

書評

仁井田陞著「中國法制史」

内田智雄
金山正信
服部榮三

まず最初におことわりすべきは、本書を三人で分擔批評するという形式をとつたことである。これは本書のような内容のものにおいては、むしろ當然な措置というべきであろうと思うが、書評の形式としてはたしかに新しい試みであり、それはまた責任のある書評の仕方としてとりあげたひとつ的方法でもである。それで三人が分擔した章を示せば次の如くである。

- 第四章 刑法
第五章 裁判
第六章 調停和解

- 第七章 身分制度

- 第十章 人法

- 第十一章 戸籍制度

- 第十二章 宗族法と親族法
第十三章 家族法

(以上内田)

- 第九章 都市及びギルド
第十四章 土地法

- 第十五章 取引法

(以上服部)

およそ書評にはいろいろな仕方があるであろうが、通常は内容の紹介に付して、若干の批評めいたことを記し、終りに著書の特徴と瑕疪とを誌すことをもつて、書評的一般的な形式となし、またそれをもつて、評者の著者に対するエチケットとしているようであるが、われわれはこの書に對して、いささかもそうした形式にもエチケットにも拘泥せず、むしろ意識的にかかる舊套を無視することに努めたが、それはわれわれが、おざなりな書評を極力させて、眞正面にこの書にとりくんでいこうとする念願を示すものに他ならない。そしてこのわれわれの意圖と試みとは、時に著者に對して非禮を犯す結果となつたかも知れないが、教授がこれまで斯學に傾注されたつたその學問的熱情と、また不肖わたくしとの淺からぬ學縁との故に、われわれのかゝる意圖と試みとを、おそらくは他意ないものとして諒察されるであらうことを確信してのことである。

そしてこれら分擔は、内田が中國の法制史を、金山が民法を、服部が商法を、それぞれ專攻としていることによるものであるが、しかしながら金山・服部の兩教授は、從來中國の問題、特にその家族法や土地法、あるいは取引法などについては比較的に關心がうすかつたといわざるを得ず、従つてその意味において、兩教授のこの書に對する批評は、その内容の適否は別として、あるいはその人を得ていないと説きをうけるかも知

れない。由來ともすれば中國の研究は、歌米のそれとは基本的に異つたもののように考えられがちであり、そのため往々にして、學問研究の領域から除外される傾向さえあつたのであるが、それは要するに基本的には、中國の學問や思想や文化などの發達段階や、その様式を異にしているということであつて、學問研究の對象として、基本的に異質なものであるとは考えがたいと思ふ。たゞ機械的な公式主義の適用や、泰西の社會や思想や文化などとの安易な比較や類型的な研究は、決して中國の社會や思想文化の本質を明らかにする所以でないのみならず、むしろその本質を誤るものといわなければならない。要するに眞實の意味における學問研究の態度と方法とは、洋の東西、地域の遠近を問はず、基本的には共通な地盤の上に立つべきものと確信している。この意味において、本書においてすくなくらぬ比重を占める私法的なもの、特に民法的なものを金山教授に、商法的な部分を服部教授に分擔していただくこととした。そしてこれらは、本來中國の學問を職としない人々の批評が、果してどの程度まで肯綮にあたつているかを知る上に興味があると同時に、それはまた中國の學問の、學問としての普遍妥當性如何を證示するものともなるうと思われる。そしてまた本書に一貫するところの、従つて著者の基本的な立場を表明すると思われる次の諸章については、三人の座談による合評會の形式をとることとした。即ちそれは

第一章 緒言
第二章 序説——東洋的社會と規範意識
仁井田陞著「中國法制史」

の諸章であつて、この合評會は、井ヶ田良治氏に筆録してもらひ、そしてその筆録は、各人の書評の後に付記することとしたが、時間の關係上、十分には所期の目的を達し得なかつたようだと思ふ。しかし著者の基本的な立場や、本書の重要な問題の若干については、多少言及することを得たのではないかと考えている。そして三人が分擔した書評についても、また合評を試みた部分についても、著者がわれわれの批評に他意ないことを十分に諒とせられているということを前提として、隨分と思いついた忌憚のない妄評を試みているが、少しでも著者に裨益するところあらば望外のよろこびである。

とにかく從來わが國において、「東洋法制史」その他類似の書名のもとに上梓せられたものは、數指に餘るものがあるけれども（仁井田教授による「東洋法史學の諸問題」、「人文」第四卷一號參照）、それらの書はもはや今日となつては、殆んど古典的な意味をしか有していない。然るに教授のこの書におけるや、全く舊套を脱した新しい體系を樹立せられているのであって、またこゝに問題があると思われるが、まさに前人未踏の、また斯學最高の水準を示すものといつて決して過言でないと思われる。とまれ中國の古文獻のように、その制作年代に問題の多いものにおいては、從來一般的な定型であつたかの如き年代的な記述方法をさけて、本書の如き結構をとられたことは、極めて當を得た方法であると考えられるが、こゝにまた教授の永年

第三章 法典編纂

第八章 「封建とフューダリズム」

にわたる苦心が存するものと思われる。たゞ全體的にみて、教授の前著「中國の社會とギルド」や、「中國の農村家族」に比して、文章にやゝ推敲を惜まれたという印象をうけるのは、それはひとりわたくしのみであるであろうか。それはおそらくこの書の底本が、教授の東大法學部における講義であつて、それを付印されるに際して、教授が十分な推敲を加えられなかつたことによるもののように想像せられる。そしてそれは、いつも教授の所論とそのスタイルとに、深い傾倒をしているわたくしにとつて、なにやら白玉の瑕瑾のように思われてならぬものがある(以上内田誌す)。

第四章 刑法

第五章 裁判

第六章 調停和解

第七章 身分制度——特に奴隸

以上がわたくしの分擔として定められたところであるが、第五章から第七章に亘つては、わたくしには特記すべき問題はな

いように思われる。そして最も問題となるのは、第四章の刑法である。

一般に教授のこの書における特徴のひとつは、從來教授が唐宋以後にその研究の分野を開拓されたことに主因があると考えられるが、その資料とされるところもまた論究されるところも、ともに唐宋及びそれ以後に詳であつて、秦漢やそれ以前について極めて簡であり、そしてこれはまた刑法についてもいふところである。いうまでもなく秦漢や先秦の諸

書における法とは、實質的には刑乃至刑法のことであつて、そしてこの刑や刑法は、原始未開の社會におけると同様に、諸他的一般文明國においても、法または法規範として最も早く發達したものである。中國もまたその境外に出るものでは決してなく、現に先秦の古書のうちには、かゝる原始刑法的な要素がすぐなからず散見されるのであるが、それを教授は一切不問に付されている感がある。故にもし教授がかゝる原始刑法的な要素を、秦漢における刑や刑法との關聯に置いて、いはゞ刑法發達史的な角度から考察されたならば、中國法における刑や刑法の意義もまたその特質も、さらに明確に描出し得たのではないかと考えられるし、さらにまたそれは、一般的に中國における法規範の發達や、またその發達をとおして、中國法の特質を理解する一助にもなつたのではないかと考えられる。もつともこのことたるや、いうべくして極めて困難なことではあるが、教授を描いてわが國の學界に、他にその人を求め得ない現状では、これは必ずじも瓏を得て蜀を望むものではないと思われる(内田)。

第十一章 戸籍制度

第十二章 宗族法と親族法

第十三章 家族法

(一) 右の三章のうち、その第十二章は、同族結合、族長權威と家族範圍の限定及び親等の三節に、その第十三章は、家族構成と家族分裂、家父長權威と家内奴隸的家族、家產共產制、家產

分割、家の繼續、主婦の地位と鍵の権（シュルツセルゲワルト）、婚姻、離婚、親子、後見、の十節に、それぞれ分ちて論述されている。そして、これらの章節にわたり、その基本的骨組をなしているものが、一方において「東洋的權威主義」であり、他方においては、經濟的要因であり、それらが前面に強く押し出されている、と思う。したがつて、私は、これらの章節をこの二點に焦點を合せてその教えられるところを記し、併せて讀後の感想めいたものを附言してみたい。しかし私は、中國法制史については、全くの門外漢である。したがつて、私が、以下に記すところのものは、或は興味本位に廻し、著者が本書によせられている要點をとらえ得ないであろうことをおそれてい。こうした非禮を、私は、まず、おわびしなくてはならぬ。ただ、ひとしく東洋の民族でりながら、一方此の島國に住む者の法生活と、他方、幾千年の歴史と傳統の上にあの廣大な大陸で營む者の法生活を比較し、彼等の家族生活におもいをいたすとき、そこには、どのような特色があつたであろうか、また、そうしたものは、何に起因して、今日にまでいたつたのであろうか、といったような事柄について、私の教えられるところ、まことに多きが故に、非禮をも省みず、内田教授のすすめに應じたのである。

