

# 一九九七年 香港返還に伴う法的諸問題

吉川 智

## 目次

### 一 問題の所在

- (一) 香港選挙制度の行方
- (二) 中国における死刑の実態

### 二 中国法とコモン・ロー

- (一) 中国法の思想的背景と本質
- (二) 香港に見るコモン・ローの実態

### 三 「一国両制」実現の可能性

- (一) 「一国両制」の概念と矛盾
- (二) 高度の自治権
- (三) 民主的中央集権主義

### 四 共同管轄の問題点

- (一) 香港での使用言語の問題
- (二) 法適合性の問題

### 五 おわりに

## 一 問題の所在

### (一) 香港選挙制度の行方

一九九七年七月一日、香港が中国に返還されることは周知の事実ではあるが、ここにきて実に様々な問題が浮上してきている。例えば、九四年八月三十一日、中国の全国人民代表大会常務委員会 (National people's Congress Standing Committee) は、香港返還時に香港の立法評議会 (Legislative Council) ・市政評議会及び区議会をそれぞれ廃止して、新たな政治体制を組織することを決めた<sup>(1)</sup>と報じられた。これは、九三年一月一日と九四年三月九日の二回に分けて、パッテン (Chris Patten) 香港総督の提唱する選挙制度改革案が立法評議会に上程され、しかもそれぞれの部分法案が採択された (前者は九四年二月二四日、後者は六月三〇日) ことに対する中国側の解答である<sup>(2)</sup>。

全体的経緯からすれば、九三年中、一七回にも及ぶ中英交渉と二回の両国外相会談が行われたにも拘らず、両者合意を得ることができず、結局のところ英国側が見切り発車的に香港の民主化提案を行い、これに中国側が態度を硬化させたといえる。中国要人 (例えば錢其琛・中国副

首相兼外相など)は、香港返還後に現行の選挙制度そのものを無効とする旨の発言をたびたび行ってきており、<sup>(3)</sup>常務委員会の決議は、これらの無効発言に法的拘束力を与えるものといふことができる。結論的には、たとえ立法評議会で選挙制度改革案を決議しても、九七年六月三〇日をもって現行の香港選挙制度は終了することが明らかとなったのである。

## (二) 中国における死刑の実態

ところで、一九九〇年四月四日制定の「中華人民共和国香港特别行政区基本法 (The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China)」第五条及び第一六一―一九各条によれば、中国は返還後五〇年間、軍事・外交を除き、香港の政治・経済制度について介入せず、現行の諸制度を維持するといふものであった。<sup>(4)</sup>しかし、この度の常務委員会の決定により、返還を前にして早くも基本法の規定内容は空文化されたといふことができる。またこのような視点から見ると、香港と中国の間には様々な問題が未解決のまま放置されており、然も状況によっては問題解決よりも事態の一層の混乱が予想される。

例えば、刑事事件に対する刑罰適用の問題である。中国では、一九八三年八月より犯罪撲滅キャンペーンが開始され、年とともに死刑相当犯罪の範囲が拡大されてきており、今日では死刑相当犯罪の数は四〇(殺人・強盗・強姦・窃盗・横領・瀆職・贈収賄・密輸・詐欺・麻薬密売・暴行・誘

拐・婦女子拐取・犯罪集団の統御・女性を勧誘又は強制して売春させる行為・わいせつ図画の製作又は展示、武器の不法な製作及び取引・反動的秘密結社の組織・毒物又は爆発物の使用など<sup>(5)</sup>にも上るといわれている。また中国の刑罰適用の特徴は、処刑前に囚人をパレードさせ、更に「公判大会」と称する公開処刑を行っていることである。これらは、明らかに国民に対する見せしめの要素を強く含むものである。アムネスティ (Amnesty International) の指摘によれば、九〇年六月二二日、遼寧省錦州での「公判大会」には凡そ二万人が参加し、一二二人に対し死刑判決が宣告されたとのことである。<sup>(6)</sup> 同じくアムネスティは、九三年七月から一二月迄の半年間、中国における一応の公式発表としての死刑判決 (Death Sentences) 一三八八件、死刑執行 (Executions) 一〇一七件及び二年間の執行猶予付き死刑判決 (2-year Reprieves) 一一三件があった、と報告している。またこれを九三年全体で見た場合、死刑判決二五六四件、死刑執行一四一九件及び二年間の執行猶予付き死刑判決三八八件という数値を挙げている。<sup>(7)</sup>

ところで、実態としてこれらの死刑に関する数値は確実なものではなく、恐らくこれ以上の数値が現実には挙がるものと考えられる。然も中国の死刑事件に関する司法手続の曖昧さや「先判后審」と呼ばれる審理前の判決の決定など、常識では考えられないようなやり方が行われている。なおヒューマンライツ・ウォッチ・アジアの報告でも、中国では死刑囚本人の同意を得ずに臓器摘出が平

然と行われており、また死亡前に臓器を摘出できるように、故意に処刑を失敗し、死刑囚の息が絶えるまでの時間を長くする操作も行われているとのことである。<sup>(8)</sup> 彼らが事実とするならば、中国では、極刑（死刑）適用は余りにも安易に為されているばかりか、その実態のおぞましき・残虐さは目を覆うものがあり、これこそ人権無視・生命軽視の証左である。少なくとも罪刑法定主義を明示している近代刑法採用国（資本主義・自由主義諸国）からするならば、中国は極めて異常な国家であり、更に人権保障を普遍的理念の一つとする今日の国際的潮流から見ても、野蛮で未だ近代国家のレベルにさえ到達していないと指摘されても仕方のないものと思われる。

