

近代法秩序と清代民事法秩序

——もう一つの近代法史論——

寺田 浩明

はじめに

報告者はこれまで中国清代の土地法および民事裁判の研究に従事してきた。西欧法制と接触する以前の固有法制を対象とする以上、既に我が身に纏い付いている西欧的あるいは近代的な概念や発想法に囚われずに、或いは積極的・自覚的にその呪縛から逃れて、中国固有の秩序論理を見出すことが作業の主題になり、またその作業の結論も自ずと西欧的法秩序との差異の強調という形で示される。しかしアジア法制史も、人間社会が時代時代に自ずと直面する課題に対して順次対処してきた過程の一部である以上は、同時期の西欧法制のあり方と深いところでの共通性がない筈もなく、またバランスのとれた対比をする為には両者の共通基盤をも見出し踏まえる必要があることは言うまでもない。

またそのアジア各国は一九世紀から二〇世紀にかけて当の西欧法制と遭遇し、その受容と一定程度の定着の過程を共通して歩む。そしてここでも固有法制自体が最初から持つ同時代的・普遍的な側面への目配りに欠けると、表面的差異にのみ着目して固有法制と近代法制との極端な断絶論に陥ったり、あるいは逆に完全に西欧化しないこと

に苛立って（あるいは居座って）これまた極端な法文化論・運命的な固有性論に陥ったり、更には架橋を試みるにせよ、西欧近代法制の側を一方的にインデックスとして、その部分的な資源あるいは機能的等価物を自国の前近代の中に見出してそれで一事終われりとする断片的で後追いの議論に終わりがちである。どの議論の仕方も、そのままでは固有法期から近代・現代、更には将来にまで及ぶ我々の歴史的秩序の展開の全体をゆったりと捉える議論とはなり難い。

そしてこの問題は、中国の近代法史研究においてとりわけ抜き差しならぬ形で現われる。というのも、日本の如く近代法制の受容と国民国家・全国市場の形成とが同時並行的に行われた国においては、まだしもそれ以後の法の歴史をそれ以前の法の歴史と別の枠組みで描き出す余地はあり、そしてそれが自ずと近代法史の叙述の枠組みを成しめする。ところが中国法秩序について言えば、何よりも同じ仕方で歴史に区切りを入れること自体が既にして難しい。

非政治的な市場社会と統一的国家権力という大概図だけならば、中国では秦漢帝国つまり紀元前から存在する。そこまで遡らすとも、少なくとも明清時代には既に小経営農家族相互の競争的市場的な関係が社会秩序の実質的内実をなし、そして中間権力を排した統一的国家権力がそうした市場社会で次々に生起する紛争を精力的に裁いているという一見近代法秩序と見紛う如き組み合わせが存在した。しかし反面、そこには何故か権利といった概念も、権利実現を目標として掲げる民事裁判も存在しなかった。中華民国期の西欧型法制の導入は確かにそこを大きく変えた。しかし近代の土地所有権を法定した民法典が登場した後に、程なくして私的土地所有権を基本的に廃絶し、そして更には「六法全書」を廃絶する共産主義革命が起こり、そして現在その上で再度、制限付きの私権化が進行している。確かに大きな趨勢が私権の尊重の流れの中にあることは見て取れるが、反面、競争的市場的社会状況の

展開を前にして全人民的生存を旗印に掲げる公権力が私権の伸張度を注意深くコントロールするという大枠だけならば、それは既に明清時期にも見られたものである。

ここには現状を最初から「近代法」として語り出す為の自明の基盤もないし、またその始まりを告げる自明の画期もない。過去へは幾らでも遡り得るし、また過去は幾らでも現代に流れ込む。勿論それでも敢えてまだ見ぬ将来の何処かに中国における西欧型「近代法秩序」の完成状態を一方的に想定し、過去から現状をそこへ向けての「前史」として語り出すことはなお論理的には可能である。しかしそれは予言や提言にはなり得ても、そのままでは歴史の客観的認識とはなり難い。

折しもこの数年来、報告者は、清代民事裁判の中に「法に基づいて権利を保護する裁判」の実質を読みとり、その実務と中華民国民事法制との連続性を強調する論者との論争に関わり、その過程で、清代民事法秩序の持つ特殊性と普遍性⁽¹⁾、それが西欧近現代の、あるいは中国自身の近現代の法制との間で持つ位置関係について繰り返し反省を迫られた。本報告は、もとより清代民事法秩序を主題とするものであり、西欧の「近代法秩序」を直接に取り扱う訳ではないが、近世近代という同時期に他方に存在し、そして今も持続するもう一つの大規模法秩序のあり方について紹介することは、おそらく「近代法の再定位」という共通課題を考えて行く場合の一つの足がかりになろうと考えて拙い報告をさせて頂くことにする。

与えられた時間は余りに短い。実証に関わる部分は挙げて各所の注に記す既発表の諸論文に譲り、以下においては、報告者がこれまで辿ってきた考察の大雑把な筋道のみをごく簡単に述べることにする。最初に、清代の民事法秩序というものがどの様なものであったのかを手短かに紹介しよう。

一 清代民事法秩序の全体像

1 民事秩序のあり方

そこにおける社会生活・財産帰属の基本的な単位は、共產的に生活する平均五名ほどからなる小家族であり、それら個家相互が生存を目指して鋤を削る状態こそが社会生活の基調をなす。しかも概ね世代交代毎に兄弟均分の仕方方で家産分割が行われるため、どの家計も基本的には零細化の流れの中にあり、その流れに従って衰退没落して行く家と、営利機会を捉えて上昇して行く家との間で激しく土地財産は移転した⁽³⁾。そうした社会情勢に対応して、そこには前経営者からの正当な引き継ぎを私的な契約書の形(「来歴」と総称される)で証することによって自家の現土地耕作経営(「管業」と総称される)の社会的な基礎付けを行うワンセットの法的手法、即ち土地財産の移転と帰属をめぐる一定の実体法的なルールの束と、そのルールに基づいて取得したものに対する相互尊重の秩序が存在した⁽³⁾。言い方をかえれば、「権利」といった一般概念こそ無いにせよ、ここにもやはり一種の既得権論の筋はあり、そしてそれが土地市場秩序の基礎を成していた。

勿論、土地の配分が市場に依る以上、人民全部が自作農一家の暮らしを送れた訳ではない。むしろ大部分の小農民家族の生業は、他人の土地の耕作を行うこと、小作人一家(佃戸)としての暮らしであった。しかしここではその地主小作関係もまた、個別田主一家と個別佃戸一家の間の市場的な契約関係を通じて作られていた。小作契約には一般に期限は設定されず、一旦耕作を始めれば翌年以降も同様の条件で耕作を続けられるのが通例であり、また無用の追い出し(奪佃)は情誼の面からも避けるべきであるという通念はあったが、反面、田主がその土地を第三

者に売却すると決めた場合、田主一家自らがその土地を耕作することにした場合、および佃戸が小作料の滞納・欠納をした場合には、田主は即座に奪佃を行い得、追い出された佃戸一家は、耕すべき土地を探してまた新たな契約先を探すことになる。

