

藤本 久保さん、ありがとうございます。特に私がせかせることなく、すべてフルサイズでお話しいただきました。非常にポレミッシュ (polemisch) なおもしろいお話だったと思います。私がまとめるまでもなく質疑に移りたいと思います。時間的な制約があるけれども聞いておきたいという方がおられましたら、まずその方を優先したいと思いますが、いかがでしょうか。時間的制約のある方はおられますか。

屋敷 時間的な制約はあるんですが、自分が聞きたいというより、野田先生が何を聞くかを聞きたいんですけども (笑)。

藤本 ご指名がありましたけれども、野田先生いかがでしょう。

野田 私は商法をやっています、商法の研究者が何を聞くか、興味をもたれたのだと思います。商法とは関係ないんですけども、ご報告のストーリーの中で公的な規制といえますか、法的な拘束力はないということでしたけれども、そのような公的規制を補完する機能として契約を取り上げられて、それによっていわば半強制的なものになっていったという、そういうストーリーを述べられました。いきなり振られたので、質問を整理してからにしたかったのですが。一つ確認といえますか、その話は公的な規制の弱い部分を補うということが一つですよね。拘束力がないことによって、一方の当事者が遵守しないということを契約によって補うという面 (がある)。もちろん契約のほうも法的拘束力についてはあいまいなところがあるだけけれども、ただそういう面が一つ。もう一つは、法的な規制がカバーしていない部分について補うという両方の面があるわけですよね。それを生み出したものを具体的な事例を通してを分析されたお話というのは非常におもしろかったです。

久保 非常に的確におまとめいただいて、自分でも「なるほどそういうことを報告で言っていたのだな」といま改めて確認できまして、大変クリアになりました。

屋敷 実は私が5限があるのでその前という欲張りなことを言ってしまいましたので申しわけありません。後でゆっくり整理されてからまた質問してください。私わがままを言いまして申しわけない。

野田 いえ。

藤本 野田先生、よろしいですか。

野田 その自分たちだけの秩序形成をつくり出していったということに関して、一つは相手側を巻き込んでいかざるを得ないわけですよね。最初のお話では、少し一方的に押しつけるような部分もあったと。そうすると、後の展開として当事者が納得ずくと契約による補完作用がよりうまく機能しそうだけれども、その点がどうなるのかということ。ただ、後のお話の展開を伺っていると、でも結構うまくいっているということだったので、そのあたりをおもしろく聞かせていただきました。

久保 初めは確かに強制的なところがありました。感情を爆発させることもありました。ただ確かに、後は本当にお互いに納得するまで、うまく処理したなというのはあります。それを本当にきれいに整理されていたので、どうもありがとうございます。的確に

おまとめになっているので、自分の中でも整理がよくできました。確かにご指摘された面はあったと思います。

藤本 では改めて、時間の制約云々はおいておきまして、ご質問、お伺いしたい点等ございましたらご発言いただきたいと思います。よろしくお願いします。

水林 日本法制史の水林と申します。今日はどうもありがとうございます。3点あって、2点は感想で1点は質問ということになります。

第1点目は法制史のほうから、大変興味深いご報告で、注釈などではたくさん歴史的なことが書かれていたんですけども、歴史をさかのぼるとますますこういう契約社会的な様相を帯びてくるんですよ。日本などで文書（もんじょ）の資料の形ではっきりと確認できるのは、中世社会というのは基本的に契約社会というか、一番はっきりしているのは一揆契約状という、地域の人々が地域を管理するために……。一揆というのは百姓一揆とか国人一揆の一揆で、気持ちを一つにして契約する、あるいは契諾するというふうにはっきり出てきます。

そういうふうに地域社会を契約によって構成するというのは、近年の社会契約は単なるフィクションですけども、本当に歴史をさかのぼると実際に契約書をつくってということが（行われていて）、これは多分ヨーロッパでももちろんそうですけれども。鎌倉幕府でさえ、例えば御成敗式目という有名な法をつくるときには、13人の評定衆が約束をして契約をする。そういう長い歴史のコンテキストの中で、今は契約でできているわけではない国家とか行政のもとで、こういうような地域住民たちが契約的な社会形成を行うという非常に興味深いお話だったなということが第1の感想です。

