

藤本 それでは最初に、加賀見先生から「合意」に関してコメントというかお話があるということです。

加賀見 お伺いしたいということですが、大きく二つ。そもそも合意の本質は何かということと、合意の主体についてどう想定するか。法哲学の合理性の話がもっと出てくるかと思っていたんですけど、あまり合理性とかリスク選好とか自立性が出てこなかった。ちょっと権力性の話は出てきたんですけど。その二つをお伺いしたいなと。

一つの合意の本質のほうですが、先ほどの規範とかという意味でのどういうことをするべきか、条件づけのもとでのどういう行動をとるべきかというのは合意があったわけですが、そもそも定義とか概念規定に関する合意というのは最初にあるはず。「右ってどういう意味」とか「犬って何」というような合意があるはずですけど、これについての合意については法哲学はどう考えているのか、共通言語とか共通概念の確立の段階での合意はどうなっているのかなというのが一つ。

二つ目は、2人のプレーヤーの間でのお互いにこの条件でこうしましょう、もし破ったらこうしましょうねみたいなのが典型的な契約と合意だと思うんですけど、ある1人の人間が外部性を伴わない単独行為、例えば私は早起きをすると言明したとします。ほかの人たちは「ふーん」と聞いています。この状態は合意なんでしょうか、あるいは契約なんでしょうか。

次が、外部性が一方的な外部性ないしは影響が発生するような単独行為。例えばですが、私はトヨタにTOBをかけます。自分がトヨタにTOBをかけても全く説得性がないんですけど、外国のファンドか何かが中小企業のA社にTOBをかけると宣言した場合、これも単独行為ですが、恐らくそれについてほかの人たちも受け入れるし、その行為者本人もそれをわかっている。これとほとんど同じケースで、Aさんに私がお金を100万円あげます。簡単に言うといわゆる贈与契約です。これは贈与契約というぐらいなので、実際契約といえば契約ですけど、英米法の世界では約因がないのでたしか契約にならないはず。

そうすると、いわゆる合意と契約の関係を考えたときに、一方的な外部性ないし影響を与える単独行為というのは果たして合意なんだろうか、契約なんだろうか。その上で、相互的な外部性を伴う主体間の行為としての一般的な典型的な合意・契約というのがあると思うんですけど、さらにここでいう合意というのが、さっきの規範性はまだ持ち得るかという話はあるんですけど、前の段階でそもそも相互的な外部性のものは主体間の行為という意味での契約とか合意ではないような何かというのがもっといっぱいあるのではないかという気がするので、その辺をどういう感じにお考えなのかなというのがお伺いしたいことです。

あと、合意主体の想定とか契約環境、合意環境の想定、初期条件がどうなっているかとかというのをどこまで読み込んだ上で、これは合意である、これは契約であると考えているのかというのは、経済学者は基本的に無頓着で、基本的にはお互い合意したんだから合意だし、契約じゃないかなんですけど、その辺やっぱある状況ではこれは合意である

が契約ではない、あるいは規範性を伴う合意ではないと判断するときに何かあるのではないかなと思うんですが、その辺はどういうふうにお考えなのかというところを、ざっくりばらんで結構ですでお聞かせ願えたらありがたいなと思います。全部でなくても結構です。いかがでしょうか。

藤本 法哲学のというあれがあったので、法哲学の方。

加賀見 どなたでも構わないです。

森村 あまりにたくさん論点があり過ぎるから、気がついたところから。

加賀見 それで十分です。

森村 最後の状況の話についていうと、法律学の場合だとどんな場合でも合意がありさえすれば契約だと言わなくて、例えば優越的な地位を利用して自分に有利な条件を押しつけるのはたしか不当競争防止法……

加賀見 独禁法の中の不公正な取引方法ですね。

森村 そうですね。僕が考えるには経済学的な発想法からすれば、交渉力が弱い人だってそれなりに得しているんだから構わないじゃないかなと思うんですけど、法律家の考え方というのはどうもそうじゃないみたいで、取引の当事者が対等な立場に立っていないてはいけないということを言うみたいです。どうしてそういうふうに思うのか、僕自身も不思議に思っているくらいです。

加賀見 そこを本当にお伺いしたくて。

森村 むしろそういうのは民法学者に聞いてみたいですね。

加賀見 そうですね。民法学者にお伺いすると、どうもよくわからない答えが返ってくるので。

森村 だからそこにはきっと配分的正義の考慮が入り込んでいるに違いないですね。

加賀見 本当にひどい場合には、だってかわいそうじゃんになってしまうので。

平石 結局そうなんじゃないのかな。(笑)

森村 でも僕の考えからすれば、そういうかわいそうな人と取引する人は、それでもかわいそうな人に得をさせているわけだけど、取引をしない人は全然利益を与えていないわけだから、取引する人は、とにかく契約するだけでもいいじゃないかなと思うんですけどね。なぜそう考えないかという、これから先は僕の想定だけど、契約する人たちは一種の共同体的な関係に入るんだから、自分の利益を追求するだけでなく、相手の利益も自分の利益とある程度同じぐらい追求しなくてはいけないという義務があると考えているのではないのでしょうか。

加賀見 それはどういう文献にアイデアとか根っこが出ているんですか。

森村 これは別にどういう文献に載っているというわけでもなくて、単純に僕の想像です。

藤本 歴史的にいつても、ローマ法に莫大損害理論というのがありまして、要するに給付内容に著しい不均衡がある場合ですね。1ドルぐらいのものを100ドルで売買する、あ

るいはその逆。こうした契約が結ばれた場合、契約関係の取り消しや、差額の返還などによる契約内容の調整が求められる、という理論があつて、そこにはやはり森村先生がおっしゃった共同体、ローマ法ですからローマ市民という一つの閉じられたのに近い共同体の中での正当性というか正義というか、そういったものの実現という発想があります。さらにそこには、宗教的な誠実さみたいなもの、宗教的な発想というのにも加わってくるのかもしれない。

そもそもそういった場合の商取引の契約というのは正当、いわゆる正義にかなったものでなければいけない。その正義は何かというのはとりあえずおいておいて、みんなが見て正当だと思われるようなものでなければならぬみたいな発想がそこにはあったというふうに説明されます。このあたりはまた詳しい方から話していただく機会もあるかと思ひますけれども、そういう考え方はあると思ひます。

共同体全体のものを考えて1対1の関係でこっちが得して、こっちも少ないけど得したからいいじゃないかというのではなくて、やっぱり全体としての公正さというものが保たれないかという発想が出てくるのではないのでしょうか。

加賀見 不公平とか一方的な暴利が存在すると、社会に対して負の外部性が発生するからだめなのとかだとむしろわかるんですが、本当に当事者の中だけで話をしたときに、当人が両方とも全く合意しているのに、第三者が出てきておまえらの契約はけしからんという状況すらあり得るわけです。それはどうなんですかねというのがずっと疑問です。

平石 でもそれはやっぱり同じ共同体の中でというところで縛りが入ってきて、それは一度そういう契約というものが社会の中で成立可能だということになってしまつてみんなが認めるようだと、自分が気がつかないうちに将来そういう不利な契約を結んでしまう危険性が出てくる。それを予防したい。だからそういう不利なものはほごにする。未来の自分の契約の安全性を確保するためにそういうことを言い出すのではないですか。

