

# 聴断は法を以てし、調処は情を以てす

——清代の民事裁判の性格についての滋賀・寺田説に対する反論——

佐 立 治 人

## 前言

本稿は、二〇〇二年六月二十二日に北海道大学で開催された法制史学会第五十四回総会で、「清代の民事裁判をめぐる最近の議論に寄せて——中国古代法研究の立場から——」と題して報告した時に読み上げた原稿の字句を多少手直したものである。内容は全く変えていない。当日に配ったレジュメに挙げた参考文献は注に入れた。新たに補った説明も注に記した。

報告の機会を与えて下さった小川浩三先生、田口正樹先生、御推薦下さった高橋芳郎先生、司会をして下さった高見澤磨先生、討論を受けて立って下さった寺田浩明先生、賛成意見を述べて下さった森田成満先生、報告を聞いて下さったすべての先生方に深く感謝申し上げます。

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 滋賀説のあらまし

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

三 疑問点と論点

- 1 裁判の性格を二種類に分けることに對して
- 2 制定法の性質について
- 3 知州知県の体罰権について
- 4 徒刑以上の案件を上級審に送らなかつたことについて
- 5 民事裁判の本質が調停であつたことに對して
- 6 遵依結状について
- 7 民事規範不存在說に對して

四 私 見

- 1 清代の民事裁判でも制度上は、關係する法律がある限り、その法律に從つて判決を下すべきであつた
- 2 『学治臆說』の「聽斷以法」の意味について

一 は じ め に

近年（注。二〇〇二年六月当時から見ても）、清代中国の民事裁判の性格を検討することによつて、旧中国の法律や裁判の特色、ひいては旧中国の社会秩序の特色についての理解を深めようとする研究が、寺田浩明先生をはじめとします。諸先生方によつて精力的に推し進められております。ここで「民事裁判」と言いますのは、人死や泥棒がからむ案件を除いた案件のうち、徒刑以上の刑罰をもたさない案件に對する、州県の長官による裁判のことです。この種の案件は、州県の裁判に委ねられており、「州県自理の案」と呼ばれ、その裁判は「聽訟」と呼ばれておりました。

寺田先生は御論文「權利と冤抑——清代聽訟世界の全体像」(『法学』第六十一卷第五号掲載。平成九年)の中で、

清代の聴訟即ち民事裁判について次のように述べておられます。「官憲が民の訴訟を受け付けていたと言っても、その裁きは何らかの客観的なルールに基づいて両者主張の当否を判定する作業としてではなく、(中略)一定の裁定案を提示して両者の争いを鎮め、更には相互の互譲と融和を図る作業として存在した。高く謳われるのは「情理」といった修辞に代表されるような当事者間の人間関係に対する配慮や衡平感覚の重要性であり、予めある何らかの客観的ルールへの準拠ではない。そして何よりも、民事的な利益争いに対する裁きに当たって裁判官がその判断を基づかせることができるような具体的で実定化された硬い実体規範のセット自体が、ここでは国家にも民間にも存在しなかった。」(四頁)

これを読みまして、「民事的な利益争いに対する裁きに当たって裁判官がその判断を基づかせることができるような実体規範のセット自体が国家に存在しなかった。」とは、何と根拠のないことをおっしゃるのか、確かに民法典はなかったけれども、寺田先生御自身、清代の土地法についての御論文(注。例えば「清代中期の典規制にみえる期限の意味について」島田正郎博士頌寿記念論集『東洋法史の探究』所収、汲古書院、昭和六十二年)で、いくつかの民事法規を引用なさっておられるではないか、とびっくりいたしました。

ところが、一九九九年秋に開かれた法制史学会創立五十周年記念シンポジウム「近代法の再定位」での寺田先生の御報告(注。「近代法秩序と清代民事法秩序——もう一つの近代法史論」後掲『近代法の再定位』所収)に対して、二〇〇一年に創文社から出ました『近代法の再定位』(石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編)の中で、西洋法制史の西川洋一先生が、「寺田報告は、(中略)新しい研究史的段階にあると言える。」(二二五頁)と評され、日本法制史の水林彪先生が、「伝統的通念は、西欧近代を過大に評価し、中国古代(原注。帝政中国一般)を過度に低級・

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

矮小なものと観念してはいないであろうか。本シンポジウムにおける寺田浩明氏の報告（中略）は、そのような通念を克服するために、きわめて有意義であったように思われる。」（二九三頁。注。水林先生のいわゆる「伝統的通念」を克服しなければならぬことには私も賛成である。）と評価しておられます。

これを目にしまして、これでよいのだろうかと気にかけておりましたところ、今回の準備委員の小川先生から、最近、寺田先生の御説が隣接分野の研究者から高く評価されているが、東洋法制史の研究者の間ではどのように受けとめられているのか報告してほしい、とのお話をいただきましたので、よい機会と思ひましてひきうけさせていただいた次第です。

