

契約における儀礼

－ 規範的契約概念を通じて理解する個人と社会 －

巻口 勇一郎*

末川博や星野英一が指摘するように、今日、法は、法律家以外の一般人にとって、難解で厄介なものとして意識され過ぎられる傾向にある。こうした要因が働いているのであろう、宮澤節生やハントが指摘するように、法や契約、裁判といった法的事象への社会学者による接近はほとんど行われていない。だが、そもそもE.デュルケムやM.ヴェーバーなど、社会学の巨人たちは法の社会学的研究に極めて精力的に取り組んでいる。デュルケムは契約を功利的な観点からのみ捉えることを拒否し、契約を現実成立させるためには当事者の合意を道徳的・社会的に規制する「契約の非契約的要素」が欠かせないとした。「契約の非契約的要素」とは、契約の場面において当事者に社会の力を及ぼす道徳を基礎とした人格崇拜、あるいは宗教や法である。デュルケムの人格崇拜論を受け継いでE.ゴッフマンが分析したように、われわれは、多少面倒に思えても、挨拶をはじめとして相手方への儀礼を欠かさない。ただ、契約の場面において求められる相互行為儀礼とは、社交上の挨拶やエチケットだけではない。相手方の人格に対する積極的儀礼として、お互いに自己の利益を放棄し供えあうことが必要である。相互的にとり行われる積極的儀礼の帰結として契約内容に公正性（給付の均衡）がもたらされる。こうして、相手方の人格への積極的儀礼（人格崇拜）として自己の利益を放棄することによって、正常な関係が維持され、社会秩序も保たれてゆく。本論文では、第一章において、現代社会において残されている「契約における儀礼」について考察する。その上で、つづく第二章においては、契約における儀礼のルーツが未開社会、古代社会に存することをマルセル・モースの『贈与論』と、デュルケムの『社会学講義』を手がかりに検討してゆく。モースらは未開や古代の社会における法的陳述の比較法的観察を通じて、これらの社会においては、物の霊が語り手となった神話や空想の下で、あるいは厳格に定められた儀礼や文言の下で、契約は規制されていたとしている。古代の契約においては、呪術的文言が絶対的権威を保っており、こうした準則に従うかぎりにおいて、当事者の意図や恣意は排除され、契約内容の公正が保たれ、その上で契約が神聖化された。厳格な形式の儀式を伴う契約上の儀礼は、複雑さを減じたとしても、今日でも、契約の場面における相互行為儀礼という形で残存している。だからこそ、当事者は、互いの自己利益を戦略的に確保しながらも、正常な関係と社会秩序を保ちつつ生活することが可能となる。本論文では、このような立場から、現実に行われる契約を、単なる功利的現象に還元せず、規範的側面をあわせもつ重層的な現象として理解する。また、契約過程を規制する規範として、宗教、道徳、法が相互に連携していることを主張する。特に、法を集合意識の表明と理解するデュルケムの立場を発展させ、法が「儀礼のカタログ」としての側面をもち、相互行為儀礼を補完する役目を果たしていることを示す。

キ - ワ - ド：諸規範，相互行為儀礼，贈与交換，関係と秩序の復原，要物契約，要式契約
物の霊，タブー

* 立命館大学大学院社会学研究科博士後期課程

目次

はじめに

第一章 規範的現象としての契約

1. 契約に関する研究状況
2. 契約を研究対象とすることの必要性について

3. 関係と秩序という観点から捉える契約

第二章 前近代社会や未開社会における契約

1. 要物契約における契約内容の規制
2. 要式契約における契約内容の規制
3. その他の要式契約

むすびにかえて

はじめに

契約における当事者は、自由かつ戦略的に、功利的かつ合理的に行動するものであると思われるかもしれない。しかし、そうであるとしたら、契約当事者の正常な関係、あるいは社会の秩序といったものはただちに脅かされてしまうことになる。本論文では、第一章において、契約を、人々が対面しながら相互作用を営む一つの場面として捉える。そして、契約の場面において対面した当事者がとり行う、様々な相互行為儀礼によって当事者の契約過程が規制され、契約内容に公正性がもたらされてゆくありさまをE. デュルケム的人格崇拜論を手がかりにして検討する。第二章においては、前近代社会から近代社会において、どのように契約が規制されていたのか、そして契約は関係や秩序にどのような役割を果たしていたのかを、モースとデュルケムの見解を参考にしながら考察する。これらの検討によって、契約が、経済的側面のみならず、規範的側面をあわせもつことによって現実として成り立っていること、すなわ

ち多面的で重層的な現象であることが明らかになるであろう。

第一章 規範的現象としての契約

1. 契約に関する研究状況

文化人類学が対象とする小さな社会においても、あるいは社会学が対象とする複雑で大きな社会においても理想としての宗教や法や道德(=社会の三大規制)が、日常生活を規制し、人々の関係の安定や社会の秩序を維持している。もちろん、日常生活において交換は頻繁に行われているわけであるから、日常的な交換も、三大規制による統御の対象とならないことはなかったであろう。デュルケムは、交換の様相が、三大規制が許容する一定の社会的枠組みに収まった場合を、「契約」とよんでいる。また、『社会分業論』においてデュルケムは、有機的連帯下における異質な諸個人の「協同」を「契約」という視点から分析しており、しかも彼はこのような契約の様相は、「契約法の構造」から論理的に導き出されると考えている。すなわち、デュルケムは交換、契約の構造や性質といった、やや抽象的で把握しにくい事実の様相を、思弁的に構成することを拒否し「成文法(droit écrit)を観察するなかから、根拠をもって導き出そうとしているのである。こうした意味において法は、貴重な「文化財」であるといえる。そして、この法社会学的手法こそ、デュルケムを社会学の祖とした大きな特徴である。したがって、法社会学的手法は、社会や個人、交換や契約といった概念に関するデュルケムの理解を検討する際には、省くことのできない手順であるといえる。

「どうして、またどんな方法でこの道徳的事実を把握し得るかを残されている。これは確かに微妙な問題であるが解決不能の問題ではない。先ず接近し易い道徳的観念とか箴言とかが非常に多く存在している。それは成文の形態をとり、法律的形式に凝縮されている。家族道徳、契約道徳、強制的道徳の大部分、基本的な大きな義務に関する一切の観念が法律に現され、反映されている。このように、そこにはわれわれの科学的野心を長い間十分に満足させ得るだけの観察材料が存在している。われわれがほとんど未開拓のこの土地をいくらか開拓したとき、われわれは他の土地にも移られる。われわれといえども法律に記載されていない道徳的義務、道徳観念が存在することに意義を差し挟むものではない。われわれは別の手段でそれに到達しよう。俚諺、通俗的格言、成文法となっていない慣行は、すべて情報源である。」ルビ引用者(Durkheim, 『社会学と哲学』p.113-114,邦訳106ページ)

デュルケムは、成文化された宗教的戒律、法典のみならず、書かれざる規範としての不文法をも視野に含めた観察を通じて、宗教の概念や法の概念を確定し、その次の段階において、社会理論を導き発展させたといえる。デュルケムにとって、社会的実態は「外在性」と「拘束性」によって特徴付けられるが、これらの特徴を明確に示したのが「成文法」であり、また、原初形態の社会においては宗教であった。そして、近代社会における契約に関しても、彼は「復元的法」のなかから導いているように、契約はそれ自体、法と切り離すことが出来ない現象であり、日々現実に行われている契約も、他の社会の領域と同様に常に規制を伴ったものであると理解していたのである。

また、デュルケムは、契約とは当事者の利害が主張されやすい状況だからこそ、個人の欲望

と社会的規制との関係性が明瞭に観察され、社会と個人との関係性を知る上で、格好の題材となると考えていた。つまり、法と契約との関係性を分析することから、社会と個人との関係性という一般的な知識を構築することが出来ると考えたのである。このように、成文法、不文法といった諸規範に対する注目のなかから、デュルケムの社会理論、契約理論が導かれているということは極めて重要な点である。そして、こうした法社会学的視点が思弁的構成を排除するための要件となっていることを、見逃してはならない。

こうしたことから、海外においては、マルセル・モース(1872-1950)など、数は少ないが何人かの研究者が、デュルケムの法社会学的手法(の一部)を受け継いでいる¹⁾。特に、モースは『社会学と人類学Ⅰ、贈与論』(以下『贈与論』と記述)²⁾において、未開社会や古代社会における様々な宗教的法的準則の比較観察を通じて、現実における「交換の互酬性」を説明しており、モースの法社会学的手法も、デュルケムの『社会分業論』及び『社会学講義』における法概念と社会的連帯との相互関係に関する発想に負うところが多いといえよう。

だが、我が国では、今日でも、デュルケムに倣い、契約法、契約道徳、あるいは契約に対して法社会学的に注目する社会学者は多くはないようである。つまり、契約の構造を導くべきデータとなる、法に対する社会学的分析が行われていないのである。法社会学者、宮澤節生は次のように述べている。

「日本では、政治学者が法社会学的研究を行わないだけでなく、社会学者もほとんど法社会学的研究を行っていない。これは、現代社会学

の二大元祖ともいうべきエミール・デュルケムとマックス・ヴェーバーの二人が、社会学全体だけではなく法社会学自体にとっても先駆者の位置を占めることを思えば、実に怪奇なことである。」³⁾

民法学者、星野英一は、法学者以外の者が、契約法を含めて、法的現象を研究対象としなかったこと背景として、我が国においては明治以来、法典の各条各句を分析し、それらの間の論理的关系を明らかにし、法典の内容を論理的に矛盾のないものに再構成することが「法解釈学」(rechtsdogmatik)の基礎とされたために、法律を厄介でわかりにくい法律家向けのものとし、社会学者を含めて一般人を敬遠させたことがあると指摘している⁴⁾。また、イギリスの法社会学者、アラン・ハントがいうように、英国においても事情は同様であって、法に関する研究は、もっぱら法律家や法学者が独占しており、法学者以外の研究者が研究を行うことを阻んでいるという。これを、ハントは「法排他主義」(legal exclusivism)とよんでいる⁵⁾。そして、大学法学部が法曹(弁護士・検察官・裁判官)育成という目的をもっているがゆえに、大学に籍を置く法学者は、法曹育成のための実務的研究、すなわち「法解釈学」を研究の中心としてしまう。彼ら法解釈学者は、既存の法律を根拠として、具体的な人間関係に法律を解釈・適用し、紛争(訴訟)を解決するための法律技術を錬磨している。ゆえに、反面では、末川博がいうように、法学者が、法律を所与の完成されたものとみてしまい、法律がいかなる社会的・歴史的・民族的背景をもって生まれいできたのかという基礎的な面の研究を軽んじてきた傾向がある。星野英一や川島武宜は、特に、進

んだ科学技術と共に西欧法を輸入(継受)した我が国では、法は既に完成されたものと自明視されたために、法の生成や構造自体を問うという法社会学的研究がなされず、そのおくれは現在まで続いているという⁶⁾。末川博は、法学者が、今後も法解釈技術ばかりを重視し、研究し続けるのであれば、法律解釈を専門化させるとともに常識離れさせ、法と国民とのギャップを拡大させるばかりでなく、社会との結びつきを失った法を生みだす契機をつくることにより、法学を無価値どころか有害なものにしてしまうおそれすらあるとして、法の理念が社会成員に共通する集合意識との関連で生じていることに注目することの重要性を強調している⁷⁾。また、小林直樹も、法解釈学偏重の現状に対して次のように述べている。

「法の解釈・適用の側面から法実現の妥当かつ合理的進行を推進するために、これらの研究や関心が極めて重要な意義をもつことは疑いない。しかし同時に、つくられた法の解釈・適用という解義学的方向のみに関心を奪われ、解釈・適用すべき法規範が如何にしてつくられまたは生まれ出るかを問わないならば、法学は立法者の無知や不用意や恣意から生ずる法の欠陥や矛盾を弥縫するに忙しい侍女的役割を脱却できないであろう。(中略)法の解釈=適用は、それ自体一つの立法的な創造性をもつのであるが、法学は単に与えられた法規の枠に自らをくくりつけるにとどまらず、進んで解釈のよりどころ(法源)たる法規が生みだされるところまで、分析と研究のまなざしをむけるべきである。」⁸⁾

