

「非ルールのな法」というコンセプト

——清代中国法を素材にして——

寺
田
浩
明

「非ルールのな法」というコンセプト

—清代中国法を素材にして—

寺田 浩 明

- 目 次
- はじめに
 - 一 伝統中国の社会と裁判
 - 二 法と社会正義の存在形態
 - 三 裁判制度の基本構造
 - 四 実定法の占める位置
 - 五 法の制度化の二類型
- おわりに

はじめに

日本法制史家の新田一郎氏は、日本では十三世紀後半に、「作法の世界」即ち現にそう振る舞っているという話と規範としてそう振る舞うべきであるという話とが上手く切り離せない世界から、両者を制度的に対比・区別する「法の世界」へのテイクオフが起こったと論じられている^①。その議論の背景にあるのは、規範と現実とが不即不離に綾成すような法の自然状態を出発点に置いて、その中から人が社会に潜在する規則性の幾つかを白覚的に取り出して明確化・客観化しそれに権力的な裏付けを与える、つまり「ルール」を定立する仕方現実と規範とを引き剥がす、あるいはそうし

た「ルール」を通じて社会全体を規範的に統御してゆくような構造が出来上がることを「法の制度化」と捉える視点である。

こうした視点は、古代からベツタリと同じ様な形の法があるかの如く論ずる仕方と比べて、格段に法の歴史の見方を立体的にする。そして実際、二〇〇四年秋の法制史学会研究大会では、この新田氏の立論の刺激を受け、また新田氏を企画者の一人として「法が生まれるとき」と題するシンポジウムが持たれ、世界各国史について刺激に満ちた報告が行われた^③。ただ、この議論の枠組みに依れば、民事実定法やそれに基づく裁判が何時までたつても立ち上がらない中国の様な国は、最後まで「法が生まれなかった」国ということになるらしい。確かにそうした仕方では論ずればそうした結論が出て来ることは当然であり、またその特性をしつかりと認識することこそが中国法理解の出発点をなす。しかし、では今度はそれを逆にして、ならば中国はずっと法の自然状態のままにあった国なのかと言えば、これも明らかに奇妙な話になることも確かである。後に見るとおり、中国では古くから民事紛争も国家の裁判所で積極的に処理され、また刑事については体系的な法典も作られた。そこでも民事・刑事問わず社会の全面に渉る仕方では社会規範の権力的制度的な統御の試みが行われ、二千年かけて一定の成熟を迎えている。では、あれは何だったのか。それは法の歴史の中の何処に位置を占めるのか。上の議論枠組みでは、問題のこの側面がすっぽりと落ちてしまうのである。

おそらく世界の法の歴史を自由闊達に論ずるためには、上述のような「ルール」型の法制度化モデルだけでは、やはり何かが決定的に不足しているであろう。そこで本稿では、伝統中国法、具体的には最後の王朝である清代の法現象を素材に、そこにおいて、およそ社会正義というものがどの様な形でイメージされていたか、またそれが具体的な法制度・裁判制度の中にもどの様に実装されていたかを、「非ルールのな法」の名の下に、極力もう一つの法の制度化モデルとして提示し、それを通じて東西の法制史をフェアに比較する為の新たな立脚点を獲得することを試みたい。^④

いずれにせよ実態の知識が何よりも重要である。そこで既に他の論文で何度も述べてきたことの繰り返しになるが、

以下においてまず当時の社会実態と裁判制度の概略を紹介しておくことにする。

- ① 新田一郎「日本中世の社会と法——国制史的変容」東京大学出版会、一九九五年。
- ② 同シンポジウムの概要については、『法制史研究』五五号（二〇〇五年）「会報」を参照。近口中に報告をまとめた論文集が刊行される予定である。
- ③ 本論文はこの数年間の講義や講演で一貫して追究してきた問題を総括するものであり、その意味で幾つかの拙稿と（時に大きく）重複する部分があることを最初にお断りしておきたい。例えば本論文中の「実定法」をめぐる論点については、筆者は既に拙稿「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」（大島立子編『宋・清代の法と地域社会』財団法人東洋文庫、一六三—三〇七頁、二〇〇六年三月）で初歩的な検討を行っている。またそれを梃子にして民刑事法の全体像を再構成する作業についても、二〇〇六年二月に台湾中央研究院歴史語言研究所で行った講演において着手し（その講演原稿の中訳版「試探傳統中國法之總體像」が、中國法制史學會會刊『法制史研究』第九期（二〇〇六年六月、臺北）に掲載されている）、ついで同年五月に早稲田大学比較法研究所で行った講演では更にそれを一歩深めた論点を提示した（その講演原稿「伝統中國法の全体像——「非ルールのな法」というコンセプト」は、同所編の『比較法研究所叢書』三四卷（近刊）に掲載される予定である）。本論文は、以上の旧稿および講演に対して様々な方から頂いたご批判・ご疑問に答えるべく書かれた。執筆や講演の機会を与えて下さった方々およびご批判を下された方々に、この場を借りて深く御礼を申し上げます。

一 伝統中国の社会と裁判

（一）社会のあり方

日本人が伝統中国社会を理解しようとする際に非常に誤解しやすく、それゆえ最初に注意すべきことは、両者における家のあり方の違いである。即ち、日本語で前近代の家と言えば、それぞれに固有の生業Ⅱ家業を持ち、家族員の世代交代を超えて延々と続いて行く組織体がまずは思い浮かべられる。そこでは社会全体もそうした家々相互の垂直的・水平的な関係として理解され、それゆえ人もまた、その家の中に生まれ、成長してからは自らその家業を担い盛り立て、やがては子孫にそれを引き継いで行くべき役割的存在としてまずは理解される。ところがそれに対して中国語の家とい

う漢字には、そうした先祖から受け取り子孫に引き継ぐ家業型の含意は殆ど無い。そこでは人は何よりも男系血統の生命の流れの中の一環節として存在し、また家も、まずは何よりもそうした近い血縁者が、様々な生業から得た収入を持ち寄って一つの財布で暮らし、共に富みまた共に飢える生活共同体として理解された。その共同体は父親を核として編成されるが、親が死んで喪が明ければ、やがては男子兄弟それぞれを新たな核とする幾つかの家に（あたかも蛙の卵が細胞分裂するが如く）分裂して行くものだと考えられ、且つその際には家の財産は男子兄弟間で厳密に均等分割された。中国の家は、理念において既にねずみ算的に数が増えてゆくものなのである。

ただ当然、日本式に言えばこれは「山分け」をしているのと変わりなく、実際、分裂し細分化した家の大多数は没落・衰滅してゆく。そこで次ぎには、中国人達は何故そうした「たわけた」ことを続けてきたのが問題になるが、その答えはおそらくリスク分散と言う他ないのだろう。中国人達は、男系DNAの生き残り戦略を考える場合、日本人のように一所懸命で一つの家を守るより、むしろ積極的に株分けをし子孫達それぞれに自由に様々な生業を選ばせ、そうした仕方では誰かの生き残りを目指す方が合理的だと考えた。裏から言えば、中国の社会環境・自然環境はそれ程に過酷であった。そして実際、確かに没落する家もある一方で、他方には上昇を遂げる家もある。両者間で土地財産は異様な程の頻度で売買され続けた。また政治権力は国家官僚制に集中され、しかもその官僚の地位の世襲は許されない。その反面、才覚のある子は万民に開かれた科擧を通じて官僚に上る。経済と政治の両面に涉るこうした激しい垂直的流動性こそがこの社会の特徴をなす。

当然そこでは社会生活の基調は、生成衰滅を繰り返す小さな家々同士の生き残り競争となり、その間で日々小競り合いが繰り返されることは避けられない。しかも家というものが上記のようなテンポラリーな単位である以上は、それらの家々を地縁的に結ぶ仕方で固定的・安定的な互助関係や支配保護関係を作り上げること難しい。そして実際、中国前近代には紛争を自己完結的に処理できるだけの資源を持つ統制的な団体は社会の中には普遍的には存在しなかつた。^②

そこで人々は紛争になれば、当然にまずは調停者を手近に求めるものの、隣人親族が間に割って人つても解決が付かないとなれば、殆ど躊躇いも無く国家の法廷、具体的には州あるいは縣と呼ばれる国家最末端の行政区画（清代半ばの平均人口は二千万人程）の長官（中央から派遣された科擧官僚である。任期は数年）の下に訴訟を提起した。^④

清代では官への提訴のことを「打官司」と呼ぶが、それは具体的には訴状を州縣の役所に提出する形で行われる。州縣の役所には、農繁期を除く八ヶ月間、例えば三の日と八の日といった形で月に六日ほど、訴状受付の窓口が開かれた。どの程度の数の訴状が出されたか、判決が下されていたかについては様々な数字が史料から拾えるが、数値の意味と行政区画の大小を考慮して整理すると、人口二十万人の一州縣当たり、訴状の生の受理件数では年間一万枚程、新受案件数にすれば年間千件程、判決数では年間三百数十件程といった見通しが得られる。清代の州縣は千六百程あるので、全国の数値はその千六百倍、即ち清朝の年間新受案件数は百六十万件というのが大雑把な数になる。前近代にしては大変な訴訟社会であると言つて良いのだろう。

（2）裁判制度

そして清朝においては、そうして末端の州県長官によって受理された訴訟事案は、次の二つの何れかの仕方でも処理された。^④

まず、事案内容が「戸婚田土」の案（婚姻関係や土地財産をめぐる争い）や「闘毆賭博等細事」（喧嘩小競り合いの類）で、且つ刑罰で言えば笞刑五等・杖刑五等・徒刑五等・流刑三等・死刑二等の五種二十等から成る刑罰体系（ここではそれぞれ刑罰はこの二十の刻みを持つ物差しの一日盛りの如く理解されていた）の内の笞刑杖刑以下、即ち無刑罰かせいぜい鞭叩き程度で済む事案については、訴状を受理した州縣長官自身に判決・執行までの権限が与えられた。それを史料では「州県自理」の裁きと呼ぶ。ただこれらについても、もし当事者側が州縣長官の事案取扱い方法や判決内容に不満な場

合には、随時事案を上級官庁に持ち込むことが許されていた。それを「上控」と呼ぶ。

それに対して、事案内容が「命案」（他殺自殺を問わず人死にが出た事件）や「盗案」（強盗や窃盗）に絡んだり、あるいは紛争種類を問わず、とにかく処罰が上記刑罰体系の徒刑以上の刑罰を帰結するような重大事案（以上を総称して「命盗重案」と呼ぶ）については、訴えを受理した州縣長官には取調べと上申書（判決原案書）作成の権限のみが与えられ、その原案書と身柄とは州縣官を監督する府以上の官庁に順次送られその段階的な覆審に委ねられ、そして最後にその刑罰の重さに見合った然るべき高官（徒刑でも総督・巡撫という省の長官クラス、死刑になると皇帝その人）の決濟を待つてはじめて執行に移る仕方が取られた。当事者の上控を待たずに必ず上司の覆審に懸けられるゆえ、この手順を称して講学上「必要的覆審制」（滋賀秀三）の裁きと呼ぶ。

