

中国の少数民族地域における罪と罰・法と習慣

——中国少数民族刑事法研究への一試論——

王 雲 海*

- I 問題への視点
- II 中国の国家体制・法律体系における少数民族
- III 罪と罰に関する少数民族の習慣
- IV 少数民族地域における刑事法とその運用実態
- V 内側と外側の両方から見る少数民族地域の罪と罰・法と習慣
- VI 今後への展望

I 問題への視点

すでに知られているように、中国の少数民族地域においては、国家刑事法がある一方、罪と罰に関する少数民族の習慣も根強く存在している。それが故に、両者はどのような関係にあるのか、少数民族の刑事事件の処理にあたって、根拠とされるのが一体どちらかが常に問題となる。そこで、本論文は、中国少数民族法とりわけ中国少数民族刑事法の研究の一試論として、これらの問題を解明しようとする。まず、問題への視点を示すことから研究を始めたいと思う。

1 中国法の一部としての中国少数民族法と中国の諸民族関係の一部としての中国少数民族法

「西欧学者のそれら非西欧法研究の大部分は、自分たちの持っている常識とは異なるものを発見した好奇心に惹かれ、その常識とする方法でその発見物を料理するものである。勿論それとしては有意義でありその成果も当の非西欧人の学ぶべきことを多く多々含むことはあるけれども、現地でその法のもとに生きる者の立場からすると理解不足むしろ誤解や偏見があることが多い」という指摘があるように¹⁾、世界範囲で見れば、近代以後は、西欧（欧米）の隆起に伴って、西欧（欧

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第2号2006年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

米)の法学研究者による西欧法・欧米法の研究も「主流」とされて、最も脚光を浴びるようになってきている。そのなかでは、非西欧法への研究は、往々にして、西欧法という「常識」を基準に、好奇心を満たすための「発見」として、意識または無意識のうちに、位置づけられてしまっている。その場合は、格好な材料とされるのが何よりも少数民族の習慣ないし慣習法である。

しかし、中国に関していえば、上述した事情とは共通する一面もあれば、異なる一面もある。中国はその歴史の変遷に応じて、その法もおよそ次のようなものに分けられるように思われる。つまり、清の末までは独自の「封建中国法」、清の末特に辛亥革命から1949年の中華人民共和国成立までは「民国期中国法」、中華人民共和国成立後から1970年末までの「社会主義中国法」、そして、「改革開放」政策を実施し始めた1980年代から今日までの「現代中国法」である²⁾。その中では、「封建中国法」と「社会主義中国法」は、いずれも、西欧法とは全く異質的なものであった。しかも、その両者の関係においては、後者は、外見上、社会主義イデオロギーそしてソ連法から形成されたものであるように見えるが、実質上は、前者の温存を秘めた部分が少なかった³⁾。これに対して、「民国期中国法」と「現代中国法」は共に西欧法をモデルまたは目標として展開された、または、されているものであって、伝統に対する否定・西欧法への接近をはかっている。但し、そのような否定・接近はいずれも法制度レベルにとどまっているところが多い。特に、「民国期中国法」の場合は、「制度としての法」というレベルでは、「現代中国法」に劣らないか、それをはるかに超えるほど、大量の西欧法の制度・条文が導入されていた。しかし、「結果としての法」というレベルから見れば、そのように立法・条文に多くの西欧法を書き入れたことは、民国期における中国法の事情をよりよいものにし、「封建中国法」を実質的に多く変えたかということ、全く違ったのである。美しい西欧法の言葉のもとで、「封建中国法」と西欧法の

1) 千葉正士『アジア法の多元的構造』、成文堂、1998年、2頁。

2) 王雲海「現代中国法を見るための『鏡』」、中国社会科学研究会編『東瀛求索』、第10号、1999年、36頁。

3) この部分の検討に関して詳しくは次の文献を参照。王雲海『死刑の比較研究—中国、米国、日本—』、成文堂、2005年、174頁。

マイナスの面が一体化して、法の至上理念である人権保障や中国歴史上の人文精神を実際の法のレベルでは貫くことがほとんどなかった。こうなったのは、西欧法にはもとより人権保障上の限界があることや、為政者が本当に西欧法を望んでおらず、やむをえず法律にそれを書き入れたことのほかに、当時の中国は、外国侵略、内戦内乱にあり、西欧法の成立に必要な社会的文化を有しないなどの、西欧法にとって「前提的条件」ともいべきものの欠落があったからである。これとは違って、今の中国はもはや外国侵略や内戦内乱などの状況がなくなっている。こういう意味では、西欧法の成立にとっての外部条件がもう揃えている。しかし、いまの「現代中国法」においても、西欧法の限界が十分に認識されていないことや、それに必要な社会的文化が欠如していることは、「民国期中国法」と全く同じである。そのために、「現代中国法」は、条文上または制度レベルにおいて西欧法にむけていくら接近することができるとしても、実質上または結果レベルにおいてはかつての「民国期中国法」の二の舞にならない保障はまだ見当たらないというべきであろう。

このように、中国少数民族刑事法を見るにあたって、ただの「好奇心」を超えるためには、中国法全体の以上のような変遷と関連づけてそれに取り組む必要がまずある。

それに加えて、中国は56の民族からなる多民族の国家であって、また、「少数民族」という言葉自体がほとんどの場合「多数民族」である漢民族に対して成立する概念である。そのために、中国少数民族刑事法は、法現象であると同時に、中国におけるそれぞれの民族の位置づけ、民族間の関係特に漢民族との関係を反映する重要な側面でもある。中国少数民族刑事法を見るにあたって、このことをも念頭に置く必要がある。

2 「個別法」と「普遍法」のなかの中国少数民族法

これまでは、西欧法以外の法をも取り入れて世界の様々の法を解明しようとする研究は多く試みられており、そのなかですでに多くの有用な概念・発想が提示されている。

例えば、アンガー (R. M. Unger) は、世界における法を次の三つの類型に分

けられるとしている⁴⁾。すなわち、慣習的または相互関係的法 (customary or interactionary law)、官僚的または規制的法 (bureaucratic or regulatory law)、法秩序または法体制 (legal order or legal system) としての法である。