法に関する研究への、社会学者による参加が阻まれ、法に関する研究がもっぱら法学者によって行われることで、既存の法規の解釈

(学)に重心がおかれてしまったという状況のなかでは、やはり、現実社会において、法と契約とが相互に影響を与えあい、その相互作用のなかで法が変化し発展してきたということを、社会学的に認識しようとする試みが行われているとはいいがたい。すなわち、法が、他の諸規範との関連をも含めて契約をどのように規制しているのか、法と契約がどのような距離にあり、あるいは互いにどのような緊張関係にあって、それぞれが互いにいかなる特性をもっているのかという、法と契約とが密接に絡んだ「現実」についての社会学的認識がなされていないのである。以上のように、契約法の社会学的研究が立ち後れているために、契約に関する思弁的な構成が進む一方で、契約法から導かれるべき契約(契約過程や契約内容)の構造や特性に関する社会学的研究は立ち後れてしまうのである。

2. 契約を研究対象とすることの必要性について

社会(病理)学では、犯罪という反規範的現象(規範からの逸脱)を研究対象とし、社会診断のための材料としている⁹⁾。本論文で取りあげる、「契約」も、それが過度に手続的に不適当であれば、詐欺や強迫といった刑法上の犯罪を構成する。例えば、マルクス主義法社会学者、渡辺洋三が批判した、資本家側の有利な地位を合意の背景の強制とすることによる一方的な労働条件での「雇用契約」¹⁰⁾、あるいは農薬が残留したり、遺伝子が組替えられた農作物、環境ホルモン¹¹⁾等の人工化学物質が溶出する商品など安全性が不確かな物、隠れた瑕疵のある目的物の「売買契約」¹²⁾、消費者金融(loan shark)による安易かつ高利での「金銭消費貸借契約」などは、どれも「手続的」に見て、あ

るいは「内容的」に見て「不公正」であるだけでなく、多かれ少なかれ「犯罪的」である¹³⁾。デュルケムは、犯罪を、行為に内在する特性によって説明される行為ではなく、社会成員によって集合意識を震撼させると「定義」された行為であるとし、犯罪は全ての者(社会)を襲う行為であるから、「犯罪を目撃しそれを知っている全ての者に公憤(colere publique)」を呼び起こすとともに、犯罪者は社会的地位引き下げ=正常な関係の破壊という激情的な反作用を受けるとしている。デュルケムの記述にしたがえば「犯罪の知らせが伝わるやいなや、人々は直ちに集まり」¹⁴⁾「共に憤慨」¹⁵⁾するが、これは「傷つけられるのは集合意識であるから、従ってその抵抗もまた集合的でなければならない」¹⁶⁾からであり、犯罪という異質な行為を「攻撃、排除」することによって、「共同意識そのものを維持する」¹⁷⁾ことが結果的に目指されているのである。実際、薬害エイズ事件では、消費者との間でHIVに感染した血液製剤という「隠れた瑕疵のある目的物」の「売買契約」を締結した販売主(法人と個人)や監督者(行政)は単に民事上、相手方の生じた損害を賠償する責に任せられただけではない。マスコミによる一連の事件報道によって、販売主と監督者に対して憤怒の念を覚えた人は多いであろうし、実際、契約当事者の民事責任とリンクして刑事責任追求の可否が争われることとなった(告発された)のである¹⁸⁾。特に、薬害エイズのケースなど、薬剤の欠陥によって多くの患者に危害が及ぶことを認識、予見していながら敢えて(*故意で)薬剤を販売し使用(例えば自己注射)⁹⁾させた場合はもちろん違法性が高いといえるし、欠陥を知り薬害の発生を予見すべき「注意義務」のある立場にあったにもかかわらず

らずうっかりと知らず(* 過失で) 薬剤を販売し使用させた場合であっても、当該薬剤の「不公正な売買契約」がもたらす結果としての客観的な被害(法益侵害)は、不特定多数の第三者に及ぶがゆえに甚大であり、やはりその点で「違法性」も高いと評価されうるのである。「違法性」とは、刑法学の有力な立場では、行為態様(= 行為の仕方、故意や過失などの心理状態)と結果としての法益侵害(= 例えば人の死)が社会倫理規範に違反する程度によって決まると分析されており²⁰⁾、先の例のような「不公正な契約」が高い違法性を有するとされる以上、「不公正な契約」は、デュルケムのいう人々の心に根付く集合意識(= 社会倫理規範)を震撼させ、刑事制裁をも呼び起こす犯罪に相当するといえるのである。ちなみに、現代社会において犯罪的とまでいえる契約が、企業体を中心とした「法人」(juristic person)と「個人」との間で締結される契約に目立つという意味で、犯罪的な契約は「組織体犯罪」(organizational crime)や「ホワイトカラーの犯罪」といった色彩を帯びているということを見逃してはならない²¹⁾。そして、契約が犯罪と並んで社会規範に照らした異常か正常かという価値判断の対象となるということは、契約が社会的現象であって、最も完全に私的(プライベート)で自由と思われる活動の領域にも、社会が欠落してはいないということのあらわれである。ゆえに、契約上の諸問題に起因する民事裁判も、単に賠償を通じた金銭の私的なやりとりの問題で片づけられるものではなく、当事者を含めた社会成員の感情を逆撫でする公の秩序の侵犯に対する償いの場面であり、その限りにおいて、そもそも民事裁判と刑事裁判とを分離してしまうことは困難であるといえるのであ

る²²⁾。

デュルケムは、民法は、契約当事者に対して、社会規範・集合意識への同調を迫る行為規範であるとし、民事訴訟は、規範からの離反的行為によって失われた関係の、元の正常な状態への復原を目的としている、と述べている。デュルケムにとって、民法が、集合意識の産物なのであるから、民法によって統御される契約当事者間の私的な関係の不調和は、多分に公的な社会規範の侵犯であり公の秩序の侵犯なのである。以上のように、社会成員によって集合意識の根幹を震撼させたと定義された行為(犯罪)に相当する「不公正な契約」は、ストリートクライムと並んで、社会(病理)学的分析の対象、社会診断のための材料たるに値すると考えられる。

そして、「不公正な契約」が反規範的現象であるのであれば、反対に「公正な契約」は、規範に同調した行為の結果として現れる規範的現象であるといえる。しかし、契約という現象を分析する試みは、主として経済学に委ねられており、経済学においては、契約は、非人間的な経済的現象の一環としての地位を与えられる傾向が強かった。例えば、市場原理にみられる、需要と供給の一致点における目的物の均衡価格が、契約における債権・債務の内容を直接的に決定するとみなされたり、あるいは、契約内容によって見いだされるなどと理解され、概して、契約自体が、経済的、市場的、功利的現象に還元されている。また、経済学以外の領域から契約を説明しようとする試みとして、契約を構成する自由意思の、自然権を背景とした正当性根拠に関して、社会契約思想(社会契約説)からのアプローチがはかられることがある²³⁾。ある

いは、契約における債務不履行、悪質な消費者契約などに伴う諸課題を解決するための実務的、実用的な法解釈、法的手段が検討される際に、個別的な契約のケース(判例)が把握されることが一般的である。

3. 関係と秩序という観点から捉える契約

H.スペンサーは、近代「産業型社会」において「自由な活動が倍加するにつれ契約関係は一般的となる」としており、契約(契約的連帯)^{ソリダリテ・コントラクテ}を、欲望を唯一の原動力として諸個人が対面し依存しあう場面としてみていた。デュルケムも、スペンサーの契約観を、功利主義的個人相互の相互利用に相当するものとして理解している²⁴⁾。今日でも、契約といえば、合理的選択理論の観点などから経済現象の一環として把握されることが多い。経済学者、小林公は、契約当事者である人間は自分のみならず相手が利益を得ることによっても自己の満足度を高めるとして、自らの利益だけでなく相手の利益が充たされることも人間の効用のうちに含めて、こうした人間の心理的満足度から契約の均衡を説明しようとしている²⁵⁾。この点、デュルケムは、道徳的に望ましい目的の追求は、努力、忍耐、無理、自己犠牲という社会的な強制を伴うのが特徴であるとし、こうした犠牲が伴わない生やさしい世俗的欲求の充足と、社会的善の目的追求を同列に並べて説明できはしないと述べている。

「ただ、道徳生活に特有の望ましきものという性質は先述の特質、つまり、強制的特質を享けている。それはわれわれの通常の欲望が執着する物品の望ましさと似ていない。われわれは特殊様式を有する基準によって命令される行為を欲する。その行為に対する熱情、熱望は苦

痛、努力を伴わずに果たされることはない。」
(Durkheim, 『社会学と哲学』 p.64, 邦訳65-66ページ)

ともあれ、小林公の契約理論のように、経済学における合理的選択理論においては、原則的には純粋に個人的な心理的欲求の充足(=効用)から契約関係が導かれることを念頭においている。確かに、契約は、労働力を含めて有形、無形の財物やサービスの交換を目的としており、人々の利益や経済生活と直接的に結びついている。そのため、当事者のそれぞれが自己の物欲を充たそうとして、自己の生活を豊かにしようとして己の利益をもっぱら追求すれば、契約は単に功利的な二者間の相互利用にすぎないことになってしまう。社会的現実として、例えば売買契約といえば、商人(例えば企業の営業マン)にとっては可能な限り多くの利潤を追求するための戦場であるし、われわれ消費者にとっても欲しいと思う目的物を手に入れるための手段としての意味合いがある程度現れてくることは否定できない。

文化人類学者、山本真鳥は、何らの親密な関係をも持たない赤の他人同士が、物の必要性から、その取得を目的として交換に参加している場合を「市場交換」、友人や親族など何らかの関係をあらかじめもった人同士が、物の必要性よりも、義務・儀礼として交換に参加している場合を「贈与交換」と類型化し、サモアなど小規模な社会においては「贈与交換」が実に多く存在しているという²⁶⁾。スペンサーの契約観は、山本のいう「市場交換」に近いものであろう。

しかし、大規模な社会、近現代社会においても、小規模な社会は下位集団として存続してい

るであろうし、赤の他人＝ストレンジャー同士の交換にも義務的・儀礼的な要素が全くないとはいえないであろう。『分業論』によれば、社会的分業は、前近代社会の諸環節が自給自足として一手に担っていた全体的労働をいくつかの種類に分かち合い、また上部組織や下部組織に区分した。区分された労働は、一方が放棄したものを他方が引き受けるという形を取るがゆえに、それ自体を他者から区別する個性的な相貌と活動力を持つに至った。諸個人は、細かく分化した職業を通じて個性的となり他者から区別されうようになるとともに、限定的な役割だけを担うようになり、ますます自足的ではなくなるのだから、相互に補いあい、依存しあうことが欠かせない²⁷⁾。デュルケムは、このように、諸個人が自らの生存を保障するために他者への依存度を高めることによって必然的に生ずる関係が契約であるとして、相互が有機的に補いあい依存しあう関係であることを認めている²⁸⁾。しかし、他方で、デュルケムは次のようにも述べている。「われわれは、たえずとくには不意に、買い物をしたり、売ったり、旅行をしたり、人を雇ったり、宿に泊ったりというようなことをして、権利と義務とのつながりを契約している。」「他者との関係の大半は契約的な性質のものである²⁹⁾。したがって、もし契約のたびごとに利益をめぐる争奪、戦争をはじめなければならぬとしたら、契約は犯罪と等しいことになり、われわれは日常生活において身動き一つとれなくなってしまう。デュルケムは、契約が単なる功利的利用に還元されてしまうのであれば、契約は現実には存在し得ないと考える。もし功利主義者の想定する純粋に功利的な契約が概念的平板化ではなく現実そのものであれば、ただちに社会秩序を不可能にしてし

