

## 4 合意と契約

—中国近世における「契約」を手掛かりに

寺田 浩明

### はじめに

中国近世（10世紀以降、本稿で特に念頭におくのは明清時代）の契約社会研究は、現在おそらく奇妙な手詰まり状態にあると言える。

即ち、この百年間ほどの契約文書研究および近三十年間の民事裁判研究を通じて、固定的な地縁的・血縁的共同体とそれと乖離した国家から成る通俗的な中国社会像は打破され、中国近世社会が私人相互の合意（広義の契約）による関係形成に満ちあふれた社会であり、また国家も積極的に契約紛争の解決に関与し、そして概ねその私的合意の保護・実現に努めていたことが明らかになってきた〔岸本 1993〕。しかし、ならばそこにあった社会が、例えば近代国民国家下に広がる契約社会と同じものかと言えば、事態のディテールを知られば知るほどに、素直にイエスと答えるのは難しい。

勿論そこは前近代の帝制国家である。近代国民国家がするような契約に対する法的保護を求めるとは最初から無理であり、そうした近代西欧型の基準を持ち込むこと自体が誤りであるとだけ言うことは易しい。しかしそこで中国社会を擁護すべく、西欧社会も前近代の段階では契約の法的保護は不十分だった（それと対比すれば前近代中国も相当のものである）といった議論が無邪気に持ち込まれる時、そこに抱かれる評価基軸は却って契約の完全実現を一極に置いた上での完備・不備論、つまりは何と云うことは無い、近代西欧契約法を到達点とする一種の一元的発展史観に他ならないことも明らかである。

社会編成の契約的性格について大雑把な指摘をすること足れりとする時期は既に終わった。次には契約社会の様々な「質」の解明が必要となる。しかし

我々は、どうやらこと契約に限って言えば、不思議な程に法的保護が「十分・不十分」型の議論枠組みしか持ち合わせていないように見える。そこで本稿では、我々が契約社会の「質」の比較の視点を上手に持てない原因は、結局のところ我々の契約理解の中のどの部分にあるのかという点の解明に向けて、幾つかの準備的な考察を行いたい。当面の力点は、対象の記述よりもむしろそれに触発されて自己省察の側にある。

ただ最初に断っておけば、本稿では中国をはじめ幾つかの歴史社会の契約のあり方について言及するが、著者の力量の圧倒的な不足の為に、その言及は体系的・網羅的というよりむしろ断片的・偶然的であり、当然そこから導かれる論理も諸事実から帰納されるというよりむしろ直感的に発見されたという形を取らざるをえない。しかしそうした仕方であれ、幾つかの「考えるための補助線」を蛮勇を振るって敢えて提示してみることが益もあるかと思う。歴史事実にについては専門家のご叱正を切に期待する。

## 1. 清代における契約と現実合意との関係

### (1) 裁判における「契約保護」の内容

『大清律例』の中には、訴えがあっても被告側に「験して親属写立の分書の已に定まり、出売文約の是れ實なる有る者」については従来通りに所有を認めよという一条がある（戸律田宅・典買田宅の原例）。また清代地方長官（彼が同時に裁判官をつとめた）の為の教訓書類（官箴）を繙けば、土地裁判に際しては売買契約文書を重視しまた家産分割紛争を裁く際には家産分割契約文書（鬮書）を重視せよという教訓を随所に見出せる（例えば『福惠全書』など）。

1) こうした問題意識は、米国の法制史学者スコギンによって以前から強調されている。「かつて中国社会における契約概念の欠如といった議論がなされた時の契約概念は、十九世紀的な意志主義の産物であり、現代法すらも今よりはより多様な要因の重層を考える。自己の枠組みに固執せず、私的合意にどの様な司法的効果が与えられたかといった視点から経験的研究を行えば、中国の伝統の多様性と豊富さ、また西洋法と同様のエレメントが果たした異なった機能と意味づけが明らかとなる」[Scogin 1994]。しかしそうした鋭い問題意識にもかかわらず、氏が漢代契約をめぐって実際に行う分析作業は「本稿が意図するところは、……たとえどんなに法典中に契約関係資料が欠如していても、私人の手になる契約の強制は一貫して中国の法律制度の関心事をなしたというべきことを説明することにある」[Scogin 1994, 翻訳 (1)4]。

そして実際、清代の民事裁判（聴訟）の判決文集・判語に就いて見ても、清代の裁判官が解決案を案出するに際して、当事者達が結んだ私的契約（それを証した契約文書）を相当に重んじた様子を見て取れる。

ただ重視をすることと、それをそのまま実現するということとは必ずしも同じではない。例えば清末の判語『三邑治略』から一例を見てみよう<sup>2)</sup>。

卷5-101「訊黄漢清一案」。

訊明す。黄漢清の祖・黄珮臣が陳映堂の住宅一所を買い、価を計するに九百串文。印約紙張を驗明するに確かに咸豐十一年に立つる所に係れり。而して（当該土地については第三の主体）劉宏達の父が在りし日に控して「當価二百五十串文の未だ贖せざる有り」（売主は当該土地を抵当にして自分から二百五十串文を借りたままである）と称す。「帰約」（占有移転しない形の借金担保契約文書）を驗明するに、陳際文の親筆せる両張は字迹とも相符せず、顯らかに情弊あり。そこで断じて、劉宏達をして錢五十串を讓去せしめ、また黄漢清をして二百串の「票據」を書立して彼（劉宏達）の抱告に交わして収領せしむる外、陳啓運は出売房主であるので錢一百串文を（借金を肩代わりしてくれた買主・黄漢清に）義送し、此の房は即座に黄漢清に歸して自得せしむ。老約（咸豐十一年の売契）は発還し當約（上述の帰約）は註銷し、具結完案せよ。ここに諭す。

四十年ほど前に売買された房屋について、抵当権を持つと称する第三者が相当以前から争っており、ゴタゴタが止まない。地方官は売買についても抵当権（借錢）の存否についても契據を調べ、抵当権者には債権実現、房屋買主には抵当権負担無しの所有権の実現という解決を与える。しかしその内実を詳細に見ると、そこで行われたことは、貸金契約（當約・帰約）に怪しいところがあると云って五十串を減額し二百串にしてしまふことであり、またその二百串の現実的な負担を実質的には買主売主に均等に割り振ってしまふことである。それで当事者全員が相応の満足を得た（だからこそ紛争は解決した）ことは確か

2) 『三邑治略』についての滋賀秀三の書誌学的整理（滋賀1984巻末「清代判牘目録」）を以下に記す。「五卷 熊實撰 光緒31年（1905）序 京都大学人文科学研究所蔵 湖北省利川県・東湖県 光緒27年～31年（1901～1905）巻3（文告）の後半部に稟批8件、「在撫院取詞擬批稿」（湖北巡撫が上訴状に対して与えた批の代作原稿）21件、巻4〔堂判〕利川県の判74件、巻5〔堂判〕東湖県の判80件」。



