

<翻 訳>

少数民族教育の民族性と 教育を受ける権利の保障

宋海彬 (Song Haibin) 著
鈴木敬夫 訳

The Ethnicity of Ethnic Minority Education Rights and the
Right to Receive Education

Translator's viewpoint

This paper discusses the theory of human rights of China's ethnic minorities as espoused by Professor Song Haibing (1975-), a Han Chinese legal philosopher. In China today, one sees a large divergence between human rights as enshrined in the Constitution on the one hand, and the reality of society on the other. This is the main reason why controversies occur over the interpretation and application of the Constitution in constitutional science. There is a dichotomy between the theory of "constitutionalism" that advocates the protection of human rights, and the theory of "anti-constitutionalism" (i.e. the theory of "constitutional rule"), which extols statism and emphasizes "guidance by the Communist Party". Under pressure from the majority Han people, ethnic minorities have a long history of affronts against their ethnic dignity. A particularly pressing issue of late is the problem of "homogenizing education" imposed in the name of education under the statist creed. How can the dignity of ethnic minorities be balanced with learning Han culture,

including its language? Whether by the Han or by ethnic minorities, unconsciously intolerant ethnic identities must be abhorred. This paper investigates the nature of true “constitutionalism” for ethnic minorities.

訳者序

この論文は、中国の法哲学者宋海彬（Song Haibing, 1975～. 漢族）による中国少数民族の人権論である。今日の中国では、憲法に規定されている人権条項と社会の現実の間に大きな乖離がみられる。それが主因となって、憲法学会では憲法の解釈と適用を巡って論争が起きている。すなわち、人権擁護を掲げる「憲政」論と、国家主義を掲げ「中国共産党による指導」を重視する「反憲政」論（原文：「依憲執政」論）が拮抗している。少数民族は、多数民族である漢民族との軋轢の下で、長く民族の尊厳が蹂躪されてきた経緯をもっている。この間、逼迫した課題は、国家主義の下で教育という名目で為される「同化教育」の問題である。少数民族の尊厳と、言語を含む漢文化の習得を如何に両立させるか。漢民族であれ、少数民族であれ、度量のない不寛容な民族アイデンティティは忌避されなければならない。この論文では、少数民族にとって「憲政」とは何か、が究明されている。

目次

- 一. 問題の所在
- 二. 民族教育の民族性問題
 - (一) 民族教育の民族性問題の方向性
 - (二) 民族教育の民族性と国家アイデンティティ
- 三. 少数民族の教育を受ける権利を保障する国家の義務について
 - (一) 教育を受ける権利の「社会権」属性と国家義務
 - (二) 民族事務の法治化と少数民族の教育を受ける権利保障とその国家義務

訳者あとがき

一. 問題の所在

人類の一つの自覚の表れとして、教育は、社会化する自我イメージを育む行為であり、また文明を伝播させる一つの方式でもある。ここに、教育とは人類が知識——技能の伝播、徳行——規範の教化及びその他の経験、思惟及び成果を社会に広めることを通じて、社会構成員の精神的次元、実践的な能力と文化的素養を高め、個体の素質の向上と社会をよりよく発展し促進させる、そのための専門的な社会活動といえよう。我々は「学校が一つ多くなれば、監獄が一つ減る」という戒めに良く馴染んでおり、「科学技術は第一の生産力」という言葉にも賛成である。ただ、個人の発展であれ、社会の発展であれ、蓄財だけを重視して、精神、信仰、行為規範の混乱に目を向けず放置するようであれば、社会文明の程度と民族のもつイノベーション能力は必ず低下することになであろう。そうすれば、個人と社会にとって良い状態であるはずもなく、明るい前途も期待できないといえよう。これは現下の中国社会からみて、まさに非常に深刻な現実問題である。我々はできるだけ早く個人が善良、文明、寛容という、社会に普遍的な基本理念を身に着け、社会で創造する、社会に貢献する、社会で助け合いをするなどの活動には、個体の生命価値を支えるという意味があるということ認識するよう努めるべきである。そして国家にとっても、単純な軍事大国や経済大国は、決して本当の意味での大国ではなく、このまま維持していくことすら困難になることを認識しなければならない。真の大国は、経済と軍事力という量的な支えが必要なことは言うまでもないが、同時に、人類の文明と理性それ自身の向上に多少なりとも貢献するような、すなわち、道義の大国、文化の大国でなければならないように思われる。現在、中国人と中国社会に内在している、精神分野で起きている諸問題の原因とその責任のすべてを、教育領域にだけ負わせるわけにはいかない。とくに我々からみて、社会の現実おける人間に対する「教育」に関して言えば、こうした原因がまさに教育それ自身にあるのではない。とはいえ、長期にわたる我々の教育に対する姿勢、教育を発展させ促進させてきた諸々の措置に

しても、さらに現行の教育体制や人材の管理体制の面においても、当然、反省すべきこと、改善すべき点が余りにも多いといえよう。

民族教育についてみると、その認識は、上述された教育の一般的機能と意義に留まらず、民族教育それ自身としての特殊な内容を対象としている。言い換えれば、一般の国民教育と異なり、民族教育の特殊性は、教育と民族の内在している関連性に起因している。少数民族全体にとって、民族教育は少数民族の文化伝承と振興、少数民族の民族帰属意識、民族の自負心、民族の向上力に関係している。この意味で、民族教育は民族集団の人権の属性と機能を体現することを通じて、少数民族構成員の個体にとっては、民族教育と少数民族構成員の個体の素質の向上、個体の自由なる発展の可能性および自我の価値と人生の意味を実現することに緊密に結びついている。したがって、民族教育は少数民族の個体が教育を受ける権利の具体的内容と、それをいかに実現するか決めるものである。さらに少数民族構成員の政治的権利、経済的権利、その他の社会的権利の実現如何にも重要な影響を及ぼしている。民族の個体が、一般的な公民がもっている権利以外に、民族の身分によって享受する権利は、何時も当該民族全体がおかれている状態と、国家の民族に対する基本的な思想や考え方や制度に関係しているため、民族の権利がもつ個体の権利と集団の権利の区分は相対的なものである。一般的に言えば、集団的な権利が存在する基点は、個人の努力を以てしても個体的には解決できない、守るべき「類権益」の保障問題である。それだけではなく、個体の権利の実現は、必然的に集団が類としてもっている権利を獲得する力の増長に繋がり、それによって集団的な権利の実現程度も強まるというものである。この意味で考えると、民族という単元は、少数民族の権益保障の一つ基本的な社会的構成部分であり、民族個体の権利を保障することと、正しく民族問題を処理するということが、相互に表裏している問題である。従って、民族教育と少数民族の教育を受ける権利という密接に関連する二つの問題は、民族構成員たる個体にとっても、また民族全体にとっても、極めて重要な意味をもっている。

近年来、一部の地区で相次いで起きた民族分裂主義によるテロ行為は、国民が民族問題に関わって冷静な話し合いでは対応できなくなっている。第一の問題は、まさに、このような時期だからこそ、民族問題についての、冷静ではっきりと役立つ、目に見える考え方と判断が必要となる。民族教育はそれ自体に相対的で独立した問題領域があるにしても、それらは紛れもなく我々のもつ民族の観念と民族理論に直接に左右されるものである。本文は、後者について系統的に説明することはできないが、民族教育と少数民族の教育を受ける権利状況を顧みることを通じて、我々がこれまでとってきた現行の民族政策について反省を促し、その政策の背後に深く潜んでいる理論問題を認識するため、一つ具体的な分析を提供しようとするものである。

二. 民族教育の民族性問題

(一) 民族教育の民族性問題の方向性

いわゆる民族教育の民族性は、我が国では、漢民族の教育あるいは一般的な国民教育と区別されている。それは民族教育という民族の特性をさらに強調し、民族教育の民族性を、民族平等という社会主義における民族関係の核心的原則と内容に織り込んで、各少数民族と多元共生という指導思想を堅持しようとするものである。少数民族の教育内容と体系では、当該民族の歴史と文化が反映された内容を増やして強化しようとするもので、民族教育は少数民族の文化発展と促進のために、果たすべき重要な役割を具体的に実現するものといえよう。

民族教育と民族の個性を保有すること、これと民族文化を継続し発展させる関係についていえば、我々はこれまで上述の教育価値に関する一般的分析において、特にこれを強調することをせず、ただ教育とは人類文明の発展の成果を反映し、個体と社会発展の現代的機能を推進する、という叙述に偏ってきた。ところが、我が国の一般的な国民教育にとって、教育と中華民族の伝統文化の継続と発展、さらに民族精神の発揚となんらの関係もない、現代人類文明の理性的意義にみちた常識的な教育

