



Title	(2) 現代中国における国家法と民間法の研究
Author(s)	蘇力
Citation	北大法学論集, 58(2), 384 [874]-402 [862]
Issue Date	2007-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/28032
Type	bulletin (article)
Note	シンポジウム
File Information	58(2)_384-402.pdf



[Instructions for use](#)

(二) 現代中国における国家法と民間法の研究

蘇 力(朱蘇力)

(朱 曄 訳)

一・問題および意義

従来から、国家法と民間法との関係は法学研究において理論的意義および実践的意義を有する大きな問題である。しかし、中国は各地の政治・経済・文化の発展において不均衡であり、他民族を抱えながら社会の転換期を迎えている大国であり、このような大国である中国にとっては、その意味はとりわけ重大である。

西洋諸国や日本のような発展した国においては、国家法と民間法との関係は、歴史の中での制度の競争の中で自然に形成されてきた。それに関連する研究は、まず西洋の学者が植民地社会および第三世界の国家における研究の中で示した。本国の研究については往々にしてこれらの問題からの遡及的な研究として行われた。西洋諸国や日本のような発展した国は、法治が既に形成されているため、国家法と民間法の安定した制度的関係がすでに形成されている。従って、これらの研究の成果の学術的意義は大きいが、その実践的意義は大きく減退したものとなっている。

中国の場合には事情は異なっている。中国の国家法と民間法との関係は、最終的には必然的に歴史の中での民衆の行

動によって確定されることになる。しかし、現代中国の社会転換は政府の推進あるいは主導の下で行われてきたものであるため、各種の関連する理論研究および結論は政府の政策決定および資源分配に一定の影響をもたらす可能性を有している。従って、これらの研究の仕方および成果が中国の未来の社会における国家法と民間法との形成に影響を及ぼす可能性はより大きい。これらの学術研究の影響が存立する可能性はあるが、法学者が期待するほど積極的なものではないかもしれない。この可能性は、実質的には諸刃の剣である。仮に研究の成果に誤りがあれば、政策決定にマイナスの結果ないし致命的な結果をもたらしかねない。従って、研究の結論は現代中国の社会歴史的條件が限定されている国家法と民間法の連動を変えることが出来ないし、規定することも出来ない。

その上、中国は大国であり、他（多）民族を抱えており、各地の政治・経済・文化の発展も不均衡である。これらの要素も、国家法と民間法の研究成果および理論的概括が現実的に適応される可能性を疑わしいものとしている。このような中国の社会的特徴のゆえに、各地の国家法と民間法の関係がまったく同様ではないものになる、或いはする可能性がある。世界において、各多民族大国が連邦制を採っていることは、ある意味においてこの問題の答えとなっている。中国の現代民族国家の再建は法治の統一を要求しているため、単一性の憲政構造を形成させた。すべての地域の局部における国家法・民間法の研究成果は仮に啓示ではないとしても規範としてその時代全体の中国国家法・民間法の構造の真の憲政および有効な運用に必ずしも有利な意味をもちうるわけではない。

また、その他の特徴は、学者が中国における国家法・民間法の研究をする際に地方制の条件および知識に対して、高度な敏感さおよび慎重さを要求している。例えば、西洋先進諸国と比較して、法治という形で行われている中国の中央政府の社会下層部に対するコントロールの力は比較的に弱いものであり、また所謂地方保護主義が存在している。且つ、このコントロールの力は各地において異なる。従って、たとえ国家法および民間法に対して一人の学者がもつとも理想

的規範と認めたものを示したとしても、そしてこれによって統一的な計画を制定したとしても、最後に実現するものは様々な具体的形態となるであろう。

また、多くのその他の要素は国家法・民間法の実際状況に影響しかねない。これらのものをここですべて提起することは不可能であり、その必要性もない。従って、上述したことは概括的なものでしかない。この問題の研究の中国における実践上の重要性を指摘して中国の法学研究者の高度な注意を促そうとするものである。

本文は一つの具体的研究ではなく、一部の中国法学界の観点に対して中国の経験および近年筆者の研究にもとづきマクロの視角から理論的に概括したものである。マクロだからこそ、その繊細なところをすべて議論することは出来ない。概論であれば必然的に多くの重要な問題を省略あるいは略されかねない。この点読者の許しを願っておきたい。

