

## 清代聴訟に見える「逆説」的現象の理解について

— ホアン氏の「表象と実務」論に寄せて —

寺田浩明

## 一 ホアン氏清代民事裁判論の全体構想

1 ホアン氏の清代民事裁判研究が、『中国の民事裁判——清代における表象と実務』という形でまとめられた(Philip C. C. Huang *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996)。先行して発表されていた清代州県檔案に基づいて官憲裁判の性格付けを行う二論文(本書の第四章・五章をなす)を中核としつつも、非公式の紛争解決の性格と実態、官憲裁判の機能の地域比較・時代比較、胥吏衙役訟師等の実態分析、官箴書の内容分析、そして理論的考察が加わる。

まま成り立つと考える。

2 ただ今回の書物を読んで、そうした結論に至る背後にあるホアン氏の問題意識をより明確に理解することができた。特にそれは本書末尾に置かれる第九章「マックス・ウェーバーと清代の司法・政治システム」『支配』と『権利』でくつきりと示される。

清代地方官の裁判が実質的には法に基づく権利保護であったと論ずる視点はなお全体を貫く。清代裁判文書から直接に導かれる事実とそうした整理との間にある実証的・論理的な齟齬については、既に初期二論文を対象に、寺田「清代民事司法論における「裁判」と「調停」——フィリップ・ホアン氏の近業に寄せて」(『中国史学』第五号、一九九五年。以下「前稿」と略称する)で詳しく論じた。その批判はなおその

即ち周知のとおりウェーバーの主要な関心は「支配」にある。そして輩同祖以来の伝統中国法研究も、帝制中国法が「支配者—被支配者、上位者—下位者」の間の権力関係を、親子・夫妻の権力関係になぞらえることによつて、家父長的家族の垂直的な人間関係を政体と社会の総体にまで押し広げた」やり方について主に論じてきた。帝制中国法の外郭がそうした垂直的支配をめぐって作られていること、また非公式の(民間の)司法制度もそうした社会格差の解消に努めなかつたことをホアン氏も否定しない。

しかし本書で検討した裁判記録は、私の主要な関心を、〔法による——筆者補〕支配よりもむしろ「権利」即ち

法による「権限付与 (empowerment)」に、言葉を換えれば、支配者とエリートが一般人民に行使した力により、むしろ一般人民がその正当な諸要求 (legitimate claims) を主張する力というこれまで無視されてきた物語の方へと向けさせた。裁判記録を検討すればする程、私は州県の法廷が規則的かつ持続的に民事紛争を処理していたこと、地方官達が事実上、日常業務として事案を法に従って裁判していた (routinely adjudged cases according to the law) ことが分かってきた。統治者 (皇帝) とその行政官達に絶対的権力を与える公式 (official) イデオロギー——そしてそれは恣意という印象に我々を導いてきた——にもかかわらず、実務においては、清代司法制度は日常的に、庶民の提訴者の財産・契約・相続・老後扶養についての正当な諸要求を保護していた。おそらく最も懐疑的な同僚も今や、膨大な数の只の農民達すらも、彼らの正当な要求を主張し実現する為に法廷を利用していたということを認めるだろう。彼らにとつて、そうした力は、たとえ理論上は (in theory) そうではないにしても、実務上は (in practice) 権利に等しいものであった (二三五頁)。

勿論、それら民事的権利 (civil rights) は、垂直的關係を脅かすような政治的・社会的権利を含んでいない。それら権利は「家産制的 (patrimonial) 権威によって容認されたものであり、市民社会によって絶対主義的統治者からもぎ取られたものではない。しかし、にもかかわらず、それらはその日

常生活の主要な領域において一般人民に権限付与をするのに役立っていた」(二二六頁)。

立論の出発点にあるのはまずは何より、档案研究を通じて得た、法廷に活発に自己の利益主張を持ち込む民とそれを受けて裁く官という官民双方を巻き込んで存在する一塊りの大きな現象についての氏自身の事実認識であり、またそのアメリカ通説の与えてきたイメージとの落差に対する素直な驚きである。そしてそれに次のような歴史的認識が重ね合わせられる。即ち中国でも中華民国期には近代的「民事」司法制度が姿を現す。確かに使われる用語はそこで大きく変化するが、しかしそこで行われる内実は、自己が清代「戸婚田土細事の裁き」の中に見出したものとむしろ素直に連続する。清代民事裁判を論ずる場合には、この民国期「民事」との実態上の連続性をも見なくてはいけない。ここでホアン氏が提起する問題は、非常に真直ぐなものである。

ただ勿論、清代の国家的司法が、その制度理念においても、その制度構成においても、近代的民事裁判制度それ自体ではなかったことは否定すべくもない。そこで本書の副題ともなっている「表象」(representation) 敷衍すれば、self-representation, moralistic pronouncement. 清朝国家、具体的には地方官達はその作業をどの様な形で観念しまた表現していたか。大筋においては、訴訟は本来無かるべきものであり、また紛争解決は社会関係の調和を目標として営まれ、そしてそれは有徳者による無徳者の教化という形で行われる」と「実務」(practice) 敷衍すれば actual practice, practical actions. この司法システ

ムが現実に行いまた実現し得ていたことは何か。それをホアン氏は、法によつて白黒を明確に分ちち正当なる利益主張を保護することと考へる」という対比が、その落差を説明する道具立てとして論の中に導入される。

清朝時期と中華民国時期を通して見るとき、表象上の構成における劇的な変化が、司法実務上の基本的な連続性と対になっているという逆説 (paradox) がある。しかしそれは次に出版する中華民国期の司法についての統編の話題である。本書で示したことは、清代司法制度の中に見える、民法概念に存立の余地を与えない表象と日常的に民事紛争を処理している司法実務との間の逆説的な乖離 (paradoxical disjunction)、国家の家父長制的権威から独立した財産上・契約上の権利という概念の存立余地を与えぬ表象と日常的にそうした「権利」を保護する実務との間の逆説的な乖離である。清代司法制度は、民法と財産権をめぐる実務的リアリティーを、それらの表象上のリアリティーを欠いたままに体现していると言ふことができよう (二二〇頁)。

確かに、清朝民事司法の中には、「権利保護」の様に見える契機と権利主張抑制としか見えない契機とが、相互にあるいは対抗的あるいは並列的な形で存在する。それらすべてを「表象と実務」という一つの対比の上に重ねて論ずることが可能でありまた適当なのかという点 (つまりこの論の当否) は別として、それら緊張関係を一望し且つそれを一つの統一的な構図の中に位置づけようという試みそれ自体の意義は言

うまでもない。前稿で見た官憲裁判の性格論、その民間調停との対比論は、こうした議論の中に位置を占めていたのである。

3 筆者は以前より清代の法規範の存在形態に関心を持ち、特にこの五年ほどは、律例に典型的な公権力による一方的な規範宣示と、民間私約に典型的な対等主体による自発的な合意 (それも規範形成である) との間にある論理的な通底構造について集中的に検討を進めてきた。それは筆者にとつては同時に戦後日本の中国法制史研究の中にある律例研究と契約文書研究の間の架橋の作業でもあった (1)。そしてその延長線上において、国家的司法と民間契約関係の接点としての聴訟、公権力による一方的宣示と両当事者の自発的合意との接点としての地方官の堂論 (およびそれとセットになって現れる当事者の遵依結状) の問題に行き着いた。前稿はその検討の中間的成果に基づき、また一九九六年の鎌倉会議に提出したペーパー「権利と「冤抑」——清代聴訟世界の全体像」は、その問題全体についての筆者の見解を示す (なお同稿は大幅な改訂を加え、寺田「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」『法学』六一巻五号、一〇八四頁、一九九七年、という形で既に別誌に発表した。以下「別稿」と略称する。本稿はこの別稿の基礎の上に立つ。参照を強く乞う)。

清代民法法を考へるに当たつては「支配といった垂直的關係」だけでなく「人民の間にある水平的な関係」(二三六頁)にも着目する必要があると論ずる今回のホアン著の問題

意識は、おそらくその出発点において筆者の問題意識と大きく重なる。しかも全体像を再構成する際に用いる理論枠組みについて見ても、一方の極に無紛争状態を理想とする秩序理念を見出し、その対極に個別人民が行う私的利益主張の實在を認め、その上で歴史的な事態を両者の構造的な組み合わせとして整理するという点で、ホアン氏の論と筆者の論とは共通する。しかもまた前稿で論じたとおり、ホアン氏が档案の中に見出した事実・それを基礎に懐く個別実態認識は、戦後日本の中国法制史学が作り上げてきた個別実態認識と、もとより大きくは違わない。

しかしそうして描く歴史像がびつたり重なるかと言えば、これがそうではない。勿論、本書各所で、共感を感じざるを得ない問題設定と学ぶべき事実分析に出会う。また一つ一つの部分的論点について言えば、読み込めば読み込むほどに、結局は同じ事を主張しているのかもしれないと感ずる部分も少なくない。しかし清代官憲の行う民事裁判の性格をどう考えるかという最大の結論について言えば、その対立は明白である。別稿で包括的に示し、また以下においても簡単に触れるが如く、筆者はそれをむしろ互譲を忘れて自らの利益の正当性のみを言い立てて他者の領分に踏み込んで憚らぬ者を懲らしめ、その欲を矯める裁きと性格付ける。おそらく同様に二つの要因を對抗させつつも、その要因の理解と組み合わせ方には根本的な違いがあるのであろう。

ならばその根本的な分かれ目は何処にあるのだろうか。別稿では自説を体系的に示すことに力点を置いた為、ホアン

氏所説について詳細な批判的検討を差し控えた。しかし両説の近似性を踏まえれば、何処かでその差異の由来を自覚的・明示的に問い直す必要はあり、そしてまた何よりも氏説から受けた多くの刺激という学恩を考えれば、きつちりと批判を行う形で「恩返し」をする義務もあるだろう。本稿は、ホアン氏の「表象と実務」論批判を通じて、両説の基本的な対立点を確認・確定する試みである。当然その目的から言つて、膨大な類似点よりも、それらの間にほのかに見え隠れする差異に敢えてスポットライトを当てることになる。そうしたフランスの悪さは、それを通じて得られる知見の益によつて補う他はない(と)。

上述のとおり部分部分の差異は却つて見えにくい。明確な所から始める他はなさそう。ホアン氏が「法に基づいて白黒を付けて正当な利益主張を保護する裁判」(とそれと矛盾する表象)という図式を作り上げる実証的な論拠、論理的な必要は何か、そして筆者はその論拠と必要をどう理解し位置づけるか。ここが明確になれば、おそらく残りは派生物である。自ずと整理が付いて行くであろう。

