

苏力老师，张骥老师所作的报告，都在对现代中国法秩序的现状的冷静而透彻地认知的基础上，就今后的制度设置提出了建议。这对于对现代中国缺乏足够了解的我来说，是一种很好的刺激。非常感谢两位老师。

我的专业是中国法制史，本来对于这样的报告是缺乏评论的资格的。但是我在大约三年之前，就苏力老师提到的“民间法”问题，写过一篇名为《超越民间法论》的论文（载于杂志《Jurist》第1258号，57-64页，有斐阁，2003年12月），因为有这样的机缘，所以这次今井老师指定我做评论。也因为今井老师让我准备A4纸4~5张程度的评论稿，所以我就规规矩矩地写下了这样的原稿。评论的时间可能会稍长，希望大家谅解。

我在之前提到的论文中，就“民间法”的问题有以下三点主张。也就是说：

第一，至今为止的中国法学（包括法制史学）都过分拘泥于“只有国家法才是法”这样的思维方式了。而“民间法”这样全新的研究视角，则具有打破这样的制约的可能性。

第二，尽管如此，要使其具有学术影响力，首先必须明确：“民间法”究竟在怎样的意义上能够被称作“法”；而它与国家法之间又有着怎样的差异。而现有的“民间法论”在这两个问题上恰好非常暧昧。例如，在我看来，在古代中国，国家法和民间法都发挥着各自的作用，但是如后文所述，两者在构造上都与近代法学通常意义上所谓的“法”有着相当的差异；而且与其说两者之间是相互对立的关系，不如说两者之间是相互渗透的关系。

第三，此外，民间法论者针对现代中国所指出的几个关于“民间法与国家法的对立”的问题，与其说它们是“民间”与“国家”之间的对立所引起的，不如将其理解为在国家和民间两个领域中同时进行着的“另一种对立和融合”的过程的产物。即：上文所述的中国传统的“法”的存在形式以及对“法”的期待的内容，与在近代之后从西方引进的“法”的存在形式之间的对立和融合。

我觉得，这次苏力老师和张骥老师的报告，虽然彼此的角度不同，但都是以对与西洋法存在差异的、现代中国所固有的法的存在形式的关注为出发点的。因此，今天请先让我介绍一下自己对于古代中国法的特点的看法；然后，再联系这一介绍，向两位老师提几个问题。

*

我对与中国传统的“法”的存在形式的特征的看法，在进行非常简单的整理之后，可以概括为以下三点：

第一，如果强调对比，那么西洋法的模型是如下所述的两段式构造。即：对于一定的事项，事先就条件和效果制定出人所周知的一般规则；然后，在处理个案的时候，将由这样的一般规则所导出的判决结果无可辩驳地强加于当事人。所谓的法，指的就是以这样的形式衔接“立法”与“法律适用”的规则。而这样的规则，一方面对审判员的判断起到约束作用，同时也为审判员作出确定判决提供了坚实的规范基础。

与之相对的是，在古代中国，人们认为个案的情况各有不同，而所谓的正确的解决方式自然也会随之产生差异。但是，并不是说因此结论就会随着考虑问题的人的不同而产生差异，相反，人们认为，只要是内心公平的人并且竭尽全力进行思考，那么无论是谁，都应该自然而然地得出同一个结论，即所谓的天下的公论。在这样的背景下，所谓的审判，被看作是针对于案件直接呈现如上所述的天下公论的重要场合；而“法”则并不被看作一般规则的集合，而是被看作针对各个案件而产生的天下公论的集合。

不过，在这样的情况下，因为不存在一般规则这一过渡性的阶段，所以审判人员在不会受到一般规则的约束的同时，也无法获得由一般规则形成的坚实的规范基础。因此，反过来就形成了这样的制度，即：对于审判人员的公共权威的承认，以及对于判决内容确为天下公论的承认，要通过公众社会一举完成。如果一切顺利，则审判本身会成为产生裁判人员的公共权威、甚至政治权利的场合。相反，如果审判的内容被社会评价为不公平的，则负责审判的人 would 失去身为审判人员的地位。

而在民间，这样的考验每天都在进行之中。能够顺利通过考验的人，会被当作公平有德的人，受到社会的尊敬；而若是表现得不公平，则会下台。如果对象是官僚的话，则会受到皇帝的罢免；而如果对象就是皇帝本人，则会发生革命。

