

中国における民事法の継受と

「動的システム論」(一)

— 日中両国の法継受についての反省メカニズムの解明 —

顧 祝 軒

序

- 一 問題の設定
 - 二 法の継受をめぐる中国学者の議論
 - 1 法普遍主義論
 - 2 法文化圏論
 - 3 本土資源論
 - 4 超近代法論
 - 5 脱 Weber 命題論
 - 三 法の継受に対する「システム論」的アプローチ
 - 1 諸学説の評価
 - 2 「システム論」的な視点
 - 3 法システム論と法の継受との関連
 - 4 「システム論」的アプローチの意義
 - 四 本稿の構成
- 第一章 中国における法の継受に関する歴史的沿革
- 第一節 中国における西欧法継受の初期的諸相
 - 一 西欧法継受の前提
 - 1 固有の大清律令
 - 2 西欧法学の最初の紹介
 - 3 西欧法的継受への転換
 - 二 立法による西欧法の継受
 - 1 修律の基本原則
 - 2 諸法令の制定
 - 三 司法による西欧法の継受

- 1 近代的な司法機関の整備
 - 2 訴訟制度の改革
 - 四 教育による西欧法の継受
 - 1 大學・専門学校における法学教育
 - 2 外国の法典や法律著書の翻訳
 - 第二節 中国における日本法の影響
 - 一 日本民法典の継受
 - 1 大清民律草案修訂の歴史的背景
 - 2 大清民律草案修訂の経過 (以上本号)
 - 3 大清民律草案の内容と特色
 - 二 法の継受期における日本法の影響
 - 1 継受期における日本人法律家の役割
 - 2 派日留学生
 - 3 日本の法学著書の大量翻訳
 - 4 法律用語の移植
 - 第二章 改革開放期の中国における民事法の継受に関する考察
 - 第一節 七十年代末期以降の中国における民事法の継受に関する横断的素描
 - 第二節 中国の土地賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」
 - 第三章 日本の賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」
 - 第四章 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「動的システム論」の展開
 - 第五章 中国における民法典の継受と「動的システム論」
- 結び

序

1 問題の設定

70年代末期以降中国における改革開放政策を実行してから、法制度が急ピッチに整備されつつある。近年民事法領域では、1999年の統一「契約法」や2002年の「物権法（意見募集稿）」などの一連の重要な法律が制定された。そして、「民法典」の起草作業がすでに着手されているそうである。

20年あまりの中国における法律整備が大きな成果をあげたといえる。他方ここ数年、このような「造法工程」(法を作るプロジェクト)に対して反省の声が聞こえ始めた。それは主に以下の二つの方面で表われている。(1)「変法モデル」への反省である。すなわち、西洋型法制度の移植を通じて中国社会を変えるという近代化の進路選択は果たして実現可能かどうか。(2)西洋型近代法への反省である。その理論背景は、欧米と日本の影響を受けていたと考えられる。すなわち、西洋型法の普遍主義的進化観への反省を込めて、中国自身の立場から近代法の「再定位」の試みが行われるようになってきた。

新たな視点で中国における法制度の変革の方法を探るという点においては、右の二つの反省点が非常に注目すべきであると思われる。しかしながら、中国における法の近代化の実現は果たして「第三の道」があるのか。21世紀における中国の法学者にとって、法の近代化を推し進めながら近代法の内的矛盾を解決し、かつ現代的需要との関係を調整する、というきわめて厄介な理論的問題に直面することは十分承知されている。筆者は右のような反省的な立場を共有しながらも、外国法の継受を中国の現実社会に適合させるため、法の継受における継受法内部の「反省メカニズム」を探求したい。その意味では、右の二つの反省点に加えて、さらに「法継受」自身への反省も必要であると考えている。すなわち、従来の法の継受理論⁽³⁾においては、少なくとも以下の二つの側面がそれほど強調されていないように思われる。一つは、継受国がもともと持っていた法の伝統的要素は、継受過程そのものにおいては、あまり評価されていない。もう一つは、継受国における法継受の担い手が自己反省および知的創造性を鮮明的に出していない。本稿は、法の継受における三つの要素、すなわち継受の過程、継受の客体、継受の主体に注目したい。まず、継受の過程においては、法の継受は、長期にわたって行き戻りしながら、徐々に進展するものであると捉える。続いて、継受の客体においては、法の継受とは、包括的な立法継受だけでなく、変容的な立法継受や学説判例の継受も含まれる。そし

て、継受の主体においては、法継受の担い手の自己変革や主体性を重視する。つまり、継受法を「機能しうるもの」にするために、法継受の担い手が主体的な継受という態度があり、その根底には、継受法システムにおいて常に一種の「反省メカニズム」の有効性という前提が存在する。したがって、本稿では、中国における法の近代化の実現に関する法継受の成否は、中国社会＝経済の近代化などの法の外部にある諸要因⁽⁴⁾にあるのではなく、中国の現実社会に対応する「反省メカニズム」が継受法システムの内部にあるということに求めたい。以下、まず現在中国における法の継受をめぐる学者の議論状況を紹介したうえで、このような「反省メカニズム」を解明するため、「システム論」的アプローチを用いて、法の継受理論について再検討を行なうことにする。

2 法の継受をめぐる中国学者の議論

1 法普遍主義論

法普遍主義論者は、中国の固有法を否定する前提で、中国における法の近代化が西洋型近代法をモデルにしなければならないと力説する。その理論根拠としては、市場経済は共通なルールを有し、中国はそのような市場原理を承認する以上、西欧諸国の市場経済に関する法律制度も利用することができるはずである。それを受けて、実定法の各分野では欧米法理論の翻訳、研究などが盛んに行なわれた。市場経済の確立とともに、多くの学説では、「法律移植論」⁽⁵⁾、「国際接軌論」⁽⁶⁾および「ローマ法復興論」⁽⁷⁾などを展開し始めている。

2 法文化圏論

中国伝統文化は中国民法法典化の社会的基礎であり、民法典を制定する際に、伝統文化への吸収は力を入れるべきである。具体的には、次の四つ⁽⁸⁾の内容からなる。

中国民法典は個人権利の保護を提唱すると同時に、伝統文化の中の「集団主義」精神を吸収する必要がある。すなわち、未来の中国民法典においては、個人利益と社会利益とがバランスをとらなければならない。かかる

民法の社会性は二つの方面で表われる。マクロ方面では、「誠実信用の原則」、「公序良俗」、「権利濫用禁止の原則」などが明確に規定されなければならない。ミクロ方面では、個々の民事法律制度の中に右のような社会性の精神を反映する必要がある。たとえば、民事主体に関していえば、消費者、労働者に対する保護を配慮しなければならない。中国民法典は意思自治の原則を貫徹すると同時に、伝統文化の中の倫理化した良俗を継承する必要がある。また、中国民法典は立法技術上の厳密さを追求すると同時に、伝統文化の中の慣習を適当に考慮する必要がある。さらに、中国民法典は体系化された成文法になるよう努力すると同時に、伝統文化の中の「混合法」の優勢を堅持する必要がある。つまり、形式的には法源の多様性（成文法、判例法およびその他の法源）を顧慮しながら、内容的には公法と私法、実体法と手続法などの諸規範が民法典の中に合理的に配置するとされる。

3 本土資源論

清の末期以来、中国の法律制度の変遷は殆ど強制的な「変法モデル」であって、法律移植論もこのようなモデルの一つの具体的例であると論者はまず指摘する。そして、歴史的事実や人類の実践により、このような「変法モデル」は必ずしも成功していない。というのは、法律制度と社会秩序は根本的に社会生活によって「形成」されたものであり、ある理論に基づいて「構成」することはできないからである、と論者は主張する。⁽⁹⁾

論者は、中国における「変法モデル」が成功しなかった重要な原因は次の二つであると指摘する。一つは、国家を通して提供された法律は民間法への配慮が少なく、中国の法に関する「本土資源」からの支援を得られなかったからである。そして、制度としての法治が「変法」あるいは「移植」によっては構築不可能とされたもう一つの理由は、知識の「地方性」によるからである。この点に関して、論者はさらに三つの次元で展開する。まず、社会生活が求める知識の大多数は具体性あるものおよび地方性あるものである。次に、外国の経験は中国の経験に取って代わることはで

きない。さらに、法律文化の翻訳はさまざまな誤解を引き起こす可能性がある⁽¹⁰⁾。したがって、西洋社会そのものがそもそも「地方性」を有していたのであり、そのような西洋型法制度を「普遍性」あるものとみなすことは間違っている。このような認識に基づいて、論者は、西洋型法と中国社会との間にはずれがあることを指摘した上で、中国独自の法治国家を建設するため、中国的な解決方法、民間法および「本土資源」を利用することを重視しなければならないと主張している。

4 超近代法論

超近代法論者は、中国の社会と法には独自の近代化の試みがあったと主張する。論者はそれを西欧型近代性と区別して、「超近代性」と名づける。その主な内容には、少なくとも、以下のような四つの基本的側面が見られると論者は言う。①外部の超越的な力から法秩序を解放し、経済交換と社会交換から抽出した互惠性の倫理義務（「報」の黄金律）およびそれに基づく合意の連鎖を法秩序の究極的な根拠とした。②中国の伝統的な国家制度の設計は人間の関係の秩序を法律的秩序に組み込むことによって特徴づけられたのである。③中国法の近代化が、西欧型近代主義的法システムの実体的中核を作らず、かかる空白を伝統的な制度資源および改良品で以って状況依存的に埋め合わせるように行われてきたことである。④現代中国の裁判が、具体的な問題の法的解決と並んで、社会価値体系に照らす意味処理をも重視してきたことである⁽¹¹⁾。

しかしながら、「中国の社会と法には独自の近代化の試みがあるといっても、直ちに、それは西欧型の近代性より優れて、より先進的になることを意味せず、抜本的な制度改革を通して未完成の近代化プロジェクトを仕上げることの必要性を否定するにも及ばない。」超近代性を有する中国は、「その法継受や法改革も、異なる状況設定とせざるをえず、単線型の社会進化主義的仮説に反して複雑な様相を呈してくるということは、想像に難しくないであろう」。したがって、「中国が西洋文明による価値の押しつけへの反発を抑えながら、近代主義的国民国家体制と法治秩序のスタンダー

ド、あるいは二一世紀の「世界法」——グローバルな秩序のスタンダードを照準にして抜本的な構造再編を行いはじめたとしても、そこから出来上がってくる規範と制度は、やはり多かれ少なかれ中国的特徴を帯びるに違いない⁽¹²⁾」。

こうした継受の対象たる法と継受の結果たる法との間に生じたずれをどのように捉えるべきかについて、論者は、「原型に拘って、継受における「中国的特徴」を否定する」ドグマティズムの立場を採らず、「西欧型近代法の価値を絶対視せず、その機能代替物の存在と機能等価項目の多様性を認めて、継受における変通や制度創造を促進する」プラグマティズムの立場⁽¹³⁾に立っている。

5 脱 Weber 命題論

ウェーバーが提示した形式合理的な法、裁判が市場経済の成立に必要な不可欠な条件だ、という認識は一般的に法学の世界で常識となっている以上、中国市場経済化の行方を論じる場合に、この命題を避けては通れない、と論者はまず指摘する⁽¹⁴⁾。問題は、これから中国で形式合理的な法、裁判が樹立できるかどうか、あるいは中国市場経済化が今後もこうした条件を欠いたままで進んでいけるかどうか、というところにある。これらの問いに対しては、三つの答えが考えられるとされる。すなわち、一番目の答えは、今進められている法、裁判制度の整備が続いて、遠くない将来に形式合理的な法と裁判が成立するだろう、ということである。逆に、中国の古い伝統の強固さや政治の旧態依然たる体質などからみれば、当面、形式合理的な法と裁判の樹立は絶望的だといわざるをえず、この条件が備わらなければ市場経済化もいずれ挫折するに違いない、というのが二番目の答えとなろう。そして、最後の答えとしては、近い将来における形式合理的な法と裁判の成立は無理であろうが、こうした条件の欠缺にもかかわらず、中国の市場経済化がなお進んでいくかもしれない、というのがそれである⁽¹⁵⁾。論者は基本的にこの三番目の答えに立ちながら、自説を論じている。

