

立憲政の比較法文化史的研究
— ロシアと西洋における主権と所有権

(課題番号08620015)

平成8年度～平成10年度
科学研究費補助金 基盤研究(C)(2)

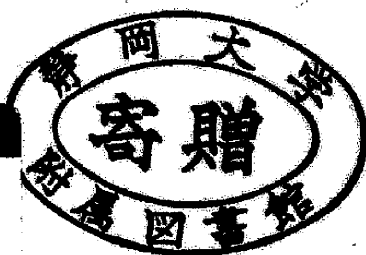
研究成果報告書

平成11年3月

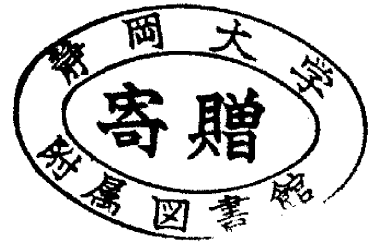
静岡大学附属図書館



030850349 9



研究代表者 大江 泰一郎
(静岡大学人文学部教授)



ロシアは今日新しい社会秩序を建設する途上にある。まだ社会主義の枠内にロシア（旧ソ連中のロシア共和国）があったペレストロイカ期以来、この新しい社会秩序のスローガンは「法治国家の創設」である。この目標は「全人类的価値」の実現、「文明への回帰」を意味するものとされてきた。目標への接近には、いわゆる改革派にあっても保守派にあっても、政治改革と経済改革とが同時に必要とされるものと考えられたが、事態の進展のなかで経済のラディカルな改革、つまり計画経済から「市場経済」への移行を優先する路線が選択されたことはよく知られている通りである。この選択には、とくに改革派の場合、私有化の推進（私有財産制の創出）が市場経済を生み、この市場経済が西欧並みの市民社会を成立させ、さらに市民社会は法治国家を基礎づける、という戦略が含意されていた（わが国のソ連・ロシア観測者たちの多くも、大筋としては、改革進行のシナリオをこの戦略に則して予測していたふしがある）。だが、この戦略の立て方は、その立案者たちの出自を見れば了解できることであるが、じつは、旧体制の公式イデオロギーであった唯物史観、とくに「経済的土台が上部構造を規定する」とする図式にもとづくものであった。このイデオロギーには、さらに、市場経済、市民社会、法治国家という文化的形成物を「近代」ないし「近代化」の成果、つまり単一の時系列上で進行する世界史の事象と見る一種の単系史観的・進歩主義的な見方がひそんでいた。体制転換（端的には近代の基礎をなす市場経済への移行）をなしとげれば、ロシアも遅かれ早かれほとんど必然的に、「文明」の状態に到達するものと見なされてきたわけである。

だが、ロシアの現状がこうした見方を覆すことになったことは、いまではほとんど疑いない。この見方には、世界史における文化の構造的型の違いという契機が欠けていたのである。

本研究は上述のような見方への根本的な批判をめざすものである。われわれが見るところによれば、ロシアは地理的には（少なくともその政治的中心の位置からして）ヨーロッパに、宗教的にはキリスト教世界に、また言語系統上はインド・ヨーロッパ語族に属するにもかかわらず、ロシアの法文化、つまり法秩序、より一般的には社会秩序形成の構造は西洋とは典型的に異なる。市場経済、市民社会、そして法治国家への接近という展望がありうるとすれば、それは、法文化ないし社会秩序形成の構造的な型の転換というきわめて困難な課題を抱え込むことになり、この課題を自覚しない改革戦略、したがってまた現代ロシア史の観察は現実によって裏切られるものとなるであろう。

ここで、本研究の出発点となった認識と、科学研究費補助金交付期間中に到達した研究上のあらたな知見、そして今後の研究の展望をごく大まかに述べておこう。

① 本研究は、研究代表者の旧著『ロシア・社会主義・法文化』（日本評論社、1992年）の継続をなす。旧著の核となっている認識は、ロシアの法文化が西洋のそれとは典型的に異なるというものであった。世界史上の法文化の諸経験は、マックス・ウェーバー「法社会学」（『経済と社会』第8章）の示唆するところによれば、近代ヨーロッパを典型とする「権利=法 (Recht)」型と古代中国を典型とする「行政規則 (Reglement)」型という二つ

の類型を両端とするスケール上のいずれかの地点に位置づけられることになる（二つの対極のあいだには多種多様な移行形態や組み合わせが存在する）が、ロシアのそれは、通念とは異なり、じつは後者に近い。ロシア法（旧ソビエト法を含む）を欧米およびわが国における比較法学の通説のように大陸法の系譜に属するものとする見方は、深刻な反省を迫られるはずである。

②-1 本研究期間中に得られた知見の一つは、ロシアの法文化の西洋的法文化との分岐が、時期的には14～15世紀ロシアにおける統一国家（モスクワ国家）の形成の過程と重なり、また社会構造的には西洋における土地支配領主権（dominium; Grundherrschaft）と対比される、独特の〈所有と権力〉の構造の形成と結びついているということであった。本研究の研究課題名（「立憲政の比較法文化史的研究－ロシアと西洋における主権と所有権」）はこの知見にいたる仮説にもとづくものであり、研究の成果いくつかはこの仮説の証明に向けられたものである。

②-2 本研究を立案したときに漠然と予期していたことではあったが、研究の進展とともに大きく浮かび上がってきた問題として、ロシア史における訴訟の構造、各時代の社会秩序形成に果たす訴訟の役割がある。研究期間中に得られた新たな知見によれば、今日に至るまでのロシアの法文化の構造的な型の形成にとって直接の契機となったのは、モスクワ国家形成期における訴訟の型とそれにともなう統治権力の構造の変化、端的に言えば糾問的訴訟の定着と訴訟の行政への包摂（行政の一環としての司法という類型の形成）である。さらに、この視角から見て重要なのは、農民のレベル（社会の底辺）における秩序形成が、行政の一環として政治権力によって遂行される司法したがってまた制定法（「行政規則」）の体系からは切り離され（「国家のなかの国家」としての農民共同体とそこで行われる非・法的「慣行」）、そこに〈法外的秩序〉ともいうべき一種の法の真空状態が形成される（これは伝統中国における律令体系と「情理」との相互関係と通底する問題をなす）。ロシアにおける「行政規則」としての制定法秩序は、じつは広大な〈法外的秩序〉を基層としてそのうえに成立していることになるわけである。現代ロシアにおける法秩序形成の難しさの歴史的事情もここに関連する。

③ 本研究は当初、研究課題名にうたっているように「ロシアと西洋における主権と所有権」を軸として一書を編み研究成果として刊行することを予定していた。この構想は上述の②-1の線に沿ったものであるが、研究期間中、新たに②-2の線がもう一つの研究主題として浮かび上がり、それが研究成果の上でも膨らんできたため、構想全体としては、かなり大きな修正を余儀なくされることになった。今後の研究においては、本研究の成果をふまえて、上記二つの線にそった歴史研究を深めることを計画している。国内における文献の調査にはすでに大きな限界があり、この計画の実行には海外とくにロシアにおける文献調査が不可欠となっている。

*

*

*

本報告書は、この科学研究費補助金が交付された3年間に研究代表者が発表した研究成果のうち、一書を編むに相応しいものを選択し配列したものである（各章の標題は初出時のものを変更したことがある）。

* * *

研究代表者 大江 泰一郎（静岡大学人文学部教授）

研究經費

平成8年度 700千円

平成9年度 700千円

平成10年度 30千円

研究発表

(1) 学会誌等

大江泰一郎「ロシアにおける司法改革の課題－裁判所が司法機関になるための条件をめぐって」

一『第2期エリツィン政権下のロシアの立法動向』外務省欧亚局ロシア課、1998年1月。

大江泰一郎「ロシア史における訴訟と社会秩序」

一「歴史学研究」717号（1998年11月）

大江泰一郎「ポスト社会主義の法理論」

－『民主化と市場経済化の状況下におけるロシアの立法動向』（外務省委託研究報告書）日本国際問題研究所、1999年1月

大江泰一郎「法と秩序の歴史的構造—ロシアと西洋」

一「(静岡大学)法政研究」3巻3=4号(1999年3月)

(2) 著書

『体制転換期ロシアの法改革』法律文化社、1998年2月

藤田勇ほかとの共著。大江泰一郎分担：第13章「ソビエト法学における〈義務の法の観念〉－ソビエト国家法学史を中心として」

『憲法の歴史と比較』日本評論社、1998年5月

杉原泰雄ほかとの共著。大江泰一郎分担：第2章「比較憲法史の方法ーロシア・ソビエト法研究の経験から」

目 次

第1部 比較法文化史の方法論をめぐって

第1章 比較憲法史の方法－ロシア・ソビエト法研究の経験から

第2部 歴史研究：ロシアにおける訴訟と法

第2章 ロシア史における訴訟と社会秩序

第3章 法と秩序の歴史的構造－ロシアと西洋

第4章 ソビエト法学における〈義務の法の観念〉－ソビエト国家法学史を中心として

第3部 現代ロシアにおける法と法理論

第5章 ロシアにおける司法改革の課題－裁判所が司法機関になるための条件をめぐって

第6章 ポスト社会主義の法理論

第1章 比較憲法史の方法

ーロシア・ソビエト法研究の経験から

はじめに

現実に社会主義法一般の範型としての地位を占めてきたソビエト法はかつて一種のジャルゴンの世界であった。人権ではなく「市民の権利」、主権ではなく「人民権力」、法の支配ないし法治国家ではなく「社会主義的適法性」等々。これらの「概念」の意味と現実の機能を見極めるためには、これと対比される西洋法の根元にまで議論をつめる必要があった。社会主義崩壊後タテマエの上では西洋的な概念をほとんど歴史上初めて導入した現代のロシア法についても、事情が根本的に変わったわけではない。これが、私が「比較憲法史」に強い関心を抱いている理由である。ロシアは一世紀にも満たない期間に、世界史的な体制転換を二度も経てきた。この国の憲法の変転をどう跡づけるかという問題の考察は、憲法（史）研究のより大きな流れに向かって何がしかの情報を発信し、またそこからなされる批判から私たちの研究分野に有益な示唆を受けるきっかけとなるかもしれない。

本稿では、旧著『ロシア・社会主義・法文化－反立憲的秩序の比較国制史的研究』（日本評論社、一九九二年）で提示したロシア・ソビエト憲法研究の方法に寄せられた批判的コメントをも可能な限り考慮しつつ、あらためて比較憲法史の方法の省察を試みたいと思う。とくに留意したい論点としてここで念頭においているのは、①近代西洋憲法の原理および基本的諸制度の普遍的価値とこの価値を基礎づける社会的要因、②憲法の社会史的研究、③憲法原理（思想）の歴史的研究である。

1 近代憲法原理の普遍性とその歴史的根元

近代西洋諸憲法の基本原理は、現実の歴史がそれと対抗的な方向をとったソビエト法時代を含め、ロシア法にとっても重要な意味をもっていたはずである。ペレストロイカのごく初期に改革派（左翼中央派ないし民主主義的社会主義派）の知識人として有力な論陣をはったボリス・クラシヴィリは、一九八九年秋に書いた論文の中でこう言っている－

「政治路線においては社会の目標が、また政治体制においてはそれを達成するための組織的手段が表現されている。路線は目標を表現するものとしては、体制にたいする優先性をもっており体制をその手段として位置づける。……だが、この目的・手段連関においては体制が正しく定められていないか拙劣な仕方では運用される場合には、非合理的な路線はもとよりのこともっと合理的な路線であれ、体制はあらゆる路線を破滅させ葬ってしまうことができるという『特権』を留保している。」「政治路線とは違って、政治体制は、その名称だけでなく、内容、その形態と方法において、資本主義世界でも社会主義世界でも基本的には同じである。確かな事実は、類似の政治体制が、相対立する社会制度とその政

治路線のために役立ちうるということである。政治体制の相対的自立性は、例えば、古代アテナイの民主政から現代の議会政治に至るまでの、人類によって築かれてきたあらゆる積極的な組織的遺産を、社会主義が利用する素地をなしている。この方面では、何か原理的に新しいものを発見しうるということはまれであって、こうした試みから生まれるのは大抵は実生活から嘲笑で迎えられるような子供じみた奇抜な思いつきに過ぎず、むしろ愚直な徒弟に徹するほうがはるかに合理的なものである(1)。」(傍点は引用者)

A・ヤコヴレフ(2)のようないわば「転向」派ではなく、今日まで生粋の正統派コムニストにとどまっている人物が十月革命後七〇年余にして到達した結論であるからには、それなりの重みをもった発言として受け取らざるをえまい。だが、ロシア革命はなぜこのような「破滅」への道をたどることになったのであろうか？ このクラシヴィリは一九九〇年八月に脱稿した論文の中で、その思想上の問題を探る文脈でほぼその深刻さの順に、①競争的市場の否定、②民主政の諸形式の普遍性の無視、③宗教の深い歴史的根元と社会的意義の否定を、マルクス主義の「少なく見積もっても三つの原理的な誤謬」として挙げ、②については次のように書いている。この発言は荒削りではあるが、その省察の方向において、奇しくもユルゲン・ハーバーマスの論文「遅ればせの革命(3)」(一九九〇年)の指摘と通い合うところがあるだろう。

「マルクス主義とくにそのレーニンの解釈における、第二の原理的誤謬は、はやくも古代に出現しその後若干の国民的変形をともなったにせよいずれの社会体制にも一少なくとも資本主義と同程度までうまく社会主義にも一役立ちえたはずの、その基本原理において普遍的な社会生活の民主的組織の諸形式を無視したことである。一党独裁体制の、つまり共産党官僚機構による政治権力と行政の直接的遂行の犠牲になったのは、国民代表の優位〔国民主権〕、権力分立、複数政党制等々の民主的原理および形式である。その結果、社会主義は独裁と融合し、その本性から権威主義的で反民主的な体制と理解されるようになった。……一九八九年の東欧諸国で反社会主義勢力がそれもきわめて有効な形で痛撃したのは、社会主義のとくにこの側面であった(4)。」(傍点は引用者)

こうした発言(5)に触れるとき、我々はあらためてウェーバーの『宗教社会学論集』序言のあの有名な一節を想起せずにはいられない。市場経済化と行政の官僚制化を近代化の必然的随伴物と見る限り、この「鉄の檻」とよりましな折り合いをつける法的・政治的な手立てとしては、人権・国民主権を中核的原理とする立憲主義、この「西洋(Occident)」起源の仕組み以外の選択肢を、世界史はついに見出さなかった。この限りで我々は「文化相対主義」者ではいられないのである(6)。ウェーバーは言う。「近代ヨーロッパに生を享けた者が普遍史的な諸問題を扱おうするばあい、彼は必然的に、そしてそれは当をえたことでもあるが、次のような問題の立て方をするであろう。いったい、どのような諸事情の連鎖が存在したために、他ならぬ西洋という地盤において、またそこにおいてのみ、普遍的な意義と妥当性をもつような発展傾向をとる文化的諸現象一少なくともわれわれはそうかんがえるのだが一が姿を現すことになったのか、と(7)。」

だがここで留意すべきは、立憲主義という「全人類的価値」は、「資本主義」あるいは「近代」(それは特殊に西洋的な産業社会の時代の謂である)に適合的(adequate)ではあるが、その起源と論理においてそれとはほとんど内的な連関をもたないという点であろう。ウェーバーはその著書『経済と社会』のコモン・ローと大陸法との違いを論ずる文脈で、「法の合理化を、中世のローマ法的大學教育以来ヨーロッパ大陸に特徴的なものになって

いるような形で、促進してゆこうとする決定的な動因は、資本主義それ自体の中には存在していない(8)」とのべているが、一九〇六年の論文「ロシアにおけるブルジョア民主主義の状態について」ではより一般的にこう書いている(9)（〔 〕内は訳者による補足、傍点は原文）－

「この『自然法的な』公理〔＝人権思想〕は、社会的および経済的綱領に対して、一義的な指示を与えるわけではないが、それと同時に、それ自身もなんらかの－少なくとも『近代的な』－経済的諸条件のみによって一義的に生み出されるものでは絶対ではない。

それは逆である。すなわち、そうした『個人主義的な』最高の価値のための闘いが、周囲の世界の『物質的』諸条件と同じ歩調で進むことが期待されればされるほど、そうした価値の『実現』は、『経済的発展』にゆだねられることができなくなるであろう。もしわれわれが『民主主義』や『個人主義』の『発展』に対して、物質的利害の『法則的な』作用を当てにしなければならないとしたら、今日では『民主主義』や『個人主義』の可能性は最悪の状態にあることになるだろう。なぜなら、その可能性はきわめて明白に、物質的利害とは反対の方向を向いているからである。」

「いまロシアに輸出されており、またアメリカに存在しているような今日の高度資本主義－これがわれわれの経済的発展の『不可避の結果』である－が、『民主主義』と、あるいはとくに『自由』（なんらかの意味での）と、親和性をもつと考えることは、もっとも笑うべきことである。それも、他方で、高度資本主義の支配下で〔『民主主義』等々といった〕これらすべてのものが、そもそもいかにしたら永続『できる』かが問われざるをえない状況であることを考えれば、なおさらである。これらのものの存続が可能であるのは、羊の群のように支配されたくはないという、国民の断固たる意志が、背後に存在している場合のみである。われわれが『個人主義者』であり、『民主的な』制度の徹底した擁護者であるのは、まさに物質的な状況の『流れに抗して』なのである。『発展傾向』の風信旗であろうとする人は、できるだけ速やかに、この古めかしい考えを捨ててほしいものである。」

「経済的」諸条件－したがってまたそれによって直接に規定される社会の「階級的」構造－が、法秩序の在り方（その構造的な型）にとって「決定的」なものでないとすれば、我々は立憲主義の基礎を何に求めるべきであろうか？

2 憲法の「社会史的」研究

私は旧著で、〈資本主義－社会主義〉という政治・経済体制の違いをひとつの軸に、そして〈レグルマン Reglement（行政規則）型法秩序－レヒト Recht 型法秩序〉（あるいは〈bureaucratic law 型－legal system 型〉ないし〈lex 型－jus 型〉）という法秩序の型の違いをもう一つの軸にとり、この二つの軸をタテ・ヨコに交差させた図式を採用して、ロシア・ソビエト法が資本主義→社会主義の転換（一九一七年）にもかかわらず、その後も一貫してレグルマン的法秩序の法文化史類型に留まってきたことを指摘した。この図式化で私が意図したことの一つは、〈資本主義－社会主義〉軸よりも〈行政規則型－レヒト型〉軸のほうが、現代世界のさまざまな法秩序を比較する場合（とりわけ現代のソ連・ロシアを念頭に置く場合）重要な意味をもつということであったが、この意図はやがて体制転換後の

ロシアの憲法状況によってある程度裏付けられることになったように思われる(10)。

ところで、この図式において私が力点をおいたもう一つの点はこの法秩序類型論の基礎に、法制度や法原理・概念よりもむしろ、一旧著では実際にそのレベルまで下向した分析はなお不十分であるが一現実の社会関係そのもの、その構造的な在り方（社会秩序）を想定していたということである。これはイメージとしては、奥平康弘が憲法を「秩序原理」のレベルで扱おうとする際的方法的意識に通ずるものがある。「〔米国では〕憲法が人々の意識や生活にしっかりとした基盤をもっている」というオノ・ヨーコの発言を引きながら、奥平はこう書いている―「アメリカにあっては、拠るべき伝統としての『国土の法』(law of the land) を体現する憲法は、『われわれ国民の伝統およびわれわれの法によって了解されてきたものとしての基本的な諸原則』『常識における憲法観』の源であると考えられている。ところがいかんせん、日本国にはこうした形で捉えられる伝統は、現憲法のなかには全くない。憲法とかかわって『伝統』というのものがもしあるとすれば、それはもっぱら、あるいは主として、憲法内在的な価値と対立してこれを否定もしくは減少するはたらきをするためにのみ援用される、と言っても公平を失しなかりう(11)」。憲法の諸原則はよく「イデオロギッシュ」だされるが、日本と米国ではその意味が相当に異なる。日本的「伝統」を基準に憲法原理の「イデオロギー性」一般を論ずることはできないし、またを「人種差別」や「銃社会」の実例を挙げて奥平のいう米国の「伝統」をあげつらうことは―ここでいう「憲法の基本的諸原則」にかんする限り―、筋違いというものであらう。

この問題を、先にウェーバーを引用して触れておいた「経済的」ないし「階級的」諸条件と法秩序の型のいわば因果関係的な非即応性という問題に引き寄せて理論的にいえば、長い歴史の中で法秩序（とりわけ憲法秩序）の構造的な型を規定してきたものは、歴史的社会的「政治的」ないし「社会的」条件に求めることができるということになる。ここで「政治的」諸条件というのは、前近代ヨーロッパの政治社会(societas civilis)―マルクスがそれ自体「直接的に政治的」であったとする「古い市民社会(12) (alte burgerliche Gesellschaft)」―における主として支配(Herrschaft: dominium)にかかわる具体的な人格的諸関係を指し、また「社会的(sozial)」な諸条件というときは、近代の市民革命（「政治革命」）によって脱政治化された新しい近代市民社会の―「政治的」条件はもとより「経済的」条件とも同一視されないような―まさに社会学的(sociological)な問題レベルの諸関係、とくに家族、共同体ないしコミュニティ、さまざまな任意団体など集団ないし団体の在り方を念頭に置いている（初期近代において「人間」像一般が、経営としての実態をもつ家父長的小家族の「家長」に即して成形されたことにも留意する必要がある）。ウェーバーが「政治的」諸条件を重視する(13)のは、西欧近代法の法の類型特徴を形成する決定的な要因を、「資本主義(経済)」以前の近代社会に求めようとする志向の現れにほかならない（端的な例として我々はいわゆる「中世的立憲主義」の構造を想起すればよい）。

法が「良き古き法」（自生的諸権力の固有権の集積、つまり具体的な政治的関係そのもの）として現実中存在する中世においては、本来の意味での「イデオロギー」の問題は生ずる余地が原理的にない。この問題をここでは一つだけ、近代社会における「sozial な」条件の問題とも絡んでハーバーマスが取り上げ注目を集めるようになった「市民的公共(burgerliche Offentlichkeit)」の例に即して見ておこう。

この市民的公共（として集合した公衆）は、ハーバーマスによれば、「理性」という基準と「法律」という形式をもって（理性的判断→世論 öffentlich Meinung →議会→法律）政治的に機能し、公権力を市民社会の欲求に従属させようとする。市民的公共はこの意味で、市民社会圏および家父長的小家族の親密圏と並ぶいわば sozial な圏域として実在し、国民主権（「すべての権力は人民に淵源をもつ」）の原理を稼働させる実体としての役割をはたすものとして位置づけることができる（それは宙に浮いた単なる「理念」ではない）。だがハーバーマスによれば、この公共は、市民社会の「モデル」に即して成形されてはいるが、この社会の現実には一公共が所有者＝「財産と教養」の担い手と「人間」一般とを同一視する前提に立つ限りですでに一合致していない。だが、ここで公衆が自分の存在および行為として信じているものは、イデオロギーであると同時に、「所与をユートピアの方向にむかって（utopisch）引き上げるという点で真理だという契機」を含んでいる限りで「単なるイデオロギー以上のもの」なのであり、「一階級の他階級に対する支配が依然として続く土台の上で、この支配はそれにもかかわらず、それ自身の止揚の理念を真実味をもってその客観的意味として取り入れる政治的諸制度を発達させた」、とハーバーマスは評価するのである(14)（彼の議論の本領はむしろ、こうした市民的公共がはやくも一九世紀末には、公的領域と私的分野の交錯、そして社会的領域と親密圏の両極分解の結果、機能不全におちいる過程の社会史的分析にある）。

この市民的公共の社会史的分析の方法は、他の憲法諸原理にも拡張することができるであろう。だが、それ自体すぐれて近代的な現象とも見えるこの「市民的公共」の場合に限ってみても、その歴史的形成過程を捉えようとすればハーバーマスやオットー・ブルンナーのいうように少なくとも中世盛期の Herrschaft まで、そしてそれを理論的に把握しようとすれば古代のポリスやローマ法にまで遡及する必要が生じてくる(15)。

この点でさらに興味深いのは、徹底したシステム論者であるニクラス・ルーマンにしても西洋法の歴史的根源を論ずるときには、「社会がもろもろの官職と手続によって (in Ämtern und Verfahren) 政治的に構成されているということが、理性的な法形式における自由な人間共同生活の実現の条件とみなされてきた(16)」（傍点大江）という、古代ギリシャ以来一貫した、ヨーロッパの「社会学的にも確証しうる」思想伝統を引照しているという点である。

3 憲法原理の思想史的研究

憲法の社会史的ないし国制史的研究は、おそらく複数の対象国にまたがる多くの研究者の歴史研究の長期にわたる相互交流なしには発展を期待しえないであろう。思想史研究もその例にもれないが、少なくともある研究段階まではその素材は社会史の場合よりも扱い易いかもしれない。ここでは、これも一例として「主権」原理の、それも主権原理のいわば「ローマ法的転回」とでもいうべき問題だけに触れておくことにしたい。

この主題は、近代特有とされる「主権」の観念が一ふつつ考えられているように絶対主義の時代にではなく一またしてもあの「古い市民社会」の胎内で、しかもローマ法の欠くべからざる助けをかりて初めて成立しえたのだ、という問題提起と結びついている。この、それ自体もはや必ずしも最近のものとはいえない問題提起が我々にとってなお重要な意味

をもつのは、この国には、単に自立的に法律を定めるにすぎない最高権力を主権と見なし、て怪しまない思考方法(16)が根強く残されており、こうした意識状況が本来の主権ひいては立憲主義の理解を一般をすこぶる甘いものに行っているように思われるからである（「主権不要」論など）。

一九六七年の著書『国家の観念〔原題〕』において、アレクザンダー・ダントレーヴはこう書いている－「重要なことは、中世思想に国家の明確な観念が欠けていたことではない。重要なことは、一種の人間社会と他の種のもろもろの社会との差別について次第に認識が高まって行ったこととことであり、それと共に、その差別を確定し、これを法的に分析しようとする試みがなされたことである。ここに法的にと言ったのは、一人の指導者が単に物質的な力をもっているからでもなく、また彼が身につけた天賦の才能のお蔭でもなく、status reipublicae〔国家組織〕に属するものであるが故に－私法の規則ではなく－〔ローマ法的な意味で〕公法の規則であるところの、一体系をなす諸規則の名において、統治し、法を制定し、裁判し、税を課するところの、〈主権的な sovereign〉権力として、という意味である(17)」（傍点は原文）。

ダントレーヴは、ギールケとともに「源初的なゲルマン的理念界の革命の変容」の時点、つまり近代的主権概念の先駆的な形成期をトマス・アクィナス（一三世紀）に求めているが、注目すべきはこの革命の変容の前提と帰結である。すなわち、この変容は「正義の具現としての法〔良き古き法〕の優位」という中世的法観念の環境のもとで行われたがゆえに革命的であったが、転換のテコとなったローマ法とその自然法的要素はほかならぬ中世的法観念の「国家に対立するものとしての法の独立性」という契機を保存したのであって（主権的権力は実定法＝「市民法 *loix civiles*」にはもはや制約されないが、「正義 *droit*」つまり「神の法 *loix de Dieu*」ないし「自然法 *loy naturelle*」の拘束は免れないという）・ボダンの主権概念の核心的部分(18)もこの文脈で理解しうる）、中世的法観念にたいする「真の、広範な挑戦」つまり国家こそが正義の具現でありしたがって「法の源泉」であるという教説はもっと後に別の方向から、すなわちマキアヴェッリとヘーゲル（そしてまたおそらくはマルクス）によって行われることになる、というのである(19)。

こうした古典古代－中世－近代を鳥瞰する地点にたって初めて、我々は－中世的法観念もローマ法の復活も経験していない法文化をもつからにはなおさら－あの一七八九年人権宣言一六条の「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されていない社会は、constitutionをもつものではない」という規定こそを、西洋的な意味での「主権」のもっとも簡潔な表現として理解しうるのではあるまいか。この規定には主権というコトバこそ含まれてはいないが、主権が唯一法を制定する主体でありながら「法」によって制約されるというこの観念の中核的な契機が、権力の構成原理としてもまた人民の基本的な権利との関係においても、見事に統一されて表現されているからである（帝制期以来現代を含めてロシア・ソビエト法に終始欠けていたのは、まさしくこの意味での「主権」の原理だったのである）。

こうした思想史の研究が、先に述べた社会史の研究によって裏付けされなければならないことはいうまでもない。

むすび

ここでの私の主張の眼目は、端的に言えば、比較憲法史をいわば法社会史と法思想史の相補的な関係の中で発展させる必要があるということであった。最後に旧著にたいする批判的コメントに関連して、なお二つの点に触れておこう(20)。

①一つは、私の〈レグルマン型－レヒト型〉という類型区分が「ヨーロッパ型とロシア型をあまりにもカテゴリーカルに二分法的に対比」するものだという評価についてである。私の法文化史的類型論は「モデル」(理念型)レベルの問題だから「カテゴリーカル」であることは、むしろ必要条件だと考えている(ただし、レグルマン型の典型は帝制中国であって、私は「ロシア」をモデル化する方法を採っているわけではない)。こうした「二分法」は古典政治学に遡れば「政治共同体 (polis; koinonia politike)」の生活と「家 (oikos)」のそれとの対比(「自由」と「支配」、ポリスと東洋的専制 [= despotes の支配] との対比)にいきつくが、私が旧著で方法論的に依拠したR・アンガーの「官僚制的法」(帝制中国法典型)と「法システム」(西欧近代法典型)を両端とするモノサシという発想にも合致したものだと考える。アンガーが説いているように、この両端の間にさまざまなグラデーションをもって位する多様ないわば中間形態ないしサブ類型(例えば、レヒト型におけるイギリス的形態、フランス的形態、ドイツ的形態など(21))を設定することは重要であるが、日本の比較憲法学のこの方面での蓄積はすでに大きい(ちなみに、現代日本法は英・仏・独形態に並ぶのではなく、むしろ私のいう二類型の重層的な混合形態をなすものというべきであろう)。

② もう一つは、私の類型論が「宿命論」に陥る可能性があるという指摘である。これにはおそらくは、歴史的に形成された法文化の「型」の変革の可能性を排除すべきではないという含意があるように思われる(「第三」の類型の創出が見込み薄である以上、この指摘は既存の類型を克服してもう一つの類型へ転換することを志向することになるはずである)。この意味での「変革」をもっとも見事になしとげたのは日本であろうが、本稿に引いた奥平康弘の指摘にもあるように、その日本にしても固有「文化」への拘束は克服しえない。ロシアにしても日本にしても、「伝統的な型からの自由」がありえず、またこの点で「国民の断固たる意志」(ウェーバー)に期待しえない限り、反ないし非立憲主義的「型」への自覚は、この「型」との安易な折り合いを拒否しつつそれを「生きてゆく」以外に道はないのではあるまいか。我々はオプティミスティックな(ふつうは無自覚な)「型からの自由」論がゆきついた悲劇の実例にはしごく恵まれてきたのだから。

