

## 鄧正来 中国法学はどこへ向かうのか 2 (四・完)

訳者 石川英昭

### 訳者前書き

本稿は、鄧正来『中国法学向何处去』（商務印書館、2006年1月）のうち、「第5章 对中国法学的進一步検討（二）—対蘇力“固有資源論”的批判」、及び「第6章 暫時的結語」を訳出したもので、「鄧正来 中国法学はどこへ向かうのか（上）」（鹿児島大学「地域政策科学研究」5号、2008年2月）、「鄧正来 中国法学はどこへ向かうのか（二）」（鹿児島大学「地域政策科学研究」6号、2009年2月）、及び「鄧正来 中国法学はどこへ向かうのか 1（三）」（鹿児島大学 法学論集」第43巻第1号、2008年11月）に続くものであり、最終稿となる。

翻訳の体裁については、第一回（上）に記したのと同じで、こなれた日本語を目指さず、原文を出来るだけ忠実に訳出しようと努めているが、それは、誤訳の発見を容易にしたいという意図からである。訳者としては、多くのご指正をお願いしたい。但し、本稿では、原書には無い段落を置いたところが、若干存在する。勿論、その方が、本文の内容がより分かり易くなると判断したからである。又、原書には多くの脚注が付されているが、直接の引用にかかわるもの、さらに内容の理解の為に直接必要と思われるもの以外は、紙幅の都合で省略せざるを得なかったのも、（上）と同じである。但し、原論文で別注となって文末に置かれていた[参考文献]については、脚注の中で、全て訳出している。

又、本翻訳（上）で記したように、原書の翻訳に当たっては、獨協大学の周劍龍教授に多くのお世話になった。再度記して、感謝の意を表したい。但し、本稿が、誤訳を含んでいるとしても、その責が全て訳者にあることは、言うまでもない。

## [目次]

### 第五章 中国法学に対するさらなる自己批判（二）

#### —蘇力の【固有資源論】に対する批判

##### 第一節 序言：【固有法】派についての基本認識

##### 第二節 【固有資源論】の基本的考え方の分析と批判

###### （一）前提的解説

###### （二）【固有資源論】の論証手順或いは内在的論理の再構成

###### （三）【固有資源論】の基本的すじ道の分析と批判

### 第六章 暫定的結び

## 第五章 中国法学に対するさらなる自己批判（二）

### —蘇力の【固有資源論】への批判

#### 第一節 序言：【固有法】派についての基本認識

周知の通り、【権利本位論】、【法律条文主義】、そして【法律文化論】等の理論モデルが、20世紀80年代末から90年代初頭に、中国法学発展の基本的方向を支配した頃、或る程度は中国社会科学学界が当時提起した「學術の規範化と固有化」の大討論に呼応して、中国法学者には所謂【固有資源】の視点から中国の法の発展問題を考え探求する試みを始めた人がいた。私の見るところ、中国法学界のこのような努力は、主として、本書が言うところの蘇力の【固有資源論】に示されている。

この【固有法】派をどのように捉えるかについては、私個人の知見だけから見れば、関連する研究文献は、全て、【固有法】派を、あの近代化の趨勢を備えた法理論モデルとはハッキリと異なった、且つこれらのモデルと相互に対立する努力であると見なしており、それは、これらモデルの文献が依拠している理論的根拠が、全て同じというのではないにしても、そうである。

例えば、第一に、【固有法】派は、理論上から言えば、【近代法 vs 伝統法】という二分図式を超える可能性のあるポストモダンの努力である。周知の通り、【近代と伝統】という二分観は、長い間ずっと、中国法学の法制近代化に関する用語を支配してきたが、しかし、季衛東は、次のように考えている。即ち、

中国伝統文化の中の多くの基本的現象及び用語は、【近代と伝統】という二分観では、詳細に見てゆくことの出来るものではない、何故なら、中国法は三項関係という分析枠組みにヨリ適合的だからである。従って、このような状況が示しているのは、上述の【近代法 vs 伝統法】という二分図式を超える新たな考え方を持たなければならず、しかもこのことはポストモダン法学の中国法制近代化過程における地位と役割とを決定している、ということである、と。<sup>\*1</sup> 季衛東は、理論上から言って、次のように、考える。即ち、「もしポストモダン法学が、近代によって切り捨てられた価値ある伝統的要素を、改めて選び取るという一面を備えているのなら」、その時、ポストモダン法学は、中国法制建設に対して、以下の二つの役割を持ちうることになる。一つは、中国の論者が、伝統の中から如何に取捨を進めるか、及び伝統の中の保留されるべき要素を改めて如何に組み合わせるか、を判断することを助ける、という役割であり、二つは、中国の論者が、中国固有法と西洋近代法との間で接ぎ木の可能な所を探索することを、さらには改革と発展の多くのルートを開拓することを、助けるという役割である、と。<sup>\*2</sup> しかし、強く指摘しておかなければならないことは、中国法制の近代化過程で、ポストモダン法学の考え方の導入は、論者達が中国の伝統を批判したり変革することを妨げ得ることである。季衛東は、これについて、次のように指摘する。即ち、「ポストモダンの西洋学界の【地方の知】(C. ギャーツ) 及び特殊性問題に対する関心は、既に、中国の中に、懐旧の思いを喚起し、引いては、伝統の中の何らかの負の要素さえも、【固有化】問題を提起することによって、法研究者に青眼視(妥当視)されている」、と。<sup>\*3</sup> 従って、彼は、中国の目下の近代化法制建設における実際上の必要について言えば、近代法の各種の学術的成果を全面的に継受することが極めて重要で、法学の【固有化】はその次に来る、と考える。<sup>\*4</sup>

第二に、【固有法】派は、立場と視角から言えば、【近代化】理論モデルの中国法発展問題の理解と見方とは異なった知的努力である。黄文芸においては、法の【近代化パラダイム】とは、中国人の法的思考を長期に支配しているパラダイム、又絶対多数の論者が信奉している研究パラダイムを指す。このパラダイムは、中国法の発展とは法の近代化であるということを強調することを、根本的な考え方としている故に、【近代化パラダイム】と称される。黄文芸は、

次のように、考える。即ち、近代化パラダイムが正に隆盛だった時に、一部の論者が、いくらか新しい理論と方法とを使って中国法の発展問題を考え研究し始め、さらに次第に新しい研究パラダイムを、つまり法の発展が主として固有資源に依拠していることを強調することをその主たる特徴としている、【固有化パラダイム】を形成していった、と。<sup>\*5</sup> 季衛東の考え方と同じく、黄文芸も、中国法研究の【固有化パラダイム】は、その思想的来源からすれば、ポストモダン主義の思潮の影響を深く受けた理論モデルであると考えるが、しかし、彼は、【固有化パラダイム】が【近代化パラダイム】を越える可能性を備えているとは決して考えない。と言うのも、彼の見るところ、この二種の研究パラダイムは、「理論と方法とにおいて、各々優劣長短がある。それらの建設的な意義からすれば、両種のパラダイムは、対立的であると言うよりは、相補的であると言える」からである。<sup>\*6</sup> 正にこのような考え方に基づいて、黄文芸は、以下の七つの側面から、【近代化パラダイム】と【固有化パラダイム】について、私の見るところ【中立的】な比較分析を行う。即ち、(1) 法の定義における、【一元論】と【多元論】、(2) 法の効用における、【積極論】と【消極論】、(3) 法の発展史観における、【近代化】と【水平化】、(4) 法発展のルートにおける、【構築論】と【進化論】、(5) 法的知識における、【普遍的知】と【地方の知】、(6) 法発展の主体における、【政府推進論】と【民衆主導論】、(7) 法発展の資源における、【外来資源論】と【固有資源論】、である。<sup>\*7</sup>

第三に、【固有法】派は、中国の改革に関心を持つその視角から言えば、【法治ロマン主義思潮】とは異なる一種の【法治保守主義思潮】である。謝暉は、20世紀90年代に中国で起こった文化保守主義的思潮と呼応して、当時の中国法学界にも、ひっそりと法治保守主義的思潮が生起した、と考える。しかし、【法治保守主義思潮】の中国への出現は、【法治ロマン主義思潮】と同じく、一つの必然であって、と言うのも、中国及び外国の社会変革の歴史の実相は、次のことを示しているからである。即ち、どんな重大な社会変革であれ、全て、様々な学術思想を造り出しており、中でも、当の社会変革が【变法】という形で出現した時は、法の、価値の傾向、進路の選択、資源の選別、等の問題をめぐって展開する、或いは保守、或いは過激、或いは中庸といった学術思想が、史上に絶えることはなかった、ということ、である。<sup>\*8</sup> 彼は又、次のことを明確

に指摘している。即ち、中国に出現した「法治保守主義は、主として、固有資源を主と為して中国法治を建設する理論的主張を指し」\*<sup>9</sup>、その主張には大凡三種がある。第一は、【文化的性質決定論】で、それは、中国文化の特質は礼教型であって、従って法治を生み出す可能性はないし、それと同時に、受け継がれて習わしとなった文化的伝統も改変が極めて難いので、只漸進的な変革が出来るだけである、と考える。第二は【同情的理解論】で、それが前者の主張と異なるところは、前者は中国の礼教文化に対しやや強い感情的求心性を持っているが、後者は只【同情的理解】を強調するだけである、但し、実際には、厚く蓄積した中国法文化に直面して何とも為しようがないという振る舞いではある。第三は【科学】的法文化論で、その科学的理論の基点は、ギアーツの「法は地方の知である」という判断で、これを根拠に、中国法治は中国という地方的なものでしかあり得ない、と考える。明らかに、謝暉の【固有法】派についての見方は、季衛東や黄文芸の考え方とはハッキリと異なっており、と言うのも、彼は、次のように考えているからである。即ち、中国の【固有法】派は、中国法制の近代化建設の中の何らかの近代性問題に焦点を合わせて、【ポストモダン】という特定の視点に基づいて形成されたような、知的努力では決してなく、むしろ社会変革に直面した時はどんな時にでも必ず生まれてくる文化的保守主義の法学版であって、それは、その派が、法治保守主義は、西洋の具体的ルールである法律を手本にして法の移植を行うのとは異なった方式を、つまり西洋法の観念及び方法を手本にした方式を、提示した、と公言しているとしても、そうである。

上述の三種の各々の視点から出発した、【固有法】派とあの近代化の趨勢を備えた法理論モデル（【権利本位論】と【法律条文主義】を含む）との間に存在する違い或いは衝突についての見方は、或る意味では極めて理由のあることで、と言うのも、私の見るところ、【固有法】派の20世紀の90年代初頭の出現では、少なくとも三つの重要な背景的要素が、私たちの関心を向けるに値する。一つは、中国学术界が、近代化理論への反省と批判に関する西洋学术界の各種論著、及び小伝統に関する西洋中国学界の研究文献を中国に紹介導入することによって次第に出現した、「大伝統から小伝統へ」の転換であり、二つは、中国学术界が、西洋の理論及び概念を中国に適用すること、及び中国の現実の問題との間の関

係を、自己批判し反省することによって展開した、西洋の理論及び概念をいい加減に真似ることに反対する「社会科学固有化運動」であり、三つは、中国学界が同時に形成した、反巨大事実記述、反矮小学科傾向の用語、である。率直に言えば、【固有法】派が頼り、それで以て（その【固有法】派を）生み出した、上述の三つの背景的要素は、大いに、既に、【固有法】派と【権利本位論】及び【法律条文主義】との間の違い、引いては衝突を、作り上げていた。

しかし、本書の視点から見れば、私は指摘しなければならないが、上述の三種の【固有法】派に関する見方は、その論旨が限定されることによって、或いはその分析が極めて大まかであることによって、【固有法】派と、【権利本位論】及び【法律条文主義】との間に存在する、次のような二つの、私の見るところ一層根本的な、問題を、深く洞察するには至っていない。即ち、第一に、理論上から言えば、【固有法】派の中の【固有資源論】と【法律文化論】との間には、実際は、論者達が、一般的に全て、気づいていない、重大な違いが、つまり、法社会学に依拠した【固有資源論】と文化人類学に依拠しようとしている【法律文化論】との間の違いが、存在している。この問題に関しては、私は以下で詳論するつもりである。第二に、ヨリ一層鍵となるのは、本書が概念規定した【パラダイム】から見れば、【固有法】派と、【権利本位論】及び【法律条文主義】との間には、上述の違い或いは衝突—それは基本的には【同一論理】面、且つ【同一目的方向】下での、違い或いは衝突である—が存在しているのみならず、さらに論者達が一様に気づいていない一致点、即ち、それら二つ（【固有資源論】と【法律文化論】）も全て、【権利本位論】及び【法律条文主義】と同様に、私の言う【近代化パラダイム】を大いに信奉しているという一致点—方式は異なっているにもかかわらず—が、存在していることである。私は、【固有法】派と【権利本位論】及び【法律条文主義】との共通点は、それらの間の隔たりよりも重要であると、それどころか一層根本的であると考えている。と言うのも、正にここに、発展すること26年の中国法学が、それが備えている【全体的】危機を、明らかに現しているからである。

以上から、私は、以下の文中で、【法律条文主義】及び【権利本位論】に対し何らかの批判的見解を持っているが、しかしその全てが同じというのではない、あの二つの法学研究モデル、即ち【固有資源論】と【法律文化論】とに対

して、分析および批判を進めることになる。第一に、後者の二つの理論モデルと前者の二つの理論モデルとは違い或いは衝突があるとは言え、それらは同じ【パラダイム】を信奉している可能性がある。第二に、【固有資源論】と【法律文化論】とは、前述の二つの理論モデルを批判すると同時に、中国法の発展の為に【中国法の理想像】を提供することがないか、【法の理想像】を中国法制・法治の建設過程で考える必要性を基本的には否定するかの、どちらかであった。第三に、それら（【固有資源論】と【法律文化論】）は【中国法の理想像】の案内がない状況で、一種の【裁断】し【切りわけ】方式で中国の現実問題に対し【非中国】的対処をするか、中国の現実問題に関心を持ち研究するという主張を【スローガン】のまま放置するか、のどちらかであった。（ここで、「以下では、【固有資源論】と【法律文化論】とについて論じる」と記されているが、実際は、【固有資源論】を論じることになる。これは、原論文では、本書の四章（【法律文化論】）と五章（【固有資源論】）との論述の順が、逆になっていた、即ち、先に【固有資源論】が論じられ、最後に【法律文化論】が論じられていた為であると考えられる。訳者記。）

## 第二節 【固有資源論】の基本的考え方の分析と批判

### (一) 前提的解説

私の見るところ、【固有資源論】とは、本書の中では、主として20世紀90年代初期に中国法学界に出現した、蘇力及びその法学的考え方を代表とする、歴史的唯物主義及びそれと関連する或いは互換的な社会学および経済学を支えとした、理論形態を指す。ハッキリ言えば、【固有資源論】は、一度提示されたら、中国法学界にかなり大きな影響を産み出し、とりわけ多くの若手法学者の注目を引いたもので、蘇力本人の言い方を借りれば、「1996年に私は最初の論文集『法治及其本土資源』を出版したが、法学界に些かの動きを引き出した。多くの賞賛の他に、多くの懐疑と批判もあった。」\*<sup>10</sup> 私の見るところ、【固有資源論】の提示は、中国法学の発展に対し或る程度の衝撃を作り上げたが、その衝撃は、【権利本位論】、【法律条文主義】および【法律文化論】に対する上述の批判以外にも、以下のような面に主として示されている。第一に、【固有資源論】は、中国法学界が、20世紀80年代下半期に、法社会学という学科目を創建し、

