



Title	報告6 法文化と東アジア法系の確立
Author(s)	倪, 正茂
Citation	北大法学論集, 54(6), 272-290
Issue Date	2004-02-27
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15268
Type	bulletin (article)
File Information	54(6)_p272-290.pdf



[Instructions for use](#)

法文化と東アジア法系の確立

翻訳 倪 正 茂
鈴木 賢

東アジア法系の確立は、東アジア各国の法学者が関心を持つ野心的作業となりつつある。中、日、韓三ヶ国の法学者がこのテーマに関する研究会を継続して開催していくことで、この実現へのテンポをさらに速めることができると思われる。しかし、東アジア各国の社会体制は一樣ではない。欧米の影響を受けて、もともと共通して存在した伝統的な法文化——儒教法文化の伝統は、すでに衰退してしまっている。そして、西洋中心主義がアジアに長く蔓延したために、東アジア法系の確立は一朝一

夕に成るものではなく、これからさらに多くの時間がかかるであろう。こうした点を考えると、次のようなことが法哲学界の主要な任務と言えるだろう。すなわち、東アジア法系の確立に関連するマクロ的理論問題について研究を進めることで、東アジア法系確立のための確固とした理論的基礎を打ち立てることである。法文化についての一般理論やそれと東アジア法系との関係を探究することが、当面の重要課題の一つである。本稿は、法文化の概念、法文化の衝突、法文化の融合、法文化の革新、

そしてこれらと東アジア法系の確立との関係を簡単に考察するものである。不適切な点については、各位のご教示を仰ぎたい。

一

何勤華氏の『日本法律文化研究の歴史與現状』が紹介するところによると、法文化（または法律文化）に対する日本の研究者の考え方には、次のような四つの説があるという。一は、法文化とは法意識であるという説。これは、著名な法社会学者である川島武宜や比較法学者の大木雅夫が主張する説である。二は、法文化とは法の誕生、発展の基礎となった伝統的、歴史的、文化的背景をも含むものであるとする説。これは、法学者の田中茂樹、石井紫郎、鈴木敬夫らが唱えるものである。三は、法文化とは、人々の法に対する態度、価値判断、意見といったものすべてによって形成される思想、イデオロギーを特徴とする文化要素であるという。法哲学者の矢崎光圀の説である。四は、法文化という概念は、「法の象徴的機能」との関係において提示されるべきであるとする考え方である。以上の四説はそれぞれ、法意識を法文化の核心であると考へていたり、法制度の違いを各々の文化背景の違いに求めたり、法文化研究において各

学問分野が果たす役割を強調していたり、法文化研究の方向と範囲を示していたりする。それぞれにおいて獨創性は見られるのだが、これら四説の視野は決して広いとは言えない。例えば、すべての説において、法制度そのものは法文化から除外されているが、これは明らかに理にかなっていない。

アメリカ・ダートマス大学教授のヘルマンは『比較法文化』という本の「法文化の概念」という一節の中で、法文化の定義について検討を行っている。その節の初めに、ヘルマンは「法文化概念を比較研究の焦点としているので、まず法文化の意味するところを定義する必要がある」と指摘しているが、通読したところ、ヘルマンは「文化」という言葉が様々な意味を含んでいることを指摘し、文化は人類の統合から生まれたものであること、かつ人類統合のための条件ともなっている、およそすべての文化というものは、歴史的に形成されるものであり、漸進的に発展するものである、法規則というものは形成された後も、その他の文化要素から新成分を吸収し続けるものである、法文化を決定する要因というのは、多元的なものである、法文化と政治文化の概念には密接な関係が存在するといった指摘をする。その他、メリーマンが説くところの「法伝統」とヘルマンの「法文化」はほぼ同じであると述べて、メリーマンの「法伝統」に

関する言説を引用しているだけである。他人が主張する「法文化」の定義を検討するでもなく、自分の定義を示すわけでもないのである。⁽²⁾これはまさにアメリカの研究者の典型的なやり方とも言うべきで、私に言わせれば、「説明がなければ、まだ理解はできるが、説明を聞けば聞くほど、分からなくなってしまう」類のしろものである。少なくとも、初めに「その意味するところを定義する必要がある」と自ら言うのだから、文中でそれを果たしてもらいたい。これすらできないというのなら、信頼のおける理論的思考、まじめな「比較法文化」研究とは言い難い。高名な学者だからと言うだけで、ありがたがる必要はなさそうである。

ソ連法学界も法文化に対する研究を非常に重視していた。法学者のN・C・ヤリスニク、E・A・ルカツォワ、O・A・クラサフチコフ、N・Φ・リアブク、A・N・スフレフ、C・C・アレクセーエフらは、その著作、論考の中で各自の観点を述べている。C・C・アレクセーエフは、法文化の基本要素として次の四つを指摘している。(1)社会における法意識の状況、つまり法に対する理解の程度、厳格な法遵守に対する要請の程度、法や法制に対する感覚の成熟度。(2)法体制。(3)立法状況。立法の内容と形式が整っているかどうか。(4)法を運用する法機

関の実務状況。⁽³⁾ここにおいて、C・C・アレクセーエフは、「法文化」概念の外延に網羅的に言及してはいるが、概念の定義をしているわけではなく、その中身についても示されていない。中国吉林大学法学院の鄭成良氏は、「論法文化的要素與結構」⁽⁴⁾という論文において、次のように指摘している。本稿における「法文化」とは「社会集団の中に普遍的に存在するある種の生活方式であり、それは直接に法秩序の一部分を構成しており、また法秩序の性質や状態と関係がある。そしてそれは、実際の行為として現れることもあれば、人々が持つある種の希望として表明されるだけのこともある」とされる。本稿は、法文化を法の認知、法の印象、法の評価の三要素に分けている。この他にも、兪栄根、武樹臣、錢元凱、何動華といった諸氏が現在研究を進めており、このうち何氏には法文化に関する専著もある。

