

では、まず最初のテーマといたしまして、『合意』とは何か」ということを検討したい論題として挙げさせていただきました。なぜこういうことを思いついたかというのを、まず宇野さんから簡単に説明をいただきたいと思います。

宇野 宇野です。よろしくお願いします。第1の論点として、『合意』とは何か」という問題を挙げております。非常に大きなテーマになってしまったわけですが、あらかじめお送りしたテーマとして、合意という観点から契約を見た場合の問題点について、合意の本質、合意形成のプロセス、契約の形式性などのとらえ方を検討するとお伝えしていました。私のほうでどういうことを念頭に置いていたかと申しますと、このプロジェクトは「契約の複合領域研究」ということで、この研究会でも非常にいろいろな領域からのご研究をお聞かせいただきまして、ちょっと大きいとは思いますが、その中で合意という概念が共通の論点として挙げられるのではないかとということで提案させていただきました。

それぞれのご報告に即して簡単に具体的なお話を挙げさせていただきますと、例えば浦上先生のご報告は中国労働契約法のお話で、日本でも昨年労働契約法が公布されましたが、中国の労働契約法上は使用者と労働者との労働関係が契約の締結によって成立することが明文規定されています。日本の労働契約法上も、使用者と労働者とが対等な立場で合意をなすということが大前提で、その合意に基づいて実態との均衡を考慮しながら契約関係を形成していくというような規定がなされているということです。

ただ、現実社会においては例えば会社に採用されるときに、これが労働契約であるということを双方が明確に認識しているとは言いがたいですし、具体的に何に合意をしたのか、合意をするのか、しないのかということが明確になっているのは日本でも中国でもまずほとんどないのではないかと思います。したがって実際の紛争の中では、使用者と労働者がそれぞれ契約の締結の時点で一体何に対して合意をし、何に対しては合意をしていないかといった、合意の具体的な内容が問題となってきた、裁判においてもそういうことが争われるわけです。

契約締結時の合意という問題だけではなくて、労働関係が形成された後の関係も含めて、合意の内容そのものが両者の立場から見て正当なものであったのかどうか、あるいは正当なものであり続けているのかどうか、正当でないとすれば是正することが可能なのか、だれによってどのような根拠で合意の是正が可能となるのかというような契約法上の論点にも広がるのではないかとこの関心を持ちました。

鳥澤先生のご報告では、タイトルにもありましたように「合意による景観の創出」ということで合意ということが真正面から取り上げられていたわけですが、研究会の際には時間の関係もありまして、どちらかというと社会規範のほうに議論が集中したように記憶しております。例えば明示の合意、黙示の合意というようなことも示されていたので、もう少し合意についてのお話を今回いろいろ教えていただければという希望で出したということです。

それから敷島先生、森村先生のご報告に関連しましては、私は本当に門外漢で完全につ

ながるかどうかわからないのですが、テーマとして関連するのは「契約の形式性」という点です。ここで念頭にあるのは、合意が形成される場面での儀式性というようなものが人間社会の中で非常に重視されていたのではないか、あるいは（現在までも）重視されているのではないかということです。私は歴史学を専攻していますので歴史的なところから発想したんですけれども、日本の中世でも「一味神水（いちみしんすい）」というのがありまして、複数の人間がある約束事をして、内容についても合意し、かつそれを破らないことについても合意する。それを神仏の前で誓って書面にし、それを焼いて灰にしてお神酒に入れてお互い回し飲みというんですか、酌み交わすということがありました。合意形成の過程で儀式というものが非常に重要なものとしてあって、それは武将とかそういう人たちだけではなくて、共同体の中でもそういうことがあった。

ローマ法の例なんかでもそういう要式行為を伴う合意の形成プロセスがいろいろあると思うのですが、そういうふうに、契約をする場合に非常に重々しく儀式的な行為をするということの背景には、やはり合意を守ることに対する規範意識があったと言えるのかもしれない。その辺いろいろ議論があるかとは思いますが、そういうことが念頭にあるということです。

テーマとして示した「契約の形式性」という表現については、現代社会においてはその儀式性というよりも、それが形式として残っているけれども、その形式に意味を非常に重く置く場合もある。例えば浦上先生のお話にあった中国の労働契約法では書面主義ということに強くこだわっていて、その理由はいろいろあるかとは思いますが、合意したことを書面という形で示すという、その様式行為を求めることの意味を中国社会における契約観、あるいは合意を守るべきだという規範意識との関係で見てみるというのも私の個人的な関心としてはあります。

敷島先生のお話ですと、約束が結ばれるような人間関係の前提として信頼とかそういうことがかかわってくるかと思うんですけれども、そういう要素とその際に必要な行動としてどういうものがあるのか。素人考えですけれども、そういうものに関連してお話をお聞きしたいということです。

最初のテーマ設定として非常に抽象的な表現で提示しましたが、先生方のお話を広くお教えていただきたいという希望も込めまして、こういう抽象的なテーマにしております。

早口で恐縮ですが、以上が趣旨の説明です。

藤本 ありがとうございます。そういうことで、こういうテーマ設定がなされたことを最初にご理解いただきまして、ご意見・コメントをいただきたいと思います。最初にお名前が出たので鳥澤さんから。私個人もご報告のときにお聞きしそびれたところがあって、インフォーマルな合意、フォーマルな契約、暗黙の合意、明示的合意というような言葉を使われているわけですが、そのあたりのことを補足的にお話いただければと。どういう感じでイメージされているのかということをお願いしたいと思います。