まうと考えている。確かに、デュルケムは、犯罪のない社会は存在し得ないし、犯罪は「公共的健康の一要因であり」(Durkheim, 『社会学的方法の基準』p.66, 邦訳152ページ)、「誠実な諸意識を近づかせ、集中させ(rapproche donc les consciences honnetes et les concentre.)」(Durkheim, 『分業論』p.71, 邦訳100ページ)、共通の信念を再確認する場を提供し、道徳や法を正常に維持し進化させるために、「必然」(necessaire)かつ「有用」(utile)であると述べている³⁰⁾。

「したがって、犯罪は、必然的かつ必要なものである。すなわち、犯罪はいっさいの社会生活の根本的諸条件に基づいており、しかもまさしくそのために有用なのである。なぜなら、犯罪が道徳及び法の正常な進化にとって不可欠なものだからである。」(Durkheim, 『社会学的方法の基準』p.70, 邦訳157ページ)

そして、デュルケムは、「聖人からなる共同体、例えば修道士などの模範的な個人だけからなる非のうちどころない僧院」でおこる出来事を想起せよとも述べている。

「通常の、いわゆる犯罪はそこではおこらないであろう。しかし、俗人たちには許されるにちがいないさまざまな過ちが、そこでは普通の法律違反が通常の意識にたいしてよび起こすようなスキャンダルを生じることであろう。(中略)この社会はそれらの行為を犯罪として定義し、そのようなものとして扱うであろう。」(Durkheim, 『社会学的方法の基準』p.68, 邦訳155ページ)

この点、インヴァラリティーも指摘しているように、あらゆる共同体において、刑罰を通じ

て連帯を確認するために、犯罪は有用であり必然的に存在していると解釈できるのである³¹⁾。しかし、デュルケムは、犯罪の日常的横行が必然的であるといっているのではなく、社会が連帯を定期的に再確認するために「一定率、一定水準」の犯罪の存在は正常かつ必然であるといっているのであって、「一定率」を超える犯罪は、やはり秩序を脅かす異常な状態であると考えている。デュルケムの記述にしたがえば、「犯罪それ自身も、異常な形態をとることがありうる。たとえば、それが法外な数に達したときがそれである。実際、この過剰が病的状態であることは、疑う余地がない」³²⁾。よって、功利主義原理による「不正な契約」が必然かつ有用であるにしても、契約は日常生活において茶飯事の出来事であるのだから、それがごく僅かであっても不公正であれば不特定多数の第三者に被害を及ぼし、犯罪の一定率をたちまち超えて、全体社会の秩序を脅かしてしまうと考えている。

「もちろん、人々が契約によってたがいにむすばれるということは、単純であれ複雑であれ、ともかく分業の結果、たがいに相手を必要としているからにほかならない。けれども人々が調和のとれた協同を展開するためには、彼らが相互に関係に入ったということだけで、あるいはさらに自分たちがおかれている相互依存状態を感じるとするだけでは、足りない。」
(Durkheim, 『分業論』 p.190, 邦訳207ページ)

契約にあたって、互いに対峙している欲望を抑制するものも、それらに守るべき限界を指示するものも、いずれもまったく欠けているのであれば、「これらの力は際限なく伸びていこうとするし、たがいに激突して、押しあい、つづ

しあってしまうことになる。」「いうまでもなく、ついには最強者が最弱者を押しつぶしてしまうか従属させてしまう結果となる。」「このような無政府状態が病的現象であることは明々白々である」³³⁾。

「ただ、たしかなことは、このような規制の欠落は、諸機能の規則正しい調和を不可能とするということである。」(Durkheim, 『分業論』 p.358, 邦訳354ページ)

現実として、日々我々が契約的關係を経験しながら、なお、お互いが正常な關係を維持しているとすれば、それは契約に何らかの規制が及んでいるからである。たとえ、契約が功利的關係に近づき、一時の紛争を招いたとしても、中期的、長期的な時間的視野でみてお互いが何とか關係を維持しているのであれば、それは契約に対して規制が及んでいるからに他ならない。

デュルケムは日常的に觀察される「契約」が、目的物の交換を通じて、お互いが補いあい依存しあうという側面を有することを認めるが、契約を功利的な相互利用(個人的欲望)に還元してしまうことは一面的で過度の単純化であると考えている³⁴⁾。デュルケムは、現実に日々行われている契約が、より多面的な構造をもち、少なくとも、功利的な相互利用を規範的に緩和する側面をあわせもつことによって成り立っていると考えている。イギリスの法社会学者、アラン・ハントは、デュルケムの契約觀について次のように述べている。

「伝統的な二当事者間分析のかわりに、彼(=デュルケム:補足引用者)は、第三者、すなわち社会を含む三当事者間モデルを主張し、契約上の活動の許容された枠組みをあらかじめ

決めている。彼の主張は、契約の社会的制度、すなわち彼が「契約の非契約的要素」(the non-contractual elements of contract)として表現しているものにもとづいている。³⁵⁾

デュルケムのいう「契約の非契約的要素」について、中島道男は「契約の相手方への信頼」をさすとして解釈しており、それは、契約の両当事者が互いに相手方を“自分を騙さない人間である”と「信頼」することではじめて契約が成り立つからである、としている³⁶⁾。確かに、現実の契約を成立させている要素として「信頼」は欠かせないが、デュルケムは合意や契約過程を道徳的に「規制」する第三者的要因として契約の非契約的要素を指摘しているのだから、この非契約的要素を「信頼」と定義してしまうのではやや弱いのではなからうか。デュルケムの言葉を借りれば、「あらゆる契約は、それを締結する当事者たちの背後に、結ばれた契約を尊重させようとして干渉せんばかりの社会がある、ということをも前提とする。(中略)それゆえにこそ、社会は復原法が決定するあらゆる関係にあらわれており、最も完全に私的なことと思われる関係においてさえ、現存する。しかも、社会のこの現存は、直接に感じとられなくても、少なくとも正常な状態においては、いぜんとして本質的であることを失わない」のである³⁷⁾。すなわち、契約上の両当事者は共に「神聖なもの」「畏敬の念を引き起こすもの」である「人格」という「属性」を、ハントのいう「第三者」に相当する「社会」によって吹き込まれているということである³⁸⁾。ゆえに、契約に際してある人間が、隣接する人間に恩恵を授かるうとして接近するにしても、神である相手方へ不用心に接近するということは、世俗的な一切の

ものから厳格に隔離・断絶されるべき人格の聖性を冒瀆してしまうことになるがゆえに、「タブー」(禁忌)なのである。デュルケムがいうように、「個人こそがある種の宗教の対象となる。我々は、人格の尊厳 (la dignité de la personne) のために、ある礼拝式 (un culte) を持つ」のである³⁹⁾。ゆえに、恩恵を授かるために隣接する神々に接近する際には、相手方の人格を「礼拝」し、相手方の人格に「敬意」を払うという「儀礼」を慎重にとり行わねばならない。こうした人格崇拜に伴う儀礼は、デュルケムのあとを継いで、後にアーヴィング・ゴッフマン (1922 - 82) が相互行為儀礼として研究したように、挨拶をし、誠実な言葉遣いを用いること、相手方の気づかいを理解しこれに感謝をもって答えるなど、日常的に自然と行われるエチケットやマナーとして今日でも残っている⁴⁰⁾。多少面倒に感じられ、ときには努力を伴うこともある相互行為儀礼だが、こうした社交のうえでの儀礼の実践によって、相手方の対面や人格が尊重されるだけでなく、自らも相手を尊重する聖なる人格を自らのなかに保持することができることになろう。また、他者の人格の崇拜によって、自らの内なる社会を尊重していることになり、自らの生に意味が与えられることにもなるのである。契約に際しての対面的相互作用においても、エチケットが潤滑油として働き、契約交渉がスムーズに流れ、お互いの協調的な関係が維持されうることになる。

ただ、強調しておきたいのは、契約という対面的相互作用においては挨拶などのいわゆるエチケットだけでは不十分であり、契約内容に関して「慎重な配慮、気配り」をするという儀礼が実践されなければならない、ということであ

る⁴¹⁾。

法学者、イエーリングは、権利を構成する「利益・目的物」が個人の人格の基礎をなすことについて次のように述べている。「自己の権利が蹂躪されるならば、その権利の目的物が侵されるだけではなく己の人格までも脅かされるのである⁴²⁾。したがって、目的物の性質を決定する契約内容を侵害することは、相手方の自尊心を、ひいては人格そのものを傷つけることになる。すなわち、相手方の人格を傷つけないためには、目的物の性質を決定する契約内容への配慮が欠かせないのである。

そして、たとえ相手が見ず知らずの人(ストレンジャー)であっても、同じ社会を構成する人間(類)としてそれぞれが等しく神聖性・尊厳性をもっているのだから、契約の際には一方ではなく双方の神々が「互酬的・相互的」に儀礼を実践することが欠かせない。当然のことであるが、物の交換に際しては、略取や詐取という、あからさまな犯罪的行為を慎まねばならない。それは、一方は聖なる相手方への供物として代金を差し出さねばならず、他方は聖なる相手方への供物として目的物を差し出さねばならないということでもある。加えて、当事者間で、目的物と代金との関係、法的に言えば給付(債権)と反対給付(債務)の関係にも、相互性・互酬性を維持する配慮を行わねばならない。

また、契約内容の公正性への配慮はいくつかに下位分類することができる。まず、こうした配慮としては、社会的価値の状態を基準として交換の不等価性を可能な限り減じ、給付の均衡を実現する配慮だけでなく、適法かつ実現可能で社会的に妥当な契約内容とすること、目的物に瑕疵をもたせないことなどが要求される。加

えて、相手如何によって変わる配慮として、相手の足元をみないこと、相手の事情を考慮すること、契約の結果相手に損害を与えないこと、相手の事情が変化したら契約の変更を考慮することなどが要求される。これは、多様な相手方と個々の個別的状況に応じてなされる柔軟な配慮という意味で、アリストテレスのいう「衡平」に属する配慮であるといえる⁴³⁾。そして、それだけでなく、個別的な配慮があまりにも「乱脈」な契約内容に結びつかないように、個別的な配慮を、全体社会(未知の他者)との関連で普遍的に正当化されうる限度にとどめるという「正義」に属する配慮が重層的に要求される。こうした相手方への配慮こそ、お互いが自己の利益を放棄し、相手に供えあう行為に相当する。そして、妥協や利害の競合、相互の制裁や制裁可能性⁴⁴⁾によってではなく、このような相互行為儀礼を介した利益の相互的な制限の帰結として契約内容に公正性がもたらされるということは重要である。

『分業論』第三編にしたがえば「契約内容の公正性」とは、相手との正常な「関係」と社会「秩序」を維持する上で必要不可欠な要素であり、その具体的な内容としては「目的物の交換価値の等価性」を考慮に入れた上での「総合的な道徳的判断に基づく権利義務の厳密な相互性」である。こうした契約内容の公正は、一方で、当事者の個別多様な主観的衡平感覚に委ねられる公正ではなく、他方で、算術や経済の法則によって導出される脱規範的な公正でもなく、集合意識によって望ましいと定義される道徳的・規範的公正である⁴⁵⁾。権利義務の厳密な相互性=契約内容の公正性を確保するためには、まずは当事者が相手方を尊重する精神をもつことが重要であり、道徳的規律の精神、デュ

ルケムのいう「協調と和合の精神」をもち、嫌々ではなく「自発的」に進んで公正をはかろうと努めることが欠かせない。

「事実上、人間が、論理だけではなく、生活実践において他人にさまざまな権利をみとめるためには、人間が自分の権利を制限しなければならなかったからである。したがってまた、このようなおたがいの制限は、協調と和合の精神においてのみおこなわれえたのである。」
(Durkheim, 『分業論』, p.89, 邦訳119ページ)

