

ロシアにおける民法の存立条件

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2018-01-22 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/10.14945/00024433

■ 論 説 ■

ロシアにおける民法の存立条件

大 江 泰 一 郎

目次

はじめに—「民法」の危機

I 「民法集」—歴史的法源と創造

II 「民法集」における〈シヴィルなもの〉とその基盤

1 民法における国家

2 所有権—国家的所有権と私的所有権

3 契約—クレブ事項と契約事項

III 民法から「財産法」へ

結びに代えて

* 付：「民法集」の編別構成

主要参考文献と略記方法

はじめに——「民法」の危機

帝政ロシアにおける民法ないし民法学の危機を伝える19世紀の証言がある。それをまず見ておこう。

民法 *grazhdanskoe pravo* (市民法) といえ、この名辞で何か一様で一個の全体をなし充実して自己完結性をもったものを理解し念頭にうかべるものである。だが、果たしてそう言えるか。ロシア民法の内容に立ち入ってみると、こうした諒解は誤りであることが分かる。そこには多くの夾雑物があり、逆にまた欠落も多い。確かなのは、現在の民法とは、この〔ローマに由来する「市民の法」*ius civile* という〕名辞そのものからして奇妙なのだが、いろいろな国の材料から間違った構想で建てられたあばら屋であって、設計段階から取り違えや思いつき

が少なからぬ役割を演じてきたことである。古の聖堂は上から下まですっかり解体し、正しい理論的な土台のうえに再建すべきである。その根本的な建て替えは、無数の混乱や、無用で不要な弥縫策から法律学理論と実務とを開放する唯一の道であって、これらの不都合は、旧時代から不自然で見苦しい体系として相続されたまま、主要な諸点において現在まで辛うじてもちこたえてきたが、それも継ぎあてや粉飾で今風の外見をつくり深刻な亀裂を隠そうとしてきたにすぎない(Ka1900, 848-849)。

ロシアの民法に「民法」らしきものはない。〈シヴィルなもの〉などもともと幻想なのだ。これは、事実上民法典としての意味をもったロシア帝国法律大全第10巻第1部についての最も辛辣な論評の一つともいえるもので、ペテルブルク大学で民法教授を務めたこともあり、19世紀ロシアを代表する法律学者のひとりでかつ歴史家・民俗学者ほか多彩な顔ももつコンスタンティン・カヴェーリンの論文「民法とは何か、その限界はどこにあるか」(1863年)の一節である。「民法」に代わるべき「財産法」提唱の論陣を張ったカヴェーリンの、市民法という「名称そのものが奇妙だ」という言い回しには、わが国民法典編纂史初期にみられた、*droit civil* にかかる「民に権があるとは何の事だ」という異論(穂積陳重『法窓夜話』)と一部通底するところがある。カヴェーリンが念頭においているのは、ロシアにおける法典化事業の所産であり、帝国崩壊まで事実上民法典の役割を果たした「民事法律集」(ロシア帝国法律大全第10巻第1部 = *Svod zakonov grazhdanskikh* —以下「民法集⁽¹⁾」と呼ぶ)であるが、ここに見えているのは、ロシア社会自体が「民法」に拒絶反応を示している図である。危機の認識はカヴェーリンに限らない。19世紀最大の民法学者といってよいガブリエリ・シェルシェニューヴィッチ(カザン大学のちペテルブルグ大学教授)も、『ロシア民法編纂史』(1898年)で、同じ民法集についてこう書いている。「民法集は、現行法令を未曾有の混乱に追いやったが、この混乱は『民法集』の刊行以前の状態を放置するものでもあった。『民法集』は現状においては現行法を表現するものではないし、まともな法律家ならこれでロシア法が解かると言えるものはないであろう」(Sh1898, 87f.)、と。民法集とは別に「現行法」がある、という口振りである。民法学の危機はその現行法そのものの危うさとも結びついていたわけである。

ロシアとは大きく異なる西欧の事情を顧みれば、「民法典こそが真の憲法である」という見方(J・カルボニエ)にそのひとつの集束点をみることが出来る。本稿は、別稿における〈シヴィルなもの〉の考察(Oh2017a, Oh2017b)に対応しつつ、「民法」は市民法 *ius civile*、即ちその歴史的起源において共和国市民団の政治的機能を担う私法(ルーマンのいう「政治的私法⁽²⁾」 *politisches Privatrecht*)であったという視角から、ロシアにおける民法の成立条件を検討することを課題としたい⁽³⁾。わが国のロシア

法研究には帝政期「民法」の規範構造を検討したものはこれまでなく、漠然とそこにも西欧諸国のそれに比肩する民法が存在した、ロシア法は「西欧起源」である、などと観念されきた⁽⁴⁾。日本には限らない。ロシアの法的状態について多くの著作をものしたあのマックス・ウェーバーでさえ、遺稿集『経済と社会』において、「イギリス、北フランス、スカンディナヴィアを除いて、ローマ法はヨーロッパを、スペインからスコットランドやロシアにいたるまで、征服した」(世良訳『法社会学』493f)としているほどなのである。われわれは本稿において、シェルシェニューヴィッチが、この国における民法学の成立から世紀末までの民法学史を検討した『ロシアの民法学』(1893年)を、民法学史の作品として必ずしも成熟したものではないが、課題への接近のさしあたりの手懸りとして批判的に利用することにしよう⁽⁵⁾。

I 「民法集」—歴史的法源と創造

民法集は20世紀初めまで多くの問題をはらんだまま事実上法典の役割を演じざるをえなかったともいえるが、その編纂・制定の事情からすれば、厳密な意味での「法典」*ulozhenie*; *code*ではなく、歴史的法源から体系的法律集成(*Svod*)として編纂されたものに過ぎない。法典編纂事業は18世紀初めピョートル大帝治世のいわゆる欧化政策にはじまるが、それが「民法典」*Ulozhenie grazhdanskogo prava* 編纂を目的とする構想へと固まったのは18世紀に入ってからで、「会議法典」(＝アレクセイ・ミハイロヴィチ帝の1649年法典)以降の現行法令をまず編年体の集成「ロシア帝国法律全集」として作成し、ここから体系的な「法律集成」を構成し、これをさらにそれを「法典」(*Ulozhenie*)に再構成・編纂するという方針が最終的に定まったのは、編纂事業の統括がミハイル・スペランスキーひとりにゆだねられた1826年のことであった(Ko1861, II,311f)。この、①法源史料集成(法律全集) *Polnoe sobranie zakonov* →②法律大全 *Svod zakonov* →③法典 *Ulozhenie* という当初の見通しが1830年代初めに皇帝ニコライ1世自身の意思で断念され(③の完成が当面実現不能なものとして棚上げされる)、②の段階の体系的集成 *Svod zakonov Rossiiskoi imperii* がそのまま、現行法(①に収録された法源集)として1835年から施行されることになったのである。②の編纂形式はスペランスキーにより、ユスティニアヌス帝の「ローマ法大全」*Corpus iuris* 段階の集成に擬せられたが(われわれがこの *Svod* に「大全」の訳語をあてる理由もそこにある)、スペランスキー自身の構想ではこの段階の集成をそのまま新法とすることは想定されていなかった(②の全体も、その一部たる第10巻第1部＝「民事法律集成」も「集成」*Svod* の名称を有するが、1832年以降、単に「スヴォート」といえば後者を指しもした)。制定時の詔勅により「新法」*polozhitel'nyi zakon* と認められはしたものの、②はじつは、成立時点(国家評議会による承認)においては新法制定としての

厳密な意味での立法手続 *zakondatel'nyi poriadok* (「法律」即ち旧法の廃止を前提とする新法としての制定) を踏むものではなく、既存法の「新編集版」*novaia forma ranee deistvovavshikh zakonov* の承認という体裁をとり、加えて1842年、1857年に全面改訂されたため(以後は部分改定)、現行法源は何か(①か、②の各版か)という問題が常に生じ、実務上は②の編集上の誤り(誤植等)を正すという理由で、実質的な法源(裁判基準)としては①に立ち返ってそれを適用するも許容されたという事情がある(S. *Ist.* 85-88)。①と②との間のデリケートな関係はそれに止まらない。

②の体系的集成における各条文は、複数の既存勅令 *ukazy* から単一の条文として構成されるケースが多いが、「法律としての信頼性」を確保するため、建前としては用語を含め歴史的な法源①の法規(規範)を再現すべきものとされ、原則として、それぞれに対応し①内に存在する法令・条文が参照条文(*istochniki* = 「歴史的な法源」)として配備され、また必要に応じて「備考」*primechanie* (諸条文間の結びつきや相互関係あるいは歴史的成立事情などに関する編纂者の説明)や「付記」*prilozhenie* (付表など)が加えられた(スペランスキーのいう「最善の法文註解(*commentaria*)体系」Sp1837, 166ff)。だが、①から選択された諸史料の切り貼りや結合だけで、体系的集成が可能になるわけではない。形式的・論理的には、②は①の再版をなすべきものであるが、選択、加工、注釈といった操作の手が加わっていることは否定できない。建前を別にすれば、②は実質的にやはり「新法」というべきものであった。

この操作の意味をもっとも雄弁に物語っているのは、スペランスキーが『法律集成をめぐる歴史事情概観』(1837年)で民法集の各条文「備考」について注記している、参照条文を欠いた「繋ぎの条文」*perekhodnye stat'i* なるものの問題である。スペランスキーはそこで、「繋ぎの条文それ自体は法律 *Zakon* ではなく、諸条文相互間の必然的な結びつき *sviaz'* を含むにとどまる」(Sp1837, 165n)としている。「法律」の意味をもたない条文が民法集には存在するというのである。シェルシェニエーヴィッチはのちにこうした「繋ぎの条文」の例として、契約不履行における債権者の強い権利にかかる民法集570条をあげるが(Sp1837,95)、われわれの観点からそれより重視すべきだと考えるのは、同421条の、「私的所有権は、これを国家的所有権と区別する。国家的所有権は、国有財産の優越的領有 *verkhovnoe obladanie*、即ち優越的な使用および処分存する」という規定である(本稿では取り扱う諸文献の刊行年次に対応するため民法集の条文番号は1900年版に従う)。同696条「国有財産の優越的領有権は、もっぱら『皇帝陛下の専制権力』*samoderzhavnaia vlast' Imperatorskogo Velichestva* に属する」(訳文中の『』内は原文では斜体)という国家的所有権の中核の規定は、第421条の「非法律的」条文(スペランスキーのいう「繋ぎの条文」)の助けを借りて、初めて「法律」(=新法)となる。皇帝(=ツァーリ)所有権は、ここで西欧の王の私的所有権(公的性格を有する王冠領と区別され王自身に属する私的な家産)とは異なる

る、実力支配（「専制権力」）と直接に結合された特異な「所有権」として法的に確立されるのである（Oh2016）。国家的所有権と私的所有権、その他（民法集698条のあげる10種の「財産権」＝所有権）——所有権は複数化する。多様な「所有権権類」があるという史上類例のない事態がここに出現する。

ちなみに、「優越的な領有権」とは何か？「領有権」*obladanie* はロシア固有法の所有権を意味するとみてよい。「優越的」権利 *verkhovnoe pravo* について、スペランスキーは遺稿断章において、これは、「普通の意味における権利ではなく、神の恩寵による、神聖な、上から構築された権利」であって、これにもとづく権力も「無制限」である、とする。ここでは公法・私法という区別がそもそも意味をなさない。公法・私法の融合をいうなら、「優越的」統治者は、私法に引き寄せられて「大きな村の地主になってしまいもはや君主ではない」、ということになる。君主にして国土全体の地主。ここに存在するのはじつは正真正銘の「東洋的専制」*despotizm* に他ならない、と彼は私的な覚書では告白するのである（Sp2013, 333f）。

民法概念としての所有権とは異なる国家法的・高権的（＝行政的）構造を有する「優越的領有」が、民法中に位置づけられることになる（「私的所有権」はこれを源泉とし、ここから「恵与」＝贈与によって貴族に与えられる）。「国家的所有権」「私的所有権」の両概念は前記①の歴史的法源には存在しない。とくに前者の「国家的所有権」は民法集の〈創造物〉中でも最重要の概念とみるべきものである）。〈創造物〉とここでいうのは、制度としてのその内実がここで初めて創出されたというのではなく、ロシア固有法が法的形式なしに潜勢的にはらんでいた国制（「モンゴル」・ロシア的構造）に西欧法的な外被が加えられたという意味においてである（Oh2016）。民法集の「私的所有権」という概念をみても、ひとはそこにローマ法的・近代法的なものを認めることはできないであろう。「繋ぎの条文」は、こうした創造的変革を隠して民法集を「法律として信頼性」（Sh1859, 105）を有するものとして造成する強かなテクニックだったことになる。

II 「民法集」における〈シヴィルなもの〉とその基盤

民法集がその名の通り〈市民の法〉*grazhdanskoe pravo* といえるか、カヴェーリンのいうようにその名称そのものが「奇妙」で実態にそぐわないものか。若干の項目に即して検討しよう。

1 民法における国家

その構造において権力としての国家自身が主役を演じているような「民法」は、民事法、市民法として存立可能であろうか？ シェルシェニエーヴィッチは『ロシアの

民法学』第2章において、ロシアにおける民法学の本格的展開を告げ、学界でも高い評価と稀有なほどの称賛を受けた、コンスタンティン・ニュヴォーリンの『ロシア民事法律史』全3巻(1851年)について、次のように書く。ニュヴォーリンの業績への世評は度が過ぎている。民法史を書くとしても、なぜピョートル大帝時代に遡り、さらにモンゴル支配時代やイヴァン3世の事績を論じなければならないのか。「ニュヴォーリンの誤りは、あたかも民法の歴史が国家法〔=公法〕と足並みをそろえて進行し、民法史と国家法史が同一の発展段階をたどるかのように、彼が確信しているところにある」、というのである(SH1893, 51)。

確かに、ニュヴォーリンはロシアにおける「私的所有権」を生み出す法的基盤を、国庫 *kazna* の所有権すなわち「国家的所有権」*gosudarstvennaia sobstvennost'* にもとめ、しかもその歴史的祖型をモンゴル国家法(=行政法)にみた(Oh2016, 65f)。「〔征服されたロシアにおいても〕モンゴル国家法の原理によって、ハンの覇権 *vladychestvo* の範囲内にあるすべての土地が彼の所有地とされた。ハンの臣下〔ロシアの君公〕は土地の単なる保有者 *vladel'tsy* であったにすぎない。モンゴルのハンはロシアの土地をこうみた。モンゴルによるロシアの征服によって、ロシアの旧来の家門伝来地所有者 *votchinniki* が、ハンとの関係においては単なる土地保有者 *prostye vladel'tsi* にとどまらねばならなかった理由が、ここにある」(N.Ist.II, 135f)、とニュヴォーリンはいう。ごくかいつまんでいえば、モスクワ国家で形成されツァーリー貴族間の所有権—保有の関係は、このモンゴルの所有構造(「モンゴル国家法の原理」)がロシアにおけるモンゴル支配(「タタールのくびき」)を介してロシアに転移したものであって、このツァーリーの保有 *vladenie* がのちに民法集において「国家的所有権」へ、貴族の保有 *vladenie, imenie* が「私的所有権」へと成形された、というわけである。「民法」形成の優越的な契機にして優越的な原理はロシアでは国家にある、ということになる。

