

東洋社会における 古典的な裁判外紛争処理の理念についての一考察

董 海 隣

はじめに

裁判外紛争解決手続 (ADR) という概念は、1960 年代の米国で「再発見」⁽¹⁾されたが、儒教または仏教文化に深く影響された法意識・訴訟観を持つ日本と中国では、古典的な裁判外紛争処理諸制度は社会関係を調整する基本的な手段として数千年にわたって実践されており、それが今日、両国の ADR 制度を構築するにあたって最も重要な伝統的な基礎となっている。

西洋の法意識と異なり、東洋の伝統的な法意識の特徴は、訴訟を嫌がり、訴訟に対する強い抵抗感を有することが広く認知されている。その法意識は、一般民衆により用いられる紛争を解決する方式及びシステムに反映され、紛争の円満な解決、または家族もしくは社会の調和への効用が重視されている。さらなる背景として、その法意識は儒家の理想社会を実現するため、意識的に提唱されたものとも評価できる。

本論文では、日中両国における法意識の文化的な背景を検討し、それらの法意識の形成、及びその変遷に伴って変化した裁判外紛争処理制度の実態を

(1) 小林久子『調停ガイドブック アメリカの ADR 事情』(信山社・1999) 11 頁以下は、次のように指摘している。「調停は、中国や日本では昔から広く社会の中に行き渡っていますが、アメリカでも植民地時代、町の長老や教会の神父などによって頻繁に行われていました。しかしアメリカが独立した国として、その憲法や社会制度が整っていくにつれ利用されなくなり、人々から忘れ去られていったのです。その調停が、トラブルの解決法として再発見されたのは 60 年代です。」

考察して、伝統的な儒家思想及びその法意識・訴訟観と両国の古典的な裁判外紛争処理諸制度との関係を明確化することを試みる。

以下では、第一章で伝統的な儒教の法意識・訴訟観についての思想の源流を確認するとともに、中国の古典的な裁判外紛争処理の萌芽とその後の制度化への変遷をふまえて、その両者間の関係を確認する。第二章では儒家思想及び礼法合一の法律体系が日本へ伝来・浸透する流れを述べて、日本の古典的な裁判外紛争処理の形成と制度化にどのような影響を与えたのかを考察したい。結論としては、日中両国間の古典的な裁判外紛争処理制度はかなり異なっているように見受けられるが、全体的にみると、いずれも国家法体系の一部分を構成し、多かれ少なかれ儒家の法意識・訴訟観に影響されていたと考える。

一、儒教の法意識・訴訟観と古典的な裁判外紛争処理制度の形成

伝統的な儒家思想において、民事紛争の最も理想的な解決方式は「無訟」であり、すなわち訴訟手続によらず、礼⁽²⁾を核心としての教化や調和するものである。主たる方式では、礼の規則に基づいて、宗族又は町村の長など尊敬される人物を仲介して紛争双方の実際上の互譲を確保して紛争の解決を試みた。

(2) 礼という制度は、周武王の弟、周公旦によって創設した膨大かつ複雑な社会規範であり、『礼記・礼器』の記載によると、それには「経礼三百、曲礼三千」を含む。その制度の成果として、周は約八百年の国祚を享けて、中国の歴史上最も長い存続期間を有する王朝となった。だが、紀元前 770 年に周平王が洛陽に遷都して以降、天子と諸侯間の実力の対比は激しく消長し、周礼に守られている社会秩序が次第に崩れていった。孔子の時代に至った頃には、既に「礼崩楽壊」と言われたが、孔子の母国、魯国は、周公旦の長男及びその後代の封国であるので、礼の規範の大部分がまだ残っていた。その遺産を汲んで、最初の儒家思想が形成された。それについて全般的な論述は、牟宗三『中国哲学十九講』（上海古籍出版社・2005）第三講・第四講などを参照されたい。

先秦の時代には礼治と法治が併存していたが、上述のような裁判外紛争処理を重視する理念の源流としては、孔子による訴訟についての明白な論述があげられよう。いわゆる「訴訟の審理については、私が普通の裁判官の程度に過ぎないが、私の志向は訴訟そのものを無くすことである」⁽³⁾がそれである。

1 礼の回復と「無訟」訴訟観の由来

先秦時代の文献に、紛争を訴訟によらない形式で解決した若干の事例が記載されている。例えば、孔子が魯国の司寇⁽⁴⁾となったとき、ある父とその子が、互いに争って訴えてきた。孔子は両名を拘置して、3ヶ月間裁判を行わなかった。その後、父のほうから訴えを取り下げを願い出てきたので、孔子は両名を放免した。孔子は自己の所為の意味を次のように述べている。「ああ。上の者が正しい政治を失いながら、下の者を殺す。それが、許されるだろうか。己の人民を教化する仕事を行わずに、いきなり裁判を行えば、罪なき民を殺すことにならないだろうか」⁽⁵⁾。

裁判によらず紛争を解決することを提唱した孔子の本意は、周礼を回復するため、まず教化を行うべきというものであり、必ずしも裁判外紛争処理の手法で紛争を円満に解決することなど利点に着目したものではないであろう。しかし、結果として、紛争を裁判によらずに解決することが好ましいものとする法意識を醸成する契機になったと評価することができる。

2 互譲理念の重視と古典的な裁判外紛争処理制度の萌芽

(3) 『論語・顔淵』に「子曰、聴訟吾猶人也、必也使無訟乎」(子曰く、訴えを聴くは、なお人のごとし。必ずや訴え無からしめんか)とある。

(4) 中国、周の六卿の一。秋官の長で、刑罰・警察をつかさどった(『デジタル大辞泉』(小学館・2018年6月)参照)。

(5) 『荀子・宥坐』に「嗚呼。上失之、下殺之、其可乎。不教其民、而听其獄、殺不辜也」(嗚呼。上之を失いて下之を殺さば、其れ可かならんや。其の民を教えずして其の獄を聴くは、不辜を殺すなり)とある。

