

中国法史講義ノート（I）

森田 成満

目次

序言	三
第一節 研究の情況	三
第二節 研究の目的	六
第三節 研究上の留意点	六
第四節 史料	六
第一章 法源	八
第一節 法のとらえ方	八
第二節 法の特徴	一〇
第三節 法源の形式	一一
第四節 成文条項の解釈とその優劣	一五
第二章 法思想	一六

第一節	儒家思想と法家思想	一六
第二節	儒法融合以降の法	一九
第三章	国法、行政法	二〇
第一節	人民の法的地位（以上本輯）	二〇
第二節	官僚制度	
第三節	官の活動とそれを巡る不法からの救済	
第四節	財務行政	
第四章	訴訟法	
第一節	定案手続	
第二節	秋審手続と勾到手続	
第五章	刑法	
第一節	刑法の性格	
第二節	定案手続に於ける科刑法理	
第三節	秋審手続に於ける科刑法理	
第六章	家族法	
第一節	親属と夫婦親子の身分法	
第二節	家と財産法	
第七章	土地法	

第一節 国土統治の概観

第二節 民地の所有権制度

第三節 風俗としての民地の所有権

第八章 商取引法

第一節 商取引の法規制

第二節 風俗としての商取引秩序

第九章 清末に於ける法制度改革

第一節 伝統的法制度の改革

第二節 近代的法典の編纂

結語

序言

第一節 研究の情況

一 研究の対象

対象とその範囲 法の歴史を通例、法制史と呼びます。しかし、法制史というと成文の法律の形式的な骨組みを対象にするような印象がします。成文の規定に限らないという意味を込めて法史とします。

本稿は中国の法史を論述の対象にします。⁽¹⁾ 中国といっても広範囲ですけれども漢民族が多く居住している本部といわ

れた地域および台湾を主に見ます。チベットや新疆、蒙古及び東北地域は含みません。

中国の歴史は支配権力のあり方に着眼して封建的、分権的な上代と始皇帝による全国の統一がなされて以降の皇帝が支配する帝政時代 (imperial china) と辛亥革命による清朝滅亡以降の時代の三つの時代に大きく区分できます。ここでは主に帝政時代を見ます。特に清代に重点を置きます。清代は帝政時代の中で典型的な時代でありかつ史料が豊富で事実がはっきりさせ易いということがその理由です。

法的法史学 法史には法と歴史の二つが含まれていますが本稿は主に法に着眼します。法的法史学を通して法とは何かの究明を目指します。

二 研究の方法

実地調査による研究 中国法史の研究が本格的になされるのは明治以降です。明治以降の中国法史の研究はその研究方法に着眼して二つに分けられます。第一は実地調査によるものです。日清戦争で台湾を領有することになった日本は統治の参考にするを目的に臨時台湾旧慣調査会という組織を作って私法慣習の実態調査をしました。⁽²⁾ 本稿の対象からは外れますけれども東北地域については満鉄調査課が調査をしています。⁽³⁾ また、東京大学の法学部の教員等が日華事変後の華北の農村で慣行調査をしています。⁽⁴⁾ これは前二者とは違って学問的な興味から行つたものです。これらの三つの慣習調査の報告は今でも十分に参考になります。清代や中華民国の法史を研究するときの出発点です。

文献史料による研究 (者) 日本には多くの漢籍が利用できる形で存在し中国研究は盛んになされてきました。臨時台湾旧慣調査会は清国行政法と名付けられた書物を公にしています。清代の公法を研究しようとするときにまず読むべきものです。⁽⁵⁾

文献史料による研究に於いて先ず挙げなければならない人は仁井田陞氏です。時代的にも分野としても広く研究された

中国法史学のいわば開拓者です。⁽⁶⁾ 滋賀秀三氏はその後の学界を牽引した研究者です。家族法や裁判の仕組みを研究されています。いずれも丹念に史料を読んで平易に説明する実証性が高い研究です。⁽⁷⁾

中国法史の研究を専攻している現役の研究者は少人数です。その多くは唐や清を研究対象としています。ただ、中華民国を対象とする研究者が増えてきています。研究分野としては多くは刑事法です。これは刑事法の分野に史料が多いことと関係しているでしょう。商取引法を始めとする私法分野の研究者が少ないように見えます。

外国の研究者としては古くはジャン・エスカラが高名です。近年は中国を中心に台湾、アメリカ等でも精力的な研究がなされています。中国では多くの若い研究者が法史を専攻して活躍しています。