第二，古代中国的民事案件由地方官负责，而刑事案件则由皇帝处理，两类案件都是采用上文所述的形式。而只要审判是采用这样的形式，法当然就没有必要作为事先制订的一般规则而存在。事实上，古代中国确实没有形成我们现在通常考虑的民事实定法。

而对于需要由皇帝一个人处理全国的案件的刑事类案件而言，官僚的辅佐是必不可少的，因此，通过列举典型的案例，并使其与一定程度的刑罚相对应，皇帝亲自制作出了犯罪与刑罚对照的一览表，并将其分发给负责的官僚。这就是“律”，也就是古代中国的实定法。但是，毋庸置疑的是，只要基于“各个案件都具有各自的特点，其间的差异是无限的”这一想法，那么谁都不会指望能够事先做出可以处理一切案件的律来。因此，就出现了这样的体制：一旦案件中出现了律里没有预见的情况，臣下就会附上审判原案把案件上报给皇帝，并由掌握立法权的皇帝本人作出裁决。而裁决的内容中今后也可能被用到的部分则会被条文化，成为“条例”，并被补充到现存的实体法体系中去。

这从某种角度来看，确实可以称作是一种通过判例进行法创造的活动。但是，如果考虑一下为什么这样的制度会表现得非常活跃，就不难发现：那是因为各个法律条文所涵盖的范围被制订得非常狭窄；换句话说，实定法并未处于上文中提到的那种一般规则的地位，审判人员因而无法通过对实定法的“解释”来使判决正当化。这就使得实定法处于这样一种地位：即各个律条被看作是由皇帝对处理案件的审判人员发出的命令，而在这种想法之下，审判人员一旦遇到了没有具体命令的案件，就必须逐一向皇帝提出询问：这次的命令是什么？

如此看来，刑事审判也和上述的民事审判一样，在对法的本质的理解上，与其说是将其看作普遍成立的一般规则，不如说是将其看作了会随着案件情况不同而发生变化的正义。而实定法则可以看作是将这样的正义的一部分变得可见的产物。

第三，古代中国的正义就是像这样由个别主义的要求和普遍主义的要素相互组合而成的：一方面，在处理各个案件的时候要分别找出适合案件情况的解决方式；另一方面，案件的处理结果必须要是天下公论。因此，这种法在根本上是在处理各个案件的现场形成的。但是这

样一来，全国范围的统一就会无法实现。所以在以下的两个方向上出现了集权的形式：

其一，就像上面提到的刑事审判一样，各个案件的判断权实际上都归属于皇帝，而官僚只是作为其左右手发挥作用。但是，皇帝的处理能力自然是有限的，因此所有的案件都用这样的方式进行处理是不可能的。

因此就出现了第二个方式，即进行分工：皇帝只负责决定基本方针，而具体执行则由地方官员在实地进行。采用这样的方式，则中央能够对地方确保一定程度的控制，而末端的官员也能在一定程度上得到中央所赋予的权威。这就是所谓的“因地制宜”。而上文提到的民事审判，在某种意义上也可以归类到这种情况中去，即：中央指示的基本方针被精简为“合情合理”这一最简单的普遍原则；而具体的内容则完全交给地方官员负责。

古代中国法秩序的整体就像这样，是由“从末端开始形成的权威”与“中央赋予的权威”这两者之间的对抗和统合所形成的。

*

那么，接下来，就让我在以上发言的基础上，就两位老师的报告分别作一下评论。

首先是苏力老师的报告。最让我吃惊的是，报告中呈现出的现代中国法的状况，以及苏力老师观察这一问题的视角都与上文所述的传统法秩序的存在形式、与当时的人们的理解方式非常相像。无论中央如何努力地想要制定成文法，光靠这样是无法单方面地从整体上控制中国的法秩序的；而且考虑到地区差异，那也是不现实的。而在另一方面，在各个不同的地区，根据当地的实际需要，当地人之间确实也形成了一定的秩序。这两个方面的组合形成了现在的状况，而这一组合会有什么样的变化，则取决于民众的动向和历史的状况。对于权力所具有的力量冷静而透彻的反省，以及同时表现出来的对于全体秩序的存在责任感——在这两点上，苏力老师的视点与清朝的皇帝以及士大夫的视点是相近的。

