HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	伝統中国における「観念的権利」の欠如　－私権形成の基礎をめぐる文化的ルーツの視角からの比較考察－
Author(s)	彭, 誠信; 鈴木, 賢//訳; 金, 東煥//訳
Citation	北大法学論集, 55(2), 193-222
Issue Date	2004-07-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15291
Type	bulletin (article)
File Information	55(2)_p193-222.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

伝統中国における「観念的権利」の欠如

――私権形成の基礎をめぐる文化的ルーツの視角からの比較考察――

彭　誠信
鈴木　賢・金　東煥　訳

一　「観念的権利」と「実在的権利」――文化的ルーツの起源を探る

（一）伝統中国には発達した財産、契約制度、すなわち、「実在的」権利が存在した

西周の「溥天之下、莫非王土；率土之賓、莫非王臣」[1]を嚆矢として、歴代王朝の動産および不動産にかかわる制度は、伝統中国に高度な財産制度が存在していたことを具体的に示している。また、「詩経」の中の「氓之蚩蚩、抱布貿絲」[2]および「周礼」の中の「聽称責以傳別」「聽取予以書契」、「聽買売以質剤」[3]

といった記述、さらには各王朝時代に現れた各種の契約文書によって行われた取引の存在と実在的財産権の帰属を定めた制度は、伝統中国に契約制度が存在していたことの証左である。[4]

歴史的事実は、我われに伝統中国にも西洋社会と同じく（もっとも程度において差があったかもしれないが）高度な財産、契約などに関する私権制度が存在したことを教えてくれる。私権が存在しなかったというならば、伝統中国法には、窃盗に対する刑事的制裁も、土地の帰属、使用などに関する制度、規範は存在しなかったはずである。確かにこれらはローマ法のように発達した私法体系を形成することはなかったとはいえ、また本来私法上の保護にかかわる問題も刑律の中に出現したとはいえ、これをもって伝統中国に「実在的」私権（以下、この点について詳述する）が存在したという事実を否定することはできない。鄭成思が指摘するように、「我われは民法が存在しなかった時代あるいは状況であっても、民事上の権利が存在しないと考えることはできない。刑法ないし行政的取締法規、法令、勅令などの規定によって、伝統社会でも、現代でも一定の民事権利が形成され続けてきたのである」。[5]

（二）伝統中国にも「実在的」権利観念があった

中国では太古の古から財産帰属（所有権）の確定にかかわる私権観念が存在していた。たとえば、孟子が以下のように述べているごとくである。すなわち、「……若民、則無恒産、因無恒心。苟無恒心、放辟邪侈、無不為已」。[6]

趙国の慎到はかつて、「定賞分財必有法」[7]と述べ、物の帰属を規律することは、社会の客観的要請であるとの考えを記している。以下のように彼は印象的な例をあげてこれを説明している。すなわち、「一兎走街、百人追之、分未定也」「積兎満市、過而不顧、非不欲兎、分定不可争也」。[8]

秦の商鞅も同様の考えおよび類似した法的比喩を述べている。すなわち、「一兎走、百人逐之、非以兎可分以為百也、由名分之未定也。夫買兎者満市、而盗不敢取、由名分已定也。故名分未定、堯、舜、禹、湯且皆如鶩焉而逐之」「名分已定、貪盗不取。……名分定、則大詐貞信、民皆願悫、而自治也。姑夫名分定、勢治之道也」「名分不定、勢乱之道也」。[9]

さらに、北宋の蘇軾は、「且夫天地之間、物各有主、苟非吾之所有、雖一毫而莫取。惟江上之清風、与山間之明月、耳得之而為声、目遇之而成色、取之無禁、用之不竭、是造物者之無尽藏也」[10]と述べている。

このほか、中国史上たびたび起きた大規模な農民蜂起もまた、

民衆の財産上の権利に関するラディカルな主張の表れであったとも解される。

一般的にいって、意識あるいは抽象的思惟および概括能力というものは、人間の本能の反映である。したがって、それら（権利意識を含む）が生起するのは、ごく自然なプロセスなのである。たとえば、A. M. Honoreは以下のような例を挙げてこれを説明している。「子どもが、クリスマスのプレゼントは、それを発見した人ではなく、プレゼントの包みの裏に書かれた名前の子どもに送られたものであることを知った時に、また原始村落で死者の財産がそれを先取した者ではなく、死者の息子あるいは姉妹の息子に帰属させるという規則をもつに至った時、我われは彼らには少なくとも所有権に関する萌芽的観念が生まれていることを知るのである」[11]。同じ道理から、伝統中国社会でも財産の帰属を確定する「実在的」権利観念が存在したとしても、少しも怪しむに足りない。

（三）伝統中国に欠けていたのは「観念的権利」である

確かに、中国伝統文化の中には、西洋文化には最初から多かれ少なかれ備わっていた「平等」「自由」など、真の権利としての意義を含んだ権利制度や観念が存在しなかった。私はここでこのような権利を「観念的」権利と概括することにしたい。これに対して、伝統中国にも実際に存在したと思われるような種類の権利を「実在的権利」と呼ぶことにする。もっとも、「権利」を明確に「実在的」権利と「観念的」権利に分けるのは、自己矛盾（権利概念自体はすべて抽象的、観念的なものであるから）に陥らないまでも、相当難しいことである。

それでも右記のふたつの概念を使おうとするおもな意図は、概念自体の合理性を論証することにあるのではなく、読者に小稿の言いたいことをよりはっきり伝えたいからに他ならない。すなわち、「実在的権利」と「観念的権利」という区別を通じて、「権利」というタームを漠然と使うことによりもたらされる意見の分岐や難点を回避しようというのである。ある学者によれば、「中国の伝統的法概念の主旋律は義務であり、権利を示すいかなる音符も見いだせない」[12]という。これは伝統中国法を描写するさいの「権利」という用語の典型的な用例である。この本の核心的概念や前後の文脈からすると、筆者が使っている「権利」とは、小稿が「観念的権利」と表現したものとほぼ同じものだと考えられる[13]。しかし、このように具体的な定義を示さない用法では、直接的な対話も切り出しようがない。伝統中国文化にはいかなる意味でも「権利」に相当する音符を見い

だし得ないというが、中国では古くから他人の物を盗んだり、強取することを許していたわけではないのである。これが「権利」ではないならば、いったい何だというのであろうか。[14]

まさに「実在的権利」と「観念的権利」を区別することにより、我われは両者の関係について突っ込んだ検討をなし得るし、伝統中国法に関する研究もより歴史の真実へと近づこうというものである。少なくとも、ここで次のような結論を引き出すことができる。すなわち、「実在的権利制度および観念」は、必ずしも「観念的権利制度ないし理論」を形成するものではない。伝統中国法では発達した財産制度から抽出された神聖なる私権という観念をついに生み出さなかったし、また完備された契約制度から平等、自由などの契約の精神、メタレベルの契約理論を抽出することもなかった。伝統中国の財産、契約などの発展史から少なくとも以下のような結論を得ることができる。すなわち、「観念的」権利理論と「実在的」財産、契約制度とのあいだには必然的なつながりはない。

「観念的権利の理論」が西洋人によって発明されたものであることは、疑いの余地はない。西洋から法学が伝わるまでは、中国では「観念的権利の理論」が形成されたことはなかったし、権利の精神がいかなるものであるかをまったく知ることもなかった。問題は高度に発達した「実在的」財産、契約制度をもった伝統中国で、なぜ「観念的権利の理論」を抽出することがなかったのかである。いいかえれば、西洋社会ではいかなる要因で「観念的権利理論」の遺伝子が生み出されたのかである。これは私権発生の根元的メカニズムにかかわる問題であり、私権研究の格好の切り口に他ならない。この疑問を解明するためには、中国と西洋の伝統文化のルーツに遡り、深層に潜む原因を探り出さなければならない。

二　「観念的権利」欠如の原因——中国伝統文化の権利制度に対する影響

（一）中国の「礼治」「儒教」の伝統と「忍辱」「服従」の「抑引」[15]の観念——「観念的権利」欠如の思想的原因

伝統中国では、堯、舜、禹、周の朝文、武の両王などの最も古い帝王を、一貫して聖人ないし能人と看做してきた。また、能人が国を治めるとの観念が代々伝えられてきた。韓愈は、「堯是以伝之舜、舜是以伝之禹、禹是以伝之湯、湯是以伝之文、武、周公、文、武、周公伝之孔子」[16]と述べている。つまり、プラトンが渇望した「聖人」による政治の理想は、中国ではとっくに

