



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アジア的近代化の第二段階と司法（1）：コメント：朱蘇力/張騏報告の意味と東アジア法哲学の課題
Author(s)	今井, 弘道
Description	シンポジウム
Citation	北大法学論集, 58(3), 427[1493]-438[1504]
Issue Date	2007-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/29646
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(3)_427-438.pdf



（三）アジア的近代化の第二段階と司法（一）

——コメント…朱蘇力／張騏報告の意味と東アジア法哲学の課題——

今井弘道

一．はじめに……東アジアに共通の問題としての法形成論に取り組むということ、そして「国家的制定法実証主義」の「支配」を否定して、それを超えた地平における「法の支配」の実現を目指す取り組みを行うこと、それは差し迫って必要な法理論的な課題である。

その課題に取り組む具体的な手がかりを、今われわれは手にしつつある。このことを、私は、朱蘇力／張騏の二報告を聞いてあらためて感じた。そして、この二報告に対して、私は、大きな共感を抱いた。私の議論枠組は、この二人のものとは多少異なっている。この点については後に触れるであろうが、ともあれ、現状理解や目指す方向については、大きな違いはない。

二、ところで、寺田コメントの草稿を読んで、私は、以上の観点を維持しながら、予定していたコメントの内容を大幅に変えた。議論の焦点を拡散させないため、そして接点を確保し議論を生産的なものにするために、それを意識した議論に書き換えたのである。「後出しじゃんけん」のようなことになるが、寺田さんにはお許しを請いたい。私が予定しながら割愛した論点については、いずれ機会を見て示したい。

三、寺田コメントの視角……寺田コメントは、蘇力の民間法論を念頭におきながら、

「民間法論者が現代中国について指摘する『民間法と国家法の対立』問題の幾つかは、『民間』と『国家』の間の対立というより、むしろ国家と民間とのいずれにおいても進行する、上述の如き中国に伝統的な『法』のあり方・『法』に対する期待内容と、近代以降西洋から導入された『法』のあり方との間の対立と融合の過程で起こっている諸問題として理解する方が適当なのではないか、

と言っている。

しかし、この寺田の観点からは、「自生的な法」と「制定された法」との紛争にこそ、時、論、的、な問題の核心があるという二報告が提起した中心的論点が抜け落ちる。だから、私は、一旦寺田の指摘を踏まえた上で、それを変容させて、「中国に伝統的な『法』のあり方」と「西洋から導入された『法』のあり方」との「対立」から「融合」への「過程」において法形成のイニシアティブを発揮するべき現代的な主体はどこにあるか。「自生的な法」の発展モメントなのか／「制定された法」の発展モメントなのか、ここにこそ問題の焦点がある、といたい。

蘇力論文も張騏論文も、この「融合」を押し進めるイニシアティヴは、「制定された法」の発展モメントではなく、「自生的な法」の——つまり「民間法」の——発展モメントに求められるべきだ、との主張を展開している。ここに蘇力・張騏にとつての「民間法と国家法の対立」問題の焦点がある。われわれは、二報告を、こう捉え返すべきではないだろうか。

四 寺田は、この点に重要な示唆を与えながら、法制史家として、「中国に伝統的な「法」のあり方」と「西洋から導入された「法」のあり方」との「対立」の局面に関心を集中させて、過去のな「伝統的な法」の特徴をめぐる論議に焦点を引き絞っている。

その議論に、私は多くの恩恵を被った。しかし、寺田は、現在と将来の問題である「融合」の過程には、必ずしも眼を向けていない。だが、現代の実践的な問題として重要なことは、そして蘇力論文の力点がおかれているところは、この「融合」の可能性、意味、そして「融合」への過程を展望することにあるのではないだろうか。

こう考えて、「民間法と国家法の対立」問題を、とりわけ「融合の過程」を展望しつつ、その観点から評価したい。これが本コメントの観点である。

五 飜つて考えてみるならば、例えば日本の近代国家形成と近代法体系整備の過程は、「日本に伝統的な「法」のあり方」と「近代以降西洋から導入された「法」のあり方」との間の「対立と融合の過程」、とりわけ「融合の過程」であったと言いうるのではないだろうか。

