HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	(4)　アジア的近代化の第二段階と司法（2）：コメント：官僚的社会形成から司法的社会形成へ
Author(s)	今井, 弘道
Citation	北大法学論集, 58(3), 439[1505]-444[1510]
Issue Date	2007-09-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/29649
Type	bulletin (article)
Note	シンポジウム
File Information	58(3)_439-444.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

（四）アジア的近代化の第二段階と司法（二）

――コメント：官僚的社会形成から司法的社会形成へ――

今井弘道

一．　日本の近代化を担った日本の「明治国家」は、開発独裁体制の原型となったといわれる――例えば韓国の朴正熙大統領が自らの体制を「明治国家」になぞらえて「維新体制」と標榜したことを想起せよ――。また、社会主義体制が、機能的には「開発独裁体制」の代替物としての意味をもったということも、しばしばいわれてきた通りである。

このように言うことには、無論、それぞれに一定の留保が必要である。だが、それが事態の一端を言い当てていることも、否定しえないところであろう。

二．　このような「明治国家」、「開発独裁体制」、そして「非西欧的社会主義」は、それぞれに、対外的には、深刻な危機状態の中におかれていた。それは、従って何よりも、政治権力の集権化を第一義的な課題としなければならなかっ

た。いわば、「民権」を強く制約しながら、「国権」を重視し拡大していかなければならなかったわけである。

三、　このような国家は、日本の「明治国家」を含めて、すべてが、当然に後進国であった。従って、国家や社会の諸制度が、対外的危機に対応しながら、急速に整備されなければならなかった。本来は民間社会が担うべきさまざまな機能も、国家官僚によって上から整備されなければならなかった。

四、　このような事態を、オイゲン・エールリッヒ（Eugen Ehrlich）の枠組を借りて言い表すことができる。エールリッヒによれば、「国家」は、起源から言えば「軍事的団体」である。このような起源をもつ「国家」の「法」とは、反乱や暴動から秩序を守るための命令、行政的あるいは刑事的な命令、そして「徴税」に関わる規則のことであった。

そのような「国家法」は「社会」に内在的なものではない。それらの行政的・刑事的な規則や法は、「社会」あるいは「民間」の「生活」を基礎にした「本来の意味での法」とは明確に区別可能なものなのである。

五、　エールリッヒは、「本来の意味での法」は、「生ける法」――社会の中での日々の生活慣習の中に生きている規範的意識という意味での「生ける法」――に基礎を置くもの、と考えていた。この「生ける法」とは、法以前の規範意識、道徳などとの融合状態にあって未分の規範意識、人びとの日常的な行為を導く規範意識のことである。それこそは、本来的な意味での「法」・「非国家法」――朱蘇力教授が言う意味での「民間法」――が成立する基盤である。

六．　エールリッヒは、このように「国家法」と「社会法」とを区別した。私は、このエールリッヒの区別は、朱蘇力教授の言う「国家法」と「民間法」の区別と大きな類似性をもっていると考えている。だが、それはともかく、このエールリッヒの区別を前提にして考えるならば、「明治国家」や「開発独裁体制」、そして「非西欧的社会主義」は、「国家法」を中心として法を理解し、法を形成していった。

こうして、例えば明治期の日本は、「追いつけ追い越せ」をスローガンにして、近代化にいそしんだ。それを指導したのが、「国家」であり、官僚層であった。

その時期の日本では、「国家」が銀行を作り、工場を造り、市場を作った。また「国家」が学校を作り、教科書もすべて「国家」が作った。「文化」も「国家」が作った。国民の精神的な支えとなるものは天皇制でなければならないと考えて、その天皇制を作り、天皇制の教義を作った。国のために戦死した兵士をまつる宗教施設も作った。民法を含めて、すべての法を作ったのも、無論、国家であった。

七．　こうして日本では、「国家」こそが、近代化を進める上で、いわば最大の生産力を持つものであった。日本の近代化は、国家の行政を通して推し進められていった。その「国家」は、西欧を模倣して、法体系を整備し、司法制度を作り上げていった。西欧では国家から独立して成立した「民間法」起源の法も、国家が作った。