西洋法社会学の理論を探求しようとしたその努力の限界を突破し、法社会学の方法を直接中国法の【現実】問題の分析に用いた。第二に、【固有資源論】は、法社会学研究に基づいた社会的現実の研究であり、中国法学が基本的に研究しなかった芸術作品（例えば、『秋菊打官司』及び『被告山杠爺』という二つの映画作品等）を自分の研究対象の一部とした。第三に、【固有資源論】は、中国法学がイデオロギーの支配の下で研究に値しない或いは当然視していたような問題を検討する、例えば、人治問題、法律回避と法制度刷新問題、法学者の役割の限度問題、法の保守的役割問題、中国法の多【元】問題等の問題に、謂わば真面目に対処する、というだけではなく、更に重要なのは、【固有資源論】がこのような問題について、通常の間違った考え方とは全てが同じというのではない考え方を提示したことである。第四に、蘇力は【固有資源論】を構築すると同時に、中国法学が、中国の現実問題、例えば、中国の文学作品の研究の他に、典型的には彼が行った中国基層司法制度に関する研究<sup>\*11</sup>、及び「黄碟事案」、「孫志剛事案」及び「劉湧事案」といった個別事案についての彼の検討<sup>\*12</sup>であるが、それらを研究すべきであることを力を尽くして主張したし、しかも単に大書される真理と空虚なスローガンに注目するだけのあの所謂法学研究に対し、明確に反対した。

周知の通り、21世紀以前には、中国法学は、法社会学の方法を使って具体的な問題を分析するというやり方を未だ受け容れていなかったし、法と経済学の方法を使って具体的な法的問題の分析を助けるやり方には不案内であったし、法理学の視点から具体的な個別事案を分析するというあのやり方もやっと歩み始めたばかりであり、従って、当時の基本的には【スローガン】或いは【条文】の上に留まっていたあのかなり教条的な中国法学について言えば、【固有資源論】の出現及び先の場面で為されたその努力は、確かに、極めて強大な衝撃力を作り上げたし、ひいては中国法学の転向を推し進める上で大きな役割を果たした。事実、中国法学論者は、或る程度はその様な事実を認めているし、ヨリ適切に言えば、蘇力の考え方を批判するにしても賞賛するにしても、多くの論者が蘇力の考え方をめぐってその検討を展開しているという当の事実それ自身が、或る程度は、その様な衝撃力が存在したことを意味している。

しかし、必ず強く指摘しなければならないのは、第一に、私が上文で指摘し



た【固有資源論】が中国法学に対して衝撃力を作り上げたという事実は、蘇力はその面で示した考え方が、理に適っていると思っただけか、成立できると考えているということ、当然に意味するのではない。例えば、文学芸術作品から中国の法及び社会の問題を研究できるかどうかに関しては、私個人は必ず具体的な分析や論証を行わなければならないと考えており、さもなければ、一般的な意味では答は肯定的であると言っても、蘇力が『秋菊打官司』及び『被告山杠爺』という二つの映画作品から中国の法及び社会を研究するというような具体的な個別事例が成立しうるのものであることを、決して意味しないからである。ここで鍵となるのは、蘇力は必ずや『秋菊打官司』及び『被告山杠爺』という二つの映画作品と中国の法及び社会の現実との間に有効な関係を構築しなければならないことである。勿論、蘇力自身はこの問題に気づいているので、彼は以下のような幾つかの理由を提出しているが、しかし私は、彼の言うそのような理由は決して成立し得ない、と考えている。

(1) 蘇力は、「何であれ真実なるものの再現(法が認定する事実も含む)は、全て、思考を経て創造された真実である。人は現実生活に真に発生した一切の事実を研究することは出来ないものであって、必ず選択が必要だし、描写と抽象が必要なのであり、何かを選択し、描写或いは抽象することは、同時に、研究対象の【物自体】を構築することである」\*13、と指摘する。しかし、私の見るところ、厳密にイデオロギーによって選別された二つの映画作品と中国の法及び社会の現実とを同じと見なして、これに基づいて所謂法の移植と民間法との間の緊張を取り出し、大いなる困惑を造り上げてしまうような結論を中国人に与えるというやり方と、学術研究に存する、主観の影響、理論的負荷、乃至イデオロギーの影響等の現象とは、実はハッキリと異なった二つの問題である。

(2) 蘇力は、「文学作品を用いて法学及びその他の学術研究(自然科学を含む)を進める事例は、決して少なくはない」と指摘し、大まかな仕方で、笠可楨、エンゲルス、レーニン、林耀華、ポズナー、そしてドゥウオーキン等の論者の事例を列挙する。\*14 しかし、私の見るところ、蘇力が挙げたそのような事例は、彼が手に入れようとした理論的根拠には決して成り得ない。と言うのも、それらと彼自身が行った研究の間には、それら(事例)を(彼自身の研究の)有効な理論的根拠にする、【相関性】が欠けているからである。中国の古代の詩

歌を基本資料にして中国の過去数千年の気候変化を研究する笠可楨の【第一段階の研究】は、それが主として依拠したものは、中国の古代詩歌と言うより、それら古代詩歌の背後にある、中国古代の詩人と自然との間の親密な、且つ【自然】な関係であって、その関係と、中国の現下での映画作品の制作者と中国の法律及び社会的現実との間の、【政治色のある】、甚だしきは【歪曲された】（蘇力の用語）関係とは、ハッキリと異なったものである。亦、エンゲルスは、確かに、バルザックの『人間喜劇』から多くのことを学んでいる。しかしこれと、蘇力が先の二つの映画から多くのことを学び、それ等に基づいて研究を進め、中国の現実についての結論を出したことは、明らかに異なっている。亦、林耀華は、小説体様式で人類学及び社会学の研究書である『金翼』を完成した。しかし、小説体様式で研究成果を叙述することは、法社会学的方法で小説に類似の映画作品を研究することとは、全く異なる。

(3) 蘇力は、「若干の学者は、文学芸術作品を素材にして社会科学的研究を進める可能性を理論的に論証した」と指摘し、さらにアリストテレスの論点と王俊敏の評論とを引証する。<sup>\*15</sup> しかし、私は、次のように考える。即ち、アリストテレスの、二千年以上前の言わば普遍的实践を描写した、歴史学に比して豊富な哲理と豊富な厳密性を含んでいる、「詩」のような文学作品は、『秋菊打官司』及び『被告山杠爺』という二つの映画作品とは、明らかに、全てが同じというのではない作品であり、と言うのも、後者が描写したものは中国の目下の普遍的な実践である、と考えることは、少なくとも出来ないからである、と。

以上から見れば、蘇力は、上述の【理論的根拠】に基づいて、『秋菊打官司』及び『被告山杠爺』という二つの映画作品と中国の法及び社会の現実との間に、有効な関係を決して構築出来てはいないし、わけても所謂「二つの作品は共に文学のリアリズム派に属する」<sup>\*16</sup> というような【見解】によって、その二つの映画作品と中国の法及び社会の現実との間に、学術的意味での適切な【相關的】関係を確立出来るはずがない。

(指摘すべき) 第二に、勿論、私はさらに、その他の論者と同様に、以下で、蘇力が提示したその他の考え方についても、逐一、分析および批判を続けることも出来る。蘇力本人の言い方を借りれば、「そのような過程で、私も、【保守主義】、【ポストモダン主義】、【法治の固有化】、甚だしきは【危険思想】等の、

多くのレッテルを貼られた。学者の中には、私が中国の伝統文化に依拠して中国法治の再建を主張している、と考える者もいる。亦、彼・彼女等から見れば、中国文化それ自体には、何であれ近代法治の基礎は存在していないので、従って私の見解は、単なる現実離れした夢でしかない。亦、中には、私が外国の法治及び法学の経験を吸収することの拒否を主張している、と考える学者もいたし、私が法とは地方の知であると強調して、閉鎖に向かう可能性がある、と考える学者もいた<sup>\*17</sup>、ということになる。しかし、私は、蘇力が各種の問題について提示した各種の考え方或いは【結論】に対して、分析および批判を進める準備もしていないし、又その必要もない。と言うのも、私の見るところ、一方では、それらに対しそのような検討を行うことは、明らかに本書の検討範囲を超えることになるし、他方では、私も、蘇力のあの【わざとらしい態度】、且つ常に相矛盾する考え方、及び学術的検討或いは論証とは関係のない、趣を添えるだけの、多くの【挿入語】に、惑わされたくないし、更には、蘇力が批判するような、あの只単に個別概念や結論だけに興味を持ち、一般的論証或いは内在的論理には興味を持たないような者の部類に、落ち入りたいとは思わないからである。

蘇力は、他の論者の批判に答えた際に、次のように明確に指摘している。「私に見るところ、最も重要なことは、如何に態度を表明するか、にではなく、作者の文中に流れ出てくる、問題を分析するあの態度及び方式が、彼・彼女のその他の文章と、論理及び構想において、融合的な一貫性を保持しているかどうか、或いは連続的な発展を有しているかどうか、にある。もし断裂しているのなら、どんな理由、どんな要素が造り上げるものでも、全て、適当な時期に必ずだめになる。さもないなら、【日和見】或いは【風見鶏】の疑いがあっても、或いは自分の書いたものが何であるのか自分でも分からないとしても、後々には、中国法学界で何時でも発見できるものである。」<sup>\*18</sup> 蘇力のこのような考え方について言えば、私は一定程度は賛意を表明するし、さらにそれに基づいて、次のような一つのフィクション（虚構）を提示する。即ち、蘇力は、【日和見】或いは【風見鶏】ではないし、自分の書いたものが何であるのかを、はっきりと知っている、つまり、我々は、彼の論点の間に、何らかの論証論理を発見できる、と。一事实上は、私が以下でその考え方に対して行う分析或いは論理的

再構成に、蘇力は、嘗ては、はっきりとは気づいてはいなかった可能性が十二分に有るのだけれども。このフィクション（虚構）に基づいて、私は、以下では、蘇力のあのごちゃごちゃした相当に気ままな考え方の背後に入り込み、その雑然としたテーマ及び異なった論著を通り越えて、【固有資源論】に深く埋め込まれているあの論証手順或いは内在論理を、掘り起こして、再構成することを試みることになる。

## (二)【固有資源論】の論証手順或いは内在的論理の再構成

指摘しなければならないのは、以下での蘇力の考え方についての解釈で、示しているのは、時間的意味での順序ではなく、私が考える論理的意味での順序である。

私の見るところ、蘇力の【固有資源論】の目指す目標は、【権利本位論】、【法律条文主義】及び【法律文化論】等の中国法学の理論モデルが基本的に目指す目標と一致しており、大方は、中国に法制・法治の近代化を実現しなければならないということであり、或いは、蘇力の言い方を用いれば、「我々は、我々が実現しなければならないのは中国の近代法治であることを、忘れてはならない」<sup>\*19</sup>、或いは、「中国社会の近代化の最も重要な任務の一つは、農村社会の近代化である」<sup>\*20</sup>、ということである。勿論、蘇力の【固有資源論】がこのような目指す目標に達するのは、目下の中国社会の情勢に対して為された彼自身による基本的判断に源があると言って良い。私の個人的分析では、蘇力の論著を貫き、その検討が根拠としているものとは、主として、以下の二つの根本的判断である。即ち、その第一（の判断）は、蘇力は、明確に、中国法問題について検討するその目的とは、「中国社会の構造型の転換という背景下での、法治の複雑性、困難性、特殊性、及びそれらに伴う長期性を、改めて展開し、受け止め、理解する」<sup>\*21</sup> というところにある、と考える。しかし、「中国の近代法治の建設は困難な事業であるとは言え、私個人は、中国の近代法治形成の幾つかの根本的な条件は、もしかしたら既に備わっているかもしれないと、考えている。つまり、中国人民の百年にわたる艱難奮闘を経て、中国社会の構造型の転換は、全体としては、既に根本的に完成している。」<sup>\*22</sup> 勿論、ここに言う【根本的な条件】とは、中国が既に、経済的、政治的、そして文化的構造の、

伝統文明から近代文明へのその構造型の転換を根本的に完成していること、そして「中国が既に経験したその様な巨大な変化およびその成就と比較して言えば、中国法治の近代化」\*<sup>23</sup> 或いは「法制度の形成および法治の確立は、必ずや後続的であること」\*<sup>24</sup>、を指す。その第二(の判断)は、前述の第一の判断と緊密に関連するが、蘇力は、明確に次のように考える。即ち、構造型の転換が基本的には完成している中国の経済的、政治的そして文化的構造について法的な【制度化】及び【神聖化】を進めるにしても、もはや【変法モデル】に依拠しては展開できない。と言うのも、このやり方は、中国法或いは法治の近代化にとって、もはや有効ではないし不合理だからである、と。ここで所謂【変法モデル】とは、蘇力によれば、即ち、政府が国家の強制力を使って近代的な法体系を迅速に建設することで、市場経済の順調な発展を保証するということを主張し、その上さらに、経済の発達した国家や地域の法制度をヨリ多くヨリ速く移植するということを主張する、考え方或いは構想を指す。\*<sup>25</sup> 明らかに、蘇力の上の二つの判断の結節点は、「生産様式の変化、人口の流動化に伴って、宗法関係或いは変形的な宗法関係が強化し得た経済制度の基礎は、不断に弱められたと言わねばならない。中国固有資源の助けを借りて近代法治を建設することを私が強調するのは、正に経済体制の変革という基本的前提の下においてである」\*<sup>26</sup>、というところに在る。

疑いもなく、蘇力の上の二つの根本的判断には、以下の二つの極めて強力な、緊密に関連した理論的前提が隠されている。その一つは、彼が信奉する【歴史的唯物主義】\*<sup>27</sup> 版の理論的前提であり、それは即ち、法制度の形成と法治の確立は、該社会の政治、経済、そして文化の変革に【必ず後続する】ので、それらは当該社会の政治、経済、そして文化の変革と互換される可能性はないし、共時的な変革が成し遂げられる可能性もないし、更にはそれらが当該社会の政治、経済、そして文化の変革に先んじて後者の基礎を生み出し或いは作り上げる可能性もない、というものである。その二つは、彼が信奉する歴史的唯物主義と「関連する、或いは互換的な、社会学、経済学理論」\*<sup>28</sup> 版の理論的前提であり、それは、即ち、「現代中国の法治への叫びは、秩序への叫びと言ってもよい」、亦或いは、「法の主たる効用は、・・・大凡確定できる予期を打ち立て、保持することによって、人々の相互の交際と行為に資するところにある」、

というものである。<sup>\*29</sup> 以上のことが基本的に意味するのは、国家が公式に公布した近代制定法だけが、そのような大凡確定できる予期を確立できる、ということでは決してなく、主としては、各種の地方の慣習やしきたりによって構成される【固有資源】こそが、そのような役割を果たしうる、引いてはより重要な役割を果たしうる、ということである。

正に上述の二つの根本的判断を、上述の二つの理論的前提の助けも含めて、根拠にして、蘇力は、【法】或いは【法治】に関する根本的な見方を提示するが、その核心となる要点は、少なくとも、以下の二つである。

第一（の要点）は、法或いは法制度は単に反映的なものであって、構築的なものではあり得ないことである。社会秩序の出現、形成、および確立の歴史的進展の可能性から見るのであって、一般人の秩序を渴望する意欲から見るのではないなら、20世紀の中国の法治は、何らの【停滞】問題も存在してはいない。と言うのも、近代社会の法治というものは、該社会の政治、経済、および文化の構造型の転換が大方その秩序を形成し終えているという基礎に立って、やっとその可能性が生まれるからである。蘇力は、次のように考える。即ち、中国が短期で全面的に社会パラダイムの転換を完成することに対する人々の希求は、実は彼らの意欲の凝集に過ぎない。亦、正に、法或いは法治に関するこの意欲が、彼らに「理性的設計で変革するやり方、政府が推進するやり方、シュトルム・ウント・ドラングのやり方、只寸刻を争うやり方、大衆運動のやり方で、法治を【建設】することを切望させるが、亦、このようなやり方は、まぎれもなく、近代法治それ自体の要求—社会に応える、秩序を社会内部に生み出す、社会を規制すると共に国家権力の行使も規制する、社会の長期的安定を維持する—とは、互換すること、及び両全することが難しい」<sup>\*30</sup>、と。従って、蘇力にあっては、中国法学界が関心を持った、法治の【停滞】問題とは、大いに、真なる問題では決してないし、少なくとも有意義な問題ではない。<sup>\*31</sup> 別の視角から見れば、或いは蘇力自身の言い方を借りれば、「法それ自身は、決して秩序を創造できないのであり、秩序が法を創造するのである」。<sup>\*32</sup>