裁判外紛争解決手続の成立の基礎として、当事者間の互譲が必要である。互譲という理念は伝統的な儒家思想の中にも含まれているが、五常と呼ばれる儒家思想の中核、すなわち「仁、義、礼、知、信」、の中には独立して表現されていない。経書の文言とその解釈では一般に、互譲の理念は仁及び礼と関係深い。簡単に要約すると、譲り合いの心と仁は礼の発端として、また譲り合いの心は仁に内包されるとみなすが、仁の中核の部分ではない⁽⁶⁾。歴史をたどると、最初に互譲の理念を重視したのは歴史学者または儒学者としての司馬遷⁽⁷⁾であろう。

司馬遷は、その著作『史記』のうち、正文として、帝王を述べた「本記」第一編の「五帝本記」、公卿諸侯を述べた「世家」の第一編の「呉太伯世家」と名臣または各業種の名人を述べた「列伝」の第一編の「伯夷列伝」において同じ理念を強調しており、それが「互譲」の理念である⁽⁸⁾。その理念は、司馬遷にとって当時の中国の千年以上の歴史を理解または分析し、「究天人之际、通古今之变、成一家之言」（天人の際を究め、古今の変を通じ、一家の言を成そう）⁽⁹⁾とした著作の中で最も重要な結論として、社会を安定させ、紛

(6) 例えば、『孟子・告子下』によると、「辞讓之心、礼之端也」（辞讓の心は、礼の端なり）、『郭店楚簡・五行』によると、「仁義、礼之所由生也」（仁義は、礼への由て生ずる所なり）。また『礼記・儒行』に、「温良者、仁之本也、敬慎者、仁之地也、寛裕者、仁之作也、孫接者、仁之能也、礼節者、仁之貌也、言談者、仁之文也、歌樂者、仁之和也、分散者、仁之施也。儒皆兼此而有之。犹且不敢言仁也、其尊讓有如此者」（温良は仁の本なり、敬慎は仁の地なり、寛裕は仁の作なり、孫接は仁の能なり、礼節は仁の貌なり、言談は仁の文なり、歌樂は仁の和なり、分散は仁の施なり。儒は此を兼て之を有す。猶ほ且敢て仁を言わず、其尊讓此の如き者あり。）のような、仁の全貌に於て描く論述があり、仁に内包されている「孫接」は「孫（謙遜辞讓の心）を持つ接し方」の意味である。最後、『論語・衛霊公』に、「子曰、当仁、不讓於師」（子曰く、仁に当たりては、師にも譲らず）により、仁の核心の価値と比べると、譲り合いは少々下位とする。

(7) 司馬遷は前漢時期の歴史学者として一般人に知られて、『史記・太史公自序』により、10歳の時から「古文（尚書）を諳んじた」という。『尚書』を学んだ時の師は孔子の第11世の孫、孔安国であり、さらに董仲舒にも師事し、『春秋公羊伝』も学んだ。

争を解消されるために最も重要な、世の中に伝えたかった思想であろう。

『史記』の編纂の最中だった、前漢武帝の建元元年(前140年)に行なわれた「賢良対策」の中で、董仲舒が儒家以外の諸子百家を排斥して儒学を官学として据えるよう献策し、嘉納された⁽¹⁰⁾。以降、儒家思想は一躍中国の政治、経済、法律諸制度の構築を統括して指導する重要な地位を得て、特に裁判の領域における董仲舒が唱えた「春秋決獄」制度の成立はその典型的な一例である。ほぼ同じ時代に古典的な裁判外紛争処理制度の萌芽が形成されたのは、その影響を受けたものと考えられる。司馬遷の意識する互譲の重視は、儒学が国を治める領域に初めて理論から実践への転換が実現したこの時期に、社会をどう教化・調和するののかについて、当時主流だった儒学流派の思慮の結果としてもたらされたものであり、古典的な裁判外紛争処理制度の形態に深く影響したとも推測できる。その結果として、中国の古典的な裁判外紛争処理制度は、主には調整型の調停であり、それは中国の社会関係を調整する基本的な手段となった。互譲重視の理念は、数千年にわたって維持されており、中国の裁判外紛争処理制度の構築において最も重要な伝統的な基礎となっている。

3 古典的な裁判外紛争処理制度の形成及び類型化

古典的な裁判外紛争処理制度の発展は、隋唐時代以前の誕生期、宋元時代

(8) 司馬遷『史記・太史公自序』は、「…唐堯遜位、虞舜不台、厥美帝功、万世載之。作五帝本紀第一。」(唐堯は位をゆずり、虞舜は喜ばず、それ帝の功を美し、万世にこれを戴き、五帝本紀を作るが第一) …「太伯避歴、江蛮是適、…嘉伯之讓、作吳世家第一。」(太伯は歴を避け、江蛮はここに適う。伯の讓を嘉し、吳世家を作るが第一) …「末世争利、維彼奔義、讓国餓死、天下称之。作伯夷列伝第一。」(末世は利を争うも、ただ彼は義に奔らん。国を讓り餓死するも、天下これを称う。伯夷列伝を作るが第一)と記している。

(9) 司馬遷「報任少卿書」(班固『漢書・司馬遷伝』所収) 参照。

(10) 班固『漢書・董仲舒伝』参照。

の成長期、及び明清時代の爛熟期という三つの段階に分けられる。

秦の時代には、封建制に代わる郡県制が実施され⁽¹¹⁾、県の下に、基礎的自治組織としての郷、里などが設置されて、「有秩」、「嗇夫」と「三老」と呼ばれる長によって統治された。

