

清代刑事裁判における律例の役割・再考

——実定法の「非ルールの」なあり方について——

寺田 浩明

はじめに

滋賀秀三氏の仕事を通じて既に周知のとおり、清代の裁判は国家的な行政官僚制機構自体によって担われていた。民から出された訴えの内、戸婚田土錢債關賭博等細事と総称される軽微な刑事事案や民事事案は、訴訟を受け付けた州県の地方長官自身にその決着を委ねる「州県自理」の手続で処理され、また人命事件・盜難事件やその他、徒刑以上の刑罰を相当とする事案は、州県官から始まる皇帝官僚制の階梯を覆審しつつ上らせ、最後に刑罰の重さに相応しい高官（死刑の場合は皇帝本人）の決済をまつて執行に移らせる「必要的覆審制」の手続に委ねられた。¹⁾

そしてこの内の前者、州県自理の裁き（常識的な意味における民事裁判）の性格については、単に民事実定法が存在しないというばかりか、裁きに律例その他の実定法規が援用される例すらも殆ど見られないがために却って、その裁きが裁きとして成り立つ規範的な根拠が鋭く意識されざるを得ず、またその点をめぐる論争を通じて、そこにおける規範の特有の働き方が順次明らかにされてきた。

それに対して後者、必要的覆審制の裁き（常識的な意味における刑事裁判）の性格については、なまじ最初から律例という整備された刑法典があるため、また当初の研究の力点が「旧中国の法は単に制定されただけで実効性がなかった」という俗説の批判に置かれていたがため、¹⁾ 問いは何よりも刑事裁判において律例は実効性を持っていたのか（それとも単なる空文だったのか）という二者択一的な形で立てられ易く、またそれ故、官僚による律例援用の実態、また現実の社会変動に応じた皇帝による旺盛な条例改廃の過程が、豊富な実証研究を通じて誰の目にも明らかになると、却ってそれ以上の議論も進み難いことになる。²⁾ その結果として、幾らか皮肉なことに、刑事裁判の分野については、（立法者たる皇帝はさておき）少なくとも官僚達に関する限り、そこにも我々と同様の「法に基づく裁判」の構造が存在したという漠たる認識が、³⁾ 専家と専家外とを問わずなお広く共有されたままにある。

しかし言うまでもなく、官僚によって律例が援引されるからと言って、官僚と律例の間に、我々における裁判官と法の間にあるのと同様な位置関係（ここでは裁判官は個々の判決を法の上に根拠付けることを求められる反面、それを正しく行う限りそれ以上の責任を免じられる）が存在したとは限らない。同じ官僚によって担われる一連の裁判手続において、州県自理の裁き（州県長官に事案の完結権限が与えられている裁き）では実定法が現れず、必要的覆審制の中では実定法が現れるという事実は、その裁きにおける実定法の位置・役割が我々におけるそれとは原理的に異なるのではないか、という方向をむしろ暗示する。にもかかわらず漠たる仕方では法準拠イメージが広まってしまふ原因は、おそらく実定法の働き方について常識的な法準拠とは別の理解方法がなお欠けているからに違いない。

そこで本稿では、主要にはこれまでの伝統中国刑事裁判研究の実証成果に依拠しつつ、ここにおける官僚と律

例Ⅱ実定法との位置関係（あるいはそうした位置関係を生み出す実定法自体の特性）について再検討を加え、実定法というもの（あるいは法の実定化という営為）が大規模裁判制度の中で持ちうる「もう一つのあり方」について別のモデルの提示を試みたい。以下の紹介から明らかになる通り、正確に読むならば、これまでの研究も決して単純素朴な法準拠イメージを振りまいてきた訳ではない。問題の所在を明らかにする為に、まずはこれまでの研究の達成水準を確認することから始めよう。

一 従前の清代刑事裁判研究における律例の位置づけ

（一）「情法の平」理念と律例

中国の刑事司法の全体は、悪事をした人間を、国家皇帝が天に替って的確に懲らしめ、それによって被害者の冤抑を伸ばし、同時にそれによって人々を犯罪から遠ざける作業とまとめることができる。それを行うに当たつての理念は「情と罪とをして一に平允に帰せしむる」こと、一言で言えば「情法の平」と表現される。そこに言う「情」とは個々の犯罪行為の犯情・悪性を指し、「罪・法」とはここではどちらも科される刑罰を意味する。そこ⁶に言う「情」の犯情・悪性とそれに対して科される刑罰の重さとは、正確に均衡していなければならない。そして実際、刑罰が軽すぎて被害者側の「冤」を伸ばすのに不足すれば、何かが残つて次の争いを引き起こすし、またその程度の刑罰ならと真似する輩が輩出する。また反対に刑罰側が重すぎると、国家が刑罰を科すこと自体が加害者側に新たな「冤」を生んでしまう。そしてこちらについては天自身が早魃や大雨という形で直接に皇帝に警告を下すという

ことになっていた。

ただ、ならばこの理念自体が直ちに律例に実定法を生み出すのかと言えば、そういう訳ではない。悪を懲らしめる皇帝の責務自体はもとより実定法を待たず、また情法の平の理念の側から考えても、ここでは同時に「情偽は無窮である」、即ち犯罪態様は無限に異なる、犯罪事案は無限の個性を持つという基本認識がある以上は、なまじ一律のルールを設けるよりは、むしろその無限に異なる事案事案毎に、その都度精密・誠実に適切な刑罰の重さを皇帝自身が考え且つ下すという方が理念的に正しいやり方ということになる。

にもかかわらず律例が作られるのは、あげて全国犯罪事案のすべてを皇帝一人では処理できない、その為には官僚を用いざるを得ないという現実的事情による。ただ科擧を通つた官僚と言つても皇帝の目から見れば「賢愚不一」である。手間を惜しんで愚者に任せ一人の冤罪者を出したばかりに大洪水というのでは目も当てられない。それゆえ実際、流刑以下の事案についてはさすがに決済案件の殺到（それによる手続の停滞）を怖れて皇帝の個別決済を待たずに督撫や刑部限りの判断で執行開始する（「先行発落」）ことを許すが、それらについても全事案について年度毎に皇帝に事後報告（彙報・彙題）をさせ皇帝自らによる更正の余地を残す仕方が取られ、また事後更正の不可能な死刑については原則として一件毎に皇帝の個別決済が求められ続けた。その意味では官僚制的分業と言つても、基本的に官僚達に任せられたのは、一つの事案処理の下拵えの部分（取り調べと判決原案の作成）だけである。それゆえ法の実定化の話も基本的にはその局面に対応する部分で、且つその目的に従う形で現れる。その事情を、世祖章皇帝（順治帝）御製大清律原序（順治三年）は次の様に伝える。

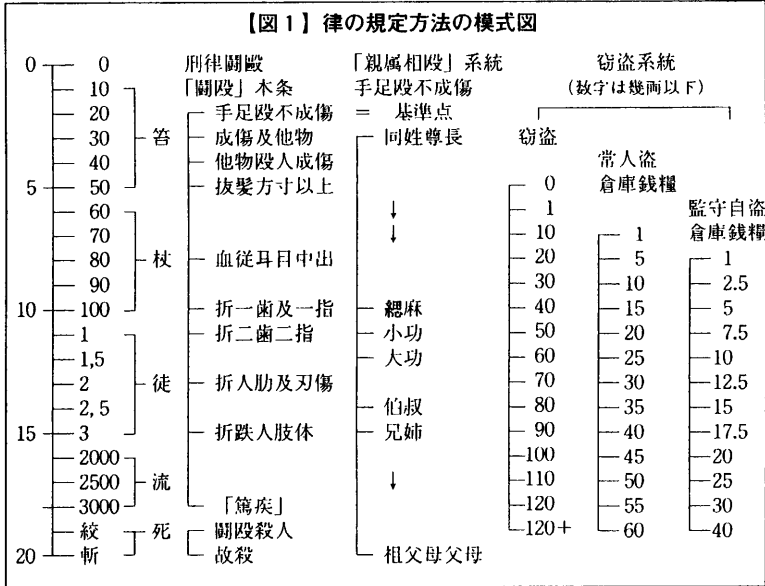
人民既に來ければ、情偽多端たり。奏讞に遇うごとに輕重出入し、頗る擬議を煩わす。律例未だ定まらざれば、有司は稟承する所なし。ここに法司官に勅して広く廷議を集めしめ、明律を詳譯し參するに国制を以つてし、増損劑量し平允を期せしむ。書成りて奏進し、朕再三覆閲し、なお内院諸臣に校訂妥確せしめ、乃ち刊布を允す。名づけて曰く大清律集解附例と。爾ら内外有司官吏、此の成憲を敬いて任意に低昂することを得ず。即ち、最終判断を皇帝がすることは自明である。しかし判決原案作りをさせるにしても、全国各地に配した賢愚不一な官僚それぞれにその小さな頭で「情法の平」を論じさせた結果として、似た様な犯罪事案について輕重様々の刑罰原案が上がつてくるとなると、今度はその整理が却つて大變だ。そこで衆議を集め慎重審議の上で律を定め、刑罰原案の作成に当たる現場の裁判担当者に持たせることにしよう。それが律が持つ本来の制度的文脈である。

(二) 律の内実

そして以上の目的に従つて、律の内容も特定の形をとることになる。律の内実と性格を知る為には、図Iの如き像を思い浮かべるのが最も簡單である。

図の左端の物差し様のものは、五刑二十等の刑罰スケールを示す(笞杖刑の単位は回数、徒刑の単位は年、流刑の単位は里である)。逆に言えば律においては、笞杖徒流死の五種の刑種は、目的用途別に使い分けられるものとしてではなく、むしろ五種が一体となつて二十等の刑罰段階を示す物差しの如く扱われた。図の右側は犯罪類型の例示である。第一部分では、清律「鬪毆」本条の前半部分および「鬪毆及故殺人」から、鬪毆から殺人に至る諸態様を抜

【図1】律の規定方法の模式図



き出し、それぞれに記される刑罰の重さを示したものである。第二部分は、關毆の中の「手足で毆つて傷を成さなかつた」場合（第一部分に示されるとおり、加害者被害者間に身分関係が絡まない場合には「笞二十」になる）について、その傷害相手が親屬尊長であつた場合の諸態様と刑罰を示す。そして第三部分は、同じく竊盜について、通常の竊盜の場合、常人が倉庫錢糧を竊盜した場合、更には倉庫の看守自身が倉庫錢糧を竊盜した場合の分類と刑罰を示してみた。

律とは基本的には、このように個々の悪行類型毎にその具体的態様を更に細かく分類しその一つ一つを刑罰目盛りの一義特定の場所に落として行く仕方で作られた膨大な「犯情と刑罰との対応早見表」と言うことができる。同一犯罪類型内の重み付けだけに限れば、その作成にはそう大きな困難はないのかも知れない。しかし例えばこの図を徒一年といった横並びで見れば直ちに気が付

くとおり、この仕組みをとった途端に異なる犯罪類型の刑罰の軽重まで念頭に置いた総合的な検討が不可欠となる。その作業は殆ど切りのないことになる筈だが、伝統中国人達は繰り返し考えて落ち着きの良い配置を探り続けた。そうした中国文明を持つ「情法の平」判断の粋を集める作業は唐律において一応の古典的完成状態に行き着き、それをベースに細分化を進めるのがその後の律例発展史の一つの筋をなす。