第二（の要点）は、法とは、今まで全て、社会の中でのヤヤ保守的な力であって、変革的な力ではなかったことである。蘇力は、社会学の視角から法を理解するなら、法の主たる効用は、決して変革にあるのではなく、大凡確定できる予期

を打ち立て、保持することによって、人々の相互の交際と行為に資するところにある、と考える。正にこのようなわけで、法はほぼ全てが秩序と連関するものであり、多くの法学者も、この視角から、法の概念規定を行い、さらに制度経済学者も、この視角から、法とは確定的予期を打ち立てるための公式の制度であると確定している。<sup>\*33</sup> しかし、只近代の成文法だけが、そのような大凡確定される予期を確立できるのではなく、各種の地方の慣習やしきたりによって構成される固有資源も、そのような役割を果たしうる。やや単純な社会では、そのような慣習やしきたりですら、成文法に比べて、便利で有効であり、それは経済学で言うところの取引コストを引き下げ、各種の社会的交際に対して、予期を打ち立て、人々の行為を規制するという役割を果たす。たとい大きな社会や近代市場経済の条件下であるとしても、そのような「社会生活の中で形成される慣習やしきたりは、やはり重要な役割を果たすし、引いては法治の不可欠の構成要素である。それは法がすべてを規定することが出来ないため、各種の慣習しきたりにも役割を果たすことが求められるからであるのみならず、ヨリ重要なのは、多くの法は、しばしば、社会生活の中に行われている慣習しきたりを、確認し、総括し、概括し、或いは昇華したにすぎない、ということである」。<sup>\*34</sup>

上述の【内在的】知の助けを得て、蘇力は、更に進めて、次のように考える。先ずは、「中国は計画経済から市場経済へ転換し、全国的に統一された大市場を打ち立てる過程で、必ず法と慣習の変化が求められ、且つ引き起こされ、最終的には市場経済にふさわしい法治の形成が求められる」<sup>\*35</sup>、と。

次に、「市場経済にふさわしい法治の形成」という目的は、既に明確であるとは言え、「しかし、ただ理論上論証されたあの市場経済にふさわしい法制度、或いは外国で行われている有効な法制度を引証するだけでは、中国法治を打ち立てることは決して出来ない。その理由は、市場経済が求めるものは、抽象的な法治では決してなく、全体として総コストを最大限に減少させ、交換の発生と発展を促し、富の再配分を促すに最適なルールと制度であって、その中には公式法と大量の慣習しきたりを含むからである」<sup>\*36</sup>、と。

更に、一方では、中国で目下盛行している、政府が国家の強制力を使って、発達した国家や地域の法を迅速に移植して、近代法体系を建設することを主張

する、あの【変法モデル】が「導き出す制度的変化は、必ず市場経済の求めるものに合うという訳ではなく、それは社会生活の中で求められている大量の慣習しきたりには代替できない。法の移植ということでは、この点を作り上げることが出来ない」<sup>\*37</sup>、と。亦、他方では、歴史的には言うまでもなく、中国の目下の情勢から見ても、あの【変法モデル】の【効果】も、【それ程理想的ではない】<sup>\*38</sup>、と。

最後に、蘇力は次のように指摘する。あの【変法モデル】の「努力は、一定の成果を得たと言えるし、私も、今日の世界では、どんな国家であれ、自国に完全に依拠できる、或いはそのことを必要とする法治はありえないのであり、従って、法の移植は避けられないということを、認める。しかし、我々は、先ずは我々が何に基づいて西洋法の移植を成功させるべきであるのかを、問わなければならないと、私は考える」。<sup>\*39</sup>

私の見るところ、蘇力は、正に、以上に述べた論証を進めて、彼が【中国の構造型の転換】という文脈で答えようとした一つの最も根本的な問題、即ち「中国近代以来の法の近代化の努力は、何故あまりうまく行かないのか？」<sup>\*40</sup>、という問題を、構築した。一層正確に言えば、つまりは、結局の所どうしたら、ヨリ有効にヨリ【合理】<sup>\*41</sup>的に、中国法或いは法治の近代化を実現できるのか？、という問題である。

勿論、この問題を検討する過程で、蘇力が採用したのは、明らかに、明確に【固有資源】の重要性を論述するという戦略である。然るに、本書で蘇力のそのような論述戦略の具体的なやり方の検討に向かう前に、私は、蘇力がそのような戦略を採用することになった二つの【外部】の知的要素を、簡単に指摘しておく必要がある、と考える。その一つは、中国法学の【変法モデル】が、制定法を強調して、たいていは中国の【固有資源】に注目しない、という傾向であり、たとい或る論者が中国法の伝統或いは中国法制史の問題を検討するとしても、それは【変法モデル】に関わらない枠組みの中で為されている単次元の検討であった。その二つは、蘇力が、明確に次のように考えていることである。即ち、中国の歴史的伝統、中国の多数人民、そして中国の変革の時代は、中国の論者に学術的【宝の鉱脈】或いは【処女地】を提供した、つまり学術的貢献を行う大きな可能性を提供した、「従って、中国の目下の現実生活に関心を持ち、



我々の比較しての優位性を発揮することが、中国の学者が独特の学術理論的貢献を作り出す見込みのある、不可避の道である」\*42、と。

【固有資源】の重要性を論証し、ひいては強化する過程で、蘇力は次のように指摘する。即ち、【固有資源】は、単に表現の便宜のために使われた字句であり、従って、それは、「自分の考え方を概括するために心を込めて考え出されたものではないし、必ず固守しなければならない【核心】的概念でもない。」\*43 亦、それは、一つの「道具的であって、本質的ではない」概念である。\*44 亦、さらには「分析的概念であって、規範的な命題ではない」\*45、と。しかし、私は、分析の視角から見れば、【固有資源】という概念は、どうしても、蘇力の論証構造の中で鍵となる概念であると考えている。と言うのも、正に、彼自身の論証は、この概念を、彼が【固守】せざるを得ない位置に置いているからである。蘇力は、論証過程で、【固有資源】という概念を、次のように解釈している。即ち、「中国の国情及び多少の自身の問題についての考察に基づいて方策を考えようとする、この方策を実践において司法の側面に入りこませることが出来る、併せて、自分のために法学教育を発展させ進める。これらの三つの側面が、私の考える【固有資源】の全体的概念を構成する」\*46、と。その他にも、蘇力は、更に一歩進めて、次のように指摘している。「固有資源を探し求め、自国の伝統に注目すると、いつでも、歴史から、特に歴史的典籍規則から、(それが)探し出されることが、簡単に理解される。このような資源は、固より重要であるが、しかしより重要なのは、生活の中の各種の非公式の法制度から、(その資源を)探し出そうとすることである。歴史を研究することは、固有資源の助けを借りる一つの方法である。しかし、固有資源は只歴史の中だけに存在するのでは決してなく、当代の人々の社会的実践の中に既に形成されている、或いは萌芽的に発展している、各種の非公式の制度が、より重要な固有資源である」\*47、と。

蘇力の上述の解釈から、我々は以下のことを見いだすことが出来る。先ずは、蘇力の【固有資源】という概念は、基本的には、中国の現下の社会的実践の中の立法、司法、及び法学共同体の三方面に渉る非公式な制度を指し、それは一種の非公式な制度形態の法秩序であり、正に彼が次のように言う通りである。即ち、「もしかしたら、今日の中国が無秩序であると断言することは見合わせるべきであり、その秩序の有ることを仮定し、それに基づいて中国の社会経

済に対して影響を与えた、或いは与えている、秩序立った【文法規則】を発見し、或いは解説すべきであるのかもしれない<sup>\*48</sup>、と。その次に、「固有資源は制約であるに留まらず、それは創造的なものでもありうるし、資源でもありうる」<sup>\*49</sup>、と。亦、最後に、固有資源は、人々が法制度を受け容れ同意する有効な基礎でもあり、従って、蘇力は、【固有資源】の助けを借りることは、「法制度に、その変遷と共に人々の受容及び同意を手に入れさせる、更には（その制度を）有効に運営させる便利なルート、即ち、合法性—人々の潜在意識での同意承認—を手に入れさせる有効なルートである」、と考える。<sup>\*50</sup>

蘇力が採用する、上文の【固有資源】の重要性を浮かび上がらせる論述戦略の、その論理展開は、主として、【地方の知】、【理性の有限性と進化】、そして【法の多元性】という三つの概念を通じて、【固有資源】を絶えず強調するものである。

第一には、【固有資源】の重要性を強調するため、蘇力は、ギアーツの影響の下で、彼（ギアーツ）が提示した【地方の知】という専門用語をそのまま用いて、各国の、或いは各種法系の法を指し示すが、それは正に、彼が次のように言う通りである。即ち、「私の使用する地方の知とは、ギアーツ（Local Knowledge, Basic Press, 1983）の示唆を受けたものである、ということに注目しなさい」<sup>\*51</sup>、と。我々の注目に値するのは、この【地方の知】が、蘇力では、基本的には、【書物の知】の参照の下に、次の三種の知によって構成されていることである。（1）【暗黙知或いは実践知】—「社会生活の中の多くの知は、言葉或いは一般命題を使って表現する術がないものであり（、只表現できているだけにすぎず）、表現しようとしても拙劣なものとなる。」<sup>\*52</sup>（2）【一般化された技術知】—【調解方式】或いは【オンドル裁判】のような知は、「多かれ少なかれ権力の行使者なら・・・そのまま理解できるものであり、多かれ少なかれ既に一般化された知である・・・、或いは裁判官自身が自由にコントロールできる知である・・・。このような地方的な技術知は、固より重要ではあるが、しかし比較して言えば、ヤヤー一般化された【地方の知】であり、或る程度は書物に入って交流できる知であり、しかも実際に既に書物に入っているものもある。」<sup>\*53</sup>（3）【交流不経済な個人の知】—「このような知は、空中に漂うことが出来ないので、あなたにはそれを手当たり次第に取り出し、気

儘に用いる術がない。亦、このような知は、書物には見えないし、少なくともその全てが書物に見えるものではない。と言うのも、このような知は、地方的であるのみならず、極めて個人的なものであって、交流には不経済な知であるので、往々生産を規模化（スケールメリットを図ること）して直ぐに書物に入れるには値しない知だからである。従って、このような知は、ほとんどが公式法制度に利用される術がないし、だからこそ公式制度が、一般的には、否認及び拒絶を与える知でもある。」<sup>\*54</sup> 明らかに、蘇力が【地方の知】という専門用語を用いる、その目的は、【近代法制】と【固有状況】という「この二つの制度或いは観念の区別を、二つの知の区別に転化しようとするところにあり、而るに、知という点では、我々がそれらの優劣高低を判断することは極めて難しい。」<sup>\*55</sup>

第二には、【固有資源】の重要性を更に強調するために、蘇力は、「一つの制度としての近代の法治が、【変法】或いは移植によっては建設できず、必ず中国の固有資源から変化し創造されなければならないのには、もう一つの別の理由がある。即ち、知識の地方性と理性の有限性である」<sup>\*56</sup>、と指摘する。確かに、一つの国の法治に適合するものは、決して抽象的で何の背景もない原則やルールではなく、一つの知識体系に関わるはずである。と言うのも、生き生きとした有効に運営される法制度は、多くの絶えず変化する具体的な知識を必要とするからである。もし近代中国法治の建設に関わる我々の知識は完全なものであると我々が確定できるなら、或いは仮に外国の法治の経験が全ての関連知識を既に究め尽くしているのなら、或いは仮に法治の建設に必要な全ての具体的情報が何らかの手段で一つの大脳或いは一つの権威的機構に合流できるという話であるのなら、その時は我々は、近代法治の建設には何の困難もないし、杓子定規に事を行い、それを敷衍して形にするだけだ、と言うことが出来る。しかし、蘇力は、主としてハイエクの考え方に依拠して、次のように考える。即ち、「そのような仮定は、全て、成立不可能である。ちょうど、計画というものが、社会の経済活動に関する全ての情報と知識を究め尽くすことが出来ないし、人々の好みに関する全ての知識を手に入れることも出来ないのと同様に、どんな法治建設の計画も、その社会の法的活動の全ての情報と知識を究め尽くすことは出来ないし、変動して定まらない社会の現象に有効な対応を行う術はない。従っ

て、我々は、我々が心の中に持っている理想モデル或いは現にある理論に依拠するだけでは、有効に運営できる近代法治を、計画的に建設することは出来ないのである<sup>\*57</sup>、と。ここで強調しなければならないのは、蘇力が【理性の有限性】という考え方を援用する、その目的とは、私の見るところ、「(その)知識論が、再度、固有資源を利用し、伝統および慣習を重視して、近代法治を建設することの必然性を提示している」<sup>\*58</sup> ことを指摘しようとするだけでなく、近代法治の実現では必ず【固有資源】の進化に頼らなければならないことを強調しようとするにもあり、と言うのも、「人の有限な理性でそのような法治システムを計画的に造り上げようとするのは、全く不可能なことであると言うことが出来る」<sup>\*59</sup> からである。

第三には、前述の【地方の知】という考え方にに基づき、その上、蘇力は、又、マルクスやウェバー等の論者の思想の上立って、次のように指摘する。即ち、「従って、我々について言えば、問題は、一つの社会或いは国家の中に幾つかの文化が共存しているとき、(その文化共存は)該社会の法の実行に対してどんな特別な影響を生み出すであろうか?、そのような影響とは何であり、どのように現れるものなのか?、現代中国には、法的多元という問題は存在するか否か?、という所にある」<sup>\*60</sup>、と。蘇力が提示したこのような問題は、その論述構造の中では極めて重要であり、と言うのも、私の見るところ、それは、【固有資源】の為に【法的多元】に通じる道を開き、さらにこれに基づいて【法的多元】の意味での【国家法と民間法との関係】という問題を提示したからである。周知の通り、法的多元とは、二種の、或いは多種の法制度が、同一社会の中に共存しているという状況であり、<sup>\*61</sup> 従って、法的多元の研究は、必然的に国家法と民間法とが相互に影響しあう関係問題に関わるはずである。「法的多元とは、同一時空に、引いては同一問題上に、多種の法が共存することであるから、何か両極の、例えば民間法と国家制定法との、対立的な区分は、実際には全て誤りである。何らかの現実の社会では、所謂社会制度とは全て、決して国家の公式の制定法だけではなく、多元的な法によって作り上げられるものであり、このような多元的法は、いつも社会の微視的な同一の実行過程の中に同時に混在している。そこでの民間法は、非公式な、我々の察知できない制度或いはしきたりであるというだけの理由で、それらの、人々の行為に

対する影響、社会の公式の制度に対する支持、補充或いは拒否は、往々耳を貸されることがない。」\*<sup>62</sup> 正に何らかの人類学の研究成果に基づいて、加えて【固有資源】を一つの【法の元】と見なすことによって、蘇力は、中国にも、その他の多くの国家と同様に、【法的多元】の状況が存在すると、つまり民間法と国家法とは、異なる【法の元】である、と考える。【法的多元】論の一般的な考え方、つまり民間法に比べれば、国家制定法は決して【自然的合理】\*<sup>63</sup> ではないということに基づき、蘇力は以下のような主張を提示した。即ち、「国家制定法と民間法とに衝突が生じたときには、国家制定法で民間法を同化することを形式的に強調することは出来ず、国家制定法と民間法との相互妥協と協力とを探し求めなければならない」\*<sup>64</sup>、と。

正に、上述の考え方の強調、及び上述の各々の論理段階について為された、各種のヤヤ雑然と散在しているようにも見える検討および論証を通じて、或いは、正に上述の根本的な論証手順或いは内在的論理をめぐって、蘇力は、【固有資源】についての彼自身の見方を形成した。

