

中国法制史研究と比較歴史社会学の諸カテゴリー

——折原浩『マックス・ヴェーバーとアジア——比較
歴史社会学序説』を読んで

寺田 浩明

はじめに

京都大学の寺田と申します。これまで大学を幾つか変わりつつも一貫して法学部で中国法制史を教えてきました。中国清代の土地所有権（特に二重所有権）の概念的研究から出発し、その後、慣行や民間規約といった法の存在形態論を経て、10数年ほど前から民事裁判の構造の研究に着手し、特にこの5年ほどは刑事裁判まで含めた伝統中国法全体の特性について考えています¹。

ウェーバーの著作については学部学生の時に勉強したきり（実は駒場で折原浩先生のゼミの末席を汚しておりました）これまで長く遠ざかってきました。また自分の専門分野についても、ウェーバーのカーディ裁判論や官僚制論に依拠して中国伝統法について欠如論的な位置づけをしたり、また逆にそれに反発して中国にも西洋法伝統と同様のものが部分的に存在したとか主張する（そういう仕方でウェーバーの理論図式に依存している）形の伝統中国法研究の類は、議論の仕方自体にどうも馴染めず、これまで専ら敬して遠ざけてきました²。勿論それはウェーバー本人のせいではないのかもしれない。しかし水林彪さんとは異なり私にはウェーバー本来の議論はこれだといって独自の理解を再提示するような

¹ 寺田のこれまでの仕事内容については、「寺田浩明の中国法制史研究ホームページ」の「著作目録」ページ（<http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/mywork/mywork.htm>）をご覧ください。大体の論文についてはそこからダウンロード出来ます。そこで以下、拙稿について言及する場合にはこのリストの番号も付します。

² その唯一の例外としてカリフォルニア大学の中国史学者フィリップ・ホアン氏との論争絡みの作業があります。拙稿10「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5巻、177～217頁、1995年10月）、同13「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」（中国社会科学学会『中国——社会と文化』第13号、253～281頁、1998年6月）など数編の論文を書きました。氏は膨大な清代裁判原文書分析（世界初の試みでした。これがあるので応接せざるを得ない）とセットにして伝統中国民事裁判をウェーバーの言う形式的合理的裁判に近いものだと言論ずる。それに対して私の方は各種の実証的・論理的な批判をすると共に、結局ホアン氏の立論は、中国でも最後には形式的合理的裁判が実現するという（改革開放時期に中国系米国人の中に広くあった）期待あるいは予言とセットになってはじめて論理的な意味と正当性を持つような議論であると論じた。本報告三でも触れることになる近代法論の問題にここで最初に気がつきました。

能力はない。むしろそうした不得手なことに時間を使うより、原史料自体に出てくる諸概念を学問的に彫琢する方が早いし且つ面白そうだった（要はそちらの方が好きである）。そこで長いことウェーバーには背を向けてもっぱら史料相手に格闘してきました。そうは言っても、当然ながら行うことの大半は史料を読む自分が思わず知らず抱いている理解枠組みの側の偏向に気付き、その「偏見」を一つ一つ滌除することの連続ですので、それはそれで中々困難な道ではありました。

しかし最近ようやく気になる諸事象についての一渉りの考察が終わり、自分なりの中国法の性格付けが落ち着いてきた。やはり最後に問題になるのは、西洋における法の発展のあり方と中国における法の発展のあり方の対比、そしてそれら各々と近代法との関係づけになる。まさにウェーバーが中心的に取り組んできた課題そのものです。或いはこうした大きな課題設定のあり方こそが、まさに若い頃に私がウェーバーや折原先生から学んだことの神髄なのでしょう（三つ子の魂百まで）。そろそろ私が手作りでやってきた対比とウェーバーのする対比との間の位置関係について、改めてちゃんと整理しておくべき時期なのかもしれない。

ちょうどそうした所に水林先生から今回の研究会のお誘いがあり、それを通じて折原先生の最近のお仕事を勉強し、またこの数年来の「比較歴史社会学」の新動向を学ぶ機会を与えられた。どれもとても面白かったです。特にウェーバーの仕事を一言二言のテーゼに還元して後はそのテーゼだけを振り回すという怠惰なことは止め、原点に戻ってウェーバーの諸概念を検討し直そう、そしてウェーバーがやり始めそしてやり残した仕事を現代に生きる自分たち自身の仕事として積極的に引き継ごうという折原先生の姿勢からは、（私もちょうど法比較の全体枠組みの再構築の必要をひしひしと感じていた折だけに）非常に大きな励ましを受けました。且つどうやら今回の研究会では、先生の長年にわたるウェーバー研究の成果を歴史学者に惜しげもなく提示して貰えるらしい。ならば私が現在、伝統中国法について考えていることを（かなり無防備な仕方です）披瀝して一度先生の教えを乞うてみよう。それが今回この報告を引き受けた動機です。

接近の切っ掛けが折原先生の新著『マックス・ウェーバーとアジア』にあることは明らかであり、そこで本報告の副題にもそれを掲げているのですが、ただこの書物は副題が示すとおりの「比較歴史社会学序説」ですので、『プロ倫』論文の再定位から始まり、アジア部分に限っても中国史だけではなくインド史や日本史の話も含み、それどころか最後にはアメリカ合衆国論やロシア論まで出てくる。勿論それらの大部分は最初から私の手には負えません。どちらにせよ狭く中国関係部分だけに話を限らざるを得ない。また討論の主目的は、世界史の検討を通じてウェーバーが構築した理論枠組み自体を再活性化することの方にあるのでしょうから、余り中国史の細部に拘った個別実証主義的な話をしても意味はない。

そこで本日は折原著の個々の論点に直接に対応するのは一切止めて、むしろ私の方でも思い切って中国法・中国史について一定の大きさの全体像を示し、それをウェーバー＝折原先生が提示する中国像と突き合わせ、そして最後に中国法制史研究と直接に関係が有るウェーバーの分析概念の幾つかについての私の感想をお示しし、折原先生や参加者の方々

からご批判を頂くことにしたいと思います。ウェーバー理論およびその研究動向については徹底して不案内ですので、理解の不十分な所が多々あるかと思っています³。どうぞ存分に叱正をお願いいたします。

具体的には、第一節で、主に帝制時期の最終段階である清代を対象に伝統中国の社会構造の全体像を描き、その中でウェーバー＝折原先生の「氏族」社会論を批判する。第二節で、そこにおける法と裁判のあり方を紹介し、ウェーバーの「カリスマ的法発見」論との異同を検討する。第三節では、上で性格付けた伝統中国法論・伝統西洋法論との関係で自分なりに「近代法」なるものを位置づけ、ウェーバーの議論の背後にある近代法の（更には「合理化」の）「普遍性」の問題について考える。そして最後の第四節で、ウェーバーの諸カテゴリーのうち特に中国法制史研究との関係で問題となるカリスマ的支配（あるいは家産官僚制）論、習俗＞習律＞制定法と進むゲマインシャフトの合理化論、および形式／実質、合理／非合理を軸とする司法の四類型論の問題点を論ずる。

なお翻訳の必要からフルペーパーを十日ほど前に作り、同時に研究会メンバーの皆さんにもお送りしてありますが、それを全部読む時間はありません。既にここまでも適宜飛ばしていますが、報告の方は原稿を飛ばしながら行かせて頂き、むしろ討論の時間の方を確保したいと思います。

一 伝統中国社会像、或いはウェーバー「氏族」社会論の問題点

1. 「分形同気」の血縁観

伝統中国法・中国社会を論ずる際には、彼ら固有の血縁観＝人間観と、現実の家族生活のあり方について知っておくことが決定的に重要です⁴。

その血縁観は一言でまとめれば「父子至親、分形同気」、父親と子とは形は別だが気は同じであるという考えになります。気とはここではその人の個性と活力の元となる粒のようなイメージです。それが集まって実体としての人間が出来上がる。そしてすべての人間は、（男の子も女の子も）その気を父親から100%引き継いでこの世に生まれ、また現に存在している。父親の生命の千切れた一部が子供である。ちなみにここでは母親の気は混じらない、母親＝子宮は父親の気＝精子が育つ畑、父親のクローンの育成器に過ぎないと考えられていた。

³ 特にウェーバー理論については、テキストの場所を示しての具体的な検討が必要な筈ですが、時間不足・能力不足で及ばなかったこと（その結果としてこの報告自体も「ウェーバーの仕事を一言二言のテーゼに還元して」という感じになってしまっていること）を申し訳なく思います（後でちゃんと補います）。現時点で大筋の理解の方向が間違っていないことだけを祈ります。また先行諸研究への正面からの応接も必要かと思いますが、それらも同じ理由で今回は省かせていただきます。失礼の段、どうぞお許し下さい。

⁴ 以下の血縁観および家に関する説明は、滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、初版1967年）にほぼ全面的に依ります。なお一々は触れませんが、その他の議論もあちらこちらで明示的黙示的に滋賀秀三氏の仕事から影響を蒙っています。滋賀秀三氏の全著作目録は以下で見られます（http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/sonota/siga_works.htm）。戦後日本の中国法制史学が（人目に付かないところで）どんなことに関心を向けてきたかの一例が一覧できます。

ただ一旦この考えを採ってしまうと、父親を同じくする子供同士も同気だし、父親と祖父、それゆえ父親と伯叔も同気なのですから、当然その伯叔の子供（つまり従兄弟）達も自分と同気ということになる。そして子供の居ない人間は居ても親の無い人間はいませんから、祖先側には幾らでも遡ることができ、そしてそこから降りる裾野の広がりも幾らでも大きくなる。世の中は自分のクローンだらけというイメージを抱かざるを得ない。そして実際、伝統中国人は、そうした理念的な同気者の大集合を古くからイメージした。その集合を伝統中国語で「宗」と呼び、そして中国の「姓」とはこの同宗の人間が同じく名乗る名前である。つまり中国の姓とは（経営体としての家の組織名である日本の「名字」とは異なり）個々の人間誰もが出生と同時に持つ気のブランド名なのですね。ただ大きな姓になると同姓者は清代ですら一千万人単位でいる訳ですから、この宗が現実的な社会集団として機能する訳では勿論ありません。同姓か否かは、日常的には養子を取ったり（異姓不養）、通婚相手を選ぶ際の制限（同姓不婚）として機能する程度です⁵。

しかし論理としては人は誰もが必ずそうした大きな気の流れの何処かに生まれ落ちる。しかもこの議論では兄弟全部に無差別に同じ気が流れ込むのですから、親との関係で言えば兄弟は基本的に対等です。長男だけに大事なものが流れるという議論も（政治的地位の世襲が原則廃止となった）帝制以降の人民については殆ど存在しない。ということはこの気の流れ論には、驚くべきことに本流と傍流という契機すらも無いのですね。誰もが自分から気の始原に向かって一直線を引ける（固定的な親属体系の「端っこ」に生まれ落ちるということはない）。人は誰もが過去から未来に引き続くこの蕩々たる気の流れの中心に生まれ、そしてその周りには同心円的に膨大な同気の仲間（つまり広義の兄弟）達が生きている。しかもここでは科挙を通じて誰もが高位高官に登ることができ、それどころか革命を起こせば皇帝にだってなりうる訳ですから、生まれた時は（男子に限ってなのですが）誰もが無限の可能性を持つ。血縁の重視が常に社会の固定的編成を生み出す訳ではない。むしろこの血縁論は（おそらく日本人が戦国時代の百年間と幕末維新前後の五十年間にだけ感じ得たような）晴れ晴れとした高揚感と連帯感を人々にもたらすという側面を持っている。

2. 「同居共財」の家

そして中国の家とは、こうした男系血統で連なる同気の仲間の一部（およびその配偶者）が現実的にも一緒に暮らしている生活集団として定義されます。メンバーは同気、本来的には同じ生命ですので、その生活原理もまずは自ずと徹底して共産的なものになる。それが「同居共財」、一つ財布の暮らし方です。そこでは家族員の誰が得てきた収入であれそのすべてをこの一つの財布に入れ、家族員の必要はすべてその一つの財布から収入の多寡とは関係なく専ら必要に応じて公平を旨として支出し⁶、そして財布の底に残ったお金で買っ

⁵ 同宗であることの効果としてはもう一つ、同宗者相互間で犯罪事案が起こった時に両者の尊卑長幼の関係に従って刑罰が（相当に激しく）加減されるという大きな問題があるのですが、余りに煩瑣になるのでこの側面には今回は立ち入りません。

⁶ 皆の稼ぎで作った中華料理の大皿を皆で囲む姿が基本イメージです（それは皆が同じだけ食べることは同じではない。激しい労働をした者・若い者が肉を余計に食べるに違いない。貧し

た土地財産等も家族構成員全体のものであると意識される。富むも飢えるもみな家族員一
緒の世界。当然、自分が稼いできたものだからと言ってこっそり自分のポケットの中に入
れて自分の為だけに使うことは許されない。そして中国語ではそういう行為が「私」と呼
ばれ、それに対して、そうした「私」の垣根が溶けた家族員全員の無差別的な一体状態の側
に「公」という言葉が割り振られます⁷。

ただこの一体平等の暮らしはその裏側に極端な差別関係を内包していることにも注意が
必要です。例えばこの同居共財家族の共有財産を売却する場合に契約書に誰が名を出すか
と言えば、父親が生きている間は必ず父親一人だけです。妻や子供は原則的に顔を出さな
い。利用面での家族全員の共産的性格と処分面での父親の専横的性格とが同居しているの
ですね。そしてこの点は中国家族法史研究を長く悩ませてきた論点なのですが⁸、時間が無
いのでどういうロジックなのか私が考えている結論だけ言えば、家産は勿論家族員全員の
ものである、しかしその家族員は内容的には同気であり、また現実にも常に一体となって
暮らし且つ全員に私心が無いという前提で作られる。となればむしろそこにあるのは心を
一つにして一緒に富み一緒に飢える一つの生命体の如きものと考えの方が相応しい。心の
中身が全部同じならば、その内容を誰か一人が口にすればそれで足りる。そして誰がそれ
を口にすべきか、誰がその一心同体の一体的生命体の口になるかと言えば、それは気の源
流たる父親である（オリジナルが現にあるのにコピーの側を参照する理由がない）。こうし
た仕方では個々の家族員の心は父親によって全面的に代表される。そういう形で個々の成員
の心が家族大まで肥大した形で実現されるとも、或いは個々の心が父親によって「奪われ

い家の親は自分は我慢して子供にたくさん食べさせるだろう。必要に応じて公平にという話は
こうした形で実現される)。それゆえ同居共財のことを「同爨」とも呼ぶ（爨とはカマドのこ
と）。ちなみに日本の伝統的食事が「めいめい膳」で給され、家族内ですらそこに載る皿数が
立場によって違うこと（それを誰も訝しみすらないこと）と対比せよ。