形式合理的な法、裁判がなくても中国市場経済化は進むだろう、ということが可能にするポイントは、中国における今まで進んできた市場経済化のユニークさにあつて⁽¹⁶⁾、中国市場経済化の現実が、典型的な市場経済像およびそれに適合すると思われるウェーバー命題といくつかの場面でかけ離れているからである、と論者は指摘する。

「要するに、典型的な市場経済像は合理性、効率性および秩序空間をすべて単一の次元で捉えうののに対して、中国市場経済化におけるすべてのそれは多数の次元で並存しているので、典型的な市場経済像の諸前提はそこには適用されえないかもしれない。こうしたユニークさがあるために、中国の市場経済化はウェーバー命題との関係が薄いものとなったわけである⁽¹⁷⁾。」とされる。

こういう意味で、中国では、「一般的・普遍的なおよび裁判の制度化された仕組みによって計算可能性がマクロレベルで保障されるという形よりも、経済活動は、むしろ実定法のシンボルや公的紛争処理機関の利用を含む、交渉・関係付けの複雑な相互作用を通じて形成される個々のミクロ的な秩序空間の中で、個別的に保障を求めることが多いだろう。」さらに、「人々は、法、裁判で提示される価値を自らの利害関心に沿って再構成し、他人との交渉や闘争の武器として使ったりして、また、『関係』などの伝統的なネットワークや独自の意味空間形成に法や裁判を『逆用』するかもしれない⁽¹⁸⁾。」と論者は言う。

3 法の継受に対する「システム論」的アプローチ

1 諸学説の評価

以上の諸学説がもつ問題点は、少なくとも次の三つがある。第一に、「法普遍主義論」的アプローチは帝政中国の固有法を「非文明」、「後進性」とみなし、西洋法の全面的な継受によって中国法の近代化をもたらし、その結果、清朝帝国以前の何千年の中国社会に根をおろした中華法系の重要性を見落としてしまふ⁽¹⁹⁾。第二に、「変法モデル」に対する批判的立場に立つ「本土資源論」は、清の末期及び民国初期の歴史に焦点を合わせ、限ら

れた範囲内(時間的・空間的)においてある程度の説得力があるが、現代中国における法の継受までも説明することは論理上の飛躍がある。第三に、「超近代法論」や「脱 weber 命題」論者は、伝統法と近代法の二項対立図式の止揚として、ポストモダンの諸学説を中国法研究の準拠枠として位置付け、西洋的法と中国的法の接点、機能等価項および結合のパターンを探るために、ポストモダンの概念や理論を参考にしながら、中国の経験と言説を考察し解釈しようとする。⁽²⁰⁾しかし現代中国法の近代化を構築する際に、西洋型近代法をモデルとせずという点では、議論の余地がまた残されている。

2 「システム論」的な視点

a ルーマンの「法システム」理論

ルーマンは、現代においてあらゆる社会の部分システム(法、政治、経済、文化システムなど)がそれぞれ高度な分化を遂げた結果、各々が自律的に機能する「オートポイエシス・システム」と化しているという。⁽²¹⁾「オートポイエシス・システム」というのは、すなわち「あらゆるシステムの作動は、常にシステム自身に関係し、それゆえ自己に言及することなく外部への言及を生み出すことはできない。またシステムを構成する諸要素は、システムを構成する諸要素を通じて、自己自身を再生産する。」⁽²²⁾従って、「自己言及的システムは、その再生産において閉じられたシステムであり、またその再生産において、自己自身を指示する。同時に、この再生産が環境世界のなかで、また絶えざる刺激や攪乱のもとで、環境世界を通してその再生産が起こるという点に限って、開いたシステムである。」⁽²³⁾

こうして、ルーマンは、法システムは規範的閉鎖性を有すると同時に、法の外部世界に対して認知的開放性をも有すると指摘する。したがって、法解釈の営為、すなわち社会的関係と法的関係とを合致させる営為は、周囲の社会に対して開放的である(認知的開放性)と同時に、閉鎖的な(規範的閉鎖性)法システムのプロセスに基づく所作と理解する。そこで、かかる営為は、法が予定していなかった事態に直面して動揺しながらも、そ

の動揺を法システム自身に向け、その処理過程で法システム自身の諸要素の連関あるいは意味連関を強化するといった方法（概念の整備・条文解釈の蓄積・学説あるいは判例の充実など）でみずからのポテンシャルを高める。こうしたプロセスが、「変化する社会にあって一定の法が妥当するメカニズム」の内容といえる⁽²⁴⁾。

b トイプナーの「法システム」理論

トイプナーは、ルーマンの法システム論の立場に立脚しつつ、法の構造変動について「反省的な法」(Reflexives Recht)⁽²⁵⁾という新しい理解を提示した⁽²⁶⁾。反省的な法はオートポイエシス・システムである。それによれば、「オートポイエシス・システムは、自己の諸要素の相互作用によって、自己自身の諸要素を生産し、かつ再生産する」とされる。つまり、反省的な法は、生物体の細胞のように、自己自身の「固有の論理」——すなわち、「規範性 (Normativität)」ないし「適法・違法 (Recht/Unrecht)」の区別——に基づき、自己を再生産するオートポイエティック (Autopoietisch) なシステム (閉鎖性) であるとされている。このように、法を含めて社会のいずれのシステムも、他のシステムとは違う、それぞれに独自の「固有の論理」というものを軸に作動しているのである。しかしながら、法に社会現実適合的な調整機能を果させようとするならば、どうしても法を他のシステムに対して認知的に開かせて (開放性) おかなければならない⁽²⁷⁾。すなわち、法システムは、他の部分システムからの諸要求に対し、法システムを構成する要素とその内部的処理 (条文、判例、またそれらを通じた法の解釈) をもって対応する⁽²⁸⁾。

3 法システム論と法の継受との関連

それでは、継受法システムは外的な「環境」としての継受社会の他の部分システム (経済、政治、文化、宗教など) とどのような関係にあるのか。ルーマンの「法システム」理論は、法と社会との関係について、「法的なるものを社会的な関係のなかに見出そう」と努力してきた従来の法社会学と正反対の方向へ走っていたことがわかる。すなわち、ルーマンは「社会

的なるもの(社会関係)を法的関係へ読み込む(合致させる)作業を可能にするメカニズムの解明に求めているのである。⁽²⁹⁾

他方、「反省的な法」に関するトイプナーの関心は、「規範的閉鎖性と(他の部分システムに対する)認知的開放性を結びつける」ことによって、「法システムが社会的現実に対してより応答的となる」、そのメカニズムを明らかにすることに向けられている。⁽³⁰⁾ いずれもそのメカニズムの解明は、法システムの内部に求めている。

ここで、「システム理論」のもつ可能性の問題を継受法の十全な機能をいかに継受社会の現実の要求に応える形で整備するかという極めて法継受的な問題に应用することは可能であると思われる。つまり、法の継受との関連においては、継受法とその継受された社会との間に時間的・空間的ずれがあるにもかかわらず、法の歴史現象としての法継受がなぜ「妥当するもの」という性質を有しているのか。その理由を外部(政治的・経済的・文化的)に求めるのではなく、継受法を継受された社会に妥当させるメカニズムに求めるならば、そのメカニズムの解明作業は、上のルーマンおよびトイプナーの「法システム」理論から大きな手がかりを得ることができると思われる。

法継受の判断においては、継受法と継受社会との「拒絶反応」を克服することができるかどうか、という点は重要である。システム理論に従って、継受される法システムと継受社会の他の部分システムとの間には、本来的にそれぞれの「固有の論理」を有するため、継受社会に外国の法システムを直接輸入させることは、外国の法システム自身の「固有の論理」を相手(継受国)に強要するということになる。したがって、「拒絶反応」が生じるのは一種の当然な現象だと考えられる。つまり、継受法と継受社会とのずれが、結果的に、継受社会の他の部分システム(例えば、文化システム)から継受法に対する要求を調整しうるかどうかとこのところに帰結する。それにもかかわらず、継受社会の他の部分システムからの様々な諸要求が、継受法システム内部において予め正確に予測することは不可能

である。というのも、継受社会の他の部分システムの「固有の論理」と継受法システムのそれと異なっており、継受法システムにとっては外部世界（継受社会）というのは「ブラック・ボックス」になっているのである。つまり、「自己産出的システムとしての継受法」が最初から自己産出的（規範的閉鎖性）になっているので、直接外部世界、継受社会の他の部分システムに触れることはできないからである。しかしながら、継受法システム自身の内部に法学的概念を用いて記述した外部世界（継受社会）、すなわち外部世界についての法内的モデルを構成することならばできる（認知的開放性）。たとえば、明治民法典が制定される前に、日本社会に存した様々な土地の利用関係は明治民法典上の債権・物権という二元的な形で法的に認知することができた。もし法と社会とのギャップが観察された場合、法システムは法命題を修正すること（トイプナーは、法命題における要件の部分がこうした外部世界のモデルを法内部に作るための手段としての役割を果たしていると言う。）で延いては外部世界の法内的モデルを修正し（例えば、賃借権の物権化）、改めて具体的事件への適用に臨むのである。

このような試行錯誤を繰り返しながら法システムは自身の「固有の論理」（規範的閉鎖性）を維持したうえで、継受社会の他の部分システムからの諸要求に絶えずに応えるのである（認知的開放性）。その意味で、本稿は、法の内的な操作（解釈と適用）を通じて継受法を外部世界（継受社会）からの要求に対し「学習的」契機を内蔵する法システムを「動的システム」と呼ぶ。継受社会の諸関係を継受法内部関係へ合致させる作業を可能にするメカニズムが「反省メカニズム」と名づけられる。後に詳細的に検証する予定であるが、中国の場合に、70年代末期以降に「試行法」や「単行法」といった装置を用いて、継受された外国法制度を中国の現実社会に適応させることができたといえる。これに対して、日本の場合に、明治民法典が制定後の長い間に、反省メカニズムとしての「一般条項」を通じて土地賃貸借法制の社会適合性を高めたといえる。

4 「システム論」的アプローチの意義

法継受の観点からシステム理論を参照することの意味がどこにあるのか、またそうすることで具体的に何が明らかになるのか。従来のアプローチは法の継受に関する孤立した諸要素やプロセスを静態的に記述する傾向にあったのに対して、「システム論」的アプローチは、法を外部世界(環境)に対して認知的に開かれた動態的なシステムとして特徴づけるような法の見方に立つことにある。この目標設定から、法の継受に関しては、継受社会の環境に開かれたダイナミックな継受法システム及びこれに関する継受法理論について再検討を行なう。こうした背景から法の継受理論についての実りある思考転換をもたらしたいと考えている。

しかし他方では、システム理論を性急に法の継受理論へと持ち込むことは、断片的あるいは無造作な概念の借用になりかねない。それでもなお、本稿はシステム理論の全体像のできるだけ正確な理解を前提としたうえで、法継受論にとって有用かつ可能な範囲でシステム理論を参照していきたい。議論をこのような次元に設定する以上、本稿の論述は数多くの抽象的な言明を含むことになるが、なかでもシステム理論の分析方法を利用するため、当然「メカニズム」、「オートポイエシス・システム」、「フィードバック」といったようななじみにくい道具概念がしばしば登場してくる。

4 本稿の構成

1 研究の手法

中国における外国法継受問題の究明が本稿の目的である。ただし、この問題に接近する方法論としては、ある意味では迂遠な道をたどるつもりである。すなわち、本稿では日本における外国法の継受を素材にして、中国における今後の外国法の継受がよりよく機能するために、あらかじめ諸外国における法継受の事例を観察しておくことが有効であると考えているからである。あえてこの迂路を選んだことには、さらに以下の二つの理由がある。まず、文化的には異質なものを継受したという意味では、日中両国において同様な歴史的背景があったといえるが、その後の両国は全く異なった路を歩んでおり、その理由の究明がきわめて重要な意義を有するとい

うことである。すなわち、日本の近代法は西欧近代の主として法制度・法理論を継受することによって形成されたから、その点では前近代の伝統法との断絶は明らかである。しかし他方では、伝統法的要素（法実務・法意識なども含まれる）も残存し、西欧的法制度・法理論と混淆しあるいは乖離しつつ展開したのであって、そのような観点から日本近代法をいわば「⁽³¹⁾定位」するのが従来の研究の主流であったとの指摘がある。しかし日本近代法における伝統法的・前近代的要素の残存という観点からのアプローチだけでは、異文化の継受であるにもかかわらず、あれほどうまく西欧近代法の継受を成功させたことを十分に説明することはできないであろう。本稿では、日本における西欧型近代「法典」における継受の側面（静的システム）に注目するより、むしろ西欧型近代「法典」への主体的な改良の側面（動的システム）がいかに形成されたのか、その進行過程を解明したい。

