

清代民事審判と近代的法秩序[1]

寺田 浩明
(潘健 訳)

はじめに

私は清代の法制史を専門にしています。特にこの十年ほどは、清代の民間契約と民事審判について研究をしてきました。ただ清代の民間契約と民事審判それ自体の特性については、先日、北京大学司法研究中心の研究会でお話をしたばかりです[2]。そこで本日は、少し背伸びをして、「清代民事審判のあり方と、近代的法秩序との関係はどの様に理解されるべきなのか」という問題について現在考えていることをお話しして、皆様のご意見を仰ぎたいと思います。それは考え始めると、意外に深刻な問題を孕んでいます。

1 清代の民事秩序と民国期の民事秩序の連続性

まず中国においては、近代的な法秩序は、清末民国初の法制改革と西欧型法制の導入によって始まったという常識に、私は異を立てるつもりはありません。確かにたくさんの西欧式司法制度がその段階で作られ、そしてまた「権利」という言葉をはじめとするたくさんの新しい考え方や言い方が、そこで初めて中国語の中に入ってきた。

ただ他面、清代と中華民国以降の間にあるのは勿論、断絶ばかりではありません。既に広く知られているとおり、清代民事秩序の中には所謂「近代的な」要素が意外な程にたくさん存在しました。例えばそこでは田主佃戸関係まで含めた多くの社会関係が既に契約によって作られていました。民国期の民事法慣行の大部分は既に清代にも存在します。しかもそこでは統一的な国家行政機構の末端官僚たる州県長官が、そうした人民同士の契約争い・民事訴訟を直接に受理して裁いていた。西欧史学や日本史学では、フランス革命なり明治維新といった近代革命の意味を、通常は「統一的な国家権力による封建的割拠の克服と全国市場の確立」に求めますが、中国では、そうした枠組み自体は、辛亥革命より遙か以前から既に普通に存在したことでした。

そして更に加えて近年、清代官庁档案を用いた研究が進むにつれて、そこで行われた審判が、意外な程に、民間民事慣行に基づいて正当な利益主張を保護する内実を持っていたことが明らかになってきた。こと財産法秩序に関する限り、実質に着目すればするほど、清代と民国との間で一体何が変わったのかの方が、却って問題になるような状況が存在します。

そして最近翻訳が出た黄宗智教授の『民事審判与民事調解；清代的表達与实践』という書物は、清代と民国期の間にあるこうした断絶と連続の二つの側面を、「表達」と「実践」という言葉を用いて次のように説明します[3]。

即ち、清代においては国家は、民は本来は訴訟を起こすべきではなく、また紛争解決は社会調和を目的とし、そしてその裁きは有徳者による無徳者に対する教諭の形で行われるという考えを公式には表明していた。それに対して民国期においては、民衆は法に基づいて権利主張を行い、裁判は法に基づいて正当な権利者を保護する、という民事訴訟制度観が国家正規の訴訟観になる。事態を理解する為の公式の枠組み、あるいは公定の表現（「表現」）は、この通り清代と民国期の間で劇的に変化する。

しかし反面、国家が実際に法廷において行っていること（「実践」）に着目してみるならば、両者の差異はそれ程には大きくはない。自分の研究に基づけば、州県地方官の下で行われる公式の裁判は、「公式の表現」とは異なり、実質的には、国家法に基づいて明確に白黒を付け、正当な利益主張者に百パーセントのものを与える、つまり民国時期における民事裁判と大差の無い内容を持っている。

つまり清代と民国との間で「表現」は劇的に変化するが「実践」の方は連続する。あるいは、そうした時に着目される「実践」の内実は、専ら近代的な「法に基づく権利保護」の構成ですので、より端的に言えば、清末民国初に西洋法制との接触を通じて新しい概念が中国に持ち込まれる以前から、中国にも西欧近代民事裁判に相当する実質が存在した。むしろそうした自生的な「実践」の発展の結果として、中華民国期の民事法制は現れるのである、と。