加賀見 負の外部性とか将来に対するリスクが戻ってくるということだとわかるし、むしろ共同体というのを前提とするとそれこそ進化論的に安定な何かがあるんじゃないかという気がします。ワンショットだったら何でもあるかもしれないですけど。何か裏づけはあるんじゃないかと思うんですが、そういうことなんですかね。

平石 多分繰り返しの問題じゃないかなと。それ以後も関係性が続いていくというところにおいてそういう話が出てくるので、例えばあしたで地球が滅びますといたら、不公平な契約が結ばれているとか何とかいっても、別にそんなのは関係ない話になる。それとか、旅行者に対して自分たちは何とも思っていないものをものすごく高い金で売りつけたといつても、だれもそれを批判する人はいないということになったりするんじゃないですか。逆に自分が出かけていって、それこそガラス玉で島を買ったりするわけですけども、それは全然問題ないという話になるということじゃないですか。

藤本 愛人契約とか奴隷契約とかが契約として認められない。でも愛人契約にしる奴隷契約にしる、その2人の間では、愛人になります、奴隷になりますというのがありかなし

かと言えば、当たり前のお話ですけど、あり、なんですよ。そこにそれこそ外部性とかがかかわってきたときに問題が出てきて、それは無効だという話になるわけですから。さっきの国立の市民の話にもかかわりますけれども、やっぱり狭い共同体の中というよりも1対1の個の関係というよりも外部性の問題が出てくる気がします。

加賀見 あともう一つ経済学ではないんですけど、歴史だと思うんですけど、歴史的には悪徳商人の暴利とかを許しておくと、不満は大体国の支配者のほうに行くので、だから国としては悪徳商人とかを取り締まるインセンティブがあるという説明はダグラス・ノースとかがちょっとしていることはしています。

鳥澤 莫大損害理論についてですが、平石さんが自分が将来当事者になるかもしれないという繰り返しの関係についておっしゃったのを聞いて、自分が将来似たような交渉をして契約を結ぶ可能性があるときに次回以降の取引費用を削減するためだと考えると、少しは説明がつかないかな、と思いました。取引費用とか、交渉、駆け引きのコストとか。駆け引きのコストを取引費用に含めるか含めないかについては議論があるのですが。

藤本 莫大損害という事態が起こらない、ということをおまかせしておくことで、それについての話はしなくていいでしょうとして取引費用を削減する、ということですね。

森村 さっきの分配的正義の話に戻ると、契約をした場合、確かに両方とも利益を得るわけけれども、その利益はやっぱり公平に分配されるべきで、理想的には半々で分配されるべきであって、片方が9割ももらって片方が1割しかもらえないのは不公平だという発想もあると思います。そういう発想は経済学者はあんまりしないと思う。

加賀見 ナッシュ交渉解とか、対等でバーゲニングすれば大体半々になるという話はバーゲニング理論であることはあるんです。

森村 でも対等じゃないわけですよ。法学者が考えるのは、対等でない当事者の間でも半々にすべきだということです。

加賀見 それは経済学者は断固反対すると思います。(笑)

平石 経済学者は反対するので、独裁者ゲームというのをやるわけです。独裁者ゲームというのは、2人1組のゲームでほんと100万とかを渡されて、片方がそれを好きなように分配していいよという、それだけでおしまいというやつでやるわけです。ただ一方で、実際にそれを実験してやるとさすがに半々には分けないんですね。でも幾ばくかのお金は相手にあげるということは人間はやるわけで、それは公平感に対する何らかのインセンティブというのはヒューマンネイチャーの中に入っているからだと思います。

加賀見 あと実験以前の経済学でいうと、ナッシュ交渉解の話というのは、もう50年かもっと前ぐらいの話なので、バーゲニングの話では交渉力の格差とか、1対1ではなくて3人とか4人とかn人のプレーヤーでバーゲニングをしたときに、一体全体分配はどうするんでしょうか、どう決まってくるんでしょうかという研究は結構あって、理論上はこのはずだけじゃあ本当にそうなのというところで割とその辺から実験系の話というのは入ってきた気がします。

実験室でやると割とうまく出る場合と出ない場合と、いわゆるいい大学でやるのといい大学でないところでやるのと、あと経済学部でやるのと法学部で結構違う結果が出ます。(笑)

鳥澤 経済学部の学生がやると違うんですね。(笑)

平石 経済学部の学生がやると経済学が教えるとおりになる。(笑) 自分の効用最大化を……。

加賀見 きれいな結果が結構出てくるみたいです。

内藤 今の話ですけれども、森村先生がおっしゃっている共同体説というか、そういうアンバランスな契約がだめだという根拠として共同体的なものを想定する考え方について、私はちょっと違うことを考えています。まったくの仮説で、これから正確に検討してみたいなと思っているのですが、私は、民法とかは結局、基本的に取引の互惠性を担保するためのルールで、互惠というのが根っこにあって、その原理に基づいてルールをつくっているんじゃないかなと何となく感じるんです。だから、互惠的じゃないからそういう取引はよくないという。そういう考え方がそもそもの根底にあるのではないかなと思っています。

加賀見 互惠性みたいなものの一つの基準というのが、ナッシュ均衡として出てくるのか、それともヒューマンネイチャーとして出てくるのか、どっちなんですかね。

内藤 記録をとっているからあんまりうかつなことは言いたくないのですが。(笑) 極論として言うなら、互惠自然法説なんじゃないかなとちょっと思っています。自然法みたいな意味で「互惠というのが正しい」という想定が何かあって、そこから演繹されて民法のルールとかが出てきていると。

民法をやっている人はあまりそういうことを言わない、取引の安定だとかと言いますが、でも結局それは「互惠がいい、正しい」ということを前提にしているのではないかとすごく感じます。だから効用とかナッシュ均衡という話よりも、互惠自然法というか互惠正義論みたいなものが想定されているような気がしています。

藤本 だから具体的に近代法についての話になれば、法制史的に考えればその根源にあるのはローマ法なり自然法だから、それは間違いないでしょう。それはそのとおりだと。ただし、その源はとなったときには、私は答えようがないと逃げてしまいたいですが。

加賀見 要はなぜそれが自然法になったのか。

内藤 そうすると、さらに想像を広げると、互惠的なものというのを是とする認識枠組みみたいなものがひょっとしたら人間にあって、そういうところから来ているのかもしれない。

加賀見 要するにヒューマンネイチャーということですね。

鳥澤 恐らく今、互惠というときの互惠という言葉の意味が、多分私や加賀見さんや森村先生が言うときと、内藤さんが言うときとは違うのではないかと思います。

平石 今、内藤さんの言っている互惠には多分公平性というのが含まれている互惠で、厳密に言えば非常に不利な契約であっても、何がしかの利益をそこから得ていて本人が満

足していれば互恵的なんですよ。お互いに恵みを与えるのが互恵ですから。でも、その恵みの与え方が不平等だといけないという話になっている。ところが本人同士はその契約は十分に意味があるので、自分の払ったコストに対して十分な自分としての利得を得ているというふうに納得しているときに、外部から見ておまえのコストベネフィットの計算は間違っているとか、気がついていないけど実はだまされているよとか余計なことを言うてくるといふ、その根拠は何なのかという話だと思います。

