

論 説

マックス・ヴェーバーの社会学理論における  
「法秩序」の位置 (六)

目 次

- Ⅰ はじめに
- Ⅱ 基礎概念論における「秩序」の位置
  - 一 『シニタムラー批判』における「法的規則」
  - 二 『理解社会学のカテゴリー』における「秩序」の位置 (以上第四十二号)
  - 三 『社会学の基礎概念』における「秩序」の位置
    - (1) 「社会的行為」論
    - (2) 「社会関係」論
    - (3) 「正当な秩序」論 (以上第四十六号)
    - (4) 「支配団体」論 (以上第四十八号)

吉 田 勇

(5) 「秩序の合理性」論(以上第五十号)

Ⅲ 実質的な社会学的研究における「法秩序」の位置

一 「法」の「固有法則性」

(1) 「法」領域と他の隣接領域との区別

(2) 「一般法」と「特別法」との関連

(3) 「法」領域の事項的分化(以上第五十四号)

二 「法」の「合理化」

(1) 「契約」論(以上本号)

(2) 法創造・法発見の類型論

(3) 「団体」の法的構造論

(4) 「法発展」の理論

Ⅳ 結論にかえて

二 「法」の「合理化」

(1) 「契約」論

まずはじめに、「法」の「合理化」という視点とこの視点を生かす理論的枠組に着目しながら、ヴェーバーの「契約」論がどのように展開されているかをみてみたいと思う。さしあたり「契約」は「主観的権利」の源泉として位置づけられている。「客観的法」と「主観的権利」の区別という理論的枠組に照らすと、このような「主観的権利」設定の諸形式としての「契約」論は、「客観的法」形成論としての「法創造」・「法発見」論の対極に位置づけられるはずである。ヴェーバーは「契約」論を通して「主観的権利」の主体論をも展開しているが、その重要な成果である

「団体」の「法人格」論については(3)「団体」の法的構造論に譲ることにする。「契約」論に限れば、「契約」類型論と並んで、近代的「契約」が「国家アンシュタルト」の法的規制と「市場共同体」の経済秩序による制約とに關連づけて扱われているのが注目される。そこでわれわれは以下では、まず第一にヴェーバーが構成した二つの「契約」類型である「身分契約」と「目的契約」の意味を明らかにする。第二にとくに「目的契約」における「契約債務」の觀念がどのようにして成立したのかをみることにする。そして第三に近代における「契約の自由」の意義と限界に關するヴェーバーの洞察に触れることにしたいと思う。

# 1 「身分契約」と「目的契約」

ヴェーバーの「契約」類型論が詳細に展開されたのは『経済と社会』の第七章第二節「主觀的權利の設定の諸形式」においてであるが、そこに提示された「契約」概念は決して近代的な「契約」に限定されているわけではないのがまず注目される。「自由な合意」という意味での『契約』が、請求權や義務の成立の法的根拠として重要な意義をもつという現象は「法發展の古いまた最古の諸時期や諸段階においても、広くみられる現象である」<sup>(1)</sup>。このような広い「契約」概念を採用しながら、ヴェーバーは「自由な合意の一般的性格」が「深刻な變化を遂げた」ことに着目して、「身分契約」と「目的契約」という二つの類型を構成している。前者は「公法」「訴訟法」「家族法」「相統法」といった領域で今日よりも大きな役割を果たしていた「原生的契約」類型であり、後者は今日基本的に重要な意義をもつ「財貨取引」したがって市場共同体に特有な契約類型である。<sup>(2)</sup>ここから直ちに、ヴェーバーは契約の歴史を「身分契約」から「目的契約」への一般的發展であるとみなした、と解釈するのは性急すぎると思われる。「身分契約」が原生的な契約類型とみなされているのは確かだが、この契約が「目的契約」の増大によって消滅したわけでもなけ

れば、「目的契約」は原生的な契約類型ではないとはいへ、古い時代に存在していなかったわけでもないからである。二つの契約類型の違いはいわば継起的に登場する古い契約と新しい契約との歴史的な違いではない。両「契約」は相互に「内的本質を異にしている」というのが、ヴェーバーの見解である。<sup>(3)</sup>しかしながら、「身分契約」は原生的であるが「目的契約」はそうではないという意味では、確かに歴史的な区別が読み取れる。つぎの箇所にもみられるのも歴史的な区別である。すなわち「昔の法に對比して、近代的な私生活、とくに私法生活の最も基本的な実質的特質をなしているのは、とりわけ、法律行為、とくに契約が、法強制によって保障された請求権の源泉として、その意義を著しく高めてきているということである」<sup>(4)</sup>と。しかも近代の私法生活領域における「契約」の意義の相対的な増大をきわめて重視しているからこそ、かれは「今日みられるゲマインシャフト関係を私法の領域に関するかぎり重点的にはまさに『契約ゲゼルシャフト』とよぶことができるほどである」<sup>(5)</sup>と述べたのである。このような「私法的契約」の意義の一般的な高まりは「市場共同体の法的側面」の表現であり、「市場ゲゼルシャフト関係と貨幣使用が集約的に強化された産物」<sup>(6)</sup>なのである。このように、ヴェーバーが近代の私法生活領域における「契約」の意義の増大を強調する場合にも、もっぱら「市場共同体」における経済的「交換」という領域を念頭においているのは明らかである。それとは反対に、「相続法」「家族法」「公法」「行政法」「訴訟法」といった領域では、「契約の自由」がよりよく妥当していたのは過去においてであって、今日では「契約」の意義が相対的に限定されているのである。経済的「交換」の領域で「目的契約」の意義が増大していることが、近代の私生活の歴史的特徴なのであって、「目的契約」それ自体が近代的な「契約」類型なのではない。このようにみると、二つの「契約」類型は何よりもまず、相互に「内的本質を異にしている」社会的な類型として構成されていると言うことができる。しかし、それぞれの妥当する領域も含めて巨視的にみれば、両類型は一定の歴史性をも内包していることは認められる。それでは両「契約」はどのよ

うにその「内的本質」を異にしているのだろうか。

まず「身分契約」というのは「政治団体」や他の「身分団体」や「家族関係」を作り出す「原生的契約」であって、「人びとの法的な全資格を、すなわち彼らの総体的な地位と社会的な行動様式とを変更することを、その内容としていた」<sup>(7)</sup>が、その大部分は「兄弟契約」すなわち「ひとが従来とは質的に別のものに『なる』」<sup>(8)</sup>契約である。「ひととは、この契約以降は、他の何びとかの子、父、妻、兄弟、ヘル、奴隸、ジッペ仲間、戦友、保護主、被保護民、従士、封臣、臣民、友人、最も広い言葉を使えば、『仲間』になることになるのである」<sup>(9)</sup>。しかもこのような「契約」は元来は例外なく「直接的に呪術的な行為であったか、あるいは少なくともなんらかの呪術的な意味をもった行為」<sup>(10)</sup>であったという。

それに対して、「目的契約」は「具体的な・多くは経済的な諸給付や諸結果の招来のみを目的としており、関係当事者たちの『身分』にはふれないような合意、したがって一例えば交換のように――当事者たちの新たな『仲間』資格を成立せしめることのないような合意、のことである」<sup>(11)</sup>。これは原生的なものではない。「交換」がその原型であるが、これは経済的「交換」と非経済的「交換」に区別されている。始源的には「交換」は非経済的な領域において「族外婚的な諸ジッペ相互間の婦女交換」として現われた、というのがヴェーバーの仮説である<sup>(12)</sup>。この場合には、「諸ジッペは部分的には仲間として部分的には非仲間として対立しあうという独特の二重的地位」<sup>(13)</sup>をもつことになるから、これは純粹な「目的契約」の原型とは言いにくいのではないかと思われる。経済的「交換」というのは「常に、自己の家の仲間でない者との交換であるというだけではなく、重点的にいえば、外部に対する交換、無縁者との交換、ジッペ関係も兄弟関係もない者との交換、したがって非仲間一般との交換である」<sup>(14)</sup>。このような「交換」は最初はつねにもっぱら「双方の側における交換財の即時の占有引渡としてのみ、効果を取得したのである」<sup>(15)</sup>。その原型と推定され

ているのが、未開諸部族間のあらゆる呪術的形式主義を欠いた「沈黙交換」<sup>(16)</sup>である。

ヴェーバーはこの「沈黙交換」における物々交換から「市場」における物々交換を経て、「貨幣」と「財貨」の交換（貨幣契約）に至る「交換」形態の一般的発展を理論的に想定しているように思われるが、その十分な論証があるわけではない。<sup>(17)</sup>ここで重要なのは「目的契約」の原型とみなされた「貨幣契約」である。一定の財貨の貨幣機能が展開されて「売買」が成立すると、「交換」についても法律的な構成がおこなわれはじめる。<sup>(18)</sup>ヴェーバーによれば、ローマにおいて「身分契約」に対抗しておよそ「身分」的資格と無縁な「貨幣契約」が登場するに至る。これはすぐれて「現金取引」であって「少なくとも始源的には、行為自体を超えて将来にわたって約束するような要素」をまったく含んでいなかったのである。<sup>(19)</sup>そして「貨幣契約もまた、確実な占有を作り出し、獲得された財貨を保証しただけであり、与えられた約束の履行に対しては、始源的にはなんらの保証も提供しなかった」<sup>(20)</sup>のである。

以上、「身分契約」と「目的契約」とをそれぞれの原型にひきつけてみてきたが、両者の違いをつぎの三つにまとめているのはクロンマンである。<sup>(21)</sup>①「身分契約」は個人の人格における全体的変化をひきおこすので、個人は各々新しい魂を獲得し別の人格に成る。それに対して「目的契約」は何か特定の、とくに経済的な遂行や結果をめざす。②「身分契約」は「兄弟契約」である。この種の関係は「擬似家族的」であって家族の成員間に存在する血縁関係をモデルとしているのに対して、「目的契約」は当事者間の兄弟的結合を要求しない。③「身分契約」は「呪術的ないし超自然的手段」によって成立するのに対して「目的契約」は「反呪術的」である。それぞれの指標は①契約主体（契約主体は契約によって「身分」を変容させるのか否か）、②契約内容（契約によってどのような社会関係が形成されるか）、③契約成立の要式（契約を成立させる手段と形式（要式が呪術的かどうか）にかかわるものである。これら三つの指標は両「契約」の相違を鮮やかに示しているのは疑いない。しかしわれわれはさらに④契約の保証という指標をつけ加えたいと思う。

