

## 近代法の歴史的成層性——〈civilなもの〉についての覚書

大江 泰一郎

### はじめに

ロシアのようなヨーロッパ以外の文化圏へのヨーロッパ近代法の移植にきわめて大きな困難が伴うのは何故であろうか。体制転換後ロシアの実情を見る限り、これがかつてなされたようにロシア社会の後進性（例えばいわゆる共同体的構造）や旧ソ連の計画経済（市場経済の欠如）あるいは支配的イデオロギー（マルクス主義）の故だと説明することが難しいことは今日では多言を要しない。本稿はこの困難の原因を、法文化の型のちがひ、つまりレヒト型とレグルマン型への——多様な中間的ないし混合的諸形態を含む——二極分岐という筆者がこれまで採ってきた視角を、類型論から各類型（ここではヨーロッパ近代法）の形成史の方向にやらずらして、ヨーロッパ近代法<sup>(1)</sup>の歴史的な成層性という視角から説明することを試みようとするものである。この視角は、ヨーロッパ近代法は古典古代→中世→近世・近代といった知的ストックの重なりから成るものであって、いわば地中に隠れている歴史的な根を等閑視して近代に属する地上部分（近代的法典とその思想）だけを移植することに困難が伴うのはむしろ当然である、という主張と関連している。本稿は、この視角から、さしあたり近代法における〈civilなもの〉の概念を手がかりとして、ロシア法史の問題意識からヨーロッパ近代法の構造を分析する試みをなす。しかし、この議論は必ずしもロシアのみに当てはまる特殊事情をいうものではない。日本ではまだとりわけ「権利とか契約とかいった基礎的法律制度」そのものが「根づいていない」という民法学者の指摘<sup>(2)</sup>が正当だとすれば、むろん程度のいかに別として、これは現代日本にも大いに関わりがある問題だといっても差し支えはないであろう。

### 1 市場・市民社会・市民法——歴史との距離

いささか遠回りになるが、本題に入る前に、近年のわが国における学界動向に照らして、上記のような問題設定の意味につき若干の補足をしておきたい。問題の中心は近代法ないし近代市民法生成史の考え方にあるが、ここでは研究史を詳細に振り返ることは紙幅の制約上不可能である。本稿の狭い関心からごく端的に論点を取り出すにとどめざるをえない。

日本ではとくに民法学に顕著であるが、法の基礎ないし制約要因を近代市民社会とりわけその経済構造に求める見地がとくに有力であった。萌芽的には第二次世界体制前の末弘巖太郎に始ま

り我妻栄をへ川島武宜に至って一つの頂点を迎える系譜がその典型であって、その思想的背景としてはオイゲン・エールリッヒ、カール・レンナー、そしてマルクスを思い浮かべることができる。この系譜を一括りにして論じることはできないし、その結果が必然であったともいえないが、そこに法の基礎づけが全体社会の問題（「生ける法」）から経済構造の問題へと収斂していく過程を認めることは不可能ではないように思われる。川島においては、市民社会は経済構造（「資本制経済」）とほとんど同義になる。この過程は何を意味するのか？ 問題をこう立てるとき、資本制経済における法規範関係の「原型」を商品交換の法規範関係に求める川島の理論的志向から、われわれはパシュカーニス『法の一般理論とマルクス主義』（1924年）を連想しないわけにはいかない。そこにわれわれは戦後日本と革命後ロシアにおける思想状況にある意味で通底するもの認めることができる。共通しているのは、たとえばドイツ近代私法学の先駆をなした歴史法学派のように近代法をそれ自体の歴史的生成に即して基礎づけるというのではなく、同じ近代のしかも理念的に想定される限りでの、全体社会における他の（法以外の）下位システムとくに経済構造によってこれを基礎づける立場である。むろんドイツにおいてもローマ法は継受法に他ならないが、その継受には13-14世紀の初期継受から始まり、司法実務における普通法（*Gemeines Recht*）としての適用と「パンデクテンの現代的慣用」から自然法の体系に依拠した普通法と領邦法との体系的統一の事業（「プロイセン一般ラント法」）へと至る長い歴史がある。このような歴史的条件が存在するにもかかわらず、歴史法学が自然法理念にもとづく全ドイツ統一市民法典の編纂というティボーの提案になお異議をとなええた経緯は、ヨーロッパ外における近代法の「継受」を考える場合に示唆するところが大であろう。法はあたかも「言語と同じように」徐々かつ有機的に「習俗と民族の確信」によって形成されるが、「現代」においては法的素材の体系的・歴史的研究はなお不十分だというのが、サヴィニーの見方であった。完成された近代的法典の多かれ少なかれ包括的な、しかも法文化を典型的に異にする主体による継受とは、事情がかなり違うといわねばならない<sup>(3)</sup>。

パシュカーニスや川島の場合には、ドイツのような近代法の自生的歴史的基礎が欠如していたために、その究明に代えて近代法の論理的根拠が——旧ソ連では未成熟なままにはやくも死滅に運命づけられたブルジョア法の基礎として、また日本では現実にたいする批判原理（理念）という意味を帯びて——もちだされたのだと見ることもあながち不当ではあるまい。土台（経済構造）が上部構造（法システム）を規定するというマルクスの史的唯物論の公式、そして『資本論』体系構想は、この見地からは十分科学的に見えたであろう。問題は近代法の基礎づけにとどまらず、近代法体系の理論的構想にも及んだ。川島の『所有権法の理論』（1948年）に見えるように、この見地においては近代法の体系的構想は資本主義経済システムのいわば法的外皮の記述として構想され、法というシステム固有の原理への関心は後景に退いている。ここでは、市場経済は近代化の原動力として位置づけられるが、現実の経済成長にもなって古い「封建的」ないし「共同体的」関係が市場経済へと包摂されるようになって、問題とされた「日本人の法意識」の大きな変化が見られないことが分かってくると、この方法はその実践的・理論的な意味を失っていく。

1980年代に入ってからこうした経済主義的近代法観に代わって登場したのが〈市民法論〉であり、清水誠、星野英一、吉田克己ら、いずれも民法学者がその代表的論客となった。市民法論登

場の背景には、かつて近代化の推進力と見なされた市場経済が、個人の諸権利の確保にとっては今やむしろ障害となりそれを掘り崩す方向に転じたという経済成長後の状況認識がある。こうした認識のもとで、ハーバーマスが『公共性の構造転換』（原書初版1962年、邦訳1973年）や『コミュニケーション的行為の理論』（原書1981年、邦訳1985-87年）において提起した「市民的公共性」の概念や、「公共性の再封建化」や「システムによる生活世界の植民地化」などの定式が、市場経済に代わって、近代法の基礎づけと現代法現象の批判的検討とに有力な手がかりを与えると考えられたように見える。だがその際、ハーバーマスが「ヨーロッパの中世盛期に源を発する『市民社会』の独特な発展史から取りはずして考えることのできないものであり、理想型として一般化して任意の歴史情勢の形式的に同一の局面に置きかえることのできないもの<sup>(4)</sup>」と重要な留保を付した「市民的公共性」、ないしより一般的に「市民社会」の概念は、この留保を離れて日本の現実を説明する枠組として一般化され、したがってまた理念化ないし規範化されたように思われる。1970年代末からは、村上淳一の『近代法の形成』（1979年）およびその続編としての同『ドイツ市民法史』（1985年）が、ヨーロッパ近代法を前近代・「封建的」な法とのむしろ連続性の相において捉えようとして、学界状況に新たな系譜をつけ加えた。しかしこれは、村上の問題提起の理論的背景をなしたオットー・ブルナーらの国制史の方法を含めて、市民法論の中では、市民社会の〈歴史〉を考えるという問題提起としては必ずしも生かされてはこなかったように見える。

