

# 旧中国の訴訟アドバイザー「訟師」の合法性について

佐 立 治 人

## 目 次

- 一 「訟師」の法律上の位置
  - 二 訟師違法説に対する反論
    - ア 南宋の訟師について
    - イ 明清の訟師について
  - 三 「教唆詞訟」という用語について
  - 四 訟師の呈詞代作業務の合法性
  - 五 「嚴禁訟師」という文言について
- おわりに

## 一 「訟師」の法律上の位置

前稿「旧中国の法律公開の方法について」（本誌第六十六卷第五・六号掲載）に書いたように、旧中国では、人民

旧中国の訴訟アドバイザー「訟師」の合法性について

一（二二〇八）

に関わる法律はすべて人民に公開されていた。人民は、官吏の横暴から身を守り、自分の権利を守るために、公開された法律の適用を裁判官に求めることができた。しかし、法律が人民に公開されていたと言っても、科挙の受験勉強に励んでいるわけではない一般庶民が、法律の条文を見る機会は乏しかったであろうし、見る機会があっても、意味を理解することは難しかったであろう。そこで、そのような一般庶民が、自分の権利を守るために法律の適用を裁判官に求めるためには、即ち訴訟を起こし、もしくは反訴するためには、自分の主張が法律に合っているかどうかを判断してくれる、自分に権利があることを裁判官に確実に伝えることができる訴訟アドバイザーが旧中国の「訟師」であった。『明律』刑律、訴訟、教唆詞訟条に次のように定められている。

【和訳】

- 訴訟を教唆して、しかも事実や罪状を増減して他人を誣告させた者、及び人のために詞状（原告の告状と被告の訴状）を作成して、しかも事実や罪状を増減して他人を誣告させた者は、誣告した本犯人と同罪とする。
- 雇われて他人を誣告した者は、自ら誣告したのと同じとする。
- 財貨を受けた者は、その金額を計算して、枉法の罪に当て、枉法の罪と誣告の罪とを比べて重い方の刑を科する。
- 愚かなせいで冤を伸ばす（権利を実現する）ことができない人を見て、事実在即して助言して訴訟を行わせた者、及び人のために詞状を代書して、罪状を増減させなかった者は、問題としない。

【原文】

凡教唆詞訟及為人作詞狀、增減情罪、誣告人者、与犯人同罪。若受僱誣告人者、与自誣告同。受財者、計贓、以枉法、從重論。其見人愚而不能伸冤、教令得実、及為人書写詞狀、而罪無增減者、勿論。

【訓読】

凡そ詞訟を教唆し、及び人のために詞狀を作り、情罪を増減して人を誣告する者は、犯人と同罪。若し僱を受けて人を誣告する者は、自ら誣告すると同じ。財を受くる者は、贓を計り、枉法を以てし、重きに從いて論ず。其れ人、愚かにして伸冤する能わざるを見て、教令して実を得、及び人のために詞狀を書写して、罪、増減する無き者は、論ずる勿し。

この条文の最後の文に書かれている「人、愚かにして冤を伸ばす能わざるを見て、教令して実を得」ること、及び「人のために詞狀を書写して罪を増減しない」こと、この二つの行いが訟師の業務であった。「冤を伸ばす」の「冤」は、「屈」の意であり、権利が不当に曲げられている状態を意味する。この二つの行いは、この条文では「論ずる勿し」と定められているから、この二つの行いを業務にして営業することが明律の下で禁止されていたはずはないのである。ところが、旧中国では訟師の業務が違法であった、という誤解が学界に根強く存在する。これは一体どういうことであろうか。

## 二 訟師違法説に対する反論

### ア 南宋の訟師について

中国では、他人の訴訟を手助けすることを業務とする訴訟アドバイザーは、鄭の鄧析がそれであったように（『呂氏春秋』審応覽、離謂）、春秋時代から存在した（茅彭年・李必達主編『中国律師制度研究』法律出版社、一九九二年。三十一頁）。しかし、その訴訟アドバイザーが「訟師」と呼ばれるようになったのは比較的新しく、管見の限りでは、南宋時代に入ってからのことである。南宋の地方官の判決文を集めた『名公書判清明集』の巻八に収められている「繼絶子孫止得財産四分之一」と題された劉後村（名は克莊。一一八七〜一二六九）の判決文に「囚牙訟師の鼓扇するところと為る。」とあり、同書巻十二及び巻十三にそれぞれ収められている「訟師官鬼」「誹鬼訟師」と題された蔡久軒（名は杭。紹定二年（一二二九）の進士。）の判決文に「訟師」の語が出てくる。また、文天祥撰『文山集』巻十六、知潮州寺丞東巖先生洪公行状に「此の囚牙訟師、去れば則ち吾が民、妥やすらかならん。」とある。

