



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	(1) 「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性legitimacy 問題」
Author(s)	今井, 弘道; IMAI, Hiromichi
Description	シンポジウム
Citation	北大法学論集, 58(2), 372 [862]-383 [873]
Issue Date	2007-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/28031
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(2)_372-383.pdf



(一) 「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」の「正統性 Legitimacy 問題」

今井弘道

一・相互理解に達すること。そのために、私にとつての蘇力像を繰り広げ、議論の中でその誤解を訂正することを通して相互理解に到達するという試みをまず始めること、そのことによつて共通の議論の場を創り出すこと、これが本報告の狙いとするところである。

二・蘇力教授の議論では、現実には作用している裁判の場が法が生きかつ働いている場だ、そこに最もリアルな形で法が立ち現れ、実効性を貫徹させている、ということになるのである。そのことはよく分かる。

そのことを承認した上で、問題なのは、そのことが、例えば中国の——あくまでも例えばであつて、もっぱら中国の、ではない。この点は後述することになる——法の生成と発展に対してどのような意味をもつものとして理解されているか、である。

私が主として問題としたいのは、この点に関してである。

三、そこで、最近私を知った上海大学の法社会学者・李瑜青教授のある研究会における報告を問題展開の手がかりとしたい。この報告における李教授の議論が、中国においてどのような評価を受けているのか、またそれが蘇力教授の議論とどのような関係に立っているのかを、私は知らない。しかし、問題を展開する手掛かりとしては、この報告は、少なくとも私にははなはだ都合なものに思われるのである。

そこで、私は、ここで、法社会学者である李教授の議論を、法哲学者としての私の観点から捉え直し、私なりに補論し、整理し、敷衍し直して、ひとつのモデルとして構成してみたい。その意味では、以下での議論には、私の見解が大きく反映されており、議論の責任は私が負うべきものであることをお断りしておきたい。

四、李報告の出発点となっている事案とは、このようなものである。

精神病に悲観した夫に自殺された福建省のある村の農婦は、その後別の村の農夫との再婚を決意した。亡夫の親族は、債務を返済した上、四歳の娘を除くすべての息子を連れて出ることを農婦に要求した。村も、債務の返済がなければ婚姻状況証明書を発行しないとした。農婦は結婚登記の行政機関たる郷政府に結婚登記の手続を認めるべく求めたが、やはり認められなかった。そこで農婦は、郷政府が法定義務たる結婚登記を拒否したとして、県人民法院に訴訟を提起した。県法院の裁判官は調解を斡旋し、農婦に債務返済期日を明記した書類を提出させ、他方で子どもすべてを亡夫の両親に扶養させ、郷政府に結婚登記をさせる形で、この事案を解決した。

このような事案を手掛かりに議論が展開されるという手法には、蘇力教授のそれを彷彿とさせるものがあるが、それ

はともかくとして、これは、本来は行政事件に属する事案である。だが、裁判官は、「名望のある調解人」として、民事に関する論点を含めて、「非裁判的紛争処理 (ADR = Alternative Dispute Resolution)」の方式に従ってこの事案を解決した。李報告によれば、中国でのこのような「非裁判的紛争処理」のやり方には他にもいくつかの方式があり、農村などではかなり普遍化し、効果を上げているという。

李教授は、この事案に対して取られたこのような方式を、「国家法と郷土の正義を結合した司法モデル」と呼んでいる。その方式は、

- (a) 法の発達段階を無視して「国家法一元論」的法観を振り回すことへの批判としての意味をもちうるだけでなく、
 - (b) 「国家法」が正統性を獲得するために不可欠な「国民からの賛同」の調達を可能にするものである。
- この点に注意が払われ、この方式には十分な「合理性」がある、と考えられているわけである。

五. 私の観点から言えば、ここで次のような問題が生じる。この「合理性」とはいかなる意味での「合理性」か、という問題である。この点を李報告は立ち入って論じていない。法哲学者としての私の関心はここに向かっている。そして、蘇力教授に対する私の質問もこの点に関わっている。だが、この問題は後で取り上げる。

六. とところで、李報告が依拠する「法人類学」的観点によれば、現在の中国の農村は、

- ① 国家以前の「風習」が支配する「非国家法」の段階を超えて、
- ② 法律が次第に「風習」から分離して独立の存在を獲得する時代に入りつつあるが、
- ③ いまだ明確な立法者による法典時代に至っていない。