上述した研究者の代表的な意見から得た考えに基づいて、私は法律文化（法文化、法文化現象）をさしあたり次のように定義したい。すなわち、法意識を核とする法制度、法秩序、法律行為、法にまつわるハード面（法廷、監獄、刑具など）などといった法そのものが保有し、また具えるべき文化現象。

法文化の研究は、様々な角度から展開することができ、主要

なものであつても歴史学的研究、比較研究、心理学的研究、人類学的研究、社会学的研究、経済学的研究、政治学的研究、方法的論的研究、法理学的研究、法哲学的研究などが挙げられる。私の見るところでは、現在の法文化研究は、歴史学的、社会学的研究の二方面からのアプローチがほとんどである。海外では人類学的、社会学的研究が大きな成果を挙げているが、中国ではめばしい成果は挙がっていない。まさに唐詩の一節にある「五月火雲屯 氣燒天地紅」のように熱を帯びる法文化研究だが、うまく組織的に分業して行なえば、研究の進展に良い結果をもたらすかもしれない。中、日、韓三ヶ国の研究者が東アジア法系の確立に努力し、東アジア共通法の基礎といった問題を議論する際には、まず法文化の一般理論について検討することが妥当だろう。その中でも、法文化の衝突、法文化の融合、法文化の革新はとりわけ重要なトピックである。

一

貨幣経済出現以前、人類社会の発展の歴史において、法文化の衝突は特に際立ったものではなかった。人類が資本主義体制の段階にまで達すると、交通、通信の発達によって、地域ごと

の割拠という状況は打ち破られ、「鎖国」は非現実的な夢物語となった。さらに帝国主義時代以降、国際情勢は激動の時代を迎え、弱肉強食、強権発動が公理となり、封建時代からの何物も帝国主義の砲艦の前になす術もなく、地球はあつという間に「小さな村」に変わってしまった。「帝国主義という怪物が出現してから、それまでは取るに足らないものだった世界中の様々な事情が固く結びつくようになり、切っても切れないものとなった」⁽⁶⁾。

こうしたことから、異なる法文化間の衝突が起こるようになったのである。

法文化衝突の典型は、鎖国政策を放棄したばかりの国に最もよく見られる。近代日本と近代中国はその典型であろう。

日本の鎖国政策は、日本人自らが終止符を打った。「明治維新」後、日本政府はドイツ、フランスなどの西洋諸国の法を手本に、一八六八年から一八八九年までに民法、商法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、裁判所構成法など「六法」を制定し、一八八九年には『明治憲法』を發布施行した。「西洋化」を原則とした立法は、その陣容をほぼ整え、日本のブルジョア法制の基礎が固まった。しかし、日本の法学者川島武宜が『日本人の法意識』の中で指摘しているように、当時の日本人の思想は

法近代化の流れに追いついたと言うには程遠く、依然として、

「前近代」の法意識レベルにあり、法の絶対的權威などはどこを見てもほとんど確立されてはいなかった。日本人の法意識と西洋人の「法律主義」観念の間には大きな開きがあった。その原因として、川島は次の二点を挙げている。まず、近代日本でのブルジョア法制の迅速な確立は、自らの社会的、経済的、文化的要因から起こったものではないということである。つまり、当時の日本の社会文明は、近代法制を確立するまでには発達していなかったということである。当時の法制の刷新は、主に政治的理由から求められたのであり、つまり列強の「治外法権」を撤廃し、国家の政治的独立をめざすことに主眼があったのである。次に、法制度というものは、様々ある社会事象の中でも、比較的表層的なものであり、学習、模倣、移植が容易に可能である。法意識というのは、内心の深層にある信念であり、その社会の歴史や伝統といった文化に縛られるものであって、その慣性は法意識の形成、発展、変化に影響を与えている。そして、日本は中国の伝統文化の影響を深く受けていた国であり、中国の儒教思想、儒家の「徳治主義」、「人治主義」、「礼治主義」の深い影響が、日本人の生活のあらゆる面に及んでいた。したがって、こうした影響から抜け出し、近代的な法意識を確立す

るには、大変な困難があったのである。

中国の鎖国政策は、西洋の侵略者らの砲艦によって打ち破られたものである。当時の中国当局は、日本政府のように「泰西」の法制を模倣しようとすることはなかった。いくつかの租界において、「泰西」法の微光が差したほかは、一八四〇年から一九一一年まで、中国全土において運用されていたのは、封建主義的な法制度であった。辛亥革命後、北洋軍閥期、さらには国民党統治期にあつてさえ、外国のブルジョア法制をまねた法を制定してはいたものの、支配者らが公然かつ強調して掲げたのは、「礼儀廉恥」と徳、礼、人治であった。新中国成立後であっても、こうした封建主義の影響は深く根を下ろして、未だに悪影響を及ぼしている。

華東政法学院の潘大松は『中国近代以来法文化発展考察』⁽⁷⁾という本の中で、新中国成立後の法文化の衝突について、次のように述べている。一九四九年の中国革命の成功、社会の性質の変化は、社会全体、各民族の文化心理構造を激しく揺さぶり、何千年もの長きにわたって残ってきた古いしきたりやならわしの中には廃れたものもあつた。しかし、解放後の幾多の政治運動は、総じて資本主義批判を重視したもので、ここでは封建主義批判が見落とされ、民主と法制の建設が見落とされていた。

