

# 大理院審判の中の民事慣習

松 黄  
田 源 盛  
惠 美 子 ( 訳 )

壹、序

貳、慣習の清末・民国初期の法制中の地位とその変化

一、清末の民事立法過程の中の慣習調査とその体現

二、民国初期の官の法律と民間慣習

参、近代継受法の伝統慣習に対する衝撃

一、民間慣習から慣習法規範へ

二、法の近代化と伝統慣習の変化

肆、民国初期大理院の裁判の中での民間慣習に対する適用実態

一、大理院の慣習法に関する実際の運用

(一) 慣習法要件の確立

(二) 慣習法要件の説明

二、慣習の大理院判決中の民事法源の順位

伍、結語

附録 大理院民事慣習判例及び解釈例集成

## 言、序

人類の法制の歴史の発展の過程から見ると、道德、慣習、法律はみな社会の行為規範であつて、その關係は密接である。ある論者はかつて次のように言つた。「法律に先立つものが慣習であり、慣習はまた道德に端を發する。そこで法律の発展の始めは、道德意識が慣習を経て成文化することである。」<sup>1)</sup> 具體的に言つと、ある事が發生し、必ず対応せねばならず、何れもそれを行ない、かなりの時間がたち、多くの人々がそれによいと考え、このように相互に対応すると、この事實が、つまり慣習となるのである。当然ながら、法の發生には、必ず事實が先にあり、この事實に対処する規範は、結局は人情事理に合致することが求められ、そこで、慣習は自然に制定法の源泉となるのである。<sup>2)</sup>

原始の人々の社会では、刑事・民事はほぼ完全に慣習の支配を受けるのもちろんのこと、慣習と法律は同一物とみなされた。社会の文化の進展にともない、慣習と制定法の地位は時には並存し、時には対立した。<sup>3)</sup> はるか昔について言えば、ローマ法は紀元前四五一年に「十二表法」(Lex duodecim

tabularum) を制定するまでは、あまね慣習であつた。しかし近世、十八世紀までは、各国もほとんど慣習を主たる裁判の法源としており、慣習を一般の法として、制定法を例外の法としていたと言つことができる。一九世紀までに、ヨーロッパ大陸各国の法典が次々と登場し、「成文法万能」の考え方の影響の下、制定法は法律の全部の内容となり、慣習に対しては、多方から排斥され忘却されることさえあり、制定法を一般の法とし慣習を例外の法としたと言えるのである。<sup>4)</sup> 二十世紀以降、謂わば法律と慣習はすでにはつきりと分化しており、ただ社会の状況が複雑に変化しているので、もし流転極まりない社会現象を、法の束縛の中に閉じ込めておきたいと思うなら、なんともはや難しいことにならう。そのため慣習の地位はまたもやある時重視される傾向がでてきた。

はるか昔中国では、成文法典はまだ具わつておらず、現在の文献からみると、紀元前四〇六年の季悝の「法經」が成文法典のおおよその体系を具えた編纂の始めと考えられるが、しかし、それは刑事に片寄つた法典であつた。紀元前二〇一年の漢の蕭何の「九章律」に至つて、始めて民事の「戸婚」の事が律に入るが、そのまま清末まで、王朝が交代して、立法が瀕りに行なわれても、ついに独立した民事法典は作られ

なかつた。そして従来民事の方面に関する事項は、刑事法典の中に付されていたのである。このように、私法関係は礼制の中に含まれるか、或いは慣習に委ねるか、或いは個人の約束に付すものが多数を占めた。官の成文法は公益と関連する事項に限られ、その内容はまた多くは命令と服従の関係にあり、例えば、田土、錢債、婚姻、養子の類である。また伝統社会は民商事に対して明文規範を欠いているので、たとえ紛争が生じても、多くは「民間細故」「民間細事」に係わるもの、或いは家族・宗教に属することと考えられ、役所の領域に入るものは甚だ少なく、逆にかなりは「調處」「調停」によつて紛争を解決し、そして「調處」の拠り所とするものとして、「情理」と「慣習」がまたかなりの分量を占めたのである。これに対して、ある論者はかつて次のように述べた。「各王朝の実定法は刑事法に偏重し、民事法に関する部分は極めて少なく、大部分は民間の慣習に委ねられていた。」<sup>7)</sup> また次のように考えた。「中国では、経済生活の面に關しては、成文であつて合理的な法というものは存在せず、紛争の決定は、慣習及び實質的な正義の判断に委ねられた。」<sup>8)</sup> 以上は確かな話ではあるが、しかし証拠となる関連文献が不足しており、若干の断片的な成文法が参考になるとはいえ、実際の裁判史料はかなり

珍しい。<sup>9)</sup>

清末は、中国の法制変革の鍵となる時代であり、伝統觀念と西欧近代の法学思潮が出会い、この上なく激しくぶつかりあつた。民国初期に至ると、政争が続ぎ、政治は萎え、古い法体制は破壊されたが、新しい法制は完備せず、不完全な法制の状況に直面し、過去に民間で大量に用いられた重要な依るべきものとして「慣習」が、特に人民生活の中で極めて大きな比率を占める民商事行為において、一時の間、またもや重要な役割を演じたのであつた。

大理院は清末の官制の変革から、民国初期の北洋政府の時期まで、全国の最高司法裁判機関であり、この間、大理院の院長は法令を統一解釈して処置すべき権限を持ち、大理院は各級裁判を指揮・監督する権限を持つた。近代中国の法制変革の過程の中で、常に特殊な優越的地位を占めており、とりわけ、大理院の判決例及び解釈例は、近代司法乃至民事立法に対していづれも大きな影響を与えたのである。<sup>10)</sup>

深く理解するために、清末の変法修律以来、近代ヨーロッパ大陸法の觀念は如何に民間の固有の慣習に衝撃を与えたか？ 慣習は民国初期には一体制定法と如何なる關係にあつたか？ 裁判実務の上ではまた如何に運用されたか？ 筆者の従事して

いる『民初大理院司法檔案』の整理作業がようやく一段落を告げたので<sup>11)</sup>、珍しい裁判史料を手に行っているのを機に、時間をかけて、大理院の一七五七の民事判例全文のうち、代表的な関連判決例およそ三〇件を抜き出したのだが、そのうち「債権債務」に及ぶものは八件、「土地慣行」に関わるものは一二件、「親族・相続」に関わるものは六件、その他の類型は四件となっている。望むところは法律史学の観点から、まず清末民国初期の民法草案の編纂過程の中で、慣習に対してなされた実地調査とその現われを振り返り、慣習が如何に立法として法律に取り入れられたかを明らかにすることである。

最も気を配るのは、事案の運用実態を借りて、全面的な観察を行ない、併せて若干の重要個別事案に対して、論評を行ない、実証的な検証を通じて、全般的に慣習が民国初期に如何に司法としての法律に取り入れられたかを把握し、民国前後の立法と司法の継承と変化を明らかにすることを期すことである。

### 式、慣習の清末・民国初期の法制中の地位とその変化

清末・民国初期、関係当局は二回の全国的な大規模民商事慣習調査に従事したが、一回目は光緒三十四年から宣統三年までの間（一九〇八—一九一一）であり、あと一回はほぼ民国七年から民国十年までの間（一九一八—一九二二）であり、それらの法制史上の意味は極めて特殊である。

#### 一、清末の民事立法過程の中の慣習調査とその体現

伝統中華法制から近代ヨーロッパ大陸法の体系への発展過程の中で、「大清民律草案」の起草者たちは、明らかに一九一〇年の「欽定大清刑律」制定過程の中で礼教派と法理派の「礼法の争い」の轍を踏まぬようにと心配し<sup>12)</sup>、西欧法制と伝統觀念の間に一つの分岐点を求めることを図った。よって、民律を起草するに先立って、形式面で、我国の伝統をかなりよく注意し、さらに実地調査し、広く蒐集し、普く諮ることを建議した。光緒三十三年（一九〇七）、大理院正卿張仁黼が奏して以下のように言った。

今日の法の改正は遅れてはならないものではありませんが、

実行の時期は断じて急ぐべきではありません。但しその規模を大きくし、歳月をゆっくりかけ、詳しく公平であることを願ひ、整然とすべて人心に向け、その後理解しやすく従ひやすいものを選んで、一、二を試行し、徐々に広めてゆくものです。即ち十年二十年遅れても、また遅いことはなく、もしそうせず民俗慣習が未だ適切に調和せず、不用意に公布・施行すれば、齟齬紛糾するだけではございませぬ、恐れながら申し上げますに、外を治めるに期限がないのは、実は内を治めることができていないからです。<sup>13)</sup>

同年、修訂法律大臣が各地に人を派遣して民・商事の慣習を調査することを願ひ出た奏摺の中で以下のように言っている。

民事慣習、商事慣習はとりわけ繁雑であり、立法の事は大きく、どうして些かも粗雑にできませんか。臣等は皆で協議し、館員を各省に派遣し、民律に関わることを、詳しく調査し報告するつもりです。また各省の督撫にも諮ります。司と新設する調査局に命じ、報告書を作り、随時館

に報告し、数多の資料を考証します。<sup>14)</sup>

宣統二年（一九一〇）正月、民商各律を定める必要から、修訂法律大臣が同様に人を各地に派遣して民事・商事の慣習を視察させることを請うために奏した。その奏に言つ、

光緒三十三年十二月の上奏によりますと、館で各律を改正し、凡そ各省の慣習の実地調査すべきは、随時人を派遣し詳しく調査するとしており、また三十四年五月、各省の現在の提法使・按察使を以て臣館諮議官に兼任させることを奏請しております。また諮議官の上奏によりますと、各省の提法使・按察使に法律館諮議官を兼任させ、各法律事件において各州県に詳しく調査し諮議官に報告することを命じたとのことです。法律館の派遣する調査員は調査に協力すべき事件においては、随時連絡をとり処理すべし、とのことでしたので、そこで、これを遵守せよとのことを記録に留めております。民商律をもつとは、その意は人々の権利義務を区別し、できるだけ秩序の中に納めることであり、条理は極めて複雑で、大きく関係するものであります。中国は広大で、各省の地は広く物は豊富であり、風習は異

なり、人情風俗を悉く知り尽くしていないなら、おそらく法規を定めるに必ずや障害となるでしょう。昨年私どもが翰林院編修の朱汝珍を商事に關わる調査に派遣することを奏しましたが、この編修は直隸、江蘇、安徽、浙江、湖北、広東等の省を遍歴し、広く訪れ普く諮り、その利と弊を検討し、考察し得たところは数十万言の多くを数えるに至りましたので、館では各省の状況についてその要点を知ることになりました。<sup>13)</sup>

上奏が批准を経た後、また『調査民事習慣章程』を制定した。「本館の編纂する民商各律は立憲の準備期限に照らし、本年一律に完成すべきですが、しかし民事慣習は商事慣習に較べとりわけ複雑であることから、人を各省に派遣して調査するに、一般の傾向を詳しく知つて考証に資することはできませんので、本館が整理し選任した知県の許同莘を派遣して江蘇に向かわせ、館中で問題を發した章程に照らして詳しく調査させ、随時報告させ、費用は館より給付しました。責を具えるを待った後再び咨文を各方面に送る外、咨文をお送りしますこと、御承知願ひ即ち行司調査局に協力して処理してもらつように願ひたく、食い違ひをなきようにさせ、事が憲政

に關することは、施行を望むものです。」文の後には「調査民事習慣章程十條」<sup>14)</sup>が附されている。

その中で、第四条は次のように言う。「民事を調査するにはこの省の紳士の助けを得てこそ、その詳細を得ることができ、調査員は討論に加わらなければならない。なんと各各地の紳士を集めて会談させ、その時には調査局或いは提法司・按察司と酌量して処理せねばならない。会談の時に、本館の問題を検討するものとし、疑義の有無を尋ね、疑義ありて質問するなら、説明せねばならない。併せて調査の方法・回答の期限を示すものとする。当該府・庁・州・県の紳士が省におらず、また集めるのが難しいなら、調査局或いは臬司から、問題を当該府・庁・州・県の地方官を通じて紳士に検討させ、期限までに回答することを命じねばならない。」第七条から第九条までは各々以下のように定める。「法律用語は迎合はできず、もし各地の俗語に従うなら、必ずやその統一を図ることが不可能となる。調査員は適切に發表すべきで、俗語で回答して、混乱を増すことを免ねねばならない。」「各地の郷規・族規・家規は、万一採用してよいものがあるなら、調査員は収集に訪れ、本館に送り、参考に備えねばならない。」「各地の婚書・契約・租券・借券・遺言等は、或るものは極めて詳

細、或るものは極めて簡単であるので、調査員は各々の写しを一部取り寄せ、本館に送り、観覧に備えねばならない。」

これら以外に、清の朝廷は「調査民事習慣問題」二二三条を公布し、その調査の範囲は以下を含む。人、団体、物、権の代理、所有権、共有権関係、地上権関係、抵当権関係、物権の消滅、契約、無委託の事務管理、不当利得、不法行為、家制、婚姻、親子、後見、親族会議、扶養、祭祀相続、遺産相続、遺書、遺留分、相続人無き場合等<sup>17)</sup>

宣統三年（一九一二年）九月、『大清民律草案』の前三編の草案ができあがり、修訂法律大臣俞廉三・劉若曾が上奏して、「編輯の主旨」を述べるが、それはほぼ四つに分かれている。

一に世界の最も一般の法則を重視すること、二に初版本の後の最も精密・正確な法理を示すこと、三に中国の民情に最も適した法則を求めること、四に改めるに最も利益となる法則を期すること。その中の第三項が特に強調する「慣習と法律」の特別な関係を詳しく言うこと以下である。