次に、法の継受はそれぞれの国の法史上に現われた個性をもった現象でありながら、そこにはある共通の問題もあるからである。日本では、立法的学說的継受をはじめ、継受法の変容や修正を経て、そして継受法の日本社会への定着に至った全過程において、継受法と日本社会との間にいかなるキャップがあったのか、そのキャップを埋めることができたメカニズムが何であったのかについて、その継受現象を外から観察しそれに含まれる意味や問題を明らかにすることによって、継受法システムと継受社会の他のシステムとの間に秘められたメカニズムを解明し、今後の中国における外国法継受のあり方に何らかの示唆を得ようとする。

本稿では、「法の継受とは何か」という古典的なテーマに取り組むが、それは従来のアプローチとは違った方法で行なう。すなわち、「法の継受」という問題に「システム理論」を組み込むことによって、法の継受のシステムの性格は、継受される個々の「規範」と継受主体のさまざまな「活動」との多くの諸連関が出てくるという点に着目する。こうして、「システム理論」を借用しつつ、継受法システムと中国社会の他のシステムとの

関連を分析したうえで、継受法システムと継受社会とのずれを埋めるメカニズムとしての「動的システム」が析出される。

2 論文の構成

以下、本論文の各章の内容、構成について若干の要点だけを述べておこう。

本稿第一章の目標は、中国における歴史過程としての法継受論という視点を抽出する。まず、中国における20世紀初頭における清朝政府が行った西欧型近代法典継受の諸相を明らかにする(第一節)。そこで、清末における西欧型法継受の歴史前提がいかなるものか、そして、具体的な法継受の内容がどのような過程を経て形成されたのかについて、立法による継受、司法による継受、法学教育による継受など三つの分野に分けて、それぞれを検証していく。続いて、今世紀の初頭の中国において、日本法の影響について考察する(第二節)。そこで、まず、中国への日本民法典の継受の背景、過程および具体的内容と継受の結果について検証する。次に、中国での最初の法継受期においては、法典編纂や法学教育に対する日本人法律家の貢献や派日留学生を通じて中国法学への日本法の全体的な影響を考察する。

第二章は主に改革開放期の中国における民事法の継受を考察し、現代中国における民事法継受の「法律試行」的な戦略を分析する。最初に、70年代末期以降の中国における民事法の継受に関して横断的に素描する(第一節)。そこで、時間的順序にしたがって、まず新中国成立後における法の継受に関する簡単な歴史過程とその挫折を見る。80年代に入って、中国における殊に涉外法の領域で再び西洋法が実験的に移植された現象について検討する。そして、90年代においては、契約法、物権法をはじめ、これらの法の制定からみた立法的及び学說的継受について、幾つかのケース・スタディを行いつつ考察する。以上の横断的な考察をしたうえで、具体的法領域として、中国土地賃貸借法制における法の継受に取り組む(第二節)。そこで、「法律試行」制度は、移植された外国法と中国の他の社会システ

ムとのずれを克服するため、中国土地財産法発展の反省契機を法制度の内部に組み込んだということを解明する。

第三章はまず日本の賃貸借法制における法の継受の歴史過程とその理論展開を概観する(第一節)。日本法に関する比較法の分析は、法の継受における共通の要素や性格などを抽出するという目的のみにとどまらず、外国の法制度を移植する際に生じた種々の問題を解決するために取られた基礎的方法論的な視角をも解明したい。その結果、本稿では「正当事由法理」と「信頼関係法理」からみた賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」を抽出したうえで、法の継受における「動的システム」を明らかにする(第二節)。こうして、日本における法の近代化が実現していく途上で経験したプロセスを実証的な検証を通して、もう一つの非西洋文化圏の経験に基づく「法の近代化プロセス」に関して、私なりの「再定位」の素材を掘り出す。

第四章は法の継受における右の「動的システム論」を展開していく。すなわち、本章では、日本における法解釈方法論としての「動的システム論」の議論状況を参照したうえで、それらの議論から得られた視点をもとに中国民法典における「動的システム」の理論構築に寄与することが、その目的として設定される。具体的論証としては、まず、「正当事由法理」および「信頼関係法理」における「動的システム論」的アプローチの可能性を検討し、そこで用いられていた原理間衝突の二つの構図を明らかにする(第一節)。右の分析を行った上で、その次に、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における基本権(利益)と基本権(利益)の衝突を検証し(第二節)、最後に、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における私権と公共性の衡量を分析する(第三節)。

右の日本法に関する比較法的な研究を経て再び中国法の問題に立ち返る。第五章は中国における民法典の継受と「動的システム論」との関係を検討する。まず、現代中国における民法典の継受に関する幾つかの特徴を見ていく(第一節)。続いて、中国における民法典の継受と「動的システ

ム論」との関連を検証する(第二節)。その特徴として、日本において展開されている「動的システム論」の影響の下で、自らの法継受理論を基礎付ける。そこで、複雑な中国社会システムの中に見られる中国法の深層構造における一般化されたモデルである「理法の構造」を解明する。そしてこれと関連づけて、西欧型近代法の継受を前提にして、中国固有法の位置付けや中国民法典における「動的システム」の構築を試みたい。

以上の分析を終えて、本稿の結びとして、法の継受に関して、法継受の担い手の主体性を重視する新たな「内発的な継受論」を提示する。

- (1) 近年日本においても、近代主義的法学に対する反省と批判の気運が高まってきた。法の普遍主義的進化観に対抗して、「近代化の再定位」と呼ばれる学際的研究が行われるようになってきた。田中成明の「自治型法」「管理型法」「普遍主義型法」の三モデル、安田信之の「共同体法理」「指令法理」「市場法理」の三モデルなども、日本におけるそのような試みと見ることができよう。詳細につき、石井三記など編『近代法の再定位』(創文社・2001年)、田中成明『現代日本法の構図』(増補版)(悠々社・1992年)131頁以下、安田信之『アジアの法と社会』(三省堂・1987年)46頁以下参照。

近代法の「再定位」の前提をなすところの様々な「定位」の試みには、二つの対立軸が存在すると水林教授は指摘している。第一は、「解放としての近代」と「抑圧としての近代」とでも整理すべき言説の対抗である。前者は戦時中に準備され、戦後に満面開花したいわゆる「近代主義者」たちの一群の議論である。法学における川島武宜およびその後継者たちの学問がそれであると水林教授は指摘する。これに対して、近年、近代的なるものうちに解放の契機よりはむしろ抑圧の契機を認め、そのように理解された近代を克服することをめざすポストモダンの潮流が台頭した。フーコーの近代批判やアナール派歴史学の影響を受けた人々の議論、近時の「国民国家論」(近代国民国家批判)の隆盛、法社会学や実定法学などの分野における近代法批判等がこの潮流を代表するものであると水林教授が指摘する。近代法論の第二の対立軸として、「資本主義としての近代法」論と「中世的伝統を保持する近代法」論との対抗がある。このうち、近代法を経済システムとの関係で性格づけるならば資本主義法にほかならないとする前者の理解は、今日でも、ほとんど支配的な通念であるといつてよいであろう、と水林教授が指摘する。たとえば日本の近代法論に決定的ともいふべき影響を及ぼした川島武宜の諸研究、とくに『所有権法の理論』は、この通念を確立させる力のある最も重要な研究であったと水林教授が言う。これに対して、西欧近代法の形成・展開をほとんどもっぱら資本主義の発達にかかわらしめる発想を批判し、政治構造および精神構造の観点を重視して、近代法のうちにむしろ中世法的伝統を見出す国制史学が1960年代以降に形成された。水

林教授自身の法史学は全般的にこの国制史学に大きな影響を受けている。詳細については、水林彪「日本『近代化』における民事と商事」石井など・前掲書185頁以下を参照。

(2) 季衛東『超近代の法』（ミネルヴァ書房・1999年）3頁以下。

(3) 日本では、「法の継受」論について主に以下の学説がある。①北川の「継受論」。北川教授は、法の継受現象を、客観化され実定化された法的形成物の移転・伝播現象として把握され、日本の民法における継受の若干の重要なタイプを整理する作業が行なわれていた。まず、一時期の法を継受したのではなく、時期的に前後する法を継受した、いわゆる重複的な継受といえる。また、欧米という法文化的には異質なところからの継受であり、その継受は強制的になされたものではなく任意的な継受であった。そしてまた、他国の成文法典を一部、混合的・選択的に継受したものであると分析していた。

②奥田・野田の「撰取論」。奥田、野田両教授の論文においては、継受のほかに撰取という用語を用い、立法的撰取、法学的撰取、自覚的撰取なる区別を説いている。「撰取」という用語を用いた理由について、「法の継受が決してある文化圏のでき上った法体系（又は法制度）を品物を輸入するように、他の法文化圏にそのまま移し入れることを意味するものではなく、程度の差はあるせよ、そこには受け入れる側の主体的な関与が必然に伴うものだという点を強調する意味で」、「継受」という語より「撰取」という語のほうが一層適切である、としている。

③水田の「影響論」。水田教授によれば、外国法の「影響とは、外国法文化との接触の結果、わが国での特定対象事項についての把握なり、理解なりに変化が現われる事を言うのであって、その把握なり理解なりは必ずしも外国法文化と同一、もしくは類似性を帯びるに至る場合のみとは限らない」のであると述べる。水田教授は、固有文化と外来文化間の関係の推移を、移入、受容、撰取（継受）、土着化の各段階に分けて見ていくこと、またその全体を影響として考えることが適当であると考えている。このような問題意識から、従来の狭い意味上の「継受」を「影響」現象という広い概念として読み替え、外国法の影響とは何かについて、幾つかの問題領域を設定した。すなわち、それはどのような外国法の影響か、どのように及ぼされたのであるか（影響関係の存在事実）、またはそれらがどのような原因に基づき、どのような経過を辿って達成されたか（影響関係の原因、経過の立証）、それともまた、すでに存在が明らかとなった影響に関する事実が、どのような性格、もしくは意味合いをもつのであるか（影響関係の性格）、といった問題を検討してきた。

④大木の「法的思考財の輸入論」。大木教授によれば、法の継受とは、二つの法文化の参入統合現象の極めて激烈な一場面であって、被継受法の改造や死滅は必至のことであるとされる。その意味においては、継受は常に「否定的」な継受でなければなるまい。そして、「その場合にその否定の程度に応じて、継受に代えて影響、利用、借用、模倣、撰取等の用語を当てはめようとする試みもないではないが、その試みはそれぞれの現象の概念的把握に際して、むしろ恣意に流れる危険すら感じ

られる。従ってわたくしは、「継受」の概念をもっとも広く「法的思考財の輸入」(Import rechtlichen Gedankengutes)として把握したいと思う。」と述べている。以上各説の詳細について、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社・1968年)15頁以下、奥田昌道「日本における外国法の摂取(ドイツ法)」、野田良之「日本における外国法の摂取(序説及びフランス法)」伊藤正己編『外国法と日本法(現代法14)』(岩波書店・1966年)159頁以下、水田義雄「外国法の影響とはなにか」比較法学6巻2号32頁以下、大木雅夫「ソ連におけるブルジョア法の継受」立教法学(1967年9号)46頁以下参照。

