

講演

中国法研究のアプローチ： 「法の支配」パラダイムを超えて

ドナルド・C・クラーク
長谷川成海 訳

- I 戸惑いという問題
- II 「理念の不完全な実現」としての中国法
- III 他に考えられるいくつかのアプローチ：抽象的議論
- IV 他に考えられるいくつかのアプローチ：具体的な適用
- V まとめ：評価と解説との相違

I 戸惑いという問題

欧米で教育を受けた法律家が中国法に初めて出逢って、戸惑いでない別の反応を示すとすれば、それはかえって由々しき事態です。理解という問題がいかに関重要かをきちんと把握していないことになるのです。状況はかなり異様であり、そのことを示す証拠は充分にはっきりしているように思われます。たとえば、契約法には強行規定がやたらに多く、税法はおおむね交渉の余地を残しています。法廷では、最近まで裁判官が軍服のような制服を着ていたし、憲法は、中国の実際の統治のあり方を説明しているとは思えません。

中国法制度が当惑を与える、その特徴の解明に取り組むには、いくつかの方法があります。ひとつは、「素朴な無視」(naïve ignorance) アプローチとも呼べるものです。これは、理解に苦しむ現象は単に無視し、中国法制度を（現実にあるものではなく）理念型としての西洋法制度であるかのように書くやり方です。したがって、たとえば中国の刑法あるいは刑事訴訟法を分析する場合に、現実に行き起きている事態に目を向けるのではなく、中国の関連法文献を読んで論じることになります。このアプローチを採れば、中国の民事訴訟法を

解説するのに、たとえばフランスの民事訴訟法を解説する場合と同じように説明するわけです。ところが、中国の基層法院裁判員は、法を忠実に執行しようにも、高等教育を受けていない、ましてや法学の学位などとは無縁の、退役軍人だったりするのです。⁽¹⁾

このようなアプローチを自ら採用していると認めて、そのことを弁護する者はほとんどいないため、このアプローチの明らかな欠陥を指摘するのに、ここで多くの時間を割く必要はありません。

第二のアプローチは、圧倒的に多く採用されているもので、中国法制度を、理念の不完全な実現 (imperfect realization of an ideal) として分析するものです。「素朴な無視」アプローチとは異なり、このアプローチは、特定の限定された目的のためには有益に利用できるもので、私も使ったことがあります。⁽²⁾しかし、どんな目的のためにも使えるわけではなく、場合によっては、理解を促すどころか理解を妨げることもあるのです。本日の講演でお話したいのは、このアプローチの問題点に、そして、これに代わる別のアプローチに、問題を解明する上でどんな利点があり得るか、ということです。

II 「理念の不完全な実現」としての中国法

これから論じる「理念の不完全な実現」アプローチを、私は、IRI (Imperfect Realization of an Ideal) と呼ぶことにします。これは本質的には目的論的なアプローチで、これによれば、中国法制度は、論者が設定する最終的な理想状態との比較で位置づけられ、評価されることになります。われわれは、ドングリが樫の木に成長するというのを確実に知っています。その上で、樫の木への成長過程としてドングリの変化を理解します。ですから、IRI アプローチは、中国法制度の最終状態を設定し、その最終状態との関係で静態的に（どれだけ距離があるか）、そして動態的に（どの方向に進んでいるか）現状を評価します。設定された最終状態は、中国法制度について観察される事象の評価

- (1) このアプローチの典型的な例として、Philip Gladwin, *Guide to the Patent Law of the People's Republic of China* (London: Graham & Trotman, 1985).
- (2) Donald C. Clarke, *Wrongs and Rights: A Human Rights Analysis of China's Revised Criminal Code* (New York: Lawyers Committee for Human Rights, December 1998).

を決定するだけではなく、中国法制度データとしてどの現象が重要な要素であって、したがって分析に値するのかを画定することになります。生物の例を再びあげれば、関心の対象は樫の木なので、たとえばピーナッツは無視して、ドングリを研究することに決めるのです。したがって、IRI アプローチは、制度を評価するための基準を決定するだけではありません。制度を単に解説するという、一見客観的なプロセスの結果をも、かなりの程度決定することになります。

IRI アプローチは、どんな最終状態を想定しても使えますが、実際には、常に例外なく、欧米流の「法の支配」を理念として指定された最終状態との関連で論じられます。この「法の支配」という理念は、トーマス・クーンが言う意味での一つのパラダイムとして、⁽³⁾ 中国法分析という研究分野全体を規定するものです。

中国法制度の研究で何らかのパラダイムを利用すること自体には、何ら問題はありません。クーンが『科学革命の構造』において指摘したように、パラダイムというのは不可欠なもので、私たちは知らず知らずのうちに必ず何らかのパラダイムを使っているくらい不可欠なのです。何を答えるべき問題として取り上げるか、何を観察するか、それをどう解釈するかを決めるのは、支配的パラダイムです。事実は中立的に姿を現すわけではありません。宇宙には、事実と観察可能な事象が無限に存在するわけで、私たちは、それらの理解を助けてくれる何らかの構造、一定のカテゴリーを必要としています。⁽⁴⁾

IRI アプローチが欧米的な「法の支配」という理念を支配的パラダイムに使うと言うとき、私は、中国法制度で観察される事象についてこのアプローチを使う人々が行う解釈を欧米的「法の支配」理念が支配すると言っているだけでなく、そもそも何を問題にして答えを出そうとするのか、そして、中国社会について見てみたいと思う無数のデータの中から何を適切なデータとして他から区別するのか、という選別をも支配するということを申し上げたいのです。

本日の私のお話の目的は、このような研究が優勢であることを指摘し、そし

- (3) Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (3rd ed.) (Chicago: University of Chicago Press, 1996).
- (4) 比較法研究を進める上で、いかなるパラダイムによっても現れる問題と研究課題の類型について、Mark Van Hoecke & Mark Warrington, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law," *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, pt. 3 (July 1998), pp. 514-515.