### (三) 【固有資源論】の基本的すじ道の分析と批判

上述の【固有資源論】の分析と再構成とを経て、我々は次のことを見いだすことが出来る。即ち、中国の法制・法治の近代化を実現するという目標を目指し努力するという前提で、蘇力は、彼が【中国の構造型の転換】という文脈の中で答えようとした最も根本的な問題（即ち、如何にしたらヨリ有効に、ヨリ合理的に中国の法制・法治の近代化を実現できるのか）を、論証を経て構築したのみならず、さらに【固有資源】の重要性を不断に強調する過程で、この根本問題に隠されている【国家法と民間法の関係】という問題を次第に明らかにすることにもなった。勿論、【国家法と民間法の関係】という問題は、蘇力の論証の筋道の中では鍵となるものであり、と言うのも、私の見るところ、蘇力がこの問題に対して行った具体的な回答は、一方では、大いに【固有資源論】の実質的内容を作り上げたが、他方では、その論証の論理的な重大な分裂或いは矛盾を示したからである。論述の便宜のため、私は、下で述べる幾つかの側面から、【固有資源論】に存在する問題に対して分析および批判を進めるつもりである。

第一に、【国家法と民間法の関係】という問題を詳しく研究する過程で、蘇力は、実は、二つの、私の見るところハッキリと異なった、さらには矛盾している、回答を提出した。その（回答の）一つは、彼が提出した国家法に【傾斜した】回答であり、正に蘇力が次のように言う通りである。即ち、「中国法制建設の一つの重要な任務は、民間法を国家法へと融合させ変転させなければならないことである。論文（「法律規避和法律多元」を指す）」に確かに含まれているこのような判断を、そのうえ、中国の今日の社会主義市場経済に相応しい社会主義法制の建設に焦点を合わせた現実的判断として、私は今日も尚堅持している」、と。<sup>\*65</sup> さらに、蘇力は、「我々の国家の現状に焦点を合わせても、国家制定法が民間法に浸透するのを促すため、民間法の変転の完成を助けるため、国家制定法は一種の必要的権威を持つべきであると、強調する」。<sup>\*66</sup> これと同時に、彼の考え方に対する論者達の誤解に答えるため、蘇力は又明確に次のように指摘する。「少なからずの人が、私が使った【固有資源】という語で、私を法治の固有化と一緒に結びつけている。これは、字面だけを見て当て推量の読み方をしているもので、【固有】（という語）を原因とする誤解である。実際には、細心の読者なら、私が従来から法治の固有化を言っただけでなく、注目しなければならない」<sup>\*67</sup>、と。亦、「多くの人が、中国の固有資源と伝統の助けを借りて形成される制度は極めて便利かもしれないが、しかし長期的に見れば、やはり理想的な近代法治に合わないことを、懸念するであろう。例えば、宗法文化の助けを借りる影響では、宗法関係を強化する可能性がある。このような懸念は、理由のあることである。しかし、生産様式の変化、人口の流動化に伴って、宗法関係或いは変形的宗法関係が強化することの出来た経済制度の基礎は、不断に弱められたと言わねばならない。私が中国固有資源の助けを借りて近代法治を建設することを強調するのは、正に経済体制の変革という基本的前提の下にあるからである。固有資源の助けを借りて、必ず昔日のやり方の全てを回復するというにはならないし、不可能でもある」<sup>\*68</sup>、と。以上述べた全てが、次のことを示している。即ち、「このことは、決して変法すべきではないと言っているのではなく、【変法】型の制度変革および法治建設の若干の弱点を指摘することにある。即ち、たとい西洋の若干の国家に通用した法或いはやり方であっても、たとい理論上は市場経済の交易コストを減少さ

せる法及び制度に合っているとしても、もし固有の伝統や慣習と協調しないのなら、ヨリ多くの強制力を手に入れてやっとなし広めてゆくことが出来るだけである。このことは、我が国が実効力があり効率よく実行される社会主義法治を打ち立てるには、固有の伝統及びしきたりに依拠し、その助けを借り、そしてそれを利用しなければならない、ということの重要性を、解説しているのである」\*69、ということである。

その(回答の)二つは、彼が行った民間法に【傾斜した】回答であり、正に蘇力が次のように言う通りである。即ち、中国法制建設の一つの重要な任務は、確かに、民間法を国家法に【融合し変転】させようとするものである。しかし、「問題は、これが中国の当代の法制建設の普遍的原則となるのかどうか、或いはその原則になるべきかどうか、ということにある。」\*70 亦、さらに、中国の目の下の国家法と民間法との関係では、「国家制定法が妥協することがヨリ緊要かもしれない」\*71、と。

しかし、我々が追及しなければならないのは、蘇力の上述の一貫しているように見える論証構造において、何故そのような二つの趣向の異なった、甚だしきは矛盾する考え方が現れるのか?、ということである。明らかに、これは我々が追求すべき問題であるし、実際に蘇力が必ず直面した問題である。私は、蘇力の論証構造には、実は未だ論者の注目を引いていない二つの具体的な論述手順が隠されている、と考える。その一つは、私の言う【近代法傾向】という手順であり、二つは、【法的多元】という手順である。明らかに、この二つの手順は、相互に衝突或いは矛盾するものである。と言うのも、【近代法傾向】という手順は、伝統的民間法を【融合し変転】させ近代的国家法にすることを基本的主旨としている—即ち、「人々が法に遵わず、法が彼ら自身を守っていることに注目しないのには、多くの理由がある。しかし、その理由の一つは、そのような法を遵守し、公式法を利用することが、彼らにとってはヨリ一層不利だから、というものである。言い換えれば、国家制定法と民間法との間には文化的阻隔があり、従って、中国法制建設時に、中国法学者が果たさなければならない、又その可能性のある役目とは、次のことかもしれない。即ち、我々の努力によって国家制定法と民間法との橋渡しをし、それによってそのような文化的阻隔を打ち破り」\*72、さらに伝統的民間法を近代的国家法へと変転させ

ることである。而るに、【法的多元】の手順は、民間法と国家法との共存を基本的前提とするものであり、且つそのような前提の上で、二者の間の理解、妥協、そして協力を主張する一即ち、「中国社会の構造型転換期の法制建設では、全体として見れば、国家制定法と民間法との間で、橋渡をし、理解することに力を尽くし、この基礎に立って、相互に妥協し、協力しなければならず、こうすることでより大きな被害を避け、より大きな利益を獲得することが出来る。而るに、思弁的な理想型の法制モデルに照らすことでは・・・現代の中国法制を築き上げることは出来ない」\*73、と。

明らかに、正に、隠されて明らかではない、分裂した、この論述手順の中で、つまり、【資源】或いは【効用】からと、【法の元】からという、二つの根本的に異なる或いは矛盾する視点から【国家法と民間法の関係】という問題を見ることは、私の見るところ、蘇力に、この問題について、二つの、ハッキリと異なる、或いは彼此が矛盾する回答を提出させたのみならず、【国家法と民間法の関係】という問題そのものにも、根本的な変化を生み出させることになった。と言うのも、そのことは、この問題そのものを、次の二つの、性質のハッキリと異なった問題に変化させたからである。即ち、【近代法傾向】という手順に限れば、【国家法と民間法の関係】という問題は、実は、「如何にして有効且つ合理的に伝統民間法を近代国家法に【融合変転】させるか」という問題に変転してしまっているが、しかし【法的多元】という手順では、この問題は、実は、「如何にして有効且つ合理的に伝統民間法と近代国家法とを共存させるか」という問題に変転してしまっているからである。

第二に、前述の通り、【国家法と民間法の関係】という問題を詳しく研究する過程で、蘇力は、【近代法傾向】と【法的多元】という二つの矛盾する論述手順に従うことで、ハッキリと異なる或いは彼此が衝突する回答を提示した。しかし、我々の追及は、ここで止まることは出来ない。と言うのも、蘇力は、この問題に答えた際に、何故二つの彼此が衝突する論述手順を設定したのか、という問題について、我々は又さらに一步進めた追求をしなければならないからである。私の見るところ、蘇力にこのようなやり方を採用するように仕向けた原因は、主に彼が手にしていた一本の輪になって結び合った【考え方の鎖】一彼が主張する何らかの考え方ではない一に発している。



(1) 蘇力は、【歴史的唯物主義】、及び歴史的唯物主義と関連する、或いは互換的な、社会学及び経済学理論に立って、法或いは法治についての彼の見方を提示した。それは即ち、法或いは法治とは単に反映的なものであって、構築的ではあり得ず、かつ何時でも社会の中で一種のやや保守的な力であって、変革的な力ではなかった、というものである。蘇力のこのような法或いは法治観で、鍵となるのは、「法それ自体は決して秩序を創造せず、秩序が法を創造する」ことである。疑いも無く、蘇力のこのような法或いは法治観は、バーマン等の論者が構築した、所謂、法或いは法制度は資本主義経済及び政治の形成に先立っており且つその基礎となったという、「法の社会理論」—即ち、西洋の12世紀から15世紀に至る法の発展が、17世紀から18世紀の資本主義経済及び政治の形成の基礎を定めた<sup>\*74</sup>—を、全く無視するという状況の下で、達されたものである。

(2) 前述の考え方や緊密に関係するし、且つヨリ一層鍵となるのは、秩序が創造するあの法について言えば、蘇力は、法学者は何もしようとしないであろうと考える。これは、彼が繰り返し指摘した通りで、即ち、「民族の生活がその法制を創造し、法学者が創造するのはたかだか法制に関する理論である」<sup>\*75</sup>、と言うのも、「私は、法治が最終的にどうなるかは、いつでも、法学者が勝手に決めるものではなく、民族の生活がその法治を創造するのであり、法学者が創造するものの多くは、その法治についての理論的正当化である、と考えるからである。従って、自分の言った何かが流行のスローガンになっただけで自分を非常にすごいと思う人や、スローガンが法治の結果を決定できると考える人は、実は皆少々自分を重く見て、他者を軽視しているのである。法治が、もし実際に固有化であるなら、あなたはその西洋化を思ってはならないし、亦、もし国際との連結なら、あなた達法学者は皆、固有化を主張してはならない。」<sup>\*76</sup> さらに、「よしんば現実に緊密に関心を持つ法学研究の、現時の法制に対する影響が、主として、正当化の過程であるとしても、せいぜい法制の構成様式及び正当化の論証に対して若干の影響を生み出しているに過ぎない。法制は社会の中から発生するもので、その実際の運営が何らかの法学研究の成果と合致する可能性はあるが、しかしそれは決して必然ではないし、さらには必須でもない……。このような社会秩序は、基本的に見れば、(自己)形成的であり、

それは人々が社会生活において協議し調整して具体化してきたものであって、理論に照らして作り上げられたものではない。」\*77

(3) しかし我々の注目に値するのは、たとい中国の法学者が中国法制或いは法治の形成に対して出来ることがないにしても、蘇力は尚、法学者は彼ら自身の【貢献】を為すことが出来るし、その上「このような貢献は、我々の経験や体験を使って、目下主として西洋の学者によって提供されている理論やモデルの為に、若干の脚注を提供し、彼らの理論的枠組みを強化、或いは補充するものである必要はなく、真に代替不可能な貢献である」\*78、と考えていることである。正にこのような法学観に立って、蘇力は、彼の文章で、彼自身及び法学界全体に対して、「何があなたの貢献か？」という問いを提示したのみならず、さらに私の言う【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で、当初の視角から見てそれが目指す目標と緊密に関連している、【固有資源】を強調する論述戦略を構築し、且つ【固有資源】を、彼と中国法学とが【貢献】する可能性のある【宝の鉱脈】と、或いは彼と中国法学とが【中国法学の幼稚な】帽子を脱ぎ去る可能性のある【突破口】と、見なしたのであり、それは正に彼が次のように言う通りである。即ち、「直面しているのが、中国の当代の社会の急激な変化、中国の当代の法制の急速な発展であるにもかかわらず、法学界は今まで有力な回答を与えていないし、今のところでさえその可能性がないらしい。我々の法学は、たいていは、西洋の学者の冷や飯を炒めたもので、自分自身の見識や洞察力は無いし、自分自身の発見も無く、引いては国内のその他の学科の中で、【幼稚な法学】とあざ笑われている。このような状況は、中国法学者の恥辱であり、我々のような学識法律家には、このような状況を改変する義務がある。[恥を知る者は、勇に近し]ではあるが、しかし勇があるだけでは未だ極めて不十分で、我々はさらに必ずや法学発展の突破口を探し出さなければならない。全体から見れば、このような問題は、中国問題の研究を通じて解決されなければならない」\*79、と。これこそが、蘇力がヨーロッパ大陸法学と英米法との知的傾向を大雑把に分析した後に指摘した、所謂【突破口】である。「このような構えには、巨大な理論的空白があることが、我々には見える。それはつまり、第一審裁判官の実践と経験の研究の総括である。言ってみれば、このような研究成果は極めて少なく、正にこのような広々とした視野の中に、

我々は中国法学が開拓する可能性のある処女地を見たのである。<sup>\*80</sup> 勿論、このことが、蘇力が「当代の中国の問題それ自体が正当性を備えている」と繰り返し強調した理由でもある。<sup>\*81</sup>

以上から見れば、正に上述の一本の【考え方の鎖】を通じて、それが到達した【貢献のための貢献】という法学観、及び最終的に形成された【固有資源】という【突破口】或いは【処女地】を経て、蘇力はやっと、【近代法傾向】というその目指す目標と合致する論述手順の他に、更に【法的多元】という論述手順の設定に努めることが出来たのであり、引いてはこれら二つの論述手順の間にある矛盾或いは衝突を無視することが出来たのである。このような意味で言えば、私は、正に【貢献のための貢献】という法学観、及び最終的に形成された【固有資源】という【突破口】或いは【処女地】こそが、蘇力に、一筋の、彼が当初は歩むつもりが無かった、道を歩ませた、と考えてさえいる。

第三に、前述の如く、蘇力が【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で採用したのは、【固有資源】の重要性を浮かび上がらせるという論述戦略であり、その論理展開は、主として、【地方の知】及び【法的多元】等の概念を通して【固有資源】を絶えず強調するというものである。私の見るところ、【貢献のための貢献】という法学観の支配の下にあるこのような論述戦略は、蘇力の論著の中では、二つの極めて望ましくない彼此が絡み合った結果を招いた。一つは、【固有資源】の重要性を強調する為に、それを専断的に一つの【法の元】として設定したことであり、二つは、【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で、【中国の現実】に対して【非中国】的な専断的対処を行ったことである。

(1) 論証の視角から見れば、前述の如く、蘇力は、ギアーツに影響されて彼が提示した【地方の知】という専門用語をそのまま用いて、各種の法的なものを指し示している。周知の通り、ギアーツでは、「法とは地方の知である。地方とは、場所、時間、階級、及び多様な問題にだけではなく、語調 (accent) にも関わる。この語調とは、即ち、発生するかもしれない事についての現地の言葉による想像物と関連させられた、発生している事についての現地の言葉による特徴付けである。」<sup>\*82</sup> ギアーツのこの考え方の核心は、私の見るところ、【現地の言葉による想像物】、及びこれにより構築された【文化的意味世界】で