- (4) 福島教授はかつて法の継受と社会、経済の近代化の形成との視点から、19世紀末日中両国におけるそれぞれの西欧型近代法の継受の成功と挫折について、次のように論じた。日本で法の継受がなぜ成功したのか、「より基本的ものとしては、次の諸点があろう。すなわち、後進的な封建日本において、資本主義的生産関係を受容すべき諸要素が内在的に形成されていたこと、それを土台として強力な集権的政治力が前者の発展について、阻害要因をとりのぞき適当な奨励援助を与えることにより、急速に発展させえたことである。」と述べる。これに対して、清朝政権による西欧型の法の継受がなぜ失敗したのか、問題の中心はやはり法の近代化と社会＝経済の近代化との関係に帰着すると福島教授が指摘している。すなわち、「法のみが孤立的に近代化するのでは、法は法である作用を発揮しえないで止まる。ブルジョア社会ではこの問題は起こらないが、後進国では、その政策手段として先進国の法を輸入継受するから、この問題を必然的に生み出す。つまり後進社会対先進法の関係である。」清朝の地盤に移植された異質の法体制が育ちえないという結果に終わったのは、それが育つような社会＝経済体制が、清朝政権の下では形成されなかったためである。詳細について、福島正夫「法の継受と社会＝経済の近代化(一)」比較法学4巻1号23頁以下参照。また日本と中国においては、法の継受の成否について、さらに国制や精神面に求める傾向があった。それが、「和魂洋才」、「中学為体、西学為用」、「東洋道德、西洋技術」といった言葉で表されたものである。
- (5) 「法律移植論」は1994年当時の全人代委員長喬石の発言によって公式に認知された。そこでは、「直接移植し、実践の中で充実させ、完備する」という認識が示されていた。人民日報1994年1月15日。詳細につき、野沢秀樹「中国における体制転換と法(その1)」比較法学32巻1号173頁以下。
- (6) 法学界における「国際接軌論」とは、市場経済原理を共有する国際社会の法制度との結合論である。この「国際接軌論」は、伝統型法体制を否定するイデオロギーになりつつある。
- (7) たとえば、1999年北京で開催された第二回「ローマ法・中国法と民法法典化」学術シンポジウムがその流れの一つである。邦文資料として、市川英一「社会主義中国におけるローマ法精神の復興」法律時報72巻2号36頁以下参照。
- (8) 曹詩權・陳小君・高飛「伝統文化的反思与中国民法法典化」法学研究1998年第1期27頁以下。そのほか、何勤華「中国古代法学的死亡与再生」法学研究1998年第2

期参照。

- (9) 蘇力『法治及其本土資源』(中国政法大學出版社・1996年) 287頁。
- (10) 以上、蘇力・前掲注(9)17頁以下参照。
- (11) 詳しいことは、季衛東『現代中国の法變動』(日本評論社・2001年) 20頁以下参照。
- (12) 季・前掲注(11)23頁以下。
- (13) 季・前掲注(11)24頁。
- (14) 王亜新『中国民事裁判研究』(日本評論社・1995年) 336頁。
- (15) 王・前掲注(14)337頁。
- (16) 通常考えられている市場経済化としては、市場原理による一元的支配の空間の形成がその究極の姿であろう。これに反して、「中国の市場経済化においては、市場原理は等級や身分を前提として、『関係』という人格依存のルートを通じて拡張することが多く、また、自らの支配する統一の意味空間も作り出せず、同じ空間における組織原理や共同体原理との共存に甘んじて、非制度化の形にとどまりがちである。当然、こうしたユニークな市場経済化は、形式合理的な法や裁判が存在しなくても進行することができた。」と王教授は言う。王・前掲注(14)339頁。
- (17) 王・前掲注(14)342頁。
- (18) 王・前掲注(14)344頁。王教授の本論文は、これまでの研究は、形式合理的な法、裁判の中国での成立をあくまで前提として、それを実現させる道やメカニズムを探ろうとすることによって動機付けられるものであり、このことに対して、一種の反省が込められていると自ら認めていた。
- (19) 1970年代半ば以降、米国のP・A・コーエン教授による「伝統対近代」という二項対立図式への批判及び「中国自身に即した」アプローチの提唱をきっかけに、西洋中心的な中国史観を是正するための研究パラダイムの転換が始まった。詳細について、P・A・コーエン著・佐藤慎一訳『知の帝国主義——オリエンタリズムと中国像』(平凡社・1988年)。
- (20) 季・前掲注(2)329頁。
- (21) ニクラス・ルーマン著・土方透訳『法の社会学的観察』(ミネルヴァ書房・2000年) 80頁。
- (22) ルーマン・前掲註(21)10頁。
- (23) ルーマン・前掲註(21)13頁。
- (24) 土方透「法のドグマティックを理解するために」ニクラス・ルーマン著・土方透訳『法システムと法解釈学』(日本評論社・1988年) 130頁。
- (25) Reflexives Recht、「自省的な法」と翻訳される学者が多いようですが、ここで「反省的な法」と訳す。
- (26) グンター・トイブナー著・土方透=野崎和義訳『オートポイエーシス・システムとしての法』(未来社・1994年) 108頁以下参照。
- (27) 山口聡『「法化」論における法思考枠組の転換』阪大法学41巻4号374頁。

- (28) グンター・トイブナー「法のオートポイエシスとその展開」土方透編『ルーマン／来るべき知』（勁草書房・1990年）265頁以下。
- (29) 土方・前掲注(24)130頁以下。
- (30) 佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項」法学53巻6号728頁。
- (31) 神保文夫「西欧近代法受容の前提」石井など・前掲註(1)147頁以下。

第一章 中国における法の継受に関する歴史的沿革

第一節 中国における西欧法継受の初期的諸相

1 西欧法継受の前提

1 固有の大清律例

大清律例は実体法と手続法とを兼包し、また刑事民事を兼ねている。その中民事は、ただ相続もしくは銭債、田土のみであって、他はみな皆刑事である。法の分化なく、一切の法制は律例に集結していた。⁽¹⁾

2 西欧法学の最初の紹介

(1) 第一期：国際公法の翻訳

アヘン戦争をきっかけに、清政府が西洋列強と衝突した結果、不平等条約の締結に追い込まれ、急に国際公法に関する知識の必要が感じられ始めた。⁽²⁾ 同治元年（1862年）7月に、法律を含む西欧の学問（「西学」）の翻訳及び研究を主な目的とする同文館が北京で設立された。⁽³⁾ 当館は主に西欧の公法の翻訳を中心にした。当時のその翻訳の方法は、まず外国人の教員が口頭で翻訳し、そして中国人が記録して、最後に書き直して文章にするものであった。⁽⁴⁾

同文館が設立されてまもなく、列強との交渉に適應するため、当時館内で英文を担当していたアメリカ人宣教師マーチン（William A.P. Martin、中国名丁韋良）の主導で、同治3年（1864年）アメリカ人ホイートン（H・wheaton）の著作 Elements of International Law が翻訳され、『万国公法』⁽⁵⁾（1864年・崇実館刊印）と名づけて出版された。

これは近代中国で最初に翻訳された国際公法に関する書物であったと推測⁽⁶⁾されている。その他に、マーチンの監訳で1876年『星輻指掌』、1877年『公法便覧』、1880年『公法会通』などの翻訳書が同文館によって出版⁽⁷⁾された。その後、さまざまな国際公法に関する書物が次々に翻訳された。たとえば、1890年代上海江南制造局翻訳館のイギリス人宣教師ジョン・フライヤー(John Fryer、中国名付蘭雅)が翻訳した『各国交渉公法論』(1894年・上海江南制造局出版)や、広学会の林樂知(Young J.Allen)の監訳で1876年『中西關係略論』、1880年『欧州東方交渉記』がそれぞれ出版⁽⁸⁾された。

同治元年から日清戦争前の間に、西欧法学の翻訳は、清朝政府が外国との交渉を有利にするため、目の前の急用により、主に国際公法を中心とした⁽⁹⁾ものであり、その翻訳した書物の数は約40種類以上に達した。

(2) 第二期：他の法分野の翻訳

日清戦争以前、中国人はつねに對外戦争の失敗は自国の武器、軍事が他国に及ばないためだと考えてきた。1895年の日清戦争以降、一部の知識人エリート層は西洋国家の富強のゆえんは「兵器、兵士にではなく理を究め⁽¹⁰⁾学を勉めること」にあると認識しはじめ、日本を含む大量の西洋諸国の法律書物が中国語に翻訳された。

a 黄遵憲と『日本国志・刑法志』

黄遵憲は1877年清国の駐日参事として日本へ赴任した。在任期間中、彼は明治維新後の日本社会の急劇な変化に驚いて、日本に関する各領域の資料を収集しはじめた。1887年に彼は10年間をかけて、ようやく40巻『日本国志』を完成した。また日本で旧刑法と治罪法が制定された爾後に、黄氏はそれを中国語に翻訳し、自ら若干の注釈を加えて、『日本国志』の中に収録した。同書は中国での最初の本格的な日本研究書で、幕府末期から明治10年代ははじめころまでの日本の社会、政治、教育、経済、軍事などを全面的に分析した大作⁽¹¹⁾である。黄氏は近代中国における日本法の翻訳と研究⁽¹²⁾の第一人者と言える。

b 『仏国律例』

1880年同文館の外国人教師毕利幹がフランスの刑法と民法を翻訳し、『仏国律例』と名づけ、一括して出版した。その中の「民律」部分は実際に「フランス民法典」であると後から分かった⁽¹³⁾。その内容は三篇、2281条からなる。一編は「人」、二編は「財」、三篇は「財の取得」であった。

当時、律例という法体系をとっていた中国にとっては、初めて外国の民法に関する具体的な内容が知らされた。しかし、翻訳の際に、法律名詞が解釈されていなかったため、訳文は非常に理解しにくい⁽¹⁴⁾と言われていた。こうして、外国人の宣教師や知識人を中心とした西欧法学の中国への紹介は、「中国法制の発展が世界法系との接触をしはじめた」と言われた⁽¹⁵⁾。

3 西欧法的継受への転換

(1) 慈禧「変法」の詔

康有為等の主唱した戊戌変法運動(1898年)が失敗したのち、義和団の乱をきっかけに、八カ国連合軍が北京に入り、慈禧は西安へ逃げた。光緒26年12月(1901年1月)に彼女は東西洋に学んで国政の全面的な改革を行うにつき諸大臣の意見具申を求める旨の上諭を発し、再び変法の方針を打ち出した。すなわち、「最近の西法を学ぶ者は、語言文字や機械の製造を学ぶにとどまっているが、それは西学の本源ではない。法令をかえずに、因習を破らずにおいて、どうして富強が得られるであろうか。現在の弊害の実情と、中・西の政治を参酌して、およそ国勢の発展に益する意見があるならば、二箇月を限ってその義を聞き入れるから、進んでこれを述べよ。」⁽¹⁶⁾という趣旨の諭は、伝統的体制の改革の開始を意味するものである。翌年4月に、各地から寄せられる改革案を議するための専門の機関(督辦政務処)が設けられた。1901年10月、張之洞・劉坤一から、「積年の旧弊を破るためには、育才興学が第一であり、学校を設立し外国遊学を勧奨すべきである。そのためには、西欧諸国に倣いこれを摂取した日本の学制に学ぶのが最良である。次に立国の大要には、治・富・強の三つの道があり、この三つの道としては、一に中法を整頓して治の具とし、他に西法を

採用して富・強を謀るべきものである。富・強を謀るためには、遊学を広く奨励すること、外国式の軍事訓練、東西各国の書物の翻訳など十一項目をあげている。後者の富・強を謀る十一項目中の第六項に、鈇律、商律、路律、交渉刑律を定めることが挙げられている。⁽¹⁷⁾ という趣旨の三万六千語に及ぶ詳細な「改革意見書」が奉られ、皇帝の容れるところとなっている。島田教授が指摘したように、この建議こそは、それからのちの体制改革の方向づけをなした点できわめて重要であり、事実、爾後の改革がほぼこの建議に示された方向をたどっていることも実証されている。⁽¹⁸⁾

(2) 修訂法律館の成立

張之洞・劉坤一の意見によって改革の決心の固まった清朝は、総理衙門より各国の駐清大使に対し、著名な法律家を派遣するよう依頼し、総理衙門の編纂律法教習に充当し、一年以内に、鈇、路、商の三律を編纂させ、刑律の改訂を行い、さらに法律家の養成、教育に従事させようという案が示された。⁽¹⁹⁾ この会奏をうけて、光緒28年(1902年)清朝は、法典編纂のための専門機関として、修訂法律館⁽²⁰⁾の設置を決し、準備段階を経過して、光緒30年(1904年)に正式にその業務を開始するに至った。⁽²¹⁾ 沈家本⁽²²⁾・伍廷芳を修訂大臣に任じた。その後、西洋的な内閣官制を採用した、いわゆる第一次官制改革が行なわれるにつれて、修訂法律館も刑部から改められた法部(司法省)の機関として新たに発足した。⁽²³⁾ その人員構成は、大臣三人(沈家本・俞廉三・英瑞)、提調二人(王世琪・董康)、総纂・協修各六人、庶務処総辦一人、そして訳員・委員無定員であった。⁽²⁴⁾