て、これには理論上および実践上双方の欠点に伴うことに目を向けていただくようにすることです。

理論的短所については、IRI アプローチの粗雑なバリエーションと洗練されたバリエーションとを見れば、いちばんよく理解できるかもしれません。最も粗雑な IRI アプローチは、たとえばアメリカ連邦議会の議員の一部が使っているもので、言ってみれば、アメリカの法制度が理想に等しいということを前提とするものです。アメリカとの比較で中国がより優れているか劣っているかを評価したが、中国の現実の諸制度をアメリカが理想とする諸制度と比較することによって評価することになります。したがって、たとえば、中国で現実実践されて（そして様々な人権団体が伝えて）いる刑事訴訟手続が、アメリカの刑事訴訟手続の（様々な人権団体が伝える実情とは異なる）理想的な態様と比較されます。言うまでもなく、中国には欠陥があると見られ、結論は当然に「中国は悪い」ということになります。しかし、この結論は問題の前提そのものに最初から組み込まれているもので、中国についての理解を深めてくれはしません。

しかし、このアプローチにはより高度に洗練された、より理性的なバリエーションがあります。より高度な IRI アプローチを使う人々は、現在の中国政府や3000年の中国文明を非難することを目的にすることなく、純粋に中国の法的な諸制度を理解しようと努めています。しかし、この洗練されたアプローチですら、具体的に主張したり議論によって裏付けるといふしかるべき手続を経ないで、多くの典型的要素を一般的に当たり前の前提と決めつけてしまう、という欠点があります。⁽⁵⁾

その第一の前提は、中国に法的諸制度が存在するということです。言い換えれば、IRI アプローチは、中国法や中国の法的諸制度というものについて、意味のある議論ができることを前提とするのです。中国には、一つの類型のもとに意味あるものとしてまとめることのできる一連の諸制度があり、自分たちの社会にある一定の諸制度を説明するのと同じ言葉を使って「法」というラベルをこの類型に貼ることに意味がある（つまり、そうすることが事態をばかすのではなく明らかにする）ということです。したがって、「中国法制度」と呼ばれるものの研究に着手することすら、私たちが自分たちの社会で「法的」と呼

(5) もちろんこれは必ずしも致命的欠陥ではない。一定の事柄については所与の前提としておかなければ、意思の疎通が全くできず、使う言葉の一語一語の有用性を証明しなければならなくなってしまいます。

ぶ諸制度におおむね類似した一連の諸制度が中国にもあるという仮定的な前提を含むわけですが。もし、これらの制度がおおざっぱに一括りにできないのであれば、たとえば、教会とか映画産業とかを論じるような場合には、そもそもこれらの制度を「法的」なものとは言いません。もっとはっきり言えば、一連の諸制度に名称を付けて呼ぶこと自体、調べ始める以前にそれについて何らかの結論を引き出すことになります。ある機関を「裁判所」を呼ぶ場合、別の言葉よりも「裁判所」という言葉の方が、問題とされているその機関についてより完全でより正確なイメージを聞き手に伝えると主張しているわけです。この機関を「チーム」と呼ぶことだって「オフィス」とか「……局」と呼ぶことだってできるのに、こうした言葉は使わない、と決めること自体、問題とする機関の本質についての暗黙の主張を意味するのです。問題なのは、この主張が、機関の本質について調査した後には現れるのではなく、前もって存在する点です。

第二の前提は、これらの諸制度が「発展途上である」ということです。このアプローチを採る学術論文には、典型的には、「中国の発展しつつある契約法」といった類のタイトルが付けられています。「発展」とは、より原始的で劣った段階から、より洗練されて優れた段階に、よく理解された目標に向かう直線的な進歩の軌道に乗って移動するという意味です。このよく理解された目標の実体的内容は、すでに指摘したように、典型的には欧米流の「法の支配」という理念です。言い換えれば、洗練された IRI アプローチは、欧米的「法の支配」理念に見られる制度が、中国ではいまだ生成期にあると見ることによって、具体的な制度を現時点で理解するものなのです。このように制度の欠点を特定し、将来の変化を予測することになります（これをわれわれは、単なる「変化」と呼ぶことなく「発展」と呼んでいます）。

このアプローチは、中国法制度に欠けているものを指摘する多くの論文のもとになっています。⁽⁶⁾しかし、中国法制度に欠けているものというのはどうやって決められるのでしょうか。理屈から言って、「欠けている」事象というのは存在しないのですから、観察によってその事象を見出すことはできません。ある制度に何か欠けていると言うことは、その制度が備えているべきものを決

(6) 私自身もこのアプローチを使ったことがある。たとえば、Donald C. Clarke, "What's Law Got to Do With It? Legal Institutions and Economic Reform in China," *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 10, no. 1 (Fall, 1991). ここでは私は、中国の裁判制度に存在しない多くの特徴を指摘した (pp. 57-69)。