二、中国社会における民間法の発見

少なくとも、九〇年代前半まで、現代中国法学界においては、イデオロギーの誤った誘導および研究方法の過ちにより、あるいは法治の現代化の推進の学術および政治的策略および法曹の職業上の利益に起因にして、伝統中国はひとつの人治的社会であったと認定する傾向があった。法律の学者は、まず実証主義的な法律定義を採用し、立法機関・法律と道徳の分野・文字・および公布・国家の強制力を強調してきた。従って、儒教的な倫理性・祖制・天理人情・風俗習慣を広義の法律から排斥してきた。次に、彼らは自己矛盾を犯しながら、他面で所謂自然法の思想を堅持してきた。現代法律の価値判断をもって伝統中国の法律を評価したわけである。これらの法律が所謂現代法律価値を反映していないために悪法とみなされ、悪法は法ではないと考えられてきたのである。第三に、残された少数の法律は彼らが伝統中国

は封建的独裁社会であり、王権が至上のものであったこと、かつ法より権力が上であって、法によって国を治めるのではなかったことなどを認識しているがゆえに、法律の役割が仮にあったとしてもそれは非常に小さなものとされた。従って、中国は昔から一つの人治社会であったと描かれることになるわけである。これらの観点に対して全面的分析・批評が必要である。

また、これらの観点もたらした知識構造、理論的前提および実践的結果に対しても、さらなる分析が必要である。ただし、本稿ではそれはなしえない。本稿に直接関連している命題は、中国社会がひとつの人治社会であったとすれば中国社会内部・中国民間社会においては「法」あるいは民衆社会の生活を規制する地方制強制力を有する規範、所謂本稿で言う民間法が存在する可能性はないことになる、というものである。理論とは指導・観察の役割または研究の注意力を左右する役割を有するものである。したがって、理論上の排除あるいは不承認により学者が民間法を見るところとが当然にできなくなるわけである。そこで民間法がなければ当然国家法と民間法との連動問題に言及することもできなくなる。このような観点は一九七八年以後の現代中国において少なくとも一五年から二〇年ほど持続し、今日においても大きな影響をもたらしている。

しかし、理論的な発展の可能性がまったくないわけではない。一部の学者は理論上において民間の慣習・風俗の存在を認めている。彼らは、中国の一九八〇年代―一九九〇年代の法理論の教科書においては、これらの慣習・風俗が社会生活を規制する役割を有していることを承認しており、中にはこれらのものが法律との間に一定の連動性を有していたことを認める学者も存在する。しかし、彼らは、法理学において慣習と慣習法の区別が堅持されていることを理由に、あるいは、風俗慣習が遅れていることを強調することにより、慣習法を法学研究の領域から排除してきた。また、ごく少数の学者は一定の慣習法に関する研究を行っていたが、しかし、これらの研究はせいぜい資料の収集に止まり、そ

の分析は明らかに不十分なものであった。また、これらのものは往々にして中国法理学における教条主義および現代中心主義に陥ってしまった。

少なくとも、學術の面から言えば、これらの観点およびこれを代表する學術伝統は、明らかに間違っている。ところで一九九〇年代以降、中国の学界において、国家法および民間法の研究をめぐって、二つの根本的な転換が生じていると言えるであろう。

第一は、法律を中心とする実証主義的な法律観念が突破されており、伝統の中国社会および現代中国社会において、文字で表現されたものではなく、社会実践 (practices) によって表現された、地域性をもちさらに民間化された社会規範が、研究者の視野に取入れられてきていることである。第二に、一部の中国の法律の歴史に関する研究では、清末の民事慣習の調査資料その他の資料が用いられ、実質上研究の焦点が法として制定されていなかった規範に拡大されてきたということがある。以前の民間契約の収集および整理に対しても、同じ方法が用いられている。第三に、現代中国社会および法治状況の観念に対する実証的経験上の研究が行われてきた。一九九〇年代以降、不定期的な刊行という形で民間法が出版されてきた。これらの研究は、法律は単に国家立法によるとする一種の実証主義法律観念を、事実上否定した。イデオロギーの力によって、また學術訓練の不足もあって、多くの学者がまだ慣習と名付けられた民間規範について緻密に分析する能力をもっていない。これらの規範を再び表現にもたらしたり、系統的にこれらの規範と国家法との間の実在的関係を論述することができない。しかし、これらの研究の成果は民間規範を法学の視野にとり入れたことにあり、さらに法律の概念を広げたことにある。そしてまた、彼らの仕事はこれらの規範の存在が大量的であり普遍的であること、そして伝統の中国においてある種の装飾ではなく人々の生活がそれに依存している実在的規範であったことを示した。

