

# 中国法史講義ノート (VI)<sup>(1)</sup>

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

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)、(V) は、星薬論集二九輯、三〇輯、三一輯、三二輯、三三輯に収載。

## 第七章 土地法<sup>(1)</sup>

### 第一節 民地の所有権に対する官の法秩序

#### 一 民地の所有権法の国制上の位置

**国土統治の仕組み** 本章は民地の所有権の解明を目的にしています。まず、清朝権力の全国統治の仕組みを俯瞰することによって所有権が成立する民地の清朝土地制度全体に於ける位置付けを行います<sup>(2)</sup>。

清代の土地はどのような身分の人と与えて支配させているかに着眼して本部にある官地、旗地、民地と藩部の蒙地等の四種に分けられます。官地、旗地は直轄領、藩部双方に存在し民地は直轄領に分布しています。蒙地等は藩部に存在していました。官地は官あるいは官員が支配する土地であり、官用地<sup>(3)</sup>、治安の維持や米穀輸送の確保等の目的のために兵員（「軍戸」）に経営させる屯田や封禁地（「官禁」、「公禁」）、無主の荒地（「官荒」）、海河の水際に新たにできた沙地（「新漲沙地」）、刑罰として（「叛産」、「逆産」）あるいは戸絶のとき等になされる没官の土地等があります。無主の土地が官地であることは、清朝

権力が全国支配をしていたことの証左です。旗地とは八旗に属する個々の旗人にその生計の基礎として給付し支配を認めた土地です。多くは佃戸に耕作させ、時に荘頭制が見られたといえます。旗地の民人への典売を禁じる原則も時代を経ると動揺し始めます。蒙地とは軍事的義務を負わせる代わりに、蒙古王公に世襲的に与えて独自の支配を許した土地です。典売が禁止されたのにもかかわらず売却が絶えず、崩壊への方向を辿って行きました。そして、他の藩部の土地のあり方も蒙地と大差なかったものと考えられます。民地とは民人が支配する土地であり、その大部分は明代から既に民地であったものです。徴税の面で戸部の管轄下に置かれます。民地に於ける所有権の基本的な骨組みの成立は、恐らく均田制が崩壊し兩税法を施行した唐代中期にまで遡ります。清朝は明朝の制度を踏襲したのであり、民地をどう扱うかを清朝成立時に新しく検討した形跡はありません。全国土の中で民地が占める割合が増加して行きます。

**所有権法の目的と基本的仕組み** 土地政策の中心をなす民地の所有権を位置付ける準則、即ち、土地所有権法は民地支配の秩序を維持することと確かな徴税をなすことを目的にします。所有権法は所有権は官が授与する土地支配権であるということとそれは譲渡できるという二つを要素とします。所有権を巡る法秩序は所有権法と聴訟に於ける所有権の保護の制度から成り立ちます。

**所有権法の性格** 第一に、所有権法は土地税制度と関係しているのであって行為規範としての面も小さくありません。官は紛争の解決にも増して税収を確保するために裁判以外の事前規制の働きを重視しています。第二に、聴訟は判断の根拠を明示する必要がないので成文条項を適用したのか情理を適用したのかはっきりしないことがある場合は家族法の場合と同じです<sup>(4)</sup>。

**所有権法と風俗** 中国に生きているという意識は共有しているけれども、すべての人民が土地の支配秩序を共にしようとする気持ちをはっきり通じ合って生活している訳ではありません。秩序を統一する権力機構のない民間の秩序については、固定した制度論ではなくて流動的な実態を観察者の立場で見るとありません。ただ、民間に於ける土地支配については殆どの人がかくあるべしと考えて生活する大枠としての基準が事実上形成され、そこには地域による違いも余りありません。多くは民間全体に存在する風俗としてとらえられます。

## 二 民地の所有権法の仕組み

**所有権の主体** 家族員の特有財産のような個人の財産もあるけれども多くは家産あるいは宗族の維持を目的とする祭田、祀墓、義荘のような族産<sup>(5)</sup>、宗教目的の廟産、教育目的の学田等のいわば法人の財産です。

家産は家族員が共同で労働し共同で生活する農業社会の核になる民地の主要な所有形態です。家産支配の法律関係は家の外の者に対するときと家族法上の身分関係にある同居の家族員の誰に管理権限が帰属するかということに分けて見る必要があります。家の外の者との関係に於いて官は家を具体的な属性を捨象した同種の独立した対等な存在として抽象的にとらえています。そして既述のように家族法と土地法を同じ平面で見ても家が所有権の主体であるととらえるとき官法全体の中で所有権を位置付けることができます<sup>(6)</sup>。一定の官員はその任地で家産の管理者として民地を購入することを禁止されます。また、清初に於いて旗人は民地を購入することを禁じられていました。しかし、この外に格別購入を禁止される者はいません。軍戸や僧人、道士も民田を買えます。民人が旗地や屯田を購入することを認めることは体制の枠組に関係するので官は消極的であったけれども、原則として誰でも家産として民地を持つことを認められたのです。

同一の山（進んで別人が権限に基づいて取得した物であるとされない限り立木を含む）を家産として共同所有するときのように稀には主体が複数のこともあります。

**所有権の客体** 第一に、原則として一個の土地を客体としてとらえます。それが持つ経済的権能は所有権の内容と位置付けます。土地には必ず一つの所有権が存在し一つ以上の所有権は存在しないし他の物権は所有権の存在を前提とします。第二に、例外として一個の土地にある永続的な収益権能（「業」）を客体としてとらえることがあります。その時客体は所有権の内容と一致します。明末以降、地主、小作関係<sup>(7)</sup>が多く存在する華中、華南に於いて小作人（「佃戸」）の開墾や土地改良、押租に基づく耕作権の物権化等に由来し所有権が弾力性を失い完全な利用権を永久に回復できない一田両主（「田面田底」）が生まれます。一つの土地にそれがもつ収益を分かち合う複数の所有権が存在するこ