⁷ ですから中国語の「公」字の用語範囲は必ずしも国家や政治社会のみには限られない。上述の
家族財産を家族員の「公物」と言う用語例すらあります。また「私」とは、このように本来一
体たるべき状態の中で自分一己の利益だけを考えて自分の周りに見えない垣根を張り巡らせ
る行為のことですから常に悪口であり、且つ論理として公と私とは同時並存的に存在はできま
せん。ここが（プライベートの隙間をパブリックが埋めると考えるにせよ、或いはパブリック
の広野から一定部分をプライベートとして囲い込むと考えるにせよ、どちらにしてもそうした
仕方では）両者が常に同時並存的に存在するパブリック／プライベート対比との一番の相違点で
す。二で述べる話を少し先取りして言えば、私と公がそういう関係にある（或いはパブリック
という共通した客観的な「置き場所」が無い）ので、私的な人々の間に硬い共通了解を成り立
たせようとする、主体相互間の垣根を融解して（公を想定して）その融解した一つの主体が
同じく現に抱く心という形で話を進めざるを得なくなる。またそうした（或る意味では極端な）
想定側が貫かれてしまうので、プライベート相互で共有できる限定的項目だけをパブリックな
問題にしようという限定も出てきにくい。

⁸ 仁井田氏氏が父親の家内支配を強調し家族論全般にわたって「家父長制」論を展開したのに対
し、滋賀秀三氏は上に紹介した分形同気論を用いて、所有権を論ずれば父親の単独所有権だが、
その処分権は男子達の承継期待権により掣肘されていた、といった議論を立てる。以下に述
べる私の理解は、滋賀氏の議論を更に一歩進めて、そうした技巧的な説明をするくらいなら、い
っそのこと所有「主体」自体がおよそ「個人」ではないと考えた方が素直ではないか（実際、
財産法関係で「個人」が現れる機会はない。家産分割時に未婚の男子は確かに「個人」なの
だが、その状態を誰も望ましいこととは考えていない。それは暫時的経過的に「一人同居共財」
しているだけだと考えればそれで足りる）、というものである。

る」とも、どちらとも言える。中国における一体的な「公」の話の裏側には大体いつもこうした話がついて回ります。

そしてこうした家族員の同居共財関係は、子供達が成長しそれぞれに配偶者を迎え、そして子供を産んでも変わらない。我々で言えば親戚一家同士が一つ屋根の下で共産的に暮らす状態がまず生まれます。しかもここで凄いのは、そうした家族員同士の同居共財義務は親が死んでもそのこと自体では断ち切られないことです。同気の兄弟ファミリー同士はなお一体として暮らす「義務」がある。問題はそれまで父親が占めていた地位ですが、それは（父の気を引継ぎ、そしてやがて自らその気を次世代に引き継いで行くべき）男子兄弟全員が一体として引き継ぐ。そしてここでも私心が無い以上は、複数いたって兄弟皆が同じ事を考える筈である、一体的決定は可能な筈であるという前提がとられる。そしてその兄弟レベルが死に絶えれば、今度は（最上位排行にある）孫達が共同してその役割を担う。そうした仕組みが用意されている以上、この同居共財状態は世代を超えて幾らでも継続が可能です。というか放っておけばそうなるほかはない。そして実際、時に数世代、百人以上の人々が上記の同居共財の原理に従って暮らす伝統中国の大家族が現れる。そして社会通念上は、そういった大家族で暮らすこと（九世同居）が夢だとも考えられていた。

ただ勿論、そんな大家族で無差別公平に暮らすのは大変ですから（何よりもまず兄弟間で意見が一致すること自体が実際には相当難しい。働き者と怠け者の間で直ぐに喧嘩になる）、通常は親が死んで喪が明けた頃に、兄弟で相談して「析産」（学術用語では「家産分割」）の手続きを取るのが普通のやり方でした。どうやるかと言えば、親族を招きその立ち会いの下、全財産を精査の上で価値的に等価になるように分け兄弟の人数分の財産セットを作り、どれを取るかは兄弟がクジ引きで決める（クジで分けるので家産分割のことを「鬭分」とも呼ぶ）。つまり家産は男子兄弟で完全に均等分割します⁹。この手続きによって兄弟ファミリー間の同居共財義務は晴れて断ち切れ、後は兄弟ファミリーそれぞれが引き継いだ財産を元にそれぞれの才覚で（基本的にはてんで勝手に）生きて行く。ただその分かれた各ファミリー内部の暮らし方はやはり同居共財ですので、要は大きな同居共財の家がこの家産分割を切っ掛けにして、男子それぞれを「細胞核」とする小さな家々に「細胞分裂」をするイメージです。

そして中国といえば大家族という通念に反して、中国の歴代平均戸口数は漢代以降清末までずっと四～五名という水準にある。おそらく父母が死んで喪が明けた辺りで家産分割をするのが常態だったのでしょう。また富家ほど子供が多い訳ですから、この仕組みですと、一代でどんなに経済的に成功しても数世代経ればまた沢山の小さな普通の家々に戻ってしまう。構造的に代々の名家というのが生まれにくい。或いは分形同気の血縁観・兄弟均分慣行という仕方で、強制的な垂直的社会流動性が社会自体の中にビルトインされている。そしてそれは（日本風に言えば「田分け」）ですので当然ながら分割された小さな家々に時に存続の危機をもたらします。清代になるまで中国の人口は殆ど増えませんが、実際に分かれ出た多くの小さな家々は次々に衰滅・脱落していたのでしょう。「一所懸命」が

⁹ ちなみに中国では女子は適宜嫁入り財産を貰って他家に嫁いで行く（そして嫁ぎ先でその他家の「気」の増殖に貢献す）べき存在なので、この家産分割には最初から与らない。

大好きな日本人には何でこんなに「田分け」たことをするのか自体が理解しがたいのですが、おそらくここではお家大事で一子相伝・一所懸命をやる（そうやってそれが何かの切っ掛けで丸ごと潰れる）よりも、子供達それぞれに自由な可能性を与えリスク分散する方が、気＝DNAの生き残り戦略の観点から見て合理的だった、中国ではそれ程に生存環境が厳しかったということに尽きるのかと思います。

3. 社会関係の基調

そんな訳で実際の社会は、こうした小さな細胞・小家族が生き残りをかけてそれぞれに奮闘努力する競争状態になる。また世代を超えた家の安定性・永続性自体が無いので、その家々同士を固定的に結びつけて長期的安定的な地縁的互酬関係を作り上げることも難しい。また名家の持続すら無いので家同士の間に安定的な支配保護関係すら作れない。かくして中国では基本的に西欧中世・日本近世に見られる様な「農村共同体」はありません¹⁰。むしろ当時の社会編成を考える場合には、定期市が立つ市場町（市鎮）とそこに日々通う家々からなる相当に広い生活空間（標準的には地縁的集落 18 個を含み込み、八千人・千数百戸から成る人間集団。そうした標準市場町・標準市場圏が全国で三四万個ある）を考える方が良い¹¹。普通の農民達はこの中で一生を暮らす。それら市場町相互は商業的には行商人達によって、また社会秩序面では紳士達の人的ネットワークで結ばれ、行商人や紳士達が住む大規模市鎮（中間市場町）を中心とするより大きな中間市場圏が作られる（これが全国で 8 千余个）。そしてその中間市場町に商品を卸したりそこから産物を集積する卸商や、各市鎮に住む在地紳士を束ねる上級紳士達が居住する大都市（中心市場町）がその上に全国で二千余り成り立つ。このようにここでは市場圏の重畳の形で日常的な社会統合が行われる。

そして末端に住む標準市場圏内部の家と家とは、主要には短期的互酬的な契約関係で結ばれる。上述の家の上昇と没落に対応する形で土地財産の移動が激しく起こる。また一方に有産の家があれば他方に無産の家も生まれる。無産の家は自家の労働力で以って有産者の余った土地を耕して暮らす¹²。その結合もまた市場的契約的に行われる。当然、家々の間

¹⁰ 人民を「貢租や治安維持に連帯責任をおう強制団体に組織化しこれにライトゥルギーを賦課して行政の末端に位置づけ統合する」（折原著 125 頁）という試みも国家によって一時なされますが、日本で言う庄屋クラスの家が安定が作れないので結局は失敗する（岩井茂樹「公課負担団体としての里甲と村」『明清時代史の基本問題』汲古書院、1997）。清代ですと税糧は個別に配布される徴税通知書に従って個々の農民家族が自分で役所に払いに行く形になります。また農村にも「自治村落」などはない以上、それを巡ってウェーバーがする都市と農村の対比も実証的には無意味です。

¹¹ こうした事実は戦前戦中に中国の実地調査をした日本の社会学者達によって既に気付かれ始めていましたが（例えば福武直『中国農村社会の構造』1946 年、後に『福武直著作集』9 巻、東京大学出版会 1976 年）、それを総合的な理論として提示したのは歴史人文地理学者のスキナーであり、通常はその理論の全体が「標準市場圏論」と呼ばれます。G. William Skinner "Marketing and Social Structure in Rural China" *Journal of Asian Studies*, 24,no.1-3, 1964-65. 翻訳、今井精一ほか訳、G・W・スキナー『中国農村の市場・社会構造』（法律文化社、1979 年）。

¹² 土地集積が個別の売買を通じて行われる結果、大地主と言ってもその所有地は断片的な小地片の集積の形を取るの、その土地利用もまた小家族による小経営の形を取る他はない。

には常に相当の貧富の格差がある訳ですが、ただ眼前の貧家の姿は明日の我が子孫の姿でもある。社会関係を作る際には、そうした貧富の差を余り表に出さない水平的な構成が好まれる。例えば小作関係（租佃関係）についても、地主小作間の支配庇護関係としてよりも、一方の家が余った土地を、他方の家が余った労働力を持ち寄り共同経営をし、それぞれがその貢献度に従い配当を分配する関係であるといった理解方法がなされる（分租）¹³。会社（合股）も同様の仕方で作られ、また各種の互助関係もそうした「持ち寄り」的な結合（「会」）の形をとる¹⁴。要は歯を食いしばっても対等だと頑張る、無用の貸し借り関係を作らない。そこで頑張り切れないと社会的な賤視の対象となり、現実的にも何処かの家に収容されその最底辺の疑似家族員・家内奴隷となり上述の家の世界から脱落する¹⁵。かなり「突っ張った」生き方がまずは社会の基調になる。

ただこれでは余りにも冷え冷えとした世界であることも確か。セーフティーネットも欲しい。但し所与の農村共同体は存在しない。そこで行うことは、相手と自分との間にある何らかの共通項に着目して、お前と私はこの部分が共通だから他の家々同士ではしないような互助をしよう、とって強い結合関係を結ぶことになります。誰にも分かりやすいのは大都市における同郷出身者同士・同業者同士の結びつきです。お前と俺とは同郷・同業だから特別な信頼関係を結ぼう、困った時には助け合おう。同様の仕方で各種の結社が作られる。ただ共通項を言い出せば、実は上に述べた同気こそが人間同士の最高最大の共通項ですから、上の仕方でバラバラに分かれきった同姓同気の家々同士が再びあい募ってお互いの系譜関係を確認し、互助的な再結合を行う試みも出てくる。それが中国史で言う「宗族」です。

こちらは上記の理念的な「宗」とは異なり、具体的な共同活動をし、内と外とがメンバーシップで画される現実的な社会集団です。宋代の「范氏義荘」がその濫觴ですので、勿論、古代的なものではない。むしろ宋代以降どんどんと加速する個家エゴイズムに対する危機感が出発点にある。「吾が祖宗より之を視れば則ち均しく是れ子孫にして固より親疎無し。吾安くんぞ其の飢寒を恤れまざるを得んや」（范仲淹）。ただ士大夫層が中心になって举行されたことの裏側には、科举官僚の再生産をめぐる現実的配慮もありました。官僚の地位は世襲できない。子孫が科举に合格する必要がある。しかし勉強事ですから向き不向きはあり且つ教育投資も必要だ。ならば同姓の一族が結集して塾でも作って師弟達を教育しその中から合格者を出しその収益を同族全体に還流させる仕組みを作ればよい。確かにこの仕方でうまく回転する名族も時には現れる。

そして結合・結集の為には同気の強調が必要ですので、どの宗族もまず最初には春秋に

¹³ 伝統中国の土地所有・土地経営の概要については、取り敢えず拙稿 5「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 1 巻「歴史における自然」岩波書店、199～225 頁、1989 年 10 月）を参照。

¹⁴ 清水盛光『中国郷村社会論』（岩波書店、1951 年）。旗田巍『中国村落と共同体理論』（岩波書店、1973 年）、同「廟の祭礼を中心とする華北村落の会」（小林弘二編『旧中国農村再考—変革の起点を問う』アジア経済研究所、1986 年）。

¹⁵ 身分制のあり方については、高橋芳郎著『宋—清身分法の研究』（北海道大学図書刊行会、2001 年）。私自身の身分法理解については、同著に対する寺田による書評（拙稿 18、『東洋史研究』60 巻 4 号、2002 年）を参照。

集まって共同祖先を祀り、また族譜を作ってお互いの系譜関係を確認することから始まる。そして結合度が高い宗族では、宗族固有の財産を持つ¹⁶。来源は富家による寄付であったり、或いは家産分割時における共有部分の留保であったりします。そしてその族産を小作に出してその収益で先祖祀りの費用や上記の家塾の費用を出し、更に収益がある所ではそこから族人の冠婚葬祭費を出したりもする。そうして日常生活面で族人側の宗族組織への依存度が高まって行けば、当然（除名されると大変ですから）それに見合った形で宗族側の族人に対する統制的機能も強まって行く。

ただ家とは異なり宗族では同居共財まではしない。しかもそうして集まればリーダーの使い込み、運営に関する意見の不一致の可能性は常にある。それゆえ現実にはこうした宗族組織が永続することは難しい。一旦作っても繰り返して宗族財産を再配分して解体する運命を辿る。つまり同気者同士の結合ですら行動単位・生存競争の生き残り単位はやはり家の側なのであり、その家の側の判断が事態を主導する。そして考えてみればそんなに同気者同士で強い結合をしたいなら実は最初から家産分割しなければ良いだけのことです。しかし上で見た通り家は繰り返して家産分割をくり返していた。個々の家々が結集して生きる利益と分散して生きる利益を比べた場合、ここでは恒常的に後者の側が上回っていたのでしょう。

4. ウェーバー「氏族」社会論の問題点

そこで社会論の最後に一言、ウェーバー＝折原先生の中国社会像について触れておきましょう。これは理論自体の問題というより単純な事実認識レベルの問題なのかと思いますが、どうもウェーバーは中国社会がくまなく「氏族」或いはその類似集団によって組織されており、国家の家産官僚制機構はその上に立つだけで、氏族集団の中、社会の中には入って行けなかったといった中国社会像を描く。「西洋では中世にほとんど完全に消滅したも同然の氏族の意義が、最小単位の地方行政にとっても、経済的な連合形成にとっても、完全に維持されていた」、「上からの家産制政府は、対抗勢力として、下から頑強に組織された氏族と出くわした」。そしてこうした中国社会像は、別にウェーバーの独創ではなく、むしろ（日本まで含む）当時の世界の中国学の通説的理解であり、その影響は欧米では 1960 年代まで続いていた¹⁷。しかし現時点での中国学の水準に立てば、こうした社会像は事実認識レベルで既に完全に無理です¹⁸。

何より一定程度の宗族財産を持ち構成員に強い縛りをかけられるような宗族組織自体が中国史上の全国どこでも見られた話ではない。時期的には上述の通り萌芽が現れるのはせいぜい宋代であり、本格的に広まるのは明末以降のこと。地域的傾向を言えば四川・福建・

¹⁶ 清水盛光『中国族産制度攷』（岩波書店、1949 年）。

¹⁷ その方向で清代の法秩序の全体を描いた書物もあり、実に 1980 年代までそれが欧米圏における標準的な中国法制史像でもありました。Sybille Van Der Sprenkel: *Legal institutions in Manchu China: a sociological analysis*. (London School of Economics. Monographs on Social Anthropology, No. 24.) VIII, 178 pp., University of London, The Athlone Press, 1962.