などあるはずがない。言うまでもなく、各国、各民族の教育には必ずや民族性的な要素がみられるから、そこでは教育の現代性と民族性の二元関係を上手に処理しなければならない。とはいえ、教育の民族性問題は、漢民族にとっても、また各少数民族にとっても自ずと差異があるはずである。漢民族の教育では、正しい民族観念を確立すること、少数優秀民族の伝統文化を吸収する問題、中華民族の伝統文化と国民教育の現代性の間にある複雑で矛盾する問題を上手に処理することもまた必要である。従って、「文化ルーツの究明」、「主体性の危機」、「民族の復興」などという表現については、教育分野で真剣な思考と理解が必要になるが、総合的にみて、漢民族教育における民族的要素は全体的に欠けているというような問題はない。漢民族は長く各少数民族の優秀な伝統文化を吸収するという考え方に立ってきており、中国の民族文化を国民文化として、広く世界諸国との文化交流と競争に参加している。従って、現代の教育体制の下で伝統文化の発展に対する衝撃と圧力があるとはいえ、どうすれば現代の学校教育を通じて、中華の伝統文化が今日の社会環境の下で、もっと大きく伝統的価値を放出することができるのか、あるいは孔子学院設置のように、中華文化が世界へ広がるようなことを推進できるか検討する必要があるが、漢民族の伝統文化は散り散りに離散したり、消滅したりするなど、人を驚愕させる結論にはならない。だが、少数民族の教育状況はもっと厳しく、複雑になるであろう。一方、理論上は、個々の民族の伝統文化はともに中華民族の伝統文化の構成部分であるが、他方では、我が国の55個の少数民族は、言語、歴史、生産、生活方式、慣習などの面で大きな違いをもっている。ある一部の少数民族同士の相違は、実は少数民族と漢族間の違いよりも大きい。全体的に見れば、少数民族の教育には、一般的に民族性を強化する問題が存在している。民族文化の離散や消滅は、漢民族にとっては大げさな話しかも知れないが、一部の少数民族からすれば、歴史上、当該民族がながく臨んできた客観的な状況である。それは、数千年来、少数民族と漢民族、その他の少数民族がともに中華伝統文化の輝かしい絵巻を画く過程で生まれ

る歴史的な歩みにほかならない。だが、これは民族教育問題において、教育の民族性を特に強調すべき原因の一つでもあるのである。

目下の情況には、我が国の民族教育に現れた現代性の要素が、民族性の要素を厳しく押しつぶす状況があり、民族教育の内容と少数民族の生活現実との間には、精神的な需要が乖離している状況がある。ただそれは、少数民族教育それ自身の発展程度からくる歴史的な問題であって、ただ程度の差はあれ、我々がこれまで安易に漢民族の教育発展の目標と発展モデルに基づいて、少数民族の教育に対応してきた姿勢に関係している。つまり、長い年月をかけて蓄積してきた少数民族教育の現代性とその発展に配慮するあまり、各少数民族自身の文化が我が国の民族教育の内容において占めるべき重要な地位を大略無視してしまっていたのである。言うまでもなく教育の現代性は、現在、あらゆる民族、あらゆる国家が民族教育の発展において避けることのできない一つの現実的背景である。民族教育で民族性の強化を主張するのは、教育の現代性を否定し、少数民族が現代文明を吸収して、当該民族文化を発展させようとする推進のステップを阻むものではない。むしろ少数民族の教育と発展問題に対して、現代性と民族性の両者のバランスに特に配慮することである。民族教育には少数民族の文化発展と需要を反映する分野と側面があり、そこでは漢民族と異なる特別の対応方式が求められる。これには特別な政策的措置や、特に法制度上の按配、権利と義務に対する配慮も含まれるものであるから、漢民族と区別のない一元化した教学内容及び審査体制にのみ終始してはならないだろう。まさに、ある学者が我が国の民族教育政策が「優遇モデル」から「特殊モデル」へ変わるべきだと指摘したように、「優遇モデル」の出発点は、少数民族教育と漢民族教育における発展の規模と発展レベルの格差をできるだけ補うことにある。これは不可欠な政策であって、少数民族教育の発展のために大きな成果を収めた。しかし「優遇モデル」の目配りが届かないところは、民族教育の民族性という問題への配慮を欠いたために、民族教育の漢化傾向が顕著になるという結果を招いてしまい、少数民族の文化発展と推進に対す

る、あつてはならない機能上の瑕疵を生んだのである⁽¹⁾。

（二）民族教育の民族性と国家アイデンティティー

我々からみて、民族教育の民族性と現代性の関係をいかに把握するかという問題について、その深層に潜む問題は、民族アイデンティティー（原文：民族認同）と国家アイデンティティーに関する問題である。少数民族の民族アイデンティティーを国家アイデンティティーと対立させるべきか。この問題が解決できない限り、民族文化の多元的な発展や民族教育の民族性の強化にとって、最終的な解決を得る手立てはないといえよう。実際のところ、民族アイデンティティーと国家アイデンティティーの関係において、漢民族には、少数民族の全民族性へ不信と少数民族文化に対する軽視も含まれており、大漢族主義に対して徹底した反省を迫るべきであり、併せて少数民族には、民族分裂主義に断固反対するべきである。すなわち、漢民族であれ、少数民族であれ、度量のない不寛容な民族アイデンティティーはすべて有害である。もし、大漢族主義、極端な民族主義、あるいは民族分裂主義を掲げる民族アイデンティティーが克服できるならば、国家アイデンティティーと協調できることになる。これを認めない限り、我が国における民族関係の重大問題を把握するさい、とり返しのつかないような指向性をもつ誤りを犯す結果になりかねない。少数民族に対して、もし国民アイデンティティーを強調する必要があるにしても、各少数民族の民族アイデンティティーを人為的に疎かにし、さらに弱めてはならない。あらゆる多民族国家にとって、民族による自我アイデンティティーのない国家アイデンティティーはおよそ脆弱なものばかりでなく、重大な結果を招く恐れがある。各民族間の往来、交流、融合は、民族平等の原則を基礎に、各民族文化の平等な発展を前提にしている。したがって各少数民族にとって当該民族文化が弱まるという状況の下では、容易に漢民族の歩調に合わせるようなことを推し進めないであろう。民族教育にとって、ひとたび教育内容が、長期にわたって少数民族の生産や生活の実状と離れてしまい、少数民族の

当該民族文化の継続と発展の使命を担うことができないようであれば、このような教育の結果は、たとえ型にはまった現代教育の審査体系を上手に満たすことができるにしても、少数民族の実際の生産生活や需要に適合できないだけでなく、さらには少数民族構成員の当該民族への愛着心を根付かせることも、各民族間にみられる兄弟のように親しい関係にある向心力を育むこともできず、時には民族の団結を壊し、さらには民族の敵視や分裂の誘因になりかねない。民族教育は言うまでもなく民族文化の全部ではない。しかし現代の学校教育体制が構築されるにともなう、民族文化の伝承、発展ないし改造、イメージ作りに関する機能的役割が極めて大きくなってきている。民族教育から離れて民族文化を物語るのとは不可能であり、ともすれば幾つか歴史的文物しか議論できず、民族構成員の現実の民族生活方式や個体がもっている生命の意義という次元で、民族文化を議論することができない。

現在という歴史条件の下で、少数民族文化の発展を促進し、各民族が民族平等の原則という基礎をベースにした往来、交流、融合を実現するためには、民族教育の教育内容、管理体系、評価メカニズムにおいて、各民族自身ももっている文化の特殊性を十分に生かし、民族教育を各少数民族の民族文化の発展に血筋を繋いで、各民族文化の多元的発展の重要なメカニズムと力にすることである。

三. 少数民族の教育を受ける権利を保障する国家の義務について

いわゆる人権保障の国家的義務には、国家の人権尊重に基づく権力の行使規範や、人権を侵犯しないという消極的な義務のみならず、国家による立法や行政手段を通じて、積極的に人権保障事業の発展を促進するという積極的な義務も含んでいる。そこには、もとより少数民族の教育を受ける権利保障も含まれているが、各項目の民族の権利保障と民族事業の発展において、国家義務が指向する内容は、明らかに次の二点である。一つは、総じて原則的に「反市場化」指向であり、少数民族の人権保障事業の理論的立脚点を市場化し、自由放任のロジックで展開しては

ならないことである。他の一つは、推進メカニズムにおける「法治化」指向である。ここでいう国家の義務は、単純な道義的性質でも政策的性質でもなく、それが法律的性質をもつものである以上、より積極的に司法審査を含む国家責任の認定と権利救済のメカニズムを広げることではなければならない。少数民族の教育を受ける権利を保障する義務主体は、国家である。これは教育を受ける権利の「社会権」に内在する属性に因るものであって、多民族国家が民族平等の原則を守り、少数民族の発展を推し進め、民族団結と協力を促進する義務に起因するものである。

