

特集

中国法秩序と
21世紀グローバル社会

民間法論を超えて

京都大学教授

寺田浩明

てらだ・ひろあき

I 民間法論の隆盛

1 民間法論の背景

このところ中国の法学書の中に「民間法」という概念を良く見かけるようになった。用例の正確な始まりは知らないが、梁治平『清代習慣法：社会と国家』（1996年、中国政法大学出版社）および蘇力『法治及びその本土資源』（1996年、同上）の2著が、現在の議論で繰り返し基点として引かれる。両著はともに個別実証的研究と言うよりは、むしろ当時40歳前後の西洋学術に通じた気鋭の若手論客による法学方法論的な著作であり、国家成文法のみに着目する従前の教義学的な法律学からの脱却を標榜し、民間における秩序形成作業

に目を向ける重要性を訴える。そしてこの動向の先に、昨年とうとう『民間法』なる年刊誌が創刊され（山東人民出版社、全422頁）、本年その第2巻目が無事に刊行された（同上、全492頁）。謝暉「〈民間法〉年刊総序」は発刊の趣旨を次のように述べる。「古より今にいたるまで、国家法は江山社稷の必備たるも雖も、民間法もまた人類交往秩序の必須とする所なり。故に人間秩序なるものは、国家法と民間法が相まちて成るものなり。……凡そ当今の国家の秩序・黎民の生計に関心を持つ者、もし民間法および民間自生秩序を棄て顧みざれば、たとい譁々の声・煌々の巨著あれども、ただの無病呻吟・紙上談兵にすぎずして、ついに事に補する無きに終わらん」。

こうした主張がなされ、また一定範囲で受け容れられる背後には、おそらくは国家主導による一元的な法空間の実現を一方的に善とする志向に対する異議申し立て、或いはそうした設計主義的な法思想の裏に潜む或る種の楽観主義・エリート主義に対する危惧ないし反発があるのであろう。「中国法治の路は、中国人民の実践に依拠することが必須である。それは単に幾人かの法律理論や外国法律に知悉した学者・專家が設計規格するものでも、全国人民代表大会常任委員会が立法規格するものでもない」（蘇力上掲著所収「変法、法治及本土資源」）。しかしそうした志向が「研究を通じて民間法と官方法の相互対照と交流とを促進し、両者が秩序構築に対して持つ機能を互補させ、もって中国法制現代化の支持となす」（上掲総序「本刊宗旨その2」）といった学問的な形をとれるか否かは、勿論民間法という概念をどれほど明確に国家法に対置しうるか否かにかかっている¹⁾。

2 民間法概念の問題点

ところがそこで民間法の例として論じられ

1) なお民間法研究の動向を広く捉えるならば、そこにはこうした国家法と民間法とを対比的に扱う議論とは別に、現行実定法制度の社会的機能を実証的に論ずる典型的な法社会学的研究や、それ自体が完結的な特徴を持つ少数民族法についての実証的研究などの流れが存在し、それらも年刊誌『民間法』の掲載論文の中に一定の比率を占めている。それぞれに貴重な意味を持つが、紙幅の制約のために本稿では取り上げない。

る対象と論法の幾つかを検討すると、この概念が抱えている困難もまた直ちに明らかになる。一連の論著の中で良く言及されるのは次の2例である。

第1は、恋愛期間中に男性が女性を強姦してしまい、女性側父母が派出所に告する。しかし警察が正式に逮捕をする前に、男性側の父母が女性側に、正式に結婚した3000元を出す代わりに訴えを撤回するという条件で「私了」(当事者間での示談)を求める。女性側は基本的に同意するも1万元を要求し結局5000元で話がつく。男女双方ともまだ法廷結婚年齢未満だったが知人を通じて結婚証も取得した。しかしこの「規避法律的」な「私了」は政府に発見され、婚姻は無効を宣告せられ、男性は正式に強姦で起訴され有罪とされる。それを承けて「こうした潜在的な、紛争解決を指導する規則を一種の“民間法”、即ち社会から派生し社会に受け入れられている規則と呼ぶことも許されよう」(蘇力上掲著所収「法律規避和法律多元」)と論が進められる。

第2は、現在は国家大で制度化されている農業生産請負制などの市場経済志向的な改革措置の多くが個人や企業・地方官員の発起に因るものであり、どれも当初は違法行為あるいは当時の正式の法律制度や政策既定を「規避」する行為であったといったことを挙げて、法律規避が時に持つ正当性と有効性を論ずる例である。