¹⁸ 井上徹『中国の宗族と国家の礼制——宗法主義の視点からの分析』（研文出版、2000 年）。私自身の宗族論については、同書についての寺田による書評（拙稿 17、『集刊東洋学』85 号、2001 年）を参照。

広東・台湾といった明清時期のフロンティア地帯＝移住民社会が中心になる。確かにそれらの地域では、荒っぽい社会環境の中、一部の家々が「始遷祖」（その地域に移住してきた初代）を担ぎ出して同族的結合を強め、その多数の力でもって地域利権の独占を図る。その対抗として他姓も結合を強化せざるを得ず、最後にはそれら宗族同士で喧嘩出入り（「械闘」）を起こすという現象が広く見られ、且つとにかく目立つ現象なので外国人によって好んで記録される。そうした中国近世特有の、しかも地域的広がりには限りがある宗族についての欧米人の観察記録を無媒介に全中国史に拡大し、それと典籍に記される国家官僚制のあり方とを専ら論理の力で辻褄合わせしたのがウェーバーの中国社会像ということになります。とにかく民衆レベルの社会関係のあり方は（それを生きた中国人にとっては余りに自明過ぎるので）典籍には一切出てきませんので、社会論をしようとすると、そうとでもする他はなかったのでしょうか。しかし実際にはそれが全中国社会を覆っていた訳ではなく、また狭く宗族活動が活発な時期と地域に限ってすらその宗族は繰り返し解体と結成をくり返すようなものであった。全体を論ずるならば、やはり国家と小家族の二極構造が基本であり、その個家間での烈しい生存競争の中で二次的に様々な結合形成が繰り返し試みられ、そしてその中の一つとして宗族＝血縁に着目した社会組織もあった、というのが平静な歴史事実になるかと思います。

ただ反面、氏族を全般化する話の全部が的外れかと言うとそういうこともない。まず何よりも、上記の各種結社はどれも成員間にある何らかの共通性に着目して一体化を目指す志向を持つ。そして例えば「秘密結社は貧者の宗族」という言い方がありますが、実際、彼らは入会に当たって生け贄の血を啜り合い「血盟の兄弟」になる。と言うより所与の共通項が何も無いので、血を啜って敢えて共通項を作るのでしょうか。そこにあるのは言うまでもなく分形同気の疑似形態であり、また目指されるのは家族員同士にあるエゴイズム無き一心同体の状態です¹⁹。そうした人間同士のあり方に対する強い郷愁がある、或いはそれ以外の安定的な人間結合のイメージが無い。ウェーバーの指摘は事態のこの側面を良く示します。

ただ同時に、それを言い出せば実は中国の全体、帝制支配それ自体も時に同じイメージで捉えられていたという事実も指摘した方が良いでしょう。天下の家や民だって一塊になって生きている大きな生命体（好まれる言い方は「黄帝の子孫」）であり、そしてその天下の民の共存の利益＝天下の公を、あたかも一家における父親の如くに皇帝一人が代表する。むしろここでは個々の人々が私心を捨てて一体的結合をする（そうして公を作り上げる）という作業・公私対比のレトリックが、「修身・齐家・治国」という順で下から順番に重ねられ、その同心円的拡大の極に「平天下」が現れるという構図になっている。そしてその限りでは、家産官僚制的国家支配と民間社会秩序形成とが何処かで論理として切れているという話でもない。この辺りの問題はまた四の1で振り返ることにしましょう。

¹⁹ こうしたあり方を広く社会結合論全般と絡めて論じた著作として、山田賢『中国の秘密結社』（講談社選書メチエ 139、1998年）を参照。

二 伝統中国の法と裁判、或いはウェーバー「カリスマ的法発見」の問題

1. 法の論じ方

さてそれでは、こうした社会で紛争解決＝裁判はどういう風に営まれたか。そこでは法はどのような形をとるか。勿論、最初の関門は、ところでそうした場合に「法」という言葉で何を考えるかにある。

専ら中国語の「法」という漢字が指す対象、即ち律令＝刑事法典と行政規則のみを相手にするという訓詁学的手法（それは昔からあり、また有益な面もありますが、少なくとも学問としての法制史学が取るべき手法ではない）を別にすれば、おそらく最も普通のやり方は、現代法学が通常「法」として考えるようなもの、即ちルールをベースにして、その中国におけるあり方を考える仕方でしょう。当然、伝統中国でも市場的・契約的な社会編成のあり方に対応して土地売買や担保金融をめぐって様々に分化した契約類型があり、それらを総合して土地法・取引法のような話をすることもできますし、また家産分割についても複雑な諸ケース毎に様々なデフォルト値が意識されており、それらの背後にある論理を再構成して家族法のようなものを論ずることもできる²⁰。また本日は触れる時間はありませんが、国家が行う刑罰を巡って律例以下の刑罰法規も非常に早期から高度の発達をみている。そこでそれらそれぞれを民事慣習法だとか刑事法典だとか考えてその実効性などを論ずる。

ただ土地法家族法等については、何か大きな不動の筋があったことは確かだが、良く見るとその細部の内容は揺れ動いていた。また何にせよ以下に述べるとおり民間調停も国家の裁判も、そのルールの実現それ自体を目的や正当性根拠とはしていなかった。それらはどう転んでも法学的な意味で言う慣習法ではない。また国家の刑罰法規は概ね良く官僚達の量刑実務をコントロールしていたが、何よりその立法者たる皇帝自身は律を超越した判断を幾らでも下せたので、それは罪刑法定主義的な意味での刑法ではない。どちらについてもルールと権力の関係がどうも我々の想定とは食い違っているのです、この仕方で行くと最後には何らかの仕方で欠如論になる²¹。

そこでもう少し積極的なアプローチが必要になります。例えば民事法関係について言えば、まず一方には、それら市場的ルールは、民間であれ国家であれ何らかの権力によって支えられていないとしたら、ではいったい何によって支えられていたのかという問題が出てくる。こちらは先取りして言えば、ウェーバーの言う習律（Konvention）のレベルになる（こちらの面はまた四で触れます）²²。ただ同時に、ウェーバーの習俗論が想定する権力

²⁰ 私が最初期に書いた論文・拙稿 1「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 93 冊、33～131 頁、1983 年 11 月）、同 2「『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 98 冊、39～178 頁、1985 年 10 月）はまさにそうしたスタイルの論文です。先に紹介した滋賀秀三『中国家族法の原理』こそが、そうした手法による研究の古典作です。

²¹ この辺りの事情については、研究の初期に拙稿 6「清代司法制度研究における「法」の位置付けについて」（『思想』792 号、岩波書店、179～196 頁、1990 年 6 月）で書きました。

²² そして、書いていた当時は思いつきもしなかったけれど、拙稿 4「清代土地法秩序における

スタッフ不在の諒解段階とは異なり、ここでは既に国家が存在し、しかもその完備した裁判制度が民間社会の紛争解決を積極的かつ全面的に引き受けていました。そこで他方には、その国家裁判は、ルール実現を目的としないとしたらでは何を目的として営まれ、またその判決は何によって支えられていたのかという問題が出てくることになる。ウェーバーが法の制度化を巡って一体として論ずるようなルールと権力の結びつき方がここにはない。しかし、かと言って法の未開状態でもない。むしろその形で帝国全体に亘る大きな一つの法秩序が形成されている。ではここで法というものをどう論ずれば良いのか。私がこの十年ほど考えてきたのはこの後者の側の問題です。全部を述べる時間がないので、ここでは民事紛争解決システムだけを簡単に見ておきます²³。

2. 民間秩序のあり方と民事裁判の概要

民間の日常は、上述したとおり小さな家々が個々に生き残りをかけて鎬を削る競争的状态にあった。当然、(例えば代価を払って前主から土地を引継いだ者、その引継ぎの証としての売契を提示する者がその土地の経営権を持つといった形で) 市場的取引の大きな枠組みについての共通了解(言ってみればある種の「民事的法理」)はあり、それは社会生活でも相応に尊ばれる(それが無ければ売買自体が成り立たない)。ただ同時に、土地売買後に更に生活に窮した土地の売り手が買い手の所に売価の足し前を求めにくる、或いは小作料を滞納したので立ち退きを求めた所それをされると明日から食っていけないと言って小作人一家が土地に居座る、という事態が他方では頻々と起こります。幾ら競争社会とは言え、貧家の姿は明日の我が子孫の家々の姿、困窮した者は勝手に死ぬとまではさすがに言い難く、また余りに追い詰めると今度は貧者の側は富者を巻き込んで死に物狂いの自爆攻撃をかけてくる。富者と貧者、ゆとりのある側と困窮した側が相対せば、ゆとりのある側が何程か譲るのは当然だという共通了解も存在する。ただそうすると貧者の側は取り敢えず何でも押してみろということになり、また反面、富者の側にしても、客観的権利を確定的に確保する仕組みが無い以上、譲ってばかりいると何時の間にか最初から相手のものだったということになってしまうので、押される前に押しておけと振る舞わざるを得ない。かくしてすべての社会関係が、大小の風船(中に詰まっているのは各同居共財家族の生存欲です)同士が押し合いへし合い・押しくらゐ頭しているような状態になってしまう²⁴。

「慣行」の構造(『東洋史研究』48巻2号、130～157頁。1989年9月)は今考えてみれば、ウェーバーの言う「習律」レベル・「諒解」レベルにおける広域的規範の特殊な存立形態論(本報告で述べるような民間秩序のあり方を、敢えてルール側から整理するとどう見えるかという議論)であった。

²³ なお律例・刑事法については、以下に述べるような「非ルールの」性格を持つ裁判制度の中で、どうして刑事実体法についてだけ早期且つ高度な実定法化が起こるのか、またその実定法は裁判の中でどのように機能するのかという大問題があり、この数年はその議論ばかりしているのだが、その側面については今回は一切省略します。興味のある方は以下の論文を参照のこと。拙稿 22「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、263～307頁、2006年3月)、同 24「中国伝統法における法解釈のあり方」(『社会体制と法』11号、2～16頁、「社会体制と法」研究会、2010年5月)。

²⁴ こうした日常的交際の基本構造、および以下に述べる「欺圧と冤抑」型の訴訟モデルについ

しかし通常は押し合いへし合いの中、相手の対応を踏まえ、また周囲の人々の評価を気にしつつ、今回どこまで押せるか、どこまで行くと相手が怒り出すやり過ぎかが双方で探られ、そうした相互の瀬踏みの中で平穏裏に実現しうる適当な折り合いどころが見出されまた実現される。互譲による平和共存状態の自生的達成。そうした中でそれぞれの家々がそれぞれの言い分に従って応分の物を得、何とか共存を遂げて行くのがここにおける秩序の理想であり、そうした誰もが応分の物を得るような解決線を彼らは「情理」にかなった状態と呼んだ。

ただ所詮はどの程度譲るべきかを巡る主観的な見積もりの話なので、双方の見積もり（期待）が食い違い、自生的な摺り合わせも出来なければ、最後には相手が押しすぎている、いや押しすぎているのはお前の方だという形で紛争が勃発する。当然、そこで周囲の誰かが割って入り、公平な立場から双方の言い分を聞き、それぞれの言い分に応分の重み付けを与え、情理かなった線を示して折り合わせる作業をする（正確に言えば、割って入る誰か、取り巻く見物人が出るような形で両当事者の方が争いをする。街頭での大声での口喧嘩になる理由）。持ち出される事情は事案毎に全部違う、しかもそれらを全部加味した上で最終的に得るべき利益を量的に分配するような話ですので、やっていることは個別主義的でアドホックな紛争解決と言う他はない。

ただその分だけ一義の答えを論理的に導くのは不可能に近い。またそうしたものである限り、裁かれる側からすれば、割って入った調停者が本当に公平中立なのか、公平な振りをして実際には依怙臆負をしているのではないか、という疑念は終始ついて回る。そして実際、納得の行かない側はかなり無遠慮に調停主体に向かって、あんたは不公平なのではないかと言い立て、またそう言われた調停者の側は、そう言うならお前が公平だと思う人間の所に行って意見を聞いてみる、きっと俺と同じ結論を言うはずだからと応ずる。その結果、ここでは調停主体の遍歴の様なことがかなり容易に起こります。ただこれを逆から見れば、疑われているのは眼前の調停主体の公平さであり、誰もが納得する（納得せざるを得ない）一つの結論の存在の側は却って疑われていないとも言える。個々の争い毎に、そうした誰もが納得する一つの答え（公平・公正でありまたそれ故にこそ全員によって共有される議論＝「公論」）を求めて、紛争当事者は、最初は身近な世話役（両当事者が同一結社の中に居る場合には、ここで宗族や同業団体のリーダーなどが出てくる）から始まって、標準市場町にいる下級の紳士を経て中間市場町にいる少し上級の紳士へという具合に、問題をより広い場所・より高い権威の下に持ち出してゆく。紛争のより一層の公然化を図る。

そして中国では国家の裁判所、具体的には州県長官へ提訴（打官司）は単純素直にこの延長線上に位置します。州・県とは伝統中国国家の最末端の行政区画であり歴代千数百の

ては、文献目録 12「権利と冤抑——清代聴訟世界の全体像」（『法学』61 巻 5 号、1～84 頁、1997 年 12 月）、および同 15「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、133～147 頁、1999 年 3 月）を参照。また州県裁判の実際については、同 19「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 58 号）有斐閣、56～78 頁、2003 年 3 月）を参照。

数がある（州の方が県より少し格が高いだけで両者の実質は同じ）。具体的には市場圏論で言う中心市場町クラスの大都市を州県城として指定し、周辺に城壁を築き、中心部に役所（衙門）を構え、多くは科挙に合格したばかりの科挙官僚を一人その長官として赴任させ、周辺の（要はその都市の市場圏配下の）二十万人（四万戸）ほどの人民を統治させる、というのが帝制中国国家の人民統治の基本形でした。州県の下には国家的行政区画はもう存在せず、州県長官その人が管区人民と直接に対するので、その意味で州県長官は「親民官」とも呼ばれる。州県長官は原則として出身地には赴任させずしかも任期は二三年ですので、確かに両当事者どちらにも縁故がないことだけは期待できる。そして清代ですと（また最近の研究では既に宋代でも）彼の下には年間約千件ほどの新受案件が持ち込まれていた。全国だと毎年百数十万件。大変な訴訟社会と言って良いかと思います²⁵。

