

武樹臣著「歴史が预言する未来：中国法文化の全体精神及びマクロ的様式を論ず」

植田，信廣
九州大学法学部教授

李，貴麗
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/1986>

出版情報：法政研究. 60 (1), pp.245-263, 1993-11-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



武樹臣著「歴史が予言する未来 ——中国法文化の全体精神及びマクロの様式を論ず」

九州大学中国法研究会

はじめに

ここに紹介する資料は、北京大学法律系副教授武樹臣氏（中国法律思想史専攻／一九四九年～）が一九八八年に執筆し、『法学研究』（北京）一九八九年第二期号に掲載した論文「讓歴史預言未來——論中国法律文化的總体精神与宏觀様式」の翻訳である。中国における法思想史の研究動向を知る上で、ひいては、中国法の歴史、現状、未来について、最近の中国の法史学者がどう受け止めているかを理解する上で、参考になるのではないかと思い、訳出することにし

た。なお、武氏は本論文公表後、来日し、同様のテーマにつき、早稲田大学において「中国の法文化と中国の『法統』と『法体』についての史的考察」と題する講演を行い、その内容は『比較法学』二五巻一号（一九九二）に翻訳掲載されている。本論文と内容的に重複する箇所も少なくないが、「法文化」についての見方には若干の変化がみられる。併せて参照されたい。

翻訳作業にあたっては、中国法研究者の高見澤磨氏（駒沢大学非常勤講師）から貴重な御教示を得るとともに、九州大学法学部学生の小野知充、片岡美穂、坂本由美、鈴木

敬之、中尾智美、仁禮博臣、福見由香里等の諸君の協力を得たことを付記し、あわせて上記の方々に謝意を表するものである。

〈本 文〉

一 法文化と中国法文化

法文化というものは人類の法実践活動及びその成果の総和である。それは人類が自らの生存発展にとって有利な特殊な秩序を実現する能力、及び人類が社会生活に対して設計や制御を加える程度あるいは状態を示している。法文化という語はまた、一種の総合マクロ的な研究方法の代名詞でもある。それは人類の法実践活動すなわち有形の立法・司法活動や無形の思惟認識活動をある一つの統一体として把握するが、その目的は人類の法実践活動の本質的特徴及びその内在的法則を説明することにある。法文化は以下の四大要素から構成されている。

(一) 法思想、すなわち法という一つの社会現象についての人々の見解や要求や評価。法理学（法に対するマクロ的理論的評価）及び法意識（法に対するミクロ的現実的評価）

からなる。

(二) 法規範、すなわち社会的権威機構（通常は国家を指す）が制定し、認可し、実施を保障する特殊な行為準則。その実用的価値は、ある特定の社会秩序を創立したり維持したりする点にあるが、こうした社会秩序は社会の一般の構成員に対して一般的利益をもたらすこともできれば、特殊な社会構成員に対して特殊利益をもたらすこともできる。法規範の究極の価値は、社会自身の自己更新力を保護することによって、社会文化の進歩を促進する点にある。

(三) 法機構、すなわち法規範の成立及び実現を保障する一連の作業機構の総和。これは立法活動、司法活動の正常な進行を保障する客観的条件である。

(四) 法技術、すなわち立法や司法等の実践活動に従事する能力、技術及び方法。立法技術、司法技術、法律文献管理技術等が含まれる。これは立法活動、司法活動の正常な進行を保障する主観的条件である。

下部構造と上部構造との矛盾統一の運動の中で、法文化の諸要素は社会生活を基礎とし、法思想、とりわけ法意識をキーポイントとして、相互に作用しあい、相互に関連しあいながら、法文化の変化発展の直接的動因を構成してい

る。

中国法文化とは、中国が文明の緒について以来、今日にいたるまでの法実践活動及びその成果の総称である。数千年にわたって、中国法文化は途絶えることなく、その伝統を保持し、中国独特の精神と様式を形成して、世界の法文化界に異彩を放ってきた。世界には多種多様な法文化が存在するが、それらはおおよそ二つの基準を用いて六つの類型に区分することができる。すなわち、法規範の内容が依拠するところの全体精神を基準とすれば、宗教主義類型、倫理主義類型、現実主義類型の三種類に分類することができる。また、法規範の制定や実現に際しての基本的な手続や方式を基準とすれば、判例法型、成文法型、成文法と判例法を結合させた混合法型の三種類に分類できる。いずれの基準で分けるにせよ、中国法文化はその独特の倫理主義的色彩、あるいは混合法様式によって、独自の一派をなしている。今日、中国法文化の倫理主義的精神は基本的には姿を消したが、その固有の集団本位の精神は依然として潜在的な影響を及ぼしている。また、その混合法様式たるや、実に近現代の法実践活動を終始支配している。中国特有の混合法様式は世界の法文化の発展の共通の動向を表わして