前者の話題は、民間の自生的紛争解決システムに活動の場を与えることの可否当否であり、確かに国家法と民間法の対比という問題提起に相応しい。しかしそこで民間側に配されているものが如何なる意味で法なのかについては「社会から派生し社会に受け入れられている規則」だという以上の説明はない。しかし現代の国家法も社会との論理関係は最後の所は同様になるほかない。問題は勿論その派生と受容の構造的な差異にあり、その点について国家法側が用意する法理論と匹敵するだけの民間法独自の理論化と正当化(それが国家法に対置される所以の説明)が無い限りは、結

局は法理論のレベルでは、近代的国家法制側を唯一の法の理解枠組みとした上で、その外側に広がるものを、それに馴染まぬ要素として徹底排除するか、それともその規範内容の一部を積極的に国家成文法の枠内に汲み取るかという、立法レベルでの取捨選択論に落ち込む(あるいは軟着陸する)他はないのではなからうか。

また後者においては、最初から指し示される対象自体が、基層権力による独自の実情を踏まえた政策提言とその冒険的な実行である。確かにそれは国家中央の立法ではないにせよ、反面、単なる民間慣行とは言えないし、況や自然発生している訳でもない。しかもその地方権力は一面では正面から国家権力の一部を成してもいる。その意味でそれは習慣法論と同居する民間法論の話題というより、むしろ最初から主権的中心の授權無しに立法をする権力的中心が独自に存立した機能し、しかもそれが現に国家権力の正当な一部、国家法秩序の有機的な一部分を成しているという話であり、また論者がそこに関心を向ける理由も、まさにそれが最後に中央の政策にまでなったという点にこそある。ということは論ずべきはむしろ終始、国家法の問題、現代中国における国家大の立法権のあり方と近代西洋型の憲法体制における立法権のあり方との異同の問題なのではあるまいか。それを民間法・慣習法と言ってしまうと、却って国家法について正面から問うべきこの問いが曖昧になってしまう。

一元的国家法の一方的強行のみで法秩序が出来る訳もなく、また現に起こっていること自体がそのイメージのみでは把握できないことは確かであろう。民間法論はその事実を直視しその余白を埋めんとする学問的努力に違いない。しかし現状について言えば、それは未だ国家主導の法制度形成に対置すべき理論基軸の定立に成功していないし、むしろ時には却って議論の深化の障碍とさえなっている様に思える。

そしてこうした民間法用語の曖昧さ・法的

性格の不明さは、火付け役の1人・梁治平上掲著の中に既に存在した問題であった。同著は、国家と社会という概念対比は西洋近世近代史に起源するものであり伝統中国の分析にはそのまま使えないと慎重に留保しつつも、何故か一転、官方・民間という対比は伝統中国にもあるからその語は使用可能であるとし、その先に官方法に対する民間法という用語、成文法に対する習慣法という対比を導き、その対比をそのまま現代まで引き延ばす。しかし試みに問うてみると良い。改革開放後の国家法と清代の国家法は社会に対して同じ機能的位置に立っているのか。また清代において民事法は確かに国家成文法の形とはっていないが、だからと言って西洋伝統法における「慣習法」と同様の客観的な裁判規範としての位置や形式を民間において持っていたのだろうか。官民に社会空間を分ちそれぞれに法という字を割り振るだけでは、国家法にのみ専念する法学者の関心を民間に向けさせる役には立っても、それを超える議論展開は難しい。我々はもう少し先に進まなくてはならない。

現代国家法側の論理的な性格は取り敢えずは明らかである。纏れた糸をほどく為には、迂遠な様でも、まずは中国に伝統的にある法(特に民事法)のあり方を整理する所から始める他はないだろう²⁾。

II 伝統中国における民事法

1 個別主義的内容の普遍主義的提示

伝統中国民事裁判における規範的要素としては「情理」という言葉が良く着目されるが、勿論それが現代裁判における法と同じような位置に立って権利主張と判決とを基礎づけていた訳ではない。個々の裁きについて言うならば、現実存在するのは、紛争が持ち込まれる毎に、当該紛争の実質的解決・緊張の解消を目的に、裁定者によって示され当事者に

