

# 宋在友「法治：政治国家から市民社会へ — 西洋法治の政治経済学研究」

訳者 石川英昭

## 訳者前書き

本稿は、宋在友、「法治：從政治国家到市民社会—對西方法治的政治經濟学解説」（白晷 主編、『法治与和諧社会論文集』（中国政法大学出版社、2007、24-46頁）を訳出したものである。

訳者は、中国における法觀念の研究を続けてきたが、その一環として、近年は現代中国の法治觀念の特色解明に取り組んできた。その中で、中国における市民社会論にも関連した論考である本論文に出会い翻訳を試みたが、その意図は、以下の通りである。

日本における市民社会論については、既に広渡清吾先生による要を得た報告（2010）が存在するので、ここでは繰り返さない。私は、広渡先生も取り上げている（広渡129頁以下）広中俊雄先生の著書『民法綱要 第一卷 総論 上』（創文社、1989）、同『新版民法綱要』（2006）において、広中先生の「市民社会」概念の定義（同書 1（1））を知り、その後授業等で大いに利用していたが、私自身のより大きな関心は、そこで指摘されていた、「公法」概念及び「公法」「私法」の区別（新版では「公法私法二元論」）の問題視（初版33頁以下、新版34頁以下）、というところにあった。広中先生は、同書の中で公法私法二元論批判論を、広渡先生に拠れば市民社会一元論を、展開された。さらに、その歴史学的展開として、「民法研究」（信山社）に掲載された水林彪先生の諸論考（「近代民法の本源的 성격」5号2008、「近代民法の原初的構想」7号2011）が、私には大変興味があった。何故なら両先生の二元論批判（水林先生によればフランス型市民社会論）は、法治觀念にも大きな影響を与え得ると考えたからである。尚、広中先生の「二元論」（伝統的民法総論）克服の主張（要請）に対するその後の日本での試みについては、『新版』36頁注（5）も参照されたい。

中国における市民社会論については、韓氏の論文（2009）が大変参考になる。

こちらは鄧正来氏の著書『中国法学向何处去』（商務印書館、2006.1）を翻訳している際<sup>(注)</sup>に知ったものである。尚、韓氏の論文で取り上げられている鄧正来・景躍進「建構中国的市民社会」中国社会科学季刊創刊号（1992）は、鄧正来主編『国家与市民社会：中国視角』（格致出版社：上海人民出版社、2011）に収められている。又、韓氏の論文ではフランス型の市民社会論には触れられていないが、中国における立法場面（物権法）での実際の議論の中ではフランス型からの影響が存在していることは、但見氏の論文（2007）から知ることが出来る。

市民社会論は、現在、伝統的な国家・社会（個人基底）二元論から市民社会一元論、国家・共同体社会・市民社会（個人基底、市場）三元論まで広がりを見せているし、又「市民社会」の理解もそれを政治社会と見るか経済社会と見るかで、理解の系譜が異なってくる。中国の市民社会論は、その理論継受が、日本におけるそれとは異なり、現代中国の圧縮された歴史的時間の中にあり、又社会主義という社会体制であることから、それらの複雑な、或いは入り混じった展開を前提にして読み解く必要がある。

本稿の宋氏の市民社会論は、市民社会の中にも権力の存在を見て、その制約を主張するものである。それは、広中先生の「競争秩序」と重なるものであるが、より広い視野が設定されており、従って却って曖昧な部分も多くなるが、日本における市民社会論にも一定程度の示唆を与えてくれるものと考え、紹介する次第である。

(注)

- 鄧正来「中国法学はどこへ向かうのか（上）」  
鹿大「地域政策科学研究」第5号（2008.2）
- 鄧正来「中国法学はどこへ向かうのか（二）」  
鹿大「地域政策科学研究」第6号（2009.2）
- 鄧正来「中国法学はどこへ向かうのか 1（三）」  
鹿大「法学論集」43巻1号（2008.11）
- 鄧正来「中国法学はどこへ向かうのか 2（四）」  
鹿大「法学論集」43巻2号（2009.3）
- 鄧正来「中国法学はどこへ向かうのか 自序」  
鹿大「法学論集」45巻2号（2011.3）

**【参考文献】**

広渡清吾「市民社会論の法律学的射程」早稲田大学グローバルCOE《企業法制と法創造》総合研究所「企業と法創造」6巻3号125頁以下（2010）。

韓立新「中国の市民社会論批判ー私的所有権の確立と社会格差の問題」一橋社会科学6号73頁以下（2009. 3）。

但見亮「物権法草案違憲論争の諸相」中国研究月報61巻11号3頁以下（2007. 11）。

# 宋在友「法治：政治国家から市民社会へ — 西洋法治の政治経済学研究」

白晟 主編、『法治与和諧社会論文集』（中国政法大学出版社、2007）24-46頁

訳者 石川英昭

## 前言

1. 法治は普遍的な意義を具えた問題で、西洋では近代から現代までの法治及びその発展と政治経済学原理とが「共謀（協働）関係」にある。法治とは国家権力の境界の制限、及び既定の国家権力（訳注①）の制限であり、政治経済学からは市場経済の原理に関して基礎的な分析と解明とを進めることができる。権力は国家の領域に存在するだけでなく、市民社会の領域にも存在し、権力は国家権力の形態と社会権力の形態として現れる。従って、法治は、古典的な一元的法治観すなわち法治国家から二元的法治観すなわち法治国家と法治社会へと発展しなければならない。

訳注①ここで、「規定の国家権力」とは、例えば、全国人民代表大会や政府や党を念頭におくことができる。これらの権力機関を、特に全国人民代表大会や党をどのように位置づけるかで、本論文の後半「法治社会」の意義も変化するように思われる。この点については、訳者前書き但見論文（2007、特に12頁）を参照せよ。

2. 権力と権利及び自由との関係をどのように処理するのが、法治の大筋であり基本的標識である。政治国家の領域では、法治の核心は、如何に国家権力を制限し、国民の権利及び自由を保障するかということである。誰であれ、多分口に出しにくいのは、権力が法律より大きいことを法治だと認め、国家権力に制限がないことを法治だと認めることである。（訳注②）「国家権力と国民の権利」を中心にして法治を論じるのは、古典的法治観であり、これは今までのところ主導的法治観であり、法治の重要な構成部分である。同時に、本稿でも主張するつもりだが、法治を政治国家の領域に限定するだけではやはり不十分である。論理上でも、実践的必要上でも、法治観を政治国家から市民社会へと拡大し、法治国家から法治社会へと拡大しなければならない。

訳注②これを認める理論は、78年改革開放後の社会の不安定化に対し政治権威を重要視した「新権威主義」が考えられる。訳者前書き鄭・景論文（『国家与市民社会』（2011）所収）4頁。

3. マルクスは「私の研究を通じて、次のような結果を得た：法的関係は、正に国家の形式と同じように、それ自体からは理解できないし、又人間精神の一般的な発展からも理解できず、逆に、その根源は物質的生活関係にあり、その物質的生活関係の総和であるし、ヘーゲルは18世紀のイギリス人とフランス人の先例に照らして、これを「市民社会」と呼んでいるが、市民社会の分析については、政治経済学の中で探求しなければならない。」<sup>1</sup>と言った。

