

藤本 では屋敷さん、お願いします。

屋敷 ベテラン芸人の後で話す若手芸人の気分ですけども（笑）。大変充実した報告の後ですのでコメントしにくいです。

山田先生と関先生のところについては、別の要件がありまして遅刻しましたので、レジュメを見て何となくこういう話をされたのかなという想像でコメントをさせていただきます。その点、失礼とは存じますがご容赦ください。

私は最初に人の揚げ足をとるところから入るのが好きなので、加賀見先生が使われた言葉で少し気になったのが契約自由という言葉で、その実現過程における話に着目されていました。実現過程において契約自由という言葉を使った場合には、加賀見先生がおっしゃったような意味で使うことももちろん可能ですけれども、いつでも契約の締結過程に戻っていいというような、つまり履行の段階に既に入っている状態であっても、いつ何時でもいきなりそれを破棄してまた契約をやり直そうというようなところに戻れるという理解をすることも含んでしまうのではないかという気がします。その点は山田先生の資料にたしか、履行する際にいろいろ圧力をかけて支払いを引き伸ばしたりというような話があったと思いますけれども、むしろそういうイメージでとらえることも可能かという気がしました。

いや、そういうのではないという趣旨だったのだらうと私は理解したのですが、そうだとすると、例えばそれは契約正義と契約誠実というようなカテゴリーの仕方をして見ていくこともできるかと思いました。契約正義については、先ほど松本先生に対する森村先生のコメントの中でも、星野先生の議論がこれなのではないかとおっしゃっていましたが、私の専門の西洋法制史で、契約に関する問題、特に実現過程などを見ていくときに一つ問題になるのが、この契約正義と契約誠実の問題です。関さんのレジュメにあるような２段階の発展は、なぜ２段階かというのと、19世紀から後は実定法学者に任せようかなと思っているから２段階しかないのですが、16世紀の国家理性論と18世紀の自然法論というのが対比されています。フーコーと違って僕は法制史学者なので、こんなにきっぱり分かれるわけではないだろうとは思いますが、これが16世紀と、18世紀、19世紀にかけての大きな考え方の分かれるところだろうと思います。

この国家理性論として表記されているほうは、恐らく契約正義という考え方に近いもので、自由主義のほうは契約誠実、つまり最も有名な言葉を使えば「*pacta sunt servanda*（合意は拘束する）」ということになると思います。この契約誠実という考え方を自然法論者の中で最も強固に主張したのは、さっきの「*pacta sunt servanda*」の言い出しっぺのグロチウス（Hugo Grotius）ではなくて、クリスティアン・トマジウス（Christian Thomasius）であると言われています。ただ、トマジウスのこの契約誠実論というのを見ていくと、実は非常におもしろい話が出てきて、関さんのフーコーの言い方でいうと、国家理性論のほうに属しているポリツァイの問題も非常に重要視しています。

どういうことかというのと、トマジウスはまず法学によって、あるいは司法によってつかさどられるところの領分、その部分はまさに契約の誠実というものが妥当するわけで、契約は自由に締結できるし、締結された契約は遵守されねばならないという考え方をとるわけですが、では市場万能主義だったのかというところではなくて、それに対しても規制が必要だというのであれば、それは司法の領分ではなくてポリツァイなのだといって、国家的な介入も認めるという。ただ、その国家的な介入というほうが、その後の歴史的な過程の中で、とりわけ19世紀において少なくとも表面上は非常に狭く理解されるようになりましたので、トマジウスはこういう契約誠実とか契約における自由主義の先駆者だと言われたりするわけです。

翻って、契約正義と誠実というのを山田先生などが挙げておられる例などを頼りにしながら改めて考え直してみると、やはりどちらが弱者保護とも言えない側面（がある）だろうと。加賀見先生も弱者という言葉を非常に用心しながら使っていらっしやいましたけれども。つまり仮に弱者保護というのを善だとすれば、不当な契約を弱者に対して強制する、それを履行させるというのは、契約正義の観点から見たときの悪であるということになるし、逆に契約こそがよりどころであって、払ってもらえるはずだったのにそれをいざ払うという段になって、あれこれ言って、もう一度条件を見直そうじゃないかと言われてたりする。これは契約誠実の観点から見たときに、弱者の保護が必要だということになるかもしれない。ただ、その場合の弱者の保護というのはつまり、契約を守らせるということに尽きるわけですけども。そうやって見ていくと、同じ契約といってもやはりいろいろな場面でいろいろな機能の仕方をする

なということを改めて思い直しました。

その点で、ご本人もアウェイだとおっしゃっていましたが、平石先生のお話を私は非常におもしろく思いまして、制定法と法現実とのずれというのは法学においては非常に古典的なテーマであるわけです。とりわけ戦後の日本においては、例えば先ほどの内藤さんのコメントとも関係しますが、川島武宜の『日本人の法意識』論というのがあったわけです。日本は少しおくらしている、契約意識は未発達だというようなことを言ったりして、一時期は一世を風靡したのですが、基本的には現在ではそうではないという説が有力というか、まともな学者でそうなんだと言っている人に私はついぞお目にかかったことはないという状態にあります。

