

清代司法制度研究における 「法」の位置付けについて

寺 田 浩 明

旧中国語の「法」という語は、西洋語の Law、Recht 等の語が持つ含意とは幾らか異なり、主要には国家の制定した成文法・即ち現代日本語で言う「法律」を指していた。そしてその旧中国の「法」・法律を巡っては、それは結局の所、何人も免れることの出来ない命令的秩序であるよりはむしろ一つの「離型(モデル)」に過ぎず適用されないのが一般的であった、或いはそれは単に制定されただけで実効性を欠いていたという所説が、戦前から戦後にかけての一時期、(それに賛同すると反発するとの対応の差こそあれ)西欧及び日本の中国法制史研究者が旧中国成文法の性格を論ずる際の共通の出发点・議論の基盤を成していた。

それに対して十年ほど前、中村茂夫教授は「伝統中国法Ⅱ 離型説に対する一試論」(新潟大学『法政理論』一二巻一号、一九七九年)を以て、当時もなお流布していたこうした旧中国法空文説が如何に実証的根拠を欠くものかを改めて所説の

淵源に遡り痛烈に批判され、非適用の事実として挙げられる諸史料が如何に危ういものを証し、かつ旧中国でも成文法が刑罰制裁に裏付けられた国家制定法として現実に機能を果たしていた諸事実を示された。そしてまた教授は、旧中国成文法の実効性を否定する所説の背景には、旧中国では「民事的な紛争は民間の処理に委ねられ、国家司法はこれに関与することに消極的であったとする見方」があるとして、同論文の中で同じく流布する「民間処理説」に対しても批判を向け、様々の社会的抑制にも拘らず数多くの民事的紛争が国家の法廷に持ち出されていたと推測させる清朝期の諸事実を提示され、旧中国の国家裁判所や国家法が民衆と疎遠で有名無実なものであったかの如き印象をしきりに喚起せんとする幾つかの所説の行き方に対して強く再考を求められた。

この論文の主張は、通念に抗しつつ旧中国の成文法の実効性を論ずる、更に広くはそれを通じて旧中国の国家司法活動

の活発さ・精緻さを実証するという当時の日本の中国法制史学界の有志の志向を端的に現したものと見ることが出来る。

そしてその志向はその後順次学界に広く共有されるに至り、また中村教授がそこで提示された、旧中国においても成文法は刑事制裁を巡り一定程度の実効性を持っており、かつ民間民事紛争も官憲の法廷に少なからず持ち込まれていたという実証的論拠は、その後の旧中国司法制度を巡る諸研究の進展を通じていよいよ確実なものとなって来ている。旧中国の成文法が空文であったという単純素朴な主張は、最早実証的な議論としては完全に消滅したと言っても良いであろう。その限りでは、上記論文が掲げた当初の目的は、現在既に十二分に実現されたと言える。

しかし他面そうした事実認識の共有・安定化と共に、問題の持つ別個の側面が代って表に現れて来たことも見逃せない事実である。即ちその実効性ある成文法・活発な旧中国司法活動が、旧中国の文明と秩序の中で持っていた位置(或は意味)に関する問いがそれである。活発で「ない」という結論は一色しかないが、活発で「ある」という議論となれば、成程その活発さの向う方向には色々な種類のものがあり得る。そして例えば読者が、旧中国国家司法活動が活発であったという上記の議論から、あたかもそこに西洋におけると同種の司法活動、同種の成文法秩序が存在したと考え、残る問題はその発達程度の差であると連想を進めて行くならば、それもまた実証された事実からは遠ざかるのである。「実効性」一般・「活発さ」一般という主張は、通念批判のスローガンとして

はともかく、自立した議論として見るなら元から限界を持つものであり、そして事実「活発さ」を実証せんとするこれまでの諸研究も、具体的に見れば各々に旧中国司法活動の持つ独自の性格に関する固有の考察を含んで来た。その側面から見ればこの数十年の動向は、旧中国「法」及び旧中国司法機構の活動の積極的な位置付けとそれをするに適した新たな議論の枠組みを、各々に模索する過程でもあった。新たな議論の紛れが生ずる前に、旧中国「法」・旧中国司法活動の位置付けに関してこれまで得られた知見を整理し、学説史が持つこの側面の成果と問題点をこの時点でまとめておいた方が適当であろう。

そこで本稿では、旧中国の司法活動・旧中国の「法」について現代日本の中国法制史研究者がどの様な事実を明らかにし、またそれを巡りどの様な位置付け・性格付けを試みて来たか、その思索の跡を手短に紹介し、現時点における問題状況を確認しておくこととしたい。日本における同方面の法学的検討の作業は、主に清代司法制度を対象とする滋賀秀三・中村茂夫両教授の研究により主導されて来たと言っても過言ではない。そこで本稿も、話題を清代に限り、専ら両教授の論文に的を絞り議論を進めることとしたい。そうした目的ゆえ、本稿は筆者自身による新たな実証的成果を全く含まない。

一 清代の司法制度

皇帝官僚制によって担われていた清代の司法制度は、その内部において例えば現代の「民事裁判手続・刑事裁判手続」

といった種類の手続的な分化を一切持っていなかった。人民が訴え出る土地の境界を巡る争い、金銭貸借を巡る争い、家産分割や婚約不履行を巡る争い、様々な諍い・傷害殺人事件、それら訴訟事件は、種類を分かつたらず全て一旦は末端の行政区画である州・県の長官、地方官に対して提訴された。また地方官が聞込みにより摘発・逮捕した犯罪者も、同一の裁判手続の流れの中に投げ込まれて行った¹⁾。

しかし勿論、それら全国の全ての裁判事案が皇帝のもとにまで上がって行った訳ではない。そこでは次のような制度的な工夫がなされていた。

即ち、行政官はその官僚制内での地位により下せる刑罰に厳格な制限が加えられていた。州県長官クラスの官は「笞杖」(竹板による体罰)までの刑罰を下す権限を与えられており、逆に言えば、そうした刑罰を結果する程度の判決ならば彼一人で決定し執行することが出来た(「州県自理」)。人々の間で起る財産・地位を巡る日常的な争い(「戸婚田土の案」)や軽犯罪的な事案は、所詮悪性が軽微であるから、大部分はここで問題が解決された。しかし持ち込まれる事件は多種多様であり、その中には特に重く処罰されるべき事案も存在する。例えば、身分の尊卑関係のからむ傷害事案や、諍いの中で人が手ひどく傷付けられたり死んだりした事件等がそれである(「命盗重案」)。しかし他面では、上述の通り地方官には笞杖を越える刑罰を執行する権限は与えられていない。そこでそうした場合には、地方官自らは、この案件は某々の重刑を適当とする旨の判決原案を作成するに止め、身柄と書類を上級

