

中国の法文化と法治現代化との関係について

赫 然*
連 宏**
鄭 路 訳***

前世紀の末から、世界範囲に国家法一元論と欧米の法律の普遍妥当性が疑問視されるようになって、世界各国の多面的な法体系及び多面的な文化の存在が意識され、法文化についての研究が重要な問題になってくると思われる。そして、中国においては、いわゆる文化の問題についての研究が1980年代から注目を集めるようになった。当時に国家の現代化を実現する要請の下で、伝統と現代との関係が研究者の視野に入るようになった、すなわち、中国において当時の政治社会の下で、いかに国家の現代化を実現することである。ただし、法学における研究は経済学や政治学の領域でのものと比べれば、まだ十分に展開されていないと言わざるを得ない。法文化に関する一般理論の構築や、具体的な法文化に対する研究など、さまざまな問題についてまだ体系的な研究及び通説的な見解がみられないと思われる。

21世紀に入ってから、法文化の問題が再び注目を浴びるのは、中国の社会主義法治国家を建設する作業の途上にさまざまな問題が現れたからである。たとえば国家主義による立法活動がもたらした問題や、厳格に法律規定を遵守することができず、行政活動により公民の権利が侵害されることなど後を絶たないのである。法律という表象の背後に隠されたものを追及すれば、中国固有の法律意識や法律観念は、実定法としての国家制定法との衝突があり、中国の法治現代化をひそかに影響していると認識される。そして、固有の法律意識や法律観念というのはまさに一国または一民族の法文化そのものであり、法学研究における一つの重要な課題であると思われる。

一、法理学における法文化

法文化は法学研究の新しい領域であり、最も基本的なのはその内包を理解するのであろう。法文化がいわゆる文化の一部分であり、「文化」そのものを理解して初めて法文化を把握することができる。法文化が政治文化・倫理文化・言語文化・芸術文化及び自然科学文化などの近縁文化概念と同じ、一種の「領域文化」であると思われる。領域文化というのは、文化学の理論と方法を通じてある専門領域の研究を展開したり、またはある専門領域の理論や成果を通じて文化に対す

編集部注* 長春理工大学法学院長、教授、法学博士

** 長春理工大学法学院講師

*** 長春理工大学法学院非常勤講師 本稿は、2010年12月3日に開催された3研究所合同シンポジウムの報告原稿を翻訳したものである。

る理解を深めたりするものである。法文化学というのは、文化学と法学とがお互いに作用することにより生じるものであるので、法文化に対する研究は一般の文化に対する研究に基軸を据えて展開すべきであろう。

(一) 文化問題

文化概念についての認識が今も多岐にわたっており、さまざまな概念をすべて統計すれば百六十種類もあると言われたことがあるが、梁漱溟氏に言われたように、我々人類社会のあらゆるものを文化と称することがよからう¹⁾。それはいわゆる大文化の概念であると考えられるが、民族精神・観念・習慣などを文化概念の中心に据えるのは小文化の概念であると言ってもよからう。もちろん、文化概念を異なるレベルから考察することができ、研究の角度によって自らの必要に応じて自分なりに定義することができるが、最も重要なのは、その内包を明らかにして、認識上のあいまいさを避けることであると思われる。研究の客体からいえば、自然界と区別できるすべての人文現象が文化とのかかわりがあり、人類社会においての外在的な存在と内在的な無形の存在とのすべてが、文化に内包されていると考えられる。研究の主体からいえば、研究の領域・研究方法・研究の背景ないし個人的な趣味や見解などは、文化概念についての認識・理解に影響を与えるのである。たとえば、史学の立場から見れば、文化を人類社会の歴史的な遺産であると認識されがち、文化の社会的な伝承性を強調し、人類社会の遺産は文化であると認識されるのであろう。社会学の立場からすれば、文化の規範性に注目し、文化を特定の生活態様であると認識され、または規範概念及びその影響であると定義するのであろう。心理学の角度から見ると、文化を適応・学習・選択などの過程として認識されがち、または文化を人が欲望を満たしたり、問題を解決したり、環境及び人間関係に適応したりするための制度であると認識されるのであろう。

文化概念は初めて学問的な概念として文化人類学の著作に現れるのは、文化人類学が人類文化を研究の目的とするからである。文化人類学はその歴史の中で、文化進化論学派、文化歴史・批判学派、文化功能学派、結構主義人類学学派及び符号文化学派などのさまざまな学派を生み出した。そして、こういったさまざまな学派は自分なりに文化概念についての認識を持っている。文化進化論学派の代表人物エドワード・タイラーは、「広義の人種意味において、文化または文明は複雑なひとの全体であり、知識、宗教信仰、芸術、道徳、法律、風俗及びその他の社会の一員としての人が持ち得る能力と習慣のすべてがその中に含まれる」、と認識された²⁾。文化歴史・批判学派は文化について、ひとつの部落の生活様式や思想と行為などの集合体として認識されていた。そして、文化功能学派は人の需要に立脚して文化を認識し、その代表人物としての英国のマリノフスキーは「文化は風俗を含む身体的または精神的な習慣であり、人の需要を直接に満たす

1) 梁漱溟『中国文化要義』（上海人民出版社・2005年）6頁。

2) エドワード・タイラー・連樹声訳『原始文化』（上海文芸出版社・1992年）1頁。

ための存在である」という定義を下した³⁾。構造主義人類学学派は文化が実際に存在する社会関係と文化関係でなく、社会関係と文化関係における無意志的な構造であると、文化を認識されていた⁴⁾。符号文化学派の代表人物としてのクライドは「文化は歴史的に生じた生存様式に関するシステムであり、外在的な様式と内在的な様式に分けることができるが、社会全体がともに持っている傾向である場合もあれば、一定の時期に特定の社会群体に限って持っている傾向である場合もある」と述べていた⁵⁾。