めて初めてできることです。そのためには、この制度の決定的な本質をいかに特徴づけるかを決めなければなりません。樹皮のない榎の木を見れば、樹皮が「欠けた」榎の木であると特徴づけることができます。木の電柱に樹皮がないからと言って、樹皮が欠けているとは言いません。

中国法制度の話に戻せば、中国の裁判官には司法の独立が欠けているとよく言われます。この「欠けている」という観念は、中国の裁判所と裁判官の制度を、「法の支配」理念における裁判所と裁判官の原初形態と見る解釈から出てくるものです。中国の裁判所と裁判官を別の目で見てもその制度を解釈すると、たとえば、バスケットボールのプロ・チームとなるべき人たちと見るならば、全く違う欠点に気づくはずで、背が低いとか、運動能力が不十分だとか。中国の「審判員」という役人たちには一般的にプロのバスケット選手の資質がないという事実は、彼らに独立性がないという事実と同じように本当の事実です。同じように、別の役人たちを取り上げて、たとえば交通巡査には職務の遂行において独立性がないと指摘することができる、というのもまた事実です。しかし、警察官は独立していなくてもかまわないが、職務を果たす上で独立性を備える役人が制度のどこかにいるべきだということを私たちに教えるのは、欧米の「法の支配」パラダイムなのです。こうして初めて、それに最も近い候補として「審判員」に出くわすことになります。しかし、問題をこうして見ると、どのような観察をしたところで、そこからわかるのは、中国についてよりもむしろわれわれの関心事、つまり「法の支配」理念についてのことが多いということが明らかです。「審判員」が独立性を欠くという事実が中国において何らかの重要性があるかどうかを先験的に知る方法はありません。重要である可能性はありますが、この点は必ず具体的に論じなければならないことで、当然の前提としていいものではありません。

というわけで、IRI アプローチの最大の問題点は、このアプローチを使う論者が、その最も重要な構成要素、つまり、中国法制度を規定し評価するための基準とする理念を明確にし、その理念を基準とすることの正統性を示さずにすませてしまうくらいにあることです。私は、ある理念を基準として中国法制度を評価することが絶対に正当化されないと主張しているわけではありません。たとえば、国際的な人権問題の論争においては、中国の法的諸制度が国際的基準にどこまで到達しているかを検討することに意義があります。このような検討の結果は、情報として、法改革の内容を示すために、あるいは非難するためにも利用することができます。しかし、中国の法的諸制度について重要かつ興

味深いことを網羅的に教えてくれるというには程遠いのです。榎の木は松の木より硬いかもしれないけれど、だからと言って、榎の木の目的が硬質木材の生産だというわけではなく、榎の木がより硬い木となる方向に進化しているわけでもありません。榎の木の硬度は、たとえば家具の製造とか、限定された場面でのみ有益な情報です。すべてを教えてくれるわけではなく、榎の木に関して別の目的を考えている人には最も重要なことすら教えてはくれません。

制度評価の基準となる理念が明確にされずその正統性も示されないため、IRI アプローチを使った研究の結論を評価することは不可能です。もし、中国が最近調印した（批准はまだですが）国際人権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）が定める諸権利の実現について中国法制度にどの程度不備があるかを理解することが目的ならば、中国法制度を評価するための理念として国際人権規約を使うことは正当であり、有益です。⁽⁷⁾しかし、中国法の諸制度が10年後にどうなっているかを予想することが目的であれば、変化が国際人権規約の基準の方向に向かうと決めつけるわけにはいかないでしょう。

要するに、IRI アプローチは、明示され、正統性が示された何らかの基準を中国法制度が満たしているか否かを評価するという限定された目的のためには有益であり得るけれども、中国の法的諸制度の内部構造や相互関係を理解する方法としては役に立たず、誤解を生むものですらあるわけです。高度なIRIアプローチを採る論者は、「素朴な無視」アプローチの論者とは異なり、一定の現象が理念に適合しないことをはっきり見抜くことができます。ただ、こうした現象は、制度の全般的理解には重要でない逸脱とか欠陥、不備と捉えられてしまいます。このようにして、決定的に重要な現象が見過ごされてしまうのです。

III 他に考えられるいくつかのアプローチ：抽象的議論

自然科学でも社会科学でも、どんなパラダイムを使うにせよ、その究極的な正統性の根拠は有用性にあります。現代物理学を前提にすれば、橋の強度は充分か、ロケットは月に到達するか、というようなことです。同じように、中国法分析でどんなパラダイムを使うにせよ、役に立つからこそそのパラダイムを

(7) たとえば、Donald C. Clarke, *Wrongs and Rights* (注2)。この著書の中心的な目的は、中国の現行刑法を人権の国際基準に照らして評価することである。

使うことに正統性があると言えるにはなりません。観察される多くの事象を説得力をもって説明してくれるか、あるいは、頻繁に見られる特徴を無視したり逸脱として切り捨てることを余儀なくするか。IRI アプローチで使われる「法の支配」パラダイムは不十分だと私が考えるのは、この基準に照らしてのことなのです。

もちろん、われわれはパラダイムの利用を全面的に避けることなどできません。何を問題とし、何を重要な事象として観察するのかを決めるために、全体を包含する何らかの理論が必要です。しかし、必ずジレンマに陥ります。識別に値する事実であることを示すパラダイムがなければ、事実を識別することすらできない、しかしながら、何らの事実をも観察する以前に、どうやって満足できるパラダイムの構築を望み得よう、というジレンマです。