それから第2点は、全体もそうですけれども端的に表現でいきますと、16ページの「法実践としての社会的行為」という（のは）とてもいい表現だなと思いました。これは藤本さんに言うとうすぐわかんと思いますが、私などは規範の問題を意識したまさに「法実践としての社会的行為」だと思っただけけれども、最近、法制史で、法的次元とは全く別の、それから生の自立的行為という例のあれで、法というのは専ら公権力が形成するものだというイメージがちょっと強くなってきているのかなという感じが（します）。とても有力な法制史学者がそういうような論文などを（発表して）議論されるものですから、そういう基調の中で、例えば人々が何か日常的に行動するときに常にそれは法の問題と関係している、法をつくり出すのが何も公権力だけではないということを、現代社会に即しても今日のようなご報告で展開されたということは、とても参考になるし重要なご指摘だったなということが第2点目の感想です。

それから3点目。これは質問ということになるんですが、レジュメの15ページですけども、「VI 結論」のすぐ行ったところに、「契約（目的合理的なゲゼルシャフト結成）」とありますね。その後が「当事者間に継続的關係をもたらし、コミュニティ（情緒的なゲマインシャフト意識）を生む」と。注を23と振られていて、「これは「ゲマインシャフト（共同体）からゲゼルシャフト（結社）へ」というよくある発展段階論的な発想では死角とな

る変容過程を捉えるものである」と注記されています。この場合のゲマインシャフトとゲゼルシャフトという概念は（どういう意味でしょうか）。

これは折原先生のものを引かれているので、折原先生の年来のご主張ですけれども、マックス・ウェーバーにおいてゲゼルシャフトとゲマインシャフトという極めてキーになる概念が旧稿と改訂稿の間で非常に大きく変化してしまっていて（いるという）ご議論がございますよね。後のほうだとテニエスのほうに近づいて、それで今日引かれた理解社会学のカテゴリーの段階では全く違った意味でということとの関係で質問ですが、これはどのような意味でお使いになっているのかなということなのです。

久保 理解社会学のカテゴリーでウェーバーが与えた独自の意味ではなくて、後のテニエス的な一般的によく用いられるような意味です。レジュメの中では、ウェーバー研究ではありませんので、一般的にこの程度で理解してくださいねということなのです。当然、「理解社会学のカテゴリー」での用語とは違うものであることは把握しております。

水林 そういう使い方だということですね。

そうすると、注のほうの「ゲマインシャフトからゲゼルシャフトへ」というよくある」というのは、かなり一方通行的だというふうに思われていることが多いんですかね。

久保 そうではないでしょうか。そういう一般的な、ウェーバー学以外の外の世界では基本的にまだまだそういうとらえ方だと。

水林 ウェーバーの後期の改訂稿段階のゲマインシャフトは、例えば共属感情とかそういう主観的・情緒的なことをたしか主眼に置いた定義だったのですよね。テニエスの場合には共属感情というよりはもう少し社会関係の質に即した定義だったんじゃないかと思いません。そこまで行くとどちらのほうの定義に近いのでしょうか。

久保 正直に申しますとそこまで考えていなかったのですけれども、両方あるといえればあるのかもしれませんが。一応情緒的な共属感情というのが出てくるところもあるのですが、やはりどこかで利害の対立というのが生じる可能性はこの事例では特にありますので。今は何も問題が起きていないからいいのですけれども、何か問題が起きたときに、今までの関係があるからうまく紛争をおさめられるということもありますが、もしかしたらおさまらないで対立が拡大するということもありますので、そういう意味ではやや中途半端で終わっているところもあります。

水林 ですから、今日の（お話の）コミュニティは、やっぱり昔の村落共同体とかそういうのとは性質が違うと思うのですよね。にもかかわらず、共属感情という意味ではそういうふうになればゲマインシャフトと呼びたくなるような関係だと。さっきのウェーバーの旧稿と改訂稿の問題だけじゃなくて、共属感情というところにポイントを置いて定義するのか、それとも社会の質、今日のコミュニティとかつての村落共同体の性質の差みたいなところにポイントを置いて概念を使用するのかということなので、そういう問題が残るのかなと思って。これは質問です。ご趣旨はよくわかりました。