(二) 法文化に関する討論

いうまでもないが、法文化は文化から導かれたものである。文化の概念についての認識が多種多様であるがゆえに、法文化の概念についても様々な見地があるのであるが、大まかに三つの群に分けることができると思われる。一つ目の群は法文化を法律意識と同じようなものとして理解するものである。たとえば、アメリカの研究者ローロンズは法文化を特定の社会における法律および法律の地位に関する様々な認識として理解されている⁶⁾。中国においても法文化が法観念または法意識であると認識されている研究者がいる⁷⁾。二つ目の群は法文化を法律意識における非意識形態の部分として理解するものである。経済基礎との関係によって、法律に関する社会意識を意識形態的な法律意識と非意識形態的な法律意識とを分けて考えることができるのであろう。前者は社会経済の基礎と政治の構造を反映するものであり、人類が社会関係を調整する知恵・知識・経験であり、長い歴史を経て積もった法思想及び法律の制定・適用に関する法技術である。三つ目の群は法文化を法律現象の総体であると理解するものであり、すなわち、法文化が法律意識・法規範・法律技術及び法律にかかわる施設などに関するすべての法律理論・実践・成果の総称である、と認識されている見方である⁸⁾。

一般的に、一国の法律制度は二つの側面に現れていると思われる。ひとつは法律の構造である。すなわち、一つの全体としての法律制度、または基本構造・法律の形態・法を実施する機関などである。もう一つは法文化であり、法律観念・法律意識を含むものである。国々の法律制度にはそれぞれ独特な法文化が含まれているが、異なる法文化には法に対する観念・態度・感情が含まれていると思われる。さらに、異なる法文化は観念または意識のレベルにとどまらず、人々の法律行為にも影響をもたらしており、そこで、同じように見える法律制度が、異なる社会において異なる機能を果たしていることもあると考えられる。つまり、一国の法律制度の基本的な特徴は、ある程度この国の法文化により左右されていると考えられる。

3) マリノフスキー・費孝通訳『文化論』（中国民間文芸出版社・1987年）14頁。

4) クロード・レヴィ＝ストロース『構造人類学』（文化芸術出版社・1989年）、『構造人類学・第二巻』（上海訳文出版社・1999年）参照

5) クライド・クラックホーン・高佳＝何紅＝何維凌訳『文化与個人』（浙江人民出版社・1986年）14頁。

6) L. M. Friedman *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990. P.213

7) 慕槐「法律文化随想」法学研究・1989年2期、71頁。

8) 武樹臣『中国伝統法律文化』（北京大学出版社・1994年）32頁。

法文化については、いわゆる小文化の内包から認識することが多い。アメリカの研究者は法文化について、歴史的な経験・教養・宗教・はやっていた意識形態及び教育などの観念であると一般的に理解されている。日本の真田芳憲は法文化を文化現象としての法律観念または法律意識であると認識されていた⁹⁾。中国の研究者劉進田氏と李少偉氏は、「文化存在の一種としての法律文化は、法律現象の内部に存在し隠れている安定性のある一般的な集団意向、すなわち、態度・思考・観念である。法律文化は人類社会が合同作業を営むときに秩序を決める観念である。そして、法律文化は法律に関する種々の符号の形で存在するのである」と述べた¹⁰⁾。アメリカの研究者の定義がより明確に法文化と歴史・民族・宗教との密接な関係を論述していたので、著者はこの説をとることにする。法文化を一般的な意識形態の問題に帰結させるのは、法律制度の構造と区別することができ、その内包をより明瞭にさせ、法文化についての研究作業に有利であると思われる。さらに、法文化を教育と関連して考察するのは、教育を通じて一国または一民族の法文化を培うことの重要性を指摘していたことである。法学研究においては、法文化が重要な概念であり、その中に豊富な思想が含まれているがゆえに、法学研究の重要な道具となると認識されているのである。

二、現代法治における中国の伝統的な法文化の表象

(一) 伝統的な「礼法観」による影響

中国の伝統的な法文化及び法観念を理解するために、中国語における「法」の漢字から入手する必要があると思われる。

現代中国語における「法」という漢字は、古代中国語における「灋」という字に当たるが、西周時代早期の「金文」に見られるのである。ただし、西周時代の金文における「灋」の字は、「廃棄」の「廢」の意味であると思われ、発音も同じであり、二つの字がお互いに取り換えて用いられることができると思われる。したがって、中国の春秋時代以前に「法」という字は現在の法という意味を持っていないと考えられ、春秋時代以前に「刑」しか存在しないで、当時の人々も「刑」しか知らなかったが、「法」の存在すら知らなかったと思われる。東漢時代の許慎による『説文解字』には、「灋は、刑である。水のように公平であることを慕って、三水偏をつけたわけである。鹿は正直でない者を突いて去るので、鹿と去をつけたわけである」という解説がある。ただし、この解説は東漢時代の人の見地であるので、西周時代のその漢字の最初の意味であると考えられない。既存の文献から「法」という字がいつから現代的な意味をもつものに変化してきたことを考察することは非常に難しいが、現代的な意味を持つ「法」は「廢」から転じて生成されたと十分考えられる。「廢」には禁止・阻止する意味があるので、「法」に「法律により禁止する」という意味を派生させ、禁止的な法規範を示すことが考えられる。古代文献に「法」という字が