今日イデオロギー立場を超えて共感をえている市民法概念は、おそらく清水によって提唱されたもので、それによれば、「市民法」（理論）とは「すべての人の自由、平等、友愛という理念を思考および行動の基準として貫徹させつつ、そこにおける法制度、法体系を理解し、運用しようとする理論的思考を指す<sup>(5)</sup>」とされる。星野も基本的にはこれに同調しつつ、「資本主義社会の爛熟とともに資本主義が市民社会の理念の実現と貫徹にとってむしろ妨げになる<sup>(6)</sup>」という認識をこの概念の要点と見る。こうした市民法論における「市民社会」概念は、民法学者の仕事としては当然のことながら、なお多分に旧来の市場経済ないし経済社会の意味での市民社会概念と重なるところがある<sup>(7)</sup>。だが、本稿の視角から問題となるのは、それよりも、近代の市民社会概念に過重または不相応な「規範的」負荷がかけられているという点である。星野が広義の市民社会（国家に対峙し経済社会を含む自律的社会）とは区別されるべき狭義の市民社会（経済社会にも国家にも対峙するものとしての市民社会）についてさらに事実と規範の二つの面を分け、この後者を「規範概念としての市民社会<sup>(8)</sup>」と名付けるとき、この傾向はとくに明瞭になろう。清水が「市民法」概念に、民法の諸概念だけでなく、立憲主義、国民代表制、法治主義、「法の支配」等々から地方自治や軍事力の市民による統御という憲法上の諸観念、さらに罪刑法定主義や適正手続の保障等々から冤罪は許されないという要請に至るまでの刑法上の諸観念を含めようとするとき<sup>(9)</sup>、市民法はヨーロッパ近代法の諸要素をほとんどすべて説明しうる原理ないし理念へと高められた感がある。

こうした市民法論における市民社会概念の規範的性格にとくに注目したのは、広渡清吾であった。広渡は市民社会概念にこうした規範的性格を認める姿勢の問題性（佐伯啓思の批判的表現によれば「ヨーロッパ普遍主義」）を意識しつつ、結論的には平子友長にしがたって「市民社会概念は、ヨーロッパの思想史において記述的な概念にとどまらず、政治的理念と運動を方向づける規

規範的な意義をもってきた<sup>(10)</sup>」ことを認める。平子はたしかに、アリストテレス政治学における自然 (physis) 概念が目的 (telos) 論を含意すること、つまり自然としてのポリスを同時に人間がそこで完成するところの目的とみることを論拠として、市民社会概念を「この言葉を使用しつづけてきた人々の実践的生活関心とそれに基づく現実了解の独得の認識論<sup>(11)</sup>」と結びつけている。なるほど、アリストテレスの市民社会概念は実践学に属する。しかし、平子が自然概念との関連で引きあいに出している自然法概念についても言えることであるが、アリストテレスに発しヨーロッパで18世紀末（とくにカント）まで維持されてきた形而上学および実践哲学の伝統は、当為と存在とを区別せず、世界を質料（可能態）から形相（現実態）への運動としてとらえるものであって<sup>(12)</sup>、この目的＝形相への運動を規範によって媒介されたものと見なすことはできないのではないだろうか。ヨーロッパにおけるギリシア哲学の永続的影響は、古典古代世界とゲルマン世界との文化的連続性にもとめるべきであろう（後述）。市民社会概念があたかも規範的な性格を帯びているかに見えるのは、清水の扱い方から示唆されるように、異文化世界に生きてきたわれわれにとってこの概念が——市場経済と同一視されないときにとくに——発揮するいわば索出的 (heuristic) な〈解釈の道具〉としての働きに由来すると考えられる。

ちなみに、こうした西洋的概念の受容に対する〈普遍主義〉という批判の可能性は、法学に関する限り、西欧的法文化の所産を「人類普遍の原理」（日本国憲法前文）として把握した国民の歴史的選択の意味を解消しようとするのでない限り、少なくとも、市民社会を含めて西洋の諸概念への没比較史的な理念信仰（特殊ヨーロッパ史的概念の無媒介的な規範化）にはあてはまることを、むしろ率直に甘受してよいように思われる。

本稿の構想は、直接には、〈civilなもの〉の生成史を探ろうとする水林彪の一連の作品<sup>(13)</sup>に触発されたものである。ただ、水林はその生成史が近代法に直接接続する時期のとくに経済史（17世紀）に関心を向けるのであるが、〈civilなもの〉についても、近代社会の経済構造についても、その生成という問題ではおそらく避けて通ることができないアダム・スミスのケースを扱おうとすると、それでは到底処理しきれない問題が頻出することになる。そこからあらためて眺望してみると、他のさまざまなケースにも共通した問題が少なくない。あえて思想と社会構造双方の〈歴史的成層〉を問おうとする本稿の意図は、この事情に由来する。筆者の目標は、日本の市民法論の没歴史性を批判することではなく、市民法概念をその本来の誕生の場にいったん引き戻し、ここからの展開を辿りながら、それがもっている有効性と限界をより限定的に認識することにある。

## 2 政治的概念としての〈civilなもの〉

〈civilなもの〉の思想史ないし概念史を法学の観点から辿ろうとするならば、まず、古典古代以来のその伝統から近代的な概念がまさに出発していくところを確認しておかなければならない。この出発点は、政治的な国家と市民社会との区別を初めて明確に立てたモンテスキュー『法の精神』（1748年）に求めることができる。その際留意すべきは、「市民法」はたしかに「国制の法」と対置されていたが、それは今日の意味における私法だけではなく、なお公法的な関係を含むものとして観念されていたという点である。モンテスキューは『法の精神』冒頭編で実定的諸法律の区分を論じ、「万民法」（droit des gens）を別として、国内法については「国制の法」（droit

politique) と「市民法」(droit civil) とを区別している (EL1-3)。ユスティニアヌス法典 (学説彙纂) に見える市民法 (ius civile)、万民法 (ius gentium) および自然法 (ius naturale) といった法の種類について二分法・三分法のいずれをとるか<sup>(44)</sup> にかかわらず、われわれは市民法をふつう近代的な意味での私法として理解するが、近代の出発点における「市民法」はかならずしもそれと同視することができない。人民主権 (一般意思) 概念を導入してモンテスキューの歴史論的な法認識の枠組を 14 年後に抜本的に組み換えたルソーの『社会契約論』(1762 年) においては、市民法がさらに「民事の法律」(loix civiles) と「刑事の法律」(loix criminelles) に分けられ、「国制の法律」ないし「基本的法律」(loix politiques ou fondamentales) と並べられる。ところでモンテスキューのいう「市民法」は、三権分立によって確保される「政治的自由」と異なり、「市民の自由」にかかわるものにほかならないが、「[市民的] 自由は安全にあり、あるいは人が自己の安全についてもつ確信にある」とされる (EL 12-1)。この市民的自由とは、川出良枝の整理を借りれば、「すべての市民 (citoyen) の生命・身体・財産の安全および世俗的領域における内心の自由が、法律による合理的で正当な制限が加えられない限り、普遍的に保障されている状態<sup>(45)</sup>」をいうものに他ならないが、注目すべきは、この市民的自由=安全がとりわけ「刑事の法律の良否にかかっている」(EL 12-2) とされることである。このことは、ルソーが、民事の法律は「[政治体の] 構成員相互の関係、および構成員と全体 [国家] との関係」にわたるが、「国家の力のみがその構成員の自由をつくりうる」のだから、これらの関係は「第一の面 [市民相互間の関係] ではできるだけ小にし、第二の面 [市民・国家関係] ではできるだけ大にしなければならない」としていることにもつながる (以下キッコウ内は原文、角形括弧内は引用者による補足)。この一見奇妙な現象は、自然法的法典編纂の所産とされるプロイセン一般ラント法 (ALR) と比較すれば自ら明らかとなろう。サヴィニーがフランス民法典やオーストリア一般民法典と「一塊り」のものともみたプロイセン一般ラント法は、狭義の市民法のみならず、刑法、封建法、商法、教会法の規範を含むという点で、他の法典とは異なる際立った特徴をもっていた<sup>(46)</sup>。後に見るポルトリスの私法への〈純化〉ケースやアダム・スミスの場合と比べてみれば了解しうるように、これは、旧ヨーロッパ (モンテスキューやルソーと同時代) の社会を当時の自然法学の手続で記述しようとするときに必然的に生ずる事態に他ならない。中世法が公法と私法の区別を知らなかったという事情と相俟って、近世自然法学には古典古代的伝統に由来する〈政治社会〉の構想が含まれており、これが〈市民法〉の領域を拡大することに寄与していたのである。したがって、われわれはモンテスキューについてもまたルソーについても、市民法=私法という日本的な近代法観念<sup>(47)</sup> はいったん清算しておく必要がある。