しかもここにある「情法の平」という発想、犯罪行為に科されるべき適切な重さの刑罰は何かという議論は、単に犯罪行為の態様側の細分化だけでは終わらない。例えば乾隆律の欽定序（乾隆五年）は次のように言う。

寛赦の用は必ず其の時に因ると曰う有り。……深く因時之義を念じ期して以って民に中を建てんとし、……大臣を簡よび命じて、律文および逐年奏定成例を取り詳悉參定し編輯を重加し、これを天理に揆りこれを人情に準し、いつに至公に本づき至当に帰す。

また臣下の側も同様のことを言う。傅肅奏請修定律例疏（乾隆五年）。

刑罰は世に軽く世に重し。昔より然りとす。而して寛赦之道は、遂に温肅（あつささむさ）の異の如く、用にして功は同じ。時にして惇大を崇尚し禁令漸弛すれば、道は整飭に在り、済するに赦を以ってせざるを得ず。時にして明作を振興し百度具張せば、道は休養に在り、済するに寛を以ってせざるを得ず。寛赦は大中に合し、而して用中は因時に本づく。蓋し謂うところの「中に定体無し、時に随いて在る」たり。

何が適切な重さの刑罰かは、人民全般の風気によって変化もする。それに応じて律の体系全体の改訂の必要が起る。また必ずしも律の話ではないが、同じ要素はより細かな時期差、地域差の形で意識されることもある。「秋讞

志略」比對條款、増擬第三條目。

秋審の實緩〔情実と緩決〕には一定不易の成法あり。而して又、時地に合わせて以つて相參すべし。所謂「惟齊と非齊とは並び行きて悖らず」なり。即ち僧人殺人と私鑄錢文の二項の如きは、乾隆三十三四年の間に當たりては多く情実に入る。三・四年を過ぎずして犯者しだいに稀になり仍復た緩〔緩決〕に入る。乃ち辟し以つて辟を止めるの明効、大いに驗らかなり。又、回民の案は陝甘において嚴しく、搶奪の案は匪において嚴しく、械鬪の案は閩粵において嚴しく、牛馬の案は蒙古において嚴しく、鬪殺の案は新疆において嚴しく、近日江海盜案は粵省において嚴しく、窩窃贖贓の案は楚粵において嚴し。みな因地制宜、移風易俗の所以にして、久しければ則ち必ず變ず。讞を司どる者は、まさに深く此の意を体し、全局をして胸に在らしめ目に触れしむれば即ち是たり。一を執りて二とするべからず。又、必ずしも類推して以つて餘に及ばず。

所謂「因時制宜・因地制宜」の要素である。このようにして情法の平は社会や時代の変化につれて或いは総合的、或いは地域的に変化もするものだとも考えられていた。

清律「断罪引律令」条（凡そ罪を断ずるには皆な須く具に律例を引くべし。違ひし者は笞三十）によつて、官僚が刑罰原案を作成する際には必ずその中の一条を引照することが義務づけられた律例とは、このような所まで考え抜かれた「情法の平」対照一覽表なのである。

ただ、個々の犯罪態様（情）に対して最も適切な刑罰の重さを個々に特定することを目的とする以上、律例に書かれる一つ一つの「情」はそれぞれ相當に具体的で限定的な形を取る他はない。しかも律例を引く際には、律例

条文の該当部分の文章をそのまま直接引用するのが普通の作法であつた。解釈拡張は厳しく禁じられている。となれば個々の条文の射程範囲は、上申文書を読む側が、犯情の記述部分に引き続いて、その引用された律例本文を見て、成程この事案の犯情はこの条文に書いてある「情」と同じだと素直に納得が行く、その程度の常識的範囲（つまり書いてある文章の日常言語的意味内容の範囲）に留まる。⁽⁹⁾もとより相当に狭い。如何に目を詰んだ形に仕上げても、所詮はそれは何時までも一種の目の粗い「櫛」の様なものに過ぎない。その結果として人死に事件や窃盜強盜事件のように比較的によく書き込んである犯罪分野についても、適用条文が無い（現に目の前にある事案の「情」が、律の想定するどの「情」にも当て嵌まらない）事態が頻々と生まれることになる。⁽¹⁰⁾世に言う「定まり有るものは律例、窮まり無きものは情偽」である。

ただ勿論、それは最初から覚悟の上の話なので、そうした場合の処理の仕方⁽¹¹⁾も律の中には定められている。それが「比附」「比照」の操作である。清律名例「断罪無正条」。

凡そ律令はあまねく記載するが、事理を尽くしてはいない。もし罪を断ずるのに正条のない場合は、他の条文を援引比附して、或はその上で刑を加重・減輕して罪名を定擬し、当該上司に上申して、審議が定まった後に奏聞せよ。もし輒^{たやす}く断決して、罪の出入あるを致せば、該官員を「官司が——故・失にて——人の罪を出入す」を以て論ずる。

律例に正条（適切な適用条文）が無い、即ち当該事案の「情」が律例の記すどの情にも当て嵌まらない場合には、今回提案しようとする情法の平判断の適切さを裏付ける様な他の条文を探してきてそれを基準点として提示し、また

必要に応じてその刑罰を加減して原案を作つて上申し、官僚達の間で議論が定まつたら皇帝の最終決済を仰げ。それをしない、即ち比附すべき事案なのに漫然と既存条文に押し込める、また比附をしたのにちゃんと上申・上奏しない場合には、誤判の罪に處する。

末端官僚は以上のいずれかの仕方^で律例を引いた刑罰原案を作成し上司の覆審を仰ぐことになる。

(三) 皇帝の裁き

そうした必要的覆審制の頂点に皇帝がいる。上述のとおり論理的には全部の上申事案が彼の手に懸かり、また現実的にも死刑事案については、原則的にはその全てが一件一件皇帝の個別的決済に懸けられる。そして臣下の上申を皇帝が單純に裁可する展開が当然ながら大部分を占めたに違いないが、ただ必要と思えば、皇帝は何時でも臣下の原案を覆すことができた。例えば皇帝が臣下^が上げてきた律例準拠的な原案を覆す一例を挙げるなら、乾隆三年四月二十二日、三法司題本（原擬は「弟毆胞兒死」律に従い「斬立決」）に対する硃批。

弟の雷風は躓いたあと、更に兄嫁の方氏に服を頭に被せられ、兄の雷春がそこぞともう一度捕まえて殴つた。雷風は急いでもがき逃げようとして、脚を一振りしたところ、誤つて兄の腎臓を傷つけて死なしてしまつたのであり、情においてなおゆるすべきところがある（情尚可原）。雷風は改めて應に斬、監候せしめ、秋後に處決すべし。^臣

勿論、反対に重くすることもできた。秋審の時の判断の例。乾隆四十五年九月初五日上諭。

本日、刑部が四川省秋審緩決人犯本をば進呈せり。内に曾子開が胞弟の曾保開を致死する一案あり。刑部は、曾子開はその弟の賊をなすを忿して起意し尚お図謀財産の情事なきに因りて擬するに「緩決」を以つてす。辦ずる所、是に非ず。曾保開は屢次窃を行い教管を聴かず反つて出言せられて頂撞す。曾子開はもとより官に鳴して究治す可く、あるいは自ら管束鎖禁を行う可し。ともに可ならざる無し。乃ち（ところが）該犯は、弟に代わりて行窃錢文を賠償するの一事有るに因りて、この後にふたたび犯し再度賠累を行うを恐れ、心に忿恨を懷き登時斃命す。実に残忍たり。該部は自ずと忝に例に照らして「情実」に問擬し、その弟の行窃の緣由をば片を加えて声明すべし……。

つまり一言で言えば、皇帝自身は律例に縛られない。ただこうした皇帝の判断を一概に非法なもの・反法律的な行為とのみ考えることは間違ひであるという点は、滋賀氏も古くから言っておられ、また最近では陶安あんど氏が強調されるとおりである。即ち、そこで言われる「情において」は別に皇帝その人の個人的感情・心情ではない。⁽¹⁴⁾「情尚可原」と言う時に実際に見ているのは、「急いでもがき逃げようとして」「再度賠累を行うを恐れ心に忿恨を懷き」といった、事案事案毎にある個別の（と言っても同時に類型的に起こりうる）事情であり、行われることはその事情と刑罰のバランスの適正化である。その判断の構造自体は「律」と同じく「情と罪との平允」であり、また犯罪被害者の不満も冤罪に対する天譴も最終的に下された刑罰の実質的な適不適それ自体に対応して起こる以上、その判断も律と同様に重すぎればどう・軽すぎればどうという原理的な規律に服する。そうした同型の判断について、律は要綱を示し、皇帝は当該個別事案に即してそれを行う、というのが両者の基本的な位置関係である。

しかも単に皇帝は既存の律例から自由に情法の平を判断したと言うだけでなく、ここにはそうした皇帝の個別処断の中の重要部分を再度条文化して官僚達に配布する（つまり律例の体系の中に組み込む）制度的仕組みが機能していた。

即ち滋賀氏が既に詳細に明らかにしているとおり、皇帝が同じ犯罪については今後もこの判断（この刑罰の重さ）を用いようと考える場合には、今回のケースについての具体的処断を示した論の末尾に「嗣後もし此等の案件に遇わば、均しくこの案に照らして辦理せしむ。此をば傳諭して之を知らしめよ」「嗣後……例と為さしむ」等と書き、そうした指示を受けると、今回の一件事案の内容と処置を記した書冊が作られ全国の裁判担当部局に配られる。これを「通行」と呼ぶ。以後は、官僚達は同じ事案については既存の律例本文を措いてその通行を引く義務が発生する。そしてそうした「通行」類を数年毎に整理し、条文仕立てにしてまとめて公布する仕組みも作られる。実はそれが律に付載される「条例」の内実に他ならない。このようにして律例は現実社会の動きに従って動的な改訂を続けていた。¹⁶⁾

そして類似の過程を、より広く中国法典発達史全体の中に見出し、同じ皇帝の口から出る個別的意志は一般的意志に勝り、また新しき意志は旧き意志に勝るといふ「皇帝の意志」を源泉とする立法論の視角から整理し、そして各種史料を「基本法典・副次法典・単行指令」といふ三つの法の存在形態として整理したのが、周知の滋賀氏の刑事法源論に他ならない。¹⁷⁾

この理解は、旧中国刑事裁判の中に見られる、法典に代表される静的側面と、皇帝の個別処断からその再実定化に至る動的側面とを、法の最終的な源泉としての「皇帝の意志」、そしてその皇帝の個別判断と律の価値づけの同型性という視点から統合したものであり、その限りにおいて以上の実態認識の輪を一つに閉じる力を持つ。