『名公書判清明集』巻十二に収められている「教訟を懲らす」と題された方秋崖の判決文は、「訟師」という言葉は使っていないが、ある訴訟アドバイザーを「教訟の人」と呼んで、次のように述べて彼に対して刑罰を科している。方秋崖（一一九九〜一二六二）は、名は岳、紹定五年（一二三二）の進士。秋崖は号である。『清明集』は中華書局の点校本（一九八七年版）を見た。和訳に当たっては、清明集研究会『名公書判清明集』（懲悪門）訳注稿その二（一九九二年、上智大学文学部史学科大澤研究室）を参考にした。

## 【和訳】

袁州（現在の江西省宜春市）は、韓文公の時に「民は分に安んじ、吏は法律に従っている。」（韓愈「袁州刺史謝上表」）と称されて以来、道理を守る人が多いので、この地の人情が温厚なのは、昔からなのでしょう。ところが、いつ頃からかわかりませんが、いわゆる教訟の人が現れ、まともな仕事に就かず、専ら訴訟騒ぎを引き起こし、あげくに「耳の後ろに筆をはさんでいる」と歌われて、いつも悪口を言われています。州の長官たる者、必ずこの袁州の人々のために教訟の人を一掃しなければなりません。

太守である私が任地に入ったすぐその時、まだ長官印の引き継ぎも終わっていないのに、多勢の人々が道を遮りました。帰るように論してもまた進み出てきます。彼らが訴訟好きであることに早くも嫌悪感を抱きました。その中に一人の結び髪の子供がいたので、ためしに呼んで質問してみました。「年はいくつですか。」「十二歳です。」「字を書けますか。」「書けません。」「それではその訴え状は誰が書いたのですか。」「易百四郎です。」「その易百四郎という者が教訟の人であると確信しました。捕まえないわけにはいきません。訴えの理由を尋ねますと、子供に訴えさせることよりもさらにひどいものでした。思うに、易百四郎は代書屋（原文は、一字不明の後に「鋪」。「書鋪」と読む清明集研究会『訳注稿』に従った。）なのですから、年齢がまだ幼なれば、法律では訴訟当事者になってはならない定めであることをどうして知らないでしょうか。それなのにこの子供を教唆して訴訟を起こせました。易百四郎の罪の一つです。

陳念三は後夫です。法律では後夫は前夫の財産に関与してはいけない定めになっています。それなのに陳念三を教唆して、前夫の財産に関わる訴訟を起こせました。易百四郎の罪の二つ目です。新しい県知事は任地に到着したば

かりで、訴訟文書に押す印鑑を代書屋にまだ給付していません。法律では県知事から印鑑を給付されていない者は他人のために訴訟文書を代筆してはいけない定めになっています。それなのに易百四郎は、印鑑をまだもらっていないにもかかわらず、この子供や陳念三のために訴え状を代筆し、彼らを教唆して訴訟を起こしました。易百四郎の罪の三つ目です。袁州知事に就任した手始めに、域内の政治のために杖刑を行います（原文。開杖封政）。姦猾な者を処罰して、この地の人情を温厚にしなければなりません。

易百四郎は、今回は軽い刑で済ませて杖一百の刑を科し、本州で首かせをつけてさらし者にし、本州が管轄する四つの県でそれぞれ五日間、見せしめにします。罪状を立て札に刻んで人々に知らせます。今後、訴訟を教唆（して法律に違反）する者がいれば、杖一百の刑で済ませることはできません。教訟の人は勉めて自分から行いを改めて、官司に逆らわないようにして下さい。

