

民国二年上字第六四号判例とその周辺

西 英昭

【史料一】 大理院民事判決二年上字第六十四号

標点文

判決

上告人 梁伍氏 年三十一歲 廣東新甯縣人 住拱日門京寓佛照樓

右代理人 熊垓 律師

被上告人即附帶上告人

伍仲銓 年四十五歲 廣東新甯縣人 居鄉在省寄寓廣埠直街賓華棧

伍胡氏 年四十三歲 新甯縣人 居省城高登里

右代理人 江天鐸 律師

右上告人對於中華民國元年十月二十七日、廣東高等審判廳就該上告人與伍仲銓等爭充監護人一案、所爲第二審判決聲明一部上告、被上告人亦聲明一部附帶上告、經總檢察廳檢察官朱深陳述意見、本院審理、判決如左。

主文

原判關於定監護人之部分撤銷，上告人及被上告人均不得充監護人。

被上告人之附帶上告駁回。

訴訟費用由上告人及被上告人平均負擔。

理由

上告意旨及追加意旨並對於附帶上告之意旨略稱、(一) 現行法規並無出嫁女不能為監護人之明文、上告人受其母伍何氏之遺囑委任為監護人、並將財產之契據交付、自應有效。乃原審竟違反最後行親權者之意思、判被上告人為監護人、殊屬不合。(二) 被上告人所呈伍何氏託為監護人之函、曾自認信皮係伊親筆、足證函係偽造、原審不究此函之來源、僅以信函非其筆跡一語即認為有效、未免偏徇。至親族會選任監護人、現行法上既無此項規定、自不能發生效力。本案據被上告人所言、親族會只三人與聞、且此三人並未到庭證明、原審何得以法律上無效力且不可信之親族會之選任為根據。況被上告人於未分家時盜賣家產、分家後又偽造官文書、似此詐欺有據之人當然喪失監護人資格。(三) 被上告人向居新甯縣鄉間、被監護人伍永昌居省、相隔甚遠、斷難照料。(四) 上告人於遺囑及偽函二事辯白、至再並未承認被上告人之言。原審乃謂無詞可辯、即據此以為判決、實不可解、應請將原判定監護人之部分撤銷改判、至被上告人之附帶上告實屬毫無理由、應請駁回云云。

答辯意旨及追加意旨並附帶意旨略稱、(一) 我國習慣素以男系為重、故出嫁之女服制遞降、其親屬關係薄弱可知。蓋家族制度既經保留女系外親、斷無更入他家為監護人之理。況上告人所提出之遺囑無論實質形式兩不完備、不能發生效力。且被上告人係伍家家長、當然有為監護人之權義、法理上不容有遺囑指定之餘地、原審不認該遺囑為有效、並無不

合。(二) 伍何氏所寄之函經原審及檢察官鑑定、並非被上告人筆跡、何得憑空指爲偽造。又親族會選任監護人、現行法上雖無規定、然律例中所稱親族戶族公議等語、即係親族會之証。我國習慣遇有重要事件、則邀親族會議處理、與其他家制國無異、何得指爲無效。按之各國法例關於會員之數多少不一、依法理論二人之數決無不合、況被上告人係家長、即無親族會之選定、亦當然爲監護人。至所稱詐欺有據一節、被上告人叔嫂向無買賣產業事、何用此偽契。上告人造偽契以誣陷、經原審判明無此事實、是毫無理由可言。(三) 居鄉居省於法律上不成問題。(四) 上告人於遺囑及偽函二事、是否承認被上告人之言、關於證據之認定、原無關係。請將上告駁回。至附帶上告之意旨、上告人所支醫藥喪葬等費、未經親族會核算多寡不足憑、其所得浮財衣飾爲數不少、原判令被上告人補銀二百二十三兩二錢、實於繼承財產不無損害、應請將該部分之原判撤銷、免其補銀云云。

總檢察廳檢察官對於本案之意見略稱、遺囑及親族會於現行法上均無直接規定、若謂親族會以無明文之故不能生法律上之效力、則以同一論法、遺囑亦不能爲有效之主張。況請求內容係指定監護人、法律關於此種制度亦無明文、即徵諸習慣或準之條理、假定其可以爲此項之請求、而監護人之應否設定、以被監護人於法律上有效存在爲前提、申而言之、監護人之發生必法律上有正當之原因、否則基本行爲於法律上先失其存在、則關係於基本行爲之行爲縱毫無可議、亦無所附麗矣。查現行律立嫡子違法條、不准立異姓子爲嗣、此案伍何氏買異姓兒爲嗣孫、命名永昌、其行爲實違反強行法規、應屬當然無效、被監護人於法律上既非有效存在、無論依何方式指定何人爲監護人均無所用、故兩造所主張均不能認爲有正當理由、原審認永昌爲嗣、及判令親族會所選出之伍仲銓爲監護人、亦不能認爲合法云云。

本院查、判斷民事案件應先依法律所規定、無法律明文者依習慣法、無習慣法者則依條理、蓋通例也。現在民國民法典尚未頒行、前清現行律關於民事各規定繼續有效、自應根據以爲判斷。至反於強行法規之行爲、法律上概認爲無效、無效行爲與取消行爲異、審判衙門應不待當事人之聲明、當然認定其無效、即不得以之爲斷定權義關係發生之淵源、此民法通理、而我國現行民事法規亦已採行者也。本案上告人所主張之遺囑及被上告人所主張之親族會、於現行法上雖無

直接規定、然如律例中所稱遺命戶族公議、是即遺囑及親族會之變稱、惟監護人制度毫無明文之可言、而徵諸一般通認之習慣法、則又有與其異名同實者、託孤是也。託孤不必限於同宗、由最後行親權者之意思而定、且其效力恆強於他人之推選行為、是則本案已故伍何氏對於上告人假令果有遺囑、或對於被上告人果有函託、則已無親族會選任監護人之餘地。乃被上告人主張函託、復謂其親族會選任之有效、並以己爲家長、當然應認爲監護人爲言、此種主張自非明確認定、其託孤事實爲不存在、則於法律上殊無理由之可言。被上告人既與伍何氏分財異居、對於伍何氏之家屬又何有於家長權。原審因誤於法律上之見解、遂偏重親族會、對於上告人所呈遺囑及被上告人所呈信函究係孰真孰僞、並未能依法調查、盡職權上應盡之能事、實於法有所不合。按照現例本有發還更行審理之理由、惟據原審記錄、伍何氏買異姓兒永昌爲嗣孫、以繼早殤之親生子、此項事實兩造於原審並無爭執、而按之現行律例、異姓亂宗實爲強行法規所禁制、此種立嗣行爲即屬當然無效、審判衙門自應本於前示法則經予宣告、斷不能以之爲他種權義關係發生之淵源、即不得認爲受託孤人地位之成立及其管理財產權存在之基礎、原判於此更未顧及、尤屬違法。則本案當事人兩造之主張根本上均屬不能成立、至被上告人附帶上告、請將原判補銀之部分撤銷一節、查原審認定事實稱、伍何氏去世所有醫藥喪葬各事悉由上告人經理、不敷之數亦由籌支、判還銀兩、實無虛虧。第一審會調閱上告人繳呈賬簿單據屬實、原審即根據此項證據認定事實、而爲判斷、尙無不合。且被上告人既不能任監護之責、不能管理繼承財產之負擔、尤與被上告人無涉、自應無庸置議。

據以上理由、應將原判關於定監護人之部分撤銷、上告人及被上告人均不得充監護人、至繼承財產依法自應至適法嗣子立定之日止、由事實上現在管理財產人暫予經理、而不得有處分之行爲、其被上告人之附帶上告、應認爲無理由、即予駁回。本案訴訟費用、依現行法例、應由上告人及被上告人平均負擔、特爲判決如右。

中華民國二年七月五日

大理院民庭

審判長 推事 姚震 印

推事 胡貽穀 印

推事 林行規 印

推事 黃德章 印

推事 陸鴻儀 印

大理院書記官 沈兆奎 印

〔出典：『大理院判決録』（民國二年七月分）（大理院書記廳、一九一三年）、句読点筆者、なお古字・俗字は正字に改めた（回↓回、決↓決など）。〕

訓読文（本院查…以下のみ）

本院查するに、民事案件を判断するには應に先づ法律の規定する所に依るべくして、法律に明文無き者は習慣法に依り、習慣法無き者は則ち條理に依るは、蓋し通例なり。現在民國の民法法典は尙ほ未だ頒行せず、前清の現行律の民事に關する各規定は繼續して有效たれば、自ら應に根據して以て判断を爲すべし。強行法規に反するの行爲に至りては、法律上は概ね認めて無効と爲し、無効行爲は取消行爲と異なり、審判衙門は應に當事人の聲明を待たずして、當然に其の無効を認定すべく、即ち之を以て權義關係の發生の淵源と斷定を爲すを得ざるは、此れ民法の通理にして、而して我國の現行の民事法規も亦た已に採行せる者なり。本案の上告人の主張する所の遺囑及び被上告人の主張する所の親族會は、現行法上においては直接の規定無しと雖も、然れども律例中稱する所の遺命・戶族公議の如きは、是れ即ち遺囑及び親族會の變稱にして、惟ふに監護人制度は毫も明文の言ふ可き無きも、而して諸を一般通認の習慣法に徴するに、則ち又た其と異名同實なる者有りて、託孤は必ずしも同宗に限らず、最後に親權を行ふ者

