



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	中国伝統法の視角から：朱蘇力/張騫報告へのコメント
Author(s)	寺田, 浩明
Description	シンポジウム
Citation	北大法学論集, 58(3), 418[1484]-426[1492]
Issue Date	2007-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/29645
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(3)_418-426.pdf



(二) 中国伝統法の視角から

—— 朱蘇力／張騏報告へのコメント

寺 田 浩 明

蘇力先生・張騏先生のご報告（蘇力「現代中国における国家法と民間法の研究」、張騏「中国における先例システム確立の意義と段取り——比較法的視座から」）はいずれも、現代中国法秩序についての冷徹な現状認識の上に立って、今後の制度配置について提言を行うものであり、現代中国について余り知識の無い私としては、大きな刺激を受けました。どうも有り難うございました。

私の専門は中国法制史ですので、本来はこうした報告に対してコメントをする資格はありません。ただ蘇力先生が取り上げた「民間法」について、三年程前に「民間法論を超えて」（『ジュリスト』一二五八号、五七～六四頁、有斐閣、二〇〇三年一二月）という論文を書いた機縁で、今回、今井先生からコメントータを命じられました。今井先生からは、特にお前はA四版で四・五枚分くらい話せというご下命がありましたので、律儀に長い原稿を書いて参りました。少し長くなりますが、ご勘弁をお願い致します。

さて、私は上の論文の中で、「民間法」について以下の三つのことを主張しました。即ち、

第一に、これまでの中国法学（法制史学を含む）は、国家法だけが法だという考え方に囚われ過ぎていた。「民間法」というこの新しい研究視角は、その制約を打ち破る可能性を秘めている。

第二に、しかしそれが学問的に力を持つためには、「民間法」がどの様な意味で「法」なのか、それと国家法の間にはどのような差異があるのかを明確にする必要がある。現在ある「民間法論」はその点が意外に曖昧である。そして例えば私の見る所、伝統中国でも国家法と民間法が共に機能していたが、後述する様に、そのどちらもが近代法学が普通に考える「法」とは相当に違った構造を持っており、またその両者は対立関係に立つというより、むしろ相互に浸透しあう様な位置関係に立っていた。

第三に、そしてまた民間法論者が現代中国について指摘する「民間法と国家法の対立」問題の幾つかは、「民間」と「国家」の間の対立というより、むしろ国家と民間とのいずれにおいても進行する、上述の如き中国に伝統的な「法」のあり方・「法」に対する期待内容と、近代以降西洋から導入された「法」のあり方との間の対立と融合の過程で起こっている諸問題として理解する方が適当なのではないか、と。

今回の蘇力先生・張騏先生のご報告も、それぞれに異なった仕方ではありますが、西洋法とは必ずしも同じではない、現代中国に固有の法のあり方に対する関心から発しているように思えます。そこで本日は、まず私が伝統中国法の特質だと考えることを先に紹介させて頂き、その後で、それとの関連で両先生に幾つかの質問をさせて頂くという順番で進めさせて頂きたいと思います。

*

私が中国の伝統的な「法」のあり方の特徴と考えるものを、非常に簡単に整理すれば、以下の三つにまとめることができます。

第一に、対比を強調して言えば、西洋型の法モデルでは、一定事項について要件効果を定めたルールを事前に皆で共有し、個別事案の処理に際しては、その一般的ルールから導かれた判決を当事者に対して問答無用に押しつける、という二段階的構造が取られる。法とは、そうした仕方で立法と法適用の間を繋ぐルールのことを指す。そしてそのルールは、一方では裁判者の判断を縛ると同時に、裁判者に確定的な判決を下す硬い規範的足場を提供する役割を果たす。

それに対して伝統中国では、何が正しい解決かは、事案それぞれが持つ固有の事情によって自ずと異なると考えられていた。ただ、だからと言って、その結論が語る人ごとに違ってしまふとは考えない、むしろ公平な人間が一生懸命考えれば誰もが自ずと行き着く一つの結論、天下の公論というものがあると考える所が、特徴的である。ここでは裁判とは、何よりも当該事案についてそうした天下の公論が直接的に示される場として理念され、また法とは、一般的ルールとしてではなく、そうした個別事案毎に一つ一つ成り立つ天下の公論、その総計の如く考えられていた。

ただ、そこにはルールという中間段階が無いので、裁判者はルールには縛られない代わりに、ルールによって硬い規範的基礎を与えられることもない。そこではむしろ、裁判者の公的権威の承認と、裁きの内容が確かに天下の公論であることの内容的承認とが、当事者社会によって一挙に行われるような仕組みが現れる。上手に行けば、裁判自体が裁判者の公的権威、更には政治権力自体の生成の場所になる。反対に、その語る内容が社会によって不公平だとされた場合

