

# 中国法史講義ノート（V）<sup>（1）</sup>

## Notes for the Lecture on the Chinese Legal Tradition （V）

森田成満

（星薬科大学 名誉教授）

### 註

- （1） 中国法史講義ノート（Ⅰ）、（Ⅱ）、（Ⅲ）、（Ⅳ）は星薬論集二九輯、三〇輯、三一輯、三二輯に収載。

## 第六章 家族法

### 第一節 家族を巡る官の法秩序<sup>（1）</sup>

#### 一 家族法の国制上の位置

**家族法の目的と基本的仕組み** 官は家族を巡る秩序を維持することを目指します。その法秩序は家族を位置付ける家族法とその保護の制度から成り立っています。家族法には家族員としての地位の得喪とその効果の二側面があります<sup>（2）</sup>。

家族法は主に五倫 {父子の親（親愛の情）、君臣の義（互いの慈しみの心）、夫婦の別（役割）、長幼の序、朋友の信} あるいはそれを権威主義的に変容させた三綱の準則や宗を維持するための準則等を基礎にして作り出されています。五倫や三綱は人間関係に着眼する身分法理であり親や年長者を敬まい夫婦の役

割を重んじます。宗の法理は生命の源は気であるとし、過去から未来を視野に入れ男系の生命の連続を重んじるものです。

現代の家族法と比べてとき定まっいて意思では変えられない分野が広いのが特徴です。

**家族法の性格** 第一に、家族の身分秩序に関する規範として礼があります。官はそれを法として取り込んでいます。法は刑罰を背景にして礼を支えるものです。ただ、礼が確立していない不正規の家族員に関するところにも法はあります。

第二に、家族法の法源には律例のような成文条項と情理があります。地方によっては省例があります。断獄とは異なり聴訟の際は必ずしも判断の根拠を明示しないので律例や省例、情理のどれを適用したのかははっきりしないことがあります。

第三に、官法としての家族法は行為規範としても裁判規範としても十分な働きをしていません。法の原型が裁判規範としての私法にある西欧法に対して清代法は行為規範としての公法にあります。ただ、家族法は風俗の中で事実上それなりに遵守されているし、また、官の利害に余り関係しないので官は関心に乏しくそれを実現させるための十分な制度を作っていません。例えば、戸籍制度は到底十分であるとは言えないのです<sup>(3)</sup>。

家族を巡り官が活動する場所は裁判が中心になります。ところが必ず律例に照らして判断し執行も確保されている刑法とは異なり家族法は裁判規範として確立していません。多くはないにせよ家族法を調整することがあった判決の実現を確保しようとしていません。欠けるところなく明確な法を備えて置いてその裁判規範としての事後的規制の役割を重視し裁判の場で確実に適用し執行する現代法とは異なります。

**家族法と風俗** 風俗とは通例、秩序を作る合意の有無がはっきりしない民間にある事実上の秩序です。それなりの地域に集まっているある程度以上の数の人の考える行為規範です。それ故、理論的には民間には風俗がいくつもあり得ます。しかし、実際は人々の価値観に違いが少ない結果として異なる内容の風俗が数多く存在することはそれ程ありません。

家族法や土地法のような分野にはいつの時代も風俗秩序があります。官法の存在を意識したりその影響を受けることもあったけれども、人民は官法の中で生活している訳ではなく風俗に沿って生活します。人民は官法を有利である範囲で利用する外的なものとしてしか考えていません。家族に関する官法は風俗を取り込むことはありません。家族に関する風俗も官法を取り込むことはありません。ただ、礼の存在が圧倒的であったことを反映して事実上少なからず共通します。滋賀秀三氏が『中国家族法の原理』を著すときに採った方法は官の法と風俗を峻別せずに二つに共通する準則に着眼して家族法の大枠を明らかにしようとするものです。しかし、精緻に見るには二つを分けて立体的にとらえるのが至当です<sup>(4)</sup>。

## 二 家族法の内容

**家族員身分の得喪** [宗と家] 宗（「同宗」、「同族」、「族」）とは共同の祖先を起点に子が父から気{生命(力)}を受ける父子一気の関係を保ち延長拡大した男系の血族を軸にする集団を言います。人は死んでも気はその後継者の中に生き続けると考えます。そこには男性優位の人間観と相互扶助の考えがあります。留意しなければならないのは気を受け継ぐ者だけが宗に帰属する訳ではないし気を受け継ぐ者であればすべての面で宗に入る訳でもないということです。自然的にはすべての女性は父の宗に入ります。ところが、祭祀をなしなされるという社会的側面で宗に入る女性は夫の宗に入る妻に限られます。

家とは同居共財をなしている男系の親族等とそれを巡る財産の集まりを指します。日本の家のような家業を守り家名を維持することを重視する固定したものではありません。その中で家族員は生活し新しい生命を生み出し祭祀をなします。家族員も財産も変動する宗を維持する組織です。人が同時に二つの家に属することは原則としてありません。同居共財とは勤労の結果取得する収入をすべて家計に入れ消費は共同の会計によって賄い余剰は家産として蓄積する共同会計の仕組みを指します。家産分割（「析産」、「鬮分」、「分家」）をしなければ家は幾組もの夫婦を含み得ます。通例は適宜分割したと言います。