ただ同時に、そうして変動の要素を皇帝の立法権の下に一手に集約したことのまさに裏側として、その動的過程に果たす官僚の役割については、それ以上の検討を無用とするような効果をこの理論は持つてしまったのかも知れない。その結果として本論文冒頭に記したような学説史的現状が現れることになった。確かに実定法の価値を説き、またその立法者の役割を皇帝に専一的に割り振れば、官僚にはその法の忠実な遵守者という位置づけしか残らない。しかし具体的に見た場合、そこで官僚達は刑事裁判に際して常に単なる実定法の遵守執行者としてのみ振る舞つていたのだろうか。またそこにおける実定法は、そうした機能を果たす様なものとして作られていたのだろうか。官僚と実定法の関係に絞って、もう一步立ち入った検討を始めることにしよう。

二 律例の非ルールの性格

(一) 官僚の判断と律例との位置関係——比附を中心

以上の議論では基本的には、官僚は律例に基づいて裁判をする（具体的には刑罰原案を作る）者としてのみ描かれている。それどころか、律例は刑罰の重さを一定の幅を持つものとしてではなく絶対的な仕方で法定しており官僚には量刑裁量の余地すら存在しないということをも含めれば、彼らは我々の裁判官よりもっと強く法に拘束されて

いる者ということになる。そして実際の裁判例についても、量だけを論ずれば、勿論單純に事案の事情を律例（そこに記されている權威的・標準的な情法の平）の中に当て嵌めている上申文書が大部分を占めている。そこだけ見れば、大部分は律例に書いてあるとおりに淡々と裁かれたという理解で話は済んでしまうことになる。

しかし量は少ないとは言え、先に述べたとおり比附すべき事案について漫然と律通りに処断した場合には上司による駁や処罰処分が待っている。既存の律条への直接的当て嵌めのみが官僚の責務ではない。特定の場合には比附は裁判官の権利と言うよりは義務である。しかもその比附の内実を見て行くと、もう一步細かな事情が見えてくる。一例を見てみよう。

刑律賊盜「夜無故入人家」条の条例の一つに、「凡そ黑夜に偷竊し、或いは白日人家内に入りて財物を偷竊し、事主に殴打され致死したばあいは、「夜ゆえ無く人家に入り、已に拘執に就き、而して擅殺し死に至つた」律に比照して、杖一百・徒三年とす。若し黑夜に非ず、又未だ人家内に入らず、ただ曠野に在りて白日蔬果を摘取する等の類は、俱てこの律を濫引することを得ず」という条文がある。これは幾つかの比附事案を切つ掛けとして条例が作られた例であり、その意味では最も正統的な比附の一例と言える。しかしそこにみえる比附の操作は、良く見ると随分と特徴的な内容を持つ。

比照元で想定されている事案は、黑夜に屋外で、あるいは白昼に屋内で窃盜の被害を受けた者が窃盜犯をその場で殺してしまつた諸ケースである。それに対して、比照先の条文は「夜無故入人家」条の本条「夜、故無く人家内に入りし者は杖八十。主家、登時に殺死せし者は論ずる勿れ。其の已に拘執に就き而して擅に殺傷した者は、鬪殺

傷の罪より二等を減ず。死に至りし者は、杖一百・徒三年とす」である。その条文自体は、夜、故無く人家に入つてきた人間をその家の主人が出会い頭に殺してしまつた場合は、正当防衛で無罪だ。縛り上げた挙げ句に殺した場合には、さすがに無罪という訳には行かないが、ただの闘殺殺とも違うので徒三年ということにしようという条文であり、今回はこの後段部分が比照されている。

ただここで立ち止まって、さて今回の比照元と比照先の何が似ているのかを見てみると、後者は「縛り上げた後」、それに対して前者は「黑夜〔屋外〕」「白日人家内」と話の拡がりは全然違う方向である。構成要件上の共通性は殆ど無い。と言うより今回の犯罪はそれ以前に、比照先が「縛り上げた後」云々と言って刑を論じ出す大前提にある「夜、故無くして人家に入る」というコア自体を既に踏み外している。それ故、なぜ刑罰を下せるか、その根拠を法条の中に求めるといふ話、即ち我々の所謂類推適用の話だと考えると勿論、何故こんな類推が可能なのか分らないという話になる。むしろここでは思考は別の順序で進んでいるように思われる。

即ち、例えばある裁判官が、夜、屋外で拘摸にあつた男が相手をその場で殺してしまふといった事案に出会う。当然、人死にが出た以上は刑罰は必要だ。しかし闘殺殺で死刑というのも酷である(当該事案の「情」は、通常の闘殺殺の律条が想定する「情」と余りにも違う)。情法の平を考えれば直感的には徒刑程度なのではないか。しかし明示的な減刑条文もない。そこで思いつく。そう言えば「夜無故人人家」という条文の後段に闘殺殺から減刑する形の規定があつた。そしてその気持ちで読めば、その前段は罪を論じない前提条件として「黑夜十人家内十登時殺死」の三点セットを要求しており、その後段はその三点セットの内の「登時殺死」部分が欠けている場合の規定だとも

読める。となればこれを逆にして、今回の事案も「夜故無く人家に入る」条の三点セットの中の別の一契機が一つずつ欠けているケースと見れなくもない。そうだ、これに引っかけ、今回も徒三年という刑罰の重さが適当だと一つ上司を説得してみようか。

以上のように見るならば、比附における律の援引というのは、既存の個別律条の「情」の側を拡張することにより今回の事案の情をその中に含み込む（それによって当該条文を今回の刑罰の直接的根拠とする）ような論理操作というよりは、むしろ基本的には今回の事案に即して自らのする、その限りで直感的な「情法の平」判断を、既存の律体系の中にある別の「情法の平」セット（それを導く論理）に引っかける仕方提示し、それによって自分の量刑判断の説得力を増す操作と言える。そして中村茂夫氏の比附研究は更に、びつたりの適用条文がありそうに見えるのに、別の量刑を求めて敢えて別条に比附をする例まで伝える。律に正文があるか否か、即ち今回の事案の「情」が律の想定する「情」に当て嵌まるか否かの判断自体が、既に多分に律に書いてある刑罰の重さが今回も相当なのかどうかという裁判者自身の直感的な「情法の平」判断に引きずられているのであろう。となると結局は、律に書いてあるが無かろうが、まずは自身で「情法の平」判断を行うことが必要であるということになり、それを行うのは勿論、事案に出会った末端の官僚自身ということになる。つまり最後にどうするかは別として、官僚は常に今回の事案相手に一旦は自分自身で「情法の平」を考えてみる、換言すれば律を使うか使わぬかを考えてみる自由と義務とを持つ存在なのである。

(二) 権宜の処置

そして鈴木秀光氏の一連の「権宜の処置」研究は、官僚が持つそうした自由と義務が、律条の当て嵌めの局面だけでなく、事案上申の手続的側面についても見出せることを明らかにする。²¹即ち当時において、人命事案は、州県官・知府・按察司・督撫・刑部と順次覆審を重ねて最後に皇帝の決済を得て始めて処刑（正法）に至るのが定例とされていた。しかし史料を細かく見て行くと、特に罪状悪質な案件については、皇帝の一一の批准を待たずに、下僚段階で「即行正法」「先行正法」する諸類型が幾つか見つかる。代表は「杖斃」、即ち杖刑の執行の仕方で犯罪者を殺してしまう仕方であり、清代を通じて末端地方官レベルから巡撫レベルまで事例が存在する。事案について言えば、律の記載に素直に従っても死刑となりそうな事案もあれば必ずしもそうとも言えない事案もあり、また手順について言えば、事前・事後に奏本で皇帝に報告することもあるししないこともあると言う。そして鈴木氏は杖斃の他に、「恭請王命」「就地正法」といった先行正法の諸類型についても紹介する。

問題はそうした操作が皇帝によってどの様に捉えられていたかにある。鈴木氏の引く史料を一つ重引するのが最も分かりやすい。²²

林棍等が衆を集めて武器を製造し、柔浦県城に進んで富戸を強盗しようと望んだのは、実に本年八月二十五日の厦門の匪類郭興等の一案が有ったからであり、このためにその風潮に乗じて事を起こそうとしたのである。

若し重きに従い厳しく処罰しなければ、どうして悪人の肝を恐れさせることが出来ようか。……（ただ）この事件は奸徒が衆を集めて強盗を凶つたものであるが、実際に強盗は行われておらず、厦門の郭興が公然と官兵

を殺害したことは同じではない（未遂だと確認。未遂だと律に書いてある刑罰は流三千里の筈。そう言った上で）：事件内の首犯及び武器・犯人を隠匿した者については、速やかに該地で杖斃としてその財産を没収し、その他に従犯は厳しく枷責として、その罪の軽重に従つて分別して長期間監禁したい。

【それに対する雍正帝の硃批】非常に宜しい。ただ一点の寛縦によつて匪類を網から逃れさせてはならない。書を良善に遺すことは大いに陰徳を損なうことである。こうした虎を放つて山に入れるという偽仁は絶対に行つてはならず、ただ厳しきをもつて佳しとなすのみである。

ここでは官僚が提案した時宜・地宜を理由とする権宜の処置が皇帝の賞賛を得ている。また鈴木氏は、それと反対に、緊急に処刑して民に畏怖を感じさせることが必要な死刑事案をのんびりと定例通りに上申した官僚が、皇帝から「何を拘泥しているのか」と叱られている例も挙げている。²³⁾

このように官僚といえども、時宜・地宜を含めた「情法の平」の必要に迫られれば、時には独断専行を躊躇わずに「権宜」の処置をしてもよい、それどころか積極的にそれを求められる。そして時宜・地宜を言い出せば、行為事実が律条の記載そのままの場合ですら、実は「情」の違ひは幾らでも論じうるし、論じなくてはならない。地方官すらも非常時には最前線に立つて皇帝のするようなことを自ら行うことが求められる。つまりここに全体としてあるのは、一口で言えば、制度末端の法執行者が、今回の事案処理にその制度や実定法を利用するのが適当かどうかの判断をしてよい、むしろそれを積極的に迫られる様な不思議な仕組みであった。

ここにある事態が、我々が普通に抱く「法に基づく裁判」像とは異なることは言うまでもない。しかし同時に、

それが単なる臣下による法遵守の不足や皇帝の統制からの逸脱といった話に尽きぬ問題性を含むことも明らかであろう。上に引いた史料が示す権宜の処置の諸事例は、どれも皇帝に隠れてこっそりと、といった話ではない。また比附についても、官僚のそうした「情法の平」判断は上申され、最後に皇帝の決済にかかることが最初から制度的に想定されている。しかも臣下に許される（求められる）判断の幅は殆ど白紙委任に近い程に広大だが、しかしその判断には独立した權威というものが殆ど与えられない。実際、臣下のそうした行為のすべてが皇帝によつて受け入れられる訳でもなく、駁もあれば懲戒もある。しかし皇帝が臣下の判断を受け入れないのは、決してそれが実定法や定例通りではないからではない。むしろ端的にその判断が当を得ていないからである。