また、安田信之は、特にアジア法 (ないし発展途上国々の法) を「固有法」、「移入法」、「開発法」という三つの類型に分類し、それぞれの特質として「共同法理」、「市場法理」、「指令法理」をあげて、次のような定義を提示している⁵⁾。つまり、「共同法理」とは、人間と人間の直接的・無媒介的な関係を軸とするものであり、家族内の親子、兄弟姉妹の間に典型的に見られるような他者との一体化を前提とする親密な感情に根差している。それは、人間社会が有している原始的な関係規律原理である。「市場法理」とは、平等な個人間のヨコの関係を軸とするものである。それは、近代社会における商品交換に典型的にみられるような、人間と人間の間の等価性を前提とする交換関係である。その中心たる概念は「権利」、「義務」、「自由な個人」である。「指令法理」とは、人間と人間または人間と国家ないし集団の間の威嚇を背景とする強制とそれに対する服従を軸とする法理である。

さらに、千葉正士は、西欧法が「人権」と「国家法」を特徴としていると指摘したうえで、それと違ったアジア法または国家法を動かす非国家法をも研究する必要性を強調して、法の「三元構造」を唱えている⁶⁾。つまり、法は、「単に国家法と国内諸法との関係だけでなく国家法と超国家法との間にもあり、その意味では、国家法と国内法との二元だけでなく、国際諸法をも含めた三元構造」である。

このように、中国の少数民族刑事法を含めて世界における様々の法をすべて一つの共通の現象として捉えようとするための概念や方法がすでに存在しているわけである。単なる「好奇心」を越えて、中国少数民族刑事法を「法」としてみようとする以上、それは既成の概念や方法との関係またはそのような文脈のなかで

4) R. M. Unger, *Law in Modern Society-Toward A Criticism of Social Theory*. The Free Press, 1976, p.44.

5) 安田信之『アジアの法と社会』、三省堂、1990年、46頁以下。

6) 千葉正士、前掲註1) 書、32頁。

どのように位置づけられるのかを示す必要があろう。具体的にいえば、中国少数民族刑事法をただの「慣習法」、「共同体法」、「国内的地域法」として見て、その自然性を無条件的に云々するのか、それとも、より多角的にそれを見て、「法の支配」や「法治主義」という近代市民法上の一般原則、「人権保障」という普遍的価値、「グローバル化」という広い世界での流れなどとも関連づけてその是非を考えるのかを、研究者自身は常に意識しなければならないのである。

3 「事実究明」と「価値判断」との両方としての中国少数民族法

近年、中国少数民族法についての研究が多くなされて、かなりの成果をあげている⁷⁾。但し、研究の性格から見ると、様々である。法学としての研究もあれば、人類社会学や政治学や民俗学としての研究もある。研究の性格がいかなるものかは重要ではない。重要なのは研究自体がその性格にふさわしい首尾一貫のようなものかどうかである。性格の同じ研究であれば、同じ概念・同じ範疇でものをいうことが必要であって、それこそ研究者にとっての常識である。例えば、政治的発想をもって法学的研究を断じたり、法社会学的方法をもって実定法的研究を云々したりすることがまさに常識はずれになってしまう。

もとより、中国少数民族刑事法を「法」として研究するにあたって、主に三つの方法が可能であるように思われる。つまり、実定法的方法、法社会学的方法、法人類学的方法である⁸⁾。先に述べたように、これらの三つの方法は、性格上は互いに異なるものであるもので、それぞれの違いをまず念頭に置く必要があることはいうまでもない。しかし、この三つの方法は、性格上の違いがあるものの、共に中国少数民族刑事法を「法」として研究する、という共通点・共通性格を有している。そのために、「法」に対する共通認識・「法」に関する共通概念はある程度必要である。そうでなければ、すでに見られるように、日常的な規則・ルールとしての機能をすこしでも持っていれば、何でもかんでも「法」とされたり、少数民族のものであれば、何でもかんでも「少数民族の慣習法」とされたりするよ

7) 例えば、呉宗金編著・西村幸次郎監訳『中国民族法概論』、成文堂、1999年。

8) 千葉正士、前掲註1) 書、36頁を参照。

うな、「法の氾濫」現象が起こってしまう。結局、何が「法」か、何が「法」でないかは特定できなくなってしまう。

ところで、「法」とはいったい何であろうか、ひいては、「中国少数民族刑事法」とはいったい何であろうか。

形式的に言えば、「法」というものは少なくとも次の諸特徴を有するであろう。

第一に、それは一種の規範・規則・ルールでなければならない。つまり、人々に「すべきこと、してもよいこと」または「しなくてはならないこと、しなくてもよいこと」を示すことのできるようなものである。第二に、それは、一種の社会的規範・規則・ルールでなければならない。つまり、そのような規範・規則・ルールは、ある個人や家庭などの「私」的領域をはるかに超えた広い「公」的領域にわたっての社会的なものでなければならない。国民国家が基本である近代社会においては、それが「国家」範囲でのものであるのは普通である。第三に、それは、「公」的強制力、近代国家以来は国家による強制力を常に伴うものである。つまり、法に対する遵守は強制的な性格を有しており、それに違反した場合、その結果として「公」的強制力特に国家による強制力が登場してくるのである。ここには法と道徳、慣習法とただの習慣との違いがある。

しかし、「形式的」を超えて、実質的に「法」を見るならば、特に「法治主義」または「法の支配」の時代でいう「法」を念頭に置くならば、「法」とは次のような特徴を有するものというべきであろう。つまり、「法」はあくまでも個々の人間を主体（単位）とした人権保障をその至上原理とする一種の理念・理性・正義である。「民主主義」と「法治主義」が近代国家の基本原理をなしており、いわば近代国家の二本柱であるが、しかし、この両者は本質的には異なっている。民主主義の基本原則は「国民主権」と「多数決」であって、物事が常に多数で決められる。その理由としてやはり「多数」の方は人数が多いからということがあげられる。従って、民主主義はその本質が究極に言えば「力の支配」である。それに対して、法治主義の基本規則は人権主義と自由主義であって、物事が「多数」か「少数」かではなく、あくまでも人権上の合理性があるかどうかで決められる。従って、法治主義はその本質が究極に言えば「理性の支配」である。