官庁である府に送り、また府は審査の後それを更に省都の按察使・総督・巡撫に送るという手続が取られた。

省の長官である総督・巡撫は、一般的な傷害事件を巡り「徒」刑(有期労役刑)を下す権限を与えられていた。そこで犯罪者に与えられるべき刑罰が徒刑相当である場合には、督撫自身が最終判決を下し、刑はそこで執行される。ところが、刑罰は徒刑が相当であっても事件本体が人死に関わる事件・即ち「人命事件」である場合や、或はそもそも科すべき刑罰に關して「流」刑以上が相当である事案については、その総督・巡撫といった大変な高官でも、独自に最終判決を下す権限を与えられてはいなかった。その場合には、結局はその督撫もまた書類を起草し北京にある司法行政担当の中央官庁・刑部に送りその判断を仰ぐ手続を取るしかない。そこで刑部の同意があつて初めて流刑の刑罰を伴う判決が下される。

ところがその刑部とて万能ではない。「死」刑を科すべき事案については、刑部も独自では判決を下せない。死刑判決を下す権限は、皇帝一人が握っていた。そこで死刑事案については、最初から刑部に最終決定権が無いと分かっているので、督撫は最初から文書を皇帝宛の具題の書式で作製し刑部に送る。刑部はその皇帝宛の上申書の内容を審査し、妥当と認めれば、書類を都察院・大理寺という二つの関係官庁に送付してその同意を求め、三者間に異議がなければこれを上奏する。そしてそれを皇帝が裁可すれば、それで死刑の判決が下ることになる。この様に「徒刑」以上の事案については、その軽重に従つて自動的に事案が上申され順次各級上司の覆審に晒

される重層的な制度構成が取られていた。それを研究上「必要的覆審制」と呼んでいる。

その意味では、清代裁判制度は内部に手続的な分化こそ持たないが、實際問題としては、事案がそのひと連なりの手続制度のどの段階で決着が付けられるかの差異に従って、民事事件や微罪事件を中心とし且つ州県の地方官限りで決着が付けられる「州県自理」の裁判(常識的な用語法による民事裁判)と、重大犯罪事件を対象とし手続的には「必要的覆審制」の中を登って行く「命盜重案」の裁判(常識的な用語法による刑事司法)とに分けて考えることも出来、また事実両者の間で幾らか異なった性格を見せていた(2)。そこで清代における「法」の性格付けを巡る議論も、清代裁判制度自体が持っている上記の二つの局面に沿ってそれぞれ別個になされることが多く、またその結果として幾らか別個の展開を持つて来た。まず、滋賀・中村両教授が明らかにされてきた諸事実に基づき、命盜重案裁判の具体的内実をまとめることから始めよう。

二 命盜重案裁判論における「法」の位置付け

上申手続を伴う徒刑以上の裁判に関しては、末端地方官による判決原案の作成及び各級上司によるその覆審の両段階において、全ての官僚は成文法への準拠を厳格に求められている。「凡そ官司が罪を断ずるには皆な須く具に律例を引くべし」(『大清律例』「断罪引律令」条)。しかもそこに言う成文法準拠の意味は、我々の裁判制度が裁判官に求めている成文法

への準拠義務に比して、より特定性の強いものであった。

というのは、そこで準拠すべしと言われた成文法は概ね次の様な形式で作られていた。例えば『大清律例』「鬪毆」条を取ると、それは傷害事件の各ケースについて、手足で殴り傷を付けなかった場合答二〇、手足で殴り傷を付けた場合及び器物で人を殴って傷を付けなかった場合答三〇、同じくそれで傷を付けた場合の答四〇から始まって、殴って耳目から血が出たり吐血させたら杖八〇、齒一本・指一本を折ったり、目を害したり耳鼻を毀損したり、火傷を負わせたりしたら杖一百、二齒二指以上を折ったり髪を全部抜いたら徒一年、肋骨を折ったり両目を害したり胎児を傷ついたり、また刃物で人を傷つけたら徒二年、手足を折ったり目を潰したら徒三年等々といった形で、流三千里にまで至る刑罰を順次規定する(これでも一部の抜粋である)。しかもこの規定には、何を以て傷とするか、目を害するとはどの程度のことを言うのか、刃物で峰打ちした場合はどうかと考えるかといった点に互る詳細な注記が付随する)。同じく傷害に関する日本現行刑法二〇四条が単に「人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス」としか規定せず、上記範囲内で具体的にどの程度の刑を下すかについては裁判官の裁量にその一切を委ねていることと対比すればその特異さは明らかであろう。『大清律例』においては、事実が確定されれば量刑について現場の裁判官が裁量を行なう余地が全く無い、或いはその余地を封ざり予め法典側が整備されている(3)。それ故そこで成文法に準拠するということの持つ意味は、

原案作成過程においては、事件が起る毎に犯罪の態様を調べ、それに見合う条文を成文法典の中から探し出しそこに一義に指定されてある刑罰をそのまま充てよ、また覆審過程においては、原案の罪状・刑罰のバランス関係が成文法のそれと狂いが無いかを繰り返しチェックせよという要請であった。そしてその覆審過程で法適用の誤りが発見されれば、原案作成者及びその発見に至るまでそれを見逃して来た中間段階の覆審担当者は、共に懲戒処分に見逃された。命盗重案裁判において成文法はこの様な仕組みを通じて全官僚の一一の判断を厳密に制御していた。

しかし勿論成文法の下、全てが自動運転をしていた訳ではない。官僚がする全ての判断を成文法に厳格に準拠させんとするこのシステムは、そのことよって最初から幾つかの困難を抱えていた。第一の難関は、明白な悪行でありながら成文法の何処にもその悪行に対する刑罰の重さが未だ決められていないケースの存在である。そして詳細を極めた旧中国法において却ってこうしたケースは起こり易かった。一方で刑罰の軽重の適切さを狙い、他方で犯罪態様と刑罰の重さの固定的な一対一対応の関係を維持するためには、条文レベルでの構成要件の細分化が不可欠となる。事実『大清律例』の刑罰規定は上記の如く細分化されていた。しかし犯罪態様を上記例示の如き記述的分類方法の下で細分化してゆけば、実はそれをすればするほど今度は却ってそれに正確には合致しないケースというものが現れざるを得ない。例示的に言えば、先の闕段の例は詳細を極めている訳だが、それでも例えば手

足を捻挫をさせたらどうなるのか。「定まり有るものは律例、窮まり無きものは情偽」。それを罰さなくてはいけないと考える点では皆が一致する。しかし引くべき条文が無い。しかも罰すると決めても、それは手足を骨折させた場合より軽いのは明らかだが、指を一本骨折させた場合とどちらが重いのか、なかなか難しい。そして第二は、悪行の態様・その背景事情が微妙に過ぎて、既存の条文をその要件に基づき機械的に適用し所定の刑罰を与えては却って不適切と思われるケースの存在である。現場の裁判官には量刑を巡る裁量の余地が全く与えられていない以上これは如何ともし難い。

そこで清代刑事司法制度は、犯罪に正確に対応する条文の無い第一の場合については、似たような条文を引いてそれを加減して判決原案を作り皇帝に上申しその裁可を仰ぐ「比附」の制度を最初から設けていた(4)。そして第二のケースについては、結局それを皇帝一人の判断に委ねた。どちらにせよここで皇帝が現れる。