## 法治国家

1. 法治が国家権力に対する制限であるとは、先ずは、国家権力の範囲に対する制限であること、すなわち、国家権力の限度を確定することである。法治が国家権力を制限する根拠は、市場経済原理である。政治の根拠は経済にあり、政治国家の根拠は市民社会にあり、法治が国家権力を制限するという原理の根拠は、政治経済学にある。政治経済学原理は法治原理を含み、或いは、両者は「協働関係」にある。西洋の近代法治は、国家権力の限界を厳密に定め、最低限度の国家を作った。国家権力を制限するという市場経済の思想は、古典的政治経済学の原理とその実践に含まれていた。アダム・スミスとデビッド・リカードに代表される古典経済学は、自由放任を、つまり市場の「見えざる手」が社会経済資源を有効に配置することが出来、個人が自分の利益の最大化を求める行為が、客観的には、社会利益を招来し得ると、主張した。スミスは、一人一人が自分の資本を有効に使用しようと努めるなら、その最大価値を生じさせ得ると考える。一般的に言えば、各個人は、通常は、公共利益を促進するつもりはなく、自分がどの程度そのような利益を促すことになるのかを知らない。彼が生産方法を管理する目的はその生産物の価値を最大にすることであることから、彼の考えているのは自分の利益にすぎないのである。この場合、その他の多くの場合のように、彼は見えざる手に導かれて、意図して達成しようとしたのではなかった目標を達成することに全力を尽くす。彼は自分の利益を求める

---

1 『マルクス・エンゲルス選集』 第2巻、人民出版社、1972年版、82頁。

が、これが往々にして本当に意図した状況下より有効に社会利益を促すことになる。<sup>2</sup> 市場が有効に経済を調節できる以上、当然、国家の調節は必要ではなく、市場の役割と国家の役割とは反比例する。国家の「見えざる手」の役割は、市場経済の自由競争のためにルールを制定し、ルールを執行し、ルールに違反する行為を制裁し、社会経済活動に秩序と安全を提供して、生産と交換の一般的な条件を守ることである。従って、近代において、国家は、最低限度の国家であり、“夜警”を演じる。国家は、バスケットボールの審判と同じく、試合場では、ボールを追ったり、運んだり、投げたりできない。人々のその当時の信念は、最小限の管理をする政府がベストの政府であり、国家が経済に干渉することに反対した。リカードは、「政府の干渉がない時、農業、商業および製造業が最も繁栄する。」<sup>3</sup> と言う。この原理によって、近代の法治は、国家の権力を厳格に制限し、最低限度で保持させた。しかし、市場経済の発展と共に生まれた経済危機の周期は、市場万能の理念と信念を揺るがせた。実践は、市場が常に効率的結果を生み出すというわけではなく、市場の失敗が生じることもあることを、示している。市場の失敗という状況の一つは、独占及び他の形の不完全競争であり、その状況の二つ目は、市場の外部性である—プラスの外部性とは、例えば、科学的発見であり、マイナスの外部性とは、例えば、環境汚染である。失敗状況の三つ目は、市場では公共商品の提供が不足することになることであり、同時に受け入れる術のない不平等を市場も招来することである。<sup>4</sup> 現代に出現したケインズの国家干渉主義説は、国家の干渉を、つまり国家が或る程度は市民社会の経済生活に介入して、市場の不備を埋めることを、主張した。従って現代では、法治は、国家権力への制限が近代よりは緩やかになって、国家権力の境界が或る程度で広がっている。しかし、総じて言えば、市場経済の基礎は変わらないので、法治が国家権力の限界を限定するという原則は変わらないし、それは現代に行政権膨張説があるにしてもそうである。従って、国家と市場との関係の相対的な増減とともに、法治が定める国家権力の限界の境

---

2 アダム・スミス『国民財富の性質和原因的な研究』（下巻）、郭大力・王亜南訳、商務印書館、1974年版、27頁。

3 以下より転載。陳孟熙主編『経済学説史教程』、中国人民大学出版社、1992年版、192頁。

4 P. サミュエルソン、W. ノードハウス『経済学』、蕭琛等訳、華夏出版社、1999年版、23頁。

界線も、近代から現代へと、相対的に増減することを、見て取ることができる。

国家権力による干渉と社会市場における自由の限界とを、法治はどのように定めるのか。経済学理論によれば、市場経済の主体は「経済人」であり、即ち自己利益の最大化を追求する人であり、また「理性人」、つまり自己利益の最大化をどのように追求するのかその有効な方法を知っている人である。古典経済学の「見えざる手」という原理とは、理性という言葉を使って述べるなら、自由競争を通じて、自己利益の最大化を追求する個人の理性的行為は、社会経済的効率という集団的理性の結果を招来することが出来る、ということである。しかし、個人的理性が必ずしも集団的理性を招来しない場合は、国家による干渉が、実は、個人的理性が必ずしも招来しない集団的理性を今は前提として、個人的理性を指導し、「見える手」で「見えざる手」を補い、個人の理性的行為を導くことで、個人的理性が生み出す可能性のある集団的理性に反する結果を防止しようとする。公共選択論学派の理論家オルソンは、経済学には二つの基本法則があると主張する。所謂「第一法則」とは、或る状況の下では、個人が自己利益のみを考えると、集団的理性が自動的に生まれるということであり、これは「見えざる手」である。所謂「第二法則」とは、或る特定の状況下で「第一法則」が失敗して、個人が如何に明確に自己利益を求めたとしても、社会的理性的な結果が生じない、この時この場合に、見える導き手或いは適切な制度などの手だてを借りて、初めて有効な集団的理性の結果を求めることが出来る、ということである。<sup>5</sup>しかし、見える導き手としての集団的理性は、個人的理性と同じように有限性があり、従って集団的理性の有限性が、国家権力の有限性を決める。市場の失敗が国家の干渉を招来するとはいえ、公共選択論学派は、市場の失敗は国家による干渉の十分な理由ではない、何故なら政府の失敗も存在しているからである、と唱えている。市場は万能ではない、同じく、国家も万能ではない。両者には共に各々の限界があるはずだ。そこで、法治が国家権力および社会市場自由についてその限界を画定するには、比較的に効率的な基準に従わなければならない、これは、両者の害を量り軽い方を選び、逆に

---

5 張宇燕『奥爾森（オルソン）和他の集体行動理論』、所収、劉軍寧等編『公共論叢：市場邏輯与国家觀念』、北京三聯書店、1995年版、169頁。

両者の利を量り重い方を選ぶという問題である。国家の干渉権の程度を一単位増やす毎に、限界利益と限界費用の比率を比較し、社会的自由度を一単位増やす毎に、限界利益と限界費用の比率を比較する。限界効率の比較を通じて、国家干渉権力及び社会的自由競争の限界を確定する。近代から現代までの法治の発展を見渡すなら、国家権力の限界を確定するという問題では、どんな価値と言葉を利用するとしても、第一の基準は効率であり、というのも、社会経済は市場調整であるし、又は国家による干渉であれば、一層有効だからである。当然、効率という第一基準で量って、法治は国家権力の限界を決めるのだが、それは融通性の無い固定的なものではなく、ある程度の柔軟性がある。というのも、国家権力が平等基準の制約を受けるためであり、つまり、国家は市場経済の下で市民社会の大きな格差を是正し、社会の相対的な安定を維持し、間接的に効率を維持しようとするからである。このため、法治が効率基準に基づいて確定した国家権力の限界は、一程幅内での変動を招来することになる。

2. 法治が国家権力に対する制限であるとは、次には、既定の国家権力の制度的制限であることである。国家権力の分業と制約なしには、法治はない。権力に対して制限を行う要因は、権力の腐敗傾向にあり、つまり公権力を利用して私利を謀ることにある。権力は、制約を受けないと腐敗が生まれるし、権力が決して制約を受けないなら、必ず腐敗が生まれるということは、既に現代の共通認識である。経済学で説明すれば、権力制約の原理は、政治国家の基礎である市民社会にあり、市場経済の「経済人」原理が政治国家領域に適用された必然の結果である。古典的自然法学派の法学者モンテスキューは、完全な三権分立と制約という理論を提出し、その後西洋法治の基本的制度となった。しかし権力の濫用と腐敗の傾向については、必ず正面から基本的な理論的説明を行わなければならない、人間性の善悪に単純に訴えるのではなく、古典的自然法学と同時代の古典的政治経済学の「経済人」原理から分析すべきである。その理由は、政治国家とは市民社会の基礎の上に築かれ、市民社会により決定されるものだからである。法学上で見られる、権力腐敗している権力人が公権力を利用して私利を謀るという傾向は、経済学上では、市民社会の「経済人」の行為が政治国家領域で具体化されたものである。古典的政治経済学に基づけば、市場経済での「経済人」とは、定まった制約条件下で自己利益の最大化を追求する