立憲国の政治はほぼ同じであるが、民情風俗は、一つには種族の觀念により、一つには宗教が分かれていることから、一致を強いることはできません。ヨーロッパ大陸でも

このように分かれており、ましてやアジアとヨーロッパの礼教の違いはなおさらではないでしょうか？人事の法は民情風俗から生ずるため、規則を強行することはできず、無理に現状にあわせたと咎められることになり得ます。親族・婚姻・相続等の事を編纂するには、立憲に相背くは、斟酌して適応するように変化させる以外に、或るものは諸々の経義に基づき、或るものは諸々の道徳を参考にし、或るものは諸々の現行法制を取り入れ、風紀を整えることを期すに努め、数千年の人民不変の性質が衰えることなきよう維持するのであります<sup>18)</sup>。

子細に当該草案を読んでみると、第一条冒頭要約で次のように言う。「民事は、本律に未だ定めなきものは、慣習法により、慣習法なきものは条理による。」その立法例を考えると、間接の来源の主要なもの或いは参考に係るものは一九〇七年の「スイス民法」第一条である。即ち「およそ本律の文字或いは精神内の事件は、いずれも本律の支配を受ける、もし裁判官の審判の時に適用すべき律文なきは、慣習法によるべし、民事裁判において成文法あるものは、成文法により、成文法なきは、慣習による。成文法と慣習がいずれも存在しない時

は、条理を推考してこれを判断する。」事実上、まず考えてみると、この草案の第一条は直接には日本の明治八年（一八七五）の太政官布告第一〇三号「裁判事務心得」第三条「民事裁判において成文法あるものは、成文法により、成文法なきものは、慣習により、成文法と慣習いずれも存在しない時は、条理を推考してこれを判断する。」<sup>13)</sup>に基づいているようであり、日本法の影響を甚だ深く受けている。

そして、「大清民律草案」を細かく数え挙げれば、その中で慣習を斟酌することに関連するものは、例えば、権利能力と行為能力に関して、夫権を尊重する伝統的慣習から始まり、第四条・第九条・第二十六条等の条文の中で、妻の権利能力と行為能力を制限している。<sup>14)</sup> 民事責任年齢に関しては、多くの立法例及び旧慣習を採っている。例えば第十条は次のように定める。「満二十歳を成人となす。」「親屬〔親族〕と「繼承〔相続〕」の兩編に至ると、礼教に関わり、伝統倫理と慣習を吸収する内容がかなり多く、例えば「親屬」編中親族を宗親・外親・妻親に分け、同宗は婚せず等を定めるのがこれである。

上述したように、およそ法律が定めていないとき、初めて慣習を援用でき、これが「大清民律草案」が明定する大原則

であるが、しかしながら各国の立法例では、「物権」編に関しては、往々にして例外的やり方を設けており、即ち特別な慣習を認め、法律の効力に優先させているのである。「大清民律草案」もまたこの傾向がみられ、その中では、特別の慣習が法律の明文に優先することが認められており、例えば流れをよくする修繕或いは水流予防の工事の費用等の事である。この外、例えばガス等の流入問題（第九九四条）、湧水の通水溝及びその他の水流の自由使用等の問題（第一〇二〇条）、地上権及び永佃権「永小作権」消滅の問題（第一〇八三・一一〇〇・一〇二〇条）、及び永小作人の権利放棄等の問題（第一〇九九条）があり、これらは、いずれも但書でこう定めるのである。「特別の慣習があるものは、この限りではない。」<sup>15)</sup>

こうしてみると、「大清民律草案」の編纂の過程の中で、慣習の地位は重視されなかつたとは言えず、担当の人々もまた伝統的慣習と国家の制定法の間の相互の親和性をよく考察し、「修訂法律館」或いは選りすぐりの館員が各省に出かけ民間の風俗を調べ、或いは調査で得た資料に基づいて、各国の法律を参照し、各省の報告書を斟酌して、草案を起草して、現代の欧米の法制と伝統的民間の慣習を融合させて一体となそうとした。問題となるのは、調査した慣習の資料に対してどの

ように取捨するかということである。実質的に、果たしてこの期待する目標を實行できたのであろうか？民国初期の法制の歴史の中でさらに研究を進めることが待たれる。

二、民国初期の官の法律と民間慣習

法制の形式面から觀察すると、清末の変法修律は、大量に外国法を継受し、光緒・宣統年間に多くのヨーロッパ大陸・日本の法制を模範として法典及び草案を起草した、例えば「欽定大清刑律」、「大清民律草案」等であるが、隋唐より、宋明を経て、清末に至るまでの伝統法制に対して、明らかな変化があり、徐々にかつての天人相通ずを求めることや、集団の秩序と調和の觀念を強調することから、近代西洋の個人主義や自由主義の理念の推進に向かつていた。このような変革の趨勢は、民国初期の大理院時期まで継続し、却つて頻発する戦争や政局の風雨に遭つことになり、法制はできあがるいとまはなく、清代の律例がなお少数の明文の法規範となつた。

この外、民国初期に、国会が常に政治闘争の中にあつたため、正常な運用機能を發揮することができなかつた。<sup>23)</sup> 国家の根本大法としての憲法は、遅々として制定・公布されず、人民の生活と相關連する民・商事法制もまた、民国十七年の後

になつてようやく次々と制定・実施された。このため、民国初期の大理院時期には正式の民事法典のよるべきものはなく、少数の特別民事法令の公布があるといつても、社会の新たな要求に適應するには決して十分ではなかつた。そしてこのような法律の不備の問題を解決するために、当時は、以下の方式で補わざるをえなかつた。

(一) 「大清現行刑律」中の共和国体と抵触しない民事関連部分を援引する。<sup>24)</sup>

(二) 民事慣習と法理となる民法草案及び判例等を援用する。

(三) 民国成立後に新たに公布された民事特別法令を適用する。

これにより知りえるのは、当時主たる民事実體規範は「大清現行刑律」中の「民事有効部分」<sup>25)</sup>、即ち戸役・田宅・婚姻・債債等の門に關連するものにすぎないということである。ただこの部分の内容は少数の従うべきもの以外、他はほとんど形ばかりに供えられているものと同じことで、多くの人民の権利義務と相關連するもの、例えば、債權債務・物權等はいずれも規範化されていなかつた。<sup>26)</sup> そして實際の需要に応じなければならぬために、当局は多くの民事特別法規を起草し

たといえ、しかしながら当時国会は正常な運用はできなかったため、この過渡期には、行政機関が制定するか、司法機関が制定するかして、司法部に諮るといことがなされたにすぎない。前者の例としては例えば、「清理不動産典當」「不動産抵当の精算」「辦法」、「礦産」「鉱産物」條例、「管理寺廟條例」等であり、後者は例えば、「京師拍賣舖底」「店舖競売」人對於房東接租「家主への賃貸料引き継ぎ」暫行簡章」であるが、ただこれらの法規は、皆特定事項に対する個別規範に属し、総則性・統一性の見通しに欠けている。

上述の新たに公布された法規範の外、第一順位にある実定法は常に欠けていたので、その不備を補うために、慣習と条理等を援用して紛争解決の法源的根拠とすることが、必然的な趨勢となった。そして所謂「条理」は、その含む範囲がかなり広く、当時の法律草案が依拠するものとなった。例えば、前述の宣統三年編纂の「大清民律草案」、民国十四年に立案された「民國民法草案」であり、また大理院の判例、法律の類推適用、学説見解、外国の法例、義理と道德觀念等を条理として適用した。<sup>28)</sup>

しかし、その中で最も重視されたのは、「民間の慣習」である。ただし民国初期の法律が完備していない状況下では、民

事紛争の処理に対して、「慣習」は「条理」に比べると異なる点がある。事実上、慣習は民間で長く行なわれてきた行為準則であり、かなり具体的で、また国民の生活感情にかなり深く入り込んでいる。

この他、法制の実質面から考察すると、伝統中国は、民商の範疇の国家の専門規範がもとと欠けており、民間の私権等によるようなことは、援用すべき明文がなく、双方当事人は共に合理的な条件を相談で互いに守るしかなく、これが長きにわたり、当該業の信条となり、或いは各業の信条となることさえあつたのであり、様々な業種の細かな行為モデルの規範となるものが、ここに生まれたのである。これについて言うと、この時、民間で形成された各種の次第に広く認められるようになった慣行が、且つある特定のコミュニティ社会で普く認められるようになり、広くそのコミュニティ社会の構成員が守るところとなり、一般的な拘束力を生み出したのである。また実は中国は土地があまりにも広く、人口が多いため、新法の制定は必然的に各コミュニティや各職業に悉く規範を定めることはできない。そこで清末・民国初期の法の改正時は、伝統的慣習は成文私法規範の体系に吸収される外、その他のものは、自然と重要な行為準則と看做され、

人民の守るところとなった。

### 参、近代継受法の伝統慣習に対する衝撃

清末以来の変法修律は、民間の慣習に対して軽視するというのではなく、しばしば各地の伝統的慣習を参酌することを強調して新法を制定したとはいえる。しかし否定することができないのは、当時の変法は、領事裁判権の撤廃を求めめるためのもので、西欧の最新の法学理論については必然的に大量に新しく定める法規範の中に吸収されることとなり、このような法の継受は、時には模倣が刷新を超えてしまうことさえあり、そこで、新しい法規範と伝統的觀念の間に、深い溝が生じたのである。

そのうえ、当時の法制変革を主導し、新律の起草を担当する者は、多くは外国籍の顧問と社会のエリートであり、外国の新觀念・新思想は彼らについて言えば、当然ながらかなり熟知するものであった。しかし、一般庶民について言えば、このような変革は自国文化より出て来たと言えるものではなく、ただ短期間のうちに、異なる性質の西洋近代法制を中国に移植したがるにすぎず、ほとんど一足飛びに、中国を急急

に西欧と同一の法文化水準に乗せようと考えするものである。この広く人の多い中国社会に対して、瞬く間に普遍的に受け入れられる觀念を形成するのは実に難しく、所謂「変法は難しく、変法の觀念はさらに難しい」<sup>(28)</sup>のであり、法律は生き生きとした人民感情を欠くのであり、当然ながらまた短期間のうちに行為の準則となることは不可能なのである。人民が頭の中で頼るものは、それらの根深い行為モデルであり、つまり長い間行なってきた慣行なのである。たとえある慣習が新しい法律の制定によって、法律と抵触して無効に帰したとしても、依然として彼らが喜んで守る準則なのである。

#### 一、民間慣習から慣習法規範へ

法学領域の認識では、「慣習」(Custom)と「慣習法」(Customary Law)は別の中味をもつが、注目に値するのは、純粋な民間慣習から変化して法的効力をもつ慣習法となるには、一体どれくらいの段階を経る必要があるのだろうか？

もし慣行が一種の社会の生活規範と認められるなら、それは異なる階層或いは別のコミュニティ社会が一般に遵守すべき行為モデルである。そうであるなら、慣習が生まれる原因は、おそらく客観と主観の両面について観察すべきであろう。<sup>(29)</sup>つ

まり客観面では、それは人類のもつ同じ性質に基づき、同一の環境の中で、同じ刺激に直面して、同一の反応と傾向を生み出すと言えよう。主観面について言えば、人類の適応意識の淵源に係わり、人類が模倣性を具えるために、環境の感化を容易く受けて社会に伴って行なわれる慣行である。

慣習は人類集団の発展に従って、特定の要求に基づいて、民間の共通認識の下で、長い間の慣行を経て、徐々に形成された共同で遵守する準則である、と言える。この種の行為モデルの形成は、古い社会の中で常に早いうちから存在した。

ある一つのコミュニティについて言えば、慣習は普遍的に受け入れられ、確信され、そのため実質上の拘束力を生み、それは一種の「社会心理上の力」を通じて、社会の大衆にそれを承認させ従わせるのであり、そして「事実の規範力」を具えるものとなる。<sup>①</sup> 角度を替えて考えてみることもでき、あるレベルで言うところ、「慣習」もまた所謂「法律」と極めて類似のものである。慣習は多数の人々の意志の現われであり、多数の人々の審査を経て、妥当で便利と考えられたため、このためにそれに従い止むことがないのである。そして一般に言う「法律」とは民意を代表する国会の審査を経て採択されて制定されたにすぎない。両者は形成される形式において些か異なる

かもしれないが、しかしいずれも人民より出で、その権源は皆人民の手の中で操られるものなので、大きな違いはないのである。<sup>②</sup>

「慣習」は一種の守られる行為モデルというのみならず、事実上の拘束力を具えているので、一体所謂「慣習法」と異なる点はどこにあるのであろうか？

これについて、学説の見解は分かれているが、一般に考えられているのは、慣習法は慣習に源を発するが、しかし慣習とは異なる。慣習は一つの単純な事実に関係するものと考えられ、それは生活の規則化、行為のモデル化にすぎない。しかし慣習法は権利と義務の分配関係をもち、双方の衝突する利益の調整に及び、法的性質を具えている。簡単に言うと、二つの主たる違いは、「法」的な要素をもつかどうかである。もし「法」の要素が内容的要素と基礎的要素に分けられるとすれば、内容的要素について言うと、二つは同じく社会の共同生活を達成するための目的であり、いずれも人類の意志が外的行為に現われることに対して規範をもたらずものであり、且ついずれも社会のある種の利益を實踐するために、国家の力によらない強制力を具えるもので、この角度から見ると、両者は大きな差はないのである。しかしもし基礎的要素につ

いて言えば、慣習は法の要素の中の権威と正義の基礎がかなり欠けているのは明らかで、要約して言えば、慣習は法の要素において不十分で、それを「法」と認めるのは難しいのである。

こうして見ると、慣習と慣習法は全く同じというわけではないのであるが、否定し難いのは、慣習は実は慣習法の前身ということである。もし歴史の発展過程から言えば、人類の法の起源とは、東西の法文化の発展の異なる方向はしばらく論じないとして、基本的にその広がってゆく軌跡が、慣習から慣習法に至り、さらに進んで成文法の時代となるのである。そして慣習が早期に社会で生まれ、積み重なり、徐々に重要な規範的基礎となり、さらに慣習法の時代へと向かってゆく。まさに慣習法がすでに人類社会の要求に適應するに十分でなくなつた時に、さらに成文法の時期へと入ってゆく。この時、慣習は直接には法規範の基礎を提供するものではないとはいえ、法の歴史全体の流れの下では、実は水の流れに相通するのである。近現代の大陸法系から言えば、成文法を主とするといえども、人のなす事には限りがないので、成文法にあらゆる社会の需要を取り込むことを求めるのは不可能極まりなく、多くの部分はやはり新たな慣習の形成を借りて不足を補