即ち覆審制度の最後にひかえる皇帝は、比附の判断を求められた場合だけではなく、そもそも上がって来る全ての事案・原案に対して、既存の成文法にも既往の処断例にも拘束されること無く、自由な立場から判断を下していた。皇帝本人が原案通りの(即ち原則的には成文法の規定通りの)量刑では当該個別事案の具体的罪状に比して刑罰の重さが適切で欠くと感ずれば自由にそれを加重軽減し、また背景事情に不審を抱けば事実の再調査を命令した。

つまりこのシステムの下では皇帝は二つの顔を持っている。

一つは、成文法に準拠して行なわれる覆審制度の頂点に立つものとして、官僚達に成文法の遵守を強制し、成文法を離れた判断を行なった官僚を処罰する役割であり、もう一つはそうした官僚達が成文法準拠的に仕立て上げて来た判決原案を自由な立場から覆す、即ち成文法を超越した判断を下す役割である。そうした皇帝の判断を制御する法律は最早存在せず、むしろ先に比附について述べたように、成文法自身がその欠けた部分を埋める積極的な役割を皇帝に期待していた。そして更に言えば、旧中国法の歴史においては、その皇帝の行為自体がまた次の成文法を生み出す最も大きな要素として機能していた。

即ち皇帝が上記の様な経緯で特別な判断を行ない、かつ以後同様の事案が現れた場合には同じように処理をせよと命じたときには、即座に全官庁にその旨が通知され、更にそれらは数年毎に行なわる法例の定期的見直しの際に法文の体裁を与えられ、律本文に優先して適用されるべき条文・「條例」として法典上に登載されていった。そして乾隆五(一七四〇)年の『大清律例』刊行以後「律」本文の改訂が全く為されなかった清代後期においては、こうした経緯で作られた「條例」こそが法変動の公示機能を主に担っていた⁽³⁾。その意味では、清代法の全体は、悪行と刑罰の対応関係に関する歴代皇帝の過去の意志・過去の判断の集積である「律」本文の上に、皇帝の最近の意志・最近の判断の集積である「條例」が降り積もり、更にその上に皇帝の現在の意志・当該事案に関する個別的具体的判断が乗っている山の様なものと見ること

が出来る。官僚達はそれぞれの問題について表明されてある皇帝の直近の意志に従うべく義務付けられ、その基礎の上に本稿冒頭以来述べた成文法準拠を強く求める覆審制度が維持運営され、またその実務の中そこに欠けた部分を補うべく官僚から皇帝へと為される上申手続が、結局はその山の上に更に新たな新規判断部分を降り積もらせていた。

以上が滋賀・中村教授が命盗重案裁判を巡って明らかにされた事実の概要である。そしてその中では成文法は、上記の如く对官僚・对皇帝の關係で大幅に異なった位置づけを持っていた。そこで命盗重案裁判論の中では、次の様な「法」の位置づけ・性格付けが為されて来た。

即ち第一に、司法・立法の両側面においてこの制度が「皇帝の意志」を中心に運転されていたことは明らかである。司法において皇帝の意志は既存の成文法を含む全ての意志に優越し、そしてその皇帝の意志が以後の成文法の基礎となる。

そこで成文法に与えられた役割は、そうした中心にいる皇帝から、皇帝の手足として量刑実務を担当する官僚に対して、皇帝本人の価値判断を体系的に伝えて個々の事案処理に当たって誤りなくそれに従わせる(そしてそれに未だ明らかでない事案を自動的に皇帝の下にまでもたらさせ、皇帝の判断を待たさせる)為の手段に他ならない。それ故、その社会的位置も、基本的には官僚を名宛人とする統治機構の内部規律、官僚の執務基準、王者が世を治めるための道具に止まった。

しかし第二に、内容的に見るならば、清代刑事司法は、官僚は成文法に照らしてそれを判断し、皇帝は全く自由にそれ

を判断するという違いはありながら、結局どちらも個別案件に出会う毎に犯罪と刑罰の適切なバランス関係を求める持続的な営為として理解することが出来、また制度的には、官僚達は皇帝の既往の判断に成文法へ準拠しつつ原案を作成し、そうして上がって来た原案を皇帝は自由な立場で再判断し、そしてその判断が再び成文化され官僚達に示されるという形で微調整を繰り返しながら回転を続ける生きた制度として見ることが出来る(6)。その側面から見れば成文法はまさにそうした活動の精華である(7)。そこにあったものは、成程西洋的な法治理念とは全く別個のものと言う他ないが、決してそれ自体は無意味とも無内容とも言えない、およそ別個の方向を目指して進んで来た人間の営為・人間が秩序形成に向けた努力の一方向であったことは疑いない。

そして第三に、そうした議論の統合として、その皇帝と官僚制総体によって担われる清代司法制度全体の性格が論じられ、そこでは成文法は直接人民にそれに準拠した行動を求めたり、また人民がそれを援用して権利主張をしたりする様な統治者・人民共有の社会規範・西洋的な意味での法としての性格を最初から欠いていた(8)、それ故そこで行なわれる裁判も西洋裁判の様な「相争う当事者の主張に対して下される判定」「法共同体の託宣」ではなく、むしろ「およそ人の世の調和の乱れを意味する事件に対して、統治者として適切な処置を取るための手続」「お上としての声」であり、それは西洋的な司法と行政との概念対比の中ではむしろ行政の理念に属するものであったという「行政の一環としての司法」という

総括がなされる(9)。

三 州県自理裁判論における「法」の位置付け

ところが以上の命盗重案裁判における官僚に対する成文法への厳格な依拠の義務付け、それに対応する成文法に字義通りに準拠した裁判実務の存在に反して、先に述べたもう一方の裁判実務、州県地方官の手の内で全ての決着が図られる「笞杖」以下の刑罰手続・「州県自理」の裁判においては、打って変わった自由さが見られた。

即ち中村教授は、清代の「判語」(地方官が自ら処理した裁判事案の顛末を記した文集)を素材に、『大清律例』で言えば「誣告」条・「威逼人致死」条に当たる様な紛争事案が、州県自理裁判の中で実際にはどう処理されていたかを調査され、そこでは律に従えば明らかに犯罪を構成する様な事件についてまで無罪判決が下されている例、有罪としつつも律例規定を援用しない例・律例と異なる量刑をしている例がしばしば見られたことを指摘された(10)。また滋賀教授も広く「判語」について戸婚田土の案の処理状況を検討し、大半の判決が国法に言及することなしに結論を出しており、また援用される国法とは殆んど『大清律例』一本に限られ、しかも微罪は地方官が行政長官として当然に有する体罰の任意執行権を発動することにより処置され、『大清律例』の笞杖の刑罰規定を引いて擬律している例は殆ど無いという事実を指摘された(11)。つまり州県自理の裁判は明らかに成文法に字義通りに準拠しては行なわれていなかった。

