

ロシア法史と「市民社会」の概念：
パシュカーニス理論を再読する(その2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2012-05-17 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大江, 泰一郎 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00006643

■ 論 説 ■

ロシア法史と「市民社会」の概念

— パシュカーニス理論を再読する（その2）

大 江 泰一郎

目 次

- I はじめに—ロシア型「法の一般理論」と市民社会概念
- II 法思想としての市民社会
- III 近代市民社会とその歴史的始原
- IV むすびに代えて

I はじめに—ロシア型「法の一般理論」と市民社会概念

マルクス主義法学の古典とされるパシュカーニス『法の一般理論とマルクス主義』（1924年初版）が、マルクス主義というよりはむしろロシアの法文化を素地とし、それに固有の国家観念・法観念を近代法（「ブルジョア法」）として取り扱ったものであり、それゆえロシアの法学に共通の問題点をもったものであったのではないか。本稿は、前稿に引き続き、こうした見方にやや立ち入った説明を加えることを課題としている。

近代西欧諸国における法秩序は、大胆に図式化していえば、所有権（私法原理）から主権（公法）への——近代社会の意味論的理解（ルーマン）に即して言い換えれば、物に対する処分権を中心として構成された *dominium* から、立法権に収斂する（したがって執行権および司法権とは相対的に分離された）*imperium* への——概念系列を中軸として学問的に把握されるものであったということができよう。これに対して、東方つまりロシアで19世紀の法典編纂とその後に初めて形成される法学によって捉えられた社会秩序は、ロシア固有法由来の、物に対する支配というよりもむしろ人民支配の意味を有するいわゆる^{ヴラヂェーニエ}所有権と、無制限の^{サモヂェルジヤヴィエ}専制権力とを中軸とするものであった（ほぼこの軸に沿い旧ロシア以来の「国家的所有権」を核として、やがて1930年代にスターリン政治体制が成立する）。19世紀法典編纂の思想とも共通するが、そのあとに成立するロシアの法学、とりわけ「法の一般理論」は、西欧的な法秩序とこうしたロシアの社会秩序とを、〈縮減変換〉ともい

うべき思考方法によって平準化するもの、つまり西欧的秩序をロシア的秩序の観念に合わせて切り縮めつつ、これを西欧と東方とに共通に形成された「法」秩序として理解するものであった。この縮減変換によってロシア的な「法の一般理論」が失ったのは、学問体系の系譜という意味では近代西欧における「法哲学」につながる中世ローマ法学と自然法学の伝統であり、また社会構造を考える方法という意味では古典古代に発する「政治共同体」ないし「政治社会」*koinonīa politikē; societas civilis* (マルクスのいう「古い市民社会」) から近代の「市民社会」およびこれに関連する概念セット (1886年以来半を重ねたコルクノーフの『法の一般理論講義』が克服の対象とした、法哲学＝「形而上学」の学問伝統) であった。この学問伝統の遺産を欠く限り、その結果として、近代(＝資本主義社会)における「国家」は、その公的側面では「法の支配」や「一般意思」というイデオロギー的蜃気楼を伴いつつ、実体においては法概念によってはいささかも真実に近づくことのできない、剥き出しの階級支配組織として把握されることになる(パシュカーニスの場合)。そこでは、「商品交換」の論理によって基礎づけられるとされる限りでのブルジョア法体系の上に、いきなり強権支配の実質をもつ国家が屹立するという、国家・法諸関係の構造が想定されているようにわれわれには見える。パシュカーニスのマルクス主義法学は、ブルジョア国家とその支配手段としての法を対象にしているように見えるが、以上のようなその成立経緯をみれば了解しうるように、実際にそこで対象とされていたのは、ブルジョア法とブルジョア国家、とくに西欧的な意味におけるそれではなくて、例えばマックス・ウェーバーがロシアに関する20世紀初めの時事的評論において、ひとり完全に非歴史的な自由を享受しつつ「支柱のない天蓋よろしく虚空にかかっている」という形で特徴付けたロシアのツァーリ権力とその法を、西欧的法秩序への投射して獲得された像——いわばロシア法のモデルに即して切りとられた限りでの「ブルジョア法」——に他ならなかったのではないだろうか。

以上が、筆者が本稿の姉妹編として先に発表した論文「ロシアの法学と『市民社会』概念—パシュカーニス理論を再読する⁽¹⁾」(以下では前稿と呼ぶ)で検討したことの概要である。

- (1) 『早稲田法学』第87巻第2号(2012年)＝早川弘道教授追悼号、所収。前稿の末尾にも追記したように、本稿は、前稿「ロシアの法学と『市民社会』概念—パシュカーニス理論を再読する」の続編をなすものであり、以下にその目次を示す当初の原稿中、斜体で表記したⅢの部分を独立に再構成したものである。本稿では「はじめに」において、前稿の内容を要約して記述してあるが、別途前稿をも参照いただければ幸いである。

はじめに—問題の糸口について

Ⅰ 問題提起と接近の方法

Ⅱ ソビエト法学の歴史的前提

1 「ロシア帝国法律集成」の成立事情

2 ロシア民法典における所有権規定—法典編纂と民法学

Ⅲ ロシア型「法の一般理論」と市民社会概念

1 法思想としての市民社会

2 近代市民社会とその歴史的始原

Ⅳ むすびに代えて—「ロシアの国家神話」?

19世紀前半から20世紀初めの帝政ロシアの社会秩序、1917年ロシア革命後のロシア共和国・ソ連邦における社会秩序、これら2つの段階を貫通する社会秩序の特質。そういったものを西欧諸国における法史、そしてそのあれこれの段階における法秩序の構造と比較して、ロシア法の構造的特質を明らかにするという課題からみれば、従来のロシア、西欧および日本における研究が大きな成果をあげてきたとはいいがたいように筆者には思われる。筆者自身もまたこれまで、そのごく一端、とくに——前提そのものが研究の初発から崩れそうであるが、ロシア法にも仮にそういう区分が可能だとして——私法と公法それぞれの核をなすべき「所有権」と主権(というよりそれに代わる「専制」ないし「独裁」)の制度および概念について初歩的な接近を果たしえたにすぎない⁽²⁾。こうした歴史的研究の課題のほとんど全体が今後の研究の進展にまたねなければならないであろう。

本稿では、あらためてパシュカーニス理論がその国家観念・法観念のロシア的・歴史的由来ゆえに抱え込まずをえなかった構造的問題をより明瞭に理解するために、検討の直接の目標を、①「市民社会」に関連する法的諸概念、とくに公法的なその西欧的系譜、②ロシアでは現代においてもなお「市民社会」が未成熟であるという事情の歴史的・社会構造的要因、を再確認することに限定したい。パシュカーニスが——例えばヘーゲルが「法としての法律」形成の母胎を国家ではなく「市民社会」(その「司法活動」)に求めたのとは異なり——、「商品交換」(ヘーゲル流に言えば即自的 an sich な「欲求の体系」そのもの)を法の基礎に据えたことによってどのような問題点を抱え込むことになったかを、ここで『法の一般理論とマルクス主義』第3章「関係と規範」中の一パッセージに即して再確認しておこう。

法律的諸概念の論理 *логика* は商品生産社会の社会的諸関係 *социальные отношения* の論理に対応しており、したがって私法の体系の根源 *корень* は当局の認可にではなく、この商品生産社会の社会的諸関係にこそ求められなければならないということは、まったく明らかである。これと異なり、権力・服従の諸関係の論理は部分的にのみ法律的諸概念の体系の中に組み入れられるにすぎない。だから、国家の法律的把握なるものは、理論 *теория* の名に値するものとはなりえないのであって、さまざまな事実のイデオロギー的歪曲をつねにこうむるものなのである⁽³⁾。

ここでは、パシュカーニス自身がこの直後の一節で「法律的諸関係は人々 *люди* の現存する物質的な生産諸関係〔つまりここでは商品交換の関係〕によって〔国家意思を経由することなく〕直接に

(2) さしあたりロシア法(ソビエト法)における所有権および主権の概念をめぐる特異性について、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』第55号(1993年)、同「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、1995年、の参照を乞う。

(3) パシュカーニス(稲子恒夫訳)『法の一般理論とマルクス主義』日本評論社、1958年、98頁。

生み出される」と補足していることから明らかなように、私法は商品交換関係から直接かつ自動的に流出するものとして理解されている。「私法の体系」という用語法からも想起しうるように、ここでパシュカーニスが社会諸関係の「論理」という場合にわれわれが際会しているのは——パシュカーニス自身が自覚しているか否かに関わりなく——、コルクノーフが『法の一般理論講義』で「法的諸関係の体系」と呼んだもの（前稿Ⅱ-3）に他ならないであろう。パシュカーニスがこうした社会的諸関係の担い手を「人々」つまり人間たち *люди* として把握していることは、私法の担い手が単なる「人間」ではなく〈所有者＝自権者 *sui juris*〉に他ならないという、共和政ローマの政治共同体から近代の市民社会にいたるまでの「市民社会」の概念史が視野に入っていないことを示している。逆にこの見地からは、「私法」体系のごく一部を垣間見ることはできるが、公法的関係（「権力・服従」ないし「国家」そのものの内部の法的関係）は法学「理論」からはあえて除かれ、結果としてあの実力支配の領域に放置されるのである。因みに、文脈はやや異なり、「統治」ないし「権力支配」（ロシア語ではいずれも *властовование*）の問題が〈支配の正統性信仰〉ともいうべき一種のイデオロギー問題として処理されることに関連するのではあるが、市民社会の媒介という側面が視野から消滅する事情⁽⁴⁾は、ロシア的「一般理論」の先行者コルクノーフにおいても同じであった。

- (4) コルクノーフは、理論編の総括的箇所という『法の一般理論講義』のクライマックスをなす「権力 *власть* と法 *право*」の節で次のように言う。「支配する側の意思ではなく、従属する側の従属の意識によって基礎づけられたところの力として権力を捉える〔われわれの〕権力概念はそれ自体すでに、力の機能の行使に対する法の制限を、権力機関自身の側における〔支配にかかる〕合目的性の自覚的顧慮には依存しない客観的な事実として説明することを可能にしている」。「法による権力の制限が可能となるのは、権力の洞察力ある代表者たちが合目的性を顧慮して市民たちの権利によって自らを制限するからではなく、権力の基礎づけとして役立つ、あの国家に対する従属の意識がけって無制限・無条件ではないということによるのであるが、この意識は社会生活の発展にともない、国家とならんで国家とは別の多数の交通諸形態 *множество других общений* が形成され、国際交流が成果を収めていくとともに、われわれの国家への従属の意識は、ますます制限的・条件的になっていくのである。われわれに対する国家の統治作用と、法によるこの統治作用の制限とは、同一の根拠を有している。その根拠はまさしく、われわれの意識の中に、つまり国家に対する従属の意識の中に、また〔法とは利害の境界区分に他ならないというわれわれの法概念に従えば〕権力の利害に対立し、かつ権力の側の利害との境界区分を求めているところの〔われわれの側の〕諸利害を意識することの中にある」。Корукнов К.М. *Лекции по общей теории права*, Изд. 9-е (без измен.), СПб., 1909, С. 263, 264.文中の「国家とは別の多数の交通諸形態」とは、ロシアでは近代になってやっと活性化に転ずるところの市民社会の謂いに他ならないが、コルクノーフはその概念には到達せず、したがって法による権力の制限を市民社会のいわば能動的な〈政治的〉機能として位置づけて展開することができない（人民が自らの利益を「合意」ないし「世論」として表明し、かくしてそれを権利＝法へと形成する道が示されない）。この点に、西欧の市民社会概念に連なる「世論」*opinion* との基本的な違いがある。因みに、コルクノーフの、「支配する側の意思ではなく、従属する側の従属の意識によって基礎づけられたところの力」とされる権力概念は、彼自身は特に注記していないが、ヘーゲル『精神現象学』における有名な〈主人と奴隷の弁証法〉を想起させるものがある（『精神の現象学』金子武蔵訳、上巻、190頁以下参照）。なお、これもよく知られた文章であるが、この〈主人と奴隷の弁証法〉をマルクスは『資本論』第1篇第1章中の等価形態の説明において〈王と臣下の弁証法〉という形で注記している。「およそこのような〔ヘーゲル的な意味での〕反省規定というものは奇妙なものである。たとえば、この人が王であるのは、ただ、他の人々が彼にたいして臣下としてふるまうからでしかない。ところが、彼らは、反対に、彼が王だから自分たちは臣下なのだと思うのである」（邦訳『マルクス＝エンゲルス全集』第23巻第1分冊、78頁）。いずれにせよ、市民社会の政治的機能たるべきものが「従属の意識」という一種のイデオロギー現象として処理されるところに、パシュカーニスの国家論に通底するところが見出されよう。