結局確認すべきは、ここでも皇帝と臣下の間に明確な上下関係はあるのだが、その上下関係は決して間に「法」を挟んで「立法者」とその法の「執行者」あるいは「解釈者」がいるという位置関係には立っていない、或いはここでも実定法は引照規準として繰り返し用いられるのだが、ただその実定法の力は、我々が法について通常考える様な、実定法に準拠する行為にのみ正当性を与え、また法に依拠する限りにおいて裁判官を免責するような（或いは独立した主体がそれに「基づける」ような）仕方では働いていない、という一点にある。そこでは実定法の体系があつても、それを脇に見ながら「情法の平」というより高次の原理へのアクセスが、形式上の立法者たる皇帝のみならず、末端官僚まで含む裁判制度の全構成員によつて繰り返し行われている。必要な時にそれを行わない者は、一人前の支配者扱いされない。しかしだからと言つてすべてが一任される訳でもなく、その営為は上申制度を通じて最後には皇帝の下に統合されている。そうした実定法制度の特性を考えるためには、それとの対比での我々の実定

法が持つ性格について教科書的な再確認をしておくのが良いだろう。

(三) ルールと原理

近年の法哲学の教科書の一つは、我々の裁判所で行われる法的議論の特性について以下のような説明を加える。即ち、我々においても、法規範正当化の推論において持ち出される論拠は、最後には倫理的命題など法に属するとは必ずしもいえない論拠に至る。法がその外側に広がる社会の中に浮かんでいるものである以上、それは当然である。

ただ、法的な正当化には、それを他の種類の正当化から区別する制約がある。第一に、法的正当化において援用される論拠の少なくとも一つは法的なものでなければならぬ。第二に、法的正当化において援用される(相対的に)法的な論拠は、(相対的に)法的でない論拠に優先する。……したがって、法的な性格がより弱い論拠を提出する者のほうが、それを正当化する責任を負うことである。この責任を「議論責任」とよぶことにする。……議論責任は、内容的正当化の説得力とは独立に、各種の論拠を、その法的な性格に応じてウェイトづけるための仕組みであり、これによって秩序だった正当化ないし議論が可能になる。法律制度自体も、たとえば憲法と法律の優先関係、上級審判決と下級審判決の事実的効力の違いなどからもわかるように、そのような仕組みを制度化しているのである。²⁶⁾

我々においては、法律制度あるいは法源制度は、まずは何よりもこうした「論拠の形式的階梯化」の為のシステム

として理解され、また機能している。あるいはそうした論拠の形式的階梯が實質内容的な価値序列とは独立した仕方であり立っている点こそが法的議論の特徴である。

そしてここで中国との対比を強めるために私の議論を付け加えれば、現実的には、そうした実定法が凡そ社会に生起する全事態を覆える（つまり個々の事案をそうした実定法・所与の「ルール」の「ケース」として処理できる）程に整備されたものとして、裁判官や当事者達の頭上に（恰も低くたれ込める雲の如く）水平に広がっていて、原理や価値（という太陽）への直接アクセスを実際上は遮っている。実定法の隙間すらも残る実定法の力で極力埋められる。そういう仕方では実定法が、法の背後にある価値や原理の解釈権を事実上独占する状態、それが我々が普通に想定する実定法秩序である。²⁷⁾

それとの対比で言えば、律例にこうした「原理への直接アクセスの遮断機能」が非常に乏しいことは明らかである。ここでは皇帝は当然、官僚ですら、律例の隙間をぬって情法の平という根元的な価値あるいは原理へ直接アクセスを続ける。或いは律例自体も情法の平という同じ原理の現れだという先の話を含めて言えば、今回の事案処理に際しての判断も、個々の律条と並ぶ仕方では、情法の平という同じ一つの原理の下に直接かつ並列的にぶら下がる位置に立つてしまふのである。そして先に見たとおり、そうした裁判事例の中の幾つかが再度条文化されて条例の形に凝固する。ここでは実定法は、事例と原理の間に立ちはだかるものとしてではなく、むしろ同じ原理の下に事例と混ざり合つて存在する。或いは、法規と事例の違いは、ルールとケースの関係としてではなく、むしろ同じ情法の平原理に直接ぶら下がる判断の中の「定着度の差」に過ぎないのである。

それゆえ、皇帝による律例の制定というのも、情法の平という原理を、皇帝が示した実定法体系で全面的にとつて代える話ではない。また皇帝を頭とし官僚を手足とする刑事司法制度の全体というのも、皇帝が法を作り官僚はそれを一方的に遵守するという話でもない。そこに全体としてあるのは、情法の平という、理想としては有徳者誰もの判断が一致する筈の、しかし現実的には担当者の賢愚不一ゆえにバラツキが出ることを避けたい原理直結的な判断を、上申過程を通じて一つに集約させる、最終的にはこの世に一人しか居ない皇帝の口を通じて示すという過程である。律例はその過程全体の中にむしろ縦に突き刺さっている。

そしてこの視角から律の働きを再整理してみるならば、まず律がそのまま援引される（つまり当該事案の犯情が律に記される「情」と同じと判断された）場合について言えば、上に説明したとおり解釈的操作の余地は官僚には最初から無い。言い方を換えるならば、律通りに裁かれる場合には、律は何らかのルールとしてではなく、むしろ官僚にとっては当該事案処理についての直接的で明示的な「命令」として機能する。反対に情が別だとなれば、今度はまずは自分で情法の平を考慮することが出発点になる。そして既存の律例体系の全体は、その提案の上申過程で自らのする情法の平判断を位置づけ、また引っかけの引照枠あるいは「目安」として役立てられる。何れについても律は我々が考える様な解釈を伴う法、今回の個別判断の一般的基础、ケースに対するルールとしては働いていない。

そして当然、命令か目安かの間に顕然たる違いがある以上、実際には当該犯罪の犯情が律が想定する情と同じか否かの判断（つまりは事実認定）が最も大きな分かれ道になる。しかしそこは律自体によつては十分にコントロールされていない。律例の文言上の素直な含意に従うのが出発点になるが、おそらく一方には過度に律文に凭れかかる、

或いは凭れかかる余り事案の「情」の方を律例側に引き寄せてしまうケースもあつたに違いない。ただ反面、小心翼翼に過ぎて律外の判断を回避し過ぎれば「何を拘泥しているのか」との非難も免れない。また情の差異への細やかな配慮を見せてこそ士大夫の名に値する。そして時宜や地宜を論じ出せば、この情は律が想定する情とは違うという話は実は幾らでも出来てしまう。だがこちらも、やりすぎれば僭越だと言われるのだろう。その部分で官僚は日々厳しい判断を迫られる。⁽³¹⁾

ただ、律がルールではない、命令か目安かに過ぎないと言つても、それは無用という意味では勿論ない。最初に述べた全犯罪類型を見渡した上での情法の平という話の途方もない困難さ、にもかかわらずその失敗がもたらす壊滅的効果の可能性を思い起こせば、その判断をゼロから行うことは誰にとつても難しい。この情についてはこの刑罰を科せという点を巡り、過去の豊富な実務を踏まえた実績のある命令セット（「祖法」）が存在することは、官僚にとつては勿論、弱気な皇帝にとつてすら一種の僥倖に違いない。また愈々該当条文が無い、情法の平を自ら考える必要があるという場合でも、まず第一に律例の体系の全体はその困難な判断の何よりの導き手となつたに違いない。そして第二に、その判断を自分一人の内心というブラックボックスの中に封じ込めたまま執行にまで持つて行ける場合（州県自理および皇帝の立場）ならまだしも、命盜重案では官僚達はその刑罰が適切な所以を上司相手に説明しなければならぬ。提案する側にせよ評価をする側にせよ、その適切さ不適切さを論ずる為の共有の目安が当然必要になる。そして律例は、上司と下僚の間で行われるそうしたコミュニケーションに対し、一定の権威的な枠組みを提供した。⁽³²⁾

つまり、律例は実定法とは言つても事案処理全体の上に水平に広がつてその動きを外的に制御し、また同時に基礎付けるような働きをしていない。むしろここでは実定法も、無限に個別的な情に見合う仕方で行われる無数の情法の平判断のただ中に、それ自身も一つの情法の平判断として、縦に挟まる様な形で存在している。そうである以上、律例が今後生起するすべての事案処理の硬い地盤となることなどはあり得ず、次から次へと律例にない判断が出続ける。しかしそれは実定法の軽視という話とも、実定法の機能不全という話とも直ちには繋がらない。むしろここでは実定法というものが最初からそういう非ルールのなものととして構想され、それに応じた働きをするものなのである。

そしてそれゆえ史料で言えば、刑律断獄「断罪引律令」の後段部分「其れ特旨の断罪・臨時の處治にして、定め律と為さざる者は、此を引きて律と為すを得ず」云々、また同条の条例「正律・正例を除くの外、凡そ成案の未だ通行して定例と為さしむるを経ざるものは、一概に嚴禁し混行牽引して罪に出入有るを致すを得ず」云々に出て来る様な律例と個別処断¹³成案（即ち判例。それらも皇帝の裁可を経ていることに注意せよ）との区別と対比、また学問的整理の面から言えば、例えば滋賀氏の「法規は規制力を持ち違反に対する制裁によつてその効力を裏付けられる。先例が持つのは参考価値であり、如何に適切な例を捜し出し巧妙な立論をするかという援用者の説得技倆に裏付けられてその効用を発揮する」といった立論を読む場合にも、その対比を安易に我々が考へる法と判例の対比、つまりルールとケースの関係にそのまま重ねない注意が必要になる。言うまでもないことだが、個別的処断と区別され

る「法」というカテゴリーが伝統中国にもあったということと、その法が裁判において我々の考える様なルールの位置に立つということとは論理的に全く別のことである。

そしてここで法典編纂史の話題に触れるならば、滋賀氏は新著「中国法制史論集——法典と刑罰」に含まれる論文「法典編纂の歴史」の中で、それまでの刑事法源論では論じてこられなかった新しい論点として、固有の律を持たなかった元代において一時国制の全体を覆い、律が復活した明初になりをひそめるも、清代になると再び地方各省の省例や中央各部の則例の如き形で氾濫することになる・行政先例の単純集積型書物の性格付けをされ、それらと先に紹介した「副次法典」の違いを、編纂時における「刪定」、即ち編纂時に関係先例について取捨選択作業を加え、そして立法に結実しなかった先例を「検討済み無効」として廃棄する、その規範性を明示的に否定する操作と機能の有無に求められ、その二つを「例の世界」と「法の世界」という形で対比された。そして滋賀氏は、行政方面における「例の世界」に向かう長期的傾向を指摘しつつ、同時に清律に付載される条例部分の編纂刊行については、それがなお「刪定」の性格を持っていたこと、その意味で真正の副次法典の性格を保っていたことを論じ、刑事司法はなお「法の世界」の中にあつたことを強調される。

この論述は、それ以前にも谷井陽子氏および筆者の検討の対象となつてきた、清代中期以降に顕著な・凡そ立法的性格を持たない・そしてそれゆえ編纂刊行主体も必ずしも国家とは限らない、しかし恐ろしく大部な事例集成型書物の叢生という事実を、より大きな歴史の流れの中に位置づけたという点で大きな意義を持つ。⁽⁴⁾ただ同時に、上述した法の性格論、即ち法は天下の事案全体を覆う様なルールではなく最初から目安の如く事案処理全体の中に縦

