

論 説

中国における公法と私法の関係 ―「美濃部理論」を手がかりに

但 見 亮

はじめに

- 一 中国における「美濃部理論」
 - 二 公法私法関係論の様相
 - 三 「統一公法学」の課題と可能性
- おわりに―再度「美濃部」の意味を考える

はじめに

現代の学生に「美濃部達吉とは誰か」と尋ねれば、大方の学生はその名前の響きから、何か昔の人か高齢な人のようだ、と思うだけかもしれないし、ちょっと気の利いた学生であっても、せいぜい歴史の授業で「天皇機関説」の話聞いたことがある、という程度かもしれない。もちろん法学部の学生であれば、日本の憲法学・行政法学の草創期に支配的な学説を打ち立てた大学者であると答える学生もいるかもしれないが、それにしても、時代を画した過去の学説の提唱者、というような認識にとどまるものであろう。

ところが、驚いたことに、昨今「美濃部達吉」という文字が、中国で「公法」を冠する学術論文に少なからず登場している。もちろん最近の諸先生方、例えば塩野教授や室井教授、原田教授の著書からの引用等も見受けられるが⁽¹⁾、少なくとも筆者が目にした論文での直接の言及または引用に限って言えば、「美濃部達吉」という文字が圧倒的に目立ったように思

われる。

本稿は、中国の諸論文における美濃部博士の記述に対する「美濃部理論」というべき扱いと頻繁な言及を手がかりに、そこで意識されている問題を析出し、議論のもつ意味を問うことを目的とする。考察の対象は主に中国における公法関連の議論と制度の現状であって、日本の理論・学説に言及するところのごくわずかであるが、願わくはこの考察を通じて、中国で「公法と私法」、とりわけ「公法」に関して展開される理論とそれを必要とする現状について紹介するとともに、日本の理論の中国への影響・示唆の様相について、何かしらでも思索・対話のきっかけを提供したいと考える。読者諸賢のご意見・ご批判を心よりお願いしたい。

一 中国における「美濃部理論」

1 引用の頻出と価値

昨今の中国の法学論文において、美濃部博士の記述の引用ないしそれへの言及を探すことは実に容易である。例えば、楊解君教授の「公法（学）研究：『統一』と『分散』の統一」と題する論文では、「『現代の国法はその全部に通じて公法と私法との区別を当然の前提として居るもので、国の総ての制定法規に付き、其の定めが公法又は私法の何れに属するかを明にするのでなければ、其の定めから生ずる効果と内容とを明にすることは不可能である。両者の区別は実に現代国法の基本的原則をなしているものとも言うべく、国法の総ての規律は或は公法に属するか或は私法に属するか何れかでないものはなく、而して其の何れに属するかによって其の規律

(1) もちろん他にも多くの先生方の記述が引用されており、上記の例はごく一部である。ただ一般的に言って、行政法の領域において一つの経典的・体系的理論として受けとめられ、かつそのようなものとして研究の対象となっているのは、美濃部博士の議論だけなのではないかと思われる。

の意義を異にする』』との美濃部博士の記述をまるまる引きつつ、このように「現在、公法と私法の共存およびその区分は、すでに理論上通説となっている」（傍点部は論者）と結論付けている⁽²⁾。

また、朱紅英氏、楊秋嶺氏による「宅地使用权の取得の公法規制を論ず」では、「日本の学者美濃部達吉はこのような『私法関係を形成する行為それ自身は当事者の法律行為であるが、唯其の効果を生ずる為めの一要素として国家の公の意思行為が加わって』いるような事例を類型化し、そこには受理、認可、代理、公証および確認の五種類が含まれるとしている。その中で、所謂『認可とは当事者の法律的行为が国家の同意を得るのでなければ有効に成立するを得ない場合にこれに同意を与えて其の効力を完成せしむる国家の公の意思表示を謂う。法律的行为の当事者は別に存し唯当事者の意思だけでは其の行為が完全には効力を生ぜず国家の認可を受くるにより始めて効力が完成する』ものである」として、重ねて美濃部博士の「公法と私法」の記述を引いた上で、上記の「認可」概念を根拠として、中国の農村における宅地使用权の取得申請に対する地方政府の審査・承認の問題を論じている⁽³⁾。

さらに、北京大学の魏武氏の「公法と私法の区別の必要及びその根拠を

(2) 楊解君「公法(学)研究：“統一”与“分散”的統一」法商研究2005年3期10頁。なお、本文中中国の研究者を紹介する際は、基本的に論文に示されている学位または職名を付することとしたが、どちらも明らかでない場合等は、「～氏」と表示させていただくこととした。また、中国語の論文名・内容については本稿論者の日本語訳による。本稿において紹介する各論文において引用されている美濃部博士の記述は、いずれも「公法と私法」の中国語訳からのものであり、その出典は黄馮明訳「公法与私法」(中国政法大学出版社2003年)となっているが、本稿では訳文の記載箇所ではなく、原典から直接引用箇所を紹介することとした。上記引用部分の原典の該当箇所は、美濃部達吉「公法と私法」(日本評論社1935年)3頁。なお、原典から引用する際には読み易さに配慮して、旧字体の漢字を現代の字体に改め、また送り仮名についても一部現代的用法に改めたことを、原文性を損なう事についての謝罪の意味も含め、ここに申し述べておきたい。

(3) 朱紅英 楊秋嶺「論宅地使用權取得の公法控制」浙江工業大学学法2008年3期101頁。

評す」と題した論文などは、その考察の対象を美濃部博士のケルゼン批判に限定するものであり、畢竟そこで展開される議論はほぼ全て美濃部博士の「公法と私法」第1章第1節の記述に関するものとなっている⁽⁴⁾。そして、極めつけは華東政法大学の童之偉教授である。童教授は近年中国の法学界で物議を醸した「物権法違憲論争」の中心的人物であるが、その議論の中で公法と私法の極端な分類を批判する際、「中国法学界において非常に大きい影響のある『公法と私法』、かの名著の作者である美濃部達吉はまさにはっきりと述べている」として、「両者の区別を余りに強調」することは「自分の賛成し得ないところ」とする美濃部博士の記述を絶賛とともに引用しているのである⁽⁵⁾。

2 引用の傾向とその理由

このように、中国での美濃部博士の記述への言及は、その数だけでなく、経典的理論としての位置づけにおいても注目すべきものとなっているのであるが、ではそこでの引用ないし言及にはどのような特徴があるのだろうか。以下では、各論文での引用ないし言及を詳細に検討することを通じて、中国の論文文中での「美濃部理論」の用法について検討するとともに、その背景にある目的ないし理由を考えてみたい。

(1) 「公法と私法」への集中

まず、美濃部博士の記述を引用する論文は、少なくとも最近の記述に限れば、その引用元が彼の「公法と私法」に集中している。今回主に2005年以降の論文について、中国で美濃部博士の記述に言及する論文を探してみ

(4) 魏武「評公法与私法区別の必要及其根拠」黒龍江省政法管理幹部学院法学 2008年5期6頁以下。なお、魏氏は美濃部博士のケルゼン批判を「解釈及び批判においてケルゼンの観点の要点を正しく捉えきれていない」としている。

(5) 童之偉「『物権法（草案）』該如何通過憲法之門」法学2006年3期16頁。なお、童教授が美濃部「公法と私法」から引用した箇所は序の1頁中の記述である。

たのだが、それでも20近くの論文を見つけることができ、そこでの引用はいずれも「公法と私法」の中国語訳からのものとなっている⁽⁶⁾。

これについては、一つ単純な理由が見出される。美濃部博士の「公法と私法」は、早くも1941年には中国語の翻訳が出版されており、以前から中国において権威的書物として認識されていた⁽⁷⁾。そして、2003年に版が改められて再度出版されるなど、中国語訳された外国の権威書として一貫して利用されやすい状態にあったのであり、引用・言及の積み重ねが更なる引用・言及を招いていると考えられる。

加えて、同書が「公法と私法」という対象について論ずる希少な体系書であった、ということも、多くの引用・言及を招く理由であったことがわかる。この点につき、「全面的、系統的に公法私法関係を研究したいと考えるならば、日本の著名な法学者美濃部達吉の『公法と私法』は疑いなく第一の必読書である」と指摘する北京大学の魏武氏は、その理由をいみじくも「美濃部達吉の『公法と私法』は…公法私法及びその相互の関係を研究する法学の著作として、中国語のテキストではほぼ唯一のものである」としているものであり、ここには美濃部博士の「公法と私法」が、中国において、この問題についての「ほぼ唯一の」経典的理論書として、確固たる地位を占めていることが明確に現れているのである。

(6) ただこれはあくまでも筆者が調べることができた限りで、というものであり、実際にはこれをはるかに上回ることは想像に難くない。また、美濃部理論に言及する論文を探す際には、「美濃部」というタームではなく、美濃部博士に関連しそうな表題ないしテーマの論文を探し、その文中に美濃部理論への言及を探すことになる。そうすると、畢竟ある程度時期を区切らざるを得ず、また言及が多く見られそうな論文名、とりわけ論文名に「公法」を冠するものに美濃部理論への言及を求める、という作業を行わざるを得なくなり、必然的に上記のような傾向が出ている、という側面も否定できない。

(7) 華東政法大学の童之偉教授は、自らの主張する「観点自体が歴史的恒久性を有していることを強調する」ために1941年版の「公法と私法」から引用させていたのだと、としている。童之偉「憲法民法関係之実像与幻影」中国法学2006年6期177頁脚注。

(2) 権威の「つまみ食い」

次に、昨今「美濃部理論」に言及する論文は、多くの場合、「美濃部理論」自体の紹介・分析、または関連の外国理論の紹介・分析を主眼とする内容ではなく、「公法私法」や「公法」といった表題で中国の現状と自らの理論を論証する際に、その根拠または批判対象となる外国の古典的・権威的理論として紹介されているという傾向が見られる。そして、美濃部博士の記述を詳細に数多く引用したり、文脈上一まとまりの部分を丹念に説明・分析するような論文はごくわずかであり、多くの論文では、一言程度の引用にとどまるか、引用も示されずに理論提唱者として紹介されるのみで、しかもその引用のされ方はかなり恣意的であるように見える。