鳥澤 明示的な合意と暗黙の合意のイメージですか。

藤本 （そのこと）なり、今の宇野さんの話と関連する話なりをおうかがいできれば。

鳥澤 もう少し具体的に指示していただけると助かります。

藤本 通常、合意というと恐らく明示的な合意というのは非常にわかりやすいというか、いわゆる契約というのもこの中に入っていますけれども、お互いが意思を表示してそれが合うと合意ということになると思います。鳥澤さんのご報告では、「暗黙の合意に基づく」というふうに書かれていて、暗黙の合意というのは果たしてどういうものなのかなというのをお伺いしたかったのが個人的にはあるんですね。これと関連して、契約と合意の違いというのもどういうふうにとらえておられるのかな、というのもお話しいただきたいんですが。

鳥澤 契約は合意の延長上にあるものとしてとらえています。しかし、これは用語法の問題でもあると思いますけれども、私が想定した契約とは今お話にあったような何らかの形式性とか様式性、特に法的な合意だと英語でいう form が必要とされるものです。そういう要件を満たしていれば、それは法的にも執行されるし救済が得られるわけですが、私の言った明示的な合意というのは、そのような様式を備えて法的な救済も期待できるような契約・合意だけではなくて、たとえば経済学でいう「コースの定理」で想定されているような、インフォーマルな合意までを含めたものです。

暗黙の合意というのは、私が扱った国立高層マンション事件の地裁の判決文の中で使われていた言葉です。今日は資料がないので確認できず、申しわけないのですが。そこから（この区別の）発想を得ました。（暗黙の合意と同義として、）この判決の中でも、あるいはほかの民法学者の方々の論評などを見ましても、ご存じのように民法には慣習に関する条文もあるわけですが、明らかに慣習という言葉は避けて、地域的なルールであるとか社会的なルールという言葉が使われています。

そのような場合、「暗黙の」が何かというと、要するに事実上従われているといったニュアンスです。だからレトリカルというか、あまり正確な表現ではないのかもしれませんが。ただ、報告では、地裁の判決は地域的なルールのたしか暗黙の合意という表現を使っていたはずですが、それが現に存在するのだからそれを法的に執行しなければならないというようなことを言っていたので、暗黙の合意と裁判所は言うけれどもそれはどのようなものか、ということ进行考察しました。だから、私自身が使った言葉というよりは、ほかの法律家の言説の中で使われている表現を借用したというか、紹介したというような意図です。

藤本 もし確認したい点とか発言したいことがありましたら、司会に遠慮することなくぜひお話しいただければと思います。

屋敷 鳥澤さんが資料が手元にないとおっしゃっていたところに聞くのは申しわけないですが、今の点をもう少し聞きたいなと思ったのが、民法学者が慣習というのを避けて暗黙の合意なり何なりそういう表現でレトリックを使っているとおっしゃったように思いました。それは何のために、なぜ慣習と言わないのですか。

鳥澤 具体的には、(この部屋の窓から見える) あそこのマンションの高さに関する事件ですが、そこで何らかの地域的なルールがあったと認定されているのはどういうことかという、イチョウの木の高さ、20メートルよりも高い建物を大学通り沿いにはつくってはいけないという規範があったということです。ご存じのように、地裁の判決では20メートルより上の部分は撤去しろという判決が出ましたが、そういう社会的なルールがあるということがかなり大きな論拠になっていたんですね。

私が問題提起したことの一つは、そもそもどういうときに社会規範が存在したと言えるのか、ということです。法の場合は承認のルールがあるけれども、それが無いわけですから。そのことは多分裁判所も、民法学者の方も薄々気がついていて、だからあえて慣習という法的な概念でもあるような言葉を避けたのではないかと思っています。

屋敷 民法学者は違うかもしれないけれども、西洋法制史の立場からすると、暗黙の合意というのは慣習のことを指していて、慣習というのは本来事実で、それこそ内藤さんじゃないけど事実と規範とで言えばまず事実だけれども、どうして事実である慣習が法的拘束力を持つのかという、それは暗黙の同意であって、だからそこに合意のモメントがあるから一種の契約として法的拘束力を持つというのが、そもそものロジックなんですね。

中世のイタリア法学が慣習の問題を扱おうとしたときに、結局ローマ法の中から暗黙の合意というキーワードを取り出してきて、これがあるから事実であるはずの慣習が規範として適用され得るんだと。なので、その民法学者のレトリックは、法制史的にいうと意味のないものだけれども、要するに現行法上の言葉として確かに暗黙の合意というのはないから、それを避けて同じようなことを言おうとしたということですかね。

鳥澤 そうではないかと思います

藤本 暗黙の合意のほうはそういう話ですが、契約、form にはならないインフォーマルな合意でコースの定理の話が出てきています。すごくあやふやな聞き方で申しわけないですが、これなどは加賀見先生はいかがですか。

加賀見 もう少しお話を伺わないとよくわからなかったのです。

藤本 合意ということ全体について、でも構いませんので加賀見先生のお考えみたいなことがもしあれば。

加賀見 とりあえず鳥澤さんの話をまとめたほうがいいんじゃないですか。

藤本 まとめる……ですか。

加賀見 どうですか。もう少し議論があるかなと思ったんですけど。

藤本 みなさん黙ってしまったので加賀見先生に振ってみたわけですが。(笑)

