

現代中国法にとっての近代法経験

鈴木 賢

序 言

中国では90年代に入ってから歴史上、3度目の西洋法の受容・摂取が精力的に進められている。とりわけ、2001年暮れにWTOへの加盟を果たしたことにより、国内法を世界基準へ接合する作業が急務であると認識されており、現に各分野で法の見直し、または新規制定の作業が進行中である。中国法には清末以来、外見的には根本的変化が生じて、伝統的な法の枠組みからの転換が進んだように見えるにもかかわらず、むしろ法の原理的な部分では、なお多くの面で伝統的な要素が残存し、しかもそれが法の核心部分を支配していると、私は感じている。それゆえ、「中華人民共和国の法文化は北東アジア圏法文化の生ける化石⁽¹⁾」であると論じたことがある。東アジアの近隣国に目を転ずるならば、日本、台湾、韓国では相当程度、法の西洋化が進展し、なお西欧諸国との間には大きな差異をともしつつも、「自分の国が西欧なみの法治国であるということについて、ほとんど疑念を抱いていないとみてよいであろう⁽²⁾」といわれる。伝統法の影響の強さという点で、中国法は東アジアのなかでも際だっているといえる。

小稿では中国法がなぜ伝統法の影響の下から離脱せずに現在まで至ったのか、清末以来の2度の西洋法摂取、そして1949年以降のソビエト法の継受にもかかわらず、なぜ伝統法的思考様式は生命力を維持しえたのかを考察の対象とする。それは中国近代法史に対する再解釈につながって行かざるを得ないし、「新中国」とよばれてきた1949年以降の法が真に「新」の名に値するかを再検討することにもつながるであろう。

1 近代法との不幸な出会い

(1) 清末における西洋法継受の試み（1回目の西洋法受容）

中国は19世紀後半、実は日本より一足先に西洋法なるものの存在との遭遇を経験している。しかし、現実に法制度のなかに西洋法が受容され、西洋流の法体系の整備へと進むのは、日本の明治維新よりも遙かに遅れ、日清戦争での敗北後、具体的には1902年に清皇帝から修律の命が下され、沈家本らが修訂法律大臣に任じられてからのことである。この後、清朝が滅亡するまで（1911年）の短い時間のなかで、おもに日本（人、法学、法典）を経由して西洋法情報が中国に流入した。日本法をはじめとする外国法の条文、法学書の翻訳、日本人法律家（岡田朝太郎、松岡義正、

志田太郎、織田萬など）による講義・法案起草作業への参画、中国人の日本留学（そして帰国）により、中国がそれまで知らなかった西洋法の諸概念が、馴染みのある漢字に置き換えられて中国語に受容されていった。これが中国史上はじめての西洋法継受運動である。

この時期、多くの西洋法流の法案が起草されたのであるが、結局、それらのほとんどは正式に法律として採択され、実際に効力を発揮することはなかった。その前にこの運動を推進した主体である帝制中国自体が終焉を迎え、此期の西洋法受容は未完に終わってしまうのである。しかし、この西洋法受容運動は、その後の中国法に実に多くの経験と蓄積を残し、発展の方向性を規定した点では重大な意義を持つ。とりわけ、大清民律草案⁽³⁾、大清新刑律⁽⁴⁾（ともに1911年）で採用された法の体系・枠組みは、その後の中国民法（学）、刑法（学）に今日に至るまで基本的に引き継がれている。

清末の西洋法受容の試みについては、以下の点に留意しておきたい。①それが日本の圧倒的な影響のもとに進行したという歴史的事実である。当時は「今日之法者、莫不倣法日本」（今日の法なるものは、日本に倣わなかったものがないほどである）と言われたほどであった。当時、日本法がモデルとされたのは、日本とは「地理的に同州に属し、政体民情が最も近い」と考えられたからであると言われている⁽⁵⁾。②日本ではほぼ引き写す形で西欧法が導入されたが、中国では外国法の摂取はかなり選択的に行われており、とくに伝統ある刑事法領域では固有法的要素を色濃く残していた。その意味では限定された徹底しない法継受であった⁽⁶⁾。③それが清朝の延命策、および列強に押し付けられた不平等条約撤廃のためのやむを得ざる対応という外在的な必要性に促された運動であったことである。換言すれば、中国社会が内在的にそれを必要とした結果、法の西洋化が試みられたわけではなかったのである⁽⁷⁾。④こうして法の西洋化は未完に終わったものの、法学の受容や法案起草を通じて西洋法移入に顕著な先鞭をつけ、それがその後の法典編纂や法学の発展に方向性を与えることとなった。