実現されていたことを意味するのである。

しかし、このような「聖人」による政治が依拠したイデオロギーは、夏、商時代の「受命於天」「恭行天罰」という神権法的思想、西周の時代には「礼治」の基礎となる「親親」「尊尊」の宗法思想にもとづいていた。春秋の時期には「礼崩楽壊」[17]の現象が現れ、戦国の時期には墨家、儒家、道家、法家に代表される「百家争鳴」の局面を迎えたとはいえ、各学派の理論の多くはいずれも統治者の立場に立って統治のために知恵を貸すというスタイルのものであって、一般庶民の立場に立って庶民の利益を図ろうとする学説はほとんど現れなかったといっても過言ではない。個人の独立した主体的地位を獲得しようとする思想などなおさらである。秦は法家に依拠し、西漢初期の黄老哲学をその統治思想としたが、これらの思想はただ諸子百家の学説の借用あるいは混用に過ぎなかった（黄老思想は道家思想をもって法家思想の弱点を補おうとした試みであった）。その本質において実質的違いはなかったのである。漢の武帝は董仲舒の「罷黜百家、独尊儒術」という意見を採りいれ、それ以後、「三綱五常」を中核とする封建的儒（礼）教思想をもって正統思想とし、二〇〇〇年余りにもわたって中国を支配することとなったのである。

当初から最高指導者に対する崇拝、尊敬ないし畏怖する心理は、人々に自分が個人として存在すること、人間同士が平等でなければならないという意識を希薄にさせた。また、支配者によって採用された家父長制を中核とする礼教思想は、個人としての意識の萌芽をさらに抑制する結果となった。

中国古代の支配者もときには「仁政」「善制」の実行を提唱したことがあったが、それには庶民を重視、配慮するような民本主義的な政治・法思想も含まれていた。たとえば、孟子曰く、「民為貴、社稷次之、君為軽」[18]。しかし、この言葉の本当の意図は、もっぱら社稷の恒久と君位の永保にあり、そうでなければ民が「貴い」はずなどないのである。随の大臣季梁も「夫民、神之主也、是以聖王先成民而後致力於神」[19]と述べているが、季梁も人民の立場に立って人民を理解しようとしたのではなく、自分を人民の一員と考えることもありえないことであった。王を聖王にするため、また聖王の支配のために人民を神の主の地位に位置づけたに過ぎない。もし民の社会的地位を真に承認しようというなら、聖王の恩賜に頼ることはできないし、人民自身が制定した制度によって、その個人の権利を承認しなければならないはずである。これは伝統中国ではとうていなしえないことであった。

こうしたことから、伝統中国の法思想では「仁」の観念を徹底的に貫くことはなく、「暴」を法実現の補助手段として位置づけた。霍存福が指摘するように、「中国の法律および思想システムは、一貫して仁と暴の結合体であった」[20]。「仁」は「上から下への」民衆に対する「安撫」であり、「暴」は強力な手段による人民に対する直接的な「威嚇」である。「仁」と「暴」、すなわちソフトな「安撫」とハードな「威嚇」が結びつくとき、民衆の主体的意識を育む土壌は存在しがたくなるのである。

伝統中国にも人の本性を大いに発揮させるべきであるとの主張があった。これは「精神的に極めて自由であり、極めて開放的であり、最も智慧に富み、最も熱情に溢れた時期」、すなわち、魏、晋、南北朝の時代であり、この時期は「中国では周秦諸子以来の二度目の哲学時代」[21]と評される。嵇康公然と伝統道徳の人間の本性に対する抑圧を否定した。彼は「六経以抑引為主、人性以従欲為歓：抑引則違其願、従欲則得自然」[22]と述べ、君主も大臣もないユートピア的社会の理想を提起して、「無君而庶物定、無臣而万事理」、「君立而虐興、臣設而詐生」[23]とした。しかし、彼が強調したのは「人間」としての主体的地位を獲得し、積極的に社会制度の創設に参加するように人々に督励することではなく、消極的に拘束のない自然状態に戻ることを勧めたのであった。

全体的に見ると「礼法」の思想と「儒教」の学説の政治システムにおける反映は、「独裁」と「公権力」至上である。一般民衆に対する思想統制の面での反映は「主体」観念の抹消である。「親親」「尊尊」のような「礼法」の思想が人々に与えたのは、おおくは階層観念と服従心理であり、「仁」「義」「礼」「智」「信」のような「儒教」の学説が人々にもたらしたのも、忍辱と服従を内在させる「抑引」の観念であった。

思想が長い間抑圧されてきた社会では、人びとは自由の理念を打ち出すことはできないし、「観念的権利」を生み、存続させる思想的土壌を欠いているのである。霍存福はそのひとつの要因を以下のように指摘している。「中国では仁政、善制の中に反映されている人道は、上から下への恩沢であり、それらは最高支配者の考えしだいによって決まる。他方、西洋法における人権、平等、自由は、理論的には庶民にそもそもあったもので、上に立つ者は単にこれを保護し、調停していたにすぎない」[24]。

（二）中国の階層制度、宗族観念と身分的しがらみ――「観念的権利」欠如の制度的原因

法制度と政治制度は緊密に繋がっているため、集権的、独裁的な封建的階層、特権社会においては、私的権利と政治権力は同様に緊密に結びついている。実際の生活においては、烏廷玉がいうように、以下のような状況は免れがたい。すなわち、「中国では礼俗の面で階層的差別があっただけではなく、土地所有制の面でも階層構造が存在した」[25]。例えば、東漢の時代には世襲的な地主家族が長い間政権を握っていた[26]。伝統的「礼治」思想と「儒教」学説の影響を受けた独裁的政治体制の下では、いわゆる私有財産制度が存在し、契約取引規則があったとしても、これらの権利は不安定で、予期不可能なものである。伝統中国法では、純粋な私的所有権や自由な契約制度を認めたことはなかったといいうる。

一　具体的に伝統中国の財産発展史を眺めてみると、礼教にもとづいて形成された階層制度および宗族観念が、絶対的私有財産権を存在させなかった。

①「実在的」財産権の発生についていえば、財産はまず行政的「特権」による社会的分配としての特権として現れ、法律上の「私権」の分配ではなかった。西洋における法律による財産帰属の確定というスタイルとは対照的に、伝統中国では支配者の口述あるいは詔書によって臣民に財産を賦与したのである。今日の用語でいえば、行政的手段で財産の帰属を確定したことになる。たとえば、漢高祖五年五月に詔令を発して「詔吏先予田宅」としている。「田宅」は帝王の手中にあり、それは財産というよりはむしろ特権であった。

法律と行政手段の違いは、前者には衆意性、平等性、規範性、公示性、長期性、信頼性が備わっているのに対して、後者は随意性、隠蔽性、不確定性、不公平性、不平等性があることである。Roscoe Pound は行政的手段によって行われる社会統制について以下のように評価している。「…実際の意義から言えば、人と人の間の類似性は人と人の間の差異よりもっと基本的であり、もっと重要であるが、だからといって個性を否定したり、個人の自発的活動を軽視しても良いとの結論を導くことはできない。むしろ、それは社会統制の過程における過度に個別化された現象に対するリアクションであり、法律によるのではなく、行政による社会統制に対する答えなのである。しかも、行政による社会統制は平等に人を扱うのではなく、管理する個人の感覚によって人を扱うので、それは人々に鬱屈した不満感情を引き起こす[27]」。

伝統中国では、本来、私的権利に属する財産をまさに特権として配分したため、財産権、とりわけ土地に対する権利の不確

定、不安定な状態を招来した。また、このような不確定性と不安定性は権利存在の予見可能性を奪っていた。自らがはたして財産権をもっているかどうかについて、確実に予期することができない社会では、「観念的権利」の理論が生まれないのは当然のことであろう。

②財産的権利を社会的側面から見ると、おおよそ家父長の支配を典型とする家族所有制であって、個人の意思にもとづく私的所有制ではない。たとえば、「礼記」には「父母在不敢有其身、不敢私其財」という言葉がある。「父叫子亡、子不敢不亡」[28]という社会では、個人財産があったとしても、実際にはなんの意味もないであろう。また、「宋刑統」には、「諸家長在、而子孫弟侄等不得輒以奴婢、六畜、田宅及余財物私自質挙及売田宅」[29]の規定がある。宋律が財物の売買を許したとはいえ、それは完全に自由な取引ではなく、煩雑な手続が必要とされた。たとえば、「宋刑統」には、「応典売倚当物業、先問房親：房親不要、次問四隣：四隣不要、他人并得交易」[30]の規定がある。なお、一九世紀の初めごろに編纂された「大清民律草案」の親族、相続編にも、はやり「家政統摂於家長」の規定がある。個人の排他的財産というものがなく、自分の体ですら自分の所有であるとは言い切れないのである。伝統中国で個人主義思想が生まれなかった原因が何であったかがたやすく分かろうというものである。

③財産的権利に対する保護の側面から見ると、中国の各王朝にはすべて土地使用権が存在し、多くの王朝では土地所有権が存在したが、公権力絶対至上のために、これらの権利が絶対的保護を受けたことはなかった。最も明らかな現象としては、皇帝は随意にある人間の財産を剥奪することができ、しかもいかなる法的な手続も必要としなかったのである。烏廷玉は周代の天子の土地所有権には両面性あったことを以下のように述べる。「周天子の土地所有権は、諸侯への土地の配分、同時にまた諸侯の封地を収奪しうることに表れる」[31]。すなわち、諸侯の土地ですら天子の意志によって奪うことができたのである。諸侯に対して「一不朝、則貶其爵：再不朝、則削其地：三不朝、則六師移之」[32]といわれたのであるから、一般庶民の財産が受けられる保護がどの程度のものであったかは想像できよう。「漢書」の「夫度田非宜寡、而計民未加益、以口量地、其於古犹有余、而食之甚不足者、其咎安在？」[33]、「今法律賤商人、商人已富貴矣：尊農夫、農夫已貧賤矣」[34]の疑問に対しては、沢山の論拠をもって答えることができる。その根源はやはり財産的権利に対する真の許容、尊重と保護の程度にあるといえるだろう。もし、