加賀見 あくまで経済学ではということですけど、経済学で暗黙の契約というと、単純にナッシュ均衡ということで自己拘束的な合意の組み合わせで、基本的にその状況では確率を入れない場合だとそもそも紛争が起きない世界なので、もうお互いに守り合っていますよねというのが大前提です。慣習とかの話については、経済学の分析もいろいろあるんですが、経済学の理論でやる場合というのは、ある社会というのを想定して、この社会の

中でどう慣習とか社会的規範ができ上がってくるかということを普通言います。

この社会というのはほかの社会から切り取られた全く独立の集団としての社会であって、この社会の中での事実として慣習規範というのは、確かにこの中では同意はあるんですけども、この中の規範がこの社会とは別のだれかに対して適用できますかという、それは全く別の問題なので。

むしろ国立の場合についていうと、ここにマンションをつくるといったときに、マンションをつくる業者というのは、この社会の内側のプレーヤーなのか外側のプレーヤーなのかというのが多分かぎになったのかというのが、この前お話を伺ったときにちょっと思ったことです。それぐらいが経済学のほうでなるほどなと思ったところだと思います。

藤本 経済学のほうでは言葉として「暗黙の契約」という言葉を使うんですか。

加賀見 implicit contract という言葉はあります。ただ、ほとんど同じ意味で暗黙の同意とか暗黙の合意になってしまうと、それは一般用語として使っているのであってテクニカルタームではない。テクニカルタームとしては暗黙の契約があります。

森村 さっきの鳥澤さんの報告に対して確認しておきたいんだけど、判決は地域的ルールという言葉は使っているんですね。

鳥澤 今、慌てて確認をしているところです。

森村 合意という言葉は判決で使っているんですか。

鳥澤 今それを確認しようとしているのですが、ちなみに吉田克己先生の判例評釈にはたしか……。吉田先生の場合には地域的ルールという言葉を使っておられますね。すみません、判決はいま探しております。

森村 今、加賀見さんが指摘したように、マンションを建てた会社は別にそういう慣習なるものに合意したとは全然思っていないわけだから、業者を拘束するための論拠として暗黙の合意という言葉を使うとしたら、非常に不自然というか、事実と反する擬制のように思えてしまう。でも、もし慣習とかルールといったら、あなたは別にそれに従おうとは思わないかもしれないけど、それはもうこの地域の慣習なんですとかルールなんですと言うことはできるわけです。私は、普通の言葉としては慣習とかルールというのと暗黙の合意というのは、ちょっと違うのではないかという気がします。

もっとも合意とかコンセンサスといったって、実際に使う場合は参加者のすべてが合意したわけでもないのにコンセンサスがあるとか合意があると言うことは非常に一般的だから、合意とかコンセンサスというのはそれほど厳格な意味で使われていないということは言えるかもしれませんね。

鳥澤 今の点に関連して、私の報告のときにも少しお話ししたのですが、特に国立の事件に関しては、ディベロッパーはフリーライダーだと言われます。しかし、フリーライダーという概念も、それ以前にお互いに協力する、犠牲を払い合う、コストを払い合うという合意があるということを想定した概念であるはずなのに、こういう場合にフリーライダーと言って非難するのは暗黙の合意というものを捏造しているというふうにも考えられる

かもしれないと、いま森村先生の話を聞いて思いました。

藤本 それは地裁判決の中で使っているわけですね。

鳥澤 使っているのは地裁ですね。

藤本 フリーライドという言葉（使っているのですか）。

鳥澤 （このような内容の主張がなされてはいましたが、）「フリーライダー」という言葉を使っていたかどうかは、判決文を今日持ってこなかったのではありません。

藤本 地裁はそういう考え方で責任を認めた。その結果、（マンションの一部を）撤去しろと言ったのが地裁判決でしたっけ。

鳥澤 そうです。民法学者はこれに賛成するようなコメントが多かったです。

屋敷 ただ、合意といったときに確かにあるグループなり何なりの中での合意というのが基本形だろうと思うけれども、例えばある人が日本国籍を取得しようという場合は、日本国としての社会契約というか、一定のコンセンサスの固まりがあって、そこに外から入ってくるわけですね。その時点が入ってくるという行為自体が、そこにある日本国のルールをワンセットで全部受け入れますよということです。それとこれとは違うのかもしれないけれども、同じ面が全くないと言えるのかなと思ったのが、その会社の事業全体としてマンションを建てるときに全部高さ 20 メートルにしるかそういうことを言っているわけではなくて、国立に建てる時は 20 メートルまでという話だとすると、国立にマンションを建てるという限りで国立市の中のプレーヤーになっているわけだから、その限りで仮に国立にそういうルールが存在しているんだったら、それは国立でプレーすること自体がもうそのコンセンサスを受け入れることになる。つまり、国立でプレーすると決めた時点で 20 メートルルールに対して同意したというふうにも考えられるのかなとは思いました。

そう言うと、まるで地裁判決を支持しているみたいだけど。(笑)

