

# 旧中国の法律は「非ルールの」であるという説に対する論評

佐 立 治 人

## 目 次

- 一 「非ルールの」とは
- 二 州県自理裁判の判決基準
- ア 律 例
- イ 契約文書
- ウ 情 理
- 三 所謂「情法の平」について
- 四 ま と め

## 一 「非ルールの」とは

旧中国の法律は、例えば清朝の律例について言えば、『大清律例』刑律、断獄下、断罪引律令条に「罪を断ずるには皆、須からく具に律例を引くべし。違う者は笞三十。」、同じく官司出入人罪条に「官司、故らに人を罪に出入せば、

旧中国の法律は「非ルールの」であるという説に対する論評

全出し全入する者は全罪を以て論ず。若し軽きを増して重きと作し、重きを減じて軽きと作さば、増減する所を以て論ず。死に至る者は坐するに死罪を以てす。若し罪を断じて入るるに失する者は各々三等を減ず。出だすに失する者は各々五等を減ず。」と定められているように、裁判官が判決を下すに当たって正確に依拠しなければならぬ存在であった。そして、『大清律集解附例』（『順治律』）の「御製大清律序」で、「子孫臣民（「臣民」は官吏と人民。）、其れ世世これを守れ。」と命じられているように、旧中国の法律は、それを適用されるべき人民に公開されていた。

ゆえに、旧中国の法律は、わざわざ片仮名でルール（それに従って裁判を行わなければならない基準）と呼ぶ必要はないにしても、ルールであるのかルールではないのかと問われるならば、ルールであると答えるのが正しい。ところが、旧中国の法律は「非ルールの」である、という学説が存在する。これは一体どういうわけであろうか。

清朝の裁判は、州県官が杖以下の刑を科する最終判決を下すことができる州県自理裁判と、上級官司が必ず覆審して徒以上の刑を科する必要的覆審裁判との二種類に分けることができる。寺田浩明後掲諸論文及び著書は、州県自理裁判では、一般的な道理である「情理」だけを指針として、「天下の公論」を語る判決が下され、必要的覆審裁判では、「情法の平（犯罪行為の悪性度と刑罰の重さとの均衡。寺田説）」という理想状態の実現が追求されるので、どちらの裁判でも律例はルールではなく「目安」に過ぎない、と主張する。しかし、この寺田説は、いくつかの明らかな誤解に基いたものであり、成り立たない。そのことを次節以下で説明する。本稿で取り上げる寺田諸論文及び著書を左に掲げる。

「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』所収、東洋文庫、二〇〇六年。

「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——『法学論叢』第一六〇巻第三・四号掲載、二〇〇七年。

「伝統中国法の全体像——「非ルールのな法」というコンセプト——」早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学』所収、二〇〇八年。

「裁判制度における「基礎付け」と「事例参照」——伝統中国法を手掛かりとして——」『法学論叢』第一七二巻第四・五・六号掲載、二〇一三年。

『中国法制史』東京大学出版会、二〇一八年。

以下で寺田論文及び著書を引用するときは「寺田二〇〇六年論文」「寺田二〇一八年著書」という風に記す。

また、以下で清朝の州県自理裁判の判決基準について議論するときには、史料の根拠として、戴兆佳『天台治略』（康熙六十年（一七二二）の自序がある。）の巻三、讞語に収められている浙江省台州府天台県の知県戴兆佳（康熙五十八年（一七一九）から六十年（一七二二）まで在任）の判決文を用いた。『天台治略』巻三には全部で五十九件の文書が収められており、そのうち四十六番目から五十番目までの文書を除く五十四件が裁判の判決文である。これを史料の根拠として用いる理由は、『天台治略』は喜多三佳「『天台治略』訳注稿（一）」（二十・完）」（『鳴門教育大学研究紀要』第十一・十二・十四・十五巻及び『四国大学紀要人文・社会科学編』第十八号〜第二十七号、第二十九号〜第三十四号掲載、一九九六年〜二〇一〇年）が成し遂げた全訳があり、旧中国の裁判に関心を持つ専門外の有識