漢の時代には、前述した基礎的自治組織の長の職権は明確化されて、『漢書・百官公卿表』において「郷有三老、有秩、嗇夫、游徼。三老掌教化、嗇夫職聽訟」（郷に三老、有秩、嗇夫、游徼有り。三老は教化を掌り、嗇夫は訟えを聴くを職とす）と定められた。着目すべき点は「嗇夫職聽訟」であり、「嗇夫」自体は、裁判権を持っていなかったため、「聽訟」すなわち紛争を処理するときは、調停・あっせんのような手段しか使えなかったと考えられる⁽¹²⁾。または、前漢時代ごろに成立した『周礼』の「地官司徒」編の中に、周の時代には専門で調停を行う官職「調人」や、基礎行政組織の長「遂人」及びそれ以下諸官職（「遂師」、「遂大夫」、「県正」など）が記述されていたが⁽¹³⁾、それは儒学者が西周礼治に対する美化及び理想化したものかもしれず⁽¹⁴⁾、又は前漢時代

(11) 始皇帝は全国を36郡（のち48郡、近年の考古学研究によれば54郡とされる（岳麓書院藏秦簡に関する研究など））に分け、郡の下に県を置き、皇帝任命の官吏を派遣して、中央集権体制の基礎とした。

(12) 焦艶「明清時期的調停制度及其現代啓示」3頁参照（山東大学・2012）。

(13) 『周礼・地官司徒』に、「調人、掌司万民之難而諧和之。」（調人、万民の難を司つて之を諧和することを掌る。）…「遂人、掌邦之野。…五家為隣、五隣為里、四里為鄩、五鄩為鄙、五鄙為県、五県為遂、皆有地域、溝樹之。使各掌其政令刑禁。」（遂人、邦の野を掌る。…五家を隣と為し、五隣を里と為し、四里を鄩と為し、五鄩を鄙と為し、五鄙を県と為し、五県を遂と為し、皆地域有り、之に溝樹す。各々其の政令刑禁を掌らしめる。）…「遂師、各掌其遂之政令戒禁。…作役事、則聽其治訟。」（遂師、各々其の遂の政令戒禁を掌る。…役事を作せば、則ち其の治訟を聴く。）…「遂大夫、各掌其遂之政令。…掌其政令戒禁、聽其治訟。」（遂大夫、各々其の遂の政令を掌る。…其の政令戒禁を掌り、其の治訟を聴く。）…「県正、各掌其県之政令徴比、以頒田里、以分職事。掌其治訟、趨其稼事而賞罰之。」（県正、各々其の県の政令徴比を掌り、以て田里を頒ち、以て職事を分つ。其の治訟を掌り、其の稼事を趨して之を賞罰す。）と記している。

の類似の制度を参考して加筆した可能性が高いと考えられる。

唐の時代、「礼法合一」の司法体系が最終的に形成されて、調停のような紛争処理方式も正式に明文化された。具体的には、民事と軽い刑事紛争については、まず基礎的自治組織の長としての郷正、里正と村正で調停を試みて、合意を調達できない場合は県の行政単位で審判するといった、「準調停前置」の訴訟手続きを定めた⁽¹⁵⁾。

宋の時代には商品経済が活発になり、元の時代には田地、家屋の取引が頻繁化したため、民事紛争も大幅に増加した。これらの時期における、古典的な調停制度の最も重要な展開は、合意に対して強制執行ができる効力が付与されたことである⁽¹⁶⁾。

明の時代、古典的な調停制度は普遍的に利用され、完全に制度化されていた。調停は訴訟に先行する手続として、専門的な機関「申明亭」にて行われ、調停で合意形成に至らなかった場合は衙門（役所）で訴訟を行った⁽¹⁷⁾。

清の時代には、官吏によらず、「宗族調停」に代表される民間裁判外紛争処理制度が盛んであった。「宗族調停」では「立大宗之法、…凡勸道風化、以及戸、婚、田、土争競之事、其長与副先聴之」（宗族の法度を立て、…教化や倫常、及び戸籍、婚姻、田地や家屋に係る紛争は、まずその長（族長）と之の補佐者に聴け）⁽¹⁸⁾とされており、または衙門に受理された事件でも、家法（宗族法）によってその事件を処理した場合、族長がその事件の取り下げを要求できることとされていた⁽¹⁹⁾。

学界の過去の通説は、古代中国の裁判外紛争処理制度を裁判所調停と民間

(14) 曾憲義「关于中国伝統調解制度的若干問題研究」中国法学 2009 年 04 号 35 頁。

(15) 傅芳霞「中国調解制度研究」5 頁（華南師範大学・2005）。

(16) 傅・前掲注(15) 3 頁。

(17) 顧炎武『日知録・卷八・郷亭之職』参照。

(18) 張海珊「聚民論」魏源 = 賀長齡編『皇朝經世文編』58 卷。

(19) 張晋藩『中国法律的伝統与近代転型』（法律出版社・2009 年）336 頁。

調停に分けていたが⁽²⁰⁾、民間調停をさらに、2つの類型に細分化していた。一つは、当事者が信頼できる隣人や親族のあっせんの下で自発的に和解するもの、あるいは紛争が発生した後で隣人や友人が積極的に介入して、当事者双方に合意を促して和解に達するものである。もう一つは、訴訟当事者が政府（裁判所）に訴え、当事者の意思により、一定の手続きを経て、訴訟を取り下げ、政府に認可された長老および家長等の仲介により訴訟を解決する調停であり、前述の「郷正、里正と村正での調停」制度はその典型である。このような調停は、準政府的な民間調停にあり、「当局によって認可された民間調停」と呼ばれることもある。曾憲義氏はこの分類法に従って、中国の伝統的な裁判外紛争処理制度を民間調停、準政府的な民間調停、裁判所調停に分ける⁽²¹⁾。これが現在の通説となっている。

無訟の追求が重視されたことから、古代の地方長官にとって、着任後の一つの重要な仕事が「紛争があったら和解させるように勧め、訴訟を軽々しく提起しない」ことを求める内容の告示を張り出すことであった⁽²²⁾。また、儒家の官員は無訟の理想を追求する一方、裁判外紛争処理諸制度は万能薬ではないことも意識していた。例えば重大な刑事事件中の和解の効果を否定したことや、裁判外紛争処理諸制度を濫用・悪用する者に対して警告・処罰をしたなどの記録も残っている⁽²³⁾。