家はいわば権利能力なき社団です。家は官の統治の単位です。法的な存在であって家産の所有主体であり取引契約の主体にもなるし婚姻は家と家の結合です。

〔宗に属する家族員（父と息子およびその妻）〕 宗に属する家族員の基本的構成単位は父子（息子）と夫婦です。ある男の息子や妻になることによってその男の家族員となります。二次的関係として兄弟関係等があります。父子には実父子と嗣父子があります。実父子関係は出生によって成立します。母の地位に着眼して実子は嫡子、庶子〔妾（婢）の子〕、姦生の子に分けられます。気を受け継いで後代にそれを引渡す地位に就くことを承継と呼びます<sup>(5)</sup>。父が死んだときではなく息子は生まれたときに承継します。ただ、姦生の子はこの宗の法理が調整されて父が判明したり認知したときでも正規の承継人とはなりません。

実父子関係を断つことを目的とする行為はありません<sup>(6)</sup>。ただ、嗣父子関係ができると実父の子として承継した地位を失います。

嗣子（「過継子」）を立てる（「立継」、「立嗣」、「過継」）目的は宗の維持にあります。嗣父子関係の成立は嗣父方と嗣子方の家の合意によります。実の息子がいないときには必ず嗣子を迎えないければならぬしそれは一人で足りず。嗣子になる資格がある者は同宗昭穆相当の男です。異姓間の嗣父子契約は認められません。これを異姓不養と呼びます。祖先の祭りは血を引いた者しかできないことを反映しています。ただ、この原則はある程度緩やかに扱われています。独子は原則として嗣子になることはできません。最近親の昭穆相当者を選ぶのが原則です（「応継」）。兄弟の子がいればまずそれを選びます。もっとも、好ましい人を選ぶこともできます（「愛継」）。

立嗣は単なる個人間の契約ではなく複数人の意思によることを反映し、手続上、通例、同族の主要な人物を立ち合わせて継書を作ります。實際上、立会人の賛同も必要です。嗣子を迎える成人が嗣子になる者の父母と共に主継人となります。嗣父となるべき者の死後<sup>(7)</sup>、再婚しない寡婦は嗣子の選定ができます。ただ、同族の非難を受けることがないようにしなければなりません。戸絶のときや未婚のまま死亡した者の立嗣は直系尊属がします。直系尊属もいないときは族中の主要人物が合議します。（「命継」）

死亡あるいは離縁により嗣父子関係を解消します。離縁は第一に、嗣父子の間で協議して合意すれば離縁できます。立嗣は親族を含む契約参加者の合意によって成立するのに対し離縁は立嗣前の状態に戻るのみであって本来親族に不利益はないと考えて親族の口出しを認めません。第二は、裁判を通した離縁です。余程の理由がない限り一方的な離縁はできません。嗣子からの離縁が認められるのは嗣父に実子が生まれたときや息子がいなくなり実父の後が絶える恐れが出て来たようなときに限ります。唐代は嗣父から一方的に任意に離縁できるとしていました。清代は嗣子に大きな欠陥があるときに限っています。嗣父子関係を安定させておくことが家の安定に必要であったのでありましょう。

嗣父が死亡しても嗣子は家の一員として宗を維持します。ただ、嗣父の死後であっても嗣母が代わって離縁できます。嗣父母共に死亡してしまうと離縁されることはありません。

離縁すると嗣子は実家に戻ります<sup>(8)</sup>。妻子がいれば連れて行きます。妻は夫に子は父に従うものと考えています。妻子にとって嗣子であった父の離縁が家族員身分の得喪事由となります。

夫婦とは礼に基づき一夫一妻制に沿う身分契約により結合した男女を言います。一夫一妻制は家の基本型である父母子同居の家を作る働きをします。婚姻は宗の維持に適合する嫁入り婚を原則とします。自由な恋愛による結びつきではなく家柄が釣り合う家同士でなされるのが通例です（「門当戸対」）。その成立のための実体的要件の第一として合意によって成立するという契約法理一般に沿わなければなりません。強迫によって妻にさせられたときやだまされて人違いしているときは婚姻は成立しません。第二は身分法理や宗の法理等から来る婚姻に固有の要件であり戸律婚姻等に関係する条項があります。要件を充足せずに既に夫婦として生活していれば別れさせなければなりません（「離」、「離異」）。例えば、重婚は認められません。同じ男系の血を引く同姓間では結婚できません。同じ物を掛け合わせても良い物は生まれず不吉であるとしみます。同宗者の妻妾とは結婚できません。同母異父の姉妹とも結婚できません。女系の者との結婚はこのような極めて近い縁の者相互を除いて禁じられません。一定範囲の外姻で尊卑世代を異にする者とは結婚できません。良賤相婚は禁止されます。

また、婚姻は永続性を前提にして成立するので期限や条件を付けられません。男女は主婚が全面的に支配している物ではないので売買婚は認められません<sup>(9)</sup>。