者も、寺田説に対する本稿の反論に一理があるかどうかを確認することができるからである。卷三、讞語の部分は喜多「訳注稿(九)(十)(十一)」（同上誌第二十二号・二十三号・二十四号掲載）に訳されている。『天台治略』は、道光二十六年（一八四六）迎瑞堂刊本、及び喜多「訳注稿」に掲げられている喜多校訂テキストを見た。『天台治略』所収の判決文で用いられている判決基準については、小口彦太「清代地方官の判決録を通して見たる民事的紛争の諸相」（中国——社会と文化）第三号掲載、一九八八年）が論じており、参考にした。

## 二 州県自理裁判の判決基準

### ア 律 例

寺田二〇〇七年論文は「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（中略）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。」（五十七頁）と述べ、その根拠として滋賀秀三「民事的法源の概括的検討——情・理・法——」（『清代中国の法と裁判』所収、創文社、昭和五十九年）を挙げている。しかし、この滋賀論文は「判語（州県自理裁判の判決文。佐立注）のなかでしばしば法が引照されている。」「すべてのないしは大多数の案件において国法が引照されているわけでは決してない。国法には言及することなしに結論を出している案件の方が数が多い。」（以上、二七〇頁）「判語において引照される国法とは、具体的に言えば、大体において『大清律例』なるただ一つの法典に限られる。」（二七一頁）と述べているだけで、律例が引かれている州県自理裁判の判決文は「皆無に近い」とか「殆どない」とは言っていない。

実際、『天台治略』卷三、讞語に収められている判決文を見ると、六「一件棍劣申吞事」（番号は喜多「訳注稿」に

従った。題名は迎瑞堂刊本のもの。以下同じ。)に『大清律集解附例』(以下、『順治律』と略称する。)戸律、田宅、盜売田宅条に附された条例が引用されており、十一「一件掘塚佔葬事」に『順治律』刑律、賊盜、發塚条の文言が引用されており、五十八「一件背拋佔掠等事」に『順治律』戸律、戸役、立嫡子違法条に附された条例の文言が引用されており、五十八「一件倚諶謀佔事」に『順治律』名例、二罪俱發以重論条が引用されている。そして、律例の条文を引用してはいないけれども、「律」「例」「法」「三尺」「三尺」「三尺」は律例を意味する。)に言及する判決文が三十一件あり、律例の文言を引用する四件と合わせると、全五十四件のうち三十五件の判決文が律例に言及しているのである。

ただし、律例に定められている刑罰をその通りに科していると確認できる判決文は一件もない。それに対して、「従寛(寛きに従う)」と述べて、刑罰を免除したり、法定刑よりも軽い刑罰を科したりする判決文が十七件ある。しかし、この事実は、律例が刑罰の目安に過ぎなかったことを意味するものではない。なぜなら、例えば五「一件異姓乱宗等事」に「寛きに従いて逐積して免究す。今より後、倘し敢えて再び枝節を生ぜば、定めて三尺を操りて以て従事せん。(和訳。寛大に処分して、積放して、事実の究明を免じます。今後、もしわざわざ再び紛争を引き起こしたならば、必ず律例を適用して処罰します。)、十七「一件傲弟踞佔等事」に「本より応に法を尽くして重懲すべし。但だ其の兄弟の情を傷つくるに忍びず、姑らく寛きに従い、(中略)薄杖(軽い杖刑)を予えて以て徹む。」と述べられてるように、本来は律例に定められている通りの刑罰を科さなければならぬ、即ち律例はルールである、と天台県の裁判官は認識していたのであって、「寛きに従う」判決は、訴訟当事者のためを思って、律例の正確な適用を差し控えたものと理解すべきであるからである。

律例の正確な適用を差し控えると、制度上は官司出入人罪条に拠って裁判官は故出の罪で処罰されなければならぬが、事実上は、金銭や土地、身分をめぐる民事紛争を扱う裁判では、相手方が科された刑罰が軽すぎることを理由に、手間と金をかけて上訴する当事者はいないので、州県の裁判官が上司から故出の罪に問われる心配はなかったのである（前稿「旧中国の地方裁判と法律——法律に従わない判決が持つ意味——」『東洋史研究』第五十六卷第二号掲載、平成九年。二九六頁から七頁）。