寺田先生の御議論は、基本的には滋賀秀三先生の御説を受け継いだものですから、まずは滋賀先生の御説明の文章に即して、疑問点を挙げていきます。なお、今回は、滋賀先生及び寺田先生の御見解に賛成できかねます点に問題をしぼりますため、森田成満先生（注。「清代に於ける民事法秩序の構造」『星薬科大学一般教育論集』第十二輯掲載、一九九五年）やフィリップ・ホアン先生（注。唐澤靖彦訳「『中国における法廷裁判と民間調停』清代の公定表現と実践』序論」『中国——社会と文化』第十三号掲載、一九九八年）の御見解には、大ざっぱなレベルで賛成いたしておりますので、今回は触れないことにいたします（注。民事紛争は地方官の自由裁量によって処理されることになってきた、というホアン論文（唐澤訳）の見解には反対する）。また、滋賀先生や寺田先生の御説の強い影響下にあります岸本美緒先生の御見解（注。「明清時代における「找価回贖」問題」『中国——社会と文化』第十二号掲載、一九九七年）や松田恵美子先生の御見解（注。「伝統中国の法と社会への一試論」『名城法学』第四十七卷第三号掲載、一九九七年）にも触れませんが、お断りいたします（注。岸本論文の、地方官が訴状を受理すると、「殆どの場合、

まず調査に基づいて、訴状に述べられた被告の罪状は事実か否か、というはつきりとした判断が示されるのが普通である。」(二八〇頁)「殆どの判語のなかには、事実経過を述べるという形で、基本的にどちらに非があるかという点に関する地方官の判断が示されている。」(二八一頁)という観察に賛成する。

## 二 滋賀説のあらまし

まず、滋賀先生の御見解ですが、御著書『清代中国の法と裁判』(創文社、昭和五十九年)から抜き出しますと、清代の裁判制度は、「徒以上の刑罰を課そうとする手続とそうでない手続」に分けられ、両者は「はつきり性格を異にするものであった。前者においては州県段階では判決立案をするのみで、一件書類を被告人の身柄とともに上級機関に送り、所定の覆審を経た上で判決が定まる。判決は厳格に法律に依拠し先例を参照して割り出される。」「これに対して徒以上の刑罰の問題を含まない(中略)案件は州県限りの裁判に委ねられるゆえ、これを〔州県〕自理詞訟と称し、上級機関は当事者の上訴があったときにだけ介入した。」(以上、二六四頁)

この「州県限りの裁判」が民事裁判に当たります。この手続では、「各当事者が「遵依結状」と称する誓約書を提出して裁定を受諾することによって始めて一件は一応落着する。」(二六四頁から五頁)ただし、遵依結状は、「その形式の力によって実質論議を封じこめ、将来に向かってむし返しの道をとぎすまでの絶対的な力をもつものではなかった。」(一八七頁)「争訟は手続上の手段を使い果してもはや争い得なくなることによってではなしに、手続の積重ねのあげく、結局どの当事者も事実上もはや争わなくなることによって落着した。」このような「紛争処理の方式は、(中略)本質的には調停であったというべきであろう。」(以上、二五二頁)とされています。そして、民事裁判

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

での判断基準について、「情理」すなわち中国的良識（中略）こそが最も遍在的な裁判基準であったと言うことができる。」（二八八頁）と述べておられます。

それでは民事裁判で法律はどのような役割を果たしていたかという点につきまして、「聴訟の場においても裁判官は国法のなかに何か判断の基礎になる条項がありはすまいかと一応は思いめぐらすのを常とした。しかし、すべての判断は国法の解釈として導き出されるべきものだという考え方はもとよりなかったし、また法の文言の一つ一つが厳しく判断を規制すべきものとも考えられていなかった。」（二七六頁）なぜなら「国家の法律は情理を部分的に実定化したものであり、情理一般の働らきに手がかりを与えるものという性格をもっていたのである。それ故にまた法律の文言は情理によって解釈もされ変通もされるべきものであった。」（二九〇頁）と説明しておられます。ここに「変通」という言葉が使われておりますが、これは易经に出てくる言葉で、変化して状況を打開する、というほどの意味に受け取ってよいのではないかと思います。

「法の文言の一つ一つが厳しく判断を規制すべきものとも考えられていなかった」（前掲）結果、具体的に法律はどのように扱われていたか、という点につきましては、「法に照らせば徒以上の刑に当たる事件であっても、（中略）上級へ送ることをしないで、州県限りの裁量によって軽い懲らしめで済ませたり、将来を戒めた上で放免したりすることが少なくなかった。」また、「律例の刑罰規定のうち、笞杖枷号までの刑は判語（地方官の裁きの文章。佐立注）のなかで正確に擬律されている例を極めて僅かしか見かけない。」（以上、二七三頁）と述べておられます。「国法の民事的側面を見ても」、どのように適用するかは「裁判官たる地方長官の裁量次第であった。」（以上、二七四頁）とのことです。

