

中国の法文化——中国の「法統」と「法体」についての史的考察

武 樹 臣 講演
小 口 彦 太 訳
斉 藤 明 美 訳
于 春 生 通 訳

一 法文化とは何か

(一) 法文化とは何か

(二) 法文化の二つの意味

(三) 法文化の分類

二 中国の法文化の歴史的発展の諸段階

(一) 「神祇本位・任意法」時代（殷商）

(二) 「家族本位・判例法」時代（西周、春秋）

(三) 「国家本位・成文法」時代（戦国、秦）

(四) 「国家、家族本位・小混合法」時代（西漢より清末まで）

(五) 「国家、社会本位・小混合法」時代（中華民国

一九一二・一―一九四九・一〇）

(六) 「階級本位・政策法」時代（中華人民共和国一九四九・一〇―一九七八・一二）

三 中国の法文化の歴史的評価について

一 法文化について

中国の法文化を論ずる前に、法文化の主要な理論的問題について、私の個人的で未熟な見方を少し話させて下さい。

(一) 法文化とは何か

主要な国家の法学の領域においては、それぞれ、法文化の研究が人々に関心をもたれてきた。学者達は、各自異なった角度から法文化の概念等の問題に関し価値ある見解を發表している。私は、この機会をお借りして個人的に理解するところを述べたいと思う。

「法文化とは何か」。この問題は、二つの角度から理解することができると考える。まず、客観的な角度から言うと、法文化とは、人類社会の社会現象の一つであり、人類の法的実践活動およびその成果の総和である。それは、自己の生存・発展に有利な社会秩序を実現するという人類の特殊な能力を示し、また、社会の、それ自体の活動の振興計画ならびにコントロールに関する程度や状態も示している。

次に、主観的な角度から見ると、法文化は、思考ならびに研究の方法の一種でもある。それは、総合的でマクロ的な方法を用い、人類の法的実践活動、——主に、立法・司法活動と、人々の法に対する思维認識の過程——を一個の統一的全体とみなして研究の対象とする。その目的は、人類の法的実践活動の全体的様相を再現し、かつ、人類の法的実践活動の、時間的、地域的相違性に気づき、よって、人類の法的実践活動の本質的特徴と内在的法則性を検討することにある。

(二) 法文化の二つの意味

静態的視点を基礎として、人類の法的実践活動から得られた成果を人類の文化の成果の一つとみなし、かつ、この基礎のうえに、それに対し「量的分析を行うことにより、「静態的法文化」が生まれる。静態的法文化は、主として四つの要素を含んでいる。

法思想。法という社会現象に対する人々の評価・見解そして願望を意味する。法思想は、また、およそ二つの部分、すなわち法理学（あるいは法哲学）と法意識に分けることができる。法理学は、人類の法という社会現象に対するマクロ的、理論的な評価であり、法意識は、人々の法的活動（立法・司法活動）に対するミクロ的、具体的な評価である。

法規範。社会の権威的機構（通常は国家を意味する）により、制定され、許可され、実施を保障された特殊な強制力をもつ普遍的な行動の準則を意味する。その実用的な価値は、ある種の社会秩序を創立し、あるいは保障することであり、こうした秩序は、さまざまな社会の成員にさまざまな利益をもたらすことができ、また、社会の成員全体に共通の利益をもたらすこともできる。社会文明の進歩に伴い、後者の発展の趨勢はますます顕著である。その終局的な価値は、人類社会の生存を保護し、人類社会の自己更新を促すことにある。

法施設。法規範を保障し、生みかつ実現する一連の活動機

構の総称を意味する。法施設は、また、専門的施設と補助的施設に分けることができる。前者が立法・司法機関であり、後者は法的教育・諮問・調停機関である。法施設は法的実践活動（主に、立法・司法を指す）が正常に行われるのを保障する客観的条件である。

法技術。立法・司法活動の専門的能力・技術・方法を意味する。主として、立法技術・司法技術・法律文献管理技術を包括する。歴史的継承ならびに異なる国家・地区間の交流の面で、法技術は、法文化のその他の三つの要素（法思想・法規範・法施設）と比較して、より伝播しやすい。

動態的視点から、人類の法的実践活動を、ある種の社会秩序を構想し実現する運動の過程とみなし、かつ、この基礎のうえに、それに対し「質」的分析を行うことにより、「動態的法文化」が生まれる。動態的法文化は、主として以下の二つの面を含んでいる。

一、法的実践活動の総体的精神。この精神は、民族の歴史的文化的伝統から生まれ、その民族の価値観と密接に結び付いている。この精神は、立法のルートを通じて法規範に高められ、人々の行為を制約し、かつ、最高原則として司法活動を支配している。この精神は、常に社会の中で支配的地位を占める思想觀念の様相をもって現れ、實際上、人々の法とい

う社会現象についての思考を支配している。

二、法的実践活動のマクロの様式。この様式は、法規範を制定し、実現する基本的手続きならびに活動方式である。すなわち、国家が、どのような専門機関により、どのような手続きに従い、社会において支配的地位を占める法精神を様々な法規範に作り上げ、また、どのような専門機関や手続きにより、現実の社会生活の中で実施可能なものとするかである。論述の便宜のため、法的実践活動の総体的精神を「法統」と呼び、法的実践活動のマクロの様式を「法体」と呼ぶ。

(三) 法文化の分類

法文化の分類は、人類の法的実践活動の内容上ならびに形式上の相違性についてのマクロ的叙述である。分類を行うにあたっては、二種類以上の区分基準を同時に用いることを避けねばならない。ここで、作者は「法統」と「法体」という二種類の基準をそれぞれ用いることを試み、世界の法文化について分類を行う。

「法統」を区分基準として、世界の法文化を三種類の主要な類型に分けることができる。(一)宗教主義型の法文化。その主な特徴は、宗教的教義は法的実践活動の最高の指導原則であり、宗教の教条と宗教的権利・義務は常に国家法規範の形式をもって表現できるということである。(二)倫理主義型の法

文化。その主な特徴は、宗教倫理主義の道德觀念が法より高次にあり、且つ法の中に浸透し、法に親疎・尊卑・長幼・男女の差異の精神を充満させるということである。(三)現実主義型の法文化。宗教主義や倫理主義の色彩がなく、人々の現実の政治・経済關係をその基礎とする。この種の法文化は、また、二種類に分れる。一種は、「集団本位」の法文化、すなわち、ある特定の社会全体の秩序を保護することを基点とし、個人の權利を構想する。もう一種は、「個人本位」の法文化、すなわち、個人の自由と權利を確認、保障することを基点とし、個人に有利な、充分に發展した社会秩序を構想する。

また、「法体」を区分基準として、世界の法文化を三種類の主要な類型に分けることができる。(一)「判例法」型の法文化。その主な特徴は、国家が一般に成文法典を制定せず、裁判機關が法の精神と政策に基づき事件に対し裁判を行うことにより判例が生まれ、こうした判例が、以後、同種の事件に対し裁判を行う法的根拠となる。裁判官は裁判において、まず、もとの判例の中から適切な判例を選びだし、その中からある原則を概括し、現在の裁判の根拠とする。裁判官は、さらに、現実の生活が變化したことを理由に、新たな判例を作り出すこともできる。判例法の基本的条件は、裁判機關が極めて高い權威を有し、よって裁判官個人の主觀的能動性を充分に発

揮することである。(二)「成文法型の法文化」。その主な特徴は、立法と司法活動が嚴格に分離していることである。立法機關は、一定の手続きに従い成文法典を制定、發布し、どのような行為が合法か違法か、その種の行為の法的結果が一体どうなるかを明確に規定する。裁判機關は、法（実体法と手続法）に従い事件に対し裁判をする。裁判官は法を解釈する権限もないし、既往の判例を参照することもできない。法の条文規定がないという情況に遭えば、「罪刑法定」の原則をとり行為者の法的責任を追及しないこともあれば、「類推」制度をとり行為者の法的責任を追及することもある。現行法が社会生活の變化に明らかに適合しない際には、再び、立法機關が法定の手続きに従い改訂し、あるいは新たな法典を制定する。(三)「混合法型」の法文化。すなわち、「成文法」と「判例法」。二種の類型の法文化（あるいは二種の法文化の要素）が、異なる程度で結び付き、また、補充しあうものである。これは、實際上、立法権と司法権の有機的な分業的協力を實現するものである。「混合法」は、「成文法」と「判例法」それぞれの欠点を克服することができる。例えば、成文法典は網羅し尽くすことはありえないし、隨時変更することもできない。判例の内容と数量は非常に錯雑であり、運用や掌握に不便である。具体的な情況の違いにより、「混合法」の表現形式は多種多様

である。⁽³⁾

以上は法文化の分類に関して、相対的意義について述べたにすぎない。實際上、各種の類型の法文化の間には乗り越えることのできないみぞは存在せず、それらは常に相浸透するものである。法文化の分類を行うこと自体は目的ではなく、真の目的は、人類の法的実践活動の歴史の進行のテンポや軌跡を探究することにある。

二、中国の法文化の歴史的発展の諸段階

中国法史の歴史区分の問題については、少なからぬ学者や専門家が、すでに理論も論拠もある卓見を示し、それらはいずれも真剣に学ぶに値する。しかし、立脚点と視点の違いにより、歴史区分の結論は常に「仁者見仁、智者見智（人によって問題の見方はいろいろに異なるものだ）」である。ここで、作者はそうした観点に即応して意見を發表するのではなく、その理解するところの法文化の研究法、特に、「法統」と「法体」の区分方法を用いて、中国の法的実践活動の歴史的発展の段階性に対し、一番簡単で要領を得た概括的粗描をなすにすぎない。紙数の制限によりその要点を紹介するにとどまることが、お許しいただきたい。

(一)「神祇本位・任意法」時代（殷商）

中国の法文化（武）

意識形態について言うと、殷商時代（紀元前十七世紀～紀元前十一世紀）は、「鬼神を盲信し、人事を重んじない」時代と
言うことができる。⁽⁴⁾ 当時、支配的地位を占めた思想は、「神祇本位」、すなわち、「神治」あるいは「神權政治」である。その基本的な精神は、「命を天より受け」「恭しく天罰を行う」に概括することができる。⁽⁵⁾ その意味は、人間の支配者は神祇から統治権力を取得し、神祇の意志を代表して立法・司法活動を行うということである。

「任意法」は、「神意」（神祇の意志）と「人意」（人間の支配者の意志）が結合した産物であり、初級形態の立法・司法活動の方式である。「神意」と「人意」を結び付ける重要なカギは、宗教祭祀活動の「占ト」である。甲骨文字の中から、我々は殷王が「占ト」により立法・司法を行ったという記録をみることができ⁽⁶⁾。しかし、「神意」と「人意」は常に調和するとは限らない。後に、法的実践活動の経験の不断の積重ねに伴い、「人意」は次第に独立してきた。これは主として以下のよう⁽⁷⁾に現れた。一、「人意」を相対的に重視する、すなわち、ま⁽⁸⁾ずは「人」の意見を求め、それから「占ト」に求める。二、
選択的に「占ト」の結論（すなわち神祇の啓示や命令）に対処⁽⁹⁾する。三、裁判先例の参考価値を相対的に重視する。

「神祇本位・任意性」の基本的特徴は、法的実践活動がい

まだそれ自体の内在的法則性に従って行われず、極めて大きい偶然性や随意性の色彩を帯びていたということである。それでも、殷人は長い間の模索と総括を経て、やはり後世に重要な文化遺産を残した。これには主として二つある。一つは「神祇本位」の思想であり、もう一つは比較的稳定した刑罰制度と判例、先例である。前者は、周人の改造を経て、「徳を以て天に配す」という「神權政治」論となり、後者は、周人に継承され完全なものとされた。¹²

(二) 「家族本位・判例法」時代(西周・春秋)

ある角度から言うと、西周(紀元前十一世紀～紀元前七七一年)を「鬼神を信じ、かつ、人事も重んずる」時代と称し、春秋(紀元前七七〇年～紀元前四〇四年)を「鬼神を信じず、人事に重きをおく時代と称することができ、¹³」皇天に親無し。唯だ徳を是れ輔く¹³」¹⁴というのは、「神祇本位」の動揺を示し、「未だ能く人に事えず、焉んぞ能く鬼に事えんや¹⁴」¹⁵というのは、「神祇本位」の没落を示している。こうした一切のことは、すべて、「人」の「神」に対する勝利を示している。

しかし、勝利を勝ち取った「人」は、一般的意義における個人としての自然人ではなく、特定の意義の宗法家族式の「人」である。それゆえ、「人」の勝利は「礼」の繁栄をもたらした。宗法家族制度としての「礼」が、国家の政治的法的生

活の舞台に上り、空前の広範な社会的価値を獲得した。それは、「君子」と「小人」(すなわち、支配階級と被支配階級)を分ける天然の標識であるだけでなく、「君子」団体の内部において権力の再分配(権力の引継ぎ)を行う尺度である。当時の政体は宗法貴族政体であり、その基本的制度は、「嫡長相統」¹⁵・土地分封制・「世郷世祿」制であり、その基本的特徴は、「親貴合一」(すなわち、宗法血縁の等級と政治性の等級が重なる)である。この政体の思想意識形態における反映が「礼治」であり、宗法の等級の精神に基づき、社会生活の各方面を塑造し、支配する。「礼」の主要な精神は、「親親」(最も親密な身内を親しみ愛する)と「尊尊」(地位の最も高い人を尊敬する)である。¹⁶「親親、父首と為す」、それゆえ孝道のみを重んじ、「尊尊、君首と為す」、それゆえ忠君を推し崇める。¹⁷親貴一体の政体下では、家族は社会の基本細胞であり、国家は家族の拡大である。家族の安寧は社会の安定に等しい。そこで、宗法家族規範は国家の法規範に直接高めることができる。家族秩序を損なう行為はすべて、同時に国家の法に反する性質も有する。「不孝不友」は「刑の赦すことなき最も重い犯罪となり、¹⁸」¹⁹「親族相隠」(親族の間では相互に違法犯罪行為を隠してよい)は道徳に合致する事であり、「直鈞なれば幼賤に罪有り」(訴訟の双方が、理由が相等しいとすれば、その目下的一方が有罪とされ