いるのである。

二 中国法文化の全体精神の変革／単向《上意下達》本位から双向《上下両面通行》本位へ

法文化の全体精神についていえば、数千年の悠久の歴史を有する中国法文化は、以下のいくつかの段階を経過した。

(一) 神本位（殷商）

殷商は鬼神を盲信し、人間に重きをおかない時代であった。いみじくも『礼記・表記』には「殷人は神を尊び、人民を導くにあたつては、神に仕えるということを中心にする。宗廟で鬼神を祭ることを優先し、朝廷における君臣の礼を軽視する。罰を先にして、賞を後にする。このような殷の政治は『尊（厳しさを中核とする秩序）』であつて、『親（親しみを中核とする秩序）』ではない。殷民の欠点は、勝手なことをして定まらず、高慢で恥を知らないことだ。」とある。神（至上神及び祖先神）の権威が人々の思考をねじまげ、人々の自主の精神を抑圧した。神が人間社会の立法や司法の最高支配者となった。甲骨文に「貞王聞不惟辟（法）、貞王聞惟辟^(二)」、「茲人井（刑）不^(三)」とある、すなわち「王は占いによって、法を制定してよいかどうか、また、

ある人に刑罰を加えてよいかどうかを問う^(訳注1)とあるのは、このことを証明するものである。その後、政治や法律の実践経験を積み重ねるにつれて、まず、祖先神が至上神を制約し、やがて人間の意思が神意を制約し、神が統治する古き時代は終りを告げるようになった。

(二) 「家」本位（西周、春秋）

鬼神を重んぜず、人間社会を重視するのは、西周に始まった時代風潮である。周人の殷人に対する勝利は、神に対する「人」の勝利を示している。但し、この場合の「人」というのは個別の自然人ではなく、《家父長制的な》宗族という家族団体の一員としての人である。これによって、《宗族を秩序づける規範たる》宗法上の等級制度としての「礼」が国家の政治・法律生活の玉座に登り、さらに、空前の社会的価値を得た。すなわち、「礼」は君子と小人とを区分する尺度であるばかりでなく、君子層内部での権利の再分配を实行する際の尺度でもあった。当時の政治体制は、嫡出長子相続制、土地分封制、世襲身分制をその内容とし、また血縁の如何と貴賤の一体化及び政治上の等級と宗法上血縁上の等級の合致をその特徴とする宗法的貴族政体であった。これら一切の客観的存在のイデオロギーの領域におけ

る表現が「礼治」、すなわち、宗法的等級精神に基づいて社会生活の各方面を形成し、支配するということであった。礼の精神とは、「親親（縁者に親しみ）」「尊尊（尊者を尊ぶ）」である。「縁者に親しむは父に親しむを第一とする」。故に孝道が推奨される。「尊者を尊ぶは君主を尊ぶを第一とする」。故にもっぱら忠君が尊ばれる。血縁と貴賤が一体化した政治体制の下では、家族は社会の縮図であり、国家は家族の拡大図である。したがって、宗法的家族規範と国家的法規範との間には全く隔たりがなく、家族秩序を害する行為は、いかなる行為であれすべて国憲に違反する性質をも備えるものであった。「不孝不友（親に孝行せず、兄弟を敬愛しない）」は「刑茲无赦（これを罰して赦さず）」^(三)の大罪となり、「直鈞則幼賤有罪（曲直の程度が同等なら目下の身分の側を有罪とする）」^(四)が神聖な裁判原則となった。法実践においては、いたるところ縁者・尊者の特権と、尊卑や長幼や親疎や男女による不平等精神が満ちあふれており、またそれらは人々の意識の中にも深々と浸透していったのである。

(三) 「国」本位（戦国、秦）

戦国（秦代）はわが国の集権専制政体が発展し確立した時

代である。生産力の向上と土地私有制の発展につれて、ついに未曾有の大社会変革が醸成された。一家一戸による土地私有制が貴族的土地所有制に取って代わり、官僚制が世襲身分制に取って代わり、貧富による等級が宗族的な血縁紐帯に取って代わった。「刑无等級(刑罰を科するに等級なし)」の法が「刑不上大夫(刑罰は大夫に及ばず)」の礼に取って代わり、「天下事无小大皆決于上(天下の事はすべて上^(五)に皇帝が決める)」という集権政体が温情脈脈たる宗族的貴族政体^(五)に取って代わった。後天的に獲得された地位が先天的な血縁身分に取って代わり、地域によって住民を区分することが血縁によって階級を確定することに取って代わった。かくして、中原の大地に出現したのが、血縁という桎梏を脱した一つの国家であった。

「国」本位は、新興地主階級の法律の基本精神であるが、それはすなわち、あらゆる面で国家利益を最高原則とするというものである。そのためにはまず、貴族政体及びその社会的基礎、すなわち宗法家族的な社会構成を突き破らねばならなかった。商鞅の変法の令には「王族でも軍功がなければ一門の籍を認めない」、「一家に二人以上の男児がいるのに分家しなければ、課税を倍にする」、「悪事を訴え出た

者に賞を与える」、「民は互いに犯罪をかくまってはならない」^(六)とある。その実質はまさしく旧貴族に打撃を与えることにあり、家族という勢力を分化させ、抑圧して、これを国家に危険を及ぼさないようなものとし、家族という存在を国家が容認できるような軌道に乗せることにあった。その次に必要なことは、個人の利益を適度に承認し、個人の利益と国家の利益を結び付け、人がみなもっている「利を好み害を嫌う」本性と賞罰という二つの方法を用いて、人民を国家に有利なことを行なうよう駆り立てると同時に、個個人もまた官爵や良田美宅を獲得しようとするようしむけることであつた。このようにして、個人は家族の輪の中から国家の側へと引き込まれ、その結果、国家と個人の間に、ある程度直接的な権利義務関係が成立したのである。