多くの分野で既に先学による成果があります。これからはそれを超える研究をなすことが期待されます。

註

- (1) 中国法史は対象とする時代が長いこともあつて全体を俯瞰することは容易ではありません。そのためかこれまで適当な概説書が書かれていません。本稿は講義のためのメモとして作ったものです。それを概説書を作るたき台として学界に提供します。そのような本書の目的から考えて簡潔にするために引用文献はでき得る限り少なくします。
- (2) 『台湾私法』（臨時台湾旧慣調査会、一九〇九年～一九一一年）。
- (3) 『満州旧慣調査報告書』（南満州鉄道株式会社、一九一三年～一九一五年）。
- (4) 『中国農村慣行調査』（岩波書店、一九一一年）。
- (5) 『清国行政法』（臨時台湾旧慣調査会第一部報告、明治四三年）。
- (6) 仁井田陞『中国法制史研究』（東京大学出版会、一九五九年～一九六四年）。
- (7) 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、昭和四二年）、『清代中国の法と裁判』（同社、一九五九年）、『中国法制史論集 法典と刑罰』（同社、二〇〇三年）、『続・清代中国の法と裁判』（同社、二〇〇九年）。（以下、それぞれ滋賀著書一、二、三、四と記します）。

第二節 研究の目的

中国法史を学ぶ目的の第一は日本の法史を知るためです。日本の古代の律令国家は中国の制度を継承し多少変容させたものです。第二は現代法や現代社会を理解するため、さらには法とは何かということの究明のための比較の鏡として利用するためです。意識しているか否かにかかわらず比較という方法は物事を理解するために誰しも使うものです。中国法史は現代法とは異なる非欧社会の法である点で比較の格好な対象です。

第三節 研究上の留意点

中国法史を説明するときにはでき得る限り史料が使っている言葉を使うのが妥当です。ややもすると近代法の概念を使つてしまいます。その結果近代法の内容を投影して理解し勝ちです。ただ、内在的概念を使うことは言うは易くして行ふのは難しいものです。近代法の概念を使つた方がおおよそのイメージを連想し易いですし内在的概念を使うと得てして説明が難解になります。

第四節 史料⁽¹⁾

第一は法制度の軸になる成文の法典です。清代には大清律例があります。省に省例があります。江蘇省、湖南省、広東省、浙江省等いくつかの省のものが残存しています。その他の省の情況は分かりません。第二は刑案と呼ばれる刑部の刑事裁判事例に関して編纂した書物です。刑法の仕組みを説明しようとするときの必須の史料です。第三は判語とか判牘と呼ばれるいわば地方長官の判決文集です。民事的な事案の審理は州県でなすのが原則ですので民事法秩序を明らかにしようというときは判語を使わなければなりません。ただ、判語はいわば民事的訴訟である聴訟に於ける将来の解決に役立た

せることを目的にして作ったものではありませんし、読みこなすことが難しいものが少なくありません。第四は公文書そのものです。档案といえます。台湾北部淡新地方の訴訟記録を整理した淡新档案や四川省巴県の档案が知られています。以上が法そのものに関係する史料であるのに対して外から法の理解に役立つ周辺の史料があります。その第一は官僚が将来の執務の指針として書き残した官箴と呼ばれるものです。第二は官僚が自らの経験を記した公牘です。第三は制度を記述した書物です。中国では古くからその時代の制度を書物に記しておく伝統があります。清代にも会典事例と呼ぶような書物が三度公刊されています。また、小説のような文芸作品も法生活を窺う材料として使うことができるでしょう。

民間秩序に触れる最もまとまったものとしては慣習調査報告があります。ただ、戦後は本格的な調査はなされていません。因みに、近年中国に於いて多くの史料が洋装本の形で出版されています。従来余り知られていなかった史料もあります。

註

- (1) 本節で挙げた史料を含め多くの中国法制史の史料を紹介している書物として、滋賀秀三編『中国法制史 基本資料の研究』（東京大学出版会、一九九三年）。

第一章 法源

第一節 法のとらえ方⁽¹⁾⁽²⁾

一 法秩序と民間秩序

官の法（「官法」）による秩序と民間秩序（「民法」）に分けて見ます。官法とは官（皇帝）がかくあるべしと考えている準則です。現代の人民主権の国家の場合は人民の過半の人がかくあるべしと考えるものが議会制度を通して法になります。制度上人民の考えと国の考えが一致します。伝統中国は人民の考えと官の考えが制度として一致するようにはなっていない。

民間秩序は慣習からなりたっています。慣習はそれなりの数の人がかくあるべしと考えている通例、事実上生成して来た準則です。この慣習を「風」、「俗」とか「風俗」と言います。慣習はこれらの人々を含む範囲がその境界になるのであってそれ故民間に慣習は一つとは限りません。