ところで、法学研究を含めて社会科学の研究は、概ねでいえば、常に「事実究明」

と「価値判断」という二つの作業の往来のなかで展開されているということが出来る。「事実究明」はいわば実在的なもので、「価値判断」の根拠になる。これに対して、「価値判断」はいわば当為的なもので、「事実究明」の指針そしてその事実のよしあしをはかるための指標になる。「法」の概念との関係でいうと、ただ「事実究明」として法を研究しようとする場合は、上述した法の形式的な特徴だけを根拠にして「何が法か」を判断すればよい。そのような形式的な特徴を備えているあらゆる規範・規則・ルールは「法」になり、「悪法」も「法」であることになる。しかし、「事実究明」だけでなく、そのうえで、「価値判断」としてでも法を研究しようとする場合は、上述した法の形式的な特徴だけを根拠にして「何が法か」を判断しては十分ではない。そのような形式的な特徴のほかに、あるいは、それ以上に、「人権主義」と「自由主義」という法の実質的特長をも念頭に置くことが必要である。たとえ上述した形式的な特徴だけを備えている規範・規則・ルールを「法」として捉えようとしても、そのよしあしを論じて、「悪法」は「法」でないまたは将来は「法」でなくなることを意識しなければならないのである。これは少数民族法の研究にあたって同じである

4 本論文でいう「中国少数民族刑事法」の射程

以上のように「法」を理解することを前提とする場合は、中国の少数民族刑事法を次のような視点または範疇から研究することができるのではなからうか。

第一に、中国の国家法体系特に刑事法体系にある、少数民族地域における犯罪と刑罰に関する法規定と法政策はいかなるものかである。

第二に、犯罪と刑罰に関する個々の少数民族の独自の習慣があるのか、あるとすれば、それがいかなるものかである。

第三に、国家刑事法と罪と罰に関する少数民族の習慣ないし慣習法とは法律上及び實際上どのように対処されて、いかなる関係にあるのかである。

第四に、かような内容を有する中国少数民族刑事法は、「法治主義」または「法の支配」の原理からしてどのように見るべきかである。

II 中国の国家体制・法律体系における少数民族

1 民族区域自治と民族自治立法

中国が漢民族を中心とした多民族国家であることは先に述べたとおりである。憲法第4条の規定によれば、「中華人民共和国の各民族が一律的に平等である。国家は各少数民族の合法的権利と利益を保障し、各民族間の平等、団結、協力の関係を維持、発展させる。あらゆる民族に対する差別と圧迫を禁じる。民族団結を破壊する行為と民族を分裂する行為を禁止する」という。そこで、少数民族の権利と利益を保障し、このような平等、団結、協力の関係を維持、発展させるための原則として、憲法及びその他の法律が定めたのはいわゆる「少数民族区域自治制度」である。中国では、これが普通「民族区域自治」または「民族自治」と略称される。

民族区域自治とは、国家の統一的な指導のもとで、少数民族が集中的に居住している地域において、自治機関を設置し、自治権を行使させるような制度である。いまの中国では、全国で154ヶ所の民族地域自治地方が存在している。つまり、5ヶ所の自治区（省レベル）、31ヶ所の自治州（市レベル）、119ヶ所の自治県が含まれる。

民族区域自治の諸自治権のなかで、最も重要で中心的な内容の一つは、いわば民族区域自治地方の立法権である。中華人民共和國立法法の規定によると、民族区域自治地方の人民代表大会が地元の民族の政治、経済、文化の特徴に応じて、自治条例または単行条例を制定することができる。自治区の自治条例と単行条例は、全国人民代表大会常務委員会に報告して承認を得てから発効する。自治州や自治県の自治条例と単行条例は、省、自治区、直轄市の人民代表大会常務委員会に報告し承認を得てから発効する。自治条例は、民族区域自治地方内部の諸関係を調整する総合的な地方自治法規である。それに対して、単行条例は、もっぱら特定の社会関係を調整する単一的な地方自治法規である。いま現在、全国で制定された自治条例と単行条例をあわせて600件余りがあり、そのなかの絶対多数が単行条例である⁹⁾。

9) 趙肖東「中国の地方人民代表大会の制度的構造と実際の機能」、『一橋法学』、第5巻第1号、2006年3月、43頁。

實際上、中国では、少数民族区域自治を実施していないその他の地方の人民代表大会も「地方立法権」を持っている。少数民族区域の自治条例または単行条例が本自治地方の行政領域の範囲内に限って施行するために、行政区画の視点からいえば、民族区域自治地方の立法をも地方立法の一種として扱うことには問題ない。

しかし、民族区域自治地方の立法は普通の地方立法と比べて大きな違いがある。まず、立法の主体が違う。自治条例または単行条例を制定する権限を持つのは民族区域自治地方の人民代表大会のみであって、自治地方の人民代表大会の常務委員会はこのような権限を持っていない。自治区の人民代表大会の常務委員会は、地方法規を制定することができるし、現実的に大量の地方法規が人民代表大会の常務委員会によって作られているのに対して、自治条例または自治単行条例を制定することは常務委員会ができないのである。次に、立法権限が違う。地方法規は不抵触の原則を遵守し、常に上位にある法律法規と抵触してはならないのに対して、自治条例または単行条例は、このような制限を受けておらず、上位にある法律法規に対して融通をきく規定を作ることができるし、それこそが民族区域自治立法の特色と言われている。

もちろん、上位にある法律法規に融通のきく規定を設けることができるのは、民族区域自治地方の立法が「法制統一」という国家の原則を遵守しなくてもよいことを意味するのでは決してない。憲法及び法律は、自治地方に上位の法律法規に対する融通の規定をする権限を授けると同時に、一定の制限をも加えている。具体的にいえば、次のようになる。