これらの転換に役立つのは社会学、人類学および歴史学の研究である。例えば、「潜規則」という本が存在する。

第二の転換はより重要かもしれない。たとえ現在に、ではなくとも、将来においては重要となるであろう。この転換は研究アプローチの転換であり、社会学、人類学の研究方法を借用し、社会科学のアプローチをとっている。これらの研究は民間の規則を規則の発展および運用の具体的次元におき、これらの規則の制度的機能を考察している。また、これらの研究は本質主義の視点から出発して、民間の規則、規範および形式の要求、あるいは規範への要求に符合しているか否かを抽象的に考察するというようなものではない。

一連の研究において私は以下の理論的アプローチを堅持している。比較的に理論化された表述および分析のひとつは、私の「語境論」という著書に最も典型的に表わされている。相対的に長期的な存在により当時、現地の人々に認可された一種の社会規範、法律制度に対して私は機能主義的な考察を試みた。一つの具体的法律制度および規則を考察する際に、まず善意的にこの制度および規則が適用される通常の社会問題を再構築することが要求される。次に、問題を再構築した後、研究者は関連する人の知的な素質、自然環境、社会生産力および科学技術の水準および資源など相対的に安定している要素を考察しなければならない。また、これらの要素によって一般的社会問題を解決できる制度と規則を選択する際に、基本的な制約をも考察しなければならない。ただし第三に、これらの構築された正当性を簡単に固定化すべきではなく、これらの正当性は歴史的な真実ではなくただ一つの構築にすぎないことをはっきり認識しなければならない。従って、それらの条件を考察すると同時に、他の制度および規則がより適切に善意的再構築という社会問題を解決できるか否かを観測すべきである。第四に、類似した方式によってある法律制度および規定に関連する現代の社会問題を考察しなければならない。そして、前述した法律制度および規定に合致しているその社会問題が依然として存在しているか否かを考察しなければならない。この法律制度および規定を支える諸社会条件は、この制度および規定を変更

させる重要な変化が存在しているかどうかを考察しなければならない。第五に、一人の責任感をもつ法律家は具体的な制度および規則の変化を提示し、かつ既に発生した、あるいは予期された社会条件の変化をもとに提案した新制度および規則の正当性を説明しなければならない。私は自ら多くの伝統中国および現代中国の研究においてこのような研究方法を堅持している。しかも、今日この機能主義の法律観を採用する中国の学者はますます増えてきている。

この第二方面の転換の意義は、ただ単に民間法の存在が見えてきたということにあるのではなく、またいくらかの民間法の歴史的語境および合理性を論証したことにあるのでもなく、あるいはこの論拠が有力かどうかによっていくらかの読者を獲得したことにあるわけでもない。最も重要なのは、この転換が、民間法が存在したということの社会意義および機能を理解する基本的考え方を提供したことにある。たとえこの考え方が具体的民間法の分析の展開に言及する際に問題をもかかえることがありうるにせよ、本質主義の法律の研究の仕方からは脱皮している。従って、これは国家法と民間法の関係の研究に対して新たな道を開拓したことになる。

三、民間法の発生原理

国家法、民間法に関する系列の具体的問題に対する研究を通じて、民間法の発生原理を一般的に概括することができる。その中で最も重要なのは、民間法が特定の次元において人々が直面している長期的な共同問題に対応するため、長期的社会生活の中で徐々に進化してきた地方制度にある。私は、「語境論」の中で中国伝統の婚姻制度の主な特徴にもとづき一定の分析を行った。私の分析は、中国伝統の婚姻制度の主な構成要素はたとえ今日からみれば種々の問題を抱え、現代法治の理念に符合しないものであるとしても、全般的に言えば当時の農業社会の中でその役割を果たしていた。