よって受諾されるその場限りの一回的判断・合意であり、しかもそこで求められまた目指されたのは、客観的なルールの一律の適用というよりは、両当事者の抱える諸事情、争いを取り巻く全状況を公平に見て取った上での最適解、多くの場合は無理なく即座に実現可能な解決方策・両者の折り合い所の提示であった。当然、一旦個別事情に着目し出せば世の中には1つとして同じ紛争は無い以上、示される判断はそうした無限の現実在即して無限に分化してゆくし、また無限に分化して行くべきものと考えられた。伝統中国の民事裁判が個別主義的解決と評されることに理由がない訳ではない。

ただここで同時に着目すべきは、事件毎に違うからと言って、その判断が判断する人間毎に違うものだ、あるいは違って良いものだと考えられていたかと言うと、明らかにそうではないという点である。以下に見るとおり、この制度全体の基礎にあるのはむしろ却って、事情は事案毎に無限に個別である、またそれにつれて判断の側も無限に個別ではあるけれど、1つの具体的事案をとってみれば、ちゃんとした公平な人間がそこに含まれる全要素を考慮に入れて一生懸命に考えた末に出てくる結論は概ね一致する筈である、即ち事案がどんなに個別化してもその1つひとつについて自ずと天下の公論がある筈でありまたあるべきであるという想定であった様に見える。ここでは普遍性の要請は、事案の類型化の方向にではなく、判断の斉一性の側に沿って広がってゆくのである。

そして成程、個別事案が抱える全背景事情を配慮した判断とその社会的共有と言えは難しく思えるが、言うまでもなくそれは普通の人間が社会交際において日々実践していることに他ならない。日常生活においても自他の関係・周囲の状況に従って、人は今回何処まで強く利益を主張するかを決めている。しかもその判断は、相手との交渉や小競り合いを

2) 伝統中国法についての以下の叙述の詳細および根拠については、取り敢えず拙稿「中国清代民事訴訟と『法の構築』——『淡新檔案』の一事例を素材にして」日本法社会学会編『法の構築』[法社会学 58号] (有斐閣, 2003年) を参照されたい。

通じて相互的に微調整されもした。そして実際、その引くべき程度・押すべき呼吸について一定の社会的共識があればこそ大部分の社会関係は互譲の中で回転して行くことができる。外部者には如何に複雑に見えても、当事者社会の人々にとっては大部分のものの落ち着き先は大筋見えている方がおそらくは常態であろう。ただ勿論、主観的・非制度的な共有である以上は見積りもの齟齬は避け難い。そして自分の見積もりこそが適切だと双方が固執すれば、そこで黙々たる揉み合いは一転公然たる争い事へと転化する。そうした主体が自己の正当さ・適切さ（相手の互譲を知らぬ頑迷さ強欲さ）を天下の公論に問いかけるのが訴訟であり、それに答えて裁定者が天下の公論はこれだと示すのが裁きである。

ただ勿論、個別事情を重んじて当該事件は世界に1つしかないとなれば、公論といってもその具体的な内実はその都度作られる他はなく、しかもそれは誰かが口に出して言葉にして初めてそれと分かる。そこで事態は典型的には以下のような展開をとることになる。如何に争おうと大部分は所詮は程度問題についての程度判断である。しばらく公然と言い争いをさせている内に周りで見守る人々の相場観が収束し、誰かがそれを引き取って代表して語るということもあるだろうし、あるいは裁く者が日頃から公平有徳な人という声望があれば、その人の発言・教諭を聞いて、むしろ周りの方が成程それが道理だと寄り添ってきて公論が一に帰するという展開もあるに違いない。そして1人公論に抗することは難しい。最後に争う当事者本人も最早これまでとその同調圧力に屈する、あるいは当時の言い方に従えば、己に理なきを悟って悔悟し自ら進んでその公論の中に身を投ずることによって争いは終焉する。日常生活は再び回転を始め、またその顛末は紛争を遠巻きに見守っていた周囲の人々の間に（判断基準の微調整作