とになります<sup>(8)</sup>。しかし、官にとってそのようなとらえ方は違法ではないとしても好ましくありません。徴税を難しくするからです。原則として官は一個の土地に一個の土地税を課するという徴税制度との関連では田底を所有者としています。

所有権は客体に対する直接的な支配権である物権として構成されます。かつて地主、小作関係を巡って契約に基づかない身分的あるいは人法的支配があるとする見方とないとする見方の間で時代区分に関連する論争がありました。しかし、時に見られる地主の小作人に対する対価の不明確な利得の関係は許されない事実上のものであるか、あるいは道義的なものであって、完全ではないにせよ法的には地主と小作人は対等であり身分的支配に乏しいと見るのが至当です。

所有権の内容に着眼したとき所有者は土地を任意に利用処分できるのが原則です（「自主」、「自専」、「或守或售」）。ただ、土地の性格や存在目的、社会的経済的効率等からする制約があります。例えば、相隣関係に基づく利用制限があります。家屋の脈に当たるところに墓を造ることはできません。日本の入会とは異なり山で薪をとったり牛を放ったりすることや田畑での残果の採取のような経済的利益の低い行為は誰でもできました。村としてのまとまりがなかったことを反映しています。耕作地を理由なく荒蕪させることはできません。廟産や学田は売却が禁止されます。家産は宗の維持を図るための物であって全部を処分するようなことは考え及びません。遺言の働きは限定的です。個人の特有財産はともかくとして家産について所有権の自由を野放図に強調するのはよくありません。ただ、土地売買は盛んになされています。

**所有権の効力** 所有権は占有の有無とはかかわりなく誰に対してでもその権利を主張できる不可侵な排他性を持つものとして構成されています。所有権に対する侵害が法律行為に基づくものであろうと事実的な行為であろうと侵害された秩序はもとに戻されるべきであり、現実的な支配をも失っていれば土地は回復され保護されるべきです。転々と譲渡されて行っても所有者は土地を追及できます。

律、条例には土地を巡る不法行為の態様とその土地の性格により、侵害者に

対する処罰の軽重を決めるという刑罰法規の性格を持つ規定があります。刑事法と民事法が峻別されていません。そのため、所有権侵害を巡る点では同一の不正行為をいくつかに分けて規定しています。律、条例の記す不法行為には、冒認、盜換易、侵佔、強佔のほかには不法な法律行為である盜売、投獻、重複典売<sup>(9)</sup>の七種類あります。

侵害の除去に要する費用は侵害者が負担します。因みに、とりあえず占有者を保護する占有制度はありません。侵佔行為は官衙から差役を派遣して阻止させたり、あるいは刑事罰を科して抑圧します。

**所有権の変動** [所有権の取得] 所有権の取得には民地以外の土地から取得するときと既に他人が所有している民地を取得するときがあります。王土思想(「公地公民」)から導かれることであるけれども所有権の正当性はすべて官に根ざします。自然法論のように所有権を前国家的なものとはとらえません。官は国土を有効に利用するために最も適当な者に所有させます。土地の効用に即した利用(可能性)を確立することが所有権の実質的な根拠となります。

民地以外の土地を取得して民地とする手続は民地としては初めての取得であるという意味で原始取得と言えます。その取得手続の第一は、税や対価を徴取するときのように人民が民地として取得したことを承知しておくことに官が大きな利害を持つ土地の場合です。一つ一つ行政行為を通して取得させます。このような手続がとられる一は、官地を開墾して生産性が高くなった農地です。財源を確保するために担税者の確定を目指して官が戸をとらえて所有権を付与します。

開墾をきっかけとするときにも対象が通常の荒地であるときと新漲の沙地のときがあります。荒地及び新漲の沙地に対する開墾手続は開墾者を決めるところから始まって所有権を付与することにより終わります。荒地の典型的開墾手続は期間を設けて公告しその間に権利を主張する者がいないとき、その土地は無主の土地であると推定します。そして、万人に機会を平等にして開墾希望者を募り開墾者を決めます(官から見て「召」、応募する人民から見れば「報」となります)。開墾者を決める際に官に金銭を納入する場合は(「承買」)その時直ちに所有権が付与され、金銭の授受がないときにはある程度まで開墾され

たときに所有権が付与されます。官による授権行為の際、通例、いわば権利証である地券（「地照」、「執照」）が給付されます。一定程度まで開墾された時に課税を開始（「陞科」）します。

沙地は官が保持し続けることもあるけれども通常は所有権を付与し民地とします。一旦、土地が水流によって崩されて消失（「坦没」）したあとで、坦没区域内、あるいはその付近に再び新漲地ができることがあります。それをもとの土地がまたできた（「故土復生」、「原坦復漲」）と呼びます。そのときは坦没地の所有権を持っていた戸（「坦戸」）に坦没の事実を官に届け出ておけば、金銭を納入させることなくその坦没地の広さの土地を与える（「撥補」）のを原則とします<sup>(10)</sup>。坦没したときに税を除く（「除糧」）のが原則であるけれども除かない（「賠糧」、「包賠」）こともあります。

撥補すべき者が存在しないとき、言い換えれば過去に坦没がなかったか、あるいはたとえ坦没があったとしてもその坦没界内あるいはその付近以外に新漲地ができたときの処理はもとの所有者の存在を考慮しなくてもよい点で荒地の開墾手続と異なります。しかし、その他は大枠に於いてそれと等しいものです。一人に認める開墾面積は制限するけれども開墾者を特定の身分の者に限定しないのを原則とします。周囲を水で囲まれた新漲沙地（「江心突漲」）は機会を均しくして開墾者を決めるのが通例です<sup>(11)</sup>。問題となるのは新漲の沙地の近隣に居住している者に優先権を与えたかどうかです。開墾者を先願主義で決めるときや抽籤によるとき機会は均等になります。岸に接して漲出した沙地（「子母相生」、「接漲」）には隣地所有者に優先権を認める例もあります<sup>(12)</sup>。しかし、機会均等が原則でした。