(1) ボリス・クラシヴィリ(大江・小森田・竹森訳)『岐路に立つペレストロイカ』(日本評論社、一九九〇年)九八―九九、一〇〇頁。

(2) アレクサンドル・ヤコブレフ(井上幸義訳)『マルクス主義の崩壊―二〇世紀の呪縛を解く』(サイマル出版会、一九九四年〔原著一九九二年〕)参照。

(3) ハーバーマス(三島憲一ほか訳)『遅ればせの革命』(岩波書店、一九九二年)とくに二一―二六頁参照。

(4) Б. П. Курашвил, "Кульминация перестройки, Рукопись (16 августа 1990 г.), стр.33, 36. (未邦訳)

- (5) この引用文にも明らかなように、ソビエト法においては少なくとも一九一八年一月以降ペレストロイカの時期に至るまで、レーニンはじめボリシェヴィキ党＝ソ連共産党が「人民主権」という原理を採用したことはない（「人民権力 народовластие」の政治概念は「主権」という法原理を排除したところに成立する）。「人民主権」がそこで当然の前提にされていたかを見る杉原泰雄の立論（杉原『民衆の国家構想』日本評論社・一九九二年、一四七―一四九、一七七、一八七頁）には、歴史的事実の誤認が含まれているように思われる。この点については、早川弘道『ソビエト政治と民族』（法律文化社、一九九四年）一八三頁をも参照。ただし早川は、私がソビエト体制の総体を「反立憲主義に貫かれた社会主義的なもの」（同上・一八二頁、傍点は大江）と見なしているかのように書いているが、これはあきらかに誤解で、私が旧著で主張したのはむしろ反立憲主義と社会主義との両立性ないし親和性であった。
- (6) 「文化相対主義」は「国際化」時代の日本では通りが良さそうであるが、その素朴形態は、ペレストロイカが「全人類的価値」の称揚をもって始まったという事実がもつ意味を捉えそこなうことになりかねない。例として、青木保『「日本文化論」の変容』（中央公論社、一九九〇年）一六八―一六九頁参照。ちなみに拙著に寄せられた批判のいくつかは、私のこのような態度について、西欧起源の立憲主義や自由などの概念・制度を「理想化する傾向」がある、あるいはそれがもっている「階級的」性格ないし「きわめてイデオロギッシュな性格」について慎重さを欠き安易な「普遍的な価値」の承認に走っているという点に関わっている。例えば、塩川伸明『終焉の中のソ連史』（朝日新聞社、一九九三年）八八頁、新美治一による書評『法の科学』二一〇号・一九九三年、二〇〇―二〇二頁）。私の議論が法秩序の類型論を軸にしているために（現実の西欧諸国を「理想的」だとはいっていないにしても）そうした印象を生み出す結果になったことは了解できるが、類型論のレベルでの「レヒト型」にたいする私の評価、私自身のいわば「価値自由」の立場（価値相対論の排除）を隠すつもりはない。
- (7) ウェーバー（大塚・生松訳）『宗教社会学論選』（みすず書房、一九七二年）五頁。
- (8) ウェーバー（世良晃志郎訳）『法社会学』（創文社、一九七四年）五二九頁。
- (9) ウェーバー（林道義訳）『ロシア革命論』（福村出版、一九六九年）七八―七九、八〇―八一頁。
- (10) 大江泰一郎「ロシア新憲法における自由と民主主義―〈反立憲的秩序〉の転換は可能か」『法学セミナー』一九九四年八月号参照。
- (11) 奥平康弘「秩序原理としての憲法」法律時報一九九三年一〇月号三七頁。
- (12) この概念については、村上淳一「〔近代的土地所有権の基本問題〕概念の歴史と機能」日本土地法学会編『近代的土地所有権・入浜権』（有斐閣、一九七六年）、同『近代法の形成』（岩波書店、一九七九年）第一章第一節、参照。
- (13) 例えば、ウェーバー『法社会学』五〇九―五一一頁参照。
- (14) J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 11. Aufl., Samulung Luchterhand, 1980, S.109f.（細谷貞雄訳『公共性の構造転換』未来社・一九七三年、一一九頁）。村上淳一「〔紹介〕ハーバマス『公共の構造変換』」『法学協会雑誌』八四巻四号（一九六七年）をも参照
- (15) Habermas, a. a. O., S. 7, 18-20（細谷訳、1、一六―一九頁）。この方向での研究を「国制史」という視角からおこなう提言として、水林彪「国制の比較史的研究のための枠組みについて」『比較国制史研究序説―文明と近代化』（柏書房、一九九二年）参照。
- (16) ルーマン（村上淳一・六本佳平訳）『法社会学』（岩波書店、一九七七年〔原著一九七二年〕）一八九頁。
- (17) ここで念頭に置いているのは、樋口陽一が「『立憲政』連続史観」と呼ぶ傾向である。樋口『自由と国家』（岩波新書、一九八九年）二二―二六、九六―一〇五頁参照。

- (18) ダントレーヴ(石上良平訳)『国家とは何かー政治理論序説』(みすず書房、一九七二年〔原著一九六七年〕)――五頁。
- (19) 成瀬治『近代市民社会の成立』(東大出版会、一九八四年)五〇頁。
- (20) ダントレーヴ(友岡・柴田訳)『政治思想への中世の貢献』(未来社、一九七九年)三六―三七頁、
O・ギールケ(坂本仁作訳)『中世の政治理論』(ミネルヴァ書房、一九八五年)一〇九頁。
- (21) いずれも塩川・前掲の指摘に関わっているが、②の指摘はそのほかにも見られた。
- (22) 例として、村上淳一「ヨーロッパ近代法の諸類型ー英・仏・独における『国家と社会』」『社会科学への招待ー法律学』(日本評論社、一九七九年)参照。

* 本稿は『法律時報』一九九五年二月号に掲載された同標題の論文を若干修正したものである。

第2章 ロシア史における訴訟と社会秩序

はじめに

訴訟 (procedure, litigation; Prozeß) つまり裁判手続きという視角からみてロシア史における社会秩序の特性を見きわめること、これが本稿の課題である。対象の特質を表現するキーワードは「行政の一環としての司法」である。この行政の一環としての司法という枠組を脱却すること、つまり司法の独立を軸とした「法治国家」を建設すること、これがペレストロイカ以降今日に至るまでこの国の目標となっていることはよく知られている。

本題に入る前にお断りしておかねばならないことが二つある。一つは、対象そのものの性質に起因するところであるが、まずは対象に接近するためにいささか遠回りをしなければならないことである。用意した素材を前にしてやおら刃物を研ぐの趣があるが、今の私にはほかに手が見当たらない。訴訟という視角から歴史を見ることの意味を、西洋史学の経験から学ばざるをえないのである。

もう一つは、行政の一部としての司法という視角に立つからには、同じ特性を有する伝統中国の社会秩序との比較を試みるのが求められることである。制定法と慣習との相互関係が問題になる。筆者はこれまでロシア・ソビエト的法秩序の特性を比較法的に論ずるときに、伝統中国法をモデルとする行政規則 (Reglement) 型と近代西洋法をモデルとする権利=法 (Recht) 型という二つの秩序類型を両端とする物差しを想定し、ロシア社会を従来の通念に反して、いずれかといえば前者に近い座標上に位置づけてきた⁽¹⁾。ロシアにおける社会秩序と中国社会の構造との違いがあたためて問われる所以である。

1 国家史から法史へ—新しい視角を求めて

「人びとはどのように裁かれていたのか。一つの社会システムを知るのに、この問にまさる試金石はない⁽²⁾。」マルク・ブロックは『封建社会』の中でこう書いている。しかし、ロシア社会における社会秩序の問題を訴訟の面から考察しようとする者は、その出発点ですでに当惑することになるかもしれない。操作しうる史料の存在態様そしてまた歴史叙述の伝統が、このような研究視角に馴染むようなものとはなっていないからである。

この事情の根源にあるのはこの国における「法的なるもの」のいわば歴史貫通的な特質であろう。米国のロシア法研究者ハロルド・バーマンは『ロシアにおける裁判 Justice in Russia』と題する著書 (1950年) でソビエト法が「社会主義法であるだけでなくロシア法でもある」ことを強調するが、11世紀以降のロシア法史を通観したあとで、「われわれがロシア史を全体的に眺めそれを西洋史と比較するとき、両者のおそらく最も顕著な歴史上の差異は、法の役割が特殊かつ特異なロシアの社会関係の形式としては相対的に微弱であるということが即座に判明する」とする⁽³⁾。法的関係に比してそこで優勢に立つのは、「集団構成員の〔権利義務の担い手ではなく全体としての人間 whole man および全体とし

ての共同体 whole community に重きをおく〕内的直感によって基礎づけられたところの自生的・非形式的社会関係」だとされる。歴叙述のスタイルという問題は、歴史におけるこうした法のあり方と相関するものであることが示唆されているわけである。

ロシア的な歴史叙述の一つの典型として取り上げうるのは、19世紀に主流を形成し、今日に至るまで欧米のロシア史学に、そしてある意味ではその基本的なテーゼの克服をめざしていたはずのソビエト史学にも、持続的な影響を与えてきた、ソロヴィヨフ、カヴェーリン、チチューリン、ミリュコフら（さらにはこれを継ぐものとしてクリュチェフスキー）からなる「国家学派」史学の作品群、とりわけミリュコフの『ロシア文化史概説』全3部（初版1892-95年）である。この作品は本来「ロシアの社会生活の特徴づける基本的な諸過程と諸現象を読者に説明すること」を目的とするものであったが、法という社会現象はその章建て（住民、経済生活、国家制度、身分的編制、教会と信仰、教会と創作活動、学校と教育、の全7章）においてもまた第3章の国家体制に関する叙述においても（一・二の例外については後述）、著作の構想上なんら重要な意味を与えられていない。裁判については、身分的編制に関する章で「本来の〔法にもとづく〕行政と裁判は〔ロシア史上その形成以来〕統治権力にとっては後景に立っており、〔ロシアにおける国家形成の本体をなす〕財政的および軍事的諸制度に〔その手段として〕接続していたにすぎない」との説明がなされるに止まっている(4)。法はここではほとんどもっぱら、「最高権力 *верховная власть*」からの派生物として位置づけられるのである。

本来の、つまりサヴィニーらのドイツ歴史法学を範として出発したロシアの国家学派（この系譜に即してはじめ「法学派」と呼ばれた）の代表格とみなされるチチューリンはミリュコフの場合よりも法により近接した見地から国の進化を「法の進化」に求めたが、その法の進化とは、原初的な「氏族」（血縁関係にもとづく法）とモスクワ国家形成以前の「市民社会」（世襲領地所有者間の私的な契約にもとづく法）とを克服した「国家」（公的な法）によって初めて本史ともいふべきものに入るものであった。彼によれば、「ここでは〔イギリスやフランスと異なり〕法 *закон* ではなく権力 *власть* が大昔から国家制度の中心的な環かつ砦をなしてきた。これはロシアが広大な空間を擁しつつも住民の民度が低く無秩序で浮動する大衆をなしてきたからであり、この大衆は外からの力によってのみまとめることができた。〔社会の〕内的結びつきの不足が〔外的な力としての国家への〕厳しい服従によって補完されるのである。ここから〔農民の場合は土地したがってまた担税への、貴族の場合は国家勤務への緊縛という〕農奴法ないし緊縛法 *крепостное право* の際限ない拡張が生じ、これがすべて身分に及んで人間に自由の余地を残さなかったのである。その結果わが国では権利=法的なるもの *право* の観念がすべて消滅した(5)」のである。

同様のことはさらに、さまざまな問題をはらんでいるにしてもロシア通史としては今日に至るまでなお最も重要な作品とみなされるべきクリュチェフスキーの『ロシア史講義』（1884-85年モスクワ大学講義録）についてもいえる。彼はこの講義の初めにロシア史における「国家と社会」という二つの構造の研究の意義を論じたさい、この研究が歴史全体をカバーするものでないことに留意しつつ、研究関心が国家なканずく「最高権力」に収斂するものであることを強調していた。ソビエト史学のクリュチェフスキー評価はこの国家への叙述の収斂という点よりはむしろ国家を基礎づけるべき社会経済構造（と階級闘争）の分析の不徹底においていたが、これはこれでソビエト史学の問題関心の特性を表白するものであった。(6)。

一般史（全体史）が以上のような意味で「国家史」的な様相を呈することが歴史家の単なる方法選択の問題にとどまらず、歴史そのものに内在する特定の傾向によって規定されているとすれば、法史は通史としては制定法（法源）史という形をとるか、あるいは近代に至るまでの制定法通史を断念してモスクワ国家成立以前の中世法史に時期を限定するしかなくなる。前者の例をなすのは革命前に通史的法史の教科書として定評のあったヴラデーミルスキー＝ブダーノフの『ロシア法史概論』であり、後者の例はセルゲーエヴィッチの『ロシア法古史講義および研究』にみることができる(7)。この二例がいずれも訴訟（手続き）судопроизводство, процесс に関する簡単な説明を法史の本論（国法、刑法、民法という順序で客観的な法を論ずる）へのいわば補論として巻末に配置しているのは、本論の構想とその主たる対象そしてまた叙述方法に対応するものであった。ソビエト時代から現代に至るまでの通史的法史が「国家と法の歴史」という形をとる（「法の歴史」でも「法と国家の歴史」でもない）のも――法を国家からの派生物とするか、国家と法とを近年のイサーエフの教科書のように「相互作用と相互制約」にあるものとして位置づけるかにニュアンスの差はあるとしても――、こうした叙述の伝統を引き継いでいることによるわけである(8)。

西洋にはこれとは趣を異にする歴史叙述の伝統がある。西洋における法史叙述の底流にあり本稿における以下の行論に必要と思われる視角を、ここでは、現代ドイツの社会哲学者ルーマンの法社会学研究の成果に即して取り出してみたい。

ルーマンは『法社会学』（初版1972年）中の「社会の構造としての法」を論じた章で、前近代的・高度文化の法の例として三つのそれぞれ異質な類型を比較している。彼によれば、西洋近代法（ヨーロッパ大陸法圏とアングロサクソン法圏の法）へと発展する法の原型は、中国法および前近代ロシアの法等の場合とは違って、宗教からも支配者たちのイエからも大幅に独立し、「裁判手続きによって裁判手続きのために定立される法」として形成された（その典型はローマ法である）。この法類型形成の前提をルーマンは「政治的機能中心が全体社会のなかで優越的地位を占めること」に見るのであるが、この政治の固有の意味は、アリストテレスが歴史を振り返りつつ（原始的な伝統を背負った氏族やイエの上に立つ）「ポリスないし政治社会」に初めて獲得されたとみなした進化の成果（村落はイエの派生形態にすぎないからポリスのような作用を果たすことはできない）、すなわち自由な人間相互の関係のポリス的＝法的性格、にあるとする。法的な性格を有する政治とは、つまり、支配や決定の貫徹（それは「政治」の作用を欠いた東洋の専制的 *despotisch* な関係だけでなく、イエ的ないし家産制的な家長 *oikodespotes* の権力とこれに服する者との関係としては西洋にもみられる）ではなく、（支配・被支配の関係に立つのではない、形式的に平等な）人間としての人間、つまり別様にも行為しうる生きものとしての人間を扱う法を「制度化」するものにほかならない。ルーマンによれば、「ギリシャ人の自己解釈においては――それゆえまた旧ヨーロッパの一切の思想的伝統においては――もろもろの官職 *Ämter* と手続き *Verfahren* によって政治的に構成されているということが、理性的な法形式における自由な人間共同生活の実現のための条件とみなされたのであるが、このテーゼは社会学的に確証しうるところである(9)」。

こうした意味での「旧ヨーロッパの思想的伝統」に即して国家（思想）史を叙述した例として、われわれは国家（思想）史というよりはむしろ憲法ないし公法（思想）史の趣きをもつダントレーヴの『国家の観念－政治理論序説(10)』（1967年）をあげることができ

るであろう。

ところで、以上の把握は非西洋における法の発展を見る場合にも重要な示唆を含んでいる。ポリスの政治、ローマ法、旧ヨーロッパ（中世）の法を一つの連続した系譜として捉えるルーマンの観点は、「法 Recht」を訴訟 Verfahren の制度化というその機能の側面に着目しつつ「整合的に一般化された規範的行動予期」として定義し、ふつう法の本質的な属性とみなされる「物理的実力の行使」を強制（行為の動機づけ）の契機と区別しつつ（「法の貫徹の手段」としてではなく）むしろ規範的予期の「表出と確認の手段」として位置づけることにもとづくものである。注目されるのは、そのさい彼がこの物理的実力がそれ自体としては「力の優越」のみを条件とするにすぎず（一定の身分的秩序、役割連関、集団への帰属、情報の配分、価値観念などを条件としない）、力としていずれの方向にも利用されうる（支配的な秩序によって裏切られた規範的予期に表現を与えてこれを妥当させることもできる）ことを指摘している点であろう(11)。そこには、訴訟がある特定の歴史的条件の中で「行政化」する可能性が示唆されているからである。法が実力と未分化の原初的段階（実力闘争 Fehde、自力救済 Selbsthilfe）から出発しつつも、規範的予期として機能的に自立化せず（法は物理的実力が法の側ではなく反対の側にある場合には法であり続けることはできない）、かえってこれとは別にそれ自体として自立化したところの物理的実力の手段に化してしまうケースもその極限としては想定しうるわけである。

こうした意味での訴訟の「行政化」の一例としてロシア法の特徴を捉えることができるのではないか、というのが以下の行論での筆者の見通しである。

2 ロシア史における「裁判の行政化」－西洋との比較

ロシア史においてはいつまたいかなる要因から「裁判の行政化」が生じたのか？ 西洋法史の伝統に立つ論者たちの観察はある程度までは明瞭な結論に達している。

たとえば、現代ドイツの法制史家（リトアニア出身）ロタール・シュルツの『ロシア法史』（1951年）はニコライ二世による司法改革（とくに1864年の裁判所構成法）を説明するくだりで、「これらの規定によってロシアでは初めて司法が行政から分離された(12)」としている（「行政からの司法の分離」であって、近世西洋におけるような「司法からの行政の分離」ではないことに注目しておきたい）。だが彼はこの行政の一環としての司法がいつどのようにして始まったのかについては詳らかにしない。

また現代スウェーデンの法制史家エリク・アンネルスの『ヨーロッパ法史』全2部（1974-80年）は、18世紀までのロシア法史を叙述するさい、この時点までのロシアにおける法制改革の遅滞の原因に言及して次のように述べている。「この国は17世紀末には封建制の形態において著しく原初的でありその法的構成は脆弱であったが、これ自体は中世におけるタタールのくびき〔1240-1480年〕の帰結であった。それゆえ公法の分野と私法の分野は区別されていなかった。行政的な統治と司法の遂行も一体だったのである。ここから刑罰は行政的な手続きで、つまりツァーリの臣民に対する、あるいは封建領主の被支配者に対する恣意的な措置として課されかつ執行されたのである(13)」。

アンネルスは中世ロシア法がタタール法の影響を受けた（タタール法を「継受」した）とするのではなく、脆弱な封建的法制（社会秩序の法的規制システム）がタタール支配に

よって「破壊された」ことを強調するという点で初歩的な誤謬をまぬかれている。この封建法体系の破壊という問題をもう少し立ち入ってみておこう。アンネルスによれば、ロシアの封建制（分領公時代）は主君と従士との間に結ばれる双務的な契約に基礎づけられていた限りで西欧の場合と同様であったが、タタール支配が破壊したのはこれであった（タタールによる支配の目的は本来植民や直接的な政治的支配のためにロシアの公たちを侵すことではなく多量の貢納を徴収することにより、ロシアの公・大公に自らの徴税官を配置し、公らを統制することで足れりとした）。初歩的なロシアの封建制は2世紀以上にわたる重圧を受けて崩壊し「手の込んだ収奪の組織」へと変容した。「このような体制に馴染んでしまったロシアの公たちはしかし、タタールのくびきを払い除けた後も旧征服者の支配の手法を継続した。タタールからの解放後、ロシアのツァーリたちはタタールの大汗の権威主義的な権力類型を複製したのである。国家イデオロギーの分野では彼らは、（ローマの *caesar* に由来する）ツァーリ *царь* の称号がすでにそうであるようにビザンツの伝統に従ったにもかかわらず」というのである(14)。アンネルスの叙述が基本線では国家学派史学とくにチチュエリンの把握とほぼ重なり合うことには間違いない(15)が、ロシアのツァーリがタタールの権力類型を「複製した」というのは一種のレトリックに止まるものであって、問題をロシアの法制度の変容に即して説明したことにはならない。

この問題点を訴訟の問題に即して解明した法史研究の事例を、筆者は寡聞にして知らない。現代ロシアの歴史家ヴラヂミール・コプリンの『中世ロシアにおける権力と所有権（15-16世紀）』は、豊富な新史料を駆使してモスクワ国家（専制）の成立過程に新しい光をあてた力作である。彼はロシア史学史上久しく論争点となってきたモスクワ大公（のちのツァーリ）と旧世襲領地貴族 *бояре* および新しい勤務貴族 *дворяне* との関係という問題を解く前提として、土地訴訟に独立の一章をあてているが、そこで「〔革命後も〕歴史学上とくにチェレプニン、ポクロフスキー、そしてゴールスキーらの作品において封建領主間および領主と農民との間における土地をめぐる闘いについては綿密で詳細にわたる研究がなされてきた。しかし今日まで裁判手続きそのものの歴史はあまり考察されなかったし、土地紛争に関する法廷の人的編制の分析も存在しない。『ところでお裁きになるのはどなたか』（グリボイエードフ）という問題には、土地訴訟の処理における中央権力の役割いかんというより重要な未解決問題が絡んでいる」としているほどなのである(16)。ここにロシア・ソビエト史学が抱えてきたつまづきの石が露呈しているように見える。筆者にはこの問題に正面から立ち向かう準備はいまない。だが、既存の研究を足がかりに新しい視角で取り組めば、問題解決への糸口ほどは掴めるかもしれない。筆者がここで試みようとするのは、中世西洋における裁判権の歴史的構造とロシアにおける裁判権の特質との対比である。ここでもまた遠回りになるが、まず西洋のケースを再吟味し、そこから得られる着想をもってロシア史上の問題に当たってみることにしたい。

中世西洋における政治的支配がなによりもまず裁判権として構成されていたことは、わが国でもよく知られている。裁判権はそこでは、① 重要な収入源であったばかりでなく、② 封建的支配関係を維持するための基礎であったとされる(17)。検討を要するのは、この①と②とがどのような関係にあるか、さらにこの二つの特徴と中世裁判権のいわゆる消極性とはどのような関係に立つかという点である。

ここで先にルーマンの所説に即して触れたところの、ボリスの政治→ローマ法→旧ヨーロッパ（中世）をつなぐ「裁判手続きによって裁判手続きのために定立される法」という

系譜の意味をいま一度想起したい。これを一つの系譜としてつなぐ契機は、いわばアゴンの訴訟の特性、共和政期ローマに即して言い換えれば「いわば私的な自力救済がルールに乗せられたというだけのこと」（訴訟の二つの段階を司る法務官も審判人も法については素人であった）という訴訟の特質(18)であろう。これはゲルマン部族法にもまた中世における裁判とフェーデとの競合という構造にも通ずる契機である。先の②にいう封建的支配関係は「支配や決定の貫徹」ではなく、まさしく控えめな裁判権によって基礎づけられている。この裁判権の消極性が支配の実効性の前提となっているわけである。ブロックが「裁判する権利のみが効果的に従属者たちに義務を守らせることを可能にした」とか「裁判権は命令権の最も確実な支えであった(19)」とかいうときに念頭においているのはこれである。それは支配そのものではなくいわばその正統性根拠に関わる契機だといってもよい。いわゆる「裁判における権力分割」（ローマにおける法務官と審判人の分業、ゲルマン人における「法発見」と法強制との分離）、また中世における裁判官の役割の法廷主宰への限定（とくにイングランドにおける審理陪審の発展に明瞭に示される）はこれと関連している(20)。

他方①はローマ（少なくとも共和政期）やゲルマン社会とは全く異なる封建的社会構造の中に初めて生じてくる政治的支配の特殊な側面に関わる要素であって、近世からみればささやかとはいえ、行政（財政）的関心に由来する契機というべきものであろう。①と②とは原理と歴史的位相を異にするものなのである。旧ヨーロッパにおいても近世への途上①は次第に膨張し（刑法の財政化 *Fiskalisierung*）、②と競合しこれを変質させるようになる（糺問手続きの形成と拡大）。15世紀ブランデンブルク=プロイセンにおいて糺問に任にあたったのが（そこには伝統的な意味での法のいわば外部領域つまり「*rechtsfrei* な領域」への行政 *Polizei* の展開、言い換えれば行政権からの裁判権の分離という要因が絡む）、本来は君主の財政上の利益の確保を任務とする国庫局 *Fiskalat* ないし国庫官 *Fiskal* であったことは偶然ではない(21)。

図式的に言えば、旧ヨーロッパの政治的支配は行政的関心の契機に対する正統性の契機の優位を特徴としていたのであって、この傾向は絶対主義に傾斜してゆく時期の王権によっても容易には克服されえなかった。だが、なぜこの裁判の行政化が司法のいわば全面的な行政化にゆきつかず、たとえばドイツについてみれば、19世紀前半には逆に自由主義的傾向（罪刑法定主義、糺問主義から検察官訴追主義への転換、口頭主義・公開主義の採用、陪審制度の導入、裁判官の独立の保障等々の諸改革）に道を開くことになったのであろうか？ その要因は結論的に言えば、そもそもこの裁判の行政化を推進した主体がなお裁判権という形姿をとらざるをえなかったこと（立法権もこの裁判権の構成要素と考えられた）、君主の法制定がとくに初期においては下から（とくに領邦等族の側から）の関与をまねかれなかったこと、さらにそもそも行政そのものが本来の法の外部のしかもより「低い」位置にあるもの（法にあらざる「単なるポリツァイ」）として展開されざるをえなかったことに求めうるであろう(22)。最後の本来の法とはいわば司法に根ざす法であって、ドイツの法制史家エーベルがいう立法史上の三つの基本形式（法判告 *Weistum*、締約 *Satzung*、命令法 *Rechtsgebot*）のうち第一のものに相当しよう。エーベルは、この法判告という形をとる良き古き法が近世以降の命令法によって克服されて消滅してしまうのではなく、これらの3形式がつねに「混合してあらわれ、ついには今日の法律概念にまで到る」ことを指摘する。この指摘は、フランス民法典の編纂者の一人ポルタリスがこの民法典の

源泉を古い法共同体の法を意味するところの *loi civile, législation civile*（民事法ないし私法）に求めたことと通底するであろう。ポルタリスによれば、「経験の教えるところによれば、人間は支配 *domination* の変更は比較的容易に認めるものであるが、法 *lois* の変更はそう容易に認めるものではない」のである(23)。

さて、こうした西洋における裁判権の経緯と対比するとき、ロシアはどうであったろうか？ 時系列的に経緯(24)を詳述する暇はない。要点を端的に取り出そう。ルースカヤ・プラウダ以降の歴史の転換点がモスクワ国家の形成期（15-16世紀）にあったことは明瞭である。この転換過程は法史上かろうじて、弾劾手続きないし当事者主義から糺問手続きないし職権主義への裁判手続きの変容という標識に即して捉えられてきた。この点で比較的明晰な把握に到達したのはおそらくヴラデーミルスキー=ブダーノフであろう。クリアで圧縮された図式となっているから、長さを厭わずに引用しておこう。彼は次のようにいう(25)。

「〔モスクワ国家において〕弾劾手続き *суд* と糺問手続き *розыск* との違いが漸進的に形成される過程は以下のように進行した。〔13世紀ルーシ法典以来、1497年および1550年の〕両裁判令までの訴訟はすべて弾劾的であった。〔16世紀前半の改革で郡レベルでの警察機能をわりふられた〕グバー機関 *губные учреждения* の設置に伴い、まずは強盗事件ついで殺人および物的証拠のある窃盗について、通常の手続きから特別の訴訟形態が分化してくる。これは初めは司法手続きではなく、『札付きの悪人 *заведомые лихие люди* 』に対する捕縛と懲罰の〔警察的・行政的〕手段に過ぎなかった。だが、犯行現場で捕らえられた者だけでなく累犯者や〔1497年裁判令12条にいうように、犯行の事実とは全く無関係であっても単に〕共同体によって『札付きとみなされた *облихованные* 』〔というだけの〕者もこれと同列とみなされることになる、捕縛された『札付きの悪人』に前科がなかったかを尋問し、また全戸取り調べによって共同体の評価を突き止めようとする慣行ができる。こうして『札付きの悪人』に対する〔死刑のみに限定された〕処罰の略式的な〔行政〕手続きが裁判手続きに転化したのである。この手続きに被捕縛者の口を割らせて共犯者を聞き出すための尋問が追加されることになるが〔同前14条は拷問 *пытати* を定める〕、これは〔弾劾手続きにおけるように私人=原告の訴追によるのではなく〕国家自身が『札付きの悪人』の責任追求を行うことを意味したのである。

このようにして成立した糺問手続きは、1649年会議法典までは弾劾手続きと相並んでまたそれとは独立に存在した。会議法典の制定後、糺問主義は弾劾手続きにも浸透するようになり、ピョートル治世下には手続きはすべて糺問的になった。

モスクワ時代の法における弾劾手続きと糺問手続きとの境界は、近代における刑法と民法との境界とは一致しない。〔近代以前のロシアの訴訟の原理的な境界は民事・刑事の区別ではなくまさしく手続きそのものにあつたのであり〕民事でも農奴に関わる事件は糺問手続きにより処理され、『札付きの悪人』ではない者の刑事事件（殴打と強奪）はすべて弾劾手続きで裁かれたのである。」

細目にはいま立ち入らない。ここでは、さきにルーマンの諸説から示唆をうけて設定した観点に立って、右の糺問手続き形成過程が（史料的な関連はさしあたり見出しえないにしても(26)）ある種の並行関係を認めうる中世後期ドイツ（糺問手続きの形成期）における「ラントにとって有害な人間」に対する訴訟(27)、あるいは近世ドイツにおける「裁判の行政化」との対比において、留意すべき点をいくつか指摘するに止めよう。