人であり、最低コストで最大利益を獲得することに努める。製造業者は自分の利潤の最大化を求め、消費者は自分の効用の最大化を求め、コストと収益の経済学的効率原則に従う。現代において、ポール・サミュエルソンは、「一定の制約条件下での最大化」という概念を、国家領域に転用している。国家は社会の代表として、社会的公共利益を最大化し、「最大化」原理を国家にまで拡張する。<sup>6</sup> 確かに、国家は公権力として、社会的公共利益を最大化しなければならない。近代では消極国家は必要「悪」として斯くあるべきと見られ、現代では積極国家が必要「善」として一層斯くあるべきと見られている。しかし、問題なのは、国家の公権力が人によって行使されることであり、彼らは「権力人」、「公務員」及び「代理人（業務員）」と称される。現代では、公共選択論学派の代表人物ブキャナンが、古典的経済学の「経済人」概念を国家領域に転用して、権力人あるいは公務員も経済人であり、自己利益の最大化を追求する資質も具えている、とする。経済学の目線を経済から政治に移し、経済学の考え方で権力人を取扱うと、このような結論が簡単に出て来る。経済人の資質を持った権力人に、如何にして公権力を、自己利益の最大化を追求する為ではなく、社会的公共利益の最大化を追求する為に行使させるかということは、法治が解決すべき中心問題の一つである。ブキャナンは、次のように言った。「政治経済学では、ただ「私人」を例外なく単に最大限に財産を求める人と見なした時だけ、市場の法的枠組ー「法律と憲法」が設計され得る、とする。同じ原理が私たちに教えるのは、同じ理由で必ず同じように「公僕」を扱うということである。国家の行政ポストを代表する人に対して、もし彼らに与えられた権力とその権力の範囲内での彼らの行為を制限する法律ー憲法条項を適切に設計したいなら、我々は必ずや彼らを自分の権力で最大限に純財産を求める人と見なす必要がある。」と。<sup>7</sup> ブキャナンは、経済人を「統治者のモデル」と見なし、市場経済における経済人原理を政治国家の権力人へと拡大し、政治国家の領域で公共選択に従事する人と市民社会で自己選択に従事する人とは、すべて経済人であり、すべて自己利益の最大化を求めるが、これは経済の政治への影響（効

6 樊綱『経済文論』、北京三聯書店、1995年版、6頁。

7 ブキャナン『自由、市場和国家』、呉良健等訳、北京経済学院出版社、1988年版、38頁以下。

果)又は社会の国家への影響(効果)の、人における反映である、とする。「自己利益を求めることは、市民社会では盛んに為されてきており、理性に導かれた「哲人王」が国家を統治する、というような観点は、明らかに矛盾であり、従って放棄すべきである。」<sup>8</sup>人は異なった階級に分けられ、異なる品格を具えており、階級の高い人が統治者になり、階級の低い人は被統治者になるべきで、それで各自がそれぞれの位に安んずることになる、というのは、伝統的な人治理論であり、例えば、プラトンの「哲人王」理論、中国の伝統的な儒家の「聖人」理論である。法治理論はこれとは違い、人々を平等に扱い、人は皆それぞれ同じ価値と理性を具え、階級区分に反対する。「人間は、役割(任務)が変わるから、聖人になれるはずはない。或いは、少なくとも我々の学術界の同僚が望んだのとは違って、簡単に聖人になれるはずはない。」<sup>9</sup>確かに、国家公権力は公共利益の最大化を求めるべきであるが、権力人も経済人であるため、どうしても公権力を利用して自己利益の最大化を追求する傾向がある。自己利益を最大化するという経済人法則に従う権力人が公権力を行使するとき、どうすれば彼をして自己の特殊利益の最大化ではなく、公共利益の最大化を行わせることになるだろうか。唯一の方法は、法治である。有効な権力制限の制度をつくり、権力の均衡を行い、権力で権力を制約し、国家権力と権力人に対する制度的制限を行い、法律による権力の行使及び公共機能の実行及び公共利益の最大化を確保する。法治が国家権力に対して制度的制限を行うのは、公権力により公共利益を最大化す「べき」ことを「事実」に向かわせる措置であり、経済人の資質を持つ権力人に、自己利益の最大化ではなく公共利益の最大化を行わせる為の制度的措置である。市民社会の「経済人」が、政治国家の権力人になる為にその資質を変えるのではなく、正にこれを前提としたとき、国家権力に対して制度的制限を行う必要が生まれる。もし権力人が権力の行使を通じて、政治を腐敗させ権力を使って私利を謀り、自己利益の最大化を追求するなら、法治による有効な糾弾を受け、法的責任を負い、法的制裁を引き受けなければなら

---

8 G.M.ホジソン『現代制度主義経済学宣言』、向以斌等訳、北京大学出版社、1993年版、270頁。(『現代制度派経済学宣言』)

9 ブキャナン『自由、市場と国家』、呉良健等訳、北京経済学院出版社、1988年版、243頁以下。

い。勿論、法治は制裁メカニズムを設けるが、褒賞メカニズムも有しており、例えば権力人が公共利益を最大化したときには、社会は職務待遇などの合法的褒賞を与える。つまり、権力人は、法律に従って権力を行使し、公共利益を最大化したときだけ、自己の利益を最大化できることになる。

3. もし、法治が国家権力の範囲の限界を定めるということが、道具的理性、即ち、国家権力の効果の大きさ次第であるという話なら、その時既定の国家権力を制度的に制限することに価値理性的意義があるとは、即ち権力の腐敗を防止し、権力の合法的行使を達成することであり、そして又、道具的理性の意義もあるが、それは即ち、職権を有効に行使して、公共利益を最大化することであり、つまり、権力を制限するのは、正に（価値的理性を使って）合法的に、（道具的理性を使って）有効に、授与された権力を行使させる為である。

## 法治社会——契約を中心に

1. 法治社会とは、何であるのか？ 先ず指摘しなければならないのは、法治社会とは何ではないのか、である。或る事物の本質規定としての「・・・である」は、特定の、有限的なものであり、その否定である「・・・ではない」は、無限であり、当の事物以外の全てである。それでは何故、その「・・・ではない」を列挙することが、又それを言うことが、必要であり、又可能なのか？ ここでは、只、「・・・である」に隣接する「・・・ではない」が言えるだけであり、又必要なだけだからである。「・・・である」に隣接する「・・・ではない」は、似て異なるもので、事物の「・・・である」についての人々の理解を容易く誤ませる、従って、「・・・である」に隣接する外周を整理し、当の事物の「・・・ではない」を指摘して、その事物の「・・・である」を上手く理解させる必要がある。法治社会も又そのような概念で、法治社会が何であるのかを理解したいなら、先ず、法治社会が何ではないのかということを示さなければならない。法治社会とは、単純な法律社会ではない。法律社会は、法律で全面的にコントロールされた社会であり、全ての社会関係と人間行為に対し厳密なコントロールが為される。先ず、法律社会の法律は、純粋な経験事実的法（実定法）であるし、悪法であれ良法であれ、全てが法律に基づいてさえいれば、法律社会である。次に、法律社会の社会も、純粋な経験事実的社会であり、社会現象や社会関係が合理的