国庫というより国家権力そのものが法的(超民法的)主体としてその内部で優位するような民法は、「民法」「民法集」といえるのか? ニュヴォーリンの『ロシア民事法律史』はここにきて、あえて晦渋なトーンの議論を広げざるをえなくなり、大きな屈折をみせる(N1851, I, 1ff)。テキストに見えないものを補いつつそれをたどれば、彼の議論はこうなろう。民法は現実のロシア固有法においては、国家の作用や農民間の関係も含む「広い意味」をもっていた。だが、モンテスキュー『法の精神』第1編第3章の万民法・政治法 *droit politique*・市民法 *d. civil* の概念の基礎にある人 *personne* ないし市民 *citoyen* の概念と比較すれば分かるように、現実には、非市民を含む「すべての臣民」*vse podannnye* の概念にはむろん一致せず、「ロシアのある場所 *nekotorye mesta* でだけ妥当する民法」、即ちもっぱら貴族(制約付きで聖職者・都市住民)に限定された「私人」*chastnye litsa* 間の関係に存在する権利義務関係だけを「民事法律」とみなすような、「別の意味」での民法の観念が支配してきた、と彼はいう(ib. 3, 4, 7)。

ここでとりあえず、前者を〈広義〉、後者を〈狭義〉の民法と呼んでおくとするれば、エカチェリーナ2世の立法訓令(1767年初版)第10項がこうした狭義民法論の起点であって、そこではすでに「すべての〔限定された臣民としての〕市民 *vse grazhdane* の間の相互関係にかんする事柄が民法を構成し、これがすべての市民の所有権を保護し安全をもたらす」とされていた(ib. 3)。これがその後も〈ロシアにおける「民法」〉の正当性の根拠となった。だが、これは、君主の命令の命題そのもので、「民法」存立の歴史的条件をいうものではない。狭義民法論の採用をよぎなくされるのは、広義で成り立たないものでも狭義なら「民法」として可能だ、というのではない。こうした意味で広義・狭義の如何を問わず、ロシア史においてはおよそ本来の「民法」=市民法の存立基盤を、ニュヴォーリンは見出しえないのである。

ニュヴォーリンは19世紀半ばにおける現状認識の結論を次のように記している。ロシアにはローマ法の伝統も、フランスやドイツが見たような中世法学の遺産も存在しない。「ロシア国民の事業の世界史的意義を見定めるには、今はあまりにも時期尚早である。ここであるいは可能な予測や予期も、学は確たる真理として受け入れることはできない」。「こうした探求が成就し、あるいは少なくとも完成に近づくまでは、ロシア民事法史の原理論 *filosofia* は手をつけることさえできない。あえてそれに手を染めるなら、これからの研究も、真性の事業に見合わないわれわれの無力さを露呈するだけであろう」。ロシアでは建物の建設は「緒についたばかり」で、自著の書名には反するが、「ロシア民事法律史も今日においてはただ不可能なのである」(ib. 7, 8, 9)。ニュヴォーリン作品の書名『ロシア民事法律史』は、民法の本史ではなく、ロシアの将来にありうべき民法のいわば〈前史〉 *pre-history* を意味することになる。こうした認識の底部には、彼がスペランスキーによってベルリンに派遣されてサヴィニーの薫陶に恵まれ、また彼自身から格別に高い評価もえた厳しい歴史哲学、研ぎ澄まされた歴史感覚がある。「歴史が記していないことは歴史には存在しない」(ib. 19)。ニュヴォーリンは決然という。無い袖は振れぬと。シェルシェニエーヴィッチにはこの境地が全く理解できない。「ニュヴォーリンの論述にわれわれが見るのは、あれこれの制度に係る一連の法律の交代だけであって、この制度の歴史ではない」(Sh1893, 53)と、ニュヴォーリンを批判する。ロシアにも「歴史」はあった。後追いながら、西欧の文化と文明を「移植」し、それを根付かせる事業をさらに進めて、歴史の「空白」を「仮説」によって補えば、歴史を回復することは可能だと彼はみる(ib. 3, 53, 232)。体系書『ロシア民法教科書』(1894年初版)でシェルシェニエーヴィッチはロシア民法学史に触れ、ニュヴォーリンに代表される「歴史主義」(1830年代から農奴解放まで)に代わり1860年代以降に支配的になる「解釈構成(ドグマーティク *dogmatika*)の方法」の優位性を強調するが(Sh1912, 8-17)、彼が空白を克服すべき「仮説」のモデルとして念頭においていたのは、ドイツのドグマーティク、端的にヴィン

トシャイトの『パンデクテン法教科書』*Lehrbuch des Pandectenrechts* (Erstauflage 1862–1870)であった(シェルシェニューヴィッチ自身の著書タイトル『教科書』*uchebnik* <*Lehrbuch*がこの事情を示唆する)。

さて、ここでわれわれは、ロシアの民法についてほとんど対極をなす二つの立場の岐路に際会することとなる。ニュヴォーリン的な〈民法不在説〉とシェルシェニューヴィッチ的な、公式の民法集とは異なる次元に実定法を認める〈民法存在仮説〉あるいは〈仮想民法論〉ないし〈擬制民法論〉がそれである。19世紀ロシアの民法学者たち、即ちローマ法寄りと見なされたメイエル、ロシア固有法よりと見なされたポベドノースツェフらの諸家は、これら二極のいわば中間に立つものと見ることができる。

2 所有権—国家的所有権と私的所有権

民法集に「私的所有権」の規定があるから、市民法があるとはむろんいえない。ロシアでは、国家が「優越的」主体である。「市民」概念は存在しない⁽⁶⁾。人口の圧倒的多数をなす農民、とくにその約半数を占める農奴は民法の主体ではなく、むしろ土地に付属する「動産」として売買の対象となる(ここから農奴の幽霊戸籍売買に因んだゴゴリの『死せる魂』*Mertvye dushi*が出てくる)。それでは民法集のいう「所有権」とは何か? 所有権(「私的所有権」)の概念は、次の420条で与えられている(旧稿より改訳、「」内は原文では斜体)。

財産の原始取得者であって、当該財産を適法な〔国家＝皇帝からの〕授権手続 *ukreplenie* により私的帰属に移し、民事法律の定める手続で、排他的にかつ他人から独立して、永続的かつ世襲的に、これを領有(占有)・使用・処分する権力を取得したものは、この財産に対して「所有権」*pravo sobstvennosti* を有する。ただし、この権力を他人に譲渡した者は、この限りではない。なお、原始取得者から〔相続により〕直接に、または〔承継で〕間接的に、適法の譲渡および所有権取得方式によってこの権力を取得した者も、この財産に対して「所有権」*pravo sobstvennosti* を有する。

(1) 「権力」としての所有権

この規定で重要なのは「権力」としての所有権の概念である。この所有権の「権力」性は、右の420条の規定中にみえる、ロシア固有法の「領有(占有)」概念に由来する。

ニュヴォーリンは『ロシア民事法律史』の物権の部で、「所有権」に入る前に「ヴラヂェーニエ」(*vladenie* 領有ないし占有⁽⁷⁾)の章をおいている。これは、ロシアではこの「領有(占有)」概念が「所有権」に歴史的に先行する(領有(占有)→所有権 *vladenie* →「所有権」*sobstvennost'*)という理由によるだけではない。注記されて

はないが、ドイツ留学中にその影響を受けたサヴィニーの「占有法」論文⁽⁸⁾(1803年)の影響によるものとみることができる(ニュヴォーリン書の出版時期からみて、彼はサヴィニー説に従うヴィントシャイトの1862年初版『パンデクテン法教科書』をまだ見ていない)。その「ヴラヂェーニエ」章の冒頭でニュヴォーリンはこう書いている。「人間と物とに対する人 *litso* の物理的権力を指すに、ロシアでは古来様々な表現が使われてきた。支配する *vladet'*、安堵する *sidet'*、そしてそれらの派生語、また掌握する *derzhat'*、差配する *vedat'* がそれである」(N1851, II, 107f)。ここで際立っているのはむしろ、「人間 *liudi* と物に対する物理的権力 *fizicheskaiia vlast'*」である。

さらにニュヴォーリンは『ロシア民事法律史』第2編「財産について」の冒頭、「領有」*vladenie* の概念を説明し始めるところで、「法ないし権利 *pravo* とは人に対する人の支配 *gospodstvo* であるが、法—権利は一般的法律に即したものであって、私的な恣意 *proizvol* によるのではない。というのも法律は国家によって制定されるからである」ともしている (ib. 1)。物理的権力による人間支配が「民法」の核をなす箇所に明示されていることになる。

こうした把握の対極をなすのはやはりシェルシェニエーヴィッチである。彼も420条の「ヴラヂェーニエ」の意味が二重化していることを見逃していない (Sh1912, 241, 262, 264f)。だが、そこに権力支配が含意されているわけではないという。「私的所有権は権力をなすが、それは事実的支配ではなく法律学的意味においてであり、主観的権利としての権力の謂いである」「ロシアの法令はヴラヂェーニエを所有権の最も重要な契機の一つと認めているが、これは明らかに物理的な物 *veshchi* [に対する支配] を含意している」(ib. 261)。民法集には、農奴が地主貴族の「動産」として位置づけられていることとも絡んで、「物」*res, Ding* の概念は存在しないが、彼はそれを当然のように前提しているわけである (ib. 147ff)。

ポベドノースツェフの体系書はその体系や用語法からして異色であった。彼の『ロシア民法講座』全3巻は、所有権の部を「ヴォッチナ権」*votchinnye prava* (貴族の「家門伝来地領有権」) というロシア固有法用語の標題下に展開するほどなのであるが、第1部ではローマ法的な「物」概念を自明なものとして自ら体系に導入している。この「ヴォッチナ」(父祖 *otets* の遺産 *otchna* からの派生語) は貴族の所領を意味し、「農民付き領地」*nedvizhmoie imenie, naselelnoie krecl'ianami* の同義語とみてよいが、もともと420条の所有権概念はこのタイプの不動産をモデルとして構成されている。それゆえ420条の所有権概念は字義上動産を含まないが、農民はこの「不動産」たる土地＝「財産」のいわば従物としてこれにすでに含意されている(領地＝土地＋農民)。彼の「物」概念においてはこの構造的要素は消去されている(貴族の農民支配は不問にふされる)。シェルシェニエーヴィッチの場合と変わらない。ポベドノースツェフはこの矛盾にうすうす気がついて、農民の法的地位の分析をさしおいて、貴族

boiare, dvoriane における給養形態の変動(土地賜与に対する俸給形態の比重拡大)にともなって「目立たなく」なり、1861年の「農奴解放」とともない最終的に「意義を失った」とするに止まっている(Po1896, I, 66)。仮に農民の法的地位に変化があっても、〈仮想民法〉の構造は変わらない、とみているのである。

シェルシェニエーヴィッチにおいてもポベドノースツェフにおいても、〈仮想民法論〉が固有法にない何を取り入れ、何を切り捨てているか、は明らかであろう。

(2) トリアーデ規定

420条は所有権の内容を「領有(占有)・使用・処分する権力」とし、3権能を列挙する仕方(Triade)で規定している。所有権の概念規定において、そのいわば構成要素たる権能をあげる方法はフランス民法典(使用+処分)でもドイツ民法典(処分)にも見られる。だが、トリアーデの形をとる例は、管見の限りではプロイセン一般ラント法における「完全な所有権」*das volle Eigentum* 概念のケースだけである⁽⁹⁾。ローマ法源、また所有者の権能によって所有権 *dominium* を規定する方法を採用する、バルトルス以降の後期注釈学派の伝統のなかにも、同種の例は存在しない⁽¹⁰⁾。プロイセンの場合は、抽象的な市民法概念と身分制的構造とくにレーン制の重層的所有権とを抽象的な用語法(「完全な所有権」ほか)で調和させるために、ここにゲヴェーレ概念の系譜にたつ「占有」*Besitz* が持ち込まれたものと考えられる。ロシアの場合は、私的「所有権」の概念規定に、①でみた固有法の「ヴラヂェーニエ」がスペランスキーの手によって巧みに挿入された。メイエル、シェルシェニエーヴィッチ、ポベドノースツェフのいずれにおいても、ローマ法源にはないにもかかわらず、なぜあえて3権能列記を当然視するのかという問題はそれ自体問われることがない。シェルシェニエーヴィッチは、民法学の諸家が提案する概念規定が「拙劣」なため、やむをえず「正しくない」制定法に従うことを示唆するが(Sh1912, 260)、「正しくない」ものが立法化された理由も、あるべき代替の概念規定も、明示することがない。トリアーデはこれらの民法学体系に、こうして、それなりに他に選択肢のない所与として組み込まれているのである。

ニュヴォーリンが、この概念規定につきあえて皮肉を込め「史上初めて全き正確さをもって」民法集によって与えられたことを記すだけで一切の説明を加えず、すぐ家門伝来地=「ヴォッチナ」の形成史を開始しているのは(N1851, 123)、以上の経緯からみて極めて暗示的であろう。残るのは、トリアーデにおける第1項「領有(占有)」の地位である。民法集513条が、「領有(占有)は、同一人において所有権と結合しているとき、所有権の本質的部分をなす」とすることが、ここで想起されよう。「領有(占有)」は固有法においては「所有権」と互換的な概念、というより後者に歴史的に先行する概念に他ならない(Sh1912, 262)。トリアーデは、ローマ法源とはむしろまっ

たく無縁で、じつは固有法の *vladenie* とフランス型の所有権概念（使用＋処分）とを異物どうしのまま混合する、即ち①領有（占有）＋②使用＋③処分の形式をとることによって、じっさいには①のロシア固有法の所有権 *vladenie, obladanie* 概念、の優位（「本質的部分」）を維持するテクニックになっているわけである⁽¹¹⁾。

(3) 「所有権授権」（ウクレプレーニエ）の権原と方式

民法集の編別（本稿文末参照）は一見フランス民法典のそれ即ち法学提要方式 *institutionen*（人－物－行為）に倣っているように見えるが、大枠で①家族－②財産権とその取得方法（「売渡」「買受」を含む）－③契約という構成をとっており、売買ないし「契約」が②と③に分散しているという点でそれと異なっている。これは「契約」の本体が②③のいずれにあるのか（「売買は契約か？」）という論点と絡んで、いわばロシア「民法」最大の謎をなすが、これについてはのちに〈クレプ事項〉と〈契約事項〉との関係の問題として別途検討することにしよう。