## 二 「聴断以法」の理解をめくつて

1 ホアン氏は、清代地方官は、民が持ち込む戸婚田土細事の訴訟について、法に基づいて正当な権利者に明確に勝ちを宣する裁判を行っていたという議論を、氏自身の州県档案研究・裁判文書研究から直接に導かれた結論として読者の前に提示する。

しかし前稿で論じた如く、もしその問題を文字どおりに、清代州県の法廷で実際に特定の法条を引いた仕方では裁判が行なわれていたか、判決文がその様な形で書かれていたかという実証の問題として捉えるのなら、その答えは殆ど明らかである。管見の及ぶ淡新檔案について言えばその様な事実は一般的なこととしては現れない。また残る二つの『宝坻県檔案』『巴県檔案』を用いて、ホアン氏がそれと異なる硬い事実を示している訳でもない。むしろ檔案から直接に掴めるのは、そこに示される地方官達の多数の判決の中には民相互の財産権的・契約的利益の保護をめぐる比較的に一貫した規範の存在が見て取れる、という傾向的な事実に止まる。

逆に言えば、それをホアン氏が「(国家)法によって白黒を付ける」裁きと考え、また妥協形成的なと氏が性格付ける民間調停と対比的に位置づけ(そして更には今回、無紛争状態を理念とする当時の官憲の「表象」とまで対比関係で位置づけ)る直接の根拠は、むしろ却つて州県檔案自体の中にはない。ならばそう解釈しなくてはならない根拠と必要が何処にあるのか。前稿の段階では筆者にはそれが見出し難かった。しかし本書を通読すると、その立論の背後にはかなり硬い史料の基礎が意識されていることが分かる。即ち清代の官憲に見える実務担当者達の発言がそれである(ただ逆に言えば、本書中においても硬い史料の根拠はほぼこれに限られる)。その最も中核におかれるのは、汪輝祖「学治臆説」「断案不如息案」条の次のような記述と見られる。まず漢文訓読式で以下に全文を示しておこう(ホアン氏も英語訳で全訳を示す。

二〇四頁。その翻訳に示される理解については何の異論も無い)。

聴断に勤なるは善し。然れど必ずしも過ぎて皂白を分たず和睦に帰す可き者あれば則ち親友の調處するに如かず。蓋し、聴断は法を以つてし、而して調處は情を以つてす。法なれば則ち涇渭を分かたざる可からず。情なれば則ち是非は稍借するを妨げず。理の直なる者が既に親友の情に通ずれば、義の曲なる者は法庭の法を免れる可し。調人の周官に設けられし所以なり。或いは自ら明察を矜り息銷を准せざるは、安人の道に非ざるに似たり。直接的には一旦提訴の後、和息を理由に訴の取り下げ・事件の抹消(註銷)を当事者達が求めてきた時にどう対処すべきかを論ずる文脈の議論である。軽々しく和息を受理しないことを勧める清代地方官も居るが、そうした場合には深追いせずに和息を准せよというのが汪輝祖の一貫した考えである(後掲する同『学治臆言』「息訟」も同旨のことを言う)。

ただ何れを推奨するにせよ、まさにホアン氏が言うとおり、聴断と調處との間に質的な差異があるからこそ迷いようがあることも確かなことであり、そして汪輝祖はこの文章の中で、聴断というものを、情を以つて和睦に帰する調處とは異なり、「法を以つてする」ものであり、また「涇渭を分かたざる可から」ざるものとして性格付ける。

ホアン氏が行う「法に基づいて白黒を明確に付ける」裁判という定義(及びそれと「情」に従う民間調停との区別・对比)が、文字面の上において、この汪輝祖の文章にぴったり

と即していることは明らかである。またホアン氏の立論を離れて、単純に清代聴訟の性格付けのみを論ずる場合でも、おそらく清代地方行政を代表する典型的人物たる汪輝祖が語るこの「聴断は法を以てする」という文章をどう読むかという問題は避けては通れない。

さてここで汪輝祖が言っている内容は、ホアン氏が言うとおりの意味方向、即ち法に基づいて民の権利保護を行うのが地方官の法廷であるという位置づけと素直に重なるものなのだろうか。『学治臆説』の関連項目と照らし合わせながら、幾つかのことを確認する。

2 まず第一に、「是非」について言うならば、同書「親民在聴訟」も、「もし両造の皆、義理に明らかたれば、いづくんど訟あることを得んや。訟の起るは、必ずひとりの中に聞き者ありて之を持し、成（かいけつ）を官に受けざるを得ず。官が為に明白に剖析すれば、是非は判となり、意気は平らかとなる」と述べる。汪輝祖が聴訟（あるいは聴断。民の訴訟をうけて地方官が公庭で行う処断）を、「湮涓を分かつ」「是非を判する」こと、即ち訴えを受けた地方官が是非・曲直を明らかにして当事者達に示すことを軸として理解していたことは、まさにホアン氏の主張するとおりである様に見える。

勿論、右に「是非判」と「意気平」がセットにされることが示すとおり、そこで行われる「明白剖析」は、単純な客観的な事実の解明でもないし、また形式主義的・客観主義的な

是非善悪の判定とも違う。そこには当事者の納得・心服といった契機が常に伴う。しかしこれを逆に言えば、そうした当事者の「意気平」状態が、地方官が行う「是非判」と別のこととして現れる訳でもない。むしろ局外の第三者が道理を述べ、是を是、非を非として明確に示すからこそ、憤懣に駆られて訴え出た側の意気は当然、訴えられて自己の行為の何処が悪いのかと却っていきり立つ側の意気も共に鎮まるというのがここにある論理連関なのであろう。

第二に、「法」について言うならば、『学治臆説』において（勿論、方法・やり方という日常語としての用例が多数を占めるのだが）時に「法」字が「刑」字と通じて体罰あるいは拷問それ自体を指すことのあることがまず注目される。「掌を以てて頬を批すこと或いは五或いは十に至りては、法の輕き者たり。今、皮を以てて掌に代え、疊批すること四五十七八十に及ぶ者あり。流血して止まず、甚だしきは齒牙脱落するに至る。これ極輕の法にして酷く之を用いるも亦、民を病ましむるに足る。皆、非法なり」（「非刑、断不可用」）。標題と照らし合わせれば分かるとおり、非法とは非刑であり極輕の法とは極輕の刑である。それは方法でも法律でもない。ただ勿論、汪輝祖においても點者が「法を遊び」（娼族互誣母輕笞撻）また「法を干する」（犯係兇橫仍宜究懲）という様に「法」字を客観規範の側面で語る用例もある。そうした時の「法」が律例その他の実定法を指すのかという点は、「以法」（ホアン氏は通常これを *by law* と訳す）という言葉が、ホアン氏立論に必要な「裁きが法に従って行われる

(according to the law)」という意味なのかという論点と直接に関連する。問題のレベルに注意して順番に考えて行こう。

まず旧中国において「法」の典型が律例であり、またその律例が一つ一つの悪行について然るべき重さの刑罰を規定する罰則規定であることは説明の要は無い。ただ刑罰・悪行の懲戒と法との関係という側面から見返すとき興味深いことは、法を超越した皇帝の存在それ自身が如実に示すとおり、

ここでは公権力が民の悪行に対して刑罰を科すということ自体は、実は成文実定法の存在を待つものとはされていない。

むしろ逆に、皇帝は民の起こす悪行に対して丁度適切な重さの刑罰を科す権限と責務とを「天」から受けるのであり、その皇帝の行う刑罰執行、刑罰の重さ判断を体系化して示したものが具体的な「法」・律例の内実をなす。法と公権力が行う刑罰行為との間に距離感が無いのがむしろここにおける原則である。「法」字と「刑」字とが重なる原因もここにある。

逆に言うならば、ここでは「法」字は、その本来の姿において、必ずしも裁判における準拠規定といった連想を伴うものとは限らない。それが命盜重案・上申事案（徒刑以上の刑罰を帰結する事案）の処理をめぐって臣下達の行動を制御する客観規範として現れるのは、法の属性と言うより、臣下達がそうした重刑について自立した責懲主体としての位置を制度的に認められていなかったことの帰結に過ぎない(3)。

しかしここで再び汪輝祖に戻れば、汪輝祖が「黠者・豪者の法を玩びて悪を怙む者は、撻するに非ざれば儆を示すに足らず。之を撻して足らざれば、掌もてその頬を批し校もてそ

の頸を荷す。皆、小懲にして大戒なり」(嫗族互訐毋輕笞撻)と語るとき、想定される事案は州県自理事案であり、また想定される懲戒は徒刑以上の正式な刑罰ではなく笞杖以下の刑罰である。そしてそれら笞杖以下の体罰はここでは最初から州県官が裁量で行使しうるものとされている。そこには皇帝による臣下の懲戒権行使の個別的な制約統制という契機自体が最初から想定されていない。そして実際、汪輝祖においてもそれは裁判官の裁量の下、犯者の態度如何に従って追加もされ(また反対に、次述するとおり、犯者の人品・事案の背景次第で全免もされ)るものとして論じられている。しかも「掌批」といったもとより律外の体罰となれば、その重さを規定する律文がある訳もない。また笞撻等について対応する何かの法条がある場合にも、少なくともその準拠援用の制度的必要や、それを援用して初めて発生する刑罰権といった原來的連想を挟む余地はここには無い。客観規範の形で語られる場合においても、その「法」字を常に個別の判決内容との関係で、つまりはその裁きが基づく裁判規範として理解する必要はない。

そして考えてみれば、「こうした悪事が放置・放任されている様では無法無天です」と言って訴えてくる民が用いる「法」字も、別に何かの特定の法条を念頭に置いた用語法ではない(しかも興味深いことに、ここでは「天」までもが並び現れる)。むしろ、世の中には刑罰を以って懲らしめらるべき悪事がある、そしてその懲戒の責務を公権力は天から負っている筈である、それが実行されず悪事が野放し状態に

なっていることが「無法無天」と述べられるのだろう。ここでは「法」字は、まず何よりも人が悪事を犯せば天（その代理としての公権力）によって刑罰が科せられる（答であり、またべきである）という一般通則を表明する言葉として存在する（4）。

しかも第三に、汪輝祖は、是非を分かちて非なる者を責懲するのが仕事だと言いつつも、実際に体罰を加えるかどうかの部分で一定の配慮がなされるべきだとも考えていた。

「姍族互許毋輕答撻」と「犯係兇橫仍宜究懲」は対になって、特に親屬相互の訴訟事件について、実際に体罰を科すべきと否との判断の分かれ目を論ずる。汪輝祖は、そこで地方官達に、答撻を受ける民の恥辱に思いを致せと忠告する。勿論、「撻するに非ざれば儆を示すに足らざる輩」「犯者が実に兇橫に係り、或いは貧を倚み富を擾し、草を撥つて蛇を尋ね、或いは尊を恃んで卑を陵し、風を捕えて影を捉える」様な場合には、「尤も須く法を尽くして痛懲す」る他は無い。