に混じり込む仕方では混在するものであるという知見を踏まえるならば、そこに言う「例の世界」とは区別される「法の世界」についても、それを勝手に「ルールの世界」へと敷衍しない注意が必要であることは言うまでもない。そして一旦ルールのな発想を棄てるならば、そこにある「法の世界」と「例の世界」との垣根が意外に低いこと、或いは本質的にそう高いものにはなり得ないことが、直ちに理解される。³⁵⁾

即ち、上掲「断罪引律令」後段部分と言う成案の援用禁止規定の実態については、小口彦太氏が一九八〇年代に精力的に進められた「成案の法源性」をめぐる研究が既に多くのことを明らかにしている。³⁶⁾

小口氏は、まず援用禁止規定にもかかわらず、実際の清代刑事司法実務の中では、比附する前に成案を調べることとは殆ど定着した実務であったことを説得的に明らかにする。³⁷⁾ 剛定過程を経た「法」も既に律例が想定するだけの法源としての独占性を持っていない。そして上述した実定法の性格を考えれば、むしろそれは自然な展開に属する。既存の実定法自体は必ずしもそのままでは裁きの万全の基礎にはならない。実務の中心課題は、それが実定法に合致するかどうかではなく、それが情法の平になうかどうかである。実定法の隙間をぬって次から次になされる判断も、情法の平という原理の具体的な具体化であることに変わりはない。通行されるまで熟してはいないにせよ、ひよっとするとそれらは「最新式」の情法の平判断、時宜に適った判断の動向を示すのかもしれない。そして上申書を書く側の立場に立って見るならば、そうした官僚制上層部で随時形成・共有されつつある最新のトレンドに逆らってしまえば、通行の有無などとは関係無しに、現実には上申書の突き返し・駁を喰らう懼れは残る。そして谷井陽子氏は、力作「清代則例省例考」の中で、様々な行政提案をめぐり、上司の駁をさけるべく末端官僚側、特に

彼らに仕え上申書作成の実務を實質的に担う法律顧問³⁸幕友達が、その職業上の必要から行う積極的で自発的な先例情報の収集作業を「幕友の自助努力」と呼び、則例や省例出現の最も端緒的な動きをそこに求めている。表向きの成案援用禁止規定にもかかわらず、清朝後半に膨大な成案集、中央での重要判決事案を集成した書物が、官僚や幕友の手で次々に編纂刊行された事実は、刑事司法においても事情は同様であつたことを想像させる。³⁹

そして小口氏は他方でも一つ、立法（条例制定）と成案の関係を巡つても、非常に興味深い事実を示される。即ち、

立法化に対する成案のかかり方をみていくと、……専条・成案いずれもなくして立法化がはかれるというばあいよりも、むしろ眼につくのは、従前の成案が積み重ねられていくにつれて次第に各成案相互間で法的な取り扱いに不統一が生じ、その結果、法的な統一性と安定性をはかる目的であらためて立法化がはかれるというケースの方である。そしてさらにいえば、たとえ専条がなくても、その欠缺をカバーするような従来の成案があつて、しかもそれら成案相互間に不統一が生じていない限り、単に実定的法源の欠缺を理由としてただちに立法化をはかるといふことはあまりなされなかつたように思われる。⁴⁰

成案参照の実務が定着すれば、実定法が無くとも成案間の安定さえあれば、それが十分に実務の事実上の枠組みとなる。⁴¹重要なことは官界における認識の共有それ自体である。反対にそこに混乱があれば、立法の出番になる。皇帝の名の下に明示的で強い方向性が示されることによつて、言つてみれば官僚達の相場観の強権的な収束が図られる。そうした意図的政策的な方向で立法がなされる場合には、法は最初から、液状化した地盤に打ち込まれる地盤

安定用の杭の如き仕方では、そうした流動的な事例の中に縦に打ち込まれる。滋賀氏が述べられる剛定機能を持つ条例編纂が対象としていたのは、実は全体から見れば限られたそういう場所なのである。とするならば、条例がお「法」として生きていた段階においてすら、残る刑事司法実務の全体は既に大幅に「例の世界」ベースで進んでおり、「法」すらもそれとの関係で位置取りをしていたと言つても良いのかもしれない。

現に刑事裁判を通じて実現されている規範的なものの全体を最も広い意味での法と呼ぶならば、当然その大枠は既存の律例に体现されているにせよ、その最前線には日々の事例があり、そしてその事例⁴²成案との関係で次なる事例も生まれて行く。通行や条例は或いはその流れに棹さし、或いはその流れを押しとどめ・押しまげるべく意識的に流れの中に打ち込まれる杭である。その限りにおいて、ここにおいて実定法が社会現実と密接な連関を持つ（その立法が個別処断と重ねて行われれば、むしろそれ自身が社会現実の一部をなす）ことは改めて言うまでもない。しかしその実定法は将来の裁判を強くは縛らない。また（情の違いを論ずる余地が幾らでもある以上は）無条件に基礎付けもしない。ルール型のイメージに手を触れぬままになされる律例の「実効性」論がもとより限界を持つ所以である。ここでは公権力と実定法と社会現実とは、ルール型とはまた別の仕方⁴³で組み合わせられていたのである。

そして条例編纂は相当の長きにわたって定期的に続けられたが、それもとうとう同治九（一八七〇）年、二二回目で終わる。出版活動が盛んになり、個別事案処理をめぐる詳細情報（現時点における「情法の平」取り作業の全貌）が当該事案の直接担当者の範囲を越えて官界全体で共有されるようになる、中央側が選別して流す法規の側は所詮は要綱、それだけ知っていてもシビリアな実務には実は足りない・素人向けの簡便情報になつてしまうのかもしれない。

ない。清朝刑事司法が最後に迎えるのはこうした形の「成熟」だったように思える。

おわりに

以上の分析を基に清代刑事裁判の規範的な全体像をざっくりと論ずるならば、それは個別の事案事案毎に情法の平にかなった重さの刑罰を一つ一つ量り定めて執行する過程そのものであった。ただ「情偽は無窮」という基本認識の下においては、その作業は原理的に無限に個別のものとなる他なく、当然ながらその個々の権力的作業を予め縛る実体規範などがあるべくもない。そこでここではそうした困難な課題を日々公平誠実に行い、情法の平という原理を一つ一つの事案解決の中に具体化して行く困難な役割は、むしろ却って公権力それ自体に積極的に委ねられた。

勿論、眼前の権力がその作業を常に適切に行うとは限らない。しかしその作業の適切さ・不適切さは、ここではむしろ刑罰が軽すぎた為に伸冤を果たせなかつた被害者が次なる社会不和を惹起する、刑罰の軽さを見て取つた悪人達が類似の犯罪を続発させる、あるいは逆に刑罰が重すぎ冤罪に泣く者を見た天が天候不順といった形で譴責を下す、といった社会的事実あるいは社会的反響によって直接に測られた。そして権力がその反響に適切に対処し切れない愈々の場合には、別の（その任に堪える）新しい主体をその者に代えて権力の地位に据えるという革命のシテムが用意された。ただそれによって変わるのは、勿論この劇の主演者に過ぎず劇全体の構図ではない。

個々の裁きの正当性までもが、そうした大枠の中で処理し尽くされてしまう以上、ここでは実定法には、個々の

裁きを対当事者で基礎付けるといった働きは殆ど期待されていない。そして実際、必要的覆審制の通常の手順に従つても、適用条文が犯罪者本人に示されることは必要的ではない。むしろ擬律の作業は、通常は地方官が、大堂における容疑者の取り調べと自白罪情自認書の取り付けを済ませ、内衙に戻り幕友と相談しつつ上申書を作成する段階で初めて行われる。そしてまた決裁権者がそれを裁可することにより上申原案は判決に転化するが、この決裁権者（督撫や皇帝）が与える批においても、犯罪者に対する特定の刑罰執行が命じられるだけで法条は一切言及されない。律条は官僚制の階梯を登る所で現れ、登り終えた所で消え失せるものである。それは所詮は、皇帝官僚制が行う内部的な結論形成・意思統一の媒介手段に止まる。

しかもまた、情法の平という本来的な要請がある以上は、その官僚の原案作成過程においてすら、実定法は官僚がするすべての判断をその成文規定の枠内のみ押しとどめる機能を基本的には持たず、また最初からそれを強く期待されていなかった。それは事案の犯情が当該律条の想定する「情」と合致する場合には無条件の命令として機能する反面、律例に規定が無い「情」の存在を殆ど無制限に想定し且つ許容するものであった。その結果として、実定法が規定しない処断事例は、まさに実定法と並列する仕方、情法の平という原理の下に直接にぶら下がることになる。

しかし事例が法に近い性格を持つ分だけ、法もまた事例に近い性格しか持てないことになる。この「情」の場合にはこの刑罰だと命じても（事例と区別された「法」という制度的範疇を設けても）、時宜・地宜を論じ出せば、そもそもこれが同じ「情」なのか自体が常に問われ得るし、また問われねばならない。人々に繰り返し原理への直結を求

めるこの構造の中では、実定法がその後の事態全体に対して持つ制圧力は、原理的に一定以上には高まらない。刑事裁判を支える基本的な規範構造が非ルールのものである限り、その一部を実定化したとて、それだけがルールの如く遇される筈もない。むしろここでは立法（法の実定化）の第一の意義は、本来的には個々の事案に即して原理直結的に行われるべき情法の平判断の幾つかを取えて客観化することによって、次なる日常業務を担う官界全体に共有目安を提供することにあり、そしてその必要に応じて繰り返しアップデートされた目安が官界全体に配布された。しかし情報化の程度が更に進み、事例情報の全体が官界で共有されるようになって行けば、その中で実定法の占める位置と役割が、次第次第に相対化されてゆくことも避けられない。

最後に、上記の如く整理した刑事裁判の全体像と、筆者がこれまで明らかにしてきた民事裁判の全体像を対比して、本稿を終えることにしよう。⁴³

まず最も大きな枠組みについて見れば、両者の間に驚く程の共通性があることは容易に見て取れよう。民事裁判では、刑事裁判で情法の平が占めていたと同じ位置に「情理」という言葉が現れる。「理」とは天下の真人間誰もがそう考えまたそう行う道理を指し、「情」とは、情法の平の情と同様に、個々の紛争を持つ個別の特徴、紛争の両当事者がそれぞれに抱える個別事情を意味する。持ち込まれる無限に異なる紛争毎に、そうした情理になつた解決を一つ一つ与えて行くことが地方長官に求められた役割であつた。しかしこれを逆に言うならば、ここにおいても情理という一つの原理と無限に異なる無数の個別事案との間に立つて両者を媒介するような具体的内容を持つ

(我々のルールに類比可能な)規範群は現れず、またそれを用いて裁判官の判断を予め一定範囲に縛る試みも存在しない。その裁きが情理にかなっているか否かは、ここでもむしろその裁きによって実際に当該紛争が解決されたか否かという事実によって直接に測られる。或いはそうした事実(紛争解決の成功事案、更には大筋において無紛争の社会現実それ自体)を離れては情理というものが存在し得ないのだと言う方が正確なのかも知れない。そこに見える公権力と規範と社会現実の三者の関係は、上で刑事裁判について見たものと基本的に変わりはない。