その手続はいわば儀式婚と言うべきものであって基本的には六礼（納采、問名、納吉、納徴、請期、親迎）に沿った様式を経ます。礼を具えて迎えた女が妻です。婚姻は婚書や私約を作ること、男家から女家に聘財を送ることによる定婚と成婚の段階的な手続からなります。初婚は両家に主婚が立ち媒人が両家の間を取り持ちます。通例、祖父父母が主婚として主導するけれども主婚が遠い親族であるときはそれだけ本人の意思も働きます。媒人は定婚と成婚の証人となります。婚約破棄の正当理由は特に女性は限られており定婚は女性を大きく拘束します。成婚手続として男家で酒宴等の儀式を行います。女は花轎に乗って男家の門を入ります。滞りなくこれらの手続を完了することが関係者の婚姻を進める意思の存在を推定すると共に妻となったことを公示します。婚姻の厳密な成立時点ははっきりしません。現代法に比べて曖昧なところが少なからずあります。

寡婦の改嫁は寡婦の意思によってなします。

婚姻すると妻は夫の宗に加わります。何かを受け継ぐ（「承」）のではなく新たに始めてその地位に就くととらえます。承継でも宗とは関係なく財産を受け継ぐ承受でもありません。<sup>(10)</sup>

婚姻の解消をもたらす事由は死亡と離婚（その状態に着眼して「離」、動作に着眼して「去」、「出」、「逃(亡)」）です。離婚手続の一は、協議による離婚（「両願離」）です。夫と妻の意思が合致すれば理由を問わず離婚できます。休書（「放妻書」）を妻に受け取らせることによります。婚姻とは異なって夫の親族は離婚に介入できません。二は、官の裁可を得た一方的離婚です。夫からの一方的離婚（「棄」、「放」、「出」）が認められるためには七出三不去と呼ばれる原因に当てはまる必要があります。ただ、妻の淫疾と舅姑に仕えないとき以外は実際は殆ど問題にされなかったと言います。夫の家に入る妻は同居する舅姑と良い関係を保つことが重要であったことを示しています<sup>(11)</sup>。戸律出妻条には夫が犯罪や危難によって失踪（「逃亡」）した後三年内に官の許可なく家を出たり改嫁した妻に対する処罰規定があります。夫が失踪（「逃亡」）後三年間生死不明のと

き妻は官に申請して許可を得れば改嫁できるのでしょう。これが離婚原因であるのか失踪宣告のような死亡に準じる制度であるのかははっきりしません<sup>(12)</sup>。離婚手続の三は、断獄に於ける刑事判断に付帯する民事的処理と関係します。その一は、宥恕して必ずしも離婚しなくてもよいけれども夫が望めば離婚できる場合があります。妻が夫を殴打したときのように妻に一定の非行があるとき夫は離婚できます。妻が逃亡したり姦通したときは望めば夫は妻を嫁売できます。その二は、夫に極めて重大な背信行為があるときです。夫婦の意思にかかわらず離婚を命じます。唐律は夫婦個人の関係よりも両家の関係を重んじて男女両家の間に義絶の行為があるときは離婚するべきであり離婚しないときは彼らを処罰するとします。清律にはそのような規定はありません。ただ、例えば夫が妻を典売し婚姻秩序に背く場合や夫が妻を強迫または黙認して姦を犯させたときの戸律典雇妻女条、刑律縦容妻妾犯姦条等があります。妻あるいは第三者がその事実を官に告知するのでしょうか。夫の背信性が大きいので妻は宥恕できません。留意しなければならぬのは例外的にこれまでの実績や現在の必要性を考えて調整する省例を持つ地方があるということです。例えば、清代中葉の江南には貧困により妻を売って他人の妻とする行為を不応為律による処罰はするけれども売却は有効とする省例が散見されます<sup>(13)</sup>。

夫からする一方的離婚には制約があるし、夫の死亡により婚姻が解消しても妻は宗の一員であり続けます。婚姻中も夫の死後もその親族から追い出されることはありません。妻の地位は理不尽に排除されないという消極的な形で保障されています。このように妻を保護することが家そして宗を維持するためにも有益であったのでしょうか。

離婚した妻は夫の宗から離脱し帰宗します。改嫁のときに似て母が離婚して家を出るとき子は父（夫）の宗を離れないのであって通例連れて行きません。

未婚の娘は自然的な意味に於いてのみ父の宗に属する家族員です。娘は気は父から得て父の宗に属しそれ故父の姓を名乗ります。

[宗に属さない家族員（義子、連れ子、妾、招婿、招夫）] 義子や連れ子、妾、招婿、招夫は日常生活は家族員に含まれるけれども宗の法理に基づく正規の父子、夫婦ではありません。

義父子関係は事実上の父子関係です。その引き取り行為を乞養と言います。機縁は多様です。当時の農業経営に於ける男一人の労働力は価値あるものであったのであり嗣子とは異なり既に息子がいても引き取ることが少なくありません。その成立のために儀式はしないし同族の同意も不要です。養子とは別に養子の概念が確立していない唐律は三歳以下の捨て子を養育することのみを許し異姓の養子を認めていません。その後の変遷を経て清の律例は嗣子と分けて養子として制度化しています。

