

批評・紹介

Kathryn Bernhardt and Philip C.C. Huang eds.
Civil Law in Qing and Republican China

寺田 浩明

本書は、一九九一年八月にカリフォルニア大學ロサンゼルス校で行われた「中國史における民事法」なる會議に基づいて編まれた論文集である。全九編。全體は、編者兩氏による導論、法制史學者スコーギン氏による方法的な問題指摘、經君健氏による大清律例の民事關連規定の概觀とからなる總論的な三編と、兩編者を含む六人の米人歴史研究者がそれぞれに清代・民國期の特定論題について論じた個別實證的論文六編とに大きく分かれる。

編者導論においてはかなり強い形で全體的な方向附けが語られるが、順次見るとおり、必ずしも執筆者間で一つの歴史理解が共有され、また主張されているわけではない。むしろ地方・中央の檔案史料が外國人にも利用可能となったという新しい研究環境の中で、中國民事法分野について執筆者各人が各々に始めまた續けてきた研究の成果が、ここに集められて一書を成し、様々な光を放っていると考ええる方が似つかわしい。それゆえ以下においては、各論文の内容骨子の個別的紹介に大部分の紙幅を用い、最後に全體的な感想を一二附け加えることで、評者としての責を塞ぐこととしたい。

一 キャサリン・ベルンハルト、フィリップ・ホアン「清代中國および中華民國における民事法——諸論點」(Kathryn Bernhardt and Philip C.C. Huang 'Civil Law in Qing and Republican China: The Issues')。

本論文では、編者が檔案を用いた清代民國期民事法研究にかける意気込みと強い自負とが語られる。「これまで律例と模範的な裁判記録に現れる中國法については多くのことが書かれてきたが、それが實際にどう機能していたかについては殆ど何も書かれていない。新たに利用可能になった地方檔案館の裁判記録のおかげではじめて本書において、法が實務の中で、特に民事的な問題との關係で、實際にどの様に機能していたか、という問いを立てることが可能になった。それは中國人民にとって法はどの様な意味を持っていたのか、というより大きな問いに答えるための第一歩である」(二頁)。

前提とされる學說史理解は次のように示される。「清代司法制度についての過去の研究は、結局は、司法制度は民事的問題に殆ど關わりを持たなかったと考えるか、あるいは民事事件を取り扱ったと考える場合にも、最良の場合、儒教的な道德と人間的な同情に依據する調停者として、最悪の場合、民事紛争に對して刑事的な手段を適用する恣意的で刑罰的な機關としてそれをイメージするにとどまった」(三頁)。そして現實の法廷記録への缺如の中、こうした假定が大多數の學者の腦裏を支配してきた。また民國期のあり方について言えば、それは學者から完全に無視されてきたと言つてよい。國民黨から共產黨へという歴史觀と、民國法は輸入法制という先入觀が、判決記録の缺如とも相まって、民國期を飛ばして清代へ現行法制のルーツを求める態度を定着させた。

しかし一九八〇年代における地方檔案館の外國人學者への開放は、上述の「古い假定」の再検討を餘儀なくさせ、そしてまたそれは同時に「新しい問い」、即ち清代と民國期における成文法と裁判實務との間の關係のあり方についての再検討を促すことになった。

「新しい證據は、我々が、現實の法實務を、成文法・判語・官箴におけるその表現と對比することを可能にした」。

そして收録各論文を要約紹介した後、編者は「豫備的な結論」として、「本書で提示された證據は、清代司法制度の根本的な概念見直しの正しさを立證する。清代司法制度は、民事事案を忌避するどころか、恆常的に民事事件を取り扱っていた。地方官達は、人間的な同情や道德主義という曖昧な基礎附けに基づいて、豫見不可能なやり方で裁きを行っていたどころか、一貫して成文法にある明示的な諸原則によってガイドされていた」（九頁）、「帝制中國から中華民國期への全スパンを見渡してみた場合、過去の研究のコンテキストとの對比で言つて、本書において強調される重要な點は、清代から民國への民事法の連續性である。清代において相當の量の民事法が存在しそれが地方法廷における地方官の裁判に一貫したガイドを供給していた。民國法はそうした傳統を引き継ぎ擴大した。中華國民民法は、實際、變化する實務的な要請とイデオロギー的な命令に對して中國國家によってなされた適應作業の長い傳統の一コマとして見ることもできる」（十頁）として、人民が自己の權利を法廷に訴え法廷が法に基づいてそれを保護するという仕方が近代以前から中國で自生的に發展してきたことを力説する。

そして最後に「將來の論點」で、本書で述べ残された論點として、清代内部での歴史的發展過程、國民民法にはあるが清律には規定

の無い民事法諸分野の清代における處理方法、民事事案と刑事事案の辨別や司法過程に含まれる不正行爲、公式司法制度の外側での裁きのあり方の説明等を挙げ、今後に期している。

二 ヒュー・スコギン・Jr. 「傳統中國における民事法」——歴史と理論 (Hugh T. Scogin, Jr. "Civil Law" in *Traditional China: History and Theory*)