だが、それらの結論は却って当初の両契約からは導けないし、また正当化もできない。当初の契約が裁判を通じて実現したというよりはむしろ、それまでの経緯を踏まえてそこで新しい合意が結ばれたと考える方が分かりやすい。

そしてこうした実質的な「保護・実現」の方向は、時には原契約の破棄の仕方で行われることもあった。同書巻4-6「訊牟奇翠一案」。

この案では、牟奇翠が劉松魁の田地を承買したのだが、そのこと自体にはもとより錯誤（あやまち）は無い。劉名著等が、祖墳がその田地内にあるので先に（中人の）楊煥章を通じて劉名賢に承買を勧めたのだが、劉名賢は故意に価格を安くさせ、その結果、劉松魁が牟姓に転売するというこの事態を招来したのである。始終の錯誤はあげて劉名賢一人にある。そこで断じて、この地はなお劉姓の戸族・劉銀魁に帰して接買せしめ、牟姓が出した税契・中資の各費用はともに劉銀魁戸族に帰して付給せしむ。楊煥章（先の中人）は牟奇翠に代わってべつに田地一分を再買して（牟奇翠に与え）以って轉贖を免らしめよ。牟奇翠の此次所買の約は原中の楊煥章に提出させ破棄し、なお楊煥章とともに劉姓の親属一同および牟奇翠等をまねきて到面せしめ、約據を書立し（問題の土地をば）劉銀魁名下に売りに売って護墳の田と為し、嗣後他姓に再売することを得ず。各おの具結完案せよ。ここに諭す。

祖先の墳墓がある土地を他姓に売ったケースについて同族の希望を容れて同族に買得させる代わりに、善意の原買主に対しては代替地を代買して渡させる。原契約の実現でも無効取消でもない。むしろ地方官が行っていることは新たな売買の斡旋に近い。

契約の重視といっても、それはある一定時点で両当事者がそう合意したという事実の重視であり、またその事実を証す何よりの証拠としての契約文書の重視である。裁判の役割は、そうした諸事実・それまでの経緯を十分に踏まえた上で、現時点で実現可能な解決策を示すこと、それについてその場で（新たな）合意を作り上げることにある。

そして実際、法廷が次なる関係形成を目指して新たな契據を立てる場所それ自体となる例も散見し（巻4-3「訊張朱氏一案」）「當堂將借字退還銷號，朱福坤亦當堂書立退庄字，以清此事」，更には判決文自体を今後は不明な点の多い

借金証文の代用となせという例（巻3-26「孝感縣婦丁趙氏批」）もある。また、曾ての契約内容をそのまま実現する場合ですら、同じ内容の契據を法廷の場で再度作らせる例もある（同書巻5-139「訊趙龍新一案」）。二つの分関＝家産分割文書の一方を転写の偽作と見破り旧分関に照らして実行せよと判決すると同時に、その場で旧分関と同旨の家産分割文書を作らせ両当事者に署名させる。

これらまで含めれば、むしろここでは法廷は、曾ての合意内容を「実現」する場というよりは、当初合意が崩れてしまった現状を前にして曾ての合意を再確認・再定立したり、新たな合意を作り上げる場と考える方が相応しいのかも知れない。しかしそれは逆から言うならば、ここでは契約を結ぶということは、後日の紛争時点における事案解決の基準を定めるといふ効果をまでは持たないということでもある。

## (2) 契約締結と取引の同時性

そしてここで振り返ってみれば、旧中国で結ばれる大部分の契約文書が、そもそも最初から将来の履行を約するという性格が非常に薄いことにも思い至る。種々の契約文書資料集から容易に確認できるように、土地売買契に書かれる内容の最も主要な部分は、某所の土地を誰某に売与して「管業」（経営収益）せしむ、現に代価幾らを受け取ったという文章であるが、考えてみればそれらの行為はどれも立契以前に（あるいは立契と同時に）終わっていることばかりである。家産分割をめぐる合同文書（鬮書）についても事態は同様である。家産分割は、族長を招請し同族臨席のもと、財産価値が等しくなるよう予め人数に分けられた財産目録を分割対象者がくじ引きする仕方で行われるが、鬮書はそうした行事がすべて済んだ後に作られる。それらは契約と言っても、まずは未来の履行を約する合意の位置づけについては後述。

勿論それら文書の中にも、売契ならば今後相手の管業の邪魔をしないと将来歴不明な時は売主が対処に当たると、鬮書ならば今後家産分割取り分について再度ことを荒立てるようなことはしないといった将来に関する約定文言が含まれることはある。しかしそれらの多くは土地を売りまた家産を分割した以上は自明のことであり、その条項が偶々文書に書き込まれていないからと言ってその



責を免れるとは恐らく誰も考えていなかったろう。

結局、重要なことは当事者達が土地売買なり家産分割なりといった重大事について一定の合意を達成することそれ自体にある。そしてそれらの行為自体が既にして関係者を呼び集め公正な立会人を立てて極力公然と行なわれた。その一部・一環として契據の定立が行われる。立契の主要な目的は、その時に両当事者が確かに不当な圧迫無く自発的に（「無逼情願」）当該の合意をしたという事実を後日相手方を含む周囲の人々に証すために記録しておくこと（「存照」）にある。

### (3) 現実と綾なす契約

土地売買にせよ家産分割にせよ、当事者達はその意志に基づいて財産の帰属関係を変更したり確認したりする共同的な行為である。そしてここでは社会関係の多くが、比較的随意的に随意的に相手を選んではる相対交渉と合意を通じて作られていた。社会関係の主要部分が世襲的・因習的に決定されている社会との対比で言うならば、ここにある状況は「契約的」と呼ぶに相応しく、それら一つ一つの行為もまた常識的な意味で「契約」と呼ぶのが適当だろう。

しかし上に見たとおり、ここにおける契約は現に行われる行為、ひいては現に存在する状況と距離が余りない。

まずそれが立てられた時点について言うならば、契約に記される内容と現に目の前にある両当事者関係とは基本的に同じものであり、契約を結ぶということと現状の当事者配置を作り上げるということは、もとより別の二事ではない。

勿論ここでも、当初の合意通りに事態が進まず、当事者関係がこじれて行き詰まってしまふことは良くあった。そしてその挙げ句に訴訟が起こる。契約内容と現状はそこでは当然に食い違う。