第一に、自治条例または単行条例は憲法上の融通となるような規定をしてはならない。憲法は国家の根本法であり、国家の政治、経済、文化の基本制度を定め、立国の基本でもある。全国各地で例外なくこれを順守しなければならず、民族区域自治地方も例外ではないのである。第二に、自治条例または単行条例は民族区域自治法上の融通になるような規定をしてはならない。民族区域自治法は民族区域自治の基本法律であり、もっぱら民族区域自治地方を対象としてその自治の基本制度と原則を定めているものであるので、それ自身が自治条例または単行条例の制定の法的根拠でもある。それが故に、民族区域自治法上の融通となるような

規定をしてはならないのである。第三に、自治条例または単行条例は、民族区域自治地方を定めるその他の専門法律、行政法規の規定に対して、融通がきくような規定をしてはならない。これらの法律、行政法規はすでに民族地方の特徴を考慮し、民族区域自治地域に対して融通がきくような規定をしており、民族区域自治地方がこの上にさらに融通がきく規定を設けてはならないのである。

2 少数民族地域の特有な刑事自治立法権と特殊な刑事政策

このように、民族区域自治立法権は、一定の制限を受けながらも、地方立法権のなかでは最も大きな存在として認められている。このことが何よりもまず刑事法の領域で反映されている。

憲法や立法法の規定によれば、犯罪と刑罰に関する立法は、中央の専属立法権に属するものであって、地方立法がこれにかかわる権限を一切持たない。しかし、他方では、刑法第90条の規定によると、民族区域自治地方において刑法の完全な適用に困難がある場合、自治区あるいは省の人民代表大会は本地域に暮らす民族の政治、経済、文化の特徴を考慮し、刑法の基本原則に基づいて、融通または補足の条項を定めて、それを全国人民代表大会常務委員会に報告し、承認を得てから施行することができる、という。つまり、刑法などの刑事法領域においては、民族区域自治地方以外の地方の人民代表大会などは一切立法権を持たないのに対して、民族区域自治地方の人民代表大会だけが地元の少数民族の特殊な状況を考慮して、国家・中央の刑事法に対して融通または補充のための立法をすることができるのである。

また、中国では、立法と同様に、あるいは立法以上に刑事法の指針となるのは、共産党中央及び中央政府の政策である。実は、少数民族地域における警察、検察、裁判の刑事法的活動に関しては、共産党中央及び中央政府は多くの政策を出しており、そのなかでいまだに最も影響力を発揮しているのは、1984年の「中共中央第5号文件」を通じて示されたいわゆる「両少一寛」政策である¹⁰⁾。この政策の中味は主に次のようなものである。つまり、少数民族のなかの犯罪者に対して

10) 呉大華「中国『両少一寛』刑事政策与刑法对少数民族的特殊保護」、陳沢憲主編『死刑—中外関注的焦点』、中国人民公安大学出版社、2005年、166頁。

逮捕するのも死刑を言い渡すものなるべく少なくする。そして、少数民族の人員が犯した犯罪に対して全体的に「寛大な原則」に従って処理する、という。このような「両少一寛」政策は、まさに、少数民族の習慣などの特殊な事情または少数民族地域自治権に配慮した、少数民族に対する特殊な刑事政策であって、事実上、少数民族区域自治地方での刑事法活動の重要な指針として大いに働いているのである。

Ⅲ 罪と罰に関する少数民族の習慣

一方、中国の少数民族地域においては、犯罪と刑罰に関するそれぞれの少数民族の固有の習慣が数多く存在しており、刑事事件が発生した度に、そのような習慣が公開的にまたは密かに持ち出されて、事件の解決の根拠として用いられることがよくある。それらの習慣はその具体的な中味が千差万別であり、同じことに関しても民族により用いられる習慣が大いに異なるが、国家刑事法との関連から見ると、それらをおよそ次の三つの種類に分けることができるように思われる。

1 殺人や傷害などの人身的事件に関する習慣

殺人や傷害などの人身的侵害事件は、国家刑事法上では、最も重大な犯罪として死刑などの最も厳しい刑罰を法定刑として定められており、実際の司法上も死刑がよく言い渡されている。しかし、少数民族地域においては、人を殺したり、重い怪我を負わせたりすることが重い罪とはされるものの、その対処方法として用いられるのは死刑などの重い刑罰ではなく、むしろ、金銭的賠償や関係者の謝罪である。この典型的例としてあげられるのは、チベット族の間で存在する「賠命価」または「賠血価」という習慣ないし慣習法である¹¹⁾。

「賠命価」または「賠血価」とは、殺人事件や傷害事件が発生した後に、地元の部落の長や宗教の上層人員が主導または裁定のもとで、被害者の家族または被害者本人は加害者やその家族に「賠命価」・「賠血価」（「命や傷害への賠償金」い

11) チベット族における「賠命価」、「賠血価」について、代表的日本語の研究文献として次のものがあげられる。小林正典「青海チベットの賠命価と司法政策—その運用実態に迫る」、和光大学人間関係学部紀要・第9号第1分冊『現代社会関係研究2004』、1頁。

う意味)として一定額の金銭やその他の金銭的利益を請求する。そのような請求に対して、加害者やその家族はそれに応じて支払ってれば、刑事罰を含むその他の罰はもはや行わない。逆に、加害者やその家族などは金銭やその他の金銭的利益の支払いに応じなければ、被害者の親族や所属する部落の人々は、加害者のところへ行ってその命を奪ったり、同じような傷害を負わせたりする、というようなやり方である。このような習慣は、古くからチベット族の間で存在し、いまでも青海省に住んでいるチベット族の間で依然として生きており、特に近年になってますます復活の勢いを見せるようになったと言われている¹²⁾。