関 それはやっぱりパターナリズムも入っている。

平石 パターナリズムなのかなと思います。

森村 ただ、そういう場合、両方とも得したと思っているかもしれないけど、片方の当事者は、自分をもっとたくさん取り分を持ってしかるべきであると思うかもしれない。半々にすべきであるのに相手のほうが9として自分は1しかとれない、これは不公平だ。確かに全然取引しないよりは自分は得をしているかもしれないけれども、当然とれるべき取り分よりは少ない。だからやっぱり自分は規範的なベースラインから見れば損をしていると思う人がいて、そういう主張がこの莫大損害なんかの発想で認められているのではないかと思います。

平石 そう思うのは勝手ですけども、それに周りが賛成するかどうかというところでですね。

森村 周りの人も、当事者は取引したんだから両者は公平に分けるべきで、片方が大部分を取り上げるのは不公平だと思う人が多いから、そういうレシプロシティじゃなくてフェアネスの発想が契約法の中に取り入れられたのではないのでしょうか。レシプロシティというのは、要するに両方とも得をすればそれでいいんだけど、フェアネスというのはやっぱり得をする程度が半々か6・4ぐらいならいいけれども、9・1では不公平だという感覚だと思います。

平石 そうするとそのフェアネスというのは一体何のために言うのというのが気になってくるわけです。自分のことに関してフェアネスを求めるのはわかるんですね。それは非常にシンプルな話だと思うんですよ。それ以上を求めれば向こうから反対されて契約が成立しなくなるかもしれないけれども、ひどい契約を受け入れる気もない。契約はかたい意味ではなくてすごくフリーに使っていますけれども。でも、ほかの人の、自分と基本的には全然関係のない人同士がやっている契約について、それはフェアじゃないと言うメリットというのはないはずなのに、実際やるということは多分あるんです。それがあるのはどこから来ているのかということが僕なんかはすごく気になります。

森村 でも、かわいそうな人がいればそういう人を助けてあげたいと思うのは非常に自然な人間の情じゃないですか。

平石 そうするとそのフェアネスというのは一体何のために言うのというのが気になってくるわけです。自分のことに関してフェアネスを求めるのはわかるんですね。それは非常にシンプルな話だと思うんですよ。それ以上を求めれば向こうから反対されて契約が成

立しなくなるかもしれないけれども、ひどい契約を受け入れる気もない。今は契約という語はかたい意味ではなくてすごくフリーに使っていますけれども。でも、ほかの人の、自分と基本的には全然関係のない人同士がやっている契約について、それはフェアじゃないと言うメリットはないはずなのに、実際やるということは多分あるんです。それがどこから来ているのかということが僕なんかはすごく気になります。

森村 それは内藤君あたりが一番考えるべき問題です。

内藤 考えるべきということなので（これから）考えさせていただきます。ただ、裏を返して逆の方から見れば、互恵的な取引をするのはいいとして、ただ何かが恵なのかというのは人によって判断基準が違う。それを完全に個々人の主観にほうり投げて、その中身は何でもいいよと。紙くず1枚とかあまり利益には思えないような物を（その取引で）得るのでも、本人が利益と思えばそれで利益なんだから、全部それは本人の意思に任せてそれで合意がなされればそれで互恵ですよというパターンが一つありますよね。そういうふうにさせてくれという要請がある一方で、わかった、自分が主観で判断するんだけど俺の主観で判断させられたら、互恵がきちんとできないよという人が出てくることもある。何だかよく分からず自分は得だと思って取引したけれども、やっぱり損だったと。

だからそうじゃなくて、外から客観的にルールなり何なりの形でこの範囲で「互恵」というものを押しつけてくれと。その基準が金銭なのか何なのかわからないけれども、そういうルールをいっそつくってくれたほうが自分にとって互恵的な取引がかえってできる…。

平石 楽になるという。

内藤 そうそう。そういうメリットが逆にあるということはありませんよね。

加賀見 交渉コストの削減とかという感じですか。

内藤 そうですね。本人にとって結局それが自分で判断させられるよりも、だれかに判断してもらった方が……

加賀見 でも、いわゆる公平性の話というのは、大体単なるデフォルトルールではなくて、割と強行規定で入る気がするんです。そうするとちょっと違うかなという気がします。少なくともその法律をつくった人たちというのは、強行規定にしている以上は交渉コストの削減だけではなくてそれ以上の何かを入れていると思います。

内藤 強行規定。

平石 それは何ですか。

加賀見 要するにその当事者たちが絶対こうだと言っても無理やり介入していくということです。

内藤 強行規定であった方がその人にとっていい（そのこと自体が利益的だ）ということはないですか。その規定が「強行」された方が自分の利益が結局……。

加賀見 いやいや当事者たちは完全に 10・0 だろうが 100・0 だろうが構わないと思っているし、本当にこれでいいんだと思っているにもかかわらず、いやけしからんといって介入してくるというのが……。任意規定ではないので。

平石 それは幾つかのレベルを分ける必要があつて、そもそもの一番最初のオリジンのところでなぜそういうもの（公平性を重視するヒューマンネイチャー）ができたのかというところと、それをシステムの中に入れるときにどういうふうにしておくのか（という問題を分けて考える必要がある）。要するにはかの人渡してしまつたほうがいいというのは、自分は合理的な判断ができませんよということを言っているわけです。合理的な判断ができませんよと言っているところに対して、合理的に見てこれはおかしいからというので介入しましょうというふうにすると話がややこしくなる。合理的な判断ができませんとほうり投げるのだったら、それは強行規定という形で入れないと、法律的に論理が通らないということでそうなっているのかもしれないなと。

要するにさっき言つたコミットメントみたいな話になるんですけれども、自分は合理的な判断はそこで捨てますよ、何かおかしいことをやつたときには私が気がついていなくても強制的に入ってきてくださいというようなルールに……

加賀見 ところがおれたちは十分合理的だ、合理性を捨てる気は全くない、その上で10・0の契約をしているんだ。にもかかわらず入ってくるというのは強行規定なので。

平石 だからそれはルールをつくるときに、そういうふうに完全に自分の合理性を疑いようもなく持っている人たちだけではなくて、結構それなりに疑いを持っている人たちもいる中でどういうふうにルールを決めたのかという。そこら辺は法律がどう決まつたのかという話とか、ローマ法からの話とかになると思うので、僕の全然わからないところですけども、想像するのには何かそういう話なのかなという気はします。

実際に法律が効力を持つ上では、強行規定になっているほうが効力を持つというのはロジカルにはよくわかる気がします。よくできているなと（思います）。

加賀見 あと関連してもっと出てくるのが、今度は贈与契約がどうなるか。僕が100万円あげるとするのは恐ろしく不公平な契約なわけですよね。これは合意ですか、契約ですか、不公平じゃないんですかね。

平石 100万円あげるとするのは……。

加賀見 例えば100万円あげると言つておいてやっぱりやめたといったときに、100万円渡すことを法律で強制するかしらないかというのが典型的に出てくるケースですけど。