またこれは、農業社会における一般人の婚姻家庭関係における種々の中核問題を制度化によって解決し、かつ当時の歴史的次元において人類繁栄という重大な問題に効率的に回答していた、ということを示した。「復讐と法律」という文の中で、私はさらに社会進化の角度から民間における復讐制度の発生・発展・変化の歴史的必然性を考察した。私の基本的観点では、復讐は以前の国家社会の中においては社会の基本制度であり、人々が侵略の食い止めを有効とするために徐々に進化発生した制度でもあり、かつ社会生活を維持するために必須のものでもあった。この種々の変形およびそれに相応するイデオロギーは、コミュニティにおける生活の進化の産物である。

この民間法発生原理の概括は、その他の方式によって表述することもできる。仮に、実証法の立場―実証法優先・優越の立場―から出発すれば、この命題は民間法が地域住民が正式な制度（法律）の不足に直面した時に自己創造した制度であるということができる。私は「秋菊の困惑と山杠爺の悲劇」という文の中でいち早くこの問題を研究した。中国の農村において不孝な嫁に対して侮辱的社会圧力や見せしめなどの地域社会制裁がなぜ採用されるのかということについて、私の分析は、伝統中国および現代中国の辺鄙な農村においては国家の正式な法律の実際上のコントロール、および強制力が不足しているということが非常に重要であると考えた。あるいは、民衆が国家の正式的法律により解決するためのコストは彼らがこれによって獲得出来る利益より大きい。従って、これらの問題は事実上、コミュニティの中の自発的な規制を通じて解決することしかできず、国家はせいぜいイデオロギーの上において符合的な支持を与えるに過ぎないと考えた。現代中国において仮に国家の正式な法律制度が実際の制度上の回答を提供できないのであれば、たとえ現代法治および法治に坎するイデオロギーが公民の人権を保護することを主張したり民間法のある制裁措置に反対したとしても、民間法がコミュニティ生活の中で偶発的に発揮した役割を排除することまではできないと考える。

――国家法および国家法のイデオロギーに対する違反。この点には、多くの意味が含まれているため次の節においても

言及する。

民間法発生の問題において、往々にして人々に注目されず、あるいは容易に度外視された点は、民間法の発生のモデルである。機能主義の研究の考え方は、往々にして民間法発生の必要性と可能性を指摘しているが、しかし、はたしてそれが如何にして発生進化してきたかについて回答することはできない。対決論および社会生物学の進化論の影響を受けたことにより、そして外国の研究成果を借用して、私は「復讐と法律」という文の中で、文字の方式によって復讐制度の歴史的進化の中に潜在しているロジックを示すことを試みた。これには、復讐に関連する種々の民間信条およびやり方が含まれている。例えば、「歯には歯を、目には目を」、「神による天罰」、「子孫への天罰」、「禍根を徹底的に取り除く」および、中国春秋戦国時代の門人食客制度、俠客や刺客制度などがある。これらの分析は、制度の進化が制度間競争、淘汰の結果であること、および社会制度の社会的役割に導いたものであり、所謂抽象的道德命題によって導かれた制度ではないことを表示している。それらの生存してきた抽象的道德命題は往々にしてこれらに付着した制度が社会的な役割に潜在的に合致していることにより生き残っていったのである。

従って、私の民間法の発生原理の起点は法律社会学の機能主義であり、その発生の解説に関する基本ロジックは経済学、とりわけ制度経済学および法律経済学に由来するものであり、伝統的法律社会学あるいは法律人類学的なものではない。

四・民間法と国家法の相互補助および連動

上節の中で国家法制度の供給不足が民間法の発生を誘発した、と述べた。この命題はおそらくは民間法・国家法問題

の研究において最も興味深いものとなる筈のものである。

この命題を換言すると、全体社会の秩序の問題を維持する際に、民間法と国家法の機能は相互補助的であり(実証的)、両者は共同して社会における紛争予防および解決のシステムを構築するのだ、ということになる。仮にすべての社会において民間法があるとすれば(個人的認識ではあるが)、この問題は普遍的な現象となる。法条主義は唯一の法律の観点を堅持していなければ、この点は中国の現代法治建設に警鐘を鳴らす役割を有する。法治は重要ではあるが、しかし法治はイコール国家制定法による統治ではない。現代中国の法治において民間法にはひとつの適切な位置を示すべきであつて、しかもその適切さは副次的なものにすぎない訳ではない。これは、法律社会学および法律人類学の研究成果の指針となろう。