（一）教育を受ける権利の「社会権」属性と国家義務

一般的に、教育を受ける権利は第二代人権の発展に伴って生まれた憲法上の権利である。第二代人権と第一代人権の区分は、すなわち、自由権と社会権の区分である。その基準点は、国家の権利保障に関する考え方の基本的な位置づけにある。第一代人権における基本理論の背景は、17、18世紀に盛んに流行った自然権、つまり個人主義と消極的国家観念を核心とする自由主義的な政治哲学である。第二代人権に内在する支点は、経済、社会領域における実質的な公平であって、まさに第一代人権が及ばなかったロジックの終点から始まったといえよう。言い換えれば、第二代人権は初めから政府の社会政策及び行政能力と直接に関係し、もしも政府による積極的な保障がなければ、これらの権利はまったく非現実なものになる。したがって政府の積極的な義務、さらには政府による権利行使の保障責任、その実践能力に強く依存するのが、第二代人権の最も重要な特徴となる。我々から見れば、二世帯の人権区分理論は、ある程度、人権発展に内在するロジックと歴史の過程を反映しているが、さらなる問題は、これまで長期にわたり、二世帯の人権区分理論を借りて、二世帯人権間の差異を人為的に拡大し、第一代人権観念にかかわって第二代人権保障を阻むというやり方は、明らかに推敲を重ねたものとは言えない。

自由主義政治哲学は、そのロジックにおいて政治国家よりも早く、先

験存在の抽象的人間性という仮設に依存して近代の普遍的な人権観念を表して、その道義的基礎を築いたことは明らかに大きな歴史的進歩と意義をもっている。だが、これを出発点として「政府の外に独立する先験存在」を、人権の本質について境界線を引くこととみなして、さらには政府の積極的な給付義務を前提とする社会権の人権的属性を否定するというのは、明らかに荒唐無稽である。というのは、このような言い方からすれば、観念的に存在している抽象的で、孤立した個人でなければ人権を有せず、各種の社会的身分、社会的な往来におけるすべての現実の人間とその集団は、むしろ人権が主張できないことになるからである。それ故、果たして政府による積極的な給付が必要になるのか、あるいはロジック上、先験的に自足できる地位を有するか否か、人権が存在するかどうかについて、我々の判断基準ではなくなってしまふ。実際のところ、自由主義における天賦人権の経典、「権利の章典」論には頼らないならば、明らかに人間性の基礎から人権問題をみても、人間性の内容認識それ自身が歴史的なものであるため、人間性の道義指向とその社会的内容は、従来から不断に発展するということである。17、18世紀における意識の自治、私権の神聖を基礎にした厳格な公権力の分権バランス、公法と私法領域の境界に線を引き通じて、公民が国家権力の侵犯を受けない自由と人権を保障するのは、まさに人間性の普遍的要求であるといえよう。19世紀以後、単純なる形式的平等によって解決できない深刻な社会の分裂と社会的正義の問題に対し、各種の社会の一体化を強調する学説を背景にして、国家権力の積極的な作為によって保障する「生存権」、あるいは「受益権」が主張されてはいる。はたして現代社会において「人間に値する生活」の維持が、何故に「人間性の普遍的な要求」として認められないのであろうか？⁽²⁾ フランス公法学者、社会連帯法学の唱導者レオン・デュギー (Leon Duguit) は、20世紀初頭に「現代国家は幾つか積極的な義務を負うべきであり、また幾つかの公共事業を通じてこれらの義務の実現を確保すべきである。たとえば、現代国家は確かにすべての人々に対して、最低限度の無償教育を提供する義務をもつ

ている」と述べている。また「これら国家の積極的義務に対して、我々には、人間が救済を受ける権利、労働する権利、教育を受ける権利がある」とも指摘した⁽³⁾。その一方で、現代社会に失業、貧困、経済不況などの社会問題が大量に出現したのは、根本的には個人の人的資質が原因なのではなく、社会経済の構造的な必然性に起因している。社会あるいは国家に依存する以外に、およそ個人の努力を以てしても有効に変えることができない以上、まさに社会権が基本的人権の最も現実的で、最も道義的な内容をもつ理由となる。権利の起源からみて、すべての権利は、つねに弱者が自らの生存状態を改善するために如何に努力しているか、に関係する。しかし問題は、このような努力は、社会制度や文明が発展し継続するという意味で、それ自身が得るべき尊重を得て初めて権利として認められるものである。権利を尊重することは、すべての文明制度が自らの文明価値を発展させ、継続するさいの義務である⁽⁴⁾。ある学者が指摘したように「人々、特に西方では、第二次世界大戦期に起きた政治的動乱と独裁主義政権の出現は、広汎な失業と貧困に因るものだったと認識した時に、幾つかの国家は、経済と社会的権利の保障に対して真剣に興味を持つようになった。これは自身の利益の需要からばかりでなく、個人の自由と民主主義をも守るものであるからである。この観念の基礎は、つぎの信念によっている。すなわち、いかに経済の不況期にあっても、すべての人が経済と社会的権利を享受することを確保しなければならない。」⁽⁵⁾。

まさに、この意味において、我々は有り合わせの自由権と社会権を二つに分ける考え方に問題があり、社会権それ自身が自由権の属性をもっているのみならず、かつ自由権の実現に関わると思っている。一方で、社会権を含む一切の権利は、政府と社会に尊重義務が必要になり、法の下における平等、保護という公平の要素を持っており、さらに程度の違いはあるにせよ選択権という意味での自己決定権を含んでいる。これらは共に第一代人権の政治的な「自由」を内容にしているもので、法治を防衛するという意味では、国家あるいは政府の積極的な作為が必要であ

る。まさに「権利の維持、保護及び実現は、政治秩序に依存するという意味で、すべての権利は政治性をもったものである。」⁽⁶⁾ 他面では、経済自身がつねに優れて政治であるように、政治的な自由権は「妨害から免れる自由」(原文：免于干擾的自由)に限られてはならず、ある種「空洞から免れる自由」(原文：免于空洞的自由)でなければならない。言うまでもなく、「機能という面から分析すると、平等の原則は経済と社会の領域において、社会権などとリンクして初めて、実質上の役割を果たすことができる。」⁽⁷⁾ この意味に限れば、社会権は自由権を吸収した人権形態の新しい発展として、それが真に表われるのは、實際上、現代の社会人、国家、社会などの制度形態の間にみられる深い依存関係である。それ故に、経済社会の権利保障を有効に推進できるかどうかは、個体の自由確保を政治的な要望とする自由主義法権制度の必然的な延長であるばかりか、あらゆる現代性的正義価値を防衛する社会制度に対する一種の重大な試練であるといえよう⁽⁸⁾。

上に述べてきた社会権の一般的な認識にもとづいて、我々からみて、国民が最低限度の教育を受ける権利の保障を求めるのは、実に彼らが基本的な生存に必要な技能と尊厳の維持を享受するのに不可欠な条件を保障することになるからである。日本の憲法学者中村睦男教授が指摘したように「現代社会は知識社会であり、情報社会である。教育あるいは教育を通じて得るものと、以前に、人民が生存するために配慮した財産と同じ位置づけになる。教育は生存にとって食糧である。とくに子供にとっては、独立した人格の形成や将来良い生活ができるようにするためには、教育は不可欠なものである。」⁽⁹⁾ 最低限度の教育を受けること、飢餓に陥らないこと、就業、基本的な医療、住宅条件及びブクリーンな自然環境を享受すること同様に、それは社会権の主要な要望の一つとなる。教育を受けることを人権として確認し、しかも憲法と関連する教育法制度を通じて保障するには、当然、政府に新たな法義務を付け加えることである。それ故、政策などの形式をとって、一般的な社会事業という意味で行われる国民教育に満足してはならず、国家が教育を発展させる義

務を果たすよう、そうした法律化を推進することである。これは、国民に対する教育権保障を全面的に国家の法治建設の軌道に乗せるべきことを意味している。

（二）民族事務の法治化と少数民族の教育を受ける権利保障とその国家義務

少数民族の教育を受ける権利は、我が国少数民族の人権保障事業の重要な構成部分として、如上の社会権の一般的な性質をもっていると同時に、その要素として民族的属性の問題も内包している。少数民族の教育を受ける権利が有している社会権的属性と民族的属性は入り混じっている。社会権的属性は、少数民族が我が国の公民として、漢民族と同様に、その教育を受ける権利の保障が国家の積極的義務に依存していることに決定づけられており、民族的属性は少数民族の教育を受ける権利が、権利の内容、保障メカニズムにおいて漢民族と異なる特殊性をもっていることに決定づけられており、国家は少数民族の教育を受ける権利の実現に当り、漢民族と異なった特別な方式を取る必要があることが決定づけられている。少数民族の教育を受ける権利の保障は、少数民族教育を含む我が国教育事業の全体的な発展と、少数民族構成員の国民的素質の向上をはかる必要な条件でもあり、同時に我が国における民族平等の原則の実現、少数民族の文化振興の推進、調和のとれる民族関係の構築、各民族との共同繁栄を促進するための必要な条件でもある。まさにこの意味からみて、教育問題は我が国民族問題の重要な構成部分であり、少数民族の教育問題と教育を受ける権利の保障問題を上手に解決できるか否かは、多民族国家の有効な治国や国家の統一、そして各民族の共同繁栄に関わっている。