さて、「所有権授権」とここで邦訳しているウクレプレーニエ *ukreplenie* はロシア固有法の概念で、その語義からすれば、領有 *vladenie* ないし所有 *sobstvennost'* の法律関係の成立を行政行為によって認定するというその一面においてはわが法律学という確認（*Feststellung*）の用語に近いが、その語幹をなす「クレプ」-*krepl-* は、モスクワ国家成立期の15～16世紀に「土地恵与状」（クレーポスチ *krepost' = zhalovannaia gramata*）の形で現れ、のちに「財産権取得（＝授権）」行為ないしこれを確認する「土地購入（＝授権）証書」（クープチャヤ・クレーポスチ *kupchaia krepost'*－慣用短縮形では単にクープチャヤ）がその派生語として成立する。歴史家クリュチェフスキーによれば、「古ロシア法においてクレーポスチとされるのは、人 *litso* の物 *veshch'*〔不動産たる土地と動産たる農奴人格〕に対する権力 *vlast'* を認証するところの、象徴または書面による行為ないしその公示形態としての証書 *akt* である。この行為・証書によって確認される権力が、領有者（所有者） *vladelets* にクレーポスチの権利なるもの *krepostnoe pravo*〔農奴主の権利〕を付与する」とされる⁽¹²⁾（「権力」を上から授権するのはむろん全土領有者としてのツァーリにほかならない）。のちに本稿でみるように、スペランスキーは「クレーポスチの権利」にローマ法の物権用語 *ius in re* を充てているが、クリュチェフスキーの説明と矛盾するわけではない。なお、メイエルはその講義録でこの「確認」の語に *corroboratio* というラテン語を付しているが（Me1902, 214）、これは彼のローマ法学的学風のなせるところであって、ローマにそのような概念があったわけではない。

「確認」という術語は一般的過ぎてここでの行論には馴染まないところがあるから、以上の見地から本稿ではクリュチェフスキーの語義説明を積極的に採用しつつ、ウクレプレーニエを、ツァーリによる下位者（公ほかの貴族）への所有権＝権力の割

当てと解して「授権」の訳語をあて、文脈により「確認」ないし原語語幹「クレプ」の表現をそのままの形で使用することにしたい。

「ウクレプレーニエ」ないし「クレポスチ」概念の要諦は、公示手段たる登記につき対抗要件主義をとるフランス法や成立要件主義をとるドイツ法におけると異なり⁽¹³⁾、既得権（「神聖な権利」）としての所有権の当該人格への帰属を確認しあるいは前主から承継した所有権を確認するというのではなく、国家が「原始取得者」（民法集420条）に対して所有権を1回ごとに〈創設する〉、あるいは「原始取得者」そのものを〈生み出す〉こと、別言すれば、クレプ事項という「民事」（シヴィル）関係はロシアでは国家の関与なしには成立しないこと、を意味する（Cf. Oh2016, 45, 55）。なお、クリュチェフスキーのいう「クレポスチの権利」は、わが国のロシア史学では（19世紀ロシアにおいてもすでに）、その地主－農奴（農奴＝動産に対する所有者の支配）の側面に即して「農奴制」として邦訳・理解されてきたが、農奴制はこの「権利」の半面に過ぎず、これに留まるならば、この所有権の原基的な側面である土地所有（不動産に対する支配）の側面が看過されることになることになる。また、この「授権」は、西欧のレーン制における授封関係 *investitura* と異なり、双務的契約ではなく、ツァーリから貴族への「授権」即ち「農奴付き土地」の恩恵的な贈与 *pozhalovanie, darenie, darovanie*（民法集934, 967条）にもとづく互酬的な関係（Y・ロートマンのいう「宗教的体系」）であって、厳密な意味では法的関係ではない⁽¹⁴⁾（Oh2016, 70-74, 91f; OhForth. III, 1）。皇帝の専制権力をもっぱらこの互酬システムの上に立つことになる。M・ウェーバーが1906年の論文「ロシアにおける市民的民主主義の状態について」でこの権力を、「ひとり完全に非歴史的な『自由』を享受して、支柱のない天蓋よろしく虚空にかかっている⁽¹⁵⁾」と形容した所以がそこにある。

ニュヴォーリンはロシアにおいて「私的所有権」が成立する歴史過程を次のように要約している。「〔タタールのくびき〕解消後のモスクワ国家において〕国土全体が他の誰にも排他的には帰属することなく、もっぱら国庫の所有をなすという原理が樹立されたのち、恵与・売却その他の方法で大量の土地片が絶え間なく国庫所有から私人の所有に移転された。これはときとしては直接に完全な所有権のかたちで、ときとしては土地占有者の権利の制限を拡大する方向でなされた。この〔全土国家所有確立の〕対極において、旧〔キエフ国家時代からの〕分領制 *udely* の廃止にともない、自分の土地では統治権を有していた君公たちはこの統治権を失ったが、〔統治権抜きの〕旧来の土地領有（占有）はこれを維持しつつツァーリの臣下の地位に下って、臣民の私的土地所有権が形成されたのである」（N1851, I, 128）、と。ロシアではこうした歴史的経緯から、個々の土地所有権を国家が直接にそのつど創設・確認する手続が形成され、この手続が国家－私人間ならびに民間の土地取引にも転用されるようになったと考えられるが、これらが全体としてウクレプレーニエ即ち「授権」手続とし

て概念化されるのである。「クレーポスチ」とほぼ同義の「クープチャヤ」という語形が「買い」*kuplia* という名辞と結びつくのは、これも民法集420条の「原始取得者」なる概念が示唆し、またニェヴォーリンの私的所有権概念成立史論が示すように、第一次的にはもっぱら私人による国家からの不動産購入（「買い」）、即ち所有権の移転ではなく所有権概念の類型的交代（国家的所有権→私的所有権）を含意しているからである。これは、フランス民法典1582条が *vente*（売り）という名辞によって売買 *emptio venditio*、即ち双方向的に（対等私人間における所有権—所有権）「一方がある物を引渡す義務を負い、他方がその物について代金を支払う義務を負う合意」を含意するのとは異なる。ドイツ民法典も *Kauf* を売買の意で用いる（「契約」そのものについてはなお後述）。

ロシア法においては物権確認（授権）には物権の「権原」と確認の「方式」との双方が必要とされる。「権原」概念は、民法集では、皇帝からの土地恵与＝贈与（「原始的授権」*pervonachal'noe ukreplenie*）から帰結する「財産の原始取得（者）」（420条）として表現されるもので、スペランスキーは民法集編纂作業の指針として作成した『民法集』の内容および構成の説明書（1828年）では、この権原（＝原因 *causa*）こそがロシアの所有権の「本質」をなすものであり、所有権を物の使用・処分とみるフランス民法典の所有権概念を「誤り」としていた（Oh2016, 55）。ロシア所有権法はフランス法に倣っているわけではない。

「ウクレプレーニエ」というロシア固有法（民法集）の概念を理解するためには、ローマ法における「物の法」「人の法」の区別ではなく、マルセル・モースが『贈与論』で説く、物と人との関係にかかる独特の観念体系（「魂をやどした物」）を参照する必要がある（そもそも「物」および「物権」概念そのものはロシア法にはなく、理論構成の道具として19世紀にローマ法あるいはドイツの民法学から借用されたものであった⁽¹⁶⁾）。この点をもっとも鮮明に表現するのはポベドノースツェフの『民法講義』である。彼はそこで次のようにいう。「所有権概念の構成において、その不可分の構成部分となるのは領有（占有）*vladenie* であって、これが所有権の心的行為者 *dukhovnyi deiatel'*、即ち人間と財産との心的紐帯をなす。他方、〔所有権の権能として挙げられる〕使用・処分・管理（ママ）は物的紐帯の表徴、即ち所有権の物的表現に他ならない。所有権概念において領有（占有）は個別の権能ではなく所有権と一体化している。まさしくこの意味において所有権は国家からの授権（ウクレプレーニエ）によって基礎づけられた領有（占有）なのである。民法集513条〔および420条備考〕が、領有（占有）は、同一人格において所有権と結合しているとき、この所有権の本質的部分をなし、家門伝来的領有 *votchina* あるいは永代的・世襲的領有となるとする所以がここにある」（Po1896, I, 104）と。ドイツの占有理論における意思即ち「自己のためにする意思」*animus domini*（いわゆる「心素」）と比較すれば、ポベドノースツェフのいう、

国家権力によって裏打ちされた「心的紐帯」の特異性が分かるであろう。

所有権取得の「方式」としては、民法集707条が、国庫からの土地購入にかかる物権付証書 *krepostnoi akt* (購入証書 *kupchaia*) の取得等とならんで、動産については「財産そのものの引渡し *peredacha* を、また不動産については「不動産引渡し (明渡し)」 *vvod vo vladenie*⁽¹⁷⁾、を定めている (以下支障のない限り本稿ではともに「引渡し」とする)。不動産の「明渡し」(一種の占有委付ないし所有権授権) はたんなる「引渡し」(占有の移転 *traditio*; *peredacha*) とは異なる権力的行為であることに留意すべきである。というのは、ロシアにおける「明渡し」は、隣地地主や当該土地上に居住する農民代表 (村長 *sel'skii starosta*) の出席のもと関係官署がこれを宣告する儀礼 *obriad* によって実行されるからである (民法集707条、1864年裁判所構成法1424-1437条)。

「所有権取得」確認方式 (ウクレプレーニエ) の制度史細目 (N1851, II, 43ff) にここで立ち入ることはできないが、大づかみでいえば、モスクワ国家成立期を起点とし、ピョートル大帝時代にその原型が中央集権的な構造において形成され、エカチェリーナ2世治世に分権化する方向で改造され、これが19世紀末まで存続することになる。初期の公証から実質的な公権力による「授権」へ、確認の実行機関からみれば、公証人 (「広場 [モスクワ・クレムリン城壁内のイワーノフスカヤ広場] で執務する書記官」 *ploshchadnyi pod'iachii*) から土地事項管轄官署 *Prikazy* へと転換している (Sh1912, 223ff)。あらゆる土地取引を国家が把握するシステムが形成されるわけである。

さて、ロシアにおけるこうした「物権の確認」 *ukreplenie* は外国法との比較においてきわめて特異な構造を有する。たいへん煩瑣ではあるが民法集編纂者スペランスキーの見方を検討し、民法集条文解釈の手懸りとしよう。民法集編纂過程で記した手控え⁽¹⁸⁾に彼は、次のように記す (議論が錯綜するので、以下引用を①~④の通し番号で整理しておきたい)。

①「〔農奴制をその構成要素として含むべき〕物権ないしクレポスチの権利 *pravo krepostnoe* (*jus in re*) は他国ではどこでも正確には定められておらず、また他の諸権利 (物への権利 *jus ad rem*) と区別されていない」。

②「他の諸国においては、物権は取得の権原ないし原因 (*titulus*) によって確定するが、ロシアでは権原ないし原因だけでなく、確認=授権の方式 (*modus acquirendi*) によって確定される」 (S2013, 330, 331)、というのである。

スペランスキーは①で、ローマ法ないし普通法の物権概念 = *jus in re* と、ロシア固有法上の概念たる支配権力としての所有権概念 = *krepostnoe pravo* とを、等価のものと理解しているかにみえる。これについてはなお後述するが、ここではロシア法のなかにローマ的「物権」をみようとするスペランスキー自身の視角にかかるものとして理解しておこう。さて①・②の立言は、その用語法において、中世に上部イタリアで

編纂された著名な『封建法書』Libri feodorumの解釈研究から発生した、ローマ法およびゲルマン慣習法の交錯にかかるいわゆる「権原・方式」理論⁽¹⁹⁾をスペランスキーが参照していることを示すものである。この理論はドイツではふつう、物権の譲渡には「権原」Titel, titulus(売買・遺贈など所有権の譲渡を目的とする有効な法律関係すなわち原因行為 causa)だけでなく、「取得方式」modus acquirendi(引渡し等の履行行為)を必要とすると説くもので、後者はのちにサヴィニーが「物権契約」dinglicher Vertragとして把握したものに他ならない。「物への権利」(対物権) jus ad remは、プロイセン一般ラント法 ALR に定着した段階では、特定物債権 Recht zur Sacheの形をとり、とくに二重譲渡の権利関係にかかる制度(第一・第二の取得者のいずれに所有権が属するか)とみなされていた。

ところが、スペランスキーは同覚書で、これを次のようにも説明する。③「ロシアでは、ドイツその他の諸国とは逆に(?)、[titulusに対応するところの]所有権の授権 ukreplenieは、[modusに関係づけられるところの]二様の方式 poriadok、即ち届出の方式 poriadok iavochnyiか、所有権授権の方式 p. krepostnoiか、によってなされる。ロシアでは、届出[による公示]ではなく、後者の授権の方式が初めて物権 krepostnoe pravoを確定(創設) davat'する。というのは、授権の方式によって証明されるのは、財産が事前あるいは事後に売却されあるいは抵当に入れられたものではなく、したがって他人がこれに権利を有するものではないこと、所有権授権方式を実行した者のみ財産が属することが確実 krepkoであり、彼がこの財産を〔債権ではなく所有物返還訴権 rei vindicatioによって〕他人から追奪 otyskivat'できること、彼から承継的に posle ego取得しようとする者はだれでもこれを侵すべからざる他人の領地 imenieからより他には取得しえないこと、だからである。例外はひとつ、この方式の実行に瑕疵がある場合に限られる」と(ib. 331)。

またさらにスペランスキーは、④「他の諸国では物権は相続、担保 zalogおよび地租 povinnostiによって取得される。ロシアでは物権は相続、担保および地租だけではなく、所有権授権方式をなせば買受契約 dogovor kupliや賃貸借によっても取得可能である」(ib. 330)、とも書いている。

引用①～④はいずれも不動産にかかる議論ではあるが、全体としては謎めき混乱しているように映り、これらの認識を矛盾なく一貫した思考方法として理解することは一見不可能にみえる。フランス法が意思主義を貫徹して契約(合意)を所有権取得の決め手としていることと、ドイツ法とりわけ ALR が特定物債権において「方式」を要件とする形式主義(titulus / modus理論)を採用していることとが、整合的に把握されておらず、じっさいにはある意味でプロイセンの形式主義に近いともいえるロシア固有法の構造(権原+方式)が、「ドイツとは逆に」ユニークなものとして打ち出されているからである(①の断定はスペランスキーの、というよりもむしろ19世紀前