養子は通常不運な幼少者であって同族を養子とすることはありません。異姓者の収養を認め承継はさせるけれども承継は認めません。夫婦で養子となることはありません。養子は任意に帰宗できます。

改嫁する母（「嫁母」）が稀に連れ子をする場合があります。それを随母改嫁と呼びます。ただ、継父は父にはならず実父の宗に帰属します。

養子も連れ子も男を考えています。事実上収養した女や連れ子の女兒について官法は関心を示しません。

生活を保証し子ができたとき父であることが明白であるならば妾を持つことを認めます。このような多妾制は一層確実に男系の生命を連続させ宗を維持する等の働きをします。妻との婚姻とは異なり家と家が礼に沿う儀式をなすことはありません。唐律疏議はそれは婚ではあるけれども売買に通じるとします。当人の意思を殆ど考慮しない契約であったのでしょう。七出三不去の適用はなく夫は一方的に離婚できます。妾は夫の死亡によって離婚することはなくなり終生養われる地位が確定します。妻の死後、披露して妾から妻に改めることもできます（「扶正」）。

初婚の娘が婿を取ることを招婿と呼びます。その婿を贅婿と言います。労働力を得たり（「出舍女婿」）親が老後を託す（「養老女婿」）ことを目的とします。宋代以降の法に見られます。女家が結納金を出して男が女の家に入ります。終身のこともあるし期限付きのこともあります。男と岳父とは義父子の関係になります。岳父には息子がいることもあります。贅婿は元代法を除いて嗣子ではありません。同姓ではないし宗に入りません。清代の条例は承継人にはならないとします。ただ、一人娘が招婿するとひとまず戸絶にはなりません。



寡婦が婿を取ることを宋代は接脚夫といい近時は招夫と呼びます。これは働き手のないとき等の便法としてなされます。働き手があるときは認められません。

**家族員の地位** [家族員としての一般的効力] 家族員となったときの効力を財産に関係しないいわば一般的効力と財産関係に分けて見ます。

家族員は同居し協力して生活します。

宗に属する家族員について留意すべき第一は、祭祀に誰が参加し誰が主宰するかです。父子は祭祀に参加します（「承祀」）。妻は夫の気を後代に引渡す役割を果たし自分もそこで祭り祭られます。娘は父の宗では祭祀をなしたりなされたりする地位に就きません。それ故、未婚で死亡した娘は祭られません。そして、その祭祀を主宰する者は後述する家産の管理者に似て家の型によって異なるものと思われます。第二は、日常生活に於ける教令を誰がなし誰が主婚や主継となるかです。親子の間では宗の法理だけではなく身分法理を反映し父の生存中に既に母もできます。庶子も含めて宗に属する父母がなします。夫は妻に対する教令権を持ちます<sup>(14)</sup>。

宗に属さない家族員については礼がはっきり確立していません。彼らは日常生活では家族の一員になります。例えば、妾は妻と同じ家屋に住む家族員であり、それとしての効果が生じます。夫とはそれなりの身分関係にあって貞操義務があり服制があります。しかし、宗に関する効果はないのが原則です。妾として男系の気を後代に引渡す地位に就いても祭られて賛美されることはありません。妾は子がない限り誰も喪に服さないし子個人によって一代限り祭られるに過ぎません。寡婦として夫を代位して立嗣することもできません。自家の婢はある程度妾に準じていてそれとの情交は事実上放任されています。ただ、時に、これまでの実績や現在の必要性を考えて枠を超えて宗に属さない家族員を処遇することがあります。継父と連れ子の関係のうち最も密接なものは、どちらにも大功以上の親族がない等の要件を満たす同居と呼ばれる場合です。そのとき継父が連れ子に全財産を与えてその老後の世話と死後の葬喪を委ねる一方で連れ子のために別に祖先を祭る廟を建てる場合があります。

〔家族員の財産関係〕 家族員を巡る財産は家産と家産に含まれない財産に分けられます。家産とは家族員としての労働から得た物あるいは家産から生じた物であり、家に組み入れられた個々具体的な物権や債権を包括する流動的な一つの集合物です。土地が最も重要です。滋賀秀三氏は家産は分量的流動的価値であるとされます。しかし、持分は抽象的分量であるけれども家産を抽象的なものとしてとらえるのはよくありません。

次章に詳説するように官が戸（家）をとらえて人民に授与した官地が民地に組み入れられそれが人民による土地支配の出発点となります。人民は土地を官から取得して家産に入れます。家産という言葉に表れているように官も人民もそれを家の財産と意識しています<sup>(15)</sup>。このようなとらえ方をするのは生活が家を単位として行われることを反映しています。そのときに認められる権利を所有権と呼び家族法と土地法を同じ平面で結び付けて理解し説明するのが至当です。家産以外の財産もこの体系の中に位置付けます。

家族員が家産に対して持つ権限は家族員としての地位によって決まります。父や息子等がいわば権利能力なき社團である家の機関として家産を管理します。父が死亡しても家産の相続は起こりません。管理者が変わるだけです。