こうした契約内容の公正性への配慮は、当事者が実際に対面しながら契約交渉をする場合には、相手の面子や人格を保持せよという要請が場面の維持という命題としてあらわれるために、義務的であるが事の自然なりゆきとしてなされる傾向にあるであろう。たとえば、会社の営業マンが、販売契約ノルマを達成するために自己の利益主張を決して譲れないと強く考えていたとしても、相手と対面するやいなや、会話の流れや場の雰囲気や乱すことになってしまいかねないので自己の利益主張を貫徹することを躊躇したという場合や、あるいは自己の利益主張自体の是非を再度問い直し、一步譲歩したなどという例は、普遍的ではないが現実にあろうことである⁴⁶⁾。また、対面での会話のなかでは、自己主張に対する相手の反応を直接確認でき、そこから相手の気持ちや立場を察し、相手の事情を理解することができるであろう。ゆえに、対面での会話のなかでは相手の反応を通じて学習や反省による自己主張の再定義の契機が常に与えられているともいえよう。他方で、お互いが対面しないまま片方の当事者が一方的に契約内容を決める場合であっても、将来関係をもつであろう相手方の尊厳を冒瀆しないため

に、人は、良心や想像力をはたらかせて、契約内容に多かれ少なかれ配慮をするであろう⁴⁷⁾。

それは、こうした儀礼的行為を実践することによって、他者のみならず自らも尊厳性を失わずにすむことになるからである。このように、契約に際して、挨拶やエチケットだけでなく、公正な「契約内容」に「配慮・気配り」をしてゆくという儀礼を実践してゆくことによって、相手に自己と同様の聖性が尊重され(=相手の面子・人格が保たれ)、当事者間の相互作用がスムーズに進行し、安定した社会関係が維持され - もめごと(conflict)が予防され - , ひいては全体社会の秩序が可能となるのである。

そして、当事者がとり行ってきた骨の折れる試行錯誤のなかで発見され、長い年月をかけて規範的に修正されつつ、過去幾多の試練に堪え、契約における「儀礼のカatalog」として蓄積され定着したものが契約上の慣習や契約道德であり、この儀礼のカatalogが言語的に記述され、要約されたものが「契約法」である。デュルケムの見解にしたがえば、契約法が提示する契約の類型は、それが出来上がるまでに長い年月と無数の試行錯誤を経ており、われわれが即時につくる約束や合意をはるかに超えて、「均衡の正常な諸条件」(les conditions normales de l'équilibre), 「安定した社会秩序」を示している。契約法は、個々の当事者に妥協策を提示したり、当事者のパイの最大化に奉仕する都合良い相談相手(私的利害の第三調停者: concilliateur des interets privés)などでは決してなく⁴⁸⁾、正常な「関係」の維持、正常な「秩序」の維持という当事者の利害とはかけ離れた観点から当事者の契約過程や契約内容に枠をはめ、当事者の利害を規制するという厳しい存在である⁴⁹⁾。

「ところが、法は第一級の社会的ものであって、訴訟人たちの利害とはまったく別の利害をもつものである。」(Durkheim, 『分業論』 p.82, 邦訳114ページ)

しかし、当事者は、法が提示する義務にしたがうことで、結果的には後々正常で良好な関係や安定した社会秩序のなかに生活することが出来ることになるのである。このように、われわれに予測困難な未来の良好な関係や全体社会の秩序というものを予見した上で、個々人になすべき諸義務を提示する契約法は、もはや個人の制作に関わるものではなく、伝統と社会の制作に関わるもの(いわば社会的もの: chose sociale)であり、「聖性」を帯びている。

「契約法は、われわれが決定しなかった我々自身の行為の法律的结果をも決定するものである。この法は、均衡の正常な諸条件を示す。(中略)それは、無数の多様な経験が要約されたものであるから、そこでわれわれが個人的には予見できないものが予見され、われわれの個人的に規制できないものが規制されている。この規制はわれわれが作りだしたものでなく、社会と伝統から作りだされたものであるにもかかわらず、われわれに強制的に課される。」(Durkheim, 『分業論』, p.192, 邦訳209ページ)

先の契約における相互行為儀礼に対応させて例示すれば、民法は、契約交渉における当事者間の挨拶や言葉遣いなどを、「信義誠実の原則」をもって規定し、契約交渉の結果として形成される契約内容を「典型契約の諸規定」や、民法の特別法(=社会法に属する労働法、借地借家法、消費者法)をもって規制している。このように、儀礼のカタログであるといえる法規

範は、相互行為を媒介する司祭であり、われわれになすべき儀礼(積極的儀礼)やなさざるべき儀礼(消極的儀礼・タブー)を言語的に命令するだけでなく、違反者には制裁を加えて、失われた関係を元の正常な状態に再構築させることをも命令する。

「結局のところ、この協同的法律は、ちょうど有機体における神経系統にも似た役割を、社会において果たしている。じじつ、神経系統は、身体のさまざまな機能を調和的に協力させるように規制する役目を持つ。」(Durkheim, 『分業論』 p.98, 邦訳126 - 127ページ)

なお、儀礼のカタログとして関係を維持し復原する要素は、民法でも刑法でも同様にもっている。民法は社会規範に照らして正常な領域を扱い、この領域の行為を有効な行為として命令し(命令規範)、有効阻却事由を検討し、違法になる場合を考える。反対に、刑法は社会規範に照らして異常な領域を扱い、この領域の行為を違法な行為として禁止し(禁止規範)、違法性阻却事由を検討し、適法になる場合を考える⁵⁰⁾。このように、民法は集合意識が許容する行為(=儀礼的行為)を合法として、その範囲で行為を行うように期待し、刑法は集合意識が許容しない行為(=儀礼に反する行為・タブー)を違法として、その範囲の行為を行わないように期待するのであるから、そもそも民法と刑法は同じ道徳というメダルの両面である。例えば、この場合に、民法が司祭として供儀・儀礼の様式を提示し、神へ接近する為の敬意・愛着の提供の仕方を「義務」として定めており、それに従うことによってタブーの体系に触れず刑事制裁の発動は回避される、と理解することが可能であろう。

今日の契約のなかには、スペンサーのいう功利的な契約や犯罪的でさえある契約もあるように見受けられるけれども、デュルケムの契約観にたつことによって、そのような契約を「批判的」に分析することが可能にもなろう。以下では、モースやデュルケムの理解を借りて、宗教や法的規制が、交換や契約とどのように関わっていたのかということ考察することからはじめる。

第二章 前近代社会や未開社会における契約

1. 要物契約における契約内容の規制

以上の第一章においては、近現代において、功利的現象とも思われてきた契約が、実は規範的側面をあわせもつことによって成り立っていることをゴッフマンやデュルケムの理論をてがかりに考察してきた。以下の第二章においては、やや方向性を変えて、原初的で単純な社会における契約の形態を検討してゆく。そして、第一章において検討した近現代における契約の規範的特徴がそれらの社会においてはより強く明確な状態で存在しているということを見いだしてゆきたいと考えている。

『社会学講義』において、デュルケムは、契約に関わる法的陳述や諸儀礼を歴史遡及的に比較し、それが契約当事者に対して及ぼす拘束力について検討している。ではまず、マルセル・モース(1872-1950)の『贈与論』から示唆を得て、前近代や未開の社会において、契約過程においてどのような規制が働いていたのかを検討する。

契約内容の均衡・公正をもたらす規制は、人類史貫通的・歴史貫通的な道德原理であり、近・現代社会だけでなく、前近代社会、太古の

社会や未開社会においても存在し、これらの社会においては特に明確で強力な状態を保っていた。文化人類学者、マルセル・モースは、比較法の手法を通じて、アメリカ北西部沿岸インディアン部族における「ポトラッチ」(*potlatch*)やニューギニア島南東部周辺のドロブリアンド諸島群における「クラ交易」(*kula*)などを研究し、現代の未開社会や太古の社会における交換は、単に経済的要因のみならず、道徳的、宗教的、法的、政治的、社会的、諸他の要因が重層のかつ複雑に絡み合う「全体的社会事実」(*faits sociaux totaux*)であると分析している。野口隆がいうように、モースのいう「全体的社会事実」は「抽象された要素が相関し、同時かつ一挙に見られる、一の分解し得ない現実的システム」なのである⁵¹⁾。

「これら変動する社会事象の多様性の中で、ここでは、われわれは、非常に重要なものであるが、孤立した特徴の一つ、すなわち、かかる給付の任意的な、いわば外見上は自由で非打算的に見えながらも、拘束的、打算的な性質だけを考察したいとおもう。これらの給付はほとんど常に気前よく提供される贈り物とか、あるいは進物の形式をとっている。取り引きに随伴するこれらの行為には、擬制、虚礼、社会的な虚言だけが存在する場合ですら、また実際は、義務や経済的利息が存する場合でも、給付形式は同様である。(中略)では、未開あるいは太古の社会類型において、贈り物を受けた場合に、その返礼を義務づける法的経済的規則はいかなるものであるか、贈られた物には、いかなる力があって、受贈者にその返礼を義務づけるのか。」(Mauss, 『贈与論』 pp.147-148, 邦訳, 223-224ページ)

モースは、これらの社会においてみられる「交換」の背景には、第一に「進んで給付をす

る義務」, 第二に「給付」がなされたときに「受領」する義務, 第三に受贈者が「対価的に均衡」な, もしくは対価以上の「反対給付」を行う義務を要求する法的, 宗教的慣習要因が存在するという。物の給付と受領, 反対給付は, 「任意的」(volontaire) になされているようにみえて根底においては厳格に「義務的」(obligatoire) である。物の交換は, 通常は心を込めた進物(pultôt), 贈りもの(présents), すなわち「贈与」(don)の形式によってなされる⁵²⁾。人々は給付を進物という形式で, 心を込めて贈りあうことによって, 単にお互いに必要な便益を得るというのではなく, お互いの尊厳性を崇拜しあうのである。モースの記述にしたがえば, 「北西部アメリカの二つの部族のトリングト族およびハイダ族は, 《二個の胞族が相互に敬意を表しあう》といて, これらの慣習の性質をたくみに表現している⁵³⁾。このように, 交換と贈与は別個の現象ではなく, 不可分にもつれあっている。つまり, これらの社会においては, 交換は二つの向かい合う贈与の組み合わせから構成されているということである。そして, 贈与と呼べるためには, どれだけのことをしたか, どれだけ量のものを与えたかということが問われる前に, どれだけ心を込めたかということが重要な点となる。贈与に際して込められた心とは, 第一には, 当事者の「気前のよい」態度を通じて表明されるものである。進んで出向き, あるいは招待し, そして気前よく与え, 受け取り, そして再び惜しみなく手放すということである。自発性ともいえようか。そして, 進物に敬意と感謝の念を込めることである。他の部族への感謝や敬意といった心の表れとして交換が行われるがゆえに, その心のあり方の表明として, 交

換は自ずと互酬性を帯び, 目的物(対象物)も自ずと相応の価値を備えた, しっかりした性質のものとなる。実際, トリングト(*Tringit*), ハイダ(*Haida*)やクワキウツル(*Kwakiutl*)の社会においては, 贈答の目的物(の価値)は, それを贈る人の心のあり方や精神, 人格と対応していると考えられていた。モースの記述にしたがえば「物を与える場合に, 人は自分自身を与える」のである⁵⁴⁾。ゆえに, 十分な目的物を贈答し対価以上の返礼をすることが, 相手への敬意と感謝といった内面のあらわれとみなされ, 「寛大な人間」としての名声(*maxwa*=大ポトラッチ)を得て, 自らの面子(face)や誇りを保持できることにつながってゆく⁵⁵⁾。反対に, 目的物を差し出さなかったり, 対価を下回る目的物を差し出すということは, 相手の尊厳, 面子を尊重していないという心の表れとみなされることになり, 自らは「汚れた面子」(*Qelsem*)をもったと評され, 奴隷にされることを覚悟しなければならないことになる⁵⁶⁾。このように, 交換における給付と反対給付の不均衡は, 当事者の人格否定を通じて, 激しい部族間の闘争を惹きしかねない。また他方で, 贈り物を競い合い, 圧倒的な贈与を提供すると, それ以上の対抗贈与(*contre-don*)をしようとする村を貧困化させてしまうことにもなりかねない。あまりにも圧倒的で誇大な贈与は, 「競争的, 闘技的な」性格の贈与交換を加熱し, 対抗贈与をなそうとする債権者や債務者の威信を失墜させ, 酋長の威信やその氏族の威信を滅ぼすことにつながってしまうのである。こうした義務的贈与交換は, 非利己的で非打算的に見えながら, 自己の名誉や序列, 相手との同盟関係と結びついており, その点で打算的性格をも合わせもっているとも