しかし「愿者は能く罪を悔いるを知る」。そうした場合には「矜憐」を示すが良い。特に親屬同士が細故をめぐって互許する場合については、聴訟で「曲直を分かちた以上はそれで勝ち負けも明らかになる」、それで十分ではないか。なのにそこで「たび責懲を与えれば、転じて「罽隙訟仇の結ぶところ、謬膺成嫌の當たることを留める」ことになりかねない。むしろ「執法の時に於いて、兼ねて篤親の意を寓し、応撻不撻の故をば明白に宣諭し、之をして翻然と自悟せしめ懼れを知り且つ感ぜしめれば、則ち一紙の遵依、公庭の百撻に勝る」

と言う（5）。

そして考えてみれば、汪輝祖が「尤も須く法を尽くして痛懲す」という時に目指している状態も、その文章が、その様にして厳懲し「親は恃む可からず、法は干す可からざるを知らしむれば、ねがうらくは強暴は悔心し善良は安業せん」と続くことが示すとおり、結局は犯者の「悔心」である。論しただけで「罪を悔い」また「翻然と自悟」するならば、更に体罰を加える必要までは無い。そうした場合には、実際に体罰を加えることのマイナスの社会的副次効果にもしつかりと思いを致せというのが、汪輝祖の忠告である。

さてこうした検討を踏まえて見直すならば、上掲「断案不如息案」条で「聴断は法を以つてする」、「法なれば則ち涇涓を分かたざる可からず」、それに対して親友の調解なれば「義の曲なる者も公庭の法を免れる可し」と続くときに言われる、その免れる「公庭の法」が上に見た「公庭の百撻」と同じものであり、また「法を以つてする」とは、基本的には悪行に對しては刑を以つてするという意味であり、そして「涇涓を分かち」が、その前提としてどちらがどれだけ不正だったかを明確にすることであることは、もはや説明の必要は無いであろう。

聴断・断案は確かに「白黒をはつきりとさせる」裁きではあったが、その「法を以つて」は、我々の民事裁判とは異なり「正当な利益主張を保護する」という言葉とは素直には繋がってはいなかった。むしろここでは「法を以つて」とは、不当不正な行為が誰にあつたかを明らかにしその者を懲らし



めること、それが実刑かどうかは事情によるが、いずれにせよそれで犯者を悔悟・悔心させることに繋がっていた。つまりここで裁きが「フォーマル」になるとは、そこで一転して法に基づいて権利の存否を明確にする裁きになるという意味ではなく、紛争を一種の「犯罪」事案として扱出すという意味であった（そしてそうした「断案」の先に本格的な刑事手続き・「断罪」が控えていた）。

3 ただ汪輝祖は、そうした断案型解決（実際の体罰をも免除してしまえば、そこに残る要素は是非善悪を公然と指摘する点という点になろう）を、紛争解決の為に常に最適な方法だとは考えてはいなかった。それが「断案不如息案」条のもう一つの主題をなす。

勿論、汪輝祖は断案の必要性自体を否認しない以上、立論は常に他の何かの要請との間の比較考量という形で行われる。汪輝祖において、秤の反対側に置かれた要素は何なのだろうか。

前述のとおり「断案不如息案」条は、一旦官憲に係属した事案について当事者側から和息を理由に註銷を求めてきた時の選択を論ずる。ただ同条は「過ぎて皂白を分かつた和睦に帰す可き」紛争類型の存在を言うが、その内実については必ずしも明白には述べない。同じ註銷をめぐる「佐治葉言」「息訟」を参照してみよう。

詞訟の応に審すべきは十に四五無し。それ里隣の口角し、骨肉の細故を参商するは、一時、氣競いて冒昧訟を

啓くに過ぎず。否ざれば則ち不肖の人ありて從中播弄す。〔しかし、そうした場合ですら〕果たして能く審理し情を平らげ、明切に譬曉すれば、その人、類として能く悔悟し、皆隨時消釋す。間ま准理の後、親隣の調處して息訟を願請する者あり。兩造既に輯睦に帰せば、官府は當に矜全を予えるべし。息す可きはすなわち息す。亦、寧人の道たり。断じて成見を執持して必ず終訟せしめ、閭党の和を傷つけ以て差房の慾を飽かす可からず。

おそらく二つの要因が重なって働いている。まず何よりも汪輝祖から見れば、紛争の大部分は一時の興奮の産物に過ぎないものであった。一時にかつとするのも人間の心だが、適切に手当をすれば鎮まるのも人間の心である。そして汪輝祖にとつては、通常の良民を相手にする限り、「是非を判ずる」こと自体が、既にして当事者達の「意気を平」にし「和睦」を回復させることの手段である。既に当事者達の意気が鎮まり「輯睦に帰した」事案についてまで、自己の成見に固執し善惡明示に急なることは、手段の自己目的化に他ならない。もはや断案はそこでは単純に不要なのである。

そしてまた右の文章が「差房の慾を飽かす」と言うとおり、汪輝祖においては、狭く聴訟に限らず官憲司法全体の運用を論ずるに際して、常に官憲紛争解決が当事者に対して相当の負担をかけるという事実が、秤の反対側に置かれていた<sup>6</sup>。ホアン氏が本書第七章「訴訟の頻度・コスト・戦略」の中で明らかにしているとおり、訴訟にかかる平均的コストが普通の農民に訴訟提起を思いとどまらせる程には高額ではなかつ

たことは確かであろう。しかし反面、それでも訴訟に何らかのコストがかかったことは否定のできない事実である。官憲が善悪明示に固執することは、無用なだけでなく却つて民の経済的な負担を増すこととも見られる。

そして、官憲に事案を係属し続けるコスト・その民にもたらす負担の軽減という方向を押し詰めて行けば、当然その先には次のようなもう一つの議論が出てくることになる。即ち『統治治業言』『批駁勿率易』は、批の効用を論ずる文脈で（つまり受理と不受理の境目について）同様の紛争認識に基づいて次のように言う。

夫れ人命姦盜および棍徒肆横はもとより常有の事に非ず。一切の口角争鬪は、類として皆戸婚の細故たり。両造、親に非ざれば則ち故たり、族に非ざれば則ち隣たり。情は深く累世するも、衅は一事に起る。本より不解の讐無し。ただその詞中の要害を摘し酌理準情して剴切に論導し、弱者をして心平らかたらしめ、強者をして氣沮しめれば、自ずと親隣の調處する有り。その准理の後に息し費の差房に入ると、具状の初に曉し誼の端睦を全くすると、何れぞ。

訴訟係属後に和息が成るということは、考えてみれば最初から和息可能な事案であつたということでもある。ならば開廷して一定の費用を掛けさせてしまった後に和息を受理するより、開廷前に和息が成り立つように何らかの手だてを打つてあげるのが親切である（7）。

勿論、そのコストに見合うと考えるからこそ訴え出てきて

いる当事者に対して、その訴えはそのコストに見合わないとか裁判官側が心配し忠告するという所にまで至れば、この汪輝祖のコスト意識の倒錯、最小限その「おせっかいさ」は明らかである。ただ議論が何故そこまで及んでしまうかの背景もまた明らかであろう。汪輝祖にとつては、所詮は「不解の讐」は無いのであり、適切な対処によつて一時の興奮状態を鎮め・切り抜けさえすれば、「自ずと親隣の調處する有り」、そしてそうなれば（あたかも切り傷が自然治癒するが如く）人間関係は自ずと「和睦」に帰するものと想定されていた。確かに紛争解決コストゼロの展開過程を一方に想定してしまえば、あらゆる紛争解決費用は絶対的に無駄なお金に違いない。しかも汪輝祖においては、コストを顧みずに自己の正しさを言い立てて訴え続ける行為は紛争解決行為と言うよりは、「一時気鋭いて冒昧訟を啓くに過ぎず」、どちらかと言えばむしろ上述図式の「一時の興奮状態」の中に位置づけられていた。汪輝祖が、時に断案の必要性について限定を付けていたこと、そしてその背景に人間関係の調和可能性（あるいは当事者社会が持つ「自然治癒力」）に対する強い信頼あるいは樂觀主義があつたことは疑いがない。またそうした紛争観・紛争解決観が、汪輝祖を訴訟受理に対して愈々抑制的にしていることも明らかである。確かに「是非を判ずる」裁きの残余側に想定されていた社会は、西洋的な法と権利主張からなる世界とは違つたものであつた。しかしだからと言って「是非を判ずる」ことが直ちに「法に基づく権利保護」であつたことになるとはならない。

## 三 「法に基づく権利保護」現象の位置と意味

1 ただホアン氏も、勿論この裁きが持つこうした刑事性・懲戒性を単純に無視している訳ではない。それどころか上に述べた様なことは実は一面ではホアン氏も正面から認めることである。

輸入された概念と用語を用いて、細事 (minor) と重案 (major) という区分を廃止し、それに代えるに民事と刑事という区分を導入するという仕事は、中華民国期の法典に残された。……この「近代的」区分こそが、社会的道徳的秩序に対する犯罪——重大犯罪とは単に刑罰の程度によつて区別されるに過ぎない——という概念的枠組みから、民事的關係を最終的に取り出した(二一九頁)。

逆に言えば、清代の「細事」とは懲戒の社会的必要性が低い刑事事案を指す。清代地方官の裁判を規定する制度枠組みは、軽度な刑事裁判の枠組みである。しかしそうした事実認識は、ホアン氏の論理を(法に基づく民事裁判論の断念にはなく)却つて次の所に導いた。即ち、そうした刑事懲戒的なアプローチは当時の官憲の公式イデオロギーに過ぎず、地方官の法廷で実際に行われていたことはやはり「法に基づいて正当な利益主張を保護する」裁判であり、それこそがここで「表象と実務」が乖離していたという適例である、と。

おそらくこの部分に限つて言うならば、問題は、汪輝祖の「聽断は法を以つてする」から自己の民事裁判論の「法に基づいて白黒を明らかにする」という部分の基礎付けを拝借し

つ、同時に汪輝祖自身がその発言をする際に懐いている悪事懲戒的な含意を排除することが、果たして論理的に可能なのか(筆者にはとうてい可能とは思えない)という直接的部分と、档案等の史料中に見取れる「権利実現」的な現象をどう説明するか(それは上記の様な懲戒的裁きのあり方の中からは生まれ得ないものと考え他はないのか。なるほど生まれ得ないとなれば、何かの理屈は必要にならう)という間接的な部分とから成る。前者についてはもう良いであろう。ここでは後者のみを論ずる。