清末以降、人よりも先に行政区域である県にまず着眼してその範囲の中で成立している慣習を慣行と呼んで調査しています。ただ、民間秩序を緻密に実証することは極めて困難です。残存する史料の多くは官法に関するものであつて民間秩序について記している史料は調査報告を除くと余りありません。

二 法理と調整法理

官の法は準則の具体的な内容に着眼して分野ごとに原則的な法理とそれを調整する調整法理に分けてとらえられます。法理と調整法理は、人には自らの意思で自律的に生きていくのを原則とする部分と他人と依存し合いながら共生する部分があることに対応します。

法理は結果や権原に着眼する準則であつて誰にでも当てはまる平均的正義に基づいています。大雑把に見て、手続法理は法分野を問わずはつきりしないところが少なくありません。しかし、実体的法理は刑事法理も民事法理もそれなりにはつきりしていました。刑法には成文規定が多く存在するけれども民事法には情理が規制する分野が広くあります。しかし、その場合でも解釈は通例、確立していたのです。

調整の目的は個人的属性を考えるとところにあります。配分的正義に配慮しています。調整は主に刑事細案や田土錢債事に於いてなされます。重案や親属身分の法分野で調整されることが少ないのはそれらは官の重大な秩序の維持に直結しているからでありましょう。調整の方法は紛争の対象が何か等によつて種々あります。

因みに、現行民法の権利濫用の規定も権利に基づく法理を調整する法理です。ただ、すべての法理は成文規定でなければならぬという人民主権からの要請でそれも民法典に規定されています。

三 成文の法と不文の法

官の法は準則の形式に着眼して成文と不文に分けてとらえられます。史料用語では前者が法であり後者に情と理があります。成文規定になつていなくても官の政策は官の準則であつて官の法です。立法府の作つた成文法だけが法である権力分立の制度をとる人民主権の国家とは異なります。因みに現代中国も政府は人民を代表しているとされ政策も法となります。

ただ、民事的な規定のように成文の規定であつても適用するべき法源であるのか情理を知るための手がかりに過ぎないのかはつきりしないこともあります。また、具体的な成文規定を見てその規範としての意味がどこまで及ぶかを厳密に境界付けることは容易ではありません⁽³⁾。そこに準則の形式に着眼した分析の限界があります。

- (1) 拙著「清代土地所有権法研究」私家本、二〇〇八年、国会図書館蔵（以下、拙著と記します）一一四頁～一六頁。
- (2) また、官の法を見るとき行為規範もである一般法と個別具体的な裁判に於ける準則とに留意します。法による裁判の原理に於ける人民主権の現代は二つは一致するので分けて見る必要はありません。全体的な秩序の維持を目指して一般法のみを適用するとは限らない清代の裁判規範の仕組みは別に検討しなければなりません。
- (3) 本稿一五頁。

第二節 法の特徴

一 内容的特徴

官法の内容に着眼したときの特徴の第一はヨーロッパの政治体制を示すときの言葉でしようがいわば絶対主義的であるということですが。皇帝は法の正当性の根源であつて法に拘束されることはありません。刑律訴訟門は人民が官に訴え出ることを予想しています。しかし、そもそも律例は官員に与えたものであつてそれは人民に具体的な請求権を与えた訳ではありません。ただ、法には人民の利益を保護する内容のものも数多くあります。そのとき官吏が法に沿つて職務をする反射として人民はその法の利益を享受できたのです。

ところが例外的には官が人民に対して直接に利益を保護することを保障することがあります。そのときの官の意思は（告）示や（曉）諭のような行為として示されます。それは単に人民に事実上の反射的利益を与えるものではなく、官が与えられた限りの権利を関係する人民に認めるものです。

第二に法は道徳（「礼」）に沿つていなければなりません。儒法の融合の後、法や刑は礼と表裏にあるという考え方が定着して行きました⁽¹⁾。不法な行為は不道徳な行為であり法は道徳の補助手段であるとされるようになったのです。このよ

うな考えは法の内容にも影響を及ぼして法の道徳化が進んで行きます。札からそれたところを刑を科して制裁することによつて刑は札を助ける働きをします。文化的には法は二次的な存在であつたのです。

官民の間で道徳の内容の理解に余り違いはありません。それ故、官の法と民間秩序の内容の多くは事実上一致します。そして札の内容が情理であることを通して法思想と法源とが結びついていたのであります。