さて、このような中国の生命・自由などの人権軽視・司法制度の特異性を指摘することは勿論のこと、その他、中国の採用する「一人子政策 (one-child policy)」・「晩婚政策 (late-marriage policy)」などは返還後の香港にどのような影響を与えるのであろうか。目下のところ中国は、人権問題を中国の国内問題として、国際批判を巧みにかわってきてはいるが、他面、香港にとって、中国の主張する「改革・開放」・「社会主義市場経済」優先というスローガンのみで安心して付いていくことができるのであろうか。また香港が従来から他の諸国家と締結してきた条約及び国際協定などの処理は今後どのように行われるのであろうか。同じく香港が加入していて、他方、中国が未だ加入していない国連人権規約などは、どのように取り扱われていくのであろうか。本稿では、

香港に関する最近の事例をも考慮に入れつつ、この独特の中国法体系と英国のコモン・ロー・衡平法などを中心とした香港法体系との関わり方を探ることに主眼をおくものである。

## 二 中国法とコモン・ロー

### (一) 中国法の思想的背景と本質

エドワード・エプスタイン (Edward J. Epstein) は、一五〇年にも互る英国植民地支配により、香港は中国法そのもの及びその法的変化の影響を受けることなく経過してきたことを指摘しながら、「四〇年間に互る社会主義の後に、香港の相当数の人々が中国にはどのような法律があるのかを尋ねている。当然に、中国の『文化大革命 (Cultural Revolution)』に伴い、重要な法制度の破壊を唱えた無政府主義という自分たち自身が体験した観点に立ち、彼らの多くがこの問題を問うのである」<sup>(9)</sup>と述べている。また、今日の中国の主たる動向について、「中国は、外国企業に対し門戸を開放しており、また貿易及び投資を促進する法制度を確立してきている。従って、中国指導者の好きな手法として、法律がイデオロギーにとって代ろうとしているのであり、かくして中国の指導者達は、体系的な経済改革の促進を行う手段として、期待を抱いて法律を眺めている」<sup>(10)</sup>と分析して

いる。

エプスタインの指摘にもあるように、旧ソビエト及びその周辺にあった社会主義諸国の崩壊は、中国に対して計り知れない程の危機感を与えたことは紛れもない事実である。中国は、約半世紀の間、旧ソビエトをお手本とする社会主義的統制経済・公有財産制度を信奉してきたのである。しかしながら、そのソビエトが崩壊し、自国の産業の未発達と生産力の紛れも無い低下を危惧して、九二年一〇月の中国共産党第一四回大会においては、江沢民総書記が中国の経済改革の目標として「社会主義市場経済体制」の確立という政治報告を行っている<sup>(11)</sup>。またこの江沢民報告に先立ち、九二年一月、鄧小平は高齢にも拘らず、上海・杭州及び深圳などの視察（いわゆる南巡講話）を精力的に行い、全中国人民に経済開発の重要性・最優先性を示したのである。そのようなことから、特に深圳に近い香港については「一九九七年、香港に対する中国主権の回復、そして恐らく深圳という隣接した特別経済地域との究極的な経済統合が図られ、且つ中国立法者の関心を香港そのものの法制度へと転じてきている<sup>(12)</sup>」と評している。また「今や中国は、香港に対して経済事項に適合した法の立案を求めており、更には中国の法体系へのこれら法及びその他の外国法の導入をも進めている<sup>(13)</sup>」とも云われているのである。

ところで、この社会主義中国法とは、いったいどのような性格のものであろうか。エプスタイン

は、この点について「コモン・ロー (common law)」、ローマ法 (Roman civil law) 及び社会主義法に基づく世界の諸法体系に、ありのままのそして『自民族中心主義 (ethnocentric)』の分類を認めると、中国は明らかに最後の範疇に入るものである。というのは、中国の法体系は、他の社会主義諸国と共通の経済・イデオロギー及び政治的基盤を占めるからである<sup>(14)</sup>と説明している。然もその中国法に関して「因襲的な中国では、他の儒教文明 (Confucian civilization) に共通して、西欧文明の公法及び私法から成る諸制度を補強するイデオロギーで、それに基づく実定法体系が発展しなかったことは今や明らかなことである<sup>(15)</sup>」とも述べている。中国における儒教思想（または儒教哲学）が、中国の法体系に西欧流の「法による支配」というような法思想導入を阻み、結果的には「因襲的な中国法典は、刑法や行政規定は別としても、中国人民の日常生活には殆ど役をなさない制度化された不平等 (institutionalized inequality) に基づき、法の正に東洋的な流動体 (fluid body) であった。かくして、社会秩序や交流 (intercourse) から成る多くの側面が、実定法秩序以外の支配と慣習とに残されているのであり、そこで一般の人々は、形式的な法制度に対し疑い深くなり、敵対的ですからある<sup>(16)</sup>」と主張している。

このように、中国法における儒教思想の影響は格別なものがあり、然もこの思想が謂ば中国の「法の精神 (spirit of the laws)」と解されることである。例えば、中国では、法律家や裁判官に対す



る尊敬 (public esteem) が低いことが指摘される。また司法機能へのあからさまな政治的介入でさえも当然のことと見なされるのである。『教育 (education)』と『信念 (persuasion)』、そして社会を管理する上でその両方が認識できる儒教的テクニックというものは、望ましい政策、支配、論争の結末、或はその他の望ましい行動規範との追従を強化する主たる手段として、いまだに主張されている<sup>(17)</sup>」のであり、法に基づく強制的な制裁は、それらのことが失敗に帰した場合にのみ、採られるに過ぎないとされる。

そして、中国法の思想的背景として、「中国人は、すべての法を経済制度の単なる拡張として、更には特に生産様式を定めるオーナーシップの制度としか見ない。法とは、単に政治的上部構造の必要部分にしか過ぎないのである。法に関する中国人の社会主義的概念とは、初期ソビエトの理論家たちにより支持された未完成な唯物主義、器具主義 (materialism and instrumentalism) の域を未だ公的にも越えていない<sup>(18)</sup>」とも云われる。また、中国の社会主義経済との拘りにおいては、「予備的社会主義 (preliminary socialism)」なる理論が公的イデオロギー中に採り入れられている。