いえる。トリングトやハイダでは、契約当事者が、対抗者をやりこめ自己の地位向上を図るために相互に贈り物を競い合ったり、贈答品として予定し準備していた物を、贈答する前に破壊してしまうという激しい張り合いが日常的にみられるが、このような極端な例を除くと一般的には、交換において、低い側にも高い側にも対価から過度に離れることは、「高利のかつ浪費的」であり、社会の安定という観点から望ましいとはいえない。そこで、多くの社会において、当事者は、交換に際して進物(の価値)に厳密な「相互性」を保たせようと努めるのである。

ニュージーランドのポリネシア系先住民、マオリ族の法と宗教上の観念のうえで、「タオンガ」(*taonga*)という物は、人、氏族ならびに土地と密接に結びついている⁵⁷⁾。タオンガは、「社会」という「意味」の乗り物であり、社会の象徴である。タオンガには「ハウ」(*hau*)という「物の霊」(*l'esprit des choses*)が宿っており、社会的価値の体系にしたがって「聖物」(*sacra*)の領域に属するものと分類されていた。ある部族においては、タオンガのような神聖物を受けとった人間は、氏族の精霊や氏族の始祖的英雄と同一視されることがしばしばあるという⁵⁸⁾。タオンガは、神事の領域に属するものとして遠ざけられ、不用心な接近は「タブー」(*taboo, tabu*)として禁止されていた⁵⁹⁾。タブーによる「疎隔」の結果として、タオンガを私的(=直接的、排他的)に所有すること、すなわち物の世俗的な使用、収益、処分ができないのである。こうして、タオンガを受け取った人間は、自分のもとにタオンガを長く留め置くことなく、より早く他の第三者にそれを引き渡さねばならない。また、タオンガを受

け取った第三者は、その代償(*utu*)として、贈り手に対して別のタオンガを贈らねばならない。このように、聖物であるがゆえにタオンガは速やかに遠ざけられ、遅滞なく循環し、タオンガをつくった主人のもとへ帰ろうとする。

「タオンガ、あるいはそのハウ - それ自体一種の個体であるが - は、一連の保有者がかれらの固有財産、タオンガ、所有物、労働、あるいは饗宴、款待、贈与の取りかわしによって、同等あるいはそれ以上のもののお返しをしないかぎり、かれらにつきまとうのであるが、ひとたび返礼がなされると、こんどはその贈与者が、最後の受贈者となった最初の贈与者に対して、権威と勢力を行使するようになる。(中略)その物は生命を付与され、個性すら与えられていることが多く、ヘルツがその<古巢>と称したものに帰りたいがるか、あるいは、その物を生んだ氏族や土地のために、自分の代わりになす他の等価物をもたらそうとするのである。」
(Mauss, 『贈与論』 pp.159-161, 邦訳240-241ページ)

聖なる事物を「遠ざける」言説は、聖物と一定の距離をおかなければならないこと、換言すれば聖物の「私的所有」それ自体を禁止する言説を意味しており、人々はこの言説にしたがい、物(タオンガ)を決して私物化することなく循環させ、相互的に交換してゆくのである。そしてこうした、タオンガに対する「正しい行為」、「望ましい行為」(*tika*)によって、タオンガを頂点とする社会的価値体系に基づく、聖と俗との分類体系の絶対的な権威(=社会秩序)が示され、タオンガの聖性が保持されることにもなる⁶⁰⁾。なお、交換の対象は動産や不動産等の物だけに限られるのではなく、饗宴、審美的な歌や踊り、挨拶や礼儀、軍事的奉仕や子

女、祭礼や市であったりするという。そして、誹謗や欺き、略奪や殺戮といった負の行為でさえ、交換の対象であり、「血讐」(blood feud)として先行行為に見合ったお返し(同害報復, *talio*)がされることがある。重要なことは、当事者間での交換の内容を決定するのは、かれら自身であるというよりも、聖なる目的物(に宿った霊=社会)であるということである。

「最後に、法的立場からも、(中略)次のことを付加しなければならない。契約の物的対象、すなわち、そこで交換される物は、その物自体を提供せしめ、かつ、返礼をなす事を強制する特殊な効力を有するというを。」
(Mauss, 『贈与論』 p.205, 邦訳293ページ)

なお、モースがとりあげた、聖なる物(の霊)が交換の内容を決定する主導的役割を果たしている契約の形態を、デュルケムもとりあげており、デュルケムはこれを「要物契約」(*contrat reel*)とよんでいる。デュルケムの見解にしたがえば、「要物契約」においては、受け取った物、自己の財物に組み入れられた物の種類、性質、数量、価値が、返礼するべき物の種類や性質、数量や価値を決定しているのである⁶¹。したがって、厳密な意味での要物契約においては、返礼に用いるべき物の種類、数量や性質が厳密に決められてしまうために、別の代用品を返礼に用いることは困難であり、受領した目的物と同種、同量、同等の物を循環させねばならない。このようにして、社会は、物の霊を通じて、交換の互酬性を守るように指示を出しているのである。

また、モースによれば、ヴェーダ後期、最古のヒンズー法典(*Baudhayana Dharmçastra*)第11巻は、「アンナ」(*Anna*)という名前をも

つ、神格化された食物が、自ら次のような内容の詩を述べた、と記述している。なお、聖物はそれ自体、精霊や祖先の個性、名称や特性を帯有している。ゆえに、聖物は生きた実在であり、精霊や祖先の御姿となって、口をきくことができる。

「わたしをそのしもべや客人^{まろうど}に与え捧げずに、支度して、わたしを食い、愚かにも、かように、毒をあおる者、彼奴をわたしは食べるのじゃ、わたしは彼奴に死を見舞うのじゃ。だが、アグニホートラ(*agnihotra*=火祭)を捧げ、ヴァイシュヴァデーヴァ(*vaiçvadeva*)の儀式を行って、養うべき者に食物を与えた後、残りの者を喜びにひたり、清廉に、誠意を持って、食べる者、こんなひとのために、わたしは神饌となるのじゃ。かれもわたしを快くおもうのじゃ。」(Mauss, 『贈与論』 p.245, 邦訳349ページ)

まず、アンナが述べているように「贈与」という善行によって、アンナは贈与者に対する神となる。古代社会においては、贈与という「善行」によってこそ、日頃の罪が償われ、神の祝福や恩恵を(現世や来世において)うけることができると考えられていた⁶²。ブラフーマナの財物であるアンナ(*Anna*)は、それ自体のうちに「すぐれた毒」と称されている超自然的な作用、すなわち恐るべき呪術的、宗教的、霊的力である「マナ」(*mana*)を帯びていた。アンナが帯有するマナは、感染性の危険な力であったから、アンナの扱いは宗教的に厳格に規定されていた。もしも、人が交換をためらい物を独り占めにしたのならば、アンナは悪霊となり彼に憑き、孫の代にいたるまで呪い病や死をもたらす。彼は、当然、周囲の人間から悪霊に呪われた危険な存在として定義される。アン

ナのマナに感染した彼は、周囲の人間に対する脅威となり、彼は共同体の諸成員によって、社会的地位を引き下げられ、自由人としての身分を剥奪される⁶³。財物の交換は霊力の交換であるという呪術的、宗教的信念が、人々の心に浸透し強く根付いていたので、贈与は途切れることなく、相互的に行われた。宗教的動機から行為することが、行為時点では予見し得ない道德的結果とつながっていたのである。また、デュルケムが指摘したように、古代における法的陳述は、霊や神を語り手としており神話的、空想的であり、上記の引用にあるように「犯罪者を食う」とか「犯罪者に死を見舞う」などと制裁として霊が不幸をもたらすことを抑圧的、威嚇的、懲罰的に述べており、当事者の規制への盲目的な服従を推進し、任意的にみえる相互贈与をより一層義務的にしていた。実際、アンナ自らが語るヒンズー法典の文言には、法が、宗教と未分離で渾然一体であった様子がはっきりとかがえるであろう。

以上に見てきたように、未開あるいは古代の諸社会においては、交換に給付の均衡を義務づける幾つかの規範的メカニズムが存在した。第一に、交換は向かい合う二つの贈与の組み合わせとして行われる。ゆえに、交換は相互の敬意の表明であり、互酬性を帯びる。第二に、交換の目的物・対象物は、精神的にも、物質的にも共同体存立にとって貴重であった。目的物・対象物は共同体の象徴であり、分類の価値体系にしたがい、聖性を纏っていた。聖物には霊が宿っていて、受贈の義務、互酬的な返礼の義務を要求する力をもっていた。第三に、神話や空想の中に見られる法的陳述の抑止的・威嚇的效果によって、交換の互酬性が担保される。こうした複数の規制メカニズムの下で、途切れるこ

となく、互酬的に執り行われていた当事者の「拘束的、義務的」な交換が、聖物の聖性を隔離することにつながり、聖俗の分類体系の權威を保つことにつながった。そして、契約当事者間（契約に関わる氏族間）や酋長の面子を保持し、部族間の正常な「関係」を保つと同時に、長期的な時間的視野で見れば、社会における財の偏った配分を是正し、社会的矛盾が拡大することを抑え、「社会秩序」を確保することにつながった⁶⁴。聖物を交換することによる連帯の維持は、聖なるトーテム動物を食する儀式が集会的沸騰状態を経て積極的に社会的連帯を活気づけたということに、原理的に多少類似しているともいえよう。こうして、交換における義務は、単に自分と相手方との二者関係を安定させることのみならず、全体社会の秩序に対して寄与していると考えられる。逆に言えば、結ばれた契約の客観的諸結果である当事者間、氏族間の関係や全体社会の秩序が、霊や神を語り手とした法的陳述を通じて、当事者の主観的意識の状態に影響を及ぼし、契約内容における給付と反対給付の均衡を決定していたと理解できるのである。交換の当事者は、道德として提示された氏族間の正常な関係（秩序）と合した集会的な人格である。

「まず第一に、相互に義務を負い交換し、契約するのは個人ではなくて集団である。契約に立ち会う者は無形人（personnes morales）である。」（Mauss, 『贈与論』 p.150, 邦訳226ページ）

なお、こうした、正常な社会秩序がそれ自体、善さ（bonne）、望ましさ（desirabilité）という価値を帯びており、その価値が人々を惹きつける魅力となっているということは、デュル

ケムがいうように「強制的なかに歓喜を浸透させること」⁶⁵⁾であり、交換が進んで、互酬的になされるためにも必要な要素であったと思われる⁶⁶⁾。

2. 要式契約における契約内容の規制

デュルケムは、『社会学講義』において、対象物に対する個人の持分が觀念できず分割の請求もできない「共同体有」から、対象物を完全に支配できる「私的所有」に至るまでの所有の形態の変化を論じ、つづいて「要物契約」、「要式契約」、「諾成契約」、「客観的に衡平な契約」という順序で契約の形態も変化してきたことを論じている⁶⁷⁾。

「要式契約」(contrat solennel)とは、契約の成立に複雑な「儀式」が必要とされる古代の契約類型である。要式契約においては、当事者は定められた態度や言葉をきちんと用いなければならない。人々は、契約に際して、細かな儀礼的行為、儀式を忠実にとり行い、厳格な形式を重んじていた。デュルケムの記述にしたがえば、例えば「血の契約」(*Blood Covenant*)とよばれた古代の契約の際、「二人の契約当事者は、その手をひとつの壺のなかに入れ、少々の血を流し、その数滴を互いに飲みほす」という儀礼を欠かさなかったという。また、契約当事者は「同じ血液をつくるという目的のために、同一の食材からつくられた同じ料理を共に食す」こともあった。ゲルマン部族法の契約においては、フェースツーカー・ノタとよばれた「麦わらの儀礼」が伴い、「当事者は二人で共に手にしていた麦わらの茎(*fetu de paille*または*festuca notata*)を祈りつつ、ちぎった」という⁶⁸⁾。デュルケムによれば、血液を混じたり、同じ血液を分有するために食事を共にした