わねばならないのである。よつて、慣習は所謂成文法独占の時期にあつても、その度合は依然大きいのである。

## 二、法の近代化と伝統慣習の変化

慣習の法的地位を理解するには、まず如何なる状況下で、慣習は法的効力をもつて探求せねばならない。はっきり言うなら、慣習の近代法制の体系の中の位置をどう見るかということである。慣習はある一つのコミュニティ社会の要求に応じて生まれたとはいへ、その及ぶところの事柄はおそらくあらゆることを網羅しており、数の上では当然かなり膨大なものとなるので、どのような慣習がこのような法的効力を得ることができ、法規範の一種となるのであろうか？鍵はそれが具えねばならない特定の要件にある。また慣習法の具えるべき要件は、裁判を為す者が多くの民間慣習に直面した時、援用する根拠とすべきか否かで決まる、と言つことができる。慣習は一体如何なる要件を具えると慣習法と認められうるのか？これに対して、論者により説が異なる<sup>(3)</sup>。おおよそいくつかの共通点を括り出すことができる。即ち、(1)人民が同一事項について、繰り返しして同一の行為をなし、且つかなり長い期間を経ていなければならない。(2)広く人々の受け入れる

ところとなつていなければならない。(3)人々がその慣行に対して法という觀念を持たねばならない。(4)合理的で且つ公序良俗に悖らないものでなければならぬ。上に括り出した一般要件以外に、かなり疑義のあるのは、慣習法は地理的要件を具えるべきか否かである。問い方を変えるなら、ただ一國の中のある地域で行なわれるという局地的慣習は可とすべきか、ということである。

これに対して、宣統元年(一九〇九)五月、修訂法律大臣沈家本・俞廉三は各軍機大臣と民商各法の起草の旨を相談したのだが、彼らは以下のように考えた。

人々の行なう慣習は、その地によるので、苟もそのやり方に反するなら、必ずや人々に排斥され、相容れないところとなる。故に各地方の慣習については、また強制力をそのうちに含むものは、国家の法律で認めるか、或いはこれを採用して成文法とする。しかしながら所謂慣習は、一般慣習と局地慣習の違いがある。一般慣習は、国内一般で行なわれ、局地慣習は、ただ国内の一部でのみ行なわれる。国家の交通機関が未発達の前代には、往々にして局地慣習が一般慣習より多かつた。我国の現在の法の改正は、局地

の慣習を承認し、成文法となすべきようだが、概ね順応して実行されるであろう。各省の交通一律となるを待ち、法律が徐々に改良され、その後一般慣習に注意するなら、法律を改正することにおいて甚だ便利である。<sup>(34)</sup>

民国初期の学者は、慣習法は不明確で各地で異なるという特徴があり、この弊害を避けるために、慣習法は制限されねばならないと考えた。即ち、一つには全国と全国の大部分に通用する慣習でなければならぬ。二つには地方に属する性質の慣習といえども、その支配する事項はその慣習の存在する地に限られねばならない。三として法令の明文で採用できる地方慣習でなければならぬ。<sup>(35)</sup>

實際上、もし慣習の基礎について言えば、その具えるべき合理性の要件は何かということを論ずることはしばらくおくとして、少なくとも特定の社会集団の承認を得、且つ長期にわたる反覆を経た慣行でなければならず、これに基づいて強制力を形成することになる。これ故、慣習は往々にして同一の社会集団・同一の地区でなければならぬという可能性がある。ある一つの地区で形成された慣習であつても、一旦他の地に移れば、おそらく認められず、当然守られることは難

しい。よって、慣習は先天的に地域性という特質を具えているのである。とりわけ、広大な土地の国家は、交通が発達していない時代には、所謂「全国に通用する慣習」を作り上げるのは、容易いことではなかった。この外、慣習の承認は、法律の不足を補うというからには、法律の適用にかなり弾力性をもたせ、当然ながら各地のコミュニティの風俗に違いがあるために調整機能をもつことになる。全国に通用する地理的要件の提起を上で述べたものの、主要となるのは各地の相衝突する慣習の適用を排除することで、当然ながら特別な考慮がある<sup>36)</sup>。ただこのような要求は、国土の広大な中国では、ほとんど達成することは難しく、けだしもしこの要件を加える必要があるなら、かなり多くの慣習が、各地の民情が異なるので、慣習法となる余地がなくなるであろう<sup>37)</sup>。

あるいは、このように考えることができるかもしれない。つまり、局地的な慣習は、他の地の慣習と衝突があるとしても、ただ法律に反することがないことが必要で、不合理でなく、また公序良俗に反しないのであれば、それが慣習法であると認めてよい。ただ適用区域を限定すべきで、もし当該区域でないなら援用することはできないのである。特に民国初期の中国社会では、往々にして局地的な慣習が全国的な慣習

より多く、このようにせねば、実は順応して実行するというのは不可能である。

とりわけ、近代法体系の下で、法律規制はますます明確になり、立法・司法機関はますます努力するので、おおいに、慣習は立法性の法律と司法性の法律にすでに取り入れられたかのようであった。これによって、慣習は今の社会の中で、法律の源としての作用は日ごと小さくなったが、しかしながら、このことは決して慣習のもつ法源の力がすでに枯渇してしまつたということを、意味するのではない<sup>38)</sup>。まさに先に述べたように、慣習は民間の需要のために常に形成され、すでにある法規範に対して再度補充をなしたり、裁判活動の中で純化作用を起こすことさえある。

實際上、世界各国はもともとその伝統の法文化を持つており、意味を味わうに資するべきで、立法者は固より他国を手本にすべきで、とりわけ自国に反映すべきであるのは、根源を窮め、奥に潜む哲理を探求することであるが、しかし後はどちらを捨てどちらを取るかを知り、無用のものに目を奪われ有用のものを忘れるという責を負うほどにはならないのである。長年積み重ねた努力を経て、北洋政府時期の「修訂法律館」及び各省区の司法機関は、できる限り各地の民商習慣

を蒐集したのであり、そこには民律の総則の慣習、物権の慣習、債権の慣習及び親族・相続の慣習等が含まれた。

全体而言えば、民国六年から民国十年までの（一九一七—一九二二）、北洋政府時期は慣習調査に対して、少しも意を払わなかつたとは言えない。立法上に現われたものとしては、一九二五年の「中華民法草案」は「物権」編においては一九一一年の「大清民律草案」に比べて抵当権と典権の二章を増やしており、抵当権の目的物は、中国の慣習により不動産に限るとしている。そして典権は中国の特殊な物権と考えられ、且つ長く用いられてきたもので、経済上の弱者を保護するに十分なように、加えられたのである。「大清民律草案」が「ドイツ民法」に倣い設けた土地債務の規定については、「中華民法草案」は中国にはこの慣習がなく、且つ当時の経済状況から論じ、採用の必要はないとして、削除した。そして「親屬」「親族」「繼承」「相続」の兩編は、多く新法を採用したとはいえ、伝統中国の倫理觀念及び固有法制を輕視はしなかつた、例えば宗法制度を沿用し、親族を宗親、外親、妻親に分けており、親等は教会法の親等計算法を採用しており、服制と近くなるよう図っている。家政は家長において統轄される等もあり、「大清民律草案」は「日本民法」に

従い、婚約の規定を設けることはなかつたが、今回は慣習を尊重し、婚約に対して、特に専門の節と規定を設けた。「相続」編については、「大清民律草案」は宗祧繼承「祭祀相続」規定を設けることはなかつたが、「中華民法草案」は祭祀相続と遺産相続の各々に専門の規定を設け、祭祀相続においては、規定がとりわけ詳しい。続けてできた二つの草案はいずれも女子及び配偶者が遺産相続権をもつことを認めず、しかし依然かなり慣習の法律中の作用を受け継いでいたと言つことができる。

#### 肆、民国初期大理院の裁判の中の民間慣習に對する適用実態

民国初期の中国社会は、河川や海の沿岸一帯では、初級段階の商工業がすでに成長をみており、迅速に發展する場合さえあつたため、民事紛争の大幅な増加に直面し、法規範がまたもや欠如することになり、このような背景の下、広く民衆が熟知し、庶民の法感情に合致する伝統的慣習は、一体どのような役割を演じたのか？当時の最高裁判機關の大理院は、このような状況に直面して、また如何にして古い価値体系と

新しい西欧観念の間で取捨を行なったのか？その時何に基づいたのか？慣習に対して一体如何なる法源の地位を与えるべきなのか？およそその興味深い人が人を悩ませる問題は、やむなく大理院の推事諸氏に説明を委ねられその中は微妙なものであった。

一、大理院の慣習法に関する実際の運用

慣習は如何にして慣習法となるか？慣習法の成立は、もし論争があれば、どの機関によるべきか？どのような基準に基づいて調査するのか？民国初期大理院の民事判例の述べるところをご覧いただきたい。

(一) 慣習法要件の確立

「慣習」が「慣習法」となる要件に関しては、大理院は民国二年の上字第3号「土地売買の先買権」に関する判例において初めて、かなり明確な判断基準を提起した。この事案の中で、当事者双方は土地売買の紛争のため、上告人穆金佈は、被告李臣忠と当事者ではない那永海が結んだ売買契約は無効であると考えた。その挙げる多くの理由の中で、最も重要な点は、「吉林の旧慣によれば、およそ土地の売買は、本族・

本旗・本屯が先買権をもち、これらの人が買うことができないうちに初めて、他の人に売ることができ。今回李臣忠が境界を越えて買った土地は、上告人に通知していないので、越権売買となり、この契約は善良なる慣習に悖るので、有効と認めるべきではない。」<sup>②</sup>である。

大理院はこの「先買権」という地方慣習に対してどのような考え方をもっていたのか？この慣習は法的効力をもつのかどうか？下された判決は以下の通り。

大理院判断。本案の原告・被告の主張の是非を判断すると、その解決すべき点は、即ち吉林の慣習は本旗・本旗・本屯人に対して土地を売る時には先買権があるといひ、この種の慣習は地方の慣習法と考えられるかということである。およそ慣習法の成立要件は四つある。(1)内部的要素をもたねばならず、即ち人々が法であると確信していること、(2)外部的要素をもたねばならず、即ち一定期間内に、同一事項について、反覆して同一の行為がなされていること、(3)法令がまだ定めていない事項でなければならないこと、(4)公共の秩序・利益に悖ってはならないこと。

本事実の扱う慣習を、大理院はさらに説明する。

たとえ第一から第三の要件が皆揃ったとしても、ただ第四の要件を欠くことはできない。けだしこの種の慣習は、所有権の処分作用の制限となるのみならず、経済上の流通と地方の発達においていずれも障害となり、公共の秩序の利益のために、法の効力を与えるのは難しいと断じられ、つまり上告の称するところの先買権は存在すべき理なく、当該上告人の第一の主張は実に毫も正当の理由はないであろう。

しかし、これと類似する「原墾戸先買権」の紛争事件では、大理院が民国二年上字第239号判例で別の指摘をする。

本族・本旗・本屯の土地の先買権は、原墾戸の先買権とは根本的に理由が異なり、彼の例をこれに当てはめることはできない、けだし本族・本旗・本屯の人は、他人の所有の土地とは、特別の利害関係がないであろう。しかし原墾戸は開墾するところの土地においては、苦勞のすえに切り開き、すでに数十年・数百年を経ており、平素は命となっ

ている。原業主が売りに出す時に、先買の権を与えるのは、事において甚だ便であり、理においてまた順いである。即ち公共の秩序と利益に、また決して背かないと言うことができ、断じて本族・本旗・本屯の人の本来無関係のものと同等に並べるべきではない。

この外、大理院民国三年上字第347号の判例「原佃先買権」事件の中では以下のように示されている。

吉林の本族・本屯・本旗が土地に先買権をもつ慣習は、それによるなら公共の秩序に背くので、法的効力を認めることはないが、しかし原佃の先買権の慣習は、公共の秩序を妨げることはない。本族・本屯・本旗は他人の土地に於いて、原佃の如く特別の利害関係をもつものではないから、各々の慣習の根本理由はなお異なっているのである。<sup>(4)</sup>

上述の三つの事件の判決で気づくのは、当時の大理院の裁判はすでにかなり苦心しており、その提起するところの形式と実質要件は現在の民法学理で慣習法と認めるために具えるべき要件と、ほぼ同じということである。民国初期は、法制

の変革から間もない頃で、伝統司法の裁判の中で、慣習の適用はなお粗雑であるとの状況下で、大法院がこのように説明できるその形式要件の基準及び実質内容の理念は、まことに得難きものであった。そしてこれらの要件の確立は、大法院のその後の判決例の中にしばしば現われた。<sup>1)</sup>

例えば、民国三年上字第988号の「銭債」に関わる紛争事件の中で、上告人の周作元の上告論旨の概略は以下である。「普通の商場の慣習では、商店が倒産するなら債権債務関係者は、借金は返すものとのやり方をとる。即ち不足であれば、店舗と店の道具や商品を競売して、比率に応じて償還するのであり、家産に及ばないのが例である。」つまり土地不動産で弁償することを要求すべきでない主張する。また上告人は土地で償還することを申し出たのだが、土地の価値がかなり低く、借金の額に及ばず、上告人は受け入れてもらえなかった。しかし上告人は寧邑の慣習に照らし次のように考える。「六割の債務弁済が、土地不動産の抵当ではできるのであり、つまりその債務はすでに穴埋めしたことになる。」被上告人の蔡思沂・蔡思榮・蔡祖熙は彼らは弁済に同意していないと考へ、なお上告人が全額弁済し遅延の責を負うことを要求する。