平等主義、待遇均等主義（大鍋飯）、個性の否定、何事もツルの一声（一言堂）、特権、法治軽視・人治重視といった悪弊は、形を変えて、意識のないし無意識のうちに、社会全体に蔓延していき、人々の生活と意識を縛ったのである。十年に及ぶ「文革」の惨禍は、事実上、封建主義の全面的な復活であり、封建的伝統文化の存在は、中国の社会主義法制建設における最大の障害をなしており、潘大松はこれを「法と文化のボタンのかけちがい」だと認識している。

中日両国において、法文化の衝突は異なる形で発生、進行し、そして現在の異なる法文化を形成した。このことは、私たちが法文化の衝突について法哲学的分析を行なう上で、多くの示唆を与えてくれる。

一つ目の示唆は、法文化の衝突の発生における政治変革の先導性である。中日両国で発生した変化はともに外からもたらされたものであり、先進的なブルジョア法文化と自国の後進的な法文化との衝突であった。こうした衝突はすべて政治変革が先導してもたらされたものである。日本のような国内勢力による政治変革でも、中国のような外国勢力侵入によって迫られた政治変革であっても、「政治変革」という観点から言えば、同じようにその先導的作用が指摘できるのである。

法文化の衝突発生における政治変革の先導性は、普遍的な法則である。古今東西で発生した大きな法文化の衝突は、みな政治変革の先導性からもたらされたということが見て取れる。

「法文化の衝突発生における政治変革の先導性」という命題とあわせて、論理的にもうひとつの命題を導き出すことができる。それは、経済システムの変化が法文化の重大な衝突を直接もたらすことはない、ということである。重大な法文化の衝突が発生していない地域において、相前後する時期に法文化に重大な変化が生じたなら、そこでは必ず同時に経済システムにおいても重大な変化が起こっているのである。しかも、経済システムの重大な変化がまさに法文化の重大かつ穏やかな変化を促すのである。経済システムの激変というのは、自然に発生するものではない。経済システムの激変が起これば、それは必ず政治変革の先導があつて起こるものなのである。こうしたことから、もし、表面的な現象からは経済システムの激変が先行し、法文化の衝突が後になっているように感じられたとしても、それも政治変革の先導性のおかげによると見るべきなのである。⁽⁸⁾

二つ目の示唆は、法文化の衝突における法意識の遅滞性である。中国はもとより、日本においても、法文化の衝突が生じた際、法意識の変化は法文化のその他の部分の変化より遅れて起

ることがはっきりとしている。川島武宜と潘大松が指摘するように、法意識の遲滯性は現在でも中日両国に存在している。このことは法文化の衝突があった他国の例を見ても、同じことが言える。また、別の角度から見ると、こうした情況はむしろ東アジア共通法の確立、東アジア法系の形成にとって有利に働くと見える。それは私たちが常々指摘するように、伝統的

法文化が似ているということであり、このことは今日の東アジア各国の法制がひとつの方向へ向かおうとしていることの重要な要因であり、そのための前提となる条件のひとつなのである。「法文化の衝突における法意識の遲滯性」という命題と相対

立するのが、法文化に革命的变化をもたらす社会革命および法文化の革命的变化は、法意識の先導性をその特徴とする、ということである。最も典型的な例は、封建社会から資本主義社会へと移行するヨーロッパ各国に見られた法文化の革命的变化である。グロチウス、スピノザ、ホッブス、ロック、ポルター、モンテスキュー、ルソー、デイドロ、フォイエルバッハ、エルヴェシウス、カント、フイヒテ、ヘーゲルなどが、きら星の如く時代を彩った。彼らのブルジョア法観は、社会、大衆に絶大な反響を呼び起こし、広い支持を獲得した。また、それが大きな法思想の流れを生み、社会の法意識を変化させ、社会革

命の発生を強く後押しし、そして法文化全体の革命的变化を引き起こした。このことに鑑みて、中、日、韓の法学界は法文化変革における自らの立場、担っている職責とその重みを認識すべきである。

三つ目の示唆は、法文化の衝突における文化背景性の強さである。これは、文化的背景や文化的土壌が法文化の衝突に与える影響の大きさの事を指している。近代中国の文化的背景、文化的土壌はすべて封建性を帯びている。こうした封建的な文化土壌にブルジョア法文化の種をまいても、それはごく少数のブルジョア維新派や革命派を代表する人物にちらほらと根づくにすぎない。いくつかが蔓を伸ばし始めても、花を咲かせないうちに風に吹かれ雨に打たれ、あっという間に枯れてしまう。「落紅は無情物にあらず、春泥となって更に花を護る」(龔自珍)。譚嗣同の血、秋瑾の血、彼らが払った犠牲は封建社会の中に飲み込まれ、消えて失せてしまったのである。封建文化の土壌は、その上に育っていた先進的なブルジョアジーの法意識を深く蝕み、そうした法意識の芽を大木にまで育て、増やし、広げることを阻み、法文化の正常な進化、革命的な変化をもたらすことを阻んだのである。

これとは反対に、法文化の革命的な変化というのは、常に良

好な文化的土壌、文化的背景の上に起るものである。上述したような西ヨーロッパにおける法文化の革命的变化、およびそれに先行する法意識の変化というのは、一六世紀ルネッサンスが形成した肥沃な文化土壌が基礎となっている。ルネッサンスが作り出した文化背景がなければ、西ヨーロッパにブルジョア法思想の担い手たちがきつと現れることはなかったであろう。