この黄教授の説明は、確かに断絶面と連続面とを二つながらに一挙に説明するという点で魅力的な所を持ちます。ただ反面、難点も無いわけではありません[4]。

例えば黄教授は連続性を強調しようとして、清代の地方官は国家法に基づいて民事裁判をしていたと言おうとするのですが、勿論、『大清律例』は刑法典ですし、また当時の民事判決例の中に成文法を援用する例は皆無に近く、それどころか民事裁判については、裁きが成文法に基づいて行われるべきものであるという考え方自体ありませんでした。しかもまた、黄教授が積極的に民事訴訟を受理し国家法に基づいて白黒を付け、権利保護をしていたというその国家は、同時に良善の民は訴訟など起こさないものであり、紛争解決は社会調和の達成を目標とするという思想宣伝をしていた当の本人でもあった。そこで黄教授はその矛盾を解決するために、清代においては「表現」と「実践」との間は、逆説的(paradoxical)な関係に立っていたといった説明を繰り返し行います。確かにこう説明すれば言葉の上では一見辻褃は合うのですが、しかし言っている中身は、地方官達は権利保護意識など少しも持っていなかったが、現実的には権利保護者として振る舞っていた、という話ですので、それでは彼らは夢遊病者だったのかという疑問も避けられません。

2 清代民事審判の論理構造

しかし勿論、清代の地方官達が夢遊病者だったとは思えない。むしろ彼らは彼らなりの仕方、そこにあった事態を理解し処理していたに違いない。では彼らの民事紛争理解枠組みはどのようなものだったのか。それを論じたのが私の「権利与冤抑——清代聴訟と民衆的民事法秩序」という論文です[5]。そこでは次のようなことを主張しました。

当時の訴訟を、当事者が自己の利益の正当さを主張し、それが公権力の手を借りて実現される過程の如くに理解すること自体が、多分間違いの始まりである。むしろ訴状の中で当事者が一生懸命に述べ立てていることは、自己の利益の正当さというよりは、むしろ自己を抑

し虐げて止まない相手側の態度の不当さである。当時の訴訟とは基本的には、そうした悪事
の存在を指摘し、またこうした悪行が放置されている様では「無法無天」であると訴える当
事者の告発を受けて、地方官が、天に替って、その悪事・悪者を懲らしめる過程である。

勿論、そこにも実質上は民事的利益相互の調整の要素は存在した。それどころか実を言え
ば、大部分の事例においては、押し虐げて止まないと一方当事者によって告発される相手側
の行為自体もが、それなりの正当性根拠を持つ民事的利益の実現行為であった。彼がそこま
で強く利益主張をする背後には、多くの場合、やはり何らかの社会正義の裏付けがある。そ
れぞれに何ほどかの根拠を持つ民事的な利益主張相互がぶつかり合い、そしてそれぞれに
「相手の側の要求が過剰である」と主張し合っているというのが、そこに存在する紛争の実
質である。悪事という言葉が使われるにせよ、どちらかが一方的に悪いというケースは余り
無い。そして実際、判決においても刑罰が帰結することは殆ど無い。起こっている事態の実
質は、現代の権利争いと大差はないのである。違いはむしろ挙げて紛争の理解の仕方の側に
ある。

即ち、何故かそこでは訴訟は、そうした利益主張の「正当さ」の側に着目して、その「正
しさ」の基礎付けを争うような仕方では争われなかった。また裁きも、そうした主張相互の
論理的な整序と統合の作業としては営まれなかった。むしろここでは訴えは基本的には「幾
ら何でも相手はやり過ぎている」という程度の問題として提起され、また裁く側も論拠につ
いては余り詮索せずに、むしろ双方の利益主張をそれぞれに何ほどかの根拠があるものとし
て穏やかに認めた上で、両者の利益主張をどうやって調整するかという点に専ら関心を注い
だ。

もし訴訟が、論拠の側面に積極的に着目し、時にはお互いに矛盾もする論拠相互を論理的
に再構成しそれぞれが成り立つ要件効果を一つ一つ整序してゆく作業として営まれれば、ケ
ースの蓄積の果てに、最後には「私法の体系」といったものが出来上がるに違いない。しか
しここではそうした方向に論理を突き詰めて行く作業は殆ど起こらなかった。むしろ関心は
専ら、こうしたケースではどの程度の比例配分になるのがバランスがよいかという点に向け
られた。それは毎回異なる以上、ケースを幾ら積み重ねても、その中身は「情理」という修
辞一つに尽きてしまう。