久保 その点はまた考えて詰めなければいけない点だと思います。

水林 以上です。大変興味深い報告をありがとうございました。

久保 恐れ入ります。ウェーバーを使うというのは水林先生が大先輩というか大先人です。

水林 申しわけないですけども、私はこの後、院生の指導を予定していたものですから、適宜中座いたしますので。

久保 どうもありがとうございます。

藤本 ほかには何かございますでしょうか。

では間つなぎというか私からお伺いします。ウェーバーの贖罪契約の話というのが私が久保先生のお話を最初に聞いたときに一番興味を持ったところだったのは、私も「契約」プロジェクトの中で贖罪契約というのを取り上げていたからです。

それと関連して、今年の2月に「契約」プロジェクトに関係している先生方にお集まりいただいて座談会を開いたときに、契約というものにかかわってくる人たちのベクトルの向き——これは私が言った言葉であまり適切ではなかったかもしれないですが、例えば贖罪契約の場合というのは完全に対立ですよね。調和と対立という今日久保先生がおっしゃった言葉でいうと、対立関係にあるもの同士が結んで紛争を解決する方向にあるという話で、それが最古の契約類型だというふうにウェーバーは言っているわけです。

間違っていたらご指摘いただきたいのですが、レジюмеですと15ページにあった、いわゆる兄弟盟約というものは、それこそ調和と申しますか、ベクトルでいうと基本的にはみんな同じような方向を向いていて、それが約束を結んで組織をつくっていくという話になる。私の見方ですと、こちらのほうはウェーバー的には贖罪契約というものよりもちょっと前にあったんだと。それから、契約というのは、最古の契約類型として出てくるのはベクトルが対立しているところに出てくるんだという話で、贖罪契約的な話と兄弟盟約には段階というか違いがあるのかなと私は理解していました。この点について私の理解が正しいのか、あるいはそうでないのかということをお伺いしたいのですが。

久保 つまり兄弟盟約というのは、言ってみれば合同行為というか、相手方とではなくて一斉に同じ方向を向いてというご議論ですよね。それは確かに大問題でして、そこもちょっと詰め切れていない点ですけども。これは今ちょうど京大の民法の院生さんで組合契約は契約かみたいな話を研究されている方がいるので、その方にちょっと聞いてみようと思っていたのですけれども。

確かにそれは段階が違うといえは違う。やや大ざっぱにとらえ過ぎているところがあると言われればそうですね。ただ、むしろ逆に教えていただきたいのですけれども、ウェーバーの贖罪契約が最古の契約類型というのは今の法制史の学識の中ではどのように評価されるのでしょうか。

藤本 私は非常に恥ずかしいことながらウェーバーのこの話を知らなくて、久保さんに教わって具体的な出自も教えてくださいとメールで問い合わせ読んで、非常に快哉を叫んだというか、なるほどそのとおりだと個人的には思ったんですね。当然と言うと言い過

ぎですが、私の感覚の中ではこれは非常に正しいもので、それこそ基本的には契約の主たる機能として言われる財貨配分機能にしたって、結局は要するに売り手と買い手が、対立と言うとちょっと言い過ぎかもしれませんが、そういう関係の中で結ぶものというふうにとらえられているのが普通だろうと。

それをどこにさかのぼっていくかという、確かに贖罪契約という話で、いわゆる兄弟盟約というか同じベクトルを向いている限りにおいては別に契約という形にしなくていいじゃないかという話なんですよ。契約が契約たる一つのポイントとして、例えば外から第三者が見たときに、契約というのがあるんだということを第三者に知らせるという公示性といいますか、そういうところもあると思います。そんなものは同じベクトルを向いている集団の中であれば、全然必要ない。みんながわかっているわけですから、わざわざ約束する必要はないということになるんですけれども、これはそうはいかないわけですよ。贖罪契約というのは完全に不法行為を相手にしてしまった、ではどうやってそれをあがなって解決するかという話ですから。個人的にはこれは非常に適切な話だとは思ったんです。

ただ、法制史の通説的な話でこういうのが出てくるかという、あまり扱われていないとか、むしろ兄弟盟約的な、さっき水林先生が少しおっしゃったように、社会を構成するために契約には社会形成という面（があり）、こちらもちろん非常に重要なポイントなので、そちらのほうが扱われることも多いのかなと考えます。いかがでしょうか。