このように生産関係・社会関係の殆ど全体がそこでは既に市場的契約的關係の中にあった。勿論それら短期的個別的二項関係の束を超えた地縁的な社会結合の契機はそこにも存在した。しかしそれら地縁的結合が常に個家間の垂直的社会流動性を超えるだけの安定した社会関係の枠組みを提供しえていた訳ではなく、むしろそれ自体をも個家の利害によって結集もし離散もする一種の契約的關係として理解する方が相応しい場合が多い⁽⁴⁾。

ただ、それならば市場の論理・契約の論理がこの社会のすべてを貫徹することになったかと言えば、これが必ずしもそうではない。國家權力がそうした論理の外側にあったことは後に見ることとして、取り敢えず民相互の間、財産法秩序のあり方に限っても、そうした厳しい契約的關係のあり方・財産権の主張と並んで、他方には佃戸等の無産者が行う直接的に生存権的な(多分に事後的な)利益主張がかなり大々的に存在し、また社会的に相応の配慮を受ける事態が見られた。

例えば追い出されたら明日から食っていけないといって田地へ居座る佃戸⁽⁵⁾。困窮したからと言って何時までもだらだらと売価の足し前をもとめ続ける土地の売り手⁽⁶⁾。そして時には通るその主張。しかも他方には、そうした弱者の事情を顧慮せずに自己の正当的利益を言い立てて相手を追い詰め、結果として相手を自殺に追いやった者を罰する規定、刑律「威逼人致死」条が存在した⁽⁷⁾。「戸婚田土錢債の類」の利益主張にはそこまでの正義はない、ということなのであろう。

こうした動きの背景には、勿論一方には、高い社会的流動性の下、貧家の姿は明日の我が身という時系列的な相

互性に基づく社会的同情があるが、同時に他方には、富者に譲歩を迫る。ゴネ得ることの容易さ、それを徹底して防ぎ切るコストの高さが見て取れる⁽⁹⁾。

90

ただ単に権利実現の制度が不十分であったというだけなら、それは前近代社会通有のこととも論じうる。しかしここでは更に面倒な事情が加わった。即ち上述のとおり当地の土地法秩序は、基本的には現経営収益者が何らかの根拠・憑拠を持ち出して、自らの行う「管業」の正当性を世間に対して訴えるという社会的仕組みを機軸に作られていた。前主が立てて彼に与えた絶売契（正当な経営権を持つ前経営者が彼を次の土地経営者として指名したという事実）が最も一般的且つ強力な提示根拠であるが、貸し金のかたに土地をとった場合には、その証文がそのまま管業の対世的な憑拠となった。確かに借金が返されその憑拠が破り捨てられるまでは、誰の目から見ても彼こそが最も正当な土地経営者ということになるだろう。そして田主に小作料を支払いながら土地耕作をするという佃戸の生業についても、例えば佃戸が小作開始時に田主に支払う敷金（押租）をめぐる同様の論法が普通に用いられた。押租が返還されるまでは彼がその土地を耕作するのが正当だ。

しかしその佃戸が奪佃に際して、例えば耕作期間中に自家がその土地の改良の為に投下した資本（肥培工本）の賠償を求め出すと話は難しいことになる。土地改良の事実の有無自体が既にして争点になりやすい。そして前述の佃戸が生存権的要求を押し立てて田地に居座ることの隣には、佃戸が自家の開墾や肥培を一方的に言い立てて田主の追出しに対抗する右の如き形が存在し、そしてその先には更に、金を支払って前佃戸からその地位を引き継いだという事実が当該佃戸の耕作権の正当性根拠として述べ立てられる形が存在した。ここまで至れば、その主張は、少なくとも形式において、ここにおける土地所有権の主張方式と変わらない。そして実際、一部地域ではそうした佃戸側の行う来歴的主張が田主側の行う来歴的主張と並んで安定的に遇される状態（一田阿主盛行・田面田底慣行）

までもが出現した⁽⁹⁾。

つまりここでは、自己の生業を確保すべく現経営収益者が何か論拠を持ち出して周囲の人々に訴えるという同一の形が、生存権的・事実的な主張から財産権的・契約的な主張までを跨いでおり、そして時に事態はその上を実際に推移していたのである。

勿論それでも、弱者のゴネ得にも自ずからなる限度が存したし、また持ち出される種々の主張根拠間にも自ずからなる序列が意識された。しかしどんな主張根拠も持ち出される限りにおいてゼロではないとなれば、有産者といえども常に当面する相手の言い分・抵抗の強弱、そして更にはそれを見守る周囲の人々の反心・同情の多寡を瀬踏みしつつ、自己の利益主張を行わざるを得ない。当然そこからは、何かを強く言ってくる相手に対しては取り敢えずは譲歩せよという一般的日常倫理が生まれるが、同じ事情は当然その反対の態度、即ち押せる相手には取り敢えず押せるだけ押せという個別対応を生み出しもした。日常秩序は、そうした中で慎重に瀬踏みをしつつ押し合いへし合いする主体相互の事実的な均衡状態、言わば互譲と泣き寝入りのアマルガムとして存在した。

しかしこうした形を取る限り、相互の主観的見積もりが常に合致する訳もない。食い違いが一定限度を越えれば衝突は避けがたく、そして周囲の人間が割って入って解決が付かなければ、清代後半を例にとれば人口約二十万人当たりに一人の割合で置かれていた地方長官（知州あるいは知縣。科擧官僚である。以下、地方官と総称する）の下にその争い事は持ち込まれた。訴訟頻度に関する諸研究によれば、月に六日はと設定されてある定例受理日毎に役所には百枚から数百枚の訴状が投ぜられ、勤勉な地方官は一月に五十件から百件前後の紛争に裁きを与えていたとい⁽¹⁰⁾う。

ただ裁判文書を見る限り、そうして争いが官憲設営の法廷内に持ち込まれた場合にも、財産権的な主張に対して

91

隠面もなく生存権的な主張が対置されるという上述の構造はなお引き続いていて、そして地方官の行う裁きの側も、そうした形で無限定的に持ち出される各々の論拠、あるいはその基礎にある小家族の生業確保へ向けての欲求と必要とを取り敢えずはどれも聞き届けた上で、それぞれの家々に、あるいは持ち出される論拠それぞれに応分の場所を与える仕方で営まれていた。⁽¹¹⁾

しかし生存権的な主張も、小家族が自家の生業を基礎付けようとする営為という点では、土地所有権の主張と同じであると考えられてしまえば、法廷においてすら市場的契約的ルールに特権的な位置はない。あるいは有限の資源の中でそうしたアプローチを取った途端に、紛争解決の主題は法的論理の実現という「質的」問題から多数論拠間の重み付けの調整という「量的」問題に否応なく変化してしまう。裁きが国家的で公式なものになればなるほど「法的」な性格が強まるのだらうという一般常識とは逆に、ここでは裁きが公式のものになっても、あるいは市場における日常的個別的契約関係（そこでは当然、一定のルールこそが王となる）との距離で測れば、一旦紛争になり両当事者の交渉関係が公式の場所に持ち出されれば持ち出されるほどに、市場的ルールの持つ権威が相対化されて行く傾向が見て取れる。