皇帝は国家の代名詞なのだから、「国」本位の帰結するところは中央集権の君主専制政体でしかありえない。そして、皇帝の権威は常に国法の形式をとって表現される。『商君書・賞刑』には、「いわゆる壹刑とは刑罰を科するに等級をえらばずということである。すなわち、卿相將軍から大夫庶民にいたるまで、王命に従わず、国禁を犯し、国家の制度を破壊する者は、赦すことなく死刑に処す。かつて功績

がある者でも、後に敗戦の落度があれば、減刑はしない。かつて善事をなした者でも、後に悪事をなせば法をまげて大目にみることはしない。忠臣孝子であっても、過ちがあれば必ずその程度に応じて処断する。司法にたずさわる官吏が王法を破ることがあれば、死刑にして赦さず、その刑は三族《父母・夫妻・兄弟》に及ぶ。」とある。法を犯した臣民に対しては、手加減することなく厳しい懲罰を与える。まさしくこれが「国」本位の司法上の突出表現である。皇帝権力の前では人々は平等なのであって、かつ人々の存在はすべてゼロに等しいのである。

四 「国・家」本位（漢から清末まで）

中国封建社会の基本的特徴は、自然経済的土壌の下で、集権専制政体と宗法的家族組織が密接に結合していた点にある。これは自然経済の温床下で不断に成長した大小無数の宗法的家族が一種の超社会的権威による庇護を求めたからであり、また、他方、大統一封建王朝の側も、その支配の力量が不十分であったため、宗法的家族に対して忠誠と擁護を求めたからである。これが礼法合一・儒法合流の真の背景である。この複雑で長々しい過程は簡潔に以下のよう表現できる。すなわち、集権専制政体を擁護する法家

の「法治」は、宗法的家族制度を擁護する儒家の「礼治」と相互に妥協し互いに補充しあい、融合して一体となった。こうして、法家の法律の儒家化及び儒家思想の法典化という事態が生じたのである。

封建時代の法律は国家（すなわち専制的皇帝権力）及び家族を基礎とし、集権専制政体を擁護すると同時に、宗法的等級制度をも擁護している。「十惡」（謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義、内乱）を見てもみると、それらのうち四か条半は専制的皇帝権力を擁護するものであり、五か条半は宗法的等級秩序を擁護するものである。「国・家」本位の体制は封建行政法、官吏心得、及び家法の発達をもたらしたが、これらの法律や準法律が中国的特色を備えた「官法《お上のおきて》」及び「民法《民のおきて》」なのである。王朝の安寧を守るために、統治者は権力の一部、すなわち半立法権と半司法権を家族の長に与え、彼らをして王朝に協力させ、共同で臣民の管理にあたらせねばならなかった。とはいえ、もちろん国家の利益と家族の利益の間に全く矛盾がなかったわけではない。例えば、「親属相隱《親属の犯罪をかばうこと》」や敵討ちの提唱は必然的に国法を軽視する副作用をもたらすが、か

いって「親属相隠」や肉親の敵討ちを禁止すれば、今度は《家族的》倫理精神を妨げるというわけである。そこで、封建的統治者は細心の工夫の結果、「小罪は隠すべし。告発すれば罪に問う」、「大罪は隠すべからず。隠せば族滅する」とし、また、敵討ちについては禁止も提唱もしないとするなど、《事柄の性質や程度に応じて》異なる対処をするという方法を用いて、国法と宗法を調和させたのである。

(五) 「国・社」本位（国民党政府統治期）

アヘン戦争後、民主・人権思想の東漸にしたがい、西洋の個人本位の法律観が中国にも伝わってきた。しかし、個人本位思想は中国では非常に弱体であった。その原因は以下の四点である。

1 西洋の政治・法思想はほとんどが日本を経由して中国に伝わったものであったが、民族的、文化的、政治的背景の違いから、日本は個人本位思想を必要とはしなかったし、また、個人本位思想に適してもいなかった。このことが中国に対する個人本位思想の二次輸出に影響を与えた。

2 中国のブルジョア階級の関心は主として民主政体の方面に向けられ、人権や個人本位思想については必要な認識に欠け、集中的に研究したり、宣伝活動を行ったりするこ

ともなかった。

3 個人本位思想と中国の伝統文化はあまりにも掛け離れており、融合させがたかった。中国には従来この種の意識がなく、それがなくとも何の不便も感じなかったのである。

4 二〇世紀初めに、個人本位思想は西洋世界で修正を受け始めていたが、その原則は、個人の權益は社会の利益に適合すべきである、あるいは社会の利益を害してはならない^(七)というものであった。これでは燃える釜の底から薪を抜き去るようなもので、個人本位思想が広がる勢いは抑え込まれてしまった。これについて、当時の中国の法学者は大いに喜びかつ安堵し、次のように述べた。「巧まずしてうまくいくとはことわざもよく言ったものだ。ちようどうまいことに、西洋の最新の法思想と立法の趨勢は中国固有の民族心理にぴったり符合する。天衣無縫とはこのことだ。」^(七)国民党政府の統治期、中国法文化は新しい歴史的段階へと発展した。その基本的精神は「国・社」本位である。「国・社」本位、すなわち「国家」・「社会」本位とは国家及び社会の利益を最高原則とするものであつて、ここでは、国家・社会が個人よりも高い位置を占める統一体とされる。「国・社」本位は「国・家」本位の否定である。それは、「国・家」