り、ひとつの麦わらの茎を二人で共に手にする(*麦わらの儀礼は握手につながってゆく)ということは、同じ神とかかわりをもつことであり、同じ宗教性を分有することである。すなわち、同一の儀式を経る過程で、当事者の間で、何らかの属性を一にする仲間であるという共同性が形成されることになる。儀式は、お互いに仲間として尊重しあい契約上の不正は行わないであろうという、相互の信頼をうみだすことから、彼らの契約に神聖性と拘束力をもたせる要件であった。所定の儀式を少しでも違えれば、契約は神聖化されず、したがって撤回することもできる。所定の儀礼的行為は、当事者の意向によって勝手に変更したり廃止したりできるものではなく、伝統的に細部に至るまであらかじめ決められたものである。要するに、伝統的な儀礼を忠実に経過して、当事者の間での共同性が確認された上で、はじめて契約は有効に成立したと考えられていたのである。

また、古代の契約においては、外形的行為のみならず、言葉や態度が重要な役割を果たしていた。すなわち、契約に際して、何人たりとも逸脱が許されない所定の正式な文言にしたがって当事者が「問答」(*stipulatio*)を行わないかぎり、契約は効力あるものと認められなかった⁶⁹⁾。所定の順序に配列されたひとつの言葉が、ある道徳的な影響力を持ち、言葉がちがっていると - 単に別の順序でこれが発せられた場合にも - その力を失ったという。すなわち、発せられた一定の言葉のみに神聖性・宗教性が付与されており、その文言・言葉を用いた場合にのみ契約が神聖化されると考えられていたのである⁷⁰⁾。石部雅亮が研究しているように、こうした形式主義は古代法においては顕著であり、例えば、ぶどうの樹を伐られて訴えた

ものが、十二表法にあるように「樹を伐られた」といわないで、「ぶどうの樹を伐られた」といったために敗訴になったという話は、法律訴訟が厳格な形式に則って行われていたことを示している⁷¹⁾。古代社会においては、複雑で、現代人の目からみれば不都合きわまりなく思える多くの習俗や禁制が絶対的な権威をもって、契約、裁判という場面のみならず、社会生活全般を規制していた。こうした形式主義を特徴とする儀礼的行為を通じて、当事者の日常の活動には一定の枠組が与えられていた。デュルケムは、このような複雑な儀式を経るなかで、契約を神聖化させていた(=成立させていた)のは当事者ではなく、当事者の活動を拘束する、伝統的に決められた一定の行為や言葉である、と述べている。

「事物は自らで語るものであり、決定するのはその事物にほかならない。要物契約において事物の演ずる役割は、要式契約においては言葉もしくは紋切型の儀礼によって置き換えられている。(中略)くりかえしていえば、文言はそれ自体で価値を有し、固有の力をもっており、その力は契約当事者の意志には左右されえず、反対にそれらの意志に拘束を加えるものであるからである。かくして、呪術的な文言が - それを用いる人間の意志いかんにかかわらず - いわば機械的にその諸結果を生ずることになる。もしも、かれらが自らの利益に最も適した方法を知っていればそれは幸いである。けれども、この言葉の作用は、かれらの欲望に仕えるものではない。以上すべての理由からして、契約当事者の誠意とか意図といったものは、要物契約においても要式契約においてもほとんど考慮の余地がない。」(Durkheim, 『講義』p.236-237, 邦訳245ページ)

そして、石部雅亮によれば、儀礼的行為や言

葉には、外部から誰もが認識できる象徴としての意味合いがあったという。それは、古代の契約が、時として聖職者や司祭の面前で、そして聖なる場所で、共同体の全ての諸成員を集めて行われたということと関係している。ある時代においては、当事者が儀礼に忠実に従い、神聖な言葉をきちんと発したということ、契約の場に集められた共同体の諸成員が確認したうえで、契約内容に^{かくしゅりよく}拮据力(=共同体による公的な承認)を与えたという⁷²⁾。契約は、私的でプライベートの領域に属する密室の活動ではなく、公の秩序の領域に属し、公に対する高い透明性を求められており、公開が原則とされており、そのための外形的象徴が言葉や態度であったのである。なお、こうした社会においては、契約だけでなく「係争」もまた儀式的色彩を強くもっていたという。

ただ、共同体の諸成員が、係争における判決の実質に全く影響を与えることが出来なかったかということとそうでもなく、係争の場に集まった共同体の諸成員が、判決を非難することによって、判決を修正し、判決に公的な承認を与え、現実に判決の内容に共同体の意思を反映させていったという⁷³⁾。こうした歴史を経て、共同体が望む契約や判例の類型が形成され、それが時を経て判例法として蓄積され、共同体の意思(集合意識)が反映された契約法として発展していったと考えられよう⁷⁴⁾。

また、デュルケムによれば、地域によっては、当事者相互の契約(dyad)と重複して、当事者双方と神との三者間(triad)での契約が締結された。当事者と神との三者間での契約においては、神に対する誓約の証として「神聖金」(sacramentum)が当事者から差し出されていた。契約において、不正を行ったり契約

に違反したと判断された当事者の一方は、神に対して寄託した神聖金を失った。その際、神聖金の没収は、偽誓による罰としての要素をもっていた。すなわち、契約に不公正をもたらした神聖金を失うことは「神＝公の秩序」に対する償い(贖罪＝刑事罰)としての意味あいをもっていたのである。贖罪契約(Atornment, Busse, Wergelt)は、共同体からの、秩序喪失に対する強烈な非難の意味合いが込められたものであり、失われた秩序(神の冒瀆)に対し強く後悔と反省の意を表現し償いをするを確約することをいう⁷⁵⁾。なお、こうした神聖金に関する当事者の係争は、ローマ共和制のはじめ、紀元前450年頃にできたとされる十二表法の時代に見られたものである。今日、この係争は法学において「神聖賭金式法律訴訟」(*legis actio sacramento*)とよばれ研究されており、石部雅亮はそこにみられる「法と宗教との結びつきの強さ」を指摘している⁷⁶⁾。以上のように、様々な契約の事例を詳しく検討した上で、デュルケムは、古代における、厳格な儀式を伴う「要式契約」が、人々を一つの社会にとり結びと主張している。

「要式契約は二重に人々を結びつける。人間を相互的に結びつける。契約に関与するものが神であれば、それは人間を神に結びつける。もし、社会を代表する人物を介して社会に関与してくるならば、それは人間を社会に結びつける。そして、周知のごとく、神は社会の象徴的な形式にほかならない。それゆえ、ひとは、要式契約によって、要物契約の場合よりも強力に拘束を受けている。これこそ、婚姻のように形成される関係がとくに重要であると、つねに要式契約のきびしさをしめす理由である。」
(Durkheim, 『講義』p.229, 邦訳238ページ)

予め決められた儀礼的行為や文言によって、あるいは、共同体の成員が見守ることによって、契約交渉に相当する相互作用だけでなく、相互作用の帰結として形成される契約内容も規制を受け、社会的公正を守っていったのである。そして、儀礼的行為にしたがって、公正な契約内容を形成することによって、当事者間での紛争は予防され、社会統合が可能となっていた。したがって、儀礼的行為の実践によって、当事者は不自由を強いられるが、彼らの間での連帯が維持され、しかも社会の安定に対して貢献していることになるのである。このとき、当事者は、自分の機能を発揮し社会秩序に貢献しているのであり、自己の存在意義を確かめることもできよう。なお、契約における儀礼は、記録、成文化され法律的形式に凝縮されるか、あるいは例えば前近代のフランスにおいては、「子供を契約に立ち合わせ、些細なことをとがめてその場で平手打ちを食わせた」りする慣習によって後世に伝承されていったという⁷⁷⁾。

3. その他の要式契約

ちなみに、今日でも、日本では、婚姻に際しては儀式が存在する。婚姻の前に「男の側が結納を渡し、女の側がその半分相当額を返すなどという」慣習が存在する。また、諸外国も含めて、結婚に際しては、例えば今日でも宮司、司祭、僧侶の前で行われ、当事者間で神への宣誓が行われると共に、互いに指輪が交換される。加えて、親族など多くの人々を集めて、その前で盃を交わし結婚を公に披露するという儀式が伴うことが一般的である。

星野英一は「愛と法律」という論考の中で、婚約とは、社会の安定のためにも重要な役割を果たしている家族・家庭という基礎的集団を二

人で築いてゆこうとする二つの向かい合う意思の固い合致・締結であり、こうした約束は漠然とした気持ちでなされたり、安易に撤回されてはならないため、神前での結婚や披露宴が、当事者の約束を構成する意思を確認し、公表された当事者の合意に重みを与える役割を果たしている、と分析している。そして、星野は結婚当事者の意思とは、欲求としての愛ではなく、生涯に渡り相手のみならず生まれてくる子を愛するという強い「決意」であり、お互いに貞節を守り、扶助、協力するという義務に対する「決意」であるとしている⁷⁸⁾。

デュルケムは婚姻が要式契約に属することの意味について次のように述べている。

「婚姻が要式契約であるのは、単に儀式が証明を容易にする、日付を確定する、等々の理由からではない。それは、なによりもまず、高度の道徳的価値をもって形成されたこの関係が、契約当事者の恣意にゆだねられたいしないためである。かれよりも優越した存在である道徳的権威が、形成されるその関係に関与するためなのである。」(Durkheim, 『講義』p.229, 邦訳²³⁸ページ)

婚姻は、社会的に極めて重要な契約であり、この神聖な契約は一連の儀式を経過し、公に披露され、社会による承認が付与されなければ有効には成立しなかったのである。なお、社会が婚姻に承認を与えるための儀礼にも互酬性が伺われるように思われる。例えば、婚姻の際の指輪や盃は、必ず相互的に交わされるのであり、それらの価値にも一定の互酬性が見られよう。モースによれば、相互的な交換であるポトラッチも、婚姻を契機としてはじめられていたという。当事者は、互いに相互的な交換の儀式に参

加し、和合の精神をもって良好な社会関係を築いてゆくのである。また、星野英一が指摘しているように、婚姻の当事者が長きに渡り、相互に扶助しあってゆくという意味を持っていることが、婚姻が有効に成立したとみなされるための重要な要件となっていたということは、他の契約における給付の相互性を説明する上でも重要な資料となるに違いない。そして、古代や未開の社会においては、現在の婚姻に特徴的に残るこうした儀式的要素が、一般の契約においても見られたということがいえるであろう。

むすびにかえて

以上に検討してきたように、モースやデュルケムは、古代や未開の諸社会において、物は霊と結びつき聖性を帯びていたこと、加えて、契約に際してしたがうべき法慣習、とり行うべき儀礼の、あらかじめ伝統によって決められた諸形態が存在したことを分析した。そして、これら物の霊や儀礼が、明確かつ強力な状態を保っており、契約内容に対して積極的に介入し極めて強力に社会の力を及ぼし、当事者から対象物を遠ざけ、個人的な所有を禁止し、欲望を規制していたということを指摘した。こうした契約において、当事者は、相手の望む品物を与え互いに生活必需品の入手をはかることもあるが、単に利益の追求を目的とするのではなく、互いの関係を維持し、同じ社会の一員としての絆を確認し合うことをもまた重要な目的としていたと理解できる。

そして重要なことは、これら慣習や儀礼が、それを改廃することを規制するための「メタ規範」⁷⁹⁾を装備することによって、特定の人間の恣意による形式の内容の改廃を阻んでいたとい

うことである。宝月誠は「メタ規範は洗練された高度なルールに伴う」⁸⁰⁾としてメタ規範の存在を限定的に捉えるが、デュルケムによれば「長い間、立法権と善良な習俗の維持の為の配慮は司祭に属する機能であった」⁸¹⁾のであるから、前近代社会における規範群においては、明文化されたものでなくとも、メタ規範的な要素は存在していたものと思われる。例えば、メタ規範的要素は、司祭自体が持つカリスマ的権威のなかに存在したと理解できよう。こうして、慣習や儀礼が恣意的に変更されたり簡素化されたり廃止されたりするものではなかったからこそ、伝統によってあらかじめすみずみまで決められた形式をみたした契約には、社会秩序を可能とする「契約内容の公正さ」が宿ったのである。