しかも、この過程において、当初は、日本の「天皇制官僚」が、蘇力が「中国の司法における政党」論文——本号に

同時掲載されている——に言う「党」の果たした歴史的役割*と大きく類似した役割を果たした。だが、戦後の高度成長期以降、日本においては、この「融合」を押し進めるイニシアティブの少なからぬ部分を、「自生的な法」の発展メントが担い始めた。私は、田中成明の「現代型訴訟」論は、この「融合の過程」の二段階目の特質を示すという意味をもつ議論であったと見ている。

* 田中の問題提起には、このように見るならば、実は時論的な意味を超えた、東アジア法文化の根幹に関わる問題提起が潜んでいた。その問題提起は、今のわれわれに、「法治」／「法の支配」とはどういうことかという問題を、この「融合」過程に即しつつ、あらためて考え直すことを求めている。

この日本における「融合の過程」の二段階をモデル的に捉えて、それとの関係において中国のこの「融合の過程」の特質を考えてみることは、巨大な意義を持つ課題だといわなければならない。そう考えてみると、蘇力・張騏の二報告は、中国におけるこの「融合の過程」の第二段階の明確に告げていることが明らかとなる。

この問題は、「東アジアにおける法の近代化」という問題の根幹に関わる問題ともなりうる。法哲学者としての私の関心は、むしろこの点に注がれる。

二. 法の存在論と解釈共同体

六. 例えば、一般に、判例法的な法のあり方と成文法体系としての法のあり方とがある、と言われる。また、類型

を異にしたもつとさまざまな法のあり方を分類しうることも事実である。しかし、そのようなさまざまな法のあり方を包摂しうる「法の存在論」のようなものを想定して、それを基盤にしてさまざまな法のあり方の共通性と差異を理解するというようなことができるのではないであろうか。私は、今、こう考えている。

例えば、寺田論文「非ルールのな法」というコンセプトの中では、ドウオーキンの「解釈共同体」という概念を利用して、以下のような説明が行われているが、そこにこのような可能性が示唆されている。

ドウオーキンの観点から見れば、法的実践は、つまるところ「解釈共同体」によって担われているということになるわけであるが、そのドウオーキンの観点から見れば、「現代アメリカでも、裁判官が実際にやっていること・実定法をめぐって起こっていることは、……清代官界の「公論」形成を巡って述べたそれと大差ない……。同じ場所に表と裏から近づいている、あるいは……彼らは最初から同じ場所に居るのかも知れない。個々の判決主体の心理に焦点を当てれば、どこにおいても、あらゆる要素は彼にとつては所詮は決断のための参照系である。また対社会的な正統化の局面から離れば、裁きの正しさを論ずる第一の主体は同輩裁判官となり、法の問題はどこでも狭く裁判担当者同士の専門知識の交換と形成の問題になってしまふ。」「二つの間にあるのは所詮はその後に出て来るその決定の正統化レベルの差異、「公論の神話」と「フォーリズムの神話」の違いに過ぎない、と言ってよい。」

この議論は、「法的共同体」一般を「解釈共同体」として理解するという出発点に立って、そのような「解釈共同体」においては、「法の問題」は、内的には「裁判担当者同士の専門知識の交換と形成の問題」にはかならず、その点では、基本的には同質の解釈学的な営為が行われている。そして、「法的共同体」の差異は、「決定の（対社会的な）正統化レ

ベルの差異」に由来している、と考えられている。つまり、法というものがさまざまな層をなすものとして存在している、と捉えられているわけである。

ここで重要なことは、

① 法的実践の焦点が裁判官の「決断」とその正当化のための「参照系」との関係にあるということを前提とした上で、

② 「参照系」に正統と異端があるわけではない。「参照系」のあり方は、法文化ごとにさまざまである。西欧法的な参照系も、参照系の一ヴァージョンにすぎない。

③ 西欧近代法と中国法の差異が、運命論的なものではなく、「解釈共同体」の「正統化」の構造的可変的な差異の問題として捉えられていることである。その上でわれわれが想起してよいことは、