法社会学者の棚瀬孝雄氏が曾て示された「既に『法である』ものを、今この状況の中で要求して行くことの適切性という、合法性とは独立の次元」という示唆的な概念対比を借用させて頂けば、⁽¹²⁾ここでは「適切性」問題の方こそが、むしろ裁判・公権力による秩序形成の第一の主題となっていた。勿論、そこでも民の主張、官の教諭の中に様々な実体法的な論理を見て取ることはできる。しかし裁きの作業の実質を成すのは、それら個々の論理の実現や論拠相互間の論理的な整理というよりは、むしろ適切性の視点から個々の論拠を云わば量的に相対化すること、あるいは個々の論拠に相応の重み付けをすることであった。結果としてそこには「論拠の花束」の如きものが現れる。

大輪の花、小輪の花、雑草の葉それぞれが顔を出す。しかし判決の価値はそれら花々のアレンジメントの妙にあり個々の草花にはない。我々が考える様な「合法性」問題は、むしろ野に咲く花の如く市場社会の中で叢生し、まだ未整理のまま市場社会の中に放置されていた。

2 裁きを成り立たせる枠組み

ではこうした所では、民事的な訴えと裁きとはどのような枠組みで成り立ち得るのだろうか。あるいはそもそも、その様な特定の実体的規範へのコミットメントが無い裁判権力相手に、訴えはどのような言い回しを用いてなされたのだろうか。⁽¹³⁾

訴状の典型的な言い回しを報告者なりに繋ぎ合わせると、そこには「相手は自己の富強や暴力を恃みとして、この弱者たる私を『魚肉噛み易し』と侮って道理を顧みずにはずけと私の領分に押し入ってきています。このようなことが容認されている様では、無法無天です。公平至極な地方官様、どうぞ弱者たる私の為に主となり、こうした輩を懲らしめて、天あることを知らしめて下さい」という共通したパターンを見出せる。何をも憚ることなく無理矢理自己の領域に押し入ってくる相手の行為は「欺圧」と総称され、またそうした行為によって故無く不当に押しひしがれている自己の窮状を指し示す言葉としては「冤抑」という語が頻用された。「欺」とは侮るという意であり、「冤」とは故無く不当にという意である。そして相手が自己の威力を恃みに周囲を威圧し周囲の者達までがそれに媚びへつらい「公論」を吐かないと、被害者側は「冤の伸訴する無き」状態になり、そこで公平至極な第三者としての地方官様の登場が求められる、というのが訴えに至る標準ストーリーである。

そしてそれに対応する形で、ここでは裁く側の行うことも、そうした欺圧をする輩を懲らしめ・戒め、また不当

にも押しつけられている冤抑状態を解消すること、即ち被害者の「冤を伸ばす」こととして意識されていた。そうした作業を通して最終的には社会の中の全主体の無冤抑状態を実現する、「向隅の人なからしめる」ことが統治者の任務とされた。

多くの訴えは、文面上は確かに自己の窮状に対して地方官の哀れみを乞う如き外見を取るにせよ、その内実はこうした秩序意識に基づき相手の悪行を告発する行為であり、またその悪行を懲らしめるべき官懲にその役割発動を要請する行為でもあった。その意味ではここにあるのは基本的には刑事法的な発想、刑事法的な枠組みと言うべきものであり、また実際、民の日常生活上のトラブル（戸婚田土錢債闘毆賭博等細事）をめぐる訴えを聴いて適切な処理方を示す地方官の裁きは、犯罪事案（命盜重案）をめぐる本格的な刑事裁判手続の末端に位置し、また悪事の大小をめぐる連続する相の中にあつた。

ただ、ここでは民事的要素が、刑事的要素と別のこととして単独に存在し得た訳でもない、ということも同時に付け加えておく必要があるだろう。というのも当時の民事秩序は同時に互議倫理をめぐる秩序でもあった。例えば清代中葉の哲学者・戴震に「私は欲の失」という言葉がある⁽¹⁴⁾。既に明清時期においては民が自己の生活と生存を巡って利益主張をすること（欲）それ自体は誰も否定し得ない。実際それこそが民間秩序を作り上げる基礎動力であった。ただ各人が自己・自家の利益にのみ目を向け節度なしに（禁を失して）その欲を主張し追求したならば、そこに現れるのは弱肉強食の状態となる。そうした欲の失禁状態が「私」である。しかしそれでは秩序に至る道はもはや無いのか。否、誰もが（恰も聖人の如く）相手の境遇に配慮し自己の欲得を抑制し自発的に互話し合えば共存共栄の状態（全員の欲の応分の充足状態、人々の一体的生存状態。それがここでは「公」と呼ばれる）がそこに現れる筈である。ただこれを逆にして言えば、そうした個別的・情况的な判断と別のこととしては民事秩序はそもそも存在

し得ないのであり、それどころかこうして現に紛争が起こっている以上は、誰かが（あるいは双方が）「欲の失」を犯していることは明らかなだ、ということになりもする。すべての民事紛争ここでは最初から何らかの可罰性を持つのであり、それが目に見える暴力を伴うかどうかは、所詮は悪性の程度の違いに過ぎなかった。全体的共存の立場・「公」の立場から、自己利益の限度も見定められない無徳者に対してその過剰な利益主張を叱り懲らしめ応分のものを知らしめる作業は、ここでは同時に最適資源配分を行い、またそうして与えられた応分のものに一定の保護を与える作業でもあった。

3 規範の内実とその現前の仕方

しかし、こうした制度構成・論理展開には、当然の如く明らかな限界が存した。成程一方当事者が誰の目にも明らかな悪事を犯しているなら、それを懲戒すれば任務は果たせる。しかし持ち込まれる民事的紛争の大部分は、押し合いへし合いの実状を考えれば容易に想像できる通り、個々の行為に着目する限り「どちらともどちら」としか言いようがないものとなる。勿論、上述の最適資源配分の結論が別途に導き得れば、それを基礎に「押しすぎた」側を論定することは可能になる。しかし地方官には、それをするに足るだけの情報もなく、それを調べる仕組みも与えられてはいなかった。かくして多くの民事訴訟は、当時の地方官の言葉に従えば、「頭緒紛繁にして情偽百出。人おのおの一図をえがき、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」といった現象を呈することになる⁽¹⁵⁾。

それでは地方官は何をできたのか。また実際の訴訟はどのような展開をとったのか。滋賀秀三氏の研究は、清代民事裁判には当事者に有無を言わず強制的に紛争を終結せしめる為の（例えば我々における「判決」の如き）手続的

形式が最初から存在しなかったこと、判決の如きものを示しても不満な当事者は再度訴えを提起でき、そしてその訴えに何となくの聴くべき所があれば経緯に拘らず再度審理を行う地方官が良い地方官とされていたこと、これを逆に言えば、清代民事裁判は当事者双方が何らかの意味で納得し事実としてもはや争わなくなるという仕方では終わらなかったことを明らかにしている⁽¹⁵⁾。