これまで述べてきたように、法文化に革命的变化が起きるには、次のことが必要である。第一に、経済発展を促し、経済システムの変革を推進することである。それゆえ、私は経済建設を中国の基本任務とすることに諸手を挙げて賛成するし、経済システム改革の実行にも大いに賛成の声を上げる。第二に、法学者は自ら率先して法意識の変革を唱える必要があり、併せて先進的な法意識を大きな法思考の潮流へと発展させる努力をすること、最も広範な人民大衆を啓発することができる。日本の法学界は八〇年代以来、こうした取り組みを大いに進めてきた。中国の法学界は、マルクス・レーニン主義の先進的法意識の普及への取り組みといった面では従来大きく遅れをとっており、今すぐ立ち上がって社会改革に身を投じ、社会主義法制建設実現の作業に従事しなければならない。研究室にもつて誰にも理解できないような「絶唱」のために、尊く、限りある命

を消耗するようなことが「楽しいこと」だと考えるような時代が二度とあつてはならない。第三に、真正正銘の中華文化復興運動を展開しなければならない。ここで言う復興とは、もちろん過去の繰り返しのことではない。封建文化の残滓の根絶を基礎に、文化建設のピークを盛り上げて中華新文化を打ち立て、かつてあつたような中華文化の繁栄を再現し、中華文化の威風を再興することである。これと併せて、東アジア各国の経済システムの接近を基礎に、市場経済方式による取引の発展を促し、法学界は法意識変革の提唱に励み、文化的基礎全体の革新と建設においてたゆまぬ努力をし、新しい法文化の形成にとって必須の肥沃な文化的土壌という背景を作り出すことこそ、最終的に東アジア共通法の創成、東アジア法系の確立を目指す上で不可欠の前提なのである。

二二

古代ローマ法文化の変遷は、法文化の融合の典型と言える。

紀元前四六二年、ローマの平民護民官が成文法の編纂を提案したが、貴族の反対にあつた。平民による身分闘争を経て、紀元前四四九年に古代ローマ初の成文法である『十二表法』が制定

された。この後も、平民の闘争は続き、紀元前三六七年にはリキニウス・セクスチウス法が、同三二六年にはポエテリウス法などの法が制定され、平民が執政官やその他の高級官員に就任する権利を獲得した。紀元前二八七年に制定されたホルテンシウス法は、平民会を完全に立法権を備えた機関と定めた。このように二世紀にわたる闘争を経て、ローマの平民は、貴族との間で法の下の平等を獲得したのである。紀元前三世紀から一世紀まで、ローマ法の主な特徴は、市民法が支配的地位を占めていたことにあるが、ローマ法の新しい要素である万民法も徐々にその芽を伸ばし始めていた。市民法はローマ公民に適用されるだけで、異邦人は法の保護から排除され、例え自由民であっても市民法に定められた権利を享受することはできなかった。商業の発展とローマの支配地域の拡大に伴って、ローマ公民と異邦人、被支配地域の住民の別によって法を使い分けることの矛盾が増大することになった。そうした内部問題とローマ公民間の権利義務関係を解決するため、紀元前三世紀に万民法が生まれた。「万民法」、その意味するところは「各民族共通」の法ということである。万民法の源泉は、一つはローマ固有の「私法」規範であり、もう一つはローマ人と関係を持つようになった他民族の規範である。それはおもに、財産関係の規律に適用

された。家庭関係、婚姻関係、相続問題については、依然として市民法によって規律された。万民法の体系は市民法に比べてより整備されていて、より柔軟性を備えており、ローマ奴隸制経済の発展と支配階級の利益に、より適応したものであった。こうしたことから、最高裁判官は万民法の原則を市民法にも拡張して適用することが常となった。その後、異邦人が公民権を獲得するようになると、この二つの法体系は徐々に同化していき、ユスティニアヌス帝期に大臣の指揮の下、『ユスティニアヌス法』が編纂され、万民法体系と市民法体系はついに統一され、同時にローマ人と異邦人の法文化の融合が実現されたのである。中国の南北朝時代においても、法文化融合の典型的な事例が見られる。北朝の魏は、三八六年、鮮卑族の首領拓跋珪が打ち立てたものである。北魏には中原を支配する以前、文字もなければ、法もなかった。「法というルールはなく、すべては口約束で、刑法のような法もないから、犯罪者はみなそれぞれに審判された（決辞訟、以言語約束、刻契記事、無圍圖考訊之法、諸犯罪者、皆臨時決遣）⁹⁾。中原を支配して以降、鮮卑の支配者は統治手段として法の運用に注目するようになり、そうしたことから『北魏律』が制定された。『北魏律』は、主に漢律を継承しており、それに魏晉、南朝の法を斟酌して制定された。異

民族支配という特性と社会の急変に対応するため、北魏の太祖から数えて、『北魏律』は九度の改編が行われている。『北魏律』には漢律の精神が浸透しており、例えば、「不道」、「詐欺」は嚴罰とするなどの点がみられる。有名な歴史学の泰斗、陳寅恪は『隋唐制度淵源略論稿』の中で次のように指摘している。「魏刑律実は、中原土族に伝わっていた漢学、河西で発展した魏晋文化、そして西晋以来の律学を取りこんで、当時の法の集大成とも言ふべきものとなった。……北魏期の法を総合的に比較してみると、それぞれのエッセンスを取りだし、それを吸収していく過程は偶然の出来事ではないことが理解できる」。陳寅恪は、当時の鮮卑と中原土族の法文化の融合を非常にうまく概説している。

国内外の典型的な法文化融合の例は、私たちに多くの示唆を与えてくれる。

その一つ目は、法文化の融合は、より先進的な法文化へと向かうということである。古代ローマにおいて、支配層にあったのはローマ貴族であった。その後、平民は闘争によって法の下において平等な権利を勝ち取ったが、それでも支配権はローマ人にあり、異邦人にはなかった。しかし、異邦人の法文化がローマ人の法文化と融合する過程において、「万民法」に象徴され