この方向を指摘するだけでは充分でない。重要なのは、何が適切であり、何が両者の有効な相互補助関係位置なのかという点にある。この問題は伝統的法律社会学や法律人類学の研究によつて回答することはできない。この問題は長い目で見て、社会実践的形成の社会共通認識によつて確定するべきものである。しかし現代中国社会にとつて、この点においては法学研究者にとつてのさらなる啓発的学科あるいは研究領域は、制度経済学および法律経済学にあるのかもしれない。とりわけ、これをもつて指導的経験上の研究とすることができる。これらの経験的、実証的研究を通じて、法律学者は具体的制度の効果、およびコスト・ベネフィットを分析することができる。個々の制度の効果の限界を確定することができる。少なくとも原則上、ある問題においては有効な代替制度を発見することができる。一つの社会に対して有効な制度の組み合わせを発見することができる。この方面の作業は原則からみればきりがない。例えば、私があるレポートの中で指摘しているように、仮に現在中国社会が膨大な農民に有効な社会保障を提供することができなければ、換言すると、この種のものの提供が相対的に家庭による提供ほど効率的なものでないならば、現在中国農村のコミュニティー

の環境の中で“孝順”という伝統的儒教のイデオロギーを強調しコミュニティの圧力によって子女の父母に対する扶養を促進することは、現在中国農村の環境において、ひとつのより効率的な農村老人社会制度になるかもしれない。当然、二つの制度はあれかこれかの択一的なものではない。二つの制度は多くのミクロ制度の次元において依然として相互結合させることができる。例えば、老人医療保険制度においては国家が提供する基本的な制度保証によることができるが、他の面においてより多くのことは子女によって提供することができ、コミュニティの圧力によって保証することができる。また例えば、セクシユアルハラスメントを防止するという問題についても、当然国家の立法によって婦女の権利を保護することができる。しかし、法の執行上の問題およびその他の権利均衡の問題が存在するゆえに、もしかするとよりよい措置は婦女の自己保護およびその他の社会圧力保証という民間規範を強調することの方にあるかも知れない。

しかし、いったん動態的視角からこの命題をみると、他の命題を導くことができる。国家法と民間法との間は連動的であり、あるいは連動的であるべきである。このような事態は現代中国の転換期においては明らかに現れてきており、大きな必要もある。社会の転換は社会構造の変化、国家と社会との間の境界の変化を意味しており、従って、必然的に国家法と民間法（社会規範）の実際に影響している境界を再び確定させる。かつ、再び確定させるべきであろう。例えば、中国都市の人口の増加とともに流動人口、社会の人々の疎遠程度が増加し、結果として犯罪率も明らかに増加している。多くの伝統コミュニティ、あるいは計画経済のもとにおける都市コミュニティ自身が内包する違法犯罪防止の機能が大きく衰弱化するに至った。場合によっては、完全にその効果を失っている。この現象は次のことを意味している。すなわち、全般の社会において民間法はこの面では実際に影響を及ぼしうる境界が収縮し、そこで国家法がその社会の違法犯罪をコントロールする力を増加させることを要求している。これには警察の力の増加、設備の改善、およ

び技術の手段などが含まれる。他方、他の面において市場経済の発展とともに、市場自身がある方面においてひとつの有効な社会的コントロール集団にもなっている。従って、計画経済という条件のもとでの行政措置および手段(国家法)による社会のコントロールは、制度の効率の角度からあるいはコスト・ベネフィットの角度からみれば弱体化させるべきだということになる。