当然ながら、戸婚田土・州県自理の裁判では当事者間での財産争いとその解決（つまり民の訴え事を聴くこと）「聴訟」が裁きの焦点となり、それに対して命盗重案・必要的覆審制の裁きでは犯罪者に対して刑罰を科すこと（「断罪」）が裁きの焦点となる。それゆえ常識的な意味で前者の全体を民事裁判制度、後者の全体を刑事裁判制度と称することも一概に誤りではない（本稿でも時にこの便宜的用語を用いる）。ただ、州県自理の裁きにも軽微な体罰は伴い得、また反対に事案に命盗重案的な要素が一つでも含まれていれば、民事的部分までも含む一件事案の一切が必要的覆審制の流れに乗せられることが示すとおり、そこにあるのは結局は事案の民事的側面と刑事的側面とを一つの裁きで一挙に片づける裁きと、その為に作られた州縣長官を起点とし最後は皇帝にまで至る一本道の官僚制的な司法制度であり、上の二つの違いはその階梯を必要的に何処まで上らせるかの差に過ぎない。そしてその区分の目安になるのは基本的には事案が含む刑事性の大小であり、またその制度編成の背後にある考えも、細事は末端に任せる代わり大事は極力中央に集めて処理をしようという官僚制的な権限分配の発想であった。

(3) 判断の二つの型とその現れ方

ただ裁きの制度は一種類だと言っても、その中に見られる具体的な裁きの仕方・判断の方式に着目すると、州県自理と必要的覆審制という制度的区分、民事紛争処理と刑事処罰という内容的差異と一部は重なりまた一部は食い違いつつ、外形的には顕著に異なる二つの判断の仕方が見て取れる。

即ち第一は、必要的覆審制の上申過程、特にその中の刑罰決定部分に見て取れる「律例援用型」の判断のあり方である。必要的覆審制では官僚達は事案処理に際して上司に向けて一件一件、上申書を書かなければならなかった。そして律に「凡そ罪を断ずるには皆な須く具に律例を引くべし」という規定があるとおり、その中の断罪、即ち科すべき刑罰を提案する部分では、嚴格に実定法を引くことが求められており、またそれに応えるだけの体系だった律例、即ち罪情を事細かに分類しそれぞれに見合った重さの刑罰を上述した五種二十等の刑罰目盛りの中から一つ選んで指定した（つまり最初から量刑裁量の余地を徹底的に排除した）^④。詳細で体系的な刑法典が早期から発達していた。そして覆審の過程では、適用条文の適否をめぐる提案者と覆審者の間で時に厳しい議論も交わされる。確かにその様子は、我々の裁判官が実定法に基づいて判決を下す様子を彷彿とさせる。

ところがそれに対して、例えば州県自理の裁きの判決文を読むと、そこに律例が引かれる例は今度は皆無に近い。笞杖の刑罰を科す場合にも律例を引く例は殆どない^⑤。無刑罰の事案については無刑罰だから刑法典が引かれなないのは当然だとも言えるが、ならば代わりに「慣習法」の如きものが引かれるという訳でもない^⑥。むしろそこで代わって高く掲げられるのは、「情理」（「據げると「天理・人情」という、一般的な道理への目配りと、紛争両当事者の抱える個別事情へ細やかな配慮とを両睨みするような漠たる理念であった。^⑦）

そしてこうした具体的指示内容を持つ法に基礎を置かず、情理という理念（あるいは言葉）だけを直接的指針として

行われる判断（以下では「情理直結型」の判断と呼ぶ）は必ずしも州県長官のみがした訳でもない。例えば州県長官の行う戸婚田土・州県自理事案の処理内容に不満な当事者が「上控」を行い事案が府以上の上級官庁で処理された場合も、その上級官が行う判断はやはり情理直結型で行われる。また徒刑以上の刑罰を帰結する要素を含むために最初から必要の覆審制に載せられた（そして断罪の部分について律例を援用する）事案でも、その中の民事的な争いの処理部分については、（土地盗売のケースなどの様に律例にそこまでの処理指示がある少数の場合を除いて）やはり情理直結型で処理される。またこの形は必ずしも実定法の不存在のみが引き起こすものとも限らない。上に見たとおり州県自理の裁きでも笞杖刑が科せられるが、そこでは律例は引かれない。また断罪作業もその頂点に至ればそこには皇帝が現れる。そしてその皇帝は、断罪に際して官僚に律例援用を要求し、またそうして上がってきた律例準拠的な刑罰原案の大部分をそのまま認可するという側面に着目すれば、一面では律例援用型裁きの頂点に立つ主体だが、反面、それを必要と考えれば皇帝は官僚が上げてきた律例準拠的な判断を自由に覆すことができた。そしてそうした場合に皇帝が行う判断はどの様になされるのかを問えば、そこでも「王道は天理人情に本づく」といった表現に出会うことになる。

さて、それではこの二つの判断の仕方・裁きのあり方は内的にはどの様な関係に立っているのだろうか。またそうした二つの裁きのあり方を共に生み出した必要とする法と裁判の全体像をどう考えれば良いのだろうか。皇帝自身の振る舞いが示すとおり、全体の枠組みは明らかに情理直結型の方にある。そこでまず最初に情理直結型、とくにそれが最も典型的に現れる戸婚田土の案・州県自理系統の裁き（常識的な意味における民事裁判）を念頭に置きつつ、伝統中国人が普通の社会生活を送るに際して裁きに期待していたものは何だったのか、そこで法はどの様なものとして理解されていたのかを素直に整理することから始めよう。

① 以下に述べる「伝統中国家族の構造と特質」については、滋賀秀三「中国家族法の原理」（創文社、一九六七年）を参照。

② 伝統中国村落の実態と機能については、戒能通孝「支那土地法慣行序説」（同「法律社会学の諸問題」一九四二年、のち「戒能通孝著作集」第四

卷「所有権」日本評論社、一九七七年）他を参照。宗族（血縁組織）の国制的位置については、滋賀秀三「刑案に現れた宗族の私的制裁としての殺害——国法のそれへの対処」（同『清代中国の法と裁判』創文社、一九八四年所収）他を参照。

③ 以下に述べる訴訟のあり方については、拙稿「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」（『法学』六一巻五号、一八四頁、一九九七年）を参照。

④ 清代の裁判制度のより細かなあり方については、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」（前掲滋賀『清代中国の法と裁判』所収）を参照。

⑤ 中国刑法典が持つこうした形式的特徴（絶対的法定刑主義）については、前掲滋賀「清朝時代の刑事裁判」、および前掲拙稿「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」なあり方について」を参照。

⑥ 滋賀秀三「民事法源の概括的検討——情・理・法」（前掲滋賀『清代中国の法と裁判』所収）等を参照。なお律には笞刑杖刑を規定する条文が多数あるが、以上の事情から、それらの出番は現実には上申事案に含まれる副次的要素に適用される場合に限られる。

⑦ 滋賀秀三「法源としての経義と礼、および慣習」（前掲滋賀『清代中国の法と裁判』所収）参照。

⑧ こうした裁きの理念と内実およびその背景については、前掲滋賀「民事法源の概括的検討——情・理・法」および前掲拙稿「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」を参照。なお清代民事裁判の実態については、米国のフィリップ・ホアン氏が、清代民事裁判も黙示的な仕方ではあるが律例に準拠して行われており、また律例はそうした民事裁判を行うに足るだけの実体規範を含んでいた、という真つ向から異なる事実認識を示しているが、その実証的・法理論的難点については既に拙稿「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. Hwang) 氏の近業に寄せて」（『中国史学』第五巻、一七七—二二七頁、一九九五年）、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』第二号、一五二—二八二頁、一九九八年）の中で事細かく論じたので、本稿ではこれ以上は立ち入らない。なお、現時点から振り返ってみると、ホアン氏の議論は手続的な法準拠を主張するものというより、むしろ清代民事裁判は（現代アメリカ人が考えるような）「恣意的」なものではなかったことと主張することを主目的に、それを現代アメリカ人の常識に従って「法に基づいていた」と表現したに過ぎないと言うべきなのかもしれない。本稿は、ここに見られる裁きの「恣意」性回避の為の別のあり方を示すことを通じて、こうした連想の不当さを指摘する。

二 法Ⅱ社会正義の存在形態

(1) 個別主義と普遍主義

先に見たように民事裁判は当事者の訴えによって始まる。そしてその訴状を通過すれば、その訴えが共通して、相手は私を弱者と侮つてずけずけと私の領分に押し入ってきており(当時の用語ではそれを「欺圧」と総称する)、その結果として私は不当にも押し下げられた状態(同じく「冤抑」と呼ばれる)にある、そこで公平至極な原知事様、どうぞ弱者たる私の為に主となって欺圧する輩を懲らしめ、私のこの冤抑を伸ばして下さい(それを「伸冤」と呼ぶ)、といった論理で組み立てられていることが気付かれる。常識的な抑訟論・嫌訟論が振りまくイメージとは反対に、ここにも所謂権利意識は溢れる程にあり、またそれを助ける公権力への役割期待が存在する。そこにある訴訟観は、不当な侵害の告発と公権力に対するその回復要請という点では、むしろ我々の権利侵害・権利実現図式と共通する。両者の差異はその先に存在する。

即ち、我々においてはその不当な侵害を論ずる時の境界線は当然に「権利」の界限であり、その正しい境界の全面的実現状態こそが法である。そしてその境界は恰も(当事者の事情如何とは無関係に)客観的に存在するかの如く理解され、またそれ故、訴えの大部分もその権利の客観的存在の論証の為に費やされる。それに対して伝統中国の訴状において前面に押し立てられるのは、むしろ相手の道義を弁えぬ行為の不当さ、そうした行為をして憚らぬ相手の人格に対する非難である。そのアピールの為に必要とあれば、相手の暴力沙汰や日常の素行も積極的に書き込まれる。何故こうした違いが出て来るのかの背景事情を手短かに説明すれば、以下のようになるだろう。即ち、ここでは社会は先に述べたとおり小さな家々の生き残り競争としてある。当然それぞれの家は、自家の生存を図るべく様々な論拠を掲げて死にも

ぐるいで自家の利益を争う（そしてその余りしはば過剰な利益主張に及ぶ）。しかし冷静に考えればここではすべての家が同じ運命の下にある。最終的価値はそれらの家々が全体として共存共栄すること（それをここでは「公」と呼ぶ）であり、その為には時には相手の事情をおもんばかり、自家のみ良ければ善しとするエゴイズム（それが「私」である）を抑制することが必要なことは却ってここでは当然白明の前提とされる。それを出来るのが文明人であり、そして当然いま訴えを行う私自身もその文明人の一人である。ところが相手は……、という場所こそが、ここでは公的な仕方と利益主張をする場合の出発点・立脚点になつてゐる。冤抑の主張が常に相手の「欺圧」即ち互譲義務違反の告発と表裏し、また伸冤の作業が常に何程か互譲義務違反者の懲戒という軽微な刑事的要素を含んでしまふ理由もここにある。つまり、ここで「不当」な侵害とその回復を論ずる際の境界線を成しているのは、我々が考えるような単体の権利相互の間に成り立つ客観的筋目というよりは、むしろそうした互譲倫理保持者同士の間で成り立つ最適共存線という一段と屈折した線なのである。