II 法思想としての市民社会

前稿においてわれわれは、「法による権力の制限」そしてモンテスキューの「権力分立」理論の取り扱いという文脈で市民社会の概念に多少触れるところがあった。この文脈に合わせて、ここではモンテスキューをひとまず焦点として市民社会の法思想を検討し、法思想史を遡行しつつその意味を検討することにしよう。モンテスキューは史上初めて——より厳密に言えば先行するグラヴィーナ G.V.Gravina を参照するというかたちで——、古典古代以来の国家＝政治社会（共同体）*civitas sive societas civilis* 一元論を脱却して、市民社会・国家二元論をうちだした思想家として知られているからである。

モンテスキューの二元論は次のように語られる。「ありとあらゆる社会に関係する万民法の他に、各社会のための国制の法 *droit politique* がある。社会は統治なしには存続しえないであろう。『個々の力すべての結合 *réunion de toutes les forces* が「国家状態」*l'état politique* と呼ばれるものを形成する』とグラヴィーナがまことに正しくも言っている」。「個々の力は、すべて意思が結集することなしには、結集しえない。『これらの意思の結合 *réunion de ces volontés* が「市民状態」*l'état civil* と呼ばれるものである』とグラヴィーナがまことに正しくも言っている」（『法の精神』第1編第3章、野田良之ほか訳、岩波文庫、上、47, 48頁。以下これを EL1-3, 上47, 48のように略記する）。これは契約説そのものの展開ではないが、「意思の結合」というところにそれに近い〈合意〉ないし〈同意〉の契機が見て取れよう。「力の結合」たる国家状態が「すべての意思の結集」としての市民状態によって基礎づけられる、とされる点が重要である。問題はこの「意思の結合」そして市民社会（「市民状態」）概念が、あの権力分立理論、いやモンテスキュー『法の精神』が権力分立理論を結論とするものでない（権力分立理論は『法の精神』全31編中、第11編第6章つまり最初から3分の1ほど進んだ箇所ですでに説かれるに過ぎず、全編の結論はずっと先にあることになる）とすれば、『法の精神』の全体系の中でどのような地位を占めるものなのかという点にある。この問題に直接触れた文献に筆者は寡聞にしてほとんど接したことがない⁽⁵⁾が、われわれは次のように考える⁽⁶⁾。

(5) この問題に、グラヴィーナのテキストの検討という方向から接近した稀な例として、木庭顕「G.V.Gravina のための小さな覚え書」（『国家学会雑誌』第111巻第7-8号、1998年）がある。本稿に直接関係するのは、モンテスキューがグラヴィーナを引き合いに出して「国家状態」「市民状態」を論じた箇所であるが、木庭はそこで以下のような解釈を示している（グラヴィーナの「市民社会」概念の特徴、とくに「古い市民社会」としての *societas civilis* の余韻を残す「市民状態にある政治システム」という点に注目しておきたい）。「Gravina は〔モンテスキューの論述の典拠候補としてあげられることのある Pufendorf のような、伝承上のローマの建国者 Romulus 以前に第一契約、そして Romulus において第二契約をみるといったような意味での〕二重契約論を取らないが、彼にとっては、意思 *voluntas* と実力 *vis* の両要素が揃って備わった『契約』は、〔伝承上のローマの建国者〕Romulus 以降の段階の『政治状態』を克服した第二の段階たる『市民状態』成立即ち十二表法の時点〔別言すれば、共和革命の段階〕において初めてなされる。／以上のような〔Gravina と Pufendorf との〕差異は極めて重要である。もし、意思 *voluntas* と実力 *vis* という二重の要素の措定、そしてまたそれに対応する二重契約論が（第一契約を極小化する Hobbes のバージョンを含

モンテスキューにおける「国家状態」と「市民状態」の区別(EL1-3, 上47, 48)は、近代における政治的国家と市民社会との二元的在り方を含意するものではあるが、モンテスキュー自身のここでの意図は「市民社会」そのものの構造を明らかにすることにあるのではなく、『法の精神』の第2編以降の叙述をみれば明らかになるように、むしろ「国制の法」と「市民法」との区分を基礎づけることにこそある。しかも、「市民法」を子細にみれば(EL12-1, 上342, 343など)、近代的な民法というより、むしろ古い意味での不法行為法(贖罪手続)のニュアンスを帯びており、一見モンテスキュー自身が刑法(「刑事の法律」)とよぶ領域に重点があるかにみえる⁽⁷⁾。

めて)、政治社会の形成と区別されるところの公的実力装置の基礎付け、その意味での国家、に関心を寄せるものであったとすれば、Gravinaの関心は、政治社会とは別の独自の自足的構成物たる市民社会を基礎付けることにあり、彼のローマ史像の大きな二重構造はこの構想に対応する。意思 *voluntas* と実力 *vis* という二元主義は、さしあたりこの大きな構想の二重性に対応する。しかしながら、市民社会は、単に一転意思のみによって結合する状態であるのではない。まして、そのような結合体が実力による結合体の下につくだけであるというでもない。諾成契約のモデルが明らかにするところによれば、市民社会においては実力の問題は或るメカニズムを通じてその内部で予め処理されていて、言わばそのうえで意思による結合(さしあたり個別的合意)が実現する。これがさしづめ既に市民社会であるが、言わば市民状態にある政治システムとは、更にそのうえで以上のことをモデルとしてこの市民社会が政治システムをあらためて再形成する、そのようにして成立するのである。そのときに、例外的に発動される公的な実力装置、刑罰権力、の存在は留保される。しかし市民社会と政治システムそのものはこれを必要としない。市民社会の自足的な実力問題処理メカニズムを補完して言わば市民社会の下に向けて発動されるのみである」(同前、169頁)。本稿はモンテスキューにおける「市民社会」概念そのものの構造を問おうとするものではないが、こうした木庭の見方は、前稿の注(14)で触れた〈市民社会そのものの政治的機能〉を考えるうえで有益な示唆を与えるものである。

- (6) 例えば、メルヴィン・リクター M. Richter の論文「モンテスキューと市民社会の概念」(『思想』第889号, 1998年)は、モンテスキューから Ch.テイラーに至るまでの思想史を検討しながら、モンテスキューにおける市民社会の「構造」を明らかにしようとしている(同, 107-108頁)が、必ずしもそれには成功していないし、「意思の一致」の概念には触れていない。そこではテイラーの見方にしたがって、モンテスキューからトクヴィルに至る系譜(「M 潮流」)が、ロックから、スミス、ヘーゲル、マルクスへと続く「L 潮流」が対置され、トクヴィルを逆にモンテスキューに読み込みつつ、「政体のあらゆるレベルにおける自発的結社による自治の実践」として市民社会概念が示されている。だが、テイラーからすれば他の「潮流」に属することになるヘーゲルの市民社会概念についても(とすればマルクスについても?)、同様の構想を立てることは可能であろう。この点については、Ch.テイラー(渡辺義雄訳)『ヘーゲルと近代社会』、岩波書店、1981年、参照。
- (7) モンテスキューは、公法ないし憲法(「国制の法律」)における自由と対比される「市民法」(「公民の法律」 *lois civiles*) 上の自由(「生命」および「財産」の安全)が、規範の形態においては法律よりもむしろ「習俗、生活、一般に認められた実例」によって、規範の種類においては「刑事の法律の良さ」に懸かっているとしているが、この刑事の法律については贖罪的な「同害報復」の契機、つまり契約法ではなくむしろ不法行為法の契機が介在することを示唆している(EL12-1, 2, 4, 上342-343, 347-348)。歴史的にも契約法に先行して不法行為法が形成されるという点は重要な意味を有する。M.ウェーバーによれば、「〔立法に先立って〕本来の法発見の分野においても、〔前市場的な、また前政治的諸団体間の、偶発的といってもよい意味での〕自由な合意 *Vereinbarung* は、以上の諸例に劣らず原生的であり、またいっさいの始原をなしていた。ジッペ間の贖罪契約からうまれた仲裁契約——すなわち、裁判または神判への自由な意思による服従(の契約)——は、単にいっさいの訴訟法の源泉であるというだけではなく、私法的な契約の最古の諸類型も……きわめて広義において訴訟契約に由来している」とされる(世良晃志郎訳『法社会学』115頁)法発生史の、実力闘争(自力救済)→贖罪契約→不法行為法→契約法(債務法)という順序での理解は、つとに諸家の認めるところともなっている。例えば、H.ミッタース(世良晃志郎・廣中俊雄訳)『ドイツ私法概説』創文社、239-240頁、広中俊雄『契約とその法的保護』(広中俊雄著作集1)創文社、1992年

さて、「意思」という概念は、『法の精神』においてはふつういわば〈立法者の意思〉という文脈で登場する。例えば、専制国家においては「法律は君公の意思にほかならない」とか(EL5-16, 上147)、「ローマの国制およびアテナイの国制は非常に賢明であった。元老院の決定は1年間だけ法律の効力をもっていた。そして人民〔つまり民会〕の意思によってのみ永続的になった」(EL2-2, 上58)というように。そしてこの用例系列でもっとも重要なのが、三権分立を論ずるあの第11編第6章「イギリスの国制について」中に見られる「一般意思」の概念である(ルソーの人民主権的「一般意思」概念もじつはここに由来するように思われる)。モンテスキューによれば、権力分立を望ましい形で形成するためには、「〔裁判権力は、常設の元老院のような機関ではなく、アテナイにおけるように人民の団体から、一年のある時期に、法律に規定された仕方を選び出された人々によって行使されるべきであるが〕他の二つの権力は、むしろ役職者または常設的な団体に与えてよいであろう。なぜなら、その一方の権力〔＝立法権力〕は国家の一般意思 *la volonté générale* にほかならず、他方の権力〔＝執行権力〕はその一般意思の執行にほかならないので、〔司法権力のように〕およそ個人に対して行使されるものではないからである」(EL11-6, 上294)、とされるのである。「一般意思」は、モンテスキューによるもう一つの用例では、個別の市民に向けられた裁判権力の判決の意味での「個別意思⁽⁸⁾」と対置されているので、「立法権力」の意思をいうものであると同時に、この「イギリスの国制について」(『法の精神』第11編第6章)の文脈では「人民」の総意というニュアンスをもつと見てよいであろう。モンテスキューは同じ「イギリスの国制について」の章で、例えばこう言う。「自由な国家においては、自由な魂をもつとみなされるあらゆる人間が自分自身によって支配されるべきであるから、人民が一同となって立法権力をもつべきであろう。しかし、それは強大な諸国家では不可能であり、弱小の諸国家では多くの不都合を免れがたいので、人民自身は自分でなしえないことをすべてその代表者を通じて行わなければならない」(EL11-6, 上295)、と。モンテスキューがこうした意味で「一般意思」(単数形)を論じるときには、当該の文脈からして、名誉革命の過程を通じて事実上「全能の主権者」となったイギリス議会(「議会における国王」とくに庶民院の優越的地位や、こうした変革の過程を理論化した J.ロックの『統治二論』の文脈が思い浮かべられているであろう。

(初出1953-54年)、72-73頁、田中英夫「英米における無償契約に対する法的保護(史的素描)」比較法学会編『贈与の研究』有斐閣、1958年、50-51頁、参照。パシュカーニスの「交換理論」は、この最後の段階の契約法を歴史的・論理的始原として位置づける点で、今日はきわめて特異な地位を占めるものとなっているわけである。