上述の二つの命題は、さらに緻密な分析および把握をすることができ、場合によってこれをしなければならない。従って、多くの具体的に実在する変量に対してさらなる考察を行わなければならない。国家法あるいは民間法といった粗雑な概念分類にとどまるべきではないことになる。しかも、私は著書の中で多くの複雑な変量を研究している。上述の問題に関連して重要かつ詳細に見極める価値があるのは、とりわけ現代中国社会において何が民間法であるかということだ。民間法は全社会において普遍的に認識された規則と考えられるが、この規則は国家法に一致する可能性もあれば、場合によって国家法に不一致、あるいは相反的なものになりつつあると考えられる場合もある。例えば、人殺しを行えば命で償う、この点においては国家法と民間法との原則は一致しているが、しかし死刑排除論を提唱する自由派の観点が増加するにつれて両者の不一致があらわれる。したがって、元来この点においては国家法と民間法は協力関係にあるか、それが一つの競争関係に変化するかもしれない。また、姦通は罪ではないという国家法の原則は現在ある地域の民間法と衝突しているといわねばならないがもしかすると将来において重複していく可能性があらわれるかもしれない。

民間法は地域的あるいはコミュニティ的ないし群体(社会集団)的であるかもしれない。例えば、前述の姦通の問題においては異なる地域、コミュニティ(都会地域、農村地域、異なる民族との間)、異なる群体(知識人、娯楽層、下層社会)の間で実際上異なる規則が示されている。猥褻な刊行物を見ろという案件の事例においては、私はこの規範の衝突を指摘している。その上、仮に中国社会がより現代化すると、もしかしてコミュニティ次元の民間法は社会群

体における民間法に転換するかもしれない。例えば同性愛者に関する規範。

すべての変化の中におけるどの変化も、国家法、民間法の現在の局面を変える可能性がある。この変化は場合によって、一方が弱体化し一方が巨大化するというようなものではないかも知れない。場合によっては単なる異なる社会群体の間に規範の衝突およびこれらの群体の政治的力によって国家法が道徳的色彩を帯びることを回避させることによって、より中立あるいは消極的なものになるであろう。

国家法・民間法の連動に影響する要素は多く存在している。その中には、社会的なものもあり、例えば地方の経済発展水準、民衆の収入の水準、社会組織の構造、社会福祉の水準、対外の実際の程度などを挙げることができる。場合によっては、国家の正式な政治法律制度の要素も存在しており、例えば、司法組織構造、その他紛争解決の仕組み、基礎財政およびその異なる紛争解決の仕組みにおける分配、裁判官・弁護士の数、質、費用、法律援助、ならびに国家法を利用する費用とその他の仕組みを利用する費用、国家法使用の利便程度（交通および通信を含む）、使用者の収入水準など。さらに、社会文化的、民族的習慣、コミュニケーションによる圧力および流行のイデオロギーなどの要素を含むこともある。すべてのこれらの要素は、個々の具体的事案において詳細に分析し、具体的に考察しなければならず、国家法・民間法という二元的枠組みの外に放り出すことはできない。これらの具体的な分析を行った後、はじめて適切に抽象化し、概括することができるのである。

五. 国家法と民間法との対決の代理人

マクロ面から見ると、国家法と民間法とは相互補助的であり、且連動的であるが、国家法と民間法との連動は自動的

に発生するものではない。具体的にみると、ミクロの面においては国家法と民間法の連動は具体的な功労者を通じて行われてきた。従って、法学研究について言えば、この局面は国家法、民間法の局面の変化を考察理解するにあたって、より重要なレベルである。

この面において、私の三つのおもな研究は以下のような初步的な結論を指摘している。

一、社会の転換により現代中国において、国家法・民間法の対決は普遍的なものとして頻繁に存在するだけではなく、既に浮上してきているのである。

二、国家法・民間法の対決に参加するものは、紛争の当事者だけではなく、ときには国家法を代表する紛争の解決者も含まれる。

三、国家法と民間法とが完全一致していない場合には、必然的にいくつかの紛争解決の可能策が導き出される。

四、これらの方策はすべての対決者に対して異なる潜在的利益およびコストを示す。

五、すべての対決者は、各方式において自己利益の最大化を追求する。

六、この自己利益の最大化の過程は国家法と民間法が紛争解決の全過程に混じり込んでいくことを導く。紛争の結果は往々にして、境界において同時に国家法および民間法を再構築するわけである。