裁判ではまずは契約文書が参照される。そして単に一方が自己利益の為に食言をしているだけの場合には、契約文書を示して、あの時お前は確かにこう言ったではないかと履行の強制が命じられるのが普通のことであつたらう（それどころか律には「負欠私債違約不還者」に対する刑罰まで規定されている。戸律銭債・違禁取利）。しかし反面、上に幾つか例を見たとおり、汲むべき事情

があつて実現ができなくなれば、当初契約内容には余り拘泥せずに、むしろその変化した現状に最も相応しい（多くの場合は即座に実現が可能な）何らかの新合意を作り出すことに力が注がれる。

勿論それは必ずしも契約の無視と同じ事ではない。良く分らないので五十串引きというような上記の例もあるが、原合意がどの様な内容だったのかは一応は追求されるし、また完全に実現されない場合でも、曾てそのような合意があつたという事実までが否定される訳ではない。むしろここでは契約の尊重は、過去にそのような事実があつたという「経緯の尊重」として現れる。立契は関係者を呼び集めまた当事者達も十分な熟慮の上で行われた重大行為である。実際その多くは事態の展開、当事者達の人間関係の節目に位置を占める。裁判官が着目重視するのはむしろ当然である（そしてそうした意識は、訴訟中に一方当事者によって事後的に持ち出される種々の論拠を評価するに際して、もしも当然にそうした事情があつたとしたならば、お前は何故契約締結のあの時にその話を持ち出さなかつたのか、そのような理あらんや、という形で却って強烈に示される）。しかしそれはあくまでも立契時点での合意である。その思惑通りに事態を進めることが出来ずに錯雑混迷を深めてしまつた現状を前にして、曾ての合意（曾ての現状）をそのまま持ち出しても余り意味はない。求められることは、その経緯を十分にふまえた上で、新たな合意を達成することである。それが判決の役割になる。

しかしその法廷の判決すらもが確定力を持たなかつたことは、既に研究があるとおりである〔滋賀 1984〕。ここでは一旦判決を受諾した（遵依甘結状という判決受諾書を書いた）当事者も、やはり不満だと思ひ直した場合には後日同一事案について再提訴することが認められていた。また判決を得て一旦落ち着いたかに見える事態をめぐって後日再度別の形の紛争が起こることもある。このまま争いを続ければ「不測の事態」が起こりかねないと言つて提訴がなされるれば（そして実際、民事争いを機縁として起こる殺人事件の中には、当該民事紛争自体について曾て提訴がなされ判決が下され、しかも両当事者が遵依甘結状までも出していた事例が散見される。〔寺田 1997〕）、官も再審理に乗り出さざるを得ない。そしてここでも、曾てそうした判決がなされ当事者達は遵依甘結状まで書いていたという事実を事実として十分に斟酌・尊重しつつ、しかし結局



はその時点で最も相応しいと思われれる新合意の案出が図られる。

そこにあるのは、結ばれては崩れ崩れては結ばれる当事者関係と、それを調整・再調整する果ての無い試みである。契約も判決もそうした流れゆく現実的社会関係のただ中に、それと綾なす形で存在する。それはそれで一つの自然な形ということすらも出来そうである。しかし他地域の歴史の中に見える契約は必ずしもこうした「自然な」ものではない、あるいは単にそれには止まらなように見える。他地域について固有の契約史を論ずる力は無いので、以下では断片的なトピックを幾つか挙げることにする。

## 2. 契約と合意の間の別種のあり方

### (1) 権力的な制度としての契約

「約束であって、法律によってその履行が保護されているもの」[星野 1976: 3] という教科書的な契約定義に典型的なように、我々は普通、契約というものを考えるときに、まず当事者の約束合意という大きな集合を考え、次いでそうした約束合意の中の特定のものに対して法的な保護が付与されるという順番で発想を進める。ただ同時に我々は、そうした私的合意全般に対して法的保護が広く与えられるようになったのは西欧でも近代以降のことである、それ以前に存在した状態はむしろ厳格に定義された幾つかの特定の契約類型についてだけ訴訟が許される状態であり、そして時代を遡れば遡るほど、そこで用意される契約の種類は少なかった（例えばローマ法における限定列挙的な「有名契約」類型）といった事実も知っている。そこで西欧契約法史は、基本的には人々のする約束合意に対する法的保護の拡大の歴史として構想されることとなる。

現行契約制度の淵源を辿る限りにおいては、勿論この理解に誤りは無い。ただそこから、過去の時代において法的保護が及んでいない（契約法史のスポットライトが当たっていない）部分にも現在と同様に等質的な約束全般があったといった連想を導くとしたら、それは単なる論理的な錯誤に他ならない。むしろそこにあったのは、支配と保護の入り混ざった様々な種類の社会関係であったに違いない。

とするならば、西欧契約法史についても、そこに出てくる過去の一つ一つの社会を取り上げて論ずる限りにおいては、約束全般というものが社会の中にあらずあってその内の幾つかについて法的保護が与えられていた等と考えるより、むしろ裁判権力を核とする社会によって予め特定の法的効果（それは必ずしも公権力による履行の保障・実現の担保とは限らない）と強く結びつけられた幾つかの（恐らく当時の社会にあつては例外的にクリアーな）人工的な取引類型が作られ、それがあつた種の公共サービス・取引社会の「社会基盤」として広く社会成員の利用に供されていた、そして人々は必要に応じてその用意された社会制度を利用していた、と整理する方が遥かに歴史社会の実態に近いことになる。

とするならば、そこでは契約とは当事者同士の相対交渉の産物である以前に、むしろ権力が予め製作し取引社会に向けて提供するツールである、当事者間の合意を論ずるなら、まず何よりもそこにあるのはそうした特殊な制度利用についての合意であると言ふ方がおそらくは相応しい。

そして当事者社会に対する契約のこうした位置取り方は、断言するだけの十分な知識が無いのだが、おそらくイスラーム法上の契約についてもそのまま当てはまる。近代法学者に説明させると、そこでも出だしは上と類似する。「イスラーム法において契約とは、簡単にいえば、法的に承認された約束である」[クルソン 1987: 29]。しかしクルソンによれば、そこには例えば合意と約因（債務に対応する行為の存在）が契約の本質だといった意志を核とするコモ・ロー式の定義も実務もないし、また普遍的な契約理論もないと言ふ。人のする約束全般について定義や本質論から契約が出てくる訳ではない（逆に言えばそれ無しでも契約制度は幾らでも作りうる）。そしてここでも提供サービスの種類は最初から売買・贈与・貸借・使用貸借の四種類の典型契約（+「例外」的契約類型）しかない。確かに「例外」が多数あるので「イスラームの契約法は、当事者がどれかの典型契約の定められた条件に従って契約するのでなければ無効とされる、といったドラコン流の厳格法律主義を採っているわけではなく、むしろ当事者のなした特定の関係が、法によってどれか一つ、または複数の、契約類型に該当するものと認められるのである」（同上書 48 頁、一部訳文を改めた。なお著者クルソンはここに契約自由の原則への萌芽を見る）と