【清末修律变法運動の歴史的流れ⁽⁸⁾】

1902年 修律の命：修訂法律大臣＝沈家本、伍芳廷。西法と中法の融合。

1904年 修訂法律館開設

1905年 科举制度廃止

1900～1910年 大量の法学書、外国法律が日本語から翻訳される。当初は日本語の用語がそのまま使われる。後に中国語の言語習慣に合わないものは変更される。

（例：仮処分→「保全」、前金→「預付金」、手形→「証券」、弁済→「清償」、不当利得→「不当得利」。前者は日本語、「」は中国語訳）。

1907年 「新訳日本法規大全」（沈家本序）

1908年 刑事訴訟法草案、民事訴訟法草案

1910年 法院編制法制定

1911年 大清新刑律制定（初の西洋法流の刑法典、総則、各則、411カ条）
大清民律草案（総則、債権、物権、親族、相続、1569カ条）

(2) 南京政府による法典化の完成（2回目の西洋法受容）

辛亥革命を経て、清朝に代わりアジアではじめて共和政体をとった中華民国が誕生したが、法の西洋化は思うようには進まなかった。辛亥革命後のごく短期間に終わった南京臨時政府の時代、つづく北洋（軍閥）政府の時代にも法典化作業は進められていたものの、それらはついに完成し、日の目を見ることはなかった。それどころか、伝統法の枠組みを維持した大清現行刑律が、一部、現行法として利用されたりした。それでも行政とは区分された裁判所システムが機能し始めたし、刑事裁判と民事裁判の分離、近代的刑務所制度など、法システムの西洋化は一定程度の進展を見せた。

結局、中国ではじめて西洋型の本格的な法典が整備されるのは、南京にいわゆる国民政府が成立（1927年）してからのおよそ10年あまりの時期であった。後に共産党によって国民党の六法全書と総称される諸法典が出そろい、清末以来の西洋法受容の蓄積が法典として集大成された。とくにドイツ法の強い影響を受けて、中華国民法典（1929～30年）が採択、施行されたことは特筆に値する⁽⁹⁾。この時期は全般に日本法よりもドイツ法の影響が強まったといわれるが、それも当時の日本法学がドイツ法一辺倒の時代を迎えていたことと関連がある。

南京政府による法典化は基本的には西洋法継受の結果であるが、一部に中国に伝統的な制度や考え方も実定化されている。たとえば、民法には用益物権と担保物権の両方の性格を併せ持つ伝統的な「典」の制度が定められたし、親族・相続法の部分には中国的宗族制を温存するための規定が置かれていた。しかし、やはり大部分は当時の中国社会の実状とは遊離した外国法の受け売り（「拿来主義」）であり、その意味で、これらの立法は明らかに「超前立法」（時代を先取りして外から移植した法）であった。

この時期、政治システムとしては国民党による一党支配が進行し、党と国家の一体化、「以党治国」とよばれる非民主的な強権的システムがとられた（訓政期）。その背景としては、日本軍による中国侵略の深化、共産党との対立、そして国共内戦のため、正規の統治システムを築く余裕がないという状況もあった。ようやく正式の憲法を施行し（1947年、孫文の三民主義にもとづく独特の五権憲法）、憲政への移行を目指すころには、皮肉にも中華民国はすでに中国大陆を追われ、台湾へ逃亡することを余儀なくされようとしていた⁽¹⁰⁾。

(3) 「解放前」における近代法の定着程度

先述のように国民党の法体制は、自国の実状を無視した外国法の直輸入であり、法と社会との間には大きな乖離が存在した。加えて、この時期、日本の侵略や国共の内戦といった内憂外患のために、社会環境はきわめて不安定であり、版図に対する国民党政権による支配の実効性には限界があった。たとえば、法院の設置状況を見ると、南京政府のお膝元である江蘇省にある61の県のうち、抗日戦争前の1937年に地方法院が設置されていたのは、わずかに19県のみであり、その他の県では県政府が裁判を兼理していた。また、中華人民共和国が成立する1949年になっても、全国に地方法院は758県に設置されていたにとどまり、それよりも多い1216県では行政機関におかれた司法処が訴訟業務を処理していた⁽¹¹⁾。相次ぐ戦乱のなかで法律家の養成や司法機関の整備がままならなかったのである。

総じて、国民政府はせっかく法典化事業を成し遂げたのであるが、それを社会に浸透させ、法に実効性をもたせることができなかったと言える。国民党統治に対する低い支持と相まって、民衆においても、その法に対する尊重は生まれなかった。中華民国法は共産党政権の樹立にともない、中国大陆での短い命を終えることになった。中国で生まれた中華民国法は、皮肉にも国民党政権が戦後、台湾へ渡ったのち、ようやく社会へ浸透しはじめ、実効性を確保するようになる。とくに私法については、台湾資本主義経済の高度成長を支えるに足る近代性を備えた立派な法典であったことも立証されている。清末以来、中国は列強に伍して国民国家をうち立てるための梃子として、西洋法継受を推進してきたのであるが、結局は中国大陆においてはそれにより所期の目標が達成されるということではなかったのである。こうして二度にわたった中国における西洋法継受運動はいずれも失敗に終わった。

共産党による全国「解放」にあたり、その反省にたつて「六法全書」が一律に廃棄されたのも故ないことではなかった。中国人にとって近代法はけっして幸せをもたらす万能薬ではなかったし、却って継受の対象としていた日本を初めとする諸国からは容赦なき侵略を受け、国家存亡の危機を経験させられたことで、深い心傷を負わされたのである。こうして中国では近代法による「救亡図存」は、有効ではなかったという教訓を残すこととなった。

2 「六法全書」廃棄と中華人民共和国法

(1) 旧法廃棄の方針と司法改革運動

毛沢東は1949年1月には国民党時代の憲法、法制度を「偽憲法」「偽法統」とよび、その全面的廃棄を新政権発足にあたっての基本方針とすることを表明し、同年2月には有名な「国民党の六法全書の廃棄と解放区の司法原則を確定することに関する指示」が出されて、ここで建国後には「旧法」を全廃することを指示した。