ただ滋賀氏を始めとする清代民事裁判文書（州県檔案）研究は同時に次のことも明らかにしている。即ちここでは幸いなことに、あるいは不思議なことに、大部分の裁判事案はそうした仕組みにもかかわらず程なく終結した。それどころか提訴され受理された事案のうちの約三分の二は、開廷をすら待たずに、即ち関係当事者から続々と出される訴状とそれに対する地方官のコメント付けの作業（そしてそのいずれもが地方役所の門に掲示される）を繰り返すうちに、また召喚の為に末端役人が在地に出向いてくることをきつかけとして、当事者の判断によりあるいは周囲にいる者達の調停努力の結末によって、明示的に取り下げられたり事実として立ち消える経過を辿った⁽¹⁶⁾。そこでは訴訟提起者自身にとっても、「訟。……おそれて中すれば吉、終ふれば凶。大人を見るに利し……」（『易经』）という考えが常識となっていた。勿論それでも残った三分の一は最後に法廷に持ち込まれる。しかしそれらも大半は一度の法廷で、また難事についても数回の開廷を繰り返すうちに（これまた、あるいはそれぞれ各自の判断で、あるいは地方官の提示する断案を共に受諾して）両当事者どちらもが敢えてそれ以上不満を訴えて来ない状態に到達した。そして残るごく僅かの事案が延々と争われ続けその一部は、まさに易经の教えるとおり、当事者の破産によって、あるいは争いの挙げ句に人死に沙汰を引き起こすことによって突如終結した。

ここでは訴訟事とは、裁判官の判決という到達点・高みに向けて上ってゆく手続というよりは、むしろ当事者が順次訴え事を止めてゆく過程としてあり、そして地方官が法廷で示す指示（堂諭）は、そうした訴えが止むきか

けの中の重要だが、しかし単なる一つとして位置を占めていた。ここではイニシアティブは最後まで当事者側にある。しかしそのなし得る選択とは言え、結局は何処かで鉾を収めることだけであった。

こうした裁きは、当然ながら当該社会との間で我々のそれとは違う関係に立っていた。

まず、その内実が右の如きものである限りにおいて、裁判を経たと言っても、そこで最後にもたらされる状況は、結局は当事者間の満足と不満足の市場的均衡の実現とそれほどに違ったことではなかった。また民事的紛争に対して裁判官が行うべくまだ行いうることも、結局のところは、やがてはそこに落ち着くであろう個体相互間の欲求の市場的・事實的均衡状態を、争う当事者に先だって権威的に示すことを出ない。

しかも特定の状況下、公衆の目のある中、当面する相手に対してどこまで自己の利益主張を貫けるか、どこまで押すのが適切なかの判断となれば、それは人々がまさに日常生活の中で日々行っていることでもある。当事者誰もがもはや「冤」を訴えてこない理想状態とは、見方を変えれば実は大半の民の日常生活と同じものである。訴訟事はその不実現態に違いないが、同時にまたそうした常態にゆっくりと復する過程の一齣でもあった。良善の民なら当事者同士で譲り合いつつ達成できる程度のことを、わざわざお上の手を煩わせて実現するのが訴訟だという嫌論・抑論も、また「民生に欲あれば訟なきこと能わず」民は無徳である以上、当事者同士で均衡が達成できないのも無理はない、その解決を求めて官憲の下に人々が投じて来ているからには、それを受理して処理をするのは官の役割だという自負の発言も、どちらも同じくこの一つの背景の上に成り立つ⁽¹⁸⁾。

勿論、真性の問題は民の無徳さではなく、ここにおける民事秩序観それ自体にある。確かに右の如き社会理解を一旦抱いてしまえば、双方の共存共栄をもたらす適切な均衡点があること自体はもはや誰も否定できない（所詮は二つの欲のせめぎ合いの間の何処かである）。しかし具体的にそれが何処だと特定することは極度に難しい（少なく

ともそれは誰にとっても「論証」できるような話にはならない。「人おのおの一図をえがき、おのおの一據を持ち、目は五色に迷う」状態にならざるを得ない所以である。

ただ同じ事情は取り敢えずの解決の容易さを生み出しもする。所詮は求められていることは厳密な論証ではなく、程度論的な判断である。公平な第三者、両当事者のどちらにも「偏私」しない「至公無私」な主体が權威を持って何ほどのことを語り、両当事者側がそれを受け入れるという形があれば十分であり、またそれ以外に解決方法があるとも思えない。勿論、その程度のものである限りにおいて、当事者側はそこで示される結論・割り振られた実質に対する不満を「不公平」という形容に載せて幾らでも論ずることができた。しかし他面、「訟、終うれば凶」争い続けることに社会的価値は置かれず、また争い続けた先に何かの保証がある訳でもない。断案を受け入れて得られる当面の利益と受け入れずに争い続ける不利益とを秤にかける必要は当事者側にこそ強く存在する。そうした秩序観・秩序形成手法全体の中に当時の民事裁判制度は位置を占め、そして成程それに相応しい十分な役割を果たしていた。

しかし、こうした裁きが持つ規範的側面を、形式的妥当概念を核とする我々の裁判規範論の枠組みで過不足無く掬い取ることは難しい。

第一に、そこでは当事者の表明する意志とは別のものとして、裁く側の意志のみが強行的な形で現れる局面が基本的には存在しない。勿論、地方官による解決案の提示は当事者の受諾に先んじてなされるが、当事者がなおも争い続ければそれは当事者からも（また地方官自身によっても）単なる途中段階における地方官の意見表明として遇されるに止まり、また反対に首尾良くそれで紛争解決がもたらされた時には、それはもはや当事者達自身の意志でもあるかの如くに扱われる。何れの場合も、裁く者と裁かれる者との間の規範的な落差は制度表面には出てこない⁽¹⁹⁾。

また第二に、地方官はその結論を常に何らかの一般原則・メタ規範から演繹的に導いている訳ではない。何より上述の構造に基づく限り、裁きを成り立たせる為に裁判官にそうした手順を踏ませる制度的必要自体がなく、また実質的に考えても、最終的に目指す場所・行き着く状態（無冤抑状態）がそうした論理演繹的操作によって指示される訳でもない。無冤抑状態・最適均衡状態が終始理想としてイメージされるにせよ、それは何らかの客観的な基準に従って導かれるというよりは、むしろ当事者・裁判官の揉み合いの中で紛争が最後に何らかの形で終結した時、そこに現前するものがそこでの最適均衡の内実ということになるのだという結果論的・循環論的な説明の方が多くの場合は相応しい。あるいは、そうした構造化不能の「適切さ」を、個別具体的な事案毎にしかも相争う当事者達に先立って直截に示すことにこそ地方官の作業の実質・醍醐味があったと言うべきなのかもしれない。