る異邦人法文化は、主導的な作用を發揮した。そして、最高裁判官が「万民法」の原則を「市民法」にも適用することが一般化するようになったのである。北魏において、絶対的な支配層であった鮮卑族であるが、その法文化は漢族の法文化に「闘わずして敗れ」、「取って代わられて」しまった。中国古代史において、異民族が中原に侵入し、最終的に支配者となったという史実は幾多となくあり、元朝、清朝の成立もこうした例である。しかし、モンゴル族、満州族の法文化は、漢族法文化と完全に融合することとなった。その理由は、当時の漢族法文化が侵入支配民族の法文化と比べて、先進的であったことにある。

現代の世界において、あるいは現代東アジアにおいて、どの法文化が先進的な法文化なのであろうか。中、日、韓三ヶ国の法文化のうち一つを選び、それを「先進的法文化」として認め、他の二国の手本とすることが可能であろうか。明らかに、現在のところでは、このようなことは不可能であり、これまでにもそうした例はまったく見られない。しかし、だからこうした事実を無視して良いと言っているのではない。東アジア各国、まず中、日、韓の各国が、自国の法文化の研究を進め、その特徴と長所をまとめた上で、比較を行わなければならない。こうした基礎の上に、各国法文化の長所を取り上げ、研究者が解明し、

提唱し、発展させることを通じて、各国共通の法文化というものが徐々に形作られていくのである。こうしたことの実現には、大変な粘り強さが必要である。

二つ目の示唆は、法文化融合の漸進性である。古代ローマにおける異邦人とローマ人の法文化融合が、仮に「万民法」の誕生から『ユスティニアヌス法』編纂までだとすれば、実に八つの世紀にまたがっている。鮮卑の拓跋珪が北魏政権を興した後、『北魏律』は九度の改編を経た。こうしたことは、法文化融合の漸進性を示す実例である。これから分かるように、法文化の融合は、突発的に発生するものではないのである。

しかし、漸進性と緩慢性は異なる概念である。ローマ人と異邦人の法文化融合には八〇〇年の時が流れた。確かに相当長い過程ではある。しかし、これはその他多くの要素が「絡みあつて」そうなつたのであり、法文化の違いだけがその原因なのである。もしも、法文化の違いがその融合の過程においては決してない。もしも、法文化の違いがその融合の過程においては、必ず緩慢化、長期化をもたらすのであれば、北魏、元朝、清朝における短期での法文化融合を理解することはできない。

東アジア各国の法文化の融合も、やはり漸進的な発展を辿ることになる。それには、交流を促進し、虚心に学ぶことが重要な前提となる。現在、中、日、韓三ヶ国の法学研究者は良好

な協力関係を築き始めており、その関係は非常に緊密で、こうしたことから私たちは東アジアの法文化融合の未来は明るいと感している。先ほどの漸進性は緩慢性ではない、ということもここでも同じように言えるだろう。つまり、機会を得たら精一杯努力を惜しまないこと、いまこのことを非常に重視しなければならぬ。

三つ目の示唆は、法文化融合における法の先行性である。法文化の融合は、法文化のあらゆる要素の融合であり、法文化の一要素、あるいは少数の要素の融合ではない。しかし、すべての要素が融合していく中で、法の制定は常に中心的地位を占めており、しかも先行性を有している。元朝初年、清朝初年において、モンゴル王公、八旗の子弟らの多くが法の拘束を拒絶するという出来事が起こった。しかし、法の制定、発布が先であったので、こうした「騒動」は徐々に下火になっていき、最終的には法意識やその他の面においても全面的な「同化」、つまり融合が達成された。元、清の成立後、モンゴル族貴族、満州族貴族の中には漢族の儒家に教えを請い、「礼法を学ぶ」という現象が現れ、ゆつくりだが、律学も漢族法文化に組み込まれるようになった。こうしたことは、まず法が制定されることによつて発生することである。法の制定が先行しなければ、法文化の

融合は生じないばかりか、その抛りどころを失い、融合の基礎を失うことになる。このことに鑑みれば、私たちは法文化の理論問題の研究について引き続き努力を重ねる一方で、あれこれとたくさんある具体的な法律について、共通認識の醸成を図る必要がある、そうすることで具体的な法制を以って法意識や法文化の接近、融合へと導くことができる。

法文化の融合における法の先行性は、実際のところ政治力がある法文化融合を保証していることを示している。法の先行には、政権の安定という基礎が必要であるからである。これが国際関係になれば、さらに各国間の相互信頼、誠意ある協力が必要となるであろう。国際間に問題が生じたからといって、戦争をして争うなどというのはもつてのほかだというのは歴然としており、このようなことでは、法文化の融合など話題にもならない。中、日、韓の法学者に共通する責任は、国際平和の発展に努力を惜しまないことである。「やるべきことは山ほどあるが、中でもこれをいちばんに取り組まなければならない」。

平和は、東アジア各国国民の幸福の根本であり、法文化の融合、共通法系確立の根本なのである。

四

法文化の衝突と法文化の融合は、二種の異なる法文化による相互作用の結果であり、その終局状態なのである。前者であっても後者であっても、先進的な人々は積極的に革命的態度をもって、対応するのである。もし、外来の法文化が先進的なものであるのなら、自己革命をもって、それを受け入れようとするのであり、もし後進的なものなら、革命をもって、消し去ろうとするのである。

法文化の衝突や法文化の融合とは異なり、法文化の創新について特に指摘する必要があるのは、それが、異なる二種の法文化の対立が発生していない情況下における法文化の発展だからである。法文化の衝突と法文化の融合は、歴史が進展、展開するある特定の時期にだけ起こるものである。世界各国の歴史において、その大部分の時期は、自国法文化の穏やかで緩やかな発展の過程である。二千年に及ぶ中国封建社会の歴史の中で、そこに異民族侵入期は含まないとすると、この二千年は基本的に儒教法文化を核とする漢民族法文化の発展の歴史であるのだが、中国法文化は特に重大な変化もなく、ほとんど停滞に近い状態であった。もちろん若干の進歩はあるが、法意識はもとより、法制度やその他法文化の要素においても、ゆっくりとした蝸牛が塀を上るが如く、一進一退をくり返しながら前進してき