であろうとなかろうと、「法服」を纏ってさえおり、法律が認めてさえいるなら、それは法律社会である。法治社会は何ではないのかという否定的な解説から、法治社会が何であるのかという肯定的な概念規定に転じると、法治社会と法律社会とは異なっており、法治社会の法は純粋な経験事法的法（実定法）ではなく、それはそれ自身の価値理念を有している。法治社会である以上は、法治国家と共通の法治精神があり、権力及びその濫用を制限する。只しかし、法治国家は国家権力の制限を行い、法治社会は市民社会の中に存在している権力を制限する。従って、法治社会の概念及びその原理が成立できるかどうか、その鍵となる問題は、市民社会が完全に自由な領域であるのかどうか、権力が存在するかどうか、である。もし市民社会が完全に自由な領域であるなら、法治社会という概念は成立しえない。と言うのも、その社会は自己成立の前提－権力の存在－を、欠いているからである。もし市民社会が決して完全に自由な領域ではないなら、その中にも権力が存在しており、その時は法治社会が成立しうる。その理由は、その社会は自己成立の前提を有しているからである。

2. 市民社会は、いったい、完全に自由な領域なのか、それとも、同じく権力が存在している領域であるのか。市民社会は、政治国家と相対する社会領域であるし、政治国家と相対する理論的概念である。近代の西洋では、市民社会と政治国家の二元化過程が市場経済の発展過程と同じ歩みをし、市場経済の発展が市民社会と政治国家の二元化を招いた。市民社会と政治国家とは構造的対関係を示すが、西洋近代の主導的思想に基づけば、政治国家は権力の領域であり、市民社会は自由の領域となる。前述の通り、古典的自由放任（主義）の政治経済学は、次のように考える。即ち、国家とは権力領域であるが、最低の限度で保持し、市民社会に最大の自由空間を与える為に、市場に経済を自動調整させ、自由に競争させるべきである。市場経済は、市民社会の経済的側面であるし、市民社会の本質を規定するもので、従って市民社会とは市場経済の社会であり、市場経済がないなら、市民社会もない。現代では、市民社会のこのような概念的內包は或る程度拡大し豊富になっており、思想界では、市民社会の市場経済的側面、その社団組織の社会自治的側面、それが形成している公共領域、及び

そこから生まれた公共輿論の側面を指している。<sup>10</sup>しかし、市場経済は、それでもやはり市民社会の主導的側面である。先の「法治国家」の部分で既に示したが、西洋近代の古典的政治経済学の理論とそれに実践的に対応した法治国家制度は、国家権力の範囲を厳格に制限するが、それは市民社会の自由の空間を保護する為である。法治国家制度を規定するのは憲法であり、これについて、カール・レーヴェンシュタイン教授は次のように記している。「基本法は、個人の自律の領域（即ち、個人の諸権利と基本的自由）について明示的な確認を作り出さざるを得ないし、同時に、或る特定の権力を保持している者或いは全体的権力を保持している者が行う可能性のある侵犯に対し、あるいは、このような（侵犯を受ける）領域について保護的規定を作らざるを得ない。この原則は、立憲主義の展開過程の初期において既に認識されていたが、それは立憲主義がその内に持っているあの特別な自由主義的目的を表現する為であった。権力の分割及び制限という原則と対応するのは、一般的な政治権力が侵犯することのできないこのような領域であり、これこそ実質的な憲法の核心である。」<sup>11</sup>レーヴェンシュタインが言った「このような領域」とは、市民社会の自由な領域である。市民社会の経済関係を調整する民法は、又市民法とも呼ばれるが、「市民は市場経済社会の成員である」<sup>12</sup>し、民法は、権利の法であり、意思自治の法であり、近代民法の三原則、即ち所有権の自由、契約の自由、及び過失責任の原則は、市民社会の自由の理念を映し出している。

3. 市民社会は市場経済の社会であり、市場経済は自由と交換の経済である。「契約の総和が市場である」。<sup>13</sup>というのも、市場とは交換のメカニズムであり、「組織化され、制度化された交換」<sup>14</sup>であって、交換は契約を通じて為されるからである。この意味から言えば、市民社会とは契約社会であり、正にメインが西洋の中世から近代市民社会への進歩を「身分から契約への動き」<sup>15</sup>と総括した通りである。契約は、市民の社会関係の紐帯であり、契約の理念によれば、契

10 陳嘉明等『現代性と后現代性』、人民出版社、2001年版、110頁。

11 林来梵『從憲法規範到規範憲法』、法律出版社、2001年版、314頁からの転用。

12 張俊浩主編『民法学原理』、中国政法大学出版社、2000年版、18頁。

13 同上、32頁。

14 G.M.ホジソン『現代制度主義経済学宣言』、向以斌等訳、北京大学出版社、1993年版、208頁。

15 メイン『古代法』、沈景一訳、商務印書館、1959年版、97頁。

約とは、平等な当事者が自由な意思に基づき達成した合意であり、お互いの権利と義務を規定し、人と人との具体的な関係を作り上げることである。契約が市民社会で重要な位置にあることに鑑み、本論文は、市民社会の法治或いは法治社会が契約を中心とすることについて明らかにする。契約の自由は、市民法的意思自治の核心であり、契約の自由とは、契約当事者が、自己の意思に基づいて、契約を締結するかどうか、及びだれと契約するか、並びに契約内容を決定する自由を意味する。これを近代の人文主義思想及び法学の世界観から見れば、人間の理性は、理性法則に従って自由に社会契約を締結し、一般的な権利と義務を創り出し得るし、そのような人間の理性は、又それ自身の法則により自由に個人契約を締結し、当事者間の権利と義務を創り出すことも出来る。さらに、当事者間で自由に締結された契約は、当事者間での自立法として、法的効力を有する。『フランス民法典』の第1134条は、「適法に形成された契約は、契約当事者双方にとって法律に代わる効力を有する」と、明確に定めている。これを経済学理論から見れば、契約の自由と経済的自由とは、互いに対応し、前者は後者を基礎としており、契約の自由は経済的自由の法的表現である。

古典的契約理論によれば、契約の自由は契約の公正に等しい。というのも、理性を有した人なら誰でも、自己利益を損なう契約を締結しないはずだからである。人に強制された義務は、不公正かもしれないが、しかし、自分から義務を受け入れた場合は、不公正は存在するはずがないと見なされる。契約とは公正であり、契約と公正との二つの概念が一致することは、(契約理論の)古典作者から見れば、方程式のように厳密なことである。<sup>16</sup> 理性人が自ら関心を持ち、両当事者が自ら望んで締結した契約は、必ず両者にとっての関心を、即ち、相互の関心を表明しているが、これを経済学用語で言えば、経済人は自己利益の最大化を追求するが、彼は理性人であり、自己利益の最大化を追求する方法を知っている、即ち各人が自己利益の最良の判断者なのであり、従って、両者が自ら望んで締結した契約は、必ずや両者の利益の最大化された調和を、つまり互いの利益を表明しているはずである。ここから、契約とは、公正を意味す