の意思に由りて定まり、且つ其の効力は恒に他人の推選行爲よりも強く、是れ則ち本案已に故せる伍何氏の上告人に對し假令果して遺囑有れども、或いは被上告人に對し果して函託有れども、則ち已に親族會の監護人を選任するの餘地無し。乃ち被上告人の函託を主張し、復た其の親族會の選任の有効を謂ひ、並に己を以て家長と爲し、當然に應に認めて監護人と爲すべしとの言を爲すも、此の種の主張は自ら明確に其の託孤の事實の不存在たるを認定するに非ずして、則ち法律上において殊に理由の言ふべき無し。被上告人は既に伍何氏と財を分け居を異にすれば、伍何氏の家屬に對し又た何ぞ家長權有らんや。原審は法律上の見解を誤れるに因り、遂に親族會を偏重し、上告人の呈する所の遺囑及び被上告人の呈する所の信函の究めて孰れか眞・孰れか偽に係るやに對して、並びに未だ法に依り調査し、職權上應に盡すべきの能事を盡す能はざるは、實に法に於て合はざる所有り。現例を按照するに本と發還して更に審理を行ふの理由有るに、惟だ原審の記録に據れば、伍何氏は異姓の兒・永昌を買ひて嗣孫と爲し、以て早殤の親生子を繼がしむるに、此項の事實は兩造原審に於て並びに爭執すること無く、而して之を現行律例に按ずるに、異姓亂宗は實に強行法規の禁制する所と爲せば、此種の立嗣行爲は即ち當然無効に屬し、審判衙門は自ら應に前示の法則に本づき予め宣告を経るべく、斷じて之を以て他種の權義關係發生の淵源と爲す能はずして、即ち認めて託孤を受くる人の地位の成立及び其の財産を管理するの權の存在の基礎と爲すを得ざるに、原判此に於て更に未だ顧及せざるは、尤も違法に屬す。則ち本案の當事人兩造の主張は根本上均しく成立する能はざるに屬し、被上告人の附帶上告に原判の補銀の部分もて撤銷を請ふの一節に至りては、査するに原審の認定事實に稱すらく、伍何氏世を去るに所有醫藥・喪葬各事は悉く上告人に由り經理し、不敷の數も亦た籌支せるに由るに、判じて銀兩を還せば、實に虛虧無し。第一審曾て上告人の繳呈せる賬簿單據を調閱するは實に屬し、原審即ち此項の證據に根據して事實を認定し、而して判斷を爲すは、尙ほ合はざる無し。且つ被上告人既に監護の責に任ずる能はざれば、繼承財産の負擔を管理する能はずして、尤も被上告人と涉る無く、自ら應に議を置くを庸あること無かるべし。

以上の理由に據り、應に原判の監護人を定むるに關する部分もて撤銷し、上告人及び被上告人は均しく監護人に充つるを得ずして、繼承財産に至りては法に依り自ら應に適法の嗣子の立定に至るの日に止め、事實上現在財産を管理せる人に由り暫く經理を予し、而して處分の行爲有るを得ざるべく、其の被上告人の附帶上告は、應に認めて理由無しと爲すべく、即ち駁回を予す。本案の訴訟費用は、現行法例に依り、應に上告人及び被上告人に由り平均して負擔すべし、特に判決を爲すこと右の如し。

はじめに

この史料は中華民國北洋政府期の最高裁判所として機能した大理院の民事判例の一つである。

清朝末期、日本人顧問を招いて近代的な法典の編纂が行われ、民法についても松岡義正が起草に關与して大清民律草案が作成されたが、清朝の倒壊によつて公布・施行には至らなかつた。中華民國に入つてからは、大清現行刑律の民事に關する部分が当面の民法法として援用された。正式な民法がない中で裁判を行わなければならないという状況に立ち至つた大理院は、自らが下す判例の要旨に當たる部分を抽出し、「判例法」的な形で機能させて実質的な立法を行い、民法不在の状況を乗り切ろうとした、とされてきた。

本判例はその劈頭に位置し、「民事案件を判断するにはまず法律の規定する所に依るべきであり、法律に明文が無いものは習慣法に依り、習慣法が無いものは条理に依る」との大原則を宣言したものととして夙に有名である。この原則は後に中華民國民法第一条に掲げられることになるが、明治日本においても同趣旨の法令（裁判事務心得）が存在することが知られている。東アジアにおける法の近代化の一齣として重要な内容を含むものと言える（一）。

逆にこの判例要旨のみが有名になりすぎたため、実際のところ紛争本体では当事者は何を巡つて争つていたのか、またその争いと判例要旨はどのような關係に立つのかについてはこれまで詳細には触れられてこなかつた（二）。この判

例は中華民国北洋政府期の法のあり方、またその背後にある実際の事件との関わりを見てゆく上で格好の素材となる。なお、裁判所が下す判断である数ある「判決」のうち、特に今後もその内容に従うべき有用なものと判断されたものを「判例」と呼んで区別し（戦後台湾でもそのような区別が存在した）、両者を併せて「判決例」と呼ぶことがあるが、初心者のうちはそのままで神経質になることもなかるう。より重要なのはまずは手に取って読んでみるということである。

演習に臨んで

今回扱う大理院判決例の原本は中国・南京にある中国第二歴史檔案館に所蔵されているが、昨今ほぼ非公開の状態にある。その一部分は中国第二歴史檔案館編『北洋政府檔案』（中国檔案出版社・二〇一〇年）として影印出版されたが、これとは別に主要・著名な判例を選び訓点を施して整理した黃源盛纂輯『大理院民事判例輯存』全一冊（元照出版（總則篇）／黎齋社（債權篇・物權篇・親屬篇・承繼篇）・二〇一二年）及び黃源盛纂輯『大理院刑事判例輯存』全八冊（黎齋社・二〇一三年）が出版されており、こちらの方が読みやすい。民国期に刊行されていた大理院編『大理院判決錄』（民國元年九—十二月分／民國三年七月分）（大理院・一九二一—一九二五年（？））や天虛我生『司法指南大理院民事判決例』甲（庚編）中華圖書館・一九二六—一九二八年）も稀覯本ながら参照出来る³。なお同一判決例について複数の版本を見ることが出来る場合は、テキストの校勘を行った方が良い。時に思わぬ字句の欠落や異同を発見することがある。

この裁判に登場する両当事者の出身地は「廣東新甯縣」となっている。現在の中華人民共和国の地図を見ても出てこない、と迷った人がいるかも知れない。中華民国期の地図としては丁文江・翁文灝・曾世英編『中華民國新地圖』（申報館・一九三四年）が詳細で使い勝手も良い。これで探してみると広州の南南西一二〇キロほどのところに台山（新寧）とあるのが見える（第四四圖）。清朝期に遡って譚其驥主編『中国历史地图集』第八册 清时期（地图出版社・一九八

七年)で探してみると、新寧の地名が見え、現在の地名は台山となっている。こういう際には新編地方志で確認するのが良い。台山市地方志編纂委員會編『台山縣志』(廣東人民出版社・一九九五年)では「中華民國三年(1914)、新宁县改名台山县」(二二頁)とある。本件は改名前に起きた事件であるため、古い県名で表示されているのであろう。なお「甯」と「寧」の字は異なるのではと気になる人がいるかも知れないが、この二つは同じ字として古来通用されており、さらに本件では避諱と云って、皇帝の本名(この場合具体的には道光帝の諱である綿寧(即位後は旻寧))に用いられた「寧」の字を敬して避け、「甯」と表記しているものと推定される。既に清朝から中華民國に代っているので皇帝に遠慮する必要はないといえはなのだが、旧来の表記を引き継いだのであろう。

判決例に登場する裁判官・弁護士(律師)についてもその人となりが分かれば手掛かりの一つになる。民国期の法曹関係者を探するのは一苦労だが、まずは徐友春主編『民國人物大辭典〔増訂版〕』上下卷(河北人民出版社・二〇〇七年)、陳玉堂編『中国近现代人物名号大辭典〔全編増訂本〕』(浙江古籍出版社・二〇〇五年)を当てるのが定番であろう。そこに載っていない場合、同時代の日本側の人名辞典に載っている場合がある。外務省政務局『現代支那人名鑑』(外務省政務局・一九二二、一九一六年)、外務省情報部『現代支那人名鑑』(東亞同文會調查部・一九二五、一九二八年)、外務省情報部『現代中華民國滿洲帝國人名鑑』(東亞同文會業務部・一九三七年)あたりを探してみよう。清末民初を跨ぐ時期に活躍した人物であれば北京敷文社編『最近官紳履歷彙錄第一集』(北京敷文社・一九二〇年)が有用である。

本件の裁判官については以上の辞典から全て拾える(4)。姚震(一八八四—一九三五、一九〇八年早稲田大学専門部法律科卒)、胡貽穀(一八八五—?)、イリノイ大学法学部卒)、林行規(一八八四—?)、ロンドン大学卒)、黄德章(一八七二(?)—?)、一九〇五年京都帝国大学法学部入学、大清民律草案の親属・継承編の起草者の一人である朱獻文(5)と同期)、陸鴻儀(一八八四—?)、進士)と海外留学組が多数、黄を除けば判決当時皆三〇歳前後である。総検察官として登場する朱深(一八七九—一九四三)は一九一二年東京帝国大学法学部ドイツ法兼修卒業、末弘巖太郎と同期である。弁護士のうち江天

鐸（一八七八—一九四〇、一九〇七年早稲田大学専門部政治経済科卒）は辞典に出てくるが、熊垓は出てこない。彼については中国版Wikipedia（維基百科）に項目が立っているが、情報を鵜呑みにせずしっかりと史料で裏を取るようにしよう。ちなみに熊垓は一九〇五年東京法学院（現在の中央大学）卒、その後東京帝国大学法学部選科に在籍し、民国期には外交官・弁護士として活躍した（⁶）。

以上の法曹関係者はともかく、原告・被告になっっている両当事者は一般人であり、余程のことがない限り人名辞典には出てこない。ただ、この両当事者がどのような関係であるのかについては、両当事者や裁判官たちにとつては既知の情報であり、判決内で詳細に両者の関係が説明されることは稀である。この場合下級審の記録が残っていれば、それらを順に読むことでかなりよく分かるのだが、本判決のように大理院判決しか当面手元がない、という場合は情報量が限られ、復元が難しいことがある。

本判決の片言隻句の中から当事者間の関係を示すものを拾い上げると、まず「上告人は其母伍何氏の遺囑を受け……」とあるので、伍何氏と梁伍氏が母子であることが分かり、また「伍何氏は異姓の兒・永昌もて嗣孫と爲し、以て早蕩の親生子を繼がしむ」とあることから、梁伍氏の兄弟が早世し、その跡継ぎの地位に永昌なる人物が当てられようとしていることが分かる。他方上告人・梁伍氏の「況んや被上告人未だ分家せざる時において家産を盜賣し……」とある主張に対し被上告人・伍仲銓は「被上告人は叔嫂にて向きに産業を買賣せる事無し」と答弁しており、この「嫂」即ち兄の妻が伍何氏を指すものと推定される。

以上の人物関係のみならず、訴訟において具体的に何が争われているのか、という点についても、当事者にとっては既知の事柄であるため、詳細には述べられていない。判決においては冒頭において主文として端的に結論が述べられ、上告人・被上告人の主張が簡単に整理された後、大理院の判断が述べられるのが通常であるが、この判決中の様々な情報について幾度も読み返して整理してゆくことが必要になる。下級審の判決から順に読めれば時系列的に整理し