9) 華夏＝趙立新＝真田芳憲『日本の法律継受及法律文化変遷』（中国政法大学出版社・2005年）269頁。

10) 劉進田＝李少偉『法律文化導論』（中国政法大学出版社・2005年）102頁。

一般的にみられるのは戦国時代以降であるが、当時の政治変革や治国理念及び実践の展開と緊密な関係があると思われる。

以上の分析からして、古代中国語における「法」は現代的な意味を持つ「法」ではないものである。この点を明確にするのは、中国の伝統的法観念及び法文化を正確に理解することに重要な意味があると思われる。清時代の末の法律変革により中国の法律近代化が展開されるまで、こういう意味を持つ「法」は常に中国の伝統的な法律制度及び法観念とともに沿革してきたのである。中国の思想家・翻訳家の嚴復氏はモンテスキューの『法の精神』を翻訳するにあたって、序言において中国語の「法」と西洋の「法」との差異について以下のように指摘していたのである。「中国語においては、物事の是非について理と呼び、国の禁令について法と呼ぶが、西洋においてはすべて法と呼ぶ。したがって、(西洋において)理と法とを同じものとして認識されていたが、もともと人類社会のことは是非をつけるのは無理であると思われ、法律により認容されるか禁止されるかにより是非をつけるだけであるので、これは言語により思想の展開が制限されたのであると言ってもよからう。中国人の思想の展開が言語により制限された場合が多いが、このところに限って西洋の言語より多少優れたと考えられる。西洋の言語の法という字は、中国語に理・礼・法・制の四つの訳文があるので、十分に注意すべきである。」¹¹⁾すなわち、当時の中国語において、「法」が「廢」の字から派生された「国の禁令」の意味しか持っておらず、つまり国により設けられた禁止性法規範のことであるが、他には、自然世界と社会の法則を表す「理」、社会の道德規範を表す「礼」、国家の制度を表す「制」がある¹²⁾。しかし、西洋においては、以上の内容がすべて「法」により表示されるのである。

もし中国語の「法」は国家の禁令の意味しか持っておらず、人々の行為を規律するため「してはならない」行為を宣告するものであるならば、人々の行為を積極的に導いて、「してもいい行為」または「すべき行為」を宣告する規範は「礼」である。そして、中国において、礼が法よりはるかに生成されたのである。中国は古くから「礼儀の邦」と呼ばれてきて、「礼」が中国の伝統文化の基軸であるので、中国の伝統的な法文化の基軸も独特な礼法文化であると思われる。中国の伝統的な法文化を研究するならば、「法」のみを研究対象とすることができないと思われる。さもないならば、中国の法律制度の構造及び法律を適用する過程における現象の数々が理解しがたくなる恐れがあると思われる。「礼があったからこそ、中国の伝統文化は一つの円満な体系となって、政治・法律・経済・宗教・科学ないし人々の日常生活などもこの体系に収められると思われる。もし現代的なアプローチにしたがって政治・経済・法律・宗教・科学などの領域をこの体系から切り離すならば、これらの領域には「不備なところ」があることにすぐ「気付く」のであろう。」¹³⁾中国古代の礼というのは、非常に幅広く漠然的な体系であり、人と人の関係、人と社会との関係、人と国家との関係のすべてをカバーするものである。昔の中国人は幼い頃から礼儀を学

11) 王栻編『嚴復集』(中華書局・1986年) 935頁。

12) 郭建『獬豸の投影』(上海三連書店・2006年) 2頁。

13) 馬小紅『礼与法：法的歴史連接』(北京大学出版社・2004年) 76頁。

んで、礼は家庭教育と学校教育の主な教育内容である。当時の中国において、人たるものは有名な学者にならなくても、豊かな地主にならなくても、少なくとも礼を守る人にならなくては行けない、さもないとすれば社会全体に唾棄され刑罰される恐れがある。いわゆる「学而優則仕」というのは、この礼儀規範をよく学んで身につけた人こそ、官僚に出世することができ、そして彼により管轄される地方にこの礼儀規範を普及させることである。そして、当時には礼を普及させるかどうか、礼により民を教育できるかどうか、というのは官僚の成績を考察する重要な標準の一つである。古代中国人の観念において、礼と法との両者は並行する二元的な体系であり、お互いに円滑に協同し運行することができ、人々の行為を調整するのである。さらに、礼は立法政策の基礎理論である。中国の古代法律成文化の代表作——「唐律疏議」には、「徳礼は政教の元であり、刑罰は政教の方法である」と記載され、さらにその内容の大部分も礼儀規範の表現であるのみならず、法典には直接礼経の内容を引用したところもみられるのである。礼を違反する一般の行為は、世論により厳しく非難されるが、礼を違反する重大な行為は犯罪となり、刑罰により処罰されることがあり、法の強制力により礼の規範を維持し、社会全体に対し礼を遵守することを要請されるのである。中国古代において刑法以外の部門法が完備されていないのみならず、非常に発達していた刑法も社会生活のすべてをカバーすることができないが、中国の古代社会が何千年も円滑に運行してきたのは、礼が重要な機能を発揮したことにより支えられたと思われる。

血縁関係を基礎とする宗法体系の下で、家庭を基本的な単位として農業生産が営まれ、政治権力も王室の内部において血縁関係の親疎により配分されるのである。すべての人がこの宗法家族の網に覆われているので、礼は社会関係を調整するときに、親族関係及び親族関係に基づいた政治関係を調整することをめぐって展開されるに他ならない。したがって、礼の基本原則は「親親・尊尊」原則であるが、宗法家族の網に覆われている人々に、如何に人と人との関係を調整するか、を宣告するのである。「親親」というのは、「父慈子孝、兄愛弟敬、夫和妻柔、姑慈婦聽」¹⁴⁾を内容とすることである。すなわち、すべての人にその親族とくに家長・族長・宗主を中心とする尊敬すべき親族を愛することを要請し、「孝」を核心とし男尊女卑の関係を表す宗法倫理原則であり、家庭・家族及び宗族の内部の倫理道德秩序を維持するものである。「尊尊」というのは、「名位不同、礼数亦異」を内容とすることである。すなわち、下級が上司に対し、小宗が大宗に対し、臣民が君主に対し、卑しい者が貴い者に対し、絶対的な服従し尊敬することを要求することであり、等級制度を維持し、礼を違反することを禁じることであり、「忠」を核心とする等級差別原則であり、社会の君主と臣民、貴い者と卑しい者との秩序を維持するものである。したがって、礼法を核心とする中国の伝統的法律制度は倫理性と等級制を明確に表すものである。