手続を経ずに荒地や沙地に入り込んで耕作を始めてしまう者がいます。こういう占墾を私墾と呼びます。私墾者を処罰し、かつその占墾地から排除するのが原則です。開墾者は改めて選ぶことになります。ところが既に耕作のために労力や金を費やしていることを考慮して私墾者に所有権を付与すると共に税を課し始め既得の利益の税も追徴（「補税」）することもあります。そこでは処罰もしていません。

開墾をきっかけとしないで人民が民地以外の生産性の高い土地を取得すると

きも官はその事実をつかんでおく必要があります。その一は、没官地の払い下げです。没官地は官地のままにして人民に耕作させることもあったけれども払い下げることもありました。払い下げ手続は官との間で金銭の授受を行うときの開墾手続に類似します。

二は、衛所屯田の売却によるものです。明代からの軍制を受け継ぐ衛所屯田は雍正五年から九年まで軍戸、民人を問わず誰にでも売却し民地とすることが許され、その時税契し課税を始めたといえます。その後の売却を禁止したときに於いても売却する者が絶えず、そういう現実には官が妥協し売買を追認し所有権を認めることもあったらしい。

三は、旗地の買得による取得です。漢軍などの旗人が旗籍を離れて(「出旗」)民人となるときに旗地を持ち出す(「随帯」)ことがあります。持ち出した土地は依然として税を賦課されず、後日、他の民人に売却するときに始めて税契し課税が始まります。旗地を携えて旗籍を離れてもまだそれは旗地であり、その後、他に売却されたときに所有権を付与されて民地に編入されます。また、旗地は本来、旗人の生活を保証するという設置の目的から、旗人のままで旗地を民人に売却することは禁止されます。ところが売却する者が絶えず、そしてそのとき売買を追認し税契して新たに課税することがありました。課税し始めるのは民地に編入されたからであり税契するのは売買という法律行為が行われたからです。時には順天、直隸等のように旗地の売買を認めたところもあります(「旗産民業」)。

屯田や旗地はその存在目的を維持する点から考えて、また民地とすることを認めるときであっても確かな徴税という点から見て官に大きな利害があります。それ故、官が承知することなくいつの間にか民人が私的に取得し民地となることはないとするのが至当です。

民地以外の土地を取得して民地とする手続の第二は、人民が民地として取得したことを把握しなくても官にとって利害の少ない土地の取得です。典型例は官の山(「官山」)です。山は非耕作地であり生産性は高くありません。官山の支配は官地として留めおくとときと人民の所有を認める場合に大別できます。後者の場合は人民の行為のみによっていわば私的に取得されます。山の所有権

を巡る史料の殆どは利用が確立して久しいものあるいはそれを承継しているもの（「祖遺」）です。墳を造るとか樹木を植えるような平穏な有効利用を確立し継続したとき所有権を取得します。それは占有を続けるだけの実力を反映するものであり現状を認める働きをします。

他人が所有している民地の取得は譲渡によって私的になされる承継取得です。耕作地であるか非耕作地であるかを問わず人民の意思のみによって取得され官は譲渡そのものにはかかわりを持ちません。課税地ならば別途納税手続をします。戸律典買田宅条は売買によって所有権は買主に移るとします。乾隆二十四年の江蘇布政使常亮の上奏を戸部が議覆して纂入した条例も売はすべて所有権を移転するとします<sup>(13)</sup>。現代民法の売買と比べると売買のためにはより確かな売買の意思があること（「情願」）が必要です。しぶしぶの意思は意思があるとは評価しません。売買手続に関する明文は律例にありません。ただ、立会人の下で契拋を立てる手続が全国的な風俗になっています。官は風俗を取り入れるとはしないけれども下級官衙の章程や通飭、告示に見られるように民間の売買手続と同じものを考えていると思われまふ。

典に於ける所有権の帰属に関する官の取り扱いは揺れています。戸律典買田宅条は典取主に所有権が移り税契過割するとします。ところが上引条例は典当は所有権を移転しないとします。ただ、官は占有者が所有しない状態が長期間続くことを嫌います。乾隆三十五年の定例は契約後十年経過した時点で回贖することを認め回贖しないのであれば典取主は典契約のまま、あるいは売に変えて所有権を取得するべきであるとします<sup>(14)</sup>。そのとき税契過割します<sup>(15)</sup>。

〔所有権の喪失〕 所有権の喪失は土地そのものの滅失や他人が取得することの反面として起こるもの、さらに官地となる没収、公用徴収（「公占」）、放棄等を原因とします。消滅時効の制度はありません。生産性がなくなった荒地は税を除くけれどもそのとき所有権が喪失するかどうかの官法は確立していません。所有者の存在する無税の荒地も存在します。「民荒」とか「有主之業」と呼ぶ荒地がそれです。荒地を開墾した新所有者との関係で相当年限の経過に沿ってもとの所有者の権利主張を徐々に排除します。新所有者が土地に投下した費用や時の経過等を考えて法的な安定性を求めます。また、所有権の存在を

確認することにより旧来の権利者がいても権利を断ち切ることがあります。再確認後一定年限を経た時にもとの所有者の権利を断ち切る開墾の際の取り扱いと等しい場合と再確認の時に断ち切る場合があります。

**所有権に対する負担** 官が一方的に所有権の全部あるいはその一部の権能を取り上げることがあります。その根拠は所有権が統治権を持つ官に由来することにあります。このような負担には徴税と軍事目的の徴用、公用徴収があります。土地税は農地を中心に一個の土地に一つ課します。