④ このような②から③への移行期のなかで、農村は「都市化の過程」を経験しつつあるが、この移行期間はかなり長期にわたることが予測される。

とすれば、重要となるのは、この「移行期」の様相であろう。

ところで、この移行期は、李報告に従えば、きわめて動的な様相を帯びることになりそうである。どうということか。

七. 移行期にある現在の中国の農村には、李報告によれば、以下の「三種の規範」が並存している——無論、このことは単に農村だけについて言えることではないであろうが——。

- (一) 「大きな伝統」 Ⅱ 「中国の古代から形成されてきた行為の方式と価値観念」、
- (二) 「小さな伝統」 Ⅱ 「社会主義国家の成立以来、計画経済の条件下で規制されてきた行為形式や価値観念」。および
- (三) 「国家の正式な法律」（「国家法」） Ⅱ 「改革開放の発展、市場経済体制の建設」と並行して整備されつつある「法律」、である。

八. 「国家法と郷土の正義とを結合した司法モデル」が動的な様相を帯びてくると私が言ったのは、この「移行期」の様相がこれらの「三種の規範」の選択的統合の過程だと考えられているからである。つまり、その過程は、事実上は、① 上の(一)(二)の二つの伝統によって形成された現在の中国の農村における具体的な生活規範と、(三)「改革開放の発展、市場経済体制の建設」と並行して整備されつつある「国家法」という二つの異質な、場合によっては対立的な規範を統合していく過程ということを意味しているのである。

② 従って、「国家法と郷土の正義とを結合した司法モデル」における「合理性」問題とは、

(a) そのモデルにおける、「非裁判的紛争処理」という手続きによって行われた個々の司法的紛争解決の「合理性」の問題であるとともに、

(b) この個々の判断の全体によつて織りなされていく「三種の規範」の選択的統合の過程それ自体の「合理性」の問題——「法律が次第に風習から分離して独立の存在を獲得する時代」から「明確な立法者による法典時代」への移行期それ自体の「合理性」の問題——だということになる。

この(a)(b)「二つの次元」における「合理性」こそが、ここでの問題の焦点となる、というわけである。

九. このように考えてみれば、これらの「三種の規範」の選択的統合の、長期にわたる持続的な過程それ自体が、国家法がより合理的なものとして形成されていくであろうその過程だと理解することができるのではないだろうか。そして、その問題を考える場合の法哲学的な問題の焦点は、上記の②の(a)(b)の「合理性」問題にある、ということになるであらう。

この問題は、私見によれば、つまるところこのような紛争解決の「正統性 legitimacy 問題」に他ならず、またそのような紛争解決の累積過程における「法の支配」の問題にはかならない、ということができる。

李報告の問題提起は、事実上、このようなものとして法形成の過程を捉えようとする観点を含んでいる。少なくともそのように解釈可能である、私にはこのように思われる。

一〇. さて、以上のように私なりに解釈し整理した李教授の議論を、私は、「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」と呼ぶことにしたい。そのように呼ぶ理由は、この法形成論が、エールリッヒの「生ける法 das lebendige Recht」と「法

曹法「Juristenrecht」という二つの概念を基軸とした法形成論を、現在の中国の問題状況の中で現代化したものと見ることが出来るからである。だが、そのことの具体的な説明には、ここでは立ち入らない。また、私は、ここには、中国の問題状況を超えた普遍的な問題が伏在していると考えているが、それについては後述する。

ともあれ、こうして問題は、「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」にあるということが出来る。

一一・私は、この「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」は、「法存在論」の問題にまで立ち入らなければ、十分な解決は得られないもの、と考えている。そして、この点は、エールリツヒの法理論を、法存在論として整理しなおすことによつて大きな手がかりを獲得しうるのではないか、と考えている。

「法存在論」の問題とは、簡単にいえば、「法が存在する」と言いうるのはどのような事態に対してなのかという問題である。以下では、この問題がどのような性格の問題であるのかを簡単に示しておこう。

一二・ある男Aが拳銃を持つて別の男Bに「金を渡せ」と言ったとする。この時、そう命令された男は、「拳銃」という威嚇力におびえてその男にすべての所持金を渡したとする。ここでわれわれは、このような拳銃―状況 *situation* をモデルとして法を理解し説明することが出来るか、を考えてみよう。

まず、この例においては、「BはAに金を渡すべし」という規範が成立したのか、金を渡した男は、規範的な義務を履行したのか、と考えてみたい。答は、明らかに「否」であろう。

同じことが、国家についても言える。ある国家が、ただ権力だけを背景にして不合理な「法」を制定し、その「法」

の遵守を強要したとする。これは明らかに *gunman-situation* である。ここにおいて法は成立し存在するに至ったのか。人々には、その「法」を遵守する義務が発生したのか。私は、否といいたいと思う。*gunman-situation* では、法は成立しないし、「法の存在」を語ることは出来ない、と考える。