(8) 念のために付言しておけば、『法の精神』ではもう一回だけ、これとは異なるネガティブな意味(権力分立が形成されないケース)で使用される「一般意思」概念がある。「〔イタリアの貴族政的諸共和国では〕法律の執行者たる同一の役職者団体が、立法者として与えられた全権力をもっている。この団体はその一般意思 *volontés générales* によって国家を荒廃せしめるが、また、裁判権力をもっているのもので、その個別意思 *volontés particulières* によって各市民を破滅させることもできる」と(EL11-6, 上292-293)。ここで使用されているそれぞれ複数形の一般意思・個別意思は、ほとんど法律・判決というのに等しい。

市民社会を形づくるための「意思の結合」、現実の国制におけるその例証としての「一般意思」が以上のように解釈できるとしても、問題はなおこの「意思の結合」という形式の先にある。「意思の結合」「一般意思」における「意思」の内容はどこから汲み取られてくるのか、という問題である。モンテスキューは確かにイギリスに「自由」を目的とした唯一の政体、ゲルマン人由来の「ゴシック政体」つまり「人間の想像しうる最良の種類の政体」(EL11-8, 上309-310)の実現をみた。だが、モンテスキュー自身にとって最大の問題はなお、同じゴシック政体の伝統にたつはずのフランスはイギリスと同等の道(「自由な国家」への道)を今後の歴史においてたどれるかであった。この問題に解答を与えたのが、『法の支配』最終の第6部(第27編～第31編)におけるフランス法制史の検討であり、モンテスキューが到達した結論(「イタリア、イタリア!」)は、フランスにおける土地の処分権を中核とする近代的な所有権の形成と、自前の——ゲルマン法(サリカ法)ともローマ法とも異なる——私法としての「フランス法」の成立、という事実の確認(EL31-34, 下461)であった⁽⁹⁾。この結論を、一方で市民社会(「市民状態」)にかかる「意思の結合」(EL1-3, 上48)へ、他方で「自由な国家」のモデルとしてのイギリス、とりわけそこでの「^{プロパティ}所有権の代表者⁽¹⁰⁾」としての議会庶民院の地位(EL11-6, 上296-297)へとつなげてみれば、モンテスキューがまさしく市民社会の概念を媒介として「所有権」から上向的に展開して——彼自身は自らの専制批判の基調ゆえ注意深くその概念の多用を避けた(その体系においてこの概念が欠けていたわけでない)のであるが——「主権」へと至る、「法律」の精神 *De l'esprit des lois* という書名の通りの体系構想を有していたことが解るであろう。モンテスキューにあっては「主権」概念の取り扱いのデリケートさもあって、この体系の最も簡略化された見取り図は、思いがけない文脈中に(モデルとしての「イギリスの国制」が論じられたしばらく後、第13編の第7章「農奴制が設けられていない国における貢租について」冒頭パラグラフ)、所有権 *domaine* と主権 *empire* の相関性という形で与えられている(野田良之ほか訳の『法の精神』ではこのテキストの本来の典拠が明らかにされていないこともあって、*domaine* は領土支配権、*empire* は土地領有権と邦訳されているが、以下の引用ではそれらを所有権・主権と改訳して示そう)。「ある国家において、すべての個人が市民であり、そして君公がその主権 *empire* に

(9) 大江泰一郎「全一作品としての『法の精神』—法律家が読む試み」『(静岡大学)法政研究』第11巻第1=2=3=4合併号、2007年、参照。

(10) Vgl. Conze, W. Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands, in *Historische Zeitschrift*, Bd.186, 1961. 村上淳一「ヨーロッパ近代法の諸類型—英・仏・独における『国家と社会』」平井宜雄編『社会科学への招待—法律学』日本評論社、1979年、47-48, 50頁。因みに、「封地」の処分権を獲得した貴族層を想定して近代的な所有権と「フランス法」の成立を論ずるモンテスキューの場合であれ、イギリス議会庶民院の議員を念頭におくコンツェ／村上の場合であれ(以下で紹介するモンテスキューのテキストを含め)、そこで抽象的に「庶民」「個人・市民」として措定されているものは、「古い市民社会」*societas civilis*の政治的自権者(貴族層)にはほかならない。この意味での「所有権の代表者」がいわば〈民主化〉によって拡張され、実際に「すべての個人・市民」と重なり合うようになるのは、周知のように、歴史的にはずっと後である。だが、ここで重要なのは、「所有者」の実像と理論とのずれではなく、「所有者」概念の政治的機能の考え方である。

よって所有しているものを各人がその所有権 *domaine* によって所有 *possède* している場合、課税は人に対し、土地に対し、また商品に対してなされうるし、このうち二者または三者全部に対してなされうる」(EL13-7, 上388)と。だが、このパラグラフ前段の文言の祖型は実はローマの哲人セネカの『恩恵について』中にある、「最良の王 *rex* の下では、王が命令権〔≒近代の用語法で換言すれば「主権」〕 *imperium* によってすべてを保有し *possidet*、各個人がこれを所有権 *dominium* によって保有している⁽¹¹⁾」という文章なのである(セネカとモンテスキューとにおける *dominium*→*domaine*, *imperium*→*empire* といったラテン語→フランス語との対応関係に注目したい。セネカの命題についてはなお後述)。

この *dominium* と *imperium* との相関を考えるというこの地点で、われわれが前稿の初めのほうで掲げた、近代初期に展開された所有理論と市民社会概念との連関に関するルーマンの図式をいまいちど想起しておこう。ただし、『法の精神』という書物においては、著者モンテスキューの思考の経路と叙述の経路は一致していない。叙述の順序は、第1編および第2編の内容を見ればすぐ解るように、原理から演繹的に個別の諸問題、例えば「自由な国家」のモデルとしてのイギリスの国制へと展開される。フランスにおける近代的な *dominium* の形成過程の分析は最後のブロック(第6部・第27編～第31編)に回されている(だがそこに「イタリア!」=ローマ建国史という発見はある)。モンテスキューの思考の順序はこれとは逆で、方法としてはむしろ帰納的・経験的である。「所有権」の歴史的形成から出発して「市民社会」を経由し、上向的に私法・公法の諸概念を通過して、「主権」に至るという進行をとるが、それは単なる論理学ではなく、現実の政治的・歴史的な過程に則したものであって、その政治的性格において個人を出発点として政府に至るという意味でいわば〈共和主義的⁽¹²⁾〉な叙述方法を意味する。モンテスキューが賞賛するゲルマン人由来の「ゴシック政体」は「貴族政と君主政との混合」(つまり中間諸権力を組み入れることによって制限的な性格を有するようになっている君主政 EL11-8)とされるのであるが、あの「意思の結合」という契機と

(11) 『セネカ哲学全集』第2巻、岩波書店、448頁(関連する命題についてはさらに446, 447, 449, 450, 452頁をも参照)。ここでセネカが「最良の王」としているのは、*imperium* がほんらい政務官の職権である命令権を意味することからして、必ずしも君主政体ではなく、むしろ共和政(「最良」の政務官)を想定してもよいように思われる(なお後述)。モンテスキューはとくに注記していないが、この文章の典拠を知っていたに違いない。なお、この文章はジャン・ボダンの『国家論』*Les Six Livres de la République* (1576) 第1巻第8章に引用され、以後西欧では良く知られたテーゼになっていたと思われる。成瀬治『近代市民社会の成立—社会思想史的考察』東京大学出版会、1984年、51頁参照。なお、*dominium* と *imperium* との相関に関する通史的な考察の試みとして、大江泰一郎「比較法文化論における政治権力・所有秩序カップリング」静岡大学『法政研究』第9巻第4号(2005年)。

(12) モンテスキューの思想の共和主義的側面について、安武真隆「モンテスキューと共和主義」田中秀夫・山脇直司編『共和主義の思想空間—シヴィック・ヒューマニズムの可能性』名古屋大学、2006年、参照。安武はモンテスキューを「自称せざる共和主義者」とも特徴づけているが、われわれが関心を寄せる「市民社会」や「意思の結合」といった契機には触れるところがない。リクターの論文「モンテスキューと市民社会の概念」については、前注(6)参照。これは共和主義に触れるところがない。

ともに、貴族政＝中間諸権力が重きをなす（つまり貴族たちが団体として下から王権を制約する）限りに⁽¹³⁾、すでに共和主義的な傾きをもっていたわけである。市民個人の「所有権」を出発点として上向的に歴史的・政治的概念連鎖をたどり「政府」ないし「主権」に至る、そういった思考方法をわれわれはローマの共和主義者キケローやセネカから始めて近代のJ.ロックまで⁽¹⁴⁾——そしてさらにここで論じているモンテスキューまで——の連続線を跡づけることができるであろう。こうしてみれば、ルソーが『エミール』の中で「所有権のうえにこそ主権は築かれているとするならば、所有権は主権がなによりも尊重しなければならない権利だ。それは、個別的、個人的権利であるかぎり、主権にとってなによりも尊重しなければならない権利だ⁽¹⁵⁾」というときに働いている思考の力は、契約説の論理力というよりも、歴史における政治的なものの構成員であることが明らかに⁽¹⁶⁾なるであろう。

さて、われわれは以上において、主としてモンテスキューの「市民社会」概念を、もっぱら「意思の結合」という契機に則して検討してきた。モンテスキューを少しはなれることになるが、意思の結合に関連して二つの問題に触れておきたい。

① その一つは意思が「結合」するに至るプロセスないし方法の問題である。イギリスをモデルとするとしても、市民ないし庶民 the commons の「意思の結合」がいきなり議会で一挙に成立するはずのものではあるまい。モンテスキューとモンテスキューが参照した J.ロック、そしてモンテス

(13) モンテスキューはじつは「イギリス人は、自由を助長するために、彼らの君主政を構成した中間諸権力のすべてを取り除いた」(EL2-4, 上66) という認識に立っている。これはむろん名誉革命に至る過程で議会貴族院と庶民院の地位が転換し、権力を抑制する力として中間諸権力に代わるいわば民主政の契機としての庶民院、ジェントリ＝所有者層の地位の向上があることを前提とする記述であろう。

(14) セネカについては本文ですでに触れた。以下のキケローおよびロックのパスセージは、あたかも後者が前者を下敷きにして写したように、言い回しまでも酷似している。キケローによれば、「さて、国事を司る人間はまず第一に、各人が各自のものを確保するように、そして、私的所有物が公の定めによって減ぜられることないように留意すべきである。実際、ピリッパスが護民官のとき農地法を提案したときは危険であった。とはいえ、彼はこの法律が否決されるのを涼しい顔を受けとめ、これによって強い自制心の持ち主であることを示した。しかし、彼は、民衆派の立場から多くの演説を行ったが、中でも、『市民のあいだに財産のある人は2,000人もいない』と言ったのは不当で、死罪に値する。というのも、それは財産の均等化を目指す言葉だからである。どんな害毒であれ、これよりも大きな害毒がありえるだろうか。国家と市民権が確立されたのも第一に、各人が自分のものを確保するという理由によっている。なぜなら、自然の導きに従って人々は集団を作ったにせよ、それでも、自分の財産の保全を望むからこそ都市の防壁を求めたのである」(高橋宏幸訳『義務について』『キケロー選集』第九巻、岩波書店、1999年、268頁)。他方、ロックによれば、「人が政治共同体へと結合し、自らを統治の下に置く大きなそして主たる目的は、固有権 property の保全ということにある。自然状態においては、そのための多くのものが欠けている」。また、「人々が社会に入る理由は、彼らが固有権を保全することにある。そして、彼らが立法部を選出し、彼らに権威を与える目的は、その社会の全成員の固有権に対する監視役あるいは防壁として、社会の各部分、各成員の権力を制限し、その統治権を適度におさえるための法を作り、規則を定めることにある」(ジョン・ロック『統治二論』加藤節訳、岩波文庫、442, 560頁)。キケローとロックの自然法思想の繋がりについて、なお d'Entrèves, A. P., *Natural Law; An Introduction to Legal Philosophy*, London, 1951. ダントレーヴ (久保正幡訳)『自然法』岩波書店、1952年、9 頁参照。