(一) まず、東洋的權威主義の、もつとも顯著にあらわれているのは、いうまでもなく、族長權威(一九四頁以下)、家父長權威(二二一頁以下)、夫權(二一九頁以下)——これらに舉げた頁は、その主として記されているところで、そのほか、權威主義の問題は、かんれんするところの隨所で述べられてゐる——などにおいてである。そして、それぞれの具體的な場合に應じて、東洋的權威主義が、いかに根強く民衆の意識のうちにその座を占めていたかを解明され、さらに、教授自らの手による近年の農村調査の結果にまで、たくみに論及されている。例えば「族長は宗族共同の實踐規範たる族約(宗約)の維持者である」ということから(一九五頁)、「たゞ家産を『父が分けても必ず族長の許可によつて成立する。家のことなら何より族長が勢力がある』と農民はいう。又、家長をきめるについては、その資格や順位が家内規律によつてきめられてはいるが、手續として族長に届出、その許可が得られなければならない。」という近年の農村調査によつて得られた民衆の意識(一九六頁)にまで。また、「家族共同體の指揮統率者」としての家長權のこと、そこの權威を維持するためには、「家長又はそれを含む家族内の權威によつて制定された家族共同の實踐的規範」としての「家訓」が「單なる處世訓、道德訓以上に強制力を伴つたものであつて、これをみだる者に對しては、家長は制裁(笞罰)を科した。」ということ(二二二頁)。さらに、父權にいたつては、「直系尊屬たる祖父母父母はその子孫を教令し懲戒し(即ち訓戒)、懲戒のとき傷害を加えることがあつても、殺さない限りは違法性はなかつた。」こと(二七四頁、七七頁)や、「中國法では古來子の義務をして親に對する恭順、無定量な孝養を規定し、親子關係はそれのみを強調した。」ということ(二七五頁)など、「すべて恭順の原理に貫かれていた。」(二七五六頁)のは、いづれ

も、東洋的權威主義があらわれであろう。しかも、これらの權

威主義は、「父乃至家長は勞働力獲得維持の必要から、即ち家族勞働力の配慮の上から家族の身分の變更について強い發言權、最後的決定權が認められてきた。」(二一三頁)といふにありては、それが家族共同生活上の秩序を、たんに觀念的な面より維持しようとするものにとどまらないで、家族共同生活上の經濟的事由に密接にかんれんしていることを知りうるのである。

しかしながら、家父長權威がさほどに強大であるとしても、家産分割をめぐつて、それが必ずしも絶對的なものでないことは、教授も屢々ふれておられる(その一二の例は合評のさいにふれたから、ここでは省く)。してみると、教授が、一方では東洋的權威主義を擧げられ、その思想的系譜をたどつておられるのであるが、他方において、家族共同生活上のおそらく中心的な經濟的地盤をなす家産についての、あるいは管理權に、あるいは分割にさいして、必ずしも家父長の權威が、至上のものでないとするなら、そうした程度の家産に對する權威が、思想的な面においてのみ、とくに強くあらわれてくるのは、いつたい、いづくにその要因があるのであろうか。そのような點について、いわば、權威主義的なものと、家産共產制の問題をめぐつて、本書の行間あるいは紙背にひそんでいる何か論理的に解明困難なものがひそんでいるのであろうか。中國においては、たとえ家父長がその家産に對して強大な支配權ないし統制權力をもたない場合でも、その思想ないしは、精神の奥には、そうした經濟的な問題では變革しえない程の根強い權威主義的なも

のが、民族の血の中に流れているのであろうか。

(三) 次に、中國における家族共同生活の實態は、家族勞働力をめぐつて、その離合が展開されていること。中國における家族共同生活の型態が「舊來壓倒的に多かつた大型家族が、近年になつて崩壊過程に入つたとは必ずしもいえない。」ことを論證され(二〇四一五頁)、家族分裂の條件を、「必需品の自給に要する人員」とか(二〇六頁)、勘定高い農民に底流している經濟上の利害の問題(二〇八頁参照)にもとめ、他方「中國の家産分割は原則として均分的な意味での細胞分裂であり、その殆んど果てしない分裂は、農民の場合でもそれが農民を窮乏においこむ一つの要因となつていた。」(二〇八頁)とされ、そのような「貧困な農民の家族勞働力に對する深刻な解決の仕方」として、家族的身分の變動にかんするさまざまの事項を讀むこともできるであろう。そして、家産均分のことからして、農業經營の限界を「割つてしまつてからでも分裂はつづく。」とされ、「一體中國における生産力の低さに加えて、公私の負擔をぎりぎりまで收奪してしまうところでは農民の手に残される蓄積はない。それどころか何年も先の分まで課稅されるのをはじめ、折り重なる負擔からぬけ出せないことが、家産とくに土地均分制の永續的支配の一つの支柱となる。つまり土地均分を徹底的ならしめざるを得ない程の——土地の分配にあずからぬ者に対する補償、即ち價值的均分が容易でない程の——蓄積の總體的貧困さが、均分の歴史の支配的連續を可能にした一つの原因であると思う。このような均分主義の建前から、家族分裂は均等

に分れる意味での細胞分裂である。」とされるところなどは（二三三四頁）、それをして、海の彼方に隔てられた民族の興亡の歴史のうちに辿つてきた、たんなる事實的経過として讀み過すには、今日のわが國農山漁村の狀態や、相續法などに想いをはせるとき、われわれにはあまりにも切實なる問題がせまられているようにも思える。しかし、それは論外とするも、「家産分割の主な目標は、生存條件の均等、經濟生活の對等的保障である。」（二三五頁）とするならば、そうした地盤の上に、いつたい家父長權威というものが、どれほどの強さをもつているのであろうか。教授は、「勿論、私は家父長權威を全的に否定するつもりはないが、その權威を抽象するあまり、農民生活上の和合氣分と併せて農民の勘定高い打算氣分、生存の上の對等的自己主張を度外視してはならないと思う。」とされ、「……近來このような農民の意識にぶつかつた場合、學者或は早速に舊來強力であつた家父長權威の崩壊乃至は舊來の家族制度の解體を論結しがちであるが、このよう論結を急ぐ前に、崩壊解體したといわれる舊來の慣習なり、理論なり、規範意識の實態を歴史的に檢討し、反省してみる必要がある。」と注意され「一體、このような崩壊解體の前提となるべきものを、近年の農村家族といわゞ一般に中國の家族が現實にもつていたのか、崩壊し解體したというのはそういう人自身の先入見と現實との差ではなかつたのか。」と警告され「家產法の上では家父長權威を否定的にいう農民が、その同じ口をもつて逆に婚姻の自由を否定し、親權の永久性と無制約的な一面（懲戒のために子を殺してしま

法の實質はないとせられる）を說いてゐるに至つては、どの程度そこに崩壊解體が認められるであろうか問題である。」と疑問視されている（以上二三七一八頁參照）。してみると、ここでも家父長權威といふけれども、それは家產をめぐる家族の經濟的な要請に直面しては、その力を發揮し得ないようなものであつたのだろうか。家父長權威は、少くとも家產法上以外の範域において、その力を維持しているということになるであろうが、それでは家產といつたようなものに裏付けられていない家父長の權威が、依然として解體されないで、根強く中國の民族の中に流れており、他方においては、中國の、少しく廣くいうならば東洋の民族が、たんに打算のみをもつてして、家族生活關係を律してゐるのではなくて、教授のいわれる「和合氣分」が、權威主義において、すぐれて支配的な要因をなしてゐるのであろうか、それとも、そのほかに、學ぶべき要因があるのであらうか。もつとも、教授も、「家父長家族關係が、永久不變であつたというつもりはなく、又いわゆる解放地區乃至新しい中國社會内の家族についてまで、崩壊解體が行われたことを否定しはしない」といわれている（二三八頁）。ともあれ、これらのことよりして、逆に家產均分をあくまで徹底せしめようとする農民の意識が、少くとも、一方においては、中國の權威主義的な家父長家族關係を解體せしめる一つの要因となつていて、あろうことと、他方において、それがまた、中國をして、いわゆる「解放地區」たらしめる方向に進展せしめるようなものをうけ容れる地盤をなす一端になつていたのではないか、など