二 形式的特徴

いつの時代にも律とそれを修正、補充する法典が存在します。律を修正する法典の呼び名は王朝によつて同じではありません。清代はそれを条例といいます。

註

(1) 本稿一九頁。

第三節 法源の形式

一 刑事法源の形式⁽¹⁾

律例、則例、通行、省例 完全な形で現代に伝わる最古の律は唐の律です。長孫無忌の註釈である律疏が律と合本された唐律疏議が現在に伝わっています。全部で五百二条あります。名例、衛禁、職制、戸婚、厩庫、擅興、賊盜、鬪訟、詐偽、雜、捕亡、斷獄の十二の編目からできています。律疏は想定問答の形式で法律的な註釈をするものであつて、律と同じ効力を持つとされています。いわば学説が法であつたのです。

明律は洪武元年（一三六八年）に司法法として二百八十五条が施行されます。同七年に唐律と折衷して六百六条とし、

同二十二年に四百六十条の六部分けにしました。これが現代に伝わっているものです。同三十年に大明律誥の名で頒布されそれ以降裁判は律のみを基準とするとしたのですけれども明代中期になつて臨時の処分のうち先例とするべきものを問刑条例として付するようになりました。

清代の基本的な法典に大清律例があります。おおよそ明律を引き継いでいます。律とそれを修正、補充する条例から成り立っています。いわば総則である名例の後に吏律、戸律、礼律、兵律、刑律、工律があります。そしてそれらが内容によつてさらに細かく分けられています。戸律に民事法的規定が多くあり刑律には刑事法的な規定が多く記されています。

律例の出版物には刑部が印刷して配布する部頒本もありましたが多くは私頒本です。現代の六法全書と同じようにそれらの本には種々の名称が付けられています。ただ、体裁は大同小異です。律一条と条例および参照するべき資料で一章が構成されています。上下二段に仕切られて下段に律例の本文が記され上段に註釈、参照条文等が記されています。標目はありますが現代法の第何条というような数字はついていません

<p>因妻毆夫 為傷殺 杖八十 別犯有 司法因等 第 毆妻折 傷勿論 妻妾毆夫 賣放殺 妻妾毆夫 妻妾毆夫 妻妾毆夫</p> <p>毆妻折傷勿論 妻妾毆夫 賣放殺 妻妾毆夫 妻妾毆夫 妻妾毆夫</p>	<p>六律律例集新編 卷十五 刑律人命</p> <p>部議律注云父母親乃身者關門賊本夫因別殺妻妾而父母因妻妾為首殺必親告乃坐別殺妻妾之罪該犯父母始行供有確據情者不得概行引別案將理罪須秋審時理其案之初未備情該犯父母後一置即為捕獲其例也乾隆二十九年奉行 陸軍部呈請因妻折傷其母將張氏勒死一案經王爺擬絞處極刑 陸軍部文父原慈愛勸堂等附會長保改請甚乃生若婦性悍見賊賊斷重情引律此案張將楊氏推跌理有婦人王智自擊送而請楊氏到案供明則劉劉等因毆妻殺妻統乾隆四十六年直轄</p>
<p>夫毆死有罪妻 凡妻妾因毆罵夫之祖父母父母而夫不告擅殺死者杖一百親告乃坐 妾因而自盡身死勿論亡妻或有他罪非不至死而夫擅殺仍絞 凡妻妾或毆或罵夫之祖父母父母夫因而擅自殺死者杖一百妻妾殺夫之祖父母父母者罪應斬斷者罪應絞已有應死之罪夫但當殺祖父母父母親自告官治之不當擅殺耳○若夫毆罵妻妾其妻妾因而自盡者無論家庭內折傷首得勇論自欲輕生何罪之有此條因論置</p>	<p>條例 一妻與夫有口以致妻自縊無傷者無庸議 若毆有傷傷死者其夫杖八十 一凡妻妾無非被毆折傷以上者雖有自盡實跡仍依夫毆妻妾致折傷律科斬</p>

ん。標目は下段の第一行に書きます。長い律条のときは○印で区切ります。細字二行の割註があることがありそれを小註と呼びます。本文の解説、補足をしています。それも律文です。律文の後に律を解説する総註が付されています。清初の沈之奇による註釈書である大清律輯註に由来するものと律例改訂のときに作ったものがあります。上註は過去の註釈書から引用して記しています。輯註が最も多く記されています。その他の付件として論、会典事例、則例等が記されています。

清朝は多くの条例を明朝から承継しています。明朝からの条例を原例と呼んで三百二十一条ありました。その後、活発に改訂しています。乾隆八年（一七四四年）以降は五年毎に編纂しなおすことになりました。同治九年（一八七一年）の編修が最後であつて千九百条になっていました。条例のできるきつかけの多くは判決を条例の改訂時に取り込むものです。比照の際の上請や兩請、夾箋声明に対する皇帝の裁定が取り込まれるのです。また、死刑事案について皇帝が律例とは違う処理をしてそれが条例になることもありました。