大法院は「商場の商店が倒産して、債権債務の関係者が、

借金は返すものとのやり方を取り、もし不足であるなら、店舗と店の道具や商品を競売し、比率に応じて償還するのであり、家産には及ばないのが例である。」には賛同する。しかし「寧邑の慣習では、六割の債務弁済が、土地不動産の抵当ではできる」に対しては、賛同しないとの考えをとった。即ち「慣習の成立は、長期にわたる慣行の事実を基礎とする。」また「慣習が法律上の効力をもつのは、とりわけ公益を害さないをその要件の一とし、上告人の主張するやり方は、取引の安全においては実に妨害となり、たとえ寧邑の以前からの慣習であったとしても、また法律上の効力ありと認めること断じ難い。」

この外、民国四年上字第2354号の「共同出資からすでに脱退した株主は共同債務に対して負担を負わないとする訴訟」に関わる事件の中で、上告人の魏肯堂はその所有の元興豆麦店の二つの株を譲って蕭國相に与えたが、蕭國相が受け取った株の証文の記載について、譲渡の後、各株主に決して公言するなどして、大局を害することなきようにしたとのことである。本事案の被上告人は次のように主張する。この地方の特別の慣習は、およそ合資営業の株式を他人に譲渡すると、株に株主の署名があることで証拠としなければならない、

と。上告人が前述の事情について言わずにいたことから、その譲渡が有効に成立するかどうかで共同出資の債権者に対抗しえるので、両当事者に争いが生じて裁判となったのである。

大理院はこの事案の及ぶ争点については、被上告人の当該地方の特別な慣習に対する主張に賛同し、以下のように認定する。

法学の通例によるなら、明文なきものは、慣習法により、慣習法なきものは、条理による。すでに慣習法あるなら依拠すべきで、条理によって処断することはできない。当事者がもし慣習法則があると主張するなら、審判衙門の慣習が事実であるとの調査をするを経て、合法の効力あると認めることのできるものは、自ずからこれを援用して以て判断の根拠となすべきである。このような事実は特に公共の安全・善良の風俗を少しも妨害することはなく、且つ一般に皆が従う心があるものであるなら、慣習法則の条件を備えると言える。本事案の上告人の脱退は、ただ蕭國相との密かな受け渡しにすぎず、各共同出資人は少しもこれを知らないので、この脱退行為は実際にあるといつても、なお各株主が署名して証拠とする要件を備えておらず、共同出

資の債権者に対して對抗の余地はない。上告の意味するところはいずれも理があると言えず、採用しがたいものである。

以上の二つの事例を見ると、上述の民国二年上字第3号判例のように要件を詳細に並べてはいないといえど、いずれも示しているのは、慣習法の要件は長きにわたる慣行であり、公序良俗に反せず、法であると確信している等を備えるべきとしており、二つの理念は、かなり一致する。

#### (二) 慣習法要件の説明

しかし、慣習法の要件の確立以外に、さらに注意するに値するのは、大理院が審理の過程で、これらの要件に対して一体如何なる運用をしたのかということである。

上述の列挙する慣習法の諸要件は、「法令の規定せざる事項」であることはかなり明確であるが、ただやはり例外がある。例えば「現行刑律民事有効部分」は以下のように定める。即ち、典売田宅は契約書を作らなければならず、併せて官府の納税証明書があるなら、まさに有効である。しかし大理院は民国四年の上字第2242号の判例中で以下のように言う。

「土地の売買は固より契約を結ぶを原則とする。但し江省の荒地を売買するは、契約を結ばない慣習があるので、契約を結ばずとも、また物権移転の効力を生じうる。」<sup>14)</sup>これはつまり僻地区荒地の売買の特定事項においては、民事慣習は特別の形式を以って、成文法に優先して適用することである。

その他の要件に至っては、例えば「法の確信」、「長きにわたる慣行」等多くがかなり抽象的で、もし大理院の関連判例について観察するなら、大理院がこのような抽象的概念に対して、少なくともあるが詳細で深い説明をしているようであることがわかる。これらの抽象要件の中で、最もよく用いられるのは、「公共の秩序及び利益」という概念である。大理院の関連判例を概観すると、これらの要件に前後の順序をつける、「公共の秩序及び利益」と「合理」の要件が優先すべき検査対象となっているようであり、ほぼこの要件を慣習法の要件に合致するかどうかを決定する主要な鍵とならしめている。

上述したものの外、以下に列挙する事案は、大理院が皆「公共の秩序及び利益」に反するか否かを最も重要と考えたものである。

(事案一) 民国三年上字第733号判例

慣習法の成立要件は四つあり、そして公共の秩序に背かないことを要件の一とする。本事案の上告人が主張する旧慣が、その他の条件を具えるか否かは、ここではしばらく論じない。しかし船長の故意或いは過失により他人に与えた損害は免責できるであろうか、利を貪り過重の積載或いは過大な牽引をなすものが、民事上の責任は少しもなく、他人の生命・財産を軽視するというのでは、その弊害は言うに耐えないものである！故に、この旧慣は事実であったとしても、公共の秩序のために、法的効力を予えることは難しい。<sup>15)</sup>

(事案二) 民国四年上字第282号判例

この事案は土地売買に関する紛争である。上告人の宋徳樞はその所有する田の業を被告人の楊斌・楊毅・楊銑等の人に貸し、今回上告人は原価に照らして回贖しようとしたが、しかし被告人は上告人はすでに売ってしまったと考えていた。上告人は回贖ができる論拠はおよそ五点あり、そのうちの二つは次だと主張した。「瀏邑の慣習では、およそ業を売るにはまず近親から行ない、同姓以外のものが最初から買うことはできない。」事実上、「業を売るにはまず近親からすべし」

の慣習は、「祖産・世業」に執着することより出るものかも知れず、祖先崇拜の觀念と関連するはずである。大理院は以下のように認定した。

業を売るには先ず近親からの説は、この邑の慣習を根拠とし、ここではしばらくこの慣習の存在の有無は論じないが、所有権を制限する作用があるので、経済上の流通及び地方の發達に、いずれも障害となるため、法的効力があると認め難い。

また当該慣習が公益に合するかどうか最も重要な判断となり、その次にその他の要件について考察しているものがある。

（事案三） 民国四年上字第771号判例

この事案は公同共有者が祀産の処分を共同協議した紛争事件である。大理院は以下のように示す。

祀産を売りとばすことは法の禁ずるところであり、しかしながら我国の慣例を査するに、これらの祀産が重大な状

態に遭遇したときは（例えば子孫の生計が困難となる或いは管理によつて重大な紛争が生じる）、各房全体が同意した時、なお祀産を分割して典売或いはその他の処分行為をなしつる。この種の慣例は少しも公益を害せず、また強行法規にも反しない。<sup>17)</sup>

（事案四） 民国七年上字第1438号判例

この事案は債務紛争の事件である。<sup>48)</sup> 上告人の鄒承祖は被告人の李福生に金額にして七千三百九十一元の借金があり、元金は三千元余りにすぎず、他はみな利息である。上告人は約束手形を二通出したことがあるが、まだ現金化されておらず、被告人が訴訟を提起し、上告人に全額償還を請求した。上告人はこれに対していくつかの理由を提起し、その中の一つはおよそ営業上損失が重なり責務を負う者は、江西の商場の慣習に照らして、みな借金は返すものとのやり方で、以てその債務を完済するので、借金を取り立てないことは断じてない、即ち借金の全額を償還しなければならないの理であるのだから、原審が慣習によらずに裁断したのは、また納得できない。大理院は以下のように判決を下した。

借金は返さなければならぬと言つのは、江西省の慣習を口実とするとはいへ、このような慣習があるかどうかはしばらく論ずることはしないが、取引上の安全において明らかに妨げとなるからには、大理院のこれまでの判例によつてもまた法的効力があるとは認め難い。

本事案も第四の要件、即ち公共の秩序及び利益に背くかどうか、最も重要な判断基準となつてゐる。

前掲の各事案は、大理院は多く当事者の主張する慣習が公共の秩序及び公益に合致するかどうかを優先的な判断基準となり、その次に、この慣習が存在するかどうかというその他の要件に対して検討を加える。よつて、一つの慣習が法的効力をもつかどうかを判断する必要があるなら、法律がすでに別に規定をもつかの外に、まずこの慣習が公共の秩序及び利益に悖らないかどうかを検討しなければならず、もしこの要件が備わっていないなら、その他の要件は当然また検討する必要はないのである。

厳格に言つたら、この要件は、事実上一つの不確定な法概念となり、所謂「公共の秩序及び利益」は、その実質的中味は一体何であるかは、大變不明確である。大理院はこれを以

て最も重要且つ主要な判断基準とし、人々を慣習に従わせるかどうかには、迷いがあり、疑問があつた。實際上、大理院の判例は同様にこの要件を衡量の基準としたとしても、内容上の表われはまた時として異なる。例えば以下。

(一) 經濟の流通・地方の發達を内容とするものがあり、例えば前掲の民国四年上字第282号判決である。また例えば民国四年上字第977号判決は以下のように言つ。

族人が祖先の遺した祭田を処分するに、…族人全体の同意を得ることを有効の条件とする。ただ地方の旧くからの慣習或いは族中の特別の規定によつて、各房の房長は共同で族人全体を代理して処分をなすことができる。<sup>13)</sup>

「大清現行刑律」は「族人全体の同意」を「祖先の遺した祭田」を処分する条件としてゐるので、明らかに伝統家族主義の觀念の残したものである。地方慣習の中に「各房房長は共同で族人全体を代理して処分をなす」の旧例があり、この慣例は未だ制定法と相衝突せず、また土地の譲渡を促進するに足り、經濟の流通及び地方の發達に有利である。

(二) 公共の安全・善良の風俗を内容とするもの。例えば上述

民国四年上字第2354号判決<sup>⑩</sup>、この事案は関係する慣習が「とくに公共の安全・善良の風俗を少しも妨げることなく、且つ一般にみなが従つ心があるなら、慣習法則の条件を具えていると言つことができる」と大理院は考へている。

(三) 取引の安全を主たる基準となすものは、例えば前掲の民国七年上字第1438号判例、この他民国三年上字第988号判例の中で、大理院はまたまずはこの慣習が公益の要件に合致するかどうかについて調べており、そして本事件で関係する慣習は、「…取引の安全に実に妨げとなり、たとえ甯邑にある慣習だとしても、また法律上の効力あると認め難い。」と認定している。

前掲諸事案を概観して、知ることができるのは、大理院は民国四年上字第282号判決の中で、この慣習が公共の利益の要件に合致しない所以は、この慣習が所有権の作用に対して制限を加えることに基づく説明する外は、その他の事案の中では、多くは説明はしていない。十分な説明のなされない状況の下で、判決の中から大理院が裁定をなす時、その理論が基づくのは一体何かを、見つけ出すのは大変難しい。これは当事者について言うと、一つの慣習に出会う時、公共の秩序及び利益に悖るのかどうか、援用するか否か、は一体ど

う判断すべきかということになる。おそらく非常に判断しにくいであろう。とりわけ、このような不確定概念の内容は時代の変遷にともない、またコミュニティや地域等の觀念の違いによつて改められるであろうし、当時は、大理院がこれらと所謂公共の秩序・経済秩序及び取引の安全等が合致しないと考へる所以は、その根拠とするところはおそらく新しい觀念・新しい理論に出ており、しかしながら一般の人々について言えば、もし一つの慣習がすでに行なわれて久しく、すでにある特定のコミュニティ社会が十分確信しており、また従つていたのであれば、このようにすぐ論断してしまつと、おそらく人々の法的な生活感情を傷つけることとなつたであろう。或いは、大理院はこのやり方に託つて、時代の潮流・社会の發展に合致した觀念を導入し、古くすでに時代の潮流に合致せず、近代法思想の發展に反する慣習を排除したいと思つていたので、このような作用について言えば、実にプラスの意味がある。しかし、大理院がもしさらに十分な説明ができ、その觀念が何かをはつきり表明し、少なくとも当事者にかなり簡単に方向をわからせることができるなら、おそらく若干の「悪質」慣行の旧を捨て新に改めることに對してかなり積極的な實際的效果をもつたであろう。

二、慣習の大法院判決中の民事法源の順位

前にすでに何度も挙げたように、慣習は伝統中国の民事法の領域では、これまでいずれも重要な行為準則であり、時が清末の法制変革に至るや、多くの新しい法律草案が起草され、民事法の特別規範も増加の勢いをみせた。しかし民衆について言えば、過去の根深い観念を転換するのは容易ではなく、とりわけ、短期間のうちに法律の中の新観念を全般的に受け入れるのは不可能であった。状況はこのままで、民国初期においてもお慣習は重要な役割を演じていた。大法院に至ってはどのような態度をとったのか？まずは、慣習の具える効力から検討すべきであろう。

法律の近代化以来、慣習法の効力は成文法の制限を受けねばならないと考えられ、例えば清末の「大清民律草案」、中華民國「民法草案」、乃至一九三〇年代の国民政府の制定・公布した現行の中華民國「民法」は、その第一条が次のように定める。「民事は、法律で規定せざるものは、慣習により、慣習なきものは、法理による。」等々、皆成文法の効力が慣習法に優先すると明示している。ただ中国と外国の立法例で評定すると、また慣習法が成文法に優先して適用される特例もあり、かなり極端なものは、所謂「法律の失効」(desuetude)の例

であり、即ち古い過去の法規を、ある種の新しい社会慣習にとってかえることである<sup>51)</sup>。よって、理論上、成文法の効力は絶対的に慣習法に優るわけではなく、慣習は「本生的な」・「独立的な」存在であり、その効力は一般社会の法の確信に基づいており、司法或いは立法の承認・許可によるのではなく、国家は特定の立法政策に基づいて、優先して成文法を適用するのかもしれないが、しかしこれによって慣習法の効力を減ずるものではない。