の臆測も残る。それらはさておき、要するに、中國の家族生活の上では、家産分割の制度をはじめとして、婚姻においても、離婚にさいしてさえも、また、親子間においても、わけても養子縁組にさいしてなど、常に家族労働力の問題をふくめて經濟的要因が強く支配していることを、教えられる。したがつて、家庭生活において、もつとも尊ばるべき人間の自然的性向としこの情愛關係が、親子の間、夫婦の間においては、權威主義と經濟的要求の二つの強大な潮流によつて、一片のもくずごとくに水底深くで押しつぶされているのだろうか、との印象さえも残りがちである。こうした、人間本性に由來する、情愛關係が、人間の本然の姿でとらえられるような社會制度わけても家族法でなかつた、ということそれ自身が、いわゆる近代化えの起點をなした主體的條件を確立せしめるにいたるには「土うすき礎地」(新約・マルコ四ノ五参照)にさえ比すべくもなからしめた原因の一つとなつていたのではないか。

家産は分割されてゆく。それでも他方において、「中國では家の繼續が計られた」。しかし「それは祖先祭祀の方面からいえば祭祀の繼續であつた」とされる(二四〇頁)。そして、「父祖生前の畏敬がその死後にまで引きつがれ、祖先崇拜が家族結合の原理となつて」いた、という(同頁)。しかしながら、農民の間では、祭を司る者は必ずしも嫡長子一人に特定しないで、つまり、「祖先の位牌や族譜(家譜)などは長子が受取るものとはきまつていなかつた。それらをおさめてある家屋を籠引でとつたものの手に歸する場合さえあり、祖先の祭は分家した兄弟

各家がそれぞれ行つても、その内の一人のところへ集つて――経費をもちよつて――行つても差支ないことになつていた。」といふ。しかし、「士大夫などの間では、しばしば祭祀相續人を特定することがあり、その場合には、その相續順位を明らかにしておく必要が生じていた。」とされて、さまざまの事例を挙げられる(二四一頁)。ところで、家族結合の原理を、一方において經濟を共同に營むことにもとめ、他方においては、祖先崇拜にもとめられているが、家産は限りなく分割されてゆき、祖先祭祀の場ともみらるべき位牌や族譜をおさめてある家屋を籠引でとつたものの手に歸する場合さえある。つまり、「家屋の分割にあずかることと祭祀相續とは――全然無關係とはいわないが――必ずしも關係あるものではなかつた。」(二二四頁)。それでもなお、こうした社會に、家父長的權威が存續しているのであるならば、そのような家父長的權威の正體は、いつたといいかなるものであろうか。また何を基盤にして存續維持されてきたのであろうか。こうした問題は、いわゆる中國の「分家制度」と密接にかんれんしながら探求すべき課題なのである。

(四)

元來、中國の場合にかぎらず家族法わけても親子法の領域においては、親族關係を自然血緣關係をもつて貫徹しようとするのか、それとも一定の目的的見地からして右をどの程度にとどめようとするのか、などの問題をめぐつて極めて困難な課題が横たわつてゐる。というのは、親と子の關係を確定するについて、母子關係は疑もなく確定的な事實を擧げることができ

るが故に、それを法の世界にとりあげるについてもさして困難な問題は殘らないであらうけれども、父子關係の確定については、そうではない。そこで各國の法制もさまざま苦心を拂つてゐるところであるが、それが、中國の場合には、子が天然果實的なものとされ、「舊來の中國法でも慣習にも再婚禁止期間の定めがなく」したがつて、先夫によつて懷胎した女が再婚して産んだ子が「後夫の子となりかねなかつた。」ということや、懷胎している妻が質入された場合、質の期間中に生んだ子は、「質取主の子になる。」(以上二一八頁)といつたようなことは、全く自然的血縁關係が問題とされている餘地はない。しかもそうしたことが、「中國ではそれが容易に清算されることなく近來にまで持越されてきていた」ということは、「いわば奴隸的であつて『死んだ財產』に對して、『生きた財產』の傾向がある。」とされる(二一九頁)わけである。これを、右のごとき親子法の問題點からみても極めて興味あるものとされるであらうが、それはしばらく問はずとするも、そのような子は、家族生活において、どのような地位を占めていたのであらうか。といふのは、そのような子が、「家族労働の要員であり、生産手段であつた」であろうこと(二二一頁)は容易に想到しうるが、その子が男子であつたような場合には、「家族生活の支柱として生長してゆく男子」(二二一頁)といかなる關係にあつたであらうかということが、子の種類(二六九頁以下參照)に應じて何らかの身分的差別の有無、例えは家産の分割にさいしこの差別の有無の問題など、興味ある課題がひそんでいる。

(五) 以上のほかに、主婦の地位と鍵の權においては、家における對内的經濟を女が擔當すること、しかも、家の代表者たる家長から、その權限を委任されているもののように思えることなど、女子の地位にかんして、重要な問題を展開しておられる。そして、そこでは、中國における主婦の地位が、相當の向上を示していることを教えられるのであるが、しかし、そうち地位を取得するのは、必ずしもすべての主婦に保障されるのではないこと(二四六頁)と、「夫は妻の天」(二一九頁)といつたようなことと合せ讀むと、中國家庭生活の構造が、いかに複雜なものであり、その理解がみなみならぬものであることに思いいたるのである。

なお、これらのはか、親族範囲のところや、婚姻、離婚などの問題をめぐつて、教えられるところ極めて多く、また大きいものがあるのであるが、私の不手ぎわざからして、紹介をもつてして、既に徒然に紙幅を費すのみで、おそらくは、教授の意に反するところ多いであらうのみならず、私の曲讀しているところもあるうかをおそれてゐる。

(六) 附言するに、教授は、この著をものせられるにさいしてはじめから骸骨のような、國家法を對象にもとめられたのではなかつた(第一章參照)。加えて、「中國では古來、身分關係といわゞ、取引關係といわゞいわゆる私法的領域に關する事項は國家の法律にはあまり現われてこなかつた。」とされる(二四九頁)。したがつて、教授が、これらの私法的領域の問題を解明されるについても、常に「生きた現實の規範」のうちに問題を

展開され、「その意識を成り立たせている地盤」（二一三頁）の探求に向われてゐるのである。こうした教授の基本的態度は、

たしかに個々具體的な問題解明にさへし現實化されてゐる、と

思われるのであるが、それとともに、また反面においては、い

つたいどのようにすれば、身分關係を規律する法的なものが抽出されるのであるが、それともに、また反面においては、い

出されるのであるが、それともに、また反面においては、い

ともに、盲評非禮にわたつた點をおわびしなくてはならぬ。

（金山）

第九章 都市及びギルド

第十五章 取引法

この三章を、最後にまとめて「」に取扱うことにする。「都市及びギルド」の章に於ては、都市及びギルドの性格について、またギルドの組織及び職能について、解説が與えられている。そこで特に興味深いのは、ヨーロッパ中世の都市及びギルドとの比較である。「ヨーロッパと中國とのギルドの差異——しかもその最も大きな本質的差異は、何としても一方が都市(Burg)の自由な空氣の中に生活する市民(Bürger)によつて構成されてゐるのに對し、他方が東洋的專制の支配の下にあつて遂にかかる自由の空氣を知らず市民權(Bürgerrecht)のもちようがなかつたことである」（一六四頁）。「中國都市も一應はギルド的都市でしながら、都市の行政、經濟政策にたずさわり方は、ヨーロッパ中世都市の場合と同一にして論ずることを得ない」（一六五頁）。「ヨーロッパのギルドの自治立法——たとえば商品の價格や職人徒弟待遇方法そのままが化して都市法の一部となることがあつたが、都市との關聯を異にする中國のギルドについてはそのやうなこともまづなかつた。そもそも東洋の都市と西洋の都市——そのギリシャ・ローマの古代都市、ドイツ、フランス、オランダ、イギリスなどの中世都

