

<翻 訳>

中国法思想の潮流(1)
— 何勤華と杜鋼建 —

Trends in Chinese Legal Thought (1)
— He Qinhua and Du Gangjian —

編訳 鈴木敬夫

I. 法の移植と法の本土化

著者 何勤華
周英・鈴木敬夫 共訳

I. On the Transplantaion and Naturalization of Law
……………He Qinhua

by Zhou Ying, Keifu SUZUKI

要旨

本稿は、法の移植と中国法の国際化過程の関係、さらに、法の移植と国家主権、国家イデオロギー、中国法の本土資源および立法コスト等の関係から着手し、法の移植は世界における法律発展の基本的な歴史的過程であり、法律発展の法則の一つであることを指摘する。最後に、法の移植と21世紀における中国法発展の展望を示すものである。

キーワード：法の移植 本土化

He Qinhua : On the Transplantation and Naturalization of Law

Abstract: Based on analyzing the relationship between legal transplanting And other social phenomena including the globalization process of the Chinese law, the national sovereignty, the national ideology, the native resource of the Chinese Law and the legislation cost, the article then point out that legal transplanting is the basic historical course of the world- wide legal development and also is one of the rules of the legal evolution. At the end of the article, the author tries to make prediction about the influence of the legal transplanting and the movement of the Chinese law in the 21st Century.

目次

序

1. 法の移植は、法律発展の法則の一つである
2. 法の移植は、世界における法律発展の基本的な歴史現象である
3. 法の移植と中国法の国際同一化プロセス
4. 法の移植と国家主権
5. 法の移植と国家イデオロギー
6. 法の移植と中国法の「本土資源」
7. 法の移植と立法コスト
8. 法の移植と 21 世紀における中国法の発展

序

法の移植は、中国の国内外で比較的盛んに論じられる課題の一つである⁽¹⁾。法の移植は不可能であると主張する学者も少なくない。たとえば、フランスの啓蒙思想家モンテスキューは、「ある国の国民のために定められた法律は、その国の国民にもっとも適用するものであるべきである。それゆえ、もしその国の法律が他の国でも適用するようなことがあるとすれば、それは、非常にまれなことである」⁽²⁾と述べている。また、アメリカの学者 Robert Bod Seidman とその夫人 An Seidman は、「法移植の不可能性の法則」をさらに強調し、「ある地域の法律を他の地域に移植

するという世界的な経験から明らかであるが、法律によって引き起こされる行為は、高度的な時空特定性をもつため、移植された法律は新しい移植地において、法律が生まれた地域で引き起こした行為と同じものを作り出すことは難しい」と指摘した。他方は、中国の深圳に香港の法律を移植することについても、「香港の法律を深圳に移植することも事実上不可能である」⁽³⁾と、悲観的な考えを示した。さらに、我が国の学者朱蘇力も、「法の移植に関して、確かにそれはおよそ不可能に近いと私は考えている」⁽⁴⁾という考え方を示した。

これに対して、国内外の大多数の学者は、法の移植はなすべきことであるばかりか、可能なこと、と考えている。古代、中世、近代のいずれの時代においても法が移植された事例が数多く存在している。今日、世界の法律の発展においても法の移植は普遍的な現象であり、発展の基本的な趨勢である⁽⁵⁾。筆者も法の移植可能説を主張する一人であるが、ここでは、この問題について自分の研究成果をまとめ、学界の諸氏のご教示をいただきたい。

註

- (1) 法の移植に関する討論は、海外では20世紀70年代に始まり、中国においては80年代末から始まったものである。かつて『比較法研究』1989年第3-4号で法の移植の討論を始めようと、我が国の学術界に呼びかけたのを機に、学術界では相次いで翻訳と論文が著された。2000年4月に、全国外国法制史研究会は湘潭大学法学院で「法の移植と法の本土化」をテーマにしたシンポジウムが開催されたが、これは我が国では法の移植問題についての研究が新たな規模に達したことを象徴している。
- (2) モンテスキュー：『法的精神』(上)、張雁深訳(商務印書館、1961年出版)第6頁。
- (3) Robret Bob. Seidman, An Seidman：「評深圳移植香港法律建議」、趙慶培訳、『比較法研究』1989年第3-4号に掲載。
- (4) 蘇力著『送法下郷——中国基層司法制度研究』、中国政法大学出版社、2001年、序言。事実上、蘇力は法の移植を完全に拒んだわけではない。「中国現行の司法制度は、その直系的な血縁関係からみて、ヨーロッパ大陸法の法体系に属する」(前掲書、第16頁)、「事実問題として、何でも移植に頼ってはいけな

い。移植もそれなりのコストが必要なのだ」(前掲書、第14頁)と論じたところからみて、蘇力は法の移植を認めたものと思われる。ただ、移植するには取捨選択する必要であり、またコストも考慮に入れるべきことを強調したにすぎない。

(5) たとえば、アメリカの比較法学者 Alan Watson は 1974 年に発表された論文と著書のなかで、世界の法律発展史上における実例を数多く挙げ、法の移植現象の普遍性と法の移植がもつ法の進化における重要な意義について論じた Alan Watson 著、賀衛方訳「法の移植論」、『比較法研究』1989 年第 1 号と、Alan Watson 著、尹伊君、陳成霞訳「法の移植と法律改革」、『外国法訳評』1999 年第 4 号を参照)。ドイツのチュービンゲン (Tübingen) 大学法学部教授 Knut Wolfgang Noerr は論文「法の移植と 1930 年前における中国のドイツ法受容」(『比較法研究』1988 年第 2 号、李立強、李啓欣訳)のなかで、中国における近代法改革の実況に言及し、法の移植による法律発展への促進作用を全面的に肯定した。日本の学者伊藤正己著『外国法と日本法』(岩波書店、1966 年)、北川善太郎著『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、1968 年)、五十嵐清著『比較法学の歴史と理論』(一粒社、1977 年)などでも、法の移植作用を全面的に肯定している。韓国ソウル (Seoul) 大学法律学部教授崔鍾庫 (Chong-ko Choi) は論文「韓国法と西洋法」(『比較法研究』1995 年第 2 号、韓大元訳)のなかで、韓国における西洋法移植の歴史と現状を体系的に分析したうえ、法の移植がもたらす法律発展への積極的な働きを肯定した。中国の場合は、法移植肯定説に立つ学者が多いため、ここではとくに例をあげないが、何勤華主編論文集『法の移植と法の本土化』(法律出版社、2001 年)を参照。また、現代の中国国家指導者も法の移植に肯定的な態度を取っている。たとえば、元全国人民大会常務委員会委員長万里と喬石は、それぞれ 1988 年 12 月と 1994 年 1 月に行われた政府活動報告において、国外の法律条文のなかで比較的成熟しており、我が国に適合するようなのがあれば直接に移植してよい、と明言している。

1. 法の移植は、法律発展の法則の一つである

第 1. 弁証法的唯物論の哲学の視点からみれば、世界のあらゆる事物には普遍性と特殊性があり、法律もその例外ではない。我われがよく言う「イギリス法」、「アメリカ法」、「フランス法」、「ドイツ法」等における「イギリス」、「アメリカ」、「フランス」、「ドイツ」は、まさに法律の特殊性にあたるもので、「法」はその普遍性にあたるものである。換言すれば、各国の法律は、異なった土地に生まれたものであるため、それぞ

れ特徴をもっている。これが法律の特殊性というものである。しかし、各国の国民の行動を規制するための規範として、法律は普遍性をもっている。それは、法律は各国の人びとが直面する共通の問題を解決しなければならないからである⁽¹⁾。

法律は普遍性もち、しかもこの普遍性によって解決しようとする問題は各国が直面する共通問題であるとすれば、ある国が他国の法律を移植するのも必然である⁽²⁾。したがって、法の移植は法律の普遍性の必然的な表れであって、法律発展の法則の一つといえよう⁽³⁾。

第二、社会学の視点からみれば、法律は社会発展の産物である。社会は互いに依存しあいながらも制約しあうという大きなメカニズムをなしているため、国家にしても、法律にしても、この系統の中の一要素で、社会という大きなメカニズムから独立して存在しないものである。したがって、社会学の視点からいうと、法律のなかにある人類の社会文明の発展を促進させるようなものには国境はなく、イギリス法、アメリカ法、フランス法、日本法、いずれも社会全体の法である。ある国が生み出した法律の成果は、その国の財産だけでなく、人類社会全体の財産でもあるため、当然、各国が共有すべきである。それゆえ、社会学の原理に従えば、法の移植はすべきものであり、移植する必要のあるものであり、そして、移植することは必然的なものである⁽⁴⁾。

第3. 文化学の視点からみれば、法律は文化の一種である。文化には国境がないため、一国の法律を他国に移植することは、ある国の映画が他の国で上映される、ある国のオペラが他の国で公演される、ある国の油絵が他の国の人によって購入されるようなもので、ごく普通のことである。もちろん、他の文化と比べれば、法律は階級性や強制的な色合いが強いため、国と国の間での移植はより困難であることが予想されるが、しかし、法律のなかにも人類が共通する文化的要素、たとえば、人びとの行動を規制する価値、調整する価値、導引する価値、奨励する価値などといったものも含まれており、これらのものには国境はなく、人類が共有できるはずである⁽⁵⁾。

第4. 歴史学の視点からみれば、法律は歴史的な発展段階の産物であるため、その発展も歴史的な連続性を有する。ある段階における法律は、以前の法律を継承し、発展するとともに、後世の法律の発展に影響を及ぼし、さらに後世の法律に吸収される、という二重性をもっている。この継承されていくプロセスにおいて、一国の法律は自国の以前の法律成果を受け継ぐほか、他国の歴史上の優れた法律を吸収することもある。この視点からみて、法律の継承性のなかには、すでに移植の属性が含まれていると考えられる。

したがって、法の移植は法律の発展、法の進化のプロセスにおける優れた結果をもたらす進歩的な動きであり、無いよりあったほうがいいものであり、ある意味では、法の移植を拒むことは法の進歩を拒むことに等しい。

註

- (1) 「法律は、一定の統治階級の意思を反映していると同時に、時空、種族、宗教と信仰、文化背景の相違を超える共通の価値を有する。これが、法の移植を可能にさせる哲学的基礎である」。賀航洲「法の移植と経済法制建設について」(『中国法学』1992年第5号)を参照されたい。
- (2) たとえば、総トン数が150トン以上のタンカーと400トン以上のノンタンカーには油記録簿を備えなければならないという『中国人民共和国海洋環境保護法』第28条の規定や、『中国人民共和国海洋投棄管理条例』第11条によって確立された投棄緊急許可書、特別許可書と普通許可書制度などが、いずれもイギリス、カナダ、アメリカなどの先進国の関連規定を移植したものである。これらの規定は同様の問題を解決するために得策であることは実践により証明され、すでに国際海洋環境保護における公認の事実となっている。各国の立法はこの事実を認めなければならない。認めなければ他国との提携ができなくなるのである。汪永清「比較法と今日の中国立法」(『比較法在中国』第1巻、法律出版社、2001年、第99-100頁)を参照。
- (3) 「たとえば、ドイツ民法典はかつて大きく異なる政治体制と経済制度のもとでも効力を有していた。まず、君主立憲制のドイツ、続いて議会制のワイマール共和国、それからナチス統治下のドイツ、最後に社会主義のドイツ民主共和国(1975年まで)、議会制のドイツ連邦共和国(東西ドイツ統一後も)ドイツ民法典は依然として適用されている——引用者)」。K. W. Norr 著、李立強、