寺田二〇〇六年論文は「律例の役割は、上申事案を官僚制の中で揉んでゆく際の、官僚制内的コミュニケーションの目安の提供にある。ところが州県自理の裁きではその上申自体が制度的に不要とされる（中略）。上申書を書いて上司を説得する必要もない。そうすると擬律する機会自体までもが単純に無くなってしまふ。」（二九四頁）と述べる。しかし、州県官が上申文書の中で正確に律例を引き写し適用したのは、「官僚制内的コミュニケーションの目安」を上司に提供するためではなく、官司出入人罪条に拠って処罰されることを避けるためであった。州県自理裁判では、「上申書を書いて上司を説得する必要」がなくても、「擬律する機会自体」は審理を行うたびに存在したのであって、州県官が判決文の中で律例を正確に適用せず、「寛きに従う」処分を下したのは、故出の罪で処罰される心配がなかったからである。

それでは、戴兆佳は、なぜ、律例に正確に従って判決を下すことを裁判官に求める律の断罪引律令条及び官司出入人罪条に違反して「寛きに従う」処分を下した判決文を『天台治略』に収録して堂々と刊行することができたのであろうか。それは、訴訟当事者のためを思つて、律に違反して「寛きに従う」判決を下す裁判官の行為が、『春秋左氏伝』昭公六年三月条の「昔、先王は事を議りて以て制し、刑辟を為らず。（和訳。昔、古の聖王は、争い事が生じる

たびごとに適切な判断を下して解決し、あらかじめ刑法を制定しなかった。」という文が示す儒教の価値観に適合するからであろう。その価値観とは、裁判官は法律に縛られず、事件ごとに最も適切な解決方法を考え出すべきである、というものである。律例に依拠することを裁判官に求める律の規定に反する儒教のこの価値観を、清朝の皇帝及び官僚以下の読書人は共有していたのである。

なお、律例に定められている刑罰よりも重い刑罰を科したことが明らかである判決文は、『天台治略』卷三の中に一件も見られない。

寺田二〇〇八年論文は「この（清朝の。佐立注）裁判制度は官僚に上申に際して律例を引けとは言うものの、刑罰を下される相手に対して根拠条文を示せとは言わない。実際手続を見てもそれをする段階が何処にもない。」（五九二頁）と述べる。しかし、『清律』刑律、断獄の断罪引律令条には「罪を断ずるには皆、須からく具つぎに律例を引くべし。」と定められており、「皆」とあって、上申に際してだけ律例を引くべしとは定められていない。州県自理裁判でも判決文に律例を引かなければならない、というのがこの条文の趣旨である。そして、例えば十二「一件佃業両空事」に「当堂にて此れを判ず。」、二十七「一件白佔祠産等事」に「もし今後文信ら（敗訴者。佐立注）が敢て横車をおして騒動を起せば、智識（勝訴者。佐立注）はこの判決文を持って訴えることができる（原文。可執此鳴究。）。」（喜多訳）と述べられているように、州県自理裁判の判決文は、法廷で当事者に読み聞かせられたり、裁判が終わった後で当事者に渡されたりしたから、断罪引律令条に従って裁判官が律例を判決文に引きささえすれば、当事者は判決の根拠となった条文を知ることができたのである。

寺田二〇〇六年論文は、清朝には「民事実定法が存在しない」と述べるが、この記述は正しくない。旧中国の法律

は、それに違反すると必ず刑罰が科されるものであったから、すべて「刑法」であつて、「民法」は旧中国には存在しなかつたのは事実である。しかし、民事紛争を扱う裁判で判決基準として用いることができる規定は、歴代王朝の律令格式及び律例の中に少なからず存在する。そのような規定を「民事実定法」と呼ぶならば、民事実定法は清朝の律例の中にも少なからず存在するのである。例えば、『天台治略』卷三の十三「一件背拠估掠等事」に引用されている、「同姓を立つる者も亦た、尊卑、序を失い、以て昭穆を乱すを得ず。」「若し継子、後とする所の親に得ざれば、其の、官に告げて別に立つるを聴す。」という『順治律』戸律、戸役、立嫡子違法条に附された二つの条例の規定は、養子に関する民事実定法と呼ぶことができる。