漢の成帝のように「軽奪民財、不愛民力」[35]であるなら、人々は結局何も所有できない。

二　具体的に伝統中国の契約発展史を眺めてみると、礼教にもとづいて形成された階層制度および宗族観念も、中国でなぜ自由、平等な契約観念が生まれなかったかの決定的要因である。

伝統中国には契約制度は存在したけれども、抽象的契約理論やメタレベルの契約原則が存在したことはない。また、今日のような契約自由、平等観念が形成されたこともなかった。その原因は、まず契約主体間の階層身分の分岐が契約上の権利、義務の不平等を招来したことである。ついで、契約は当時の政府の管理の手段と見られ、当事者間の自由意志を遥かに超えていたことである。

たとえば、唐律には「凡売買奴婢、牛馬駝騾驢等、用本司本部公験以立券」[36]と規定しているが、立券しなかった場合、結果はどうなったであろうか。「唐律疏議・雑律」では、「諸買奴婢、馬牛駝騾驢、不立市券、過三日笞三十：売者、減一等」と定めていた。「比之資材」「律必畜産」の奴隷[37]が契約の目的物になり得たことはともかく、契約（券）自体は、当事者の意思の表現というよりはむしろ政府の管理手段であった。契約自由、平等の理念などが生まれる余地はなかったのである。

思想的抑圧と制度的束縛によって、伝統中国ではずっと平等、自由を主張する個人主義思想はその痕跡すら確認できない。伝統中国法では「観念的権利」が全体として欠如していたのである。

三　「観念的権利」が生まれる文化的背景
――西洋の自然哲学と自然法思想

（一）西洋の文化的伝統――自然哲学と自然法思想

一　自然哲学から自然法へ

古代ギリシアの哲学者は早くも「正義」「平等」「自由」「法治」などの理念について議論をはじめていた。紀元前五世紀のソクラテスは、すでにポレマルコス、アリストン、ケパロスなどと正義とは何かについて論争を展開した[38]。ソクラテスはまた、「寡頭思想」が「民主主義思想」に転換したいきさつについて分析を行い、「民主国家の最大のメリット」は「自由」であると指摘した[39]。紀元前四世紀のアリストテレスは明らかにすでに法律と正義を一体のものとして理解し、「法律の現実的意義は、全国の人民すべてが正義と善徳に近づくよう促すための（恒久的な）制度にほかならない」と述べた。彼はまた「公正」の「真

の意義」が「主に平等にある」[40]と指摘している。紀元前一世紀のキケロは「法」「美徳」「正義」などの価値を相互に結びつけて以下のように論じている。「法と美徳は追求するに値する。実際にすべての高尚な人は公正と法自体を好むし、高尚な人はくだらない物を間違って大事にすることはないだろう。したがって、法自体は人間が追求し、大事にするに値するものである。正義もまた同じである。もし正義がそうであるならば、その他のいろいろな徳行も大事にされるべきであろう」[41]。

古代ギリシアでこのようなことが可能であったのは、ポリスの制度と民主政治が存在したからであり、もっと根源的にはこれらの制度の背後には自然哲学、ソフィスト哲学があったからである。したがって、自然哲学、ソフィスト哲学ないしおよそ西洋の哲学を論ずる際には、古代ギリシアから説き起こさなければならないのである。Frank Thilly は、「ギリシア人は、その後のすべての西洋思想体系の基礎を構築したばかりではなく、二千年以来のヨーロッパ文明が探求してきたほとんどすべての問題を提起し、それに回答を示した」[42]と、古代ギリシアを評価している。おおよそ紀元前五世紀以前（おもに紀元前七～紀元前五世紀）に存在した古代ギリシアの自然哲学は客観的世界の本質についての探求から始められた。当時の哲学者タレス（BC六二四年～？年）、アナクシマンドロス（BC六一一年～BC五四七または五四六年）、アナクシメネス（BC五八八年～五二四年）らは、事物の本質問題につよい関心を寄せていた。彼らは世界を構成する物質は何かを問うた。解答は通常、具体的に確定された実体、つまり水または気体、ないしこれらの元素から抽出された物質とされた。また、ピタゴラスなどの哲学者は、形式と関係といった問題および世界の統一性と法則性などの問題に注目し、思索を重ねるようになった[43]。古代ギリシア哲学はこのように最初はおもに人間の外の自然に関心を向け（自然哲学）、その後しだいに人間内部、すなわち人類自身に関心を移動させていった。そのためヒューマニズム的性格をもつようになったのである[44]。

ギリシア人の経済的繁栄、とくに民主的政治制度の発展にともない、個人主義が生まれた。というのも、アテネでは「ときには迫害されることもあったが、市民はもっともよき時代には国家から制限されない幅広い自由を享有していた」[45]からである。この事実は Frank Thilly の研究によって実証されている。彼によれば、「紀元前五世紀のギリシア人民の政治、経済および文化面での経験は、その哲学者の特徴づける啓蒙精神の発展にきわめてプラスに作用した。ペルシア戦争（BC五〇〇年～BC

四四九年）の結果、アテネは海洋の覇者となり、世界に強権をふるい、ギリシアの商業、文化、芸術の中心となった」。かくして、「新しい秩序は大きな経済的変化と民主的制度の確立をもたらし、これがさらに独自の思考と行動を誘発した。これによってもたらされたのは一種の欲望、すなわち権力や権力に結びつきうるもの、たとえば財貨、名誉、文化、実力、成功であった。宗教、道徳、政治、哲学、科学、芸術に関する伝統的考え方は批判を浴びるようになった。古い基盤の多くは実践のなかで覆されていった。否定的精神が国に遍く流布された」。この時代は学者たちによって啓蒙時代（Aufklarung）と概括されている。ここにおいて「新しく生まれた精神状態は自然に個人主義の派生を促した。個人は団体の権威から逃れ、はじめて自助努力、独自の思考、解脱への希求をするようになり、古き伝統には依拠しなくなった」[46]。

政治、道徳、宗教、哲学が全面的に発展した古代ギリシアでは、このようにしだいに色濃くなってきた自由、個人主義的傾向が一貫して見られた。ソフィストはこの新しい運動の代表者であった。「ソフィストという言葉はもともと賢く才能のある人を指していたが、この時代ではプロの教師のことを指していた」[47]。「キケロがいうには、ソフィストは哲学を天上から人間界に引きずり降ろし、それによって自然に関心を外界から人間自身へと移動させ、人類を専門に研究することは個人を研究することであると考えるようになった」[48]。

哲学者が研究の対象を認識の主体に据えはじめ、また哲学者自身が個人主義の影響を受けるに至って、知識に対する認知において、必ず「人は自己を尺度にする」ようになった[49]。このため哲学の学説は百家争鳴の様を呈するようになった。

彼らの論証もまた必然的に自然哲学の手法に従うようになった。つまり、単にもともとの物質的客体を個人あるいは人と人の関係に置換し、実践的問題を解決するための論証も自然法則を借りることを求められた。プラトンの『対話』の中で紀元前五世紀の哲学者ポレマルコス、トラシュマコス、カリクラス、オティドモスがそれぞれの説をどのように述べているかを見てみよう。**Frank Thilly** は、次のように指摘している。「彼らから見れば、道徳は協約に過ぎず、自らの要求を同時代の人々に強要する権利をもつ意志を表す。道徳法規は『自然』に反している。法とは弱者、大多数の人によって制定され、強者、『一番優れた者』を制約し、最適の人がしかるべき物を取得するのを阻止するためのものだと考える人がいる。従って、法は自然的正義を犯している。自然権は強者の権利であるという。他方で、

法は一種の階級立法であり、少数の、強者と特権を有する人たちによって制定された彼らの利益を保護するためのものであると主張する人もいる。すなわち、平民が法を守れば、特権的な人には有利になり、平民に法を破らせることによって、特権をもつ人たちはもっと大きいメリットを得るというのである」[50]。見解は一致していないが、彼らはみな自然的正義に依拠して論を進めている。このように自然法則は実在の法律を参照し、これと対比しながら研究を進めるならば、自然法理論が確かに姿を現す。アリストテレスはつとに「人定法」と「自然法」を実質的に峻別して、前者を「ある国に特有の法」、後者を「普遍的に適用される法」と解した[51]。