まず何よりも(これはおそらくどの法文化でも同じであろう)悪意の暴力的な不法占拠者・不法略取者に對して懲戒を加えることが、同時に侵佔された者の正当な利益の保護、そこにある財産秩序の維持の効果を持つことは自明である。そうした「單純ケース」では悪事懲戒と正当利益保護とは、民の期待においても官の役割意識においても、完全に順接方向で繋がっている。つまりこの裁きがその程度の意味で「権利保護」的機能を持つという為だけならば、論理的に見ても実証的に見ても、この裁きを持つ懲戒主導の構成(そしてその中で律例が持つ本来的位置)を否定する必要は最初から存在しない。

ただ地方官の法廷が扱うのは、上のような「單純ケース」ばかりではない。裁判例の中には、争いの実質が明らかに契約的・経済的な利益にあり、また処断も経済的利益の配分を中心述べて、実際に刑罰を加えることも無いような形が多数見て取れる。ホアン氏の立論との關係で言えば、むしろ重要

なのはこうした、その実質において犯罪や律例とは（つまりは旧中国で言う「法」の世界とは）最初から関係が無い事例の理解の方である。懲戒型裁きなのに、実際には刑罰を加えないという部分については、前節の説明で十分であろう。おそらく問題は狭く、そうした懲戒型裁きにおいて実質的には「民事規範に基づく権利実現」が果たされる点の背景説明のみにある。

そして確かにそこにある事態は幾らか屈折している。まず、こうした只の民同士の財産争いとなれば、是非曲直を明らかにして懲らしめると言つても、官憲側には非判断の具体的な基準がある訳ではない。勿論「不適切なことは懲らしめらるべきである」という論理だけは明確である。それを体現した「不応為」なる律条もある。しかし言うまでもなく、右文の意味内容は単なる同義反復に過ぎず、実際の是非判断自体の役には立たない。ただ反面、官憲の側ではなく、民が何に基づいて相手の不当を感じまた論ずるのかという側に着目すれば、多くの場合、そこにはなお一定の目安を見出すことができる。

というのも、そこが契約社会である限りにおいて、そこには既に日常生活を送るに際して、相手もそれに依拠して振る舞うという期待の下に自己もそれに依拠した振る舞いを組み立てる仕方、つまり一定の行動の準拠枠組みが社会的に形成されてある。各地の民間慣行がそれである。勿論、それは十分な制度化を欠いていたために、その内容の特定性も共有の度合いもケースバイケースであった。「来歴を持つ者が管業

をする」といった土地法上の原則となれば、それは既に「自明の理」であったが、佃戸が退佃に際して田主あるいは次佃に何らかの肥培工本を請求できるか否かといったレベルに至れば、地域ごとに了解は異なり（史料用語で言えば「風俗」ということになろうか）、また時には一地域内においてすら理解の対立が存在した（史料に「佃戸糞土の説」等という仕方が出てくる「説」がそれに相当しよう）。ただ逆に言えば、多くの民事行為について何らかの基準共有状態は、程度を異にしつつも時々刻々存在はするのであり、またそれあればこそ人々は（当然それぞれの安定度を慎重に瀕踏みしつつであるが）その基礎の上に契約を行い、また自己の主張を組み立てる。来歴を持つ者が管業できるという見込みが無ければ誰も土地売買などしないだろうし、また（時には天理を持ち出して普遍的な仕方ですられることはあるにせよ、通常は）日々接する周囲の類例に照らして自己のみが余りに不当に扱われていると考えるからこそ、人は打官司に走る。

勿論、多くの場合は、相手側にも何ほどかの理はある（それが無ければ「単純ケース」である）。しかも主張が基づく基準自体が、自明の理から一己の説まで散らばる以上は、常に論理的な解決が付くとは限らない。しかし両当事者が同様のベースに基づいて自己の正当さを述べ立てている紛争（典型は来歴や境界をめぐる偽契と正契との間の争い）となれば、問題解決は事実調査に帰しうる。偽造を暴けばそれで善悪も明らかである（8）。また一方の主張根拠が自明の理や当該地域の安定した風俗に近づけば近づくほど、期待を裏切る者（そ

うして一己の私欲を遂げる者)の非は論じやすくまた本人にも受け容れさせやすい。勿論、そこでも地方官が行うことは、形としては理の曲なる者・非なる行為の指摘とその懲らしめに他ならない。ただ反面その判断に際して主に参照され、また裁きを通じて実質的に実現されるのは、当事者達あるいは彼らが属する地域社会の慣行規範である。

そこにあるのは、一面から見れば是非曲直を判じ、また悪事を懲らしめ悔いさせる裁きには違いないが、他面から見ればそこに結果としてあるのは当事者達に共通して懐かれる民間規範の実現である。特に自明の理のケースについて言えば、当事者達は社会全体に共有される規範を基礎に自己の利益主張の正当さを語り、また裁きはそうした正当な利益主張を保護している。そこに近代民事裁判類似の構造が事実として生まれ出ていたと言うことは強ち間違いない。そしてホアン氏が清代裁判文書の中に見出したのも、まさにこうした事実的連関に違いない。

一定の共有民事規範を基礎に民の利益主張が行われ裁きがそれを実現していたという客観的事実の観察に基づいて、それを法と権利のタームで記述することの何処に問題があるのか、というのがおそらくホアン氏の気持ちに違いない。そして実際、所説が単純素朴にそれだけのことならば、敢えて反論する気持ちは筆者にも無い(それどころか、清代官憲は民事紛争解決には関与しなかったと考える「懐疑的な同僚」を相手に語る場合には、そうした表現を用いるのが効果的であろうとすら思う)。しかし問題は、ホアン氏の所説が決して

そうした表現上の便宜に止まらない所にある。大きな問題点を二つだけ指摘する。

2 まず第一に、ホアン氏が地方官が行う裁きを「法に基づいて正当な利益を保護する裁判」と性格付けるとき、そこに意識される法は常に「国家法」として想定され、また「正当な利益保護」の契機は終始、地方官Ⅱ国家権力の機能との関連で論じられる。

しかし上に見たとおり、地方官の聴断において見られる民事規範の母胎と内実は、当事者社会の側にある。言うまでもなく、膨大な契約実務を通じて秩序形成を行っていたのは、ここでは国家ではなく民である。また当事者達が自己の利益主張の正当性を語って止まない状況とは、確かに個別的・単発的に見れば、私的利益主張の横益・民の「刃俾」さの現れだが、他面、社会的・構造的に考えるならば、そうして強く利益主張をすることが互譲へ向けての社会的圧力を上回る程の社会的な同情を勝ち得るようになった、という大局的な構造変化の産物でもある。当然その背景にあるのは、個家の行う私的利益の基礎付けとその相互承認の慣行的ルールの成熟と安定である。聴断において地方官がそれを参照せざるを得なくなる動力も、またそれを参照して紛争解決が図りうる基礎も、当事者社会の側が作り出したものである。

勿論、上に紹介したとおり「自明の理」クラスの民事規範となれば、律文の中にもその論理は既に反映する。更に条例のレベルに至れば、その立法の基礎に想定される民事規範は、

より時代相を伴うものともなる。しかし改めて言うまでもなく、それら法規の目的は刑罰の重さの法定にある。そして実際、ホアン氏が、檔案の判決内容と照応する形で律例の中にも権利保護をめぐる積極的な原理が見て取れると言うときに指している律条も、他人の土地の不法占拠や盗亮は対象面積に依りて其々の重さの刑罰が相当であるような悪事である、債務不履行は不履行金額の多寡に依りて其々の重さの刑罰が相当であるような悪事である、という悪事懲戒規定に他ならない。それは抽象的には行為の悪性度を細かく表示する一覽表として、また実用的には上申事案における刑罰原案書作成・擬罪の際の必備マニュアルとして作られ、またその局面で具体的に機能もする。そして条例も、その擬罪作業の更なる詳細化・精緻化、および新たに出現した悪事の摘発、時代状況に応じた特定の悪事の厳罰化といった要請の中で作られる。どちらの場合も、そこにある事態は所詮は刑事立法に際して民間の実務の（あるいは悪事の）実態が事実に参照されたということを出ない。更にそうした特定条文を指さない「法」字すらも、基本的には同じ刑罰の論理の上にあり、「それに基づき権利を實現する」議論とは繋がらないことは、既に前節で見たとおりである。

にもかかわらず、そこに見える民事規範の存立と裁きにおける機能の基礎を、それが既に国家法たることと結びつけて考え、そして「正当な利益保護」の立て役者を地方官と考えようとするれば、当然そこで何かが顛倒する。調和主義を標榜し徳治主義で自惚れる「国家」が同時に法に基づいて民の権

利保護を行う主体であり、また契約を通じて日々の社会関係を作り上げ、また自己の利益主張と利益確保に汲々とする余り紛争を起こして止まぬ民達から成る「社会」が、妥協形成をこととする「調停」の機能空間であるという本書を貫く奇妙な捻れば、一面ではその想定のプロダクトである。

言い方を変えれば、「逆説」出現の原因の一つは、民事規範の存立基盤についてのホアン氏自身のこうした特定の理解にある。しかし何故その様な理解をするのかの根拠は、本書においては特に説明もされない。あるいはそれらが説明すべき対象として意識されない分だけ、氏においてはそうした図式側が再検討されることもない。氏の理論的努力は、むしろ右に見た様な「国家法に基づく権限付与」という構図が当時の社会の中に「実在した」ということの「実証」という奇妙な仕方、この議論全体の中に注がれる(9)。そしてそれが前稿で紹介・批判した氏の自己撞着的な「律例に見て取れる積極的原理」論を始めとする幾つかの無理な（そしておそらく無用の）論理構成を生み出すことになる。

3 そしてそうした原理的な検討の不足ないし欠如は、ホアン氏の立論内部で更なる無理をも作り出しているかに見える。即ち、氏においては権利の問題が国家法による「権限付与」の問題に還元されてしまった結果、本書の中には、清代の民達がする正当な利益主張（裁判前・紛争前に契約実務も財産所有もある以上は、その実体は国家による「権限付与」に先行してある筈である）がどの様な社会的基礎の上に立つ

て現れるのかという点についての歴史的考察が欠けていると同時に、国家・公権力がどういう環境の中で「権利保護をする主体」として社会の中に立ち現れるのかについての原理的な考察も欠けている。それが無い環境の中から新たにそれが生まれるという議論をしつつも、国家が国家法に基づいて民の正当な利益を保護することは、氏においてはむしろ常識の如く扱われる<sup>(10)</sup>。ただそれを天与の現象の如く考えてしまえば、当然他方にある「権利保護」以外の実務や発想との連関は見失われざるを得ない。逆説的な乖離の第二の局面である。