---

16 尹田『契約自由与社会公正的冲突与平衡』、梁慧星主編『民商法論叢』2巻、法律出版社、1994年版、258頁。

るし、又効率も意味しており、契約を通じて、双方の利益は共に必ずや最大の満足を達成することになる。

4. 古典的契約自由理論は、市民社会における契約の現実と完全に一致するのか。梁慧星教授は、次のように指摘した。近代民法の制度と理論は、当時の社会生活に対する、民事主体の平等性及び互換性という、二つの根本判断の上に造り出された。・・・市民社会の経済生活の発展と変化に伴って、現代では、近代民法の二つの根本判断、即ち平等性と互換性は既に無くなっており、深刻な両極分化と対立が生じている。その一つは企業主と労働者の対立であり、もう一つは生産者と消費者の対立である。<sup>17</sup> 近代でも、契約自由の理論は、市民社会における契約の現実との間で一定の乖離があったが、しかし契約理論によって注目されることはなかった。現代になると、この乖離は更に拡大し、理論的に注目されるようになった。このような乖離が出現した原因は、市民社会、特に現代の市民社会領域において、日々に成長し、強大になった権力にある。古典的契約自由は、完全な競争社会という理想的な環境の中で造り出された。「完全な競争という理想的な環境とは、基本的に、権力、又は或る個人が他者より高い地位にあるような条件が存在しない環境である。・・・その環境の中では、或る人間が他の人間を支配する権力は存在しない。このような環境では、「経済的権力」は、完全にその意味が無いし内容が無くなる。しかし、我々がこの想像した理想的な環境から離れるなら、人間関係の中には、現実的な又は潜在的な貸借が現れ、権力と潜在的な強制的要素も出て来る。」<sup>18</sup> 「現代の独占組織などの要因の出現は、平等な個人の間での自由な競争という観念を否定した。・・・巨大企業は、雇用した社員、持っている財産、販売している商品によって、権力を掌握した。・・・国家権力が抑制された時、形成された空白領域は、他の力が自由に入れる領域である。しかるに、その結果、権力の消滅や制限はなく、或る権力が別の権力に取って代わることになる。つまり、経済的権力が政治権力に取って代わる。」<sup>19</sup> 現代の市民社会の経済生活には大きな変化

---

17 梁慧星『從近代民法到現代民法』、梁慧星主編『民商法論叢』7巻、法律出版社、1997年版、234頁。

18 ブキャナン『自由、市場与国家』、呉良健等訳、北京経済学院出版社、1988年版、20頁。

19 『政治学的重大問題』劉曉訳、華夏出版社、2001年版、162頁。

が起り、権力が次々と生まれるという情下で、契約の自由は、市民社会の現実領域では、権力によって大きく侵食され、アメリカの学者カッセルは、早くも1943年に既に次のように指摘していた。「要式契約は、・・・特に変化して、工業界のボスと商業界の有力者によって、新しい封建秩序と、多数の奴隷を酷使する道具を造り出させることになる可能性がある。」<sup>20</sup>

自由と平等とは、不可分である。契約の自由とは、平等を前提としているけれども、権力が平等を打ち破り、“契約能力の不均衡”というキーワードが、現代の契約法理論界の中では、普遍的で激しい論争となっている問題に触れることになる。即ち、今日の社会の現実の中では、契約の自由は、そもそも当たり前前に法制度の支柱又は中心思想と認められ得るのか、という問題である。もし、現実の契約当事者の間に折衝能力の均衡性が欠けているとすると、それによって契約の平等が破壊されることになり、従って、契約当事者の弱者側を保護することが必要になるとき、契約自由の原則は、必ず徹底的に強制的ルールの制限を受けるということになるのかどうか。今日、我々は、既に、契約自由の原則が‘契約の公正性’という原則に取って代わられた、或いはそれにより補充されるような、そんな時代に入っているのかどうか。<sup>21</sup> 契約の自由は平等を前提とし、近代の古典的な契約自由理論もこのことを堅持している。古典的契約理論の平等仮説は、二つの判断の上に創り出された。一つは、先に梁慧星教授の言った通り、社会生活に基づく判断であり、これは物質的判断と言える。もう一つは、人間を理性人とした理性の平等に基づく判断であり、これは精神的判断と言える。近代の理性主義の思潮は、人間を理性的存在と考え、デカルトの“我思う、故に我あり”は、その古典的な表現である。人は、自分の理性を使って自分の行為を指導し、人と人との自由な調和を形成するが、カントの実践理性或いは「道徳律」は、その古典的な表現である。近代の民法は、それに染められており、同じように人間の理性的精神的存在を体現している。意思の自治は、人間の理性に指導され、意思の自治と理性的精神との関係に注目す

---

20 『合同法中的自由与強調』、孫憲忠訳、梁慧星主編『民商法論叢』9巻、法律出版社、1998年版、365頁、からの転用。

21 『合同法中的自由与強調』、孫憲忠訳、梁慧星主編『民商法論叢』9巻、法律出版社、1998年版、361頁。

ることで、それと物質的条件との関係は相対的に薄められることになる。ラートブルフが指摘した通り、人間は、これらの民法上での資格では、平等な主体として扱われ、両者の間の経済力、社会力、情報収集能力の差は全く問題にされなかった。<sup>22</sup> 星野英一が指摘した通り、「個人は、自由意思の主体として、常に合理的に活動する主体と見なされるため、経済学の領域では、その理性が理由となり、最小の労働を選び最大の成果を得ることが出来るとされ、倫理学の領域では、その理性が理由となり、巧みに道徳的拘束に従って行動する主体と考えられている。」<sup>23</sup> 理性人の理性は、道具的理性だけではなく価値的理性も含んでいる。しかし、一旦視線を理論の王国から現実の王国へと移したなら、人間は決して“理性”で概括できるものではない、人間は同時に非理性も具えている、ということに気づくことができる。つまり、人間は決して単純な精神性で概括できるものではなく、その行為は物質的社会関係に制約され、社会性を具えている。人間の理性的精神と現実の社会関係および社会条件とを関連付けたなら、理性的精神は物質的現実関係の厳しい制約を受けていることに気づくことができる。前述の通り、社会関係の中には、人間の理性、特に価値的理性に対して経済的権力が作り出す、或る程度の歪曲が存在する。平等を前提とした契約の自由は、契約の公正を導出できるが、しかし契約の自由が権力の侵食を受けた時には、経済的権力は、理性を契約の中で捻じ曲げることを、即ち契約の不正を、招来することが出来る。経済学の領域では、経済人の理性とは、サイモン（Herbert Simon）の考えによれば、「理性とは、或る特定の行為様式を指す。即ち、それは、(1) 指定目標の実現に適っており、且つ (2) 既定条件と制約との限度内にある」。<sup>24</sup> 古典的理論の契約の自由が契約の公正と同じであるとされる理由は、契約の自由ではそこでの当事者に対する制約条件の一つと仮定しているものが平等だからである。しかし、現実の市民社会では、契約能力の不均衡は、契約の両当事者の一方が権力を持っているという既定条件の

22 星野英一『私法中的人』、王闢訳、梁慧星主編『民商法論叢』8巻、法律出版社、1997年版、168頁、からの転用。

23 星野英一『私法中的人』、王闢訳、梁慧星主編『民商法論叢』8巻、法律出版社、1997年版、170頁。

24 ハーバート・サイモン『現代決策理論的基石』、楊礪、徐立訳、北京経済学院出版社、1989年版、3頁。

下で、その道具的理性の指導の下で、自己利益の最大化を追求して、権力を利用でき、相手方を単なる道具とし、目的とはしないので、これにより契約の不正を招き、正にカントの言った通り、権力は不可避免的に理性の自由な判断を損なうことができる。<sup>25</sup> 例えば、「要式契約は、全て、自分の利益は最大限度に、自分の不利益は最小限度に、定める。」<sup>26</sup> 契約の両当事者間の権利と義務の不均衡を招くことになる。