平石 それは禁止するんですか。

森村 大抵の法体系だと全然方式がなければそういう贈与の約束は法的に無効だけれども、例えば英米法の場合なら書面をつくれればそれは有効だと言いますよね。ではなぜ無方式の無償契約が無効かというと、それはいろいろ説明がありますが、社会全体にとって効率的でないからだという説明をボズナーなどはします。それに対して有償契約の場合は、仮に片方が後で後悔したとしても、やっぱりそういう契約をすれば社会全体としては利益になる。そこが違ふんだとボズナーは言うと思います。

加賀見 贈与契約というのはそもそも合意なんですか。

森村 一方的にあなたにお金をあげますよというコミットメントをすることは、普通は



契約とは言わないんじゃないんでしょうか。

藤本 ポストの中に 100 万円勝手に入れておくというのは契約ではないですよね。

森村 少なくとも日本法なら相手方、もらう人の同意も必要だと考えられますよね。この辺が日本法と英米法とは違うところみたいで、英米法だと契約というのは法的に強行されるプロミスだと言って、プロミスというのは一方的なコミットメントだと考えられるから、必ずしも相手方の合意というのを前提しないようです。

加賀見 英米法は約因が要るんじゃないかなかったですっけ。

森村 約因があるために相手の合意が必要ですかね。

加賀見 合意の証明で……

森村 しかし書面で一方的に自分で債務を負ったりすれば、約因はないけれどもそれは有効だということにならないですか。そういう場合は書面をつくったことが約因だというわけですか。

加賀見 確かに対価がなければいけないので、1 円でもいいから払わなければいけないと聞いたことがあります。

森村 それはそうだけど、例外的に書面による契約の場合は対価がなくても有効だと言われていますよね。だから英米法なら書面によって純粹に贈与の約束をしたら有効だということになるのではないですか。

加賀見 そうしたら、合意もないけど契約というケースはどうしたら。

森村 僕の語感からすると、約束とかプロミスというのは一方的にできるけれども、日本法で契約というのは両者の合意がある場合ですよ。その違いが非常に重要なんだと言う人もいて、いま中央大学にいる木下毅先生が『英米契約法の理論』でそういうことを書いておられるけれども、僕は実際には英米契約法だって一方的なプロミスで債務が生じるのではなくて、やっぱり何らかの形でプロミスを受け取る人が同意するから契約が生じるのではないかと思うから、それほど大きな違いではなくて単に表現の違いではないかと思っています。

加賀見 そもそも合意がないから契約でもないということですか。

森村 そもそも合意がなかったら契約じゃないと思うんです。だから例えば、自分は禁煙する、もし禁煙ができなかったらあなたに 1 万円あげるなんていうふうに一方的に約束したり誓ったりしても、それは契約としての効力は持たないと思います。でも、それに対して、わかった、わかった、それじゃあ君が禁煙をやめたら僕は 1 万円もらうよと言えば、そのときに契約は成立したことになるというふうに僕なら理解します。

加賀見 その場合、実際に禁煙に失敗した場合、1 万円払わなかったら債務不履行になる。

森村 恐らく民法学者だったら、そういう場合は法的な拘束力を発生させるつもりのない、単なる約束にすぎないとか言うかもしれませんね。

加賀見 そうするとそこでやっぱり「合意って何」「契約って何」というのが出てくると

思います。

森村 法的な拘束力を発生させるような合意とそうでない合意とがあって、例えばあしたどこどこで会いましょう、一緒に食事しましょうというような約束をしても、別に当事者はそれを破ったからといって賠償しなくてはいけないとか法的な責任を負うとか思っているわけでは全然ないわけです。だから、同意の中にも法的な拘束力を発生させる、つまり契約としての合意と、契約までには至らない、言ってみれば道徳的な拘束力しか発生させないような約束があるというのが法学者の考え方だと思います。

加賀見 そういうお話はわかるんですが、そうすると今度は社会規範とか社会慣習というものの同意とか合意というのは、法的拘束力を実は予定していない合意という可能性が非常に高いと。

森村 非常に高いでしょうね。

加賀見 むしろ慣習であっても法的に拘束しない場合というのは、慣習という事実があっても法的拘束力を予定していない合意にすぎないから、それは法律が出ていかないという解釈ですか。国立の場合は、法的拘束力を予定していたような住民間の合意であるから、それは法律によってカバーするけれども、ただ単に芝生に犬を入れないようにしましょうねというマンションの住民の合意だったとすると、それは法的拘束力を予定していないので法律が出ていかない。そういう感じになりますよね。

こっちをマルにするとこっちもマルになってしまうとか、こっちをバツにするとこっちもバツになってしまうとか、結構この辺は出てくる気がするので、法律の方はどうなのかなど。むしろ実定法学者は法律上こうだからと言ってしまうんですけども、法哲学だったらどう考えるのかというのは僕的には興味があるところです。

森村 やっぱり裁判に持ち込んで、これこれさせたいと考える人が社会的な慣習というときは、それは単なる道徳的な義務だけを負わせるのではなくて、法律的な義務にまで高められた非常に強い規範意識を持った慣習だと主張したいんでしょうね。そうでなければ裁判所に訴えて主張はしないでしょう。

加賀見 国立のケースは、もめた後は間違いなく法的拘束力はあるんだと思うんですけど、最初の最初の段階で本当にそこまで考えていたかということ、僕は結構疑問ではないかという気がします。

藤本 ただ、それを裁判所に訴えて持ち出した時点ではそうしたいと思っているわけですね。

加賀見 そうすると、それはそれこそ社会規範という意味での事後的なルールです。

藤本 社会規範が形成されたときはそう思っていないけれども、いざそれが侵害されて外から入ってきたときにそれに対してこれを規範として使いたい、法的効力を認めてもらいたいという形になる。それが確かに裁判で取り上げる、法として通用するぐらいまで高まった慣習ですよというふうに裁判所が認めた……。地裁が認めたと言ってしまっているんですね。

鳥澤 認めたといえるかもしれません。(補足：座談会前半部分および前回報告で発言したように、判決は慣習の理論にはうったえていない。正確には、「住民」の「暗黙の合意、制約」「コンセンサス」「相互の自制と努力」によって生じた「景観利益」の存在を認めた上で、被告の行為はその侵害にあたり不法行為であるとした。)

藤本 もしそうだとすると、それはもう法としての効力を持つことになります。上級審で覆されましたけれども。

加賀見 さっきの森村先生のお話だと、法的拘束力が予定しているのはあくまでも当事者たちの考えの一種だと思います。今の藤本さんの話は、法的拘束力を認めるという裁判所のほうの判断だと思うんです。その違いはあるんですか、ないんですか。

関 あるんじゃないですか。

加賀見 ありますよね。

藤本 やっぱり求めていようが認められなければ合法にはならない。慣習法になることはありますけど、それは認められないと……。慣習という言葉はあまりこういうふうには使わない。それこそ暗黙の合意という形で、そのまないたの上にはのってこないと思います。

宇野 さっきの話とつながるかもしれないですが、当事者たちが主観的に自分たちの合意には合理性があって契約として成立するものなんだと言っている、それが当事者を超えた段階で、お互いに拘束力のある、あるいは正義にかなった契約としてその社会、共同体として承認していいかということは、やっぱり同じように今のシステムの中だと裁判所で判断されるということになる。