そこで州県自理裁判論では、「法」の位置付けを巡る議論は次の二つの方向に向けて展開していった。

即ち第一には、当然のこととして、成文法を引かないとするならば、では地方官は何を基準にして裁判を行なっていたのかという問いが発せられた。中村教授はそこにある問題を、地方官が裁量で犯罪の起訴を見合わせている状態・「起訴便宜主義」の一態様と捉えた上で、その裁量を主導した要因として、犯人の性格年齢境遇・犯罪の軽重情状・犯罪後の情況に対する配慮を挙げられ、そうした配慮をする地方官側の動機として、地方官が事実解明の便宜と訴訟当事者の負担軽減の為に事案の上級審への移管を躊躇したことと並べて、「当該紛争そのものをできる限り全体的に解決し、紛争以前の間関係の調和を取戻させ」んとする地方官の意図を挙げられた。また滋賀教授は戸婚田土の案について同様の検討を加え、そこで裁きを主導していた価値として、人は自己の債務を弁済しなければならぬ、父の存命中は息子達は自分勝手の手行爲をしてはならないといった旧中国文明に特有の「不文ではあるが客観的な広く一般に認容されている諸原則」である「理」、及び「各案件の特殊性に対して全ての場合を考慮しながら細心の配慮がなされなければならない」「平凡な人たちの無理からぬ感じ方、思惑、習わしを無視したり抑圧したりしてはならない」「良好な人間関係の維持・恢復が追求されなければならない」といった具体的情況に対する同情的処理を要請する「情」なる価値、まとめてみれば「情理」という言葉に集約される様な理念を摘出された(12)。

また第二には、その様に成文法に依拠しない形で州県自理裁判が営まれていたという事実と、他方に厳然と存在する成文法秩序との関係が問題とされた。

中村教授は、上記の如く一方で州県自理裁判における起訴便宜主義的な法適用の事実を指摘しつつも、他方で命盗重案裁判における法適用の自動性、それ故の「実効性」「的確さ」「法的安定性」の存在に改めて注意を求められ、その上で、州県自理裁判においても少なくとも刑事的的案件においては「律の抛り所が意識され、その上で情状酌量される」という手順を踏むものが見られた、それ故「法が規定通りには適用されず、情を衡り理を酌んで裁判が行われたとて、それがすなわち法を離れ、法を無視したものになるとは言えない」という指摘と、州県自理裁判が(命盗重案裁判制度が目指していた「法的安定」と並ぶもう一つの法理念である)「衡平の実現」の側を主に目指していたという二つの指摘を行なわれた。次に述べる滋賀教授の議論も、この中村教授の最後の二つの指摘をより徹底しかつ統合したものと見ることが出来る。ただ滋賀教授においては議論は、狭く清代命盗重案裁判に見られる成文法準拠現象との関係付けよりも、むしろ広く西洋社会において裁判と法が持つ位置と対比したときに旧中国の裁判と裁判規範が持つ特徴の解明、その理論化の方向に向けて展開して行った(13)。

第一に、教授は以上の知見に基づき当代民事裁判を次の様に性格付けられる。即ち「情理」、特に「情」というものを以上の様に考える限り、当然それは万人に一律に適用されるべ

き客観的なルールではなく、言わば裁きを行なう際のものの考え方に關する一般的な要請・心構えに過ぎない。それゆえ実際に下される処断の内容は具体的状況に従って千変万化する。と言うよりそうした一律一辺倒の処理はしないというのが「情理」の要請であり、事案毎の個別事情に応じて千変万化する判断を行なうことこそがむしろそこで目標として求められていた。それ故そこにあつた構造は、社会の中に予め(成文であれ不文であれ)客観化されたルールとしてある法源を発見しそれを個別事案へ公平一律に適用し双方の権利義務を認定するということを理念として掲げる現代的・西洋的な裁判とは最初から別の方向を向いた作業、即ち持ち込まれた事案毎の個別的な事情に細かく配慮し、普通の生身の人間に無理からぬ要求をし、そして当事者間の人間關係を維持し育てて行くような配慮に基づいた判断をする、つまり眼前にいる両当事者にとって最も適切なやり方をその都度個別的一回的に考えるという作業であつた。それ故、ここでは既存の法規を字義通りに(杓子定規に)適用することは特段の価値を持つ行為ではなかつた。

しかし第二に、滋賀教授は、当時の地方官達が州県自理裁判実務において上記の様に實質的には成文法に準拠せずに裁きを行ないながら、他方では成文法を權威あるものとして遇していた事実に着目し、その背後にある彼等なりの論理を追い求められ、旧中国における次のような「法」の位置付けを見出された。即ち「律例なるものは、天理人情に本づいて定む」。「法」というもの自体も、実は彼らの頭の中にあつては

個別主義的な「情理」とは別の物としてあつた訳ではない。むしろ「法」とは、中国人誰にとつても成り立つ「情理」の中核的な部分を明確化しかつこれに強制力を賦与したものの、「情理」という水の一部が凝つて形をなしたものの、「情理」の大海に浮かぶ「冰山」である。その世界の中では、各人の胸中にある「情理」の声に従ふことが法の精神に従ふことであり、また逆に、一般的中核的なことを言うに過ぎない法律の文言は、個々の事案への適用においてそれ自身また「情理」によつて解釈もされ変通もされるべきものである、と。

この議論は、旧中国における「法」の内容・形式の両面に亙る新たな意味付けを一身に含み、それ故微妙なベクトルを持つている。即ちここでは「情理」という旧中国民事裁判における固有の積極的価値・目指すべき目標の発見と提示を通じて、一方では「法」をただの罰則の束としてではなく、それなりの秩序価値に基づくものとして根拠付ける試みが為される。しかし他方ではその「情理」に基づく紛争解決の特徴(その個別主義的性格)の指摘を通じて、旧中国裁判が西洋的な意味での法・客観的強行的ルールの存在を要請していなかつたこと、またそれ故旧中国の「法」においては、字義通りには準拠されないことが必ずしもそれ自体の価値付けに反する訳ではないこと、逆に言えば「法」とは最初からその様な特異な性格をもつ規範であつたことが主張される。そこで行なわれたことは、客観規範へ準拠した裁判という社会的要請が本来的に欠如した状態下において成文法というものが持ち得るポジションについての全く新たなワンセットのイメージ