た。祖先の「輝かしい業績」の間を縫って続いてきた「中庸思想」と惰性という遺物は、いまもってなお中国人の精神を蝕んでいる。毛沢東はかつて、「一万年なんぞ長すぎる、今を争わねばならない（一万年太久、只争朝夕）」という偉大な呼びかけを行なったが、反響は大きくなかった。中国はまるで巨大な貨物船のようなもので、「千の帆船が先を争い、万の大船が流れをいく」狭い川の上をゆっくりと進んでいるのである。欧米や日本が先頭を進み、「NES 諸国」はそれに迫らんとしている中、また「ASEAN 諸国」も猛追している。今なら毛沢東の話は「百年なんぞ……」と変えなければならぬところだ。ありとあらゆる方法を用いてシステム改革を急ぎ、科学技術の発展に全力を挙げることで経済建設を推進すると同時に、とりわけ重視しなければならないのは法文化の創新である。このことは、共通の法系を模索する東アジア各国の法文化の発展においても、同様のことが言える。EC は発展して、「EU」となった。北米の NAFTA は、まだ最終的な連合形成には至っていないが、歴史的に関係が深い地域であるので、北米はすでに「同盟なき同盟」を結んでいる状態で、北米法系は実際のところ、以前から客観的に存在していた。しかるに、東アジア各国は二度の大戦において互いが敵同士になったこともあって、協力して発展を目指

し、ともに進むという機会をなかなかつかめなかった。世界経済一体化の波が席卷する新世紀にあって、東アジア各国も「一万年太久、只争朝夕」の精神を以って緊密に協力しあい、奮起することで世界の流れに遅れをとらないようにする必要がある。法文化創新を求めることは、積極的に先進的法文化を導入することである。先進的法文化を導きの糸として、自国の国情を考慮しながら細部を検討し、鋭意革新を求めべきである。

そのためには、外国の法文化に対する批判・参照と学習・継承の弁証法的関係をきちんと処理する必要がある。人類の法文化発展の歴史は、特定の国や特定の階級の「専売特許」ではなく、人類の共同努力による創造物であり、苦難を乗り越え手に入れた全人類の叡智の結晶なのである。それには、まず評価を行なった上で、これを参照し、学び、導入するという手順を踏むことで、自国法文化の確立へさらなる一步を踏み出すことができる。創新といっても、廃墟の上に展開するわけではなく、旧文化をきちんと理解した上にこそ新しい法文化の発展があるのである。

法文化の創新のためには、さらに量的変化と質的变化の弁証法的関係にもきちんと対応する必要がある。創新と簡単に言うことはできるが、すぐにどこからか新しい法文化を呼び寄せる

ことができるわけではない。それに関係する膨大な積み上げ作業をきちんと行なうことが肝要である。「千里の道も一歩から、礎あつての高樓の言葉のように、こうした積み上げ作業があつて初めて、量的変化から質的変化へと飛躍するときがあるのである。鄭成良の「論法律文化的要素與結構」という論文の中で、

彼は伝統的文化と現代法文化の質的違いを丁寧の説明し、こうした異なる二種の法文化を生み出す五つの変数を分析している。

その五つとは、第一に、身分的特徴と能力的特徴、第二に、特殊性と普遍性、第三に、評価標準と情感標準、第四に、はっきりとしない抽象的な期待とはっきりとした具体的な期待、第五に、集団志向と個人志向である。もちろん、この他にも法文化の相違を生み出す変数はあるはずである。これらの変数はすべて同じように法文化の創新と密接に関係しているのである。それぞれの変数から研究を始め、私たちが各々努力を惜しまなければ、法文化は量的変化とその蓄積を経て、新たな質的飛躍へと変化を遂げるだろう。これは法学者がいささかもおざなりにしてはならない点である。

以上が法文化に関する一般論である。はっきりとしていることは、東アジア法制の確立、東アジア法系の形成への道のりは、まだまだ遠いということである。ここで、私たちは少し差し迫つ

た問題について検討をしなければならないだろう。それは、東アジア各国の法文化創新へ向けて共通して立つべきスタートラインはどこにあるのか、さしあつての具体的課題と課題達成の道すじなどの問題である。

五

私が思うに、東アジア各国の法文化創新にあつて、共通するスタートラインとは、次の「アンチ」にあるのではないだろうか。

まず、一つ目はアンチ西洋中心主義である。

西洋中心主義（欧州中心主義）は、まず西洋諸国の経済が急速に發展し、植民地主義の横行に随つて、世界中に拡散した。日本の研究者千葉正士は、C・E・ブラックを引用して次のように言っている。西洋中心主義とは、「一種の強烈な人種中心の観点であり、西欧人と英語圏の民族が発達させてきた生活様式が主導的な生活様式だと基本的に考えており」、「このような西洋化と相通じる歴史解釈が……アメリカの学界ではいまだに支配的である」。(1) 法と法学における西洋中心主義とは、アメリカ法やコモン・ローを模範、標準とし、それらを「正統」と考

