

論説

比較法文化論における政治権力・所有秩序カップリング

大江 泰一郎

はじめに

- 一 政治権力・所有秩序カップリング論の系譜
  - 二 政治権力・所有秩序カップリングの思想
  - 三 政治権力・所有秩序カップリングの諸類型
- むすびに代えて

はじめに

本稿は、比較法文化論の体系的叙述に資する方法の一つとして、さしあたり西洋法史上の法秩序を想定しつつ、公法と私法双方を視野に入れた〈政治権力と所有秩序〉の組み合わせを措定して、まずいったんは古典古代におけるそ

の祖型にまで遡ってこの組み合わせの歴史的起点を明らかにし、次いでそこから近代へ時代を下って「主権と所有権」の組み合わせに至ることを見、こうして「政治権力と所有秩序」の組み合わせをいわば「通史的」に一個の対概念として扱うと同時に、これを非西洋法文化圏の法秩序認識にも拡張的に提供できるかを検証しようとするものである。この組み合わせ的な対概念を、以下「政治権力・所有秩序カップリング」と呼ぶこと<sup>(1)</sup>にしよう。

この方法論上の試みは、歴史的にみて主権と所有権とがもともと（その祖型においても）別個の概念として形成されたものではなく、また所有権と主権とが一方が他方を（例えば所有権が主権を）基礎づけるという関係に立つのもなく、じつは、両者はかならずしも歴史的に同時という意味ではない（むしろ普通はある種の政治ないし公法の先在性が認められる）にしても、いわば相即的に一個の法システムの内部に形成されてくるのだという仮説から出ている。むろん固有の概念としての「所有権」が歴史的に形成されるのは後期共和政ローマにおいてであり、「主権」は一六世紀 J・ボダンの発見によるのであるから、西洋についても通史的にみればこの対概念は、「法秩序が成立する」、そしてこの法秩序は「公共的なこと」がらについて最終的決定を行う権力・と・所有秩序」という二元相関的構造をもつ、と表現したほうがむろん正確かもしれない。だから、このような特定の構造を有する法秩序を「政治権力・所有秩序カップリング」というのは、ひとまずはそのいわば近代的な完成形態（主権・所有権）を念頭においた方法論上の表現にほかならない。この意味で、ここで使用する政治権力・所有秩序あるいは主権・所有権の対概念はいずれもさしあたりはいわば方法論上のモデルであって、それらの概念の祖型あるいは機能的等価物（概念化されてはいないが社会秩序構成上より進化した形態に相似する機能をいとむもの）を含む。すなわち、ボダンの主権論は当然のことながら近世的な所有権を前提しているとして、近代とは異なり古典古代においても、例えば明示的な主権概念がロー

マの法理論に形成されていなかったことは事実であるにしても、所有権がローマにおいて形成された共和政期にすでに、それは主権的権力に相似するものを前提していたのではないかと考えるわけである。さらに、主権および所有権が実定法上の概念ないし「法的なるもの」として成立しない法文化圏（例えば清代までの中国）にも、その輪郭はほやけているとしても、政治権力・所有秩序のいわば機能的等価物を想定することができるとはならないか、と考えるわけである。ここで西洋法文化に属する政治権力・所有秩序という概念をモデルとして用いるのは、「法は進化する」というテーゼを前提する限り、社会とその歴史に関する学においてはより進化し成熟して普遍性を獲得するようになった形態がより未進化の段階にある形態の理解を助けるといふ関係が存在すること<sup>(2)</sup>を意識しているからである。

上記本稿の目的は、私が大学で担当している「比較法文化論」の講義において、さまざまな法文化圏の考察を行う各論部分をどのように構成すべきか、何を軸とすれば各論を一貫した体系として展開しうるか、という課題と関連している。私は旧稿以来、一方ではソビエト法・ロシア法をもつばら「社会主義」の体制的原理ないしマルクス主義の思想枠組に関係づけ（「社会主義法」説）、他方では法技術としての「大陸法」に関係づけ（比較法的「大陸法」説）理解してきた二様の通説をとともに批判しつつ、①法文化の構造的な型に即していえばヘレヒト型法文化、法文化の形成過程に即していいかえれば「統治権力・行政を核とする下向的法形成」と、②「レグルマン型法文化」、いいかえれば「司法を核とする上向的法形成」との、二極分岐図式（濃淡に富む中間ないし移行諸形態がそれぞれの座標に定位するスケールを想定するものであつてあれかこれかの二分論ではない）の観点から、これを、少なくとも「タタールのくびき」を克服して成立したツァーリズム（ロシア専制）のモスクワ国家（一五世紀半ば）以降のロシアを、ソビエト時代を含めて、②の系譜寄りのものとして把握してきた<sup>(3)</sup>。この方法は社会主義体制が崩壊したのちもある程度ま

でその有効性を保持することができたが、この総論的(類型学的)方法論の枠組はそれだけでは、世界史上に登場する個別法文化圏の構造的特質を記述するための枠組を与えるものとはなっていない。

比較法学の体系とくに各法圏の叙述(ここでいう比較法の「各論」)をどのように構成しどのように叙述するかについては、周知のように多くの議論がなされてきた。私が自らの総論的枠組と各論的叙述をつなぐ方法論的手法を考えるさいにとくに注目したのはそのなかでも、ツヴァイゲルトとケッツの共著『私法分野に関する比較法の序説』<sup>(4)</sup>に対するレオンタン・ジャン・コンスタンティネスコの批判<sup>(5)</sup>である。ツヴァイゲルト/ケッツの方法論は、その邦訳によってもよく知られているように、「様式理論」(Stiltheorie)と呼ばれるが、これは、法秩序様式の構成要素として、①法秩序の歴史的由来と発展、②当該法秩序における支配的となつている法学的思考方法、③とくに特徴的な法制度、④法源の種類とその解釈、⑤イデオロギー的要因をあげ、これらを諸法圏識別の基準とするものである(これらの基準の適用は各法圏について選択的であつて、いずれの法圏についてもこの五つの基準がすべて同時に適用されるといふわけではない)。これらの基準にもとづいて世界の法秩序の諸類型として、以下の五つの法圏、すなわち、①ロマン法圏、②ドイツ法圏、③英米法圏、④北欧法圏、⑤社会主義法圏、⑥「その他の法圏」が論じられる。この法圏論(各論)はアルマンジョン・ノルドヴォルフ以来ルネ・ダヴィッドまでの法系論とあまり変わるところはなく、ツヴァイゲルト/ケッツの独創とはいえない。だがここでは、現代の日本法は、「その他の法圏」の下位区分中、イスラーム法、ヒンドゥー法と並ぶ「極東法圏」の中に、中国法(律令)の影響を受けた法秩序として位置づけられているにすぎない<sup>(6)</sup>。(著者はこの極東法圏に朝鮮の法やインドシナの法等をも含めているように見受けられるが、極東法圏の叙述は実際には中国法と日本法に限定されている)。社会主義体制崩壊後のロシアや東欧諸国の法秩序の位置づけがどうなるかも

問われようが、われわれから見れば現代日本法の定位がいかにも奇妙で、こうした比較法の方法の少なくとも非西欧圏（例えば日本法）に関する限りでの有効性を疑わせるものだというほかはない。

コンスタンティネスコによる批判は、まず第一に、ツヴァイゲルト／ケッツの様式理論の諸基準が「主観的」性質のものであるというように、比較法の根本にかかわるが、それを全体として検討することはこの序論的考察の範囲を越えよう。本稿の課題に関する限りでとくに注目すべきは、私なりに咀嚼して要約すれば、①「私法を基準として行われる一切の分類は誤りである」というコンスタンティネスコの中心的な批判点にもうかがわれるように、私法に限定された比較法はそれだけでは法秩序全体に関するものたるべき「比較法」たりえない（私法だけに関心を集中すれば例えば律令すなわち刑法・行政法を主軸として歴史的に展開されてきた伝統中国法そのものが初めから視野から遠ざけられるであろう）、②比較法とくにマクロ的比較はあれこれの法秩序の「特有の構造」とその意味を説明すべきであるが、この構造の「歴史的発展」をもってこれに代えてはならない（歴史的発展は構造の起源を知るうえで重要ではあるがそれ自体がただちに様式形成要素をなすのではない）、という点である。もつとも、②については、現代日本法が中国の律令に由来するかのようには説くツヴァイゲルト／ケッツの見方は論外だとしても、現状がなぜそうであるか（例えば、なぜ日本法は西欧化された法ではあつてもなお「西欧法ではない」のか）を問おうとすれば、歴史的な考察がもつとも有力な方法の一つであることを排除するものではないことを留保しておく必要がある。「人類普遍の原理」（日本国憲法前文）の意味での「普遍」に接続する自らの歴史的経験を欠いたまま主として理念としてこれを受容してきた現代日本法を念頭におく限り、「普遍」（＝西洋法）の個性を認識することこそを重視しなければならぬ点で、ともに古典古代以来の西洋法の歴史的経験を暗黙裏に背景とする、ツヴァイゲルト／ケッツとコンスタンティネ

スコトのやりとりの基調とは、いささか違ったアプローチが求められざるをえないと考えるのである。私自身が現在構想する「比較法文化論」は必ずしも伝統的比較法が取り組んできた法圏論ないし法系論のスタイルをとるものではなく、むしろ②の批判点を自覚したうえで現代法の歴史的由来（現代法の歴史的成層性）こそを重視する方向に傾いているが、この留保にもかかわらず、本稿で試みようとしている政治権力・所有秩序カップリングの構想は、公法と私法の基軸的概念をともに視野に入れようとする点で、コンスタンティネスコの主張①に連なるものにほかならない。

### 一 政治権力・所有秩序カップリング論の系譜

政治権力・所有秩序カップリングという方法論上の構想は、私自身にとってはからならずもここで初めて提示するものではない。社会主義体制にルソー的な人民主権概念の現実化（少なくともその一面）を見る傾向が一般的であった時代に、それを批判して、この体制における主権概念のむしろ欠如を指摘した旧稿（一九九五年）のなかで、この問題を検討する方法論的前提を、私は次のように記したことがある。

この議論のなかで私は立憲的秩序というものを、人民主権ないし国民主権と人権というそのもつとも基軸的な原理に即して考え、考察の重点を（ここでは人権ではなく）主権の問題におく。主権概念の理解の仕方によそ、戦後法学における社会主義法認識の特色がもつとも明瞭に表出されていると見るからである。ここで「主権」というときに私が念頭においているのは、少し先回りして結論的にいえば、有名な「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すべての社会は、*constitution*をもつものではない」というフランス人権宣言第一六条

に含意にされているところの観念である。なるほど、この命題には「主権」ということばは見えていない。それにもかかわらず、私がこれを近代的な主権原理のもっとも端的なしかも特殊に法学的な観念を表明するものとするのは、ここに、政治権力が「全体としては」同時に主権者でもある人民（「諸個人」）の人権（「権利の保障」）の強い対抗をうけ、その論理的な帰結として必然的に制約（「分立」）せざるをえないという、政治権力・主権—人権（「という関係」）の内的な連関が、いいかえれば、近代的な主権は国民（nation）として結合した政治共同体においてはじめて成立するが、それは単なる中央集権的な統治権力でもましてや裸の実力でもなく、まさしく権利法（Recht）によって制約された権威にほかならないという、「主権」概念の特質（「権利法→国家」の論理）が、これ以上ありえないほど簡潔に表現されていると考えるからである。」（以上におけるキッコウ括弧内は筆者自身の現在の時点からの補足）

ここでは、人権宣言の命題そのものが直接にモデル化されていて、その普遍性に関する論証抜きに、主権・人権の対概念が社会主義憲法を批判的に分析するための尺度として設定されていることは否めない。この対概念が個別具体的憲法体制理解の尺度として採用されるためには、この対概念において、①所有権が「権利」（人権）全体を代表する地位に立つものであること、②それが前提とされる限りで、この所有権が主権と内的な関連に立つことが、まず確認されなければならないように見えるかもしれない。だが、こうした推論は、政治権力・所有秩序カップリングの系譜を歴史的に検討すれば、無用なことがすぐに判明するであろう。カップリングは主権の対概念として、まさしく所有権をこそ要求しているのである。まず、その系譜を実際に見てみよう。

われわれはまず、ジョン・ロック『統治二論』第二論の次のような命題に、人権宣言第一六条に含意されていた、

近代西洋法に特有な政治権力・所有秩序カップリングの別のヴァージョンを見出すことができることを確認しよう。人々が国家(Commonwealths)として結合し、政府のもとに服する大きなまた主たる目的は、その所有(property)の維持にある。

あるいはまた、

人々が社会を取結ぶ大きな目的は、その所有を平穏安全に享受することにあり、そのための大きな手段方法は、その社会で立てられた法にあるのだから、一切の国家の第一のかつ基礎的な実定法は、立法権の樹立にある。そうして同じように、立法権自身をも支配すべき第一のかつ基礎的な自然法は、社会および(公共の福祉と両立し得る限り)その内部の各個人の維持にあるのである。この立法権は、ただに国家の最高権(the supreme power)であるばかりでなく、また協同体が一度それを委ねた者の手中で神聖不易である。<sup>(9)</sup>

現代の政治思想家ダントレーヴはロックとキケローとが「自然法の定義において一致している」<sup>(10)</sup>こと(自然法=理性)に注目しているが、それは政治権力・所有秩序カップリングについてもまた同様にいえるように思われる(自然法がこのカップリングの成立にとって重要な契機をなすことについてはのちに検討しよう)。キケローは例えは次のようにいう。

さて、国事を司る人間はまず第一に、各人が各自のものを(suum quisque)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。(中略)国家と市民権(res publica civitasque)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。<sup>(11)</sup>

また、次のようにもいう。

実際、右にも述べたように、市民による都市国家 (*civitas atque urbs*) の本来的意義は、各人による財産保全の自由と不可侵 (*libera et non sollicita suae rei cuiusque custodia*) を守ることなのである。<sup>(12)</sup>