業の為の一素材・一経験として）波紋のように広がってゆく。

しかも興味深いことに、ここでは当事者の次なる訴えを力づくで封ずるような制度構成が、殆ど意図的な仕方であって欠けていた。上記の如き民間主体の調停に不満な場合には、当事者は同調圧力に屈することなく、むしろ今回の裁く主体・取り巻く連中が丸ごと心が曇っていて、あるいは反対当事者の威力を懼れて本当の公論を口にしていない、裁く主体・裁きの中身が「循情不公(情にならずで公ではない)」であると言って、問題をより広い場所に持ち出すこともできた。そして清代国家が設営した州県の法廷は、まさにそうした手近の主体では不満な人間、より公平無私な権威有る主体による裁きを求める人々の受け皿として設けられたものであった(確かに州県地方官は科举試験を通じて有徳を証された存在であり、しかも本籍回避の制度によって在地に縁故を持っていなかった)。そして制度は更に、その州県長官の裁きが「循情不公」だと思ふ者に対して、判決前と判決後とを問わず、更に上級にある府の長官・省の長官への訴えの道を開いていた(それは官僚制度から見れば下級官僚の腐敗告発の意味合いをも持たされていた)。そして最後の最後には京師に行つて皇帝に訴える道が開けており、そこでは天下に1人しかいない皇帝が天に替つて天下の公論を述べることになる。

紛争過程・裁判過程は同時に、裁く者を仲立ちにして当事者社会で行われる公論・共識の形成(あるいは確認)の過程でもある³⁾。しかもここでは裁く側の教諭的契機の反対側には、当事者側の行うその教諭主体の公論体現度への問いかけの余地が常に用意されていた。この結論側のオープンエンドな性格(あるいは制度的な確定力の欠如)こそが却つてその公論性のイメージの担保をなしていた。そこでは自らの語ることが天下の公論だという自負だけが裁判官の決断の裏付けであり、また逆に、

3) そしてこの部分だけを取るならば、最近の民事訴訟法学が現代日本の法廷の中に見出す法形成的機能と類似する。しかしその結果として伝統中国で作られ出された「法」は下記のような形をとることになった。その差異のよつて来る所以を考ふる作業は興味深い研究テーマを成すが深入りしない。

この訴えの持つ行き先の順次の消滅、公論に1人抗し続けて頑なる者とレッテルを貼られて孤立することへの恐怖こそが、ここでは当事者の争訟意欲を挫き紛争を鎮静させる最大の動力をなしていた。裁判官が述べる個別主義的解決が同時に一定の法としての意味合いを持ちうる基礎は、良くも悪しくもその判断の持つこうした社会性、見渡し得る限りの人々が敢えて自分のために異を唱えてくれないという意味での普遍性にある。

2 法の存在形態

かくして、事情事情毎に異なる個別主義的な内容を持つ正義が同時に全天的に共有されているというイメージ、あるいは普遍的な何ものかが千差万別の個別事情に応じてその都度、取り敢えずは裁く者の口を通じて具体的な姿をとって現れるというイメージ、その不定形の丸ごとが、ここにおける法の存在形態ということになる。

それは法とはいっても、抽象化すれば「天理人情に適う」という所まで縮約されてしまい、また反面、具体的内実の方は個々の現実を見てからでないと定まらない。またここでも確かに有徳者の教諭の局面では、法を語る者と法を聞く者の構図が現れる。しかしその緊張関係・権威の落差は当事者がその教諭に寄り添うことによって瞬時に解消され、またそれが瞬時に解消されない場合には、却って語る側・語られたものの側が規範的位置から滑り落ちることになった。つまりここでは幾らか皮肉なことに、法が具体的な形をとった時には多くの場合、法は同時に実態でもあるのである。いずれから見ても、裁きにおいて個別判断が「基づく」客観的な存在という位置を、この法は占めるべくもない(情理から個別判断が導かれるのではなく、むしろそれら細心の判断の総体こそが情理の内実を日々充填してゆくのである)。それがとうとう最後まで一定の

具体的内容を持つ規範的文言のセットの形をとって現れない理由もそこにある⁴⁾。

ただ、だからと言ってここにある裁きを過度に無規則・無原則なものと思いつめる必要はない。おそらくは長年にわたる相互的な実践の積み重ねの結果として、そこに見られる判断は、丁度個人の判断が自ずから一定の体系性を持つように、全体として穏やかな体系性を持っていた。それを研究者が幾つかの自明視される筋とそれらに纏わり付くように存在する様々な調整的契機として再構成してみたものが、伝統中国の「家族法」「土地法」という名で呼ばれるものの内実である。それは上のような形で存在した法、それと織りなす現実の似姿である。