加賀見 その判断の基準が何であって、どこからやってきてどこまで正当化されるのかがやっぱりわからないことが多い気がするし、一つの説明を読むと別の部分で当てはまらなかったりするし、切り分けがよくわからないところが多いんですよね。

藤本 そこは切り分けてはいけないということになるんじゃないですか。個々の場面においてカズイスティックに、ケースごとに対応していくべきものだということになるのかなと。

加賀見 ある状況ではこれをマルにし、ある状況ではこれをバツにする。でも書いてある条件で見るとどっちも同じように見える。だとするとなぜかなというのを普通思うかなと思います。

関 でもそれは裁判所が判断することだから、裁判官の心理状況というのに関係してくる。だからリアリズム法学みたいな話になってくるんじゃないですか。

宇野 社会通念上、それは法的な強制力を伴うような契約とは認められないというふうな表現になってしまうと思います。

藤本 そう思わない人も多分たくさんいる。でもそれはしょうがないというか、最終的な判断を下されるのはそこになってしまいますから。

加賀見 今日は別に結論まで欲しいわけではないので。ただ、こういう問題意識がある

んですけどどうでしょうかねぐらいです。

宇野 公序良俗に反するという話になれば、そこでパターンナリストティックに介入していつてそれぞれ私的自治でやっているはずの契約と合意の形成なのに、なぜ入っていくかという話には同じ地平でつながる話なのかなとちょっと思ったんですけど。

加賀見 公序良俗でやってしまうことは……。公序良俗を立てると裁判では勝ちにくいので、何か別の理由をつけるかもしれませんが、事実上は公序良俗で、でもその公序良俗は何であってどこからやってきてというのは、やはりよくわからない。

それぐらいです。

藤本 今の話を引きずって近代法の話で宇野さんにお伺いしたいんですが、自分は歴史の代表者であるかのような偉そうなことを言っていたわけですけども、さっき出てきた内藤さんがおっしゃった互惠ですか、フェアネスとレシプロシティの話です。近代のことをやっている宇野さんにこういう話を聞くのは非常に心苦しいのですが、民法というものの自体についてすら、近代以前の日本にはあったのかどうかという話になる、そこは承知の上でお訊ねしたいのは、中世以前の日本法の中でこういう考え方、契約というか、取引をするときにお互いがそれなりに妥当な恵みをもらわなければいけないという考え方はあるんですか。

宇野 そういう商取引とか土地取引ということではないですが、例えば中世に「折衷の法」という考え方があります。折衷、半分ずつにするという。私は中世の専門ではないので具体例は思い出せないんですが、何かもめごとが起こったときにお互い半々で負担を負いましょうという解決の仕方です。確かにどちらかに理があつて、どちらかに非があるということはある得るんだけど、そうではなくてお互いに負荷を半分ずつ負いましょうという考え方が在地の社会の中であつたというふうに言われている。

藤本 そうですが。もしも日本にそういう問題意識がなく、それこそローマ法とか近代につながるようなところだけの話であれば、内藤さんがおっしゃったようなヒューマンネイチャーとしての公平性があるとかないという話とはちょっと違ってくるなと思いましたが、日本の固有法というか考え方にそういうのがあるのであれば。ただ、少なくともこのレベルで話ができるのは、日本と西洋の話だけなので、イスラムの人とかもいてくれればいいんですけど。そういうのも可能性があるのかなと。

宇野 先ほどの悪徳商人がいると謀反が起こるのでというような話だと、やっぱり政策的に何らかの介入をしているんな角度から調整しようということはあるですね。例えば消費者にすぎない武士が物価が上がるにつれて、もらう禄では足りないので借金をして生活をしていくときに、一切の債権債務問題を幕府は処理しないとして徳政として借金を全部棒引きにするという。そこで不満がたまったら大変なことになるわけで、そういう政策的な介入ということはあるかと思うんですが。

藤本 徳政令とかはものすごい強行法規もいいところですよ。それどころの騒ぎじゃない、経済学的にいうととんでもない話なのではないですか。

加賀見 経済史のほうではたしか実証分析もしていたはずですが、社会状態に対していつごろの時期にどのくらい起こるかという研究があったはずですが、詳しくないの。

藤本 ちらっと新書で読んだのは、徳政令は江戸時代だけではなくて出されていて。

宇野 そうですね、中世から。

藤本 結構重要な社会政策になっていたという話を読みました。

宇野 あまり有意義な話ができなくて申しわけないです。

内藤 一つ追加というか留保ですけれども、さっきのヒューマンネイチャー説ということで、互惠というのがもとはどうなのかというご質問がありました。さきほど私は安易にヒューマンネイチャーと言いましたが、要するに生得的ヒューマンネイチャーに根拠があるのか、ナッシュ均衡というような効率性や利益というところにその最終的な根拠が行き着くかは大きな問題だと思って（います）。それで私みたいに進化理論を使いたいという立場からするとヒューマンネイチャーに飛びつきたくなるけど、私が最近思っているのはそっちじゃなくて、もともと生得的にヒューマンネイチャーとして互惠という性質が入っているという説明の他に、もう一つ別に、そういう性質が入ってなくても、例えば利益に向かうという性質を人間はもともと持っていて、その上で経験的・後天的に、互惠的な取引にしたほうが結局、効率的だと（個人のレベルで思うようになることから互惠が支持されていくという考え方もある）。

さっきの言葉でいったらナッシュ均衡に当てはまるとか、利益になるということからルールが発生するという説明がそれに当たるわけで、それも十分あり得る話だと思います。私がやっているような（進化理論的な）考え方からすると、どっちの可能性もあるというところで、果たしてどっちなのかというのは（今後）すごく詰めていきたい話です。

加賀見 後者はタカ・ハトゲームみたいな感じですか。マッチングしたときに半々で利益を分け合うような行動パターンを持ったプレーヤーと、あとは全部利益をとろうとするようなプレーヤーがいたときに、マッチングによって要するにガツガツしたやつ同士だと共倒れになっちゃうし、一方がガツガツしているとそっちがもうかるみたいな感じで進化ゲームをやっていたときに、一定割合で場合によってはもしかすると互惠的な行動様式を持っているプレーヤーのほうが、ドミノとしての弱点が発生するというのが後者のほうの議論になるわけですか。

内藤 そこまで突っ込まなくても、もちろんそれは要素としてあると思うのですが、そういう形で取引をするときに、厳密にフィフティ・フィフティじゃなくても互惠を確保していくルールをつくっておくことが結局、私にとって得だよということ（その互惠的なルールが）成立することはあり得ると。

平石 多分内藤さんが言っているのは、要するに個体発生か系統発生かという話だと思います。つまり、レシプロシティというものが少なくとも現代の日本なんかではそれなりにあるように見えているのは、それがヒトという種が系統発生的に進化の歴史の中で獲得してきたものなのか、それとも個体発生というちょっと狭過ぎるかもしれない。でも、