最初の第一歩は、われわれは必ず既存のパラダイムを利用している、そして、そのパラダイムこそが観察される一定の事象の不可解さを教えてくれている、ということを確認することです。第二に、出発点とするパラダイムは中国法の理解にはまず間違いなく適さないだろうと認識すべきです。それは、私たちは当然に馴染みのあるパラダイムから出発するからであり、歴史も政治的諸制度も異なる中国を対象とするには馴染みのないパラダイムが必要だと信じるべき充分な理由があるからです。したがって、三番目にすべきことは、われわれの既存のパラダイムによれば欠陥や逸脱と認識される諸現象を取り出し、こうした諸現象が別のパラダイムを使って見れば中国法制度の正常な構成要素であるかもしれないという仮説を立てることです。当初は逸脱と欠陥を示す証拠と見られた諸現象が実は理にかなうものなのだと説明できる中国法制度のモデルを構築することができれば、正しい方向に進んでいるという自信を持ていきたいと思います。そうすれば、外部から持ち込んだ誤解を生みかねないカテゴリーを利用することなく、内在的に矛盾のない中国法制度のモデルを構築していることになるわけです。

しかし、最終的には、どんなモデルを使うことになろうとも、依然としてモデルとは相容れない事象が観察されることを予期しておかなければなりません。このような矛盾する事象については、いくつかの説明が可能です。

こうした事象は、第一に、制度内で実際に欠陥や逸脱があることを示す証拠かもしれません。現実を完璧に説明できるモデルなどありえず、逸脱は必ず存在します。しかし、矛盾する事象が観察されても、それが副次的な逸脱であれば、それほど重視する必要はありません。

第二に、観察そのものが間違っている可能性もあります。ある天文学者が火星の位置を本来の位置とはかけ離れたところにあると記録した場合、現代の天文学物理学を全面的に見直さなければならないと考えるより、その天文学者の計算をやり直すべきだと見る方が妥当でしょう。

第三に、こうした観察結果は、実際、そのモデルによる法制度の解説が正確あるいは少なくとも不完全であることを示す証拠となるかもしれません。こうして、そのモデルを修正するか、より適切なモデルと置き換える必要があることが示されるわけです。

IV 他に考えられるいくつかのアプローチ：具体的な適用

これまで、「法の支配」パラダイムの不十分さを抽象的にのみ論じてきました。ここで私は、これに代わるいくつかのアプローチを中国法制度分析に適用することの価値を具体的に示してみたいと思います。

A. 契約法

最初に検討したい具体例は契約法です。1980年代、90年代の中国の契約に関する法律を読むと、文言がいかげんに見えます。特に、これこれが「原則的になされるべきである」とか「一般的にはなされるべきである」といった文言だらけなのです。欧米で教育を受けた法律家にはすぐさま疑問が起きます。法令中の特定の条項が契約書に書かれていない場合にはどうなるのだろうか。その結果どうなるのか。契約は無効になるのか。相手方が債務を履行しなければ契約にもとづいて訴訟を起こせるのか。

このような疑問はすべて、IRI アプローチで使われる「法の支配」パラダイムから生まれます。このパラダイムでは、当事者は契約し、契約にもとづいて訴訟を起こし、紛争は契約書や適用法令の文言、場合によっては取引上の慣行に依拠して裁判所で解決される、ということになっています。だから、私たちは、「原則的に」とか「一般的に」という文言を裁判所がどう解釈すべきなのか疑問に思うわけです。こうした用語は曖昧すぎるように思われます。原則には一定の例外があることが想定されるけれど、例外は多すぎではいけないし、例外が認められるのはどういう場合なのか、指針となるものは何も示されていない。「法の支配」パラダイムによれば、これは誤りであり、文言が悪いということになります。したがって、これに適切に対処する方法は、中国政府の担

当者を相手に法律起草セミナーを開き、法律の起草技術で未熟な段階からより高度な段階に達するよう彼らを訓練する、ということになるのです。

しかし、同じ事象に別のモデルを適用したらどうなるでしょう。たとえば、トーマス・スティーブンズが『中国における秩序と戒律』⁽⁸⁾で描き出した「戒律体制」のモデルを使ってみましょう。スティーブンズの主張の中核は、伝統的中国法制度を理解するには、彼が言う「戒律モデル」という概念によるべきだということにあります（もっとも、スティーブンズは「法制度」という用語を避けようとしています）。戒律モデルは、本質的には、軍隊や家庭、保育園を支配する秩序モデルです。スティーブンズの主張は、裁判所や裁判官、権利、立法といった西洋法学の語彙は伝統的中国には一切適合しないもので、目に見える事象を説明するのにこうした用語を使うことは、重要な点を完全に見失うことになるということにあります。⁽⁹⁾

戒律体制においては、国家が中立で第三者的な立場から個人間の取引を可能にすべき存在だなどとは誰も考えません。逆に、もし個人が自分の欲求にしたがって行動することが許されるならば、結局は本人自身にも社会にも害をもたらすだけだとされます。したがって、国家は個人の行動を綿密に監督します。とりわけ国家は、法制度に影響を及ぼす個人の行動を監督します。法制度は国家の諸機関から構成されているものであり、自由に放任された個人が国家機関の行為を左右することは望ましくないからです。

したがって、戒律体制内部においては、すべての重要な契約（つまり、企業規模の経済活動に関わる契約）が何らかの国家機関の承認を要するという、契約承認制度を設定するのも当然のことです。「契約法」は、個々の契約当事者のためにあるものでもなければ当事者に何かを指示するものでもなく、本質的には、中央国家が契約承認機関に与える指示事項で、契約承認という所轄任務をいかに進めるかを伝えるものなのです。

このモデルを使うと、「一般的に」とか「原則として」という文言に何の不思議もなくなります。重要なのは、権利とか制定法解釈の問題ではなく、一種の統計的規則性が達成されるか否かという問題なのです。法律の起草者は、す

(8) Thomas B. Stephens, *Order and Discipline in China* (Seattle: University of Washington Press, 1992).