3 立法の位置

そして権力が行う立法・規範宣示もこの文脈を離れない。立法の正当性基礎も公論の体现という1点にかかる他ないが、しかし社会の側も白紙ではない。最後の最後の所は上述の如く実際に試してみるまで分からないにせよ、公論の諸要素は、日常的な振る舞い方についての共識(「風俗」)の形で社会の中に既に一定の分布をとって実在している。規範宣示の側は、その現存するプラクティスの事実的重心との位置関係次第で、既存の重心のスピーカー(その再確認を通じての統合度の増強)という側面と、重心移動への働きかけ・「易風移俗」という側面とを持ちうることになる。そしてその有効度は裁判時に行われる教諭の場合と同様である。上手く行けば人々の意識の方が宣示に寄り添う形で統一される、公論を先取りするような形になり、また反対に余りに重心を読みとり損ねたことを言えば具文として無視され、時には言った側の公平度・公論代表度への疑念を生み出すことになる⁵⁾。

しかも事案の個別性への配慮の要請が終始存在する以上は、およそその一般的言明・原則

4) ちなみに言えば、律に代表される伝統刑事法(そして伝統中国語の「法」は主にこちらを指す)の側は、ここでは非常に早期から体系的な国家成文法典の形にまとめ上げられていた。それは何故か、或いはそれは上の広義の法の文脈の中の何処に位置を占める現象なのかという興味深い問題がこの脇に存在するが、紙幅の関係でここでは触れない。

論は、その一般性の故に最初から一定の限界を持つことになる。実際の紛争解決時には、全事情を汲み取った上で再度その原則論をそのまま適用することの当否は繰り返し考慮されざるを得ない（あるいはそうした考慮を経てもなお繰り返し繰り返し事態整理の機軸として用いられ続けることを通じて、原則の側が初めてその社会的正当性を獲得する）。しかも提示される規範内容とその提示方法の適否が結局は地域地域の状況・情勢判断次第である以上は、具体的な規範提示の空間的範囲は自ずと限定されざるを得ず、広域的なものになればなるほど、上位規範は抽象的一般的な指示にとどめ、具体的な内容は各地各地の規範宣示者の「因地制宜」に任せる形になるほかはない。

こうして概観してみれば、伝統民事法について、それが国家法か民間法かと問うことの不似合いさは明らかであろう。そこには、そもそもそうした管轄型議論の基礎にある、一定成員内における規範の客観化とそれに依拠する裁判権力の成立という「法共同体」型の秩序形成手法自体が欠けているのである。ここでは法はある角度から見れば国家皇帝によって一元的に統合されており、また別の角度から見れば最末端の紛争解決主体・公論提示主体の手の中にある。むしろそこでは社会規範の定立と実現をめぐる問題の全体が、公論のシンボルを体現（あるいは僭称）することを通じて人々の行動基準の分散状態を実体的に統合する日々の営為の中に丸ごと混ぜ込まれており、法も権力もその過程と離れた休らい場所を持たないのである。

III 2つの法の間

1 伝統型と外来型

さて規範秩序形成をめぐる伝統中国に存

在していたものは、こうしたものであった。社会全体が「正しき」について抱く共識という意味においては、それは十分に法と呼ぶに相応しく、またそうした社会的共識に従って個別の紛争が処理されてゆくという意味において、そこで行われることは裁判と呼ぶに相応しい。しかし法と法制度を狭く、流動する現実に抗して屹立し個々の個々の行動を制限し、また同時に個々の行動を基礎付け・保証もする客観的な規範と、その規範の定立と実現をめぐる制度と考えるならば、そこにあったものはそれとは随分と異なるものである。

そして上に見たとおり、確かに前者（伝統型と呼ぶことにしよう）も独自の利害関心を持つ多数の個体を規範を媒介に統合し、そこに一定の公正（あるいは公平）な秩序を平穩裏に作るためのそれなりにバランスの取れた一揃いの制度的構成ではある。しかしこうした（その本性において）現実と綾成して常時変容を続ける法と法制度が、市場を通じた資本集積に必須な「計算可能性」を社会に対して提供し得ないことも自明である。市場経済の順調な育成の為には後者の型（以下、外来型と呼ぶ）の法制度は不可欠であり、それを求めることもまた人々の要求に違いない。