そして、「漢代以後二千年の現実」（三六六頁）に視野を拡げて、「民事的紛争は聴訟という教諭的調停——関連する法律の条項がある限りにおいてはそれにも手掛りを求めながら、そして公的威信と公権力を背景としながら、しかし主としては情理に基いて両当事者を納得せしめることによつて事を落着させる手続——によつて処理されたので、固い準則としての法を必要としなかった。いっそう根本的に言うならば、聴訟という手続においては何が当該案件における法であるかが宣言されることがなかったが故に、やがて実定私法体系に育つて行く素材となるべきものがそもそも発生しなかったのである。」（三六八頁）と説いておられます。

以上が、清代ひいては旧中国の民事裁判の性格についての滋賀先生のお考えのあらましですが、いくつかの疑問がございます。

### 三 疑問点と論点

#### 1 裁判の性格を二種類に分けることに対して

まず、「徒以上の刑罰を課そうとする手続とそうでない手続」との両者は「はっきり性格を異にするものであった」とされる点についてです。制定法の性格について滋賀先生は、「国家の法律は情理を部分的に実定化したものであり、情理一般の働らきに手がかりを与えるものという性格をもっていた」と述べておられますが、この性格は、清朝の制定法全体、少なくとも大清律例全体を貫くものなのでしょうか。言い換えますと、大清律例の条文のうち、徒刑以上の刑を定めたものとするのでないものとの両者を貫く性格なのでしょうか。もしそうだとしますと、徒刑以上の刑罰を科そうとする手続とそうでない手続、即ち州県自理の案件に対する裁判とは法律の扱われ方が違うのであれば、そ

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

れはなぜでしょうか。

この問題は既に寺田先生が取り上げておられ、御論文「清代司法制度研究における「法」の位置付けについて」〔『思想』第七九二号掲載、一九九〇年〕で次のように述べておられます。

「法」は（中略）個別事案に出会う毎に人々が繰り返し繰り返し行なうべき「情理」判断の際の一種の「手がかり」、お手本としての位置に止まった。ただその「手がかり」としての機能の仕方・それゆえ変通の主体は、究極的な判断者たる皇帝が下位者に何を何処まで任せるか、即ち官僚制の制度設計によって変わって来る。清代の制度では、笞杖以下の刑罰で済む事案については、（中略）その変通は地方官の見識に一任された（中略）。それ故そこでは地方官が行なう「情理」判断が制度の前面に現れる。それに対して徒刑以上の刑罰については変通の権限を皇帝に集約する方向が選ばれた。（中略）それ故そこでは成文法準拠が制度の前面に現われる。（一九一頁）

しかし、寺田先生の御説では、州県の裁判官が、法律上は徒以上の刑に該当する事案でも、上級審に送らず、笞杖以下の処分済ませてしまうことが少なくなかった、という滋賀先生（前掲二七三頁）や中村茂夫先生（後掲）が指摘される事実の説明がつきません。

## 2 制定法の性質について

次に、「法律の文言は情理によって解釈もされ変通もされるべきものであった。」「法の文言の一つ一つが厳しく判断を規制すべきものとも考えられていなかった。」と述べられていますが、清朝の制定法に限らず、旧中国の制定法



の本来の性質として、そのようなことがありえたのでしょうか。

清律の刑律の官司出入人罪条に、法律通りに刑罰を科さなかつた官吏に対する処分が細かく定められていることや、断罪引律令条に「罪を断ずるには皆、すべからく具さに律例を引くべし。」と定められていることや、吏律の講読律令条に「国家の律令は、事情の軽重を参酌し、罪名を定立す。天下に頒行し、永く遵守を為さしむ。百司の官吏、務めて熟読し、律意を講明し、事務を剖決することを要す。」とあることと調和しないのではないのでしょうか。

### 3 知州知県の体罰権について

滋賀先生は、「律例の刑罰規定のうち、笞杖枷号までの刑は判語のなかで正確に擬律されている例を極めて僅かしか見かけない」理由について、『清代中国の法と裁判』の中で、「知州知県には、地方行政長官としての職責の遂行上必要があれば何時でも枷号以下の体罰のような強制手段を発動することが、その権限として認められていた」のであり、裁判においてもそれが利用されたのである。軽い犯罪はこれによって処理されてしまうゆえに正規に擬律を行う必要がなかった。」(二七三頁から四頁)と説明しておられます。しかし、「知州知県には、(中略)必要があれば何時でも枷号以下の体罰のような強制手段を発動することが、その権限として認められていた」ことの史料的根拠が示されておりません。他の箇所(注。『清代中国の法と裁判』一八一頁・二二七頁)でも同じことをお書きですが、そこでもやはり史料的根拠が示されておりません。寺田先生も御論文「権利と冤抑」の中で同じことをお書きですが(三十八頁)、根拠は滋賀先生のこの文章です。