本論文は、西洋起源の法概念を用いて傳統中國民事法の研究を行う際に陥りやすい罠について、豫め一般的な検討を加える。

第一節「傳統的な見方」。傳統的な中國法理解は、儒教のテキストに集成された規範的傳統の解明に集中し、それを中國の「法」と考えた。檔案史料の登場により、これらテキストがどこまで法の實際の働き方を描いているかを問わなくてはならなくなった。しかしその爲には最初にその背後にある二つの問題を處理しなくてはならない。第一は、法において不可分に存在する通時的理念の側面と社會的歴史的制度の側面とをどう捌くか、言い換えれば理念的側面を自己完結的に考えることの可否の問題であり、第二は、「法」とは結局のところ何のことなのか、何を法として論ずるかの問題である。

第二節「法制史の主題」。傳統的な法制史學は、法概念の自律的發展史として法の歴史を語った。しかしそれは歴史社會環境から獨立した法秩序という想定を取る點で、道具的にもイデオロギー的にも當時の法曹のあり方に對應したものである。しかし十九世紀末以降の社會變化の中、法學内部においてすら、法の中に働く社會的經濟的政治的文化的諸力を考慮するようになっていく。

第三節「法」の定義。何を法と考えるかについて、大多數の歴史學者は、主權から流出するルールの總體と答える。しかしそれは現代の法學者すら取らない様な傳統的で固い法實證主義的アプローチであり、また主權以外の諸社會主體が行う強制、その正統性をめぐる主權との關係づけという大事な要素を見過ごさせ、更には司法過程に影響を与えるルール以外の諸要素（原理・政策・スタンダード・規範・モデル・目的）の役割を位置づけ得ないという點で、中國法制史を論ずるには餘りにも狭すぎる。むしろ司法的な強制の場における諸主體諸要素の働きに注目すべきである。また特に中國法制史においては、西洋法との比較の爲の既成の共有ベースが缺けている。意味ある比較ができるかどうかは、歴史家の比較枠組みと法制史の目的についての考え方に多く依存し、またそれだけに筆者のイメージを投影しただけという危険性が高い。實際に、多くの比較の試みは、十九世紀的な獨立した法秩序觀念や法實證主義的理解の側を固定的に考え、中國におけるその缺如、西洋の優位を論ずるに終わりがちであった。

しかし現代法學自體は既にそうした固定的思考を相對化しており、その水準で問題を見直せばより柔軟な解釋も可能となるとして、第四節「特定の分析分野」において、その具體例として、かつての發展段階論型理解で良く論じられた三つの關連する論點を取り上げ、その現代的理解と、それに基づく立論の可能性を示す。第一。從來は慣習を法と對比し、また法の慣習に對する優位を自明視したが、今世紀に入つてそうした觀念は薄れた。また中國法制史の現實を理解する爲にも、その對比を所與視するより、むしろ國家と私的組織の間の相互交渉と相互補強の複雑なパターンを實證的に解明

し、また法の源として慣習が果たす位置と機能を論ずるといった視點が必要である。第二。かつて中國社會における契約觀念の缺如といった議論がなされた時の契約概念は、十九世紀的な意志主義の產物であり、現代法すらも今はより多様な要因の重層を考える。自己の枠組みに固執せず、私的合意にどの様な司法的效果が與えられたかといった視點から經驗的研究を行えば、中國の傳統の多様性と豊富さ、また西洋法と同様のエレメントが果たした異なった機能と意味づけが明らかとなる。第三。法的世界が特有の形式や概念を備えていたか否かという論點も、その存在や程度を論じている限りは、我々自身の概念的前提の循環的試驗をしているに過ぎない。むしろ問われるべきは、中國法制史にも豊富に現れる形式主義が持つていた固有の文脈や意味づけであり、それは儒教的な規範の傳統についての研究の必要性を改めて喚起する。

「結論」。傳統的な中國民事法理解は、規範的傳統（儒教的規範）の持つ力に決定的な位置を與えた。しかもそれが社會と制度のなかで働く仕方の理解はどれも西洋的な假定を含んでいた。しかし現實を示す史料が出て來た以上、もはや理念のみを語って済ませることはできない。反面、そうした歴史研究が正しく行われ、中國法の世界で理念が働く仕方がより正確に示されれば、法學に貢獻することが大である。狭く實用側面に限つても（同じ機能をする理念・法を作る仕方が分かるわけであるから）中國や東アジア諸國の法制實務に役立つし、また廣く法學という學問についてみても、理念と制度・理念と社會發展との相互關係について新たな知見を加えることを通じて、法そのものについての我々の理解を深めるのに役立とう。

三 經君健「清朝における民間經濟關連の法令」(Jing Junjian
Legislation Related to the Civil Economy in the Qing Dynasty;
translated by M. H. Sommer).