## イ 契約文書

寺田二〇〇七年論文は「州県自理の裁きの判決文を読むと、(中略)そこで(中略)高く掲げられるのは、「情理」(中略)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つた。そして(中略)法に基礎を置かず、情理という理念(中略)だけを直接的指針として行われる判断(中略)は必ずしも州県長官のみがした訳でもない。」(五十七頁から八頁)「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つてしまひ」(六十六頁)と述べる。しかし、州県自理裁判では「情理だけを直接的指針として」判決が下されたのではない。金銭や土地、身分の帰属が争われる裁判では、それを証明する真正の契約文書が存在すれば、裁判官はその契約文書に依拠して判決を下したのである。

『天台治略』卷三に収められている判決文の大多数は土地の帰属を争う訴訟に対するものである。そして、そのう



ちのほとんどすべての判決文で、例えば四「一件佃売主田等事」に「其の田は仍お廷芳（勝訴者）に帰せしめて、契に照らして管業せしむ。」と述べられているように、契約の対象物である土地は、契約文書の定め通りに権利者に帰属させているのである。ただ、十九「一件勢佔民田事」では、二重に売られた田地を後から買った者に帰属させ、先に買った者の子に対して、二重売りをした者に命じて賠償金を支払わせている。また、二十九「一件恩全血食等事」では、共同所有者に通知せずに行った田地の交換を認めた上で、交換の相手方に命じて、さらに別の田地を共同所有者側に与えさせている。しかし、この二件の判決文でも、真正の契約文書の定めを、どちらの当事者の主張が正しいかを判断する基準として用いていることには変わりがないのである。そして、権利者の失われた利益の補償が命じられているのである。

寺田二〇一八年著書は「伝統中国では契約は、（中略）現実の変転常なき社会関係と画された独自の抗事実な地位を、（中略）裁判の中でも殆ど持っていない。」（三二二頁から二頁）と述べるが、そうではない。州県自理裁判では、ほとんどの場合、契約文書の定めに従って、契約の対象物を権利者に帰属させる判決が下されていたのであって、伝統中国では契約は「独自の抗事実な地位」を裁判の中で十分に持っていたのである。寺田著書は史料の根拠として熊賓『三邑治略』（光緒三十一年（一九〇五）の自序がある。）に収められている判語から三件を挙げている（三一八頁から二〇頁）。しかし、そのうちの一件では契約の対象物を権利者に帰属させており、一件では権利者に代わりの土地を与えており、一件では借金の清算方法が決められているだけである。寺田著書が主張するような契約の性質をそこに読み取ることができない。

ウ 情 理

寺田二〇〇七年論文は、前項で紹介したように、州県自理裁判では「法に基礎を置かず、情理という理念（中略）だけを直接的指針として」（五十七頁）判断が行われる、と述べ、寺田二〇一八年著書は「州県自理の裁きは、（中略）実定法に囚われずにその場で得意即妙な解決案を示し、当事者間の和合を導くような自由な裁きの様相を示す。」（二六二頁）「中国の裁判、中でも特に聴訟（州県自理裁判を指す。佐立注）のあり方は、個別主義に走る余り凡その規則性と制度的な接点が無くなってしまった」と述べた。しかし、かといってそれは裁判官の単純な恣意になっている訳でもなく、それもまた彼等なりの社会正義の追求（中略）であった。（三五五頁）と述べている。

しかし、州県自理裁判は「情理」だけを指針として社会正義を追求する「自由な裁き」ではない。律例に従って当事者の行為を罪に当て、契約文書に従って権利者に契約の対象物を帰属させた上で、州県の裁判官が当事者のためを思って、律例に違反して刑を軽くしたり免除したり、勝訴した権利者に命じて、義務もないのに敗訴者に援助金を与えさせたりする場合があるだけである。このときに裁判官が持ち出す判断基準が「情」「情理」なのである。