しかし上の考察を踏まえれば、その制度改革が、単に伝統的な国家法の位置に周到に考え抜かれた民事法典を1つ作って据えればよい（勿論それ自体が大事業なのであるが）という話には止まらぬことは容易に理解できよう。その新しい法のあり方は、内容以上にその形式・制度的位置において、この社会が従来、法に対して抱いてきた役割期待と良くも悪しくも至る所でずれているのである。

まずは、法あるいは裁判というものが全体として社会秩序の中に占める位置が両者では随分と異なる。伝統型では秩序回復・社会統合そのものが直接かつ丸ごと法の話題となる

5) 伝統中国における立法と社会的プラクティスとの関係については、拙稿「清代土地法秩序における『慣行』の構造」東洋史研究 48 巻 2 号 (1989 年) を、また規範提示行為と規範提示権力との間にある相互依存関係については、拙稿「明清法秩序における『約』の性格」溝口雄三ほか編『社会と国家』(シリーズ・アジアから考える第 4 巻) (東京大学出版会, 1994 年) を参照されたい。

反面、その分だけ法固有の部分空間は却って存在しない。外来型が持つ、人びとの生活を成り立たせる全要素から幾つかの特定の要素だけを抽出し抽象的に再構成し、それによって再度現実生活を統御してゆこうという志向（そしてそれが上述の長所をもたらす）は、まずその部分性自体において違和感を生じさせる。一部の契機（多くの場合は一部の人しか持っていない）に偏することは、公権力の役割に対する伝統的期待と反するし、また部分的形式的解決が必然的にもたらす不全感もそこに加わろう。不安定不十分だがすぐに手に入る全体的解決をすて、敢えてそうした形式的平面で一旦事態を整理することの必要性、その機能維持の為に公権力の一部を分化させる必要性と正当性を人々が何処まで感じるかが、まずは外来型法制度の守備範囲を決めることになる。

また法の制度的実践の内部についても各層で齟齬は避け得ない。まず紛争当事者やそれを直接に取り巻く人々からみれば、伝統型は、紛争をフォーマルな解決の場に乘せたままで、当事者と当事者社会が規範内容に対して随時関与し続けられる制度である。その目で見れば、外来型は自分たちが預かり知らぬ所で決められたことが規範として自分達を一方的に縛る過程に他ならない。勿論、立法過程への民主的参与の拡大や「法の内面化」は規範の外部性の感覚を弱めはするだろう。しかしそれが外来型法である限りにおいて、どうやってもリアルタイムにいじれたりはしない。また要望に応じて裁判官がそれをいじり出せば、勿論それは計算可能性の実現には役立つことになる。

そして立法者も違った問題に襲われる。伝統型では法内容の決定過程と正当化の調達過程、更にはその内実の社会的実現過程とは不可分に一体化していた。またそこで「立法」がなされる場合も、因地制宜・因時制宜は最初から予定されている。それに対して外来型では、抗事実的・画一的に執行される前提の法を、まず現実とは別に作らなくてはならない。権力がそうした立法をするに足るだけの

正当性を何処から調達するかという問題に限るならば、勿論それは外来型それ自体も終始抱えてきた問題には違いない。その為に法発見・相互的約定・権力的命令といった論理契機が総動員され、また主なる決定主体に擬せられる者も神・君主・人民と順次移行した。しかしこれを逆に言えば、そこでは争奪のターゲットたる抗事実的な法の枠組み自体はその前提に終始存在したということでもある。そしてそうした枠組みが権力のあり方も規定した。ここではまず権力がそうした枠組みを作るという（幾らか背理に近い）ことから始めなくてはならない。

そしてその中間に現実の紛争解決主体は置かれている。伝統型においては彼には公論を人々に先立って口にするという形で、規範形成の為に自由な空間が常に何程か残されており、それを上手にやり果たせることが同時に彼の権威の基礎をなしていた。そして同時に、その不定形で非論理的な決定が単独で権威を持つことの難しさこそが、一方では当事者社会へのきめ細かな対応を産み出し、また他方では上位権威との接合をも図らせ、そうした緊張の中で行われる1つひとつの決定が、現実と法、具体と抽象をつなぎ全体的統合を作り出しもした。裁判官を縛ると同時に護りもする外来型の硬い法制度は、明らかにこの「秩序形成のエンジン」を冷やすことになる。それ無しに果たして秩序は回転するのか。またその新しい営為に社会全体が何処まで主体的に参加するか。問いは尽きぬことになる。

