

〔論説〕

中国における社会治安観念の現在と伝統 (一)

石川英昭

目次

序章

第一節 本稿の構成及び目的と方法或いは視点について

第二節 「中国儒学と法律文化研究会」

第三節 「中国儒学と法律文化研究会」における報告

第四節 補論

第一章 現代中国の社会治安「綜合治理」

第二章 法治と徳治・その歴史的淵源

第三章 私見 中国法文化

終章

……………以上本号

序章

第一節 本稿の構成及び目的と方法或いは視点について

本稿は、現代中国における社会治安観念を紹介すると共に、その歴史的淵源を辿り、その特質を明らかにしようとする

ものである。

第一章では、現代中国の社会治安「綜合治理」という政策の存在及びその内容、並びにその根底に存在している観念を紹介し、第二章では、その歴史的淵源を「法治と徳治」観念の展開の中に探り、第三章では、現代中国と伝統中国（先秦期を含める）との連続或いは不連続を社会治安観念を通して見極める作業を行ない、ひいては中国法文化の特質の理解を目指すこととする。そして終章では、本稿において暗黙的前提とされている比較文化論的方法をめぐって若干の考察を行ない、その射程について論じたい。

以上の構成には、次のような意図が存在している。一つは、現代中国と伝統中国との法文化の連続性の解明であり、二つは、中国の法文化、狭くは社会秩序論の特質を明らかにすることである。

東アジアの経済的發展に伴い所謂「儒教文化圏論」⁽¹⁾が論じられ、ここでは現代中国と伝統中国との連続性を言うことが、今日日本の様々の方面でなされている。勿論何が連続しているのかについては論者により主張を異にするが、ここはそれらの包括的な紹介の場ではない。今はこのような連続性を主張する若干の議論に着目しておこう。

例えば、思想の分野では、儒教思想と資本主義或いは社会主義の思想或いは精神との連続性が論じられている。儒教思想と資本主義の精神との連関を論ずるものは、M・ウェーバーの宗教倫理論とも絡んで、⁽²⁾ 枚挙に暇がない。一方、儒教思想と社会主義思想との連関については、溝口雄三氏の所論を挙げることが出来る。⁽³⁾ これについて、私は、社会主義中国が成立する直前の時代を生きた蔡元培（一八六八—一九四〇）による儒教思想（但し、彼の発言はこれに限定されたものではない）の理解を、例に引いてみようと思う。⁽⁴⁾ 彼は、中国学术界の孫文とも言われる人物であり、北京大学学長時代には五・四運動に大きな影響を与え、又国民政府の下で要職に就きながらも良心的な進歩的知識人であり続けた。

一九二〇年、Kirkup著、李季訳『社会主義史』に序して、⁽⁵⁾ 中国には元来社会主義の学説があつたことを、『論語』や『礼運』に載せる孔子の言を引いて論じている。又、『周礼』や『孟子』にある「井田」の記事を、中国本来の社会政策

論であり、宋儒も常にそれを回復しようとして為しえなかつたと彼は論ずる。

又、一九二三年の《中国の文芸中興》と題する彼の演説⁽⁶⁾では、中国人の根本思想に一に平民主義、二に世界主義、三に和平主義、四に平均主義、そして五に信仰自由主義があると云う。各々その論拠とされているものうち儒教に関わるものを挙げれば、平民主義については、「民を尊きとし、君を軽しとす」る孟子の説である。世界主義については、孔子の思想、及び「大学」の「平天下」の思想である。これあるおかげで、中国では偏隘な愛国主義を唱える学者がなかつたとされる。⁽⁷⁾ 和平主義については、孔子・孟子の思想であり、平均主義については、前述の孟子の「井田」説、孔子の発言である。さらにこの平均主義については、次のような発言を付している。即ち、中国では、この主義あるおかげで、ヨーロッパ式の株式を集中した少数の資本家を生み出すことはなかつたのであり、又この主義が行なわれる故に、将来中国にマルクスの階級闘争主義が容れられることを心配することもないのである、と。信仰自由主義については、孔子の提唱した「中庸」が挙げられる。これあるおかげで、中国人は異なるものなかに類似のものを見て調和をすすめる事ができ、例えば祖先教を修正した儒教は、多神教の変じた道教、後代中国に入ってきた仏教、回教、キリスト教とも大いに争うということはなかつたのである。信仰自由主義は、ヨーロッパ諸国が取り入れるずっと以前に、中国では実行されてきた、と云う。

以上蔡元培の儒教理解の例を見てきたが、儒教思想と何らかの近代的思想或いは精神との連続性の主張、これは要するに、テキストのなかに見いだされるものは、解釈者がそこに見いだそうとしているものであるという、言わば解釈の循環の問題であると、私には思える。私は、勿論、このような循環を悪循環だと言うのではない。これが勝れて実践的課題であると云いたいだけである。しかも、儒教思想解釈においては、今日ではさらにそこに、現在の日本や中国の文化的・経済的・社会的・政治的現状をどのように受け止めるかという勝れて同時代的である実践的問題が絡んでくる。従って、この点は、本稿の意図と全く無関係であるとは言えないものの、その視野からは若干逸れてしまふ。

法学の分野からは、司法の連続性論を取り上げてみよう。例えば、帝政期中国と現代中国との司法の連続の例を、紛争解決の場に見いだせるとする主張が、高見沢麿氏により論じられている。⁹⁾ 氏の議論の射程範囲はもつと広いのだが、それを矮小化してしまう非礼を詫びつつ、今ここの私の論の行き掛り上で必要な部分だけを簡単に紹介しておこう。

氏によれば、中国において、帝政期（氏の用語では固有期）であれ現代であれ、「もめごとの裁きは、説理—心服を一つの型としている」。それは、「理を説いて解決しようとする説理者と理を説かれて心から服するという形をとる心服者によって演じられる劇といふことができる」。この「説理—心服は、裁くものへの信頼のための条件がない場合の、一つの合理的な在り方であろう」。¹⁰⁾ このような条件が中国に欠けていることは、帝政期では、裁判を担当する官が決して法律の専門家ではなかったこと、法制度が庶民にとってブラックボックスであったこと、慣行的手数料が存在し裁判コストが高かったこと等、現代中国においては、制度の不完全さ、裁判要員の数と能力との不足、「先判後審」というような裁判運営の在り方等に示されることが、氏によって指摘されている。¹¹⁾

これにつき、私は氏の議論を次のような観点からの考察に転換させようと思う。氏の言う「裁くものへの信頼の欠如」を「司法への不信」と考えてみるのである。その時、「司法への不信」は特殊中国的現象なのであろうか？ もしそうであるとして、そのような「不信」が中国において何故に生じるのであろうか？ といったような問題をたててみる。これを裏から言えば、そもそも「司法への信頼」の条件とは何であるのか？ 中国ではその条件のうち何が欠けたため「不信」しか生まれないのか？ という問題である。

私は、中国司法の特質は、滋賀秀三氏の言う「行政的司法」¹²⁾ ということまで尽きる、と考えている。即ち、中国の司法は、その制度面から観ても運用面から観ても、「行政的」といえる特色を持っている。そこで私はそれを「行政的」司法と呼ぶことにしようと思う。語の説明という脇道に逸れるが、しかしここで私が「行政的」と言うのは、中国では「司法」が「行政」であった、又ある、と言うつもりではない。確かに、制度的にも、又運用面でも「司法」が「行政」的に

処理されることから、そのように言つてしまつて強ち誤りではないと見える場面もある。特に帝政期はそうである。しかし、特に現代中国では、「行政」から区別される、固有の「司法」的行為の場面が存在している。ところで本稿は、中国の帝政期も現代をもその視野に入れようとする。従つて、この「行政的」とは文字どおり性質を示す形容詞であつて、専らの固有の「行政」それ自体を指称する意図ではない。さらに言えば、それは近代以降の欧米において成立展開した所謂「自律的」司法との比較的概念として用いるつもりである。