平石 そのところでさっきから形式性という話とも関連するかなと思っていて、なぜ合意とか契約というときに儀式的なもの、形式的なものが必要なのか。僕はもちろん法学の専門ではないからわかりませんが、僕らがやっている心理学、それも社会心理学とかそういうところでは最近いろいろ言うのは、コミットメントというのが重要なのではないかということです。

例えば儀式というのは、秘密の儀式とかをやって中で何をやっているのかわからなくても儀式をやっていることは明らかにパブリックにするわけですね。パブリックにすることによって、この合意を破棄した者に対しては社会的なパニッシュメントが加えられるということです。だからあえて自分はこの人にこういう約束をしたんだということをパブリックにして、自分がその契約を破る、合意を破ることができないというような状況をつくり出すことによって、私は本当に守りますよと言っているという仕組みだろうと思います。

暗黙の合意というのは、そのところがすごくおもしろくて、どういう仕組みになっているかという、恐らく地域性が鍵だろうと。例えば土地というものに縛られた繰り返し

の関係性ということによってそれを担保しているのだろうというのがよくあるわけです。その場にいる限りは、その周りの人たちといつまでも一緒に暮らすということにおいて、みんながこっちのほうがいいよねと思っていることについては、一々儀式とかをやらなくても、それは破ると周りから罰せられるからということになってくる。そういうところで多分、合意が実行されることが担保されているということです。

そうすると、さっきのマンションの話でディベロッパーはプレーヤーになるのかならないのかということをいうと、ディベロッパーの側にはプレーヤーになることのメリットは何もないわけです。自分はそこでマンションを建てて売ったらおしまいなわけです。賃貸マンションだったら話は全然違うんですけども、建てて売るだけなので、その土地に基づいて、国立というエリアで今後マンションをつくっていくつもりがないのであれば、ここでいくら何が起きたってもう自分たちは知らねえよと。あとは買った人たちが何か困ろうがおれたちは知らねえよという話になりかねないという状況だったので、ああいうことが起きたのかなという気がします。そこでつながるのかなという気がちょっとしました。

関 国立の暗黙の合意というのは、市民の中で一部の人たちが合意していただけたのか、(一部の人たち)のルールですよ。この大学通りに住んでいる人みんながそれをルールとして合意していたわけではないですよ。

鳥澤 暗黙ですからね。実際にそういうルールみたいなものがどうもあったようではありますけれども、ただ法と違いますからそれがどの範囲に、具体的にどのような内容で存在したかということは証明のしようがないです。

関 さっきの儀式性の議論と結びつくと思うんですけど、この暗黙の合意をフォーマルなものにするのが景観条例ですよ。条例というのをつくることによって、さっき言ったような儀式的なものというか、それを破ったら罰せられるというふうになってきて、それをつくらなかったというか、後からつくるわけですよ。そこにやっぱり事件の問題点があったと私は思います。その辺は考えないですか。

鳥澤 全くそのとおりだと思います。前に法社会学会でもこの話が出たのですが、このような場合によく言われる議論として私法と公法の協働論というのが最近ありまして、本来は公法によって規制すべき問題でも、たまたま公法が事前にできていなかったときに事後的に救済するものとして私法をもっと活用すべきだという、そういう割と司法積極論につながるような議論です。

もっと条例を早くつくっていたなら――その条例自体にも問題はないかというのはまた別の議論になりますけど――その場合は選挙で選ばれた議員が手続に従ってつくるわけだから、これについては誰も文句の言いようがないわけです。

森村 話が戻りますが、さっきちょっと出た契約の形式性についてだけでも、契約をする際に誓いを立てたり、あるいは古代ローマ法の場合だと特定の文言を言ったり、あるいは秤に銅片を打ちつける〔握取行為 *mancipatio* (ガイウス『法学提要』1・119を参照)]とかということをする理由としては、かつては古代人は言葉に神秘的な力というものを認

めていて、言葉を発することによって何らかの義務とか権利が生じると説明する人もいたわけですね。

けれども最近むしろそういう物々しい儀式をすることによって本人もそれによって大きな感銘を受けるわけだし、それから周囲の人たちにもそういう契約がなされたということを公示するという意味があるから、別に宗教的、神秘的な力に対する信仰とは全然関係ない、現代的な言い方をすれば取引の安全を守るためだという説明がなされたみたいです。僕はその考えのほうがずっと説得力があるのではないかという気がしています。

藤本 話が出たときからずっと考えていたんですけど、契約でも合意でもいいですが、合意は基本的に例えば一番単純な形を考えると1対1の合意をするときに、1対1の合意であれば2人で成り立つ。2人で成り立つ合意もちろんあるでしょうけれども、それこそ契約という形になっていくためには第三者というか外在的な視点、(この座談会に)入る前にも話がちらっと出たんですが、外部というものが必要なのではないかと。それにいま森村先生がおっしゃられた儀式をやることによって、周りの人にこいつらは合意をしたんだということを知らしめることこそが契約の形式性そのものじゃないかと思いました。

また鳥澤さんのご報告のほうに戻りますけれども、暗黙の合意という話ですと、平石先生もおっしゃっていましたが、ある一定の共同体でコミットメントを繰り返して同じ社会にすることが前提とされている中での合意がなぜ暗黙のものになっているかというと、彼らは要するにその中で自分たち同士が合意していればいいわけで、それを外在的に何か認めてもらう必要というのはなかったわけです。でも、そこに第三者というのが入ってきたときに、それに関係していない者が入ってきた、あるいは入ってくる可能性があるときに、その人に対して我々は合意ができているんだよということを示すプロセスが必要となってくる。それがこの例ですと景観条例という形になるのかもしれませんが、そういう話になってくるのかなと思いました。