ただ勿論、両者の間には差異もある。しかしそうした対比をする際にこれまで真つ先に着目されてきた「刑事裁判・必要的覆審制の裁きでは律例が引かれるのに、民事裁判・州県自理の裁きでは律例が引かれない」といった差異が、裁判の規範的基礎という本体問題とは殆ど無関係な、単なる付随的・現象的な差異に過ぎないことは、もはや説明の必要もないであろう。

即ち先述したとおり、必要的覆審制の場合ですら律は上申書の作成と覆審段階で現れる要素であり、当事者に裁判の根拠として示されるものではない。つまり対当事者的な正当性の問題として論ずるなら、刑事裁判も、我々が考える様な意味での「法に基づく裁判」ではないのである。むしろ律例の役割は、上申事案を官僚制の中で揉んでゆく際の、官僚制内的コミュニケーションの目安の提供にある。ところが州県自理の裁きではその上申自体が制度的に不要とされる(それを不要とするから自理と呼ぶ)。上申書を書いて上司を説得する必要もない。そうすると擬律する機会自体までもが単純に無くなってしまう。律例援引の有無という論点に限れば、差異はそれだけのことに過ぎない。⁽⁴⁾

両者の差異を論じようとするならば、むしろ着目すべきは次の様な大きな構図の違いの方であろう。即ち、刑事裁判では、刑罰を与える側と受ける側、皇帝官僚制と民との間の権威的位置関係は体制安定期においては基本的には所与であり、現皇帝官僚制が示す裁きが「情法の平」が取れているか否かの問題も、天災や革命といった伸るか反るかの形になるまでは不問に付されやすい。ただその分だけ、何が情法の平にかなうかという問題（それ自体が最初から自明の正解というものを欠いた程度問題である）は徹底して手探り状態になる。それだけでも祖法重視の伝統主義的態度となりやすい。また裁きの正当性が専一的に当該皇帝支配の正当性と重ねられる以上、上申制度を通じて全国事案を最後に皇帝の下に集約し監督することも求められる。そして一旦、問題を刑罰の重さ判断という一点に絞りさえすれば、そこには五刑二十等の刑罰目盛りという共通項が存在しまたそうした枠組みを共有する官僚達の閉じた密な世界も存在する。その結果として刑事裁判では、官僚統制とコミュニケーションの必要から「情法の平」原理の一定程度の実定化・客観化の動きが上から起こり、また下からも全国大での情報共有に向けての自発的動力が働く。かくしてそこに全国大の統一的な刑事司法の世界が広がることになる。

それに対して民事裁判では、裁判官の眼の前には相争う両当事者が居り、しかも彼らが争いを止めない限り裁判も終わらない。刑罰を一方的に執行して終わる刑事裁判の様な独善性はここでは最初から許されない。ただ反面、同じ程度判断にせよ、情理の場合には、探究すべき内実は所詮は両当事者の間の折り合い所である。その分だけ当事者社会の人々の日々の行動の中に目安を見出しやすい。片目でそれらを睨みながらバランスの在処を探り、それを代表して示し、あとは周辺社会の同調強制圧力に任せるのが紛争解決の最も良いやり方になる。当然、裁きの成

否当否が当事者社会の人々が持つバランス感覚の体現度や集約度に依存する分だけ、それを外した裁判官の公平さに対する疑いが日々生まれかねない反面、公論を適切に体現することの中から権力の正当性をくみ上げる可能性もある。民事裁判の方が公権力と当事者社会との「対話度」がどうしても高くなる、或いはその直接対話に任せればことは足りる。かくしてこちらについては事案処理は末端の州県官に基本的に一任され、その下で一つ一つの事案は「情」の差異に任せて徹底して個別的・分散的に処理し尽くされ、結局そこには「例の世界」すらも現れないことになる。⁽⁴⁶⁾

事態事態が持つ無限の個別性への配慮と対処を誰もが求めた結果として、ここでは個々の裁きは情理なり情法の平なりといった原理に直結する仕方では基礎付けられる、しかし眼前の裁判官が原理を正しく具体化しているか、それをする力量と徳性を持つているかの保証は基本的に無い。その結果、民事と刑事とを問わず、凡その裁きは、判決を語る主体の正統性と彼が語る判決内容の正しさとが同時に問われ、また適切な解決という事実によって同時に答えられる様な基本構造を取るようになる。しかし一つ一つの事案に即して原理を具体化するというその作業を全国大で具体的に誰がどう担当するか（中央が一手に握るかそれとも末端の現場に任せるか）、また上記の正当性をめぐる「決済」をどの形で行うかには、なお工夫の余地はあり、それが裁判制度編成の歴史を形作るのであろう。本稿ではその清代における配置、およびそこにおいて実定法の占める位置と役割について論じてみた。中国裁判史全体について見た場合、ではどうなるのか、その問題は改めて別の機会に論ずることとした。⁽⁴⁷⁾

註

(1) 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」(滋賀「清代中国の法と裁判」創文社、一九八四年所収。初出一九六〇年)。なお、清代死刑判決には、「立決」即ち即時死刑執行の判決の他に、「監候」(拡げて言えば「監候秋後処決」、即ち死刑判決を下すが直ちには処刑せず、収監し翌年に行われる「秋審」という大規模な再審手続きを待たせる判決があった。それゆえ監候人犯については、この後さらに秋審で改めて情実(本年の執行を適とする)・緩決(本年は執行せず翌年の秋審に再度掛ける)・可矜(減刑赦免)に分類する手続が続くことになる。刑事裁判制度についてのこれ以上の説明は、上掲滋賀論文を参照のこと。

(2) 滋賀秀三「民事的法源の概括的検討——情・理・法」(滋賀前掲「清代中国の法と裁判」所収。初出一九八二年)、同「中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて」(日本法哲学会編「東西法文化」有斐閣、一九八七年)。Philip C. C. Huang, *Crises in Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996。寺田浩明「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」(「法学」六一巻五号、一九九七年)、同「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」(「中国——社会と文化」第一三号、一九九八年)、同「中国清代民事訴訟と「法の構築」——「淡新檔案」の一事例を素材にして」(日本法社会学会編「法の構築」(「法社会学」第五八号)有斐閣、二〇〇三年)など。筆者なりの達成点は本稿「おわりに」で要約紹介する。

(3) その批判の急先鋒としては、中村茂夫「伝統中国法Ⅱ雛形説に対する一試論」(新潟大学「法政理論」二二巻一号、一九七九年)、同「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」(「法政理論」九巻一号、一九七六年)がある。

(4) 中村茂夫前註所掲二論文は、以下本稿でも紹介する裁きにおける情法の平判断の優位性を示す諸事実を正確に指摘しつつも、しかし最後には、それにもかかわらず律例を空文とすることは誤りであると結論する仕方でも議論を閉じている。また右の動きとは別に、滋賀秀三「判決の確定力観念の不存在——とくに民事裁判の実態」(滋賀前掲「清代中国の法と裁判」第三章。原題「清代司法における判決の性格——判決の確定という観念の不存在」、一九七四・七五年)は、皇帝と刑事裁判の全体を

も視野に入れる形で、そこにおける裁きが西洋的裁判に共通して見える「判定」の契機を原理レベルで欠いているという議論を行っている。その結論は当然にそこにおける律例Ⅱ実定法の意味と位置についての反省をも迫る筈だが、残念なことにその後にはその方向で議論が深められることはなかった。なお中国の学界まで含めれば、これ以外にも幾つかの展開を見出せる（特に王志強氏の「清代刑部的法律推理」同「法律多元視角下的清代国家法」北京大学出版社、二〇〇三年所収を始めとする諸研究は直接に本稿の課題と関連する）が、その紹介と検討は別の機会に譲りたい。

(5) 筆者自身も曾て、寺田浩明「清代司法制度研究における「法」の位置付けについて」『思想』七九二号、岩波書店、一九九〇年）なる民法刑法両者を含む概括的な論文を書いた際に、「伝統中国司法の「実効性」「活発さ」一般を論ずることの不毛と限界とを述べ、刑事裁判も皇帝レベルまで行き着けばやはり情理という中心価値が前面に出るのだという議論を展開したものの、こと官僚制内部については結局は常識的な律例準拠論をなざるに止まった。本稿はその見解の補正である。

(6) 用例は多数あるが、例えば乾隆二十七年九月初五日上諭（『秋讞輯要』巻首）。こうした罪情と刑罰との間の裸の対応関係を述べる言明は、その性格から言って秋審給みの史料で多く見る。

(7) 事後報告制度の詳細については滋賀前掲「清朝時代の刑事裁判」を参照のこと。

(8) なお律を設ける目的としては、本文に述べたことと並べて、万民に対してどの行為がどれだけの刑罰に相当するかを予め示し、それによって犯罪自体を予防することが述べられるのが常であり、順治律序も以上に続けて「務めて百官萬民をして名義を畏れ犯法を重くせしめ、ねがわくば刑措之風（罪人が居なくなつて刑罰を措いて用いない状態）、以つて我が祖宗の好生之徳を昭らかにせんことを」と続く。しかし後に見るとおり、だからといって個別の刑事裁判において適用律条が犯罪者に示される訳でも、また実際の刑罰が必ず（犯罪者側が素人考えで想定した）律条に記された刑罰の重さになる訳でもない。律が示す情法の平は、民にとつては一般的な警告の意味を出ない。それ故この側面は本稿ではこれ以上は論じない。

(9) なお森川伸吾「中国法の法源と調査方法」（上下、国際商事仲裁協会「JCAジャーナル」二〇〇〇年二月号、三月号）は、現代中国法を対象にして殆ど同様のことを指摘している。即ち、中国の法実務においては法文適用に当たつて、日本の法律家がするような「文言の解釈」（解釈による文言の読み替え）という操作が殆ど存在しない。それどころかそうした発想自

体が殆ど見て取れない。法文はまさにそこに書いてある文字通りのことしか含意しないというのが基本線である、と。なお、森川氏はそれに続けて「また逆に言えば、その分だけ、一定の事実関係がその文言に該当するか否かの部分は、却つて個別裁判官によるアドホックな判断に左右されがちである」という弊害も指摘する。

(10) 戸律のような周辺的分野については、どういう行為が取り上げられるか自体が既に相当に偶然的である。これら分野については事態を網羅しようという意欲自体が最初から欠けている様に見える。

(11) 中村茂夫「比附の機能」〔同「清代刑法研究」東京大学出版会、一九七三年〕。

(12) 鄭秦「清代司法審判制度研究」一九八八年、一〇頁より重引。

(13) 「秋讞輯要」巻首所収。ただついでに言えば、皇帝自身はこの犯人を実際に本年死刑にすべきだと考えていた訳でもない。この上論は以下、「(そう)したつて事情を知った私ハ皇帝が秋審の最終判断たる「勾決」の段階で死を免ずる処理をするので」自ずと勾を免る可し。もし該部が此等の案情を加片し朕が留心総核し平を持して辦理せざる無きを行わざれば、竟には該督原擬に依りて予えるに緩決を以つてし、将来数年後には常犯と一律に減等し(つまり緩決数次の後に流刑に減刑されてしまふ)、未だこれを寛縦に失するを免れず」と続く。事案の微細な差異に応じて「情法の平」を付けて行こうとする余り、手続的な処理のあり方の差異までが刑罰の重さ側の差異化の手段として動員される例である(こうした展開の持つ意味については、赤城美恵子「清朝秋審における趕入について」『中国——社会と文化』第二〇号、二〇〇五年が詳しく明らかにしている)。情法の平の細やかさを一方で言いながら、刑罰側は何故か二十等程の目盛りの細かさしかないという問題に対する対応も、一応はこのような仕方でも試みられていた。