は言える。しかし「当事者のなした特定の関係」はさておき、法的な契約に限って言えば、それは最早当事者達が創設するものではない。むしろそこにあるのは、人々は国家社会によって準備されている所与の幾つかの制度を、自分の都合に合わせて利用するという関係であると言って良い。

## (2) 「未来を現在化する仕組み」としての契約

そしてここで目をイングランドに向けてみると、田中英夫 [1958: 50 以下] によれば、英法における契約の始原を遡って行くと、1066年ノルマン征服以前のアングロ・サクソン期の贖罪契約に行き着くと言う。個人間で殺人その他の不法行為が起こったとき被害者氏族は加害者に対して復讐の権利を持ち、加害者に贖罪金を支払わせるか、支払わねば決闘によって被害者の正しさを明らかにすることができた（あるいはそうした義務を負った）。ただ一定の贖罪金を支払う旨の合意が成立しても、その金が工面できずに実際の支払いを先に延ばさざるをえないケースがある。その窮地を切り抜ける手段として、贖罪金契約というものが生まれた。その契約を立てることを、あたかも実際に贖罪金を支払うことと同じに考えて、決闘や復讐を回避する。

また12世紀から15世紀初頭にかけては「金銭債務訴訟」と「捺印証書訴訟」が我々の契約保護に似た機能を果たしていたという。前者は、金銭貸借の前に債権者債務者が裁判所に出頭し、債務者は債権者がする貸金中だとの仮想的主張を認諾し、もしそれに違反したら州長による財産差押えに異議を述べぬことを約し、その旨の判決を貰うという「馴れ合い訴訟」の形を取った契約の仕方である。それが間もなく広げられて、捺印証書という厳格な形式による文書交付に基づく債務に対しても債権者に法的保護が与えられるようになる。つまり捺印証書が上記の馴れ合い訴訟の判決の代わりになる。要はそこでは契約を結ぶとは、一種の権力の発動予約を取り付けることと殆ど同義である。

そして田中の議論は英法史として当然のことながら、それら契約の要物性（およびそれと「約因」法理との関係）をめぐって展開されるが、我々がここでむしろ着目したいことは、そこでは共通して、取引の一方の対価として将来の履行という未だ存在しないものが置かれている（他方におけるのは赦免や貸金という現在の現実である）、或いはその「未だ存在しないもの」をあたか

も現存する事物のように取引現場に持ち出す仕組みとして契約制度が位置を占めているという事実である。契約とは将来の履行を相手に約束することであると同時に、あるいはそれ以上に、履行を公的に硬く保障されることを通じて現在の取引関係の中に立ち現れてしまった未来である。ここでは契約制度とは、未だ存在しない将来の状態・未来の事実を、あたかも現前する事実の如くに現在の取引対象とする、そうしたことを実現するために必要な一定の担保的機能を公権力が提供する仕組みとして理解することができる。

そして言うまでもなく、そうした仕組みが取引社会に対して持つ効用は計り知れない。それは、あたかも貨幣という一般的交換手段の登場が、それまでの物々交換状態が否応なしに持つ「自分と丁度裏返しの需給希望を持つ交換相手の登場」という偶然性を一挙に取り払い取引社会を飛躍的に拡大させる力を持ったのと同様に、今度は取引関係から「時間の制約」というものを一挙に取り払う。もはや取引対象は現にあるものには限られない。もしシステムが正確に作動するならば、あらゆる未来が商品となり得そうにも見える。あるいはその夢をまさに実現すべく、あらゆる未来を計算可能な形で現在化する仕組み、それが確かに我々が馴染んでいる契約制度というものが持つ一つの性格なのである。

そして未来の財を現前させることが可能なら、未来のリスクを現前させることも可能な筈である。「契約締結時点で、将来生じうる問題を可能な限りで予測し、前もってそのリスク配分を定めておくのが契約の重要な機能である」。現代米国の契約とは「対等な当事者が自己責任原則の下にリスクを配分し、両当事者がそれぞれに利益があると見込んで結ぶ関係を想定している。それは（両当事者にとって利益があるはずの）取引である」[樋口 1999] といった現代アメリカの契約観はこの発想の素直な延長線上にある。

権力的制度としての契約は特にこの方面で発達を遂げた。

## (3) 「契約平面」の独立

創生期の契約は、以上に見たとおり、取引の特殊な局面を乗り切るために権力によって設置され、取引社会の利用に供され、また当事者達によって利用される単発的なツールと考えるのが相応しい。ただ、次第次第に種類を増せばそ



れら相互の間にも自ずと一定の体系が出来、それはやがては人々が自分達の社会関係をその上に「載せる」ことが出来るだけの一定の拡がりをもった独自の空間をなすことになる。そしてその空間は、そうした語彙と論理のみから成る法廷という現実の場によって支えられている。

勿論その場所（「契約平面」と呼ぶことにしよう）は、必ずしも常に現実にある当事者関係をそのままの形で素直に載せられる場所とは限らない。例えばイスラーム法上で利子禁止規定を回避するために行われる「潜脱手段」について柳橋博之〔1995〕は次のように紹介する。

今金銭を借りようとする者が貸主からある物を百五十万円で買うが、支払期日を一年半後としておく。次ぎに貸主が同じ物を百万円で直ちに借主から買い戻し、代金もその場で支払うとする。これは実質的には年利息五割の金銭貸借に他ならないが形式的には有効な売買を二度行っているに過ぎない。

ここでは権力的に設営された制度的な契約平面、あるいはイスラーム法の法廷の中で通用する語彙と文法が、当事者達が現実社会で行い語ることと誰の目にも分る仕方ですでれている（契約平面側の語彙が圧倒的に限られている）。しかし同時にそこには所定の翻訳手法が用意されており、それを言いさえすれば十分実用的な仕方での制度は利用可能であり、また実際にそれは現実世界を整理する一種の補助線の役割を果たしている。潜脱手段の存在は、却ってそこにある契約平面が、現実の社会関係から独立した独自の平面を確立していることの証左であるとすら言える。

#### (4) 西欧近代契約法の歴史的位置

近代契約法においても、典型契約といった特定の合意類型が列挙されることはあるが、それらはもはや例示以上のものではない。むしろそこでは契約の本質は当事者同士の合意にあるとされ、しかも正当な合意に対して法的保護（しかも国家権力を挙げてその私的合意内容を強制的に実現するという最大限の保護）を与えるだけの実力を国家権力は既に持ち、また市民革命以後はそれを与えることが国家権力の主要な任務の一つともされる。