もし上述の見解を認めるなら、慣習はただ「法的確信」と「慣行の事実」を具えるなら、法的効力をもつと考えることになり、これは単に慣習の発生と本質について言えば、確かにかなりの理由がある。慣習は特定のコミュニティ社会の確信と長期にわたる慣行の下で、すでに徐々に実質上の拘束力を形成しているのだから、この時、より高次の権威機関によって認可される必要はないのであり、これは法制が未整備の時代には、実情はすでにかくの如きであつたろう。しかし清末にヨーロッパ大陸の近代法の観念を継受して以来、法律が主要な行為準則になり、もしすでに法律の明文規範があるなら、優先して法律を適用すべきであった。折りしも民国初期は、基本民法典は未だ公布・施行されておらず、このような特別な状

況下では、大理院は一体どのように法律と慣習と条理の三者間の適用順序の問題を処理すべきだったのか？以下で個々の事案を見ればはつきりする。

（事案一） 民国二年上字第64号判例

本事案は「後見権」を争う事件であり、上告人の梁伍氏は異姓の子永昌を買い取り跡継ぎとし、若死にした実の子を継がせた。後にその母親である伍何氏が亡くなり、上告人は伍何氏が遺言で自分を後見人となすと指定したと考えていた。しかし被上告人の伍胡氏は伍何氏がかつて直筆の手紙で自分を後見人となすと指定し、且つ親族会議の選任を経て、自分が後見人を担うべきと考えていたので、双方争いが治まらなかった。大理院は明確に以下のように示した。

大理院が査するは以下。民事事件を判断するには、まず法律の定めるところによるべきで、法律の明文なきものは慣習法により、慣習法なきものは、条理によるが、けだし通例であろう。現在民国の民法法典は未だ公布・施行されておらず、清の「現行律」の民事に関わる各規定が継続して有効であり、もちろん根拠として判断すべきである。強

行法規に反する行為に至るとなると、法律上はすべて無効である。無効行為と取消行為は異なり、審判衙門は当事者の言を待たずに、当然にその無効を認め、即ちこれを以て権利義務関係発生を断定する源となすことを得ないのである。この民法の通理は、我國の現行民法法規もまたすでに採用するものである。本事案の上告人の主張するところの遺言及び被上告人の主張するところの親族会議は、現行法上直接の規定がないといつても、しかしながら律例中遺命・戸族公議と称する如きは、即ち遺言及び親族会議の変称である。ただ後見人制度は、少しも明文がないと言つことができるが、一般に認められている慣習法則を集めると、またそれと名は異にするが実は同じものがあり、それは託孤である。託孤は同宗に限る必要はなく、最後に親権を行なう者の意思で定まり、その効力は他人の推薦による選任行為より常に強い。本事案ではすでに故人となつた伍何氏が上告人に対して、もし遺言をしたのなら、被上告人に対して手紙で託したのだとしても、すでに親族会議が後見人を選任する余地はないのである。<sup>13)</sup>

そしてこの後の大理院の判決（例）の中では、民事法源は

常にこの適用の順序に拠っている、即ちまず法律の明文・次の慣習、そして条理である。例えば以下の如し。

（事案一） 民国三年上字第1090号判例

本事案は「債務紛争」事件である。原告人の呉巨川が開説した徳巨源号は、被告人の世部彬の大昌石炭局の焦げつきを代理販売したところ、大昌石炭局は徳巨源号のために三千二百四十一元二角七分の借金が生じ、一部のみ返したが、なお一千八百余元の借金があるので、徳巨源号に返還を要求した。原告人（徳巨源号）は帳簿が一致せず、且つそれは大昌石炭局のための代理販売であるので、損益は大昌石炭局が自分で負うべきだと考えた。この外、大昌石炭局の派遣員が徳巨源号に借りた借金は控除すべきであると主張し、原告人は同時に代理販売の費用の給付を請求した。この紛争に關しては、大理院は以下のように述べている。

訳 現行の商事法例は、およそ商行為に特約なきものは、慣習により、慣習なきものは、条理により、…商事条理について論ずれば、およそ商人間の行為は有償を以て原則となし、本事案の当事者間に特約がないからには、このような

代理販売行為は報酬を給付すべきでないという慣習の有無を調査することが必要となり、法院がこの慣習の存否について検討すべきであり、…原審が法によつて調査することなく否認したのは、それが適法でないことは、自ずから言を持たない。

大理院は本事案の中で商事取引行為に對して、当事者の特約を以て優先すべきで、もし特約なければ、慣習を適用し、慣習なき時は、まさに法理によると明確に表示した。

（事案二） 民国三年上字第1198号判例

本事案は「兼祧による相続」に關する争いである。原告人錢元禧の同父異母の兄弟である錢元祺が病没し、その父の吉生が、原告人の子祥瀚に元祺を兼祧するを命じたが、ただ元祺の妻儲氏は祥瀚が自分の生んだ子ではないので、心の中では悦ばず、祥瀚は近いうちに結婚し、成服做親となると、恐らく女性の家が望まぬだろうから、転ばぬ先の杖のやり方を採るべきだと謀を言った。けだし上海の風俗によれば、およそすでに聘するに、喪に遭うなら、百日以内に結婚せねばならず、そしてまた斬衰を礼の如く行なうことを、成服做親と

言うが、娘を嫁がせるものは婚儀簡單とするを願わざることから、かくの如く言ったのであろう。久しからずして、吉生も死亡し、当事者の間では祥瀚が一体元祺の兼祧子となるか否かに対して、争いが生じた。「即ち嗣子を立てて夫分を承けるや、慣習に照らし、長男・次男の二つの房は、六・四で分ける。」大理院は以下のように認定した。

査するに現行律例は嫡庶子男が家財田産を分割するには、妻妾婢生を問わず、子数均分を以てすることであり、家産の分割は、状況がどうであるかにかかわらず、人数に照らして均分するの法があるのみである。本事案の上告人はあらゆる遺産は長男次男の二つの房によつて四・六に分けるべきだと主張し、原審はその主張を認めず、上告人と被上告人が均しく分割するのが、すべて現行律例によれば正当であると判決した。上告人は一体現行律例の精神をいうなら、もし被上告人がその夫のために立てざる後は、その夫の継すべき遺産を承受できず、ただ扶養の費用を与えることだけが許されるのであり、即ち嗣子を立てて夫の分を承ぐなら、また上海の慣習を適用すべきであるので、第一審の判決が維持される。慣習を適用するかどうかは、法

律の明文規定なきの後なら可とすべきで、家産の分割に関しては、現行律例はすでに明文があるので、自ら慣習を主張する余地はないのである。<sup>55)</sup>

本事案は、大理院は明らかに「大清現行刑律」中の「民事有効部分」を以てすでに法律の規定があるので、優先して適用すべきで、法律に規定なき時に、初めて慣習の援用がある」と主張している。

(事案四) 民国四年上字第1276号判例

本事案は「店舗賃貸借」に関わる紛争である。上告人葉能綿(賃借人)は被上告人葉用欽(賃貸人)に店舗を借り、契約では五年満期、毎年賃貸料六十元、満期になれば、店舗主によつて回収すると定めた。今満期となり、被上告人は回収したいと思っている。ただ上告人は広東省の慣習によれば、店舗の賃貸借は、賃貸料の未納なく、満期になるなら、賃貸料を増やしさえすれば、継続して賃貸すべきと主張した。大理院はこれに対して以下のように示した。

現行の民事判例は、およそ法律に明文規定なきものは、

本来慣習を適用すべきであり、但し慣習は通常概して強行の効力なく、故に当事者間に特別の取り決めあるものは、自ら特約に依拠すべきであり、即ちさらに慣習を適用するの余地はない。<sup>(56)</sup>

本事実中、大理院は明らかに法律と慣習の間の適用順序を示すのみならず、同時に当事者間の特約が慣習に優先して適用されると示した。

(事案五) 民国八年上字第219号判例

この事案は承継によつて訴訟になつたものである。上告人孫兆祺はその兄孫兆瑞の財産を相続することを欲したが、昭穆不相当のために、その祖父孫全本の兼祧子となることはできず、またその父孫書元を継ぐこともできなかった。当事者間で上告人が遺産相続権をもつかどうかについて紛争が生じた。大理院の判決は以下のように言った。

現行律例によれば、子がなく立嗣するに昭穆の順序を乱すことはできないという規定は、もともと公益を保護するために設けられたものであり、強行法規とすべきであり、

この法規に反する慣習は、当然ながら法的効力はない。本事実の上告人は孫全本においては、祖父と孫であり、昭穆は相当せず、この地に孫で祖父を継ぐ特別の慣習があるかどうかにかかわらず、上告人はいずれも全本の嗣となることはできないのであり、当初被上告人の故父書元（即ち術元）は全本を兼祧しており、合法かどうかにかかわらず、及び被相続人或いは親族会によつて選ばれたところであるかどうかは、上告人の争つところではない。<sup>(57)</sup>

(事案六) 民国八年上字第394号判例

本事実承継のために訴訟となり、共同当事者である趙憲章と張趙氏の上告人の論ずる主旨は次のようである。「趙姓の一族の中には孫が祖父を継ぐことがあるので、趙劉氏が洛胖を夢玉の嗣孫となすことは有効であると主張する。」ただ大理院は以下のように指摘する。

現行律例は孫を以て祖父を継がせることを禁止しており、我国固有の礼法を維持する所以は、事は公益に關し、強行の効力をもつべきで、反対の慣習の存在を認めないためである。趙劉氏が洛胖を以て夢玉の嗣孫となすを欲すと言う

ことはしばらく論じないが、上告人趙氏のすでに記録済みの一方だけの言い分は、にわか信ずることはできず、即ち言うことが事実だとしても、前述の強行法規と明らかに相抵触し、当然に有効とはできず、自ずから趙姓の一族の中でかつてこのような違法なことがあったを以て、引用して自ら弁解をすることを得ず。原判決はこの点に関して第一審判決を正しており、やはりそれが正しく、上告の論旨にとくに理はない。<sup>85)</sup>

上述の事案五と事案六の二件は、上告人の主張するところの「孫で祖父を継ぐ」の慣習は、当時有効適用されていた「大清現行刑律」の「民事有効部分」の明文規定と相違し、大理院はいずれも法的効力ありとは言えないと認定した。

(事案七) 民国八年上字第234号判例

本事案は「一人っ子が他家を継ぐ」ことに關する相続の紛争である。被上告人の子順炎はその父方のおじである世甲の子(春喜)を継いだが、世甲の弟世由は世甲の遺産を欲から手に入れようとして、この一族の草譜を書き換えて、彼の子朱を以て同族の相続としたが、これは順炎の相続権を侵害す

るかどうか? 双方の争いは解決が難しい。本事案の先決問題は、順炎が合法的な相続権があるかどうかにある。大理院は順炎を一人っ子となし、且つ春喜とは父方のいとことし、その他の家を継ぐ行為は、法律の明文規定と合致しないとす、けだし法例によれば「一人っ子は兼祧以外に、他の家を継ぐことはできない。」であろう。大理院はこれに対して次のように言う。

即ちこの一族は一人っ子の他家を継ぐの慣例があるとするが、しかしながらまた必ず法律に明文無きものが、初めて慣習に従うのであり、明文があるからには、慣例を引用して理由とすることはできない。<sup>86)</sup>

本事案では、大理院が「一人っ子は兼祧以外に、他の家を継ぐこと得ず」の法例を以て、適用を優先すべきを理由として、慣習法を引用するとの主張を拒絶したのである。

(事案八) 民国三年上字第70号判例

本事案の上告人張蔣化と張王化等は「承継と遺産」によって訴訟となったもので、大理院は以下のように示した。

査するに大理院が最終審判機関であり、専ら第二審の違法を正すを職掌とし、本事案の法律上の要点は以下である。

(一) 嗣子なくて嗣孫あるは現行法例に適合するかどうか？ (二) 世望が誼卿を承継するは、現行法の継嗣の各条例の定める昭穆の順序に背かないか？ (三) 法律の明文に規定あるものは慣習を適用すべきかどうか？… 上告人が主張するところの間代産後の制は、慣習となるかどうかは、なお疑問がある。即ち慣習の適用は、また法令の規定していないところ或いは許可している事項に限らねばならない。現行の律例は既に立嗣の専条があり、まず慣習を適用するの理はない。例に載せるに、子なきは、同宗昭穆相当の兄弟の子に承継せしむを許し、子なきは兄弟の子を立てるは、律例の許すところである。相当する兄弟の子を捨てて兄弟の孫を立て嗣孫とすることは、律例の許さざるところである。また例に載せるに、子となして後継とするの各条は、皆子あるを以て前提とし、誼卿の子がないからには、孫が嗣ぐという説は、自ずから成立する術がない。<sup>(20)</sup>

本事案は「大清現行刑律・戸役門」の「立嫡子違法条」が明文を定め、優先的効力をもっているため、慣習は適用の余

地はない。

上述の八つの事案からみると、大理院は法律が明文規定をもつかどうかを以て、慣習適用するかどうかの最も重要な考慮要素としている。そして大理院のこれまでの判決の積み重ねを通じて、法律・慣習法・条理の三者の間の適用順序は、かなりはつきりしており、法律の明文規定を最も優先し、次いで慣習法とし、その次に条理とする。

上述の民事法源の適用順序の確立の外、なお観察すべきもう一つの現象は、即ち民国初期には民間は慣習になおかなりの程度の拠り所を置いていたということである。とりわけ、相続の面に関してであり、例えば家系を相続すること、孫が祖父を継ぐこと、遺産の分割、一人つ子が他家を継ぐ等に関する事案であり、これらの事件を細かく観察すると、当事者は皆ある当地の慣習を主張するといえど、紛争が裁判手続に入った後は、事実上、大理院は往々にして法律がすでに明文規定をもつを以て、これらの慣習を用いないとした。