① まず確認すべきは、「札付きの悪人」そしてその背後にある犯罪の概念としての「悪事 лихо дело」の意味である。裁判と自力救済との競合関係の特徴とするところのルーシ法典においては法違反の中核的な概念は обиды (不法) であった(28)が、これはその根本的な転換を意味する。「悪事」は(客観的な法の意味においてであれ主観的権利観念の意味においてであれ)何らかの実定的な法を基準とするのではなく、事実上行政の末端を担わされた農民共同体の代表者(たとえば「十字架に接吻して宣誓した五ないし六人の農民」1497年裁判令12条)が被告人に「札付きとみなす обличовать」つまり「内面的な評価により倫理的悪性を認める」限りにおいて初めて成立するものであって、そこには「客観的な意味での刑事責任 вменение の要件」が完全に欠けている(ヴラジーミルスキー=ブダーノフ)。この点でロシアの「札付きの悪人」は中世ドイツの「ラントにとって有害な人間」の観念と対蹠的であろう。後者は終始ラント(terra; Land)したがってまたラント法への敵対(アウトロー)という明確な実定的基準を備えているからである。

② むろんここではすでに共同体自身が判決を下すわけではない。判決を与えるのは、国家の行政機関(行政機能に付帯して下級裁判所としての司法機能を与えられたグバー機関)にほかならない。1550年裁判令はすべての事件を「本裁判令にもとづいて」(97条)裁くべきことを定めたが、この裁判令自体は官吏(各郡=裁判区ごとにふつう士族層から選出されたグバー長)に向けられたツァーリの命令つまり行政規則にほかならない。グバー機関は、それ自身中央の盗賊取締局の下に位置しつつ、一種の「自治」機関たるの性格づけからグバー長の補助者として上層農民および都市民から選出される宣誓人および警察職員(百人長など)を擁していた(後者は耕地の割り当て、土地境界の設定などの権限をもつ)が、この組織編成全体は農民共同体が国家により上からライトゥルギー的強制団体として掌握されたことを示すものなのである。①の指摘に関連してヴラジーミルスキー=ブダーノフのように、「法律そのものにおいて刑事分野はほとんどすべて〔罪刑法定原理と法律の諸規定とにではなく〕民衆の良心〔倫理的秩序意識〕に委ねられてしまった」とするのは誇張だとしても、行政規則そのものは農民諸個人にまで貫徹しその行為規範を直接に構成したのではなく、農民層のある特異な秩序観念(なお後述)の上にいわばその上部構造として乗っていたということに留意すべきであろう。それでも、この限りですでに「裁判所は行政と分離されず、行政機関が司法機能を遂行していた(29)」ことに変わりはない(西洋中世の裁判権について前述した特徴の②が完全に失われる)。

③ 以上のロシア的な意味での「裁判の行政化」は、ソビエト史学がつとに強調してきたように、刑罰の目的に大きな変容をもたらした。財政的目的(ロシアの場合は裁判手数料ではなく君侯による人命金および罰金の受納)のいわば一般予防(威嚇)的目的への転回(30)である(むろんこれは財政目的が消滅したことを意味しない)。だが、ヴラジーミルスキー=ブダーノフのいう糺問手続きの排他的原理への拡大という展開は、やはり近世ヨーロッパのケースとは異質であるといわざるをえない。ドイツにおける「裁判の行政化」には、ポリツァイ(行政)事項は司法事項と区別されこれによって限界づけられるという観念がつきまとい、最後まで司法事項の原理に連なる中世以来の法観念の固い核(「法の古い領分」)、つまり私的な権利に発する法(私法)の観念を同化することはできなかった。「ポリツァイ事項とは政治的な事項ないし公共の状態の利害だけを対象とするものであって、公的・私的な権利ないしその侵害を伴わないもの」だとされるのは、この意味においてである(31)。現代に至るロシアの検事監督の原型は近世ブランデンブルク=プロ

イセンの国庫局・国庫官の制度を範とするが、ピョートル時代のロシアという素地に移植されたこのフィスカルがやがてこの範型とは別様の性格を獲得したであろうことはもはや想像に難くあるまい(32)。

ロシアでは、エーベルの表現を借用していえば、ルースカヤ・プラウダの「法判告」(司法に根ざす法)の伝統はモスクワ国家の「命令法」(行政に根ざす法)によって克服された(チチューリンが「わが国では権利=法的なるものの観念がすべて消滅した」というのはこの限りで正当である)。モスクワ国家の成立と強化は、社会構造における旧貴族的扶持 кормление 制から士族(新貴族)的封地 поместье 制への漸次的転換を背景とするものであった。ロシア史上に初歩的であれ封建制類似のものがあつたとすれば、それはこの過程でツァーリを頂点とする家産官僚制国家のシステムへと変容したのである。

3 制定法と「農民慣習法」－中国との比較

われわれは先に、モスクワ国家の行政に根ざす法は農民層のある特異な秩序観念の上にその上部構造として乗っているものと想定した。この社会秩序の土台にあたる部分の意味を明らかにしなければ旧ロシアの社会秩序の全体像を説明したことにはならないが、問題はここで再び訴訟とくに「慣習法」と農民裁判所に関連してくる(19世紀ロシア社会における農民層は全人口の90%を超える比重をもった)。

比較法学上この点でもっとも興味深い観点から問題を提起してきたのは、現代フランスの比較法学者ルネ・ダヴィッドであろう。ここでもバーマンの場合と同様にソビエト法におけるロシアの「伝統法」の役割が重視されるのであるが、ダヴィッドによれば、1864年司法改革後の制定ロシア法はなお全体として私法に根源をもたない「行政の法 un droit administratif」と特徴づけられる。そこに辛うじて含まれる私法の要素も法 la loi の上に立つ専制君主が恣意的に(「民衆の意識および伝統」とは無縁に)創作したブルジョアジーの特権(その限りでの「都市の法」)をなすものにすぎず、農民大衆は引き続き彼ら自身の coutumes (慣習法)に従って生活しており、かくして「人民 le peuple の一体性は権利=法 le droit にもとづいていたのではなかった」とされるのである(33)。旧ロシア法は制定法と慣習法との二層構造をなすものとして理解されるわけである。

農民慣習法がロシアにおいて注目されるようになったのは、1861年の農奴解放からであった。農奴解放令と同時に公布された解放農民に関する一般規程(1861年)が、農民に「他の農村住民と対等の権利」を付与することを定めながら、同時に相続については「現地の慣習に則ること」を許容し(38条)、さらに通常裁判所とは別の農民同士の紛争のみを管轄する郷裁判所 волостной суд を設置し、訴訟当事者間の「調停」が成立しない場合においては「郷理事会に届出のあつた法律行為もしくは債務関係」または「農民の生活において認められている現地の慣習もしくは規則」にもとづいて事件を処理するもの(107条)としたからである。この郷裁判所は訴額100ルーブル以下の民事事件と軽微な非行を刑事事件としてを管轄し、刑罰としては6日以下の社会的労働、3ルーブル以下の罰金、7日以下の拘留、20打までの笞刑を科すことができた(ただし共同体からの分与地とは別に取得した不動産に関する訴訟は、訴額100ルーブル以下でも管轄からは除かれる)。郷裁判所の裁判官は農民中から共同体集会 сход によって選出され、法廷(裁判官3人)は2週

間おきに（通常は日曜日に）開かれるものとされる。郷裁判所の判決は最終的なもので上訴の手続きは定められていない。裁判基準としての「慣習」と制定法とくに民法典（1832年法律集成第10巻第1部）との関係に関する107条の規定の意味はからなずしも明瞭でないが、判例は「慣習」を事実上唯一の裁判基準と認めていた(34)（「慣習の支配」）。

この規程にいう「慣習」の内容は多岐にわたりここでは詳述できない。農民慣習法の權威の一人とされていたレオンチエフによれば、民法典の規定との対比におけるその特質は労働原理の優位、家族（農戸）的所有、そして共同体の生活という三つに要約され、これらの原理が婚姻、相続および物権の諸制度を貫いている（これらの問題については民法典の規定を適用することが農民の生活の実状に反する）とされる(35)。郷裁判所改革委員会委員として慣習の調査にあたったオルシャンスキーは、たとえば（これはレオンチエフも引いている例であるが）、秘蹟を中心とする制定法上の教会婚との比較において、共同体農民の世俗的結婚が特徴とする「純民事的な要素」（両性の合意、親の祝福および共同体＝ミールへの披露であるがこれらについての共同体の介入を認める）を農民慣習法の代表的事例として称揚し、そこに制定法とのあいだの深淵を見出している(36)。

問題の焦点はこうした農民「慣習」の性質であるが、これについては議論が大きく分かれる。この慣習を法（慣習法）とみる見解と、法としての性質を完全に否定する見方が存在するのである。「慣習法」派の急先鋒レオンチエフによれば、ロシアの農村の慣習に「法規へと定式化された規範」を求める者は失敗する。なぜなら「〔ロシアでは〕農民の法慣習は、民衆の法意識の段階で〔発展が〕停止してしまった。この法意識は確かに非常に安定した一様な形で現れるが、大多数の場合生活の具体的なケースに即して発現するにすぎない」からなのである(37)。注目すべきは、彼の実践的な意図は「農民の慣習法意識にもとづく民事法」の制定によって郷裁判所の発展をはかることにあったが、それも、法廷で農民裁判官が何らかの明確な規範を基準とすることなく「状況次第で」「人をみて(38)」事件に対処している実状を改善したいという関心に出るものだったことである。批判派のキスチャコフスキーはこの「慣習」には慣習法の最も基本的な標識としての「〔法・不法に関わる〕適用の一義性」が欠けていることを指摘する(39)が、これは問題の中心点をつくものである（この点では、以下に触れる中国の訴訟の特質とも関連して、一般規程107条が裁判に調停を前置していることが注目される）。農民「慣習」とは、レオンチエフ自身の認識と実践的意図から直接に帰結しうるように、それ自身は何ら法的（実定的）規範ではなく、「全体としての人間」（バーマン）つまり人々の実質的平等への直感的配慮（「全体としての共同体」）に発する、一種の状況倫理にほかならないのである。

この論点については、中国法研究の成果が参照されるべきであろう。伝統中国における法秩序は、国家制定法（清代では律）とふつう情理と称される慣習（もっぱら具体的情況、人々の無理からぬ気持、友好的な人間関係の修復に志向する倫理）との共存を特徴とする。だが滋賀秀三によれば、清代の裁判例の実証的研究に即してみる限り、この情理なるものは、「不文ではあるが内容的には一義的に定まった或る具体的な規範という要素」を欠くという点で、法としての実定性をもたない。清代中国には、例えば中世イングランドにおけるごとく「王国の一般的慣習」にもとづいて裁判を行いやがてコモン・ローを生み出していったような裁判所は存在しなかった。中国の民事裁判は、「民の父母」と性格づけられる地方長官（知州、知県）が一方では懲罰権他方では説得・勧誘を手段として当事者に受諾をせまるところの調停（聴訟）としての本質を有するものであって、「超人格的・没

個性的に妥当する冷徹なルール」を志向して行われる「勝敗判定の作業」ではなかった。国家法はここでは（大海中の冰山のように）「情理を部分的に実定化したもの」であり、情理一般の働きに手がかりを与えるという性格をもっていた、とされるのである(40)。

同じように社会秩序の二重構造もつといても、中国とロシアの間には、一方では2000年以上の歴史をもつ制定法（律令体系）と地方長官による裁判（調停）、他方ではやっと19世紀に成立した身分法的な「都市の法」としての国家法と農民身分裁判所による（調停プラス）裁判、という大きな違いがある。それにもかかわらず、中国的慣習の性質に関する以上の見方はほとんどそのまま伝統ロシアの慣習にもあてはまるというべきであろう。だとすれば、ロシアにおけるこの社会秩序の二重構造が全体としていかなる性質をもつのか、そもそも歴史的にそれはどのような成立したのか、が最後に問われねばならないであろう。

この問題は革命前ロシアにおいては、モスクワ国家形成期の「民衆裁判所」（本稿で先に触れたグバー機関）と郷裁判所との歴史的連続性の問題として議論されていた。前者が「民衆」参加の要素をもつとはいえ地方行政に関わる普通の国家機関であったのに対して、後者がそれ自体としては純然たる農民の身分機関（共同体を行政的に結合した郷の機関）にほかならないという意味では、両者間に連続性を認めることはできない（レオンチエフらの見解）。この観点からは、19世紀前半に国有地農民に関する改革の先行例はあるとしても、一般的な制度としての郷裁判所は19世紀後半になって生まれた新規の制度と考えることができる。問題はしかしその先にある。この農民共同体の「孤立性」――レオンチエフによれば「国家の中の国家」あるいは「国土〔共同体農民〕と国家との二重化」――はどのような意味をもつのか？ この問題は19世紀半ばに歴史家ニコライ・フレーブニコフによって論じられて（国家緊縛説）以来とくに法史学上は等閑視され、農民慣習法研究によってあらためて掘り起こされたものということができる。

農民共同体が国家の法的規制から切断されて孤立する転換点を、レオンチエフは18世紀、とくにその後半、ピョートル3世およびエカチェリーナ2世時代の法令にみる（とくに1762年詔書および1785年の貴族への恵与状）。領地および領民＝農奴に対する貴族の所有権の確認と国家への勤務義務からの解放（「貴族の解放」）が、国家と共同体農民との間に地主権力という障壁をつくり「農民の法的孤立」をもたらしたとされるわけである(41)。フレーブニコフによれば、「農民は土地に緊縛されたのでも〔地主という〕人格に緊縛されたのでもない。農民はいわば国家に緊縛されたのだ。農民は地主を媒介として国家の労務者にされたのである(42)」。

この見解を説得力ある形でのちに展開したのは国家学派のミリュコフであろう（ここに国家学派理論の視角の利点が現れる）。ミリュコフによれば、この転換におけるもっとも重要な要素は地主貴族の共同体農民に対する無制限の（法によって拘束されることのない）裁判権の確立（農民の国家制定法の作用からの遮蔽）であった。「政府は当然のことながらますます地主と農民との内部関係に介入する動機を失っていった。この内部関係の領域は何ら法令の関与するところではなくなった」。1861年の農奴解放がこの地主の裁判権を廃止する。「新法が旧法に入れ替わったのではなく、新法が法律の見地の完全な空白を埋めたのである(43)」。

新法（ここでは郷裁判所の設置を定めた1861年の解放農民に関する一般規程）が引き起こした問題は、われわれがすでに見てきた通りである。空白は「法律学的見地」によって

充填されたのではない。むしろ法律学的見地（本稿の見地からいえば「裁判にねざす法」）の欠如という真空状態を露呈したにすぎなかった（農民慣習は慣習法ではない）。

伝統ロシアの社会秩序における慣習と制定法との関係には、中国の、大海とそこに浮かぶ氷山にたとえるような有機的關係が存在しない。「法ニヒリズム」というネガティブな用語を除けば、ロシア民衆の慣習には中国の「情理」にあたるようなそれなりにポジティブな規定を有する名称さえないことも、このことと関連している(44)。近代のロシア社会そしてとくに革命後のソビエト社会はミリュコーフのいう「新法」さえも払いのけることによって、いわば国家の「命令法」と社会（＝「国土」）における法の真空との、いわば分裂的な二重構造を現出したというべきなのである。しかも新生の上部構造に比してこの真空の土台は巨大な規模と、中国の情理圏とは比べるべくもないが、それなりの安定的な構造をもっていたとみざるをえない（「上からの革命」がこの国で一つの伝統をなすのはこのためであろう）。この点で、行政の一環としての司法がある種の「民衆法 Volksrecht」に立脚していたというルーマンの立論(45)は、（前近代のロシアについても）疑問とされよう（先に引用したダヴィッドの見解も *coutumes* が慣習法と読まれうる限りでは、歴史に即した正確な理解とはいえない）。

ソ連邦中央執行委員会議長であったミハイル・カリーニンは1925年のある公式会議の演説で、こう演説している。

「多くの人々は適法性 *законность* [=法治主義] を通達や厳格な行政的施策とやらで確立しようと考えている。こうした措置の意味を否定するつもりはないが、それだけで適法性を導入できると考えるのは素朴に過ぎる。わが国では過去、適法性が名誉ある地位を占めたことは一度もない。存在したのは、大衆の完全な無権利状態、地主については資本家の刑罰逃れ、官吏の公認の汚職、担税者も対する地方権力の全き行政的恣意、これなのだ。こうした状態が何年・何十年というより何百年も続いてきた。民衆の法意識はこうした強者が弱者を喰らう素地のうえに生まれ育ったのである。法や法律にはいかなる敬意も民衆の中にはなかったし、またありえなかった。法律は法律、生活はおのが道をゆく、という次第なのだ(46)」。

法治国家の建設という目標は、この国においては19世紀半ばの改革のあと、社会主義革命の権力の命数が尽きようとした時期（ペレストロイカ）に改めて設定され、今日に至っている。1世紀余り前に提起された「行政からの司法の分離」がなお、焦眉の課題なのである。

(1) 大江泰一郎『ロシア・社会主義・法秩序』（日本評論社、1992年）、同「ロシアの法文化－その歴史的構造」『比較法研究』60号（近刊）、参照。

(2) ブロック（堀米庸三監訳）『封建社会』（岩波書店、1995年）445頁。

(3) バーマン（明山和夫訳）『ソヴェト法制度論』（朋文社、1956年）103, 186, 187-189頁。

(4) П. Милоков, Очерки по истории русской культуры, Ч. I, 6-е изд., СПб., 1909, С. 17-18, 291. ミリュコーフの業績とその意義については鳥山成人『ロシア・東欧の国家と社会』（恒文社、1985年）第9章が詳しい。

(5) Б. Чичерин, Курс государственной науки, ч. I, М., 1894, С. 403. なお現代ロシアにおける国家学派の評価については、А. Л. Шапиро, Историография с древнейших времен до 1917 года, М., 1993, Лекции 22, 23, 32 参照。

- (6) クリュチェフスキー（八重樫喬任訳）『ロシア史講話』第1巻（恒文社、1979年）47, 48頁。ソビエト史学（アレクサンドロフおよびジーミン）によるクリュチェフスキー評価については V. O. Ключевский, Сочинения, Т. I, М., 1956, С. 8-9 参照。この傾向は今日まで基本的には変わっていない（См. Шапиро, Указ. соч., С. 535-536）。
- (7) М. Ф. Владимирский-Буданов, Обзор истории русского права, 2-е изд., СПб; Киев, 1888; В. Сергеевич, Лекции и исследования по древней истории русского права, СПб., 1899.
- (8) И. А. Исаев, История государства и права, М., 1995. ソビエト時代の代表的な革命前ロシア法史教科書としては С. В. Юшков, История государства и права СССР, Ч. I, М., 1961がある。
- (9) ルーマン（村上淳一・六本佳平訳）『法社会学』（岩波書店、1977年）177-178, 186-189頁。ルーマンのギリシャの法について理解はルイ・ジェルネに負うところが大きい（同183頁の注25および208頁の注22参照）、後者の研究（アゴンの訴訟）のもつ意義については、野田良之「私法観念の起源に関する一管見」『私法学の新たな展開』（有斐閣、1975年）参照。
- (10) A. P. d'Entrèves, *The Notion of the State*, Oxford, 1967. 石上良平訳『国家とは何か』（みすず書房、1972年）。
- (11) ルーマン、前掲、124-125頁。
- (12) シュルツ（埴浩訳）「ロシア法制史概説」『西洋諸国法史』（上）埴浩著作集第九巻（信山社、一九九二年）七九二頁。
- (13) ここで利用しているのはアンネルス同書のロシア語版である。Эрик Аннерс (Erik Appers), История европейского права, М., 1996, С. 258.
- (14) Там же, С. 252.
- (15) この点に関するチチェーリンの言及について、大江泰一郎「ソビエト法学における〈義務の法〉の観念」藤田勇・杉浦一孝編『体制転換期ロシアの法改革』（法律文化社、1998年）307-308頁参照。またロシア史における「タートルのくびき」をめぐる議論については、栗生沢猛夫「分領制ロシアの時代」田中陽兒ほか編『（世界歴史大系）ロシア史』第1巻（山川出版社、1995年）147-149頁参照。
- (16) В. Б. Кобрин, Власть и собственность в средневековой России (XV-XVI вв.), М., 1985, С. 162.
- (17) 堀米庸三「中世後期における国家権力の形成」同『ヨーロッパ中世世界の構造』（岩波書店、1977年）219頁以下、ブロック、前掲、446頁、参照。
- (18) 村上淳一『〈法〉の歴史』（東京大学出版会、1997年）99-102頁参照。
- (19) ブロック、前掲、446頁、マルク・ブロック（河野健二・飯沼二郎訳）『フランス農村史の基本性格』（創文社、1959年）122頁。
- (20) 裁判官の役割の法廷の主宰 *preside; présider; präsidieren* への限定という点について、プラクネット（伊藤正己監訳）『イギリス法制史 総説篇』上（東京大学出版会、1959年）258頁、ブロック『封建社会』451, 457頁、A・ジェラルド（池田健二訳）『ヨーロッパ中世社会史事典』（藤原書店、1991年）139頁、H・シュルツェ（千葉典夫ほか訳）『西洋中世史事典』（ミネルヴァ書房、1997年）73, 119, 269頁、M・ウェーバー（世良晃志郎訳）『法社会学』（創文社、1974年）297頁、また「裁判における権力分割」について、ウェーバー、同前、318, 352頁、参照。
- (21) 村上淳一「法律の『一般性』について」鈴木禄弥・五十嵐清編『ドイツ法概説』（東京大学出版会、1971年）96-97頁、同『近代法の形成』（岩波書店、1979年）200-201頁、参照。
- (22) 村上『近代法の形成』221-222頁、クレッシェル（石川武監訳）『ゲルマン法の虚像と実像』（創文社、

1989年) 231-235頁、W・エーベル(西川洋一訳)『ドイツ立法史』(東京大学出版会、1985年) 117-118頁、参照。

(23) 以上につき、エーベル、同前、10, 119頁、村上淳一「ヨーロッパ近代法の諸類型」平井宜雄編『社会科学への招待—法律学』(日本評論社、1979年) 55頁、参照。ポルタリス(野田良之訳)『民法典序論』(日本評論社、1947年) 1頁(ただし訳文は村上・上掲による)。

(24) さしあたり19世紀の司法改革までの歴史の里程標となる主要な法令をとりあえず列記しておけば、以下ようになる。ルースカヤ・プラウダ(ルーシ法典、11-12世紀)、ノヴゴロド裁判法(15世紀中葉)、プスコフ裁判法(15世紀後半)、1497年裁判令(イヴァン3世の裁判令)、1550年裁判令(「ツァーリの裁判令」)、1649年会議法典(「アレクセイ・ミハイロヴィッチ帝の法典」)、ロシア帝国法律集成(1832年)。このうち1497年法典から会議法典までがモスクワ時代に属する。

(25) Владимирский-Буданов, Там же, С. 533-534 (Ср. С. 281-282). この把握はソビエト時代のおそらく最も詳細な比較法的刑事訴訟法史とみられる М. А. Чельцов-Бebutov, Курс советского уголовно-процессуального права, Т. I, М., 1957, С. 656-673 の叙述のベースとなっている。本稿が以下の行論で依拠するのは主としてこの2著である。

(26) ロシアの法史家の中にはある史料にもとづいて、1497年裁判令がカール5世刑事裁判令(カロリナ)の成立に刺激を与えたとする見方が存在する。Л. В. Черепнин, Русские феодальные архивы XIV-XV вв., Ч. 2, М., 1951, С. 385 参照。

(27) 若曾根健治『中世ドイツの刑事裁判』(多賀出版、1998年)、G・ラートブルフ(若曾根訳)「カロリナにおける略奪」『熊本法学』85号(1995年)、参照。

(28) 不法 Обида = Beleidigung については、勝田吉太郎「ルス法典研究」『(京大)法学論叢』59巻2号(1953年) 98頁、О. Е. Частякова, А. Д. Горский, Введение к тому, в кн.: Российское законодательство веков, Под общ. ред. О. Е. Частякова, Т. 2, М., 1985, С. 27, 参照。

(29) Частяков, Горский, Там же, С. 26.

(30) Там же, С. 27.

(31) К・クレッシェル(石川武監訳)『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社、1989年) 247, 250頁。

(32) 小田博『スターリン体制下の権力と法』(岩波書店、1986年) 117-118頁参照。現代の検事監督制度については、大江泰一郎「ロシアにおける司法改革の課題」『第2期エリツィン政権下のロシアの立法動向』(外務省欧亚局ロシア課、1998年) 参照。

(33) René David et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10e édition, Paris, 1992, p. 131f.

(34) А. А. Леонтьев, Крестьянское право, Изд. 2-е, СПб., 1914, С. 356-357.

(35) А. А. Леонтьев, Волостной суд и юридические обычаи крестьян, СПб., 1895, С. 10, 13. マックス・ウェーバーのロシア革命論は後述のキスチャコフスキーの個人的な示唆によるところが多いとされるが、「共産主義とそれに由来する農民の革命的な自然法」という発想(林道義訳『ロシア革命論』福村出版、1969年、133-135頁)も本文にいう農民慣習法の原理と重なるところがある。

(36) И. Г. Оршанский, Народный суд и народное право, в кн.: Исследования по русскому праву обычному и брачному, СПб., 1879, С. 39-40.

(37) Леонтьев, Крестьянское право, С. 354.

(38) Леонтьев, Волостной суд и юридические обычаи крестьян, С. 2, 61.

- (39) Б. А. Кистяковский, В защиту права, в кн.: Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции, М., 1909, С. 143. キスチャコフスキーの法理論については、大江『ロシア・社会主義・法文化』136-139頁参照。
- (40) 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）290, 242, 354-355, 367-368頁。滋賀の研究の意義については、寺田浩明「清代司法制度における『法』の位置付けについて」『思想』792号（1990年6月）参照。
- (41) Леонтьев, Крестьянское право, С. 4-8.
- (42) Цит. по указ. соч. Владимирского-Буданова, С. 142.
- (43) П. Н. Милоков, Очерки по истории русской культуры, Ч. I, 6-е изд., СПб., С. 265-268.
- (44) 筆者は旧稿でこれをソビエト体制における「法外的秩序」の問題として論じたことがある。大江泰一郎「ロシア法—今どのような講義が可能か？」『比較法研究』57号（1996年）参照。
- (45) ルーマン『法社会学』188頁。
- (46) М. И. Калинин, Избранные произведения, М., 1975, С. 101-102.