李啓欣「法の移植と1930年前における中国のドイツ法の受容」（『比較法研究』1988年第2号）を参照。

（4）西洋ではモンテスキュー時代以来、「鏡」と呼ばれる理論、つまり、法律は社会の鏡であり、法律の各方面は経済と社会によって形成されるという理論が現れた。この理論では、法律はそれぞれ特定の社会に深く根付いているために、その移植は容易なことではない、あるいは基本的には不可能であるとされている（鄭強「法律移植と法制変遷」、『外国法訳評』1997年第3号を参照）。「鏡論」も、もちろん社会学の角度から価値判断を下し、法律と社会の依存関係を強調したものであるが、しかし、筆者が分析したように、社会は分解可能なものであって、人間が生活していくための場所と共同体としてそれが存在する以上、必然的にある特定の人間集団の特徴を帯びながらも、普遍的な人間の本性と人間の生活様式の特徴をも有している。しかも、普遍的な人間の本性と生活様式における共通の特徴部分は、具体的な人間集団の社会を超えて、他の人間集団に対しても影響力をもち適用されるべき価値をもっている。そのため「鏡論」は、法の移植という属性を否定できないといえよう。

（5）「国家というもの出現して以来、いかなる形法律文化であろうと、ほとんど法律間の移植問題を避けることができない。なぜならば、国家と民族の文化は互いに影響しあう関係にあり、これが大前提になっているからである。歴史は今日まで発展してきたが、他国の影響と世界文化の潮流に影響されない国が存在するなどということは、とうてい想像しがたい。したがって、法の移植は、国際的な文化交流の背景のもとで生まれた必然的な現象であるといえよう」（肖光輝「法の移植とその本土化現象についての関連考察——我が国における法の本土化問題を兼ねて」、何勤華主編『法の移植と法の本土化』前掲、第111頁）。

2. 法の移植は、世界における法律発展の基本的な歴史現象である

古代と中世の社会では、国と国をつなぐ交通の便がそれほどよくなかったとはいえ、法の移植はすでにごく普通に行なわれていた⁽¹⁾。

たとえば、古代フェニキアおよび地中海諸国が、古代バビロンの商法を系統的に移植した事実は、大量に出土された法律文献によって証明されている。古代バビロン商法を移植して作られたフェニキア商法は、その後また、その植民地に当たるロードス島の海商法に吸収され、さらに古代ギリシア法と古代ローマ法に移植されるようになった。たとえば、ロードス島法の内容の一部がローマの『学説彙纂』の中に記述され、『ロー

ドス投荷損失分担規則』へと発展した⁽³⁾。中世西欧諸国におけるローマ法の移植や、中世ヨーロッパ・アジア・アフリカ諸国におけるイスラム教法の移植に至っては、学界で多く論じられているため、本稿ではこれ以上展開しないことにする。

近代になってから、法の移植現象がさらに広く行なわれるようになった。たとえば、フランスによる古代ローマの法の移植、近代ドイツによるフランス法の移植、近代アメリカによるイギリス法の移植⁽⁴⁾、近代日本によるフランス法とドイツの法の移植⁽⁵⁾、近代アジア諸国による日本法と西欧法の移植⁽⁶⁾、第二次世界大戦後の日本によるアメリカ法の移植、アジア・アフリカ・ラテンアメリカなどにみられる発展途上国による二大法体系に分かれた西洋諸国の法の移植などが、その例である⁽⁷⁾。

ここで、とくに中国の近現代法の発展からみて、清朝末期の法改定からの百年は、中国が外国法を学び移植する時代であったことについて論じたい。中国法の近現代化は外国法の移植とは切っても切れない関係にあることはすでに争う余地のない事実になっている⁽⁸⁾。たとえば、中国近現代法における一連の法律観念（公法と私法の観念、分野別法区分の観念、法の下での平等観念、裁判の独立あるいは司法権独立の観念など）、中国のあらゆる法律を憲法、行政法、民商法、刑法、訴訟法、国際法などの各分野別に法律を区分した体系、中国近現代法における各種の制度（たとえば、総統制、内閣制、法人制度、不法行為制度、弁護制度、陪審制度、弁護士制度）、各種の原則（平等の原則、国民主権の原則、公民個人民事権利平等の原則、契約自由の原則、罪刑法定の原則、無罪推定の原則）および数多くの法律の概念と専門用語（たとえば、法律、法学、法医学、法律行為、民法、刑法、公法、私法、主権、公民、権利、自然人、法人、成文法、動産、不動産、不当利得、事務管理）など、これらはいずれも中国の伝統社会に存在しなかったもので、まったく西洋のものを移植した産物である。

以上をまとめると、つぎのとおり言うことができる。つまり、百年来の外国法からの移植がなければ、近現代の中国法が存在しなかった。中

国近現代法の基幹となるものは、中国の伝統社会から生まれた法律ではなく外国法であり、それは主として西洋法である。法の移植は中国における近現代法発展の基本的な歴史的現象であるといえよう⁹⁾。

中国は西洋法を学習し、移植することを頼りに自分たちの近現代法を築きあげたが、このことは、法の発展は本国の経済発展の内在的な需要を基礎にしなければならないという法発展における客観的な法則に反することになるのであろうか。その答えは否定的なものであるべきという国の経済、政治制度は市場経済を確立途上にある、あるいは確立しようとしている筆者は考える。その理由には、以下の四つが考えられる。

第1．史的唯物論の基本原則によれば、法律は一定社会の生産力が発展したうえで社会経済関係が抽象化されたものである。法律は経済発展関係によって決められる。経済発展関係を越えた法律は生まれてくるはずがない。もし生まれてきたとしても成長できるはずがない。

一方、史的唯物論は、法律がいったん形成されると相対的な独立性をもつようになり、経済基礎を強固にする、ないし生産力の発展に逆効果を与える、ということを同時に我われに示してくれた。日本では明治維新以降に公布された土地、税金、金融、殖産、興業など一連の法律が資本主義の生成と発展を大いに促進したことは、その顕著な例であるといえよう¹⁰⁾。

とくに20世紀に入ってから、西洋列強による中国経済への浸透と制御が強化され、中国は開国を余儀なくされるにつれて、中国の資本主義経済はさらなる発展を遂げた（半植民地経済も資本主義経済の従属物で、資本主義経済の一部である）。このような状況のなかでは、西洋法を導入するのは中国社会の発展と変化に即しており、社会を牽引する働きをしていた。そして、中国の生産力の発展動向にも即していたのである。

第2．近現代以降、社会生産力が向上し、科学技術が発達し、世界がますますグローバル化するにしたがって、国と国との交流は容易かつ頻繁なものになってきた。こうした状況のなかで、そして、生産力が日増しに一致した方向性を示し、経済のグローバル化がますます進展すると

いう前提のもとに、本国の発展方向に即した他国の法律の一部を自国の法律の基幹とすることによって、法体系を築き上げることは可能なことであり、必要なことでもある。言い換えれば、今日、市場経済が発達して国の明日の経済、政治制度になるのであれば、彼らが育ててきた今日の法律を、我われの明日の法律として移植することが、どうしていけないことであろうか。このような状況は中国だけでなく、世界の他の地域にも存在している⁽¹¹⁾。

第3. 中国は外国の法を移植する歴史が長く、たび重なる反復を経て、本国の国情と摩擦を繰り返しながら融合していく道りを歩んできた。その過程で、中国の国情に適さないものは実際に淘汰されてしまったため、残されたもの、つまり中国の近現代法の基礎となる部分は、中国の国情に適するものであり、人類が作り出した法文化の精髓でもある⁽¹²⁾。そして、法律文化の精髓たるものは、国境を越える性質をもっているため、全人類の財産であり、全人類が享受できるものなのである。そのため、中国だけでなく、日本、韓国、マレーシア、インド、シンガポールなどの国においても、その近現代の法律は本国の伝統によるものでなく、西洋法を基礎に作り上げられたものなのである。これがこの上ない証拠である。

第4. 世界における法発展の歴史的な過程からみると、法律後進国は必ず法律先進国に学び、先進国の法律制度と法原則を移植している。これは法律発展の内在的な需要によるものである。各国の経済は均衡を保ちながら発展するものではないため、18世紀にはいくつかの国が先頭となり、19世紀と20世紀は他の国が先頭に立ち、21世紀になるとさらに別の国が先頭をきるといようなことが十分可能である。このような状況は、法律発展をアンバランスなものにしてしまう。

しかし、国と国との間では経済、政治、文化などの交流が行なわなければならない。この交流を行なうには統一化された規則が求められる。しかも、この統一化された規則はたいてい、国際的な現実の秩序において、経済、政治、法律の面で先進国の法律を基準とする(たとえば WTO

の規則は基本的にはイギリス、アメリカ、フランス、ドイツなどの法律を基準としている)。したがって、法律後進国は法律先進国に法律を学び、これを移植するのは法発展の客観的な法則の一つであるといえよう。中国が西洋の先進国の一部の法律を基幹にして自ら近現代の法律を築き上げるのは、こうした客観的な法則に即している。このことは、すでにアジア・アフリカ・ラテンアメリカにおける後進国の法発展の歩みから証明されたことである⁽¹³⁾。