(注。『清代中国の法と裁判』の七頁に「笞・杖」(原注。現実には「竹板」)や枷号は、(中略)刑罰であるが、

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

他面、これらは、法の適用としてでなく（中略）単に公務の遂行上必要な強制手段として、官憲によつてかなり自由に用いられた。租税滞納者、法廷で不逞の所為ある者、官の役務を怠る者など、要するに官事に妨げをなす者に対して、枷号や竹板を加えることは、部内に対する支配権（原注。「監臨」の地位）の当然の一環として、包括的に地方官に委ねられていたのである。」と述べられている。この文に附された注（9）（同書十頁）に、「律例卷三七〔決罰不如法〕律に、監臨の官が公事に因つて人を殴打することすなわち「監臨責打人」を、「官司決罰人」と全く等置し、いずれの場合も、法に定める刑具で法に定める身体部位に施行しなければならぬと規定する。つまり殴打自体は、裁判の結果としての笞杖の執行と同様に全く合法的なことであつた。」と、笞杖枷号の体罰権が地方官に与えられていたことの史料根拠が示されている。「官司決罰人」と「監臨責打人」とが区別され並列されているからには、そして、裁判の判決に基づく刑罰の執行が「決罰」であるからには、「笞杖枷号までの刑は判語のなかで正確に擬律されている例を極めて僅かしか見かけない」理由を「監臨責打」即ち地方官が体罰を行う権限に求めることはできないはずである。判決文の中で、根拠となる条文を示すことなく笞杖以下の刑罰を科している場合の多くは、清律の刑律の不應為条「応に為すを得べからずしてこれを為す者は笞四十。事理重き者は杖八十。」を適用している、と考へる。）

#### 4 徒刑以上の案件を上級審に送らなかつたことについて

「法に照らせば徒以上の刑に当たる事件であつても、（中略）上級へ送ることをしないで、州県限りの裁量によつて軽い懲らしめで済ませたり、将来を戒めた上で放免したりすることが少なくなかつた」という事実につきまはしては、

中村茂夫先生が御論文「清代の判語に見られる法の適用——特に誣告、威逼人致死をめぐる——」（『法政理論』第九卷第一号掲載、新潟大学、一九七六年）の中で、清律の刑律の誣告条を適用する地方官の態度を検討しておられます。

それによりますと、「判語の中には、（中略）一旦誣告条を適用すべきであると言いながら、実際には刑を免じたり、或は極く軽い刑を科するに止まっている事案は極めて多い。」（十四頁）ということですが、地方官のこのような態度について中村先生は、「地方官の大幅な裁量による誣告条適用の回避の傾向は、国家司法の立場からしたとき、大きな弊害ありと看做され、本来決して容認されるものではなかった。嘉慶から光緒年代にかけての皇帝の数次の訓令や裁可に、このことに及んだものが見られる。」（十八頁）「しかし、地方官は累次の訓令を冒しても、誣告の規定を容易に適用せず、自らの裁量によって、自理の範囲内で事件を治めようとした。」（二十頁）と述べておられます。地方官が自らの裁量で誣告条の適用を回避することは、要するに法律違反であった、というわけです。

ただし中村先生は、「法律違反」という表現は使われず、「知州・知県等の律例や刑罰適用の在り方も、（中略）起訴便宜主義の趣旨と似て、形式的公平の実現よりも、個々の事件における適切且つ正しい解決を意図しつつ、具体的正義の実現を目差して行われたものと言えるであろう。」（四十五頁）と述べられ、地方官が自らの裁量で法律の適用を回避する態度を肯定的に評価しておられます。

##### 5 民事裁判の本質が調停であったとすることに対して

次に、清代の民事裁判は「本質的には調停であった」とされる点についてですが、その具体的な理由として、その

聴断は法を以てし、調处は情を以てす

手続は、「各当事者が「遵依結状」と称する誓約書を提出して裁定を受諾することによって始めて一件は一応落着する」ものであったことを挙げられ、根本的な理由として、「争訟は手続上の手段を使い果してもはや争い得なくなるることによってではなしに、手続の積重ねのあげく、結局どの当事者も事実上もはや争わなくなることによって落着した」ことを挙げておられます。

しかし、滋賀先生御自身が明らかになさいましたように、「裁判所が自己の与えた判決に羈束される」という「原則が清代の——清代に限らず帝制中国の全時代を通じて言い得ることほほ確実であるが——司法制度には存在しなかった」(『清代中国の法と裁判』二四六頁)とのことから、「争訟は(中略)どの当事者も事実上もはや争わなくなるることによって落着した」という現象は、旧中国の裁判制度では判決に羈束力がなかったことによって生じたものと理解すべきであって、清代の民事裁判の本質が調停であったことを示すものとは限らないのではないのでしょうか。