刑部を除く部等が先例を集めた則例と呼ぶ編纂物を作っています。司法と関係するものとして文官の懲戒処分についての規定する吏部処分則例があります。中央からの通行は条例に取り込まれてはいないけれども遵守するべきものとして地方官衙に通知されたものであり法的効力を持ちます。省例はその省の政務の先例集です。上論とか皇帝の裁可、地方への通達、中央の回答等が記されています。省例がどのような働きをしたかを厳密に明らかにすることは必ずしも容易ではありません。⁽²⁾

成案、情理 判決例である成案は擬律の根拠にはできませんが上請の根拠にはなります。ただ、「遠年成案、向不准引用（遠い昔の成案は従来引用することをみとめていない）」とされて法源として完全には確立していません。

情理が刑事法源かどうかは比照をどのようにとらえるかによつて違います。比照を律例の解釈とすれば情理は法源ではありません。比照を律例の適用ではなく新たな犯罪類型の定立であると考えれば情理が法源として適用されたことになり

因みに、既に記したように唐律の律疏は法ですがその他の時代の学説は法ではありません。

二 民事法源の形式³⁾

律例 民事的な成文条項は律例にあるものにほぼ限られます。その条項も多くはありません。刑事裁判である断獄とは異なつて聴訟は律例の正文を引くことを求められていません⁴⁾。律例が法源なのか情理を知る手がかりなのかははっきりしません。

情理 不文の準則として情理があります。自然的な基準です。理は人を没個人的に見たときの客観的、即物的な準則です。情は個性に着眼した具体的友好的な人間関係を重視する全体的かつ心情的な準則です。理や情はいわば中国的自然法です。皇帝が定めた成文法である法はこの情理を成文化したものです。

因みに、成文条項がないときには慣習によるとはされていません。人民主権に基づく現代法は先ずは議会の過半の構成員の賛成によつて作つた成文の法によりそれがなくときは過半の人民が正しいとして行動していると認定される慣習によるとされます。人民の意思がはつきりしている成文法が優先するけれどもいずれにせよ自分たちが認める準則に従つて規制しています。清代には人民の法生活を事実上慣習がカバーしていても裁判に慣習が適用されなければならないという考え方がありません。

民事法源に判例法はありません。時代的变化や地域的な違いの大きい社会では同じような紛争を同じように解決することが正義であるとする判例を法源とする考えは出て来にくいのでしよう。

古くは経書や礼が法源とされたこともありましたが清代に於いてはそれをそのままの形で準拠とすることはありません。それは情理を知る手がかりであつて法源ではありません。

註

- (1) 滋賀秀三「法典編纂の歴史」、「大清律例をめぐって——〔附〕会典、則例、省例等」(滋賀著書三所収)。
 (2) いわばガイドライン的効力を持つていたといえます。ただ、律例に抵触する省令が事実上律例に優位にすることもあつたらしい。
 (3) 同氏「民事的法源の概括的検討——情・理・法」、「法源としての経義と礼、および慣習」(滋賀著書二所収)。
 (4) 本稿一五頁。

第四節 成文条項の解釈とその優劣

一 成文条項の解釈⁽¹⁾

律例はそれを解釈してその意味(「律意」、「律義」、「例意」、「例義」)を探ることが必要です。そこでいう解釈とは立法者の意思を探るものとして理解されていたようです。そのために立法過程を見ることがあります。文理解釈が一般的であり時に論理解釈を取ります。論理解釈には拡張解釈や縮小解釈、反対解釈があります。ただ、依照するときに拡張解釈することは余りありません。

刑律断獄断罪引律令条は刑事的事案には律例の正文を引用しなければならぬと記しています。引用して照らさなければならぬのです(「照」)。照らし方には依照と比照(「比付」)があります。比照を律例の解釈であるという立場を取ると文意の拡張は大きいこととなります。それは情理の適用であるという立場を取ると成文条項の解釈の問題にはなりません。民事事案は照らすことを求められていません。それ故必ず法によらなければならぬ現代の訴訟に於いて使う立法者の意思よりも判決時点での総合的観点からの妥当な解決を求める自由法論や利益衡量論のような法技術は必要ありません。

二 成文条項の優劣関係

第一に、依照する成文の特別法と一般法の間では特別法が優位し特別法の間では後法が優位します。律と条例という法

形式の違いによる形式的効力に優劣関係はありません。それ故、依照するとき特別法としての条例が優位します。また、条例の間では後で造つた方が優位します。第二に、常に依照が比照に優位するとは限りません。一般法の依照と特別法の比照に於いて、あるいは一般法の比照と特別法の依照に於いてどちらが優位するかは具体的な場合によつて異なるのであつて一般的には決められません。⁽²⁾