の提示である。

そしてこの議論は、旧中国の紛争解決における客観的ルールの位置という普遍的な問題に亙るだけに、その射程も官憲の裁判とそこにおける成文法(つまり旧中国語が指す「法」)の位置付けという範囲を飛び出す部分を持たずにはおかなかった。実際滋賀教授は、清代民事裁判記録の中には(大方の予想に反して)「慣習法」を援用する事例が殆ど見られないという実証的事実の指摘を介して、論を更に社会の側に拡大し、官憲による援用の有無以前に、そもそも旧中国社会自体の中に既に西洋語の「慣習法」に対応する実体(成文化こそされていないものの社会の中に客観的に存在すると考えられる規範)が欠如していた、旧中国では国家制定法が西洋的な聖化された客観規範としての位置を持っていなかったと言うだけではなく、そもそも社会の中の何処にもそのような規範の存在形式が存在しなかった、判断基準は終始人々各々の胸中にあり続け、それら行為規範を敢えて制度的に対自化・客観化するという操作と設備が文明的に欠如していたという主張を展開されている。そこでは上に見た成文法の性格、及び成文法非準拠の裁判のあり方は、旧中国法文化というより大きな構成の一つの現れという位置付けを与えられることになる。

四 「法」の位置付け・法の位置付け——現段階

以上に、清代の「法」の位置付けを巡って滋賀・中村両教授によりこの三十年間になされて来た議論の概要とその背景となる諸事実を駆け足で紹介した。そこで明らかにされて来

た事実、展開されて来た議論を見れば、少なくとも西洋法世界における法イメージを維持したままに旧中国で成文法が「実効性」を持っていなかったと漫然と言っている議論の空虚さは明らかであろう。そこにあった事態はより複雑であり構造的なものであった。

即ち命盗重案裁判における官僚の量刑判断の制御においては「法」・成文法は比類の無い「実効性」を持っていた。しかし他面、州県自理裁判ではその官僚達も成文法に一一準拠して判決文を書いてはいなかった。最初から事態が二つの外面を持つている。しかもそこでは西洋裁判とは異なり、客観的なルールに字義通りに準拠してものを裁くということとは最初から主要な秩序価値ではなく、むしろそこで裁きに求められていたことは、旧中国文明の諸価値の上にゆったりと則った上で当該事案に則した個別的で細やかな、つまり「情理」に叶った解決法を個別に見出すことであった。しかも更に面倒なことに、その「情理」と「法」とは彼等の脳裏においては対立的なものとして捉えられていた訳でもないのである。それ故、成文法準拠という事実を挙げた場合でも、それをルール志向という方向で価値付ける旧中国文明内在的な自明性は無く、また逆に字義通りに準拠援用されないという事実を以てその無効無用を論ずることも出来ない。旧中国の法秩序を単なる西洋的価値のマイナス状態として評価することも、また結局は同じ西洋的基準を共有したままに西洋的価値基準プラス状態の部分的な存在をその中に発見することも、この対象を相手にした場合、余り意味のある作業とはなり難い。

滋賀・中村両教授の作業は、こうした困難の中、一方で從來説に抗しつづつそうした清代司法の持つ複雑な現実を明らかにし、同時に他方で、清代司法をそれ独自の価値と限界を持つ一つの統合状態として位置付け得る新たな議論の枠組みを模索する作業であった。そしてその作業は上述の如く、清代司法制度の構成に従って命盗重案裁判と州県自理裁判の各々について順次実証的解明を行なうという形で、それ故その性格論も、厳格な成文法準拠義務と実質的な成文法非準拠という各々の制度で見られる二つの（一見矛盾する）現象に対応する形で進められ、その結果として以上の二つの文脈の議論が生み出されて来た。そして勿論その過程で各々について明らかにしたことは少なくない。

ただ望蜀の念を述べれば、両教授どちらにおいても、この両側面を一手に統合する議論は未だ明示的になされてはいない。中村教授の上掲の論理は、情と理による変通が必ずしも成文法の無視にはつながらないという事理の指摘を通じて、滋賀教授の「法」と「情理」との形式的関係付けの議論に道を開き、また「衡平の実現」という価値の指摘を通じて、滋賀教授の「情理」主導型裁判の定式化に道を開くものであったが、そこにおける命盗重案裁判と州県自理裁判との関係付けは、どちらもそれなりに固有の価値を持ったという並列的主張に止まり、その限りでそれらを無意味無価値とする従来説に対する反論という位置付けに止まった。またより大きな射程を持つ滋賀教授の最近の議論も、自明と考えられたためか、不思議に命盗重案裁判制度の細部との関係付けを欠いて

いる。時間順に言えば、命盗重案裁判制度と皇帝による帝国支配に関する初期の研究を、州県自理・戸婚土土裁判に関する後期の研究成果を以てもう一度位置付け直す作業が未だ為されていない。それが為されれば全体像がより明快になるであろう。

さてそこで現時点での全体の見取図はどの様なものか、筆者なりに考えてみることにする。現在提起されている問題は、皇帝官僚制の行なう司法活動の性格付け・皇帝官僚制内部における成文法の位置付けという狭義の「法」の位置付けの問題と、それを越えて広がる帝制法秩序全体の性格付け、旧中国における社会規範全般の位置付けの問題という広狭二つの広がりを持っている様に見える。そしてこの前者の側面については、両教授の命盗重案裁判・州県自理裁判各々を巡るこれまでの検討作業は、最近の滋賀教授の結論で統合の見通しが既に付けられていると言って良いと思う。両教授の検討作業の延長線上には次の様な清代司法制度像が描かれる。

即ち後期滋賀教授の議論における「情理」論・州県自理裁判の性格論は、民事法源論を当面の対象としてはいるが、むしろ内容としては狭く地方官の民事裁判のみを念頭に置くものというよりは、初期滋賀教授における「行政の一環としての司法」論を発展させ、清代司法活動全般が持つ性格に関しより積極的且つ内在的な理解を目指す作業という位置を持つ。事実、滋賀教授がそこで明らかにされた裁判者の役割を、命盗重案裁判過程の中に求めて行くと、それは皇帝の中により十全な形で見出せる。即ち、前述の通り、全司法機構の中で

皇帝が期待されていた役回りも、既存の成文規範や先例を機械的に適用することではなく、むしろそれらを超越して、まさに眼前の個別事案毎に適切な処置を個別に考え、それらの処断を通して人民の風俗を正し人民を徳化する作業であった。そしてその時の判断基準はと言えば「王道は人情に本づく」、結局これも「情理」としか言いようが無い。地方官が民事裁判を成文法に準拠しないで処理していたという事実は、官僚制の末端で現れる単なる事実的な状態、当時の裁判の原理原則と矛盾する事態としてではなく、より体制的な秩序価値に關係した現象、むしろ旧中国型秩序維持の原型に即した事態として見なければならぬ。

そして事実大きく見直せば、そこには裁判者＝統治者の位置と期待される役割・及びそこで働く規範の役割について、最初から西洋とは異なったモデルが存在した。そこで統治者・裁判者に求められていたことは、予め存在するものとして想定された客観的ルールを発見しそれに従い終始変わらぬ判断をすることではなく、むしろ「情理」に通じた人間として、独自の見識に基づき相争う眼前の当事者に対してその当該ケースに最も相応しい解決方法を個別的に考え且つ教え諭し、悪行を行なった人間に対してはそれに見合ったお仕置をし、それを通じて当事者間ひいては当該社会の人間関係を全体的に調整する後見的な役回り、あたかも子供を躾け兄弟喧嘩を裁く親の如き役割であった。皇帝はその権限と責務を天から与えられ、全国につき全刑罰を用いてそれを行なう。また地方官は、当該管轄区域内について、しかも笞杖以下の刑

