

## アンシビルな対話

——清代では法と慣習とがシビルローの中に融合しなかった件について——

ジェローム・ブルゴン  
寺田 浩明（訳）

## アンシビルな対話

——清代では法と慣習とがシビルローの中に融合しなかつた件について——

ジェローム・ブルゴン

寺田浩明(訳)

中国の民事法〔civil law〕の形成を研究するヨーロッパの学徒にとつて、最近のアメリカの研究動向は、非常に刺激的であると同時に幾らか人を困惑させるものである。少なくともこの半世紀の間、ヨーロッパおよびアジアの歴史学における通説は以下のように述べてきた。即ち、中華帝国は独立した「民事法」という観念を持つてはおらず、清律は西洋法が「民事〔civil matters〕」と呼ぶ案件を処理するには非常に不十分なものであった。しかし一種の「私法〔private law〕」は膨大な地方慣習〔local custom〕の中に存在し、それが婚姻・相続・土地売買等々を規制していた。それらのルールは庶民によつて尊重されていたし、鋭敏な長官達もそれを尊重した。このように「民事法」は公式制度の中には存在せぬにせよ、社会の現実および地方行政の中に「慣習法〔customary law〕」の形で存在していた。そして中国が西洋法制度のスタンダードに転換する際、一九三〇年に発布された中華民法典は、折良くも「民事」についての慣習法の膨大な集成によつて補完された、と。こうした一般的な解釈図式の中では、帝制中国の中に存在すると考えられた「民事法」に類するものは「慣習法」だけであり、それは近代民法の伝統的な一部分となるべく運命づけられていたのである(一)。

この図式は単純且つ包括的であり、中国の法改革者達自身も中華民法典の中に取り込むべく慣習を蒐集した際に明らかにそうした図式に従っていた。私もまた当初はこの図式を信奉していたのだが、その後次第にそれをむしろ一種の「創作された伝統〔invented tradition〕」と見るようになった。創作された伝統とは、「慣習」も「慣習法」もまさに民事立法それ自体と同様に西洋から輸入された新概念であり中国の過去の中には一切のルーツを持つていないという意味である(二)。私は本論文の中でこの「民事」慣習法「仮説の様々な表現形態を厳密に批判し、帝国法制度がどの様に社会慣行〔social practices〕。訳者注：慣習・慣行・習慣等の紛らわしい訳語の含意については本文末尾「訳者後記」の概括的説明を参照のこと」を取り扱っていたかについてのより正確な解釈への道を開こうと思う。

勿論、私はこうした議論がアメリカの研究の最近の潮流、とりわけ清代と中華民国期における民事法についてのフィリップ・ホアの最近の諸著作と対立関係に立つと見られるだろうことを自覚している(三)。しかしその点に詳細に立ち入る前に、私が何故彼の新しいアプローチに馴染めないかの理由をまず始めに述べておきたい。

その何よりの理由は、ホアンとその共同研究者達の一部が、上に紹介したような先行研究に言及しないことである。もし私の所感や批判が的外れに見えるとするなら、私は、私が試みていることが実質においては類似しながらその議論とアプローチにおいては非常に異なる二つのテーゼの間の架橋であるという点について読者の理解を求めたいと思う。両者の主要な違いは以下の通りである。即ち、「古典的」アプローチが民事法を社会慣習の中に探し求めるのに対して、最近のアメリカの研究はそれを司法手続き、即ち「民事事案」(civil case)および「民事」についての裁判の中に探そうとする。勿論、私はこれらの用語にケチをつけようというのではない。私自身も時には長々とした説明を避ける為の便利な要約としてそれらの用語を使いもする。しかし私がその裏に潜めている留保は、既にマーク・アリーによって明示的に示されている。

本書を通じて私が民事事案として言及しようとする所のものは、中国の法廷にとつては単なる「細事」であり、それらは刑事事案に用いられるそれとほんの少し違うだけの手続きで扱われていた。一つの法システムが(行政上の不始末をした官僚を懲戒処分する事案を除く)すべての事案を処理していたのである。しかしながら、「民事」裁判の連続性が「刑事」審判のそれと通例それほど顕著な違いがないにしても、民事事の区別を付けておいた方が、我々の議論の目的にとつては時には都合がよいであろう(4)。

私にとつては、帝制中国について「民事事案」や「民事裁判手続き」といった言葉を用いるには必ずこの種の限定付けが必要なのである。

私には、フィリップ・ホアンとその共同研究者達の幾人かがどうして「民事事案」の慎重な受容というこうした立場から、前近代中国における民事法の完全なシステムの実在という想定、しかもそれらすべてを同様に裁判手続きのみに焦点を絞る所から導くという立場にジャンプできると感じたのか、そこが十分に理解できない。それゆえ以下の私の議論の幾つかは、法的な実態についての切実な探求として読むこともできるかもしれない。もし長官が本主に民事判決を下したというなら、またもし民事的協議が達成されたというなら、それらはどの様に根拠づけられていたのか、また何がそれらを「民事」たらしめていたのか。そこにルールは有ったのか、またそれらルールは私的な社会関係から抽出されたものでまた長官の恣意を抑止するものだったのか。私が馴染んできた「古典的」テーゼでは慣習や慣習法がそうした役割を与えられていたので、私は清代の民事裁判についてのホアンの叙述にどうしてこの二つの観念が一切現れないのかを訝しく思う。そして私の困惑は、清末から民国期への民事法の変遷についての彼の最新作の中心に慣習と慣習法が置かれていることに気付くとき最高潮に達する。そのタイトル『中国の法典、慣習および法的実践』は、法の近代化が成文法、地方慣行、法廷の判決という三者の突き合わせから始まったことを示唆する。宜しい、我々はここで最後にかの古いヨーロッパおよびアジアの研究業績に再び出会うことになるのだ。しかしそこでふと振り返るとき、我々は困った問題に直面する。即ち、「清代の民事裁判」についての叙述の中では現れない程度の重要性しか持たない慣習と慣習法が、どうして法近代化の過程の中ではそのような巨大な重要性を持つことが出来るのか。それについての最も正確な説明は、私が思

うに、「慣習」と「慣習法」は中国人法改革者達と外国人の顧問達によつて事後的に創作された、というものである(5)。しかしホアンのこの「慣習法」フィクションへの時期遅れの愛着は、我々に同一主題についての二つの相容れないビジョンを残す。即ち、ホアン①「民法法は、慣習とはさしたる関係無しに、主に裁判手続きから成っている」、対、ホアン②「近代民法法は先行する慣習をその主要構成要素として含む」。本論文では、私は後者のビジョンが前者を訂正した、その結果、ホアンは外から見る限り基本的には今やこの問題についてエスカラやファン・デア・シュブレンケルといったヨーロッパ人、あるいは仁井田陞のような日本人と同じ理解を持っていると仮定することにする。もしそれが私の誤解だというならば、私としては、せめてこの論文が最近のアメリカの研究業績と先行する研究業績との間のリンクを明らかにする機会を提供することになることを期待するのみである。

ところで、我々ほどの「民法法」の話をしようとしているのだろうか。この決定的な疑問は次の類の考慮から生まれてくる。

私「フィリップ・ホアン」の議論と混同されるべきでない「民法法」の他の用法は、その語を、例えば一八〇三年のフランス民法典や一九〇〇年のドイツ民法典のような民法典 (Zivilgesetzbuch) へのみ厳格に限るような用法である。この用法を受け入れることは、民法法は必ず近代西欧民法法が持っているような特性を持つていなければならないという考え方を受け入れることと同じである(6)。

はつきり言つて、私にはこうした意味論的な純化に何の意味があるのか自体が全く理解できない。民法法と中国の法伝統についての議

論が起こり、またはほ一世紀にわたつて今までそれが發展してきたのは、まさに中国が西欧の法的スタンダードに屈しなくてはならなかったからではなかつたのか。日本に倣つて中国は大陸ヨーロッパの「民法典」を採用することになり、その結果「民法典家族」の一員になり、そして両国とも現在なお公式にはそれに属している(7)。となれば有益な議論は、特定のテーゼを支持すべく特別に作られた理念型ではなく、中国が最後に実際に出会うことになる民法典をこそ明示的に引き合いに出すべきである。西欧の法的スタンダードを導入する以前の中国民法法についてのすべての議論は、実はその本質において目的論的なのである。というのも、それは「民法典」の到来を待ち望み、また同時に民法典が中国の社会現実に適応する為に準備されている道具となるような諸要素・ルール・実践・概念、別の言葉で言えば慣習にハイライトを当てようと必然的に目論まざるを得ない。どの時代についてであれ、中国における民法法についてのすべての論点は、それ自体が西欧的な問題設定に縛られているのである。

ではどの程度まで我々は西欧的カテゴリーに訴えることを強制されるのか。実際のところそれは選択の問題である。もし我々がこの一世紀の歴史学がどうやらそう考えていたように、「民法法」という觀念無しには価値ある法システムを解釈できないとするならば、我々はその觀念が中国に当てはまるか否かをチェックしなければならぬ。となれば、その際に最も必要なことはこの外来概念の適用が良く考えられた仕方で行われることである。私は本論文の中で以下の手順でそれを試みることにする。まず最初に私は中世および近代ヨーロッパにおける民法法の起源について、特にそれと対にな

る「慣習法」の観念とのリンクに力点を置きつつ思い起こすことから始めたい。次にその観念の中国への適用について論ずるが、まず最初にヨーロッパ・アジア・アメリカの専門家達によってこれまで提示された幾つかの重要な見解の検討を行なう。その上で、私は清代の法文献についての私自身の読解に基づいて司法当局による地方慣行の取り扱いに焦点をあてる。上手く行けば、以上の検討によって、民法法や慣習法といった西欧的観念が地方的な民間慣行と中国法システムとの繋がりを記述するのに何の役にも立たないこと、それどころか現に問題を混乱させていることが明らかになるだろう。そして最後に、私は「民事—慣習法」概念を、中国の法システムの実際の運用やその進化をより重視する代替モデルで置き換えることを提案する。

### ヨーロッパおよび中国の法伝統における法と慣習

民法法が、ヨーロッパにおいて、「慣習法」という媒介を通じて特定の民間慣行を法へとリンクするオリジナルなシステムとしてどの様に出現したかについて明確な観念を持つことは、私には非常に重要なことだと思える。植民地期あるいはポストコロニアルの時期に沢山の国々に出現した民法法はすべてこのヨーロッパの経験に触発されたものである。その結果として「慣習対法」という一対の観念があたかも普遍的な現象に見えもするのだが、実際にはそれは西洋の法伝統に特有なものなのである。

西洋法伝統における慣習のインパクトは、政治権力の封建制的な断片化、およびその結果として生じた裁判権のモザイク化と切り離すことはできない。民族大移動は人口の人種的混淆を生み出し、そ

の結果、審判にかけられた際にどの臣民も、それに従ってその領主なり王なりによって裁かれるべき彼の属人法（つまりは慣習）は何かを証拠によって証さなければならなかった。当初より慣習はラフな社会学的事実というよりは法的な人工物なのであり、証人によって主張されるもの、あるいは陪審（例えばフランスの *juré*）によって評価されるものですらあった。十一世紀以降、中世のロマニスト（ローマ法学者）達によって、帝制後期の『ローマ法大全』の基礎の上に練り上げられた諸要素と融合されたものは、まさにこれらの法的人工物であった。こうした理論的活動はローマ共和国やローマ帝国の民法法とは非常に異なる一揃いのルールや原理を生み出した。教会の法律家達すなわちカノニストも、法的慣行が持つ二つの特徴を闡明することによってこの融合に決定的な役割を果たした。まず第一に、慣習は特定地域の人々によって拘束力を持つものとして認知されたルールでなければならぬ。法廷で証されるべきものは慣行それ自体ではなくその *opinio necessitatis*、即ちこの慣行が彼ら自身の慣習として従うべきルールを帰納するという点についての地方民衆の一般的意見である。第二に、カノニスト達はこれらの言葉によって慣習の法学的性格を強調することを通じて、次のような理論的な帰結を引き出した。即ち「慣習が法と共鳴するのに対して、通常の慣行は事実の領域にとどまる」。それゆえ境界線は慣習と法との間にはなく、一方に慣行と習慣（*habits*）、他方に慣習と法とを置いたその間に引かれなければならない。確かにすべての慣習はもともと社会的事実であったのだが、この二つの用語は同義ではないのである。慣習は法的意味合いを獲得した慣行であり、それらは法に寄り添う（*grater legem*）こともあるし法に対立する

(*contra legem*) ことすらあるにせよ、結果としては地方レベルにおける慣習法の第一次的要素になるのである(8)。この区別は慣習と慣習法を引き合いに出すすべてのヨーロッパの法律家達にとつて十九世紀の終わりまで基本的にあり続けた(9)。

こうした初期の理論上・司法上での融合は、慣習がヨーロッパの法システムの形成においてどの様な仕方でも大きな役割を果たすことができたのかの説明の助けとなる。慣習法の第一の顕著な性格は、それが書かれていて、点にある。慣習憲章を書き上げるといふことは早くも十一世紀に始まったが、プロテスタントの宗教革命および国民国家の形成に刺激され、十六世紀の間に一般的かつ組織的なものとなつた。イングランドにおいては最初の法律書は法律の蒐集であると同時に慣習の蒐集であり、その最も有名なものはヘンリー・ブラクトンの『イングランドの法律と慣習について』である(10)。フランスにおいては、王は「慣習の守護者」と見なされており、彼は慣習を変更する権力ではなく、それを文書化するることによつて慣習を強制する権力だけを持つていた(11)。第二の性格は職業的な法律家による法的な再加工である。イングランドでは王座裁判所によつて下された一連の判決が、慣習を選別したそれらを「王国の一般的慣習」としてコモン・ローの主流源となす働きをした。フランスでは私的な憲章が法律家達によつて編纂されたし、また公的権威により慣習の文書化が命令・監督される場合においてすら法律家達が慣習的条項の起草に重要な役割を果たし続けた。このプロセスはロマニスト達の手による民事法の発展と共生関係にあつた。何故ならロマニスト達の主要な仕事も、多様な慣習の中から一般的な民事ルールを引き出すことであつたのである。文書

化された慣習がその文書化それ自体およびその領域的限定によつて非常に恒常的なアイデンティティを獲得した——人は慣習Xに結びつけられた地域を物理的に離れてはじめて慣習Yの地域に入る——のに対して、民事法律家達 (*civilians*)。訳者注：ここではロマニスト達のこと。 *civitas* は語源を辿れば *iustitias* であり結局はローマ法のことになる) はローマ法をすべての慣習の「書かれた理性」 (*raison écrite*) たるしめる仕事に従事した。このようにして民事法は慣習の多様性を包摂することのできる共通の一揃いのルールに練り上げられていったのである。ここまでの進化経過を要約すると、国家によつて法典化された一般的法律をなお知らぬ一つのシステムの中において、文書化された法的慣習が次第に、それ自身が境界面定の手助けをした一定領域の中で効力を持つ準法典となつたのである。そしてこれらの諸慣習は論理一貫性がありかつその表現において厳密であつたので、例えばケベックのフランス人が「パリの慣習 (*coutume de Paris*)」に拘束されていたように、新しく植民した人間集団に適用する目的で輸出されることすらもあり得た。ナポレオンの立法者達も、革命によつてもたらされた破壊的な断絶——それが民事法の国家的統一への道を開くのだが——にもかかわらず、彼らがこの超長期的趨勢を完成させつつあることを完璧に自覚していた。一八〇四年の民法典の起草文書の中に収録されている長大な討論は、「書かれた法と慣習との間の交流」を促進するという立法者達の意志を証明する。彼らの中で最も著名な法律家によつて表明された意見に依れば、「人民の法典はゆつくり時間をかけて自分で完成するものである。否、より適切に言えばそれは人が作るようなものではないのである」(12)。