そして、契約が神聖化され得たのは、同じ食物をとともに食するという、煩雑な伝統的儀式を経過する過程で、契約当事者がお互いに共通する属性に注目するようになったからである。同じ属性を共通するという意識を持った当事者の間では、お互いに自己と同じように相手方を尊重する態度が導かれ、契約内容の不公正は自ずと生じないと考えられたのである。だからこそ、慣習や儀礼にしたがった契約には社会成員による「公の承認」、すなわち「掴取力」「神聖性」が与えられることにもなる。「要物契約」や「要式契約」において、契約内容は、当事者の意図や願望によって自由に変更、決定することができるのではなく、物の霊を語り手とした法慣習を通じた「社会」、あるいは当事者の言語や動作による複雑な儀礼的行為を通じた「社会」によってあらかじめ決められていた、といえるのである。だから、モースの言うように、形式主義の契約において登場する当事者は、個

人でなく社会であり、二つの氏族が混合して一つとなった社会なのである。そして、モースは次のように述べている。交換は武器を捨て、略取や詐取を慎むことから始まった。こうして、人々は、互いに殺しあうことなく、与えあうことが出来たのであり、こうした意味で、そもそも交換や契約には「連帯」が前提条件となっているのである。

モースとデュルケムは、古代、未開の社会における物、宗法、儀式、慣習等の構造を分析し、そこからこれらの社会における契約の構造や性質を導き出していた。古代、未開の社会における儀礼を伴った契約にみられたような儀式の複雑さの程度が減じたとしても、あるいは、物それ自体が聖性を次第に減じていったとしても⁸²⁾、本論文の第一章で検討してきたように、現代社会において一見した功利的な交換の背景に、その交換を社会的に基礎づける、「相互行為儀礼」における規制が残存していると考えすることは可能であろう。われわれ買い手は、契約するときに、民法上の「契約自由の原則」を根拠にして自由に、そして合理的かつ功利的に良い品を安価で求めようとするし、売り主は可能な限り多くの利潤を追求しようとする。しかし、同時にわれわれは、契約上の儀礼的ルールを破り、相手との正常な関係を破壊してまで、自分の利益を追求することはしないであろう。われわれは、契約に際して、最も合理的かつ功利的に行動しているように思えて、実は、相手との正常な関係を破壊しないように常に意識しているのである。実際に慎重な儀礼的な配慮を欠かしてはいないからこそ紛争は予防され秩序が維持されているのである。そして法は、人格崇拜に基づく自生的な秩序の形成を何より望んでいるのである。なぜなら法は儀礼のカタログ

なのであるから。野口隆によれば、モースは、人間を「全体人」(homme total)として把握することの必要性を提起しているが、現代人といえども、契約に際して純粋な経済人(homo oeconomicus)であるわけではなく、合理的であると同時に、規範的でもあり、そのどちらか一方ではないのである。

とはいえ、現代社会における契約においては、雇用問題、借地借家問題、消費者問題にみられるように犯罪的とすら形容できる形態のものが多々見受けられ、ジャン・カルポニエが比喩的にいうように、今や「カーニバルで行きすぎが生じ」、当事者の正常な関係に大きな亀裂が生じ、こうした無規制の状態に反応して、「法は武装して帰って」きつつあるのも事実である⁸³⁾。このような、「法化社会における人格崇拜の空洞化」に関しては稿を改めて論ずることとする。

註

- 1) 法社会学者、アラン・ハントは、以下に示す文献において、デュルケムの法社会学的手法を継承する研究者として、M. モースの他、ジョージ・デヴィー、モーリス・オーリュなどをあげている。Hunt Alan j., *The Sociological movement in Law*, 1978, 及川伸訳『法社会学：法の社会学的研究』法律文化社 1985年 111ページ
- 2) Marcel Mauss, "Essai sur le don-forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques" in *Année Sociologique* 2e série, 1923-24, B.S.C., *Sociologie et Anthropologie*, Troisième Édition Augmentée, Press Universitaires de France, 1966, 「贈与論」『社会学と人類学』有地亨, 伊藤昌司, 山口俊夫訳 弘文堂 1973年 本論文中では、『贈与論』と省略し記す。モースの『贈与論』は1923-1924年の間、新社会学年報に掲載された複数の論文から構成される。
- 3) 宮澤節生『法過程のリアリティー 法社会学フィールドノート』信山社 1994年 133-134ページ
- 4) 星野英一『法学入門』放送大学出版会 1995年 5ページ
- 5) Hunt, 前掲訳書 1985年 3ページ
- 6) その他、立法の社会学的研究が立ち後れた要因として、戦前の国家体制の影響を説く見解、日本人の法意識を問題とする見解などがある。
- 7) 末川博『新版 法学入門』有斐閣双書 1980年 16-20ページ
- 8) 小林直樹『立法学研究 理論と動態』三省堂 1984年 8ページ
- 9) 佐々木嬉代三『社会病理学と社会的現実』学文社 1998年 65ページ
- 10) 渡辺洋三、『法社会学とマルクス主義法学』日本評論社 1984年 40ページ 資本家には個人資本と法人資本を含む。
- 11) Endocrine Disruptor ビスフェノールAなど、生物をメス化させる疑いのある「外因性内分泌攪乱化学物質」(環境ホルモン)は例えばプラスチックの可塑剤として用いられており、こうしたプラスチック製品から環境ホルモンが溶出するとの指摘がある。複数の研究者によって、環境ホルモンはp.p.t.(一兆分の一の濃度=50メートルプール一杯の水に塩粒一つ程度の量のダイオキシンを混ぜるとほぼこの濃度になる)という桁違いに低い濃度で、人間の胎児の脳を含めた諸器官に不可逆的な障害を与え、生殖異常、免疫機能低下や行動異常を引き起こす危険性が指摘されている。しかし、企業側は胎児への影響や個体差を全く考慮せずに安全性評価を行い人工科学物質を含んだ製品を売買している。このような安全性の疑わしい製品を、売り主は、第三者には平気で売買しているのであるが、他方で、愛すべき自分の家族、子や孫に与えて使わせているのであろうか。あるいは、自分自身が使っているのだろうか。安全性に関して未知の部分が多く、自分が使いたくないものを、平気で他人に売っているとしたら、それは、多分に犯罪的な反規範的行為であり、消費者である未知の他者を自己と同じ人格として崇拝してい

- ないからである。ともあれ、人工化学物質のこれ以上の製造、消費は、人間を含めた自然界全体の存続を危うくしてしまうのであり、生活スタイルを変えても、ただちに中止すべきである。E.D.に関しては以下の文献を参照 シーア・コルボーン、ダイアン・ダマノスキ、ジョン・ピーターソン・マイヤーズ 『奪われし未来』翔泳社 1997年、高杉暹 井口泰泉『環境ホルモン』丸善ライブラリー 1998年
- 12) 目的物の欠陥は、法律用語では「瑕疵」という。瑕疵のある物によって、代金債務の弁済をなす事は認められていない。契約の履行には、代替物を調達するか、契約を解除したり、損害賠償をしなければならぬ。
- 13) マルクス主義法社会学者が、一方的な雇用契約を通じて、資本家は労働力を絶えず価値以下に切り下げて購入しており、労働力の一部を窃取していると分析しており、雇用契約を通じた資本家の犯罪性を糾弾したのは周知のことである。
- 14) É.Durkheim, *De La Division Du Travail Social*, - Étude sur l'organisation des sociétés supérieures, 1^{re} éd., 1893; 7^e éd., 1960, Paris, P.U.F., p.72, 田原音和訳『社会分業論』青木書店 1971年 102ページ。(本文中並びに注釈の中では Durkheim, 『分業論』と略記する。)
- 15) Durkheim, 『分業論』, p.70, 邦訳 100ページ
- 16) Durkheim, 『分業論』, p.71, 邦訳 101ページ
- 17) Durkheim, 『分業論』, p.72, 邦訳 102ページ
- 18) 菊池治『つくられたAIDSパニック 疑惑のエイズ予防法』桐書房 1993年
- 19) 東京HIV訴訟原告団『薬害エイズ 原告からの手紙』三省堂 1995年
- 20) 前田雅英『刑法総論講義』東京大学出版会 1988年 行為無価値論の立場では、結果(=例えば人の死)のみならず行為態様が社会倫理規範に違反する程度が違法性の軽重の判断根拠となる。結果無価値論という立場が、行為の客観的結果を、規範的判断を経ず直接、価値法則的に、刑罰の軽重に結びつけるべきだとするのに対して、行為無価値論では、行為の結果のみならず行為態様を含めて、それらが規範に違反する程度を見極め、刑罰の軽重に反映させるべきだとする。
- 21) 大量生産、大量消費システムの下では、品物の品質が均一である一方、その欠陥は、ただちに不特定多数の人間に害を与え、大きな事件となるが、厳しい品質検査によって事前に欠陥を防ぐことは可能である。
- 22) 民事制裁は相手方に生じた損害を、加害者が金銭によって賠償し、当事者間の利益を原状に回復させ関係を復原する役目を果たしているといわれる。他方で、刑事制裁は、失われた公の秩序への償いであり、罰として奪われた加害者の利益は国庫に帰属し、被害者に渡ることはない。また、民事の違法性は低く、刑事の違法性は高いといわれる。こうした定義が広く浸透し、支持を得ているが、民事的に損害を賠償しておけば、裁判官の心証に影響を与え刑事罰の情状酌量の要件となりうるし、加害者に刑事制裁が課されることによって、被害者の感情が和らげられ、当事者の関係が修復されるということも指摘されるので、民事と刑事を分離して考えることは便宜的ではあるが、一面的なのである。
- 23) 自然状態では諸個人は自然人であり、狼的状态であり、万人の万人に対する闘争が絶えないので、それぞれ個人は社会を形成することを欲してこれに同意し約束した。我欲したがゆえに、契約があり、社会があるのである。ゆえに、自分が契約や社会に拘束されるとすれば、それは自分が欲したからなのである。かような、契約の拘束力の正当化根拠として、社会契約説が広く浸透した。
- 24) Durkheim, 『分業論』, 第Ⅶ章
- 25) 小林 公 『合理的選択と契約』 弘文堂 1991年
- 26) 山本真鳥「贈与交換と社会構造 - サモアとドロブリアンドの親族間社会交換」『贈与と市場の社会学 岩波講座 現代社会学17』岩波書店 1996年 35ページ
- 27) Durkheim, 『分業論』, pp.205-209, 邦訳 220-222ページ
- 28) 諸個人はそれぞれ、全体的共同活動に参加

し、機能を発揮するようになる。これが、諸個人が、諸機能と呼ばれるゆえんである。機能を担う諸個人が欲するのは、他者との関連における自己の機能的な重要性 (= 社会的存在証明) の確認であり、自己を必要とする他者の生存の保障へ向けた自己の機能の発揮、つまり、他者と、社会に対する「有意味」な仕事・労働(による全体社会の活性化)なのである。従って、有機的連帯は高い物質的水準による各々の欲望の充足を必要とするわけではなく、物の過度な氾濫は諸個人の他者への依存性を低めるから、有機的連帯の生存にとって有害であるとさえいえよう。そして、有機体の諸器官にも例えられるこの諸機能は、末端の一見役にたっていそうにみえないものであっても、全体の生存にとっては欠かせない存在である。異質な諸機能が、調和的に協同することが必要であり、一つの諸機能が、悪性腫瘍のように肥大して、他の諸機能を圧迫するようなことがあれば、それは全体社会が病むことにつながるのである。有機的連帯の健康が維持されうるめいめいの惑星の軌道の枠内で、諸個人は自由な活動が許容される。しかし、諸個人は欲望に動かされ、否応なしに規制にぶつかるのではない。諸個人は、全体社会を構成する一器官というお互いの普遍的な属性に対して愛着を持ち尊敬の念をもって礼拝するのであり、規制は自発的になされるのである。それら諸機能の調和的協同は、公正な契約を通じて実現されるのである。契約の公正さとは、やはり、全体が決めるものであり、諸機能が独自に決めるものではない。また、諸機能が全体の拘束力の客体に終わるのではないという点もまた重要である。