註

- (1) 拙稿『清代の命盜事案に於ける法源と推論の仕組み』（星葉科大学一般教育論集二輯）三二頁〜三五頁。
 (2) 同右『清代刑法に於ける自殺関与者の罪責』（同右書二八輯）二〇頁。

第二章 法思想

第一節 儒家思想と法家思想

一 儒家思想の特徴⁽¹⁾

孔子に代表される儒家思想の特徴の第一は合理的であり人間を中心に行っているということです。その一として目に見える行為を重んじ人間を超えた超自然的世界になるべく係わりとはしません。鬼神は敬して遠ざけるのです。現実肯定的であり人工的な世界を肯定します。ただ、それは無神論であつた訳ではありません。天は人格をもつ者としてとらえられていましたし、死は不可避であるとして死後を説明すると言う意味の宗教性はあります。招魂再生の考えがあります。生命の連続性を重視し祖先を崇拜し昔からの宗教的な儀式はそれとして尊重しています。二に、行つた業績よりも行う人間

を重視します。全人的な人間の完成を理想としており専門的な技術を余り尊重しません。三に、政治原理は国家目的を軸としないで人間を中心としています。法や刑罰のような画一的で強制的、非人間的な統治手段では理想的な社会は作り得ないのであつて、理想的な政治は人々の人間性を養うことによつて実現するとします。徳治主義と言われるものです。

儒家思想の特徴の第二は、礼を尊び身分を重んじていると云うことです。儒家が人間の目標として設定した最高の徳は仁です。そして、それを養うための手段として文と礼を重んじたのです。文とは文献的な知識であり、特に大事なものと詩と書があります。ただ、知識だけでは不十分であつて、それを実践して行くためには礼を身に着けて整理する必要がありますがありました。礼とは理知的な反省を加えて洗練された人間として最も正統な行動の型を指します。rules of proper conduct と英訳されます。それは日常生活の作法から広くは社会全体の秩序にまで至る準則であつたのです。礼により社会秩序を維持しようとするとき人間はそれぞれの社会的役割を果たすことが求められます。所を得ること、名を正すことが重要であつたのです。それは身分を重んじる社会を理想としています。

二 法家思想の特徴⁽²⁾

法家思想は商鞅や韓非子に代表されます。法家思想の特徴は儒家思想のそれと対照的です。特徴の第一は、礼や人格主義を排斥します。法を道徳から独立したものととらえています。第二は、第一の特徴の裏返しですけれども法の重視です。法によつてのみ社会や国家は治められます。実定法を定めてそれにより信賞必罰の原則に沿つて君臣の間の身分秩序や職制を確立して民衆を支配するという法治主義を唱えています。性悪説に基づく権力的な国家観に立ち、法の権威の淵源をそのような権力に置きます。政策目標は画一的制度と物理的強制によつて達成されるものであり、その最適の手段を法術と考えています。法は技術化されて客観的な標準としての性格を持ち客観的に機械的に解釈し嚴格に適用されなければならぬとします。また、一般予防のために重刑主義をとります。

このように法家は人間的要素を排除して権力掌握のための冷徹な理論を展開しています。君主は法を定めそれを必要に応じて修正する者であつて、常に法の上にあつて具体的妥当性を実現するために臨機に断を下すことができます。官僚は君主から与えられた法を守り執行する者です。そして人民は受動的に法支配の効果を受けるに過ぎません。

三 儒家思想と法家思想の対比

君主の地位の正当性の根拠を儒家は天命に求めています。そしてそれは君主の徳によつて確保されるとします。法家は君主の存在は自明の前提であるとし、その権威の基礎を論じません。官僚について儒家は教養から出てくる仁徳を備えた者を理想とするのに対して法家は実務能力の高さを尊びます。君主が官僚を処遇するのに、儒家は礼によるとし法家は刑と恩賞によるとします。人民に対しては、儒家は人民を善良ならしめることが統治の基本です。そのためには五倫五常を重んじて身近な人間関係を大事にすることが必要です。法家は感化ではなくて強制によつて悪をさせないことが重要であるとします。

註

- (1) 加地伸行『儒教とは何か』（中公新書九八九、一九九〇年）。
- (2) 田中耕太郎『法家の法実証主義』（福村書店、一九四七年）。

第二節 儒法融合以降の法

一 礼と法の融合

余りに機械的で厳格な法家的統治に行き詰まった秦が滅んだ後、漢は秦の実定法体系を受け継ぎました。ただ、実定法だけが社会規範であるという法実証主義的な考え方は儒家思想によつて修正されて実定法を文、礼の倫理体系が補充するとなりました。法と礼が融合したのです。儒学は国教となり、また、実務能力を中心とすつつ文学的教養で身を養つていくことが理想の官僚とされました。