例えば、次のような事例があったそうである。つまり、16歳のチベット族の少年Aは、1982年旧暦1月のある日の夜、チベット族の女性のBの帳房(遊牧民のテント)に行き、食事をした後に、Bと性的関係を持つとしたが、拒否された。後になって、Bはそれを他のチベット族の遊牧民に話したことで、皆に知れ渡り、Aは皆の嘲笑の的になってしまった。同年4月4日に、両者は偶然に会って、Aは、Bが自分を嘲笑する言葉を発したとして、Bを追いかけたが、Bの抵抗に遭って、ついに怒って、石でBの頭などを殴って殺した。Aは殺人罪で逮捕、起訴され、裁判で10年の有期懲役刑を言い渡された。しかし、Aが逮捕されてから、被害者の父親を中心に、親戚や所属の部落の民衆は司法機関に手紙を出して、Aの釈放と「賠命価」などの習慣で事件を処理するように強く要求していた。同時に、村の長老の調停で、加害者Aの家族が被害者に牛39頭、馬3匹(5000人民元に相当)を賠償した。しかも、判決が言い渡された後でも、チベット族の民衆、被害者の親族、地元の幹部などは、当該事件を「賠命価」の習慣に従って処理すべく、加害者のAの釈放を求め続けていた、という¹³⁾。

2 婚姻、家庭、異性交際などをめぐっての事件に関する習慣

国家刑事法のなかでは、重婚行為や配偶者への暴力行為や14歳未満の少女と

12) 張致弟「浅析『賠命価』及其引發的治安問題 and 防治对策」、張濟民主編『諸說求真—藏族部落習慣法專論』、青海人民出版社、2002年、178頁。

13) 張濟民主編『淵源流近—藏族部落習慣法法規及案例輯録』、青海人民出版社、2002年、152頁。

の性的関係がいずれも犯罪として定められて、重い刑罰が設けられている。しかし、一部の少数民族地域においては、そのような行為が習慣として認められており、事実上、多く存在している。例えば、苗族の場合、子供がいない家庭は、祖先の「失徳」の所為で、神様から恩恵を受けられなくなったことの結果として民衆に理解されて、差別を受ける。そのために、子供（特に男の子）を儲けられなかった場合、もう一人の嫁をもらって一緒に生活するのが普通になっている。時々、妻自身が進んで夫のために次の嫁を探すことさえある、という¹⁴⁾。また、一部の少数民族には「早婚」というような習慣があり、男女は13歳、14歳になったら、「住公房」や「搭小屋」などの名目で一緒に生活し、時々、少女に妊娠させるケースが発生している。ある調査によれば、雲南省のある県でハニー（哈尼）族の一支系であるヤチェ（葉車）人が住んでいるある郷では、15歳以下でもう結婚していたのは142人もいて、そこに住んでいるヤチェ人全体の約30%にあたる、という¹⁵⁾。

3 宗教、信仰、迷信などの文化的・精神的要素に絡んだ事件に関する習慣

国家刑事法上、正真正銘の犯罪とされている行為は、少数民族の特有の宗教、信仰ないし迷信からして当たり前のこととしてその少数民族の間では認されて、実行される場合がある。このように、特有の宗教、信仰ないし迷信に起因する習慣が最も多く存在しており、罪と罰に関する少数民族の習慣の重要な部分をなしている。

例えば、次のような事件があった。つまり、ラコ（拉祜）族は皆「魔鬼」という悪魔が存在していることを固く信じている。ラコ族の男性であるCは1999年12月1日の朝に小便のために部屋の外に出たところ、「魔鬼」が自分の後をつけており、自分を殺そうとしているように感じた。そこで、庭に置いてある木の棒を拾って、後ろの「魔鬼」を打ち続けていた。実際は、その「魔鬼」はほかでもなく自分の息子であった。それでも、Cは自分が「魔鬼」を追い払うために行動

14) 杜宇「当代刑法実践中的習慣法——種真実而有力的存在」、『中外法学』、第17卷第1期、2005年、88頁。

15) 杜宇、前掲註14)論文、89頁。

したと信じていた、という¹⁶⁾。

また、次のような事件もあった。つまり、1970年代以来、苗族女性のDは、清潔でなく、「醸鬼」（つまり、人々を病気にさせる魔力）を抱えていると、村の人々によってずっと信じられていた。村では家畜が死んだときにも子供が病気になったときにも、すべてDがその「魔力」を放したからと言われていた。1986年3月6日に、村の住民であるFは、自分の子供が病気になっていることは、Dが「魔力」を放したことによると思ひ込んで、Dの家に強行侵入して、財物を破壊したり、Dを意識不明になるほどに殴ったりしていた。ちょうどそのときに自分の子供が死んだ。そのために、Fはさらに怒って村のほかの人々を集めて一緒にDの家を壊し、飼っている鶏を略奪し、Dの4人の子供を村から追い出した。警察は通報を受けて駆けつけたが、村の外で村の人々によって阻止された。村の人々は、皆Fの子供が死んだのはDが「魔力」を放したからとして、Fの行為には何の問題もなく、犯罪ではないと主張していた、という¹⁷⁾。

IV 少数民族地域における刑事法とその運用実態

先に述べたように、刑法第90条の規定によれば、民族区域自治地方の自治区また省の人民代表大会は、地元の状況に応じて、刑法に対する融通または補充規定を定めることができる。また、憲法及び立法法の規定によれば、民族区域自治地方の人民代表大会は自治条例と単行自治条例を作ることができる。以上のような規定からすれば、民族区域自治地方の人民代表大会（特に自治区及び省の人民代表大会）は、民族区域自治地方の特殊な状況（政治、経済、文化、習慣などの特殊事情）を根拠に、犯罪と刑罰に関する内容を含む自治条例または専ら犯罪と刑罰に関する規定を内容とする単行自治条例を作ることができるはずである¹⁸⁾。しかし、これまでは、国家の刑法に対する融通または補充としてそのような自治条例または単行自治条例が作られたことは全中国ではまだないのである¹⁹⁾。つまり、

16) 杜宇、前掲註14) 論文、91頁。

17) 杜宇、前掲註14) 論文、90頁。

18) 竹懷軍「刑法在民族自治地方变通或者补充的幾個基本關係」、『法学雜誌』、2005年第2期、50頁。

地方立法（もっと確実に言えば、「少数民族区域自治立法」）という形で、少数民族の習慣などに対応することは、法律上可能になってはいるものの、実際上は、そのような形はまだ取られていないのである。