先のロッキの文章(とくに第一文) ははっきりとそれを意識しているようにさえ見えるほどキケローの文章に似ているが、もしこの推測が当たっているとすれば、両者の間にはどのような思想的継承関係が存在するかが問われなければならない。ここでは、古典古代のキケローと近代のロッキをつなぐ線を探るために、われわれの視角とはいささか異なるが、西洋の政治思想における所有権論の系譜を論じた現代イギリスの思想史家 J・G・A・ポーコックの試み<sup>(13)</sup>を手がかりとして援用することにした。

ポーコックによればこの所有権論には、①古典政治学、つまりシヴィックな「善き生活」ないし「ボリスの視野」と彼が呼ぶ伝統、つまりアリストテレスに始まりトマス・アクィナスに継承される伝統と、②「法学の言語」あるいは「法の視野」と彼が呼ぶ伝統、すなわちローマの法学者が始め、トマスに濃厚にあり、法律家と自然法論者によって途切れずに継承され「ロッキの時代」まで伝えられた伝統、の二つがあるという。前者①には、トマス主義に限らず、トマス・ホップズ、ネオ・マキアヴェリアン(例えばモンテスキュー、ルソー)、そしてマルクス主義が連なるが、この伝統においてポーコックがとくに注目するのは、ジェームズ・ハリントン、サー・ウィリアム・テンブル、ダニエル・デフォーといった近代初期イングランドの思想家たちである。だが、この①②の系譜論は、近代的所有権の思想マクファーンが一九六二年に「所有的個人主義」(*possessive individualism*)の概念によって取り出してみせた「無制限な領有」(*an unrestricted right of acquisition*) という近代的パラダイムの形成過程を批判的に検討すること<sup>(14)</sup>

を目的として展開されているものにほかならない。マクファーンソンが説くところの、中世のトマス・アクィナスとスアレスから発してロックによって転換される、つまり所有にかかわる中世以来の法的・道徳的制約が解除されて「無制限」になる所有権論の系譜観に、ポーコックが対置しようとしているのは、「古典政治学の理念とそれに伴う財産観が当該時期〔「ロックの時代」に復活する〕という事情、言い換えれば、近代的所有観の成立にとって①の系譜の活性化が不可欠な契機をなしたという点である。ポーコックの議論は、近代的所有権の成立について、①の系譜から近代国民国家の、いわばデモクラシーないし国民共同體 (res publica) 的基礎という側面を再評価しようとする点で正当だと考えられるが、本稿が検討しようとしている政治権力・所有秩序カップリングの視角からすれば、いささか視野が狭く極限されているという印象を禁じえない。本稿の視角にかかる限りで一つだけいえば、ポーコックが意識して峻別している①②の二つの系譜の相互連関、より端的にいえば、それは、両者の起点における古典政治学とローマの法学の接点が見落とされていることであって、この点は、彼のいう二つの系譜のいずれにもトマスが登場する(そこで交錯する)ことが示唆するところでもある。ダントレーヴもいうように、トマスの時代つまり一三世紀は①と②の二つの系譜がいわば合流した時代なのである。「実際、この〔ローマ法学の諸概念の伝統とアリストテレス政治思想つまり古典政治学の再発見の二つの〕うち、どちらがより決定的であったかを語ることは困難である<sup>(15)</sup>」というダントレーヴの指摘は、この合流の意味〔「十二世紀ルネサンス」のインパクト〕に関する発言として首肯しうるところであろう。このダントレーヴの指摘を支持する立場に立てば、われわれは一三世紀における合流点から一挙に遡及して、ポーコックのいう①②両系譜の本来の合流点、つまり古典古代世界においてローマの法学が古典政治学の所有論の構想を受容した時点に問題の考察をさかのぼらせることができるはずである。

ローマの法学によるアリストテレス思想の受容を、キケローの諸作品についてみても古典政治学の全体についていうことはむずかしいが、それが中期ストア派の倫理学を介してのことであつたことに着目すればすぐに、『学説彙纂』(Digesta)の次のウルピアヌス文(D. I. I. 1. pr. 1. I. 10. pr. 1)が想起されるであらう。

法(ius)の語は正義(iustitia)に由来する。すなわち、ケルススの見事な定義によれば、法とは善と衡平の術である。

また、

正義は、各人にその権利を配分する(ius suum cuique tribuendū)恒常不断の意志である。法の根本的命令は、正しく生活すること、他人を害しないこと、各人にその分を配分すること(suum cuique tribuere)にある。

この「各人にその分を」(suum cuique)という言い回しを典型としてやがて西洋法思想史を貫通することになる正義概念が、元来アリストテレスに由来することはよく知られている。<sup>(17)</sup>すなわち、『雄弁術』(Rhetorike)においてアリストテレスは、次のようにこれを表現する。

正義(dikaiosyne)とは、それがあるゆえに、各人は自分のとるべき利益だけを、しかも法の命ずる仕方でもつこととなる徳である。これに対し不正とは、それゆえに、他人のとるべきものを法の命ずる仕方に背いてもつことになるものである。<sup>(18)</sup>

この「各人にその分を」を法により国家の司法活動を通じて確保することがギリシアにおける正義論の核心をなすことは、すでにプラトン『国家』におけるソクラテスとグラウコンとの以下の対話に見える通りである。

「そうすると、国家の徳に寄与することにかけて、それら三つの徳〔勇氣、知恵、節制〕と匹敵するものという

ことになるよ、君はそれを『正義 (dikaiosyne)』とみなすことができないのではないかね」

「まったくそのとおりです」

「ではさらに、こういう観点からみても、同じように思われることになるかどうか、考えてみてくれたまえ。国家 (polis) において支配の任にある人たちに対して、君は、訴訟を裁く役目を課するのではないかね？」

「ええ、むしろ」

「その場合、彼らが裁きを行うにあたって目指すことは、ほかでもない、各人が他人のものに手を出さず、また自分のものを奪われることもないように、ということではないだろうか？」

「ええ、まさにそのことです」

「そのことが『正しい (dikaios)』ことだと考えてだね」

「ええ」

「してみると、この観点から見てもやはり、他人のものでない自分自身のものを持つこと、行うことが、『正義』であると認められてよいことになるだろう」

「そのとおりです」<sup>19)</sup>

ところで、こうした「各人のもの」つまり「自分のもの」と「他人のもの」がそれと定まって確保されているという所有秩序は、いわば〈配分 (meno, dianemo; tribuo) する主体〉が秩序にいわば先行してあるいは同じことになるが、秩序そのものとしてすでに存在することを含意するであろう。この〈配分者〉による秩序形成の次第は、ヘシオドス『神統記』の次の一節に集約的に描かれている。

この神（「ゼウス」）は天空を知ろしめす

みずから雷鳴と嚇々と燃え立つ雷電を手に

力づくでその父クロノスを打ち負かされてからは。そしてこの方は神々に

各々の持ち分 (*moira*) をひとしく公平に分配し（神々各自の）特権 (*time*) を定めたもうたのだ。<sup>(20)</sup>

これは神話ではあるが単なる空想ではなく、ホメロスの時代からヘシオドスの生きた時代（前八世紀）にまで傳承されてきた王政ポリスの歴史的経験（記憶）がその材料となっており、<sup>(21)</sup> その記憶が神々の世界に投射されたものである限りにおいて、現実味を帯びているのである。この詩句における「天空を知ろしめす (*ourano embasileuei*)」ゼウス」の地位を考えるには、比較言語学者エミール・バンヴェニストがホメロスの慣用語「統治者ゼウス」(*Zeus medeon*)に關連して行ったギリシア語動詞 *medo* についての考察を参照するのが有益かもしれない。バンヴェニストによれば、*medo*（現在分詞 *medon*）は、ラテン語の語根 *med-*（例えば *medix*、*index*, *medior*, *moderor*, *moderari*, *modus*, *modestus* など）と同様に、最高決定にかかわる「権威」と「規範的尺度」という概念に対応し、「当面する困難に適合するような尺度を権威をもって用いること、ある特定の混乱を慣例化された方法によつて規範へと引き戻すこと」（ゼウスに即していえば、神々の首長が「尺度」を適用する力）を意味する（権威概念についてはのちに論ずるが、この点でのバンヴェニストの叙述には留保が必要とされよう）。ここで「慣例化された方法によつて」というのは、*med-* がラテン語の *ius* と同じように真の派生語を何らもたない（例えば、審判者を意味する *index* は「*ius*＝法」と「*dicere*＝宣告する」との合成語にすぎない）ことにも示されるこの語の意味の固定的性質と關連する。「*med-*も *ius*も派生語をもたない」理由は、おそらく法というものがもつばら慣用語の総体として、法の執行が技術として考えられてい

たところにあるのだろう。法は「創造的な」科学ではなく、創意発明が許されないというわけである。法はコードとして、理解し適用すべき各種言説や規定の集成として固定されてきたのである<sup>23</sup>、とバンヴェニストはいう。「最高法官の役割は、しかじかの係争に課される『尺度』をしめすことにあると思われる。法律とは示し、口に出して宣告・宣言すべきものなのである。同じことはギリシア語の *dikastolos* やラテン語の *index*、オスク語の *medix*、ゲルマン語の *eosago* (いずれも「裁判官」を指す) といった同様の形成をとる用語についても言える。つまり、法が技術的な装置としての枠を越えて道徳的な概念を形成したとき、また *dike* (ギリシア語「裁き」) が形容詞 *dikaos* (「正しい」) を産み、*ins* (ラテン語で原義は「従うべきもの」「規範」) と *justus* (「正しい」) が最終的に *justitia* (正義) へと展開したとき、さまざまなインド・ヨーロッパ語族の言語や制度に大きな変化のひとつ(つまりポリスの成立)が生じたと考えられる」と彼がいうとき、われわれはホメロスからヘシオドスへ、そしてプラトンとアリストテレスへの発展(そしてそれと同等のラテン語における展開)の経路を辿っているわけである。バンヴェニストが示唆するように、先にわれわれがその存在を推定した〈配分する主体〉は、ヘシオドスの詩句では「天空を知ろしめす」ゼウスと一致する。ゼウスここでは、父クロノスを「力づくで」排除することによって、実力闘争からすでに隔てられた平和な秩序を創出しており(この意味で秩序に先行する)、引き続き「統治」を継続する限りにおいて〈配分する主体〉に留まるのである。

だが、ここではそうした詮索よりも、さしあたりはヘシオドスの詩句に政治権力・所有秩序カップリングの原初的形態を認められることを確認しておけばよい。司法を核として上向的に形成されるレヒト型法文化においては、政治権力・所有秩序カップリングの形成はほとんど〈法秩序〉そのものの形成と同じ古い時代に属するのである。なるほ

ど、ポーコックのいうように「法学の言語」はローマに始まるが、それでも政治権力・所有秩序カップリングの原初的構造がギリシアの「ポリスの視野」においてまったく欠けていたわけではない。ここでは政治権力・所有秩序カップリングという「法学の言語」はまだ「ポリスの視野」の中にいわば埋め込まれていたのである。<sup>(24)</sup>例えば、アリストテレス『政治学』の次の一節は、この次第を物語るものと考えられよう。

そして、この同じ政治の知恵によつて最善の法と、それぞれの国制に適合する法を見分けることができる。なぜなら国制にあわせて法律を制定すべきであつて実際、すべての法律がそうである、法律にあわせて国制を設立するわけではないからである。国制 (politeia) というのは、国家 (polis) が公職を配分し、国制における最高の権力 (to krypton) を定め、各共同体が目差す目的を定めるために採用する秩序である。これに対して、法律 (nomoi) は、国制を表す事柄とは区別されるのであつて、統治にあたる者が統治するため、法に違反する者を監視するために、それを遵守すべきものである。したがつて、法律を制定するためにも、国制の差異と各国制の定義を把握することが必要であることは明らかである。というのは、いやしくも、民主制にしても、寡頭制にしてもたゞひとつきりではなく、いくとおりもある以上は、同じ法律が、寡頭制にしても、民主制にしても、そのどんなものにも有効であることはできないからである。<sup>(25)</sup>

ただし、ここに見える「最高の権力」は、まだ近代的な主権概念につらなるその直接の祖型とみることはできない。これについてはのちに触れよう。以上にみた「ポリスの視野」における政治権力・所有秩序カップリングがローマに引き継がれ、そこで「法学の言語」と融合することは、次章であらためて検討することにしよう。ここではまず、カップリングの歴史的起点がギリシア（遅くともヘシオドスの時代の）にあつたことが確認するに止めておく。

## 二 政治権力・所有秩序カップリングの思想

政治権力・所有秩序カップリングを基礎づける思想を、その近世の完成された姿において、われわれはボダンの『國家論六篇』(Les Six livres de la République, 1576)のとくに第一篇第八章に見ることができる。この問題に関するボダンの思想については成瀬治のすぐれた要約があるから、いささか長いが厭わずに引用しておこう。

国家統治者のもつ「主権」は、他の面ではいかに絶対的であっても、被統治者たる人民の「財産権」を侵しうるようなものではないのである。なぜか。それは、「他人の財産を奪うべからず」ということは、「神の法」の命ずるところだからである。諸身分の議会の存在は、なんら国王の主権を制限したり削減したりするものではない、という主張に続いて、ボダンはこう述べる。「したがって、最高権力 *maiesté souveraine* なにし絶対権力 *puissance absolue* の主要な点は、まずもって、人民一般に対し、かれらの同意なくとも法律 *loy* を与えるところに存する、ということが理解される」(Rep. I, 8, p. 142)と。法律の制定・発布または改廃こそが、その「主権」の根本的な標識なのであった。しかしながら、他方においてボダンは、「正義」*droit* (＝法)と「法律」*loy*との間に大きな違いが存することを強調してやまない。「一方(＝正義(＝法))は公正 *equité* 以外の何ものでもないのに対し、法律は……主権者 (*souverain*) がかれの権力を行使して発する命令 *commandement* にほかならないからである」(Rep. I, 8, p. 155)「正義(＝法)*droit*は「すべての王侯が従うべき法」と「ペンダロスが述べた」自然法 *loy naturelle* であり、教皇であれ皇帝であれ、その遵守をまぬかれることはできない。へつらい者たちは、これらの両者は理由もなしにその人民の財産を奪うことができると称するが、このような権利は「強者の権利、盗人の権利」