我が国で、各民族は平等に教育を受ける権利を享受しているが、環境、歴史、経済状況などの原因によって、少数民族の教育事業の累積が薄弱であり、加えて少数民族自身に教育を受けるという権利意識が希薄という原因もあって、総合的に見て、少数民族教育の発展の状況は、漢民族

に比べひどく遅れていると言わざるをえない。漢民族と比較して言えば、少数民族の教育事業と教育を受ける権利の保障は、依然として特別な援助政策が必要であり、少数民族の経済、社会の各項事務と比較して、もっと教育を優先的に発展させる原則を貫くべきである。前者では、総合的な指導思想において民族事業の発展での、いわゆる「反向差別」という見方を追及し、形式的平等を出発点とする安易で間違った認識をなくさなければならない。後者からみて、少数民族の教育を受ける権利の保障問題を、各級の地方政府の業績評価の体系に組み込まなければならず、さらに自然生態の環境保護がもつ社会的効果と同様に、少数民族への教育保障は、民族の発展と国民の素質を向上させるために、人文生態上の効果を収めている。

国家による民族教育の発展と推進という具体的な問題について、以下の諸項目を強調すべきである。第一、教育内容では、民族教育において少数民族の伝統文化、少数民族が育んできた歴史的な内容を増やして、民族教育を当該民族の生活に近づかせ、教育が民族の生活方式、文化伝統の発展とその継続に対する機能を果たすようにさせ、少数民族の構成員に学校教育への共感を高めさせ、民族教育が民族生活のために持たなければならない実用性を強めることである。第二、教学言語の使用にあたっては、少数民族母語の使用と発展を重視し、適度かつ平穩に「ダブル言語」という教学方式を発展させるようにする。「ダブル言語教学」と言えば、イコール漢語教学の強化というような間違った認識を追及して、母語教学を弱体化し障害になるような状況を回避し、さらに政治的で行政的なやりかたで「ダブル言語教学」の展開スピードを強制的に早めてはならない。併せて教師と学生の資源、就業の需要など客観的条件を踏まえて、差別化した「ダブル言語教学」を推進し、同時に積極的に民族高等教育における母語教学の専攻部門の設置を広げ、単純な行政的な推進モデルを少数民族構成員による自主選択モデルに転換して、少数民族構成員による教育選択権を尊重し、かつ積極的にこれを保障するようにする。第三、民族教育と少数民族の経済、社会、文化事業の発展を一つ

にして総合的に把握し、民族発展の需要を反映する民族的に特色のある専攻部門の設置を積極的に広げ、民族の職業教育を大いに発展させなければならない。それには、民族地区学校の専攻部門の設置が安易に内地にある学校のコピーにならないようにし、同時に、関連する就業法規を制定し、少数民族と漢民族に共に精通する人材の優先的な採用を奨励し、これまで民族学生が就業競争において劣勢に置かれていた状態を根幹から一変させ、同時に民族の事務分野における人材不足というジレンマから抜け出すようにする。総体的にいうならば、ある学者が指摘したように「非母語の授業は、少数民族の学生に学習過程で文化の『壁』にぶつからせ、その学業成績に影響を与える恐れがある。主流言語である漢語の道具性機能と教育機能の強化は、少数民族の学生に当該民族の文化価値のアイデンティティーや、集団のアイデンティティーの形成にマイナスの影響を及ぼす恐れがある。後者は、大多数の少数民族民衆にとって普遍的な関心事であり、憂慮する点である。」「民族教育政策の根本的な出発点は、各民族の国家アイデンティティーを促進し、全国範囲内で政治、経済、文化の一体化を推進し、しかもこれを以って現代国家の内部向心力の向上とイメージ作りを行うことである。従って、各少数民族の歴史と文化伝統を尊重し、しかもその発展のために保障すると同時に、少数民族を国家アイデンティティーをもった公民に育てることは、学校教育の本質的目的の一つである。このような目標を達成し、個体間の公正、かつ平等で、集団を対象としない文化多元主義の公民教育を実現するために、一つのベターな道であるかもしれない」⁽¹⁰⁾。

最後に認めなければならないのは、我が国少数民族の教育を受ける権利の法治化を保障する全体的なメカニズムである。今日の民族教育にみられる立法自身の内容でも、これらの法律の実際的な執行状況でも、我が国の民族教育における法治化の水準はスタートしたばかりである。これは主に二つの方面で表れる。第一、政府の民族教育を発展させる法律を推進するメカニズムは、未だ真に有効に確立していない。これは中国政府が民族教育の発展と推進に消極的で怠慢であることを意味するもの

ではない。これまで政府が民族教育の発展を推進するためにとってきた措置は、全体的に言えば政策行為に過ぎず、観念上、これらの行為は執政者が自身の支配倫理あるいは政治責任を示す範疇に属し、具体的なメカニズムでは、主に地方人民政府及び教育行政部門の権力指向の直接作用を受けるもので、全人大あるいは民族地方の人大が制定する民族教育立法に立脚するものでない。学校に行けない児童の「僕は学校に行きたい」という叫びに直面しても、これに法律問題がからんでいると考える者など殆ど居ない。従って、民族教育立法という問題に関しては、指導思想から具体的な制度の設計にいたるまで、政府の法律的義務と法律上の責任の実際的な效力問題を強化しなければならない。このようにしてこそ初めて、民族教育の法律、法規による政府行為の規範に則った具体的な施策を着実に強めて、次第に民族教育問題が単に行政権力メカニズムに縋って法律メカニズムに依拠しないという全体的な状況を変えるようにする。第二、民族教育における行政行為の法治化程度の限界に関連して、最低限度の行政再審メカニズム、司法救済メカニズムを含む、我が国少数民族の教育を受ける権利の法的救済メカニズムは、未だ有効なものとして何一つ確立していない。政府による民族教育義務を推進させる履行状況は、法律的な圧力が上級政府と行政指導部局の圧力よりも遥かに小さいため、少数民族の教育を受ける権利の具体的内容の一つである「受益請求権」を確立することが至難な状況にある。これに因って、少数民族の教育を受ける権利が義務主体をもたない表の殻しかない状態に陥っているのである。さらに、たとえ侵害主体が政府ではなくても、少数民族の教育を受ける権利の保障は、常に弱い主体が、弱い権利を主張するという悲惨な局面になっている。学校が教育主管部門から不当な取り締まりを受ける場合、学校にとって弱い主体が弱い権利を主張することになり、学生が学校から不当な取り締まりを受ける場合、学生にとって弱い主体が弱い権利を主張することになる。さらに教師が給料を要求する場合においても、教師も弱い主体が弱い権利を主張することになる。司法領域においては、少数民族であれ、漢民族であれ、教育を受ける権

利の法的救済も、実証的な裁判事例の次元で取り扱われるにすぎず具体的な把握に欠けている。明らかに憲法に違反、公民の教育を受ける権利保障に反する事件であっても、往々にして司法機関を悩ませる「解決困難な事件」になってしまい、そればかりか裁判所がこれを受理せず、多数の不法行為事件はうやむやの内に終わらせてしまう。これら深層から露呈される問題によって、教育の法治化は、国家や社会全体の法治化状態から抜け出すことができないことを物語っている。逆に言えば、法治は具体的である。まさに、一つ一つはさほど悩む必要のない権利保障の問題であっても、それが本当の法的メカニズムを通じて有効かつ着実に執行されるようになれば、法治は次第に堅実なものへと築かれるにちがいない。この意味で、行政、司法を含む法的な救済の道を目に見える形で広げることが必要であって、それこそが、少数民族の教育を受ける権利を保障する国家的義務を着実に推進するためになすべき義務であろう。

註

- (1) 王鑑：「我が国少数民族教育政策の重心の転移問題についての試論」を参照。『民族教育研究』2009年第3期に掲載。王鑑：「我が国民族教育の特殊性及び政策支持について」、『學術探索』2010年第5期。王鑑：「我が国民族教育の政策研究における三つの問題」、『当代教育与文化』2010年第6期に掲載。王鑑、安富海：「現在我が国民族教育研究の最前線と焦点問題総論」、『學術探索』2011年第2期に掲載。その他、関連する研究成果は、錢民輝：「民族教育三つの疑問と三度目の議論」、『西北民族研究』2004年第3期に掲載。周国茂：「民族教育は民族文化伝承の重任を担うべきである」、『貴州民族学院学報（哲学社会科学版）』2008年第4期に掲載。張善鑫：「民族教育発展：優遇政策、経験と展望—新中国の民族教育と発展回顧」、『民族教育研究』2009年第5期に掲載。張善鑫：「我が国民族教育政策の時代転向について・試論」、『民族教育研究』2010年第2期に掲載。陳立鵬、李娜：「我が国の少数民族教育60年：回顧と思考」、『民族教育研究』2010年第1期に掲載。張建英：「我が国民族教育政策に存在する問題及びその対策」、『民族論壇』2012年第5期に掲載。常永才、哈経雄：「社会転換期にみる民族教育の発展と若干焦点問題についての思考」、『民族高等教育研究』2013年第3期に掲載。
- (2) 日本の著名な憲法学者宮沢俊義は、人権はその発展史において「自由主義