大清光緒新法令第三冊所収の「修訂法律大臣奏開館日期並擬辦事章程」によれば、修訂法律館の章程は次のとおりである。⁽²⁵⁾

第一条 館における職はそれぞれ以下の三つの項目である。

- 一 各項の法律を議論すること。
- 二 民律、商律、訴訟律などの法典草案及びその附属法を編定する、並びに刑律草案の附属法を制定すること。
- 三 旧律例を修訂する及び各項の章程を編纂すること。

第二条 館の中に以下二つの科を設ける。

- 一 第一科における民律、商律編纂のための調査及び起草を担当する。
- 二 第二科における刑事訴訟律・民事訴訟律編纂のための調査及び起草を担当する。

第三条 館の中に訳書処を設け、各国の法律書の編訳を担当する。

第四条 館の中に編案処を設け、旧律例の修訂や各項章程の編纂を担当する。

第五条 館の中に庶務処を設け、文章の斟酌や会計及び一切の雑務を担当する。

第六条から第十条は、各科・処の定員を示し、第十一条は、以上の専属職員の外に、諮議官を設けて、隨時意見の具申・聴取に資すべきこととし、第十二条は、法典草案の編纂にあたって、必要な地方慣習の実態調査、並びに参考とすべき外国成例の調査について、人員を派遣することができるとする。第十三条は、館の職員の編定及び調査したものが、随時に印刷して本にまとめるというものである。

2 立法による西欧法の継受

1 修律の基本原則

光緒28年(1902年)4月に、清朝が沈家本、伍廷芳に一切の現行律例を検討すべきことを命じた上諭に、「現在通商交渉は益々頻繁になってきている。沈家本、伍廷芳に、一切の現行律例を、通交の情勢に準拠し、且つ各国の法律を参考にして、心を尽くして考訂し、妥当なものを提議することを命ずる。つとめて中外に通用し治理に裨益するものであることを期せ。修訂次第御高覧に供し、旨をま⁽²⁶⁾って頒行いたします。」とあり、これによって、修律の基本原則が定められた。

2 諸法令の制定

清朝の法の整備は、西欧型近代法を目標とし、国家の近代化をはかり、それによって治外法権を撤廃しようとするものであったと⁽²⁷⁾考えられる。

(1) 「欽定憲法大綱」の制定

光緒31年6月(1905年7月)載澤をリーダーとするいわゆる「憲政考察五大臣」は、清朝の派遣で米、英、独、仏及び日本などの各国に対して憲政考察をはじめた。それは、朝廷の重臣を先進諸国に派遣し、その政治考察の結果を中国の立憲体制樹立に反映させようとする狙いもあつた⁽²⁸⁾。日本からの考察を終え、日本式君主立憲主義の採用を力説したのは皇族載澤であつた。彼が上奏した「奏請宣布立憲密折」の中に、立憲体制は以下の三つの利点があると主張する⁽²⁹⁾。すなわち、第一に、皇位は永く固持できること、第二に、外患を漸次軽減すること、第三に、国内の内乱を鎮めること、などである⁽³⁰⁾。

載澤のこの奏摺が採用され、光緒32年7月(1906年9月)遂に「予備立憲の上諭」を發布し、立憲の準備を正式に命じた。同時に、載澤を総裁とする憲政編查館が、将来制定されるべき憲法の要綱および中央官制、議員法などの要綱の起草することをも裁決した。

この過程を経て、光緒34年(1908年)8月に中国史上最初の憲法草案要綱(「欽定憲法大綱」)⁽³¹⁾が頒布された。その全文は23条から成る。「君主大権」の部分⁽³¹⁾が14条からなり、「臣民の権利義務」の部分⁽³¹⁾が9条しかない。その大体の内容は以下のようなものである。第1条には「大清帝国は万世一系、永遠に尊戴すべき大清皇帝にてそれを統治する。」そして、皇帝の国政上の大権が例挙され、その範囲は次のように広範にわたる。すなわち、法律の提案、裁可および発布する大権(3条)、議会の召集、開会、停会、会期延長及び議会の解散を命ずる大権(4条)、官制および任免官吏大権(5条)、統帥および軍隊編成大権(6条)、宣戦、講和、条約締結および使節派遣大権(7条)、戒嚴宣告の大権(8条)、栄典および恩赦大権(9条)、司法権総括大権(10条)、独立命令大権(11条)、緊急勅令および緊急財政処分大権(12条)、皇室経費大権(13条)および皇室典範制定大権(14条)などである。

「欽定憲法大綱」がほとんど日本の「明治憲法」の「翻訳」であつたに⁽³²⁾

もかわらず、「大綱」は君主立憲制および三権分立の基本原則や君主大権と臣民の権利義務などを確認しており、さらに憲政準備の基本路線を確認した⁽³³⁾、といった点では十分に評価できると思われる。

(2) 「大清商律草案」の編纂

a 商部における「商人通例」・「公司律」の編纂

清王朝の体制を維持するために、商業の発展を目指し、西欧型の近代商法を編成しなければならない。光緒29年(1903年)3月に商部が新設され、伍廷芳、載振(商部長官)を中心に商律の編纂に着手した⁽³⁴⁾。しかし、商法の分野は広範であるため、短期間に完成させることはできない。まず最も必要な「公司条例」を作成し、かつ商人の保護を定めた「商人通例」を制定した。1904年(光緒29年)1月、「商人通例」と「公司律」からなる「欽定大清商律」が發布された。編纂過程からみると、光緒29年3月25日の上諭により起草を開始し、同年12月5日の裁可に至るまで、極めて短時間に成立したものである⁽³⁵⁾。

「商人通例」は9条から成っていて、商人の意義、商業能力、商号および商業帳簿に関する内容が規定された。一方、「公司律」は11節、131条からなる。その項目は次のとおりである。会社の種類及び設立登記(第一節)、株式(第二節)、株主の権利(第三節)、取締役(第四節)、監査役(第五節)、取締役会(第六節)、株主総会(第七節)、決算(第八節)、定款の変更(第九節)、整理・解散(第十節)、罰則(第十一節)などである⁽³⁵⁾。

b 修訂法律館における大清商律草案の編纂

前述のように、商部専管のもとに倉卒の間に商律を編定したゆえに、法律の用語などに十分な工夫をしなかったため、結果としてさまざまな批判を招くことになった。光緒33年(1907年)に、機構を改革し新たに発足した修訂法律館は、民律・商律・民事訴訟律・刑事訴訟律などの主要な法典とその附属法の草案起草を専管するようになった。

光緒34年(1908年)に、修訂法律館第一科において志田鉀太郎を中心として商律編纂事業が着手されはじめ、宣統元年(1909年)にはすでに完

成するに至る。志田の主導で編纂した商律草案（以下「志田草案」と呼ぶ）は主に以下のような内容からなる。第一編：総則（9章103条）、第二編：商行為（8章236条）、第三篇：公司律（3分編16章312条）、第四編：手形法（3分編15章94条）、第五編：海船法（6分編11章263条）など全部で5編1008条から成る。

ところで、「志田草案」が、中国の事情を無視して、外国人顧問によって自国の法をそのまま中国に持ち込もうとするものであるとの理由により、非難されていた。これより先、全国各地の商会もまた、自らの立場で各地の商慣習を調査していたが、その成果を踏まえ、「商法調査案」を作成し、これを政府に提出した。農工商部は、光緒29年商部の「欽定大清商律」を基礎とし、「商法調査案」の意見を採り入れ、かつ「志田草案」を参照しつつ、最終的に「大清商律草案」を編纂し、宣同2年（1910年）、上奏して新設の資政院の審議に附することを上請し、これが嘉納されて、⁽³⁶⁾原案が資政院に交付されるまでに至った。

「大清商律草案」は、総則（7章）・公司律（6章）の二編から成っているが、法律として成立するには至らなかった。

（3）「大清刑律草案」の編纂

清朝の当面の重要な課題の一つに、治外法権の撤廃があり、それには外国人と直接的に触れあう機会の多い刑罰法規の面で、それがまず近代化されていることが求められた。光緒33年（1907年）に、日本人法律家岡田朝太郎の協力のもとで、「大清刑律草案」（総則十七章、分則三十六章）が、修訂法律館において完成し、憲政編查館の審査に任ずることとされた。⁽³⁷⁾

「大清刑律草案」には、各条毎に「沿革」と「理由」とが記録され、前者でその条項の唐律以来の変遷が述べられ、後者に立法理由が諸外国法との比較のうえで詳述され、さらに条項によっては、とくに「注意」の項が設けられていた。⁽³⁸⁾そして草案を概観すると、従来⁽³⁷⁾の研究成果によれば、次のような特色が挙げられる。（1）条文が旧律（大清現行刑律）に比較して簡約化されたこと。（2）旧律が、刑事と民商軍事、および実体法と手続

法とを分けなかったのに対し、草案は刑事実体法の規定のみとしたこと。(3) 旧律に比して罪たる事項が拡充され、国交・選挙・往来・通信、及び衛生などに関する犯罪が加えられたこと。(4) 刑罰が簡単にされ、死刑・徒刑(無期・有期)・拘留・罰金の四種となったこと。(5) 総則において、刑名のまえに罪名を例示したこと。(6) 総則に緩刑の規定をおき、執行猶予制度と仮釈放制度とを設けたこと。(7) 刑罰の分類について分則⁽³⁹⁾を設け、その性質からくる区別をなしたこと。

大清刑律草案は、近代西欧諸国刑法を参酌した点において、伝統的・保守的な立場から批判が盛んに現れるようになった。その主な点は、草案に示された主義は中国の礼教に合致しないというところにある。いわゆる「礼法論争」である(後に詳述)。それらの意見を要約すると、およそ、(1) 旧律に比較して、全体として刑が軽きにすぎること。とくに、死刑の酌減において、それが著しいこと。(2) 皇室にかかる罪、尊属にかかる罪において、伝統的な思想に著しくそぐわないものが少なくないこと。(3) 刑事丁年を十六歳としたこと。(4) 比附条項の削除と、各条項の刑罰の規定の仕方の問題があるとして、裁判の公平を期す上で危惧があること。(5) 法律用語が中国本来の体から遠ざかっていて、正しい理解を妨げるおそれがあること。⁽⁴⁰⁾

保守派による草案の排斥の結果、修訂法律館と法部(司法省)とが会同して、草案に保守派を納得させるような修正を加えさせ、宣統元年(1909年)に「修正刑律草案」が完成された。本修正草案は、原案の増減のほかに、皇室に対する罪、内乱外患に関する罪に刑を加重すること、尊属に対する罪に正当防衛を適用しないことなどを五カ条にまとめ、これを暫行章程として、末尾に附則として、宣統2年12月に公布施行することを決定した。

暫行章程五条は、新刑律の近代的な体系になじまない旧律的な規定が、附則として加えられることになったのであるから、これによって新刑律の近代的法典としての作用は、完全に失われる結果となってしまった、との

⁽⁴¹⁾
指摘もある。

(4) 大清刑事・民事両訴訟律草案の編纂

a 「刑事民事訴訟法草案」の編纂

光緒32年(1906年)、修訂法律大臣沈家本は、「刑事民事訴訟法草案」を上奏していた。本草案は、第一章総綱において刑事民事に共通する規定を設け、第二章刑事規則、第三章民事規則、第四章において刑事民事通用規則として、律師(弁護士)・陪審員・証人及び上訴に関する規定(四節)を設け、第五章に中外交渉案件に関する規定を置き、全部で260条、別に公布施行例3条を附したものである。

本草案は公布施行に至る前、まず各地の長官に交付して、意見を上申しめることとされていた。結局、各省の官署からは、本草案の規定260条がなお繁多にすぎ、地方の実情にそぐわず、実行上不便なりとして、その施行を延期すべき旨を陳情したものが多かつた。⁽⁴²⁾

このような背景で、一方においては、刑事民事訴訟法草案がなお継続審議中であり、他方では、その間の経過処置として、光緒33年(1907年)修訂法律大臣奏呈の「各級審判庁試辦章程」120条が嘉納施行された。

b 大清刑事・民事両訴訟律草案の編纂

宣統2年(1911年)に、修訂法律大臣沈家本は、「大清刑事訴訟律草案」と「大清民事訴訟律草案」をほぼ同時に奏呈した。奏呈した大清刑事・民事両訴訟律草案は、直ちに軍機大臣を通じ、憲政編查館に交付せられるに至ったものと考えられる。⁽⁴³⁾