系統的な自然法理論は、学者たちは一般的にゼノンによって提起されたと解している。「ストア学派の創始者ゼノン（BC三三六～BC二六四年）は、最初に自然法理論を提起した人物である。彼によれば、自然法とは普遍的に存在し、かつ最高至上の法則であって、その効力は人類、国家によって制定された法律を遥かに超える」[52]。ストア学派に対する J.M. Kelly の解釈は、「ストア哲学は、個人の魂にかかわるトレーニングであり、実践者にとりわけ重要な内在的独立を賦与する」[53]というものである。

この後、多くの学者たちが具体的な自然法理論についてそれぞれの理解を提起するようになる。どのように解釈するにしても、個体性を強調する自然哲学をその思想的ルーツとする自然法としては、その核心はあくまで必然的に自然権であり、個人の権利にほかならない。Singer Beth. J は、自然権の中の個人主義の特徴をとくに強調する。彼によれば、「それは（自然権－引用者註）生まれながらのものであり、決して慣習や社会によって賦与されたものではない。これらの権利が神によって賦与されたか否かを問わず、すべての人間（人間である限り）はみなそれを持つ資格を有する」。それゆえ「自然権論は必ず個人主義理論と決まっていて、その個人主義は比較的強力なスタイルを採る」[54]。ロールズも明らかにこの点を認識していた。ロールズによれば、「自然権の概念は、この権利が最初から個人に属する権利であり、また特に重視されるべきものとの観念を内包している」[55]という。

Alan Ryan は、自然法学者として自然権（個人の権利）のルーツに関する総合的なまとめを行っている。すなわち、「自然法の伝統的理論の特徴は個人の権利が明らかに神あるいは自然ないし理性に由来するとしている点である」[56]。また、ロックは、自然法とは理性であると考えた。それは自然権を生みだし、自

然状態を制御するという。彼によれば、「自然状態は人々が遵守しなければならない自然法に対して決定的な影響を与える。つまり、理性も自然法であり、理性に従おうとするすべての人を教え導くようになる。人間は誰もが平等かつ独立した存在であり、いかなる人も他人の生命、健康、自由、財産を侵害してはならない」[57]。グロティウスも同じような考え方をしている。「自然法はまさに真に理性からの命令であり、すべての行為の善悪の尺度となる」。したがって、神であっても二プラス二の解を四以外のものにすることはできない。すなわち、理性が悪と判断したものを善に変えることはできない[58]。

アメリカの『独立宣言』は自然法理論の現実生活におけるもっともビビッドな表現であり、現実世界における自然法理論の実践において偉大な一歩を記すものである。宣言は、まず独立と地位の平等を確保するための指導的原則を明確にしている。これらの原則は自然法および自然権によって基礎づけられている。ついで、これらの原則にもとづき、天賦の権利を定めている。これらの天賦の権利は譲渡することができないもので、その中には生命、自由、幸福追求の権利が含まれている。マルクスはこれについて、「最初の人権宣言であり、一八世紀のヨーロッパ革命を真っ先に実践した」[59]と述べて、高く評価した。

二　自然法思想に対する学者の評価

自然法理論に対する学者の評価はそれぞれ異なっているが、自然法思想が人類にインスピレーション、パワー、勇気を与え、社会制度の構築のために正義、平等、自由などの理念的価値を提供したことを消し去ることはできないであろう。

ハートはそのきわめて精錬された言葉により自然法存在の合理性を説いている。彼によれば、「自然法学説は古典的な自然概念の一部分であり、この自然概念の中で観察できる世界は、これらの法則の見える風景だけではない。自然についての知識もこれらの法則に関する知識だけに限られない。逆に、この古典的な世界観によれば、名前を挙げることができる存在物――人、有機物、無機物はいずれも、自己の生存を維持しようとする傾向をもつだけではなく、自己に最も有利な状態あるいはそれに適合的な目的（the end）を追求していると想像される[60]」という。彼はまた次のようにいう。「あるスタイルの自然法学説を持続的に主張するのは、ある意味では自然法に依拠して、神あるいは人の権威から抜け出すために、ある意味では以下のような事実のためである。すなわち、確かに自然法には道徳と法律を理解するうえで、ある種の重要な真理を含んでいるからである[61]」。

Henry Sumner Maine は、「この理論（自然法理論を指す―引用者註）は哲学的に欠陥があるものの、しかしそうだからといって、我われは人類にとっての重要性を軽視することはできない。もし自然法が古代世界の普遍的信念とならなかったならば、思想史、ひいては人類史がどの方向へ発展していたか分からない」[62]。

Alessandro Passerin d'Entreves は、「もし自然法がなかったなら、恐らく後世のアメリカやフランスの大革命は起こらなかったであろう。また、自由と平等の偉大な理想も、恐らく人々の心にしみ入り、法典に入ることもなかっただろう」[63]と指摘している。

（二）自然法の西洋法学に対する影響――「観念的権利」を生み出す遺伝子

西洋法学の源流は一般的にローマ法にまで遡り、西洋哲学の源流は一般に古代ギリシアまで遡るとされる。ギリシアのローマ法に対する影響を論ずる際には、二つの側面を区分して論じなければならない。一つはギリシア法のローマ法に対する影響であり、もう一つは、ギリシア哲学のローマ法に対する影響である。西洋法学の源流としてのローマ法に対する影響を分析することは、ある意味では西洋法学が自然法から受けた影響を探求することだといえる。

一　創生期のローマ法が古代ギリシア法の影響を受けたか否かについては、学界では見解が帰一していない。

否定論者の中には、J.M. kelly などがいる。彼によれば、ローマ法学者が「当時実践していたのは、ギリシア人が全く知らなかった科学であった。ギリシアの影響があったなどというのは問題外である。つまり、ギリシアはローマ法に対して直接的な貢献はほとんどなかったのである。一、二の小さな規定や証明することが不可能になっている十二表法を編纂する時にアテネの法律を意識的に参照したこと以外に、我われが確認できるのは、法学者の時代がまもなく終わろうとしていた紀元後二〇〇年、ローマ商法の中にある二つのそれほど重要でない条文がギリシアに直接、由来したことだけである」[64]。

肯定説に立つ学者には、たとえばメインがいる。しかし、ただ具体的制度のレベルではローマ法がギリシア法の影響を受けたとするが、学問としてのローマ法はローマ人が独自に創造したものであると考えられている。彼は、「確かに十二表法のなかの多くの規定は、古代ギリシア共和国の法律を引き写したものであるが、およそギリシアのどの国においても法律が一つの

科学に発展したことはなかった。他方、ローマでは法律が早くから一つの科学になっていたということを指摘しなければならない[65]」、と述べる。

懐疑的な立場に立つ論者にはニコラスなどがいる。彼によれば、「伝統的な言説によれば（そのどれほどが伝説に由来し、どれくらいが事実にもとづくかは分からないが）、一つの使節団がギリシアに派遣されてソロンの立法を学んだことがあったという。その後の紀元前四五一年に、一〇人委員会によって編纂された法典が一〇枚の銅板に刻まれて、市場に置かれた。残りの二枚はもう一つの一〇人委員会が翌年（BC四五〇年）に追加したものである[66]」、という。

二　ギリシア哲学のローマ法に対する影響に対しては、学界の見解に大きな分岐はない。

ケリーはストア哲学が「ローマ人のところにもっとも心地よい心の故郷を見いだした」と指摘している。なぜならば、ローマ人は「一貫して常に簡潔さを追及し、運命が順境か逆境であるかに無関心であった。このようなローマ人は容易に自分とその祖先のなかにストア哲学の気質を発見し、一種の自己訓練を表徴する[67]」からである。まさにそれゆえ、「ストア哲学はローマの知識階層と法律家に大きな影響を与え、それによってローマ法学の理論形態にも影響を及ぼした[68]」。

ある学者によれば、自然法思想の古代ローマ人に対する影響は、キケロの作品に表れたのが最初であるとされる。しかし、「自然法」と「万民法」が本当にローマ法学の作品に表れたのは、ガィウス（Gaius）の時代になってからであった[69]。

したがって、ローマ法理論が古代ギリシア哲学、ソフィスト哲学、とりわけストア哲学（おもにそれに含まれる自然法観念）などギリシアの知識の影響を受けているのは、根拠のないことではないのである。ケリーはこの点を実に適切に指摘している。「ギリシアの知識がローマ法学の成果に対して何の貢献もないと考えるのは違いである。なぜかというと、ローマ法学者が使った方法のうちきわめて重要な部分は、実際にギリシア哲学、文法およびある程度においてはその修辞学を承継したものだからである[70]」。

こうした影響はおもにギリシアの知識によるローマの軍事力への逆征服に表れている。すなわち、古代ローマが古代ギリシアに対して政治、軍事面で交渉しつつあったとき、知識分野においてはギリシアによる逆征服が同時に進行した。ケリーの研究によると、「教養あるローマ人は、ギリシアの文学と芸術の前では、自分たちがいかに見劣りするかを痛感させられた。ギ