註

- (1) Alan Watson 教授は詳細な考証を経て、「我われは遙か古代に既に法律移植が行なわれたことを発見し、しかも、このような移植は当時においても少なくなかったにちがいない」と指摘した。A. Watson 著、賀衛方訳「法律移植論」、『比較法研究』1989年第1号を参照されたい。
- (2) 馮卓恵「法の移植問題の検討」、何勤華主編『法の移植と法の本土化』（法律出版社、2001年）第19-20頁。
- (3) 馮卓恵「法の移植問題の検討」、何勤華主編『法の移植と法の本土化』前掲、第21頁。
- (4) 諸国にみられるイギリス法移植については、高鴻鈞の「イギリス法の海外移植——普通法体系の形成と発展の特徴を兼ねて」（『比較法研究』1990年第3号）を参照。
- (5) 日本における西洋法移植についての分析は、申政武「日本の外国法移植と我が国へのその示唆」（『中国法学』1995年第5号）、華夏「日本法制の近代化と日本法の西洋化」（『比較法研究』1990年第3号）、張徳美「法の移植の方式について」（『比較法研究』2000年第3号）を参照。
- (6) インドにおける西洋法移植についての分析は、蔣迅「法律文化の衝突と融合——インド法現代化の実践」（『比較法研究』1987年第2号）を参照されたい。
- (7) 世界各国の歴史における法の移植に関する数多くの実例について、馮卓恵教授は優れた記述をしている。その論文「法の移植問題の検討」、何勤華主編『法の移植と法の本土化』前掲、第18-34頁を参照。
- (8) 筆者以外にも、国内の他の学者がこの点について数多くの事実を示して論証している。たとえば、賀方衛は「比較法律文化の方法論問題」のなかで、「現代中国法律制度の概念分類、構造、司法機関の設置ないし法律教育モデルなどが、いずれも西洋に直接学び、あるいは日本を通じて入ってきたものである」（『中外法学』1992年第1号）と指摘し、また、張乃根は「西洋法の方法論——比較法の初歩的な研究」において、「明末清初以来、あまり長くなかったある

時代を除けば、中国はずっと西洋法の移植 (transplanting) の問題に直面している」(『比較法研究』1996年第1号)と指摘した。

- (9) 2001年10月13日-14日に、清華大学法学院「依法治国基本理論研究課題グループ」と「法治と人権研究センター」の主催の下で、「法治：中国と世界」シンポジウムが開かれた。全国各大学と研究機関の有名な学者が出席し、中国伝統法律文化の中国近現代法制への影響について大いに賛意を表し、近代西洋の「強勢文化」の中国への影響を厳しく批判した。にもかかわらず、「アヘン戦争以降、中国は西洋の近代資産階級法を移植した上で、近代の法律体系を作り上げた」という基本的な論点は、批判を受けるなど、否定されることはなかった。
- (10) たとえば、1868年5月に、明治政府商法司によって「商法大意」が公布され、封建的な株業界の独占を廃止し、株の自由な売買を認めた。そして、各地にある検問所を廃止し、全国各地の貿易流通線路を貫通させた。1869年に法令を頒布して、銅の輸出制限を廃止し、各藩の特売特権と本藩の穀物藩外販売禁止令を廃止し、平民に大型船の所有と舟運業の従事を許可した。1871年には利息制限を廃止し、封建的身分制度を改革して、貴族と平民の地位の平等を宣言した。1872年に法令を頒布して、農民に商業の従事を認め、自由契約制度を実施した。さらに、封建領主の土地所有制を撤廃し、すべての人に土地売買の自由を許可した。これらすべては、日本資本主義経済の発展を大いに促進した。陳鵬生、何勤華「中日における法文化の近代化についての若干比較」(『中国法学』1992年第2号)を参照されたい。
- (11) たとえば1875年、エジプトはフランスの法律を直接採用し、自国の民法典(『フランス民法典』の内容がその三分の二以上を占める)、刑法典、商法典、海商法典などの法律体系を作り上げた。コンゴ、モーリタニア、コートジボワール、チュニジアなどの国の近代法律体系も西洋法を移植して作られたものである。徐国棟「アフリカ諸国の法発展過程における外来法と本土法——固有法、イスラム法と西洋法の二重あるいは三重変奏」(何勤華主編『法の移植と法の本土化』、法律出版社、2001年、第201-231頁)を参照。
- (12) たとえば、国民主権、公民権利の保障、法の下での平等など、契約自由、罪刑法定主義、法律不遑及の原則、推定無罪、法人などの諸制度、原則や法観念などがそれである。
- (13) 徐国棟「アフリカ諸国の法発展過程における外来法と本土法——固有法、イスラム法と西洋法の二重あるいは三重変奏」、何勤華主編『法の移植と法の本土化』所収。

3. 法の移植と中国法の国際同一化プロセス

以上に明らかなように、法の移植が必須でなければならない理由は、突き詰めていえば、それは法律後進国が自国の法律を発展させ、進歩させるための近道の一つであるということの一言に尽きる。もし清朝末期から一世紀にわたって外国法を移植してこなかったならば、法律の面で遅れていた中国が100年余という短い期間に、世界水準に近い現代的な法体系を築き上げることがどうしてできるであろうか。

中国法が国際化される過程において、つぎの三つが法の移植と最も緊密な関係にある。つまり、「海外へ行くこと」(留学生派遣)と、「国内に招くこと」(外国人の専門家を中国に招いて法律の講義、立法の協力をしてもらう)と、「法律の国際同一化」に参画することである。

最初に、法学留学生は西洋の先進的な法律を中国に移植し、それを本土化させていく上で偉大な貢献をしてきた。中国の近現代各法學学科の先導者、たとえば法理学分野の呉経熊、憲政分野の王世傑、錢端昇、民商法分野の胡長清、史尚寬、刑法分野の楊兆龍、国際法分野の周鯁生、王寵惠、王鉄崖など、ほとんどが法学留学生であったことは、それを如実に物語っている⁽¹⁾。

50年代、中国はソ連の法律を全面的に移植しようとする高揚期のなかで、優秀な青年を派遣し、ソ連と東ヨーロッパ社会主義国家に留学させた。現在、筆者が事実であると判明した資料からみると、当時ソ連に留学した法科学学生で、帰国後も不断に法律教育と法律研究の仕事に身を捧げ、しかも素晴らしい成果をあげた者は24人であって、東ヨーロッパ(ブルガリア)に留学したのは1人である。ソ連に留学した24人、たとえば、甘雨沛、王哲、蕭蔚雲、王叔文、王家福、江平、呉大英、任允正、高恒、韓延龍、彭万林などは、現在、すべて中国法学界の学科先導者と中堅メンバーになっているのである。

第2に、清朝末期に行なわれた法の改革運動において、中国政府は日本から法律の専門家を招聘し、中国の立法と法律教育にあたった。たとえば、岡田朝太郎が中国の刑法と裁判所編成法、松岡義正が民法と訴訟

法、志田鉦太郎が商法、小河滋太郎が監獄法の起草に協力した⁽²⁾。法律を起草すると同時に、これらの専門家たちは当時の中国法政学堂で講師としても教鞭を執り、中国の学生に外国の法律知識を系統的に講義した。たとえば、岡田朝太郎が法学通論、憲法、行政法、刑事訴訟法など、松岡義正が民法総則、物権法総則、債権法各論、親族法、相続法、民事訴訟法、破産法など、志田鉦太郎が商行為法、会社法、手形法、船舶法、国際私法など、岩井尊文が国法学(憲法学)、国際法など、小河滋太郎が監獄法などを講義した⁽³⁾。これらの講義ノートは、後に中国の学生によって整理し出版されて、中国における近現代法と法学発展の基礎の一つとなった。

第三についていえば、20世紀80年代から中国は、改革開放の国策のもと、積極的に法律の国際同一化の波に乗ろうとした。21世紀に入ってから中国は、経済のグローバル化、政治の多極化、社会生活の情報化といった世界発展の流れに適応するためには、法律においても更なる国際化とグローバル化をはからなければならない。中国は世界の先進国の法律を取り入れることにもっと力を入れなければならない、まさにそれがこの国際化とグローバル化の意味するところのものである。ある国のある法律が中国のそれより優れ、国際的なレベルをもつならば、その国のその法律を移植すべきである。換言すれば、法の移植は始終、中国法の国際化過程と足並みを揃えているのである。

註

- (1) 法学留学生の中国近現代法と法学発展における作用については、詳しくは郝鉄川の「中国近代における法学留学生と法の近代化」(『法学研究』2000年第2号)と、丁相順の「清朝末期における日本への法政留学生と中国初期の法制近代化」(『中外法学』2001年第5号)を参照されたい。
- (2) 高尚：「清末修律変法と法の移植」、何勤華主編『法の移植と法の本土化』(法律出版社2001年)第81-82頁。
- (3) 李貴連編『二十世紀の中国法学』(北京大学出版社、1998年)第62-63頁。

4. 法の移植と国家主権

法の移植は国家主権に損害を与えるであろうか。この問題に関しては具体的な分析が必要である。

歴史上、法の移植は一般的には二種類に分けられる。一つは移植を受ける国（被移植ないし継受国）が移植する価値があると認めた法体系を主体的に移植するものであって、たとえば、アメリカが独立後にイギリス法を移植した場合や、日本が明治維新後にフランス、ドイツの法律を移植した場合などがあげられる。他は外国の法律を強制的移植させられるものであって、たとえば、中国がアヘン戦争後、西洋の列強に不平等条約を強いられ、外国の法律を受け入れざるを得なかったのは、その一例である。

後者においては、いうまでもなく国家主権は傷つけられる。なぜならば、このような法律の移植の背景には、たいてい武力か武力による恐喝が存在し、被移植国の領土が侵略され、占領されることが前提となっているからである。つまり、このような法の移植は、常に不平等条約の締結、領土の割譲と賠償金の支払い、政治、経済と司法権を部分的に放棄することに結びついている。そのため、このような状況のなかでは、被移植国の国際法上における主体的地位がすでに不完全なものになってしまう。近代以降の中国、朝鮮、インドおよび広大なアフリカの植民地国家の歴史は、その例である。

一方、前者の法律移植は果たして国家主権に損害を及ぼすものかどうか、これについては、具体的に分析を行わなければならない。

一般的に、もし他国の国内法を主体的に移植するのであれば、被移植国の主権には影響を与えないであろう。たとえば、日本が近代でフランス六法を移植したのも、アメリカが18世紀にイギリスの判例法を広く移植したが、それによって自分たちの国際法における主体的地位に何の影響も受けなかった。しかし、他国の国際法を移植した場合、あるいは他国の呼びかけによって作られた国際条約に加盟し、その法律規則を受け入れた場合は、被移植国の主権は損害を受けるものと思われる。たとえ

この移植が主動的に行なわれたもの、つまり自らの意思によるものであったとしても、その例外ではない。

一例をあげれば、80年代初頭に中国が加盟した『国際物品売買契約に関する国連条約』は、国連国際貿易法委員会によって1978年に完成されたものであるが、しかし、当該公約の基礎となるものは、1964年にハーグ外交会議で採用された、ローマ統一国際私法研究所の起草による『国際物品販売統一法公約』(略して『ハーグ第一法約』)と、『国際物品売買契約成立統一法公約』(略して『ハーグ第二法約』)である。しかも、この二つの法約はいずれもヨーロッパ先進国の法律規定を反映したものである⁽¹⁾。そのため、中国はこれに加盟することによって、物品売買行為の規範、物品売買契約の適用範囲、物品売買契約の形式および成立要件、売買双方の権利と義務および違約救済方法などについて、条約規定の束縛を受けなければならない。事実上、中国はヨーロッパ先進国の売買法規範を主とした条項を移植することになるため、中国の主権すなわち立法権と司法権に一定の制約を与えてしまった。