滋賀先生は御論文「清代の民事裁判について」(『中国——社会と文化』第十三号掲載、一九九八年。『続・清代中国の法と裁判』第六章、創文社、二〇〇九年)の中で、「恐らく(中略)宋代の裁判も類型としては糾問調停型であったのではないか。」(同誌二四九頁、同書一九八頁)と述べておられますが、南宋の地方官の裁きの文章を集めた『名公書判清明集』を見ます限り、南宋の民事裁判が調停型であったとは全く思えません。一例として、同書巻五、戸婚門、争業下、姪与出継叔争業(翁浩堂)の「もしこの判断に不服ならば、どうぞ上級官司に上訴して下さい。

(原文。如不伏所断、請自経向上官司。訓読。もし断ずるところに伏せずんば、自ら向上の官司を経んことを請う。)」という裁判官の言葉を挙げるだけで十分だと思えます(注。南宋の民事裁判の性質については、拙稿「『清明集』の「法意」と「人情」——訴訟当事者による法律解釈の痕跡——」(梅原郁編『中国近世の法制と社会』所収、

京都大学人文科学研究所、平成五年）で論じた。）。

## 6 遵依結状について

それから「遵依結状」についてですが、「遵依結状」が提出されていた事実も、清代の民事裁判の本質が調停であったことの証拠になるとは限らないと考えます。寺田先生も、御論文「清代民事司法論における「裁判」と「調停」——フィリップ・ホアン (Philip C. C. Huang) 氏の近業に寄せて——」（『中国史学』第五卷掲載、一九九五年）の中で、「遵依甘結の存在から、当事者の納得を取りつけないかぎり裁きが下せなかったという結論を導くことは難しい。」とした上で、「では遵依甘結は何のために取られたのか。」（一九七頁）と問題提起しておられます。

各当事者が「遵依結状」を提出することの法的根拠を滋賀・寺田両先生はお示しになっておらず、それが制度なのか慣行なのかも私にはわかりませんが、民事裁判の本質が調停ではなくても、「遵依結状」が役立つ場合がひとつふたつ考えられるのではないのでしょうか。ひとつは、裁判で争われた事実問題について、裁判官の判断に間違いがないことを当事者が認める場合です。ふたつめは、法律に定めがない問題に対する判決、あるいは法律の規定通りではない判決を当事者が受け入れる場合です。どちらの場合でも遵依結状は、当事者が蒸し返しの訴訟を起したり、上訴したりした時に、当事者が前の裁判官の判断を承認したことの証拠として役立ちます。

## 7 民事規範不存在説に対して

最後に、滋賀先生は「民事的紛争は聴訟という教諭的調停（中略）によって処理されたので、固い準則としての法

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

を必要としなかった。いつそう根本的に言うならば、聴訟という手続においては何が当該案件における法であるかが宣言されることがなかったが故に、やがて実定私法体系に育って行く素材となるべきものがそもそも発生しなかったのである。」と述べられ、寺田先生は、「民事的な利益争いに対する裁きに当たって裁判官がその判断を基づかせることができるような具体的で実定化された硬い実体規範のセット自体が、ここでは国家にも民間にも存在しなかった。」(前掲。「権利と冤抑」と述べておられます。

しかし、『大清律例』の中には、我々の民法典に慣れた目で見ると数は多くないとは言え、民事紛争に対する判断基準となり得る条文が確かに存在しますし、唐から宋元にかけての時代に遡りますと、律令その他の法律の中に、相当な数の民事規定を見ることができます。この事実とどのような折り合いをおつけになるのでしょうか。

(注。滋賀『清代中国の法と裁判』第四「民事的法源の概括的検討」は、「六法全書ともいべき『大清律例』は、民の訟を聴く者の参考用として基本的にはほほこれだけで用の足りるものであったと思われる。」(二七二頁)「中国清代には極く僅かな数の国法の条文(中略)以外には、民事的法源は存在しなかったということになる。」(二九一頁)「兩代の判語を併せ見るとき、宋代の方が清代よりも民事的法規の内容が豊富であったという印象を禁じ得ない」(二九五頁注28)と述べている。寺田「問題と考察——近代法秩序と清代民事法秩序」(前掲『近代法の再定位』所収)も「律例の中に我々の目から見て民事法的な要素が含まれることは確かなことである。」(二七三頁)と述べる。

#### 四 私 見

1 清代の民事裁判でも制度上は、関係する法律がある限り、その法律に従って判決を下すべきであった

清代の民事裁判の本質を「調停」と理解する滋賀先生の説とそれを受け継いだ寺田先生の説に対して、私が違和感を禁じ得ませんのは、両先生が各史料の中の、民事裁判の制度に関する記述と実態に関する記述とを混ぜ合わせて、一つの「本質」と称されるものを作り上げているように見えるからです。