今になって、中国の伝統的法文化における最も根本的な特徴としての礼法を再考察してみれば、礼法というのは、実際に礼が法を勝るものであると言わざるを得ない。中国においては、礼の国を治める機能が儒家により発展され普及されたが、法律の権威性が樹立されていないと思われる。賢明な君主は礼により国を治め、道德教化に頼るが、残虐な君主こそ法により国を治め、

14) 『左伝・昭公二十六年』

秦の始皇帝のように残忍の現れであると一般に思われる。したがって、何千年の歴史を有する中国の伝統的法文化と法律制度を考察してみれば、あちこちに「人情」のにおいがして、いわゆる「礼儀の邦」というのは人情社会を表すものであると考えられる。たとえば、「親属相隠」原則というのは、ある程度の親族の犯罪を隠匿する行為が許されるものである。また、「存留養親」制度というのは、死刑もしくは他の自由刑を言い渡された犯人は、もし家に年寄りの親がいれば、または未成年の子供もしくは扶養するその他の親族がいれば、一時的に刑罰の執行を中止することができ、家に戻らせて、親が亡くなってからまた刑罰を執行する制度である。いわゆる「親親」の原則を貫こうとする制度である。法律と人情との間に、中国人は明確に後者を選択したのであるが、いわば人情があふれた社会において、法律の強制が相容れないものであるとされがちであろう。中国には「生不入官門」（生きている限り裁判所に入るな）ということわざがある。それは、一方、訴訟のコストが高いことを表したものであるが、他方、中国人が法律に対し強い抵抗感があることを表したものである。このような観念は西洋の理性精神の下で、法律の有する権威性とは異なっていると思われる。梁漱溟氏によると、「西洋においては、まず我の概念が生成されたから、本性権利が要求されたわけであり、個人の個性が伸びやかに成長されたわけである。しかし、これにより人と人との間の限界が明確にされたのであるが、ともすれば権利義務や法律関係のはなしになってしまう。親子や夫婦の間の境界もはっきりとされる」¹⁵⁾。このような状況は今日になっても、中国人にとって認められがたいことである。公正無私である裁判官は民衆に尊敬されても、「人情がない」と批判されるかもしれない。したがって、近代中国は西洋の法律制度を大規模に移植していたが、驚くべきことに、西洋でよく運行される法律制度が中国になじまなくなってしまうことがよくあるのである。法律を曲げることや、厳格に法律規定に従わないことがよくある。法律を執行する者自身もいわゆる「人情の網」に覆われている。これは伝統的な礼法の観念の悪影響であると言わざるを得ない。

（二）伝統的刑法文化による影響

古来中国は刑事立法及び刑事法律制度が発達する国であるが、中国の法制史は刑事法律の歴史でもあると考えられる。日本の研究者の滋賀秀三氏は中国の法文化と西洋の法文化とを比較し考察した後、「ヨーロッパにおいては、私法を法の基軸と基礎とするが、中国は古くから文明が相当に発達してきたが、その伝統に基づいて私法体系が生成されることができなかった。中国においては、法と称されるものは、一つは刑法であるが、もうひとつは行政の執行規則及びその規則を違反する行為に対する刑罰による官僚統治機関に関する組織法である」¹⁶⁾と、指摘されたのである。古い伝説・神話及び文献からして、国と法律が生成されることに伴い、刑罰・刑罰適用に関する原則・刑事慣習法及び相応の刑事法律思想が生成されていた。五千年もの発展を経て、刑罰が野蛮から文明へ変革し、時代の進展に伴い、刑法及び刑罰の原則と機能も変革してきたのであ

15) 梁漱溟『東西文化及其哲学』（商務印書館・1922年）152、153頁。

16) 滋賀秀三「中国法文化的考察」比較法研究・1988年3期

る。

1. 刑事立法法典化伝統が維持されてきた。

文字の出現は法典化の前提であるが、考古学によると中国において文字が商の時代から現れたのである。それまでに、前の夏の時代に成文法または文字により記載された慣習法があるかどうかは、すでにわからなくなったのである。ただし、文献によると、「夏の政治統治が乱れたがゆえに、禹刑が作られた」¹⁷⁾ ののである。伝説によると、禹は大洪水を治めた英雄であり、彼の子——啓が夏の最初の君主であると言われる。禹刑は保存されていないので、成文法または編纂された慣習法であるかどうか、すでに考証することができなくなった。ところが、商の時代にすでに成熟した文字——甲骨文が現れたので、当時の人々が重要な出来事を亀の甲や獣の骨に記載したことがあるので、慣習法を記載することができるようになったと思われる。「左伝」にも「商の政治統治が乱れたがゆえに、湯刑が作られた」¹⁸⁾ という記載がある（湯は商の最初の君主である）。

そして、西周の時代にすでに成文法が存在したことは、すでに文献からわかるようになったのである。まず「九刑」（漢時代の人はこの刑法が九編から構成されると思うので名づけをした）が制定され、後に「呂刑」（「呂」は西周半ば周穆王時代の司法官——司寇呂侯である）が制定されたが、「呂刑」は「史記」においても記載されていた。