この「指示」には、その後の中国法の行く末を決定づける以下の3点が含まれていた。①旧法の効力を全面的に失わせ、それに代わって人民の新しい法律に依拠する。しかしながら、予定されていた新法はなかなか制定されなかったために、結果として長期にわたって法の空白が続き、その隙間は恣意的な政治規範によって埋められることとなった。②党の政策に法源性を付与した。このためつい最近まで「政策法」とよばれる独特の法現象が生起した⁽¹²⁾。③欧米日本など資本主義国のすべての反人民的法律・法令の精神を軽視・批判することが表明された。これは単に実定法としての中華民国法を廃棄することにとどまらず、その背後にあった近代法の問題、価値、技術、学問の一切を継承せずに、清末以来の西洋法継受運動が蓄積した成果を完全に放逐することを宣言するものであり、実際、その後1980年代に至るまでこの方針は忠実に堅持された⁽¹³⁾。

さらに、近代法との断絶を決定的にさせたのは、1952年6月以降、いわゆる「三反運動」と同時に政治運動として展開されたいわゆる「司法改革運動」であった。この運動によって、「旧法観点」を清算し、裁判所などの司法機関の「整頓」を行うというスローガンの下、国民党時代から継続して司法機関に勤務していた法律家（いわゆる「旧法人員」）のほとんどが司法機関から追放されたのである。建国後はそもそも共産党系の幹部が多数、すでに司法機関へ入り込んでいた。1952年当時、全国の法院には裁判官が約28,000名いたが、このうち旧司法人員は約6,000名（約

22%)に過ぎなかった。しかし、大都市では旧法人員の割合は高く、たとえば上海では104名中80名、天津では120名中97名、瀋陽では26名中23名が旧法人員によって占められていた⁽¹⁴⁾。ところが、この司法改革運動によって、約5000名の裁判官が法院を離れ、残ったのは約2000名に過ぎなかったという⁽¹⁵⁾。

この後も反右派闘争(1957年)、大躍進(1958年)、そして文化大革命(1966～76年)と過激な政治運動が相次ぐなか、ブルジョア法に対する批判のボルテージは上がるばかりで、わずかに残った旧法人員もそのほとんどが司法機関から追放されてしまったと想像される。これらの人員は国民党時代に司法官養成システムのなかで養成された専門的法律家であったが、代わって司法機関に入り、裁判業務を担当したのは、およそ法律知識のない、法的トレーニングをほとんど受けたことのない法の素人がほとんどであった。司法機関で勤務する者に対して、法律の専門知識を要求せず、もっぱら政治的な立場こそが重んじられた結果、軍隊から除隊軍人が大量に流れ込んだ。大衆路線のスローガンのもと、「専」よりも「紅」であるべきことがよしとされて、法的な煩瑣な手続や専門性を振りかざす傾向はむしろ批判的とされた。

中華人民共和国では文革期の一時期を除いて、人民法院や人民検察院という司法機関は存在こそしていたものの、そこで業務を担っていたのは法の素人ばかりだったのである。加えて、1979年まではほとんど制定法が整備されなかったこともあり、裁判の場ではあらかじめ明確に示された法的準則を具体的な事実に適用して、紛争を処理するという司法本来の営みを行いがたい状態であった。法律家も法準則も存在しないのに、裁判所や司法という名目だけが存在するという奇異な現象がここに生じたことになる⁽¹⁶⁾。

(2) 旧ソ連法継受による法形成

西洋法の影響を遮断した後、代わってソビエト法を全面的に継受することによりまったく新たな社会主義法を整備することが目指された。こうして1950年代においては、ほぼ包括的にソ連法(学)の継受が試みられたのである。結論を先取りして言えば、継受されたソビエト法は中国に伝統的な法文化とは基本的に親和的であり、伝統法的発想のうえに障害なく接合が可能であった。私は中国がソビエト法を継受した結果、却って伝統法文化が復活し、それを温存させる結果になったと考えている⁽¹⁷⁾。小稿ではこの点について深い入りする余裕はないが、一例を挙げるならば、ソビエト社会主義法には「権力をも規律する法」という西洋近代法の核心を欠いており、権力を常に性善説的に捉えることを前提としていた。そのため法は権力による命令・禁止へと容易に堕してしまう傾向を帯有した。清末以来の西洋法継受の経緯をリセットしたうえで、ソビエト法を継受したために、中国法には伝統法文化が大手を振って蘇ることとなったのである。

50年代以降、ソビエト法の圧倒的な影響を受けたとはいえ、実際には周知のようにソビエト流の制定法が順調に整備されたわけではなかった。民法、刑法、訴訟法など主要な法典について50年代、60年代、70年代以降と幾度も起草作業が試みられたが、そのたびに政治的運動などのために作業は中断し、法案は採択の陽の目を見ることがなく放置された⁽¹⁸⁾。それゆえ1980年代に入るまでは基本的に「無法可依」(依るべき法がない)の状態が続いていた。

法典化が本格的に始動するには、改革・開放への歴史的転換となった1978年12月、共産党の

第11期3中全会の開催まで待たなければならなかった。中国では一般にこれ以後をそれ以前とは質的に異なる時期に入ったとし、法についても新たな発展の時期を迎えたと認識されている。しかし、少なくとも90年代に入るまでは、中国法はむしろ50年代からのソビエト法の影響の延長線上にあったと考えるべきである。つまり、1979年から90年代はじめまでの立法は、基本的には50年代になしえなかったソビエト法継受による法典化を追完する過程であったと言いうる。それは法学についても同様で、80年代に主流となったほとんどの法学の枠組み、理論の源流は旧ソ連のそれであった。