家産の管理は宗を維持すると共に日々の生活を確保していくためになすものです。それ故、家産に対する処分や借財、家産分割のような非日常的な管理は宗の原理に沿います<sup>(16)</sup>。この管理の仕組みを明らかにするためには父子と夫妻の二つを要素として見る必要があります。未婚の娘や宗に属さない家族員が管理することは原則としてありません。父も息子も管理する権限を持ちます（「承業」）。ただ、父は息子の気の源であるので父が優越する地位にあります。父が活着している間息子は権限を行使できません。父の地位はさらに父子の親を説く五倫の教えによって一層支えられます。この状況を父子一体と呼びます。夫も妻も管理権を持ちます。ただ、夫は妻の地位の前提であるので夫が優越する地位にあります。夫が活着している間妻は表に現れません。その地位は夫婦の別を説く五倫の教えによって一層支えられます。この状況を夫婦一体と呼びます。

管理者は家の基本形および家族員が死亡したために基本形を作ることができなくなった家の型ごとに決まります。第一は、父子と夫婦を単位として成り立

つ家の基本型である父母子同居の家であって管理は父として夫として息子や妻に優位する父がなします。息子や妻は表面に出ません。父は家産を処分するとき家を代表します。子も連署して売却することはあったけれども父は一人で処分できます。息子が勝手に家産を売ってその代金を費消したとき父は代金を返還することなくそれを取り戻すことができます。借財は父がなします。もっとも、子が父の事前の承認を得て債務を負ったときや子が営む商業等の正当な理由があつて借りたときは實際上父は返済の求めを断り得ません。

家産分割は管理の権限を等しく父から受け同順位で競い合う不安定な兄弟の間の確執を予防したりあるいは落着させるために行います。それは家産の効率のよい経営をもたらします。それ故、父と息子が一人のときには家産の分割はありません。父はいつでも任意に家産分割できるけれども分割の方法や内容は殆ど定まっていて変えられません。立会人の下で息子の数だけ書面（「分書」、「分関」）を作ります。父は任意の量を養老(分)として留保できます。それでも分割によって息子の間で経済的単位が分かれる意味は大きくその後は共同耕作はせず食卓も別になります。そのとき父は息子の承継した地位を奪うことはできないし、兄弟全員について分割し均分にしなければなりません。嫡庶子も均分です。遺言で息子均分を変えることはできません。ただ、承継人ではない姦生の子は嫡庶子の半分となります。また、寄与の大小を考慮しないのを原則とするけれども均分には調整して長子分や未婚の兄弟に特別分を与える例外があります<sup>(17)</sup>。娘は結婚のときに適宜小額の財産を受けるだけです<sup>(18)</sup>。

家産を分割しても父子関係はなくなりません。父の意に沿わない息子との軋轢をなくす最良の方法は事実として息子を追い出すこと（「趕出去」）です<sup>(19)</sup>。第二は、母子同居の家です。父母子同居の家で父が死亡したときです。家産に対する息子や妻の管理権は父や夫の死後に表に現れます。そのとき父子や夫婦の間とは異なり権限の根拠を別にする息子と寡婦の間で比較して優劣を考えることはできません。共同関係がある訳でもありません。並存して互いに張り合う拮抗する関係となります。母がいるとき息子は独断で家産を管理できないし、逆に母も一人では家産を管理できません。

息子のないときも寡婦が宗に属しているので戸絶にはなりません。そのとき父がいないと息子が現れ息子もいないと同族が現れる宗の法理が働いて寡婦による財産の処分は同族等の制約を受けます。寡婦は早く立嗣するべきであっていずれ嗣子と共に家産管理をすることになります。

第三は、子同居の家です。母子同居の家で母が死亡したときです。息子が二人以上のときの兄弟同居の家では兄弟は同列であって優劣を付けられず共同で非日常的な家産管理をします。家産の処分には兄弟の同意が必要です。借財は兄弟が共同でなします。兄弟の間で意見が合わないときは家産分割になります。兄弟同居の家はもともと一時的な分割されるべき不安定な形態です。それ故、現代の共有の分割に似て兄弟は家産分割をいわば権利として主張できます。分割は兄弟の均分です。家産に対する兄弟の権限はその者の死亡によってすべてその息子に移る代襲を原則とするけれどももいこの間で始めて家産を分割するときは株分けするときと頭分するときがあり一定しません。承継の由来に着眼すると株分けになり同世代の均分を重視すると頭分になります。

息子が一人であれば彼が管理します。

滋賀秀三氏は息子の人格は父に吸収されるという家族員の人格のあり方に着眼して父子同居型の家に於いては父だけが承継人であり全権を持つのであって、父が生存中は子の持つものは将来承継するという期待的権利でしかないとされます。しかし、権利主体ではない息子が期待権を持つと説明するのは矛盾です。期待に止まるのではなく彼は生まれたときに承継すると考えるべきです。また、同氏は家を父子同居型、兄弟同居型、母子同居型に分けるけれども父子同居型の家というとらえ方は管理権を持つ妻が隠れてしまっていてよくありません。女性も結婚すると妻として、そして子ができると母として既に確かな地位を占めるのであり父母子同居の家を家の基本型とした上で夫婦の関係を考えるべきです。そして、母子同居型の家が家の第二の型になります。