(15) ルソー (今野一雄訳)『エミール』下巻、岩波文庫、234頁。

キューに傾倒しつつモンテスキューを超えようとしたルソーを視野に入れながら、この問題を考えてみよう。モンテスキューは、あの権力分立理論を展開した「イギリスの国制」の章(第11編第6章)の、自ら続編と呼んでいる『法の精神』第19編第27章で、「習俗」に対する「法律」の影響を論じつつ、こう述べている。「自由を享受するためには、各人が自分の考えるところを述べることができなければならない、また、自由を保持するためにも各人が自分の考えるところを述べるできなければならないから、この国家において市民は、法律が述べた書くことを明示的に禁じていないあらゆることを述べたり書いたりするであろう」、と。文脈からして、言論ないし意見(「述べた書くこと」)は「習俗」の一環とされるわけであるが、これが「意思の結合」に大きな意味を有することは容易に想定できよう⁽¹⁶⁾。因みに、モンテスキューの「習俗」*mœurs* 概念も法律 *loi*, *lois* の概念と同様に多義的であるが、ここでも、『法の精神』はその全編を通して法律の発生史につき、大まかに見て、「習俗」*mœurs* → 「慣習法」*coutumes* → 「法律」*loi(s)* という図式⁽¹⁷⁾が措定されていると見る事ができよう。〈言論〉〈意見〉はこの意味で習俗なのである。モンテスキューのこの図式から想をえたものとみてよい、ルソーの命題を想起しておこう。

これら三種の法律〔国制の法律 *loix politiques*、民事の法律 *loix civiles* および刑事の法律 *loix criminelles*〕に、第四の法律、すべての法律のなかで最も重要な法律〔!〕が加わる。この法律は、大理石や銅板に刻まれるのではなく市民たちの心に刻まれている。これこそ国家の真の構

-
- (16) M.リクターは先に触れた論文(前注(6))でモンテスキューにおける「市民社会」概念の構造を明らかにしようとし、そのためにまったく別の専制国家に関する叙述の文脈から次の立言を引用している(同, 112頁)。彼は専制国家のいわば反対解釈において「市民社会」を理解しようとしているのであるが、それもあながち不当ともいえない。それは、例えば前稿で見た「ロシア帝国法律集成」の成立過程に即して見ても、ロシアにおける市民社会の不在を理解するための助けになりうるであろう。「専制国家においては、政体の本性上、極度の服従が求められる。したがって、君公の意思は、ひとたび表明されるや、確実にその効果をもたざるをえないのであり、それは、一つの球がもう一つの球に向かって投げられるとその効果をもたざるをえないのと同じである。／そこには、妥協も、修正も、和解も、起源も、等価物も、談判も、諫言も、全く存在しない。提案すべき〔君公の意思に〕同等なものも、まさるものも一つもない。人間は、意欲する被造物に服従する被造物である」(EL3-10, 上84)。
- (17) 大江泰一郎「全一の作品としての『法の精神』」『静岡大学 法政研究』11巻1=2=3=4号(2007年)、133頁以下参照。この図式に収斂するモンテスキューの思想は、次の三つの命題にほぼ集約される(「法律」は制定法のみならず、ゲルマン部族法典や『ボーヴェージ慣習法書』など慣習法の集成などをも含み、また「習俗」*mœurs* の含意も広く、一部は「慣習法」に重なり、他の一部は慣習法以前の道徳的規範と重なることに留意すべきである)。すなわち、①いわば法社会史的に見て、「実定的な法律に先立って、まず衡平の諸関係が〔歴史的に社会内部に〕存在し、これらを〔後から〕実定的な法律が確立するのだ」(EL1-1, 上41)ということが看取される。②ローマの歴史に典型的にみられるように、「法律が習俗に従う」(19-26, 中181)というべきである。③「ヨーロッパの国民の大部分は今でもなお習俗によって統治されている」(EL8-8, 上233)と見てよい。因みに、モンテスキューが「習俗」の概念の歴史的起点において想定しているのは、古ゲルマン社会における自力救済(「闘争」)の慣習(法)である(EL28-17, 下173)。こうした法律の発生史観は、筆者が旧稿で明らかにしたように、ローマの思想、とくにキケローに発するが(慣習 *mos*→法律 *lex*)、そこから中世を通して伝えられてきたものでもあった。とくにグラティアヌスの『教令集』(1140年頃)に見られる同様の思想について、ダントレーヴ『国家とは何か』103頁参照。

造 constitution をなすもの、……人民にその建国の精神を失わしめず、知らず知らずのうちに権威の力を習慣の力に置き換えるものである。私のいわんとするのは、習俗 mœurs、慣習 coutumes、ことに世論 opinion である。現在の政論家に知られていない法律のこの部分こそ、実は他の法律の成否をにぎるものである。偉大な立法者は、個々の規則のことしか考えていないようにみえるときにも、密かにここに心をこらしている⁽¹⁸⁾。

「世論」は人々が「述べまた書くこと」、つまり習俗や慣習を能動的な形で表現したもの (articulation) に他ならないが、これが習俗や慣習と同格に位置づけられ、しかもルソーが「一般意思の行為」と呼ぶ「法律」la loi と同一の水準で「法律」として位置づけられていることが注目されよう。ここに見られる「世論」の概念はロックに由来することが知られている⁽¹⁹⁾。『人間知性論』においてロックは、人々が一般に自分たちの行動をそれに準拠させ行動の正／不正を判定する尺度としての法ないし法律 laws を「神法」divine law、「市民法」civil law (≒制定法)、「世論ないし世評の法」law of opinion or reputation (≒慣習法) の三種類に分け、この第三の法について次のように言う。

どこでも徳または悪徳と呼ばれ、そう見なされているものの尺度は、密やかな暗黙の同意 a secret and tacit consent によって世界中の人々のいろいろな社会・民族・集団のうちに確立され、これによっていろいろな行動が、その場所の判断 judgment・格率 maxims・風習 fashion に従って人々の間に評判あるいは不評を見出すようになるのである。というのは、人々は政治社会〔politic societies＝市民社会〕に合一して、自分たちのあらゆる力の処置を公共 the public の手に委ねてしまい、したがって、国法 the law of the country の指図する以上には同市民に対して力を行使できないが、それにもかかわらず、仲間になってくらし交わる者の行動を良いとか悪いとか考え、推奨したり推奨しなかったりする力能はなお把持し、この推奨と嫌忌によって自分たちの徳または悪徳と呼ぼうとするものを自分たちの間に確立するのである⁽²⁰⁾。

ルソーのパスセージはロックのそれに極めて近接していることが明らかであろう。ここでは、「世論の法」が「暗黙の同意」と結びつけられており、「世論」が中世ローマ法学における「国民 populus の暗黙の同意 tacitus consensus」という概念の系に属することを推測させるものとなっている（なお

(18) ルソー『社会契約論』第2編第12章、桑原武夫・前川貞次郎訳、岩波文庫、81-82頁。

(19) J.ハーバーマス『公共性の構造転換』第2版、未来社、1994年、137頁参照。

(20) Locke, J. A, *An Essay concerning Human Understanding*, 1690. ロック J. (大槻春彦訳)『人間知性論』(2)、岩波文庫、343-344頁。本文引用箇所の少し先では、この opinion が「法を作る十分な権威をもたないような、私的な人々の同意 consent」とも言い換えられている (同350頁)。

後述)。因みに、上引の文章は、後の D.ヒューム『政治論』中のよく知られた次のパッセージとも響きあうものであって、ロック→ルソーの系譜が特異な事例ではないことを示すものである。すなわち、「哲学的な眼で社会現象を考察する人にとり、多数者が少数者により易々と支配されているあの容易さと、人々が、彼らの意見や情念をすなおに彼らの支配者のそれに従わせているあの一も二もない盲目的な素直さほど驚異的に思われるものはありません。このような驚異的な現象を生み出している原因をたずねてみると、『実力』force はいつも被支配者の側 on the side of the governed にあるのですから、支配者が支柱と頼むものが世論 opinion 以外にないということがわかるでしょう。したがって、政府の基礎は世論だけだということになります。そしてこの原則は、最も自由で最も人民的な政府にも、最も専制的で最も軍事的な政府にも、一様に当てはまります⁽²¹⁾」、と。

ロックおよびルソーと、時代的には両者の間に位置するモンテスキューの「法律」形成過程にかかわる〈習俗→慣習→法律〉図式とを合わせて見れば、われわれは、ヘーゲル『法哲学綱要』における「法としての法律」概念の場合と同様に、法律生成のほんらいの場が「古い市民社会」すなわち政治社会 *societas civilis* にあったこと、そしてこの事情は、形式的には「立法」という決定によって法律が妥当するようになったとされ、また近代の市民社会がしばしば「脱政治化」したとされるようになって、妥当の社会的基盤（「生ける法」）としては解消されたわけではないであろう⁽²²⁾。伝統中国における法形成（「律令」）が統治ないし行政における皇帝の意思に発するのに対して、西洋の伝統においては、法 *ius; droit; Recht, Right* は権力作用ではなく、同僚による審判の意味での裁判に由来する。ホメーロス『イーリアス』中（第18巻497-508行）に挿入されている「アキレウスの盾」のエピソード⁽²³⁾が象徴的な始原とされるように、裁判所はほんらい「社会の機関⁽²⁴⁾」なのであ

(21) Hume, D. *Political Discourses*, 1762. 小松茂夫訳『市民の国について』(上)岩波文庫、226頁。ヒュームのこの文章がもつ政治学上の意義について、丸山真男『日本の思想』岩波新書、44頁、『宮田光雄集〈聖書の信仰〉』第4巻、岩波書店、1996年、332頁、参照。

(22) ルーマンによれば、「ローマの法律〔十二表法からユスティニアヌス法典まで〕も後期ゲルマンの諸部族法も、全面的に実定的な法を生み出したわけではなかった。実定化を示す基準は〔古代以来の中国の伝統におけるように、いわば〕「法源」に、すなわち一回的な決定行為に求められるのではなく、〔西洋における上向的法形成の伝統においては〕たえず現実的でありうる法体験 *Rechtserleben*〔なによりもまず民事訴訟の実務〕に求められる。法が実定的に妥当するのは、立法という歴史的行為が法体験の記憶に存するというだけの根拠によるものではない〔中世西洋の法律制定を見れば分かるように〕立法行為の歴史性は、伝統的な法思考においては、まさに〔慣習法の確認つまり〕不変性の象徴として役立った）。〔だが近代に至ると、上記の「たえず現実的でありうる法体験」に加えて〕法は立法という決定によって妥当するものとして体験される場合に、すなわちもろもろの可能性のなかから選択されたものとして体験される場合に、実定的に妥当するのである。法の実定性がもつ歴史的に新しい要素、冒険的な要素は、法の変更の合法化である」とされる（N.ルーマン『法社会学』村上淳・六本佳平訳岩波書店、1977年。230-231頁）。モンテスキューはほぼ同じ事柄を、次のように表現していた。「実定的な法律に先立ってまず衡平の関係が存在し、これを〔歴史的に言えば後になってから〕実定的な法律が確立するのだということを認めなければならない」（ELI-1, 上41）。

(23) ウェーバー M. (世良晃志郎訳)『法社会学』創文社、1974年、310頁、エールリッヒ E. (河上倫逸・M. フーブリヒト訳)『法社会学の基礎理論』みすず書房、1984年、127, 233頁、参照。

(24) エールリッヒ、同前、110頁。

る。モンテスキューはこの次第を、「三つの権力のうち、裁判権力はある意味で〔つまり、その歴史的起源も性格も他の権力とは異なるので、「権力」という意味では〕無である。残るのは二つの権力である」(EL11-6, 上294, 297) という形でそれとなく示唆していたのであった。

② ここまで、市民社会における「意思の結合」を世論を軸に見てきたが、もう一つの問題は、その「世論」ないし〈合意〉〈同意〉が法思想においてどのように扱われてきたかである。ハロルド・バーマンが注目すべき著書 *Law and Revolution* ⁽²⁵⁾ (1983) であらためて明らかにしたように、近代に(例えば契約説の形で)直接つながる法思想が西欧において現れるのは、グレゴリウス革命(「教皇革命」)の時代(12世紀)、カノン法の理論としてであるが、そのさい手懸かりとされたのは古典古代の知的遺産であった。むろんここで12世紀以降の〈合意〉〈同意〉に関する理論を系統的に跡づけることはできない。だが、すでに触れたように、ロックの「世論」*opinion* 概念が彼自身が認めるように「〔人民の〕暗黙の同意」*a tacit consent* と同義⁽²⁶⁾だとすれば、われわれは「世論」の概念史を、中世ローマ法学とくに註解学派なかんずくバルトルス *Bartolus de Saxoferrato* (1313-57) の「同意」

(25) Berman, H.J., *Law and Revolution; The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard U.P., 1983.