本論文は、『大清律例』の中に見える人民同士の經濟關係を律する(逆に言えば帝室財政および國家人民間の經濟關係を律するものを除く)律文および主要な條例をほぼ網羅的に取り上げて紹介しつつ、また必要に応じて必ずしも律例にはそのまま現れぬ民間慣行のあり方にも觸れながら、清代の民事關係を規律していた實體的な規範・法原理を再構成して示すものである。要所要所で唐律明律等との對比や、清代における條例改訂の經過が示され、歴史的な背景(持續する部分と變化した部分)が明かされる。全體を通讀すれば、讀者は清代、あるいは廣く帝制中國の民事法規範の内容について、バランスの取れた一通りの基礎知識を得ることが出来る。

全體の編別構成は、「私有財産」「跡継ぎと遺産相續」「商業」「信用貸しと利子」とに分けられ、各節毎に多數の法典本文の引用(翻譯)が含まれる。英語圏の讀者には至便であろうし、また我々にとっても知識整理として有用である(そしてそれ故に幾つかの疑問を挟みたくなる箇所もある)が、その内容を改めてここで紹介し議論するだけの紙幅はない。

結論のみを紹介すれば以下の通り。唐律以來の發展は無いではないが、その基本においては、律の規定は質的な同一性を持ち、それはこの時期の政治經濟システムと思考システムの同一性に對應する。帝國は主要には自己の財政基盤の維持と帝室の維持に關心を持ち、またそれゆえ主要な焦點は税の徴收におかれた。民間經濟に關する限り、國家の優先順位は、經濟の發展よりも、むしろ紛争の解

決とマネジメント、犯罪の處罰、そして公共治安の維持にあった。所有權の保護も家産均分制度も結局は小農經濟の再生産に資し、市場制度は自由競争を制限した。法と社會的現實との間にはギャップも存在したが、反面すべてが空文であつたわけではない。どの部分が機能しどの程度の効果を上げたのかを確定する爲にも、民事判例研究の展開が望まれる。

四 メリッサ・マコーレー「東南沿海中國における民事紛争と非民事紛争」(一七三三〜一八二〇)(Melissa A. Macaulay 'Civil and Uncivil Disputes in Southeast Coastal China, 1723-1820').

本論文は、雍正乾隆嘉慶年間、福建周邊地域における法狀況を規定していた幾つかの要因(全國通有の時代狀況もあればこの地域特有の要因もある)を取り出しその相互關係を論ずる。史料としては主に朱批奏摺が、つまり皇帝と督撫の狀況認識が引かれるが、研究の力點は、そうした言説を更に地方の現實との關係で相對化して位置づけることにおかれ、またそうした分析のかなめとして繰り返し訟師への着目がなされる。

第一節「訴訟の過負荷」では、一八世紀半ば以降、膨大な民事案件が未決のまま翌年に積み残される状態が各省で存在した(例えば一七五九年の福建省では一萬件餘)こと、また特に乾隆帝嘉慶帝がその滞貨解消に強い熱意を示したこと(反面一九世紀後半になるとその意欲すら失せること)が示される。第二節「官僚の憤慨」では、そうした皇帝の督促に對して督撫が繰り返し擧げる二原因、地方官の怠惰無能と訟師の跳梁という言説の實質と、それが次第に官界で通念化してゆく經過を辿る。第三節「正義の無頼漢」では、一

轉して訟師の實態が論じられ、彼らの多くが庶民のリーダーたる生員監生層の出身であり、制度的障害の中で民衆に法廷へのアクセスを與える役割を果たしており、それゆえ民衆は訟師に對して一般に好意を持っていたことが語られる。第四節「東南沿海の諸事案」では、朱批奏摺および『鹿州公案』から引いた三つの事案が詳細に紹介され、小さな財産紛争が、宗族内・宗族間に潜在する緊張と相互作用を起こす中、また訟師の介在とも相まって、深刻な紛争へと發展する様が例示される。第五節「東南沿海の不法法」では、この地域の暴力的體質（械鬪の多發と行政側の軍隊依存）の原因・背景と、それが訴訟のあり方に及ぼした影響、そこにおける訟師の多面的な役割が分析される。そして細事がこじれる中、重案・械鬪を産み出すという事實をめぐって、細事の内に法的處理を行えと繰り返し督促する皇帝と、重案化の原因を取り敢えず訟師に歸せざるを得ない督撫との立場が對比され、根本的な原因として清代後期、その人口増に見合うだけの比率で地方行政機構・訴訟處理能力の擴大がなされなかったことを挙げる。

「結語」。官憲が受理して裁いた普通の民事事案においては實は訟師の誘引といった議論が殆ど見られない、官はむしろ自分で上手く解決できなかった難事件について訟師の影を論ずる。勿論、普通の訴訟で訟師がまったく不在だったかといえどであり、法廷アクセスの助けをしていたに違いない。しかし、訟師が時に罰せられる際の理由附けもまたその法廷アクセスの援助それ自体を巡ってであった。結局のところ問題は訴訟の過負荷、それをもたらした行政機構の不擴大それ自体にあり、また督撫層も、法廷の過負荷を避けるべく細事を排除すれば、細事の重案化・民間での暴力的解決が歸結

するというジレンマの中で苦しんでいた。そして訟師・訟棍は、そのどちらの側面においても民衆に必要とされていた。

五 マーク・アリー「律、文化そして慣習——一九世紀一地方方法廷における民事判決の據り所」(Mark A. Allie 'Code, Culture, and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court')。