私は清代の民事裁判でも制度上は、裁判官は、当事者が納得するか否かにかかわらず、関係する律例の条文が存在する限り、その条文の規定に従って判決を下さなければならなかった、と考えます。そして、関係する律例の条文が存在するにもかかわらず、その条文の規定から明らかに外れた判決を下すことは、どのような理由があつてそうしようとも、法律違反に他ならなかった、と考えます。笞杖以下の刑を正確に科さないとか、ましてや、法に照らせば徒以上の刑に当たる事件でありながら、将来を戒めた上で放免する、といった滋賀先生や中村先生が指摘される裁判官の行為を法律違反と受け取るわけです。

ただし、そのような裁判官の法律違反が、当事者を思い遣る善意からなされた場合が多かったことを否定はしません。中村先生が「知州・知県等の律例や刑罰適用の在り方」は「具体的正義の実現を目差して行われたものと言える」(前掲)とお書きですが、その通りだと思えます。しかし、律例の適用の仕方が、明らかに規定から外れているからには、それが法律違反であることには変わりがなかった、と考えます。滋賀先生と寺田先生の説は、清代の民事裁判で裁判官が法律の規定から外れた内容の判決を下した、という事実を示す記述が史料の中に大量に見出だされ、

聴断は法を以てし、調処は情を以てす



しかも、その行為が、裁判官が当事者を思い遣る善意からなされていることが多いため、その行為を単なる法律違反として切り捨ててしまふに忍びず、その行為を制度上本来許されたものとして、清代の民事裁判の制度の中に強いて位置付けようとして招いた誤解ではないでしょうか。

ただ、滋賀先生が清代の民事裁判の本質を調停と理解なさる決定的な理由は、法律適用の在り方よりもむしろ、争訟は当事者が争わなくなることによって落着いたという事実が存在することなのですが、その事実は、滋賀先生御自身が発見された、旧中国の裁判における判決の羈束力の無さで説明できるのではないのでしょうか。

## 2 『学治臆説』の「聽断以法」の意味について

十八世紀末に書かれた『学治臆説』という本がございます。州県を治める官の心得を説いた本です。著者の汪輝祖は、長年、州県の知事を個人的に補佐する仕事を務め、後年には自らも州県の知事を務めた人です（『清汪輝祖先生自定年譜』台湾商務印書館）。その『学治臆説』の中に、「断案不如息案（断案は息案に如かず）」と題する次のような文章が記されています（注。『学治臆説』は叢書集成初編所収本を見た）。

### 【和訳】

裁判（原文。聽断）にいそしむのはよいことです。けれども、必ずしもあまりにもはつきりと黑白を分別することをしなければ、和解することができません場合があります。そういう時は、親類や友人による調停（原文。調処）に委ねるのが一番です。つまり裁判は法律に依り、調停は人情に依ります（原文。蓋聽断以法、而調処以情）。法律



に依るならば、清濁を分別しないわけにはいきません。人情に依るならば、是非を少し貸し借りするのに妨げはありません。調停では、理がある当事者は、親類や友人の人情を受け入れて相手に譲りますし、理のない当事者は、公の法廷で法律を適用されるのを免れることができます。「調人」という職が周官に設けられている理由です（『周礼』地官、調人）。もし裁判官が、自ら明察を誇り、当事者が和解して訴えを取り下げのを許さないならば、それは民を安んじる方法ではないと思います。

#### 【訓読】

聴断に勤しむは善なるのみ。然れども、必ずしも過はなはだしくは阜白ソウを分かたずんば和睦に帰す可き者有れば、則ち親友の調処に如くは莫し。蓋し聴断は法を以てし、而して調処は情を以てす。法なれば則ち涇渭は分かたざる可からず。情なれば則ち是非はやや借るを妨げず。理の直なる者は既に親友の情を通じ、義の曲なる者は公庭の法を免る可し。調人の、周官に設けらるる所以なり。或いは自ら明察を矜ほこり、息銷を准ゆるさずんば、人を安んずるの道に非ざるに似たり。

#### 【原文】

勤於聴断、善已。然有不必過分阜白、可帰和睦者、則莫如親友之調処。蓋聴断以法、而調処以情。法則涇渭不可不分、情則是非不妨稍借。理直者、既通親友之情、義曲者、可免公庭之法。調人之所以設於周官也。或自矜明察、不准息銷、似非安人之道。

ここに「聴断は法を以てし、調処は情を以てす。」とあります。この「法」の文字の意味について、滋賀先生は

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

「清代の民事裁判について」(前掲)の中で、「ここで「法」の字は(中略)、大清律例のような法律条文の意味ではない。規範ではなくして作用、「帰責事実を明らかにして適正な応報を実現する作用」とでも言うべき意味を帯びている。法の字が、国の法律という意味の外に、このように用語される例も少なくない」(『続・清代中国の法と裁判』一八六頁)と説明しておられます。しかし、具体例を挙げておられません。私は「法」の文字のそのような用例は存じ上げません。また、寺田先生は「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』第十三号掲載、一九九八年)の中で、この「法を以つてする」とは、基本的には悪行に対しては刑を以つてするという意味であつて、「我々の民事裁判とは異なり「正当な利益主張を保護する」という言葉とは素直には繋がつてはいなかった。」(二六〇頁)と説明しておられます。しかし、「法」の文字をなぜ刑という意味だけに限定して受け取らなければならないのか理解できません。