【原文】

袁自韓文公時、稱為民安吏循、守理者多、則其風俗淳厚、蓋已久矣。不知何時、有此一等教訟之輩、不事生業、專為囂囂、遂使腦後插筆之謠、例受其誅。為長吏者、要當為爾袁一洗之。太守入境之初、猶未交印、紛然遮道。諭遣復前。已厭其為喜訟矣。有一鬻者、試呼而問曰、年幾何。曰十二。能書乎。曰不能。則狀誰所書也。曰易百四郎。心已知其為教訟之人。不可不追。問所以、則又有甚焉。蓋易徒●（一字欠）鋪也。豈不知年尚幼、法不當為狀首。而教之訟、其罪一。陳念三、後夫也。法不當干預前夫物業。而教之訟、其罪二。新知県方到、未給朱記。法不當為人写狀。而教之訟、其罪三。初開杖封政、当断以姦猾、以厚風俗。從輕杖一百、枷項本州、其四県各令衆五日、鏤榜曉諭。後有教訟、非杖一百所能断也。勉自改業、毋犯有司。

## 【訓読】

袁は韓文公の時、称して民安んじ吏しよ循うと為してより、理を守る者多ければ、則ち其の風俗の淳厚なること、蓋し已に久し。いつの時なるかを知らず、此の一等の教訟の輩有り、生業を事とせず、専ら囂囂を為し、遂に脳後挿筆の謠もて、例として其の謗を受けしむ。長吏たる者、要かならず当に爾この為めに之れを一洗すべし。

太守入境の初め、猶お未だ交印せざるに、紛然として道を遮る。論遣するも復た前すむ。已に其の喜訟たるを厭う。一鬢者有り。試みに呼びて問いて曰く、年、幾何なりや、と。曰く、十二、と。能く書するか。曰く、能わず、と。則ち状は誰の書するところなるか。曰く、易百四郎、と。心に已に其の教訟の人たるを知る。追せざる可からず。所以を問うに、則ち又た焉よよりも甚しき有り。蓋し易は●（一字欠）鋪に従うなり。豈に年尚お幼なれば、法は当に状首たるべからざるを知らざらんや。而るに之れに教えて訟せしむ。其の罪の一なり。

陳念三は後夫なり。法は当に前夫の物業に干預すべからず。而るに之れに教えて訟せしむ。其の罪の二なり。新知県、方はめて到り、未だ朱記を給せず。法は当に人の為めに状を写すべからず。而るに之れに教えて訟せしむ。其の罪の三なり。初めに杖を封政に開く。当に断ずるに姦猾を以てし、以て風俗を厚くすべし。

軽きに從いて杖一百、本州に枷項し、其の四県にて各々令衆すること五日、鏤榜して曉諭す。後に教訟する有らば、杖一百の能く断ずるところに非ざるなり。勉めて自ら業を改め、有司を犯す母かれ。

この判決文について、大澤正昭『主張する〈愚民〉たち——伝統中国の紛争と解決法』（角川書店、平成八年。三十二頁から三頁）は、「易百四郎はなぜかくも重い刑に処せられたのであろうか。」と疑問を提出し、方秋崖が指摘す

る三つの罪を掲げた上で、「いずれにせよこうした書き方は易百四郎の個々の悪業の内容が、方秋崖の主要な関心事ではなかったことをしめしている。では、彼はいつたいなが問題であると考えたのであろうか。それは、易百四郎が法を無視して訴訟をそそのかす「教訟の人」であったことにほかならない。」と述べている。「法を無視して」とあるけれども、易百四郎が罰せられたのは、「教訟の人」であったこと自体が理由であった、という趣旨であらう。しかし、「其罪一」「其罪二」「其罪三」と易百四郎の法律違反を一つ一つ具体的に指摘する判決文を読んで、「易百四郎の個々の悪業の内容」即ち法律違反が、裁判官の「主要な関心事ではなかった」とどうして言えるであらうか。易百四郎が罰せられたのは、彼が「教訟の人」であったからではなく、彼が「法を無視」したからなのである。「法を無視」した行動は罰せられて当然である。

大澤著書は続いて、『論語』顔淵の「子曰く、訟えを聴くは吾れ猶お人のごときなり。必ずや訟え無からしめんか。」という文を引いて、「名裁判」をおこなうことが地方官の理想ではなく、「獄空」、つまり留置場が空っぽであることこそが理想なのである。(中略) そのような観点からすれば、純朴であるべき一般人民にいらぬ入れ知恵をし、地域の風俗を乱し、結果として役所を煩わせるこの類の輩は、なんとしても懲らしめ、根絶やしにせねばならない存在であった。方秋崖が厳しい処置を下したうえに、さらに判決文の末尾に、(中略) まだ罰し足りないと言わんばかりの訓戒をつけ加えたのも当然のことであった。」と述べている。しかし、いくら訴訟が起らないことが地方官の理想であったと言っても、依頼人に対してアドバイスをしたというだけの理由で、「教訟の人」を処罰することはできない。そのような法律はどこにも存在しないからである。方秋崖の「後に教訟する有らば、杖一百の能く断ずるところに非ざるなり。」という文を読む限りでは、「教訟」自体が罪であったかのように見える。しかし、この文