本位は集権的君主専制制度を擁護し、人民の一切の政治権力を剥奪し、家長や一族の長の特権を守り、個人の独立した人格を踏みにじり、自然経済を擁護し、商工業経済の発展を阻害するものだとの認識に立つ。一方、「国・社」本位は個人本位に対する否定でもある。その立場からは、個人本位はただ個人の自由や権利を守り、人格の尊厳を推奨し、絶対的な財産私有権と契約の自由を主張するばかりで、社会全体の利益を等閑視するものだとされる。個人本位は自由競争、貧富の隔絶、弱肉強食及び社会動乱をもたらし、結局は個人の自由や権利も脅かされることになるというわけである。

「国・社」本位はまた二つの主要な観念に分けることができる。その一は国家至上の公法観で、個人に権利や自由はない。国家のみが権利を有し、自由を有する^(八)というものがその決まり文句である。人民は「自由・平等を享受するためには、不自由・不平等の訓練を経なければならぬ」が、その具体的な表現が人民の各種の政治的権利の制限や剥奪であり、国民党一党独裁の擁護だというわけである。第二は社会至上の私法観で、その決まり文句は「全国社会の公共利益を本位とし、あらゆるところで公共の幸福をはかる

ことを前提とする」^(九)である。その具体的表現が法律手段を用いての私人の財産使用权・收益権・処分権に対する関与と制限であり、その本質は大資本家階級の利益の擁護にあった。

「国・社」本位は、例えば、文言の上では公民の一連の政治的権利を承認し、資本主義的な経済制度を確立するなど、ある種の合理的要素を含んではいたが、個人を否定することによって、同時に民主制度をも否定してしまった。国家至上の旗印のもとに封建的専制独裁とファシズム政治が姿を変えて復活したのである。また、社会至上のスローガンのもとに一般の資本家階級や広範な労働人民の利益がごっそり騙し取られる一方、四大家族に代表される大官僚資本の利益はいたれりつくせりの保護を受けたのである。

(六) 「国・民」本位（社会主義中国）

「国・民」本位とは、国家及び公民を本位とするものである。その基本精神は国家及び公民の利益を最高原則とすることである。新中国の法文化は「国・民」本位を基本精神としなければならない。ここでいう「国家」は、階級が対立する社会における階級支配の道具としての国家ではなく、搾取階級を消滅させた社会主義社会の公共権力機構、すな

わち、人民が社会生活を管理する際の権威機構のことである。「国・民」本位の法律観によれば、国家は公民によって構成されており、公民は国家の基礎であり、公民の発展は国家の発展の前提である。それと同時に、個人は集団の中に存在しており、公民は国家の中で生活しているのであって、国家の発展はまた、個人の発展の必要条件でもある。個々の公民は国家の生命力の源であり、国家の利益は公民の根本利益の集中的表現なのである。それゆえ、国家の利益と公民の利益は一体のものであって、国家の利益は公民個人の利益を弾圧したり抑圧したりする方法によって擁護することはできないし、個人の権益もまた、他人の利益や国家の利益を損う手段によって取得するわけにはいかない。「国・民」本位とかつての幾つかの〳〵本位の間には質的相違がある。これは主として次のような点に表われている。

- 1 前者は搾取のない無階級社会の法原理であるが、後者は搾取のある階級対立社会の法精神である。
- 2 前者は双向《上下両面通行》本位であり、そこでは個と全体が統一されているのに対して、後者は単向《上意下達》本位であり、個を否定し、特定の意味を帯びた全体を擁護することをその共通の特徴としている。

- 3 前者の目的は社会全体の利益を擁護し、人類の進歩を促進することであるが、後者の目的は支配階級の特殊利益を擁護するところにある。

「国・民」本位のもとで、我々の法律は公民の一連的政治的権利を適切に保障し、それによって社会主義的民主政体を完全なものとしなければならない。また、公民の一連の経済的権利を擁護し、それによって社会主義的商品経済の発展を促進しなければならない。こうした基礎の上に、法律を用いて各種の社会矛盾を調節することが、わが国の各分野の事業を順調に発展させることになるのである。

三 中国法文化のマクロ的様式の変遷／単一法から混合法へ

中国法文化のマクロ的様式は以下のいくつかの発展段階を経過した。

(一) 「任意法」(殷商)

殷商期の法実践の様式は慣習法である。その最大の特徴は極めて強い任意性あるいは偶然性を帯びていることである。それゆえ、これを「任意法」と呼んでもよい。この場合の「意」とは、「神意」と「人意」の巧みな結合である。

祈禱と占いを通じて、統治者の「人意」と「神意」は共同で立法及び司法活動を成し遂げるのである。しかしながら、「人意」と「神意」とは常に調和しがたいものであった。統治者の政治や法律の実践経験の蓄積が一定程度に達すると、「人意」は「神意」のもとから抜け出すことになった。これが法実践活動みずからの法則によって事进行处理する偉大な始まりである。

(二) 「判例法」(西周、春秋)