70年代末以降の基本法典の起草は、ほとんどすべて、50年代以来、数次にわたって用意された草案をたたき台としてはじまった。ソ連法以外の外国法を吸収する条件などまったくないまま、1979年にいち早く制定された刑法と刑事訴訟法には、当然ながら強いソビエト法の影響が見られる。たとえば、刑法が採用する犯罪概念は、法の文言に制約されないソビエト流の実質的犯罪概念である⁽¹⁹⁾。また、1981年に制定された経済契約法は、計画経済システムの存在を前提とし、国の経済計画と直接かかわらない民事契約とは性質を異にする経済契約というカテゴリーを採用するもので、やはりソビエト法の発想を受け継いだ結果の立法である。同様に職権主義的訴訟構造をとる民事訴訟法（試行）（1982年）、物権概念を採用しない民法通則（1986年）、民事裁判に対する検察機関による監督制度など、ソビエト法に影響された立法や制度として、多くの例を挙げることができる。

1980年代の法学についても同様のことがいえる。すなわち、法学の部門区分⁽²⁰⁾、それぞれの部門法学の体系にはソ連流のそれが直輸入され、それに依拠して多くの教材や研究書、雑誌論文が公表された。法概念、思考様式にもソビエト法のそれが全面的に導入されている。50年代、60年代にはロシア語からの訳書を除けば、きわめて少数の法学書が出版されたに過ぎなかった。ソビエト法の影響を受けた中国語の法学書が大量に出版されたのは、むしろ80年代に入ってからのことである。長い鎖国状態から抜け出たばかりの当時、ロシア語以外の外国語を操る法学者はきわめて少数であったことから、ソビエト以外の法を吸収する条件も備わってはいなかったのである。

もっともこの時期、西洋法の影響が中国法にまったく及ばなかったわけではない⁽²¹⁾。たとえば、ソビエト法にはなじみの薄かった外資導入にかかわる対外経済関係法には、早くからアメリカ法などの影響が見られた。一時は社会主義法としての性格を色濃く残した国内法と、西欧法を比較的多く受け入れている涉外関係法の併存という法の二重構造が出現したほどである。この当時の西欧法継受の有名な例としては、ウィーン統一売買条約から多くの条項を受け入れた涉外経済契約法（1985年）⁽²²⁾がある。

しかし、こうした現象は一部の法分野に止まっていたのであり、主要な法分野では50年代に継受されたソビエト法理論が、79年以降、実定化されていったと見るのが正鵠を得ていると考える。その意味では11期3中全会以降の法変動を1949年につぐ「第二次法律革命」と位置づけ、これ以後、中国法が「伝統型」から「現代型」へと変革されはじめたとする中国の通説的見解⁽²³⁾には賛同できない。中国法に質的変容が顕著に生じ始めるのは、1990年代に入ってからとみるべきである。

3 90年代以降の近代法の再継受（3回目の西洋法受容）

ソビエト法モデルからの離脱が顕著になるのは、経済モデルとして社会主義的市場経済システムを明確に選択するようになる1993年以降である。そしてそれは今日の世界の工場たる中国が姿を現す時期とも重なっている。それまでの限定的かつ及び腰の「商品経済」モデルではなく、経済システムの全面的な市場化へと舵を切ったことで、法についても倣うべきモデルをソ連から西洋近代法へと切り替えることが必要となったと見られる。これ以後、民国期につづいておそよ40年ぶりに、3度目の近代法への接近、いわゆる「補課」（再履修）が進むことになる。

建国後は中華民国法を旧法として排斥したことから、中華民国法を引き継いでいた台湾の法に対する研究は、「禁区」（タブー）として避けられてきた。しかし、1970年代以降、アジアの「四小龍」（4匹のリトル・ドラゴン）の一角としてめざましい経済成長を達成し、近代法制を定着させてきた台湾法（学）に対する関心が、この時期以後高まっていく。台湾の法学書が中国でも公開出版されるようになり、台湾で出版された本や雑誌も中国の法学者が利用できるようになったし、中台間の法学交流もさかんに行われるようになった。たとえば、中国民法学における王澤鑑（台湾大学教授、司法院大法官）の影響力には絶大なものがある⁽²⁴⁾。台湾人の研究にはドイツや日本、アメリカなど外国法の情報も多く含まれ、それらに母国語でアクセスできるのは、中国の学者にとってはなにより魅力であった。

さらに、台湾法を戦前に遡って研究する風潮が生まれ、中華民国時期の法学書が復刻出版され⁽²⁵⁾、広く読まれるようになっている。先祖帰り現象は、さらに第一次の西洋法継受にまで及んでおり、清末に起草された法案の再検討、また西洋法継受を推進した代表人物である沈家本という人物、法律用語が西洋語からどのような経緯で中国語へと翻訳され、定着していったかといった問題が広く学界の関心を集めている。かつて中国で推進された西洋法継受の歴史を改めて辿り直しているかのようである。その意味で、建国初期に打ち出されたあらゆるブルジョア法を軽視・批判するという方針は、事実上、すでに撤回されていると見ることができる。