久保 少し見えてきました。兄弟盟約というのは、実はあまり私はそんなに考えていないとか。といいますのも、多分これは野田先生のほうがご専門だと思うのでよければ教えていただきたいのですが、私がイメージしている契約とか、ここでよく出している Macaulay という法社会学の「契約」研究の大家の研究なんかは特にそうですね。例えば車のディーラーの系列に入るとか、フランチャイズ契約を結ぶとか、あとは携帯電話会社の組織に加入するのもそうです。それらは、ある意味供給する側とされる側との関係であるので、もちろん双方にとって得になる面があるので関係を結ぶようになりますけれども、ベクトルの対立はやはり残ります。で、関係を取り結ぶ際には、その組織が設定した、言ってみたら強者である大企業の用意した、標準化された契約を一方的に結ばされるわけです。そうしてある組織に参加していく。

この契約の事例でも、住民側がメインで、その地域を支配しているある種の団体だと考えられます。自治会ではないのでウェーバー流に言えば非正当的な支配団体だと思うのですが、こんな契約書を我々がつくった、もちろん建築主は昔からいる人ですけれども、あんたは新しく建物を建てたいと言うのだったら新たに我々のつくった「私的立法」をのめ、それをのんだら私的なこの組織に加入させてやるということになるわけです。ですから、社会契約論的に、自然状態・原初状態で本当に何もなくて同じ方向を向いていきなり契約を一つにガッと結ぶという発想では全然とらえていません。もう既に所与

のものとして何らかのいろんな団体が乱立している、その中の一つの地域団体を新たにO氏がつくって、そこで契約書というか「私的立法」を作成して、それを相手方にのませたという形で考えているので、そういう意味で、兄弟盟約というよりも、組織に加入するという形で私は捉えているし、法社会学ではそういう形での「契約」研究を中心として今までやられていたので、私の捉え方もその流れの上にあるのかなという形になります。

だからといいますか、Macaulayは企業には監査部門などの「私的警察」が存在するといったことを言います。つまり、「私的立法」という用語を使うように、企業とかの諸集団をプライベート・ガバメントと捉える発想があるのですね。それは実は註18でも触れてある通りウェーバー的な捉え方だと思うのですが、彼は全然理論を使わずに本当に事例の分析だけで積み上げていく。ただ、結論としてはウェーバーと同じようなところにたどり着くのが非常におもしろいな、と。それを何とかうまく統合したいというのが私のやっていることです。

宇野 全然話が変わってしまうんですが、感想を述べさせていただくと、ちょっと細かい点の質問です。

先に感想を2点ほど申し上げます。とても勉強になっておもしろいご報告をいただき、ありがとうございました。一橋の非常勤研究員の宇野と申します。私も日本法制史を専攻いたしております。それでいろいろおもしろい点があったんですが、特に印象深かったのが、契約書ができ上がったときに相手方（住民）に契約書の内容を披露してそこで正式に契約が成立しましたというプレゼンテーションをやったことについて、歴史的な契約締結の場面において非常に儀礼的な行いが行われてきた。先ほど水林先生から一揆契約の話が出ましたけれども、そのときにも一味神水（いちみしんすい）といってそういう儀礼を行う。直接的にはつながりませんが、そういうデモンストレーション的なことを行うというのは非常に効果的なのだらうなという感想を持った次第です。

それからもう一つは、前年度に鳥澤先生に国立マンション訴訟についてご報告していただいたときのお話ですが、国立の場合は、建築協定を結ばれなかった理由として、町内会の不存というのが一番大きな理由だった。この事例の場合には、町内会の不存ではないですけども、機能していないということ自体が直接の動機になっているというところが非常におもしろくて、それは中心人物の方のキャラクターの面が大きいかなと思った次第です。感想めいたことです。

久保 これは、やはりO氏がいなかったら多分だめだっただらうなという例です。

宇野 本当に細かい質問で恐縮ですが、行政側の「紛争防止要綱」の中の12条に、「協議経過報告書」を市長に提出して審査を受けなければならないとあるんですが、この審査というのはすごく形式的なものなんですか。ここに対して住民側が非常に不信感を持っているというか、あまり信用していないから事前に自分たちでチェックをさせろという要求があったということですが、このあたりについて勉強会で議論になったとか、あるいは実態としてこれがうまく機能していないという理解があったとか、そういうことは（ありま