「契約」が「保証」されたのは呪術的手段による「身分契約」の場合のみであったというのも、区別の指標になりうる。クロンマンは④をも③に含めていると思われるが、「法の固有法則性」を問う視点からみれば、④を独自の指標にする意義は小さくないと思う。呪術的手段によって成立した「身分契約」だけが呪術的な「保証」に適していたのに対して、「目的契約」には始源的には「保証」がなかったとされる。始源的には「交換」が享受したのは「債権の保護」ではなく「占有の保護」であるが、「占有」は窃盗犯人に対する復讐請求権と贖罪請求権によって保護されたのである。また「宣誓」の威力は「いっさいの兄弟契約の最も普遍的な形式の一つ」であるが、これは「目的契約」の「保証」手段としても技術的に適合的であるという指摘も注目される。「目的契約」の発展の過程においては、「契約債務」を「保証」する「訴訟手続」が形成されるようになるのも注意をひく。さらに「交換もまた特別の兄弟契約設定行為あるいはこれと同等な行為によって、身分契約の保証のもとに置かれることがある」。族外婚制における「婦女交換」などはその典型である。以上①、②、③、④をふまえて両「契約」の違いを一言でいえば、「身分契約」は「仲間」になる契約ないし「兄弟契約」という意味において「身分」を変動させる契約であるのに対して、「目的契約」は「非仲間」との交換であり「身分」とはおおよそ無縁な契約である。しかしこれだけでは、「身分契約」の意味ははっきりしても、「目的契約」の積極的意味はかならずしも明らかといえない。「身分」とは無縁な「法人格」観念および「訴訟手続」によって「保証」される「契約債務」の観念が「目的契約」の発展過程において成立することがさらに重視されねばならない。その意味では、クロンマンが①の指標を重視したのは妥当であると思われる。かれは「契約」によって創造される「身分」とは独立に存する個人——もっと正確に言えば、「法人格」——という観念は、どのような「身分契約」にも存在しないことを指摘している。「目的契約」を締結する個人だけが、ある種の変わらざる「中心的」同一性、あるいは各々の「契約」自体とは独立の同一性を有するのである。このような「法<sup>(2)</sup>

人格」論は「権利」主体論でもあるといつてよい。

さて「身分契約」と「目的契約」とを類型化するにあたって、ウェーバーが、社会の動きを「身分から契約へ」の発展であるとみたメインから示唆を受けたことは容易に推測される。示唆を受けたというのは、メインの発展図式を受け容れたということではなく、それを充分意識しながらそれと異なる理論モデルを提示した、というほどの意味である。ウェーバーにはメインへの直接の言及があるわけではないが、ウェーバーとメインとの関連についてはこれまでも論じられてきている。例えば、ウェーバーはメインが立てた「身分」と「契約」との明確な概念的区別を暗黙のうちに否定しているとみるのはアラン・ハントである。<sup>(23)</sup> ハントは、ウェーバーが主張したのは「契約」類型における基本的な変化であるという点に注目しているひとりである。もっとはつきりと、ウェーバーとメインの構想には鋭い対立が存在する、と指摘しているのは石尾芳久氏である。<sup>(24)</sup> 基本的に両氏の見解に従いながら、われわれもウェーバーとメインの発展図式の違いに若干触れておきたい。

メインによれば、家族的依存性が徐々に解体するに伴い、個人的義務が増大していくが、それによって法主体も「家族」から「個人」にとって代わられていく。「身分」と名づけられているのは「家族」に起源をもつ相互的な権利義務関係の諸形態であり、「契約」と名づけられているのはこれらにとって代わる「個人」間の紐帯である。<sup>(25)</sup> 「身分」概念が「家族」に起源をもつ人格的關係だけに限定されているのであるが、このような限定自体が、古代法の理解にかかわる重大な問題性をはらんでいることはすでに石尾氏が批判しているとおりでである。氏によれば、メインの図式化した「身分から契約へ」の発展は「家父長的隷属から契約への発展」を意味するが、「家父長的隷属とは異なる自律的關係―族長たちの人格的結合關係が始元において氏族間に存在した」のであり、メインにはそのような外部的法への考慮が欠如しているのである。<sup>(26)</sup> メインの発展図式は、「身分」の概念が「家父長的家産制」だけに限られるのな



らばともかく、「封建的身分団体」をも包括するならば正しくない、というのが氏の批判である。けだし「封建的身分団体」は家父長的関係を克服した団体であって、「契約」をその関係の根拠としてゐるからである。<sup>(27)</sup>ただ、メインは「身分」概念をもともと「家族」内に存在していた権力や特権から派生した人格的状况に限定して用いたのである。<sup>(28)</sup>「同意」の直接のまたは間接の結果としての人格的状况にはこれを意識的に適用しなかったのである。メインは「身分」概念から意識的に「合意」の要素を、したがってヴェーバーのいう「身分契約」の要素を排除しているのである。そうだとすれば、ヴェーバーの「身分契約」はメインの用語法にいう「契約」に分類されることになる。このような用語法によるならば、「身分から契約へ」の発展を一般的に構想することができるのは確かである。しかし「身分」概念があまりに限定されれば「身分」概念そのものの有効性が狭められるだけでなく、「古代法」や「中世法」があまりにも一面的に描かれることになりはしないかという問題が生じる。この点も石尾氏の論証に詳しい。<sup>(29)</sup>メインの「身分」概念と対比されるヴェーバーの「身分契約」の特徴はどこに求められるか。ヴェーバーは最古の法発展の時期と段階においても「自由な合意」の存在を確証することによって、異なるジッペ団体相互間や異なるジッペ団体の成員相互間ばかりでなく、同一のジッペ団体成員間にも新しい「社会関係」の形成という現象が見出されることを真正面から見据えようとしたのではないか。ヴェーバーの「法」発展の構想からすれば、「自由な合意」という意味における「契約」の解明に主眼があったのであるから、「身分」関係そのものではなく「身分」関係を形成する契機としての「契約」こそが分析されねばならなかったのではないかと思われる。

これまでみてきた「身分契約」は典型的には原生的契約類型を指しているとはいへ、もっと広い意味で用いられている。「身分契約」は「身分」への所属が「契約」による場合をすべて包括していると思われる。そのように考えられる手がかりはつぎのような指摘である。すなわち「法共同体」は「目的契約と今日の意味での契約の自由と政治団

体のアンシユタルト的性格とが勝利を占める以前の時期」には、①「客観的事実——出生、政治的・人格的・宗教的所  
 属、生活様式、営利の方法——にもとづく人的集団」であるか、②「明示的な兄弟契約によって成立した人的集団」で  
 あるかのいずれかであった、と。<sup>(30)</sup>②の「兄弟契約」によって「人的集団」の成員になったひとは、その「集団」の  
 「特別法」の適用を求める「特権」を共有する「法仲間」になる。この「兄弟契約」は「身分契約」にほかならない。  
 「政治団体」が「アンシユタルト」化される以前という時期的な限定はあるが、「身分契約」が歴史的には広範な範  
 囲に及んでいることが、ここからだけでもわかる。このことを例証するためにヴェーバーが重視した二つの「兄弟契  
 約」に触れておこう。ひとつは西欧に特有の「レーエン封建制」を基礎づける「レーエン契約」であり、もうひとつ  
 が西欧に特有の「都市ゲマインデ」を設立する「同胞盟約行為」である。かれによれば、まず「レーエン契約」は封  
 主と封臣との封建的誠実関係を成立させる「双務契約」であるが、これによって封主と封臣は「家産制的従属関係」  
 に立つのではなく、「相互に自由な契約関係」に立つ。<sup>(31)</sup>しかも「レーエン契約」は「普通の『取引行為』ではなくて、  
 一つの——（もちろん）双方当事者に不平等な権利を与えるところの——兄弟契約であり、この兄弟契約の結果として  
 『両当事者は』双方向的な誠実義務を負うことになる」。<sup>(32)</sup>このような「兄弟契約」が「身分契約」を意味しているのはも  
 とよりである。かれらは「特殊な身分的な（騎士的な）生活様式」をもち、「身分的（騎士的）名誉にもとづいて「明  
 確に限定された義務」である双務的な誠実義務を負うわけである。<sup>(33)</sup>つぎに「都市ゲマインデ」を成立させる「兄弟盟  
 約行為」をみてみよう。ヴェーバーによれば、「古典古代や中世の完全な発展をとげた都市は、何よりもまず、兄弟  
 盟約として構成された団体、あるいはそのように解釈された団体であった」。<sup>(34)</sup>このような都市では、市民（家父）た  
 ちはこの「市民」という資格においてかれらのみが享受しうる共通の法に服することによって身分的な「法仲間」を  
 なしていた、という。<sup>(35)</sup>とくに西欧中世の都市においては、「兄弟盟約」によって一つの統一的な「都市団体」が形成

されたというが、このような「兄弟盟約」も「身分契約」であるといつてよいであろう。この「都市団体」に所屬する市民は「特別の身分法の法仲間」を形成することになる。「市民法は、市民たちの誓約がメインデの成員たちの、一つの身分法だったのである」<sup>(36)</sup>。このような二つの例にもみられるように、「身分契約」概念は相当広い範圍に及ぶことがわかるのである。

以上の簡単な例示的説明からだけでも、「身分契約」の社会学的意义の大きさに對するヴェーバーの学問的関心の並々ならぬことがわかる。このことと「目的契約」の法史的出来とを考えあわせると、ヴェーバーが「契約」は「身分契約」から「目的契約」へと進化的に發展するという「契約」進化論を構想しているわけではないことは明らかである。「身分契約」よりも「目的契約」のほうが發展度が高いといった価値評価をかれの「契約」類型論から読み取ることとはできない。かれの「契約」分析が示しているのは、なによりもまず、「契約」の果たす意義と役割の重心が「身分契約」から「目的契約」へと類型に移行するという意味における「契約」の一般の変容である。ふたつの「契約」類型はそれぞれ「契約主体」、「契約内容」、「契約成立の要式」、「契約の保証」という四つの構成要素のありかたを異にするものとして構成されているのであるから、「身分契約」が「目的契約」に内在的に変容するわけではないのはもとよりである。ただ各「契約」類型自体における内的変容は、先にのべた類型間の移行と同様に、それぞれを規定する社会学的要因の変容によって生じることを見通されているように思われる。各「契約」類型の妥当領域の違いに関する歴史的な分析もなされていることからみれば、「契約」の果たす意義と役割の重心が「身分契約」から「目的契約」へと歴史的に変化していることも洞察されているのは明らかである。

注

(一) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Fünfte Revidierte Auflage, 1976 (以下「W. u. G.」略す) S. 401 [世