は「後に教訟（して法律に違反）する有らば」と補って読むべきである。依頼者にアドバイスする過程で自分自身が法律に違反し、あるいは依頼者にアドバイスした結果、依頼者が法律に違反することが、「教訟の人」の罪なのである。

## イ 明清の訟師について

第一節に掲げた『明律』の教唆詞訟条は、そのまま『清律』刑律、訴訟、教唆詞訟条に引き継がれたから、「人が愚かで仲冤できないのを見て、教令して実を得る」及び「人のために詞状を書写して罪を増減しない」という訟師の二つの業務は、明清時代を通じて禁止されていなかったはずである。張偉仁「清代司法組織概述之一」（張偉仁輯著『清代法制研究』輯一冊一所収、中央研究院歷史語言研究所、民国七十二年。一五七頁）は、「訟師は、誣告を教唆しさえしなければ、禁止されるべきものではなかった。」「清代には訟師の存在を禁絶することはなかった。ただ管制が大変厳しかっただけである。」と述べている。

ところが、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』所収、京都大学人文科学研究所、平成五年）は、「中国では（中略）律師制度を論じる場合、（中略）律師が国家公認のものであるのに対して訟師は国家から禁止されるものであったこと（中略）を指摘するのが常である（原注（1）たとえば、尤英夫『中国律師制度概論』尤英夫律師事務所、一九七二。周奔編著『律師業務知識』広西人民出版社、一九八五。）」（四三七頁）と述べ、「訟師が非合法なものとされて禁じられ（中略）てきた」（四三八頁）、「訟師が（中略）国家から一貫して非合法とされてきた」（同頁）、「訟師が告状を代作することは禁じられていた。」（四五五頁）、「訟師は国家としてどう

しても認知できぬものであった。」（四七三頁）、「人々の訴訟を助ける訟師は、あくまで禁圧しなければならなかった。」（四七四頁）と認識している。また、同「訟師秘本の世界」（小野和子編『明末清初の社会と文化』所収、京都大学人文科学研究所、一九九六年。二三二頁）でも、「職業人としての訟師は国法の禁ずるところであった」と述べられ、同「中国訴訟社会史概論」（夫馬進編『中国訴訟社会史の研究』所収、京都大学学術出版会、二〇一一年。六十頁）でも、「訟師は」官憲から（中略）一貫して禁圧された。」と述べられている。

しかし、夫馬「明清時代の訟師と訴訟制度」の注（1）に挙げられている尤英夫著書と周奔編著書とは未見であるので、両書がどのような根拠で「訟師は国家から禁止されるものであった」と主張しているのかわからないけれども、何にせよ、訟師の業務を禁止する法律の存在を示す史料はどこにも見当たらないのである。清代に訟師の業務が禁止されていたことを示す史料として夫馬論文が掲げるものはただ一つ、『刑案匯覽』巻四十九、刑律、訴訟、教唆詞訟、為人代作呈詞五六次だけしかない。この史料については次節で説明する。

### 三 「教唆詞訟」という用語について

思うに、明清時代に訟師の業務が禁止されていたという誤解が絶えないのは、そもそも明清律の刑律、訴訟、教唆詞訟条の「教唆詞訟」という文言の意味が誤解されているからではなからうか。教唆詞訟条の「教唆詞訟、及為人作詞状、増減情罪、誣告人者、与犯人同罪。」という条文は、「詞訟を教唆した」者と「人のために詞状を作つて情罪を増減し、人を誣告させた」者との両者が「犯人と同罪」という意味ではない。第一節で和訳したように、「詞訟を教唆して情罪を増減し、人を誣告させた」者と「人のために詞状を作つて情罪を増減し、人を誣告させた」者との両者

が「犯人と同罪」という意味なのである。もし、「詞訟を教唆した」だけの者が「犯人と同罪」という意味であるとする、その「犯人」は「詞訟を教唆」されて訴訟を起こした者ということになるが、教唆されて訴訟を起こしたからと言って、それだけでは何の罪にもならないのである。そこで、明清律の教唆詞訟条の「教唆詞訟」という文言は、それだけで完結した文言ではなく、必ず「増減情罪、誣告人」という文言と組み合わせなければならぬ文言である、と理解しなければならない。