* 本稿で引用した欧語文献の訳文は、邦訳を挙示している場合にも行論の都合で変更している場合がある。

第3章 法と秩序の歴史的構造－ロシアと西洋

1 課題と方法

世界史上のさまざまな法文化について近代西洋法（Recht 型）と帝政中国法（Reglement 型）を両端とする一つのスケールを想定するならば、ロシア法は、形式的には18世紀以降西洋法から多くの要素を受け入れたにもかかわらず、帝政期からソビエト期末まで（そしてまた現代においても基本的にはなお）その法秩序の構造的な型すなわち社会秩序における法の役割、基本的な制度のあり方および法思考の型において、いずれかといえはむしろ後者に近い座標に位置づけられるものと考えられる(1)。本報告は、ロシアが地理学的には（少なくともその政治的中心部の位置からして）ヨーロッパに、言語系統的には印欧語族（スラヴ語派）に、宗教上はキリスト教圏（正教会）に属するにもかかわらず、その法文化がいつまたいかにして西洋のそれと分岐するに至ったかを、ロシアと西洋とを対比しながら可能な限り社会構造史的に考察することを課題とする。

2 裁判と法

R・ダヴィッドはH・バーマンらの研究を参照しつつソビエト法に対する旧ロシアの法文化の影響を強調する文脈において、この伝統法の特徴として実定法体系全体についてはその「行政の法 (un droit administratif)」としての性格を、また法思考の型については「〔行政ではなく〕司法に由来する法の伝統 (la tradition juridique) および権利=法 (le droit) 感覚の弱さ」を、あげている(2)。ダヴィッドがロシア法の文化的な型の認識において司法と行政との関係に注目していることは興味深い。

(1) 西洋

西洋において裁判所は元来「社会の機関(3)」として形成されてきた。野田良之がかつて近代私法の起源を問いながら古代ギリシャのアゴンの訴訟観に論じたように、西洋的訴訟の根源は「二当事者のいずれかの権利を確定するものではなく、 $\alpha\gamma\omega\nu$ の勝利者（勝訴者）に強制執行の権能を与えたにすぎない」という点(4)、つまり二個人間の実力闘争（自救行為）を一定の条件のもとで公認することにあった。J・プライケンが共和政期ローマにおける訴訟の特質を「いわば私的な自力救済がルールにのせられたというだけのこと(5)」に求めるのも同旨である。中世盛期の領主権力はふつう裁判権 (imperium, jurisdictio, justitia) を中核として構成されたが、ここでも、領主は一般に法廷を「主宰」し判決の執行を確保する地位を占めるにすぎず、判決自体はこの権力に直接には属さない審判人によって下されるのを常とした。ちなみに、大陸法とコモン・ローとの分岐（後者におけるローマ法の影響の遮断）の一つの重要な契機となったのも、一二世紀イングランドにおけ

る判決陪審の導入（実はアングロ・サクソン期以来の手續の拡大）という司法上の事情であった(6)。

もっとも西洋（とくに大陸）でも近世の絶対主義下においてはラント平和令による実力行使(Fehde)の禁止に伴って職権的糾問的な裁判手續が拡大され、刑事事件が司法事項から除外されて裁判の「行政化」が進行する局面は存在した。しかし近代への過程における裁判の安定化（正義つまり裁判官の裁量に対する法的拘束）への要求の高まりのなかで、しばしば伝統的な刑事裁判観や学識ローマ法の理論に媒介されつつ、これもやがて罪刑法定主義と自由主義的な諸改革（検察官訴追主義への転換、口頭主義や公開主義の採用、陪審制度の再導入、裁判官の独立等々）によって克服されてゆく(7)。

こうした行政と司法との関係について重要なのは、ここでは――古典古代を措くとすれば――近代（大陸では制定法が法源の主要な形態になる）以前つまり中世に、ルーマンの示唆するように法（慣習法）がはやくも「社会の構造 (Struktur der Gesellschaft)」つまり全体社会システムの境界と選択様式を定める一つのしかし不可欠のシステム(8)としての地位を得るという事情であろう。旧ヨーロッパの政治社会 (societas civilis) が「法共同体」としての性格をもち、またこれが克服されたのちの近代社会が「法の支配」の観念によって特徴づけられるのも、この事情に由来する。

(2) ロシア

ロシアの一九九三年憲法では司法に対する行政の優位を象徴的に示すソビエト期以来の「検事監督」制度の存否が開かれた問題として保留されていたが、一九九五年の検察庁法により結局この西洋とは原理的に異質の制度の維持に改めて道が開かれた(9)。

検事監督の原型は一八世紀初めのピョートル改革に見いださる。ピョートルは体系的立法に成功せず一六四九年の会議法典（アレクセイ・ミハイロヴィッチ帝の法典）をそのまま現行法として維持したが、「銃兵の乱」事件の処理に見られるようにこの法典下においてはすでに行政と裁判は原理的に区別されなかった。この法典の特徴をなす刑事事件とくに「名うての悪人」（殺人、略奪等）に対する徹底的な糾問手續は一四九七年の裁判令（イヴァン・ヴァシーリエヴィッチ大公＝イヴァン三世制定）に由来する。一六四九年法典にはこの一四九七年裁判令とその後続法令のほかビザンツ法やリトアニア法さらにはザクセン・シュピーゲルの影響さえ認められるが、それはこれら諸法の単なる集成ではなく19世紀の法制史家ヴラヂーミルスキー＝ブダーノフのいうように諸法をまさに「旧モスクワ国家の法の精神(10)」によって――つまり上からの「行政の法」の原理によって――結合したものであった。一五世紀末（イヴァン三世治世）における専制の成立とその背景をなす社会構造の変化（イムニテートを伴う扶持制 кормление からプフリュンデ的な門地制 поместье への転換）に伴い、旧分領制時代の裁判組織はツァーリの地方官によって置き換えられ、同時に裁判手續の変質が進行したのである。この過程は統治権力の行政的集権化という点において、歴史家M・ブロックがフランク時代以降のヨーロッパについていう「裁判権の細分化(11)」（権力の分散化とその裁判権的構成）とちょうど正反対の方向を示している。ここでは司法に由来する法ではなくいわば行政が「社会の構造」をなすことになるわけである。

一四九七年の裁判令に先行するのは――一四――一五世紀の共和政ノヴゴロドおよびプスコフ（いずれもやがてモスクワ国家に吸収された）の裁判法を措くとすれば――キエフ国家時代のルーシ法典（ルースカヤ・プラヴダ）である（――一二世紀に段階的に成

立)。これは簡素ではあるが弾劾手続を特徴とし、また全体がカズイスティックな「贖罪金のカatalog」の観を呈する点においても採用されている証明方法（神判、雪冤宣誓など）においてもサリカ法典に比肩しうるものであって、ゲルマン部族法とほぼ同じ社会構造によって基礎づけられたものであった。だがこの法典は、行政権力外の審判人の活動を示す規定と並んで、公（князь = König）が自ら判決を下す制度や人命金（вира = Wergelt）を被害者ではなく公に支払うことを求める規定に見える、西洋中世法とは異質の要素をも――おそらくはビザンツ法の屈折した影響のもとに――すでに備えはじめていたのである。

このようにルーシ法典から一四九七年裁判令および1649年法典を経てピョートル改革に至る展開(12)は直線的ではなく、モスクワ国家成立期に裁判の性格に大きな変容が生じている。ハスキンスが西洋についていう「十二世紀ルネサンス(13)」と対比すれば、ほぼ同時期の歴史環境としての「タタール・モンゴルのくびき」（一二四一―一四八〇年）の果たした役割は――モンゴル法のインパクトは歴史家が共通して認めるように無視しうるにしても――歴史環境としては決定的であろう（ロシアは *corpus juris civilis* から聖界権力と世俗権力との対抗図式からも政治思想におけるアリストテレス的伝統の復活からも影響を遮断されていた）。西洋文化との最も際立った切断線の一つがここに見えている。

一八六四年の司法改革（治安判事制と普通裁判所の二元的司法制度、下級審における陪審制の導入などを柱とする行政からの「司法の分離」の試み）は、多くの制約と不徹底さを持ちながら以上の歴史的経緯のなかでは西洋型司法（フランス＝イギリス・モデル）への転換の重要な一步であった。しかし同時代のロシアの社会構造によって下から支えられたものではなかったという限りで、この美点は逆に改革全体にとって大きな弱点となった。逆説的にみえるかもしれないが、十月革命以後の社会主義司法の歴史はこれとは逆にこのロシアの社会構造の中でいわば「下から」支えられて展開したものとというのである。現代のロシアにおいては一九世紀の改革の到達点があらためて当面の課題とされるのであるが、この課題は再びより深刻な社会構造の問題に直面することになる。

3 所有と権力

近代の法秩序全体の基本構造は、J・ボダンがその『国家論』で所有権と主権との関係として示唆し、やがて一七九八年人権宣言一六条が「権利の保障が確保されず権力の分立が規定されないすべての社会は *constitution* をもつものでない」という形で定式化したところにその集約的表現をみることができる(14)。公的権力は私的所有権の不可侵性という限界によって制約され（つまり権利＝法によって制限された権力＝主権として構成され）それゆえにまた諸権力として分立してきたわけである。十月革命前ロシアにおける無制限の専制権力と国家的所有権をはじめとする多種多様な所有権制度の併存を特徴とする法秩序はこうした西洋的な構造と対蹠的であるが、この伝統ロシア的な法秩序の構造は主権としての構成を欠いたプロレタリア独裁（「人民専制」「人民権力」）と所有権制度の多元性（一九三〇年代後半以降では国家的所有権・協同組合的所有権および個人的所有権）との相関というという形に変容されて社会主義体制に継承された。この限りで旧社会主義的法秩序は「近代的」（西洋的）法秩序の止揚形態でなかったことに留意すべきである。

(1) 西洋

近代西洋における所有権と主権との相関構造は、社会的に見れば、ここに固有な市民的公共 (bürgerliche Öffentlichkeit) によって媒介されるが、ハーバーマスもいうように、この市民的公共そのものは中世盛期に源を発する (societas civilis から bürgerliche Gesellschaft への) 「市民社会の独特の発展史」から取りはずして考えることはできない。この発展史の起点をなしているのは、土地に対する私的な支配権と公的な支配権とがそこで一つに融合し正統に獲得された私権として構成されるところの dominium である(15)。近代の所有権概念はこの dominium (とくに下級所有権 d. utile) の学識ローマ法や普通法法学あるいはコモン・ローによる再構成の結果として作りだされた (現実の制度の形成にはコモン・ローの歴史により顕著に見られるように司法活動が果たした役割が大きい)。このことは、主権の概念について (大陸で) 「dominium という中世理論から sovereignty という近代理論への推移は、主としてローマ法の源泉からの merum et mixtum imperium et jurisdictio (純粋なあるいは混合的な命令権ないし裁判権) の解釈の変化という形で行われた(16)」とされる事情と表裏する。

近代的な所有権と主権との相関構造は、以上のように、法が「社会の構造」として形成され持続した歴史環境 (中世→近代の西洋) において、中世の形成物 (dominium) が古典古代の遺産 (ローマ法) または法曹法という意味で通底するその機能的等価物 (コモン・ロー) により、近代の社会構造 (国家ないし政府と市民社会との二元性) に照応する形で加工されたという意味で、古典古代・中世・近代の諸成果の錯綜した成層構造 (stratigraphy) として成立することになる。それは理念的に表象された近代社会ましてや市場経済からの単線的な論理的流出物として把握されうるものではない。

(2) ロシア

ロシアの所有権 (собственность) という用語は一八世紀後半エカチェリーナ二世 (「啓蒙的専制君主」) の時代にローマ法思想の影響のもとに propriété ないし Eigentum から造語されたものであった。一八三二年の民法典 (法律集成一〇巻一部) ではそれが「民事法律の定める手続により排他的かつ他の者から独立して永続的かつ世襲的に財産を占有・使用および処分する権力」(四二〇条) と定義される。この所有権概念は貴族の土地所有をモデルとして構成されたものであって、所有権は占有つまり物の直接的・実質的な支配と不可分に結合されておりまた権力 (власть = Gewalt) として農奴に対するいわば公法的な人格支配を含意する限りで、例えばほぼ同時期にサヴィニーが私的自治の論理により純経済的・私法的に権利を定義づけていった「意思の力(17)」(willensmacht) とは大きく隔たっている。

貴族 (дворяне) の土地支配は西欧のレーエン (封地) とは異なり (ソビエト史学を別として一九世紀ロシア史学と現代欧米史学の通説は旧ロシアにおける「封建制」の存在を認めない)、もともとモスクワ国家において国家勤務の遂行を条件とするプフリュンデ (給録) として一代に限り与えられたもので、ピョートル時代にこれが「不動産」として旧諸公の自有世襲地 (вотчина) と制度的に統合されるとともに世襲化されていき、さらにエカチェリーナ時代に国家勤務条件から解放されて (いわゆる「貴族の自由」) 「所有権」として構成されるに至ったものであった(18)。西洋におけるレーエン関係が学識ローマ法によって上級および下級の分割所有権 (dominium directum, dominium utile) として構成されたとすれば、ここで基盤となっているのは上述の行政的中央集権化つまり専制君主と国家

勤務者 (служилые люди) との家産官僚制的な関係であって、そこからは勤務者の「所有権」が私的な原理として家産君主の権力の限界を画するという構造は生成してこない。ロシア皇帝の権力は主権としてはではなく「専制にして無制限なる君主」として構成され(法律集成一卷一部一条)、「実定的法律、設置法、規則という堅固な基礎に立って統治する」という自己制約の論理(同四七条)は「適法性」(законность)として観念された。

ここでは不動産支配が西欧的な dominium とそもそもその構造を異にし学識ローマ法による再構成の機会も逸してきたことから、所有権は所有主体別に多様なままカズイスティックに制度化され併存し続けた(二〇世紀のストルイピン改革後で国有地、皇室所領、宮廷地、修道院・教会所領、長子相続地、私有地、ポセッション地、団体所有地など(19))。例えば「国家的所有権」(国有地の所有権)はいわば私法的な所有権と公法的な国家権力との一体性を特徴とするわけである(別様の解釈もある)。また大部分の地域で農民が共同体(ミール)的土地利用下にあったことから、西洋の農民層において中世以来フーフエ(Hufe; mansus)と結びついて発展したような所有権観念の発展は一ーストルイピン改革後のフートルやオートルプなどに至るまでは一見られなかった(「土地は誰のものでなく神のものである」や「土地は神と君主のものである」の諺)。十月革命後の土地その他の生産手段の「国有化」(国家的所有権の再生)はこうした背景の下ではじめて可能な選択だったわけである。

4 むすびに代えて

十月革命後における私的所有権制度の廃止を中心とする社会主義的変革は、多元的所有権制度(ただし私的所有権の廃止)、専制(ツァーリ専制から「人民専制」=プロレタリア独裁への移行)、適法性(「革命的」ないし「社会主義的」適法性としての再生)、検事監督制度(司法に対する行政の優位)の復活などに見られるように、基本的には旧・法秩序の構造的型(レグルマン型)の内部で行われた。現代ロシアにおける「市場経済移行」は、「私的所有権」制度の再導入や人民主権原理の受容を伴うが、多元的所有制度も「人民権力」観念や主権を主として対外的独立の意味での「国家主権」と解する観念も残存しており、検事監督の維持に見られるように1864年司法改革以前に復帰する要素も否定しない。この国にとって法秩序の近代化ないし西洋化(「法治国家」の建設や法における4「世界的標準」の獲得)はいまだ時間を要する多難な課題というべきであろう。

(1) 大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化』(日本評論社、一九九二年)第一章参照。

(2) David, R. et Jauffret-Spinozi, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10e édition, Paris, 1992, p. 131f.

(3) E・エールリッヒ(河上・フーフリヒト訳)『法社会学の基礎理論』(みすず書房、一九八四年)一一〇頁。

(4) 野田良之「私法観念の起源に関する一管見」我妻栄追悼記念『私法学の新たな展開』(有斐閣、一九七五年)四一頁。

(5) J・ブライケン(村上・石井訳)『ローマの共和制』(山川出版社、一九七五年)一六三頁。

(6) 小山貞夫「陪審制と職権的糾問手続への史的岐路」広中俊雄ほか編『法と法過程』(創文社、一九八六年)参照。

- (7) 村上淳一『近代法の形成』（岩波書店、一九七九年）第四章、若曾根健治『中世ドイツの刑事裁判』（多賀出版、一九九八年）「むすび」、参照。
- (8) N・ルーマン（村上・六本訳）『法社会学』（岩波書店、一九七七年）第三章参照。
- (9) 大江泰一郎「ロシアにおける司法改革の課題」『第2期エリツィン政権下のロシアの立法動向』（外務省欧亚局ロシア課、一九九八年）参照。
- (9) Владимирский-Буданов, М. Ф., Обзор истории русского права, 2-е изд., Киев, 1888, с. 210.
- (9) ブロック（堀米庸三監訳）『封建社会』（岩波書店、一九九五年）四四八頁以下。
- (10) 以上ロシアにおける裁判制度の通史については前注(10)文献のほか、とくに刑事裁判につき Чельцов-Бebutov, М. А., Курс советского уголовно-процессуального права, т. I, М., 1957, с. 621-833 を参照。
- (10) C・H・ハスキンス（別宮貞徳・朝倉文市訳）『十二世紀ルネサンス』（みすず書房、一九八九年）参照。
- (11) L・デュギー（堀真琴訳）『法と国家』（岩波文庫）一六六―一六九頁、大江泰一郎「社会主義憲法と戦後憲法学」樋口陽一編『講座・憲法学』別巻（日本評論社、一九九五年）一〇〇頁、ボダンの理論については成瀬治『近代市民社会の成立』（東京大学出版会、一九八四年）第三章、参照。
- (12) ハーバーマス（細谷貞雄訳）『公共性の構造転換』（未来社、一九九四年第二版）一、一六―一九頁参照。
- (13) C・H・マクワルワイン（森岡敬一郎訳）『立憲主義―その成立過程』（慶応通信、一九六六年）一四〇頁注三六。
- (14) 村上淳一「ドイツ『市民社会』の成立」法学協会雑誌八六卷八号（一九六九年）九三七頁、同『近代法の形成』（岩波書店、一九七九年）一九三頁注九、参照。
- (14) ロシアにおける所有権制度略史として、Г. Ф. Шершеневич, Учебник русского гражданского права, 10-е изд., М., 1912, с. 267-272 参照。
- (15) Аксененок, Г. А. и др. (ред.), Общая теория советского земельного права, М., 1983, с. 11-22.

* 付記 本稿は、『比較法研究』六〇号（一九九九年二月刊行予定）に「ロシアの法文化―その歴史的構造」と題して掲載した比較法学会報告要旨で割愛せざるをえなかった注記を復活し内容を若干補充した、同一論文の別ヴァージョンをなすものである。また本稿の姉妹編として、大江泰一郎「ロシア史における訴訟と社会秩序」『歴史学研究』七一七号（一九九八年）がある。合わせてご参照いただければ幸いである。なお、本稿は文部省科学研究費補助金（課題番号08620015）を受けた研究成果の一部である。

第4章 ソビエト法学における〈義務の法〉の観念 ーソビエト国法学史を中心として

はじめに

一九九一年のソ連邦したがってまた社会主義体制の崩壊とともにソビエト法学は消滅した。ここでソビエト法学と言っているのは、むろん一九三〇年代後半にスターリン憲法の制定（一九三六年）を画期(1)として成立した「ソビエト社会主義法学」のことである。そのソビエト法学が何をなした何をなし得なかったのかを、ここでは政治に比較的直接的な関連をもつ「国法学」（わが国ではふつう「憲法学」と言い換えられている）を中心に考えてみたい。というのもこの国法学にこそソビエト法学全体のもっとも深刻な弱点がはらまれていたと見られるからであり、またこの主題の検討を通じて、体制転換が危機からの脱出にまだに連動しそうにないこの国の現状がはらむ秘密にも、何ほどかの照明をあてることができるのではないかと思われるからである。

小論はクロノロジカルなソビエト法理論史の叙述をめざすものではない。むしろもっぱら問題の所在とその問題の思想的な性格をさぐることを主眼とする。以下の行論がいささか錯綜したものになることが予想されるので、まず問題の糸口をここで端的に示しておくことにしよう。ヘルベルト・マルクーゼ(H. Marcuse)はソ連におけるオデオロギーの倫理ないし道徳のレベルに照準を合わせた『ソビエト・マルクス主義ー批判的分析』（一九五八年初版）の共産主義道徳に関する章の冒頭で、次のように指摘しているー

「最初からわれわれが直面するのは、共産主義道徳の特殊原則と「人間道徳」の普遍的「原則」が、ブルジョア的倫理のそれと驚くほど似かよっているという事実である。／ソビエト憲法〔一九三六年〕が、「市民の基本的権利および義務」の宣言に関して「ブルジョア民主主義的」イデオロギーと実践を引き写したように見えるのとまったく同じことがまた、倫理諸原則のソビエト的表現にもあてはまる。イデオロギーと現実の食い違いは指摘するまでもない。ー〔それにもかかわらず〕模倣もしくは同化の事実が厳として存在している(2)。」

マルクーゼはここで逆説で意表を突く効果をねらっているわけではない。正面から「同化」（ブルジョア民主主義の諸原理との assimilation）を認めているのである。よく知られているように、われわれとわれわれに先行する世代の日本の研究者たちはスターリン憲法と西欧近代憲法との基本権（人権）に関する規定の原理的対立を強調してきた。これはマルクーゼの行き方とは逆であって、むろんその意味はソビエト理論と同一ではないにしても、実はそれが主張するところと揆を一にしている。

私がここで従来の行き方を改めてマルクーゼの視点を採るのは、一つにはソビエト法理

論についてのいわば思い入れ的な「内在的」理解とその限界を脱したいと考えるからであるが、それは同時に過去の思考方法への自己批判を前提としている。ここで筆者が意図しているのは、自らの能力に余る過大な目論見にならざるをえないとしても、可能な限り、マルクス思想とソビエト・マルクス主義ないしソビエト法学とをそれぞれ異なる思想的なパラダイムとして近代以降の思想史の中に位置づけ、このソビエト・マルクス主義を西欧思想のパラダイムと突き合わせることによって、それをいわば思想の内側から（ということとは比較という外側から見ることを自覚する視点に立って）検討し直すことである。

1 「遅ればせの革命」－遅れと「空白」

ユルゲン・ハーバーマスは一九九〇年刊行の『遅ればせ (nachholend) の革命』に収めた書き下ろしの論文の中で、八九年来のソ連・東欧の事態をヨーロッパの古い意味での Revolution（星辰の運行）のように多分に改良主義的意味を帯びているという留保を付しながら、それでも「革命」と特徴づけ、こう書いている――

「革命は革命としてさまざまな事実を作り出すものである。だが、この〔東欧における〕革命は言ってみれば映画のリールを巻き戻す革命として我々に知覚される。つまり、いままで実現できなかった歴史的発展を*以下傍点を下線で示す*やり直し、遅れを取り戻す (nachholen) ための道を開く革命として知覚される。それに対してポリシェヴィキ革命の本家のソ連における変化は見通しがつけにくく、まだその性格を言い当てる概念がない。ソ連ではこの革命にはまだ（これまでのところは）、これまでのことを撤回してやり直すという明確な性格が欠けている。一九一七年二月〔帝政の打倒と臨時政府の成立〕、ましてやツァーリのペテルブルクへの象徴的帰還などがなされたとしても、それは革命としての意味をなさない(3)。」

東欧諸国の状況がソ連とこの段階で違うと判断されたのは、前者にあってはすでに戦間期までには達成していた憲法政策上（市民革命の遺産）および社会政策上（発達した資本主義の交通形態や生活様式など）の到達点に回帰する志向が明確に表明されていたからである。その後状況は周知の変転をとげるが、それでもハーバーマスの右の指摘は、今日でもまだ有効性を完全に失ったとはいえない。ロシアの場合には東欧諸国がもっているような回帰点が初めから存在しないのである。しかし、われわれがここで留意したいのはそれよりも、ロシアの場合も変動の「遅れを取り戻す」という志向は否定しえないという点である。それは、少なくともハーバーマスがポストモダン論的な解釈を批判しながら言う、「むしろ官僚制的社会主義の革命的崩壊によって打ち出されているのは、近代（モデルネ）の拡大なのである。西の精神が東を捉え込んだのだ。しかも技術文明によってだけでなく、西の民主主義的伝統によって」という意味においてそうである。

ところで、この国におけるあれこれの政治変動が「遅れを取り戻す」傾向をもっていたことを認めたのは一九九〇年のハーバーマスが最初ではない。旧稿でも触れたことがあるが、ドイツの社会学者ヴェルナー・ホーフマン (Werner Hofmann) は一九六七年の著書で、五〇年代後半から始まる脱スターリニズムの過程が「まず逆行として現れていること、すでに過去のものと信じられていたものを取り戻すという形で現れている(4)」ことを正当

にも見取っている。マルクーゼはそれよりさらに早く出た前記の本で、こう論じている――

「ソビエト体制は、遅ればせの新参者 (latecomer)、つまりただらとした停滞の長い一時期ののちに、幾つもの発展段階を「飛び越え」、後期工業社会の一般的潮流に加わり、それを遮二無二追い越そうとしている、そういう新参者の好例と見なされる。飛び越えられたのは、啓蒙的絶対主義と自由主義の、自由な競争経済の、そして個人主義的・ヒューマニズム的イデオロギーをともなう中産階級の成熟した文化、の諸段階である。記録的な短時間で後進状態から先進工業国の水準に追いつこうとする努力は、個人主義的合理性と自由主義を許す余地のない支配と規制の体制内で強力な生産機構の建設と利用とをもたらし、ここに「ブルジョア・イデオロギー」の自由主義的・理念的要素に対するソビエト・マルクス主義の執拗な闘いの根がある。この闘いは、解放よりむしろコントロールの道具であるような、生産力の社会的組織を反映するものである (5)。」

この議論は先の同じマルクーゼの、共産主義道徳とブルジョア的倫理との親近性という立論と矛盾するように見えるかもしれないが、必ずしもそうではない。マルクーゼによれば、マルクスの理論（「共産主義道徳」）はそれじたい啓蒙の遺産を継承し「ヒューマニズム倫理の現実化」を目指すものであってそれと対立する独自の倫理学をもっているわけではない（この点についてはなお後述する）。資本主義の経済はこの「倫理的原典」の破壊であり、資本主義の止揚がヒューマニズム倫理の歪曲からの解放を約束する、とマルクスは考えていたというのである (6)。このマルクーゼの見方を採れば、ソビエト・マルクス主義の倫理学したがってその系としてのソビエト法学は「ブルジョア民主主義」に対して初めから、一方ではこれと闘い他方ではその現実化を目指すという両価的な戦略をとらざるをえないことになる（ソビエト法理論がしばしば近代法の概念に「真の自由」とか「ソビエト的商業」「社会主義的適法性」「社会主義的法治国家」などの限定的な形容詞を付してソビエト法の基礎概念を構成せざるをえなかった理由の一つはここにある）。これは政治的合目的性に振り回されやすい極めてきわどい戦略なのである。

だが、ここでより重要なのは、すでにわれわれが旧稿でM・リーデルの指摘に依拠して触れたところである (7) が、マルクス理論には社会革命すなわち「労働の経済的解放」と資本主義を止揚した（しつつある）社会の政治的・法的制度化との間に無視しえない「空白」があるという点である。「たしかにこのたしかにこの社会主義という概念には、個人の自己実現と自律性を、連帯や正義を犠牲にすることなく、いやまさに連帯や正義をとともに可能にするような、暴力なき共生という、規範的な直感が結びつけられていることはまちがいない。しかし、社会主義の伝統においては、この直感は、なんらかの規範的理論を直接用いることによって説明されたり、頑固な現実に対抗して理想として打ち立てられるべきものではなかった。むしろ、この直感によって、現実を批判的に観察し分析するためのパースペクティヴが設定されるはずだった (8)」、とハーバーマスがいうのもこの意味においてである。

この「空白」の問題に近年最も鋭い指摘をおこなったのは、イギリス生まれの倫理学者アラスデア・マッキンタイア (A. MacIntyre) であろう。マッキンタイアはアリストテレス的伝統の復興という新トマス主義的な立場から、現代における倫理学上の決定的対立を自

由主義的個人主義とアリストテレス的伝統との間に見るのであるが、逆にこの対立を自由主義的個人主義とマルクス主義ないし新マルクス主義との間に求める論者たち（「カント、ヘーゲルからマルクスを経る人々」）を次の二つの部分で批判している。マルクス主義は個人主義に通ずるものであった、そして「人類の解放への道を照らしてきたはずの理論は実際には暗黒に通じていた」（トロツキー晩年の著作の含意）がゆえに、極めて厳しい評価が下されている。ここでもある意味での「遅れ」（それゆえの「後退」）が論じられている。やや長いが引用しよう――

「第一の部分とは〈道徳的に際立った立脚点をもっているとのマルクス主義の主張は、マルクス主義自体の道徳上の歴史によって掘り崩されている〉というものである。マルクス主義者たちは、道徳的に明白な立場をとらねばならなかったすべての危機――例えば、世紀の変わり目のドイツの社会民主主義におけるベルンシュタインの修正主義をめぐる危機や、一九五六年のフルシチョフのスターリン批判とハンガリー暴動をめぐる危機――のさなかで、かなり硬直した硬直したカント主義や功利主義へとそのつど後退し陥ってきたが、これもまた驚くべきことではない。というのも、最初からマルクス主義内部には、ある種の根元的な個人主義が秘められていたからである。『資本論』の第一章においてマルクスが、「日常生活の実践的な諸関係が人間に、完全に理解可能で理性に適った諸関係以外には何も提供しないときには」どのようになるか、その特徴を説明するとき、彼が描いているのは「自由な諸個人の共同体」(a community of free individuals)なのである。その諸個人は皆、生産手段の共同所有、および生産と分配の様々な規範に自由に同意した者たちである。この自由な個人はマルクスによって、社会化されたロビンソン・クルーソーとして叙述されている。しかしどんな基礎に基づいてその個人が他者との自由な連帯 (assotiation) の中に入っていくのかについては、マルクスは私たちに語っていない。マルクス主義のこの鍵となる点での空白を、後のマルクス主義者は唯一人として十分に埋め合わせていないのだ。だから、驚くべきことではないが、抽象的な道徳原則と功利性が、実際のところ、マルクス主義者たちが訴えてきた連帯原則となってきたし、その実践において彼らが例証してきたのは、彼らが他の人々の場合にはイデオロギー的であると断罪している、まさにその種類の道徳上の態度なのである。

第二に、私は先に、マルクス主義者は〔権力を目指して組織的に運動するのである限り〕権力に向かうにつれてウェーバー主義者になる傾向が常にあることを述べた。そこで私が語っていたのは言うまでもなく、最良の、つまり〔非ソビエト的なタイプの〕ユーゴスラヴィアやイタリアのマルクス主義者である。他方で、モスクワに君臨している集団的ツァーリズム〔つまりスターリニズム〕の野蛮な専制は、ボルジア家出身の教皇〔息子チェーザレ・ボルジアの野望のために権謀術数をめぐらしたアレキサンデル六世〕の生涯がキリスト教の道徳的実質の問題に無関係であるのと同様に、マルクス主義の道徳的実質の問題に無関係なものとしてみることができよう。それにもかかわらず、マルクス主義はまさしく実践への導き手、特別に啓発的な種類の政治綱領であることを標榜してきたのである。しかしながら、マルクス主義がこのところしばらく、著しくほぼ無用のものになり果てているのは、まさにこの点でなのだ(9)。」（傍点は大江）

このマッキンタイアの指摘はわれわれがこれまで見てきたマルクーゼやリーデル、そし

てハーバーマスの議論と多くの点で通底することは明瞭である。が、ここでは新しい問題も提起されている。仮にマッキンタイアの言うようにスターリニズムの「野蛮な専制」（そしてそれを許容したソビエト・マルクス主義とソビエト法学）がマルクス理論の「空白」を現実充填したものであるとすれば、またそれがマッキンタイアのいうように「個人主義」に由来するものでないとしたら、それは一体どこから来たのか？ それはマルクーゼが言う意味での「飛び越された」遅れを、ソビエト・マルクス主義とりわけソビエト法学がどのように克服しようとしたかという問題に通ずる。

2 西欧的「近代」との対決——国家・市民関係の法的構成

「個人主義」との関連で一挙に問題を絞ることになるが、ここでソビエト法学がどのように国家と個人（「市民」）との関係を法的に構成しようとしたのかを、その理論構成のかつての現場に立ち返って検証してみることにしよう。ソビエト社会主義法学の理論的核心をなすのは、一九三八年の国家・法理論会議における報告でヴィシンスキーが与えた次の法の定義である——

「法とは、支配階級的意思を表現し、立法手続によって制定された行為諸規則、ならびに、その適用が、支配階級に有利で好都合な社会関係〔および秩序〕の保護・強化・発展のために国家の強制力によって保障されるところの、国家権力によってサンクションをうけた慣習および共同生活諸規則の総体である(10)。」

この定義はソビエト法学による国家と個人との関係の法的構成の鍵となるものであり、その消滅に至るまでソビエト法学の根幹をなしたものであるが、その意味を理解するためにはこのテーゼが成立したいきさつを説明しておく必要がある。この定義は一方では一九二〇年代—三〇年代初めのマルクス主義正統派の法理論の批判を、他方ではブルジョア法理論、とくにドイツ公法学における法概念の批判を前提としている。

まず前者の側面から見ていこう。これより以前の正統派理論は、法を基礎づけるところの社会的・経済的要因を重視する一九二〇年代的な意味でのマルクス主義のいわば社会科学的ないし社会学的観点から、また三〇年代初めにはこうした方法論から転じて「上からの革命」（農業の強制的集団化）にともなう政治の優位を強調する観点から、しかしいずれの場合もブルジョア的な法実証主義（規範説）を批判しつつ、法の概念を、「支配階級の利益に照応し、かつ支配階級の組織された力によって保護される社会諸関係の体系」（ストゥーチカ）とか、商品形態によって規定される「主体としての人と人との特殊な関係」（パユカーニス—一九二四年説）とか、「国家権力の装置を通じて行われる支配階級の政治の形態」（パシュカーニスの一九三一年説）とかのように把握してきた(11)。パシュカーニスの三一年説は、法を共産主義の高度の段階においては国家とともに「死滅」すべき「ブルジョア法」の性格を帯びたもの（マルクス「ゴータ綱領批判」）として理解してきた二〇年代理論からの転換の方向を暗示している。だが右のヴィシンスキーの定義は、これらをいずれも法を「経済」や「政治」といった法外的な要因に還元するものであると批判するとともに、とくにスターリン憲法における「市民の基本的権利および義務」の諸規定（同憲法第一〇章）を指して「社会主義法」（これ自体が新規導入の用語であった）を法一般