この外、債権債務・物権の面での慣習に関しては、またしばしば大理院の判決(例)中に現われ、とりわけ、「土地先買権」に関する旧慣は、占めるところの比率が最も高いが、しかし、当事者の主張は法院の受け入れることにはならない。

明らかに見て取れるのは、大理院は原則的には慣習が一定の効力をもっていることは認めているが、しかししばしばまたある要件を備えていないと適用を拒むことであり、例えば「公益」に合しないこと、「公序良俗」に反すること等を考慮しているのである。これについて言えば、慣習は伝統觀念をもっているのでかなりの程度で歓迎されているというわけではないようである。

このような状況の下で、疑いを起こさせるのは、法院の態度は慣習が法的効力をもつかどうかの運命を決定できるかどうかということである。この問題をはつきりさせようとするなら、当然慣習自体が法的効力をもつかどうかに及ぶのである。或いはまたさらに高い権威のある機関の承認を受けて初めて法的効力をもつのであろうか？この点に関しては、また慣習の性質の争いに到り、理論的には、慣習自体が一定の法的効力をもっていることに賛同すべきだというのが、かなり合理的なようである。ただ現実の問題というのは、たとえば我々がこの慣習が始めから一定の法的効力をもつと認めていたとしても、一旦ある要件を備えていないからといって、法院に否定された時、民衆はその後もし再び同じ状況に出会うならば、もう一度このような慣習を援用して自己に有利な主

張をするであらうか、ということである。

こうして見ると、民国初期の現代国家法体制の下で、慣習の運命はかなり大きな程度で司法機関の承認があるかどうか握られていたようである。単にこのような現象について言えば、その性質はまたかなり学理中の「司法確認説」に傾いている。しかし、たとえ慣習が法院の判決の過程の中で、否定されるかもしれず、そして法的効力をもっていないと認定されたとしても、やはりこのようなことは法院の「濫過」作用にすぎないと考えても差し支えない。なぜなら、膨大な量の民間の慣習に直面した時、法院は公平・正義の理念に反しないかどうかと、国家の法体系等の要素を考慮して、苦心してこれらの慣習が法的効力をもっているかどうかを検査しなければならぬからである。

諸々の史実を推し量るに、清末以前の中国社会では、「民事紛争」と「民間調解」の関係は密接で、「民事調解」はまた「民間慣習」と切っても切れない関係であった。民国初期の大理院の時期に至ると、慣習はもし法院に否定的態度をとられた時には、おそらく民間で法的確信の動揺を生み出したであろうし、この慣習を徐々に力を失わせ、慣習の「変質」或いは「質的变化」を導くことさえあったであらう。或いは、当

時の時代的背景の下で、大理院はこのような形式を通じて、時宜に合わないいくつかの慣習の淘汰を加速し、社会に進歩を促したかったのかも知れないが、それは知ることはできない。確かに論者が言つところのように、「民国初期は無数の旧勢力が消えるべきなのに消えず、無数の新勢力が生きようとしても生きられない時期であった。既存の慣習は、社会の現実の需要と至る所で相反するにもかかわらず、既存の慣習は九割方消滅しておらず、社会上の多くの新制度と新事案の発展の大きな障害となっていた。このような状況の下、国家機関はまさに間接・直接にこのような慣習の改変を促進すべきで、さらにこのような慣習に優越的な法的効力を与えるべきではない。」<sup>(2)</sup> 例えば、上述の大理院民国四年上字第282号判決は、業を売るにはまず近親からせよとの慣習に対するもので、また民国七年上字第1438号判決は、借金は返すものというやり方の慣習に対するものであり、大理院はいずれも経済市場の流通と発展に障害になると認定し、そしてその特有の権威を以て、古い私法観念を除き、時代と社会の需要に合致した新しい私法制度を打ち立てようとしたのである。

## 伍、結語

民事規範は社会生活の反映であるので、理論上、立法は国民民族を参酌することを責び、社会の実情に適合させるが、そうではなく、徒に高遠を求め、苟も多くの慣習と相反するなら、その効果を審査できないばかりか、逆に形式的な法律と實際上の生活に相入れないものを生じさせる。こうして、法律はその尊厳を失い、効用もまた明らかでなく、立法の目的はついにまた達成できない。清末・民国初期の民律草案の起草者は、多くは外国籍の顧問・留学生及び思想の開明的な社会エリートであり、ゆえにかなり世界の法学思潮に随うことができ、最新の立法例を採用したのである。しかしもう一つの角度から見ると、彼らはすでにかなり伝統の旧慣を重視したと言つべきだとしても、やはり度々侮られ、ひたすら模倣し、盲従し、そして本国の法源を捨ててしまい、鵝呑みにして、本国の民情に合わぬことさえあったが、これは何の故であろうか？このように批判するのは、公平を欠くであろうか？

まとめて言つと、民国初期は、基本的に依然として農業社

会で、深く宗法と家族主義の影響が遺る社会であり、法制的形式がすでに所謂ヨーロッパ大陸法を継受する局面に入ったとしても、それが素早く西洋市民社会の法律の個人を中心とする法制を採用することができるとは望み難かつたのである。よって、民事紛争に出遭うと、人々は往々にして慣習を重要な根拠とすることに頼り、慣習によって紛争を解決することを希望した。しかし、各地の慣習は、積年の悪習というものもあり、もしその法的効力をもつことを皆認め、そして裁判上でまた援用すると、近代的な一般的法学原理に悖ること必然であつた。とりわけ、範圍がかくも広く、民間慣習がこれほど多様であり、省と省で異なり、県と県で異なることさえもある。このため、民国初期に司法關係者が慣習を採用することについては、進退窮まる苦境に陥ることは免れなかつた。

幸いにも、大理院は膨大な数の民間慣習に直面し、かなり拾遺補闕に力を發揮し、新旧を調和する「滌過」と「指導」の作用を發揮した。もともとその「慣習の保全すべきものは、国よりキツパリ切り捨てることはできず、慣習の改善すべきものは、また迎合することはできない。」のである。そして上述の大理院の判例と慣習法の間關係に対する分析を通じて、發見するに到つたのは、大理院の民事慣習に関する採扱は、

中西を折衷し、慣習形成の効用を説明することが、詳細に至り、確かに多くの典型的な判例と解釈例を立ててあり、苦心慘愴したと言える、ということである。このことは民国初期の法制近代化と古い慣習の調和に対して、確かにかなり大きなプラスの意味を生み出し、その後の国民政府（一九二八—一九四九）の立法院の民事立法と、最高法院時期の司法判例制度に対していずれも指標となる作用を打ち立てたのである。

慣習を立法的な法律に変えるということについては、民国十八年（一九二九）の後、次々と公布された民法各編は、民意に順応しており、またかなり歴史を手本とし、できるだけ国情に適合させようとして、旧来の慣習を、取り入れることを斟酌している。例えば、民国十七年十二月に起草された「民法總則編立法原則草案」は、この立法原則が計十九条あり、その中で慣習と関連するものは以下。「(一)民法が定めないとこゝろのものは、慣習により、慣習なき或いは慣習ありといえども法官が不良と認めるものは、法理による。(二)民法各条は二つに大別すべきである。1、守らなければならぬ強制条文、2、守るか守らないか任意の条文。およそ任意条文の定めるところの事項は、もし当事者が別に契約あれば、或いは別の慣習あることを証明できるものは、条文によらざることを得、

契約或いは慣習による、但し法官が不良の慣習と認めるは、これを適用せず。」

民国十八年一月、立法院が公布した民法総則の立法理由は、もとの起草説明書が四点列挙しており、慣習に関わるものが一つある。即ち「慣習の適用範囲・慣習の効力は、欧米各国の立法例とは元来異なる。我国は広大で広く、礼俗は互いに異なり、各地の慣習は数多くあり一致せず、国情に適合するものは固より多く、しかし党議には合せず、潮流に反するものもまた多く、もしその取捨を厳しくせずば、かなり不良なるものが多くなり、新たな事業の発展を阻害するばかりでなく、また新社会の生まれる機会を壊し、とくに国民の革命の本旨を失わせる。この編は法治の精神の原則に基づいて、およそ民事の一切は法律の規定により、その定めていないものが、初めて慣習を援用することができ、また公共の秩序或いは善良の風俗に反しないものを限りとなすべきと定める」<sup>(註)</sup>。

とりわけ、親族・相続の両編は、もともと本国の国情及び各地の慣習との関係がかなり大きく、ゆえに民法起草委員会はまた極めて慎重であり、一面では立法院統計処と相談して調査表を多く制定して、各地に交付して慣習を広く求め、もう一面では前北京司法部の「習慣調査報告書」<sup>(註)</sup>について周到

に整理し、また各種の重要問題を、この会の各委員の顧問・秘書・編集者等に交付して、各国の法制を比較し、詳細に研究した。

法典上で適用されたものとしては、例えば「民法」第二〇七条の複利の制限について、第七七六条の貯水等用の設備の破損やそれによる塞き止めに關し修繕や流れをよくすること或いは予防することについて、第七七八条の高地所有者が水の流れをよくすることについて、第七八四条の水流地の所有者が水流或いは川幅を変更することの制限について、第七八五条の堰の設置と利用について、第七八六条の電線等の設置について、第八〇〇条の土地の侵入禁止と例外について及び第八三八条の地上権の譲渡について等、いずれも慣習についての特別規定を採用している。この外、例えば「民法」第九八三条は直系の血族と姻族、傍系血族の八親等以内の者、傍系姻族の五親等以内の者は、いずれも結婚できないと定める。また例えば第一〇〇〇条は妻は本姓に夫姓を冠することを定め、第一〇〇二条は妻は夫の住所を以て住所となすと定め、第一〇一八条は夫婦の聯合財産は夫が管理すると定め、第一〇一九条は夫は妻の原有財産に対して使用・収益の権をもつと定め、以上の諸条項は、当時について言えば、実に所謂法

律が慣習に順応するという実例なのである。

また慣習を司法的な法律に変えることについて言えば、特  
にあげる価値のあるのは、大理院の判例が当時打ち立てた概  
念のいくつかは、やはり現代の法学理論に相当するものもあ  
り、今日の台湾で沿用されるものさえあった。例えば、所謂  
慣習法の要件は、長期にわたる慣行でなければならず、法で  
あると確信されねばならず、法律が規範を設けておらず及び  
公益の要求に合致せねばならない等を含む。併せてこれらの  
特定の条件を以て検査を基準となし、若干の慣行・確信等を  
排除するとかえつて公序良俗に悖る慣習となる。このような  
「濾過」と「指導」の過程の中で、大理院は新たな法学の思想  
を輸入し得、時宜に適さざる慣習を古きは捨て新しきを立て  
たのであり、これについて言えば、近代中国の民事法制の現  
代化に対して当然かなり利益するところがあつたのである。

ただ遺憾であるのは、大理院の判決(例)は往々にしてこ  
れらの要件について深く分析しておらず、多くは簡単である。  
即ち、公益に合せず、取引秩序を害する等簡単に書いており、  
人々に抽象的で分かりにくい感じを与え、加えて大理院の判  
決(例)は、『政府公報』及び少数の法律雑誌に発表されたも  
のの外は、他の新聞に転載されることはなく、その内容を民

衆に系統的に発表できず、一般の人々もはつきりとその内容  
を理解できず、新たな法の観念はこのため人心に植えつくこ  
とはなかった。とりわけ、若干の慣習は長期の慣行を経て、  
すでに民間の風俗として深く焼きつけられており、司法機関  
のこの慣習に対する態度は、肯定或いは否定の態度をとるか  
どうかにかかわらず、明らかに、短期間のうちにこの慣習の  
実際の作用に影響を与えるのは難しかったのである。<sup>66)</sup>

## 注

(1) 参照、王伯琦「慣習在法律上地位的演變」(同氏『王伯琦法學  
論著集』台北、三民書局、一九九九年一月、所収)一七九二  
一一頁。

(2) 参照、嚴譯聲編纂『上海商事慣例』(上海、新聲通訊社、一九  
三三年)五頁。

(3) 中国語の「習慣」、日本語の「慣習」、英語の「custom」、フ  
ランス語の「coutume」、ドイツ語の「Gewohnheitsrecht」等  
語は多義にわたる。そして中国語の「習慣」と「習慣法」の字  
義はまた論争が多く、一度始めるとすぐに文義の争いに陥ること  
を避けるために、ここではしばらく「習慣」と「習慣法」の  
中味に対して定義はせず、後に「第参節」で管見を述べることに  
する。