にすぎないのであり、ボダンのいう「絶対的権力」とは、「市民法」(*loix civiles*) (『実定法』に拘束されないと  
いう以外のものではなく、この自由も「神の法」*loix de Dieu*を侵すことはできない。そして「神は、その法に  
より、他人の財産を奪うことは、それどころか欲しがることさえ許されないと、大声ではっきりと仰せられた」  
のである (Rep. I, 8, p. 155-156)。

「市民法」(『実定法』)としての「法律」*loy*と「神の法」ないし「自然法」としての「正義」(『法』) *droit*との峻  
別にもとづく、このような論議を通じてボダンが「主権」者による恣意的な侵害に対して擁護せんとつとめてい  
るものが「所有権の神聖」であることは、もはやいうまでもないであろう。そして「他者の主権に従属する自由  
な臣民」と定義された「市民」の「自由」は、まさしくこの点との関連においてこそ、正しく意味づけられるで  
あろう。両者の内的連関を考える場合、ボダンがいかに主権的な君主といえども「自然法もしくは神の法」の埒  
を踏み越えてはならぬゆえんを力説したのち、引用しているセネカの言葉は、すこぶる示唆的と思われる。曰く、  
「国王にはすべてに対する権力が属し、個人には財産(権)が属する」*Ad reges potestas omnium pertinet, ad  
singulos proprietas*「国王はすべてのものをインペリウムによって支配し、個人はミニニウムによって所有する」  
*Omnia Rex imperio possidet, singuli dominio* (Rep. I, 8, p. 157)<sup>(26)</sup>。

以上をあらためて解説する必要があるまい。主権と所有権とのカップリングは文字通りきわめて明瞭である。

ところで、われわれは本稿において、政治権力・所有秩序カップリングの祖型の成立を「主権」概念の成立以前、  
西洋的な意味での「法」秩序の形成時点にすでに認めてきたのであった。そうだとすれば、いまは、近代的な意味で  
の主権概念がいまだ存在しないところで政治権力・所有秩序カップリングが成立する条件は何かを明らかにしなけれ

ばならないことになる。この問題を考えるうえで手がかりとしうるのは、右の引用中、成瀬が強調している「法」と「法律」の区別、あるいはこの区別の前提をなす「自然法」観念の存在であろう。自然法観念の形成についてわれわれはよく知られた例として、ソポクレス『アンティゴネー』から、ポリスの実定法（王クレオンの法律）に対立するものとしてアンティゴネーの口から語られる「不刻不動の神々の法」<sup>(27)</sup>を想起することができる。だが、この意味での自然法を「法の言語」における政治権力・所有秩序カッピングと結びつけるには、少し回り道をしなければならぬであろう。古典古代のギリシアおよびローマにおいてこの問題に接続するものとしてここで想起されるのは、ひとつは〈正義〉、もう一つは〈権威〉をめぐる議論である。

まず〈正義〉から見ていこう。ギリシアでは、のちにアリストテレスが倫理学という枠組のなかでこれ「徳」(arête)の項目のもとに論じたときにはすでに失われてしまっていたが、自然(physis)と人為(homios), あるい自然によって妥当する法とノモスによって妥当する法との区別をめぐる論議のなかにはもともと、所与の法に対する尺度の意味での「正義」そのものについての考察が含まれていた。この意味での正義論の出発点は、ルーマンによれば、ポリスの形成期ないし変革期における「権力と財産の原始的な分配を修正する必要」に求められる（そこでこそ「修正」の理由がとりわけ厳しく求められたからである）。「それ〔この修正〕は、政治的な支配者が、弱者を強者に対して、貧窮者を富裕者に対して保護するという目標をかかげて〔ポリスの立法者が〕引き受けた任務であった。そしてそのような意図が、法ないし法律の概念にも入り込むことになる」というのである。<sup>(28)</sup>その実例の痕跡を、われわれはプルタルコス『英雄伝』に記されたスパルタでのいわゆるリュクルゴスの立法における「土地の再配分」やアテナイでのソロン<sup>(29)</sup>の立法における「重荷おろし」(seisachtheia＝負債の帳消し)の断行から知ることができる。こうした「権力と財

産の原始的配分を修正する」試みについての哲学的考察の例は、プラトン『法律』の次の一節にみることできよう。この「アルゴス、メッセネ、そしてラケダイモン（スパルタ）」といった諸ポリスの「立法者たちは、市民たちの間に財産の一種の平等を定めようとしたにもかかわらず、そのさい、最大の非難をこうむらずにすんだのでした。しかもその非難こそは、別の仕方では立法されている多くの国々にあつては、もし誰かが、その手段ぬきでは満足な平等は生じないと見て、土地所有の変更や負債の帳消しをはかる場合、いつもそこで生じてくるものなのです。じつさい立法者が、そうしたことにいささかでも手を触れようと企てると、人はみな「動かしてはならぬものを動かすな」と言つて反対し、土地の再分割や負債の帳消しを提案する者に呪詛をあげせるもので、どのような立法者も当惑してしまうものなのです。ところが、ドリア人（上記の諸ポリス）の場合は、この点においても、どのように首尾よく、ひとの憎しみをうけずに行われ、ために土地は争いを招かずに分割され、昔からの大きな負債もそこにはありませんでした。<sup>30)</sup>

プラトン自身が「アテナイからの客人」の口を借りて提案するマグネシアの立法では、この「動かしてはならぬものを動かすな」（何びとも他人の土地との境界石を動かしてはならない）という所有秩序を定める法律は、教育と共同食事に関する法律に次ぐ「境界を守るゼウス」の法律として位置づけられ、これを軽視する者は「二重の罰」つまり「神々からの罰」と「法律による罰」とを受けなければならないとされている（われわれはここに「所有権の神聖」観念の原型を認めることができる）。右の『法律』からの引用に見える「財産の一種の平等」こそ「配分」にかかわる正義の契機にほかならならず、またプルタルコスは「重荷おろし」についてソロン自身の詩句から「力（『強制』）と正義（『言葉による説得』）とを一緒にあわせて」という文言を引用しているが、プラトン自身はこの契機つまり「平

等」がポリスの存立とどのように結びつくのかという点をここでは説明しない。

正義ないし平等の概念がポリスの成立とどのようにに関連するのかを考えるためには、われわれは〈応報〉という問題を考えなければならない。アリストテレスは『ニコマコス倫理学』の有名な箇所(第五卷第一章―第四章)で、全体的な徳(完全徳)を「合法的なこと」(to nomimon)と「公正なこと」(to ison)とを意味するとしたのち、特殊的な正義の議論に移り、これを「配分」(dianome)に見出される正義と「是正的」(diorthotikon)正義とに分ける。配分的正義は「名誉や財貨、その他およそ国制を共有する人々に分け与えられうるかぎりのもの」にかかわり、是正的正義は「さまざまな取引」にかかわるとされ、後者のうち「自発的なもの」の例として販売、購入、貸与、担保入、融資、委託、賃貸などが、また「非自発的なもの」の例として窃盗、姦通、毒物使用、売春斡旋、奴隷誘拐、暗殺、偽証(以上「密かに行われるもの」)や暴行、監禁、殺害、強盗、傷害、中傷、虐待(「暴力的なもの」)が挙げられる。さらに、配分的正義は「幾何学的比例関係」の原理に従い、他方、是正的正義は「算術的比例関係」に従うとされる。ここまではかなり形式的な概念整理にみえる。これをのちに中世のトマス・アクィナスが「配分的正義」(iustitia distributiva)と「交換的正義」(iustitia commutativa)として受け継ぎ、その後今日に至る正義論の軌道を定めたこととはよく知られていよう。だが、本稿の主題にかかわる論点は、この後(同第五章)でアリストテレスが、配分的正義にも是正的正義にも当てはまらない、ヘシオドスやピュタゴラス派が「正しいこと」と主張したところの「応報」(to antipeponthos)を論ずる場面で展開されるのである。

というのも、この応報に関する議論が重要な意味をもつのは、応報的な比例関係がなければ「交換」(allage)も「共同体」(koinonia)つまりポリスも成り立たないが、この比例関係は交換における「何らかの点で等しい」もの(平等)、「

すべてのものを測る「一つのもの」を必要とする<sup>(32)</sup>、とアリストテレスがいうからである。「その『一つのもの』とは、  
 真実には、『必要』(chreia)」なのであって、この必要があらゆるものを結びつける」と彼がいうときの「必要」が、  
 経済学的な意味での需要ではなく、プラトンが『国家』で「国家をつくる要因となるものは、われわれの『必要』(chreia)  
 である」というときのクレイアー(衣食住にかかわる農夫・大工・織物工など自然本来の素質の違いにもとづく協同)  
 であるとすれば<sup>(33)</sup>、「応報」は、ギリシアのポリスでは法の起源にかかわる「平等」の契機だということになる。アリス  
 トテレスがこの「応報」を論ずるにあたって、まずギリシアにおける正義論の始祖ともいうべきヘシオドスの「人は  
 自分がなしたことを身に受ければ、まっすぐな正義(dike)が実現されるだろう」という文章を引用していることに  
 示唆されているように、応報こそは配分的正義および是正的正義という特殊的正義の区分を含む正義論全体のむしろ  
 前提をなすものなのである<sup>(35)</sup>。ここでわれわれは、立法者―配分―正義(応報)という連関を確認しておけばよい。た  
 だ注意を要するのは、ギリシアの「立法者」はプラトンがマグネシアの立法を構想する例にも示されるように、当該  
 ポリスの市民ではない、主権者ではないという点である<sup>(36)</sup>。ちなみに、しばしば「主権」と邦訳されるアリストテレス  
 のヘト・キュリオン<(to kyriion)なる概念は、「近代の主権のように、立憲的に至上権として構成された権威(supreme  
 constituted authority)を意味するのではなく、事実」(ポリス国制)上の最高性を意味するにすぎなかった<sup>(37)</sup>であろう。  
 神話で「統治者ゼウス―神々の持分と特権」と語られてきたカップリングは、こうして、哲学の世界で「立法者／ト・  
 キュリオン―所有秩序」という形姿へ転形される。立法者と最高権力(ト・キュリオン)は統合されず、両者は「立  
 法」と「政治」という形で切断されている。

この統合がなされ、政治権力・所有秩序カップリングがほとんど近世の主権・所有権カップリングに近い形で整序

されるのは、まさしくローマにおいてであった。この変化の背景をなしているのは、法の実定化という意味での法形成が、「政治」と切り離されずに「政治」そのものの内部で行われるようになるという事情である。ハンナ・アーレントは、この次第を次のように書いている。「ローマのレークス<sup>lex</sup>の観念はギリシア人がノモス<sup>nomos</sup>の語によって捉えてきたのとは全く異なり、それと対立しさえするものだが、これは本来『持続的結合』という意味であり、それから私法および公法での契約条約という意味になったのである。こうして法律とは(十二表法の例に見られるように)、人間が相互に締結するものであり、それが成立するのは、暴力行使や布告によってではなく、折り合いや話しあいによる取り決めによってなのである。法律とは暴力的戦争に続いて生まれる持続的結合による義務なのだが、それ自体、徹底して話しあい、議論のやりとりと結びついたものであり、だから、ギリシアおよびローマの考え方からすれば、政治的なものすべての中心にあるものと結びついている。その場合、決定的なのは、ただローマ人だけが、立法活動を行い、本来の政治領域でレークスを作ったのであって、それに対してギリシア人の考えでは、立法活動は「制作」(poiesis)と観念されて」、ポリスの内部での市民の政治的活動や任務(つまり「活動」(praxis))とは基本的なところで分かれていたので、立法者は少しも都市の市民である必要はなかったし、外部からその仕事のために委託してしまうこともできたのである。それは都市のためには、必要な場合、彫刻家や建築家に「制作」にかかわるものとして」注文すればよかったのと同様である。これに対して、ローマにおける「共和制期最初の記念碑的立法法である」十二表法からして、それが個々の点ではどれほどギリシアの先例を模範にしても、一個人の作成したものではなく、二つの闘っていた党派である貴族と平民との間の契約であって、契約には全員の合意(consensus omnium)を必要としていたのである。この全員の賛同ということがローマの歴史記述においては、法律の制定にあたって『唯一無二の

役割』(F. Alheim)を果たすものとされた<sup>(38)</sup>』というのである。

ここでわれわれは第二の問題、**権威**が登場する場面に立ち会うことになる。とうのは、立法者がギリシアのように「政治」の外部ではなく、ローマのようにその内部に立ち現れるとき、それは**権威**という新たな原理をまとうほかないからである。さて、法形成が政治の内部でなされるためには、政治そのものの構造変化が必要とされる。この変化の兆候は、プラトンが「哲人王」の支配や「法律の支配」という政治論に、あるいはあの『国家』の洞窟の比喩において示唆される観照的「イデア」の人間の行動の尺度への転換という、ギリシア的「政治」のあたかも外部に設定された新たな契機への接近に、示されていた。

権威概念の特質についてアーレントは、「権力の行使を正当化する権威の源泉は権力の領域を超えたものでなければならず、自然法か神の戒律のように人間の作ったものであつてはならない」といい、**権威**をまず「人々が自由を保持しつつ行ふ服従」として定義し、説得および強制とこれを区別する<sup>(39)</sup>。この超越性の観念を、ここでは主としてアーレントに従つて検討していくことにしよう。**権威**を表すラテン語 *auctoritas* は成長させる・増すという意味の動詞 *augere* に語源をもつが、アーレントに着想をえたレナード・クリーガーの概念史的論考<sup>(40)</sup>によれば、ローマにおいて「発明」された**権威**の概念は、①追加的なもしくは後見的意味をもつもの、つまり命令や権力への追加的要素を表現する類型(例えば「後見人の**権威**つまり助成」、②人格的資質の拡張を意味するもの(例えば「元老院の**権威**」「元首 *princeps* の**権威**」など)、そして③創始的な観念につながるもの(現代語の「著者 *author*」や「正式に認める *authorize*」に通ずる)に腑分けされうるが、ローマ人は必ずしもそれらを区別してこの概念を使用したわけではないという。歴史的にみる限り、この点でわれわれが留意すべきは、起源はなお定かではないとされるが、この概念が「信義」(*fides*)観