やすいが、無理であるとなった場合には大理院判決に述べられる中から争いの経緯を復元することが必要になる。

本判决の最大の争点は上告人・被上告人の何れが永昌の監護人の地位に立つかというものである。上告人・梁伍氏は監護につき母・伍何氏から遺囑があつたとし、被上告人・伍仲銓は伍何氏から函託即ち書簡による要請があり、また親族会で監護人として自身が選任されており、また自身が伍家の家長であるから監護人となるのは当然であると主張している。原審の高等裁判所では伍仲銓の勝訴とされたようであり、これを不服として梁伍氏は上告、応じた伍仲銓は附帯上告（上告に対し、被上告人が原判決のうちで自己に不利益な部分の変更を求めること）を行った。

判決において現行法上直接の規定がないとされた「遺囑」「親族会」については大清民律草案に規定がある。同草案は修訂法律館編『法律草案彙編』（修訂法律館司法公報處・一九二六年、成文出版社のプリント版が一九七三年に出ておりこちらの方が参照には便利）で確認出来る。他方、大清律例中で「遺囑」「親族会」に当たるものとして挙げられた「遺命」「戸族公議」についてはそれぞれ例えは戸律別籍異財律本文（二）、戸律立嫡子違法条例第六（八）に確認することが出来る。薛允升『讀例存疑』（黃靜嘉編校『讀例存疑重刊本』（成文出版社・一九七〇年）が参照には便利）等、大清律例の本文を何時でも参照出来るようにしておくが良い。

監護についても大清民律草案に規定が置かれている。その按語（解説）では「日本舊慣上監護制甚不完備、其民法中監護一章乃參酌歐洲諸國之法典而成」として当時の日本民法の後見の部分を紹介し、「且未成年者之監護與成年者之監護亦不分析」と難じた上で「今擬探德國民法」とドイツ法の継受を宣言している。ちなみに当時の日本法の規定を見るには我妻栄ほか編『旧法令集』（有斐閣・一九六八年）を参照する必要がある。

ここで興味深いのは、大清民律草案第一四一二条において未成年者の監護人につきその順位を祖父、祖母、家長、最後行親權之父或母以遺囑指定之人としてしていることである。起草者の説明では日本民法の制度では中国の習慣に合わないためこの順序にしたとある。本件に当てはめると、上告人の主張する遺囑があつたとすると上告人は最後行親權之

父或母以遺囑指定之人に当たることとなり、これよりも上の順位を目指そうとすると祖父、祖母が亡くなっている以上は家長の座を目指すしかない。被上告人が自身が家長であるという主張を行った一つの要因かも知れない。また同草案第一四一三条では父が臨終の際に母が親権を行えない場合、遺囑で監護人を指定することが出来るとし、一四一四条ではその監護人がない場合親族会で相当の人を選んでこれに充てると規定されている。これまた被上告人が親族会を持ち出して来たことの背景として考えられるかも知れない。

ではこれらの条文を両当事者は見ることが出来たのであろうか⁽⁹⁾。例えば当時出版されていた『増訂中華六法全書』(法政學社・一九二二年)等の法令集に大清民律草案が掲載されていることが確認出来る。これらの書籍が事件の舞台である広東省新寧県で購入出来たかどうかは不明だが、裁判官や弁護士たち、就中留学経験者にとってはこれらの情報を得ることは比較的容易であつたであらうし、職務上必要なことでもあつたであらう。勿論判決文において大清民律草案への直接の言及がない以上推測の域を出ないけれども、条文に当たること、当事者の訴訟戦略を間接的に推測することもまた可能になると言える。

さて、民事事件のはずなのになぜ検察官が出て来るのか、不審に思つた人もいるかも知れない。これは当時の法院編制法第九〇条に検察官の職権として「二 民事及其他事件 遵照民事訴訟律及其他法令所定爲訴訟當事人或公益代表人實行特定事宜」とある規定に基づくものであると思われる。同条は日本の裁判所構成法第六條一項に倣つたもので、当時の日本の民事訴訟法(明治三年民事訴訟法)第四二条では口頭弁論への検事の立会の制度も規定されていた。清朝で法院編制法を講義した岡田朝太郎もこれらに基づいて人事訴訟への検察官の会同について解説を行っている⁽¹⁰⁾。

現代語訳(本院査：以下のみ)

本院が査するに、民事案件を判断するにはまず法律の規定する所に依るべきであり、法律に明文が無いものは習慣

法に依り、習慣法が無いものは条理に依る、というのが思うに通例である。現在民国の民法法典はなお未だ頒行されず、清朝時代の現行律の民事に關する各規定は繼續して有効であり、まさにこれに基づいて判断を為すべきである。強行法規に反する行為に至つては、法律上は概して無効としており、無効行為は取消行為と異なり、審判衙門はまさに当事者からの声明を待たずに、当然にその無効を認定すべきであり、これを以て權利義務關係の發生の淵源であると断定することは出来ず、これは民法の通理であり、我が国の現行の民事法規もまた既に採用しているものである。本案の上告人の主張する所の遺囑、及び被上告人の主張する所の親族会、これらは現行法上においては直接の規定は無いけれども、律例中に稱する所の「遺命」・「戸族公議」等は、遺囑及び親族会の別稱であり、考えてみるに監護人制度は全く明文規定がないけれども、これを一般的に認定されている習慣法に照らしてみれば、これもまたそれと名称は異なるが實質同じものが存在しており、託孤がそれである。託孤は必ずしも同宗に限られず、最後に親権を行う者の意思によつて定まり、かつその効力は常に他人の推選行為よりも強く、ということとは本案で既に死去している伍何氏から上告人に対して遺囑があつたにせよ、あるいは被上告人に対して書簡による要請があつたにせよ、既に親族会が監護人を選任するという余地はない。しかるに被上告人は書簡による要請があつたことを主張し、またその親族会の選任の有効を主張し、さらには自分を以て家長とし、当然に監護人と認定されるべきだとの主張をしているが、これらの主張は自ら明確にその託孤の事実が存在しないということを認定するものではなく、法律上殊更に言うべき理由はない。被上告人は既に伍何氏と財産を分割し住居を異にしており、伍何氏の家族に対してまたどうして家長権を有するところがあるか。原審は法律上の見解を誤つたことにより、ついに親族会に重きをおき、最終的に上告人の提出する所の遺囑及び被上告人の提出する所の書簡の何れが真で何れが偽かという問題に対して、いまだ法に依り調査し、職權上尽くすべき仕事を尽くすことが全く出来ていないのは、実に法に合わない所がある。現例を参照するに、本来差し戻して更に審理を行わせる理由があるが、ただしし原審の記録によれば、伍何氏は異姓の子・永

昌を跡継ぎの孫とし、それで早世した実子の跡を嗣がせたのであり、この事実については両当事者とも原審で争うことは全くなく、これを現行律例に照らしてみに、異姓乱宗は正に強行法規の禁止する所であり、この種の立嗣行為は当然に無効であり、審判衙門は自らまさに前掲の法則に基づいて予め宣告をすべきであり、断じてこれを以て他の種の権利義務関係発生の淵源とすることは出来ず、これを以て託孤を受ける人の地位の成立及びその財産を管理する権利の存在の基礎とすることは出来ず、原判はこれらにつき更に未だ顧慮言及することなく、もつとも違法である。本案の当事者双方の主張は根本的に均しく成立することは出来ないものであり、被上告人の附帶上告に「原判決の補銀の部分の取消を請う」という一節については、調べてみるに原審の認定事実に称する所では、伍何氏の死去の際の全ての医薬費・葬祭費は悉く上告人から支出し、不足する分についてもまた支出しているが、判決によって銀両を返したので、実際のところ不足は無い。第一審がかつて上告人の提出した帳簿や書類を調査閲覧したのは事実であり、原審がこれらの証拠に基づいて事実を認定し、判断を行ったのは、法に合わないということはない。かつ被上告人は既に監護の責に任ずることは出来ない以上、相続財産の負担を管理することも出来ず、少しも被上告人と関係はなく、自らまさに議論する必要はない。

以上の理由により、原判決のうち監護人を定めることに関する部分を取り消し、上告人及び被上告人は均しく監護人に充てることは出来ず、相続財産については法に依る適法な嗣子が立てられる日まで、事実上現在財産を管理している人により暫く管理し、処分行為があつてはならず、その被上告人の附帶上告は、理由の無いものとすべきであり、差し戻す。本案の訴訟費用は、現行法例に依り、上告人及び被上告人により平均して負担すべきであり、特に判決をすること右の如くである。

この史料が語るもの

この判決の要旨として抽出された「民事案件を判断するにはまず法律の規定する所に依るべきであり、法律に明文が無いものは習慣法に依り、習慣法が無いものは条理に依る」とする考え方について滋賀秀三氏は「成文法、慣習、条理の三者を所掲の優先順位で裁判基準として考えることは、近代法学にとって一種のおおまかな常識であり、成文民法典を持つとする志向を固めながら未だ現実にはそれを持っていない段階の政府として、成文法の不備を補うものとしてまずは慣習への依拠を指示するのは極めて自然な発想であったと言うべきである」(13)と指摘している。この判決に示された原則は後に中華民法法第一条に掲げられるに至るが、同様の考え方を示す立法例としてはスイス民法第一条(一九〇七年)、さらに古くは日本の裁判事務心得(一八七五年)に見られることが夙に指摘されてきた。裁判事務心得の淵源については依然不明な点が多いものの、ボアソナードを通じてフランス民法からこの考え方が取り入れられた可能性が議論されている(14)。

さて、大理院がこの原則を宣言しなければならなかったのは何故か、判決の論理を再度確認してみよう。判決ではこの原則が宣言されたあと、大清現行刑律の民事部分の有効性が確認され、強行法規についての解説が行われている。その後、当事者の主張する「遺囑」や「親族会」が律例の「遺命」や「戸族公議」に当たるとしつつ、監護については全く明文がないとする。おそらく裁判官たちは遺囑・親族会・監護等が大清民律草案に規定されていることは知っていただろう。しかし草案は草案であり現行法ではないため、それを裁判の基礎として援用することは出来ない。成文法に規定がない為に習慣にこれを求め、託孤がこれに当たると導くのである。