の下での自由権——「民主主義の下での参政権」——「社会国家の下での社会権」という三つの階段があったと指摘した。「社会権は20世紀に入ってから、社会国家（福利国家）の理想に基づき、社会的で、経済的な弱者の保護や、実質平等の実現のため保障される人権である。その内容は、国民が人間らしい生活の構築を保障するためである。法的意味からすれば、それは国家に対して一定行為の権利を要求するものである（請求権として）。」「[日] 芦部信喜：『憲法』参照、林来梵等訳、北京大学出版社2006年版、第242頁。

(3) [仏] Leon Duguit (1859~1928)：『憲法学教程』、王文利等訳、遼海出版社、1999年版、第240、243頁。

(4) どのようなものでも、一つの権利論であれば「道徳の膂を有する」。早期の社会権論は例外なく社会連帯、つまり世の中にある全ての人類や人に対する広汎な愛との社会倫理及び社会主義の社会理想に関連している。日本の20世紀上半期の著名法学者美濃部達吉は、いわゆる社会権は「社会性の倫理主義に個性性の自由主義が加わった」産物である、と指摘した。[日] 美濃部達吉：『憲法学原理』参照。欧宗祐等訳、中国政法大学出版社2003年版、第362頁。我が国の前輩法学者王世杰、钱端升も、社会権は実際には「受益権」であり、すなわち人民が受ける国家の利益である。この権利が自由権と異っている点は、社会を出発点とし、社会主義との間で相関関係にあることである。王世杰、钱端升：『比較憲法』を参照、商务印書館、1999年版、第144頁。

(5) [ノルウェイ] Asbjorn Eide (1933~)：『経済、社会と文化権利教程』（修訂第二版）、中国人権研究会訳、四川人民出版社、2004年版、第11頁。

(6) [米] Carl Joachim Friedrich (1901~1984)：『正義の超越——憲政の宗教的次元』、北京三聯書店、1997年版、第100頁。

(7) [日] 大須賀明：『生存権論』、林浩訳、法律出版社、2000年版、第35頁。

(8) 1977年12月16日、国連総会第32/130号決議で可決した『人権の新しい概念についての決議』が指摘したように、全ての人権と基本自由は分割することができないもので、相互に依存し合っているものである。市民的及び政治的権利、経済的、社会的及び文化的権利の執行、増進および保護に対しては、いずれにも同等な注意と切実な考慮をしなければならず、もしも同時に経済的、社会的及び文化的権利を享有しなければ、市民的及び政治的権利は、絶対に実現できる日は来ないであろう。国連の「経済的、社会的及び文化的権利に関する委員会」が1998年に公表した『経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約』の「一般的意見」では、次のように述べている。「法的拘束力のある国際人権基準は、各締結国の国内法制において直接的かつ即時的に機能すべきであり、それにより個人が国内裁判所及び審判所において、自らの権利の執行をもとめることが可能になる」と明記している。(第4段) また「規約上の権利に国内的な法的効力を与える最善の方法を決定する際に、裁判規範

性 (justiciability) を確保する必要性が関連してくる。」(第7段)「委員会は既に、規約中の多くの規定は、即時の実施が可能であると考えてることを明らかにしてきた。…それぞれの法制度の一般的なアプローチは考慮しなくてはならないが、大半の法制度において重要な裁判規範性のある側面を少なくともいくつかは有すると考えられない規約上の権利は一つもない。」(第10段)特に「ほとんどの国では、ある条約規定が自動執行性 (self-executing) を持つか否かは、裁判所が決めるべき事柄である。その役割を実効的に果たすために、関連する裁判所及び審判所は、規約の性質及びその意味合い、規約の実施における司法上の救済の重要な役割について認識しなければならない。」(第11段)。General Comment No.9 (1998) of the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights. [この訳出は訳者の責任において、先行研究である申恵丰「『経済的、社会的及び文化的権利に関する委員会』の一般意見 (3)」『青山法学』第42巻第2号、2000年。に依拠した。訳者]

- (9) [日] 芦部信喜：『憲法Ⅲ：人権』(第2巻)、有斐閣、1981年版、第382頁。
 (10) ゴリヤティ・スマギ (1978～、維吾爾)、新疆大学政治与公共管理学院教授、社会学博士：「民族政策の教育における実践：新疆『二元教育体系』分析」、『社会科学戦線』2012年第4期に掲載。

※この論文の主題は「少数民族教育の民族性と少数民族の教育を受ける権利の保障の国家義務」(“少数民族教育的民族性与少数民族教育権保障的国家義務”)である。この訳出にさいして、主題を原著者の了解を経て便宜的に表記の通り短縮した。

※本訳稿では、専門用語の少数民族地区における解釈と理解、受け止め方等については宋海彬教授に、中国語翻訳に伴う至難な文法上の諸問題、訳語の妥当性等について陳選氏には共訳者に値するご尽力とご指導をいただいた。ご両人に記して感謝の意を表する。

※**著者紹介** 宋海彬 (Song Haibin, 1975～) 新疆ウイグル自治区出身。漢族。西北政法大学副教授、民族宗教研究院副院長、陝西省民族問題与民族法学研究会理事長、全国西洋法律思想史研究会理事。札幌学院大学 (2005～2006、客員研究員)、北海道大学 (2013～2014、客員教授) として留学。専攻は法哲学及び民族法。代表的論文として「民族と民族権的法についての若干の考察」『寧夏社会科学』2012年第6期：「少数民族の文化的権利に関する法哲学的考察」『民間法』2015年第15巻：「我が国における少数民族の経済的権利についての若干の考察」『民間法』2014年、第14巻などが見られ、さらに日中學術交流に寄与した数多く翻訳論文がある。

訳者あとがき…「憲政」論と「依憲執政」論の対峙

— 宋海彬〈少数民族人権論〉の背景 —

この翻訳は、鈴木敬夫訳「中国の少数民族人権論翻訳シリーズ」No.5に当たる。すなわち、

1. 丁文英「中国における少数民族自治地域の自然資源開発と自治権の保護」『内蒙古大学学报（人文社会科学版）』第36巻第6号（2004）⁽¹⁾
2. 徳全英「少数民族概念に関するいくつかの問題、少数民族の権利問題に関する研究」『新疆大学学报（社会科学版）』第31巻第1号、（2003）⁽²⁾
3. 潘弘祥・李涵偉「少数民族の権利保護に関する総括」『湖北民族学院学报（哲学社会科学版）』第26巻第5号（2008）⁽³⁾
4. 田 艶「少数民族の基本的文化権を明らかにしよう」『貴州民族研究』第6巻第21号、（2007）⁽⁴⁾
5. 宋海彬「少数民族教育の民族性と教育を受ける権利の保障」本号である。

いずれの論文にも、少数民族の自由、権利、民主の真摯な訴えが漲っている。ただ上掲げ4論文に比べ、本訳稿宋海彬論文の書かれた背景がまったく異なっている。それは、現下の中国には「憲政」の是非をめぐる緊迫した論争がみられることである。そうした中で、宋海彬は国家的アイデンティティと民族的アイデンティティの調和を求め、少数民族の尊厳と民族性を尊重した教育権の在るべき姿を考究している。その論文の行間には、国家主義と大漢主義による少数民族へ向けられた同化教育への抵抗の精神を垣間見ることができる。絶対多数の漢民族を基盤として築き上げられた政党や国家からすれば、少数民族は施政の客体にすぎず、いまだ真の権利主体として位置づけるに至っていない。以下に考察される「反憲政」の「依憲執政」論からは、それが反自由主義、反民主主義、反議会主義という傾向を内包しているだけに、少数民族の教育権の前途に明るい展望を開くことは至難といえよう。

註

- (1) 拙訳として、『マイノリティ研究』関西大学、第3号（2001）、137頁以下。
- (2) 同上『マイノリティ研究』第4号（2010）、61頁以下。
- (3) 同上『マイノリティ研究』第4号（2010）、45頁以下。
- (4) 同上『マイノリティ研究』第6号（2012）、51頁以下。