以上を総括するならば、ヨーロッパの経験の中において法を「民事」たらしめたものは、法律学によって一旦加工を経た「慣習」と呼ばれる民間慣行へのその依存である。そうした「慣習」は単なる慣行や行動ではなく、むしろ職業的法律家達が民間慣行の観察、選別、再加工を通じて生氣を吹き込んだ法的人工物なのである。

こうした諸特性がどの程度まで中国のケースに当てはまるだろうか。上に述べた性格それぞれについて個別に対応するものを見いだすことは、さすがに誰も期待はずまい。それでもなお全部併せて見れば類似しているということはあり得るし、また反対に顕著な相違だつてあるかもしれない。「民事法」および「慣習」といった言葉の使用が合理的類推に基づいて行われているか否かを決めるのはその後のことになる。以下、まず最も外的で形式的な特徴（慣習について領域的限界を持つ仕方とその書写編纂が行われたか否か）から始めて、最も決定的な特徴（地方社会に対する慣習の拘束力、法廷によるその承認の有無）に及ぼうと思う。その過程で、そこで明らかになる多様な論点についての学者達の見解についても検討を加えることにしたい。

第一の差異は、帝制中国においてはどのレベル（帝国全体・省・府・州県）をとつても、また公式・半公式・私人のイニシアティブのどの成果であれ、およそ慣習の蒐集物というものが欠けているという点である。何程かの規範的効力を持つと思われるテキストは何でも編纂し法典化する志向を持った官僚制帝国において何故か地方慣行が文書化されなかったということは確かに注目に値する。ここは台湾で日本人によって、また大陸中国で民国期の法律家達によって編纂された蒐集物について検討する場所ではないが、ただそれら

が法と慣習という外来の概念が生み出した時期遅れの成果であることだけは強調しておきたい。滋賀秀三の言うとおり私も、帝制中国について言う限り「慣習」という言葉はヨーロッパ史に見えるような書かれた文書によって証明される法類似的規範ではなく、近代の歴史家達によって推定されるルーズで捕らえどころのない現象のみを指すと考える<sup>(13)</sup>。

慣習の局地性 [localization] と領域的限定とが、もう一つの決定的な差異である。ヨーロッパにおいては、慣習の地理的な線引きは、その法的なシステム化とその公式法に対する地位確認と大きな関係があつた。近代フランスでは諸慣習は幾つかの相反する相統制度を決めていた。ある慣習は家産の平等主義的な分割を規定しており、またある慣習は特定の一人の子孫を特権扱ひした。このことは有名な歴史家エマニュエル・ルロワラデュリが「慣習の体系」についての巨大な統合理論を提起するきっかけとなつた。構造主義学派の靈感を受けたこの歴史民族誌の論文は、慣習の中に或る特定の地域にそれ固有の構造を与えるに十分な或る種の顕著な「文化的特質」を読みとつた。つまり慣習は文化的・社会的・人類学的な性格を持つた地域的アイデンティティの一要素なのである。この魅力的な一般理論はこれまでも既に様々の挑戦を受けてきている。法制史家達は、「諸慣習の諸体系」は社会ルールの自発性の結果というよりはむしろそれらを編纂し強制した法律家達の仕事の結果だと指摘した<sup>(14)</sup>。社会史家達は、普通の人々は法律家や法制史家達が想像するほどには常時これらの慣習の憲章に拘束されているとは感じていなかつたと指摘する<sup>(15)</sup>。しかしいづれにせよ、この論争に参与する人たちが全員が、慣習は限定された地域の中で一定程度の論理

一貫性を持つており地域的アイデンティティに貢献していたと想定していることは確かである。

この側面について我々は中国の中に何を見いだすだろうか。私はここではフィリップ・ホアンの正確な要約に頼ることにする。

家産分割の事案については、男子間での均等分割という慣習的实践 (customary practice) が唐代において公式の法的サンクションを受けていた。それ以後この社会的慣習と法的規定との一致は、この原理の殆ど普遍的と言つて良い遵守とそれをめぐる紛争と訴訟の縮減に大いに役立った。原理と実践とが乖離した所では、条件付き土地売買の普及について実際に見られたとおり、法の中にある曖昧さが紛争に対する法的チャレンジを助長した(16)。

ヨーロッパの文脈に根ざすオリジナルな定義に固執するならば、この文章が意味するところは、唐代以来、相統のルールという慣習法の中でもっとも重要なこの一分野において少なくとも、中国にはもはや慣習は存在しなかつたということである。そうしたルールが基本的に成文法に合致し、そしてそれらの遵守が「殆ど普遍的」である場合、我々がそこで扱っているものが黙示的慣習法の一要素としての「慣習」ではないことは明らかである。公式法の遵守のことを慣習と考える、あるいは慣習法を成文法の大まかなコピーと考えることは問題を混乱させるだけである。最も啓発的なのは実は、慣習と法とが単一の相統システムに収束しながら同時に実践は原理から乖離し得た、というホアンの見解である。実際、歴史資料も学者の研究も「相統をめぐる」用語と形態の非常なバラエティを提供する。しかし一旦学者達が慣習を規範システムとして描こうと試みた

ときは何時でも、彼らはそれを全中国について当てはまる一般像として描く以外のことではできなかった。現時点でなお欠けているのは所謂「地方慣習」を、地方レベルで一定のコミュニティのために機能する特定の法的原則あるいは一組のルールとして我々が把握することを可能にするような中間項なのである。

仁井田陞は中国法の他の多くの諸側面と並んで慣習法研究についても偉大な開拓者であるが、彼は地方毎の特殊性を慣習の本質的要素として強調する(17)。最近、清代における中国慣習法について非常に包括的な研究を公刊した梁治平も同様である(18)。両著者とも彼らが「法格言」(法諺)と呼ぶ地方的な言い回しにとりわけ興味を向ける。仁井田によつて蒐集された格言は、例えば湖北省に流布していた一つを引けば「五里ごとにしきたり」(Hes)は異なり、十里ごとに習慣が変わる「五里異風、十里改俗」の如く、どれもが慣習の多様性を再確認する。しかしこれらの諺は慣習の非常に多様性という印象を我々に与えるだけで、それらの間の差異を特定し且つ局地化する (define)。訳者注：特定の場所に結びつける) のには役立たない。それゆえに、仁井田がそれを西洋の諺「慣習は駅通で馬を換える毎に変わる」と類比するのは甚だ皮相的である。というのも、それだけでは慣習それ自体がその内容あるいはその意味づけにおいて多様なのか、それとも単に同一の基本的な慣行や概念を指すために地方的に用いられる用語が違うだけなのか分からないからである。梁治平について見ても、彼も同種の「ことわざ」(法諺)を引いた後に、地方的に利用される非常にたくさん「法的用語」(法語)を記録しているが、それらが本場に一つの場合に特有のものなのかについては検討を加えていない。その中の二



例だけ引いてみて、私は継嗣や養子を指す「蜻蛉子」が本当に地方的な特性を持つ法的用語と呼べるのかどうか疑わしく思う。実際の言葉は董仲舒のような古典的作者の文章の中にも、また『文献通考』のような行政文書の歴史的編纂物の中にも見いだせるし、また清末に到るまでの間、中国中の民衆によつて共通して使われていた(19)。幼少の内に養子にとられた花嫁を指す(童養媳)という言葉も同様に広く用いられており、これも局地化するとは不可能である(20)。二人の著者が共に慣習法の最も実体的な表現であると考える「地方的ルール」(郷例)(土例)(俗例)を定義しようと試みる場合にも、同様の困難が起こる(21)。換言すれば、中国の慣習はその定義からして地方的であるかに見えるのだが、その内容と実体は定義したり局地化したりすることが非常に困難なのである。

#### 「生ける法」あるいは「自生的秩序」としての慣習

地理的な曖昧さは権威のルーズさの別側面に過ぎない。ただ、慣習や慣習の実践の存在に言及することが非常に容易に見えるのに対して、それらが特定の場所の人々によつて拘束力を持つものとして感じられていたか否かを調べることは殆ど不可能である。そこで私は、規範の性格と権威全般、その働く様々な仕方などについて、特に人類学者達と(一般的・本質論的な仕方)で議論することは一切見合わせることにして、むしろここではこれまで民事慣習法と想定されてきたものの存在と性格に全精力を集中することにした。これならば、それらの諸慣習が法的権威を持つものと推定されていたか否か、およびそれらの諸慣習が国家法とどの程度にその法的権威を分かち合っていたかという問題だけを検討すれば足りる(22)。

仁井田氏は彼の分析の大部分を「生ける法律」としての(法慣習)(law-custum)に捧げている。それは狭いグループ(村落、ギルド、クラン)の内部に存在し、「今ここで」(here and now)あるいは「アドホック」(ad hoc)と称されるべき権威に基づくものであり、その有効性もグループ成員の積極的・実在的・事理的遵守とその日々の繰り返しの範囲内に限られており、国家法や公的権威による如何なる承認も欠けていた。慣習はその慣性的な力と進化のダイナミズムを共に社会それ自体から引き出すものと考えられていた。そこで仁井田は、地主と鄉村エリートに有利な保守的な「古い慣習」と、地主による慣習的な搾取に対する佃農達のレジスタンスを通じて明代に現れる「新しい慣習」とを対置する。彼は、佃農の叛乱のリーダー鄧茂七が一四四八年に、毎年地主に鵝と鴨、即ち「冬牲」と呼ばれる礼物を提供するという「長く守られてきた地方的ルール」に対する集団的拒否を主導した筈で最初にとの様に訴追されたかを述べる。そうした拒否が兵士数人を殺害する叛乱に到つたあと、鄧は逮捕され投獄された。州県長官がどの程度までこの「地方的ルール」(郷例)を尊重したのかははっきりとせず、また仁井田もそのルールがその後も維持されたのか否かについて何も伝えない。これは非常に偶然的な仕方ではあるにせよ司法当局の態度が引き合いに出された唯一の出来事なのであるが、そうしたことには著者は関心を向けない。著者の狙いはどの様にして新しい進歩的な慣習がマルクス主義的な階級闘争から生まれてくるか、そしてこれら新しい慣習が対立する社会勢力間の力の均衡のつかの間の正常化以外の何物でもないことを示すことにある。仁井田の議論はこれらの「新しい慣習」が可能にした経済的ダイナミズム、即ち佃農地主

間の関係の全面的な商業化・商品化の必然的の到来についての非常に説得力のある記述で終わっている。

この記述はその後のアメリカ人学者達による研究を予兆している(23)。そして視野が社会経済史の中に限定されている限りは私もそれを非常に説得的なものだと考える。ところがこのマルクス主義的な図式が慣習法の観念(ちなみにマルクス自身は彼の最初の著作でそれを厳しく拒否していた。『ユダヤ人問題について』を参照せよ)に結びつけられると、そこで様々な問題が起きてくる。その原因は、慣習法というものが基本的には伝統という権威に依存しているという点にある。ヨーロッパの理論家達が慣習を司法当局が保存しまた強制しなければならぬ「太古からのもの」と性格づけたのは決して偶然ではない。慣習の立法者として先祖やそれに類する人物の名前が擬せられるにしても、実は時間こそが慣習の天性の立法者である。すべてのルールが争論の対象とされる時、また権威が直接的に社会的なバランス・オブ・パワーから生まれるとき、我々ほどの程度までなお慣習の世界の中に居るのだから。ひとたび過去というものが退けられ、変化というものが社会生活の一般的なあり方になってしまったとき、慣習の源泉はなお何処かに存在するのだろうか。もし仁井田と共に我々が慣習を事実と慣行の中から芽生えるものと考えてしまった場合、では一体何が慣習に法類似的の性質を賦与するのだろうか。法をそこまで生の事実に染まったものだと認めてしまった途端、我々は「デファクトな法」とか「プラクティカルな法」といった逆説的な考えの畷に落ちることになる。確かにそれはまさに「生ける」法に違いない。しかしそれはどの様な意味で「法的」と言えるのだろうか。

梁治平もまたこれらの(郷例)に非常に注意を払う。彼はそれらを「人々の間にある法」(民間法)、一種の「自生的秩序」と見なす。彼はそれを国家法や法廷における判決と結びつけようとする西洋学者達のすべての試みに批判的であり、とりわけフィリップ・ホアンによって定義された「司法の第三の領域」(後述)の存在を認めることに抵抗する。滋賀秀三に賛同して彼は、民事紛争についての法的決定は成文法や慣習に基づいてはなされず、それらはそれぞれの事案毎に現に存在する特殊性に従って、その情況への理解(情理)を伴って決着されたと考ええる。それこそが単一かつ唯一のルールなのである(24)。梁は慣習法と国家法(両者は多くの場合、融合したり重なり合ったりしているのだが)との間の「分業」というアイデアに対しては頑なに反対はしない。しかし梁の見解によれば、この時々おこる協働はけっして公式化されなかつたのであり、その結果として体系的な民事法の形成を排除する程度にルールズで混乱したものとどまつた。州県長官の慣習に対する態度については梁は、州県長官達は主にはその是正、時にはその操作の目的で民間の「しきたりと習慣」(風俗)を實際考慮に入れたが、けっしてそれらを法とは考えなかつたし況や国家法に対して従属的地位にあるものだと考えなかつた、と理解する。彼は清代の長官達がどの様にして日常的かつ明示的に慣習に反する決定をしていたか、それどころか慣習を断固禁圧していたかの幾つかの例を示している。梁の見方を梁自身の言葉で要約するならば次のようになる。

文化内在的視点からすれば、そこには一種類の法しかなく、そしてそれは国家法であつた。我々が慣習法と呼ぶものは、「民間の感情と地方的習慣」(人情土俗)の一部に他ならず、そ

の保存あるいは根絶は主要には当局者がそれを善と考えるか悪と考えるかに依存した(25)。

梁のテーゼについての私の問題は部分的には用語法の問題である。私は、民間習慣についてのこの種の制定法的で教化的な概念化に対して「慣習法」という(「社会的ルールを意味する」名前を与え、これらに抵抗がある)のである。後に検討する史料が示すとおり、これらの習慣を「保存あるいは根絶」する決定は、それらが地方共同体の中で共通して遵守される良く定義された一揃いのルールとなることを阻止する仕方で行われた。また仁井田も梁もそうしたルールが実際に働いている様を示さない。その結果として、「生ける法律」とか「自生的秩序」といった観念は非常にフアジーなままであり、さもなければそれらは社会秩序や社会関係の別の名前に過ぎない。私は「慣習法」という言葉は、慣行と感情との無定義な集積のためではなく、公式法とは区別される一種の規範的秩序を枠付けるために取っておかれるべきであると主張したい。このように考える限り、法廷での裁判を通じて明示的で一刀両断的なものとされることなしに、どうやってそうしたルールが自分自身で形作られるのかをイメージすることは難しい。

#### 法廷における慣習——永遠に捕まえどころのない証拠

帝制中国において慣習法あるいは民事法が発展したか否かを決定するのに、法廷による慣習の承認とその法的強制とは決定的な重要性を持つ。実際、原住民を統治するため、民事法の代替物としての慣習を探し求める営為は、植民地法の実践の中にその起源を持つ。中国の会審裁判所の判事達、香港やシンガポールの立法者達、清国