さらに、春秋戦国時代から、成文法を制定する運動は諸国においてすさまじい勢いで展開され、その代表作としての季悝による「法経」は、今まで発見された体系的な最古の成文法典である。保存されていた内容からして、「法経」は基本的に刑法典であると考えられる。それから、最後の清まで各時代に刑法典が制定され続けてきたのである。中国古代の刑法典には、民事法律関係及び経済法法律関係に関する法規範、ないし司法手続きに関する法規範も含まれているので、総合的な法典であると言ってもよかろうが、基本的に刑法を主体とするものである——中国語で「諸法合体、以刑為主」と呼ばれる。そういう立法政策は十二表法のように他の国においても現れたことがあるのである。中国古代の刑法典にはもう一つ重要な特徴があると思われるが、それは、刑法典の「伝承性」である。すなわち、内容にしても体裁にしても、すべての法典は前代の法典を継受するうえに発展してきたものである。最も代表的な例は唐時代の唐律疏議である。こういった刑事立法法典化の立法伝統が今までに受け継いできたが、中国の法制近代化改革と法制現代化改革においても、法典化の伝統を保留したので、自然に大陸法系に近付いて、他の大陸法系の国々の法律制度を大量に移植したのである。刑事法に関する判例が多少存在するが、成文法を補う役目であり、法律条文に明確な規定がない場合に限って適用できると思われるし、法典の条文がどんどん発達するとともに、刑事法判例も存在する空間を失ってしまうようになった。

1949年に中華人民共和国が成立した後、罪刑法定主義の原則が確立されたとともに、最高人民法院の司法解釈が刑法典の補充となったので、刑事判例が存在する意味を失ってしまい、判例制度が中国において正式に確立されなかったと思われる。刑事立法法典化の伝統は、中華文明の淵

17) 『左伝・昭公六年』

18) 『左伝・昭公六年』

源が長いこと、文字の出現が早いこと及び民法より刑事法に重きが置かれたことなどに重要な関連があると思われる。刑事立法法典化は法律の安定性にとって有利であると考えられ、法規範の適用の基準を統一することにとっても重要な役割を果たせると考えられる。司法機関の権力を制限できる一方、国民が成文法に基づき自らの行為にもたらされた結果を推測することができるので、法律により保護される権利を知ることができ、法律を越えた特権が制限されることも期待できると考えられる。

2. 刑事法の倫理性特徴及びその影響

倫理、つまり人倫に関する理は、古代中国の伝統的な農業社会においては、主に人と人との間の血縁関係に通じて現れると考えられる。すでに述べたように、血縁関係が中国社会にもたらした最も重要な影響は、礼の規範が血縁関係に基づいて適用され、政治統治の領域にも浸透していくことであり、特に漢時代以降になると、こういう礼の規範が徐々に儒教の繁栄とともに正統な法思想となり、いわゆる「君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱」（臣民が君主を服従し、子が父を服従し、妻が夫を服従し）を内容とする「三綱原則」に帰結されたのである。漢時代以降の刑事立法政策が厳格に「三綱原則」を堅持し、刑事法律の倫理性特徴を明確にさせたのである。倫理法が血縁と人情を重んじて、人倫および親族関係を害する行為は犯罪とみなされ、罪か罪でないかを判断するには重要な基準となる。今日的視角から倫理法を考察してみれば、その欠陥が明らかになったと思われる。たとえば、いわゆる「人は法律の前に平等である」という原則に反するので、現代的な法理念に違反すると思われる。したがって、清朝末期の法律改革および「新文化運動」を経て、倫理法は基本的に廃棄されたのであるが、ごく一部の内容が保存されており、まだ現代中国の刑法に影響を与えていると思われる。たとえば、前に述べた「親親・尊尊」の原則は礼法の基本原則であるので、親孝行は倫理道徳の基本的なものであると思われ、親不孝は古くから重大な罪であると思われる。さらに、この原則にきわめて豊富な内容が与えられていたが、親を扶養することのみならず、親の命令に従うことも内包されている。たとえば、親が子供を教育する権利を有するのみならず、子供の婚姻を決める権利も持っているので、宋の時代から清までの中国の古代法律においては、親が自分の命令に従わない子供を殴っても、ないし死亡させても処罰を免ずる規定が設けられたのである。現行の中国刑法にはすでにこういった家長の権利がすでに削除されたが、お年寄りとお年寄りとお年寄りと幼い子供を扶養することが要求されるのみならず、社会全体に弱い立場に立つ人を保護することに広がっていくのである。中国の刑法第二百六十一条に、お年寄り・幼い子供・病にかかる人およびその他の独立に生活する能力にける人に対して、扶養する義務を有するにもかかわらず、扶養しない者は、違法の態様により遺棄罪になることがあると規定されている。そして、第二百六十条に、共同生活を営むものに対し、殴打、飢饉、監禁、病気にかかるのにわざと診療に行かせない、過度に労働させる、人格を侮辱するなどの方法を通じて、肉体的または精神的な虐待を行う行為は、違法の態様の程度により、虐待罪になることがあると規定されている。以上の二つの規定は、親子の間だけでなく、扶養する義務を有する家族の間にも適用されうるが、行為の程度が著しい場合に限って犯罪とされるのである。

また、家族または親族の内部に起こる窃盗行為について、伝統的な中国刑法理論には被害者と

行為者との関係の親疎により行為の性質判断及びその行為に対する刑罰を設けられていた。つまり、当事者間の関係が親しいほど、刑罰が軽く設けられていたのである。其の立法政策は、家庭中の円満な人間関係を維持するために、そして家庭の成員がお互いに扶養する義務があることを理由したものである。現行の中国刑法には、親族間の窃盗行為について、一般の窃盗行為と異なる規定を設けていないが、現実の社会生活において、たまにこういう親族間の窃盗行為が起こったことがあるので、最高人民法院は司法解釈を通じて、親族間の窃盗行為を犯罪として処理するやり方を否定したのであり、さらにかりに他の事情により犯罪として認定された場合でも、一般の窃盗行為とは異なる刑罰を下すべきであると規定されているのである。もちろん、これも伝統的な刑法理念を受け継いで家庭関係を全うしようとする見地からの解釈である。