二 日本への影響

(20) 曾・前掲注(14) 38頁。

(21) 曾・前掲注(14) 38頁-40頁。

(22) 曾・前掲注(14) 36頁に、曾憲義氏は明の学者李漁の『資治新書・卷九・文告部』中に収録した訴訟に関する12件の告示を集計して、民衆に対する訴訟を止めて和解を勧告する告示が9件、官吏に対する公正的に司法を訓戒する告示が1件、身代金の不法徴収を禁止する告示が1件、裁判外紛争処理諸制度を濫用・悪用する者に対して警告する告示が1件である。

(23) 同前注。

1 儒教の伝来と律令制国家の成立

儒教がいつ頃日本に伝えられたのか、正確なところはわからないが、『古事記』と『日本書紀』とによって、西暦 284 年、百済から阿直岐や王仁が来て論語が伝えられたことが知られるので、経籍の伝来は、それ以後のこととしてよいだろう。それから約 230 年後の 513 年、百済から五経博士段楊爾が来て、儒教の主要経典五種すべてについての講義が行なわれ得ようになり、儒教への知識も広がったと考えられる⁽²⁴⁾。

『日本書紀』によると、更に 90 年ほどの時を経た 603 年、聖徳太子が自ら関わって、徳、仁、礼、信、義、智という順序で十二階の冠位を定め、翌 604 年 4 月に、聖徳太子が親ら肇めて憲法十七条を作ったとされる。それは日本最初の原始的な成文法である。憲法第一条の「以和為貴⁽²⁵⁾」は聖徳太子の理想であり、施政の基本方針である。単なる道徳的訓戒ではない。第二条の「篤敬三宝」も第三条の「承詔必謹」も、結局「以和為貴」によって総括されるのである。十五条の「背私向公」の条に「故初章云、下和諧、其亦是情歎」と第一条の和の方針を喚起し、終条十七条に「不可独断」と専制独断を不可とされているのも、同じである⁽²⁶⁾。

和は平和と秩序であり、「上和下睦、諧於論事」する衆議政治により、クーデターも内乱も用いない政治である。太子は「以和為貴」の方針をもって、大氏族制から天皇中心の集中国家に移行できると考えた。「篤敬三宝」、「承詔必謹」の精神が徹底すれば、蘇我氏など打倒しなくとも、自然に太子の目標

(24) 中嶋隆蔵「日本における中国儒教」蔡毅編『日本における中国伝統文化』（勉誠出版・2002）42 頁。

(25) 出典は『論語・学而』の「有子曰、礼之用、和為貴。先王之道斯為美、小大由之。有所不行、知和而和、不以礼節之、亦不可行也」（有子曰く、礼の用は、和を貴しと為す。先王の道も斯れを美と為す、小大これに由るも行なわれざる所あり。和を知りて和すれども礼を以てこれを節せざれば、亦行なわるべからず）である。

(26) 中嶋・前掲注 (24) 42 頁 - 43 頁。

とした律令国家は実現するというのがその思想的背景にあった⁽²⁷⁾。

その後の大化の改新により、唐律体系、すなわち家族主義と国家主義を含む二重構造的な集団主義の法体系が日本に導入され、律令制国家が成立した。導入された儒家思想は、明経道として、国家において研究を行う学問として大学寮において教授されたが、科挙制度等が取り入れられなかったため儒教本来の価値は定着しなかった。儒家思想を中核とする法意識は、はたしてどの程度まで浸透していったのかという問題は、さらに検討を要する。

やがて仏教が隆盛となり、儒学の発展が抑制されていった。さらに南北朝時代から室町時代にかけて長い時期に、儒学は仏教の僧侶らが学ぶたしなみとしてのものになった⁽²⁸⁾。外には神仏との競争があって、内には新旧儒学の争いもあり、中世において日本の儒教は自己更新の過程で衰退していったのであろう。

2 律令法中の「和与」

律令制の日本において、儒教の思想は必ずしも根付くことはなかったが、唐の律令制の中には、裁判外紛争解決制度が国家法律体系の一環として位置づけており、日本ではどのような形で裁判外紛争解決制度が試みられていたのだろうか。ここでは「和与」について取り上げたい。

(27) 出射義夫「聖徳太子十七条憲法の研究序論」獨協大学開学十周年記念論文集編集委員会編『創立十周年記念論文集』（獨協大学・1974）286頁。

(28) 例えば、空海の「三教指帰」による批判などもあって、または宋の新儒学が伝来した後、義堂周信は、四書の価値を評価しているが、これは禅宗興隆の手段としても見ることができる。義堂にもゆかりの深い一条兼良、四書を新注で読むべきと説いたうえで、更に、古今の性説に及んで性善説を称賛し、これは仏説にも合うもので、儒家性説の根本だと説き、教化や悟道の方法における儒仏の同異を示しつつ、神道による儒仏二教の統合を主張している。宋の新儒学である四書の学は、その学問の中核が心性論にあり、それに詳しく及ぶことのない旧来の儒学とその位置を交代すべきであるとの観念が明確に示されていることが知られよう（中嶋・前掲注（24）45 - 46頁参照）。

「和与」は現存する記録上では日本最初の、判決を下さず、紛争を解決する手段である。西村安博教授の研究によれば、「和与」なる語は文献史料の中に現れることはなく、「名例律」三十二条に云う「取与不和（雖和、与者無罪）乞索之賊並還主」（「取り与ふるが和はざる、（和せりと雖も、与へたる者は罪なきことをいふ）もしくは乞ひもとめたる賊は、並びに主に還せ。）」、すなわち、「取った者と与えた者との間に合意の無い」という意味において「取与不和」の語が見出されていたに過ぎない。律令法が施行された後、「和与」が成語として現れるのは、平安時代末期から鎌倉時代初期にかけてのことであって、「法曹至要抄」あるいは「裁判至要抄」などの明法道の法律書においてのことである。鎌倉時代においては、「他人和与」、あるいは裁判上の和解を意味するものとして「和与」が使用されるようになった。このようにして、中世社会において「和与」は、贈り主の好意による積極的意思と、一度与えた後には与えた側は取り戻し得ないという法律効果（「和与物不悔還」）を伴い、意思表示が文書によって行われるという性格をもつものとして定着していったようである⁽²⁹⁾と論じられている。