ソビエト型社会主義法から西洋型近代法への明確な転轍を印象づけた立法は、1999年の契約法の制定であった。ここにおいて採用された制度、原則は西側の契約法となんらかわりのないものであり、ソ連起源の経済契約概念はついに放棄された。これにより社会主義セクター間の訴訟事件を民事事件と区別して経済事件と把握する理論的根拠が失われ、人民法院に設けられていた経済庭は廃止され、民事庭の一部へと解消された。契約法が採用した法技術は基本的に大陸法系のそれであり、改めて中国法の大陸法への接近が明らかとなった⁽²⁶⁾。

このほか90年代には80年代に制定された法典の全面改正（リフォーム）が相次ぎ、それぞれにソビエト法からの離反を見ることができる。当事者主義への傾斜をはかった民事訴訟法（1991年）、刑事訴訟法（1996年）、刑法（1997年）、民法草案（2002年）などである。また、それまではまったく存在し得なかった市場経済を直接、支える法として商法（会社法、手形・小切手法、証券法、海商法など）や経済法（不正競争防止法、消費者権利・利益保護法など）が登場している。さらに、新たな労使関係の出現にともない労働法、労働組合法が（再）制定されたり、老齢年金や失業保険、医療保険制度などを定める社会保障法という新たな法分野が登場するなど、現

代的な法分野も形成されてきた。

法学においてもアメリカ、ヨーロッパ、日本などに留学して帰国したロシア語以外の外国語、外国法を解する学者が活躍しはじめ、学問の体系、発想法においても斬新な作品が多く提供されるようになっている。たとえば、民法の起草においては、留学経験があったりして強く影響された国（ドイツ、日本、フランス、イタリア、アメリカなど）の違いが、学説の対立につながるという現象も見られる⁽²⁷⁾。これらの国の法学書の翻訳もきわめて活発に行われている。

もっとも、近代法への転換はまだ始まったばかりであり、いまだ法体制は転換の途上にある。変容がもっとも遅れているのは、一国の法体系の要をなす憲法にほかならない。現行憲法は改革・開放がはじまったばかりの1982年に制定されたものであるが、その後、三度（1988年、1993年、1999年）にわたって部分改正が施された。修正条項を付加する形で改正は行われ、これまででそれは17カ条にのぼる⁽²⁸⁾。改正のおもなポイントは経済システムの市場化、自由化を追認することであり、計画経済に関する規定を削除し、私的所有の保障を強調するというものである。他方、政治システムの実質的変更にかかわる修正はほとんど皆無であり、ソビエト憲法に範をとった統治システムの枠組みは依然として維持されている。

これには経済の市場化、自由化だけを優先し、政治制度の民主化にはほとんど手をつけないという共産党の戦略が反映している。その結果、憲法だけがソビエト流の人民民主主義独裁、社会主義原則、民主集中制といった旧来の原理を維持し、西洋法が前提とする法による権力に対する制御という側面は依然、萌芽の段階に止まっている。その意味では公不祥らがいう「第二次法律革命」は現在もなお初歩的な段階にあるといえる。しかし、WTOへの加盟も果たし、世界市場とのつながりのなかでしか発展を追求し得ない中国としては、今後、ますます近代法システムへの接近を図るしかなく、憲法や政治システムを含めた全面的な体制移行は時間の問題だと考えられる。

4 中国における法的世界の成立

このように中国ではおよそ100年前に西洋法に遭遇し、三度にわたり継受の試みを経験したが、なお近代的な法システム（法治）⁽²⁹⁾が確立したとはいえない段階にある。近代の普遍主義型法システムが成立する前提としては、具体的な違法行為があった場合に、裁判によってその行為に対する制裁ないし救済を事後的個別に行うという仕組みがスムーズに作動しなければならない。そして、その場合の裁判所とは非政治的・中立的に組織・運営される必要がある。言い換えれば、政治、道徳、経済などから相対的に高度の自立性を確保された法的世界が成立していることが、法システムというものの必須要件である⁽³⁰⁾。私は中国は今まさに法的世界の成立前夜にあると考える。

中国で法的世界の成立を困難にさせている要因には以下のような諸点がある。

① 法的世界の担い手の未形成

法的世界では法的思考という外の世界では使われない特殊な用語を用いた、独特な思考方法が支配する⁽³¹⁾。それは裁判所における裁判に典型的に現れるもので、特別な訓練を受け、資格を認定

された法曹（ないし法学者を含む法律専門家集団）によって担われる。中国では民国期に萌芽的に法曹身分が形成されはじめるが、それが全国に遍くゆきわたり、定着するには至らなかった。中華人民共和国では、1995年に法官法、検察官法が制定されるまでは、司法官になるための資格要件が定められず（したがって試験や研修制度もない）、実際にも裁判官などになるために法律専門知識は要求されることがなかった⁽³²⁾。裁判が法律家によって行われなければならないというのは、実は中国では帝制時代からの「常識」である⁽³³⁾。日常世界とは区分された法的世界を想定しないのであれば、法曹身分など必要ないのである。