要するに、現行の中国刑法には、罪刑法定主義などの現代刑法理論の原則がすでに設けられ、正式に確立されたが、現実の社会生活においてそのまま遂行されているとは思えないと思われる。厳格に法律を遵守しないのは、もちろん国民一般がまだ法律に対する認識が不足であることが原因であるが、立法過程において中国の伝統的な法文化が無視されたことも重要な一因ではないかと思われる。すなわち、古くから中国の法文化における人情と法律との関係についての認識が不足であり、立法政策が国情から外れたのではないかという考えである。人間としての本性に違反したら、法律としての倫理性が人間社会の倫理性に合致できなくなったので、法律により公平・正義などの理念が守られるとともに、人間の本性が違反されることにより民衆一般に苦痛をもたらした恐れがあると思われる。そもそも人情が否定できないものであるので、我々は現代的な法律体系を構築し法治の精神を導いているとともに、人情や情けなど伝統的法文化の要素を無視してはいけないと思われ、両者を合わせて考慮するうえに中国の法律倫理を再構築する必要があるのではないかと思われる。

(三) 伝統的民法文化による影響

古代中国に民法があるかどうかについては、まだ疑問する余地があると思われる。古代中国において刑法典しか存在しないと、否定する者により主張され、刑法典において民事法律関係を調整する法規範があるとはいえ、独立した民事責任制度が存在しないので、民事法律規範として認定するのは難しいであるという見解である。なるほど古代中国には独立した民法典が存在しないが、民事法律関係は客観的に存在するので、相応する法規範により規制を加える要請があるに違いないと考えられる。ただ民事規範の形式が特別であり、たとえば、婚姻・家族・相続などに関する規定は宗法血縁に緊密にかかわっているため、最初は礼法の形として現れていたと考えられる。後に大規模な成文立法が行われ、民事法律規範は律典・令などの法律に含まれていたためである。したがって、古代中国に民法が存在しないとは言いきれず、ただ、ローマ法または古代中国の刑法と比べて、民法は発達しなかっただけであり、民事権利に関する認識及び民事責任制度が立ち遅れていたと考えられる。

1. 民事権利

伝統的な中国社会においては、人間たる者は独立した個体としての存在ではなく、まず家庭・

家族・国家の一員として認められて、はじめて個人として成り立つのである。もちろん、これは中国社会の特有の理念ではなく、初期の西洋各国も同じであると思われる。たとえば、メーンは西洋の社会について以下のように述べたことがある。「社会の幼年時代については、常に一つの顕著な特徴があると思われる。すなわち、人々は個々の個人としてではなく、一つ特定の団体成員としてみられることである。……そして彼の個性が家族にのみこまれて、……彼は権利を享受し、義務を負われるが、その権利と義務は彼自身の権利・義務だけでなく、彼の属する団体の権利・義務でもあるとして、他人に期待されるし、法律上にみなされるのである」¹⁹⁾。中国社会においては、この幼年時代がとくに長く延びたので、長い間に個人の権利意識が成長できず抑制されたのである。伝統的中国社会においては、民事法律関係を調整するのは、国家の利益、宗法社会の秩序及び家族成員の間の円滑な人間関係を維持することを目的としたものである。すべての個人の権利は国家と宗法制度によって認められる範囲以内に厳格に限定されたのである。自由・平等・契約自由などの民法の基本とされる理念は、古代中国人の民事法律意識から排除されているのである。そして、伝統的中国社会は農業経済を支配的な経済関係としてきたので、商品経済が発達していないので、民事法律の生存と発展には必要な社会・経済基礎に欠けていたと思われる。また、儒家の正義・利益に関する観念によって、個人の私的権利に対する要求がきわめて制限され、自分の利益を考えることが恥であるという傾向さえ存在するのであり、儒教の考えによると、道徳的な人間はやるべきことに尽くし、国家や家族のために自分を犠牲するべきであり、利益を取得するためにふるまうのではないのである。こういう考え方は中国社会の正統な観念となり、道徳教育を通じて一般的浸透を導いていたので、次第に儒教の「重義軽利」（「正義」を重んじて、利益を軽蔑する）の観念が伝統的民事法律の価値観となったのである。1949年以降になっても、民事権利に関する意識は中国において欠けていたので、長い間に民事権利の概念が実際に確立されなかったのであり、個人が集団に服従し、ひたすら社会に自分の力を貢献し、経済的利益などを要求しないのは正統的な価値観とされていた。1980年代から、現代的な法律制度が構築され、現代的な法律文化が一般的に普及されてから、ようやく民事権利に関する理念が確立され、個人的な権利、個人と集団との関係、法規範と道徳規範との関係などについての認識が統一されてきたのである。

2. 民事責任制度と民事責任に関する認識の不足

独立した民事責任制度が構築されなかったのは、古代中国社会における民法規範の不備の一つの形態である。前に述べたように、古代中国法律制度には、「諸法合体、以刑為主」という特徴があるので、刑事法規範と民法規範がともに同じ法典に収められるのみならず、民事違法行為に対して刑罰を加えるのは普通であり、刑罰の適用範囲がきわめて広いのである。たとえば、唐律には、「立嫡違法」（家長継承に関する違法）の場合に、「徒刑」（苦役に服させる刑罰）一年が加えられ、「同姓為婚」（近親結婚）の場合に、「徒刑」二年が加えられ、「占田過限」の場合に、肉体刑が加えられるなどの規定が設けられた。