市民社会の中の権力及び契約の不正の存在、並びに古典的契約自由理論及び制度と現実の契約との間でのずれ（偏差）に直面して、どう対応すべきなのか。契約自由理論の王国では、権力と不正の要素は存在しないので、もし相変わらず古典的契約自由の概念で現実を押し測り、契約自由理論の観点で現実を取り扱おうと、その時市民社会に現に存在している権力及び不平等という現象は隠されてしまうし、また契約自由は権力の下にある呻きを無視することになり、権力及び権力濫用による権利及び自由とに加えられた侵害は救済を得られないのみならず、権力及び不正が、自由のベールを纏って、契約自由の概念という大義名分の下で、制度化され、合法化されることになる。アメリカのカードゾーは、次のように述べた。概念の専横は、「大量の非正義と言う現象を生み出す根源である」、また「概念が実際に存在していると見なされ、全く結果を無視する方法で論理的極限にまで展開させられたら、その時には概念はもはや奴隷ではなく、暴君になる」。「大いに言えることは、概念が抑圧或いは非正義をもたらしたら、我々は、それらの概念を新たに再定義するか、限定された一時的な仮定として対応することができるべきである。」<sup>27</sup> そこで、現代の理論家たちは市民社会の現実と直面し、契約自由の原則は契約公正の原則に替えられるか或いは補充されるべきである、という問題を提起した。契約の自由を制限して契約の公正を実現することは、これを厳密に言うなら、契約の自由に対する制限ではなく、契約の（中にある）権力に対する制限である。広く言えば、市民社会の中の権力、及びその権力の濫用による市民の権利及び自由とに対し

---

25 カント『歴史理性批判文集』、何兆武訳、商務印書館、1990年版、129頁。

26 李永軍『合同法原理』、中国人民公安大学出版社、1999年版、328頁。

27 ボーデンハイマー『法理学—法哲学及其方法』、鄭正来、姫敬武訳、華夏出版社、1987年版、469頁、からの転用。

てなされた侵害に直面して、現実から理論まで、法治社会の概念を提示し、<sup>28</sup>市民社会に存在する権力を制限し、市民の権利及び自由を保障しなければならない。法治は権力の制限と緊密に関連したものであり、市民社会には権力が存在しており、必ず権力の濫用による市民の権利及び自由への侵害が存在するが、だからこそ法治社会の概念を持たなければならない。法治は、政治国家から市民社会へと拡大されるべきで、これは、論理的演繹であると同時に、歴史的発展でもある。契約を中心にするので、我々は、この発展の必要性及び現実性をはっきりと目にすることができる。

契約は公正であるという古典的公式は、現実の市民社会では、権力の存在のため破壊され、契約の不公平条項は、諸領域に、例えば、労働や消費などの領域に、現れているし、その現われ方も様々であり、例えば要式契約の中のいろいろな事態がその例である。<sup>29</sup>不公平条項が生じた主たる原因は、権力が契約の自由を侵食することであり、権力が契約に入り込み、自由と公正とへの二重の侵害をもたらすからであり、従って必ず法律で権力の契約への侵食を制限し、契約の公正を保障しなければならない。現代において、このような法的制限は立法上にあり、特別法の制定という方法を通じてなされる。例えば、労働法の趣旨は、使用者と労働者との間の地位的格差を認めることを前提にして、労働者の権利擁護を図ろうとする。また消費者契約法の趣旨は、生産者と消費者との間の不平等を認めることを前提にして、消費者の権利の擁護を図ろうとする。このような法的制限は、また民法の一般的法原則の条項などの規定上にも現れる。司法上では、裁判官は法律上の法的原則、例えば公平の原則、信義誠実の原則のような規定を使って、契約の審査を行い、不公平条項を除去して、実質的な正義に到達する。その他、行政法上でも制限がある。これらの法的制限は、理論界では、契約自由に対する制限と称されている。しかし実は、「契約自由の制限」と言う言い方は正確ではなく、正にそれとは逆であり、それは契約自

---

28 筆者の知るところでは、郭道暉教授が最初に「法治社会」という概念を提示した。筆者は、郭教授による法治社会の概念規定は、さらに議論を進めることができるものであると、考える。郭道暉「論社会権力与法治社会」、『中外法学』2002年2期、を参照せよ。

29 その具体的現れは、以下を参照せよ。付静坤『二十世紀契約法』、法律出版社、1997年版、119頁。

由の保障である。法が制限するのは、権力による契約侵害であり、契約の中に存在する権力である。「契約自由の制限」という取り上げ方の理論的前提は、次のようなものである。権力とは、政治権力或いは国家権力だけであり、国家領域にだけ存在するので、法治国家が既に国家の政治権力を厳格に制限している以上は、市民社会は完全に自由な領域であり、せいぜい自由の濫用が契約の不正を招いているだけであり、市民社会の中の経済的権力又は社会的権力については無視する。契約の自由に対する制限は、もしかしたら伝統的な国家権力不干渉という意味でなら比較的言えるのかもしれないが、しかし、市民社会それ自体の中の経済的権力の存在、契約当事者の締結能力の不均衡という次元から分析すると、契約の自由は、既に侵食されており、つまり、これは一方が他の一方に対して行う権力的コントロールであり、権力が招来する契約の不正である。これは法治社会という視点では、法律が、契約関係の中にしみ込んでいる経済的権力又は社会形態の権力に対して制限することである。ここでは自由と権力との二つの概念について簡単に分析する必要がある。自由とは何なのか。自由には消極的自由と積極的自由との二つの意味がある。消極的自由は、他者のコントロールを離脱し、他者の力の支配を受けないことを意味する。積極的自由は、自分が主体となることであり、自分の意思で自分の行為を支配することである。<sup>30</sup> 自由の消極的と積極的との二つに意味は、相互に関連している。簡単に言えば、自由とは主体が外部の力のコントロールから離脱して、自分で自分の行為を指図することである。自由は平等な自由であり、全ての人がある自由である。自由には限界があり、他人の消極的自由は、自分の積極的自由の限界になり、もし自分の積極的自由が他人の消極的自由の限界を超え、他人の行為をコントロールし、自分の意思を他人の行為に加えたら、その時は、自由は権力に変わり、両者の自由は共になくなり、一方の自由は権力に変わり、他の一方の自由はその権力によって奪われる。両者の関係は、支配と被支配の関係に、即ち、権力関係に、変わる。権力とは、或る主体が何らかの資源の優勢を利用して、自分の意思を別の主体の行為に強制的に加える力量であり、他

---

30 以下を参照せよ。I. バーリン『兩種自由概念』、陳曉林訳、劉軍寧等編『公共論叢 市場邏輯与国家概念』、北京三聯書店、1995年版、所収、196頁。

人の行為を自分の意思に従わせるものである。権力は、不平等な主体の間に存在し、一方は権力資源を利用して自分の意思を他の一方に強制的に加え、権利義務関係の不均衡を造り出す。法律による契約に対する規制は、契約の自由への制限ではなく、契約関係に存在している権力への制限であり、契約の自由が事実上権力によって侵害されたら、一定の範囲及び一定の程度で、(契約の自由は)既になくなっていく。「法律の規制を受けた『契約の自由』は、既にその真正の意味での契約の自由ではない。」<sup>31</sup> それは、自由の名の下での強者による弱者に対する権力的支配にすぎず、「いわゆる契約の自由とは、一方の当事者が他の当事者に強制的に厳しい条件を受け入れさせる権力に他ならない。」<sup>32</sup> 法律による契約への規制は、「契約の自由原則にとって本当の意味での(自由の)回復及び矯正である。」<sup>33</sup> 法的規制が救済し保障するのは、契約の自由の核心又は目的であるもの、つまり契約の公正、である。

契約の自由の目的を契約の公正と考える理由は、自由に二つの意味があるからである。一つは、自由の本体論或いは価値論であり、自由の価値は自由それ自体にあり、自由こそが目的である。もう一つは、自由の功利論或いは道具論であり、自由の意義は公正と効率にある。経済学の領域では、自由の功利論であり、経済の自由の為の経済の自由ではなく、自由は目的ではなく、プロセス(手続き)であり、自由競争の等価交換が交換の公正及び経済的効率を招来し得ると考える。これに相応じて、契約の自由も又その通りで、自由それ自体が目的ではなく、プロセス(手続き)及び方式(方法)であり、その目的は契約の公正を達成して、双方の権利義務の均衡を実現し、各自の有限の経済資源に最大効用を達成させることである。ここで、公正と効率とは統一的である。逆に、独占組織は独占権力を利用して、要式契約の不公平な条項によって利益を得る、即ち、公正も欠けているし、効率も欠けている。契約の自由が権力の侵食を受けると、形式上では契約の自由が破られ、実質上では契約の公正が破られる。法律で契約を規制(ルール化)し、権力を制限して、契約の公正を救い出すこ