良晃志郎訳『法社会学』（以下、世良訳と略す）一二二頁。

- (2) A. a. O., S. 401 (世良訳、一二二頁)。ヴェーバーの「法社会学」に関するこれまでの研究では、ヴェーバーの「契約」類型についても「契約の自由」についても、あまり詳しい検討はなされてきていないように思われる。通常のヴェーバー「法社会学」の解説ではごく簡単に触れられるにとどまることが多い。Vgl. Johannes Winckelmann, Max Webers Rechtssoziologie des Rechts: in Rechtssoziologie, 1967, S. 28—29. Max Rheinstein, Introduction: in Max Weber on Law in Economy and Society, 1954, pp. ix—lxii. それら二つの「契約」類型についての本格的な検討を含むものとして、Anthony T. Kronman, Max Weber, 1983, pp. 96—117. 広中俊雄『契約とその法的保護』（日本評論社、昭和四九年）および、石尾芳久『マックス・ウェーバーの法社会学』（法律文化社、一九七一年、五四頁—九八頁）が重要である。それに、名和田是彦「マックス・ウェーバーの法理論研究序説(一)」(『社会科学研究』第三七巻第一号、一八頁—二二頁)、「同論文(二)」(『社会科学研究』第三七巻第一号、一七頁—二二頁) Alan Hunt, The Sociological Movement in Law, 1978, pp. 128—130 (及川他訳『法社会学』二〇八頁—二一〇頁)も参照。ただ、ヴェーバーの「契約」論への一般的な言及はしばしばみられる。たとえば、星野英一「契約思想、契約法の歴史と比較法」(岩波講座『基本法学4—契約』所収)の五頁—六頁を参照。

(3) A. a. O., S. 401 (世良訳、一二二頁)。

(4) A. a. O., S. 399 (世良訳、一二二頁)。

- (5) A. a. O., S. 399 (世良訳、一二二頁)。ここで「ゲマインシャフト関係」(Vergemeinschaftung)とは、『基礎概念』にいう「社会関係」とはほぼ同義であると思われる。「ゲマインシャフト行為」が『基礎概念』にいう「社会的行為」とはほぼ同義であるのと同様である。『経済と社会』の第二部では、「ゲマインシャフト」と「ゼセルシャフト」という概念およびそれに類する概念が使用されているが、それらの用語法はすでに本拙稿(一)(「熊本法学」第四二号、二二頁以下)で若干検討した『理解社会学のカテゴリー』と連続しており、第一部における用語法とは同じではないことが注意されねばならない。第二部では、「ゲマインシャフト」というのは「団体」と「アンシュタルト」とを包括する概念であり、しばしば「市場ゲマインシャフト」や「諒解ゲマインシャフト」という語として用いられている。それに対して、「ゼセルシャフト」は、いわば留保付きの「契約ゼセルシャフト」という用語を除けば、そのままの形で用いられていないように思われる。使用されて

いるのはもっぱら「ゲゼルシャフト行為」または「ゲゼルシャフト関係」という形においてである。ここからだけでも、ヴェーバーがテンニエスの『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト』とは異なる用語法を意図的に採用していることがわかる。ヴェーバーはもっぱら「諒解行為」、「諒解関係」とそれぞれ対をなす概念として「ゲゼルシャフト行為」、「ゲゼルシャフト関係」という概念を用いているのである。したがって、「ゲマインシャフト」と「ゲゼルシャフト」はその「行為」化と「関係」化の形態を含めて、対をなす概念として構成されているとは言えないのである。「ゲゼルシャフト行為」は「諒解行為」と対をなす概念として「ゲマインシャフト行為」よりも具体的な水準に構成されている。同様に、「ゲゼルシャフト関係」も「ゲマインシャフト関係」よりも具体的な水準に構成されているのである。このような用語法上の不整合性を解消して、できるだけ一義的に明確な基礎概念を構成することが、『経済と社会』の第一部第一章の『基礎概念』での課題であったといえる。第一部の『社会学の基礎概念』では、「ゲマインシャフト」、「ゲマインシャフト行為」、「ゲマインシャフト関係」および「ゲゼルシャフト」、「ゲゼルシャフト行為」、「ゲゼルシャフト関係」には方法的な洗練が施されて、「ゲマインシャフト関係」および「ゲゼルシャフト関係」という対概念だけが同一の抽象の水準に構成されている。そして「ゲマインシャフト行為」と「ゲマインシャフト関係」はそれぞれ「社会的行為」と「社会関係」に組み替えられているのである。

- (6) A. a. O., S. 399 (世良訳、一二二頁)。
- (7) A. a. O., S. 401 (世良訳、一二二頁—一二三頁)。
- (8) A. a. O., S. 401 (世良訳、一二三頁)。
- (9) A. a. O., S. 401 (世良訳、一二三頁)。
- (10) A. a. O., S. 401 (世良訳、一二三頁)。
- (11) A. a. O., S. 402 (世良訳、一二三頁)。
- (12) A. a. O., S. 402 (世良訳、一二三頁)。なお、この「婦女交換」は、族外婚の場合には、「兄弟関係設定行為」としても現われてくるという。「婦女」は「単に目的物として登場してくるにすぎない」が、「婦女交換」が「呪術的に遂行されるべき身分の変更であるという考えが、完全に欠如していることは稀であるからである」という[A. a. O., S. 402 (世良訳、一二三頁)]。
- (13) A. a. O., S. 402 (世良訳、一二三頁)。

(14) A. a. O., S. 402 (世良訳、一二四頁)。

(15) A. a. O., S. 402 (世良訳、一二五頁)。

(16) ただ、ヴェーバーには、この「沈黙交換」についての詳細な説明はみられない。さしあたり、広中俊雄『契約とその法的保護』(日本評論社、昭和四九年)(三七頁—三八頁)を参照。より本格的には、栗本慎一郎『法、社会、習俗』(同文館、昭和五六年)第四章「習俗としての沈黙交易」、同『経済人類学』(東洋経済新報社、昭和五四年)第六章「沈黙交易」が参考になる。

(17) 「交換」の原型を問うのであれば、マルセル・モースが『贈与論』(M. モース著(有地・伊藤・山口共訳)『社会学と人類学』(弘文堂、昭和四八年)第二部)で提示した原生的な「贈与的交換」論とヴェーバーの「交換」論との関連が問われる。これについては、広中氏が「財貨交換の原初的形態」を析出する作業の過程で、ヴェーバーの「交換」論にも批判的な検討を加えているのが注目される[広中俊雄『前掲書』、とくに一五頁—一九〇頁参照]。広中氏は、財貨交換の最初の形態は「準経済的行為としての物々交換」かあるいは「反対給付を期待する贈与」という問題を本格的に検討している。氏は言う。ヴェーバーは「沈黙交換」(「無言交換」とも訳される)から部族間の境界地帯に立つ市場での物々交換への発展経路だけを念頭に置いて物々交換を理論的に基礎づけようと試みたように思われる、と(広中俊雄『前掲書』、四〇頁)。氏によれば、もとよりそのような発展経路もありえたが、財貨交換の原生的形態としては「沈黙交換」よりも「義務的贈答」のほうが一層重要なのである。「贈与」の役割の大きさに比べれば「沈黙交換」はむしろきわめて少数の現象である、というのが氏の見解である(広中俊雄『前掲書』、四〇頁)。氏の論証は説得的である。

なお、広中氏は、未開社会における財貨流通の形態を、「掠奪的交換」、「無言交換」、「義務的贈答」、「市場における物々交換」の四つに類型化している。氏によれば、四つの形態は概略つぎのように関連づけられる。「掠奪的交換」は財貨交換(ヴェーバーのいう「目的契約」の原型としての)の萌芽的形態とみることができであろう。それに比べれば、「無言交換」では交換行為そのものに関する合意が端初的な形で現われている。それに対して「義務的贈答」はヴェーバーのいう「身分契約」に属する。また「物々交換」は対外的交換の形態として「掠奪的交換」と「無言交換」の系列につらなるものであるが、型としてはそれより発展したものである。他方、部族内では、氏族間や家族間で依然として「義務的贈答」が支配的に行われている。以上のことを踏まえて、氏はつぎのように一般的に結論づける。すなわち、贈与は「共同体内におけ

る財貨流通のための一つの重要なメカニズム」であり、市場は「同じ集団に属する成員たちの間でよりも、むしろ相異なる共同体の成員たちの間で、財貨交換を円滑にするための一つの機構」なのである、と(広中俊雄『前掲書』、五九頁―六二頁参照)。注目される分析だと思われる。これを詳細に検討する準備がないので、この検討は今後の課題にしたいと思う。

(18) A. a. O., S. 402—403 (世良訳、一二五頁)。

(19) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二六頁)。

(20) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二六頁)。

(21) Cf. Anthony T. Kronman, Max Weber, p. 102.

(22) Ibid., p. 103. クロマンによれば、このような「法人格」はかれみずから創設した契約関係の総体ではありえない。「法人格」はそのような関係の可能な連鎖がどれほど大きくても、そのいずれをも超えなければならないのである。みずから創設している契約関係の総体を超え出る自己同一性を有する「法人格」として個人を捉えるためには、個人は目的的行為の能力をもつものとして、もっと正確にはそのような能力であるとして考えられなければならないという。「法人格」の中核を構成するのは「目的的行為のための能力」であるというのがかれの見解である。さらにかれはこの「法人格」の観念をヴェーバーの「理解社会学」の基本的な立場に結びつけているのが注目される。かれはいう、人間だけが目的をつくり、有意味的ななしかたで行為する力をもつが、「この力ないし能力―活動の目的という観念を表現し、その行為をそのような観念に基づいて規制する能力―はヴェーバーの方法論的著作では、意思、すなわちあらゆる価値判断と個人のなす規範的関与のなかで行使される選択的創造能力と同一視されている」と(Ibid., p. 104)。これと対比していえば、「兄弟契約」は「完全に当事者の自己同一性を要容させる」から、「法人格」概念は「兄弟契約」には無縁な概念ということになる。

(23) Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, 1976, p. 128 [及川他訳『法社会学―法の社会学的研究』(法律文化社、一九八五年)、二〇八頁]。なお、「契約」類型論は「法思考」分析の枠組みとあまり関連づけられていない、という趣旨のハントの指摘は確かに妥当である。その意味では、ハントにならって、ヴェーバーの「契約」論はヴェーバーの「法社会学」の主流からは離れたものだとして結論づけてもあながち的外れではないかもしれない。だが、われわれが『基礎概念』から読み取ったⅧ制定秩序Ⅴの二類型の重要性を考慮すれば、違った結論もありうるはずである。「契約」論は総じて広義における「主観的権利」設定論ないし当事者によるⅧ協定制序Ⅴ形成論(「授權」による「自律的」法創造論)として位置づけ

られようと思われる。したがって「主観的権利」と「客観的法」との対比という方法意識に照らすと、「契約」類型論は「法創造」・「法発見」の類型論と対等に位置づけられよう、というのがわれわれの解釈である。