(9) スティーブンズはこのモデルを全面展開しなかった。いずれにしても、現代中国について書いていたわけではない。しかし、戒律モデルがいかに有意義に適用可能であるかは検討してみる価値があると私は思う。

べての契約が当該具体的条項を含む必要はないと認識しています。大多数の契約にその条項が入っていることが望ましい一方で、自らの手を縛るようなことはしたくないのです。だから、事実上、契約承認を担当する当局者は、比較的高い適合率を達成するよう指示されることになります。このルールに「従い」このルールを「適用する」のは契約承認機関であって、契約当事者でも裁判所でもないのです。ルールが適切に適用されたか否かというのは、承認機関とその上部機関との間の問題であって、その他の何者にも関係ありません。だから、「原則的に」とか「一般的に」といった用語は、見落としや不適切な文言の例として理解できるものではなく、制度上、完全に理解可能な必要的構成要素ですらあるのです。

B. 憲 法

ではここで、中国憲法について見られる一連の不可解な現象に目を向けてみましょう。きわめて明白なことに、中国の憲法は、中国政府がいかに作用しているかを説明することもなければ、現実的な意味で、政府の働きを指示してもしないのです。憲法は、中国法制度全体の中で、拘束力という意味では最も重要性の低いものかもしれません。最も重要で拘束力のある基準は、国务院や地方政府のような、公式にはより低いレベルで定立されているのです。⁽¹⁰⁾ 何かが行われようといわれまいと、それが憲法に定められているからというだけでは、ほとんどどうでもいいわけです。憲法の文言は基本的に付随現象にすぎず、せいぜい、体制内の別の部分での政治諸勢力の協力関係を反映しているだけであって、諸勢力に重要な意味で影響を与えるものではありません。しかし、このように法的重要性が欠如しているにもかかわらず、政府は憲法の改正を頻繁に行っており、人々が改正の文言について論議し、改正に支持や反対をするという意味では、憲法改正は重要なものと受け取られています。こうしたことはすべて、どう説明できるのでしょうか。

「法の支配」パラダイムを使う IRI アプローチによれば、次のような理屈になります。憲法とは、政府の作用ルールを定める文書（または成文法でなくともよく理解されている一連のルール）であり、中国では「中華人民共和国憲法」がその文書である。中国は立憲体制の発展途上にあり、いつかは裁判所が

(10) この一般的論点についてより詳細に論じたものとして、Donald C. Clarke, "State Council Notice Nullifies Statutory Rights of Creditors," *East Asian Executive Reports*, vol. 19, no. 4 (April 15, 1997), pp. 9-15.

権威をもって解釈する憲法規範にしたがって政府が作用する体制となるだろう。こうした裁判所は、(アメリカのような) 通常裁判所であってもいいし、一部ヨーロッパ諸国にあるような特別の憲法裁判所であってもいい。政府が憲法に定められたルールにしたがって作用しない場合は、憲法違反であり、統治体制に問題があることを示す徴候だ。したがって、中国政府が中国憲法規範に則って作用しないことが頻繁にあるという事実は、欠陥を示すものであり、深刻な政治的病理現象である。道徳的に間違っていることすら充分に考えられる。

しかし、中国政府が中国自身の憲法にしょっちゅう違反するという事実を嘆くことは、レトリックとしては満足感を与えるものであるかもしれないし、政治的には有益なのかもしれませんが、中国の政治体制において「中華人民共和国憲法」と呼ばれる文書が果たしている実際の役割の理解を現実に深めるものなのかどうか、私は疑問です。理解を深めるために、私は、とりあえず、中国政府が中国憲法を「憲法」(constitution) と翻訳していることを忘れてみてはどうかと提案します。私としては、この文書が何であるかについて最初に何の前提もなければ、意味のある形でこの文書を憲法であると結論づけることができないと思います。その理由の一つには、憲法と名付けられた文書が果たすべき機能が中国憲法にはないということがあります。したがって、私は、いわゆる「違反」を欠陥や逸脱ではない正常な現象として解釈することによってこの文書を理解することを提案します。

「法の支配」パラダイム、とりわけ英米法の伝統で理解される「法の支配」において憲法が何を意味するのかを検討することから始めましょう。「法の支配」パラダイムでは、憲法を一種の契約と見ることができます。競合する政治諸集団の間での国家の政府の運営方法に関する政治的協定、調整を表すものです。

憲法をこのように見れば、⁽¹¹⁾ 違反には重大な意味があります。協定違反であり、合意された物事の秩序を変更しようと企図していることになるのです。どのような場合に違反が起こったかを判断し、それにどう対処するかを決定するシステムの存在が必要となり、そのシステムがそれ自体、正統性を備えるものでなければなりません。