本論文は、一九世紀臺灣の淡水廳新竹縣の檔案(淡新檔案)の中に見える民事事案二二二件の中から地方官の判決にまで至った七七件を素材として、我々の所謂「民事法」というものに相當する分野の、ルールと實務の總體の存在形式を論ずる。

筆者は、第一節で淡新檔案全體の書誌的な解説を行った後、第二節「律・文化・慣習」において、「成文法、廣い意味での文化的規範、そして地方慣習の三要素が、最も頻繁に法的決定の正當化に用いられた。このカテゴリーは分析上ははっきりとしているが、必ずしも相反するとは限らないし、また相互に排他的でもない」、實際めざす價值において三者は時に重疊し、また地方官もそれらを選択的に考えてはおらず、むしろ「良き儒教的やり方においては、彼らは多分自分の仕事を、これら三つのバースペクティブの調和と和解の試みと考えていたに違いない」と周到に述べた上で、この三つのどれかが正面に出される典型事例を順次取り上げ、それぞれと関連ある諸論點を展開する。

第一。律については、明示的言及例(僅かに四例)。しかも事案の中核的論點に關係するのはその内の二例の内容を分析した後、民事事案における成文法への言及の少なさの理由附けについて、調停

和解の選好ゆえ、律引照の用途は上申文書において上司を説得する点にある（自理案件ではその必要がない）ゆえ、引照の少なさという議論自体が誤解である（默示的に引用されている）といった諸説を紹介し、特に第三説について、「斷罪引律令」條における一般の援用義務規定そして刑事分野における實際の明示的引用の實務が他方に嚴然と存在する中で、敢えて默示的引用という立論をすることの不自然さ、清代民事司法のあり方に對する不似合いを指摘する。第二、文化的規範・道德的諸原理が判決の基礎附けとされ、また目標とされる諸例については、そうした諸價值は國家の正統性とも深く關連し（むしろ成文法の方がそうした價值のサブセットであった）、それゆえ民事事案處理は國家にとっても緊要な課題であった。特に宗族制度をめぐってはそうした正統的價值を押し附ける仕方での裁きが下される場合もあり、またしばしば見られる係争物を學校に寄附させるという妥協策も、間接的にそうした文化的價值の再生産への關心を示す。第三、臺灣固有の發展をした土地租佃制度や商業實務については、法廷は慣習に依據した裁きを行うことが多く、法廷は慣習に基づいて作られた契約文書の實現を志向したと論ずる。

第三節「解決に向けての戰術的アプローチ」においては、裁判官は民事事案が法廷外で解決されることを選好した。様々な理由を擧げて訴狀を却下する、様々な調停主體の介入・解決を促す、更に進めば地方官自身が究極の調停者として振舞った。それでも調停が拒否され和解も不可能となれば、地方官は法的手續を進める、具體的には「理性の光に照らして」上述の三基準に従って裁きを下さうことを行った。しかし理性が絡む限りにおいて限界もあり、當事者は

次の地方官の理性に訴えることによって、事案を蒸し返すことも可能であった。

「結論」 舊中國司法に民事刑事の手續的分化、固有の民事法理念が缺如していたことは通説の言うとおりである。しかし他面、基本的に非刑事的な紛争の存在と、それを適切に解決する必要性は意識されており、帝制期に既に「民事」訴訟という領域が實質的な發達を開始していたことも否定は出来なからう。

六 フィリップ・ホアン「清代における成文法と地方官の裁判」(Philip C. C. Huang 'Codified Law and Magisterial Adjudication in the Qing').

本論文は、臺灣淡水廳新竹縣の『淡新檔案』、四川省の『巴縣檔案』、順天府の『寶坻縣檔案』に含まれるすべての民事裁判檔案六二八件、中でも地方官が法廷で最終的な判決を申し渡した二二一件の網羅的な検討を通じて、清代の地方官が法廷で下していた民事判決の大部分が成文法の規定に合致する仕方、どちらかの當事者に對し明確に勝ちを宣する内容をもっていたこと、逆に言えば、法廷で民事事案の裁きをするにあたって、地方官が相い争う兩當事者の間に妥協的な解決を生み出す調停者として振舞うことは殆どなかったことを論證することを目的とする。その論證は、同じ著者が「非公式の調停と公式の裁判との間——清代民事司法の第三の領域」(Philip C. C. Huang 'Between Informal Mediation and Formal Adjudication—The Third Realm of Qing Civil Justice', 'Modern China', 19-3, 1993) において展開した「民間諸主體による非公式な裁きは調停的な性格を持つが、官憲法廷における公式

の裁きは成文法に基づく裁判であり、そしてその中間（手續的に言へば訴狀の提出から公式の法廷が開かれる直前までの段階）に、兩者（單純化して言へば社會と國家）の入り交じる「第三の領域」が存在する、という圖式の重要な一部を成し、また實際この兩論文は表裏する關係に立つ。