念とともに、貴族・平民間の上下関係から共和政期に多面的に発達したクリエンテラ（社会的に威信の高い人物がより低い人々を自己の保護下におく、パトロン・被保護者関係）に基礎づけられていたらしいことである。<sup>(4)</sup>ローマの政治思想における権威の意味について、アーレントは次のようにいう（ただし、キリスト教との関連は、とくに中世への展望では重要であるが、彼女自身が「権威」を別の箇所で「ローマの宗教」つまり建国者ロムルス伝説にちなむ「基盤を生み出し、土台を据え、未来永劫にわたる創設を行う」という義務の観念と結びつけてもいるように、一定の留保が求められよう）。ここで重要なのはむしろ、政治と超越的なものとの関係に関するプラトン思想の新たな展開という問題であり、「キリスト教」の背後に含意されている超越的なものとしての自然法の観念であろう。

たしかにローマの政治思想は、ローマ特有の政治経験を理解し解釈するためにごく早い段階からプラトンの概念を使い始めていた。しかし、眼に見える具体的な人間の事柄を測り判断するためにプラトンが用いた、視角ではとらえることのできない精神の尺度 (Eidos) がその政治的效果を完全に発揮したのは、ようやくキリスト教の時代に入ってからであるように思われる。まさにプラトンを媒介とすることによって、キリスト教の教義のうちでローマの政治構造に適合させ同化するのが恐ろしく困難であったであろうものすなわち、プラトンの場合と違い現世の領域の上に広がる「洞窟の比喩」<sup>(5)</sup> ではなくその彼岸にあり、啓示されたものとして純粹に超越的な権威をもつ戒律と真理も、ローマ創設の伝説に吸収することができた。こうして神の啓示は、プラトンが予感していたにすぎない人間の振舞いの基準（『「法律の支配」』と政治的共同体の原理がいに直接顕現したかのよう）に、いまや政治的に解釈されうるものとなった。その結果、今日のプラトン学者の言葉を借りれば、かつてプラトンが行った「視覚ではとらえることのできない尺度に魂の眼を向けることが、尺度そのものの啓示によって確

証された」(E. Volgin)かのように思われた。カトリック教会はその教理や教義上の構造にギリシア哲学を組み込むことよって、ローマの政治的権威概念一つの始まりつまり過去の創設を必ず土台とすると、ギリシアの超越的な尺度と規則の観念(「自然法思想」)を融合したのである。<sup>(42)</sup>

キケローの有名な自然法概念が出てくるのは、まさにこの地点からである。

じつに、真の法律とは、正しい理性であり、自然と一致し、すべての人にあまねく及び、永久不変である。(中略)法律(Lex)はローマとアテナイにおいて互いに異なることも、現在と未来において互いに異なることもなく、唯一の永久不変の法律がすべての民族をすべての時代において拘束するだろう。そして万人がともに戴くただ一人の、いわば支配者であり指揮者であり神が存在するであろう。すなわち彼が、この法の創始者、審理者、提案者である。<sup>(43)</sup>

さらに、キケローにおいては、元老院の現実的な権威と「自由は国民の権力(potestas)が最大である国を除いていかなる定住地もたない」という共和政の創設原理とが、自然法思想のもと、「(本源的な)権力(potestas)は国民にあるが〔政治生活における現実の〕権威(auctoritas)は元老院にある」(usつまり権利=法の均衡)という形で整理されることになる。<sup>(44)</sup>この権威概念の形成は、時期においても、所有権概念の形成と表裏する。したがって、ダントレーヴがローマ的政治学説の基本的原理について次のようにいうとき、われわれはそれを後代からの主権概念の読み込みだと批判することは難しいであろう。

この基本原理とは、社会のどこかに国民か君主か、それとも君主と国民が一体になったものか最高の権力(Summa potestas)、国家の精髓たる権力がある、という考え方である。ローマの学説の決定的な貢献は、法律をこの権力

の表明として、社会の変動する要求に応じて行使され、適応されうる道具として、その背後に一つの至高の意思の統御が存在するかぎり、有効である諸規則としてみる、新しい考え方であつた。<sup>(46)</sup>

このダントレーヴの指摘は、『学説彙纂』における次のウルピアヌス文(D. I. 4. 1)、西洋法思想史上「レークス・レギア」(王法ないし主権法)として広く知られるローマ法源を念頭におくものである。

元首が嘉みするところのものは、法律としての効力を有する。というのも、国民が、元首の命令権について定められた王法 (*lex regia*) によって、彼にその命令権 (*imperium*) と権力 (*potestas*) をすべて与えたのだから。

ここでは、帝政期(ローマ法学の古典期)の元首—皇帝の権威つまり立法権が、ローマ思想の保守主義<sup>(48)</sup>としてしばしば説明される共和政の伝統(国民の「権力」と調和せしめられている(近世ヨーロッパにおける絶対主義的主権の正当化はしばしばこの法文の後半部分から切断された前半部分によってなされた)。われわれは、この法文が、先に引用した「正義は、各人にその権利を配分する恒常不断の意志である」という法文と同じ法学者に属するものであることを想起しよう。主権概念(その祖型)は、こうして「正義」の原理を介し、「各人に各人のものを」(*summi cuique*) という所有秩序とカップリングをなすにいたるのである。

### 三 政治権力・所有秩序カップリングの諸類型

ここで、これまでに見てきた政治権力・所有秩序カップリングの系譜論的および思想的な検討を、比較法文化論体系的の各論につなげるために、より具体的な法史上の素材を念頭におきながら、西洋におけるその形成(政治権力・所

有秩序カップリングの成立と展開)、ならびにそれと非西洋的ケースとの類型的分岐を、検証しておくことにしよう。

この歴史法社会学ともいべき分野でわれわれが当面依拠しうる理論的遺産として重要なものは、オイゲン・エー  
ルリツヒとマックス・ウェーバーのものであるが、前者は周知のように構想の提示に終わっているので、ここではウェー  
バーが私法については「法社会学」また公法については「支配の社会学」(『経済と法』第二部第七章および第九章)  
で主として叙述したものを利用し、それを批判的に再構成することにした。ウェーバーの構想はむろん多岐にわた  
るが、ここではさしあたり、それが比較的まとまった形で叙述されている、「法社会学」の導入部分(現行版『経済と  
社会』第二部第七章第一節(「事項的な法領域の分化」)の叙述を基準として)として参照するにしよう。この叙述を  
私なりに咀嚼して要約すれば、以下のようなになる。

『経済と社会』の「法社会学」章においてウェーバーは、西洋の私法領域における歴史的な法形成は、大きな枠組  
からいえば(あくまで現行版『経済と社会』の編集に即してみる限り)、西洋法史を貫流する法形成の原理——われわ  
れのいうへ上向的法形成——に対応して、「権利」から「法」へとという論理的順序(第二部第七章第二節「権利設定  
の諸形式」↓同第三節「法の形態性格」で法社会学の本論を叙述していることを、まず念頭におく必要がある。「法  
社会学」全体の叙述を、ウェーバーは、「公法と私法」の区分(第七章第一節の1)なканずく「公法」、しかも公法  
上の「権利」というカテゴリーから始める。近代法に即してみる限り、公法は一般に「行政規則」(Reglement)の総  
体ということができるのであって、そこには私法上の「所有権」と同じ意味で「既得権」(erworbene Rechte)とい  
いうるものは存在しないかのようにみえる。この事情は、私法における、「所有権は、原理的にいって、立法者自身も  
手をつけえないものとみなされており、まさにこの理由からして立法者によって承認されている」という事情と対照

的であるようにみえるであろう。しかし、歴史的に遡行すると、公法・私法という区分はなるほど不明瞭になるが、それでも政治権力（例えば裁判権）が「土地を利用する権能とまったく同様に」「既得権」として構成されるケースを見出すことができる（所有権ないしある種の物権が本源的な「権利」のモデルとされていることに注目すべきであろう）。西洋中世の家産制 (Patrimonialismus) つまり身分制的な型の家産制の構造をとる領主権 (Grundherrschaft) がそれであって、領主の政治的命令権力はそれ自体「公法」上は領主の「権利」とみることができ（以上第七章第一節の1）。中世西洋の領主権がいわば試金石となって、その対極をなすひとつの法秩序が浮かび上がってくる。こうして、既得権としての所有権（ここでは権利としての政治権力）をモデルとするところの「請求権を付与する法 (Recht)」タイプの法とその対極にたつ「行政規則」(Reglement) タイプの法との対比（第七章第一節の2）——われわれのいう「レヒト型」法秩序と「レグルマン型」法秩序との両極分岐の視座設定——が可能になるわけである。

法の形成が「伝統中国のように」これ「政治権力保有者の権限がいわば「公法」の領域において「権利」として構成されるケース」とはちょうど逆の性格をとり、「西洋で」今日では私法に属している広範な領域において、(中略)「公法上の権利はもとより」「私権」「さえも」が完全に欠如している、ということもある。すなわち、請求権を付与する客観的法としての性格をもつような規範がまったく存在していない場合、したがって、妥当しているおよそすべての規範複合体が、法的にみて、「行政規則」(Reglement)の性格をもっているような場合が、そうである。換言すれば、すべての私的な利益が、保障された主観的請求権としてではなく、右の行政規則が妥当していることの単なる反射として、保護のチャンスをもっているにすぎないような場合である。このような状態が妥当するかぎりでは——この状態も決して全目的に支配したことはないが——、そのかぎりでは、すべての法は、

管理の目的の一つ、すなわち「統治」に解消することになる。<sup>(51)</sup>

だが、政治権力（例えば裁判権）が「土地を利用する権能とまったく同様に」「既得権」として構成されるケース、その歴史的事例としての「領主権」は、なぜ法文化諸類型識別の試金石たりうるのであろうか。領主権が試金石とされるのは、ウェーバー「法社会学」における行論上の単なる例示にすぎないのであろうか。

本稿の視角からしてこの点で注目すべきは、ウェーバーが「インペリウム」つまり「家外的権力」（本来の家支配以外、例えば家支配が政治権力に転用されたケースとしての身分制的な家産君主の権力を含む）を「法的」（公法的）構造を有するものとして論ずるさいに、モンテスキュー『法の支配』第一編第六章「イギリスの国制について」の有名な叙述を「権力分割が『公権』の概念（die Konzeption eines "öffentlichen Rechts"）をはじめて可能にする」と要約して利用している（第七章第一節の6）という点である。モンテスキュー自身の表現では、これは、「同一の人間あるいは同一の役職者団体において立法権力と執行権力が結合されるとき、自由は全く存在しない」「裁判権力が立法権力や執行権力と分離されていなければ、自由はやはり存在しない」とされるのであるが、この「自由」つまり「国制との関係における政治的自由」（自由権）をウェーバーは「公法」の核心的要素とみなしていることになるわけである。ちなみに、この「公法」の論理には正義論にかかわる重要な論点が含まれていることを、ここで想起しておこう。ドイツの法哲学者ラートブルフは、トマス・アクィナス以来のアリストテレス倫理学理解に即して、交換的正義（*Justitia commutativa*）と配分的正義（*Justitia distributiva*）との二種を区別する観点に立ちつつ、次のようにいう。

「交換的正義」は給付と反対給付、たとえば、商品と価値、損害と賠償責任と刑罰との絶対的平等を意味する。「配分的正義」は多数の人間の取り扱いに際しての比例的平等、たとえば彼らの相異なる支払能力に応じての相

異なる課税、在職年限や資格に応じての昇進のごときを意味する。交換的正義は相互に法的に対等の地位にある二人の人間を前提とする。これに対して、配分的正義は少なくとも三人の人間を前提とする。すなわち、一人の上位の人間が、二人またはそれ以上の彼より下位の人間に負担を課したり利益を与えたりする。私法を同位者間の法とみ、公法を上位者と下位者間の法とみるならば、私法の正義は交換的正義であり、公法の正義は配分的正義である。私法における法的な等位関係は配分的正義の一つの作用の結果である。なぜなら、交換的正義が適用をみるにいたるためには、どうしてもまずもって交換的正義によって利益を受ける人間に対して配分的正義の側から対等の権利能力が認められていることが必要だからである。ゆえに、配分的正義各人に彼のものは正義の原形式 (Urtorm) であり、平均的正義は正義の派生的形式である。<sup>(53)</sup>

ラートブルフのアリストテレス理解の当否はここでの問題ではない。公法と私法との関係、われわれの行論からすれば「政治」と法との関係に関する重要な論点(法に対する或る意味での政治の少なくとも論理的な先在性)がここに含まれていることに注目しよう。ルーマンが社会学的にも立証できる「旧ヨーロッパの一切の思想的伝統」が帰するところと見ているのも、この公法(官職と手続によるポリスの政治的構成)と「自由」<sup>(54)</sup>との関係にはかならない。

ちなみに、ウェーバーは、「権力分割」つまりインペリウムがそれと同等またはそれよりも優越する他のインペリウムと衝突して制限される場合と、「権力制限」つまりインペリウムが当該インペリウムに服している者たちの権利と衝突する(その結果インペリウムが制限される)場合とを区別しているが、本稿第一節初めに掲げた一七八九年人権宣言第一六条に関するわれわれの理解からすれば、「権力分割が『公権』の概念をはじめて可能にする」という命題における「権力分割」には「権力制限」も含意される(「権力制限」は「権力分割」にいわばその結果として含まれる)と

考えてよいであろう。

ウェーバーは、こうした権力分立理解から、次のような結論を導き出す。「合理的な国家アンシュタルトに特有な権力分割だけが、公権思想を生み出すのである。公法についての学問的な理論(eine wissenschaftliche Lehre vom öffentlichen Recht)を發展させたのは西洋だけである。これは、政治団体が、西洋においてのみ、合理的に編成された諸制限と権力分割を伴うアンシュタルトとしての性格を、完全にとるにいたつたためである」と。モンテスキューが「タキトウスの驚嘆すべき著作『ゲルマニア』を読んでもらえば、イギリス人がその政治体制の觀念(つまり権力分立)を引き出したのは、彼らゲルマン人からであることがわかるであろう。この見事な組織は森の中で見出されたのである」というとき、われわれは、法史における「古ゲルマン人―中世西洋(とくにフランスの封建制)―近代イギリス」という成層と、思想史における「タキトウス―マキアヴェッリ―モンテスキュー」という成層を想起するのであるが、その限りにおいて、先の結論はルーマンのいう「旧ヨーロッパの思想的伝統」そのものに属するのであって、これもウェーバー独自のものではないと考えることができるであろう。