- (4) 例えば一七九四年の「ロシア法典」、一八〇四年の「フランス・ナポレオン法典」、一八一一年の「オーストリー法典」はいずれも「制定法」のみを認め、慣習(法)等の非成文法を排除している。
- (5) 参照、穂積陳重『慣習と法律』(東京、岩波書店、昭和四二(一九二九)年)一九七頁以下。
- (6) この部分の関連論述については、詳しくは参照、滋賀秀三『清代中国の法と裁判』(東京、創文社、昭和五九(一九八四)年)三七八頁。他に参照、梁治平『清代習慣法 社会与国家』(北京、中国政法大学出版社、一九九六年)。
- (7) 参照、載炎輝『中国法制史』「自序」(台北、三民書局、一九七一年)。
- (8) 参照、田中耕太郎『法家の法実証主義』(東京、福村書店、一九四九年)九九頁。
- (9) この点と関連する論述として、参照、黄宗智『民事裁判と民間調解 清代的表達與實踐』(北京、中国社会科学出版社、一九九八年)。
- (10) 参照、黄源盛『民初大法院(一九二二—一九二八)』(台北、『政法學評論』第六〇期、一九九八年二月)八五—一三二頁。他に参照、本書第二章『民國初期大法院』三—八三頁。
- (11) この司法檔案の原典は南京の「中國第二歴史檔案館」に所蔵されており、現在すでに第一段階の整理を終えている。詳しくは参照、黄源盛『民初大法院司法檔案的典藏整理與研究』(政法學評論 第五九期、一九九八年六月)一—三二頁。他に参照、本書第三章『大法院司法檔案的整備與研究』八五—一三四頁。
- (12) 関連する清末『大清新律例』「禮法之爭」は、詳しくは参照、黄源盛『法律繼受與近代中國法』(台北、元照出版社、二〇〇七年三月)一九九—二三〇頁。
- (13) 詳しくは参照、光緒三年五月一日、「大法院正卿張仁黼奏修訂律館宜妥慎進行不能操之過急片」、所収、故宫博物院明清檔案部編『清末籌備立憲檔案史料 下冊』(北京、中華書局、一九九九年)八三六—八三七頁。
- (14) 参照、『大清光緒新法令』第三冊、清末の地方慣習調査に関しては、参照、中村哲夫『清末の地方慣習調査の報告書について』(『布目潮風博士古希記念論集 東アジアの法と社会』(東京、汲古書院、一九九〇年)。
- (15) 詳しくは参照、『政治官報』宣統二年正月二十八日、第八四五号、『修訂法律大臣奏編訂民商各律照章派員分省調查摺』。他に参照、『大清宣統新法令』第一六冊。
- (16) 詳しくは参照、修訂法律館『調查民事習慣章程十條』(当該館『調查民事習慣問題』修訂法律館印刷、光緒三四(一九〇八)年)一—二頁。その第一条及び第二条は以下のように言及、「民事習慣は商事よりとりわけ繁雑で、且つ東西南北の類皆自ずから風習があり、商業の如く東南に偏るわけではないので、人員を調査に分けて派遣し、以て詳しく広く知り、大小悉く挙げる

を期す。省都は各府庁州県集中の地であり、且つ多くはすでに調査局所を設けており、その機関はまたかなり対応に優れたものである。調査員は省都とその局所に至り相談し調査すべきで、固より執るに容易く操るに繁雑であるが、また手間は半分で効果は倍である。」

(17) 参照『江蘇自治公報』一九一九年、巻四。

(18) 参照『修訂法律大臣命廉三等奏編輯民律前三編草案各成繕冊呈覽摺』(同右注)(13)『清末籌備立憲檔案史料』下冊、九一一—九一三頁。

(19) 明治八年太政官布告第一〇三号「裁判事務心得」第三条「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ、習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ。」参照、我妻米編集『旧法令集』

(東京、有斐閣、一九六八年)三二頁。

(20) 『大清民律草案』第四条「人は法令の制限内で、権利を享受するを得或いは義務を負担す。」、第九条「成年に達し識別能力を有するものは行為能力を有す、但し妻はこの限りにあらず。」第二十六条「妻の行為能力は後の四条の規定によりこれを制限する。」第二十七条「日常家事に属さざる行為は夫の許可を経なければならず、前項の規定に違反する行為は、これを取り消すことを得。」第二十八条「妻が夫の許可を得て独立して一種或いは数種の營業をなすは、その營業において独立の婦と同一の能力を有す。前項の許可については、夫はこれを取り消し或いは制限するを得、但しその取消し或いは制限は善意の第三者に對抗

するを得ず。」第二十九条「夫が未成年の時は、その妻の行為に對して、親権者或いは後見人の同意を経ずに、恣に許可するを得ず。」第三十条「左列の条項の場合は、夫の許可を経る必要なし。一、夫婦の利益が相反する。二、夫がその妻を遺棄した。三、夫が禁治産或いは準禁治産者となつた。四、夫が精神病者となつた。五、夫が一年以上の懲役刑を受け執行中の者。」

(21) 上述の条文は、日本の法理を採り、そして大理院の判例もまた同じ旨である。例えば共有物の処分(民国四年上字第1283号)、贖戸原佃、抵当権者の長期租戸等の先買権(民国二年上字第239号、民国三年上字第347号、民国七年上字第755号、民国四年上字第42号、民国六年上字第886号)及び地上権の存続期間は、また特別の慣習を認めるならまずそれを適用するの例。

(22) 伝統中国の法文化の特質と近代中国の法制の变化に關しては、参照、黃源盛『中國法律的傳統與變遷』(同氏、中國傳統法制與思想、台北、五南出版社、一九九八年、所収)二二三—二三三頁。

(23) 参照、李守孔『民初之國會』(台北、中國學術著作獎勵委員會出版、一九六四年)。

(24) これに關して、參議院民國元年四月三日開會議決「以後および民事事件に關しては、なお清朝の現行律中に定める各条に照らして處理すべし。」、以後、民國三年大理院上字第304号判例中にまた明確に示す。参照、謝振民『中華民國立法史』(台北、

- 正中書局、一九四八年）八九七頁。
- (25) この民事部分の規範が含むのは以下である。「服制圖」、「服制」、「名例」、「戸役」、「田宅」、「婚姻」、「犯姦」、「闘毆」、「錢債」及び「戸部則例」の条文は、多く人事に関する条文である。
- (26) 民国一五年に、中国が領事裁判権を撤廃する問題を解決するために、中国等十二カ国の代表を含んで構成された調査団が、中国の法制・司法に対して調査を行ない作成した「法權會議報告書」の中で、また以下のように示している。「中国は泰西の法規に照らして法律を修正しており、進歩が甚だ速いとはいえず、しかし人民の權利義務と密接に關係する法令はなお欠けているものが、やはり多い。」修正すべきと考えるは、また民律中の例えば総則、債、物權、親族等の部分である。参照「法權會議報告書」(『東方雜誌』第二四卷二期、一九二七年二月)一四六頁。
- (27) 詳しくは参照「司法例規」上冊「第五類・民事」(台湾、司法行政部、一九七九年六月)五〇五頁以下。
- (28) 「条理」の含むところの範圍と関連する問題について、参照、同上注(11)、黄源盛「民初大理院司法檔案的典藏整理與研究」二〇二三頁。
- (29) 詳しくは参照、馬漢寶「個人在中國傳統與現代法律上之地位」(『中國人的價值觀國際研討會論文提要』(『漢學研究通訊』第一〇卷一期、一九九一年三月)一頁。
- (30) 参照、楊日然「民法第一條之研究」(『法理學論文集』台北、
- 月旦出版社、一九九七年一月、所収)四七二頁。
- (31) 早期の社会では、慣習は自分から行なうものであるが、なぜなら人々は善意と他人の援助を必要とするからである。これらの規則は必ずしも今の法律制裁と似た強制方式に頼って実施されるものではなく、心理的支配を受ける相互の遵守規則を必要とするのであり、その拘束力は即ちここが源となっている。
- (32) 参照、黄秩榮「習慣在法律上之地位」(『法學季刊』第二卷四期、一九二五年四月)。
- (33) イギリスの裁判所が発展させた基準によれば、以下の数項を含まねばならないと考えられる。「モン・ロー」(Common Law)の基本原則に違反してはならず、長期間にわたって存在し、持続して常の実施されねばならず、そして公衆がこの慣習を強制力のあるものと見ていなければならぬ。この外、合理的でなければならず、または是非に關連する基本原則に違反することはできず、またこの慣習をもたない人の利益を害することはできない。そしてヨーロッパ大陸法系のドイツでは、五つの要件を発展させた。即ち、同一の行為でなければならぬ、多年にわたる慣習でなければならぬ、法律上の慣習となっていなければならない、個人の慣習と団体の慣習をいずれも含む、且つ善良の風俗と完全な理性に違反しない、である。
- (34) 参照「東方雜誌」第七期、一九一九年、他に参照、李貴連『沈家本年譜長編』(台北、成文出版社、一九九二年九月)三三三頁。

- (35) 参照、王世杰「大理院與習慣法」(法律評論)第一六八期、一九二六年九月二一四頁。
- (36) 王世杰はもし相衝突する慣習なら、一概に各地の慣習法と考えることはできず、その効力は「条理」の上に立つことを得ずと考える。参照、同右注(35)、王世杰「大理院與習慣法」四頁。
- (37) 王世杰氏が前掲文中で挙げた例はスイスのものであり、以下のように言う。「スイス民律第一条第二項は『本法が規定せざるものは、裁判官は慣習法によってこれを裁判し、慣習法なき時は、立法者の地位にあると思つて制定すべき法律によつてこれを裁判す』の規定があるといえど、スイスの多くの法学者、例えばフーバー、マーティン、ルシアン・プランなどは、この条文のいう慣習法は、全国に通用する一般的慣習のみであり、各州或いは各地方の特殊な慣習ではないと考えている。」ただ本稿ではスイスは小さな国で、広大な中国に対して、同じような制限を設けうるか否かは、疑問がある。
- (38) 参照、ポートンハイマー「法理學 法哲學及其方法」(台北、結構群編訳、一九九〇年一〇月)五三三—五三五頁。
- (39) 本稿の中で列挙した各事案は、関連事案の概要を抜き出したにすぎないので、詳しい内容については次を参照してほしい。黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』。本事案は第一冊、一九頁に収める、この叢書は計二十七冊あり、民国八七(一九九八年)、國科會專題研究計畫成果報告であるが、未刊行である。その原本は南京「中国第二歴史檔案館」北京政府大理院檔案にあり、全体の分類番号は二四一あり、計一五六五一巻ある。
- (40) 『民商事習慣調査録』によれば以下のように言う。「査するに不動産の売買は、個人がもともと自由権を有するが、ただ吉林省では人民がもし以前から土地・家屋の典を人に与えているなら、売却の時にはまず原典主に賣つことを保留し、もし原典主が買わないのなら、第三者に賣ることができるのであつて、そうしなかつたのであれば第三者との売買契約が成立したとしても、原典主はなお賣つことを保留するよう主張できる。」この調査録の注は以下のように言う。「この慣習によることは、吉林省では最も一般的で、大理院の判例もまた善良なるものと認められている。」詳しくは参照『民商事習慣調査録』第三章「吉林省關於物權習慣之報告」(國民政府出版、一九三〇年五月)。他に参照、同上注(39)、大理院民国四年上字第429号判例。
- (41) 民国一七年以後の最高法院の時期に至つてさえ、このような見解は持たれている。例えば民国一七 years 上字第613号判例は次のように言う。「慣習法の成立は、多年の慣行の事實及び普通一般人の確信する心をその基礎とすべきである。」
- (42) この事案の詳細な内容については、大理院民事判決民国三年上字第988号判例全文を参照してほしい。同右注(39)、黃源盛編集、前掲書、第一冊、四〇頁。他に参照、黃源盛主編『大理院民事判決彙覽』(民國法制史料叢編 第三冊)八五三—八六二頁、未刊行。
- (43) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』

- 第一冊、一三五頁。他に参照、同右注(42)、『大理院民事判決彙覽』第七冊、一九三三、一九三六頁。
- (44) 同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一五冊、四一九頁。
- (45) 参照、郭衛編集『大理院判決例全書』(台北、成文出版社、一九七二年六月)二九頁。
- (46) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一一三、一二二頁。その他、大理院民國六年上字第一〇一四号判例の主旨もまた同じであり、詳しくは参照、本稿「附録」第二号。
- (47) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一六冊、二三五頁。
- (48) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一四五、一五六頁。
- (49) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一六冊、二二、二三頁。
- (50) この事案の事実について、詳しくは同右注(39)参照。
- (51) 参照、同右注(38)、ポートンハイマー『法理學 法哲學及びその方法』五二七頁。
- (52) 参照、同右注(30)、楊日然『民法第一條之研究』四七五頁。
- (53) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一一、一七頁。
- (54) 参照、同右注(42)、黃源盛編集『大理院民事判決彙覽』第三冊、九七五、九七九頁。
- (55) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、七五、九四頁。
- (56) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、二二九、二三四頁。
- (57) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一六七、一七二頁。
- (58) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一八一、一九〇頁。
- (59) 参照、同右注(39)、黃源盛編集『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一七三、一八〇頁。
- (60) 参照、同右注(39)、『大理院民事判例全文彙編』第一冊、一九、二四頁。
- (61) 民法學者胡長清はかつて次のように言った。「慣習が如何にして法的効力を具えるようになるかは、自ずから國家が明示的に或いは默示的に承認することにほかならず、民法上の所謂慣習と單純な慣習の、その重大な相違点はここにある。」また次のように言った。「けだし法と稱するは、自ずから必ずや國家の承認を必要として、初めて法理に合致するが、故である。」詳しくは参照、胡長清『中國民法總論』(上海、商務印書館、一九三四年四月)三〇、三一頁。
- (62) 参照、同右注(35)、王世杰『大理院與習慣法』。
- (63) 民國一六年以後に關して、最高法院が民國一六、六八年の慣

習に対して下した判例は、その数は甚だ多く、詳しくは参照、『最高法院判例要旨』上冊（台北、最高法院出版、一九八六年一月）一五頁。

(64) 詳しくは参照、同右注(24)、謝振民、『中華民國立法史』八九四 九七六頁。

(65) 北京政府時期の慣習調査の成果に関しては、すでに民国一九二〇年五月に編集され、『民事慣習調査報告録』となっている、全二冊、一八二二頁、司法行政部編、一九三〇年五月。この報告録は台湾で復刻出版され、名を改め、『中國民事慣習調査報告録』となる、全三冊（台北、進學書局、一九六九年六月）。この調査報告録の来歴に関して、詳しくは参照、滋賀秀三『民事慣習調査報告録』（同氏編、中国法制史、基本史料と研究、日本、東京大学出版会、一九九三年）八〇七 八三三頁。この他、民国二二年、嚴調聲がまた上海で商事慣習の实地調査に従事し、集めたものを本にまとめ、『上海商事慣例』と名付けた、参照同右注(2)、前掲書。

(66) 例えば、不動産売買の中の「親族先買権の慣習」は、伝統中国社会ではその由来は久しく、大理院の民国四年上字第二八二号判例を経て、「この慣習は経済上の流通及び地方の発達の際にも害あり、法的効力を認め難し」と指摘されたといえ、しかし、この判例はこの慣習の適用を阻むことはほとんどできなかったよつて、民国一〇（一九二一）年頃まで、この慣習はなお一般的に民間社会に通用していた。詳しくは参照同右注(65)、