しかしこのように問題を組み立ててしまえば、誰の目にも明らかな侵害行為がある場合を除けば、何が正しい境界線なのか（どちらがどちらを押し込んでいるのか）を客観的な仕方と論ずることは極度に難しいことになる。多くの紛争において双方ともが相手の欺圧を論じ立て合うことが何よりも示すとおり、問題の半ばは両当事者の持つ互譲期待値の齟齬それ自体にある。そうした所で第三者がなし得ることは、局外の公平な立場から、両当事者の主張それぞれの根拠と彼がそう主張せざるを得ない背景事情とを評価して、適切な折り合い所を探ることより他にはない。そして先に述べた「情理」（一般的な道理への日配りと、紛争両当事者の抱える個別事情へ細やかな配慮）という価値は、まさにそうした作業をガイドする指針としてこの裁きの中に登場する。ただ当然、理（道理）の方は天下共通でも、情（事情）の方は事案毎に千差万別である以上、情理と云つても、あるいは情理と言へば言うほど、今回の事案について具体的にどう処理するのが果たして「情理にかなつてゐる」のかは、結局は個々の事案が持ち込まれる度毎に、その都度一つ一つ考え出し

また語る他はない。その意味ではここにある裁きを「個別主義的」裁きと性格付けること自体は間違ではない。

ただ問題は、伝統中国の人々も、多くの現代人がそう考えるように、そうした無基準的・無手勝流のやり方では何が正しいかは結局は判断する人次第になる、即ち「個別主義的」イコール「恣意的」だと考えていたかという点にある。そしてその答えは半ばは是、半ばは否である。

即ち、当時の中国人達も、言うまでもなく、こうした仕方でも常に情理にかなった裁きが現れるといった暢気な期待を持っていた訳ではない。史料の中にも、喧嘩の仲裁に入った第三者が苦勞して一旦裁定を下しても、不満な当事者側が、お前は最初から相手方に肩入れしているからそんなことを平気で言うのだ、お前は公平ではない、それは誰もが認める天下の「公論」ではないと言って抗う様子が時々描かれている。判断者の恣意性への怖れはここにも当然の如く存在する。ただその後の展開が我々には少し興味深い。それを言われた仲裁者側は当然ムツとする訳だろうが、それでも最後には、「もし私が不公平だ、この裁定が公論ではないと思うなら、別の誰でも良い、お前が公平だと思う人間の所に行つて聞いてみる、きっと私と同じ様子を言う筈だから」と言い返す。それによって、語られた内容が天下の公論であることを本人に確かめさせようというのだろう。逆に言えば、その動きを力で封じると却つて自分の公平さに自信が無い何よりの証拠になってしまうので、そう問われたらそう答える他はない。

当然、行つた先でも同じ様な結論が示され、それが公論だったことが「実証」される、それで不満な側も万やむなしと諦めるという展開もあつただろう。また逆に別の主体によつて「真正の公論」が示され、元の解決案の非公論性、元の解決者の不公平さが満天下に暴露されるという展開もあつたに違いない。ただ当然、その再度の結論に不満な相手側もまた同じ事をなし得るのである。結局は、頑張ればなお結論が動く余地がある（それは未だ「定論」ではない）と、方当事者が考える限りは、その争訟意欲と金銭的余裕に任せて問題はどんどんと広い場所・高い権威の下に持ち込まれ統けることになる（それを封ずるような論理がなく、また力でそれを封じうる程の社会的実力者も一般的には居ない）。

そしてその権威ある公論を求める動きはやがては地方官への訴えに至る。それが先に述べた打官司である。しかもこの制度では、その地方官の裁きに不満な当事者は更にその上司へ上控することまでが許されていた。

発端にあるのは確かに個々の裁判者・個々の裁きが持つ恣意性への不安であるが、これらすべての動きの基礎にあるのは却って逆に、個別主義的な裁きは原理的に恣意に至るといつた諦念ではなく、むしろ事案毎に様々な事情を考慮に入れてする個別主義的・総合的判断であつても、その一つ一つの事案についてまともな人間が公平な立場に立つて一生懸命考えれば、行き着く結論は大体同じになるものである、あるいは当該問題についての「誰もが認める一つの正しさ」―「公論」というものが必ずある筈であり、裁きはそれにこそ依るべきであるという強い確信である。

そして確かにこうした理念と仕組みがある限りは、どんな裁きの主体も、最後に恥をかきたくなければ、未だ見知らぬ人々の評価に耐えるだけの公平無私な内容・何処に出しても恥ずかしくない結論を語るべく、それぞれの場所で努力せざるを得ない。また訴える側も、こうした仕方であつた天下の公論の在処が順次明らかになつて来れば、なお頑張つて頑迷強欲なエゴイストのレッテルを貼られて最後に一人孤立するよりも、その前に自分も天下の道理を弁える一人だと言つてその結論を自発的に受諾する方が得策だと判断することになる。こうした公論の持つ同調強制力こそが、ここでは紛争を止ましむる最大の動力であつた。そして実際、こうした緩い仕組みにもかかわらず殆どの紛争は何時か何処かで止んでゐる。

つまりここでは、なるほど対象の扱い方・判断の内容に即して言えば無限に個別主義的な考え方が取られるが、その当該判断の社会的共有の側面について言えば今度は、個別の事案それぞれ毎に天下の誰もが認める一つの正しさ―公論が存在し、正しい裁きではそれが語られる筈であり、またべきであるという、とつともなく普遍主義的な理想が懐かれてゐるのである。そして、こうした普遍主義的な理想とその理想を支える（あるいは最小限表だつては否定しない）義務こそが、現実には単なる一個人の口から無前提的に出て来る個別主義的な判断を、当該事案について社会全体が共通

して懐く当否正義に関する判断、即ち「法」たらしめ、またその裁きを、そうした法に従って個別争訟に決着を付ける過程、即ち「裁判」たらしめているのだと言うこともできる。

(2) 日常的判断との相似性

そしてそうした判断の仕方・裁きのあり方は、人々の日常的な社会生活のあり方と次のような相似形的・同心円的關係に立っていた。

即ち上に情理をめぐって述べた「事態毎に異なる全背景事情を汲んだ総合的な判断」も、抽象的に言うと同分と難しい作業のように聞こえるが、その内実は何のことはない普通の人々が日々の社会生活で行っていることでもある。日々の社会交渉においても、まともな大人は、自他の状況を総合的に観察しながら、今回はどこまで押せるか、またどこで譲るべきかについて、それぞれなりに良く考えて振る舞っている。しかもその押し引きの基準（あるいは呼吸）は大筋において社会的に共有されている。だからこそ大部分の社会関係は衝突無しに営まれうる。上の個別主義と普遍主義の理想の結合状態は、その意味では既に半ばは中国社会の現実でもある。

ただ勿論その判断基準は人々の心中に主観的に分け持たれているだけなので、時にはその判断相互が齟齬することも避けられない。そうした齟齬は通常は相手方の抵抗や周囲の人々の評価を踏まえて当事者双方が自己の基準を再調整することで解消される。しかし時には双方が自分の判断こそが天下の公論だ（相手方が一方的に道義を踏みにつけているのだ）と言い張って譲らないケースも必然的に出て来ざるを得ない。それがここにおける紛争であり、また当事者がその自己の止しさを公衆に訴えるのが訴訟である。その意味では裁きとは社会的には、そうして持ち込まれる眼前の個別事案に即して、狭くは両当事者、広くは周りに居て事態の帰趨を見守る当事者社会の人々が共に受け入れられるような具体的な解決策を衆人環視の中で見出して示し、齟齬した判断基準を再び一つにチューニングする社会過程でもある。

そしてそうした紛争の過程・裁判の様子は、更に同時に周囲でそれを見守る人々の判断基準の再調整の素材とされてゆく。^④

そうした日常的な相互交渉や裁判を通じて、社会成員の押し引きの判断基準が実体的に緩やかに統合されている状態、あるいは、すべての社会関係が情理かなくなった仕方です。日々調整されている（誰一人として敢えて「冤抑」を訴えてこない）状態こそが、ここにおける社会正義法の表現形態であった。そしてその法は、抽象的な語り方をすれば情理という一つの言葉・理念に行き着き、また反対にその情理の具体的な内実を探って行くと、今度は無数の「情理かなくなった」紛争解決事案、更には日々平穩裏に営まれる個別の社会的交渉行為の全体に至る。そうした個別的な正しさの総体が、情理あるいはここにある法の内実である。

（3） 事案と原理の中間項

しかし、以上の事態を逆の側から言うならば、ここではその一つの「情理」という言葉と無数の「情理かなくなった解決事案・社会交渉」の中間に余り硬い社会的構築物が見あたらないということでもある。

勿論それは個々の社会交渉や紛争解決が完全に無論理的に行われていた、そこに実体として共通項が見あたらないという話とは同じではない。むしろ後代の我々の目から多数の契約事例・紛争事案を通覧すると、それこそ家族財産の処理という一分野だけでも滋賀秀三『中国家族法の原理』といった題名の名著が一冊書けてしまう程に、何がバランスが取れた処理かをめぐって、ここにもそれなりに込み入った論理構造が共通して見て取れる。社会実態を論ずるならば、そこにも社会的相互性に基礎を置く一定の規則性は確実にあるのであり、そしてそれが上述の流動的で市場的な社会関係の暗黙の基盤をなしていた。しかしここでは、それらは近代の法学者が彼らの日常行動や裁きの内容全体から大局的な事実として「発見」あるいは「復元」するものではあっても、同時代の人々が意識的・自覚的に取り出して規範体系

として示したり、況や実定法化したりするものとはならなかった。国家の裁判も民間の調停もそれを自らの「法」とはしなかった^⑥。同時代的にはそれらの論理もまた、「情理」を構成する一部分、当事者が言い立てまた裁きにおいて配慮もされる一要素として、無数の事案・無数の行動の中に埋め込まれたままにあった。

そしてこの点に気付く時、我々は、西洋人が「法」という名前でまず思い浮かべるものが、どうやらこれとは反対に、むしろ専らこの中間レベルの話題、即ち個別の事例よりは勿論抽象的だが、しかし情理といった原理よりは遙かに具体的な内容を持つ言葉のあり方であることの特異さに改めて思い至ることになる。そこで法として語られるものは、何故か不思議に、どれもが原因と結果、要件と効果の因果関係、つまり一定の幅を持った行為類型とその幅の中にある個別行為が生み出す効果とを対応させた「ルール」の形をしている。そしてこのルールを間に挟んで、一方にはそのルールに従って営まれる社会が、そして他方にはそのルールの擁護者としての権力が配され、裁判もまた何よりそうしたルールの実現の場として理解される。そして法をまずは何よりもこうしたルールとして考える発想法は、別に近代国家や法の典法自体が作り出したものでもない。判例法固で判例を通じて探究された確立されるものも何故か最初からこのルールの形をしており、それどころか「神の法」や「Law of Gravity」方有引力の法則」までもがその形で思い浮かべられる。むしろ世界はルールとその変種から成っているというその発想法の方が、却って様々な社会制度を生み出している様すら見える。

ところが伝統中国の上述の法では、良くも悪くも、この中間レベルの構成が余り自覚的な仕方では表には出てこない。あるいはより正確に言うならば、裁判というものがそれを基軸として作られていない^⑦。裁きを裏付ける規範的要素は、言葉のレベルで整理すると一挙に情理という一語に至ってしまい、その情理の具体的内容を求めて行くと今度は無数の個別の事案に至ってしまふ。むしろ情理という一つの原理が、無限に異なる個別事案毎にそれに見合った具体的な姿をその都度その都度、直接的に顕現する。あるいは個々の裁きが、情理という「空の箱」の内実を繰り返し充填して行く。

その典型的な場が裁判であり、またその顕現作業を身を以って担うことこそが裁判権力Ⅱ公権力の役割であると積極的に考えられてすらいる。ここでは法と裁判とは、そのような仕方でも重ねられている。