このようにして法体系が形成されていった結果、極端な言い方をすれば、その法体系は、全体として一つの行政法であった。

八．　しかし、やがて経済と社会が独自の発展傾向を示し始める。そうすると、エールリッヒが言う「社会」を基盤

にする法のあり方が大きな比重を占めてくる。また、国家的干渉は、次第に不要になり、やがては発展の阻害物になっていく。

例えば、ここ十数年の日本では、政治改革・行政改革が叫ばれ、また司法改革が行われてきている。それは、発展の阻碍物となるに至った国家主義という異物の除去を第一の課題とするものであった。

九．　ここに見られる傾向は、大づかみに言うことが許されるとすれば、「国家行政主導型の社会」から、「民間社会主導型の社会」への転換を象徴しているということができる。そして、民間主導型の社会は、他面では、司法社会である。即ち、民間社会の中で生じる紛争を不断に解決することを通して general rule を生みだし、それを紛争解決の規準とし、解釈と適用を繰り返していく中でそれを豊かなものにしていく司法社会である。

一〇．　ここ十数年の日本での政治改革・行政改革、また司法改革の試みは、基本的に、この「国家行政主導型の社会」から「民間社会主導型の社会」への転換、「官僚と行政の社会」から「法曹と司法の社会」への転換に対応している。

このような転換は、日本に続いて、韓国においても、台湾においても生じつつある。そして、このような転換に当たるものが、中国においてもおきつつあるわけである。現在の中国における「法治」論の多くは、主として「国家的制定法」の「支配」という極端な「制定法実証主義」の法理解に立脚して主張されているが、それは、この転換の困難さを表現している。つまり、この転換の意味を十分には言い当てていない。

一一．　「法治」とは、本来、極端な「制定法実証主義」の法理解に立脚した「国家的制定法」の「支配」というこ

となのではない。本来的な「法治」とは、「国家行政主導型の社会」から「民間社会主導型の社会」への転換、「官僚と行政の社会」から「法曹と司法の社会」への転換の上に可能となるものである。張騏報告は、この点を法哲学的次元で明晰に自覚した上で、この「法治」観念の根底をなす法的判断のあり方に即して、「判例」の問題を考えている。

また、蘇力報告は、このような転換期ということを明確にした上で、「党」が君臨して司法をも上から作り出していった体制を、歴史的に相対化しながら、中国の歴史と社会に内在的な観点、contextual な観点から、冷静に評価している。このような批判は、表面上は冷静な批判ながら、少なくとも私の見るところ、いわゆる「欠如理論」的な批判よりも、数等深い批判でありえている。

因みに、「欠如理論」とは、戦後日本の近代主義者の議論を揶揄する場合に用いられた用語で、西欧近代を規範化した上で、それを規準に、日本にはあれがない、これもない、これが足りないということを数え上げることを、思想的課題と心得る立場ということを意味している。

一二.　このような私の感想が、二人の報告者自身の本来の意図と完全に一致するものかどうかは、私には分からない。それゆえ、もしできることなら、この私のコメントに対して、コメントを頂ければ幸いである。

しかし、私は、以上のように考えたときに、日本、中国、韓国、台湾などの東アジアの国家に共通する法学的な課題が浮かび上がって来るのではないか、と考えている。もしそのようなことが言えるなら、このような東アジア諸国における「国家行政主導型の社会」から「民間社会主導型の社会」への転換、「官僚と行政の社会」から「法曹と司法の社会」への転換の諸相を比較考察すること、その上でこの転換をよりいっそう円滑にしていく実践的方向性を考えることは、極めて重要な、しかも東アジアに共通する法学的な課題だと言いうるのではないであろうか。朱蘇力・張騏両教授には、

このような動向にも眼を向けて理論的リーダーシップを発揮していただければ有り難い、と思っている。