罰を用いてのみという限られた範囲内においてだが、同様の役割を皇帝から与えられ、管内の風俗方般についての責任を負わされる(彼は成程「親民官」とも呼ばれていた)。皇帝と地方官はまさにそうした秩序モデルの体現者・「民の父母」・「情理」判断の達人にして「風俗」改善の責任者としての位置を同心円的に持ち、それが官僚制度を通じて垂直的に組織されている。成文法に集約される各種悪行と各種刑罰の間の詳細な対応関係は、全体としてそうした風俗淳化を目指す帝制統治機構が行なう「お仕置」の価値基準を具体化したものである。

しかし地方官と皇帝は同心円的な關係に立つと言っても、その間は明らかに上下關係で位置付けられていた。そして皇帝以下の官僚制は、徳の多寡により階梯付けられ組織されており、上位の者ほど「情理」に通じているというのがその制度的前提である。上位者の「情理」判断は、下位者の判断に(制度的に、と言うより)内容的に優越するとそこでは考えられる。その頂点にある皇帝が一度判断を下した場合、それが当該事案に対する最も権威高き「情理」判断とされることは当然である。そしてその権威的判断がまとめられて成文法が作られる。それ故そこでは個別主義的な決定と成文法とは構造的に矛盾するものではなく、逆に「法」こそが様々な主体が各々の胸中の「情理」に従い日々行なう個別主義的判断の頂点に位置する最も価値高き「情理」判断、「情理」の結晶であった。しかし他面、個別事情の差異を尊べば尊ぶ程に、全く同じ事案というのは却って存在しない。それ故それは成

文規範と言っても、当時の裁判における客観的ルールへの価値付け一般に従えば、元より別個の要因を含む個別事案に出会う毎に、再び「情理」によって変通されることを前提とする種の規範であった。その意味では、「法」は本来的に一義の行動指示ではなく、むしろ個別事案に出会う毎に人々が繰り返し繰り返し行なうべき「情理」判断の際の一種の「手がかり」、お手本としての位置に止まった。

ただその「手がかり」としての機能の仕方・それゆえ変通の主体は、究極的な判断者たる皇帝が下位者に何を何処まで任せるか、即ち官僚制の制度設計によって変わって来る。清代の制度では、笞杖以下の刑罰で済む事案については、前述の通りその変通は地方官の見識に一任された(州県自理)。当事者の上訴が無い限り事案はそこで処理され尽くす。それ故そこでは地方官が行なう「情理」判断が制度の前面に現れる。それに対して徒刑以上の刑罰については変通の権限を皇帝に集約する方向が選ばれた。その結果として、命盜重案裁判においては、判決原案の作成と覆審の作業を担う官僚達にその判断基準として成文法を示し、日常的な処理に当たってはそれへの厳格な準拠を求め、また変通の必要が発生した際にそれを自動的に皇帝の下へもたらす為の入念な仕組みが作られた。それ故そこでは成文法準拠が制度の前面に現われる。しかしそれを逆に言うならば、清代司法過程において時に見られる厳格な成文法準拠の現象は所詮、「裁判」というものはルールに照らして行なわれるべきものである」という(西洋に見られる)「司法」理念の発露としてよりは、刑罰権限分配を

巡る制度的構成、より内部的な官僚統制のレベルでの必要から生じた現象に過ぎない。かくしてそれは機能的に見れば「王者が世を治める為の道具」に他ならないことになる。

皇帝官僚制内部に関する滋賀・中村両教授の議論を統合すれば、そこにはこの様な相応に完結した清代司法制度の全体像、そこにおける清代「法」の位置付けが描かれる。この側面は、これで一応の安定を得たと言えるだろう。

しかし他面、滋賀教授の最近の議論に見られる「法」の性格付けは、既述の通り、狭く国家制定の成文法・国家設営の裁判制度の性格付けを越えた議論の射程を持っている。そして現在そこから新たなもう一つの問題の広がり姿を現している。

即ち後期滋賀教授が州県自理裁判論で示された、旧中国の裁判は基本的に「情理」に基づくものであった、逆から言えばそこには客観的ルールに依拠した裁きへの価値付けが、それ故そうした規範形式それ自体が欠けていたという議論は、系統としては初期の命盜重案裁判論で提示された、旧中国の「法」は統治者・人民共有の社会規範ではなく官僚の執務基準に過ぎなかった、という議論の拡大進展として位置付けることが出来る。そしてその進展によって、上述の通り成文法が字義通りに準拠される局面と自由に変通される局面との併存が説明され、その結果として清代皇帝官僚制内における成文法の位置に関する一つの安定・完結した説明がそこに得られることになった。しかし他面その展開はその一方で、旧中国における社会規範の存在形態全般への新たな問いをもた

らした。何故なら西洋的な意味での法・規範の存在形式は国家の中ばかりではなく、実は社会の中にもなかった、その種の営為が文明的に欠けていたというのがそこでの結論なのである。とするならば、それではかの大規模社会の中にあつた規範秩序は何者なのかという疑問はほぼ必然的である。そしてその時そこに広がる問題空間は、従前から展開されて来た(旧中国語の「法」が端的に指す)官僚制内における成文法の位置付けの問題というよりは、広く旧中国における規範媒介的な秩序編成の質に関する問い、西洋語の法を最も広義に捉えたときの対象世界の旧中国的な対応物を求める問いということになる。しかしそれも旧中国における(括弧を取り去った)法の位置付けの問題には違いない。しかも括弧付きの「法」及びその位置づけを巡る諸問題は、どう考えても事理としてその大きな構成の中の一つの部分に過ぎない。この問いを最後まで避けて通るといふ訳には行かないであろう。

ところがそのレベルになると、それに答えるだけの理論的準備も実証的研究も、帝制官僚制内部の司法制度論における「情理」論に対応する程には、未だ積極的な形では為されていないのが現状である。それどころか現状について言えば、むしろ従来から漠然とあつた民間の法秩序イメージまでもが崩壊の危機に瀕していると言う方が近いかも知れない。と言うのも民間の法秩序を巡り従来なされてきた幾つかの理解手法は結局の所、例えば国家と民間団体各々の行なう秩序維持作用を共に西洋風の「裁判」と捉えてその管轄関係を論ずる仕方、また例えば国家側の営為のみを西洋的な「裁判」と

考えそれを民間団体の行なう「調停」と対比する仕方、或いは逆に国家側の裁きを恣意的擅断的なものと見なしそれとの対比で慣習法に基づく民衆の法共同体の自律を構想する仕方、どれもが何らかの形で西洋型の裁判と法秩序のイメージをその発想の一部に置くものであつた。ところが上記の清代司法制度論が直撃したのはまさにその規範を共有する閉じた共同体とその下での裁きというイメージに他ならないのである。民間にそれが有つたと言ふも無かつたと言ふも、今やどちらも自明の議論とはなり難い。それ故、問題をこの広いレベル、帝制法秩序全体の性格付けというレベルで捉えた場合には、それについては未だ確たる見通しが立っていない、むしろそれは現在解体状態にあると言つた方が適切である。ただそうした方面の再構築を目指す動きが無い訳では無い。二つの研究動向を挙げておくことにしよう。