「中国には国家主義がみられる。国家主義は国家の主義、国家の利益、国家の安全が至上至高のものであると強調し、国内においては個人の自由を抑圧し、海外においては国際法を無視する。ここ数年、中国の法学界、政治学界で巻き起こったシュミット旋風は、その一例である。2004年以來、ドイツの法学者カール・シュミットに言及し、国内の『核心雑誌』に掲載された論文数は400篇近くに達している。シュミットは、早くも1932年に、主権国家は特定の状況であれば国際条約（「パリ不戦条約」を含む）に違反し、戦争を開始してもよい、政治と同様に、戦争の主たる任務は敵と味方を区別することだ、と主張した。ヒットラーが権力の座について間もない1933年4月、鋭い政治的臭覚をもっていたシュミットは、ナチ党に入党し“あたらしい帝国における国家法の理論家”に変身した。さらに1939年ドイツがポーランドに侵攻する前に、シュミットは論文を発表して、中央ヨーロッパと東ヨーロッパは、ドイツ帝国に統制され保護される“グロース・ラウム”（Großraum：原文、大空間）である、とまで公言した。国家主義を強調し、敵と味方を区別するシュミット思想は、中国の学界にフィーバーを起こしている。それが学術会だけの現象であればとやかく言う必要もないが（百家争鳴であるから）、しかし、シュミット思想が中国の国情、あるいは当局の要請に応えることに原因があるのであれば、意味深長な問題となる。国家主義の雰囲気が漂うなかで、一部の学者は政府の力となって科学的な戦略をうちだすどころか、人々に学者は政府の代弁者であるかのような印象を与えてしまう。」⁽⁵⁾ これは北京大学法学院教授龔刃韜（Gong Renren）が述べた論考の一節である。

今日、中国には国家主義とシュミットに関して論じた論文は多数みら

れるが、これほど簡単明瞭に、いわゆる「シュミット旋風」の内実を明らかにしたものは他に類例がない。「旋風」が学術論争を超えて、人々の平穏な社会生活に「敵」と「味方」が芽生える土壌を拓き、ひいては生来人々に多様な価値観を否定して、自由な言論と行動を睨視し「異端者」を捜索しようとするのであれば、だれもが傍観できないであろう。今日、ノーベル賞作家劉曉波 (Liu Xiaobo) が「国家政權転覆扇動罪」を犯した廉で投獄されている。これは、彼の思想とその文書が、その開かれた犯罪構成要件からみて「敵対分子」に該当すると看做されたからではないか。この事実は、中国に存在する国家主義権威刑法を如実に物語っている⁽⁶⁾。冒頭に、龔刃韜教授の国家主義への危惧を掲げる所以はその一点にある。

いま中国の憲法学、政治学の分野で関心を集めている議論の一つに、「憲政」論に対抗する「反憲政」主張、ないし「憲政」と「依憲執政」をめぐる論争がみられる。まず、国家主義に傾斜している「反憲政」論をみよう。『中国共産党新聞網』に掲載された二つ論文である。

曰く、「我が党は従来から憲法は国家の根本法であり、国を治め人民の生活を安定させるための総規約であって、最高至上の法的地位を有することを強調している。従来から法による統治は、まずもって憲法に依る統治であり、法に依る執政の鍵は憲法に依る執政であって (原文：依憲執政)、いかなる組織と個人も憲法を基本的な行動規範にしなければならないことを主張してきた。党が人民を指導して法と法律を制定し、党が人民を指導して憲法と法律を執行し、党自身は率先して憲法と法律の規範内で行動せねばならないことは、まったく疑う余地のないことである。」⁽⁷⁾ 他的一篇も「人民民主制度」が「憲政の核心」に他ならず、その人民民主独裁においては、国家権力を人為的に分解するが三権分立は到底許されない、とする。その上で「中国共産党が指導する人民民主制度を強固なものにすることにより、中国共産党による憲法に依拠した執政、憲法に依拠した統治が、終始社会主義に沿って不断に改善し、勃興・発展していくことが保証されている」という。さらに「議行合一」の本旨

について、「憲法はあるが憲政はない。憲治はなおさらない」（原文：有憲法而無憲政、更無憲治。）と⁽⁸⁾。これらは、「憲政」をめぐる中国の憲法解釈と適用に関する基本的な姿勢を示したものとみて差し支えないであろう。

- (5) 龔刃韜「中国大学目睹之怪現状」『現代大学週刊』2015.6.11.
- (6) 第三帝国における権威刑法の性質を明らかにした、Gustav Radbruch, *Autoritares oder Soziales Strafrecht?* がある。Radbruch, *Der mensch im Recht*, 2. Aufl. 1957 S. 63ff. 鈴木敬夫訳が「権威刑法か社会的刑法か」『札幌学院法学』第23巻第2号（2007）頁109以下。
- (7) 秋石「鞏固党和人民団結奮闘の共同思想基礎」『中国共産党新聞網』2013.10.16.
- (8) 楊曉青「憲政与人民民主制度之比較研究」『中国共産党新聞網』2013.5.22.

如上の論文に示された「憲法に依る執政」とはどのようなものであろうか⁽⁹⁾。文意、文脈から判読できることは、およそ我々が慣れ親しんできた観点、すなわち人々に民主や人権、そして自由に関する憲法規定のよりよい実現を目途とする所謂「憲政」(Constitutionalism) や、広く「憲法の条文に遵拠して行われる政治」を意味する憲政とはおよそ異なった観念であることが判然とする。それは政権を担っている政党の執政理念を表記した抽象的言辞にすぎず、多くの研究者から指摘されている政治課題、つまり人権条項と社会の現実があまりにも大きく乖離しており、緊要な問題解決への道筋が具体的に明らかにされていない。人権を擁護するという憲法の具体的な解釈と適用、その運用の在り方が明示されないかぎり、張千帆(Zhang Qianfan)によってなされた批判「憲法あっても、憲政なし」⁽¹⁰⁾ は至極当然であり、これを一学者の擲論とのみ解しては誤りである。たとえば、中国の農民に対する処遇一つ取り上げてみても、そこには法の下での平等が実現されていないという深刻な問題（土地徴収問題、農民工問題、都市・農村格差問題等々）を客観視することができる⁽¹¹⁾。だが、“依憲執政”を説く者がこれを放置し、黙認しているか

に見える。もし、そうであるとすれば、三農問題全般にわたって、真に“依憲執政”が機能しているかどうか、誰もが疑問視せざるを得ないであろう。「憲政がなければ憲法を論ずるまでもない。同じように、憲政がなければ憲法は文字が記されただけの紙片にすぎない」との指摘は的を射ているといえよう⁽¹²⁾。「農民という身分」で差別されている者からすれば、憲法の人権条項はまさに紙片の記述にすぎない。

梁啓超 (Liang Qicbao) は「自由を捨てる罪」を追及している。それが「自由を犯す罪」より重いからである⁽¹³⁾。自由と人権が蔑ろにされているのにこれに目を瞑り、その不義を訴えないでよいものか。いま中国憲法に定められている人権条項と、社会の悲壮な現実を凝視すれば、今日の「憲政」論が沸騰している根底には、「反自由主義、反民主主義、反議会主義」^(13a) に対する強い抗議、自由と人権、民主を希求する人間尊厳の訴えを読み取ることができる。許崇徳 (Xu Chongde) の論文「憲政は法治国家の当然の義である」には、「反憲政」に対峙して憲法遵守を求める新しい仁学抵抗思想、すなわち「義道」の精神が漲っている⁽¹⁴⁾。さらに「憲政の理念には三つの要素がある。それは人権、民主、法治である」と説く郭道暉 (Guo Daohui) は、鋭い「憲政社会主義」を主張している。郭道暉は、“依憲執政”が拒絶する三権分立否定論を批判して、敢然と「三権分立なければ憲法なし」を掲げる。曰く「憲政の実行とは、議会制民主政治を実行すること」である、と。対する“依憲執政”の錦の御旗は「議行合一」論である。「議行合一」は郭道暉にとって反民主主義の証であって、全国人民代表大会を共産党の指導下にすえ「以党治国」を目論む「謬論」だとして拒絶している⁽¹⁵⁾。

これに対する如上の楊秋二論文の対決姿勢は鮮明である。そもそも「憲政」を主張するのは、「我が国の現行憲法を否定し、これに反対」しようとするものであることは「明らかである」と⁽¹⁶⁾。「党と人民が団結して奮闘する共同思想基礎を固めよう」とされる現況において、「憲政」論は並べて、「西側の制度モデル」を鵜呑みにして「共産党の指導を否定し、わが国の社会主義制度を改変する」目的を持った「誤った思潮」に

他ならず、それが「共同思想の基礎固め」の妨害になるものである以上、徹底して「排除しなければならない」とされる。威厳に満ちた「憲政」論への敵視は、まぎれもなく中国憲法「序言」を根拠にしよう。「序言」は「中国人民は、我が国の社会主義制度を敵視し、破壊する国内外の敵対勢力及び敵対分子に対して、闘争を行わなければならない」と定めている。

(9) この分野の魁、先行論文に但見亮「憲政と依憲執政——中国夢の法治を考える」『一橋法学』第13巻第2号(2014)、423頁以下がある。併せて注視すべ論文に、同「中国夢——習時代が求める“信仰”のかたち」『中国研究月報』Vol.68 No.5(2014.5)12頁以下がある。筆者は但見論文から多くの示唆と教示を得ている。記して感謝の意を表す。