ある。つまり、前者は、彼が、「【法】とは、どこにあっても、現実を想像する独特の方法の一部である」<sup>\*83</sup>、と言う通りであり、後者も又、彼が、地方の知とは、実は、人が「自ら紡いだ意味の網」<sup>\*84</sup>である、と言う通りであるし、或いは私の言う【文化的意味世界】である。正に、バリ島、イスラム、インドそしてマレーシア等の現地の【意味の網】或いは【文化的意味世界】は、西洋世界の、事実と規範に関わる、【意味の網】或いは【文化的意味世界】とは、ハッキリと異なっており、我々には、何らかの価値および意味を象徴する或る法体系と、これとは別の、道徳的には同じ位置にある別の価値および意味を象徴する法体系とを、道徳的に優劣評価する道徳的理由など有りはしない。しかし、強く指摘しなければならないのは、蘇力の所謂あの【地方の知】とは、先ずは、ギアーツの意味での【意味の網】或いは【文化的意味世界】ではない、或いは同じではないことであり、それは、正に、彼自身が次のように言う通りである。即ち、「私の用いた地方の知はギアーツから示唆されたものであるが、しかし重大な異同がある。ギアーツの地方の知とは、地方的なものではあるが、しかし彼の分析の筋道では、同時にこの地方の知に同質性を付与している。しかし私の言う地方の知とは、具体的な知であって、locality と互いに関連してやっと思を持つ知であり、交流には不経済であり、更にそれ故必ずしも大量書籍化には値しない知である」<sup>\*85</sup>、と。具体的に言えば、ギアーツの強調したのは解釈であるのに、しかし蘇力が強調したのは効用であり、亦、ギアーツの探し求めたものは意味であるのに、しかし蘇力が【凝視】したものは効能であり、亦、ギアーツが主張したのは、あの道徳的評価をすべきではない地方の知に承認を与えその理解を進めることであるのに、しかし蘇力が主張したのは、知識上は所謂優劣はないが、効能の評価および道徳的評価を行うことの出来るような地方の知に関心を持つことである。

我々の注目に値するのは、蘇力の所謂あの【地方の知】は、彼が言うのとは違って、ハイエクの意味に発するような、【分立した個人知】、【暗黙知】及び【無知観】に支えられた知識論では決して無いことである。<sup>\*86</sup> というのも、私の見るところ、ハイエクは、【人の行為にして、設計されたものではない】といったカテゴリーおよび【無知観】の洞察を経て、【自然】、【人為】、及び【人の行為にして、設計されたものではない】という三分観、並びにこれを根拠にした【社

会秩序ルールの二元観】を確立しており、さらに以上から、次の二つの極めて重要な理論的命題を提示した。即ち、一つは、ハイエクが理性の有限性或いは無知観を基礎に造り上げた、社会秩序の内部ルールは人の行為であっても人が設計した結果ではない、という命題であり、二つは、ハイエクが文化進化論から出発して確立した、社会秩序ルールは相互競争的自然選択である、という命題である。正に以上のような分析によって、ハイエクは次の重要な結論に到達した。即ち、外部秩序と対応する外部ルール（或いは公法）は、人類社会の欠くべからざる管理の道具ではあるが、しかし、それは却ってそれ故に、内部秩序が生成、維持できる内部ルール（或いは私法）を、侵すこと、さらにはそれに取り替わることが出来ない。さもなければ、内部秩序とそこに根ざしている個人の行為の自由は、侵犯され、更には抹殺されることになるであろう。<sup>\*87</sup>

ハイエクの【社会秩序ルールの二元観】に関しては、私は三つの点が我々の注目に値すると考える。

一つは、「それ（社会秩序ルールの二元観）は、【自然】と【人為】との二元観に対して尖鋭な批判を作り上げたのみならず、この批判が法的現象の考察領域に進んだ時、デカルト式の合理（唯理）主義以来法的領域で支配的な位置を占めてきた【社会秩序ルールの一元論】が、人類社会の運営過程から【人の行為にして、設計されたものではない】制度あるいはルールが切り分けられた後に、如何にして確立したのかという、その過程及び条件を、明らかにした。正に、この意味で、ハイエクが詳しく解き明かした内部ルールと外部ルールとの【社会秩序ルールの二元観】は、一面では、大抵は【近代性図式】の一つを作り上げている、立法を唯一の法と見なす、あの考え方及び実践を我々が反省する為の、一つの極めて重要な次元を提供すると共に、更には、近代社会は、合理主義イデオロギーの支配の下で、元もと通約不可能な文化伝統を、立法を通じて一元化し統合してゆくという、あの考え方及び実践の正当性を我々が一歩進めて追及する為の、知的基礎を提供した」<sup>\*88</sup>、というものである。

次は、「人々は、社会秩序の内部ルールは自然なものである、ということを証明する、即ちそれらは恒久的な事物の秩序の一部である、或いはそれらが恒久不変の人間本性の中に恒久的に植え込まれているものである、ということを証明する、十分な理由を持つてはいないけれども、しかし、人々は、それにも

かかわらず、ここから推断して、実際に人間を導いている行為ルールは必ずや人が苦心して選択或いは設計した産物である、と言うことは決して出来ないし、又ここから推断して、人はその定められた何らかのルールを採用することを通じて社会を造型する能力を有している、ひいてはそうしなければならない、と言うことも出来ないし、」更には、これによって、社会秩序内部ルールを否定し忌避することは出来ない<sup>\*89</sup>、というものである

三つは、「ハイエクの法理論が詳しく説き明かしたことは、外部ルールと内部ルールとの間の二元的対立関係を構築することを旨としたものでは決してなく、寧ろ現代社会の外部ルールによる内部ルールの侵犯或いは代替問題に明確に対処することを旨としたものであり、或いは社会秩序に参与する行為者が遵うべき外部ルールと内部ルールとの間に共存的な境界を設定しようとしたものであり、それは、このような境界は、ハイエクの、社会秩序ルールの文化的進化という命題の中に、確定することが極めて困難であるのみならず、選択過程の中で変化が生じうるのではあるけれども、そうである<sup>\*90</sup>、というものである。

ハイエクの【社会秩序ルールの二元観】に照らして、我々は次のことを発見できる。即ち、法的領域において、ハイエクが強調するのは、主として、所謂【一般的ルールの意味での国家法】内部の二元性（或いは公法と私法の二元性）であるが、蘇力が指摘するのは、ところが、【国家法】と地方的慣習しきたりとの間の関係であって、このことは、【国家法】が蘇力においては一元的であることを意味する。亦、ハイエクの主たる関心は、社会秩序に参与する行為者が遵守している外部ルールと内部ルールとの間に、如何に両者が共存する境界を設定するかということであり、蘇力が主として強調するのは、伝統的民間法を近代国家法へと【融合し変転】させる、様々な社会的条件である。亦、更に言えば、ハイエクが強調するのは、外部ルールと内部ルールとの二元間の共存であるが、蘇力が気にかけているのは、結局の所は、如何にして、【時間】を代価として、ヨリうまく伝統的民間法を近代的な国家法に【融合し変転】させるかということである。明らかに、【固有資源】としての民間法は、蘇力にあっては、移植法が尚完全には有効ではない状況下であって確立されて行く一種の補充的【資源】であって、言い換えれば、政治、経済、そして文化の構造が徹底的に改変され、且つ移植法が日増しに完全に有効となっている状況下では、

徹底的に放棄できるような【過渡的】資源であって、知識上は【近代国家法】と同等であっても、価値的には【近代国家法】に勝つことはないことを、基本的には、既に前提されている資源である。勿論、蘇力は、以下のように、曾て明確に指摘していた。「[国家法と民間法との] 両者の間では、国家制定法が妥協することがより緊要かもしれない。国家制定法は、しばしば、体系化、理論化された、近代法制に関する、及び中国がその法制の伝統を持っていない、イデオロギーを伴っており、国家の強制力を後ろ盾としており、優位な位置にあることから、ややもすれば、そのような(民間法との) 交流および疎通を無視し、妥協および協力を望まない。しかし亦、所謂近代法制を民間に押しつけ(imposition) ようとするなら、民間法は、国家の強制力、及び組織化されたイデオロギーの支えがないことから、しばしば一層弾力的となる一妥協しやすい(しかし、完全に征服されることはあり得ない)。従って、国家制定法が民間法を理解してやり実践的にも努めて疎通を求めることを強調することは、ヨリ一層の重要性を持つことになる。特に、目下の法学界の「世界と繋がる」というかけ声の中、中国の法学教育と法的実践とが一応は国家制定法を中心に行っている現状では、国家制定法が民間法に対して適切な妥協を行うことを強調し、民間法の協力を求めることは、あるいは最も重要であるかもしれない」\*91、と。しかし、たといそのような見解の中ではあっても、我々が読み取ることが出来るのは、単に、蘇力が【劣位】の位置にある民間法の【立場の無さ】に寄せる同情と、彼が法学界の【世界と繋がる】というかけ声の中で行った一種の【お付き合い】の対策である。—「従って、取引費用を減らし、社会的財を増やすというだけの為に、そのような区別を強調した法治の固有化を目標とする必要はない。」\*92

以上から、蘇力の論証の中の矛盾を一掃するために、我々はさらに次のような追及をしなければならない。即ち、蘇力は、結局、何故、論述の過程で、彼が考える【補充的】、【過渡的】、そして【効用的】資源を拡大して、一種の【交換不経済】で【大量書籍化に適さない】、従って抽象化して一般的な法律にする術のない、【法の元】にしたのか?と。私の見るところ、蘇力の論述のすじ道に対する私の分析についてだけで言えば、それは明らかに、彼が【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で採用した、あの【固有資源】の重要性を

誇大化した、論述の策略が、必然的にもたらした結果であって、つまり、論旨に反することを考慮しないところに、しかも所謂【貢献】に達するために、生じた、論理的分裂である。

(2) 勿論、【貢献のための貢献】という法学観の支配の下にあるこのような論述の策略は、蘇力が【固有資源】の重要性を強調し、それを専断的に一つの【法の元】に誇大化することを引き起こすのみならず、更には、そのような【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で、【権利本位論】や【法律条文主義】とほとんど同じように、彼に【中国の現実】に対して【非中国】的な専断的対処を行なわせることになった。或いは、更には、所謂【中国の現実に関心を持つ】という過程で、学術的【宝の鉱脈】或いは【処女地】についての自分の判断に照らして、彼に中国の現実を【切りわけ】或いは【裁断】させることになった。

先ず、我々の知る通り、蘇力が【変法モデル】を批判した時に主張したのは、理性の有限性を基礎にした唯物主義的進化観であった。しかし、我々の注目に値するのは、蘇力の【裁断】或いは【切りわけ】によっては、【固有資源】は【新伝統】(即ち、法律の移植によって造型される各種の新しい【固有資源】)を含むことは決してなく、只国家制定法とは異なるもの或いは相反するものを、彼の言う【固有資源】にする可能性があるに過ぎなかったことである。従って、蘇力の論著の中では、彼の謂う【進化】とは、単にあの交換不経済な【固有資源】の内部進化であって、そもそもあの中国に移植された法の進化問題に関わるものではなかった。最終的には、彼は、基本的には、進化の【模倣】及び【学習】メカニズムを伝統的【固有資源】の内部に厳格に限定し、人類が備えている、異なった地方或いは文化の間で【文化的進化】を進める能力を、切り捨ててしまうことになった。

次に、【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で、勿論或る程度は【反映的】及び【保守的】という法律観にも影響されて、蘇力は実質的には、抽象されたものである所謂【法二元】観という場面で、そこでの【民間法】或いは【固有資源】という元について(一つに)実体化した研究を行った。と言うのも、彼の研究では、彼が力を入れた【基層】にしても、彼が繰り返し強調した【鄉村】にしても、全てが中国が目下そこにある世界秩序、貧富格差構造、そして



都市農村二元構造の複雑な影響から乖離してしまうことによって、コンスタブルの描いた【牛】<sup>\*93</sup> に類似したあの鮮明な図像に変わってしまっているからである。即ち、一つは、世界秩序の影響および発展程度の影響の下で、地域格差および司法水準格差で溢れている【基層】は、却って、上述の理由で、蘇力の研究の中では、中央或いは国家という層域に属さない、(【基層】間では)ほとんど同質の少しの区別もない層級として描き出されている。二つは、この26年で【貧富格差構造】および【都市農村二元構造】の二重の影響を受けることで大きく変化した【鄉村】は、却ってこれ又上述の理由で、蘇力の研究の中では、(【鄉村】間では)ほとんど違いのない、【固有資源】或いは【民間法】の生産地として描き出されている。従って、中国の制度の構造型転換と社会的変遷との構造的連携を失ったことにより、蘇力の【基層】と【鄉村】とは、実際には、【抽象的】、【概念的】な、簡略化された中国になってしまい、【具体的】、【事実に基づく】な、複雑な中国ではなくなってしまっており、更には彼が説明しようとした中国の現実の問題について有効な説明を為す術の無いものになっている。

さらに、【貢献のための貢献】という法学観の支配の下で、前述の如く、蘇力が【固有資源】を【裁断】することは、彼に、彼が公言していた【過程】研究を非歴史的な静的研究へと変成させてしまうことになった。著書『送法下郷』で、蘇力は次のように指摘している。即ち、「様々の自然的、人文的、そして歴史的原因で、現代中国の国家権力の、少なくとも農村郷土社会に対する一部の規制は、相変わらずかなり柔弱である。【送法下郷】とは、国家権力が、その有効権力の辺縁領域において、司法的形式で自己の権威を打ち立て或いは強化し、国家権力の求める秩序を貫徹し結実させようとする努力である」<sup>\*94</sup>、と。素直に言えば、蘇力のこの考え方は、70年代下半期の、国家的規制或いは政治的規制の道具としての【公・検・法(公安=警察、検察、法院=裁判所)】という急所を、かなり鋭く明らかにしたものではある。しかし、必ず指摘しなければならないのは、この考え方は、却って、1978年から今までのこの26年の中国司法の発展状況に当てはめ、その状況を指し示すことが、どうしても出来ないことである。と言うのも、蘇力のこのような判断の中では、我々には、そもそも、中国が、目下の世紀の秩序の中で、並びに【市場経済】及び【法制建

設】の影響の下で、生み出している各種の制度的或いは構造的変化が見えなくなるし、更には蘇力がこのような変化及びこのような変化の原因に対して行った分析及び説明が見えなくなるからである。

明らかに、【貢献のための貢献】という法学観の支配の下にあるこのような論述の策略は、蘇力を、【固有資源】の重要性を強調する為に、それ（【固有資源】）を専断的に誇張して一つの【法の元】にすることに導くのみならず、更には彼に、西洋の要素と重なり合った、しかし正しく中国人の日常生活の中で次第に形成された、あの生き生きとした【固有資源】を見ても見えなくさせ、その上で【中国の現実】に対して【非中国】的な専断的対処を行なわさせることになった。理論的な視角から見れば、これは、相当に、【権利本位論】及び【法律条文主義】という二つの法学理論モデル（実際には【法律文化論】も含む）と同じ一つの根本的問題、即ちそれらの全てが【現実】生活世界からひどく乖離した理論モデルであるという問題、を作り上げた。それは、それらの理論モデルが【現実】生活世界から乖離するその理由及びすじ道は、全てが同じというのではないにしても、そうである。疑いもなく、このような結果は、相当に、中国法学に対する蘇力の批判力と信頼度とを弱めることになる。と言うのも、彼自身も、ほぼ、彼が批判した中国法学と同じように、その思考および研究を進めているからである。—ただしかし、彼が採用したのは、他と異なった大きい中身の概念或いは字句に過ぎない。（例えば、【基層】[この概念は、大都市の【基層】裁判所と貧困地区の【基層】裁判所との間に存在する中国特有の巨大な格差を全く隠してしまうからであるが]、【固有資源】、或いは【郷村】という概念など。）即ち、「今日の中国は、正に、人々の目を眩ますような変革の時期にある。このような時期には、あなたは、【中国】、【転換期】、或いは【法治】というような大概念を用いて全ての区別を消し去ることが出来る。しかしあなたは、そのような概念それ自体を用いても、如何なる問題も解決することは出来ない」\*<sup>95</sup> し、亦それに、「当代の中国法学の発展の現状は、私の見るところ、全く人を満足させることの出来ない、大きい中身の概念の研究、条文から条文への法律条文主義的な研究であって、至る所に見ることが出来る。少し良いものでさえ、外国や台湾の学者の著述、或いは外国や台湾のやり方に大きく依拠している。」\*<sup>96</sup> 勿論、以上で述べたことは、中国法学に対する蘇力の批判が果