だから合意だとちょっと微妙ですけど、合意が契約というかたちをとるときには、やっぱり第三者というのが実は必要なのではないかとずっと考えていました。

屋敷 その議論の流れでいくと、国立にイチョウの木より高い建物を建ててはいけないという話は、確かに学生時代に何度もいろんなルートで聞いた記憶があるから、合意だったのかはともかく、少なくともそういう言説が存在していたことは絶対間違いないと思います。ただ、あのマンションの建った場所が果たしてまだ大学通りと呼べるかどうか、微妙な場所に建っているからあそこまでは呼ばないのではないかと、そういうのはあり得ると思います。

それはともかく、そこがないと話が続かないのでそういうのがあったんだという前提で進むと、それに対してそこから関君が言ったような景観条例というのが後から出てきたのも問題があるんじゃないかというけれども、藤本君の今の論理でいうと、後からしか出てきようがない。最初にだれか破らないと、あるいは少なくとも破りそうにならないと絶対にそのルールは出てこない、そういうことですかね。



藤本 私は贖罪契約の話をしたのですが、マックス・ウェーバーが贖罪契約というのは契約というものの基本的な姿であると言っているということを後から聞いて慌てて調べ直しました。自分の勉強不足をさらけ出すようで恥ずかしいんですけども。彼はなぜそういうことを言ったかという、もちろんそれまでに合意とか約束とかそういうものがないわけではないけど、それは基本的にきょうだい間の盟約であると。要するにみんなが同じベクトルを向いているときに我々はこういうふうにやっていきましょうねというものであって、それは別に契約という形にする必要はない。別にどこまでが大学通りだなんてことを決めることはないし、高さも何メートルなんだということでもなく、大体あのイチョウの木までねというぐらいのものでよかったわけです。

けれども、そこに「敵」が出てくる。贖罪契約でしたら要するにだれか不法行為を行った者がいて、じゃあどうやってその責任をとるんだという議論をしたときに、相手は第三者というか全くの敵なわけですよ。その間で話を詰めていく。ここにはしっかりとルールを決めていかないといけない。おまえはここまでやったんだからお金は幾ら払いなさい、あるいはどういう形で贖罪をしなさいというのをきっちり決めないと、それは同じベクトルを向いている間の話ではなくて、ある意味正面衝突する、利害関係が対立する当事者同士の話だから、そこで細かくいろいろなことを決めていくという形で、契約というのが生まれていったんだという話をしています。

今の屋敷さんのご指摘にまさに当てはまるなと。第三者とか対立するとか、同じベクトルを向いていない人があらわれたときにそういうものが出てくるのかなと。

屋敷 ただ、そうだとすると、まさに関君が言ったように事後規制しかないわけでしょう。そうするとそれ以後のものはともかく、少なくとも当該マンションについては例の事後法の問題になるわけですよ。

関 そうなってしまうですね。でも、承認のルールという話がさっきもちょっと出てきましたけれども、結局ルールというのは常に対外的なものとして示さなければいけないという感覚を私たちは持っていると思うんですが、黙示の合意というのは敵が来なければそういうのを常にずっと持たないものなんですか。そこが私はちょっと（よくわかりません）。

人間だけではないかもしれないけれども、常に自分たちの社会、共同体が脅かされるという危機感というのがあるような気がするんですが、それを外に示すような態度というのは。

藤本 前もってということですか。危機が現実になる前に。

平石 でもそれはやっぱりその集団の安定性とかそういうものに対する認識の仕方であって。それこそ国立の人たちの話は、先ほどの加賀見先生の話でいえば一種のナッシュ均衡にきつとあったんですね。それを破って高いものを建てたら、もう周りから総スカンを食らって普通には暮らしてはいけないというところで、あえて国立に高いものを建てようという人も出てこないというところにあったわけですけども、そこに繰り返しのゲームには参加しないという一瞬の参加者というのが出てきてしまったということで、要

するにゲームの様相が全然変わってしまうわけです。

ゲームの様相が変わりうるということは、ゲームの中にいる人はそれが全然わからないわけではなかったんでしょうけれども、何か変わる気配がなければ、このゲームがずっと永遠に繰り返されていくだろうと思っていたと。(そういう)ところに実は世界というのはもっと広くて、ゲームももっとほかにもたくさんあったんだということが急に明らかになった。そうすると今のナッシュ均衡の状態を守るために、外部からそういうふうに入ってくるんだったら外部の力をかりてそれを規制しなければいけないというところで、それだたら法律をつくらなければという話になります。

そういう意味ではまず一番最初の例としてはやっぱり事後的にしかそういうものを守るものはつくれないでしょうけれども、国立の例を見てほかのところで景観条例とかをどんどんつくっていくことになることは当然あって、国立はそういう意味では犠牲になったといえど犠牲になったのかもしれないけれども、残念だがそれは仕方がないということなのかもしれません。