リシアが歴史詩、抒情詩、歴史学、悲劇と喜劇の分野でうち立てたスタイルは、いずれもローマが賞賛し研究する対象となった。……ギリシア文化からの模倣はすぐさまローマの知識世界のあらゆる側面をも変容させた。ローマの詩人や彫刻家に天賦の才能があったのは確かであるが、彼らの作品の枠組および自ら確立した基準はすべてギリシアから示唆を受けたものである。まさにローマがギリシャ文化のこうした継承であることから、後世の我われは古代世界をひとつの連続した「ギリシアーローマ世界」ということができる。(71)

実は本当の意味で「ギリシャーローマ」世界は、ローマのギリシャ文明からの継承という点だけからは充分に説明することはできない。歴史的源流から言えば、ローマ法を含むローマの文化がギリシア文明の影響を受けたのは確かであるが、歴史発展の文脈から言うと、ローマ法を含むローマ文化もまたギリシアの伝統文明に影響を与え、それを改善、完全にさせたし、少なくとも法律の面では顕著である。ニコラスの以下のような言葉は、ローマ人（文化）とギリシア人（文化）の関係をもっとも正確に描いている。「ほとんどすべての知的にクリエイティブな領域において、ローマ人はギリシア人の敬虔な学生であった。しかし、法律の分野においては、彼ら自身が先生になることを知るのである」。(72) 両文明の相互補完によって形成された古代の西洋文化こそが、真の意味での「ギリシアーローマ」世界なのである。

自然法観念の影響を受けて形成されたローマ法は、自身の発展と同時に自然法理論のさらなる豊富化と完全化の意味において、メインがいう「自然法はローマ人の創造物である」との定式が正鵠を得ているのである。

三　「観念的権利」の遺伝子およびその表われ

個人主義を重視した西洋の文化伝統はローマ法の中に「観念的権利」の遺伝子を撒いた。すなわち、個人の権利保護を重んじるという自然法則の痕跡は、ローマ法の制度的淵源としての十二表法（紀元前四五一～四五〇年）のなかにすでに反映されている。

代表的な条文を列挙すれば、以下の通りである。「両当事者が自ら和解に達するのであれば、争訟は解決されたと看做される」（第一表第五条）、「窃盗であろうとも、和解を行うことができる」（第二表第四条）、「自己の債務を承認したとき、あるいは判決を経た債務については、三〇日の法定猶予期限を設ける」（第三表第一条）、「父が三回息子を売却したら、その子は家父長権から離脱し、自由になる」（第四表二条）、「およそ遺

言による自分の財産の処分、あるいは家族に対する後見人の指定には、法律上の効力がある」（第五表三条）[73]。

この法典の中に含まれている自然法則が自然に生まれたものであるか、それともギリシアの知識から影響されたものであるかにかかわらず、歴史事実によれば、正に十二表法を源流とするローマ法こそが、爾来今日に至まで、「観念的権利」を核心とする私法の精神的ルーツであることを教えてくれる。

四　中国と西洋の法（権利）制度面の具体的差異とその原因についての分析

まず、指摘しなければならないのは、ここで比較するのは現代的意味における個人の平等と自由の主体としての資格を承認している法（権利）制度ではなく、もともとの法制度の中に「観念的権利」を生む遺伝子となる認識や思考があったかどうかである。

今日普遍的に通用している権利や自由の概念に照らすならば、ある学者が指摘するように中国古代だけではなく、西洋の古代文明にも、それは存在しなかったといえる。「個人の権利と自由も近代ヨーロッパの産物であり、中国古代だけではなく、西洋の古代、中世期にもこれらは存在しなかったのである」[74]。自由、平等の精神を反映した契約精神についても同様である。西洋社会においても、契約の存在が直ちに新しい契約の観念をもたらしたわけではない。馬新福によれば、「厳格に言うなら、契約は決して近代社会の産物ではない。ヨーロッパ大陸であれ、英米諸国であれ、契約関係の誕生が、理性に適合的な未曾有の新しい原則をもたらしたとはいえ、直ちに近代法を生み出したわけではない」[75]という。

しかしながら、我われは東西の伝統文化がそれぞれ独特の異なる遺伝子を抱えていることを軽視することはできない。すなわち、西洋の文化的伝統は個人の主体的意識と個人を主体とする法的地位を強調するが、中国文化の伝統では個人の主体的意識や主体的な法的地位といったものを全く欠いていたのである。文化的遺伝子の重要性は、これらの価値が当時の社会で実際に実現されていたかどうかにあるのではなく、これらの価値が後の真に個人的価値を追求する人々のために確立、下地を築くうえでの努力の方向を指し示した点にある。

（一）中国と西洋の法（権利）制度の具体的差異

一　中国と西洋では家父長制度、封建的階層観念の厳格さの

程度に違いがある。この点は一部の学者によって見過ごされている。

古代のローマ法の家父長制度は、伝統中国の宗法制度、礼教観念に比べると、それほど厳しいものではなかったし、比較的緩やかなものであったさえいえる。たとえば、十二表法には先述した次のような条項が見える。「父が三回息子を売却したら、その子は家父長権から離脱し、自由になる」。「ユスティニアヌス帝学説彙編」では、「奴隷は主人によって養子にされると、自由人になる」と定めている。[76] このように家父長制が存在した西洋社会においては、個人はある程度の個人的自由と個人的権利を獲得するチャンスがあったのであるが、古代中国ではそれは全く不可能であった。

西洋にも中国と同じく封建的階層制度は存在したが、西洋の君主がもつ権力はときとして中国帝王の権力に比して大きく限定されたものであった。趙文洪によると、「一四世紀から国王(イギリス)はすでに財政面でおもに税収と借款に頼っていた」。[77] 王が借款をしたという事実から、少なくとも西洋の君主はいつも自分の思うままに振る舞えたわけではないことが分かる。しかし、著者の知る限り、中国の帝王が借金をしたという記述を見かけたことはない。[78] 想像するに、もし類似の事情が伝統中国の皇帝に生じたならば、「借りる」という名目ながら、実際には「取り上げる」に等しいものであったと思われる。

二　古代ローマ法において詳細に規定される所有権、占有、地役権、契約などの個人の民事権利には、ローマ法理論が初めから多かれ少なかれ一般人（市民）の立場でものを考えていたことが示されている。古代ローマ期にはすでに市民の権利を保護するための財産、契約などの具体的制度が存在したのである。古代ローマ人は財産権に対して「個人主義的態度」(individualistic attitude) をとっていた。この点は、ニコラスの著作の中でも触れられている。[79] 彼らの個人の強調の程度は今日から見てもかなり進歩的なものもあった。メインによれば、「古代ローマ人はある時期には個人が一つの集団をなすと考えたようである。彼らはなんとたった一人の家族というものを想定していた。ひとりの人が彼本人だけによって構成される家族の家長 (paterfamilias) となることができた」。[80]

しかし、このような個人の権利、個人の意思を反映する法律の条文は、伝統中国法の中では見つけ難い。

三　財産、契約に対する具体的保護については、古代中国には安定した手続的司法あるいは行政権力を欠いていた。しかし、西洋には相対的に安定した永続的な司法あるいは行政権力が存

在していた。馬克垚はこの点を以下のように指摘する。「土地所有権の面では、中国の封建主は自分の地権に対してはかなり幅広い処分権をもち、相続、売買、譲渡することが可能であったが、一般的に地権のうえに合法的司法、行政権力をもつことはなかった。逆に、西洋の封建主の地権は多くの場合、封授されたものであって、土地を処分する場合、上級の封主の制約を受けた。しかし、その土地のうえではある種の司法、行政的権力を行使し、それが代々伝えられると、土地の上に暮らしている人に対して行政的管轄権を行使するようになった」[81]。

四　訴訟による救済に関する慣習もときとして全く異なった。古代ローマ法は民事訴訟を偏重し、伝統中国では刑事的制裁手段を重視した。この事実にも東西の個人に対する重視の差違が反映されている。伝統中国法には「諸法合体、以刑為主」という伝統があって、本来ならば民事的救済に属する事件に対しても常に刑事的手段によって解決をはかった。古代ローマ法ではこれとは逆に、本来ならば刑事事件に属する事件も民事訴訟によって処理された。この点については、Peter Stein と John Shand の以下の研究成果にも示されている。「今日の基準からすると刑事訴訟を提起すべき事件について、多くの場合、民事訴訟として処理された。ローマ法では、刑事訴訟手続があり、それを利用することもできたにもかかわらず、窃盗は一般的に盗まれた人によって提起される民事訴訟として扱われた」[82]。

（二）中国と西洋の法（権利）制度の差異を生む根源に関する誤解

伝統中国に「観念的権利」がなかったことについて、一般的に当時の宗法、礼教制度に理論的根拠が求められている。この見解には一理あるが、これだけでは充分ではない。ないしは、この説はもっとも根元的でもないし、説得的な理由でもない。なぜかというと、古代ローマにも家父長制度は存在し、「家父権」制度というシンボルがあったからである。メインの研究によると、「最古の社会の家族組織はかつてわずかな法制度に明白で大規模なシンボルを止めるのみで、『父』や他の祖先の卑親族に対する人身面、財産面での終身的権力をもつことを示していた。この権力を便宜上、ローマの名称をもって『家父権』（Patria Potestas）と称する。人類の原始的結合が示すあらゆる特徴の中で、この権力ほど大量の証拠によって証明されてきたものはない。また、この権力ほどより普遍的、かつより迅速に進歩的共同体の慣例から消失したものもなかった」[83]。中国古代における父の息子に対する権力は、古代ローマでも同じく存在