そこにある事態は、一面から言えば、ここまで述べてきた権力の契約提供サ

ービスの単純な拡大形態に過ぎない。ただ他面、ここでは物事の理解の表と裏、地と図柄が色々な所で従前のそれとは逆転してしまっていることも否めない。というより、そこではここまで述べてきた現実社会と契約平面、当事者的な約束合意と権力的な契約制度といった対比自体がそもそも上手く成り立たない。

例えば、我々は曾ては契約制度側のファンクションとしてあった種々の法的効果を、むしろ当事者合意それ自体が直接に生み出すものとして観念しようとし、またその強制の根拠自体も当事者の意志に専一的に求めようとする。その結果として、一定の合意に法的保護を与えたと否との境目も、ここでは制度が与える契約類型に合致するか否かの問題としてではなく、何よりもまず当事者間の合意の熟度・合意の真正度の問題として論じられる。また真正の合意であれば法的保護を与えられるべきであるという側が原則となれば、何を保護するかという点について（どういう契約サービスメニューを提供するかという形で）決定的に働いていた権力あるいは社会の側が持つ選別機能は、攻守所を変えて、むしろ「公序良俗違反」の如く、当事者合意の一部を敢えて法的保護の外に排除する為の例外的契機として位置づけられることになる。確かに現に機能している状態を考えれば、当事者合意の側をベースにすべての議論を組み立てる方が、両当事者の関係を整理する際にも、国家権力の役割を論ずる際にも、素直で有益な整理方法となるのだろう。

ただ勿論、以上の歴史的経緯をふまえて見れば直ぐに分かるとおり、そこにリアルに存在する状態は、言わば権力的制度としての契約の提供メニューの多様化の果てに、権力側が一種の普遍的・抽象的な枠組みと化し内容面の決定を当事者に全面的に委ねてしまった状態、ユーザー一人一人の好みに応じた権力的契約のオーダーメイド化の現象に他ならない。如何に両当事者の意志の側から立論を行うにせよ、それは所詮は国家権力による法的保護が空気の如く台意の周りに自明に遍在するようになった結果として当事者の姿だけが浮かびあがっているというだけのことであり、むしろ起こることはどれもが、近代国家という特定の仕方で振る舞う国家権力のあり方を離れては存在し得ぬ事象、そうした権力によってエアークонденションニングされた箱庭的空間の中の出来事である。

しかし同時に、その箱庭の中に限って言えば、十年後の利益に向けて巨万の



富を誰か他人に投資するといった、それまでの不安定な社会では誰もしようとしなかった約束を、人々は安心して結ぶことができる。このシステムはそういった仕方で個々の人間の関係形成能力を拡大する。あるいはシステム全体が持っている力が、ここではあたかも個々の人間の持つ属性の様な仕方で現れる。しかも契約法の完備の果てに、(勿論、法学と弁護士の存在が示すとおりそこでも一定の翻訳作業は不可欠にせよ) そう無理な翻訳作業を挟まずとも、我々は契約平面上にはば素直に現実類似のことを描くことすら可能である。そしてある意味では当然、またある意味では非常に興味深いことに、紛争になればそうした契約こそが当該紛争を裁くに際して依るべき第一の規範、一部の強行規定を除く一切の実定法に優先して適用される法、裁判官を拘束する判断基準となる。ここでは一旦ことあれば、契約平面上に書かれている構図の方が自明に設計図として扱われ、むしろ正すべきは専ら現実の側とされ、そして実際、国家権力を挙げてそれは正される。当然、重要な社会関係はすべてこの契約平面上に組み立てられることになり、むしろソリッドな現実は却って(現実的な社会の中にはなく)契約平面上にあるような状態が作られる。我々は言わば契約平面の中で人生の殆どを送るのである。

ただこうして約束合意の殆どすべてが法的保護を受ける・実現部分については権力的システムにすべてを預けることの裏側として、それまで人と人との約束を成り立たせてきた当事者同士の多種多様な人間関係の側面は、当然に後景に退かざるを得ない。そして実際、我々は(おそらくは「遵法精神」の内面化の果てに)既に法的な契約とは別の仕方で約束合意というものを上手にイメージすることすら難しい。法的な保護を受けるか否かに関わらず、ここでは「本当の」約束とはそれ自体が既に(少なくとも当事者同士の間について言えば)契約と殆ど同じものなのである。

一言で言うならば、我々の目の前にあるのは、かつては部分的なものに過ぎなかった(その限りでその制度性・権力性・限界性が誰の目にも明らかであった)契約平面が現実平面の殆ど全体を覆い尽くした結果として、却ってその性格が見えにくくなってきている状態、あるいはついに現実そのものに代替してしまったような世界である。約束したとおりに物事が進まないことに苛立って、中国は契約社会ではないのかとビジネスマンがつぶやくときにその脳裏

にあるのは、恐らくはこうした契約社会像なのであろう。

さてこうした契約像を念頭におきながら先程見た明清契約秩序を振り返る時、それは比較史の中の何処に位置を占めることになるだろうか。

### 3. 明清中国契約秩序の特徴づけ

#### (1) 法的保護の範囲と質

上述したとおり、西洋法制史では国家がすべての私的契約紛争を取り捌く状態はようやく近代になって現れる。それに対して旧中国では、清代はおろか遥か昔から国家が殆どすべての契約紛争を受理し裁いてきた<sup>3)</sup>。幾らか逆説的に聞こえるかも知れないが、こうした先進性あるいは本来的な無限定性こそが、前近代中国国家の契約保護のあり方が比較史的に持つ第一の特徴として挙げられるべきなのかもしれない。そうした無限定性の由来の説明は比較的簡単にある[寺田 1997]。

旧中国では嫌訟意識にもかかわらず、汪輝祖『学治臆説』「聴訟宜静」が「民に長たる者、税を衣し租を食し、何事も民に給を取らざるはなし。民の労苦に答えるゆえんは、ただ争を平らげ競を息ましめ民を義に導くのみ」と言うように、民の訴え事を聴くこと(聴訟)は伝統的に統治階級の義務あるいは公権力が行う最大の対民衆サービスとされてきた。

しかしそこで義務として引き受けられた聴訟は、客観的な形で存在する法あるいはそうした法に基づいて主張される権利の実現といった作業としてではなく、むしろ実存に基づく生存権的な主張から市場的論理に基づく既得権的な主張まで、要は手近にあって利用しうる論拠は何でも押し立てて自己=自家の領分を確保しようと押し合いへし合いする、そしてその一環として相手の押し過ぎを告発しあう民の動きを受けて、なんとかそこにて一定の平和的な共存状態