「和与」の出典とされる「名例律」は唐律をほぼそのまま導入しており、「唐律疏議・卷四・名例」三十二条二項の部分にも「取与不和、雖和、与者無罪。」との文言がある。「唐律疏議」他の部分においても、例えば「卷一・名例」六条十項に云う「十日「内乱」。謂姦小功以上親、父祖妾及与和者。」（十日く「内乱」。小功以上の親を姦すを謂う、父祖の妾及びむた和する者。）及び「卷二十六・雜律」三百八十九条の「疏」に云う「議曰、賊罪…仮如被人侵損、備償之外、因而受財之類、兩和取与、於法並違、故与者減取人五等、即是「彼此俱罪」、其賊没官。」（議して曰く、賊罪は…仮に人に侵損され、備償の外、因て財を受る類、取り与ふるが両方に和ふ、並で法を違ふ、故に与ふる者は

(29) 西村安博「前近代日本における伝統法文化の一斑——『和与』と『内済』をめぐって」法政理論第 32 卷第 2 号 (1999) 183 - 184 頁。

取人より五等を減り、即是「彼此は俱に罪なき」、其の贓は没官する。）など、和と与の組み合わせは、その各所で見られる。問題は、「和与」の語彙により表される制度は、唐律から導入されたものなのか、もしくは古代日本に独特の調停制度であるのか、以下、簡潔に分析を試みる。

まずは、「唐律疏議」中の「和」及び「和解」に関わる条文から検討する。「卷十四・戸婚」一百九十条に云う「諸犯義絶者離之、違者、徒一年。若夫妻不相安諧而和離者、不坐。」（諸義絶を犯す者は離す、違者は、徒一年に処する。若しくは夫妻はおたがいに安諧せず而して和離する者は、坐しない。）について、曾憲義氏の観点によれば、「和離者、不坐」とは和解の法律効果を表す条文である⁽³⁰⁾。「唐律疏議」の中には他の和解を意味する類似の用語、例えば「私和」⁽³¹⁾などもあるが、多くの場合は「和」を含む用語、例えば「和誘」⁽³²⁾、「和娶」⁽³³⁾、「和姦」⁽³⁴⁾、「賣買不和」⁽³⁵⁾などは、合意を意味するにすぎない。すなわち、唐律には、和解の効力を承認・否定する条文が存在している一方、合意を意味する「和」を含む用語も多数存在している。

次に、前述のように「和与」の語源としての「取与不和」の意味は「取った者と与えた者との間に合意が無い」ことであり、それ故「和与」の文字通りの意味は「合意がある与えた者」となる。当事者一方だけで合意することは不可能であるため、その語彙は無意味なものであり、唐律の中には当然存在しない。つまり、「和与」という語彙は和製であり、唐律を離れて強引に解釈すれば、「和解により好意を与える」という意味も成立し得ると考える。

(30) 曾・前掲注(14) 38頁。

(31) 「唐律疏議・卷十七・盜賊」二百六十条に、「諸祖父母、父母及夫為人所殺、私和者、流二千里。」（諸祖父母、父母及び夫、人の殺す所と為り、私和する者は、流二千里に処する。）

(32) 「唐律疏議・卷四・明例」三十五条参照。

(33) 「唐律疏議・卷十四・戸婚」一百八十七条参照。

(34) 「唐律疏議・卷二十六・雜律」四百一十五条参照。

(35) 「唐律疏議・卷二十六・雜律」四百二十一条参照。

さらに、「唐律疏議」は裁判権を持つ官員の審判を指導して、獄（主には刑事事件）と訟（主には民事事件）⁽³⁶⁾の成立要件やそれに対する対処の内容に主眼を置くものである。前述のように、唐の時代において、多くの紛争の調停は訴訟を提起する前に、里正・村正など裁判権を有していなかった者によって行なわれたのであり、「唐律疏議」の中にはその和解の制度を具体的に規定していなかった。日本は、唐の律令や国郡郷制などを導入したが、その基礎的自治組織で行われるべき調停の権限が明確に与えられなかったため⁽³⁷⁾、結局、裁判機関において「和与」という独特の調停制度が出現したのであろう。

3 「喧嘩両成敗」規範の形成

中世後期は、群雄割拠し、戦が絶えず、領主がめまぐるしく交代する世であった。「春秋に義戦無し」の特徴は、日本の戦国時代前後も同様である。

その時期に、「境相論」をめぐる紛争が多かった一方、そのような紛争が刑事上のまたは軍事的問題に発展した例も珍しくなかった。この現象を抑制する必要があったことから、中世後期に「喧嘩両成敗」の規範が諸々大名の分国法に見られる。これは喧嘩に際してその理非を問わず、双方とも均しく処罰するという原則である⁽³⁸⁾。畠山亮教授の研究では、喧嘩規制法の主眼が、物理的暴力行使それ自体のみならず、喧嘩・口論の〈結果〉に置かれる場合があったということである⁽³⁹⁾。

その法度の主な効用は三つある。まず、大名は司法資源が足りないため双

(36) 鄭玄『周礼注疏・卷三十五・秋官司寇』に、「釈曰、云「辨其獄訟」者、辨、別也。獄謂争罪。訟謂争財。」（釈して曰く、云う「其の獄訟を辨ふ」者は、辨ふとは、別なり。獄とは罪を争ふを謂う。訟とは財を争ふを謂う。）と記する。