① 以下に述べる伝統中国における訴訟理解の特質については、前掲拙稿「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」を参照されたい。

② ちなみに言えば、最後は当事者による自発的受諾という形で紛争が終結するというこの側面に着目して、ここにある裁きを「調停」と性格付けることは勿論可能であり、また法に縛られない裁判官が恣意的解決を一方向的に押し付けていたといった奇妙な誤解を解くためには時には必要でもあろう。しかしそれを超えて（近代の調停論が「法に基づく裁判」との対比で強調するが如く）この裁きが当事者の受諾に基礎を置くことまで考えてしまえば、上に見たような社会的連関のすべてが見失われることになる。本文に見たとおり、そこにある基本構造は、むしろ社会全体が懐く正義感に従って、またその社会の持つ圧力によって、個々の行為が一つの所に迫り込まれて行く過程であり、それは本来的に法の視点から語るのにこそ相応しい。それに何より、他方に裁判を持つ近代司法制度とは異なり、伝統中国ではここより他に民事について法を語るべき場所は何処にもないのである。

③ こうした同調強制力の裏側にあるのはそれに抗し得ない当事者の姿（そうした孤立を支え得ない正義のあり方）であり、また一つの公論という想定の中にも、実はこうした大勢順応を旨とする人々の動きがある（その実態があるからこそ、最後には公論が一に採すという想定も描きうる）。こうした表からは見えない、しかし同時にここにおける法的強制すべての背後に見え隠れする「過同調」的な基底構造（およびそれと権力との関係）については、拙稿「明清法秩序における「約」の性格」（溝口雄三他編『社会と国家』（シリウス・アジアから考える第四巻）東大出版会、六九—一三〇頁、一九九四年）を参照。

④ 当時の裁判は事実上、公開であり、地方官側も裁判が持つこの実物教育的な効果を意識して振る舞っていた。汪輝祖「学治臆説」「親民在聽訟」……大堂なれば則ち堂以下に佇立して観る者、数百人を下らず。ただ一事を判しても、事の相類する者、是と為し非と為し、皆引伸して旁達す可し。未だ訟せざる者、戒む可く、已に訟する者、息む可し……。

⑤ そして土地所有・土地取引の分野についても同じ事は言える。著者も拙稿「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、二三—二三頁、一九八三年）以下の一連の研究において熱を込めてその解明に努めた。

⑥ なお森田成満氏は、『清代土地所有権法研究』（勁草出版サービスセンター、一九八四年）以下の一連の研究において、地方官が裁きて示す土地紛争処理関係の論理内容を、「民事法理」と「調整法理」とに分けて分析されており、その所説は（裁判官は「法理に基づいて」裁判をしていたと論ずる限りにおいて）「情理」を軸とする民事裁判論と所々で対立し、また第一節註⑧で紹介したフィリップ・ホアン氏の「法に基づく裁判」説と共通するかの外見を見せる。しかし本文で見たとおり、社会の中にすら見える規則性は、当然ながら裁判の中にも同じく見て取れる。地方官の判決例からそれを「復元」することも当然可能であり、またそれを裁きの中に見られる論理と言の意味で「法理」と呼ぶことは十分に可能である。結局のところ問題は、そうした規則性およびその護持が、裁きそれ自体の制度的な正統性根拠とされていたか否かという所のみである。そして「調整法

理」の存在を論ずることが示すとおり、森田氏自身も「民事法理」の単独実現がここの裁きの正統性の基礎とされていたとまでは考えておられない。本論の如く社会的規制性と裁きの正統性の問題を分けて議論すれば、情理論と氏の法理論との間にある表面的な食い違いの大半は解消する。

⑦ そしてそれを厳しく自らの法とする裁判（そのことに自らの存立基盤を求める裁判権力）という構造が無い限り、それら規制性が規範として社会関係の中からくつきりと括り出されるといふこと自体が起これないだろう。中国に「慣習法」という構造が存在しなかったのも同じ原因による。

ジェローム・ブルゴン著、寺田浩明訳「アンシビルな対話 清代では法と慣習とがシビローの中に融合しなかった件について」（『中国——社会と文化』第二〇号、二〇〇五年、原著、Jérôme Bourgon 'Incivil Dialogue: Law and Custom did not merge into Civil Law under the Qing', *Law Imperial China* Vol.23 No.1 [June 2002]:pp.50-90）及び寺田による「訳者解説」を参照。

三 裁判制度の基本構造

(1) 正統性をめぐる循環構造

しかし、何が正しいかの判断は全人民の心の中で共有されており裁きはそれに依拠して成り立つと言っても、それは何かは勿論外からは見えないし、また厳しく論理を言えば、事案事案が個別的である以上は、個別事案が起こるのに先ず行してそれが予め存在する訳でもない。結局それは、一つ一つの処断に当たって裁きを担当する具体的な人間の口を通じて、その場で直接に語り示されることになる。しかしそうした具体的な結論を誰がどうやって示せるのだろうか。

周知のとおり伝統的理念では、そこで公平な第三者・至公無私な「有徳の大人」が現れてその公論を直接的に語り、無徳なゆえに争っていた当事者もその説論を聞いて道理に目覚め、かくして互助互譲の社会関係が恢復される、ということになっている^⑧。しかも理想は「片言もて裁く」、余り論理的な説明はしないらしい。解決を求められている問題自体が、結局はどのあたりで妥協させるかという程度問題、あるいは広い壁の何処に一枚の絵を掛けるかと収まりが良いかという話に類似した総合的なバランス問題である以上、その適否はむしろ示された具体的結論によって直感的に理解

される種類のものなのであろう。そして実際そういうことが得意な人が世の中に居ることは確かなことであり、またフランスの良い結論が人々によって説明無しに直ちに受け入れられることも、我々が日常的に経験するとおりである。上の話は単なるおとぎ話ではない、むしろ反対に強烈なリアリティがある。

しかしこの話は、疑う方向に行くことと面倒なことになる。それが総合的なバランス問題である分だけ、その正しさを論証的な仕方では説得し尽くすことは今度は逆に難しい。その結果として、一旦疑い出せば、その第二者が語る中味が本当にその「誰もが認める正しさ」か、あるいは別の言い方をすれば、その第三者が本当にその「誰もが認める正しさ」を示せる公平無私な人なのか、偽聖人が「仮公済私」しているだけなのではないかという疑いが幾らでも出てきてしまう。

そこでその不安定さを吸収する社会的な装置が必要になる。そして上述した紛争解決の展開のあり方はまさにその為の装置であり、その公論願望の受け皿として地方官から皇帝にまで至る官僚制機構が組み立てられていた。共存を可能とする正しい一つの答えは必ずある。それが見出せないのは、裁く主体が一方に偏している為である。そこで民間調停主体が不公平だと考えた人々は、より高い権威に公平有徳な主体を求めて、その地に一人の科挙官僚たる州縣長官に打官司し、また打官司後も、当該地方官が不公平だ（天下の公論を語るべくは徳が不足する）と思えば上司に上控し、そしてその官僚制的な階梯の遙か先に全人民の共存を体現する公平無私な皇帝が座っており、彼が何かを語ることによって天下の公論はそこで必ず一つに定まる筈である。役所に行けば在地の人間関係に縛られない科挙官僚が、広い世界・そこに共存して生きる民の良識を代表して天下の公論を語ってくれるに違いないという期待こそが打官司を生み出す。逆に言えば、民の日々の振る舞いにおいては、天命を受けた有徳の皇帝と彼が任命した官僚達から成る権威序列が取り敢えずは所与視され、それが秩序と制度の枠組みを提供していた。

ただこの論理に従えば、その皇帝についても、本当に彼が公論を体現しているのかは同様に疑いうることに属する。

そして実際、現皇帝が公論を語り損ねてばかりいると、真止の公論を体现する別の主体が現れ、彼が代わって天命を受けるという「革命」の論理までが準備され、そして時々それが発動された。皇帝の地位と雖もここでは決して天然・自明の所与とはされてはいない。ただここで同時に注意すべきは、その新皇帝が行うこと・出来ることも、結局は無前提的な仕方である。公論を体现してみせることに限られることである。理念的な基礎付けを求めていつた先に出会うものも、やはり事実レベル・実績次第の話に他ならない。^③あるいは、有徳な人は公論を語るといふ話と、公論を語れるから有徳な人なのだといふ循環論が、ここでは最後まで解決されることがない。

つまりここにあるのは、下は末端の調停主体や地方官から上は皇帝に至るまで、法を語る立場の正統性と語られる法内容の正当性が公衆によって常に同時に問題視され、また裁きの成功（公論の体现）という実績を通じて、その二つの正統性・正当性がその場で同時に調達されるような仕組みなのである。その一つの構造を静態的に、あるいは權威の所与性の側から語り出せば、天命を受けた皇帝から始まり官僚を経て無徳な民に至る徳の多寡の序列と、それに基づく教諭の話・徳治の話が導かれ、また反対に個別の人々の振る舞いの側から話を始めれば、人々の間にある共存の最終的必要が、共存共榮する一体的集団（公）と、その時に皆が共に懐く一つの意識（公論）というイメージを生み、またそれを代表して言葉にしてくれる口々個別的私欲を超えた公平無私なる主体の出現を要請し、且つそれを正しく担う主体に社会的な權威を賦与し、また天下に生きる人々全員が懐く一つの公論という想定こそが、それを正しく語る天下に一つの生きた口としての皇帝を繰り返し生み出す、という話にもなる。

（2） 公論形成の媒介者としての公権力

そしてその權威の所与性の程度は、大幅に何が公論かの自明度に依存する。例えば殺人・強盗となれば、その加害者に何らかの罰を与えるべきであるという所までは意見の分かれは無い。そうした人倫全般に関わる問題の処理は、上か

らの安定的な教諭の枠組みに載せやすい。そして実際、後述の如く、全人民の安寧な生活の守護者たる皇帝がここではその刑罰権を一手に握り、その下に必要的覆審制の上申体系が組み立てられる。それに対して戸婚田土の財産争いとなれば当事者の悪性度は多くは「どっちもどっち」であり、また現実の財産配分をめぐっても何が情理にかなうかは実は少しも自明ではない。結局は良識ある人々が揃ってどう判断するか、その公論のあり方に懸かることになるが、実際には両当事者それぞれが自分の判断こそが情理にかなうと言いつ張っているからこそ今の紛争があるのであり、そして長らく紛争の背後には、多くの場合当事者社会自体の判断基準の揺らぎが存在する（それぞれに応援団が付いているからこそ当事者は諦めない）。それ故そこでは公論の提示と言つても、実際に行われる作業は実は公論の社会的「形成」と異ならない。

そしてそこでは、道学者先生式理念を一方的に掲げても、それが当事者社会がその時点で持つ判断基準の実態的な分布から余りにも乖離していれば、人々は付いてこない（実体的な意味での公論にならない）。それでは当事者も服さないし、下手をすると公論の体現者としての地方官の權威自体に疑問が呈される。かと言つて反対に、当地の現状に即し過ぎると却つて争う両当事者を跨いで成り立つような公論を導くことは難しい。期待されるのは、その中間にあるような（当事者社会の人々が自分自身では思いつけないが、しかし同時に聞いた途端に誰もがそれこそ自分が考えていたことだと思つた様な）適切な落着点を人々に先立つて示し、その線に向けて当事者社会の人々の判断を集約し、またその集約しつつある判断を用いて頑張る当事者をもその中に巻き込んで行くような微妙な作業である。④皆が付いてこれらる程度の權威落差を設けることで人心を集約し公論を作り出し、また同時にその集約した人心を言葉にして示すことを通じて、公論の体現者としての自己の權威を裏付けるといふ、循環論的な（權威の自己生成的な）実践が末端では日々求められることになる。⑤