関 ナッシュ均衡の話もそうですし、共同体論もそうですけど、その中で膠着した状態、ずっと同じことが繰り返されているとそれが当たり前になってくる。でも、高いマンションを建てるのが今はやっているという外部からの情報は実際にはあるわけですよ。そこが共同体というのがつくられて、繰り返しのことが行われていると耳に入ってこなくなってしまうというか、それ自体がかえって阻害要因になってきてしまうのかなということを考えました。

鳥澤 ちなみに国立市議会でもその条例が可決されたのは、13 対 11 でした。

加賀見 先ほどの関先生の話とあと屋敷先生が答えた事後的にという話ですけど、実定法のない場合には社会規範も使うというルールさえ入れておけば、実は社会規範さえ事前に存在していれば既に従前に存在していると言えちゃうわけですよ。内田（貴）先生の本を読むとまさにそういう感じで、社会規範を信義則か何かで使ってしまうというお話だったはず。法律が先にあるか後にあるかではなくて、社会規範を事後的にどこまで読み込むかというルールをどう設計するかというのがこの場合の問題だったはず。事前か事後かというのはここではそれほど重要ではないかなという気がします。

むしろかたい法律をやっている方は、社会規範なんか法律じゃないんだから、それはさっきの承認手続がないんだから全部だめだと言ってしまえば、それも一つの方法ですけども、もうちょっと広く……。そもそも選択肢がないわけではなくて、あえて選択しないところはあるんですけども、選択肢自身は当然あるという前提で少なくとも法哲学だったら議論していいのではないかなという気がします。

あとナッシュ均衡の話で藤本さんからお話がアッタんですけど、みんなが同じ方向を向いているから契約は要らないといったときには、もし仮にこの社会規範なり慣習なり法律なりがなかったとしてもみんな同じ行動をとっているという状況と、その法律なり慣習なり社会規範なりがあるからこそみんなが同じ方向を向いている、これは当然意味が違う。

特に特定の地域で限られたプレーヤーの中で繰り返し繰り返しやっていると、現実にはその違いがわからなくなってしまう方が多いと思います。国立の場合に限らず、同じ方向を向いているから契約は要らない、敵が出てくると契約が必要といったときでも、そこは何なのかということはもう少し突き詰めないと多分意味がよくわからないかなと。

あともう一つは、同じ方向を向いているとしても、複数均衡があるときに何とか協調ゲームをとりましょうねとすると、これはみんなが同じ方向を向いているし、同じ方向を向きたいと思っているんだけどやっぱり何らかの契約が必要かもしれないという状況はあると思います。

屋敷 内田先生はそんなことを言ってたっけ。昔、その本を読んだ気がするけど（笑）。

関 私慌てて読みました。

加賀見 一番最後のほうで、特に 90 年のほうの最後のほうで。

屋敷 新しいほう。

加賀見 新しいほうでもちょこっと書いてある。古いほうの最後のほうで。

屋敷 最初に鳥澤さんが述べられたレトリックで、慣習という言葉 avoided という。僕自身は全然かたい法律家ではないんだけど、かたい法律家というほうでいくと、そこまで持っていってしまえば話は早かったわけですね。制定法でなくても慣習にちゃんと法的拘束力があるということだから。そこまで行かない状態の微妙なところでどうするのかということだと思います。現にいま紹介があったように条例の制定案自体もね。

もちろん事後規制になるからとか特定マンションを明らかにねらい撃ちしている法制だからというのが当然加味されているから、純粹に 13 対 11 で割れていたわけでもないだろうけれども、それでもほぼ全会一致で可決されるというものではなかったわけですね。そうすると、どの程度の強いルールがそこに暗黙のものとしてあったのかということは、具体例としてちょっと微妙なところがあるだろうと思います。

加賀見 内田先生の本もこういうアイデアもあるよ、ぐらいの紹介であって、それ以上のことは何も言っていないというのが実感なので。

屋敷 とりあえず法学部というところに入學すると、信義則とか権利の濫用の使い過ぎはしないようにと最初に言われるから、なかなか大胆だと思います。（笑）

加賀見 経済学者からすると、そういうものがあること自体が信じられないという人が結構多い。

屋敷 権利濫用はともかく信義則自体はもともとの發生の起源からいうと、結局かちつとした制定法ルールを適用できない場面があって、それに対して何らかの法的解決を付与しなければいけない。要するに單純にローマ帝国が拡大して外国人がふえてしまって、でもローマ市民法はローマ市民にしか使えないから、こいつらの裁判をどうするんだと、そこでしょうがないから信義則という。出発点がそこだからできるだけ使わないようにしようということなんです。

関 あとやっぱり暗黙の合意というのはあくまで事実ですから。そこにはいい合意も悪

い合意もあるし、それ自身の中に権力性というのがすごくある、嫌だけど従っているというのが結構あると思います。だから暗黙の合意は使わないほうがいいという意見に賛成だし、明示の合意はそこに何か正当性が付与されているような気がするんですよね。だから嫌なルールでも従わなければいけない。

屋敷 この国立マンションの具体例に関していえば、まさに関君が言ったようなことを示唆するような新聞記事を読んだ記憶があって、国立に賃貸マンションを借りて住んでいる人のコメントで、あれは国立に戸建てを持っている人の意見でしょうという。高層のマンションでも建ててもらわないことには、自分たちのようなサラリーマンにはとてもじゃないけど国立に持ち家なんてとても無理だと。あそこは持ちマンションになるわけだけど、広い意味で（の持ち家です）。あれは国立にもう既に戸建てを持っている人の意見でしょうという意見がありました。