の歴史における「最高の発展段階」を示すものとして称揚しながら、「法と国家の最大限の強化」を要求する見地に立つという意味で、旧正統理論の清算とそこからの根本的な転換を画するものとなっていたのである。

このヴィシンスキー理論が前節で見たマルクス主義理論の「空白」を埋めようとする、従前の正統理論が着手しなかった仕事に取り組んでいることを、ここで確認しておくべきであろう。「規範」という用語は周到に回避されているが、それでも規範説への回帰と見える転換の方向性は注目に値する。しかもこの転換のある意味での理論軸となっているのはもはや「法の死滅」テーゼではなく、確かに、「権利」のカテゴリー、市民の基本権というあのマルクーゼの言う「ブルジョア民主主義的」な概念なのである。ここに新しい理論的課題が設定されていることは、転換の直接のきっかけとなったスターリン憲法の、例えば言論・出版等の「自由」（一二五条）の規定の仕方を――とくにこれらの自由をプロレタリア国家の政策の反射的效果としてのみ表現した一九一八年憲法の規定との対比において――想起すれば一層明瞭であろう（従来の三六年憲法研究は「勤労者の利益に従いかつ社会主義体制を強化する目的で」自由が保障されるという自由権規定の文言がもつ自由制約的な意味に関心を集中してきたのであるが）。スターリンが新憲法草案に関する三六年の演説において「新憲法草案は民主主義的自由を宣言しているだけでなく、立法的な手続により一定の物質的手段をもって保障してもいる」ことを強調し、またこの意味での民主主義が資本主義下におけるような「有産少数者のための民主主義」ではなく「万人のための民主主義」であることを明言したうえで、さらにこの憲法が「世界で唯一徹底した民主的な憲法」であると揚言していること(12)も、空虚な宣伝文句の域を出ないものと見なすべきではない（こうした発言のもつ国際的および国内的な政治的含意や効果はむしろ重要な問題ではあるが、本稿の行論に関する限りむしろ副次的な問題に属するから今は立ち入らないで置く）。これらの条文やそれを説明する発言は「自由と民主主義」そのものの価値の無条件の承認の上に立っているからである。

しかし、この点についてわれわれが注目すべきはむしろ先のヴィシンスキー・テーゼの第二の側面、つまり「ブルジョア法学」批判のもつ意味のほうである。三八年のヴィシンスキー報告と前後して書かれヴィシンスキー自身によって監修された教科書『ソビエト国法学』（一九三八年）の序説部分がこの批判を最も詳細に展開している。ここで重点的な批判の対象となっているのはイエリネク、オーリウ、デュギー、グンプローヴィッチ、ケルゼンら、そしてロシアではコルクノーフの理論であるが、ヴィシンスキー理論の特徴をいちばん鮮明に表出しているのはイエリネクの国家法人説および法治国家論に対する批判であろう（ロシアの法実証主義のうちいわばより純粋な法実証主義の代表者であるシェルシェネーヴィチではなく、むしろ社会学的実証主義派とされるコルクノーフが標的とされていることは、ソビエト法学から見たイエリネクの位置づけを知るうえで興味深い(13)）。これこそが、ソビエト法学が国家と市民との関係を実質的に構成する試みを行っていると思える、その当の場所なのである。

イエリネクに対する批判は法の概念、とくにそのドイツ的な――というよりも、実証主義の用語でしかも多分に心理主義的なニュアンスで表現されてはいるが、本来はより一般的に旧ヨーロッパにおける「良き旧き法」(gutes altes Recht)の伝統に由来するところの――法の「実定性」(Positivität)と「妥当性」(Gültigkeit)、それに対する国民の「確信」(Überzeugung)、強制との対比における意味での「保障」(Garantien)などといった、

構成要素に集中する。イエリネクの『一般国家学』の文脈はこうである――

「あらゆる法は、その不可欠な標識として妥当性という標識をもつ。……規範はそれが意思を規定する際に動機づけの作用をなしうる能力を有するときのみ、妥当性をもつのである。規範のかような能力は、しかしわれわれがその遵守の義務を負わされているという、それ以上は遡源できない確信から発生する。法の実定性は、それゆえ最終的には、つねに法の妥当性についての確信にかかっている。まさしく、かような、純粹に主観的な要素の上に、全体の法秩序は構築されているのである。このことは、つぎのような認識、すなわち法とはわれわれのなかに根づいているものであり、人間の社会の機能であり、それゆえ純粹に心理的な諸要素に基礎づかねばならないという認識からする、必然的な結果として生ずることなのである。

しかし、法の妥当性には、さらにその心理的実効性が保障されているということも必要である。法が保障されるのは、しかし、その規定の動機づける力が社会心理的な諸力によって強化され、その結果それらの規範は、これに反抗する個人の動機に対して行動の動因として貫徹できるという期待が正当化されるというようなときなのである(14)。」(傍点は引用者による)

批判者にとっては「強制ではなく保障こそが法概念の本質的な標識である」、とりわけ「国家は法によって義務づけられる(拘束される)」というイエリネクの立論(15)が、まるで「つくりごと」「現実の中には存在の場をもたない単なる空想」あるいは「古い自然法理論の独自の近代版(16)」としか映らない。批判者の積極的な展開はその結果、次のようになる(ここではイエリネクのいう西欧的な「法」Recht はもっぱらロシア的な意味での「法律」Gesetz=з а к о нとして理解される)――

「〔当然のことながら〕当該国家において制定される法律の義務性(拘束性)と一般性を認めることなしに、国家を社会的秩序、社会諸関係の一定の組織と考えることはできない。〔しかし〕この法律の義務性(拘束性)とは、国家権力の機関にとっては何らかの意思の「自己制約」ではなく、まさしくこの意思そのものが他者を義務づけるという意味での義務性(拘束性)なのである。問題はこの点ではなく、国家意思の本質そのものにある。イエリネクによれば、この意思の本体ないし内容は「連帶的」「国民的」利益ということになる。しかし、これが誤りなのだ。国家は臣民に対して何かを義務づけられているというのが誤りなのである。国家は「義務づけられる」のではなく、臣民を義務づける側である。国家の法律とは、当該社会において支配する階級が他のすべての階級に対して一定の行為を、まさにこの支配階級にとって有利で都合のよい行為をそれによって義務づけるところの形式なのである(17)。」

ここからすぐに二つのことが確認できる。ひとつは、教科書の右の叙述はイエリネクに対する批判であると同時に、最後の「法律」の定義と前掲のヴィシンスキー・テーゼを比較してみればすぐ判るように――「臣民」という用語を変更する必要があるにしても――国家と法の関係、国家と市民の関係一般に関する立論であり、ソビエト国家を例外とする

ものではないということである。したがってこの立論はソ連邦における自由権（「市民の基本的権利」）にも当てはまる。自由は「国家が市民を義務づける」という意味でのみ成り立ち、いわば「国家による自由」として位置づけられることになる。自由は「義務」に逆転する。同じ教科書の憲法一二五条に関する説明は、「ソ連邦における言論、出版、集会、街頭行進およびデモンストレーションの自由は全市民のもの（*достояние*）であって、これらの自由は『勤労者の利益に従いかつ社会主義体制を強化する目的で』これを行すべしという条件を唯一付しただけで、国家によって完全に保障されている」としている。やはり「条件」が強制、「自由」が義務であり、法は〈義務の法〉なのである。
*憲法の起草者も解説者も確かに市民の権利を法的に構成しようとしはしたが、この努力は実は西欧的な権利=法（*Recht*）の観念が想定するのとはまさしく正反対の方向に結果を導くものだったのである。

もう一つ確認できることは、ドイツ的ないし西欧的「自由」をソビエト的な「義務」へと逆転させる触媒の役割をここで果たしたものが、社会主義的（「階級的」）あるいはマルクス主義的な原理ではなく（一九一八年憲法ではこうした原理による自由の制約はまだそれなりの真実味をもっていた）、まさしくマッキンタイアのいうあの「集团的ツァーリズムの野蛮な専制」いや本来のツァーリズムに発する伝統に他ならないということである。ちなみに、ここに見られるような「国家は法によっては義務づけられない」（従って国家は法的には構成しえない）とする見解をイエリネクはすでに『一般国家学』で「硬直した神政政治（*Theokratie*）とは「ひとり神だけが、あるいは神さながらにあがめられている君主だけが、他の人々によっては探知されない、つねに変化する彼の意思決定をば、彼自身以外のすべての人によって文句なしに容認されるような行為の規範へと高めることができる（18）」ような法秩序の型なのである。この型の特徴は、後に改めて見るように、一五世紀モスクワ国家成立以来のロシア法の法観念（一種のいわゆる「皇帝教皇主義（19）」（*tsaropapismus*）にぴたりと適合する。このツァーリズムの法の観点からは、西欧的な観念としての法（*Recht*）が「つくりもの」としか見えない。法がもっぱら他の要因によって基礎づけられるのではなくそれ自身システムとしての固有の論理（法について人がその遵守の義務を負わされているという「それ以上は遡源できない確信」の契機）をもつというヨーロッパの歴史的事実は、ロシア的な経験的識見の視野をはるかに超えるものなのである。

この点に関連してさらに付言しておきたいことがある。それは、右のロシア的法観念の背後には――法の定義に関するヴィシンスキー・テーゼ（経済＝階級支配・階級闘争→国家→法）に含意されているところであるが――、法を他の要因からの派生物とみる、マルクスには必ずしも由来しない特異な認識枠組が存在しているという点である。マルクスの史的唯物論の定式は「土台」と法を含む「上部構造」との間に「（前者が後者を）制約する（条件づける）」「規定する」「〔建築物の比喻でいう限りは後者が前者の〕上にそびえ立つ」（*bedingen, bestimmen, sich erheben auf*）という形で、*いささかきわどいにせよ？この両者間の照応的（*adequate*）関係を主張するものに過ぎないように見えるが、『ソビエト国法学』はこの二つの要因の間に前者が後者を実体的に「生み出す」という関係を立てるのである。教科書のここで問題としてきた章はまずマルクスの史的唯物論の定式を引用したあと、これを次のように解釈し直している。――「人間社会の生活の物質的諸条件の分析のみが、『市民社会』すなわち生産諸関係とそれによって条件づけられる社会的経済

的關係との総体の産物 (порождение) であるところの法と国家の本性と本質とを把握することを可能にする (20)」と (傍点は引用者)。この解釈の枠組は教科書と同時期に公刊された『全連邦共産党 (ボリシェヴィキ) 史—小教程』 (一九三八年) 中にスターリンが書いたとされる「弁証法的唯物論と史的唯物論について」にも、スターリンが戦後に発表した「言語学におけるマルクス主義について」 (一九五〇年) にも共通して認められる。こうした有機体論的な流出論理 (Emanationslogik) はヘーゲルに由来すると見られるが (ロシアは一九世紀においてヘーゲルの歴史理解の一大流行地であった (21))、それがここでは法 (Recht; droit; law) の特殊に西欧的な生成についての歴史論の代替物として働いているのである。文化的個体 (西欧) の歴史は消し去られ、それが素朴な「論理」、流出論理にとって替われ、そしてそこにロシア的法観念が流れ込む。マルクスの思想そのものが改版されるのである (22) (「マルクス=レーニン主義」)。

こうして見れば、先に見たロシアの社会主義についてのさまざまな「遅れ」論のうち、そのマルクーゼ的なケースはもっぱら時間的な「遅れ」 (単系的に設定された歴史軸上における「先進」「後進」の違い) を言うものである限り、以上に見てきたロシア・ソビエト的法秩序の非西欧的性質を見落としていることが判る。マルクーゼは、三〇年代にソビエト的工業化を規定した後進性の諸条件が西側の先進的技術の諸条件と遭遇するようになると、ソビエト的な行政的絶対主義 (administrative absolutism) も民主主義的西欧の立憲主義と対面することになり、これに同化せざるをえなくなると見る (23)。政治との関係において経済 (その技術論的契機) が西欧とロシアにおいて同じ方向に働くものと想定する前提に彼は立っているわけであるが (ハーバーマスのいう「モデルネの拡大」を半世紀スパンの長期的展望とみれば、このマルクーゼの予言は的中したとも言える)、こうした西欧的「民主主義」観の側からは——『ソビエト国法学』から西欧法の独自の論理が見えないのと同じく逆に——ロシア法の牢固たる「義務」の構造が見えていないのである。

3 西欧的「近代」と異文化的社会主義

ここでいままでの行論で留保してきた、マッキンタイアの「自由主義的個人主義」という論点に移ろう。個人主義という原理は、西欧思想の一つの根幹をなすと同時に、社会主義体制の社会主義たる所以をなすところの所有の変革の問題と直結するから、ソビエト国法学における国家と個人との関係の法的構成という論点をもう少し拡大して見るための好適な手がかりになであろう。この論点は、ソビエト法学が何をなしえなかったかを突き止めることにつながる。問題の焦点はマッキンタイアの言う「個人主義」がどのような意味の個人主義かという点にあるが、ここでは思想史的な視点からこれを検討してみよう。

マルクスの思想は極めて重要な点で、古典古代以来の西欧思想の個人主義の伝統に棹さすものである。これを例証するためには、マッキンタイアの引いている『資本論』より、むしろ『経済学批判要綱』 (一八五七—五八年草稿) の有名な三段階論 (人格的依存関係→物象的依存関係のうえにきずかれた人格的独立性→諸個人の普遍的な発展のうえに、また諸個人の共同体的 *gemeinschaftlich*・社会的 *gesellschaftlich* 生産性を諸個人の社会的力能として服属させることのうえにきずかれた自由な個性 *Individualität*) を挙げるほうが適切であろう。この第三段階 (共産主義社会) における個人が、本源的な「自分自身に属するものとしての、自分のものとしての、人間 (*der Mensch*) 固有の定在とともに前提されたものとしての自然的生産諸条件に対する人間の関係行為」という意味での所有と切りはな

されたものでないことは言うまでもない(24)。ここで、マルクスが法学的な所有の構成（所有権）に関心を寄せなかった所以にも近年新しい照明を当てているスコットランド啓蒙思想史研究の成果、なかんずくジョン・ポーコック(J. G. A. Pocock)の論議を私なりに咀嚼して参照することにしよう。

ポーコックによれば西欧の政治理論には、古典古代以来、所有権に関する二つの伝統（思想的パラダイム）がある。(a) 財産をオイコスの家長たる市民の「徳」つまり自律（ポリスにおける「良き生活」）の必要条件とみなすシヴィック・ヒューマニズムの伝統（アリストテレスからトマス・アクィナスを経て後にマルクスに至る）と、(b) 財産(property)を人の属性(propriety)に結びついた権利の客体とみなす法学ないし自然法の伝統（ローマの法学者からこれもトマスを経てホッブズやロックに至る）とがそれである。aが市民相互間の関係の体系に見た「政治的なもの」の概念（古典政治学）は、bにおいては早くから法の下での生活に必要な支配的権威と臣民との間の関係の体系（自然法学）へと変換されている。のちに「自由主義」へと成長することになる商業イデオロギーの政治学（J・タッカーら）は、近代的な商業原理の対立物であったこれら二つのともに古典古代に由来する伝統との対抗、とりわけこのa（J・ハリントンら）からの強い批判に直面しつつ、やがてbよりに位置をとり、しかもbの限界を超えて「無制限の領有」(unlimited acquisition)という近代的な所有権概念に到達するとともに、商業と交換の複雑さ反映するところの世論(opinion)に則るべき統治という近代的・自由主義的な政治概念を生み出した。ヨーロッパの公共的諸価値も、上記の二つの伝統に見られる商業原理の対立物なくしては形成されえなかった、というのである(25)。

マルクス所有論の輪郭は、このような背景の中にくっきりと浮かび上がってくる。それは「規範的直感」（ハーバーマス）というような曖昧なものではなく、シヴィック（ポリス公民的）な個人の自律性という明確な価値基準に定位して、法学的伝統とそれを引き継いだ古典経済学における資本家的領有の所有観を批判しようとするプログラムなのである（ちなみに、アダム・スミスの「経済学」political economyはポーコックのいう経緯の中で自然法学からその伝統の延長上に生まれたもの(26)であって、経済学が近代法学を、市場経済が近代法体系を生み出したのではないこと、むしろその逆であることに留意すべきである）。こうした一八—一九世紀の思想史の文脈に即して見る（そしてアリストテレスをその始祖と見なさない）限り、マルクスの個人主義を「自由主義的」とするマッキンタイアの立言は、論争挑発的な誇張に過ぎないように思われる。

ここからすれば——西欧的精神に触れない流出論的論理主義とその影響下にある人々にはどうしても納得がいかないことではあるが——、以下のことも明らかになる。すなわち、このマルクスのプログラムの批判的照準が「無制限の領有」を組み込んだ資本家的所有権（この意味でのいわゆる「私的所有権」）に当てられていること、所有権概念を足がかりにして政治を構想する法学的伝統（ロック）は——当該所有概念が「無限の領有」に道を開くものであるかぎり——このプログラムが掲げる「人間的解放」とは正面から対立するものであったこと、ポスト近代の社会の見通しにおいてはいわば個人主義的に構成された「本源的」所有の概念で満足することができたこと、したがってまた、そこでは近代的所有権（人の物に対する支配権としての抽象的な法律的構成）は——この所有権制度そのものによる生産手段の社会化（「国有化」）によって資本家的な所有への転回（領有法則の Umwäzung）の道が封じられれば——廃止されるのではなく「所有（権）の性格が

変わるだけ」であり「所有はその階級的性格を失う」だけだとマルクスは言うことができたこと(27)、である。

それゆえ、マルクーゼがソビエト倫理について「私的所有の廃止は〔マルクスのプログラムでは〕生産手段の所有に限定されていたにもかかわらず、〔現実にはこれに反して、個人の自律にとって不可欠の〕一個の実在的 (existential) カテゴリーとしての私的所有をも侵した(28)」というとき、彼は問題の中心点を突いていることになる。しかし、この点について法学的には、ソ連では三〇年代後半になってネップ期に制定された民法典の「私的所有権」制度そのものが空洞化されただけでなく、それが新たに確立された「社会主義的国家的所有権」に従属しもっぱらそこから派生するにすぎないもの（「個人的所有権」）として再構成されたことを付言しておく必要がある。「〔西欧では〕伝統的に私的所有の諸価値に浸されてきた個人的私性 (individual privacy) の全領域が〔ここでは〕外化 (externalize=政治化) された」とマルクーゼがいえるのは、この意味においてである。マルクスにあってはアジア的専制（彼の場合はとくにインド）という異文化理解のために用意されていたに過ぎないところの、国家主権と物に対する支配との合一としての国家的所有(29)が、この〈義務の法〉の国、つまりもともと物に対する人の支配としてのローマ法的所有権を継受する基盤を欠くだけでなく、多種にわたる（といってもローマ法の *dominium* 概念に従う上級・下級の分割所有権理論では整序しえない）所有権諸制度の一つとして「国家的所有権」を帝政時代から経験してきた専制の国では、法のまさしく「最高の発展段階」を表示するものとして容易に受容されたわけである。それでもこのマルクスに反する「社会主義的」（＝専制的）所有権制度が〈義務の法〉の基盤上で理論的な彫琢を得たのは、やっと一九四八年のA・B・ヴェネディクトフ『国家的社会主義的所有』によってであった。

「遅ればせの革命」をロシアについてもハーバーマスのように「近代（モデルネ）の拡大」と見る場合、「古典古代」と「近代」との葛藤というポーコックの思想史の見取図との関連で（そこでも見落とされているわけではないが）最後に補足しておかなければならないのは、この極めて個性的な近代が社会構造史的には中世の法＝国制によって準備されたということである。マックス・ウェーバーのテキストを注意深く読めば、西欧中世の法（「相互に無数の関係〔＝契約〕によって組み合わされた諸権利」を指す限りでそれは中世的社会秩序＝身分制国制そのものと表裏する）は近代資本主義によって次第に解体されてゆくのであるが、それにもかかわらずこれこそが「法秩序の恒常性・確実性・没主観性、法発見〔＝司法〕や行政の合理的な・原理的に計算可能な性格」を育てるという点で資本主義の発展のための「取引の土台」をつくりだしたこと、この意味であえて簡略化すれば――先に見たスコットランド啓蒙における「経済学」形成の経緯と並行するが――西欧的中世が産業資本主義を、あるいは法が（近代の）経済をつくりだしたこと、に読者の注意を促しているのが分かる(30)。

この経緯を、近代憲法とくにその人権条項にその政治的機能を明確に記録している「市民的公共」の観点から分析したのはハーバーマスであった（この公共性こそ、先に見たポーコックが商業の原理に関係づけていた「世論」や「公共的諸価値」と相関するものである）。ハーバーマスはオットー・ブルナー (O. Brunner) の中世国制史とくに領主的なヘルシャフト (*dominium*) に関する研究に依拠して、市民的公共性を「特定時代に固有な類型のカテゴリー」として位置づけ、それを「ヨーロッパの中世盛期に源を発する『市民社

会」の独特な発展史から取りはずして考えることができないもの」と特徴づけている(31)。

同じ問題をハーバーマスのように人権ではなく、国民主権の観点から扱おうとすれば、われわれはかつてオットー・フォン・ギールケ (O. von Gierke) がしたように、やがて近代的な主権と所有権へと二極分解してゆくところの、政治的支配 (Herrschaft) と物に対する支配としての所有 (Eigentum) とがその中にいまだ縋い交ぜになっている中世の dominium へと遡及せざるをえなくなる。しかもそれが近代的な主権へと推転する場面では「古典古代*〔ローマ〕の主権概念の再受容」を認めなければならない(32)。

以上の所有権、法、公共性、国民主権といった構成諸要素の連関をいま近代法に関するごく簡素な一つのテーゼにまとめようとするば――旧稿で主として主権概念の把握という観点から触れたところである(33)が――、あのフランス人権宣言一六条、「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は constituion をもつものではない」という命題以上に適切なものはないであろう。「近代的なるもの」は*それにもかかわらず、思想史的に見ても社会史的に見ても、古典古代(ポリスの政治とローマ法)、中世(封建社会の法)、そして特殊に近代的なもの(商業原理と主権国家)の重層構造をなしており、マルクーゼの言うように、その最上層(「飛び越えられた」近代)だけを「圧縮(3*4) (telescoping) しようとしてもできるものではない。いま私にはロシアの社会構造史を概観して上記のヨーロッパのケースと突き合わせるだけの準備はない。「飛び越える」ための跳躍力がどれほどのものであったかを推測させるに足る材料として、一九世紀ロシア国家学派史学の代表的学者のひとりB・チチューリンによるヨーロッパ・ロシア比較史論の一節を引用しておく(叙述に問題がないわけではないが、タタール支配の遺産とローマ法の影響との対比という比較の要点は押さえられている)――

「〔ロシアのように諸公を含め人々の定住が大幅に遅れ、身分制そのものが形成されなかったところでは〕分散し共同性を欠いたさまざまな力を結合するためには、それらの力の上に立ち、それらから独立した権力が必要であった。この権力こそ、モスクワ国家の君主という形で現れたものだったのである。この権力の確立に大きく寄与したのが、人民を外的になくびきに服従せしめ人民に恭順性を教え込んだところのタタールの支配であった。疑いもなく、タタールの支配は、一方では人民の性質に不利な影響を及ぼし奴隸的な観念としきたりを遺産として残した。タタールの支配がなければ、臣民の地位は体僕の隷従(холопство)という形には発展しなかったであろう。西欧では臣民の地位はローマの帝政の型〔＝ローマ法の影響〕に即して形成されたが、帝政ローマでは君主がいかに無制限の権力を有したとしても国家〔＝法〕原理に基礎づけられた観念が支配していた。ロシアで手本となったのは、東洋的専制(восточная деспотия)であった。そうでなくとも脆弱な発展しか示さなかった法という要素は、政治の領域から完全に消滅し、限界なき権力原理に席を譲らざるをえなかった。〔中世的立憲主義の中核をなす〕西欧の等族のもっとも本質的な権利、あの代表制機関の発展の主たる発条となった課税同意権は、タタールの汗の命令によって貢納を差し出すことに慣れきったこの国では形成されえなかったのである(35)。」

これが革命ロシアが遺産として受け継いだ法秩序の歴史的淵源である。革命ロシアが「圧

縮」すべく直面していたのは、単なる時間的な「遅れ」でも、また最晩年のレーニンが見ていた機械制大工業という意味での「文明」でもない。「遅れ」というよりもむしろレーニン獲得したと見ていた「政治的前提」に関わるもの、西欧的な法の伝統と〈義務の法〉との文化類型的な懸隔であったというべきであろう。この懸隔の自覚への可能性は一九二〇年代半ばにヨーロッパの革命機運の退潮とともに環境条件として縮小し、「法の最高の発展段階」への到達という三〇年代後半に成立した自己意識とともに消滅した。

結びにかえて

社会主義の実験が終わったからには、外から見たところ、マルクスの思想というよりそのロシア的＝ソビエト的改版のイデオロギーによる呪縛は解け、流出論的論理主義者のいうように、「市場経済」（それは自生したのではなくていわばこの社会の外から導入されたのである）が近代法を生み出すという新しい過程が動きだしたかに見えるかもしれない。しかし、この社会を実見した人はただちに了解するところであるが、引き続く危機を背景としてそこに生成しつつあるのは、西欧的な近代資本主義的市場ではなく、それとははっきりと類型を異にする「バザール経済」あるいは「パーリア資本主義」なのである。ロシアは再び「近代の圧縮」の、だがこんどはどこから見ても見栄えのしない実験場となっている。

ここには近代的市場経済を支えるべき、西欧ではその歴史的な前提となった――誤解を恐れずにいえば新しい〈経済〉を〈生み出す〉べき――〈法〉が、そしてそのまた前提をなすはずのあの重層的な近代的精神が欠けている。新民法典のとくに所有権規定の起草経緯を見れば判るように、ここで優位しているのは必ずしも近代法を継受しようとする見地ではなく、しばしば、唯一可能ではあるがそれ自体は恐ろしく曖昧なアイデンティティー（「ロシア法の伝統」）を確保しようとする精神態度である。憲法の人民主権に関する規定はそれを規定した同じ条文の中でソビエト的な「人民権力」の原理と衝突し、人権は大統領の権力（事実上の執行権）によって「保障」されるはずだという、立憲主義原理の転倒が露呈している。一七八九年の人権宣言一六条を厳密に適用すれば、この社会は憲法をもつようになったか疑わしい(3*6)。新体制への移行そのものがあの流出論理によって構想されてきたこと(3*7)は、この際、記憶にとどめておくべきであろう。

事態の連鎖の中にフランス革命によってとうに無効にされたあの古い意味においてであれ Revolution の継続の道を、そして近代法にもとづく民主政の安定への道を見通すためには、五〇年代末にマルクーゼがやってみせたように、われわれは後期産業社会の技術論的過程の緩慢だが確実な圧力に期待を繋がないといけないのかもしれない。本格的なモデルネの無かった国でもまたよくささやかれる、「時代はポストモダンなのだ」という声をここでも聞きながら。

*小論に引用した欧文文献の邦訳テキストは、いちいち断ってはいないが、行論の都合により改訳したところがある。

(1) 藤田勇『ソビエト法理論史研究』岩波書店、一九七六年増補版、終章参照。

- (2) マルクーゼ『ソビエト・マルクス主義－抑圧的工業社会のイデオロギー批判』片岡啓治訳、サイマル出版社、一九六九年、一八二頁。〔 〕内は以下とくに断りがない限り大江の補足。
- (3) ハーバーマス『遅ればせの革命』三島憲一ほか訳、岩波書店、一九九二年、五頁（強調は原文、以下もとくに断りがない限り同じ）。
- (4) ホーフマン『スターリン主義と反共主義』石川晃弘・康子訳、紀伊国屋書店、一九七〇年（原著一九六七年）、一二五ページ。
- (5) マルクーゼ、前掲、六六頁。
- (6) 同右、一五七―一五八頁。
- (7) 大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化』日本評論社、一九九二年、五一―五六頁。
- (8) ハーバーマス、前掲、二頁。
- (9) A・マッキンタイア『美德なき時代』篠崎榮訳、みすず書房、一九九三年（原書初版一九八一年）三一八―三一九頁。『資本論』の英語版からの訳文はわれわれが親しんできたドイツ語版とはニュアンスを異にするが、あえて改訳しない。
- (10) A・Я・ヴィシンスキー『国家と法の諸問題』第二版、モスクワ、一九四九年、八四頁。訳文は藤田勇『ソビエト法理論史研究』第三刷増補版、岩波書店、一九七六年、四三〇頁によるが、一九三八年原書初版からの藤田訳では〔 〕内の部分が欠けている。
- (11) 藤田、前掲、七一、一一四、三四六頁参照。
- (12) スターリン『レーニン主義の諸問題』第一版、モスクワ、一九五三年、五五六、五六二頁。
- (13) ロシアの法実証主義およびそれとドイツ公法学との関係について、B・Д・ゾーリキン『ロシアにおける法実証主義理論』モスクワ、一九七八年、参照。
- (14) イェリネク『一般国家学』芦部信喜ほか訳、学陽書房、一九七四年、二七二―二七三頁。
- (15) 同右、二七四頁、二九七―二九七頁。
- (16) A・Я・ヴィシンスキー監修『ソビエト国法学－法律系大学用教科書』モスクワ、一九三八年、一九―二〇頁。
- (17) 同右、二〇―二一頁。
- (18) イェリネク、前掲、二九七頁。
- (19) O・ヒンツェ『封建制の本質と拡大』阿部謹也訳、未来社、一九六六年、五二頁参照。ただし、このCаропapismus（阿部訳では「政教合一主義」）はヒンツェように必ずしも「ビザンツの伝統」に関係づけず、むしろロシアにおいてつくられた伝統と理解しておいてよい。
- (20) ヴィシンスキー監修、前掲、八頁。
- (21) 例えば、鳥山成人『ロシア・東欧の国家と社会』恒文社、一九八五年、二六七頁参照。
- (22) このようなマルクス思想の改版は非西欧の「後進国」によく見られるものであり、かつて私は川島武宜らの近代化観に同様の傾向があると論じたことがある（大江泰一郎「土地所有権の私的性質と公共性－日本における所有権の『絶対性』をめぐって」田中克志・小桜義明編『地方中核都市の街づくりと政策』信山社、一九九五年、二八九、二九五―二九八頁）。森下敏男の説く〈市場経済→近代法〉図式（森下「（書評）大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化』」『神戸法学雑誌』四五巻三号、一九九五年、六四九―六五〇頁）もわが国では馴染み深い通俗的な説明シェーマであるが、歴史論なき流出論的論理主義の枠組という点でソビエト・マルクス主義の影響から脱していない（この点につき、大江泰一郎「社会主義憲法研究の五〇年」