ヒトがある時期から歴史的に獲得してきた。ヒトという種ができた後に、そのヒトという種が自分たちの持っている認知的な力というものを持ていろいろな交渉をやっていく中で文化的な知識として蓄えてきたものが習性のようになって、もともとのヒューマンネイチャーのように感じているだけなのかというところは議論はあるし、結論を出すのはなかなか難しい話ですよね。そこは一応どっちの可能性もあるというのが現状だとは思いますが。

それぞれ主義主張で、僕はどちらかというと進化的だろうと思っていますけれども、根拠があるのかと言われるとそうではないから、それはないですねというレベルです。

内藤 一つ逆に質問です。さっきの加賀見先生がおっしゃった中で、規範のもとみたいなものの根拠を言ったときに、パレート改善しかないだろうというお話をされていましたがよね。私は自分の立場としてはそういう考え方に賛成というか、そういう方向で考えているのではないかと思っているのですが、他方で、そうじゃない立場も多分あり得て、パレート改善にならないルールなんだけれども、「合意」したんだから、パレート改善に対抗してそこに正当性があると主張する人はいないですか。

加賀見 80年代前半ぐらいの法と経済学の議論のときに、契約を違反する自由みたいなものはキーワードで割とひとり歩きたときがあつて、民法学者は約束を破るとは何事だというようなお話は結構ありました。その辺の主張というのはそれにはまるのではないかと思います。

内藤 そうですか。その人たちは明らかにそれに合意してもベネフィットはないんだけど、でもそれに「もう」合意してしまったのだから、パレート改善にはならないけれどもそこで正当性がある（という場合はないでしょうか）。何が言いたいかというと、合意というものに、規範の根拠としてパレート改善に対抗するだけの強度がある場合があるのではないかということです。

加賀見 経済学の世界ではあり得ない。パレート改善ぐらいの基準がないので。パレート改善じゃない以上、当然なぜそれを強制しなければいけないかが……。外部性があるとかであつて、もっと大きな社会を見てみると確かにみんなだれかを悪化しているとか、ある選択で悪化しているとかがあれば正当化できるかもしれないですけど、本当に二者間あるいは三者間だけで全員パレート改善なのに、だれかがそれはほかに合意があるからけしからんというのは、「え、何で」ということしか僕は思わないですね。ここで話した経済学者というのは僕個人の話がすごく多いと思うんですが、今のその話についていうと多分僕だけではなくてほとんどの経済学者が「え、それは何で」と言うと思います。

内藤 「それは何で?」「いや、合意したから」という。

加賀見 現にすべての当事者がその合意を遵守すると、少なくともだれかが悪化する。場合によっては全員が悪化する。にもかかわらずその合意を強制する理由、根拠はよくわからないし、恐らく当事者たちはもし強制的に合意させようと思ったら、何か裏で手を結んでそれをオプトアウトするというか、うまいこと逃げちゃうと思いますので実効性もな

いと思います。

鳥澤 経済学は基本的に帰結主義的というか目的論的に考えますけれども、義務論的に考える人は、(合意の内容よりも)合意という手続自体に重点を置くのではないのでしょうか。うまく言えないですけども、「約束したのに」「合意したのに」と。私自身もどちらかというと目的論的に考える人間なので、説明しにくいのですが。

加賀見 義務を違反する人が社会の中に一定割合いるということが、将来自分が義務違反される、さっきの将来的なリスクとか、それは社会の安定性を損ねるとかという、より大きな状況、より大きな社会を想定すると自分自身も損をする。だから今この瞬間だけ見るとパレート改善の機会があるんだけど、あえて合意のほうを遵守する。これは全くわかるんですよ。

鳥澤 そもそも安定性がどうかそういうことを考えない発想があるわけです。

森村 帰結主義的に考えても、とにかく一旦した契約で債権を得た人は、契約が実現されなかったら大変失望するわけだから、そういう期待は正当である。でも、それに対して契約を破ることによって得る利益というのは尊重に値しない。やっぱり同じ利益でも、尊重に値する利益と尊重に値しない利益があって、契約違反というのは、尊重に値しない利益のほうを尊重に値する利益を犠牲にして実現することだから、許さないというふうに民法学者は考える。

加賀見 パレート改善なので、典型的に出てくるのは、例えばこのペットボトルの水を藤本さんに50万円で売りますと。ところが内藤さんが後から出てきて、僕は150万円で買いますと言ったときに、じゃあ80万円あげるからあきらめてくれると言って150万円で売ったとすると全員幸せになるわけですよ。

森村 その場合は、80万円出すからいいじゃないかと言えば、藤本君が合意するはずだと思います。

加賀見 当然全員合意する。

森村 その場合、僕が藤本君の立場に立って、僕は80万は欲しくないんだ、その現物を欲しいんだと言ったらどうでしょう。

加賀見 その場合はパレート改善じゃない。これはアウトです。それについては経済学者もアウトです。

森村 そうでしょう。

加賀見 逆に言うと、パレート改善の状況だとすると、それは正当化されるんじゃないですかという議論です。

平石 その水よりも80万円のほうが……

森村 本当にパレート改善だったらみんなが合意するはずだ……

加賀見 だから合意はあるんですよ。この3人の中では完全に合意があるにもかかわらず、別のだれかがやってきて、ここに合意があるのでこれを何とかしろと言ったら……

森村 僕の理解では、法律的に契約違反を認めるべきだというのは、たとえ債権者のほ

うが納得しないにしてもあえて認めていいという考え方です。

加賀見 それはポズナーとかは言っているかもしれませんが、経済学者はパレート改善ではないので、むしろ経済学者だったらよっぽど限定的な状況じゃない限り納得しないと思います。それはパレート改善じゃないですから。

森村 でもそういうふうに考えると、効率的契約違反というのは、そもそも契約違反じゃなくて契約の当事者が後から契約を解除しただけの話だということになります。それは違反じゃない。

加賀見 それはそうですね。

藤本 合意があるのであれば、わかりました、では僕は80万もらいますから前の話はなしですという説明になりますよね。

加賀見 確かに efficient breach とかというので、そのキーワードがひとり歩きしてしまっていたので、すごくあれは誤解されていると思うんですけども、実際は契約の解除を普通にするし、契約の解除は全く問題ないですよというのが基本的なメッセージになりますよね。

森村 要は伝統的な契約理論なら、当事者が後から契約を解除すれば全然差し支えないわけです。それでも契約を実行させろなんて言う民法学者がいるとは僕には思えない。

加賀見 恐らくあのときあった批判というのは、実際の議論の中身は見ずに、効率的契約違反というキーワードだけに反応したのかなというのが僕の印象です。その当時、僕はまだ小学生とかなのでよく知らないですけど。(笑)

藤本 話がかなり3番目のテーマに入ってきているような気がします。なぜ契約は拘束するのかとかそういう話とかかわってきていると思うので、このまま話を続けていきたいと思います。

加賀見 ありがとうございます。

森村 契約を実行することが、もし当事者双方にとって有利であるならば、自発的に契約を実行するわけだから、そこには別に法的な拘束力について語る意味があまりないと思うわけです。だから契約に拘束力があるというのはどういう場合に特に意味があるかというと、契約締結時は両方とも自分はベターオフになると思っていたけど、その後で片方にとっては契約を実行することがワーストオフになってしまうということがわかった場合です。それにもかかわらずあえて契約を実行させなくてはいけないという論拠はどこにあるかというと、さっき内藤君が言ったような、とにかくコミットしたじゃないか、だからあなたは確かに損するかもしれないけどやっぱり守らなくちゃいけないんですよ、というのが割合と伝統的な発想法ですよ。