二 儒法融合以降の法の特徴

儒法融合以降の伝統中国法の最大の特徴は法と道徳が分離していないと言うことです。法にはそのことを反映するいくつかの特徴が見られます。例えば第一に、現代国家のような法源を成文法に限定した上で、かつあらゆる生活分野で成文法を整備するというようなことをしていません。礼によつて規制できたのです。第二に、律例はもともとは礼の秩序の内容をはつきりさせるために具体的な例を示すものでした。刑事事案に於いて犯罪となるかどうかは不文の道徳の中で判断したのであつて律は刑罰の基準でした。ただ、一旦成文の規定を作ると事実上それが犯罪類型として使われるようになります。第三に、道徳に反する行為はすべて刑罰を科されるものとされました。律にはよからぬ行為をすべて処罰するため
の不应為条が置かれています。

第三章 国法、行政法

第一節 人民の法的地位

一 身分制度⁽¹⁾

良民と賤民 国法は国家が人民をどのように位置付けるかという部分とその位置付けを実現するための仕組みに分れます。身分に関する制度や国家が人民の生活にどこまで介入したかが前者の問題であり統治機構が後者に入ります。本節では前者に触れ統治機構については次節以下に詳述します。

官は人民を身分的な差異があるものとし、そして体制の維持を危うくしない限りその活動に口を挟まないものとして位置付けていました。

民人は良民と賤民に分かれます。良民に郷紳という社会学的階層は存在するけれども世襲の特権を持つ貴族といえるような身分がなかったところに清代社会の特徴があります。良民に関しては特に男女とか尊卑、長幼の身分のあり方が問題になります。家族法を見るとここで説明します。

家長に帰属する賤民 賤民の第一は特定の家に帰属している奴婢です。家長に隷属して日常の賤役に服するいわば家父長奴隷である男女を言います。生産労働に大規模に使役される古代ローマのような労働奴隷は中国には存在しません。第三者に対しても対等ではなくその地位が子孫に継承される点で第三者との関係は対等であり、またその地位は契約期間に限られる長随や雇工人とは異なります。奴婢が常人に対して犯罪をなしたときの刑罰は常人のなした犯罪より加重され常人が奴婢に対してなした犯罪は刑が軽減されます。奴婢は良民と結婚できないし子の主婚にはなれません。家を立てることもできません。

奴婢となる原因に契買によるものがあります。父母尊長は子孫が心から望む（情願）のであれば子孫を売却できません。承諾のない略売や心から同意した訳ではない和売は犯罪です。このような奴婢としての売買契約をなしたとき買主は官に届け出て検印を受けて税契銀を納めなければなりません。土地売買の手続と同じです。もつとも、この手続をなしていなくても売買そのものが無効ではなかつた点も土地売買のときと異なりません。典も奴婢となる原因です。貧困のために自ら身を投じて奴婢となるのを投靠と言います。典は官への手続は不要ですけれども投靠は手続が必要です。刑罰によって奴婢になることもあります。謀反大逆罪や謀叛罪で一定の役割を果たした者は奴婢となります。また、奴婢の子は奴婢として父母のいる家に属します。

奴婢は解放されることがあります。家長やその親属に対する刑罰の結果として解放されることがあります。刑罰によって奴婢となつた者は恩赦によつて解放されます。また、家主が一定の条件を満たした奴婢を無償で放出するとき解放されます。奴婢が数代働いて家長がその勤労を考慮して解放を願うときや兵役に服して三代の後大きい功績があつたとき、家長の家が廃絶した等るときになされます。犯罪をなしたために奴婢となつた場合を除いて一定の場合に贖身といつて有償で解放され得ます。家長がその奴婢を養えなくなつたとき、奴婢が年老いて労働能力を失つたとき、家長の家が廃絶されるとき等になされます。ただ、贖身後も引き続き主家で養われるときは良民にはなりません。

刑罰の結果奴婢となつていた者の解放は官衙が照会して民籍に入れる手続をします。放出や贖身は家長が理由を付して官に申請して官の裁可を得ます。

解放の結果、良民の身分を取得します。ただ、官員になる資格はありません。子孫も三代を経過するまでは科挙の受験資格がないとされたこともあります。

職業に着眼した賤民 第二に職業に着眼する賤民がいます。職業には良民ができないものがあります。それを賤役と言

います。賤役についた人は賤民となつてその地位は子孫にも伝はることになります。娼妓や俳優を娼優と呼び賤民がなるものです。衙門で特定の賤役に従事する隸卒は賤民です。その他衙門の賤役に従事する衙役も賤民です。冠婚葬祭の際の儀礼に関する雑役に従事する仕事に六種あり六色と言います。賤民が従事します。剃頭的がなす理髪も賤業とされます。