(11) 明白なことだが、この見方が唯一可能な見方ではない。しかし、この見方には有意義な比較憲法論を可能にするという利点がある。それは、これによって類似した機能を果たすルールと比較が可能となるからだ。さもなければ、その国の政府が英訳出版で“constitution”と呼ぶ文書であれば何でも比較の対象としなければならないことになる。

このような憲法理解を前提にすると、中国に憲法があると言えるのでしょうか。そうは言えないと思います。中国の現体制は、政治的協定の産物ではありません。一方的な軍事的勝利の産物です。したがって、私としては、中国の成文憲法はかの有名なイギリスの不文憲法ほどの憲法性をもっていないと主張したいのです。イギリス憲法は、一連の政治的な取引と了解の産物としての性格が強いものです。中国憲法は「法の支配」パラダイムが理解するような憲法とは全く性格が異なるということを認めるならば、「違反」は、不可解なものでも戸惑いのもととなるものでもなくなります。観察される「違反」現象は取るに足らないことにすぎないのです。

しかし、この答えは大多数の人々には満足できるものではないでしょう。ですから、「憲法」と称される中国の文書に定められているように見える規範の違反が、それを憲法に違いないと言い張ることをいったんやめさえすれば重要な現象ではなくなるというのはなぜか、詳しく見てみましょう。私は、「違反」を欠陥や逸脱を示す証拠と捉える見方に代えて、「違反」は正常であって重要性すらないものだという見方に適った「中国憲法」理解を提案します。私が提案する理解を評価する基準は、もちろん、それが他の理解より説得性がありそうか否かということに尽きます。

中国憲法についての私の議論の第一点として、中国憲法は重要であるということを描きおきます。ただ、法的重要性が低いだけなのです。中国憲法が定める「権利」は、アメリカ独立宣言で謳い上げられている幸福追求権に近いものです。したがって、中国憲法は、一種の国家宣言として見る(そしてそのように翻訳する)方がより適切なのかもしれません。今日までの中国の各憲法は、それぞれ、特定の指導者集団や政策志向の台頭を画しています。各憲法には、その当時の政府が採ろうとした政策方針が明確に示されています。だから、重要性がないとは決して言えません。しかし、拘束力のある法律ではなく、歴代中国政府が拘束力のある法律として扱ったことは一度もありません。逆に、憲法の改正は、すでに存在し、承認されている行為に正統性を与える最終的な証印としてきわめて明示的に企図されることが多いのです。たとえば、土地の賃貸借は、それを禁止する憲法条項が廃止される以前に、地方レベルで

(12) 早くも1986年の時点で、地元農民が農地をより生産性の高い外部の者に「賃貸」することが公式文書ではっきりと賞賛されていた。Xinhua General Overseas News Service, “Farmers Create New Form in Rural Reform,” November 6, 1986 (Item No. 1106037). 1987年には、深圳市で、期間50年の土

実験的に（中央政府の承諾を得て）実施されました。⁽¹²⁾

他を制覇した政治路線の国家宣言として中国憲法を見るならば、社会的な実践が憲法を出し抜くという問題に中国がなぜ常に陥るのか、説明がつかます（この問題は、土地の賃貸借の場合のように、典型的には憲法を無視することによって解決されます）。となると、そもそも、中国政府はなぜ「憲法」と称する文書を作り出したのかという疑問が起きます。それは、現代の世界において、憲法が政府の正統性を生むものだからです。およそまともな国家であれば、イギリスのようなきわめて古くから確立された国家でないかぎり、成文憲法を備えていなければなりません。

アメリカでは、立憲政治は宗教信仰に近いものになっており、政府の形態や政策決定は、適正な手続を遵守することによって正統性を付与されます。⁽¹³⁾しかし、中国では、正統性の根拠は政策がどんな手続で生まれたかではなく、正しい政策そのものにある、と政府が主張します。中国政府のスローガンは「共産党だけが中国を救える」であって、「憲法上の手続に従うことだけが中国を救える」ではないのです。中国共産党は、選挙で選ばれたとか、他の何らかの手続が満たされたから政権を握っているのだとは言いません。⁽¹⁴⁾中国を豊かで強力な国とする正しい政策を推進していることを根拠に権力を維持する権利を主張しているのです。

正しい政策が政府に正統性を付与するならば、そして、憲法が正統性の徴表であるとするれば、憲法は単に一連の手続を定めるものではなく、正しい政策を

地使用権が競売された。British Broadcasting Corporation, *Summary of World Broadcasts*, Part3: The Far East, July 11, 1987, pp. BII/I, に引用されている Xinhua News Agency, "Shenzhen to Reform Land Management System," July 7, 1987. もちろんそれまで何年もの間、中国と外国との合弁企業が実質的に借地と呼ぶほかない土地で営業していた。土地の賃貸借を認める憲法改正は、1988年4月になってようやく行われた。

(13) これを示すおもしろい例として、最近のクリントン大統領弾劾の是非をめぐる論争がある。弾劾の動機は前回の選挙結果を覆す企みにすぎないと大統領支持派は主張し、反対派はその主張を否定せざるを得ないと感じた。

(14) 厳密に言えば、中国共産党は、人民の選択を根拠に正統性の主張らしきものをするのが実際にはある。国民党との内戦において中国人民は共産党を選んだから共産党が政権を握ってしかるべきだという主張である。しかし、この主張はそれほど頻繁になされることはなく、共産党の正統性の主要な根拠として言及されることはなくなった。そもそも内戦は、半世紀前に終わったのだ。