『法律時報』一九九五年一一月号、三〇頁）。この図式をより一般的な方法論的枠組に高めたものとして、安田信之の法モデル論がある（『アジアの法と社会』三省堂、一九八七年、第一部第二章）。ちなみに、森下はマックス・ウェーバーがこの図式に立っていると主張する（同前、六四五―六四七頁）が、本文でのちにも言及するように、これこそ論理主義的に転倒したウェーバー理解に他ならないであろう。ウェーバーの市場経済（近代資本主義）と法（人権）との関係に関する議論については、大江泰一郎「比較憲法史の方法―ロシア・ソビエト法研究の経験から」『法律時報』一九九五年二月号、八―一八二頁参照。

(23) マルクーゼ、前掲、一八七―一八八頁。

(24) マルクス『経済学批判要綱』高木幸二郎監訳、大月書店、第一巻七九頁、第三巻四二五頁（マルクス『資本論草稿集』大月書店、第一巻一三八頁、第二巻一四三―一四四頁をも参照）。

(25) ポーコック『徳・商業・歴史』田中秀夫訳、みすず書房、一九九三年（原書一九八五年）、第六章による。

(26) この点につきさらに、I・ホント、M・イグナティエフ編『富と徳―スコットランド啓蒙における経済学の形成』水田洋、杉山忠平監訳、未来社、一九九〇年（原書一九八三年）、序章参照。

(27) 大江泰一郎「旧社会主義諸国における『西欧法』原理の導入―私的所有権」『比較法研究』第五五号（一九九三年）、二六―二七頁参照。森下敏男はこの立論を大江の「思いつき」だとするが、これは流出論的・論理主義的な刷り込みによる勘違いであって、言うならばマルクスの「思いつき」なのだということにまだ気がついていない。同『ポスト社会主義社会における私的所有の復活』多賀出版、一九九七年、七九頁。

(28) マルクーゼ、前掲、一六五頁。

(29) マルクス『資本論』第三部四七章二節（邦訳全集、二五巻b、一〇―一四頁）。アジア的生産様式については、本田喜代治編訳『アジア的生産様式の問題』岩波書店、一九六六年、参照。

(30) ウェーバー『古代社会経済史』上原専祿・増田四郎監訳、東洋経済新報社、四八二―四八三頁、同『支配の社会学』世良晃志郎訳、創文社、三六五頁。この二つのテキストを結びつけているのは、専制的家産制国家における恣意の支配との対比における西欧的封建制の特質である。

(31) ハーバーマス『公共性の構造転換』細谷貞雄訳、未来社、一九七三年（原書初版一九六二年）一頁（一六―一九、一一四頁をも参照）。

(32) ギールケ『中世の政治理論』坂本仁作訳、ミネルヴァ書房、一九八五年（原書一八八一年）、一二〇、一二三頁。近代的主権概念の成立におけるローマ法学の「革命的」役割については、A・ダントレーヴ『国家とは何か―政治理論序説』石上良平訳、みすず書房、一九七二年（原書一九六七年）一一四―一一五頁参照。私はこの問題をかつて近代的所有権の形成という観点から素描したことがある。大江「旧社会主義諸国における『西欧法』原理の導入―私的所有権」『比較法研究』五五号、参照。

(33) 大江泰一郎「社会主義憲法と戦後憲法学」樋口陽一編『講座・憲法学』別巻、日本評論社、一九九五年、一〇〇頁参照。ただし、そこでは権力に対して人権が下からの圧力として作用するさいに伝導装置として役割を果たす公共性の問題がまだ視野に取り込まれていなかった。

(34) マルクーゼ、前掲、六五、一九七頁。

(35) チチャーリン『人民代表制について』第二版、モスクワ、一八九九年、五三一頁（一八六六年初版と叙述に異同はない）。この叙述はマルクスがドイツ、オーストリアの歴史家シュレーツァー (A. L. von Shloezer) やファルメライアー (J. F. Fallmerayer) に依拠してまとめたロシア史観と奇しくも共通するところが多い。マルクス『十八世紀の秘密外交史』石堂清倫訳、三一書房、一二五―一二六頁参照。

(36) 以上については、大江泰一郎「ポスト社会主義と新憲法の論理」『法学セミナー』一九九四年三月号、

同「企業の私有化と法秩序」『ロシア連邦の立法動向』（委託研究報告書）外務省欧亜課、一九九五年、同「ロシアの社会秩序と新民法典」（同前）、九六年、参照。

(37) やや古い時期を扱ったものではあるが、大江『ロシア・社会主義・法文化』三三六－三三七頁参照。

第5章 ロシアにおける司法改革の課題

－裁判所が司法機関になるための条件をめぐって

はじめに

ソビエト時代そして社会主義崩壊以後もロシアにおける裁判について、私はかねて西欧諸国におけるような「司法」という機能について大きな弱点をもつものであったこと、ロシアにおける裁判所を（旧ロシアにおける1864年の司法改革が複雑な性格をもったことに留意して）とりわけ1917年以降に限定してみれば、それはむしろ行政機関としての性格を色濃くもつものであったことに注目してきた。当事者の納得がいくまで同一の裁判所が幾度でも判決を繰り返す現代中国のようなケースと同列に論じることがさすがにできないにしても（ロシアでも「監督審の判決に対する監督審」は制度化されている）、「判決の確定力」という観念の希薄さはなおその一端を示すものにすぎない（昨年度報告書142頁参照）。

この論点をもし端的に「司法権の独立」というように提起するとしても、そこには含まれているのは、体制転換後の新憲法でも明確に規定されている権力の分立（10条）とは原理的に異なる水準の問題であることに留意すべきであろう。「司法権の独立」は西欧諸国では、中世いらい裁判集会（Ding）ないし裁判所が本来的には「社会の機関」（E・エーリッヒ）であって、国王ないし領主の政治権力（統治権）とは異なる性格の機能を果たしてきたことを起源にもつ原理であって、もともと政治ないし行政（近代においては「国家」）に対する「法の優位」を表現する原理だったからである。フランスの「アナール」派史学の創始者マルク・ブロックは有名な著書『封建社会』のなかで、中世西欧においては「裁判権 *justitia* という言葉の意味が時に領主権の総体を指すまでに拡大されたことがあった」ことに留意しながらも、この裁判権の内容については、「そこ〔実際の裁判の場面〕では、集会の中から選ばれた少人数の参審人団が判決を下し、国王の役人である伯の役割はまず討議を主宰すること、ついで判決を執行させることに限定されていた」と述べている（堀米庸三監訳、446, 451頁）。これは、裁判という現象がほんらい公権力から自立した私的な争い（自力救済）を公的権力の軌道に乗せる－つまり訴訟手続と判決の執行に公的権力の強制力を付与する－ことにあるという、ヨーロッパの法史に貫流する原理の一端を示しているものなのである（野田良之「私法観念の起源に関する一管見」『私法学の新たな展開』41頁、村上淳一「〈法〉の歴史」101-102, 114頁参照）。現代西欧諸国における、議会が制定する法律に対して違憲審査権が行使されるという、一見あたかも民主権原理ないしそれによって基礎づけられる議会制民主主義と矛盾するかに見える制度も、こうした西欧の法文化伝統を今日に伝えるものなのである（この連続性を可能にしているのは法律＝実定法に対する高次の法としての自然法の観念であろう）。フランスの比較法学の泰斗ルネ・ダヴィッドがソビエト法が旧ロシア法から受け継いだ伝統を論ずる文脈でロシアにおける「*la tradition juridique* の弱さ」を強調しているのも、この点での西欧法の

伝統とロシア＝ソビエト法との異質性に着目してのことと解釈してよいであろう

(juridique はラテン語の *jurisdictio*: *jus* + *dicere* つまり「〔裁判において〕権利＝法を宣告すること」を語源とするから、この仏語は単なる「法的伝統」ではなく「司法的に権利＝法を確定するという伝統」と訳すことができる)。

近年のロシアにおける「司法改革」とりわけ「検察の一般監督」というロシア・ソビエト特有の制度の取扱いをめぐる動向は、ロシアにおける上記の意味での「司法(権)の独立」の現在と今後を見極め占う上で好個の素材をなしている。小論はこうした観点から、95年検察法(11月17日制定)の成立経過を分析することを目的としている。

ちなみに、検察の一般監督(*общий надзор*)とは、公訴の提起および維持を中心とした西欧的な意味での検察の機能を大きく超える権限を、すなわちここでさしあたり77年ソ連邦憲法164条の文言に即していえば、「すべての省、国家委員会および官庁、〔国有〕企業、施設および組織、地方人民代議員諸ソビエトの執行・処分機関、コルホーズ、協同組合およびその他の社会団体、公務員ならびに市民による法律の性格かつ一様の履行に対する最高の監督」をなすところのソ連邦検事総長およびそれに従属する検事の任務、を指すものである(「最高」の監督という規定は、この権限が裁判所の活動全般に及ぶことなく判決の「適法性(*законность*)」にも及ぶことを含意する)。ちなみに1978年ロシア共和国憲法176条も、検察機関の任務についてまず「ロシア連邦の領域内において効力を有する法律の〔すべての国家機関・公務員・市民による〕正確かつ一様な執行に対する監督」をあげていた。ソビエト時代の裁判所は、西欧近代法の意味においては本来司法機関ではなくむしろ行政機関としての性格を有するところの検察機関の「監督」下に置かれていたわけである(検事総長は同憲法165条により、最高会議によって任命され最高会議―その閉会中は最高会議幹部会―に責任と報告義務を負うものとされていた)。

1 司法改革の構想―91年「構想」の問題点

体制転換後に当然想定されるべき司法改革の見通しは、新憲法の制定(1993年)をまたずに91年秋までに策定され、「ロシア連邦における司法改革の構想」としてまとめられ(起草集団の陣容は未詳であるが刊行されたテキストには「法学博士候補 C・A・パー心」個人名のはしがきが付されている。以下「構想」と略称し、これからの引用には頁数を付記する)、1991年10月21日にエリツィン大統領の署名を得てロシア共和国最高会議に提出され、この「大統領から提出された」構想にもとづき10月24日に「ロシア共和国における司法改革の構想について」なる決定が最高会議によって採択された。こうした経緯からして「構想」は、大統領および議会がその基本方向について承認を与えた重要な文書とみなすことのできるものである。

「構想」は、ソビエト時代の末期、ペレストロイカの時代に掲げられた「法治国家の創出」という課題が、体制転換によっていよいよ焦眉のものになったという認識から出発している。「構想」の序文はその冒頭で次のようにこの認識を表明している―

「わが祖国が世界の文明の胸懷に回帰したからには、政治および経済の変革と並んで法改革の過程が展開される必要がある。国家は全体主義体制の手中にある暴力装置であるこ

とをやめて民主化されつつあるが、これは、政治的な国家から法的国家つまり法治国家に転化することによって最終的には国家の自己否定という雄々しい行為を成就することをめざすものなのである。

法治国家においては法の優位 (верховенство закона)、人の基本的権利と自由の確保、個人の適法的な利益の保護、国家と市民との相互的な責任、官憲 (власти) の恣意からの社会の保護が保障される。〔法治国家においては〕十全なチェック・アンド・バランスのシステムが機能し、そこでは司法が名誉ある役割を果たし、対立を和らげ、個々の具体的なケースにおいて適法性を合目的性と調和させる。現実の権力分立が達成され、権力的な諸機能の分権化が真の多元主義を生みだし、これが国民の主権的諸権利の篡奪を不可能にする。」(6頁)

このレトリック過剰な論調の中で論理的な中心点をなしているのは、法ではなく法治国家という他ならぬ「国家」の在り方に関する概念であり、この概念がかつての教科書的マルクス主義の教義である「国家の死滅」テーゼ(「国家の自己否定」)の延長線上で加工されているのである。言い換えれば、ここでは「法治国家」は国家に対する法の地位の向上(実効的な人権保障制度の創出)の結果として観念されているのではなく、逆に「法治国家」が論理的な起点であり人権保障はむしろその結果として位置づけられている。もっと端的に言えば、司法改革は権利=法の在り方の改革というよりも国家機構の改革という色合いを帯びることになる。この引用だけから結論づけられるわけではないが、「ロシアにおける西欧法原理の導入」は実はロシア固有法の原理の西欧法原理への置き換えでは必ずしもなく、ロシア固有法の伝統という解釈枠組による西欧法原理の受容ないし変容という契機を含んでいることを見逃してはならないであろう。

とはいえ司法改革そのものは、むしろ抽象的な観念から生み出された理念ではない。こうした「構想」が焦眉の課題とされる背景には、「構想」もいう次のような現実的な危機感がある。「いかに冷酷で人々の利益とは疎遠な司法をわれわれが全体主義国家から遺産として引継いだかは、完全とはいわないまでも今ではすでに明瞭である。これまで裁判所が権力を行使せず、逆に権力が無制約に裁判所を行使してきたことは、確信をもって断言しうるところである。……〔その結果でもあるが、今日では〕裁判所、検察機関、犯罪捜索と取調の機関は、適法性と法秩序の保護に関する自らの一般的な努力が無力であることをますます露呈させてきている。」(8頁)

「構想」はこうした「司法の危機」という現状認識から(この国では「危機」常套語なのであるが)、既存の司法システムの問題点を次の8点に整理している(16頁以下) -

① 多元的な「主権者」による司法権力の「分有」という事態

ロシア共和国(現ロシア連邦)の裁判所法がいまだ(本「構想」の採択された1991年秋段階では)未整備で、ソ連邦-ロシア共和国-共和国の各主権レベル、とくにソ連邦の最高裁判所が具体的訴訟事件の裁判管轄問題を恣意的に処理する可能性があり、さらにこれに各レベル間の「法律戦争」という事態が絡んでいる。

② 司法のイデオロギー化

裁判そのものに「訴訟の教育的役割」や「〔犯罪に対する〕不寛容といった環境の醸成」などのイデオロギー的役割が期待されただけでなく、実体法の法規にも「共産主義の物質的・技術的基礎の建設」(民法の場合)とか「勤労者の国際連帯」(刑法の場合)といっ

た共産主義的道徳の原理が混入されていた。

③ 司法の本性と目的の歪曲

「最大の害悪を及ぼしているのは、ほんらい執行・処分機関の目的および能力であるべきものが過去においても現在も司法に求められているということである。検察と裁判所の活動はこのような態度においては、即効的な政治的・経済的成果の達成手段の一つとみなされる。司法はここから直接に当面する問題に振り回され、社会と国民経済の情況に即応して『手綱』を引いたり緩めたりしなければならないことになるわけである。」

「犯罪対策」(б о р ь б а с п р е с у п н о с т ь : 字義は「犯罪との闘争」)がロシアの社会意識に定着している司法の目的であるが、これは危険な観念である。司法の目的は、「刑事法の実現という方法による、犯罪からの社会の防衛、司法の領域に入ってきた市民(刑事の被告、被害者、民法上の原告および被告)の権利および法益の保護」でなければならない。刑事法の実現という場合には、刑事責任の追求だけでなく無辜の民に対する刑事訴追を斥けることを念頭におくべきである。

④ 刑事司法の体系的欠陥。旧体制下では司法の機能としてなによりもまず「犯罪対策」が期待されてきたため、法保護諸機関(п р в о о х р а н и т е л ь н ы е о р г а н ы : 裁判所、検察機関および警察)の序列の中で、犯罪の摘発の第一線に立つ警察機関(およびこれと連携する検察機関とくにその取調官 с л е д о в а т е л и)が「犯罪対策」の最重要機関とみなされ、被疑者・被告人の権利の保護や警察・検察機関の活動の適法性にそれなりに配慮する裁判所は「犯罪対策」全体からすれば実務上はむしろ政策実施の攪乱要因として位置づけられかねなかった。

⑤ 裁判所および司法公務員の従属状態。裁判所の判決のみならずその活動全体に対する「共産党およびソビエト権力の介入」はつとに知られた現象であった。共産党による介入がなくなっても、地方権力機関および行政機関による介入が消滅するわけではない(後者は制度的にも実務的にも裁判官人事権を握っており、裁判所に対する庁舎、電話および交通手段の確保、また裁判所職員には住宅、電話設備からレジャー・クーポンや注文食料に至るまでの供給を担当しており、隠然たる影響力を行使しうる地位にある)。

⑥ 国家の利害への偏向と司法の非人道性。「〔西欧においては〕伝統的に市民間の私的事項とされてきた分野」がソビエト時代には公的(「国家と社会の利益」の)領域とみなされたが、また権力原理の適用領域として制度化され、この意味において裁判所は「裁判への『物いわぬ人民参審員』の参加によってカムフラージュされていたが」「純然たる国家の機関」となっていた。「故意に国家と社会の利益に反してなされた法律行為」(この「故意」の立証は難しくないと考えられた)を無効とした民法典49条や「ずさんな管理下」にある住宅等の財産の没収を定め同141・142条、政治犯罪に関する多くの犯罪類型を導入したり暴力をとめないわない同性愛行為をも犯罪とする刑法典の態度は、実体法上の例である。これら例は司法の「非人道性」を示す点で見過ごすことができない。ソビエト時代以来の刑事訴訟は、「一見したところ大陸法型ないし混合型(公判前取調の段階は糾問主義的であるが公判手続段階では当事者主義の要素を含む)とみなされるが、実際には取調官、検事、さらにはある程度までは〔公判手続における〕裁判所までが起訴機能を果して〔全体としてすぐれて糾問主義的性格を有して〕いる」。裁判官は、例えば、刑事事件を立件すること、公判前の準備手続を裁判官が単独で(人民参審員および検事が加わる処分会議ではなく)行う場合に公訴の罰条を決定すること、自ら付裁判の決定を行

うこと、公判廷で起訴状を朗読すること、通例検事および弁護士に先んじて被告や証人を尋問することなどができ、検察官が公訴を取り下げた場合においてさえ有罪判決を下すことができるのである。

⑦ 人員および資金の欠乏状態。法保護機関のいずれもが正規の熟練した法曹・職員の不足や財政的逼迫に悩まされていることは、各方面でさかんに問題とされてきたところである。法保護機関の人材確保とならんで、国民に対する法律援助（扶助を含む）の不足も深刻である。また刑事司法においては鑑定などにたずさわる専門機関が制度的に未確立で、これらの機関は通常内務省、国家保安委員会および司法省の所管にあり、これら「ご主人」の利益に敏感であるという事情も存在する。

⑧ 統計という「歪んだ鏡」。犯罪統計、司法統計などの数字はまずもって非技術的で「不名誉な」理由で歪曲されている。検察機関の点検によって毎年何万件もの当局によって統計にのせられなかった犯罪が明るみに出されている。例えば、犯罪の記録と集計は内務省によってなされるが、内務省は犯罪を摘発することを任務とする機関であり、犯罪行為が多いほど摘発すべき事件は多くなるわけだから、入ってくる情報をそのまま公表することを避ける傾向がある。ここから刑事事件の立件そのものに消極的であったり、事件の取り下げにかかわる不要な「ペーパー作業」を嫌ったりするという現象も生ずることになる。統計の技術的不備は枚挙にいとまがないほどである。

さて、以上①から⑧までを通観するとき、ここで分析されている問題の構造から見て核心をなす論点は③であり、その他の諸点はこの論点のコロラリーをなすと考えてよいであろう。例えば⑥も訴訟の原理につながる重要な点であるが、これはC・C・アレクセエフがつとに指摘してきた「公法原理の優位」（これがいわゆる「行政的・指令的システム」を法的的に基礎づけるものであった）というロシア法の特質に照らしてみればすぐ分かるように、③と同一の問題の他の側面をいうものに他ならない（ここから逆に、「構想」の議論が訴訟という本来的には私法の現象がむしろ刑法すなわち公法的な分野を中心として展開されていることが注目される）。「構想」はこの③の論点を「最大の害悪」とは断っているが、それでも他の論点とフラットに並列しているわけである。「ほんらい執行・処分機関の目的および能力であるべきものが司法に求めらる」というロシア・ソビエト史を貫通する現象は、初めに引用したに触れたマルク・ブロックや野田良之の指摘との関連で見れば、実はまさに司法を行政の一環として位置づけてきたロシアの法文化の伝統にねざすものであり（ロシアと類似の現象は伝統中国や近世日本にみられる）、その意味で法秩序の構造的型にかかわる問題をなすものであることは明瞭である（「構想」はいまだこのような認識には到達していない）。

2 司法改革における検察の一般監督の位置

ロシアにおける体制転換後の「司法改革」は上述の問題状況と問題そのものの性格からすれば、「司法」改革にとどまらずレトリック抜きにいて「国家と法との関係」全体にかかわるものであったことがわかる。そしてこの司法改革が直面した最も論争的なポイントのひとつが検察の一般監督だったのである。というのも、例えば「構想」は「法＝権利保護活動における裁判所の優位、行政に対する司法の優位」を司法改革が遂行すべき

基本的任務として挙げているが（35頁）、行政に対する司法の優位の最も鮮明な標識となるのが検察の一般監督の廃止だったからである。

このことは93年ロシア連邦憲法（現行）129条の内容とその位置との関連からも確認することができる。同憲法の検察に関する規定は129条に集約されているが、そこには77年ソ連邦憲法にあった一般監督に関する文言はない。129条5項は「ロシア連邦の検察機関の権限、組織および活動手続は連邦法によってこれを定める」としているにすぎない。これはどのような含意をもつものであろうか？ この129条は憲法第7章「司法権」の最後に置かれている。ちなみに検察に関する規定は36年スターリン憲法では第9章「裁判所および検察機関」中に、また77年ソ連邦憲法では検察は第7編「裁判、仲裁および検事監督」中の独立の章、第21章に置かれていた。検察を司法権ないし類似のカテゴリーで裁判所と一括してくくるという伝統は維持されているわけである（ソビエト時代以来、検察を「法保護機関」の一翼を担うものとして位置づける習慣はこのことと関連する）。それではここに一般監督の規定がないということは、その廃止のすくなくとも可能性が示唆されているということになるであろうか？

サヴィーツキー（ロシア連邦功労学者、教授）によれば、93年憲法の規定が上記のような表現に落ち着くには、次のような経緯があった（"Российская юстиция" 1994, No. 10. 以下『ロシア司法』誌の典拠はРЮ 94-10のように略記する）。すなわち、憲法協議会（サヴィーツキー自身もそのメンバーであった）が1993年夏に起草した草案では、検察の基本的任務は犯罪その他の法違反への対応（犯罪の捜査・取調に対する監督、裁判における公訴の維持等）に限定されたい。この草案の改訂はある「突発事件」の結果である。93年11月6日、準備された草案が「全人民討議」にかけられる二日前、ロシア共和国検事総長（当時）А・カザンニクが「イズヴェスチヤ」に論文を発表し、その中で憲法協議会草案の検察に関する条文に「むろん一般監督を維持する方向で」異議をとなえた。129条は「事務レベルで、憲法協議会での審議なしに」改訂され、それが「全人民討議」にかけられやがてロシア連邦憲法として成立したというのである。司法改革の焦眉の論点は棚上げされたというより、根本的「改革」へのスタートにおいて大きく固い壁に突き当たったわけである。司法改革をめぐる現代ロシア社会の諸勢力の布置状況を象徴する事件というべきであろう。

ところで、91年「構想」は司法改革の全体像をその遂行の「戦術」という観点から三つの段階、すなわち①準備期、②移行期、③完了期に分けて想定していたが、刑訴法典、裁判所構成法、裁判官の地位法、検察法、弁護士法、民訴法典、仲裁裁判所法典、刑法典、行政裁判所等の特別裁判所に関する法律、司法改革に伴うロシア共和国憲法の改正など、基本的な法律の改正はすべて第一段階になされるべきものとしていた（102-104頁）。これらの三段階を貫く改革全体のモチーフとしてはまず「裁判所の組織的改編および実体法の改正に対する訴訟的性格の変革の優先」が、ついで「基本的人権（とくに生命権、人身の不可侵、名誉・尊厳および財産の保護）につながる変革の優先」が掲げられた。この三段階の想定は、その後のソ連邦の崩壊、新憲法の制定などとも絡んで事実上は大きな変容を余儀なくされる。「構想」公表後に制定された司法関連の法令としては、92年の仲裁手続法典、同年の裁判官の地位に関する法律、93年の市民の権利・自由を侵害する行為・決定に関する裁判所への不服申立法、同年の司法省設置規程（政府決定）、民法典第一部・第二部、刑法典などがある（現行ロシア連邦憲法は93年12月制定）。現実には少なく

とも「訴訟的性格の改革の優先」というモチーフは生かされていないのである。

もっとも「構想」も第一段階の法制改革によって抜本的な「訴訟的性格の改革」を遂行するという想定にたっていたわけではない。「構想」は、「1864年の裁判所諸法に表現された法文化の到達点への復帰」（パーシンはしがき）を目指しながらも、この19世紀の司法改革を「長期間にわたって準備され、権威主義的な政府の強い腕によって短期間に敢行された」ものであって現在の状況の下では「机上の計画」に終わる危険性をもつものとし、また18世紀の初めに行われたピョートルの改革を実効性の乏しい旧機関を維持したまま新機関（元老院と省＝参議会の体制）を作りだし結局「機構の膨張」に終わったものと消極的に評価したうえで、当面する改革の戦術的性格を次のように規定したのである。「最も合理的で経済的に有利なのは、旧来の諸関係をそれが質的に新しい関係に転化するまで破壊せずに、現存の法保護諸機関の体制を再編成することである。不可避免的に随伴する動揺は最小限に押さえるべきである。この改革は既存の司法諸機関に依拠しながら、それを新しい内容で充填するものとなるであろう。これはまさしく『古い革袋に新しい酒を盛る』というケースなのである」（101頁）。ここには「質的に新しい諸関係」や「新しい内容」の発展に対する極めて楽観的な見通しが表明されているわけである。

この改革に対する態度は焦点となる検察の一般監督にとくに鮮明に表れている。やや長い、一般監督の改革についての「構想」の展望を引用しておこう。

「商品生産者の経済的関心が欠如し、市民社会が未発達な状況下では検察の一般監督は、強力な強制の手段として役立つ。よくいうように、封建時代には棍棒がそして資本主義下では金がものを言う。現代はこれに加えて検事のプロテスト（異議申立）という例をもたらしした。『党员証を出せ』という威嚇は党の指導に従順な取調と裁判の機構への恐怖によってさらに効果を高めた。

検事監督は現実にはむろん、官庁および法適用機関が法律に違反して制定する下位法令の千分の一さえも捕捉することはできなかった。従って検察の一般監督機能の漸次的死滅は、市場への移行が法律の内在的・自然生的な遵守への刺激を保障するものである限り、国内の適法性の状態に影響を及ぼしうるものではない。法律に対する違背が政治的なものろみからなされ、客観的・経済的ないし社会的な法則性ではなく現地の議員の主観的な立場や『分領支配的』指導者たちの意思に依存しているようなところでこそ、検事監督は目的に合致しているというべきなのである。

検察権力の介入に適法的な根拠がないにもかかわらず労力と資金を要するような場合には、いわゆる攻勢的な一般監督とは訣別すべきである。計画的な一般監督手続による点検なるものは多大の労力と時間を要しはするが〔実際には〕思いつきで行われ、その結果プロテストとか報告書とか警告といった検察側の対応をひねり出す材料になってきたが、これは語り草の世界へ退くべきものである。……

検事が犯罪取調の権限と取調に対する監督の権限を合わせもつことは、司法改革への体系的な取り組みという要請に反し、また刑事訴訟における裁判前手続の危険な歪みを生み出すものである。しかし、既存の諸関係と馴染みのある諸連関の急速で根元的な破壊は最善の出路ではない。したがって構想として重要なのは、一面で刑事訴追を検察の主要な権限とみなすとともに、他面で検察の監督権限を部分的に軽減しつつ裁判所の監督と捜査官の自立性を高める方向に再分配することである。」（59・60頁）

ここで論じられているのは、市場経済したがってまた市民社会の形成（それは現実にはまだ遠い将来の目標であるはずであるが所与の条件であるかのごとく前提されている）が「法律の内在的・自然生的な遵守への刺激を保障」し「一般監督機能の漸次的死滅」をもたらすであろうという、まさしく観念的構成物からの自然生的流出論というべきコンセプトである。だが、91年の司法改革構想がその想定を裏切られたのは、ソ連邦とその社会主義の崩壊という事件よりもこうした安易な見通しそのものであり、より直接的には「既存の諸関係と馴染みのある諸連関」（検事総長カザンニク！）の側からの抵抗によってであった。問題はしかし検察の一般監督に限られない。「構想」のパーシンのよるはしがきは、司法改革全般のコンセプトについてこう書いているからである。「ロシア共和国における司法改革の本構想は、思弁的な図式を押し付けようとするものではなく、また万能薬であることを標榜するものでもない。この構想は、世論の利害関心にもとづく支持に依拠しつつ、その企図からすれば自然性的な仕方で進行すべき変革の自己発展メカニズムの創出とその『起動』をめざすものなのである。」（4頁）

3 検察の一般監督をめぐる論議－検察法改正論争

92年ロシア連邦検察法は95年11月17日に全面改正された。ここではまず旧法と新法の規定の異同を確認したうえで、改正前になされた一般監督をめぐる論議を分析し、改正の意味をさぐることしよう。

（1）92年法および95年法の一般監督に関する規定

まず、旧法(A)および新法(B)の一般監督に関する規定を掲げておこう。

A. 92年法2条は以下のように規定する。

① 法律の最高性、適法性の統一と強化、市民の社会経済的・政治的その他の権利および自由、ロシア連邦および連邦内共和国の主権的権利、その他の民族国家的組織および行政区画組織、執行権力機関、地方自治機関、企業、施設および機関、社会团体、政治団体および政治運動体の権利を確保するために、検察機関は以下の事項に対して監督を行う。

地方代議機関、執行権力、行政およびコントロールの機関、法人、社会团体ならびに公務員による法律の執行、ならびにこれらの者が公布する法的アクトの法律適合性、

搜索、捜査および起訴前取調を行う機関による法律の執行、

被拘留者の未決拘禁施設、未決勾留施設および刑罰その他裁判所が定める強制的性格の措置の執行時における法律の執行、

軍政機関、部隊および軍事施設における法律の執行

② 検事は裁判所による事件の審理に参加する。

③ 刑事訴訟法が定める場合には、検察機関は犯罪の取調を行う。

B. 95年法1条は以下のごとくである。

① ロシア連邦の検察機関は、連邦の単一で集権的な諸機関の体系であって、これらの機関はロシア連邦の名によりロシア連邦の領域内において効力を有する法律の執行に対する監督を行う。