託孤(15)という慣習が存在すること、またその具体的な内容についての証明は行われていない。本件に先んじて習慣法の成立要件について述べた大理院判決例はある(16)のだが、それについての言及はなく、習慣の存在について調査したり、典拠について何かに言及されたりということもない。しかし判決では「託孤は必ずしも同宗に限られず、最後に親権を行うものの意思によって定まり、かつその効力は常に他人の推薦行為よりも強い」とされ、それまで争わ

れていた親族会、家長といった主張は退けられている。

その後、永昌が異姓の子であることから彼を立嗣すること自体が異姓乱宗の強行規定に反し無効であり、上告人・被上告人とも監護人の地位には立てず、適法な嗣子を立ててから論ずる、という結論に達している。異姓乱宗とは大清律例戸律立嫡子違法条にある「其乞養異姓義子以亂宗族者、杖六十。若以子與異姓人爲嗣者、罪同。其子歸宗。」を指して言っているものと思われる。他方で「強行規定」という概念は律例にはなく、近代法のそれである。即ち両当事者の意思によって変更可能な任意規定ではなく、公益に関する立場からその変更が認められないというのが強行規定であるが、この戸律立嫡子違法条が清朝期に實際上「強行規定」的に運用されてきたかどうかは中々難しい。最終的にはどちらが監護人の地位に立つかという争いについて、どちらも監護人の地位には立てないという判決が下ったことになる。両当事者はさぞかし面食らったことであろう。

本件に現れる「法適用」の様相は興味深い。法律・習慣法・条理の関係についての原則を宣言し、託孤という習慣の存在に言及しつつも、現行律の有効性を確認し、戸律立嫡子違法条から当事者双方は監護人の地位に立てないと判断している。ちなみにこの戸律立嫡子違法条⁽⁵⁾については後にこの条文が有効なものとして存在する以上先行して習慣を適用することは出来ないとした大理院判例（大理院民国三年上字第七〇号判例）があり、現行律の有効性についても再度大理院判例（大理院民国三年上字第三〇四号判例）において確認されるに至っている。法律がないとせずさま習慣法や条理へと走るのではなく、むしろ法律（＝律例）はあるのだからまずはそれに依ろうとする立場が窺える。

ではこれにて一件落着、と行きたいところだが、先行研究⁽⁶⁾でも紹介されている通り、実は「判斷民事案件應先依法律所規定、無法律明文者依習慣法、無習慣法者則依條理」と宣言したのは民国二年上字第六四号判例が最初ではなく、これに先行して宣言した元年第二一号判決なるものが存在する。延長戦として見ておくことにしよう。

【史料二】大理院民事判決第二十一号

標点文

判決

上告人 朱德福

上告代理人 曹汝霖

被上告人 朱德盛

被上告代理人 關慶銘

右上告人對於本年九月十九日山東高等審判廳就上告人因朱德盛義子歸宗一案所爲判決聲明上告、經本院審理判決如左。

主文

原判撤銷。

朱德盛應令歸宗、朱林所遺財產毋庸均分。

理由

上告人上告理由書聲明不服高等審判廳判決理由有八、(一) 原判義子自緣組之日起、取得嫡子之身分、即與親養他子

同有承繼遺產之權利、不得無故離緣等因。查民事訴訟律第三編第五百六十八條、不適用法則之裁判、或適用不當之裁判、爲違背法律。現今國會未開、民法尙未頒行、判詞竟援此法以爲判決之根據地、此身不服者一。(二) 前清舊例、固不可泥、凡與國體無關者、仍繼續有效。判詞竟將齊河縣繕令原判取消、臆斷以忽略情願二字、並各縣令批判、一齊抹倒、即何倉兩任、只取締一判仍前、後任回護積弊、亦解脫誣告罪之深意。際此法律過渡時代、準情酌理、以爲比例、始足折服人心。乃專執此適用不當之法、以爲裁判、此不服者二。(三) 又第三編第三百七十七條及七十八條証言規則、審判長與証人各負責任。原事中等、他皆物故、李長謨尙在、及到廳作証、僅與朱德盛面質行賄之言、朱德盛歸宗原因、提起數語、竟不待其詞畢、令伊旁坐殊失。証人証物不充足時、求諸証言之例、此不服者三。(四) 身族長朱登臣、支長朱清理、爲伊所推舉。朱登臣年耄聾聵、容有含糊之處。朱清理所供、皆伊事實、亦無犯証言拒絕之律。乃始則申斥、繼而罰跪、壓制使不得言、反以供狀不符、藉朱登臣等爲判詞之資料、此不服者四。(五) 即取原判文法解釋、非有虐待或侮辱養親、及足以瀆家聲傾家蕩產之不法行爲、不得無故離緣。伊勾串呂廷獻、縣控伊婦身死不明、以人命陷害其養親、即犯滅親大義、逆犯侮辱熟大。於是即此亦足敗家蕩產而有餘、至伊竊典壽衣、抵盜家財、猶屬細事。判詞反以朱德盛毫無可令歸宗之過失與理由、此不服者五。(六) 即就家族主義習慣法比較、嫡子敗壞家聲及產業、家督自有逐出之權與處治之法。何論養子、伊既犯滅親大義、兼竊賭行爲、絕非無故離緣可知。而判詞專責身無伊歸宗實據、試問伊未歸宗實據、何不將定婚田單呈驗、此不服者六。(七) 更就年限及事實理論、伊自同治七年收養朱門、光緒十四年歸宗、自歸宗之年起算近二十五年。伊歸宗名高可桂、與伊兄弟夥居、並娶過肥城縣再醮之婦爲妻。以年限多寡比較、自應取消朱氏義子之權利與名稱。而原判竟據適用不當之法、判令伊得承繼朱氏遺產、與身等均分地四十畝、仍爲朱氏義子以重統系、此不服者七。(八) 至伊捏控身在廳長前賄捐三十金、在齊河縣行賄三千、並煙土等物、既有確據、情節甚重、理宜歸併案內訊辦、再定判決、以昭公道。況伊藉行賄、妨害身之訟事、猶是捏人命、陷害身故父之毒計、居心險狠、實爲法律所不容。而判詞、一則訊屬虛無、姑無庸議、一則候行齊河縣澈查、另案擬辦、左袒原告、使身之訴訟已歸失敗、

此不服者八。

上告代理人補呈理由書、關於法律上之理由有二、(一)中國家族、素重血統、從來法律、絕對不認義子制度。故現行律載、其乞養異姓義子、以亂宗族者處罰、若以子與異姓人爲嗣者、罪同、其子歸宗。古來律例於義子制度、其嚴禁也如此。據此以論、則朱德盛最初爲朱氏義子、已爲法律所不許。然此涉於已失效力之刑法問題、姑不具論。又例載、凡乞養異姓義子、有情願歸宗者、不許將分得財產携回本宗。此明示無相續財產之資格。朱德盛歸宗時、有各項事實、可証明其爲情願歸宗。情願歸宗者、於分得之財產、尚不許携回、況未得分者乎。高等審判廳昧於本國律例、以義子自緣組之日起、爲取得嫡出子之身分、又謂須與養親之他子、同有承繼遺產之權利、判令朱德盛與朱德福等、將朱氏遺產田二百畝、作五股分、每股應分四十畝、可謂大謬。(二)親族相續、應從本國律例習慣、爲各國立法之通例。本案被告上告人、歸宗已二十五年、與朱氏義子關係久已斷絕。乃復於故義父之病亡、希冀遺產、捏稱尚未歸宗、已無理由。即以高等審判廳所引之外國立法而論義子離緣、各國立法雖不盡同、然皆認離緣之制爲適當。蓋義子之緣組、欲其承繼宗祀、爲義親表彰家門起見。若對於義子、不能有此希望、或義子有重大過失、足以傾家蕩產、或有侮辱尊親及逃亡不歸等情事實、義子之於義親既無親子關係、即不能復取得嫡出子之身分。故立法設離緣之制、以救濟家庭之紛爭。今據被告上告人各項事實、即在外國立法例、亦已失去義子之身分。何能再承受朱氏遺產。

查判斷民事案件、應先依法律所規定、無法律者依習慣、無習慣者依條理。通例所在、不容稍有假借。此案事關繼承、理宜就本國法以爲判斷。本國法若果無明文、亦宜據中國舊理由習慣或條理定之。原審判廳乃置現行律於不顧、竟適用他國養子緣組之制、不得謂非錯誤。本院就法學上原則及法典編制形式兩方研究、現行律關於此項律例、實有不能不適用之理。蓋依法學原則、凡法律之制定變更廢止、必須有表示其效力之明文、或有與之相同或抵觸、以法律發布而後可適用新法勝於舊法之原則、認舊法爲無效。此外、非一國之統治權確已消滅、或有最強之根本法、使其法律自體不能存在者、法律即不得認爲消滅。若既無變更廢止之明文、又無與之相同或抵觸之法律、且與最強之根本法不相違背、僅

國家之統治機關有更易時，則無論何種法律，取正當解釋，其效力當然與舊時無異。據此以論，現行律除暫行新刑律已有規定者外，其餘律例自可繼續適用。至就法典編制形式言之，現行律雖以刑律標目，然非一種單行之刑法，乃集合諸種法典，有刑事制裁者而成。故關於某項事件律例，必須有某項法律頒布，而後能決定其是否失效。現在民律尚未頒布，其關於民事各條例，其他例爲有效。況繼承一事，關係禮制，多爲公益規定。不能因國體變更，而失其存在，尤可斷言。本案據高等審判廳認定事實，朱德盛原係高氏子，六歲時被朱林養爲義子，十八歲時爲之娶妻，迨後朱林有子，將朱德盛逐出各度，曾給朱德盛錢八十吊等情。查現行律載，其養異姓義子以亂宗族者，處六等罰，若以子與異姓人爲嗣者，罪同，其子歸宗。又例載，若義男女婿，爲所後之親喜悅者，聽其相爲依倚，不許繼子并本生父母，用計逼逐，仍酌分給財產，又凡乞養異姓義子，有情願歸宗者，不許將分得財產，携回本宗，其收養三歲以下遺棄之小兒，仍依律即從其姓，但不得以無子，遂立爲嗣，仍酌分給財產，俱不必勒令歸宗等語。綜釋律例本意，其不許立爲嗣子者，所以防宗系之紊，其仍得酌給財產者，乃以全養育之恩。然其酌給財產，必須具有條件，一則爲所後之親喜悅，一則收養爲三歲以下遺棄之小兒。蓋以二者恩誼既深，不比尋常，可準情之所。至酌給財產，非得強制與嗣子均分也。朱德盛原係高氏子，本非遺棄小兒，由朱林收養時，不巳六歲，其從朱姓，已爲律文所明禁。何能有繼承朱林之權。朱林在時，即被逐出各度，其非爲朱林所喜悅，已可概見。又何能與朱德福等均分財產。此項律文，本爲強制規定。即當事人果有合意行爲，亦不能認爲有效。況當事人已表示撤銷其行爲之意思，又何能故違明定律文，強與結合。原審判廳所判朱林遺產按五股均分，每股分地四十畝，交由朱德盛具領各度，朱德盛承受朱氏遺產，仍作爲朱氏義子以重統系各節，實無根據。本院認上告人及上告代理人主張爲有理由。應行撤銷原判，改判如右。