一九七八年以前の中国においては、国家並びに集団の生産様式について少しでも緩和策を示唆した者は、修正主義者 (revisionist) ないしは資本主義支持者というレッテルが貼られたのであるが、八〇年代に入ると、中国共産党は経済的に発達不十分な社会主義理論を検証し、再構築しはじめた

のである。そして一九八七年、中国共産党書記 (Zhao Ziyang) により予備的社会主义主義という理論が打ち出された、といわれている。<sup>(19)</sup>

これは「社会主义中国は、高度に発達した資本主義の段階を経過することなく、半植民地・半封建時代から出現するが故に、その生産力は発達した資本主義諸国のそれに相当遅れをとるものであり、従って、中国は初めて『予備的社会主义』という長い期間を通り抜けなければならない。この期間には、私的経済は社会主义の公的経済との共存 (coexist) が認められ、且つ、混合した経済形態が認められることにより、社会主义と国家指導者の権威が傷付けられることなく、中国の経済的・社会的諸制度が再編される」<sup>(20)</sup> というものであった。これを評してエプスタインは「それ故に今や中身よりも範囲に基づき、正当化された私的経済強化の政策が、イデオロギー的基盤を有している。全体として、中国の社会主义的性質には影響を及ぼさないという理由に基づき、中国の或る部分に資本主義を保持することの実利主義的正当性 (pragmatic justification) の如く、香港の資本主義的生产力とはいえその発展は、予備的社会主义の目的に対する手段と見られている」<sup>(21)</sup> と述べている。この観点からするならば、そも香港とは、中国の一地方行政区という意味だけではなく、中国が自分のあいだ採用する予備的社会主义達成のための手段として見なされていることである。そうであるならば、万が一にも将来的に香港の資本主義的生产力が低下するような事態に立ち至った場合、

必ずや香港は中国より見捨てられる運命にあると云うことができる。ここにも一九九七年以降、香港サイドが不安を抱き、中国に安心して付いて行くことのできない遠因ないし要素が横たわっていると思われる。

また、中国におけるイデオロギーと国家機関との関係についても一瞥すれば、「先ず第一に、イデオロギーは、司法的機能を行使する場合、裁判官に独立性を与えない。『司法的独立 (Judicial independence)』とは、権力分立という概念に基づく『ブルジョワ法 (bourgeois law)』の虚構 (fiction) として拒否する。そのかわりとして、国権は立法・行政・検察 (procuracy) 及び司法により、唯一、役割分担され得る不可分の統一体と見られている。これらの国家機関のいずれもが、独立した権限 (independent powers) を付与されていない。常に国権の特定の権限を行使するのみであり、中国共産党 (Chinese Communist Party's = CCP) により代表される人民に従属するものを除き、原則として、他の機関による介入から自由であるに過ぎない<sup>(22)</sup>」と述べている。この説明から明らかなように、中国におけるイデオロギーとは、国家機関の根底を形成するばかりではなく、国権を凌駕する機能を有するものである。従って、憲法上では立法・行政・検察及び司法という国権の分類は一応確認はされるのであるが、これら国権を越えるイデオロギーの存在が大前提になっているということである。かくして「集団的な決定を必要とする『民主的中央集権主義 (democratic

centralism)』というレーニンの原則によるまでもなく、司法上の作用は個々の判事により独立しては行使されない<sup>(23)</sup>」のであり、そこで「このイデオロギーの両面は、司法事項における中国共産党支配を防護するもの<sup>(24)</sup>」ともいわれている。

結局、中国では、未だ法及び法学教育の充分な発達というものは見ることができず、まして中国法とはコモン・ローなどの法的性格とは根本的に異なるものである。例えば、コモン・ロー社会においては、「判例」は重要な法源もしくは法的理由の根拠とされるのであるが、中国法ではこの点が「単に一般的原則適用の逸話 (anecdotes)」程度にしか提示されない<sup>(25)</sup>のである。勿論、文化大革命以後の中国においては、最高人民法院司法委員会 (Judicial Committee of the Supreme People's Court) で、裁判官の任命・教育など司法制度上の検討が行われて来ているが、法及び法典そのものに対する中国人の認識が諸外国と比べて根本的に異なることを指摘することができる。かくして中国法の本質を探る場合、特に儒教思想・民主的中央集権主義などから形成されるイデオロギーの存在を軽視することはできない。

## (二) 香港に見るコモン・ローの実態

香港特別行政区基本法第八条は「香港で既に効力を有する法律、即ち、コモン・ロー・衡平法 (rules of equity)・条例 (ordinances)・附属立法 (subordinate legislation) 及び慣習法

(customary law) は、本法に抵触する場合もしくは香港特別行政区立法機関が改正するものを除いて、維持される」と規定している。更に、同第一八条第一項は「香港特別行政区において効力を有する法律とは、本法及び本法第八条で規定する香港で以前から効力を有する法律、並びに香港特別行政区立法機関が制定する法律をいう」と定めている。これらの規定により、香港の過去及び現在の法体系は明らかに英国の流れを受けたコモン・ロー体系に属するということができる。そしてまた、一九九七年から二〇四七年までの五〇年間についても、返還前と変わらぬ法律の存在・適用がある旨を基本法規定が明示していることから、形式的にはコモン・ローの法体系が採用されることが予定されていると見ることができ<sup>(26)</sup>る。

同じくデービット・ロバート編の「HONG KONG 1991, A REVIEW OF 1990」によっても、香港の法体系を以下のように紹介している。即ち「一般的に、香港の法はイングランド及びウェールズのそれに拠る。一九六六年、英国法条例 (English Law Ordinance) の適用が可決され、英国法が領域において効力を有する範囲を明示した。同三条は、英国のコモン・ロー及び衡平法は、諸状況が必要とするような変化を条件として、それらが香港の諸状況または香港住民に当てはまる限り、香港で効力を有することを規定する。加えて、一三六一年の治安法 (Justices of the Peace Act) や一六八九年の賃貸困窮法 (Distress for Rent Act) のような英国法を香港に適用する。時折、英