ロシア連邦の検察庁は、連邦の法律の定めるその他の機能を遂行する。

② 法律の優位、適法性の単一性および強化、人および市民の権利および自由ならびに社会および国家の法律によって保護される利益の擁護を目的として、ロシア連邦の検察機関は以下の任務を遂行する。

連邦の省庁、連邦主体の代議制機関（立法機関）および執行機関、地方自治機関、軍政機関およびコントロール機関およびそれらの公務員による法律の遂行、ならびにこれらの機関および公務員が公布する法的アクトの法律適合性に対する監督

連邦の省庁、連邦主体の代議制機関（立法機関）および執行機関、地上自治機関、軍政機関およびコントロール機関およびそれらの公務員、ならびに行政機関および営利団体および非営利団体の責任者による人および市民の権利および自由の遵守に対する監督

捜索活動、捜査および起訴前取調を行う機関による法律の執行に対する監督

刑罰の執行を行い裁判所の定める強制的性格の措置を適用する機関および施設の当局、ならびに未決拘禁および未決勾留の施設当局による法律の執行に対する監督

ロシア連邦の刑事訴訟法令が定める権限にもとづく刑事訴追

犯罪対策に関わる法保護諸機関の活動の調整

③ 検察機関は、ロシア連邦の訴訟法令にもとづき、裁判所による事件の審理に参加し、法律に反する裁判所の決定および判決に対してプロテストを行う。

④ ロシア連邦の検察機関は、法創造活動に参加する。

⑤ ロシア連邦の検事総長は、独自の刊行物を発行する。

以上新旧両法の規定を比較すれば、検察の一般監督権限は維持されただけでなく、市場経済移行に伴ってむしろ拡大した（例えば営利企業の活動に対する監督）とさえいえるであろう。前述の検事総長カザンニクの批判と憲法草案の改訂は単なる偶発的な事件ではなかったことが推測されるわけである。

（２）検察法改正をめぐる論議

ロシア連邦司法省の機関誌『ロシア司法』は94年8月号で検察の一般監督を擁護する「樅の木を切るなかれ」と題するロモーフスキー（トヴェリ大学憲法学教授）の論文を載せ、これを皮切りに検察法改正の成立の直前95年9月号まで「現代ロシアにおける検察監督の使命をめぐる」という論争ページを設け、計10篇の論文を掲載した（最終回には他に3篇の意見感想文が掲載されている）。この編集企画の背景には94年6月初めに検察法の検察側原案が大統領に提出されたという事実（PIU94-10, p. 26）があったように推測される。論争そのものは一般監督維持派の発言に始まって同派の発言で終了するという形で構成されており、そこに編集側の意図が読みとれるが、この問題をめぐる現代ロシア社会の意見分布をある程度反映するものとも考えることもできる。

イ）問題提起

ロモーフスキーの論文「樅の木を切るなかれ」（PIU94-8）は内容には乏しかったが問題提起としては挑発的であった（「樅の木 дуб」はトルストイ『戦争と平和』におけるピエールの独白にも見られるようにロシア人の精神生活において特別の意味を有するシ

ンボルであることを念頭におくべきであろう)。

ロモーフスキーは一般監督の維持の必要性を、1878年にヴェーラ・ザスーリチ事件で無罪判決を下しソビエト時代にも評価の高かった帝政ロシアの裁判官アナトーリー・コーニの1864年司法改革に関する発言の引用によって訴えたのである。コーニによれば、「検事の活動の性格について『訴追機能への限定』という形でなされた〔1864年改革による〕変更は、理論的観点からすればあるいは立派だったかもしれないが、わが国の行政生活の条件に反し内的な必然性と対立するものであった。新たな植林のための場所を少しでも早く切り開こうとする熱意を拙速に実行しようとしたために、森の守護者であった樫の木が切り倒されてしまったからである」。「内的な必然性」はコーニにあってはまさにロシアの「行政」生活に発するものであったが、ロモーフスキーは「刑事手続とは裁判官もしくは裁判所だけの活動ではなく、〔裁判における法律の執行を監督する機関という意味で〕検事の活動でもある。検事と裁判所との関係は現在ではとくに、法的というよりもむしろ倫理的なものである」とするのである。ロモーフスキーは一般監督の法理論的基礎づけをほとんど断念しているように見えるが、雑誌連載の最終回では「権力の淵源〔＝主権者〕たる国民は行政を通して裁判所を通してまた検察機関を通して〔!?〕憲法3条のいうように自らの権力を行使するのだ」としている。保守的な没理論的一般監督維持論というべきだが、これは多くの一般監督維持派にある程度共通する態度でもある。批判派の反論を誘うには好都合な発言であったともいえる。

ロ) 一般監督批判

一般監督に対する批判とその廃止ないし縮小を主張した論者は論争のなかでは少数派、最も包括的な論議を展開したサヴィーツキー (PJ094-10) の他3ないし4人で、サヴィーツキー以外はいずれも論争の当事者としては迫力に欠けていた。

サヴィーツキーの現状認識は、「〔全体主義体制の拒否へと向かう改革の波の中で〕ひとり検察機関だけがいまだになお旧態依然の状態にあり、ソビエト時代のもっとも保守的な国家機関であることを露呈している。検察機関の威信は落ち、著しく低下してしまった」というものである。レーニン以来のソビエト時代における一般監督の歴史を省みながら、検察の威信が失われた最大の原因を彼は、「旧来の検事監督という形式を新たな状況の中に移植しようとしたこれを社会的諸過程に対する集権的管理の道具として保存しようとする点、つまりソビエト権力の初期の時代に課されソ連邦の崩壊まで命令的・行政的体制におけるその活動の核心をなしてきた当の機能を検察に果たさせようとする努力」に見る。

サヴィーツキーによれば現段階における選択は、①一般監督の保持か、②検察の機能の刑事訴追・公訴維持機能への特化か(ただし捜査・取調機関や行刑機関の活動の適法性に対する監督を排除しない)の二つに一つだが、革命前の司法改革、革命後半世紀余の経験そして諸外国の例に照らしてみれば、現実には②の他にはありえない。この選択の根拠を彼は検察の一般監督他の実状の分析によって補強する。検察職員の3分の2は法令や国家機関・企業等の活動の適法性に対する一般監督に追われているが、環境保護の分野に典型的に示されているように「ますます複雑化しつつある人間活動の諸態様に対するディレクタント的な世話焼き」には実効性がない。こうした活動の多くは「経済的」規制の方法に委ねるべきである。「市場的に結合された自由な企業家からなる社会においては検察の一般監督が占めるべき座はなくまたあるべきではない」、とサヴィーツキーも考えるのである(市場経済は一般監督の廃止にとって適合的な条件を提供するが法理論的に見て前

者から後者が一義的に導出されるわけではないから、この点で彼はパーシンの発想と弱点を共有していることになる）。

選択肢の②を採った場合にも、とくに裁判所を含む「法保護諸機関」間の検察による調整機能（79年ソ連邦検察法3条）の問題は残るとサヴィーツキーは主張する。「裁判所をコミにして調整というゲームをすることは、刑事訴訟を全体主義的な過去に投げ返し、未だひ弱な現在の独立性を裁判所が保持することを不可能にしてしまうであろう」からである。さらに危惧されるのは公判廷への検事の関与の消極性である。現実には刑事事件の公判に検事が出席し起訴状を朗読するケースは全体の50%以下で、その結果裁判官は一起訴状を代読するので「公訴と防御とのあいだの調停者」としての役割を喪失し、裁判所に本来なじまない公訴人の義務を引き受けざるをえなくなり、ひいては憲法123条のいう当事者主義や当事者の平等が仮構と化することになる（この憲法規定を受けていまや刑訴法は改正により「当事者」の概念を拡大して検察をもこれに含めるようになっているにもかかわらず）。裁判所に対する監督に至っては「裁判所が通常の行政機関にすぎなかったところのあの全体主義国家の遺児」というほかはないとされる。

サヴィーツキーも一般監督の即時全面廃止が可能だとは考えない。それには「組織的にもまた心理的にも入念な準備を必要とする長期の過程」を想定すべきである。しかし、憲法上の市民の基本的な人権と法益の保護という最重要の領域を除いては一般監督をせめても「縮小」すべきである、と彼は主張する。

一般監督批判派ではその他、メーニシコフ（タラバラタイ地区裁判所裁判官）の「検事は国家の弁護士か？」という論文（PI095-1）が「検事に対する挑戦状」という体裁をとっている点で注目される（この主張の趣旨は検事はもっぱら「国家の弁護士」として位置づけられるべきである点にあり、論文タイトル中の疑問符は編集部によって付された可能性がある）。メーニシコフによれば、そもそも「法（*п р а в о*）保護機関」という用語は裁判所を警察や検察機関さらには国家保安機関と同列におく30～60年代の発想に出たものであって、いまや裁判所だけが「権利（*п р а в о*）保護機関」と呼ばれるべきなのである。新憲法が検察に関する規定を「司法権」の章に挿入したのは「裁判所に地雷を仕掛ける」に等しい所業であった。検察は「国家の弁護士」に徹するべきであり国家意思の表現たる法律（の執行）を監視する機関であるという意味において、本来はむしろ立法権（!）の章に入れるべきであったとするのである。

ハ）一般監督維持派

一般監督維持派の議論には法理論の常識からみてわれわれの耳目を驚かせる奇想天外なものが少なくない。例えば、コースチェンコ（モスクワ州検察管理部検事）は「大統領権力の支柱としての検察」と題する論文でこう主張する。「憲法〔84条〕によれば大統領は自ら法体系を形成する、つまり法案を国家院に提出し連邦の法律に署名しこれを公布する。大統領は立法過程に影響力を行使し、ロシア連邦の全領域において執行されるべき大統領令および命令を公布する〔90条〕。こうした意味で大統領は元首なのであり、法体系の状態に対する責任を引き受けており自らの国家における法秩序を保障している〔!〕。他方検察についていえば、これはこの大統領権力の重要かつ不可欠の支柱であり、その必要性は社会に安定した法的関係が存在しない現状において際立っている」。また「裁判所

〔!〕や執行権力機関による憲法および連邦法違反は重大な結果をはらんでいる。これらの機関から独立した検事監督がなければ、事実上裁判所の法律違反に対する対応メカ

ニズムが存在しなくなり〔!?〕、執行権力が代議制機関によるまたある程度は司法権力による法律の執行を監督するようになろう」。この論者はソビエト的一般監督理論のいわば隠された政治的目的を法的な正論のつもりで展開して見せているのである。

別の一般監督維持派であるウートキン（シャドリノ駐屯軍軍検事）によれば、「現在法律は検事をいささか侮辱的な立場に追いやっている。例えば〔92年〕検察法21条2項は検事の権限の一つとして〔法律違反の事実を知ったとき〕市民、社会および国家の権利と法益の保護を裁判所に訴えること（о о б р а щ е н и е = 願い出ること）を規定している。この条文は検察機関は国家権力機関から独立して自らの権限を行使するとする同法4条に反しているように思われる。だが周知のように〔!?〕、裁判所は国家における第四の〔大統領を勘定にいれて!?〕権力である。21条によれば検察は〔この第四の権力たる〕裁判所に従属することになってしまう〔!?〕」。

こうした論議の基調の中で法律家としての抜群の素養とバランス感覚そして冷静なりアリズムを発揮したのは、コレニェーフスキー（最高検察庁付置研究所主任研究員）の論文「検察の一般監督の廃止は時期尚早である」であった。この論者によれば、ロシアは歴史上二つの類型の検察制度を経験してきたが（1986-1917年には検察は原則として刑事訴追および公訴のみを任務とした）、ソビエト時代の1922年に改めて一般監督が再導入されたのはもっぱら「時代の要請」によるものであった。「国内のすべてが国家的なものとされ、市民相互間の関係においても私的なものが一切認められず、また市民対権力機関の訴訟など思いもよらなかった状況の中では、検察だけが法律の遵守を看視しうべき機関でありえた（その当否は別の問題である）。検察は国家にとってまず懲罰機関として、またいかほどか対外的な体面を取り繕うために必要とされたのである」。状況が原理的に異なる新生ロシアにおいてこれとは別類型の検察が必要なことについては議論の余地がない。サヴィーツキーがいうように検察が最悪なのではなく「全司法体系の」の変革が必要なのだ。また検察が「大統領権力の支柱」だとするコースチェンコの立論も誤っており、検察は何らかの機関ではなくまさに「法律の」支柱なのである。さらに裁判所との関係において検察にソビエト時代以来の地位を確保しようとする議論も、新憲法が当事者主義的訴訟原理を導入した現在では「当事者」としての検察が同時に他の訴訟参加者の行為の適法性について「監督」することはできないから「もはや正当ではありえない。こうしてコレニェーフスキーは批判派の議論を理論的にはすべて受け入れる。「〔本研究所の検察に関する構想や最高検察庁の検察法改正草案も明確に認めているように〕現在経済において提起されている目標が達成され、社会が市場によって結合された自由な商品生産者の社会となるときは、検察の一般監督が占める座はなくなり、ここに生ずる紛争は仲裁裁判所か普通裁判所の審理するところのなるであろう。市民の権利の保護についていえば、ここでは国家機関や公務員の違法行為に対する不服申立を含めて裁判所への提訴が次第に優勢になるであろう。人は自らの権利と利益を公開の当事者主義的手続において守ることができるのだから、この方法が疑いもなく効果的なのである」。

だが、それではなぜ当面検察の一般監督を維持しなければならないのか？ ここでコレニェーフスキーは現実のロシア社会における紛争処理の実態に眼を転ずる。例えば、94年の上半期において裁判所が9千件の法違反を審理したが、同じ時期に検察機関は実に9万6千件の事件を処理した。裁判所も大統領付置人権全権（オンブズマン）も憲法裁判所も現状では「紛争処理に要する時間や手続の煩多さなどの理由から」こうした実状を変革で

きる情況にはない。どうすべきか？「答は一つしかない。性急にならないことだ。相変わらず検察に助けを求めるわが『意識の低い(несознательное)』国民の現実的な必要性をも計算に入れるべきだ」、と彼はいうのである。

コレニェーフスキーの議論は理論的な立場においては先のサヴィーツキーの場合と正反対にも見えるが、具体的な改革の「戦術」において両者はほとんど一致する（逆に「戦術」は違うが理論的立場は共通するというべきかもしれない）。そしてより重要なことは、ロシアの固有法文化の問題を正面からここで論じているわけではないが、彼の議論がロシアの「行政」生活に発するとコーニが指摘したあの「内的必然性」を事実上見事に言い当てていることであろう（市場経済がいまだ「目標」にすぎないという限定付きではあれ、主としてそこにいわば本来的な司法の可能性を繋ぎ止めているという、この論争の参加者たちの多くが共有する弱点を見落とすことはできないが）。この意味においてコレニェーフスキー論文は論争の実質的な最後を飾るにふさわしいものであった。

二) 二つの法案

論争を背景として議会には92年検察法の改正について、大統領案と国家院（下院）議員案の二案が上程された（РЮ95-9）。後者はゾロトゥーヒン議員およびポフメルキン議員の連名で提出されたもので、論争の経緯との関連でいえばサヴィーツキー論文の線にそって検察の一般監督の廃止を前提とし、その2条1項は以下のように規定するものであった。「検察機関は公的機関ならびに公的機関および私人共同の告発による事件につき刑事訴追を確保する。この目的に応じて検事は刑事事件を提起し、これを取調官に引き渡して取調べせしめまたは自ら捜査取調を行い、刑事事件の公判前手続における取調官および捜査機関の活動に対して手続上の指揮を行い、第一審の裁判所において公訴を維持し、非適法的または妥当性を欠く判決および決定に対してプロテストを行い、上級裁判所の審理に参加する」。

大統領案は一般監督の維持という立場に立つものであった。成立した改正は大統領案の基本線を受け継ぐものであったが、大統領案に含まれていた「法律および規範的性格を有する大統領令の履行に対する監督」という2条の規定から大統領令の文言は最終的には外された（「大統領令の履行に対する監督」という規定は改正の検察庁原案に由来するものと思われるが、これについては「適法性(законность)に関する監督」という伝統的な観念をさらにいわば「適令性(указность)に対する監督」にまで拡大するものだというサヴィーツキーの批判があった）。

議会における論議の紹介は別稿の課題とするほかないが、以上の分析から、検察法の改正は原理的な転換の契機をうちにはらみながらも基本的枠組においてはソビエト時代以来の「検察の一般監督」を維持したものに当面落ち着いたものと見ることができる。

むすびに代えて

ロシアにおける司法改革の現段階は司法原理の基本的枠組の面でおおきな流動性を克服しえていない。ロシア固有の法文化が単なる惰性や保守的思考方法以上の要因によって司法の「近代化」ないし「西欧化」を阻んでいるからである。そこに支配しているのはむしろ、革命後における「検察の一般監督」の再導入を条件づけたと同じ政策的ないし政治的

配慮であろう。転換の必要性は「一般監督」ひいては「法に対する政治の優位」をやむをえざる当面の選択とみるか原理的転換への漸進的な出発点とみるかにかかわらず、いまや共通の認識になっていると考えてよいであろう。次の転換の可能性は現段階においてはこれもほぼ共通して市場経済原理のもたらす「自然生的」要因に求められているが、これがいつの日にか自動的により原理的な転換につながるとみることは楽観的にすぎよう。ロシア固有法の原理を基礎づけてきた「内的必然性」（A・コーニ）は体制転換を貫通して生き続けており、これを克服するためには特殊に法的な条件の確保が、したがってまたそれを可能とする「意識の低い」国民の意識変革とそのための（経済的および政治的条件に加えて）「社会的」な条件が必要とされるからである。

第6章 ポスト社会主義の法理論

－法の概念を中心として

はじめに

社会主義の崩壊は、憲法や民法をはじめとする実定法体系の改編とともに、当然のことながら「法とはそもそも何か」という根本的な問題レベルを含めた法理論の転換をももたらした。とはいえ、状況はかならずしも単純ではない。実定法体系だけをとりても、商法の未制定という点のみならず、すでに改編された部分も民法における所有権制度の転換の不徹底をはじめさまざまな問題点をすでに抱え込んでいる。また実定法体系の更新と法理論の転換が即応的な関係にあるわけでもない。法理論の事態をごく単純化していえば、社会主義法からの脱却（マルクス主義的法理論の否定）というそれ自体としてはネガティブに規定された方向性と、「文明」つまり西欧型近代法への接近（19世紀後半の大改革時代以来の再接近）というポジティブな意味をもつ価値論的な指針は、それなりに明瞭になってはいるけれども、この転換には、ソビエト時代における西洋法理論の摂取という点でのきわめて大きな空白という事情が、そしてまたロシアの伝統ないしロシアの「独自性」への自覚的・無自覚的なこだわりが、からんでいる。旧理論の何を、どこまで、何によって置き換えるかという問題をめぐって、多様な分岐が生ずるゆえんである。法理論を支える研究者の世代交代も大局から想定されるほど進んでいない。理論的転換の営為そのものが主として旧「ソビエト法学者」によって担われているという事情が存在する。

小論はこうした状況の一端を見極めることを目的として、現段階においてきわだった特徴をもつものと目されるネルセシャンツ、セルゲイ・アレクセーエフ、ルカショーヴァらの法理論をソビエト時代の「法の一般理論」という問題レベル（今日の「法哲学」にほぼ相当する）に即して検討しようとするものである。これらの学者はいずれもソビエト時代からの法理論領域における大家たちであるが、近年、法理論の根本にかかわるモノグラフをそれぞれ上梓している。ネルセシャンツの『法哲学』（1997年）、アレクセーエフの『法の理論』（1994年）、そしてルカショーヴァ編『人権の一般理論』（1996年）がそれである。これらの理論を検討するさいにとくに関心を集めたいと考えるのは、ソビエト法理論への反省とそれからの脱却の方向、脱却における克服あるいは保存・発展の対象としての「ソビエト的なもの」と「ロシア的なもの」の認識の在り方である。

1 ソビエト法理論とその転換の動向

はじめに今日のロシアで克服の対象とされているソビエト法理論の特徴をごく大まかにつかんでおく必要がある。あえて象徴的な表現をとれば、ソビエト法理論は「法治国家の創出」という課題を掲げそれを追究することによって自滅したということができる。このソビエト法のいわば〈非法治的〉な性格に、ソビエト法理論自身はどのように対処してきたかをまず見ておきたい。

ヴィシンスキー・テーゼと法実証主義 この理論的反省において焦点となるのは、1938年に共産党の法理論上の権威ヴィシンスキーによって与えられた法概念の定義である。有名な定義ではあるが、念のためあらためて想起しておこう。ヴィシンスキーによれば、法とはソビエト法を含めて一般的に、「支配階級的意思を表現し、立法手続によって制定された行為諸規則、ならびに、その適用が、支配階級に有利で好都合な社会関係の保護・強化・発展のために国家の強制力によって保障されるところの、国家権力によってサンクションをうけた慣習および共同生活諸規則の総体」であった（大江 1998 参照）。

法を支配階級的意思を表現するところの規範の体系とする見地は、周知のようにマルクスおよびエンゲルスの『共産党宣言』からとられたものであるが、ヴィシンスキーの定義全体はマルクス主義の古典のテーゼを特殊な方向に発展させたものであることに留意しておく必要がある。すなわちこの定義では、「法」の範囲が、ふつうの意味での法律（立法手続によって制定された規範）だけでなく、法律以外の「共同生活諸規則」（および「慣習」）にまで拡大されており（テーゼの「ならびに」以下の部分に注目）、しかもそうした意味での諸規範（「諸規則」）の「法」としての本質的なメルクマールが国家の「強制力」（とそのサンクション）に求められているのである。この意味での「国家」とは支配階級（ソビエト法の場合は「人民」）的意思を表現する機関（代議機関）というよりは、まさしく「強制力」の直接的な担い手としての行政機関そのもの（そしてそれと融合した党の諸機関）であろう。この視点からすれば、ヴィシンスキーのいう「行為諸規則」や「共同生活諸規則」はいずれも行政規則（ウェーバーが *Recht* と対比している *Reglement*）にほかならない。つまり、この規定はのちに30年代に成立した体制の呼び名として一般化したあの「命令的・行政的システム」にぴったりと照応した法観念を表現するものなのである。

こうした意味で、この概念規定を出発点とするソビエト法学の展開の基本線が西欧における法実証主義とか〈法＝規範〉説とかと同じの系譜に連なるものではないことに留意しておく必要がある。ここではとりあえず法実証主義との関連で端的に問題点を指摘しておこう。法実証主義者ジョン・オースティンは法を「主権者の一般的命令」と考えた。ハンス・ケルゼンは法をカント的な「当為 *Sollen*」のカテゴリーとむすびつけた。

H. L. A. ハートは法を「第一次的ルール」（責務ないし義務）と「第二次的ルール」（裁判のルール、変更のルールおよび承認のルール）との結合という観点から捉えた。しかし上に見たヴィシンスキーの法概念の規定には、こうした法を実証主義的な意味においてであれまさしく法たらしめている決定的な契機（オースティン理論に含意される法によって拘束された権力としての「主権者」、ケルゼンの依拠する「当為」のカテゴリー、ハートのいう「第二次的ルール」）を欠いている。法をもっぱら強制力によって特徴づけられた国家（じつは行政）の派生物と見るヴィシンスキーの立論は、ドイツ法学の影響を強く受けた19世紀ロシアの法実証主義――たとえば社会学的傾向をもつコルクノーフの「法の一般理論」――に比してもなお異質なのである。

パシュカーニス理論とその限界 こうした観点からすれば、ヴィシンスキー理論が克服しようとした1920年代の正統マルクス主義法理論とくにパシュカーニスの「交換理論」も法の法としての妥当性 (*Gültigkeit*) の根拠を捉えていなかったという限りでは、じつはヴィシンスキー理論と同じ基盤に立つものであり、30年代後半におけるパシュカーニス理論のヴィシンスキー理論による克服はこの意味で容易になされたのであった。いいか

えれば、パシュカーニスは『法の一般理論とマルクス主義』（1924年）において、マルクス『資本論』（第1巻第2章冒頭）の「権利義務関係または意思関係の内容は経済的關係そのものによってあたえられている」という命題に依拠して、経済的關係（商品交換における「主体」と「主体」との「意思的」関係）をそれ自体として「法的」社会現象の第一次的な形態をなすものであると見たが、この主体が「法的主体」（人格）となりまた意思的關係が「権利義務関係」となる論理を解明したわけではなかった（主体や意思という社会学的カテゴリーはイデオロギー的現象とされ、その限りでただちに法的人格、権利義務関係といった法的カテゴリーと等置されたのである）。こうした意味においては、社会関係と法的関係とのあいだに残された論理的空白をそれなりの一別の意味での〈非法的〉＝行政的な要素の導入という一仕方でのちに埋めたのがヴィシンスキー理論における行政規則という構想だったことも、さして異とするには足りないことになる。

克服の試み ソビエト法学におけるヴィシンスキー理論の克服の試みは50年代後半のスターリン批判とともに始まる。ヴィシンスキー理論に対する50-60年代の批判は、まず「狭い規範說的」な法概念規定に対する、法へのいわゆる「広いアプローチ」の提唱という形をとる。法とは国家の強制力によってその妥当を保障されたたんなる規範の総体ではなく、法規範と法的関係（権利義務関係）との統一であるとか（ケチェキヤン、ピオントコフスキー）、法規範、法的関係および法意識の統一であるとか（スターリゲヴィッチ、ミコレンコ）といった、法概念の内包を拡張する主張に、この「広い」アプローチの特徴が端的に示されている。しかしこの「広いアプローチ」は、じつは法概念の中心をいぜんとしてヴィシンスキーの場合とほぼ同様に「規範」のレベルに求めるものであり（法的関係や法意識といった新しい要素が法概念の中心をなすものとして提起されているわけではなく、規範からいわば派生する要素としてそれに追加されるにすぎない）、法という場合にはほかならぬ現行のソビエト法（「ソビエト社会主義法」）を念頭においていたのであって、これに対する原理的批判が含意されていたわけではない。とはいえ、この「規範説」派と「広いアプローチ」派との論争の過程において、ヴィシンスキーの定義に見られたいわば非法律的な「共同生活諸規則」がいずれの側の法の定義からからも除去されたことは注目されてよいであろう。「狭い規範説」派もヴィシンスキー・テーゼをそのままもっぱら保守的に擁護したのではなく、適法性の観点から「法律」概念にあえて「狭く」こだわることによって法の概念をそれなりに厳密に規定する役割を果たしたわけである（80年代はじめにこの方向で「狭い規範説」の論陣をはった有力な論者のひとりがアレクセーエフである）。

第三のアプローチ 法概念論争がソビエト法学の枠内で新しい段階を画したのは、70年代末のことであった。法の概念をめぐる「第三のアプローチ」、すなわち「法」と「法律」とを概念的に区別する観点はネルセシャンツやケリーモフによってすでに70年代前半から提起されていたが、この主張が大きな流れとなったことを印象づけたのは『ソビエト国家と法』誌が79年7および8月号で公表した「ソビエト法の理解について」の詳細な討論会記録である。「法」と「法律」との区別という理論的構想の意味は、ネルセシャンツによれば、現行法としての正規の効力を有するのは立法規範（「法律」規範）だけであるという「規範説」の主張を当然のこととして承認したうえで、「『実定法』全体を可能な限り最大限に社会関係の必然的形態としての社会的・歴史的に条件づけられた法の原理および要請に照応させる」という観点から法律（現行法）に法（いわばあるべき法）を対置

することであった。上記の討論会でこの「第三のアプローチ」に与したのは、トゥマーノフ、マムートフ、ゾーリキン、リフシツ、マムートらである（ネルセシャンツがこの「第三のアプローチ」派としてあげる学者は討論会での合計37人の発言者中10人にのぼる）。

臨界点に立つ理論 しかし、80年代に入ってからこの「第三のアプローチ」派はその本来の理論的構想の含意を、おそらくは政治的気候条件に起因する事情から、かならずしも完全な形では展開できなかったように見える。たとえば、ネルセシャンツは83年に出した著書『法と法律』のなかで、遠慮がちに「法律は法を、言い換えれば正規の法律命題は自由の客観的形式かつ尺度〔という法の概念〕を、含意し必然性をもって前提する。だから、法律と法との照応〔という自分の理論的構想〕は、実定法にたいする批判的・価値論的な当てこすりではなく、実定法の実定性という内的な契機、存在論的に必然的なかつ客観的に条件づけられた契機をなすものであり、この実定性が現実の実定的であるということを確認するメルクマールを指示するものなのである」というにとどまっていた。このもってまわったレトリックは、今から見れば、70-80代のソビエト法学の先端部分が――政治状況さえ変化すれば徹底的な現行法批判に転化しうるような――ある臨界点に達していたことを示すものであろう。

2 「規範説」の変容――アレクセーエフの場合

80年代までのソビエト法学がペレストロイカ期から体制転換後へと貫通して掲げられてきた「法治国家の創出」という目標に対応するためには、旧来の法の概念を「法治国家」ないし「法の支配」に照応する概念へ、つまり国家権力をも拘束しうるような法の概念、自然法ないし〈高次の法〉を含む概念へと組み替えていくことが求められる。実定法、少なくとも旧ソビエト社会主義法という意味でのそれを――ネルセシャンツのレトリックを逆手にとっていえば――「批判的・価値論的」に克服する枠組が必要とされるわけである。まず「規範説」がこの課題にどのように対応したかを見てみよう。

法の法律学的意味 アレクセーエフは81年に公刊した著書『法の一般理論』第1巻で、「広義アプローチ」に対抗する「規範説」の立場から、実定法のみを「法律学的な〔権利義務の〕意味での法 юридическое право」と認め、「広義アプローチ」派が重視する法のさまざまな発現形態とそれらに対応する定義（のちの用語法でいえば自然法に相当するところの「法律外の法」ないし「法律以前の法」、法律の効力を与えられていない法）を社会学の分野に属する「非法律学的な意味での〔権利義務の意味をもたない〕法 неюридическое право」あるいは「直接的に社会的な法ないし権利 непосредственно-социальное право」と位置づけていた（これと同様の実定法と非実定的な法とを区別しつつそれらとともに「法」に関係づける見地は、実定法と「分配と交換の関係において〔実定法以前に〕形成される権利・義務」をそれぞれ「第一レベルの法」「第二レベルの法」として把握する70年代後半のヤーヴィッチの議論にすでに見られる）。歴史的に形成された社会的な「要請」や「要求」がそれにもかかわらず社会学のレベルのカテゴリーにとどまらずなお「法」（「直接的に社会的な法」）として理解されるのは、アレクセーエフによれば、それが権利義務の意味での法に「最短距離でつながるその前提」をなすからであった（アレクセーエフはここで社会的な要求は「法」ではないが法と呼ぶべきであるというきわどい見地に立っていることになる）。彼は法をなお「規範の体系」と定義する。だが、