しかし狭く「実務」(実際に彼らが行っていること)に限っても、実態はと言えば、既に前稿でも指摘したとおり、ここでは「来歴を持つ者に管業せしめる」といった比較的明快な「権利実現」的な裁きと、勝者・富者側に好意的な譲歩(情譲)を求める裁きとは、質的に連続する相の中に現れる。慣行規範が裁きの中に見て取れると言つても、地方官にそれへの準拠を義務づける制度はなく、更にはそれへの準拠を当為と考える仕方もない。それは地方官が事案の背景を理解しまた適切と思う裁定案を案出するに際して事実的に参照される諸要因の中の一つという位置を出ず、実質的に従う場合でも明確な準拠の意識は無く、また反対に他の要因が重んじられれば、当然それは地方官による相対化をも免れなかつた。そして紛争解決における民事規範の処遇がその程度の相対的なものになつてしまう理由も、また既に社会自体の中に存在する。何より「権利」型主張をするのも民ならば、自家の

生存をかけて実存的要求を持ち出して強請りごねるのも民である。なるほど互助互譲の必要を掲げて富者に情譲を迫るのは地方官かもしれないが、富者にその受け入れを余儀なくさせる(譲歩してしまつた方が外聞が良くまた手間も無いと思わせる)のは実は弱者の激しい生存権的な利益主張であり、またそれに一分の理を認める世論である。弱者の嫌がらせを封じざる力は一般に無く、また今日の富者は明日の貧者である、貧者には生きる資格は無いとは公然とは誰も言い難い。民は強く自己の利益主張を行うが、反面それが絶対的に貫徹されるべきだとも、貫徹できるとも通常は考えてはいなかつた。逆に言えば、自ずからなる強弱はあるにせよ、人が強く言い立てる限りどんな主張の重みも一般にはゼロにまではならなかつた。

利益主張の激しさは必ずしもそのまま権利秩序を生み出すとは限らない。人々が強者の既得権的な利益主張を「弱肉強食」と考え、弱者の実存的要求をそれなりに正当なものと考え、一定の論拠のみが他と画された特権的な位置づけを社会的に与えられるという制度(それが「権利」である)は簡単には生まれない。しかしそうした根拠を限定しなければ、それら相互を組み合わせて自己完結的な論理構造(民事法秩序という制度的平面)を作り上げることは不可能に近い。しかし彼らはそうした限定をしようとはしなかつた、あるいはできなかつた。また国家権力の側も、そうした限定された正当的利益の実現者として振る舞うことによつて自己の正統性を調達しようとしなかつた。ここでは国家権力は、

強弱それぞれの根拠を持つてなされる「私」的利益要求のすべての局外に立ち、むしろそうした無限的なままに横溢する各種利益主張全体の「公平」な調整者、しかも時に見える個別の不当な侵害、過剰な要求の側を懲らしめ、矯める主体として、社会の中に位置を占めようとした。確かにそれは実力相応なことに違はなく、また社会秩序が上述のような形で存在する限りその需要は尽きないだろう。そしてその民に直接に接する日常的部分として地方官が主宰する聴訟が存在し、そして問題が重罪事案となれば、それは皇帝の主宰する本格的な刑事裁判の手續きに乘せられた。

ホアン氏の用語を敢えて借用して言うならば、自理事案と上申事案、聴訟と断罪の両者を跨いで清代の司法制度に現れる諸「実務」は、どれもこうした一つの秩序理解方法の現れであり、また逆に、例えば別稿で述べた「欺圧と冤抑」といった清代の官民を通じて懐かれる「表象」は、利益主張の横溢を抑圧する所から始まり、正当なる利益主張の保護を経て、悪質な欺圧者・欺圧行為の懲戒に至る、そこに存するすべての事態を既に含み込む仕方では概念構成されていた。利益主張の対立という現状を正面から認めるからこそ、ここでは却つて共存が価値を持ち、また共存のマナーを侵害する者の懲戒が求められる。そこにあつた無紛争想定・調和主義理念は、個体的な利益主張の存在を知らない調和理念ではなく、むしろ個家が自家の生存を求めて利益主張を繰り広げる競争社会の現実を見据えた調和主義であり、紛争の不可避性の認識の上に立つ無紛争理念である。そして互助互譲の要請も「正当な

利益主張の保護」も共にその作業の一部として位置づけられていた(11)。正当利益保護機能の存在にもかかわらず、却つて「法に基づいて権利を保護する」といった理念が存在しない状態は、こうして現れる。

さて機能主義的に見るならば、「慣行的民事規範に基づく正当な利益主張の保護」と見なしうる現象は、確かに客観的に存在する。しかしそれをこうした固有の文脈から切り離し孤立的に取り出し、しかもまたそれに必要な歴史的社会的基礎付けについての説明も欠いたままに、「法に基づいて白黒を判定し正当な利益主張の側を勝たせる裁判」という「実務」の存在として論じ、また清代の官憲および民衆が懐いていた秩序観をそうした民事的な利益主張の存立の余地を残さないような「表象」として描き尽くすことは、果たして歴史的制度の理解として正当なことなのであろうか。それは「リアリティ」の適切な記述方法であらうか。またホアン氏が示す「表象と実務」という対比は、清代社会の中に実在した機能していた力学と上手く重なっているだろうか(12)。

余りに当たり前のことだが、彼らは彼らなりの概念構成を用いて、この流動的な社会秩序のあり方に対処しようとしていた。清代地方官の中に実務家的な合理性を見て取ろうとするホアン氏の論述は、それを評価しようとして、却つてそこにあつた人々の営為と努力を貶めている様に筆者には見える。



## 四 懲戒型裁きの固有の境界

1 ただ勿論、以上の様に言うことと、当時の官憲民事紛争処理制度が無矛盾・無問題であつたと述べることは異なる。如何に熱意を持つて精勤するにせよ聴訟を担当する地方官は州県毎に一人に過ぎず（正印官以外が訴訟を裁くことは禁じられていた）、また何を実現するにせよ官衙に集かう胥吏衙役を用いてする他なかつた、という当時の地方行政実務全般に通ずる弊害はさておいて、本質的なレベルに限っても、このシステムは明らかに一種の無理を抱えていた。そしてそれは（ホアン氏が示すのとは違つた意味で）「権利実現」的な構造とこの裁きのあり方総体との間の緊張を示している。例えば、清末の一地方官・何剛徳は、「民情の刁、誣告の防ぐに易からざるを悪み」、手紙で「補救の法」を問うてきた新任地方官の甥つ子に対して、次のようなアドバイスをしている。何剛徳「客座偶談」（13）。何剛徳は光緒の進士、江西建昌府および江蘇蘇州府の知府を歴任。

汝は自ら法政家を命ずるも、能く断案するのみ。殊に知らざるや、詞訟、一たび曲直を判すれば、すなわち一徳と一怨あり。汝、百案を断ずれば、すなわち百箇の怨家あり。怨家なんぞ汝を好しとする話を説くことを肯んぜんや。吾のこの言、汝に断案せざるを教えるに非ず。真正の刑事の案たれば、むしろ宜しく迅速に断結すべし。もし果たして處その罪に当たり、また出す（減刑する）に哀矜を以つてすれば、民はまた何をか怨まん。最も宜

しく慎むべきものは民事の案のみ。戸婚田土は、頭緒紛繁にして情偽百出す。人おのおの一圖をえがき、おのおの一據を持ち、目は五色に迷う。何處より説き起こさんや。これ、これをして調處せしむるに非ざれば可ならず。牧令書に曰く、公庭の曲直は郷党の是非に如かず。これ調人の職の、世重と為す所以なり。……〔中略〕……。調處させざる者は、官豈に断じざることを能わん。ただ断案を少しくすれば、総じて怨家を少なくす。吾、生平聴訟すること、すこぶる人に譲らず。今この言を為す。あに滑稽を尽くさんや。

ここでも最後には地方官により曲直が判じられる。しかしそれは必ずしも当事者の「心服」を勝ち得ずに却つて「怨」を買うという。勿論それをな何剛徳の「無徳」に帰すことは論理的に可能だろうが、実態はと言えば、誰がやつても上手くは行かない、むしろこの裁きの論理自体に元来、無理があるということなのだろう。

そしてホアン氏が本書で示す次のような実態も、おそらく問題のこのレベルに対応しよう。即ち氏は第六章「清代民事司法システムの二つのパターン」で三档案を対比して、巴県・宝坻県の両档案と淡新档案とに見える訴訟展開パターンの間に大きな違いを見出す。前者においては、訴訟当事者の大部分は小農民であり、訴訟提起・召喚・法廷訊問のプロセスが上手く踏まれ、事案は数週間以内にしかも一回の堂論で解決される。「システムは比較的単純で且つ効率的に機能していた」（一三九頁）。それに対して後者では、当事者の多く

は富者・強者であり法廷は何度も開かれ、解決もしばしば当事者によって翻される。そしてホアン氏は、官史史料はしばしばその責任を訟棍・訟師に帰すが、問題はより大きな文脈の中で考察されなくてはならないとして、次の様に述べる。

清代司法システムは比較的単純な農民社会の中から進化したものであり、またそうした社会向けにデザインされていた。そうした社会においては、訴訟当事者は裁判官の堂々としてまた処罰的な態度におそれなして法廷の裁定を自発的に受け容れるものだと考えられている。そのシステムは、只の農民の様には脅しが効かない、羽振りが良く世間慣れた個人や団体からなる、商業化したまた次第的に分化する社会が生み出す紛争を処理する程に整備されてはいなかった。訟棍・訟師の悪行や単純な人口増加による以上に、むしろ訴訟当事者の組成の構造的な変化こそが、法廷の負担の増加と未決事件の比率増大の原因をなしていた(一三九頁)。

訴訟遅延の原因を何に求めるかという結論自体についての判断はなお留保するが、筆者はホアン氏のこうした関心の持ち方に対して、強い共感を覚える(14)。ここでは個家単位での生存競争の劇化が、言わばその第一次的対処として上述の如き民事秩序観と民事紛争処理方法を生み出すが、ただそうした処理方法は本より対等な個的利益主張相互の中から生み出されたものではない(むしろ形としてはなお垂直的な差異の存在を前提とする)ものであるだけに、個化が一定以上に進むと様々な無理を露呈する。

2 そして成程、論理的に考えても、懲戒型の裁きで人々が地方官による「不適切さ」の指摘を素直に聞き入り悔い入る為には一定の条件(簡単に言えば語る者と語られる者との間の権威の差、「正しさ」の落差)が必要である。しかしその条件が常に満たされるという保障などは何処にもない。