しかし第三に、そうして導かれた（皆が受け入れる）解決結果が、同時に狭くは訴訟関係者の、広くはその訴訟を見守る人々の規範意識（ものごとの適切さについての総合判断）の何らかの表現であることも否定できないだろう。ここでは裁きは合法性よりも適切性をめぐって行われ、しかもその適切性をめぐる規範（通常「情理」あるいは「天理人情」といった言葉で総称される）は、裁きの中で誰かが「基づく」ものというより、むしろこうした形で皆の間に「顕れる」ものとして論ずるのが相応しい。そして確かに上手く行った場合に限って言えば、結果として地方官によって「情理になった」処置・最適配分の内実が示され、人々はその教諭によってそれぞれに自制心と互助互譲の精神を取り戻し、その結果、無冤抑状態（誰も公然とは不満を述べない状態）が実現されたことになる。言葉を換えれば、潜在的には誰もの心中にある（筈の）こうした規範意識を、人々に率先して具体的な形で語る「口」として地方官は社会の中に位置を占めていた⁽²⁰⁾。

そして当事者と権力と規範をめぐるこうした三頭みの構造は、皇帝権力についても同じく見て取れる。皇帝は天

意・人心を体现して何かを語る。勿論ここには皇帝が常にそれを正しく体现するといった楽観的な想定はない。現皇帝がそれを語り損ねる、具体的に言えば天意・人心を現皇帝よりもより良く体现する人物が別に現れれば、「革命」が起こり天命はその人間に下る。ただその新皇帝がすること、アブリアリに天意・人心を体现することに他ならない。かくして最後まで、権力より上に（あるいは前に）何らかの実定的な規範を想定する仕方は出てこない。むしろ、そのようなものがあれば何の苦勞も無い、日々眼前にある全状況を見据えつつ、何の裏付けもなく直接的な仕方でその場の規範を語り出すことこそが権力の担うべき役割だ。こうした形で全体の辻褄が合っていた。

二 歴史的な遠近法

さて右に、西欧が中世末期から絶対主義を経て国民国家の形成に至る同時期に、中国の民事法秩序がどのような仕組みで成り立っていたかを簡単に紹介した。この紹介だけからでも、少なくともそれが封建制があって近代市民革命があってそして近代法世界になるという単純な発展図式の中の何処かにその居場所を求めうる様な話でないことだけはご理解いただけたかと思う。

しかしそれならば、ではそれはどういった歴史的文脈の中に位置を占めるものとして理解すれば良いのか。或いはこの話の全体を比較の視野の中に収めようとする場合、カメラの視点は何処まで引かなくてはならないのか。

1 市場社会と公権力

そこでは、裁判の場においてすら、基本的には有産・無産を問わずすべての人民（といっても、単位は個人ではな

く小家族だが）が秩序形成の対等な主体としてまずは遇され、そして公権力はそれら個別主体からは超越した、むしろそれら個別主体全体の共存の公平な守護者として振る舞っていた。

そうした全体人民を直接且つ正当に代表する世俗権力というものは、中世以降の西欧史では絶対主義の時代になってようやく登場する存在だと思うが、中国ではそうした公権力理念が秦漢帝国の段階で作り上げられ、そしてその枠組みが近現代まで途切れることなく持続してきた。ただ市場社会の側の成立、即ちそうした個々の家々の生存の基礎が、国家権力との関係としてではなく、まずは個家相互の市場的な結びつきの中に求められるようになるのは、やはり宋代・十世紀以降の農民の土地私有体制を待つべきであろう。そして明代後半・一六世紀以降、最も主要な生産関係である地主・小作人関係までもが、それまでの疑似家族的な庇護関係の枠から最終的に離れ、基本的な社会関係のすべてが自立を目指す小さな個体的家相互の協同と競争の関係として処理される状態が出現する。

しかしそうした枠組みの中で行われていたことは、上に見たとおりのものであった。そこには制度面について言えば、当事者の主張に基づきまた裁判官の判決もまたそれに基づく様な統一的な論理基盤を想定し、そして一つ一つの権利主張、一つ一つの公権的判決を、あたかもそうした共通基盤から論理演繹的に導かれたかの如くに位置づける仕方は現れなかった。また秩序観について見ても、それ自体として何ほどの固有権を持つ個体を出発点とし、基本的にはその相互承認状態として全体秩序を考え、またそうした固有権秩序の保護者・実現者として公共的権力を立ち上げるといった秩序形成イメージは現れなかった。

激しく利益主張を行う膨大な個家相互の競争状態を前にしつつも、ここでは国家は、実体法的なルールに基づく利益主張の保護者・実現者としてではなく、むしろそれらすべての個体的利益主張を超越した位置に足場を据え、全体的共存状態の価値の体现者として、直接にその場の規範を自らの口を通して語りだすことにその正当性の基礎

を置いていた。また反対に、そこでは個体的な利益主張の側も、そうした「公」的な語り口の前では、取り敢えずは「私」的な利益主張として相対化を免れ得ない程度のものであるとして存在した。そして権かに裁きの局面においてすら、個家の生存欲に基づくあらゆる主張にながしかの位置を認めてしまえば、政治的世界とは画された法的世界が現れる余地はそこにはない。あるいは、自らの超越的振る舞いを通してそうした自己完結的な部分世界の自立を繰り返し阻止することの中にこそ、この権力の生き延びる道はあったのかもしれない。

こうした二つの公権力のあり方の差異の背後には、中国では秩序の本格的な個体化が進む前に既に全体人民を正當に代表する一般的な世俗的権力の枠組みが成り立っていた、そこでは権力が権力たる為に個別的な同意調達・支持調達を必用としなかった、という歴史的な経緯が取り敢えず見て取れる。ただ反面、権力の社会に対する基礎付けのあり方が余りに一般的分だけ、ここでは却って何時まで経っても権力の集積度が余り高まらなかったということも同時に言えるだろう。例えば日本の江戸時代の年貢は土地生産高の五割前後もあったのに対して、清代の国家的土地徴収(税糧)額は収量の一割程度に止まった。それでまかなえる程の仕事しか国家はしていなかった、その程度の任務しか社会から期待されていなかった⁽²¹⁾。

そして実際、清代的な裁判権力のあり方を形容するに、しばしば「形式的・手続的」な正義や平等に対する仕方で「実質的・実体的」なといった言葉が持ち出されるが、よく見れば分かるとおり、この権力は自己の持つ実体的基準に従って秩序を組み替えて行く様なことをしていた訳ではない。むしろ大局的に言えば、そうした個体間生存競争の外に立つ「公平」な主体という立場を取りつつ、実は社会の現状を大筋追認しているに過ぎない。現実には微調整程度のことしかしないし、また実力から言っても出来ないのである。あるいは「公平」をこととする権力というのは、最初からそうしたもののなのかもしれない⁽²²⁾。そしてそうした権力の「虚心」さが、一方では表に現れる

裁判規範の止めども無き抽象化・倫理規範化あるいは脱「実体法」化を生み出し、また同時に他方では、現実の民衆の社会生活実態に則した判決内容を次々に生み出すことになった⁽²³⁾。