先の高沢氏の論も、言わば中国司法のこのような「行政的」特色の具体的現象面を極めて明確に示したものと、私は理解している。しかし、中国司法をそのように理解するなら、中国における「司法への不信」の問題は、我々に視点の転換を迫るように私には思える。即ち、「自律的」司法と中国の「行政的」司法とで、「司法への信頼」の条件は同じであると理解してよいのであろうか。もし違つたとすれば、中国司法が「自律的」司法への信頼の条件を欠いているとしても、何ら奇とするに足らないのではなからうか。その場合、中国「司法への信頼」は、「行政的」なるものへの信頼」と読み変えたほうが、その内実をより明らかにすることが出来るのではなからうか。このような転換である。

このように考へてきた際、例えばベルの次のような議論は、さらにこの論点を明らかにするには参考となるだろう。¹³
 ベルは、司法の機能が極めて官僚的仕事に近いことを、司法の八つの任務を示す中で、明らかにしている。¹⁴

任務の一つは、裁決による論争の解決である。ルールの適用や事実の決定に際しての（行政の場での）「難事」と（司法の場での）「論争」とは明確に区別されると通常考へられている。しかし、裁決の任務とルールの適用による紛争の行政的解決との間には、考へられているほど明確な一線が引ける訳ではない。それどころか、両者は連続している。決定を行なう際、官僚も裁判官も共に公平無私であることが期待されているのである。但し、後者にあつては、決定者の自律性が求められる点が、前者に区別される制度的特色をなしている。

二つは、非公式の調停。この時裁判官は、当事者に合意を求めることになるが、その際彼の権威が当事者に合意を促す

背景の威嚇になっている。即ち、この場合司法の機能は、中立的というより、「指導的」と言えるものとなっている。このような権威的調停、即ちその任務の遂行において権力や権威の立場を利用することは、司法的役割に限らず、その他の官吏によつても為される。

三つは、将来の紛争の解決の爲のルールの決定である。即ち、ルールの内容が論争となつたとき、採用されたルールは当該紛争に適用されると共に、将来のケースでの決定に将来の行態の基準として影響を与える。このように将来を考慮し結果主義的理由に留意することは、裁判官にも行政官にも求められている。

四つは、行態の公的基準の宣言、公権の解釈の提示である。特定状況では、裁判官は社会のスポークスマンとして、当事者のみならず大衆全体に対して、言わば「説論」を行なっている。公正取引や環境衛生といった特定の部門では、行政官も同じような権威を行使している。

五つは、法的証明の仕事である。裁判官の仕事には、單純にルールを事実に応用するだけで、該行為の公的証明を行なうだけのことがある。これは、国によつては、全て行政官に任せられる業務である。

六つは、監督の任務である。これも行政的任務を裁判所に委ねたものである。これは、裁判所が、何ら論争がなくとも、公的団体或いは私人による決定を認可するという任務で、言わばオンブズマンの役割である。例えば弱者の利益を守るため、正しい決定がなされることを確保するため、あらかじめ事件発生以前に、その決定のより厳格な統制を行なっておくのである。これは通常「司法的」機能と呼ばれる。この仕事は、個人の権利や公的利益の守り手としての裁判官の公正無私で自律的な立場によつて、裁判所の手続きに従つて証拠が集められ法の範囲内での判断が為されるなら、これを司法的と言へる。しかし、社会的利益というより、広い視野に立つて可能な決定の批判的評価をするためには、この手続きはほとんど採用されることはなく、又証拠の評価も非司法的専門的技術を必要とする。このような監督行為は、たまたま裁判官によつて為されただけで、問題や判断の性質如何によつては、裁判官の行為としては却つて制限されるべきこともある。

七つは、国家の他の機関に対する立憲的統制の役割である。この役を司法機関に付託するのは、これが行政や政治的過程から自律しており、又危険な野望を抱くことが最も少ない機関と、制度作成の当初考えられたからで、司法のこの機能は、官僚的特徴から遠いと言えよう。

八つは、社会工学である。即ち、司法的決定過程は、将来の為に社会状況を組織化するという機能も果たす。この活動は論争の解決にとつては付随的なものであるが、司法の主たる関心事でもある。行政もこのようなことに関心を持つべきで、両者の仕事は極めて類似したものになる。

以上が、ベルの示す司法の八つの役割である。ベルは、結論としては司法官と行政官との職務の性格の違いを主張する。即ち、司法官の職務には、行政官の職務と違い、より大きな責任がかかっており、その任務の遂行には自律性が不可欠であると⁽¹⁵⁾言う。又、「行政的」司法との関連では、以上の八つの任務の全てが、これに妥当する訳でもない。しかし、彼のこの主張から、両者の職務が非常に似通ったものであることは理解できる。従つて、中国における「司法への不信」が特殊司法的職務内容から生じるとは考えにくい。考えられるのは、高見沢氏も指摘するように、裁判のコスト、裁判官の個人的資質・能力への不信、並びに運用も含めて「行政的」とされるその制度、或いは組織構成の在り方等に対する不信であろう。従つて、以下でこれらの諸点に若干の考察を加えてみよう。

裁判のコストについては、その算定がルールに拠るか拠らないかで不明朗さの印象は格段に違つてくるとはいえ、例えば今日の日本における訴訟費用の算定が市民的常識に⁽¹⁶⁾適つているのかどうか、疑問もある。裁判コストの問題が訴訟に影を投げ掛けているのは現代日本においても存在している事態であり、これを以て司法不信を生み出す特殊中国的な、即ち「行政的」司法に特有の現象と見做すことが出来るかどうかは疑問であろう。次に、裁判官個人の資質・能力の問題であるが、これは確かに特殊(現代)中国的問題のように思える。しかし、この問題も、それぞれの国家の事情に依じて、程度の差はあれ存在している問題である。そしてこれは、結局は、裁判官の養成や採用の在り方(任官の方法)といった

制度的問題に帰着すると思われる。⁽¹⁷⁾

従つて、主として問題とすべきは制度の「行政的」側面への不信ということになる。それでは、この「行政的」制度に對しての不信が中国の民衆の意識のなかに曾て存在し、或いは現在存在するであろうか。

まず、組織構成の在り方に対しては、確かに、過去そして現在も、民衆から不信の目が向けられるであろうことは想像に難くない。例えば、法官を構成していた帝政期の官僚や、今日国家組織の中核の指導グループとなっている現代中国の共産党官僚の、エリート性に対する民衆の不信は、連続して存在していると想像できる。しかし、官僚のエリート性とそれに対する民衆の不信は、程度の差はあれ現代の欧米そして日本にも存在していよう。さらに裁判官の養成や採用の在り方（任官の方法）についても事情は同じであろう。従つて、これらの側面は、司法への民衆の不信を助長する点で無視できるほど小さな問題ではないのだが、今は一応視野の外におくことができよう。

中国司法の「行政的」性格は歴史的連続性を持つと考えられるし、従つてこの性格それ自身に對して直接向けられる不信は、確かにこれを特殊中国的と理解することは十分可能である。「行政的」司法は、今日我々が「自律的」司法を以て基準とすれば、確かに様々の欠陥が存在すると評価することも出来るであろう。従つて、その目からすれば、この制度が不信を招く要因は多いと思われる。例えば、先程のベルの挙げた司法の八つの任務のうち、「行政的」司法に妥当しないものを、「自律的」司法の良き特色、従つて「行政的」司法の欠陥と理解することが、可能かもしれない。例えば、第一の任務のなかで論じられていた決定者の自律性、⁽¹⁸⁾或いは第七の任務として挙げられていた司法による他の国家机关の権力抑制という役割等は、「行政的」司法には欠如していると考えられよう。しかし、それでも尚このような制度への不信を、今も昔も中国の民衆一般のものと思ふことは出来ない、私には思える。勿論、このような制度への不信が民衆のなかに皆無であるとは言えない。但し、その程度は、現代中国においては、都市住民と農村住民、或いは民衆の教育程度の違い等によつて異なつてくると予想される。⁽²⁰⁾又歴史的には、当然のことながら民衆の属する社会の歴史的展開段階の