国法は、専売特許証 (Letters Patent) につき第九条により明確に保護されている領域の治安、秩序及び適切な政治の必要性を示すあらゆる立法権を、直接にもしくは国王の命により香港に適用する<sup>(27)</sup>」と。この説明から明らかなように、現在までのところ、香港の法体系の基礎に英国法があることは間違いないところである。

このようにロバート編の年鑑記述や基本法規定そのものから判断するならば、香港における英国コモン・ローの適用は不変であり、返還後もこれを原則として確認することが出来るという訳である。しかしながら、一九六六年英国法条例の解釈並びに一九九七年以降予測される法解釈から判断して、香港自身が少なからず変化してきていることも明らかな事実である。<sup>(28)</sup>例えば、「一九九七年までに、香港立法部に対し、権威を有する法の包括的な組織体を保持するべくこれを確実にするため、同じ問題で地方の立法部によりこのような英国法を置き換えることは必要なことであろう。それゆえに、香港政庁により、香港に適用されている英国法を適用せず、香港条例によりそれらを取り替えるよう立法上のプログラムが採択されてきている。一九八五年香港法 (Hong Kong Act 1985) は、香港条例の特定の分野において、英国法を置き換える必要な権限を行使す可く、香港の立法部を規定し、且つ一九八六年香港 (立法権) 命令は、民間航空 (civil aviation) ・商業船舶 (merchant shipping) 及び海軍管轄権 (admiralty jurisdiction) の範囲を特定した<sup>(29)</sup>」と云われている

る。

これと同趣旨で、ピーター・スミス (Peter Wesley-Smith) は、以下のように述べている。「一八四六年から一九六六年迄の間、一八四三年四月五日の英国法は、それが不適用なものでなく、然もその後の帝国または植民地立法 (古い方式) により変更されない限り、香港で施行されてきた。

一九六六年英国法条例の適用は、その受理日を除き、英国のコモン・ロー、衡平法の諸規則及び別々には特定の議会法 (新しい方式) を用いた<sup>(30)</sup>」と。ところが、妻の姦通 (criminal conversation) に付き、コモン・ロー上の問題が生じたのである。つまり、「一八五七年、英国の立法部は英国での妻の姦通を廃止し、しかもその制定法は香港には適用されてこなかった。そして、一八四三年四月五日、妻の姦通が英国法の一部となって以来、その後に英国でその廃止が行われたにも関わらず、香港法の一部であることが、古い方式の下で、続いてきた。しかし、一九六六年以来、新たな方式の下で、香港に受け入れられるべき英国のコモン・ローとは、現在まで引き継がれてきたコモン・ローであった。従って、その法律は妻の姦通を含んでいないことから、当然の結果として、妻の姦通は香港の法からは除外されたと全裁判所が判断した<sup>(31)</sup>」というものである。これは香港で効力を有しない英国法が、それにも拘らず、英国のコモン・ローとの相互作用 (interaction) により、香港法に影響を及ぼし得るということを意味し、また英国法条例の適用は、香港法の内容に対して難解

で予測できない結果を持つことをも意味するものであった。

### 三 「一国両制」実現の可能性

#### (一) 「一国両制」の概念と矛盾<sup>(32)</sup>

一九八二年「中華人民共和國憲法」第三二条は、「国家は、必要のある場合に、特別行政区を設置することができる。特別行政区において実施する制度は、具体的な状況に照らして、全国人民代表大会が法律でこれを定める」と規定している。この憲法規定に基づき、香港特別行政区基本法が制定された。そして、同基本法の序言第二段では、「国家統一、領土保全、香港の繁栄と安定を保持し、且つ、香港の歴史及び現実の状況に考慮を払いつつ、中華人民共和國は、中華人民共和國憲法第三一条の規定に基づき、香港特別行政区に対する中国の主権行使の回復が確立されること、並びに『一国両制 (One Country, Two Systems)』の原則に基づき、社会主義制度及び政策は香港には適用されないことを決定する」と定めているのである。

この一国両制とは、その名の通り、一つの国家の中に二つの異なる政治制度・経済制度を採用することである。この点についてエプスタインは「香港問題に関する中英共同宣言の山場を迎えた会



談で、鄧小平が『一国両制』の政策を表明して以来、中国の政策と異なる社会政策を実施することを地域に認めながらも、『台湾・香港及びマカオと中国本土 (Chinese motherland) との平和的な再統一 (peaceful reunification)』を考えるこの形式を、中国の上級の政治家達は信じてきている。『神聖な中国領域 (sacred Chinese territory)』の再統一というイデオロギー的情熱と、一九九七年には主権移行に直面する窮余の実利主義 (desperate pragmatism) との好奇心をそそる混ぜ合わせにより生れたものとして、『一国両制』という形態は、その場合にイデオロギー的なものに立ち戻らせ、且つ、法学者はそのための首尾一貫したイデオロギー的・法学的基礎を見出そうとしてきた。彼らはどの程度成功したであろうか<sup>(33)</sup>と述べている。

一般的・常識的に考えて、この一国両制という理論は、明らかに矛盾 (contradiction) の理論である。しかしながら「中国の唯物論者達は、この矛盾を受け入れるのである。矛盾なくしては如何なる弁証法 (dialectic) も存在せず、かくしてその明白さが率直な理論で旨く釈明される<sup>(34)</sup>」と指摘している。確かにこの一国両制が維持されるには、幾つかの前提条件が必要と考えられる。その第一は、相互の主権及び領土高権の相互尊重 (mutual respect for each other's sovereignty and territorial integrity)、相互不可侵 (mutual non-aggression)、相互の国内事項への不介入 (mutual non-interference in each other's domestic affairs)、平等 (equality)、相互利益 (mutual benefit)