や民国政府から招聘された法専門家達、そして植民地台湾の日本行政当局者達、彼ら誰もが中国慣習法の創作に貢献した(26)。彼らの豊かな経験は、一九二〇年代に中国民法典の作成を助けるために中国政府に招聘された民法学者ジャン・エスカラの中にその統合者を見出した。その著作「中国法」の中でエスカラは、彼および他の西洋人法律家達の中国法についての経験をフランソワ・ジェニーから借りた一般理論で再解釈している。ジェニーは有名なフランスの法思想家でありその努力の大半を民法法の慣習的構成要素の再生に捧げた。ジェニーの図式に従ってエスカラは、「人為的に構成され」、公刊されており、主に刑事的で且つ国家によって強制される成文法を、「天与」で不文で慣習的な私法と対比した(27)。エスカラにとっては慣習的な私法は日常生活において公的な成文法に勝るのであり、中国が基本的には「慣習法の国」であるという事実は、近代民法法がこの基礎の上に築かれることを要請した。近代の法と法廷は、長いあいだ地方慣習を適用することによって民事事案を解決してきた地方的諸権威と、ただ協調しさえすれば良いのである。

この新しい民法典は慣習に重要な役割を認める。疑いもなく慣習は客観的な価値を持っており、その価値こそが慣習をいかなる立法的な承認からも独立したものとす。旧時代の賢明な州県長官や農民の中人そして賢明な商業ギルドが訴訟を解決しなければならぬ時に慣習(すなわち自然秩序の表明)を適用するの法による許可や命令を必要とはしなかった。しかし今日の法廷は法にうながされて慣習を引用しているという事実だけによっても慣習に一種の承認を与えている(28)。

我々はここで「自生的秩序」テーゼに非常に接近している。しか

シエスカラは「法をまず第一に裁判との関係で捉える」西洋の法律家として、ここで「賢明な州県長官」を再導入するよう義務づけられていると感じた。地方的裁判権の前における法と慣習の牧歌的關係の想定は後にシビル・ファン・デア・シュプレンケルによって発展させられた。一九六二年に刊行された彼女の簡潔な書物は清代の法制度を「全体として」把握する試みである。そこでは「地方的で慣習的な裁判権」は、最後の最後に国家的權威に訴えることと地方社会との間を繋ぐ架け橋であった(29)。そうしたものとして、これらの裁判権は「社会関係の慣習的な形態」に依存していた。それに附着する権利と義務とが、両当事者の何れが正しく何れが間違っているかを決定したのであり、それは妥協が成り立つ線を引く裁定者によっても考慮に入れられた。これらのルールと裁判実践は地方的な規範システムを提供する程に論理一貫性を持っていたのである。

これら慣習が特定領域の人々の間で持つ受容の程度、およびそれらが地方公衆の承認の下に地方的リーダーによって強制されているという事実を鑑みれば、我々はそれらを慣習法として記述する正当性があると私は考える。そして村落リーダーが執行していたのはまさにこの慣習法であった(30)。

ファン・デア・シュプレンケルは慣習に拘束力を賦与するために国家的權威が関与していたことを強調する。彼女は、我々も後に検討する汪輝祖の有名な官箴『佐治藥言』の一節を引いて、長官の「法規ではなく慣習への愛着は、衙門側の怠慢のせいではなく、むしろ公式の政策である」と結論する(31)。かくして全体の論証の要はその所に所謂「長官による地方慣習に対する尊重」なるものが存したか否かということになる。そして最近フィリップ・ホアンに

よって「司法の第三の領域」として描かれたものの基本的要素もこの点にあると私は考える。確かにファン・デア・シュプレンケルは明示的には民法法について書いていない。しかし彼女が「慣習法」というラベルの下で縦横に描いた内容と手続きは、後世の学者によって想定される「私」法あるいは「民事」法と非常に似ている。かくして彼女は非常に自然に、この伝統的慣習法から、民国期における慣習の蒐集編纂を通じた近代民法典とその付属物の起草に至る連続性を強調する。そしてそれはホアンの著作の中に見られる推論と殆どそのままなじものである(32)。次にホアンを含む幾人かの現代アメリカ人研究者について検討してみよう。

ファン・デア・シュプレンケルによって提供された推論の一般的パターンは、この二十年ほどのアメリカ人学者達によって完成され、また洗練された。婚姻・土地財産・債権債務事件を扱う「民事事案」が台湾省の予想外に膨大な司法業務の内実であり、それらの事案は一般的には清律の規定する刑罰とは極めて異なる手段が「民事手続き」と呼ぶところの手段で解決されていたことを示したことは、デビット・バクスバウムの功績である(33)。断片的な手続きから「民事法」と呼ばれるに値するような包括的な法システムまでの間には大きなギャップがあるのだが、バクスバウムや他の学者達はそのギャップを埋める空しい試みを行ってきた。ここで最も決定的な問題は、州県長官達が社会関係の慣習的な諸形態から引き出した様々なルールを、些細な「民事事案」の解決の中に盛り込むという意欲あるいは嗜好を持っていたか否かという点にある。バクスバウムは最近、清朝中国に「政府には法規があり人民には契約がある」という良く見られる民間の諺があったことを理由に、契

約を人民間の法と見なすことを提案した(34)。契約は多様であり非常に様々の目的(婚姻、養子、土地売買)の為に用いられ、一定形式の文書の形で洗練されている。となれば、それらこそが「社会制度と法制度」によって強制される私的・慣習的な民事法であつたということになるのではないか。バクスバウムは更に進んで「刑事訴訟まで含めた訴訟さえも、しばしば契約・盟約(Bonds)・規約(stipulations)によって解決された」とまで想定する(35)。

この魅力的で史料の裏付けに富む見方は、「清代契約の柔軟性と関係当事者の意図への影響力とは、清代契約に西欧の近代的契約にのみ知られているある特質を与えた」と主張する(36)。私はこれを近代法の成果としての「契約社会」、というウエーバーの観念への言及と解釈する(37)。ウエーバーも、私的な法的交渉を通じて法を創造することを個々人に許すような自由、という似たような見方を提供している。しかしウエーバーはこの自由を、緊張関係に立ちつても協働して働く二つの巨大な合理化への力、即ち市場の拡大、膨大な財(とりわけて土地)の商品化と、社会的諸活動の一般的官僚制化という二つの力の個人レベルでの屈折した現れとして解釈していた(38)。この文脈では、契約者の意志が「法的強制によって保証された」暁には愈々もって契約の自由は広く行き渡るのである。ウエーバーの発展図式の他の部分を読むと、我々はこの「契約社会」が、法が「完備したシステム」となり「私的關係」が公的ルールの枠組みの中に強固に定着された所においてのみ発展可能であるということを理解する(39)。それとは対照的に、バクスバウムは「清代の」律は周辺のな仕方ではか民事事案に触れない」という想定から始めて、「契約の自由のための実質的な領域が存在した」と

いう推論に至る(40)。つまり自由は法システムの不備によって促進されると想定され、また契約によって形作られる私法は公式法と対立的に発展すると推定されているのである。

この「契約の自由」の諸例は私を非常に落ち着かなくさせる。ただ私はここで「契約によって解決される刑事訴訟」の怪しげな性格についての道徳的な考察をくどくど論ずる気や、ジャングルの法は法システムの一種とみなせるか否かといった議論に立ち入る気はない。むしろ私は、時の力によって担保される論理一貫した一組のルールを通じて社会を構築するという「慣習法」の理念それ自体に焦点を当てようと思う。バクスバウムは、「契約は一方で慣習や慣習法の実質的影響を受け成文法によって制約もされ、また他方では当事者の意図にも実質的な影響を与えていた」と主張する。しかし彼は「契約の自由」が慣習法に反して働いている重要な幾つかの例も示している。例えばある家族がその子孫を金銭で他の家族に譲ると述べたり、また男の跡継ぎの姓について同様の取引を述べたりする婚姻契約書(婚書)は、一体どうやれば慣習的な相続システム・婚姻システムと折り合いが付けられるのだろうか(41)。この「契約の自由」が必然的に子供や女性の売買を伴うこと、それゆえ近代的な個人の自由と混同することはできないことは一まず措くにせよ、決定的な事実はこの人間の商品化が伝統的な相続ルールと家族関係を危うくするという点である。バクスバウムは中国法の「驚くべき柔軟さ」を強調するが、私はその規範的枠組みやガイドラインの顕著な欠如の方に強い印象を受ける。民事法・慣習法といった表現は、あるいは契約の自由といった表現すらも、ある程度の法的制約を、そしてそれゆえ最低限の厳格性を前提とする。バク

スパウムの慣習法は、私には仁井田のマルクス主義的な「新しい慣習」のリベラル版のように見える。そこでは取引の自由が階級闘争にとって替わっているのである。どちらの場合も「社会」あるいは「市場」だけが自由なのであり、それに対して個人的行動や人間関係はもはや予測可能な規範（それが国家によって与えられたものであれ、過去から引き継いだものであれ）によって規制されてはいない。そのような当てにならないものを我々は果たして「慣習」と呼ぶべきなのだろうか。

私にとって最も奇妙なのは、バクスバウムがこの極端な柔軟性を、契約は「長官が衙門で適用する民事実体法の体系」の一部をなしていたという仮説と折り合わせる所にある(42)。これらの契約の大部分がどんな法システムの長官も強制しそうな性格を持つているという点はさておいて、重要な論点は、これらの見るからに一貫性を欠いた処理が、人々が自覚しまたそれに拘束される機会がある前提的ルールに言及しているか否かという点にある。バクスバウムは「契約は民事法システムの中で重要な役割を果たしていた」と想定するが、彼は私的利益に左右される個別の調整がどの様にして論理一貫した法システムを生み出すのかについて説明をしていない。それは「長官が衙門で適用する民事法の全体」と調和していたのだろうか。バクスバウムはたった一つ、質契約についての訴訟で法廷が地方慣習に言及することになった例を挙げている。三年以上前に一時的に田畑が水に漬かったことを理由に小作料の支払いを拒んだ佃農に対して長官は、開墾後三年経ったら小作料を支払わなくてはならないという内容の地方的慣習（俗例）に基づいて小作料支払いを命じた(43)。「慣習」が地方法廷で強制された、というこ

のユニークな例は確かに考慮に入れられるべきではあろう。しかし如何せんそれは慣習的な民事法システムを構成すべくは余りに孤立的である。

フィリップ・ホアンによって刊行あるいは編集された諸著作はバクスバウムの研究を有利に補充する。というのも、それらの著作は中国大陸の檔案の苦勞の多い検討に基づくものだからである。ホアンの知見は、「民事事案が地方法廷の取扱件数の相当部分を占めており」、それはどの場所であれ、その大部分の人々にとって刑事事案よりも重要でありまた日常的関心事であった、というバクスバウムの一般的主張が全中国について正しいことを立証した(44)。ホアンは、ファン・デア・シュプレンケルが「地方的、慣習的裁判権」と呼んだものについて、それらを彼の所謂「司法の第三の領域」に含めることによって、より詳細でリアリスティックな記述を与えた。この「第三の領域」は法廷による公式の裁判と民間での調停とをつなぐインターフェースであり、そこでは（郷保）が中心的な役割を果たした。時には地方エリートから、しかし多くの場合は比較的質素な財産を持つ自作農から選ばれた者として、（郷保）はある時は法廷のエージェントとして、またある時は地方コミュニティの代表者として振る舞うという居心地の良い地位に置かれていた。裁判のために地方法廷で受理された「民事事案」の大部分は、非公式調停のために（郷保）に送り戻された。長官のすべての技術は、より好ましい解決を見つけるためにはどう振る舞うのがベターなのかを原告と被告に理解させることにあるが、それは（郷保）の調停を通じて行われるのである。ホアンはこの権威の下げ渡しがもたらす権限乱用の諸事案を集めることを通じて、このシ

ステムが持つ負の側面を指摘することを怠っていない。彼は、最も上手く行った場合でも、「司法の第三の領域は、治安維持と法という双子の配慮に注意を向けることによって、またこの二つのジョイントワークを通じて紛争を解決するのに成功をした」と述べている(45)。

ここでの問題は叙述にはない。それはファン・デア・シュブレングルやエスカラのそれよりリアリスティックであり、また遙かに牧歌的度合いが少ない。問題はこれらの事実を彼らの「民事法」という枠組みと折り合わせる部分にある。ホアンの議論のどの部分においても(郷保)やその他の非公式裁判制度の調停主体達は、特定の一組のルールに従って振る舞うとは想定されていない。「慣習的実践」が言及されるとき、それらが示すのは「家産を均等持ち分に分割するための延々たる討論 [protracted discussion]」である。それは親族間での一種の総力を挙げての交渉であり、以下に示すとおり、それは最後には法にも民間習慣にも最も壊滅的な効果を持つことが明らかになる。相続者間の平等はホアンが指摘するとおり唐代以来、社会的慣行と成文法との何れからも認められた一般のルーズな原理なのであり、そしてそれに関しては延々たる交渉以外の如何なる慣習も見いだせないのである(46)。かくして特定の裁判分野の運用の中に「民事法」を発見しようという試みは、調停や裁判が(郷保)や長官による単なる恣意的決定にならぬよう防止するルールや原理を提供することに失敗する。同様にホアンは、長官による公式の裁判についても、地方的ルールが法廷により確認・強制されたという例を一つも挙げていない。

ホアン自身は慣習が法廷によって承認されたか否かの問題を論じ

てはいないが、彼がキャサリン・バーンハートと一緒に編集した清代民事法についての書物に投稿した他の学者達によってその仕事はなされている(47)。ヒュー・スコーギンは伝統中国における民事法についての注意深い検討の中で、西洋法制史の視角から見れば「慣習はしばしば公式の法システムによって適用される法源、原理、あるいはスタンダードとして機能している。そこでは法と慣習の境界線は消滅しやすい。慣習とはしばしば法のことである」と述べている(48)。この一般的言明は次の疑問を導く。即ち「中国の長官達は司法的決定に到るに際して慣習に依拠することを、どの様な言葉で正当化していたのか」。スコーギンの回答について言えば、我々はそこに「近代西洋のカテゴリリーの直接適用は中国の経験の機微を曲解させる」という警告を見つける(49)。しかしもしそうだと言うなら、なぜ中国の法伝統における「民事法」や「慣習」を論じたりするのだろうか。マーク・アリーは、台湾の法廷の判決の中に占める成文法・文化および慣習の相対比率を評価する試みの中で、長官達の地方的慣習的ルールに対する大きな関心を強調する。実際、彼らは注意深くそれを記録している。しかしながら、家産分割に際してその割り当て方について特定の外的な形式性が尊重されるという点を除けば、法廷によって配慮され強制された実質的ルールは見あたらない。アリーは結論の中で法廷の慣習に対するある種の不信を強調する。即ち「知府や州県長官といった局外者にとつては、地方慣習の風変わりさや複雑さは、判決に到る際につきまとう避けがたい混乱を極小化あるいは排除する為の方法を探すことへと彼らを仕向ける働きをした」(50)。

最近のアメリカの諸著作はエスカラ、ファン・デア・シュブレングル

ケルおよびその他の従前の学者達によってスケッチされた図式を、司法実践についての大量の情報を提供することによって洗練しはしたが、地方レベルで民衆によって遵守されるルールに対する長官の態度という重要な論点については、十分に説得的な回答を与えられなかった。仁井田や梁によって考えられた「生ける法律」や「自生の秩序」と、西洋学者達によって強調された「民事司法手続き」との間にはなお広いギャップが存在する。このギャップだけが「民法」更には「慣習法」が清代晩期に発展したという仮説を我々が立てることを妨げているのである。そこで今度は、清代の行政的・司法的な文献についての私自身の読解に基づく幾つかの別の見解を付け加えることにしよう。