七、この再構築は個々の事案からすれば中国の理想の法治設計に不利なものになるかもしれないが、全体的に言えば中国法治形成に必然的なものである。現代法治の立場からみれば、これは現代法治が民間に浸透する基本形式と最も有効な形式であり、その中には制度創造の可能性も潜在的に存在している。

上述の中、本当の発見と言えるのは、紛争解決者のこの解決における役割である。今までの法学研究は、一般に紛争解決者を仮定し、とりわけ裁判官にかんして言えば、単に中立的な立場に在るというだけではなく、国家法を厳格的に

執行するものであり、国家法の代理人であると見てきたと言えよう。私の研究では、少なくとも中国基礎社会においては、種々の原因により名義上、国家法代理人である裁判官およびその他の紛争解決者も国家法・民間法対決における積極的参加者である。彼らは特定の具体的次元の種々の社会的制約をうけており、種々の個人利益を追求することを目的に各種の策略をもって民間法に妥協するだけではなく、自ら民間法を用いて、国家法の実現をはかろうとしている。従って、国家法と民間法の対決は、常に一方の他方に対する対決ではなく、他方の一方に対する対決でもある。私の研究は、この特徴が中国社会転換が直面する種々の現実、制約からもたらされたものであることを発見した。司法制度のレベルからみれば、これは基礎裁判官の利用できる資源、および実用主義の追求に密接な関係を持っている。これらの基本的制約が長期的に存在しているために現代中国において国家法と民間法が多元的に対決するという状況は長期的に存在するであろう。

六・国家法・民間法共存状態に対する再反省

実際には、相互補助であれ、連動であれ、対決であれ、さらに言えばこの三者の相乗であれ、その一つの観点から国家法と民間法との共存の各種の形態を概括することができない。この三つの語彙は、それぞれある程度において国家法と民間法との区別を強調している。相互補充は各自の領域、あるいは各自の制度の効果を強調している。連動は各自の領域が変動的であり、一方が弱体化し、一方が巨大化することを強調している。対決は相互の競争関係を強調している。しかし、両者がある領域において完全に重複する可能性も存在している。『人を殺せば命をもって償い、借金すれば返還しなければならない』。これは中国社会において、さらに言えばすべての社会においても民間法が長期的に存在して

おり、各種民間制裁の仕組み（家庭、家族、社会世論、自力救済、極道の社会）の支持と強制執行を獲得している。しかし、たとえある国家が“人を殺せば命をもって償い”という原則に修正を加えたとしても、現代社会の中の国家法は実質的にこの二つを遵守している。従って、少なくともこの二つの原則が及ぶ一部の問題において実質上国家法と民間法は重なるのである。この重複は社会における国家法と民間法の社会規範としての力を強化しており、当然のこととして、“自然法”に近い存在になっている。

たとえ両者が重複しても、場合によっては相互補強を意味しないことがある。“人を殺せば命で償う”（民間法）と、“死刑排除、人権保障”（一部の国家の実定法）との衝突を考えてみよう。両者のおのおのが自己の独占権の主張を図ろうとする場合には、両者の衝突が生じる。かつ、国家法は国家機関による強制力および現代法治、法制統一といったようなイデオロギーの支持を有している故に、実際には国家法が徐々に民間法が発揮できる役割の空間を圧縮してきた。しかし、たとえ国家法がこの領域における司法制度の運用において独占的なものとして形成されたとしても、民間法の役割が実際に発揮できる空間を圧縮したにすぎず、民間法を完全に消滅させることは不可能である。民間法の法律意識、換言すれば反法治の意識または法盲の力として、依然その役割を有している。国家法は、“殺人”に対処する際に、これらの民間法を堅守する“法盲”に対処すべきことが迫られる。また、いったん国家法が一定の方式において力量不足が表出した際には、民間法は反撃を発動し、局部の勝利（国家法の改訂）を収めることがある。場合によって、徹底的な勝利を収めることもある（自身を国家法に変身させる）。

一定の状況のもとでは、国家法は政治的法治的なイデオロギーの面において、天下を統一したと宣言することができる。しかし、実践において国家法は“眼大腹小”といわれるように、民間法が独占している領地において横断する際に片目をつむったり、場合によって制度上から黙認することもある。“訴えずは受理せず”はその典型的な制度措置である。