相違が、民衆の司法に対する意識に大きな相違をもたらすことは考えられるから、他に制度的選択肢のあることを知らなかった民衆と、知っていても選択出来ない民衆との「行政的」司法に対する不信を一律に論ずることがこれ又出来ないことも、自明である。しかし、何れにしろ、司法が「行政的」であるが故に、それが中国民衆にとって全く益のない専ら唾棄すべき制度であると、彼らに昔考えられていたのか、又今現在考えられているのか、議論の余地は大いにある。従つて、中国で司法に対する民衆の不信が存在したとしても、その理由は制度が「行政的」であつた為であるのかどうか、再考の余地は大いにあると思われる。

このように、「行政的」司法を、特殊中国的であり、「自律的」司法に比し極めて欠陥の多いシステムであると理解することから、より開かれた場へと移して考察して行くこと、従つて、「行政的」司法をある種の普遍性を持った概念として理解して行くことは、「行政的」司法に対する見方を転換することを意味するであろう。即ち、「行政的」司法は、或る積極的・肯定的条件の下で、合理的な司法であると考えられてこよう。この積極的条件が何であるのかを考究して行くなら、その結果さらには「司法」概念それ自体もより開かれた概念として考察して行くことを可能にすると、私には思われる。⁽²⁾

以上述べたことと関連して、現代中国司法における客観的眞実主義の存在を主張する論を紹介し、これに対する私の見解を明らかにしておくことも、本稿の意図の解説にとつて無駄ではなからう。

現代中国には檢察院の裁判監督制度が存在する。国家を代表して法廷に出席する檢察員を中国では公訴人というが、公訴人は公訴の支持と共に、裁判の監督も行なう。即ち、公訴人は檢察機關の代表として犯罪を訴追する一方で、裁判活動監督機關の代表として被告人の合法的権利・利益を保護する立場にもあり、従つて公訴人には勝訴・敗訴の問題に拘うことのない客観的公正な立場にたつことが求められている。又、民事・刑事訴訟においては、再審査制度が存在する。これは、訴訟における当事者等及びその他の人民が、既に法的効力の発生している人民法院の判決、裁定或いは法院調解について不服がある時、原審の人民法院または一級上の人民法院、或いは人民檢察院に対し再審査を請求する制度である。

これが、憲法で保障され、具体的には裁判監督手続きとして民事・刑事の訴訟法に規定されている。これらの制度の存在と、さらに「実事求是」という公式的思想路線の存在も相俟って、中国裁判の客観的眞実主義の傾向が主張されることになる。そこでは、中国では裁判において常に客観的眞実が求められている、或いはその際手続きがあまり重視されない、ということが主張される。このうち前者については、紛争解決の法的効力の不安定性を生み出すという批判が加えられ、後者には、適正手続きを求める「自律的」司法に対比して中国司法の欠点であると考えられている。²²⁾

これにつき、私は、次の点に十分注意すべきであると考えている。

第一点は、比較文化論においては、選ばれた比較の基準を絶対視することは避けなければならないということである。何故なら、この比較基準の絶対化は、二つの極論に帰結する可能性が大きいからである。その極論の一つは自文化蔑視論であり、他は自文化中心主義の議論である。²³⁾ これら両論は、何れも文化理解として実りあるものとは私には思えない。従って、所謂「自律的」司法を正(プラス)の比較基準として、中国司法を論ずることは、中国司法の理解としてはあまり実りがないと考える。しかし、このように比較基準の絶対化を否定したからといって、比較することそれ自体を否定することにはならないことを、我々は十分理解すべきであろう。比較基準の相対化を行なうこと(比較基準の共約不可能性の承認、多くの基準が存在し得ることを認めること)と、比較を行なうこと(比較可能性の承認)とは、異なった性質の行為であることを、我々は知らねばならない。即ち、比較基準を相対化することは、何らかの基準で以て文化の比較を行なうことと、両立可能である。²⁴⁾ 従って、我々の課題は、比較において如何なる基準を選択し用いたのか、その結果比較された対象の何が明らかになったのか、これを明確に示すことであり、その選ばれた基準を以て対象に価値序列を付け、自他何れかを貶め或いは崇拜することではない。²⁵⁾

第二点は、先ほどの議論に連なる。既述の如く、中国司法は「行政的」司法であると私は理解する。もしそうであるならば、「自律的」司法に特徴的な手続きが、中国司法に欠けているとしても、何ら不思議ではないことになろう。中国司

法はそもそも「自律的」司法として制度化されてはいないのだから、中国司法における手続きなり真実追求なりを論ずる際には、中国司法のあるがままの場面、即ち「行政的」場面において、それら手続きなり真実追求なりがどのように制度化され機能しているかを問題とすべきであろう。これを行なえば、中国司法における手続きの存在意義、或いは客観的真実が追求されることの意義²⁶⁾についての理解の変更を迫られることも予想される。

以上、主として法学における「文化」の連続性論、及び中国司法の特色をめぐる議論を紹介してきたが、そこから中国法文化を考察する際に、中国司法の所謂「行政的」特色を視野から外してしまふことは出来ないことが了解されよう。従って、その特色の具体的歴史的解明は本稿では置くとしても、その基底に存する観念を示し解明してゆくことは、出来る限り本稿の視野に取り込みたいと考えている。

さらに又、それらの論に対する私の見解を述べてきたが、それにより本稿で中国に取り組む私の姿勢なり視点なり方法なりも、いくらか明らかになったのではないかと期待している。

第二節 「中国儒学と法律文化研究会」

中国においても、前節で述べたような「連続性」への注目が存在している。一九九一年六月下旬、中国は無錫の地で「中国儒学と法律文化研究会」なる研究会（学会）の第一回会議が開催された。この研究会は案内文によると中国法律史学会に所属するものようである。該会議の學術討論会参加者の報告は、九二年中国で一冊の本にまとめられ発行される予定と聞いている。今この場を借りて、この会議の討論会について簡単な紹介をしておく。

該討論会は、六月二七・二八日の両日に互って、華東療養院を舞台として開催された。参加者は、北京大学の張国華教授他中国各地の大学・学院から五〇名弱、台湾から八・九名、日本からは私を含め二名であった。

討論の重点は、案内文によれば、一 中国伝統法律文化の発展と特質、二 儒学が中国伝統法律文化に与えた影響とそ

の形態、三 等しく儒学の深い影響を受けた中国及び日本の法律文化の比較研究、四 儒学及び法律文化と現代法律文化建設との関係の研究、の四点である。

各報告者の報告の詳細は、誤解を含む私の紹介より発行予定の前記書に譲り、以下では討論の全体に対する私の印象を記しておく。

研究会の名称の中で「儒学」及び「法律文化」という語が使われている。

「儒教」ではなく「儒学」という語の選択に、研究会としての何らかの意図が籠められていたのか、私には不明である。しかし、現在中国では一般に前者ではなく後者の語が使われている。⁽²⁷⁾ 推測の域を出ないが、学会或いは知識人における宗教へのスタンス、儒家の思想を宗教としてではなく学問として理解しようとする学会的（学者的）態度、それらの背景にある中国の国是としての政治思想的立場等が、そのような語を選ばせる要因として考えられよう。

「法律文化」という語は、今日日本では通常「法文化」と表記されると思われる。⁽²⁸⁾

「法文化」という概念の展開については、千葉正士氏による詳細な論考が存在する。⁽²⁸⁾ 私なりの理解でごく簡単に述べれば、「法—文化」という概念は、人類学の「文化」概念に発すると思われる。「文化」の科学的研究を目指したマリノフスキーによれば、「文化」とは、「ある程度自律的な、そしてある程度相互に整合された諸制度からなる統合体 (integrated)」と定義された。⁽²⁹⁾ 法人類学の基準書たるホーベルの『未開人の法』では、「文化としての法」が研究課題となる。⁽³⁰⁾ 千葉氏によれば、その後「およそ法というものを文化現象として共通の方法論的基礎に基づいて観察・分析すべき一般論的課題」が現れ、この問題意識が「法文化」という概念で示されることになった。⁽³¹⁾ 又、日本において「法文化」という語が legal culture の訳語として通用するようになったのは、八〇年代に入ってからである、とも千葉氏は指摘されている。⁽³²⁾ 前節で私が一切の解説なしに使用していた「法文化」という語も、このような背景を持った語として使われていたことを了解されたい。