3) なお念の為に付け加えれば、歴代中国の法例中には、一定の(多くは立契後一定年限を経過した古い)契約案件の提訴を制限する条文を幾つか見出すこともできる[寺田 1987]。しかしそこにあるのは法的保護を与えらるべき契約からそれを除外するという判断であるよりも、むしろ、そうした古い契據(と称するもの、多くは偽文書である)を今更持ち出して争いたる不自然さへの警戒である。そして実際、裁判例を見ても、過去の合意の事実が明確に立証できるのであれば、契據の古さは何ら問題にされない。



(論拠相互の調和・均衡状態) をもたらず作業として意識され、また営まれていた。

求められることは破綻に帰し自律均衡作用を失ってしまった当事者関係の恢復・再調整それ自体である。しかもそこには我々が法的と事実的と論ずるような区別すらない。あらゆる要素が関係に作用し、またそれらあらゆる要素が法廷に持ち込まれる。ただそうは言っても、その再調整を要する当事者関係の大部分が、実は先のような契約によって作られていた。もめごと全部を引き受ければ自ずとその主要部分は契約問題になってしまふ。

ただ当然、そうした全面性は受理の局面だけで現れる訳もない。紛争の解決自体も全面的なものになるほかなく、むしろその一部・一環として契約の実現が現れる。例えば前掲『三邑治略』から巻4-8「詛曾成意一案」。

この案を説明するに、曾成意は従前劉傳福の老當を帰併し二百四十串の字據があるが銭はなお付していない。説明するに実に属す。鄧永潮等が取る(借金の引き当てと称して強奪した?) ところの穀子は、鄧永川等の供述によれば十余石、曾憲藻の供述によれば三十余石あるという。本県が裁奪して二十石と為し、二十四年以前の市価に照らして毎石錢七串として合計百四十串。外に鄧永潮は曾成意の房屋一所を佃して二十串の佃錢を欠して未だ付していない。この両項を(先の二百四十串の)引き当てにすると合わせて百六十串になる。それを引き当ててる外、曾成意は鄧永潮の錢八十串文を清算追加給付して、以ってこの事を清くせよ。この法廷の場で(曾成意は、八十串支払う旨の)票據を書立し、そのかわりに(二百四十串の)借據は曾成意に退還して収執せしむ。従前より両姓は各案を互控して夙嫌がある。本城の紳首・劉子書等をして、公所に酒席三棹を用意させ両当事者を見面させ永く和好を敦くせしむ。その時になつたら本県も亦自ら親臨することとす。両当事者ともこの諄諄勸誡の苦心に負かぬようにせよ。ここに諭す。

相互にもつれ合う要求を整理相殺しながら古い借錢問題の一挙解決が図られる。そして本判決には、後日の按語として次のような背景説明が付けられている。即ち曾・鄧の両姓は共に巨族であり繰り返し械闘(武力衝突)を行い、また省衙門に上控して数年、出頭命令にも応じない状況が続いていた。そこで本県は

着任時に両族長に対して、県に投じて公平な断結をまつようと言い聞かせた。出頭後に調べてみると、結局は何のことはない、借錢をめぐるゴタゴタから猜疑心が高まり最後に抜きがたい敵対状態に陥っているに過ぎぬことが判明する。そこで上記の様な処置をとったのである。後日公用で近所を通りかかった折りには、上記一件の処置を感謝する両族双方から大変な歓待を受けた。「百姓の感化すべからざる無きを見るに足る」。

## (2) 契約特有の形式性

しかし上記の例がたちまち示すとおり、契約紛争が取り上げられたからといって、そこで我々が契約紛争に期待するような解決方法(最も典型的には契約がその裁判を規律する法となるといったあり方)がなされる訳ではない。契約に裁判規範としての効力が与えられてないということと、何でも取り上げられるということとがここでは表裏している。そしてこのことは契約というものが自体の日常的なあり方にも影響を与えざるを得ない。

というのも西洋法制史を遡るとき、確かに取り上げられる範囲・与えられる保護の内実は歴史を遡るほどに狭く貧しくなるにせよ、こと取り上げられた範囲の中に関して言えば、物事の扱いは方・問題処理の技法の中に意外に近代契約法に通ずる内容を見出せることに気が付く。現代契約法学者が現代的な課題をめぐって古代ローマ法との間で有益な「対話」を繰り広げうる所以である[河上・ペーレンツ 2001]。法的な保護を受けまた与えるべき「契約」と、それ以外の生の合意との間の区切れ目についての関心と問題意識は、西洋私法史に貫するテーマである。そしてクルソンの概説を見ると、イスラーム法でも同様に「契約の成立」条件についての厳しい議論(「契約締結の現場」法理)、「契約の無効・取消・解約」についての様々な制度や思考が繰り広げられていたと言う[クルソ 1987]。

それに対して旧中国においては、確かに契約文書群といったまさに手に触れる仕方で、一定のまとまりとして契約の存在を直感できるにもかかわらず、契約と否とを、また契約の成立と否とを厳しく分つ議論(契約成立の為の形式的な要件論)自体を殆ど見ることができない。また敢えて諾成契約・要物契約・要式契約といった用語を用いて中国の契約法史を論ずることを試みても、それ



らの部分は術学趣味以上の意味を持ちにくい〔仁井田 1952〕。こうした事情は、西欧・イスラーム両者においては、法廷に提訴しうると否とが、契約とそれ以外の合意、契約成立と未成立との区切れ目を作りだしまだ論じせしめる最大の動力をなしていたことと決して無関係ではないであろう。

そして目を公証の局面に転じて、事態はやはり類似する。例えば中国についても、契約文書あるいは私人間の合意内容・約定内容を国家に登録する例、会館等の共有財産の売契を盗売盗押を防止するために官に提出する例（私的保管システムの欠点回避）、また墳墓等の所有権公示の為にローカルな告示を出して貰う例（周辺住民に対する警告の為に公権力を予備的に動員する）、更には郷禁約それ自体を官に給示して貰う例（おそらくは私人の行う約束力・暴力に対する事前のお墨付きを求めるとして）、またそれと同時に並行的に行われる契約内容の碑文化等々、私的な契約に対して国家が一定の助力を与える例はむしろ枚挙に暇がない。しかし、だからと言って国家の関与によってその約定・合意そのものが何か質的な変化を遂げたかと言えば、これも否である。それは最大限一定時点でそうした合意を行ったという先述の「事実」の証明強度に関わるに過ぎず、しかもそれらは申請側すら周囲の事情と必要を見て行う個別的一回の行為に過ぎなかった。当事者がそこまでは不要と思えばしなないまた官も与えない。それらは一般合意とは異なる特殊な「契約」範疇を作る話ではないのである。