ドイツ語を除く多くのヨーロッパ諸語において近代的「市民社会」用語の語源となったラテン語の *societas civilis* は、本来政治的なものを表示するものであった。マルクスがいうように「古い市民社会は無媒介的に (unmittelbar) 政治的性格をもっていた」が、それは、「たとえば財産とか家族とか労働の形式とかのような、市民生活の諸要素は、領主権、身分、職業団体といった形で、国家生活の要素にまで高められていた<sup>(48)</sup>」から、つまり中世の「古い市民社会」はそれ自体「政治社会」にほかならなかったから、である。この *societas civilis* という語は、共和政期ローマのキケローに始まり 12-13 世紀のアリストテレス的伝統の復活を経て 15-16 世紀ルネサンスの人文

主義につながる古典語的概念伝統のなかで、本来は、アリストテレス『政治学』における政治的共同体としてのポリスを指すギリシア語 *politikē koinōnia* のラテン語訳として選択されてきたものである。中世においてはトマス・アクィナスを含め *politikē koinōnia* の訳語には、*societas civilis* と並んで *societas politica* も使用され、「国家すなわち政治社会」(*civitas sive societas civilis*) という言い回しが慣用化されていたことから分かるように、ギリシア語の形容詞 *politikē* とラテン語の形容詞 *civilis* は同一のものを指すものとされ、しかもこれが近世に至るまで——つまりボダンによって主権概念がもちこまれ市民共同体 (*civitas*) の概念が本質的な転換をきたすまで——ポリスとはその構造を異にした歴史的諸社会を認識するための枠組であり続けたのである<sup>(19)</sup>。

われわれの考察にとって必要なのは、この概念史の細部よりも、「[近代にまで引き継がれる]ヨーロッパの法理念自体はその起源を〔ローマ法ではなくて〕むしろギリシアの遺産およびキリスト教的伝統のうちにある<sup>(20)</sup>」とされる場合の「伝統」に見られる、法概念と上述の〈政治〉の概念との結びつきである。この「伝統」ないし「遺産」からわれわれがすぐ想到するのは、始原的にギリシアに由来する——いかにも熟さない表現になるが——〈正義としての政治(手続)〉ともいべき現象であろう。このギリシアの政治を問題にすると、われわれはマキアヴェッリ以来の近代的政治概念とは異質の、デモクラシーとしての政治概念に足を踏み入れることになる。

「国家は自然によるものの一つであり、そして人間は自然によって国家的(ポリス的)動物である」という有名な文章に続く『政治学』第1巻第2章の結論部分で、アリストテレスはこのポリスの不可欠の要素として「法と裁き」(*nomos kai dikē*) をあげ、「それゆえ、徳を欠くならば、人間はもっとも不敬でもっとも野蛮な存在、性と飲食に関してもっとも劣悪な存在になる。これに対して正義(*dikaiosynē*) は国家的性格のものである。なぜなら〔法にもとづく〕裁きは国家共同体の秩序であるが、裁きとは正しいこと(*dikaion*) の判定を下すことだからである」(1253a. 牛田徳子訳) という。ポリスの政治概念において裁判とその原理としての正義が枢要な位置を与えられるのは、けっして偶然ではない。アリストテレスはポリスの成員＝「市民」(*politēs*) の定義をするとき、「無条件的な意味での市民には裁判(*krisis*) と公職(*archē*) に参与すること以外にはいかなる規定も与えられない」(1275a) と断言する(ここで「裁判と公職に参与すること」とは直接には審判員と民会員になることを指す)。ポリス的な〈政治〉とは、さしあたり古典学者フィンリーの定義をパラフレーズしていえば、全体性をもつ最上位の団体における議論と論証そして最終的には投票の結果としての決定がその団体構成員のすべてにとって拘束力をもつことを言うのであるが<sup>(21)</sup>、ここで政治概念の中核をなすのは決定の手続であって、それが裁判(審判員)と政治(公職)を結合する共通の原理になっているという点である。ルーマンはアテナイにおける法律制定の手続が古い法の代弁者と新しい法の代弁者との間の「訴訟」といった形をとり「法廷手続のモデルにしたがって」組織されていたことを指摘する<sup>(22)</sup> が、アリストテレス『アテナイ人の国制』第59章が伝えるように、それだけでなく、ここでは「市民間の私的紛争のみならず、立法・行政・外交・軍事・財政などポリス運営上のあらゆる問題の処理は、最終的には訴訟という形に収斂し、全体として「裁判という媒体を通して国政が機能していた<sup>(23)</sup>」といっても過言ではないほどであった。

本稿の主題から見てここで留意すべきは、法律が「[市民たる民会員たちによって担われる]法

廷手続のモデル」にしたがって制定されるということの比較法文化史的な意味である。法律制定、より一般的に法形成については、東洋・西洋および歴史時代のいかに問わず、またかならずしも固定したかたちで相互に排除しあうわけではないが、①共同体がいわば〈下から〉裁判の反復によって徐々にこれを実現していく型と、②何らかの権威ないし支配権力が〈上から〉その意思にもとづいてこれを実現する型とを区別することができる。ここでは、中世思想史家ウォルター・ウルマンが西洋政治思想の変遷を説明するために使用した用語法<sup>(24)</sup>を借りて、前者①を〈上昇的〉(ascending)な法形成の型、後者②を〈下降的〉(descending)な法形成の型と名付けておこう<sup>(25)</sup>。近世自然法の契約説は、上昇的法形成(個人の自然権→社会契約→政府)を前提として下降的法律制定(主権の国家による立法活動)の正統性を説くものだともいえる。