本案經總檢察廳檢察官朱深蒞庭陳述意見。

中華民國元年十二月十一日

大理院民庭

審判長推事 汪羲芝 印

推事 廉 隅 印

推事 胡詒穀 印

推事 沈家彝 印

推事 黃德章 印

大理院書記官 林志章 印

〔出典：『大理院判決錄』（民事民國元年九月—十二月分）（大理院書記廳・一九一二年）。なお天虛我生『司法指南大理院民事判決例』甲編（中華圖書館・一九一六年）収録のものと校合し明らかな誤字はこれを訂正した。句読点及び傍線は筆者〕

訓読文（大理院の判断部分のみ）

査するに民事案件を判断するには、應に先づ法律の規定する所に依るべくして、法律無き者は習慣に依り、習慣無き者は條理に依る。通例の在る所、稍も假借有るを容さず。此の案事は繼承かかに關はり、理として宜しく本國法に就きて以て判断を爲すべし。本國法に若し果して明文無くんば、亦た宜しく中國の舊き理由習慣或いは條理に據りて之を定むべし。原審の判廳は乃ち現行律を不顧に置き、竟に他國の養子縁組の制を適用したるは、錯誤に非ずと謂ふを得ず。本院法學上の原則及び法典編制形式の兩方に就きて研究するに、現行律の此項に關する律例は、實に適用せざる能はざるの理有り。蓋し法學の原則に依らば、凡そ法律の制定・變更・廢止は、必ず須らく其の效力を表示するの明文有るべく、或いは之と相同或いは抵觸する有らば、法律を以て發布し、而る後に新法は舊法まに勝るの原則を適用し、舊法を認めて無効と爲すべし。此の外に、一國の統治權確かに已に消滅するか、或いは最強の根本法有りて其の法律

自體をして存在する能はざらしむる者に非ざれば、法律は即ち認めて消滅すると爲すを得ず。若し既に變更・廢止の明文無く、又た之と相同或いは牴觸するの法律無く、且つ最強の根本法と相違背せず、僅に國家の統治機關に更易する時は、則ち何種の法律を論ずる無く、正當の解釋を取らば、其の効力は當然に舊時と異なる無し。此に據りて以て論ずれば、現行律は暫行新刑律にて已に規定有る者を除くの外、其餘の律例は自ら繼續して適用すべし。法典編制の形式に就きて之を言ふに至りては、現行律は刑律の標目を以てすと雖も、然れども一種の單行の刑法に非ざれば、乃ち諸種の法典にて刑事の制裁有る者を集合して成る。故に某項の事件に關する律例は、必ず某項の法律の頒布有るを須ちて、而る後に能く其の是れ失效するや否やを決定すべし。現在民律は尙ほ未だ頒布せざれば、其の民事に關する各條例・其の他の例は有效たり。況んや繼承の一事は禮制に關係し、多くは公益の規定たり。國體の變更に因りて其の存在を失ふ能はざるは、尤も斷言すべきなり。本案は高等審判廳の認定せる事實に據り、朱德盛は原と高氏の子に係り、六歳の時朱林に養はれて義子と爲り、十八歳の時に之が爲に妻を娶り、後に迨び朱林に子有りて、朱德盛をば逐出すること各度にして、曾て朱德盛に錢八十吊を給す等の情たり。査するに現行律載すらく、其の異姓の義子を養ひて以て宗族を亂す者は六等罰に處す、子を以て異姓の人に與へて嗣と爲す者の若きは罪同じ、其の子は宗に歸す。又た例に載すらく、義男・女婿にて所後の親の喜悅と爲す者の若きは、其の相依倚を爲すを聽し、繼子並びに本生の父母計を用ひて逼逐するを許さず、仍ほ酌して財産を分給す、又た凡そ異姓の義子を乞養するに歸宗を情願する者有るは、分得せる財産をば本宗に携回するを許さず、其の三歳以下の遺棄の小兒を收養せるは、仍ほ律に依りて即ち其の姓に従ふ、但、子無きを以て遂に立てて嗣と爲すを得ず、仍ほ酌して財産を分給し、俱に必ずしも勒して宗に歸せしめず等の語たり。律例の本意を綜譯するに、其の立てて嗣子と爲すを許さざるは、宗系の紊を防ぐ所以なり。其の仍ほ酌して財産を給するを得るは、乃ち以て養育の恩を全うするなり。然れども其れ酌して財産を給するには必ず須らく條件を具有すべし。一に則ち所後の親の喜悅たること、一に則ち收養するに三歳以下の遺棄の小兒たることなり。蓋

し二者の恩誼既に深きを以て、尋常に比せず、情に準ずべきの所なり。酌して財産を給するに至りては、嗣子と均分するを強制するを得るに非ざるなり。朱德盛は原と高氏の子に係り、本と遺棄の小兒に非ずして、朱林に由り收養せらる時は已に六歳ならざれば、其の朱姓に従ふは已に律文の明禁する所たり。何ぞ能く朱林を繼承するの權有らんや。朱林在る時に即ち逐出せらるること各度にして、其の朱林の喜悅する所たるに非ざるは已に概ね見るべし。又た何ぞ能く朱德福等と財産を均分せんや。此の項の律文は本と強制規定たり。即ち當事人果して合意行爲有るも亦認めて有效と爲す能はざるなり。況んや當事人已に其の行爲を撤銷するの意思を表示す、又た何ぞ能く故らに明定の律文に違ひ強ひて結合を與へんや。原审判廳判する所の朱林の遺産五股にて均分するを按じ、每股地四十畝に分ち、交して朱德盛より具領せしむこと各度にして、朱德盛朱氏の遺産を承受け、仍ほ作りて朱氏の義子と爲して以て統系を重んずるの各節は、實に根據無し。本院は認めて上告人及び上告代理人主張をば理由有ると爲し、應に原判を撤銷するを行ふべく、改判すること右の如し。

本案は總檢察廳檢察官朱深、庭に蒞みて意見を陳述するを經るなり。

再び演習に臨んで

さて、判決に登場する裁判官・弁護士を見てみると、胡貽毅・黄德章の二人は先に見た判例で登場している。汪羲芝（一八八三（？）―？、一九〇八年早稲田大学専門部政治経済科卒）⁽¹⁷⁾、廉隅（二八八六―？、一九〇四年京都帝国大学法学部入学）⁽¹⁸⁾、沈家彝（二八八二―一九五五、東京帝国大学法学部在籍（？））⁽¹⁹⁾も人名辞典から拾える。弁護士と見られる曹汝霖（一八七七一―一九六六）⁽²⁰⁾は超有名人だが關慶銘については詳細は不明である。後に『民商事習慣調査報告録』（司法行政部・一九三〇年）に繋がる北洋政府期の習慣調査の直接の発端となった呈文を書いた沈家彝の名が見えるのは大変興味深い⁽²¹⁾。

事件そのものは、朱林のもとで養子（事実上の養子）⁽²²⁾として迎えられていた朱徳盛が、生前既に離縁されて実家に戻っていたにも関わらず、朱林の死後自分はその養子であり相続権があると名乗り出てきて朱林の実子・朱徳福と争った事件である。原審の山東高等審判庁は養子・朱徳盛側の主張を認めて財産の均分を命じたようであるが、大理院はこれを破棄、養子・朱徳盛に実家へ戻る（歸宗）よう指示し、均分の必要はないと断じた。

大理院の判断を述べた部分の冒頭に確かに「民事案件を判断するには、應に先づ法律の規定する所に依るべくして、法律無き者は習慣に依り、習慣無き者は條理に依る」と宣言されているが、それよりも興味深いのは続けて法律論が延々と述べられるくだりである。そして判決の基礎となっているのは律例である。外国の立法例まで引いたという原審とは対照的に、現行律民事有効部分の立嫡子違法部分の律および例が引かれ、適用されているのが印象深い。ここでも法律（＝律例）はあるのだからまずはそれに依らうとする立場が窺える。

現代語訳（大理院の判断部分のみ）

査するに民事案件を判断するには、まさにまず法律の規定する所に依るべきであり、法律がないものは習慣に依り、習慣のないものは條理に依る。これは通例であり、少しも見逃されるべきものではない。この案件の内容は相続に係るもので、道理から言つて本国法によつて判断されるべきものである。本国法に明文がなければ、中国の古い理由や習慣あるいは條理によつて定めるべきものである。しかるに原審判庁が現行律を置いて顧みず、ついに他国の養子縁組の制度を適用したのは、錯誤でないと云うことは出来ない。本院が法学上の原則及び法典編制の形式の両方について研究するに、現行律のこの項に関する律例には、實際適用出来ないわけではないという理がある。思うに法学の原則によれば、およそ法律の制定・変更・廃止には、必ずその効力を表示する明文があるはずで、或いはこれに相当ないし抵触するものがあれば、法律でもつて發布し、その後「新法は旧法に勝つ」という原則を適用し、旧法を