宗に属さない家族員が家産について権限を認められることがあります。妻とは異なり一般的な管理権はないけれども妾だけが家に残ったときは彼女が家産を管理します。ただ、宗に属さない家族員に認められる家産に対する権限は通例、家産分割のときや家を離れるときのものです。随母改嫁の同居の連れ子は

祭祀は別にするけれども家産分割の際に家産を受け取ります。当初満たしていた同居の要件を欠くに至った不同居の連れ子には財産上多少の考慮をします。妾は遺贈されることがよくあります。招婿について明清法は宗への帰属を認めない一方で財産は嗣子と均分するとします。多年同居した義子は義父に実子が生まれたとき自らの意思で帰宗することは任意であって、そのときそれなりの財産を分与されることがあります。

日々の生活を確保するため、家の尊長である家長は家産の日常的な管理をします<sup>(20)</sup>。日常的な家産の利用と消費は同居共財の中で家族員の必要に応じてなされます。実務を担う者を当家と言います。家の実情に応じて家長は日常的な家産管理を当家に委任します。格別の披露はしません。父母子同居の家で父母が老いると子になるし、母子同居の家では母が当家になることが珍しくありません。また、兄弟同居の家では能力によるけれども通例、兄が委託されて管理します。

家産に含まれない財産の第一は、家とはかかわりのない所得です（「私産」）。取得者は家とは関係なく利用し処分できます。もっとも、家の構成員であることから来る多少の制約があることもあります。その一は、家族員が個人として働いて取得した財産です。官俸や外でなした商売によって取得した物が該当します。商品取引経済の拡大と共に個人としての財産が増加し家産という農業社会を支える財産支配の形態が相対的に少なくなります<sup>(21)</sup>。また、なすべき家事をなした後に妻が稼いだ内職の報酬も個人の財産であり離婚の際は持ち出します。妻の個人財産は娘に相続されます。宗とは異なる母系的な一面です。その二は、家とは関係なく分与を受けた物です。婚姻の際の持参財産は特約のないときは房の財産となります。ただ、夫婦の内部関係として妻の物として配慮するべきであるとされその処分をするとき夫は妻の同意を得ました<sup>(22)</sup>。

個人の財産もその人が死亡したときは家産に入ります。持参財産は妻が死ぬと夫の財産と合流します。妻の個人財産も娘がいなければ家産に合流します。離婚する妻もその家に寄与したときや家族員に責任があつて家を出ることになったとき以外は財産を持ち出せません。改嫁のときも持ち出せません<sup>(23)(24)</sup>。家は衰えないはずで

家産に含まれない財産の第二は、戸絶の財産です。戸絶のときの家産は清算されます。残余の財産の処分方法として遺言があればそれが優先します。義子がいれば承受させます。娘がいるときは事情に応じて種々の比率で娘に与えます。娘もいないときは国庫に入れます。公益のために充当するのが通例です。

### 三 家族員の地位と財産の確認

家族員の地位やその財産を巡る紛争が発生することを予防し、かつ、紛争が起きたときの解決に役立たせるためにその変動や存在を日常的に把握しておく十全な制度はありません。婚姻にも離婚にも官の許可を求めたり官へ届出る制度はありません。

さらに、徴税や治安を維持するための制度の中で家族員の地位や財産を十分にとらえることもありません。里甲制が崩壊し人頭税は廃止され地丁併徴により土地税に一本化されます。そもそも徴税や土地所有権に於いて官は戸をとらえているのであり個人ではありません。その状況は次章の土地法を見るところで詳述します。また、治安の維持を目的にする隣保制度として保甲制を採用します。戸ごとに成年男子の姓名と人数およびその移動を官に報告させるものでした。しかし、制度として十二分に機能していたとはいえません。

### 四 家族員の地位と財産の保護

家族員の地位やその財産は聴訟手続を通して保護します。聴訟では原則として上述して来た一般的に家族はかくあるべしとする家族法を適用します。特に正規の家族員に関係する法分野の規範力は大きく調整は稀にしかなされません。しかし、例外的には生活を維持できるようにするため調整することがあります。例えば、妻を典売することを容認することがあります<sup>(25)</sup><sup>(26)</sup>。また、判決を確実に実現する制度を作っていません。官によって確実に保護する制度にはなっていません。

#### 註

- (1) 滋賀著書一。拙稿「清代における夫婦関係の成立と解消の秩序」{屋敷二郎編『夫婦』(国際書院、二〇一二年)所収}。

- (2) 章題の家族法の用語はここで使う家族法とは異なり官と民間を含めた家族を巡る規範を指す最広義のものとして使っています。
- (3) 本稿(Ⅱ)一一頁。台湾私法卷二上、四〇〇頁～。
- (4) 風俗は準則を形成した主体や過程がはっきりしません。共通の秩序を作る合意はないけれども行為準則を同じにする人が作る不文の事実上の秩序です。風は上からの教化を意味し俗は下がそれに習う慣わしをいうとする説明があるけれども、それよりも広く外から教化されたりあるいは自発的に学習して同じ行為準則を持つようになった人々によって風俗秩序は形成されたと理解されます。

風俗はある程度の数の人の行為規範になっている場合をいっています。また、風俗は一定の地域、あるいは一定の生活圏に生活する人の合目的なものです。その地域は必ずしも郷村に一致する訳ではありません。特定の目的のために随時集合する人民個々人の意識と行動に着眼するものです。