西周・春秋期の「判例法」は当時の宗法的貴族政体の必然的産物である。裁判官は他の官吏と同様に世襲であった。敬祖孝宗(祖先を敬い、宗族に孝行する)、帥型先考(亡父を手本にする)といった観念は、必然的に先人の故事に従うという伝統を導き出した。当時の裁判の方式は「議事以制、不為刑辟」、「臨事制刑、不豫設法」^(二〇)というように概括される。ここにいう「事」とは、ほかならぬ判例となる先例のことであり、引用箇所の意味は、過去の判例となる出来事の中から《当該事案の解決に相応しいものを》選択し、それに依拠して判決するのであって、何が違法犯罪であり、また、それは如何なる処罰を受けるかという内容を盛った成文法典をあらかじめ制定することはしないというもので

ある。それゆえ、当事者は自己の行為が違法犯罪であるのかどうか、また、如何なる処罰を受けることになるのかについて、あらかじめ知る術がない。つまり、「刑は知るべからず。威は測るべからず」という意味合いが非常に強かったのである。ところで、判例は司法の結果であると同時に立法の産物でもあった。このため、裁判官は非常に重要な鍵を握る地位に置かれた。そして、優秀な裁判官の基準は「直(公正さ)」と「博(広く物事に通じていること)」であった。「直であれば、物事を偏らずに見分けることができる。博であれば、上から下まで広く比較することができる。」^(二二)「上から下まで比較する」とは、過去の判例を全面的に参酌するということである。すなわち、『礼記・王制』にいうところの「必ず小大の比を察し、もってこれを成す(過去の話のなかにみられる軽重の事例を参考にして、ことを行ふ)」というのがそれである。次に、「判例法」が成立するための条件としては、以下のような点がある。

1 ある種の普遍的に公認された法意識が社会的に存在していること。これは当時においては「礼」にほかならなかった。

2 思考に長じ、かつ司法の中で立法を行うことに長じた

一群の裁判官が存在すること。

3 裁判官が独立して立法・司法活動を行うことを許容するような政体、すなわち貴族政体の存在。

(三) 「成文法」(戦国・秦)

「成文法」は当時の集権政体の産物である。国家による法実践活動に対する統一的コントロールを実現するためには、貴族政体及びその副産物たる「判例法」に終止符を打たねばならない。その唯一の方法は国家が裁判官を選定して派遣し、かつ詳細に規定された法律を準備し、裁判官に加減法(足し引き)を行うと同様の便利さと正確さをもって法を執行させることである。これこそ秦代には「すべてに方式があり」、「すべてのことがみな法で決まる」^(二二)とされた原因である。国家は裁判官が法律の条文を捨てて過去の判例を参酌するのを禁止し、さらに裁判官が個人としての自発的能動性を発揮することも許可しなかった。秦代の優秀な裁判官の基準は「公」と「明」、すなわち「公正な心」と「法令への通曉」^(二三)の具備であつた。もし、法に明文規定がないような情況に遭遇した場合には、順次級をおって上申し、皇帝の裁決を待たねばならない。かりに、「判例法」時代が思考と立法に長じた一群の裁判官を造り出したのだとすれ

ば、「成文法」時代は博覧強記で手だれの法律執行職人を養成したのである。

(四) 「混合法」(西漢から近現代まで)

西漢以後、歴代王朝はみな刑法を中心しつつ、民法、行政法などの実体法及び手続法の諸法を合せた綜合法典を制定することを重視した。しかし、成文法典がすべてを漏れなくカバーすることは不可能であるし、かといって朝令暮改というわけにもいかない。その一方で、社会生活のリズムは日に日に早まる。そんなわけで、法典と現実生活との間には常にズレが生ずることになる。このため、封建王朝は随時大量の法令を發布する以外に、判例の創造と適用も行った。実際、西漢の「春秋決獄」^(註2)の制は、儒家思想による司法支配の始まりというよりは、いにしえの「判例法」に対する回顧とみたほうがよい。その後の歴代王朝にみられる決事比^(註3)、故事、法例、断例、例等はすべて、呼び名は変わっても脈々と受け継がれ、長きにわたって衰えない「判例法」の独特の地位を示している。判例は法律に明文規定がなかったり、あるいは法律の規定が明らかに時代にそぐわなかったりという条件のもとで、創造され、適用されるものであり、また、常に皇帝の批准を経るものであった。

そのため、判例は一般に成文法よりいっそう有効な作用を果した。封建王朝は立法や法典の改定を行うための条件がない情況のもとでも、自覺的に「判例法」を運用して「成文法」の不足を補った。「有例則置其律（先例があれば、これを法律条文より優先する）」^(二四)とはこのことである。実際、封建時代の裁判活動全般を通じて、ずっとこのような原則が貫かれていた。「法に規定があれば、法に任せる。法に規定がなければ、人〔裁判官〕に任せる。」とか、「法に規定がなければ、判例を用いる。」^(二五)ともいわれている。こうして「法があれば法によって行い、法がなければ類（判例及び法意識）をもって行う」という荀子の名言が実践されたのである。

「混合法」とは「成文法」と「判例法」の統一である。成文法典が社会の実情にマッチしているときには、往々にして「成文法」をもてはやして、判例の創造や適用を排斥する。他方、成文法典がまだ制定されていないか、現行の法典が明らかに社会生活に適合しないときには、判例を創造し適用することによって全国の司法活動を指導する。そして、判例が一定程度まで蓄積されると、それは国家によって手を加えられ、法令へと昇華する。支配階級の法意識を