(26) 思想史家 J.G.A. ポーコックはこうした「世論」*opinion* 概念のより古い用例として、ロックの『統治二論』より以前(1672年頃)とされるウィリアム・テンプルの著作をあげている(田中秀夫訳『徳・商業・歴史』みすず書房、1993年、204頁)。テンプルは、古典政治学つまり共和主義的なパラダイムに立脚するジェイムズ・ハリントンに反論しつつ、次のように言う(ヒュームの立言はこれを意識していたかの感がある)。「多数の人々が自分の生命や富をある者の意思に委ねようとするとき、それは内心の望みからとはいえ、慣習 *custom* または世論 *opinion* の力によるのに違いない。というのも、強さ *strength* から生ずる権力 *power* は常に被治者の側にあるにしても、世論から生ずる権威 *author* は少数者たる治者の側にあるからである」と(William Temple, *An essay on the original and nature of government*, in *The Works of Sir William Temple*, Vol. I, London, 1814, p. 6)。テンプルにあっても、「あらゆる統治がそこに立脚しているところの基盤は、人民あるいはその大部分ないし最強の部分の同意 *consent* である」ともされるように(*op. cit.* p.23)、この世論は「慣習」と同格に位置づけられると同時に、人民の「同意」とほぼ互換的であった。こうしたテンプルの叙述が、文脈からして共和政ローマの民会・元老院の關係に着想をえていることは注目されてよいであろう。また、こうしたニュアンスでの「世論」の取り扱いが保守主義の伝統に属するとしても、先に触れたコルクノーフの「従属する側の従属の意識」(前稿の注(14))とは異なり、「世論」が上位の権威に向けられた影響力を有することを含意する(しかも *strength*, *power* はもともと被治者の側にある)という意味で、能動的な政治的機能を有する点に注目したい。因みに、「世論」概念を今日に至る法学の基本概念として確立したのは、おそらく A.V. Dicey, *Lectures on the Relation Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, 1905 であろう。ダイシーの論文「土地法のパラドクス」(1905年)についての戒能通厚の意欲的なコメントによれば、このパラドクスは「君主制の形態を残しながらも、イングランド憲法が民主制に適合的なものになったのに、土地法は貴族制の国家に適合的なままである」(ダイシー)という点にあるが、その要因は「『世論』(公論 *public opinion*) のなかにこの矛盾〔＝パラドクス〕が溶け込んでいき、革命的＝断絶的な変革が回避されてきたこと」にある、とされる。『戒能通厚最終講義記念：土地法のパラドクス—イギリス法研究、歴史と展開』資料集(2010年1月18日刊) i. ii 頁。戒能通厚『土地法のパラドクス—イギリス法研究、歴史と展開』日本評論社、2010年、とくに第3章第1節、同第2節、第5章第2節参照。貴族制的な土地法(所有権概念)がまさしく世論によって民主政に適合するという点は、われわれが確認した、モンテスキューの「フランス法」の中核概念にもぴたりと当てはまるであろう。なお、テニエス『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト』(1887年)は、周知のように本質意志および選択意思を軸として展開されるのであるが、最終章「結合された意思の諸形式—共同体と国家」の最終節で世論 *öffentliche Meinung* を主題的に取り扱っている。社会が国家とつながる決定的な位置にこの概念が据えられているわけである。

概念までは確実に遡りうる。バルトルスは、神聖ローマ皇帝に対するトスカナ地方の都市国家 *commune; civitas* の主権をローマ法大全とくに学説彙纂 *Digesta* の法源の操作によって可能にしたローマ法学者であったが、その際かれがこの主権を構成するために押し出した中心的な概念が、都市国家の慣習法さらには立法に対する「人民の暗黙の同意」 *tacitus consensus populi* であった⁽²⁷⁾（ここで「人民」*populus* として念頭におかれているのは直接には中世イタリア都市国家の人民であるが、ローマ法源の *populus* が意味したのはむろん共和政ローマの「国民」に他ならない）。14世紀のバルトルスの活動は、こうした主権の理論とともに、彼が、物に対する処分権を中心とするところの所有権 *dominium* の概念を打ちだした最初のローマ法学者でもあった（近代的な意味での *dominium/imperium* 関係の前期的な発見）という点⁽²⁸⁾で法思想史上きわだった地位を有している。

「世論」と〈合意〉ないし〈同意〉の接点を以上のように確認したうえで、以下、最小限の要点だけを、「〔ことあるごとに〕再生する立憲思想の範型〔＝ローマ法源由来の格率〕⁽²⁹⁾」とされるものに則して押さえておこう。問題はここでも、政治学的に言えば共和主義的、法学的に言えば立憲主義的な、下からつまり共同体（団体）からの合意ないし同意による法形成という点にかかわっている。収斂の焦点は共和政ローマの政治概念である。

現代の思想史家ダントレーヴがルソーの「一般意思」の思想の祖型を見ているのは、これも14世紀、イタリアの神学者パドヴァのマルシリウス *Marsilio da Padova* の著作『平和の擁護者』においてである。マルシリウスによれば、共同体が法律の形態において制定したものだけが正義に最高の尺度でありうる。といのも、「市民の全団体 *tota civium universitas* が知的かつ情動的に意図しているものは、その真理性に関してより一層確実に評価されるし、その共通の効用に関してより一層真剣に注意が向けられるからである」、とされる。ダントレーヴは、マルシリウスがローマ法に通暁してはいなかったとしつつも、この表現に、中世の団体生活 *universitas* の世界と響き合うものとして頻用されたローマ法文（勅法彙纂 C.5.59.5）、「すべての者に関係することは、全員によって承認されなければならない」 *quod omnis tangit ab omnibus approbetur*. と同一の精神を読み取り、これをあの「一般意思」の先駆けとしているのである⁽³⁰⁾。現代イギリスの思想史家 B.ティアニーによれば、この格言はもともと私法制度（複数の法定相続人たちの合意）に関するものであった⁽³¹⁾。ティアニーはこ

(27) 森征一「バルトルスの慣習法理論における『同意』（序説）ーイタリア中世都市国家の立法主権との関連で」慶応大学『法学研究』第67巻11号（1994年）参照。

(28) 大江泰一郎「西欧の法伝統とロシア法ー比較法史の試み」戒能通厚・棚澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法的考察』日本評論社、2008年、119頁参照。

(29) Tierney, B., *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650*, Cambridge U.P., 1982.ティアニー（鷲見誠一訳）『立憲思想ー始源と展開 1150-1650』慶應通信、1986年、xi 頁

(30) Entrèves, A.P. d', *The Medieval Contribution to Political Thought; Thomas Aquinas, Marsilius of Padua, Richard Hooker*, Oxford U.P., 1939.ダントレーヴ（友岡敏明・柴田平三郎訳）『政治思想への中世の貢献』未来社、1979年、93頁。

(31) ティアニー『立憲思想』36頁。ローマ法源については、船田亨二『ローマ法（改版）』第4巻、岩波書店、1971年、208頁参照。

の全体同意理論とともに、同時代の教会法理論における団体・代表にかかわる理論の例として「優越し思慮ある部分」*maior et sanior pars* や「全権」*plena potestas* ないし「全権威」*plena auctoritas* の用語をもあげながら、同意による統治の理論が14世紀初めまでには完成されていたことを確認し(上記バルトルスの例をここでも想起したい)、この生成過程に「ローマ法」のいわば政治的波及効果、つまり「ローマ私法のテキストがまず教会法と融合し、ここから憲法原理へのその応用と移転が生じ、さらに新しい形式での世俗的統治へとそれが再吸収される」という経緯を見とっている⁽³²⁾。

ここで「合意」に関連して、留意しておきたい思想はもう一つ、「君主 *princeps* の嘉するところのものは法律 *lex* の効力をもつ。彼の命令権 *imperium* について定められた王法 *lex regia* により、人民が公的権限 *imperium et potestas* をあげて彼に与えた限りににおいて⁽³³⁾」*Quod principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat* というローマ法文(学説彙纂 D.I, 4, 1)である。立憲思想史上、ローマ法格言としては今日でも最もよく言及されることのある——といっても近世においてはしばしばこの前段(「君主 *princeps* の嘉するところのものは法律 *lex* の効力をもつ」)だけが切り離されて、絶対王権の弁証として利用されるのであるが——この格言は、すでに13世紀に注釈学派のアーゾ *Azo Portius* によって人民の究極的な主権を意味するものとして把握されていた⁽³⁴⁾。イングランドでブラクトンが、これもよく知られた、「国王は神と法の下にあるとしても、人の下にはいない。なぜなら法が王を作る *Lex facit regem* からである」という命題を立てえたのは、この思想の直接的な影響下においてである⁽³⁵⁾。だが、本稿の文脈で重要なのは、ダントレーヴがいうように、ウルピアーヌスの法文を政治的な原理としてではなく、法的な原理として理解することであろう。すなわち、「これは、権力と法との間の関係は、権力を合法的に行使される人々の確度から考察される場合と、逆に、権力の現実の保持者の角度から考察される場合とでは、当然異なった意味をもたざるをえない、という

(32) ティアニー、同前、34-36, 38, 78頁参照。ほんらいは私法法源であったローマ法が12世紀以降の歴史において政治的なインパクトを発揮したという以上の文脈とは直接関係なく、また前述の *dominium/ imperium* 関係からもすでに伺えるところではあるが、古代ローマ法が「政治的〔ポリス的〕な私法 *politisches Privatrecht* なる驚くべき制度」であったというルーマンの指摘は、本稿の文脈からみても非常に重要である。ルーマン『法社会学』、178頁。

(33) 学説彙纂中この格言(ウルピアーヌス法文)とくにその前段はよく知られているが、後段については歴史的にも解釈上難しい問題があり、参照しうる邦訳例も多様に拡散している。本文の試訳は筆者のものである。*imperium, potestas* は本来は武・文の官職の権限を表わす用語であろうが、さしあたり両方を合わせて「権限」と訳しておきたい。歴史上の訳例については、例えば McIlwain, C.H., *Constitutionalism Ancient and Modern*, 1940, 1947. 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、1966年、71, 98-99 (n.5), 106頁以下, 137-138 (n.9) 参照。なお、法文中の「王法」*lex regia* (「主権法」と訳されることもある)については、これを歴史上の立法ではなく、元首政期以来の擬制とみるヴィーコの説(植村忠男・佐々木力訳『学問の方法』岩波文庫、100, 120頁)に注目したい。

(34) ティアニー、前掲、88頁。政治思想史家 J.B.モラルもこれを留保なしに「人民主権の教説」として位置づけている。J.B.モラル(柴田平三郎訳)『中世の政治思想』未来社、1975年、60頁。

(35) ティアニー、同前、109頁参照。

ことを認めたものと解釈されるべきである。いずれの場合にも、権力は法によって条件づけられる。権力の掌握者の場合には、それは『絶対的』absoluteであろう。しかし定義からして専制的 arbitrary なものではありえない。このような解釈が、このローマの学説において、権力が法によって統制されかつ法に服従する実力として把握されながら、しかもなお法の源泉であり、したがってそれを創り出したものである法より優位に立つものとして把握された次第を理解する、唯一の方法である⁽³⁶⁾」、というのである。法 ius あっての法律 lex だということになる（ロシアの法思想史で見出しがたいのは、この lex と区別された意味での ius の観念であろう）。だが、「法」ius の合意を考えようとするなら、ローマの共和革命と十二表法を想起しなければならないであろう。キケローがいうように、「国家 res publica とは国民の物 res populi である。しかし、国民とはなんらかの方法で集められた人間のあらゆる集団ではなく、法についての合意 iuris consensus と利益の共有によって結合された民衆の集合である⁽³⁷⁾」(De re publica, 1,39) とされるからである。これが「合意」そして「世論」の起源である。