風俗の規範性の強弱とかどの位の数の人がそれが正しいと考えているかとかは事柄によって異なります。規範としての力が強いので家族関係の事柄は通例、多くの人がその規範に従います。

風俗はその準則を受け入れた人々の間に於いてのみ確かな関係を形成します。ただ、現状を守り相手を斥けようとする者はそれを主張の根拠にして抗弁できます。その風俗とかかわりのなかった人にも事実上の影響力が及ぶ場合があるけれどもそれ以上の働きはありません。準則に沿わない行動が無効になる訳ではないし、なした行為のはっきりしないところを風俗に沿って解釈する訳でもありません。民間は法共同体ではなくその風俗が地域人民全員の主体的準則ではないことを反映しています。民事紛争に暴力を伴うことが多かったといわれます。共通の基盤に立たないときは勿論、共通の基盤に立っていても暴力を使ってでも少しでも押し込んでいた方が聴訟になっても民間の調処でも有利であったからだと推測されます。

- (5) 嗣父の存命中の嗣父子契約により承継が起こることから明らかなように承継は父子関係が成立した時点で成立します。
- (6) 因みに、親権や扶養の母子関係は前夫の宗が引き取った実子と改嫁した母（「嫁母」）との間では消滅します。

- (7) 死後であっても既婚者及び二十歳以上の者は無条件に成人として立嗣します。ほぼ無服の殤に当たる八歳以下は幼児として無視されます。十五、六歳以上は成人として処遇されることが多く、それ以下は冥婚によって人為的に成人とされる可能性があります。
- (8) 拙稿「清代家族法に於ける教令の秩序とその司法的保護」(星葉論集一五輯)。
- (9) 因みに、妻は父から気を受け継いでいます。それ故夫婦は姓を別にします。
- (10) 因みに、結婚できる年齢にはっきりした制限はありません。
- (11) 七出と呼ばれる無子、淫疾、不事舅姑、口舌、盜窃、妬忌、悪疾の七つの離婚理由があります。ただ、経持舅姑之喪、娶時賤後貴、有所取無所帰の三つの場合は姦淫を犯したときを除いて三不去と呼んで離婚を認めません。
- (12) 因みに、夫の不貞行為は犯姦という犯罪行為ではあるけれども官がそれを理由にして離婚を命じることはありません。
- (13) 岸本美緒「妻を売ってはいけなかい？——明清時代の売妻・典妻慣行——」(中国史学八) 一九一頁。
- (14) 教令権を持つ者は私的に所定の制裁を行うことができます。教令を怠る者や教令に従わない者は処罰されます。
- (15) 従来の家産支配の仕組みに関する学説は家族員の共同所有であるとする説と家の型によって家族員の単独所有であったり共同所有であったりとする説に分けられます。中田薫氏は対等な家族員の共同所有(「合有」)であるとした上で教令権という外からの制約があって父は広い権限を持つとします。仁井田陸氏は教令権(家父長的権威)説を取りつつ現実には多様とします。滋賀秀三氏は法的な権利主体と経済的な機能とを分けて所有関係の中で父がいるときは父だけが権利を持ち父が存命していないときは兄弟の共有とします。

滋賀秀三氏を始めとして従来の学説は処分を誰がなし得るかという権限の内容に着目して最も大きい権限を持つところに所有権があるとします。しかし、家族員の持つ権限の内容は家から来る制約が大きく所有権という言葉に馴染みません。国制の中で民地支配の仕組みを明らかにするには権原の仕組みに着眼して所有権をとらえるのが至当です。



- (16) 生前贈与は反対給付がないので家の目的からの制約があつて贈与者と受贈者の関係が完全には切れず不安定です。
- (17) 父が家産分割したとき、兄弟の間ではそれぞれの家に分かれるけれども父子の関係はいわば中間的な形態の家として継続します。父母の身の世話は家に附随するものであつて兄弟がなします。父母の住居については、息子に分け与えた物の一室を父は自己の住居として指定できます。また、末子のことが多いけれども息子の一人と同居する場合があります。衣食については、兄弟が順番に世話をする輪流管飯としたり養老糧を父に提供します。後者の場合父母が自己の所帯を持ったり息子の一人と所帯を合わせます。父に養老地があるときは自分で耕作したり他人に小作させたり、息子へ均分して小作させます。養老分の承継は兄弟によつてなされます。
- (18) 父が家産分割すると娘は父母に伴われ、父母死後の分割のときは結婚費用を留保します。生活費は兄弟が共同で負担します。義務も寛大です。嗣子になる資格はありません。
- (19) 父祖のみがなし得るものであり法律関係は変わりません。
- (20) 家長は公法上家の責任者です。
- (21) 滋賀秀三氏は家父には個人の財産はないとされます。家産は父が所有するので家産とは別の個人財産を考えないのでしょうか。しかし、家父が得た物の多くが家産に組み入れられたかも知れないけれども、家父を個人としての財産を持ち得る者から排除する理由はありません。
- (22) 持参した土地を運用して利潤を取得することは夫婦の任意であつたけれども土地の耕作は家族員が全員でなすものであつて自分達だけで耕してその収穫を取得することは許されません。
- (23) 嗣子の実家の家産を受けないのが原則であるけれども、これまでの実績を考慮し調整し家を出るときに若干の財産を与えられることもあります。
- (24) 因みに、勿論、例えば義荘のような家とは異なるものに組み入れられたときは家産に入りません。
- (25) 本註（8）