る)は神聖な裁判原則となった。⁽²⁰⁾ 法的活動においては、親疎・尊卑・長幼・男女の間の不平等の精神が充満している。この精神は、また、人々の意識の中にも浸透し、人々の行為と思考活動を支配している。

西周・春秋時代の「判例法」は、宗法貴族政体の産物であり、「単行立法」の直接的結果でもある。いわゆる「単行立法」とは、一、どのような行為がしなければならぬもので、どのような行為が違法な犯罪であるかについて、二、比較的安定した刑罰制度(五刑、すなわち墨(顔に入れ墨をする)、劓(鼻を削ぐ)、剕(足を切る)、宮(生殖器を破壊する)、大辟(死刑))を個々に定めたものである。上述の二つの内容は一カ所にあるのではなく、分かれている。⁽²¹⁾ 裁判において、裁判官が上述の二つの内容に基づき、具体的事件に対し裁判をすることにより、判例が生まれる。こうした判例は、以後、同類の事件に対し裁判を行う法的根拠となる。重要な判例は、しばしば、金属礼器の表面に鑄出され、後世に伝えられる。⁽²²⁾ この判例は裁判官によって保管され、金属礼器は廟堂の中におかれ、一般市民は知る術がない。「世郷世祿」制のもとでは、裁判官は世襲である。「師型先考」(すなわち、死去した父親を手本とする)の「孝」の觀念の支配の下では、後世の裁判官が前世の裁判官の判例・先例に従うのは、十分自然な事である。このよ

うな法的実践活動の様式は、春秋時代の晋国の大夫である叔向が、「事を議し以て制す」と概括し、孔穎達が、「事に臨みて刑を制す。豫め法を設けず」と説明した。⁽²³⁾ 「事」は、施政中の先例や、裁判の中から生まれた判例である。私個人の理解によれば、叔向の話の意味は適切な判例を選んで裁判を行い、二つの内容(すなわち、どのような行為が違法な犯罪であり、いかに制裁しなければならないか)を含む成文法典を制定しないということである。このような裁判方式の下では、当事者は、自己の行為の結果(すなわち、どのように制裁されるか)を事前に知る術がなく、これは、当時の法に、「刑は知ることができず、威は測ることができない」(刑罰は事前に知られる術がなく、それだからこそ刑罰は極めて大きな威嚇力を有する)⁽²⁴⁾ という「秘密法」的色彩を帯びさせた。その原因は、支配者が法を平民に知らせなかったからというのではなく、明らかに当時の法的実践の様式が「判例法」であったことによる。

長い間の司法実践の中で、重要な司法原則が総括された。かううして、『国語』という本の中から次のような司法原則すなわち、「上に仿いて動く」(すなわち、先例に従う)、「廣く衆諮を謀る」(広範に充分に討論する)、「彝に非ざるに従う無し」(すなわち、誤った先例は援用しない)、「礼に非ざれば籍する勿かれ」(すなわち、誤った判決は史冊に記載してはならない)、「作

事応時」すなわち、新たな情況に基づき新たな判例を作り出す」という原則をみることができ⁽²⁵⁾。戦国末期の思想家である荀子は、判例の適用と創制を「旧名に従う場合もあれば、新名とする場合もある」と概括した⁽²⁶⁾。

当時の法規範の表現形式は、「刑をもって例を統一する」と称することができる。すなわち、墨・劓・剕・宮・大辟五種類の後部に、数量の異なる判例群をそれぞれ列挙する。判例中の違法犯罪行為の性質は様々であり、ただ、刑罰が同じであるため、それらを一カ所に列記する。これは、まさに、「五刑の属三千⁽²⁷⁾」の本来の意義である。裁判官はこの五種類の判例の中から妥当だと考える判例を選択する。明らかに、「刑をもつて例を統一する」という方式は非科学的で不便であり、抽象的な罪名の概念を分散する判例の中から生み出したとき、「刑をもつて例を統一する」という方式が非常に遅れたものであることがはつきりした。

「判例法」時代の優秀な裁判官の基準は「直」と「博」であり、「直なれば能く之を端辨し、博なれば能く上下之を比」した(正直な人だけが公正に裁きをし、知識が広くてこそ全面的に正しく判例を選択することができ⁽²⁹⁾)。

「判例法」の条件は、一、社会に普遍的に有効な法的精神、すなわち、「礼」が存在すること、二、裁判官が独立して司法・

立法を行うことを認める政体、すなわち、貴族政体であること、三、司法立法にたけている裁判官群が存在することである。春秋以後、これらの条件には非常に大きな変化が生じた。「家族本位・判例法」時代は、主として二つの遺産を後世に残した。一つは宗法家族制度の「礼」であり、もう一つは相対的に安定した法原則あるいは制度、例えば「亡ぐるもの有らば荒い⁽³⁰⁾に聞せよ」とか「迷連は復帰せしむ⁽³¹⁾」「平無くんば阪ならず。往無くんば復ならず⁽³²⁾」「明夷⁽³³⁾」、さらに、萌芽段階の「成文法」などである。

(三) 「国家本位・成文法」時代(戦国・秦)

戦国(紀元前四〇三年～紀元前三二一年)・秦(紀元前三二一年～紀元前二〇六年)は、封建集権専制政体確立の時代である。生産力の上昇と土地私有制の発展に伴い、ついには未曾有の社会的大変革をもたらし、一家一戸の土地私有制が「溥天の下、王土に非ざる莫し⁽³³⁾」ならびに「田理粥⁽³⁴⁾」が「溥土地王有制に取って代わった。また官僚制が「世郷世祿」の世襲制に取って代わり、中央集権の君主専制政体が宗法貴族政体に取って代わった。さらに「後天」の人為的功利が「先天」の血縁身分に取って代わり、貧富の分化が温情脈々たる宗法血縁の紐帯を突き破り、地域による居民の区分が血縁による階級の確定に取って代わった。「刑に等級なし⁽³⁵⁾」という法

細にし、裁判官に法を執行させるに際し、加法減法を行うのと同じように便利で正確にするのである。特に秦代に至っては、すでに「諸産宜を得、皆な法式有り」(社会生活の各領域にはみな相応する法規定があった)であり、「事皆な法に決す」るのであった。⁽⁴⁶⁾ 国家は、裁判官が法に背いて判例を援引するのを禁じ、さらに、裁判官が法の条文を変更することを許さない。⁽⁴⁷⁾ 秦代の優秀な裁判官の基準は、「公」と「明」、すなわち、「公端の心」(品行方正)と「法律令に明らかな」ことを具えていることである。⁽⁴⁸⁾ 仮に、「判例法」時代は思考と立法にたけた裁判官を養成したと言うのだとすれば、「成文法」時代は博聞強記・操作にたけた法の執行の工匠を育てたのであろう。

「成文法」の主な特徴は以下のようなものである。一、「二項合一」、すなわち、どのような種類の行為が違法な犯罪であり、また、どのような種類の制裁を受けなければならないかを明確に定める。春秋後期の鄭国の執政子産が鑄造した「刑書」と晋国趙鞅・荀寅が鑄造した「刑鼎」は、「二項合一」の新式の法律である。⁽⁴⁹⁾ 趙鞅の「鉄の誓い」もこの類型に属する。⁽⁵⁰⁾ 戦国時代の「二項合一」式の法令は迅速に発展し始めたが、こうした情況は各諸侯国の「変法」活動と密接に結び付いている。商鞅は魏国の李悝が著した『法経』を携えて秦に入り、

「変法」を主宰したが、当時発布した法令もこの類型である。⁽⁵¹⁾

二、全国に対する公布。法家からみれば、法の公開性は法の天然の属性である。⁽⁵²⁾ 法の公布の利点は、官吏・人民を互いに監督させ、誰も法に違ふことは許さないということである。⁽⁵³⁾ それゆえ、法家は、法の条文は通俗的でわかりやすく、「明白易知」、すなわちどのような行為が違法な犯罪であり、何をしなければならず何をしてはならないか、人民に知らせなければならぬことを特に強調する。これにより、「刑は知ることができず、威は測ることができない」⁽⁵⁴⁾ 時代の終結が告げられた。

「成文法」時代の法規範の表現形式は、「罪をもって刑を統一する」である。「罪をもって刑を統一する」が「刑をもって刑を統一する」に取り代わるのは、長期にわたる過程であった。最初の「罪をもって刑を統一する」という成文法典は以下のとおりである。

春秋	鄭国	子産	『刑書』	三篇	魯昭公六年(紀元前五三六年)
春秋	晋国	趙鞅	『刑鼎』	四篇	魯昭公二十九年(紀元前五一三年)
戦国	魏国	李悝	『法経』	六篇	紀元前四四五年〜紀元前三九七年(魏文侯在位)

戦国 秦国 商鞅 『秦律』 六篇 紀元前三五九年～三三八年（商鞅の変法期間）⁵⁹⁾

「成文法」の主な欠点は、裁判官の主観的能動性を制限することにあり、疑わしく判断しにくい事件に遭うと、裁判官は順次に上級へ報告し指示を請い、敢えてむやみに評論しない。これは、融通がきかない「客観的帰罪」（行為者の行為にのみ注意し、行為者の動機を軽視する）の気風を形成する。⁶⁰⁾このような傾向は、西漢の武帝時代になって、ようやく董仲舒によって正された。

「国本位・成文法」時代は、後世に二つの遺産を残した。

一つは、「礼」に対する黙認と保護である。新興地主階級は自己の統治を強固するために、「農を重視し末々商を抑圧する」政策を強力に推進し、その結果、手工業・商業を圧制して自然経済を保護したのである。そこで、宗法家族制度は、また回復し発展した。この客観的事実は、「礼」を批判することから承認し始めることへと新興地主階級を変化させ、甚だしきに至っては、「君の仁、臣の忠」「父の慈、子の孝」を公に宣伝させ、かつ、法律により父系家長の特権を確認させた。⁶¹⁾もう一つは、判例の創制と適用である。秦律中の「廷行司」は、数量は極めて少ないが、たとえ「事皆な法に決す」の「成文法」時代ではあっても、結局は、判例制度の萌芽が現れている。

ることをものがたる。⁶⁴⁾後世の「成文法」を主として、判例制度を従とする「混合法」は、こうした基礎の上に発展し始めるのである。

（四）「国家、家族本位・大混合法」時代（西漢より清末まで）

西漢から清末まで（紀元前二〇六年～紀元一九二二年）の封建社会の基本的特徴は、自然経済の土壌の上に、集権専制政体と宗法家族制度が密接に結びついていることである。これは、国中にあまねく行き渡る無数の宗法家族が、自然経済の育成の下で不断に生じ、一切を圧倒する社会の権威的実体の庇護を必要とするためであり、また、大統一封建王朝も、宗法家族の忠節や守護を受けなければならないためである。まさに、こうした社会的背景のもとにはじめて「礼法統一」「儒法統一」が実現した。この長々と複雑な過程は、次のように、すなわち宗法家族制度を保護する儒家の「礼治」と、集権専制政体を保護する法家の「法治」は、相互の妥協を通じて一つに融和し、そこで、西漢の武帝の時代に、「外儒内法」を特徴とする政府当局の正統な学術が形成され、かつ、「法家の法の儒家化」あるいは「儒家思想の法典化」が始まったと言える。⁶⁵⁾

実質的な意義から論ずると、中国封建社会の「精神的領袖」は孔子、孟子ではなく、荀子である。荀子が提唱した「礼を

隆んにし法を重んず」(礼も法も重視する)⁽⁶⁶⁾と「法有らば法を以て行う、法無くんば類を以て挙ぐ」(裁判では、法の条文があれば法の条文を適用し、法の条文がなければ、判例や判例が具現する法原則に従う)⁽⁶⁷⁾は、實際上、全封建社会の法の実践活動の理論的基礎となった。中国近代の革新家譚嗣同は「仁学」の中で、「二千年來の学は荀子の学なり」と指摘した。私からすると「二千年來の法は荀子の法なり」と言うことができる。

法的実践活動における「儒法統一」の過程は、おおよそ戦国末期から始まり、唐律誕生で終わりとなる。その全体の概況は、一、改造された儒学が政府当局の正統な學術に高められた。⁽⁷⁰⁾二、儒家式の知識分子(賢良文学)が官僚の隊伍に入り、立法・司法活動に参与した。⁽⁷¹⁾三、「経を引き獄を決」した。⁽⁷²⁾四、「経を引きて律を註」した。⁽⁷³⁾五、「礼を納れて律に入れ」た。⁽⁷⁴⁾そして「一に礼に準ず」(全面的に礼を準則とする)と称される唐律の出現に至ってはじめて、この過程はおおよそ終結した。

いわゆる「国家・家族本位」は簡単に言うと、法が封建国家(集権専制政体)の秩序を保護するばかりでなく、宗法家族制度も保護するということである。最も顕著な例は、「十惡」と称される十種の最も重い犯罪である。そして図示すると以下のようになる(唐律疏議・名例・十惡)。