1990年代に入ってから、裁判官などの資質を向上させ、法実務従事者を専門家集団とすることが声高に叫ばれるようになった。これは中国が法曹を必要とする段階、すなわち法的世界を析出させる必要性を自覚するに至ったことを意味するものである。そこで法改正を経て、2002年から裁判官、検察官、弁護士に共通する法曹の登竜門として司法試験制度をスタートさせた。いまだ一回限りの試験というハードルがあるだけで、ロー・スクールも司法修習もない。知的基盤と思考様式を共有することで成り立つ法曹身分が確立するには、まだかなりの時間を要するであろう。ましてや、そうした法曹が社会的に尊敬に値する、権威ある専門職として認知され、相応の社会的資源配分を受けられるようになるのは、当分先のことと考えられる。この点では中国は同じ中国固有法の影響を受けている台湾に大きく引き離されている⁽³⁴⁾。

② 独特な法的思考の未成立

一般に法的思考の特色として、過去に生じた具体的紛争の事後的個別的解決を目指すものであること、将来にわたる利害関係の調整や当事者をこえて社会全体が受ける効用を考慮したりすることがないことがあるといわれる。つまり、法的思考には複雑な社会的事実に対して法的観点からの割り切りや切り捨て、抽象化・単純化がつきもので、その守備範囲はあらかじめ限定されたものである。しかし、中国の裁判ではおよそこれとは異質の営みが行われている例にしばしば出くわす。

たとえば、判決にあたり、「社会効果」と称して、当事者の当該紛争とはかかわりのない事項が意識され、それを考慮したことが裁判官としての優秀さを表す指標として喧伝されることがある。具体的にはその地域の経済発展への貢献などであるが、民事裁判業務を通じて債権回収に一役買い、経済的損失を××元くい止めたといったことが裁判所の美談として語られることがある。公正な裁判をすることにより、政権の正統性を強化することも期待され、裁判は露骨に政治的な意義を担わされている。また、民事訴訟では不告不理が徹底されず、裁判の対象が当事者の主張に拘束されず、裁判所の職権でいかようにも拡張する。裁判にあたっては、当該法的紛争の枠を超えて、社会的に存在する紛争を根本的、抜本的に解決しようという努力が行われるし、むしろそうした裁判官こそがよい裁判官として推奨されている⁽³⁵⁾。

これらは基本的には行政機関の思考・行動様式であり、司法機関に独特なそれが形成されていないのである。そもそも法的思考を担うべき法曹がいないところに、行政などとは区別された独特な思考を求めることは無駄なことである。

③ 司法の独立性の欠如

中国憲法は司法権の独立や裁判官個人の独立といった近代法に共通する原則を採用していない。さらに、現在の政治システムのもとで裁判が共産党から独立するということは、理論的にも実際上もあり得ないことである。中国の司法は政治権力からの独立性を原理的に否定されたところがあり、独立を語りうる段階にない。もっとも、現在のシステムでも裁判の独立原則は規定されており（憲法126条）、その意味では現行法の範囲内でもまだ改善の余地は幅広く残されている。

結 語

中国法の近代以来の歩みを踏まえて、以下の2つの問題について私見を述べ、今後の議論の喚起を期したい。

第1に、今次に先行する2度の近代法継受の試みは、現代中国にとっていかなる意義を持つのかという問題である。結局、中国にとっての近代法経験とは、日本のように「図存富強」の梃子とはなることができなかった失敗の経験なのである。この失敗は知識人に蹉跌を来し、深い心傷を残す結果となった。そうした中国が近代法の再継受に乗り出すには、負った傷を癒す療養期間が必要だったということではあるまいか。そう考えるならば、40年にわたったソビエト法に支配された時代は不可避のプロセスだったのかも知れない。中国は今、40年の療養期間を経て、古傷に耐えつつ、3度目の旅に出ようとしているのである。

第2に、2回目の西洋法継受と3回目の継受運動のとの間に挟まれた約40年間のソビエト法に傾斜していた時期をいかに評価するかという問題である。すなわち、ソビエト法の継受は中国法を伝統法から転換させる上でいかなる作用を担ったのか、つまり社会主義法時代を現在の視点からいかに評価するかである。このテーマについては中国でも黒竜江大学を中心として研究が進められており、「弊大興利」（メリットよりも弊害の方が大きい）との評価も見られるところである⁽³⁶⁾。先に述べたように、ソビエト流の社会主義法は中国伝統の法文化と相性がよかったことは間違いなく、その推進者の主観的意図とはかわりなく、私は伝統法文化を継続ないし強化する動きをしたと考えている。この点はソビエト法継受を経験しなかった台湾における法発展と対比すると一層明らかである。

最後に、今次の西洋法受容の試みは所期の効果をあげうるかどうかを考えるうえで、近時、留意すべきふたつの新潮流が表れていることに触れておきたい。ひとつは（朱）蘇力（北京大学法学院長）に代表される「法治保守主義」⁽³⁷⁾と呼ばれる学説が話題を集めていることである。これは盲目的に西洋法を移入する態度を批判し、継受法と中国に土着の「本土資源」とのハーモナイズを強調する立場である⁽³⁸⁾。要は中国にうまく移入法を根付かせ、法治を確立するためには、独特の本土資源を活用する形で行わざるを得ないという主張である。単に伝統への回帰を唱えるものではないし、実状を顧慮せずに外国法を輸入しても逆機能が働くことがありうるというのも肯ける。しかし、やはり安易な現状肯定へと結びつかないという保証はなく、こうした傾向が学界の主流となるのであれば警戒が必要であろう。