結局ここにあるのは、マイクロな対話的实践から乖離して果たしてここで抽象的な法規範が単独で存在しうるのかという問いであり、従前は一体的に行われていた立法と執行をどの程度、またどうやって2つの層に切り離すかという課題である。

2 民間法問題の歴史的位相

そしてここで冒頭に掲げた話題に立ち返れば、そこにある緊張関係が、国家と民間の対比軸というよりは、むしろ上述の伝統型法と

外来型法の対比文脈に沿って広がっていることは、容易に見て取ることができよう。

前者が示すのは、外来型と伝統型の中途半端な混在によって、結局どちらも法たりえない、どちらの形の法的安定もない状況である。外来型の全面浸透という想定以外にも、生活分野によって伝統型と外来型が徹底して住み分ける仕方、更には外来型として作成した国家法が実際には裁判官の判断の一種の「目安」として利用されるという接合形態も考え得る。後者のように進めば、末端にあるのは伝統型になる。そこでは確かに統一的な法があり概ねそれに沿った解決がなされるが、それは判決の正当性の客観的基礎ではないし、また計算可能性も期待した程には上がらないということになる。

また後者が示すのは、むしろ最初から伝統型の法実践と外来型の外形が融合している例であろう。経済改革途上で地方的になされた種々の試みは、中央からは黙認されただけであり、その法たる所以・制度たる所以は社会实践との緊密な表裏関係にあった。最初に主唱した段階では規範的地位も規範たる実質もなかったものが、制度が実践を促し実践が制度を裏付ける中で次第に標準的なプラクティスとして定着して行く。そうして伝統型の法の世界で形をなしてきたものを、国家が外来型法の地位に据える。

そして国家側のイニシアティブで立法が行われる際に取られる「試行」という手法は、同様の連関を国家立法それ自体の中に取り込んだものと言えよう。季衛東教授の研究によれば、現代中国における「法律試行」は、単に規制「手段」の有効性についてのテストには止まらず、規制内容・規制目的が民意に叶うかどうかのテスト、立法者の正当性・権威性・「公」的程度それ自体についてのテストをも兼ねると言う⁶⁾。国家法側も外来型のみで成り立っている訳ではない。

ただ勿論、立法過程と執行過程との区切れ

目の薄さは、法の形式的な自立性の弱さと裏腹である。揺らぐものが最後に固まる瞬間が来るのかどうか、その固まりがどういう正当性根拠を与えられるのかという問題はその先に残ることになる。

そしてこうした性格論と掛け合わさる仕方で、現代中国の各地の社会生活のあり方の多様性という問題が各様の仕方で一元性イメージを脅かす。何よりもこうした広大な空間・多数の人口を相手に、内容的に一元的な法空間を立ち上げるという事業自体が人類未踏の領域である。成功例は何処にもない。外来型法制による全面制御という可能性、正面から法空間を制度的に幾つかに分かつという選択、大一統の側を重んじて全体と部分とを原則規定と具体的規定、あるいは従来の手慣れた「因地制宜」方式で繋ぐというあり方、行き先は多数ある。しかし勿論、個別の実情を重んじて「因地制宜」「因時制宜」を最下辺まで及ぼせば、そこにある丸ごとが再び伝統型ということになる。

勿論ここでの課題は着地点の予言にはない。何よりもここには踏まえるべき与件は多数ある（そしてその一つひとつが目も眩むような大問題である）が、行方を決める必然的な要素は殆ど無い。古い均衡タイプはもはや国民経済にそぐわない。しかし次の均衡の形はまだ見えない。社会の中にある秩序形成資源を動員しつつ、また全体の大まかな統合を確保しつつ、要は乱にならない様な仕方でその作業をどうやって進めるかは、挙げて中国国民の選択の問題である。我々に必要かつ可能なことは、その過程の全体をより良く認識する枠組みを作ることであり、そしてそれは我々が我々の選択をする際にも何かの役に立つことになる。

6) 季衛東「法律編纂の試行——在事实与規範之間的反思機制」(《世紀中国》2000年11月17日)。同「権力の試行と反省的法」『超近代の法——中国法秩序の深層構造』(ミネルヴァ書房、1998年)。