中国では、「法律文化」という語は、どのように理解されているのであろうか。⁽³³⁾

武樹臣氏の論考⁽³⁴⁾によれば、「法律文化」とは、人類の法的実践活動及びその成果の総和であり、又それはマクロ的研究方法を総合的に表示する語でもあり、人類の法的実践活動を一つの全体として捉えるものであるという。

このような「法律文化」は、氏によれば次の四つの要素から構成される。一 法律思想。即ち、法という社会現象に対する人々の見解・要求及び評価。法理学(法のマクロ的理論に対する評価)と法律意識(法のミクロ的現実に対する評価)とから成る。二 法律規範。即ち、社会的權威機構(通常は国家)によって創設・認可され、保障・実施される特殊な行為準則。その実用的価値は、ある種の社会秩序の創立と維持とにあり、この種の社会秩序は一般的社会成員には一般の利益を与え、特定の社会成員には特定の利益を与えることが出来る。法律規範の終局的価値は、社会自身の変革力を保護し以て社会文化の進歩を促すことにある。三 法律施設。即ち、法律規範が産生し実現することの出来る一連の活動機構を保障するものの総和。これは立法・司法活動の正常な運行を保障する客観的条件である。四 法律技能。即ち、立法・司法等の実践活動に従事する能力・技術及び方法であり、立法技能、司法技能、法律文献管理技能等を含む。これは立法・司法活動の正常な運行を保障する主観的条件である。

以上がその構成要素であるが、「法律文化」のこれらの要素は、経済的基礎と上部構造との対立と統一の運動のなかで、社会生活をその基盤とし、法律思想特にその中の法律意識を中心的環境として、相互に作用しあい相互に連係しあい、「法律文化」の發展推移の直接的原動力を構成することになる、と氏は論じている。

このような「法律文化」の理解から、この討論会が制度史的課題と思想的課題とを併せ含んでいたことも了解されよう。従って、個々の報告の中には、日本では法制史や中国哲学史に固有と思われる問題を論ずるものもあった。

討論会の主たる論点は、儒学を如何に理解し或いは評価するかというところにあった。興味深かったことは、これをめぐっての世代間の意見の相違が非常に特徴的であったことである。即ち、討論会参加者を、今便宜的に若年層と年配層とに分けるなら(但し、筆者は参加者の実年齢を確かめてはいないので、これはあくまで筆者の印象でしかない)、前者は

儒学の否定面を強調することが多く、一方後者は張國華氏の基調報告に代表されるように儒学を現代に生かすことをも考慮する論調が多かったと思える。勿論これは一般論であつて、個々の報告の全てがそうであつた訳ではない。

儒学の否定面として論じられたのは、日本でも一般によく言われる、所謂「封建的残滓」である。特徴的には宗法的倫理、そこでの個人の自律自由の否定である。

儒学の肯定面とは、その一種の合理主義、重民思想（前述の蔡元培言う『平民主義』）等であるが、私の言う若年層に属すると思われる論者の中に、儒学の人間理解、「徳」「仁」などの概念の中に「人権」的理解を可能にするものが存在すると主張する者もあつた。⁽³⁶⁾

又、台湾の学者からは、所謂新儒家的理解に沿つての発言がほとんどで、例えば「仁」を中核とする孔子の人間理解を努めて称揚する事に尽くされていた。

これらの議論で潜在的に問題となつてゐるのは、やはり選ばれた文化評価の基準の相対化（絶対化）如何であつたと、私には思える。特にヨーロッパの人権思想を基準にして一方では儒学を否定し、他方ではそれを肯定する議論に、この問題が集中的に現れていよう。しかし又、このような比較基準が選ばれるところに、中国の現在の実践的問題が集約されていると理解することもできよう。

第三節 「中国儒学と法律文化研究会」における報告

私は先の討論会で「中国法文化の特質と儒学の影響」という題で報告を行なつた。この報告も本稿の意図とまったく無関係ではないので、以下で先の書に掲載予定の私の報告を紹介しておく。但し、その報告の冒頭での自己紹介的発言は削除する。

一九七〇年頃からの欧米の法哲学の主たる傾向として、いわゆる規範的法哲学というものを指摘することが出来ます。

規範的法哲学とは、それ以前の法実証主義、及びそれと並行していた価値相対主義とを、批判し克服しようとする試みです。誤解を恐れず言えば、それは法と道徳との結合を主張するものです。その主張はさらにいくつかの考え方に分けることが出来ますが、これを権利に対する見方を視点として分類するならば、これ又大胆に言えば、それを個人主義的と共同体主義的とに大別することが出来ます。前者の個人主義的な主張とは、一九世紀的権利とその絶対的不可侵性、或いは近代的法文化の伝統を基本とするものです。後者の共同体主義的主張とは、共同体的文化、権利の社会的構成性、権利を人と人との関係において理解する考え、等々を基本とするものです。

法と道徳との結合の主張、共同体的文化の強調、権利を人と人との関係において理解する考え等々の最近の欧米の法哲学の傾向は、今まで諸先生が指摘されていた伝統中国の儒学及び法律文化の特色と一見したところ似ています。しかし、それは表面上のことであって、基本的な違いがあることにも注意を払うべきです。

例えば、欧米における法と道徳との結合の主張の要点は、法の倫理性さらには政治性の問題、或いは法それ自身の持つ価値評価的側面の取り扱い方の問題であります。一方、儒学における礼刑併用の主張は、「礼は未然を禁じ、刑は已然に施す」という考えを中核としています。これは、社会秩序の中での法秩序と道徳秩序との役割分担もしくは機能分担という考えです。この考えは現代中国の社会治安「綜合治理」の主張にも継承されています。従って、法と道徳との関係についての欧米の考え方と儒学のそれとは、その内容を異にしています。但し、礼と刑とを共に広義の法秩序に含めて理解するならば、伝統中国の礼刑併用の主張に「社会システムにおける下位システム間の機能分担」という意味とは別の意味を見いだしうるかもしれません。

又、後に述べますように、欧米と中国とに等しく、「文化」の強調があつても、両者の文化の宗教的背景の相違は大きいものがあります。従って、儒学における「仁」や「人倫」の主張と欧米における関係的「権利」の主張とを同列に論じることが出来ない、と私は考えます。

西洋（欧米）と東アジア（中国、台湾、朝鮮、日本）とのより根源的で基本的な相違点は、既に数名の先生方が指摘されました。中国法律文化の評価基準の問題に関係します。このことについて、私は一九八六年に開かれました日本の法制史学会において報告したことがあり、又論文で紹介しています。その要点だけを言えば、次のとおりです。

西洋と東アジアとの世界観には根本的相違が存在します。それは神観念の違いとなつて現われます。具体的には、西洋では絶対的超越神の神観念となりますし、東アジアは現世的内的神観念となります。この東アジアの神観念は、中国における（陰陽による）自然理解、或いは儒学の間人中心主義に大きな影響を与えています。M. Weber は、西洋の世界観・神観念だけが近代資本主義を生み出すことができ、一方東洋は依然として「呪術の園」に在ると主張しました。さらに、R. Unger は、以上の Weber の主張を前提にして、西洋のみが近代ヨーロッパ法を生み出すことが出来た、と論じました。しかし、Weber の言う東洋と西洋との世界観には、価値的優劣関係は存在せず、従つて東洋的世界観も又今日重要で有効な世界理解の一類型である、と私は考えます。従つて、そのような東洋的世界観の下に成立する社会秩序や法秩序を、近代ヨーロッパのそれを基準として測り、その後進性を云い、或いは否定することには、慎重でなければなりません。以上が私の主張でした。（註）