した。たとえばガイウスの「法学提要」によると、「あらゆる子女は、男性であれ、女性であれ、尊親族の支配権のもとにあるときには、奴隷売買の方式によって売買されうる」。加えて、「この規則は夫権のもとにある者にも同様に適用された」[84]。さらにメインによれば、「人についていえば、我われが得た資料によれば、父はその息子に対して生殺与奪の権利をもち、言うまでもなく無限定の体罰権を有していた。父は彼らの個人の身分を好きなように変えることができた。息子に妻を娶らせること、娘を嫁に行かせること、子どもに離婚させること、養子縁組の形で自分の子を他の家族に行かせること、子どもを売り飛ばすことすらできた。のちの帝政時期にも、父のこのような権力の痕跡を伺うことができるが、すでにその範囲はごく狭い範囲に限られていた」[85]。メインはさらに、「『私権』によって創出されたあらゆる関係の中で、息子は必ず家族の専制の下で生活しなければならなかった。このような家族による専制は最後までずっと厳格性を保ち、何世紀にもわたって維持されたわけであるが、これは法律史の中でもっとも奇妙な問題の一つである」[86]、と指摘する。

西洋社会にも家父長制によって形成された身分関係が存在したからこそ、メインはかの有名なフレーズ「あらゆる進歩的な社会運動は今日に至るまで、ひとつの『身分から契約』に至る運動であった」[87]を定式化することができたのである。

身分による差別、階層観念は、開明的な思想が支配した古代ギリシアの哲学者の脳裏にさえ鮮明に存在していた。ソクラテスがケパロス、ポレマルコスなどと正義、民主主義、自由といった問題について大いに議論した際にも、ポレマルコスは自分の家奴を伴っていた[88]。「正義」「善徳」「公正」「平等」をいつも唱えていたアリストテレスでさえ、繰り返して奴隷は「命ある財産」であると強調している[89]。彼のいう「平等」とは、「貧しい人が金持ちの利益をかすめとらない」というに過ぎず[90]、金持ちの財産がどこから来たかには全く考慮が払われていなかった。ガイウスは「法律は人民によって承認、制定される」[91]といいながら、同時に「人法の中で最も重要な区分は、所有する人か、自由人か、奴隷か」[92]であり、「奴隷は主人の支配下にある。主人は奴隷に対して生殺与奪の権限をもち、努力によって獲得した物はすべて主人の所有となる」[93]、と述べている。五三三年に公布された「ディゲスタ」には、「すべての人間は生まれながら平等である」という思想を含みつつも、「奴隷」と「自由人」の区分から脱却するまでには至っていない。「奴隷」は当然に「他人の財産の一部分」となった[94]。

根本的問題は表面だけを見てはならない。さもなければ、中国に昔からあった「民重君軽」の思想をかつて西洋で氾濫していた「神重民軽」の思想（その典型は長く暗黒の中世）と比較して、中国が西洋より「個人的権利」の意識が強かったとの結論も導出されかねない。実際、一部の学者は中国の古代「礼」、「儒家学説」を西洋の「自然法」と同一視している。[95] それは彼らが中国と西洋の文化の根本的差異を知らないためである。

（三）中国と西洋の法（権利）制度における差異の根源――主体性

中国と西洋伝統文化に対する研究および法（権利）制度に与える具体的影響にもとづけば、ふたつの文化のもっとも大きな差異は、個人の「主体性」の有無および法律のそれに対する承認、尊重の程度であることが分かる。ここで私は「主体性」を個人が平等、自由、独立性などを求める自己意識、すなわち法的、社会的承認および尊重を受けようとする主観的、能動的希求と定義したい。平等、自由などの理念を自覚的に意識できる人を「主体性」をもつ人と呼びたい。要するに、この違いは二点に整理できる。ひとつは個人の主体資格に対する自覚的意識である。西洋の文化伝統では人々は初めから自己の主体資格に対する承認と尊重をごく自然に意識している。他方、中国の伝統文化では、人々が意思の自由と地位の平等を追い求める主体的意識をほとんど見いだすことができない。いまひとつは法制度による個人の主体性に対する承認のレベルである。西洋文化の伝統は初めから個人の主体としての資格を承認、尊重する法制度が存在したが、中国の伝統では個人の主体的資格は全面的に否定されていた。

一　この結論は、以下のいくつかの理由にもとづいている。

①表象から見て、文化的差異の根源、すなわち主体性の存否と法律の承認の有無は、自然法の観念が存在したか否かにその原因がある。多くの学者によってこの点は承認されている。たとえば、メインは「ローマ法は『自然法』の影響を受けたので、それ（奴隷―引用者註）を一つの財産として扱う傾向は克服されるようになっていった。従って、ローマ法学の影響を深く受け、奴隷の存在を許していたところでは、その奴隷の状態はそれほど悲惨でなかった。多くの証拠が語るところによると、アメリカで高度的にローマ法化されたルイジアナ州法典を法の基礎とする各州では、イギリスのコモン・ローを基礎とする州に比べると、黒人の運命と前途は多くの重要な点で相当に優れていたという。最近の解釈によれば、イギリスのコモン・ローで

は『奴隷』にはまともな地位が与えられておらず、物としてしか見なされていなかったからである」[96]、と述べている。

「ディゲスタ」の中に、自然法思想はきわめて顕著に反映されている。その第二編のタイトルは「自然法、万民法および市民法」である。そのなかで「奴役は自然法に違背する（なぜなら自然法によれば、あらゆる人が生まれながらに自由だからである）」[97]と明言されている。

呂岩峰もこの点を指摘している。「疑う余地もなく、自然法、特に近代の理性主義的自然法の人間の権利を尊重し、自由を人間の本性と考える思想は、ローマ法とナポレオン法典によって確立、強化された『私的自治』観念の法哲学上の基礎である」[98]。

ジョセフ・ニーダムは彼の有名な「中国の科学と文明」のなかの伝統的法理論に関する章で、中国では近代法と科学技術の面で発展が遅かった理由を、「中国は公的な法律の基礎を検証、評価するための自然法概念を提起できなかったからである」[99]としている。

②より具体的、本源的に見ると、文化的差異の実質は自然法の影響を受けて生じた主体意識のなせるわざである。

第一に、個人主義が自然法理論には一貫して流れている。オットー・フォン・ギールケは「自然法領域のすべての思弁のメインラインは一貫して個人主義――順を追って論理的に結論を導くことができる個人主義である」[100]、と述べている。ケリーの学説もこの点を証明する。「彼ら（ローマ法学者――引用者註）がある規則あるいは制度の背後にある自然法や自然的理性を語るときに、議論しているのは天上の神の律法や理性ではなく、地上の人間の自然的本性、すなわち人間の境遇、人間の常識、生命の事実、商業関係の特徴といったものである」[101]。

個人主義のすべての内容を個人の主体性によってカバーすることはできないけれども、主体的意識が欠けると個人主義は存在できない。個人主義こそが法律文化を含めた西洋文化の伝統的根幹である。Steven Lukes は、「個人主義はローマ法とキリスト教倫理の共通の特徴である。個人主義という点において、他の面では全く異なるルソー、カント、ベンサムの哲学が類似性を見いだすのである」[102]。ピーター・スタインとジョン・シャンドは、「伝統的に西洋社会ではずっと個人の価値に対する承認が強調されてきた」[103]と指摘する。

第二に、伝統中国の文化には自然の観念がないわけではないが、個人の自由と独立を主張する観念的権利を見いだすことはできない。中国古代の「礼治」観念および長い間、人々の思惟、習慣を支配してきた儒教思想によって、民衆は一貫して自分の

主体的地位に対して無関心であり、個人の独立した権利意識を欠いてきた。程度の違いはあるけれども、中国と西洋の一部の学者はこの点を肯定している。梁治平によれば、「中国人の言説にしたがえば、体は父母から授けられたものである。一人の人間がこの世にもたらされてから、一生を終えるまで、いかなるものも完全に自分自身に帰属するものはない。この意味において中国古代文化には我われがいうところの『個人』は存在しない」[104]。西洋の学者の言葉を借りて表現すると、「伝統中国では人の固有の価値を尊重していなかった」[105]のである。