たされていないことを解説したに過ぎないが、最も重要なのは、これが、さらに、そのような彼の考え方は、彼自身が設定した根本問題（「如何にしたらヨリ有効に、ヨリ合理的に中国の法制・法治の近代化を実現できるのか」本書226頁、本稿74頁：訳者記）に答えることにとっては、ほとんど意味がなかったことを意味していることであり、ひいてはその上、人々に、中国法制・法治の近代化の実現を旨としている考え方を誤読させ、種々の都合のよい道を取り付けさせたことである。

第四に、私が、前述の文中で、【固有資源論】に対して行った分析及び批判は、それが主として指し示していたのは、蘇力が【国家法と民間法の関係】という問題に答える過程で設定した、二つの論述手順の中の一つの論述手順、すなわち【法的多元】という論述手順である。明らかに、蘇力のこの論述手順は、そこで設定されていた【近代法傾向】という論述手順との間に、高度の緊張或いは衝突が存在しており、その上【近代化パラダイム】によって支えられた【権利本位論】、【法律条文主義】、及び【法律文化論】との間にも、重大な矛盾或いは衝突が存在しているのであり、それは、たとい私が、次のように考えるとしても、そうである。即ち、蘇力が【法的多元】という手順に依って提示した各種の考え方と、その理論モデルが設定した主旨、乃至他の三種の理論モデルとの間に、矛盾或いは衝突が存在しているとしても、その（各種の）考え方は、極言すれば、【近代化パラダイム】と同一面にあり、何故なら、それら（各種の考え方）は、実は単に、【近代（国家法）—伝統（民間法）】という二元的枠組みの中で、【伝統（民間法）】に対してなされた単一方向の強調だからであって、従って、この意味からすれば、それら（各種の考え方）が【民間法】を強調することは、単に、その主旨と同じ方を向いている、或いは【権利本位論】、【法律条文主義】、及び【法律文化論】の目標指向と同じ方を向いているというところでの、後者との違い或いは衝突である、と。

指摘しなければならないのは、本書が多くの紙幅を使って【法的多元】という論述手順、及びそれにより形成された考え方について分析および批判を行うのは、主としては、私が、次のように考えるからである。即ち、論者達は、【固有資源論】を読み分析する際に、しばしば【固有資源論】のこのような論理的【分裂】を見抜けないことで、【法的多元】という論述手順の下で到達した各種

の考え方を【固有資源論】それ自体と同じと見なし、その上【固有資源論】に内在的な論理のすじ道、或いは基本的枠組みの中の、「如何にしたらヨリ有効に、ヨリ合理的に中国法或いは法治の近代化を実現できるのか」という根本問題に直接答えることを旨としている、ヨリ重要な【近代法傾向】という論述手順を見えなくされるか、或いは見落としているからである、と。この（後者の）論述手順が蘇力の論述構造の中で一層重要であるのは、実は彼が中国社会の近代化問題に関心を持っているからで、それは彼自身が次のように指摘している通りである。即ち、「社会科学的法学は、法の学術性を極めて強調するけれども、しかしその関心は、詰まるところ、少なくとも目下の中国では学術のための学術ではなく、依然として社会のための学術にある。このような面では、それとその他の二つの学派<sup>\*97</sup>との間には、その実、基本的な違いはない」<sup>\*98</sup>、と。このような【社会のための学術】という考え方は、私の見るところ、如何にしたらヨリ有効に、ヨリ合理的に中国法或いは法治の近代化を実現できるのか、ということだけについての思考である。具体的に言えば、蘇力自身が以下のように明確に指摘している。即ち、「固有資源の利用には、必ず答えなければならない問題がある。第一は、どこから固有資源を探し出すか?、であり、第二は、そのような固有資源は、我々の目標とするモデル及び近代法治と互換できるのか?、もし出来ないなら、我々はどうやって【創造的転化】を進めるのか?。」<sup>\*99</sup>「我々は、固有資源の利用は、伝統を越えることが出来るし、中国の法伝統を回復するのではなく、中国の近代化に相応しい法治を打ち立てることが出来る、ということ、必ず論証しなければならない」<sup>\*100</sup>、と。従って、私の見るところ、正に蘇力の【固有資源論】が設定したこのヨリ重要な論述手順、及びそれによって形成されたあの考え方は、【権利本位論】、【法律条文主義】、及び【法律文化論】と一体となって、私の言う中国法学の【全体性】問題を作り上げた。

正に【固有資源論】のような法学理論モデルが、中国の現実の生活を【裁断】或いは【切りわけ】することで、【中国の現実】の生活世界から乖離するのは、中国の【立法段階】に存在する各種の問題から見れば、【固有資源論】が、中国法・法制の発展を評価、批判、或いは擁護する方向に、基礎或いは判断基準としての【中国法の理想像】を提供する力がないことを、嘗て認めようとしたことがないからである。ここで強く指摘しなければならないことは、もし我々

が単純に、【固有資源論】は【権利本位論】、【法律条文主義】及び【法律文化論】と同じで、それらは皆、中国法・法制の発展方向に理想像を提供していない、或いは提供しようとしていないとは言っても、しかしそれらが提供しようと努めているのは、却って、【中国の現実の生活世界】に出るものではない、又【中国の現実問題】の上に構築されたのではない、【西洋近代の】法の理想像である、と思うなら、その時、我々は必ずや【固有資源論】の実質を誤読しているか、或いは甚だしくはそもそも理解していないのである。即ち、蘇力が、【固有資源論】の目標の目指す方向の確立、根本問題の構築、中国についての根本的判断の形成、理論的前提の設定、及び【近代法傾向】という論述手順の手はず、等の筋道を進むこと、これら全てが、その隠された【西洋法の理想像】とは関わりがないと考えることは出来ないけれども、しかし我々は、却って、このことから、【固有資源論】は中国法・法制度の発展の方向に【西洋法の理想像】を提供した、と考えることは出来ない。

以上について言えば、我々は、【固有資源論】が備えている以下のような要点について、高い関心を持たなければならない、と私は考える。

(1) 【固有資源論】は、基本的には、【近代化パラダイム】の【伝統-近代】という二元的枠組み、及び【伝統】から【近代】に向かう単線的進歩観に支配された、理論モデルである。【固有資源論】は、主として、【国家制定法】或いは【民間法】といった専門用語を採用しているけれども、しかし、私は却って、このことは、実質的には、【固有資源論】が設定している、【国家制定法】を【近代法】と見なし、【民間法】を【伝統法】と見なす根本的枠組みを、覆い隠すには無力である、と考える。【固有資源論】は、進化観を採用して、【権利本位論】及び【法律条文主義】が強調する、上から下への、国家中心の、【変法モデル】に反対することを、主張するのだけれども、しかし私の見るところ、このような考え方は、実は、却って、伝統社会から自発的に変化して近代社会に至る西洋の道を歩むという主張を、ヨリ上手く偽装する、もう一つの考え方である。と言うのも、その考え方は、中国のような発展中の国家が、世界秩序という模範の下で、国家が自らを駆動することで備える可能性のある意味を考慮することを、拒絶するのみならず、断固として反対もするので、これは、近代法治国家を実現する西洋の自生的自発的な道が備えている普遍的有効性を認め

ることと、異なるからである。

(2) 【固有資源論】は、【有効】或いは【実行可能】を、【善】或いは【正当】に取り替えようとする、理論モデルである。強く指摘しなければならないのは、【権利本位論】、【法律条文主義】、及び【法律文化論】とは違って、【固有資源論】は、中国法・法制度の発展のために【中国法の理想像】を提供することを主張しないか、或いは主張する可能性がないし、否それどころか、直接に西洋法制度の発展の様々な結果を、当為面から中国法制のプロセスを評価する道徳的判断基準にまで高めることに反対する、ということである。周知の通り、【固有資源論】では、蘇力は、法律が【有効】或いは【実行可能】かどうかを、その判断基準とするであり、それは正に彼が次のように指摘する通りである。即ち、「法それ自身の世俗性と実践性によって、法が、真に、且つ又真っ先に、考慮しなければならないのは、それが実行可能かどうか（人々の実際の行動に受け入れられるかどうか）であって、それが固有かどうか（他の人と同じかどうか）ではない。固有化であれ、国際化であれ、もし問題が解決しないなら、それは良き法或いは法治ではない」\*<sup>101</sup>、と。しかし、蘇力は決してここに止まることはなく、さらに法の理想像或いは価値については検討しないと明確に主張するという前提の下で、【有効】或いは【実行可能】を、【善】或いは【正当】に取り替えようとする。と言うのも、蘇力は、「当代の中国の法治についての呼びかけは、秩序についての呼びかけであると言っても良い」\*<sup>102</sup> し、しかも「このような秩序は、大体、人々の要求を満足させ、人々に尊重されており、この意味で言えば、このような秩序は、合法性を備え、ひいては正義なるものであると言っても良い」\*<sup>103</sup> と考えるからである。疑いもなく、このような、価値を宙に置いたままにするのみならず、【有効】或いは【実行可能】を【善】或いは【正当】に取り替えようとするやり方は、終始「中国法制・法治はどこへ向かうのか」という問題で困惑させられている中国人民から言えば、実はより一層危険な主張であって、と言うのも、法の【有効】或いは【実行可能】とは、法が【善なるもの】或いは【正当なるもの】であることを決して意味しないし、又意味すべきではないし、此と共に、【有効な】或いは【実行可能な】法が、決して中国法・法制度発展の理想像になるべきではないからである。

(3) 【固有資源論】は、基本的には、何であれ理想像に関わるような思考を放

棄或いは拒絶する、唯物主義理論モデルである。勿論、蘇力の、所謂、法律が【有効】或いは【実行可能】かどうかをその判断基準とする考え方は、単に一般的な法社会学的論断であって、歴史的唯物主義と関連する、或いは互換性のある、法社会学的判断ではない。私は、次のように考える。即ち、【固有資源論】では、蘇力が依拠しているものは、ヨリ基本となる、所謂、政治、経済、及び文化構造は法に先立つ、という考え方、及び、所謂、どんな発展段階にある社会でも、全てそれに相応しい法或いは法制が存在する、という考え方であり、それは正に彼が次のように言う通りである。「正に、この基礎の上に、マルクスは、経済的基礎（下部構造）および上層構築物（上部構造）という総体的考え方、並びに弁証法問題を提示した。もし我々が今日このような考え方が有用なものであることを肯定するなら、我々は、実は、どんな社会であれ、全て、法制を有しているものであるし、どんな社会の経済活動であれ、全て、特定の法制の中で行われるものであり、特定の法的関係及び法的文化を具体的に示しているものであることを、必ず肯定しなければならない」\*<sup>104</sup>、と。その上、彼は、別の箇所でも、次のように指摘している。「私が強調したいのは、只、近代社会の法治というもの（それは部分的、一時的に、秩序が存在するという事ではない）は、該社会の政治、経済、および文化の構造型の転換が大方その秩序を形成し終えているという基礎に立って、やっとその可能性が生まれる、ということだけである」\*<sup>105</sup>、と。明らかに、蘇力のこのような考え方は、前述した\*<sup>106</sup>、そこに隠されている、「法は固定的で客観的な意味を備えている」という傾向を、明確に示している、即ち、近代法および近代法制は、近代社会生活の確かな産物であるのみならず、あの客観的に認知できる社会の存在条件との間に何らかの形の、自然的、或いは効用的な連関が存在していると、明確に考えている。このような法の客観性についての予めの前提は、【固有資源論】の中でも、次のように、具体的に示されている。即ち、一方では、【固有資源論】は、法或いは法制と社会の基礎構造との間の密接な関係、ひいては因果関係について強調するとは言え、しかし法の発展の中にある権力関係、宗教信仰、イデオロギー、そして価値体系等の他の要素に対しては、十分な関心を与えることはなかった。亦、他方では、蘇力のこのような考え方とは、法を、論者達が単に観察だけを進めることの出来る類のものと見なすものであるし、その法観

察の目的とは、法的発展の唯物的原則に関するあの論断を証明する為のものである。亦、その上、蘇力のこのような考え方は、法或いは法制を、どんな法学的力量を以てしても影響を与えたり形成したりすることの出来ない類のものであり、さらに社会の基礎構造によって支配されており、誰もそれに逆らうことの出来ない力を備えた道具である、と見なす。従って、この意味では、【固有資源論】は、法に関するどんな理想像についても何であれ考えることに反対し、或いはそれを拒絶する。と言うのも、法それ自身が、反射的、或いは被決定的なものだからである。

【固有資源論】では、蘇力は、一方では、中国の政治、経済及び文化構造は一応その構造型の転換を完成したと公言し、他方では、「中国の広大な地域の社会経済構造、及びそれに制約された人々の行為様式は、却って、ヤヤ伝統的である」<sup>\*107</sup>と強調することで、矛盾を生み出しているけれども、しかし、我々の注目に値するのは、蘇力は、因果を転倒させたやり方で、基本的には、小農（細農）経済から市場経済へ、伝統的【文化共同体】から近代民族国家へ、顔なじみ文化から見知らぬ隣人文化へなど、西洋近代版の経済、政治、及び文化への構造型の転換を中国社会に実現することを要求し、しかもこのような要求を通じて、彼が最終的には放棄せざるを得ないと考えていた、伝統的【民間法】の【融合と変転】を実現しようとし、更には中国法制・法治の近代化を実現しようとしたことである。

以上述べたところをまとめれば、【固有資源論】の出現、及びそれが具体的問題に対して分析を進めたその方式それ自体は、大抵は【スローガン】或いは【条文】という面に留まっていた、あのかなり教条的な中国法学にとって言えば、確かに極めて強大な衝撃力を作り上げたし、引いては中国法学の転向を押し進めるという上では比較的大きな役割を果たした。しかし、私は指摘しなければならないが、【固有資源論】は、【権利本位論】、【法律条文主義】および【法律文化論】と、或る面では、違いが、引いては衝突が、存在しているとはいえ、基本的にはそれらと同じであって、全て私の言う【近代化パラダイム】に支配されている。勿論、【近代化パラダイム】の【固有資源論】に対する支配の方式は、ヤヤ独特である。即ち、一方では、それは、蘇力に、中国の法発展の為の【中国法の理想像】を提供させることがなかったのと同時に、彼が【貢献のための



貢献】という法学観に支配されて【裁断】或いは【切りわかる】という方式で様々な中国の現実問題に対して行った【非中国】的対処を、見えなくさせ、更には気づく必要をなくさせた。亦、他方では、それは、蘇力に、歴史的唯物主義、及びこれと関連する或いは互換的な法社会学的論断の影響下で、法の性質を決定する政治、経済、及び文化等の社会的基礎構造に拠って、従って社会的基礎構造に後続する法の、【西洋近代化】方式に拠るのではなくして、伝統的【民間法】を【融合変転】させたし、さらには中国法制・法治の近代化を実現させた。ここで強く指摘しなければならない事は、【固有資源論】は、【近代化パラダイム】に支配されていると同時に、歴史的唯物主義、及びこれと関連する或いは互換的な法社会学および経済学の影響を受けているので、それは、【法の理想像】という問題では、【権利本位論】、【法律条文主義】および【法律文化論】よりは遙かに進んでおり、遙かに危険でもある。と言うのも、それは、中国の法発展の為に【中国法の理想像】を提供しないのみならず、その上、法に関するどんな理想像についても何であれ考えることに反対するし、更には中国法学が【中国法の理想像】を考え研究することの必要性を否定するからである。これら全てが、【権利本位論】、【法律条文主義】および【法律文化論】と一体となって、私の言う【全体性】問題を作り上げたのみならず、【近代化パラダイム】のような規範的信念が、有効な質疑を欠き、且つ依然として【固有資源論】論者に当然視されている、という意味で言えば、【固有資源論】は、中国法学に衝撃を与えると同時に、更に一步進めて中国法学の【パラダイム】危機を強化したのである。