えて、「モデルとして輸出」しようとする。「第二次大戦」後の日本は西洋中心主義の影響を深く受けており、それは現在批判されるところとなっている。中国も「文革」後、「依るべき法がきちんとある」法治社会の建設が急務となり、「無法無天」という悪夢のような生活に終止符を打つことを渴望した。大勢の学生が遠く海を越えて西洋の法制度を学び、帰国後は当然のように西洋の法や法制度を参考に、ときには「移植」を旨とするようになり、何についても「××国では……」と言うことは珍しいことではなくなった。このように西洋の「法帝国主義」を軽々しく信じ、盲目的に受け入れることでは、中国が法治建設の正しい道を進めるとは思えない。現在、スペイン、オーストラリア、インド、そしてなんとアメリカの研究者の中にも、西洋中心主義を批判する動きがあり、東アジア各国も現実にあつた共通法、東アジア法系の確立を目指すのであれば、法における西洋中心主義に反対し、それを私たちの法意識、法律観から取り除かなければならない。

そのためには、東アジア地域の法文化の現状を研究する必要がある。東アジア地域の法文化史を研究する必要がある。私たちは西洋国家の法や法学からエッセンスを抽出し、参考とすることに反対するのでは決してない。というのもそれは人類の精

神文明の宝であるからだ。しかし、それが真理であるならば、どうしてこんなに齟齬が大きく、現実、歴史をまったく顧みないようなものなのか。西洋の馬は前だけしか見ないというのだろうか。

二つ目はアンチ国家中心主義である。

国家中心主義の歴史は長く、伝統的法制度の中にはそれを生命線としているものもある。

東アジア各国の法文化の伝統、とりわけ中国の法文化の伝統を見てみると、義務重視、権利軽視といった義務本位の欠点、人治重視、法治軽視といった人治本位の欠点があり、これらはどれも国家中心主義と密接なつながりがある。古代中国には、儒家、墨家、道家、法家、陰陽五行家、および雑家、心学家、性学家などの思想流派が現れ、互いに論争し、鋭い対立があり、特に儒家と法家の対立は激しかった。ところがよく見てみると、道家が「清静無為（心静かに何事も自然に任せる）」を唱えたのを除いては、各家各派とも皇権を至高無上のものとしたのが特徴である。儒家と法家の両派は事あることに対立してはいたが、皇帝を崇めて、立法、司法、行政、財政、軍政の大権を一手に掌握させようとしていたという点から見れば、両者はまったく同じである。儒家、法家の信奉者はいつの時代もこのよう

であった。彼らは、国家中心主義をその極致にまで高めたと言える。国家と皇帝を同一視するなど、国家中心主義が持つ集権の本質と非人道的本質をさらけ出している。しかし、こうしたものにも長所はある。それは国家中心主義がいくら人心を惑わす美辞麗句を以って繕つても、たちまちに自ら破綻を来すということである。私たちは、皇権中心主義に対するのと同じように、国家中心主義に反対しなければならぬ。法の歴史は、人類解放の歴史そのものである。法の本質は、人権、人格の尊厳、公民の生命財産の安全を守ることにある。法において国家中心主義に反対し、法を人民のものとし、法は人権を擁護するものだと意識させ、人権擁護こそが法の真髄であると認識させること、こうしたことは新しい法文化の創造にとって本質的な役割である。

そのためには、法を道具とみなす、法道具主義にも反対しなければならぬ。人類は、法を道具と見誤ることで起きる悲劇を何度も経験してきた。しかし、現在に至っても、そうした誤りはいまだに蔓延している。こうした方面に対する日本の法学者の見識は、東アジア各国の法学者が学ぶべきところであろう。彼らは、憚ることなく明治維新以来一五〇年に及ぶ法制の整備は「失敗だった」と言う。その理由は、この一五〇年来の日本

の法制整備が、法道具主義の下、進められ、しかもこれは今もつてなお政府当局の上層部に温存されているからだという。中国の学者はこの問題について認識し始めたところで、まさに試行錯誤中の問題であり、法道具主義脱却への努力は、現在と今後の法治建設に正しい価値選択を促すであろう。こうした認識は、法道具主義の実体は国家中心主義であるとの考えに基づいている。両者は、人権、人格の尊厳、国民の福祉を顧みない、という点で悉く一致しており、法が最も重要、最も尊いものとして擁護する必要があるこうしたものを二の次にしているのである。これは、完全に民意にそぐわないばかりか、法の本質ともかけ離れている。

三つ目はアンチ人類中心主義である。

人類は確かに地球上で最も高度な智慧を持っており、自己の利益や福祉を求めて何かをするのは当然のことである。しかし、人類は大自然の中の構成員なのであり、人類だけの利益にこだわり「自然と人との調和」を軽視し、生態系を無視すれば「持ち上げた石を自分の足に落とす」ような結果になるのは必定である。今日、人類が有する科学技術力は人類に比類のない巨大な利益をもたらす一方で、自然の調和を破壊し、連鎖を乱し、人類がよって立っている根本を破壊しようとしていることに間

違いはない。他方、私たちの法は人類中心へと向かう傾向があり、人類が生きていくために必要な自然環境の保護など顧みず、至るところで生態系バランスの崩壊を招き、多くの動植物を絶滅に追い込んでいく。これは人類自身の利益を破壊しているの他に他ならない。こうしたことから、人類中心主義に反対し、「自然と人の共生」、「自然と人の調和」の法観念を育てることを重視することも、現在の東アジア各国の法文化建設にあつて重要なことである。これについては、急速な経済発展を続ける中国が負う責任は重大である。

東アジア各国の法学者が、西洋中心主義、国家中心主義およびその変種である法道具主義、人類中心主義に反対することを重視するならば、東アジア法文化の創新への下地はできたと言えるだろう。もちろん、それは法文化の創新そのものではない。その創新のためには、東アジア各国法文化創新の具体的内容、創新達成への方法について検討を深める必要がある。