此外，当初我在写《超越民间法论》这一论文的时候，认为苏力老师在考虑民间法的问题的时候，还是在近代西方法秩序的基础上界定与之相对的国家法的。但通过阅读这次的报告，以及苏力老师为在北海道大学的演讲所准备的讲稿《中国司法中的政党》一文，我现在已经很清楚，苏力老师所考虑的国家法，并不是拘泥于近代西方的法制度的。这么一来，苏力老师所说的一切就更加与我上文所述的观点相重合。

只是我越是能感觉到两者之间的共同点，对于以现代中国为对象的苏力老师的报告，有两个疑问就越发的清晰。

第一，苏力老师不拘泥于近代西方的法概念，在论述中，将现代中国的国家与民间呈现出来的秩序形成机制都称为“法”。对于这一意向，我也深有同感。但是，作为学术研究，在舍弃了过去的定义之后，必须做出新的定义。特别是这一次，连国家法都已经超越了近代西方法的框架。那么我想问的是，苏力老师自己是如何定义“法”的？特别是苏力老师把在民间进行的各种秩序的形成也称为“法治”，而最终目标就是通过它们的帮助，使“法治”能够覆盖全中国。那么，在民间的秩序形成行为之中，什么样的属于“法治”，又有哪些不属于“法治”的呢？

第二，现代中国正在建设的法制度之中，与市场经济有关的法制度显然是以近代西方的法秩序为前提的。在这种情况下，法制度承担着如下的任务：事先提示明确的规则，然后对依照这些规则进行的行为提供全面的支持，并以此来提高市场行为的可预测性；而国家权力在作为实现社会正义的积极主体之前，首先是作为实现这些规则的主体，扮演着对市场经济社会提供“社会基础”的角色。对于这种“规则型法”的期待，应当也存在于现代中国的“民间”社会之中；而在现代中国的“国家”之中，应该也会存在想要承担这样的任务的意向吧。那么，像这样外来的法制度以及法的存在形式，在苏力老师的全体法秩序论之中究竟占据着怎样的位置呢？

接下来请让我就张骥老师的报告作一下评论。

如上文所述，我认为从动态（而非静态）的视点加以观察的话，可以认为，古代中国属于通过判例来形成法的国家。而在中央，通过将判决中具有长效性的部分以条文形式加以概括，形成了名为“条例”的次级法。而在清代，就算没有成为这样的次级法，中央的重要判例也会经由与司法有关的专门官僚的整理，使其成果能够以成案集的形式不断被出版，并始终受到参与审判实务的人们的参考。例如最有名的《刑案汇览》系列一共出版了四次，总数达到一百数十卷，其中收录了九千余件案例。也就是说，用一句话来概括的话，张骥老师现在提议的状态，在清朝中后期的中国就已经实现过了。

而现在最高人民法院发布的“司法解释”，无论其出自、机能，还是条文化的发布形式，都与古代中国的“条例”处于相当类似的位置。而在其延长线上，对“司法解释”都无法涵盖的周边判例进行及时的编撰和出版，使其承担与古代中国的成案集一样的任务——出现这样的情况的可能性是非常大的。依据传统的话，形成先例制度是很有希望的。

但是，这种历史性的相似，在另一方面也会引发这样一种根本性的疑问，即：

清代之所以会出现这样的情况，其原动力如上所述，在于判断的权限完全集中在皇帝的身上；反过来说，各个审判人员被禁止“对法作出解释，并仅以此为基础作出判决”。而编撰成案集的背景也在于：刑事审判不允许末端的审判人员独自作出判决，而要求他们写出刑罚原案供上司和皇帝审查；不符合上司意向的原案会影响末端审判人员的出人头地，因此他们必须始终追随皇帝和中央的司法判断的最新动向。古代中国有关判例法的一切动向，都是因为缺乏——负责案件的审判人员自主地依据法来作出判决——这一理念而产生的。反过来想，在现代中国，在“司法解释”的外围建立先例制度之后，要让法官们努力研读先例，并使其对法的统合起到积极作用的话，其必要条件似乎也在于中央对末端法官的监督的强化。

但是，张骥老师在本次报告中所作的主张的基础，同时也是张骥老师所追求的未来法官的理想图景，却是依据规则自立自主地进行审判的法官。

对于这样一种对比，应该怎样理解呢？听着张骥老师的发言，我也作了很多深入的思考。这同时也和张骥老师究竟对先例制度怀有怎样的期待这一问题有关。我首先想知道，听了以上的这些感想，张骥老师有些什么想法呢？