市——とでは、都市そのものが同じ範疇には屬しないのである（一六七頁）。

右のような言葉は、中國の近代化を常に問題として中國の歴史を見て行かんとする著者の根本的視點に適合するものである。ヨーロッパ中世都市は自らの法と裁判所を有し、自己の手に立法権も司法権も行政権も收め、封建領主の権力を排除して主権者として自己の地位を築き、また市民はその政治的権利の擔い手であり、その人格の自由は市民の法的身分であり、「都市の空氣は自由ならしめる」ものであつた。かくしてヨーロッパ中世の都市はヨーロッパの近代化に少からず貢献したのであるが、このヨーロッパの都市といわば範疇を異にする中國の都市に於ては、かかることは少しも見られず、そのため中國の近代化も全く進展を見せなかつた。「中國の近代化乃至近代をこえようとするには、ギルド的生産、ギルド的利己主義、およそギルドは結局その妨害物であり、今後その全般的終焉の可能性が強められてきているといえるであろう」（一七六頁）。

著者が「都市及びギルド」に獨立の一章を設けて「第八章封建とフューダリズム」と「第十章人法」との間に位置せしめられたことも、右のやうな視點に立脚するものと云えるであろう。或は中國のギルドに關する著者の深い研究（「中國の社會とギルド」岩波書店參照）もかかる取扱を齎らした一つの原因とも考へられる。併し都市及びギルドは、法史學的見地に於ては、取引法の發展に對する役割といふ面から機能的に捉へられるべきであつて、獨立の章として、而も右のような位置が與えられ

たことは、大いに疑問としなければならぬ。このため法史學的見地が犠牲に供せられているのであるが、このことは本書全體に見られる發展的説明の缺如——法史的見地の不明確（特に「刑法」の説明に於て著しい）と本質的關聯を有するものと認められるであろう。中國の近代化を根本的な視點とする著者の立場からしても、法史學的見地の不明確といふことは、まさに重大な問題と云わねばならないであろう。

次に「土地法」であるが、ここでは所有權の限界・土地所有權（特に無期永代的所有權と限定有期的所有權）・二重所有權（特に一田兩主制）・永小作（永佃）・小作（佃）・山川藪澤について説明がなされている。特に注目すべき點を見れば、中國では先秦の諸王朝によつて貢賦制度と一つの體系に仕組まれた耕地分給法——いわゆる井田法など——が行われたとする説があるが、一傳へられる如き制度の實在について私はむしろ否定的に解したい。私は學者が好んで用ひる井田法存在の立證資料、たとえば「六十にして田を歸す」（漢書食貨志）ということなどは後世の作爲物であらうかと思ふ。従つて（一）古來行はれてきた土地公有制度は、（二）秦によつて全く破壊され、（三）私有制度がはじめてそこに起つたとする種類の偏見にとらわれてはならない。しかし土地私有は少くとも戰國には行はれていたことは疑なく、前漢と後漢とを通じて官吏富豪による無統制な大土地所有が行わたることもまた歴史の示すところである（二八二頁）。ところで古來中國には王土思想——たとえば「普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣」（詩經）——があり、單に古代ばかり

官人永業田・王公以下官人には一〇〇頃乃至六〇畝を與える。

賜田

無期永代的土地私有權
戸内永業田
丁男中男一八才以上には二〇畝を與える（商工業者はその半額）。これには桑榆棗を植えさせる。葬費がないとか寛郷に移居するような場合にはその處分を許す。

唐

居住園宅地
丁男中男一八才以上に八〇畝（商工業者は半額）、寡妻妾に三〇畝を給し、地味が瘦せた土地は易田といつて倍額を分ち、死亡すれば全額を回収する。その寛郷に移住居するものなどにはその處分を許す。

これらの土地制度（均田法）がどの程度實際に行われたか。

「北魏の均田法の實施には、社會的 requirement と或程度一致を見ただけその實效性が比較的あつたと思われる。その後の諸王朝の場合にはこの點問題があるであらう。しかし唐王朝の專制權力、從つてその軍事力は、租庸調と府兵（徵兵）の負擔をもつた均田農民の支配の上に築かれていた」（二八四頁）。

二重所有權の問題については、地主たる小租主（小稅主）と地主から徵租權を有償的に取得した大租主と地主に糞土銀を支拂つて土地の永續的利用權を取得した佃戶との三主を數える一田三主も存在したが（福建漳州府地方）、重要なのは、一つの土地を上下二層（上地と底地）に分つて、その夫々が異つた者によつて所有される一田兩主で、これをヨーロッパの分割所有權と比較すれば、後者では、土地の現實の使用收益權たる下級所有權は家臣乃至農民の有するところであり、その土地から毎年貢賦をとりたてる權能・土地處分についての同意權・先買權及び復歸權などを内容とする上級所有權は領主地主の有すると

ころであつた。從つてそこには權利內容の質的分割が見られる

が、これに對し一田兩主に於ては、權利の客體そのものの區分が見られる。而も、一田兩主關係にあつては、上地（田面）の所有者は、いわゆる下級所有權者に一應當るようではあるが、これが常に家臣や一般農民であると思うならば、これはまさに大違ひの場合がある。即ち中國の一田兩主關係には客體に對する主體の身分的固定性がなく、底地の所有者が大地主であり土豪であることも勿論ないではないが、上地の所有者こそ、却つて往々大地主であり、土豪でさえある場合がある（二九五頁）。

以上の如く、土地法については興味深いまた見事な分析が示されていて、教えられるところも多いのであるが、望蜀の感を述べさせて貰えば、土地法乃至土地制度は、特に近代以前に於ては、社會の最も基礎的根幹として、當該社會の體制なり性格なりを決定する一大要因と考えられる故、そういう面に於ける土地法の分析、特にゲルマンの土地法との比較が望ましく、かかる觀點から土地法を發展的に考察すれば、もつと面白い敍述

が可能なのではなかつたかと思われる。然うしてかかる考察は、中國の近代化を最も強く問題とされる著者の立場によ極めてふさわしいと云わねばならないであらう。「所有權もまた歴史的範疇である」ということは、單に所有權の概念構成だけの問題に止めておくことは許されないのである。

最後に「取引法」であるが、ここでは、賣買・交換・贈與・消費貸借・無盡・賃約（賃貸借と雇傭と請負）・寄託・組合

（合股）と株式會社・手形・不法行爲・債權の擔保（保證と質）・財產の私的差押、の問題が取扱われる。先づ賣買については不動產（土地家屋）の賣買契約は要物契約であり、賣買雙方の合意の外目的物の引渡か代價又は手附を渡すというような事實を必要とした。この賣買には、時旁人・時人・保人・中人・知見人などと呼ばれる仲介人、又は立會人が立てられた。また不動產（又は奴隸牛馬の如き特殊な動產）の賣買は古くから證書（契・券）の作成によつて成立する要式行爲であり、またその授受は所有權の移轉を意味した。契約成立の日、買主が單獨に或は買主賣主が共同に經費を負擔して酒席を設け、立會人などを招待した。ところで、東晉以來、宋・齊・梁・陳の諸王朝の法律では、土地家屋（又は奴隸家畜）の賣買契約成立後、官司にその旨を届出て稅金（契稅）を收めることを要した。その額は賣買價格の百分の四、即ち一萬錢について賣手は三百、買手は百と定められていた。唐代法上も同様に申請手續を要し、手續を怠つた場合には契約は有效に成立したものとはならなかつた。併し唐代に契に稅する制度があつたか不明である。五代及

び宋後も制度上だけからいえば、契稅納付の手續を行つた際、官司は二重典賣の有無など合法性を審査し、合法的であれば官印を押した印契を下附し、これによつて賣買は賣買としての決定的な效力が附與された。なお不動產の賣買に際しては、賣主の親族や地隣、即ち賣地の隣地の所有者は、他に先んじて賣地を買つ權利、即ち先買權を有するとせられてきた。