では、なぜそうなっているのでしょうか。その原因としていろいろと考えられるが、そのなかで最も重要と思われるのは次のようなことである。つまり、中国の刑事法実務においては、刑事法自体と同様に、あるいは、それ以上に刑事政策が大きな役割を果たしており、刑事法運用の実態を大いに左右している、ということである。先にも述べたように、少数民族地域に対して、いわゆる「両少一寛」という刑事政策が1984年からもう実施されてきている。罪と罰に関する少数民族の習慣は、まさに、少数民族地域の刑事司法機関の手によって、この「両少一寛」という刑事政策に基づいて対応されているのである。そして、そのような対応の仕方は、国家刑事法との関係から見れば、およそ次のような類型に分けることができるように思われる。

1 政策優先的対応

これは、つまり、刑事法のほかに少数民族の犯罪と刑罰に関する政策が制定されており、法執行機関とその人員は、少数民族の刑事事件の処理にあたって、刑事法を適用する前に、まずそのような刑事政策に従って事件を処理するような対応の仕方である。具体的に言えば、少数民族地域の刑事政策として中国共産党と中央政府は、先にも述べたように1984年に「両少一寛」というものを出しているが、実際上、それまではそれと類似した政策がもう存在していた。各少数民族地域においては、関係の機関がこの「両少一寛」の政策及びそれまでの類似した政策を本地域で具体化するためにさらなる政策をも作っている。例えば、チベット自治区においては、1959年の時点ですでに少数民族の犯罪者に対する政策として「少捕少殺」という政策が関係機関によって制定されていた。また、内モンゴル自治区においては、当該地域の党政法機関と検察機関は1984年8月に「少数民族の犯罪分子に対していかにして寛大に処理するかに関する意見」を出して、少

19) 李健・邵棟豪「我国民族自治地区刑事立法権的追問、批判与重構」、『法学雑誌』、2005年第5期、25頁。

少数民族特に人数の少ない少数民族の犯罪者に対して逮捕するのも有罪を言い渡すのも死刑を宣告するのも少なくするように指示している²⁰⁾。

これらの政策の中味として定められている「少」と「寛」とは、基本的に漢民族の刑事事件と比べての「少」と「寛」である。つまり、同じ事件であっても、少数民族の犯罪者に対して漢民族の者より寛大に処理する。犯罪者は漢民族の者であれば、逮捕し、有罪を言い渡し、死刑を含む刑罰を宣告するが、しかし、少数民族の者であれば、逮捕してもしなくてもよいときには、逮捕しない。有罪を言い渡しても言い渡さなくてもよいときには、有罪を言い渡さない。重い刑罰を宣告しても軽い刑罰を宣告してもよいときには、軽い方を宣告する。また、死刑に関連して、事件の性格からして漢民族の被告人であれば死刑を宣告するが、少数民族の犯罪者に対しては死刑を宣告しなくてもよいときには宣告しない。

このような内容から分かるように、少数民族に対するこのような政策は必ずしも直接的で明白に刑事法を否定するものではないが、しかし、その中味は刑事法上の規定に匹敵するか、あるいは、それを超えるような明白なものになっている。そのために、具体的な事件の処理または実際の刑事司法においては、このような政策は、往々にして刑事法自体よりも優先的に考慮されている。個々の事件は、場合によって、司法手続に乗せる前にまたは刑事実体法を適用する前に、すでにこのような政策を根拠に処理されてしまうのである。結果的にいえば、刑事政策の方が刑事法自体よりも優先されて適用されることになるのである。

このように、政策優先的に対応される事件は、少数民族の習慣に起因し、しかも大きな社会的危害をもたらすにはまだ至っていないようなものであって、種類として次の三つに集中していると言われている²¹⁾。すなわち、①重婚行為である。漢民族の場合、重婚行為は例外なく犯罪とされるが、それに対して、一部の少数民族の場合は、「一妻多夫」や「兄弟共妻」などの現象はあるので、それを刑事事件として刑事責任を追及しないことが一般的である。②婚姻関係についての習慣に絡んだ略奪行為や傷害殺人行為である。一部の少数民族においては、男女が結婚した後は、すぐ同居するのではなく、女性は実家のままで生活し、地元

20) 呉大華、前掲註10) 論文、167頁。

21) 呉大華、前掲註10) 論文、167頁。

の男女社交活動に出ることもある。その間、もし女性が心変わりをして、他の男性と恋愛して、他の人と結婚した場合、元の男性は多数の人々を連れて女性の実家に押し寄せて、飼っている豚を殺したり、食料を持ち出したり、部屋を壊したり、関係者を怪我させたりするが、経済的損害や人間の軽微傷害だけをもたらして、重傷や死亡を引き起こしていない場合は、刑事事件として扱うことの代わりに、民事調停などで解決する。③その他の軽微犯罪行為である。貴州省にある苗族や侗族地域においては、習慣的行為の遂行に伴って、他人の部屋を壊したり、暴力を使って住民の一部を村から追い出したりするようなことがあるが、いずれも刑事事件としては処理されないのである。

2 刑事法内での裁量権としての対応

これは、つまり、法執行機関とその人員は、少数民族の刑事事件の処理にあたって、一般の刑事法を一応適用するものの、その刑事法によって与えられている自分達の裁量権の範囲内で、少数民族の習慣などを大いに考慮して、事件の処理を行うような対応の仕方である。具体的にいえば、中国では、刑事手続法である刑事訴訟法も刑事実体法である刑法も法執行機関とその人員に対して大きな裁量の幅を設けており、事件の立案（刑事事件として扱うことを決めること）、捜査、起訴、裁判、処分などの刑事手続のあらゆる段階においては、法執行機関とその人員は大きな裁量権を自らの判断で行使することが常にできるのである。大変重くて刑事事件として処理せざるをえない一部の少数民族の刑事事件の場合は、法執行機関とその人員は、外見上、一応事件を刑事手続法に乗せて刑事実体法に従って処理しようとするものの、實際上、そのような裁量権の行使として、そして、「少数民族の習慣」という理由で、刑事法の範囲内で事件を極めて寛大的に処理して、「両少一寛」という政策を実質的に貫こうとするのである。例えば、次のような事例があった。貴州省にある苗族村には昔から「放蛊」、「鬧蛊」、「打蛊」と呼ばれる習慣がある。つまり、村である種の悪いことが起こったときには、それは、村に住む誰かののろい（いわゆる「放蛊」）によるものであると信じて、その者を村から追い出したり（いわゆる「鬧蛊」）、殺したり（いわゆる「打蛊」）するのである。1982年のある日、当該村の住民である向某は、飼っている牛が