しかし、このように国際条約に加盟したことによって他国が作った法規則を移植し、自国の国家主権に影響を与えた場合、この移植は当該国の意思によるものであれば、たとえその国の国家主権が損害を受けたとしても正常なものであると考える。それは、その国が国際秩序に参画し、経済、政治と文化などにおける平等な待遇を受けるために払はらわなければならない代価であるからである。たとえば、中国が世界貿易機関(WTO)に加盟後、経済、政治、法律行為などの諸方面でその制約を受けて、農業、自動車製造業などの多くの業界に打撃を被った反面、中国に公平、公正かつ安定した国際貿易環境を作りだした。これは、中国を国際経済の主流に調和させるにしても、中国が経済グローバル化の規則の制定に参加するにしても、改革開放の目標を堅持するにしても、安定且つ健全な経済発展を目指すにしても有益なことといえよう⁽²⁾。

以上述べたことから、国家主権には権利だけでなく、果たすべき義務も含まれており、主権を部分的に放棄し、諸国の間にある各種の平均的

利益を獲得すること自体は、国家主権の本来もつべき意味であることがわかる。すべての国が損することを嫌がり、利益を得ることだけを考えるのであれば、国際的な経済政治秩序はでき上がるはずがない。もし、できあがったとしても長続きするのは無理であろう。

註

- (1) 曹 建明編『国際経済法概論』（法律出版社、1994年）第50頁。
- (2) 曹 建明、賀小勇著『世界貿易機関』（法律出版社、1999年）第414-418頁。

5. 法の移植と国家イデオロギー

法とイデオロギーの関係は特殊なものである。一方では、法律は上部構造である。他方では、法の現象世界において一般的には、法の思想、法の学説、法の観念などといった、人びと、とくに統治階級が法という社会現象に対する考え方や見方それ自体がイデオロギーの一部である。と同時に、法律制度はすでに規範化、制度化され、さらに物質化（たとえば裁判所、検察庁、刑務所など）までされてしまい、国家装置の重要な部分として上部構造の重要な内容を成している。そのため、上述のどちらの面からみても、法はイデオロギーと切っても切れない関係にある。イデオロギーは法律制度の指導思想と理論的基礎であるため、法の移植は国家イデオロギーの制約を受ける一方で、イデオロギーの変化、発展にも影響を与える。こうした関係は以下のように分析することができる。

同じイデオロギーをもつ国の間では、法の移植は比較的容易である。近代アメリカのイギリス法移植、ドイツのフランス法移植、日本の西欧法移植、新中国成立後のソ連法移植が比較的順調に行なわれたことは、まさにそれを物語っている。

異なるイデオロギーをもつ国の間では、法の移植は若干複雑になるので、具体的に分析する必要がある。たとえば、封建制国家が奴隷制国家の法律を移植する場合、資本主義国家が封建制国家の法律を移植する場

合、それぞれはイデオロギーが異なるが、いずれも私有制が支配的な地位を占める国家であるので、私有財産への保護、個人の価値への追求の点で共通しており、法の移植も比較的容易である。

しかし、ソ連がロシア帝国時代の旧法をほぼ全部拒み、新中国が国民党の旧法をすべて拒んだのは、イデオロギーの違いが原因である。当時、両国はいずれも公有制を基礎とした社会主義の国家であり、大多数の人びとの利益を追求するという価値観をもっていた。こうした状況のなかで、別のイデオロギーを移植するには、たとえそれが本国の歴史上に存在した法律であっても、明らかに障害が多かったのである。

とはいえ、世界の法律発展史、とくに20世紀70年代末に始まった中国の改革開放以降の法律発展史によって証明されたことであるが、異なるイデオロギーをもつ国の間にも法の移植がやはり可能であり、しかもそれが必要不可欠であるということである。その理由には以下のようなことが考えられる。

人類社会の発展過程における共通性は独自性より多く、普遍性は特殊性を超えている。とくに生産力の発展において共通した要素が数多く存在している。例をあげて説明すると、今日の市場経済の背景の下で、商品の生産と交換およびその規則は、各国の間では共通しており、異なるイデオロギーをもつ国であっても、市場経済を実施しないのなら話は別であるが、そうでなければ、競争に平等に参加するという問題が必然的に現れる。競争での生存と発展を考えて、市場経済内在的な経済法則の制約を受けたいのであれば、みな統一されたゲームルール、統一された法律規範に従わなければならない。いかなる国であろうと、イデオロギーがどうであろうと、もしその国にこのような統一されたゲームルールと法律規範がなければ、移植を余儀なくされるに違いない。この場合、法の移植は独立的なものになり、イデオロギーの束縛を受けずに済むのである。

また、異なるイデオロギーをもつ国間で法の移植ができるのは、法律自体の属性にもよる。法律は国家の意思であるから、イデオロギーの

要求を表現し反映するほか、それ以上に社会生産力ないし生産関係の発展と変化を表現し、反映しなければならない。そのため、上述したように、法律自体は多くの要素によって構成されたものであって、そのなかには、それ自体がイデオロギーの構成要素であるものもあれば、イデオロギーを具現化したものもある。さらに、生産力の発展水準と科学技術の成果をまとめたものもある。前者の二つはイデオロギーの色を鮮明に帯びており、階級社会であればさらに階級的属性をも鮮明に帯びるため、異なるイデオロギーをもつ国間での移植は比較的困難である。これに対して、後者は人類文明の発展成果であって市場経済を実施する国間で共通し、国境を越えたものであるため、イデオロギーの如何を問わず、その移植が可能である。

要するに、本国の国情に即し、そして、イデオロギーの対立がない場合の法律制度の移植は、イデオロギーに損害を与えるどころか、反対にこの移植が、もし生産力の発展の要求、経済の発展、国民の最大利益、総合国力の強化に即するものであれば、それは必要かつ正常なものであると考えられる。もし、このような状況においても、この移植はイデオロギーの主体となる部分との対立を避けられないのであれば、そのイデオロギーは変革しなければならない時期に来ているといえよう。

註

- (1) イデオロギーも永久に変わらないものではない。そのうちの一部、たとえば、人類社会の基本状況について記述し、真理が含まれた理論、思想などは、諸国間で相互移植することが可能である。

6. 法の移植と中国法の「本土資源」

法律上の「本土資源」は、文字通りに解釈すれば、本土に生まれ本土に育まれた法律、習慣などをさす。一般的にいえば、法の移植は「本土資源」と衝突したり矛盾したりすることが多いため、移植された外国の法律は「本土資源」にうまく融合できなければ、本土に根づき、芽を出

し、成長していくことは困難である。そのため、法律を移植する過程において両者の関係を上手に処理することがきわめて重要である⁽¹⁾。

学者のなかには、法律はその本質からみて一種の地方的な知識（地方性知識）であり「本土資源」であるため、法律の移植をする必要もなく、移植しても成功するはずがないという意見がみられる⁽²⁾。筆者は、このような見方は法の移植と「本土資源」を対立した立場においているもので、その正確性には疑問を抱いている。

それは、「本土資源」は絶対的なものでなく相対的な概念であって、絶えず発展し、変化する過程にあるからである。この過程のなかで、社会の新しい発展に適応できないため消滅してしまう「本土資源」もあれば、社会の新しい生産力の発展、経済関係の成長に適応して生まれる「本土資源」もある。たとえば古代インドでは、元来の「本土資源」であったバラモン教法は、バラモンの衰退により徐々に消滅し、その代わって仏教法という新しい「本土資源」が出現した。さらにイギリスでは、20世紀初頭、封建地産制が最終的に消滅するにともない、封建的地産の法律も歴史の舞台から姿を消し、その座を現代資本主義の商業土地法に譲った。それが後にイギリスの新しい「法の本土資源」となった。

法律は生産力、生産関係および社会生活の反映であるため、生産力、生産関係、社会生活が変化すると法律も変化し、法の本土資源も移動したり消滅したりする。同じくインドを例に上げよう。紀元8世紀にイスラム法が侵入してきたときは、本土資源はインド教法であってイスラム教法は外来法であったが、それが17世紀になると、インド住民の多くがイスラム教に入信したため、イスラムの法律は徐々にインドに根つき、芽を出し、そして、成長し大きくなった。イギリス法が侵入してきたときは、インドの本土資源はまさにイスラム法であって、イギリス法は外来法となるほかはなかった（1997年の統計による、インドのイスラム教徒は一億にも達し、インド人口の11.2%を占めている）。

エジプトでは、伝統的な法律はイスラム法である。しかし1875年から、エジプトはフランスの各法典、たとえば民法典、商法典、刑法典などを

移植し始めた。そのうち、フランス民法典の三分の二にあたるもの、つまり、2281項目のうちの1450項目がエジプト民法典に移植された。20世紀以降、エジプト民法が大きな発展を遂げ、外国の民法を移植するにあたって繰り返し反復があったものの、一部の基本となる制度がすでにエジプト法体系のなかに深く根ざし、エジプト法の本土資源になっており、削除しようにもできないのである⁽³⁾。

同じ道理から、今日、検事が国家を代表して裁判に出て控訴を行なう、裁判所が公開裁判を行う、弁護士が当事者に代わって弁護や代理を行なうなどといった外来の法律文化は、すでに中国人に受け入れられているために、現行の制度を廃止し、封建時代の裁判形式に逆戻りさせるようなことは、はもはや中国人には認めてもらえないであろう。なぜならば、検察庁、裁判所、弁護士制度はすでに中国法の本土資源になっているからである。そのため、法の本土資源は動態的な概念であって、いつまでも変わらないもの、絶対的なものではないといえよう。今日の中国では、中国法の本土資源には「示談」、「厭訴」といったものしか存在しないような考え方は、すでに通用しなくなった。

さらに、本土資源の合理性問題についても分析と検討の必要がある。外来物は、それが野菜、果物のような食品であろうと、映画、ドラマなどの文化的なものでであろうと、中国既存の内容と形式より明らかに優れているにもかかわらず、我われは断固としてそれを外に追い出し、外来の移植体を排斥しようとするのは、はたして道理に合うものであろうか。女性が強制的に纏足させられ、男性が長い辮髪をし、妾をもつこともかつて中国の本土資源ではあったが、社会が変革を遂げたとき、これらが存在する合理性も歴史によって否定された。法律文化についても同様のことが言える。合理性に欠けた本土資源はすべて改革の対象になる。それより優秀な移植体があれば、すべて移植されるべきである。

総じていえば、法の移植と開発は法の本土資源の止揚とは矛盾しない。本土資源に不足しているものであれば、それを移植するのはもとより何ら問題がないが、本土資源に既存するものであっても、それが合理性に

適かどうか、改革の対象にすべきかどうかを検討する必要がある。もし、答えが肯定的なものであるなら、移植することによって合理性を欠いた本土資源の構造と成分を変更させることも可能なのである。