しかし、国家秩序と家族秩序はいささかも矛盾のないとい

うものではない。例えば、「礼」の精神によれば、「親族相隱」と「血親復仇」はいずれも正当行為であるが、これは必然的に国家の法律を蔑視するという副作用をもたらし。そして、「親族相隱」と「血親復仇」を禁止することは、一方で、宗法家族秩序を破壊する可能性がある。長い間の模索と総括の結果、「小罪隱す可く、告者に罪有り」、「大罪は隱す可からず、隱ざば族誅す」により、復仇を禁止も提唱もせず、裁判においては区別して対処する方法をとり、国法と「宗法」(家族行為規範)を調和させた。

封建社会の「法体」が「大混合法」と呼ばれるのは、それが二重の意義を含むためである。その一つは、成文法と判例制度が結合していることであり、もう一つは、法規範と非法規範(半法規範)が結合していることである。

まず、「大混合法」の第一段階の意義を説明する。

封建社会の歴代の王朝は、いずれも、刑を主とし、民事と行政および実体法と手続法等の諸法が合体した成文法典を制定した。しかし、成文法典は、余すところなく網羅することは不可能であり、随時変更することも不可能であるため、社会生活のリズムが速いときには、法典と実際の情況が食い違うという現象がしばしば出現する。そのため、封建王朝は、随時各種各称の法令を發布するほかに、局部的に判例を創制

分類 罪名	集権専制政体	宗法家族制度	其 他
謀 反	謀危社稷		
謀 大 逆	謀毀宗廟、山陵及宮闕		
謀 叛	謀背国從偽		
惡 逆		毆及謀殺祖父母、父母、 殺伯叔父母、姑、兄姉、 外祖父母、夫、夫之祖父母、父母	
不 道			殺一家非死罪三人、 支解人、造畜蠱毒、 厭魅
大 不 敬	盜大祀神御之物、乘輿服御物、盜及偽造御寶、合和御藥。誤不如本方及封題誤、若造御膳、誤犯食禁、御幸舟船、誤不牢固、指斥乘輿、情理切害及忤捍制使、而無人臣之礼		
不 孝		告言、詛冒祖父母父母、及祖父母父母在、別籍異財、若供養有闕、居父母喪、身自嫁娶、若作樂、釋服從吉、聞祖父母父母喪、匿不舉哀、詐称祖父母父母死	
不 睦		謀殺及賣總麻以上親、毆告夫及大功以上尊長、小功尊属	
不 義	謀殺本属府主、刺史、縣令、見受業師、吏、卒殺本部五品以上官長	聞夫喪匿不舉哀、若作樂、釋服從吉及改嫁	〔謀殺見受業師〕
内 乱		姦小功以上親、父祖妾及与和者	

し適用する。これらの判例は皇帝の許可を経て、同等の法的効力をそなえる。それらはしばしば書物として編集出版され、その中には抽象化されて成文の法律条文となり、あるいは成文法典の中に納められた判例もある。これは、成文法から判例へ、さらに判例から成文法へという循環運動の実現を意味する。

西漢の董仲舒が初めて唱えた「春秋決獄」は、中国法史上重大な意義をもつ事柄である。作者によれば、それは以下の四つの意義をもつという。

一、「法統」上、儒家の経義が現行法に高められる權威を有するということの確認は、儒家思想の司法の領域への浸透の始まりである。二、「法体」上、判例適用の新方法を切り開いた。法に明文規定がない（あるいは現行法と新たな法原則が相矛盾する）とき、既往の判例（儒家の經典たる著作『春秋』、『詩經』等に記載されている）の中から、ある種の原則を抽出し、裁判の根拠とする。三、刑法原理上、「客観的帰罪」という非科学的なやり方を正し、行為者の主観的動機や目的を重視し始めるというのは、古代の刑法思想が次第に成熟していく目印であることは明らかである。四、社会的実践において、多くの国民の生命を救い、これは、社会の安定と生産の発展を促進するのに益するところがある。

董仲舒が作った『春秋決獄』二百三十二事は、早くに伝承が絶えたにもかかわらず、わずかに存在する判例の中にそのおおよそをみる事ができる。⁽⁷⁸⁾ その中の最も典型的なものは、『春秋』中の「許、止た薬を進むるのみ」の判例を引用して過失傷害事件を裁いた判例である。⁽⁷⁹⁾

漢代においては、判例はしばしば「比」と称され、ゆえに、『春秋決獄』は、また、「春秋決事比」とも呼ばれる。漢代の法によれば、判例を適用することは許された。そして漢の武帝以後、判例の創制と適用の氣風が盛んになり、混乱が生じ、当時、「死罪決事比」は一万余りにのぼった。⁽⁸⁰⁾ 漢の宣帝の時、国を安定させ法律を削除修正するために、「死罪決事比」を三千余りに削った。⁽⁸¹⁾ 東漢の時、判例の分類整理に注意するようになり、その中の漢章帝の時の鮑昱と陳寵は『辞訟比』七巻を編集した。⁽⁸²⁾ こうなってくると、判例を調べられやすくなるが、編集方法が妥当でないため、やはり雑然とした現象があり、後世の批判を受けた。⁽⁸³⁾ 『太平御覽』が『風俗通』を引用して記載した『辞訟比』の逸文三篇は、みな、判例の文である。⁽⁸⁴⁾ 東漢献帝の時、應劭も判例について整理を行った。⁽⁸⁵⁾ 終漢の世、判例の整理活動はまだ断たれていない。

魏・晋の時、「例」が出現した。「例」と「比」はいずれも判例であるが、生まれたルートが多少異なる。まさに陳顧遠氏

が言ったように、「比は律文の比附を重となし、例はすでに存する過去の事を主となすのが、その異なるところである。しかしながらいずれも、かの事を根拠としてこの事を基準と考えるにはかならず、互いに教え導かねばならない。これは、漢は比を重視し、後世は例を重視し、両名が並立しない所以であるかもしれない」。⁽⁸⁸⁾「罪例を集めて以て刑名と為す」(魏律序)、「旧律を改めて刑名法例と為す」(晋律)、「法を取るに例を以てす、その名を求むればなり」(同上)、「若し正文無くんば、名例に依附して之を断ず」(同上)。「名例」(すなわち、法典の基本原則と制度は、まさに判例の総括と抽象の基礎の上に形成されたものであり、判例は、また、「名例」の指導の下にはじめて作り出されたものであることがわかる。

唐代、成文法典はますます完備されたが、判例を適用するやり方は断たれず、判例集である『法例』が生まれた。⁽⁹⁰⁾

宋代は「例」を軽視し、「敕」を重視した。神宗は「例により条を破つてはならない」と戒めている。しかし、實際上、「凡そ律令格式或いは尽くは載せず、有司例を引き以て決す」ことが行われた。⁽⁹¹⁾北宋の改革家范仲淹は当時の司法界を批判して「或いは正条無くんば即ち謬例を引く。一たび断じる後、寛なりと雖も伸する莫し」と述べ、「自来の断案及び旧例を検尋し、其の誤謬を削り、存留す可べき者は著して例

冊と為す」ことを建議した。⁽⁹²⁾徽宗は崇熙元年、「臣僚言わく、有司の守る所の者は法なり。法の載せざる所の者、然る後に例を用う。今例を引きて法を破るは理に非ざるなり、乃ち各層をして前後用いる所の例を取り、類を以て編修し、法を妨ぐる者は悉くこれを去かしめん」と命じた。宋代は、また判例の編纂を重視し、『熙寧法寺断例』、『元符刑名断例』、『崇寧断例』、『紹興刑名疑難断例』、『乾道新編特旨断例』、『開禧刑名断例』などがあつたが、惜しくもみな散佚してしまつてゐる。⁽⁹³⁾南宋には『条法事類』(現在は『慶元条法事類』のみが存在する)が現れ、およそは判例先例の集成である。

現在保存されている『大元聖政国朝典章』と『大元通制』の一部分『通制条格』(欠けるところあり)も判例、先例の集成であり、『元史・刑法志』によれば、「大概世祖以来の法制事例を纂集するのみ」と言われる。

中国封建社会の唯一の農民蜂起の領袖出身の皇帝元璋は、みずから『大誥』四部(『大誥』、『大誥統編』、『大誥三編』、『大誥武臣』)を著し編集し、全国に公布し、その効力は明律にまさつた。『大誥』は訓戒の辞と原初的判例の合編である。『大誥』の実施は、中国古代法史上、判例制度の最後の峰であるといえる。

明・清の両時代には、律、例は同時に用いられた。当時の

「例」は多くは、判例・先例から抽象された法条、あるいは法条から集成された単行法規である。清代に編纂された『刑案匯覽』は、刑事判例の集成であり、裁判について参考価値をもつ。

中国封建社会の法規範には、以下の三種が存した。すなわち、一、安定型法規範、すなわち、歴代編纂された大型の成文法典、二、半安定型法規範、すなわち、随時公布される法令で、制・詔・令・格・式・敕・例等の名称のもの、三、非安定型法規範、すなわち、判例であり、この判例は裁判の結果として毎時毎刻大量に生まれている。このうち一、二の二つは「成文法」の範囲に属し、それらが封建時代の法規範の主体であるゆえ、「律令法体系」と称される。作者の考えでは、「成文法」のほかに、判例は、異なる時代には異なる程度に実際の役割を發揮した。すなわち、一、西漢の「春秋決獄」、晋代の「議事制制」、明代の『大誥』の実施等のように、判例は、法的根拠として裁判の法源となる。二、漢代の「腹誅罪」、⁹⁷「輕侮法」⁹⁸および『大誥』の中の判例のように、判例は法条制定の基礎をなした。歴代の半安定型の法規範は、ほとんどが裁判活動と日常の行政活動から形成された判例と過去の事実から抽象されたものである。加工・抽象を経て、判例・先例は具体的色彩（例えば、時間・地点・人物・過程・結論等）を失

うが、これも判例が輕視される原因の一つである。三、判例は、一種の具体的思考方法ならびに操作技術として、裁判官に對して無形の潜在的影響を有する。また、法は一種の文化として社会に伝播し、具体的な判例と切り離すことはできないものである。裁判官が疑わしく判断しにくい事件を討議する際、既往の判例を引用するのは自然なばかりでなく、許されるのである。⁹⁹

集権専制政体の下では、成文法は皇帝の意志の直接的表現として、常に判例より高い權威をもつ。裁判官の恣意的な行為や私情にとらわれ法を曲げるのを防止するために、唐以後、歴代の法典は、みな、判例の適用について嚴格な制限を設けた。⁹⁹これは、實質上、皇帝一人の意志により多くの官吏の主観的能動性を制限するものである。しかし、複雑な裁判活動は、裁判官の主観的能動性と切り離すことはできないものであり、それゆえ、法思想界においては、「人」と「法」の長い間の論争が形成された。その最後の結論は、「人、法ともに重んずる」というものである。¹⁰⁰

これと結合するのは、中国古代の「罪刑法定」思想の問題である。晋代の劉頌の「律法、罪を斷するに、皆なまさに法令の正文を以てすべし。若し正文無くんば、名例に依附してこれを斷ず。其れ正文名例の及ばざる所は皆な論ずる勿か

れ」という話は人々によく知られている。^(四)しかし、中国式の「罪刑法定」と近代ヨーロッパの資産階級の「罪刑法定」とは、「形は似ていても精神は異なる」ものである。前者は、集権專制政体と成文法の産物であり、その着眼点は、皇権と官吏の關係であり、官吏が無条件に皇帝の成文の法律に従うことを要求するものである。それに対して後者は、民主法治思想の産物であり、その着眼点は、法と人民の關係であり、それは次のことを明らかにする。すなわちおよそ裁判官に追究される行為は、法の明文規定が禁止する行為であらねばならず、およそ法が明文で禁止していない行為は、すべて追究されない。その目的は、裁判官の勝手な判断を制限し、国民の自由と権利を保護することにある。前者は皇権を守り、後者は民権を保護する。このような差異は、二種類の質のことなる文化によってもたらされたものである。中国の古代においては、「罪刑法定」と「経義決獄」は矛盾をなし、そして、「類推」制度は「罪刑法定」の補充をなした。

次に、「大混合法」の第一の意味を論ずる。

中国の封建社会においては、国家が正式に制定した法規範のほかに、さらに、実際の社会生活の中で役割を発揮する「半法規範」(あるいは「準法規範」)がある。これが、「官箴」と「家族法規」である。これは、中国特有の「官法」と「民法」で

あるといえる。

「官箴」という言葉は、最も早くは『左伝』にみえる。^(五)その基本的意味は、政務についての意見と建議である。秦代は吏治を重んじたゆえ、^(六)『語書』・『史としての道』といった訓戒の言葉が現れた。^(七)西漢ないし唐は「官箴」の発展期であり、主な代表作は、西漢の楊雄の『十二州箴』、東漢の崔瑗の『百官箴』、唐の太宗の『帝範』、武則天の『臣軌』である。宋から清にかけてはその繁栄期であり、「官箴」の数は大いに増し、形式も次第に規範化した。その主な代表作は、宋代の陳襄の『州県提綱』、李元弼の『作邑自箴』、呂本中の『官箴』、許月卿の『百官箴』、朱熹の『朱文公政訓』、真德秀の『政経』、胡太初の『書簾緒論』、元代の張養浩の『三事忠告』(すなわち、「廟堂忠告」、「風憲忠告」、「牧民忠告」)、葉留の『為政善報事類』、明代の楊昱の『牧鑒』、呂坤の『実政録』、明の太祖の『臣戒録』、明の宣宗の『官箴』、清代の李顥の『司牧宝鑑』、陸隴其の『莅政摘要』、鄭瑞の『政学録』、呉儀の『仕的』、陳弘謀の『從政遺規』、『学仕遺規』、『在官法戒録』、汪輝祖の『佐治藥言』、『学治臆説』、高廷瑤の『宦游紀略』、劉衡の『州県須知』、壁昌の『牧令要訣』、徐棟の『牧令書鈔』などがあり、清の世祖も『人民敬心録』を記した。