死んだし、懐妊中の奥さんのお腹があまりにも大きくなりすぎたことが起こった。それらの悪いことはすべて村の住民であって60歳あまりの老人である魯某の「放盪」によるものとして、向某は村のほかの人々を全員集めて、棒をもって魯某を打ちつけて、殺した。この事件は、いわば典型的故意殺人事件である。漢民族の場合は、加害者は紛れもなく死刑を言い渡されるが、しかし、地元の警察、検察、裁判所は、当該村に住む少数民族の間でそのような習慣があるとして、寛大的に処理し、首謀者の向某と実際に殺害行為をしたその他の三人だけを逮捕し、向某には12年の有期徒刑だけを言い渡した。その他の実行者についても極めて短い期間の徒刑しか言い渡さなかったのである²²⁾。

3 現場的対応

これは、つまり、法執行機関とその人員は、少数民族の刑事事件の処理にあたって、政策また法律よりもまず自分達が直面している実際の状況から出発して、政策でも法律でもない自分達の「長い年月の慣行」または「現場での通常のやり方」で事件の処理を行うような対応の仕方である。具体的にいえば、中国の少数民族地域の刑事司法機関は、長い間で、「少数民族の特殊性」または「少数民族の習慣」に配慮して、少数民族の刑事事件だけに適用されるそれぞれの地方のやり方を模索してきており、事実上、それぞれの地方または機関の独自の対応の仕方を形成してきている。このようなやり方・対応の仕方は、多くの場合、それぞれの地方または機関だけの事実上の慣行として強く意識されて、少数民族の刑事事件の処理に多用されている。少数民族の刑事事件に関する政策または法律はまだない時代においては、そのような「長い年月の慣行」または「現場での通常のやり方」が少数民族刑事事件の処理の一番大きな「根拠」とされていたが、政策または法律が完備されつつある今日に至っても、そのような「長い年月の慣行」または「現場での通常のやり方」は、それぞれの地方または機関では、「国家法制の統一性と少数民族地域の特殊性を兼ねる」という名目で依然として生きており、少数民族の刑事事件の一部が、時々、もっぱらそのような「長い年月の慣行」または「現

22) 呉大華、前掲註10) 論文、168頁。

場での通常のやり方」に従って処理されるのである。例えば、次のような事例があった。つまり、雲南省のある県に住む胡某は、自分の妻が同じところに住む李某によって誘拐、売買されたと思ひ込んで、村の人々を集めて李某の家に強行進入して、李某が飼っている牛三匹（2500元に相当）を強制的に連れ出した。胡某の行為は、本来ならば、刑法上の略奪罪にあたるが、李某は警察のところに行っても裁判所に行っても刑事事件として扱ってもらえず、結局、裁判所による民事調停で事件が解決されただけであった。その理由を聞かれた警察の責任者は、少数民族の習慣などを考慮して、「我々の通常のやり方」でこの事件をそのように処理しただけであると答えた²³⁾。

V 内側と外側の両方から見る少数民族地域の罪と罰・法と習慣

1 想像を超える少数民族習慣または慣習法の力

これまでの検討を通じて明らかになったように、いまの中国では、罪と罰に関する少数民族の習慣は、国家の立法上とりわけ刑事立法上大いに認められるメカニズム・可能性があるのみならず、司法上特に實際上、少数民族の刑事事件を処理するためのきわめて重要な判断根拠・考慮要素として大きな役割を果たしているのである。その結果として、中国の少数民族区域においては、事実上、国家刑事法と少数民族習慣とが併行している現象、ないし、両者が衝突して、少数民族の習慣の方が国家刑事法よりも事実上優先される現象は存在しているのである。これは、少数民族の習慣が従来の想像をはるかに超えるほどその力をいまだに維持していることを意味すると言っても過言ではなからう。

但し、これほど強い力を有している少数民族の習慣の中味から見ると、それらは、あらゆる類型の刑事事件について、または、少数民族に絡んだ犯罪と刑罰のすべてに対して等しく力を発揮しているかという点、そうでもない。むしろ、少数民族の習慣が根強く生きているのはあくまでも殺害傷害などの人身的事件、婚姻や家庭や異性交際などの性的または家族関係的事件、宗教や信仰や迷信などの文化的事件などである。言ってみれば、いわば「私人間的事件」、「それぞれの民

23) 杜宇、前掲註14) 論文、84頁。

族の特有的事件」はそのような習慣または慣習法の作用対象の中心になっているのである。逆に言えば、国家との関係に直結するような「公的事件」や複数の民族に絡むような「多民族間的事件」は必ずしもそのような習慣または慣習法の作用対象にはなっていないのである。

2 習慣に対する少数民族自身の同調と反発

ところで、罪と罰に関する少数民族の習慣が根強く生きて大いに考慮されていることに対して、当の少数民族自身がいかなる考え方を抱いているのであろうか。これに関しておそらく相反する二つの態度があることは観察などを通じて見受けられるのであろう。

一つは、習慣への考慮をつまり当該少数民族への尊重として捉えて、それに大いに賛成し、さらなる考慮を求める、というものである。多くの事例が示すように²⁴⁾、少数民族の構成員の多くは、自分の民族がかかわった事件特に自分民族の「内部」事件が発生した度に、密かに習慣に従って処理しようとする。たとえやむを得ず国家の刑事司法機関が介入した場合でも、習慣に従って処理するように強く要求するのである。