(37) 日本に導入された制度の中、基礎的自治組織に関する規定の不備について、以前から学者にしばしば指摘されている。例えば「…唐令とを比較するに、日本令には郷村及び隣の組織に関する規定はない」（仁井田陞『唐令拾遺』（東京大学出版会・1964）216頁）。

(38) 川嶋四郎『日本人と裁判』（法律文化社・2011）72 - 74頁。

方の是非を判断しがたい場合でも、有効に司法権を独占できること、次いで、自己の領内の紛争を解決するため、内乱を招いて弱体化する可能性を排除すること、最後に自力救済の行為を抑制することである⁽⁴⁰⁾。

「喧嘩両成敗」の出現は、二つの重要な示唆を提示している。まずは、争訟が頻繁に発生していたことを根拠として、当時の人々の法意識はまだ「裁判嫌い」ではなかったことが読み取れることである。二つ目は、争訟を抑制できる手段が乏しかったという推測ができることであり、それは、当時の裁判外紛争処理制度（例えば前述の和与）が、中世後期において、既に形骸化していた可能性が高いことを意味する。

4 儒教の法意識・訴訟観の浸透

以上のような混沌とした世の中で形成された規範や手続は、戦国時代が終わり、近世に入るにつれ、支配層による体制の強化に伴い、これと相まって次第に調整が図られるようになる。儒教は、仏教の僧侶らが学ぶたしなみから独立し、特に新儒学としての朱子学は幕府によって封建支配のための思想として採用された。ここでは、徳川幕府に影響を与えた儒学者として、藤原惺窩とその門人の林羅山を挙げておく。

近世儒学の祖とされる藤原惺窩は、「学問の道は義理を分別し、理一分殊をもって本となせ。万物一理にして物と我れとに間なく、必ず一理に入れば釈氏の平等利益、墨子の兼愛に流るのみ」との言葉から窺われるように、儒学と言っても朱子学に限らず諸学を広く学び、異中に同あることに注意しつつ、しかも陽明学に乱されず仏教は斥けるべきだとの態度をもった。四書五経に対しては、付注するまでには至らなかったものの、宋儒の新注による和点を全部に施こし、宋学の普及に果たした役割は小さくない⁽⁴¹⁾。

(39) 畠山亮「戦国期における喧嘩規制法について—戦国期喧嘩両成敗法の再定位」法学第75巻第5号（2011）404頁参照。

(40) 川嶋・前掲注（38）74頁。

惺窩の門人で、徳川幕府に仕え、家康・家光に侍講した林羅山は、仏教排撃にとりわけ意を注いだ。朱陸を兼習するをよしとする師の惺窩とは異なり、陸象山や王陽明を斥けて朱子だけを採るべしとして、幕府御用の学問を朱子学に限定するに大きな役割を果たした。だが、この幕府公認の朱子学が行なわれる中で、これとは立場を同じくしない種々の学派が次第にあらわれてくることになる⁽⁴²⁾。

江戸幕府の成立後、権力が相対的に集中した政権が形成されたことに伴い、5代將軍綱吉は、湯島聖堂を造営し、「文武忠孝を励まし、礼儀を正すべきこと」と定めた天和の武家諸法度を発布した。これは、武断政治から文治政治への転換を図りつつ、儒家思想を日本の統治階層へ正式に導入したものである。このことは、日本社会に武家層を中心として一般庶民へ浸透するかたちで儒教の道德体系が構築されるのに伴い、儒教の法文化の形成に決定的な影響を与えたものとみることができる。

5 「内済」の在り方

江戸時代には裁判機関による調停は再び活発化して、特に「内証にて相済む」、すなわち和解により手続を終了させることも頻繁に行われ、これがいわゆる「内済」(ないしは「済口」と呼ばれる新たな制度であった。したがって、「内済」は、紛争を表沙汰にしないで当事者の互譲あるいは妥協によって解決することとして理解され得る。徳川幕府の裁判に関する基本的な態度は、「吟味物」(刑事訴訟)に関わる重大な犯罪行為以外に、「出入物」(民事訴訟)に関わるような私人間の紛争については「お上を煩わす」ものとして積極的に対応しないというものであった。「出入物」のなかでもとりわけ「金公事」の場合には、裁判所は当該訴訟を受理はするものの、原則的には「内済」に

(41) 中嶋・前掲注(24)46頁。

(42) 中嶋・前掲注(24)46頁。

よる解決が要求され、ときには「内済」が強制されることもあったと理解されている⁽⁴³⁾。

このように、江戸幕府は私人間の紛争に関わる場合、「内済」を奨励し、特に享保期以降は、裁判制度の一環として内済制度を位置づけた⁽⁴⁴⁾。時間を追って見ると、前述のように儒家思想を日本の統治階層へ正式に導入した後に、「内済」という新たな裁判所調停制度を積極的に裁判制度の一環として位置づけたことが明確になる。すなわち、「内済」の出現は、儒家の「無訟」の訴訟観、又は儒家により提唱される「互譲」精神の具現化とも捉えられるものであろう。

6 互譲理念の重視

前述した『史記』及びそこに現れた互譲の理念は、近世の日本社会にも影響を及ぼした。ここでは江戸時代前期の水戸徳川家当主・徳川光圀と江戸時代後期の思想家・二宮尊徳を挙げておく。

まず、『義公行実』に描かれた徳川光圀は、18歳の時、司馬遷が著した『史記』の「伯夷伝」を読み、伯夷・叔斉兄弟による国の譲り合いに、感銘をうけた。大いに影響を受けた光圀は、兄の松平頼重の子を養子に貰い、水戸家の家督を兄の血筋に譲り返すと決意した⁽⁴⁵⁾。更に光圀は、伯夷・叔斉兄弟の故事に驚嘆したが、「史書がなければ、そのような義人の事績が歴史の中に湮滅してしまうであろう」ということを感得して、『史記』にならって「紀伝体」の日本の史書を編修しようと志を立て、30歳の時に『大日本史』の編纂を開