19) Henry Sumner Maine・沈景一译『古代法』（商務印書館・1984年）105頁。

古代中国に独立した民事責任制度が存在しないのは、一方、前に述べたように、商品経済が発達しないことがあるが、他方、人と人との間における人身関係と財産関係が、礼の規範により調整されるので、礼に違反する者に刑法により規制されるので、礼の規範に違反すれば、刑罰によって責任を負わせることとなったのである。また、民事責任の機能から見れば、刑罰を通じて民事責任を負わされることは、民事法律規範に違反した行為者に対する懲罰に重きを置かれて、民事権利が侵害された被害者に対する救済が行われるわけではない。これは古代中国における民事責任に関する認識の特徴であると考えられる。1984年に発布された中華人民共和國民法通則によって、現代中国の民事責任制度が確立されたと思われる。それは中国の民事責任に関する立法・司法経験に基づき、外国の民事責任制度を参考して構築されたものであると考えられる。それから、中国の民事責任に関する法理論が全面的に展開され、社会全体の民事責任に関する観念も明確されたが、民事責任に関する伝統的な法理念がまだ影響を残されたと思われる。たとえば、民事責任と刑事責任との境界をさらに明確にする必要がある。現在、刑法に規定された経済領域に起こる犯罪行為は民事違法行為として認定されるべきものがありうるので、刑罰によって経済領域における行為を規律することを制限するのである。さらに、伝統的な民事責任に関する理念は行為者に対する事後の懲罰であるが、民事権利が侵害された者に対する保護が不完全であると思われる。現在、古代と比べて中国民法における民事責任に関する制度が非常に進歩してきたと思われるが、民事責任に関する法制度の構築作業はまだ完成されておらず、これからより工夫する必要があると一般的に思われる。

(四) 訴訟についての伝統的法文化の影響

中国の伝統的法文化において、西洋と区別できる重要なところは、紛争を解決する方式及びシステムである。中国において、訴訟を嫌がり、訴訟に対する強い抵抗感が一般的に民衆にあるので、裁判所で訴訟をすることより、「調解」の方式を通じて紛争を解決した方がより一般的である。「調解」というのは中国における独特な制度であり、完全に法律に依拠するのではなく、倫理道徳や民間の風俗などによって紛争を解決することが多いが、調解には完全な法律効力を持っているので、当事者間に調解が成立すれば、その結果に執行力が付与されるので、当事者が後悔しまた訴えを提起することができないとされている。そして、調解は司法機関により行われるだけでなく、民間の調解機関による調解もありうるので、民間による調解・司法機関による調解・司法機関と民間双方による調解の三種の形態がある。調解が生成されたのは、農業経済の下で人々が紛争に臨んでいるときに、どちらが正しいのか、どちらが権利を有するのかということより、人間関係を保つことまたは家族もしくは社会の調和（和諧）がとれることがもっと注目されるからである。

いわゆる和諧という観念が伝統的中国社会において生成されたのは非常に古いことである。「易経」における「訟卦」（訴訟に関する占い）という部分は、訴訟が悪いことであり、訴訟を避けることができれば最高であること、または、訴訟をすれば前途が凶悪であり、やめた方がいいということ、たとえ訴訟に勝っても、人の恨みを買っただけであることを人々に伝えようとする

のである。したがって、人と紛争が起こったら、「訟卦」によると、「利見大人」した方がいい。すなわち、公正的に聡明な「大人」によって仲介してもらった方がいいということである。「易経」においては、調解を通じて紛争を止め、人々が平和に円満に生活を営むという上古の中国人の理想が描かれていたのであるが、この理想を理論の中心に据え、具体的な方法を提出したのは孔子をはじめとする儒家である。孔子は「訴訟を審理するならば、私も普通の人間と変わらない、必ずなんとかして訴訟を消滅したい」²⁰⁾ という志望を述べた。孔子の弟子有子も「礼を適用するのは、和が最も貴いことであり、以前の賢明な君主はこれをよくできたのである」²¹⁾ と述べたことがある。要するに、儒家の思想の下で、和を最も貴いこととし紛争を鎮めるのは、伝統的中国法文化の重要な性格であるとなったと考えられる。

調解制度は中国特色を有するものとして保留され、「人民調解制度」として発展されてきた。すなわち、群衆の自治組織としての人民調解委員会が設立され、法律法規・行政命令・社会道德規範などに依拠して、民事紛争に臨んでいる当事者間に介入し調停して、当事者の互譲により解決案を達成させ、紛争を円満に解決させることが期待されるが、解決案を達成できない場合に、また訴えを提起することができる、という制度である。1949年から20世紀80年代までの調解制度は、欧米に「毛沢東時代の調解」と呼ばれて、政治の色彩が濃くて、いわゆる階級闘争の理念があふれているが、社会全体を規律する機能が期待されて、基本的に相応する法律が存在しないという状態にあったのである。この時代における中国の調解制度は巨大な成功を取めたのは、まさに法律制度の不健全によるものではないかと思われる。1980年代以降、調解制度は「鄧小平時代の調解」と呼ばれて、一般の司法法制度と並行して保存されている。当初には、司法制度の完備とともに調解制度が徐々に衰微になって、最終的に消滅するのではないかと、世の中に一般に推測されていたが、20世紀90年代に一時は調解制度が衰微したように見えたが、大量に増えた社会紛争を解決するために、人民調解制度は衰微どころか、かえって変革して盛んになったのである。今、中国において「大調解」という実践が行われて、すなわち、人民調解・司法調解及び行政調解の三者を結合させて協力させて、あらゆる手段によって紛争解決のシステムを求めているのである。それは、既存の紛争解決の手段を整合し、調解と訴訟との関係を整理して、中国の伝統文化と国情に相応しい紛争解決システムを構築する作業である。

三、中国法治の現代化

法治現代化というのは理論性と実践性との双方を考慮すべきテーマである。法治現代化は伝統から現代へ変化する歴史的な過程であるが、他方、その中に法律思想・社会行為などの各領域が含まれる過程であり、最終的には人の意識の現代化を通じて現れるのではないかと思われる。この変革の目的は達成できるか、ある程度社会主体である人の積極性、能率性と創造性が最大限の

20) 『論語・顔淵』

21) 『論語・学而』

発揮にかかっているが、最終的に文化の要素によって左右されていると考えられる。法文化が文化現象の一種として、一国の法治現代化の形態を決めるだけでなく、その国の法治現代化の進捗を決めることができると考えられる。