特定地域に住む歴史に由来する賤民 第三に、特定の地域で生活している古くから賤民とされて来た人がいます。直隸、山西、陝西省の音曲歌舞を業とする楽戸や浙江省紹興の墮民は賤民とされます。九姓漁戸も賤民です。広東には蚕戸、寮民がいます。福建等には棚民、江蘇省には丐戸、安徽省には伴当、世僕がいます。ただ、これらの賤民について官は徐々に良民化していつています。

右に記した第二、第三の賤民は特定の家長との関係はないけれども奴婢と同じ地位にあります。

賤民について留意しなければならないのは、彼らは法的に全くの無能力者であつた訳ではないということです。奴婢は田地の所有を含めて私財をそれなりに所有できましたし、公法上科挙に応じる資格はなかつたけれども兵役に服することはできました。また、職業や居住地に着眼した賤民は独立して生業を営むこともあつて、その生業の種類によつては課税されることもありました。

二 人民の活動に対する体制維持のためにする制約²⁾

治安維持のための取締 官は体制の維持に影響しない限り人民の生活活動に左程の関心を持つておらず介入しません。体制の維持には治安を安定させ財政取入を確保することが重要です。人民は本来思うがままに生活する権利を持ち国家はその活動を原則として制約しないとす近代国家は人民の自由を保障し人民の福祉に沿う手助けをします。権利を持つ訳ではないけれども清代の人民も治安の維持と徴税に関係しない少なからざる分野で放任されていたと言う意味ではそれなりに自由でした。

治安を安定させる限りで官は人民の精神活動を制約します。例えば、出版は古来盛んでした。ただ、軍事その他の官の機密に関する文書や訴訟教唆の文書、猥褻な小説等の出版は禁止されていました。しかし事後的な取締りに止まっています。中央は都察院等が管轄し地方は督撫が管轄して違法な出版物は廃棄させ今後の発行を禁じて関係者を処罰します。

集会や結社に対する規制も余りしません。律例等は政治に関する集会結社に対する規制、邪教や風化に関する集会の取締を規定しています。ただ、これらも事後の取締りです。

官は邪教とされた宗教や一時期のキリスト教を除き宗教活動を禁止してはいません。しかし、職業的に宗教活動をするために出家したり寺觀を設置することを許可制にして人と施設の現状を把握し宗教の無制限な拡大を抑えています。例えば、仏教、道教についてその出家者である僧侶、道士や尼僧、女冠をとらえてその数を限定しています。出家者に年齢制限を設け独子ではないとか犯罪歴がないこと等の資格を求めて規制します。さらに彼らはいわば免許証である牒照を官から受けることが原則として必要です。このような規制のために僧官と道官が置かれていました。寺觀を管理する住持は推薦に基づいて任命します。寺觀の建設には抑制的でした。

一般の人民の信仰活動について官は特には禁圧しないのであって、治安や風俗秩序の維持のために必要であれば宗教活動を取締るけれども信仰活動を進んで制約することはしません。逆に格別進んで保護することもしません。

因みに、官は祭祀活動を行うことがあり政治と宗教を分離してはいません。ただ、政治が強い宗教性を帯びることは余りなかったのです。宗教を統治組織に組み込んで人民統治のために利用することもしていません。

経済活動にも余り介入しません。一定の地域に居住したり移転することを制約する場合があります。また、人に着眼した制限があります。例えば旗人は路引なしでは京城を出られないし官員は任地に随伴できる家族が制限されていました。ただ、一般的には居住や移転は任意であったのです。職業の選択にも官が口を出すことは殆どありません。取引契約も原

則として自由に任せていました。

治安を安定させるために最も重要なことは犯罪者やその容疑者をどのように処遇するかです。官吏が不当に犯罪者や容疑者の身体に危害を加えることを禁止しています。しかし、一定の拷問が認められていますし凌遲処死のような残酷な刑罰があります。刑罰に重刑化の傾向が見受けられます。無罪が推定される制度はありません。黙秘権も弁護士をつける制度もありません。一時不再理の原則はありません。犯罪者や容疑者の保護は恩恵的なものでしかなかったのであつて官はあくまで治安の維持を求めたのです。

財政目的のための負担 財政収入を得るために土地税や流通税を徴収します。税を体制維持のための資金を得るために一方的に賦課したのです。利益を得ているところから取るのが原則でした。

註

- (1) 清国行政法二卷一編。
 (2) 同右書四卷一編、六卷四編。
 (3) 次章参照。