「官箴」の作者は皇帝のほか、多くはその地方の官吏ある

いはその行政部門の首長であり、その内容は、官吏の行動の指針あるいは処世の準則であり、多くは長い間の施政執法の経験と慣例の総括である。「官箴」に反することは、しばしば直接あるいは間接の結果をもたらし、日常の政務の妨げとなるばかりでなく、さらには同僚あるいは上級の首長の非難・制圧にあう可能性もあり、必然的に官吏の前途に影響がある。それゆえ、「官箴」は官吏の第一の法律となった。

「官箴」の内容は、おおよそ以下のようものである。一、官吏のための道徳。例えば、宋の呂本中の『官箴』における「当官の大事、直にして禍を犯さず、和して義を書わず」との言。二、統治のための重要な規則。例えば、「公門、錢功德録を費さず」、「婚姻を断離せず、骨肉を拆散せず」といった言。三、統治技術。例えば、清の汪輝祖の『学治説贅』の中の文書案卷についての整理方法。

封建王朝の官吏制御の方法は、主として法律である。しかし、官吏は、しばしばいろいろな法の不備につけ込み、ほしきままに不正をなす。官吏に法を守るよう自覚させるためには、法の処罰にのみ頼るのでは十分でない。さらに、道徳的に教化しなければならない。「官箴」は、部門の首長の権威と世論の力を借りて、官吏に法を守るよう自覚させる方法であり、同時にまた統治技術を伝播する重要なルールでもある。

そのため、古代の官吏は官吏でありながら、官吏のなり方を学んでいるのである。

中国古代の大部分の人々は、農村で生活していた。国土は広大であり、山川に隔てられ、村落が孤立するという環境の中で、無数の一族が、實際上、国家の政権と法が及ばない「真空」地帯となった。そこでは、真に役割を発揮するのは、一族の首長であり、そして「家法族規」が、まさに、家長・族長の統治を行う重要な法なのである。

西漢ないし唐は、「家法族規」の形成段階である。宗法家族の発展と儒学の正統的学術への高まりに伴い、宗法家族の行為規範も出現し始めた。すなわち、『家約』・『家訓』・『家戒』である。例えば、『史記・貨殖列伝』における「任公家約、田畜の出す所に非ざれば衣食せず」とか、『後漢書・邊讓伝』における「『家訓』を尽さず」、三国魏の杜恕『家戒』を作る、北魏の張烈『家戒』を作る、『宋書・王弘伝』における「王太保の『家伝』、北齊の『顔之推・顔氏家訓』を作る」といった記載がその例である。唐宋以後、「家法族規」の内容は、日増しに系統化、条項化され、かつ、名人作家の法はすでに広く行き渡っていた。例えば、宋の司馬光の作った『涑水家儀』、『家範』、袁采の作った『袁氏世範』、朱熹の『家礼』、『家訓』、明の呂坤の『閩範』、方孝儒の『齋家』、徐三重的『家則』等が

その例である。名門名家が作った族規はさらに珍しくない。例えば、宋の鄭氏の一族には『鄭氏家範』があり、呂氏の一族には『呂氏郷約』があり、明の王氏の一族には『王士晋宗規』がある。明清の両代は、おおよそ大家族は宗譜を作り、その中にはいずれも族規の内容がある。例えば、『魏氏宗譜』、『邢宗譜』、『李氏宗譜』の中にはいずれも『家規』、『家法』がある。そして、『家法族規』は主に一、名分を正し、不孝をとがめる。二、同郷の人と睦み、争訟を止める。三、職業に勤め、賦役を供する。四、凶暴頑迷を戒め、犯罪を防ぐ、といった内容を有した。

「家法族規」の内容と国家の法は、完全に一致するものであり、国家は、また、一族の首長に一連の特権を与え、それゆえ、「家法族規」はその一族内で実際上の効力を有する。「家法族規」は封建法の第一の天然の保護壁をなしたといえる。

ところで、一八四〇年のアヘン戦争後、二つのものが中国に伝わった。その一つは民主憲政思想と自由・平等の人権思想であり、もう一つは「大陸法系」である。これによって、一八九八年の「百日維新」と一九〇二年に開始された「清末修律」がもたらされた。これ以後、中国の法文化は近代の過程に足を踏み出した。

(五) 「国家、社会本位・小混合法」時代(中華民国一九二・

一(一九四九・一〇)

アヘン戦争(一八四〇年)以後の近代中国の思想界においては、おおよそ二つの主な矛盾が存在した。その一つは民主憲政思想と封建専制主義の矛盾であり、もう一つは自由・平等・人権の「個人本位」思想と「家族本位」思想の矛盾である。これは、「西学」と「中学」という二種の質の異なる文化の衝突の反映である。西洋では、民主思想と「個人本位」思想は渾然一体となっている。しかし、それらが中国に伝えられたとき、その境遇には相当違いがあった。「個人本位」思想は、民主憲政思想の伝播と比べ、おおよそ半世紀遅れ、かつ、その影響もかなり薄弱であった。これは主に以下のような理由による。

一、中国資産階級は、西洋の民主政体を導入するのに力を尽くすことにより、民族を滅亡の危機から救い、資本主義を發展させたのであり、その注意力は政治面の争いに注がれ、「個人本位」の思想については十分な認識を欠き、「個人本位」思想の伝播活動が行われないばかりでなく、行う条件もなかった。

二、「個人本位」思想と中国の伝統的文化とは隔たりが非常に大きい。かりに、中国古代の例えば「天下公と為す」とか、「民貴く君軽し」等の觀念の中から、西洋の民主思想と「外形

上似ている」ところを少しは見出すことができるとしても、中国の伝統的文化の「辞書」の中において、「個人本位」思想をさがし出すことはほとんどできない。清末の修律の指導者は、西洋の「個人本位」思想により修律を指導しようと企図したが、その結果はやはり失敗に終わった。

三、西洋の多くの政治法律制度と理論は、大部分は日本を通して中国に伝わったものである。民族・文化の伝統と実際の政治等の面の理由により、日本が力を尽くしたのは、主として政体の変革の面であり、それは、西洋の「個人本位」思想の中国に対する再度の輸出に自然に影響を与えた。

四、西洋の「個人本位」原理は二〇世紀初めから修正され始め、社会全体の利益が重視され、もともとは個人に属していた権利がある程度の制限を受けた。「社会連帯主義」法学は、この変化の産物である。これは、「釜の下の新をとりける」ようなより根本的な変化に等しく、「個人本位」思想の継続的伝播を極めて抑圧した。中国の近現代においては、「個人本位」思想は、まさに、ぼんやり暗い灯が学者の文机を照らすようなものであった。

中華民国の時期の「法統」は、「国家、社会本位」と称することができる。偉大なる資産階級革命家孫中山（一八六六—一九二五）は、この理論の創始者であり、胡漢民（一八七九—

九三六）は、この理論の解説者で実践者である。孫中山は、その主張と西洋の「天賦人權」が同じでないことを明らかにした。彼は、個人は社会の一員であり、個人の地位と権利は社会全体の中に存在し、個人はまず社会に対して義務を尽くし、そうしてはじめて権利を享受する、と考えた。国家の自由は個人の自由にまさり、国家が自由を獲得するためには、個人の自由を犠牲にしなければならない。中国は、古にあっては、自由の名はなくとも確かに自由の実はあった。中国人は自由があまりに多く、だからこそばらばらの砂のようになり、列強に虐げられた。それゆえ、法律はまず国家の利益と自由を守らなければならない。胡漢民は、中国の「家族本位」と西洋の「個人本位」はいずれも遅れたものであると考えた。前者は、家長の特権を保護し、子女に独立した人格を失わせ、ただ一家一族の私利のみに配慮し、社会共同の利益を妨げる。さらに、「家族本位」は農業経済を助け、工商経済の発展を阻害する。同時に、「家族本位」は君主専制統治を保護し、全国の人民を君主一人の奴隷となさしめ、後者は、個人の権利・自由のみを重視し、社会共同の利益を軽視し、自由競争、貧富の隔たりおよび階級闘争をもたらす。よって、「国家、社会本位」をもってこれに代えなければならない。すなわち、国家と社会全体の利益を保護し、個人の権利・自由は、国家、

社会の権利・自由に従わなければならないというのである。⁽¹¹⁾

「国家、社会本位」は二つの面に分けることができ、一つは「国家至上」の公法観であり、もう一つは「社会至上」の私法観である。「国家至上」とは、国家の利益は個人の利益にまさり、個人は国家に服従しなければならないということである。国民党は国家最高の利益の代表であり、「中国国民党全国代表大会は国民大会を代表し、国民の政權の行使を指導する」。「中国国民党代表大会は閉会の際、政權を中国国民党中央執行委員会にこれを執行するよう付託する」。⁽¹²⁾ 中華民國の「民權」は、實際上、「党權」となった。国民大会は、總統・副總統の選挙・罷免のほかは、政府のその他の官吏を任免する権限をもたず、法律の制定・改廃という二種の重要な権限も制限を受ける。⁽¹³⁾ それゆえ、国民大会はやはり真の国家最高権力機関であるということではできない。立法院長孫科はこの点をばかるとなく明らかにした。⁽¹⁴⁾ 国民党指導者は、中国国民はまだ政治的意識や経験に欠け、政權を人民に与えるならば、勢い混乱をもたらすと考えた。それゆえ、まず人民に対して訓練を行わねばならず、国民党は人民の「保母」である。「人民は自由平等を享受するには、不自由・不平等の訓練を経ないわけにはいかないというのは、法則であるということができる」。⁽¹⁵⁾ こうした原理の指導の下では、人民の一連の自由権

利は、法の適切な保障を得ることができなかったのである。法の価値は個人の自由を保護するものではないからである。⁽¹⁶⁾

「社会至上」の私法観は、個人の生命財産の利益は、社会の生命財産の利益の一部分であり、個人は財産所有権を運用し、契約を締結し、経済責任を追究するに際し、社会全体の利益に反してはならず、さもなくば法の干渉を受けるであろう、と考えた。この精神は、まず、法人設立の規定の面に表れ、法人の設立には主管官庁の同意を経なければならず、また、法人の業務は主管官庁の監督を受ける。⁽¹⁷⁾ 次に、この私法観は「土地法」の中に比較的きわだって表れる。例えば、次のように規定する。国家は、荒れ果てたままにされ、使用されず、売りにも出されない土地に対し、土地税を徴収することができ、私有の荒地が規定期限を超えてなお開墾されない場合は、土地を必要とする人は、国家にこれを徴収するよう請求することができる。国家は、公共事業の必要のため、私人の土地を徴収する権限をもつ。「社会至上」の私法観は、さらに、社会の共同生存が第一であり、それゆえ、社会の各集団の間の矛盾を調節し、緩和し、弱者の側の利益を保護しなければならないと考える。例えば、胡漢民は、民法の「債権篇」を「債篇」と改め、法律が債権者の利益のみを保護するとの誤解を避け、さらに、貸借・雇用・賃借・損害賠償等

の民事法律関係において、弱者の利益をより配慮することを主張した。⁽¹⁰⁾彼は、さらに、『工場法』に、工場会議の設立に関する規定を加え、当会議は工場主と労働者によって構成され、双方の確執を解決する。⁽¹¹⁾

この間の「法体」は、「大混合法」に相對して言う「小混合法」、すなわち成文法と判例制度の結び付いたものである。「小混合法」が「大混合法」に取って代わるのは、中国法文化の近代化の指標の一つである。

一九〇二年―一九一一年に行われた修律活動は、中国法文化史上の一大事であった。沈家本、伍芳芳、楊度等は、日本の法学博士岡田朝太郎の助力の下に、『大陸法系』の制度を手本に大量の新式の成文法典を制定した。彼らはさらに、『三權分立』(特に、司法は立法に關与してはならない)の理由を導入し、中国固有の「比附援引」を論難し、それによって中国の判例制度を否定した。ついに、中国法の「大陸法系」一辺倒の氣風が始まることになった。

しかしながら、歴史の進展は、しばしば人々の主觀的願望と相反する。中華民國成立後、一方で、たくさんの新法規が制定されたが、もう一方ではなお、依然清末に制定された法律を援用した。しかも、清末に制定された法律の大部分は「大陸法系」を移植した出来合いの法律であるため、中国固有の

条文や制度をもとめていた。このような法律は、民國以後の社会の實際の情況との隔たりが甚だしかった。当時、新たな情況が不斷に出現し、債務および商取引きの事件だけでも一九二二年の三六件から、一九一五年の二二〇件に増えた。⁽¹²⁾

全国の最高裁判機關としての大理院は、「司法獨立」の原則の下、相對的に獨立した裁判權を享有し、さらに、法律条文の解釋權も有した。統計によれば、一九一二年から一九二七年までに、大理院が集成した判例は約三千九百件余り、公布した解釋例は約二千件余りである。⁽¹³⁾大理院の役割は、裁判活動を通して西洋と中国の國情の矛盾を調和させ、かつ、判例を公布するという方式により全国の司法活動を指導することである。これは、中国固有の判例制度についての歴史的回顧であり、清末の修律に対する修正でもある。

大理院の判例の役割は以下のようなものであった。

一、成文法典の空白を埋める。民法典が公布されない間、民事判例が、裁判官が裁判するに際しての根拠となった。まさに後の司法院院長居正(一八七六―一九五二)が總括したように、民法が發布される前は、「人民の法的生活を支配するには、ほとんどすべて判例によった」のである。⁽¹⁴⁾