筆者は第一節「量的な證據」において、上記判決檔案二二一件の内、一七〇件が原告または被告の何れかに對して一方的な勝訴を宣するものであり、またどちらかが一方的に勝たなかった「勝訴者なし」の三四件にしても、二三件は律例に従つて裁かれており、結局、純粹に妥協的な判決、即ち地方官が兩當事者の妥協を産み出すべく法以外の原理に従つて仲裁役をつとめたケースは僅かに一二件、全體の五％に過ぎないと概観した上で（なお残る一七件は再調査命令等で終わる）、しかし地方官が裁判において適用した法原則や條文の種類を明らかにする爲には徹底的な研究に立ち戻る必要がある、そこで本稿においてはこの二二一件の事案を關係する律や例と結びつけて分析すると宣言する。

そして以下、一方的勝訴事案・勝訴者なしの事案の大分類の下、判決の對應條文を確定する作業が延々と繰り廣げられ、それが本論文の本體部分を成す。行論の實際はここでの紹介に餘るが、形式のみ紹介すれば、一方的勝訴事案は、主題別に土地・錢債・婚姻・相續の四分野に分けて位置づけが行われる。分野毎に行われる作業は共通しており、まず當該分野について頻用される主要な關連律條名が標題として掲げられ（例えば土地事案については、盜賣田宅・威力制縛人・典買田宅・違禁取利・誣告の各條文が標題として示される）その律例が適用されたとされる事案がその下に配される。つい

でそうした主要條文には収まり切れない残る事案のうち、なお他分野の成文法に従つたと見られる例（土地事案では戸律市廩條と戸律田宅・擅食田園瓜果條に従つたとされる二例が掲げられる）が「他の法的原理」なる標題の下にまとめられ、そして最後に以上のどれにも當たらないものが「超法規的原理」の例として分類・分析される。勝訴者なしの事案については、上述の通り、なお成文法に準據している（地方官が裁判官として振る舞つた）事案と、超法規的原理に基づく調停的妥協的な（地方官が調停者として振る舞つた）事案とに分類され、分析がなされる。

勿論、周知の通り、清代の地方官の民事判決中に、具體的な條文が明示的に引かれることは殆ど無い（それゆえ上記の立論も、なされることの實質に即して言へば、この判決の背後にある考えはこの條文の背後にある原理と同じである、ゆえにこの判決はこの條文を適用することによつて解決された筈だ、という筆者の認定作業の列擧に外ならない）。また和を重視する様な言辭や勝者に讓歩を求める例も少なからず見られる。そこで筆者は上記分析の途中に「地方官の裁判における法典の引用」および「妥協の使用」という二節を挟み、律文の明示的引用の缺如は成文法の役割の缺如を意味しない、妥協は成文法に基づいて裁きが附けられた後に附加的に用いられることが多いという補足的立論を行っている。

そして上記行論を通じて、清代地方官の民事裁判の壓倒的大部分は成文法に準據した裁判であつたという結論を導いた上で、最後に「清代における民事法」という一節を設けて、傳統中國法の性格付けについての從來の議論は、法を法制度の現實の運營との關連で見える見方を本來的に缺いており、その結果として律の傳統的刑法的外

見に目をくらまされ、清代においても繰り返して行われてきた律を現實に適應させる作業（條例制定など）の意義を見逃してきた。しかしそこに目を向ければ清律が民事事案について相當の條文を備えていることが分り、またそれが適切に理解されれば、成文法と地方官の裁判との間に驚くべき首尾一貫性があること、調停的な裁量すらもそうした枠の中で行われていたことが明らかになる。そして地方官が民事事件を法に従って裁判していた（清代司法制度中で最も裁量的であった民事司法においてすら法が重視されていた）、地方官は律に示される法的權利の擁護者であったという事實を踏まえれば、刑事をも含む清代司法制度の全體像、中國民衆の法律觀についての従前の理解も根本的に改められなければならない、と結論する。

七 キャサリン・ベルンハルト「女性と法——民國期における離婚」(Kathryn Bernhardt 'Women and the Law: Divorce in the Republican Period')。

民國民事法秩序は、清代以來の活潑な民事訴訟の傳統を引き継ぐという一面と、民事法分野の擴大、その規定内容の傳統的價值との不連續という一面とを持っていた。一九三一年に公布された中華民國民法典親族編は「當時の世界で最もリベラルな」離婚規定を定めた。それは一面では、民國建國以後、舊法（清律の民事有效部分）の下、大理院によって判例法の形で進められてきた離婚をめぐる女性の權利保護の擴大の流れの產物ではあるが、他面そこに掲げられる理念は、當時の社會の現状との間でなお少なからざるギャップを持っていた。では民國建國後、更には民法公布後、民國の離婚の實

態はどのようなものであったのか。本論文は、民國初期については大理院および京師高等審判廳の一七〇件程の離婚訴訟事案を、また民法公布後については一九四〇年代初頭に北京地方法院・上海第一特區地方法院に提訴された計二〇〇件餘の訴訟事案を主に用いて、その問いに對して答える。

第一節において、清律における離婚規定と、民國民法における離婚規定とが對比され、妻自身が離婚訴訟の主體として正面から位置づけられたことと、過剰な離婚原因の整理（例えば妻の嫉妬）とその男女平等化とが、民國法の特徴とされる。