すると、明清時代の諸史料の中に単に「教唆詞訟」とだけ書かれている場合も、「詞訟を教唆して、情罪を増減し、人を誣告させる。」という意味に受け取らなければならないことになる。明清時代の史料の中に「詞訟を教唆する人を懲らしめなければならない。」と記されているのを見て、明清時代には、訴訟を起こす方がよいとアドバイスすることは禁止されていたのだと早合点してはならないのである。懲らしめなければならないのは、詞訟を教唆して他人を誣告させる者なのである。

夫馬「明清時代の訟師と訴訟制度」(前掲、四五三頁)は、「教唆詞訟」とは、必要もないのに訴訟せよと唆すことであるが、(中略)『湖南省例成案』ではこれを主に呈詞を代作することと関連付けて述べている。このように、「教唆詞訟」という言葉を呈詞の代作との関連で述べる資料はきわめて多い。」と述べている。しかし、「教唆詞訟」とは、先程説明したように、教唆して誣告させるという意味であって、「必要もないのに訴訟せよと唆すこと」ではない。夫馬論文が掲げる『湖南省例成案』刑律、訴訟、巻十、教唆詞訟、嚴禁棍徒唆訟包訟には次のように記されている。

「もし唆訟の人、これがために設謀画策し、刀筆を舞弄し、小を以て大と作し、軽きを駕して重きと為すこと無け

れば、則ち健悍の性、亦た施す無きに苦しむ。乃ち訟師有り、小民の一時の気憤に遇い、輒りに挑唆して告状せしめ、人を誘いて法を犯さしむ。而して健訟の輩有るを見れば、尤も其の奸、售るを得るを喜ぶ。海市蜃楼、その駕控に任せ、只だ告准を囀るのみにして、審虚を顧みず。」

この文章が「教唆詞訟（唆訟）」を「主に呈詞を代作することと関連付けて述べている」のではなく、誣告と結びつけていることは、「以小作大」「駕軽为重」「誘人犯法」「海市蜃楼」「任其駕控」「不顧審虚」の句を見れば、一目瞭然である。他のどの史料も「教唆詞訟」を誣告と結びつけているのである。

夫馬論文は続けて「教唆詞訟」とは『明律』『大清律例』に定める禁止条項のタイトルであつて、ここでは「凡そ教唆詞訟し及び人のために詞状を作り情罪を増減し人を誣告するものは、犯人と同罪。（中略）」と定めている。ところが実際の案件では、訴訟しようとする当事者と訴訟せよと教唆するものが具体的にどのようなやりとりを交わしたかを立証することは、きわめて困難である。立証が比較的容易なのは、呈詞が代作されたものかどうかであつた。「教唆詞訟」という言葉が呈詞の代作と関連付けて諸資料に現れるのは、このためであらう。」と述べている。しかし、呈詞の代作は、夫馬論文自らが述べる通り（四四五頁）、明清時代、禁止されていなかったから、呈詞が代作されたものかどうかを裁判で立証する必要はない。立証しなければならぬのは、訴えが誣告であると判明したときに、誣告を教唆した者もしくは呈詞を代作して情罪を増減した者がいるのかどうか、ということである。

夫馬論文は続けて「清代では、この「教唆詞訟」に対する処罰はきわめて厳しいものであつた。たとえば『刑案匯覽』に見える一事案によれば、ある七十歳を越える老訟師が「人に代わつて呈詞を五枚書いたが、どれもみな尋常の案件でまったく胥吏と通じあつたり田舎の愚民を誑かしたり、金錢を脅し取つたりした形跡がない」にもかかわらず、

「積慣の訟棍」と見なされ充軍の罪に問われ、一等を減じて満徒の判決を受けている。つまり、彼の場合は（中略）ただただ呈詞を五枚代作したことだけが罪状であった。」（四五四頁）と述べている。しかし、呈詞を代作したことが罪になるはずはないのである。夫馬論文がここで取り上げている『刑案匯覽』卷四十九、刑律、訴訟、教唆詞訟、為人代作呈詞五六次には次のように記されている。