及び平和的共存 (peaceful coexistence) などが厳守されることである。<sup>(35)</sup> そのためには、中国は香港の位置付けを国家乃至国家に近い存在として取り扱わなければならないのである。

しかしながら、現実問題としては、「中国が、台湾・香港・マカオとの再統一を国際問題として処理することをかたくなに拒否してきているという明白な事実」<sup>(36)</sup>が存在するのである。エプスタインも「現実的な観点からするならば、中国主権の正当なる行使が明確にあることを除き、中国が香港の内的事項 (domestic affairs) に介入しないことが重要なことである。相互不可侵に関する限り、鄧小平は、既に中国が一九九七年以降、香港に中国独自の軍隊を常駐させることを明確にしている。要するに、香港と中国との関係は、国家間の関係ではなく、一主権全体における部分間の関係なのである」<sup>(37)</sup>と分析している。香港と中国との関係を二国間関係にとらえるか、または中国の国内事項として処理するかで、そこには根本的な相違がある。またよしんば中国の国内事項とした場合にも、中国の香港への介入の度合により、一国両制維持の可能性が大きく左右されることは明らかなことである。

## (二) 高度の自治権

基本法第一二条は「香港特別行政区は、中華人民共和国の一地方行政区域であり、高度の自治権 (high degree of autonomy) を享受し、中央人民政府の直轄とする」と規定する。更には第一三条

第一項で外交事務 (foreign affairs) を処理する権限を、第一四条では行政区の防衛 (defence) の責任につき、中央人民政府がその主体であることを明示している。このように見てくると、基本法では行政管理権 (一六条)・立法権 (一七条一項) 及び司法権 (一九条一項) を別々に規定していることから、少なくとも三権分立の形態は形式的にも採用されていることを理解することができる。しかしながら具体的個別的にこれらの権限を見ると、凡そ「実質的権限は、すべて全人代及び同常務委員会に掌握されている」ということができる。<sup>(38)</sup>

即ち、行政管理権は香港独自に認められているが、その首長たる行政長官並びに行政機関の主要なる官員の任命権は中央人民政府が有しているのである (一五・四五・四八条)。また立法権についても同じことがいえる。基本法第一七条第一項は、立法権が香港にあることを明示するも、制定された法律は全て全人代常務委員会に報告され、登録されると規定している。然も、「全人代常務委員会は、香港特別行政区の立法機関が制定した法律が中央の所管する事務に関するか、もしくは中央と同区との間の関係に関するもので、本法の諸規定に抵触すると認める場合、常務委員会は当該法律を差し戻すことができる。常務委員会が差し戻した法律は、全て即時その効力を失う (一七条三項)」と規定している。この規定からするならば、香港の最高且つ最終的立法権というものは香港にはなく、全て全人代常務委員会が保持しているということが出来る。更に司法権についても、

「香港特別行政区は、独立した司法権と終審権を有する（一九九条一項）」と規定するが、防衛及び外交事項などの国家行為については、如何なる管轄権をも有しないことが明示されている（一九九条三項）。これは明らかに香港の司法権に一定の限界があることを示すものである。また、基本法の解釈権・改正権についても、その実質的権限は全人代常務委員会にあることが明示される（一五八条一項・一五九条一項）。かくして、国家三作用に相当する権限は勿論のこと、基本法そのものの解釈・改正についても、中央の全人代常務委員会に実質的権限が付与されているのである。かく考えるならば、基本法で云うところの香港の「高度の自治権」とは一体何か、という疑問が提起されるのは当然のことである。

アルバート・ホー (Albert C. Y. Ho) は、香港の「高度の自治権」について、主権行使 (exercise of sovereignty) の概念と比較しながら以下のように述べている。彼によれば、主権行使と高度の自治権との共存を図る上で、特に「二つの矛盾する概念のバランスを採るという政治的技の熟練を必要とする」ものであり、そのためには幾つかの前提条件があることを強調する。即ち、(一) 中央政府は、特別行政区に対し、出来るかぎり多くの権限を委譲し、委任すべきであり、防衛や外交に関する事柄のような主権国家によってのみ行使され国際法で認められる権限、基本法の特定の規定を解釈する権限や基本法を改正する権限のような中央政府と特別行政区との間の組織的關係を維持す

るため明らかに必要と思われる権限はこれを除外すること。(二)中央政府と特別行政区間の権限の明確な線引・区分があること、(三)明確な権力分立の考えが、高度の自治権に内在する二つの概念に関連すること、(四)基本法の解釈・改正及び行政長官選出などの中央政府と特別行政区との両方共同の管轄領域がある場合、二つの主たる領域を取り扱うこと<sup>(39)</sup>、などである。

他方、エプスタインはこの高度の自治権について、基本法により取敢えず三権が香港に認められてはいるが、「しかしながら、中国の国権は不可分の統一体であり、既に議論されてきたような堅固なイデオロギー的基盤が存在する。従って、香港の法体系を中国の法体系より分離することは不可能なこと<sup>(40)</sup>」と指摘しつつ、従って、香港の高度の自治権概念そのものを示すことよりも、中国法中で何が香港に適用され得るかを論じることのほうが有益という。そこで列举するのが香港の裁判制度である。彼によれば「香港の裁判制度は、中国の裁判制度から完全に分離している。香港の終審裁判所に付き、中国の裁判所決定は香港法上、何らの影響をも有しない。裁判官は、香港内で任命され、他のコモン・ロー管轄権 (common law jurisdictions) により、終審裁判所に就任するよう要請される。従って、中国の裁判官が香港内で任命されたり、要請されたりする資格は有しない<sup>(41)</sup>」ということである。また「中国憲法の香港への部分適用は、基本法及び中国法と一致しないであろう。憲法第三一条は、香港と中国の法体系の関係を限定するのを全人代に認めるが、特別行政区に