- (26) すべての人を自由、平等、独立の理性的な存在としてとらえて物と区別する人権思想のない清代社会では下位の身分の人を売ることがあります。売られる者の意思が余り考慮されないのでしょうか。売の概念の幅は広く客体は余り限定せず、有償で権利や地位の移転をもたらす法律行為を指します。それ故、その動機等を含む全体を評価して契約の有効性を判断しなければなりません。

## 第二節 民間に於ける家族秩序

### 一 風俗としての家族秩序

風俗は礼に従い礼を軸とする結果、官法と広く重なります。しかし、人民には官に比べて現実に順応する強い傾向があることを反映して官法にない風俗もあります。現実に順応して風俗が目指す目的の第一は、男系の生命を確実に連続させることです。子を得ようとして人妻を典買することがあります。そこには即物的に目的を追求していて貞操を尊重する観念が全く頭のない夫婦間の圧倒的身分差があります。幼男幼女を定婚し、直ちに女を引き取る童養媳という風習があります。兄弟の死後その妻と婚姻することを容認する風俗があります。永続させる意思や長い実績があるとき無造作に義子や連れ子に承継し姓も変えさせることがあります。姦生の子であっても一旦認知されると一人の息子として処遇する傾向が強く見られます。兼祧に関する風俗は一人の男が二人の妻を娶ることを禁止する法とは異なりいずれをも正妻と認めて一夫一妻制を修正します。冥婚とか陰親等という未婚で死亡した者同士の婚姻をなすことがあります。夫の親族が寡婦に改嫁を強いることがあります。

第二は、身分法理の重視です。例えば、立嗣に於いて長子を優先することがあります<sup>(1)</sup>。

第三は、生活を維持し向上させることです。特に激しく社会が変化していた江南に於いて貧困故、金を得ようとして妻を典売する慣行が見られます。また、多くの富を蓄積し家を経済的に隆盛させようとする工夫が見られます。例えば徽州の商人には家業経営の利益を考えて分書を作っても家産分割を実行しなかったり、共同所有(「存衆」)にすることがあります。また、分割後も必要であれば

協力関係を維持すると言います<sup>(2)</sup>。太平天国以降、城居地主の増加した江南に官の協力の下に小作地の管理と小作料の徴収をなす機構として作られた租棧<sup>(3)</sup>の小作地も分割には抑制的であったと思われます。しかし、理念を変えて家産は均分しなくてもよいと考えるまでには至りません。

これらの目的は官法の目的でもあります。ただ、風俗はその実現のためには礼や法が求める決まった手続や構成に沿うことにこだわられません。婚姻に条件や期限を付けることも認めます。

## 二 民間に於ける家族員の地位と財産の確認

立嗣や婚姻、家産分割は多くの立会人が参加して契拋を作り儀式をなします。その事実を参加者が確認します。その手続が手続に参加していない者に対する公示の働きをします。継書を作らないときは父の葬式のときに子としてなすべき役割を果たすこと等が立嗣したことを公示します。離婚や離縁は当事者間でなされるので確認や公示の制度はありません。宗に属さない家族員についても格別の帰属を確認する仕組みはありません。

## 三 民間に於ける家族員の地位と財産の保護

**民間に於ける調処** 手続に参加した者の間で紛争が起きたとき関係した媒人がいればまずはその媒人が調停します。手続に参加していない者との間の紛争や媒人のいない紛争は信望厚き人の調停に委ねます。次章に記す土地紛争の調処と仕組みは異なりません。

**民間に於ける調処と聴訟の共働** 人民にとって官法は自ら参加して作る秩序ではありません。ただ、人民は自分に有利であると考えれば官の法制度を一方的に利用します。聴訟と民間に於ける調処は別々のものでありながら互いに影響し合い多くのところで事実上共働しています。官法の内容と一致する風俗は官によって後押しされることになります。

## 註

- (1) 時に見られる絶次不絶長や以長継長等の次男の長子で長兄を承継させる長男優位を示す慣行に長幼の身分を重視する考え方が現れます。長幼の序と宗の維持を両立させる便法です。

- (2) 白井佐知子『徽州商人の研究』（汲古書院、二〇〇五年）。
- (3) 村松祐次『近代江南の租棧——中国地主制度の研究』（東京大学出版会、一九七〇年）。夏井春喜『中華民国期江南地主制研究』（汲古書院、二〇一四年）この本に対する筆者による書評が法制史研究 65 に掲載）。租棧が集めた小作料が商業資本として都市へ流れたと言います。

#### [付記]

中国法史講義ノート（I）（星葉論集二九）二頁一六行の親屬と夫婦親子の身分法を家族法を巡る官の法秩序に、一七行の家と財産法を民間に於ける家族秩序に改めます。