第二節「離婚のバラエティー」では、民法施行前後における離婚の實態が紹介される。まずは離婚件數の大半を占める協議離婚の手順（合意書の定立で足りる）と原因（不和が大部分）が述べられ、また合意書の内容や、當時の新聞に載せられた離婚廣告が紹介される。裁判上の離婚については、上述史料の統計的な整理を基に、相手へ譲歩を迫るために訴訟がなされ（途中で取り下げられ）るケースが少なくないこと（四十年北京で一割半ほど）、また提訴後も判事あるいは當事者のインシァティブのもと調停上の離婚に移行するケースが多く（四割弱）その方が離婚成立の可能性が遙かに高かったことが述べられる。そして出訴者の四分の三が女性であったことが着目され、その原因として、規定内容が女性に有利であったことと、訴訟費用が（贍養費等の經濟的要求をしない限り）訴訟阻止的な程には高額ではなかったこと（實際に低い社會階層の訴訟も少なくない）、裁判に要する期間が比較的短かったことが示される。

第三節「離婚の主な原因」では、訴訟事案で掲げられる主要な離婚原因、即ち頻度順に言えば、配偶者および配偶者家族による虐

待・不法遺棄と失踪・姦通について、その主張の頻度、清律と國民民法との違い、清末以來民法典施行後までの判例の變化、その主張の難易と實際に離婚を勝ち得た確率が論じられる。

第四節「法典と實務——妾の問題」では、單婚制度と男女同權という理想と、社會的弱者たる女性の地位の保護という理想とが衝突する、そしてそれゆえ結局國民民法典上においても空白のままに残されることになった「妾」の地位が、では民國期に實際の裁判上でどう扱われたかという問題が論じられる。大理院以來の判例の動向が辿られ、畜妾關係解消をめぐる（畜妾を婚姻とは區別しつつも、家族員とはみなすという法理を介して）實質的には妾側の意志の尊重と地位の保護が圖られ、また夫の畜妾を離婚や別居の原因として扱うことで妻の側の地位の保護が圖られたことを論じる。

八 アリソン・コナー「民國期における法律家と法曹」(Alison W. Conner 'Lawyers and the Legal Profession During the Republican Period').

近代法制においては法律家（辯護士）は、検事・裁判官と並んで、専門的知識を持ち且つ自己の公共的使命に従って自立的自律的に行動する一つのプロフェッションとして位置づけられる。現代中國においてもほぼ同様である。しかし清代には訟師はいたが、そうした意味での法律家は（租界内は別として）存在しなかった。では中國において、プロフェッションとしての法律家集團は、何時どのような展開を辿って成立したのか。本論文は、一九一二年から三十七年までの法律家制度の枠組みと實態を、主に上海を對象として論ずる。

第一節「法令上の枠組み」では、一九一二年の律師暫行章程、二七年の律師章程、および並行して作られた律師公會標準規則や、それに基づいて地方的に制定された辯護士會規則を基にして、民國初期の法律家の制度的位置づけと社會的性（具體的には、それがどの程度、またどの様な意味でプロフェッションと言えるものであったか）が分析される。即ち、民國建國直後、新訴訟法の施行に備えて、主に法廷辯護士を用意する爲に、一九一二年に日本法に倣う形で律師暫行章程が制定され、それによってプロフェッション成立の枠組みが作られた。しかし新訴訟法においてもなお非法律家の法廷活動の餘地は残されており、また法律家たる資格要件も法曹の自治ではなく司法大臣の統制の下にあった。専門知識・その爲の訓練が求められたことは確かだが、何がその訓練にあたるかの許容範圍は廣く、實際上は様々の出自の者が混在し且つ全體のレベルも低かった。統一的な倫理綱領はなく、また種々の努力にもかかわらず、出自の多様さと法律家の傳統の缺如の爲に、共通した職業倫理は未発達であった。律師公會（辯護士會）は、一部會員により活潑な社會的活動が行われたが、地方總督の統制の下にあり自治を缺き會員に對する統制力も小さかった。

第二節「プロフェッショナル・プロフィール」では、中國最大規模を誇った上海律師公會（一九三二年までに會員千名以上）を主要な對象として、以上の制度的枠組みの中で法律家達が實際にどのような存在形態を取っていたかが、より具體的な仕方論じられる。最初に民國期法律家の數と分布についての全國的な趨勢、即ち國初（千七百人）から一九三〇年代半ば（約一萬人）までの順調な成長とその後の停滯、對人口比率の國際的低水準（四萬五千人當たり一

人。同時期日本の約五分の一）、大都市への異常な集中が述べられる。ついで上海律師公會について、公會規則や會員名簿等に基づき、會員の出身地（八割が江蘇浙江。意外に訟師幕友の名産地・紹興の出身者が少ない）、性別（當初は男性のみ。三十年代以降における僅かな女性の活躍）、出自の多様さ（留學組が多い）とキャリア・パターンの特質（教職との兼業が多く、また判事から辯護士へとという轉業が多い）、活動形態と活動内容（法廷活動が主だが次第に法廷外の顧問業務等に進出）、手数料（公會規則で上限が規定されていたが必ずしも遵守されなかった。一般に辯護士は裕福であった）が、順次分析される。そして最後に、上海律師公會の對外的活動の歴史（租界と會審衙門を抱える上海律師公會では、外國人法律家さらには會審衙門出身の非會員法律家との權限・權益争ひの必要に従つて辯護士會活動が活潑であつた）が分析される。