例えば、胡波「公法私法の角度から民法の性質を見る」では、公法私法区分の基準としての利益説を批判する際に、「『国家は公益の保護者であると同時に私益の保護者でもある』」⁽⁸⁾との記述を引用し、利益説は公法私法区分の基準とはできない、という結論を導いているが、その引用頁などはまったく示されず、しかもこれ以外にはなんらの引用・言及もなされていない。

また引用先が示されないものも多い。鄧娟氏、劉路氏らによる「公法と私法の境界についての小論」と題する論文では、本文中で「美濃部達吉先生の『公法と私法』では」「『一部分は私法に属し一部分は公法に属するもので、茲に混合的の法律関係を生ずる』との言葉が述べられる」として⁽⁹⁾、公法と私法の混合という状況の一般性を示しているが、やはり、その引用先は示されず、しかも原典における「単一な営造物利用関係において」という文脈が無視されている。

さらに、郭明端博士らによる「公法と私法の区分及び其のわが国民法に

(8) 胡波「従公法私法角度看民法的性質」北方工業大学学报第20卷第2期(2008年6月)59頁。原典はおそらく「公法と私法」29頁であると思われる。

(9) 鄧娟 劉路「公法与私法界限浅議」今日南国2008年3月号136頁。なお、原典はおそらく「公法と私法」164頁であろう。

対する啓示を論ず」と題する論文では、文章中わずかに一箇所、しかも「このような（公法私法の）区分は確かに客観的に一定の制限的役割を果たしている」という文末につけた脚注の中で、参照先として日本の美濃部達吉「公法と私法」の参照ページ数を示すのみであるし⁽¹⁰⁾、金自寧博士の『治安請負』現象解説」などは、「公法と私法の二元的区分は基本的枠組みとしての役割をもつ」との自らの記述について、脚注で美濃部「公法と私法」3-4頁参照とするのみで、引用の箇所もその意図も明らかではない⁽¹¹⁾。

(3) 引用・言及の時期

このように、中国での美濃部博士の記述からの引用とそれへの言及には、「中国語のものがそれしかなかったから」とか「ちょうど都合いい記述があったから」、あまつさえ「権威への言及により論証の手間を省く」といった理由も垣間見られ、その引用・言及の恣意性を纏わせるようなものもあるのだが、それを差し引いて考えても、このように「美濃部理論」に言及する論文がごく最近に、しかも数多く見られているということは十分注目の価値があるものといえよう。

上述のように、今回美濃部博士の記述に言及する論文を探すにあたり、主に2005年以降の論文に限定しているのだが、驚くべきことは、そのような限定をしても容易に20本近い論文が見つかり、さらにその多くがごく最近のものであった、ということである。もちろん、これには近時の論文のほうが探しやすいという理由もあるわけだが、たいした工夫もせず、少なくとも2007年と2008年のものだけで、10本を越える論文を容易に見つけることができた。このことは、「美濃部理論」の重要性が「過去の

(10) 郭明端 於宏偉「論公法与私法的画分及其对我国民法的啓示」環球法律評論 2006年4期426頁。

(11) 金自寧「解説『治安承包』現象—探討公法与私法融合的一種可能性」法商研究2007年5期127頁。

話」ではなく、直近の出来事であることを示している。そして、何よりも、美濃部博士の「公法と私法」の中国語版が、2003年に新しい版となって再度出版された、ということ自体が、中国における「美濃部理論」への注目の高さ、とりわけ「公法と私法」への注目の高さとその今日性を如実に物語るものといえよう。

3 まとめ—契機としての「公法と私法」

以上のように、中国では美濃部博士の「公法と私法」からの頻繁な引用とそれへの言及が見られているのであるが、たとえ中国語訳が以前から存在していたからといって、また「公法と私法」についての「ほぼ唯一の」権威的書物であるからといって、もし現在中国で「公法と私法」という問題意識が高まっているのでなければ、同書がこのように高い注目を浴びるはずはない。

とりわけ、上述のように最近益々美濃部博士の「公法と私法」への引用・言及が増えている、という傾向にかんがみれば、中国における「公法と私法」の問題もまた、現在まさに注目されている問題なのだ、ということができよう。

この点、2008年後期に出された若手研究者の論文において、「現在わが国の国内での公法私法問題の研究は、未だ美濃部時代を出るものではなく、美濃部の研究成果を超えていない」⁽¹²⁾との認識が紹介されている。ここからは、中国で美濃部博士の「公法と私法」がいまだ若々しい光を放ち、人々に多くの啓発を与えている、ということがわかると同時に、この領域・テーマが中国の「国内で」重要な対象として意識され、美濃部博士の「公法と私法」が権威的の經典として、また超えるべき目標として挑戦を受け続けている、という事実が読み取れる。

このように、中国における美濃部博士の「公法と私法」への頻繁な言及

(12) 魏武・前掲注4・6頁脚注③。ただし、この記述は物権法違憲論争で憲法側の論客の最先鋒となっていた童之偉教授の記述を引いたものである。

とそこからの引用という事態は、中国において「公法と私法」の問題が論争の焦点とされ、これをめぐって激しい議論が交わされている、ということを示している。では、中国における「公法と私法」の問題、そしてそれを取り巻く議論とは、どのようなものなのだろうか。以下では、中国における「公法私法論」の様相について、昨今交わされた激しい議論を中心に、紹介と分析、そして検討を行ってみたい。

なお、ここから最終章までは、記述のほとんどを中国の理論状況とその分析に費やすこととなる。表題の「美濃部」という文字に興味を持たれた読者には大変申し訳ないが、「美濃部理論」を必要とした社会環境と理論状況への理解を深めるためと、お付き合いいただければ幸いである。

二 公法私法関係論の様相

1 公法私法関係論の沿革

(1) 「社会主義計画経済」における「私法の欠缺」

中国における公法と私法の関係の経緯を紹介する文章では、一般に、まず従前の中国は「公法が私法を完全に飲みつくした状態であった」といった表現がなされる。そして、所謂「改革前」の高度な社会主義計画経済期においては、「国家権力が空前の勢いで社会の全ての隅々にまで侵入し」「政府の統制力が各家庭にまで浸透し、さらには各個人の心理の奥深くまで入り込んで」「私人が財産を処理し自由に取引を行う市場は否定され」「市民社会の運行ルールである私法はその成長のための土壌を失ったのである」との認識が示されている⁽¹³⁾。

ただ、このような状況については、所謂伝統中国における制度構造の問題にその理由を求める立場もあり、近時このような「伝統的」認識が、制

(13) 引用箇所はいずれも金自寧『「公法私法化」諸観念反思』浙江学刊2007年5期149頁。

度構造理論の基礎にすえられたものも多い。この立場の論文には、例えば「日本の学者滋賀秀三氏がかつて卓越した論断を行っている」として、中国の伝統法は刑法と官僚統治機構組織法のみにより構成されていたとする指摘を紹介し、「自己の伝統からは私法の体系が生まれることはなかった」として「わが国の古代法律構造体系は、『私法の欠缺』とすらいうことができる」と結論付けるものなどが見られる⁽¹⁴⁾。

いずれにせよ、「改革前」の中国社会は、「公法が私法を完全に飲みつくす」というべき状態となっていたのであり、当然このような状況は法学においても相応の理解を招くこととなった。すなわち、歴史的・土壌的には「伝統的」な「私法の欠缺」により、制度構造的には「長期にわたる高度集中的計画経済体制の必要のため、法律が社会経済生活の隅々にまで全面的に関与することが必要となった」ことにより、そして理論的にはマルクスレーニン主義、とりわけレーニンによる「社会主義国家では…如何なる私法も認められず、…経済領域においては一切のものが全て公法の範囲に属し、私法の範囲には属さない」⁽¹⁵⁾との見解、すなわち公法と私法の区分を否定し、私法の存在を否定するものとされたことにより、「わが国の法学理論においても相当長期にわたって、公法と私法の区分が否認された」という状況を招くこととなった⁽¹⁶⁾。そして、全ての法が公法であって、しかも人民と国家の階級性と根本的利益が「絶対的に一致している」以上、私法を語る余地は全くなり、また公法の問題、すなわち非対等性や権力性の問題を論ずる余地もまったくなくなったのである⁽¹⁷⁾。

(14) 石紹斌「論公法在中国的演進」西南政法大学学报第10卷第5期（2008年10月）5頁。

(15) レーニン全集3巻（中国語版）258頁。

(16) ここまで引用はいずれも馮璩「從民法的基本原則來認識公法与司法的画分」雲南師範大学学报2000年5期15頁。

(17) もちろん、社会主義イデオロギー下での「法の道具化」と「政治の万能」、そして文革期などの「無法無天」とまで称される法虚無主義においては、「公法と私法」の問題以前に、法制度や法学そのものが壊滅的な状態にあったという事は、いたるところで指摘されている。

(2) 「社会主義市場経済」下の「私法の存在の可否」

論文などの記述によれば、中国において公法私法関係論が活発化したのは90年代以降であるとするものが多い。もちろん、中国では法制度に限らず、全ての始まりは改革開放の起点とされる1978年に求められるのが一般的だが、公法私法関係論に限って言えば、「80年代以前は…レーニンの公私法に対する明確な態度に倣い、社会主義国家における公法と私法の二分という問題の存在が否定され、20世紀の80年代から90年代までは…『回避』の態度がとられ、20世紀の90年代に中国で市場経済体制が確立した後、公私法という論題は次第に広汎かつ多くの注目を集めるようになった」⁽¹⁸⁾と指摘される。

そこで、「広汎かつ多くの注目を集めるようになった」とされる90年代以降の公法私法関係論についての記述を見ると、まず、民法学界の重鎮とされる中国社会科学院の梁慧星教授が、早くも1992年の「法学研究」誌において、公法と私法の峻別を主張しており、これが90年代の「公法私法区分論」の基点と考えられているようである⁽¹⁹⁾。但し、ここでの梁教授の議論は市場経済に関する座談会での発言の要約に過ぎず、またその内容も、公法と私法の間を体系的に論ずるものとなっていない。

では公法と私法の間を正面から論ずるものは、というと、90年代にこのような問題を扱う論文には往々にして「公法と私法の区分の可否」との論題が掲げられているが、その内容は、実質的に「社会主義における私法の存在の可否」という問題を中心に議論が展開されている、ということが注目される。