31 李永軍『合同法原理』、中国人民公安大学出版社、1999年版、77頁。

32 尹田『契約自由与社会公正的冲突与平衡』、梁慧星主編『民商法論叢』2巻、法律出版社、1994年版、262頁。

33 李永軍『合同法原理』、中国人民公安大学出版社、1999年版、77頁。

とは、その意義としては、契約の自由を回復し保障するということである。法治は、どのように契約の自由と契約の規制（ルール化）の限界とを扱うのか、その鍵となるのは、権力が契約の自由をどの範囲で及びどの程度で侵食しているのか、である。権力がどこまで拡大しているのか、契約の不公平条項がどこに現れているのか、これによって、法律による権力の制限をどこまでか拡大しなければならない、即ち、契約の規制（ルール化）をどこまでか拡大し、契約の自由と契約の公正との協調一致を維持することになる。「契約の自由と契約の正義との関係問題をどのように解決するかは、目下どの国でも直面している共通課題であり」、<sup>34</sup> これ又法治社会の直面している問題でもある。指摘すべきは、市場経済が存在しさえすれば、市場が経済資源の配置の基本的方法となり、従って契約自由の原則が依然として基本原則であり、契約の規制（ルール化）は、補充であり、権力が作り出した契約の権利義務関係の不均衡に対する矯正である。フランスの沙丹（sha-dan）は、意思自治の公式である「“意思＝自治”は、“合理的意思＝自治”に変えられるべきである」、<sup>35</sup> と指摘した。前に示した通り、古典的契約法では、人間は理性的人間であり、人間の意思は理性的意思であり、私法の意思の自治は理性的自治である、と考えられている。自由は理性によって指導されるが、これは、自由と理性の一般原理が意思自治の中に貫徹され、当事者双方の平等が意思自治をして人と人の関係の公正と調和とを形成させるということである。しかし、現実が示しているのは、権力が理性的意思を損壊し、不合理な意思が現れ、権力の支配下で、相手を強制して、権利義務関係の不均衡を造り出していることであり、従って、合理的意思を強調することが必要となる。合理的意思の範囲の中では、意思自治があり、原則上、契約自由の領域にあるが、不合理な意思の範囲の中では、自治ではありえず、実際に自治も存在せず、それは権力の支配であるから、これに対しては、法律は必ず契約を規制（ルール化）して、権力を制限しなければならない、契約規制（ルール化）の領域であって、契約を合理的意思の範囲に戻らせることになるが、と言うのも、法律とは集団的理性の体现であり、集団的理性で権力の濫用を制限するか

---

34 李永軍『合同法原理』、中国人民公安大学出版社、1999年版、72頁。

35 付静坤『二十世紀契約法』、法律出版社、1997年版、181頁。

らである。権力を制限し、権利及び自由を保障することは、法治社会の基本的精神であり使命である。

最後に、ついでに、契約自由と社会利益との関係を取り上げる。古典的な契約観念では、契約は社会利益であり、個人利益を追求すると社会利益を招来できる、と考える。前述したように、経済学の「見えざる手」という理論は、各人が自己利益を追求すると、客観的に社会利益を促すことができ、個人利益と社会利益とが協調し一致する、と考えている。これによって、契約の自由は、両当事者の間で利益の均衡と協調を形成する事ができ、契約が公正である上に、さらに社会利益も促進でき、個人利益と社会利益との間の均衡と協調を実現するので、つまりは、契約は社会利益である。たとえ古典の当時においても、個人と社会には時に微妙なニュアンスのずれが存在していた可能性があり、又法律上では契約の自由を含む個人的自由に対して「公序良俗による」という原則で少しは調整したとしても、古典的の作者たちは出来るだけ「公序良俗」の概念を狭義に解釈することが可能であった。<sup>36</sup>しかし、社会経済の発展に伴って、先述の『法治国家』の場面で指摘したように、個人的理性が必ずしも集団的理性を招来できず、個人の自由が常に社会利益を招来することは決してなくなった。社会利益のために契約の自由を制限することはできるが、これは西洋における近代の個人本位から現代の社会本位へという傾向が契約上に現れたものである。もちろん厳密に言えば、社会本位が個人本位に取って代わったのではなく、社会本位が個人本位を修正し、それにより個人の自由と社会利益との均衡を実現しようとするのである。これは、個人と社会の関係という次元では、社会利益による契約の自由の制限であって、このことと、法律が契約を規制（ルール化）することで、権力を制限し、公正を救い出し、当事者間での利益の均衡を実現することには、違いがある。一方は、契約の自由に対する制限であり、もう一方は、契約の権力に対する制限である。前者は、社会と個人の関係という次元にあり、社会利益から出発する。例えば、両当事者が平等な条件の下で自由に達成した合意であるとしても、もし社会利益に違背するならば、その合

---

36 尹田『契約自由与社会公正的冲突与平衡』、梁慧星主編『民商法論叢』2巻、法律出版社、1994年版、254頁。

意は無効になるが、この契約自由の制限は両当事者間での権力支配という問題には関わらないから、『法治社会』の議論領域には属さない。後者は、両当事者間との関係という次元にあり、双方の利益の均衡から出発し、もし当事者間に権力関係が存在し契約の不正を造り出すなら、法律はこれに対して直ちに規制（ルール化）を加える。もちろん、個人の社会性からすれば、権力もこれ又社会性の問題であるため、契約に対する法的規制（ルール化）には、二重の意味がある。権力を制限し、双方の契約の公正を守るという意味もあるし、社会利益を守るという、例えば社会の安定と公共の秩序を守るという、意味もある。しかし本論のテーマに基づけば、『法治社会』では、主として権力を制約するという意味或いは観点から、問題を検討した。

## 附言

1. 市場経済が法治経済であることのポイントは、権力の制限にあり、国家権力を制限すると共に、市民社会の中の権力も制限する必要がある。市場経済は、自由経済であり、権利経済であり、市場経済が権力を制限するという法治の要求は、公民及び市民に対する権利及び自由の保障にある。（訳注③）当然、これを分けて言えば、政治国家の領域では公民であり、市民社会の領域では市民であるが、より具体的に言えば、労働者、消費者などの呼び方もある。しかしどのように呼んだとしても、要するに、全て人である。市場経済が法治経済であるという言い方は、必ず法治国家が存在しなければならないことを明らかにする。国家権力への制限がないなら、政治国家領域の公民の権利及び自由は有効な保障が欠けるのみならず、市民社会領域の市民の権利及び自由も有効な保障が欠けることになる。法治国家には二重の意味があり、公民の権利及び自由を保障すると共に、市民の権利及び自由も保障する。市場経済が法治経済であるという言い方は、又、法治国家が存在するだけでは不十分であり、法治社会も存在しなければならないことを明らかにする。市民社会の中の権力を制限しないと、市民社会の市民の権利及び自由は有効な保障が欠けるだけでなく、市場経済の要求と理念にも反し、且つまた政治国家領域の公民の権利及び自由も有効な保障が欠けることになる。政治国家と市民社会との関係は、前者が後者を基礎としており、マルクスは、「政治の立法であろうと、市民の立法である

うと、両方とも経済関係の要求を明らかにし、記すだけである。」と言った。<sup>37</sup> 市場経済は法治経済であり、政治国家領域で体现されると法治国家となり、市民社会領域で体现されると法治社会となる。

訳注③ここで「公民」概念が登場する。この概念が、訳者前書き韓論文（2009、82頁以下）が示している国家－市民社会（政治社会）－経済社会という「三元構造」を前提にして使用されているのかについては、訳者には明確には指摘できない。しかし、何らかの連関を認めることは出来よう。