ウェーバー『経済と社会』第二部第七章第一節に関する以上の考察から、われわれが当面確認しておきたいのは、次の三点である。一つは、ウェーバー「法社会学」本論(第七章第二節以下)の「私法」に関する叙述は、西洋における「公法」の原理の解明を前提とするが、その公法は、「所有権は、原理的にいつて、立法者自身も手をつけえないものとみなされており、まさにこの理由からして立法者によつて承認されている」というウェーバー自身の表現からわかるように、われわれのいう政治権力・所有秩序カップリングに即して把握されていることである。このことは、オイゲン・エールリッヒの「法社会学」構想についても、ほぼ同様にいうことができよう。エールリッヒは、よく知

られているように、『法社会学の基礎理論』第五章において、慣行 (Übung)・支配 (Herrschaft)・占有 (Besitz)・意思表示 (Willenserklärung) という四つの「法の事実」から出発する法社会学体系の構想を提起しているが、そのより具体的展開において、法の生成にかかわる「法の事実」が「慣行によって結合され、秩序づけられた人間の組織」(支配) という主体の側面と、「組織の中で法的関係へと転化する社会的関係、つまり占有」という客体の側面という二つのものに還元される<sup>(58)</sup>という。これは、政治権力・所有秩序カップリングのいわば法史的ヴァージョンの試みとみて差し支えないであろう。

第二は、カップリングそのものの意味にかかわるが、「所有権は、原理的にいって、立法者自身も手をつけえないもの〔政治権力を制約する既得権〕とみなされている」という論理は、所有権が政治権力(近代においては立法者)とは別個に自生的に生成・発展するのではなく、所有秩序と政治権力が相互前提的な関係に立つことを意味する点である。私法(「私法と民事訴訟」)を取り扱う「法社会学」本論の冒頭で、ウェーバーは、「一つの具体的な権利が存在するということは、主としては、一定の期待が幻滅に終わらないというチャンスが、『客観的な』法によって『主観的な権利』を付与された個人のために、増加することを意味するにすぎない<sup>(59)</sup>」と述べている。「チャンスが増加する」という表現は、所有権に即していえば、権利は法(したがってまた政治権力ないし主権)によって生みだされるのではないが、政治権力なしには存在しえない(権利つまり法的なるものゝたりえない)ことを意味することになるのである。

第三は、こうした意味での政治権力・所有秩序カップリングが、ウェーバーの法秩序の文化類型論(われわれのいうレヒト型とレグルマン型との分岐)の唯一ではないにしてもきわめて重要な基準となっているという点である。

これは、ウェーバー理論を政治権力・所有秩序カップリングの理論へと再構成できるということをも意味するであろう。その場合、ウェーバーの「支配の社会学」および「法社会学」の豊富なカズイステイクは、批判的に再構成すれば、われわれがそれを比較法文化論各論の素材として利用することができることを意味するであろう。

さて、本稿はわれわれが構想する比較法文化論の各論を具体的に展開する場ではないが、それへの架け橋として、さらに、ウェーバーの上述の構想にも示唆されていた、西欧中世と伝統中国について政治権力・所有秩序カップリングの輪郭をわれわれなりに素描しておくことにしたい。西欧中世については検討を留保してきたからでもあるが、より積極的になれば、近代的主権・所有権カップリングがそこで生成する歴史的な場だからであり、また、中国について考察するのは、レグルマン型秩序においても政治権力・所有秩序カップリングを論ずる意味があるか否かを、検証しておく必要があるからである。

まず、中世西欧をみてみよう。人権宣言第一六条に合意される主権・所有権カップリングは、中世的な政治権力・所有秩序の近代的な形態への転換の所産であって、社会学的により端的に言えば、中世の *dominium* からその主権と所有権への構造分裂の結果として形成されてきたものにほかならない。ユルゲン・ハーバーマスの『公共性の構造転換』(一九六二年初版)は、本稿の視角からすれば、近代市民社会形成の社会学的分析から「近代の人民主権は公論 (*öffentliche Meinung*) の支配である」、あるいは有名なホッブズの命題 (*authoritas, non veritas, facit legem*) を再逆転させて「権威ニアラズシテ真理ニ理性ガ法ヲツクル」というテーゼ<sup>(60)</sup>を論証しようとする作品とみることができ、著者は同書序言の冒頭で、「われわれは『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』(中世の用語法では *societas civilis* (政治社会)、つまりマルクスのいう「古い市民社会」)の独特の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、理念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へ置きかえることのできないものである」とするのである。<sup>(61)</sup> ここでハーバーマスのいう中世盛期における市民社会の起源とは、領主権 (*Grundherrschaft, dominium*) にほかならないが、彼はオットー・ブルンナー『ラントとヘルシャフト』(一九三九年初版)から次の一節を引用して、この領主権に公共圏と私生活圏との分裂という近代的な枠組を直接あてはめることはできないことを指摘する。「ラントを公的なものの圏域として捉えると、『*dominium*』という形容で現れるところの」家や家長が行使する権力にみられるのは、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である。

『私的な』支配権能と『公的な』支配権能とが、一個不可分の統一体に融合し、したがって両者ともに単一権力の発露であり、土地 (*Land und Boden*) に結びつき、正当に獲得された私権のように取り扱われるということは、私のみるところでは以上の理由から説明される」と。<sup>(62)</sup>

「一個不可分の統一体」に融合した私的支配権能と公的支配権能とは、古い政治社会 (*societas civilis*) が市民社会と政治的国家とへ分裂するにしたがって、やがてそこに含まれていた私的 (経済的) 契機は所有権へ、また公的 (政治的) 契機は主権へと結晶していくことをいうものにほかならない。Dominium から主権と所有権へという構図は、しかし、かならずしもブルンナーの創始になるものではない。ギールケはすでに『ドイツ団体法』第三卷 (一八八一年) 第一章すなわち F・W・メイトランドが *Political Theories of the Middle Age, 1900* として英訳した部分のなかの「近代国家の発端」を中世の契約説に触れた箇所において、「契約説も」当初は、いかにして、またいかなる権

利づけをもつて dominium が世に登場したのかという問題についての一般的説明で満足していたが、この dominium 概念のなかには支配 (Herrschaft) と所有 (Eigentum) が混和されていた」とし、その後「国家権力の成立」の法的根拠と「私的所有権の成立」の法的根拠という二つの問題が切り離されていった次第を論じている。<sup>(63)</sup> 同じ主題のより直截な叙述は、オリヴィエ＝マルタンの次のような文章にみることができよう。「ところで、領主領 (seigneurie) は、多少とも広いそして分散された地域であつて、その地域の領主は、その所有者であると同時に、また、実に多くの点で、主権者でもある。(中略) 社会主義や共産主義の諸学派には、私的所有権を多様とも大幅に国家の主権に併合させようとする傾向がある。中世には、これとは反対のことが実現された。即ち、領主的な所有権は主権のもつ数多くの特権を自身に併合した。したがつて、領主領は、同時に所有権と主権とからなる特殊な組織であつたことになる」(seigneurie に相当するラテン語が dominium であることに留意すべきである)。むしろ、こうしたギールケやオリヴィエ＝マルタンの議論は、或る意味で近代的構造の中世の制度への読み込みにはほかならないであろう。しかし、中世盛期(一二三世紀)には、われわれは史料上でもかかる構造の成立を確認することができる。ポーマノワールの『ボージュ習慣法書』(一二八〇年頃成立) 第一〇四三節には、次のように記されている。<sup>(65)</sup>

われらは、本書において、多くの箇所にて、主権者 (souverain) につきて、また、主権者がなしえまたなすべきことにつきて語りおるがゆえに、人はみな、われらが伯 (conte) とも公 (duc) とも名挙げざるものにつきては、それは王 (rois) のことなりと理解しうべし。されど、われらは、王と名挙げせられざる箇所にてはすべて、侯領 (baronie) の姿にて封有する人びとと理解す。なぜならば、各侯 (barons) はすべて、彼の領地における主権者なればなり。しかして、次のことは真実なり。王は、すべての上に位する主権者にして、かつ、彼の法によりし

て、彼の全王国の一般的守護権を有し、これによりて、彼は、公共の利益 (communis profit) のために、欲するままの法令 (constitutions) を作るをえ、しかして、彼の作るものは遵守せられるべし。(以下略)

バロンの「主権」がフランス国王の主権へ成長するのは、むしろ後の時代である。だが、この限りでも、やがて主権・所有権カップリングへと展開する歴史過程の中世的起点を社会学的に確認することはできよう。中世に始まる「近代法」(西洋法)の形成は、より広い視野から、ハロルド・バーマンの著書『法と革命—西洋法伝統の形成』(一九八三年)において比較法的に詳しく論じられている。ごく大雑把にいえば、叙任権闘争とグレゴリウス革命(一二世紀中葉—一二世紀初頭)に始まるカノン法の転換(とくに教皇首位権の確立と教皇立法の活発化)が「神の平和運動」など新しい秩序形成過程を通じて世俗法(主権の形成と世俗権力の立法活動)に波及しやがて近代法の形成にいたる、というのがバーマンの構想であるが、その議論は、カノン法と世俗法(封建法、荘園法、商人法、都市法)をともに扱い、国王立法の例をシチリア、イングランド、ノルマンディー、フランス、ドイツ、スペイン、フランドル、ハンガリーおよびデンマークに求める点で、射程が極めて広がっている。比較法文化論を少なくともヨーロッパについて展開しようとする限り、欠かせない視点がここに示されているというべきであろう。また、以上にみてきた *dominium* を軸としてバーマンの叙述を組み替えれば、本稿の主題をより広く展開するものとなりうる。東欧諸国およびロシアとの比較においては、さらにハスキンスズのいう「十二世紀革命」<sup>(88)</sup>を念頭におく必要がある(とくにロシアについては *dominium* の伝統とともに、聖俗両権力の対抗と叙任権闘争、そしてまた「十二世紀革命」のインパクトが欠けていたことが注目されるべきである)。

さて、中国についてはどうであろうか。わが国の中国法制史研究は久しく、すでに漢代においてその売買が始まり

近世のいわゆる「地主制」に至る、土地に対するある種の利益主張慣行を西洋法史上の「占有」「ゲヴェーレ」「分割所有権」「私的所有権」などの法制度に比定することに関心を注いできたが、近年とくに滋賀秀三『清代中国の法と裁判』(二九八四年)が戸婚田土の案として民事裁判に現れ「法的」現象として扱われてきた民間取引慣行の法的(慣習法的)性格を疑問視して以来、「権利」概念にあえて固執せず、これをあるがままに「慣行」そのものとして観察する方向に発展しつつあるようにみえる。この方向での研究は、当面近世(明末清初)以降についてであるが、寺田浩明において以下のような認識に到達している。非常に長くなるが、実証的研究に裏付けされた発言であり、のちに論ずるように本稿の試論的構想にも相当に適合する内容であるから、厭わずに引用しておきたい。問題の焦点は、古代以来中国ではいわゆる「王土」思想つまり国家的土地所有を前提とする均田・限田(国家による民間土地配分の行政的規制)が論じられてきた伝統があることも関連して、国家の土地に対する政策的・租税的関心と当該土地に対する私人の「所有権」との関係を、中国法の特質としてどのように把握するかにある。寺田の叙述を見てみよう。

西欧中世・近世のdominiumが、すでにみてきたように、公的・政治的であると同時に私的・経済的な性格をもつと異なり、寺田は一方で、近世中国における土地所有者の側における所有者としての関心のあり方が、もっぱらいわば経済的・没政治的であることに注目する。

土地所有権の概念という側面から見るとき特徴的なことは、(中略)国家的賦課(土地所有者や用益者に対する「税糧」、土地取引に対する「契税」など)の存在は人々(『西洋法的な観念から問題をみようとする観察者』が普通に抱く土地所有の概念に論理的に旨く関係づけられていない。むしろ負担の存在は(田面所有における租(『小作料』負担の存在と同様に)奇妙に自明視されているという点にある。そしてそれは先の所有論の性格からいっ

でも不思議はない。なぜなら、ある土地についてある私人の所有が語られるときに着目されているのは、もとよりその土地に対する包括的排他的全面的な支配〔西洋的な意味での私的所有権〕ではなく、その経営により彼にもたらされる（差額）収益取の正当性に過ぎない。そこにおいては税糧負担の存在自体は、むしろ収益から差し引かれる損金として最初から勘定に入れられているのである。

他方で寺田は、国家の側における対土地所有者の関心が、土地所有者の関心のあり方にまさしく即応して、これももっぱら財政的・没政治的（税糧・契稅等の賦課）であることを指摘する。

ただ国家的負担の自明性ということを考えて行くならば、私的所有がそこに置かれている次の様なもう一つの国制的位置づけも見て取れる。即ち、国家としては〔その関心は徴税という行政的財政的関心に自己を限定しているから〕それを持つものが誰で国家と如何なる関係に立っているのかを問わずに、そこに土地収益さえ有れば、その耕作者から自明に税糧を取れるのだから、極端に言えば、誰が所有者であつても良い。国家権力から見る限り、誰かがその土地を荒蕪させることなく耕作し、そこから税金が取れば十分なのであつて、そこで言う土地所有権の帰属、売買秩序は、国家権力の存立基盤を問い直すような、皇帝権の正当性へと垂直的につながっていく問題ではない。つまり国家にとっては誰が所有者か、ということはその程度の意味しか持たない。誰がそれを耕作するかは、民間の問題に任せればそれで足り、実際それは概ね任せられる。清代国家が土地制度としては、上記のような民間の土地典売秩序、現管業者交替過程の事後的な追尾とその末端への税糧賦課の仕組みしか用意していなかつた理由もそこに求められよう。

結論的にいえば、ここから、近世中国における政治権力・所有秩序の関係は、もっぱら国家的賦課にのみ関心を集

中する国家権力（皇帝）と、その国家によって「放任」された「自主的市場的な（土地所有者・用益者）交替方式」との、カップリングという構造をもつものとして見出されることになる。