「安撫（安徽省巡撫）（刑部に）咨<sup>はか</sup>る。外結の（外省で刑を確定させるべき）徒犯（徒刑に当たる罪を犯した）徐学伝は、人に代わり五紙を作詞す。皆、尋常の（人命に関係しない）案件に係る。並びに、吏胥に串通し、郷愚を播弄し、恐嚇詐財するの情弊無し。と。応に積慣訟棍軍罪上より、一等を量減して満徒（徒三年）とすべし。年、七十を逾<sup>こ</sup>ゆるも、訟師に係り、害を閭閻（むらざと）に為す。收贖を准<sup>ゆる</sup>さず。嘉慶二十五年（一八二〇）の案（刑部の判決文）。」

頭書に「為人代作呈詞五六次」とあるから、呈詞の代作をしたことが罪であったと誤解しやすいけれども、そもそも本案は「教唆詞訟」の項に掲げられているのである。ということは、徐学伝が代作した五紙の呈詞はすべて訴訟の相手方を誣告するものであったのである。邱澎生「十八世紀清政府修訂〈教唆詞訟〉律例下の查拿訟師事件」（『中央研究院歷史語言研究所集刊』第七十九本第四分掲載、民国九十七年、六六九頁）は、「老訟師の徐学伝が人に代わって「尋常案件」を誣告する」と述べて、本案の内容を正しく理解している。

「積慣訟棍軍罪」とあるのは、清律の教唆詞訟条に附属する条例の一つに定められている罪を指す。その条例は次のような条文である。「詞訟を審理し、主唆の人を究出すれば、情重く賊多く実に死罪を犯し、及び偶<sup>たま</sup>ま為めに詞状を代作し、情節の実ならざる者は、俱に各々本律（教唆詞訟条）に照らして查辦するを除く外、もし積慣の訟棍、胥

吏に申通し、郷愚を播弄し、恐嚇詐財するに係り、一たび審実を經れば、即ち棍徒生事擾害例（刑律、賊盜、恐嚇取財条に附属する条例）に依り、雲・貴・両広極辺烟瘴に問發して充軍す。」本案の「申通吏胥、播弄郷愚、恐嚇詐財」という文言はこの条例の文言である。この条例は、誣告を教唆した者が「積慣の訟棍」である場合に適用されるものであるから、本案でこの条例が適用されていることから、徐学伝が誣告を教唆した者であったことがわかるのである。

夫馬「訟師秘本の世界」(前掲、一九五頁)は、「金錢をとつて訴訟文書を書くことが「教唆詞訟」と呼ばれ、国法によつて嚴に禁じられることでありながら」と述べるが、「教唆詞訟」は「金錢をとつて訴訟文書を書くこと」ではないし、「金錢をとつて訴訟文書を書くこと」を禁じる「国法」は、管見の限り、見当たらない。

#### 四 訟師の呈詞代作業務の合法性

清代、訴訟文書に記載する文章(以下、「呈詞」と記す。)を訟師が依頼人のために代作することは禁止されていなかった。清律の教唆詞訟条に附属する条例の一つに次のように定められている。この条例は律令研究会編『熊本藩訓訳本』清律例彙纂(四)』(汲古書院、昭和五十七年)を見た。

#### 【訓読】

内外の刑名衙門、務めて里民中の誠実にして字を識る者を扱ひ、代書を考取す。凡そ呈状有れば、皆、其れをして本人の情詞に照らして、実に拠りて謄写し、呈後に代書の姓名を登記せしめ、該衙門、驗明して方めて收受を許す。

もし代書の姓名無ければ、即ち嚴に査究を行う。其れ教唆して増減する者有らば、律に照らして治罪す。

### 【原文】

内外刑名衙門、務摺里民中之誠實識字者、考取代書。凡有呈狀、皆令其照本人情詞、拋實謄寫。呈後、登記代書姓名。該衙門驗明、方許收受。如無代書姓名、即嚴行査究。其有教唆増減者、照律治罪。

この条例について、呉壇『大清律例通考』は、「この条は雍正七年（一七二九）の定例に係る。査するに原例は専ら直省府州県を指して言う。雍正十三年（一七三五）に至り、又た在京の刑名衙門、代書を設立するの例有り。乾隆五年（一七四〇）の館修にて、併せて一条と為し、以て内外画一の遵行に便ならしむ。」と説明している（馬建石他編『大清律例通考校注』中国政法大學出版社、一九九二年。八九九頁）。