第三に、文化的差異の根源、すなわち主体性の存在と法律による承認があったか否かは、東西文化が相互に影響しあって生じた社会的効果にも反映されている。ケリーが挙げた例は東西の人々の統治者に対する態度をよく示している。この態度の違いは少なくとも側面から東西の民衆の自己の主体的地位に対する認識を反映している。Byzantine Empireを中心とした東ローマ帝国は東洋文明の影響を受けて、東洋国家と同じように「無条件的な服従を特徴とする専制的君主制」を導入したが、この例はこの点を証明している。こうした統治制度の下では、民衆の間には一般的に「統治者個人に対する崇拝」という傾向が生じる。しかし、西洋世界では、ケリーが指摘するように、「このような崇拝は古代のギリシア、ローマ時代に人々に拒否されていた」[106]のである。この例のもっとも重要なポイントは、西洋では古代ギリシア、ローマの時代からすでに統治者個人に対する崇拝を拒否していたが、東洋文化ではそれとは全く反対であったことを示している点である。東ローマ帝国が受けた東洋文化の中に中国の文化も含まれていたかどうかはともかく、中国の長い歴史の中で実行されたのは確かに「無条件的服従を特徴とする専制的君主制」に他ならない。この種類の統治方式の下で民衆の間に主体的意識を形成するのはほとんど不可能なことであった。

付言しなければならないのは、文化的根源に対する探求には永遠に唯一の解答があるわけではないということであり、言い換えるとそれは人類にとって解くことのできない謎なのである。事実が示すところによれば、中国と西洋では最初から完全に異なる文化の路線を歩んだことが分かる。しかし、一体どちらの方が優れていて、どちらの方が劣るかについては誰も分からない。中国の礼治、儒教などの伝統思想が当時の西洋世界にとっては、全くなじみがないものであったならば、西洋社会の自然法思想も当時の中国人の立場から見ると不可思議に映ったであろう。根源的差異は地理的環境の影響かも知れないし、伝統的

生活慣習がもたらしたのかも知れない。これらに対しては自分の考えによる適合的な理由付けをすることはできるとしても、これらが正しいか否かについて説明することができない。あくまで文化的根源を追求し、客観的真理を探そうと、深いところへ解釈を及ばしても、いっそう重複し、循環構造をもつ議論の痕跡を見るばかりである。

二　文化差異の根源が主体性と法律の承認が存在したか否かにあるとの説明は、「観念的権利」に関する幾つかの疑問を解くため有益な解釈を提供する。

主体性が存在したか否か、法律の承認があったか否かこそが、中国と西洋文化の根源的差異であることが明らかになると、どうして西洋世界にだけ市民社会が生まれたのかが判明する。答えは、個人の権利のないところ、個人の主体性を承認しない社会には市民は存在し得ないというものである。市民とは自身が特定の人身権と財産権を有する人である。

主体性の存在と法律の承認があったか否かが中国と西洋文化の根源的差異であることが判明すると、どうして私法は西洋にだけ誕生し、中国では私権の観念、独立した私法制度が形成されなかったかが分かる。この点については、ウィリアム・ジョーンズの次のような認識が正しいであろう。彼によれば、民法（私法）の「本当の意義はガイウスの時代から今に至るまで、民法の体系が一貫して『人』――権利の担い手、他人あるいは物質との法律関係が生じる者――というこの基盤の上にある」。しかし、「このような民法が中国で存在しえなかったのは、中国には市民が存在せず、法律も他のすべてのものと同様に皇帝によって作られたからである」[107]との指摘は正しい。権利能力をもつ権利保有者を欠いていたが、「礼制」「刑律」のなかには財産、契約などのさまざまな民事制度が存在していたことが確認できる。しかし、それらは真の私法としての神髄――自由および平等な精神・理念を欠いている。このような意味で、現代中国の民事法は全体として『外来』のものであるというのは[108]、歴史的事実と合致する結論である。

結論

上述のような比較研究によって以下の結論を得ることができる。私権理論の出現と形成は、個人の自己主体意識および法律による個人の主体としての資格に対する承認と尊重の程度と密接にリンクしている。平等、自由などの自己主体意識をもたない人には、「観念的」権利の理論が生まれる可能性もなければ、

必要性もない。彼ら自身、権利をかち取ろうとする意識や進取の精神に欠けているからである。個人の主体性を承認しない社会では、いかに豊富で完備した財産、契約などの「実在的」権利制度があっても、「観念的」な権利の理論が生まれることはありえない。それは個人の主体としての資格が尊重、承認されないならば、彼の財産的権利、契約上の権利はみな不安定、予期不可能だからである。したがって、私権に対する研究は必ず主体性から始めなければならない。具体的には、第一に具体的法制度のレベルで全面的に主体としての資格を承認し、主体的権利を賦与すべきこと、第二に法律のレベルで主体意識の育成と樹立に力をいれなければならない。

注

(1)『詩』(小雅・北山)。

(2)『詩』(衛風・氓)。

(3)『周礼』(天官・小宰)。栗勁の解釈によると、「ここで言う『伝別』とは金銭消費貸借契約、『書契』とは贈与あるいは譲渡契約、『質剤』は売買契約を指す」(栗勁『秦律通論』山東人民出版社、一九八五年、四八三頁)。

(4) 伝統中国の財産、契約に関する具体的制度についての詳しい紹介としては、彭誠信「主体性与私権制度研究」(博士論文)第二章(本論文はまもなく出版予定)参照のこと。

(5) 鄭成思『知識産権論(補訂版)』(法律出版社、二〇〇一年)二三頁参照。

(6)『孟子』(梁恵王)。

(7)『慎子』(威徳)。

(8)『意林』巻二の「慎子」佚文を引用。

(9)『商君書』(定分)。

(10) 蘇軾『前赤壁賦』(なお、傍点は筆者による)。

(11) A.M. Honore, 'Ownership' in Oxford Essays in Jurisprudence, A. G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 114-115.

(12) 梁治平・斎海浜など『新波斯人信札――変化中的法観念』(貴州人民出版社、一九八八年)一三一頁。

(13) たとえば、同右書には以下のような記述がある。「この社会(伝統中国社会を指す――引用者註)では個人の権利観念が欠如していたのであり、法律によって権利の標識や保障を与えることはあり得なかった」(三六頁)。伝統中国法は「平等を重んじることなく、個人を無視し、権利がなんであるかを知らなかった。単に身分に着目し、契約自由もなかった。このようにことごとく近代社会、近代法の基本原則と背馳していた」(一一七頁)。「権利とは法によって市民が行為することを認めたり、他人に行

為することを求める資格を賦与するものであり、それは必然的に市民社会の存在を条件とするものである」（一三二頁）。このように「権利」という語は主体の身分の平等、自由な意思の結合を前提に使われており、筆者が小稿で用いる「観念的権利」の内容と符合する。この点については鈴木教授からご指摘を受け、原著を確認する機会をもてた。記して感謝する。

(14) この点は私自身が三年前にオクッスフォード大学のJ. W.Harris教授と議論した際に実際に遭遇した問題点であった。これがこの二つの概念を考え出したきっかけであったいえるかも知れない。

(15) この言葉は嵇康によって用いられたが、「圧抑、抑制、忍辱」などの意味がある。『嵇康集』（難自然好学論）参照。

(16) 韓愈『原道』。

(17) 『史記』（礼書）。

(18) 『孟子』（尽心下）。

(19) 『左伝』（季梁諫追楚師）。

(20) 霍存福「中国伝統法文化的性状与文化追尋――情理法的発生、発展及命運」法制与社会発展二〇〇一年三期一五頁。

(21) 張晋藩総主編『中国法制通史』（第三巻・魏、晋、南北朝、本巻の主編は喬偉、法律出版社、一九九九年）一六九頁。

(22) 『嵇康集』（難自然好学論）。

(23) 張晋藩・前掲一六九頁。

(24) 霍存福・前掲一六頁。

(25) 烏廷玉『中国歴代土地制度史綱』上（吉林大学出版社、一九八七年）一九四～一九五頁。

(26) 烏廷玉・同右書一一四頁。

(27) 羅・龍徳『法律的任務』（董世忠訳、商務印書館、一九八四年、原著は、Roscoe Pound, *A Task of Law*, Franklin and Marshall College, 1994.）八五頁。

(28) 『礼記』（内則）。

(29) 『宋刑統』（雑律）。

(30) 『宋刑統』（戸婚律）。

(31) 烏廷玉・前掲書三五頁。

(32) 『孟子』（告子）。

(33) 『漢書』（文帝紀）。

(34) 『漢書』（食貨志上）。

(35) 『漢書』（谷永伝）。

(36) 仁井田陞『唐令拾遺』（東京大学出版会、一九三三年）七二〇頁。

(37) 『唐律疎議・賊盗』造畜蠱毒条問答、『名例』官戸部曲官私奴婢有反条疎議。

(38) 柏拉図『理想国』第一巻、第二巻（郭斌和・張竹明訳、

商務印書館、一九九七年)。

(39) 柏拉図・同右書三三五頁、三三九頁。

(40) 亜里士多徳『政治学』(呉寿彭訳、商務印書館、一九九六年)一三八頁、一五三頁。

(41) 西塞羅『論共和国・論法律』(王煥生訳、中国政法大学出版社、一九九六年、原著は、Marcus Tullius Cicero, *De re publica, De legibus*, with an English translation by Clinton Walker Keyes, Combridge, Mass: London: Harvard University Press; Heinemann, 1928.) 二〇三頁。

(42) 悌利『西方哲学史』増補修訂版(葛力訳、商務印書館、二〇〇一年、原著は、Frank Thilly, *A History of Philosophy*, New York, Henny Holt, 1951.) 三頁。

(43) 悌利・同右書一五頁参照。

(44) 悌利・同右書七頁参照。

(45) 羅素『西方哲学史』上(何兆武・ジョセフ・ニーダム訳、商務印書館、二〇〇一年、原著は、Bertrand Russell, *A History of Western Philosophy*, London: Unwin Paperback, 1979.) 一四頁。

(46) 悌利・前掲書四二頁。

(47) 悌利・前掲書四四頁。

(48) 悌利・前掲書四八頁。

(49) 悌利・前掲書四五頁。

(50) 悌利・前掲書四五〜四六頁。

(51) See Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, p.54.