この観点からすれば、アテナイ民主政における法形成は、後のローマの法務官法(ius honorarium)やコモン・ローとともに類型的にはあきらかに上昇型に属する(コモン・ローが〈国王の裁判権〉によって形成されてきたことは定義上この上昇的法形成と矛盾しない)が、その際注目されるのは、政治的国家和市民社会とを二項対立的に配置する近代的政治観念からこれを見ると、司法作用は国家機構(政治権力)の機能ではなくむしろ社会(市民共同体)の機能として位置づけられることになるという点である。近代になってこうした〈社会の機能としての裁判〉という現象を再発見したのは、例えばモンテスキュー、ヘーゲルそしてエールリッヒであった<sup>(26)</sup>。だがこの現象はじつはもともと政治的概念としての *societas civilis* の本性つまり社会の政治共同体=法共同体的性質に属するものであって(「政治社会」はやはり社会であってそれ自体が権力装置の意味での国家ではない)、近代市民社会はその基層ないし古層においてこの伝統を受け継いでいるに過ぎない。ヴィルヘルム・エーベルがドイツ立法史における法形成の三形態として法判告(Weistum)、締約(Satzung)そして法命令(Rechtsgebot)をあげつつ次のようにいうとき、それは近代的な法(Recht)概念のこうした歴史的成層を含意するであろう。「これらの三つの基本形式が同時に歴史的な発展段階でもあって、それぞれ順々に前のものにとって代わったなどと考えるはならない。そうではなく、これらはドイツ立法史の概念的な構成要素であり、歴史の経過の中で、ときには互いに混じりあうことなく併存していたこともあるが、より多くの場合には様々に混合して現れ、ついには今日の法律概念にまで至るのである<sup>(27)</sup>」。こうした上昇的法形成の伝統を表現するヨーロッパの古い諺として、われわれは「民の声は神の声なり」(Vox populi vox dei)を知っている<sup>(28)</sup>。

ドイツを含めヨーロッパ社会の古層は、その法文化類型において古典古代の政治社会に通底する。古典古代→中世→近代の成層が可能であったのは、ギリシア哲学、キリスト教、ローマ法、ゲルマン法という異種の諸文化に上昇的秩序形成の契機という同一の「文化的連続性<sup>(29)</sup>」が貫流していたからに他ならない。スコットランド啓蒙研究に「シヴィック・ヒューマニズム・パラダイム」という新境地を開いて近代思想成立史研究に新風を送ったJ.G.A. ポーコックが、「[古典古代のかた]西洋政治思想の伝統ははっきりした共和主義的形態のシヴィックな理念をめぐって構築されてきた<sup>(30)</sup>」という認識を西洋の思想史研究においてさえ見失われてきた問題としてあらためて強調するとき、われわれが見ているのは、むしろ、古代の政治共同体そのものの連続性(近代性)ではなく、この「理念」つまり文化の連続性なのである。

### 3 社会的概念としての〈civilなもの〉

さて、〈civilなもの〉が歴史的には本来政治の領域に由来するとしても、モンテスキューやルソーが考察した歴史段階での「市民法」ないし「民事の法律」は政治的概念ではなく、近代の意味における〈社会的なもの〉の領域に属する。旧ヨーロッパの *societas civilis* とは対立するこうした〈civilなもの〉はどのように形成されたのか。ここで再び、モンテスキューやルソーのいう「市民法」「民事の法律」が「国政の法」ないし「基本法律」に対置されていた地点に立ち帰ろう。

モンテスキューはそこで自然法から出発しつつ、自然状態を国制の法（政治法）・「政治状態」（*etat politique*）と市民法・「市民状態」（*etat civil*）という二つの要素によって克服するという論法を採用しているが、実定的な秩序はここで政治状態と市民状態とに分離され（伝統的な政治共同体から市民共同体が分離され）、これがのちに国家と市民社会との分離の理論へと接続されることになることは、上述の通りである。モンテスキューはこの方法が G.V. グラヴィーナ（1664 - 1718）によってすでに開拓されていたこと（後述）を明記するとともに、「個々の力は、すべての意志が結集することなしには、結集しえない」（EL 1 - 3）として、力の結集（政治状態）に意志の結集（市民状態）が先行する、さらにいえば「国制の法」に「市民法」が先行する、という認識を示す。この近代法理解は彼の歴史認識と深く結びついている。フランク族の国制（封建制）を分析する『法の精神』第30編でモンテスキューは、「国制の法」の分野に論述を進めるためにはゲルマン人の法律および習俗を知る必要があるとして、裁判の起源という問題を立て、これを贖罪金（*composition*）という「当事者間の相互の合意」を論ずることから初めている（EL 30 - 19, 20. cf. 30 - 18）。これは、「合意」という市民法の原型ひいては「意志の結集」つまり市民状態が、政治状態に先立つその成立において裁判権の成立と不可分であることを主張するものであろう<sup>(31)</sup>。この認識は、より一般的には、「作られた法律が存在する以前に、正義の可能的な諸関係は存在していた」とか「実定的な法律に先立って、まず衡平の関係が存在し、これらを実定的な法律が〔後から〕確立するのだ」（EL 1 - 1）とも表現されるように、国家ないし支配権力によって〈下降的〉に制定される「法律」には〈上昇的〉に形成される習俗（*mœurs*）ないし慣習法が歴史的に先行するという、『法の精神』全編の軸となっている枠組<sup>(32)</sup>に対応する。この枠組は、モンテスキューがマキアヴェッリを介して古典古代を再解釈し、解釈し直されたギリシア・ローマ史から中世史（ゲルマン法史）を解釈するという、あたかも歴史的成層内を上下に往復運動する手続きで、モンテスキュー自身によって開発されたものであった。

本稿の文脈からここで留意すべきは、国家（政治状態）に先行する市民社会（市民状態）・市民法が、「正義」「衡平」という司法的原理の作用する場として理解されているという点である。モンテスキューのこの認識は、フランス民法典を編纂し「民法典序説」を書いたポルトリスの次のような認識とほぼ重なるであろう。「よい民事の法律（*bonnes lois civiles*）は、人間が与えたり受けたりすることのできる最大の善である。それらは習俗（*mœurs*）の源泉であり、所有権の守護神であり、そして公私を問わずその平和の保障である。かくてそれらの法律は、政府を基礎づけるものではないにせよ、政府を維持するものである。それらの法律は権力を調整し、かつ権力をあたかも正義それ自体であるかのようにそれを尊敬せしめるのに役立つ<sup>(33)</sup>」。モンテスキューとポル

タリスが違ふのは、前者が「市民法」を既述のように刑法を中心に考えたのと異なり、後者がこれを近代的な意味での私法——「人格とその人の財産を中心にして構成される私的領域<sup>(34)</sup>」の法——にいわば〈純化〉してこれを捉えているという点である。

この現象をきわめて鮮明に示したのは、アダム・スミスにおける〈市民法の再発見〉ともいべき経緯である。スミスが示した市民社会（「商業社会」）の自律性についての認識が有名な「見えざる手」（TMS IV,1,10, WN IV,ii.9）の比喩に結びついていることは周知の通りであるが、この自律性は、市場〈経済〉そのものの自律性をいうものではなく、むしろ法システムと表裏に結びついたそれ、もっと端的にいえばむしろ〈市民法の自律〉を象徴するものであった。『国富論』の叙述から、これを要約的に表現した部分をまず見ておこう。

「各人が〔ロックのいう〕自分の労働の果実を享受することについて、グレート・ブリテンの法（the laws）が与えている保障は、これさえあれば、これらおよびその他の20ものばかげた商業上の規制にもかかわらず、どの国でも繁栄させるのにそれだけで十分であって、この保障はその〔輸出のための重商主義的な〕奨励金が創設されたのとはほぼ同時期の〔1688 - 89年の名誉〕革命によって完全なものとした。自分の状態をよりよくしようとする各個人の自然の努力が、自由にかつ安全を保障されて、実行を許されるならば、きわめて強力な原理であってそれだけでなんの助力もなしに（so powerful a principle, that is alone, without any assistance）、社会を富と繁栄に導くことができるばかりでなく、その作用をあまりにもしばしば妨げる愚かな人定法（human laws）のつねに多かれ少なかれ、その自由を侵したり、その安全を減じたりする多数の不適切な障害を克服することができる」（WN IV,v,b,43. 杉山忠平訳・水田洋監訳）。この「強力な原理」を、スミスは「正規の正義の法」（the ordinary laws of justice）とも呼ぶ。例えば、「農業者が自分の品物をいつでも最良の市場におくのを〔重商主義的な立法が〕妨げることは、明らかに、公共の効用という観念のために、つまり一種の国家理性のために、正規の正義の法を犠牲にすることであり、それは、もっとも緊急な必要のある場合にだけなされるべきであり許されうる立法権力の行為なのである」（WN IV.v.b.39）というように。