「結論」では全體的な評價が下される。民國初期の法律家制度は、一面では、資質や出自のばらつきと倫理基準の弱さ、そして政府の消極的態度も相まつて法律家の絕對數の不足と都市への偏在といった問題點を抱えていた。しかし他面では、法制は、訟師とは區別される近代的な法的プロフェッションの成立の爲の合理的な枠組みを與え、また實際に、法律家達はある程度までプロフェッションと呼ばれるに相應しい屬性と社會的地位を獲得し、そして自覺的なアイデンティティを持ちまた理念を解する優れた幾人かの法律家を産み出した。

九 マドレーヌ・ツェリン「二〇世紀四川省自貢における商人達の紛争調停」(Madelein Zelin 'Merchant Dispute Mediation in

Twentieth-Century Zigou, Sichuan)。

清代以來、自貢においては鹽井開發と製鹽事業が、多數主體による合股の形態で行われており、そうした體制はそのまま民國に引き繼がれた。しかし清朝崩壞後、地方行政機構は軍隊・特區の出現により多元化し、また司法的側面についても階層的な審級を持つ多數の裁判所が成立し、清代の中央集權的一元的體制とは異なった權力配置が現れた。本論文は、自貢市檔案館所藏文書からランダムに抜き出した四三件の民國期民事訴訟文書（文書の由來は行政機關や商會、商工會議所など。法廷に由來する文書は目録上には無いと言ふ）を素材に、この時期の自貢商人社會における民事紛争とその解決のあり方の特質を論ずる。

第一節「商事實務と民事訴訟」では、自貢商人社會が清代以來、訴訟の必要を回避するために發達させてきた商事實務のやり方が紹介される。第一に、何事につけても詳細な證書を作り、またその眞性さと效力の確保の爲に印鑑や證人、登記の制度が活用された。第二に、儀式や揭示などを通じて行動を公的に發表する仕方が好んで取られた。第三に、一旦取引關係が作られたあとは、多種多様の慣行が紛争回避に役立てられた。

勿論それでも紛争は起こつた。そこで第二節「紛争の諸類型」では、係争主題別に債務・契約・所有權と利用權に分けた上で、各分野毎に幾つかの紛争事案を紹介しながら、當時の自貢における紛争とその解決の諸様相、そこに含まれる諸問題を順次具體的に示してゆく。本論文の主要部分はここにある。ただ事案内容は論文に就いて貰うはかない。論旨のみを紹介すれば、債務紛争（主要には破産處理）は、理想的には調停で友好的に解決されたが、不調な場合

は、多く商會に提訴され、後にはその内部に設置された商事公斷處が中心的な紛争解決主體となった。商事公斷處は商人社會の和と良好な商事環境の維持を目指して裁きを下し、またその中で定型化した破産處理實務が形成されていった。契約紛争は、市況變化や自然災害などによって當初の契約そのままの實現が困難な場合に起こり、契約内容が明らかでない場合は、契約文言が何よりもまず優先され、また契約意圖や眞偽が不分明な場合は、問題の鹽廠での持續的生産を優先する判決が下される傾向があった。所有權・利用權をめぐる紛争は、例えば出資者が交代した場合の開發擔當者の地位とか、前開發者が一時放棄した鹽井を別の者が開發してしまった場合の兩者の地位とか、慣行的實務が明白でない局面で起こりやすかった。また當時の民事訴訟の管轄は不明確であり、それが紛争を長期化した。

第三節「事案の議論の仕方」では、今回の史料は裁判所やその他の當局がどのような仕方で判決を下したかの文獻を殆ど缺くが、他面、當事者達がどのようなことを論據として立論を展開したかは史料からも明確に読みとれ、それを通じて間接的にだが、當時の民事的な裁きが依據した判斷基準を知ることが出来るとして、代表的な四つの論據が紹介される。一つは一般規範問題とは關係なく單に事實の解釋のみを争う仕方（その場合には書證が最も重要な論據となった）だが、それを除けば、まず第一に、慣行あるいは法を援用する仕方が重要である。自己の行爲が慣行に合致して行われている、相手の行爲が慣行に反しているという點は、一貫して様々の主張の裏付けとされた。そして何が慣行かの判斷は多くの場合、商會に委ねられた。成文法への言及は、清末來の商法改革にもかかわらず自貢

では一九二〇年代初まで殆ど現れない。むしろ大きな變化は南京國民黨政府の成立、洗練された民法の導入、裁判所の體系の完備によって起こった。三〇年代以降、先行する司法的決定の援用、新民法に基づく權利主張、法を行政的決定の上に置きた司法事項を行政機構ではなく裁判所に委ねようという新しい志向が、諸事案の中に見て取れるようになる。しかし第二に、こうした傾向にもかかわらず、なお多くの事案は所謂「人情」をベースとして判斷され、そうした場合は相手の惡行や道德的違背が議論の中に持ち込まれた。第三に、鹽生産の國家的位置づけに見合せて、當該事案の判決結果が地域社會（鹽生産や鹽業への投資環境）にもたらすプラスあるいはマイナスの影響が論據とされた。個別判決の效力は小さかったが、反面それが社會全體に與える影響力は小さくないと考えられていた。