民間の人民にとっては、その誰が正当に（結局は自明の税糧負担付きの）土地耕作収益（管業）を行いうるか、それを自ら生業となし得るか、ということこそが問題のすべてであることも自明である。（中略）市場取引に基づき活絶両様の形で行われる正当性付与の延々たる連鎖という「来歴と管業のシステム」は、まさにその中で次第に形成されてきた民間の「土地耕作・収益者」交代ルールであり、旧中国の典売秩序、所有権秩序というのは、結局、国制的には、自明の国家的負担付きの土地経営の担当者への選任に関する国家の放任の中、その土地経営の正当性を前主からの授権に求める過程で社会的に形成されてきたルールとして位置する。それ故、旧中国の「私的土地所有」は、国家権力との関係で考えるとき、所有権とは言っても、（西洋では前近代に発し、近代革命以後も生き続ける）自力でもって一定空間を確保しているという事実を出発点とし、それを基礎に時には上位権力にも対抗し、負担を求められるときにはそれに見合う保護を要求すると言った、国制を作り上げる（政治的ないしヘルシヤフト的な性格をもった）根元的な単位というものではない。むしろ消極的に、皇帝による全国全土の支配ということを半ば前提として上で、その下で誰が税糧負担者―土地経営者の地位につくかを巡り、国制的には二次的なレベルで、自己発展してきた社会的な概念構成に止まるのである。

この独特な政治権力・所有秩序カップリングが見出される地点からは、「王土」思想に発しここに至る土地所有秩序史の経緯にもまた、見通しが利くようになる。

そしてその様に考えれば、中国史における土地私有の歴史的対抗物、土地の「国有」という状態との対比で「私

有」と言うものが持つ固有の意味と限定も自ずから明らかにならう。(中略) 中国近世の「民地」体制の直前には、その前者(一部の高額賦課を課せられる土地の経営主体決定に対する国家的行政的規制)が体制的に全土を覆い、国家が一方的に人民の必要、総体的土地経営の効率性を判断して理念的には全土地経営の正当性を各戸に与えたり奪ったりする唐代均田制の世界が存在した。中国近世の民地所有秩序は、直接的に遡るならば、そうした国家による土地経営者の行政的決定を順次押し退けて、民間による自主的市場的な交替方式、来歴(私契)による個別家族の土地経営(生業)の社会的確保尊重の体制が支配的になる中で再び出てきた土地私有の構成である。所有秩序は近世中国においては、レヒト的な意味での「権利法」秩序ではなく、政治権力の租税収取に狭く局限された非政治的関心のもとで「放任」された民間の非法的な「慣行」(「来歴と管業のシステム」)にすぎない、という中国的な国制(Verfassung, constitution)は、われわれが本稿でみてきた西洋的な政治権力・所有秩序カップリングとは確かにまったく異なる構造と性質をもつものといわなければならない。むしろ、ここにもカップリングは(皇帝権力・所有秩序)という形で疑いもなく存在するが、それは法的な(西洋的な意味で constitutional ≡ 国制的な)構造をもたないというべきであろう(寺田の「国制」概念は、国家権力と所有秩序とを、たとえ疎遠であつても関係づけ、なぜ疎遠なのかを説明する点で成功しているということを認めたい)。政治的に「放任」された民間の所有・取引秩序は、人民のいわば自治、誤解を恐れずにいえば、ある種の「見えざる手」つまり非法空間における「民衆の知恵」<sup>74)</sup>に委ねられているが、政治的機能を備えた西洋型の市民社会と同じものがそこにあるわけではむしろない。だが、この巧まざるカップリングにこそ、中国的社会秩序のしばしば「停滞性」とみなされてきたその永続的持続性を支える動因が隠されていたのである(ロシアにこの意味での「見えざる手」を見出すことは困難であら

う)。ここでとりあえず確認しうるのは、寺田の〈国家—皇帝・所有秩序〉は、本稿の行論の基調からみれば、レグルマン型秩序・レヒト型分岐論を媒介として初めて、比較法文化論における政治権力・所有秩序のきわめて重要な類型として定位されうるということである。本稿が依拠しているレヒト型秩序とレグルマン型秩序という法文化の二極文化図式に即していえば、中国の〈皇帝権力・民間所有秩序〉カップリングは、やや視角を変えればレグルマン型制定法（律令型法典）・法外「慣行」的所有秩序、もつと大胆に簡略化すればレグルマン型法秩序・非法秩序、カップリングと表現しうるものとなる。ウェーバーの巧みな表現をここでも援用すれば、近世中国における土地「私有」は国家的行政的規制（レグルマン的秩序）が妥当していることの「反射」として「保護のチャンス」をもっているにすぎない（西洋的な意味での「権利」ではない）。〈非法秩序〉という表現はレヒト型秩序のみを〈法〉として扱う西洋的法伝統になおこだわった見方だという、本稿の立場への批判を予想するならば、西洋の *dominium* に由来する *Recht* 型の土地所有権をいわば〈所有権 *R*〉（*Recht* の頭文字をとる）とし、*Reglement* 型の中国的土地「私有」のあり方を〈所有権 *G*〉（いずれも *R* を頭文字とするので *Reglement* についてはやむなく第三字をとる）と名づけてそれに対応する（つまり類型こそ異にするがどちらにも〈所有権〉はあるとする）ことも可能であろうが、それでも〈所有権〉さらには〈権利〉概念という特定の法文化類型に属する概念を基準とすることが回避できるわけではない。

ちなみに、ここで一方のレグルマン型秩序の中核をなすのは皇帝のいわば立法権であるが、その皇帝権力も西洋的な意味での主権という、政治権力正統化・制約の法的原理を具備するのではないことに、同時に注目しておく必要がある。皇帝権力を或る意味で正統化しかつ制約するものを中国に求めようとするならば、それはおそらくは倫理的原理としての「公」ということになろう。溝口雄三により、公の概念がもつとも彫琢された水準に達した宋代（一一世

紀に即してこれをみれば、次のようになる。中国的「公」概念には、その成立過程からして、二様の系譜が含まれる。「I群は、共同性と支配・被支配の関係性、あるいは政治的、社会的な上下の関係性などを含み、その共同性の側面から顕然(あらわ・おおつぱら)の語義を派生させながら、公門、公家、公民など朝廷・国家にかかわる公群を形成してゆく。他方、II群は、元来は『天下の公』の概念である均・通から、平分・公道・公正などの政治・社会・道徳レベルの道義・原理の『公』と、物の自然に順うという自然レベルの『公』が派生し、これら両者が相互補完的に『天下的な公』を形成する。また、この道義・原理的な『天下ノ公』は政治的な『朝廷・国家ノ公』とはべつに、社会的、道徳的な立場としての『社会ノ公』といった領域を影響下にもつ(中略)。この天下、朝廷・国家、および社会の公は、道徳、政治、社会の公をそれぞれ分担するが、宋代には(中略)それぞれ天の原点、人の本心でもある自然の条理を内奥とすることにより、『天理自然ノ公』に止揚される」。この「天理自然ノ公」はあくまでも倫理的原理であつて法的(自然法的)な構造をとらない。すなわち、さらに溝口によれば、「ヨーロッパの近代自然法が、自然科学を媒介としつつ、神の、自然に対する超越的な支配に抗して、人間の側から人間自然の秩序を志向したとすれば、中国の場合は、理の、自然に対する非超越的・非自立的性格のゆえに、この人間自然はどの時代にも理との対抗を必須としなかつた。むしろ人間自然が社会的欲や生存欲としてたちあらわれれば、理はそれによって自ら変革さえしてきた。ただし、理はそのア・プリアリな内在性によつて個欲相互に個の対立の契機なしにいわば天下一齊にコモンウェルスの調和を必然づけた。この個の対立を孕まないア・プリアリないわば天下コモンウェルスの調和にこそ、『狼と狼』の対立を第一前提とするホッブスの近代自然法と最も異なる中国的独自性がみとれる」というのである。<sup>(15)</sup>中国的秩序における政治権力・所有秩序は、この点においても、西洋とは異質の原理に基礎づけられているわけである。

行論をもとに戻そう。寺田の議論にひとことコメントを加えるとすれば、土地所有権を「土地に対する包括的排他的全面的な支配」と解するのは、中国的土地所有に對置される西洋の近代的所有権の概念としては、必ずしも相応しいものではないであろう。近代的所有権は土地所有権を含めて、物理的実体としての大地に對する具体的な支配というよりもむしろ経済的価値という実体に對する「自由な処分権」に収斂するもののはずだからである。<sup>(76)</sup>「債権の優越的地位」を想えい。この意味で、寺田がいう「それ（土地）を一つの収益対象（管業）として管理運用する」<sup>(77)</sup>行為に關心を集中するならば、中国的所有権観念はかえつて或る意味で近代的あるいは近代適合的とさえいえるのではあるまいか。現代のそれを含めてロシア法からの連想で想像するに、中国的所有権観念の特質はむしろ、権利の抽象化とは反対の方向をとる、具体的な物（土地）の現実的支配（管理運用）への執着にあるように思われる。現代中国における「土地使用権」の流動化は、おそらくこの「所有権」観念の延長線上にあるとみることができよう。

だが、ここで肝要なのはそのことではない。そうではなく、寺田がいうように、中国的政治権力・所有秩序カップリングが「西洋中世・近代の両類型のどちらにも納まらない歴史社会の中で人々が持つ、歴史的に可能であつたもう一つの特異な土地所有観のあり方」、別言すれば「規範媒介的な大規模秩序形成の歴史的に可能であつたもう一つのパターン」であつて、それがきわめて長期安定的にまさしく高度に文明的なるものとして存続してきたこと、そしてこの歴史社会がこそが土地の「集団所有」「国家所有」を前提とする社会主義体制をもまた可能にし、その社会主義体制がこんどは法システムの改革を含めて「近代化」（市場経済化）に進む道を開いているものなのである。この点に、中途半端な法システムの西洋化を推進してきたロシアとの経済的成功の違いにかかわる理由の一つもまた、隠されているように思われる。

## むすびに代えて

本稿の主題を今後発展させるために、二つの点にだけ言及して結語に代えることにしよう。

その一つは、近代（十月革命前）ロシアにおける政治権力・所有秩序の問題である。この領域で今日なお依拠すべき先行研究としてあげうるのは、法的な問題に関する限り、おそらく和田春樹の論文「近代ロシア社会の法的構造」(1968年) だけであろう。和田はここで当該講座全体の主題である基本的人権という問題設定を回避せざるをえず、近代ロシア社会の「法的構造」を問う構えになっているのだが、それは、近代ロシアでは「基本的人権」、権利主体としての私人一般が存在しないばかりか、『臣民の権利』、権利主体としての臣民一般も成立していない。あるのは『臣民の義務』、義務主体としての臣民と、『身分の権利』、権利主体としての身分である「からだという。他方、ここに成立している権力は、法律にもとづく行政（適法性）の概念」という建前に立ちつつ、立法と行政を一身に統合した「無制限専制権力」だとされる。本稿の主題からすればいささか奇妙なことに、「身分の権利」として具体的にあげられるのは、移動の自由の身分的差別、人身の自由の欠如、検閲制度だけであって、所有権については独立の項目が立てられず、「身分の権利と移動の自由」の節の初めに「すべて（の身分つまり貴族、聖職者、都市住民、農村住民）に共通に認められているのは所有権であり、聖職者を除いて契約権、営業の自由が認められている」という記述があるにすぎない（これだけの記述では、「所有権」が動産だけを念頭においているのか土地所有権を含むのか否かも不問に付されているというほかはない）。所有権のいわば国制的な位置づけが欠けている限りに於いて、政治権力・所有秩序カップリングという問題は、本稿でみた中国的なケースの意味においてさえ、立てられる余地がないようにみえる

のである。

こうした議論の組み立ては、推測の域を出ないが、和田がここで主として依拠している帝政期の代表的な国法学者 N・M・コルクノーフの概説書『ロシア国法』（第一巻・第五版、一九〇四年、第二巻・第四版、一九〇三年）の構想に由来しているようにみえる。今その第一巻（序論と総論）にかかわる限りで論点を指摘すれば、次のようになる。

コルクノーフは、一方で、基本国法集成第一部第一条にいう「専制」(samoderzhavie = autocracy) の概念を訳語の問題を含めて西洋の「主権」に相当するものと述べつつ、<sup>(81)</sup> 原理的には「国家的統治の際立った特質は、（一九世紀のドイツ国法学者）ラーバントやイエリネクが正当にも指摘したように、その自立性にあり、その制約や主権にあるのではない。国家は主権的であり得、また通常は主権的であるが、主権性は国家の必要的属性ではない」というのである。<sup>(82)</sup> 他方、コルクノーフは、「市民的自由の諸権利」について基本法が「言及していない」こととも関連して、論ずべき市民的自由の種類を「①個人の自由、②言論の自由、③交際の自由、および④宗教上の自由」の四つに限定している。<sup>(83)</sup> ここに和田の所有権問題を没却した「身分の権利」に関する叙述につながる構造がみてとれよう（コルクノーフのいう「自由」は和田にあつては「自由の欠如」「身分的差別」に反転している）。和田の叙述に即してみれば、この「専制—臣民の無権利状態」ともいうべき構造は、しかし、偶然ではないように思われる。

主題的な検討は他日を期するほかない。コルクノーフ理論には一九世紀ドイツ流の法実証主義の気配が濃厚に認められる（したがって中国でわれわれがみた「民間秩序」類似のものもともと視野からははずされていない）にしても、上記のような構成がとられる理由はむしろそれだけに限定されない。ここでより積極的な論拠を一つだけあげるとすれば、それは、ロシアの専制的国法論が本来的に抱え込んだ或る要素になるであろう。コルクノーフは「適法性」つ