この「政治」(共和政・デモクラシー、市民社会)→「法」という歴史的連関を前提として、前述の dominium と imperium との相関性に関するセネカの命題、「王は公権力 imperium によってすべてのものを保有 possidet し、各人はこれを所有権 dominium によって保有する」Omnia Rex imperio possidet, singuli dominio. (De bebeneficiis, VII, 5) の意味をあらためて考えてみよう。キケローが「法についての合意」という場合の法 ius とは何かを問うことにもなる。命題中 imperium と dominium の相関が目立つが、二項の共通のベースになっているのは、ここではとりあえず「保有する」と訳しているが原文では動詞形で表れるローマ法の本源的な「占有」possideo, possessio 概念である。そう考えると、共和政期についてはほんらい占有 possessio (市民)－公権力 imperium (政務官)と表現すべきであるが、それがセネカの時代つまり元首政期(新たに dominium が登場して政治→法の緊張関係が格段に弛緩する段階)に dominium (市民)－imperium 公権力(「王」)へと変容したことになる(これが後代へ引き継がれる)。それでも dominium－imperium は、そうした経緯を含めて「政治的私法」(ルーマン)としてのローマ法の構造を表現するものであることにかわりはなく、その構造とは、私法・公法の双方にわたる「法」全体が possessio/dominium の民事法概念を起点・起動原理とするということである(例えば「possessio/dominium に立つ」「国民」自身が王法に従いすべての「imperium と potestas」を元首 princeps に与える[Ulp.D.1,4,1]、というように)。ボダンやモンテスキューはこの命題に所有権による主権の制限(公権力による課税の限界)という構造を見てとったが、それは共和政ローマの意味での政治(政治→法の連関)の近世近代における再発見という文

(36) ダントレーヴ『国家とは何か』95頁。

(37) 岡道男訳「国家について」『キケロー選集』第8巻、岩波書店、37-38頁。このキケローの命題については、ダントレーヴ『国家とは何か』29, 90-94頁参照

脈においてである。ローマに即して市民社会 *societas civilis* を「法の有る社会」として把握するならば、法概念について市民社会の原理を問うことは、こうした法の起源と構造との距離を測ることを意味することになる(38)。

さて、われわれが以上に見てきたのは、ロシアにおける「法の一般理論」が「形而上学」「擬制」あるいは「蜃気楼」として飛び越え、「法の一般理論」の体系においては顧みられなかったところのものである。パシュカーニスに限らず、ソビエト時代のこの国におけるマルクス主義的思想史研究が同じ陥穽を脱しえなかったことは記憶にとどめておかねばならないであろう。端的な例をひとつだけあげれば、1960年代初めの「雪解け」の時代に、西側のソビエト体制批判に対抗する文脈で、「世論」概念がとつぜん再評価され、ブルジョア社会ではなく社会主義社会において初めて真の「人民の意見」としての世論が形成されるのだと主張する哲学者の研究が公刊されたことがある。この研究はロックやモンテスキュー、ルソーの「世論」概念に言及しつつも、それを終始「倫理」上の社会現象として扱うに止まり、いささかもその法学的・政治学的な意味に触れるところがなかった(39)。ソビエト社会科学は「ブルジョア理論」を批判的に乗り越えたのではなく、ここでもそれを〈縮減的〉に還元するに止まったのである。

さて、〈縮減的還元〉はたんなる学問上の錯誤であったわけではなく、ロシアの歴史そのものであったはずである。それを社会構造の問題としても確認しておかなければならない。

Ⅲ 近代市民社会とその歴史的始原

「市民社会」を社会構造として理解しようとすれば、われわれは歴史を、少なくとも近代市民社会の現実の歴史的起点を見ておかなければならない。それがロシアについて市民社会を論ずる不可避の前提だからである。

ハーバーマスは、周知のように、その著書『公共性の構造転換』のごく短い序言の中で、こう言っ

(38) ボダンのセネカ引用について、Andrew, E. Jean Bodin on Sovereignty. *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2, no. 2 (2011), p. 80f. 政治の概念、法と政治およびその変型ヴァージョンであるデモクラシー・市民社会との関係、「法の有る社会」としての市民社会の概念、占有と所有権などについて、木庭顕『ローマ法案内—現代の法律家のために』羽鳥書店、2010年、またボダンにおける政治の再発見と主権ないし *imperium* 概念について、木庭顕『デモクラシーの古典的基礎』東京大学出版会、2003年、22, 24 (注3-1-2), 42頁、参照。

(39) Уледов А.К. *Общественное мнение советского общества*, М., 1963. これは筆者の無いものねだり的な批評ではない。この書物の著者モスクワ大学教授ウレドフは、ロック著作のロシア語訳(1960年刊)を利用しているが、例えば、本稿でも言及したロックの神法 *divine law*、市民法 *civil law*、世論ないし世評の法 *law of opinion or reputation* を、それぞれ「宗教上の戒律」*религиозные заповеди*、「世俗の諸法律」*гражданские законы*、「世論」*общественное мнение* として取り扱っている(Указ. соч., С. 30)。ロックの議論の法学的文脈が、ほとんど意味不明な倫理 *нравственность* (?) の領域と完全に取り違えられているのである。ソ連のブルジョア思想批判、マルクス主義的思想史学の水準が垣間見えるところであろう。

ている。「われわれは『市民的公共性』を、〔西欧近代という〕特定時代に固有な類型的カテゴリーとしてとらえる。それは、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のできないものであり、理想型として一般化して、任意の歴史情勢の形式的に同一の局面に置きかえることのできないものなのである⁽⁴⁰⁾」、と。ここにいう「ヨーロッパの中世盛期に源を発する発展史」について、彼は同書ののちの本文で次のように説明している。「中世盛期に完熟した領主権 Grundherrschaft は、ドイツでは18世紀になって初めて農奴解放と地租免除の時代的機運にそって、私的所有権 privater Besitz となる。〔だが、この私的所有権の母胎となっている領主の〕家権力 Hausgewalt は、古典的市民法の意味においてであれ、近代的民法の意味においてであれ、私的支配ではないのである。もしこれら〔=私的所有権・私的支配等〕のカテゴリーを、〔市民社会の歴史的起源を直接に中世社会に求めようとして〕公共圏と私生活圏の分割の基盤を具えていない中世の社会的諸状況に転用すると、いくたの難点が生じてくる。〔歴史家 O.ブルンナーがいうように〕『ラントを公生活の圏として捉えると、家や家長が行使する権力〔領主権力〕において見られるものは、まさに第二次的な公権力である。これは、その上位にあるラントの権力に比べれば、確かに私的な権力であるが、それにしても近代的私法秩序における私権とはすこぶる異なる意味における私権なのである。『私的な』支配権能〔=dominium〕と『公的な』支配権能〔=imperium〕と private und öffentliche Herrschaftsbefugnisse がひとつの不可分な統一体に融合し、したがって両者ともに統一権力の発露であり、土地に結びつき、正統に獲得された私権のように取り扱われるということは、私の見るところでは以上の理由から説明できる』のである⁽⁴¹⁾」、と。近代の「市民的公共」を構成する「私的なもの」ないし「私人」の起点がここにある。この見方は、奇しくも、モンテスキューが近代的な「所有権」の、したがってまた「フランス法」の原則の成立を「初めは封地についてのみ」「貴族のみ」(EI31-34, 下461, 462) について認められるとし、また名誉革命後のイギリス議会庶民院(所有権つまりジェントリーの代表)を「一般意思」(EL11-6, 上294)と特徴づけたのと同じである。「発展史」の法的側面に着目する限り、市民的な「公共」の成立に至る、他の道を考えることはむずかしい。

ロシア社会の歴史について、同様のこと、あるいは代替的な道を認めることはできるであろうか。

(40) J.ハーバーマス(細谷貞雄・山田正行訳)『公共性の構造転換』未来社、第二版1994年(原書1990年)、1頁。

(41) 同前16-17頁、ブルンナーからの引用は、O.Brunner, *Land und Herrschaft*, 5.Aufl., Wien, 1965, S.337. ハーバーマスが領主権を家権力と結びつけている背景には、領主権 Grundherrschaft が中世のラテン語では dominium と表現されたこと、dominium はもともとローマの家 domus ないし家長 dominus を語源としていた、という事情もあると考えられる。なお、ハーバーマスのいう「中世盛期」は、思想上は「教皇革命」の時代に、また社会構造的にはフランスの歴史家マルク・ブロックが、「垂直線」に沿って構成された社会構造が「水平的な階層」によって再編成される変革の時代と呼んでいるものにちょうど照応する。M.ブロック(河野健二ほか訳)『フランス農村史の基本性格』創文社、1959年(原著1931年)、153頁、同(堀米庸三監訳)『封建社会』岩波書店、1995年(原著1939, 1940年)、154-155頁、参照。

結論から言えば、この道は存在しなかった、あるいは遠い過去に形成されたかに見えたが、消滅した。

この問題に関する考え方の一つの例として、再びロシア自由主義の法学者、コルクノーフの見方を取り上げてみよう。ここで留意したいのは、具体的にはロシアにおける法秩序のいわば総括理念である「法律適合主義」ないし「適法性」законность, закономерностьの問題である。この概念は、ロシアの政体は専制 самодержавие; autocracy ではあっても、東洋的な無法の実力支配体制 деспотизм; despotism ではないことを示すものとされるのであるが、この理念を論じる文脈でコルクノーフは、国制形成の西欧的な道（制限君主政の形成）とロシア的な道（専制君主政の形成）との違いについて次のように言う。少し詳しく見ておこう――

国家生活の発展はそれ自体、国家権力の行使が法治主義的な性格を獲得するということをもたらす。しかし、これは二つ道、二つの相異なる形式において成就される。〔西欧におけるように〕国家権力に諸身分、個々の地域、個々の市民の権利が対置されることもある。この場合には、法治主義 правомерность は権力の制限という性格をおびる。〔その結果〕国家権力はあたかも分立するものとされる。君主はその手中に最高権力全体を集中することをやめ、一言でいえば制限君主政が成立する。この場合には、国家権力はさまざまな権利 субъективные права 間の合意にもとづくことになり、いわば契約的な性格をうけとる。だが〔ロシアにおけるように〕、権力に〔つまり他者の〕主観的権利 субъективное ではなく客観的な法 субъективное право、つまり他者の権利 чужое право ではなく、規範、法律が対置される場合もある。この場合には、権力は法には従うが、何らかの権利によって制限されることはない。権力はその全体において君主の手中に残り、主観的な契約原理ではなく、〔権力自身から見て〕主観的なもの субъективное つまり法律が国家体制の基盤とされるのである⁽⁴²⁾。

また次のようにも言う。

わが国土の広大なひろがり、その周縁を囲む果てしないステップ。これが、社会内の不満勢力に権力との闘争から逃避し、窮屈さを嫌って無人のステップへと去り、その地に植民しつつ、将来における再起をねらうことを可能にしたのである。不満な人間は武器を取るのではなく、

(42) Коркунов. Н.М. *Русское государственное право*. Т. I, Изд. 5-е (без измен), СПб., 1904, С. 207. 本書は「改訂なしの第5版」とされているにもかかわらず、引用中斜体の部分は原文では Но может быть и так, что власти будет противопоставлено не субъективное, а субъективное право, — не чужое право, а норма, закон. となっていて、ロシア語として体をなさない（ダッシュ以下の言い換えとも整合しない）ので、2番目の субъективное を逆の объективное の誤植とみなして訳してある。