【脚注】

- \* 1 季衛東、「面向21世紀的法与社会」、『法治秩序的建構』所収、中国法政大学出版社、1999年版、399頁。
- \* 2 同上、同箇所。
- \* 3 同上、同箇所。
- \* 4 同上、399-400頁。
- \* 5 黄文芸、「論中国法律發展研究的兩大範式」、<http://dzt.legaltheory.com.cn/view.asp?infoid=4617&classid=99>、を参照せよ。

- \* 6 同上。(本書では、前出季衛東論文が引かれているが、原論文に従って、訂正した。訳者記。)
- \* 7 同上。(同上。)
- \* 8 謝暉、「法治保守主義思潮評析：主要与蘇力先生對話」、湘江法律評論、湘潭大学法学院編、湖南人民出版社、1999年第3巻、311-312頁。
- \* 9 同上、313頁。
- \* 10 蘇力、「世紀末日の交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」1頁。
- \* 11 蘇力、『送法下郷：中国基層司法制度研究』、中国政法大学出版社、2000年版、を参照せよ。
- \* 12 蘇力、『道路通向城市：転型中国的法治』、法律出版社、2004年版、「結語」の部分、290-303頁、を参照せよ。
- \* 13 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、38頁。
- \* 14 同上、38-39頁。
- \* 15 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、39-40頁。
- \* 16 同上、37頁。
- \* 17 蘇力、「世紀末日の交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、1-2頁。
- \* 18 蘇力、「世紀末日の交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、3頁。
- \* 19 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、6頁、34頁。『道路通向城市：転型中国的法治』、法律出版社、2004年版、6頁、14-15頁、20-22頁、40頁。さらに、「世紀末日の交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」2-3頁、8頁、も。
- \* 20 蘇力、『送法下郷：中国基層司法制度研究』中国政法大学出版社、2000年版、7頁。
- \* 21 蘇力、『道路通向城市：転型中国的法治』、法律出版社、2004年版、37-38頁。
- \* 22 同上、38頁。
- \* 23 同上、38頁。
- \* 24 同上、40頁。
- \* 25 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、3頁、を参照せよ。

- \*26 同上、15頁。
- \*27 蘇力、「世紀末日の交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、7頁。
- \*28 同上、7頁。
- \*29 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、7頁。
- \*30 蘇力、『道路通向城市：轉型中国的法治』、法律出版社、2004年版、40頁。
- \*31 同上、39-40頁。
- \*32 同上、40頁。
- \*33 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、7頁。
- \*34 蘇力、「世紀末日の交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、9-10頁。
- \*35 同上、10頁。
- \*36 同上、10頁。
- \*37 同上、10頁。
- \*38 同上、11-13頁。
- \*39 同上、34頁。
- \*40 同上、13頁。
- \*41 同上、61頁。
- \*42 蘇力、「什麼是你的貢獻？」、『法治及其本土資源』所収、中国政法大学出版社、1996年版、「自序」、3頁。
- \*43 蘇力、「關於‘本土資源’的几点說明」、湘江法律評論、第3卷、湖南人民出版社、1999年、294頁。
- \*44 同上、294頁。
- \*45 同上、295頁。
- \*46 肖洪泳、何志輝、「本土資源・現代法治・学者使命－蘇力教授与湘大学者對話録」、湘江法律評論、第3卷、湖南人民出版社、1999年、414頁。又、蘇力、「關於「本土資源」的几点說明」、湘江法律評論、第3卷、湖南人民出版社、1999年、295頁、を見よ。
- \*47 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、14頁。
- \*48 肖洪泳、何志輝、「本土資源・現代法治・学者使命－蘇力教授与湘大学者對話録」、

湘江法律評論、3卷、湖南人民出版社、1999年、425頁。

- \*49 同上、414頁。
- \*50 蘇力、『法治及其本土資源』中国政法大学出版社、1996年版、15頁。
- \*51 蘇力、『送法下鄉：中国基層司法制度研究』中国政法大学出版社、2000年版、45頁、  
注32。又、同書、「世紀末日的交待」、「自序」、4-6頁、を参照せよ。
- \*52 蘇力、「世紀末日的交待」、『送法下鄉：中国基層司法制度研究』所収、中国政  
法大学出版社、2000年版、「自序」、4頁。
- \*53 同上、44頁。
- \*54 同上、45頁。
- \*55 趙曉力、「序」、蘇力『法治及其本土資源』所収、中国政法大学出版社、1996年版、  
2頁。
- \*56 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、17頁。
- \*57 同上、18頁。
- \*58 同上、19頁。
- \*59 同上、19頁。
- \*60 同上、42頁。
- \*61 Sally Engle Merry, Legal Pluralism, Law and Society Review, 1988, p. 870、  
を参照せよ。
- \*62 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、51-52頁。
- \*63 同上、60頁。
- \*64 同上、61頁。
- \*65 同上、60頁。
- \*66 同上、60頁。
- \*67 蘇力、「世紀末日的交待」、『送法下鄉：中国基層司法制度研究』所収、中国政  
法大学出版社、2000年版、「自序」、6頁。
- \*68 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、15頁。
- \*69 同上、13頁。
- \*70 同上、60頁。
- \*71 同上、65頁。
- \*72 同上、71頁。

\*73 同上、63頁。

\*74 バーマン (伯爾曼)、『法律与革命：西方法律傳統的形成』、賀衛方等訳、中国大百科全書出版社、1993年版、( Harold J. Berman, Law and Revolution The formation of the Western legal tradition, Harvard U. P., 1983.)、を参照せよ。そこで、バーマンは次のように指摘している。「西洋社会が封建主義時代から資本主義時代へと発展したという信念は、しばしば、次のような含意を伴っている。即ち、社会秩序の基礎 (下部) 構造は経済であること、そして、法は、経済力を持った人々に自分の政策を達成する手段として使われる、「イデオロギー的の上部構造」の一部であること、である。しかし、西洋法の伝統は、経済的であれ政治的であれ、単に支配の道具として理解されるべきではない。それは、西洋社会の下部構造の重要な一部としても理解されなければならない。それは、経済的及び政治的發展の反映であると共に、決定因子でもある。12世紀から15世紀にヨーロッパで発達した憲法、会社法、契約法、財産法、及びその他の法分野が無ければ、現代の社会理論家が資本主義と同一視する、17世紀から19世紀 (本書の本文および注では「18世紀」となっている：訳者記) の経済的、政治的変化は、生じ得なかつたらう。」(同上、50頁。)(英文原書、p. 43.)

\*75 同上、289頁。

\*76 蘇力、「世紀末日的交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、5-6頁。

\*77 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、287頁。

\*78 蘇力、「什麼是你的貢獻?」、『法治及其本土資源』所収、中国政法大学出版社、1996年版、「自序」、3頁。

\*79 蘇力、『送法下郷：中国基層司法制度研究』、中国政法大学出版社、2000年版、15頁。

\*80 同上、16頁。

\*81 同上、12頁。私の見るところ、蘇力のこのような【貢献のための貢献】という法学観は、実は、我々の言う【学術のための学術】という法学観では、決してない。と言うのも、前者では、一つに、他の学者が論じていない問題領域について研究しさえすれば、所謂【貢献】をしていると思っっているが、こ

れは、【何らかの新しい問題領域について研究を進める】ことは、【貢献ある研究】と、当然なことに、決して同じではない、ということ、全く見落としている。二つに、このような【貢献】とは、【貢献】の為に研究対象を【裁断】し、或いは【切りわかる】という状況の中で、達成される。而るに、【学術のための学術】では、研究とは貢献のためばかりではなく、抑も研究それ自体のためであり、このような研究が【貢献】とは見なされないことについては、研究者が関心を持つ問題ではない。私の見るところ、中国学界に目下欠けているのは、正に、このような質朴な、本気で学術を行う、学風と品格である。

- \* 82 ギアーツ（吉爾茲）、「地方性知識：事実与法律的比較透視」、鄧正来訳、梁治平編『法律的文化解釈』、126頁、北京、三聯書店、1998年。（Clifford Geertz, *Local Knowledge Further Essays in Interpretive Anthropology*, p.215, Basic Books, 1983. ギアーツ、梶原景昭他訳『ローカル・ノレッジ－解釈人類学論集』所収、360頁以下、岩波書店、1991年。）
- \* 83 同上、94頁。（原書、p.184。邦訳、317頁。）
- \* 84 同上、92頁。（原書、p.182。邦訳、314頁。）
- \* 85 蘇力、『送法下郷：中国基層司法制度研究』、中国政法大学出版社、2000年版、45頁、注32。
- \* 86 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、17-20頁。
- \* 87 同上。（ここで指示されている注は、必ずしも適切とは言えない。）
- \* 88 同上、219-220頁。（ここで指示されている注では、訳者所蔵の同書同箇所、その内容を見いだすことが出来ない。原論文を参考にすれば、鄧正来、『法律与立法的二元観』、上海三聯書店、2000年、が適切であり、その87頁に、該当文が見える。）
- \* 89 同上、220頁。（ここも上と同じで、同上書、87頁以下に、該当文が見える。）
- \* 90 同上、221頁。（ここも上と同じで、同上書、89頁に、該当文が見える。）
- \* 91 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、65-66頁。
- \* 92 蘇力、「世紀末日的交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、7-8頁。
- \* 93 ギアーツ、「地方性知識：事実与法律的比較透視」、鄧正来訳、梁治平編『法律的文化解釈』126頁、北京、三聯書店、1998年。（Clifford Geertz, *Local*

Knowledge Further Essays in Interpretive Anthropology, p.215, Basic Books, 1983. ギアーツ、梶原景昭他訳『ローカル・ノレッジ—解釈人類学論集』所収、361頁、岩波書店、1991年。) 又、ウィトゲンシュタインの考え方、即ち、「曖昧な対象については真実の描写であっても、結局のところ、明晰なものではなく、曖昧なままである」、を参照せよ (同書、同箇所)。

- \*94 蘇力、『送法下郷：中国基層司法制度研究』、中国政法大学出版社、2000年版、30頁。
- \*95 同上、5頁。
- \*96 同上、14-15頁。
- \*97 ここでは、蘇力が言うところの、「政法法学」と「解釈法学」とを指す。
- \*98 蘇力、『也許正在發生：轉型中国的法学』、法律出版社、2004年版、18頁。
- \*99 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、13-14頁。
- \*100 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、6頁。
- \*101 蘇力、「世紀末日的交待」、『送法下郷：中国基層司法制度研究』所収、中国政法大学出版社、2000年版、「自序」、8頁。
- \*102 蘇力、『道路通向城市：轉型中国的法治』、法律出版社、2004年版、5頁。
- \*103 同上、7頁。
- \*104 蘇力、『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、86頁。
- \*105 蘇力、『道路通向城市：轉型中国的法治』、法律出版社、2004年版、40頁。
- \*106 本書第二章の関連する検討を参照せよ。(例えば、その第四節を見よ：訳者記。)
- \*107 蘇力『法治及其本土資源』、中国政法大学出版社、1996年版、64頁。

## 第六章 暫定的結び

本書の検討において、私は、中国法学の1978年から2004年に至る26年の発展について、即ち、私が言うところの、中国法制度の発展を評価し、批判し、指導するための理論的判断基準及び方向としての【中国法の理想像】を未だ提供していない法学時代について、【全体的】な反省および批判を進め、この法学時代を支配している【近代化パラダイム】について詳細な分析および追求を進め、この法学時代の基本的知識内容を作り上げている【権利本位論】、【法律条文主義】、【法律文化論】、及び【固有資源論】について一つ一つ分析および批判を行い、その上又、明確に、その発展過程において中国の現実に対して関心を与えることを欠いているという現象（中国法学の【都市化傾向】を含む）についても、根本的な質疑を提示した。以上の努力を経て、私は最終的に次のように考え結論を出した。即ち、中国法学が中国法・法制度の発展を率いる力が無く、ただ西洋法・法制度を中国に移植し開拓することが出来るにすぎないのは、実はそれが西洋に発する【近代化パラダイム】に支配されているからで、この【パラダイム】は、間接的に中国法・法制度の発展の為に【西洋法の理想像】を提供したのみならず、その上中国法学者を彼らが提供しているものは中国自前の【法の理想像】ではないという事に気づかせないことになる。同時に、このような支配的地位にある【近代化パラダイム】は、それ自体の影響によって生み出した様々な問題を説明し解決することが出来ないことによって、結局は、私の謂う中国法学の【全体的】な構造的危機、或いは本書に謂う【パラダイム喪失】の危機を招いてしまった、と。

ここから私は、我々は必ずや、このような【西洋近代パラダイム】に支配された法学旧時代を終わらせ、併せてその上に立って、自覚的に【中国法の理想像】を研究する法学新時代を切り開かなければならない、と考える。このことは、本書のこのような結末が、実際には単に暫定的な結末、一つの新たな出発点である（且つ、そうでしかあり得ない）ことを意味する。と言うのも、本書が展開し、併せてそれにより誘発することを旨とした中国法学に対する反省と批判は、又本書が主張する【中国法の理想像】についての思考と研究は、全てたった今始まったばかりだからである。従って、我々は必ずや、反省



と批判という武器を使って、我々がそこに参与している旧来の法学時代を終わらせ、加えて我々がそこに参与する可能性の有る真の【中国法学時代】に対して、我々一人一人が自身の知的貢献を行わなければならない。勿論、このような認識上の転換は、もしかしたらあの【革命性】を備えた思想的要因によって誘発されたものであるかもしれないが、しかしこの転換それ自体は、決して革命というやり方で頃刻の間に実現されるものではない。と言うのも、この転換が必要とするは、各種の異なった【中国法の理想像】に関する設計図（プラン）の中で繰り返しの検討を経て或る種の【重なり合う合意】を達成するというようなプロセス—これはロールズの主張するあの普遍的正義原則の【重なり合う合意 (overlapping consensus)】を達成する【反省的均衡 (reflective equilibrium)】というプロセスに似ている<sup>\*1</sup>—だからであり、同時に又、【中国法の理想像】の設計図（プラン）に関わって形成されるような、目下の中国の現実の【問題化】という理論的対処に基づいて、中国の主体性 (identity) についての、その見方の改新を進める、或いはその概念規定の改新を進めるというようなプロセスだからである。

ここで、本書の結語として、私はさらに、本書の発表後に読者が提示する可能性のある二つの疑問或いは批判的意見に対して、事前の回答を行おうと思うし、併せてこのような【事前の回答】という方式を通じて、読者に本書の設けた限定をヨリ良く理解してもらおうつもりである。—勿論、批判及び批判に対して回答することそれ自体も、本書が主張する核心的な手順と考えられよう。

先ず（一つ目の疑問或いは批判）は、中国法学研究の新時代を開く、且つこの新時代は中国自前の【法の理想像】を構築することを基本的方向とするであろうという、本書の主張を考慮するとしても、それと同時に、私は、本書の論述過程で、却って【中国法の理想像】それ自体に対して一種の【否定的】な定義方式<sup>\*2</sup>を採用し、その上【中国法の理想像】が中国で可能かどうかという問題、或いは【中国法の理想像】に如何にして到達するかという問題にも論及しなかったので、読者はその関心を本書の趣旨でもある所謂【中国法の理想像】の構築問題に集中する可能性が大いにあると、私は思う。具体的に言えば、読者は、【中国法の理想像とは何か】という問題を介して、或いは【中国法の理想像とは何か】ということを前提にして、本書に対する質疑を行う可能性が、十分にある。