しかし、これも国家法が制度的に自分の管轄地を選別し、自分の権力の境界を画定し、効率的に自己の政治的法律資源を利用させる措置である。

仮にこのように国家法と民間法との関係を考察すれば、我々はおおよそ次の結論に至る。

第一に、民間法は普遍的であり、国家法は往々にして後から取入れられるものである。

第二に、この意義において、かつ法治主義の角度ではなく社会角度からみれば、民間法は国家法より社会の秩序および有効の治理により重要である。たとえば民間法が国家法ほど有効ではないとしても。

第三に、各管轄を有していることを除いて、多くの領域においては国家法、民間法が共同に管理されている。

第四に、共同管理の方式は二種類の物理的制裁力の総合支持であることが可能であり、場合によっては二種類のイデオロギーの相互の支持になりうる。場合によっては一種類の制裁力と、もう一種類との総合支持にもなりうる。

第五に、共同管理の方式は往々にして国家法の原則と民間法の細部による支持による。

第六に、民間法と国家法は完全に融合することがありうる。その場合、形式上の民間法は消去されたと観ることができさる。

第七に、民間法と国家法との共存状態はそれぞれの次元における物理条件および社会条件の影響を受けており、従って、ひとつの固定化した理想状態などといったものは存在しない。

第八に、すべての国家の国家法はいくつかの制度化されたものと、さらに多くの制度化されていないものの実定的かつ手続的な仕組みをもっている。国家法の自己効率（合法性を含む）の追求をすることによって、無意識のうちに自己の境界を画定することに至る。

これらのすべての結論は、たとえばアプローチが異なるとしても、事実上近年アメリカにおいて関連する社会規範の研

究の結論と一致している。

七．国家法・民間法研究の影響と問題

国家法・民間法研究の学術意義は、現代中国において十分な認識を得ることができておらず、さらに有力に推進する研究を得ていない。その主な原因には、次のようなものがある。国家法の実現により法治が実現されるという迷信、民間法の具体的実証研究自体の欠如、法学界における社会科学方法と思考の欠乏、学界知識の老化、コストの沈着、学術批評と競争の不足などである。

しかし、国家法・民間法の研究は実質上、法学理論の研究領域をすでに大きく開拓してきた。これは、一九八〇年から一九九〇年代の中国主流の研究の基礎を覆しており、法学交差学科、とりわけ社会科学の要求に対して、法学研究が眼を向けるべきことを求めており、法学と経済学、社会学、人類学の研究成果をつなぎ始めた。新世代の法律学者はとりわけ理論法学界において、より多くの社会科学的、実証的かつ経験的研究を追求し始めた。今後一〇年以内に、中国の法学研究は理論レベルにおいてより大きな転換を迎えることを期待しうる。

ここで強調しなければならないのは、たとえ現代中国の民間法研究が過去一〇年において大きな進展を成し遂げたとしても、それ自身の存在は全く不十分なものにすぎないため、その影響力は不足しているということである。

第一に、多くのこの種の研究には、空虚な理論概念と一般的資料収集が多すぎ、しっかりと実証研究と緻密な分析が欠けている。ある程度において、民間法の研究は一種のイデオロギーの宣伝になり、またはなりえている。しかし、学術には転化していない。従って、そのようなものにはあまり多くの学術の推進力はない。

第二に、現代社会科学の理論の指導性が欠乏しており、多くの研究者は数十年前の慣習法或いは“生ける法”の理論に依拠しており、理論上の概括および昇華は存在していない。

第三に、民間法の研究への注目は、往々にしてその中の実定的規則に対する興味に限定されており、反面、その構成の規則、秩序性規則、および救済規則について関心をむけておらず、研究はなされていない。

第四に、現代法治イデオロギーは依然として強烈に存在しており、国家法は依然として疑いもなくその正当性を有している。対民間法の承認は往々にして一種の如何ともしがたい承認として、一種の妥協とみなされている。民間法の制度としての正当性が確立されておらず、その社会に対する機能および制度創造の機能はほとんど新たに理解されず、推進されていない。