第一は、民間における秩序維持・紛争解決の機構と国家的官僚制の接点部分をもう一度実証的に見直しその実像を具体的に再構成しようという動きである。近年岸本美緒教授は、清初上海の知識人の回想録『歴年記』を用いて、訴訟を提起し訴状が受理された後も人々は民間での調停の試みを続けるのが常であつたという事実を指摘された⁽¹⁴⁾。また滋賀教授も、反対に州県の裁判記録の側から、訴訟を提起しながら判決を待たずに当事者により明示的に取り下げられたり放置され沙汰止みになった事案が少なくないことを指摘され、官憲への訴訟と民間での調停作業の並行現象に注意を喚起されている⁽¹⁵⁾。

そして上記の州県自理裁判論を踏まえれば、先ずは再検討の動きがこうした局面から始められることは自然なことと言える。何故なら、どの様に官憲裁判の機能を強調しても、旧中国で紛糾が起り膠着した場合に、或いは当事者の側の依頼により、或いは紛争を見かねた側のイニシアティブにより、誰か第三者が紛争に割って入り、短期的長期的利害を説き両者の関係の修復を試みるというパターンが常用されたこと、そして人々が各々に属する多様なネットワークの重層構造に見合って、社会内に幾層幾層もの調停関係の輪が存在し機能していたことは否定し難い事実である。しかもそこで人々がそうした調停に求めたものが「客観的ルールの適用」といったものであったとは考え難く、恐らくそこでの目標も、両当事者の日常を身近に知る者による全面的な視野からする紛争両当事者をめぐる一切切切の人間関係の再調整、友好的人間関係の維持修復に置かれていたに違いない。しかし上述の通り、清代司法制度論の新たな解明に依れば、官憲の行なう州県自理裁判の理念もまさに同じくそうした解決・「情理」に基づく解決に他ならないのである。だとすると、こと裁きの性格について論ずる限り両者の間に大きな差異は無く、また逆に言えばその様な仕方では両者の位置づけをすることも出来ない。そこで必要なことは、予め排他的に捉えられた官憲裁判・民間調停の量的対比ではなく、むしろ両者を一先ず同質的なものと捉えた上で改めて両者の機能的な連関を再発見・再構築する作業である。上記の両氏の議論はまさにそうした点に関する具体的な検討作業と見ることが出来る。

そして両者の同質さに着目するならば、既に明らかにされている清代司法機構内部の論理構成を民間の側に向けて広げて行く可能性も無いではなく、単純に拡張するだけでもその先には例えば次の様な議論の広がりが可能となろう。即ち、そこで裁きの諸レベルの間にある関係は、基本的には国家と社会との対立関係としてよりは、むしろ「情理に通じた」程度の差、個別的な「情理」判断とそれを行なう者の間の権威づけ(それ故、背景とする波及力)の序列として見直すことが出来る。頂点に天命を受けた「情理」の達人・徳の塊としての皇帝を置き、そうした価値の源泉に連なるものとしての官僚・士大夫の権威付けがなされ、その末端に連なるものとして地域社会の中に様々な調停者が存在する。逆に言うならば、地域社会で日々行なわれる有徳者の「情理」判断、紛争の解決、社会関係の再構成、そうした日常社会で行なわれる秩序形成の基底構造・基礎イメージを基に、その遙か頂点に身を置くことにより、皇帝はそれらの構造を集約し(或は収奪し)統合するものとして全国に君臨する等々。勿論、事態をこの様な連続側面のみで捉える必要もないし、また捉え切ること也不可能である。同時に区別の側面もより精緻な説明が求められて行くことになろう(16)。今後の展開の余地は少なくない。

そして第二の動向は、右の紛争処理機構の側からのアプローチとは反対に、規範の側から問題にアプローチする仕方である。即ち旧中国では「法」は人民の行為規範ではなかった、更に客観的ルールに基づく裁きという構造が皇帝官僚制の中

ばかりか社会の中にも存在しなかったという上記の議論は、裏から言えば、一見西洋的な法に見える成文規範も、社会規範としての機能・性格から見れば硬い行動規範という位置を保持していた訳ではないという議論である。それならばいっそのこと、最初から社会規範としての考察範囲を「法」ばかりか「慣行」といった非形式的な・単なる日常的なブラクティクスにまで拡大し、むしろそれら実態の中に成文規範の側を機能的に位置づけるといふ選択も可能でありまた必要でもある。従来の位置づけ、必ずしも万全という訳ではない。

というのも「情理」判断が上記議論の言う通り個別的人格的なものだとするならば、それは巧拙深淺の差こそあれ、基本的には誰でも出来ることであり、そして實際誰もがしていたことである。上記民間調停における調停者は勿論のこと、それは調停に先立つ人々の日常的な社会行為全体の中でも行なわれていた。むしろ清代社会は「理」もて物言い「情」窮まり暴力を振るう人々に充ち溢れていた。一方で人々に分け持たれる「情理」の結晶が成文法だと言っても、それは詰まるどころ皇帝側からする一方的宣示に止まり、官僚制下の懲戒制度の枠内を一步出れば、それはそうした人々が日々行なう「情理」判断の現実的な統合機構をまで成していた訳ではない。では実体的な規範意識は社会の中のどの様なレベルに漂っていたのか。そしてそれは現実においてどの様にして統合されていたのか、またいなかったのか。そうした議論の余地がそこには開かれていた。

しかしこの二つの試みも、何れも未だ展開途上のものであ

り、体系だった実証的な成果は今後の課題ということになる。ただそれがもたらすであろう次の様な論理展開・論理的帰結は現在でも十分に予測が可能である。即ち上記の議論はどちらも、帝制官僚制の統治と司法の新たな性格付けに基づく限り、民間で行なわれる秩序形成作業を一方的に官の営為から切り離して論ずることは難しい、むしろ国家と社会を自明に両分して対比的に論ずることを止め、両者を統合的な一つの秩序構成の中に再度位置付け直そうという試みとして理解することが出来る。しかしそれは裏から言うならば、官の行なうことを民間の秩序動態から自明に画して一つの閉鎖的体系として論ずる制度論的根拠も薄いということに他ならない。所詮それもより大きな秩序編成の中の一構成部分、一アクターに過ぎない。民間の秩序動態が解明されるに連れて、皇帝を自明に全ての頂点に置きそれを中心として全ての秩序編成を構想する(その限りで皇帝官僚制の側から見た秩序像、或いは皇帝支配の事実から出発する「結果論」という性格を終始持つ)上記の統治論も、やがてはもう一度相対化され、再検討を受けることを余儀無くされるだろう。その意味では上で一応の安定にあると述べた皇帝官僚制内部での「法」の性格付けも、当面の暫定的な見取図に止まるのである。