(24) 石尾芳久『マックス・ウェーバーの法社会学』（法律文化社、一九七一年）、五五頁。

(25) Sir Henry Maine, *Ancient Law* (Everyman's Library 734, 1960), p. 99. (小泉誠訳『古代法律』一六六頁)。なお、メインの「身分から契約へ」という命題（社会進化的法則）については、さしあたり、上野雅和「メイン、ボロック、メイランド、ヴィノグラドフ」〔川島武宜責任編集『法社会学講座1 法社会学の形成』五八頁一六六頁〕におけるメイン論を参照。

(26) 石尾芳久『前掲書』五七頁。石尾氏は「始元の法は外部的法と内部的秩序との二元的存在として把握されなければならない」と述べる。その二元的存在から「外部的法の発展」と「内部的秩序の発展」とが分化するが、この分化は「外部的法の優越する発展」と「内部的秩序の優越する発展の分化」として、すなわち「封建法」と「家産法」との対立として類型化されている。前者は「裁判優越の体系」であり、後者は「行政優越の体系」である。氏はこのような理論的枠組みからメインの発展図式に批判を加える。メインの見解には「原始社会における家父長的団体の孤立的存在」が想定されている、メインのいう「始元の法は内部秩序であった、というのが氏のメイン批判の骨子である（石尾芳久『前掲書』五七頁）。示唆的な解釈であると思われる。

(27) 石尾芳久『前掲書』五七頁。

(28) Sir Henry Maine, *op. cit.*, p. 100 (小泉誠訳『前掲書』一六五頁一六六頁)。

(29) 石尾芳久『前掲書』五五頁一六一頁参照。

(30) W. u. G., S. 417 (世良訳、一八五頁)。

(31) A. a. O., S. 626 (世良訳『支配の社会学』、二九二頁二九三頁)。

(32) A. a. O., S. 148 (世良訳『支配の諸類型』、一〇六頁)。

(33) A. a. O., S. 148 (世良訳『前掲書』、一〇六頁)。

(34) A. a. O., S. 744 (世良訳『都市の類型学』、八一頁)。

(35) A. a. O., S. 743 (世良訳『前掲書』、七二頁)。



(36) A. a. O. S. 752 (世良訳『前掲書』一二三頁)。ヴェーバーによれば、「ひとびとは、都市市民の身分かまたは彼らに從属している隷屬民の身分に所屬していることによって、市民法に服したのである」(A. a. O. S. 752 (世良訳『前掲書』一二三頁))。

## 2 「契約債務」の觀念の成立・發展

われわれはすでにⅢ(二)において「ジッペ団体」間の「贖罪契約」およびそれに基づく「贖罪手続」が始源的な「法」形態として位置づけられているのを見たが、この「贖罪契約」と「契約」類型とくに「目的契約」類型はどのような関連にあるのだろうか。これがつぎの問題である。「贖罪契約」は「争点ととりわけ証明事項との明確な定式化」とを要求した「敵同士の契約」として「目的契約」への發展途上にあつた、とヴェーバーはいう。<sup>(1)</sup>「身分契約」から「目的契約」への發展途上にあつたとすれば、「贖罪契約」には「身分契約」的な要素もあつたことになる。事実、「非仲間」と「仲間」的な関係にあること、その成立に呪術的形式主義がみられることなどが「身分契約」の要素として想起されるはずである。だが、われわれの関心は、「目的契約」における「契約債務」がどのように成立しどのように發展したかにある。けだし、ヴェーバーが「違法行為に対する人的責任から、いかにして契約責任が發展したのか。また、訴訟原因としての違法行為的有責任から、いかにして契約による債務が發展したのかという問題」を提起しているからである。これは、行為者に「法的責任」を帰属させる仕方の社会学的変容とでもいうべき問題である。しかも、これは「法的責任」を追求する「訴訟」自体の変化(「訴訟」の分化)に裏付けられた社会学的変容なのである。

ヴェーバーによれば、「契約債務」という觀念は原生的な法にはまったく知られていなかったのだから、まずはじ

めに問われるのは、この觀念がそもそものようにして成立したのかである。ヴェーバーは「贖罪契約」と関連づけて「契約債務」の觀念の成立を説明しようと試みているのが注目される。「給付の義務とか請求権とかは、原生的な法においては、常にただ一つの形式において、すなわち違法行為にもとづく請求権として、存在していたにすぎない。被害者の請求権の額は、贖罪手続の運営とこれに関連する慣例とによって、明確に決められていた。裁判官によって確定された贖罪債務が最古の眞の債務なのであり、これから、その他のすべての債務関係が生まれたのである。そしてこの意味においては、逆に、裁判によって訴求できる請求権は、始源的にはすべて、債務請求権だけであつたといえるのである。物の引渡を目的とする正規の訴訟手続は、異なつたジッベの所属員相互間の争いに関するかぎり、始源的には存在しなかつた。あらゆる訴えは、必然的に、被告個人が原告個人に対して贖罪さるべき不法を加えた、という主張に依拠したのである。したがつて、契約にもとづく訴えや物の取り戻しを求める訴えが存在しえなかつたばかりでなく、身分の訴えも存在しえなかつたのである」<sup>(3)</sup>。

ここからも推測されるように、ヴェーバーは、「違法行為債務」からの「契約債務」の分化を媒介したのは「政治団体」の「訴訟手続」によって確定された「贖罪債務」であると考えている。かれによれば、ジッベの解体にとともに、家共同体、地域ゲマインデ、「政治団体」が併存し競合するという事態が成立すると、「政治団体」の「訴訟手続」がジッベ仲間相互間の関係、さらには家仲間相互間の関係にどの程度まで及ぶのか、が問題になる。というのも、「訴訟手続」と「権利」による紛争解決は、始源的にはただ「同じ政治団体に属する相異なつたジッベ団体相互間とこれらの異なつたジッベ団体の所属者たち相互間」に存在しただけで、ジッベ仲間相互間にも家仲間相互間にもみられなかつたからである。<sup>(3)</sup>

ヴェーバーによれば、異なるジッベ団体相互間の「贖罪契約」を基礎として形成されたのが「政治団体」の始源的

な「訴訟手続」であったが、それがジッペ仲間相互間にも家仲間相互間にも及んでいくことになる。かれがつぎのように述べるのは重要である。「訴訟が明確な形をとってくれば、契約義務を作り出すような法律行為が發展してゆく機縁をますます多く提供するようになる。このような法律行為としては、とりわけ、訴訟の当事者が訴訟の相手方に対しておこなう保証の提供がある。原告は被告を裁判所にひっぱっていき、裁判官が被告を有責と認めたときは被告が贖罪を回避しないという保証が提供されたのちに、はじめて被告を解放した<sup>(6)</sup>」と。被告の方から言えば、「被告は、判決のあるまで煩わされないでいるためには、保証を提供しなければならなかった<sup>(7)</sup>」。ここでいわれる「保証」の提供とは「保証人を立てること」または「担保を設定すること」を意味している。ヴェーバーによれば、「保証」を提供するこれら二つの制度が「訴訟において最初に強制可能な法律行為として現われてくる」のであり、「のちには第三者たる保証人に代わって、被告自身が判決の履行を約束することが認められるようになった<sup>(8)</sup>」。このように、「政治団体」の「訴訟手続」が明確に整備されるにつれて、裁判官によって確定される「贖罪債務」を回避しないという「保証」を提供する制度が形成されるに至る。まず、訴訟は原告が被告を裁判所にひっぱってゆくという「自力救済」の行為によって開始される。被告が原告に対して将来履行すべき「贖罪債務」について「保証」を提供すれば、被告は解放される。ということは、この「保証」は始源的には「出頭保証」であったことを意味するであろう<sup>(9)</sup>。やがて裁判官の判決によって被告の「贖罪債務」が確定される。被告が任意にそれを履行しなければ、提供された「保証」に対して強制可能となる。さらに第三者たる保証人に代わって、被告が自己自身の保証人になること、すなわち「自己保証」が認められるようになる<sup>(10)</sup>。この「自己保証」は法的な考え方としてはジッペ団体や家団体の「連帯責任」に依拠したというのがヴェーバーの見解である<sup>(11)</sup>。このようにして、訴訟によって「贖罪債務」が確定され、当事者による「保証」の提供によって強制的にその履行が確保されることになる。これは明確に確定された「贖罪債務」

とその「保証」という觀念の成立にはかならない。

この觀念の成立がとりもなおさず「契約債務」觀念の成立を可能にするというのがヴェーバーの考えである。「純粹に契約にもとづく最古の債務は、訴訟上の諸過程が訴訟外の法生活に転用されたものである」<sup>(12)</sup>。言いかえれば、最古の「契約債務」は「贖罪債務」が訴訟外に転化されたのだ、というわけである。

さらに、〈法的責任〉の在り方の変化を考えるうえでつぎの指摘も重要である。「契約にもとづく債務責任も、それが由来した復讐責任や贖罪責任と同様に、始源的には今日われわれの考えるような・財産だけをもってする人的責任というようなものではなく、債務者がかれの物理的身体をもって、またこれだけをもってする責任であった。債務者の財産に対する執行ということは、始源的にはまったく存在しなかったのである」<sup>(13)</sup>。「契約責任」といっても始源的には決して「財産責任」ではなかった。「財産責任」はきわめて徐々に現われたにすぎないのである。もしも債務が支払われない場合には、債権者は債務者の人身に対してかかっていくことができた。債務奴隸状態への条件つきの自己売却という法律行為では、債務者自身の身体が債権者の担保物にほかならなかったのである」<sup>(14)</sup>。

ヴェーバーのつぎの指摘も看過しがたい。「すべての始源的な契約は、占有交換契約であった。したがって、契約による債務責任の古い諸形式を本当に表現しているような法律行為、とりわけ、どこにおいてもとくに嚴格に形式的であった貨幣債務責任を表現しているような法律行為は、すべて常に、法形式的な占有移転と象徴的に結合していた」<sup>(15)</sup>。これは「財貨」と「貨幣」との交換の場合である。始源的には「法思考」は「有責任行為という可視的な行為事実」のみを認めたのであって、「單純な債務約束のような不可視的な事実」を重視していなかったという。「契約」が重要なものとみなされるには、通常は「可視的な財貨についての占有処分」を含んでいるものと解釈されねばならなかった。このような形式をとりえない行為としては、最初は「現金取引」のみが、あるいはせいぜい部分給付として

の「手付」が与えられる「契約」だけが法的効力をもっていたという。<sup>(16)</sup>そしてこのことから、「有價的な目的契約のみが永続的な拘束力をもちうるという、きわめて多くの法において原生的な原理がうまれてきたのである」<sup>(17)</sup>。ここには、当初は可視的な財貨の占有処分だけしか扱えなかった「法思考」が、次第に不可視的な「契約債務」という觀念へと方向づけられていくことが傾向性として想定されているといつてよい。