ただ非常におもしろいのは、学生にこの本を読ませてレポートを書かせてみると、日本人はおくらしているから頑張って近代化しなければいけないという、割と素直な学生が多分一番多い。それは知識がないからだとか学者としては思うわけで、学者と同じように、本当にそうだろうか、日本でも都会などは結構やるじゃないか、あるいは企業とかは血も涙もなく取り立ての裁判を起こしたりするじゃないかというようなことを言う学生も結構います。ただ、相当数の学生が、もしそうだとしたら何が悪いという反応を示すんですね。つまり、日本人の法意識はもっとウエットで、近代的なものではないというような話をしたときに、だって日本人だから何が悪いのという反応です。これは僕は非常におもしろいと思っていて、法学部生の間ですら、近代法理念が少なくとも完全な形では普遍的な法として認められているわけではないということです。

そういうようなことを思っておりましたので、先ほどの平石先生のお話で、どういう表現をとられたか、間違った表現をとるといけないと思うんですけども、要するに頭のいい人と一般の人との間で、こういうルールのとらえ方が違うというような話をされていたように思いました。それを伺いながらいろいろ考えておきまして、例えば制定法と法現実のずれという問題について、立法者あるいはそのブレーンとなる学者と、それから実際のふだんの生活の中でその法規範を使うことになる一般の人たちとの間に、そもそも物の考え方自体のずれというのがあるのかもしれない。そうなってくると、まさに平石先生がおっしゃっていたように、法学だけの問題ではなくて心理学、その他の諸学の協力がないと実際に契約というのはどう機能するのか、どういうふうを受けとめられているのかというようなことを解明していくのはなかなか難しいのかなと思いました。

我田引水ですが、私は昨日の朝まで論文を一つ書いておきまして、アルトゥール・ヌスバウム（Arthur Nussbaum）というユダヤ系のドイツの法学者が（いて）、ナチスの時代に迫害されたのでアメリカに行ったわけですが、ドイツにおいてもアメリカにおいても法事実研究（fact research in law）というのをやっていました。この人などは例えば心理学なども使って、あるいはオイゲン・エールリッヒ（Eugen Ehrlich）とかウェーバー（Max Weber）と同時代の人物ですので、ちょうど生まれたての法社会学なども協力して民法の解釈学、あるいはその他の法領域の解釈学というのを発展させようと考えていた人です。そういうものをまた新たに展開していくことが望ましいのかなと思いました。

その問題と関連して、これはお話を伺っていないので私の全くの取り違えかもしれませんが、山田先生のレジュメの中に、非国家法としての契約法という言葉がありまして、これが例えばヌスバウムなどに言わせると、19世紀初頭のサヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）以来、法学というのは制定法の解釈であるとともに、慣習法の中から法規範を導き出してくるのが仕事なのだと言ってきたけれども、慣習法といっても村とか山奥とかの古い慣習などというのはもう現代社会ではあまり意味を持たない、一番重要な慣習というのは契約と取引慣行だと言っています。

そういう意味で契約・取引慣行といったような場所というのは、まさに法学者が規範を発見していかなければいけない。そのためには法社会学とか心理学のようなほかの分野の助けをかりていく。法社会学は「ほかの」と言っているのかわかりませんが、社会学や心理学の助けもかりていかなければいけない場所なのかなと思いました。

ただ、そういう問題をどうやって現実の法の世界に反映させていくのかということを考えたときに、また最初のトマジウスの問題が出てくるわけで、要するにそういう議論をしたとしても、全く相入れない見解がお互いに対立して、その間で、あるときは一方に振れ、あるときは他方に振れと、あるいはそもそもそういうことが成立し得ないほどに見解が分裂した状態になって、お互いに協約できないと。そういう状態であれば、それに対して政治家が決断を下し

て、そしてそのうちの一定の立場をとった政策をとるという形でしか、実際の法の世界に反映させていくというのは難しいのかもしれないと思います。

しかし、それは結果的に国家制定法の過剰という状態を招きかねないわけで、それが、抽象的・普遍的な近代法規範に頼らずに現実を見ていかねばという話をしたときの非常に大きな問題になるわけですが、トマジウスに言及したので、その延長上で、あるいはサヴィニーも似たような考え方をしていたのですが、それについて十分に熟した議論というものがあります。法学者たちがいろいろな議論を展開するけれども、おのずと一定の枠の中で展開されているような安定した状態にいたい、それだけの法学の蓄積というものが生まれたら、法はもはや国家のポリツァイの領分から司法の領分へ、学問の領分へと移ってくると述べているわけです。そういう安定した状況にまで至ることができれば、それは例えば大学での研究あるいは裁判官の養成、弁護士の養成といったようなことを通じて、やがて司法の現場に還元されていくというような図をトマジウスやサヴィニーなどは描いていたようです。

そういうふうと考えてみると、まだまだ道のりは随分長い話だなと思うわけですが、とりあえずその端緒として今日、内藤さん、藤本さん、宇野さんが頑張っておられるこのプロジェクトで、平石先生を初め、加賀見先生など他分野の先生方の話が聞けて非常によかったなと思いました。以上、ほとんど感想ですが、コメントを終わらせていただきます。