核にしなから、「成文法」と「判例法」は絶え間なく繰り返し循環運動を続けるのである。

アヘン戦争後、特に辛亥革命以後、中国は長々と続いた封建時代を終え、新たな歴史段階に入った。しかし、「混合法」は逆にその後もずっと長らえてきた。例えば、北洋政府の統治期には大量の単行法規が制定されたが、これと同時に大理院の判例と解釈例の編纂も行われている。そして、これらは同様の法律的効力をもったのである。不完全な統計によれば、一九一二年から一九二七年までに大理院が集めた判例は三九〇〇件余り、解釈例は二〇〇〇件余りある。判例の司法における意義を知るに十分であろう。

国民党の統治期には、同様に大量の成文法典や法規を制定すると同時に、最高法院の判例要旨及び司法院の解釈例・判例集成を編纂し、これを裁判のよりどころとした。国民党司法院院長の居正（一八七六―一九五一）は、かつて「中国はもともと英米の法制度に酷似した判例法国家である。」と指摘している。また、一九二九年の民法公布の前には、「人民の法律生活を支配するに際しては、ほとんどすべて判例が頼りだ」と述べている。^(二七)

新中国の成立以後、法律分野の中心の仕事が何であるか

にあわせて、国家は相次いで「懲治反革命条例（反革命処罰条例）」や「懲治貪汚条例（汚職処罰条例）」等の単行法規を制定公布した。しかし、国家の重要な法律はずっと制定されないままだったので、裁判業務は基本的に党と国家の政策に依存していた。このことが国家による司法に対する《法的》コントロールを非常に困難にしたのである。一九五五年、反革命分子肅清工作を総括したときには、すでに判例の作用について初步的な認識に達していた。その上、判例を分類選択し、^{（訳注4）} 案例彙編を編纂して裁判業務のよすがとするよう構想していた。また、裁判業務のなかに普遍的に存在する量刑の軽重のアンバランス現象を有効に克服することを目的に、最高人民法院は一九六二年、案例の形式を用いて裁判業務を指導するには、高級人民法院と最高人民法院が案例を選定し、中央の政法小組の批准を経てこれを地方各級人民法院に流し、人民法院がこれを参考にし、援用すること、さらに、新たな情勢に基づいて、古い案例に替えて新たな案例を選択するよう注意すること、などを規定した。この方向で発展していけば、最終的には間違いなく「成文法」と「判例法」が結合した「混合法」の様式が完成することだろう。様々な原因のために、この過程は

まだ完成していない。この数年来、政治・経済・文化事業の急速な発展につれ、また、法制建設が次第に整備されるにつれて、判例の価値も人々にますます重視されるようになった。今後、さらに高い次元において、必ず「混合法」様式を確立させることができると信じてみよう。

四 中国法文化の近代化／世界の法文化と共通の発展の道を行く

中国法文化の近代化の手順として必要なことは、法律の基本精神の民主化及び法律の実践様式を科学的なものとすることである。

（一）「国・民」本位の法意識の確立／批判を行い、外国を参考にし、啓蒙を行う

「国・民」本位の法意識を確立するためには、まず、中国の伝統的法意識を一度真剣に取り払う必要がある。中国法文化の基本精神はこれまでずっと一方通行的なものであって、両面通行的なものではなく、個人の価値や権利や尊厳はひどく抑圧されていた。このため、個人を無視し、否定し、蹂躪するという伝統的観念が形成されたのである。こうした観念はまた、集権専制思想と期せずして合致し、著

しく社会の進歩を阻害した。上意下達本位の法律精神に導かれて作られた法制機構は、必ず社会の中で支配的地位を占める集団に最大の利益をもたらす。その一方で、社会の大多数の人々の利益は合法的に剝奪されるのである。その上、彼らは上意下達本位の道德觀念の厳しい束縛をも受けた。中国の近代資本主義の発展につれて、西洋のブルジョア階級の法律上の成果がいくらか導入されはしたものの、牢固たる伝統的觀念にたたられ、洋酒にたとえれば、これらのものはいわば味の異なる得体の知れない銘柄の酒にされてしまい、導入された西洋法は中国式の伝統的な香りに満ちたものとなった。このようなわけで、伝統的な上意下達本位の法意識を一掃するのは並大抵ではない作業である。このためには厳密な科学的理論が必要なばかりでなく、政治生活の民主化及び経済活動の商品経済化がその後ろ盾となることが求められている。

「国・民」本位の法意識を確立するには、さらに、ブルジョア階級の数百年にわたる法実践活動によつて得られたすべての成果を直視し、承認し、これを参考にし、狭い偏見を捨てさり、これらの成果を人類社会の成果の一つとみなすだけの勇氣を持たねばならない。特に、封建的等級制度や

自然經濟に反対する際に最も有効な思想、觀念、原理及び具体的な法律制度を心して参考にし、それを中国の国情と結合させ、徐々に科学的かつ民主的な法意識を確立する必要がある。