伝統中国では訴えは文書でします。清代については裁判文書の現物も相当数残っています。言っていることは勿論事案毎に様々ですが、訴えの話法を復元してみると案外に却ってワンパターンに陥っていることにも気付く。即ち、自分は互譲の必要性を十分に知る者だが、今回の相手は私のことを踏みにじっても平気な弱者だと侮って、その線を越えてズケズケと私の領分に押し入ってきており（欺圧）、その結果私は不当にも故無く押しひさがれた状態にあります（冤抑）、そこでどうぞ公平無私な青天大老爺様（州県長官の美称です）、この弱者たる私の為に威を雷電の如く振るわれて、欺圧する輩を懲らしめ、私の冤抑状態を解消して下さい（伸冤）。主張の基準線は客観的な権利の分かれ目というより上述の最適互譲線であり、行っていることは相手の互譲義務違反の告発です。またそれゆえ国家の裁判といっても、州県長官ができることは両方の言い分を良く聴いて公平な立場から最適互譲線を考えて示すことになり、またそうしたものである限りその説得力にも限りはある。つまり事態は民間調停と大差はない。実際、裁判といっても、結論を両当事者が飲むまで終わらないし、またその州県長官が不公平だと言い立てる余地が制度上、正面から認められていますので、不満な当事者は裁判後、あるいは裁判中でも、担当官が不公平なのですよと言って、その事案を州県長官を監督する知府や道台・按察使、更には一省全体の長官である督撫に持ち込む（上控）ことも可能であり、更にそれでも不満な場合には北京に出掛けて行って皇帝に直訴する道までもが開かれている。実際、相当数の事案が上控されています。

つまり以上をまとめれば、喧嘩の仲裁から始まり国家の裁判に到るまで、何か硬い結論を裁判側が示して強制的に飲ませるという制度的仕組みがここには殆どない。ただ反面、こんなに切りがない制度でも、紛争の殆どすべてがこのプロセスの何処かで止んでいるということも紛れもない事実です。紛争解決に到る展開の筋道を簡略化して示せば以下のようになる。不満な側は争いを続け次々に問題をより広い場所・高い権威の下に持ち出す。

²⁵ 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、1993年）は、事案一件毎に最低限原告の家一戸と被告の家一戸が生まれるとすると、一県ではその千倍の二千戸の家が毎年訴訟関係者になる、一県の総戸数四万戸をそれで割ればどんな家も平均的には二十年に一度は原告被告どちらかの立場で訴訟に巻き込まれることになる、という興味深い計算をしています。実際、現代日本人より遙かに高い頻度で伝統中国の民は訴訟に関係していた。

ただその権威が示せることだって所詮は上記の程度判断。硬い論証的な論拠はない。だから争おうと思えば何時までも争える。しかしそれを言えば、当事者側だって主張しうることとは所詮は互譲の範囲をめぐる程度論に過ぎず、そうとなれば実は特段の硬い論拠がある訳でもない。頼るはどちらも皆がどう考えるかだけ。そして争いを続けるうち両者の共存（即ち「公」）を考えればこの辺りが折り合い所だろうという判断が次第次第に周囲に拡大定着して行けば行くほど（つまり「公論」が定まるほど）、今度はそれとは違うことを執拗に主張する側は、自分一己の利益のみに固執するエゴイスト（要は「私」）という非難に曝される。何処かの段階で、これ以上頑張るより、眼前の解決を受け入れて自分も共存の意義を知る文明人だと周囲の人々に示した方が得だと思えるポイントが何時かは訪れる。簡単に言えば公私レトリックを用いた同調強制の包囲網こそが、ここでは裁きを受け入れさせる最大最後の力になっている。或いは逆に言えば、当人がこれが天下の公論だ（これ以上争ってもこれ以上の結論は出てこない）と自分で認める所まで、当人の費用負担で存分に争わせてみる（幸か不幸か訴訟ごとにはここでも結構物入りでした）、というのがこの裁判制度の基本構造でした。その内に当初の争訟意欲も熱と消える²⁶。ただそうしたものである以上、裁判だ・判決だと言っても、当然最後の状態では何よりも当人自身・当事者全員がその解決を望んでいる（そう甘願する）という話になる。そして実際、裁判の手続は、参加者全員がその裁きを喜んで受け入れるという誓約書（遵依甘結状）を揃って官に差し出すことで終わります。全関係者による判決の受け入れによる「公」の実現、当該問題についての同心状態の達成、それが紛争解決でした。

3. 「カリスマ的法発見」との異同

こうして一つ一つの紛争事案毎に天下全体の判断が求められ、また示されるのがここでの裁判です。個別主義的紛争解決と言っても裁判者の所謂「恣意」（個人的な利害関心や気まぐれ）が絡む余地は極力排除されている。或いは制度編成の全目的がそこに向けられていると言っても良い。しかも求められているのは「天下の公論」（まともな人間なら誰だってそう考える結論）なので、判断内容の社会的共有の側面に着目すれば、そこでは途轍もない普遍主義が夢見られていると言うことも可能です²⁷。

そしてここでは（民間主体から官まで含めて）裁判者の役割は、一件一件の事案毎に適

²⁶ どうせ最後はそうなるのだから訴訟なんか最初から止めておけ、或いは訴訟を始めるのは良いが途中の適当な所で折り合って止めろ（易経「訟。孚（まこと）あれども窒（ふさ）がる。おそれて中すれば吉、終ふれば凶。大人を見るに利（よろ）し……」）、という忠告が出てくる所以もここにある。

²⁷ 通常は普遍主義的解決・個別主義的解決という言葉は、客観的ルールの一律無差別な適用による解決か、当事者次第・状況次第で結論が変わるアドホックな（また当然自明の含意として恣意的な）解決かという対比で使われる。しかしその意味での「普遍主義」化の為にはまず事案の「抽象化」（事案を構成する諸契機の中の一部を取り出しての再構成）の手順が必ず必要になる。それに対して中国では、その抽出を嫌って事案の全個別性を尊重したまま、恣意的ではないという意味での普遍主義化を図ろうという方向が試みられ、その結果として、判断提示主体・判断共有主体（のイメージ）の側が全天下の民全員にまで拡大するような展開になる。その展開に相当に無理があること（それ相応の代償があること）は確かであるが、非ルール＝恣意という等置の側にも相当な思い込み（心に関する特有の仮説）があることも確かである

切な解決策を示し、それを通じて関係者間にこの同心を具体的に達成することにある。最初から語る側に高い権威と説得力があり、両当事者はそれを聞いて直ちに己の私欲を恥じ入って折り合うといった場合には、まるで情理の達人による教諭のようにも見え、またそう語られもします。ただ幾ら道学先生式には正しくても、当事者社会の人々が付いてこないと実体的には公論にはならず、同調強制も効かない訳ですから、行うことは所詮は紛争を見守る当事者社会の常識人の平均的判断を集約体現しているだけだとも言える。まとめれば、衆人の中にある潜在的な公論を掬い取ってそれを言葉にして示し、またそれを示すことを通じて公論を実体的に集約するような作業、というのが彼に求められることでした。

そしてその裁判者の立つ基盤は、合法律的でも合伝統的でもありませんので、ウェーバーの分類に従えばカリスマ的支配ということに、また彼が裁きで行うことは既存の妥当する法規範の適用ではなく平和共存の実現という実質的目的を志向する行為なので、ウェーバーの分類に従えばカリスマ的法発見ということになるのかと思います²⁸。そして実際、裁判者には当事者社会の受諾・紛争解決という形での「証し」が求められるという点も、まさにカリスマ論系統で論ずるのに相応しい。

ただウェーバーがカリスマ的法発見の典型例として示す諸事例はどれも、有りもしない（或いは最小限、見えもしない）架空の法を想定して、自分は啓示によってその法を語るのだ、我は神の法を語るイタコである、という想定を言外に取る。だからこそ「法発見」の一類型にもなり、また神の啓示・呪術的手法と結びつけられる。ところが上述の中国の裁判にはそういう契機は殆どありません。埋もれていて普通の人には見えない法を自己が特異な能力によって発見したというレトリックが使われることもない。求められていることは要は「常識人」であることであり、また両当事者が不満を言い立てる余地が無限にあることが示すとおり、その判断自体や判断者自身に特段の神聖性が認められている訳でもない。むしろ能力を言うなら、広い壁に絵を一枚掛ける話によく似ている。正解（バランスの良い掛け位置、空間配分）は壁毎・絵毎に全部違う。ただ所詮は広い壁の中の何処かなので偶然で良ければ誰でもできる。しかし違った壁・違った絵ごとに毎回毎回ピタリピタリと決めて行くことは決して誰もが出来ることではない。カリスマを言うにせよ、ここにあるのはそういう意味での個人的能力です。そして何度も失敗するとそのカリスマは失われる。

勿論ここでも、すべての判断の背後に共通して控えるものについての言語化自体はあります。裁判で実現されるものの総体を法と呼ぶという定義に従えば、ここでは「情理」がその法だと言える。しかし情理とは、要件と効果を持つルールのような形を取っている訳

²⁸ なお論理だけを言えば、もう一つの選択肢として、中国裁判をカリスマ的法発見より更に前の段階、法以前の段階（ウェーバーの言う家共同体内部に対する家長による無制約な「管理」）に置いてしまう仕方もある。しかし中国の民事紛争解決が行われる場合は、そうした原生的な統率関係が既に失われた場所であり、求められることはそれら自由に動き回る主体間に改めて秩序を作り出す作業である。その際の手法として同心イメージが再喚起される点の特異性を論ずることは必要だが、その仕組みが拡張の果てに国家まで覆っていることを思えば、それを法以前の話と論じて済ます訳にも行くまい。

ではなく、「天理にも適い人情にも適う」つまり万事バランスが良いということを示すだけの単なる言葉です。そこから何か具体的な結論が導けるようなものではなく、むしろ上記の仕方で上手く問題が解決した時にその解決に付す単なる美称だと言った方が良い。しかも公論を体現し得えず当事者が不満を言って上控してしまうと、ここでは裁き自体が無意味と化し（情理に適ってなかったと評価され）、また裁判者側が裁判者たる地位を否定されてしまう（彼は情理を語れる有徳の大人ではなかったということになる）仕組みですので、何が情理に適い、また誰が情理を語れるかということ自体が、個々の裁きの成否を離れては一切論じえない。つまり情理を法と言うにせよ、それは裁判と裁判官の外側にあってそれを基礎付けたり規制したりという風な話にはなっていない。むしろこちらをベースにして考えると、西洋式の裁判では、何でルールが出てくるのかの方が不思議な程である。

4. 「ルール型の法」と「非ルール型の法」

そこで最後に、この裁判と我々が普通に考える西洋式裁判との全体的対比を簡単にしておくことにしましょう²⁹。

非常に乱暴にまとめれば、西洋の裁判というのは、古代的神判から現代の裁判に到るまで、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取り付けておくことによって（或いはそれが既に取り付けられているという一方的前提に立って）、いざ事案が発生した段階でそのルールから一定の手続的に従って導かれた判決内容については当事者からの改めての個別的同意（或いは正当性）調達を不要とするような仕組だと定義することができると思います。別の言い方をすれば、そこではルールを中間項にして一般的立法の話と個別的裁判の話とが分節化されている。勿論、そのルールの明確度や合理化の度合いは歴史的に様々である。どうしてそういう因果関係になるのかも理解できず、またその全貌すらも事前には分からない呪術的イメージを取ることも、伝統的な不文の慣習の形をとることも、更には実定法の形をとることもある。またその正当化・承認のあり方の方も、神が決めた（人間社会はそういう風に造られている）、皆で合意した、国家権力が制定したと色々である。しかしすべての歴史的形態を通じてこの構造は共通して見て取れ、また逆にそれゆえ法と裁判がこうした形を取ることは通常一切疑われもしない。立法と裁判が実際には重畳している判例法国家においても、判決はルールという架空の補助線に基づき、またその判決に従い今度はルール＝架空の補助線の側が共同的に書き直される、という形での論理操作がなされる。

ただ当然ながらこの仕方の裁判が扱う対象は、ルールとして事前に括りだした部分的・限定的要素のみであり、その意味で何程かの「形式性」を常に帯びる。また裁判官に硬い絶対的な足場を与えてしまう分だけ、愈々その判断をルールで縛る必要も出てくる。法で権力を制御するという構成が繰り返し現れ、また逆に言えばその分だけ権力それ自体は生の暴力の如く描かれる。

それに対して中国の側は、個々の事案が含む全事情と情理という一つの言葉とを一回一

²⁹ 以下の問題については、拙稿 23 「「非ルールの法」というコンセプト——清代中国法を素材にして」（『法学論叢』第 160 巻第 3・4 号、51～91 頁、2007 年 3 月）を参照。

回の裁き場で繰り返し直結する（即ち情理＝法の中味がその場で始めて実体的に示される）仕方の問題を解決する道が選ばれる。問題の実体的解決を図る以上は個別主義は免れず、その欠を補うべくその判断の共有側について「天下の公論」型の普遍化、当該問題をめぐって現に皆が揃ってそう考えているという形での基礎付けが求められる。その事案一件の為に立法と裁判の両者が同時に行われ、そして（それが持つ個別主義性ゆえに）その一件限りでその法が使い捨てられるというイメージ。そしてここではこうした天下の公論の形成と統合の役割が公権力に積極的に担わせられた。或いは逆に言えば、それを担いうる者が公権力の地位に立った。

当然、こんな仕組みにすれば裁判者側の足場は極端に悪いものになる。裁きの内容の正当性と自己が裁く資格を持つことの正当性が常に同時に問題化し、裁きの成功（秩序の回復）という実績によって同時に調達される。毎回毎回、全部をその場で「実演」する、そうして「証し」を立てることが求められる。しかしこの裁判権力側の立場の構造的な不安定さ・その制度的正当性の不足から来る緊張感こそが、ここでは裁きの公正さと公論性を担保する唯一の力である。そうした仕組みである以上、ここでは権力をその外側にある法が統制するという仕組みは現れない。権力の動きのただ中に法がある、或いは法のただ中に権力がある、という組み合わせになる。

以上が大ざっぱな東西対比ということになるでしょう。狭く裁判論を言うならば、事案を構成する諸要素の中から、何らかの契機のみを「法的」に重要なものとして取り出して、残りの要素を「事實的」なこととして一切考慮の外に置くという部分、そうした二値論理のあり方が両者の決定的な分岐点を成す訳ですが、伝統中国はそうした選別を徹底して嫌った。全部の要素を裁判の中に取り込み、それぞれに応分の重みを与えようとした（それができると考えた）。それに対して西洋側は、かなり大胆に法的要素の選別と切り取りをする。切り取った要素のみからなるルールの世界を現世とは別に想定し、現実紛争を法的紛争に置き換えて解決する。

さてこの差異がどこから来るのか。この分岐は歴史のどの段階で起こるのか。この辺りは中国法制史学でも未解決問題です。一時期、中国でも春秋戦国時期には西洋と同じような裁判があったのではないかと、帝制時代の開始と共に分かれたのではないかとという想定がなされたこともありました。それはその後、発案者自身によって否定撤回されました。おそらく歴史記録のある最初の段階で、何程かの程度でこの類型的な差異が既に存在するらしい³⁰。かなり根深い問題。ウェーバーの『儒教と道教』が述べる中国宗教の現世主義・人間中心主義、そこにおけるザッハリッヒカイト・超越的契機の欠如といった議論は、問題のこの深いレベルに対応する指摘なのだと思います。

ただ何にせよ中国史における国家的民事裁判の活発な機能を知り、またこうして二つの裁判の全体構造を対比してしまえば、ルール型の裁判を一方的に基準にして、中国の裁判はルールの適用として行われていない、だから恣意的であるとだけ言って済ます議論の限