- 29) Durkheim, 『分業論』, pp.191-192, 邦訳208ページ
- 30) Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, 1895, Presses universitaires de France, 1960, pp.67-72, 『社会学的方法の基準』 宮島喬訳 岩波文庫 1978年 152-161ページ (本論文では『社会学的方法の基準』と省略)
- 31) Invararity, James M., *LAW AND SOCIETY, Sociological Perspectives on Criminal Law*, 1983,

Little, Brown and Com., 『刑事法の法社会学 マルクス・ヴェーバー・デュルケム』 松村良之, 宮澤節生 川本哲郎, 土井隆義共訳 東信堂 1994年 138-144ページ

- 32) Durkheim, 『デュルケム法社会学論集』 内藤莞爾編訳 恒星社恒星閣 1990年 125ページなお、このデュルケム法社会学論集はデュルケムの手による、法社会学関連の20本の論文や書評を収集したものである。
- 33) Durkheim, 『分業論』, 邦訳2ページ (*当該部分は第二版序文につき原書にはあてられなかった)
- 34) Durkheim, 『分業論』, p.357, 邦訳353ページデュルケムの見解にしたがえば、競争や闘争のない社会は必要でもないしそもそも可能ではない。連帯の役割は競争を抑え込むことではなく、緩和することである。
- 35) Hunt, 前掲訳書 1985年 141ページ
- 36) 中島道男 「近代社会と社会学理論 社会学の建設者たち」 『社会学への誘い』 朝日新聞社 1999年 272-273ページ 中島氏は信頼と同時に連帯をあげているが、契約の規制原理としては、氏のいう「連帯」の方が適切であろう。
- 37) Durkheim, 『分業論』, p.83, 邦訳 114ページ
- 38) Durkheim, *Sociologie Et Philosophie*, 1924, Félix Alcan, Nouvelle Édition, P.U.F., 1963, pp.105-106, 『社会学と哲学』 佐々木交賢訳 恒星社厚生閣 1985年 100-101ページ (以下, Durkheim, 『社会学と哲学』と省略)
- 39) Durkheim, 『分業論』, p.147, 邦訳167ページ
- 40) Erving Goffman, 『儀礼としての相互行為』 広瀬英彦, 安江孝司訳 法政大学出版局 1986年
- 41) 巻口勇一郎 「近代社会における法と個人」 『立命館産業社会論集』 第34巻3号立命館大学産業社会学会 1998年12月 94-118ページ
- 42) Rudolf von Jhering, 『権利のための闘争』 村上淳一訳 岩波文庫 1982年
- 43) アリストテレスのいう「正義」と「衡平」に関しては、巻口勇一郎 「近代社会における法と個人」 『立命館産業社会論集』 第34巻3号立命館大学産業社会学会 1998年12月 109ページ参照

- 44) アメリカの社会学者、シュウォーツは秩序の制裁モデルを提唱した。すなわち、彼は、制裁を、行為者の欲求の充足や剥奪を引き起こすものと定義した上で、正常な関係や秩序は、相互の制裁や制裁可能性(制裁の稼働可能性に担保された抑止力)によって調整されるという。秩序の制裁モデルについては以下の文献を参照した。六本佳平 『法社会学』 有斐閣 1986年 86-89ページ
- 45) デュルケムの「等価」という概念は、労働量を含む数式によって算術的・法則的に導かれるものではなく、社会が提示する価値の一般的状态に由来する、一種の集合的価値判断によるものである。いくら、労働時間が多く費やされていても、価値が認められない事物も存在するからであるという。
- 46) 個人が法人の命令の客体、すなわち手足(歯車)に成り下がってしまうのであれば、個人は法人の利潤の追求、組織の拡大という命令を実現させるための手段に過ぎないことになり、個人の良心の発揮は力づくでおさえられてしまうことになり、あるいは個人の倫理観自体が麻痺してしまうことになる。
- 47) 薬害エイズ事件が生じた背景には、販売者や監督者が、消費者という未知の人間の人格を尊重するという態度をもたなかったこと、換言すれば、彼らがエリートという個別的属性で支え合う狭い仲間集団(他の学問領域では「政財官のトライアングル」とよばれているもの)を形成してしまったからである。更に言えば、官僚は天下りを考え、財界人は医薬品の許認可を得ることを考えて相互に癒着していたわけであるから、それぞれが自分の欲望をアノミックに追求してしまったことがある。また、個人の良心や想像力の欠如、委員会や公聴会の密室性や委員選定基準の不明確さ、企業の道徳的組織化の失敗などなど様々な要素が絡んでいるといえよう。こうした現実に鑑みれば、契約上、人間が良心や想像力を働かせるという主張など楽観的に過ぎると思われるかもしれない。だが、研究者は、日常的な多くの契約を慎重に観察しなければならぬ。
- 48) Durkheim, 『分業論』, p.83, 邦訳 114ページ
- 49) 重要なことは、契約法が、関係と秩序を志向するという主張は、契約法が個人的利益を全く保護しないという意味とはならないということである。契約法は、過度の欲望を規制しこそすれ、関係や秩序を破壊しない範囲での私的利益を聖なるものとして高め、保護するのである。なぜなら、適度な利益は、関係を壊すことなく、尊厳ある個人の生存を可能たらしめるからである。この意味において、近代法が、関係と秩序の範囲内の個人的利益を神聖不可侵の権利として高めたということはいえよう。しかし、だからといって、近代法が、個人的利益の全てを、自然的権利として保護しようとしていたとは決していえないということに注意を払いたい。
- 50) 禁止規範とは、- してはいけないという「身体みまの静」としての「不ふ作為」を命令する規範。また命令規範とは、- しなければならぬという「身体みまの動」としての「作さ為」を命令する規範。
- 51) 野口隆「全体的社会現象概念の展開、モースからギルヴィッチへ」16-23ページ、『モース社会学の研究(下)』広島修道大学研究叢書第16号 1982年 8ページ、*野口によれば、ギルヴィッチは、モースを批判し、観察される現象を、宗教や経済や法などの抽象的、普遍的な要因から説明することは誤りであって、こうした現象は、より個別具体的な認識の下で、社会類型の不可分離の全体(特殊の要因)に求められなければならないとした。
- 52) ドロブリアンド諸島においてはクラ交易とは別に、経済的交換であるギムワリ(*gimwali*)が存在し、クラとは違って当事者は目的物を執拗に値切っていたという。だが、私の立場からすれば、ギムワリにおいても、クラの要素は全くないとはいえない。
- 53) Mauss, 『贈与論』, p.151, 邦訳 227ページ
- 54) Mauss, 『贈与論』, p.227, 邦訳 323ページ
- 55) Mauss, 『贈与論』, p.206, 邦訳 307ページ
- 56) Mauss, 『贈与論』, pp.205-206, 邦訳 301ページ クワキウーツル族やハイダ族は、「面子」の

- 概念を持つ。贈る義務、返礼の義務を履行しないものは面子を失ったという。また、返礼に際し、相応のものがなければ、時間をおいて、相応のものが手に入ったときに、それを返礼すればよいこともある。
- 57) 動産が不動産と結びつき聖性を帯びるということとは、例えば神聖な土地を耕す農器具が神聖化されていたことなどから推察されよう。
- 58) Mauss, 『贈与論』, pp.218-220, 邦訳 314ページ
- 59) 聖物は全体社会の生存の基盤であり、それは総有という所有形態を取るのが通常であったから、それ自体を個人所有しようとすることは世俗的行為でありタブ-なのである。現代においても聖性が残留しているものには、法的にいつてやはり個人所有が認められていない。例えば、人間を所有物とすることや売買する契約が成立することを禁止されているのはその典型であろう。
- 60) 世俗的な行為によって、聖性を侵害することはタブ-なのであるが、世俗的行為によって世俗の二分体系が刺激され、不断に活性化されることにもなる。
- 61) É. Durkheim, *Leçons de Sociologie*, B.P.C., *Physique des mœurs et du droit*, P.U.F., 1950, p.236, 『社会学講義』宮島喬, 川喜多喬共訳みすず書房 1974年 244ページ。本文中、及び注釈においてはDurkheim 『講義』と略記する。
- 62) Mauss, 『贈与論』, p.244, 邦訳 348ページ
- 63) Mauss, 『贈与論』, p.212, 邦訳 305ページ
- 64) モースによれば、贈与による財の人間的な配分は、現代社会においては職業団体、共済団体などにおける相互扶助制度のなかにみられるという。
- 65) Durkheim, 『社会学と哲学』, p.64, 邦訳 66ページ *デュルケムによれば、義務を遂行するとき、それは努力と苦痛を伴うと同時に、自らが自然的存在の上を高められたという特殊の歡喜を感じる。
- 66) Durkheim, 『社会学と哲学』, p.63, 邦訳 65ページ
- 67) デュルケムは、所有や契約の形態が変化したこと
- この背景には、物の神聖性の衰退と、人格の神聖性があるとしている。
- 68) Durkheim, 『講義』, p.230, 邦訳 230ページ
- 69) ローマにおける問答契約の事例。
- 70) Durkheim, 『講義』, p.214, 邦訳 224ページ
- 71) 石部雅亮, 笹倉秀夫 『法の歴史と思想』放送大学出版会 1995年 33ページ
- 72) 石部雅亮, 笹倉秀夫 同上書 1995年 33ページ
- 73) マックス・ヴェーバーは、その著『法社会学』のなかで、前近代のヨーロッパに多く見られた、こうした人民集会裁判を、「ディングゲノッセンシャフト裁判」(dinggenossenschaftliche justiz)とよび、この裁判のモデルを、権力分立の一形式として検討している。石部雅亮, 笹倉秀夫 同上書 1995年 45 - 46ページ
- 74) ヴィーアッカー (Wieacker) によれば「ius」とは、ラテン語で「法」を示す言葉であるが、それはそもそも「共同体の望むところと一致する行為」という意味を持っていたという。
- 75) 石部雅亮, 笹倉秀夫 前掲書 1995年 27-58ページ, 廣中俊夫「契約とその法的保護(3)」『法学協会雑誌』第70巻197-199ページ
- 76) 石部雅亮, 笹倉秀夫 前掲書 1995年 31 - 32ページ
- 77) 大木雅夫 『比較法講義』東京大学出版会 1992年 178ページ
- 78) 星野英一 『民法論集6』有斐閣 1986年 197-252ページ
- 79) Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford: Oxford University Press, 矢崎光圀訳 『法の概念』みすず書房 1976年 *メタ規範は第二次的ルールともいい、規範の規範、例えば規範の作成や改廃に関する手続きを定める規範のことをいう。また、メタ規範にも命令規範と禁止規範が觀念し得る。すなわちメタ禁止規範(メタタブ-), メタ命令規範である。
- 80) 木下富雄・棚瀬孝雄 『法の行動科学 応用心理学講座12』1991年 8ページ
- 81) Durkheim "La science positive de la morale en Allemagne" *Revue philosophique*, 24. 1887 『デュルケムドイツ論集』小関藤一郎訳 行

路社 1993年 115ページ

82) デュルケムは、『社会学講義』において、所有権の起源が不動産のもつ社会的聖性にあるとし、個人がこれを私的に所有できなかったこと、換言すれば、所有形態が共同体有(*合有)であったことを主張した。そして、私的所有が可能となった理由を、動産については、これが神聖性を帯びなくなったからであるとし、不動産については、個人が神聖性を獲得し、不動産に接近できる地位を手に入れたからであるとしている。

83) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit', texte paru dans les Archives de philosophie du droit, 1963, et reproduit dans son *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e ed., Paris, L.G.D.J., 1995,

なおカルボニエの見解についての引用箇所については原書を参照すると共に以下の文献からも示唆を得た。北村一郎 「非法の仮説をめぐって」中川良延, 星野英一共編『星野英一先生古希祝賀 日本民法学の形成と課題 上』有斐閣 1996年 10-27ページ