それに対して、恐らく経済学者ならば場合によってはむしろ契約を破ったほうがいいこともあるし、逆に、そういう場合損をしてでも契約を守らせることが社会全体のためになる、だからこの場合はやっぱり契約は拘束力があるんだという正当化をすることもある。言ってみれば主意主義的な義務論的な正当化の仕方と経済学的な正当化の仕方の両方あっ



て、伝統的な契約理論はどちらかというと前者だったと思います。それに対して、最近の経済学的な発想は後者の発想を取り入れてきたけれども、それは必ずしも多くの法学者が受け入れるところにはなっていないというのが現状ではないでしょうか。

加賀見 後者のほうですけど、経済学の一番簡単な契約についてのモデルというのは、その契約はほかのだれかに対して外部性が全く発生しないという世界で考えます。ただ、社会での安定性とかというのはむしろそれだけでは説明できないからこそ入れたのであって、一般的には当事者間でどうですかという話だけです。

森村 でもやっぱり法的なルールというのは当事者間で適用されるものではなくて、社会一般に適用されるものだから、＜仮に後から都合が悪くなったら契約が自由に破棄できるなんていうことになったら、そもそも世の中の人たちは法的契約なんていうものを信頼しなくなってしまうじゃないですか、それは困るでしょう＞という説明の仕方もありますよね。

加賀見 さっきの効率的契約違反の話は、むしろみんなハッピーなんだから本当にいいよねという状況があり得るよね（という）だけのことであって、本当に言葉がひとり歩きしただけだと思っていますので、あまり気にしないでいいかなと。経済学者が契約について割と議論しているのは、一つは給付に対して時間のずれが発生するケース。先にお金を払った、その後で例えば家を建ててねと。ところが家を建ててくれない、あるいは手抜きで家をつくるといったときに、一体どうやってエンフォースメントするんでしょうかというのが一つ。もう一つは、契約は結びました。まだ全然給付は行っていません。にもかかわらず社会情勢が変化したことによって、例えば原油の価格がいきなり 100 倍になりましたとかというと、当初の契約のままやってしまうことが、まだ契約は実行していないんですけど、いささかよろしくない状況はあり得るわけです。

住民が保険を入れるとか予測していたならともかくとして、全く予想できない状況、隕石が地球にぶつかったとかだとすると、これは不完備契約の世界になってきますので、それをもとにエンフォースメントしていいんでしょうか、悪いんでしょうか、あるいはどうやってエンフォースメントするんでしょうかという議論をする。そういうのが経済学の契約の話だと思います。

その二つを分けないと。給付のタイミングのずれがあるというケースと本当に当事者が予想しない状況が発生してしまったというのは多分違う状況なので、それは分けて議論すると思います。

森村 前者の場合ならば、単にオポチュニスティックな行動だから、オポチュニスティックな行動をする人に対して契約を強制しても、経済学的には全然問題はないでしょう。

加賀見 もちろんそれは経済学的には全く法で強制するべきですが、それに不完備契約を入れると、ところが強制可能な契約をつくれますかという問題が出てくる。例えば国立市街ではさっきの 20 メートルを超えるマンションを建ててはいけなない。じゃあ市街はどこまでなんですかということについてきっちり一々全部契約で書けますかといったら、多分

これは法律もつくれないし契約も書けない。あるいは家をちゃんとつくってくださいねという契約をつくったときに、ちゃんとというのは何ですかというとはよくわからない。

そうするとちゃんとよくわからない以上、ちゃんと法律によってエンフォースメントしてもらえるんでしょうかというとはよくわからない。まさにそのよくわからない、契約をうまくつくれないからこそお金だけもらっておいて、後から手を抜くとか意に沿わないことをする。逆にそれを予想するとそもそもお金を払わない、そもそも契約はつぶれるということも起こるのではないのでしょうかというのが、いわゆる不完備契約理論というやつです。

90年代以降の法と経済学とか経済学というのは、その不完備契約理論のほうが圧倒的にメインでして、さっきの効率的契約違反という話というのは学部の授業とかではやることはありますけれど、普通の現実の分析で使うことはほとんどないと思います。

藤本 今の家の件でいうと、エンフォースメントというのは要するにちゃんとした家を建てさせるということをどうやって強制するかということですか。例えばつくらなかった、あるいはできたけど耐震偽装していたという場合には、法の世界だと、じゃあ損害賠償ですねということになるわけですけど、それとは違いますよね。それでもいいのですか。

加賀見 そこで損害賠償は幾らなんですかという。

鳥澤 エンフォースメントというのは合意の内容を執行するということですから、そもそも合意の内容が不確かなときにどうするかということが問題となります。現実問題として、不確かにならざるを得ないわけですね。

加賀見 そうしたらそういう状況が発生し得るわけですね。そうするとそもそも損害賠償の責任があるんでしょうか、ないんでしょうか、あるとして幾らにするべきでしょうかという、実はよくわからないというのが不完備契約理論とかでよく出てくる話です。

藤本 あるのかないのかといたら、それは損害賠償するのはあるのじゃないですか。

加賀見 耐震偽装はともかくとして、ちゃんとつくったかどうかなんていうことはその業者のほうは……

藤本 建築基準法とかいろいろなものには従ってつくってはあるんだけど、当事者にとっては、あれ、ちゃんとしてないよ、ちょっと気に食わないなというところをどこまで認めるか、という話ですね。

鳥澤 もし無限の時間と人間の完全な認知的な能力があつたら、契約を締結する段階であり得ることをすべて想定してそれを全部契約書に書けばいいのですが、現実には取引費用があるからできないというのが不完備契約の前提ですね。

加賀見 そういった状況で法律に依存しないでどうエンフォースメントするかという話と、法律でいくんだとするとどういう法律があるんでしょうかという話が割とよくある話です。

藤本 コミットメント理論だとそれはいけないのでしょうか。どこまでコミットメントしていたか、という話では。

森村 コミットメント理論だってやっぱりこういう場合、幾ら損害賠償すべきとか、

どんな場合に違反があったのかなんて、そんなに簡単に答えは出せません。

関 でも合意の内容は確かに不確かですけど、一々個別の判例を積み重ねていって、裁判所は判決を出しますよね。例えば雨漏りがするようなものはやっぱりきちんとしていないとかという個別の事例がはっきりしていて、それが集積されて最近の法律になったりするわけです。そういうふうにしてできていくしかないんじゃないですか。

加賀見 雨漏りとかある程度客観的に何かちょっとでも見ればそれを使って契約が書けなくはないんですけど、本当に人間のサービスとかになってくるとよくわからない。ただ、学者を例にすると、例えば僕が出版社と本を書いてくださいという契約を結んだとします。出版社は売れる本、いい本を書いてくださいと言いますよね。僕は最大限頑張ったんだけど、残念ながら世の中に受け入れられなかったかもしれないし、すごくいい本を書いたんだけど、たまたま景気が悪くなって学生が専門書を買うような余裕がなくなっているかもしれないわけです。それはどっちの理由がよくわからないわけです。