³⁰ 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」（1960年）。その想定を打ち消すものとして同「左伝に現れる訴訟事例の解説」（初出198年加筆をしたものが同『続 清代中国の法と裁判』創文社、2009年に含まれる）。

界も既に明らかです。むしろ中国まで含めた人類法史の全体を論じたいなら、裁判とは、(誰かの気まぐれや依怙臆服ではなく) 何が妥当な解決かをめぐって人々が持つ共識(社会正義)に従って、個別紛争が一定の解決に導かれる・個別当事者の行動が一つの所に追い込まれる仕組みであり、また法とは、そこに働く共識・そこで実現される共識の全体であるとしても考えた上で、その集約と体现の仕方、その作業への権力の絡み方に全く異なった二つのパターンがあった、どちらにも長所と短所はありまた固有のフィクションが含まれる³¹、と考える方が遙かにまともで且つ生産的な仕方だということになるかと思います。

三 近代法の歴史的位罫、或いは近代法の「普遍性」について

1. 近代法の成立過程

さてその上で問題の近代法の位置付けを考えてみましょう。近代法は、こうした西洋法伝統・中国法伝統とどのような関係立つのか。

まず近代法が西洋法伝統の中から生まれたこと、おそらくその中からしか生まれなかったろうことは、もはや議論の余地はないと思います。即ち近代法との関係で伝統側を振り返っておけば、中国式的調整型裁判には無く、ルール型裁判・ルール護持型公権力にだけある要素の存在にすぐに気付く。即ち、社会関係の規則性の強化、計算可能性の向上という機能の有無。その差異は契約の扱いを見れば明らかである³²。

即ち、中国では最初からすべての契約紛争を裁判所が受け付けて裁くのですが、その契約は裁判に訴えると必ず両当事者が現時点で抱える事情に応じて何らかの変通を受ける。むしろ契約の単純強行の弊害を除去し適切な変通をすることこそが、共存を目指す裁判の仕事です。それに対して西洋式のルール実現型裁判では、契約それ自体が両当事者を支配するルールだとして、その100%実現するのが裁判の第一の仕事になる。或いはより正確に言えば、そう振る舞う裁判権力とセットになって初めて硬い形での契約が社会の中に現れる、と言った方が良いのかもしれない。そして当初はそうした契約実現サービスを与える対象を国家の側がイニシアティブを取って限定していましたから、すべての契約紛争を国家裁判所に提起できた訳でもない。ただ限定された範囲内であれ、そうした硬い契約制度が存在することが市場社会に資す効果は実に巨大です。それを介すれば未だ存在せぬものを今行うバーゲニングの現場に持ち出せるようになる。殆ど一種のタイムマシンと言って良い。市場的な取扱対象がそれだけで飛躍的に拡大する。こうして西洋では裁判制度が同時に社会関係それ自体の合理化の道具ともなる。或いは国家と社会の間に、国家がそうした便利な「法制度」を作って市場社会の社会基盤として一般的な利用に供するという関

³¹ 西洋式裁判論の中に含まれる「所与のルールから当該事案についての一義の結論が導かれる」という話は勿論フィクションです。また中国式裁判論の中にある「示された結論は全人民に共有された公論である」という話、更には「どんな事案についても皆が揃って受け入れる一つの結論がある」という想定も勿論フィクションであり、且つ最初から皆が相当に大勢順応的に振る舞う所でしか成り立ちそうもない。

³² 拙稿 21 「合意と契約——中国近世における「契約」を手掛かりに」(三浦徹・関本照夫・岸本美緒編『比較史のアジア——所有・契約・市場・公正』(イスラーム地域研究叢書④) 89～112 頁、東京大学出版会、2004 年 2 月) を参照。

係が生まれる。その場その場での正義実現を素朴に目指してしまう中国式の裁判では、この機能・この関係が絶えて生まれない。

そして西欧では、市場や市民層を主要顧客とする近代国家権力の登場に伴い、やがてそうした法的保護サービスが、国家側が限定的に提供する種目を遙かに超えて、人民がするすべての自由な合意に対して提供されるようになる（それが国家権力の本務の一つとなる）。また同時にその他の裁判で使われるルールについても、近代法学の努力によって断片的ルール相互の「体系化」が進められる。この辺りの展開はウェーバーが生き生きと描く通りです。そうして人の合意のすべてが法制度の上に載せられるようになり、また同時に制定法化されたルールの網の目がそれ自体で社会の中の主要な作動規則の全体を覆う。現実社会の等身大の青写真の如き形で法の世界が成り立つ、或いはそこで現実社会が「事実的世界」と「法的世界」に二重化されるようになる。それが私が考えている近代法というもののイメージです。

そこでは取引合意をめぐって言えば「国家権力に裏付けられた処分能力」を社会成員全員が持つ（全員がそれで武装する）訳ですから、個々人の持つ物事の処分能力は飛躍的に拡大する。それまで怖くて出来なかったような大規模取引に誰もが安心して乗り出せる。また頼りになる分だけその法的平面は、人生の重大事の大部分が行われる場所、すべての重要事が載せられるプラットフォームになってゆく。そしてこの法的平面上で作られる法的関係こそが社会関係のメインになればなるほど、法システムは、人々がお互いの社会関係形成に際して利用するサブシステム・補助線の一つという域を越えて、すべての社会関係それ自体が立つ地盤の如きものになってしまう。人々は現実社会を捨てて挙げてそちらの世界にお引越しをしてしまう。そちらの方がリアルな世界になってしまう。しかもそこでは関係のあり方は完全に人間によって設計可能である（法は社会関係を基礎とするというそれまでの話がここで逆転し、社会関係はむしろ法が作るものになる）。その様子は、一面から見れば、呪術から解放された人間達が自らの理性に基づき、集約された国家権力を用い、全く新しい社会を作って行く様子のように見える。ただ人間同士の関係が法的制度を介して行われる状態とは、他面から見れば当事者関係の国家権力媒介化・規格化のことですから、そこにあるものは社会関係全部のシステム依存化、直接的人間関係側の弱体化とも言え言える（そう考えれば暗い気持ちにもなるだろう）。

そしてこれと並行してイデオロギー面での大転換、世界の裏返りも進みます。近代法世界を構成する、理性的判断主体である自由独立な個人、実体処分権的商品的土地所有権、或いは上記の一般的契約といった諸契機は、歴史的に見れば、どれも明らかに近代主権権力の成立を待って登場した（或いは最小限、主権権力と同時並行的にその反対側に形成された）高度に国家制度的・権力制度的・人工的な構成物です。しかし近代法イデオロギーの下では興味深いことに、それらは徹底して前国家的で自然的な状態として想定される（歴史的に形成されたもの達が世界は生まれた時からそうだったと主張する）。人は本来的に独立自由であり、彼が労働力を以って自然に働きかけたところで土地所有権が原始的に発生し、そして人はその自由な意志によって契約を結び、またその契約の拘束力もその自由な

意志によってのみ基礎付けられる³³。始原的には国家も権力も出てこない。国家権力はむしろそうした人々がその自由と所有権とを保護する為に事後的に社会契約によって創設される。そう理論構築する目的は勿論、社会の権力的要素すべてを吸い込んで極限まで肥大した国家権力の制御、お前は元々は無だと言う必要にある。その為には社会正義の個体レベルまでの分解と、分解されたもの相互による社会関係の全面的再構築という作業は避けられない。そのイデオロギーとしての正しさ、有用性は疑いない。また呪術の園から脱出して君たちもそうした新しい人間になろうよと言われれば少しは元気が出ない訳でもない。ただ同時にそうした人間論は、システム側の属性の相当部分を予め自然人の属性（human nature）側に読み込む仕方で作られざるを得ないので（或いは、人間がそういうものでいてくれるとシステム側は助かるんだがなぁという話でもあるので）、見方次第では人間存在までもがシステム依存しているようにも見える（つまり法は人間の本性を基礎とするという話もここでは手放しではできないことになる）。

こうしてそこには奇妙に自己完結した空間が生まれる。そこではすべてが理性に基づくのだが、すべてが宙に浮いてしまった結果として、何が理性なのかについての実証的な決め手はない。一旦このワンダーランドに落ち込むとそこから自力で這い出てくるのは相当に難しいことになる。大変なことですね。

こうした大転換が第2千年紀後半にユーラシア大陸の西端で起こった（近代国家。そのミニサイズの先行経験としての中世都市）。どうして他ならぬ西洋でのみこうした転換、事実に世界から法的世界へのお引越、或いはリアルな世界についての認識の裏返りという奇妙なことが起こったのか。確かに大問題。ウェーバーの疑問は至極至当なものであり、またそれに対するウェーバーの解答も見事なものだと思います。またウェーバーの「現世的禁欲」をめぐる話も、単に在家のまま倫理的に暮らしましたという一般的な話ではなく、何らかの力によって人間行動についてのそれまでの社会的なタガが全部外れてしまい、むしろ架空の平面の論理に従って人々が振る舞い出す。そして人々がそう振る舞う結果、現実社会の側が架空平面の論理に支配されて、フィクションとリアルが裏返ってしまう。そうした過程に関する叙述として読むと本当に興味深い。

ただここでの問題はもう一つその先にある。

2. アジアにおける近代法制度の導入

アジア（或いは非西洋地域）諸国家の幾つかは、近代以降この近代法制度を導入し、そしてそれは現在に至るまでそれなりにちゃんと動いています。さて、そのことを上の議論との関係でどう考えれば良いか。おそらく現代日本で常識的に抱かれているのは、近代以降、人類法史は旧套を脱して全く新しいステージに入ってしまった。いち早く西洋社会がこのステージに抜け出、世界のその他の社会も次々にそこに抜け出て行く。まだ抜け出きっていない所も最後には否応なく抜け出る、かくして全世界は目出度く裏返るというストーリーかと思います。その話（予言？確信？）と近代社会や近代法の普遍性という話とが

³³ 契約の文言通りの実現の有無の問題が、裁判制度の作り方の問題としてではなく、そこに住む人間の「遵法精神」の有無の如く論じられてしまう基礎もここにある。

表裏している。しかし、それは本当か。歴史は本当にそのように進んでいるのか。ここからがアジアにおける近代法の問題、或いは伝統中国法と近代法制度の関係の問題になります。

それを考える際には、まず近代法制度側について次の二点を確認しておくことが必要だと思います。

即ち、第一は近代法の脱文化性です。それは上述の歴史的展開の中、西洋で生まれ、また恐らく西洋でしか生まれなかったものですが、同時にそこで依拠するものは人間普遍的理性であり、それは別に西洋固有のものではない（固有と言った途端に自己矛盾になる。苦し紛れに文明と野蛮と言う手もあるけれど）。ただ自らの住む社会自体を自分達で構想できる（人間にはそれをするだけの判断力が与えられている）という発想だけならば、西洋以外でも第2千年紀後半になると東洋にだってパラパラと生まれる（案外にその背景にあるのは短期的気候変動に耐えうるだけの農業生産技術の進歩なのかもしれない。それが人類に爆発的な人口増加と、ついでに自然に打ち勝つ自信とを与えた）。近代法制度はそうした近代人が作り且つ利用する諸制度の一つである。鉄道を見てあれはイギリス文化だ、電灯を見てあれはアメリカ文化だとは誰も言わない。

第二は、近代法制度の国家制度性。即ち近代法制度は、それまで社会の各層に分散していた秩序形成機能を国家の下に一元的に集約することを通じて成立したものですから、完成形態について言えば、それ自体は実は（社会のあり方ではなく）むしろ一つの国家制度です。それは強大な領域的権力により設営され、同時に広く住民の利用に供される社会基盤の一つである。そしてその国家的作動部分はまとめてみれば案外に小さい。

そして近代になってアジア諸国家が導入したのは、このポータブルな国家制度としての近代法制度に他なりません（だからこそ国家が導入できる。社会は導入したりできません）。近代になると西洋列強による帝国主義的な侵略がアジア地域にもやってくる。その危機の中、それに対抗すべく幾つかの国家は権力の急速な国家的集約に成功する³⁴。そしてその動きを担った近代国家建設エリート達が、既にヨーロッパで経験済みの近代国民国家形成の「定石」に従って、ただ同時にまさに自らの判断力を用いて、その目的とする富国強兵・殖産興業の為に、国家制度の一つとして近代法制度を選択的に導入し国内に敷設する。その限りで話の大筋は鉄道網の整備や郵便制度の導入などと似た文脈の話であり、実際、モデルの選定と導入、規格の一定のローカライズ、専門人員の訓練、技術の利用という点で、それら全部は共通性を持ってもいる。

ただ伝統型の法で成り立つ国家権力が、伝統型の法で成り立つ社会の中に、ルール型の法制度を社会基盤として敷設する話ですから、勿論、幾つかの次元の問題が出てきます。まず単純にそうした近代法制度が市場社会によって利用・愛用されるかどうか、継いではそれらが人々（社会）から、国家が導入・設営する便利な制度・便宜的決め事という以上の内面的な意味と位置を持つもの、「自らの社会を作り上げる理法」として遇されるか（そ

³⁴ それに失敗した所は植民地化されてしまう。なおその権力集約は主要には対外危機の克服・ナショナリズムによるものであって、西洋のように国家が法秩序担当の役割を専一的に担うことを条件に社会から掻き集めたものではないことにも注意。

れを通じて社会関係が全面的に裏返るか) どうか、そして最後に、それを導入した当の国家権力自身の正当性基礎までもがそれに専一的に依ることにまでなるのか否か。

3. 中国近現代法史の理解

展開は先行する歴史状態次第ですので、アジアでも各国毎に違う。ここでは中国の話のみすれば、現象は大筋次のように進みます。

まず中国では普通には近代固有の属性の如く考えられる「一つの公権力と市場社会」セットは実は前近代から存在する。必要なことは封建制を克服して国家大の統一を実現することではなく、むしろ却って「天下」を近代国民国家にまで縮小する、「天下の公民」を国民にする作業でした。その過程で帝制から共和制への移行が起こる。また私的権利もどきも前近代からある。必要なことはそうした状況次第で伸縮するブヨブヨした既得権的ファクターをカッチリとした客観的「権利」に仕立て上げ、また社会の中を漂っていた実体的ルールを「民事成文法」に仕立て上げる動きです。清末民国期の所謂法制近代化がその試みです。ただそれは実際には、法廷に持ち出さう論拠の制限・一部論拠のみの特権化、大多数を占める貧民層の生存権的要求の公的世界からの排除に他ならない。そしてそれは伝統中国式の裁判観から見れば公平な立場で共存の実現を目指すべき国家権力が単に有産者側に「偏私」する話にも見える。そこでお決まりの革命が起こり、代わって「全人民的生存」を掲げる政権が登場し、今度は私権の全面的廃絶、全面的な「公」優位の体制を作り出す。人民公社が最初にしたことが各家の竈を壊し共同食堂を作ることだったことは象徴的です。目指されていたことは地域住民全体の同居共財、同心です。ただそれは結局は父親が同気の間人相手に狭く家内部に対して持っていた地位を誰かが広く社会相手に持つ話、或いは従前の社会的同調強制方式を生活の全側面に及ぼすことと同じですので、そのヘゲモニーの争奪を巡って否応なしに社会全体が過政治化する。その行き着いた先が文化大革命ということになります。歴代王朝が夢にすら見てきた全面的「公」優位の社会体制というのは、実際に実現されてみると思ったほどに幸せな状態ではないらしい。そこで 1980 年代以降、市場経済化の動きが始まる。それは一言で言えば、全人民的生存の枠内でのコントロールされた私権容認の体制です。そこで再び近代市民法制度の積極導入が行われ、程なく近代法典のフルセットが中国でも完備することになるでしょう。