(3) ルールを間に挟んだ正統性の分節化

そして上との対比で見た時、ルール型の法が裁判制度に対して持つ効能もよりはつきりとする。即ち、西洋においても当然、全体としてはこうした権力の正統性問題が存在しない訳もない。ただ口々の裁判に限って言うならば、語る立場の正統性と語る内容の正当性とが上の様な仕方では直接に重ねられるような現象は一般には見られない。

そこでは上で見た正統性の問題が幾様にも分節化されている。主体側で分節化すれば、或る種の手続を経て特定主体を選び出し、その主体の発話を無条件に規範として遇する手法が現れる。規範側で分節化すれば、抽象的なルールの存在をまず想定し、具体的な事案・事件に先立ってそのルールに対する承認を一般的な仕方で行うことにより、いざ事案が発生した段階でそのルールから論理的手続的に導かれた判決内容については当事者からの改めるの個別的正統性調達を不要とするような仕組みが作られる。近代西洋にあるものは両者の混合である。ここでは、裁判官の判断の幅は勿論その事前に承認されたルールの中に限られてしまう（個々の事案を見て自由自在な判断をすることは出来ない）代わりに、一旦法廷に入った当事者は、もはやルールの正しさ・裁判官の權威を問うことも出来ない。ルールが現実に対して持つ權威的位置が、裁判官と当事者の間の權威の落差を制度的に裏支えしており、それが裁判官が依って立つ硬い足場を提供する。あるいは逆に言えば、そうして硬い立場を設けてしまうが故に、愈々その振る舞いをルールで縛る必要性が増大する。

それに対して伝統中国の裁判（特に民事裁判）では、「情」（個別事情）に対する個別的配慮の要請が余りに高いために、事態の中の一部契機のみを予め取り出してそれに特権的な社会的地位を与える選択が行えない。かくしてそこでは個々の事案が含む全事情と、情理という一つの原理とを、裁きの場で繰り返して直結する（即ち情理Ⅱ法の中味がその場ではじめて美的に示される）仕方で問題を解決して行く仕方が取られることになる。しかしその結果、今回の裁きが情理にかな

っているのか、あるいは眼前の裁判官が本当にそれを行い得る程に有徳な大人なのかという大問題が、今度は繰り返して個々の裁きの場で問われまた答えられるべき話題になってしまふ。そこでは立法と裁判の全枠組みが毎回裁きの場で組み立て直される、あるいは現制度が期待通りの内実をもつことが「実演」で以って示される他なく、末端の担当者がその課題を上手にクリアーすれば、体制原理全体への信頼は増す。反対に信頼を調達し損なえば、まずは直接担当者の無能無徳が問題とされ、そしてその問いかけは次第次第に中央に迫って行く。

ただこれを逆に言えば、そうした裁判権力側の立場の構造的な不安定さ・その制度的正統性の不足から来る緊張感こそが、ここでは裁きの公正さを担保しているのだ、と言うことも可能である。そして確かに、社会正義が上述のような内容で考えられ、また上述のような仕方で確保される限り、裁きが「ルールに基づく」ことは必ずしも絶対善ではないし、また社会秩序の維持・裁判制度の存立にとって必要不可欠なものでもない。国家成文法が出てこない、しかし同時に国家大の公式の裁判制度でもある（むしろその本質として天下国家大であることを求める）不思議な民事裁判の基礎は、おそらくここにある。

① 高見澤造「罪観念と制裁——中国におけるものごとと裁きから」（『規範と統合（シリーズ・世界史への問い5）』岩波書店、一九九〇年）は、こうした構造を「説理と信服」という対概念で綺麗に定式化している。

② ちなみに論理を言えば、この局面で、そもそもそういう一つの答え自体が本当にあるのか（すべての問題について誰もが一致する答えが有る筈であり有るべきであるという発想自体が正当なのか、そうした答えが秩序形成の為に本当に必須なのか）という疑問の立て方もあり得る（そしてそう考えてしまえばまた別の展開も出て来る）筈だが、ここでは議論は何故かその方向には向かわない。問題を「バランス問題」型で立ててしまった結果として、却って必ず正しい一つの答えがあること自体は疑われない（所詮は二つの利益主張を結ぶ線分の中間の何処かである）。また心についても、まず一体的に共存する全体（「公」とそれが懐く一つの心をイメージし、各人が自分さえええ良ければ良いというエゴイズム（「私心」）を去りさえすれば必ずその一つの全体的なる心が現れるという想定を取ってしまった為、一つの公論が導けないとすれば、それはなお「私心」が誰かの何処かに存するからである、というように進想は進められる。そして実際、以下に見るように、人々はそれを語れる「至公無私」な有徳の主体を求め続け（他に居なければ自分がそれにならうと努力し）、またその需要に應える仕方でも公権力も立ち上がる。

③ 超越的なものが無いと言うのではない。ここにも「天」という超越的なものは存在し、それが「革命」の狂言回しを務める。しかしその大は（丁度、本論文で述べる情理と同様に）民意を体现するという以上の具体的な指示内容を持たないので、その超越性は忽ちのうちに実体的な公論の在処という社会現実に乗なってしまう。それもあってここでは、皆が正しいと言うことが正しいことだ、という以上の正義論がなかなか出てこない。議論はすべてその枠組みの内側で行われる。

④ そうした判断の具体例の幾つかは、前掲拙稿「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」を参照。またその展開の具体的あり方については、拙稿「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、五六七八頁、二〇〇三年）を参照。

⑤ そしてこうした論理構造は、裁判の場のみならず、伝統中国社会における規範定立（あるいは権威の社会的生成）の殆どすべての局面で見取れることについては、前掲拙稿「明清法秩序における「約」の性格」を参照。そこではこの構造を「王唱と唱和」と名付けた。

⑥ それ故、そこにある状態は、一面では個々の事案毎に毎回「立法」がなされる（それゆえまた「立法」に必要な様々な要素の具備が求められる）状態としても理解でき、またその限りではケースローの世界に幾分か類似した側面を持つ。ただここでは（ルールという発想自体が無いので）個々の判決の正統性は過去のケース（それらから帰納したルール）に依拠はせず、またその判決自体がルールを帰納することも無い。むしろそれら諸事例は州県自理裁判の下、「情」の差異に任せて徹底して分散したままに置かれ、また後進によってその幾つかが着目される時にも（レイシオアデシエンタイの宝庫としてではなく）その事例処理の全体がその良きバランス感覚を体得する為の模範例として読み解かれる。かくしてせつかくの「立法」も基本的には一件限りで使い棄てられることになる。

四 実定法の占める位置

(1) 「情法の平」と律例

しかしこの様に全体を整理してしまうと、今度は反対側で別の問題が出て来ることになる。即ち、伝統中国にも古くから律・成文法典は存在する。では、あれは何なのか。伝統中国の実定法は、こうした（本来的に非ルールのな）仕組みの中でどの様な位置を占め、またどの様な役割を果たしていたのか。それが説明されない限り議論は完結しない。そこで次に律例援用型の判断がこの裁きの中で占める位置を考えてみることにしよう。

まず最初に、律例援用型の判断が見られる断罪Ⅱ刑事裁判全体の理念について整理しておけば、そこで目指されていたことは、個々の悪行に刑罰を加えることよって被害者の「冤抑」を伸ばし、また今後の悪行の発生を予防することであった。その基本にあるのは素朴な応報思想であるが、それを民に担わせれば果てしの無い暴力の連鎖になりかねないので、その仕事は、全人民の共存を代表する皇帝その人によって一手に担われた。それでも当然、その皇帝が加える刑罰が軽すぎれば、被害者の冤抑は十分に伸ばされず、それどころかその程度の軽い刑罰ならと真似をする輩が現れる。反面、加える刑罰の側が重すぎれば、今度は刑罰を下すこと自体が世の中に新たな冤抑、即ち冤罪を生んでしまう。それ故、その作業の至上理念は、個別悪行の具体的な内容Ⅱ「情」を解明・把握し、当該悪行の悪性度に正確に見合った重さの刑罰を的確に下すこと、即ち「情罪の平允」あるいは「情法の平」ということになる（これらの表現に見える「罪」も「法」も、どちらも刑罰を意味する）。

そしてここまでの構造について言えば、「情理」を「情法の平」に置き換えた以外は、先に民事裁判をめぐって見たものと実は殆ど違いはない（むしろ情法の平は断罪局面に的を絞った情理の別名である、と言う方が良いのかもしれない）。ここでも一方に情法の平という一つの原理があり、他方にはその原理を体現した無数の処罰事例がある。眼前の事案が持つ固有の情に即して「情法の平」原理を一つ一つ具体化してゆく作業こそが刑事裁判の内実には他ならない。そしてここでは、先に述べたとおり懲悪の自明性を乗っ取る仕方での作業を最初から皇帝本人が担当するので（また刑罰自体は国家権力が一方的に示し且つ行いそれで自己完結してしまうものなので）、民事裁判の場合の如く、その裁きの正統性そのものを当事者が直ちに正面から問う仕方は現れない。しかしその代わりに、刑罰が軽すぎれば被害者の不満や治安の悪化という社会的反応はあり、また反対に刑罰が重すぎる場合についても、獄に泣く冤罪者に替わって天が大水・早魃の形で皇帝に対して警告を下すという話が用意され、また信じられる。更に人民周知の重大事件となれば、その処理の顛末について地方民衆や知識人達が地方公論を掲げて騒ぎを起こすという直接的な反応もあり、どれも対処を

誤れば最後にはちゃんと革命に結びつく。そうなる前に皇帝側自らが基準を反省し微調整する作業も行われる。間接的な仕方だが判断の誤りは社会事実によって正される。規律の大局的な構図は民事裁判と大差ない。

このように刑事裁判制度の大枠もやはり非ルールのな構造で作られており、そして裁判主体を皇帝一人の如く見る限り、基本的な話はこれで全部済んでしまう。ただ言うまでもなく、現実には皇帝一人で全国の全事案を全部処理することはできない、どうやっても官僚を用いる必要があるという事情がこの話を少し複雑にする。官僚は皇帝の目から見れば「賢愚不一」である。彼らが常に正しく情法の平を判断するとまでは期待できない。そこで次善の策として皇帝の方から情法の平の典型例を事前に体系的に示し、刑罰原案の作成に際して官僚に遵循させることにした。それが律例というものが占める大局的な位置である。その法典が凡その量刑裁量を欠く形で作られている理由もここにある。

(2) 律例の働き方

そして筆者も含めて法制史学者はこれまで、立法者たる皇帝本人は別として、少なくともそこに見える律と官僚との関係、律例援用型判断については、ルール型裁判と類似した「法に基づく裁判」の構成がある、律例はそういう役割を担うものだと漠然と考えてきたように思える^①。しかし現時点で考えると、おそらくここにある「断罪に際して律例が引かれる」ことと、我々における「裁判が法に基づく」こととの間にある微妙な差異にこそ目を向けるべきだったのだろう。確かに良く見ると、そこには次のような幾つかの興味深い論点が存在する。