この条例を一見したところ、官司によつて代書に選任された者だけが呈詞を代作することができる、と定めているように思われるかもしれないが、そうではない。この条例は、官選の代書だけが、訴訟文書を官司に提出しようとする者があらかじめ作成して持参した呈詞、あるいはその者の求めに応じて官選の代書が代作した呈詞を正式な訴訟文書の用紙に「謄写」する（書き写す）ことができる、と定めているだけである。よつて、訴訟文書を官司に提出しようとする者が、あらかじめ訟師に頼んで呈詞を代作してもらうことを、この条例は禁じていないのである。

『光緒會典事例』（『清會典事例』中華書局）卷八一九、刑部九十七、刑律、訴訟、教唆詞訟に次のような事例（則例）が掲げられている。

【訓読】

乾隆十二年（一七四七）議准。一応の詞状は必ず須らく代書、実に抛りて填写すべし。手を訟師に仮るを得ず。定例（先程説明した条例を指す。）已に周詳に属す。惟だ是れ各該衙門、或いは奉行すること実ならず、訟師・代書を以て申通して弊を作さしむるを致す。一応の呈状は代書の名を登すと雖も、実は訟師の手に出づ。狼狽して姦を為すは、勢い免れ難きところなり。応に直省督撫に通行して、各属に転飭し、定例に遵照し、代書を厳禁して他人の写を將て呈状を就し、擅に姓名を登すを許さざるべし。（後略）

【原文】

乾隆十二年議准。一応詞状、必須代書抛実填寫。不得假手訟師。定例已属周詳。惟是各該衙門、或奉行不実、致使訟師代書申通作弊。一応呈状、雖登代書之名、実出訟師之手。狼狽為姦、勢所難免。應通行直省督撫、轉飭各属、遵照定例、嚴禁代書、不許將他人写就呈状、擅登姓名。（後略）

この事例（則例）は一見、訟師が代作した呈詞を官選の代書が正式な訴訟文書の用紙に謄写することを全面的に禁止しているように思われるかもしれないが、そうではない。この事例が禁止しているのは、官選の代書が訟師と結託して、自ら呈詞を訟師に作らせることである。「代書を厳禁して、他人の写を將て呈状を就すを許さず。（官選の代書が、他人が書いた文章を使って呈状を作成することを厳禁して許さない。）」とある「他人の写」とは、訴訟文書を官司に提出しようとする者があらかじめ作成して持参した呈詞、及びその者の求めに応じて官選の代書が代作した呈詞以外の、第三者が官選の代書と結託して作った呈詞を意味する。よって、訴訟文書を官司に提出しようとする者があ

らかじめ訟師に代作してもらった呈詞を官選の代書が謄写することを、この事例は禁じていないのである。

『光緒会典事例』卷八一九の同じ項に、嘉慶二十二年（一八一七）に制定された、次のような条例が掲げられている。

### 【訓読】

凡そ事件を控告する者有らば、其の呈詞は俱に責めて自ら作らしむ。自ら作る能わざる者は、其の口訴を准す。書吏及び官代書をして、其の口訴の詞に拠り、質に従いて書写せしむ。（後略）

### 【原文】

凡有控告事件者、其呈詞、俱責令自作。不能自作者、准其口訴。令書吏及官代書、拠其口訴之詞、從質書写。（後略）

この条例の「責令自作」の箇所が、もし「必須自作」になっていたら、訟師が依頼人のために呈詞を代作することは、この条例によって禁止されていたことになる。しかし、「責令」とあるからには、この条例は、責（もと）めて呈詞を自作させる、即ち、できるだけ呈詞を自作させる、と定めているだけであって、訴訟文書を官司に提出しようとする者が呈詞を訟師に代作してもらうことを禁止するまでには至っていないのである。そもそも、同書同項に掲げられている嘉慶二十二年諭に拠れば、この条例は、今後は呈状の末尾に代作者の姓名住所を明記しないと、呈状を受理しないことにはどうか、という刑部の提案に対して、皇帝が、そのような法律を作っても、代作者は偽名を記

入してもらうだけのことでないと反論して、刑部の提案の代わりに自ら考案したものである。よって、この条例は、訟師が呈詞を代作することがあることを前提として立てられたものなのである。