スミスにおける正義の法の自律性という認識は、その成立事情からみれば、『道徳感情論』（1759）→「グラスゴウ法学講義Aノート」（1762 - 63）・「Bノート」（1763 - 64）→『国富論』（1776）という作業を通して、スコットランド啓蒙、つまり、徳（virtue）を中核概念とした今日シヴィック・ヒューマニズムと呼ばれるようになっている道徳哲学の思想系譜（ハチスン、ヒュームら）と、正義（justice）概念を中核とする自然法学の思想系譜（ケイムズ）の双方から学んだものであった<sup>(35)</sup>。この経緯から知られるように、いわゆる「経済学の成立」はスミスの認識の出発点ではなくむしろその帰結（法→経済）であって、パシュカーニスや川島のとった認識方法（経済→法）とは順序がむしろ逆である。

新しい認識を導いた中心問題は、商業社会における〈所有権〉の概念にあった。この過程でスミスは、自然権としての所有権から政府（国家）の形成を説く自然法学的な契約説から完全に脱却して、4段階的歴史論（狩猟→牧畜→農耕→商業）を援用しつつ、いわば実定法史的な方法<sup>(36)</sup>へと転換し、所有権をなお道徳哲学的な「同感」（sympathy）原理の延長線上に位置づけつつも、政府をこれとは別途に「権威の原理と功利の原理」（LJ（B）11,18）によって基礎づけるにいたる（ス

ミス自身はこれを自然法学に対立する「ローマ法 (civil law) の方法」と呼ぶが、そこにはスコットランドの大陸法的伝統が介在する)。この方法を彼が学んだのは、『道徳感情論』の巻末で自ら書いているように、アリストテレスに発し中世のトマス・アクィナスを経て受け継がれてきた自然法学の伝統の中で新しい局面を開いたグロティウスからである (TMS VII.iv.36 – 37)。それは、正義論において「交換的 (補足的) 正義」と「配分的 (帰属的) 正義」との区別、それに対応する法 = 正義 (束縛された責務) とその他の徳 (友情、慈善、寛容) との区別<sup>(97)</sup> を立てるものであったが (TMS II.ii.1.4; VII.ii.1.9)、これを受容した結果、スミスは道徳哲学ないし自然法学 (jurisprudence) から、一方では実定法としての市民法 (civil law) ないし私法 (private law) の体系を、他方では経済学を分出させることになるわけである。こうして近代的な所有権はいわば〈各人に各自の分を配分する<sup>(98)</sup>〉 (suum cuique) という法 = 正義の原理に収斂する問題として、「市民法」ないし「私法」(LJ (A) i.17; (B) 149) の領域に移される。『道徳感情論』の次の一節は、こうして獲得された市民法の自律性を確認するものである。「自然は人類に、報償にあたいするという意識の楽しさによって、慈恵 [という倫理的な徳] の諸行為をなせと勧めるのだが自然はそれの実践を、それがなされた場合における相応的な処罰の恐怖によって、守り強制することが必要だとは考えなかった。……反対に、正義 [というこれも「同感」に支えられてはいるが、まさしく法的なつまり強制の可能性を背中に負っているところの徳] は、大建築の全体を支持する支柱である。もしそれが除去されるならば、人間社会の偉大で巨大な組織は、一瞬にして諸原子になるにちがいない」(TMS II.ii.3.4)。

ちなみに、法学講義 (B ノート) の段階でスミスが「私法」としてが考えていたのは、所有権、契約、不法行為からなる体系であるが、この不法行為には、モンテスキューの場合と同様に、いぜんとして刑事の要素 (殺人等) が含まれている (LJ (B) 149ff)。英米法について今日でも特筆される、民事と刑事を峻別しない、また自力救済を認めるのを原則とするという特徴の歴史的事実はこの点と通底する。ローマ市民法上の罰金訴権 (actio poenalis) は窃盗・強盗等から発生するが殺人を含まず、殺人を含む「不法行為」の概念はヨーロッパでは注釈学派以降に形成されるが、スミスのいう不法行為はゲルマン法よりもむしろこの後者に照応しているように見える。また、この B ノートでは、法の配列が公法 → 家族法 (domestic law) → 私法となっているが、これは国家・家・個人という旧ヨーロッパの国制に対応し、しかもわれわれのいう〈下降的〉な叙述であることが注目されるが、この下降的な叙述は『国富論』では再び〈上昇的〉な方法に反転する (後述)。

所有権を初めとする私法上の諸権利を自然権ではなく実定的・後天的な権利 (acquired rights) として捉えることは、しかし、国家を前提としてそれらを論ずることを意味する。だとすると、なぜ市民法はなお「自然的自由の体系」であるのか。『国富論』の上引の一節から明らかなように、名誉革命による変革を経たグレート・ブリテンの法は、「人定法」に対置される限りですでに〈自然的なもの〉とされているように見える。法学講義 A ノートによれば、この法は、ローマ法の再発見より以前に体系化され、大陸諸国でローマ法やカノン法が重きをなすようになるよりも前に独自の裁判所と訴訟技術を確立しており、まさしく「人間の自然的感情 (naturall sentiments)」に基礎づけられたものとして識者の関心を集めてきたとされる (LJ (A) ii.74f. cf. WN III.ii.14)。こうした意味での市民法の自律性を、富 (opulence, wealth) の進歩に関する自然史および比較史とい

う『国富論』の主題（「諸国民」の富）との関係で集中的に論じた同書第3編の叙述に即して、筆者なりに咀嚼しつつ要約すると、次のようになる。

スミスによれば、農業→商業・製造業→貿易という投資における「事物の自然的順序」が見られるのはヨーロッパでもイングランドにおいてだけであるが、この次第は、全体社会とくに農村における封建的無秩序を克服して「秩序と善き統治」および「個人の自由と安全」を達成することと、すなわち「市民社会」ないし「文明社会」の形成と、不可分の関係に立つ。因果関係的に見れば、善き統治の直接の前提をなしたのは商業・製造業の発展であり、また商業・製造業における資本を確保しかつ現実化したのは農業の改良と耕作であるが、イングランドにおいてこうした事態の進展を可能にしたの最重要の要因の一つは、封建的な leasehold の freehold 化ないし allod 化、つまりヨーマン層の土地「保有」(hold) のいわば〈ローマ法的所有権〉(dominium) 化<sup>(39)</sup> と、その結果としてのヨーマンの政治的能動化（議会下院への進出など）に他ならない。この土地保有制度の変革は、しかし、立法によってではなく、基本的にはコモン・ロー裁判所およびエクィティ裁判所の判例の積み重ねによって達成されたものであった (cf. LJ (B) 72-75)。「ヨーマンにとってこれほど有利な法と慣習 (laws and customs) は、おそらく、イングランドの誇りとする商業上の諸規制すべてを合わせたものよりも、イングランドの現在の栄光に寄与している」(WN III.ii.14,iv.20)。だが、こうした司法権の特質は、歴史的にはノルマン征服以前したがってまたイングランドへの封建制導入より以前の「自由土地所有者的統治制」(allodial government) のもとで存在した裁判権 (cf. LJ(B)49-52) から、つまり大土地所有者たるサクソン領主たちが「他から派生するのでない固有の所有権として」(allodially) 確保していた裁判権から、言い換えれば、同感ではなく彼らもっていた「権威」ないし「財産と習俗」(property and manners) から説明されなければならない。この権威は——「自由の友」たる陪審制にとくに明瞭に見られるように (cf. LJ (B) 64-75) ——それ自体「全住民が武装し互いに助け合うという慣習を有する (accustomed)」とこの〈社会〉つまりいわばゲルマン的戦士共同体と緊張関係に立つものとされるのである (WN III.iv.7-8)。