ところで「契約債務」を「保証」する方法は三つ考えられている。そのひとつが「契約」に基づく訴えの登場である。「法形式的な貨幣行為に由来する諸範圍」および「訴訟上の保証に由来する諸範圍」の発展に加えて、生活上の要求は「第三の可能性」を利用したという。「第三の可能性」とは「違法行為にもとづく訴えから、契約に基づく訴えを新たに人為的に發展させるという可能性」<sup>(18)</sup>のことである。「契約」に基づく訴えの形成について示唆的なのはつぎの箇所である。「法の經濟的合理化は、次のような觀念の成立を助長した。すなわち、贖罪責任は、復讐の買いとである(始源的な觀念)というよりも、むしろ損害の賠償である、という觀念である。今や、契約の不履行は、これまた、贖罪義務を伴う加害であるとみなされうるものになった」<sup>(19)</sup>と。この觀念が成立すると、債権者は契約の不履行に基づく損害の賠償を求めて、債務者の「人的責任」を、のちには「財産責任」を追求することができるようになる。おそらく基本的には「契約債務」が法的に「保障」されるには、「契約」に基づく「訴訟」が登場しなければならなかったと思われる。なお、「法形式的な貨幣行為に由来する諸範圍」と「訴訟上の保証に由来する諸範圍」という二つの「保証」の方法については、ここでは明確に述べられていないというほかない。おそらく、前者は「貨幣債務責任」が法形式的な占有移転と象徴的に結合している場合であろう。この「占有」が保護されるのは窃盗犯人に対する復讐請求権と贖罪請求権によってである。後者は保証人を立てたり担保を設定したりすることによって「契約債務」を「保証」する方法のことであろうか。

このようにみると、「契約債務」の觀念の成立を理論的に位置づけるために、始源的な「法」ないし「訴訟」からの發展図式が描かれているのは明らかである。始源的には「違法行為」に対する「贖罪債務」がジッペ仲間の「連帶責任」によって「保証」された形態から、「政治団体」の「訴訟手続」による「贖罪債務」の「保証」を媒介にして、「契約債務」が「政治団体」の「訴訟手続」によって「保証」された形態（すなわち「契約」に基づく訴訟による「保証」）へと、「法的責任」とその「保証」の仕方が変容する、という図式である。「違法行為責任」からの「契約責任」のこのような分化、すなわち「契約責任」の成立は、「法的責任」の「非人格化」ないし「即物化」過程における重要な段階を意味している。<sup>(20)</sup>さらには「契約責任」の成立後にも、その態様が「人的責任」性の強い形態から「財産責任」性の強い形態へと変容すると仮定されているが、この変容も「法的責任」の「非人格化」ないし「即物化」過程の進行であると解釈されてよいと思われる。

それでは、ひとたび成立した「契約債務」の觀念はどのように發展していくのか。ふたつの發展の方向が想定されている。ひとつは「契約債務」の「相統」可能性、いまひとつは「契約債權」の「譲渡」可能性である。まず「契約債務」に対する「相統人」の責任がはじめて構成されることになったのは、最初は「ジッペ仲間」が、ついで「家仲間」が、またひとつの關係にある権力服従者と権力保有者が、不法に対して共同責任を負うという迂路を通してであつた。<sup>(21)</sup>とくに、ジッペ仲間や家仲間の全員がかれらのなかのひとりの契約に「連帶責任」を負うのは、かれによれば、始源的には「違法行為に対するジッペ全体の責任」に由来する。<sup>(22)</sup>しかしこのような「連帶責任」から直ちに、請求可能な「契約債務」の發展がみられたわけではない。このような發展の要因としてヴェーバーが決定的に重視したのは、経済生活における「貨幣」使用の發達である。<sup>(23)</sup>もちろん、貨幣經濟の發展、したがって純商業的な取引の發展が要求する法状態を實現するには、訴求可能な「契約債務」が成立したというだけではまだ不十分である。さらに「代

理人」制度と「債権譲渡」制度の創設が必要とされている。「およそ合理的な経営は、代理人を通じて、契約によって権利を取得し義務を引き受けることができる、ということが必要とする。発達した取引はさらにこれを超えて、債権の譲渡可能性を、しかも、正当な取得者にとって法的に確実な譲渡者の権利の審査をしなくてもすむような譲渡可能性を要求する<sup>(24)</sup>」。古代のローマ法も、ゲルマン法も「債権の譲渡なるもの」を知らなかったのは、「債権関係が厳に個人的な性格をもっていたため」だというのが、ヴェーバーの分析である<sup>(25)</sup>。このようにみえてくると、「契約債務」を「相続」する制度も合理的「経営」を可能にする「代理人」制度も、さらには「債権譲渡」の制度も、取引における債権債務関係を「非人格化」するための制度であるということができる。

ここでわれわれは「契約」に基づく訴えの成立だけではなく、「物の取り戻し」を求める訴えや「身分」の訴えはどのようにして生じたかというヴェーバーの問いに注目したい。かれはこれに答える手がかりを「あらゆる種類の兄弟関係やピエテート共同体の根本規範のひとつ」に求めている。すなわち「兄弟は兄弟に対して、ジッペ仲間はジッペ仲間に対して、ギルド仲間はギルド仲間に対して、保護者が被保護民に対して、また逆に被保護民が保護者に対して、相手を裁判官の前に召喚し、また相手に対して不利な証言をすることはできない、という規範<sup>(26)</sup>」がそれだ。彼らの間で「訴訟」したり「不利な証言」をしたりすることができないのは、ちょうど彼らの間で「血讐<sup>(27)</sup>」が不可能であったのと同じだ、という。「彼らの間の違法行為に復讐することは、もろもろの霊力や神々の仕事であり、祭司の罰令権力や家権力や団体のリンチ裁判の仕事であった<sup>(28)</sup>」からである。ところが「軍事団体」においては異なった事情が生じる。「政治団体が軍事団体として構成されることになり、武装能力と政治的権利とが、その政治団体によって完全な価値を有するものと認められた婚姻からの出生ということに結び付けられ、したがって、非自由人や非同格出自者は軍事権も戦利品の分け前にあずかる権利もちえない」ということになる、「ある人の身分が争われたとき、その

身分の確定を可能ならしめるような一つの法手段が与えられなければならないことになる<sup>(29)</sup>。ここで「ある身分が争われる」とはその人が「自由人」かどうか、あるいは「団体」の完全資格者かどうかが争われることであろう。「土地所有」に関する訴えが成立することになったのは、このような法手段との密接な関連においてであった、というのがヴェーバーの見解である<sup>(30)</sup>。しかも、武装能力をもつ「自由人」たる「身分」の確定と「土地所有」との関連を規定したのは、土地をめぐる「団体」が対外的に閉鎖されただけの状態から対内的にも閉鎖された状態へと移行するという事情であった<sup>(31)</sup>。ヴェーバーはいう。「土地の不足が高まってくるにつれて、一定の領域の利用可能な土地を自由にしうること、あらゆる団体にとって政治団体にとつても家共同体にとつても団体の重要な基礎になった。団体に完全資格をもつて参与しているということが、土地所有の分け前に対する要求権を与え、逆に、土地所有者のみが団体の完全成員なのであった<sup>(32)</sup>」と。始源的には土地専有の担い手は「団体」であるから、土地をめぐる訴訟は団体間で行われたのである。その場合、「土地所有をめぐる団体間の争訟はつねに物取り戻し効果をもたざるをえなかった。すなわち、勝訴した団体は係争の土地を取得したのである<sup>(33)</sup>。しかしながら、「団体」の内部に土地の個人的専有化が進行すると事情は変わる。「土地の個人的専有が進んでいくにつれて、原告はもはや団体ではなく、個々の仲間が他の仲間に対する原告となり、しかもこの双方の仲間のいずれの側も、自分は仲間権にもとづいてその土地を所有しているのだということを、自分の請求の根拠とするようになった<sup>(34)</sup>」からである。だが、「仲間権そのものが問題になってくるやいなや、違法行為訴訟の形式は利用できなくなってくる<sup>(35)</sup>」。仲間を一方的に訴えることは許されないという根本規範があるだけではない。「誰かから彼の仲間としての資格を窃取するということは不可能だったからである<sup>(36)</sup>」。そこに登場するのが「双面訴訟」である。ヴェーバーによれば、軍事主義的団体では、フンドゥスやクレースをめぐる争いは必然的に「双面訴訟」という形をとらざるをえなかった<sup>(37)</sup>。原告からの請求に



対して、被告の方も義務的に反訴を提起しなければならなかった。双方とも、「敗訴を免れるためには、自分が正当な権利者であることを主張しなければならなかったのである」<sup>(38)</sup>。

要するに、始源的には、土地をめぐる仲間の間の訴訟は「身分訴訟」にほかならなかった。この訴訟では、「土地を所有することによって完全資格を認められた仲間たちの共同体に所属しうるかどうか」<sup>(39)</sup>が問題だったのである。

それでは、始源的な「違法行為訴訟」から「契約」に基づく訴訟や「身分」に基づく訴訟が分化したという現象はヴェーバーの理論的な枠組みのなかではどのように位置づけられるのだろうか。われわれはすでに「[法]領域の事項的分化」論において、「公法」と「私法」の分化、「刑事法」と「民事法」の分化および「実体法」と「訴訟法」の分化を検討したが、そこには「民事法」における「実体法」と「訴訟法」の分化も、「訴訟」における「民事訴訟」と「刑事訴訟」の分化も一応論じられていたのが想起される。それと対比していえば、ここにはもっと具体的にいわば「民事訴訟」の領域における「訴訟手続」の分化が、「訴訟手続」を運営している「政治団体」の在り方およびその基礎に進行する「経済的合理化」ないし「土地の専有化」の過程との関連において論じられている。ヴェーバーによれば、「契約」に基づく訴訟は、市場における経済的「交換」（有償的な「目的契約」）の拡大に伴って発生する「契約債務」を「保証」するために、「政治団体」の「訴訟手続」によって形成されたということになろう。まずはじめに「違法行為」に基づく「贖罪債務」に対する「保証の提供」という制度が形成されたのであり、「訴訟手続」の発展のなかで、その「保証」の制度が「契約債務」の「保証」のために転用されたのである。また「土地」をめぐる「身分訴訟」は「政治団体」の「軍事団体」的構成とその内部における土地の個人的専有化過程とから発生する「仲間の争い」に対応する必要性から形成されたということができる。これら二つの「訴訟」類型の形成は「政治団体」の「訴訟手続」の発展のなかで、新たな「紛争」の実態に即した処理の必要性に促されたものであることは明らかである。