### 三 民地の所有権の保護

**聴訟に於ける実体的準則の仕組み** [所有権法理] 滋賀秀三氏は実定法が乏しい故、聴訟はルール指向性のない情理によって实际的に解決する。当事者の同意があるのでそれで不都合はないとされます。しかし、適用準則の形式ははっきりしないこともあるけれどもそこには所有権を保護する所有権法理とでも呼ぶべき準則があります。どうすることが实际的な解決になるのかを説明すべきです<sup>(16)</sup>。

所有権は不可侵であるという所有権の効力は制度的には聴訟を通して実現されます。判語に現れる {「物にはそれぞれ主がいる。法廷で一旦尋問すれば、どうして返ってこないことを心配しようか」(「物各有主・公庭一質・豈慮壁返之無時」)} という言葉はそのことを示しています。

[調整法理] 聴訟は紛争の解決を目的に官が主導します。所有権を巡る紛争ではあっても目的の達成のため常に狭く所有権の法理だけを基準にする訳ではありません。所有権法理を適用しないで別途の考慮をするとか所有権法理は適用した上で他に考慮する等、全体的な見地から両当事者を社会に位置付ける関係形成的な解決がなされ得ます。礼の規範力が大きい家族法の分野に比べてよく調整されます。ただ、史料用語で調整を「妥協」と呼ぶことから所有権法理の適用が原則であって他は調整であることが窺われます。本来あるべき秩序が存在することを示す {「本来・・・とすべきであるけれども、ひとまず・・・とする」(「本応・・・姑・・・」)} とか {「本来・・・とすべきであるけれども、特別に不満足ながら・・・とする」(「本応・・・格外曲全・・・」)} と記して処断している事案があります。官は家を均一の主体ととらえます。その個別の

属性は通例、紛争になった時の調整のための事由です。

所有権法理に変更を加える調整は所有権の不可侵を唱う律例に背くので余り好ましい方法とはいえません。調整するときも事実を十分究明して、本来、適用を予定される所有権法理に留意した上でそれと余りかけ離れていない解決をするべきであるとされます。

実体的な準則には所有権法理のほかに調整のための法理があります。所有権法理に調整が加えられるのは所有権法理を適用するために必要な事実の認定ができたのにもかかわらず他の様々な事実を考慮するときと、所有権法理を適用するために必要な事実が認定できないときがあります。調整のなし方としては所有権法理では土地所有を認められる者にその土地の全部、又は一部を相手に譲り渡すことを命じることのほか、当事者間で金銭の授受をさせる方法や係争地の利用の面で調整を行う方法等があります。

事実ははっきりしているのにもかかわらず調整するときは所有権の不可侵と他の要因が総合的に考慮されます。現状に即した公平に着眼する具体的妥当性を追求する場合です。そこでは人間関係を破綻させないために感情の融和がはかられ共生や互譲、互酬が強調されます。第一は、原状回復を命じることによって生じる侵害者の犠牲と所有者の利益を衡量するものです。その際の犠牲とか利益の内容は経済的なものであることが一般的です。それは既成事実を優先し現状維持の働きをします。土地を回復させても管理し続けることが困難であることを考えて調整することがあります。第二に、侵佔行為が誤認によるか故意に基づくか、更には計画的行為によるか等々の侵佔行為をなした者の内心の悪性の強さに着眼して悪性の少ないときには調整を加えることがあります。侵佔して墓を造った紛争の処断によく見られます。売主に所有権が存在しないことを知らずに買った者を保護して取引の安全を計るために調整することがあります。第三に、主張を斥けられたけれども、ある程度の根拠を有する者に対して若干の金銭を給付するように所有を認められた者に命じることがあります。殆どゴテ得に近いこともあります。第四に、調整はまた履行が十分に確保されていないことによって起こります。調整して履行が期待できる処断をします。第五は、両当事者の社会的地位を衡量したり両者の社会に於ける関係を考

慮して調整するものです。その地位は具体的には経済的な面であることが多く弱者対強者の紛争とも言い換えられます。社会に於ける両当事者の関係として重要なものに親族関係があります。地主とその使用人（「下僕」）という関係も調整の要因となります。

このような調整に於いて留意すべきことの第一は、民間の風俗を考慮して調整している例を検索できないということです。それと関係するけれども第二に、審理中の個別の事案に民衆が圧力をかけることは殆ど見られないのであっていわば世論によって調整することはありません。第三に、土地紛争を巡って行われた暴力行為の責任が調整の要因とされている例もありません。暴力行為が別個に処罰や損害賠償の対象とされることはあるけれども、それにより所有権法理が調整されることはありません。

所有権法理を適用するために必要な事実に不明確なところが残っているときに調整します。その第一は、問題となっている法律行為の内容がそもそも明確さを欠いてなされたときです。第二は、境界が不明のときであり地勢等を考えて設定します。

**土地所有権を巡る聴訟の手続** 聴訟の手続一般については既に論述したので、ここでは土地所有権を巡る聴訟に特徴的な事実認定に於ける立証責任の仕組みについて記すに止めます<sup>(17)</sup>。

証明の容易な事実を証明することによって反対の証明のない限り所有権の存在を推定する便宜の方法を取ることがあります。所有権の存在を証明するために所有権の取得の事実（「来歴」）や表象手段、あるいは過去の実績等に所有権の存在を推定する力を持たせます。そして、それらの推定力に優劣をつける仕組みになっています。推定力の大小は所有権の帰属の確認の実態、特にどの程度確認の機能を果たせていたかということと密接に関係しています<sup>(18)</sup>。

正当な取得とは正当な手続により取得したという手続の正当性と、原始取得については無主物であったかあるいは無主物と推定される土地であったということ、承継取得については前の所有者に真実の権利が存在したという実体的正当性が備わっているものを指します。正当な手続とは譲渡が真意によるということ。官から付与されたとか他人から譲渡を受けたというような取得の事