この箇所「法」の文字は「情」の文字と対になっております。「情」の文字と対になっている「法」の文字が制定法以外の意味を持つ用例を私は存じません。私はこの「法」の文字を単純に制定法の意味に受け取ります。そして「聴断は法を以てす。」という言葉も、「訴えを聴いて判決を下す場合は、法律に依拠する。」という言葉に受け取り、清代の民事裁判の制度上の在り方を一言で表現したものと考えます。

一方、同じ汪輝祖が書いた『学治統説』という本を見ますと、「能反身則恕(能く身を反りみれば則ち恕たり)」と題する次のような文章が記されています(注。『学治統説』は叢書集成初編所収本を見た。)

【和訳】

そもそも、自身が裁判官であるからと言って、果たしてどんな時でも法律を畏敬し、どんな場合でも法律を遵奉することができるでしょうか。貪欲で酷薄な人は言うまでもなく、たとえ謹み深さを保とうとしている人であっても、いつかは、俸給以外にはほんのちよつとでも受け取らないというわけにはいきません。(中略) 裁判官自身が法律通りにふるまうことができないのに、必ず民を法律で正すならば、恥ずかしく思わないでいられるでしょうか。ですから、愚かな民が法律に違反した案件を裁く時は、自身を反省してやましい所がないか自問することさえできれば、自然に公平で寛大な判決を下すに至ります。法律が大目に見ることができないほどの悪質な犯罪行為に対しては、もちろん法律を曲げて邪悪な心情を増長させてはいけません。もし寛大な判決を下すべきであれば、情状を酌量して法律の適用を差し控えることに全く妨げはありません。

【訓読】

且つ、身、法吏たりとも、果たして能く時々法を畏れ、事々に法を奉ぜんや。貪酷なる者は論ずる無く、たとい謹慎、自ら持するも、終に廉俸の外に於いて一介も取らざる能わず。(中略) 官、自ら法に閑なう能わざるに、必ず民を繩するに法を以てせば、媿はじること無き能わんや。故に、愚民の、法を犯すに遇わば、但だ能く身を反りみて自問せば、自然、平恕に帰す。法、姑脱ゆるを容ゆるさざるところの者は、原もとより宜しく法を曲げて以て姦情を長ぜしむべからず。もし以て寛に従う可き者は、総べて情を原たすねて法を略するを妨げず。

【原文】

且身為法吏、果能時時畏法、事事奉法乎。貪酷者無論、即謹慎自持、終不能於廉俸之外、一介不取。(中略) 官

聽斷は法を以てし、調処は情を以てす

不能自閑於法、而必繩民以法、能無媿歎。故遇愚民犯法、但能反身自問、自然歸於平恕。法所不容姑脫者、原不宜曲法以長姦情。尚可以從寬者、總不妨原情而略法。

この文章の最後のところに、「情を原ねて法を略す」、すなわち、情状を酌量して法律の適用を差し控える、と書かれております。この文章全体の意味は要するに、裁判官といえども百パーセント法律を守りながら暮らしていくことはできないのだから、法律に違反した愚かな民を裁く時は、自らを省みて、多少の事は大目に見てあげなさい、ということです。汪輝祖はここで、場合によっては法律の適用を差し控えるべし、と堂々と言い放っております。先程の「聽断は法を以てす」という言葉と矛盾しているように見えますが、「聽断は法を以てす」という言葉が民事裁判の制度上の姿を表しているのに対して、「情を原ねて法を略す」という言葉は民事裁判の実態を表している、と受け取ればよいと考えます。決して、清代の民事裁判は客観的なルールに依拠して判決を下す制度ではなかったことを示すものではない、と考えます。

ただし、清代の民事裁判の制度上本来の姿が、関係する法律が存在するときは、その法律に従って判決を下す、というものであり、法律から外れた判決を下す行為はすべて裁判官自身による法律違反である、といたしますと新たな問題が生じます。中村茂夫先生は清律の誣告条の適用について、「地方官は累次の訓令を冒しても、誣告の規定を容易に適用せず、自らの裁量によって、自理の範囲内で事件を治めようとした。」(前掲)と述べておられます。また、今見ましたように汪輝祖は、「情を原ねて法を略するを妨げず。」と堂々と言い放っております。そして、滋賀先生をはじめ諸先学が明らかにしてきましたように、法律をそのまま適用しようとしないう州県の裁判官の態度は、清代の裁

判史料の中にごく普通に見出だされます。清朝の地方裁判官は、確信を持って、悪怩れることなく、法律から外れた判決を下していました。これは一体どうしたことなのか、という問題です。