#### 清代の行政的文獻（官箴、判決集、省例）からの証拠

先に帝制期において慣習の蒐集物が不思議なほどに欠けていると述べたが、それは長官達が彼らの統治する人民の習慣と慣行に関心を払わなかったことを意味しはしない。むしろ反対に、彼らはその著作の中でしばしばそれらに言及した。民間慣行は以下の三種の行政的素材の中に現れることが多い。第一は「長官への勧告」（「官箴」）というジャンルの概括的ハンドブックであり、それは他の主題と並べて地方慣行をどう扱うかを教えていた。第二には判例集、即ち練達の官によって下された判決の蒐集物があり、それらは同僚や後進達のモデルとして推奨されていた。「慣習」を扱う判決の幾つかを後に引用する。最後に、幾つかの極めて包括的な「省の規定」（「省例」）があり、その中では地方の「しきたりと慣習」（「風俗」）は流行のアイテムである。

私は上で検討した様々のアプローチ、とりわけ最後のそれとは非常に異なるアプローチを提案していることを自覚している。というのも私のアプローチはオリジナルな地方檔案に依拠していない。印刷された官僚制の文獻は確かに既に研究されている。しかしそれがカバーする範囲は広くまた多様なので、これまでなされてこなかった無数の分析の余地（官僚制の文獻についての概括的記述をさえ含む）は残されている（51）。今日までそれは主に行政活動一般を記述するために用いられてきており、法的推論や紛争解決の分析のために用いられることは稀であった。一章丸ごとを官箴に割いたフィリップ・ホアンの著作は、この点において非常に革新的である（52）。しかし同時に彼は官箴を読み解きながら、彼の所謂「表象」[representation]——「長官の道徳文化」および彼らの「スタンダードな法的言説」を指す決まり文句である——と「実践」[practice]——こちらは社会現実により接近するために「民事的」判決を暗々裏に容認する——とを組織的な仕方に対置する。私は、この価値ある歴史史料の利用を制限しかねないそうした留保を彼とは共有しない。まず第一に、長官は社会科学者ではない。どの国においても、また事実の問題についての記述においてさえ、官僚の書く文章は常に「こうすべきである」「かくあるべきである」といった次元を含むのであり、それがそれがそれら文書の法的性格をなすのである。私には清代の法的文獻が近代のそれよりも紋切り型であったとか、アメリカやヨーロッパの裁判官の判決は「表象」によって左右されなかったといった話は信じられない。第二に、法は明確に述べられなければならない以上は（*uris dictio*の語源「法を言う」）を見よ）、法というものを言説や表象と恒常的に対立する暗



黙の実践に由来するものとして解釈することが果たして可能なのかを私は疑問に思う。そして最後に、私が調べた判例集にはイデオロギー的性質や道徳的性質を持った「法的言説」は殆ど見えないのに対して、特定の事案を合理的に解決するために練り上げられた法律家的な推論がより多く見られる。ホアンは事案の実際の解決かさもなくば長官のイデオロギー的言説かのどちらかに関心を集中するので、個別事案の合理的な論証過程といったものには殆ど関心を払わない。しかしながらこれら事案を法的な仕方では扱えない。あるいはもつと正確に言うならば、裁判官の実践とは手許の事案について司法的な解決を見つけて出すことから成っているのである。このように考えた場合、長官のハンドブックは檔案資料より顕著な優位点を持つている。何故なら裁判官達に地方的慣行をどう扱うかを教えるために選ばれ・集められた諸事案は、中国の裁判官達が「民事事案」を取り扱うための特定の理論を持っていたか否かについての情報を檔案よりも遙かに多く持っているのだから。

「勸告」ジャンルの概括的ハンドブックには、長官が慣習に対して当時持っていた態度についての文章が収められている。それらの中で最も有名な汪輝祖『行政補佐官の爲の改善的忠告』（佐治葉言）は、数世代にわたる清朝官僚達とその仕事のABCをそこから学んだ引つ張りだこの書物となった（53）。既に言及したとおり、地方的慣習についての汪輝祖の短い一節はファン・デア・シュプレンケルによって、長官達が法よりも慣習を適用することを好んだ証拠として引用された。これが私が彼女の翻訳を論ずることにした理由である。傍点を付した文章は、この翻訳が私にとつて非常に問題

があると思える箇所である（中国語の原文は附録に載せる）（54）。

地方慣習を尊重しなければならぬ（須体俗情）

法律秘書の学ぶべき第一のことは律を知ることである。しかしその適用の技術は人々のやり方について同情的であることの上により多くある。慣習がしばしば場所毎に違ふ以上は、先入見無しにそのすべてを見いだし、それをあなたが遵守すべき主要な関心事とすることが不可欠である。もしあなたがそれが地方的慣習が価値を置くものと対立しないかどうかをまず顧慮することなく刑法や論旨にのみ従つて振舞うようなことをしなければ、衙門と人民の間にはハーモニーが生まれ、長官の名声は広まり、それに従つて彼の秘書の声望も上昇するだろう。それとは反対にいかなる場合にも法を厳格に適用するようなことをすれば、たぐさんの不平と不満が起こつてくることになる。同意を通じてのみあなたは善を促進し悪を駆逐できる、という古い諺がある（55）。

以前の学者がした翻訳について論ずるのは愉快なことではない。それをすれば難癖を付けていると見られるリスクを負わなければならない。時間においても価値においても我々から遠く離れたテキストを翻訳する作業には、確かに必然的に個人的解釈に対する広い寛容を必要とする。にもかかわらず私はこのファン・デア・シュプレンケルの翻訳は、誤解を招く解釈だと考える。そしてその解釈は現在もなお地方社会についての多くの記述の背後に潜んでいるのである。そこでその問題をここで詳しく論ずることにしたい。私はタイトルは「地方的」習慣と精神を注意深く調査することが必要である」と変えるのが最も良いと思う。何故なら、①「尊重」では曖昧

である。「法を尊重する」ことと「他の何かの信念を尊重する」こととは同じ事ではないのであり、この翻訳がその二つの意味を混同させることを私は危惧する。②中国語の「(全体)」という語には「尊重」という含意はない。むしろそれが意味するのは「自分自身を別の場所に置く」ことであり、それゆえ「理解しよう」と試みる「意味になる。③(俗情)は習慣およびそれが含む精神との状況的な関係を意味する。それは習慣と見なせないこともないが、但しその際には、非常に強い「中国的性格」を伴った、と言わなくてはならない。

問題の二つの文章に対する私の批判はもっと深刻である。そこでは「慣習に対する尊重」が法の強制と対置されている。一番目の文章についての私自身の読みは以下のとおりである(より完全な翻訳については附録を参照)。

慣習は場所毎に異なるので、あなたは先入見のない態度で「それについて」探求するべきである。もしあなたが、諍いが起る、やいなやそれに対処する際に、まず第一にこれら「地方的」習慣が価値とするものを十分に勘定に入れ、そのあとに「もし調整が失敗した場合には」法と命令に訴えるようにすれば、当局と庶民とは上手く協同し、云々。

私には長官が慣習に従わなければならない、あるいはそれを「遵守」(abide by)しなければならないと想定する如何なる根拠もここに見いだせない。むしろ長官は、非公式の調整を容易にするためにそれに習熟するようにと忠告されているのである。更に重要なのは、ここには法と慣習の間の対立といった考えは存在しない。そこにあるのは法を最後に訴えるべき手段としてとっておこう、よりソ

フトなやり方が失敗した場合にそれをを用いようという配慮だけである。

第二番目の文章については、私は次のように読む。

(……)そして法専門家の声望も自ずと盛大になる。「それに對して」もし私が何時も自分自身の方法に従つて仕事を進めるならば、おそらく不満は成長し不平は増すことになるだろう。

ここについては、「如何なる場合にも法を嚴格に適用する」と読む理由が私には分からない。(我行我法)は、「もし私が自分自身のやり方(「法」ではない)に従う」、つまりは人民の習慣や感情を顧慮することなく、ということに単に意味にするに過ぎない(56)。かくして、この地方統治に関する最も権威ある文章の中に法と慣習の間の対立の観念を見いだすことはできないのであり、況や長官が法よりも慣習を具現することを好むといった話はなおさらである。最大限見積もっても、我々が持つているのは地方的習慣を考慮に入れば、そして裁判をしたり法を強制する際には心理学と教育学を弁えて——つまりは機転を利かせて——振る舞えという忠告なのである。

別の資料は、汪輝祖が本当に長官に従うように「勸め」ていた慣習に対する態度がどのような種類のものであつたかを確認し特定することに役立つ。彼のもう一つの影響力のある書物『学治臆説』(統治の学問のための個人的忠告)には、「職務を始めるに際しては、しきたりと慣習について研究しなければならぬ」という標題を持つ非常に似た一節が含まれる(中国語のテキストと完全な翻訳は附録を参照)。そこには次のような一節がある。

新しいポストに就いたとき、長官は彼の個人的意見に従つて

紛争を裁判してはいけない。なぜなら、もし彼の決定が公衆の意見と調和しなかった場合には紛争が起こるだろうし、もし彼が頑固に自分の意見を主張しても、力でそれを強制することは愈々難しくなるだろう(57)。

ここでも再び、メッセージは機軸を利かせて裁判を行えということにあり、法と対立する慣習とか、慣習への服従といった暗示は一切無い。我々は汪自身が彼自身の忠告と勧告にどの様に従っていたかを示す資料も持っている。年をとり体が麻痺した時点で彼が書いた自叙伝『病榻夢痕録』には、長いキャリアの中で彼が下した沢山の判決が含まれている。この本は、概括的ハンドブックや司法上のモデルを提供する判例集として読むこともできる。次の一事案は、私の目には「地方的な習慣と精神」に対する配慮の完璧な例証と映る。

一七五六年、汪は二十七歳の刑名幕友であり、病を得て無錫県に逗留を余儀なくされていた。そこで彼はその地の長官の刑名幕友から難事件についてのアドバイスを求められた。幼い「養子にとられた花嫁」(童養媳)、「旧姓・周」(周氏)が彼女の花婿の叔父と情交した。叔父も花婿も浦姓に属している。中心論点はこの事案が通常の、つまりは親族関係にない者同士の姦通として裁かれるべきか、それとも「大功」の親族関係者間の近親相姦として裁かれるべきなのかを決めることにあつた。後者と確認された場合、清律に規定される刑罰は遙かに重くなる。以下に示すのは、州県長官と按察使との間での長い論戦の決定的な段階で汪によって提示された議論である。「慣習」を扱う文章に傍点を付しておいた。

服制は夫から推す。少女・周氏は、養子に取られた花嫁では

あつても未だ結婚してはおらず、「夫」と「妻」という名はまだ与えられていない。となれば「彼女の叔父」とは言いようがない。しかし按察使は、養子に取られた花嫁が彼女の花婿の父、親を「義理の父」(翁)と呼んで、いたということを根拠にして、再度異議を申し立てた。そうとなれば「義理の父」の弟は否応なしに「義理の叔父」(叔翁)となる。「つまりこれは近親相姦事件ということになる」。そこで私は次のように論じた。

「その少女が許嫁の父を」「義理の父」と呼んでいたという事実は、けつして彼女が既に配偶者となつていたことを意味しない。もし彼女が未だ配偶者ではないのなら彼女の花婿の父が「その言葉の法的意味において」「義理の父」であることはありえない。彼女が彼を「義理の父」と呼んだとしても、それは尊敬にたる高齢の誰にもその呼称を与える地方的ルール(郷例)に従つたのである。これは「良い父・良い母」(翁媪)という表現の中に現れる「翁」であり、「義理の父・義理の母」(翁媪)という表現の中に現れる「翁」ではない(58)。

汪の議論は巡撫によつて受け容れられなかった。汪はそこで許嫁と花嫁がお互いに呼び合つていた呼称を持ち出し、加えて更に再度古典を引用して反論を試み、とうとう最後に刑は軽減された。

私がこの文章を引いたのは単にそれが(郷例)(字義どおりに言えは、地方的ルール)に言及しているからに過ぎない。その語は多くの学者(特に梁治平と仁井田)に従えば、我々の「慣習」に最も近い意味を持つ中国語である。実際、幾つかの側面——私が傍点を付した文章——は、民衆がどれほど強く特定の慣習に合致すべく義務づけられていると感じているか否かを評価すべくヨーロッパ

のカノニスト達が作り上げた、彼らの所謂「民衆の意識」(popular sense)の用法を思い起こさせる。そしてここでも我々は、情文が近親相姦なものか普通のものかを決定するに際して民衆が抱く意識が考慮に入れられているという証拠を手に行っている。ただ、何れにせよこの比較は非常に皮相なものである。中国の長官にとつては、この地方的ルールは「尊重され」あるいは遵守されるべき集合的な社会規範の徴憑ではない。それは単に禁止された行為に刑罰を可能な限りマッチさせるために、その行為自体を測定するため引き合いに出されているに過ぎない。しかもこの「民衆の意識」の中国版では、その行為がどの程度まで意図的であつたか、つまり被告は近親相姦をすることを意識していたのか否かを評価する余地が(裁判官に)なお残されている。按察使は、彼女が夫の父親を「義理の父」と呼んでいたことを理由にして「イエス」と言い、汪は、当地の民衆がその呼称を年長であることが強調されるあらゆる局面で親属外の人間にも用いていたことを理由にして「ノー」と答える。そして最後の刑罰宣告は、こうしたコミュニケーションへの配慮を、「罪が疑わしいときには犯罪を許す」、即ち少なくとも刑罰を軽減するという古典を引用することで更に広げる(59)。次のことは明らかに見える。即ち、ここでは「地方的ルール」とは単に「地方的な習慣と精神への配慮」を持って法、即ち刑法を適用することを意味するに過ぎない。地方的な呼称・考え方・感情は、民衆の「自然な感情」が法の強制を妨げないよう、民衆に彼らが裁かれるやり方を理解させるために考慮に入れられなければならないのである。

最後に面倒な問題が残っている。汪輝祖が何と主張するにせよ、年長者を「良い父」または「良い母」(翁媪)と呼ぶことは決して特定の場所だけの用法ではない。この用法は曾つても今もなお中国中のあちこちで見られ、それゆえ良い辞書はどれも、①義理の父母、②年長者に対する敬称、の両方の意味を載せている。我々はここで再び、「慣習」の局地性についての例の解決不能の問題——時間、空間、法システムといった検討されるべきどの分野の中でも、(従前の中国研究者達の所謂)「慣習」のフアジーな性格を最も衝撃的に示す証拠——に行き当たることになる。もし実際にこの(郷例)が「慣習」とみなされるべきだとしたなら、我々はその慣習とやらが民事的でも地方的でもなく、また国家法からもクリヤーに区別されていなかったことを認めなければならぬ。

#### 判例集における慣習への言及

「民事事案」の中にも慣習への一定の言及は見られる。しかしそれは驚くべき程に少ない。また言及される場合ですらその偶然の一致が何らかの法的意義を持つのか否かは、以下のケースが示すとおり疑わしい。このケースは清代の最も優れた判例集の一つ「判語録存」から採つた。同書は一八二九年から一八三二年まで河南府知府をつとめた李鈞によつて裁判された百件のケースを含む。それらは正確に日付が打たれ、非常にビッドな仕方ですべて述べられたレポートを判決文が締めくくる。婚姻・相続・土地そして債務を扱う判決が三十件ほど、つまり全体の三分の一ほどを占める。ここに我々は「民事事件」に特に関心を向ける知府を持つている(60)。となれば彼が慣習に払つた注意を検討することは興味深いことになるに違いない。ところがそうは上手くは行かないのである。私は本書の中に本当に注意深い検討に値するケースを、たった一つしか見つ