そして民間社会の実務に至っては愈々区別は曖昧になる。勿論そこでも重要な合意であればあるほど「口に憑なきを恐れ」文書を立てるのが常である。また取引には第三者・中人を立てる、立契の場にはなるだけ多くの関係者を集めて証人として署名して貰うといった工夫は時代と地域とを越えて共通して見られる作法である。しかしならば口頭の契約は無効なのかと問えば勿論そのようなことは無いという答えが返ってくる。ここでは重大な処分行為について契據がないことは、契約の無効・有効の問題というよりは、むしろ単純に自然・自然の問題として扱われた。

結局、契約を巡る制度的な工夫は、特定の重大な決断・合意の重要度を際立たせるに必要な限り、また必要な程度で行われたに止まり、合意の中の一部を質的に逸った範疇におくという方向には進まなかった。少なくとも合意全般と

は区別される契約だけ載せるための特別の場所は、国家によっても社会によっても用意はされなかつた。そこでは固い約束から柔らかい約束までが切れ目なしに連続した形で存在していた。

### (3) 履行を将来に残す契約の回避

曾てそう合意したという事実への相応の尊重はある。しかしその合意が「法」となって現在を支配するという硬い仕組みはない。土地売買や析産の様々に合意立契と同時に処分行為の主要部分が終わってしまうケースについては、それでも良いかもしれない。しかし未来に履行を残すタイプの契約、即ち現時点であるのは言葉だけであり、取り敢えずその言葉にお金を支払われ、そしてその言葉を実現させるといふ（誰が考えても本来的に不安定な）部分だけが残る約定の後に残される契約をめぐっては、こうした性格は大きな弱点をなす。

しかし旧中国も商業的な社会である以上は、こうした契約関係を用いない訳には行かない。そして実際、商事取引は当然として、普通の民同士の間でも消費貸借（後日金銭を弁済する）、租佃（今後毎年収穫後に所定の租を地主に納める）、請負（某月某日までに何かを仕上げる）をめぐってそうした内容の各種の契約が結ばれていた。ではここでは、そうした契約関係に本来的に付きまとう不安定さをどうやって減じたのか、或いはそうした取引に入るために最低限必要なだけの安心感をどうやって確保していたのかという問いが、当然の疑問としてわき起こる。

勿論、強制履行の外部的制度が無いからと言って、そうした契約関係自体がそもそも不可能であるとか、それらが全部踏み倒されていた等と考える必要はない。人はお互いに利益があると考えるから、その取引関係に入るのである。そこで既に人々は履行の方向を向いている。また約束を守らぬ人間から強制取り立てをする力が無くても、次回以降はその人間とは取引しないという選択肢ならば常にある。いずれをとっても、長期的に考えらるなら約束の履行こそが当事者にとつての最大の利益に違いない。信義だけで相当部分は足りる。問題はその先を求めた場合に何が出来たかという点にある。

そしてその問題については、我々は既にブロックマンの周到な研究を持っている〔Brockman 1980〕。氏は、国家裁判による履行強制が無いにもかかわらず



意外に商事契約秩序が良く回転していたことに着目し、その原因を主に「契約の自己執行 (self-execution) 的 성격」、即ち履行促進のための種々の工夫が外部的制度としてではなくむしろ契約内容・契約手順自体の中に組み込まれていた点に求めた。

台湾の契約は、それ自身の条項の力で履行を促進するように組み立てられていた。買い手が全額を支払えなかったときに没収されることになっている。前払いの手付金は広く用いられ、その額は、通常の商品の場合における購入代価の 10 パーセントから、穀物売買における 80 パーセントまでわたった。これらの手付金は履行の担保として働き、また買手の違約の時には、法廷の介入を全く待たずに、売り手に対する損害弁済として機能した。この種の手付金を別にしても、残りの売買契約の条項も、通常同時履行に向けて仕組まれていた。商品は、それが移転されたときに、その代価支払いを受ける。どちらの当事者も、相手の履行を強制するために、効果的に自分の履行を差し控えることが出来た。借銭契約においては、第三者たる保証人が強力な役割を果たした。

そして確かにこうした性格・手法は、商事関係に限らず、履行を将来に待つ契約類型の多くに共通して見て取れる事実である (租佃関係における押租＝敷金慣行がその典型であろう)。

しかしそれら工夫が、結局は、先に英法について見た如き、取引に公権力を介在させることにより「未来そのものを現在化する仕組み」というよりは、むしろ当事者同士で相談して不確定な「遠く大きな未来」を当事者間だけで処理できる程度の「近くて小さな未来」に細分化して行く手法であることも明らかであろう。定銀は両当事者間に恒常的な並列関係・同時履行的な均衡状態を維持するための工夫である。そして一年分の租額を押租として取る事態は、一面から見れば将来の納租の担保であるが、欠租に引き当ててしまった状態から振り返れば最初の時点で一年分の耕作権を押租という代価で売買したのと変わらない。ここでは工夫をすればするほどに、事態はどんどんと現に目の前にある財の間の等価交換に近づいてゆく、つまりは行う契約自体が将来に履行を残す類の契約ではなくなっていくのである。

そしてまたブロックマンが必ずしも触れないもう一つの危険回避方式として、

共同経営化の志向もまた広く見られる。例えば小作関係における「分種」がそれである。ここでは地主小作人の間の関係は、土地賃貸借関係としてではなく、むしろ地主が土地を小作人が労働力を現物出資し共同経営体を作り、その成果を出資比率に従って分配する (配当として受け取る) 関係として理解され操作された。確かにこうした仕方をとれば利益もリスクも自動的に分配され、履行の不安は解消する。しかしこちらの方向も、未来を買う話ではなく、時間の進捗に合わせて両当事者が一緒に未来を味わう話になる。

結局このシステムの下では誰もが現在を余り遠く離れるようなことには乗り出せない。それは素直に認めただ方が良いのだろう。しかし、まさに滋賀 [1984] が言うように、確かにそれで資本主義、一定以上の規模の・匿名的なプロジェクト＝株式会社式の資本集積を行うのは難しいが、普通の社会生活を送る・市場取引を行うには足りていたのであろう。