例えば、謝桂生「市場経済と公法、私法の区分」は、まず第1章を「社会主義は私法を承認すべきか」と題して、まさに改革開放の深化が、「社会主義市場経済という条件下で公法と私法を区分する社会条件が存在する

(18) 魏武・前掲注4・6頁脚注①。

(19) 梁慧星「市場経済与法制现代化—座談会発言摘要」法学研究1992年6期2頁以下。

かどうか」等について「改めて再認識する必要がある」とし、第 2 章で「レーニンは何故社会主義社会における私法の存在を否定したか」との議論を展開して、「社会主義法に公法と私法の区分があるかどうかは、社会主義経済の基本理論と社会主義経済建設における具体的実践の中に求められるべきである」とする。そして、第 3 章「市場経済体制を打ち立てるには私法を区分する必要がある」において、「公有制の基礎の上にある商品生産経営者にも同様に独立の経済的利益が認められることは客観的事実であり、これこそが社会主義私法の存在の基礎である」として、「わが国が打ち立てる社会主義市場経済体制においては、法学理論上法律を公法と私法に区分する必要がある」との結論を導いている⁽²⁰⁾。

このように、上記の議論は、社会主義市場経済の下での公法と私法の区分の必要性を主張する、という内容であり、そこでは論者の立場が鮮明に示されている。しかし、この時期の論文には、関連する議論の状況を紹介するのみで、自らの姿勢や考えは示さないというものも少なからず見られている。

例えば、李茂管「法学界における公法と私法の区分問題に関する論争」では、「社会主義制度下には私法を区分すべき社会的条件があり」「私法の原則により」「商品経営者の独立の利益を保護しなければならない」とする「肯定論」と、「民法が私法であるとの観念を打ち破ることは、社会主義市場経済体制下での要求であり」「公有制の主導的地位を守る必要がある」として、公法と私法の区分を行うべきではないとする「否定論」、そして、「公法と私法の概念で区分する必要があるかどうか」については「なお一層の検討を待たなければならない」、とする「検討論」が紹介され、論者自身の主張または立場というべきものは全く示されないまま終わっている⁽²¹⁾。

(20) 謝桂生「市場経済と公法、私法的劃分——一個需要重新認識的問題」法学1994年5期2頁以下。

(21) 李茂管「法学界關於公法与私法劃分問題的爭論」求是雜誌1995年22期45頁以

また、張永志「公法私法の区分とわが国における社会主義市場経済法律体系構築との関係」では、同様に、「社会主義国家には公法と私法の区分は存在せず、公法と私法の区分はブルジョア階級法学及び資本主義法制に特有の現象である」とする「第一の観点」、公法と私法は市場経済の法律制度を打ち立てるための前提である」とする「第二の観点」、そして「公法と私法の区分は理論的には一定の科学性はあるが、それは一種の法律構造に関する理論であり、実在の法律部門それ自体ではない」とする「第三の観点」を紹介し、そのまま記述を終えているのである⁽²²⁾。

この点、上述した学説の時代区分では、80年代から90年代にかけて、学者がその態度の表明を「回避」という傾向が見られる、と指摘されていたが、90年代半ばから後期にかけても、やはり同様の姿勢がみられることがわかる。

もちろん、学説の潮流は個別の論文が呈する傾向のみで図れるものではなく、また何れの時期にも時代先行的な、或は逆に旧時代的な論文も見られるであろうから、これらを一般化することは危険である。ただやはり、この時期には既に社会主義市場経済が憲法にも書き込まれ、「私営経済」の保護が正面から認められているのに、なぜ上記の論者たちがその立場を決めかねていたのか、またはその立場の表明を回避したのか、ということは疑問に思わざるを得ない。

この点取えて勘ぐるならば、いずれの議論でも紹介されている公法私法区分否定論、とりわけその重点としての私法存在否定論が、依然として各議論の示すような確固とした地位を占めていたとすれば、その主要な根拠として示される社会主義経済体制のイデオロギーの存在が、当時なお無視できない重みを持っていたものと考えられる。そうだとすると、イデオロギーというものの内容の漠然性とも相まって、公法私法の区分についても

下。

(22) 張永志「公法私法劃分与我国构建社会主義市場經濟法律体系的關係」法学雜誌1997年5期12頁以下。

「敬して遠ざくるべし」との姿勢が学説に現れたことも、あながち理解できないものではないだろう。いずれにせよ、「社会主義市場経済下での私法の存在の可否」という問題設定と、旗色を鮮明にしない論者の姿勢が、この時期の議論に垣間見られるものといえよう。

(3) 「公法私法区分論」の興隆

中国における公法私法関係を覆う社会主義的イデオロギーの影響は、少なくとも学術的記述の上では、2000年前後からかなり薄れてきたように思われる。もちろん、ここまで支配的であったイデオロギーが政治的に消失したわけではないし、街を見れば社会主義的標語・スローガンの類はむしろ一層強調されているかの感もある⁽²³⁾。しかし、「向銭看(金向け、金!)」と揶揄されるほどに人々が富を求めてうごめく社会状況の中、憲法の数次の改正では「私営経済」の地位が徐々に高められ、かつてあらゆる法学書で強調された「資本主義と異なる社会主義法制度の優位性」は次第にトーンダウンし、大学の社会主義思想教育の支柱ともいべき政治学の授業(必修でマルクスの政治思想を学ぶ)においてすら、教師が「まじめに聞かなくてもいい」と言っている、などという話が当たり前のよう聞かれるようになっていた。

このように、変化は徐々に訪れていたというべきであるが、それでも敢えて理由を探すとすれば、やはり WTO 加盟の影響が挙げられるであろう。行政法学者の傅思明博士は、2002年の著書で特に1章を割いて「WTO加盟と法による行政」を論じ、国家がWTOの強制的な規則によって規律され拘束されるという事態を一つの「突破」として捉えている⁽²⁴⁾。傅博士が言うところの「突破」の意味内容、そしてWTOの具体的ルールがどのように中国の行政・司法機関を統制するか、という問題は

(23) このような政治宣伝の現状については、拙著『「矛盾」から読み解く中国』ワセダアジアレビュー2号(2007年8月)53頁以下で紹介している。

(24) 傅思明「中国依法行政の理論与实践」中国検察出版社2002年369頁以下。

ひとまずおくとして、ここでは、経済的取引の公平、自由、透明性と合理性の確保という目的に政府が服する、という構図に注目したい。この構図、すなわち私人の経済的利益（主に他国の、ではあるが）のために、国家が強制的・拘束的なルールに服することとなり、しかもその強制的なルールが、国家に対して国家自身の権限行使を制限するようなルール作りを強要し、同時に既存のルールの廃止・変更を強要する、という構図は、これまでのような、イデオロギーを根拠に私法関係の存在を否定したり、私法関係は国家の管理・監督下にあると主張したりする発想とは全く相容れないもの、ということができるだろう⁽²⁵⁾。

もちろん、これはイデオロギー的視点の後退の「理由」と言うよりは、フェードアウトを求める意識の変化がもたらした「結果」と言うべきかもしれないし、また後退を追認する政府の姿勢の象徴という評価を与えることもできるかもしれない。ただいずれにせよ、このような社会・理論状況は、当然中国における「公法私法区分論」のあり方にも鮮明に反映することとなっている。

例えば、馮璩氏は、2000年の記述において、「民法の基本原則から公法と私法の区分を認識する」べきであるとして、レーニンの言うような「私法の否定」は社会主義経済の基礎樹立のために不可欠であったが、「マルクス・レーニン主義の古典理論の束縛は深すぎる」と批判した上で、実際にエンゲルスは早くから公法と私法の区分という視点を持っており、その記述において「公法、公共権力は私法のためにこそ設立される」と指摘していたのに、「われわれは、これまでこの記述が法律の分類にとって持つ

(25) 郁建興 劉娟「国家与社会関係視野中的中国公法変遷」浙江社会科学2002年5期9頁は、「公法体系の刷新を進める際に明確に認識しなければならないこと」を論じる中で、「WTOへの加入によりWTOの規則が国内法となることは、ただ一般的な経済貿易・取引の問題ではなく、同時に憲法解釈さらには憲法の改正にも関わる憲法の問題なのである」として、「これにより、我国の公法の変遷は『開放、刷新』モデルへと向かわなければならない」と結論づけている。

意味を見落としていたのである」と指摘する⁽²⁶⁾。

この議論に限ってみれば、ここでは従来の「私法の存在の可否」という問題意識が色濃く残り、その方法においても、レーニンの主張をエンゲルス的主張によって否定する（または補う）という点で、依然として社会主義「古典理論」に依拠するものとなっている。実際に、類似の論証は少なからず見られているのであり、例えばレーニンの「私法の否定」はレーニン全集の訳出ミスによるものであって、そもそもレーニン自身「私法の否定」というような発言をしていない、という主張なども、本質的には「古典理論依拠型」であるといえる⁽²⁷⁾。

このように、この時期においても、社会主義イデオロギーが依然として無視できない存在であること、そしてこのようなイデオロギーに関わる「古典理論」を否定しうるのはそれ自身のみであることを示す議論が見られるが、しかし注目されるのは、その位置づけないし重要性の低下である。従来の「私法の存在可否論」では、イデオロギーの視点から私法の領域を否定する見解の内容の紹介またはその検討が、少なくとも論文の構成上かなりの部分を占めていた。しかし、上述の馮璩氏の議論では、これに関する記述は論文のごくわずかを占めるだけで、しかもその内容は、過去の状況の紹介といった程度の重みしか与えられていない。

このようなイデオロギー的視点の位置づけの変化がより極端なのは、蕭也紅氏の論文である⁽²⁸⁾。同氏は、「公法と私法の分類の現代中国における意義」を論じ、歴史的に中国には「私法（私権）の空間はほとんどなかつ

(26) 馮璩「從民法的基本原則來認識公法与私法的劃分」雲南師範大學學報第32卷第3期（2000年5月）15頁。

(27) 張永志・前掲注19・13頁では、従来レーニンが「…如何なる私法も認められず、…一切のものが…私法の範囲には属さない」と述べた、とされていたのは、中国語への翻訳の際に、本来「私的」と訳すべきところを間違って「私法」と訳されたからだ、としているが、牽強附会の感は否めない。