そうしたことが相まって、個々の個体のおおよその持ち分は一応は市場の論理に従って決まっているが、その厳密な境界は終始曖昧な、要は「ぶよぶよ」とした民事秩序が、市場社会化の進行に伴って、云わば「ずるずる」と出来上がる。硬い個体的な固有権を基礎に作られる体系的制度構成に着目し、そしてそれを近代法秩序と呼ぶならば、それは伝統中国にはなかった。またその集中した暴力を以て法と権利の実現を一手に引き受ける主体を近代的主権権力と呼ぶならば、伝統中国の王朝国家は終始そうした意味での権力主体ではなかった。しかし、そうしたあり方で足りていた、あるいはそうしたあり方こそが時宜に遇っていたということなのかもしれない。そしてそれが清代中期の中国の世界的大繁栄をもたらした。

2 全体代表型権力の二〇世紀

それではこうした清代民事法秩序のあり方は、中国自身の近現代の法秩序との関係ではどのような位置に立つのだろうか。そしてそれら総体は、同時期の西欧法秩序の歴史とどのような位置関係に立つのだろうか。

帝国主義時期は、アジアにとっては外から侵略の危機が迫ってきた時代である。それへ対抗すべく、清末以降の中国法制史が、侵略者側が持つと同様の西欧近代式の硬い法秩序・西欧近代式の強い国家権力を自らの側にも形成することを一つの軸として進んできたことは確かなことである。そして上述した如く近代類似の大枠は既に存在する以上、近代国家・近代法秩序への接近は、ここでは新規の秩序枠組みの作成としてよりは、むしろ従前「ぶよぶよ」としていたものを「かっちりする」といった仕方で行われる。

まず「天下」を近代国民国家にまで縮小し、また「天下の公民」を近代国民国家の国民とする作業の方は、対外的な危機の中、非可逆的な仕方で行った。その枠組みは外から来たものであるが、もはや国際標準に合わせて自らの側を仕立て直す以外に道もなかった。望むと望まざるとにかかわらず、中国は並み居る近代国家の単なる一つとして既にある国際社会の中に参入せざるを得ず、そして現に国際秩序の一角にそうした形でその位置を占めている。

104

しかし国内の秩序編成をめぐる動きは、幾らか屈折した展開をとった。まず清末から中華民国初期にかけて、西欧的な法秩序の一つの模範として、従前からある既得権的ファクターを近代的「権利」に仕立て上げ、また社会の中に存在した実体的ルールを民事成文法に仕立て直す動きがひとまずは起こった。実体的ルールにせよ裁判制度にせよ、基本的な素材は既に社会と国家の中に概ね揃っている以上、その作業自体には（あくまでも相対的な話ではあるが）それほど大きな困難もない。そしてその動きは、確かに一面から見れば宋代以来、着々と進行してきた市場社会化・契約社会化の延長線上に位置づけうる事態でもあった。

しかしそれが技術的な置き換え・読み替えに止まる限りは、権利と呼び名を変えても私的利益主張には旧来の「私」的性格が付きまとい、また権利秩序がそれ自体では公共性を担えないとなれば、全体代表的な「公」権力固有の仕事がその上位に繰返し要請される。しかもこうした「権利」をめぐる制度化とは、従前のあり方との対比で言えば、法廷に持ち出しうる論拠の整理と制限、一定の形式性を備えた一部の論拠のみを括り出しそれに特権的な位置を与えることに他ならない。しかしそれは、無形式な生存権の主張をまで全部公平に聞いてそれぞれに応分の場所を与える、ということにおける伝統的な裁判理念、公権力に対する役割期待には必ずしもそぐわない。むしろ無造作に行えば、公平たるべき公権力が一部有産者の味方をする、「偏私」するだけの話になってしまう。

そして実際、程なく「革命」が起こり、全人民的生存を旗印に掲げる中国共産党が全人民の意志を述べる新たな「口」として現れる。そしてその権力はむしろ私権すべてを廃絶する道を選び、その結果として国家が全人民を直接的に養ってしまうという（王朝権力が夢想しつつも遂に実現できなかった）「公」の全面的優位の体制が一時なりとも全土を覆った。つまりここでは、伝統的な全体代表的な権力理念そのままに、しかもそれが同時に近代国民国家式の強大な行政機構と軍事力をも兼ね備えるという状態が現れた。

そしてその権力機構の下、全人民的生存という大枠の中で再度、一定程度の私権容認の道を慎重に且つ精力的に探る作業が始められている。行われていることは一面では膨大な西欧近代式法制の移入継受の過程に見え、他面では「中国独自の」民事法制の形成過程にも見える。そして案外、それは今や二つの別のことではないのかもしれない。

即ち、まず事態の大枠について言うなら、権力はそこではなお基本的には終始全人民的生存をアブリアリに代表する仕方基礎づけられており、変化は、そうした権力が市場的ルールに基づく個体的利益主張にどの程度の社会的正当性を与えるか、安定性を与えるかというレベルで起こっている。そして市場的秩序に対して公権力がどの程度に介入し、またどの程度に放任するかを巡る路線の揺れという点だけに限れば、それは明清時代以来一貫して存在する⁽²⁴⁾。狭く今世紀の事態を論ずる場合すら、その過程は西欧近代法制の一方的導入史（あるいは導入の挫折の歴史）としてよりは、むしろこの法秩序それ自体が従来から持つ構造の内部的変容として論ずれば足り、またそう論ずる方がその歴史的位置を見て取りやすい。現代はなお明清期に作られた民事法秩序枠組みの中にある。

ただ反面、西欧法の継受がそのように可能であること、そしてそうして新たに整備されつつある民事法秩序が国際的な合弁事業を行うに足る程度の安定性を既に持つに至っていること、そのままで国際的な民事法秩序の一部分

105

を成しつつあることも確かである。そして振り返れば、少なくとも財産法分野については、我々が現在持つ「権利」というのも当然ながら公共的な制約の下にあり、また全体を代表する権能を持った権力の立法によって与えられるものである。右の大枠は必ずしも現代法に敵対的なものとは限らない。しかもそうした構図は、幾らか逆説的なことながら、西欧においては近代国民国家を待って成立した。しかし中国においてはその大枠が既に明清時代に存在した。そう言うことにどれほどの意味があるかは別として、こちらを強く押せば、明清時代以来の民事法秩序のあり方全部に「現代的」というラベルを貼ることも強ち不可能ではない。西欧式の近代を縫ない現代化の構図というのもまた存在する。そして確かに何処を目指すにせよ、敢えてフランス革命からの道のりをもう一度辿り直す必要までは無いのだろう。

おわりに

以上、中国の近五百年ほどの民事法秩序の歴史を概観した。最後に「近代法の再定位」に何か資することを言わなくてはならないのだろうが、必ずしも十分な成見がある訳ではない。ただ最小限、ものの論じ方をめぐって次の程度のことは言えるだろう。