には、それを語った人間は裁判者の地位から追いつき落とされる。

そして民間では、まさに日々それが試されていた。それを上手にやれば公平有徳な人として社会的な尊敬を受け、不公平をすれば失脚する。またそれが官僚の場合には皇帝によって罷免され、またそれが皇帝自身の場合には、そこで革命が起こることになる。

第二に、伝統中国では民事事案については地方官が、刑事事案については皇帝が上の形の裁判を行った。そして裁判がその仕方で行われる限り、法は事前のルールの形をとる必然性を本来的に持たない。そして実際、そこには我々が考える民事実定法の如きものは形成されない。

ただ皇帝が一手に全国事案を担当する刑事裁判については、官僚の手助けを借りる必要から、典型事例を列挙しそれに特定の重さの刑罰を対応させた犯罪刑罰対照一欄表が皇帝の手で作られ、担当官僚に配られることになった。それが律Ⅱ伝統中国の実定法である。しかし勿論、個別事情の側には無限の差異があるという基本発想に立つ以上、すべてを予め律に書き記せるとは誰も考えていない。そこで律が想定していない事情を含む事案に出会った場合には、臣下は原案付きで事案を皇帝に上申し、立法権者たる皇帝本人が処断を下す仕方が作られ、またその処断例の中で今後も使えるものは、条文文化して「条例」という形で既存の実定法体系の中に組み込む仕方が取られた。

それは一面から見れば、判例を通じての法創造と言える。しかし何故そこでこうしたことが活発に行われたかの理由を考えれば、そこでは個々の法律条文の射程範囲が非常に狭く作られていたから、言葉を換えて言えば、実定法が、裁判官がその解釈を通じて判決を基礎付けることができるような一般的な基盤、即ち上で述べたルールの位置を占めていなかったからでもある。個々の律条はむしろ該当事案を処理する裁判官に対する皇帝の命令として理解されており、そ

の考えの一部分として、命令の無い事案に出会った裁判官に、今回の命令は何かを一一皇帝に聞きに來させる形が位置を占めているのである。

かくして刑事裁判でも、上述の民事裁判と同様に、本来的な法は、一般的に成り立つルールと言うより、むしろ個別の事情に即して成り立つべき正しさそのものとして捉えられていたことは確かな事であり、実定法はその一部を可視化したものという位置に立っているとも言える。

第三に、このように伝統中国の正義は、個々の事案毎にそれに相応しい解決をその都度見つけ出すという個別主義的な要請と、その解決は同時に天下の公論であるという普遍主義的な要素の組み合わせからなっていた。その限りで、この法は基本的には個別事案を処理する「現場」で成り立つものである。しかしそのままでは全国統一は成り立たない。集権の仕方には次の二つの方向があった。

一つは上で見た刑事裁判の様に、個別事案の判断権それ自体を實際に皇帝の下に集約し、官僚にはその手足の役目しか与えない道である。しかし勿論、皇帝の処理能力には限りがあるので、すべてをこの仕方で処理することはできない。そこでもう一つのやり方として、皇帝は基本方針を決めるだけで、その具体化は地方官が現場と対話しながら行うという分業が考えられる。それだと中央側も一定のコントロールが効くし、また末端側でもある程度の権威の供給の上に仰ぐことができる。所謂「因地制宜」である。そして上に見た民事裁判も、或る意味では、中央が示す基本方針が「情理にかなうこと」という一般原則にまで縮減し、その反面として具体的内容の一切が地方官任せになってしまったケースだと考えることもできる。

伝統中国の法秩序の全体は、この様に、末端現場から始まる権威形成と、中央から下りてくる権威賦与の拮抗と統合

から成り立っていた。

*

さてそこで、以上の話を踏まえて、両先生のご報告それぞれについて、コメントを述べて行くことに致しましょう。

まず最初に、蘇力先生のご報告についてですが、まず何よりも、ご報告で示される現代中国の法状況、およびそれを観察する蘇力先生の視点の置き方が、上に述べた伝統法秩序のあり方、および当時の人々によるその理解の方法に非常に似ていることに驚きました。如何に中央で成文法を制定しようとも、それだけで中国の法秩序全体を一方的に統御することはできないし、また地域差を考えれば現実的でもない。しかしその反面、各地域地域において、現場の必要に応じて、また現場の人たちによってそれなりの秩序は形成されている。現実には両者の組み合わせの中にあり、その組み合わせがどうなるかは、民衆の動向、歴史の状況による。権力が持つ力量についての冷徹な反省と、同時に持つ全体秩序の存立に対する責任感のあり方において、蘇力先生の視点は清代の皇帝や士大夫が持つ視点に近い。

また前稿「民間法論を超えて」を書いた時には私は、蘇力先生は、民間法ではなく国家法の方については、なお西洋近代型の法秩序を想定しておられるのかなと考えていましたが、今回のご報告、および蘇力先生が北海道大学でのご講演に書かれた「中国の司法における政党」という御論文を読ませて頂いて、蘇力先生がその国家法についても必ずしも西洋近代型の法制度のみを考えている訳でないことが良く分かりました。そうすると愈々、すべての話が上で私が述べた図式と重なってくるようになります。