実が証明されれば取得の正当性と取得した権利の持続は推定され所有権の存在が認定されます。原始取得の立証は地照があれば比較的容易であるしその取得手続は信用できます。承継取得の正当性を推定するために官から行政的に原始取得したところまで遡って完全に権利移転の道筋を跡付け得ることは少ないしその必要もありません。重要な法律的な行為をなすときは多くの関係者が参加するという現実の取得手続から見て信頼できるという事情が背景にあります。特に、取得の際に作った契拠は係争地のものであって偽造でないことと認定されると真正に成立したと推定されます。因みに、紅契になると急に信頼性が増す訳ではないので白契と証明力に大きな違いはありません。原始取得は前主の権利に基礎を置かないので無主物ではなかったことが取得後に証明されても取得の正当性の推定は破られません。承継取得の正当性の推定が破られるのは二重の譲渡及び権利のない者の譲渡に限られます。原始取得あるいは承継取得を立証した者とそれより時間的に後に於ける別人からの承継取得を証明した者とが存在するとき、家産分割や相続のような無償の取得よりも取引による有償取得を強く保護する傾向が見られます。

現在納税しているという事実は所有権の存在を推定する表象手段です。取得の事実は推定力に於いて現在納税しているという事実に優ります。現在納税しているという事実は現在占有しているという事実より優位に立ちます。因みに、過去に納税していたという事実が表象手段になることはありません。所有権が存在することを官が再確認したという事実は、所有権の存在を推定する第二の表象手段です。この事実と取得原因や現在納税している事実との優劣関係は事案が乏しくて完全に明らかにすることはできません。ただ、遠い過去に官が再確認したという事実はそれよりも新しい時点での承継取得に劣ります。それは、現在、占有しているという事実にも劣ります。

族譜や碑譜の記載によって自らに権利が存在することを宣示していたという事実は当時の族人の指導層が権利を再確認したものとして位置付けられます。ただ、族譜、碑譜は同族等にかかわる重要な事柄を後世に伝えることを目的として作られるものであって、所有権の変動や存在を第三者が確認する制度ではありません。族譜は族外の人との争いの憑拠にはできないとする言葉から逆に

同族の中の紛争には使えることが窺われます。

一般的には宣示の事実はいわば自らの過去の実績（「事蹟」）であり、占有と同様の性格を有します。現状を守って相手の侵佔を斥けようとする者が抗弁する根拠として族譜、碑譜の記載を取り上げることは認められ、逆に現状を変えようとする者が主張の根拠としてそれらを援用することは認められません。

取得の事実や表象手段等を現在占有している者との関連で考えて見ると、占有している者から土地を取り戻すことができる者は、取得の事実、現在納税している事実、そして近年に於いて権利存在の再確認を受けたという事実のいずれかを明らかにできた者に限られます。占有はこれらの事実と比べて劣位でしかありません。

占有している事実は所有権の存在を推定します。ただ、開墾途上の沙地に対す占有は所有権の存在を推定しません。それ故、占有しか明らかにできなければそれは無主の官地と事実認定されます。もっとも、そのとき調整されて占有者の所有を認めることが多いことは既述の通りです。

取得原因、現在納税しているという事実、官により再確認を受けたという事実、そして占有のいずれをも立証する者がいなければその土地は官地とされます。すべての土地は官地に由来することの現われです。

このように実体的には調整されることがあるし手続的には判決を強制する制度が十分ではなかったのであって、民地の所有権の保護は確かなものではありません。

## 註

- (1) 本章の実証のための事実は基本的に拙著に依拠します。
- (2) 土地法を巡るいわばケース・スタディとして墳塚の支配秩序が問題になります。史料も多くて比較的解明できるテーマです。拙著に沿って要点を記します。

墳塚は通例家が権利の主体になり、柩や墓碑とそれを設置する一定範囲の土地が客体になります。分割することや譲渡することはできません。土地の従物である柩や墓碑の所有権は自ら造ることによって取得されます。設置する土地は自分の所有地であるか、あるいは他人から借りた土地です。官山は封禁されていなければ誰でもそこに埋葬することが認められます。墳塚支配は誰に対しても主張できる物権です。その

権限がないときは盗葬であつて移葬しなければなりません。借地の権限は墓碑がなくなると消滅します。

税は課されません。所有者が不明のときやあるいは不存在の無主の墳塚であっても不可侵です。

聴訟を通して墳塚は保護されます。既にある柩や墓碑の所有権が調整されることはなく絶対的に保護されます。設置については時に調整され既に埋葬していることを考慮する等のことがあります。調整の方法として利用は認めることがあります。例えば、事実がはっきりしないとき紛争当事者の双方に利用を認めることがあります。事実認定に於いて山の所有権を持っていてもそこにある柩や墓碑の所有権を持つとは推定されません。柩や墓碑の存在は設置権の存在を推定しません。柩や墓碑の所有権を立証しただけでは占有する者から土地を回復することはできません。しかし、柩や墓碑の所有権があることは推定力は弱いけれども山の所有権の存在を推定し何も証明するものを持たない相手に対する抗弁の根拠になります。

- (3) 中央官衙等が管轄する官荘のような広義の官用地もあります。
- (4) 中国法史講義ノート（V）五六頁。
- (5) 族産は宗族結合の強い華南に多く見られます。義荘は富裕な族人の寄付や家産分割時の抛出をもとに作られます。義荘の中心を占める義田はそこからの小作料を族内の互助事業の費用とする田地です。
- (6) 中国法史講義ノート（V）六四頁。
- (7) 因みに、農地の耕作利用には物権を法定せず、かつ契約内容を自由に決めることが許されたこととも関連し種々の形があります。家族経営のほか他人が関係する利用として、共同経営、小作、貸借、雇用等があります。経営方針を誰が決めるかとか原料や道具を誰が用意するか、契約期間の長さ、収益の分け方、第三者への転貸を認めるか否か等の点で違いがあります。
- (8) 地主、田主という言葉は所有者を指します。注意しなければならない言葉は、為業、管業です。長期的に経済的効用を有する収益源の利用を指すときと一田両主のような土地の利用という収益権能として業を権利の客体としてとらえそれに対する支配を指すときがあります。
- (9) 重複する典は不法ではあるけれども常に所有権を侵害している訳ではありません。
- (10) 例外的には此岸で坦没し彼岸で漲出と証明できれば坦戸に撥補することもあります。
- (11) 水面に顔を出す前から納税することによって優先権を得る場合もあります（「望影陞科」）。
- (12) 留糧して来た者に優先権を与えることもあります（「留糧待補」）。
- (13) 戸律典買田宅条例九。