さてこの近百年の展開をどう位置づけるか。一つの、そして大方の見方はここでも、清末民国期に始まり革命により一旦途絶した西洋法への移行過程が 1980 年代から再開され、やがてはそれが従来の法に完全に置き換わる、という理解でしょう。しかし既に明清時期の実態を知る我々からすれば、この「全人民的生存の枠内でのコントロールされた私権容認」というあり方は、実は明清国家が社会に対して取っていた態度そのものだということにも気がつきます。そして現政権も従前の王朝と同じく「全人民的な公」の直接的体现というカリスマ的正当性基礎の上に立っている。こちらの側に立てば、現状はそうした伝統の復活だということになります³⁵。ただそこでは王朝時代とは比べものにならぬほどに国家

³⁵ そして現状にまで続くこの対比を踏まえると、中国の現代（モダン）は明清期に始まった、或いは第 2 千年紀中盤頃から進む社会秩序の徹底した個体化の進行に対応して、東と西で違う

権力の集約度は高まっており³⁶、また同時に私権意識の側も日々膨張を続けている点が大きな違いです。おそらく二つの見方それぞれが何程かの真実を反映する、現代中国では固有の伝統的な法のあり方と近代法制度という二つの法が銀河系大衝突状態になっているとまづは見るべきなのでしょう。当然、随所で軋轢が生じます³⁷。

まず国家権力は全人民の公論の直接的体现者という役割と、所与のルール of 機械的な実現役という二重の性格付けを帯び、そして最終的には前者を優先せざるを得ない。犯罪者に対する社会の「公憤」が高まれば、デュープロセスを無視しても死刑の判決を下さざるを得ない³⁸。また末端で日々の秩序形成主体のあり方も同様です。伝統型では裁判主体には対象相手に独自の規範形成を行いうる自由な空間があり、それによって得られる自らの権威と声望こそが大小の「秩序形成のエンジン」を形作っていた。また当事者達もその揉み合いの中に言わば「立法者」の一部分として当然に参加できた。そしてその仕組みは革命後も人民調解制度という形で伝統時期よりも更に強化されてきた。予め決められたルールにのみ基づく紛争処理がそこに根付くかどうか、果たしてそれが皆を満足させるのかは予断を許さない。ただ同時にそこには、計算可能性（公権力に担保された硬い契約制度）を求める市場社会（および国際資本）からの圧力と、それにも応えざるを得ない権力の立場もある。かくして国家と社会底辺の中間の空間においてルール型世界の形成が着々と官民共作で進められる。それが世界の民事法制度（或いは国際市場）と地続きになっている³⁹。大雑把な全体構図はこうなのかなと思います。

さてこれが最後にどこに行き着くのか。当然、シナリオは大きく分けて次の三つになる。近代法による完全制覇／近代法側の完全消滅／ずっと今のまま。予言をする能力は私にはありませんが、付随する論理的要因だけ整理しておけば、最初のシナリオを取る為には政権の枠組み全部の転換＝革命が必要になり、しかもその「革命」をさてどの形で起こすのかという面倒な問題が残ります（従来型で起こせばそれもまた新王朝になってしまう）。そして第二のシナリオを取る為には国際市場からの撤退をする必要がある。しばらくはこうした混合的な状態が続く、或いは最小限、変化はこの枠組みの中での比重変化として行われると考えるのが普通なのかなと思います。そしてそれは駄目なこと・不自然なことなの

形の「近代法」形成が始まった、という歴史像も描けることになる。拙稿 18「近代法秩序と清代民事法秩序——もう一つの近代法史論」（石井三記・寺田浩明・西川陽一・水林彪編『近代法の再定位』創文社、85～112 頁、2001 年 3 月）

³⁶ ちなみに先に挙げた清代紳士の対人口比を計算すれば 0.36% になる。それに対して手近な資料によれば 1997 年の中国共産党の党員数は 5800 万人であり（同年の総人口は 12 億 3626 万人）、その対人口比は 4.7% になる。国家権力（或いは体制的価値）のエージェントの社会浸透度の違いは否定すべくもない。

³⁷ 以下については、拙稿 20「民間法論を超えて」（『ジュリスト』1258 号、57～64 頁、有斐閣、2003 年 12 月）を参照。

³⁸ 坂口一成『現代中国刑事裁判論—裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009 年）等を参照。

³⁹ 現実の展開の中ではこの要素がボディーブローのように効いてくるのかと思います。かつて帝国主義時代において国家大での淘汰を免れるべく相手に似せて近代国民国家化を進めざるを得なかったのと同じ事が、国際的な市場競争の圧力を通じて今度は個々の企業主体の上に起こっており、それが翻って市場法秩序の合理化を迫る圧力として国内に跳ね返る。

かという、私にはどうも単純にはそうとも思えないのです。

4. 近代法の「普遍性」について

言うまでもなく西洋型近代国家権力自体も、それが国民国家の角逐の中で存在する以上は、法の中立的形式的な実現主体という側面と、国民福利全体の護持者という二重の役割の中にあります。そしてまたすべてを法制度に委ねることの限界あるいは適否、近代法制度をどう生活世界の中に位置づけるか、それを我々がどの程度のものとして遇するかという問題は、西洋本体でも繰り返し論じられる話題です⁴⁰。その意味では上記の軋轢は、世界中の「近代法制度化」（近代法プロジェクト）自体に本来的に含まれる普遍的問題の中国における一つの現れと見ることも可能です。そう考えると、こうした話というのは決して中国（広くはアジア）だけの問題とも限らない。この視点から再整理すれば問題配置は次のようになるのでしょう。

即ち、近代法制度自体は、近代国家と近代理性に依拠するという意味で（まさにその定義に従って）単純素直に人類に普遍的な意味を持つ。そうした普遍的現象が他ならぬ西洋で誕生したのは何故かというウェーバーの問い自体は少しも夜郎自大ではない。ただそれは既に近代人の共有財産になっており、おそらくもはや人類はそれを離れては暮らせない。それは決して「元祖」「本家」だけのものではない。その内容を更に良いものにする（それ自体を更に普遍的なものにする）権利と責任を人類誰もが持つ。

しかし近代法制度がそのままでそれ以前の人間生活全部を置き換えるようなもの（そのような意味で普遍的＝全体的なもの、すべてを覆うもの）なのか、そうになれるのか或いはそうさせるのか（それとも所詮は社会関係を組み立てる諸要素の一つといった限定的位置づけを与えるだけにするのか）は、もう一つの別の問題であり、現実にはそれぞれの地域で様々な重み付けが試みられている。そしてその近代法制度を重み付けする主体の側、各国民の法生活の側はなおそれぞれに個性的である。或いは社会生活の全体を組み立てる法というものをどういうものとするかについてそれぞれの民が長きに亘って行ってきたメタ選択がまだまだ生きており、それが各地域における国家と近代法制度のあり方を支え、また限定付けてもいる（それらは決して「過ぎ去った問題」ではない）。そして西洋近代社会自体も、考えてみればそのアンサンブルの一形態、彼らの伝統に基づく彼らなりの選択の帰結に他ならないのであって（しかもその中ですら法化の限界についての議論がある）、その意味において西洋近代社会のあり方がそれ自体で自明に普遍性を持つという訳でもないのだろう。

これを逆に言えば、近代法制度をどの程度のものとして遇するかは各社会の選択あるいは自制の問題であり、それぞれが主体性を持って自分の問題を片付ける他はない。例えば日本をとっても、まさか近代以降、日本人が西洋法制史を生きている筈もない。日本人は一貫して日本人の法生活を生きている。その主体が自分の選択として近代法制度をその一部分に取り入れた。今後もし近代法制度に従って国家社会のあり方の全部が裏返って

⁴⁰ その他にも色々と共通問題がありますが、それらについては拙稿 18「近代法秩序と清代民事法秩序——もう一つの近代法史論」、拙稿 20「民間法論を超えて」を参照。

も、それはやはり自分であり、また逆にそれが部分的制度としてだけ機能している場合も、それを含んだ全部が良くも悪くも自分である。そして歴史社会学的考察の対象は常にその全体だ。

そんな訳で、現時点でもし法についての「比較歴史社会学」というものを考えようとするなら、近代法の普遍性（況や所謂「近代社会」の普遍性）ではなく、むしろこうした「近代法問題」の普遍性をその出発点におく方が良いのだろう。そうすると、おそらく各地域の法伝統のすべてが、そうした普遍的な意味を持つ現象の一部として視野の中に入ってくることになる。ただそうした考察が実り多いものになるためには、それぞれの法について西洋法や近代法とはインデペンデントな概念化を行う（それを通じて法の概念自体をより普遍的なものにする）必要がある。それがしっかり出来ぬ限り、どんな話も最後には自己撞着することになるに違いない⁴¹。

四 ウェーバーの幾つかのカテゴリーについて

1. カリスマ的支配の概念について

さて最後に、以上の話を元に、中国法制史研究と関係のあるウェーバーの幾つかのカテゴリーについて検討あるいは拡充を試みてみることにしましょう。

周知のとおりウェーバーは中国の皇帝支配の正当性をカリスマ的支配と性格付け、またそれを支える権力スタッフ（家産官僚）の中にもカリスマ支配の要素を見て取る。証しをめぐる議論は見事なものであり、中国皇帝支配の性格付けとして今なお最も優れた説明の一つかと思う。ただ氏族社会と家産官僚制とを対抗的に論ずる全体構図が邪魔をしてか、それを使って実際に描かれる中国像は一で述べたとおり随分とリアリティを欠いたものになっており、そしてその事実認識面での欠陥はカリスマ概念という理論部分にも部分的に影を落としている。そこでまずカリスマ概念の問題を取り上げよう。

伝統中国におけるカリスマの内実を振り返っておけば、先に二で見たとおり、それは公を体現する力ということになる。その力は具体的には日々公論を語るという仕方で示され

⁴¹ 例えば先に挙げた、近代法制度をより普遍的なものにするという問題（その為の作業）と、近代法制度をそれぞれの民がどんな風に遇するかという問題を取り上げても、両者の間の区別は、実際にはかなり微妙な話になる。例えば人権について「アジア的（あるいはイスラム的）価値」を論ずる時、その価値自体の（ヨーロッパのそれと並ぶ）普遍性を述べるなら、それは前者の仕事になる。それに対して、人間はすべて同じである（同じであるべきである）という部分に歯止めを掛けた方が良いのではないか、という語り口をすると後者の問題になってゆく。また似たような構図は、非西洋地域の「近代化」に際しての「地域慣習」の扱い方を巡っても現れる。民事成文法を作る際に伝統的慣習を整理して法典の中に取り込むことが時に行われる（例えば中華民国民法典における「典」＝特殊な担保物権概念）。従来から有ったものを普遍的な語り口に載せる。それを通じて近代法概念の側を豊穡化する。しかし多くの民事慣行は、伝統的秩序のあり方に即して生まれ、また伝統型の（ブヨブヨした）紛争解決方法とセットになってはじめて十全の意味を持つ。法典に載せられ近代的裁判制度の中に取り込まれた時点で慣習法は実際には死ぬ。意識的に前者に挑むこともあるだろうし、西洋近代法相手に論争している内に知らぬ間に前者になってしまう（そういう形で実際には近代法世界に取り込まれてしまう）というパターンもあるのだろう（と言うより西洋起源の法概念しか持たなければ誰がやってもそうなる他ない）。

るが、(何が公論かは皆が現にそう思いそう振る舞うという「事実」を離れては存在し得ない、それとは別の超越的な淵源を何ら持たないので) 結局それは日々証しを求められるという話と変わらない。そうした立場・権威の弱さ故に(或いは「公」という議論自体が、常により大きな全体の前にひれ伏す性格を持つが故に)、それは繰り返しより広くより高い権威への繋がりを求め、また作り出すという性向を持つ⁴²。ただ反面、眼前にいる人々の人心を具体的に収攬するという日々の実践がそれ自体で彼の権威を作り出してしまうという仕組みである以上、それは論理としては既存の上位権力による関与を必ずしも待たないし、時にはそれを通じて固有の暴力の集積までができてしまう⁴³。そしてここでは革命とはそうした(それまで無位無冠であった)主体による人心収攬が、最後に全天下を覆うことに他ならない。平時に権威の供給源ともなる皇帝の最高権威・カリスマの内実も、もとを正せば上記の仕組みの一部である。

国家はこうした原初的にある人々の支配諒解のパターンを制度化して作られる。唐代までの帝制前期では、それは基本的に郷里にあるこうした自生的なカリスマ支配の構造を国家が集積・統合する仕方で作られる。当然そこには皇帝権力によるカリスマの制度的認定の要素が出てくるが、ただ九品官人法で「郷品」「輿論」が論じられるとおり、その認定自体に社会が関与する。またその中、帝制以前から残存する貴族制的な(氏族カリスマ的な?)要素も、次第次第に郷里の公の体现者という形に自己変容を遂げて行く⁴⁴。そして宋代以降の帝制後期になると、皇帝権力側のイニシアティブがより強化され、カリスマの制度的認定権は皇帝一人に集約されて行く(それが科举である)。しかし認定主体は変わっても期待されるカリスマの内実が変わった訳ではない。

また国家統治はそうして選抜した科举官僚を各地に配する仕方で行われるが、その人民統治(更には官僚管理)のあり方自体も上記の中国型カリスマの原理に従う。州県長官が管下の人民に対してその種の支配を行う初発の権威は成程皇帝から与えられた官職に基づくが、先に見たとおりそのカリスマの有無については民から繰り返し証しを求められ続け、そしてそれが無いと考えれば、民は真正のカリスマを求めてその事案をより上位の官僚に持ち込み、また時にはその地方官の不正を告発し弾劾罷免までもを求める。また反対にその上級の府の長官が配下の十人程の州県長官を束ねる力も、彼がより広い全体=公を代表し体现しているということによる。その地位・彼の配下に対する命令権も制度的な官位官職によってまずは保障されるけれど、配下官僚側には常にその個別の指示の不当を更なる上司に訴えたり、更にはその上司の弾劾訴追をする権能と義務が与えられている。官僚制と言っても、それぞれの官職の職務内容自体が何程か上記のカリスマ的支配を配下に対して行うことであり、また官職の上下統率関係は同時にその地位を占める人間の徳の多寡に

⁴² それが最後に全天下の民の共存とその一体性を代表する一人の皇帝という図式に行き着き、またそれを離れられない最大理由もここにあるのだろう。

⁴³ その実例については、拙稿8「明清法秩序における「約」の性格」(溝口雄三他編『社会と国家』(シリーズ・アジアから考える第四巻)東大出版会、69～130頁、1994年3月)を参照。

⁴⁴ 当時の秩序が持つこの側面を最大限に強調するのが、川勝義雄・谷川道雄氏らによる「六朝貴族制論」なのであろう。またこの視点に立てば、氏族世襲カリスマと皇帝官僚カリスマとを余りに強く対比・区別する必要もなくなる。