『民事慣習調査報告録』、直隸、安徽、江蘇、福建、山西、湖北、吉林等の省に関わる慣習調査。

附録

大理院民事慣習判例及び解釈例集成

1 民国二年上字第3号

事由 土地売買

慣習 吉林の旧慣では、土地売買は、本族・本旗・本屯が先買権をもち、これらの人が購入しないときに初めて、他に売ることができる。

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認せず

慣習法の成立の要件は四つある。

内部的要素として、人々が法であると確信している。

外部的要素として、一定の期間のうち、同一の事項について

同一の行為を反復して行なっている。

法令が定めていないことである。

公共の秩序及び利益に悖らない。

本事案は四番目の要件を具えていないので、法的効力を認めることはできない。

2 民国二年上字第64号

事由 後見人の選任



て兄弟の孫を立て嗣孫とすることは、律例の許さざるところである。

6 民国三年上字第347号

事由 土地売買

慣習 原佃戸の先買権

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認

吉林の本族・本屯・本旗が土地に先買権を有する慣習は、それが公共の秩序に反するために、法的効力は認められない。しかし原佃戸が先買権を有する慣習は、公共の秩序を妨げない。本族・本屯・本旗の人は他人の土地に、原佃戸のような特別な利害関係をもたないので、この各々の慣習の根本理由は異なるのである。

7 民国三年上字第733号

事由 民事賠償

慣習 不明

慣習類型 債権債務

大理院判例の見解

承認せず

慣習法の成立要件は四つあり、公共の秩序に背かぬことを要件の一つとする。

船長の故意或いは過失により他人に加えた損害だが免責されるのであれば、利を貪りて過重の積載をなし、或いは過重の牽引をなし、少しも民事上の責任がないということであり、他人の生命・財

産を軽視しており、その弊害は言うに耐えない！これゆえ、この旧慣がたとえ事実だとしても、公共の秩序のために、また法的効力を与えるのは難しい。

8 民国三年上字第845号

事由 開墾地の租の取り立て

慣習 民認旗東は、清朝以来吉林省の慣行であるのは事実である。

当時民間人が私的に開墾し、旗東の庇護を受け、旗東はそのために租を取る権利を得、今に至っている。

慣習類型 土地物権

大理院判例の見解

承認

旗東の既得権は剥奪できない。

公共の秩序及び利益に照らしても違反しない。

9 民国三年上字第973号

事由 贖田一田を担保とした紛争

慣習 購入物件を担保とする貸付けの慣習に照らせば、毎月の利息は定めず、租の取り立てができないなら、その物件によって補

うとするのは、即ち銀を定めるなら利息を計算せず、月の租を計算しないということである。

慣習類型 物権

大理院判例の見解

承認

購入物件を担保とする貸付けの場合、そもそも慣習がはっきりし

ない。原審はここを、不問にすべきではなかったようだ。

10 民国三年上字第988号

事由 銭債で訴訟となる

慣習 商場の商店が倒産して、債権債務の関係があるものは、借金は返すものとのやり方をとり、不足するなら、また店舗と店内の道具や商品を競売して、割合に応じて分割償還するが、家産には及ばないというのが例である。甯邑の慣習は、六割返済として、土地不動産を抵当にできる。

慣習類型 債権債務

大理院判例の見解

部分承認

慣習の成立は、長く続いている慣行という事実を基礎とする。

慣習が法律上効力があるのは、とりわけ公益を害さないことをその要件の一つとする。

11 民国三年上字第1090号

事由 債務で訴訟となる

慣習 奉天省の慣習では、代理で売った行為は報酬を受けるべきではない

はない

慣習類型 債権債務

大理院判例の見解

承認

現行商事法例は、およそ商事行為の特約なきものは、慣習により、慣習なきものは、条理による。

12 民国三年上字第1198号

事由 相続で訴訟となる

慣習 嗣子を立て夫の分を相続するは、…慣習に照らして、長男と次男の二つの房で、四・六に分ける。

慣習類型 相続

大理院判例の見解

承認せず

慣習の適用は法律に明文の規定がなかった場合である。家産は子の人数に応じて均分すべしは、現行の律例にすでに明文があるので、慣習を主張する余地はない。

13 民国四年上字第282号

事由 土地売買

慣習 瀏邑の慣習では、およそ売却はまず近親者とすべきで、家族以外のものが自由に買つことはできない。

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認せず

業を売るにはまず近親者からという慣習は、所有権を制限する作用をもち、経済上の流通と地方の発達のいずれをも害するので、法的効力は認め難い。

14 民国四年上字第429号

事由 土地売買

慣習 他人の土地を小作するものは、その土地に利害関係をもつ

で、この地方の慣習法則によれば、小作人が先買権をもつ。

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

原則上この慣習を認めるが、条件を付す。

もし小作人が先買しつるなら、所有権者は小作人に通知し極力先買させる義務を負わねばならないというのは、所有権者の処分を自由を制限するのみならず、且つ地方の発達と経済の流通にまた影響がある。

ゆえにこの先買権は期間がかなり長いか或いは期限のない小作人に限るべきである、もし短期の小作或いは小作契約の中でいつでも解約できると定めているものは、その地の利害關係についてはなお浅く、たとえ慣習があつたとしても法的効力を認めるべきでない。

15 民国四年上字第736号

事由 小作地の紛争

慣習 吉林省の慣習では、原墾戸は墾地に対して先買権を持つ。

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認

もし墾戸が墾地を他人と交換するなら、交換した人は原墾戸の権利を受け継ぎ、先買の権をもつべきである。

16 民国四年上字第1276号

事由 店の賃貸借で訴訟となる

慣習 広東省には店舗の賃貸借の期間満了の後も続けて賃貸借すべき慣習がある。

慣習類型 賃貸借

大理院の判例の見解

承認せず

およそ法律が定めていないものは本来慣習を適用すべきであるが、しかし慣習は通常概して強行の効力はないので、ゆえに当事者間で特別に約束があるなら、特約によるべきであり、即ちさらに慣習を適用する余地はない。

17 民国四年上字第2354号

事由 債務で訴訟となる

慣習 この地方の特別な慣習では、およそ合資營業の株式を他人に譲渡するには、株式をもつ株主が署名して証明しなければならぬ。

慣習類型 商事

大理院判例の見解

承認

これを按ずるに法学の通例では、明文なきものは慣習法により、慣習法なきものは条理による。これはすでに慣習法則あるなら依拠すべきで、即ち条理によつて処断することはできない。

当事者がもし慣習法則あることを主張し、併せて審判機關の調査を経て慣習が事実であるなら、合法的効力があると認められ、これを援用して判断の準拠とすべきである。

この種の事実はとくに公の安全・善良なる風俗を少しも妨げることなく、且つ一般にみな従つ心があるなら、慣習法則の条件を具えていると言つことができる。

18 民国五年上字第873号

事由 店舗の権利で訴訟となる

慣習 京師地方の慣習では、およそ店主がその借りている店の空地に家を建て増しし、大家が異議を唱えなければ、当然店舗権が生じる。

慣習類型 店舗権

大理院判例の見解

承認

19 民国五年上字第970号

事由 家屋賃貸借で訴訟となる

慣習 天津開港場のこれまでの慣習では、店舗の貸主は理由なく賃貸しないことを得ず、それによって商業の妨害を免れる。

慣習類型 賃貸借

大理院判例の見解

承認

この慣習は、律による明文はない、且つ審判機関が職権で調査した結果、確かにこの慣行のある事実を認めており、併せてこの地方の人民はみな守らなければならぬ効力があると信じている。そしてまた善良なる風俗及び公共の秩序に背かない。

すべて慣習法則成立の条件がすでに具備していることに照らし、

この通り処理すべきである。

20 民国六年上字第886号

事由 家屋不動産で訴訟となる

慣習 不動産の抵当権者は、その抵当物に対して、慣習は先買権あることを認めている。

慣習類型 隣接先買権

大理院判例の見解

承認

隣接先買権の慣習は、法的効力を認めえないこと、固より本院判例が明らかに認定するところである。ただ不動産の抵当権者は、その抵当物に対して、もし慣習がその先買権あると認めるものは、別の理由により、なお排斥すべき例ではない。

21 民国六年上字第1014号

事由 家屋先買で訴訟となる

慣習 甘肅省の平涼地方には近親が財産を留めおく慣習がある。

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認せず

慣習法の成立は、法律の規定がなく、且つ公益を書さないことをその要件とする。この慣習はすでに法律の明示の禁止を経ており、且つただ近親が無理矢理利益を独占することを助長するに足るのみであり、社会経済においてことさら実益はなく、それが法的効力をもつとは認め難い。

22 民国六年上字第1422号

慣習 不明

大理院判例の見解

承認せず

慣習法の成立は、固より多年の慣行の事実と普通一般人が確信していることを基礎とする。そしてこの事実と確信は、とくに法の定めない事項或いは法律の規定（任意性の法を指す）とはつきり異なる点があつて、初めてその成立が認められる。もし多年の慣行の事実と、普通一般人の確信が当時通用する法規と全く合致するは、人民が法規の事実と法規の印象（即ち人民の法規に関する知識）に従っているにすぎないので、法規以外に、独立の慣習法となりえないことは、少しも疑いのないことである。

23 民国七年上字第224号

事由 家屋不動産の紛争

慣習 この地ではこれまでの市場のきまりは、業主が家屋を典売するにはまずもともと住んでいる賃借人に売るべきで、勝手に他人に売ることはできない。

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認せず

慣習法の成立は公共の秩序及び利益に悖らぬことを要件の一つとする。この慣習は所有権の処分作用を制限するのみならず、即ち經濟の流通と地方の發達もいづれも害するものであり、公共の秩序及

び利益を計るために、断じて法的効力を与えることは難しい。

24 民国七年上字第827号

事由 錢債で訴訟となる

慣習 旅館の店主は部屋代と食事代を滞納しまた償還せずに死亡し

た客に対して、この店主はこの客の遺留物に対して優先して差

し押さえる権利をもつ。

慣習類型 債務の優先償還権

大理院判例の見解

承認

優先的差し押さえる権利と称するところは、もしこの慣習あることが明らかになるなら、法則を認めることができる、判断する。

25 民国七年上字第1438号

事由 債務で訴訟となる

慣習 山西の商場の慣習は、悉く借金は返すもののやり方を以て、

その債務を清算する。

慣習類型 債權債務

大理院判例の見解

承認せず

この慣習は、取引上の安全に明らかに妨害となるのみならず、本院のこれまでの判例によつても、法的効力あることは認め難い。

26 民国八年上字第219号

事由 承継で訴訟となる

慣習 孫が祖父を継ぐ慣習

慣習類型 相続

大理院判例の見解

承認せず

現行の律例の子なく嗣子を立てるに昭穆の順序を乱すことはできないとの規定は、もともと公益を保護するために設けられ、強行法規に属すべきで、この法規に相反する慣習は、当然に法的効力を有しえない。

27 民国八年上字第234号

事由 承継で訴訟となる

慣習 一人つ子の承継のための養子

慣習類型 相続

大理院判例の見解

承認せず

法律はすでに禁止の明文があり、当然慣例を援用することはできない。

28 民国八年上字第394号

事由 承継で訴訟となる

慣習 孫が祖父を継ぐ慣習

慣習類型 相続

大理院判例の見解

承認せず

現行律例は孫が祖父を継ぐことを禁止し、つまり我国固有の礼法を維持するため、事は公益に関わり、強行的効力を有すべきで、

反対する慣習の存在は許されない。

29 民国八年上字第1289号

事由 土地売買で訴訟となる

慣習 産動帰原（業主が不動産を売りたい時は、原主が先買権をも

つ）

慣習類型 土地先買権

大理院判例の見解

承認せず

清朝の現行律に載せるのは次の通り。「もしすでに売却し、証文に確かに記してあるならば、追加払いだ、贖としたのだ、産動帰原だなどと言い、言掛りをつけ無理強いするものは、みな処罰する。」とのことであり、もとの業主の先買権は、慣習があろうとなかろうと、いずれも律が禁ずるところである。

30 民国十一年統字第1781号

事由 破産についての疑義

慣習 商人の倒産・商号の破産の関連慣習。

慣習類型 破産

大理院判例の見解

承認

商人の破産は、もしこの地方に特別の慣習法あるなら、一切の条理の適用に優先すべきである。清朝のすでに廃止した破産律は、時に条理となしうるのみである。本院の現行判例は、これに反する条理の存在は認めないといえど、ただすでに慣習法あるは、なおこの

慣習法をまず適用すべきである。

本事案は大理院の解釈例であり、判例ではない。

補記

本稿翻訳の経緯は二〇一一年三月に遡る。当時台湾の総督府文書の共同研究に加わっていた訳者は、台北にて黄源盛教授（当時国立政治大学教授、現在輔仁大学教授）と会談し、総督府文書の内容が台湾の慣習としばしば関わることから、慣習への理解を深めるために、台湾における慣習研究の論文を翻訳したい旨を伝えた。その時黄教授の『民初法律變遷與裁判』（國立政治大學叢書、二〇〇〇年）が、まもなく全面的に改訂出版されることであつたので、その書中の第五章となる一編「大理院裁判中の民事慣習」を訳出することを約束したのである。ほどなくして黄教授の『民初大理院與裁判』（元照出版、二〇一一年）が出版されたのだが、私の個人的な事情により訳出が当初の予定より大幅に遅れてしまった。今回なんとか翻訳作業を終え、ようやく黄教授に報告できることとなり、安堵した次第である。

なお本稿の附録部分は、原文では表の形になっている。また文中の「」は訳者による補注である。

本稿は、平成二〇一三年度科学研究費補助金による基盤研究(B)「台湾総督府文書の研究」の研究成果の一部である。