「国・民」本位の法意識を確立するにはまた、法律知識及び社会主義的法意識を普及させる啓蒙活動を持続的に行うことが必要である。国家公務員が、依然として、法律は人民管理の道具であり、しかして、自分は法律の上に超越しており、権力は国法にまさり、人の言は法律に等しいと考えているとき、また、その一方で、無数の公民が依然として法律を蔑視し、訴訟を蔑視し、権勢を崇拜し、他人の人格や合法的権利を尊重することが分らないばかりでなく、如何にして自己の合法的権利を守るかも知らないようなときには、国家がいくら法律を制定公布したところで、効を奏することはできない。眞の法制建設は法文化の建設でなければならぬわけだが、公民全体の頭の中に科学的民主的な法意識を樹立することは、有形の社会秩序を作り上げることと比べて、より重要である反面、より困難なこともある。

(二) 「混合法」様式の自覚的整備／判例法の重視

中国は近代に入ってから、判例の作用を承認したけれども、それは一種の直感的なレベルにおける承認にすぎず、自覚的承認のレベルには遠く及ばなかった。中国政府の法意識についていえば、成文法のほうがより重視されていたのである。それは以下の理由のためである。

1 中国近代の西洋法文化の吸収は日本を中継点としてなされたが、日本が吸収した西洋法文化は大陸法系のものであったので、それは中国の成文法の伝統とすぐにぴったり調子があつた。

2 「三権分立」学説の影響によって、司法が立法を兼ねることはできないと考えられ、また、判例法は裁判官が司法を通じて立法をなすものであるから、憲法原則に違反すると考えられた。その結果、理論上、判例法は排斥された。

3 中国の裁判官は従来政府に従属し、イギリスの裁判官のような独立の権威を有したことがなかったが、このことが判例法が中国法的主要な形式となるのを困難にした。

4 中国の伝統的法文化に対する判断が客観性に欠け、「援引比附」^(訳注5)は法制を破壊するものであつて、成文法の適用こそ法制の擁護なのだと考えられた。その結果、判例法は放

棄された。

以上の種々の原因のために、近代中国は判例の問題に関して、直感的対応のレベルから自覚的対応のレベルへと向かうことができなかったのである。

中華人民共和国の成立以後、わが国は成文の法典や法規を作ることに力を注いだ。しかし、同時に、ある種の觀念に影響されて、ひとたび立法するからには良い立法でなければならず、また、時機が熟していなければ立法はしないものだと考えられたために、国家の重要な法律は遅々として制定されなかった。法律がないという情況下でも、裁判業務は行わねばならないし、また、裁判の中で様々な偏りやミスが生ずるのを避ける必要があるが、これは非常に難しいことである。そこで、判例が一種の便宜的手段として担ぎ出されることになった。しかし、判例の価値はある一定期間内における党と国家の中心的業務を完成させるための一種の手段という点にあるにすぎず、法制建設の一つの挺子というにはほど遠かった。

目下、経済生活の商品化、政治生活の民主化、及び国際交流の拡大につれて、わが国の社会生活はさらに活性化し、多様化する方向へと変化している。このことが立法と司法

に対して、さらに高い要求をもたらした。もし我々が依然として成文法の古い枠組みを神妙に守るならば、法律を用いて改革を擁護したり促進したりするのに必ず不利になるだろう。それゆえ、我々は自覚的に混合法体制を確立し、整備しなければならない。

混合法体制を確立し、整備するためには、まず第一に、考え方を改めて、法律及び法制に対する狭い理解を克服し、判例の人類の法実践活動における価値、及び当面のわが国の法制建設における特殊な意義を正確に認識し、確信をもって堂々と判例法を創設しなければならない。次に、混合法体制の確立に向けてのマクロ的戦略を身につけ、成文法と判例法のわが国の実践活動中における大体の領域区分と《運用に際しての》一般的手続を明確にし、また、中枢コントロールシステムを作って、両者の関係を有効に調節しなければならない。さらに、わが国の裁判機関の法的地位を高め、裁判機関の権能を拡大し、彼らに法に照して、裁判を通じて法を創造する権限を持たせる必要がある。最後に、わが国の裁判担当者の業務資質と法意識を高める必要がある。そして、彼らを実践的な法律家に、また、司法を通じて立法することに秀でた優秀な裁判官にしていかな

ければならない。

混合法体制を確立するための鍵は判例法の創設にある。そして、判例法を創設するには二つの条件が揃っていない。その第一は、普遍的に公認された「正義」原則あるいは法意識の存在である。さもなくば、判例法は裁判官たちの個人的作品となってしまうだろう。第二は、裁判官に良好な勤務環境を与えること、すなわち、裁判官としての地位、権限、及び能力を保障することである。さもなくば、判例法は立法機関の牛耳るところとなるだろう。

混合法体制を確立し整備するためには、段取りを踏んで徐々に進めなければならない。一足飛びにはなしえないのである。まずは、判例を用いて法律条文を注釈し、法律条文中の「金額が巨大」、「情状が重大」、「危険が大きくない」等の抽象的原則的な表現を、感覚的にも明確な確たる概念や基準とすることである。その次に、判例を用いて法律条文の不備を補充し、タイミングよく、法典に明文規定こそないが社会に対して極めて大きな危険のある犯罪行為を処罰し、法に明文規定はないが、確かに個人や法人に属する合法的権益を確実に保護することである。こうした基礎の上に、判例集成を編纂し、法律条文の注釈及び補充とする。

ひとたび時機が熟せば、これらの判例は手を加えられて法律条文へと昇華することができる。さらに、成文法がまだ関与していない新たな領域においては、徐々に判例を創造し、適用し、局部的領域における判例法を形成することができる。その上、相当長い期間にわたって、成文法を用いずに、判例法がその代わりを務めることができる。