『国富論』の体系全体は、本稿の視角からすれば、それ自体としての商業社会つまり〈経済〉(第1・2編)、正義の法 (第3編)、正義の法による恣意的な人定法 (重商主義および重農主義) の批判 (第4編)、そして国家 (第5編) から成ると見てよい。「私法」つまり所有権・契約・不法行為、そしてその前提たる裁判 (正義) はここでは、第5編で国家そしてその系たる司法権の独立という政治制度論的な問題 (WN V.i.b.24-25) が立てられる以前に、はやくも「富の進歩」の比較史的考察という文脈 (第3編) で提起され、上述のように、「強大な権威」にもかかわらず上昇的な性格をもつ法形成原理、これに発する「正義の法」の対国家的・対経済的な自律性 (そのイングランドの特質) に収斂する問題として論じられるわけである。その限りで、国家との歴史的または論理的な先後関係という点で微妙ではあるが、ここでも裁判 (正義) は国家と区別された〈社会の制度〉として位置づけられていることが示唆されよう。こうして、政治社会 (国家) と等置されるところの市民社会に位置づけられてきたロックの「生命・自由および財産」は、国家とはいまや区別された市民社会に移され、物 (経済的実体) に対する処分権としての私法的概念へと純化されることになる。こうした意味での〈近代的所有権の発見〉は、古典古代的な概念装置

(アリストテレス倫理学とローマ法)による中世的・ゲルマン的「保有」の分析というしごとの所産でもあったわけである。

見てきた通り、法、より直接的には裁判という現象を国家との関係においてどのように位置づけるかという問題にスミスはゲルマン社会モデルの援用で対応したのであるが、これが恣意的な対処ではないことは了解しておく必要がある。モンテスキューが「国制の法」と「市民法」との区別にあたって依拠したグラヴィーナ自身の認識についても、同様の問題を指摘することができよう。彼はホップズらの契約説から離脱して、「力」と「意思」との関係にかかわる独自の認識論的前提から出発し、ロムルスによる建国、王政、僭主政、貴族政から十二表法を経て共和政、さらに元首政にいたるローマ史を参照しつつ、自然状態→政治状態→市民状態→〈政治システム〉という、多段階的な〈国家〉成立論を展開する。本稿の文脈からこの構想で注目されるのは、木庭顕によれば、いったん力によって樹立された単純な政治状態(刑罰権力)が、次の段階でこんどは意思の結合(諾成契約)によって市民状態(市民社会)に達し、これが、その内部に「自足的な実力問題処理メカニズム」を装置しつつ、立法によって、すでに成立している初歩的な政治状態を「基礎づけ直す」「再形成する」ことにより、あらためて〈市民状態にある政治システム〉の成立に向かうとされる点である<sup>(40)</sup>。市民社会の内部に装置された「メカニズム」について木庭は具体的な説明を留保しているように見え、筆者はこれを市民法ないし民事裁判と推測するが、ここでは、市民社会は完成された国家に先立ってある種の実力問題処理メカニズムをその内部に装置することを迫られるという、問題の所在を確認するとどめよう。これもまた〈社会の機能としての裁判〉の問題なのである。近代における市民社会の対国家的自律性という問題を解く直接の鍵にはなりえないが、ゲルマン社会モデルとの関係で想起されるべきは、「裁判手続によって裁判手続のために定立される法というものは、古代都市国家〔ギリシアとローマ〕の歴史が示すように、〔親族組織や宗教に代わって〕政治的機能中心が全体社会のなかで優越的地位を占めることを前提とする<sup>(41)</sup>」というルーマンの指摘である。「政治的機能中心」それ自体は市民社会に対立する〈国家〉ではないが、市民法(行政ではなく裁判のための法)の成立には、ポリス的な〈政治〉であれ、ローマの共和政であれ、あるいは強大な権威を伴うゲルマン共同体であれ、何らかのデモクラシー、換言すれば〈社会の機能〉としての裁判(Vox populi vox dei)が不可欠である。これは、法の理念を正義に求めるラートブルフの正義理解にも通じよう。彼もアリストテレスに従って平均的正義と配分的正義とを分け、前者を並列関係(私法)における正義、後者を上下関係(公法)における正義と説明したうえで、当事者の平等(平均的正義)はそもそもこの平等をあらかじめ与える配分的正義を前提とするから、「配分的正義が正義の根源的形式である<sup>(42)</sup>」ことを主張する。ここでも、単なる公法ではなく、私法を同時にもたらす限りでの公法が、つまり特定のデモクラシーが出発点である。以上に見てきた〈社会的なものとしてのcivil〉はここで、前章で考察した〈政治的なものとしてのcivil〉に通底することになる。本来〈政治的なもの〉であったcivilが〈社会的なもの〉の領域に留置される、あるいは転移するわけである。この意味でのデモクラシーの歴史的な継起が、西洋において個性的な法文化の成層的な連続性を支える基盤をなした。それはむしろ「棒のごとくに」連なっているのではなく、曲折し、反転し、聖化され、忘れられ、あるときは「トンネル」に潜り込み、また再生したりする連続性なのであるが。

## むすびに代えて

丸山真男は『日本の思想』の中で、明治の憲法制定議会における森有礼の演説に触れ、一方において君権の法的絶対性、他方において市民権の事實的絶対性というその二元論を、「よしやシビルはまだ不自由でもポリチカルさえ自由なら」とうたい、社会的底辺における近代的人間関係の確立よりも参政権の獲得に熱中した自由民権民運動家の論理とうらはらの関係にあることを指摘している<sup>(43)</sup>。「ポリチカル」を先行させることもさりながら、二つのものを分離して怪しまない思想感覚が問題であったろう。1929年のソ連で詩人マヤコフスキーが次のように外国人の面前で讀めたソビエト「市民」が、シビルから切断されたポリチカルの領分に属する存在であったことも、今では多言を要しない。「ぼくは／貴重貨物の／送り状みたいに／広いズボンのポケットから／[パスポートを] 出してみせる。／読むがいい／うらやむがいい／ぼくは／市民だ／ソビエト連邦の」(『ソヴェエト・パスポートの唄』)。イェーリングは1872年の有名な講演において、こうした事例とは逆に、「諸国民の政治的教育の本当の学校は、憲法ではなく私法である<sup>(44)</sup>」と述べている。スミスが「自然的」と呼んだ事物のなりゆきはここでもけって普遍的なものではない。あの「ポリチカル」の時代からわれわれはどれほど隔たったといえるであろうか。

1917年の十月革命はたしかに社会革命ではあったが、ロシアはそれ以後も、この変革がかかえた政治革命の課題を深く自覚することはできなかった。法治国家の創設という遅ればせの政治革命のスローガンは、いま体制の墓碑に刻まれている。ちなみに、12世紀後半に始まる都市国家ノヴゴロドの共和政は北方ゲルマンの政治文化を受け継ぐものであったが、300年の歴史のあと、その政治文化をモンゴルの改造したモスクワ国家によって滅ぼされた。モスクワが文化改造に要した時間は、ノヴゴロド共和政とほぼ同じ起点から数えて約250年である。この歴史は西洋の「12世紀ルネサンス」と同じ時代に並んでいる。一方における政治文化の切断に、他方における「再生」と成層化が対応しているわけである。ロシア史の最大の分岐点としてこれを位置づけた19世紀の思想家ゲルツェンは、分岐点の問題を「モスクワかノヴゴロドか」というかたちに定式化している<sup>(45)</sup>。その「モスクワかノヴゴロドか」の問題は、共和政か(専制ではもはやないにせよ)権威主義的体制かという問題に姿を変えてはいるが、現代ロシアにとってなおアクチュアルなものなのである。