(43) 西村・前掲注(29) 188 - 189頁。

(44) 荃田佳寿子「内済と公事宿」朝尾直広等編『日本社会史・第五巻・裁判と規範』（岩波書店・1987）318頁。

(45) 稲垣国三郎注訳『義公行実』第四段により、「年十八。適読伯夷伝有感。遂欲伝茅土頼重之子。不露其迹而藏于中心有素矣。」（稲垣注訳：年十八。たまたま伯夷伝を読み感ずること有り。遂に茅土を頼重の子に伝へんと欲す。其の迹を露はさず而して中心に藏む。素有り。）

始した⁽⁴⁶⁾。それは日本近代の尊王攘夷運動に深く関わる水戸学の基礎をつくる端緒となった。

次に、江戸時代後期、二宮尊徳は経世済民を目指して報徳思想を唱え、報徳仕法と呼ばれる農村復興政策を指導する一方、源流としての儒家思想を武士階層から百姓・町人階層へ普及させる重要な役割を果たした。

報徳思想を端的に表すのが、至誠・勤労・分度・推譲の四つがある。「推譲」とは、分度を守り、勤勉に働き、その結果として生じた果実を積み重ねていけばやがて大きな余剰や余分が生じる。その余剰を「家族や子孫のために蓄えたり（自譲）、他人や社会のために譲ったり（他譲）すること」によって「人間らしい幸福な社会が誕生する」という教えである。尊徳思想、報徳仕法の真髄ともいえる教えであろう⁽⁴⁷⁾。

二宮尊徳自らは、譲について、以下のように論じている。

「翁曰、己に克て礼に復れば天下仁に帰す、と云り、是道の大意なり、夫人己が勝手のみを為さず、私欲を去りて、分限を謙り、有余を譲るの道を行ふ時は、村長たらば一村服せん、国主ならば一国服せん、又馬士ならば馬肥ん、菊作りならば菊栄えん、釈氏は王子なれ共、王位を捨て鉄鉢一つと定めたればこそ、今此の如く天下に充滿し、賤山勝といへ共、尊信するに至れるなれ、則予が説く所の、分を譲るの道の大なる物なり、則己に克つの功よりして、天下是に帰せしなり、凡人の長たらん者、何ぞ此道に依らざるや、故に予常に曰、村長及び富有の者は、常に僮服を用ふるのみにても、其功德無量なり、

(46) 大井松隣「大日本史序」により、「先人十八歳読伯夷伝、蹶然有慕其高義、撫卷嘆曰、不有載籍、虞夏之文不可得而見、不由史筆、何以俾後之人有所觀感、於是乎慨焉立修史之志。」（先人は十八歳に伯夷伝を読み、蹶然として其の高義を慕へて有り、巻を撫して嘆じて曰く、載籍が有らず、虞夏の文を得て見えない、史筆に由らず、何を以て後の人に観感を所有るを俾るか、是に於いて慨焉として修史の志を立つ。）という記録が残る。

(47) 松沢成文『混迷日本再生 二宮尊徳の破天荒力』（ぎょうせい・2010）66頁。

衆人の羨む念をたてばなり、況んや分限を引て、能讓る者に於てをや。」⁽⁴⁸⁾

当時の裁判所で行う和解制度、内済・示談についても、評価している。

「翁曰、夫人の紛議を解くは、道德の一つにて、世を救ふの一つなれど、又一つ心得べき事あり、訴訟の内済・示談なり、是実に両全の道なれども、又弊害も少からず、予桜町にあり、近郷この扱といふ事盛に行はれて、訴訟甚だ繁し、習って察せず、法を厳にして之を制すれば、方今の訴訟その幾分を減ずべし…」⁽⁴⁹⁾

尊徳は訴訟時の内済・示談に対して「両全の道」という高い評価していたが、その弊害も少なからずと云う。例えば町の近郷で内済・示談が盛んに行なわれていたが、その結果、尊徳は『孟子・尽心上』の「行之而不著焉。習矣而不察焉。」（之を行うときにして著らかならず。習えり。而も察らかならず。）を引き⁽⁵⁰⁾、民衆は知らず知らずうちに、紛争の大小を問わず、すべて訴訟により解決することを望んでいる、いわゆる濫訴になると指摘して、それを防ぐために、訴訟の手續をより厳格となすべしと論じていた。そのような論述から見ると、尊徳は実に儒家「無訟」の理念を貫徹している。

「…如何となれば此道にて内済の事を扱ふものを見るに、必智力もあり、弁才もあって、白を黒にし、黒を白になすの奸人、表を飭りて此事を業の如くする者あり、この者よく弱を助け、強を拆き、訴訟を内済して、衆の難を救ふが如く見ゆれども、竊にその内情を聞き、能く能く観察する時は、この紛議の因は此者に因て発する事多し、それ村里に一紛議の起るや、或は激言して之を争はしめ、また和言を以て是を止め、始終その間に周旋して利と誉とを己に取る奸人あり、…往時桜町に奸人あり、予先此者を退けぬれば、訴訟の事断然止み、柔善の者里正たることを得たり、某の如き好き人里正に居て、

(48) 福住正兄『二宮翁夜話』（報徳学図書館・1909）第二二五。

(49) 福住正兄『二宮翁夜話・続篇』（報徳社・1928）第十六。

(50) 飯森富夫「二宮尊徳にみる中国思想の受容 —研究の一視点—」劉金才=草山昭『報徳思想と中国文化』（学苑出版社・2003）61頁。

流來の細民鰥寡孤独に至るまで、皆其利を利とすることを得るなり。凡国家を治むる者、前に云ふ所の如き奸民を退けて、良民を撫するを以て勤とすべし、人道は元作為の道なるが故に、農夫の勤めて草を去るが如く、…夫此の如きは莠艸を以て善とし、美とし、之を糞培せば、邦家の衰へざることを得んや。」⁽⁵¹⁾