もうひとつの潮流は、前国家主席・江沢民が自ら2001年の正月から唱え始めた「以德治国」論である⁽³⁹⁾。これは国家統治の手法として法治とならんで「徳治」の意義、役割を改めて強調する議

論で、法学界では評判が悪い。しかし、トップリーダーがこの種の議論をする様を目の当たりにすると、伝統的な徳治主義の根深さを改めて思い知らされる。こうした議論が出てくる背景には、ここ数年、法治の樹立に力を入れてきたものの、役人の腐敗や社会に蔓延する拝金主義が一向に改善されないことへの苛立ちがある。つまり、法治は社会問題解決の万能薬ではなかったという思いである。しかし、中国における3度目の近代法継受はまだ始まったばかりであり、異なる法文化に根ざした法の移植がそうたやすく効果を発揮するはずはないことを自覚すべきである。問題は徳治をおざなりにしていることにあるのではなく、依然として法治の精度が低く、運用がうまくいっていない点にあると考えられる。さらに、法が解決しうる事柄にはそもそも限界があるのであり、過大な期待は最初から慎むべきであったともいえる。

中国法はいましばらく大きな振幅を繰り返しつつ、ジグザグした道程を歩むことになるであろう。

【脚注に挙げた文献以外の参考文献】(五十音順)

- 王健『溝通兩個世界的法律意義』(中国政法大学出版社、2001年)
- 黄源盛「晚清法制近代化的動因及其開展」『中国伝統法制與思想』(五南圖書出版、1999年)
- 黄静嘉「本世紀来中国法制之現代化與台湾法制之發展」張晋藩『二十世紀中国法治回眸』(法律出版社、1998年)
- 何勤華ほか『中華人民共和國民法史』(復旦大学出版社、1999年)
- 郭成偉『新中国法制建設50年』(江蘇人民出版社、1999年)
- 郭成偉・馬志剛「歴史境遇與法系構建：中国的回应」政法論壇2000年5期
- 郭成偉・田涛「羅馬法東漸與中国近代民法形成」楊振山ほか『羅馬法・中国法與民法法典化』(中国政法大学出版社、1995年)
- 周振想ほか『新中国法制建設40年要覽』(群衆出版社、1990年)
- 陳添輝「一九一二～一九四九年中国法制之变化——以民法之制定及施行為例」『中国法制現代化之回顧與前瞻』(台湾大学法学院、1993年)
- 楊一凡・陳寒楓『中華人民共和國法制史』(黑龍江人民出版社、1997年)
- 俞江「近代中国法学語詞的形成與發展」『中西法律傳統 1卷』(中国政法大学出版社、2001年)
- 李貴連「二十世紀初期的中国法学」中外法学1997年2期、5期
- 同『沈家本伝』(法律出版社、2000年)

注

- (1) 拙稿「北東アジア法文化——中華人民共和國法を中心として」比較法研究60号(1998年)47頁。
- (2) たとえば日本につき、三ヶ月章『日本人と法』(NHK市民大学教材、1984年)21頁。
- (3) 楊立新『大清民律草案 国民律草案』(吉林人民出版社、2002年)、于語和・鄭曉輝「《大清民律草案》——外來法與本土法混合合法的産物」何勤華主編『法的移植與法的本土化』(法律出版社、2001年)173頁以下参照。
- (4) 王雲霞『東方法律改革比較研究』(中国人民大学出版社、2002年)84頁以下参照。
- (5) 張晋藩『中国百年法制大事縦覧』(法律出版社、2001年)6頁参照。
- (6) 日本は「拿来主義」(丸写し主義)であったが、中国の法改革は多くの留保を付した選択的継受であったといわれる(王雲霞・前掲43頁)。中国では今でも一般に外国法を丸写しにすることには抵抗感が