『天台治略』卷三の七「一件勢佔民業事」では、真正の契約文書に従って権利者に土地を帰属させた上で、銀十兩を出して敗訴者の代わりに未納の税を完納するよう権利者に命じ、「これまた其の窮を哀れみ、ゆえにこの、法を略し情を言うの挙を為す。」と述べている。二十一「一件負噬呑佔等事」では、田四十石を抵当に入れて銀四十兩を借り、毎年八兩の利息を払う契約のうち、利息の支払いと借金の返済との義務を認定した上で、「情を斟<sup>く</sup>み理を酌<sup>く</sup>み」、田四十石のうち十八石を債務者に返すよう債権者に命じ、「情・理、兩<sup>た</sup>つながら平らぐ。」と述べている。

このような判決を権利者は受け入れる必要はないのであるが、契約の対象物の帰属は認定してもらえたので、また、

訴訟が長引くことによるコストを考えて、仕方なく受け入れたのであろう。州県の裁判官がなぜ、義務のない勝訴者に貧窮している敗訴者を援助させる判決を下すことに平気でいられたかと言えば、そのような判決は、前に紹介した『春秋左氏伝』昭公六年三月条が示す儒教の価値観、即ち、裁判官は法律に縛られず、事件ごとに最も適切な解決方法を考え出すべきである、という価値観に適合すると信じていたからであろう。

寺田二〇一三年論文は「伝統中国では、事案の個別一回性を強調し、無限に異なる事案一件毎にそれに最も相応しい解決策を、(中略)裁判官がその場で考案し提示(中略)する作業として裁判を構想した。」(四十七頁)と述べる。しかし、そのような裁判は、『春秋左氏伝』昭公六年条に「昔、先王は事を議りて以て制す。刑辟をつくらず。」とある古の聖王の裁判であって、歴史時代の各王朝で実際に制度化された裁判ではない。実際に制度化された裁判は、あらかじめ法律を制定して人民に公開し、公開された法律に正確に従って判決を下し、人民を官吏の横暴から守る、というものであった。ゆえに、『春秋左氏伝』昭公六年条に附された孔穎達の『正義』は、「事を議りて以て制す。」という裁判方法を、「古は今に施す可からず(古代の方法を現代に用いることはできない)。」と述べて、現代には通用しないものとして否定しているのである(前稿「一日も律無かる可からず——旧中国の罪刑法定主義の国教化——」本誌第六十五巻第五号掲載、二〇一六年)。

貧困者への同情という善意から出たとは言え、義務のない者に貧困者を援助させる判決を下すことは、善意の押し付けであり、裁判官の横暴である。しかし、義務のない者に貧困者を援助させる判決を下した裁判官を罰する規定は律例の中にないので、州県の裁判官は安心して当事者に善意を押し付けることができたのである。

寺田二〇一三年論文は、州県自理裁判では「州県官は、当該地方における国家・皇帝の唯一の代理人として、当事

者を相手に個別主義的な解決案を、当該事案を見た天下のまともな人間誰もがそう考える筈の答え（原注。公正にして公共なる「天下の公論」として示し、関係当事者全員がその場で成程これが「天下の公論」かと認めて受け入れてしまえば、それで裁判は終わる。」（四十八頁）と述べる。しかし『天台治略』に収められている判決文には「天下の公論」という言葉は出てこない。『天台治略』所収以外の判決文でも、「天下の公論」を根拠として判決を下しているものを見たことがない。寺田諸論文及び著書も、「天下の公論」に言及する判決文の実例を一件も挙げていない。

### 三 所謂「情法の平」について

寺田二〇〇六年論文は、必要的覆審裁判「を行うに当たつての理念は「情と罪とをして一に平允に帰せしむる」と、一言で言えば「情法の平」と表現される。そこに言う「情」とは個々の犯罪行為の犯情・悪性を指し、「罪・法」とはここではどちらも科される刑罰を意味する。個々の犯罪の犯情・悪性とそれに対して科される刑罰の重さとは、正確に均衡していなければならない。」（二六五頁）「既存の律例体系の全体は、その（官僚の。佐立注）提案の上申過程で自らのする情法の平判断を位置づけ、また引っかける引照粹あるいは「目安」として役立てられる。（中略）律は（中略）ケースに対するルールとしては働いていない。」（二八四頁）「官僚は常に今回の事案相手に一旦は自分自身で「情法の平」を考えてみる、換言すれば律を使うか使わぬかを考えてみる自由と義務とを持つ存在なのである。」（二七八頁）と述べている。