大きく見るならば、西欧の五百年も中国の五百年も、多数の個体間の市場的競争状態の出現を前にして如何にして秩序を形成するかという共通の課題に対処してきた歴史として位置づけることができる。しかしそのアプローチの仕方は、それぞれの権力が持つリソースの差異に従って幾らか異なった展開を辿った。辿り来た現時点について言えば、両者の間に多くの共通点も見られるが、他面、発想法の違いもなお歴然と残っており、おそらくその対比

は政治権力の位置づけや基本的人権の問題という側面でなお多くの問題を産み続けるに違いない。そして所謂「近代法」は確かにその一方の価値を体现する。

しかし例えば一人子政策と出産の権利といった論点を取ってみれば直ぐに分かるとおり、個人権に関わる問題は時に「生きているのは個体としての人間なのか類としての人間なのか」という根本的価値選択に関係する⁽²⁵⁾。また天命という後楯（或いは革命という実績）を除いたとき、一体誰が全体の福利を代表すると正当に称しうるのかは確かに大問題である。しかし集団全体の意志というものを考えた途端に、それを単純に個体の意志の総計としては論じがなくなることはルソーの一般意志論自体に既に含まれる問題でもある。全体主義は当然ながら西洋にもある。となればこの対立を、歴史的な近代法と前近代法という対比全般や、況や東西法文化の対比という問題に尽くし切ることも難しい⁽²⁶⁾。

むしろそこに露呈しているのは人類史全体の共通問題であり、そして右に見た中国法史の五百年はその一つの解答例である。そして我々として別にその問題について特段の正解を既に知っている訳ではない。そう考えて、歴史的主体としてはそれぞれが自らの社会について価値的选择を行い、また歴史観察者としてはゆったりと二つの歴史の混淆の有様を見てゆけばよく、またそれより他に道はないのだろう。本報告に「もう一つの近代法史論」と副題を付けた所以である。

(1) 寺田浩明「清代民事司法論における「裁判」と「調停」——フィリップ・ホアン (Philip C. C. Huang) 氏の近業に寄せて」『中国史学』第五巻、一七七—一二七頁、一九九五年、同「権利と寛抑——清代訴訟世界の全体像」『法学』第六一卷五号、一一八—四頁、一九九七年、同「清代訴訟に見える「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」(中国社会科学学会『中国——社会と文化』第二二五号、二五三—二八二頁、一九九八年)、同「清代民事裁判：意義と性質——日英両国学者間の争論」(王亜新訳、『北大法律評論』第二二五号、法律出版社、六〇三—六二七頁、一九九八年)、同「清代民事裁判と近代法秩序」(潘健訳、王亜新校、『中外法学』一九九九年第二期、一二三—一二七頁)を参照。右の中では「権利と寛抑——清代訴訟世界の全体像」が、報告者の見解を最も包括的に示すものであり、以下の行論も多くはこれと重なる。
- (2) 高見沢慶氏が行った十九世紀台湾の或る土地売買契約文書群の分析からは、ごく普通の農地が十年に一度ほどの頻度で売買されていた様子が浮かび上がる。高見沢慶「臺灣鳳山張氏文書」(濱下武志等編著『東洋文化研究所蔵中国土地文書目録・解説(下)』東京大学東洋文化研究所附属東洋学文献センター刊、一九八六年)二五頁。
- (3) 清代土地法規範の概要については、寺田浩明「中国近世における自然の領有」(『シリーズ・世界史への問い』第一巻「歴史における自然」岩波書店、一九九二—二五頁、一九九九年)を参照。
- (4) 前近代中国鄉村秩序については、そこに所謂「共同体」的契機が欠けていたことを指摘する方が、戦後日本の通説的見解を成す。旗田巍『中国村落と共同体理論』(岩波書店、一九七三年)を参照。
- (5) 問「この田は羅扶元のものであり、おまえは佃種しているに過ぎない。それなのにどうして當銀を使用し、また扶元が犁田自種するのを許さないのか」。供「手前ども荘人はこの田を種してきて、歴來田主が代るだけで佃戸は換えず、世業と同様のものと見なしてきました。しかも増量し租を(承典者にも)支払っていたと言っただけで、田は仍お手前どもが耕種していたのです。若し田主自身が(佃地を取り上げ自分で)耕種したならば飯の食い上げです。だから行って阻止しました」(中国第一歴史档案馆・中国社会科学院歴史研究所編『清代地租制形態』中華書局、一九八二年、案件番号二四六)。
- (6) 「小婦人の夫は死んでしまって、子供の家も貧乏なので……乾隆四年に小婦人は食べるものもなく鐘卓仁から一兩二錢找価(代価の足し前要求)しました。乾隆五年に小婦人は鐘卓仁に「私は老いぼれて養ってくれる人もいない」といってまた十兩もらいました。乾隆六年には、病氣になって食べ物もなく、朱春貴任に支えられて鐘卓仁の家に行つて銀二兩を買いました。……乾隆七年十一月二十九日には、小婦人は飢えと寒さに耐えられず……」(中国第一歴史档案馆・中国社会科学院歴史研究所編『清代土地占有関係と佃農抗租闘争』中華書局、一九八八年、案件番号一一六)。なお岸本美緒「明清時代における「找価回賸」問題」(『中国——社会と文化』第二二五号、一九九七年)も参照。
- (7) 『大清律例』刑律人命「威逼人致死」条(明律も同じ)。「凡そ事(戸婚田土錢債の類)に因りて人を威逼して死(自尽)を致せし者は(兼して犯人に畏れる可きの威、必ずあるべし)、杖一百。……並びに埋葬銀一十兩を追す(死者の家に給付す)」。
- (8) 例えば、『湖南省例成案』工律河防、卷一「失時不修堤防」中段に引かれる岳州府同知・陳九昌の詳文の一節。欠租取り立てについて訴訟が成立しないことを述べた後に、「亦田主甘んぜずして田をばべつに別人を召して耕種せしむる有るも、旧佃は虎踞鳩占し刁悪なること多端なり。或いは老病の父母をば放死して図頼し、或いは撒毀の婦女をして罵詈上門せしめ、或いは佃頂の世業と称して陋規を横索し、或いは肘腋の良田、誰か敢えて接種せんと称す。是に於いて新佃は畏れて敢えてうけず、裏足して退するを情願し、此の田は竟に佃戸の世業と為り、永く還租の日無し」(次在所掲・寺田「田面田底慣行の法的性格——概念的検討を中心にして」九九頁所引)。文中の「図頼」とは、前注の「威逼人致死」条の存在を前提に当て付け自殺を行い(あるいは行くと仄めかし)相手を強請る行為である。図頼と威逼人致死条との関係については、三木聰「輕生図頼考——特に「威逼」との関連について」(北海道大学『史閑』第二七号、一九九五年)を参照。
- (9) 田面田底慣行の内実およびその形成過程、即ち同慣行と本論に述べた佃戸の各種利益主張との間の移行関係については、寺田浩明「田面田底慣行の法的性格——概念的検討を中心にして」(東京大学『東洋文化研究所紀要』第九三冊、三三一—三一五頁、一九八三年)、同『崇明県志』にみえる「承佃」「過投」「頂首」について——田面田底慣行形成過程の一研究」(東京大学『東洋文化研究所紀要』第九八冊、三九一—七八頁、一九八五年)を参照。
- (10) 当時の訴訟頻度については、中村茂夫「伝統中国法——雛型説に対する一試論」(新潟大学『法政理論』第二二巻二号、一九七九年)、夫馬進「明清時代の訟師と訴訟制度」(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)が、多数の史料を挙げて論じている。なお当時の民事訴訟は一件の事案について複数枚の訴状が繰り返し投じられたので、新受案件数は提出訴状数のおおよそ一割ほどの数になる。
- (11) 例えば、兄の老未亡人(高姜氏)から高値で土地の買い取りを求められた弟(高書行)が買い取りを拒否して揉めている事案について、地方官は次のように論ずる。「私は考えた。高書行の供述はなるほど情理になつてゐる。しかし調べてみれば高姜氏の歳はもう七十を越えている。へたをすると高姜氏はその老邁を恃んで死をかけ高書行に田佃若干の追加を一途に求め、また高書行の側もその理の直なるを恃んで少しも譲らず、延々と訴訟が続くことになりかねない。そこで私は高書行に論