(一) 伝統的法文化が中国法治現代化にもたらした影響

法文化は絶大な干渉機能を持っている。一国の法治運営過程において法文化は一種の干渉パワーとして絶えず動いている。わが国についてはそのマイナス的な干渉が伝統政治文化の「権利至上」による現代法治の「法律至上」に対する排除、伝統「礼治」の特殊精神と現代法律の平等と普遍原則との衝突、および伝統法文化の道具性志向と人権保障と自由を目的とする現代法治理念との衝突である。そのプラス的な干渉は法律規範と具体制度の構築において推進する役割を果たしたところにある。例えば、わが国の民事訴訟における調停プログラムと人民調停員制度は中国伝統的な「和」文化要素の影響を受けて、実践の中でもよい結果を得て、プラス的な干渉例である。したがって、法文化のこういう機能を認識するのは非常に重要なことであると考えられ、中国の伝統的法文化におけるプラス的干渉を利用して、マイナスなところを排除して、法治現代化を達成することに寄与できると考えられる。

法文化は超安定性をもっているため、その持続性と頑固さも強い。制定法を変えても、社会の法治状況はすぐ変わるわけではない。時代の変化と社会の発展に伴い、法文化は徐々に変化することを認めるが、この変化は非常に緩やかであることもきちんと認識せねばならない。生産方式要素、即経済基礎は法文化の発展過程に決定的な役割を發揮して、法文化の変化をもたらす究極要素である。中国の法文化は数千年の歴史を持ち、巨大な歴史的惰性を持っていて、必ずしも制度の変化に伴って変化しない。アダム・スミスによれば、「今日の中国の農業や人口状況などについての調査結果は、五百年前のマコ・ポロによる調査結果とほとんど変わらないものである。したがって、マコ・ポロの時代よりずっと前から、中国の経済状況はすでにその国の法律制度による制限された限度に達したと推測できるのであろう」²²⁾。したがって、中国の法文化は巨大な安定性があるので、国の政治制度などの変遷によって変化するとは限らないと考えられる。

このような歴史的惰性は最終的に持続的な、独特な民族性として現れる。モンテスキューはすでに法文化の存在を意識していた。ウィバーも法文化の中の民族性を研究した。第二次世界大戦後、歴史法学派と社会学派はさらに「法律と民族性の間に直接的な関連がある」とはっきり指摘した。一国の法文化に独特な民族性を持ち、かつその内容は多元的な枠組みによって構成される。我々は一概に肯定や否定せず、これは普遍認識になっている。中国の法治現代化は中国人による伝統に対する選択と継承である。中国の法治現代化は西側型の法治現代化ではなく、日本式の法治現代化でもない。それは中国特徴のある法治現代化である。

22) アダム・スミス、郭大力=王亜南訳『国富論』上巻（商務印書館・1963年）109頁。

(二) 中国の法治現代化と全体の現代化を協調させる

法律文化は人類が文明社会に入った証拠であり、弱肉強食の社会において法律が存在するとは考えられない。したがって、法文化それ自体が文明の一部分であり文明を推進する道具である。一国の法文化には、その社会・民族が歴史的過程において積もってきた法律知恵・知識・経験などの精神的文化遺産または法律伝統などが、一括して継受されたと思われる。現代化の核心は人であり、人の現代化は即ち法治理念の文明を含んでいる。それによって一国の法治現代化と一国全体の現代化と契合できる。

文化と法律文化は全体性を帯びる。法文化は孤立するものではなく、一国の政治文化、経済文化などと普遍的な関連を持っている。法治現代化は一国の現代化の有機な構成部分であり、両者は協調発展である。一国の現代化は法治現代化の様態を決め、法治現代化は一国全体の現代化過程を推進する役割も果たせる。

法文化には養成可能性があるという特徴を持っている。歴史的結晶でありながら、教育、育成、灌漑によって生成できる。法文化は自然的に現代要素をもたれない。ならば法治現代化は如何に実現できるのであろうか。それは、一国の法文化発展過程の中に現代法治要素を注入されたことによって、法文化は育成できることが証明されたと考えられる。例えば、日本の現代化過程では明治維新と戦後アメリカによる改造によって、伝統法文化の中に現代要素を注入し、法治現代化と国全体の現代化を実現させたのであるが、これも一つの証左であると考えられる。

法文化の以上のような特性を持っているので、一国の法治現代化作業を保障し、国全体の現代化を協調させる役目を果たすことが可能である。

結論

1. いわゆる改革開放以降、中国には法律により国を治める（中国語では「依法治国」）という基本政策が決められたが、相応する立法活動が行われて、一般国民の権利意識が確立されつつある。いわゆる法治現代化という西洋において百年以上の時間を通じて行われた作業であるが、中国において非常に速いペースで完成されたと考えられる。したがって、このような急激な変革によりもたらした問題が深刻化されたのであるが、法治精神の推進や法律制度の運行が理想のようにうまくはかどることができなかった。したがって、改革開放以来の法治現代化作業を再考察する必要があるのではないかとと思われる。

2. 伝統を無視することができず、いかに伝統を継受し更新するかを工夫する必要があると思われる。完全に伝統を廃棄するのは、制度構築の基礎をなくすことと同様である。全面的に欧米の法律制度を移植するならば、中国の国情が無視されたので、中国の社会実態に相応しい現代的な法制度を構築できるとは考えられない。したがって、中国の実際の社会実態と国民の法律に関する認識に相応しい現代的な法制度を構築する必要があるのではないかとと思われる。

3. 中国の伝統的法文化は何千年の歴史を経て形成されたものであるもので、一般的に社会に浸透したと思われるが、中国の現代的な法治制度を構築する作業において無視してはならないもの

である。中国の伝統的法文化を整理して、現代的な内包を付与して、現代的な法制度と相応しいものとさせて、さらに、一つの全体的な体系として統合させ固定させる作業が必要である。