(28) 蕭也紅「公法与私法的分類及其对現今中国之意义」北京廣播電視大學學報2003年1期21頁以下。引用部分は24頁。

た」とし、改革開放前の中国について「公法と私法の分類は階級分析の方法により完全に否定された」として、このような「制度的欠缺」が、現在もなお「政府機構が（公法主体の身分で）各種の方法で私人の領域又は私権の空間に干渉する」という事態を招いている、と批判する。

なによりもこの議論では、すでに「社会主義において私法の領域が認められるか」という問題意識が消失している（または乗り越えられている）ことが注目される。すなわち、上記蕭論文では、従来の「私法の否定」について、単に過去の高度な社会主義体制下で、「当然あるべきものが否定された」だけだ、という認識を示した上で、「我国の現状において、公法と私法の分類を強調し、公法主体と私法主体の位置を確定することは、公法主体と私法主体の適正な関係を再構築するために必要である」⁽²⁹⁾としていることからわかるように、議論は既に社会主義経済体制における「私法領域の可否」ではなく、「公法と私法の区分」による「適正な関係の再構築」に移ったことが示されているのである。

このように、2000年前後に見られる議論からは、従前のイデオロギー論争の後退と、それに伴う論点のシフト、即ち「私法の存在の可否」から「公法と私法の分類及び関係」へ、という問題意識の変化が見られる。このような議論は、主に民法学の立場から、「私法領域の公法からの区分→確立→独立」という意識によって提唱され、推し進められてきた、とされている⁽³⁰⁾。しかし、このような「私法側」からの攻勢は、旧来のイデオロギイ的視点からの反発だけでなく、私法による侵食を危惧する「公法側」からの抵抗も招くこととなり、正に私法領域の確立・独立を高らかに謳わんとした物権法の内容をめぐる、激しい論戦が展開されることとなっ

(29) 同上25頁。

(30) 上述のように、公法私法関係論の発端とされる議論を展開した梁慧星教授は、1999年に完成させた物権法草案建議稿における「平等保護原則」について、「旧来の経済体制の影響を徹底的に否定し、市場経済の必要に合致する財産法の基本的ルールを真に打ち立てるため」と説明している。梁慧星「中国物権法草案建議稿」（社会科学文献出版社2000年）96頁。

ている。そこで、以下ではこの「物権法違憲論争」における公法私法関係をめぐる議論について概観し、そこでの議論において浮かび上がってきた「公私法融合論」について検討してみたい⁽³¹⁾。

2 「物権法違憲論争」と「公私法融合論」

(1) 「物権法違憲論争」における「姓社姓資」の実像

物権法違憲論争とは、立法過程で一般に公開され審議されていた物権法草案について、2005年に全国人民代表大会常務委員会の呉邦国委員長宛に出された「公開状」（同時にネット上で公開された）をきっかけに、民法学者と憲法学者等により展開された論争を指す。

この口火を切ったのは、いまや有名人となった北京大学の鞏献田教授（法理学）である。教授の主張は激しい憤怒で埋め尽くされているが、その言わんとするところは要するに、物権法はあまりに「資本主義的」であり、その内容は「資産階級の民法概念を盲目的に模倣し奴隷のように模写したもの」であって、「社会主義の基本原則に違背するもの」で「違憲行為の産物である」、というものであった⁽³²⁾。

このような激しい批判を受けつつも、当事者たる民法学界の側は、当初このような批判は「荒唐無稽」で「筋が通らないもの」であって取るに足らないとして、団結して物権法をよりよく制定すればよいと決議するなど、強行突破は容易だと考えていたようである⁽³³⁾。しかし、この問題は、成立間近であったはずの物権法の制定を一年以上も先延ばしすると同時に、民法と憲法の関係、ひいては公法と私法の関係について長くに渡る議

(31) 同議論の詳細については、拙稿「物権法草案違憲論争の諸相」中国研究月報第61巻第11号（2007年11月）3頁以下を参照されたい。

(32) 鞏献田教授の「公開状」については、王忍之（総顧問）『鞏献田旋風』一関於『物権法（草案）』の大討論」（中国財政経済出版社2007年）25頁以下に全文が紹介されている。

(33) 「法学界的『郎顧之争』—『物権法』『叫停』の背後」法律与生活2006年1期30頁以下。

論を巻き起こすこととなっている。

ここでまず注目されるのは、社会主義的イデオロギーの地位の変化である。鞏献田教授は、とりわけ民法学界から見れば、特異な旧時代的存在に映ったかもしれない⁽³⁴⁾。しかし、このように社会主義性を前面に押し出した批判であっても、それは「社会主義において私法の領域を認めるか否か」というものではなく、「平等保護原則」、すなわち国有・集団所有・私的所有を平等に保護するという原則が、社会主義原則ひいては憲法原則に違背することを糾弾するものであって、そこでは「私有化プロセスのさらなる加速」、いわば「私法による公法の侵食」というべき状況が批判されている、という点は注目に値する。

このようなイデオロギー的意識の変化は、当然、「私法領域」の確立を提唱する民法学者の側の言説において一層明らかである。本論争で民法側の主要な論客の一人となっている趙万一教授は、本来的に危険な存在である国家権力からの「市民」の解放と自由の確保の必要を唱え、私人の領域を確保して国家の恣意的介入を防止することが「私法の基本法」たる民法の役割である、と主張する⁽³⁵⁾。ここでは、ブルジョア的概念であったはずの「市民社会」が人類共通の歴史的叡智のように捉えられており、社会主義的視点からの考察は欠片も見られなくなっている。

このように、「文革式」と揶揄される旧来のタイプの議論ですら、「私法領域の加速的拡大から公法領域を守る」という意識からの主張となっていることに如実に現れているように、すでに「社会主義において私法の領域が認められるか」という「私法の存在の可否論」は完全に過去のものとなり、また「私法領域」の確立を主張する者からは、社会主義的言説を完全に無視した主張が当然のように展開されているわけであるが、では、実際

(34) 実際に、民法学界の集まりでは鞏献田教授を「法盲」、同教授のやり方を「文革式」などとする発言が見られている。拙稿上掲31・6頁。

(35) 趙万一「從民法与憲法關係の視角談我国民法典制定的基本理念和制度架構」中国法学2006年1期117頁以下。なお、趙万一教授は法律系の名門である西南政法大学の教授（民法）である。

に今回の論争の中で交わされた民法と憲法の学者の議論において、公法と私法の関係はどのように理解されているのであろうか。

(2) 「物権法違憲論争」における「姓公姓私」の限定性

この点について、本論争ではまず憲法と民法の関係が問題とされているが、その議論は、憲法の諸原則が物権法（民法）に及ぶか、及ぶとすれば、憲法はどのように物権法（民法）を規律するのか、といった様相を呈していた。この論争自体は、結果的に、修正を経て最終的に成立した物権法は憲法の諸原則に照らして違憲ではない、とされることにより収束することになっている⁽³⁶⁾。しかし、肝心の関係そのものについては、民法側からは趙教授らにより民法の「私法基本法論」が展開され、私法の基本法たる民法と公法の基本法たる憲法はそれぞれ異なる領域を規律するものであり、「民法は憲法を根拠とする必要はない」（梁教授）とまで主張されているのに対し、憲法側も、憲法こそが唯一公法と私法全体の根本法であるとして、あらゆる法規がその一字一句について厳格に合憲性審査（立法機関による）を受けるべきであると応戦される（童教授）など、議論は全く一致を見ることなく終わっている。

さて、このように激しく交わされた議論ではあるが、少なくともこの論争における各当事者の主張を見る限り、そこでは「公法と私法の関係」が激しく論じられているものの、結局何が「公法」で何が「私法」か、という意識は終始低いままであったように思われる⁽³⁷⁾。思うに、その原因は、

(36) 憲法と民法、具体的には童教授（憲法）と梁教授（民法；ほかに趙万一教授など）の間で交わされた激しい議論により生じた険悪な関係を修復することを目的に、わざわざ「民法と憲法の対話」と称する懇談会がもたれている。夏正林（整理）『「民法学と憲法学学術対話」紀要』法学2006年6期118頁以下には、同会において件の教授らが双方の誤解を解くために行った「手打ち」的発言が紹介されている。

(37) この点、童教授は「ここ十年余り、中国法学界の一部の学者は、本国の全ての法律を二極化に区分、すなわち公法と私法に区分」しているが、その理論は「美濃部達吉の発表した『公法と私法』のレベルにとどまるもの」で「既に時

本件論争が当初から、物権法の規定と憲法の関連規定との関係を問題とし、物権法を含む「私法の基本法」たる民法と、「公法（及び私法）の基本法」たる憲法との位置関係を問うものとして展開されたというところにあるだろう。即ち、趙教授らの主張は、私有財産・私的領域に関して物権法（民法）を至高のものと位置づけ、それに対する干渉は憲法によるものであっても拒む、というものであるため、干渉の内容、性質または構造などを考察する余地はまるでない。これに対し、童教授は、そもそも憲法が私法をも含む最高価値であり、それとの矛盾・抵触がある以上は如何なる法規であれ違憲であり無効となる、とすることから、やはりその審査の対象が何であるかを問う必要など全くないのである。

このように、今回の議論では「公法と私法の関係」が華々しく論じられたものの、それは具体的には、私法（とりわけ民法）に対する関係での憲法の機能と、憲法自体の「私法性」の有無、という抽象的な議論にとどまり、「公法」「私法」の内容すら明確にされないまま、そしてそれらの関係についても憲法と民法との間で終始双方が自らの地位の優越性を一方的に唱えるという状態のまま、幕引きを迎えた。

このことから考えれば、物権法違憲論争における「公法私法関係論」は、何かまたぞろ労多くして実り少ないものであったかのように見える。ところが、この議論については、その後行政法学者から、物権法自体に内在する公法私法関係に特化した積極的な考察が展開され、新たな問題意識が提示されているのである。そこで、以下ではこのような変化を概観し、物権法における公法私法関係につき提示された「公私法融合論」について分析・検討を加えてみたい。