対し憲法適用を停止することは出来ない<sup>(42)</sup>」とする。

中央政府による主権行使と香港特別行政区による高度の自治権の確保は、根本的には相対立する概念の共存ということができる。政策的には、両者の共存を可能にすることは出来るのであろうが、理論的には矛盾以外のなにものでもないということが出来る。中央政府が、国家主権の絶対性を貫き通すならば、一地方の高度の自治権など到底容認されるものではないのである。他方、一地方の高度の自治権が絶対的に堅持されるというのであれば、これは国家内国家の成立を認めることであり、外交・防衛問題は除外するといいいながらも、後に様々な問題を引き起こすことは明らかである。現時点では、「高度の自治権」という用語そのものには特別な内容を見出すことができず、むしろ中央政府及び特別行政区両者共に、その用語だけの使用により、差し迫った具体的問題を回避しているように思われる。

なお香港と中国との関係を連邦制度 (federal system) の観点から分類することについて、「本国の憲法規定が香港に直接適用される場合、連邦制度の状態にあるような基本的で矛盾する二つの法源を特別行政区が有することを意味する。(中略) 香港に中国憲法を適用するため、唯一の伝達手段として基本法を使用することは、より適切なことと思われる。それは矛盾する規範の可能性を低くすることのみならず、基本法の憲法的地位を高めることでもある<sup>(43)</sup>」といい、「中国側の学者が

指摘しているように、これは権限を分かち合う連邦制度ではない。即ち、香港の立法権は全人代に、そして究極的には憲法第三一条に由来するからである。『ミニ憲法』としての基本法への論及は、それゆえ間違いである<sup>(44)</sup>と指摘する。結局、香港と中央政府との関係は、連邦制度の関係などではなく、一国家内にある中央と一地方との関係に収束していくのである。その意味からするならば、香港における「高度の自治」も、強烈なイデオロギーを有する中国の前には、おのずと限界のあることを認めざるを得ないのである。そして、その中央と地方とを結ぶ強烈な中国のイデオロギーとは、民主的中央集権主義 (democratic centralism) と呼ばれるものである。

### (三) 民主的中央集権主義

エプスタインは、「中国の中央政府と地方政府との間の権力分立のためのイデオロギイ的基盤とは『民主的中央集権主義』であり、当初これは政党の政策統合のためにレーニンにより考え出され、後にはまた国家機関のために、ソビエトと中国の両方に適用された政治機関の基本原則である<sup>(45)</sup>」という。また、この民主的中央集権主義の内容については、「『民主主義』、即ち、適正な政党や国家機関の中で自由に意見を述べる能力と、『中央集権主義』、即ち、少数者は多数者の意見に従わなければならないこと、各部は全体に合致しなければならないという二つの事柄を有する。よって、一度政策が明示されると、政策立案の外部では如何なる不満をも表明され<sup>(46)</sup>ない」と説明する。

ところで、この民主的中央集権主義が香港と中国との関係に適用されることは十分に考えられることである。この場合には、「政治的原則として、決定を中央集権化することが意図され、また、同時に意見の相違、派閥の抹殺、且つ、政党にすべての者を服従させることが意図される<sup>(47)</sup>」といわれる。従って、現下の香港は社会主義国そのものではなく、特別な性格を有するものではあるが、ひとたび中国の主権下に入ったならば、「中国の全ての部分の如く、香港は中国共産党の指示に従わなければならない」のである。また、権限の委譲についても、「立法権の委譲は、『民主主義』を高めることの現れであるが、他方、『中央集権主義』は、地方の法が憲法、国法及び行政上の法令 (administrative legislation) と矛盾してはいけなことを求める。矛盾する場合、全人代常務委員会及び国务院は、その矛盾する地方の法を無効にすることができ<sup>(48)</sup>」といわれている。従って、中央と地方の法の矛盾に関して、現在の理解としては以下のように述べられている。「地方の人民議会及び政府の立法する権限は、極めて制限されていて、たとえ香港が国家レベルの立法により服せしめられる法を持つ省又は特別経済区に相当するものとして取り扱われたとしても、共同宣言で約束された『高度の自治権』は、達成され得ない<sup>(49)</sup>」と。基本法が規定する香港の高度の自治権とは、このように保障のない脆弱なものといえることができる。



## 四 共同管轄の問題点

香港が中国に返還されることにより、混合又は共同の管轄に伴う問題点 (Dangers of a Mixed Jurisdiction) が指摘されている。特に植民地支配のなかで、ローマ法とコモン・ローとが衝突し、やがてコモン・ローがローマ法を駆逐していくというパターンが過去においてしばしば見られたのである。具体的に見るならば、カナダのケベックやアメリカのルイジアナ及びプエルト・リコなどを列挙することができる。フィリピンや南アフリカなども同じく列挙することができるが、但し分類基準を「ローマ法へのコモン・ローの侵入」に置くと、これら二国に対しては植民地主義のみでの混合といわれる<sup>(50)</sup>。ところで、異なる法体系が衝突しあうことにより生じる具体的な問題点としては、使用言語の問題、法適合性の問題などを挙げることができる。

### (一) 香港での使用言語の問題

基本法第九条は「中国語に加え、英語も公用語として香港特別行政区の行政機関・立法機関及び司法機関で使用される」と規定している。この規定により、一九九七年以降、香港で使用される公用語とは、中国語と英語である。

ところで、全く異なる言葉が公用語として使用される際に、「誤訳 (faux amis)」の危険性と共に、訳語の一致が完全には達成され得ないという危惧の念が一般には存在する。例えば、一九八六年、香港の法務長官 (Attorney General) により、香港と中国とで使用される法律上の言葉の意味を中国語使用で一致させるという提案が行われたが、完全に失敗であった旨の報告が行われている。それは、もともと「非常に実行不可能なことであるばかりか、香港と中国とでは、同じ意味を表わすのに異なる言葉が選択され、一致ということが生じても、その結果は大いに違ったもの<sup>(51)</sup>」ということがあるからである。まして本来的に見て、法思想が根本的に異なる両者の立場からするならば、条文などの表現的な意味は勿論のこと、更にその背景になっている法思想・理念などを認識することは殆ど不可能なこと、ということができる。