さらに付言するならば、近代ヨーロッパ法の基礎には、本来善なる存在ではない諸個人が対立競争することにより、予定調和的に「善なる社会」が作られるという考えが存在しています。一方儒学においては、「修己治人」という考えが基本です。この考えは、本性善なる個人、もしくは善への可能性を持った個人が、「学」を中核とした自己修養を積み倫理的完成を実現し、この倫理的自己を「教化」の方法によつて「入れ子」構造的に拡大することで「善なる社会」が実現するという考えです。このような両者の考えの相違が各々の法文化に与えている影響は、決して小さくはないと考えられます。従つて、世界的に見るならば、儒学の考えの下に成立する法文化も、人類の社会形成・秩序形成という営みの一類

型・一選択肢を示していることから、その法文化が人類にとって経験的重要性を持つてゐることを否定することは決して出来ません。

三

しかし以上の私の主張は、自国文化中心主義の主張でもありません。

私は、儒学が中国法文化に与えた影響の帰結として、次の二点を考えています。一つは継承性の重視であり、二つは Paternalism (温情主義) です。この二つの帰結は、単なる例示的列举ではなく、密接な連関を持つてゐる、と私は考えています。

① 継承性の重視

儒学の宗教的側面において、継承性がその中核であることは、周知のことです。即ち、儒教は世代血統の継承性を基本として成立しています。祖先崇拜、孝の重視はその具体的表現です。しかし、継承性の重視は、宗教的意識の側面だけではなく、家族を中心とした人々の生活における様々な意識の上でも重要な機能を果たしています。

又、統治の面においては、支配者による人民と土地との継承という考えは、特に重要なものです。

② Paternalism

元来、中国においても、支配の正統性は血統に求められます。しかし、儒学は「革命」を承認します。そこで儒学において主張されたのが、支配者の有徳性の主張です。継承性の重視を政治的世界にも取り込んで、ここに「支配者における徳の継承性」という儒学の主張が成立します。「命」を革めた天の意思を受けた新しい支配者は、「徳」を継承することで支配の正統性を確保することが可能となります。この「有徳の支配者」という考えが、Paternalism と結びつくには、何の橋渡しも必要としません。「有徳の支配者」が自分の民に温情を施すというのは、至極当然の発想です。歴代の儒学者及び儒学官僚が、「経世済民」を唱導し、様々の救民政策を献じ実行してきたことの根拠も、ここにあります。

以上の儒学の影響の二つの帰結は、さらに次のような社会的、政治制度的結果を中国（広く東アジア）にもたらされました。一つは民衆自身が自分の統治者に対し温情を求めることです。その結果、統治者・儒学官僚に積極的役割が求められ、それに伴って彼等の權威は、肥大化してゆくこととなります。二つは、前者の結果として、行政権が立法権、司法権に対し優位してくる統治体制が東アジアにおいて常態となることです。

既に多くの先生が指摘されましたように、東アジアには政治制度として中央集権体制が生み出されます。この中央集権体制の要諦は、それが立法権・司法権を包摂した行政権一権による統治の集権体制であると言うところにあります。現在の日本もその例外なわけではありません。現在の日本は、形式上（制度上）は権力分立体制ですが、實質的には行政府及び行政官僚が立法及び司法をも指導し、「法律による行政」といながら「運用の妙」を働かせ、又それを国民が由としている集権体制である、と私は考えています。このような集権体制の成立要因の一つは、前述の「支配者における徳の継承性」という儒学の主張に在る、と私は考えます。

四

もし民衆自身が自分の政府に対し温情を求め、その結果行政権が立法権、司法権に優位してくる統治体制が常態となると、東アジア法文化の特質が、儒学の考え・思想と必然的連関を持っているならば、儒学の一面的強調は、東アジアでは行政権の肥大と個人の堀息・抑圧とを促す危険性を持っています。我々は、この危険性に十分に注意を払う必要があります。

東アジアに、その法文化の特色である行政権の優位という統治の伝統が、なぜ成立するのか、その根本要因は何なのか、を十分明らかにして、その欠点と弊害とを抑制し除去する為の手段と方法、或いは制度を考える必要が、我々にはあります。その際、この欠点・弊害の抑制・除去については、周知のように、儒学の伝統においても無視されていた訳ではないことにも、我々は留意すべきでしょう。例えば、儒学においては、支配者権力抑制の思想が存在していましたし、「有徳の支配者」の存在を前提するとはいえ、行政官僚の行為を監視する制度も考えられていました。

又、行政権の肥大は、個人の堀息・抑圧と論理必然的に結びつく訳ではありません。しかし、経験的には両者が極めて結びつきやすいことも事実です。従って、行政権の優位という統治の伝統の下では、個人の人権をどのようにして擁護するか、そのためにはどのような制度が最善なのかを常に考え、不断に実現して行く必要が、我々にはあります。

さらに、これ又先の拙論において私が既に指摘したことですが、東アジアの儒教文化圏といっても、中国、台湾、朝鮮、日本に成立している儒学は、それぞれにその内容、当該社会における社会的・政治的作用を異にしています。従って、例えば、今日の日本での儒学の復興の主張の中には、日本を中国侵略戦争以前の天皇制日本に引き戻そうとする主張が存在していることにも、十分注意を払うべきです。

今後、儒学と中国法文化の研究が、東アジアの比較法文化研究へと発展し展開して行くことに、微力ながら私も努力して行きたいと考えています。

以上の報告においても、第一節に述べた私の中国法文化論（比較文化論）における視点或いは視角が、共通していることを了解されたい。又本報告では「行政」が主たる論点となっているが、それが「行政的」と、従って「行政的」司法とも全く無関係ではないことは、第一節で述べたところから明らかであろう。

（註） 石川英昭「R・アングアの中国古代礼法論」鹿兒島大学法学論集三二—二九七頁以下（一九八七）

（補註） 以上の私の報告は、十五分という極めて限られた時間のなかで、しかも通訳を通じて為されている。又報告の準備不足もあって極めて大雑把なものとなっている。しかし、報告は、本来「パターナリズムと儒学の影響」に焦点を向けたものであったが、前節に述べた討論会の全体的印象やそこで「人権」を基調とした議論を受けて、討論会の議論に私なりに応えようとして、その場で相当変更している。儒学の影響を受けた国として日本も視野に入れたつもりで、必ずしも現中国政府を批判する意図はなかったが、そのような印象を与えてしまったように私は感じた。

第四節 補論

序に記すべきことはほぼ前節までに尽きたが、以下で本稿の目的に関連して若干の論を補つておくことにする。

一つは、社会治安論と「行政的」司法との関連についてである。

本稿の主たる目的は、中国の社会治安論の解明である。それでは、既に見たように、第一節で本稿の目的等を論ずる際に、何故「行政的」司法に力点が置かれていたのだろうか、という疑問も生じよう。前述の如く、「行政的」司法という概念は、中国法文化の特色理解の一つの要石であると、私は考えている。私には、従つて、その「行政的」という概念をさらに検討し、その内実を私なりに明らかにする必要があるという思いがある。今、本稿では、社会治安観念が、その「行政的」司法を支える一つの有力な基底の観念であるという予想をたてている。従つて、社会治安論と「行政的」司法とは、私の中では、無関係どころか十分に関連を以て存在している。このような予想が、どれほど妥当するか、その関連がどの程度のものかは、本稿を終えて初めて明らかになることであり、これも本稿のもう一つの目的といえる。