まず第一に着目すべきは、その対社会的な位置である。刑事裁判の中では、律例は基本的には地方官が法廷における取り調べを終え容疑者を留置場に放り込んで奥に戻り、そこで幕友（私設法律顧問）と相談しながら上申書（詳文）を書く段階ではじめて出て来る話題である。そしてその詳文が上申され、然るべき地位の高官あるいは皇帝がそれを読んで良しとすれば、彼は自分の判断をそこに「批」という形で書き付け、それを基に刑罰執行の手続きが始められる。しかし

その批を読むと、そこには犯罪者の名前と特定の重さの刑罰が指定されるだけで、何らかの律条が引かれている訳ではない。つまりこの制度の中では、刑罰を下される相手に対して根拠条文が示されるといふ段階が実は制度的には何処にもない。^② 言い換えれば、律の直接適用で済んでしまう様な単純ケースにおいてすら、律例は刑事裁判の当事者的な正統化の一部分としては一切役立てられてはいない。律例は、むしろ皇帝官僚制という一つの権力共同体が適切な刑罰の重さの決定執行をめぐる内部的な意思形成、あるいは意思統一の過程に関わる装置である。^③ そして裁きの当事者・対社会的な正統性の方は、それが律例に準拠したか否かではなく、その裁きで実際に「情法の平」が実現されたのか否かという形で問われ、上述の現実的社会的反応によって直接的に答えられる仕組みになっている。

しかも第二に、その皇帝官僚制内部に限っても、律例の働きは我々が普通に考える実定法の働きの微妙に異なる。即ち、この裁きでは「情法の平」^④ 犯罪の個別事情の差異への細やかな対応こそが最大の価値であり、また律例を頒行する目的自体も「情法の平」判断の画一化にある。そうである以上は、律例に示す「情」も相当に特定性の高いものである他ない。しかしそうやって「情」を特定すればする程、「定まり有るものは律例、窮まり無きものは情偽」、眼前の事案の情が律例に書かれた情と異なるケースが出ることは避けられない。^⑤ その落差は、どれほど律条を整備しても原理的に追いつかない。そこで律例には却って、官僚がこれは「律に正条が無い」事案だと判断した場合にどうするかの手続が定められていた。それが「比附」と呼ばれる操作であり、その場合には、とりあえず近似する条文を挙げて、それと関係づける仕方、今回の情に見合った適切な刑罰の重さを考えた原案を作り、皇帝宛に上奏せよとされていた。^⑥

そして従来は、この比附の操作をとかく我々の「法解釈」や類推適用、つまり既存の律条の包摂範囲の論理的拡大の系統で考えてきた。しかしここで忘れてならないのは、比附された原案は必ず上申され皇帝の個別決済を経るといふもう一つの事実の側である。結論に行き着く途中で如何に法解釈に類似する論理操作が見られるにせよ、正統性面から考れば、最後に出て来るのは結局は何のことはない皇帝即ち立法者自体の再判断である。しかも既存の律条の背後にそ

れに見合った特定の情があったように、今回の新たな判決（それは後から振り返る時に「成案」と呼ばれる）の背後にもそれに見合った特有の「情」があり、それに対応して成り立つ「情法の平」こそが、今回の刑罰の適切さ・判決の正しさを直接に基礎付ける。^⑥

つまりこうしたケースに於いて実定法と個々の判決との間にある関係は、上で西洋について見たルール型から連想される様な構造、即ち、皇帝と官僚の間に実定法が挟まっていて、皇帝は立法によって一般的な指示と正統性を与え、官僚はその法に基づいて裁判を行う、そして個別の判決はまさにその法準拠によって直接的な正統性を獲得する、というような水平的な分業関係、正統性をめぐる分節化構造ではない。むしろ正統性の観点から見れば、個々の律条も個々の成案も「情法の平」という同じ根本原理の直下に、却って同様の資格で並んでぶら下がる位置に立つ。^⑦

勿論、そうは言っても、ここでも眼前の事案の「情」が律例が想定する情と同じだと認定された場合には、官僚によって特定の律条が確かに「適用」され、そして一件一件皇帝が最終決済する死刑以外の案件については、それだけで取り敢えず執行が開始される。^⑧そこでは実定法への合致が直ちに判決の基礎、官僚が行う事案処理の正統性根拠になる。しかしその場合には、律の情の指定がなまじ特定の分だけ、その律条は官僚がする個別判断の一般的基礎というよりは、むしろ却って今回の当該事案処理それ自体に対する皇帝の直接的な指示あるいは《命令》として機能してしまう。そこで表に出るのは皇帝の情法の平判断であり、官僚は独立した判断主体であるよりも、その皇帝の心を自らの心として虚心に振る舞う手足に他ならない。

それに対して「事案の情」が「律例に書かれる情」と違うと認定してしまった場合には、今度は直ちに一種の再立法への展開が歩まれる。その上申に際して既存の律条が引かれるにせよ、それは新規の判断の正統性基礎それ自体としてではなく、むしろ今回の事案を位置づけ、情法の平を判断し、またその適切さを上司に向けて説得する際の一種の共有《目安》、コミュニケーション枠組みとして役立てられるに過ぎない。

勿論、目安だと言つても、律は歴代の実務を踏まえて練り上げられてきた枠組みである以上、それ自体が既に相当の体系をなしている。またその枠組みに引っかけたて行つて行つた立論・説得行為も当然その体系性に依拠して行われ、その結論もまたその体系性をより精緻にする方向で働く。その限りでそこで行われる知的作業の内実は、我々の法解釈に極度に類似したものになる。しかしその作業には、我々が裁判官の法解釈に積極的に期待する、一般的に承認されたルールをそこで個別具体的な規範に転換する、そのことによって当該判決の正統性を社会的に基礎付けるといふ要素が欠けている⁹⁾。逆に言えば実定法にそうした「間接的な正統性賦与の社会的機能」が与えられていないからこそ、ここでは難疑の事案はすべて立法権者本人の判断を仰ぐ形にせざるを得ないのである。

そして一件一件皇帝の個別の決済をまつて執行に移される死刑案件（そしてそれが実は当時の官僚達によって最も盛んに「解釈論」が行われた分野である）については、上の区分の意味すら相対的になる。ここでは単純な「適用」ケースすらも、実はそれだけでは直ちには判決には繋がらない。そして清代の如く当事者の供述書をも含む事案の細部までが積極的に中央に上げられるようになれば、皇帝の裁可は狭く臣下の法遵守の形式的監督というよりも、皇帝自身が事案情報に基づいて行つた情法の平判断を基準に、臣下が行つた情法の平判断の適否（それは同時にその判断を行つた臣下の賢愚でもある）を審査するかの話に次第になつて行かざるを得ない。そこでは律例の全体が、そうした作業の脇に立つてその作業を助ける《目安》になる。

(3) 皇帝・官僚・実定法

しかし、同時にそうして行われる決定の内実を踏まえれば、皇帝と官僚の関係を、単に命令する者と命令される者の関係として論じたり、またそこに見える最終決定権の皇帝への集約を、「朕は法である」式の、すべての法が「皇帝の意志」から流出するかの見方で理解することの問題点もまた明らかになる。

といふのも、清朝刑事裁判の実態に即して言えば、皇帝が直接にリーダーシップを取ることは言うまでもなく例外的事態であり（直接決済する死刑案件だけでも毎年数千件ある）、原案の大部分は官僚達が練り上げる。当然、その事案の上申過程・覆審過程では官僚間で時に熾烈な議論が闘わされる。最後の最後、まとまらない時には二つの議論が並列的に皇帝に差し出され、そして皇帝が選んだものが結論となる。しかし官僚制内で定論に到れば皇帝は大部分の場合、その結論を単純に裁可するだけの役になる（幼帝でも務まる所以である）。どちらにせよそこにあるのは、当該事案をめぐる官界内における情法の平判断を一つにまとめ上げて行く過程、情法の平をめぐる「官界内の公論」の形成過程であり、皇帝はその公論の体現者という位置に立つ。無私の公論について誰の意志に由来するかを論ずる意味はない。

そして遡れば、律例も結局はそうした官僚制の衆議を集めて作られたものに他ならない。その意味では律例自体も、最初から皇帝の一方的命令というよりは歴代の官僚共同体全体が練り上げてきた確信である、あるいは、皇帝官僚制の全体によって共同的に行われる情法の平の実現作業の中の幾つかの定型的な道筋、踏み固められた道であると考えるのが適当なだろう。しかもここにある課題、即ち全天下で起こる多様な事案の全体を睨みつつ今回の事案について情法の平にかなった適切な重さの刑罰を加える、失敗をすれば洪水や旱魃だという課題の困難さを踏まえれば、むしろそうしたことをその都度ゼロベースで考えることは誰にとつても無理難題に近い。過去の経験と実績（飢饉も洪水も起こらなかったという成功例）こそが第一の判断のよすがとなる。その意味では、官僚統制云々以前に、その課題の「程度問題性」「手探り性」自体が、却つて判断主体に一定の体系的な判断基準を欲せしむるのだと言う方が良いのかもしれない。皇帝本人にとっては律例は制度的には常に《目安》に過ぎないとは言え、上の事情がある以上は、皇帝とておいそれとは過去の成功例、その熟慮された集積である律例の枠を出られない。しかも違った判断をする為には、そうした官僚注視の中で違った「情」の存在を説得力のある仕方¹⁰で示してみせる必要すらあるのである。

かくして今回の事案の情が律例の想定する情と同じであると判断してしまえば、もはや迷いはない。その練り上げら

れた判断が踏襲される。そこでは律例準拠の外形が手続の全体を貫くことになる。しかし当然、踏み固められた所だけしか通れないという訳もない。むしろ事案の「情」次第では、情法の平を改めて考え直し、新しい道を踏み出す勇氣が求められる。そしてその公論形成過程の中で、末端において最初に原案を作る官僚が新しい判断を提示してその公論形成の先頭を切り皇帝のお誉めに与ることすら時には起こりうる。それをするからこそ士大夫であり、またその程度の野心を持たないと出世は覚束ない。そして繰り返しその新たな道が歩まれれば、そこもやがては踏み固められた道になる。実際、新たな「情法の平」判断の中の繰り返され安定したものは、やがて条文型にまとめられて条例という名の下で律例体系の中に組み込まれて行った^⑩。

つまりそこにある基本構造は、立法権者から予め階梯づけられた形で流出する法源体系と、それに順次依拠することによって正統性を調達する裁判官達という静的対比ではなく、最新の情法の平判断の情報と共有する皇帝官僚制機構が、それにベースに次なる新たな情法の平判断を共同的に作り上げ、その成果が再度、皇帝の名の下に表明され、それがまた次に参照されるといふ動的な循環の持続状態である。律例Ⅱ成文法は、そうした末端官僚から始まり皇帝で締めくくられる刑事裁判実務、無限の差異を持つ情に対してそれぞれ適切な重さの刑罰を考えまた実際に加えて行く作業の精華として生まれ、またその後もその作業の一構成契機を成して行く。当然それは一概に空文ではあり得ない。しかし同時にその実定法は明らかに我々の法の様な仕方ではこの裁判の全体を「基礎付け」たり、次なる判断を硬く「統御」したりはしてはいない。刑事裁判においても、裁きの正統性はやはり、皇帝官僚制権力が総体として情法の平を日々止しく実現しているか否かという形で問われた答えられ、律例Ⅱ実定法は、ここではその営為の一部を「代表」あるいは「反映」するような位置に立っていた。