以上が、現代日本の中国法制史学が、旧中国における「法」の位置付け、更には括弧を外した法の位置づけを巡って努めて来た営為の内容、そして現在抱えている問題状況の概要である。

(一) 以下に概述する清代裁判制度についての事実認識の大枠

は、特に触れぬ場合も、滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判——その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」(法制史学会編『刑罰と国家権力』、創文社、一九六〇年、二二七—三〇四頁。後に同氏『清代中国の法と裁判』、創文社、一九八四年に収録。以下「刑事裁判」と略称)にその多くを負っている。

(2) ただ後の文脈との関連で予め注意しておけば、この各級官際に委ねられた刑罰権限を自足完結的なものと見ることは出来ない。州県自理事案についても、その処断に不満な当事者はいざとなればその上級官庁(最終的には皇帝)に対して自由に上訴することが出来た。また命盗重案裁判においても、成程徒刑流刑については督撫・刑部に一応の最終判断権が委ねられていたが、それでも当事者側からする更なる上訴は常に可能とされ、また事後報告制度によって皇帝側からも常時チェックが働いていた。

(3) 研究上「絶対的法定刑主義」と呼ばれるこうした中国法の立法技術上の特色、及びそこから出て来る下述の論理展開については、滋賀「刑事裁判」(滋賀上掲書七五頁)を参照。

(4) 『大清律例』「断罪無正條」(なほ軽微な刑罰で対応し得るケースについては、為すべきでないことを為したという包括的な構成要件を持つ「不応為」条を用いた対処がなされていた。比附・不応為制度の詳細とその刑法学的な意味付けについては、中村茂夫『清代刑法研究』、東京大学出版会、一九七三年、及び同「不応為考——『罪刑法定主義』の存否をも巡って——」(『金沢法学』二六巻一、一九八三年)を参照。

(5) その結果、清末段階では律本文四三六条に対して、約一千九百条の「條例」が存在するに至った。こうした「條例」の位置付けについては、滋賀秀三「清朝の法制」(坂野正高・

田中正俊・衛藤藩吉編『近代中国研究入門』、東大出版会、一九七四年、二七一—三八頁)を参照。また清朝以前についても基本法典・副次法典・単行法令三者の間に同様の構造があったことについては滋賀秀三「中国法」(ブリタニカ国際大百科事典)一三巻、一九七四年、二一八—二二二頁)を参照。

(6) 滋賀秀三「清朝の判例に現われた宗族の私刑——とくに私的な死刑に対する国家の態度について」(『国家学会雑誌』八三巻三・四合号、一九七〇年、一—四九頁、後に滋賀上掲書に収録)は、そうした微調整の歴史の具体例を示している。また清代刑事司法が全体として持つこうした細やかで粘り強い「均衡の精神」への着目と評価は、滋賀・中村両教授の著作に一貫する姿勢である。そしてそれは、所詮専制王朝の行った裁判である以上擅断的なものであったに違いない、という安直な理解(正確に言えば、対象の内在的理解の放棄)への批判として有効に機能した。

(7) その視角からすれば、中国律の歴史の全体も、全ての犯罪・悪行についてその諸態様を軽重に従って詳細に分類し、その各々について丁度その悪性に見合うだけの刑罰を過不足なく量り割り当て、そうしておよそ人間の犯す悪行の諸態様全てについての詳細かつ体系的な「犯罪刑罰対応一覧表」を作り上げる為の努力の歴史、(或いはそこで逆は逆に刑罰の側も、笞五等・杖五等・徒五等・流三等・死二等の二十等の刑罰が一つの物差しの上に一列に、しかも身分関係条項等で見られる刑罰の加等減等規定から考えたと流刑段階までの十八等は概ね等間隔で並ぶものとして理解されていたという面に着目すれば)人間の犯す全ての悪行を共通の刑罰の目盛りの上に落とし、その悪性の程度を公的にランク付ける作業の歴

史と見ることが出来る。

- (8) 例えば、滋賀「刑事裁判」(滋賀上掲書七八頁以下)を参照。

(9) 滋賀「刑事裁判」(滋賀上掲書八六頁)、滋賀秀三「清代の司法における判決の性格——判決の確定という觀念の不在」(『法学協会雑誌』九一卷八号、一九七四年、四七一—九六頁・九二卷一号、一九七五年、一—六四頁。後に滋賀上掲書に収録。引用は滋賀上掲書二〇〇頁及び二四六頁)。後者は、次節に述べる州県自理裁判も視野の中に置いた議論であり、この性格付けは滋賀教授にあっては全裁判制度を跨ぐ位置にある。

(10) 中村茂夫「清代の判語に見られる法の適用——特に誣告、威逼人致死をめぐって」(新潟大学「法政理論」九卷一号、一九七六年)。本節で以下に触れる中村教授の見解は全てこの論文に基づく。

(11) 滋賀秀三「清代訴訟制度における民事的法源の概括的検討」(『東洋史研究』四〇巻一号、一九八一年、七四—一〇二頁、後に滋賀上掲書に収録)。

(12) 滋賀上掲論文、及び滋賀秀三「伝統中国における法源としての慣習——ジャン・ボダン協会への報告(国家学会百年記念『国家と市民』第三巻、有斐閣、一九八七年)。引用は後者三五—一頁以下。

(13) 以下は、滋賀教授の上掲二論文及び、滋賀上掲書第五章「法源としての経義と礼、および慣習」(新稿)、滋賀秀三「中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて」(『東西法文化(法哲学年報一九八六年度)』)の全体に現われる議論の方向を筆者なりにまとめたものである。

(14) 岸本美緒「『歴年記』に見る清初地方社会の生活」(『史学雑誌』九五編六号、一九八六年)。

(15) 滋賀秀三「清代州県衙門における訴訟をめぐる若干の所見——淡新檔案を史料として」(『法制史研究』三七号、一九八八年)、五五頁。そして官憲裁判を基本的に調停と捉え、それ故民間で行なわれる調停との関連付けも、単純な対抗関係としてではなくむしろ両者の機能的な関連の解明として為されざるを得ないという事情は、滋賀教授においては非常に早くから意識されていた。(注(9)所掲「判決の性格」論文(滋賀上掲書二五二頁以下)を参照)。

(16) この区別の側面については既にこれまでも滋賀教授により、何故その調停社会の中で敢えて地方官の裁判が求められたか、官憲はその社会の中での様な位置を占めていたのかという問いの解明の形で進められてきている。前注所掲「若干の所見」論文及び滋賀上掲書三六二頁前後。

(17) 筆者はそうした関心の下で、前稿・寺田浩明「清代土地法秩序における「慣行」の構造」(『東洋史研究』四八巻二号、一九八九年)において、「慣行」を巡る官民双方の動きの特徴について初步的なスケッチを試みた。本稿と併せ参照して頂けると有難い。