まり権力の自己制約を論ずる節で、法適合的な国家形成には「二つの道」があり、西欧では国家権力に身分・地域・市民の「権利」が対立し制限王政が成立したが、ロシアで権力に對置されたのは制定法の意味での「客観的法」(objektivnoe pravo)にはかならなかったとする。「わが国では国家組織にはいかなる社会組織も対立したことがない。身分的差異そのものがわが国では国家の創造物であり、その制約要因ではなかった」「わが国では国家権力の行使は諸身分および個人の権利によつては規制されない。(中略)したがって、適法性の発展はわが国では政治的権利の発展によつて条件づけられるものではない」というのである。<sup>(84)</sup>この論理を徹底的に推し進めていけば、エカチェリーナ二世が一八世紀後半に主として「西欧の法律家の学説と隣国ポーランド国家の例に倣い」(Eigentum から sobstvennost' というロシア語を造語して)勤務貴族の保有地について認め、その他諸身分にも拡張していった「所有権」<sup>(85)</sup>そのものも、dominium に源を発する西欧のそれとは異なり、専制権力から派生するもの(「国家の創造物」)にはかならないことになる。歴史論としては語弊ある表現になるが、西洋の上向的法形成において dominium から主権と所有権が派生したとすれば、それとは類型を異にする下向的法形成において、中国のケースとも著しく異なり、政治権力が所有権を造る、あるいは権利は本来的に権力に包摂されるという意味での政治権力・所有権カップリング形成の例を、われわれはここに見出すことになろう。これがおそらく、コルクノーフの体系が政治権力・所有秩序カップリングという構造をとらない重要な理由の一つであり、また、ロシアにおける社会主義を可能にした条件の一つであつたであろう。ここでは、そうした見通しも、政治権力・所有秩序カップリング構想の射程におさめうることを確認しておくにとどめるほかはない。

もう一つ、レヒト型秩序ないし上向的法形成とレグルマン型秩序ないし下向的法形成との分岐、あるいは各類型内部の形態分岐(例えば、レグルマン型秩序内部での中国型形態とロシア的形態との分岐)は、歴史的にはどこでまた

どのように生ずるのか、この現象を説明する原理的な図式はどのようなものか、という問題が残されている。少なくとも一三世紀（「タタールのくびき」）まではヨーロッパの文化圏に属していたロシアが上向的法形成から下向的法形成に転ずる事例を説明するのは、さほど困難なことではなからう。しかし、例えばH・L・Aハートの構想に即して原理的に問題を立て、「法以前から法への移行」(Step from the pre-legal to the legal)の問題を探ろうとすると、われわれは法史学というよりはおそらく法考古学ないし法人類学の領域に足を踏み込むことにもなり、私自身はいまは第一の問題よりもっと漠とした像しか描くことができない。これは、原理的なレベルの問題であると同時に、例えば、伝統中国の民間取引秩序はあれほど安定した構造をもっていたにもかかわらず、なぜ実定化されなかったのか、なぜロシアにはなぜこれに相当するものが見られないのかという、契約法の形成にかかわる歴史的な問題でもあるように思われる。われわれにとって比較的身近なイメージ、例えば、現代日本法における制定法とくに継受法と法外的義理規範との関係、近年の阿部謹也の試みに即して別言すれば、「社会」の法と「世間」の規範との関係から歴史的に遡行していくという手法をとってみると、われわれはおそらく、相互性諸原理の相互関係の問題、つまり応報(retribution, revenge, pay-back)原理と互酬(reciprocity)原理の相互関係の問題にたどりつくことになる。契約法との関係では、そこにはマルセル・モース以来大きな展開をとげた「贈与」の問題が絡んでいるはずである。

この領域では、ウェーバーの方法とモルガン以来の人類学の遺産を受け継ぎつつ、古ローマにおける契約法の歴史を論じた広中俊雄の『契約とその法的保護歴史の基礎』（一九七二年初版、初出一九五二―五四年）を、われわれは一つの手がかりとしてもっている。債務法ないし契約法がその起源において民刑事事未分離の不法行為法をもっていることは、西洋法を念頭におく限りでは、いまや一般的な了解をえていることのように思われる（ウェーバー「法社会学」

においてこの発展の道は、行政の原初的形態としての「家支配」と司法の原初形態としての「ジッペ間関係」との分岐を前提としている。しかし、「贈与」論のその後の展開、例えば M・サーリンズのいう「相互性のスペクトル連続体」<sup>87</sup>「相互性と親族制の距離」というような問題を考えると、契約法の原初的形態に関する考察は、かつて広中が論じた段階とは異なる幅をもつ可能性があるようにも考えられる。私がここで予想しているのは、広中が法史における主軸として想定した贖罪契約から債務法につながる発展とは別の、ある種の贈与から例えば本稿でみた中国における実定化しない民間秩序としての取引「慣行」につながるような契約法の発展モデルである。そこにわれわれは、政治権力・所有秩序カップリングに図式とは別のもう一つの図式、つまり政治権力・所有秩序といういわばタテの関係に接続あるいは平行するヨコの関係（その類型図式）へと視野を拡張することができるかもしれない。だが、これもまた他日を期すほかにない課題である。

以上、本稿で主題として論じてきた政治権力・所有秩序カップリングという構想がもついまだ大きな限界を確認することをもって、ひとまず試論の稿を閉じることにした。

\* 本稿に引用した欧文文献の邦訳には、行論の都合上訳語を変更させていただいた箇所がある（原則として原語を付してある）。ご寛恕を乞う。

(1) 本稿の主題の一部を私は、二〇〇四年三月の「基本的法概念のクリティーク」研究会（早大 COE「企業と社会」基礎研究・基礎法部門）において、一二世紀以降の西洋を対象とし、「西洋法の形成—主権・所有権セットとその実定化」という

- テーマで報告したことがある。本稿ではそのときの「セツト」という表現を「カップリング」に改めた。カップリングという表現は、ルーマンの、経済システム・法システムあるいは政治システム・法システム間の「構造的カップリング」という理論的構想にヒントをえており、ここで扱う「政治権力・所有秩序」という組み合わせは、ルーマン風にいえば、主として、「憲法」を担い手とする「政治システムと法システムとの構造的カップリング」(の前史的側面)にあたるが、ここではシステム理論を生かせるものとはまだなっていない。N・ルーマン(馬場靖雄ほか訳)『社会の法』第二巻、法政大学出版局、二〇〇三年(原書一九九三年)、第一〇章参照。
- (2) マルクスが経済学の方法について、「人間の解剖は猿の解剖の一つの鍵である」と述べていることをさしあたり念頭においている(『経済学批判』序説)。この認識はもっぱら、非西欧文化圏における近代(西洋)法の継受という根強い歴史的傾向を事実として認めること、そして近代法のほかには市場経済と官僚制という近代化の必然的随伴物のもとで人間の自由を確保する政治的法的方策をもたないという歴史的経験(社会主義体制の崩壊など)をわれわれが経てきたことと関連しているのであって、もとより西洋中心主義を主張するものではない。
- (3) 「レヒト型」と「レグルマン型」については、大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化』日本評論社、一九二二年、六一―一二頁、「上向的(ないし上昇的)法形成」と「下向的(下降的)法形成」については、大江泰一郎『近代法の歴史的成層性』(civilなものについての覚書)『社会体制と法』第四号(二〇〇三年)四二頁、参照。
- (4) K. Zweigert & H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1971. 邦訳は、ツヴァイゲルト/ケッツ(大木雅夫訳)『比較法概論 原論』(上)(下)東京大学出版会、一九七四年。
- (5) コンスタンティネスコ(真田芳憲・後藤武秀訳)『比較法における「様式理論」の様式について』(原著一九七九年)D・

ヘンリツヒ編『西ドイツ比較法学の諸問題』中央大学出版社、一九八八年。

(6) ツヴァイゲルト／ケッツ『比較法概論 原論』(下)、六四七頁。

(7) 現在私の比較法文化論の講義は、総論のあと、各論として、①伝統中国、②古代ギリシア、③ローマ、④中世西欧、⑤近代西洋(イギリス、フランス、ドイツ)、⑥ロシア、⑦日本の各法文化を考察するかたちをとっている。類型論的にいえば、①はレグルマン型、②③④⑤はレヒト型、⑥⑦は中間的移行形態として位置づけられる。西洋法に比重が傾いているのは、近代法の歴史的成層性(古典古代、中世、ルネサンス、近世・近代の積み重なり)をとくに重視するからである。

(8) 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(戦後憲法と内外の環境)日本評論社、一九九五年、一〇〇頁。私のこの構想に関する編者・樋口陽一のコメントについて、同四一五頁参照。なお、権力分立と主権とのさしあたり論理的な連関については、以下のようなダントレーヴの指摘を参照。「私が主張しようとしたのは、権力の分割は明白な主権の観念と両立しなくてはならない、むしろ現実になそれを前提にしているのだ、ということである。このような見解は、多くの点において全く非正統的なものである。しかしながら私としては、この見解が、近代国家理論に関する多数の謎を解決する唯一のものである、と信じている。」A・ダントレーヴ(石上良平訳)『国家とは何か―政治理論序説』みすず書房、一九七二年(原書一九六七年)、一四八頁。

(9) ロック(鶴飼信成訳)『市民政府論』岩波文庫、一二四、一三五頁。

(10) A・P・ダントレーヴ(久保正幡訳)『自然法』岩波書店、一九五二年(原書一九五一年)、九頁。

(11) キケロー(高橋宏幸訳)『義務について』『キケロー選集』第九巻、岩波書店、二六八頁。

(12) 同右、二七二頁。

- (13) ポーコック (田中秀夫訳) 『徳・商業・歴史』みすず書房、一九九三年 (原書一九八五年)、第六章 (一九七頁以下) 参照。
- (14) マクファーンソン (藤野滞ほか訳) 『所有的個人主義の政治理論』合同出版、一九八〇年、参照。
- (15) A・P・ダントレーヴ (佐々木毅訳) 「国家」フィリップ・ウィナー編『国家への視座』平凡社、一九八八年 (原書一九六八・七三年)、一七頁。
- (16) この法文については、船田享二『ローマ法』第二巻、岩波書店、一九六九年 (改版)、一五―一六頁。
- (17) 例えば、船田、同前。近年のものとしては、ホント／イグナティエフ『国富論』における必要と正義―序論』、同編 (水田洋・杉山忠平訳) 『富と徳スコットランド啓蒙における経済学の形成』未来社、一九九〇年 (原書一九八三年)、とくに二八、三一―三二、三四、五〇頁参照。
- (18) アリストテレス (戸塚七郎訳) 『弁論術』岩波文庫、九二頁。
- (19) プラトン (藤沢令夫訳) 『国家』、岩波文庫 (上)、二九九―三〇〇頁。
- (20) ヘシオドス (廣川洋一訳) 『神統記』、岩波文庫、一六頁。
- (21) 政治的経験と神話との関係を考えるうえで、のちの政治的経験と哲学との関係に関するアーレントの次のような指摘は重要であろう。「ギリシア哲学の最も魅力的であるが、同時に最も無視されてきたひとつの側面は、もともなかった政治的経験と抽象的な哲学的思考との間に初期の段階から存在しているこのようなギブ・アンド・テイクの密接な関係である。ノモス nomos、アルケー arche、ディケー (正義) dikē、デュナミス (可能態) dynamis、コスモス (宇宙) kosmos といったギリシア哲学の中心的な概念の起源は、あきらかに政治的経験に根を持つ。これらは、哲学に取ってこられて、まったく新しい意味が与えられた。これはたんに法の用語のみに起きたことではなく、本来、始まりと支配であったアルケーや、

もとは権力という意味だが後に一般に潜在的可能性という意味となったデユナミスという用語にも同様に起きたのである。」ハンナ・アーレント (佐藤和夫編、アーレント研究会訳) 『カール・マルクスと西欧政治思想の伝統』大月書店、二〇〇二年、九〇頁。なお、ヘシオドスについては、とくに正義論との関係で、廣川洋一『ヘシオドス研究序説』未来社、一九七五年、参照。

(22) エミール・バンヴェニスト (蔵持不三也ほか訳) 『インドヨーロッパ諸制度語彙集II「王権・法・宗教」』言叢社、一九八七年、一一六頁以下。

(23) 同右、一二五頁。

(24) 「ギリシヤ人は、ローマ人や中世の人々が考えたように、国家を法の項において考えたのではなく、法を国家の項において考えたのであった。」マクワルワイン C.H.McIwain (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 (原著初版一九四〇年)、五五頁。

(25) アリストテレス (牛田徳子訳) 『政治学』京都大学学術出版会 (西洋古典叢書)、二〇〇一年、一八〇頁。

(26) 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、一九八四年、四九一―五一頁。

(27) ソポクレーズ (具茂一訳) 『アンティゴネー』岩波文庫、一九六一年、三四頁。なお、岩田靖夫『アリストテレスの倫理思想』岩波書店、一九八五年、二二六頁、参照。

(28) 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)、二〇四頁。

(29) プルタルコス「リュクルゴス伝」「ソロン伝」(村上堅太郎編『プルタルコス英雄伝』(上)、ちくま学芸文庫、六二、六四、六五、一二二―一二三、一二六頁) 参照。

- (30) プラトン (森進一・池田美穂・加来彰俊訳) 『法律』(上)、岩波文庫、一七三頁。
- (31) 同右(下)、一四〇—一四二頁。
- (32) アリストテレス(朴一功訳) 『ニコマコス倫理学』京都大学出版会、二一九—二二〇頁。
- (33) プラトン(藤沢令夫訳) 『国家』岩波文庫、(上) 一三二頁。クレイアーを「必要」と読む、朴一功の解釈にしたがう。『ニコマコス倫理学』二二二頁、訳注(1)参照。
- (34) ギリシアの正義論におけるヘシオドスの歴史的地位については、フィンリー(下田立行訳) 『オデュッセウスの世界』岩波文庫、一九九四年(原書初版一九五四年)、一八五頁参照。
- (35) 「各人がすることは同じように彼に対してなされるのであり、応報(retribution)は、自然によってわれわれに告げられる偉大な法であるように思われる」とアダム・スミスはいう。A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 1759. TMS, II.ii.10. 水田洋訳『道徳感情論』(上)、岩波文庫、二二四頁。プラトンの神は「自然」「見えざる手」の真の先駆者なのである。ここではさらに、アレントの「交換には純粹に経済的な活動以上のものが関与している」を想起しておきたい。ハンナ・アレント(志水速雄訳) 『人間の条件』中央公論社、一九七三年(原書一九五八年)、二二二頁。
- (36) アリストテレス『ニコマコス倫理学』、二七四頁。アレント『人間の条件』二二二頁、ハンナ・アレント(ウルズラ・ルツツ編、佐藤和夫訳) 『政治とは何か』岩波書店、二〇〇四年(原書一九九三年)、九二頁。
- (37) マクワルワイン『立憲主義その成立過程』五四頁。なお、ポリスにおける「主権」の概念について、マックス・ウェーバー(上原専祿ほか訳) 『古代社会経済史—古代農業事情』東洋経済、一九五九年(原書一九〇九年)、二二六—二二七頁参照。
- (38) アーレント『政治とは何か』九二—九三頁。「活動」「制作」というアレント政治学のキーワードについては、アレント