わが国では逃走した。このように住民が流動的であるところでは、国家も権力を守るために闘う必要はなく、敵対的な権利主張に対して自らの権利を守る必要もなかった。国家権力の主要な任務は、半ば浮動的な住民を集合させ、定住させることにあった。こうした状況において問題となったのは、権利 субъективные права ではなく、秩序 порядок であり法律 закон であった。人口密度の低さと定住のもろさが、組織的な身分 сословия の形成を不可能にした。わが国では国家組織に対抗するいかなる社会構造 общественная организация もなかった。身分的な差異そのものが、わが国で国家権力の創造物 создание であり、国家に対する制約要素ではなかったのである。

こうした条件のおかげでわが国の国家制度においては、法治主義の原理は「権利保護という形式ではなく」すぐれて客観法的な形式をとることになった。わが国では、国家権力の行使は、個々の身分あるいは個人の権利ではなく、客観法つまり慣習と制定法によって制御されるのである。法治主義はわが国では、諸身分および諸階級の権利のための闘争の所産ではなく、秩序そのものの客観的な要求なのである。ロシアの国家生活における法律適合主義 закономерность は、外から権力に押しつけられた制約ではなく、権力そのものの創造物である。したがって、適法性の発展は、わが国では政治的諸権利の発展によって基礎づけられるものではない。われわれは、所有権の完全な保障、独立の裁判所、そして自治を有しているが、政治的諸権利は有していない。他方、西欧においては、まさしく権力を制限する政治的諸権利の発展が、私的所有権の保障、独立の裁判所、そしてまた地方自治の発展の基盤となっているのである。こうして、わが国の国家体制は、合法性が適法性という客観的な形式で表現されているということの特徴としているわけである⁽⁴³⁾。

中間権力を含め「国家に対抗するいかなる社会組織もなかった」という認識は、ロシアでは市民社会が「ゼラチン状」であったというグラムシの見方とみごとに照応する（これがコルクノーフの著作中もっともロシア自由主義派としての精彩を放っているところであるが、この見方は西欧とロシアにおける法概念の類型的差異の認識にはつながらなかった）。「国土の広大なひろがり」「住民の浮動性」が原因だという見方は、コルクノーフがロシアの国家学派史学⁽⁴⁴⁾の一部学説の影響下にあることを示しているが、今日では歴史的に証明できるものではないであろう。だが、ここで重要な

(43) Указ. соч., С. 209-210.

(44) ロシア史における国家の役割の強調、住民の「総体的浮動性」説の受容などに、コルクノーフが「国家学派」史学、とくにミリュコフ『ロシア文化史概説』（全3部、1892-95年）の強い影響下にあることを明瞭に示している。ロシア史を比較史的ないし国制史的に理解使用とする場合には、今日でもなお19世紀ロシアの「国家学派史学」の業績に学ぶ意義は少なくない。このことについて、鳥山成人『ロシア・東欧の国家と社会』恒文社、第9章「ペー・エヌ・ミリュコフと『国家学派』」参照。

のは、ロシアでは「身分が国家権力の創造物である」という認識である⁽⁴⁵⁾。というのも、この認識は、当然のことながら、ロシアでは〈所有権も国家の創造物である〉、その意味で国家によって保障されていることをも含意することになるからである。

〈国家の創造物として所有権〉という命題をロシア法の特徴をなすものとして証明することは本稿の課題ではないが、歴史的事実はさほど複雑ではない。エカテリーナ2世のあの「恵与状」Жалованная грамотаが、レーエンつまり封建契約ではなく、奉仕義務を伴わない、文字通りの上からの賜物であることを示していた。かつて諸公・貴族の所有地 *alodium* であった世襲の伝来地 ^{ヴォーチナ} *вотчина* も、後にモスクは国家では士族の勤務者給地 ^{ボメスチエ} *поместие* 制度へと事実上吸収され、これが18世紀後半エカテリーナ2世により「恵与」されたのであるから、貴族の土地（＋農奴）所有権は「国家の創造物」と考えて誤りではない。これがあのスペランスキー民法典第420条のいう「所有権」、そして現代ロシア民法典の所有権概念の本来の祖型をなしているのである。

モスクワ国家はそもそも、15世紀末に北東ロシア（共和政ノヴゴロド、ヴラデーミル公国）を統合しキプチャク・ハーン国からの独立を果たしたとき、社会学的にみれば、封建国家 *Lehnstaat* ではなく、^{ドヴォリヤネ} 士族 *дворяне* のみならず貴族 ^{ボヤーレ} *бояре*（「勤務者たち」*служилые люди*）にたいして文武にわたる国家奉仕を課すライトゥルギー的な家産制国家 *Patrimonialstaat*（П.ストルーヴェの表現によれば、「ライトゥルギー国家」ないし「国家封建制」体制）となっており、とくに次第に優勢となる士族は領地を封地 *fief*; *Lehen*; *feudum* としてではなく、国家勤務からえた給地 ^{ボメスチエ} *поместье*; *Dienstgut* として保有し、この保有に「所有権」を付与したのがエカテリーナ2世の恵与状だったのである⁽⁴⁶⁾。

- (45) 栗生沢武夫は、ロシアの歴史家コプリンの意欲的な作品『中世ロシアにおける所有と権力』（1985年）に関する紹介論文で、コプリンの結論の一つを、「封地制度〔われわれのいうライトゥルギー体制〕は軍事力強化と国家の発展のため〔モスクワ大公自身によって〕創設された」と要約している。栗生沢武夫「ロシア中央集権国家の形成と貴族階級—コプリンの近業によせて」『（小樽商大）商学討究』第36巻第4号、16頁。См. Корбин В.Б. *Власть и собственность в средневековой России (XV-XVI вв.)*, М., 1985. С.133-134.
- (46) ここで用いる「家産制国家」、「ライトゥルギー」の概念はマックス・ウェーバーの「支配の社会学」にヒントをえたものである。ウェーバーは、「被支配者に対して物理的強制を加える非領主的な *nicht dominal*〔つまり封建領主 *dominium*, *dominus* 的でない〕支配権を、家産制外的な人、すなわち政治的臣民〔ロシアでは貴族、士族、農民といったすべての身分〕に対しても、彼の家権力の行使と同様な仕方でも組織する」ようなケースを家産制的国家構成体 *patrimonialstaatliche Gebild* と呼び、また支配者 *Herr* が自らの需要充足を「〔この〕ヘルに対して負担された諸義務を、それについて責任を負う他律的な——またしばしば多首的な——団体〔ロシアでは貴族・士族身分と農民共同体〕を設定することによって、確保する」ような臣民の組織化のケースをライトゥルギー的需要充足と呼んでいる（後者は前者のもとで「最も高度の発達」ととげる）。これらの概念につき、世良晃志郎訳『支配の社会学Ⅰ』創文社、162, 184頁、ツァーリズム的家産制については、同276頁以下、参照（ただし、ウェーバーには、モスクワ家産国家内の給地制度を「勤務レーエン」と呼ぶなど、レーエン制と家産制が共存可能かの印象を残す点で、用語法上ないし概念装置上、不徹底な面がある。因みに、こうした問題点と関連性を有する問題であるが、ウェーバーがロシアをローマ法継受国の一つに数えているのは、完全な事実誤認である。世良訳『法社会学』468-469頁）。モスクワ国家を「ライトゥルギー国家」とする見解を積極的に評価するものとして、鳥山『ロシア・東欧の国家と社会』92, 329（注13）頁参照、また必ずしもウェーバーの用語法を採用しているわけではないが、これに近い把握を示すものとして、オットー・ブルンナー（石井紫郎ほか訳）『ヨーロッパその歴史と精神』岩波書店、1974年、324-325, 363頁参照。

この「給地」(およびこの制度に次第に融合していった「伝来地」)の性格については、ロシアでは19世紀以来多くの議論があった。その中には、モスクワ国家以前の段階を念頭において、西欧の封建制とロシアのそれをほとんど完全な並行関係で——例えば、ロシアの「封建領主」の土地所有について、ドイツでギールケが中世の領主権 Grundherrschaft について認めた、あの imperium と dominium の混在⁽⁴⁷⁾をロシアの領主についても承認することを含めて——見る議論を展開したパヴロフ=シリヴァンスキーのような例もあったが、それは今日の学問的水準ではすでに顧みられることがない。1970年代末いらい別の形で再燃している継続的な議論は、キエフ国家以来の「封建的(土地)所有」をロシア・マルクスの歴史研究の水準で素朴に封建領主の「私的」所有としてきた(社会的所有ないし国有ではない支配階級の所有はすべて「私的」所有権にもとづくものとされた)ソビエト時代の通説を再検討する形で進行してきたようにみえるが、現在まで収斂するところを知らず、なおそもそも「所有権」とは何か、「所有権」と「所有」とはどう違うのかなどの問題に決着がつかないなど、初歩的な段階を脱していないところがある。幾度かにわたる共同研究⁽⁴⁸⁾の中から共通の認識として絞られてきた点を筆者なりに咀嚼して整理すれば、以下のようなだろう⁽⁴⁹⁾。

①ロシアでは、近代的(「ブルジョア的」ないし「産業社会」段階的)な「私的」所有権の歴史的析出過程がきわめて長期にわたっていること、

②土地については、他の所有権諸形態に比して「国家的所有権」の比重が(土地総面積上)もともときわだって高く、とくにモスクワ国家時代以降広大な教会領・修道院領が国家によって事実上すべて接収されたこともあって、最高権力の大権 прерогативы が拡張され、私的所有権とは区別された「国家的所有権」なる特異な所有権制度と国有財産(土地および地下資源)とに特別な地位が

(47) ギールケが中世における「契約による国家の起源」について述べるところによれば、「国家の成立と法的根拠についての問題に関しては、徐々に社会契約の理論が生長する。……これらの〔自然状態から国家状態ないし市民的状态への〕経過の性質についての研究にさいして、当初は、いかにして、またいかなる権利づけををもって dominium [中世的な支配権] が世に登場したかという問題についての一般的説明で満足していて、この〔dominium の〕概念の中には支配 Herrschaft [ローマの imperium] と所有 Eigentum [ローマ的な意味での dominium] が混和されていた。その後国家権力の成立とその法的根拠についての問題が私有財産の成立と法的根拠の問題から切り離され、また教会の側からも支配権力の全く不適当な起源という主張が再び放棄せられるにいたった後は、人民と支配者との間に締結された服従契約による国家権力の契約による創設という想定がますます浸透してくる」。O.ギールケ(坂本仁作訳)『中世の政治理論』ミネルヴァ書房、1985年、120頁。

(48) 今日に至る継続的な研究の直接の発端となったのはバルクの1978年論文(Барг М.А. О природе феодальной собственности, Вопросы истории, 1978, No.7)とみられるが、その後、以下のような共同研究が現れている。*Представления о собственности в российском обществе XV-XVIII вв.: Проблемы собственности в общественном сознании и правовой мысли феодальной эпохи*, под ред. Горской Н.А., М., 1998; *Проблемы развития феодальной собственности на землю*, под ред. Сахарова А.М., М., 1979; *Собственность на землю в России: История и современность*, под общ. ред. Аяцкова Д.Ф., М., 2002.

(49) このまとめは前注最後の論文集中のゴールスカヤ論文による総括を、筆者の理解にしたがって整理し直したものである。Горская Н.А. Собственность в феодальной России, в указ. кн. *Собственность на землю в России: История и современность*, С. 42-44.