半段階におけるロシアにおける、外国法認識の水準を象徴するものであろう)。混乱の謎をとくカギの一つは④、とりわけ「地租」(の収取)と「買い」の概念にあるとわれわれは見る。「地租」および「買受契約」(国家からの購入＝クープチャヤ)はいずれも、国家と私人(貴族)とのいわばタテの関係にかかる概念(Sp1859a, 18-20)であって、フランス法の合意(売買)やプロイセンの特定物債権のように民間におけるヨコの関係とは性格を異にするが、スペランスキーはその区別を立てずに、すべてをもっぱらタテ関係の観点から、しかもクレブ事項(後述)の有無を基準に観察しているからである。もっとも *jus ad rem* に関する理論は中世の出発点(『封建法書』の注釈研究)においては、いわばタテの授封契約 *investitura* を研究対象としていたから、クレブ事項の問題を度外視すれば、この視座はあながち不当とはいえない。スペランスキーの問題関心のあり方がきわだつところであり、また彼における外国法摂取の屈折した事情を鮮明に表出するところでもある。

こうして、民法学者イヴァン・エンゲリマンがその著書『ロシア法における土地所有権の取得』(1859年)でいうように、「ロシアでは財産権とりわけ土地所有権の〔私人による〕取得は、〔直接に〕公権力によって〔「授権」*ukreplenie* という形で〕実行される」(E1859, 134)ことになる。フランス法やドイツ法におけるヨコの関係の論理がタテのそれへと変換され、所有権取得＝契約の法構造が国家による所有権授権＝創出のそれへと転回するわけである。国家が所有権を創設するという事情からすれば、「市民法」(シヴィルなもの)はもとより「私法」という概念もここでは危うい。私法にあたるものが仮にここあるとすれば、その「私法」は市民社会ではなく国家自身の創造物、その意味で逆説的ながらいわば行政法なのである。

3 契約－クレブ事項と契約事項

ここでは契約を売買の問題、それも売買の基本にかかわる理論問題に限定して検討しておきたい。端的に言えば、ロシアにおける不動産の売買はそもそも「契約」かという問題がそれである。ロシア固有法の構造が特異で、われわれの常識的な「契約」概念を寄せつけないところがある。再度煩瑣を極めることになるが、ロシア法の根幹にかかわるから問題だから厭わずに検討しよう。

ここではまず、ローマ的な「契約」概念や、物権・債権、不動産取引・動産取引という枠組みを後回しにし、大枠で民法集全体の構成(本稿文末参照)に即し、①第3編の「財産権取得」と②第4編の「契約」を対比する視角を設定することにした。フランス民法典のように②が①の項目の一つとして位置づけられるのではなく、①が②と対立し②を排除しているようにみえることに留意すべきである。

この①にはいっけん売買に照応するかの印象を与える「双務的交換」「買受」「売渡」などの範疇が含まれるが、「契約」法のいわば本体をなすべき②にはそれがなく、そ

こには「売渡予約」や「定期供給」など売買の派生形態が見いだされるだけだという甚だ捻じれた構図がまずは見て取れよう。「売買」概念がないかに見える民法体系を想定することには、われわれの視点からしても違和感を残す。法律に「売買」はないが、「買い」と「売り」は現実には(いわゆる「経済学的意味における契約」として)日常的に行われているはずだ、その意味でローマの *emptio venditio* をこれに当てはめても不当とはいえない。これが〈仮想民法論〉の見方である。

①の「財産権取得手続」において中核的モメントをなすのは、先にふれた、「私人」(貴族)による土地所有権取得について国家がなす「授権」(*ukreplenie* ウクレプレーニエ)という概念である。特異な用語による煩瑣を軽減するために、支障のない限り、これらにおける *-krep-* なる共通語根(「強化する」の意)に着眼しつつ、〈契約〉との対比において、以下まとめて〈クレプ条項〉ないし〈クレプ事項〉といった作業概念を用いることにしたい。この視角からは民法集第4編の「契約」は、〈クレプ事項〉と対立する〈契約条項〉〈契約事項〉として概念化しうる。この枠組みに従えば、民法集第3編-第4編の関係はクレプ条項-契約条項と表現できるが、問題の焦点はクレプ事項は「契約」かという点にある。

民法集のクレプ事項に関する主要条文をあげておこう。比較のため最後に「契約」編から1528条を掲げる。これはクレプ事項と対比される「契約」事項の中核概念を定めるものである。クレプ事項が「合意」によらないことがここからすでに知られる。

▽707条 財産権の授権(ウクレプレーニエ)は以下の二方式、即ち、(1)財産権取得確認証書 *krepostnoi akt*、公正証書 *notarial'nyi*、届出証書 *iavochnyi* または私署証書 *domashnii* に加えて、(2)財産そのものの移転(動産の引渡し *peredacha* または不動産の明渡し *vvod vo vladenie*)を〔合わせて「二重的に」〕実行するものとする。

▽1417条 不動産の売渡 *prodazha* はすべて、クレプ=授権付譲渡 *kupchaia krepost'* によってこれを実行する。

▽1420条 クレプ=授権付譲渡 *kupchaia krepost'* は、公証手続によりこれを実行し、上席公証人の承認を得て、これにつき公正財産権授権証書 *akt krepostnoi* を作成する。

▽1523条 郡部または都市において土地、家屋その他の建物を購入した者は、(不動産の明渡しを受けるために)所定の方式により財産権授権証書 *kupchaia krepost'* を公示 *ob"iavit'* しなければならない。

▽1528条 (a)契約はこれを締結しようとする当事者相互の合意 *vzaimnoe soglasie* によって成立する。(b)合意の対象は財産または行為であって、その目的は法律、

良俗 *blagochinie* および社会秩序に反するものであってはならない。

さしあたり707条についてだけコメントしておこう。スペランスキーは「説明書」の「所有権による領有」*vladenie po pravu sobstvennosti*の項目中、不動産の引渡し(民法集707条)について、こう書いている。「引渡し *vvod vo vladenie* は二重的であって、譲渡証書の交付と現実の引渡しとがそれである。これらはすべて儀礼によって実行し、結果を土地譲渡帳簿 *otkaznye knigi* に登載するが、この記録が正規原簿 *akty* となる」(Sp1859a, 23)、と。「引渡し」は国家による二重の「確認」とその儀礼性という実質を有するのである。この確認(=授権)がなされない場合のサンクションは明示されていないが、チュトリューモフの逐条コンメンタールは707条への解説の冒頭で、これを欠く場合には取引が「無効」になることを複数の破棄審判決を引いて示している(T1911, II, 567)。

さて、クレプ事項-契約の相互関係をどう見るか? ポベドノースツェフにも類似の記述があるが(Po1896, I, 266)、それをも視野にとりこんでいるシェルシェニエーヴィッチの叙述を引いておこう。彼はその『ロシア民法教科書』における「売買」項目の冒頭で次のように書いている。

売買 *kuplia-prodazha* は双務契約である。不可解なことだが、ロシアの法令における売買については、第一に契約であるのか、第二にこれを双務的性格のものと認めるべきか、疑義が呈されてきた。この問題についてロシアの民法学諸家の見解は鋭く分岐する。メイエルはロシアの立法に照らしても売買を双務契約だと認める。ところが、スペランスキーはつとに「クレプ付譲渡(クープチャヤ)は象徴的な引渡し *traditio symbolica* である」としていたことが知られている。ポベドノースツェフはこのスペランスキーの命題に即応して、ロシアでは〔この種の〕売買は〔そこでの所有権移転がその後の授権 *ukreplenie* によって初めて実行されるのだから〕契約ではなく、当事者の一方が相手方に一定の対価を払って財産を移転する行為(?)にすぎないとする。こうした見方の根拠となっているのは、ロシア法では買受(クープリャ *kuplia*)は契約ではなく財産権取得方法 *sposob priobreteniia* に属するという事情である。だが売買を〔契約即ち〕所有権譲渡の行為と認める方向への障害となっているのは、この権利関係の基底にある合意概念であって、合意が独自の関係へと分離されず〔「事実」として位置づけられ引渡しと一体に〕融合していることである。クープチャヤ(授権付譲渡)というロシア的概念を引き合いにだすことは不動産についてのみ有益ではあるが、不動産のほかに動産もまた売買されるのであって、ロシアの法律(民法集1490, 1514条)は動産の売買を確かに「契約」と名づけているのである。(Sh1912, 524)

民法集には「売渡および買受」(第3編第3部および同第2章表題)はあるが、これは非対称・非同一事項の「売渡」「買受」を意味するものであって(1381条以下および1420条以下)、ローマの売買 *emptio venditio* でないことはメイエルが指摘する通りである(Me1902, 459)。「売り」と「買い」はこれを合しても「売買」になるわけではない⁽²⁰⁾。シェルシェニエーヴィッチはクレプ事項をも講学上の「意思」概念を決め手として「売買」概念で把握しようとする。この観点から彼は、スペランスキーのクレプ事項概念(「財産権の取得方法」)について、「合意が独自の関係へと分離されず〔引渡しという「事実」上の関係と一体に〕融合している」と批判する。民法集におけるクレプ事項-契約事項の二元主義を、いわば〈契約一元論〉で把握しようとする(公法的関係も「民法」関係の概念で均す)ところに、シェルシェニエーヴィッチ流〈仮想民法論〉の特色が現れているわけである。

さて、シェルシェニエーヴィッチが引き合いに出しているスペランスキー「説明書」の記述をここで改めて確認しておこう。スペランスキーはクレプ事項を契約とは異なる性格の法関係であるとみる。何がどう異なるのかが問題であろう。スペランスキーは「説明書」中、クレプ事項にかかる「相互の合意にもとづく物的財産の移転について」の部、「買受=クープリャ *kuplia* について」の章において次のように記す。

本章では〔クレプ事項の典型をなす〕売渡契約 *dogovor o prodazhe* ないし売渡予約契約 *zaprodazhnyi dogovor* を売り(プロダージャ) *prodazha* そのものと区別しなければならない。売渡予約契約は、所定の時期に所定の条件で物を売る義務を生じる。だが逆に、売りそのものは合意 *soglasie* 即ち口約束 *slovesnyi ugovor* にもとづくところの行為つまり事実 *factum* であって、これは〔単なる事実であって法律行為ではない以上〕およそ現行法律の規律するところではない。売りそのものは債権債務関係 *obiazatel'stvo* を生みだすものではなく、すでに成立し履行段階に入った債務の実行あるいはその証明にとどまる。物権のクレプ付譲渡(クープチャヤ・クレーポスト)も債権債務関係と考えられたことはない。これは象徴的な引渡し *traditio symbolica* なのである。クレプ付譲渡は訴権 *actio* を生じることではなく、これにかんする手続は債権債務関係の *iskovoi* 訴権ではなく、所有権 *votchinnyi* ないしクレプ事項 *krepostnoi* にかかる手続、すなわち所有権取戻手続 *vindicatio* (?) である。」(Sp1859a, 21)

スペランスキーはこう書いたのち、フランス民法典1582条の、売買とは「一方が或る物を引渡す義務を負い他方がこの物の代金を支払う義務を負う旨の合意」であるとする規定に言及して、「買い *kuplia* (= 民法典における売買) はフランスでは〔合意、したがって〕契約であるが、ロシアでは成立した合意の効果 *posledstvie* 〔財産権授権

証書の交付+引渡し]である」(ib. 21)とも記している。クレプ事項としての「買受」においては、合意のモメント(スペランスキーのいう「口約束」)は後景に押しやられ、「事実」(「売りそのもの」)へと縮減されることになる。

われわれはこの「売買はロシアでは契約ではない」という命題に働いている法典編纂者の強い意図を解釈しなければならない。事態が一見異様にみえるのは、クレプ事項(「売渡」「買受」)を契約事項と調和させるために、ロシアをローマ的用語法で語ろうとし、「ローマ」が結果として大きく屈折する(「口約束」!)からである。ここでは、クレプ事項の基幹的法関係が、先にニュヴォーリンの私的所有権形成史の記述にみたように、420条にいう、国家と「財産の原始取得者」すなわち貴族との間の、贈与および売渡(国有地売却⁽²¹⁾)関係にある(これがクレプ事項全体の展開されるいわば〈磁場〉をなす)ことを前提としなければならない。民法集第3編第1部の表題「贈与および無償譲渡による財産権の取得」、そして同第3部第2章の「売渡」「買受」が、これを示唆している。同第3部の表題にある私人間の「交換」「買受」はむしろ派生的・第二次的関係に他ならない⁽²²⁾。スペランスキーは、国家から私人への土地所有権授権(クープチャヤ・クレポスチ)の異質性(民事関係の行政法的構造)を緩和するために、クープチャヤつまりクレプ事項そのものではなく、売買契約(その典型としての「売渡契約」)における合意=「口約束」をまず法的には意味のない単なる「事実」として位置づけ、ここからクレプ事項(例えば国家による国有地の売却=私人による所有権取得)を「象徴的引渡し」として成形しようとする。これが単なるメタファーやレトリックではなく、スペランスキーの理論的確信に発するものであることは、彼が動産についても「使用 *pol'zovaine* (= *usus*) の開始は財産の引渡しである。動産引渡し *peredacha* は不動産引渡し *vvod vo vladenie* 即ち *traditio symbolica* と同義である」(Sp1859a, 23)と書いていることから明らかである(動産の取引も要物契約とされるから即時取得は認められないことになる)。「売りそのものは合意即ち口約束にもとづくところの行為つまり事実 *factum* であって、これはおよそ現行法律の規律するところではない」というスペランスキーの立言は、クレプ事項の基幹的關係(土地の貴族への贈与・売渡)をあたかも「合意」にもとづくかのように仕立て、合意かと思いきや結論としては単なる「事実」だと断定する点において極めて技巧的であり(「繋ぎ条文」の手法)、きわどさが目立つ(スペランスキーのいう「合意即ち口約束」についてはさらにこのあと検討しよう)。それでも理論構成の意図は明解である。ドイツにおいてやがてサヴィニーが「合意」=契約として基礎づけることになるあの「引渡し」*traditio, Übertragung* がここでは格下げされ「象徴的引渡し」と規定されるのである。

だが、この引渡しが「象徴的」である理由は何か? *traditio symbolica* はラテン語ではあるがじつはローマの概念ではなく、中世いらい普通法学が簡易引渡しのさまざ

まな態様を区別するために、「長手による引渡し」 *traditio longa manu*、「短手による引渡し」 *traditio brevi manu* などとともに案出した用語であって、たとえば授封契約 *investitura* の締結儀礼において封主が封臣に封地そのものに代えそこに生える草茎の束 *festuca* あるいは棒 *virgula* をシンボルとして交付するようなケース⁽²³⁾を念頭におけばよいが、ここではそうした原義は失われている。ロシアにおける国家から貴族への土地所有権授権はそもそもレーンの授封 *investitura* ではなくパターンリスティックな贈与 (Oh2016, 61-63, 72f) だからである。原義から離れているとすればむしろ言葉の綾と文脈に注目する必要がある。ここで想起されるのは民法集そのものの規定における「象徴的なもの」の問題である。先に前節で引いた1417条および1420条が置かれている民法集の節区分(「売渡および買受」に後続する第2の節)の標題は、「クレプ付譲渡(クープチャヤ)の実行儀礼 *obriad*」とされている。「儀礼」用語初出は、ピョートル大帝の1701年勅令「諸種の権利取得確認行為 *krepostnye akty* の実行儀礼 *obriad* について」に見出すことができる。これは、民間の機関として出発したロシアの公証役場(「広場で執務する書記官」 *ploshchadnyi podiichii*) がピョートル期に行政機関化・中央集権化され、国家が民間の土地取引を掌握する方向へ転換する起点にすえられた法令の一環をなすものであった。「授権」 *ukreplenie* の行政行為こそが「儀礼」とされてきたのである (Sh1912, 222-231; cf. Oh2016, 32)。