この立論は先にみたネルセジャンツの議論とは方向が異なるものの、同じようにソビエト法学の古い枠組を超える潜勢力をすでに獲得していたことを示すものと見てよいであろう。

この古い枠組を打ち破った理論的な成果が、アレクセーエフの『法の理論』（1994年）である（本稿で利用している版は「第二刷」とされているが初刷の時期は未詳）。アレクセーエフがこの著作において客観的に課されていた課題は明瞭である。その課題とは、端的に言えば、自然権としての人權の承認を前提として、この人權を含む法が国家を拘束するという法治国家の基本命題を理論的に基礎づけることにほかならない。先にみたいわば限界状況にある「規範説」から出発しつつ、アレクセーエフがどのようにこの課題を解決するのを見てみよう。

社会制御理論と分析法学への接近 理論的転回のカギとなっているのは、彼がかつて非法学的なものとして性格づけた「直接に社会的な法ないし権利」をあらためて「法律学的な意味での法」として再解釈することであった。この再解釈を果たすために、アレクセーエフは法実証主義的な枠組をもつかつての「規範説」から新しい境地への脱却を試みる。この新しい境地とは、実用法学（実証主義的法律学）ならびに法哲学と区別される法学の「第三の水準」、つまり法を「制度的形成物」として、言い換えれば社会制御（social control）理論の意味での統制の道具（инструмент）として、機能主義的に位置づける理論レベルである（彼は英米法を高く評価する観点から、ソビエト法学の規範説的な意味での成果をオースティンを祖とする「分析法学」への寄与として読み換え、自らの理論の展開方向をこの分析法学から発展したO. ホームズ、R. パウンド、K. ルウェリンらの社会学的法学になぞらえている）。

アレクセーエフによれば、「文明のもとでの社会的制御の基底構造（инфраструктура）においては法（実定法）が中心的位置を占めることになるが、この経済の要求その他社会の客観的に条件づけられた要求を濾過して表現するところの基底構造の端緒的要素、能動的要因となるのは自然法、すなわち直接的に社会的な諸権利である」。さらに法は、同じく文明のもとでは「正義〔という道德〕原理の制度化形態、この〔道德〕原理を現実化する形態」でもある。法の道德現象として性格こそが、「支配者をしばる」とギリシャの哲学者が記したあの――ソビエト法学の遺産からみれば原理的に新しい――側面からの法の理解を可能にする。「法はその形成と機能において国家によって条件づけられているが、社会的発展の過程においては、国家にたいする規定的な要因ともなりうるものであり、それは法治国家において実現される」とされるのである。

文明？ だが、こうした理論的な構図はロシアの現実在即してみた場合どういう意味をもつのであろうか？ 現代ロシアにおいても遅ればせながら「文明」に向かう「社会的発展の過程」にまだ期待することはできるのであろうか？ アレクセーエフの立論が精彩を失うのはここにおいてである。彼はマルクス主義の方法になお依拠して、法との関係における「経済的土台の規定的役割」を認め、また政治権力を拘束するような法には社会の自律すなわち「なによりも経済における〔市場のような〕さまざまな自己制御的なメカニズムの存在」を前提とすると主張するが、この議論はこの著書においては十分に展開されてはいない。アレクセーエフによれば、「〔社会的制御の基底構造における「法の不足」のために皇帝の無制限の独裁が歴史上きわめて長期に持続してきた中国と〕同質の諸過程は、倫理的・宗教的な（没団体的凝集の соборные）諸伝統、共同体的原理、ロシア正教のいくつかの特徴と結びついて、ロシアにおける法の発展にも特徴的なものとなっている。

しかし、それにもかかわらず、中国史やわが国の最近の歴史が証明しているように

〔?〕、文明の所与の水準によって条件づけられた法という必然的な尺度にたいする要請は、最終的には自ずから貫徹してゆくものなのである」。見られるように、アレクセーエフの立論においては「文明」がマジック・ワードなのである。「文明」というマジック・ワードを取り去ってしまえば、そしてロシアにおいては経済的土台（「自己制御的メカニズム」としての市場）に望みをつなぐことができない限り、彼が期待をよせる、分析法学から社会学的法学に至るコモン・ローの伝統に結びついた「社会的制御の基底構造」という理論的構想は宙に浮くことになるだろう。

ちなみに、アレクセーエフは比較法の枠組としては、いまやマルクス主義的な階級社会（社会構成体）理論に依拠した法の「歴史的類型」論を離れて、ルネ・ダヴィッドらによって代表される法系（法家族）論に与しつつ、①ロマン・ゲルマン法、②アングロサクソン法、③宗教的・共同体的法体系（イスラム法系など）、④権威主義体制下の強度イデオロギー化法体系の四つを区別する。ソビエト法はこのうちの④に含められる。この第四グループの法は、イデオロギーの主導的役割という点では③に近いが、文明の現段階に適応しつつ、社会における実力の支配を「法的に聖化し」、権威主義的・独裁的体制を隠蔽し「美化する」目的をもつという点でそれと異なる。近代的な法文化の諸要素やロマン・ゲルマン法の制度が援用されるのは権威主義的体制の「カムフラージュ」のためである。今日のロシア社会はいまだ実際の法治国家、民主主義と市場にふさわしい法的基盤を創出できるほどには成熟していない。「〔ロシアにおける〕現存の法体系は全体としては依然としてソビエト的（プロ・ソビエト的）であり、国家化された体系、そのすべての下位体系において公法的〔＝権力的〕原理に立脚している体系、つまり民主主義的・法的体制ではなく社会生活の権威主義的構成に照応している体系である」というのである。ロシアにおける法の「人間化」「私法化」への処方として提案されるのは、私法の復興、人権の「法体系の中核」としての意味づけ、社会生活における裁判の役割の抜本的向上である。

こうした一般理論的構想と現状分析ないし実践的処方とのあいだに広がるギャップ―それは英米法的な理論的アイディアと「権威主義的」法文化（中国的な「法の不足」）という現実とのギャップでもある―を埋めているのが、先に指摘したアレクセーエフの「文明」という観念なのである。

3 西欧文明としての法―ルカショーヴァの場合

アレクセーエフの理論的構想における「文明」が未開（「原始社会」）との対比における「文明」一般であったとすれば、ルカショーヴァの人権の一般理論（『人権の一般理論』第一部）は文明なканзук人権と法治国家の歴史的起源をもっぱらヨーロッパ文明との関係において問題にする。ルカショーヴァはいわば戦後第二世代の法学者であるが、70年代にはすでに「広いアプローチ」派の一端を担っており、その後も本稿でのちに取り上げるネルセシャンツの「第三のアプローチ」に近い立場から発言してきた。ここで取り上げる編著書における理論家としてのルカショーヴァの議論の特徴は、マルクス主義的な法観念から完全に離れて、西欧的な人権の思想伝統に移行している点にある。だが、この理論戦略によってアレクセーエフの議論がおちいった袋小路を抜け出すのは容易ではない。

ルカショーヴァはその編著『人権の一般理論』（1996年）において総論部分の執筆を担当している。この総論の特徴は、人権をかつてのようにイデオロギーとしてではなく、なによりも「人間活動の数多く繰り返される行為」から結晶化してくる「特定の安定的な規範」として――その限りで社会関係そのものとして――把握する立場に立ちつつ、これをいわば社会哲学的・演繹的に説明する方法を避け、ほとんどもっぱら西欧における法思想史から読み取ろうとする点にある。その上でルカショーヴァは、「なぜ法治国家は普遍的現象ではないのか」という問題を立て、これに同じく思想の問題として答を与えようとするのである。

人権の文明史 この問題には唯物史観的な「社会構成体」の歴史的交代という方法では答えられない（社会構成体論には文化的ないし文明的偏差を問題にする視角が本来的に欠けているからである）。「ヨーロッパ文明」の特質はM. ウェーバーやA. トインビー、ベルチャーエフ、さらにはF. ハイエクなどを動員して説明されるのであるが、古代ギリシャの哲学、中世社会の団体的構造、自然法思想、社会契約説、自由意思の理念等々、多岐にわたるその説明が収斂するもっとも重要な点は西方教会の系譜に連なるキリスト教である。「キリスト教の特質が社会意識を自由の理念、自らの行為に対する責任へと準備した。……〔そして最後に〕ブルジョア革命が〔神学的に正統化されていた君主権力のような〕既成の支柱を根本的に破壊した」とされるのである。

中央部ヨーロッパで形成された文明はやがてスカンディナヴィア、南東ヨーロッパ、ヨーロッパ西部、アメリカ大陸などに伝播してゆき、20世紀後半には東洋の伝統社会（日本、韓国、インド〔?〕、中国〔?〕など）もこれを受容するようになる。しかし、ヨーロッパ文明の諸価値のロシアへの浸透は緩慢であり大きな困難をともなった。そこにはそもそも「人権」に連なる思想系譜が存在せず、社会と個人との相互関係の歴史もヨーロッパとは全く別の方向をとった。ロシアでは「『社会と個人』という二項対立の軸が實際上そもそも成立不可能だった。その理由は〔ロシアでは何百年にもわたって〕……この二つの項の間の矛盾を解決する自明のベクトルがアプリアリな全体的なものの優位というところにあったからである」（A. オボロンスキー）。

こうした歴史認識から導き出される人権の一般理論は、法、法という社会現象の領域の原基形態を「権利および義務」にもとめ、人権の基礎理論を――西欧の伝統的憲法理論とくにイエリネクの「地位」理論とその発展の線にほぼ即した――「法的地位 правовой статус」を中心として構成されるものとなる（この意味での人の法的地位は一般的権利能力、保障、法益、法律上の責任などを含む）。

現状と展望：社会国家的社会主義 このような視角からロシアの現状はどのように評価されるであろうか、そして法治国家、しかも社会的な法治国家への展望はどのように開かれるであろうか？ ルカショーヴァによれば、イデオロギー的に見て、「現状のロシアは全体主義体制の廃墟の上に立っており、そこには人間、その権利と自由にたいする過小評価の強い伝統が保存されている。人権と法治国家の理念を掲げることは全体主義的な過去との完全な断絶を宣言する権力にとっては不可避であったが、その権力には真に民主的な指針も文化の基本的構成要素としての人間の尊厳を尊重する態度も欠けている。これが偶然でないのは、この権力の担い手の多くは旧指導エリートの出自をもつものであり、旧社会に何十年も支配してきた人権無視と偽善の精神を今日の生活に持ち込んでいるからである。これこそ現代ロシアにおける歴然たる人権の不毛の原因のひとつにほかならな

い」。また政治的・社会的に見れば、ロシアでは「数年来、国家制度の衰弱が生じたが、これは法に基礎づけられた社会とは逆の方向への変化であった。全体主義国家を破壊しようとする意欲は新しい民主国家を創出する諸原理についての明確な想定によって裏打ちされたものではなかった。全体主義国家との訣別とそれにたいするネガティブな態度が国家一般にまで拡張され、そしてそれが国家の衰弱、国家の機関とメカニズムの規制力喪失をもたらした。強力な国家制度なしには根本的な再建、旧社会の基盤の解体はなしえないという単純な真実が忘却されたのである」。ここで「強い権力」というのは全体主義的な意味でのそれではなく、「法によって構成され、法にもとづき法の助けをかりて国民全体の法秩序に奉仕するような権力」（И. А. Ириин）である。

旧社会主義体制における「社会的権利」の正当な位置づけとその制度化は新しい社会国家への前進にとって有益な遺産となりうるが、マルクス主義の理論は人間の自立性と自発性の基礎としての私的所有権を否定した点でも、また革命的暴力によって全般的な平等と正義をうちたてようとした点でも、歴史によって形成されてきた社会意識の状態を軽視した点でも、新しい展望を開く思想的指針ではもはやありえない。「法的な権力」は自国の「文化空間 культурное поле」つまり伝統・慣習を考慮して（たとえそれが修正やそこからの脱却を要するにしても）その活動を実現せざるをえない。「経済的諸関係や市場的諸構造は宗教、国民文化および伝統によって基礎づけられた文化空間と労働倫理の外部では（中国、日本、アメリカ合衆国、ドイツ、メキシコ、ザンビア、ポーランドの事例が示すように）作用しない」、という労働倫理に関する研究会（『哲学の諸問題』誌主催、1990年）の結論がこの点で示唆的である。ルカショーフによって導き出される、「法に依拠する社会国家という構想は、ポスト全体主義社会における平等、正義および倫理性への漸進的な以降を保障するものであって、ロシアにおいて形成されるべき新しい社会のモデルの重要な側面をなす」という結論が、――「中産階級」つまり所有者層の形成に期待を寄せつつも――ある種の（所得の再配分よりも経済的平等そのものに力点をおく）社会国家的な意味での「社会主義」（例えばネルセシャンツのいう「平等な市民的所有 гражданская собственность」にもとづく「市民主義 цивилизм」体制）をかならずしも排除しないこともここで注目されておいてよいであろう。

ルカショーフ理論の成果 ルカショーフの理論は西洋の法文化の形成史をいささか宗教の契機に一面化し、かつそれを支えてきた社会構造の分析の面でも不徹底をまぬかれず、また人権理論の構成においてもいまだ多くの荒削りな部分を残してはいるが、現代ロシアが当面している法改革の課題のありかを正確に認識しているという限りで、重要な意味をもつ。ここで社会構造の分析が不徹底であるといのは、ヨーロッパの法文化を歴史的に支えてきた社会的基盤の分析が現代ロシアの西洋中世史家アーロン・グレーヴィッチ（その中世社会論は西欧でも高く評価されている）の指摘する中世社会（とくに都市）の団体的構造の問題への言及にとどまり、そこからストレートに近代の自律的個人が形成されてくるかのような歴史を説明しているように見えるからであり、またロシアの「低い法文化」を支える社会構造の分析がさしあたりオボロンスキーの展開するかならずしも歴史的でない疑似システム理論的な論理構成の援用というレベルに止まっているからである。

4 自由としての法――ネルセシャンツの場合

ネルセシャンツの展開する理論の特徴が「法」と「法律」との概念的峻別という構想にあることについては、すでに本稿第1節で触れた。ここで取り上げる『法哲学』（1997年）教科書の体裁をとってはいるが、内容的にみれば彼のここ20年ほどの理論的活動の集成をなしている。「法哲学」という書名も――体制転換後における大学カリキュラムの再編成の事情を考慮しても、アレクセーエフの場合などと対比すれば――その集成が「法と国家の一般理論」や「法の一般理論」というソビエト法理論的な枠組を脱皮したことを示している点で注目してよい。

平等・自由として法概念　ネルセシャンツの立てる「法」概念は、彼の法思想史とくにギリシャ哲学とドイツ法哲学（とくにヘーゲル）についての、ソビエト法学者としては異色といってもよい深い学識に由来するところが多い。この事情はここで取り上げている『法哲学』の構成にも反映されており（同書全体の三分の一ほどの分量をなす第5部「法哲学史と現代」は古典古代、中世、近世・近代、ロシア、20世紀を扱う）、彼が編集責任者となっている法学部用教科書『政治・法学説史』（最新版は1995年）の執筆担当部分にもうかがえる（序論、中国を含む古代東洋、ギリシャ、ローマ、近世オランダに関する諸章のほか、モンテスキュー、ルソー、ヘーゲル、ニーチェ、ソビエト法理論の部分をカバーしている）。このことは、「ヨーロッパの法理念」がローマ法ではなくむしろギリシャの遺産（つまり古典古代的な意味での平等と正義の観念）とキリスト教的伝統に起源を有するとされる（ヴィーアッカー『近世私法史』）限りで、ネルセシャンツの理論を理解する上でも重要な意味をもつであろう。

ネルセシャンツが本書で説くところによれば、法とはごく端的に言えば形式的平等のことにほかならない。「法的平等は数学における等式ほど抽象的ではない。相異なる人々のあいだに成立する法的な方程式の根拠（およびメルクマール）をなすのは社会関係における個人の自由であって、この自由が権利能力および法主体性という形式において承認され確定される。まさしくこの点に法的平等そして法一般の特質がある」（いわゆる「事実的な平等」は法的つまり形式的平等の否定としてのみ合理的な意味をもち、ポジティブな表現としては非合理的な値、いかえれば「木製の鉄」のような、平等とはまったく異なる単なることば的構成物にすぎない）。したがって法とは、概念規定的に言えば、「社会関係における人々の形式的平等の原理を媒介とするところの自由の規範的な表現形式」にほかならない。

この意味での平等そして自由の存在可能性は、必然的に社会関係なく所有関係における個人の権利能力（とくに生産手段の所有権主体となる能力）と結びついている。ここから、「こうした所有、自由および法の相互連関の論理にこそ、社会主義（私的所有の普遍的禁止、所有の社会化等々）と自由および法との両立不可能性の深い原因が根ざしている。全体主義的社会主義から法と自由の原理への移行過程全体にわたる所有の脱社会化の根本的な意味も、この論理によって規定されている」ともされるのである。

平等としての法概念の含意　以上のような法概念の意味するところは、ヨーロッパの伝統的な法の概念規定と比較することによって一層明らかになるように思われる。いささか回り道になるが、ここではG. ラートブルフを引き合いに出してそれを試みてみよう（ネルセシャンツ自身は法の概念の論述について参照文献を挙示していない）。ラートブルフ『法哲学』（1932年第3版）によれば、法は一つの文化概念つまり法価値ないし法理念によって整序された現実に関する概念であって、この理念とは正義にほかならない。あ

れこれの法律の適用または遵守にかかわる正義（＝合法性 *Rechtlichkeit*）ではなく、法律（実定法）そのものを測る正義についていうならば、それはすでにアリストテレスが論じていたように平等を意味する。アリストテレスは、ラートブルフの解釈にしたがえば、財貨のあいだ（労働と賃金、損害と賠償など）における絶対的平等すなわち平均的正義 *ausgleichende Gerechtigkeit* と、さまざまに異なる人間の取り扱い（負担能力を標準とする課税、困窮の度に応じた扶助、功労に従って与えられる報酬、責任に従ってなされる科刑など）における比例的正義すなわち配分的正義 *austeilende Gerechtigkeit* を区別した。ラートブルフによれば、「平均的正義は少なくとも二人の人間を要し、配分的正義は少なくとも三人の人間を要する。前の二人の人間は相互に平等の権利を有するが、後の最小限三人の場合には、他の二人に負担を課し、または利益を与える一人は他の二人の上位におかれている。平均的正義は並列関係における正義であり、配分的正義は上下関係において妥当するであろう。平均的正義は私法の正義であり、配分的正義は公法の正義である。以上によってすでに、両種の正義の相互関係が十分に明らかにせられている。平均的正義は平等の権利を有する者の間の正義であり、従って当事者に平等の権利、平等の取引能力、平等の身分を与える配分的正義の作用を前提とする。かようにして配分的正義が正義の根源的形式である」（田中耕太郎訳）。

ラートブルフの説明における、平均的正義（交換的正義と読み替えることができる）は配分的正義の作用を前提とするという立論と、先のネルセシャンツの議論における権利能力ないし法主体性というカテゴリーを比較すれば、後者の法概念の含意はより明瞭になる（ここで私法・公法というのは説明の便宜のための比喩であって、ラートブルフが近代法においても私法が公法を前提とするとみていたと読む必要はない）。つまり、ネルセシャンツの理論的構想は、実定法から自立化した「法」の概念を自由・平等という価値理念に依拠して立てること（法の「存在論 *Ontologie*」）によって自然法論のもつ現代的な弱点を回避しながら、権利能力（配分的正義）を前提とすることをもっていわばもっぱら商品交換の論理（交換的正義）から法の存在を説こうとするパシュカーニス理論の欠陥を克服し、さらに人々相互間の平等（＝交換）が妥当する場を権力（の意思）からではなく配分的正義（＝平等）から措定することによってヴィシンスキー的な規範説を乗り越えようとする点にあるものと理解できよう。ネルセシャンツはアリストテレスの正義論にも言及してはいるが、それとは別に、法の存在論の冒頭で有名なアリストテレス『政治学』の「人間は本性においてポリス的な動物である」という命題を「人間は本性において法的な動物である」と読み替え、アリストテレス的な政治・法理解が古代においてはギリシャのポリスにおいて初めて可能であったことを指摘するとき、ラートブルフのいう意味での配分的正義にかかわる問題はネルセシャンツにあっても同様に解決されているとみることができる（ちなみにこのネルセシャンツのギリシャ的な政治＝法の把握はN. ルーマンの『法社会学』におけるアリストテレス的なポリス理解の筋とみごとに一致する）。

法概念の類型論（lex 型と ius 型） 前に見たルカショーヴァの「西洋文明としての法」という立脚点は、70年代末移行のソビエト法理論の経緯からしても、こうしたネルセシャンツによって主導された「第三のアプローチ」の影響のもとに形成されたものと考えてよいであろう（ちなみに本書では30年代ソビエト的法規範説はあらためて「反・法的なソビエト的レジズム〔制定法至上主義〕」、また第三のアプローチは「リバータリアンの〔権利中心主義的〕法概念」と命名されている）。ネルセシャンツの理論がこのような

インパクトをもちえた最大の理由は、自らの広汎にわたる法思想史研究の蓄積のうえに立って、西欧的法文化の視点から法観念の規範説および「広いアプローチ」派がともにによって立つロシア的法観念の伝統をそっくりシャープに相対化してみせたことにある。この相対化の枠組が、前述83年の著書『法と法律』において展開された「法観念の類型論」だったのである。

本書ではこの問題がごく簡単に、こう説明されている。「われわれが定式化した法哲学の研究対象の見地からすれば、本質的な意味をもつのは、この〔『法とは何か』という〕根本的な問題にたいする解答のなかにはつねに、法と法律（つまり公式に定立され妥当している「実定的」な法）を同一視するか峻別するかという、法観念にとって規定的な契機が介在しているという点である。この法と法律の同一視ないし峻別という契機そのものこそ、二つの対立する法観念、すなわち法学的〔権利義務的〕な法の観念（このюридический という形容詞はラテン語の法＝権利 ius に由来する）とレギスト的〔制定法至上主義的〕法観念（легистский という形容詞は同じくラテン語の lex に由来する）のあいだの原理的な差異を意味するものなのである」。

留意しておかなければならないのは、この法観念の類型論が文字通り「法観念」の類型論であって法文化ないし法秩序（社会秩序）そのものの類型論ではいまだないという点である。つまり、ネルセシャンツにあっては、特定の型の法観念がある特定のタイプの法秩序の構造と結びつき、この後者からイデオロギー現象として形成されてくるという理論の組み立てにはなっていないのである。

ロシアの伝統 ロシアの法秩序の特質を、ネルセシャンツはロシアの「独自の歴史」の所産とみる。この問題は「全体主義の克服－法へのロシアの困難な道のり」の章（第4編「ポスト社会主義の法と国家の諸問題」第2章）で集中的に説かれる。しかし、この「独自の歴史」の理解はなお断片的・諸要素雑居的であって一つの焦点を結ぶに至ってはいないように見える。

例えば彼は、「現代ロシアが法治国家、人権と自由へと至る困難な道筋は過去から遺産として受け継いだ一連のネガティヴな諸要素によって倍加され複雑化せしめられている」として、数百年にわたる専制と農奴制、権力の全能と住民の無権利状態といった伝統、牢固として広くゆきわたった法ニヒリズム、多少なりとも有意味な自由・法・自治・民主主義・立憲主義・政治的および法的文化といった経験の欠如、何ものによっても制約されず統制されない権力への社会の従属状態、をあげる。また、ロシアにおける「国家の形成と発展の過程」に本質的な影響を与えた要素として、国の地理的配置（東洋と西洋のはざま）、空間的特徴と気候条件、住民の多重エスニックな構成、経済活動の性格と水準、社会文化的生活習慣、伝統と信仰のあり方、对外政策の主として軍事的性格（生き残りをかけた闘いから侵略までに至る）、為政者の人格的特徴と属性（とくに東洋専制的、専制君主、絶対主義的、帝国的、ついで一党独裁的な権力のそれ）、があげられる。

これらの多様な要素がややまとまった歴史観に収斂するかにみえるのは、西欧とロシアの歴史的発展の分岐にかかわる次のような叙述がなされるときである。「ロシア国家の歴史においては（タタール・モンゴルのくびきとモスクワ国家の成立以後はとくに）、国家の三つの基本的構成要素（住民、領域および権力）の相互関係は権力および領域を優先し住民の利益を犠牲にする方向で形成された。歴史が進むにつれて、事態は西欧諸国において形成された状況とは分岐していった。西欧諸国においては、住民全体、諸身分および

諸個人の権利、自由および利益が、初期封建制の諸関係から近世の社会および国家への移行の過程において、しだいにますます公的な承認と立法による確定をうけ、それが最高統治者および国家権力全体にとっての（その社会と臣民とにたいする関係における）制約となっていく」。しかし、これに次ぐロシアの歴史に関する説明においては、19世紀ロシアの国家学派史学を代表するボリス・チチューリンの「諸身分〔つまり農民および貴族の〕全般的緊縛状態」というテーゼが引用されそれが敷衍されたりするが、叙述はふたたび法ニヒリズム等の法観念の問題に傾斜してゆく。

ネルセシャンツは、こうしたロシアの「独自の歴史」の独自性を、結局はロシアの西欧との関係における「後進性」（生産、技術、学術、軍事、文化、社会・経済、行政、国家と法等々におけるそれ）の問題に還元する。この認識のあり方は、彼が18世紀初めの「ピョートルの改革」を「ヨーロッパ的基準」に即した「後進性」克服の戦略として位置づけ、それを次のように一般化するとき明瞭になろう。「ロシアにおける事態の評価およびロシアにおける改革や変革の望ましい指針の選択にとってヨーロッパ的基準が必要とされたのは、ヨーロッパ大陸におけるこの国の当然の利害関心や人類全体の発展からみたヨーロッパの達成の高い（事実上世界的な）水準によるだけではなく、究極的にはロシア国家がその出発点とする領土とエスニックな構成においてやはりヨーロッパ国家であったこと（たしかに東ヨーロッパ国家であって西欧国家ではないが）による」のであり、ネルセシャンツはこの意味での「ヨーロッパ的基準」が今日も有効な指針として生き続けていることを示唆するのである（のちにロシアが「ユーラシア国家」になった事実は否定されないが、それでもそのユーラシア国家は「ロシア国家とロシア的国家制度の原理かつ根源たるキエフ・ルーシ」と切り離せないものとされる）。

「より発展した法形態」へ？　ネルセシャンツ理論がこの20年ほどロシアの法理論革新の牽引車の役割を果たしてきたことは否定できない。だが、彼の理論展開がここで見てきたように法秩序そのものそしてその歴史に及ぶとき、さらにロシアにおける法の現状分析からその展望に向かうとき、議論ははなはだ凡庸なものになってくることもまた否めない（先にルカショーヴァの議論と関連して言及した、彼のすべての市民の生産手段に対する所有権としての「市民的所有権」や資本主義でも社会主義でもない「市民主義」という展望のユートピア的性格はあえて論ずるまでもないであろう）。この類型論はじつはしごくトリヴィアルな進歩主義を主張するものなのである。その理論内在的理由を筆者は、彼の「類型論」が「法観念の類型論」に止まり、歴史論を踏まえたいわば法秩序ないし法文化の類型論にまで徹底しない点に見る。ここでは、ネルセシャンツ理論の意味を、彼がその著書『法哲学』の本論部分（つまり法思想史を除く部分）の最後に記した類型論に関するテーゼを引用することによって確認しておこう。

「〔本書で展開した〕現存の事態に対する文明論的なアプローチの意義は、一般的な基盤においてもまた法的進歩の展望においても、法（自由、所有、社会、国家等々）の類型論からみてより発展した形態とより未発達な形態との関係の論理によって規定されるものであった。したがって、この国において現実に形成されている未発達な法にたいする文明論的な批判は、その発展への助成という見地から、ポスト社会主義の諸条件のもとで客観的に可能でありかつ変革の平和的・改良主義的・立憲主義的な進路によってどうしても必要となる高度の法の水準を志向するという立場から、行われたのである」。

ネルセシャンツが法の概念に即して立てた、lex 型と jus 型というわれわれから見れば

比較法文化私的な区別はここで lex 型による jus 型へのいわば「キャッチ・アップ」の課題として定式化されるわけである。「型」の問題はを取り戻すべき「遅れ」の幅（量）の問題としてのみ認識される。それがあある意味でかつて社会主義体制が「共産主義建設」の課題として掲げた課題とまったく同じ平面に位置する課題であることは、もはやいうまでもないであろう。ソビエト法理論の革新を先導したネルセシヤンツもまた旧体制的思考方法の大枠を超えることはできなかったということになる。

むすびにかえて

ロシアの法理論がソビエト時代の遺産をさまざまな形で引き継ぎまた乗り越え、新しい境地を開きつつあることを見極めておくことは、今日のロシアの事実的な事態とその帰趨を考えるうえで重要な意味をもつ。本稿で見た限りでも、理論の動向はこうした意味で多くの示唆を与えるものとなっているは疑いえない。

ロシアにおける法理論の現状を評価するにあたって、戦後日本において政治思想（政治学）がへてきた経緯がなにがしかの教訓となるかもしれないと筆者は考える。ここで念頭に浮かぶのは丸山政治学のケースである。丸山眞男は周知のように、西欧との比較において日本の政治思想ないし政治的心理の構造的な病理を問題にした。政治秩序そのものではなく政治思想の、しかも構造的特質に由来するいわば生理ではなくまさに病理を突いたのであった。同一の生理構造（「近代」）が前提とされたうえで、偏差（おくれやなじれ）が主題とされたのである。そこにいわゆる「近代主義」の限界があったとすれば、同様の隘路が今日のロシアの法思想にも色濃く認められるといわなければならない。こうした学問的営為のスタンスの意味は、既存の現実の厳しい構造変革（「リストラ」）を迫られるにいたった世紀末の今日、あらためて問い直してみることがいまもとめられよう。日本における天皇制とロシアにおけるツァーリズムそしてスターリニズム。ロシアの法思想は、実用法学の現状をその理論面からうかがうといった課題を除いても、そういった刺激的な問題をはらんでいる領域なのである。

*参考文献

В. Д. Зорькин 1978, *Позитивистская теория права в России*, М.

Алексеев, С. С. 1994, *Теория права*, Харьков.

Нерсесянц В. С. 1997, *Философия права*, М.

Лукашева, Е. Ф. (ред.) 1996, *Общая теория прав человека*, М.

大江泰一郎 1998「ソビエト法における〈義務の法〉の観念」藤田勇・杉浦一孝編『体制転換期ロシアの法改革』法律文化社