確かにその仕方でも「応分のもの」は実現される。そこに着目して「権利の実現」を語る
ことも可能である。しかしむしろ積極的に表に出るのは、両当事者をともに含む全体的な視
点・公平な視点から「情理」に叶った線を導き出し、それを基準に各個別当事者のする利益
主張の限界を教え示し、その自己抑制を求める方向である。双方がその様に相手の立場を思
いやって、自己の利益主張を自制し、互譲しあう過程が秩序形成の過程である。そしてこの
ように相対的にものごとを考えてしまえば、相手の強欲を言い立てて打官司することは、こ
こでは時には自制を忘れた自己の強欲の現れでもあり得る。地方官が時に訴訟それ自体に対
して否定的な態度を取る理由もここにある。

清代の「訴訟抑制」も「権利実現」も共にこうした一つの文脈の中に現れる出来事である。
別に訴訟抑制側を「表達」とし、権利実現側を「実践」として対比をする論理的必要もない
し、また史的な必然性もない。あるいは逆に言えば、黄教授は当時の「表達」を、民が訴
訟をすることそれ自体を全面的に容れないかの如き調和主義として描こうとするが、当時の
地方官が考えていた「調和」とは、むしろ私的利益主張をする民相互が、一方では押し合い

つつ、他方では互譲もしつつ、そうして小競り合いをする中で動的に達成されるものであった。そしてそうした紛争過程にして均衡達成過程の一コマとして、民事裁判も位置づけられていた。

3 近代中国の民事法秩序

さてそれでは翻って、このような清代民事秩序のあり方と中国近代の民事法秩序との関係はどの様に考えれば良いのだろうか。

先に見たとおり黄教授は、中華民国以降の民事法秩序ということで、西欧近代的な「法と権利」に基づく民事訴訟制度を一方的に考える。そして確かにそう考えてしまえば、清代において民事秩序形成をめぐる人々が繰り広げてきた営為の全体を、そのまま近代につなげることは難しい。そこで敢えて「表現」と「実践」という二つの次元を分けて、清代の中から「法と権利」秩序につながる部分だけを救出しようとしたのが、簡単に言えば黄教授の主張の内実である。

しかしここで歴史を振り返って見れば直ちに気がつくとおり、近代以降の中国人が民事秩序形成に向けて払ってきた努力は、必ずしも黄教授が着目するようなものには限られない。

勿論そこにも民事法典の編纂の如く個体の持つ利益に正面から基礎付けを与える方向での一連の改革が確かに存在した。それは西欧的な「法と権利」に基づく民事秩序への接近には違いない。しかし他面、民事法制の整備とは、他面から見れば法廷に持ち出さる論拠の制限と同義である。私的土地所有権秩序の確立とは、それまで佃農が享受してきた慣行的な利益を法的世界から放逐することでもある。清朝の法廷ならば持ち込み得、また相応に配慮もされた生存権的な欲求に基づく利益主張は、そこでは最初から門前払いされる。しかし国家による一部の利益主張のみの公認は、むしろ大多数の農民にとっては単純に「弱肉強食」の激化に過ぎず、また国家・裁判官が、公平な立場を捨て、また全体的利益の代表者たることを忘れて、強者の代弁者となり下がることに他ならなかった。そこで周知のとおり革命が起これ、その結果、むしろ私的土地所有権秩序全体の否定が行われる。しかしそうした「全人民的生存」を掲げる秩序は、近年再び個体的利益の確保を求める動きによって突き崩されつつある。しかしその土地国有制の下での私的土地利用権の設定とその流通を支える論理構造は、宋代以降の「普天率土」の下での「業主権」のあり方を彷彿させる。そしてこれから事態が何処に向かうのかに至っては、俄には予言すらもなし難い。

中国近代民事法史は、決して黄教授が構想するように、単純に私的所有権秩序、法に基づく私的権利の保護制度の形成史であった訳ではない。むしろ平静に観察するならば、そこではなお、個体的な利益主張の欲求と全体的な共存の必要とが、あるいは言葉を換えて言えば、私的利益に固有権的な基礎を与えてそれら個体間の契約的編成として社会秩序を形成して行こうという志向と、全体的な生存・共存の必要から出発してその中で個体個体に応分の地位と利益とを与えて行こうという志向とが、なお一定の緊張を以て拮抗しており、むしろその両要請の間の暫定的な解決として、その時々々の制度が存在する。