(14) 陶安あと「比附与類推——超越沈家本的時代約束」〔沈家本与中国法律文化国際学術研討會論文集〕中国法制出版社、二〇〇五年)など。

(15) あるいは心情である場合も、その心情自体が既に個人的感傷ではなく、むしろ外面にある事情の微細な差異に対応して内面側に喚起されるもの(しかも優れた人間であるならば当然に同様の仕方でも喚起されるべきもの)として理解されている。勿論そうした普遍性を欠いた情(私情)が事実として存在することは否めないが、裁判の分野に限れば、裁判主体がそうした情

に引きずられることは「循情不公」として一貫して排斥される。

- (16) 滋賀秀三「清朝の法制」(滋賀「中国法制史論集」——法典と刑罰)創文社、二〇〇三年所収。初出一九七四年)。
- (17) 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)。同「法典編纂の歴史」(滋賀前掲「中国法制史論集」所収)。
- (18) 註(5)所掲の拙稿「法」の位置づけ」論文が結局は官僚の法準拠論に陥ってしまった最大原因はまさにここにある。
- (19) 清律「夜無故入人家」条および清律における正当防衛それ自体の扱いについては、中村正人「清代刑法における正当防衛(一)(二)」(「法学論叢」一二七巻一号、三号、一九九〇年)、同「清律「夜無故入人家條」小考」(「中国史学」第五巻、一九九五年)、同「清代刑法における処罰構造——窃盗犯に対する防衛行為を中心に」(梅原郁編「前近代中国の刑罰」京都大学人文科学研究所、一九九六年)を参照されたい。
- (20) 中村茂夫前掲「比附の機能」一七七頁以下。
- (21) 鈴木秀光「杖斃考——清代中期死刑案件処理の一考察」(「中国——社会と文化」一七号、二〇〇二年)。同「恭請王命考——清代死刑裁判における「権宜」と「定例」」(「法制史研究」五三号、二〇〇四年)。同「清末就地正法考」(「東洋文化研究所紀要」一四五冊、二〇〇四年)。
- (22) 鈴木前掲「杖斃考」所引、「雍正朝漢文硃批奏摺彙編」六冊 No.二六一「福建巡撫毛文銓奏報緝獲柔浦臬不法之徒情形摺」(雍正三年十月二十五日)。
- (23) 鈴木前掲「恭請王命考」所引、乾隆五十五年諭旨。
- (24) ここにある事態が時にそうした命令違反・権限逸脱系統の諸問題と重なることがあることまでは否定しない。両者の関連については後の註(31)で改めて言及する。
- (25) ただこれを逆に言うならば、皇帝が良しとしさえすれば、その臣下の判断がそのまま皇帝官僚制全体の意志となるということでもある。野心的な末端官僚がその見識を官界全体に誇示する機会がここにあり、またそれがこうした独自の判断を促しもする。事態を余り皇帝による統制一方のものとする必要まではない。なお皇帝官僚制内における意思統一過程自体が持つ問

題については、註(28)も参照。

(26) 亀本洋「解釈技法の使い方」(平野仁彦・亀本洋・服部高宏「法哲学」有斐閣アルマ、二〇〇二年、第五章「法的思考」)。
(27) なおこうした構造が成り立つ為のもう一つの無言の前提として、そこで法として文字化される言葉の抽象度の問題がある。ここでは実定法は、個別の「事案」よりは勿論抽象的だが、しかし例えば以下に述べる情法の平や情理といった「原理」よりは遙かに具体的な中間的な言葉のあり方をしている。しかもその言葉は典型的には原因・結果(要件・効果)連関の形でまとめられ、その作動が権力によって裏打ちされているという仕組みを取る。そしてその抽象度と権力性が相俟った結果として、そこにある実定法は人の行為をその一定幅の中に限る制約的機能と共に、その範囲内にある行為に予め社会的正当性を直接に付与するという権限付与的・自由保証的機能をも持つことになる(当事者の行動ばかりか、裁判官による法の「解釈」という現象も「法に基づく判決」もすべてこの仕組みの中で成り立つ)。これらいずれの属性も、本稿が述べる実定法には見て取れない(ここでは実定法は繰り返し「事案」か「原理」かのいずれかに引き寄せられてしまい、中間的な形を保てない)。それらまで含めた全体的な対比の必要を痛感するが、力不足のため本稿ではそこまでは立ち入らない。なお中世・近世のイングラントおよびフランス法制史における「慣習法」或いは広くルール型の私法の成立の背景を、権力と社会的プラクティスとの間の「シビルな対話」に求め、それとの対比で帝制中国におけるその対話の欠如を指摘する議論として、ジェローム・ブルゴン著、寺田浩明訳・解説「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」(『中国——社会と文化』第二〇号、二〇〇五年)がある。本稿はこの論文から多くの刺激を受けている。特に記して感謝したい。

(28) なお本稿では実定法の性格解明に集中する為、官僚と皇帝の間で行われるこの判断の集約過程自体には深く立ち入らないが、当然こちら側も特徴的な構造をしている。勿論、制度の正面には、皇帝こそが正しい「情法の平」を知る唯一最終の決定者であるという側面が打ち出される。そして確かにこの皇帝官僚制全体の最終的意志は常に皇帝の口を通じて語られる。しかしその語る内実の実際について言えば、言うまでもなく皇帝が残る全官僚達を相手に回して別のことを語ることはむしろ例外的事態であり、大部分は官僚達が上申過程を通じ練り上げてきた結論を皇帝の名で天下に示すだけである(そうした基礎があるからこそ幼帝の存在が制度的に許容される)。しかも情法の平といった総合的な程度判断となれば、結局は皆(取り敢えず

は科挙官僚達)がどの程度を適當と考えるかといった「官界の常識」あるいは「官界の公論」と別個に独自の判断基準がある訳でもない。皇帝發布の律例すらもその内実は臣下の衆議の結晶である。その意味では刑事裁判についても、事案の上申過程は同時に官界内で当該事案の「情法の平」に関する公論を作り上げる場であり、また皇帝が体现するのも基本的にはそうした官界の公論、全体の意志であると論ずる方が多くの実態に見合う話になる(その意味でも、従来の議論が述べる「皇帝の意志」という言葉は少し誤解を生みやすかった)。こうした公論形成の中で働く規範的契機と権力的契機との間の論理関係や、そうした構造の中で想定されている人々の「意志」(心)理解の特質については、寺田浩明「明清法秩序における「約」の性格」(溝口雄三他編『社会と国家』東大出版会、一九九四年所収)の中でより一般的な仕方でも論じている。強く参照を乞う。なお判断の集約機能との関連で一言言及すれば、この制度の中では「全員が原理直結的に議論することを許してしまつた場合、答えが一つにまとまるという保証は何処にあるのだろうか」という(近代人であれば真つ先に思い浮かぶ筈の)問いが正面から問題とされる。ことが殆どない。むしろここでは、どの様な具体的個別的問題についても正しい公論は必ず一つある(そして全員が「私心」をすべて捨て去り「公」の立場に立てばそれは自ずと共有される)筈でありまたべきであるという想定の方がむしろ不問の前提の位置に立つ。その意味では、その前提(あるいは強迫観念)こそが、それを知る唯一の人とその彼に学ぶその他の人々という権威序列と、それに基づく同調強制の構造を繰り返して出しているのだと言う方が適當なのかもしれない。

(29) ただそれが今回の事案の最後の結論となるとは限らない。一たび皇帝が「情」の違いを言い立てれば、その官僚は忽ち、このように明々白々たる情の違いも分からずに、誤つて関係の無い律条を(今回の事案処理に関する皇帝の命令の如くして)引いた無見識な、或いは「朕の真意を弁えない」小人物ということになる。単に「命令に従う」場合すらも、情法の平を外して議論が出来た訳でもない。

(30) 唐澤靖彦「話すことと書くことのはざままで——清代裁判文書における供述書のテクスト性」(『中国——社会と文化』一〇号、一九九五年)は、刑部現審案件の档案を用いて刑事裁判におけるこうした操作の存在を説得的に示している。

(31) ただ、当該事案が上申され皇帝その人の判断が仰がれる場合(死刑案件と比附案件は基本的にはそうなる)には、臣下レ

ベルでのこの選択は最後には皇帝レベルでのより大きな情法の平判断の中に吸収されてしまうので、裁きの全体的性格自体には大きな影響は与えない。それに対して、こうした臣下の情判断が上申の有無（例えば必要的覆審制と州県自理との間。また事実上の問題も加えれば更にそれ以外にも省と中央との間の内結・外結区分を始めとして幾つかの選択ポイントがある）と重ねる仕方で行われると、そこにもう一つ面倒な問題が加わることになる。当然それも適切に行われれば情法の平理念の一種の現れとして積極的に遇せられる（例えば上述の「権宜の処置」、及び中村茂夫前掲「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」が詳しく紹介する、自理と上申の間にある「起訴便宜主義」的措置への評価）反面、不適切に行われれば、一転してそれは官僚が私情に引かれて勝手に行う「お目こぼし」、単純な権限逸脱・責任放棄の話に繋がって行く。本稿で論じた情法の平判断と実定法をめぐる本質的問題は、ここで権限分配と権限逸脱をめぐる制度問題とオーバーラップすることになる。当然そこから多方面に論点が広がって行くことになるが、本稿ではこれ以上は立ち入らない。本稿が論ずるのは、たとえ一切の「弊害」を排除し、またすべての最終判断を皇帝に集約しても、なお残る本質問題（逆に言えば、これまで上述の如き「弊害」論議に紛れて正面から問われることがなかった中核部分それ自体が持つ問題性）である。そしてその問題の存在とその説明の必要性は、では末端に「厳格執法」させさえすれば、それで直ちにこの法秩序が抱える諸問題が解決するのか、ここにも「法に基づく裁判」秩序が現れるのか、という問いを問うてみれば、すぐに分かる。

(32) そしてこうした律の性格付けは、筆者の創見という訳ではないらしく、つい先日刊行された森田成満「清代の命盜重案に於ける法源と推論の仕組み」（『星葉科大学一般教育論集』第三二輯、二〇〇四年）も偶然にも殆ど同じ指摘を行っている。即ち「律や条例の条項は、通例、意味を限定して解釈される。……よく起こる犯罪の類型である点で律例を適用する機会はあるかないけれども、解釈が限定的であるために個々の条項の及ぶ範囲は狭い」。また比附について「始めから情理によって刑罰を定めるよりも律例という形あるものを手がかりにする方が妥当な刑罰を求め易い。恐らくもともと律例はこのような比照のための雛型であつたけれども、律例に当てはまる行為をなしたときは推論が律例に引く張られてそのまま律例を依照するようになったのであろう」。そして結論として「清代法は法源の仕組みとして処罰の根拠を強いて律例に置かない。ただ、律例は犯罪の典型例として、犯罪の事実認定の枠を決める事実上の手がかりとなることが多いと共に刑罰を量定するための規準にな