④ 明治以降の日本は、この「正統化」機能を、まずは天皇制的な求心的な統合システムから、その後要件・効果モデルに立脚した「フォーマリズム」へと変動させていったこと、

⑤ これに対して革命以後の中国は、まずは共産党的な統合システムに、そして今「フォーマリズム」へと変動させようとしている——台湾についてなら、「開発独裁体制」的な統合システムから「フォーマリズム」へと、というであろう——、

という事実である。

七. この議論を踏まえて言えば、上述の「融合の過程」とは、この「解釈共同体」の内部の「決定の正統化レベル」の構造的変容、「正統性の構造変容」の過程だ、ということになる。念のために言っておけば、この「融合」の過程を

担うのは、無論、「中国（や日本）」の法生活の構造変化とそれに対応しようとする人間の主体的なエネルギーである。そこに、「自生的な法形成」が可能となる源泉がある。蘇力／張騏論文が共通に有しているポイントは、この「自生的な法形成」の論理を、「国家的法形成」の論理に対抗的な形で提示しようとしているところにある。

このように考えてみると、寺田にパラフレーズされた「解釈共同体」モデルは、東アジア諸地域の「伝統的な法」のあり方」と「西洋から導入された「法」のあり方」との「対立」を前提としながら、力点をむしろその「融合」の過程に眼を注ごうとする観点にとって、一般性をもった示唆的な意味をもつ、と評価しうるのではないであろうか。

八． 私は、これとは違う道筋で問題を考えようとしつつあった。私は、それを「法存在論」と名づけていた。例えば、「法が存在する」という事態を、「生ける法が存在する」、「慣習法が、存在する」、「判決が存在する」、「法曹法が存在する」、「成文法が存在する」、「既成の法を突き破るような「生ける法」が新たに成立する」、というように言い分けてみて、その上で、その総体として「法の世界」が成り立っている、このように考えようというわけである。そして、その上で、そのような「法の世界」の西欧的、日本的、中国的なあり方として具体的な法を捉え、またその変容の問題を考えようと思っていたわけである。

張騏報告で次のようにいわれていることは、私にいわせれば、この法の存在論の枠組の中に取り込むことができる。

「先例制度も……一種の法である。我々は既存の法の定義に縛られるべきではない。既存の内容が事物の外延を決めるのではない。……事物の外延が事物の内容を決めるのである」。

この主張は私の法存在論のモチーフと接合可能なものである。また、蘇力報告では、

「民間法」とは、

- ① 「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」のことであるとか、
- ② 実定法中心的な観点から見れば、「民間法」とは、「地域住民が正式な制度（法律）の不足に直面する時に自己創造した制度である」とか、
- ③ 「民間法はあらゆる社会において普遍的に認識されうる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」
- ④ 「民間法」とは、「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」のことである。

等々といわれている。このような発想は、単に分析的に「法の定義」を明確化することによってだけではなく、「法存在」の種々相として、統合的に捉えられるべきものではないであろうか。

因みに、このような私の考え方は、エールリッヒ的な法の考え方やリアリズム的な法の考え方を、「法の存在論」として一般化させようとするところに成り立つものだと思ひ了解している。そして、私は、この枠組の中で、例えば「既成的な慣習法や成文法が存在する」というるにすぎない静態的な状況から「既成の法を突き破るような『生ける法*』」が新たに成立し存在するにいたる」といいうるような動態的な局面への転換に即して、今回の蘇力報告を、そして張騏

報告を、理解しようとしていたわけである。

*張騏報告は、私のいうこの「生ける法」を、判例法システムから切り離して一般的な用語として用いるために、「先例制度」(precedent system) という言葉で救い出そうとしている。「先例制度」(precedent system) という表現が「判例法」(case law) という表現よりもいっそう適切であり、また先例制度はテクニカルチームとして、判例法よりも中国の法治建設のコンテキストにより適しているにすぎない。この張騏の指摘は、受容可能であり、十分に意味あるものであろう。