従って「もし中国語が原則となり、英語が例外となった場合、やがて中国の法学生や法律家は英語でコモン・ローを理解する能力を失うであろう。英語と中国語の法学書が判例法を押し退け、元々の『コモン・ローの表現の意味』は失われるであろう。更にこの過程は、判例法の中国化的な成文化 (sinophone codification) 及び英語と中国語の法学専門語集を編集する試みにより早められるであろう<sup>(52)</sup>」と述べられている。以上のことから、基本法第九条が規定する香港の公用語 (使用言語) 問題は、混合された管轄から派生される重大な問題を含んでいるということができる。

## (二) 法適合性の問題

香港の法体系と中国の法体系が根本的に相違することは既述したところであるが、しかしながら、現実問題として両法体系の衝突もしくは混合 (Mixe) は避けられない。そこで基本法は中国法との混合を予定し、この問題を最小限に押えようとしている。即ち、基本法第八条並びに第一八条第二項は、香港側における法適合性を示す規定といえることができる。先ず、香港では返還前及び返還後において、従来の法 (コモン・ロー、衡平法、条例、附属立法及び慣習法) の継続と、更には限定的ではあるが、全国レベルの法律の受入を明示している。ちなみに全国レベルの法律とは、基本法「附属文書二」に列举されるものであり、具体的には、(一) 中華人民共和国国都・紀年・国歌・国旗に関する決議、(二) 中華人民共和国国慶日に関する決議、(三) 中央人民政府の中華人民共和国国章を公布する命令、(四) 中華人民共和国政府の領海に関する声明、(五) 中華人民共和国国籍法、及び(六) 中華人民共和国外交特権・免責条例、である。香港は、中国に主権委譲した後、これら六つの全国レベルの法律の受入を明示しているのである。<sup>(53)</sup>

他方、中国サイドはこの点が不明確である。エプスタインも「外国法についての中国の受入は、二つの大きな理由で疑問視されなければならない。先ず第一に、外国の資本主義的な法の受入が、中国で以前から存在する経済的・イデオロギー的制度とどのように一致され得るのか。第二に、資

本主義的でコモン・ローからなる香港で採用された法が、中国の社会主義的民事法と共存し得るのか<sup>(54)</sup>などと指摘して、法適合性の問題を提起している。中華人民共和国成立当初の、特に法そのものに対する消極的な考え方の時代から、産業・技術・文化などの発達により、外国法をも受け入れようとする今日的な考え方の時代とを比較した場合、相当の発展があったことは事実である。しかしながら、他面、「法は、理念またはイデオロギーとしてよりもむしろ『予備的社会主義』の目的に対する手段と見なされている」というのも、中国の否定できない一側面である。中国の指導者達は、諸外国には数少ないこのような法感覚を今後とも維持し続けたいのであろうが、現実の経済発展や人民の生活様式の変化などが、また中国の法感覚をも押し流していくものと思われる。即ち、「イデオロギーの役割は崩壊しつつあり、中国共産党すら俗化したものとなり、その核ともいふべき信念構造 (belief-structure) が破壊されるのは、この極端なプラグマティズムの結果である<sup>(55)</sup>」という意見も既に見受けられるからである。この意見に従うならば、むしろ中国では、国家の精神的根幹にあるべきイデオロギーでさえも、極端に且つ短期的に実利主義のみに偏することが起因して、崩壊の危機にさらされ始めている、ということができるのである。法適合性の問題は、このように重要なものであり、香港・中国の双方共に、そこから派生する多くの問題が含まれている、ということが出来る。

## 五 おわりに

香港の中国への返還まで残り千日を切った。正に秒読みの段階に入ったということが出来るわけであるが、両者の課題は余りにも多く、また解答するには困難な内容である。しかしながら、時代は確実に進んでいるのである。イデオロギーに最高の価値を見出し、法そのものに対してはこれを二次的扱いとしてきた中国をも、世界の潮流は見逃しはしないのである。これを評して、エプスタインは「中国は、法尊重主義 (legalism) という新たな時代を経験していて、その経済発展の中で、法の役割はイデオロギーの役割以上に高くなってきている。近年の経済改革の背後にあるプラグマティズムは、また法的発展を促すイデオロギーともなっていて、従って、法の役割は強く手段的なものと見なされる。にもかかわらず、中国の法体系は香港の法体系と矛盾したままである。中国法制度の歴史的ルーツは民事 (civilian) であり、全ての社会主義の法と異なりその経済的变化にも拘らず、私的権利に対して不十分な認識を与える。更に、中国法の政治的役割は、はつきりしないものである。というのは、党政治に挑戦するどころか、その正当性が未だ中国共産党の支持に依存しているからである<sup>(56)</sup>」と主張している。

香港の中国返還を前にして、両者の余りにも経済面のみ重視の考えは、不十分であり、また香港住民そのものにとっては危険ですらあると思われる。即ち、中英間で五年間も論争となっていた香港新空港建設が再開され（平成六年一月四日合意）、経済的には沈滞から行動へと進み始めたということができるが、そこには返還後もできる限り自国の利益を確保しようとする英国と、その英国の影響を完全に断ち、近隣の深圳と共にそこに大経済圏建設を意図する中国の思惑のみが複雑に絡みあっているに過ぎない。香港並びに香港住民の意思が反映されているとは、とてもいうことができないのである。香港返還に関連する事項として、文化論並びに法制度を含む各種制度論からアプローチが行われるべきであり、且つそれらの事項がより具体的・個別的に検討されなければならないものと思われる。