このように、清代、訟師が依頼人のために呈詞を代作することを禁止する法令は存在しなかった。つまり、訟師の呈詞代作業務は違法ではなかったのである。夫馬「明清時代の訟師と訴訟制度」(前掲、四五五頁)は、清末の知県が書いた批示の文章を掲げて、「批示は告状を出してきた本人に対するもので、確かに途中まではそうである。ところが途中から急に、訟師に対する攻撃に代わっている。もちろん、訟師が告状を代作することは禁じられていた。ところが知県は、訟師が代作したものと前提して読んでいたのである。」「訟師が禁止されているにもかかわらず、知県・知県あるいは幕友は、告状の向こうに訟師がいるものとして読んでいたのである。」と述べている。しかし、清代、訟師が呈詞を代作することは禁止されていなかったから、知県が告状を「訟師が代作したものと前提して読んで」いても不思議ではないのである。

## 五 「厳禁訟師」という文言について

史料に出てくる「厳禁訟師」という文言の「禁」は、前節に掲げた乾隆十二年の事例に出てくる「厳禁代書」という文言の「禁」と同じく、制止するの意であって、禁絶するの意ではない。例えば、『光緒会典事例』巻一一二、吏部、処分例に、「厳禁訟師」の見出しの下に、「凡そ呈詞を写するの人は、止だ実情を写録して控告せしむ。もし詞訟を教唆し、情罪を増減して誣告せしめ、並びに駕詞もて越告せしめ、以て財を傷り俗を害するを致す者あらば、地方官をして嚴拏せしめ、律例に照らして重きに從いて治罪せしむ。(中略)もし、訟師の愚民を誘惑して教唆して誣捏

せしむる等の事を明らかに知りて、仍お復た恠畏して報ぜず、上司の訪拏を経ば、該地方官を將て、姦棍に查拏を行わざる例に照らして、一級を降して調用す。」という、雍正三年（一七二五）に奏准された則例が掲げられている。この則例の内容から見て、「嚴禁訟師」の見出しが、「訟師（が誣告を教唆するの）を厳しく制止する」という意味であるのは明らかである。

また、清の于成龍撰『于清端政書』（『景印四庫全書』所収）卷七、興利除弊条約に次のような禁約が掲げられている。「一、訟師を嚴禁す。両江（江南と江西）地方は、俗、健訟を尚ぶ。小忿なるも輒りに大案に装い、遠事なるも新冤と捏称す。鬼を載するに弧を張る（『易経』睽。疑心暗鬼の意）、問官、詰審に従る無し。厥の由るところを揆るに、皆、奸悪なる訟師、本人に照らして事に拠りて直書せず、株連を採捏し、聳聽を希図するに縁る。理を准すの後に及び、両造（原告被告）茫然たり。更に且つ、中より主唆し、恐嚇詐騙す。未だ対簿に及ばずして、原被の身家、幾ど訟師の手に傾く。之れを言うに、殊に髮指に堪う。示するの後、代書は止だ情事を直書するを許すのみ。別に増減有るを得ず。仍お代書の姓名を填せしむ。もし審らかに虚誣する者有らば、代書を提して（呼び出して）、重きに從いて嚴究す。其れ過惡の昭著なる訟師有らば、地方官をして並びに訪拿して轅門（官庁の外門）に解らしむ。死に処して貸さず。」この禁約の内容から見て、冒頭の「嚴禁訟師」の文言が、「訟師（が呈詞を代作して事情を増減するの）を厳しく制止する」という意味であるのは明らかである。

## おわりに

本稿では、明清時代の訟師について論じた夫馬諸論文の、訟師の業務が違法であったという誤解に対して反論した。

しかし、そのような誤解を除けば、夫馬諸論文は、「訟師を必要としたのは外でもない、訴訟制度そのものであったのである。」(「明清時代の訟師と訴訟制度」前掲、四六五頁)、「法律知識のない人民は訟師を雇って官僚と胥吏・差役に対抗したのである。」(同上、四六八頁)と述べているように、また、訟師の職業倫理を語る史料を紹介しているように(「訟師秘本の世界」前掲、第一節)、旧中国の訟師は、権利が侵害されている人民のために、法律に基いて助言を与え、効果的な呈詞を代作して、その人民が訴訟によって権利を回復することができるようにする訴訟アドバイザーである、という旧中国の訟師の本質を正しく理解している。そこで、読む人が頭の中で、訟師の業務は違法ではなかったと訂正しながら夫馬諸論文を読めば、旧中国の訟師について十全に理解することができるであろう。