そしてこのような歴史認識に立って振り返るとき、上に見た清代の民事裁判のあり方自体が、まさにこうした現代史にまで引き続く個体的利益主張とそれら相互の共存実現という問題に対する当時なりの一定の答え方であったという事実が、重たい意味を持って我々の前に

現れる。

そこでは一方では個家が何らかの根拠を持ってする利益主張に一定の配慮を配りまたそれを相応に保護しつつも、しかし他方ではその利益主張が過剰に及ぶことを許さないことが目指されていた。勿論、何が過剰なのか（どちらが「やりすぎている」のか）が本当に何時もそれほど明らかなのか、一体誰がそれを明らかにできるのかを問えば、おそらく原理的な問題点は尽きない[6]。しかし逆に言えば、そうした概念装置を用い、またそこで託された困難で果てしのない仕事に努めることを通じて、彼らは彼らなりに個体的利益の保護と全体共存の実現という、もとより両立し難いものの両立を何とか果たそうとしていた。そしてその同じ問題を、中華民国の人々も、中華人民共和国の人々も解決しようと努めている。

近現代中国が清代から引き継いだ最大のものは、区々たる現象的な共通性ではなく、むしろこうした課題とその課題の解き方についての大きな枠組みなのではないだろうか。そしてその枠組みの中の一部として「法に基づく権利保護」といった現象が位置を占めている。

4 「近代的法秩序」の歴史的遠近法

さてそれではこうした連続性を、どの様に歴史的に評価すれば良いのだろうか。

西欧の学術的言論の中では、全体的利益から出発して個体に利益を割り振るこうした仕方は、伝統の呪縛とか文化的特性といった仕方で「近代化・現代化」の障害物として位置づけられることが多いように見受けられる。その様に考えてしまえば、現代化とは良くも悪しくもそうした旧套を脱する過程としてしか描けないことも自明である[7]。

しかしここで立ち止まってみれば、現代において民事的関係进行处理する論理枠組みが既に清代にその原型を見せていたという事実が我々に要請する立論の形は、むしろ逆の方向、例えば中国の「現代」は既に清代において始まっていたといった立論なのではないだろうか。まだまだ熟さない考えではあるが、この点について現在私の念頭にある見通しを、最後に簡単に示しておきたい。

まず私は、「近代的法秩序」という問題を論ずる場合には、次の三つの論理的な次元を区別する必要があると考えている。

その第一は、社会経済史的な事実あるいは秩序形成の歴史的課題のレベルである。生産力の向上と共に、農業生産の単位は一般に細分化される。人々相互の間にあった自然的な紐帯がゆるみ、そうした多数の個体間でどの様にして社会秩序を作るかが、解かれるべき問題として浮かび上がる。勿論単位となるのは最初は個人ではなくて家ではあるけれど、西欧では中世的な封建農奴制が緩むと共にそうした問題は意識される。そして中国では、宋代以降の民地体制の成立と共にその問題は生まれ、明代後半以降、地主小作関係までもが一般的に契約的關係に移行するにつれて秩序形成の中心的課題となる。十数世紀といった時点をとって見るならば、西欧法秩序と中国法秩序が解こうとしている課題は、意外に共通している。

ただ第二に、そうした課題にどの様に答えるか、どの様な筋道で全体秩序は形成されると考えられたかという点について言えば、出された答えは西欧と中国では百八十度異なっていた。

西欧の側は、結局は個体の側を論理的な基礎に据える道を選んだ様に見える。それぞれの個体が持つ利益が正しく保護されることが秩序である。そうした時に個体が持つものを「権

利」と呼び、またそうした権利が隈無く実現されている状態を「法」と呼ぶ。そして権力とはそうした「法」を実現する機関である。そのイデオロギーは最後に社会契約説に結実する。