ローマでは「儀礼」が法形成にちよくせつ接続する機能を果たした、あるいは法そのものでさえあったとすれば、ここで儀礼が演ずる役割は逆である。ローマにおいては、儀礼 *ritus, ritualis* は「父祖の習い」 *mos maiorum* へ立ち返ること (*religia, re-ligare*) なかなく共和革命(建国から「政治システム」の誕生へ)の伝統を継いでそのしきたり(凱旋式から握取行為 *mancipatio* まで)を正確に再現・反復することを意味したが、それがここでは皇帝の意思への恭順(専制政体の「宗教的体系」)を繰り返し確認することに帰したのである⁽²⁴⁾。

さて、ここで以上の検討をふまえクレプ事項と契約事項との原理的な関係を把握するために、「意思」の契機という少し別の視角から検討を加えてみよう。スペランスキーは「説明書」で唐突にも前置きなしに学説彙纂から「合意」に関する著名なウルピアーヌス法文 (Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3、スペランスキーの表記では1.XIV. L.2.D) を注釈なしにラテン原文のまま引用する。ここではそれを邦訳で掲げよう。

合意 *conventio* の語は一般的で、行為を締結しまたは協定するために相互に行動する者が同意する *consentiunt* すべてに関する。……〔引用者スペランスキーによる中略〕言語によって行われる問答契約 *stipulatio, quae verbis fit* は、同意 *consensus* を含まぬ限りは無効である。(Sp1859a:15船田亨二訳)

だが、当時のロシアにおけるローマ法認識の水準に照らせばその事情も了解しうるが、スペランスキーはローマ契約法の古層に属する「問答契約」*stipulatio* を完全に捉えそこなって単なる「約束」と理解し、ローマの *quae verbis fit* 即ち「汝は誓約するか」「予は誓約する」等々の厳格な儀礼的問答体 *verbum* を致命的なことに「口約束」に単純格下げして理解する。さらに注目すべきは、この引用が「合意」に関する唯一の典拠でありながら、契約ではなくクレプ条項の項目中（第2編第3章 *ib. 15*）でなされていることであって、これは、前引長文にもうかがえるように、スペランスキーがクレプ条項と契約条項とを、可能ならば「合意」概念によって統合しようとする意図をも、少なくとも民法集編纂作業中には有していたことを示唆する。だが、1582条とその位置をみれば明らかなように、成案段階ではこの目論見は実現されず、「合意」モメントはクレプ事項の圧力を受けて契約条項の編へ追放され、そこに押し込められたのである（クレプ事項において「合意」が取りこぼし的に残されているのは、動産の交換に関する1379条の「自由」とシェルシェニエーヴィッチが前引箇所指摘する動産売買にかかる1490, 1514条だけである）。

とすると、スペランスキーが「合意即ち口約束にもとづくところの行為つまり事実 *factum*」というときの「合意」は何であったのかが改めて問われよう。われわれはここで〈合意としての贈与〉とでもいふべきものを考えなければならない。ローマでは贈与は契約ではなく債務関係を発生するものではないとされたが、ロシアの贈与は「引渡し」を要するからむしろ一種の要物契約(?)にもみえる。そこにすでに転調がある。生前未刊行の遺稿「土地所有権および農民身分における変遷の歴史的概観」(1836年執筆)においてスペランスキーは、ロシアの農奴制を一方では「法からの逸脱」としつつ、他方でモンテスキューの示唆を自己流に拡張し、同じ農奴制を「地主と農奴との相互的合意」(*Sp1859b, 43ff*)と特徴づけたことがある(*Oh2016, 110n. 27*)。スペランスキーの「合意」はそこまで破格の融通性に富む。国家から貴族への土地の恵与関係において支配しているのは「父なるツァーリ」*tsar' batyushka*の文字通り国父的な意思である。再度の転調によって皇帝への恭順が「合意」として把握される。フランス民法典の売買契約に関連して、ロシアでは売買は「成立した合意の効果」だというときの「合意」はこれなのである。この転調した意思はクレプ条項には到底そぐわないから、契約条項の編に送られる。空席になった「意思」の場に据えられるのが、皇帝の意思を確認する「儀礼」なのである。

さて、「契約」事項の各項目を詳しくみる余裕がないが、必要な限り瞥見しておこう。クレプ事項の磁場におかれた「売渡」「買受」からみて、いわば消去法的に契約事項（民法集第4編）内に残された契約は「売渡予約」と「定期供給」だけのように見える。「売買」はないのか？ シェルシェニエーヴィッチが示唆するように、じつは、在る。クレプ事項が国家の厳格なコントロールを離れて自然の流れ（「スティヒー

ヤ)に委ねられ契約事項に変質する。「合意」は擬制され、やがて事実上本流になる。実務においては、クレプ条項の「売渡」「買受」がそのままの位置(民法集第3編第3部第2章)で——「合意」に関する第4編1528条を媒介として——即ちクレプ事項と契約事項の峻別枠組を度外視して、契約条項にも転用されるのである(「売渡」「買受」がスペランスキーのいうように所有権取得方法＝クレプ事項であると同時に、シェルシェニエーヴィッチによって所有権取得方法＝契約ともされる所以である)。チュトリューモフの逐条コンメンタールは、クレプ条項に関する注釈の冒頭において、民法集第3編1381条「法律によってその処分および譲渡を禁じられていない者は誰でも、財産を売ることができる」にコメントを加え、ヴィントシャイトのパンデクテン法教科書から「売買 Kauf, *kuplia-prodazha* は双務契約である」(Cf. Inst. 3. 23: *emptio et venditio*)云々を引用する(T1911, III, § 1381)。あえてパンデクテン法教科書に依拠するのが不都合ならば、1878, 1887年の破棄審判決(1878, No.288; 1887, No. 70 et al.)を見ればよいかもしれない。「法律に反しない契約はすべて拘束力を有し、法律の示す範疇のいずれにも当てはまらないという理由だけで無効とみなしてはならない」と(T1911, IV, 20)。「売買はフランスでは契約であるがロシアでは成立した合意の効果である」とするスペランスキーがこうした迂回的解法を意図していたとまで想定することは難しいが、「売り」「買い」は売買として扱わざるをえない。「民法集」の内部では他に可能な選択肢がないからである。シェルシェニエーヴィッチがスペランスキーの構想に疑義を呈したところであるが、無理を承知でクレプ条項の中に契約事項を埋め込んだという事態がそこにある(逆に〈仮想民法論〉が想定するように後者が前者を包含するというのではない)。一般裁判所で売買がどう扱われていたかは上記コンメンタールが示す通りであるが、農民慣習については民法学者パッハマンが詳細に検討した例がある⁽²⁵⁾。『ロシアにおける慣習民法』(1877年)で彼は、郷裁判所(農民慣習裁判所)において農民分与地の「所有権」(じつは使用权)譲渡がクレプ事項である同時に「売渡予約契約」とも認識されて扱われている例を紹介している(P1877, 113, 126f. cf. Sh1912, 527)。そこでは「民法集」解釈論は民法集の規範構造そのものから解放されている。また、こうした意味で「売り」「買い」はなるほど契約でもあるが、フランスの売買(諾成契約)と異なり、農民慣習においても(物権契約の観念はないものの、ある意味でドイツ法に似て)合意により契約は成立するが「売却物件にかかる買主への所有権移転の時期は、現実的であれ象徴的であれ物の引渡し時とされる」(ib. 123)から、メイエルが明言するように(Me1902, 48)、クレプ事項一般と同様に、「売買」もロシアでは要物契約(*veshchnyi dogovor*; *contractus qui re contrahuntur*)なのである⁽²⁶⁾。こうした状況からみれば、シェルシェニエーヴィッチがフランス民法典1583条の諾成契約概念こそ「非論理的」で「奇妙」だとするもの(Sh1912, 287, 292)もはや異とするに足りない。

以上にみた事情は、スペランスキーの民法集編纂方針としての、クレブ事項と契約事項の峻別という枠組の破綻あるいは風化を意味するであろう。スペランスキーの構想に反して、クレブ事項としての「売渡」「買受」は〈売買〉(民法集第4編「契約」)へと変質しそこに合流することになる。「象徴的引渡し」というすぐれて技巧的な理論構成の脆弱性は、クレブ事項を逆に契約事項に平準化しようとするシェルシェニューヴィッチ流の〈仮想民法〉とともに、専制下で市民法を構想する試みそのものの危うさを暗示する。民法集707条の「二重的」確認(授權行為+引渡し)も、実務においてはスペランスキーの思惑通りには妥当しなかった。ポベドノースツェフによれば、民法集707条にはもともと歴史的法源が付記されない「記述的条文」*opisatel'naia stat'ia*(スペランスキーのいう「繋ぎの条文」と同義)であって、法律としての拘束力を有するものではなく、所有権譲渡は「引渡し」を欠く場合にも制裁は定められておらず、ロシアでは「極めて多数の人々」が引渡しの手続なしに10年の取得時効(民法集533,565条)によって土地を所有しているのが実態だとされる(Po1896, I, 240f, 243)。この指摘が正当だとすれば、民法集はその物権変動および契約の基幹において再び——先にわれわれがみた696条と同様に——脆弱性を露呈することになる。〈仮想民法論〉のある意味での実益が裏書きされるだけでなく、「民法集」そのものの仮想性が色濃く滲むところでもある。

「契約」についての考察を締めくくろう。クレブ事項は所有権(=農奴主の権力)を創設しこれを授權する行政行為ではあるが、請求権を与えかくして *Recht* の意味での「法」をつくるものではない(ロシアの「私的所有権」は民法集の規範構造においては、じつは「所有権」というよりもモンテスキューのいう「容仮占有」*precarium*なのである。(Cf. Oh2016, 75, 90))。マックス・ウェーバーが「請求権を付与するような客観的法としての性格をもつような規範が全く存在していない」ようなケースを、「妥当しているおおよすべての規範複合体が、法的にみて、『行政規則』の性格をもつ」事例ととらえ、この場合、法はもはや法であることをやめて統治の目的のひとつである「行政」*Regierung* に解消する(世良訳『法社会学』71頁改訳)、としているのはロシアのケースにおいても(なかなづくクレブ条項中「原始的取得者」について)正当である。〈売買〉の中核をなすかにみえるクレブ条項はこの意味での「行政規則」であり、そのいわば余白(民法集第4部)に「合意」を掲げながらローマ的な諾成契約にもドイツ的な物権契約にも合流しないまま萎縮した契約条項がならぶ、——これが19世紀ロシア契約法の構図である。クレブ事項の優位と契約事項の萎縮、そして売買(「買い」「売り」)のクレブ事項への配置というこの構図は、「民法集」が——ドイツのラント法が基本において判例法 *Weistum* であるのとは異なり——もっぱら統治の行為たるツァーリの勅令(法命令 *Rechtsgebot*)を歴史的素材として成立したこと、この素材が規律する法圏がまずもって国家自身を一方当事者とする法関係(国家から

貴族への土地の贈与・売渡)に集中していること、その結果として民間における合意と良俗を原理とすべき「社会秩序」(1528条)が制定法内部では極小化されること、を示している。民間のいわゆる「慣習法」は農民慣習に限定せず都市を含むより広い圏域について考えられるべきであるが、これは制定法の圏外にあるわけである。

クレプ条項と契約条項との分裂、前者の優位性ないし歴史的先行性といった以上のような事態がどのような意味をもつのかについて一言触れておこう。われわれ専制的国制のケースを扱うのだから、レーン制と比較するのははじめから適当な手法とはいえないが、この問題を考える比較法史の一つの糸口として、中世西欧におけるラント法とレーン法との分岐の事例を想起してもよいかもしれない。フランスの歴史家マルク・ブロックはイングランドにおける知行＝封地 *fiefs* の保有が所有権化するという事態について、次のようにいう。「これを封建社会の階梯の中においてみると、ある意味でイングランドは、『レーン法』が『ラント法』とは別個な法体系をなしていたドイツの対極に位置している。〔ドイツではラント法がやがてレーン法に優位化するのではあるが〕イングランドでは知行受領者の慣習を別個の法体系に構成することをしないフランスのやり方でも満足せず、『ラント法』の相当な部分——土地所有法の条項——をすべて『レーン法』が占めるに至ったのである⁽²⁷⁾」と。ドイツの制限君主政とロシアの専制の違い、即ち社会構造の上層におけるレーン(契約)関係とクレプ事項の贈与・互酬の関係との差、を念頭においても、ロシアで契約事項が将来やがてクレプ事項に優位化するというような兆候を見いだすことは(それはシェルシェニューヴィッチの〈仮想民法論〉が想定すべきところではあるが)、困難である。この構造は、ある程度までむしろドイツにおける法 *Recht* と法にあらざる「ポリツァイ事項」との対立⁽²⁸⁾を逆転させて、ポリツァイ事項の優位という行政国家の構造を想定したほうが歴史には忠実になる。法ではなくむしろ行政(ポリツァイ)が「社会の構造」(N・ルーマン)をなすというケースを想定しなければならない。カヴェーリンがいう、ロシアにおける「民法」の機能不全がそれである。これを最後に検討しておこう。

Ⅲ 民法から「財産法」へ

こうした状況に直面し、いわば先行的に亜種の〈仮想民法〉を案出しようとするメイエルやポベドノースツェフによって取り組まれてきた試みの可能性を断念して、19世紀後半に、まったく別の法体系を構想する方向をめざしたのがカヴェーリンであった(シェルシェニューヴィッチの著作はまだ公刊されておらず、彼の視野に入っていない)。この方向は、「書かれた理性」*ratio scripta*としてのローマ法はその特異な「市民」概念ゆえに中世西欧の身分制社会においてすでに虚構化していたとする点で、そ

れなりにラディカルな試みである。〈仮想民法論〉との対比に必要な限りごく手短に紹介しておこう⁽²⁹⁾。

われわれはその著作の引用から本稿を開始したのであるが、そのカヴェーリンは、西欧派からのちにスラヴ派に転じ、私議農奴解放令の執筆者として知られ、同時にまた「ロシア国民の歴史装置」としての国家の称賛者ともなったという複雑な思想遍歴を経てきた知識人であるが、1839年にモスクワ大学の卒論で「ローマ占有論」を書いて金賞を受け、のちにサンクトペテルブルク大学で民法を講じた法学者でもあった。大学で民法を専攻したのは「間違い」だったとシェルシェニェーヴィッチがいうのは(Sh1893, 100)、カヴェーリンの多才ぶりだけでなく農民・共同体研究の深刻なインパクトあつてのことであろう。