(10) 張千帆「認真对待憲法——論憲政審查の必要性与可行性」『中外法学』2003年第5期、560頁以下に詳しい。さらに、同「中国憲政的路径与局限」『法学』2011年第1期70頁。ここでは、人民が推し進め主導する“民間憲政”が提唱されている。

(11) 龔刃韜「中国農民權利考察」『北大國際法与比較法評論』第3巻第2輯(2005)、同「中国農村土地徵收の憲法困境」『法学』2013年第9期、3頁以下。

(12) 許崇徳「憲政是法治國家應有之義」『法学』2008年第2期、3頁。

(13) 杜鋼建「梁啓超の人權思想」、著『中国近百年人權思想』（中文大學出版社、2004）、87頁以下、とくに「放棄自由之罪」、97頁以下。この拙訳が『札幌学院法学』第22巻第1号(2005)、41頁以下、60頁～61頁。

(13a) これはリユーターズがシュミットの基本的立場を評価した一側面である。この三つの言葉が社会に及ぼした不遜な攪拌は、後述されるとおりである。Bernd Rüthers, Carl Schmitt Dritten Reich Wissenschaft als Zeitgeist — Verstärkung? 2 Auflage. München 1990, S57. ; 邦訳、古賀敬太訳『カール・シュミットとナチズム』（風行社、1997）、58頁。

(14) 許崇徳「憲政是法治國家應有之義」前掲、5頁。許崇徳は、春秋戦国時代の『尚書』、その後の『唐書』に「憲政」の原型を尋ねている。5頁。ただ儒学「仁学思想」で、「義」は「義道」に結びつき、不寛容に対する抵抗の意味に解される。杜鋼建「〈論語〉四道与新仁学四主義」、著『新仁学—儒家思想与人權憲政』（京獅企画、2000）、とくに導論、「〈論語〉義道与抵抗主義」、11頁以下に詳しい。この「義」と「良心」の関係に触れて、鈴木敬夫「良心の自由について」『札幌学院法学』第22巻第1号(2005)、28頁～33頁。

(15) 郭道暉「当面反憲政思潮評分析」<http://www.aisixiang.com/data/64752>.

html 郭道暉教授から Email を以て御懇切なご教示を得た。記して感謝の意を表す。郭道暉教授は次のように述べて楊暁青の主張を否定している。問題なのは「楊氏が論文で、人民大会制度と三権分立の本質的な区別は、人民大会は共産党の指導下におかれたものである、と指摘したことである。これは直接 82 年憲法の憲法改正の精神に背いているといえよう。82 年憲法は、54 年憲法を継承し発展させ、さらに 75 年憲法を否定し切り捨てた上での産物である。その最も優れた点はまさに、75 年憲法原条文にある「全国人民代表大会は中国共産党の指導下にある最高国家権力機関である」という規定の中の「中国共産党の指導下にある」という修飾語を削除した点である。そうすることによって、一応憲法上の文言上において党権と国権の関係を正し、そして、党政不分、以党治国、「党権高於一切」で、国権（人民大会）を凌駕するといった憲制の謬論を排除したのである」と。郭道暉教授が問責する、意識的に憲法史を曲解してまで「以党治国」を説く法感覚はどこからくるのであろうか。ここに憲法を超克する党の姿勢を垣間見ることができまいか。

(16) 多治見亮「憲政と依憲執政——中国夢の法治を考える」(前掲)、436 頁、441 頁参照。

相対する価値観や世界観が共存することが貴ばれる現代多元社会において、自らの立場を絶対視して、自分と考え方を異にする立場を異端視し敵対することを推奨する所謂「敵・味方」論は、許されるものではない。それが古今東西、非民主的な価値観、不寛容な立場として普遍的に忌避され今日に至っているといってよい。顧みて、第二次世界大戦期の第三帝国における分極思考「敵・味方」論がその典型であって、この体制に抵抗する者を敵対視して投獄するなどして、人々を恐怖に陥れる論拠となった。実定法の不法 (gesetzliches Unrecht)⁽¹⁷⁾ を振りかざし、人間の尊厳を記した紙片を配布したことを理由に、「反逆国家反逆罪」を犯した廉で、族裁判所判決のもとで処刑にした「白バラ」事件は、「敵・味方」論の犠牲であったといえるであろう⁽¹⁸⁾。このことは、冒頭で龔刃鞠論文が触れた不法な〈国家主義〉の一側面を表している。

「人は我われを不寛容だ、と批判する。はっきり言うが、我われは実際に不寛容であり、いまそれを証明してみせるだろう」とはヒットラーの言葉である⁽¹⁹⁾。現実にはナチ党は「民族及び国家の危機を克服するための

法律」、いわゆる「全権授權法」(Ermächtigungsgesetz)を布いて、ドイツ国民に対して「強制的同質化」(Gleichschaltung)を強要し、イデオロギーの画一化を図るなど不寛容の限りをつくして第三帝国を築いた⁽²⁰⁾。こうしたナチスの法制に理論的根拠を提供したのが、まさに政治神学者カール・シュミットその人であった。シュミットは驚くべきことに「全権授權法」を「新ドイツの暫定憲法」(ein vorläufiges Verfassungsgesetz des neuen Deutschland)⁽²¹⁾と解釈していた。このシュミットの憲法の下では「例外状況に決断を下す者」が主権者であり、「憲法制定権力」(Verfassungsgebende Gewalt)を持つことができた⁽²²⁾。終に、人民から全権の委託を受けた者ないし政党が、同時的かつ同位的に、すなわち同価値的に、如何ようにも憲法運用が「決断できる」者となり、それ故に憲法を超克す指導者として崇拜されることになった。

(17) 「実定法の不法」について、郭道暉はラートブルフ(G. Radbruch)のナチ法批判論文の一節を引いている。すなわち、「正義の追求が聊かもなされないような場合、正義の核心となる平等が実定法の規定に際して、意識的に否認されたような場合には、そうした法律はおそらく単に“悪法”であるにとどまらず、むしろ法たる本質を欠いているものである」と。郭道暉「建設社会至上的法治国家」『炎黄春秋』2014年第3期、4頁。Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934, Radbruch, GRGA Band 3, S. 21. 鈴木敬夫「制定法を超えた不法実務……ナチ司法とE. ヴォルフの“正法”をめぐる」『札幌学院法学』第31巻第1号(2014)、256頁～258頁を参照。この拙論は、台湾においても翻訳され、研究対象にされた。すなわち、中央警察大学『法学論集』第30期(2016、民国105)、27頁以下。

(18) 鈴木敬夫「対制圧的抵抗……納粹政権下の拉德布鲁赫(G. Radbruch)和“白玫瑰・Weiße Rose”」『札幌学院法学』第30巻第1号(2013)、1頁以下。この論文は、中国でも広く読まれている。史彤彪他主編『中国夢与法学研究・法律实践』(武漢大学出版社、2013)、326頁～336頁を以て紹介された。

(19) M. Kriele, Staatsphilosophisch Leben aus Nationalsozialismus; Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, herausgegeben von Hubert Rotteutner, ARSP Nr. 18. (1983) S. 241.; 邦訳: H. ロットロイトナー編『法・法哲学とナチズム』ナチス法理論研究会訳(みすず書房)、314頁。

(20) K. D. Bracher, Die deutsche Diktatur-Entsehung, Struktur, Folgen des

Nationalsozialismus, Kiepenheuer & Witsch, Köln, 1946. S.270. 邦訳：山口定・高橋進訳(岩波書店、1975)、449頁。とくに指摘しなければならないのは「司法の同質化」(Gleichschaltung derr Justz)である。議会と諸政党の排除、司法部の同質化が進むと、連邦裁判所もこの「授権法」の有効性を受容したのである。前掲、S.246. S.257, S.398. 邦訳406頁、454頁。したがって、いわゆる「三権分立」はおおよそ体をなさなかった。ここで「三権分立」を無用とする反憲政の「議行合一」論が想起できよう。

(21) W. Hofer, Der Nationalsozialismus Dokumente 1933~1945, Berlin. S.57.-47. 邦訳；救仁郷茂訳『ナチス・ドキュメント』(ペリカン社、1975)、78頁~79頁。シュミットの「授権法」を「憲法」と解釈する姿勢は、それがこの国の根本法ないし基本法に昇格させることを意図しており、現実にならなかったといつてよい。

(22) 古賀敬太は、「憲法制定権力」においては、シュミットが事実上「人民主権」について語っている、とする。古賀敬太著『シュミット・ルネッサンスカール・シュミットの概念的思考に即して』(風行社、2007)、158頁；C. Schmitt, Verfassungslehre, 1970. S.75, S.77. 邦訳；阿部照哉・村上義彦訳『憲法論』(みすず書房、1974)、78頁、100頁。