けられなかった。そしてこの評価は一般化することが可能である。即ち、判例集の中に慣習への意味ある言及を探すということは、膨大な量の史料を精読し結局は一件か数件の孤立的ケース、長官の日常的作業の中では非常に偶発的な出来事に關心を集中することを意味する。そしてこのバイアスのある視野の中においてすら、長官の慣習法に対する尊重という仮説を支持するような知見は殆ど存在しない。

一八三二年後半に裁判された「婚約を破棄し判決に抵抗した事案」を検討してみることしよう(61)。彼らの叔母の誕生日の機会に、一人は息子がおり一人は娘(一八一五年生まれ)を持つ二人のいとこが、子供同士を結婚させる約束をした。三人目のいとこが仲人になり、その約束は幾つかのプレゼント(髪飾りと耳飾り)の交換で締結された。それは血縁ある家族間での交差いとこ関係であり、そのこと自体は、後に立ち戻って見るとおり、安定性の良い保証として長官によって古典の引用を通じて正当なものと認められていた。

花婿の祖父が一八二一年に死去した時には娘は喪服を着た。しかし土地と相続をめぐる紛争(内容不詳)の結果この婚約は破棄されることになった。一八三〇年の後半に、花婿の父親が予定どおりに結婚式を設けるよう求めた時、花嫁の父は自分の誓いを否定した。その結果、激烈で公然たる口論が二人の家長の間で行われた。花嫁が花婿の家を訪問するため外出した或る晩、花嫁の父親は紐で自分を縛り上げ助けを呼び、花婿の父がやってきて群衆をそのかして彼に娘を嫁がせるよう強制したと装った。その後すぐ彼は地方衙門に駆け込んで訴訟を提起した。州県長官がその嘘を見抜くのにた

いた時間はかからなかった。長官はまたその機会を捉えて事案の実質についての彼の見方を述べている。

両族による婚姻の合意については、婚約は結ばれているとはいえ、私の見る限り書面の契約文書は存在していない。となれば、王の息子と白の娘はそれでいきなり夫婦の絆によって結ばれたと考えるべきではない。県の長官は「この行政区画に戸籍を持つ庶民達は慣習に泥んでいる(囿り習俗)」であり、六礼を完全に遵守していないことにかこつけて過ちを厳しく問うのは適当ではない」と判決した。事案の特有性に即した古いしきたりを尊重する点で、この判決は無見識ではない。

結果的に州県長官は書面の契約の欠如を彼自身が媒酌人になることで補完することに決めた。しかし史料は、この第一の裁判が情け深く且つ適切でありまた「父母官」の權威が頼られたという事実にもかかわらず、花嫁の父はそれを空証文だと考え別の媒酌人の前で彼の娘を別の男に嫁がせると約束した、と続く。そこで花婿の父は知府の李鈞(本書の著者)に訴えを提起した。しかし婚礼は花婿の父側が対処できる前に挙行されてしまった。「水がこぼれてしまったら戻すのは難しい。壺が割れてしまった時に泣き叫んで何の役に立つのか」と知府は結論し、「婚約を破棄したことは軽い罪だが、判決に逆らったことは重い罪である」という理由で不実な花嫁の父は笞四十を受けることになった。しかし彼が行った新しい婚姻が破棄されることはなく、また元の花婿の父が新しい訴えを提起してこの判決に抗議することも許されなかった。

この事案では法と慣習の間の関係が幾つかのレベルで、また幾つかの層の中に現れる。最も顕在的な所から始めて潜在的なところ

及ぶことにしよう。まず公然と言及されている「慣習」は、或る「習俗」、文字通りには「民間の習慣」であり、人々はそれに泥んでいる（圍）と言われている。その内容とは言えば、媒酌人の前でプレゼントを交換し口頭の約束をすることで結婚を契約することである。そしてこう書かれると、そのやり方があたかも法や古典的儀礼に反していると言いかねないのだが、この対置は大幅に修辭的なものである。六礼も清律も文書契約を婚約が有効であるための絶對的義務とはしていない<sup>(62)</sup>。プレゼントの交換で十分なのである。慣習の実践は既に述べた一般的な場合と同様に、この事案においても明々白々に法と礼とに合致している。主要な問題はその慣習を遵守する義務があると人々が感じていたかどうかという点にある。花嫁の父親がそうでなかったことは明らかに見える。当地の他の人々はどうかと言えば、花嫁の父が事案を法廷に持ち込んだきっかけが社会的な圧力——花婿の父にけしかけられた群衆が娘を嫁に出すように彼に迫った——として組み立てられていたという事実があるが、その程度のはどは推測の域を出ない。また州県長官はそれを嘘として退けながら、且つ婚約の維持を試みている。となると裁判官がどの程度に人々の意志に従っていたのかを知ることも難しい。そしてそうした圧力があつたにせよ無かつたにせよ、花嫁の父は慣習に、更には法廷の決定に逆らうことに何の恐れも抱いていなかった。結局のところ既成事実が公式の裁判にも、またあり得たかも知れぬ非公式の意見にも優先するものであつた。何故なら、慣習が単に「習俗」、即ち基礎的なルールの含意を欠いた単なる事実的慣習として定義される所では、契約を破ることも契約を尊重することと同様に「民間の習慣」と見なされるような事態が早晩出現する。そして後

に見るとおり、少なくとも長官の主張を信する限り、関係の多様な破棄もまた同様にこの地の「習慣的な」(習俗)であつた。最後に、この判決の中で明示的に述べられる「慣習」が非常に貧しい法的実質しか持っていないことに注意しておこう。それどころか、ここでは法と慣習の間にどんな区別も付けられないのである。それらの内容は同じであり、同じ側で評価され、また無視されるときには一緒に無視される。

州県長官と知府とがそれほどまでに実質と効果の乏しい慣習に言及しようとしたという事実は、幾らか意外感を与える。私が考えるに、それに対する最良の説明は、彼らは、「次に示すような」異端的やり方に対する寛容という比較的に込み入った問題の方は一握りの専門家達だけが見抜ける程度に曖昧なままにしており、民衆教化の為に「表向きは」健訟行為の方に光を当ててすることに決めたのだ、というものである。というのも、婚約の成立条件ではなく、婚約者同士が「いとこ」だという事実に関してならば、ここにもちゃんとした実質を持つ「慣習」が存在する。交叉いとか関係という論議を呼びそうな慣行は幾らかあいまいな仕方である(63)。第一は、「盧李之親」、即ち切つても切れない仲で有名な二人の官僚、盧從愿と李朝隱の関係として粹付ける仕方である(63)。第二は、白居易の「朱陳の村」(朱陳村)という題名の詩、即ち朱と陳という二つの姓を全住民が共用していることで有名な村に言及する仕方である。朱と陳とは十世代にもわたる婚姻関係で燃り合わされておられる。期にわたる睦まじい関係の典型とされてきた。私は(地方官達の念頭にあつた)本當の「慣習」は、ここにこそ見出されるべきだと考

えたい気がする。というのも、そう考へてはじめて「民間の習慣」と六礼とがそこで対比される理由もはつきりするから。実際この種の傍系のいところでの婚姻は、儒教の規準では明らかに禁じられていた。そしてそれは明代の朱善なる官僚が一三八四年の題本でこの禁令の緩和を願ひ出るまでは、王朝の律でも禁じられていた。それは明末に再度禁止され、そして雍正期以降再び認められた。そうした経緯で一八三二年には傍系親族間のこの種の婚姻関係は既に法によつて容認されていたのだが、それは「人民の利便」(「民便」)の爲であり、恐らくは光を当てるような典範ではなかつたのだらう(64)。

そしてもしこの傍系親族間での婚姻を寛容に扱おうとすることこそが、この判決の中で「慣習」が言及された隠された理由なのだという私の仮説を一旦認めるならば、我々は愈々もつて慣習法に基づく司法的決定という例の図式からは遠ざかることになる。というのも、そこで「民間の習慣」がどの様に扱われていたかを分析すると、むしろ以下のことが明らかになる。(1)考慮されていた問題は二つの家族に特有のものであり、同様の行為をこの地で、あるいは他のどの地であれ行つている他の人々に対する言及は一切なされていない。(2)ここでは、この特定の問題が古典的な典範と対置されている。それは上掲の汪輝祖の童養媳についての刑事判決のような、「民事事案」よりも広いレンジの問題を扱う時に用いられるテクニクである。(3)このケースで用いられた法的推論は、単なる「人民の利便」であり、それは自分達が地方的ルールに拘束されているという民衆の確信ではなく、長官の評価に委ねられている。(4)この「利便」は、制定法以外の何らかの地方的慣習的憲

章によつてではなく、まさに法典自身によつて認められていた。換言するならば、この慣行は特定の事案を全帝国に通じる法と単純に並置するというやり方で認められたのであり、その両者の間には如何なる媒介も存在しないのである。明代の官僚達や清代におけるその後継者達が、地方レベルの「慣習法」に属していたかもしれないルールを成文化するよう提案していたと想定することは、証明できない推測である。そして次に見る例はそうした推測が正当でも必要でもないことを示すだらう。

#### 特定の判決から法典まで——慣習という媒介なしでの

十八世紀に起こつた法改革の中で最も重要なものの一つは相続に關する民間慣行に対する寛容さの登場である。相続は永く中国社会に消えることのなかつた封建的宗族のために準備された礼的ルールを執行するものだったので、成文法はこの分野においてとりわけて拘束的であつた。成文法は、息子が居ない場合には遺言人が最も近い親属の中から(昭穆)の順序に従つて跡継ぎを指名することを認めた(65)。更にこの相続システムは宗族の中の年長の、あるいはメジャーな支派(Branch)に特権を与えた。即ち兄に息子が無い場合には、弟一家あるいはマイナーな支派は、たゞ自分の所に息子が一人しかいない場合にでも、そこに跡継ぎを差し出さなければならなかつた。このルールをそれを正当化する法格言で要約するならば、「メジャーな支派は断絶することができないが、マイナーな支派は断絶できる」ということになる(66)。

この禁令を迂回しようとする慣習的実践の試みが十八世紀の間に一つのターニングポイントを迎えたという証拠が存在する。その中

で最も普及したのは、「一つの宗族の二つの支派を同一の祖先崇拜の下に再統合する」(承継両房宗祧)。しばしば(承祧)と短縮された)やり方である。そのやり方では、一人の跡継ぎが年長の支派を継ぎ、また同様に自分自身の支派も継ぐことが許されており、その結果どの支派も断絶を免れることができる。この慣行は当初は特定の法的決定によって許されたが、最後には一七七五年に成文化された。例えば汪輝祖による一七六二年の判決は、陶姓の弟の長男が彼自身の家(そこでは彼は彼の父の跡を継いだ)と長兄の家(そこでは彼は彼の伯父を継いだ)の両方の跡継ぎとなることを認めている。幸いにも、汪がこの当時はなお未だ非合法であったこの慣行を認めた時の全議論を読むことができる。その要約は『佐治薬言』に載っているが、包括的に取り上げられ論じられているのは『病榻夢痕録』の中においてである。後者の中では、汪は彼の学理的な議論に敵対したある学者の議論を大量に引用し論駁している。それはさおき、この良く練られた極めて厳格な証明は、問題の慣行を「地方慣習」としては一切考えていない。当該家族が置かれた特定の場合(支派の再統合が既に二世代にわたって行われていた)、「人民の利便」(若い支派の方が富家との婚姻によってより財産もあり生活も良く、断絶させるのは便ではない)、そして最後に礼制的ルールに従うことと「人間の感情」(人情)との間の対立、即ち年長の支派を継続させることと孫を直接祖父の跡継ぎとすることに由り(昭穆)の序列を乱す惧れとの間の対立に光を当てるべく、諸事実が労を惜しまず丹念に述べられる。これは諸事実に基づいて判決の法的根拠が検討される。汪は非法的な「支派の再統合」を(礼記)からの引用「跡継ぎを設ける前に若くして死んでしまった場合

には、彼は彼の祖先の位牌に結びつける仕方では祀られるだろう」に基づいて正当化する(67)。汪に従えば、この古典的な原理は礼制的ルールと人情との和解を認めるものであり、またそれは通常の(昭穆)の順序に対する違背をも正当化するという。胡虔という名の学者が彼の礼記および清律の解釈に疑問を呈した時、汪は次のように答えた。(1)「礼は人情に一致する」からには、「礼の精神」は人情と人民の利便に道を譲るべきである。(2)法典は字義通りに適用されるべきではなく、その「意味」と「意図」とを把握するために解釈されるべきであり、その意味や意図は基本的には礼と「人情」に合致している。『佐治薬言』の中ではこの事案は古典に従った判決の例として要約されており、その狙いは「如何にして、また何時、律を適用しないか」を教えることであつた(68)。それは法の文字通りの実現よりも衡平(equity)の方を大事にするのである。

こうした穏当な解釈においてすら、汪輝祖の念頭に、彼が容認した慣行が当該地域や別の地域で他の人々によつても従われていることを述べるが思い浮かばなかつたことは注意するに値する。ここには特定の判決と古典の引用とを繋ぐ中間項が存在しない。人が自然に慣習に帰するような集合的・社会的次元が単純に欠如している。支派の再統合は、それが多くの人々によつて従われている集合的な慣行であつたからではなく、それが正義に適い、衡平であり、また古典が要求する法解釈に合致しているから容認されるのである。それゆえもし汪輝祖の高名な書物の読者の一人たる長官がそれを模倣するとしたとしても、それは如何なる慣習的背景も無し、純粹の司法的典範としてであつたであろう。何故なら第一に、信奉者達は違つた地方的習慣を持つ違つた場所に任命されるチャンスが



幾らでもあったから。第二に、模倣されるべきものは、一つの家族に固有の情況と古典の引用との間にある形式化されたリンクであったから。司法的モデルが典拠をつうじて表現された結果、それらは何時までも古典の手ほどきを受けた学者＝長官の思うがままのものであり続け、特定の慣行が集合的ルールになる余地はなく、せいぜいがところそれらは人民ではなく司法機関の慣習を形作るだけだった。大事なことを言い忘れたが、これらの地方的判決のどれもが後に清律の條例によつて支持されるようになるまでは司法的先例としての權威を与えられなかったことを想起しよう。

結局この「宗族の二つの支派を一つの共通祖先祭祀の下に再統合する」慣行は最後には一七七五年に制定された條例で承認された。幸いにも我々はその條例の起草者と、彼がその提案を支持する為に書いた議論を知っている。比較的有名な学者・胡煦（一六五五～一七三六）の息子の胡季堂（一七二九～一八〇〇）が後に（大清律例）の七八条の五になる一連の提案を提出した時、彼は江蘇省の按察使事務取扱であつた（89）。彼はそれ以前には陝西省の同じ職を務めており、また後には一七七九年から一七九八年まで刑部尚書を務めた。彼はそのキャリアを地方行政の中では最も力の強いポストである直隸総督として終えた。様々の省の司法部門の階段を上り詰めた挙げ句に主要な司法当局の長官を二十年近く務めたことは、胡が司法問題を専門とする第一級の官僚であることを示している。彼の起草した条文が律に登載されるおよそ二年前、陝西按察使として彼は既に非常に詳細な「一つの条文で相続のルールを確定すべきことを求める上奏」を提出しており、そこに彼が法制上の顕著な改革を提案するに至つた理由を読みとれる。この上奏文は『皇朝文獻通