二つは、終章で述べるつもりのことである。

司法の任務の一つでしかないが、しかし非常に重要であると考えられるものに、紛争の解決がある。私は、この紛争解決過程と異文化理解との間には通底するものが存在しているという思いに至っている。これは、中国という異文化を研究対象とする一方で、欧米思想を中核とする現代法哲学の動向にも目を向けてきたなかで、何時の間にか私が抱いていた関心事であった。異文化理解と紛争処理過程とは、何れも他者理解を必要とする点で共通する。他者理解にあつては、自己の先入見を前提しつつ、この先入見を相対化しなければならぬ。自己の先入見を他者に押しつけることも、逆に感情移入により他者の身になりきってしまうことも、何れも他者理解からは遠い。何故なら、どちらも自己か他者の何れかの「絶対化」を行なっているからである。⁽⁴¹⁾

他者理解は、対話に始まり、そして又新しい対話を生み出す。⁽⁴²⁾しかし、この話にはさらに先がある。対話不能状況の

存在である。例えば、現代では相互無関心の相対主義・自己充足的個人主義の広まりに伴う「対話の喪失」という事態がある。とはいえ、対話不能状況一般を、互いに相手の顔が見えなくなった勝れて現代的状況において生ずる事態の一つであるというだけでは済まされない。顔が見えるから、即ち他者を理解するから、却って対話不能に陥る、即ち新しい対話を生み出せないということは以前にもあったろうし、又これからもあろう。さらには、現実社会の各々の文化には、対話の前提である言葉への信頼度若しくは依頼度が、高い文化と低い文化とがあることにも留意する必要がある⁽⁴³⁾。これらの場面には異文化理解の射程が及ぶのだろうか。

現実の紛争でも、対話が成立しないという事態は起り得る。その際、司法の場では「共通関心」⁽⁴⁴⁾の創出、さらにはその強権的創出が必要となろう。この時「行政的」司法の働くことのできる一場面が現れてくるような気がする。ここにもさらなる考察が必要となる。しかし、今は、全ては情緒的陰影の中に留めておき、その展開は終章で図りたい。以上を本稿の枕として、本論の主題に向かうことにしよう。

註

- (1) 本稿第三節に引く拙稿「R・アンガールの中国古代礼法論」の註(60)に掲げる諸論、『儒教とアジア社会』思想一九九〇一六、レジ・リトル／ウォーレン・リード(池田俊一訳)『儒教ルネッサンス』(サイマル出版会、一九八九)、溝口雄三『儒教ルネッサンス』に際して「方法としての中国」所収、一七四頁以下(東京大学出版会、一九八九)を挙げておく。
- (2) 島田虔次「現代における儒教哲学」思想一九八八一八、余英時『中国近世宗教倫理与商人精神』(聯経出版事業公司、一九八七)、同(森紀子訳)『中国近世の宗教倫理と商人精神』(平凡社、一九九一)、程偉礼「从『儒家資本主義』看中西体用之争」『断裂与継承』所収、三七六頁以下(上海人民出版社、一九八七)を挙げておく。
- (3) 溝口雄三、前掲書 註(1)『方法としての中国』、『中国儒教の10のアスペクト』思想一九九〇一六、「儒教の再生」『儒教史』所収、三八八頁以下(山川出版社、一九八七)を挙げておく。
- (4) 以下の引用は、高平叔編『蔡元培史学論集』(湖南教育出版社、一九八七)に拠る。従って、引用頁数は同書のものである。

- (5) 『社会主義史』序 一六二頁以下。
- (6) 『中国的文芸中興』一七三頁以下。特に一七六頁以下。
- (7) これにつき、佐藤慎一「儒教とナショナリズム」中国—社会と文化四号三四頁以下（一九八九）を参照せよ。
- (8) 伝統中国と現代中国との法及び法制度の特色を通覧できるものとして、小口彦太他『中国法入門』（三省堂、一九九一）を挙げておく。
- (9) 同「罪觀念と制裁—中国におけるもめごとと裁きとから—」『シリーズ世界史への問い 5 規範と統合』所収、三〇一頁以下（岩波書店、一九九〇）
- (10) 同、三〇八頁、三〇九頁、三一頁。
- (11) 同、三〇九頁以下。
- (12) 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』三六七頁以下（創文社、一九八四）。氏の語では、「裁判の行政的性格」ないし「行政の一環としての司法」である。本稿では、現代中国をも視野に入れるために、「行政的」司法という表記を用い、「行政的司法」とは区別する。
- (13) John Bell, The Judge as Bureaucrat, in "Oxford Essays in Jurisprudence" 3rd Series, Oxford Univ. Press, 1987, 33—56
- (14) Ibid., pp. 44 ff.
- (15) Ibid., p. 55
- (16) 現代日本においても、訴訟費用が提訴にとって大きな負担となっていることは、湾岸戦争への政府支出差止請求訴訟における訴額が莫大であったため、大きな反響を呼んだ例を引かなくとも、事実である。訴額については、訴訟上の規定はあっても、それが市民に解りにくいものとなっている。さらに、弁護士費用のことを勘案すれば、民・刑事を問わず、市民にとって、訴訟コストは高く、しかもますます解りにくいものとなる。中野貞一郎「訴訟物の価額」判例タイムズ七五五—七五九頁以下（一九九一）、和田仁孝「訴訟手数料システムの問題点」ジュリスト九八五—九八八頁以下（一九九一）、竜寄喜助「疲れる裁判」『裁判と義理人情』所収、二頁以下（筑摩書房、一九八八）
- (17) 現代日本では、裁判官の資質の問題として、法的能力は優秀な裁判官の感覚が市民感覚から程遠いという批判はいつでも存在している。それを部分的に解消する意図で所謂判検交流、派遣研修という制度的解決策が採られている。しかし、それは却って司法への信頼を損なう結果となっている。「特集司法行政と裁判行動」法律時報七六五—七六九頁（一九九〇—一八）、所一彦「裁判の民主的統制と独立」法社会学二六号七頁以下（一九七三）、中国については、拙稿「中国法律論理研究会の報告から」『鹿大法学論集二五—二六号の前文を参照されたい。

- (18) 現代日本の司法は、一応ここで言う「自律的」司法であると考えられる。しかし、裁判所内部には裁判官会同・協議会と呼ばれる「行政的」制度が存在し、それが裁判にも大きな影響を与えている。又、毎日新聞(一九九一年十二月十三日)に、八一年十二月大阪空港騒音訴訟の最高裁大法廷判決が、長官の意向による大法廷回付により小法廷の結論が覆えされたものであったことが、報じられていた。その背後には行政的、政治的力が見え隠れしている。こうなると、「自律的」司法においては制度的に保障されているといわれる「決定者の自律性」も、もはや程度の問題になってくる。前註(17)「特集司法行政と裁判行動」、木佐茂男「裁判官の専門性と独立性(一)」北大法学論集四〇―五・六一号三〇一頁以下(一九九〇)を参照せよ。但し、この制度的或いは規範的建前の存在にこそ「質」の重要さが存するという反論もありよう。
- (19) 中国に、この点をめぐつての議論が存在しないのではない。蔡定劍「我国憲法監督制度探討」法学研究一九八九―三二五頁以下(一九九〇)を参照せよ。
- (20) 例えば、人民調解制度に対する中国民衆の意識の違いについては、拙稿「中国法律論理研究会の報告から(三)」鹿大法学論集二七―一〇二四八頁(一九九一)の註(29)を参照されたい。尚、現代中国においても、文革以後大きな意識の変化があることを留意すべきであろう。
- (21) 即ち、裁判外紛争処理制度をも視野に入れ、紛争処理制度の多元化を前提にし、それらの根底にあるものを探る作業が必要となる。これは近年の民事訴訟法学から教えられることである。中野貞一郎「司法改革の軌跡」『民事手続法学の革新上巻』所収三一頁以下(有斐閣、一九九一)。又、平井宜雄『法政策学』(有斐閣、一九八七)の第二章を参照せよ。
- (22) 拙稿 前掲註(20)「研究会の報告から(三)」二四六頁の註(19)、及びそこに掲げる諸論を参照されたい。尚、そこに掲げた王亜新氏の論文については、「(一・完)」民商一〇四―一〇六二頁以下(一九九一)を補っておく。
- (23) 張國華「中国伝統法律文化評估」『中国法律史国際学術討論會論文集』所収、六頁以下(陝西人民出版社、一九九〇)。この論文で、張氏は、中国伝統文化に取り組み際の二つの誤った態度として、全面肯定と全面否定とを挙げ、前者は言わば「国粹」主義であり、後者はヨーロッパ一辺倒主義であると指摘されている。しかし、氏は評価基準それ自身の問題に触れている訳ではない。その論点は、ここの私のそれと類似しているとも見れるが、氏のそれは中国固有の思想史的背景を持つている。この点については、後出註(35)を参照されたい。
- (24) Richard J. Bernstein, "Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis," Univ. of Pennsylvania Press, 1983, p. 82ff, p. 86 同 (丸山高司他訳「科学・解釈学・実践Ⅰ・Ⅱ」一七〇頁以下、一七七頁以下(岩波書店、一九九〇))
- (25) このような視点について、私は既に拙稿の、本稿 第三節註「R・アンガー論」、及び「アメリカ法」一九八九―二〇二九六頁以下での「W・アルフォード論文の紹介」において、明らかにしている。
- (26) 裁判においては、法律問題もさることながら、事実問題にこそ核心があることに十分注目すべきであろう。前掲註(17)にも関