註

- (1) 「法律は地方的な知識であって、ここでいうローカルは空間、時間、階級とその他の問題を意味するだけでなく、特色 (accent) をも意味する。すなわち、発生した事件に対するその地域の認識と、発生しうる事件に対するその地域の予想とを結びつけるものである。」Clifford Geertz: 『地方的な知識: 事実と法律の比較透視』、鄧正来訳、梁治平編『法律の文化解釈』(三聯書店、1998年増訂版)、第126頁。
- (2) 蘇力著『法治とその本土資源』(中国法政大学出版社、1996年)第17頁。徐国棟「アフリカ諸国の法律発展過程における外来法と本土法——固有法、イスラム法と西洋法の二重あるいは三重変奏」(何勤華主編『法の移植と法の本土化』法律出版社2001年)第201-207頁を参照されたい。

7. 法の移植と立法コスト

一国の法律を発展させるには、主に二種のモデルがある。一つは、本国の経済関係と法律関係をまとめ、抽象的な法律規則を抽出しながら、歴史上あるいは外国の経験をほどよく吸収し、新しい法典を公布する形である。その例として、近代フランスの民法典、刑法典の制定があげられる。もう一つは、他国の法律規則を直接移植し、本国の国情を考慮しつつそれを改造し、法典に作り上げて公布する形である。近代日本の民法典、商法典、治罪法典の制定がその例「拿来主義(外から持ってくる主義、魯迅が提唱)」や「他国の成熟した法律を移植する」などは、一国とくに後進国が立法コストを下げ、本国の法体系を迅速に完成させるための良策であるといえよう。

ところが、学者のなかには実例を掲げ「拿来主義」を用いて外国法律を移植すれば、時には莫大な人力と物力を投入しても失敗する場合もみられるとして、移植は反って立法コストを上げてしまうのではないか、という説明を試みる者もいる。ここで例としてよくもち出されるのが、

1890年の日本旧民法典である。

明治維新後、日本政府は1870年に民法典の制定に着手した。まず太政官（内閣総理にあたる）の制度局に民法編纂会を設け、当時の司法卿（司法大臣）江藤新平（1837-1874）がその会長を務めた。江藤の辞任後、後任として司法卿大木喬任（1832-1899）がその事業を引き継ぎ、新たに民法編纂課を設け、1878年11月に民法典の草案を完成した。それと同時に、民法典起草の協力者として日本はフランスのパリ大学法学院からボアソナード（G. E. F. Boissonade. 1825-1910）教授を招き、民法編纂局を設けて提出された民法典草案の審議にあたった。長い時間を経て、日本はようやく1890年4月と10月に民法典の全文を正式に公布した⁽¹⁾。

外国人が主力になって起草されたこの民法典は、20年にわたり大量の人力と物力を投入したが、基本的にはフランス民法典の条項を移植し、一部の内容、とくに身分と家族に関する部分は、当時の日本の現実にそぐわない（江藤新平と大木喬任時代に日本人によって起草された民法典草案も主に『フランス民法典』を翻訳したもので、「敷衍民法」、「模倣民法」と呼ばれていた）ため、日本の保守勢力から反対を受け、本来1893年に発効すべきこの法典は、1892年5月に実施の延期を宣告された⁽²⁾。

外国法移植の失敗例として、もう一つよく取り上げられるのは中国の破産法である。1986年12月に、中国は外国の関連法を移植した上で、『破産法』の公布、試行を行なったが、しかし、中国では破産法を実施するための環境が整っていないため、破産法が移植された後、当初予想されていた効果が現れなかった。適宜実施されず、実際に適用した事例もわずかであった。一部の学者が指摘したように、「破産法の試行は決定者または行為者の取引コストを下げるどころか、むしろそのコストを上げてしまった」といわれる状況にまで至った⁽³⁾。

以上の例はいずれも事実ではあるが、これは立法コストの高さをすべて移植のせいにする不十分な考えである。筆者はつぎのように分析をしたい。

まず、立法コストを考えると、目前の費用と、長い目でみた効果、その両方を考慮に入れなければならない。たとえば前述した1890年の日本民法典の場合、『フランス民法典』を丸ごと移植したことで失敗を招き、実施には至らなかった。一見多くの人材と物力を費やしたように見えるが、しかし、旧民法の主体となる財産法の部分は、後に1898年の日本民法典に吸収され、その立法の基礎となった。この点に関しては、日本の学界ではほぼ一致した見解をもっている。1898年の日本民法典は、形式上はドイツの1896年民法典草案を移植しているが、内容上はフランスの1804年民法典を取り入れている⁽⁴⁾。また、1890年に旧民法が公布された後、理論界では論争がみられたが、実践部門では民法典における財産法規範を正式な法律としてすでに実施を許可していた。当時、日本の司法実務部門は1890年の民法を草案としてではなく、「真正な法律の淵源」として見ており、「書き下ろされた理性」⁽⁵⁾とまで評価していたのであった。そのため、20年の歳月を費やして制定された1890年の日本旧民法典は、立法コストがけっして高いとはいえない。その民法典が1898年の日本民法典に確固たる土台を提供したことで、1898年の日本民法典は百年過ぎても時代に遅れることなく、今でも日本現行法典の座を占めている。

つぎに、立法コストを考えると、単一の法律の立法コストだけでなく、その法律が公布された後に作り出した総合的な効果と利益のコストも考慮に入れなければならない。ここでは中国の破産法を例に上げよう。確かに、1986年の『破産法』の実施状態は移植された他の法律、たとえば証券法、手形小切手法などに比べれば望ましいものではなかったが、しかし、市場経済という条件のもとで、企業が単一の主体として独占的に権利を享受し義務を果たし、そして、その資産がこのような権利能力の行使を満足にできなくなった。

場合に、破産を宣告して正常な経済秩序の維持をはかろうという経済法則がそこには反映されていたのである。そのため『破産法』の公布後、それがよく実施されようがされまいが、たとえ実施されなくても、市場経済に対する指導、警示の効果は絶大なものであった。それにより、企

業の従業員たるものは自分の地位の重要性を認識できたばかりではなく、企業のリーダーたるものは、企業破産によってもたらされたプレッシャーの大きさを知ることでもできた。市場経済の意識と観念を培う過程において、『破産法』もよい師範であったといえよう。この立法コストは巨額であったかもしれないが、それは法律を発展させるうえで必要なものであり、法律を進歩させるために支払わなければならない「学費」であった。

註

- (1) 何勤華、李秀清など著『日本法律発達史』(上海人民出版社、1999年)第131頁。
- (2) 当時、日本の貴族院は三日間の激しい論争を経て最終的に123票対61票で、衆議院は152票対107票で民法実施延期の決議を通過させた。その後、日本は専門家を集め、民法典を再起草する作業にあたったが、1890年の日本民法典は事実上廃止された。何勤華、李秀清など著『日本法律発達史』前掲、第132-133頁を参照されたい。
- (3) 蘇力著『法治とその本土資源』(中国法政大学出版社、1996年)第93頁。
- (4) 潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』(日本評論社、1975年)第53頁。
- (5) 潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』前掲、第53頁。

8. 法の移植と21世紀における中国法の発展

21世紀の中国は、ここ20年間に遂げた高度成長を礎にして、さらなる飛躍をみせてくれるであろう。中国の「第10期5ヵ年計画ガイドライン」の目標によると、中国は2010年までに国民総生産を現在の二倍増の16万億人民元、すなわち2万億ドルに上げ、ややゆとりのある社会に入る。さらに、2050年頃には国民総生産をさらに二倍増の32万億人民元にまで上げ、世界の中等先進国の水準に達する。

この偉大な目標を実現させるためには、法律の規範効果、推進効果が必要かつ不可欠なものである。しかし、全体的にみると、中国の法整備は世界の他の先進国のものと比べればまだ一段と差がある。とくに市場経済に関する法律は、市場経済を実施してそれほど時間が経っていない

ため、関連する法律メカニズムはまだ形成されず、先進国の経験を学習し、移植するしかない。

まず引き続き、世界先進国の法体系のうちの、市場経済体制の育成、発展、改善に有利な法律、法規、たとえば物権法、金融先物取引法などを大胆的に移植すべきである。

さらに、世界先進国の法体系のうちの、政治体制の改革に有益な法律規範、たとえば、新聞法、監督法などを大胆的に移植すべきである。

それから世界先進国の法体系のうちの、社会生産力の発展、社会主義生産関係の改善、国民の物質的な生活レベルの向上、科学技術と教育レベルの促進、社会の精神文明と文化的素養の向上に有益な各分野の法律、たとえば、教育メカニズム、科学技術イノベーション、ハイテク産業、新聞出版、文化管理などの立法を大胆的に移植すべきである。

最後に、世界先進国の法体系のうちの、我われの思想解放、奮起前進に有益な法律観念と法律精神、たとえば、法は正義であるという観念、法律は自由の母親であるという観念、裁判官は法律以外の何者にも屈しない、国家の権力機関およびその職員からの指図に左右されないという観念など、を大胆的に移植すべきである。

指摘すべきことは、21世紀において、経済が大きく成長し、総合国力が向上し、国民生活が豊かになるにつれて、中国は世界における地位もさらに高くなり、とくに多くの発展途上国にとって良い手本になるであろう。また、この過程において徐々に成熟を遂げ、改善された法体系も、その他の国、とくに中国と若干の共通点をもつ国にとって移植対象になるに違いない。

一つ例をあげれば、これまで中国は、経済発展が遅れていたが、20世紀70年代から持続かつ迅速な発展を遂げた。この過程において外国の法律を移植して作り上げた中国的特色を有する法体系は無視できない役割を果たした。この法体系は、中国と同じように経済が遅れているが、発展を目指す途上国にとって非常に魅力的なものである。彼らが中国の法整備の経験を移植することも十分考えられる。

もう一つの例をあげると、従来中国は非常に貧困な農業大国であったが、世界の中等先進国入りを果たして、数億人の農業人口を養い、さらに彼らに豊かな生活を与えることができる日が到来したならば、この分野で重要な役割を果たした我が国の農業法律規範は、他の貧困国にとって必ずや学ぶ価値のあるものになろう。そして、移植の対象にもなるのではなかろうか。

さらに例をあげると、中国は古い文明をもつ国で、濃厚な古代東洋社会の精神文化の伝統を保っている。しかし、現代的な先進国を目指して徐々に移行していく過程で、西洋の法律文化の伝統も大量に移植したため、中国旧来の伝統と西洋からの法律文化は、互いに結合し、さらに一体となって成長し、やがて東洋の大国である中国が現代化を目指して進む調整規範となる。この経験は、自国の伝統文化と外来の先進的な法律文化との衝突、矛盾を早急に解決したい国にとってよい手本にもなり、移植されることも可能であろう。