基づく編成として（民からも官からも）理解される。そして皇帝はその頂点に立つ。

また科举（あるいは紳士）を巡っては、紳士の数と官僚のポスト数との間の巨大なギャップ（紳士かならずしも常に国家から俸給を受ける官僚ではない）というもう一つの事実を忘れてはならない⁴⁵。皇帝は実際に必要な官僚数より遙かに多数の紳士を生み出している。人生の短い一時期だけ官僚を勤める人間が大部分を占め、更には最初から現職官僚に付く気のない・しかし学位（徳の国家的認定）が欲しい人々が多数いる。その背景として通常は、紳士の身分特権（徭役免除）の魅力や官界と人的繋がりを持つことによる利権が語られる。実際、志願者の動機を論ずればその面は強い。しかしそうした構造全体の背景を論ずるならば、むしろ日常の社会生活におけるカリスマ的支配構造の遍在、それを行う資格能力についての制度的認定に対する社会的希望の遍在と、その希望に応える皇帝支配の姿が見えてくる。そして実際の地域政治は、皇帝の指揮命令下にある現職官僚（具体的には州県長官）と、取り敢えずはそうした直接的な関係に立たない、しかし民の輿望を担いする在郷紳士（退任官僚や未就職紳士）の対抗と共同の中で進められる。

そして拙稿「約の性格」で述べたとおり、そのカリスマは原理的には上位の認定を待たず社会の中で自生的に生成されるものなので、科举制度が完備した後も、郷村大の社会生活を政治的に組織する際には、無位無冠・市井の布衣のリーダーとフォロアーの間で同じ構造は繰り返し作られる。その構造が皇帝権威序列の末端に更にぶら下がる仕方であれば、また反対に皇帝官僚制権威と全面的に対決する道を取ることもある⁴⁶。このように帝制国家の完成後も、この中国型カリスマ支配をめぐる上からの権威付与の連鎖と下からの証し供給の連鎖の組み合わせが、帝制中国の国家秩序・政治秩序の内実を成し続ける。

そしてこの実態を踏まえると、家産官僚制をめぐるウェーバーの議論、特にそれと等族制（身分制）との類型対比についても幾らか再考の余地が出てくるのかもしれませんが。即ち確かに中国皇帝が支配スタッフとして組織した紳士達は、西洋中世の領主達のような自己の武力に基づく安定的な領民支配＝固有権を持つ主体ではない（それを組織して国家は作られていない）。紳士の地位は（それが持つ特有のカリスマの本性として）くり返し上位権威の認定を求める性格を持ち、また現実的にも帝制後期では、皇帝が行う科举試験により一方的に認定・選抜され、皇帝の指名に従って制度的に編成された職務に充当され、日々の執務について監督命令を受け、そして失敗すれば懲戒に会う存在になる（非在職の紳士の身分も不品行を行えば皇帝によって簡単に剥奪される）。身分制（等族制）的な国制との区別は明らかである。ただその官僚＝紳士が行う支配は、日常的形態においては（これまたそのカリスマの本性に従って）下からの基礎を持ち、そして皇帝のカリスマの有無も結

⁴⁵ 19世紀初めにおける大雑把な数字を示せば、科举の予備試験を合格した下級紳士（生員）まで含んだ紳士の数は110万人、任官資格を持つ挙人以上の紳士の数は55万人、そして科举合格者が付くべきポストの総数は4万と見積もられる。ちなみに総人口は三億人である。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、1983年）。

⁴⁶ またこの知見さえあれば、光棍の下に結集する農民といったものを皇帝支配や氏族支配と別の契機（ボルシェビズムの共鳴基盤）として考える余地も必要もない。むしろ光棍の結集すらも積極的に上記の構造の一部であり、またその展開の末に革命を起こした中国共産党支配も上の話の一部になる。

局は臣下達の日々のカリスマ的働きの成果の集積によって証される他はない。そして皇帝官僚制支配の周りには同様の原理に従って社会的に生成される権威が自在に自生している。その任に当たる者のカリスマは繰り返し試され、また実際に交替を続けるが、在地においてそれ以外の支配のパターンが存在する訳ではない。ウェーバーが皇帝支配について指摘する革命にもかかわらず皇帝支配の形は持続する（役者は代わってもシナリオは変わらない）という事実は、より強い意味で社会レベルについても当てはまり、そして皇帝支配はそれを利用する仕方で行き行えない。その意味では紳士は、個人としては（西洋の領主層の如く）支配を巡る固有権を持たないが、階層としては固有権を持つとも言える。

2. ゲマインシャフトの合理化論について

ウェーバーが法の制度化を論ずる際の大きな枠組みとしては、習俗＞習律＞慣習法＞国家法の四段階（或いは後二者を制定法とまとめれば三段階）論があります。そしてこの図式については折原先生がゲマインシャフト関係の「合理化」過程論として見事に定式化されていますが、ちょっと違った論点も交えます（そしてそこから分岐が起こってくる）ので混乱を嫌って、取り敢えず前に別の所で書いた私自身の理解を提示してみます⁴⁷。

④law : Gesetz : 国家の実定法

③custom : Gewohnheit : 「慣習」（慣習法）

②mores : Konvention : 「習律」——以下の二つの総称 : practice

①habit : Sitte : 「習俗」

行為規範の社会的存在形態を論ずる場合、次の三つ（あるいは四つ）の次元を区別する。

①Sitte : 強制も、それどころか規範としての自覚も無しに、単に事実的かつ集合的に繰り返される規則性を持った行動の次元。②Konvention : そう振る舞うのが正しいという意識が社会集団の中で一定程度共有され、またそれ故その違背に対しては成員による個別的・分散的な非難が予想される次元。③Gewohnheit : 行為規範の違背に対するサンクションが社会集団によって組織的に行われ（それを担う権力的スタッフが現れ）、またそれに見合っ
て行為規範の側も明確化される（一定の社会制度的な位置づけを持つ）次元。そしてその最も組織化・体系化された形態として、④国家の実定法が位置を占める。

これらは、社会の中に事実的にある「規則性」を社会成員が自覚的に「規範」として再定位しそれを通じて自分達を統御する、という社会規範の制度化の諸段階に着目した次元分けであり、当然次元を進む各段階で規制内容についての価値判断・社会的選別がなされ、反面、強制的度合いが強まるにつれその規則の内実の明確化・客観化への要求も生まれるという関係に立つ。またこれら四者は、上位次元に選別されなかったものもそれなりに社会の中に位置を占めて機能を続けるという意味では、規制対象分野を別にしつつ社会の中

⁴⁷ 以下のことは、拙稿 26（翻訳）ジェローム・ブルゴン著「アンシブルな対話——清代では法と慣習とがシビルローの中に融合しなかった件について」（『中国——社会と文化』第 20 号、272～310 頁、2005 年 6 月）の「訳者解説」の中に書きました。ちなみにブルゴン論文は、西欧では慣習法（更には民事法）は民間のローカルな自生的プラクティスと支配権力（それが給する法）との間の対話の中で形成されたが、中国ではこの種の対話が存在しなかったということ論じています。

に並列的に存在する規範諸類型として見るができると同時に、④法典に規定されているものすらも、その日常的な実践は（そうある必然性は無いにせよ、実際には多くの場合）原生的にあるその規則性（①や②）に依存するという意味では、上位次元の基礎にも多くの場合、重層的に下位の次元が存在すると見ることも可能である。

そしてこれは別の側から見れば、権力の立ち上げ方・社会に対する位置取り・役割獲得の一類型でもあるのだろうと私は思います。社会主体の自立性、自生的支配の固有権性が高い場所で公権力を立ち上げようとする（暴力をはじめとする支配資源を自らの下に集積することを他の人々に認めさせようとする）場合、皆の中に最初から存在する「法」（現実には彼らが持つ既得権の束）の形式的な守護者役を自らが引き受けるというセールストークが有効である（或いは案外にそれ以外に安定的な手法はないのかもしれない）。そうした社会構成員と権力屋さんとの間の権力資源の提供・徴収をめぐる取引の接点に、その媒介としてルールが位置を占める。当然その場合には、社会の中に数ある規則性の中から何を権力的な裏付けを持つルールとして抜き出すか（どの要素を特権化するか）という点が問題にならぬ筈もなく、実際にはその取捨選択局面で権力者側の恣意だって相当に働く訳だが、ただ抜き出しが完了した時点ではそうした事情は一切裏に隠されてしまう。むしろ権力による社会的ルールのバックアップ＝社会的ルールによる権力の制御の構造だけが表に現れ、その結果そこには社会的ルール（という人間ならざるもの）が恰も構成員・権力者のすべての上に立つかの図式が描かれる。これがルールオブロー（支配のレギティミテートの特殊な一形態としてのレガリテート）の内実であり、また本来は支配をする「人」と支配される「人」との関係をめぐるレギティミテート論の一方主体の地位に、人ならざる物象化された法規が位置を占めてしまう所以でもあるのだろう。

そこでまずこうした三段階図式をベースにして上記の中国法のあり方を論じてみるとどうなるか。直ぐに成り立つのは、先に少しく述べたとおり、伝統中国で市場社会を支えていた民事法理の類を「習律」のレベルに置く仕方。そしてこの議論はそれなりに有用であり且つ示唆する所が多い話になります。まず第一に、権力スタッフ（ここでは帝制国家）による集権的な関与が無くても相互的な諒解の中で一定の市場的ルールは十分に成り立つのだという事態の説明として。また第二に、上記のような公権力の積極的関与が無いので中国では民事規範が何時までも実定法化の道を歩まないのだという部分の説明として。中国における民事成文法典の不成立の原因解明を目指すなら、少々欠如論の嫌いはあるけれど、これで説明は基本的に終わり。

ただ勿論、歴史の本当の問題は実はその先にある。それでは中国では公権力はどこに行ったのか。民事秩序形成に公権力は一切関与しなかったと考えるなら（そしてウェーバーは例の国家と社会の断絶論を通してどうやらそう考えているらしいのだが）話はそれで済むけれど、実際には上に述べたように中国では民間民事秩序形成に国家が大々的に関与しており、現に帝国大の一つの裁判制度を形作っている。ではそこにある権力と社会の関係は何か。

まず中国秩序の実態を再整理する。中国社会の基底にあるのも個々に判断を行う小さな行動単位（同居共財の家）の自由な動きである。その間には市場的な交換関係と相互性に

基づくその尊重がある。当面その個家はその私欲（小さな同居共財の家の生存欲求）に従って振る舞う他ないが、それをすればするほど現実には欲風船相互の小競り合いが日々発生する。そこから各主体の間に、共存の実現に向け公平な立場に立ってこの調整問題を解決してくれる第三主体に対する希求が生まれ、またその期待に応える仕方でもここの公権力が立ち上がる。ここでは公権力とは、自らの私心を捨てて積極的に公論の口になり、個々の紛争事案に対しては個別的に、また地域全体が共有する問題をめぐっては一般的に、人々がそれぞれに持つ主観的な判断基準を整理統合し「斉心」状態・「公」状態を作り上げる「至公無私」な人のことである。

つまりこれだって、多数個体からなる流動的社会を相手にする公権力の立ち上げ方・公権力の社会に対する役割獲得の一類型なのですね（逆に言えばこうした一類型を示すことによってではじめて先の西洋型類型の側の個性が明らかになる）。違いはその際に権力が社会の中に既に端緒にある規則性（ルール）の要素をどう遇するかにある。西洋ではそれを自らの権力立ち上げ資源として積極的に利用する。それに対してここではむしろ各種の民事的ルールの側は、それ自体を幾ら強化したとしても共存秩序を作り上げられないもの、むしろ野放しにすれば却って共存を破壊するものとして、裁判の中で当事者側が持ち出す主張の一要素として相対化される。或いはそうしたルールの価値相対化の方を、権力が積極的に選ぶのですね（ルールの貫徹は「市道の交わり」しか生まず、また民は無徳で自分で互譲ができないという話であってくれないと、今度は権力の出番がない）。そんな訳で公権力が絡めば絡むほどルールの「計算可能性」はむしろ低下する。

さてこのような法の制度化のあり方、「秩序」形成のあり方と、上記のウェーバー図式とをどういう関係で整理するか。二つの選択があるのでしょう。

第一は、ウェーバーの図式は西洋型の制度化、社会と権力の組み合わせ方、ゲマインシャフトの「合理化」の展開に関する専用図式であり、それ以上でもそれ以下でもない、といって話を切り上げる仕方。当然その場合には、それがすべての社会の発展モデルだ、国家権力の成立モデルだというのが如き話は直ちに止めた方が良いということになる。世界史の中には、明らかにゲゼルシャフト化ではない、しかし同時に大規模社会の形成・統一国家の編成と呼ぶほかない別種の展開が（死滅もせずに現在もなお）存在する。

そこで第二に、諒解レベル部分までを共通項として生かす仕方を思いつく。実際、非常に形式化した仕方で諒解概念を理解し、その中に中国社会を入れ込んでみる。定義を再確認すれば、諒解とは「他の人々の行動について予想を立ててそれに準拠して行為すれば、その予想通りになって行くという可能性が、次の理由から経験的に『妥当』しているということであり、その理由とは、当の人々がかの予想を、協定が存在しないにもかかわらず、自分の行動にとって意味上『妥当なもの』として実際に扱うであろうという蓋然性が客観的に存在している、ということである」。「そうした『諒解』の可能性への準拠に制約されたかたちでなされる、そしてその限りでのゲマインシャフト行為の総体を、『諒解行為』とよぶことにしたい」（海老原明夫・中野敏男訳）。

市場的ルールも確かに諒解関係であるが、互助互譲の必要性、相手の事情を見て少しは譲ることへの期待というのもやはり諒解関係の一つである。様々なレベルの各種の諒解が

重畳あるいは錯綜している。問題は人々が社会関係を整序する際に、どの諒解関係に着目するか、依拠するか。中国ではルール側ではなく互譲側の諒解に着目した。ただ互譲諒解の側を取り上げるとその不確定性・個別主義性の解決問題が残り、それを権威的に解決する公的な第三主体の登場が日常的に必要となる。その役割をつとめる者の権威を承認し、その証しを示せぬ者から権威を剥奪する、そうした支配をめぐる諒解関係がそこで生まれる。そしてその諒解関係の線に沿って制度化・秩序化が進められると、あのような国家が生まれる。

無理に入れば入らない訳ではないらしい。ただこうしてみると却って、ウェーバーの現行の議論が、「合理化」論である以上は当然と言えば当然の話であるが）ルール型の諒解関係だけに目を向けまたそれだけを追っていること、行為者が「準拠」する客観的な「秩序」あるいは「規則」への関心が先にあり徹底してその方向に向けて概念化が進められていること、そしてその結果として、諒解以下のレベルの中にも既にうっすらと慣習以上の状態が読み込まれていることに改めて気付く。例えば諒解概念の説明の中に登場する有名な「協定が存在しないにもかかわらず」「秩序が協定されているかのように」「規則に準拠させているかのように」という部分も、上記の中国式の展開まで「諒解」の範疇に入ると考えた場合には、むしろ無用の比喻ということになる。もし諒解以下の部分を共有ベースとしようとするなら、その部分にも相応に手を入れる必要があるのだろう。