カヴェーリンがロシアの民法集をいまや毀つべき「古の聖堂」とみたことは本稿冒頭で触れた通りである。ロシア社会の現実にまったく照応していないと考えたからである。ローマの「市民法」は中世西欧においてもすでにそれに適合する「市民」*civis*を欠いていた。19世紀ロシアにおいてはなおさらだとカヴェーリンは考える。この発想は彼が民法学の研究に着手したときに遡る。最初期の「占有」研究で彼は、ローマにおける市民法上の占有 *iuridicheskoe vladenie* (*possessio civilis*) につき、サヴィニー「占有法」論文からガンス、ラウフ、プフタ、ターデン、ハッセらを経てフシュケまで(1803-1835)の議論を扱うが、サヴィニー理論の画期性に気づきながらも、その眼目たる占有における心素 *animus domini* (「自己のためにする意思」)の意義までは摂取することができず(ここまではサヴィニー以後やがてイェーリングの客観説にとってかわられるまでのドイツの理論史もじつはほとんど変わらないのであるが⁽³⁰⁾)、占有は物に対する事実的支配であり所有権の構成要素(所有権→占有の歴史順序)であるという、ロシアの現行法たる「民法集」のトリアーデ定義の水準に帰着する結論で終わっている。市民的占有の心素という問題は占有主体たる「市民」の政治(シヴィル)的機能と不可分なはずであるが、カヴェーリンは、「サヴィニーの主たる誤りは、彼が〔心素 *animus* にこだわり〕占有者の人格に対する侵害がなければ占有に対する侵奪はありえないと考えたところにある」(Ka1900, 512)、即ち占有を市民資格と不可分のものと見なした点にある、と考える。「市民」「市民法」概念はもともと何やら胡散臭い、そこから離脱すべきだという動機が、カヴェーリンの発想の源流にある。

『財産および債務に関する権利義務』(1879年)でカヴェーリンは「民法」にかわるべき「財産権」の体系を展開する。「法体系におけるいわゆる民法の地位を占めるべきは、これにのみ固有の特徴的メルクマルを有し一般的原理の単一性と結びついた法律関係の系列である。法的な人格間における、財産と金銭で評価しうる価値物一般とにかかる法律関係がそれである」(ib. 865)というのである。金銭関係に置き換ええない人的関係 *lichnye otnosheniia* (たとえば家族法全体)はこの法律関係から除か

れる。「民法」に代わる当該法領域の名称はいささか長いが「財産・価値物または債務に関する法律関係ないし権利義務」とされる (ib. 866)。どのようにこうした「財産関係」が構成されるのかについての説明はない。「一般的原理」そのものも説明されていない。カヴェーリンが構想する法体系全体は以下ようになる (Ka1900, 945)。この構成において民法に代わる「財産関係」の法に接続するのは、「財産権」の法である。

- 共通法 *Pravo obshchee*

- I 規定的法律 *Zakony opredelitel'nye*

- A 財産権 *Prava imushchestvennye*

- B 人権 *lichnye prava*

- (1)国家基本法 (2)身分権 *prava sostoianiia* (3)行政の法律 (ポリツァイ関連)

- II 裁判所構成に関する法律

- III 刑罰に関する法律

- 地方法

- 国際法

民法集の完全な解体に向かう大胆かつ奔放な構想というべきであろう。カヴェーリンの説明 (ib. 937-948) を辿ってみよう。ローマ法に由来する私法・公法という区分はもはや意味をもたない。そもそも人 *litso*, *lichnost'* の権利 (人権³¹⁾) は個人の意思だけではなく法律等国家の作用なくしては存立しえないからである (ローマの人の法・物の法を念頭におくものでは必ずしもないが、財産権Aと人権Bは物と人の区別には照応する)。人権中の3項目(1)~(3)はほぼ国家一家一個人の社会構造に即する。国家は「制度化された人間の共同生活の最高形態」であるが、その正常な状態を規定する法(「規定的法律」)が財産権と人権である。人権中の「身分権」には家族関係(家長の財産権)と身分制(公法)上の関係、したがってクレプ事項 *sposoby ukrepleniia prav* (ib. 939) が含まれる。この人権と「パラレル」に「並んで」、民法に代わるべき「財産権」の法が存在する。財産権は「物質的」*material'nye* 関係・「金銭」*denezhnye* 関係と捉えられるものすべてであるから、国家の通貨発行権等のレガリアや租税関係もここに含まれる(財産法は私法には限定されない)。国家的所有権はどうか? カヴェーリンはロシア国家をも含めて「近代国家」の発展傾向に即して次のようにいう。「国家は国内においては国有あるいは国庫財産の所有者であって、その他の所有者と区別されず、この点で彼らと同一の諸規定および法律規範に服する。国家権力は臣民および国の住民との関係において、一方は政治的支配、他は従属の原理にのっとる。だが物質的利害の領域では、国家は国庫の意味において、他と同様の法的人格として

ふるまい、彼らとなんら区別がない。臣民と同様に一般的な法律にもとづいて契約を結び、債務を引き受け、損害の責任を負担する」(ib. 941)。国家的所有権は所有権一般(私的所有権)の概念(いわば「国家の私的所有権」)へと改鑄されるわけである(専制の国制はそこで昇華され不可視化される)。こうして「民法」は解体され「財産権」体系に組み替えられるが、専制の国制は身分制や農奴制を含めて変革されず、所有権の概念とりわけトリアーデ規定、国家的所有権、クレプ事項等、その主要な構成要素は「仮想民法論」の場合とさして違わない。「民法」=市民法という到達すべき目標が解除されるだけ、実質は現状維持的であり、現状よりもヨリ保守的だとさえいえる。公式の「民法集」と比べても、現実の秩序により近いといえるかもしれない。

「財産権」理論はローマ法の「書かれた理性」ratio scripta に代わるべきあらたな「理性」を志向する。財産権はそれ自体ほんらい所有関係を含意するはずであるが、ギリシャの哲学もローマ法の伝統もないロシアの素地のうででそれは、法関係やその前提をなす「政治」や「市民状態」から外れて「物質的關係」「金銭關係」という経済的な「理性」へとずれ込む。公法・私法の区別を強調する見地からカヴェーリンを批判するムーロムツェフは、カヴェーリンの「財産關係」は平たくいえば法律關係の「経済的屬性」(Mu1879, 217)に過ぎないという。ムーロムツェフはロシアにおけるイエーリング利益法学の「布教者」として名をなしたローマ法学者であるが、シュルシェニエーヴィッチはこのムーロムツェフの理論を、「権利の客体が利益 *interes* となりうる能力」としての「価値」*tsena* なる概念を振り回し、ついには財産關係を「物質的關係」と見なすにいたる、「並外れて奇抜」で生半な経済主義と批判する(Sh1893, 198, 212f)。

議論は錯綜するが、ここでわれわれはムーロムツェフの「価値」概念から、「財産」概念の源流をたどりフランス民法学において「物」*choses* とならぶ「財産」*bien* の概念を想起しよう。*bien* は所有關係における *choses* を意味するともいえるが、フランスでは *choses* を単に有体物とするにとどまらず、「効用」*utilité* および「割当て」*appropriation* の概念を介して「財産」關係(所有關係)へこれを組み込もうとする⁽³²⁾。ムーロムツェフの「価値」概念はそれ自体熟してはいないが、フランスの「効用」とほぼ同等の役割をになうものともみなしうる。とすればこれはカヴェーリン自身が説明しえないでいる民法に内在する「一般の原理」を導きだすための不可欠の布石でもあったはずである。シュルシェニエーヴィッチにはこれが理解できない。パンデクテン法学(「ドグマティック」)に倣おうとして(?)財産概念を排除し、民法を「社会における個々人の私的関係を規律する諸規範の総体」(Sh1912,5)と把握する素朴なところに止まっているからである(「規範」概念を別とすれば「私的関係」それ自体は法的規定性を有しないはずである)。「財産法」概念をめぐるカヴェーリン、ムーロムツェフ、シュルシェニエーヴィッチの論争はこうした意味で、ロシアにおける「民

法」ないし「財産法」学の隘路をきわだたせる。カヴェーリンの「財産法」論は、別稿でみた、ダンクヴァルトやツィトローヴィッチの「経済主義法学」からやがてパシュカーニスに至る流れ(Oh2007)と通底するところがある。社会関係とりわけ経済的関係(「価値」関係)と法的関係をつなぐフランスの「効用」のような法技術が見出せないという事情もそれらと共通する。「財産権」概念はこれ以降もロシアでは彫琢されることがなかったが、代替概念を欠いたまま今日の民法理論に至るまで有用性を失うことはなかった。

ロシア法における「財産」*imushchestvo* 概念の初出をニェヴォーリンはビザンツ法を受容して13世紀にロシアで成立した「舵の書」*kormchaia kniga* と正教教会法に求め、ロシア法への定着の起点をピョートル大帝の「単独相続」勅令(1714年)に見ているが(N1851. II, 11-17)、それが正当だとしても、この事情は必ずしも民法集に接続するものではない。19世紀のそれはむろんスペランスキーのフランス民法典からの屈折的摂取によって民法集に定着し、未施行に終わった「ロシア帝国民法草案」*Proekt Ggrazhdanskogo ulozheniia* (1905年)に引き継がれ、さらに1922年ロシア共和国民法典から現代ロシア連邦民法典にまで持続的軌跡を残している⁽³³⁾。この視角からみてカヴェーリンの「財産権」概念が示唆しているのは、市民法の意味での「民法」の存立条件が脆弱なケースにおいて公法的関係(身分制度、国家的所有権、クレプ事項等)をも含む「財産権」の法がそれに代位し、この財産法が「物質的」関係に「民法的」外被を与えるのに役立ってきたという事情である。

1922年のソビエト民法典にほとんど偶然に(法典編纂者の「取りこぼし」として)掲げられていた「物権」*veshchnoe pravo* の概念(第2編表題のみ)がその後急速に風化・消失したという事実は、このことを傍証する事実の一つである。国土その他の生産手段を集中した「国家的所有権」はふつうの所有権であることをやめて権力そのものとしての構造を確立し(いわゆる「権力としての所有権」*vlast'-sobstvennost'* 概念)、ブルジョア的「私的所有権」*chastnaia sobstvennost'* は現実に淘汰され、やがてそれに代えて民法典外に概念化される勤労者の「個人的所有権」*lichnaia sobstvennost'* は国家的所有権の「派生形態」*proizvodnaia forma* としてこれに従属する地位におかれたから、本来「物権」「所有権」(物に対する支配)として位置づけるべき法的カテゴリーそのものが消滅したからである。1961年ソ連邦民事基本法、1964年ロシア共和国民法典には「物権」概念自体が存在しない。物権概念が蘇生するのは社会主義体制崩壊後であるが、「国家的所有権」はほとんど不動の地位を今日まで維持している(帝政期以来の歴史を顧みれば国家的所有権そのものには社会主義的な特性はない)。「ウクレプレーニエ」とクレプ事項は「ザクレプレーニエ」事項へを変えて(*u-kreplenie* → *zakreplenie*)、国家の所有権—国有企業・施設の容仮占有(「運用管理権」「経営管理権」)の関係(Oh2016, 99f)においてソビエト時代のまま存続している(1994年ロシア連

邦民法典214条ほか)。だが、「ユコス事件」や「サハリン2」プロジェクトの経緯など、大統領権力による直接の(脱税容疑などをきっかけとする)民事介入のもとでは、それらもまったく色あせてみえるほどである。カヴェーリンがどれほど意識していたかは別としても、ロシア法における超民法的な「財産権」の概念がはらんでいた射程の大きさに改めて気づかされるところである。

結びに代えて

シェルシェニエーヴィッチは『ロシアの民法学』の結語においてほとんどもっぱら19世紀末ロシアにおける民法学と実務の関係を論じている(N1893, 232-243)。民法の「危機」の意味をもう一步立ち入って考えるために、これを見てみよう。

シェルシェニエーヴィッチによれば、ドイツではローマ法の継受以来「学問と裁判実務の完全な一致」がみられたが、ロシアでは両者の間にむしろ「憎悪と敵対」が際立っている。なるほど、民事裁判所構成法9条は「裁判機関はすべて、事件を解決するに現行法律の本義 *razum* に従い、法律が不完全、不分明、不十分なし相互矛盾ある場合は判決を法律の一般的意義(条理)にもとづいて根拠づけなければならない」と、法源の範囲を限定しているようにみえる。だが、たとえば元老院民事破棄院判決(1891年62号)のように法令に規定がない「虚偽表示」事件においても、もっぱら破棄審判決(元老院令 *ukaz*)を引用し「事件番号と判決年次」を明示することをもって下級審の「正しい」判決作成方法とみなし、下級審が「いわゆる学説の原理なるもの」に言及すること自体を不当とみなした例がある。「いわゆる学説の」という言回しに元老院の姿勢が端的に表れる。グラドーフスキーはじめ諸家の学説は一致して上級審たる元老院破棄院判決は先例とならないとしているにもかかわらず、民事破棄部の裁判例が事実上有力な法源として扱われていることも確かである。「裁判所は元老院の意思の機械的遂行者にすぎず、判決の首尾も破棄審判決への即応度に懸かっている」(ib. 236)のが実状である。元老院が不幸にも前例を見出せないときは、裁判所も当事者もたんに「魂 *dusha* の赴くところ良心 *sovest'* にしたがって」問題を処理することになる(ib.)。学問との関係についていえば、「実務家の法律学離れは万事に表れている。法律学の著作とくに研究書は少しも実務家の関心を引かないが、裁判所構成法条文や民法集(法律大全第10巻第1部)へ逐条的に破棄審判決例を付した出版物は数万部の刊行部数が捌けている」(ib.)。

裁判実務と学説との関係はロシアでものちに一部やや変化の兆しをみせたともいえよう。シェルシェニエーヴィッチ自身がその教科書でその証左として言及するところであるが、1907年の破棄審判決(18号事件)に、交互計算契約 *kontokurrent, compte courant* につき「法学 *nauka prava* で行われてる定義」を参照すべしとするくだりがあ

