するというわけではないのです。「これは制度的契約である」と誰かが主張し、いや、そうじゃないと相手が主張し、やはりそこで論争は常に起きるだろうと思います。ただ、典型的な制度的契約であることにあまり異論がないような契約が存在することは事実で――と、私が言っても、いや事実じゃないと言われるかもしれませんが、仮にそこに合意ができるのであれば、典型事例については合意ができ、他方で、間違いなく制度的契約でないものについても合意ができる、その中間にさまざまなバリエーションがあって、それをどちらに振り分けるか、これが議論を通じて決すべき問題ですね。立法するなら政治的な決定の問題ですし、場合によっては司法的な決定の問題である。司法がそんなことを決めていいのかという、先ほどの藤谷さんのご質問にも関連すると思いますが、司法はそれを担うべきだと、というのが私の主張なのです。

橋口　どうもありがとうございました。

司会　だいたい予定した時間になりましたので、どうしても特に発言したいという方がおられなければこれで終わりたいと思いますが、よろしいでしょうか。では、今日の研究会はこれで閉じます。内田先生には、いろいろと貴重なお話しをいただいたことに、改めて御礼申し上げます。（拍手）