要するに、2010年には、中国は社会主義市場経済に対応した法体系をほぼ完成できるようにしても、法の移植は中国ないし世界にとって避けられぬ重要な課題である。ただそのときには、中国が外国法を移植する現象のみでなく、外国が中国法を移植する現象も現れるであろう。したがって、法の移植は法律が進歩し、発展するための永遠のテーマであり、国家というものが一日でも存在すれば、各国の法律は先進的と保守的、発展的と後進的な様相を呈する。法の移植もまた避けられない現象となるであろう。

原著：「法的移植与法的本土化」『中国法学』2002年第3期、3頁以下。

原著者紹介：何勤華 1955年生。華東政法大学学長。東京大学留学、法学博士、教授。学会活動としては、全国外国法制史研究会会長。主著に『西方法学史』、『法律文化史論』、『英国法律発展』、『中国法学史』（2巻本）、『西方学者列伝』、『20世紀日本法学』等の共著、単著がみられる。また《中国法学》や《中国社会科学》等に掲載されている論文

は140余篇を数える。本論文に関する著書としては、本文中に掲げられている主篇『法的移植与法的本土化』(2001)があり、さらに2003年に、何勤華・李秀清共著『外国法与中国法—20世紀中国移植外国法反思』(中国法政大学出版社、2003)がみられ、共著者李秀清教授は、《華東政法大学学報》主編である。

共訳者：周 英 (Zhou Ying) 華東政法大学 外語学院日語專業教研室主任、副教授。

◎この翻訳は、上海市教育委員会2009年專項学科建設經費項目から助成を得て成されたものである。

なお、原著において中国語で記述された欧米研究者名等々の欧文表記について、北海学園大学法学部の鈴木光教授から詳細な御教示を得た。記して感謝の意を表す。

II. 孔子とアリストテレスの法思想比較

著者 杜 鋼 建
鈴木敬夫 訳

II. A comparison of Confucian and Aristotelian philosophy on LawDu Gangjian by Keifu SUZUKI

Du Gangjian: A comparison of Confucian and Aristotelian philosophy on law Translator's Summary:

In contemporary China, Professor Du Gangjian is known as a researcher on the theory of benevolent constitutional government founded in the traditional Chinese doctrine of “benevolence” (仁, ren). This paper presents a comparative study between Aristotle’s theory of justice, which advocates a system of slavery, and traditional Confucian philosophy, which seeks the abolition of slavery based on the doctrine of “benevolence”. While the former tended towards “the rule of law” in its assertion that “a bad law is still a law”, the latter sought “observance of benevolence” from a country’s ruler, ultimately leaning towards the “rule of man”. Amid the confrontation between this “justice” and “benevolence”, Professor Du Gangjian aspires to a democratic form of government that “rules by benevolence”. (Keifu Suzuki)

序

1. 法思想の時代的特徴と階級的内容
2. 法思想の方法論的基礎

3. 自然法と社会法
 4. 法律と倫理
 5. 法律と政体
- 結

序

人類の古代思想発展史には二つの星が輝いている。一人は西洋のアリストテレスであり、他は東洋の孔子である。アリストテレスが創説した「百科全書の科学」は、西洋文化の基礎を定め、孔子が教えた「宇宙を一つにまとめ、些細な事物を包括する」(囊括宇宙、含蘊精微)という儒学は、東洋における文化の伝統をなしている。彼らは、いずれも古代における最も偉大な思想家であって、人類智の共同の誇りであることを象徴している。

法思想は人類の文化思想における重要な構成部分である。孔子とアリストテレスは、いずれも世界における法思想史上の一里塚に自分の名を刻みつけ、後世の人びとに世代を超えて伝えられている。

孔子の法思想の内容と意義をすべて認識するには、孔子の法思想とアリストテレスの法思想について比較的研究をしなければならないが、その研究がいかに重要であるかはいうまでもないことである。

1. 法思想の時代的特徴と階級的内容

歴史がどこから始まろうとも、思想の進行過程もそこから始まる。

法思想はつねに特定の時代の産物である。それは一定の社会の、歴史と階級の理論形式を反映しているものである。

孔子とアリストテレスは、ともに社会生活が大きな動揺と重大な危機に見舞われた時代に成長している。だが、彼らが直面した社会の変化は大きく異なっていた。紀元前4世紀にギリシャの諸邦で発生した社会の変化は、まだ奴隷制度を打破するまで成長してはいなかった。一方、紀元前5世紀における中国社会は、すでに奴隷制度が崩れて封建社会が生

まれ、まさに新旧社会が交替しようとする時代に当たっていた。前者が経過したのは同一社会形態内におけるその範疇での変化であるが、後者は、一つの社会形態から他の社会形態へ移行する時期にあった。社会制度についていえば、ギリシャの社会は基本的にまだ量的な変化の過程にあったが、春秋時代の中国社会は、すでに質的な変化へと発展していたといえよう。深さや広さからみて、孔子が経験した社会変革は、アリストテレスが過ごした社会変革よりも厳しいものであった。

紀元前 431 年から 404 年にかけて、アテネとスパルタとの争いをきっかけに、二大都市国家間で残虐なペロポネソス (peloponnesus) 戦争がくり広げられた。この戦争は、アテネの高度に発達した奴隷主による民主制を破壊しただけではなく、ギリシャの奴隷社会を危機に陥れた。奴隷と奴隷主、自由民おける富裕者と貧乏人、奴隷主と農民や手工業者、および奴隷主内部での異なった階層と集団の間でくり広げられた矛盾と闘争は、日ごとに激しさを増していった。このような階級闘争の複雑な形式のなかで最も突出したものは、大奴隷主階級と中小奴隷主階級との間で行われた政権争奪のための闘争であった。中小奴隷主は、大奴隷主が築いた貴族寡頭政体に反対して共和政体を成立させ、中小奴隷主階級こそが権力を掌握すべきだと要求した。アリストテレスは、実に、この中小奴主階級の代弁者であった。

アリストテレスと比べ、孔子の法思想にみられる時代的特徴と階級的内容は、より高い段階にある。春秋時代における政治経済、文化等諸々の側面の変化は、階級関係のなかで新たな貴族勢力と旧い貴族勢力、および「四民」(農土工商)と称される三大勢力集団の間における闘争と合体を体現させていた。「四民」のなかで、社会の思想文化に対する影響がもっとも大きかったのは士の階層であった。士は貴族の下層から派生した知識人であった。この士(知識)階層の出現は、生産関係と階級関係が変化した結果生まれたものがある。知識階層の社会的地位は農民、小商人、手工業者と接近していた。彼らはすべて、新旧貴族勢力が政権を争奪するため残酷な闘争を繰り返し、また貧欲横暴な搾取をおこなう現

実に不満を抱いていた。社会的地位、生活慣習と思想意識の上からみると、知識階層の身分には旧時代の痕跡がみられるものの、彼らは敢えて現実を攻撃し、理想に向かって果敢に献身する、そうした方向へと導く社会の進歩勢力に属していた。知識階層は、旧貴族勢力の不遜で横柄な振る舞い、頑固で保守的な、そして贅沢な生活に対して憤慨し、新貴族勢力の経済と政治上の支配的地位を争奪するためにはいかなる手段も選ばない、そのような仁義に反するやり方を忌み嫌った。彼らは、人を無限に殺して止まることを知らず、絶え間なく続く戦争が終結して、平和と安らかな生活できるよう望んでいた。彼らは人と人における和睦、仁愛、謙譲を渴望して、現実生活のなかの無慈悲な闘争と互いに騙取し合うことに反対した。彼らは労役を省き、徴税を少なくして、農民を適宜に用いて、勤労する人民の生活の富裕を保障する、そうしてこそ、はじめて国家は豊かで強固なものとなると考えた。知識階層のイデオロギーのなかには、積極的要因と消極的要因が併存し、新しい観念と旧い観念が混然と混じり合っていた。知識階層のイデオロギーには旧時代の形式の残滓がみられたが、すでに新しい社会思想の萌芽も含んでいた。新興社会の進歩勢力を代表する知識階層のイデオロギー及び新旧勢力集団が激しく衝突する社会的環境は、孔子の思想に対して階級と時代の酷印を押した。孔子は知識階層のもつイデオロギーの最大の代表になった。彼は、理論において、知識階層のイデオロギーを確かなものにして、その後、二千余年にわたる中国封建社会の支配思想の主要な成分となった。

孔子の現実生活に対する批判と、彼が抱いている政治思想は当時の支配者には容認されなかった。彼の思想は、公然と人や財産を道具とする奴隷制となじまないものであった。奴隷制の根本的特徴は、奴隷は何ひとつものを持たないが、奴隷主は一切の生産財ないし奴隷を占有することにある。人殉は奴隷制がもたらした必然的な結果である。孔子は人殉に反対し、「始作俑者」に反対したが、その理由は「為其象人而之也」にあった。人道主義をもって民を扱い、「均無貧、和無寡、安無傾」や民に一定の生産財と生活財産を与えることを提唱し、支配者による無限の搾

取、残暴無仁、刑罰の濫用に反対して、「修文徳以来之」を主張し、道徳と文化を修得した者が国を治めるべきことを提唱した。これらの思想は、いずれも奴隷制社会に対する有力な批判にほかならない。

ギリシャの奴隷主による民主政治が没落段階に入ったとき、アリストテレスは、中小奴隷主階級に立場にあつて奴隷制度の保護にあたり、中小奴隷主階級主体とする共和政体を樹立しようとした。奴隷制が崩れて封建制が興起する春秋時代において、孔子は社会の新興勢力を代表する「知識」階級の立場に立って、奴隷制度に対して勇敢に攻撃を加えた。復古的な理論形式の下で新しい社会関係に対して無限の広がりを見ていた。一人は奴隷制を擁護し、他は奴隷制に反対した。奴隷制に対する態度は、まさに孔子とアリストテレスの法思想の時代的特徴と階級的基礎を集約した表現である。

2. 法思想の方法論的基礎

法哲学方法論の面において、アリストテレスがとっている方法は衝突する「二つの路線」すなわち、一つは現実主義方法であり、他は理想主義方法ということができよう。現実主義方法は、主に現存する事物のなかで事物の本質を探求するという客観主義的態度をとっている。理想主義方法は主に理論的角度から事物の本質を探求する主観主義的態度をとっている。この二つの方法は、アリストテレスの法思想のなかによく体現されている。一面で、アリストテレスは、実証論者である。彼は都市国家の善悪に相応して法律にも善悪があると考えた。しかし善法であれ悪法であれ、はいずれも法律にほかならない。彼は、悪法は法であるという観点に賛成している。彼は正義に適っているか否かを問わず、およそ現実には現実として承認しなければならないとみた。たとえば、およそ法律によって公民としての地位や身分を得た者は、それを取得する方式や手段の如何を問わず、彼が公民であることを承認しなければならないという。こうした観点に基づけば、法律は自ら特定の目的を有していないことになる。それは単なる奉仕の道具にすぎない。他面、アリスト