説る。始源的な「違法行為訴訟」と比べれば、いずれの「訴訟」において請求される「債務責任」も「非人格的」性格を強めているばかりでなく、「訴訟手続」自体も「紛争」の政治的・経済的実体に即応しているという意味において「即物的」性格を強めている。その意味においては、これらの「訴訟手続」の分化は「訴訟手続」の「合理化」であるとともに、「法的責任」の帰属の仕方の「合理化」であるといふことができる。<sup>(40)</sup>

注

- (1) W. u. G. S. 405—406 (世良訳、一三三頁)。
- (2) A. a. O. S. 405 (世良訳、一三一頁)。
- (3) A. a. O. S. 403 (世良訳、一二六頁—一二七頁)。
- (4) A. a. O. S. 403 (世良訳、一三〇頁)。
- (5) A. a. O. S. 403 (世良訳、一三〇頁)。
- (6) A. a. O. S. 403 (世良訳、一三三頁)。
- (7) A. a. O. S. 406 (世良訳、一三三頁)。ここで「保証の提供」といわれる場合の「保証」は、用語法のうえで「法」ないし「法秩序」の定義にみられた「保障」とどのように関連づけられているか。ヴェーバーはいずれの場合にも、GarantieまたはKautelungenという語を用いているのであるが、世良訳では、それが文脈に即して「保証」と「保障」とに使い分けられている。またこの「保証」制度が「訴訟において強制可能な法律行為」として現われるということであるから、この制度は、訴訟手続的な制度ないし「訴訟法」上の制度である。したがって、これはなんらかの程度において「強制スタッフ」とりわけ裁判官によっても「保障」されているといつてよい。しかし、それだけでは「契約債務」自体がまだ法的に「保障」されているわけではない。訴訟法によるのであれ、契約法によるのであれ、その要当が「保障」されるのは、「強制スタッフ」の強制行為によってである。すくなくとも、「強制スタッフ」の「法強制」による「保障」を求めることができるのである。「秩序の保障」と「債務の保証」は、「秩序」であると「契約」(当事者間で協定された「秩序」)であると問わず、あらかじめ「要当」しているものの「保障」Garantieであるという点では同じであるといえようである。ヴェー

バーの「方法意識」に着眼するならば、「秩序」であれ「契約」であれ、このような広義における「保障」のありかたがきわめて重視されているように思われる。始源的に言えば、呪術的手段は「身分契約」の成立とその「保証」に適したものとみなされているのに対して、「目的契約」の原型である「交換」は少なくとも相対的には「保証」を欠如していた、というのがヴェーバーの見解である。「目的契約」の発展も「貨幣契約」によるが、これも「約束の履行」に対して始源的にはなんらの「保証」も提供しなかったという。「契約法」による「保証」が欠如していたのはもとより、訴訟手続上の「保証」もなかったわけである。「交換」の法的保障は、始源的には「目的契約」にもとづく「債権」の保護としてではなく即時に交換される「占有」の保護として現われるというのがヴェーバーの分析である。ここから、次第に「契約債務」の「保証」形態が発展していくことになるのだと思われる。

(8) A. a. O., S. 406 (世良訳、一三三頁—一三四頁)。

(9) 広中氏は、この「出頭保証」は「執行保証」「支払保証」にとって代わられたという(広中俊雄『前掲書』一〇二頁参照)。さらに、「問答契約」についての氏の指摘はこうだ。すなわち、「宣誓」の使用が「出頭保証」から「支払保証」への移行に内的に関連していたと考えられているし、同じこの「宣誓」の使用が第三者による保証から自己保証への移行を媒介したと考えられる、と(広中俊雄『前掲書』一〇二頁参照)。なお、広中氏が「宣誓が原生的な保証契約に対して歴史的にきわめて密接な関連をもつものであったこと」を指摘しているのも注目される(広中俊雄『前掲書』一〇六頁—一〇七頁参照)。

(10) A. a. O., S. 406 (世良訳、一三四頁)。

(11) A. a. O., S. 406 (世良訳、一三四頁)。

(12) A. a. O., S. 406 (世良訳、一三四頁)。

(13) A. a. O., S. 406 (世良訳、一三五頁)。

(14) A. a. O., S. 406 (世良訳、一三四頁—一三五頁)。

(15) A. a. O., S. 407 (世良訳、一三五頁—一三六頁)。

(16) A. a. O., S. 407 (世良訳、一三六頁)。

(17) A. a. O., S. 407 (世良訳、一三七頁)。

(18) A. a. O., S. 407 (世良訳、一三七頁)。

- (19) A. a. O., S. 407 (世良訳、一二七頁)。
- (20) 「人格的」persönlichと「即物的」sachlich ないし「非人格的」unpersönlich とは、ヴェーバーが「社会関係」の特質を表現するために用いるきわめて重要な意義を担う対概念であることはよく知られている。最も単純に言えば、「人格的」というのは、「人」Person がだれであるかを考慮することであるのに対して、「即物的」ないし「非人格的」というのは、なんらかの「事象」ないし「物象」に即すること、「人」のいかんを問わないこと、である。
- (21) A. a. O., S. 391 (世良訳、八六頁―八七頁)。
- (22) A. a. O., S. 405 (世良訳、一三二頁)。
- (23) A. a. O., S. 405 (世良訳、一三二頁)。
- (24) A. a. O., S. 407 (世良訳、一三七頁―一三八頁)。
- (25) A. a. O., S. 407 (世良訳、一三八頁)。
- (26) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二七頁)。
- (27) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二七頁)。「血誓」はジッペ相互間で行われた、他のジッペに属する行為者の違法行為に対する制裁行為である。
- (28) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二七頁)。たとえば、家支配の内部では、家長の家権力による懲戒がおこなわれるし、ジッペ仲間相互間の紛争はジッペの長老が裁定する。「団体」全体を危険にさらす行為のうち、ある呪術的規範を侵犯といった宗教犯罪の場合には、呪術的な威力・靈力または神の怒りが悪しき呪力の形で招来することがありえたのであり、「このような場合には、仲間たちは、呪術師ないし祭司の勧めにしたがって、追放(平和喪失)やリンチ裁判(ニダヤ人の投石刑もその一つである)や呪術的な暗罪手続によって、それに対処した」という[A. a. O., S. 392] (世良訳、八八頁)。
- (29) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二七頁)。
- (30) A. a. O., S. 403 (世良訳、一二七頁)。
- (31) ここでいう「対外的閉鎖」と「対内的閉鎖」については、本拙稿Ⅱ三(2)〔熊本法学〕四六号、五三頁―五四頁〕における説明を参照。この用語法については、『経済と社会』の第一部と第二部とで基本的な違いはないと思われる。
- (32) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。

(33) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。  
 (34) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。もちろん、双方とも「仲間権」にもとづく土地所有の権利を主張するのであるが、正当な土地所有の権利をもちうるのは、一人だけであるの言うまでもない。

(35) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。

(36) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。

(37) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。ヴェーバーが「双面訴訟」の例としてあげているのは、ギリシャにおける「クレロス」をめぐる「ディアディカジー」(Diallakasie)とローマにおける「フンドゥス」をめぐる「ウィンディカチオー」(vindictio)である。ヴェーバーは「身分」や「土地所有」が問題になってくると、「一方的な違法行為訴訟のほかに、双面的な訴訟が現われてくる」という[A. a. O., S. 404 (世良訳、一二九頁)]。なお、これによれば、「フンドゥス」は「仲間」を意味し、「クレロス」は「仲間持分」を意味する[A. a. O., S. 392 (世良訳、八八頁)]。

(38) A. a. O., S. 404 (世良訳、一二八頁)。なお、ヴェーバーによれば、この「身分訴訟」のなかに、「物的請求権の人的請求権からの分離の源泉があった」。そして「この二つの請求権の区別は、発展の所産なのであって、昔の人的諸団体が崩壊し、とりわけ土地所有に対するジッペの厳格な支配が崩れるとともに、ようやく現われてきた区別である」[A. a. O., S. 404 (世良訳、一二九頁)]。

(39) A. a. O., S. 392 (世良訳、八八頁)。

(40) 中野俊男氏が「物象性」の基礎としての「人格性—物象性」の二項対立構造を析出するに際して、「契約債務」観念およびその担い手としての「法人格」観念の成立に格別の重要性を付与しているのはわれわれにも示唆的である(『マックス・ヴェーバーと現代』(三一書房、一九八三年)二四五頁—二五三頁を参照)。

### 3 「契約の自由」の法的制限と社会経済的限界

ヴェーバーは「契約」類型論や「契約債務」観念の成立・発展論だけではなく、近代的「契約法」—市場志向的な「目的契約」の体系—に関する社会学的考察とでもいえるべき分析をも提示している。そのなかでもとくに近代にお

る「契約の自由」の意義と限界に関する分析、すなわち、経済的な利害関係者たちの市場志向的な「目的契約」に対して「国家アンシタルト」はどのような「保障」を与えどのような法的規制をしているかに関する分析が注目される。かれの「契約の自由」論はとりもなおさずその制限論ないし限界論であるが、これはさらに「契約の自由」に対する「国家アンシタルト」の「法」技術的規制の在り方を分析した法的制限論と「契約の自由」の実際効果を分析した経済社会的限界論とに区別される。<sup>(2)</sup> まず「契約の自由」の法的制限の分析からみてみよう。ウェーバーが今日原理的に成立しているとみたのはつぎのような状態である。すなわち「契約のあらゆる任意の内容が、それが契約自由の制限にふれないかぎり、当事者間において法を創造するし、また、この場合、特別の形式が必要とされるのは、法が合目的性の理由からして——とりわけ権利の一義的証明可能性と、したがって法的安定性のために——形式を強制的に規定している場合だけにかぎられる、という状態」<sup>(3)</sup>である。ここには、「契約の自由」の「保障」の下における当事者の「法」創造とともに、「国家アンシタルト」が「契約の自由」を制限するのはもっぱら「合目的性の理由」からであることが原理的に確認されている。

もうすこし具体的にみれば、このような「国家アンシタルト」の「契約法」の基本的な特質は「契約の自由」のありかたに関して三つに要約されているように思われる。その第一は①形式的な意味における「契約の自由」の原則的「保障」である。これによって、当事者はいかなる任意の内容でも原理的には有効に合意しうることになる。第二は②「契約の自由」が「任意法」によって規制されていることである。これは「合意の個々の類型について、当事者が別段の合意をしていないときは、法定の効果を生ぜしめるというような規律の仕方」をとった「授權規範」による規制である。<sup>(4)</sup> 第三は③不特定多数の第三者をも拘束するという授權を利害関係者たちのために含んでいる「授權規範」による規制である。<sup>(5)</sup> ②と③は不特定多数の「第三者の利益」に影響を与える場合であるが、その影響のしかたは