無効なものと認めるべきである。このほかに、一国の統治権が確かに既に消滅するか、あるいは最強の根本法があるとしてその法律自体を存在不能なものとしているのでなければ、法律は消滅したものと認めることは出来ない。もし変更や廃止の明文がなく、またこれに相当するかあるいは抵觸する法律がなく、かつ最強の根本法と違背せず、ただ国家の統治機関に変更があるときは、どの種の法律かを論ずることなく、正当な解釈を取れば、その効力は当然に昔と異ならない。このことによつて論ずるならば、現行律は暫行新刑律に既に規定が有るものを除き、その他の律例は自ら継続して適用すべきである。法典編制の形式について言うならば、現行律は刑律という標目であるけれども、一種の単行の刑法ではなく、様々な種類の法典で刑事制裁のあるものを集めて成つたものである。従つて、ある事件に関する律例は、必ずある法律の頒布を待つて、その後それが失効するかどうかを決定するべきである。現在民律はなお未だ頒布されておらず、その民事に関する各条例やその他の例は有効である。いわんや相続の事は礼制に関係するものであり、多く公益の規定である。国体の変更によつてその存在を失うわけではないことは、もつとも断言すべきことである。本案は高等審判庁の認定した事実により、朱徳盛はもともと高氏の子であり、六歳の時に朱林に養われて義子となり、十八歳の時に妻を娶り、その後朱林に子が生まれ、朱徳盛を駆逐すること数次、かつて朱徳盛に錢八十吊を与えた等の事情である。調べてみるに現行律には「その異姓の義子を養ひ、宗族を乱す者は六等罰に処す、子を異姓の人に与えて跡継ぎとする者は同罪、その子は宗に帰す。」とある。また例には「義男・女婿で育ての親が喜んで迎えている者は、相互に依拠することを許し、跡継ぎの子や本生の父母がはかりごとを用いて駆逐することを許さず、斟酌して財産を分け与える。またおよそ異姓の義子をもらい受けて育てたもので、元の宗に帰ることを願う者には、分け与えられて得られた財産を本宗に持つて帰ることを許さない。三歳以下の遺棄された小児を養育した場合は、律に依つてその姓を名乗る。ただし（養親に）男子がいらないことを理由に（養育した子を）跡継ぎとして立てることは出来ず、斟酌して財産を分け与え、ともに必ずしも無理に宗に帰すことはない。」とある。律例の本意を総合して解釈する

に、嗣子として立てることが許されないというのは、宗の系統の乱れを防ぐ所以である。斟酌して財産を給付するところが出来るというのは、それによって養育の恩を万全にするためである。ただ、斟酌して財産を給付するには備えるべき必須の条件がある。一には育ての親が喜んで迎えていること、一には養子として迎えるに際し三歳以下の遺棄された小児であること、である。思うにこの二条件に当てはまる場合は、恩誼は既に深いといえ、通常の状態と異なるので、情に配慮してこのような規定としたものである。斟酌して財産を給付することについては、嗣子と均分することを強制出来るということではない。朱徳盛はもとも高氏の子であり、本来遺棄された小児ではない。朱林によって養育された時は既に六歳ではなく⁽²³⁾、彼が朱姓を名乗るといえるのは律文が既に明らかに禁止するところである。どうして朱林を相続する権利を有するであろうか。朱林が生きていた頃に追い出されること数次、朱林が喜んで迎えているわけではないことは既に概ね明らかである。またどうして朱徳福等と財産を均分することがであろうか。この律文は本来強行規定であり、当事者の合意があったとしてもこれを認めて有効とすることは出来ないのである。いわんや当事者は既にその行為を取り消す意思表示をしており、またどうしてわざと明定された律文に強い結びつけることがあろうか。原審判庁が判断した所の、朱林の遺産を五つに均分し、それぞれ地四十畝に分ち、これを与えて朱徳盛に受領させること数次、朱徳盛が朱氏の遺産を譲り受け、朱氏の義子として統系を重んずるものとする等の各節は、実に根拠のないものである。本院は上告人及び上告代理人の主張に理があることを認め、従ってまさに原判決の取消を行うべく、破棄自判すること右の如くである。

本案では総檢察庁檢察官の朱深が法廷で意見陳述を行った。

二つの史料から

さて以上二つの史料を巡ってその背景からどのような研究課題が浮かぶか、二、三の問題を取り上げて概観してみ

よう。

(1) 「法律→習慣法→条理」の来し方

民国二年上字第六四号判例から七か月程前、元年第二一号判決において「查判断民事案件、應先依法律所規定、無法律者依習慣、無習慣者依條理。」と宣言されていたことが確認出来た。これを更に遡ってゆくと、大清民律草案第一条に「民事本律所未規定者依習慣法無習慣法者依條理」と規定されているところにゆきつく⁽²⁴⁾。

大理院判決例と大清民律草案の関係については北洋政府期に書かれた張正學⁽²⁵⁾「法院判断民事案件適用之法則」(法學季刊二四・一九二五)において、スイス民法第一条と日本の明治八年太政官布告第一〇三号裁判事務心得が挙げられた後、大清民律草案がこれ(おそらく後者か)を受けて規定をおき、大理院がその法意を汲んで下したのが民国二年上字第六四号判例であるとされている⁽²⁶⁾。

このうち日本の明治八年太政官布告第一〇三号については、当時中国人の手によって数多く翻訳された『法学通論』⁽²⁷⁾においてしばしば言及されている。例えば最初期の翻訳である磯谷倅次郎(王國維譯)『法学通論』では裁判事務心得とその後の明治初期の裁判のあり方について相当詳細な情報が提供されており⁽²⁸⁾、中国人留学生の間で非常に多く流布した梅謙次郎『法政速成科講義録』(法學通論及民法)では裁判事務心得が現在でも有効であるとし、さらに法例第二条や商法第一条との関係に説き及んでいる⁽²⁹⁾。富井政章(陳海瀛・陳海超譯)『民法原論』⁽³⁰⁾でも裁判事務心得、法例第二条に言及がある。また中国人自身の手によって書かれた『法学通論』においてもしばしば言及され、一定程度知名度はあったものと思われる⁽³¹⁾。

他方で張正學はほぼ同時期に発表した別の論文では端的に民国二年上字第六四号判例がスイス民法第一条に倣ったものだと言明している⁽³²⁾。スイス民法と中国との関係で興味深いのは、当時東京帝国大学に教鞭を執ったスイス人

法学者Louis Adolphe Brialが「明治41〔1908〕年12月以前に中国の使節 (ministre de Chine)、すなわち清国の使節へ、そして大正元年頃に孫文へ、スイス民法典を配布している。」⁽³³⁾ ことが判明していることである。この際に送られたものが生かされたのかどうかはわからないが、宣統元年一月二十五日(一九一〇年一月六日)奉旨の上奏においてスイス民法総則及び親屬法の中国語訳が成った旨述べられている⁽³⁴⁾。スイス民法の存在自体については光緒三三(一九〇七)年一〇月よりも前に策定されたとみられる草稿「編纂民法之理由」⁽³⁵⁾に言及があることから、その成立とほぼ同時に情報が伝わっていることが確認出来る。日本においてはBrialの精力的な活動によって識者の間でスイス民法はよく知られまた研究もされたことから⁽³⁶⁾、日本経由でスイス民法に関する情報が清朝へ伝えられることもあったであろうことが推測される。

立法者による直接の言明が現状では確認出来ないためその来し方を一つに絞ることは難しいが、法文としては裁判事務心得の方がやや近いと言えよう。加えてスイス民法も十分に意識されつつ、大清民律草案に規定されたものと見て良いのではなからうか⁽³⁷⁾。

(2) 何故民国二年上字第六四号判例が選ばれたのか

民国二年上字第六四号判例は北洋政府期の判例要旨集として最も有名な郭衛編『大理院判決例全書』(會文堂新記書局・一九三二年、影印版は成文出版社・一九七二年)の劈頭を飾っており、当初からかなり著名なものであったことが知られるが、この判例要旨集の歴史⁽³⁸⁾とそこでの同判例の扱われ方を見てゆくと、大変興味深い事実が判明する。

判例全文ではなくその要旨を抽出して取りまとめた最初期のものとしては、「(三版)大理院判例要旨」(司法公報第三・四次臨時増刊合冊)(司法公報四三、四七・一九一五年一〇、一二月)が知られる。表紙に「三版」との表記があることから先行して初版、二版があったのかも知れない。司法部は同書の刊行につき、各法院が多く大理院の判決に依拠し

て裁判を行うようになったが、全文収録の判決集は大部で検索も困難であるため、要旨集を出すことにしたと説明している(39)。

興味深いことに、この「(三版)大理院判例要旨」には民国二年上字第六四号判例が登場していない。他方で【史料二】で見た元年二一号判決は掲載されているものの、採り上げられているのは【史料二】の実線部分ではなく点線部分なのである。法律・習慣・条理の關係に関するものとして「(三版)大理院判例要旨」に収録されているのは以下のものである。

前清破産律雖經明文廢止關於商人破産祇得適用地方特別倒號之習慣或一般破産條理(三年上字九五四號、三年上字九〇九號、二年上字一一五號)

關於各夥之規定現行法律尙無明文自應依照法律無明文者應用習慣法則無習慣法則者應用條理之原則以爲判斷(三年上字九三六號、三年上字六一七號)

法律無規定者適用習慣無習慣者適用條理故習慣之適用必法律無規定始可(三年上字七〇七號、二年上字一〇〇號)
民法草案既未頒布當然無引據之效力應依向來習慣以爲根據(三年上字七九七號)

法律通例必法律無規定而後適用習慣既有明文規定自無適用習慣之餘地(三年上字五五四號、二年上字五四〇號、三年上字五二六號、二年上字一七七號)

各地習慣有與成文法規定顯相牴觸者即非適法不爲有效(三年上字五一二號)

以上からは、法律・習慣法・条理の關係・その運用について具体的な判断が重ねられているのが見て取れる。

その後、大理院判例輯覽編輯處編『大理院判例要旨匯覽 二年度』(大理院司法部收發所・刊行年不明(民国五年四月の

姚震の序文あり）が現れる（40）。司法講習所（41）附設の編輯処が編纂を担当したことが記されている（42）。ここに民国二年上字第六四号判例が登場する。

元年二一号判決ではなく民国二年上字第六四号判例が掲載されたことについては、例言において「三 本滙覽所輯各例若有同一事項而先後岐異者自係以後變先應以最後之例爲準」とされたこと（43）、また「六 本滙覽因便於檢閱起見每年度編輯一册惟民國元年係屬草創之初自改組後至是年十二月各例概從省略」とされたことが影響したものと思われる。

その後年度毎の刊行が予定されたものそれでは間に合わなくなったということなのか、大理院編輯處編『大理院判例要旨滙覽』第一（三卷（大理院收發所・一九一九年）が刊行されることとなる。同書の姚震の序言（民国八年二月）には「戊午（一九一八年に当たる）秋謬承二公（章宗祥・董康を指す）之後忝長院事、頗以改訂辦事章程及編輯判例爲急務、越十月而辦事章程呈准施行、又越半載而判例編輯告竣……」とある。司法講習所とは別組織での編纂が行われたのかも知れない（44）。ただ例言には「至司法講習所舊設編輯處刊行之二年度判例業經分別編入此書幸留意焉」とあり、先行した作業が踏まえられたことが窺える。