次に手形であるが、これについては、「中國法史上、刑法の發達などと並んで特筆に値するものは、手形の發達である。歴史家は紙と印刷術と火薬の發明を以て中國人の三大發明と稱し羅針盤の發明を加えて東洋人の四大發明といふ。しかし私はこれに手形の發明をも加えたい」（三三八頁）と、著者は手形の重要性を先づ強調せられる。爲替手形というべき唐代の飛錢・便換及び小切手ともいふべき唐代の帖（帖子）は、既に九世紀に於て盛んに使用せられ、宋代にもそれと同種の手形の使用を見た。約束手形とも云うべき宋代の交子も一〇世紀に於て盛んに市場に流通していた。而もその起源は唐五代にあつたものと考えられる。徒つて中國に於ける手形の出現は、ヨーロッパ（一二、三世紀頃）に先立つこと數世紀前にあつたのである。併しながら、「中國の手形の發展は近代に至るも一定段階を超えることが出來なかつた。たとえば手形に表示せられた手形の名稱（手形文句）の不統一不完全は、それが手形であるか、又如何なる種類の手形であるか、一見識別できにくいものがあつた。爲替手形にも匯票ばかりでなく、匯券、匯兌券などの名稱が用いられ、借用證書をも匯票と書かれることがあつた。約束手形

も莊票、期票、本票、紅票その他雑多な名稱が用いられ、小切手についても支票、割條、撥條、兌條、支單その他の名があり、統一の用語がなかつた。舊來の中國の手形の形式は、地方により、又、振出人により、往々定型がなかつた。従つて、中國の手形は、嚴密な意味の要式性を缺いていたものといえる。

又、爲替手形の如きも、むしろ送金手段として利用された場合が多く、裏書による手形上の權利移轉（裏書制度）というような流通性にはそれほど重きが置かれていなかつた。中國では手形は各地の個別的慣習に委ねられ、統一的な手形法規や慣習を持つまでには至らなかつた。國家制定法の上では手形法規は、殆んど全く存在しなかつたといえる」（三四三—四頁）。

次に債權の擔保についてであるが、中國の保證制は、刑法や土地法と共に、注目すべきものの一つである。唐の雜令には「如負債者逃、保人代償」とあつて、この保人（保證人）は單に債務者が逃亡しないことを保證し、逃亡しないように注意し、若し逃亡した場合には搜索して原地につれ戻すべきであつた。そして萬一にも搜索・つれ戻しに失敗したときは、代償の責任を負つた。これ所謂留住保證で、保人は、債務者が逃亡しないでそこに留るべしという債務者の行爲不行爲を擔保したにとどまり、從つて保人が債務者と同一債務を負わず、獨立した別種の責任を負う點に於て、近世法的保證と區別すべき特色を有している。併し唐代、かかる留住保證制が行われた一方には、保證人が債務者死亡して辨済不能となつた場合にも代償の責任に任ずることが行われるようになつていて、この死に代償の保證

證制は、逃亡たると死亡たるとを問わず、將父その他事由によるとを問わず、債務者が事實上辨済不能となつた場合には自ら代償すべし、という所謂支拂保證制に轉化する可能性を有する。この支拂保證制は宋代には可なり廣く行はれるようになつたと考えられる。但し注意すべきは、保證人は常に右のような責任を負擔するとは限らないことで、單に中人、說合人としての責任、即ち債務を辨済しない債務者に向つて辨済を督促し、或は債權者・債務者の中間に立つて調停・斡旋・說得（說合）し、専ら兩者間の問題の解決に當る役目しか持つていないこともある。

債權擔保としての質については、擔保の目的物が不動産であつても、動産であつても、或は人身であつても、質物の占有を相手方に引渡す占有質の場合には、古くは共に質といわれていたが、唐及びその後の文獻には質とも典とも見えてゐる。これらの質も典も、一般には擔保客體の所有權までも移轉するものではなかつた。併し不動產質について見ればそれは、擔保權とはいふものの、所有權の具體的な主たる内容としての用益權の受け渡しが行われ、質入主から見ても質取主から見ても、賣買との間に實質的に餘り多くの隔りがなかつた。これに對し、擔保の目的物を指定するだけで、それを相手方に引渡さぬ無占有質（抵當）については、指當・指產或は供地借錢などというものが普通であつた。このやうに質と抵當とが名稱の上でも區別されていたのは、注意すべきことである。

以上「取引法」の部分の中、注目すべきところを瞥見したが、

ここによく著者の深く且つ博い研究の跡が言々句々にしみ出でいて、誠に敬服すべきものがある。比較法的考察にも出来る限りの顧慮が拂われているのも、著者の學識と研究態度とを如實に反映するものとして、高く評價されねばならない。

ところで取引法というものは、近代的合理的自立意識が最も早く且つ最も顯著に表現する法分野であるから、それは法や社會の發展という見地、特にその近代化の問題にとつて、最も興味深い對象であると云わねばならない。ここでは個々の法制がこうであつた、ああであつたということよりも、夫々の時代に於て、法乃至社會發展の見地から、取引法の全體的性格が果して如何なるもであつたか、その中で個々の法制度は如何なる役割又は機能を果したかということが、より本質的な問題であると認められるであらう。例えば手形について見れば、それが單に西歐より數世紀早く出現したという事實が重要ではなくて、そういうものが何故そういう時代に出現したか、西歐より早く出現したに拘らず何故その後の發展が西歐より遙かに遅れねばならなかつたか、ということを、發展史的に捉えることがまさに重要なのである。然うしてかかる考察をなすことは、著者の根本的視點即ち中國の近代化の問題にとつて必然的要請であると認められる。併し遺憾ながらかかる考察はこれを本書に見ることが出来ない。個々の法制度について發展的考察がなされてゐる場合でも、唐宋ではこうであつた、明清ではああであつた（この場合でも明清のことについて説明されることはある極めて少い）、という説明があるにすぎない。

右のことはまさにアジア的乃至東洋的社會の停滯性——これを肯定すれば、舊中國の法乃至社會の發展もなければ、勿論發展史的考察もあり得ない——を示すものであらうか。事實著者は近代と非近代とに二分類し、非近代の等質性という前提に立つておられるようである（第一章及び第二章はかかる前提の下に於て始めて理解され得ると云えよう）。併しこのことは、中國の發展、廣く東洋の近代化を問題とする觀點に於て、極めて危險な前提ではないであろうか。というのは、過去二千年にもわたる中國の社會を等質的停滯的非發展的なものとして取扱うこととは、近代乃至近代化を否定する立場に通ずるからである。動かないものがどうして近代化的運動を始めることが出來ようか。近代化が中國の近代化であるとすれば、それは先づ中國舊社會の發展史的研究から始められねばならない。停滯してゐるようになされるることを示すことが、中國の近代化にとつて最も重要なのではないであらうか。「教授（ウィットフォーラー）は西洋には古代＝奴隸社會から中世＝封建社會へ、中世＝封建社會から近代＝資本主義社會へ『發展』の理論を與え、東洋には『東洋的停滯』つまり、中世への發展をも否定した『停滯』の理論を與えて、東洋と西洋とを分つたところに根本問題がある。甚だしい見當ちがいである」（六〇頁）、とのウィットフォーラー批判の言葉があるのであるから、著者自身も右のことは充分

意識されているに違いない。

然らば一體、以上のこととは如何に説明せらるべきであらうか。批判者の言葉が批判者自身に返されるはどういう皮肉であらうか。また例えば、中國の單なる制度史であつてはならぬことを、從來の東洋法制史學の實情に顧みて、主張されていふことを(二一八頁)、この批判もある程度著者自身に返されねばならぬものがあると思われる。思うにかかることは、中國法史學全體のレベルの問題に關係するものであらう。一人の學者の如何に優れた研究でも、それは學問のレベルを一擧に上げることは出來ない。結局學問のレベルは、多くの學者の地道な研究が積み重ねられて始めてよく上昇するものである。改めて學問の難しさを思い知らされる次第である。

いささか言がすぎたかも知れないが、それも著者の正しい問題意識と強烈な學問的情熱、更にまたその驚嘆すべき研究成果に對して、心からなる同感と敬意の念を覺える者の望蜀の言として、著者の寛容を乞う次第である。著者の提唱が中國法史、更に廣く中國史學界に對して力強い反響を及ぼし、にわかに活況を呈して來てゐるのを見るにつけ、著者の並々ならぬ研究とそれを生み出した・中國に對する深い愛情とに心を打たれざるを得ない。中國法史學がこれを契機として漸次そのレベルを高めて行くことを、切に祈る次第である。(服部)

* * *

内田 個々の問題は後にして、先に一般的な問題についてやろう。この本は、數多い中國法制史の概説の中で、一應體系だつたものとしては最初の且つ唯一のものだ。だから今後中國法制史を問題にするとすれば、一應學界的水準をゆくものとしてとりあげなければならない本だ。學問の對象としては、中國でもヨーロッパでも同じ筈であるが、これまで中國法制史は「中國の特質」というようなことばでこれを蔽つてきている。あなたがたが、専門外の立場から見て、この書物の一般的な印象はどうですか。要約すれば中國は特殊でしょうか。