る。

- (33) 滋賀秀三「中国における法典編纂の歴史——新著刊行の報告」(『日本学士院紀要』第五八卷第一号、二〇〇三年)。
- (34) 寺田浩明「清代の省例」(滋賀秀三編『中国法制史』基本資料の研究)東大出版会、一九九三年所収)、谷井陽子「清代則例省例考」(『東方学報』第六七冊、一九九九年)。
- (35) そして法規と成案の差(条例制定時における「刪定」の意義)を強調する滋賀氏も、更にそれに先行してある皇帝自身の立法的単行指令(通行)と処分的単行指令の差については次のように述べられる。「立法的内容の単行指令と言っても目前の具体的状況に対応してかなり場当たり的に出される傾向があり、その限りで個別案件に対する処分とそれ程大きな違いがないとも言える。また物理的に文書を収蔵する方式としても、立法文書と処分文書とはつきりと区別して収蔵されるわけでもない。時間が経てば立法的・処分的色合いの違いはあっても、みな一緒に文書の山となつて書架を埋めることになり、結局、胥吏達が特技とする文書操作に委ねられることになる」、(「時の経過の中で全部が例に転化してしまう……帝制中国における不可抗的な制度の力学」(滋賀前掲「中国における法典編纂の歴史」)。
- (36) 小口彦太「清朝の裁判における成案の役割について——刑案匯覽をもとにして」(『早稲田法学』五七卷三号、一九八二年)、同「清代中国の刑事裁判における成案の法源性」(『東洋史研究』四五卷二号、一九八六年)。
- (37) 小口氏が引く代表的な当時の見解を重引すれば、「本部刑名を辦理するに、均しく律例に依りて罪を定む。新頒の律例を用うれば、則ち仍お最後の例を以つて準と為す。律例の未だ備わらざる所に至りては、則ち近年の成案を詳査し、(それに)彷彿照らして辦理す。若し成案無くんば始めて律に比して定擬す」(『刑案匯覽』卷三三、謀殺祖父母父母条「山西司查、例載、尊長故殺卑幼案内、如有与人通姦、因娘礙眼云々」道光二年說帖)。
- (38) 谷井前掲論文。
- (39) それらの書誌については、中村茂夫「清代の刑案——『刑案匯覽』を主として」(滋賀前掲編『中国法制史』所収)を参照。
- (40) 小口前掲「清朝の裁判における成案の役割について」三六八頁。

(41) 「秋審條款」と総称される一連の規則集の連の規則集の連の運命は、こうした清代における事案と法のすべての問題に亘る興味深い論点を提供する。「秋審條款」は監候事案を情実・緩決・可矜に分類する基準を条文型（当初は五十条条、最後には二百条条にまでなる）に整理した書物であり、清代秋審実務を代表する書物である。しかしその発足の由来は、刑部の高官が、年度開始に際し刑部内での原案作成実務を画的に進めるため（またひいては皇帝による駁を避けるため）に、それまでの秋審時における皇帝の個別処断（つまり事例）の中に客観的に見て取れる一定の判断傾向を抽出して作った部内の執務内規に過ぎない。しかしそれはやがて同じく監候事案の分類に悩み、また刑部原案との齟齬や皇帝による駁を怖れもする省官僚達の求めに応じて刑部外に流出し、次第に全国の秋審実務の事実上の基準となるに至る。それに対して皇帝は一時、個別案件毎に白紙で情法の平判断を行うのが秋審の本義であると不快感を示すが、年々の膨大な事例を見ればそこに事実として一定の相場があることは覆いがたい事実である以上、その中に基準を読みとろうとする官僚側の動きは封じ切れない。やがて再び情報の流れと共有は再開され、清代後期には「秋審條款」は律例の各種坊刻本の必須の附録となつてゆく（しかも興味深いことに刑部からの情報流出時期の違いに対応してその記す内容が版本毎に少しずつ異なっている。しかし所詮は裁判根拠ではなく目安に過ぎない以上、そうしたことは余り問題にされもしない）。そして最後の最後、清末・宣統二年に「大清律例」が改訂され「大清現行刑律」が出された際には、「秋審條款」は今度は一転して律と一緒に欽定發布されることになる。形式的に論ずれば、最後の宣統「秋審條款」のみが「法」、残りは単なる事実的な「先例集成」となるのだから、そうした分類はその分類自体の意味の薄さを却つて際立たせることになる。なお、「秋審條款」全体の書誌については、高遠拓児「清代秋審制度と秋審條款」とくに乾隆・嘉慶年間を中心として（『東洋学報』八一巻二二号、一九九九年）、同「清末における秋審成案の刊行について」（『白東史学会』中央大学東洋史学専攻創設五十周年記念「アジア史論叢」刀水書房、二〇〇二年）が詳しい分析を加えている。

(42) ちなみに言えば、事例自体が直接に広義の法の一部分を形成するという意味においては、こうした成案主導の状態を、常識的な意味合いで「判例法」と呼ぶことは勿論可能であり、またついでに律例主導の枠組み側を「法典法」と呼び、ここにおけるその両者の混合（協働と対抗）を論ずることすらも不可能ではない。ただ、上に述べた事情の裏側であるが、実定法すなわちルールとなり得ない場所では事例にもルールを作り出す力はない（むしろ極言すればここでは実定法まで含めたすべてが事例

型のあり方をする)。しかも更に加えて、ここで事例（成案）として扱われるものは、その発端が末端官僚の創意に出る場合ですら、すべて立法権者たる皇帝自身の個別処断を経、そのことによって權威性を獲得したものである（その意味ではここに
ある実定法と事例の区別は、所詮は同じ源泉の違つた表現間の対比に過ぎない）。同じ判例と法典という語を用いるにせよ、そこにある対比は、獨立した法曹の手により、しかも既存のルールの欠如を発端とした今回の判決を契機とするルールの組み替えを終点とする仕方では進められる英米法式の判例法システムと、中央権力がそのルールを確定的に提示する（そして中央地方の司法権力の行う個別的処断もそのルールに基づいて下される）大陸法式の法典法システムとの間にある対比（この二つは主体を異にする反面、ルール型の構造や発想を前提とするという大きな共通項を持つ）とは相当に内実と文脈を異にする。こうした根本的な構造差を無視して、表面的・現象的な類似性のみを語ることには、当然ながら大きな危険が付きまとう。

(43) 筆者が行つてきた民事裁判の性格に対する具体的な議論については、註(2)所掲の拙稿を参照されたい。

(44) その点で、明代では笞杖以下の戸婚田土の案も一部は府まで上申されていた、それに伴い判語中にも「不応為」条などの律例援用事案が良く見られるという事実は興味深い。ただ狭く民事裁判の性格論との関係で言えば、民事紛争解決について「およそ為すべきでないことを為した者は、笞四十。事理の重い者は、杖八十」という「不応為」条を援引して裁判を行えば、それで果たして論者が期待する「法に基づく民事裁判」ということになるのか、というもう一つ別の初歩的な論点がある。

(45) なお清代州県自理事案についても、当事者側のイニシアティブによる上控は可能であり、また上級官庁から州県に下げ渡される事案もある。そうした局面では上級下級官庁間の官僚制内的コミュニケーションが必要になる。ただ興味深いことに民事法源論でもそれに対応するかの様に「現実には律を引く必要は無いが、律の明文にだけは反しないようにせよ」という話が出て来る（滋賀前掲「民事的法源の概括的検討」）。民事裁判においても法への言及は上申との関係を離れない。

(46) ただその民事裁判も中華民国期に至つて一転、完璧な中央集権的統制の下に繋がれることになる。裁判官は民事判決を下すに当たつて（なお不完全な）実定法体系への依拠を求められ、しかもその法規の明示的文言の範囲を越える問題については、（現場裁判官による独自の法解釈は容認されず）中央への問い合わせが義務づけられ、そして中央側は「解釈」の名の下に副次的な立法を繰り返す。また中央における判決のみが先例として援用を許される。そこに出来上がる状態は、本稿が清代刑事

裁判について述べた状況と瓜二つと言う他はない。そしてその中央集権的民事司法の外縁部に、再び別の仕方、情理という一つの原理と千差万別の事案事実をその場で直結する形の裁きの場が広がることになる。この展開は、西洋近代法制度に倣う仕方での民事裁判の実定法化という問題の中にも、その「実定法化」自体が持つ様々な質というもう一つの問題があることを我々に教える。

(47) 戸婚田土細事は末端で、命盗重案は中央でという基本構図は古来あり、また狭く後者内についても、皇帝による情法の平の個別判断を機軸としつつも、実際の実務は一定程度官僚に委ねざるを得ない、その過程で実定法が現れ且つ機能するという問題配置に大きな変化も無い以上は、本稿で述べた実定法の本質的屬性は、おそらく清代以前についても同様に見て取れるのだろうと筆者は考えている。しかし同時に、こと裁判制度の具体的編成の部分については、本稿の議論のすべてがそのままの形で過去に遡りうるとは一切考えてはいない。例えば本稿では、皇帝側も独自の情法の平判断を行いうるほどに事案の細部の情報を得ている状況（清代中後期の実態）を前提に議論を進めているが、谷井陽子氏の研究によれば、皇帝宛の上申文書にそこまで詳しい供述記録が載せられるようになるのは、清代に入ってからのことである（谷井陽子「倣招から叙供へ——明清時代における審理記録の形式」、夫馬進編『中国明清地方檔案の研究』科研費報告書、二〇〇〇年所収）。また現存する明代の州県裁判文書は基本的に「問得……。議得……。照出……。」という三部構成を取っており、その第二部分で擬律が行われるのが原則的であり、そしてその書式は清初の官箴においてなお標準とされている（寺田浩明「明代の州県裁判文書——清代型聴訟の前身」、東洋文庫「前近代中国の法と社会」研究会（二〇〇四年九月一日）報告。別の機会に活字化を予定している）。この二つの事実を挙げるだけでも、州県官と皇帝の二極に集約点を置く仕方では描いた本稿の民事裁判と刑事裁判の対極図式の歴史性は容易に想像される。そして更に遡れば、宋代の民事判決（判語）の中では清代のそれよりも遙かに頻繁に律が援用されるという周知の事実も存在する（例えば、佐立治人「清明集」の「法意」と「人情」——訴訟当事者による法律解釈の痕跡」、梅原郁編『中国近世の法制と社会』京都大学人文科学研究所、一九九三年所収を参照）。本稿で述べた大きな枠組みの中で起こる歴史的な変化の問題は、すべて今後の実証に開かれている。

宋—清代の法と地域社会

平成18年3月24日

非売品

編纂者 東洋文庫前近代中国研究班
大 島 立 子 編

発行者 東京都文京区本駒込2-28-21
財団法人 東洋文庫
斯 波 義 信

印刷者 東京都板橋区桜川2-27-12
株式会社 東京プレス

発行者 東京都文京区本駒込2-28-21
財団法人 東 洋 文 庫

本書は財団法人東洋文庫に対する平成17年度文部科学省補助
金の一部によって刊行されたものである。

ISBN4-8097-0207-3