しかし、律例は「ケースに対するルール」であつて、官僚には「律を使うか使わぬかを考えてみる自由」はない。寺田論文がなぜ右のような誤解に至つたかと言えば、「情法の平」という言葉を「罪情と刑罰との間の裸の対応関係

を述べる言明」(寺田二〇〇六年論文二九八頁注6)であると受け取っていることからわかるように、「情法の平」の「法」が刑罰そのものを意味する、と誤読したのが原因である。刑罰そのものというのは、法律が定める犯罪類型に対応して、その法律の中に置かれている刑罰ではない、刑罰体系上の刑罰それ自体という意味である。

しかし、「情法の平」の「法」は、刑罰そのものを意味するのではなく、法律ないし法律の中に置かれている刑罰を意味するのである。滋賀前掲「民事的法源の概括的検討」が「法」「国法」が何であるかについては別段の説明を要しない。それは国家の制定法である。(二七〇頁)と述べているように、旧中国の裁判史料に出てくる「法」の語は、例外なく制定法を意味する。旧中国の制定法である律や条例は、ある犯罪類型とそれに対応する刑罰との定めから成っているので、「法」は、制定法を意味するのと同時に、制定法の中に犯罪類型に対応して置かれている刑罰をも意味するのである。「情罪の平允」の「罪」も、法律が定める犯罪類型、ひいてはその犯罪類型に対応する刑罰をも意味するのであって、刑罰体系上の刑罰それ自体を意味するのではない。

「情法の平」の「法」が制定法、ないし制定法の中に犯罪類型に対応して置かれている刑罰を意味することは、次のように考えればよくわかる。「情法の平」(「情」と「法」との均衡)が実現していない状態は、「情軽法重(情軽く法重し)」「情重法軽(情重く法軽し)」(この両句は裁判史料の中によく出てくる。)という状態である。そして、この「情軽法重」「情重法軽」という状態は現在の状態なのであるから、「法重」「法軽」の「法」が制定法ないしその中に置かれている刑罰を意味することは明らかである。すると、「情軽法重」「情重法軽」の状態が是正されて実現した「情法の平」の状態の「法」も、制定法ないしその中に置かれている刑罰を意味することになる。「情法の平」の「法」が刑罰そのものという意味であるとすると、「情軽法重」「情重法軽」の状態が「情法の平」の状態に是正され

た途端に「法」の意味が変化することになり、筋が通らないのである。

「情法の平」の「法」が制定法、清朝では即ち律例、ないしその中に犯罪類型に対応して置かれている刑罰を意味することになると、「情法の平」は「犯罪内容と律例（が定める犯罪類型に対応する刑罰）との均衡」という意味になり、まさに「情法の平」という言葉こそが、清朝の必要的覆審裁判では犯罪事実に対して律例がルールとして適用されることを示していることになるのである。寺田二〇〇八年論文に附された小口彦太コメントも、「情法の平」の「法」を実定法と理解した上で、「情法の平」という言葉を「先ず「法」の文言を見、次に当該事案の「情」を勘案し、両者の折り合いをつけていく」（六〇六頁）という意味に受け取っている。

寺田二〇一八年著書は、必要的覆審裁判では「適切な刑罰の重さの探究という方がまず先にあつて、その先にそれを叶えてくれる適切な条文の欠如という議論が引き続き。」（二五八頁）と述べるが、そうではない。この文の直前に「発端は、事案を見た側がこれに「闘毆及故殺人」本条を適用するのでは刑罰が重すぎると判断した所にある。」（同頁）と書かれているように、裁判官は、認定された犯罪事実が当てはまる犯罪類型を定めた律例の条文を捜し、その条文を適用して、その中に犯罪類型に対応して置かれている刑罰を科するのである。もし、そのような条文がなかったり、その条文を適用したのでは刑罰が重すぎる、軽すぎる（「情軽法重」「情重法軽」と判断したりしたときは、「比附」と呼ばれる方法を用いて、適用するべき条文を選び出し、その条文を適用して、その中に置かれている刑罰をそのまま、あるいは加減して科するのである。犯罪事実に当てるべき刑罰を直接、刑罰体系の中から選び出すことはしないのである。犯罪事実に当てるべき刑罰を、律例の規定を目安にしながら刑罰体系の中から選び出すのではなく、犯罪事実に対して律例の条文をルールとして適用して、その中に置かれている刑罰を科するのである。