(3) 物権法「公私法融合」論

物権法違憲論争で巻き起こった「公法私法関係論」に対する行政法学者

代遅れだ」と批判している。童之偉・前掲注7・177頁。

の主張は、主に、2007年に成立した物権法の内容は果たして純粋に「私法」と呼ぶべきものなのか、との疑問という形で展開されている。

このような議論として、まず楊解君教授は、物権法には「行政関係と司法関係を含む」「公法関係」の規定が大量に含まれているとして、「物権法は大まかに私法であるとみなすべきではない」と主張する⁽³⁸⁾。そして、「物権関係には、私法上の関係だけでなく公法上の関係も含まれるというべきである」⁽³⁹⁾として、そこで保護されるべき利益には私益だけではなく公益も含まれ、その保護には公法私法の別なく協力してこれを行うことなどから考えれば、「公私法相互不可侵という伝統的認識の限界を打破し、これを公私法規範の融合する総合法と見なすべきである」⁽⁴⁰⁾との結論に至る。

ただ、この記述を見る限り、楊教授は何が「公法関係」であるかについて詳しく論じてはいない。というよりも、「立法者は…公法による調整に属するか私法による調整に属するかなど論じなかった」⁽⁴¹⁾とする指摘に明確に現れているように、楊教授においては「公法」自体への問いそのものが希薄であるように見える。

これは、要するに楊教授が、物権法は「混合法」であるからその区分云々を細かく論ずる必要はない、と考えていることによるものであろう。そのような考え方は、私法と公法の区分に関する利益説を批判する際、同説では「一般に公益を目的または内容とする法が公法であるとされる」が、「実際の状況はそのように簡単ではなく、一つの法律さらには一つの条文においても、その規律する内容が同時に公益にも私益にも及ぶものが往々にしてある」⁽⁴²⁾とされ、また、「公権と私権」に関する記述において、「非常に多くの状況で、公権と私権の混合性が現れている」との現状認識

(38) 楊解君「物権法不応被籠統地視為私法」法学2007年7期43頁以下。

(39) 同上・46頁。

(40) 同上・51頁。

(41) 同上・45頁。

(42) 同上・49頁。

を前提とするところなどに如実にあらわれている。そもそも楊教授にあっては、最終的に「公私法相互不可侵という伝統的認識の限界」が「打破」されるわけであるから、少なくともこの問題について「公法」と「私法」の内容を明確にする必要はなかったのである。

このように、楊教授の主張は、物権法関連規定での「公法私法関係」のみに関わるものではあるが、そこでは「公私法融合」という状況が前提とされ、現状に基づく実際の問題解決のための理論構成、という意識が明確にされていた。と同時に、まさに「公私法融合」規定による実際問題解決という意識のために、言うところの「公法関係」の内容を明確にする必要もなくなり、さらに一つの規定が公法的でも私法的でもあるとされるに至ると、公法私法の区分の必要性さえも疑わしいものとなる。

しかし、考えてみると、その存在を認められることすら困難であったはずの「私法」の基本的法規である物権法に「公法関係」の大量かつなし崩しの同居が認められるならば、それは私法領域における公法の遍在または超越というべき従前の状況を容認することにほかならない。そうするとこのような「公私法規範の融合」が、基盤の脆弱な私法の発展を妨げることは容易に想起しうることであり、それが楊教授の言うような「私法と公法がともに発展する」⁽⁴³⁾未来を招くとはとても思えない。

これに対し、行政法学の中心人物の一人である応松年教授は、『物権法』テキストを分析対象としてとの副題をつけた論文において、『物権法』は合わせて247条の条文のうち、少なくとも40余りの条文が直接行政機関又は行政権に関するものである」として、登記、紛争解決手続、強制収用、国家・集団所有に関する規定などを引き、それぞれの規定と行政権との関係を論じている⁽⁴⁴⁾。

(43) 同上・51頁。

(44) 応松年「行政権与物権之関係研究—主要以『物権法』文本為分析対象」中国法学2007年5期66頁以下。応教授は国家行政法学院教授であるとともに、立法機関で行政関連の立法や改正に数多く携わっている。

応教授の議論では、例えば「物権とは『権利者が法により特定の物に対して有する直接的支配の排他的権利』を指す」という規定についても、これは「物権が行政権を排する」という点で行政権と関係する規定であるとされる⁽⁴⁵⁾。また、登記に関する諸規定についてはこれが「行政権による物権の確認」という点で、また行政機関の関わる紛争解決手続についても、行政権による物権の保護であるという点で、いずれも行政権に関する規定であるとする。

このように、応教授の議論は「行政権と物権の複雑な関係についての全面的かつ詳細な整理」という目的の下に行われているわけであるが、このような整理によって、「伝統的意義において私法である『物権法』には、実は数多の公法内容（注；原語のまま）が含まれているのであり、物権と行政権又は行政機関との間には、幾千幾万筋にも及ぶ繋がりがある」⁽⁴⁶⁾との見解が導き出される。そして、「物権による行政権の排斥と行政権による物権の消滅、制限という矛盾する関係においては、物権による行政権排斥こそが矛盾の主要な側面であり、ゆえに行政権は必ず物権を尊重しなければならない」⁽⁴⁷⁾と結論付けられるのである。

つまり、応教授は物権法のテキストに内在する行政権との「矛盾関係」を、「物権による行政権の排斥>行政権による物権の制限」という原理で解きほぐすものであるが、この議論において興味を引くのは、「行政機関または行政権に直接及ぶ」規定がすなわち「公法内容」である、との理解である。とりわけ、上述の物権定義規定などは、文面上は「行政権」に関する記述など全くないにもかかわらず、対世効である以上当然行政権も「他」者として「排」されるのだ、という論理で⁽⁴⁸⁾、行政権も含まれる→行政権に直接及ぶ→公法内容、とされることになる。

(45) 同上。なお、『』内は物権法第2条第3項。

(46) 同上・69頁。

(47) 同上・70頁。

(48) 同上66頁1章の(1)における論理構造。

しかし、このような理解によるならば、言うところの「公法内容」は限りなく広がってしまう。また、応教授の議論では「物権による行政権の排斥>行政権による物権の制限」を原理とするとされているが、結局公益的見地からの必要があれば、物権に対する制限も已むなしとされるのは応教授の議論も同様である。この点応教授は、公共利益の客観的存在、行政権に対する手続統制、公平な補償、行政・司法救済の確保、という条件を付すことによって、行政権による物権の制限を統制するとしているが、これについても、既に存在するこれらの条件が統制として機能しているのか、という疑問が生じざるを得ない。

このように、応教授の議論は一定の限界ないし危険を含むものとなっているのだが、公法と私法の関係についていうならば、そこには重要な視点が見出される。それは、まず楊教授と同様、従前当然のように「私法」とされていた物権法の中にも多くの「公法内容」がある、と指摘したことである。もちろんこのような「混合性」は、物権法の立法者や件の論争の当事者にも明らかではあったであろうが、論点が過度に単純化された「物権法違憲論争」では、このような視点が正面から問題にされにくかった。これに対し、物権法における「公法内容」という視点は、まず理論的な問題として、従来の「公法たる法と私法たる法の対立（又は関係）」という構図を、「(ひとつの法の中での) 公法的規定と私法的規定の融合」という構図へと転換させることになる。

しかし、より重要な点というべきは、私法規定における「公法内容」の役割と関係、そしてその統制のための手続という視点である。これは教授の問題意識が、理論的な「公法私法関係」よりも、具体的かつ実効的な「公法内容の統制」へと移っていることを示している。教授によれば、物権法における「公法内容」の役割は「物権の保護」であり、その関係においては行政権が物権に奉仕するものと捉えられ、そしてまさにそのような目的の実現のために、行政権の行使についての統制ルールが要求されることになる。確かに、そこで示される「公法内容」と統制ルールは、その実

効性に疑問が残るものではあるものの、「本質的に」「依然として純粹の私権」たる物権法における「公法内容」の存在という事実とそれにとまなう危険性を認識し、同時にそのような「公法内容」の役割及び位置づけを明確にして、それに基づいて公法私法の内在的関係を再構成する、という姿勢は、理念的な「公法対私法」という構図を超越し、「本質」に基づく機能的な関係を指向するという点で興味深い。

このように、物権法に関わる公法私法関係の議論は、「公私法融合」状況での「公法内容」の統制へと展開しているわけであるが、では、このような「公私法融合」状況（若しくはそのような認識）は、どのような「公法私法関係」論を指向しているのだろうか。上述の意識に示されるように、「公私法融合」という状況（または認識）は、公私法区分の希薄化、ひいてはその消滅を指向しているのだろうか。以下ではこれらの問いを中心に、「公私法融合」状況（または認識）とそれに関わる「公法私法関係」についての議論を概観してみたい。

3 「公私法融合」と「公法私法の区分」

上述のように、中国における近時の公法私法関係論は、「公法の私法化」「私法の公法化」などのいわゆる「公私法融合」状況を問題とするものが多く見られる。このような論文の構造を見ると、「西側の理論を一種の模範として借用して中国の法律と社会を研究する」⁽⁴⁹⁾との記述に象徴されるように、往々にして、まずローマ法におけるウルピアヌスの公法論から始まり、ドイツにおけるオットー・マイヤーやケルゼンなど諸説の展開に触れ、さらに美濃部「公法と私法」からも関連の記述を引用するなどした後、現代における各国の「公法の私法化」と「私法の公法化」状況を紹介し、最後に中国における「公私法融合状況」の展望について論じる、といったものになっている。

(49) 易軍「論公法和私法劃分在中国的局限性」重慶工学院学報（社会科学版）第21卷4期（2007年4月）144頁。

このような議論の中には、「公法の私法化」「私法の公法化」または「公私法の融合」という現状認識に基づいて、公法と私法の区分の必要性を否定する見解も見られる。例えば、王禄生「公法と私法の分類の再否定」は、中国における「公法と私法の区分の不存在」、そして新中国成立後長期間の「ソ連法学の影響による」「公法と私法の否認」という「伝統を尊重」すべきであることを基礎に据え、「英米法には公法と私法の分類が存在しなかったにもかかわらず、英米法系の法治の発達は世界が一致して認めるところ」であるという「事実」と、「公法の私法化、私法の公法化」及び混合・融合法領域の出現と拡大という現状にかんがみれば、「公法と私法というような区分の消滅は既に避けようがなく」「公法と私法の理論は歴史的舞台から退出するべきである」と主張する⁽⁵⁰⁾。

しかし、このような議論は少数というべきであり、一般的に、「公私法の融合」を論ずる際、現状における混在一体性に惑わされることなく、「公法の私法化」「私法の公法化」という現象を正しく認識するためには、まず公法と私法の区分と公法私法関係の把握が何より必要である、とする主張が目立つように思われる⁽⁵¹⁾。