二、法律行為の限界をはっきりさせる。例えば「賭博を營業、すなわち生活の糧とする」というのは、通常の集合賭博と

は異なり、確かに賭博によって生活するのであり、ただ何度
も多人数集まって賭博をしただけではない場合に、はじめて
賭博を営業とするという罪と成⁽¹³⁾り、また、「殺人罪と傷害致
死罪の区別は、加害者の殺害の故意の有無をもって断⁽¹⁴⁾じた。

三、遅れた慣習を撤廃する。例えば「不動産の売却はまず
親族を先にするという慣習は、所有権の制限に属し、経済の
流通および地方の発達いずれにも障害となり、法的効力をも
つとは認めがたい」とか、「欠（負債）を回収して欠を還すと
いうやり方については、この種の慣習の有無を論ずることな
く、取引きの安全に明らかに差し支えがある以上、法的効力
をもつとは認めがたい」といった例がそれにあた⁽¹⁵⁾る。

四、訴訟手続を明確にする。例えば「民事訴訟において、
当該裁判に関連する犯罪の嫌疑があり、その犯罪の嫌疑がす
でに捜査中である場合には、当然その民事訴訟手続を中止す
ることができ⁽¹⁶⁾」た。

五、固有の伝統を巧みに留保する、例えば「姦通の現場に
おいて、その相手の男性を殺害した場合は、正当防衛に属⁽¹⁷⁾
した。

指摘しなければならないのは、中華民国の前期には、成文
法典の存在と類推制度の運用により、判例の創制と適用が抑
制を受けたということである。さらには、「英米法系」のよう

な「先例に従う」という原則も形成されなかった。判例は、
ただ、成文法の補助的手段として、裁判において暗黙裡に役
割を発揮したにすぎない。

一九二八年以後、中華民国は「訓政」期に入った。この間、
法律界には以下のような大きな変化が表れた。

まずは、成文法の体系化である。およそ十年の間に、「六
法」（憲法、民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法）と
呼ばれる国家の重要な法典、大量の単行法規、条例が制定され
た。「六法」体系の確立は、清末の修律活動についての間接的
継承と発展であるばかりでなく、成文法を主体とする法機構
の基礎を定めた。

次に、「混合法」思想の確立である。一部の法学者と法律界
の指導者は、きわめて明確に判例の法的実践における価値を
強調したが、これは中国法文化史上やはり初めてである。⁽¹⁸⁾こ
れは、法文化が次第に成熟しつつあったことの一つの表れだ
ということができる。法思想と法制度は常に互いに促しあう
ものである。

第三には、判例制度の規範化である。判例の創設・変更・
整理等については、すでに明確な法規定があつた。⁽¹⁹⁾同時に、
判例の編纂・整理の技術の上でも、相当な成熟度に達してい
た。

注意に値するのは、判例の効力については、まだ明文の規定がなかったことである。その原因は下級法院が比附援引によって公平を欠くことを避け、最高法院の判例により下級法官の主観的能動性を制限しないようにするためである。それでも、判例の補助的役割は否定しがたく、法に明文規定がなく、あるいは条文の概念がいまいちな場合には、判例は、實際上、法的な働きをなした。また、判例が一度公布されれば、これと相反するいかなる判決も下すことができず、最高法院が有する終審裁判権がこの原則を実現させた。下級法院は、したがって裁判においてすでに公布された判例を考慮、援引せざるをえなかった。

(六) 「階級本位・政策法」時代（中華人民共和國一九四九・一〇～一九七八・一二）

中華人民共和國成立から「文化大革命」の終結まで（厳格にいうと、一九七八年二月の中國共產黨第十一期中央委員會第三回總會を境としなければならない）の三〇年近い間は、「階級本位・政策法」時代である。

この間、「法統」としての「階級本位」は、大いに、当時の政治・法律理論の影響を受けていた。この種の理論はおおよそ以下のような内容を含んでいる。

一、文字に記載されるようになってからの歴史は、みな階

級闘争の歴史である。現在の社会主義社会もやはり階級社会であり、搾取階級の復活の危険性がある。法律は、支配者の意志の表現であり、法律の役割は、支配階級に有利な社会秩序を守ることである。社会主義国家の法律は、プロレタリア階級と労働者人民の意志の表現であり、プロレタリア階級は、搾取階級から法律を継承することはできず、プロレタリア階級は法により階級敵を鎮圧し、国家を守り、人民を教育し、よって社会主義事業を発展させる。

二、現在の階級社会においては、各個人はそれぞれ特定の階級の地位で生活し、各種の思想・行為は例外なく階級の烙印を押されている。それゆえ、違法犯罪行為に対しては階級的分析を行わなければならない。違法犯罪の主な原因は、搾取階級の腐敗思想の浸蝕であり、思想の領域において搾取階級の腐敗思想を批判することは、十分必要なことである。同様の制裁がしばしば異なる性質をもち、階級敵についていうと鎮圧であり、人民内部についていうと教育である。

三、プロレタリア階級の事業は、空前の偉大な事業であり、プロレタリア階級の利益はすべてにまざる。それゆえ、各個人はそれぞれ自己の「非プロレタリア階級」的思想を自覚的に改造し、「プロレタリア思想を盛んにし、ブルジョア思想を滅ぼす」のでなければならず、個人の利益とプロレタリ

ア階級の利益に矛盾が生じたときは、無条件に個人の利益を犠牲にし、プロレタリア階級全体の利益を守らねばならない。なぜなら、「個人」は抽象的な存在ではなく、階級的な個人として存在するからである。個人は集団に服し、自己をプロレタリア階級の大政治機構の中の小さなねじにしなければならぬ。

いかなる思想も天から降ってきたのではなく、特定の歴史的条件の産物である。「階級本位」思想も例外ではない。その生まれた社会文化的背景は主として以下のようなものである。

一、階級闘争という客観的現実。中国共産党は人民を指導し、数十年の流血の階級闘争の結果、ようやく独立自主の新中国を創立した。新中国成立後も、国内外の敵対勢力の侵略に直面した。このことが、きわめて自然に、法律をして敵を鎮圧し、国家政権を保護する有効な武器たらしめた。よって、また、法律は確かに敵を鎮圧する道具の一つであると、人々に信じさせた。

二、ソ連の法学理論の影響を受けた。当時のソ連の法学界で支配的地位を占めていたのは、まさに、ヴィシンスキーの階級闘争の理論であった。当時の中国の法学界は、大半が、中国語訳されたソ連の法学著作の中から、理論的思惟を始め

た。この種の理論が「階級本位」思想の理論的基礎となった。

三、伝統的中国文化の影響。『管子・法法』における「法を立つる者は君なり。法を守る者は臣なり。法に法さるる者は民なり」との指摘はその一例であり、人民についていえば、法は「敵対」物となった。東漢の文学者である許慎は、「説文解字」の中で「法とは刑なり」と述べているが、「刑」は、また、二つの意味を含んだ。その一つは刑罰であり、もう一つは模型・模範、すなわち金属什器を鑄造する道具である。法を管理者や制裁者の道具とみなすというのは、中国人の普遍的で実的な見解である。中国は完全に資本主義段階を経ておらず、また、民主の伝統も欠く。それゆえ、法と言えば、まっさきに刑罰や犯罪を考える。法を支配階級の意志ならびに統治のための道具であると言うのは、まさに、伝統的法觀念に合う。

「階級本位」の法的活動に対する影響は、主として以下のような面に表れる。

一、法の政治的役割を一面的に重視し、法を党のさまざまな重大な政治運動と呼応する道具とする。例えば、『反革命処罰条例』は、「反革命鎮圧」運動・「三反（反汚職・反浪費・反官僚主義）」運動の中で生まれたものである。

二、経済領域の法制建設を軽視する。例えば、工農業の生

産・流通・消費等の領域の基本的法律および制度は完備されないままであり、経済活動の指導は、基本的には法によらない。

三、法律行為に対する階級的評価を強調する。例えば、「二種類の異なる性質の矛盾」の観点から、ある刑事犯罪行為を扱い、その結果は行為者の出身家庭を重視する。社会主義と資本主義の二本の道の闘争の観点から民事領域の紛争を処理する。

四、最も重要なのは、市民個人の一連の権利と自由に対する法的保障を軽視したことである。一九五四年に制定された最初の憲法では、市民は、言論・出版・集会・結社・デモ・示威・宗教信仰・人身・住宅・通信秘密・居住・移動等の自由と権利を有すること、さらに、すべての国家机关は人民大衆の監督を受けなければならず、国家机关の勤務員が市民の権利を侵犯し、損失をもたらした場合には、賠償の義務があることが宣布された。しかし、これらの規定は実際には実行に移されなかった。国家指導者は個人の利益の重要性を強調したにもかかわらず、種々の原因により、こうした主張は真剣に貫徹されなかった。

この間の「法体」は「政策法」である。「政策法」の思想的基礎は「政策至上」である。その主たる論点は、プロレタリ

ア階級の国家に対する指導は、プロレタリア階級の政党を通じて実現され、共産党の国家に対する指導は、また、党の方針と政策による、ということである。政策と法の関係は、「政策は法の魂であり、法は政策の条文化・具体化である」ということである。政策は法に優位し、政策は法より先に生まれ、法の役割は政策を実施することであり、政策の適用範囲は法に比べて広範であり、政策は弾力性に富み機敏なものであり、随時に制定、修正することができるが、法は一度制定施行されると、かつてに変わることはできず、社会主義事業は非常に新しい事業であり、すべてが不斷に変化し、早すぎる法の制定は、大衆の手足を縛り、人民の創意工夫の精神を妨げるものとされた。この種の「政策を重んじ、法を軽んずる」思想の支配の下、三十年近い間、憲法と婚姻法を除けば、刑法・民法・訴訟法等一連の重要な基本法典がいずれも制定、公布されなかった。国家の政治・経済・文化等の生活は、法によらずに政策により指導されたのであり、このことが社会の安定と発展の実現を困難にした。

「政策法」は、党の政策により法的実践活動（立法・司法）を指導するという一種の状態であり、同時に、また、法政策ならびに法政策と関連する一連の法規・法令・決定・決議・通知・批復・解説・判例等の法律文書の総称でもある。

法政策は、党の政策的法的領域における具現である。一般的法政策と具体的法政策に分かれる。前者は、例えば、中央の指示の中で宣布されたもので、国民党の六法全書を廃棄し、共産党の政策とすでにある法を根拠とし、司法機関の事件処理原則は、「綱領・法律・条例・命令・決議規定があるときは、綱領・法律・条例・命令・決議の規定に従い、綱領・法律・条例・命令・決議規定がないときは、新民主主義の政策に従う」といったものがその例である¹⁸⁾。これは、一般的法政策である。このほか、「依拠することができる法もあれば、依拠しなければならない法もある」、「党委の指導と大衆路線とを結合する」、「証拠を重んじ、供述を軽信せず、調査検討を重んじ、一方の言い分のみを聞いて信じない」、「合法でなければならぬし、効率も高めなければならない」、「二種類の異なる性質の矛盾を正しく区別して処理する」等々がそれにあた¹⁹⁾る。

後者は法部門内部の法政策を意味する。例えば、刑事法政策では、「処罰と寛容とを結合する」、「首謀者は必ず処罰するが、脅かされて参加した者はその罪を問わず、自白した者は寛大に処置し、あくまで反抗する者は嚴重に処分し、功績を立てた者は罪を償い、大きな功績を立てた者は賞を受ける」、「処罰と労働改造とを結合する」、「逮捕を控え、殺害を控え、

管理を控える」、「殺すことも殺さないこともできるときは、一律を殺さない」、「主犯は嚴格に、従犯は寛大にする」、「常習犯は嚴格に、偶然犯は寛大にする」、「歴史的問題は寛大に、現行の問題は嚴格にする」、「罪刑に大小のないときは、鍵は態度にある」、「瞞着されたときは無罪に、一撃をもって反撃したときは功績あり」等々がそれにあた²⁰⁾る。民事法政策では、「調査検討し、解決し、調停を主とする」、「国家・集団・個人の利益をみな配慮する」、「まず国家・集団、後に個人」、「個人保有地は、社員の家²¹⁾庭の長期不変の使用に帰する」、「家主の所有権も保護し、借家人の利益も配慮する」、「婚姻の自由、男女平等、一夫一妻、婦女兒童の保護、老人を尊²²⁾び幼兒を愛する」、「團結生産および進歩に有利である」等々がその例をなす。

「政策法」は、不安定で規範的でない法的実践状態である。その内部は二種の發展傾向を含んでいた。一つは、成文法の傾向、すなわち成文法典・法規の制定であり、且つ成文法により裁判活動を指導することである。三十年近い間、この發展の傾向は、総じてかなり微弱であった。もう一つの傾向は判例制度である。實際、「政策法」は判例制度のために良好な土壤を準備した。成文法の深刻な欠如という情況の下、裁判官の裁判を真に指導したのは、實際は判例だった。

この間、判例制度は二度の發展の機会を得た。第一の機会

は一九五六年である。当時、「肅反」運動が一段落を告げ、司法部は「肅反」を中心とした裁判活動について総括を行った。このため、最高人民法院と司法部は、『一九五五年反革命分子肅正闘争裁判活動経験の一応の総括』を書き、それは、一九五六年二月二〇日より三月七日まで開催された第三回全国司法活動會議において、討議のうえ一致して採択された。当該文書では以下のことが指摘された。「事件処理の政策の限界を適時に検討・総括することは、裁判活動中の敵・味方の混同、軽重の倒置、犯罪と非犯罪が混同され明確でないという誤りの克服、裁判活動の質の向上にとって、重大な意義を有し、国家の立法機関に対しても重要な参考資料を供することができ。各高級人民法院は、司法部と共同してこうした活動計画を迅速に定め、まず、中心になる活動に関する刑・民事事件(例えば、反革命事件、農業合作化や資本主義的工商業の改造に関する事件等)について、典型的事件を分類・選択し、順に並べて検討し、事件処理の政策の限界を明確にし、案例を編成し、適時に活動を指導し、区別して処理する方法により、正しく罪を論じ刑を科するよう裁判要員を教育する」⁽²⁾。