何よりも民間社会の中から温情的な保護支配の契機が失われ、個々の家々の生存が個家の才覚と努力に掛けられて行く様になればなる程、利益の対立は劇化する。しかも契約社会が基礎にあるほど、どちらの側も日々の社会の実務を基礎に、一定の規範的な裏付けを持つ仕方でも主張を繰り広げる。しかし論拠が未整理な以上は「正当な要求」の総和は現にある利益の総量をすぐに超えてしまい、対等な当事者相互の間では解決への道筋は却って見出しがたい。紛争解決主体を求めて、そうした「おのおの一圖をえがき、おのおの一據を持ち、目は五色に迷う」人々が地方官の法廷に詰めかけた。しかしこの是非曲直を判ずる裁きは、同時に行為の不適切さを指摘して懲らしめ悔いさせる裁きでもあった。当然、議論はこの善悪という価値評価を離れては成り立たない。しかし人が自己の正当さを信じて行うことを、他人が善悪の言葉で語り、しかもそれを納得させるのは難しい。これが「真正の刑事の案」にまで至れば、むしろこの善悪と刑罰の不可避性は行為者本人にとってすら自明となる。官はあとは「哀矜」を示せばそれで足る。善悪の自明性が低い問題こそが、ここでは地方官にとっての鬼門となる。

ただ言うまでもなく、抽象的な共有規範を基に各主体が個別の判断で個別の行動を決めるという仕方では社会行動が組み立てられている以上は、各当事者の予期が時に齟齬すること自体は、実は不可避である。予期の齟齬は悪事ではないと思いついて、裁きを曖昧な事実の解明と規範の公権的な解釈作業としてのみ構想する仕方もあり得るに違いない（実際、近代の民事訴訟はその様なものである）。しかしそこまで転換すべくは、ここでは何が規範が余りにも曖昧であり、また持ち出される理屈は余りにも未整理であった。そこで裁きは相変わらず旧来の形で行われた。地方官は自らの權威と見識のみを頼りに、誰かの行為の悪性・不適切さを示さねばならなかった。

確かにそれでも説得に成功すれば何の問題もない。しかし心服を調達できなければ、不満はむしろ直接に「怨」となつてそれを語る地方官に向けられる。それは成程やりきれない話には違いない。

3 ただそれならば事態はどの様に展開したろうか。地方官は一体どうすれば良いのだろうか。右に見た何剛徳の答えは、単純にして明快である。「怨」を買いたくないなら「断案を少なくする」他はない。ではどうやって少なくするのか。民間調處に委ねれば良い。確かに、官憲の聴訟と民間の調處は、事案処理負担についてゼロサム関係に立っている。また何剛徳は上掲引用箇所直前において、牧令全書なる書物を引いて「錢穀の案は軽々しく断ずること能わず。断ずれば則

ち必ず翻す。之を公親の調處に誘ねるに如かず。而すれば翻する者却つて少なし」とも述べる。責任感ある人間が、解決すべき紛争の存在を認めた上で、その解決負担を回避しようという議論を組み立てようとするれば、他の人の方が適任だと言う他ない。

しかし、同じ歴代「調人」を典拠としてなされる調停推奨論と言つても、先に見た汪輝祖の「親友の調處」推奨論から受ける印象との違いも明らかである。汪輝祖の場合、確かに「学治臆説」「断案不如息案」条の如く一方で「親友の調處」が時に持つ長所を述べはするが、反面、当事者が和息を達成できずに聴断に至つたとしても、彼にとつてはそれはそれで「孝友睦婣の義を申する」（「学治臆説」「親民在聴訟」）良いチャンスとして理解されていた。地方官がそうした場一般に心服を調達できることは自明の前提であり、むしろ彼が怖れるのは、却つてそうした官達が「自らの明察を矜み」やりすぎることに方にある。勿論、何剛徳も調處が了せざれば聴断するに吝かではない。ただ来てくれたところで「断ずれば則ち必ず翻す」程度の裁きしかできず、しかもそのうえ「怨」をまで買うのは馬鹿げているというのが、彼の基本認識である。論の基調が、強欲な当事者相手に何かを語ることに對する嫌気、あるいはそうした民事争いを裁くことについての官憲裁判の無力・不適という認識になるのもやむを得ない。ここでは民間調處推奨論は、官憲の聴断それ自体の限界の産物としても現れる<sup>(15)</sup>。

それならば、その解決を官から委ねられた民間の「公親」

達は、どの様な仕方でその問題を処理していたのだろうか。また何剛徳が言う如くそれらは臆断より優れた問題解決能力を持っていたのだろうか。

まず何剛徳の発言の文脈を考えれば、そこに想定される当事者間の紛争のあり方・取り巻く社会関係のあり方が、汪輝祖の文章が想定するような自然治癒力に満ちたものであったとは考えにくい。またそこで行われる民間調處の内実についても、汪輝祖が想定するようなものと同じものと考ええるべき根拠もない。狭く「是非」という言葉に着目するならば、何剛徳が「公庭の曲直」に對比するのは、もはや「親友の情」ではなく「郷党の是非」である。おそらく民間調處すらも、時に「親友の情」では済まぬものになつていたのであろう。民間調處であれ、行われることの実質は、次第次第に「公庭」でのそれに近づいてもいたのだろうか。

ただ、それが「公庭の曲直」を不要ならしめるほどの十分な解決能力を持つていた訳ではないことは、何よりも打官司の事実自体が伝えている。ここでは問題が「是非」となればなる程、それを語る者の権威の高さが求められる構造になつていた。民間権威程度では「心服」できない当事者達が州県衙門に赴いた。皮肉な言い方をすれば、民間調處総体の側は、日々の打官司という形で紛争解決負担を何時でも官憲側に押しつけることが出来た。そしてその視点から見るとすれば、実は何剛徳も「調處了せざる者は、官豈に断じざることを能はん」、最後には（たとい怨を買つても）地方官が何かを述べるとより他はないことを自覚していた。そして汪輝祖にも、忠

告にもかかわらず訴訟を押し進める当事者の動きを無理矢理に封ずる様な議論までは無い<sup>(16)</sup>。すべての事案が平穩理に終息に向かう訳でないことは、その誰もが知つていた。不満な当事者は打官司し、そしてその一部が地方官の官断にまで行き着く。しかし何剛徳が述べるのは、その官断が心服を調達できないということについての苛立ちである。

結局のところ、誰も「心服」など調達できなかった、何処にも理想通りの解決などは無かつた、と言うのが正直な結論なのかも知れない。しかしこれを逆に言うならば、右のような限界を抱えつつも、人々の共存について同情心と責任感と見識とを併せ持つ誰かが、公平な立場から「是非」を判じ「意気」を平らかにする仕方が、そこにある最終手段であつた。そして地域における当面の最高権威として地方官が位置を占めた。そして地方官達は、ある時は自信と情熱を持つてそれに取り組み、そしてある時はその余りの果てしなさと虚しさに飽いて民の無徳について不満を述べた。ただそう言う何剛徳すらも「吾、生平臆訟すること、すこぶる人に譲らず」、不満を持ちつつも過去にそれに励んだことは確かである。

明らかにこの裁判のあり方には大きな限界があつた。しかしその限界はこの様な形で現れ、またこの様な個別の努力の中に混ぜ込む仕方でも処理されていた。

##### 五 近現代民事法秩序との関連

1 清代州県自理の裁きは、制度としても、論理としても、悪事懲戒という枠組みの中で営まれていた。しかし財産争い

の様な局面については、それは民間民事慣行を事実上の参照基準として営まれ、また概ねそれら慣行に基づく利益主張の保護機能を果たしてもいた。この裁きのあり方は当然それなりの限界を抱えていたが、それと別の選択がそこにあつた訳でもなかつた。そこにあるものは中途半端と言えば中途半端、二枚看板と言えば二枚看板なものには違いないが、しかしそれを「調和主義的な表象」と「権利保護をする実務」という仕方では対比する同時代的な議論があつた訳でも、またそうした対比が当時の動態を構造的に理解するのに適している訳でもない。一言で言うならば、ホアン氏が今回提示した理解枠組みは、清代の現実の中には、確たる事実的根拠も論理的必要も持つてはいない。清代民事司法論のみを論ずるならこれで議論は終了である。ただおそらく、この「実務と表象」を巡る議論は、そのみでは終わらない。

と言うのも、清代法秩序の共時的構造分析の視点ではなく、中華民国以降の中国民事法秩序との通時的な連関で言うならば、清代の官憲民事裁判のあり方をなお「権利保護をする実務の成長史」という視角で論ずる余地は、明らかに幾らか残るからである。そして事実、ホアン氏の右の概念構成は、本稿冒頭にも紹介したとおり、一面では「清朝時期と中華民国時期を通して見ると、表象上の構成における劇的な変化が、司法実務上の基本的な連続性と対になっている」という逆説がある」という認識に基づき、またその認識に促されて作り上げられてもいる。

そして確かに、少なくとも民事法秩序について言う限り、

清朝と中華民国との間の連続性は否定しがたい。まず民間契約秩序の側はと言えば、そこに断絶を見ることは不可能に近い。司法行政部が一九三〇年に印行した「民商事習慣調査報告録」が告げる各地の民事慣行は、清代の地方志が告げる各地の慣行と何の無理もなく接続する。民国民事法秩序は清代民間慣行の延長線上に展開する。また逆に報告員が「所有権」という用語を用いても、その含意は旧時代の「業主」の地位に他ならず、また「不動産質」と言つて示すものが（正確にはそれと重ね得ない）旧時代の「典」であり、「永小作権」という用語を用いつつも実質的には旧時代の二重所有権「田面」を論ずる様は、却つて民国期の近代法律用語で述べられる内実が、旧時代の実務によつて満たされていた実情をも示す。両者は双方向で相互浸透関係を持つている。

また紛争解決制度の側を見ても事情は類似する。右に整理した清代民事紛争処理をめぐる官民の配置は民国期にも受け継がれる。しかし反対に、民国期に作られた近代的民事裁判制度の側から遡れば、裁判官の法準拠現象は、命盗重案についてならば、古くからここにもある。皇帝が刑罰を記してない民事法典を作つて官僚達に示し、裁判にあつてその援用・遵守を求めさえすれば、形としてはそこにあるのは民事裁判制度である。そして実際、前述のとおり一定の民間慣行の存在を前提とする国家（刑事）立法も清朝段階から存在する。そして清末に至れば「大清商律」（光緒二十九年）の如き欽定の民事法典制定が試みられさえする。律と言つても、もはやそれは刑罰規定ではない。

既に清代（更にはそれ以前）から、社会秩序は個家を行動単位とする契約的編成によつて組み立てられ、また固有の司法的管轄を持つ特権的な中間団体も存在せず、そして法典に基づく官僚的な司法制度も存在した。しかもその上、国家の法廷が直接に民の民事訴訟を受け付け処理しており、またその処理の内実には慣行に基づく私的利益の保護を中心とするものであった。ほんの少しの制度を付け加えれば近代民事訴訟制度の外枠は完成する。