## おわりに

さて最後に、ここで比較のキーとして選ばれた「契約」という概念それ自体が持つ問題について考えを整理して終わることにしてしよう。

上記の議論を踏まえて言うならば、契約という言葉で我々が普通に思い浮かべることの中にはどうやら次のような二要素が混在しているように見える。

A. 粒々の個体相互が、自覚的に・台意に基づいて社会関係を作り上げる行為。人間が人為のこととして結びまた維持するものとして社会関係を考える仕方。

B. 過去に一旦立てられた客観的な定め事とその後の現実を規制する (公権力のなすべき仕事は専らその実現である) という関係。

そして近代的契約とは、「A で作られたものが B として扱われる」あるいは「B の形のを A で作る」作業であり、そこではこの二つは表裏こそすれ別の二事ではない。しかもそこではこの二側面は、当事者の自由な意志・硬い自己同一性を持った強い意志という一つのものによって強く束ねられている。人の意志こそが自由に選択をする基礎であると同時に、その後の自己を硬く拘束する基礎でもある。両者が一見不可分のように見えることに不自然さはない。

解・契約理解に基づき公権力の介在のあり方の一定の実現状態と見る方が遙かに相応しい。それは上述のような美点と欠点を持っていた。そしてその状態はおそらくは西洋契約法史のどの段階とも異なっている。

さて人間の合意の本質は何なのか、あるいは本質という用語を嫌うならば、人間の合意というものに自明に共通する属性はどこまでなのか、契約についての「比較史の可能性」を語ろうとするとするならば、まずその問いにまで遡ることが必要のように思える。

#### 参考文献

- 河上正二・ペーレンツ、オッコー 2001 『歴史の中の民法——ローマ法との対話』日本評論社。
- 岸本美緒 1993 「明清契約文書」滋賀秀三編『中国法制史——基本資料の研究——』東京大学出版会。
- クールソン、ノエル・J 1987 『イスラムの契約法——その歴史と現在』（志水敏訳）有斐閣。
- 滋賀秀三 1984 『清代中国の法と裁判』創文社。
- 田中英夫 1958 「英米法——英米における無償契約に対する法的保護（史的素描）』比較法学会編『贈与の研究』有斐閣。
- 寺田浩明 1987 「清代中期の典規制にみえる期限の意味について」『東洋法史の探究——島田正郎博士頌寿記念論集——』汲古書院。
- 1989 「清代土地法秩序における「慣行」の構造」『東洋史研究』48/2。
- 1994 「明清法秩序における「約」の性格」溝口雄三ほか編『社会と国家』（シリーズ・アジアから考える第四巻）東京大学出版会。
- 1997 「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」『法学』61/5: 1-84。
- 仁井田陞 1952 「中国売買法の沿革」『法制史研究』1号（仁井田陞『中国法制史研究——土地法・取引法』東京大学出版会、1960（補訂版1980））。
- 樋口範雄 1999 「医師患者関係と契約——契約とcontractの相違」榎瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』弘文堂。
- 星野英一 1976 『民法概論Ⅳ』良書普及会。
- 村上淳一 1983 『「権利のための闘争」を読む』（岩波セミナーブックス4）岩波書店。
- 柳橋博之 1995 「比較法上のイスラーム」講座イスラーム世界4『イスラームの思想回路』栄光教育文化研究所。

Brockman, R. H. 1980 "Commercial Contract Law in Late Nineteenth-Century Taiwan." Jerome Alan Cohen, R. Randle Edwards, Fu-mei Chang

しかし上に見たとおり、中国契約にはA要素は存在するがB要素は（少なくとも我々が普通に期待するほどの強さでは）存在しない。また狭く契約のみを考えるとBだけの状態というのは考えにくい。例えば「神の掟」といった考え方は、多分B要素はあるがA要素が無い状態なのだろう。Aは必ずしもBを要請しない。Bは必ずしもAとは限らない。この二つは無関係ではないが独立した変数らしい。

そして実際、良く考えてみると、AとBとは違う二つのことである。合意を通して社会関係を作る作業は、必ずしも将来の環境変化・リスクを予め確定的に配分する作業とは同じではない。状況変化に応じて関係自体を動的に再編成することは、確かにBには馴染まないがAに反することではない。また如何にB要素の強い契約関係を結ぶにせよ、支配できるのは所詮は両当事者の関係だけであり、両当事者を困む未来の現実そのものをそれで支配できる訳ではない。にもかかわらずそのリスクを一方側に負わせて良いとする関係は、結局は博打の一種に過ぎず、おそらくAで想定する社会形成とは違うものになる。B要素は必ずしも常にA要素と親和的とは限らない。

そしてここで本稿冒頭に挙げた一元的な契約法史観に立ち戻れば、おそらくABが重畳するものが凡そ人のする約束の本質であると考えてしまふことが、フェアな比較を困難にする最大の原因であるということになるのだろう。確かにそう考えた途端に、公権力に対する要請は、当初約定のフル実現をどの程度サポートするかという議論以外にはありえない。近代国家以前の公権力は、どれも契約の法的保護が不十分であった。しかし実際はと言えば、本稿で見たようにB契機は、当事者合意それ自体というよりは合意を自らの従うべき法として振る舞う特定の裁判のあり方・権力のあり方に結びついたものであり、むしろ近代国家によるその機構の拡大の果てに、却ってAB重畳型の約束観念の方が一般化するのである。その地点から「権力的制度としての契約」史の筋を過去に遡って行くことは勿論、可能且つ適切であろうが、そうした特定のあり方をすすめる権力を離れてAB重畳型の約束観念全般が社会の側にある（残るは法的保護の程度の差だ）といった議論を一般化することは難しい。

そして実際、上に見たとおり、中国契約秩序と国家の関係は、AB重畳型約束に対する法的保護の不十分形態として論ずるよりは、むしろ別種の合意理



- Chen (ed.), *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton: Princeton University Press.
- Scogin, H. T. JR. 1990 "Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China," *Southern California Law Review*. 63/5: (翻訳: ヒュー T. スコーギン「天と人の間—漢代の契約と国家 (1) (2) (3) (完)」『早稲田法学』68/1・2, 69/1, 69/3, 71/1. 1993~1995).
- 1994 "Civil 'Law' in Traditional China: History and Theory," Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang (eds.), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford: Stanford University Press.

イスラーム地域研究叢書 4  
比較史のアジア 所有・契約・市場・公正

2004年2月5日 初版

[検印廃止]

編者 三浦 徹・岸本美緒・関本照夫

発行所 財団法人 東京大学出版会

代表者 五味文彦

113-8654 東京都文京区本郷7-3-1 東大構内  
電話 03-3811-8814 Fax 03-3812-6958  
振替 00160-6-59964

印刷所 株式会社理想社  
製本所 矢嶋製本株式会社

©2004 Toru Miura *et al.*  
ISBN 4-13-034184-7 Printed in Japan

〔日本複写権センター委託出版物〕  
本書の全部または一部を無断で複写複製(コピー)することは、著作権法上での例外を除き、禁じられています。本書からの複写を希望される場合は、日本複写権センター(03-3401-2382)にご連絡ください。