尊徳は内済・示談を濫用する者を「奸人」と称して、そして退けた。さらに、善い人が里正になって、紛争を調停して、ゆえに訴訟もきっぱりなくなるのではないかと考えた。社会に互譲の精神が乏しいとなれば、邦家の衰えないことがあろうかという尊徳の考えは、前述した司馬遷の思想と一致するものと言える。

まとめ

中国では、春秋戦国時代以降、儒家思想の形成に伴い、家族主義を中核とする一元的な集団主義が変容して、家族主義と国家主義を含む二重構造的な集団主義が形成された。唐の時代に至って、集団主義的な法文化が爛熟したが、その象徴が、中華法系の集大成法典「唐律疏議」の完成である。

日本文化の中の「いえ」も、日本の風土において米作農業の経営を基礎として、千数百年の歴史を経て形成された村落共同体と、これに準じて形成された商家や職人の家など「種々の親分子分集団」⁽⁵²⁾を基礎としたものである。それは、必ずしも血縁によるものではないが、家長で家族を統制し、祖先祭祀の慣習を形成し、家系と家風を重視していた。そして、「いえ」意識は、江戸時代には特に儒家思想の影響を受けて、さらに家族主義と国家主義を含む二重構造を有する集団主義的な社会意識へと転換した。

(51) 福住・前掲注(49)第十六。

(52) 川島武宜『日本人の法意識』(岩波書店・1967) 163頁参照。

つまり、東洋社会の集団主義は、安定的な自給自足の農耕社会の中であって、生産力が長期にわたって低下したことにより、家庭を共同作業の基礎的な生産単位として、経験の累積を通じた自然選択の結果として形成されたものである。

そのような集団主義的な社会意識の下で形成された日本人の法意識に対して、先駆的または牽引的な研究を作った川島武宜博士は、日本的法意識について、「権利意識の弱さ」と「訴訟を嫌う傾向」という二つの重要な特徴を指摘した。『日本人の法意識』の中で説明されているように、国民の実際の生活は、民法の規定よりは、慣習や義理・人情によって営まれていた。そして問題が起こっても、地域や職域の長老的立場の人の斡旋によって、話し合いで解決され、裁判によって解決されることはむしろ異例であった。また、裁判所に提訴されても調停によって処理される場合が多く、調停制度が発達していった⁽⁵³⁾。さらに、もし調停を経ないで訴訟に及んだ場合には、提訴の本人のみならず自治組織の長までも処罰された状況もあった⁽⁵⁴⁾。

川島博士は、徳川時代以来の日本社会は権利義務を基本とする「近代市民社会」ではなかったと述べる。その時期の日本社会は、家、親類、部落、「種々の親分子分集団」といった「多かれ少なかれ生活の広い範囲にわたって機能分散的」な「いわゆる協同体的な小集団」によって成り立っていた。このため紛争が生起しても、「協同体的」関係を破壊しないような「丸く納める」方法が追求された。裁判官の前で「黒白を明らかにする」ことが回避され、その結果として、訴訟を提起しても判決に至らず、当事者間の和解が重用された。徳川時代の内済や明治期の勸解はこれにあたる⁽⁵⁵⁾。このような「非合理的な日本的法意識」が問題とされ、克服する必要があるとされた理由は、新憲法を定着させ、真に独立・自由な主体を確立するため、戦前の家族制度や

(53) 川島・前掲注 (52) 139 - 142 頁参照。

(54) 川島・前掲注 (52) 163 頁参照。

(55) 川島・前掲注 (52) 162 - 163 頁参照。

国民道徳は碎かなければならないとされたことによるのではないかという見解もある⁽⁵⁶⁾。

上述した日中両国の古典的な裁判外紛争処理制度は、それぞれの時代や管掌機関のあり方等を背景に、その根拠や内容がかなり異なっているように見受けられるが、全体的にみると、両国の古典的な裁判外紛争処理制度はいずれも古くから国家法律体系の一部を構成し、多かれ少なかれ儒家の「無訟」思想に影響されていた。

両国の古典的な裁判外紛争処理制度は、儒家の「無訟」という法意識の影響の下で、主として調整型ADR制度であった。繰り返しになるが、古代の中国では、さらに調停を行う主たる機関が裁判所から分離されて、訴訟の前置手続として、基礎的自治組織に委ねる形へ転換した。また清の時代には、宗族調停のような、裁判所と密接な関係にあった民間型裁判外紛争処理制度がさらに活発化した。日本においては、儒学が盛んであった江戸時代に、制度化された裁判外紛争処理は、主として裁判所調停に継受されたが、官の認可する民間調停へ転換する傾向はあまり見られない(二宮尊徳は報徳仕法が推進された地域においてそのような民間調停を重視したが、広がりには欠けた)。また、基礎的自治組織による紛争を処理する手続は存在していたが、その制度化の程度、及び裁判所との関係も明確ではない。

最後に、古典的な裁判外紛争処理制度は、儒教の道徳や倫理を背景に当事者双方の互譲を確保して、紛争解決と同時に人間関係を円満に維持する制度を生み出した。言い換えれば、紛争を適切に解決に導く、社会安定機能を持っている。だが、現代で物質的に豊かな社会、情報爆発やグローバル化になる過程に伴い、価値観も多様化し、伝統的な道徳と倫理の正当性が広く受け入れ難くなったことから、裁判外紛争処理制度において、もはや双方の互譲の確保を伝統的な道徳や倫理に依拠することはできない。伝統的な価値観での

(56) 高橋真『日本の法意識論再考』(ミネルヴァ書房・2002) 39 - 41頁参照。

互譲を確保できないことにより、ADR の効率が低下するだけでなく、紛争解決の機能を失う恐れもある。

それゆえ、新たな形で互譲を確保できる ADR 制度を構築することが必要である。例えば ADR 制度を創設するうえで手続に工夫を凝らすなど方法が考えられるが、具体的な互譲を確保する制度の構築については、今後の課題としたい。

* 本研究は、中国政府「国家建設高水平大学公派研究生項目」（CSC）の助成を受けたものである。