刑事訴訟律草案は、次のような内容からなる。第一編総則(1条-255条)、第二編第一審(256条-356条)、第三篇上訴(357条-434条)、第四編再理(435条-464条)、第五編特別訴訟手続(465条-476条)、第六編裁判の執行(477条-515条)の6編515条よりなる。本草案の主な特色は、伝統的な糾問主義を排し、大陸法系の国家追訴主義という形態を採った。

民事訴訟律草案は、以下のような内容からなる。第一編審判機関(1条-52条)、第二編当事者(53条-167条)、第三篇通常訴訟手続(168条-

617条)、第四編特別訴訟手続(618条-800条)の4編800条である。

両草案は、西欧先進国の制度に倣い、審級の整理、刑事・民事の訴訟の区別、さらに訴訟法の制定に重点が置かれた。その意味で、両草案は、中国における近代訴訟法の基本をなしたとあってよい。しかしながら、両草案が公布されずに清朝は消滅した。

3 司法による西欧法の継受

1 近代的な司法機関の整備

(1) 大理院審判編制法の成立

a 司法の独立

伝統的な制度に関しては、(1) 司法と行政との国家作用が、それぞれ独立した機関によって行なわれず、行政機関が司法を兼ねる制度であること、(2) 審判に相對する檢察なる觀念が発達せず、従って独立した檢察機関の存しないこと、(3) 審級の繁多なこと、(4) 審判權の不統一なこと、(5) 民刑訴訟を混同させること、(6) 訴訟の準則が不完全なこと、などがその欠陥として挙げられ、当時の知識人の間にその不合理性が意識されるに至っていた。⁽⁴⁴⁾

變法の方針が打ち出された後、西欧近代型の司法制度の導入が改革の一つの目標として掲げられていた。したがって、日本並びに西欧先進国の制度に倣い、(1) 司法の行政からの独立、(2) 檢察制度の確立、(3) 審判等級の整理縮減、(4) 特別裁判制度の廢除、(5) 民刑訴訟の区分、(6) 訴訟手続法の制定、などを図ることによって、司法改革の基本綱領とされていた。⁽⁴⁵⁾

b 大理院審判編制法の成立

光緒32年(1906年)、清政府が官僚制度の改革を行い、法部と大理院がそれぞれ成立され、同年に京師(北京)を対象として立案された大理院審判編制法も裁可され施行された。当該法は、第一節総綱、第二節大理院、第三節京師高等審判庁、第四節城内外地方審判庁、第五節城濼局の5節45

条からなり、司法権の独立（第六条）、民事・刑事の区別と裁判の合議制（第九条）、檢察機關の創設（第十二条）などを規定していた。当該法はもとより京師のみを対象とする暫定的なものではあるが、やがて全国的に整備されることを予想して立案されたものであるため、裁判機關の機能と設置や人員の配置などを規定し、その後の司法システムの形成に法的根拠を与え、中国歴史上最初の裁判所組織法であったと言える。⁽⁴⁶⁾

(2) 法院編制法の公布

光緒33年（1907年）に、修訂法律大臣沈家本が法院編制法草案を進呈し、憲政編查館で何年間の審議を経て、ようやく宣統元年（1909年）正式に法律（16章164条）として公布施行され、同時に裁判官任用などの三項の暫行章程も、その附属法として公布施行された。⁽⁴⁷⁾その後、本法に基づいて全国各地に各級審判庁を開設することとなる。

法院編制法は、清末に公布施行された最も体系性を持つ各級の審判機關の組織法であった。当該法は、中国伝統上の審判訴訟制度を全面的に否定し、大陸法系の四級三審制、審判独立、審判公開、檢察官公訴、合議制などの審判制度および諸原則を採り入れ、司法独立理念の実現に一步近づいたと言うに値する。⁽⁴⁸⁾

(3) 司法機關の整備

右の大理院審判編制法に基づいて、近代的な司法機關が徐々に整備されはじめた。

a 司法行政の管理機關——法部

光緒32年（1906年）、清政府が官僚制度の改革を行い、司法制度に関しては、刑部を改めて法部をもって司法行政の最高機關とし、全国の監獄の管理、刑罰の執行および各級審判機關と檢察庁の業務を監督する。法部の司法権限が広範にわたっており、大理院や高等審判庁の死刑の刑事案件に関して、法部は審査する権限をもつ。⁽⁴⁹⁾

b 裁判機關——大理院と各級の審判庁

光緒32年（1906年）、清政府が官僚制度の改革を行い、法部をもって司

法行政の最高機関としたのと同時に、大理院をもって裁判の最高機関として設立した。大理院においては、大理院院長、推事と庭長が置かれる。大理院院長に法令の解釈統一のため必要な処置をなす権限を認め、また、各庭の間に法令解釈の意見を異にすると、大理院院長が当該法令により民事科もしくは刑事科の總會（現在の審判委員会に相当する）、または両科の總會を開いてこれを審判するとしている⁽⁵⁰⁾。

大理院以下に、高等審判庁、地方審判庁、初級審判庁など四級の裁判機関が設立された。初級審判庁を第一審とする案件は、高等審判庁を終審とし、地方審判庁を第一審とする案件は、大理院を終審（四級三審制）とする。また、初級および第一審を扱う地方の各審判庁の審判は、単独制とするが、それ以外の各級審判機関の審判は、合議制とするとしている。なお、大理院の審判において、律例の緊要な点に関して表示した意見は、全国の審判庁を拘束することができる。

大理院の成立は、中国において何千年にも及んだ行政官僚主導の審判制度（官審）の幕を閉じることになった。

c 検察機関——検察庁

検察庁という機関は中国の歴史上一度も存在したことはなく、直接西洋の司法制度に倣ったものである。大理院審判編制法および法院編制法によれば、検察庁は、総検察庁、高等検察庁、地方検察庁、初級検察庁に分け、各級の審判庁に附置する。検察官の権限については、刑事に関して、事実や証拠を収集し、捜査処分を実行し、公訴を提起し実行し、並びに判決の執行を監視するとし、民事に関して、訴訟当事者あるいは公益代表人となり、特定事項を実行するとしている⁽⁵¹⁾。

検察庁は審判機関に対し独立してその職務を行ない、検察官は事情の如何を問わず、推事（判事）の審判に干渉し、審判事務を取り扱うことができないとし、また、検察官は長官の命令に服従する義務を負い、職務上の代理・事務の移管が認められるとして、検察官は同一体であるとする原則を立てていた。

2 訴訟制度の改革

(1) 日本司法制度の考察

光緒31年(1905年)には、修訂法律大臣伍廷芳等は上書して、「各国の刑律は既に訳成され、その大凡を知ることはできるが、刑政の執行には、実情が十分把握されていなければならない。日本は改革の初め、縷々人をフランス・イギリス・ドイツに派遣し、諸国の実情を調査せしめ、西政法界の精理を採取して、遂に法典の編成を達成している。我国は日本と距離が近いから、要員を彼の国に派遣し調査に当たらせたい。刑部候補郎中董康・刑部候補主事王守恂・同麦秩巖は、資質すぐれ外国の政法の書にも通じているから、この任にたえる者と認められる⁽⁵²⁾。」といい、三人の日本派遣を奏請した。

1906年4月、この奏請は嘉納されて、修訂法律館は日本へ司法調査団の派遣を決定した。出発前に王氏が巡警部に異動したので、このため調査団のメンバーは、刑部候補郎中董康、主事麦秩巖及び日本への留学生熊垓となった。東京に到着してからは、すでに日本で学務の調査をしていた刑部員外郎王義通⁽⁵³⁾がそれに加わった。その具体的調査項目として、まず日本の裁判制度と監獄制度の視察であり、特に民事・刑事の案件を分別理由、裁判の手續、監獄の実情などが重視されたようである⁽⁵⁴⁾。1906年12月に、彼らは次々に北京へ戻ってきた。帰国後、「裁判訪問録」・「監獄訪問録」と題する報告書の中で、伝統的な中国の司法において、司法の独立が欠けていることを指摘している。したがって、訴訟改革の目標は、日本など西欧先進諸国に倣い、司法の行政からの独立、民事・刑事の訴訟の区別および訴訟法の制定などが掲げられた⁽⁵⁵⁾。

(2) 刑事・民事訴訟制度の確立

前述したように、光緒32年(1906年)、修訂法律大臣沈家本は、刑事民事訴訟法草案を上奏していた。本草案は公布施行に至る前、なお継続審議が必要となるため、その間の経過処置として、天津ですでに試行されている「天津試辦審判章程」を参酌して、「各級審判庁試辦章程」が公布施行

された。

本章程は、法院(裁判所)の組織を規定するとはいえ、実は民事・刑事両訴訟法に関する規定がその大部分を占めていた。その具体的内容は、審級、管轄、回避、庁票、予審、公判、判決の執行、扶助、起訴、上訴、証人鑑定人、管収、保釈、訴訟費用の5章120条からなる。本章程は清末において唯一正式に公布された近代訴訟法的性質を有する法規であって、本来一個の過渡的暫行法にすぎなかったのであるが、その後民国時代になってもかなり長期にわたり援用されたのであった。⁽⁵⁶⁾

4 教育による西欧法の継受

1 大學・専門学校における法学教育

(1) 専門学校における法学教育

a 法律学堂の設立

光緒30年(1904年)正式に開館された修訂法律館は、最初は、現行の律例の改正や外国法律の翻訳を中心にし、新しい法典編纂の準備が進められた。しかし、これまでの旧法に慣れた官僚の執務に、混乱を招くことがしばしばあった。そこで、光緒31年(1905年)、修訂法律大臣伍廷芳などの奏に従って、中央に法律学堂を設け、地方の課吏館には速成科を設立して、中央地方の官僚の研修所として、新法を講習してその習熟に努めしめようとした。⁽⁵⁷⁾そして、同年5月に修訂法律大臣より法律学堂の開設を請う上奏がなされた。

光緒32年(1906年)9月に、法律学堂が修訂法律館の直属機関として、その開学が認められ、そして翌年修訂法律館所属から法部の直属に改められ、その称呼も「京師法律学堂」に改称された。

法律学堂においては三年間で、中・西の法律科目を修学させ、司法官養成を目的とする。その学習科目は、次の通りである。⁽⁵⁸⁾

第一年科目：大清律例及び唐明律・現行法制及び歴代法制沿革・法学通論・経済通論・国法学・ローマ法・民法・刑法・外国文・体操。

第二年科目：憲法・刑法・民法・商法・民事訴訟法・刑事訴訟法・裁判所編制法・国際公法・行政法・監獄学・訴訟実習・外国文・体操。

第三年科目：民法・商法・大清公司律・大清破産律・民事訴訟法・刑事訴訟法・国際私法・行政法・財政通論・訴訟実習・外国文・体操。

当時すでに日本から招聘された岡田朝太郎、志田鉦太郎、松岡義正、小河滋次郎および岩井尊文などが法律学堂の外国人教員として、法律科目を担当していた（後に詳述）。

法律学堂は、法部（司法省）に属する新制要員の研修機関であって、学部（のちの教育部）所属の教育機関とは異なって、専ら法律実務を研修する場として、司法人材の育成を任としていた。学部直轄の「京師法政学堂」は、専ら行政官養成を任とした。

b 京師法政学堂

京師法政学堂は1906年設立され、学部（のちの教育部）所属の教育機関である。大學は予科（2年）と正科（3年）が設けられ、政治学と法律学が正科に設置されていた。予科の入学資格は年齢20-25歳で、定員は200名、他に若手官吏の再教育のため修業年限3年の別科（100名）および一年半の講習科（定員なし）も置かれた⁽⁵⁹⁾。1910年に設定された法律学の四年間科目は以下のとおりである⁽⁶⁰⁾。

第一年科目：人倫道德、比較憲法及び憲法大綱、民法総論、大清刑律、ローマ法、経済学原論、中国法制史、倫理学、法学通論、比較行政法、法院編制法、日本語。

第二年科目：人倫道德、物権法、大清刑律、行政法、商法総則、民事訴訟法、刑事訴訟法、国際公法、監獄学、日本法制史、日本語、ドイツ語。

第三年科目：人倫道德、民法債権、民事訴訟法、刑事訴訟法、監獄学、商法（商行為・手形）、国際法、西洋法制史、人事訴訟法、監獄実習、ドイツ語。

第四年科目：人倫道德、民法（親族相続）、商法（海商・保険）、破産法、国際私法、非訴事件手続法、刑事訴訟法、民事訴訟法、法理学、民事訴訟

実習、刑事訴訟実習、ドイツ語。

「京師法政学堂章程」⁽⁶¹⁾第一章「立学総義」によれば、本学堂の宗旨は「造就完全法政通才」とある、つまり行政官の本格的養成を行うとするものであった。法政学堂には、日本から巖谷孫蔵（京大教授、法学担当）、杉栄三郎⁽⁶²⁾（法律、経済学担当）⁽⁶³⁾など多数の日本人教習が招かれた。