それに対して、中国の側は、全体の側に基礎を置いた。確かに如何に経済単位が個化しようとも、それらが大局的には協同しつつ一団として生活していることは疑いない。全体の生存あってこそ、個の生存もある。そうした全体的な利益を代表し、各個体に対して互助と互譲を要請し、また個々の主体が時に犯す欲の横溢を処罰することが、そこでは権力の果たすべき役回りということになる[8]。

こうした原理的な発想の違いが、双方における民事審判制度のあり方の違い、民事秩序形成における法の位置づけの違いを生み出す。どうして違った二つの解答方法が出てきたのかの原因は、取り敢えずは上述の課題に直面した時にそれぞれの権力が持っていた権威と実力の差異に帰す他はない。良くも悪しくも、中国にはそうした段階において、なお自明に全体利益を代表する権威と実力を持つ単一の世俗的政治権力が存在した。西欧にはそうした条件が無かった。

しかし第三に、制度理念ではなく、歴史の現実在即してみるならば、案外に両者の差異は大きくはない、それどころか歴史の進展と共に、その内実はどんどん接近しているのではないか、ということも可能である。

西欧においても、市民革命によって国民国家が生まれれば、そこには明確に国民の全体を代表する主権権力もあり、また国民の全員が基本的人権という名前の既得権を持つ主体として法的世界に現れもする。しかし全員が舞台に登場し、しかも全体の枠が限られていれば、結局は互譲の契機は不可欠になる。また権利と言っても、それが議会の立法を通じて全体の側から付与され、また全体の利益による制約を明示的に受けるものになれば、それはもはや中世的な固有権・既得権ではない。近代市民革命を通じて、法と権利というものが普遍的且つ世俗的な基礎付けを得た途端、逆説的ながら、それは幾らか旧中国の「分」に近い側面を持ち始める。

また中国の側も、単位経営の自立化・自律化が更に進み、個別の家の浮沈、自己の生業の獲得の機縁と存立の基礎が、愈々個別経営主体の努力と才覚に依拠するものとなれば、そうして得たものの保護を求める動きは強まろう。個別利益の既得権化は避け得ないし、またそれを無視した仕方で全体の利益を論ずることも次第に困難となる。そして土地所有秩序について言えば、清代においてもその既得権化・「権利」化は相当に進行していた。国家権力の側がそこで自己抑制的に振る舞えば、そこには何時のまにか権利秩序の如きものが出来上がる。

個から始めた試みが本当に全体に及び、また全体から始めた試みが本当に硬い仕方で存在する個に出会ってしまえば、どちらもが結局は、ゼロサムゲームの解決法・その各自の正当な取り分についての社会的了解方法・あるいは社会的了解に基づく各人の取り分の確定方式に過ぎないという自明の事実が現れる。そこにあるのは結局は全体と個との関係をどう整えるかという普遍問題であり、そして個と全体の片方だけが存する訳も無い以上、所詮は、どちら側から始めようと、現実的には最後には他方の要素からは逃げられない。そして実際にその両側面に考慮を払った局面を取って見れば、総合的に実現されていることは大差が無いという現象すらも見出せよう。

勿論、最後に全部が同じものになってしまう訳もなく、またその様なことを論ずるつもり

もないが[9]、少なくとも民事財産法制の話をする限り、現時点において原理の違いを論ずる実益が余り無いことも事実である。

終わりに

これまでの法制史学は、上に示した第二のレベルの、しかも一方の解答のあり方を指す言葉として「近代的法秩序」という言葉を使いがちであった。

そして確かに「法と権利」という考え方それ自体が持つ固有の価値は明らかであり、また実際、中国の法制近代化においても、個体側の利益主張に正当な位置づけを与える過程において、西欧から輸入されたそうした発想法や概念が果たした役割は決して小さくはない。第二レベルの発想の転換に着目して近代化を語る議論にも十分な根拠はあり、また十分な意義もある。

しかし反面、そうした概念の置き換えが行われる過程、より正確に言えば、ある部分は置き換えられるのにある部分は置き換えられもしないという過程全体の持つ歴史的な意味と位置、あるいはそうした選択的置き換えを行う主体の依って立つ歴史的な地盤を論じようとするならば、その背後に存在するこうしたより大きな歴史的な文脈に目を配ることも不可欠である。そうした関心から見ると、民事法秩序をめぐる中国のこの五百年の歴史もまた、世界史がともに迎えた「近代的な社会状況」に対する中国なりの対処の歴史であり、その過程自体もまた実はそのままで世界の近代法の歴史の一部分を成しているという当然の事実に思いを馳せることも、少しは役に立つであろう。