⑩ その代表として、拙稿「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、一七九—一九〇頁、一九九〇年）。ただそれ以前には中国の刑事裁判を殊更に恣意的なものと言ひなし、また律を単純に空文とする所説があった。上記の説明は学説史的に見れば、む

しろそれへの対抗言説という位置を占める。その姿勢は、第一節注⑧末尾に見たホアン氏の姿勢と類似する。

② 勿論これは律例が民に対して秘せられていたという意味ではない。律の機能としては古くから官僚に対して執務基準を示すという機能と並んで、人民に対して罰則を示して威嚇することにより悪行の発生それ自体を抑制するという機能が挙げられ、実際、明清時代ではその主要内容が事ある毎に民に教え込まれた。ただ実際に裁判になった場合、対人民で実際に下される刑罰が、その予め一般的に示された罰則によつて絶対的な制約を受け取っていない。それは事案の「情」次第で重くも軽くもなる。

③ 担当地方官一人で完結してしまふ州県自理の裁きにおいて何故、律例が引かれないのか(またにも拘わらず、当事者による上控・上司による関与の可能性を挙げて「律の明文に反する様な判断だけは止めておいた方が良い」というアドバイスが何故なされるのか)も、律例が何よりも官僚制内のコミュニケーション枠組みとして存在したという上記の議論だけで、基本的に説明が付く。

④ しかもその考慮し反応すべき情の中には、時代や地域という環境側の要素も入っている。例えば、太平の世であれば刑罰は軽いことが望ましいが、綱紀弛緩が日に余れば全般的な厳刑化が求められる。また当該犯罪類型が猖獗を極めている地域では特に刑罰を重くして風紀を改める必要がある。そうした「因時制宜」「因地制宜」の要請を踏まえれば、形式的には同じ情の見えても、実質的には情が違つたと論ずる余地と必要とが無限にある。

⑤ 「大清律例」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「正確な該当条文」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、審議が定まつた後に奏聞せよ。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」。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)を参照。

⑥ そして同じ関係は、律の条文間の正統性上の依存関係を選つても見て取れる。即ち、成案の中の重要なものは、後述のとおり「条例」という形で律例の中に組み込まれて行く。しかし例えば調段や殺人といった自然犯的な問題については、早期にその全体が律によつてカバーされている。それ故その後の新規立法の大部分も、内容的に言えば、情法の平の空白地帯に打ち立てられるというより、むしろそれら既存の基本条文の内部分化に他ならない。しかし特定の情に着目して新たな条文が立てられ、それ特有の「情法の平」が宣示された瞬間、それは却つて特殊な「罪名」として既存の基本条文の脇に並列的に並ぶことになり、またその裏側としてその情は基本条文の書く情には含まれないものとなる。ここでは罪名はひたすら横に並列し、そして「大清律例」末尾の「総類」(そこでは五刑二十等の各罰則毎に該当する全罪名がひたすら列挙される)の構成が示すとおり、それら罪名は一つ一つが単独で制度的には自立しているのである(律例のどのチャプターに収録されるかは専ら検索の便により、またそれゆえ時に別のチャプターに移される)。本文で着目しているのも、律と事案の間にある内容面での論理的依存連関(体系的思考がある限りそうした依存関係が無い訳もない)ではなく、そうした制度的独立性・単独性である。

⑦ 勿論、それが次なる判断を規制する力については必ずと差異はある。そして清律も、断罪に際して定着していない成案を援引することの禁止とい

う仕方でも、両者の間に制度的区別を設ける（「断罪引律例」条、「〇其れ特旨の断罪、臨時の處治にして、定めて律と為さざる者は、引比して律と為すを得ず。若し輒ち引（比）して断罪に出入有るを致す者は、故失を以て論ず」および同上條例「一、正律正例を除くの外、凡そ成案の未だ通行を経て定例と為さしむるを経ざるに属するは、一概に嚴禁し、混行牽引し罪に出入有るを致すを得ず。……」。本文後述の用語を用いれば、成案を《命令》の如く扱つことの禁止である。しかし後述する如く、律例すらもが《目安》として機能する文脈（そしてその領域が清朝では拡大を続けるのだが）では、こうした制度的区切りの持つ意味は自ずと薄くならざるを得ず、実際、清朝時代を通じて次第次第に単なる一回的な成案も次なる裁判實務の重要な参照枠として機能するようになってゆく。小川彦太「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）、および掲掲拙稿「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」を参照。

⑧ だが、それら臣下段階で執行が開始される徒刑・流刑案件も季節毎・年度毎に処理内容がまとめて皇帝宛に上申されることになっており、皇帝は必要と思えばその判決を事後的に更正する余地が残されていた（滋賀秀三「判決の確定力の不存在——特に民事裁判の実態」上掲「清代中国の法と裁判」所収を参照）。そこまで含めれば、それらについても後に述べる死刑案件と同じ問題が現れる。

⑨ だが、この仕組みの下でも、物理的懸隔等の理由によって中央と地方・皇帝と官僚のコミュニケーションに一定の杜絶があり、且つ官僚側がその判断の權威を皇帝の權威によって文える必要があるような中間的な状況下では、官僚が判断の基礎付けとして成文法を頼りに引くような事態は現れる。しかし清朝国家は、命盜重案についてはコミュニケーション効率を向上させることで判断権限の中央への集約を図り、また戸婚田土の案を巡っては反対に判断を徹底して分散化させ、むしろ末端における權威の自己生成機能に委ねる道を歩んだ。その結果として、司法の場でこうしたシンを見える機会自体が減って行く。

⑩ 当然こうした事情を用いれば、臣下が皇帝に判断の再考（祖法の遵守）を求める余地が出て来ることになり、その実例も歴史の中には散見する。そしてこうした伝統主義的な仕方による権力の自己抑制・自己拘束を一概に法遵守とは別のことと言う必要もない。ただ以下の展開が示すとおり、それでも求められるのは現時点での正しい振る舞いである。先例は先例であるが故に従われるのではなく、正しいから従われるのであり、その正しさを判断するのは歴史の流れの最前線で現実に対峙している現皇帝自身を措いて外にはない。しかもここでは皇帝権力は、敢えてルール遵守の仮面を被らずとも、それを正面から誦むうる制度的位置にある。

⑪ 条例編纂の仕組みについては、滋賀秀三「法典編纂の歴史」（同「中国法制史論集——法典と刑罰」創文社、二〇〇三年所収）を参照。

五 法の制度化の二類型

(1) 二つのモデルの対比

以上に概略を示した清代における法と裁判の全体像の背後にある法の制度化モデルを、対比相手としたルール型の法と共に、再度概念的に整理しておく、両者の関係は次のようになるだろう。

即ち、ルール型の世界では、法と正義の内容自体が、社会関係の中にある規則性や理法のようなものとして既に理解されている。そして制度的な法はその理法の中の重要なものを抽出し客観化し、それに社会的強制力、即ち権力的な裏付けを与えたものとされる。あるいはむしろこれを逆にして、公権力はここではそうした社会的役回りにこそ自らの働き場所・生きる道を見出した、という方が適當なのかも知れない。勿論ここでも権力意志は、そこで何を抽出し何を抽出しないかをめぐって決定的な仕方で作作用していない訳もないが、一旦制度の世界の中に入ってしまえば、権力意志は表から姿を消す。その理法の内容は元から社会の中にあるものであり、権力は単にその実現役を淡々と引き受ける透明な主体、社会の自律的な規則性の維持に奉仕する機関である。かくしてここでは制度的な法が、権力と社会の上に自律的に拡がり、その両者を統御するかのルールオブローのイメージが描かれる。

それに対して、上に見た伝統中国の世界では、法と正義は、諸主体の間の適切な位置関係・誰もが冤抑を持たない現実状態そのものとして理念され、その理念は情理とか情法の平といった言葉で代表される。ただ当然のことながら、その理念・その言葉は自明かつ不動でも、その具体的な内実・有様は、生成衰滅・上昇没落する諸主体の動きに従って日々変容し、しかも私利私害を持つ人々の判断は必ずしも自明には一致しない。そこでその判断を日々現実的に統合し全体の共存を実現する公平無私な第三の主体が求められる。あるいは上と同様の言い方をするならば、ここでは公権力

はそうした社会的需要に応える仕方であり立ち上がる。そこでは、権力とは何よりも、そうした法Ⅱ社会現実の中に自ら入り込んで、その法の具体的内実を日々生成あるいは統合することを通じて自己の正統性を獲得する主体である。当然、市場社会である以上、そこでも当事者社会の中に、あるいは裁判官自身の中にすらも、社会関係についての規則性認識が無い訳もない。しかしそれはその判断形成の論理的要素として日々作用するに過ぎず、それを権力絡みで客観化する構造、即ち権力によってその規則性を裏付けまたその規則性の護持者として権力を位置づけるような構造は現れない。

ただここでも、全国の裁きを大規模官僚制を駆使して行う刑事裁判の局面においては、官界内コミュニケーションの必要から、その法も一定の客観化を迫られる。それが伝統中国の成文法Ⅱ律例である。そこでは（情法の平という限られた形式においては）権力が日々行う判断が内心というブラックボックスから引き出され白日の下に晒され、それに伴って否応なく自覚的な体系化も進展する。しかし裁きの正統性論の立場から見れば、それは結局は対社会的には皇帝官僚制という一つの大きな刑罰主体がその内心で繰り広げる論理学レベルの問題、あるいは理性的な一主体の自己同一性に関わる話題に過ぎず、また狭く皇帝と官僚の関係に目を向ければ、今度はそれはむしろ権力共同体内部で日々活発に行われる意思統一作業・公論形成作業の基本的枠組みにして同時に形成された公論の一標識という位置を占めるものになる。どちらに転んでも、実定法は権力が行う情法の平判断・実質判断をその外側から枠付けたり基礎付けたりするものではなく、むしろ反対に、権力の活発な日々の実質判断こそが実定法を作り出したまたそれに生命力を与えてゆく位置に立つ。

(2) 二つのモデルの接点

ただ同時に、以上のような原理的対比にもかかわらず、現実に行われる裁判実務に即してみれば、その二つの間には時には言う程の違いも無いということも、ここで指摘しておく必要があるだろう。例えば、幾らか唐突な印象を与える

ことを承知で以下に棚瀬孝雄教授が現代アメリカの法哲学者・ドゥオーキンの学説について紹介した文章の一節を引いてみることにしよう。

古典的なフォーマリズムでは、同じ体系性でも、基本命題から下位の法命題まで階層的な構造が仮定され、法的判断はその命題からの演繹的推論とみなされてきました。これに対してドゥオーキンは、実際の法的推論で用いられる法は、その内に法の原理や価値を含んだ、もつと膨らみを持ったものとして存在していて、彼の言葉で、「継ぎ目のない編み物」のようなものとなっています。

……この膨らみを持った法は、ただそこに存在していて認識されるのではなく、法を解釈する者が、そのつど構成するものと捉えます。具体的な問題を前にして、法の正しい解釈が何か、考え抜こうとする裁判官は、関連する裁判例や法理論、あるいはそれらを根拠づける議論を広く参照して、推論の前提となる法そのものを捉え直していきます。そうした法として引き継がれてきたものを現在の関心で吟味し直して、最善の法として構成し直す作業を、構成的解釈と言いますが、ここでは、妥当する現行法という意味での「法である」ものは、この裁判官が「法であるべきもの」とする規範的な判断から切り離されては存在しないという特徴があります。