(2) 大学における法学教育

清朝政府が新政の実行後、全国国立大学は三つしかなかった。すなわち、北洋大学堂、山西大学堂および京師大学堂である。この三つの大学が設立された時に、法科はすでに設置されていた。

a 北洋大学堂

北洋大学堂は1895年に中国天津に設立され、天津中西学堂と呼ばれた。アメリカ人丁家立（Charles Daniel Tenney）が最初の総教習に就任したとの理由で、アメリカ流の教育方針がそのまま取り入れられたと言われている。1902年、北洋大学堂に改称した。大学は、法律学、土木工学、鉱学など三つの学科が設けられた。法科の主な科目は、大清律要義、憲法史、憲法、法律総義、法律原理学、ローマ法律史、刑法、交渉法、ローマ法、商法、損害賠償法、訴訟法、外国語などがあ⁽⁶⁴⁾った。

b 京師大学堂

京師大学堂（北京大学の前身）は1898年に設立され、清末における最も優れた大学であった。大学は大学院、専門分科、予備科の三級が設けられ、仕学館と師範館も附設された。専門分科には、政治科が設置され、政治学と法律学に分けられた。

日本の帝国大学令を参照して立法された「奏定大学堂章程」⁽⁶⁵⁾が規定する京師大学堂におけるその法律学問科目は次の通りである。法律原理学・大清律例要義・中国歴代刑律考・中国古今歴代法制考・東西各国法制比較・各国憲法・各国民法及び民事訴訟法・各国刑法及び刑事訴訟法・各国商法・交渉法・泰西各国法などである。

c 山西大学堂

山西大學堂が1902年に山西巡撫岑春煊により創立された。大學の学科は、文学、法学、工学と医学などが設けられた。法律科目は主にローマ法、契約法、法理学などがあった。法律学授業においては、外国人の教師は中国人通訳付きで直接英語で講義した。

2 外国の法典や法律著書の翻訳

(1) 初期外国人宣教師の貢献

17世紀初頭から19世紀にかけて、イエズス会とプロテスタントの宣教師たちの支援により翻訳された西洋の文献が数多く存在していた。たとえば、1862年以降、プロテスタントの宣教師の手により、北京の同文館および上海の江南製造局において21の著作（そのほとんどが法律と歴史の文章）が翻訳された。⁽⁶⁶⁾ また、「西学」を輸入することを目的とした北京同文館においては、フランス語館、ドイツ語館およびロシア語館を設置し、それぞれの教習はほとんど外国人宣教師であった。宣教師により造られた音訳語、意訳語、翻訳借用語が、近代中国語の語彙の形成に貢献したことは事実である。

1896年梁啓超の「西学書目表」によれば、この時期に翻訳された西洋の法律類書物は13部に達した。さらに1899年の「東西学書録」の統計によれば、この時期に訳した西洋の政治および法律類書物は20部に達した。⁽⁶⁷⁾

(2) 修訂法律館の翻訳作業

修訂法律館が成立した初期に、「参酌各国法律、首重翻訳」という基本原則のもとで、外国の法典や法律条文などが大量に翻訳された。修訂法律大臣沈家本は光緒31年（1905年）3月20日の「删除律例内重法折」によれば、光緒30年（1904年）4月の修訂法律館が開館約一年で翻訳した各国の法律は、独、ロ、仏、日の四カ国の法典が11部に達した。具体的には以下のとおりである。ドイツ：刑法、裁判法、ロシア：刑法、日本：刑法、刑事訴訟法、監獄法、裁判所編制法、フランス：刑法。⁽⁶⁸⁾

光緒33年（1907年）5月に沈家本の「修訂法律館情形並請歸並法部大理院会同辦理折」によれば、開館二年1ヶ月で、関係する各国の法典はすで

に26部が翻訳されていた。宣統元年(1909年)沈家本自身によって行なわれた統計によれば、この時期修訂法律館の諸外国の法律書物の翻訳作は42部⁽⁶⁹⁾に達した(下図を参照)。

修訂法律館が翻訳および出版した主な書物(1904年——1907年)

書名	著書	訳者	出版時期
徳意志刑法			光緒30年
徳意志刑法施行規則			同上
徳意志刑法改正規則			同上
徳国司法制度要略			同上
徳意志裁判法			同上
俄刑法		薩蔭図	光緒31年
日本現行刑法			光緒30年
日本改正刑法		陸宗輿	光緒31年
日本海軍刑法			同上
日本陸軍刑法			同上
日本刑事訴訟法			同上
日本監獄法	佐藤信安	張宗弼	同上
日本裁判所構成法		唐宝鏐	同上
日本刑法義解	高木豊三	張仲和・董康	同上
法蘭西刑法正文		陳	光緒32年
荷蘭刑法			光緒33年
法蘭西印刷律		沈	同上
徳国民事訴訟法			同上
日本刑法論			同上
日本監獄訪問録	小河滋次郎	董康	同上
徳意志民法			同上
徳意志民事訴訟法			同上

比利時刑法			同上
比利時監獄法			同上
比利時刑事訴訟法			同上
美国刑法			同上
美国刑事訴訟法			同上
瑞士刑法			同上
德意志治罪法			同上
獄事譚	小河滋次郎	董康	同上

(出所：田濤＝李祝環「清末翻譯外国法學書籍評述」(中外法學2000年3期)により整理)

(3) その他の出版・研究機関の貢献

外国の法学書物の翻訳作業に関しては、政府系の出版機関の北京同文館、上海江南製造局のほか、民間の出版・研究機関も無視できないほど存在していた。当時上海はすでに中国の最大な外国著書の翻訳、出版の基地となっていた。ことに上海の商務印書館、文明書局、広智書局などの民間出版社は、外国の法学著書を中国に広めることに対して、大きな貢献を果たしたと言える。たとえば、光緒30年上海商務印書館の「欧州新政書」、光緒32年広智書局の「地方自治論」、そして宣統元年上海広学会の「英国憲政輯要」などがそれぞれ出版された。

- (1) 董康「清末民初における法典編纂の概要」滝川政次『支那法制史研究』(有斐閣・昭和15年)491頁以下参照。
- (2) 田濤＝李祝環「清末翻譯外国法學書籍評述」中外法學2000年第3期355頁。
- (3) その後、西洋の学問(「西学」)の輸入を目的として、上海で広方言館、江南製造局、広学会、広東で同文館、実学館などが次々設立された。
- (4) 阿濤＝祝環「清末法學輸入及其歴史作用」政法論壇1990年6期52頁。
- (5) 同訳書は1865年日本へ輸入され、開成所において訓点と地名人名などのフリガナがつけられたうえ、新版が刊行された。その後、重野安紀により日本文に訳され、明治元年(1868年)鹿兒島藩蔵版として刊行された。詳しくは、西村捨也編『明治時代法律書解題』(昭和43年)参照。
- (6) 田濤＝李祝環・前掲注(2)356頁。
- (7) 詳細につき、田濤＝李祝環・前掲注(2)356頁、魯納(Rune Svarverud)著・

- 王笑紅訳「万国法在中国」中外法学2000年3期300頁以下参照。
- (8) 田濤=李祝環・前掲注(2)356頁。なお、19世紀中国における外国人宣教師マーチン、ジョン・フライヤーの詳細な活動については、田濤「从「中西聞見録」到「格致汇编」藏書家(齊魯書社)1999年第1期108頁参照。
- (9) 田濤=李祝環・前掲注(2)357頁。
- (10) 康有為「上清帝第二書」『康有為全集』(上海古籍出版社・1990年)95頁。
- (11) 阿部洋『中国の近代教育と明治文化』(1990年・福村出版刊)23頁。
- (12) 李貴連「二十世紀初期的中国法学」中外法学1997年第2期6頁。
- (13) 李・前掲注(12)6頁以下。
- (14) 詳細について、李貴連「晚清の法典翻訳：法国民法典の三個中文訳本」中外法学1995年第4期参照。
- (15) 張晋藩主編『中国法制通史(第九卷)』(法律出版社・1999年)157頁以下。
- (16) 大清光緒実録巻476。
- (17) 大清光緒実録巻486。
- (18) 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』(創文社・昭和55年)12頁。
- (19) 詳細については、中村哲夫「清末の地方習慣調査の報告書について」『東アジアの法と社会』(布目潮瀨博士古稀記念論集)』(汲古書院・1990年)529頁。
- (20) 但し、中村の研究によれば、この時点では、「修訂法律館」という固有名詞は生まれていないが、専門の法典編纂機関となるべく「館」設立の法的根拠はここに確立したものとみてよい。中村・前掲注(19)529頁参照。
- (21) 張・前掲注(15)156頁以下、島田・前掲注(18)12頁参照。
- (22) 伍廷芳(1842-1922)は、広東省新会県の人、1874年イギリスに留学して法学を学び、大律師の資格を取得して香港に戻り、香港政庁の聘により裁判官に任ぜられた。1882年、直隸総督李鴻章に招かれて、その幕下に入り専ら洋務にかかわった。1896年以後、アメリカ・スペイン・ペルーの公使を歴任して、1902年帰国後、商部侍郎・外務部侍郎・刑部侍郎、とくに修訂法律大臣に任ぜられ、沈家本と共に西欧近代型法典の編纂に活躍し、1907年、再びアメリカ公使として出国、二年後召されて帰国し、官を辞して上海に閑居した。伍氏が中国近代史上海洋法に対する最も優れた知識をもっていた人物と言える。詳細について、中国社会科学院近代史研究所編『民国人物傳第一巻』(中華書局・1978年)101頁以下参照。
- (23) 但し、滋賀教授の研究によれば、改組後の修訂法律館は、法部と大理院(最高裁判所)どちらからも独立した法典起草委員会となった。滋賀秀三「民事習慣調査報告録」滋賀秀三編『中国法制史：基本資料の研究』(東大出版会・1993年)819頁参照。
- (24) 島田・前掲注(18)19頁。
- (25) 全条文は、「大清光緒新法令」第三冊に収められている。島田・前掲註(18)21頁に紹介がある。
- (26) 光緒朝東華録28年4月丙申。

- (27) 楊幼炯『近代中国立法史 (増訂 1 版)』(台湾商務印書館・民国55年) 73頁。
- (28) 孫安石「清末の政治考察五大臣の派遣と立憲運動」中国——社会と文化第 9 号、同「光緒新政期政治考察五大臣の日本訪問」歴史学研究第685号39頁以下参照。
- (29) 張・前掲註(15)79頁。
- (30) 清朝の立憲制度樹立において決定的影響を与えた載澤の「立憲密奏」の理論根拠は日本での考察期間中に穂積八東と伊藤博文の憲法、政治講義を基礎にしていた、と最近の研究から明らかになった。詳細について、孫・前掲註(28)「光緒新政期政治考察五大臣の日本訪問」歴史学研究第685号39頁以下参照。
- (31) 「欽定憲法大綱」が公布されたと同時に、「議員法要領」、「選挙法要領」および「九年予備行事日程」などが発布された。
- (32) このような指摘は中国の法制史学界で通説であると思う。たとえば、張・前掲註(15)93頁以下、李鴻禧「戦前中国憲法史の展開に及ぼした日本憲法の影響」台大法学論叢第22卷 1 期29頁以下参照。
- (33) 張・前掲註(15)95頁。
- (34) 光緒朝東華録28年 4 月庚辰。
- (35) 1904年 1 月に公布の大清商律 (商人通例・公司律) の内容についての評釈は、松本丞治「欽定大清商律ヲ評ス」法学協会雑誌第22卷10、11号、第23卷 1、4、5、7号、張・前掲註(15)239頁以下参照。
- (36) 以上の主な経緯は、島田・前掲註(18)53頁以下による。
- (37) 大清光緒新法令第19冊「修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺」。大清刑律草案の内容について、島田・前掲註(18)178頁、宮坂宏「清末の法典編纂をめぐる」『法典編纂史の基本的諸問題』(法制史研究第14号別冊) 194頁紹介がある。
- (38) 島田・前掲註(18)178頁。
- (39) 島田・前掲註(18)179頁、楊幼炯・前掲註(27)68頁参照。
- (40) 以上の整理は島田・前掲註(18)187頁による。また、宮坂・前掲註(37)197頁参照。
- (41) 島田・前掲註(18)190頁、宮坂・前掲註(37)198頁。
- (42) 島田・前掲註(18)78頁。
- (43) 島田・前掲註(18)90頁。しかしながら、両法典草案告成を奏した修訂法律大臣の文に、一法典中に両者 (刑事と民事) を併せ規定した当初の草案から、それぞれ別個の独立した草案を起草するに至った経緯については、全く触れられていない。この点に関して、島田教授は次の見解を示された。すなわち、光緒33年正式に成立した修訂法律館においては、はじめから当初の刑事民事訴訟法草案とは別個に、刑事・民事の両訴訟律をそれぞれ独立した法典として、起草作業にとりかかっていたと判断していた。またすでに当初の草案があったにもかかわらず、改めて両法典草案の起草に着手したのは、当初の草案が英米法系の色彩の濃いもので、当時すでに固まっていた大陸法系の刑律草案となじまないと考えられる。そして、聘任され顧問に任じた岡田朝太郎が刑事訴訟律草案、松岡義正が民事訴訟律草案の起草をそれ