第二の機会は一九六二年であった。当年三月二〇日、毛沢東は当時の法制建設の状況に的確に対応し、「刑法だけでなく、民法も必要であり、現在法を破り天理をわきまえない。

法律がなくてはならない。刑法・民法は必ず作らなければならない。法律を制定するだけでなく、案例も編集しなければならない」と指摘した。⁽³⁾同年二月一〇日最高人民法院は、『人民法院の活動の若干の問題についての規定』を制定し発布した。その中の一つの議題は、『裁判活動の経験を総括し、案例を選択し、活動を指導する』ことであり、以下のようなことが記されていた。

「裁判活動の経験を総括した基礎の上で、案例の形式により裁判活動を指導することも、一種の良い指導方法である」。

「案例の選択については、一般に下記の条件をそなえることが要求される。(1)代表性をもつ、すなわち各種の類型の事件の中の各種の情況の典型的事件、例えば、性質が混同されやすい事件、刑期が掌握しにくい事件、政策の限界が曖昧になりやすい事件、ある新たな情況の下で生じた特殊な事件。(2)判決が正しい事件、個別的に教育的意義をもつ誤った事件も選び用いてよい。(3)判決書の事実の叙述がはっきりしており、理由が充分に明らかにされ、論点が適切であり、模範となる働きがあるもの」。

「案例の選定活動は、最高人民法院と高級人民法院が行い、中級人民法院と基層人民法院は、資料と意見を積極的に提供しなければならぬ。高級人民法院は案例を選ぶにあたって

は、繰り返し検討しなければならず、裁判委員会の討議を経て決定した後、下級人民法院に交付して参考にさせ、同時に、最高人民法院に報告して審査の参考にする。最高人民法院は、その中の全国的範囲で典型的意義をもつ案例を選定しなければならず、中央政法小組に報告し許可された後、最高人民法院裁判委員会の決定の形式をもって、地方各級人民法院に交付して比照援用させる」。

「案例は、一般に、一定の時期においてのみ活動を指導する役割を果たす。階級闘争の情勢に変化が生じ、党の政策がそれに応じて変わってきたとき、案例を参考・援用するにはこうした変化を考慮しなければならない。高級人民法院と最高人民法院は、新たな情勢と政策の精神に基づき、新たな案例を選択し旧い案例に代えなければならない」。

判例は、「一種の良い指導方法」、「ただ一定の時期においてのみ活動を指導する役割を果たす」にすぎないとみなされる。しかし、結局は、判例の創設と適用の一応の手続きが確定された。事実上、法典がないという情況の下で裁判官が裁判を行うにあたって、頼りにするのは「政策水準」ではなく、具体的な判例である。

一九六六年六月から一九七六年一二月までの十年間の「文化大革命」は、深く考えるに値するたぐさんの道理を人々に

教えた。その中には二つの重要な教訓がある。その一つは「階級闘争の深刻な拡大化」であり、もう一つは「党内の民主と国家政治社会生活の民主を制度化、法律化できないなら、法律を制定しても本来の權威をもたないであろう」ということである。

「文化大革命」の終結は、「階級本位・政策法」時代の終結を示している。この後、中国の法文化は、新たな発展の時期に入った。

三、中国の法文化の歴史的評価

中国の法文化の歴史的発展の諸段階を説明してきたが、ここで、いくつかの関連する理論的問題について、個人的で浅薄な見方を少し話してみたい。

中国の法文化は中国社会生活の産物である。中国社会の特徴、すなわち自然経済・宗法制度・集権政体といった特徴は、同時に、また、中国の法文化の特徴も決定づけた。「法統」についていえば、中国の法文化の總体的精神は、「個人」と相對立する「集団本位」である。「個人」の価値・自由・權利は、各種の「集団」、すなわち家族・国家・社会によって、しばしば無にされた。「法体」についていえば、中国の法文化のマクロの様式は、単一法（すなわち、単純な「成文法」あるいは單

純な「判例法」に対応する「混合法」であり、立法・司法活動は、多様化・多層化の特徴を表した。これは、中国の国土が広大であり、人口が多く、また、中央集権を考えても実際には実現が難しいという情況と、密接に結び付いている。

中国の法文化と中国の地域的文化にも内在的な関係を有している。この種の地域的な文化には主として二つある。一つは、中原地区の農耕文化であり、その思想上の代表者は儒家であり、その基本的精神は、宗法の等級觀念としての「礼治」である。もう一つは、西北地区の遊牧文化であり、その思想上の代表者は法家であり、その基本的精神は、集権専制政体としての「法治」である。たいへん興味があるのは、二種の経済生産方式が、経済活動を通じて合理的な融合を実現できなかったということであり、万里の長城は、一方では中華民族の知恵と毅力を具現し、もう一方ではこの結合の失敗を表している。しかし、二種の思想——「礼治」と「法治」は、「一分のすきもなく」融合し、中国を統治して二千年、動揺したことがなかった。もちろん、思想の結合は制度の結合と切り離せず、これが、集権政体と家族制度、成文法と判例制度の統一である。

中国の法文化は、「仁」をもって哲学の基礎とした。「仁」は人と自然界の関係を説くのではなく、人と人の関係を説く。

『説文解字』によればそれは人が二人いることとして説かれている。人生の目的は、自然界を支配し、より多くの物質的な財産を獲得することにあるのではなく、「人が人たる所以（人）が人と称されることが出来る所以」をやりとげる過程にある。この過程は、人々が自己の側と相手側の様々な関係を基礎として、様々な倫理的行為をやりとげるよう要求する。あなたが子であれば孝行しなければならず、父であれば慈しまねばならず、夫であれば人道に従わなければならず、妻であれば従順でなければならぬ。そのようであつてはじめて鳥獸とは異なる真の「人」であるということになる。宗法家族の世界では、各個人は、みな誠実に他人を愛し、同時に、また、他人にも愛され、愛し合う中で真の人となり、人生の道程を歩み終える。これが人生の終局目標である。かりに、ヨーロッパ中世の人文主義が、神を通して「人」が発見されるといふのであれば、孔子の「仁」は、相手方の瞳を通して自己の存在を発見するのである。しかしながら、このような「人」は個人としての自然人ではなく、宗法家族の意義の上での人である。中国古代の法と道徳の価値は、人をみな「人」たらしめることになる。

中国の法文化は後世に多くの歴史的遺産を残した。それらはおおよそ三種類に分けることができる。その一つは、優性

遺産であり、主として法的実践活動の中の無神論の精神、ならびに成文法を主とし判例を補助とする「混合法」様式である。第二は、中性遺産であり、主として完備した法施設と熟練した法技術である。第三は、劣性遺産であり、主として「親親・尊尊」の相違性の精神、ならびに「獄を重んじ訟を軽んずる」（刑法を重視し、民法を軽視する）という偏見である。もちろん、歴史的遺産の上述の分類は、おおよその、相対的なものにすぎず、それらの当時および後世に対する影響も、大いに、具体的な社会的条件の制限を受けた。たとえ宗法倫理観念であるにせよ、その温和な傾向によって、刑を慎み獄を憂える種々の制度をかたちづくり、野蠻から文明への法の発展を促す糧となった。

中国の法文化の未来は科学的な「法統」と合理的な「法体」、すなわち、社会総体の利益も個人の合法的権利も保護する「双向本位」、ならびに成文法と判例制度を結合した「混合法」を確立するのだから、一九七八年十二月に開催された中共十一期三中全会以来、中華民族の法意識は迅速に成熟し始めた。同時に、成文法の大発展に伴い、法学界は判例制度をもう一度重視しだした。最高法院は、典型的判例を交付するという方法により、實際上全国の裁判活動を指導している。

「双向本位」と「混合法」は、人類の法的実践活動の共通の發展法則を具現した。人類共通の發展の道を歩むことは、まさに中国の法文化の未来である。

〔注〕

(1) 范思深 (Susan Finder) 「美国法律文化观点」中外法学一九八九年一期、同「蘇聯的法律文化的觀點」中外法学一九八九年二期、何勤華「日本法律文化研究的歷史与現状」中外法学一九八九年六期、武樹臣・李貴連「應當重視法律文化的研究」法学（滬）一九八七年六期、趙震江・武樹臣「關於法律文化研究的幾個問題」中外法学一九八九年一期。

(2) 法文化の一般的理論の問題については、拙稿、『法学論文集』（光明日報出版社一九八七年十二月）所載の「中国的法律文化探索」、「中国法律文化漫語」第一題「法律文化基本理論」自修大学一九八七年九—一〇期参照。但し修正した観点あり。

(3) 混合法の表現形式はおおよそ次のとおりである。ある法部門（例えば刑法）においては成文法を行い、別の法部門（例えば民法）においては判例法を行い、同一の法部門では成文法を主とし判例法を補助とする、あるいはその反対である。成文法が支配的地位を占める情況の下では、判例を創設適用する制度により補充する。判例は実際上は立法の準備段階となり、絶えず抽象化されて法の条文

となり、成文法典に納められる。

(4) 『礼記・表記』。

(5) 『尚書・湯誓』。

(6) 『自修大学』一九八八年一期所載の拙稿「中国伝統法律文化漫語」第三題「神話・任意法」時代的法文化」参照。

(7) 『尚書・洪範』「汝則ち大疑有らば、謀乃の心に及ぶ。謀卿士に及ぶ。謀庶民に及ぶ。謀卜筮に及ぶ。意味は、疑わしく判断のしにくい事件に出会った場合は、まず、真剣に考え、官吏や人々と協議し、解決できないときには、はじめて占いを行い、上帝に求めるということである。

(8) 『尚書・洪範』「三人占えば、則ち二人の言に従う」。大意は、三人の卜史が同時に占うとき、その結論は異なり、二者の一致した結論を用いるというものである。

(9) 『尚書・盤庚』「咎有れば罰に比す」。大意は、同様の犯罪を扱うときは、過去の先例を比照して処罰しなければならぬというものである。こうした状況の下では全く占いの必要はない。

(10) 『荀子・正名』「后王の名を成すや、刑名は商に従い、爵名は周に従い、文名は礼に従う」。

『晋書・刑法志』「夏后氏の天下に王たるや、則ち五刑の属参千。殷は夏に因り、損益する所有り」。

(11) 『左傳』僖公五年、『周書』佚文。大意は、「天」は親類がないものであり、「天」はただ人間の支配権を「徳」のある（すなわち、人民の推戴を得る）人にわたす。このようにして、周人は「徳」を用いて「上帝」を殷人の手から

奪ってきた。張国華・饒鑫賢主編『中国法律思想史綱』上冊四〇〇—四二頁（甘肅人民出版社、一九八九年）。

(12) 周人は殷人から国家制度と文化典籍を継承したが、その中には判例・先例も含まれた。周初の法官は、裁判において、殷人の刑罰制度と判例・先例中の合理的部分を適用した。

(13) 『左傳』僖公五年、『周書』佚文引用。

(14) 『論語』先進編及び述而編。

(15) 『春秋公羊伝』隱公元年「立嫡は長を以てし賢を以てせず。立子は貴を以てし長を以てせず」（正妻に二人以上の息子がいる場合、太子を選び立つ基準は年長であって賢材であるかどうかを問わない。正妻に息子がいない場合、妾の息子の中から太子を選び立ち、その基準は妾の身分の高低であり息子の年齢を問わない）。この準則は、権力の引継ぎの過程における紛争を回避させた。

(16) 『礼記・大伝』。

(17) 『史記・太史公自序』。

(18) 『尚書・康誥』。大意は、不孝不友（兄弟の仲が悪いこと）の行為は、必ず厳格に処罰しなければならず、放免してはならないということである。

(19) 『論語・顔淵』「父は子のために隠し、子は父のために隠す」。

(20) 『左傳』昭公元年、鄭国の摂政の子産は、同族の兄弟である公孫黒と公孫楚の傷害事件の審理に際し、この原則を運用した。

(21) 拙稿、『孔子法律思想研究論文集』（山東人民出版社、一九八六年）所載の「孔子与鑄刑鼎」参照。

(22) 『左傳』成公二年「器は以て礼を蔵む」。国家の法制は礼器に鑄られて保存され、世に伝えられる。

(23) 『左傳』昭公六年。

(24) 『左傳』昭公六年、孔穎達疏。

(25) 拙稿『自修大学』一九八八年二・三期の「中国伝統法律文化漫語」第四題「礼治・判例法」時代的法律文化」参照。

(26) 『荀子・正名』。

(27) 『尚書・呂刑』。

(28) 『尚書・呂刑』「無疆の辞、五極に属す」（無数の判例はすべて五類に分けられる）。『周礼・秋官・司刑』「司刑、五刑の法を掌り、以て万民の罪を麗す。墨罪は五百、劓罪は五百、宮罪は五百、剕罪は五百、殺罪は五百。若し司寇獄を断じ訟を弊せば、則ち五刑の法を以て刑罰を昭らかにし、而して罪の輕重を辨す」。