テレスは自然法論者でもある。彼は、法律はある正義公正の原則であり、それは自然が定めた事物の分限に附合しなければならない、と強調した。もし正義と道徳が分離されれば、法律は法律としての意義を失う。そこでアリストテレスは、不正義の「悪法」を法律の概念の外に排除した。これと相応して、法制問題の上で、彼が強調する法制には、正義の原則に合致する法律を制定するという立法の過程が内包されている。このように自然法の原則を堅持する思想は、前述の「悪法も法律である」という観点と鋭く対立し、互いに相容れるものではない。そこで彼は、また理想主義の自然法哲学の高度抽象的な思弁に陥ったのである。

アリストテレスと異なり、孔子は法哲学方法論上、終始、前後一貫する立場を維持している。孔子の法思想は、常に理想主義の方向に則して前進した。孔子は人間の理性をきわめて重視している。彼は理性を人間に固有な本性、すなわち人性とみなした。彼の考え方は、終始、人間の理性をいかに堅持し発展させるかという問題をめぐって展開されている。この問題における彼の理論的立場からみて、孔子の考え方は実に人間学にほかならず、それは人間がいかにその理性に導かれて人間と人間との関係をどう処理するかについての理論である。「仁」は孔子が堅持した最高の理性である。彼は、仁を人間がもっていなければならない重要な属性とみなした。あらゆる重要な政治・法律問題を解決する上で、彼はいつも「仁」をもって究極的な判断基準としていた。法律はいかなる状況のもとであっても「仁」と一致しなければならない。「悪法も法である」や「不法の法」の法的効力を承認するような観方は、孔子の法思想に相反する。彼にとって法律は仁との統一であった。すべての仁に反する現象は、いずれも排斥しなければならない。同じように、およそ仁に反する法律も法的な効力を失い、その存在する理由を失う。

アリストテレスの法思想は、理想主義と現実主義の間で動揺している。彼のある法的観点は現実の生活と衝突するが、他の法的観点はまた現実の生活と妥協した。西洋法哲学史上、彼は最初に法の現実と理想を区別し、法律の存在と当為を区別した。彼は、それ以降の自然法学や法哲学

を前進させる道を切り拓いたばかりでなく、さらに以後の実証主義や現実主義法学の形成に思想的材料を提供した。だが、彼の現実の法律に対する曖昧な態度は、一面で彼の理論は深い哲理に充ちているかのように見えるが、他方では簡単で平易な面があり、甚だしくは浅薄な感じすらしないでもない。

孔子の法思想は理性の原則を一貫して追求している。彼は自らが確認した理性基準で法律を評価し、すべてのものを判定した。彼は終始一貫、猶予を与えることなく理想の目標をたえず追求している。これは彼の法思想と現実の生活の間に矛盾を発生させることになった。彼の深い思考の下に表現された不満、憤慨、感嘆、叱責などは、いずれも現実の政治生活に対して向けられた。中国の法思想史において、彼は最も早く「仁」の原則をすべての政治や法律関係の最高の準則とみなして、その理想の鏡をもって理想不在の現実を写し出したのである。孔子も法律の現実と理想の区別や、法律における存在と当為の相異を明らかにした。彼は両者を調和することには意を用いず、現実が理想に服従し、存在が当為に道を譲ることに努めた。

孔子の強烈な主観主義的色彩をもつ理想主義的方法は、多くの面で彼を同時代の人びとから超越させ、時代の先端に進ませた。このことは、彼の生存時における処遇を如何にも寂しいものにしたが、それはまた死後において彼の名声が百倍になった理由でもある。彼は事物のきわめて小さなところから大きな世界を探求し、礼樂、道義および人間の本質に至り、そこから法の源を探求した。このことは、彼の法思想に、濃厚な哲理の色調を増加させた。彼の法思想は、人に法を研究することの至難さを感じさせた。要するに、法律を認識するには、否応なくすべて初めからなさなければならない。彼は、法律とその他の諸々の多くの現象を関連づけて、これらの結びつきにみられる、ある何か偏重した研究であっても、一つの新しい理論を生み出すことができるとみていた。こうしてこそ、孔学から思孟学派と荀况学派が生まれ、また荀况学派のなかから韓非李斯の法学派が分化されたように、時代とともに進歩し、源流となっ

て脈々と続いていくものである。

方法論上で異なった点がある。それは孔子の法思想はアリストテレスの法思想よりも、さらに統一性と連貫性をもっているため、より自らの理論を上手に理由づけすることができるが、それは同時に、またもつとも容易に現実から離れることもできるものでもあった。

方法論上で同じ点もある。それは孔子の法思想はアリストテレスの法思想よりも、さらに濃厚な哲学的色調を備えてはいるが、それは同時に、またもつとも重大な空想的性質をもっていたのである。

3. 自然法と社会法

孔子とアリストテレスは、国家のもつ法律より上に、他の更に高次の規範が存在していることを認めている。これらの規範は人間の行動を拘束し、人間の行為を評価する尺度だけではなく、国家の法律を導き、法律が体现しなければならない原則と精神である。孔子とアリストテレスは、こうした「法律を超える法」(法上之法)をもって善悪を判断し、法律の内在的価値を確定した。

アリストテレスの法思想のなかで、法律より高い規範は自然または自然秩序であるが、孔子の法思想においては法律より高い規範は「礼」である。アリストテレスがいう自然または自然秩序は自然法の範疇に属するが、孔子がいう礼は、社会法の規範に属するものである。

アリストテレスは、法律の原則と自然法を混同して述べている。アリストテレスの自然法思想によれば、法律と法は二つの異なる概念である。法律には合法なものもあれば法に合致しないものもある。法、正義、自然は同一であり、かつ一体である。法は正義、すなわち自然または自然秩序にほかならない。合法とは、すなわち自然に合致することである。法は、すなわち自然法または自然秩序それ自体なのである。

孔子は、法律を社会関係と社会秩序の上に定めた。孔子の社会法思想によれば、人びとの生活は、社会のなかで一定の行為規範をもって彼らの社会関係を調整しなければならない。このような規範が礼である。孔

子のいう礼は、実に法律規範以外の、社会、政治、経済、道徳、軍事、文化、宗教などを含むあらゆる人間の行為に対して、一定の拘束力をもつ法則である。礼の基本的内容は、人びとが分に安んじて己を守り、慎みを深くして事にあたり、謙遜を旨として人に接すること、これを強調することにある。

アリストテレスの自然法概念は、どちらかといえば空洞化しており、実在的な内容に欠けるところがみられる。自然秩序と社会秩序は、結局は異なるものであるので、自然概念をもって人びとの複雑で多変的な社会関係を測り、具体的な限度を探求し難い。人びとのさまざまな社会関係において、いかなる関係が「自然」で自然の要求に合致するのか、どのような関係が「自然」的ではなく「自然」の要求に反するのか、これを明らかにすることは困難である。

孔子の社会法思想は、豊富な実在的内容をもっている。これは礼の原則が、人びとに対して自分の責任を厳格に守るよう要求しているからである。一つの社会関係があれば、その関係のなかで、人びとは自分の処すべき地位、自分の身元およびそれに応ずる責任と義務を知っている。ある者は自分の社会関係において演ずる役者に満足しないかも知れないが、彼および彼の行為に対して評価する他人は、誰もが彼がこの社会関係のなかでしなければならないことをはっきりと認識することができるばかりか、この社会関係が彼に対してもっている具体的な要求を認識することができる。それ故、礼の内容はきわめて広く、また具体的である。礼は、さまざまな具体的社会関係のなかに体现されている。

アリストテレスの自然法には、さらにより高い規範はない。だが、孔子の礼は、さらに礼より一段と高い規範の指導を受けなければならない。孔子の社会法思想は、近代における西洋の実践主義社会法思想とはまったく異なるものである。孔子は無原則的に社会における一切の社会関係および準則の有効性を承認しているのではない。礼の上には、さらにより高い規範があり、これが「仁」である。仁は礼が依拠するところのものであり、礼は仁の体现である。礼は仁を離れて独立して存在すること

はできない。礼は仁の要求に基づいて定められなければならない。礼を守るには先ず仁を守ることが要求される。「人而不仁如礼何！人而不仁如楽何」。仁を守ることができない者は、必ずや礼を守ることができない。だが、礼を守ることができない者であっても、必ずしも仁をまもることができないとはいえない。仁と礼を比べると仁が第一であり、礼は第二の位である。不仁や不義の言行に対して、孔子は一貫して反対の態度をとり続けた。

孔子の社会思想は、根本的に奴隷制度に反対した。しかし、アリストテレスの自然法思想は、まず奴隷制の合理性と正当性を論証しようとした。アリストテレスは、人間の生来の平等を認めなかった。これは自然が定めたものだからである。自然は万物の差別を確かなものとした。人間には天賦の優れた資質と劣った質資の区別がみられる。前者は自然的に支配する部分になり、後者は自然に従属の部分になる。奴隷は理智の上においても体格の上においても自由人に劣るといふ。彼がこのような積極的に奴隷制度を弁護したことは、アリストテレスが説く自然法思想のもっとも卑しむべきところである。

孔子の社会法思想は、アリストテレスの自然法思想に比べ批判が多い。孔子の社会法思想は奴隷制を保護するのではなく、寧ろこれをもっては奴隷制を批判した。孔子が求めている礼と奴隷制がもつ礼とは大きく異なっている。思想の形式からみると、孔子の社会思想は夏商周以来の礼治思想を継承しており、彼自身も周礼に賛成したことがある。しかし、本質からみて、孔子のいう礼は夏商周の礼と原則的に区別がある。孔子は礼のなかに仁の内容を入れている。彼は、仁と礼を密接に結びつけることにより、仁をもって礼の主とし、礼を仁に従わせた。彼は、礼は常に発展し変化するものと考えていたのである。孔子は、仁の原則に基づき、周礼に対しては「変改」（損益）を行ったが、この彼の周礼に対する変改は、いずれも原則的なものを備えている。孔子の礼治思想は、奴隷制の礼の範疇に属している。彼の現実に対する批判は、過去を見ているのではなく、将来を注視していたのである。

アリストテレスの自然法思想は、法律の実証性を抹殺しなかったばかりか、さらに法律と倫理、道徳を区別して、法律と国家の関係を突出させた。法律の実証性とその役割を際立たせさせることこそ、はじめて法制の強化を明らかにするものである。それ故、アリストテレスの自然法思想が発展すると同時に、彼の法治思想もそれに伴って発展し、また西洋でも最も早く体系化された法治論に形成された。彼の自然法思想は、その法治思想の形成を推進させる役割を果たした。