\* 欧文献の典拠は、いずれも原文タイトルを略記するとともに、頁数ではなく、モンテスキューなどについては編・章などを示す例にならい、またアダム・スミスについてもグラスゴウ版全集の部・編・章などと当該パラグラフを挙げる慣例に従った(パラグラフを数えれば、邦訳でも該当箇所は容易に見出せる)。各邦訳には大きな恩恵を受けており、訳者名はそれぞれの著作初出の際に示したが、行論の都合から原訳を変更したところがある。

## 注

- (1) ここで〈ヨーロッパ近代法〉という概念を使用するのは、その諸類型(少なくともイギリス法、フランス法およびドイツ法)それぞれの特質を無視してよいという意味ではなく(この点につき村上淳一

「ヨーロッパ近代法の諸類型——英・仏・独における『国家と社会』」平井宜雄編『社会科学への招待——法律学』日本評論社、1979年、参照)、それらが非ヨーロッパ地域の法との比較において共通してもつ歴史的性質に着目する限りにおいてである。

- (2) 星野英一「『法』と『法律』の用語法について——区別への提言」国家学会編『国家と市民』第3巻、有斐閣、1987年、374頁。
- (3) ドイツにおけるローマ法の継受と歴史法学については、村上淳一『ドイツ市民法史』東京大学出版会、1985年、第1章、同「ドイツ法学」碧海純一ほか編『法学史』東京大学出版会、1976年、123頁以下、参照。
- (4) J.ハーバーマス(細谷貞雄・山田正行訳)『公共性の構造転換』未来社、第2版、1994(原書1990)年、1頁。
- (5) 清水誠『時代に挑む法律学——市民法学の試み』日本評論社、1992年、1頁。
- (6) 星野英一『民法のすすめ』岩波新書、102頁。
- (7) 吉田は、市民社会概念としては「経済社会としての市民社会」を市民法論の基底に据えつつも、しだいに「政治共同体としての市民社会」、そしてとくに「非国家的・非経済的な市民社会」へとその拡大ないし重心移動を図っているように見える。これとは別に、池田恒男のように、「公共性」の観念を、「商品交換秩序の物化形態としての法形態」(財産権の体系)と並べて直接的に「商品関係」から引き出そうとする例もある。吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社、1999年、107-111頁、池田恒男「80年代の展開と『市民法論』——『戦後』の終焉過程を焦点として」『法の科学』12号(1984年)101、102、104、106頁、参照。
- (8) 星野『民法のすすめ』、118頁。
- (9) 清水、前掲、7、17頁。
- (10) 広渡清吾「『市民・市民社会』と『国民・国民国家』——法律家的覚書」飯島紀昭ほか編『市民法学の課題と展望——清水誠先生古稀記念論集』日本評論社、2000年、11頁。
- (11) 平子友長「市民社会概念の歴史」『法の科学』27号(1998年)193頁。
- (12) 村上「ドイツ法学」126頁参照。古典古代の自然法概念については、古典的意味をもつA.P.ダントレーヴ(久保正幡訳)『自然法』岩波書店、1952(原書1951)年、3-5、38-40頁参照。
- (13) 水林彪「西欧近現代法史論の再構成」『法の科学』26号(1997年)、同「ナポレオン法典におけるcivilとcommercial」飯島ほか編、前掲、同「日本『近代法』における民事と商事」石井三記ほか編『近代法の再定位』創文社、2001年、参照。ちなみに、水林のいう資本主義以前の「オイコス経済」は、本稿の関心からすれば、スコットランド啓蒙における〈シヴィック・ヒューマニズム〉の思想系譜と関係がある。この点につき、田島慶吾『アダム・スミスの制度主義経済学』ミネルヴァ書房、2003年、16-18頁参照。
- (14) ダントレーヴ、前掲、29頁以下参照。
- (15) 川出良枝「主権国家と市民的自由——モンテスキューの戦い」佐々木毅編『自由と自由主義——その政治思想的諸相』東京大学出版会、1995年、124頁。
- (16) J.-L.アルペラン(野上博義訳)「ナポレオン法典の独自性」『名城法学』48巻4号(1999年)、3、18頁、ALRについては、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』有斐閣、1969年、第10、11章、村上「ドイツ法」130-133頁、参照。
- (17) 近代民法に残る「公法をも含めた法律学全般に通ずるもの」(法人、代理、時効など)について、星野英一「日本民法学における『イデオロギー』と『思想』」『法と強制——法哲学年報1982』90頁参照。
- (18) マルクス「ユダヤ人問題によせて」(1843年)邦訳マルクス／エンゲルス全集第1巻404頁。
- (19) M・リーデル『市民社会の概念史』河上倫逸・常俊宗三郎編訳『市民社会の概念史』以文社、1990年、

- 第1・2章参照。
- (20) F・ヴィーアッカー（鈴木祿弥訳）『近世私法史』創文社、1961（原書初版1952）年、148頁。キリスト教思想史については、法学との関係においても、とくに使徒パウロのローマ書13章の「人は皆、上に立つ権威に従うべきです」云々のテキストおよび「剣」という司法的シンボルの解釈がもつ意味について、さしあたり『宮田光雄集「聖書の信仰」』第4巻、岩波書店、1996年、17、18、22、67頁、またとくにトマス・アクィナスの正義論について三島淑臣『法思想史』青林書院、1980年、178頁以下、参照。
- (21) M.I.Finley, *Politics in Ancient World*, Cambridge, 1983, p.51f., 木庭顕『政治の成立』東京大学出版会、1997年、3-4頁。
- (22) ルーマン（村上淳一・六本佳平訳）『法社会学』岩波書店、1977（原書1972）年228頁注（26）。オズウィン・マリーによれば、アテナイが慣習法による民主政から制定法による民主政に移行したのは前400年前後とされる。マリー（桜井万里子訳）「理性の都市」『思想』901号（1999年）15頁参照。
- (23) 橋場弦「裁判」伊藤貞夫・木村凌二編『西洋古代史研究入門』東京大学出版会、1997年、29頁。なお、同『アテナイ公職者弾劾制度の研』東京大学出版会、1993年、参照。
- (24) W.ウルマン（鈴木利章訳）『中世における個人と社会』ミネルヴァ書房、1970（原書1966）年29、102頁、柴田平三郎「中世研究の現状と課題」J.B.モラル（柴田訳）『中世の政治思想』未来社、1975（原書1958）年、284-285頁、参照。
- (25) ヨーロッパ史における上昇的な法・政治形成と下降的なそれとのせめぎ合いとその永続性は、わが国においてもつとに指摘されてきた。丸山真男『日本の思想』岩波新書、1961年、43-44頁、宮田、前掲、330頁、参照。この問題をより「法」の概念、とくにその概念史の古典古代的な起点に即して考察するためには、学説彙纂中のウルピアーヌス法文「元首が嘉みするところのものは法律の効力を有する」云々（D.1.4.1）、およびキケローの「国民」（*populus*）概念つまり「国民とは法（ないし正義）についての合意と福祉の共有とによって結合された（*iuris consensu et utilitatis sociatus*）人々の集団をいう」云々（Cicero, *De republica*, 1, 25, 39）を検討すべきであるが、ここではその余裕がない。この点についてはさしあたりA.P.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、1972（原書1967）年、29、90-94、94-96頁、マクワルワインC.H.MacIlwain（森岡敬一郎訳）『立憲主義——その成立過程』慶応通信、1966（原書初版1940）年、86頁、98頁注（5）、106-108頁、参照。
- (26) 川出良枝「主権国家と市民的自由——モンテスキューの戦い」佐々木毅編『自由と自由主義——その政治思想的諸相』東京大学出版会、1995年、とくに140-142頁は、ヘーゲルがその『法哲学綱要』（1821年）において司法活動（*Rechtspflege*）を市民社会の項目中で論じたことに関連して、モンテスキューにおけるこの問題の取り扱いを論じている。エールリッヒの場合については、河上倫逸・M.フーブリヒト訳『法社会学』みすず書房、1984（原書1913）年、110、187-188、380頁参照。エールリッヒがそこで「司法の最も古い形態」としてあげている有名な「アクレウスの楯」に描かれた風景（『イーリアス』第18歌497-508行）の含意については、バンヴェニスト、前掲、102、167頁参照。
- (27) W.エーベル（西川洋一訳）『ドイツ立法史』東京大学出版会、1985（原書1958）年、9-10頁。
- (28) この章句の初出はカール大帝あてのアルクインの手紙（8世紀）とされるが、これに含意される思想はヘシオドス（前8世紀）に遡ることができる。起源についてはJ.ボアズ「民の声」ウィーナー編『西洋思想大事典』第3巻、平凡社、1990（原書1973）年、270-274頁、この諺がとくに裁判に関連することについてはE.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』第2巻、言叢社、1987（原書1969）年、133頁、参照。この諺は「天声人語」と訳しても意味をなさない。