(52) 『西方法律思想史』(北京大学出版社、一九八三年)二八頁。

(53) J・M・凱利『西方法律思想簡史』(王笑紅訳、法律出版社、二〇〇二年、原著は、J.M.Kelly, *A short history of Western Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992.) 四六頁。

(54) 見思・J・辛格『実用主義、権利和民主』(王守昌等訳、上海訳文出版社、二〇〇一年、原著は、Beth J. Singer, *Pragmatism, rights and democracy*, New York: Fordham University Press, 1998.) 四九頁。

(55) John Rawls,A Theory of Justice,Harvard University Press, 1971,p.506,footnote30.

(56) Alan Ryan,Property,Open University Press,1987,p.61.

(57) 洛克『政府論』下(葉啓芳・瞿菊農訳、商務印書館、一九九七年、六頁、原著は、J. Locke,*Two Treatises of Government*, Critical edition, edited by Peter Laslett, Cambridge University Press. 1960.)。

(58) 格老秀斯『戦争与和平法』第一巻、第一章、第一節(『西洋法律思想史』・前掲書一四四頁)。

(59) 『馬克思恩格斯全集』第一六巻(人民出版社、一九六五年)二〇頁。

(60) H. L. A Hart, *The Concept of Law* (2nd edn.), Oxford University Press, 1994, pp.188-189. 哈特『法律的概念』(張文顕等訳、中国大百科全書出版社、一九九六年)一八四～一八五頁も参照。
(61) H. L. A Hart, The Concept of Law (2nd edn.), Oxford University Press, 1994, pp.188. 哈特・同右書一八四頁も参照。
(62) 梅因『古代法』(沈景一訳、商務印書館、一九九六年、原著は、H.S. Maine, *Ancient Law*, Oxford University Press, 1946.) 四三頁。
(63) 張文顕『法哲学範疇研究』(中国政法大学出版社、二〇〇一年)三五九頁注［1］。
(64) 凱利・前掲書、四八頁。
(65) 亜当・斯密『国民財富的性質和原因的研究』下(郭大力・王亜南訳、商務印書館、一九九四年、原著は、Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Cases of the Wealth of Nation*, New York: P.F. Collier, 1937.) 三三五頁。
(66) Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 15
(67) 凱利・前掲書四五～四六頁。
(68) 凱利・前掲書四五頁。
(69) See Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, pp.54-56
(70) 凱利・前掲書四八頁。
(71) 凱利・前掲書四四～四五頁。
(72) Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 1.
(73) 周楠『羅馬法原論』下(商務印書館、一九九六年)付録二。
(74) 馬克垚主編『中西封建社会比較研究』(学林出版社、一九九七年)七頁。
(75) 馬新福「社会主義法制必須弘揚契約精神」張文顕主編『法理学論叢』第一巻(法律出版社、一九九九年)六二一頁。
(76) 査士丁尼『法学総論』(商務印書館、一九九七年)二六頁。
(77) 趙文洪『私人財産権利体系的発展』(中国社会科学出版社、一九九八年)二七七頁。
(78) 李玉璽氏(北海道大学大学院生)から東周最後の王、周赧王は負債が多すぎて、しまいには逃走したという「債台高築」の典故があるとの指摘を受けた(『漢書』諸侯王表序参照)。この指摘によって私の研究の不足が暴かれてしまった。李玉璽氏には記して感謝を表したい。鈴木教授からはこの点について、中国の歴史を帝政時期(秦以降)と帝政期以前(先秦)に分けて論ずれば辻褄があうのではないかと指摘された。こうした解釈は中国の

法制思想、制度を研究するうえでありうる方法だと考えられる。鈴木教授の学問的嗅覚には敬服するが、遺憾ながら、小論では、鈴木教授の示唆に従って書き換えることはしなかった。それは筆者の能力的限界にもよるし、小論の意図が中国と西洋の法制度、観念をめぐるマクロ的比較を通じて、現代中国私権研究に切り込むという点にあるからである。余りに細かな論点に入り込むなら、それぞれの論点について独立の論文を用意しなくてはならなくなる。

(79) Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, pp.252.

(80) 羅・寵徳『通過法律的社会控制』(沈宗霊・董世忠訳、商務印書館、一九八四年、原著は、Roscoe Pound, *Social Control through Law*, Archon Books, 1968.) 六頁。

(81) 馬克垚・前掲書一一頁。

(82) 彼得・斯担、約翰・香徳『西方社会的法律価値』(王献平訳、鄭成思校、中国人民公安大学出版社、一九九〇年、原著は、Peter Stein, Jonh Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh University Press, 1974.) 一五〇頁。

(83) 梅因・前掲書七七～七八頁。

(84) 盖尤斯『法学階梯』(黄風訳、中国政法大学出版社、一九九六年、原著は、The institutes of Gaius/ translated with an introduction by W.M. Gordon and O.F. Robinson; with the Latin text of Seckel and Kuebler, London: Duckworth, 1988.) 四四頁。

(85) 梅因・前掲書七九頁。

(86) 梅因・前掲書七九頁。

(87) 梅因・前掲書九七頁。

(88) 柏拉図『理想国』(郭斌和・張竹明訳、商務印書館、一九九七年) 一頁。

(89) 亜里士多徳『政治学』(呉寿彭訳、商務印書館、一九九六年) 五、一一、一二、一三、七四、三六四頁など。

(90) 亜里士多徳・同右書一八九頁。

(91) 盖尤斯・前掲書二頁。

(92) 盖尤斯・前掲書四頁。

(93) 盖尤斯・前掲書一八頁。

(94) 査士丁尼・前掲書七、一二頁。

(95) Joseph Needham, Benjamin Schwartz などの西洋の学者がこの見解を主張する。皮文睿「儒家法学：超越自然法」高道蘊・高鴻鈞・賀衛方編『美国学者論中国法律伝統』(中国政法大学出版社、一九九六年) 導言参照。

(96) 梅因・前掲書九四～九五頁。

(97) 査士丁尼・前掲書六～七頁。

(98) 呂岩峰「私法自治与国際私法――兼論国際私法的性質与範囲」法制与社会発展二〇〇〇年一期八〇頁。

(99) 高道蘊ほか編・前掲書三頁。

(100) Otto Gierke, Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800, trans. by Ernst Barker, Cambridge University Press, 1958, p.96.
(101) 凱利・前掲書五八頁。
(102) 史蒂文・卢克斯『個人主義』(閻克文訳、江蘇人民出版社、二〇〇一年、原著は、Steven Michael Luke, *Individualism*, Blackwell, Oxford and Harper and Row, New York, 1973.) 一頁。
(103) 彼得・斯担、約翰・前掲書一四〇、一五八頁。
(104) 梁治平など・前掲書二六頁。
(105) 高道蘊ほか・前掲書一〇頁。
(106) 凱利・前掲書七八頁。
(107) 威廉・琼斯「大清律例研究」高道蘊ほか・前掲書三七四～三七六頁。
(108) 鄭成思・前掲書五六頁。

筆者追記

小稿に対して鈴木賢教授（北海道大学）から懇切かつ的確なアドバイスを頂いた。心から感謝を申し上げたい。アドバイスにもとづいて修正した箇所にはことわり書きを付した。もとより、資料の不充分さおよび筆者の能力不足などのために、なお充分ご批判に応えきれていない問題があると思われるが、これら不十分な点はすべて本人の責めに帰すべきことがらである。また、小稿に対しては、中国社会科学院の鄭成思教授からも有益な助言をいただいた。ここに記して謝意を表したい。さらに、二〇〇三年一〇月四日、「体制転換と法」研究会で小稿の内容について報告をする機会を得て、出席された先生や院生のみなさんから、質の高い、叡智に富んだ意見を賜った。こうしたことはすべて小稿の修正に有益な啓発を与えてくれた。各位に謹んで謝意を表したい。小稿は筆者が北海道大学助手を務めていた時期の研究成果であり、優れた交流と学習の機会を与えてくれた北海道大学にも感謝を申し上げたい。

なお、本文タイトルの「伝統中国」とは主に中国の奴隷制社会と封建制社会の時代を指す。すなわち、西周から清末までの時期を指す。この点の概念の曖昧さについて、鈴木教授から指摘を受けた。記して感謝したい。