わかるが、渡部保夫「職業裁判官と事実認定」刑法雑誌二九一三号七一頁以下（一九八九）を参照せよ。又、青井秀夫「法における類型の問題への一試論（四）」法学五四一四号八〇頁以下（一九九〇）、竜崎喜助「ヘリクツマインドを排す」前掲註（16）『裁判と義理人情』所収、二七二頁以下。又、裁判外紛争処理においても事実認定はやはり極めて重要な位置を占めることに留意すべきであろう。竜崎喜助「民事訴訟の言語と闘争」『民事手続法学の革新 上巻』所収、六二頁、六五頁以下（有斐閣、一九九一）の序章1「儒学」か「儒教」か（十六頁以下）に、中国での論争が紹介されている。

- (27) 溝口、前掲註（3）「中国儒教のアスペクト」三三頁註（一）を参照せよ。又、王家驊「日中儒学の比較」（六興出版、一九八八）の序章1「儒学」か「儒教」か（十六頁以下）に、中国での論争が紹介されている。
- (28) 千葉正士「法と文化Ⅰ」『法律時報』四九一六、八、九、十一、十三、五〇一―一六、より包括的な、しかし概括的な法文化概念の考察を、Mihaly Samu, Culture and Law: Legal Culture, ARSP, Beihet Nr. 40, 77-84
- (29) Bronislaw Malinowski, "A Scientific Theory of Culture and other essays", Univ. of North Carolina Press, 1944, p. 40, 同（姫岡勤他訳）『文化の科学的理論』四七頁（岩波書店、一九七一）
- (30) E. Adamson Hoebel, "The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics", Athenium, 1974, p. 9, 同（千葉正士他訳）『法人類学の基礎理論』八頁（成文堂、一九八四）
- (31) 千葉正士「法人類学の発展」（大森元吉編）『法と政治の人類学』所収、二七頁（朝倉書店、一九八七）
- (32) 千葉正士「法文化のフロンティア」五頁（成文堂、一九九一）
- (33) 中国において「法律文化」という語が文献に登場してくるのは、以下の論文索引に示されるように、一九八六年頃からと思われる。「法律文化」の理解は、論者により異なる。劉作翔「論法律文化」法学研究一九八八―一四一頁以下。尚私は後述の討論会に参加した際、許彭華・劉新「近年來法律文化研究論文索引」一九九一年六月（油印）を手に入れることができた。以下にその全てを示し、同学の方の便宜に供したい。但し、私は掲載されている論文を手にしていないので、誤字等のある虞れを了解された。
- (一) 中国伝統法律文化総論 俞榮根「中国固有法文化及其在今天的地位」西南師範大学学报一九八六―一四、劉学靈「法律文化の概念、結構和研究觀念」河北法学一九八七―一三、馬南「關於批判繼承中国古代法學遺產的斷想」鄭州大学学报一九八七―一五、劉作翔「論法律文化」法学研究一九八八―一、劉学靈「論法律文化」社会学研究一九八八―一、劉作翔「試論法律文化的結構層次」西北政法學院学报一九八八―一、陳漢生・楊広偉「中国伝統法律文化的反思」文匯報一九八八―一四・一、鄭成良「論法律文化の要素と結構」社会学研究一九八九―一、陳鵬生・蔣集耀「文化伝統与法學理論研究」法學論文集（上海社会科学院出版社、一九八七）、賀曉榮「試論動態法制与靜態法制的文化因素」法學科学一九八九―一、吳方正「試論我國意識的若干問題」學術交流一九八九―一六、張國華「中国伝統法律文化評估」中外法学一九九〇―一、段秋閔「簡議法律文化」政治与法律一九九〇―一、

- 陳淑珍「關於中国法律思想歷史遺產的管見」南開學報一九九〇——一、劉進田「法律文化論」法律科學一九九一——一
- (二) 中国傳統法律文化的發展与特点 喬偉「中華法系的基本特点」文史哲一九八六——二、施滨海「要加強社会主义新法律文化建設」世界經濟導報一九八七——六·二、範明辛「論中華法系的特点」法律學習与研究一九八八——一、王申「中国法制思想和法制体系的文化淵源」社会科学一九八八——九、俞采根「中国民族的傳統法文化心理及其更新」雲南法學一九八九——一、武樹臣「法原：中国法觀念的萌動、萎縮与觉醒」中外法學一九八九——二、潘大松「中国近代以来法律文化發展考察」社会学研究一九八九——二、喬叢啓·楊一凡「五四運動与中国法律文化」法學研究一九八九——三、段秋閔「中国古代法律及法律觀略析——兼与梁治平同志商榷」中国社会科學一九八九——五、劉学靈「論原始「法律」——兼論法律文化的發生」法學論文集（上海社会科学院出版社，一九八七）、馬作武「傳統文化与「非訟」意識」法學評論一九八九——六、張高玉「中国古代法制特征述評——兼論中西古代社会形態交替方式对法制的影響」河北師院學報一九九〇——三、武樹臣「中国法律文化的總体風貌与未来走向」『改革与法制建設論文集』——北京大學九十年校慶法學論文集
- (三) 儒学对中国傳統法律文化的影響 李曙光「論儒家思想对中国法律的影響」政法論壇一九八五——二、楊鶴皋「儒家的「三綱」及其对封建法律的影響」中国法學一九八六——三、楊一凡「儒家倫理道德对封建司法的影響」學習与探索一九八七——一、劉恒煥「論中国法律的儒家化」法學評論一九八八——六、劉群偉「中国古代法律之儒家化探源」湘潭大學學報一九八九——一、耘耕「試論儒家之法的精神」現代法學一九八九——二、孟文鏞「試論傳統的儒家法律意識及其影響」紹興師專學報一九八九——四、耘耕「儒家倫理法批判」中国法學一九九〇——五
- (四) 中国傳統法律文化与法制現代化 梁治平「法制傳統及其現代化——東西方觀念的比較与当代主要法律体系」讀書一九八六——一、艾永明「中国法律文化傳統对社会主义法制建設的觀念阻力」法學与实践一九八七——二、喬偉「傳統文化与法制建設」政法論壇一九八七——六、蔣迅「中国法律文化的現代化」法學一九八七——七、趙合俊「中国傳統法律觀念与現代法制的十大衝突」社会科学報一九八七——七·二三、劉新「中国傳統法律文化与社会主义法制建設」法律學習与研究一九八八——三、林揚「社会主义初級阶段的法律文化特征」中国文化報一九八八——三·一六、劉旺洪「試論社会主义初級阶段的法律文化的衝突」法學天地一九八八——四、武樹臣「中国傳統法律文化与当今法制建設」政法叢刊一九八八——四、馬小紅「中国法律傳統与現行法律建設」晋陽學刊一九八八——五、李靜堂「社会主义初級阶段与更新法律意識」中南政法學院學報一九八八增刊 李交堯「建設社会主义法制要重視对中国古代封建法律文化的批判繼承」湘潭大學學報一九八八——一、劉作翔「当代中国法律文化的衝突与選択」政治与法律一九八九——一、段秋閔「傳統法律觀念的現实存在和影響——兼論法律觀的現代化」法律科學一九八九——四、蔣貴珍「当代中国法律文化的現狀及其对策」团的生活一九八九——九、公不祥「中国法律文化現代化的概念分析工具論綱」南京社会科学一九九〇——一、張培田「法文化繼承与現代化的几点思考」研究生學報一九九〇——二