六

私が思うに、東アジア各国法文化の創新において、さしあたって取り組まなければならないことは、「民賦人權」観念の確立

であり、「法権を民がコントロールする」体制、システム、法の確立である。法文化創新を達成する方法もこれらと密接なつながりを持つ。

古えから今まで数多くの自然法学者はこれまで皆が「天賦人權」を信奉しており、人々の権利がすべて「自然権」であると認識していた。しかし、漠然とした「天」が、どのようにして人に権利を賦与するのか。「自然」は確かに存在するが、「自然権」とは何物ともつかぬまやかしのようである。人間が持つ具体的な権利は、人間によって自ら附与されるのみである。「民賦人權」観念の確立には、第一に唯物主義に基づく客観的な根拠がある。第二に、それは弁証法の要請に合致し、歴史的、具体的な時代情況に基づいてその具体的な権利内容を定めることができる。第三に、人權の由来が「民賦」にあるという特徴から、民衆が自らの権利を自覚し、それを実現するために弛まぬ努力を促されてきたのである。

現代の国家机关の立法権や、司法権、行政権、さらには財政権、軍政権、外交権などの設定と行使については、いずれも憲法や法律にその定めがある。したがって、「法権」や上述のような法定権力を誰がコントロールするかということが、権力が濫用されるかどうかを決める重要な鍵を握る。世界の歴史を

見渡せば、奴隸社会、封建社会は言うに及ばず、例え「自由民主の楽園」を自負する先進資本主義国であつても、民衆が實質的に国家大権を握り、うまくコントロールしていたことなどなかつたのである。今日、世界各国において、重要な権力はある程度、「民意が反映される機関」がコントロールするようになつてはいるが、多くの場合、民意はねじ曲げられ、民衆の利益は損なわれている。「官にゴマをする」、「官に媚びる」といったことは、世界中において日常茶飯事であり、ごく当たり前の「奥義」であるが、それはそうすることが「自己の利益になる」からなのである。法文化の創新をするといつても、「官による法権のコントロール」という旧弊から脱却しなければ、「創新」という言葉もまったくその価値を失つてしまう。「法権を民がコントロールする」新体制、新システム、新法制を確立するところが、法文化創新の大きな目的なのである。

「民賦人權」と「法権を民がコントロールする」ことの實現のためには、従来のような上から下への改革を、下から上への民衆運動に転換する必要がある。市民運動が市民社会を作り、市民運動を通じて市民社会が成立していくのである。今日の各国の状況を見ると、およそ市民運動が広く展開し、市民社会が成熟している地域では、民意が踏みにじられることは少なく、

人權への意識も高く、民衆は法の主役としての主権者という地位だけでなく、法の下の平等といった頼れる保障をも手に入れている。これとは逆に、市民運動もなく、市民社会の成熟が遅れている地域では、民意は蔑ろにされることが多く、人權は身近に意識されず、民衆は法の主権者とは言つても名ばかりで、これでは法の下での平等も画に描いた餅である。したがつて、法学者として法意識の啓発と更新をその任とし、「民賦人權」觀念の解明と発展に努力し、「法権を民がコントロールする」新体制、新システム、新法制の確立に力を注ぐことは、まさに私たちの責任に帰すべきところであり、これを拒むことなどできない。

東アジア共通法の確立、東アジア法系の形成のためには、まったく新しいスタートラインが必要であらう。法文化の創新は、そうした新スタートラインを見つけ出し、そこから進むべき道を確定するものでなければならぬ。東アジア各国の法学者にはこの方面において、「広大なフィールドが待つており、大いに力を発揮する」ことが期待されているのである。

- (1) 『中外法学』一九八九年第五期、五三頁。
- (2) 『比較法文化』賀衛方他訳、三聯書店、七四一頁。
- (3) 『法の一般理論』、二二〇—二二三頁。
- (4) 中国人民大学『復印報刊資料 法学』一九八九年第一期、一三二—一三四頁。
- (5) 岑参『河東に帰る祁樂を送る』『唐詩別裁集』二二二頁。
- (6) 『毛沢東選集』人民出版社、一九六六年版。
- (7) 『社会学研究』一九八九年第二期、一一五—一二二頁。
- (8) ここではさらに説明をする必要がある。まず、「衝突」と「変化」は異なる概念である。同様に、「法文化の衝突」と「法文化の変化（あるいは法文化の重大な変化）」も異なる概念である。両者を混同してはならない。次に、経済システムの「重大な変化」と「激変」も異なる概念であり、混同してはならない。この点は本稿の検討範囲を超えるのである、ここではこれ以上述べない。
- (9) 『魏書・刑罰志』。
- (10) 中国人民大学『復印報刊資料 法学』一九八九年第一期、二二—二三頁。
- (11) 千葉正士『法律多元』強世功他訳 中国政法大学出版社、一九九七年、一六頁。
- (12) 毛沢東「改造我們的學習」『毛沢東選集 第二卷』参照のこと。毛沢東はこの中で次のように批判をしている。「マ

ルクス・レーニン主義の学者であつても、その多くが、諸外国の例ばかりをありがたがって唱えているが、このような態度は、自身の先祖に対して申しわけが立たないことだということを忘れてしまつてゐる。現状から真摯に学ぼうとする空気は薄く、歴史を真摯に学ぼうとする空気も薄い」。

(13) 千葉正士は前掲『法律多元』（二八一—二九頁）の中で次のように述べてゐる。「Lawrence Friedmanは『すべての法制度が……適用可能である』と認識しているわけでは決してなく、彼はアメリカの専門家を『法帝国主義』の提唱者だと早くから考えていて、『こうした見方は、体系立ったものではないが、言い得て妙といった感がある』」。

※訳者付記

本訳稿は平岡伸志氏（当時、北海道大学法学部生）が作成した下訳に訳者が補正を加えたものである。したがつて、實質的には平岡氏との共訳によるものであることを付記する。