ホアン氏が、それを逆にして、国民民事訴訟制度からほんの少しの制度を引いたものが、清代民事裁判制度であると論ずることに勿論理由がない訳ではない。中華民国期の（近代法的）「民事」裁判と大差のない実態が既に清代に（しかも当の官憲が主宰する国家法廷の中に）存在するにも拘わらず、清代官憲の表面的な言説のみに惑わされていて良いのだろうか。またそうした自生的な形成があるのに、中国における近代的民事裁判を西洋近代との接触にのみ還元することは適当だろうか。そこでホアン氏は、その官民を跨ぎ、また清代・民国を貫いて成長する何物かを「実務」と呼び、それらと相容れぬ同時代的要素の側を「表象」として整理した。調和主義的な公式イデオロギー（表象）の中においても着々と「法に基づく権利保護」という実務が成長し続けていたのであり、そして最後にその実務は己に相応しい表象を獲得し、近代民事法秩序がそこに出来上がる、ということなのであろう。勿論取り扱う主題が民事法秩序全体となれば、それが「法に基づく権利保護」といった概念で体系的に描き尽くせるの

は、実は終点の場所においてのみである。それぞれの淵源を辿れば各構成要素の端緒は既に前代の中にも見て取れるが、かといつてそれが前代国制の中においても「終点」段階と同様の配置と編成をされていた訳ではない。しかしそれら材料が合わさつて最後に「完成形態」が出来上がるという事実が、次第次第にその姿が現れてくる段階についても、最後と同様の図式で事態を整理することに正当性を与える。清代聴訟の中には「法に基づく権利保護」の初期形態があつた。そしてそれは、例えば既に八〇パーセントの完成度にあつた。成程、百パーセントでなくては法という言葉も権利という言葉も用いてはいけないというのでは、余りに窮屈な話に違いない。

また同様に、その様に最後の形に向けた要素・その構成に必要な材料を歴史の中から掻き集めてしまえば、そこに拾つて貰えなかつた残る要素の役割は悲惨である。それらを集めても体を成さない（実際ホアン氏の描く清代「表象」は、かの流動的な大規模社会の運用理念とはとても思えない）。しかし所詮はそれらは、過渡的に「残滓」として残るにせよ、やがては脱ぎ捨てられまた消え失せる前時代的な契機に過ぎない。大事なことは、それに惑わされて成長する側の要素を見落とさないことである。

清代法制の構造分析に用いる場合にそれが持つ問題点にもかかわらず、なおこの「公式表象と乖離した実務」という説明が全体として一定の説得力を持つ基礎には、こうした民国期に至る実務上の連続性がある。さてそれでは「表象と実務」論が持つ、こうした側面については、どの様に考えれば良い

のだろうか。

2 まずこうした議論自体が論理的に成り立つこと、そして（それで清代司法秩序の全体像を描くことは無理にせよ）中華民国法制の前身の叙述方法として一定の意味を持つことは否定できないし、また否定する必要もないだろう。それどころか狭く近代法史に限るなら、こうした立論方法は最もよく見るものの一つに違いない。おそらく問題があるとしたら、それはこの議論それ自体の中というよりその背後、この種の立論が否応なく抱え込んでしまう次の問題次元の中にある。即ち、こうした立論はその意義と説得力をその形成史の終点に据えられる完成形態の存在に依っている。そして西欧諸国について言うならば、近代法秩序の形成史とは、現状を出発点としてその歴史的形成の基礎を過去に辿る作業そのものである。立論に当たって多様な困難と選択はそこにもあるにせよ、少なくとも足場の存在だけは確かである。ところが非西欧諸国の近代法史について言えば、上の叙述の基礎を成し、またその叙述を意味ならしめる「完成形態」は、多くの場合、実は現状そのものではない。実在しないものを「到達点」に据えて行われる歴史記述は、言うまでもなく単純な回顧ではなく、むしろ「予言」であり、また予言成就に向けての行動プログラムの一環たらざるを得ない。

勿論それは直ちに形成史型叙述の不可能を意味はしない。「法と権利」モデルの人類史的な普遍性と不可避性をまず論じてしまう仕方を始めとして、この社会・この歴史の延長線

上に「形成史」を成り立たせる仕方は幾らでもあり得る。ただこれを逆にして言うならば、この議論の意味と品位は、大幅に到達点の提示の仕方にかかっており、そしてそれをやる義務を論者は負う。そしてそうした自覚的提示の必要は、次のような極端なケースの存在を考えてみれば、すぐに明らかである。例えば方法的な反省を欠くままにその「到達点」として西欧近代法の法権利モデルなりあるいは西側現代の法秩序のあり方そのものを自明の如く据えてしまえばどうなるか。そこにあるのは結局は、中国の自生的発展を重視するかの西洋中心主義、かつての「資本主義萌芽」論の再来に他ならない（勿論こちらは西欧近代との接触によつて「挫折」を被るどころか、むしろ発展するのだが）。

ただこの点についてホアン氏が実際にどの様に考えておられるのかは、本書においては必ずしも（正面からの批判や検討をなし得る程には）はつきりとはしていない。またおそらくこの論点は、中華民国以降の民事法秩序についての具体的な記述と重ねて論ずる方が生産的でもある。そして筆者にとつてもホアン氏にとつても、中華民国民事法秩序の正面からの検討は将来の課題である。この視点からするホアン氏「表象と実務」論の検討と評価は、後日に譲るのが適當だろう。

ここではむしろ、筆者自身が清代民事裁判を上記の様な形で位置づける背景にあるより大きな歴史的な見通しを素直に示し、ホアン氏の立論に對置しておくことにしよう。筆者の清代民事裁判論は次の様な歴史的見通しの中にある。

3 近百年の中国法史を見ると、そこには確かに、宋代以来の経済社会の契約的編成の法実務を基礎に、それに西洋法制度の導入をかけた形で、上に見たような近代民法秩序、法に基づく安定的な私的財産権の保護秩序の形成に向かう動きが見て取れる。

しかし慣行的に主張されてきた「正当な利益主張」の一部を財産権秩序に組み込み、一部（例えば佃戸の耕作権がそれである）をそこから排除する仕方は、社会不和を増大させる（しかもそれは必ずしも清代来の実務の素直な発展でもない）。個人権の構成を基礎に行われる優勝劣敗型の秩序編成は、大多数の農民にとっては「弱肉強食」の激化と理解され、結局そこに私的所有権制度全部の廃絶という選択が生み出される。

中華人民共和国「人民公社」制度は、人々が共同食堂で同じ食事をするのが典型的に示すとおり、地縁共同体を伝統的な家の論理・「同居共財」でいつて形成する試みである。そしてそれは個家相互が凌ぎ合う状態を前にして、その相克を克服し「大同」を実現すべくなされてきた明末以来の政治的・思想的・社会的営為の正確な延長線上にある（17）。

しかしそうした「全人民的生存」を掲げる秩序は、近年再び個体的利益の確保を求める動きによって突き崩されつつある。しかしその土地国有制の下での私的土地利用権の設定とその流通を支える論理構造は、普天率土の下の業主権のあり方を彷彿させる。そしてこれから事態が何処に向かうのかに至っては、俄には予言すらもなし難い。

そこではなお、個体的な利益主張の欲求と全体的な共存の必要とが、あるいは言葉を変えて言えば、私的利益に固有権的な基礎を与えてそれら個体間の契約的編成として社会秩序を形成して行こうという志向と、全体的な生存・共存の必要から出発してその中で個体個体に応分の地位と利益とを与えて行こうという志向とが、一定の緊張を以って拮抗しており、むしろその両要請の間の暫定的な解決として、その時々々の制度が存在する。

そしてこのような歴史認識に立つて振り返るとき、筆者は、何よりも上に見た清代の民事裁判のあり方自体が、まさにこうした現代史にまで引き続く個体的利益主張とそれら相互の共存実現という問題に対する当時なりの一定の答え方であったという事実にも、まず思い及ばざるを得ない。

そこでは一方では個家が何らかの根拠を持つてする利益主張に一定の配慮を配りまたそれを相応に保護しつつも、しかし他方ではその利益主張が過剰に及ぶことを許さないことが目指されていた。勿論、何が過剰なのか（どちらが「やりすぎている」のか）が本当に何時もそれほど明らかなのか、一体誰がそれを明らかにできるのかを問えば、おそらく原理的な問題は尽きない。しかし逆に言えば、そうした概念装置を用い、またそこで託された困難で果てしない仕事に努めることを通じて、彼らは彼らなりに個体的利益の保護と全体共存の実現という、もとより両立し難いものの両立をを何とか果たそうとしていた。そしてその同じ問題を、中華民国の人々も、中華人民共和国の人々も解決しようと努めている。



そして個体的利益と全体的共存との関係をどの様にして整えるかという問題は、一定の抽象化さえ括めば、どの法秩序もが何らかの仕方に対処を求められる普遍的な課題である。とりわけ個性が社会秩序全体に及び、またその社会全体の総資源の限界が意識されれば、互譲の契機は所詮は不可欠である。脱ぎ捨てる様な仕方でもそれを論じてみて、おそろくそれは姿を変えて再び前途に現れる。

また見方を変えるならば、西欧法制史すらも「権利」という概念の内実を順次読み替えながら同じ課題に対処してきた歴史である。言葉は一貫しても、その内実が最後に何処に行き着くのかは、やはり分らない。

比較に際して踏まえらるべきは、そうした課題とその解決に向けての営為の共通性であり、部分的な現象の類似性ではない。所詮は我々は一つの物差しで他の物差しを測る程度のことしかできないにせよ、しかしそうであればこそ測られているのは自分の側なのかも知れないという反省は欠かせない。あるいはこれを逆にして言うならば、そうした相互反省を通じて、まだ姿も見えぬ普遍的な概念枠組みに一步一步近づく途上に、我々は今立っているのではないだろうか。

さて、この様に考えた場合、清代民事司法の中から「法に基づく権利保護」的な契機のみを孤立的に取り出して、それを基軸に近現代史を描くことに、どれ程の意味あるいは益があるのだろうか。筆者にはそれが良く理解できないのである。

注

(1) 寺田浩明「明清法秩序における「約」の性格」(溝口雄三編『社会と国家』(シリーズ・アジアから考える第四巻) 東大出版会、一九九四年)、同「明清法制度史の研究対象について」(『法学』五八巻三号、一九九四年)、同「合意と斉心の間」(森正夫・濱島敦俊他編『明清時代史の基本問題』汲古書院、一九九七年)。

(2) 自明のことながら付言すれば、本論文は狭くこの論点のみを論ずるものであり、該書全体のバランスの取れた紹介や書評ではない。一章一章が含む多様な論点については、自ずと別個の個別的検討が必要であり、また本書はそれに値する。既に私は適任ではない。それはまた別の人によつてなされるべきである。