異なる。第三者に対する②の影響は「任意法」によって当事者間に「保障」された「主観的権利」の「事実上の反射的效果」であるのに対して、③のそれは、当事者の自由な意思(合意ないし協定)に対して法的通用力と強制保障が認められる限度において、当事者が「一般的に妥当する法規範」に服する代わりに、第三者をも拘束する「特別法」に服する場合である。<sup>(6)</sup>ヴェーバーは「国家アンシュタルト」が「授權規範」によって契約当事者の利益と第三者の利益とを調整していることに着目しているのがわかる。とりわけかれが重視しているのは、③に代表される特殊近代的制限である。これは、利害関係者のあらゆる「合意」(「協定」)が法的に有効であるためにはこの「契約範型」を「授權」する規範に準拠せざるをえないようにしておくという方法である。<sup>(7)</sup>これに準拠した「合意」(「協定」)は「法強制」によって、すべての第三者に対抗しても保障されることになる。<sup>(8)</sup>利害関係者たちは、当事者相互間だけでなく法的に有効な「合意」をなしうるのもちろんであるが、所定の「契約範型」を利用し、「法が要求するザッハリッヒな諸前提を充足することによって、第三者に対する対抗力をもつて一つの特別法制度の利益を手にいれる」<sup>(9)</sup>ことができるのである(傍点・ヴェーバー)。逆に言えば、「国家アンシュタルト」はこのような「契約範型」に準拠しない「合意」に対しては、法的に無効であるとみなして強制保障を与えないわけである。

すでに「法の固有法則性」の検討に際してみたように、「国家アンシュタルト」はそれまでの人的団体の「特権的自律」による「特別法」状況を解体して、「授權的自律」による「特別法」状況を成立させた。「国家アンシュタルト」はこの「授權的自律」を通して一般的に利用可能な「範型」を用意することによって誰に対しても「社団」の任意的形成と「社団」的自律とを法的に保障するのであり、またそのような保障のもとで「特別法」創造の範型的な授權を万人のために作り出しているのである。<sup>(10)</sup>ヴェーバーは「政治団体」の「一般法」に対する「特別法」の対抗のしかたが歴史的に変容したことをふまえていることは言うまでもない。近代においては「国家アンシュタルト」はその

「一般法」によって利害関係者に対して「自律」とその内部事項に関する「特別法」の形成を許容しているばかりでなく、自ら一般的に「授与」した「特別法」を利用した「団体」形成をも公認しているのである。このように「授権的自律」による「特別法」の形成と「他律的特別法」の利用とが当事者に委ねられているという現象は、ウェーバーによれば、「法の統一化と合理化とがアンシュタルト的に組織された近代的な政治団体が法創造を独占したことにあいまって一産みだした産物である」<sup>(11)</sup>。かれは「特権的自律」からこのような現象への変容を担い手に焦点を合わせてつぎのようにも述べる。「自律的な法創造の技術的な形式をこのように変化させた決定的な推進力」は「政治的には、強化しつつある政治的国家アンシュタルトの支配者や官僚たちの勢力欲」であり、経済的には「市場勢力利害関係者たちの利害関心」であった<sup>(12)</sup>。さらに、かれは後者の市場経済的視点から「契約の自由」の実際の効果を問うているが、その解答が「契約の自由」の社会経済的限界に関する分析にほかならない。

このような視点に立つウェーバーの「問題意識」は、近代における「契約の自由」および「授権的自律」の発展は実際のにも個人の「自由」の増大を意味するか、という問いに集約される<sup>(13)</sup>。かれはもちろん、過去の時代に比べて近代においては、契約内容が個別的に合意されうるという可能性や、法が提供している「契約類型」を自由に利用することができるといふ可能性が異常に拡大したことを事実として認める<sup>(14)</sup>。しかしながら、そのような可能性からだけでは、自分の生活諸条件を決定しうる個人の「自由」が実際にどれだけ増大したかはまったく判断できないのである。というのは、「認められている契約類型の多様性がいかに形式的に増大したとしても、また公式の類型のすべてを無視して自分の自由意思によって契約内容を決めうるといふ形式的授権が存在しているとしても、このこと自体は、誰もが実際にこの形式的な可能性を利用しうるといふことを保障するものでは決していないからである」<sup>(15)</sup>。それではこの可能性を実際に利用しうるのはだれか。市場で勢力をもっている「有産者」たちだけである、というのがウェーバー



の解答である。<sup>(16)</sup> 逆に言えば、この可能性の利用を妨げているのは「事実上の財産分配の不平等が法的に保障されているということ」である。<sup>(17)</sup> ここにみられるのは、単に「財産分配の不平等」による経済的「強制」という要因だけではない。その「不平等」が「契約の自由」の保障という形で「国家アンシタルト」によって補強されているという要因もまた重視されていることがわかる。これら二つの要因に支えられた「契約の自由」はその事実上の結果をみれば「有産者たちだけの、しかも彼らだけの自律と勢力的地位とを支えているものになっている」<sup>(18)</sup> というのがヴェーバーの見解にほかならない。

形式的可能性と実際効果とのこのような相違はなにも「契約の自由」だけにみられるわけではない。通常三つに分類される「法規範」形式の実際効果についても同様のことが言える。ヴェーバーによれば、「命令規範」と「禁止規範」による「強制」が、一切を「自由」な「合意」(「協定」)に委ねる「授權規範」の意義が高まることによって排除されてきたことは、「形式的にみればたしかに強制の縮減である」<sup>(19)</sup>。だが、実際のにもそうだと考えるのは「これらの授權を利用しようとする経済的地位にある人びとについてのみである」。ひとつの「法共同体」の内部で「自由」の総量が「授權規範」の拡大によって実質的にどれだけ高められるかは、「もっぱら具体的な経済秩序ととりわけ財産分配のあり方とによって決せられる問題なのであり、いずれにせよ法の内容からは判断できない問題」なのである。<sup>(20)</sup>

さらに、「法共同体」における「自由」と「強制」という論点に迫るために、ヴェーバーが「私経済的な秩序」と「社会主義」的共同体との比較を試みているのも注目される。<sup>(21)</sup> 「私経済的な秩序」では「強制の大部分は、生産手段や営利手段の私的所有者によって、法が彼に保障している財産にもとづいて、また市場闘争における力の展開という形で行使される」のに対して、「社会主義的」共同体では「経済活動を統制する統一的な機関の発する直接的な命令

や禁止が形式的にははるかに強くあらわれることになる<sup>(22)</sup>」と。前者は市場共同体の純経済的な「諸法則」に従わなければ経済的な生存可能性を失うという制裁を課されるという意味において完全に「非人格的」な形で現われる間接的な「経済的強制」であるとすれば、後者は「権威的」な性格の直接的な「政治的強制」とでもいえるものである。両者は確かに「強制」の「形式的」な形態を異にしている。だがこのような形式をみるだけでは、「個人」にとつていずれの経済体制に事実上より多くの「強制」があるか、またはより多くの「自由」があるかは決定できないのである。<sup>(23)</sup>「規範」の法的な形式が「命令」であるか「禁止」であるか、それとも「授權」であるかは、社会学的にみれば、それだけでは「個人」に対する実、際的な「自由」や実際的な「強制」の拡大とか縮減とかをいささかも意味しないのである。かれは「規範」の法的形式に囚われた「法学的思考」と特定の「経済体制」に対するいわば先験的な信念に由来する「体制的」思考とを「個人」の実際のな「自由」と「強制」という視点から徹底して〈相対化〉してみせている。かれは同時代の法思想状況や経済体制のありかたに明確な政策的な態度をとっていたとはいえず、社会学的考察のなかでは自らの価値判断を表明することにはきわめて抑制的であったが、その点は『法社会学』のなかにおいても同じである。ここでもかれは「私経済的な秩序」と「社会主義」的共同体のいずれについても、しばしば流布している誤謬を誤謬として指摘するにとどめているのである。ここだけから、近代資本主義（私経済的な秩序）と「社会主義」に関するかれの思想的な態度を析出するわけにはいかないという意味では、これらの分析は消極的な性格をもつ。そればかりではない。ヴェーバーは「法共同体」における「自由」と「強制」に関する一般規則性を定式化することにもきわめて慎重であるのは、つぎの定式化にも明らかだ。「社会学的に把握できることは、今日のところ、強制の質的特性と、法共同体のそのときどきの参加者の間における強制の配分とについての、上述のような相違があるということだけである<sup>(24)</sup>」と。ここには「強制」のありかたを捉えるには「法共同体」の支配構造（政治構造）と経済体制とをあ

わせて分析する必要があることが示唆されている。そのような視点から、ヴェーバーが「市場競争」を志向する「私経済的な秩序」は「契約の自由」の無比の拡大ゆえにひとつの「強制状況」を生みだしているという逆説的な事実を重視しているのは明らかだ。そのうえで、かれは、いわば先験的に「私経済的な秩序」に「社会主義」的共同体によりも一層多くの「自由」（少ない「強制」）の実現をみる「資本制のイデオロギー」の誤謬をまず第一に批判しているように思われる。だがそれだけではない。資本主義的な営利経営が拡大すれば、「経営規律」に基づくその組織の内  
部では事実上「権威的な強制」の存続のみならずその強化もありうる、という事実をも、かれは洞察している。<sup>26</sup>

こうして、ヴェーバーは「市場競争」を志向する「契約の自由」に不可避な社会経済的限界をきわめて冷徹に認識しているのがわかるが、その前提には、「契約の自由」の形式的な拡大や近代的な自律の形式たる「授權的自律」の発展を、ただちに「強制」や「拘束」の減少とみなしたり、個人主義的「自由」の拡大とみなしたりする誤謬を誤謬として容赦なく排する強い態度がある。ヴェーバーは「契約の自由」の拡大や「授權的自律」の発展が結果的にはますます「経済的強制」への適応を余儀なくさせるという逆説的な事実こそを洞察しようと試みているといつてよい。このような逆説的な事実の社会学的分析を試みる以上、「授權規範」の形式的分析だけでも、その経済的效果の分析だけでも十分ではないのもとりである。かれが試みたのは「契約範型」や「授權規範」の法技術的形式とその実際の効果をあわせて関連づける方法を提示することであつたといふことができる。このような試みを可能にしたのが、「法共同体」の「規範」形式に囚われた「法学的思考」や法イデオロギーからも「経済体制」の理念をいわば先験的に信奉する体制イデオロギーからも自由であらうとする「方法意識」であつた。その意味においては、ヴェーバーの提示した「方法意識」とその成果はイデオロギー批判の役割を内包しているのは疑いない。しかしかれの意図はイデオロギー批判にあつたわけではなく、「法」の實質的な社会学的分析そのものにあつたことがあらためて想起さ