服部 印象といえば、日本法制史などでは普通時代區分をして年代を追つてゐるのに、この本はそうではない。この本は中國法制の歴史というより、近代以前の中國の法の概説、丁度ローマ法の概説というような概説である。

内田 そう思う。それは中國古典の Date を時代的歴史的に系列づける事、精確に年代を決定する事が不可能だという事が來るのでしよう。けれども服部君の意見は正しいと思う。

服部 いわば唐宋時代の法體系をとりあつかつたといつてよい。

内田 私は考へるんだが、どこの法制史でも刑法は早くあらわれて、法としてもはやくから完備している。中國も同様で、古代刑法は立派な體系をもつてゐるのに、著者は古代の刑法には餘り觸れず、唐宋以後のものが多い。古代が手薄だが、それは著者が唐宋以後の法制史家であるためだ。

服部 一體中國に法の發展があつたのか。もし發展があつたとすればそれにふるべきだと思う。

内田 根本的に中國の思想文化一般に、發展があるかどうかは疑問だ。まあ唐宋がピークである事は確かだ。普通唐以後は模倣的傳統的だといわれているが、私もそう思う。この模倣的傳統的ということは、日本の場合でも、又ひろく東洋的志向として本質的に存在するのではないか。

服部 いわゆる東洋の停滯性の問題ですね。しかし社會經濟史の面で變遷があると考えられ、従つて法や思想文化にも何か發展がある筈ではないだろうか。

内田 しかし中國の文化は民衆の社會生活に根を下していいない。中國の文化は單なる上層建築で現實に足がついていない。だから社會經濟の變化にも拘らず、文化の發展のテンポが遅いのではないか。

金山 中國文化の發展という見地から、その文化の一領域としての法をみると、東洋の停滯性ということにからんで、法的には興味ある問題がひそんでいるように思う。というのは、例えば、中國の一九三〇年の民法典は、民法として相當に進歩したものである。そこで、唐以後の傳統的な、又は固有性の強いものが、どうして、このような進歩的なものを一舉に制定するにいたつたのか、その間の事情ですね、そうせしめた社會的なもろもろの要因の問題ですね、それと、固有法とのつながりの問題なんですね。こうした點を「歐米近代思想の侵入、歐米資本主義の進撃等の諸條件は、中國をして舊態依然たる法律をなげ

うたらしめるに至つた」と片づけないで、もう少し社會的地盤の問題について教えを仰ぎたかつた。それから、一九三〇年の右の民法は、一般にはどのようにうけとられているのか。近代市民社會の法をもつてきても、資本主義經濟社會の要請を內部的にもたない社會には、直ちに根づくとは限らないとされ「社會生活の不統一曖昧さがそれ自體矛盾を感じない時代には、統一的な確定的な社會生活の法は勿論それ程必要ではなかつた。」とされるところには、同感を禁じえないが、教授は、本書の各所において、實態調査の結果を引用されているのであるから、各論のところで、そうした、國家法についての民衆の意識の問題にも及んでいられたならば、國家法がたんに骸骨だとされる理由も、一層はつきりしてくるのではないかと思つ。

内田 一九三〇年（昭和五年、民國一九年）前後に作られた法律、即ち國民政府時代の法律は、孫文の建國大綱にうたわれてゐる三民主義、五權憲法の理論にもとづいて作られたものだ

が、それは中國の歐米留學生の手になるもので、従つて歐米の最も進歩した法律を範としてはいるけれども、中國としては明らかにいきすぎた法律となつたので、だから例えればこの時、法の上では女子の相續權が認められていても、現實には認められないといつた法と現實とのギャップが生じた。

服部 留學生を通してヨーロッパ法を繼受したというわけだね。

金山 それはそれとして、問題をはじめにもどすことになる

* *

が、法制史を、こういう體系で探求しているのは、たしかに、本書のすぐれた特色の一つである、と、私も思う。しかし、もしこういうふうに體系づけるならば、法の各領域についての歴史的考察をなす前に、國家そのものの法的權威、つまり、中國においては、それぞれの時代に、國家組織がいかなる權威にもとづいてどのような法的裏付をもつて變化または發展してきたか、ということが問題にならないものでせうか。とにかく、國權または主權の淵源、それにもとづいて、いかなるものを法としているのか、つまり、立法についての權威的基礎ないし法的根據といったようなものが、どのような移り變りを辿ってきたか、ということ。こうした事が總括的に解かれているならば中國における法制度の特殊性を理解するのにより助けとなるのではないかと思はれる。もつともそれは、門外漢のいだく望蜀の感なんでせうけれども。

内田 それは法が作られる過程、法が作られる歴史的記述がないという意味ですか。

金山 率直に言えば、「法源」の問題ですね。國權の發動様式にかれんする司法の問題については、かなり詳しく述べてあるけれども、中國では、いかなるものを「法」としてきただのか、あるものを、かりに「法」としていたとするならば、それは、何を究極の根據にしてそれを法としてきたのか、法の妥當根據ないしは權威的基礎といったような問題。というのは、本書では法についての近代的な分類方法を、それとなく前提として、近代化されていない法を整序されているかとも思はれますか、

それならば、近代法學で問題とされる「法源」という觀點からも歴史的な解明が問題として浮んでくるのではあるまいか。例えば聖人君子の教えが各所にあげられているが、それは道徳意識として守られているのか、法的意識をもつて守られているのか、それとも兩者分離され得ないまゝにたゞ社會規範として行われていたのか。もつとも、そうした問題は「東洋の自然法主義と法實證主義」のところや「法典編纂」のところで論及され、いるけれども……。また「あくまで國家的制裁によつても確保し遵法はどこまでも嚴格を期する」實定法秩序と、人民が、その「利益に反するような法をいつも蔑視するのはむしろ當然である。」ということとの間に、現實的に、トラブルは生じなかつたのであろうか、といったような問題にも……。

服部 生きた法を追求するといふ乍ら生きた法が出てきていくね。

内田 中國では儒教的倫理が社會の内部まで食込んでいて、法はきわめて形而下的乃至形式的なもので、實際は村落自治とかギルドとかの慣習などといったもので維持されている、そういうた社會なのだ。これに對して、今まで文獻學者としての著者が慣行調査に參加されるに及んで、いはゞコペルニクス的轉換をされたわけだが、この間の統一が十分にはとれていないのが實際であるといつてよいと思う。そして教授はそれを統一するのに意識的な階級史觀をとつていられるようと思う。そしてこの三つ、即ち文獻と慣行と階級的史觀、この三つが教授の本書における主潮であるような氣がする。しかしあれわれの

ある村の調査によれば、男は九十七%、女は九十九%まで文盲だつた。そういう社會の現實の生活の中で、法規範が明確に自覺意識されるという事はまずあり得ない。だからここで支配しているのは慣行で、文獻は上層のものだ。歴代の王朝によつて編纂せられた法は、床の間の飾りもののように考えられていることさえすくなくない。教授はこの二つの全くちがつたものを統一するため、民衆の生活を基礎にして、文獻をうらがえして考えて行こうとしている。そこに無理がある。それを補うために階級的な理論、つまり中共的立場がとられてくる。要するに教授は、社會の現實的な規範としての法と道德との關係を、理論的に真正面からとりあげられない憾みがある。

金山 少少枝葉にわたるが、ここに引いてある事實は、現代のものとしては實態調査の結果によつていられるのが多く、古い時代の事實は小説などからとつているものが多い。後者を事實と見るのは、とくに、法的事實とみるのには問題が残りはないか。小説は必ずしも民衆の法意識をあらわしているとは斷定できない。しかし、小説以外に庶民の生活を知りうる資料がないのかもしれないが……

内田 教授は、從來も往々小説を資料として法制史を問題としていられるが、事實資料の缺如はおよい得ないとしても、小説を資料とすることはかなりな危険と、若干の前提を必要とするのではないか。