(30) 『左傳』昭公七年。意味は、およそ牛馬や奴隸が逃亡し、牛馬、奴隸を得た者が引渡しを拒むときは、疑わしい地区で大捜査を行う。

(31) 「迷途復帰」、すなわち、他人の牛、馬、奴隸およびその他の財物を拾ったときは、自発的に元の主人に返還しなければならず、かつ、元の主人から報償金を得ることがでる。さもなくば、訴訟を引き起こすことになる。「平無くんば陂ならず。往無くんば復ならず」は、売買取引きの

原則であり、大意は、未だ売買の合意に達しない場合、売主は品物を買主に移送する義務はなく、同時に買主もまた代金を交付する義務はないということである。さらに、もう一つの意義は、合意に達しなければ品物を送らず（すなわち、一旦合意に達すれば品物を送らなければならない）、また、品物を送らなければ代金を払わない（一旦品物が送られれば代金を交付しなければならない）。この原則は、『ナポレオン法典』（すなわち『フランス民法典』）一六二条、一六五〇条、一七〇二条と近似したところがある。

「明夷」は一種の証拠制度であり、夷の古代の文字は弓と矢からなり、弓と矢の上には主人の印が刻まれる。獲物の帰属問題上に争議が生じた場合、獲物の身の矢が唯一の拠るべき証拠である。同様に、傷害事件において、矢は同様の証拠の役割を有する。後に、「入矢」は訴訟中の手続きとなった。拙稿、「易经与我国古代法制」『中国法学』一九八七年四・五期参照。

(32) 『左傳』文公六年記載の晋国の摂政の趙盾（趙宣子）が作った『事典』、『左傳』昭公六年記載の鄭国の子産が作った『刑書』、『左傳』昭公二年記載の晋国趙鞅・荀寅が鑄た『刑鼎』。

(33) 『詩経・小雅・北山』。

(34) 『礼記・王制』には、土地は売買してはならないという考えがある。

(35) 『商君書・賞刑』。

(36) 『礼記・曲礼上』礼儀は庶民には適用せず、刑罰(特に肉刑を指す)は大夫(貴族)に適用しないという考えがある。

(37) 『史記・商君列伝』。

(38) 『商君書・禁使』。

(39) 法家は、一般人にはみな利己的であり、功利を追究して損害を避けるものであると解する。それゆえ、支配者はまさに賞・罰二つの手段を用いて人民を管理することができる。法家は特に罰の手段を重んじ、商鞅、韓非はいずれも「重刑」および「刑をもって刑を取り除く」ことを主張した。

(40) 『韓非子・五蠹』。韓非は法家思想の集大成者であり、本篇は『韓非子』中理論的色彩の最も強い一篇である。

(41) 『史記・太子公自序・論六家之要旨』。

(42) 『藝文類聚』卷五四「慎子」佚文引用。

(43) 『史記・李斯列伝』。

(44) 『漢書・刑法志』。

(45) 『商君書・賞罰』。

(46) 『史記・始皇本紀』。

(47) 『商君書・定分』「敢えて法令を削定し、一字以上を損益すること有らば、罪死にして赦さず」。

(48) 『睡虎地秦墓竹簡・語書』。

(49) 拙稿、前掲注(21)書所載の「孔子与鑄刑鼎」参照。

(50) 『左傳』哀公二年記載の誓文。「敵を克つ者は、上大夫は鼎を受け、下大夫は郡を受け、士は田十万、庶民・工・商

は遂げ、人民隸圉は免ぜられる」。

(51) 『史記』商君列伝「力を本業に倖せ、耕織粟帛を致すこと多き者は、其の身を復し、末利を事とし、及び怠りて貧なる者は、挙げて以て牧犢となす」。これは、商鞅の変法の時の法令である。また、『商君書』参照。

(52) 『韓非子・難三』「法なる者は之を図籍に編著し、之を官府に設け、而して之を百姓に布く者なり」。法律は、文字の形式を有し、官府によって保管され、人々に公布されるものであることがわかる。

(53) 『商君書・定分』「吏敢えて非法を以て民を遇さず。民敢えて法を犯して以て法官を干さず。『韓非子・八説』「官敢えて法を枉げず、吏敢えて私を為さず」。

(54) 『商君書・定分』。

(55) 『左傳』昭公六年、孔穎達疏。

(56) 『左傳』昭公六年の記載によれば、子産の刑書には三篇あることを推測することができる。楊伯峻『春秋左傳注』(中華書局版)参照。

(57) 『左傳』昭公二十九年。晋の趙鞅・荀寅「鑄刑書」の後、孔子は批判して「宣子の刑は夷の蒐なり」と述べた。つまり「刑鼎」の内容は「夷蒐の法」であるという。「夷蒐の法」について、『左傳』文公六年によれば、「宣子是において始めて国政を為め、『事典』を制し、法罪を正し、獄刑を辟(おさ)め、逋逃を薰(ただ)し、質要を由(もち)い、舊を治め、秩礼に本づき、常識を續き、滯淹を出さず」とする。

このことから趙盾の『事典』は四篇すなわち、一、刑法、二、動産(牛、馬、奴隸)および逃亡した平民の訴訟、三、不動産(田畑の境界)の訴訟、四、官吏任免の「行政法」に分かれていたことがわかる。拙稿、注(49)論文参照。

(58)『晋書・刑法志』「秦漢の旧律、其の文は魏文侯の李悝を師とするより起こる。悝、諸国の法を撰次し、『法経』を著す。以為らく、王者の政は盜賊より急なるは莫し。故に其律は『盜』『賊』より始まる。盜賊は須く効捕すべし。故に『囚』『捕』の二篇を著す。其れ輕狡、越城、博戲、借假、淫侈、踰制を以て『雜律』一篇を為す。又、『具律』を以て其の加減を具す。是の故に著す所は六篇なるのみ。皆な罪名の制なり。」

(59)『晋書・刑法志』「商君之(法経)を受け以て秦に相たり」。商鞅は「法を改め律となし」、かつ、「連坐法」を加えた。その後、「漢、秦制を承け、蕭何律を定め、參夷連坐の罪を除き、部主見知の条を増し、事律『典』『貳』『三篇』を益し、合わせて九篇と為す」。

(60)『睡虎地秦墓竹簡・法律答問』によれば、秦律では以下のように規定されていた。大通りて人を殺傷する者がおり、百歩以内の距離の傍觀者が犯罪を制止しない場合は犯罪をもって論ず。盜人が甲室に入り、甲を殺傷し、甲が隣近所を呼び、里典・伍老は不在でもやはり罪を論ず。甲に流罪にあたる罪があれば、その家族も随行しなければならず、甲がすでに死亡あるいは逃亡したときも、その家族はやはり追放された場所へ赴かなければならない。公

共の金錢を勝手に借用した場合は窃盜罪に処する。一人で盜み、不正に得た額が百十錢になる場合、その妻・子がその事情を知り、みなで肉を買い共に食べたときは、その妻子は窃盜と同罪である。西漢の前期、こうした「客觀婦罪」のやり方はやはり際だっている。例えば、『鹽鉄論・刑德』所載の賢良・文学は「客觀婦罪」の理由を批評した。賢良文学に挙げられた例の中から、当時の「客觀婦罪」の状況をみる事ができる。

拙稿、『鹽鉄論』所反映の兩種法律思想的闘争、前掲注(11)書所収、参照。

(61)西漢董仲舒が唱え始めた「春秋決獄」のやり方は唐代まで続いた。その意義の一つは既往の「客觀婦罪」のやり方を正し、行為者の主觀的要素(動機・目的)を強調することである。それゆえ、『鹽鉄論・詔聖』は総括して「法なる者は人情に縁りて制し、罪を設けて以て人を陥れるに非ざるなり。故に『春秋』の治獄、心を論じ罪を定む。志善にして法に違ふ者は免じ、志惡く法に合う者は誅せらる」と述べている。「論心定罪」の「心」は、行為者の主觀的要素である。

(62)『睡虎地秦墓竹簡・語書』。

(63)『睡虎地秦墓竹簡・法律答問』中に家族の尊長が卑親族を傷つけ、卑親族が官府に訴えたときは官府は受理しないことが記されている。

(64)『睡虎地秦墓竹簡』中に「行事」、「廷行事」の記載が見える。秦律によれば民間の貸借は担保物件の取立てを強

行してはならず、取立てを強行し双方が担保に入れることを協議した場合には二甲に罰しなければならぬと規定されていた。しかし、判例は、担保物件の取立てを強行した一方は有罪として処罰し、担保物件の交付を迫られた方は罪を問われないとの処理を示した。律文中には抵当物件の引渡しを迫られた場合についての明文規定はなく、延行事がこの空白を補ったことがわかる。拙稿「中国伝統法律文化漫語」第五題「法治・成文法」時代的律文化「『自修大学』一九八四年四・五期参照。
 (65) 瞿同祖『中国法律与中国社会』（上海商務印書館一九四七年版、中華書局一九八一年再版）。

(66) 『荀子・王制』。

(67) 『荀子・君道』。

(68) 『譚嗣同全集』（中華書局版、増訂本）参照。

(69) 『睡虎地秦墓竹簡・法律答問』中の「非公室告」はその中の一例である。なお注目に値するのは、法家にあっても宗法等級制度を一般的には否定しなかったということである。

(70) 漢の武帝は董仲舒の「百家を罷黜し、六経を表彰す」の建議を採用し、儒学を公式に正統な学術とすることを始めた。『漢書・董仲舒伝』参照。

(71) 『史記・儒林列伝』参照。西漢桓寬の『鹽鉄論』、東漢王充の『論衡』には、「儒生」と「文吏」の間の関係についてその対立から融合に関するについてきわめて生き生きとした描写がある。そこでのいくつかの典型的な話は、

「儒生」と「文吏」の間の対立・対峙・融合の関係を概括することができる。

(72) 程樹德『九朝律考』（商務印書館一九三五年）。

(73) 『晋書・刑法志』によれば、漢代経学大師の漢律の注釈は盛んに行われ、実に十数家にいたり、各家は十万家を数えたところ。

(74) 西漢賈誼は「刑は君子に至らず」、「系、縛、撻、笞、髡、別、黥、劓の罪は大夫に及ばず」と建議し、漢文帝はその言を納れたとあるが、これは「札を納れて律に入る」のさきがけをなした。その後、「八議」（議親・議故・議賢・議能・議功・議貴・議勤・議賢）、「服制を入れて罪を論ず」、「子孫教令違反」、「犯罪存留養親」、「官当」、「請」、「十惡」等が儒家の礼法と道德の精神を具現し、次々と法制度にとり入れられた。

(75) 清・紀昀『四庫全書總目提要・政書類・法令之属按語』。法的実践において、「謀反」、「謀大逆」、「謀叛」等国家の利益に危害を及ぼす犯罪については、子孫卑幼の摘発を認める。一般の違法行為については「告言」を禁じ、さもなくば「不孝」、「不睦」をもって処罰する。このようにして「忠と孝の双方を全うからしめる」ことができる。しかし、「忠」と「孝」（あるいは「尊々」と「親々」）が矛盾するときは、「親々」を犠牲にし、「尊々」に服さなければならぬ。これはまさに『春秋穀梁伝』閔公元年にいわゆる「親親を以て尊尊を害わず」である。

(77) 封建の法は復讐行為を禁止もしないし保護もしない。

なぜなら、復讐の禁止は孝道に背き、復讐の保護は勝手に人を殺すことを認めるに等しいからである。これは司法に困難をもたらした。唐代にいたると、この問題は争論を引き起こした。唐代の韓愈『韓昌黎文集 復讐議』および柳宗元『柳河東集 駁復讐議』参照。復讐事件を処理する一般的なやり方は区別して取り扱う。例えば、その父の死が国法による（罪あって死んだ）場合、その子は官に届け出なければならず、官府はとりあわないために復讐したときは、死刑を免除し流刑に改めることができる。

(78) 董仲舒の『春秋決獄』二百三十二事の大半は、隋唐の後に伝承が絶え、今は『太平御覧』、『通典』にわずかに断片的に残るのみである。程樹德『九朝律考』（商務印書館一九三五年）参照。

(79) 『太平御覧』卷六四〇。董仲舒は『春秋』昭公一九年に記載されている「許、止だ薬を進めるのみ」の案例（父が誤って薬を飲んで死んだとき、薬を勧める前に毒味をしないで死なせたのは、孝道を尽くさないのであり、父を殺す動機はない）を援用し、「原心」（すなわち、行為者の主観的動機に基づく）の裁判原則を出し、かつ、これによって当時の過失傷害事件の処断をなした。

(80) 『礼記・王制』「必ず大小の比を察し、以て之を成す」（注「已行の故事、比と曰う」）。

『漢書・刑法志』「奇請、他比」（注「比とは例を以て相い比況するなり。他比とは、他類を引いて以て之に比附するを謂う」）。実際は、「比」は一種の裁判審理方法として

たいへん早くから生まれていた。おおよそ、西周・春秋の時の「比」は判例を比照するという意味であり、秦にいたると「比」は法律の条文を比照するという意味、すなわち、いわゆる「類推」を意味するようになった。

(81) 『周礼・秋官・大司寇』注「今時の決事比の若し。疏に云わく、今の律の若し」と。其れ事を断ずる有らば、皆な旧事に依り之を断ず。其れ条無くば、比類を取り以て之を決す。故に決事比と云う。

(82) 『漢書・刑法志』。

(83) 『魏書・刑罰志』。

(84) 『東觀漢記・鮑昱伝』および『後漢書・陳寵伝』。

(85) 『晋書・刑法志』「漢時決事、集めて令甲以下三百余篇と為す。また司徒鮑公、嫁娶辞訟決を撰し、法比都目を為る。凡そ九百六卷、世々増損有り、類を集めて篇と為し、事を結びて章と為す。一章のうち、或いは事数十を過ぎ、事類同じきと雖も、軽重乖異す」。