織り込んだものでなければなりません。憲法「違反」の重要性（あるいは重要性の欠如）を理解するために、深圳での土地賃貸借の問題を再び見てみましょう。

この賃貸借は、まだ土地の賃貸借を禁じる政策が政府の正統性を示す政策とされていた時期に実施されました。深圳での土地取引は、厳密にその地域に限定された実験として許されたものでした。地域を超えた禁止令はここでは問題とされず、政治的に紛議を醸すことはありませんでした。土地の賃貸借が正統性を否定する結果を生まないという自信を政府がいったんもてば、それを公式に認めるよう憲法を改正することができることになります。しかし、土地賃貸借を禁止する憲法上のルールは、もともと拘束力ある法的ルールとして意図されたものではないため、深圳での土地賃貸借をたとえばアメリカでの憲法違反と結果および意義において類似した憲法「違反」として想定するならば、深圳と後には北京で現れた状況を理解することはできません。

憲法に定められた権利のすべてを実際には政府が充足していないという事実を分析するためにも、同じような論理を使うことができます。IRI アプローチによると、憲法に定められていながら実際には実現され得ない権利には価値がありません。そんな憲法条項はなくてもいいことになります。憲法に定める以上、政府がその権利を充足しないことは、失策であり欠陥となります。

しかし、中国憲法が実際に憲法であると言い張るのをやめたらどうなるでしょう。アメリカ独立宣言に似た一種の国家宣言と見ればどうでしょう。アメリカの裁判所が「幸福追求」の法的権利を認めないからと言って、独立宣言は意味のない文書だとか価値のない文書だということにはなりません。独立宣言は、広範な政策目標の宣言、あるいは守られることを誰も本当に期待することはない公約を伴う政治運動綱領として見ることも可能です。⁽¹⁵⁾

中国憲法を違ったレンズを通して見ることは、実際にはどのパラダイムを使

(15) 中国憲法のルールを中国政府に認めさせようとする中国国民は、（たとえばWTO条約のように）アメリカが当事国となっていながら自力執行的でない条約が定めるルールをアメリカの裁判所に認めさせようとするアメリカ国民になぞえられることができるかもしれない。こうした条約のルールは、連邦議会が具体的な国内法を制定しないかぎりアメリカ国内法で何らの効力ももたない。同様に、中国憲法における言論の自由は、制定法として立法されないかぎり、形式的にすら法的権利としての意味を全くもたない。中国の法律家の間では、裁判所が判決を下す場合には憲法条項に依拠することができないと一般的に理解されている。（このような見解に挑戦する最近の論文に、王振民「我国憲法可否進入訴訟」『法商研究』5号、1999年、28-36頁がある。）

っても単一のパラダイムでは不充分であることから、とりわけ興味深いのです。中国は固定化した存在ではなく、どのモデルを適用すべきかをめぐり、相当な争論があります。かくあるべしと主張するのではなく、あるがままを解説しようとする私としては、研究成果として、「憲法」と名付けられている文書は一般的な政策声明にすぎず、法的文書としてまともに受け取るべきではないと結論づけることもできます。

しかし、法律専門家の世界の内外にいる多くの中国人は、この文書の法的意義を否定するモデルには満足しません。彼らは、それに法的意義があることを望み、法的意義をもたせるよう努力しています。

正しいモデルをめぐるこの確執は、「良性違憲」という観念をめぐる最近の論争にも現れています。こうした説を採る人々は、憲法の規定と中国で起きている激変との間に絶え間なく避け得ない緊張があることを前提にすれば、一定の条件がある場合には、一定の憲法違反は黙認されるべきだと言います。その一定の条件とは、生産諸力の発展を促す、あるいは、国家と人民の基本的利益に合致するという条件です。⁽¹⁶⁾

言うまでもなく、この説には批判すべき点が多くあります。第一に、この説の提唱者は、このような要因があるかどうかを誰が判断するのか明確にしています。第二に、この説を論理的に突き詰めれば、憲法全体を2つの政策目標（生産諸力の発展の促進と国家および人民の基本的利益）を宣言する1文に還元してしまい、他の事項はすべて法律で処理すればよい、という結論にならざるを得ないでしょう。第三に、この説は、憲法が法的文書であるという観念を損ない、本質的には政治的・経済的基準を法的基準に置き換えるものです。生産諸力の発展を促進するものは何かとか、国家と人民の基本的利益に適うものは何か、といったことを判断するところに、特殊法的な専門知識が出る幕はありません。

しかし、中国国内での批判は、2つの理由で興味深いものです。まず、囑中は、良性違憲説が、憲法規定と社会発展との間の緊張という、本格的な課題に挑戦するものであることを認めます。このような場合には、社会的発展が阻止されるか、憲法規定が無視されるかわからない、と彼は言うのです。囑中はさらに、中国では常に後者が選択され、これは「異常現象」だと主張します。⁽¹⁷⁾

この主張について少し考えてみましょう。歴史的な現実を見ると、中国の歴

(16) たとえば、郝鉄川「論良性違憲」『法学研究』4号、1996年、90頁。

(17) 囑中「対“良性違憲”的反思」『法学評論』4号、1998年、26-33頁。

代政府は、中華人民共和国政府を含め、憲法のうち都合の悪い条項を常に無視してきました。このことが異常だなどというおかしな主張はどこから出てくるのでしょうか。欧米の学者がそんな主張をすれば、⁽¹⁸⁾ 最もたちの悪い自民族中心主義に陥っているとのそしりを免れないでしょう。しかしここでは、中国法制度の中で活動する人物が内部批判を行っているのです。囑をはじめとする人々は、中国法制度を単に解説するだけで満足している外部の傍観者ではありません。マルクスも言ったように、重要なのは変革することです。