金山 それから唐宋以來、中國は果して統一國家としての組織をもつていたのか。學說には、國家というものを、一つの整

序された法秩序體系と同一視しようとするものもあるが、もしそうちとするなら、中國社會の多元的な規範の間に統一性が乏しく、あるいは、そうした統一的な法を必要としない中國全體をとらえる場合には、右のような意味の國家という觀念のもとでは理解しえないのでないか。それが他方、中國の封建とフューダリズムの特質につながつてることになるのであろうけれども。そうした秦以來の天下統一という問題と法の多元性との間に、「國家」というものをめぐつて問題が残りはしないか。

内田 天下はあるが國家ではなかつたのだ。

金山 そうした點をも——しかしそれは、中國研究家にとつては自明の理で、とくにとりあげるべき問題ではないかも知れないけれども——總括的に史的變遷に應じてとりあげていれば、各論の理解を讀む者をして一層容易ならしめたのではない。

服部 著者が私法を専門にしてられるから、そういう缺陷がないか。小説は必ずしも民衆の法意識をあらわしているとは斷定できない。しかしこの本には著者の文獻學者としての特色の方がよくあらわれていると僕は思う。

金山 ともかく、中國という統一的なものがある。その内部で各地域が分離獨立していたとすれば、こんどは、各集團の法的強制の契機と統一的なものから出る規範のそれとが比較検討されていたならば……。例えば、土地法・家族法がどういう風に強制されたか、家族法などもわれわれの觀念する法と他の社會規範との未分離の狀態にあるようにみえるが、それではそれを強制する契機は何か。一種の自然法主義なのか……。

内田 確かに中國の法と道德の問題を明らかにする必要がある。

服部 儒教的道德というのは、どの程度に下層に浸透しているのですか。

内田 大體儒教道德に準じて法が作られている。人倫とは聖賢の道である。だから法なるが故に、人倫と矛盾しても法が強制されるというような事はあり得ない。農民でも古典をスラスラと口をついて出る程に儒教道德は下層に浸透してゐる。古典に對する權威主義がある。

* * *

金山 「權威主義」がこの本の骨組の一つになつてゐる。その權威主義の支柱が、一種の自然法思想としての東洋的倫理法則であつたのだろうか。ともかく、一種の自然法思想の裏付けがあつたとしても、西洋の場合と比べて著しい相違がある。といふのは、ヨーロッパの近代的な自然法は、社會契約説をその根底にもつてゐる。そこでは、人間を無前提的なものとしてとらえ、その人間がすべての出發點である。それに立脚してヨーロッパ近代社會は法治主義を獲得した。だから、それはvon unten的的なものであつた。しかし、中國の場合は異なる。「中國のそれは新興勢力の法家自身にとつては一應 von unten 的なものでありながら、それは一應に止まり、特に人民にとつては結合 von oben 的なもの」であつて、「その構造とその思想的な支柱を異にしていた。」だから、中國では、「法は古來支配者による、人民管理支配の手段であつたといわれる。それでは、市

民の自由とか自覺とかを前提とした市民社會の芽生えは中國にはなかつたのか。ということの法的な問題は、國家權威による支配關係と、それとは別の自由對等の關係とを、それぞれ規律しようとするのが近代法上あらわれてくる公法と私法の分離の端緒ともなるのだが、中國のような場合教授の説かれるところからすると、右のような公法と私法の分離も明確には論定困難なのではないか。それが、權威主義を強調しようとするさい法の領域にあらわれる特色の一つになるのではないか。だから權威主義を骨子にして追求するなら、近代法の公私分類をとることに無理が生じはしないか。こうした問題は大陸法の場合と比較してみると興味深いものがある。もつともアメリカ法において公法私法が、それほどに明確に分離されていないというのは、大陸法の場合と多少事情が異つてゐるようだ。アメリカの場合、建國當時から權威主義といつては、それほど強く出でいなかつたのというのも一つの理由だと思うが……。

内田 權威主義の強調とギルド・村落自治の強調とは矛盾するのではないか。ギルドといつては權威から遮斷された團體で、その中では民主的な運営が行われたと記してある。とすれば中國といつては權威主義一本では行かなかつた社會ではないか。

金山 人爲的な結合關係としてのギルドが、その他の自然的結合關係などと比べ、中國社會を内面構造的にとらえた場合、どれほどの勢力、または重みをもつていたものか。ヨーロッパ中世のギルドとの比較はなされているが……。

内田 ギルド内部にも權威主義がある。

金山 ギルドそのものの法的構成は問題にならないか。對内的法律關係、對外的法律關係が。本書では、社會學的分析に重點をおいてられるようにも讀めるが、法制史的にとらえるものとして、ギルドについての法的構造の問題をもつと前面に押し出されると、法の多元性の問題も一層はつきりしてくるのではないかだろうか。併せて國家權威との關係などにも……

内田 法は社會の上層建築であつて、下層の民衆生活には食い入つてこなかつた。それが下に浸透する場合には、それはむしろモラールとしてである。著しい強制力をもたない村落自治で社會が維持されたということは、法的強制のかわりに、そうしたもので社會の秩序が維持出來たということである。これが何故かという事が問題にされねばならぬ。

金山 國家法は國家法として勝手にあれというわけですね。まさに教授のいわれる骸骨としての存在ですか。

* * *

内田 權威主義は著者の一番基本的な思想だが、一體權威主義といふのは何の譯語でしょう。又權威主義という言葉を著者はどう定義していると思いますか。

服部 まあ近代的自主性がない、要するに主體的でないとうこと。

内田 權威の内容は儒教的倫理とか、社會規範とかですね。

服部 著者は權威主義でもつて中國のみならず、東洋全體の本質と考えられ、西洋の近代を強く意識して書いてる。

内田 そういう意味での權威主義は東洋に限らぬのではない。それが東洋には特に強いことを強調してるのでしよう。

服部 権威主義が東洋的社會の本質として把握出来るのかどうですか。

内田 事實としてその存在を認めることは出來ても、それをもつて東洋社會全般を説明することが正しいかどうか。

金山 他國の場合に比べて、權威主義を容易にうちやぶれなかつたということから、特に權威主義をとりあげる必要があるのではないか。中國の場合には人間の自我意識の芽生えの問題はどうなんだろう。

服部 それだけならば、たゞ近代化が遅れたというだけのことであるから、著者が權威主義を特に強調してとりあげたのは、東洋的精神がこれを強くもつてているということをいおうとしたと考えた方がよいだろう。

金山 各處にヨーロッパとの比較が出てくるのは、單に東洋のみをとり上げるのではなく、西洋と比較しながら東洋の停滞性の要因をとりあげようとする意欲にもとづいているのではないか。例えば第二章では規範意識の前近代性をピューリタニズムと比較してとりあげているが、そうした思想的要因にまでさ

かのぼつて、根本的な解明を意圖されているのではないか。確かに權威主義の存在はヨーロッパにも日本にも否定出来ぬが、どの程度の強さで傳統を重んじ因習にとらわれ、いかにおそくまでそれらを打破しえなかつたのか、その程度と速度との問題で、その根據が權威主義の支柱をなすもので、それには、思想的なものもあるうし、村落の特殊性とか又社會の生產構造の問題もあるう。

内田 農業が中心的な生産方法であつたことが權威主義の強かつた最も大きな理由ではないかと思う。

金山 他から外的な思想が入つてこなかつた事も影響してゐる。地理的にヨーロッパと平原でつながつており、交通が便であつたら、もつと早く中國が近代化したかも知れない。中國の自然的條件によつて農業生産から脱皮出來なかつたことが、何よりの特殊化せしめた要因となつているよう思うが……。

内田 中國に長く權威主義が續いたことは否定出来ない。だからこれをもつて東洋の特質とする事にも異論はない。それならば權威主義が何故培養され、温存されて來たかを説明して欲しかつた。生産關係、交通、思想的な粹、それから社會機構も説明しなければ、權威主義のよつて立つ基盤がわからぬ。清朝がヨーロッパとの交通によつて崩れて行くことから見ても、もつと權威主義と對外交通との關係は重大視していい。

金山 權威主義の精神的支柱として、古典その他が澤山あげられているが、そうしたむずかしいものが一般民衆にとつては、「どれだけ身についていたのか、内容の理解がなくとも、一種