このような所謂【中国法の理想像とは何か】という問題、或いは【中国法の理想像とは何か】ということ的前提にして提示される問題は、極めて重要であり、真剣に対応するに値する。しかし、学術研究の視角から言えば、私は必ず以下のことを指摘しなければならない。即ち、このような問題は、基本的には、私自身はそれに極めて反対するものである【本質主義】の傾向を露呈しており、この傾向は、我々が何らかの本質的な、唯一正しい、時空超越的な、【中国法の理想像】という実体的な理念が存在している、と思うことを、前提にしている、ということである。正にこのような、(先の「何か」)問題に関心を持つかもしれないような方式或いは手法は、私が考えるに、読者に『中国法学向何处去』という本書の核心的要旨の一つを見抜く術をなくさせる可能性がある。その要旨とは、何故、全体として、中国法学のこの時代の命門は、【理想像】であって、その他ではない、と理解し考えるのか？、或いは、何故、中国法学は、ここ26年で、中国自前の法の理想像を提示していないことによって、【中国法の理想像】の無い時代にと変転してしまったのか？、或いは又、何故、中国法学の新時代は、【中国自前の法の理想像】を構築することに努めなければならない時代なのか？、である。

【理想像】とは、ここでは結局、何を意味するのか？。簡単に言えば、1978年から今までの26年で、中国学術界は、保守主義、自由主義及び新自由主義、左派或いは新左派、ないしコミュニタリアニズムなどの理論に対して、長期にわたって関心を持ち検討を行ってきたし、さらに各派の間には持続的で長きに及ぶ論戦が発生した。それは、このような検討或いは論戦が、一方では、深まったものではないし、理論的支援も足りないものであったし、亦、他方では、理論が中国の実践に【介入する】という意識を大いに欠いたものではあったにしても、そうである。中国学術界のこのような問題への関心と検討とは、一部の論者は【介入】意識を欠いており、考えもしないとは言っても、結局は、社会秩序の性質に対しての関心であり、或いは関心でなければならず、所謂どんな性質の社会秩序がより望ましくより正当であるのかという問題についての追求であり、又追求でなければならないが、私は、より一層、我々自身がどんな性質の社会秩序の中で生きるべきかという現下の問題についての問詰—これは、明らかに、特定の時空下にある社会秩序の性質についての追及である—でなけ

ればならない、と考える。

しかし、逆に見れば、同じ時代にあり、且つ大抵は同じ【問題群】に直面している、又社会秩序の維持、調整、造型に直接的にヨリ関心を持つべきと考えられる、中国法学或いは中国法学界は、大いに言えることだが、遺憾なことに、上述の社会秩序の性質或いは社会秩序の正当性問題に関する研究や検討に参加しない上に、中国法学の具体的研究の中で、上述の問題に対して、持つべき且つ十分な関心を、払うこともない。つまり、中国法学或いは中国法学界は、保守主義、共和主義、自由主義及び新自由主義、左派或いは新左派、ないしコミュニティリアニズムなどの理論に対して一般的な面で為される検討を欠いている上に、特定時空下にある中国社会秩序の性質に対して具体的で深く掘り下げて為される研究も欠いている。

私の見るところ、一方では、正にこのような、参与しないこと、或いは関心を持たないことが、他方では、正に、これと密接に関連している、私の謂う、あの法律【技術主義】および実証主義的【方法論主義】が、大いに、中国法学或いは中国法律を、中国に根ざして考え出す必要のないような価値序列、論理的に考える必要のないような【道具】或いは【技術】に成り果てさせ、終には徹底的に追い詰められて【道具或いは技術という位置】に着けたのである。このような、私の謂う、法律【技術主義】および実証主義的【方法論主義】とは、自然科学のテストで主張されるあの厳密性或いは科学性を表面的に真似たものに過ぎず、実際には法哲学によって構築された真正の研究対象の全面的喪失を、ごまかすものである。—中国法学について言えば、これは世界秩序下にある中国の喪失である。別の視角から見れば、中国法学界の上述の傾向は、大いに、中国法学或いは中国法律を、単に、法律条文の論理適合性、および社会が秩序を失っているかどうか等の問題だけに関心を持つ、【価値中立】的で、政治と無関係の、我々自身がそこで生きているあの社会秩序の性質或いは正当性と関わることのない、一個の【概念】或いは超然としたものに、見せかけることになる。亦、或いは、法律【技術主義】および【方法論主義】が支配する状況下で、中国の論者は、更に、ウェバーが憂慮した【価値の神々】の対立は、社会秩序の構築或いは維持の問題とは無関係の問題である、と誤解している。従って、中国法学或いは中国法律は、公共領域の根本的倫理原則の問題における相

対主義或いは虚無主義に対して批判を行う能力を喪失しただけではなく、甚だしくは自分さえが、公共領域の根本的倫理原則の問題それ自体に対して、相対主義或いは虚無主義の傾向を示したのである。

以上から言えば、中国法学についての反省および展望に【理想像】を導入することは、次のことを意味している。即ち、私が、中国法学の領域で、引いては中国社会科学の領域で、あのように覆い隠され、無視され、なおざりにされた、中国人が結局どんな性質の社会秩序の中で生きるべきかという、あの重大な問題を解き放ち、その問題を中国人の面前に徹底的にくり広げ、且つ我々は必ずやその問題について考え発言し、【西洋法の理想像】の權威を信奉するだけの【何にも考えない】只の一山には決してなり下がってはならないことを【命令】(command)しようとすることを、である。その上、これはさらには、次のことを意味している。即ち、我々のはもはや、単純に、【何にも考えない】では、【西洋法の理想像】の中では生きられない、ということ、同じく単純に、【何にも考えない】では、我々自身でさえその性質がどんなものかを知らない社会秩序の中では生きられない、ということ、である。従って、この意味では、中国法学論者各人にとって言えば、引いては中国人各人にとって言えば、【中国法の理想像】について考え追求することを開始することそれ自体が、大いに、新しい法学時代の到来を意味しているし、少なくとも、我々自身のそのその生の有り様の正当性を考え追求することを開始する時代の到来を意味している。

次(二つ目の疑問或いは批判)は、本書が中国法学のこの26年の発展過程の検討において【権利本位論】、【法律条文主義】、【法律文化論】、及び【固有資源論】等の理論モデルを具体的に分析し批判してきたことを考慮するなら、それ故、読者もその関心をそのような具体的に分析し批判した文章に集中させる可能性が完全にある。疑いもなく、このような関心、及び先の問題について更に検討を進めることは、我々が中国法学に存在する問題を考えることにとって言えば、必要なことであるし、且つ極めて望ましいことではある。しかし、私が必ず指摘しなければならないことは、その上より根本的なことは、本書『中国法学向何处去』は、事実即してうわべだけを論じる形で、中国法学の発展過程の中の幾つかの既存の理論モデルに対して分析と批判を行っただけではないし、又

ただ全体としての中国法学に対して分析と批判を行っただけでもない。実際には、そのような既存の理論モデル、或いは全体としての中国法学を問わず、厳密に言えば、私は中国の当代の学術の一つの特別な事例を批判したのであって、と言うのも、私が明らかにし批判することを旨としたのは、何らかの特定の【知識体系】(本書では、1978年から今までの26年における中国法学という知識体系を指す)が目下の中国の発展過程の中での構造の変革において備えているような、人々には軽視される、歪曲的な或いは固定化的な支配力、つまり私の謂う【正当性付与】力、である。私は必ず認めなければならないが、これこそが、実は、本書が描き出すことをその旨とした、もう一つのヨリ根本的な終始一貫した赤い糸である。これについては、私は私の考え方を重ねて表明したいと思う。

長期の研究を経て、私は基本的に次のように考えている。<sup>\*3</sup> 即ち、【知識体系】は、人と自然との関係の中で、及び人と人との日常生活の中で、何らかの支配的な力を備えているのみならず、その上特定の状況では、それが説明し、考え、更には描写する当の対象に何らかの【正当性】を付与する力を備えることが出来る、と。しかし、このような力が歪曲的な性質であるのか、固定化的な性質であるのかは、論じない。このことは、或る程度は、次のことを意味する。即ち、あの所謂【正当な】社会秩序及びその制度(法制度を含む)は、それ自体は、もしかしたらその他の性質の社会秩序及びその制度と比べてヨリ正当である品性を備えてはいないかもしれないが、しかし、権力或いは経済力を通じて運営される可能性が十全にあるし、更には我々が何らかの【知識体系】を不断に活用して当の社会秩序及び制度について解釈或いは描写を行うことによって、その種の【正当性】なるものを獲得する可能性がある、ということである。以上に基づいて、私は次のように考える。即ち、そのように人類の社会秩序及びその制度を説明し、考え、更には描写する何らかの社会科学的【知識体系】は、特定の条件下では、極めて強力な【正当性付与】力へと変化することが出来るのであり、それは、そのような【正当性】が、大いに、一種の用語権争奪の結果であったとしても、そうである、と。勿論、【知識体系】がそれに抛って【正当性付与】力を獲得することになる前提条件の一つは、そのような【知識体系】それ自体が備えていた批判力を徹底的に喪失することである。

「全ては我々が知っている通りで、中国の近代化の過程では、【進歩】政策のイデオロギー化に呼応して、中国社会科学の、当然法的知識も含む、知識が、何らかの社会秩序及びその制度類型に【正当性】の意味を付加するという過程が、日々加速している。やや深く見れば、この種の過程の加速は、実は、中国の論者が西洋の各種理論を紹介する知識活動と同時に、展開しているものである。即ち、それは、中国の論者が、西洋の各種理論の追随者であることを示すのみならず、その上西洋の各種理論の、人類の社会秩序及びその制度に関する図像が、中国の学術領域の中で、正当であることを意味している。正にこのような西洋近代理論に追随する過程で、人類の社会秩序及びその制度に関する知識は、私の謂う、知識が元もと備えていた批判力を失い、あの【正当性付与】力へと変化した。

明らかに、「知識が運動を導入する」ことを通じて中国社会科学（法学を含む）を【建設】し中国問題を研究するという、このような過程には、そのような知識の背後に人類の社会秩序及びその制度に関する各種の西洋近代理論および観念が隠れており、【構築者】である我々を通じて、中国社会科学（法学を含む）知識の生産および再生産に対してのみならず、我々が何らかの性質を持った社会秩序やその制度類型を考え選択するのに対しても、相応の規範性—それは又私が先に論じた【理想像】と大いに類似する要求である—を準備した。疑いもなく、私の上述の考え方とは、次のような考えを前提するものである。即ち、西洋近代理論および観念が中国社会科学（法学を含む）に与えた影響或いは支配は、中国社会科学（法学を含む）が自主性を失った唯一の原因なのでは決してない。と言うのも、周知の通り、文化的覇権の形成は、現代においても、受容させられた結果では決してなく、【受動者】が【主導者】に転化した後に、やっとその実現可能性が得られるものだからである—つまり、学者とそのような文化的覇権とが【共謀】した後に、やっとそのような結果を引き起こすものだからである、という考えである。

以上から、我々は、次のように言うことが出来る。このような問題では、正に【受動者】としての中国の論者が【主導者】としての中国の論者に転化して、やっとして西洋近代理論および観念に、中国社会科学の領域で、かなりの未だ精査や批判を経ていない【コピー】を手に入れさせた、と。中国の知識生産過程と

【理想像】との間の関係についてのこのような考えには、結局、次のような仔細が存在する。即ち、我々は、中国社会科学（法学を含む）の構築者であるのみならず、そのような知識の被構築者でもある。構築者と被構築者との、我々の一身における、この同一性は、我々が中国社会発展の【理想像】を探究し確立するという面での【追従的】な品性を、大いに作り上げた、というものである。ここから、私が見るところ、「知識が運動を導入する」ことを経て形成されたそのような社会科学知識（法学を含む）は、客観的実証主義者が公言するような、単なる反映的或いは描写的であるようなものでは決してなく、技術統制的なものであるばかりではなく、又構築的で固定化的なものである。—このような知識は、各種制度化の手はずを通じて、各種の統制技術や人員の身体に浸透し入り込み、さらには我々が中国社会秩序及びその制度を形作り構築する為の、当然の【理想像】になった。勿論、こうして形成された社会秩序及びその制度は、逆に又、それらが依拠している、あの【理想像】を不断に強化している。」\*4

私は、次のように考える。即ち、中国社会科学（中国法学を含む）の発展過程で、我々が最も重視すべきこととは、知識界が、上述の【構成者／被構成者】関係が示している集団性に気づかないこと、つまり私の謂う西洋の各種の流行理論及びその実践に対する【前-反省的受容】傾向である。—この傾向は、現下の中国社会科学（中国法学を含む）領域で、各種の名目で展開され固定化されているイデオロギー実践活動の中に浸透し、中国社会科学（中国法学を含む）が中国社会秩序及びその制度に対して行う各種の正当性の論述の中に嵌り込み、さらには中国社会秩序及びその制度の構築を評価し、批判し、手引きをする【理想像】を大いに造型している。疑いもなく、【構成者／被構成者】の同一性を明らかにすることによって獲得された、このような【前-反省的受容】傾向それ自体についての洞察は、少なくとも、我々の為に我々が必ずや真剣に考えなければならない以下のような幾つかの問題を、開放してくれた。即ち、何故、中国社会科学（中国法学を含む）の発展過程に、そのような【前-反省的受容】傾向が存在できるのか？、中国社会科学（中国法学を含む）の発展とそのような傾向との間には、結局の所、どんな経験的関連性が備わっているのか？、ヨリ重要なのは、中国社会科学（中国法学を含む）がそのような傾向の

下で生み出し且つ再生産した【知識体系】は、我々がそこで生きている現実の社会秩序及びその制度を我々がより上手く捉えることに、助けとなることが出来るのか?、である。明らかに、我々が【前-反省性】から【反省性】に転向しようとさえするならば、つまり知識にそれが本来備えているべきあの批判力を改めて獲得させようと努力さえするならば、それなら、一方では、我々は、上述の問題と密接に関連する中国の知的生産制度、及びそれが依拠している構造に対して、点検を行わなければならないし、他方では、我々は又、どんな人類社会の秩序及びその制度がより望ましいのかというような問題について西洋の論者が提示した主要な理論的説明に対して、詳細な研究と分析とを進めなければならない、最終的にはこれに基づいて、我々は、中国或いは人類の社会秩序及びその制度に関する、自前の【知識体系】を形成しなければならない。

私の見るところ、上述の考え方、及びそこで提示された各種の問題についての考えは、我々の「中国法学はどこへ向かうのか」－又「中国学術はどこへ向かうのか」－ということについての考え及び検討に対して、手助けとなる何らかの働きを必ず生み出すことが出来る。まとめると、中国の法学論者、ひいては中国の論者は、その生が依拠している知的生産の性質について、及びその生がそこにある社会生活秩序の性質について、思考と反省を展開することを開始しさえすれば、それは、私が思うに、必ずや【自覚】した生命の、或いは理論的【自覚】をした生命の、開始なのである。

最後に、重ねて言うことになるが、以下の句を使って、私がより明確なやり方で【中国法の理想像】(【私自身の】中国法の理想像ではない)を解明することに期待する可能性のある友人達に答えたい。

「私は、あなたを狼口から救い出した後、再びあなたを虎口に送られることにならないことを願う。」

#### 【脚注】

- \* 1 ロールズ (羅爾斯)、『政治的自由』、万俊人訳、訳林出版社、2000年版、を参照せよ。(J. Rawls, Political Liberalism, Columbia U. P., 1996. 訳者の卑見では、例えば、pp. 385-95が参考となる。)
- \* 2 本書序論の【中国法の理想像】の検討を参照せよ。(序論第二節、特に36-38頁。)



拙訳(上) 187頁以下、特に189頁。)

- \* 3 この問題に関しては、以下を参照せよ。鄧正来、『關於中国社会科学自主性的思考』、上海三聯書店、2000年版、及び、鄧正来、「対知識分子‘契合’關係的反思与批判—關於中国社会科学自主性的思考」、天津社会科学、2004年第6期。
- \* 4 本書第二章での検討を参照せよ。(本書、91頁以下、の第一節末文に同じ。拙訳(二) 148-149頁。但し、本文には若干の字句の異同がある。又、本稿では、第二章に倣い、本文には無い段落を置いている。)

(補) 本翻訳(二) 154頁の人名(沢爾斯特拉)は、Zijlstra である。