- (14) 租には一定時間の経過によって法律関係をはっきり安定化する条項がないため既述のように時に一田両主のようなことが起きます。
- (15) 売契約、典契約の当事者の間で回贖（請戻しあるいは買戻し）できるかどうかということと所有権が両当事者のどちらに帰属するかは関係はあるけれども別個の問題です。売は回贖できない絶売を原則とするようになって行きます。典は回贖できることを含む概念であって、典契約はそれが続く限り典出主は典限が来れば回贖できます。金融を消費貸借と独立した担保制度としての占有を伴わない物権である抵当権の設定という二つの法律行為によって行うのではなくて、典という一つの契約でなしています。利用したまま金融を得る担保制度の発達は十分ではありません。

寺田浩明「清代中期の典規制にみえる期限の意味について」[『東洋法史の探求 島田正郎博士頌寿記念論集』（汲古書院、昭和六二年）所収] 修正を要するけれどもこの論考に対する筆者の書評が法制史研究三八にあります。

- (16) 本稿三節参照。
- (17) 中国法史講義ノート (III) 八頁～一二頁。
- (18) 官が所有権の帰属を確認する機会にはその変動をとらえるときと存在を再確認する場合があります。前者の一は、土地に陸科するときと課税台帳（「糧冊」、「実徴冊」）上の名義を契約当事者が出向いて書き換える（「過割」）ときです。無主の荒地や沙地を開墾したとき陸科し所有権を付与した証抛として地照を給付します。また、民荒を開墾したとき陸科し所有権を再確認した証抛として地照を給付します。取得の審査は容易であり、その確認は正しくなされたでしょう。屯田や旗地の買得のように開墾をきっかけとしない取得のときも同様です。ただ、課税されない山や宅地を官から取得するときに官がこのような取得の確認をすることはありません。糧冊は戸をとらえて毎年作られます。過割は制度上、農地のような課税地の譲渡契約があったときに限られます。家産分割の際なすべきかどうかは定まっていません。ただ、所有者の変化を余り正しく審査しません。現地に出向いて調査することはありません。そして、譲渡しても過割を申請しない契約当事者が多くいます。

その二は、税契です。税契とは買主が契約締結後一定期間内に州県に持参した契抛に官が押しし契税を徴収する行為をいいます。税契した契抛を紅契と言ひ、税契していない契抛を白契と言ひます。屯田や旗地の買得や民地の承継取得の際には税契しなければなりません。税契をするのは金銭の授受を伴う譲渡契約であって無償契約によって所有権を取得しても税契の持つ公証作用は及びません。ただ、譲渡の正当性の審査は書面上の形式的なものでした。そして申請する人は多くいません。

一個の土地ごとに現に所有権が存在することを戸をとらえて確認することがあります。その一は、魚鱗図冊等を作るときです。魚鱗図冊は徴税を目的とするため課税の対象とならない土地は確認の対象になりません。少なくとも清丈をなしたときは現地

へ出向く訳であり、正しく所有者をとらえたであろうが、それなりに定期的になされた沙地はともかく一般民地は清初にある程度清丈されて以降、清末まで余り行われていません。また、譲渡等があっても作った魚鱗図冊上の名義の書換えは殆どなされていません。そのとき徴税の基礎は一般の糧冊がとって代わりました。その二は、涸復地や戦乱により荒廃した土地について時になされるような清丈せずに契拠を調べて(「験契」)再確定するときです。

所有権の帰属の確認の制度の整備は限定的ですし、その制度に沿って正しく行われていた訳でもありません。

## 第二節 民間に於ける所有権秩序

### 一 風俗としての所有権法の仕組み

人民の間でとらえている土地あるいはその権能に対する全面的な支配権が風俗上の所有権です。ジョン・ロックのいわゆる労働財産説のように土地の支配が自由、平等な人間が存在する自然状態に於ける労働を基礎にして成り立つ権利であれば国家の存在を前提にしません。ところが、かつての土地が国有の時代に於ける土地所有権の主体であった官は土地所有者から政治的権力へと性格を変えているけれども、官と結び付いている点に於いて土地支配の仕組みの歴史は一貫しています。所有権に関する官の法理の基本的内容は正当性の根拠は官にあり所有者にその利用、譲渡を認めるというものです。それは王土思想に根ざすのであってできるだけ規制をなくし曖昧さをなくすことにより経済の活性化を目指す両税法を施行したとき以来の官の姿勢です。

風俗は官の法とその成り立ちを異にし法準則としては別物であって、本来同じ内容でなければならぬ訳ではありません。風俗は官法を受け入れるべきものとして出来ている訳ではないのです。しかし、風俗としての所有権の内容は官の法理と一致するところが少なくありません。帝政の成立以降、もともと官民の価値観が近似していたことや官は人民にとって圧倒的な存在としてあったことを反映して土地所有権の正当性は官に根ざすという考え方を人民は事実として受け入れています。このことは裏側から人民が無主地は官が支配すると考えていることから窺われます。だからこそ所有者のいない荒地を開墾したい