いずれにせよ、そうした事情にある以上、非西欧まで含めた法社会論をする場合には、ジッテからゲゼッツにまで到るウェーバーのこの議論が最初から持つ特定の傾きに注意することが必要になる。法はルールだという西洋人にとっては最も天然自明・普遍的に思える部分自体が、既に特定文明でしか成り立たない。そうした「法」概念を使うと、知らぬうちに他の文明社会は（論理的に正しく）未発展状態として位置づけられてしまい、且つ（誰もそんな根本概念までが西洋的の偏向を持つとは思っていないので）やっている当人にすら何でそういう「明らかに不当な結論」になってしまうのかが最後まで良く分からないということになる。根本概念レベルでの偏向というのは、常にそうした性格を持つのだろう。

3. 形式／実質、合理／非合理を軸とする司法の四類型論について

ウェーバーがする法比較の中では、形式／実質、合理／非合理を軸とする四象限の分類論が最も有名であり、そしてウェーバーの中国（或いは非西洋）法理解についての批判・反発も、専ら彼が非西洋法を実質的非合理的裁判類型に入れた点をめぐって行われる（ただ批判者側は通常、この枠組みそれ自体は問題にせず、単に自分の所の裁判の形式性や合理性を主張して、その「待遇改善」「名誉白人化」を要求するだけなのだが）。本報告ではここまでこの図式に触れてこなかったが（実際、正直なところ私にはこれが中国法研究に必須の議論だとも思えない）、単純に無視するのも適當ではない。さて上述の議論を踏まえると、この四類型論はどういう評価と位置づけを得ることになるのか。

私の見るところ、この枠組みの主要目的は、眼前にある近代ドイツの法のあり方を、西洋法制史上の他の法類型から分つ所にあるのかと思います。そこでは一方には政治的・道

徳的・宗教的価値をも加味する裁判の類型がある。それとの対比で言えば、近代ドイツの裁判は、紛争や社会関係それ自体を対象とするのではなく、そこから明示的ルールに照らして抽出した法的要素のみによって判断を組み立て、そこから導かれる解決を以って紛争の実体的解決に代える仕方という特性を持つ。これが実質的に対する形式的という対比。ただ反面、西洋法制史の中に脈々とある神判や決闘といった問題決着方法も、或る意味では形式的な裁判そのもの。ではそれとの区別は何か。そこで次にインプットとアウトプットの連関が人間に理解できるような話になっているか、それともマジカルなそれかという点が着目される。これが合理的と非合理的の対比なのだろう。そしてここまではとてもよく分かる話。むしろ見事で有益な分析と言うほか無い。

問題はあげて残る「実質的・非合理的」という枠組みの理解にある。まずこの象限だけは、他の三象限が、自分が熟知する歴史事象を対象にしてその分かれ目を論理的に再構成するという目的に導かれて作られる具体的実証的区分であるのに対して、最初から形式的合理的裁判の否定形の重畳形態として作られている。それだけでも観念的な性格を免れない。またそこに（通常されるように）中国の裁判や日本の大岡裁きを置いて考えると、どう考えても議論と事実が上手くフィットしない。中国式裁判は徹底して世俗的常識的に営まれ、神意を探るという形式すらも取られない。それどころか（ウェーバーも随所で正しく指摘するとおり）帝制中国には神判的事象それ自体が徹底して欠如している。形式的合理的裁判がそれに接する両者との間で素直な対比と移行の関係を持つのに対して、ここに中国裁判を置いても、それは接する両隣の枠（特に形式的非合理的枠の側）との間で同じような対比移行の関係を持てない。どうも空間が歪んでいる。理念型が上手く機能していない。そこでこの部分については専門家達によって様々な説明が付け加えられたりしているようですが、それらも素人の目からすると何だか釈然としない。何処がおかしいのか、どうにかならないのか。二つのアプローチを試みよう。

まず第一に、何だか突拍子もない話ですが、ウェーバー自身がする性格付けや事物割り振りとは全く関係無しに単純素直に、形式的非合理的裁判（神判）と実質的合理的裁判とを掛け合わせた類型を自分で積極的にイメージしてみるとどうなるか⁴⁸。例えば現代日本の世俗的な占い師（手相見や星占い）のする作業がそれに当たりそうだ。相談相手の全事情を良く見、良く聴いた上で、最後に何らかの実質的判断を一挙に権威的に示す。しかし自分（単なるおばさん）の判断として示しても説得力はない（それを語るだけの権威が欠けるので励ましとしての効果もない）ので神のお告げの振りをする。案外に実質的に機能している世界史上の神判の大部分のリアルな内実はこれなのかもしれない。これだと、形式的非合理的神判との移行関係（判断における実質的な配慮の有無）や実質的合理的裁判との移行関係（その判断を自分の導き出した結論として述べるかどうか）を非常に素直に論じうる。何故かウェーバーはそう論じないのだが、この枠の中に入るべきものがあるとすればその内実はむしろこうした限定的なものになるのではないか（そうすれば少なくとも

⁴⁸ 以下の作業は如何にも誰かが思いつきそうな話なので、案外にウェーバー研究史上こうした試みは既に行われているのかもしれませんが（それを単に私が知らないだけ。「車輪の再発見」である可能性が大）。知識をお持ちの方はどうぞお教え下さい。

図式の側の正しさは救える)。

しかしそうすると今度は、では中国の裁判（或いはより一步踏み込んで、ウェーバーがこの枠組みの属性として自ら示す「一般的な規範ではなく、倫理的なものであれ、感情的なものであれ、政治的なものであれ、とにかく個別事情の全く具体的な評価が決定を左右する場合」それ自体が、と言ってしまった方が良いのかもしれない）は本当はどこに入るのかという問題が出てくることになる。

そこで第二の考察。ウェーバーが上の個別的具体的決定の類型を「非合理」と言う時のその意味と、形式合理／形式非合理対比で出てくる「非合理」の意味との間には明らかに小さな違いがある。後者（神判）は、条件と結論の因果連関の全体が人間には一切分からないという意味まで含む。完全且つ純粋な非合理であり、またその神秘性こそが権威の由来とすらされる。それに対して前者、例えば中国式裁判や大岡裁判では、示される結論は、事案の詳細を知れば知るほどどれもが成程と手を打つような話、理解できすぎるほどに良く理解できる話であり、それどころか普通の人がある出来の善し悪しをまで評価できてしまう。むしろ事案を見守る関係当事者が、そうなれば良いのだがなと予想もし期待もする（しかし素人の悲しさ、それを尤もらしい仕方で実現する手だてや理屈を思いつけない）話を、さっと出すので拍手喝采される。そこに問題があるとすれば、他にも色々ありうる諸結論の中から何故その結論が選ばれたか（或いは選ばれざるを得ないのか）の理由付けが説明されない、或いは上手く説明できない点。ここでも壁に絵を掛ける話との類似性が見て取れる。実際には案外に正解と覚しきものの自体が複数有ることが多いのかも知れない。ただ一つ正解が見つければそれで十分なので、それ以上には進化しない。そういう話なので当然、正確な意味での再現可能性を期待できないし、また社会生活上の計算可能性がそれで向上することもない。非合理と言っても、ここにあるのはそうした意味での一義の予測の不可能性に過ぎません。

ただここでふと正気になって考えてみる。それってウェーバーの普通概念で言えば、合理／非合理の対比ではなく、むしろ形式／実質の対比の話の一部ではないのか。或いは問題のその局面に限ってしまえば、そうした意味での合理化（計算可能性の向上）は形式化という道筋を通してしか獲得できない、即ちその辺りで合理化と形式化は重なっているのではないか。即ち実質的合理的裁判では、なお政治道德宗教といった目的に向けた規則や格律の無媒介な混在・混入が法の形式性・予測可能性を阻害する。ただこれを逆に言えば、そこでは事態は格率相互の相克レベルにまでは整理されているとも言える。ところが中国式裁判・大岡裁きではそのレベルの整理すらない。むしろ事案の全要素が裸のまま無媒介に判断の中に取り込まれ、その総合判断として結論が一举に示され、またそういうものとして評価される（判断者の証しの対象とされる）。要は無形式の極致にある裁判。中国式裁判の入るべき枠は、実質的非合理的の枠はなく、今ある実質的合理的の枠を更に実質側・非形式側に延ばした先にある枠である（或いは本気に実質的を「理念型」だと考えるなら、最初からそのすべてを実質合理の枠の中に入れてしまう方が良いのかもしれない）。そして実際、ウェーバーが何を実質的合理的に割り振り何を実質的非合理的に割り振るか（或いはウェーバーがカーディ裁判なる語で実際に何処までカバーするか）自体が時に何

だか曖昧であることも、却ってこの理解の正しさを示すのかもしれない。

以上に基づいて四象限図式の再定位をしてみる。従前、実質的非合理的枠に入れられてきた非西洋の法事象の殆どは、むしろ実質的合理的の枠内に入る（それが嫌なら、従前の実質的合理的の更に下側に一つ枠を作ってそこに入れる）べきものである。実質的非合理的の類型は、神判の日常化論の中でも使えばよい。そうちゃんと整理し直すと、その先に更に二つの有益な考察が広がることになる。

まず形式的／実質的対比軸（左側の二つ或いは三つの箱の間の推移）を基本線と考えると、議論の中身は実質的には上記の法の三段階論（ゲマインシャフトの合理化論）と殆ど重なる。そして右側に並ぶ非合理的裁判、特に形式的非合理的神判の類型は、西洋近代に見られるような徹底した形式的合理的裁判を導く契機・歴史的基礎としてこの基本軸の脇に位置づけられる（確かにそのような極端な伝統でもなければ、徹底した形式的合理化へのジャンプは起こらないだろう）。そして中国裁判は、左側のボトム＝無形式の極致に位置を占め、それが同時に法の制度化の共通する出発点にもなる。ただその上で、私の議論では、裁判の制度化の仕方としては上記の西洋型の形式化の動きとは別方向に別個のベクトルが引けるだろうという話が続く。

ただ話を西洋だけに限ると、これとは別に形式合理／形式非合理対比（上辺の二つの箱）を基軸とした歴史像も描けるのかもしれない。形式的非合理的裁判こそが始発にあり⁴⁹、またその根強い伝統こそが、領域権力の成立に伴う裁判の合理化と実質化の大きな流れに抗して、最後に形式的合理的裁判への展開を導いたのだ。脈々とある形式主義的裁判の中で非合理から合理への転換という話のまとめ方。ウェーバーが実際に描く歴史的発展像の大筋はこれなのかと思います⁵⁰。またウェーバーの議論において、実質的合理的類型に放り込まれるものが案外に相当に制度化が進んだものばかりになる（それゆえ中国式の完全に無形式な裁きを却ってここに放り込みにくく、その結果として却って変な所に放り込むことになる）理由も案外にこの辺りにあるのかもしれない。

そして実際、こちら側で歴史図式を描いた場合、中国式の徹底して無形式な裁きを、その流れの中に上手く位置づけることは非常に困難です。というのもこの図式全体が、法はルールだということを所与自明の前提として作られているから⁵¹。そしてそれは取り敢えずはウェーバーの法理解の問題と言うより、むしろ西洋法制史上で生起した諸現象の全体が持っている特質なのかと思います。西洋史ベースで法の歴史を描くと、どうやってもルールの合理化論になってしまう。ウェーバーが「形式的合理的法の成立に寄与した歴史的諸前提」型の議論を立てる動機、或いはそれでほぼ西洋法史の全体を覆える理由、そして普遍的な法の歴史を描こうとする際にそれが固有の限界を抱え込んでしまう原因はおそらく

⁴⁹ 滋賀秀三「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』日本法哲学年報（1986）有斐閣、37～54頁、1987年）、その背後にある研究として野田良之「私法観念の起源に関する一管見——L. Gernetの研究を拠所として」（川島武宜[ほか]著『私法学の新たな展開：我妻栄先生追悼論文集』有斐閣、1975年）。

⁵⁰ 詳細は勿論もっと複雑なのでしょうけれど。詳しくは海老原明夫さんのお仕事に譲ります。

⁵¹ カリスマ的法発見、或いは諒解といった法の制度化の劈頭あるいは直前に置かれる段階自体が既に思わず知らずルール型の傾きを持っている、という本報告で繰り返し述べた問題がこの「形式的非合理的裁判」の所でより明快な形で出てきていると言っても良い。

ここにある。

おわりに

日本人にとっては法学は西洋から学んだ近代的学問であり、また法という一つの概念を使って社会関係と権力構造の全体を一挙に分析しようという試み自体が、それによって始まったと言って良いのかと思います。そしてこの法学は一方では上述の近代法制度を運用する道具でもありましたが、ただ日本の法学者・社会学者達は、その武器を使って日本社会・アジア社会の特質を明らかにしようともしてきた。

ただその根本にある「法」の概念自体が、上述のとおり西欧社会ベースのものである。近代法制度の内部だけを動き回る分には問題はないが、それで日本の社会関係を見て行こうとすると、どうしてもギクシャクする・イライラする。その概念で日本社会の法的構成の全体を積極的な仕方で語ることは難しく、むしろ日本社会の「非法性」の指摘の方が当面の正しい論理的結論になってしまう。それでも社会関係全部を近代法で置き換えるという夢を持つ人は、近代化の使徒役として、社会を叱り人々を励ましそして時々国家も叱ることを続けられれば良い訳だが、私にはどうもそこまでの近代法に対する内面的コミットメントが欠けている。

戦略は二つある。一つは従前の、そして今もなお国際的に流通する法の概念側を維持した上で、法ではないものとして前近代のアジア社会を描く仕方。ただ本当にそれは法と関係の無い話なのか。本報告で述べたとおり、伝統的にある秩序の型は近代化によって単に駆逐された訳ではなく、むしろ近代法制度を包み込んでなお存続を続け、それが近代法制度を生かしたり殺したりしている。案外にそれこそが近代法制度を「支えている」のかもしれない。それが一つの不可分の全体をなしている。とするならば、その全体の側の方こそを法として論ずるのがやはり適当なのだろう。西洋近代社会科学から学んだ「社会関係と権力構造の全体を一挙に分析する」方法的な視角に従って、むしろ（西洋近代社会科学が想定する）ルール型とは違う法の形を論じてみる。そうした仕方で近代西洋法学の中で生まれた「法概念」の側を拡充する、世界史における法を語る為のより普遍的な場所を探してみる（僭越ながらそうした仕方で近代社会科学に貢献してみたい）。これが私の取ってきた戦略です。

ただまあ、このやり方は最初から自らが拠って立つ学問の足場を自分で掘り崩すような話ですのでなかなか難しいですね（一寸やり過ぎるとたちまち説明側に使う言葉までもが無くなってしまう）。そんな中で少しずつ薄皮を剥ぐような仕方で西洋法概念から「脱皮」をしてここまで来ました。しかしことこの側面に関しては殆ど孤立的な仕方で仕事を進めてきましたので、さてそれが普遍的な社会科学・歴史学の作業として何処まで上手くいつているのか、またこうした考察が「比較歴史社会学」の構築、ウェーバー社会理論の再定位にどれほどに役に立つのか、やっている当人にはどうもよく分からない。今回は幸いに理論の専門家の方々も多く見えておられます。忌憚の無いご批判を頂ければ幸いです。