この問題に対しては、平凡な答えしか用意しておりません。それは、儒教の経書に基づく価値観が、裁判官は法律を条文通りに適用すべきであるという制度上の理念をしのぐ場合が多かったのであるろう、ということなのです。『春秋左氏伝』昭公六年三月条に、鄭の子産が刑書を鼎に鑄たことを叔向が非難する言葉が記されています。「昔、先王は事を議りて以て制す。刑辟（辟は法の意味）をつくらず。民の争心有るを懼るればなり。（原文。昔先王議事以制。不為刑辟。懼民之有争心也。）」という言葉です。この言葉の意味は、あらかじめ成文法を作つて民に争いのきつかけを与えるべきではない、事件が起こるたびに、その場その場で最も適当な解決策を考えるのがよい、ということなのです。清朝の地方裁判官の念頭には常にこの言葉があつたのではないのでしょうか。

しかし、この言葉が表している理念は、この昭公六年条に附された唐の孔穎達の疏（注釈の意味）によって、現在実現すべき理念としては否定されております。その孔穎達の疏は次のような文章です。

### 【和訳】

子産が刑書を鑄て、叔向がそれを非難しました。（中略）ところが、魏の李悝は『法経六篇』を作り、漢の蕭何は『九章律』を造り、天下に頒ち、人民に掲示しました。秦漢以来、この方法を変えることができません。今の目で見ますと、一日たりとも「律」が存在しないわけにはいかないのです。（中略）これには訳があるのです。（中略）秦漢以来、天下が一つになりました。各地方の長官は任期ごとに交代し、その民は、昔と違って、自分が所有

聴断は法を以てし、調処は情を以てす

する大切な民ではありません。(中略) 漢代には、「酷吏」が重い刑罰に頼って政治を行いました。(中略) もし、残酷な官僚が民を死刑にしたり、釈放したりするのにまかせるならば、必ず残酷な官僚は、自分の喜怒の感情で常識的な判断を変え、自分の愛憎の感情で穏当な判断を改めるでしょう。ですから、法律を定め、法典の形に整理して、人民に宣示して、それを行用しないわけにはいかないのです。(中略) 聖人が作った裁判方法が良くないわけではないのです。古の方法は現代に行うことができないのです。

【訓読】

子産、刑書を鑄て、叔向これを責む。(中略) 而るに李悝、法を作り、蕭何、律を造り、天下に頒かち、兆民に懸示す。秦漢以来、之れを能く革むる莫し。今を以て之れを觀るに、一日も律無かる可からざるなり。(中略) 斯れ旨有るなり。(中略) 秦漢以来、天下、一と為る。長吏、時を以て遷代し、其の民、復た己が有に非ず。(中略) 漢世には酷吏、専ら刑誅に任す。(中略) もしまた其の殺伐に信せ、其の縦舎に任せば、必ず喜怒を將て常を變じ、愛憎もて意を改めん。法を作りて以て之れを齊え、衆に宣して以て之れを令せざるを得ず。(中略) 聖人、法を制して、善ならざるに非ざるなり。古は今に施す可からず。

【原文】

子産鑄刑書、而叔向責之。(中略) 而李悝作法、蕭何造律、頒於天下、懸示兆民。秦漢以来、莫之能革。以今觀之、不可一日而無律也。(中略) 斯有旨矣。(中略) 秦漢以来、天下為一。長吏以時遷代、其民非復己有。(中略) 漢世酷吏、專任刑誅。(中略) 若復信其殺伐、任其縦舎、必將喜怒變常、愛憎改意。不得不作法以齊之、宣衆以令之。(中略) 聖人制法、非不善也。古不可施於今。

この文章の意味は要するに、昔の小規模な社会では、事件が起こるたびに、裁判官が事件の内容に応じて最も適当な解決策を考えるのが、裁判のあるべき姿であったが、現在の大規模な社会では、そのような儒教的理念は通用せず、官僚の横暴から人民を守るために、あらかじめ成文法を作って公布しておき、官僚はその成文法に従って裁判を行わなければならない、ということです。「古は今に施す可からず。」という言葉によって、裁判のあるべき姿についての儒教的理念は棚上げされ、裁判官は法律に依拠して判決を下すべきであるという制度上の理念が、儒教を信奉する立場からも正当化されたのです。

ですから、先程、清朝の地方裁判官が悪怯れることなく法律から外れた判決を下していたのは、儒教の経書に基づく価値観が、裁判官は法律を条文通りに適用すべきであるという制度上の理念をしのぐ場合が多かったからであろう、と申し上げましたが、もしそうであるとしても、孔穎達の疏を尊重する限り、清朝の地方裁判官が法律から外れた判決を下す行為は、儒教を信奉する立場からも正当化できない行為であることになります。それにもかかわらず、清朝の地方裁判官が、儒教の経書に基づく価値観に従って、法律から外れた判決を下していたとすれば、それはなぜなのか、異民族の支配者に対する漢民族のナショナリズムの現れであったのかどうか、考えているところでございます。これで終わります。

御静聴ありがとうございました。