要するに、「法の存在」は、*gunman-situation* によって説明することができない。では、「法」が「存在」するとはどういうことか。これが、私の言う「法存在論」の問題である。

一三. エールリツヒの議論をここで要約的に示してみよう。エールリツヒは、社会的諸関係の中には、「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」があるという。そして、司法的な紛争解決を通して、その「生ける法」やそれに関わる民衆の「法的確信」が分節化・定式化 *articulate* されて「法曹法」が成立していく、と考えた。エールリツヒは、ローマ法やイギリス法にたいする深い造詣をもっているが、エールリツヒは、それは基本的にはこのような形で成立したものだ、と考えている。

エールリツヒは、「国家法」中心主義を批判したが、それは、「国家法」それ自体を否定しようとするものではなかった。その批判のポイントは、このような「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」、それに立脚した「法曹法」の成立というような構造連関に支えられることのない、その意味においては *gunman-model* に転落しかねない国家的立法に対する憂慮に発するものであった。

このようにエールリツヒの議論を捉えてみるならば、「法が存在するとはどういう事態のことなのか」という私の問題提起の意味は、十分に了解されうるであろう。エールリツヒに即して言えば、「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」があつて、それが司法的な紛争解決を通して分節化・定式化 *articulate* されて「法曹法」が成立していくとい

うような事態がある場合に、「法が存在する」と言える。そして、「国家的法」も、このような構造連関を踏まえてその上に存立している場合に、「法として存在している」というる、というわけである。従って、このような構造連関を踏まえた「国家法」は、gunman-modelに転落することはない。

一四. ここまで言えば、私の言いたいことは明らかであろう。私は、先ほど、「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」という問題を提起した。この問題は、ここに基本的に答えられている。つまり、エールリツヒ的な法形成とは、前項の最後のパラグラフで私が要約的に述べたような形で「国家的法」が存在しているといいうるような構造の中で法形成が進められるべきだということのように考えるものだ、と理解することができるであろう。かくして、このような構造の中に、法形成の正統性根拠があるということになる。

一五. ここであらためて李報告において提示された事案を想起してみよう。それは、本来は行政事件に属する事案であった。その事案を、裁判官は、「名望のある調解人」として、民事に関する論点を含めて、この事案を解決した。そして、当事者達は、その解決に十分な満足を見出した。そのことのうちには、このような解決がある種の——つまり制定法外の——「合理性」、「正統性」をもつものであったことを示している。

ところで、そのような「合理性」、「正統性」は、上で述べた問題連関——社会的諸関係の中での「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」の存在、司法的な紛争解決を通しての、その「生ける法」やそれに関わる民衆の「法的確信」の分節化・定式化 articulate、そのような形での「法曹法」の成立とその「法曹法」の「国家法」との関係の問題といった問題連関——を含んでいるのではないであろうか。そのような問題連関を含むからこそ、そしてその問題連関

の根柢には「生ける法」と民衆のそれについての「法的確信」があるからこそ、そのような紛争解決の方式が、当事者たちに正統「*legitim*」なものと承認され、自発的に受容されえたのではなかったか。

エールリツヒは、このような諸連関については、折に触れてさまざまな説明をしている。しかし、このような説明を包括的に行つてそれを法の存在論として整理し、「法の正統性」の議論にまで高めるといふ作業は行っていない。このような作業は、法学者としてのエールリツヒの手には余る法哲学的な作業と言わなければならないからである。

一六．それでは、既に充実した国家法体系をもっている国では、このようなモデルは意味をもたなくなっているのか。結論的に言えば、そうではない。裁判は、日々発展し変容する社会の中での紛争を対象とする。従つて、そのような社会的動態の中で成立する紛争は、静態的な法体系の想定を超えた性格をもつことが少なくない。いや、むしろ法体系が想定していない、新たな要因を抱えているからこそ、紛争は、裁判の対象になるとさえ言いうるのである。そして、そのような紛争は、新たな「生ける法」に支えられている場合が少なくない。そして、そのような紛争に対しては、国家法の柔軟な解釈が求められる。そして、柔軟な法解釈を通して、法は不断に発展させられていくわけである。

この場合、このような「柔軟な法解釈」は、合理性、正統性をもつのであろうか。このような疑問が抱かれるかも知れない。だが、その法解釈が、その紛争に関わる「生ける法」やそれに関わる民衆の「法的確信」の分節化・定式化 *articulate* という意味をもちうるのであれば、それは、既に述べてきたことと同じ理由で、合理性、正統性をもつということができるであろう。そして、そのような法解釈を通して、法は、常に新たに、より豊かなものとして、再形成されていくのである。