る(T1911, 20)。また翌1908年の一判決は「民法の条理 *obshie nachala*」に言及した(Sh1912, 14)。〈仮想民法論〉の将来はやや明るくみえるようになったかもしれない。先のシェルシェニエーヴィッチの嘆きに真実味があるとすれば、そこに浮かびあがってくるのは以下のような構図であろう。19世紀末、ロシアの民法学の主流をなしていたシェルシェニエーヴィッチ流の〈仮想民法学〉は実務においてさして顧慮されることなく依然宙に浮いている。裁判実務はたてまえ上民法集等の現行法を唯一の法源とするが、実際には元老院の裁判例をその確かな解釈基準とみなしこれが事実上の法源として機能する。その限りで民法集は機能不全に陥りつつもなお「法律」として実効性を保持する。裁判所体系内においては「下級」機関は「上級」の意思に従うという、司法ではなく行政の作動様式が支配する。カヴェーリンが「古の聖堂」と見なしたものの、とりわけ国家的所有権や契約に代わるクレプ事項が行政のメカニズムのなかで実効性をもつ、という構図がそれである。「危機」の深部はこのメカニズムの中に存する。

ロシア固有法は、所有権や契約というカテゴリーに即してみる限り、15～16世紀モスクワ国家成立期以来みずから歴史的に選択し保持してきた構造（とくに国家的所有権とクレプ事項—要物契約の2大範疇）を獲得してきた。この硬い核は19世紀初め以降とくにスペランスキーの法典編纂作業においてフランス法・ドイツ法等と少なからざる接点をもったが、それらの接点はいずれも固有法の磁場において転調・変奏され固有法の強固な規範構造を変革するには至らなかった。「法ないし権利とは人に対する人の支配である」というニェヴォーリンらの命題は何らかの抽象的理論・理念からではなく、ロシア「民法」の基本構造そのものの分析から導きだされたものであった。この硬い核はその後も多くの変容を経てきたが、その構造という点において今日にまで命脈を繋いでいるかにみえる⁽³⁴⁾。

本稿は、旧稿「国家的所有権の誕生」(Oh2016)を、ロシア民法の規範構造の分析によって補足することをめざしたものである。構想への前提となったのは、別稿(Oh2017a, Oh2017b)におけるパシュカーニス理論の批判的検討と、交換 *échange* の法的形態とりわけ諾成契約という段階がデモクラシー（「ポリティク」と「シヴィリテ」）の基盤と深く関連するというマルセル・モースの見地の再評価である。ロシアの民法についてニェヴォーリンらのいう〈民法前史〉仮説を、パシュカーニス理論の一与件として検証する方向でささやかな一歩を踏み出そうと試みることになった。「国家的所有権」については、ロシア固有法における規範構造の歴史的成立過程の分析という方向で、なお続編を計画している。

▽「民法集」の編別構成

*印の項目のみ下位の構成を示す。数字は「民法集」1900版の条文番号。

第1編 家族の権利義務 (§§ 1 - 382)

第2編 財産権の取得および取得確認の手続—総則 (§§ 383 - 933)

第1部 財産の種類

第2部 財産権の本質および範囲

第3部 権利の取得および確認・総則

第3編 財産権の取得および取得確認 *ukreplenie* の手続—各則 (§§ 934 - 1527)

第1部 贈与および無償譲渡による財産権の取得

第2部 法定相続による財産取得

*第3部 双務的交換および買受 *kuplia* による財産権取得手続 (§§ 1374 - 1527)

第1章 交換

*第2章 売渡および買受 *O prodazhe i kuple* (§§ 1381 - 1527)

第1節 総則

第2節 授權付譲渡 *kupchie kreposti* の実行儀礼 (§§ 1417 - 1428)

第3節 不動産取得証書実行に関する規則

第4部 競売からの買受による財産取得

第5節 売渡財産の引渡しおよび不動産取得証書

第4編 契約による債務 (§§ 1528 - 2334)

第1部 契約の締結、実行、履行および解除—総則

第2部 契約および債務の保証—総則

*第3部 財産契約による債務—各則 (§§ 1679 - 2200³)

第1章 予約販売 *zaprodayha*

第2章 賃貸借および寄託

第3章 請負および供給 *postavka*・総則

第4章 消費貸借

第5章 組合

第4部 契約による人的債務(雇用)—各則 (§§ 2201 - 2334)

▽主要参考文献と略記方法

E1859: Энгельман И. *О приобретении права собственности на землю по русскому праву*, СПб.

Ka1900: Кавелин К.Д. Ч. *Собрание сочинений*, Т. IV, СПб., 1900.

Ko1861: Корф М.А. *Жизнь графа Сперанского*. Т. I - II, СПб.

- Me1902: Мейер Д.И. *Русское гражданское право*. Чтения Д.И.Мейера, изданные по запискам слушателей под ред. А.И.Вицына, Изд. 8-е, СПб.
- Mu1879: Муромцев С.А. *Определение и основное разделение права*, М.
- N1851: Неволин К.А. *История российския гражданских законов*, Т. I - III. СПб., 1851.
- Pa1877: Пахман С.В. *Обычное гражданское право в России*, Т. I, СПб.
- Po1896: Победоносцев К.П. *Курс гражданского права*, Т. I - III, М.:МГУ, 2016 (в редакции с текстом по изд. 1896 г. и по правилам соврем. орфографии)
- Sh1859: Шершеневич Г.Ф. *История кодификации гражданского права в России*, Казань.
- Sh1893: Шершеневич Г.Ф. *Наука гражданского права в России*, Казань
- Sh1912: Шершеневич Г.Ф. *Учебник русского гражданского права*, 10-е изд., М.
- Sp1837: Сперанский М.М. *Обозрение исторических сведений о своде законов*, СПб.
- Sp1859a: Сперанский М.М. Объяснительная записка содержания и расположения свода законов гражданских. *Архив исторических и практических сведений, относящихся до России*. Издание Н.Калачова. Кн.2, СПб., С. 1-26.
- Sp1859b: Сперанский М.М. *Историческое обозрение изменений в праве поземельной собственности и в состоянии крестьян*, Цит. соч.(Sp1858a), С. 27-54.
- Sp1961: Сперанский М.М. *Проекты и записки*, М.-Л.
- Sp2013: М.М.Сперанский: *Избранное*, М.
- T1911: Тютрюмов И.М. *Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов*. Книга I-V, М., 2004 (в новой редакции 3-го издания 1911 г.)
- Oh1992: 大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化—反立憲主義的秩序の比較国制史的研究』日本評論社
- Oh2014: 同「中央アジアにおけるロシア法とイスラーム法の交錯」堀川徹ほか編『シャリーアとロシア帝国』臨川書店
- Oh2016: 同「国家的所有権の誕生」静岡法務雑誌 8
- Oh2017a: 同「ベルニエの発見とモンテスキュー比較国制史の成立」水林彪・吉田克己・榎澤能生編『市民社会と市民法—civilの制度と思想』日本評論社(近刊)
- Oh2017b: 同「革命後の時代と〈シヴィルなもの〉の政治学」水林彪・青木人志・松園潤一郎編『法と国制の比較史—東アジア・西欧・日本』日本評論社(近刊)

注

- (1) ロシア帝国法律大全の各版本はネット上で利用できるが、本稿では非公式出版ながら信頼しうる法令集として主として次のものを利用する。*Свод законов Российской империи. Том десятый. Часть первая. Свод законов гражданских (Изд. 1900 г.).* С примечаниями и ссылками на позднейшие узаконения и оглавлением. Издание неофициальное. СПб.: Деятель.
- (2) N・ルーマン(村上淳一・六本佳平訳)『法社会学』岩波書店=1977、178、188頁
- (3) 本編は拙稿「国家的所有権の誕生」(Oh2016)など筆者のロシア法研究の一環をなし、近刊のOh2017a, Oh2017bを姉妹編とするものである。
- (4) 一例として、小田博『ロシア法』東京大学出版会=2015参照。なお本稿の主題と一部重なるものとして、高橋一彦^④「近代ロシア法学史序説」神戸市外国語大学外国学研究所「研究年報」36(1998)、同^⑤「ロシア民法典の編纂：1822-1906」同・46(2009)がある。残念ながら、法典の規範構造には関心が希薄で農奴制に直結するロシア固有法の基幹概念「財産権の強化」(ウクレプレーニエ=拙訳は「財産権の授権」)も「奇妙な表現」(⑥23頁)とされ、検討がそこで放棄されている。規範構造の分析抜きでロシア民法を論じうると考えるのは、民法はどこでも同じだ(「奇妙」でないものを見出しうると考えるからであろう。立脚点に批判的吟味(比較と突き合わせ)の構え即ち政治学・歴史学的な想像力が求められよう。「論争の文章」は歴史ではないとか(⑥5頁注(1))、歴史記述を「単なる決定論」だとする断定はその制約に由来する(Oh2014への書評=法制史研究65(2014)238頁)。これへの本稿筆者の応答はすで Oh2016, 101, 102で果たしている。
- (5) シェルシェニエーヴィッチにこの作品については、すでに当時から、イェーリングの影響を受けたロシアの法社会学派の論者バザーノフによる、「一面的」で「素朴」な法実証主義であるとの辛辣な批判があった。Базанов И. Русская литература по гражданскому праву, в кн.: Шершеневич Г. Ф. *Наука гражданского права в России*. М.: Статут, 2003. С. 15-17.
- (6) 民法集698条は、財産権の主体たりうる者の範囲を網羅して、(1)皇族、(2)(御料地につき)宮内省、(3)国庫、(4)貴族・都市・農村の団体、(5)ロシア正教主教本部、修道院、教会、(6)信用機関、(7)慈善施設、(8)研究施設、教育施設、(9)私人 *chastnye litsa*、(10)組合、会社、債権者会議等の団体、としている。「私人」には完全な権利能力を有する貴族のほか、限定的な権利能力(とくに土地につき)を有するものとして、「都市住人」(商人等)と「農村住人」(郷土、国有農民、農奴など)が含まれるが、国有農民・農奴についていえば、土地を「所有」することはできない。「私人」は何よりもまず貴族団体とは別して個人としての貴族を指す用語である。(1)~(10)の列举は、現行法としての「民法」の未成熟を縮図的に示す。ちなみに、わが国の歴史学で *krest'ianskoe zemlevladienie* の概念について「農民的土地所有」という訳語が使用されることがあるが、農民はいずれも国家か地主貴族の所有物(動産)に他ならないからこれは誤用であって、「農民的土地保有」(ないし占有)と訳されるべきものである。
- (7) ロシアでは18世紀後半に、フランス語 *propriété* からの意味論的借用で「所有権」 *sobstvennost'* が造語されるが、ローマ法的な「占有」 *possessio* の訳語にロシア固有法で所有権を意味する「ヴラヂェーニエ」が当てられてきたという経緯があり、さらにこの *vladienie* は所有権の意味では、前掲の696条にもみえる「領有権」 *obladienie* とほぼ同義で、

obladanie と語根 *vlad* (*blad*) を共有する。本稿では、420条の文言におけるように *vladenie* の意味が占有／所有権(≒領有権)のように二重化している場合には「領有(占有)」の訳語をあてることにする。この二重化については、すぐあと本文の(2)で説明する。

- (8) 木庭顕「Savignyによる占有概念の構造転換とその射程」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』東京大学出版会=1993参照。
- (9) ALR I. 8. 9の規定は、「完全な所有権 *das volle Eigentum* には、物を占有 *besitzen* し、使用収益 *gebrauchen* し、処分 *sich begeben*. する権利が属する」である。この文言は、ロシアの民法集423条の定式、「法律の定める範囲内において、領有(占有)、使用および処分が、同一人格または同一の人格団体において、いかなる他人の関与もなく、財産取得方式により結合されている場合には、所有権は完全 *polnoe* である」と相似する。近年ロシアでは、このトリアーデ型規定がヘーゲル『法哲学綱要』(1821年)の「抽象法」における占有(取得) *Besitznahme* – 使用 *Gebrauch* – 譲渡(所有の外化) *Veräußerung* の三段階構成から採られた可能性を指摘する見方が現れているが(Скловский К.И. *Собственность в гражданском праве*, 5-е изд., перераб. М., 2010, гл. 8)、スペランスキーの構想との結びつきに根拠を示されていない。むしろヘーゲルがプロイセン法を参照しているという筋を想定すべきであろう。なお、ロシアの所有権概念におけるトリアーデ規定を格別の検討なしにローマ法ないしフランス法由来とみなす例として *Oh2016*, 135 n.126、また小田・前掲、181頁。小田はこれが「フランス民法典に遡る規定」とする根拠を示していないが、ロシアのトリアーデが「占有」をあえてあげてこれを所有権の本質的要素であるとしていること、スペランスキーはフランス民法典の所有権規定を採用しないことを明言していることを想起しておきたい (*Oh2016*, 55-57)。

ちなみに、プロイセン一般ラント法 ALR II . 14. 21-14. は、街道・軍用道路・自然航行可能河川、海岸などのいわゆる公物を「国有財産」*gemeines Eigentum des Staats*, *Staatseigentum* と呼び、それらに対する使用権を「君主高権」*Regalien* として位置付けている。この“*Staatseigentum*”は用語(名辞)としては、所有権のトリアーデ的概念規定とともにスペランスキーによって撰取され、概念内容は全く異なるが、名辞だけが他に類例のないものとして、「民法集」における「国家的所有権」*государственная собственность* 概念の構成に利用された可能性がある。ロシア固有法でそれ以前に使用されていたモンゴル由来(テュルク語)の「官有」*kazennyi* (<*kazna* 金庫)に代わって、これにより、西欧的な「国家」+「所有権」(*Staat + Eigentum*)という外形が与えられるわけである。なお、このドイツの *Staatseigentum* 概念に関する近年の研究として、*Biermann M. Das Staatseigentum an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts...*, Peter Lang, 2009がある。

- (10) 横山美夏「フランスにおける所有(*propriété*)概念—財産と所有にかんする序論的考察」*新世代政策学研究*12(2011)、280-281頁参照。
- (11) こうした意味でのトリアーデは、ロシアやソビエト法を受容した現代中国においてもなお、「物権法」の実質的契機として機能している。
- (12) *Ключевский В.О. Сочинения в восьми томах*. Т. III, М. 1957, С.163. また、*Ст. КРЕПОСТЬ, Словарь русского языка XI - XVII вв.*, Вып. 8, 1981, С.36-37、石戸谷重郎『ロシアのホロープ』大明堂=1980、82頁以下、参照。
- (13) シェルシェニエーヴィッチは『ロシア民法教科書』においてこのウクレプレーニエの法制度を、「物権と特定主体との結合について公共の権力機関が行う公的かつ公示を要する

承認 *utverzhdenie*」であり、「物権とその成立時期を全き信頼に足りかつ公知のものとする」機能を有するものと説明する(Sh1912, 222)。ウクレプレーニエ制度は19世紀末までに次第にいわば脱権力化する傾向をみせ、「資産登記」*votchinnaiia kniga* ないし「抵当登記」*ipotechnaia sistema* 制度への転換構想も現れるが帝政期にはついに実現しなかった。シェルシェニエーヴィッチは自らの民法学における「仮説」(＝パンデクテン法学)の方法に加えこの趨勢をにらんで、ウクレプレーニエを登記制度のいわば前駆的形態として把握している。〈仮想民法論〉の没歴史主義的短絡が露呈するところである。