（平成六年一月一八日脱稿）

- (1) Louise do Rosario, Board Game-Local polls will test China's clout in colony, FAR EASTERN REVIEW, Vol. 157, No. 36, September 8. 1994, pp. 18-20.
- (2) Louise do Rosario, Colonial Standoff-Reforms bill passed as Sino-British talks stalemate, FAR EASTERN ECONOMIC REVIEW, Vol.157 No.10, March 10. 1994, pp. 22-23. Asia, Hong Kong-Patten Won, THE ECONOMIST, Vol. 332, No. 7870, July 2. 1994, p. 24.
- (3) Louise do Rosario, Derailed-Beijing kills hopes for post-1997 political 'through train', FAR EASTERN ECONOMIC REVIEW, Vol.157 No.38, September 22. 1994, p. 36.
- (4) 拙稿「中華人民共和国香港特別行政区基本法（仮訳）」『防衛法研究』第一四号・平成二年・九七頁以下参照。Albert

- P. Blaustein ed., United Kingdom-British Dependent Territories-HONG KONG, 'CONSTITUTIONS OF DEPENDENCIES AND SPECIAL SOVEREIGNTIES-Booklet 2', 1992, pp. 5-61.
- (5) アムネスティ・インターナショナル編・辻本義男訳『死刑と人権・国が殺すとき』一九九〇年・成文堂・二三〇―二三四頁参照。
- (6) アムネスティ・インターナショナル・辻本衣佐訳「中国―抑圧の連続―死刑と反犯罪キャンペーン」AI INDEX: ASA 17/56/91, 一七頁以下参照。
- (7) Amnesty International, CHINA-Death Penalty Figures Recorded for 1993-Death Penalty Log: July to December 1993 & Death Penalty Photographs, AI INDEX: ASA 17/15/94, april 1994,
- (8) 産経新聞・平成六年八月二九日夕刊参照。アムネスティも、中国における臓器移植の実態につき報告を行っている。それによれば、「処刑された囚人の臓器及び組織は、処刑された囚人あるいはその家族の同意あるいは認識なしに、移植のために広く使われている」といわれ、また「処刑された囚人は、移植用の臓器の主な供給源になっている」のである。「最近中国を離れた元移植外科医は、移植された腎臓全体の九〇%以上が、処刑された囚人からのものである（一九八九年にすくなくとも千の腎臓移植が行われた）と報告」しているのである。更に、囚人の臓器移植については、「囚人が臓器移植の承認を与える手続もなければ、それに関する法律も公布されていない」といわれている。アムネスティ・インターナショナル・辻本衣佐訳「前掲報告」AI INDEX: ASA 17/09/93, 三四頁以下参照。
- (9) Raymond Wacks ed., Edward J. Epstein, China and Hong Kong: Law, Ideology, and the Future Interaction of the Legal System, 'THE FUTURE OF THE LAW IN HONG KONG' 1988, p. 37.
- (10) Edward J. Epstein, *ibid*, p. 38.
- (11) 中国国務院発展研究センター・中国社会科学院編／小島麗逸・高橋満・叢小裕訳『中国経済』上・一九九四年・総合法令・江沢民「社会主義市場経済の基礎知識の普及に力を入れよう『社会主義市場経済とは何か』序」参照。
- (12) Edward J. Epstein, *ibid*, p. 38.
- (13) Edward J. Epstein, *ibid*, p. 38.
- (14) Edward J. Epstein, *ibid*, p. 39.

- (15) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 39.
- (16) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 40.
- (17) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 40.
- (18) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 42.
- (19) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 51.
- (20) Edward J. Epstein, *ibid.*, pp. 51–52.
- (21) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 52.
- (22) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 46.
- (23) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 46.
- (24) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 46.
- (25) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 47.
- (26) Raymond Wacks ed., W.S. Clarke, *Freedom of Movement, 'CIVIL LIBERTIES IN HONG KONG'*, 1988, p. 323.  
 クラークによれば、'ロビン・ロー'とは、香港における「行動の自由」にとり中核的なものであり、法により禁じられて  
 いないことを行う個人の自由を保護するものと説明する。
- (27) David Roberts ed., *The Legal System, 'HONG KONG, A REVIEW OF 1990'*, p. 42.
- (28) Raymond Wacks ed., Peter Wesley-Smith, *Understanding the Common Law, 'THE FUTURE OF THE LAW IN  
 HONG KONG'*, 1988, pp. 33–34.
- (29) David Roberts ed., *ibid.*, pp. 42–43.
- (30) Raymond Wacks ed., Peter Wesley-Smith, *The Legal System, 'THE LAW IN HONG KONG 1969–1989'*, 1989, p. 38.
- (31) Peter Wesley-Smith, *The Legal System, ibid.*, pp. 38–39.
- (32) 拙稿「二国両制の概念とその問題点」日本法政学会『法政論叢』第二七卷五二頁以下参照。
- (33) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 49.
- (34) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 50.



- (35) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 50.
- (36) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 51.
- (37) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 51.
- (38) 拙稿・前掲註(4)論文・九九頁下段より一〇一頁上段参照。
- (38) Peter Wesley-Smith & Albert H. Y. Chen ed., Albert C. Y. Ho, *Autonomy, 'THE BASIC LAW AND HONG KONG'S FUTURE'*, 1988, pp. 301-302.
- (40) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 54.
- (41) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 54.
- (42) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 54.
- (43) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 55.
- (44) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 56.
- (45) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 57.
- (46) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 57.
- (47) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 57.
- (48) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 59.
- (49) Edward J. Epstein, *ibid.*, pp. 59-60.
- (50) Edward J. Epstein, *ibid.*, pp. 60-61.
- (51) Edward J. Epstein, *ibid.*, pp. 61-62.
- (52) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 63.
- (53) 拙稿・前掲 註(4)論文・一二三頁参照。
- (54) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 69.
- (55) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 70.
- (56) Edward J. Epstein, *ibid.*, p. 74.