森村 そういう既に住んでいる人からいうと、戸建てを買えるわけでもないのに国立に住もうというのがおかしい。（笑）

屋敷 裏返すとまさにそうです。

内藤 それは権力性ですか。

関 広い意味で権力性じゃないかな。

内藤 「戸建てを買えないくせに」というのは権力性ですよ。

屋敷 しかも懐かしい言葉だけど階級性もはらんでいる。（笑）

関 階級とか階層という話になってしまうかもしれない。

宇野 最初に挙げたんですけど、労働契約の話で会社の中での雇用主と普通のサラリーマンとの間でも暗黙の合意の積み重ねというものが（あります）。だから共同体としてくくれば、組織体としての会社と地域社会というのもそういう意味では共通のものがあるのかなど。ちょっと感想めいたことですが。

屋敷 労働契約で暗黙の合意とか言い出すと、しかも繰り返しによる合意とかと言い出すと、サービス残業なんていうのは物の見事にそういうことになるわけですよ。

藤本 それも権力性を見出せるわけですし、そういったときの合意というのは果たして契約というものが原初的に規定しているような姿とは大分違うような気がします。

関 そう思います。暗黙の合意というのは、強者の側が後から自分たちの行為を正当化するためにつくり上げる、捏造するものと私なんかは思っています。（笑）

平石 でもそれは強制でなくても暗黙の合意は成立し得るんですよね。例えば単純にナッシュ均衡ということで考えると、プレーヤーの間で力関係があるというところで、不利な力の弱いプレーヤーがそこに甘んじるという形のナッシュ均衡は考えうるわけで、そこに権力が介在したんだという言い方もできれば、力のない者が自分の力のなさを認めて引き下がったと言ってしまえばそれは強制ではないという話になって、それはまさに法哲学なのかどうかよくわからないですけども、難しいことになってきますよね。どうとらえるのか。そうすると本当に合意というのは何なのかというのがすごく急に混沌としてきま

す。

加賀見 僕のメモとしてナッシュ均衡の結果として出てきた帰結というのは、合意があったと判断していいんですかというのは、法律の方に伺いたかったんです。

平石 どうなのでしょうね。

鳥澤 私の見解では、ナッシュ均衡の結果には合意というか規範性はないと思うんですね。それは（均衡という）事実ではありますが。これは調整の場合ですけれども、たまたま右側通行ルールができていうのは、外的視点からは実際に観察される秩序です。でもプレーヤーにとってみたら、それは単に自分の利害に従っているにすぎないわけですね。もしみんなが右側通行なのに自分は左側通行をしたら自分もほかの人とぶつかって、自分にとってもコストになるからやっているわけです。そういうものについて、規範性のようなものを認めていいかということを、私は随分前から考えていました。合意という言葉は何か規範性を伴っているように思うわけです。けれども、ただ単に自分の利益になるから右側通行をしているというところに果たして規範性があると言ってよいのかーまだはっきり結論は出ていないのですが。一応法哲学専門の人間としていうと、ナッシュ均衡が合意である、という表現にはちょっと違和感があります。

加賀見 もう一遍確認させてください。合意ではあるが規範性はないじゃなくて……。

鳥澤 そもそも合意なのか。

加賀見 合意ではないということですか。

鳥澤 少なくとも調整の今の右側通行ルールについては、それが自分の利益になるから右側通行しているということです。

森村 その場合はたまたま欲求とか選好が一致したというだけで、合意というのは何かコミットメントが含まれるからそこが違うんじゃないですか。

加賀見 あと右側通行か左側通行の場合は、一遍右側通行になってしまったら、本来もともと左側通行のほうが好きだった人でも、右側通行にのっかるというのがよろしくなってしまうって、それが事実として観察されるわけですね。（ロバート・）ザグデンか何かの89年の論文だと、その段階では単なる慣習にすぎないんだけど、それが規範性を持つ場合というのは、社会から見たときに右側通行なら右側通行をみんなが守ることが社会全体にとっての厚生を高める。

個々人が合理的かどうかじゃなくて、法律は一種の公共財なので、社会全体に対してそれを守らないやつが出てくると社会全体の厚生が下がる。そういう状態まで行ったらそれは慣習ではなくて規範だとたしか言っていたはずです。

鳥澤 社会の厚生を高めるというのは、それはまた別の議論だと思います。それは一つの価値基準（を前提しているの）ではないでしょうか。多分経済学者が、みんなが右側通行をしているのを見たら、みんなが一致した行動をとり均衡に達することで（社会の）厚生を高めている、これはいいことだと言うでしょうが、また違う、義務論的な価値基準もありえます。例えば、右側通行はアメリカと同じだからそれはよくないとか。

加賀見 ナッシュ均衡というのはパレート効率的でないというのは、それこそ合意されているので。だからナッシュ均衡なんだけど、社会にとって望ましくない状態は一般的にはあり得る。そこまでは経済学者は合意していて、多くの経済学者は事実としての慣習があるということまではみんな大変納得するんだけど、それがやるべき行為であるかということを見ると、むしろ反対する人のほうが多いと思います。