孔子の社会法思想は法治思想の発展にとって不利である。彼は、礼をもって人に接し、情けをもって人を感動させ、人をさし向けて人を心服させることを説いた。彼は多くの法律以外のさまざまな措置を強調したが、法律手段の重要性に対してそれほど評価をしなかった。彼は社会秩序を人の自然性のうえに設けたが、法律のもつ強制的役割について余り関心がなかった。孔子の社会思想は、理想主義を原則にして主観に突出していたが、客観を見逃していたといえよう。

4. 法律と倫理

ある意味で、我われは孔子とアリストテレスをともに法哲学者であるということが出来る。彼らの法律思想は、一定の体系的な倫理の理論を基礎にしている。だが、この面において、孔子の法思想はアリストテレスの法思想より濃厚で堅実的な倫理的基礎をもっている。

アリストテレスは意識的に政治学と倫理学を分離するとともに、法律と倫理学の距離も容易に引き離れた。だが彼の倫理問題に対する研究は、依然として彼の政治思想を先導するものである。

孔子の法律思想は、彼の倫理思想とまったく一体となって融和された。これは彼の時代における思想家たちに共通する特徴であり、また中国における政治、法律、文化のそれぞれの歴史時代に共通する特徴でもあった。家庭経済を基礎とする遵法制度は、孔子の法思想と倫理思想の統一性を決定づけた。

仁の概念は、孔子が最初に提起したものではない。だが、孔子以前の

仁に関する思想は、粗末なもので体系的に欠けていた。孔子は、仁を人びとの行為の最高の準則であるとして、さらに仁の概念について奥の深い体系的な論証を行って、仁に関する理論を形成させた。仁の思想は、孔子の法律思想の倫理的基礎を構成している。

正義の概念もアリストテレスが初めて提起したものではない。彼は単にそれを法律に運用したにすぎない。彼は、正義の内容は平等であって、法の正義は平均的正義と配分的正義に分けることができる、と揭示した。正義の思想はアリストテレスにとって法思想の倫理的基礎である。

仁を倫理的基礎とする孔子の法思想の基本的特徴は、徳を主にして刑罰は、これを補助するものにすぎず、徳をもって刑罰を除くというものである。孔子が徳を主にして刑罰を補助にした理由はさまざまあるが、当時の諸国における残暴で仁のない支配者に対する抑制を意図しただけではなく、当時においては、法律の効果をただ犯罪に対する処罰として帰結させていたことがあげられよう。孔子は法律の役割を縮小させ、礼教の役割を大きくした。彼は、法律それ自体の教育作用をみることはなかった。

正義を倫理的基礎としたアリストテレスの法思想の基本的特徴は、一般的な善徳を重んずるのではなく、公民の品德を重視することにある。公民の品德を強調するのは、実際に他の側面からみれば法律の重要性を強調することである。これは、公民とは法律によって認められたものであり、公民の善徳は、法律の要請でもあるからである。

権利と義務の面から考察すると、正義を倫理の基礎とするアリストテレスの法思想は権利を重視するが、仁を倫理の基礎とする孔子の法思想は義務を重視している。正義の主な内容は、公平な権利をいかに分配するかを強調するが、仁の主な内容は、人はいかに職責に尽力して義務を守り、自らを克制して人に接しなければならないかを強調した。

孔子の仁思想は、主に支配者に対して提起されたものである。彼は、それぞれの時代において、諸侯国の支配者が結託し闊歩していた時代においても彼らに仁を求めた。彼は理想的社会秩序の樹立を、支配者個人

の道徳的修養によってなされるべきものとして託したのである。こうすることによって、自らいわれる「人治」へ導かれ易くなっていった。

アリストテレスの法的正義は、いかに法律制度の上で人びとの社会関係と政治関係を調整するかに重点をおいている。彼は、理想的な社会秩序の樹立を、法律制度の強化と整備に託した。これは自ら「法治」へと導かれることになる。

アリストテレスの法的正義は、客観的な要因を強調するが、孔子の仁の観念は、主観的要因を強調する。アリストテレスの法的正義が、人びとのさまざまな客観的利益をいかに配分するかに重点を求めているのに対して、孔子の仁の観念は、人の主観的精神作用の素質をいかに改造するかに重きをおいている。

アリストテレスの正義観念と孔子のいう仁の観念は、いずれも古代における神学主義の宗教的、迷信的束縛から離脱し始めたことを示している。前者は、人びとの客観的物質益と権利享有の面から広く社会の公正を探究しているが、後者は、人びとの主観的道徳を完備させる面から理想的な社会秩序を確立するよう努めている。マルクスは、アリストテレス時代において「個人精神の永遠不滅を否定し、また当時においてさまざまな宗教上の神も否認した」と述べたが、彼の言葉は、同様に孔子の時代にもそのまま適用される。孔子とアリストテレスの手がけた仕事は、いずれも「理性の哲学」を探究しており、その目標は同じであってもその経路は異なっている。

5. 法律と政体

法律と政体の問題についてみると、孔子の研究はきわめて浅薄であるが、アリストテレスの研究は、相当に深められている。この面で、孔子はアリストテレスと比較する余地はない。

孔子は、法律と政体の関係を論ずる際、法律と政体に関する問題について言及している。孔子の理想的な政体形式は君主制による政体である。彼の考え方からすれば、法律は唯一君によって作られることはあっても、

民は作ることができない。法律は、国家の最高支配者個人によって制定される。君主制以外に、さらに他の政体形式があることを孔子は知らなかったのである。

アリストテレスの思想によれば、一般的に法律と政体の関係は二つの面に概括することができる。一面は、政体は法律を離脱することはできず、法律によってのみ政体が成立する。もし政体が法律を離脱すれば政体になることはできない。都市国家のいかなる個人や団体であろうとも、法律を破壊し、法律上に凌駕してはならない。他面で、法律は政体が制定するもので、その法律の性質は政体の性質によって決められる。政体には、正統なもの（正宗）と異常なもの（変態）、すなわち良いものと悪いものがあり、法律もそれにともなって善法もあれば悪法の相違もある。法律と政体の関係からみれば、正統な政体の特徴の一つは、法によって成立し、法治を実行するか否かによる。アリストテレスの見方によれば、およそ法律の権威を擁護することのできない政体は、いずれも真の正義を意味する正統的政体とはしえない。政体は法律とともに存在しなければならぬ。

アリストテレスの生態類型とその法的特徴に関する観点は、法律と政治支配の関係をよく揭示していることにある。このような観点は孔子の法思想にはほとんどみられない。孔子には政体に関する概念がなく、それゆえ政体に関する理論もない。前者は、政体の類型とその法的特徴の研究がいかにも具体性があり総合的であるが、後者のこの面における智力は明らかに弱く、創造性と想像力に欠けていた。後者の政体に関する知識がなかったので、全国を統一する君主支配の以外に、他のいかなる形式の支配についても考えたことはなかった。孔子とアリストテレスの法思想のこの面における驚くべき相違は、古代ギリシャの政治生活や思想伝統と、春秋時代における中国の政治生活や思想伝統の間で、この相違はさらに醸成された。

孔子は全国を統一する君主支配方式を前提として自分の法主張を提起したが、彼の法思想には一定の民主的な要因も含まれていたのである。

実に孔子は、民主政体の一つの精神と君主政体を結びつけようとした。彼は民主的な政策論議を提唱し、支配者が堯舜のように仁をもって人に接し、仁政を推進することを望んだのである。

明らかに孔子のような考え方はおよそ実現することのできない幻想であるといえよう。君主制はその実質からいえば独裁専制と一致している。アリストテレスと孔子は、ともに君主制と専制暴政を区別している。しかし、実は君主制を基礎にしては、民主の天国を建てることはできない。君主個人は、ときには「皇恩浩蕩」で「明君聖主」として表現されているが、君主制は一つの制度としては根本的に民主制と相容れない。孔子の民主制が掲げる一つの精神と君主制を結びつけようとする努力は、ついに失敗に終わってしまった。これは、マルクスがつぎのように指摘したことと同様である。「君主政体の原則は、要するに人間を軽視し、人間を侮蔑し、人間を人間として扱わないことにある。モンテスキューが君主政体の原則は誉れ高きものといったが、この点で、彼はまったく誤っている」(『マルクス・エンゲルス全集』第1巻第40頁)。君主制に対する態度において、孔子とアリストテレスが犯したものは、まさにモンテスキューの過ちである。

結

以上述べたことを総括すれば、孔子とアリストテレスが生きた特定の時代や歴史文化の伝統には、相互に類似した箇所もあれば異なっている箇所もみられる。彼らに対する比較分析を通じて、我われはマクロの面からもミクロの面からも、孔子の法思想に対してどちらかといえば、はっきりとした認識を得ることができる。奴隷制社会がしだいに解体し、封建社会が誕生しようとする春秋時代に、孔子は新興の社会勢力を代表する士階層の立場に立脚し、奴隷制という法律制度を果敢に暴き、批判したのである。孔子の法思想が提唱した徳を主とする刑罰を補助し、仁をもって法を統括しようとする考え方は、新興勢力としての士階層の階級利益やイデオロギーを体現したと同時に、客観的には膨大な被支配階級

の一定の利益や要求を反映したものであった。しかし、孔子の法思想は、時代と階級的制約および理想主義的法哲学方法論の影響を受けてはいたが、道徳規範としての作用を誇張して、相対的には法規範的意義に対する評価に欠けるところがあったといえよう。孔子の法思想は、国を治めること民の安定を、君主個人の道徳的修養に託したので、これは必然的に法治を推し進めるには不利である。それゆえ、孔子の法思想は時代の潮流に順応してはいたが、他面では一つの急進的な性質をもっていたから、当時における諸国の支配者に受け容れられることはなかった。とはいえ、上述のように孔子の法思想には、すでに新しい社会へのイデオロギーが芽生えていたので、その後二千余年にわたる法思想の発展に確かな基礎を築いたといえよう。

原著：「孔子亜里士多徳法律思想比較研究」、橋偉・楊鶴臯主編『孔子法律思想研究』（論文集）山東人民出版社、1986年、324頁-337頁。

著者紹介：杜鋼建（Du Gangjian, 1956～）湖南大学法学院院長、教授。法学論文集『法治湖南与区域治理研究』の主編。主著に、『外国人権思想論』（法律出版社、2008）、『中国近百年人権思想』（汕頭大学出版社、2007）、『政府職能転変攻堅』（中国水利水電出版社、2005）、『新仁学一儒家思想与人権憲政』（京獅企画出版社、2001）、『基本人権論』（台湾洪葉出版、1997）等。さらに主要論文300余篇がみられる。なお、杜鋼建「論語四道と新仁学の四主義」、「寛容の思想と思想の寛容—儒学思想と寛容主義」等の主要六論文が、鈴木敬夫編訳『中国の人権論と相對主義』（成文堂、1997）144頁以下に収められている。

なお、中国語原文の難解な箇所について、北海道大学大学院法学研究科附属法政研究センター助教徐行氏より御教示を得た。記して感謝の意を表す。