ときは県公署に申し立てるといふ発想が生まれます。また、戸絶の土地をできれば官に返さずに民間で支配し続けようという気持ちは強いし官もそれを阻もうとはしていないけれども、それができなければ人民は無主の土地として官が支配すると考えました。例えば、香港の新安県のような僻村の人々でも中国という国家的階層構造（ヒエラルヒー）に自己を位置付ける意識は強烈であったといえます。官の具体的な支配の及ばない地域に於ける土地支配の根源的正当性もやはり官にあったことを窺わせます。そして土地は利用、譲渡できると考えています。契拠にしばしば「祖遺」とか「買得」と記しているのは、土地が利用の継続や譲渡できることを前提にした買得の事実が正当な権原の存在を推定すると考えていたことを示しています。それが合意を根拠にしないけれども事実上人民に共通する行動様式としての風俗になっています。

このように民間は一つの団体を形成している訳ではないけれども、そこには風俗としての所有権法理があります。そしてそれに沿って譲渡したとき契約参加者の間では私的で合意に基づく法的な秩序を作るのです。

民地の所有権と風俗としての所有権が一致するところについて人民は、事実上、官による保護を期待できました。官民の考える所有権の内容に重なり合うところがなければ聴訟は寺田浩明氏の言うように彌縫的にならざるを得なかったかも知れません<sup>(1)</sup>。しかし、官の制度は人民にとって外的なものではあるけれども人民の考えと大きくは異ならなかったため、事実上、多くのところで官民は互いに利用しあい共働できました。そこに官法に沿ってなされる聴訟が人民との間に大きな軋轢を生まずに受け入れられ多くの訴えが官に持ち込まれた理由があります。

官は納税者を確定する必要から所有権の帰属をはっきりさせようとし、一方、人民の間には第一に、官とは異なり上から統治するという要素がありません。第二に、官に比べて人民には自分のことであるだけに家や人を抽象化せずそのまま全体としてとらえて互譲し共生することを望む気持ちが一層強く存在します。個人としては弱い人民が連帯しようとするのです。これらを反映して法律関係が曖昧あるいは流動的な官が困惑する風俗が生まれます。官が困惑する風俗の一は一田両主です。土地が持つ権能を所有権の客体とし一つの土地

に複数の所有権が存します。二は、典契約です。回贖の権限を留保しながら占有を引き渡して金融を受ける契約です。その時典出主も典取主も強いて所有権が移転したかどうかを決める必要はありません。三に、売買契約を結んでも両当事者の関係が直ちには断たれず找価を取ることや取戻しを長く許容することがあります。土地所有権を巡る風俗は顔の見える人の間で秩序を作ろうとします。

さらに例外的には所有権の法理と一致しない風俗もあります。例えば、吉林省の占山戸と呼ばれる風俗は官地について官へ申告せず、それ故課税もなされていなくても平穩、公然に相当期間占有して耕作し続け成熟地にまで開墾されていれば、民間に於いてはその開墾者に支配権があると考えました。また、江西省贛南一帯では戦乱で荒らされた土地を長く占有していると彼に所有権があると認めます。旗地を行政的な手続を経ずに取得することを認める風俗があります。地域により違うけれども先買権のような親族秩序の維持等を考慮し所有権の内容を制約する場合があります。

時間の経過が権利に関係することがない訳ではありません。ただ、時に一定時間の経過が法的意味を持つことがある官の法とは異なり民間には定まった時間の事実状態の継続によって事実状態に沿って権利関係を修正するという形式的発想がありません。そういう意味の時効の考え方はありません。一定の時間が経過したとき所有者と占有者の間で一方の権利を否定し他方の事実状態を権利にまで高めるようことはありません。占有者には抗弁が認められるだけです。

## 二 風俗としての所有権の帰属に対する民間に於ける確認

**契約手続の参加者による帰属の確認** 原始取得されたときに所有者を民間で確認する仕組みはありません。土地売買契約がなされたときにその存在を確認する仕組みだけが存在します。売買契約を締結するか否かは任意であるけれどもその手続は地域が異なっても都市と農村でも殆ど差異が見られません。譲渡手続の中で真実の権利関係を正しく明らかにする工夫がなされています。そこでは顔の見える人に対する信用を重視しています。

原則として家が主体となって契拠を作り（「立契」、「立字」）証拠として両当事者が大事にそれを保管します。売買手続の中で参加した者の間で買主の権利

の取得が確認されました。代金はそこで一時に支払われます（「一手交銀、一手交契」）。売買が両当事者の真意に基づいているかということと、当該土地に対して売主が正当な権利を持っていたかどうかということの二つが問題となります。手続の中でできる限り正しく権利者をとらえる工夫がなされています。両当事者の真意に基づくことを保障する第一は、中人、四隣、同族等の立会人の監視（「在场同聴」、「看見」）です。中人は通例、両当事者の知人がなります。第二に、少なくとも売契への花押だけは売主自身に行わせました。売主に正当な権利があることを保障する第一は、立会人の存在のほか、権利の存在を示す以前の古い契拋（「老契」）を買主に手渡すことです。第二は、異議を促すいわば公示催告とでもいえるものです。

**契約手続に参加していない者に対する帰属の公示** 外から見える形でなされる譲渡契約の締結手続そのものに契約手続に参加しなかった者に対して支配が移ったことを知らせる事実上の公示機能が含まれています。家産分割のような非取引行為も同様の手続をなしそれは同様の公示の働きをします。

### 三 風俗としての所有権に対する民間に於ける保護

**民間に於ける紛争処理** 保護の仕組みはその取得手続のあり方を反映するのであって、契約に着眼したときの紛争の型によって処理を担う者が決まります。第一は売主、買主間の争いや立会人が争ってきたときのような契約参加者間の争いです。両者の間に契約を覆したりするごたごたの事情（「鞦韆情形」）や間違い（「舛錯」）があるときです。契約を結ぶと当事者には合意したことは守らなければならないという契約上の権利と義務が生じます（「両家情願、各無反悔」）。風俗の中に当事者間の法秩序ができます。