考』という行政モデルを集めた有名な書物に取められており、最後の条文自体も非常に詳細であるので、我々は、当局が広範に見られる社会的慣行を法典の中に挿入するに際してどんな要素が働いたのかの全体像を知ることができる（70）。

七八条の五は、日に日に激しくなる紛争のカオスを統制しようとする試みである。その条文は、最近認められた子孫の居ない遺言人の権利を確認することから始める。それは（昭穆）の序列に従つて自動的に決まる人ではなく、宗族の別の支派に生まれた息子のなかから「最も賢い人あるいは彼が最も好きな人」を遺産相続人を選ぶ権利である。その後、即座の訴追という脅しによつて、遺言人の親族達が遺言人の選択に異議を唱えたり影響を与えたりしないようにする為の措置が述べられる。ついで遺言人の息子が天逝したことによつて引き起こされる複雑なケースが取り扱われる。その息子が子孫を作る前に死んでしまった場合、結婚する前に死んでしまった場合、婚約する前、あるいは家産分割をする前に死んでしまった場合、さて指名された相続人が継ぐべき相手はこの天逝した息子なのか、それともその父なのか。この問題は死者の妻あるいは花嫁が彼女の最初の結婚にどれほど忠実であり続けうるかの能力に大幅に左右される。そして最後に主要な改革が導入される。二つの家族あるいは支派からなる宗族の中で跡を継ぎうる息子がたつた一つの支派にしかない場合、両家族によつて起草された書面合意がある場合に限り、この息子は両方の支派の相続人として指名されることができ。かくして汪輝祖のような法専門家がそれまで古典を用いた逃げ口上でその時々々に解決してきた難問は、これ以後は法で規定されることになった。さて「慣習」はついに法に入った、この瞬間から

「慣習法」という生きたルールが承認され法システムに挿入された、と言うべきであろうか。我々は既に上で、汪輝祖の表象と実践もまた民間慣習に対し殆ど何の配慮も示していなかったことを見た。さて良く見る慣行を合法化すべく二度も上奏文を書いたこの按察使は、その管轄内の民衆の慣習に対してより多くの関心を払っていたと我々は期待すべきだろうか。

ある意味では、彼は関心を払った、と言える。彼の一七七三年の上奏文は、遺産を分捕ろうとした親族達が用いたあらゆる種類のトリックについての長々とした、そして過度に詳細な説明である。しかし「こんな仕方で振る舞う輩が居る」とか「以下のような仕方に従う連中も居る」という出だして始められる策略の我慢強い列挙の全部を通じて、彼が描く慣行がかくかくの特定の場所・特定の社会階層の中に日常的に観察されうるか否かを明記するといったことは、この熟達の官僚の念頭には浮かばない。その代わりに彼は「一人の男に子孫が無いということになるや否や、大紳士の家同士の間でも、みすばらしい田舎の庶民の家と同様に、集まった宗族の中で紛争が起こり誰もがその貪欲さを見せる」と説明する。我らの按察使も、これらの一見したところ非合法的で不実に見える慣行がそここの省の人民達によって通常遵守されている隠れたルールの表れなのではないかと考えてみたりはしない。汪輝祖の場合とまったく同様に、そこには法の一般性とその違背行為の一つ一つの特異性との間を繋ぐ中間項が存在しない。幾ら繰り返されるにせよ、これらの事実は地方あるいは省レベルにおいて依拠すべき慣習的なルール（如何に柔軟なものであれ）を意味しないのである。

同様に、胡季堂が提案した条文も慣習への一切の言及をしない。

まずその条文は律の従前の条文を確認する仕方でも宣言する。次いで多様な非合法的慣行に対して警告を行う。そして最後に、その中の一つである支派の再統合が、民衆の慣習の観察とは無関係に極めて制定法的な仕方でも容認される。胡の上奏文に見えるより完全な議論も、そうした慣習に対してはそれ以上の関心を払わない。我々の目の前にあるのは、まずは慣行の蒐集物であり、そのすべては悪事とされる。しかしその後、より悪性度の低いものを容認することにより最も悪い悪を排除しようとする議論が一連の規定が引き続く。結論は「ルールを明確に定立し区別を固定すれば貪欲さは断ち切れ、混乱と訴訟事とは回避され、その結果しきたりは強化される」と述べる。ここには合法的な地方的慣行の承認という微候は一切読みとれない。国家は単に蔓延する法違反行為に対して特例を認めているに過ぎないのである。胡季堂の上奏文の中で大々的に述べられている唯一生粋の「慣習」は、他の多くの資料と同様に、宗族の会合に親戚達を集めることである。その会合は、大抵の場合は聖なる規範・「人情」を推測することすらなしにルールを作成・変更する非常に広範な自由裁量権を与えられていた。我々はここで、フィリップ・ホアンが最も良く見られる「慣習的实践」として言及した「延々たる討論」のことを思い出す（71）。「民衆の利便」を引き合いに出して行われる長官のアドホックな（胡季堂の条文のような）決定は、最後には予め定立された慣習的ルールではなく、むしろ利害関係者同士の交渉を通じて生み出される解決の方に順応する。地方法廷も省当局も仁井田が正確にも社会的な諸力あるいは家族内の諸力の間のパランス・オブ・パワーのシフトと述べたものを単に承認しただけであり、それを法によって公式化

[formalize] するような顕著な試みは一切しなかった。

### 官僚の対処課題 (agenda) の一部としての慣習

州県長官達への概括的バンドブックの中で、判例集に収録された模範的な判決の中で、あるいは第一級の官僚による上奏文や法律条文の中で、その何れで見られる所謂「民事」を扱った事案を取ってみても、それらは十全に構成された民事法の輪郭を明示する役には殆ど立たない。その代わり、この外来のモデルを一旦放棄しさえすれば、これらの事案が清代の行政システム・法システムにどのような仕方で組み込まれていたかを見て取ることは容易である。忠告も判決も規則も、すべては帝国官僚制の一般的にして非常に恒常的な一つの関心事の部分的な現れである。そして同時代人達はその関心事を「しきたりと習慣を正すこと」(正風俗)と呼んだ。現在西洋の学者達によって「慣習」と翻訳されているものは、原語では(風俗)(習俗)(俗例)といった言葉であり、それらは現実には拘束力あるルールではなく生活の仕方および行動のパターンを指し示しており、しかもそれが語られるときの意図は、民衆統治の為にそれに依拠しようというよりは、それらを是正しようという所にあった。しきたりと習慣とは、それを見つけ出しコントロールしそして処置すべき習慣のことを言うのであり、だからこそこれら慣習とおぼしきものの面影の記載を、省レベルで編纂された行政的コレクション、(省例)即ち「省の諸規定」の中に最も多く見かけるのである。最も簡単に利用できる「省の諸規定」は福建省のものである。それらは台湾の慣習コレクションの中に収められている。福建省の省例は、おそらく陳宏謀によって一七五四年に着手された「人民の

情況と地方的習慣の調査を命ずる回状」に起源を持つ。陳は州県長官とその上司達が「振興されるべきものは何か、撲滅されるべきものは何か」について明確な観念を持つようにと一般的な狙いを持って、「学者のしきたり」(文風)、「民衆の習慣」(民俗)といった項目を含む二九の事柄を示した<sup>(72)</sup>。そのおよそ百五十年後に、この官僚制の対処課題は、非常に多種多様な問題をカバーする四八四の事件と事案のコレクションに結実する。それらの多くは土地売買・賃貸・相続紛争・婚姻問題などを含むので、近代の学者にとっては「民事事案」と考えることができる。しかしこれらの「民事事案」は、親族達が望まぬ未亡人を再婚強要あるいは時には殺害によって排除しようとすることの制止(顕著に非民事的な相続紛争)とか、女兒の幼児殺しとか、夜間行進における男女の混淆といった諸問題とまぜこぜになっている。つまりそこにあるのは刑事的・行政的あるいは「民事」的性格が未だ分離していない非常に多様な関心の持ち方であり、唯一の共通項は人民を改善するという官の使命だけである。これらのすべては一八七四年に「福建省の諸規定」として刊行され、その後には日本人立法者達、更にその後には台湾の歴史学者達がそこから台湾の慣習的な「私法」を引き出す原材料となった<sup>(73)</sup>。ただ、私は最近、「しきたりと習慣を正す」ことが行政活動の中で占める機能について詳細に検討した別の研究者に出会ったので、私自身はこの問題にこれ以上立ち入らないことにしたい。ピエール・エチアンヌ・ヴィルは、「習慣を道徳的なものにする」ということが、どのような仕方で、それに基づいて州県長官の活動が監査される対処課題の一部をなしていたかを、同じ陳宏謀が陝西省の州県長官達を評価する際に作成した質問票のサンプルを提示す

ることで示している(74)。ウイリアム・T・ロウは、苦心の末に陳宏謀の基本的な動機を再構成したが、陳宏謀が宗族の長に、ホアンが描く郷保に類似した国家のエージェントとしての役割を与える動機の中には、強力な同族の持つ地方的権力を奪い取るうという以外の「民事的」効果は存在していない(75)。学者達によって官僚達の業務と野心に注がれる関心は、「民事法」論議の余地を殆ど残さない。

### 結論——法と慣習が民事慣習法以外の

#### 諸チャネルで出会う法システムの略述

「民事慣習法」問題についてのより満足のゆく解決に到るためには、地方慣習と帝国法システムとの間のインターフェースは西洋的カテゴリーに言及することなしに正確に描かれうる、ということを実例によつてはつきりと示すのが適切だと思ふ。以上で集めた証拠は、慣習と法との間の一般的関係を略述することを可能にする。

(1) 判決を両当事者およびその隣人達に受け入れさせる為に熟達の法的テクニックを用いていた州県長官および地方の専門家達にとつては、民衆の慣習を扱うことは恒常的な関心事であった。判例集に収録されているモデル判決はしばしば古典から引き出された諸原理によつてガイドされた枠組みを与えられていた。これらの原理は、養子にとられた花嫁と彼女の義理の親になるべき人々との間の生活関係とか、いとこ間における又又いとこ婚関係の締結といった「民事」と「刑事」の両面を持つた困難な事案を性格付ける手助けとなつた。こうした仕方では枠組みを与えられた判決は、事前に地方社会に存在する慣習的ルールを確認する意図は持つていなかった

た。それらは「人民の利便」あるいは「人情」に合致するアドホックな処理にのみ服した。それらがモデルとされたことは、第一級の官僚や専門家達の間で学識的法字が普及していたことの証拠にはなるだろうが、しかしこのスキルはこれらの統治エリート達だけの間で保持されていたのであり、庶民はそれに口出しする機会はおろか、それにアクセスする機会すら持つていなかった。この手段をとおして地方的慣行は帝国全体に通ずる官僚制的スタンダードと合致させられた。他方、古典の中に祀られている諸原理は非常に一般的な仕方で表現されていたので、どのポストに任命される長官によつても利用が可能であつた。一つの慣習を一つの場所に局地化する試みがどうやつても上手く行かない理由は結局ここにある。

(2) 他の場合と同様この問題においても、省レベルは法システムの中でとりわけて決定的であつた。省例は、ある意味ではその省に固有と言えるあらゆる種類の慣習を含んでいた。しかしそれら慣習は、人々を拘束し同時に彼らの権利を保障しもある如何なる承認も獲得しなかつた。その代わりに、慣習についての記述と規制は按察使達と省の倉庫の公文書の中に保管され、折に触れてそれこれの慣習を修正し禁圧しそして推奨することを目論む制定条文へと変換された。省の公文書の風俗のファイルの中に集められた省の慣習は、官僚の対処課題の一部であり、庶民はそれにアクセスを持つていなかった。それらは行政官庁の慣習であり、民衆の慣習ではなかつた。言葉を変えれば、これらの慣習は生活コミュニケーションとしての省ではなく、官僚制的な団体としての省に結び付いているのである。

(3) 最高位のレベルでは、我々は民衆の慣習から取られた諸要

素が律の中に定期的に挿入される様子を見ることが出来る。胡季堂の七八条の五のケースが示すとおり、法典化されたものは特定の場所の人々によって遵守される既存のルールではない。法典化されたのは、上の(1)-(2)の過程で念入りに飾にかけられ濾過された諸要素、即ち、古典の引用で裝飾された単独の判決、および省官僚制の対処課題に挿入される機会にそれらの中から再構成されたある種の要素である。胡が最後に新しい条文の法典化の提案をしたのは、まさに按察使事務代理、つまり省の公文書倉庫の二人の長のうちの一人としてであった。彼はそのようにして、彼の統治する省の中に帝国全体の一般の利害に関わるほどに重要な問題を見つけた、ということを示唆しているのである。その提案を支持すべく提示された彼の議論は慣習に対して何の関心も払っていない。人々は自己の利己の利害の追求に忙しい存在と見なされているだけであり、問題となつている慣行はどれも逸脱的なものとして提示されている。それどころか、そこに示されるのと同じ不実と逸脱とが帝国中に蔓延しているものと見なされ、その挙げ句に清律の中の一般の規定が生まれ出る。この条文はなおその上、刑部のステージを通らなければならなかつた。そこでは追加法規の法典化に熟達した委員会が省当局から提案された法案を検査した。しかしこのステージは本稿の関心を超えている。

この伝達と選別の全過程はその方法においても、その精神においても官僚制的なものであった。非常に恒常的でまた論理一貫性があるにせよしかし弱々しい法解釈学的営為のインプットが、最も下のレベル——州県長官による、判例集によつて流布するとはいえ個々について言えば個別の判決——と、最も上のレベル——刑部の専門

的委員会による法典化——でのみ働いていた。包括的な法の組織化を提供するにはこれで十分であった。この過程のどのプロセスにおいても、民間の慣習は地方慣習になるチャンスを持つていなかった。中国における立法過程と民間慣行の管理との間の関係は、以下に見る西洋の過程、即ち特定の慣行を地方的慣習法に聖別し民法の中でそれを標準化する大陸ヨーロッパのやり方とも、法廷の判決によつて全王国の慣習を一般化するイングランドのようなやり方とも顕著に異なつていた。それゆえ、けつして「民間で」遵守されているルールの法的承認に基礎を置かず、むしろ法典化された法システムによつて提供される大規模な手法を非常に早期から善用してきたシステムの中に「民法法」を探し求めることは非常に誤つていように見えるのである。

#### 〔附録〕

須體俗情 (佐治業言)

幕之為學、讀律尚已、其運用之妙、尤在善體人情。蓋各處風俗往往不同、必須虛心體問。就其俗尚所宜、隨時調劑、然後傳以律令、則上下相協、官聲得著。幕望自隆、若一味我行我法、或且怨集謗生、古云：利不百不興、弊不百不除。其閱歷語不可不念也。

「地方的」慣習と感情を調査しなければならない

「法律」顧問のトレーニングにおいて、律の研究が第一ではあるが、その実際の適用の能力について言えば、それは殆ど民衆の感情についての良い理解に依存する。慣習は場所毎に異なるので、あなたは先入見のない態度で探求しなければならない。もしあな

たが最初に、諍いが起こるやいなやそれに対処すべく、これら「地方的」習慣が価値とするものを十分に勘定に入れ、そのあとに法と命令に訴えるようにすれば、当局と庶民とは上手く協同するようになり、長官は名声を獲得し、法専門家の声望も自ずと挙がるだろう。「それに対して」もし私が何時も自分自身のやり方に従って仕事を進めるなら、おそらく不満は成長し不平は増すことになるだろう。古人は言った。「利益があるにせよ、それが全体のためならぬ時は、振興しない。逸脱があるにせよ、それがすべての人による逸脱でないならば、抑制しない」と。この試し抜かれた諺は、実に心に留めるに値する。

初任須體風俗 〈學治臆說、卷上〉

人情俗尚各處不同、入國問禁；為吏亦然、初到官時不可師心判事。蓋所判不協輿情、即滋議論、持之於後、用力較難。每聽一事、須於堂下稠人廣衆中、擇傳老成數人、體問風俗。然後折中剖斷、自然情法兼到。一日解一事、百日可解百事。不數月諸事了。不惟理事中肯、亦令下如流水矣。

ポストに就いた時には、習俗と習慣を探求しなければならぬしきたりと慣習は場所毎に非常に異なる。「ある国に入った時には、その禁止事項を尋ねなさい」と言うが、官の場合も同様である。新任の長官は、事案を裁く際に自分の意見だけに依ってはいけない。なぜなら、もし彼の決定がその地の公衆の意見にそぐわなければ、すぐに争論を引き起こすことになり、またそれを力に訴えて維持することは極めて難しい。あなたが審理するすべて

の事件について、法廷に集まった群衆の中から、しきたりと慣習についての質問相手として、数人の年長者と落ち着いた人を選びなさい。このようにすれば、調停で収めるにせよ一刀両断的裁きで解決するにせよ、「地方の」感情と「帝国の」法とのいずれもが自然な仕方では尊重されることになる。一日に一件の事案を解明すれば、百日では百件の事案を解明することができ、数ヶ月の内にはすべての事案は一目瞭然となる。そうなれば事案が適切な仕方では解決されるばかりではなく、命令も水が流れるが如く執行されることになるだろう。

注

(1) 私はここで Escara 1936、仁井田 1960、van der Sprenkel 1962、van der Valk 1972-73、Buxbaum 1983 の基本的な考えを略説している。彼らの重要な議論の幾つかは、後に本論文の中でより包括的に論じられる。

(2) Bourgon 1999 および Bourgon 2002 を見よ。

(3) Huang 1996 (p. 45) Huang 2001 を見よ。

(4) Alee 1944:4.