(86) 程樹德『九朝律考』（商務印書館一九三五年）参照。

(87) 『後漢書・応劭伝』

(88) 陳顧遠『中国法制史概要』（三民書局一九六四年初版、一九七七年五版）。

(89) 『晋書・刑法志』。

(90) 『旧唐書・刑法志』によれば「是れより先、詳刑少卿の趙仁本『法例』三卷を撰し、引いて以て獄を断ず。時議亦以て折衷と為す。後高宗これを覽じ、以て煩文不便と為す。……是れより『法例』遂に廢して用いられず」とある。

- (91) 『宋史・刑法志』
- (92) 北宋、范仲淹『范文正公集・政府奏議・奏災異後合行四事』。
- (93) 『宋史・刑法志』。
- (94) 『晋書・刑法志』には、晋の惠帝の時、「事を議し以て制す」というやり方が非常に盛んであったという記載がある。
- (95) 『漢書・食貨志』には、西漢の廷尉張湯が大臣顔胃に対して「令の便ならざるを見て、入りて言わずして腹非するに当る」として、顔を死刑に処し、これ以後、「腹非の法比」が存在するようになったとの記載がある。
- (96) 『後漢書・張敏伝』
- (97) 『大誥』が制定した新たな罪名は当時の『大明律』にはなかった。その後、『大誥』中の判例は條例に編入された。例えば『充軍條例』、『真犯雜犯死罪條例』等がそれである。『大誥』中の三六条は『欽定律誥』に入れられ、かつ、『大明律』(洪武三〇年)の後に加えられた。楊一凡『明大誥研究』(江蘇人民出版社、一九八八年)参照。
- (98) 『晋書・刑法志』における熊遠の上奏。
- (99) 『唐律疏議』の中の断獄律、断罪不具引律令格式における「諸そ断罪、皆なすべからく律令格式の正文を引くべし、違わば笞三十」とか、「諸そ制勅断罪、時に臨みて処分す。永格と為さざる者は、引いて後比と為すを得ず。若し輒く引いて罪をして出入有るを致さば、故失を以て論ず」。
- (100) 「法」を重視する思想家は、いつも、法の統一性と官吏が不正によりほしいままに断ずるのを防止することを強調し、「人」を重視する思想家は、法律の限界性と法官の素質の重要性を強調し、法官が実情に基づき裁断を下せるように立法の簡略を主張する。例えば宋代の蘇軾の「法に任じて人に任じざれば、則ち法に通じざる有り。以て万変の情を尽くす無し。人に任じて法に任じざれば、人各おの意有り。以て一成の論を定むる無し」という指摘(『東坡統集』王振大理少卿 参照)。
- (101) 『晋書・刑法志』。
- (102) 『左伝』襄公四年における「昔、周の辛甲の大史と為るや、百官に命じて、官ごとに王の闕(あやま)ちを箴(いまし)む」という記載。
- (103) 『韓非子・外儲說右下』「明主は吏を治め、民を治めず」。
- (104) 『睡虎地秦墓竹簡』。
- (105) 熊月之『中国近代民主思想史』(上海人民出版社一九八六年)。
- (106) 『礼記・礼運』。
- (107) 『孟子・尽心上』。
- (108) 楊度『金鉄主義説・中国国民之責任心与能力』「中国はこの家族制度を壊すことを望んでいるが、また、にわかに破壊を進めることもできない。ただ、国家が法を制定するとき、個人を単位となし、もって權利義務の主体とするのに適している」。しかし、楊度の「個人本位」は、彼の「国家主義」理論のなかにおさめられた。張国華・饒鑫賢編

『中国法律思想史綱』下冊(甘肅人民出版社、一九八七年)。

- (109) 吳経熊『新民法和民族主義』「俗に、無巧不成事(何ら機縁がなければ問題は起こらない)」というのは正しい。まさに西洋の最新の法思想および立法の趨勢は、中国にもとからある民族心理と相適合し、まったく天衣無縫である。」(『法律哲学研究』参照)。

- (110) 喬叢啓「社会主義本位法律観——孫中山法律思想的核心内容」『中外法学』一九八九年二期。

- (111) 喬叢啓「胡漢民国家社会本位法律観」『自修大学』一九八八年七期。胡漢民は国民党の元老であり、一九二八年に立法院院長の任に当たり、国民党の訓政期の立法活動において大きな役割を発揮した。胡漢民の次の話は最も代表的である。「中国のこれまでの立法は同族的であり、欧米のこれまでの立法は個人的であり、我々の現在の三民主義の立法はすなわち社会的である」『革命理論与革命工作』(上海民智書局一九三二年)所載の「三民主義之立法精義与立法方針」参照。

- (112) 『中華民国法規大全』(商務印書館、民国二五年)所収「中華民國訓政時期綱領」参照。

- (113) 『中華民国憲法』(一九四六年十一月)第二十七条、同前文参照。

- (114) 孫科『新憲法与「五五憲草」』「國民大会は過渡的な代表体ではあり、もともと人民の本体ではなく、その権力は最高至上であつてはならず、あるいはまったくの無制約であつてはならない。さもなくば、二、三千の代表が構成す

る國民大会は、四億五千万の人民の国家に対する一切の政治權力を支配することができ、少数の統治専制となり、どうして民主といふことができるか」『孫科文集』(台灣、商務印書館一九七〇年出版)所収。

- (115) 胡漢民「今後教育的四個要求」、『革命理論与革命工作』(上海民智書局一九三二年出版)所収。

- (116) 孫科『我國憲法与欧美憲法的區別』。「我々の革命は、完全なる国家の解放、独立および自由である。ゆえに中国憲法は欧米のように個人の自由を基礎とすることはできない。なぜなら中国人は自由であるが、国家は自由にできないからである。ゆえに國民は組織を持たねばならず、ふたたび以前のように放任してはならない。憲法は個人をその目的としてはならない。国家至上、民族至上をもつて目的としなければならない。……そうして、人民の立法により個人の自由を制限し、国家民族の自由を保護するのは理にかなうのではないか。中国の必要に合致するのではないか」『孫科文集』(台灣、商務印書館一九七〇年)所収。

- (117) 『中華民国民法』(民国一八年 第三〇条、「法人は、主管官署に登録をしなければ成立することはできない」。第三一条、「設立許可を受けた法人の業務は、主管官署の監督に属する」)、『中華民国法規大全』(商務印書館、民国二五年)。

- (118) 胡漢民「民法債篇の精神」、『革命理論与革命活動』(上海民智書局、一九三二年出版)所収。

- (119) 胡漢民「工廠法該展緩施行嗎」、同右書所収。

- (120) 李貴連「沈家本与清末立法」、『法学論文集』（光明日報出版社一九八七年）所収。
- (121) 拙稿「沈家本の得与失——兼論如何对待中外法律文化成果」『中外法学』一九九〇年一期。
- (122) 「最高法院統計表」、「中華民國最高法院民事及商業判例編」（上海、一九二四年）所収。
- (123) 蕭永清主編『中国法制史簡編』下冊（山西人民出版社、一九八一年）。
- (124) 居正「司法党化問題」中華法学雜誌第五卷。
- (125) 「大理院六年上字第四一二号判決」、「大理院判決例全書」（上海法学編譯社会文堂新記書局、民国二〇年）所収。
- (126) 「大理院四年上字第七二三号判決」、前掲書。
- (127) 「大理院三年上字第二八二号判決」、前掲書。
- (128) 「大理院七年上字第一四三八号判決」、前掲書。
- (129) 「大理院三年抗字第一二五号判決」、前掲書。
- (130) 「大理院五年上字第五一一号判決」（前掲書）、「本夫（法律上正式な婚姻関係にある夫）は坂の上で奸夫がまさに妻と姦通するのを見て、ふいに立腹し、石を持ち奸夫の後頭部をなぐり即死させた。当時、夫権を守るためであり、傷害の認識があったとしても正当防衛の要件をそなえているばかりでなく、必要な程度を超えていると認めることはできない。夫は「夫権」を保護するために、その妻と姦通する奸夫をその場で殺すことができ、法的追及も受けないことがわかる。これは伝統法と一致するものである。」
- (131) 江庸「わが国の旧法、律例ともにいささか英国の制度と

似ている。清末維新から、大陸法系に改められ成文法規に変わった。ただ、一時に纂訂することは容易ではなく、時には不完全の感があり、やはり最高司法機関の判例のみが楯であった」（江庸序「司法院解釋最高法院判例要旨分類匯編」、中華院書局、民国二〇年）。司法院院長、最高法院院長、司法行政部部長等の要職を歴任した居正の論述は最も優れて深遠であり、当時の立法、司法活動に対する影響も最も大きい。彼は、成文法と判例はいずれも「法創造」および「法適用」であり、それぞれ「法制定手続における二つの異なる段階」に属し、「前者は比較的広い範囲に用い、後者は比較的特定の範囲に用いる」。「法規と裁判の関係についていえば、法規は法創造であり、裁判は法適用である」、「裁判と執行の関係についていえば、裁判はまた法創造に変わり、執行が法適用となる」、それゆえ「立法と司法は量的な区別にすぎず、質的な区別ではない」、「法規は一般的あるいは抽象的な法であり、裁判は個別的あるいは具体的な法である。言葉を換えれば、観念的な法と実在的な法である。観念的な法は実在的な法による補充を待たねばならず、そうしてはじめて現実には達することができる」（「司法党化問題」中華法学雜誌第五卷）、また、「例と法の関係は大いに密接であり、實際互いに補いあっている。法は簡潔で例は繁雑、法は条文をそなえ例は事実をあらわす。法が死文となると例を適用する。法は成立すれば変えるのが難しく、例は次第に加わる。おそらく法は經典のようであり、例はその解釈のようであり、解釈

を軽んじれば經典に通じることとはできない。法は兵書のようにであり、例は戦績である。法は医者の方箋のようにであり、例はカルテである。兵書を読んだだけでは兵を用いることはできない。処方箋を書いただけでは病気を治すことはできない。法の特別条項を知っているだけでは訴訟を裁くことはできない。「居正序」「最高法院判例要旨」(大東書局、民国二十三年)と述べている。居正の研究成果については、喬叢啓「居党的著述与法治思想」『中国法学』一九八九年四期参照。

(132) 「法院組織法」第二十五条、「司法院組織法」第二条、「最高法院处分規則」第三一、三二条、「司法院处務規定」第三、三三、「行政法院处務規定」第二三、二四、国民政府司法院統一解釋法令及變更判例規則第三、八、九、一〇条。『中華民國法規大全』(商務印書館、民国三十五年)。

(133) 張遠謀「論判決例之効力」法律評論第五三一期。

(134) 「中華人民共和國憲法」(一九五四年)第八七、八八、八九、一七、九七条参照。

(135) 一九五四年九月一日、劉少奇が第一期全国人民代表大会第一回会議で行った『中華人民共和國憲法草案についての報告』。「我々の国家と社会の公共の利益は個人の利益を捨て去ってはならない。社会主義、集団主義は個人の利益と離れてはならない。我々の国家は国家と社会の公共の利益を十分に保障し、このような公共の利益はまさに人民大衆の個人的利益を満足させる基礎である。……人民民主制度と社会主義制度の下では、人民大衆は

国家と社会の公共の利益と個人の利益が不可分であり、一致するものであることを体験できる。人民民主制度と社会主義制度の下で、人民は完全な民主的權利を有し、同時にまた完全な義務を有す。人民は国家權力を完全に行使する以上、主人の身分をもって完全な義務を尽くすはずである」。『劉少奇選集』下巻一六一―一六二頁(人民出版社)参照。

(136) 「中共中央關於廢除国民党的六法全書与確定解放区的司法原則的指示」(一九四九年二月)『法学理論學習資料選編』(校内教學參考資料)参照。

(137) 北京大学法律學系刑法教研室編「对敵鬭爭路線和政策參考資料選編」(校内教學參考資料)。

(138) 俞建平・趙昆坡等編「建国以来法制建設記事」(河北人民出版社、一九八六年)。

(139) 前掲注(137)書。

(140) 「中国共産党中央委員會關於建国以来党的若干歷史問題的決議」、『三中全会以来重要文獻選編』下冊八一七、八一九頁(人民出版社、一九八二年)所収。

(141) 「混合法」の鍵は判例制度である。ここには二つの注意すべき点がある。一、中国の歴史上の特定の時期には、判例制度は重要な役割を果たした。例えば、西漢の「春秋決獄」、宋、元の「断例」、明初の「大誥」、および民国初期の大理院の判例等。二、中国の歴史においては、成文法が主導的な地位を占めたが、これは集権専制体制と切り離すことはできないものである。皇權の支配の下、大胆に判

例を制定するが、判例の適用を厳格に制限する。同時に、判例を加工、抽象化して法の条文とし、かつ、成文法の範囲に入れる。絶え間なく判例を制定し、また、絶え間なくそれらを消化する、これが動態的な「混合法」である。

〔後記〕一、本文は、一九九〇年六月二十八日、早稲田大学比較法研究所において講演した際に用いた原稿であり、時間の関係で、その際、文中の要点のみを紹介したにすぎなかった。

二、原稿を書く過程で、ある観点については、小口彦太教授と何度か意見を交換し、極めて大きい教示を得た。三、中華民国（一九一一―一九四九）期の法文化については、私の同僚の喬叢啓先生（北京大学法学部専任講師）の研究の成果を取り入れた。四、私の観点と研究方法には、さらに検討すべきところが多くある。拙文を学者の方々に献上し、御批判、御指導を仰ぎたいと思う。