ただ、そうした共通点を感じれば感ずる程、現代中国を対象にした蘇力先生のご報告に対して、二つの疑問が湧いてきます。

まず第一に、蘇力先生は、西洋近代型の法概念には囚われずに、現代中国の国家と民間の中に見える秩序形成的な機能のすべてを「法」という言葉で論じられる。そしてその志向については私も共感を惜しまない。しかし学問である以上、従来の定義を棄てたら今度は別の定義を立てなければならない。しかも今回は、国家法すら西洋近代法的な枠組みには囚われない。では、蘇力先生自身は「法」をどう定義するのか。特に、蘇力先生は、民間で行われる各種の秩序形成も「法治」であり、その助けを借りつつ全中国に「法治」を及ぼすことを最終目的として掲げる。その場合、民間で行われる秩序形成行為の内、どの様なものが「法治」であり、またどの様なものは「法治ではない」ということになるのか。

第二に、現代中国で建設を進めている法制度の中でも、市場経済に関わる法制度は、明らかに西洋近代型の法秩序を前提としている。そこでは法制度は、事前に明確なルールを提示し、そのルールに基づいて行われた行為に対して全面的な支持を与え、そのことによって市場的行為の予測可能性を高める役割を担わされており、また国家権力は、社会正義の積極的な実現主体である以前に、そうしたルールの透明な実現主体、市場社会に対する「社会基盤」の提供者という位置を占める。そうしたルール型の法に対する期待は、現代中国の民間社会にもある筈であり、また現代中国国家の中にもその役割を担おうとする志向はあるのだろう。さてそれら外来型の法制度と法のあり方は、蘇力先生の全体法秩序論の中では、どの様な位置を占めているのだろうか。

次ぎに張騏先生のご報告に対してコメントを述べます。

上に紹介したとおり、伝統中国は、（静態的視点からではなく）動態的視点から見れば、判決を通じて法を作ってきた国家に属すると私は考えている。そして上では、そうした判決の内の永続性を持つものが条文形式に仕立て上げられ、「条例」という名の副次法に結実することを紹介したが、清代ではそれに結実しない中央の重要判例も、司法関係の専門官僚達の手によって整理され、その成果が成案集の形で継続的に刊行され、裁判実務を担う人々によって恒常的に参照されていた。例えば最も有名な『刑案匯覽』シリーズは四回出され総計百数十巻、中には九千件余りの成案が収められている。つまり非常に約めて言うならば、張騏先生が現在提言されている程度の状態が、清代の後半期には既に中国で実現されていた。

そして現在存在する最高人民法院による「司法性解釈」は、その出自と機能、また条文仕立てという形式において、伝統中国における「条例」と非常に類似した位置に立つ。その延長線上に、「司法性解釈」にまで到らない周辺の判例を随時編纂刊行して、それに伝統中国の成案集と同様の役割を担わせる、といった事態が現れる可能性は、十二分にあるだろう。伝統的な図式に則るなら、先例制度の形成は非常に有望である。

しかしこの歴史的類似性は、他面では次の様な原理的な疑問を生み出すことになる。

即ち、清代で上の展開を生み出した動力は、先程も述べたとおり、判断権限が皇帝に集約されていたこと、裏から言えば、個別裁判官が「法を解釈して、それだけを基礎に判決を下す」ことを禁じられていたことによる。また成案集が編纂刊行された背景も、刑事裁判では末端裁判官は独自で判決を下すことは許されず、むしろ刑罰原案を書いて上司や皇帝の審査を受ける立場にあり、上司の意に染まぬ原案を出すとは出世の妨げになる、そこで皇帝や中央の司法判断の最新の動向を常時フォローしておく必要があった、という所にある。伝統中国に見える判例法関係の動きはすべて、事案を担当する裁判官が法に基づいて自立的に判決を下せる、という考え方の欠如が生み出したものである。そして現代中

国について「司法性解釈」の外側に先例制度を作った場合も、それらが一生懸命裁判官達によって読まれ、法の統合に役立てられる為の必要条件は、逆説的ながら、中央による末端裁判官に対する監督の強化だと言うことになりそうに見える。

ところが、張騏先生の今回の主張の基礎に置かれ、また将来的に目指されもする裁判官像は、むしろルールに基づいて自立して裁判を行う裁判官の姿に見える。

こうした対比を、どう考えれば良いのか。張騏先生のお話を聞きながら、色々と考え込んでしまった。それは一面では、張騏先生が、先例制度に何を期待するかとも関連する。私の上の様な感想に対して、張騏先生はどの様にお感じになるか。まずそれを伺いたい。