したか)。

久保 第1回の住民の勉強会には参加していないので、どういう議論がされたのかはわかりません。お答えできずすみませんが、そこまでは調べが足りませんで、また機会があれば住民側の方に聞いておきます。

ご質問には、もしその点が判明すれば何か新たに見えてくるものがあるという前提があったのでしょうか。例えばJ市の審査が形式的だったと知っていたから住民側はこうやったのだとか。

宇野 そういうふう理解了るので、運動に弾みがついたとか。割とフリーライダーのほうで楽という話が出ましたけれども、通常であれば普通の一般的な市民は、そこでチェックすればまあ大丈夫だろうというふうに信頼するものかなと。

久保 なるほど、確かにそういうこともありえますね。そこまで検討しておいた方が私の主張にもより説得力が出ますね。ご指摘、どうもありがとうございました。

岩井 法学研究科の社会人学生で、憲法を専攻しております、岩井と申します。憲法でも契約について、これまで、経済的な自由権（憲法22条、29条）として説明していた学説が多いんですけども、今では、自己決定権（憲法13条）で私的自治を構成し、契約もその一貫として説明する学説が有力化しています。久保さんの議論も、それに相応するようなものであると思われま。

アメリカでは契約について再生論が盛んであると聞いています。例えば、法と経済学の立場では、契約を功利主義によって説明しようとする。一方で、リベラリズムの立場では、習律（convention）によって契約を説明しようとするものもあるようです。また、久保さんも触れていますが、関係的契約論という、共同体論から、契約を説明する立場もあります。

久保さんの立場は、先に紹介した関係的契約論に近いと思われまますが、若干の違いあるように思われま。久保さんは、契約の中で新たに契約的關係が形成されていくとお考えのようですが、関係的契約論では、契約当事者にある種の規範的關係が成立して、その關係に基づいて契約關係が構築されると考えるようです。したがって、久保さんの立場と、關係論的契約論は、異なることになりま。ただ、久保さんの立場でも、契約以前の段階のある種の規範的關係が、考慮されねばならないと思うのです。まったく、無から、新たな規範關係（契約關係）を定立するというのは、困難ではないかと思うのです。そこで、久保さんは、契約以前を規範的關係を、どの程度考慮されるのかをお聞きしたいのですが。

この点が明らかになれば、久保さんの立場と、關係論的契約論との異同が明らかになるような気がいたしま。

久保 まず、よくご理解いただいてどうもありがとうございます。確かにおまとめいただいたとおり、私の研究の場合は契約を通して社会的な關係が新たに形成されたという話ですけども、關係的契約論は既に前契約的に社会的な連帯があるという点を強調しま。關係的契約論が、デュルケムの系譜に則っていると言われるのはまさにその點に關係して

います。それは、ウェーバーの系譜に則って進めた私の研究とはまた異なるものであります。だからといって、私の報告した事例に関して、关系的契約論の指摘が全く当てはまらないかという、そのようなことはないと思います。

では、この事例で前契約的に共有されている規範は何なのだとおっしゃると、一つそれがデータとして出ているものがあります。「資料集」の14ページですが、内部資料の「2提案」の第1号議案をご覧ください。先ほどは最後の3行しか見ませんでしたけれども、その上の6行に「日本では、現在人口の約18%の人が65歳以上であり、2020年には4人に1人に当たる23.5%となると予想されます」。これはそのままなのですが、「J市では65歳以上の方は38,025人で、全体の14.3%の割合になっています」と、やたらと福祉のことに関して詳しい説明がなされています。

結局問題になるのは最後の3行だけですけれども、これだけ6行も、しかも非常に詳しい数字を挙げて老人福祉に関しての記述があるというのは、O氏自身が老人福祉の問題についてとても興味をお持ちだったからです。なおかつ、ご自分でも実は別の福祉活動をされていて、「街角デイハウス」といって、いま橋下府知事の予算削減でちょっと危ないところに立っている活動があるのですけれども、その活動にもかかわっておられる。だからこういう福祉問題に関してすごく関心が高かったので、オームのサティアンと違って反対はしないと。老人福祉施設をつくるのは大賛成みたいところが一方であった。