- (14) 古典時代のローマ法では、贈与 *donatio, donare* はそれ自身として債務関係を発生することはなく、単に他の行為の原因 *causa* に止まった。「カフェー丸玉事件」判決を引くまでもなく、贈与があえて債務関係か否かを追及すれば、法的な債務 *obligatio civilis* ではなく、いわゆる自然債務 *o. naturalis* とするほかはなくなるのも同じ理由による。船田亨二『ローマ法』第5巻、岩波書店＝1972、42-45、310-311頁、ムスタファ・メキ(山城一真訳)『債務関係』あるいは債務という観念(契約法研究)(1)慶應法学20(2011)、参照。
- (15) M・ウェーバー(雀部幸隆・小島定訳)『ロシア革命論』I、名古屋大学出版会＝1977、12頁。なお同99-100頁も参照。
- (16) シェルシェニエーヴィッチによれば、「ロシアの法令は厳密な用語法において一貫せず、物 *veeshch'* の代わりに財産 *imushchestvo* を用い、財産の代わりに所有物 *sobstvennost'* とか領地 *imenie* を用いる」とされる(Sh1912, 148)。とくに「不動産」について「物」用語が使用されることは無いといってよいが、これは領地(「農奴付きの土地」*naselennaia zemlia*)については「物」とするのはさすがに馴染まないからである。Cf. Клепицкая Т.А. Понятия “вещь” и “имущество” в гражданском праве, 1998: <http://www.oupi.ru/ilibr/kt/1.pdf>.
- (17) 「明渡し」の *vvod vo vladenie* という語は、ロシアではローマ法の占有委付 *missio in possessionem* の訳語としても使用されるが、後者はローマでは法務官が当事者の一方のために相手方の財産の一部または全部を「占有させる」方法を指した。船田亨二『ローマ法』第5巻、岩波書店＝1972、259頁参照。この *missio in possessionem* は「占有委付」あるいは「所有権授与」と邦訳されることもあり、このニュアンスでもロシアのウクレプレーニエに通ずる要素がないともいえない。
- (18) スペランスキーの遺稿は没後にほとんどすべてサンクトペテルブルグの帝室公共図書館に寄贈され、その一部は19世紀に公刊されたが、本稿で以下参照するのは、近年、生誕百年を記念し「思考断章」として新たに公表されたものである(S2013, 325ff)。19世紀公刊分は主として公法にかんする資料である。新公刊分は、1961年に『構想と覚書』(Sp1961)として公開されたものに次ぎ、「民事法律集」編纂過程で手控えとして作成された、「民法」にかんする貴重なメモを含む。なお、ほぼ同様の書名で2015年に新版が出たが、収録史料は異なる。いずれも、入念をきわめる『構想と覚書』のそれに比して、編集とテキストの校閲は残念ながらしごく安直にみえる。
- (19) 好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅」一橋大研究年報法学研究3(1961)、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』有斐閣＝1969、167頁、野田龍一「サヴィニーとプロイセン一般ラント法」(1)九大法政研究48(1982)、621頁以下、ツヴァイゲルト／ケッツ(大木雅夫訳)『比較法概論・原論』上、東京大学出版会＝1984、331頁以下、七戸克彦「物権法定主義—比較法的・沿革的考察」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』＝1990、588頁以下、参照。ALRでは、第1部9章1条「所有権を取得する外的諸行為を、種々の取得方式 *modus acquirendi* と規定する」、同2条「右の外的諸行為が所有権を取得

する力 *kraft* をもつ法定原因を、所有権の権原 *Titel* という」、同3条「所有権取得には占有の取得を要する」「物の所有権の間接取得は、それに必要な権原 *Titel* のほかに、その現実の引渡し *Uebergabe* を要する」とされる(好美、同前、322-323頁)。スペランスキーがこれを参照していることについては、S2013、131, 330; S1859, 10参照。

- (20) 1417条と1420条に注目したい。売るのは国家、取得するのは私人であって、これらの地位は非互換的・非対称である(「売り」「買い」はやはり同義ではない)。この二つの条文は、法主体-権利の目的という点に限っても、権利能力の複雑な分岐を前提とする。たとえば、皇帝のみが国土全体なくなく国有農民付きの土地 *kazennaia zemlia* にたいする国家的所有権(「優越的領有権」)を有し、農奴付きの土地 *naseleennaia zemlia* (T1905, 13) に対して私的所有権を有しうるのは貴族に限られ、都市住人たる商人は街地を別として農奴付きの土地を所有しえず、地主地農奴はおよそ土地の所有権 *vladenie, sobstvennost'* を有しえないが、共同体(ミール)を通じて分与地 *nadel* を占有・使用 *vladet', pol'zovat'sia* する等々。19世紀前半のロシア社会の構造に相応した「民法」関係の縮図がそこにある。「専制」(国家基本法第1条)の国制は、皇帝-貴族の贈与関係(国家的所有権→「私的所有権」、国家-国有農民の所有・支配関係、地主貴族-農奴の所有・支配関係が国制の中軸を構成し、そこで皇帝(「国家」・「国庫」)・貴族が「民法」の基本的な主体をなし、町民(商人等)そして異民族住人等が限定的な権利能力を与えられ、地主の所有物(動産)たる農奴が「民法」の範囲外におかれる、など。およそ「人」*persona* および「物」*res* の総則的概念、「市民状態」*societas civilis* が存在しない。なお前注(6)参照。
- (21) 18世紀後半に大量の国有地(国有農民付き)が新たに貴族に下賜(贈与)され、19世紀前半にも国有地(同)が貴族にさらに大量に「売却」された。「原始的取得者」の創出はロシアにおいては民法集成立後も継続的に行われたわけである。См. Кавелин С. П. *Исторический очерк поземельного устройства государственных крестьян*. М., 1912; Дружинин Н. М. *Государственные крестьяне и реформа П. Д. Киселева*, М.-Л., 1958.
- (22) ポベドノースツェフによれば、「国有財産の譲渡による私的領有の形成は、国家権力の行為であるが、恵与 *pozhalovanie* もしくは割当 *otvod*、割譲 *ustupka* または指定 *naznachenie* の形式により、自由売却 *prodazha vol'naia* または優先売却の条件で行われる」(Po1896, I, 64)。国家による贈与と売却には、国家権力による国有財産処分権の行使に通底する基盤があるわけである。
- (23) マルセル・モース(森山工訳)『贈与論』岩波文庫、307頁、F・オリヴィエーマルタン(埜浩訳)『フランス法制史概説』創文社=1986、414-415頁、加納修「家臣制の象徴儀礼についての覚え書き—フェストゥーカを手がかりとして—」,名古屋大学文学部研究論集(史学) 56 (2010)、参照。
- (24) ローマについては、木庭顕『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会=2009、92頁注1-1-2、小川浩三による書評「木庭顕著『デモクラシーの古典的基礎』」法制史研究54 (2004) 198, 203頁、H・アーレント(引田隆也・齋藤純一訳)『過去と未来の間』みすず書房=1994、164頁以下、ロシアについては、Oh2016, 91, 134 n.123、とくにそこで紹介したロートマンの「宗教的体系」論参照。
- (25) ロシアにおける慣習法研究史について、См. Александров В.А. *Обычное право крепостной деревни России*. М., 1984, С.3 -39. 著者アレクサンドロフは結論として、モスクワ国家成立以来、国家制定法は「慣習の法的意義」を無視する度合を深め、結果として農村の秩序

は「日常生活の習い *praktika*」に委ねられたとする (Там же, С. 250)。財産関係の農民慣習の非法的性格については、大江泰一郎「ロシアにおける法と慣習——比較法史の視角から」『日本社会と法律学—歴史、現状、展望』日本評論社=2009参照。アレクサンドロフも「慣習法」を事実上農民慣習に極限しているが、「民法集」との関係では都市を含めより広い視野で検討する必要がある。

- (26) 売買契約=合意と所有権移転とをそれぞれ別個事項とする意味での、屈折した要物契約概念は、現代ロシア法にもまたソビエト法を受容してきた中国法にもなお引き継がれている。中国法について、森一憲「中国現代法における固有法の影響」吉備国際大学政策マネジメント学部研究紀要3(2007)参照。但し、森は論文表題のごとく、これを仁井田陞の著作に依拠しつつ中国固有法の影響と見る。
- (27) M・ブロック(堀米庸三監訳)『封建社会』岩波書店=1995、237頁。さらに227、255、461頁をも参照。「ラント法」の概念については、石川武「ザクセンシュピーゲルにおけるラント法とレーン法」(1)北大法学論集39-5=6下巻、とくに1629頁注(4)参照。中世ドイツについては、レーン法—ラント法の二元構造ではなく、より広く多元的な諸法圏(荘園法、家人法、都市法、教会法など)を念頭におくべきであるが、ここでは魅力ある比較史の方法としてブロックの見方(タテ関係における知行法 *droit des fiefs* とヨコ即ち自由人相互間における一般法 *droit général* としてのラント法 *droit de la terre* との対比)に着目しておきたい。
- (28) 17-18世紀ドイツにおける「ポリツァイ」(国内行政全般)、また19世紀ドイツにおける「ポリツァイ事項」と「司法事項」との関係につき、K・クレッシュェル(石川武監訳)『ゲルマン法の虚像と実像』創文社=1989、229頁以下参照。
- (29) 以下で扱うカヴェーリンの著作はいずれも彼の『著作集』第4巻「民族学・法律学」(=Ka1900)所収の20余編(1842-85)中のものであるが、とくに支障がない限り、ここでは個別作品の表題はあげない。
- (30) 木庭顕・前掲、同『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会=2009、71頁以下参照。
- (31) 現代ロシアの民法学もソビエト法以来の伝統に即して民法の規律対象を「財産関係およびこれとこれと関係する人的 *lichnye*・非財産的關係」と表現するのが通例である。この「*lichnye*な関係」はわが国ではしばしば「人格的關係」と訳されてきたが、名誉・プライバシーなどの「人格権」をいうものではない。カヴェーリンのいう、「財産権」「財産」との「平行性」を意識して本稿では「人権」としているが、むしろ *prava cheliveka*, *human rights* の意味においてではない。物権との対比でこれとほぼ同義の *droits personnels* を「人権」と訳す例として、ボワソナード旧民法1条1項を参照。
- (32) 片山直也「財産—*bien* および *patrimoine*」北村一郎編『フランス民法典の200年』有斐閣=2006、横山美夏・前掲、参照。
- (33) こうしたわれわれの見方は現代ロシアの民法学主流の見地と鋭く対立する。社会主義崩壊後の新民法典編纂事業の中心に立ってきたアレクサンドル・マコーフスキー(元サンクトペテルブルグ大学教授、大統領直属民法編纂協議会副議長)は、フランス民法典およびロシアの法典編纂史を比較する論文(初出2005年)で、規範構造の分析にはほとんど立ち入らないまま法学提要式3部編成など両者の共通性を強調しつつ、シェルシェニェーヴィッチの民法集=「不出来なフランス・モデル作品」説(Sh1912, 52)をあらためて評価し、「フランスの *Code civil* はロシア帝国で100年間(1815-1914年)効力を有してきた」とまで述べている。Маковский А.Л. *О кодификации гражданского права*. М.,

2010, С. 407, 410. 〈仮想民法論〉は今日でも健在なのである。

- (34) 現代ロシアの民法学・学史が本稿で取り組んできた主題についてどのような水準にあるかを示す代表例を二つ示しておこう。一つは前注(33)で触れたマコーフスキーのケースであり、もう一つは以下に挙げる E・スキリピリョーフによる19世紀のロシア「民法」概観である。*Развитие русского права в первой половине XIX века*, Под ред. Е.А.Скирипилева, М.: Наука, 1994, С.133-160. いずれも、本稿で論じた「民法集」の編別構成の意味、所有権および国家的所有権の概念の特異性、授権事項と契約事項との対立などに触れるところはな。これらの問題は歴史からは消失したのである。

Аннотация/ Summary

Условия становления гражданского права в России XIX в.

Тайитиро Оэ (Taiichiro OHE)

Экс-проф. Университета Сидзуока, Япония

Работа посвящена осмыслению вопроса, существовало ли в России в XIX в. гражданское право (*droit civil, bürgerliches Recht*), т.е. гражданское право в стандартном, западном значении. Правда, “Свод законов гражданских”, точнее, часть. 1-я, т. X Свода законов Российской империи была издана 1832 г. Закон существовал. Однако в введении к первому тому “*Истории российских гражданских законов*” (1857 г.) автор К. А. Неволин, сравнивая с положением дел во Франции и в Германии, писал о русских законах так: “ни законы о мерах гражданских для охранения прав гражданских, ни особенные законы об имуществах, ни гражданские законы, действующие в некоторых только местах России, не войдут в нашу историю Русских гражданских законов”. Оказывается, что работа Неволина осталась не самой “*Историей российских гражданских законов*”, а в действительности только как “предысторией” к ним. Вспомним другой пример. К. Д. Кавелин в своей статье “Русское гражданское уложение” (1883 г.), уже категорически отказавшись от понятия “гражданское”, пытался разрабатывать систему “имущественного права” для России вместо “гражданского”. Следует в связи с этим отметить, что успехи сочинения Г.Ф. Шершеневича “*Учебник русского гражданского права*”, вышедшего в 11 изданиях до 1912 г., объясняются тем, что он, как намекает название его сочинения, восполняя в той или иной мере недостатки и пробелы русского гражданского права с помощью немецкого образца учебника пандектного права (“*Lehrbuch des Pandektenrechts*” Б. Виндшейда), и в той или иной мере успел представить читателю как-бы внешний облик целой системы гражданского права России.

Существенными помехами становлению гражданского права в России были, во-первых, отсутствие всеобщей гражданственности (наличие широких слоев бесправных крепостных крестьян, поставленных согласно Своду на место живого придатка к земле, “движного имущества” помещика). Во-вторых, господствующее положение открыто властной, публично-правовой по своей природе права государственной собственности, что сегодня некоторые иногда, но не совсем удачно называют как “валсть-собственность”. И наконец, в-третьих, преобладающее положение “начал (властного) укрепления”, т.е. перевес “порядка приобретения и укрепления прав на имущества” (по выражению Свода) над гражданско-правовыми договорными началами в правовом порядке.. Для выяснению этого последнего момента следует проанализировать значение известного положения М. М. Сперанского: “Купчая крепость [в России] никогда не считалась обязательством: это *traditio symbolica*”, или “Иметь в виду *Titre sixième de Cole civil*, начиная с §1582, исключая того, что у них [во Франции] купля есть договор, а у нас послетствие состоящегося согласия”.

Современной науке правапредстоит еще изчать вопрос, в какой степени гражданское право России в советский п пост-советский период успело восполнять известные недостатки русского гражданского права. Существует ли в наши дни гражданское право, оправдывающее свое собственное наименование?

(Shizuoka Law Journal, No.9. 2017)