ただ、あいまいなものも含めればそこまでの議論は結構昔からあったんですけど、それが規範まで行くんだと言ったのが、成功しているかどうかはともかくとしてザグデンのちょっと頑張った、チャンレンジしたところだと思うので。そこはちょっと違うかなと。

鳥澤 私がサグデンを読んだところでは、サグデン自身が社会の厚生を高めるルールがいいルールだという価値基準で見えて、右側/左側通行の場合は等価ですからどちらでもいいのですが、同じ調整問題状況でも場合によっては、結局（厚生観点からは）セカンドベストの均衡に達してしまうこともあるわけですね。それは、サグデン的な厚生主義的な視点から見れば望ましくないわけです。それはやっぱりサグデン特有の視点ではないかと思っています。

加賀見 そうだと思います。ただ、合意しますかという、彼の意見だからという感じがあって、名前の読み方もよくわからないぐらいなので（笑）。

鳥澤 私もわかりません（笑）。

加賀見 ただ、単なる慣習ではなくて、規範まで一生懸命頑張って言ったという、彼ぐらいかなと。松井（彰彦）先生の本もそこまでは成功していないと思っています。やっぱり経済学の世界で、慣習までは説明できるけど規範まではなかなか説明できないだろうなというのが僕の現状の感じです。

鳥澤 全く同感です。

平石 規範というのは本当によくわからないなと思うんですけども、規範のことをメインに語る人たちは規範という実在が存在するかのように話をするとところがあるなと思っていて、しかし僕はそういうものじゃないと思います。規範というのは、規範があるんだと言ってそれを守らない者に対してパニッシュを加えようとする主体がいること及びその状態のことであって、それではどういうタイプのパニッシュメントの与え方を人々は規範と呼んでいますかといえば、社会全体の効率を下げるようなものに対しては、社会全体が反対してそれに対してパニッシュメントを加えようとする。そういうような、ある一つのグループ、共同体なり国家なりのメンバーの大多数がそれはいかんと言ってパニッシュメントを加えようとするようなものを規範と呼ぶのかなと。だからそれは後づけ的なものなのかなというイメージというのは若干あって。

例えば右側通行、左側通行についても、それで安定している状況であればそれは多分規範じゃない。規範としては認識されなくて全然不思議ではないと思います。でも例えば日本は左側通行ですけども、右側通行が許されているかという、許されていないわけです。時々酔っぱらいが高速道路とかに逆に入ったりしますけども、あれは犯罪になりますよ

ね。そういうところはあるわけです。それとかまさに戦車みたいなものを持ってきて、おれはこれに乗りたい、おれはどこでも好き勝手なところを走りたいんだと反対側を走って、ほかの車がぶつかってきてもおれは死なないからいいんだと言ってガンガン走るといって、みんな困るからそれは反対するわけです。だって、その場合には左側通行は規範だからと言うのではないかと思います。それにはみんな納得するような気がしないでもない。

さっきのゲームが急に外部性を持ったときという話がありましたが、そのときに初めて規範という話になってくるのかなという印象を持ちました。だから、合意から規範に行くところというのは、もしかしたらそもそも合意の存在に気がつくというのも外部があって初めてのことだということになるのかもしれませんが。全然ただの感想ですけども。

加賀見 正当化の話については、三つ目のテーマかなと思って言わなかったんですけども、その合意は規範性を持つか持たないか、正当化されるかされないかと話したときに、正当化の根拠を正当化する根拠何なんですかというのがあって、さらにそれを正当化する根拠は何ですかということ、これは結局無限遡及の話になってしまいます。

僕が「経済学、経済学」と言うのは、数少ない経済学者なので経済学と言うだけであって、経済学者が偉いわけでも何もないですけど、経済学のほうだと結局、最低限みんなが合意するということとパレート改善しかないんじゃないのと。要するにどこまで無限遡及していったとしても、最低限ここまでみんなが納得するんじゃないかというのがパレート改善なので、当然これにはもっといい何かがあるかもしれないけど、最低限パレート改善は満たさない限り、それは規範性を持たないでしょうということが、多くの経済学者が考えている公正経済学の最低限の話だと思うんです。

森村 でも実際はパレート改善ではない富の最大化だって、効率的だと経済学者は言うじゃないですか。

加賀見 富の最大化に関しては誤解がありまして、経済学者の純粋理論でいうと、あの後に効用の意味をはかったパレート改善なんです。富のパレート改善じゃないんです。要するに不公平まで読み込んだ上で、みんなが改善する状態がパレート改善であって、富については、100万円ぽんとあって僕だけ全部とるとみんなはむっとなりますよね。これは富でいうとパレート改善ですけども、効用で考えるとパレート改善じゃないんです。みんなを納得させようと思ったら5万円ずつ払わなければいけないかもしれないし、10万円ずつかもしれないということです。富の最大化というのは、実際効用の最大化がパレート改善をやってしまうと、理論的には正しいけど現実には使えないというので、ある特定の状況によっては現実性を持たせるために使いましょうとか、あるいは（リチャード・）ポズナーがやや割とアドバルーン的にぶち上げてしまったので、多くの経済学者は「アイタッ！」という感じのことを言っているんじゃないかと僕は思います。

藤本 ある程度話に勢いがついてきて、後々のテーマにもつながりそうな話にもなってきたので、一たんここで5～6分ぐらいお休みをとりたいと思います。