て能く悔悟し、皆随時消釋す」。

- (19) こうした構造が、個別的な規範宣示たる裁判の局面ばかりではなく、集団的な規範の定立と受容の過程をめぐっても同じく見てとれることについては、寺田浩明「明清法秩序における「約」の性格」（『シリーズ・アジアから考える』第四巻・溝口雄三編『社会と国家』東京大学出版会、六九一—一三〇頁、一九九四年）を参照。またそうした規範観がそこにある一体的な生命観、言い換えれば反個人主義の産物でもあることについては、寺田浩明「合意と済心の間」（嵯正夫・濱島敦俊他編『明清時代史の基本問題』汲古書院、四二九—四四三頁、一九九七年）を参照。
- (20) ただ、一定の発言や行動が周囲の人々の潜在的な規範意識を背景にして行われ、また同時にその発言や行動を通じて周囲の人々の行動基準が整序されて行く過程は、地方官周辺についてのみ見られた訳ではない。日常社会における個別の民の逸脱的行動が周囲を巻き込んで次の新たな慣行を生み出す様子については、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』第四八巻二号、一三〇—一五七頁、一九八九年）を参照。また、むしろそうした形こそが当時における規範の生成と存立の一般的形式として目されるべきことについては、上掲・寺田「明清法秩序における「約」の性格」を参照。
- (21) 王朝国家自体ではなく政治的支配層全体に着目しても類似したことは言える。江戸時代の「士」身分は一〇%程いたと言われるのに対して、「生員」（科擧の予備試験の合格者）以上の紳士の数は、斯波義信「社会と経済の環境」（橋本萬太郎編『漢民族と中国社会』（民族の世界史5）山川出版社、一九八三年）に従えば、総人口三億人余りの十九世紀初めの時点で百十万人、その家族まで含めても四百五十万人と見積もられている。それぞれ総人口の〇・三六%、一・五%となる。
- (22) ここにおける皇帝権力がその正当性の基礎を、何ほどかの多観的絶対的な基準の存在を前提としてそれに合致していることではなく、相対的な現状を前にしてその一方に偏しないことに求めるという点は、既に黃仁宇氏が強調している。「そこで天子の持つ最上の美徳は、justであることではなく、impartialであることであつた。道光帝は林則徐を流刑に送ることも出来たが、同時に自分のいゝところに死刑を言い渡すことも出来た。そして彼が官僚達を束ねていたのは、まさにそうしたimpartialityによってであつたのである。」（黃仁宇『中国——マクロヒストリー』東方書店、一九九四年。Ray Huang, *China, a macro history*, Armonk, N. Y. 1988. 引用は原著二〇二頁）。
- (23) 民事法発達史の常識的理解とは逆に、中国法史においては、清代より時代を遥かに遡る宋代の方が、國家法上に具体的な民事規範が書き記されることが多く、またそれを援用して裁く裁判例も却って容易に見いだせる。民事裁判規範の倫理規範化

して言った。骨肉をもって重きとなし、錢財をもって軽きとなす。高養氏が、たとえおまえに三畝の田を典していない場合でも、おまえに急場の助けを求めてきたら、おまえ達としてはそれに応じない訳にはゆかないだろう。もし彼女に自存して行く力が無い場合、おまえ達はそれを棄てて養わないとでも言うのが、そこで本県は公断を下す。……」（胡学謙撰『問心一隅』『當地採訪』）。

- (12) 棚瀬孝雄「法の意味と理解とコミュニティ」（棚瀬編『現代の不法行為法』有斐閣、一九九四年）二九六頁。
- (13) 以下の論点については、特に上掲・寺田「權利と寛宥——清代聴訟世界の全体像」第二節「訴えと裁きの枠組み」を参照。
- (14) 中国の哲学者達の「公私」観およびその歴史的変遷については、溝口雄三『中国の公と私』研文出版、一九九五年、特に第一節「中国における公・私概念の展開」を参照。即ち、戴震は「己と私、私と欲とをきりはなし、己や欲を肯定的な概念として確立させる一方、私をマイナス概念として再び明確にしなおす。すなわち彼によれば欲の失が私であり、欲の自然は肯定されるべきものであり、その自然からはずれた私、即ち欲の失が不正・偏邪であるとともに非自然であると考え、天理の自然に対する偏私、あるいは公正に対する私（エゴイズム）、普遍・中正に対する特殊・不正という私概念が改めて再生された」（同書二三頁）。「すべての生が相互的に充足されるその相互充足関係が仁（仁公）のありようだと規定される」（同書二四頁）。
- (15) 何剛徳『客庭偶談』（清代歴史資料叢刊、上海古籍書店影印、一九八三年）卷三、11a。この慨嘆の位置づけについては、上掲・寺田「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」を参照。
- (16) 代表として、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存在」（一九七四・七五年。滋賀秀三『清代中国の法と裁判』創文社、一九八四年に収録）。
- (17) 滋賀秀三「清代州縣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）Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996, chapter 5.
- (18) 二つの側面を自らの中にバランス良く同居させている例として、汪輝祖『佐治叢書』「愚訟」の項。「詞訟の応に審すべきは十に四五無し。それ里隣の口角し、骨肉の細故を参酌するは、一時、氣競いて冒昧訟を啓くに過ぎず。否されば則ち不肖の人ありて從中操弄す。〔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、明切に警曉すれば、その人、類とし

ISBN4-423-73098-7

〔近代法の再定位〕

2001年2月25日 第1刷印刷
2001年2月28日 第1刷発行

編者 石井三記・寺田浩明
西川洋一・水林 彪

発行者 久保井 浩 俊

発行所 〒102-0083 東京都千代田区麹町 2-6-7 株式会社 創 文 社
電話(3263)7101 振替 00120-0-92472

後印省略 精興社印刷・鈴木製本 Printed in Japan