寺田二〇〇六年論文は、必要的覆審裁判は「個別の事案事案毎に情法の平になつた重さの刑罰を一つ一つ量り定めて執行する過程そのものであった。(中略) その作業は原理的に無限に個別的なものとなる他なく、当然ながらその個々の権力的作業を予め縛る実体規範などがあるべくもない。」(二九一頁)と述べる。しかし、「個々の権力的作業を予め縛る実体規範」は存在し、それが律例である。そして、必要的覆審裁判は、無限に異なる犯罪事実に対して無限に段階づけられた刑罰を「一つ一つ量り定め」るものではなく、無限に異なる犯罪事実を律例が定める犯罪類型に当てはめて、その犯罪類型に対応して律例の中に置かれている刑罰を科する、というものである。

寺田二〇一三年論文は「伝統中国の律例は、個別条文が担当する狭い範囲の「情」に対応する刑罰を各々記すだけであり、以後の個別事案処理の全体を覆う一般的なルールを提示するという性格(中略)をどうやら最初から欠いていた(原注。律例の事例的な性格)。」(五十一頁)「自然犯的な犯罪については網羅的に規定する「刑律」においてすら(中略)事例的性格は明らかである。それ以外の「戸律」「工律」といった章に至っては、単に規定が疎らであるというばかりでなく、何故この問題についての罰則規定だけが律に載っているのか(原注。他のあの問題についての罰則規定が何故載っていないのか)についての体系的な説明すらも殆ど不可能になる。」(七十五頁注14)と述べている。

しかし、例えば『清律』刑律、罵詈、罵人条の「人を罵る者は笞一十。互いに相い罵る者は各々笞一十。」という規定のどこが「事例的」なのであろうか。『乾隆律』の「工律」の条文は計十三条しかないけれども、「戸律」の条文は計八十二条あり、「戸律」については「規定が疎ら」とは言えない。「他のあの問題についての罰則規定が何故載っていないのか」についての「体系的な説明」が不可能、と述べるけれども、ある罰則が律に載せられていないのは、

律が制定された当時には社会がその罰則を必要としていなかったからであるか、社会がその罰則を必要としていないか、立法者が気づかなかつたからであるかのどちらかであるに過ぎない。「規定が疎ら」であったり、ある罰則が律に載せられていないことの「体系的な説明」が不可能であったりするからと言って、律例が「個別事案処理の全体を覆う一般的なルールを提示するという性格」を「欠いていた」ことにはならないのである。

寺田二〇〇六年論文は「必要的覆審制の通常の手順に従っても、適用条文が犯罪者本人に示されることは必要的ではない。むしろ擬律の作業は、通常は地方官が（中略）上申書を作成する段階で初めて行われる。そしてまた決裁権者がそれを裁可することにより上申原案は判決に転化するが、この決裁権者（原注。督撫や皇帝）が与える批においても、犯罪者に対する特定の刑罰執行が命じられるだけで法条は一切言及されない。律条は（中略）所詮は、皇帝官僚制が行う内部的な結論形成・意思統一の媒介手段に止まる。」（二九二頁）と述べている。