この一九一九年の『大理院判例要旨滙覽』の民法第一編總則第一章法例部分には民国二年上字第六四号、民国四年上字第二二二号、民国四年上字第二三五四号、民国三年上字第三〇四号、民国三年上字第九七三号、民国三年上字第七〇号、民国三年上字第一一九八号、民国二年上字第三号、民国六年上字第一四二二二号、民国四年上字第一二七六号、民国七年上字第一四三八号、民国四年上字第二八二二二号、民国三年上字第八四五号、民国三年上字第七三七七号、民国三年上字第九八八号、民国四年上字第一二五七号、民国四年上字第二二三号、民国三年上字第一一四八号が収録されている。

その後この『大理院判例要旨滙覽』が英訳されたことから、民国二年上字第六四号判例は欧米でも有名なものとなっ

つゝしたついで(45)。translated by F. T. Cheng, *The Chinese Supreme Court Decisions: first instalment translation relating to General Principles of Civil law and Commercial law*, the Supreme Court, 1920 の前言におゝて訳者鄭天錫は特に民国二年上字第六四号判例を大きく採り上げている。

この英訳は当時中華民国の法律顧問であつたGeorges Padouxにも送られたものと見え、彼はその書評論文、G. Padoux, *Jurisprudence de la Cour Suprême, La Politique de Pékin 7ème Année, No. 15, 1920.4.11; 7ème Année, No. 19, 1920.5.9* を書いて見解を披歴している。彼は同書につき、一見判例集というよりも法典のように見えるとし、抽出された規定だけではなく判例全文が公開されることによつてその規定の生成のために用いられた方法や規定の適用の様相によつて理解出来るようになること、最高裁のみならず他の裁判所の判例についても(特に外国語での)公開が望まれること、またこれら出版物が充分には公開されず非常に限られた範囲で流通していること等の問題を指摘している(46)。

Padouxは民国二年上字第六四号判例に説かれる法律↓習慣法↓条理の關係についても大きく採り上げている。彼がこれが大清民律草案第一条に他ならないことを指摘し、判決から抽出された規定が、民法が施行されていたとすれば適用されたであろう条項の言い換えや複製に過ぎず、規定が列挙される順番も民法草案に沿つたものであるとし、またそれらを通じて、大理院が民法公布への道を準備し、人々を徐々に慣れさせていると指摘している(47)。当時の法律顧問の大理院の姿勢への評価として大変注目すべきものである。

また法律↓習慣法↓条理の關係について比較法的言及がなされていることも見逃せない。習慣法がない場合に条理によるとしているのはスイス民法に比べて自由度が低いこと、スイス民法一条のみならず四条(48)へも言及があること、大理院の法令統一解釈権につきフランス民法五条(49)からはそれが法外なものと映るが、中国の現状に対応したものであること等、いずれも議論の端緒足りうる要素が含まれている(50)。

この鄭天錫による英訳にはその他海外からも反応が寄せられ(51)、鄭天錫も直ちにこれに応答している(52)。こうし

たやり取りからも、民国二年上字第六四号判例が有名なものとなっていった過程が窺えよう。

(3) 「条理」と「法理」

条理とは何か、という端的な定義を巡って、当時の『法学通論』の記述は様々であった。先に見た磯谷倅次郎(王國維譯)『法学通論』は「条理」を「即衡平法是也」とし、英米法に基づく説明を与えている。同時期に翻訳された鈴木喜三郎(震生譯)『法学通論』⁽⁵³⁾では例言に「「條理」改之爲「輿情」と説明があり、第四章律法之源(五丁以下)に第三輿情として「輿情者何、即不外正理公道耳。質言之即吾人『普通之情』Common Sense」と解説されている⁽⁵⁴⁾。北洋政府末期に記された君希「何謂條理」(法律評論九七・一九二五年)においても歸一するところを見ず、当時相応に錯綜していたことが窺える。

実際に当時条理として採用されたものについては張正學「法院判斷民事案件適用之法則」(法學季刊二一四・一九二五年)が判決例・法律類推之規則・學者之意見・外國之法例・道德之觀念・科學原理與經濟政策の六つを挙げている。実際に大理院判決例を数多く検討した黃源盛氏の分析とも重なるものである⁽⁵⁵⁾。

この条理の語は中華民國民法に至って「法理」と改められる。このことについて丘漢平「民法第一條疏義」(法學雜誌九一四・一九三六年)は「法理與條理」の項目を設け、「第一次民律草案定爲條理、蓋從日本民法之名詞。其立法理由曰：「條理者、乃推定社交上必應之處置也」。依此解釋、條理之意義甚狹。本條改爲「法理」、其義當不止此。惟「法理」二字、本法既無明文解釋、則其意義奚若、有待於闡明。」(四一～四二頁)と述べている。

(4) 相統を巡る諸紛争の一例として

民国初期の相統法を巡って、島田正郎とはある書籍を手掛かりに以下のように述べる。

「私は先年、東京の書肆から、蔡宗黃の著わした「繼續法眞詮」なる冊子を購入し得たことがある。民國一一（一九二二）年一月、上海・商務印書館刊の活版本である。自序は民國九年に書かれたもので、著者の經歷など明らかでないが、浙江あたりで律師を開業し、その経験から得た知識に基づいた著書のように窺われる。「繼續法」というのは、民律繼承編一斑なかんずく立繼條をいうようであるが、こういう用語が當時一般にも行なわれたのか、かれ独自の用語であるのか、手許の詞典の類を傍搜してみても據所は定かでない。かれは、前清時代にも刑政幕吏として法曹に従ったようであり、その経験から、「所見繼案不知凡幾。大要不外兩種。卽義男女婿（↓原文では婿）與同姓族人之爭。及應繼與愛繼之爭是也。」として、「律例。雖有先儘同父周親之文。似爲宗族代爲立嗣者言。非爲自己立嗣言。自輯注誤解例意。以爲必待應繼者。不得於所後之親。乃能告官別立賢愛。大理院亦本斯說。著爲判例。實大反乎。無子立嗣者之心理。而告官別立之事。且將日出而不窮。法律所以弭爭。今不能弭爭。而轉以啓爭。豈立法者之本意歟。」などといつて、「應繼」と「愛繼」とについて、大理院判例などを引用しながら論を展開し、兩者の一致を見るような立繼こそ望ましいとする、議論を示そうとしたもののように理解される。本書にはまた巻頭に、當時、南京中央大學法學院教授の任にあり、自からも「中國親屬法概論」（民國二年・上海世界書局刊）などの著書のある阮毅成（字は荀伯、また性存、江蘇・睢寧の人、日本法政大學卒、一八七四—一九三八）の序（民國九年六月）があつて、本書の内容が要領よくまとめられている。（56）

この個所には情報の混乱が多数見受けられるのでまずその確認から始めよう。まず、言及されている書籍は『繼續法眞詮』ではなく、『嗣續法眞詮』の誤りではないかと推定される。他方で島田が態々その用語法についてまで言及しているところを見ると、単なる見間違ひとも思えない。『嗣續法眞詮』に先行するテキストとして『繼續法眞詮』が刊

行されていた可能性も皆無ではないが、データベース等では確認出来ない。島田が手にした版本が何であったか、謎は残る。

当時は経歴未詳とせざるを得なかった作者・蔡宗黄（一八七七一—一九二八）については近年研究が進み^②、浙江温岭の人で清末に浙江法政学堂を卒業し寧波で弁護士をしていたことが明らかとなっている。温岭市は台州市中心部の南側に位置する。ちなみに田濤『被冷落的真实——新山村调查手记』（法律出版社・二〇〇五年、関連資料はこれに先立ち田濤・許傳璽・王宏治主編『黄岩訴訟檔案及調查報告：傳統與現實之間：尋法下郷』上下卷（法律出版社・二〇〇四年）として出版されている）が調査に入ったことで有名になった黄岩区は同じく台州市中心部の西側に位置する。

さて、文中引用される中国語部分は蔡宗黄の主張のように読めるが、実はこの部分は阮性存の序文からの引用であり、蔡宗黄ではなく阮性存の主張として読まれるべきものである。また引き続いて「阮毅成（字は荀伯、また性存、江蘇・睢寧の人、日本法政大學卒、一八七四—一九三八）」とされているが、阮毅成（一九〇五—一九八八）は阮性存（一八七四—一九二八、字は荀伯）の子であり、親子関係、生没年にそれぞれ誤りがある。序文を書いているのは阮毅成ではなく阮性存である。

以上の補足をした上で『嗣續法眞詮』に戻ろう。引用にあった「所見繼案不知凡幾。大要不外兩種。即義男女婿與同姓族人之爭。及應繼與愛繼之爭是也。」に象徴的に見られる通り、当時立嗣を巡って紛争が多発していたことがわかる。この『嗣續法眞詮』自体、立嗣問題に関する様々な主題について、当時の大理院判例や現行律の条文を整理・分析した書籍であり、問題解決のための一つの試みの書と位置付けることが出来る。

判決例はそうした紛争の現場へと我々を連れて行ってくれる格好の素材である。勿論、判決例というフィルターを通して、の話であるから、生の事実にとれほどまで肉薄出来るのかという問題はあり、どのようなバイアスがかかっているかを慎重に見極める必要があることは言うまでもないが、ともかくもそうした紛争があった、その現場を垣間

見ることが出来るのは判決例の魅力と言っているであろう。

他方でこうした判決例の取扱には細心の注意が必要である。二、三の判決例を読んだだけで当時の紛争状況はこれである、と勝手に帰納したり、まして当時の判例法理はこれこれである、等と勝手に総括したりしてはならない。判決例は数多いけれども、これまた各々が氷山の一角に過ぎないことを思うべきである。

まして判例要旨のみを見て状況を判断するのは大変危険である。本章を読んだ読者は、「判例要旨」なるものが、事件全体の総決算として最終的に導かれた法理、というよりは、事件解決の中で現れたある一つの法理（そしてそれは往々結論とは比較的關係の薄いものだったりもする）を取り出したものであった、ということを目撃した筈である。正式な民法が公布施行されない中で、時には事件の本筋とは若干遠いかも知れないある法理を判決例の中で敢えて宣言し、それを取り出して判例要旨を編み、民法の代わりとしてゆく、そのような位置づけのものとして立ち振る舞った場合もあるということも、常に頭の隅に置いておかねばならないだろう。