しかし、興味深いことに、彼らは、中国法制度の基本的諸原則を変更することを望むとは言っていません。そうではなく、自分たちが支持する諸原則はすでに制度内に存在すると言うのです。彼らの主張は、中国憲法は憲法であって、憲法は本質的に一定の性格を備えているというものです。したがって、中国憲法とそれに付随する諸制度にこのような性格が見られなければならないと主張しているのです。

V まとめ：評価と解説との相違

中国法制度を評価することとそれを解説することには、多くの共通点があり、ある意味では不可分なのですが、有益な区別もできます。率直に言って、評価の方がたやすい仕事です。一定の価値を選び、中国法制度においてそれが実現されているかどうかを見ればいいのです。それ自体は正当な研究となり得るし、一定の目的のためには中国法制度について有益な情報をもたらすこともできます。したがって、評価というものは、ある程度は必ず解説でもあるのです。ただ、問題なのは、評価は解説としては不完全なもので、場合によっては誤解を生む解説となることもあり得るということです。もし中国法制度の評価だけが目的であって、特に欧米の「法の支配」理念の観点から評価するとなると、その理念には含まれているが中国法制度には欠けている要素、あるいは、理念は否定するのに中国法制度には存在する要素をずらりと並べ上げることに

(18) Janet E. Ainsworth, "Interpreting Sacred Texts: Preliminary Reflections on Constitutional Discourse in China," *Hastings Law Journal*, vol. 43, no. 2 (Jan. 1992), pp. 278-280. エインズワース教授は、憲法が何であるかということについての他の学者たちの自国民中心主義的認識を批判するのであるが、その一方で、「特定の類型の明文文書、それに続く法的言説の基礎であり起源でもある政治的文書」(p. 281) というエインズワース教授自身の憲法概念も同じ批判を免れないのではないだろうか。

よって違いを指摘することで終わってしまいます。制度の将来について何か言えるとすれば、欧米の「法の支配」理念により近づく方向で発展してもらいたい、という希望の表明に尽きてしまいます。このような分析では、原則的に、よほど運がよくないかぎり、中国法制度の内部的な諸関係や論理を把握することができないはずで、そもそも内部関係や論理に無関心だからです。

観察される事象を意味づけるように中国法制度をただ解説することの方が、評価するよりもずっとむずかしいことです。なぜならそこには、利用できる既存のパラダイム、自律的な価値体系がないからです。いくつかのパラダイムを想定し、どれがいちばんうまく合うかすべて試してみなければなりません。たとえば、個の自立という価値をどこまで極大化しているかという観点から中国法制度を理解するのではなく、どんな価値を制度が極大化するのかを見つけ出すことによって中国法制度を理解しようと努めることになります。そうすれば、その価値志向について評価を下すことができるのですが、まずは価値志向そのものを見出さなければなりません。

法制度を解説するには、天体を解説するようなわけにはいかず、そのことが解説を二重に難しくしています。天動説を採る天文学者たちの観察はかなり正確でした。問題は、その観察内容の解釈にあったのです。コペルニクスはその観察を解釈し直し、太陽系の中心に太陽があるという新しい解釈を打ち出し、この新解釈がもとの解釈より説得力をもつようになったのです。しかし、観察内容を変更するものではありませんでした。

しかし、法制度の場合にはこうはいきません。私たちが解釈しようとしているのは、人間の行動だからです。人間は独自の目的と目標を持っています。人間は自分で自分の行動を変えることができます。先ほどの憲法の議論の中で指摘したように、多くの中国人研究者は、中国憲法理解のために私が提案するパラダイムには規範的立場から不満を持っています。現状がこうなっていると見ることに賛成するか反対するかはともかく、このままであってはならないと考えているのは確かです。

彼らは別のパラダイムを適用したいと望んでおり、そのパラダイムは「法の支配」パラダイムなのです。中国の研究者たちは体制内の当局者に、憲法違反は是正すべき欠陥であり逸脱であると見てもらいたいのです。外国の学者らとは違い、中国の学者たちは、解説と評価の混同が普通に行われる、観察結果の解釈をめぐる論争に参加しているだけでなく、観察される事象の作り手でもあるのです。

その結果、解説という目的のために最も説得力のあるパラダイムであっても、道徳的理由にせよ実践的理由にせよ、もしそれに中国法制度の内部で活動する人々が不満ならば、不安定であり、不完全なパラダイムだということになります。彼らは、内部からそのパラダイムを打破する道を探っているのです。だから、私たちがパラダイムに合わない事象を観察しても、それは欠陥ではないかもしれません。代替的なパラダイムが支配的パラダイムと併存していることを示す徴候なのかもしれないのです。したがって、最も正確なパラダイムに、それと矛盾する欠陥として説明される観察結果をプラスするだけでは、中国法の真の全体像を描くことにはなりません。私たちは、複数のパラダイムを見出す用意をし、それらの間を常に素早く動き回る必要性に鋭敏になっていなければならないのです。

（本稿は、1999年6月23日に早稲田大学比較法研究所で行った講演に加筆したものである。）

（訳者注） 本稿の翻訳にあたり、早稲田大学法学部小口彦太教授より、中国の法律用語についてご教示いただいた。