しかし、『清律』刑律、断獄、獄囚取服辯条に「獄囚の徒・流・死罪なるは、各々囚及び其の家属を喚び、具さに断ずるところの罪名を告ぐ。」と定められており、この「罪名」とは律例に定められている犯罪類型を指すから、「罪名を告げる」ということは適用した律例の条文を示すということであり、この獄囚取服辯条は、必要的覆審裁判の各段階で審理が終わると、適用した律例の条文を囚人に告示しなければならないことを定めているのである。つまり、必要的覆審裁判で「適用条文が犯罪者本人に示されることは必要的」なのである。また、「決裁権者が与える批において法条は一切言及されない」としても、それは地方官から上申された判決原案の中に、適用された律例の条文が記載されており、判決原案を承認すれば、判決原案が判決文になるのであるから、判決原案を承認する批の中に、適用された条文を再度記載する必要はないからに過ぎない。律例は「皇帝官僚制が行う内部的な結論形成・意思統一の媒介



介手段」ではなく、それに従って裁判が行われると人民に対して約束された公開のルールなのである。

#### 四 ま と め

寺田二〇一八年著書は「法は全体人民の心の中にあり、そしてその心が一つになり、その心が皇帝の口から語られるというのが、ここで（旧中国の裁判理念で。佐立注）法に関して抱かれる夢であった。」（三二六頁）と、それこそ夢のようなことを述べている。確かに、『塩鉄論』刑徳第五十五に「法は人情に縁りて制す。」とあるように、「人情」即ち「人民の心」は制定法の淵源ではあるが、制定法の淵源と制定法そのものとは別物である。しかし、ここでこのように論じるのは無意味である。なぜなら、同じ寺田著書に「裁判を通じて実現される正しさ・社会正義の総体のように論じるのは無意味である。なぜなら、同じ寺田著書に「裁判が行われ、そこでの法、即ち「天下の公論」が語られる時」（二二五頁）とか、「法は情理という一語と情理かなった無数の紛争解決の成功例の形を取る。」（二九二頁）などと述べられているように、「全体人民の心の中」にある「法」とは、制定法即ち律例を意味しているのではなく、寺田説独自の意味を持つ言葉であるからである。

旧中国の法律の性質について論じたいのであれば、史料を根拠として論じなければならない。ところが寺田諸論文及び著書は、制定法を意味する「法」という語が史料に無数に現れるにもかかわらず、同じ「法」という言葉に全く別の意味を持たせて使用する。一方、「情法の平」という史料に出てくる言葉をそのまま使うときは、根拠もなく「法」の語に刑罰そのものという誤った意味を持たせる。史料をないがしろにしていると言わざるを得ない。寺田著書の「あとがき」に「どれもが個別実証では片付かないような体系編成上の理論的大問題になってしまふ」（三八二

頁)と記されているが、どのような「理論的大問題」であっても、歴史上の問題である限りは、史料を根拠として実証しなければならぬ。寺田二〇一三年論文は「条文の並んだ実定法を見るとそれだけでルール型の法だと思ひこむ(中略)議論の知的怠惰は(中略)十分に明らかである。」(五十八頁)と述べるが、いくら頭を使っても、史料から離れてしまつては何にもならないのである。

寺田諸論文及び著書は、清朝の州県自理裁判では、ある程度の割合で律例が引用され、言及されているのに、「律例が引かれる例は皆無に近い」と言う。契約文書に従つて、契約の対象物を権利者に帰属させているのに、「契約は「独自の抗事実的な地位を殆ど持っていない」と言う。律例と契約文書とに依拠して判決を下しているのに、「情理という理念だけを直接的指針として」判断が行われる、と言う。必要的覆審裁判では、適用条文を囚人に示すことが必要であるのに、「必要的ではない」と言う。清律には「あらゆる裁判で律例を引かなければならない。」と定められているのに、「上申に際して律例を引け。」と定められている、と言う。旧中国には民事実定法が存在するのに、清朝には「存在しない」と言う。律例の規定は一般的であるのに、「事例的」である、と言う。

事実とは正反対のこのようないくつかの誤解(「誤解」という言葉で済ませてよいであろうか。事実の歪曲ではなからうか。)に基づき、旧中国の法律は「非ルールの」であるという寺田説は、全くの空想である、としか言いようがない。そのような空想を、それが『中国法制史』という教科書の中に書き込まれ、専門外の有識者や多数の学生の間に広まるまで放置し続けた、他の我々中国法制史研究者の責任は限りなく重い。