九。私は、ここで、エールリッヒが、「自然法」という觀念が「万民法」に由来するものであることを想起しながら、「自然法」とは、真実には、「社会によって形成された法」のことであつたと考えていたことを想起せずにはおれない。蘇力報告の觀點に立つて言えば、「国家法」と対立する「民間法」という觀念は、この意味での「自然法」の觀念と通底している*。しかも、そのような法は、排他的に捉えられるのではなく、いわば相補的に存在するものとして捉えられねばならない。この発想は、「実定法」と「自然法」という法哲学的思考様式の、実り豊かな現代的な問題処理の、少なくともひとつの仕方である。

*一九九〇年代以降の中国の学界は、「国家法および民間法の研究」を通して「法律を中心とする実証主義的な法律觀念を突破」しており、「文字で表現されたものではなく、社会实践 (practice) により表現された地域性、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た」(蘇力報告)。

一〇． ところで、この考え方と寺田によってパラフレーズされた「解釈共同体」論との間には、大きな共通性があるのではないか、私は、寺田コメントと寺田論文を読み始めてから、このように思い始めた。つまり、問題は次の点にあると言えよいのではないのか。即ち、

かの「融合」は、「非ルールのな法」における「参照系」の構造変化↓「ルール化」という形を取るのではないのか。具体的には、資本制経済が要請する「計算可能性」／「法的安定性」が――場合によっては資本制経済による侵害に對抗して要請される市民的な生活世界にとつての「計算可能性」／「法的安定性」が――、法経験の蓄積の中で（つまり、多数の公式・非公式な紛争解決の蓄積の中で）、「非ルールのな法」の「ルールのな法」への、「参照系」の構造変化を促していくという形を取るのではないのか、このように思い始めたのである。

西欧法体制は、リーガリズムというイデオロギーに立脚している。しかし、それは、資本制経済システムと市民的な生活世界に対して適合的なイデオロギーである。しかし、それは緩やかなものであつていい。

一一． この点は、寺田コメントの中でも明確に押さえられている。次の指摘からそのように言える、と私は考えている。

現代中国で建設を進めている法制度の中でも、市場経済に関わる法制度は、明らかに西洋近代型の法秩序を前提としている。そこでは法制度は、事前に明確なルールを提示し、そのルールに基づいて行われた行為に対して全面的な支持を与え、そのことによって市場的行為の予測可能性を高める役割を担わされており、また国家権力は、社会正義の積極的な実現主体である以前に、そうしたルールの透明な実現主体、市場社会に対する「社会基盤」の提供者という位置を占める。そうした

ルール型の法に対する期待は、現代中国の民間社会（私は「市民的な生活世界」といったが―今井）にもある筈であり、また現代中国国家の中にもその役割を担おうとする志向はあるのだろう。

一二、「当該事案」について「天下の公論が直接的に示される場」として理念される「裁判」、「一般的なルールとしてではなく、そうした個別事案毎に一つ一つ成り立つ天下の公論、その総計」としての「法」は、現代の経済関係や社会関係がもつ「計算可能性」／「法的安定性」の要請にこたえられない。

「非ルールのな法」における「参照系」に対して、「計算可能性」／「法的安定性」要請の圧力がますます強く働いていくことになるだろう。そうすれば、この圧力が、参照系の構造転換を、何らかの形においてであれ、進行させていくことになるのではないか。

現在、中国における「法治」論における強度な国家法実証主義的な傾向を克服して、「法治」問題の焦点を切り替えて、このような事態に対応する法思想／法理論の形成が急がれるのではないだろうか。それは、ある意味では、日本における経験の総括の問題でもあり同時に、依然として日本にとつての実践的課題であり続けてもいる。

無論、その過程は「ルール化」を押し進めていくであろうしいくべきであろうが、「西欧法のようなルール」を生み出していくがどうかは開かれた未決の問題だ。そこには、多くの変数が存在する。このことが同時に看過されてはならないであろうか。

問題を次のように言い換えることができる。「国家法」を含めた既成的な法における「参照系」――例えば現在の中国法体制という形で存在する参照系――に対して、生成しつつある新たな社会が発する要請――記述した二つの意味での「計算可能性」／「法的安定性」要請――の圧力が強く働いていったとき、その参照系の存在のあり方をめぐってど

のような運動が生じて、その参照系の変容がどのような形で展開されていくのか、と。