そのような主張においては、まずその理念的・思想的意義が強調される。すなわち、「公私法の区分はその観念において法治の意義、即ち個人の権利を保護し、国家権力を制限するという意義を持つ」のであり、「このような精神の指導を欠くならば、移植された法律制度の実践における形式化を免れない」として、中国における公法私法の区分の「重要な意義」

(50) 王禄生「対公法和私法分類の再次否定」四川教育学院学报第22卷第7期(2006年7月)24頁以下。

(51) 例えば、韓清懷「私法与公法：体系的対立与規範的混合—兼以民法的公私法属性為視点」貴州警官職業学院学报2008年5期77頁では、「私法の公法化や公法の私法化といった風潮」があるからといって「異なる生活領域に異なる属性の法規範を適用して個別に調整することの必要性及び意義を否定してはならない」として、「私法、公法の区分の必要性を承認すべきである」との主張がなされている。

が強調される⁽⁵²⁾。

さらに、「公法私法の区分」のより現実的な意義として、公法による私法への日常的侵食の統制が指摘される。このような主張によれば、「中国大陆の状況から見れば、公法私法二元論の影響を受けてはいるものの、国家と社会の対立を欠き、行政権の領域の合理的限定をも欠くために、…私人の空間が常に行政からの規制を受けている」とされ、「改めて規制と自治の関係、公法と私法の間を再考しなければならず」、「公法と私法を如何に区分するか」を「基礎と起点」とした上で、改めて「公私法融合の現象に注目すべきである」とされるのである⁽⁵³⁾。

このように、「公法私法の区分」の必要性を主張する記述には、①過去の行政権の遍在（または過剰）の影響、②その影響下での「公私法融合」がもたらす諸問題、③その解決のための「公私法区分」の確立と関連理論の構築の必要性、というような共通した構造が見られている。それは、「公法と私法の区分が確立していない状況下で、公法と私法の相互作用と協力、又は交錯の問題を研究する」ことの危険性を指摘し、現在の潮流は「決して公/私法の区分の消失を意味するものではない」として、「我国において公/私法関係をしっかりと位置づけることは重要な意義を有している」とする見解に如実に現れている⁽⁵⁴⁾。すなわち、同記述では、「公/私法区分の必要性」の根拠として、「目下我が国の主要な問題である私的権利に対する公権力の干渉過多と干渉過剰」という状況に鑑みれば、まず「公法が従前に侵食した私法領域を私法に返還する」ことが、まさに現在の中国における公法私法関係論の「現実的意義」なのである、と指摘されるように、「公私法融合」という現実的状况における諸問題を適正に処理するためには、公法と私法の区分の確立が必要である、という意識が明確

(52) 曹治国「公法与私法劃分否認説及其評價—兼論公私法区分的必要性」法治研究2007年4期79頁。

(53) 高秦偉「行政法中的公法与私法」江蘇社会科学2007年2期160頁。

(54) 金自寧「『公法私法化』諸觀念反思」浙江学刊2007年5期149頁。以下本段落の引用部分も同じ。

に提示されているのである。

では、公法と私法の区分が必要とされるような現実的諸問題とはどのようなものであろうか。また、そのような問題の解決のためには、どのような理論が必要とされるのであろうか。以下では、「公法私法の区分」という意識から問題とされる中国の現実的諸問題について概観し、そこで求められる理論構造について検討してみたい。

4 現実的状況が求める理論的枠組み

上述したように、「公私法融合」状況での「公法私法の区分」の重要性を主張する見解は、その根拠として、従前からの「公権力の遍在」の影響の下での「公私法融合」が持つ危険性、という問題意識に基づいて、そのような状況によりもたらされた諸問題に対処する理論的枠組みの必要性を指摘していた。

では、そこでいう現実における諸問題とはどのような状況が想定され、またそれに対してどのような理論的枠組みが求められているのだろうか。この点、まず上述の物権法の規定における「公私法の融合」についてみれば、物権法には私人の所有権とは別に集団の土地所有権に関する規定がおかれ、その構成員に認められる「宅地使用权」は、物権という位置づけにもかわらず、「使用权の取得、行使及び譲渡については土地管理法等の法律及び国家の関連の規定を適用する」⁽⁵⁵⁾として、まさに他の「公法的」法規に丸投げということになっている。そして、「土地所有権」を有するはずであった「集団」⁽⁵⁶⁾でさえ、結局これらの関連法規によってその所有権の行使を妨げられ、直近のまたは上級の政府による統制に服することとなる⁽⁵⁷⁾。このように、物権法の集団土地所有権の規定では、それに対す

(55) 物権法153条。

(56) 集団とは、ここでは主に農村部での自治組織とされる村などを指す。

(57) このような問題に関する「公法的統制」について論ずるものとして、朱紅英 楊秋嶺・前掲注3・98頁以下がある。

る広範な「公法的統制」の存在が、所有権主体における複雑性とも相まって、「公権」「公法関係」の明確化などの問題を突きつけている。

このように、「公私法融合」状況については、まず従前から課題とされてきた私法的領域への公法の「侵食」という問題が指摘されるわけであるが、このような私法的領域への公法の介入の問題は、近時私的教育団体への取り締まりや、狭隘な住居への多人数の居住制限など、私人の活動への公益目的規制の問題として顕在化しており、「公益」の意味とそれによる規制の可否、という問題として議論されている⁽⁵⁸⁾。

また、「私私法融合」状況として、近時、特定の団体とその加入者又は構成員等との関係がしばしば問題とされている。それは例えば、強制加入の資格者団体であるとか、公益性の高い各種協会、そして学校や労働組合などについて、団体等とそれを構成する個々人との関係を規律する規範の問題として論じられている。そこでは、これらの諸団体等の「行政主体」性とその根拠、「公益性」と「公法関係」の内容、さらにはそこでの「権力行使」に関わる「不対等性」と「強制性」の内容と根拠が問われている⁽⁵⁹⁾。

(58) 出稼ぎ労働者などが狭隘な住居に多数入居することを禁ずる「区分所有者モデル規約」における「公権の私権への関与」について、徐洪軍 薛東琦「私法公法化視野下の公権干預私権—従上海市政府介入『群租房』現象考察」長春理工大学学報（社会科学版）2008年3期69頁以下では、「行政権の合理的介入」を考察する上で、「公権力の存在価値」や「公共利益」の内容を問題とする。

(59) 呉文靈「作為公法社團の高等学校—兼論高等学校的行政主体資格」首都師範大学学報（社会科学版）2008年3期111頁以下では、大学等の「行政主体性」を問題とし、「公法人概念」を採用すべきだと主張する。また、劉昆嶺「論民辦高校的公法主体地位」鄭州大学学報（哲学社会科学版）第40卷第6期（2007年11月）は、やはり「行政主体性」の問題について、教育の公共性と公益性から、「国家権力としての教育権を私人に委託することができるか」という問いを提示し、「教育は国家により行われるべきであるが、独占すべき公共サービスではない」との結論に至る。なお、強制加入の資格者団体における管理の性質という問題については、余韜「強制性行業協会成員管理權的性質定位—以公法与私法的關係為視角」廣西政法管理幹部学院学報第24卷第1期（2009年1月）26頁以下に詳しい。

さらに、新しい状況としては、従来伝統的に国家権力の専権に服すると考えられてきた領域での「公私法融合」が問題とされている。このような問題としては、都市・農村接合地帯での治安悪化に対応するために、現地の警察当局が「治安請負」と称して、地域住民または商工業者などに治安関連業務や住民登録関連業務などを請け負わせる、という事態について、「公法関係」の意味が問われ、「権力性」から考察した「公私法融合」の限界が問われているのが注目される⁽⁶⁰⁾。

このように、現在の「公私法融合」状況下で生じている「現実的諸問題」の解決のため様々な考察が行われているのだが、そこでは「公私法融合」という状況を無批判に前提とするのではなく、「私法領域」の「公法からの区分」という必要性を踏まえつつ、「公法」がカバーすべき領域とは何か、それを支える概念の内容、そしてあるべき理論の構造はどのようなものか、ということが強く問われている。つまり、漠然とした消去法（「私法を除く全て」）や混合型の公私法一体観に陥ることなく、公法領域を適切に画するとともに、各概念を具体化し、統制ルールの基礎となるような「公法学」を打ち立てることが、喫緊の課題として浮かび上がってくるのである。

5 まとめ—「公法学」という問い

このように、中国において問われてきた公法私法関係論は、主に公法の過度の干渉を排除することにより私法の独立した領域を確保する、という目的に端を発するものであったが、私法領域の存在自体が当然のこととされていくにしたがって、次第に私法と公法の実質が問題となり、そもそも公法とはなにか、公法学という学問領域はどのようなものであるべきなのか、という問いに変じてきている。

そこで、次章では、中国で形成されつつある「統一公法学」について、

(60) 金自寧・前掲注11・127頁以下。

その構造を概観し、その問題点と意義について考えてみたい。

三 「統一公法学」の課題と可能性

1 「統一公法学」の様相

中国における「統一公法学」の提唱は、「統一的公法学を打ち立てることを論ず」とする北京大学の袁曙宏教授による論文に端を発するものと言ってよいだろう。そこでは、まず「公法が国内法学界のホットな話題となったのは、21世紀に入って以降のことである」として「公法学」が新しい学問であることが指摘される。そして、「公法概念とは何か、公法はどのような機能を持つのか？公法にはどのような法律部門が含まれるのか」ということが問題意識として提示されている⁽⁶¹⁾。

残念なことに、同論文は統一公法学の必要性を叫び、その形成を提唱する、という意識から書かれているものであるため、何が公法なのか、何が公法規範なのか、といった問題について全面的な考察が展開されることはなく、今後研究の対象として「答えを出さなければならない」とされるにとどまるものではあるが、その学問対象は「いずれも公共権力の規律と公民の権利保障を内容として展開される」として、「公共権力と公民の権利との関係」が「公法学研究の核心である」⁽⁶²⁾とされ、さらに「公法の規律する公共権力主体と公民、法人との関係において、法律関係の双方主体の地位は不平等であり、権力と権利の配置は常に不均衡である」として、「主体の地位が完全に平等である」「私法関係」に比して、「理論的基礎の形成がより切実に必要とされる」と結論付けられている。