れねばならない。「私経済的秩序」に不可避免的に伴う都合の悪い「事実」（いわば実質的に非合理的な事実）をも、「法学的思考」・法イデオロギーに都合の悪い「事実」をもたじろがずに直視せよ、というのがかれの言わんとすることである。ここでは細かな論証の余裕はないが、同時代の法思想や経済体制思想に対して「距離」をとる「方法意識」の基底には、同時代に対するかれ自身の「歴史意識」の一端を読み取ることもできるように思われる。われわれが関心を向けた「契約の自由」論に限って言えば、その社会経済的限界に関する洞察は「法」の社会学的認識の成果だといふよりもむしろ、「法秩序」の社会学的理論を構想しようという「問題意識」そのものを支えていたといえるのではないか。ヴェーバーは、このような洞察を培養基としながら、「法学的思考」にも法イデオロギーにも囚われないで、「法秩序」の経験的妥当を、とくに支配構造（政治構造）および経済秩序との関連において認識することのできる理論的枠組みを構成するという「方法意識」を成熟させていったというのが、われわれの理解である。

## 注

(1) 「契約制度の考察が彼にとって唯一の実体法についての拡大的な考究となっている」と述べているのはフラン・ハントである (Cf. Alan Hunt, op. cit., p. 108 (及川他訳『法社会学』二〇八頁))。「契約」についての「実体法」の考究が「拡大的」とはおそらく、ヴェーバーが「実体法の発生についての議論を、交換関係の歴史的な文脈において基礎づけ」ていることを意味するものと思われる (Ibid., p. 128 (前掲書, 二二〇頁))。なお、ハントがデニルケムの契約論とヴェーバーのそれとの比較を示唆しているのも注目されるが、両者の比較検討は今後の課題とせざるをえない。

(2) クロンマンはすでに、市場志向的な「目的契約」が法的権利・義務の源泉として重要な役割を果たしている純粋に経済的領域においても、個人の「契約の自由」は「非常に異なる二つの観点で制限されている」と指摘している。ひとつの制限は、実体的禁止によるものである。個人に合意による協定を禁じたり、その協定に法的妥当性を否定したりすることによるもので、性的自由、遺言の自由、自己を奴隷に売却する権利などに対する制限がその例である。もうひとつの制限は、経済的資源（経済力）がなければ契約による選択の仕方は狭まるという意味における制限である (Cf. Anthony T. Kronman, Max

Weber, 1983, pp. 112—113) われわれもほぼ同様の見解に立っている。

- (3) W. u. G., S. 409 (世良訳、一五六頁)。
- (4) A. a. O., S. 409 (世良訳、一五七頁)。
- (5) Vgl. a. a. O., S. 409 (一五七頁)。
- (6) 同じ「授權規範」による規制であるといっても、②の規制と③の規制とを比べてみると、第三者の利益は「質的にちがった仕方では影響を受ける」というのが、ヴェーバーの分析である。②の規制については、ある人が新たに債務を負担する場合および土地が売買される場合の二つを挙げる。前者の場合、その人に債権者がいる場合には、この債権者の利害関係が債務者の義務負担の増大によって影響をうける。後者の場合には、新所有者が旧所有者に比べて土地利用の仕方を変更する経済的能力をもっているか否かによって隣人の利害関係が影響をうける。それでは③の規制はどうか。かれは四つの例をあげている。すなわち、誰かが契約によって自分を「奴隸身分」に売却する場合、ある女が婚姻契約によって自分を「夫権」の支配に委ねる場合、ある土地が「家族世襲財産」として宣言される場合、いく人かの人が「株式会社」を設立する場合である。かれによれば、これらの場合には、「契約締結者の自由な意思に対して法的通用力と強制保障とが認められる」限度において、契約締結者の利益のために、「一定の人や財貨について従来一般的に妥当していた法取引の規則」がこの「合意」(「協定」)の結果として「まったく新たな・異質な・すべての第三者の請求権やチャンスをも拘束するような法的な特殊規範」によって、とって代わられることになる、という。上の四つの例でいえば、奴隸、妻、世襲財産所有者の「少なくとも将来の契約はすべて、のみならず彼らの従来契約もしばしば」、それに新しい会社の代表者たちの一定の契約も、「その後、それまで一般的に妥当している諸規則によって適用可能であった法命題とはまったく別の法命題に、すなわち特別法に服することになる」わけである [Vgl. a. a. O., S. 410 (世良訳、一五八頁—一五九頁)。なお、傍点はヴェーバーによるもの]。
- (7) A. a. O., S. 416 (世良訳、一八三頁)。
- (8) A. a. O., S. 416 (世良訳、一八三頁—一八四頁)。
- (9) A. a. O., S. 416 (世良訳、一八四頁)。
- (10) A. a. O., S. 419 (世良訳、一九〇頁—一九一頁)。なお、ここで「特別法」と「契約」との関連に関して、名和田氏が「目

的契約」と「身分契約」(名和田訳では「地位契約」との区別は「特別法論におけるアンシュタルト的特別法とそれ以前の特別法との区別と、基本的には同じ標識に基づいている」と指摘しているのが想起される(名和田是彦「マックス・ウェーバー法理論研究序説(二)」『社会科学研究』第三七卷第二号、一二〇頁—一二二頁参照)。類型的な本質の区別に関しては、氏の指摘するとおりだと思われる。

(11) A. a. O., S. 416 (世良訳、一八四頁)。

(12) A. a. O., S. 419 (世良訳、一九一頁)。なお、ウェーバーはこの利害関心を「市場における形式的には『自由』な価格競争や競争において、財産それ自体によって(階級状況)特権的な地位にある人たちの利害関心」とも言いかえている。

(13) Vgl. a. a. O., S. 439 (世良訳、二六四頁)。この問いに対する解答は「法共同体における自由と強制」と題する短い一節に集約的に示されている。なお、この節に「ある社会に経済的契約の自由が存する程度とそれが他者の支配からの個人の実際の自由を与える程度との関係に関する、短いけれども辛辣な(Urechthum) 探求」を見出しているのは、マックス・ライントライン(L. v. Rhein) (Max Rheinstein, op. cit., p. lxii)。

(14) A. a. O., S. 439 (世良訳、二六四頁)。ウェーバーは「近代法」のうち、このような可能性の拡大した領域として「財貨取引、人的労務や仕事の給付の領域」を挙げている。

(15) A. a. O., S. 439 (世良訳、二六四頁)。「労働契約」を素材として、労働者にとっては形式的な「契約の自由」は実際的にはいささかも「自由」を意味しないことを指摘している。すなわちこうだ。「労働者は任意の企業者と任意の内容の労働契約を締結する形式的な権利をもってはいるが、しかしこの権利は、労働希望者にとっては、実際上は、労働諸条件を自分で形成するという最小の自由すら意味するものではないし、また、それ自体では、労働諸条件の形成に対して彼がなんらかの影響力を揮いうるということを保証するものでもない」と。実際には、労働市場で有力な企業者が自分の判断で労働諸条件を決定して、労働希望者に「授与」する可能性があるだけであるという[Vgl. a. a. O., S. 440 (世良訳、二六五頁)]。

(16) A. a. O., S. 439 (世良訳、二六四頁)。

(17) A. a. O., S. 439 (世良訳、二六四頁)。

(18) A. a. O., S. 439 (世良訳、二六五頁)。ここでいわれる結果としての「有産者たちの自律」は「有産階級そのものの一種の事実上の『自律』」ともいわれているが、「この無定形な自律は、いうまでもなく、単に比喩的な意味で自律という名で呼

はれうるにすぎない。[Vgl. a. a. O., S. 419 (世良訳、一九一頁)]。なお、「自律」の概念を構成する四つの要件については、本拙稿(五)『熊本法学』第五四号、一二三頁も参照。

- (19) A. a. O., S. 419 (世良訳、二六六頁)。ここで「法規範」の形式を論じる場合には、ヴェーバーは「最も普通に行われている『法命題』の分類——すなわち『命令的』『禁止的』および『許容的』という『法命題』の分類——に従っている。かれによれば、これらの『法命題』から、それぞれ『他人に対して、ひとつの行為を命令し、禁止し、または許容する、個々人の主観的権利が生まれてくる』。『他人の行為に対するこの法的に保障された限定した力』ともいわれる『主観的権利』には、つぎのような『期待』が社会学的に対応しているという。すなわち、①『他人がある一定のことをおこなうであろうという期待』②『他人がある一定のことをおこなわないであろうという期待』および③『第三者の妨害を受けることなく当人があることをなし、または随意にあることをなさないことも許されるという期待』である。①と②は『請求権』の二つの形態であり、③は『授權』である。近代の経済秩序の発展にとってはとりわけ③の『授權』が重要だと考えられているのが注目される。『法秩序』全体のなかに占める『授權』命題の相対的な比重はまず第一には『市場の拡大の関数である』、というのがかれの見解である [Vgl. a. a. O., S. 398 (世良訳、一〇九頁——一〇頁)]。

- (20) A. a. O., S. 440 (世良訳、二六六頁)。

- (21) ここで「法共同体」(Rechtsgemeinschaft) というのは、「特別秩序の担い手」である「瞭解ゲマインシャフト」や「ゲゼルシャフト関係」のことである [A. a. O., S. 417 (世良訳、一八五頁)]。なお、『経済と社会』の第一部の『社会学の基礎概念』では、「秩序」の実施を担う特定の人間に「保障」された「秩序」を有する「社会関係」は「団体」と名づけられていることが想起される。その用語法については、本拙稿(三)『熊本法学』第四八号、四二頁以下を参照。

- (22) A. a. O., S. 440 (世良訳、二六六頁)。なお、この点について、ヴェーバーが「個人が強制に服する三つの異なる仕方」を識別することができると考えていたことをすでに指摘しているのはクロンマンである。個人が服するとされたのはつぎのような三つの「強制」である。第一は「支配に対する純粋に人的な要求に基づいて行使されている直接の強制」である。これは「ブルジョワ的資本家」によっても「社会主義的共同体」によっても拒否される「支配の人的な性格の強制」である。第二は「生産手段と獲得手段の私的所有者」による「強制」である。ヴェーバーはこれを「資本主義的経済」と結びつけている。そして第三は「中央の経済統制の權威の直接的な強制的および禁止的命令」による「強制」である。これは「経済組

説 織の社会主義的形態」と同一視されているところ (Cf. Anthony T. Kronman, Max Weber, 1983, pp. 115—116)。基本

的に妥当な指摘だと思われる。

論

(23) A. a. O., S. 440 (世良訳, 二六六頁)。

(24) A. a. O., S. 440 (世良訳, 二六六頁—二六七頁)。

(25) A. a. O., S. 440 (世良訳, 二六七頁—二六八頁)。

(未完)