第四節「國民民法の暗黒面」。こうした民事紛争解決制度は、參與者全員がそれを通じて紛争を解決しようという志向を持つ限りでは非常に效率的であったが、他面、強制力を缺いていた。被告側の不出庭、多數ある他の訴訟受理機關への巧妙な別訴の提訴、そして何よりも裸の暴力行使が、速やかな紛争解決を阻害した。しかしにもかかわらず商會の様な組織が、終局的な解決をもたらしもしいたということも事實である。

「結論」。民國初期の司法は、エリートによる調停、慣行への依據、證書の重視、そして時に見られる「人情」の機能といった點でなお清代の影の中にあった。しかしそれは必ずしも司法の不確實性を意味はしなかった。また自貢では商會が、必ずしも地縁血縁的紐帶を自明に共有しない複雑な社會に紛争解決の爲の中立的なフォー

ラムを提供し、近代的側面と傳統的な紳士の役割との両面を併せ持つ商事公斷處が活潑な機能を果たしていた。しかし西洋法の制度導入の強い意欲にもかかわらず、新制度は警察・檢察・司法機能の融合に見られる通りなお舊來の法傳統を色濃く殘し、また法廷を司法手續きの中核に据える傳統の缺如の中、商會の司法機能も最終的な強制力を缺くものにとどまった。上述の通り、國民黨時期になると司法制度の改革が大きく進んだが、それが商人社會に與えた影響については今後の研究課題である。

さて以上が各論文の骨子である。通讀してまず受ける印象は、やはり檔案史料というものの持つ壓倒的な情報量と、それに基づく研究の魅力という点であろう。特に事案展開の紹介に重きを置くマッレー・ベルンハルト・ツェリン各氏の論文は、制度や規範というものが現に働きをなしている現場の息吹を伝え、それを通じて讀者は筆者と共に、清代後半から民國期にかけての民事紛争とその解決のあり方について、一定の具體的な手應えを得ることが出来る。また編者導論が指摘する通り從來研究蓄積が薄かった民國初期の民事司法の動態についての研究が、魅力的な問題設定と共に一舉に具體的な仕方でも着手されたことを喜ぶたい。

ただそうした具體的な（しかし根本的に斷片的な）事實からどのような結論を導くか、あるいはどの様な枠組みでそうした「経験」を位置づけるか、更に兩側面を併せて言うならば、そうした相互作用の中からどのような形の新たな清代民國中國民法史の枠組みが描かれるかについては、筆者達の間でも必ずしも一つの方向が出ているわけではない。

例えば同様の大量データを基礎に地方官の行う裁判の性格附けを論ずるホアン・アリー兩論文が示す結論は、法の役割については百八十度異なった理解を示す。またその立論を梃子として描かれるホアン氏の清代民國法秩序の連續的な成長像は、（勿論、ホアン氏においては清代の法廷外非公式司法の側を一轉して大幅に調停的なものに想定する視角も存するので、必ずしも直接的な對比対立にはならないのだが）ツェリン氏が描く清末から民國初期の自貢民事法秩序像とはそのままには重ならない。そして國家成文法に基づく官憲裁判というものの存否に極度に拘り、またそれを基軸として清代民國民事法秩序の發展を描こうとするホアン氏の立論枠組み自体が、比較史的に見てどれほどの根據を持ち、また法の現實的動態を論ずるにどれほど適するのかは、スコーギン氏の問いかけに従えば、それ自体が多分に問題を含むことになる。

全體理論について言うならば、史料の具體性が向上すればするだけ、實は理論と方法との精度が却って試されるという關係にあるのであろう。過去の學說史を評價する視點、そして檔案という新型史料の登場の意義をどの程度に見積もるかの評價基準も、結局はそれと連動する。今後、生産的な討論が引き續いて起こることを期待したい。

なお、特に現在の清代法制史研究の學說狀況と鋭く對立關係に立つホアン氏上掲「地方官の裁判」論文については、當該箇所掲げた同氏姉妹論文と併せて、その學說史的な意味と問題點とを論ずる專論を評者は別に草した。寺田浩明「清代民事司法論における「裁判」と「調停」——フィリップ・ホアン (Philip C. C. Huang) 氏の近業に寄せて」『中國史學』第五號、一九九五年一〇月刊行。本

評と併せて御参照を頂ければ幸いである。

Stanford University Press

1994, xii+340pp.

佐口透著

新疆ムスリム研究

本書の構成の大枠を示す。

新
免
康

序説

I カシュガリアのムスリム

1 宗教的生活秩序

2 聖職者と教學

II アーファーク廟墓の三百年

1 アーファーク廟墓の發見

2 アーファーク廟墓の様相

III 砂漠の聖墓

1 殉教街道

2 殉教者の國

3 タリムから天山へ

IV タリムの水邊ムスリム

1 ドーラーン人の歴史と民族誌

2 ロプ人の歴史と民族誌

V 哈密のムスリム

1 哈密公國の形成

2 ムスリム反亂期の哈密