[1] 本稿は、1998 年 12 月 29 日、北京大学法律系の李貴連教授のゼミにおいて行った講演の原稿に、必要最小限の修改を加えたものである。講演の機会を与えて下さった李貴連教授、また当日席上で貴重なご意見をいただいた張建国教授およびゼミ参加者各位に改めて謝意を表したい。

[2] 北京大学司法研究中心・北大法学評論共催の研究会（1998 年 11 月 22 日）。その報告「清代の民事法について」は、翻訳の上、近日中に『学人』誌に掲載される予定である。

[3] 黄宗智『民事審判与民事調解；清代的表達与实践』（中国社会科学出版社、1998 年。原著は、Philip C. C. Huang, "Civil Justice in China ; Representation and Practice in the Qing", Stanford University Press, 1996.）。

[4] なお黄宗智教授の議論に対する筆者の見解の概要は、寺田浩明（王亜新訳）『清代民事審判：意義与性質——日美両国学者之間争論』（『北大法律評論』第一卷 2 号、法律出版社、1998 年 12 月）を参照。また詳細は、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」（中国史学会『中国史学』第 5 卷、177～217 頁、1995 年 10 月）、および寺田浩明「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」（中国社会文化学会『中国——社会と文化』第 13 号、1998 年）を参照。

〔5〕 寺田浩明（王亜新訳）「権利与冤抑——清代聴訟和民衆的民事法秩序」（滋賀秀三等著、梁治平・王亜新編『明清時期的民間契約和民事審判』法律出版社、1998年収録）。本論文は、黄教授の提唱によって、1996年9月21日から23日まで、日本の鎌倉で開かれた「後期帝制中国における法・社会・文化——アメリカと日本の研究者の対話（Law, Society, and Culture in Late Imperial China: A Dialogue between American and Japanese Scholars）」会議に提出した報告ペーパーを発展させたものである。

〔6〕 筆者は、寺田浩明（王亜新訳）「明清時期法秩序中“約”的性質」（上掲『明清時期的民間契約和民事審判』に収録）において、その問題点の一端を論じた。

〔7〕 勿論その具体的な現れ方としては、旧套は脱し得るしまたこれまでも順次それを脱してきたではないかと言って現状の脱皮過程を励ます仕方と、いくらやっても脱しきれないものがあることに苛立つ仕方との両様があるだろう。

〔8〕 互譲に基づいて調和的な人間関係を保つという考え方自体は勿論、中国古代から存在する。しかしそうした倫理道德が、例えば郷約における『六諭』の講読といった形で、民衆レベルにまで積極的に注入されるようになったのは明代以降の現象である。こうした「儒教の民衆化」と呼ばれる現象は、個化という歴史状況に対する当時の知識人や国家権力の対応の産物であるという意味において、社会契約説に至る西欧近代政治思想と基本的には同じ歴史的な位置に立つ。こうした点について筆者の考えについては、寺田浩明「満員電車のモデル——明清期の社会理解と秩序形成」（今井弘道・森際康友・井上達夫編『変容するアジアの法と哲学』、有斐閣、近刊）（"The Crowded Train Model: The Concept of Society and the Maintenance of Order in Ming and Qing dynasty China", in "Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie", Beiheft 72., forthcoming）を参照。

〔9〕 例えば「出産の権利」に代表される基本的人権の分野や、政治権力の組み立て方の分野では、個から議論を組み立てるか全体から議論を組み立てるかによって、その結論は実際にも大きく変わってくることになる。ただその対立は、具体的に発言し、また生き死にするのは個々の人間だが、その人間は類をなして生きておりまた類の中でしか生きられない、という人類の本源的な属性（あるいはディレンマ）に基づく原理的な対比項に基礎を持つ。我々はそれに答えを出さなければならないが、しかし正解が何かは分からない。そうした問題を、東洋と西洋の間の対立、あるいは前近代と近代との間の差異の如く論ずるのは不毛である。