のだ性として、ただ信じていたのか。ともかく近代化への地盤の缺乏ということとつながるのであるが……。

服部 近代的な地盤というのは著者にとつて西洋的な地盤なので、西洋人の見た東洋、近代人の見た東洋という形でモンテスキューやヘーゲルをあげてゐるのだろう。

内田 そうではない。教授の西洋法との比較研究、あるいは比較考察の部分には、わたくしには、どうもシッククリこないものがあるが、意圖するところは、中國における近代法的要素を明らかにし、またはそれとの比較において、中國法の性格を明確にしようとしたものらしいが、それがどうもシッククリこらず、極端にいえば術學的な印象さえうけるのだ。

金山 それは、中國の法を近代的視點から見ようとすることと、他方過去からの發展的に見ようとすることとを結びつけようとしていることから生ずる皺ではありませんか。

内田 たしかにそういうところがありますね。

服部 著者は中國の近代化を強く考えられる。近代を東洋に確立するために東洋の前近代性を權威主義という形で強く前面におし出したのであるう。

金山 究極的には、その意圖をもつていられる、しかも、一種の情熱をさえ轟々と私には感ぜられる。

内田 その點意識過剰が露骨すぎはしないか。それが露骨すぎる、學問的アルバイトとしての價値は問題になる。國を愛し、民を愛するのはわかるが、それは前近代的なものを蔑視して、古いものに近代的な性格を要求するより、純粹に客觀的學

問的な立場と方法とにより、讀者がおのづからその中に近代の確立の要望を感じるという具合にあつて然るべきだと思う。

服部 その點公式主義的といえるでしよう。二章が全體から浮き上つて觀念的公式的な感じが私はしました。

金山 しかし二章は本書全體の有力な伏線になつてゐる。例えば十二・三章をよむと問題が殘る感じがするが、ふり返つて二章をよむと成程とうなづける。その點首尾一貫してゐる。しかしこの問題が、この書物のように、はつきりと割り切れるものだろうか？ もつとも、農民の計算高いことも強調しておられるが……。

内田 家族の所で家族内の家長の權威、宗族の中での族長の權威が強調されすぎていはしないか。十二章の二節に族長的權威の項があるが、これは教授の「中國の社會と經濟」にも書かれている。そしてこれは主として慣行調査の資料による研究であるが、これにはわたくしは若干異論がある。私はそれを「華北農村における同族の祭祖行事について」(東方學報、第二十二冊)に書いてゐる。そしてこれは殆んど資料的なものだが、すくなくとも華北農村においては、族長權威はよわいということを論證するために書いたものです。教授は實證的な研究をしながら、やゝともすれば概念的なとりあげ方をされることがある。というのは、教授の權威主義といふのは、國家では君主や支配者が權威の主體であり、宗族では族長、家族では家長、郷村では地方的ボスが權威の主體で、權力をにぎつてゐるという前提に立つていられる。そしてこれこそ社會の民主化を阻むも

のであり、こういうものの存在によつて權威主義が長い間維持されて來た。そして結局は今の中國は、そうしたものを打倒したところにその意義があるといいたいような氣がする。

金山 家長權が強大だというけれども、注意して讀まねばならない點がありますよ。家族が、その果す役割、寄與に應じて夫々自らの地位を獲得する場合のことや、家産が家族共產であつて、しかも家長が家産の管理處分權をもつてゐるとしても、その處分權が任意にまかされているというのは家長が直系親の場合で、家長が傍系親の場合には、家族の同意が必要であつたとか、そのほか、家長が自由處分の權能を有しないで、家族の同意を要する場合や、家産分割についての家長の遺言が必ずしも子孫によつてしたがわれてない場合のことなどを併せ讀むと、家長權を過大評價するのは、當らない。しかし、それには最近のことなどぞくするものもあるようですが……。

内田 傍系親が家長である場合、家産の管理處分權は制限されている。ところが父が家長の時には、かなりな程度に任意に家産を處分することが出来るのだ。だからこれは家長權といふより父權といふべきだと思うのです。そしてそれは歴史的な事實だといつてよいと思う。

それからさきに金山君のいわれた首尾一貫ということと、十一・三章と二章との關係だが、第二章は前に白日書院から出された「東洋の家と官僚」に出されたものと殆んど同じだと思うが、これは人文科學研究所で桑原教授が座長となつてやつた合評會でも、あまり評判がよくなかったと記憶している。とにか

く教授の權威主義という考え方は、教授の基本的な立場なので、金山君のいうように、十二・三章の伏線なのではない。

金山 伏線といふより精神的支柱といつたところですね。

内田 しかしこれは假説として、今後中國法制史家が眞剣に検討する必要があり、新しい中國を理解する上にも大きな踏み臺になると思う。

服部 権威主義の問題は、アジアの停滯性の一つの内容としてとらえられるのでしよう。たゞ權威主義の成り立ちについて、又それが何故長く續いたかについて、もつと論證すべきでないかと思う。もつとも概説であり無理なのでしようが。

内田 権威主義という言葉自體は、何時頃から使われたことばかり知りませんが、わたくしが「武斷的權威主義」という言葉を知つたのは、昭和二年頃、故中島重教授が使つていらされたと思う。それはたしか「日本憲法論」であつて、教授の征服國家の發展過程として、武斷的權威主義の時代というものを考えられていましたが、何かの外國語の譯なのではなかと思ふ。もつとも當時ゲマインシャフトという言葉でさえも、基本社會とか共同社會とかと譯されていて、中島教授が基本社會と譯されていたのを、高田博士の共同社會という譯語に改めて從われた頃の言葉だつたと思う。

* * *

金山 第八章は、私はとくに興味をもつた。中國のいわゆる「封建」は、ヨーロッパのヒューダリズムのような契約關係ではないことを論證していられる。ここに、英國封建制、とくに士

地保有關係のさまざまな類型とその過程を、併せて比較することは、餘談に亘ることになろうか。私はこの章を読みながら、それとの比較があつたら、という感じもうけた。封建制度は土地所有關係と切り離して考へることは出来ない。本書の構成ないし體系からして、「封建とフューダリズム」の問題をここにとくに切り離して論ぜられたのであらうけれども、土地法と身分法とがきりはなして考へられないのが封建制の特色であるから、土地法のところと本章を結びつけて讀みたいと思う。

内田 金山君のいう所を考えれば、土地法と身分制・階級制度とを機械的形式的にわけて考へているということだね。

金山 そうした點は、本書の構成が、それとなく近代法の分類方法が前提となつて、前近代法を分類することより生ずる一種の餘波ではないかと思う。近代法との比較には極めて便であるが……。

内田 第八章はなくともよいのだろう。君のいうように封建的な土地所有は、土地法の所で取扱つた方がよかつたろう。

金山 身分制度を第十章と結びつけて讀めばよい。

服部 しかし土地法は封建的な土地法のみを問題にしてゐるのではないかからそはいえぬのではないか。

金山 だから時代的にその變遷に應じて取扱えばその點は明確になると思う。

服部 著者としては中國の封建に特に關心があるから、ここに抜き出して入章としたのだろう。つまり相當重きをおいているからここに獨立して扱かつたのではないか。

金山 この分類章別、及び體系としては當然そうなのだが、読む場合にはそういう用意が必要だと思う。

内田 とにかくこの書物は東大法學部の講義が臺本だと思う。そのため教授の前著である「中國の社會とギルド」や「中

國の農村家族」などに比して、著しく文章が推敲されていないという印象をうける。だからこの書の結構を今一度再考されるとともに、文章をいま一度推敲して、簡略に意をつくすようにせられたらと思う。

服部 都市及びギルドも取引法の所で扱うべきだね。

金山 ギルドについてもその法的構成の分析が必ずしも強いとはいえない。法的視點からではなく、社會學的視點が、強く表面に出ている。

内田 ゲルマン法をどうこうという前に、法的内容の分析をすべきだと思うね。

* * *

なんだかまだ話の途中みたいですが、時間の都合上、こゝらで合評會をおわることに致します。そして通常はこゝでわたくしが、これまでの座談のしめくくりをして、問題の所在を明らかにし、それで皆さん御苦勞さまというところでしようが、こゝでは一切そうしたことを省略して、話のしつばなしということにしておきます。以上わたくしたちが話あつたことのうち、無責任な失禮なことばも多くあつたことと思いますが、この點おわびをするとともに、これらの妄評が、教授の向後の研究生活に少しでもお役に立つことがあつたら幸せだということにし

て、遙かに教授の御健康を祈りながら、この合評會の幕をとぢることにしたいと思います。

(三月二十六日午後二時より同志社大學法學部研究室にて)