- ぞれ助け、僅か四年足らずにして、共に編定を終了し奏進された。
- (44) 河合篤「中国の近代的司法制度(1)」法学志林第43巻1号73頁。清末における司法制度を概観した邦文としては、織田万『清国行政法』がある。
- (45) 河合・前掲注(44)75頁。
- (46) 張・前掲註(15)296頁。
- (47) 政治官報第826号(宣同2年正月9日)3頁以下。
- (48) 張・前掲注(15)297頁。
- (49) 張・前掲注(15)299頁。
- (50) 張・前掲注(15)300頁。
- (51) 張・前掲注(15)301頁。
- (52) 大清光緒東華録巻197。以上は島田・前掲注(18)25頁による。
- (53) 李貴連著・松田恵美子訳「清末の立法にみられる日本人法律家の影響」名城法学45巻4号14頁。
- (54) 島田・前掲注(18)25頁。
- (55) 寄繆文存巻六。
- (56) 張・前掲注(15)296頁。
- (57) 大清光緒東華録巻532。
- (58) 島田・前掲注(18)231頁。
- (59) 阿部・前掲注(11)179頁。
- (60) 李・前掲注(12)3頁以下参照。
- (61) 章程は49条からなる。多賀秋五郎『近代中国教育史資料・清末編』(日本学術振興会・1972年)449頁以下に収録。
- (62) 杉栄三郎は、東京帝国大學法科大学を卒業後大蔵省に入り、会計検査院検査官補の職にあった若手官僚である。1902年巖谷孫蔵と共に、清国に招かれ、仕学館以外に、京師法政学堂などで法律、経済学を担当していた。詳細につき、阿部・前掲注(11)177頁以下参照。
- (63) 阿部・前掲注(11)179頁。京師法政学堂における日本人教習の活躍については、阿部・前掲注(11)178頁以下のほか、二見剛史「京師法政学堂と松本亀次郎」阿部洋編『日中教育文化交流と摩擦』(第一書房・昭和58年)75頁以下参照。
- (64) 李貴連「二十世紀初期的中国法学(続)」中外法学1997年第5期3頁以下参照。
- (65) 1904年1月張百熙、榮慶、張之洞の三人の手による起草した「奏定学堂章程」が公布された。この章程による学校制度の最大の特徴は、当時の日本の学校制度を全面的に模倣してつくられたと言われている。詳しいことは、阿部・前掲注(11)32頁以下参照。
- (66) フェデリコ・マジーニ著・池田巧訳「宣教師が中国語に与えた影響について」狭間直樹編『西洋近代文明と中華世界』(京都大学学術出版会・2001年)94頁以下参照。
- (67) 阿濤=祝環・前掲註(4)53頁。下図は、19世紀末期から1903年までに翻訳され

た法学書物の一部である。

書名	訳者	出版時期	出版社
中西関係略論	林樂知	光緒 2 年	上海広学会
公法便覧	丁黈良	光緒 3 年	同文館
公法会通	同上	同上	同上
欧州東方交渉紀	林樂知	光緒 6 年	江南製造局
法国律例	毕利幹	同上	同文館
各国交渉公法論	傅蘭雅	光緒20年	同上
各国交渉公法論	俞世節など	光緒22年	小倉山房
公法総論	傅蘭雅・汪振声	光緒28年	上海新学会
万法精理	張相文	光緒29年	不明
国際公法志	蔡鐸芋編訳	同上	上海広知書局
泰西民法志	胡貽谷	光緒28年	上海広学会
泰西商律	求是齋主人	同上	求是齋刊本
民約論	楊廷棟	同上	文明書局
政治学 (三篇)	馮自由	同上	上海広知書局
政治泛論	麦鼎華	光緒29年	上海広学会
美国治法要略	范瑾	光緒28年	上海広学会
英吉利憲法史	政治学報訳	同上	政治学報
美国憲法提要	章宗元	同上	文明書局
万国憲法制	周達編訳	同上	上海広知書局

(出所：田涛＝李祝環・前掲注(2)論文により整理)

(68) 陶広峰「清末民初中国比較法学的産生」法学研究1998年第1期70頁。

(69) 陶・前掲注(68)70頁。

第二節 中国における日本法の影響

1 日本民法典の継受

1 大清民律草案修訂の歴史的背景

(1) 大清民律草案修訂の理由

光緒28年(1902年)に締結した「中英通商航海条約」第12条により、「中国は自国の律例を整備し、西洋各国の律例と同一のものに改めることを強く望んでいる。英国もまたこれに協力し、成果をあげることを願っている。中国の律例の情况及び裁判の方法を調査し、一切の相関事項が妥当なものとなったと考えられるとき、英国はその治外法権を放棄することであろう」と定めている。⁽¹⁾同様の文言が、1903年調印の「中米統議通商行船条約」第15条にも見られる。これにより、清朝にとって、例強から治外法権の回収のために、法の整備が至上命題とされるに至った。⁽²⁾

(2) 民律制定の世論準備

前述したように、光緒26(1901)年10月に張之洞、劉坤一などが、三万六千語に及ぶ詳細な「改革意見書」が奉られ、皇帝の容れるところとなっている。この張・劉の意見書に示されていた内容については、とりわけ律法の編纂が強調されている。その大略は次のようなものである。すなわち、「積年の旧弊を破るためには、育才興学が第一である。そのためには、西欧諸国に倣いこれを摂取した日本の学制に学ぶのが最良であり、遊学についても日本留学が最も効果がある。次に立国の大要には、治・富・強の三つの道があり、それには外国から著名な法律家を聘し、法律の編纂にあたらせるとともに、それらを学ぶための学校を設けるのがよい。そして西洋諸国の法律に倣う場合には、日本を範とし、西法を翻訳する際にも、日本訳から重訳した方が時間の節約になる。」⁽³⁾という趣旨の内容であった。それと同時に、張、劉らは、当時の清朝の総理衙門の名で清朝の駐外使節に対し、「各国の有名な弁護士に、各大国一名ずつ中国に来てもらい、当該衙門の編纂する法律の教師となってもらうように求める。広く各国の鉱業法、鉄道法、商法、刑法の諸書を採用入れ、中国のために簡明な鉱律、路律、商律、交渉刑律若干条を編纂する」という電文を送ることを提案した。⁽⁴⁾招聘の条件は、(1)著名でかつ大きな業績を挙げている各国の弁護士であること、(2)中国と契約を締結すること、(3)高給で招聘する

こと、などである。⁽⁵⁾これが中国近代最初の外国人を立法・修律に招聘するという案であり、清末の立法において外国人専門家を招聘する発端となったものである。⁽⁶⁾

このようにして、実際上の立法の必要性、清朝廷による承認、帝国主義からの支持という三点が結合して、清末に外国の法律専門家を招聘して立法に参与させるという特殊な現象が作り出されたと指摘される。⁽⁷⁾

2 大清民律草案修訂の経過

(1) 第一期

a 日本への司法考察

光緒31年(1905年)には、修訂法律館が董康など三人を、裁判所・監獄の調査のために、日本へ派遣したことはすでに前述した。

その具体的な調査項目として、まず日本の裁判制度と監獄制度の視察はもちろんであるが、もう一つの重要な任務は、日本人法律家の正式の招聘であった。⁽⁸⁾後に岡田朝太郎博士が「法学志林」で書いた論文「清国ノ刑法草案ニ付テ」によれば、彼の招聘契約はその時に締結されたものだったという。⁽⁹⁾

この時、一行を接待したのが、司法省参事官斎藤十一郎、監獄局事務官小河滋次郎であり、後日小河が北京に招かれ、監獄顧問に任じられたのは、これが機縁となったようであると島田教授は推測した。⁽¹⁰⁾一行は、日本各地の裁判所・監獄を視察、司法省および監獄協会主催の講演会に参加するなどして、その間、当時の大審院部長である松岡義正との接触もあったという指摘もある。⁽¹¹⁾1906年12月に、一行は次々に北京へ戻ってきた。帰国後、「裁判訪問録」・「監獄訪問録」と題する報告書として、刊行された。

b 民政部・憲政編查館の奏

光緒33年(1907年)4月、民政部は民律の制定並びにその理由について上奏した。「東西各国法律を調べたところ、公法と私法との区別がある。公法とは国家と人民との関係を定め、すなわち刑法に類するものである。私法とは人民と人民との関係を定め、すなわち民法に類するものである。

両者が等しく、どちらもゆるがせにはならないのである。……中国の律例は、民刑を区別しないが、……歴代律例においては、戸婚に関する諸条文が実に民法に近いが、しかしすべてが完結性を有しない。(略)」。したがって、民政を遂行するために、早く民法を制定しなければならないと⁽¹³⁾提言した。

同年7月に「考察政治館」が「憲政編查館」に改称され、9月5日に、憲政編查館は、「義覆修訂法律弁法折」によれば、民法及びその附属法の起草が三年の期限ですべて完成しなければならない、とされている。光緒33年(1907年)10月27日、修訂法律館が改組され、沈家本、英瑞、俞廉三を修訂法律大臣とする新組織が発足した。再び修訂法律大臣に任命された沈家本は後に修訂法律館「修訂法律弁法折」の中に、法典の編纂について次のような三つの具体策を提言していた。すなわち、第一に、各国の最新法典や参考書の翻訳、第二に、尋問のために、外国の法律専門家の招聘、第三に、中国の社会事情の調査、などである。⁽¹⁴⁾その後の大清民律草案の起草作業は基本的にその方針に沿っていた。

- (1) 王鉄崖『中外旧約章彙編第二巻』109頁参照。
- (2) 楊幼炯『近代中国立法史(増訂1版)』(台湾商務印書館・民国55年)73頁。
- (3) 大清光緒実録巻486。
- (4) 李貴連著・松田恵美子訳「清末の立法にみられる日本人法律家の影響」名城法学45巻4号8頁。
- (5) 李・前掲注(4)8頁。
- (6) 李・前掲注(4)10頁。
- (7) 李・前掲注(4)11頁。
- (8) 李・前掲注(4)11頁。これに対し、董康などの日本訪問の主な目的は、法制考察のみであって、日本人法律家の招聘という任務はなかった。董康など訪日中に岡田博士と締結した招聘契約は主に北京の法律学堂の教習としての雇用契約であった、との見解がある。俞江「大清民律(草案)考析」南京大学法律評論1998春146頁以下。
- (9) 岡田朝太郎「清国ノ刑法草案ニ付テ」(法学志林第12巻2号、明治43年)を参照。
- (10) 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』(創文社・昭和55年)25頁。
- (11) 詳細につき、島田・前掲注(10)25頁参照。

- (12) 張晋藩主編『中国法制通史（第九卷）』（法律出版社・1999年）292頁。
- (13) 政治官報奏類「民政部請厘訂民律奏」、潘維和『中国近代民法史（下卷）』（漢林出版社（台湾）・1982年）16頁。
- (14) 李貴連『沈家本年譜長編』（成文出版社・1992年）247頁参照。

(付記) 本稿は、2000年度早稲田大学特定課題研究助成費による研究成果の一部である。