2. 法治とは、“理一分殊”である。法治が一理とは、即ち権力を制限し、権利及び自由を守ることである。法治が分殊とは、即ち法治国家と法治社会とになるからである。近代古典的法治の概念は法治国家の概念であり、権力は国家の領域だけに存在するか、或いは権力とは国家権力だけであるということ仮設的前提とした。この考えは、法学から言えば、近代自然法学派であり、公法学説としても、法治学説としても、それが注目したことの一つは、政治国家の公権力及びその制限にあり、その社会契約説の主要な観点は、社会契約を通じて国家の公権力を形成し、これと均衡するのが、公民の権利及び自由の領域であり、こちらは、譲渡不可能な剥奪不可能な天賦の人権であり、絶対に侵犯され得ない、と考えた。古典的政治経済学から言えば、それは市場経済理論であり、国家権力と市場の自由との二元論である。従って、法治が権力を制限するとは、国家権力を制限し、その結果公民及び市民の権利及び自由を保障することである。我々は憲法学からもこれを見る事が出来、西洋近代以来、主要な憲法観は、法治制度を規定する憲法を、国家権力と個人との関係を調整する公法と見なし、憲法上は公民個人の基本的権利とは、国家権力に向けられたもので、国家権力による侵犯を防止する。憲法の実定的内容から見ると、又次のようであった。「近代の憲法は、主に、統治構造と権利法条という二つの基本的構成要素を含んでいる。・・・比較憲法学の視点から見れば、現今の世界各国の憲法の規範体系は、大体、統治機構規範と憲法権利規範というこの二つの主体的部分によって構成されている。」<sup>38</sup> フランスの『人権宣言』の規定の通り、「凡そ権利が保障されず分権が確立していない社会は、憲法が存在しない。」憲法の本質とは法治の本質であり、その憲法観によれば、個人の権利及び自由を有効に保障すれ

37 『マルクス・エンゲルス全集』（第4巻）、人民出版社、1957年版、121頁。

38 林来梵『從憲法規範到規範憲法』、法律出版社、2001年版、67頁。

ば、国家権力による侵犯を有効に防止することになる。さらに言えば、憲法の基本的権利は、国家の権力に向けられたもので、市民社会の私人間については効力が、即ち、第三者効力がない。憲法の基本的権利が第三者に対して効力がないという説は、筆者が考えるに、それが内包する仮設的前提は、市民社会は自由の領域であり、私人の間には権力関係が存在せず、私人相互の間では権力的侵犯を生み出すはずはない、というものである。しかし、研究を通じて、我々は、市民社会が純粹に自由の領域では決してないことに、同じ様に権力が存在していることに、気づいた。権力ということならば、権力の共通性を具えているし、それはモンテスキューが言ったとおりで、「権力を持っている人はだれでも、権力を濫用しやすいこと、これは万古不易の経験であり、権力を持っている人が権力を使うと、その限界まで行って、やっと止める。」もし、権力に制限が無いなら、権力は容易に濫用されるが、国家権力だけでなく市民社会の中の権力も、このようなものである。ここから憲法の基本的権利の第三者効力問題について再度詳細に見てみると、理解するのは難しくはないが、何故か現在の憲法観では、第三者に対する無効力説が次第に衰退し、第三者に対する効力説が次第に受け入れられてきている。憲法の基本的権利が第三者に対して効力を有するという論は、1919年のドイツのワイマール憲法の特別規定を除けば、その理論の主張はドイツ連邦労働裁判所の長官を務めたニッパードを先ずは挙げるべきである。ワイマール憲法の規定によれば、人民の言論の自由は、私人間の労働契約では制限出来ないし、労働運動を目的とした結社の自由の基本的権利も、これまた私法関係で制限してはならない。<sup>39</sup> ニッパードは、憲法の基本的権利は私人の法律関係の中で直接的効力を有していると主張した。彼は、歴史的視点で憲法を扱わなければならない、憲法はその公布時の社会生活の“鏡”であって、その制定はそれ自体の歴史的背景を有している。しかし、憲法の解釈は、時代の展開に従わなければならない、憲法制定時の法の見方にとらわれる必要はない、と考えた。19世紀に、人民の出会った侵害は、先ずは国家権力の濫用から始まった。それ故、私人の社会的勢力者による侵害を防ぐことは、二の次とみられた。しかし工業社会の到来により、社会構造が変化し、

---

39 陳新民『德国公法学基礎理論』（上冊）、山東人民出版社、2001年版、288頁。

他者及び社会的勢力者によって私人が受ける侵害も大きなものとなった。ワイマール憲法の当初の風気は、基本的権利の本質と高下はないが、基本的権利の意義が既に変更ってしまった。<sup>40</sup> 基本的権利の第三者に対する直接的効力に反対する人もいるが、彼らは、間接的効力を、即ち民法の一般憲法の基本的権利の第三者効力条項を通じて適用できることを主張する。しかし、直接にしる間接にしる、第三者に対する効力については、共通する。明らかなのは、市民社会の中の権力の存在によって、憲法の基本的権利は国家権力による侵害から守られなければならないのみならず、市民社会の中の権力からも守られなければならない。ドイツ連邦労働裁判所の長官を務めたニッパーダイによって第三者効力理論が開かれたのは、決して奇妙なことではなく、実は労使関係の間の権力の存在が最も顕著だったことによる。もし法治社会の概念で理論を立て思考を進めるなら、憲法の基本的権利の第三者効力は自ずと文理が通るものである。逆に、憲法の基本的権利の第三者効力理論も、法治社会という考えを支持する。憲法の基本的権利の第三者効力は、既に法治の精神が法治国家から法治社会へと展開することを明らかにしているし、法治社会の二重の意味も明らかにしている。即ち、市民社会の市民の権利及び自由を保障し、政治国家領域の公民の権利及び自由をも保障する。従って、法治国家の存在だけでは不十分であり、法治社会がなければ、憲法の基本的権利は、社会領域で別の次元の権力侵害を受けることになる。「各人の権利に対して真剣に保護を提供しようとするなら、その時は憲法条項を狭く理解して国家にだけ向けて、社会で権勢を持った人や集団に適用しないということは出来ない。様々な方面からの侵害を制止して、やっど普遍的な意義のある権利はその真の保護を受けることができるし、やっど憲政国家で生きる個人が完全な人格を獲得することができる。」<sup>41</sup> この為、古典的一元的法治観がもし発展せず、市民社会の中の権力の存在及びその濫用を無視ないし隠蔽するなら、概念の暴政と同じである。「概念を信仰する人の主たる罪は、経験を排斥することにある。」<sup>42</sup> 社会を目の当たりにして、市民社会

40 同上、296頁。

41 張千帆『西方憲政体系』（上冊）、中国政法大学出版社、2000年版、5頁。

42 栄格語、James・A・Gould、Vincent・V・Thursby編『現代政治思想』、楊淮生等訳、商務印書館、1985年版、113頁からの転用。

領域に権力が存在するという考えが無いなら、法治社会という考えも有りえず、法治の概念が依然として政治国家の領域に留まってしまふことになり得る。国家権力であれ市民社会領域の権力であれ、制限がないなら、人々の権利及び自由を侵害する可能性がある。法治は権力を制限する制度であり、法治には権力が影のようにつき従うはずである。つまり、法治は、権利及び自由を保障する制度であり、権力に制限がなければ生み出されるのは濫用であり、侵害されるのは必ずや権利及び自由である。従って、古典的一元的法治国家観から二元的法治観へと展開する必要がある。即ち、法治国家と法治社会は、必ずや法治を徹底的に進めて、公民及び市民の権利及び自由に法治国家及び法治社会の二重の保障を獲得させよう。