ただ、O氏はこうも言っているのですね。住民説明会で建築主に対してまず質問をしたのですけれども、その質問の第1番目が、理念について聞くものなのです。どういう理念に基づいてあなたは老人ホームを建築するのですか、と。それに対して建築主のほうも、実は私も年老いた両親がいて介護が大変だからとか、小さいときに障害者の友達がいたので大変だったのをよく知っている、だからそういうものをつくりたい。この時はちょうど介護保険がスタートした年だったのですけれども、O氏は理念を聞くことによって、「ただもうかるだけでやるのとちゃうやろな」と牽制したかったそうです。それをちゃんと住民説明会で受け答えできたので、まあ認めていいだろうと。結局、福祉はいいものだという価値意識は共有されていたので、うまいことおさまったのかなという側面はあります。これがもしパチンコ屋とかそういうものだったら、ムシロ旗を掲げて闘っていたと思います。O氏はそういうのが好きな方なので。それが一つ言えると思います。

とても鋭いご指摘で、今言われてみて、ああ、关系的契約論との関係でそういう面もあったなと改めて勉強になりました。

岩井 たいへん参考になりました。というのは、こういう運動をした場合に、私も、マンション反対運動に直接、間接に関わったことがあるんですけれども、途中で空中分解してしまうケースが多い。それは、反対という点だけで、合意があるにすぎないことが、原因であるような気がします。やはり、久保さんが指摘されたように、介護福祉の問題についての共通意識というようなものが、前提として必要であると思います。そうした共通の意識を土台にして、新たな規範関係の構築が可能になるのでしょう。

久保 ありがとうございます。

藤本 まだほかにもありますでしょうか。野田先生いかがですか。まとまった点等は（ありますか）。

野田 特にありませんけれども、今の話との関係でちょっと興味を持ちましたのは、最近、またCSRみたいな話があるときにサプライチェーンの問題がありまして、企業が納入業者などに契約基準などを遵守させるという、そういう場面での契約をソフトな契約とか関係的契約と呼びます。その際に、その遵守の基盤は、今の共通意識だとかコミュニティとかそういうのと同じなのかどうなのか。

納入業者が環境基準などをいつも守れるわけではないけれども、それで直ちに制裁を加えるとか納入契約を打ち切ったりするわけではなくて、やはり育てていこうという側面もあるようです。そしてその場合に、そういうやりとりとか信頼感の構築を通じてサプライチェーンの中核企業にメリットがもたらされるだけではなく、納入業者などにもいろんなアドバイスをもらえたりする。このような手法がうまく働くとされる時、お互いの功利的な面からの説明もなされている。そういう議論もありましたので、共通意識とともにそういう側面から説明するということはどうなんだろうか。この点は、いかがでしょう。

久保 逆にもっと功利的に説明できる場合もある、いきなり規範を持ってきてもそれは実は規範として読み込んでいるだけ、ないしはそう語っているけど当事者は客観的に見れば功利的に動いているというふうに説明できる、ということですね。それは確かに説明できると思うのですが、この事例の中で申し上げるとすると……。説明できると思うのですが、成功している、うまくいっているときは功利的に説明しやすいと一般論では多分言えると思うのですが、関係が破綻したときにできるのかが課題となります。

契約という話なので、法と経済学とか合理的選択論で説明するという手も一つありますし、合理的選択論でもこういう社会規範の生成みたいなのを説明する方式というのは当然あります。本研究は、ウェーバーの「社会的行為」論にのっとって進めたので、それはここではとらなかったのですが、それでやってみると恐らく説明ができるだろうとは思っております。1カ月ほど前に関東の法社会学の研究会で報告させていただいたのですが、そこで太田勝造先生という東大の法社会学とか法と経済学をやっておられる先生が、これは法と経済学で説明できるということをおっしゃっていましたので、多分そのとおりでと思います。

ただ、私がそこまで使いこなせる、応用できるほどはまだわかっておりませんので、とりあえず「社会的行為」論で何とか説明したという形です。

藤本 ほかにはございますでしょうか。では、お時間もかなり（たちまして）ちょうどいいところだと思いますので（終わりにします）。本日は京都大学大学院法学研究科の久保先生にお話しいただきました。どうもありがとうございました。（拍手）

— 了 —