与えられてきたこと、

③国有地・勤務者給地・伝来地の保有権ないし所有権は、じつは「土地所有権ではなく」*не собственность на землю*（つまり物に対する支配権ではなく）、本質的にみて「農民〔≡人民〕に対する権力的・行政的支配機能」*властные и управленческие функции по отношению к крестьянству*の発現体であったこと、

④「私的」所有権の析出を妨げた最大の特殊ロシア的ないわば精神的要因として、住民の圧倒的多数をなす共同体農民の、「土地は神のものである」*Земля ничья, земля божья*（換言すれば、土地は「勤務者たち」つまり貴族・士族地主のものではなく、「人民全体の財産」である）という所有観念が数百年にわたる伝統として存続したこと、である⁽⁵⁰⁾。

未成熟といわざるをえないが、これらの中間的なまとめはすでに重要な結論を示唆するものであろう。とりわけ上の②と③は、その延長上におよそ国家からは相対的に独立し自律性を獲得した市民社会を想定することがおよそ不可能だという意味において、際立っている。「私的」所有権の析出過程とは、西欧においては、*imperium* を兼ね備えた *dominium* としての領主権が土地の自由な処分権へと変質していく段階を含むが、最終的には支配権能^{ヘルシヤフト}を根幹とする古い既得権が（銷却による場合を含め）何らかの形で廃止されて、農民が土地に対する実体的所有権つまり経済的価値の自由な処分権を獲得していくプロセスであった。①～④は、ロシアではこの過程を押し止める要因が重畳的に重なっていたことを示すが、現実には、1917年の十月革命は「土地に対する私的所有権」を廃止し、土地をすべて「人民全体の財産」*всенародное достояние* とした（「土地についての布告」）。1918年1月27日の土地社会化基本法はこんどは、土地・地下資源等に対する「すべての所有権」そのもの(!)を「永久に廃止する」と宣言したのであった（同第1条）。文字通り「所有権」そのものが、「国家の死滅」以前に消滅させるべきものと考えられたのである。だが、権力的・行政的装置そのものである「国家的所有権」はやがて社会主義体制の根幹を支える制度となる。社会主義体制崩壊後の現代ロシアにもこの装置はいわば脱色されて引き継がれる。市民社会がありうべきその空間に、権力装置が大きく張り出しているのである。

ロシアでこうした事態が生じたのは、何か由来不明の宿命のようなものによるのではない。キエフ国家・分領制の時代、つまりモスクワ国家成立以前に、初期段階的なものあるいは前期的なものであるにせよ、仮にパヴロフ＝シリヴァンスキーが主張するようなレーエン的なものがあったとしても（可能性はあろう）、これら二つの時代を分かち240年余のモンゴル支配（「タタールのくびき」）

(50) ドイツの場合、修道院領はその世俗化（接收）・私有化の過程が私的所有権の形成に果たした役割が大きいとされる（大江泰一郎「ロシア法史における法の解釈」『社会体制と法』第11号、2010年、26-27頁参照）が、ロシアでは「国家的所有権」制度の形成に重要な意味をもったことになる。

の間に、それは消滅したと考えられる。本稿ではそれを歴史的事実によって証明する暇はない⁽⁵¹⁾。資料としてはいささか古いが、発想において正当だと思われるロシアの文献学者(ロシア文化史家)ドミトリー・リハチョーフの著書『ルーシの文化—ロシア国民国家形成の時代』からこの問題に関する発言を引いておこう。リハチョーフによれば、「『タタールのくびき』から脱却してモスクワ国家を建設する過程において)モスクワ大公は、土地を集積したのと同様に、権力を集中してゆくなかで、しだいに諸公と門閥貴族そして自由従者との間に存在していた自由な契約的關係を消滅させていった。大公は貴族を従順な従者つまり自らの意思の執行者に変えてしまったのである⁽⁵²⁾」、とされる。「タタールのくびき」についてはモンゴル支配がロシアに何を持ち込んだかという視角から議論されることが多い⁽⁵³⁾が、それがロシアから何を奪ったのか、ロシアの何を変革したのかという逆の視角からも、言い換えれば足し算ではなく〈引き算〉の発想でも問題を考えることが、さしあたりは有益ではないかと思われる。

さて、以上でわれわれは不十分ながら、コルクノーフ、そしてパシュカーニスが、つまりロシアの『法の一般理論』が市民社会概念を等閑視してきた歴史的事情の一端には触れることができたように思われる。パシュカーニスが『法の一般理論とマルクス主義』を上梓したちょうどその頃、ネッブ期の、権力と農村との間に保持されていたまだ融和的な関係を背景とし、多様な大衆団体、都市および農村の通信員運動などの形で「ソビエト的公共⁽⁵⁴⁾」 советская общественность の活性化をは

(51) その一端を裁判実務の記録にもとづいて実証的に明らかにしたものとして、今村栄一「イワン3世治世後半における土地裁判制度の変化」『中世ロシアの法と社会』(21世紀COEプログラム研究報告集No.24)2008年47頁以下参照。

(52) Лихачев, Д.С. *Культура Руси: Эпохи образования русского национального государства* (Конец XIV-начало XVI в.), М., 1946, С.10.

(53) やや古いが「タタールのくびき」をめぐる歴史学界の状況について、松木栄三「ロシア史とタタール問題」『歴史評論』第619号(2001年)参照。そのご栗生沢猛夫『タタールのくびき—ロシア史におけるモンゴル支配の研究』(東京大学出版会、2007年)が刊行された。栗生沢の研究は、かならずしも単純な〈足し算〉的発想に立っているわけではないが、モスクワ専制国家の形成を、その原因は何であれ質的転換というよりも、むしろキエフ国家以来の連続的な組織化・「規律化」という文脈で捉えようとしているように見える(とくに同書、第3部)。栗生沢の新著についてはなお、松木栄三の書評(『西洋史学』第228号、2007年)参照。栗生沢はその後、法について考える場合には、結論的に、「モンゴル法はロシア法にたいしてほとんど影響を与えることがなかった」としている(栗生沢猛夫「中世ロシアの法文化とモンゴル支配」『中世ロシアの法と社会』(21世紀COEプログラム研究報告集No.24、2008年、1頁)。筆者には、「モンゴル法」の「ロシア法」に対する影響という問題設定そのものがあまりにも狭隘で、ほとんど意味をなさないように思われる。本文で引用したリハチョーフの立言は、歴史研究としてはもはや批判に耐えないところがあるろうが、ソビエト史学の主流がキエフ国家からモスクワ国家への発展を「封建化」の過程としてとらえるのとは逆に、いわば前期レーエン的なものの消滅過程として捉えようとしているところに特色がある。これは、ロシア法史についても相当な紙幅を割いている、これは現代ノルウェーの歴史家エリク・アンネルスの『ヨーロッパ法史』の見方に近い。См. Аннерс Э. *История европейского права*, М., 1996, С. 251-253.

(54) 大江泰一郎『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、1992年、158、190頁。「ソビエト的公共」に関連した研究として、S.コーエン(塩川伸明訳)『ブハーリンとボリシェヴィキ革命』未来社、1979年、245-246頁、塩川伸明「スターリンのプロレタリアート独裁論—『党独裁』論争と『伝導ベルト』論」『思想』1997年12月号、浅岡善治「ブハーリンの通信員運動構想—『プロレタリアート独裁』下における大衆の自発的社会組織」『思想』第917号(2000年11号)、参照(ただしブハーリンの用語

かろうとする動きがあったことが、いまソ連史のごく地味なエピソードの一つとして想起されるかもしれない。運動の主唱者はブハーリンであった。だが、それもまもなくスターリンがレーニンから引き継いで展開した「プロレタリアート独裁のシステム」、党から共産青年同盟、そして労働組合・ソビエト・協同組合へと下向して大衆にいたる「伝導ベルト」の理論⁽⁵⁵⁾とその実践に呑み込まれていくのである。上向的な「政治的」・「法的」な力は、この歴史においてはごく萌芽的な段階に止まるほかはなかったように思われる。

IV むすびに代えて

社会主義体制崩壊後ほどない頃(1996年)、英国の支援機関の資金援助を受けてロシア科学アカデミー世界経済・国際関係研究所の学者グループが刊行した研究成果がある。書名を『ロシアの市民社会—西欧的パラダイムとロシアの現実』という。注目すべきは、むしろサブタイトルのほうで、市民社会は「西欧パラダイム」だが、「ロシアの現実」はそれとは異質だという含意になっている。編者の K.Г.ホロドコフスキーは序文を次のように書き始めている。「近年、西欧においては豊かな伝統(ホップズからグラムシまで)をもつ『市民社会』の概念が世界の学界で復活してきているが、これは多分に共産主義系の全体主義が数十年間にわたって支配してきた諸国における民主化の諸過程から刺激を受けたものである〔?!〕。まずもって国家にたいする社会の自律が必要であるという認識、また市民個人やその利害を表現する自立的な社会諸組織にもとづくものでなければ、いかなるデモクラシーも不安定で建前にすぎないということへの直感的な理解。詰まるところこういうことが、ロシアの知識人の市民社会問題にたいする関心の動力となっている。『ロシアに市民社会が存在するか否か』という類の議論が生産的でないことは、とうに明らかになっている。市民社会を、水平的な社会的結びつき、あるいは自由で責任感のある諸個人が自らの利益を守るために形成した、国家にたいして自律している諸制度や諸団体の総体だと考えるならば、西欧諸国とは異なり、ロシアには市民社会はないと判断せざるをえないことは明白である。現存するのは市民社会の萌芽、そのあれこれの要素だけであって、それで条件が十分か不足しているかを議論するのも益がない。というのも、ロシアで問題となっているのは市民社会へ向かう『過程』であって、しかもこの過程はいつも前進しているというわけでもなく、逆進したり、脇道にずれこんだりしているのだから⁽⁵⁶⁾」、

でも советская общественность は浅岡論文では直訳的に「ソビエト社会組織」と訳されている。あえて市民社会概念への連想を抱かせないこの訳語のほうが適切かもしれない。

(55) この理論はスターリンによってとくに1926年初めの論文「レーニン主義の諸問題によせて」において展開された。Сталин И.В. Сочинения, Т.8 所収。

(56) *Гражданское общество в России: западная парадигма и российская реальность*, Под. ред. Холодковского К.Г., М.:Ин-т мировой экономики и международных отношений РАН, 1996, С.3. この報告書は現代ロシアにおける「市民社会」論の早期の成果だといえる。今日では「ロシアの市民社会」Гражданское общество в

というのである。「市民社会」はこの研究者レベルにおいても近代（ホッブズ以降）の事象だといまもって信じられているようである。あの〈縮減的変換〉の執拗な効果と考えざるをえない。共和政ローマ、デモクラシー、市民社会とその法がそこで想起されることはない。

こうした事態をみるとき想起されるのは、現代の思想史家 J.G.A.ポークックがその注目すべき作品『マキャヴェリアン・モーメント』の日本語版への序文でおこなっている、「私はローマの古代が西ヨーロッパの近代への移行運動を支えるとともに批判するものとしていかに作用してきたかを示そうと試みてきた⁽⁵⁷⁾」という言明である。西欧の中世思想史研究者が「再生する立憲思想の範型」と呼んだものの現代的再版のひとつであろう。この「近代への移行運動」は宙に浮いたイデオロギー現象ではなかったであろう。「〔政治思想は歴史の一様式であるというより、むしろ〕『歴史』〔つまり記述され意味づけられたものとしての歴史・歴史記述〕は一般的にいて『政治思想』の一様式である」という別の場でのポークックの発言は、その意味でけっして誇張でも比喩でもない⁽⁵⁸⁾。法・法思想についても同様のことが言えるであろう。『ドイツ・イデオロギー』マルクスの有名な命題には反するが、〈法・法思想は歴史をもつ〉あるいはポークック流に〈歴史は法・法思想の一様式である〉という逆の命題も真でありうるのではないか。歴史を「歴史」（*historiae*=自ら探求したことの成果）として記述するのはわれわれ自身だからである。

今日の「ロシアの現実」についてこの逆の命題がいかにほかにも真実みをもつとすれば、われわれが考えなければならないのは、なぜロシアでは〈下から〉組み上げる政治世界と法のパラダイムが頑なに拒絶されるのかという問題である。本稿はパシュカーニス理論の再読、その第一歩というきわめて限定された課題に取り組む試みにすぎない。残された多くの課題は他日を期するほかはない。

России という、この書名と同じキーワードをネット上で検索してみると、きわめて多数の該当情報を得ることができるか、議論の内容に大きな進展が見られるわけではない。

(57) Pocock, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton U.P., 1975. ポークック（田中秀夫ほか訳）『マキャヴェリアン・モーメントーフィレンツェの政治思想と大西洋圏の共和主義の伝統』名古屋大学出版会、2008年、vii 頁。

(58) ポークック（佐々木武訳）「思想のことは：政治思想と歴史ーひとつの方法とその広がり」『思想』1007号（2008年）4 頁。