この場合の紛争処理は中人が契約上の義務としてなします。いわば契約の事後処理的作業になります。買主と売主間の紛争は契約締結後日が浅く中人が存命していれば彼が解決の任に当たることがしばしば契拋に記載されています【「売却以後、二家が撤回することを許さない。もし撤回があれば全くまた中人が一人で管掌する」（「自賣以後・不許二家返悔・如有返悔者・全再中人一面承管」）<sup>(2)</sup>、【「もし間違い等の事実があれば中人が管掌する」（「如有舛錯等情・有中人承管」）<sup>(3)</sup>。彼は紛争解決のために奔走するのであって売主や保証人

程の具体的で明確な決まった内容の義務を負う訳ではありません。

中人がないときは両当事者が同意して適当な人を選ぶこととなります。

第二は、契約に参加していない者が権利を主張して争ってきたときです。先買権を持つとか自分が他から買い受けていると主張するような場合です。契約はその手続に参加していない者を義務付けることはないのであって、契約参加者は彼らに対して契約に沿って行為するように要求できません。一に、売主や中人は契約の正当性を主張する形で彼と折衝します。{「もし来歴不明があれば売主が責任を負って役割を果たす。買主には関係しない」(「如有来歴不明・賣人出頭抵當・不涉買主之事」)}<sup>(4)</sup>。売主(あるいは売主と中人の共同)による処理は契約上の自らの責任であるいわば追奪担保を巡るものです。二に、契約手続の非参加者が売主や中人による処理を良しとしないときや契約の締結から日が経ち既に売主や中人がないときは紛争が起きてから選ばれる適当な人が処理したと思われれます。

第三は、契約の存在を唱える者がいないときです。適当な人を選び風俗としての所有権の法理に沿った処理を軸にする解決を目指したと推察されるけれども史料が乏しくてその細かな実態は分かりません。

いずれにせよこのようにして紛争の処理を担う者を選び得たとしても、民間には風俗としての所有権を確実に保護する手続はありません。

**民間に於ける紛争処理と聴訟の共働** 通例、官の聴訟と民間に於ける紛争処理は相互補完的に働きます。官と民の所有権法秩序は実体面だけではなく保護手続の面でも事実上関連しているのです。本来、民間に於ける所有権は聴訟によって保護することを前提していません。ただ、個別の契拠には契約違反がなされたときは官に訴えると記して{「違反したら所有者が官に訴えて追及処理するに任せる」(「違者任憑地主告官究処」)}、官を利用し得ることを約束しておくこともあります。それ程官の存在感は大きいのです。

官の委託を受けて民間で紛争を処理することもあるし聴訟と並行して民間でなされた処理の結果を官に報告し裁可を得て聴訟の判決と同じ効果を得ることもあります。

民間での紛争処理後に当事者が官に訴えることがあります。第一は、処理が

不調に終わったときです。第二は、処理が奏功した後に紛争が再燃して官に訴える場合です。官は裁判権を民間に与えてはいないのであって、それ故、官は処理の結果に拘束される訳ではありません。ただ、官は処理の結果を遵守することが多かったとは言ってもよいでしょう。

### 註

- (1) 寺田浩明「權利と冤抑——清代聽訟世界の全体像」(法学六一の五)三節。
- (2) 『中国土地契約文書集(金—清)』(東洋文庫明代史研究室、1975) 売買文書五六。
- (3) 同右書同文書八七。
- (4) 同右書同文書三一。

### 第三節 滋賀、寺田学説批判

筆者は滋賀秀三、寺田浩明両氏とは法源や聽訟さらには一層基本的に清朝権力の性格やその果たした役割等の清代民事法秩序の理解をその根源に於いて全く異にします。両氏は成文法と情理を峻別し実定私法の乏しさを実体と手続両面の準則の不存在に直結させて官の果たした役割を定型性のない極めて小さなものとしてとらえます。官には民地の支配に関する具体的な政策はない、国家的な秩序はない、民地の支配の保護に関する聽訟の実体面だけではなく手続面にもはっきりした準則はないとします。いわば民法典、民事訴訟法典も民法、民事訴訟法もないとします。原始取得の仕組みへの関心が乏しいことや殆ど裁判規範にのみ着眼していることが官法はないとすることに結びついています。官は、ただ、全体的観点から公正な秩序の実現を考えていた。聽訟はアゴンのでないのでルールがなくてもよいし判決は同意によるのでそれで事足りるとされます。官は社会を経営しないとするのでその分析は法律論ではなくすべて政治行動論となります。滋賀秀三氏は法はないとするので判決内容について妥協かどうかの弁別を試みても無意味だとされます。

しかし、全体的観点から公正な秩序の実現を目指すという抽象性の高い説明に止めて一層精緻な分析をなすことをあきらめるのはよくありません。準則の

存否は準則の形式とは関係せず実定私法は少なくとも直ちに準則が少ないとは言えません。情理だから常に一般的であり非ルールであるともいえません。そもそも清代民事法の特徴は実定法と自然法をはっきり区別しないところにあります。官は本章第一節に記したような民地の所有権に関する具体的政策を持っています。例えば、土地税は所有権に課するとしているのであって所有権秩序がないとしたら租税制度は成り立ちません。確実に権利を保護し確実に義務を履行させる現代の法化社会とは異なり土地法は一次的には行為規範です。ただ、調整することはあったけれどもそれは聴訟に於いて軸になる裁判規範でもあります。そして官は大きな存在感を持ち多くの人民の行為を枠付けていました。民間にある土地の支配秩序の中に既に官の影響が及んでいます。民間秩序も官の準則の枠を大きく踏み外すことはありません。

#### 【付記】

中国法史講義ノート（I）（星葉論集二九）三頁一行の国土統治の概観を民地の所有権に対する官の法秩序に、二行の民地の所有権制度を民地に於ける所有権秩序に、三行の風俗としての民地の所有権を滋賀、寺田学説批判に改めます。