「憲政」か「反憲政」が激突している真ただ中に、シュミットの「憲法制定権力」論を信奉し、これを熱心に展開する憲法学者がいる⁽²³⁾。陳端洪(Chen Duanghong)は、「イデオロギー的憲法学」を主軸する“政治憲法学”を唱える立場である。その主著『憲法と主権』(2007)はシュミットの『政治的なものの概念』(Der Begriff des Politischen, 1932)を熟読し、その立場を確かなものにしていく^(23a)。彼の『現代政制五論』(2008)、『制憲権と基本法』(2010)等を概観すると、彼がいかにシュミットへ傾斜しているかが明らかとなる。その傾斜の態様は、中国でシュミットを思想を敷衍し、所謂「シュミット旋風」の中心的存在とされる劉小楓(Liu Xiaofeng)に優るとも劣らない⁽²⁴⁾。

陳端洪はシュミットの言説に則していう。憲法は主権者の政治決断であって、政治意思の直接的な顕現と賦与にはかならない。我が憲法を貫く“五大基本法”は、人民制権に基づく党の指導を体現したものである。いま、“五大基本法”とは何か。すなわち「共産党の指導」、「民主集中制」、

「社会主義」、「現代化建設」、「基本的権利」を掲げる⁽²⁵⁾。この“五大基本法”の法源たる「党の指導」こそが、中国憲法の第一原則である。まさに共産党が中国政治の中心である以上、それは中国の憲法の中心である。同様な意味において、中国の「憲法政治」においては、共産党が「政治的決断の主権者」であって「党制政治」であることを言い現わしている、と。陳端洪に対して、高全喜（Gao Quanxi）は次の如く批判している。

「政治学は、陳端洪からみれば、政治権力に基づく制憲権以外のなにもでもない。或いは進んでいえば、人民（絶えざる）革命の制憲権ではない。この制憲権こそ、彼の心の中の政治憲法学の基本なのである。そのために、彼は敢えてルソー、ホッブス、シュミットの理論を持ち出した。前二者は人民主権と直接的な制憲権の区別に重きを置いて、絶えざる革命あるいは人民の登場（永遠にその場にいること）を強調するのに対して、後者は憲法と憲法律の区別に重きをおいて、憲法は主権者の政治的決断であって、政治意志の直接的な権限付与であることを強調する。これらは、憲法は基本法であるという陳端洪の政治的基礎をなしており、憲法はそれに発し、また最終的にはそれに帰一しなければならない。政治性に関するこの基礎理論を確立して以来、陳端洪は縦横無尽に中国憲法の領域に介入し、中国憲法について受容として五大基本法という憲法観を示すとともに、憲法政治は党制政治と同一であるとみなし、共産党は中国政治の中心であるがゆえに、中国憲法の中心にもなる」と⁽²⁶⁾。

憲法即ち主権であるとは、シュミットの「憲法制定権力」論の核心である。シュミットは、憲法制定権力の主体を説き、「憲法と並び、憲法の上存在する」（neben und über der Verfassung）、何者にも拘束されない存在」としての主権者が定式されている。この「憲法制定権力」のもつ無条件性、自律性、根源性という性格こそが、シュミットの憲法制定権力論の基本特徴であり、このような性格をもつからこそ、その権力は存在・力であり得たのであり、従って力（Gewalt）をもち得る者は誰でも、その担い手と称し、称し得たのである⁽²⁷⁾。

中国の憲法政治における共産党を「政治的決断の主権者」に位置づける陳端水にとって、主権者は党以外のなにものでもない。上にみた「依憲執政」を掲げ「以党治国」を説く楊暁青は、その「議行合一」に憲法制定者の道を拓いている。楊暁青は結論としていう。中国に「憲法はあるが憲政はない。憲治はなおさらない」と。(前掲)

確かに、中国ではいま、“シュミット旋風”が吹き荒んでいる。宋海彬の少数民族人権論が、いつの日かこの荒波を乗り切って新しい地平を拓くであろうことを祈ってやまない。

(23) 筆者は、高全喜と陳端洪の「政治憲法学」の立論をめぐる論争と関係する幾多の文献資料、特に、高全喜「中国語境下の施米特問題」(<http://www.aisixiang.com/data/10787.html> 2015.1.2. アクセス)から、陳端洪がシュミットの思想に依拠した「反憲政」的憲法論者であることを学んだ。詳しくは「政治憲法学的興起と嬗変」、高全喜著『政治憲法学綱要』(中央編訳出版社、2014)、巻頭論文。「政治憲法学」をめぐる議論には、すでに李衷夏「中国憲法学方法論反思」『法学研究』2011年第1号；高全喜・田飛龍「政治憲法学的問題、定位与方法」、汪洋勝「政治憲法学的中国式表達」など五篇を収めた『蘇州大学学报』2011年第3期；韓秀義「中国憲法実施的三個面向…在政治憲法学、憲法社会学与規範憲法学之間」『開放時代』2012年4期などがみられる。

(23a) 陳端洪著『憲法与主権』(法律出版社、2007)、102頁、137頁、151頁、181頁等々、全巻にわたってシュミットを精緻に引用して「敵・味方」論に確信を得ている。シュミットの代表作『政治的なものの概念』(1933)では、敵を「種を異にする者」(Andersgeartet)、味方を「種を同じくする者」(Gleichgeartet)に位置づけている。シュミットにとっては、敵は実存的に「他者」(Andere)にほかならず、「よそ者」(Fremde)であり、物理的手段を用いて殺害する可能性のある相手を意味していたのである。C. Schmitt, Der Begriff des Politischen — Tex von 1932 mitt einem Vorwort und drei Corollarien, 7. Aufl., 2002, S.27. S.37: 邦訳田中浩、原田武雄訳『政治的なものの概念』(未来社、2004)、15頁、33頁。古賀敬太著『シュミット・ルネッサンス』(前掲)、11頁~12頁。

(24) 劉小楓の立場を要領よく紹介した論文として、王前(Wang Qing)「カール・シュミットと中国の邂逅——その国家・主権論を中心に」『政治思想研究』第15号(2015)、6頁以下がある。「シュミットの思想を基本的に承継する劉小楓は、その国家主義と反自由主義の立場を、特に批判することなくむしろ肯

定する姿勢を持っている」とする。9頁。また劉小楓自身も、その主著『現代人及其敵人——公法学家施米特引論』（華夏出版、2005）において、国家の「敵と味方を区別」する基準に、「民族的な情熱が理性を獲得してより政治的なものへと成長する」「政治的成熟」度合を見ている。104頁、117頁、163頁等々。さらに王前には、「注目される自由主義への批判者」として劉小楓の〈君子の豹変〉を描いた、著『中国が読んだ現代思想——サルトルからデリダ、シュミット、ロールズまで』（講談社選書メチエ、2011）、200頁以下、218頁がみられる。「鈴木敬夫「国家主義と寛容…中国にみる『敵・味方論』の不寛容を問う…」『専修総合科学研究』第24号（2016）、12頁。

(25) 「人民制憲権」を支える五大基本法の第一は、「共産党の指導」である。この立場は陳端洪の説く政治憲法学の核心的規範をなしており、「絶対的憲法」を意味している。陳端洪「論憲法作為國家的基本法与高級法」（国家の基本法と高級法としての憲法について）『中外法学』2008年第4期17頁以下。

(26) 高全喜著『政治憲法学綱要』（前掲）、13頁。

(27) 山下威士「イデオロギー概念としての憲法制定権力——カール・シュミットの憲法学の研究——」『早稲田法学会雑誌』第20巻（1970）、56頁。古賀敬太著『シュミット・ルネッサンス』（前掲）、158頁

補論・最高法院院長の訓示

本訳稿初校の段階で、中国の法治をめぐる新たな情報に接した。「三権分立」と「司法の独立」を否定する最高人民法院の周強院長の発言である。周強院長は、2017年1月11日、全国の高級法院院長会議で次のように訓示した。曰く、「断固として“三権分立”、“司法の独立”などという西側の誤った思潮と境界線を引き、中国共産党の指導を否定し、中国の特色ある社会主義制度を攻撃するような誤った思潮と言論に対して、断固批判し、敢えて亮剣（剣を抜き放つこと。訳者）し、断固戦わなければならない。司法の実践と緊密に結びつけつつ司法の理論研究を強化し、中国の特色ある社会主義の法治理論を絶えず豊かにし、発展させることで、法治中国の建設を推進していかなければならない」と。^註

このような主張は、これまでも学術論文でみられた。たとえば本あとがきに掲げた楊暁青論文、秋石論文文などである。しかし学者間の言説であればともかく、これが国家の意思を表す最高人民法院院長の発言だけに、現下中国の党国体制の意思表示とみて差し支えない。憲法の上に位する党中央の、いわば「依党治国」の姿勢が、これまでになく鮮明になったといえよう。

註 『人民法院報』2017.01.12 http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2017-01/12/content_120734.htm?div=-1；『朝日新聞』全国版、2017.01.17.