このように、袁教授は「法律関係において必ず一方が公権力主体であること、これが公、私法関係及び公、私法部門を区分する最も重要な基準で

(61) 袁曙宏「論建立統一的公法学」2003年5期25頁以下（引用部分は25頁）。

(62) 袁・同上・32頁。

ある」として、「公権力」が「統一公法学の論理的起点である」とするのであるが、ではこの「公法関係」のキーとなる「公権力」はどのように解されるのだろうか。この点について、袁教授は上述のように積極的な答えを与えていないが、現在中国行政法の基本的教科書の執筆者である北京大学の姜明安教授が、『『統一公法学』の若干の問題についての検討』をテーマとした特集で、「公法関係—公権力と公権力の相手方との関係—は公法学研究の基本問題である。…公法関係を研究するためには、まず公権力を研究しなければならない」と指摘し、国家公権力、社会公権力の順に論証を行っていることが示唆的である⁽⁶³⁾。

そこでは、「公権力とは何か」という問いがまず必要であるとの認識が示され、「公権力とは人類の共同体組織が共同体の名義で、共同体を代表してある種の行為を行う能力または力量である」との定義が示される。ここでは、社会的事実としての権力をアプリアリに前提とすることなく、また組織の性質や構造、さらに強制力の有無についてもこれを問うことなく、さまざまな組織体・集団の行為能力を広く「公権力」として把握する。

さらに、公権力の担い手としては、各種国家機関およびその授権を経た組織体などの「国家公権力」のほかに、各種業界団体や住民自治組織、そして各種利益団体等の「社会公権力」があるとして、これらの「社会公権力」は内部の構成員に公権力を行使しうるとした上で、「政府がうまくやれないかまたはそもそもできないような公共的事務はこれを社会的公権力組織にやらせればよい」として、該当事項の「公共性」や「権力性」の有無や程度を問わずに、該当公共事務の遂行についての組織体の適性のみによる公共事務の分配を提唱する。そして、各「公権力」の行使について、構成員への情報公開と事前・事後の参加を必要条件とするなど、行使の決定・実行・評価のサイクルを構成員が統制することにより、「公権力」を

(63) 姜明安「公法学研究的幾個基本問題」法商研究2005年3期3頁以下。

実質的にも構成員自身による行為に解消しようと試みている。

さて、上述のように、いうところの「国家公権力」と「社会公権力」との間での事務分配については、姜論文中に詳細な記述はない。この点については、公共性が高いかまたは権力性が高い事務についてはそもそも「社会公権力」に分配されうる公共事務からはずされている、という前提もありうるのだが、そうだとすると、問題はその「公共性」「権力性」の中身、ということになり、畢竟、社会的事実としての権力が起点となってしまふことになる。

しかし、少なくとも姜教授の記述における「公権力」観からは、そのような社会的事実としての権力観は導かれぬ。同記述によれば、「公権力」は強制力を担保する暴力装置を背景とする社会的事実としての「権力性」により導かれるものではなく、単に共通の目的・利害関係または居住関係などにより形成された共同体が、共同体として有する行為能力に由来するもの、とされる。これを敷衍すれば、公法関係を規律する規範もまた、共同体が共同体として行為を行うことに関するルールにすぎない、ということになり、結果として、そこに私法と異なるような、関係の非対等性または行為の権力性に基づく特殊な公法的ルールを観念する必要はなくなることになる。

もちろん、このような見解は現在のところ少数といわざるを得ず、「まず権力ありき」の前提から、国家の行為の権力性と関係の非対等性を導き、特殊な公法的規範が妥当する領域を観念し、そこに共通するルールを模索する、という方法論がより一般的であるといえよう⁽⁶⁴⁾。しかし、姜教授が示す「統一公法学」の諸概念の分析とそれに基づく公法関係の明確化は、「権力性」や「公益性」の本質を問う現実の問題状況に正面から答

(64) この点、同じ法商研究『統一公法学』若干問題研討」特集で、姜教授の記述とともに掲載される楊解君「公法（学）研究：『統一』与『分散』的统一」法商研究2005年3期9頁以下では、『公権力』を問うことなく、公法学全体の整理と体系化が提唱されている。

えようとするもので、現実問題への対処という要求にも合致しているものといえる。もちろん、それは理論として提唱されているに過ぎず、それが当初の目的を実現し、所論のような効果を挙げることができるかどうかは未知数であるが、少なくとも「権力性」を単純に前提とする理論と比べれば、問題の本質を明らかにしようとする点でより根本的な解決を求めるもの、ということができるだろう。

2 「民主集中制」と「統一公法学」

以上、中国において提唱される「統一公法学」について概観してみたが、社会科学の理論について、とりわけ一国の制度に関する理論について、その特定の歴史的背景と社会的現実を離れて一般的・抽象的にこれを論じるならば、その意義ないし価値を正確に理解することは困難であろう。中国で提唱される「統一公法学」を検討する場合にも、その理論ににじみ出る中国の歴史的背景なり社会的現実なりに留意しなければならないのは当然である。

そこでまず注視されるべきは、公法学の範囲についての中国的特殊性である。例えば、日本において公法とは、「行政に関する特殊固有の法」とされ、公法学の対象も「行政の組織および作用ならびにその統制に関する国内公法」との記述が見られるが⁽⁶⁵⁾、上記の「統一公法学」の主張では、公法学の対象となる「公法関係は公権力行使の主体により区別される」ものであり、その「公権力主体」には、「立法、行政、司法等の機関、また時には法律、法規による授権を受けた組織体が含まれる」⁽⁶⁶⁾とされるなど、公権力を全一体として把握し、それを規律するルールを析出しようと

(65) 田中二郎「行政法（新版）」上巻（弘文堂1974年）24頁。

(66) 姜明安・前掲注63・8頁。また、王広輝「論統一公法学的価値」法商研究2005年3期14頁では、中国には「資本主義国家早期のような国家権力の厳格な分立という状況は存在しなかった」として、「立法権、行政権、司法権等の部分を人為的に分割」せず「に統一公法学を調和的・全一体的に構築すべきであるとする。

する特徴が見られる。

このような理論構成を招く原因は、中国における国家権力の全一体性にあるだろう。周知のように、中国では「ブルジョア主義欺瞞的制度」である「三権分立」は否定され、社会主義における人民と国家の絶対的一致性に基づく「民主集中制」がとられている。この民主主義と権力の集中とを弁証的に統一する政治的理念として憲法に規定される「民主集中制」は、その統治構造への反映として、「人民がその権力を行使する機関」である人民代表大会を「最高国家権力機関」とし、同機関に、その他の国家機関に対する監督と指導の権限を与えている。

この「最高国家権力機関」は、しかし現実には各地の名士や有力者が北京に二週間程度派遣されるだけに等しい名誉職のようなものであるため、通年の業務は党と国家の要職を占める面々が名を連ねる常務委員会により行われ、さらにこの常務委員会もやはり日常的に活動するものではないため、結果として立法を含む国家運営は國務院に、地方は各級の人民政府に丸投げ、ということになる。

このような制度的な背景および国家運営の実際を考えれば、現在声高に叫ばれる「法による行政」という発想は、人民代表大会が「民主集中制」を基礎とした「最高国家権力機関」であるという理念には妥当するものの、行政機関の及ぶ範囲の広汎性と立法機関（監督機関）との実質的一体性という現実を考えれば、「法による行政」など結局形式に過ぎず、理想を飾るための迂遠な虚構とすら思える。

「統一公法学」の提唱者たちが、立法・司法による行政の統制という空虚な理論ではなく、その上にある全一体としての「国家公権力」の理論構成とその統制・規律を目指したことは、このような制度構造が思考の基礎にあるだろう。つまり、このような公権力の範囲設定には、一体的構造下での問題に対する根本的な対策という意図があるといえるのである。そして、そこでの理論的模索により、社会的事実としての権力が文字通り裸にされると同時に、それが次第に無色透明な「共同体の行為能力」として発

展的に解消し、そのような発想ないし理念が立法活動に反映していけば、行政活動における日常的な違法・不当の氾濫と、行政活動に対する人民の不満と衝突の頻発という事態の緩和も期待できるかもしれない。

しかし、上述のように、現在の中国で人々が直面している問題はまさに行政活動による日常的な違法・不当によりもたらされるのであって、概括的・一般的な理論構築が持つ深遠な意味はともかく、まずはいうところの「依法行政」を先に実現してほしい、という要求は強い。その視点からすれば、国家権力を全体として統一的に捉える見方は、「依法行政」という視点を曖昧にするばかりでなく、行政による権力の行使を共同体の名の下に正当化する恐れがあるとも考えられる。

ただ、このような考えは「統一公法学」に対する誤解といえる。なぜなら、「統一公法学」の目的は、漠然とした「公権力」なり「公法関係」をその共通性に従って再定義・明確化し、その「権力」行使における規則性を抽出し、以って権力下にある人々による統制の方法を確立することにある⁽⁶⁷⁾。それゆえ、「統一公法学」と「依法行政」とは、「権力の統制」という目的を同じくするのであって、またそもそも権力自体の本質を統一的に把握することと、権力的機関それぞれの構造と相互関係を考察することは矛盾するものではない⁽⁶⁸⁾。何よりも、姜教授の主張のように、共同体の行為能力を構成員が統御する、という発想は、まさに行政機関についてそのブレーキとアクセル、そしてコントロール権を人民が握ることにつながっていくものと思われる。

現在、都市部における選挙への参加熱と住民による直接行動の多発という事態は、選挙制度の漸次的改革と立法機関・人民代表の活動の活性化をもたらしており、また裁判官の法曹専門化と質の向上により行政訴訟制度

(67) 袁・前掲注61・32頁参照。

(68) ただし、「公法学」の及ぶ範囲とその対象は確定したものではない。実際に「公法学」を提唱する論文の内容が、ほぼ行政権の統制のみに向けられている場合も多い。例えば郁建興 劉娟・前掲注25・3頁以下。

への信頼も徐々にではあるが改善も見られ、何よりも、情報公開制度の整備と住民参加の質的・量的拡大により、行政自身のあり方が大きく変わりつつある⁽⁶⁹⁾。このような現状に鑑みれば、「統一公法学」は、その権力分解的な権力観により、「依法行政」とのインタラクティブな発展を遂げていくことが期待されるものといえよう。