(3) 「断罪引律令」条が示すのも、裁きのすべてが法に基づいてなされるべきだといった一般的な要請などではなく、むしろより狭く、臣下が民の「断罪」を行うにあつて自己の才知・裁量によつて基準よりも重すぎる・あるいは軽すぎる刑罰を科すること(つまり臣下が己の分を越えて擅断すること)の禁止である。その両者は決して同じ事ではない。そして実際、上申事案においても、刑罰決定以外の部分(民事的利益の再配分)については通常、何の法も引かれない。

(4) ちなみに言えば、天意と言うも、天命を受けた皇帝の意志と言うも、民意と言うも、どれも指すべきものは「人類共同体的な意志」を措いて他にはない。そし

て勿論、理想においてはそれらは一つに重なる。現実問題を言えばその中で具体的な口を持つのは皇帝しか居ないとはいへ、この理念有る限り（「皇帝が天意・民意を体现する」と表現するにせよ、「天意・民意を離れた皇帝の意志はあり得ない」と表現するにせよ）「皇帝の意志」も勿論フリーハンドではない。しかし、ならば天意や民意が「法」となつて皇帝の意志を縛るという形がここに現れるかと言うと、その様にもこの論理は展開しなかつた様に見える。もし天意・民意を現皇帝より良く語り得る主体が居るとするならば、むしろ彼自身が皇帝になるべきであり、またなればそれで足りると、この人々は考えるのではなからうか。そして確かにそれが、人間以外の登場人物を考えずに規範というものを考えた場合に行き着く一つの論理的帰結であることは間違いない。

(5) ちなみに言えば、この「執法の時」というのも、おそらく断案の時、つまり（通常であれば）体罰をもつて責懲を行う場面を指すのであろう。

(6) 幾つか史料を足しておけば、『佐治菜言』「省事」が「事の急切に非ざれば、宜しく批示開導すべし、宜しく傳訊差提すべからず」と批による解決を推奨するのも、差役胥吏の誅求の弊害を考えればこそである。地方官は審理期日を違ふなど繰り返し忠告するのも、「両造一日守候すれば一日の費用多」きがためである（『佐治菜言』「詞訟速決」、『学治臆説』「与民期約不可失

信」）。そして更に（おそらく正式に罪を問えば徒以上になる様な事案でも）それが尋常の戸婚田土細事に発する紛争ならば上申を手控えよと忠告する時に持ち出されるのも、「一重の衙門を多くせば、すなわち一重の費用を多くす。百姓、何ぞ能く此に堪えん」という配慮であり（『学治臆説』「尋常訟案不宜輕率申詳」、また上官准理事件、即ち府以上の官が受理した訴訟事件についての審理を命じられた場合についても、問題が「民間細故」の場合には極力州県衙門で実質的な解決を付けてしまえと勧めるのも、「以つて跋渉を省く」為である（「憲案可結不妨訊報」）。ただ汪輝祖のコスト論を考えると、右に示される如く、それが上申や上司批審事件の処理方法論にまで同じ調子で及んでいる（それらの場合には話しかける相手は地方官である）ことを見落とさないことも必要に思える。それは単に抑訟の為だけの理屈ではない。

(7) ただこれを逆に言えば、不注意な批を書けば、「火に油を注ぐ」様なことになるということでもある。「批語稍やも未だ肯に中らざれば、原告の冤を増すに非ざれば即ち被告の膽を壮し、事を省かんと凶り転じて事を擾す」。どの程度に介入するかを巡つては、官憲外で勝手に和解が成立してしまつた後にそれをどう評価するかという「註銷」局面での言説と、まさに紛争が燃え上がらんとしている局面での対処法を論ずる「受理・不受理」局面での言説とは、少し性格が異なるの

だろう。

(8) ただちに言え、事実解明型の事案処理の場合

ですら教諭と心服は付いて回る。例えば「学治臆説」

「勘丈宜確」は次のように言う。「勘し定まれば、両  
図の是非をば逐細に指出し、これが為に明白に講論し、  
論すに子孫の大なる可く久しかる可きの故を以つて

し、再び剖断を行えば、自然と心は平き忿は釈け、再  
び競するを致さず。能く一勘して翻無からしめば、全  
うする所は小さからず」。しかも更に興味深いことに、

こうした事実解明型解決の際にも決定的に重要な  
は、それを語る人の権威であるらしい。同条は続けて  
次のように言う。「故に勘案に遇えば、総て宜しく親

到すべし。転じて佐雜に委ねれば、徒に民財を費やす。  
惟に不公なるのみにあらず。たとい公なるも、亦人を  
服するに足らず。人能く服さず、仍お親勘に帰し、重

ねて吾が民を勞するに至りては、可ならず」。示す結  
論が公平であるということと、人がそれで心服する  
ということとの間には、やはり距離がある。民間調處と

官憲聴訟が同型になつてもなお官憲聴訟が必要とされ  
る理由も、結局はここにあろう。

(9) そしてこうした、自己の抱くモデルを、方法的な「理  
念型」としてではなく、むしろ繰り返して清代社会の中  
に実在する実体として措定する(そうする限りにおい  
て、それは論者の提示する理解枠組みとしてではなく、  
むしろ記述の対象側に位置せられる)論述方法は、本

書を貫く方法的な特徴とも言える。ただその論理の  
問題点を単独で論じても意味はないので、これ以上は  
立ち入らない。

(10) 勿論、それは西欧近代社会を代表とする一部の社会

の通念に過ぎない。序文においてホアン氏は西欧的概  
念で旧中国を理解することを批判しているが、そして  
また時に慎重に概念の強ばりを解こうと努めてもいる  
が、最も基本的な部分に論理的空白を置いてしまふが  
為に、そうした努力は必ずしも功を奏しない。

(11) ちなみにホアン氏が着目するもう一つの逆説たる、

地方官達の訴訟受理と訴訟(更にはその前にある争い)  
に対する否定的態度との間にある関係も、ホアン氏の  
言うが如く、法に基づいて正当な利益主張を保護する

「実務」と、良善な民は訴訟などは起こさないもので  
ある(逆に言えば訴訟を起こすのは刀悍な民だけであ  
る)という「表象」との対立と緊張として考えるより、

むしろこの一つの懲戒型裁判理念(別稿の表現を用い  
れば「欺圧を懲らし冤抑を伸ばす」という裁きの理念)  
が、ある局面では「正当な利益主張」を保護する(よ

り正確に言えば、不当な侵害行為を責懲する)論理と  
して現れ、また別の局面では、当事者の利益主張の横  
溢を塞ぎ止め、更には忍耐を求める論理として現れる  
と理解すれば良く、またそう理解すれば足りる。

(12) 本書を通読して筆者にとつて最も解せないことは、  
ホアン氏が官憲民事司法の実態を激しく突きつ

も、何故か批判相手のアメリカ通説の内容それ自体に對しては、内面的な批判も検討もせず、むしろ却つてそれをそのまま清代人の「表象」そのものとして自説の中に温存している、そういう（逆説的な？）仕方である。それらと對峙し、また共存しようとしている点である。筆者の目には、ホアン氏の「表象と実務」對比は、むしろホアン氏の紹介するアメリカ学界の旧式理解と、ホアン氏が今回档案研究を通じて気が付いた清代司法の実態認識との間の對比に重なるて見えて仕方がない。

(13) 何剛徳「春明夢録・客座偶談」(清代歴史資料叢刊、上海古籍書店影印、一九八三年)巻三〇a。なお同書は民国二十年代に最終稿が書かれている。文中に出る「刑事・民事」なる語も、そうした民国期の用語法に従っていると考えれば良いのだろう。

(14) ただ反面、この「脅しの効きやすい民の時だけ上手く行く」という議論が、ホアン氏が他方に掲げる清代官憲裁判の性格付けとどの様な論理的関係に立つのか、筆者には十分に理解できなかった。と言うのも、常識に従えば、法に基づいて保護される明確な権利という制度構成が社会的に必要とされ、また基礎付けられもするのは、複雑に分化しそれら相互の間で厳しい利益主張が繰り広げられる社会の方に違いない。そしてホアン氏は他方では、巴県・宝坻県にあったのも、淡水新竹にあったのも、民が訴状で自己の正当な利益

を主張し官憲が法に基づいて是非を分かち正しい利益を保護する裁きであったと言う。権利主張の激化によって文人官僚が担う調和主義的妥協的裁きが衰滅を余儀なくされるならまだしも、官僚制的合理主義に沿つて展開する「法に基づく権利保護」の実務の方が機能麻痺してしまうという議論は、勿論自己矛盾をしている訳ではない(初歩的な段階で制度化が不十分であったからだ)と説明すればよい)が、やはり分かり難いことだけは確かである。

(15) ただこの汪輝祖と何剛徳の間にある違いを、両者の時代差・地域差といった客観的環境側にとこまで還元して論ずることができるといふ点についてはなお判断を留保したい。何より汪輝祖の調解推奨論の背景には「頭緒紛繁にして情偽百出す。人おのおの一團をえがき、おのおの一據を持ち、目は五色に迷う」繁雑な紛争それ自体からの忌避という要素が全く無かつたとまで言うのは難しい。また汪輝祖は非常に精動したが、客観的な仕事量がその精動ぶりと丁度同じ量ありまた丁度同じ量しかなかった、というのも奇妙な話である。誰もが何処かで何かを省かなくてはならない。おそらく一般論を言うならば、官憲聴訟と民間調處とが紛争解決負担においてゼロサム関係にあり、しかも社会の複雑化、そしてなにより権威と懲戒力を求める当事者側の動きに従つて、負担は傾向的に官憲側に寄つてくる。しかしその官憲聴訟は本文に述べた様な特

性のものであり、また担当者は人口の多寡にかかわらず必ず地方官一人である（そして一人の人間が為し得ることには限りがある）という構造の上に、現実の打官司数の多寡、持ち込まれる紛争の性格、そして聴訟を担う主体の意欲と能力が掛け合わさって、各種の「健訟」論が現れるのであろう。

(16) 唯一の例外として『統佐治彙言』「侵佔勿輕查勘」がある。豪強侵佔を言う訴状は地棍の強請の手段であることが多い、これらの「啓訟に借名する人は、多くは善類に非ず。能く呈控の時に厳切に批評し小民をして法を畏れしむる、固より上策と為す」として、訴えそれ自体の却下を勧める。この議論をどう位置づければ良いのかは、なお迷っている。

(17) こうした連関は、溝口雄三教授が強く示すところである。代表として溝口雄三「礼教と中国革命」（『第一回アジア法哲学シンポジウム』同志社大学、一九九六年十月における報告。シンポジウムの記録全体が近く刊行される予定と聞く）。