……この実践的な法解釈に従事する裁判官は、古典的なフォーマリズムが想定する孤立した解釈主体とは異なり、時間的、空間的に広がった「解釈共同体」の中で、法の解釈を行うことがドゥオーキンによって強調されます。空間的にとつての意味は、法の解釈が、裁判を超えて他の裁判官や法律家に伝達されて、そこで吟味されたり、またそうした議論が様々な形で事前に、あるいは事後にフィードバックされたりするという、われわれになじみの事態を指しています。そうした相互的な批判の中で行われる裁判では、解釈の揺れは、裁判官が単独で行う場合に比べ、はるかに小さなものになることは容易に理解されます。……主観的には裁判官個人が法を解釈していても、それは、裁判官をそのように解釈するよう構築した解釈共同体が、実際には、法を解釈しているというわけでありませ^①。

第一段落では、古典的フォーマリズムの非実理性が指摘され、第二段落では、現代アメリカでも法の内容は実際には現場で日々具体化されていること、成文法は我々の所謂《目安》に近い位置に立つことが示され、そして第三段落では、その判断が個体的ではなく「解釈共同体」によって担われる（逆から言えば個体に任せた所で直ちに恣意的になるとは限らない）という話が続く。現代アメリカでも、裁判官が実際にやっていること・実定法をめぐって起こっていることは、上で清代官界の「公論」形成を巡って述べたそれと大差ないらしい。同じ場所に表と裏から近づいている、あるいはひよつとすると彼らは最初から同じ場所に居るのかも知れない。²³ 個々の判決主体の心理に焦点を当てれば、どこにおいても、あらゆる要素は彼にとつては所詮は決断のための参照系である。また対社会的な正統化の局面から離れれば、裁きの適否を評価する第一の主体は同審裁判官となり、法の問題はどこでも狭く裁判担当者同士の専門知識の交換と「相場」の形成の問題に近くなる。そうした専門家内部の話（あるいは所謂「発見の論理」）に限ってしまえば、二つの間にあるのは所詮はその後に出て来るその決定の正統化レベルの差異、「公論の神話」と「フォーマリズムの神話」の違いに過ぎない、と言つてよい側面があるのだろう。²⁴

ただ、そうした専門家達が行う裁判実務の全体が、では社会全体の中でどう遇せられるかという点に目を向ければ、再び差異が表に出ることになる。というのも清代の状況を見た我々は、本当に日々「構成的解釈」をやり出せば凄いと（あるいは酷いこと）になることを既に知っている。例えば清代の州縣長官達は、彼が本当にその構成的解釈を行うに足るだけの權威・徳を持つのか否かという当事者達の問いに日々晒されていた。そしてそれを決するのは結局は当事者まで含む社会の公論の在処に他ならない。極言すれば、ドウオーキンの言うような判断様式を、狭く法曹の範囲を越えて、全社会構成員で対象無制限に果てしなく繰り返す、社会成員の全員が「解釈共同体」になるのが、清代の民事裁判の実態である。その結果、そこでは法に基づき確定判決を述べる独立した裁判官の地位という枠組み自体が成り立たないことになった。

しかし棚瀬教授が上記引用に続けて行う紹介に従えば、ドウオーキンにおいては、以上の所まで形式的な枠組みを流動化しつつも、この法曹達が自己完結的に作る「解釈共同体」が、対社会で權威的位置に立つことは却って疑われないらしい。そうした自明視を支え、且つ許すものは何なのか。結局は、そうした仕方で見えを指されるものもルールである、そしてそのルールが総体として社会現実に対して絶対的に優越的な地位に立つこと自体を自明視する社会的確信だと言う他はないのだろう。ところが中国清代にはその確信自体が欠けていた。その中で正統性を追求していった結果、公権力と規範と社会的事実とが相互に尻尾を食い合うような上述の構造が生まれ、その先に公論を一身に体现する皇帝とか、有徳の大人による教諭といった神話が位置を占めることになる。

どんな裁判制度も社会的にある規範的確信の一部としてしか存在し得ない。その裁判制度自体が成り立つ基礎が問われる局面では、神話の違いこそが決定的になる。二つの法の制度化モデルが本格的に展開を遂げた後に現れる現象的類似と本質的相違とは、そのような関係に立っているのである。

(3) 現代中国法秩序の歴史的位相

そして現代中国においては、この二つの法のあり方が、現実にも重畳を開始する。そこでは、恰も二つの銀河系が大衝突する時のように、社会各層で様々な衝突と混淆が起こることになる。^④

現代中国の国家権力⇨党権力は、その正統化⇨政権の基礎づけの側面においては、明らかに公論の直接的な体现者という非ルール型の法の論理によって成り立っている。しかしその国家はここでは同時に(ルール型の形式を取る)国家法秩序の強行的な形成者にして究極的な担保者という役割をも担わされている。しかしルールがそれ自体として十分な社会的基盤を持たない所では、如何に国家が外形的にルール型の法を作った所で、裁判官がそれのみに依拠して判決の正統性を獲得することは難しい。それは時には寸分の狂いもなく執行されるべき《命令》の如く扱われ(「嚴格執法」)、

そして時には情理直結型裁きの単なる《目安》として扱われる。また当の国家権力自身も、一面ではルールの冷徹な実現役・担保役を社会から期待される反面、同時に他面では（とりわけメディアの発達に伴い、国家官僚制機構を通じた公論の統合・形成とは別のルートで「天下の公論」の所在が明らかになる、あるいは最小限それを称しうる主体が現れるようになる）今や刑事裁判の局面においてすら公論の直接的体现者としての資格を日々問われることになる。当然その期待に應えて振る舞えば法の安定性は損なわれることになるが、しかしここでは日々の公論とそれに應えて振る舞う公権力による宣示という構造を離れて、制定法が拠つて立つ別の足場というものがある訳でもない。

またその反対側、民間社会においても繰り返し自生的な規範形成と権威形成が行われており、それらは近年「民間法」という名で総称されている。しかしそれはある人々達からはルール型の法形成・権力形成の萌芽の如く論じられ、またある人々達からは伝統時期の聴訟と同様の非ルール型の法形成・権力形成の持続（上記型の国家権力Ⅱ党権力の培養器）として位置づけられる。おそらく実態自体がなお両義的なのであろう。その限りで、それは学問的認識の問題である以上に、多分にそれを担いまた応援する各主体の政治的な選択の問題として現れざるを得ない。

そしてその二つの間に広がる社会空間において、市場経済の中で活躍するアクター達と法専門家達との手によってルール型の実定法実務の世界が着々と整備されており、それらはそのままに国際的な民商事法秩序の一部と融合している。社会的ブラクティスと公権力の結びつき方について言えば、そこにある構造はルール型法秩序形成の最もノーマルな形になる。しかしその宙に浮いた空間が、中国社会の中で最終的にどういう着地点を持つのかは、未だなお見通しが付かない。

① 棚瀬孝雄「現代法理論と法の解釈」〔司法研修所論集〕二〇〇五Ⅱ（第一一五号）。

② その限りで、伝統中国の司法関係に特化した官僚達が行う「法解釈」操作の精緻さに着目し、またその特徴を対応するそれぞれの時期の西洋の法実務家・法学者の営為と対比することは十分に可能であり、また必要であると筆者は考えている。筆者が本稿で指摘したことは、そうした解釈操作

の「論理性」を論ずること、その裁判が「法に基づく」と論ずることの間に論理的区別である。

③ またこれを逆側から見れば、近現代西欧型の官僚制的司法の中における成文法や判例の機能についても、法に基づく裁判論や法源論とは別の視角から検討する余地があるということになるのかもしれない。

④ 現代中国の法状況を二つの法モデルの衝突と混淆の過程として理解する端緒的な試みとして、拙稿「民間法論を超えて」(『ジュリスト』二二五八号、五七―六四頁、有斐閣、二〇〇三年二月)を参照。

おわりに

以上のように伝統中国法の実態を理解し、またそれに見合った概念構成をし終えた上で見直す時、従前よく語られてきた「西洋法ではルールオブロー、法が権力を支配するが、中国法では権力が法を支配する。そこでは実定法は国家権力・皇帝官僚制が熟慮の上で作りに出す民衆統治の為の道具である」といった議論が持つ問題点も白々と明らかになる。確かに国家権力が、ルール型の法を社会とは無関係に一方的に定立し強行している様な形を思い浮かべれば、そこにあるのは権威主義的管理的国家体制と言うほかは無い。しかし本文で見たとおり、伝統中国法秩序の真の問題は、良きにつけ悪しきにつけ、そこでは法がそうしたルールの形を取らなかつたこと、またそれゆえ権力も法との間でそうした関係には立てない所にこそある。それを踏まえて見直せば、上の議論が結局は、律例をその外形に着目して一旦ルール型の法の一つとして取り上げた上で、改めてそれがルール型の法に期待される機能を果たしていないことを非難するといふ奇妙な議論、つまりは自己の持つルール型の法観念を自己循環させているだけの議論に過ぎないことが気付かれる。そうした作業は単に中国法認識に役立たないだけでなく、ルール型の法にとつても(その自己満足を導くかもしれないが)歴史的存在たる自分自身の自己省察には余り役立たないだろう。本稿の試みは、ルール型以外の法の制度化のあり方が歴史の中に最小限一つはあることを具体的に示すことを通じて、凡その法比較論の底にあるこのメタレベルの問題の存在を明らかにすることにあつた。

そして同じ反省は、戦後日本の中国法制史学に対しても向けなければならない。確かにそれは一方では、近代以来の中国慣習法研究に知らずに含まれていた西洋的・近代的法概念に起因する多くの歪みを正し、伝統中国人が事態把握に用いていた観念に沿った伝統中国の家族法像・土地法像の復元に成功した。しかし本文で示したとおり、それは彼らの情理判断の大筋を示すものではあつても、決して我々が家族法・土地法という名で考えるような客観的なルールではない。西洋的・近代的歪みを言うならば、固有社会の社会行動の中から一定の規則性を取り出してそれを直ちに法の名で語ろうとする（そしてそれとの位置関係で社会行動と権力とを位置づけて行こうとする）態度・眼差しこそが、一見価値中立的に見えて実は最大最高の西洋法的・近代法的な歪みであるということになるのかもしれない。

またそれは他方で、中国律に特有の概念構成や犯罪把握の特徴を明らかにすると共に、それが実際の刑事裁判に「実効性」を持つことを示すことで、その法史上の意義を顕彰しようとしてきた。しかしそこで精緻な論理・精密な思考が実際に繰り広げられていたということと、刑事裁判が「実定法に基づいていた」ということは必ずしも同じ事ではないし、また同じ事である必要もない。非ルールのな裁きの中からも実定法体系は生み出され得るのであり、そこに見られる律例不準拠の現象すらも、その実定法システムが持つ本質の一つの現れである。制度の一部に見える成文法準拠に似た現象に着目して伝統中国司法制度の「まとも」さを示そうとするよりも、裁判制度には成文法準拠とは別の種類の「まとも」さの形があり得ること、そして中国においては、その追究の果てに命盗重案をめぐる皇帝官僚制大での精緻で煩瑣な断罪の世界と、州県長官の手の中で行われる自由自在な聴訟の世界とが、両方同時に生まれたことを論ずる方が、遙かに彼らの法的生活の本質を明らかにすることになるだろう。