(五) 中外法律文化の比較と交流 李光灿「从世界法律史的比較研究看我国社会主义法律体系」法学一九八六—八、範健「中西法律差異的文化根基」江海學刊一九八七—五、王常松「对中国西方法律意識的估計和思考」法学一九八七—七、周維嘉「中美若干法律思想与实践之比較」社会科学一九八七—七、梁治平「比較法律文化的名与实」中国文化報一九八七—九・二三、孫南中「中西傳統法律觀念之比較」法学論叢一九八八—四、劉旺洪「近現代中国法制与西方法律文化：學術研討會討論綜述」法学天地一九八九—三、池田温「隋唐律令与日本古代法律制度的關係」武漢大學學報一九八九—三、黎建飛「扶杖与勃興：中日法律文化交流的啓示」中国社会科学院研究生學報一九八九—六、何勤華「日本法律文化研究的歷史与現狀」中外法学一九八九—六、何勤華「石井紫郎与日本傳統法律文化研究」中南政法學院學報一九九—二、武樹臣「沈家本的得与失—兼論如何对待中外法律文化成果」中外法学一九九〇—一、王家驊「儒家思想与日本江戸時代的法律」日本問題研究一九九〇—三、劉金德「儒家法学与西方傳統法学的比較」政法論壇一九九〇—三

(六) 中国法律文化研究的現狀 武樹臣・李貴連「重視法律文化学的研究」法学一九八七—六、張民生「評中国古代法律文化研究中的兩種偏倚之說」江海學刊一九八八—六、趙震江・武樹臣「關於法律文化研究的几个問題」中外法学一九八九—一、武樹臣「法律文化研究的現狀与趨向」法律學習与研究一九八九—一

(七) 其它 李勇鋒・紀紅「關於『法制文化学』的對話：訪國務院法制局副局長黃曙海」中国文化報一九八七—九・二二、錢正書「法規整理与法律文明」法学天地一九九〇—一、杜万華「法律文化在立法中的作用」學習与探索一九九—五、孫南中「西方法律觀念的演變与特征」法学論叢一九八八—二、Standa (郭宝平訳)「美国法律文化觀點」中外法学一九八九—一、範思深(美)

(34) 郭宝平訳「蘇聯的法律文化觀點」中外法学一九八九—二
武樹臣「讓歷史預言未來」法学研究一九八九—二、号八九頁以下

(35) 張氏の報告は、前掲註(23)の報告論文と内容的に重なっていたと、私は聴いて理解した。

このような争点は、所謂新儒学(新儒家)の觀點の繼承問題や伝統文化と現代化とをめぐる論争などの法学場面への反映とも見れる。尚、新儒家については註(37)を参照されたい。

中国では、七八年十一回三中全会以来思想の開放政策が採られ、台湾の学者との交流にも裨さされて(伝統)文化熱が広がり、八四年には孔子の復権が為されたし、八六年には上海で国際中国化学術討論会が開催されている。五四運動以来の、全面的ヨーロッパ化か、国粹の保存かという両極論から、現在では「去其糟粕、取其精華」へと論点は変化しており、そこでは後述のように正に価値判断・価値基準が重要な問題として登場する。この点については註(38)も併せて参照されたい。又、五四運動期の理解のために、野村浩一「近代中国の思想世界」(岩波書店、一九九〇)を参照されたい。

前述の張氏の方法論的主張(註(23)、それは今討論会報告でも同じ)も、そのような「文化論」を反映するものであること

は、明かであろう。

(36) 類似の理解の例として、王徳有(佐藤豊訳)「中国儒家の人格的姿勢」日中文化研究一号一八〇頁以下(一九九一)、張岱年「儒学の奥義」日中文化研究一号二二三頁以下(一九九一)を参照されたい。

(37) 所謂新儒家の伝統は、台湾によく伝えられている。新儒家とは、五四運動前後の『新青年』に代表される反儒家運動に対し、儒家を中国文化の正統と見做し、伝統文化の維持と再生・創造を図ろうとした人々で、新中国成立前後、香港・台湾等へと逃れたものが多い。梁漱溟、徐復観、錢穆、馮友蘭、熊十力、牟宗三、唐君毅、方東美等をその代表として挙げることができよう。註

(2) に挙げた余英時氏もこれに連なり、又李沢厚氏が中国で現代新儒家として批判されたこともあった。台湾儒学及び新儒家については、黄俊傑(馬淵昌也訳)「戦後の台湾における儒学思想研究の概況について」中国—社会と文化六号二七六頁以下(一九九一)、韋政通「儒家與現代中国」(東大図書公司、一九八四)所収の論文を参照されたい。

(38) 徐炳「人權理論的産生和歴史發展」法学研究一九八九—三二〇頁以下、喬叢叢・楊一凡「五四運動与中国法律文化」法学研究一九八九—三二〇頁以下。もう一つの、そしてより重要な基準として、余り表面には出なかったが、マルクス・レーニン主義の立場がある。関東(岩間一雄他訳)「現代新儒学研究の回顧と展望—方克立教授を訪ねて」岡山大学法学会雑誌四—一〇二—一三三頁以下(一九九一)を参照せよ。

(39) 先のベルの八つの任務でも指摘されていなかった司法の重要な任務に、権利の保護が考えられる。しかし、これは司法の目的として考えられ、現に司法が果たしている任務とは区別できる。同じく、秩序維持ということも考えられるが、これは八つの任務の結果として生ずる事態であって、これ又司法の目的の範疇に入らう。但し、現に司法が果たしている役割任務は、反転する図と地のように視点の転換によって、果たすべきそれともなりうる。ここでの関心に引き寄せれば、これらの目的は、近代法システムの下では、行政にも妥当しよう。

(40) ここでは主として「議論」理論を念頭に置いている。

(41) Bernstein, p. 91, (邦訳) 一八七頁

(42) 例えは、Robert Alexy, "Theorie der juristischen Argumentation", 2. Aufl., Suhrkamp, 1991, S. 418 ff. 以下「討議への参加は、特殊ヨーロッパ的文化を背景として成立するのではなく、普遍性を持つものとして考えられている。即ち、「議論」理論では、対話の成立は、人間が生活する前提条件とされ、従って対話を不能ならしめている諸条件(タブー、伝統など)を批判にさらし、日常の実践においてそれらを改めて行くことが、人々に要請される。しかし、当面の実践的・価値的問題を討議や対話や会話によって解決することには、自律的個人が存在が前提され、この自律的個人という存在は、やはり特殊ヨーロッパ文化を背景として持っている。従って、人々の討議への参加は、アレクシーの先の主張でも、確かに規範的議論としてその普遍的妥当

性が主張されており、それが事実として文化的普遍性を持つとは考えられてはいない。
ところが、このような規範的議論の受容においては、正にこの事実として在る文化が大きな影響を与えることを考慮すべきであらう。

(43) 柴田光蔵『法のタテマエとホンネ(増補版)』八六頁以下(有斐閣、一九八六)

(44) これは、竜崎喜助先生との私的な会話のなかで教えられたことである。又、さらに先生からの私信によって教えられた「共通関心」論の具体的内容については、終章において示して行きたい。