(三) 中華民族の自信／世界の法文化の先頭に向かつて

一般に、今日の世界には三大法系、すなわち英米法系、大陸法系、及びソ連を代表とする社会主義法系があると考えられている。ところで、学者たちが歴史上の法系を論ずるとき、中国法系のことを忘れることはありえない。これは中国の伝統文化が独特の倫理主義精神を備えているからである。しかし他方、現在では、人々はあまねく中国法系の存在を軽視している。そして、これには二つの原因がある。その第一は、学者たちは長期にわたり、わずかに倫理主義のみを中国古代法系の特徴とし、中国特有の混合法という特徴をないがしろにしてきたために、倫理主義の古代法系がひとたび終息するや、中国法系はたちまち歴史的陳列物となったのだと誤解したことである。ところがどっこい、中国法系は倫理主義と混合法という二大特徴を兼ね備

えており、倫理主義は終りを告げても、混合法の方はずっと受け継がれてきたのである。第二に、新中国の成立以後、様々な原因から、我々は中国固有の混合法という様式を継承し、整備するための努力を払わなかった。そのために、わが国の法文化は、世界の法文化の世界において、暗澹として精彩のないものと映るようになった。これが中国法系が人々に忘れられた主な原因である。

かつて人類のために多大な貢献をなした中華民族として、我々は世界の法文化の領域において、当然有すべき地位を自らのために勝ち取る必要がある。中国法文化を繁栄させるためには、今日の世界の法文化の発展の大勢に対して、客観的かつ冷静な分析を加えなければならない。

今日の世界の三大法系は、その基本精神からいえば、二種類に分類できる。一つは西洋の個人本位主義であり、いま一つは社会主義国家の国家本位主義である。前者は個人の一連の権利を擁護するところから出発して、社会の安定と進歩に到達する。後者は社会全体の利益を擁護するという角度から出発して、個人の権利の問題に対処する。今日では、西洋の個人本位主義はすでに修正をこうむり、個人の権利は無制限なものから社会の利益による制約を受ける

ものへと変化した。他方、社会主義国家の国家本位主義もまた、不断の修正を受け、徐々に個人の価値と個人の權益を重視するようになった。このような変化に共通の趨勢が「国・民」本位なのである。

今日の世界の三大法系は、そのマクロの様式からみれば、英米の判例法、大陸国家の成文法の二種類に分類できる。現在、判例法国家は不断に成文法（制定法）を發展させ、大陸法国家もまた、不断に判例法を發展させている。このような変化に共通する趨勢が「混合法」なのである。

我々は中華法系を復興しようと思ったら、世界の法文化の發展の動向を見極めた上で、具体的方針と段取りを確定しなければならぬ。我々が本当に法文化の建設を重視し、決意をし、経済体制と政治体制の突っ込んだ改革を行うと同時に、文化の變革の実現に努力し、伝統的な旧觀念と徹底的に手を切り、科学的民主的な法意識、すなわち「国・民」本位の法意識を確立しさえすれば、さらには、法実践活動の中で不断に經驗を總括し、積極的に指針を示し、自覺的に混合法体制を整備しさえすれば、中国法文化は、いづれその科学的な精神及び様式によって、世界の法文化の先頭におどりであるだろう。

- (一) 董作賓『殷墟文字乙編』四六〇四
- (二) 商承祚『殷契佚存』八五〇
- (三) 『尚書・康誥』
- (四) 『左伝』昭公元年
- (五) 『史記・始皇本紀』
- (六) 『史記・商君列伝』
- (七) 吳経熊『新民法和民族主義』『法律哲学研究』、二八頁
- (八) 胡漢民『今後教育上の四個要求』『革命理論与革命工作』、一九三二年、上海民智書局
- (九) 胡漢民『三民主義的立法精意与立法方針』『革命理論与革命工作』、一九三二年、上海民智書局
- (一〇) 『左伝』昭公六年及孔穎達疏
- (一一) 『国語・晋語』
- (一二) 『史記・始皇本紀』
- (一三) 『睡虎地秦墓竹簡・語書』
- (一四) 『清史稿・刑法志』
- (一五) 丘濬『大学衍義補・定律令之制』
- (一六) 『荀子・君道』
- (一七) 『司法党化問題』『中華法学雜誌』第六卷第一三號

訳注

(1) 「」内の文章は原著にはないが、翻訳の過程で、著者自身の指示により挿入されたものである。以下、同様。この他、翻訳者の判断で挿入した箇所は《》で表記した。

(2) 西漢の武帝の時、儒家董仲舒の提唱によって行われた刑事司法に関する原則。『春秋』等の儒教の経典を過去の判例の集積と位置付けて、これに法的効力を与え、実際の刑事裁判に適用したといわれる。

(3) 漢代には、法律に明文規定がないときは過去の判例に照して裁判することになっていたが、こうした一種の類推解釈を通じて形成された個々の判例あるいはその集積を決事比と呼んだ。

(4) 法的拘束力はもたないが、実務または研究、学習のために参考とすべき先例を集めたもの。

(5) 当該事案に適用すべき法律の明文規定がないときは、類似の事項について規定した他の条文あるいは判例を引用して、一種の類推適用によって判決する方式のこと。

(植田信廣・李貴麗訳)