それで実際売れなかった。出版社は僕に損害賠償を請求してきたときに、実際こんな事例では裁判にならないはずで、典型的例だと思ってほしいんですけど、こうしたときに実際問題僕に責任があるのかなのか、もしあるのだとするとどこまでなのかというよくわからないわけです。

関 すごくよくわかります。責任は全くないと。(笑)

藤本 実現可能性の問題になっちゃうので。

加賀見 例えば頑張って専門書を1000冊も刷ってくれたのに1年間で5冊しか売れませんでしたという、さすがに書いたやつに問題があるような気がします。

藤本 だから明らかに書いた人が手を抜いたということがわかれば、それは手を抜いた部分に責任が出てくるということですよ。それをどこまでと決められるかどうかは別の話ですけども。

加賀見 それを契約に書けるかどうか裁判官に対してどっちがどのように検証できるかどうかという、恐らくすごくぶれがあるので、そのぶれがあることを前提としてどういう契約をつくりますか、どういうふうなエンフォースメントのシステムをつくりますかというのが、不完備契約理論という話です。

関 でも、契約書をつくった時点ではそこで合意があるのかもしれないけど、本をつくるという作業は長期的な関係的な契約というか、中身を見て校正しながら出版社とやりとりしてやっていくわけですよ。だからそこではっきりしてくるんじゃないですか。

加賀見 でも途中でも同じことなんです。途中の段階で、こいつは明らかに手を抜いていると出版社が思ったところで、裁判官に認めてもらえなければ意味がないことで、僕のほうは僕のほうで夏休みじゅう研究室にこもって書いていましたと言い張るかもしれないわけですよ。そうすると要するに水かけ論になってしまうときに、一体全体どんな形でリスク分配とか責任の分配をするんでしょうかというのが、その話です。

それは経済学の契約の話ですけど、やや特殊な世界で一般の契約とちょっと違うので、

今日のこの場にはあまり適切ではないかもしれない。

関 それはやっぱり合意以外の内容も完全に入れて責任を裁判所が決めるというふうになるんじゃないですか。

加賀見 契約のつくり方として例えばですけど、頑張ったかどうかわからないけど、あくまで何部売れたら責任がある・ないというのを最初の契約につくってしまうというのが一つの方法。少なくとも何冊売れたかという情報については、事後的に見ると明らかに裁判官にとってもわかることですし、それについては事前の契約をつくれるわけですね。例えば大地震が起こって印刷所がとまってしまった。それで売れなかった。この場合はおれの責任なのかとか、ということまで考え出すと本当に予測できない。

さっき鳥澤さんがおっしゃったように、あらゆる起こり得る状況というのをすべて予測してすべて契約を書くのは無理なので、しょうがないからこれ以上これ以下と幅をつくって契約したとしても、その幅すら予想を超えて何か起こったときに、果たして本当に裁判所でエンフォースメントできるんでしょうか、するべきなんんでしょうか、どうしたらいいんでしょうかということが多分問題になる。

藤本 申しわけないですけども、それは事後的に裁判所が判断するからそれだけのことじゃないかなと思ってしまいますよ。

加賀見 ただ、裁判所がどのように判断するか。

藤本 それはやっぱり証拠。例えば筆者が夏休みじゅうずっとこもっていたと言ったけれども、実はどこそこに旅行に行っていたという証拠が出てくれば、おまえはちゃんとやっていないんじゃないかといって責任を認めるとか。地震があつたんだということになれば、それはだれの責任でもないから話が違ってきますね。そういう話でしか対処のしょうがない。それでいいんじゃないかと。

平石 契約が完全でないところで何かが起きたかというときに、裁判所がそれをエンフォースメントできるのかどうかというのは、裁判所はもちろんエンフォースメントするかしないか（を決める）という力を持つと思います。

加賀見 そのとおりです。

平石 けれども、そののところ（裁判所で決めましょうというところ）はもう国家というシステムをつくった時点で、みんなが一応それを認めましたということになっているという話だと思います。では裁判所で一体何が起きるかというそれはもうネゴシエーションであって契約とはちょっと違う話なのかなと。

加賀見 ただ、契約をつくる段階では、もし仮に契約違反になって裁判所に行ったときに裁判官がどう判断するかまで読み込まないと、最初の契約はいい契約が書けないですね。

平石 まあそうですね。

加賀見 先ほどコミットメントというお話があつたのですが、要するに契約というのはあくまで約束することはもちろん重要ですけども、実行されて約束の内容が実現されて

初めて意味を持つのが契約です。そうすると当事者たちは適当でいいんじゃないと言うかもしれないですけど、少なくとも法学とか経済学とかの議論の中では、その実現のところのメカニズムがどうなっているのかははっきりしない限り、そこから先に進めないと僕は思います。

宇野 私も勉強不足なので、加賀見先生のほうがご存じかもしれませんが、最近民法学では再交渉義務論とか新しい議論がありますよね。そういうことを念頭に置かれてお話しされているのですか。

加賀見 それも不完備契約の理論モデルがありまして、事後に再交渉というのを強制的に行うことによって、実は事前の段階の契約もよくなるというのが一つあります。その事後の再交渉というのも交渉決裂点をうまいことつくってあげると、事前段階での契約が改善するというのが実証は知らないですけど理論上は出ています。

宇野 今から立法化されるものの中にはそういうものが盛り込まれる可能性はある。

加賀見 そこまでは僕は全然わかりません。

鳥澤 質問ですが、事後の再交渉を義務づけると事前が改善するというのはどういう意味ですか。

加賀見 要するに検証不可能なものとか契約している内容について、実際に裁判で争いをしなければいけない状況になるとことがありますよね。いきなり裁判に行って裁判官が「エイヤッ」で決めるというのは実は両方ともすごくリスクです。そうではなくて、当事者間で再交渉するための、最初の再交渉の交渉決裂点、出発点を与えて、交渉決裂点は事前に与えることは割と可能な状況を考える。事後の裁判所に行ってしまうとどうなるかわからないという状況よりも、交渉決裂点はこの幅とかと勝手につくっておいたほうが、この幅の範囲内のどこかに落ちるとかということにしておく、その分だけ事前段階での投資とかをしやすくなる。

要するに安心して投資ができる。この手の話というのは、事前の投資があって、その投資のもとでそれぞれが行動する。ところが投資の後で状況が変化したときに、適切な行動がとれますかというのが基本的な設定なので。ところが将来どうなるかわからない、契約違反されるかもしれない、お金がもらえないかもしれない、じゃあ最初の投資を抑えておこうとすると、投資が過小になってしまうので非効率が発生するというのが基本的なモデルです。

そうすると、最初の投資を安心してできる環境をつくるためにどうするか。一つの方法としていま言ったような再交渉というのをモデルとしてうまいこと組み込んでおくというのがあります。

鳥澤 わかりました。

加賀見 実際、再交渉ではなくて裁判においての専門家の役割とか鑑定家の役割とかあるいは仲裁の役割とかの分析のときに結構このモデルを使うみたいです。

藤本 ではここで休憩を挟みたいと思います。