3 共産党と「公権力」

「統一公法学」には、もうひとつ、そしてより重要な問題として、共産党の位置づけ、という問題が残っている。姜教授は、「公権力」のひとつとして政党を取り上げ、「とりわけ共産党が長期にわたり政治を行う社会主義法治国家において、政党制度は公法制度とされるべきである」と指摘し、「執政党が憲法および法律の範囲内で活動し、法により政治を行い、法により公権力を行使するようにしなければならない」⁽⁷⁰⁾とするように、政権運営を担当する政党、中国においては共産党を、「国家公権力」を行うものとして特に論じている。

ここで、姜教授の理論には、ひとまず一つの破綻がもたらされる。教授は先験的で複雑かつ巨大なものに見える「権力」を、「国家公権力」と「社会公権力」とに分類し、これらについて社会的事実による権力性という色づけを行わず、「共同体が共同体として有する行為能力」という無色透明な概念で表すことにより、その「権力」を単に共同体が組織体として行為するための機能にすぎないものとし、その正当性は共同体構成員の事前・事後の管理・監督に担保される自己決定性に求められ、その「巨大性」も単に構成員の量的な規模の問題にすぎない、との構成をとっていた。

しかし、「国家公権力」と「社会公権力」の担い手の間（またはその背

(69) このような現状については、拙稿「中国における住民参加の現状と機能」中国研究月報第62巻11号（2008年11月）を参照されたい。

(70) 姜明安・前掲注63・8頁。

後)に、事実として「国家公権力を行使する」政党を置き、しかも社会主義国における共産党を特別なものとしたことにより、「国家公権力」はその性質において特異なものとし、しかも国家機関でなく国家の授権にもよらずに「国家公権力」を行使する組織体が観念されることになり、結果として、事実上の権力の先験的・独立的存在性を認めることになってしまったのである。

ここには、やはり「統一公法学」提唱者たちに突きつけられた困難な課題が見てとれる。すなわち、彼らは、「公権力」という観念の希薄化を強く希求しながらも、現実に政治を動かし、各国家機関の運営を指導しているのは共産党であるから、これが「国家公権力」の担い手であること、そしてそれに対する監督の必要があることを否定するわけにもいかない、というジレンマがあるのである⁽⁷¹⁾。姜教授は、この状況にかんがみ、まず「公権力」の無色透明化をいったん放棄し、事実としての「権力性」から共産党の特殊な地位を認め、これを「国家公権力」の中に組み入れた上で、再度構成員による管理・監督の対象としての無色透明化を図ろうとしているのであろう。

法的な論証を離れ、社会的事実または人々の認識によるならば、中国における「公権力」は、量的にも質的にも共産党に集中し、そして共産党に由来するものであることは否定しえない事実である。そして、その事実は理論的に否定することはできないものであることもまた、事実であらう。その意味では、姜教授がその理論構造をいったん破綻させてまでも、共産党に特殊な地位を与えつつ「公権力」への取り込みを図った意図は十分理解できる。しかし、果たして、理論的に否定することのできない共産党と

(71) 例えば郁建興 劉娟・前掲注25・3頁以下は、中国の「公法の変遷」の歴史においては、「公民の自主性の向上」「党政分離」「政府改革」など重要な改革が、各時期の党大会での政策決定に基づいて「党と政府により上から下へ推し進められた」としつつも、このような「政府主導型」の権力監督と権利保障の不足という問題にかんがみれば、「公民社会の発育と成熟」が何よりも必要とされる、と指摘する。

いう権力の特殊性を前提としながら、「公権力」を無色透明化し、最終的に共同体の行為能力として各構成員の管理・監督の対象の一つに解消できるのか⁽⁷²⁾。これは、姜教授のみにとどまらず、中国の「統一公法学」、ひいては公法学全体が直面する最大の問いであり、この問いへの答えこそが、中国の「公法学」の試金石として、これからも絶えず問われていくことになるのである。

おわりに一再度「美濃部」の意味を考える

本稿は、副題を「美濃部理論を手がかりに」としている。これは、筆者が中国における「公法私法論」での「美濃部達吉」の頻出という状況に興味を持ち、それが本稿執筆の一つの原因となった、という理由によるものであるが、同時に、そのように述べてしまった以上、ある種の責任として、中国における美濃部理論の意味なり役割なりを、もう一度考察しなければならぬだろう。

第一章で示したように、中国における美濃部理論への言及は、多くの場合その理論的構造や体系的思考に対するもの（またはそれを踏まえたもの）とは考えにくく、自らの主張の根拠として「使える」記述を「つまみ食い」するかの観を呈していた。とりわけ、物権法違憲論争においてはその傾向が強く、私法領域の確保と独立をいう者からは、「公法と私法の純然たる区別」が「美濃部」理論とされ、これに対し公法私法の融合性を言う者からは、「公法私法の混合という認識」が「美濃部理論」とされるなど、そのご都合主義が突出していたように思われる。

(72) この点、劉松山「地方実施法律豈能靠中央批示和敦促—山西黑電案給我們的嚴重警示」法学2007年7期3頁以下は、党中央の「重要指示」が地方で「驚くべき効果」を挙げているという事実は、「指導部の權威が法よりも高い」ことを示し、これが「法律の執行における効力を低下させている」として、党権力の強大性によらなければ解決できない問題が実は党権力の強大性により生じている、との「悪循環」の存在を指摘する。

このように、中国で美濃部博士の記述が引かれる際、そこに何らかの共通点を見出すことは難しく、それぞれが自らの必要に応じて、しかも原典の文脈にこだわらず、断片的な記述を「美濃部理論」として用いているという状況が見られることは、既述の通りである。

しかし、ここで不思議に思われるのは、そのように異なる立場、見解および目的を持つ論者が（断片的かつ文脈にこだわらずにはあるが）、いずれも美濃部博士の「公法と私法」から必要な記載を見出し、それを自らの論証において用いることができている、という事実である。考えようによっては、これは美濃部博士の視点自体のアンビバレンスを疑わせるともいえるかもしれないが、より重要な点として、博士の論文の立脚点、すなわち「公法関係に於いては国家が優越なる意思の力の主体として相手方に対するものであることは真実であるとしても…それは無制限に如何なる事でも命令しうる権力ではな」い⁽⁷³⁾という点に、その原因が見出されるのではないか。つまり、社会的事実としての権力の存在を受け入れざるを得ない「としても」、その「無制限」の力を否定し、法の下に可及的に統制していくというある意味矛盾した意識が、現在の中国の状況と重なり、その結果、博士の主張される理論が同時代的なもの（または恒久的なもの）として受け入れられている、ということができないのだろうか。

いま中国では、他の国で50年かかったことが1年で実現するとか、他の国の30年前と現在、そして30年後が同居している、といったいわれ方がなされる。そのような現状が、私法の地位と公法との区別が未だ確立しない中で、その融合と一体化が進行し、それにより生じた問題にも取り組まなければならない、という難題を突きつけているのである。

翻って本稿との関係で考えてみると、現在の中国の社会状況や国際関係そして人々の意識などは、美濃部博士が直面していた状況と近いものもあれば全くかけ離れたものもあるだろう。ただ少なくとも、絶対否定できな

(73) 美濃部達吉「公法と私法」75頁。

い権力が事実として存在するという状況において、それを背景とする公権力を如何に統制するか、という問題意識については、博士と中国の公法学者の意識に類似するものがあり、これが中国において「美濃部理論」が受け入れられやすかったことの大きな理由といえるだろう。

そう考えると、本国（日本）で「美濃部理論」に向けられた批判、とりわけ社会的事実としての権力観に引きずられ、国家権力の優越性と行政権の優越性との混同を招いているという批判は⁽⁷⁴⁾、まさに姜教授らの理論における権力観にも妥当するものであり、このような批判が中国の公法学にも向けられていくであろうこと、そしてそのような批判の中から、公法学における事実的権力観が問い直され、「公法関係」の特殊性が徐々に否定されることにより、まさに姜教授らの主張するような無色透明化へと向かうということも予測される。その意味で、現在華々しい光を放つ公法学の議論は、それ自体の「終わりの始まり」を示す最後の輝き、なのかもしれない。また、本稿で紹介したような「美濃部理論」の「恒久性」という評価も、日本の学説が益々頻繁に紹介されていくことも相まって、次第に薄れていくことであろう⁽⁷⁵⁾。

しかし、「美濃部理論」にせよ、現在の中国における幾多の公法理論にせよ、否定し得ない事実的権力の存在を前提としながら、それを背景とする国家機関の権力行使をどのように統制し、国民個人の自由をどのように確保し権利を拡充していくかという、いわば「今そこにある課題」に答える理論を模索する時代的要請があった（ある）はずである。それならば、社会環境の変化により事実的権力の絶対性という意識が希薄化し、それに伴って制度構造が変化していく中で、その議論がナンセンスになっていくのはむしろ当然のことであり、逆に少なくとも今のところは、そのような

(74) 高柳信一「行政法理論の再構成」（岩波書店1985年）450頁参照。

(75) この点、直近のジュリスト増刊「行政法の争点 [第3版]」（2004）の「公法と私法」の項目（10-11頁）においてすら、美濃部博士への言及又は著書からの引用が一つもないことが示唆的であるといえる。

変化を導びく理論的支柱として、より研究が深まるということも考えられる。

中国で公法の問題と格闘する人々が、自らの置かれた状況について美濃部理論の立脚する状況と通底するものを見出したのは必然であるともいえようが、現在の社会環境と制度状況から見る限り、彼らには、依然としてこの前提の下で同様の課題に取り組むことが求められており、「公法関係」の特殊性の否定も「公法学」の衰退という事態も、早々に訪れるものではないだろう。

ただ逆に言えば、このような状況は、まさに中国において公法学の意義とその精緻化の可能性を高めるものともいえる。現実の矛盾が解決困難なものであればあるほど、それに直面して展開される理論構成は、多面的ながら深層にまでいたる思索に支えられ、絶えず貴重な発見と創造をもたらすものとなる。中国における公法学の議論も、たとえ後から見て不必要な、不毛な議論であったとしても、そこで探求される理論の中から、必ずや新しい統治の姿が見出され、インタラクティブな制度上の変化をもたらしていくことであろう。多少不謹慎であるとの謗りをまぬかれないかもしれないが、この矛盾とゆがみの中で、中国における公法学の輝きを、期待せずにおれない。