もう一つは、習慣への考慮を当該少数民族への尊重ではなく、むしろ、その「立ち遅れ」の象徴として捉えて、それに大いに反対する、というものである。少数民族のなかにはこのような考え方があること、しかも、それは徐々に強くなっていることに関しては、公式的にはあまり語られることがなかったし、研究者もあまり注目してこなかったが、しかし、少数民族の知識層や若者のなかからこのような姿勢を見出すことは難しくないのである。

では、なぜ少数民族の構成員の多くは習慣を維持し、その適用を望むのであろうか。これに関しては主に宗教的要素と経済的要素とがあげられるように思われる。

24) 例えば、梁孟哲と多傑は、チベット族における犯罪と刑罰の習慣に絡んだ多くの事件を調査して報告している。その記述によると、調査対象の事件のいずれにおいても、チベット族の民衆はそのような態度を示していることが分かる（張済民、前掲註13）書、217頁以下）。

少数民族習慣の多くは、当該民族の人々が信じている宗教または持っている信仰に強く依存し、自分達の宗教または信仰の一部として、そして、その現実的反映として理解されて、維持されているのである。宗教や信仰から来るこのような要素はきわめて強くて、少数民族習慣の存続を支えている民族的基礎となっているのみならず、刑事事件の処理にあたって国家刑事法を排除して習慣の適用を求めるための精神的原動力にもなっている。また、このような宗教的要素と並んで、経済的要素も少数民族習慣の存続と国家刑事法適用に対する排除を支えている現実的理由になっている。というのは次のような現実があるからである。つまり、チベット族の間で流行っている「賠命価」、「賠命血」という習慣のなかから見られるように、経済はあまり発達していないために、牛や馬のような「もの」や「金銭」が社会的価値として人の命や身体に匹敵ないしそれを超えるほど高く意識されているし、現実においても、そのような意義を持たせられている。貧困な状態に置かれている犯罪の被害者であれば、国家刑事法どおりに犯罪を裁いて犯罪者を懲罰してもらうことよりも、まず目の前の生活問題を解決してもらおうとするのはきわめて自然的である。このことは、逆にいえば、国家刑事法は、少数民族区域の犯罪と刑罰に関する基準自体になってはいるものの、犯罪と刑罰に伴って生じてくるそこでの経済上・生活上の現実的問題の最善たる解決策にはなりえておらず、たとえ国家刑事法が適用されても、当事者はどうしても自己救済をせざるを得ない面が多く残るのである。ここにも、少数民族区域においては、少数民族の習慣が維持され、その適用が強く志向されるわけがあるのである。

3 少数民族の習慣への尊重の多重的意義

他方、なぜ中国の刑事法体系特に少数民族区域の刑事司法機関は少数民族の習慣を、想像をはるかに超えるほど、考慮、容認しているのであろうか。そのような姿勢には多重的意義があるように思われる。

すなわち、多民族国家である中国においては、各民族間の相互平等と相互尊重が基本原則の一つとされており、特に少数民族への尊重が中国共産党と中央政府によって強く強調されている。罪や罰に関する少数民族の習慣への尊重は、紛れもなく少数民族への尊重の一環としての意味合いを有している。また、先にも検

討したように、法律制度として、「少数民族区域自治」が実施されている。罪や罰に関する少数民族の習慣への尊重は、明らかに少数民族の「自治権」の一部分の内容として意識されて、正当化されている。

しかし、少数民族に対する基本刑事政策である「両少一寛」政策の背景や、個々の事例や、少数民族地域の刑事司法の運用実態などをよく検討すれば分かるように、罪や罰に関する少数民族の習慣への尊重は、その動機または目的が、何よりも、まず「少数民族地域での社会安定をはかること」、そして、「各民族間の団結を維持すること」にあるのである。刑事事件の処理にあたって国家刑事法より少数民族の習慣を優先させるのは、多くの場合、そうでなければ、少数民族の構成員の多くが集まって、不服や抗議の意を示し続けて、民族間の衝突や社会的混乱を引き起こしかねないからである。逆に言えば、社会の安定を保つことや民族間の団結を維持することができれば、たとえ国家刑事法が曲げられても、少数民族の「不合理」な習慣が適用されても、やむを得ないとされているのである。

VI 今後への展望

罪や罰に関する少数民族の習慣が尊重されるべきであろうか、それとも、国家刑事法が少数民族地域においても例外なく実施されるべきであろうか、という問題は、中国自身そしてそこでの少数民族自身が常に直面している問題であるだけでなく、民族問題特に中国の少数民族問題を考えたり、研究したりするすべての人々が直面している大きな課題でもある。

すでに人類の歴史が示してくれたように、いわゆる「人類の普遍的価値」をどこでも適用すべきであると無条件的にいうと、個々の民族特に少数民族の独自性への否定に繋がっていく。逆に、個々の民族特に少数民族の独自性をどのような場合でも尊重すべきであると無原則的にいうと、すでに合理的であると証明された「人類の普遍的価値」の多くへの否定になりかねない。このように、両者の関係・バランスをいかに維持するかが難しいのである。

今は、少数民族の個性・独自性・自治をひたすら強調すればするほどよい、というような風潮または研究の姿勢が見受けられるが、これは、一見したところ、少数民族にとってその尊重を重んじているように見えるが、しかし、実は、少数

民族を永遠の少数派・「好奇心の対象」として固定するような発想であって、結果的には、少数民族の「弱体化」を引き起こしかねないし、個々の少数民族の構成員の個人レベルでの人権を無視することに正当な理由を与えてしまうかもしれない。そのために、少数民族の個性・独自性・自治を無条件的に強調するよりむしろ「民族単位より個人単位へ」、「特殊化より一般化へ」、「民族尊重より人権尊重へ」の思考転換を行うことは、少数民族にとってもその他の人々にとっても必要になるのではないか。また、国家刑事法かそれとも少数民族習慣かという問題への対処、ひいては、中国少数民族刑事法の研究も、このような新たな思考転換を通じて本論文の冒頭で示した複数的視点から行うべきではなかろうか。

※本論文は、文部科学省研究助成金研究の課題である「中国民族法制の総合的研究」(基盤研究B2、課題番号15402012)の研究成果の一部である。