- (29) 福田敏一『政治学史』東京大学出版会、1985年、7頁。ただし福田は連続性の内容には触れていない。
- (30) I. ホント・M. イグナティエフ編（水田洋・杉山忠平監訳）『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、1990（原書1983）年、410頁（ポーコック論文）。
- (31) 市民状態（市民法）の先行性に関するより周到な考察として、川出良枝「主権国家と市民的自由——モンテスキューの戦い」佐々木毅編『自由と自由主義——その政治思想的諸相』東京大学出版会、1995年、参照。
- (32) 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、2002年、64 - 71頁参照。
- (33) ポルタリス（野田良之訳）『民法典序論』日本評論社、1947年、5頁、P.A.Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t.1, Paris, 1827, p. 465f.
- (34) アルペラン、前掲、5頁。
- (35) この主題に関連する基本的な文献として、古くはG.R.モロウ（鈴木信雄・市岡義章訳）『アダム・スミスにおける倫理と経済』未来社、1992（原書1923）年、スミス（高島善哉・水田洋訳）『グラスゴウ大学講義』日本評論社、1947年、訳者「解説」、近年のものではとくに、K.Haakonsen, *Natural Law and Moral Philosophy from Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge, 1966。田中正司『アダム・スミスの自然法学——スコットランド啓蒙と経済学の誕生』御茶ノ水書房、1988年、ホント／イグナティエフ、前掲、J.G.A. ポーコック（田中秀夫訳）『徳・商業・歴史』みすず書房、1993（原書1985）年、D.ウインチ（永井義雄・近藤加代子訳）『アダム・スミスの政治学—歴史的方法論改訂の試み』ミネルヴァ書房、1998（原書1978年）、K.ホーコンセン（永井義雄ほか訳）『立法者の科学—デイヴィッド・ヒュームとアダム・スミスの自然法学』ミネルヴァ書房、2001（原書1981）年、参照。
- (36) 「法学講義Aノート」で私法→公法とという構成をとったスミスは、「Bノート」ではこれを公法→私法という順序に逆転させる。田中正司はこの現象に注目するが、その意味を明らかにしていない。田中、前掲、122 - 124、253 - 254頁参照。重要な問題は、経済学者が往々にして同一視している *jurisprudence* と *civil law*、つまり自然法学とローマ法の概念的区別にある。*Jurisprudence* と *civil law* は、今日の用語法では、法理学ないし法哲学と実定法学としての民法学との違いに相当しよう。18世紀の自然法学は政治構造をローマ市民法（私法）から借りた概念装置で説明する伝統に立つが、法概念としての所有権を私法体系の中で扱うのは本来のローマ法学であった。この点につき、M.シュトライス（佐々木有司・柳原正治訳）『17・18世紀の国家思想家たち—帝国公（国）法・政治学・自然法論』木鐸社、1995（原書第2版1987）年、26、309頁（シュトライス論文、ハマースタイン論文）参照。
- (37) ホント／イグナティエフ、前掲、30、34、50頁（ホント／イグナティエフ論文）参照。
- (38) この所有権秩序原理の原文はローマ法大全・法学提要（*Inst. l. l. pr.*）に見える。舟田享二『ローマ法』第2巻、岩波書店、1969年改版、15頁、17頁注（1）参照。舟田訳では、これを含む法文は、「法の根本命令は、正しく生活すること、他人を害さないこと、各人にその分を配布すること（*suum cuique tribuere*）にある」となる。ちなみに、野田良之は、ポルタリスもこの法文の原理を認めていたとする。ポルタリス、前掲、214頁（訳者解説）。この法文の思想は、次のようなアリストテレスの正義論の影響下にあると見られる。「正義とは、それがあるがゆえに、各人は自分がとるべき利益だけを、しかも法の命ずる仕方を持つことになる徳である。これに対し不正とは、それゆえに、他人のとるべきものを、法の命ずる仕方背いて持つことになるものである」（『弁論術』1366b. 戸塚七郎訳）。
- (39) M. ウェーバー（世良史史郎訳）『法社会学』創文社、1974（原書1922）年、228 - 229、525 - 529頁、ベイカー（小山貞夫訳）『イングランド法制史概説』創文社、1975（原書1971）年、238 - 299頁、参

照。

- (40) 木庭顕「G.V.Gravina のための小さな覚え書」『国家学会雑誌』111 巻7-8号(1998年)169-170、173頁。
- (41) ルーマン(村上淳一・六本佳平訳)『法社会学』岩波書店、1977(原書1972)年、188頁。
- (42) G.ラートブルフ(田中耕太郎訳)『法哲学』東京大学出版会、1961(原書第5版1955)年、149頁。
- (43) 丸山、前掲、42頁。
- (44) イェーリング(村上淳一訳)『権利のための闘争』岩波文庫、106頁。村上によれば、ヨーロッパの私法ないし民事法は実力によって裏づけられていた、自権者の前国家的な権利の体系であって、基本的人権はこれを実力のない者(非自権者)にまで拡大したものに他ならないとされる。村上淳一「『権利のための闘争』を読む」岩波書店、1983年、84頁。
- (45) 大江泰一郎「書評—松木栄三『ロシア中世都市の政治世界—都市国家ノヴゴロドの群像』」『ユーラシア研究』28号(2003年)参照。

## 研究会全国総会記事

### 「社会体制と法」研究会2002年度研究会全国総会

2002年5月31日(金) 広島大学東千田キャンパス

テーマ	「『近代経験』と体制転換」
趣旨説明	高見澤 磨(東京大学東洋文化研究所)
報告者	小林 公司(北海道東海大学) 「ドイツ分断以降再統一(1945~1990)に至る両ドイツの近代化の特質と再統一過程におけるそのリバウンド的特徴」 鈴木 賢(北海道大学大学院法学研究科) 「現代中国法にとっての近代法経験」
コメンテーター	阿曾 正浩(北見工業大学工学部)
司会	大江泰一郎(静岡大学人文学部)