(5) Bourgon 2002 を見よ。

(6) Huang 1996:8. "The Civil Law" という強調は著者自身による。なおこの箇所は、それぞれの伝統における民事法の比較についてホアンがなす唯一の言及である。他の言及は政治的(市民的自由)であったり、社会的あるいは文化的(市民的公共圏)であったりである。

(7) Bourgon 2002 を見よ。

- (8) Carhase 1986 を見よ。
- (9) Gény 1919:320-322 を参照。十九世紀終わりにおける、ナポレオン民法典の文言とおりの解釈に対する慣習法の優位の偉大な擁護者は、事実たる習慣 (*usage de fait*)、特に商業的な習慣と、慣習すなわち司法的性格を持つ命令的規範との対立を厳かに再確認する。例えば、「習慣それ自体(人々のしきたり、商業、工業、農業などの経済的習慣)は何らかの社会的事実以上のものではない、なぜなら、習慣はいかなる法的強制も伴わないからである」、それに対して慣習は「ある法意識を現す事実の総体」と定義される。
- (10) ブラクトン (Bracton) の『イングランドの法と慣習 (*De legibus et consuetudinibus Anglie*)』(一二五〇年頃)に先んじて、R・グランヴィル (*Anulph de Glanville*) の『イングランド王国の法と慣習についての論考 (*De legibus et consuetudinibus Regni Anglie*)』(一一八九年)、『ヘンリー一世の法 (*Leges Henrici Primi*)』、『証聖王エドワードの法 (*Leges Edwardi Confessoris*)』(十一世紀末後期)が刊行された。それらすべては実質的には王の法律の蒐集物というよりは慣習の蒐集物であった。
- (11) Carhase 1986:34-35。それにもかかわらず、王と彼の行政は「悪い慣習」を廃絶する権限を与えられた。「良い」慣習と「悪い」慣習の分別は法律家間の豊かな学理的討論を必要とし、それは「慣習法」、即ち事実上の慣例の中にある法化された慣習を選別し明確化することに貢献した。
- (12) Naisance 1989。ポルトリスの民法典序論「われわれは、  
 こういう風に表現することが許されるならば、成文法と慣習法とを、その体系の統一性を破壊せずまた一般的な精神を害わずしてその規定を調和せしめ、または一方をもって他方を変更することが可能だと思われるときはいつも、これらの間に和解を成立せしめたのである。」(p.52)、および「国民の法典というものは、時とともになるものであって、適切にいえば作られるものではないのである」(p.53)〔訳者注：この訳文は、野田良之訳・ポルトリス『民法典序論』日本評論社、一九四七年による〕。
- (13) 滋賀秀三 1984、三二九頁以下。
- (14) Assier-Andrieu 2001:81-82 を見よ。
- (15) Derruet 1997。なおこの著者は、社会慣行と慣習憲章とはそれぞれ別個の多様性のあり方をしており、それゆえその地理的分布も正確には重ならないことを示唆している。慣行と慣習法との間のこうした不一致は「翻訳に類する」作業によつてのみ克服されうる。中国に於いてはこの「翻訳」作業が、本論文の結論部分で略述するような、西洋とは全面的に異なったシステムの中で行われた。
- (16) Huang 1986:135。
- (17) 仁井田陞 1960、三三二頁。
- (18) 梁治平 1996、三八から四二頁及び五二頁以下。
- (19) なぜならこの言い方は詩経に出てくる幾つかの詩に基づくものなのだから。なおこの語の法的意味については、Bouvier 1997、13-18 を見よ。
- (20) 梁治平 1996、五二頁。「蜻蛉」という言葉、およびその

良く見る別の言い方については、Bourgon 1997:17を見よ。

- (21) 梁治平 1996:三八頁、仁井田陞 1960:三六〇頁。
- (22) この区別は以下のような仕方でも図式化することができ、即ち、婚姻をめぐるはたくさんさんの慣習と習慣があり、そのすべてが人類学者達の興味を引く(八字の文字の交換、花婿の家族に花嫁が入るのが遅らされること、興で花嫁を運ぶこと等々)。ただ法的な意義を持つと見なされるだろうものは、婚姻の成立のために法廷で証されなければならない慣行である。それは、律に従うならば媒酌人の前での贈り物の交換と約束の宣言であり、また古典に従うならば妻を夫の祖先の祭壇に提示することである。
- (23) 特記、Myers and Chang Fu-mei (Chen) 1976-78, Brockman 1973およびBrockman 1980を見よ。あるいは、より最近のものとしては、Wakefield 1992およびBuxbaum 1993(これについては以下で論ずる)。
- (24) 梁治平、一八頁。
- (25) 梁治平、一三三頁。
- (26) Bourgon 2002を見よ。
- (27) エスカラがジュエリーの図式を借用した点については、Escarra 1936:69を見よ。またそれについての私の批判は、Bourgon 1999:1084-85にある。
- (28) Escarra 1936:444。フランス語から私が英訳した。
- (29) van der Sprenkel 1962, chapter 8: "local and customary juris-diction": 97-111。
- (30) van der Sprenkel 1962, chapter 8: 02-103。
- (31) van der Sprenkel 1962, chapter 8: 103。
- (32) van der Sprenkel 1962, chapter 8: 103-104。Huang 1996: 12-63-68と対比せよ。
- (33) Buxbaum 1971を見よ。
- (34) Buxbaum 1993:195。
- (35) Buxbaum 1993:201。
- (36) Buxbaum 1993:196。
- (37) Weber 1986:47を見よ。
- (38) Weber 1986:79。
- (39) Weber 1986:43, 38-39。
- (40) Buxbaum 1993:201。
- (41) Buxbaum 1993:204。
- (42) Buxbaum 1993:196, 195。
- (43) Buxbaum 1993:227。
- (44) Huang 1996:49-50。
- (45) Huang 1996:136。
- (46) Huang 1996:135。
- (47) Bernhardt and Huang (eds.) 1994。
- (48) Scogin 1994:30。
- (49) Scogin 1994:32。
- (50) Alee 1994:136-137。アリーは小作料は開墾後三年たつてから支払うという地方慣習に基づく事案を特に強調するが、それは既にバクスバウムの論文の中で見たものである。こういった偶然の一致は、西洋学者達の精力的探索にもかかわらずこの種の判決は非常に稀にしか存在しない、ということを示す。



私に信じさせる。

- (51) 官威 [magistrates' handbook] の総合的な註釈付き目録が、  
 ビエール・エチエンヌ・ヴィルの指導の下、十余名の学者達  
 によって編纂中である (Will draft catalogue を参照)。私は、  
 自分の目的に役立つ特定の資料を位置づけまた選択するため  
 に、この進行中の仕事——既に七百以上のタイトルを含んで  
 いる——を用いている。
- (52) Huang 1996, chapter eight: "From the Perspective of Magis-  
 trate Handbook" を見よ。
- (53) 『佐治葉言』。
- (54) Valk 1972-73:221 の注 5 も、この箇所についてのファン・  
 デア・シュプレンケルの翻訳に疑問を呈している。
- (55) van der Sprekel 1962:150。『佐治葉言』の翻訳。
- (56) Giles dictionary, n. 12,680 (「我」の字) を見よ。
- (57) 『学治隠説』巻上。
- (58) 『病榻無恨録』巻上。
- (59) これは書経「大禹謨」に記されている有名な法原理であ  
 る。
- (60) 『判語録存』を見よ。
- (61) 『判語録存』巻三「悔婚抗斷事」。
- (62) 礼記「王制」によれば、(六礼)とは戴帽式(冠)、結婚  
 (婚)、葬儀(喪)、供え物(祭)、地区の祭り(郷)、  
 面会(相見)のことであるが、ここではこの語は結婚に際  
 して守るべき礼制的ルールを指しているに違いない。そして  
 礼記「曲礼」は、媒酌人の介在と祝宴の挙行だけを求めている。
- (63) 漢語大詞典七冊一四七〇頁。
- (64) 説例存疑二九八〜二九九頁を見よ。制定法第一〇八条「尊  
 属と卑属の間での婚姻」(尊卑為婚)に對する第一番目の付  
 加条文(例)は、いとこ間の婚姻の有効性を、地方法廷の評  
 価に委ね、それらが「民衆の利便に道を讓る」(聽從民便)  
 ことを求めた。この条文には「著者による注記」(謹按)が  
 付いており、そこではその強制力についての短い歴史的ま  
 めが与えられている。
- (65) 「昭穆」とは、宗族の祭壇の設置者から降りてくる二つの  
 並列的なラインであり、それは彼の子孫の交互の位牌によつ  
 て形成される。彼の長男が昭、長男の長男が穆である。そし  
 てその次の世代の長男がまた昭となる仕方で続いて行く。傍  
 系親族にまで拡張されることにより、この仕掛けは、どの子  
 孫が跡継ぎに指名されるべきかを決める一般的な優先序列を  
 提供する。
- (66) 「大宗不可絶、小宗可絶」。説例存疑二五六頁(立嫡子違法  
 条例一)を見よ。そこでは沈之奇の『大清律輯註』が引用さ

れている。沈之奇(2000)、一九八頁を見よ。

- (67) 札記「喪服小記」を参照。この一節の精神は、その前の段落を讀むことではつきりする。即ち「弟や妾の息子は祖先を祀ることができない。かれはそれゆゑ宗族の長に敬意を示した。もし長男が死んだならば、彼は重い喪服を着ないだろう。何故なら、彼は彼の祖先および彼の父のメインの跡取りではないのだから」。どちらの段落も祭祀儀礼を主宰するメインの支派の長たる兄に、弟を従属させることを意図している。汪は、陶姓のすべての兄弟は同じ祖先を祀ることができると結論するために、これらの原理の非常にルーズな解釈を提示する。

- (68) 『佐治彙言』。この事案は「(古典的な)書物を学べ」(読書)と題された一節で例に引かれる。その節は「律を学べ」(読律)という節の後にあり、読律の節の方も「良い法専門家はどの様にして律を引かないかを知っている」という忠告で結ばれている。その答えはおそらく、古典の引用によって、である。

- (69) 読例存疑二四六頁、律第七八条「立嫡子違法」への五番目の追加条文、即ち副次法(例)には、起草者の名前と提案の日付についての短い要約が付けられている。薛允升は、ECCP. 333に載る胡の伝記が、彼の江蘇按察使としての任期を一七七五年としているにもかかわらず、この例の日付を一七七三(乾隆三八)年としている。

- (70) 賀長齡 1827、卷五九、十五葉表から十七葉表。清経世文編、一四九八から九九頁。

- (71) Hang 1996: 135を見よ。

- (72) 賀長齡 1827、卷二〇、四九葉表から五十葉裏。清経世文編、五〇六頁。

- (73) 福建省例を見よ。

- (74) Wu 1997、特に 30-36。陝西省の監査手続きを項目化した二四項目は、基本的に福建省の規定にある二九項目と同じである。陝西省の規定が福建と同様の仕方で開催されたのかどうかを知らないが、私は有名な詩人官僚にして法専門家でもある王昶によって一七八六年に編纂された『陝省律例』が同様の帰結ではないかと推定する。ECCP.87を見よ。私はこの興味深い資料の所在確認が出来ていない。それは今日の中国の目録編纂者達には知られていないらしい。更に、私は北京で一八六九年から一九〇〇年までの資料を集めた江蘇省例を閲覧した。
- (75) Rowe 1996: 382-85。ここでは儀礼がルールより好まれる。というのも、「ルールは単に敬意を引き起こすだけだが、それに対して儀礼は道徳的な変容を引き起こす」から。

#### 【参考文献】

- Allee, Mark. 1994 (1). *Law and Local Society in Late Imperial China: Northern Taiwan in the Nineteenth Century*. Stanford: Stanford University Press.
- Allee, Mark. 1994 (2). "Code, Culture and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court," in Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Hwang, eds., *Civil Law in*

- Qing and Republican China*: 122-141.
- Assier-Andrieu, Louis. 2001. "Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume." *L'homme* 160: pp. 66-89.
- Bernhardt, Kathryn and Huang, Philip C.C., eds. 1994. *Civil Law in Qing and Republican China*. Stanford: Stanford University Press.
- Bourgon, Jérôme. 1997. "Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale". *Extrême-Orient, Extrême-Occident* 19: 7-41.
- Bourgon, Jérôme. 1999. "La coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire." *Annales. Histories. Sciences sociales* 1999-5, 1073-1107.
- Bourgon, Jérôme. 2001. "Le droit coutumier comme phénomène diaaculturation bureaucratique au Japon et en Chine." in Bourgon. "La coutume et la norme en Chine et au Japon." special issue. *Extrême-Orient, Extrême-Occident* 23 : 125143.
- Bourgon, Jérôme. 2002. "Rights, Customs, and Civil Law under the Late Qing and Early Republic (1900-1936)." in William C. Kirby, (ed.) *Realms of Freedom in Modern China*. Stanford: Stanford University Press.
- Brockman, Rosser H. 1973. "Customary Contract Law in Late Traditional Taiwan." Ph. D. dissertation, Harvard University
- Brockman, Rosser H. 1980. "Commercial Contract Law in Late Imperial Taiwan." in Jerome A. Cohen, R. Randle Edwards, and Fu-mei Chang Chen, eds., *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton: Princeton University Press, 76-137.
- Buxbaum, David C. 1971. "Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895." *Journal of Asian Studies* 30:2: 275-279.
- Buxbaum, David C. 1993. "Contracts in China During the Qing Dynasty: Key to the Civil Law." *Journal of Oriental Studies*, 3. 1. 2: 195-236.
- Carbasse, Jean-Marie. 1986. "Contribution à l'étude du processus coutumier: la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution". *Droits* 3 [La coutume]: 25-38.
- Derouet, Bernard. 1997. "Les pratiques familiales, le droit et la construction des différences (15e-19e siècles)". *Annales. Histoire. Sciences sociales* 1997:2:389-391.
- ECCP, Arthur W. Hummel, *Eminent Chinese of the Ch'ing Period*. Washington: Library of Congress, 1943.
- Escarra, Jean. 1936. *Le droit chinois. Conception et évolution*. Paris.
- Gény, François. 1919 [reissue]. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: LGD.
- Huang, Pierre. 1897. *Notions techniques sur la propriété en Chine avec un choix d'actes et de documents officiels*. Shanghai: Imprimerie de la mission catholique [Variétés sinologiques 11].
- Huang, Pierre. 1898 [1916]. *Le mariage chinois au point de vue légal*. Shanghai: Imprimerie de la mission catholique [Variétés sinologiques 14].
- Huang, Philip C.C. 1986. *Civil Justice in China: Representation and*