- 強い。たとえば、2002年末には全国人民代表大会常務委員会に民法典の草案が上程されたが、この草案の起草段階でも、日本やドイツのパンデクテン体系に従うことには、こうした立場から批判が加えられ、中国的特色を持たせることが強く主張された。その結果、民法草案は次のように独特の9編構成となった（中華人民共和国民法（草案）、2002年12月17日）。第1編総則、第2編物権法、第3編契約法、第4編人格権法、第5編婚姻法、第6編養子法、第7編相続法、第8編不法行為法、第9編涉外民事関係の法律適用（国際私法）。それは内容にもとづく主張と言うよりは、外国法の枠組みをそのまま持って来るという姿勢に対する抵抗のように感じられる。
- (7) もっともこの点は日本も事情は同様であったが、日本では外形的には早くも明治初期には西洋流の法典化にこぎつけた。三ヶ月・前掲53頁以下参照。
 - (8) 張晋藩・前掲参照。
 - (9) 中華人民共和国民法の起草過程の詳細については、中国でも台湾でも本格的な研究がなされておらず、抽象的にドイツ法の影響が語られるだけである。
 - (10) 中華民国の台湾移転前に「動員戡亂時期臨時條款」が公布されて（1948年）、憲法の多くの規定は適用が棚上げされた。遷台後もそれは維持され、加えて台湾では38年間、戒厳令がしかれた。これらの経緯については、林山田『刑事法論叢（二）』（台北、1997年）521頁以下参照。
 - (11) 林山田・前掲503頁参照。
 - (12) 董茂雲『比較法律文化：法典法與判例法』（中国人民公安大学出版社、2000年）176頁以下参照。
 - (13) この方針が正しかったかどうかについては、見直しが進みつつある。蔡定劍は「感情と理性の矛盾の中にある」と苦悩を吐露している（『対新中国摧毁旧法制的歴史反思』法学1997年10期2頁）。
 - (14) 公丕祥『当代中国的法律革命』（法律出版社、1999年）117頁参照。
 - (15) 何蘭階ほか『当代中国審判工作 上』（当代中国出版社、1993年）39頁以下参照。
 - (16) その意味では、司法改革運動後の中国には実質的な意味においては裁判も司法も存在しなかったといえる。
 - (17) たとえば、相続法についてこの点を論証したものとして、拙著『現代中国相続法の原理』（成文堂、1992年）。
 - (18) 刑法典起草状況につき高銘暄『中華人民共和國刑法的孕育和誕生』（法律出版社、1981年）参照。民法典については最近、建国以来の民法草案がはじめて公開された。何動華ほか編『新中国民法典草案総覧』上巻、中巻、下巻（法律出版社、2003年）参照。
 - (19) 坂口一成「中国刑法における罪刑法定主義の命運 二・完」北大法学論集52巻4号250頁以下参照。坂口によれば、実質的犯罪観は1997年の刑法が改正された後も完全に清算されていないという。
 - (20) たとえば、家族法については、「婚姻家庭法」として民法の他の部分とは別に独立の法部門を構成するとされてきた。これはソ連流の分類にしたがったものである。1990年代に入り、ようやく家族法が民法の一部をなすことが一般に承認されるようになるのは、この時期になってソビエト法の影響が薄らいでいったことを物語る。先述のように2002年12月の民法草案には、相続法や婚姻法、養子法が含まれている。
 - (21) 沈宗靈「当代中国借鑑外国法律の実例」『比較法研究』（北京大学出版社、1998年）614頁以下参照。
 - (22) 本法は1999年10月の契約法の施行により、失効した。
 - (23) 公丕祥・前掲50頁参照。
 - (24) 台湾の法学書の中国における出版の嚆矢となったのが、王澤鑑『民法学説與判例研究』1～8（中国政法大学出版社、1998年）である。
 - (25) 中国政法大学出版社から清末以来の主要な法学書の復刻として、『二十世紀中華法学文叢』というシリーズが出版されている。

- (26) 王貴国「大陸新合同法與台商投資」(財団法人海峡交流基金会法律業務研討会、1999年) 3頁参照。
- (27) 徐国棟『中国民法典 起草思路論戦』(中国政法大学出版社、2001年) には、各論者の立場が収録されている。
- (28) 改正の具体的内容に関しては、木間・鈴木・高見澤『現代中国法入門 第三版』(有斐閣、2003年) 67頁の表3-2を参照。
- (29) ここでは近代法システムをさしあたり以下のように理解している。「国家権力の濫用を防ぎ市民の自由と安全を保障するとともに、市民相互の自主的活動を促進するための予測可能で確実な枠組みを提供する」(田中成明『法的思考とはどのようなものか』有斐閣、1989年、14頁)。
- (30) 田中・前掲14~15頁参照。
- (31) 法的思考についてここで深入りする余裕はない。さしあたり、平野仁彦ほか『法哲学』(有斐閣、2002年) 63頁参照。
- (32) 中華人民共和国の法曹制度については、拙稿「中国の法曹制度」広渡清吾編『法曹の比較法社会学』(東京大学出版会、2003年) 341頁以下参照。
- (33) 賀衛方「司法独立在近代中国的展開」何勤華『法的移植与法的本土化』(法律出版社、2001年) 42頁以下参照。
- (34) 台湾では総統、副総統、台北市長、高雄市長など主要な政治家の多くが、法律家から供給されているし、韓国の新大統領、盧武鉉氏も弁護士出身である。それに比して中国では国家の最高レベルの指導者層が軍人から技術官僚へと交代しつつあるものの、法律家はいまだ皆無である。これは中国には權威ある法曹身分が成立していないことを雄弁に物語るものである。拙稿「外来法支配の終焉」アジア遊学48号(2003年) 65頁註2参照。なお、台湾の法曹制度については、拙稿「台湾の法曹制度」広渡・前掲221頁以下参照。
- (35) 裁判所の業務は事件の受理前、判決終了後の両方へ拡張している。拙稿「人民法院の非裁判所的性格」比較法研究55号(1993年) 180頁参照。
- (36) 孫光妍・于逸生「蘇聯俄羅斯法学與中国法学學術研討会紀要」法学研究2001年5期150頁参照。なお、ソビエト法が中国法に与えた否定的な影響の原因については、唐永春「蘇聯法学对中国法学消極影響的深層原因」法学研究2002年2期148頁以下、蔡定劍「關於前蘇聯法对中国法制建設的影響」法学1999年3期2頁以下など参照。
- (37) 周偉文「法律移植和法治」何勤華主編『法的移植与法的本土化』(法律出版社、2001年) 126頁参照。
- (38) 主な研究として蘇力『法治及其本土資源』(中国政法大学出版社、1996年)、同『送法下鄉——中国基層司法制度研究』(中国政法大学出版社、2000年) などがある。
- (39) 龔群主編『以德治國論』(遼寧人民出版社、2002年) が包括的にこれを論じている。