『人間の条件』参照。

(39) ハンナ・アーレント「権威とは何か」同(引田隆也・齋藤純一訳)『過去と未来の間』みず書房、一九九四年(原書初版一九五四年、当該論文初出一九五四年)、一二五、一四三、一五〇頁。

(40) レナード・クリーガー(川崎修訳)「権威」の項、フィリップ・ウイナー編『西洋思想大事典』第二巻、平凡社、一九九〇年(原書一九七三年)、三頁以下参照。権威概念についてはなお、フリッツ・シュルツ(眞田芳憲・森光訳)『ローマ法の原理』中央大学出版部、二〇〇三年(原書一九四三年)、「権威」の章参照。

(41) J・プライケン(村上淳一・石井紫郎訳)『ローマの共和政』山川出版社、一九八四年(原書一九七五年)、一六頁以下、長谷川博隆『古代ローマの政次と社会』名古屋大学出版会、二〇〇一年、五五二―五五三頁、参照。

(42) アーレント「権威とは何か」一七三頁。

(43) キケロー(岡道男訳)「国家について」『キケロー選集』第八巻、岩波書店、一二四頁。

(44) 同右、四二頁。

(45) キケロー(岡道男訳)「法律について」『キケロー選集』第八巻、二九〇頁。

(46) ダントレーヴ『国家とは何か―政治理論序説』一一三―一一四頁。

(47) この法文の由来および意味につき、さしあたり、マクワルワイン『立憲主義 その成立過程』八六頁、九八―九九頁注(五)、一〇六頁以下、エルンスト・カントローヴィッチ(小林公訳)『王の二つの身体』平凡社、一九九二年(原書一九五七年)、一二五―一二六頁、参照。

(48) シュルツ『ローマ法の原理』「伝統」の章、とくに九七頁以下参照。

- (49) この順序は、客観的法を出発点としてその機能(法の妥当)を考察するのではなく、法の妥当根拠を「社会」の内部に求める法社会学という学問の基本性格と関連するものとして、順当に理解しうる。ウェーバーによれば、「法秩序は、強制装置が存在しているがゆえに、現実の世界において経験的に『妥当する』というのではけつしてなく、法秩序の妥当が『習俗』として慣れ親しまれ、『習熟され』、また、法秩序に適合的な行態から著しく離反すると習俗がこれを非難するがゆえに、経験的に妥当するのである」。M・ウェーバー(世良晃志郎)『法社会学』創文社、一九七四年、五七頁。ウェーバーはまだフリッツ・ケルン流の、裁判によつて確認される権利の集積を客観法とみなす「良き古き法」の觀念の立場にあるようにみえる。
- (50) ウェーバー『法社会学』六七頁。
- (51) 同右、七一頁。
- (52) モンテスキュー(野田良之ほか訳)『法の精神』岩波文庫(上)、二九一、二九二頁。
- (53) A・ラートブルフ(碧海純一訳)『法学入門』(ラートブルフ著作集第三卷)東京大学出版会、一九六八年改訂版(原書第九版一九五二年)、三三三頁。
- (54) ルーマン『法社会学』一八九頁。
- (55) ウェーバー『法社会学』九四―九五頁。
- (56) 野田訳『法の精神』(上)三〇六頁
- (57) この成層については、大江泰一郎「比較法文化論における習俗と法律・法―モンテスキューとルソー…ロシア専制論からの視角」滝沢正編『比較法学の課題と展望』大木雅夫先生古稀記念、信山社、二〇〇二年、参照。

- (58) エールリッヒ (河上倫逸/M・フープリヒト訳) 『法社会学の基礎理論』みすず書房、一九八四年、一〇五頁。
- (59) ウェーバー、前掲、一〇八頁。
- (60) ハーバーマス(細谷貞雄訳) 『公共性の構造転換』未来社、一九七三年、一一三―一四、一一五、一四八、三三三頁参照。このテーゼは、ハンナ・アーレントの政治学構想に含まれる「社会」(近代市民社会)概念へのきわめて強い懐疑への、建設的な応答とみることができると思われる。ハーバーマスのアーレント構想に対する態度については、同前、三二頁参照。なお、市民的公共に関するハーバーマスの議論は、所有権↓「財産と教養」↓理性的論議↓世論↓議会(主権)↓法律、もっと大枠でいえば、所有秩序↓政治権力(↓法律)という論理に立つものであって、契約説の社会学の変換をねらうものとみることが可能であるが、そこにわれわれのいう主権・所有権秩序カップリングの別ヴァージョンを認めることができることに留意しておきたい。
- (61) 同右、一頁。
- (62) Otto Brunner, *Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, 5. Aufl., Wien, 1965, S. 337. ハーバーマス、同右、一六一―一七頁。
- (63) オットー・ギルケ(坂本仁作訳) 『中世の政治理論』ミネルヴァ書房、一九八五年、一二〇頁。マクワルワインによれば、「大陸において、dominiumという中世理論から主権(sovereignty)という近代理論への推移近代国民国家の発展の理論的随伴物は、主として、ローマ法の源泉からの *merum et mixtum imperium et iusdictio* (純粹または混合的な命令権および裁判権)の解釈の変化という形で行われた。一三世紀から一七世紀の間の時期に於けるこれらの議論は、政治思想家によっては驚く程利用されていない」という。マクワルワイン、前掲、一四〇頁、注(三六)なお、引用中の *merum et*

- mixtum imperium et iurisdicio については、佐々木毅『主権・抵抗権・寛容—ジャン・ボダンの国家哲学』岩波書店、一九七三年、一四—一五、一〇六頁以下参照。
- (64) F・オリヴィエ・マルタン（槁浩訳）『フランス法制史概説』創文社、一九八六年（原書初版一九四八年）、一九六頁。同題旨の指摘はすでに、フランソワ・ギゾー（安土正夫訳）『ヨーロッパ文明史—ローマ帝国の崩壊よりフランス革命にいたる』みすず書房、一九八七年（原書二八二八年）七四、七九頁にもみられる。
- (65) ボマノワール（槁浩訳）『ボヴェジ慣習法書』信山社、一九九二年、三九三頁。この条項の意味について、ジョセフ・ストレイヤー（鷲見誠一訳）『近代国家の起源』岩波新書、一九七五年（原書一九七〇年）、一一頁、八二頁注（3）参照。ストレイヤーはそこで、『ボヴェジ慣習法書』のこの条項とともに、「主権者」としての国王の裁判権に触れたイングランドのウェストミンスター第一法（一二七五年）第七章の参照を求めている。なお、オリヴィエ・マルタンは、このボーマノワールの理論がルイ聖王時代の慣行と完全な照応関係をもつとともに、それがイギリスの法律家ブラクトンの着想に鼓吹されたものとみる見方（*Peit-Dutails*）に注目している。オリヴィエ・マルタン、前掲、一九四頁注（4）参照。
- (66) Baron は本来フランク王国の直臣であった。Baron, baranie の概念については、マルク・ブロック（堀米庸三監訳）『封建社会』岩波書店、一九九五年（原書一九三九・四〇年）、二五七、四一三頁、オリヴィエ・マルタン、前掲、二〇—二〇二、三九三頁以下、参照。
- (67) Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983. バーマンのこの著書は、前掲のストレイヤーの著書と基調をにおいて通ずるものがあるが、教皇革命を画期として強調する点とその視野の広さに大きな特徴がある。歴史の転換点とされ「グレゴリウス革命」については、さしあたり野口

- 洋二『グレゴリウス改革の研究』創文社、一九七八年、またバーマンとほぼ同じ関心から「立法」の中世的起源を論ずるものとして、西川洋一「初期近代中世ヨーロッパの法の性格に関する覚書」『北大法学論集』第四一卷第五・六号、同「十三世紀の君主立法権概念に関するノート」『国家学会雑誌』第二一二巻第一・二、五・六、七・八号（一九九九年）、参照。
- (68) 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（原書一九二七年）、ジャック・ヴェルジェ（野口洋二訳）『入門 十二世紀ルネサンス』創文社、二〇〇一年（原書一九九六年）、参照。
- (69) 例えば、小口彦太「北魏均田農民の土地『所有権』についての一試論」『早稲田法学会誌』第二三巻（一九七三年）、一四八頁以下、同「中国土地所有法史序説―均田制研究のための予備的作業」『比較法学』第九巻第二号（一九七四年）第一章、堀敏一『均田制の研究―中国古代国家の土地政策と土地所有制』岩波書店、一九七五年、四〇―一四〇七頁、森正夫『明代江南土地制度の研究』同朋舎、一九八八年、序章、参照。
- (70) 寺田浩明「田面田底慣行の法的性格概念的な分析を中心として」『東洋文化研究所紀要』第九三冊（一九八三年）、同「崇明県志」に見える『承佃』『過投』『頂首』について田面田底慣行形成の一研究」同第九八冊（一九八五年）、参照。寺田第二論文については、好意的な批判的コメントとして滋賀秀三「崇明島の承佃と過投―寺田浩明氏の驥尾に附して」『千葉大学法学論集』第一巻第一号（一九八六年）がある。なお寺田の業績の学説史的な位置づけについては、滋賀秀三編『中国法制史基本資料の研究』東京大学出版会、一九九三年、七八―一八二頁（岸本美緒執筆部分）、八一七―一八八頁（滋賀秀三執筆部分）、参照。
- (71) さしあたり、景山輝國・溝口雄三「井田」の項、溝口ほか編『中国思想文化事典』東京大学出版会、二〇〇一年、参照。
- (72) 寺田浩明「中国近世における自然の領有」『シリーズ・世界史への問い』第一巻、岩波書店、一〇八九年、二二二―二三三頁。

- (73) 寺田によれば、中国における「慣行」とは、確認の手續や司法的救済の実現という裏づけをもつ制度的な構成をいうのではなく、「終始、民個々人が理を言い立ててする数々の実力行使をも含めた様々の行動の束」であって、「客観的な規範の存在をキーとしたその『遵守』とそこからの『逸脱』という二つのものが所与としてあつたというよりも、そうした形で皆が行う行為類型の『重心』に近い種類の行為（それは理を主張した場合に人々により受け入れられる可能性が強いであろう）」と、そうした範囲から『突出』した、自明に慣行として認められていない、しかし彼独自の判断では理にならぬという個別的突出行動（当然それに絡んで刃傷沙汰が起こり易からう）」との間の無限のバリエーションと見るのが相応しいものである。寺田浩明「清代土地法秩序における『慣行』の構造」『東洋史研究』第四八巻第二号（一九八九年）、一四六—一四七頁。岸本美緒が土地所有について次のようにいうのも、同趣旨であろう。「中国の場合、私的所有権の絶対性ないし私的自治の原則が確立した原理として存在していたわけではなく、むしろ私的土地所有は、『伝説的古代の』井田すたれて以来』長い年月にわたって展開してきた既成事実という以外の基礎づけをもたないものであつた。したがって、私的土地所有に対する国家ないし民間の調整介入も、原理からの乖離という意識なしに行われえた。」岸本「明清契約文書」滋賀編『中国法制史基本資料の研究』七八〇頁。
- (74) 滋賀秀三「中国法制史論集法典と刑罰」創文社、二〇〇三年、一〇頁。この点で、プラトンが最善の国家（哲人王の支配する国家）において、「市場や都市や港に関する諸規定、あるいはその他これに類するいっさいのこと」を立法ではなく、いわば自然成長性に委ねていることは、中国的秩序がその根源において西洋的伝統からみても何らかの共通の要素をもっていることを示唆するものとして興味深い。プラトン『国家』（上）、二七六頁参照。
- (75) 溝口雄三『中国の公と私』研文出版、一九九五年（初出は一九八〇・八八年）、二七、五四—五五頁。なお、池田和久・溝

口雄三「公私」の項、溝口ほか編『中国思想文化事典』、とくに中国には自然法思想が存在しなかったということの意味について、溝口雄三『中国前近代思想の屈折と展開』東京大学出版会、一九八〇年、三四三―三四四頁、参照。後者の文獻における溝口の、中国には「現実とは別個に（フィクションとして）構築された法の世界」が存在しなかったという指摘はとくに重要である。

- (76) この点を強調するものとして、村上淳「近代的所有権概念の成立」『私法学の新たな展開』（我妻栄先生追悼論文集）、有斐閣、一九七五年、同「近代法体系の形成と『所有権』」『法学協会雑誌』第九三卷第二号（一九七六年）、参照。
- (77) 例えば、寺田「中国近世における自然の領有」二二二頁。
- (78) 同右、二〇二頁、寺田「清代土地所有秩序における『慣行』の構造」一五三頁。
- (79) 東京大学社会科学研究所編『基本的人権』第三卷（歴史Ⅱ）、東京大学出版会、一九六八年、所収。
- (80) 同右、二八七頁。
- (81) Н. М. Коркунов, Русское государственное право, Т. 1, Изд. 5-е, СПб, 1904, с. 202-204.
- (82) Там же, с. 26.
- (83) Там же, с. 422-423, 429.
- (84) Там же, с. 207, 209.
- (85) М. Ф. Владимировский-Буланов, Обзор истории русского права, Изд. 2-е, СПб-Киев, 1888, с. 483-486.
- (86) Н. Л. А. Харт (矢崎光圀監訳)『法』の概念』みすず書房、一九七六年（原書一九六一年）、一〇四頁。
- (87) М・サーリンズ（山内和訳）『石器時代の経済学』法政大学出版局、一九八四年（原書一九七二年）、参照。