そして、このような過程が独立性を承認された裁判の下で固有のものとして保障され、法形成と再形成が自律的なも

のとして展開される場合に、そこにRule of Lawが実現されている、といっているのではないであろうか。

一七. さて、私は、このような問題を考える上で、蘇力教授の議論は、実に豊かな素材を提供してくれていると評価しうるのではないかと考えている。しかも私の理解しえた限りで言えば、蘇力教授は、以上で私が述べてきたような問題について、事実上肯定的な見解を有しておられるようにも推測される。

それとも、このように推測することは、誤解であろうか。そして、蘇力教授は、このように理解することを困難にするような問題が存在している、と考えておられるのであろうか。例えば、私が述べた「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」には、何らかの難点が内在しているというように考えておられるのであろうか。私がお聞きしたいのは、この点である。

一八. 私がこの点をお聞きしたいと考えているのは、私のこのような問題設定には、大きく言って三つの、中国的な法形成を超えた次元の問題が関わっている、それが同時に中国における問題状況とも内在的に関わっている、と考えているからである。

第一に、日本やアメリカの現代的な法状況である。現代の日本やアメリカにおいては、「非裁判的紛争処理 (ADR Alternative Dispute Resolution)」に大きな関心が寄せられている。その場合、そこでは、紛争の安価で大量の処理が可能になるといふ実用主義的な考慮が大きな比重を占めていることはいままでもない。だが、「非裁判的紛争処理」による紛争の安価で大量の処理が現実に行われていくようになるれば、そしてそのような解決方法が、国家的実定法とは相対的に独立したところで行われていくならば、既に存在する国家法とは相対的に独立して進められるそのような紛争処理

は、正統性をもっているのか、いかなる意味での正統性をもっているのかということが、大きな問題にならざるを得ないであろう。また、そのような紛争解決と国家法体系及びそれに従った司法的判断が、それにもかかわらず一つの整合的な法システムを形成していると言いうるとすれば、それはどのような根拠からか、という問題が生じてくることも避け難いであろう。

だが、このような問題は、実は、以上で述べてきたような問題と別の問題ではない。そして、基本的には、以上で述べてきたような形で答えられてよい問題であろう。逆に言えば、これまでに私が問題にしてきた中国にまつわる問題は、ADRに注目し、ADRを法システムの重要な一貫として取り込もうとしている日本やアメリカなどの問題状況と根柢において通じている普遍的な性格をもつ問題であるといえるのではないであろうか。

一九、第二に、私の議論は、「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」という観念を通して、現代中国における法形成の問題を理解しようとする観点に立つものであった。とすれば、この「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」は、法形成の途上にある多くの発展途上国の法形成に対しても、大きなヒントを与えるもの、いやその原型となりうる意味を有するものといえることができるであろう。

二〇、第三に、「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」は、現在のトランス・ナショナルな法形成問題と内在的に関連しているという事実がある。この論点について、いま私は、多くを語る力をもっていない。ここではただ、ドイツのクラウス・ギユンターの次の言葉を紹介するにとどめておくだけにしておきたいと思う。

「トランスナショナルな規範形成の過程は、とりわけ四つの異なる領域で観察することができる。その領域とは、(a) 経済システムのグローバルな分化発展と、それを担う、またそれに伴うメディアとメカニズム、(b) この分化発展の環境や移民や発展に対する帰結、(c) 諸々の人権、(d) グローバリゼーションの逆機能的帰結の克服のための、トランスナショナルな保護権の形成、である。これらの領域においては、国民国家とらんで、インターナショナルなローファーム、法律顧問、NGOs、インターナショナルな諸組織が、法定立の主体として現れている。もちろん、これらの主体がもつ重みは、それぞれに異なっている。だが、それらの活動は、ひとつのトランスナショナルなネットワーク構造のなかに組み込まれている。それらのネットワークのなかでは、経済学者、自然科学者、主体的に参加する市民と並んで、法の専門家がとりわけ活発に活動している。したがって、このようにして確立されていくトランスナショナルな法は、法曹法の特徴を持つといえるのである」。

二一・蘇力教授が、私の言う「ネオ・エールリツヒ的な法形成モデル」に全面的に賛成されるかどうかはともかく、少なくともこのような問題に大きな興味を示されるならば、そこには、以上の三点を研究対象とする共同研究体制の大きな可能性が開かれてくるように私には思われる。