- Practice in the Qing*. Stanford: Stanford University Press.
- Huang, Philip. 2001. *Code, Custom, and Legal Practice in China*. Stanford: Stanford University Press.
- Leroy Ladurie, Emmanuel. 1972. "Système de la coutume. Structures familiales et coutume d'héritage en France au XVII<sup>e</sup> siècle." *Annales E.S.C.*, 27 (4-5), pp.825-846.
- Myers, Ramon and Fu-mei Chang Chen. 1976-78. "Customary Law and the Economic Growth of China during the Ch'ing Period." *Ch'ing-shih wen-t'i* 13:5 and 15:3.
- Naissance du Code civil*. 1989. Travaux préparatoires du Code civil rassemblés par Pierre-Antoine Fenet, extraits choisis et présentés sous la direction de François Ewald. Paris: Flammarion.
- Rowe, William T. 1998. "Ancestral Rites and Political Authority in Late Imperial China: Chen Hongmou in Jiangxi." *Modern China* 24:4:378-407.
- Scogin, Hugh T. 1994. "Civil Law in Traditional China: History and Theory." In Kathryn Bernhardt and Philip C.C. Huang, eds., *Civil Law in Qing and Republican China*, 11-41.
- van der Sprenkel, Sybille. 1962. *Legal Institutions in Manchu China*. London: Athlone Press.
- van der Valk, Marc H. 1972-73. "Custom in Modern Chinese Private Law." *Mammonia Serica* 30: 220-258.
- Wakefield, David. 1992. "Household Division in Qing and Republican China: Inheritance, Family, Property, and Economic Development." Ph. D. dissertation, University of California, Los Angeles.
- Will, Pierre-Étienne 1997. "The 1744 Annual Audits of Magistrate Activity and their Fate." *Late Imperial China* 18:2: 1-50.
- Will, Pierre-Étienne, ed. draft catalogue. "Official Handbooks and Anthologies of China: A Descriptive and Critical Bibliography."
- Weber, Max. 1986. *Sociologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France.
- 沈之奇 2000 『大清律輯註』。再刊。北京。法律出版社。二卷。
- 仁井田陞 1960 『中国法制史研究』「法と慣行」。東京。東京大学出版会。四卷。
- 滋賀秀三 1984 『清代中国の法と裁判』。東京。創文社。
- 梁治平 1996 『清代習慣法——社会与国家』。北京。中国政法大学出版社。
- 薛允升『讀例存疑』台湾版。黃靜嘉編。全五冊。台北。中文研究資料中心。一九七〇年。
- 『福建省例』。一八七四年初版。復刻：台湾文献叢刊7、二卷。台北。台湾大通書局。
- 賀長齡 1827 『皇朝經世文編』。『清經世文編』のタイトルの下に一九九二年に再刊。北京。中華書局。
- 李鈞『判語錄存』四卷。一八三三年。
- 汪輝祖『病榻夢痕錄』(『汪龍莊先生遺書』所収)。一七九六年。
- 汪輝祖『学治臆說』(『汪龍莊先生遺書』所収)。一七九三年。
- 汪輝祖『佐治藥言』(『汪龍莊先生遺書』所収)。一七八五年。

## 【訳者後記】

本翻訳は、Jerome Bourgon 'Uncivil Dialogue: Law and Custom did not merge into Civil Law under the Qing', *Late Imperial China* Vol.23, No.1 (June 2002) pp. 50-90 の全訳である。なお本翻訳に当たり原著者より漢文史料の英訳引用部分について幾つかの小さな改訂指示を頂いた(本訳文二八九頁「病榻夢痕録」、同二九二頁「判語録存」の各引用部分。いずれも本論文全体の論旨には影響を与えない)。本翻訳はそれを反映している。

原文で強調の意を込めてイタリックにされている箇所は訳文に傍点を付した。また漢字音で原語が示されている部分(それもイタリックになっているのだが)は漢字に戻し、必要に応じてその漢字を( )で囲った。( )内は訳者が追加した部分であるが、大部分は好奇心ある読者のために書き添えた原語である。それ以外の( ) [ ] は原文のままである。

訳者解説も兼ねて、幾つかの紛らわしい原語および訳語についてここでまとめて説明をしておきたい。

*habit, mores, custom* (習慣、しきたり、慣習) : 行為規範の社会的存在形態を論ずる場合、次の三つ(あるいは四つ)の次元を区別することが必要且つ有益である。①強制も、それどころか規範としての自覚も無しに、単に事実的に繰り返される規則性を持った行動の次元。②そう振る舞うのが正しいという意識が社会集団の中で一定程度共有され、またそれ故その違背に対しては成員による個別的・分散的な非難が予想される次元。③行為規範の違背に対するサンクションが社会集団によって組織的に行われ、

またそれに見合って行為規範の側も明確化される(一定の社会制度的な位置づけを持つ)次元。そしてその最も組織化・体系化された形態として、④国家の実定法が位置を占める。

これらは、社会の中に事実的にある規則性(regularity)を社会成員が自覚的に規範(norm)として再定直しを通じて自らを統御する、という社会規範の制度化の諸段階に着目した次元分けであり、当然次元を進む各段階で規制内容についての価値判断・社会的選別がなされ、反面、強制の度合いが強まるにつれその規則の内実の明確化・客観化への要求も生まれるという関係に立つ。またこれら四者は、上位次元に選別されなかつたものもそれなりに社会の中に位置を占めて機能を続けるという意味では、規制対象分野を別にしつつ社会の中に並列的に存在する規範諸類型として見ることができると同時に、④法典に規定されているものすらも、その日常的な実践は(そうある必然性は無いにせよ、実際上は多くの場合)原生的にあるその規則性(①や②)に依存するという意味では、上位次元の基礎にも多くの場合、重層的に下位の次元が存在すると見ることも可能である。

そして、こうした次元分けを法社会学の分野で定式化したのはマックス・ウェーバーであるが、彼はこのそれぞれの次元に、①Site (ウェーバー研究では従来「習俗」と和訳されてきた)、②Konvention (同「習律」)、③Gewohnheit (同「慣習」という術語を与えた。そして本論文著者が用いる①habit、②mores、③custom 三者の使い分けも基本的にはウェーバーのそれと変わらない。ただ本論文では、「習俗」という原漢語が引用史料中に頻繁に出現し、しかも面倒なことにその語は本論文では「habit

and mores」と英訳されている。そこで無用の混同を避けるべく(またついでに「習律」という余りに術語的な言い回しを避けて)、本訳文上ではそれぞれに①「習慣(habit)」、②「しきたり(mores)」、③「慣習(custom)」という訳語を固定的に割り振った。訳語に見える漢字の順列組み合わせ(それを弄つても勿論何も出てこない)に拘泥せず、上の概念区分のシンボルとして読んで頂きたい。

ちなみに言えば、②から③への移行は社会大の制度化を伴うがゆえに、領域的権力の特定の仕方での介入が必須である。しかし帝制中国権力はそうした振る舞いをしなかった。その結果として、伝統中国社会にあるものは(習俗)即ち「①習慣(habit)」と②「しきたり(mores)」に留まり続けた。なのに従来欧米日中の研究者達がそれを漫然と③「慣習」と捉える・それに「custom」という語を配してきたのは誤りである、というのが著者の見解である。理論レベルの含意は明白であり、またその批判は有意義である。

ただ、念のために一言だけ付言すれば、英語の custom なる語が一般に常に狭く③のみを指している(customという呼称を用いた途端それは必ず③を指す)かと言えば、各種英語辞典が示すとおりこれは必ずしもそうではない(最低限②までは含む)。そして最も深刻な例を挙げれば、ウェーバー『経済と社会』の英語版では、上述の③Gewohnheitをcustom、②Konventionをconventionと訳しつつ、実に①Sitteについても再びcustomの訳語を充てていると言う。左古輝人「秩序の二つの様相——当事者から見た」『社会学評論』四六卷三号、一九九五年、注②。西欧

語圏においてすら、上の①②③という次元分けは日常言語上の自明の区別というよりは半ばは社会科学によるその自覚化の産物なのであろう(そしてそれが厳密を期そうとすればするほどhabitなりmoresといったラテン語起源の特異な用語を持ち出さざるを得ない所以でもあるのだらう)。日中における慣習・習慣等の用語についても恐らく事情は類似する。結局、重要なことはcustom(あるいは慣習・慣習法)という用語の使用の有無ではなく、対象の構造的分析それ自体の密度と精度である。

law(法)：本論文ではlaw(法)は、原則として権力によって制定され裁判規範として機能する実定法規を指す(いわゆる自然法の如き不文の規範や原理はそこには含まれない。またその逆として、伝統中国にある律例は欠ける所のない十全の資格で法と呼ばれる)。そしてこの法は権力的な制定に係る限りにおいて、民間の習慣的実践を参照し汲み上げる必然性を本質的には持たないものと想定される。しかしそれにも拘わらず西欧では歴史的な経緯によって「法と慣習の対話」が行われ、その結果として「民事法」シビルロー(そこに至る経過的形態あるいは媒介項としての「慣習法」という特殊なものが現れた、それに対して帝制中国ではそうした対話が欠けていた(そこで行われたのはそれは別種の対話・「アンシビルな対話」であった)、というのが著者の主張の骨子である。

practice(実践・慣行)：理論や表象と区別される客観的に観察される行為全体を指す言葉であり、customary practice、legal practiceという用語が示すとおり、この語は上の規範の制度化を巡る段階論を跨いで自由に使われる。本訳文では基本的に「実

「民間実践」という訳語を充てる。しかし popular practice までもを「民間実践」と訳すのは流石に日本語として熟さない。しかもこの語は本論文の中で常に理論や表象との対比で使われている訳でもなく、単体で用いられる場合にはしばしば①②レベルの行為のあり方を（敢えて①②と特定せずに）漠然と指すために使われている。そこでそれらの場合には（上記の習慣・慣習等の訳語との混乱を避ける意味も込めて）「慣行」という訳語を充てることにした（この訳語も単なる符丁である）。

local localize localization (地方的、局地化、局地性) : 知府や省官僚との対比で語られる「local magistrate」を「州県」長官と訳した他は、local には regional「地域的」との混同を避けるべく一貫して「地方」「地方的」という訳語を充ててある。ただ地方と言っても、「中央・首都」との対比で言う「地方」という含意は殆ど無い。むしろ local は「全国通有の」との対比で、一定の部分領域の中で営まれるものごとを指し、それは当然に各地方毎の社会生活のあり方に応じた個性を持つものと想定されている。そして本論文ではそうした localityこそが、歴史的に存在する慣習法を持つ本質的な属性の一つだと考えられている。同様に localization (局地性と翻訳した) は慣習が持つそうした特定地域との結びつきやその結果として持つ地域的特殊性を指し、また localize (局地化と翻訳した) はそうした一定の慣習を一定の地域と結びつける作業を指す。著者の定義に従えば、そこにあるものが慣習であるならば、それは（まさにその定義に従って）何らかの仕方ですべて「局地化」することが可能な筈だが、中国の（郷例）〈習俗〉等の用語には最初からこうした特定地域との強い結びつ

き・そこから生まれる地域差という発想が不思議なほどに欠けている。そこで著者はそれを「解決不能な問題」と呼ぶ。

著者ジェローム・ブルゴン氏は、一九五四年、パリ市生まれ。パリ第十三・四大学で歴史の免状（教職資格）を取り、東洋言語文化学院 (Institut des langues et civilisations orientales) で中国語の学士号を取得。その後社会科学高等研究院 (Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales) で中国史を専攻し、卒業。一九九四年に博士号取得。現在、国立科学研究所センター (Centre Nationale de la Recherche Scientifique) の研究員、リヨンの東アジア研究院 (Institut Asie Orientale) に配属されている。二〇〇二年より日仏会館に出向し、同時に東京大学法学部に客員研究員として招聘されている。参考文献欄に載る諸論文に示される通り、これまで主に清末民国初法律改革という視角から研究を行ってきた。本論文は、氏の研究の中では現代中国民法法の形成と所謂「慣習法」の關係づけの検討部分に位置を占める。

清代中国には法学的に厳格な意味での「慣習法」は存在しなかった。帝制国家権力は社会にある慣行的ルールを法に高める働きをしなかった。国家にとってはそれらは正すべき「風俗」として扱われていただけである、という本論文の主張は、滋賀秀三氏による「地方民間の風習のなから法学という意味での慣習(法)すなわち法たる意味をもった社会規範を見出してそれに基づいて裁きをつけた」という明瞭な提案を一件も見出すことができない。裁判所が認知し強制力を賦与しているルールという含意を込めた「慣習」概念は伝統中国法を論ずる際には避けなければなら

ない」（滋賀『清代中国の法と裁判』創文社、一九八四年。第五「法源としての経義と礼、および慣習」三三九頁および三五五頁）という指摘を既に二十年前から持つてきた現代日本の学界にとつては、おそらく非常に受け容れやすいものである。その側面に即せば本論文は、そうした従前の慣習法論批判を更に一歩進め、特に西洋中世近世法制史における国家の役回り（それこそが単なる社会慣行を慣習法たらしめ、そこに民事法を生み出した）との対比で、清代中国国家の社会慣行に対する異なったアプローチのあり方を明らかにしたものと位置づけられる。

ただ現代日本の学界はその他方で、上のように言う滋賀氏自身をも含めて、律例以外の民国期の慣行調査・伝統時期の裁判記録、そして省例や地方志の「風俗」記事等を素材にして伝統中国社会の「家族法」「土地法」等の研究を宮々としていることも事実である。そしてそれらは本論文が批判する『台湾私法』以来、仁井田陞氏等にまで至る慣習法研究の延長線上に位置を占める。本論文の議論に従えば、スコーギン氏の議論に対すると同様にそれら研究に対しても「もしそうだと言うならば、なぜ中国の法伝統における「民事法」や「慣習」を論じたりするのか」（本訳文二八五頁）という疑問が投げかけられて然るべきことになる。実際、国家制定法でもなく、また慣習法でもないとするならば、その何処が「法」なのか（或いはそう言う時、その「法」とはどのような意味であり、それは西洋語の法および伝統中国語の法と如何なる関係に立つのか）という疑問は必至である。ここには確かに鋭い対立が存在する。

それではこの親和と対立とはどのような構造的関係に立っている

のだろうか。どうやら「実質においては類似しながらその議論とアプローチにおいては非常に異なる二つのテーゼの間の架橋」（本訳文二七三頁）の試みは、古典学説とホアン説の間だけではなく、ブルゴン説と日本学界の通説との間についても必要なだろう。訳者は、本論文の訳出を機会にブルゴン氏と日本学界の間でそれをめぐる（シビルな？）対話が広く行われることを期待している。