気を付けなければならない落とし穴はいくつもあるとはいえ、それでも「下拵え」さえしっかり行えば、判決例の滋味を味わうことは可能である。本書に収録された近代以前の各時代の様相についてもしっかりと学びつつ、一次史料に触れる喜びを感じて頂ければ幸いである。

おわりに

「民事案件を判断するにはまず法律の規定する所に依るべきであり、法律に明文が無いものは習慣法に依り、習慣法が無いものは條理に依る」との原則を宣言し、中華民国期を代表する判例の一つとして著名となった民国二年上字第六四号判例は、当時多発していた相続を巡る争いに関するものであった。しかしその原則は、事件の具体的な事実関係から帰納された中核的な法理というよりは、半ば周縁的な、半ば唐突に宣言されたものであった。

さらには、原則の淵源は大清民律草案からスイス民法、裁判事務心得へと廻り得るものであった。また同様の法理を宣言した諸判例の中から民国二年上字第64号判例が著名になってゆく過程が当時の判例集編纂の経緯と関連するものであることも明らかとなった。そして何より、この原則に沿って大理院により様々な規定が整備され、大清民律草案という草案が実際の規定へと具現化され、徐々に浸透してゆくこととなったと当時の法律顧問に認識されていたことも見ることが出来た。一つの判例から中華民國特に北洋政府期の法のあり方に繋がってゆく様々な議論を引き出すことが出来たと言えよう。

近代の判決例と聞いて、法学部出身ではないからといって尻込みする必要はない。逆に法学部出身だからといって油断してはいけない。勿論、法学部で講じられる知識が役に立つ場合もあるので、機会があれば法学を学んでみることをお勧めしたいが、法学さえ学べば読めるというものでもない。広く歴史学を学び、車の両輪としながら、虚心坦懐に史料と向き合い続けることが重要である。

以下、「おわりに」において述べるにはやや場違いかも知れないが、本章の議論に関連する総論的な諸点の幾つかに触れておきたい。

近代法制史研究一般については拙稿「法制史」（岡本隆司・吉澤誠一郎編『近代中国研究入門』（東京大学出版会・二〇一二年）に記しておいた。より広く中国学全般については漢字文献情報処理研究会編『デジタル時代の中国学リファレンスマニユアル』（好文出版・二〇二二年）があるので参照されたい。以下では判決例に関連して法令・学説の調べ方について少し触れておきたい。

史料に登場する法令やその草案を探す必要がある場合がある。日本国内で閲覧可能な当時の法令集については「日本現存近代中国法制関連書目データベース」(<http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/nishu/index.htm>)の「法令」をクリックすれば一覧可能である。法令は改廃を繰り返すものなので、事件の時点で有効な法令を当てるように気を付けなけ

ればならない。

学説を見てゆくとなると書籍や論文を検索することになるが、これが中々に手強い。例えば家族法の中で自分が選んだ主題に関連する当時の書籍にどんなものがあるかについては北京图书馆編『民国时期总书目(1911-1949)法律』(书目文献出版社・一九九〇年)、論文にどんなものがあるかについては「民国时期民商法论文篇名索引」(何勤华・李秀清『民国法论文精萃(第三卷)民商法律篇』(法律出版社・二〇〇四年)卷末所収)等をさしあたり手に取り、眺めてみる事が出来る。最近では「大成老旧期刊全文数据库」(国立国会図書館にて利用可能)や「全国報刊索引」のように民国期の雑誌を即座に検索・閲覧出来るデータベースも整備されている。新聞『申報』のデータベースも近年では必要不可欠なものになっている。

ただ、そこで見つかった関連文献を相互貸借なり複写依頼なりでひとまず自分の手元に揃えるだけでも膨大な作業量を要求される。ある時は日本国内に所蔵がなく海外まで見にゆかざるを得なくなったり、ある時はデータベースで検索出来た文献が多すぎて処理出来なかつたり、様々な困難に次々と襲われて、いざ手元に揃えた頃には最早それらを読む気力が失われている、などということにもなりかねず、気を付ける必要がある。

なお、当時の法律辞典には朱采真編『中國法律大詞典』(世界書局・一九三二年)や鄭競毅編『法律大辭書』(商務印書館・一九三六年、臺灣商務印書館・一九七二年(臺一版))がある。所蔵する図書館も限られるため、日々手元に置いてこれらの辞書を引くという訳にはいかないが、手立ての一つとして覚えておいても良いであろう。

以上、色々と書き連ねてきたが、まずは各自、判決例を手にとって読んでみて欲しい。そこから様々な想像を巡らせ、どのような研究に結び付けるか、無数の可能性がそこに秘められている。分野を超えて、特に若い方々によって研究が進められることを期して止まない。

(本研究はJSPS科研費21K01101の助成を受けたものである。)

* 本章では標点文、訓読文については基本的に正字体を用いる。なお、史料原本にて常用体と同じ字体が用いられている場合は、それによる。文献については原書表記の通りの字体（戦前の日本や、中華民国、台湾において刊行されたものは旧字体、中華人民共和国で刊行されたものは簡体字、戦後日本で刊行されたものは常用体を基本とするが、例外（中華人民共和国でも旧字体を採用する書籍等）もある）で表記した。

- (1) 大村敦志「ミッシング・リンクとしてのスイス法―東アジア民法の基本原則とスイス民法一条」(図書八七〇、八七一・二〇二二年) 参照。
- (2) 黄源盛『民初大理院與裁判』(元照出版・二〇一一年) 一五五―一五六、二二七―二二八頁で判例の一部が紹介されている。
- (3) こうした判決例の検索に関する諸問題については、拙評「批評と紹介」黄源盛纂輯『大理院民事判例輯存』(東洋學報九五―四・二〇一四年) を参照された。
- (4) 徐友春主編『民國人物大辭典〔増訂版〕』上下卷(河北人民出版社・二〇〇七年) 三二六―三二七頁(朱深)、三九六頁(江天鐸)、八二二頁(林行規)、一〇七四―一〇七五頁(姚震)、外務省情報部『現代中華民国滿洲帝國人名鑑』(東亞同文會業務部・一九三七年) 一三三頁(胡詒穀)、一六二―一六三頁(江天鐸)、二〇九頁(朱深)、五五八頁(陸鴻儀)、五九四頁(林行規)、北京數文社編『最近官紳履歷彙錄第一集』(北京數文社・一九二〇年) 一七三頁(黃德章) 参照。なお言ってしまうえば黄源盛『民初大理院與裁判』(元照出版・二〇一一年) に「民初大理院歷任院長及推事略歴一覽表」(六四―八二頁) があるのだが、人物辭典で逐一調べるくせをつけておいた方が良し。
- (5) 阮毅成「記朱獻文先生」(傳記文學一七一・一九七〇年、後に浙江月刊四一六・一九七二年へ転載)、「朱獻文」(义乌市志編纂委員会編『义乌市志』第五册(上海人民出版社・二〇一一年) 所収) 参照。前掲徐友春主編『民國人物大辭典〔増訂版〕』三六七頁、外務省情報部『現代中華民国滿洲帝國人名鑑』二〇七頁にも簡単な記述がある。
- (6) 川島仟司・高野金重編『中央大學二十年史』(法學新報社・一九〇五年) 二二九―二三〇頁に「本大學の隆盛に伴ひ、海外より留學するもの五十有餘名の多きに達し、既に卒業したる者：清國人六名あり」とする中に熊垓の名が挙げられ、肩書には東京

帝国大学学生とある。曹汝霖の名も見える。中央大學學員會『學員名簿』（中央大學學員會・一九二七年）四三〇頁には熊垓が明治三八年七月に入会したとあるので、同年卒業と見て良いだろう。また『東京帝國大学一覽（從明治三十九年至明治四十年）』（東京帝國大學・一九〇七年）を見ると法学部政治学科選科に在籍しているのが確認出来る（なお同一覽の從明治三十七年至明治三十八年版、從明治四十年至明治四十一年版には名前がない。短期の在籍だったのかも知れない）。

(7) 「凡祖父父母在、子孫別立戶籍分異財產者、杖一百。〔須祖父父母親告乃坐。〕若居父母喪、而兄弟別立戶籍分異財產者、杖八十。〔須期親以上尊長親告乃坐。或奉遺命、不在此律。〕」〔「内は小註、傍線は筆者」〕

(8) 「因爭繼釀成人命者、凡爭產謀繼、及扶同爭繼之房分、均不准其繼嗣、應聽戶族另行公議承律。」（傍線は筆者）

(9) 法律文がどのような形でどの程度流通していたのかは大変興味深くかつ難しい課題である。大清律例に『*Up Ting Zhang, Circulating the Code: Print media and legal knowledge in Qing China*, University of Washington Press, 2020』がある。

(10) 「日」岡田朝太郎口述・熊元襄編・張進徳点校『法院編制法』（世紀出版集團（上海人民出版社出版）・二〇二三年）一四五～一四七頁参照。

(11) 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社・一九八四年）三二八頁。なお清朝においても法律と慣習の関係が検討された例として『成文法與習慣法概論』がある。中外法制調査局野紙本（上海圖書館所蔵、請求記号・四六五四五七）とそれを清書しさらに検討を加えたと思しき法律館稿本（上海圖書館所蔵、請求記号・四六五四五五）がある。成文法と習慣法につき主としてローマ法、英米法から考察が加えられている。作者は記されており論文なのか講演筆記なのかも判然としないが、清末の興味関心の所在を示す史料として興味深々。

(12) 小沢奈々『大正期日本法学とスイス法』（慶應義塾大学出版会・二〇一五年）第四章を参照。

(13) 托孤については陈云朝「从“托孤”到“监护”」（华中科技大大学学报（社会科学版）二八一三（总第二二七期）・二〇一四年）参照。

(14) 大理院民国二年上字第三号判例において「凡習慣法成立之要件有四（一）要有内部要素、即人人有法之確信心（二）要有外部要素、即於一定期間内、就同一事項反覆爲同一之行爲（三）要係法令所未規定之事項（四）要無悖於公共之秩序利益」と言明されつつある。

(15) ちなみに立嫡違法条は唐律に遡る。岡野誠「唐戸婚律立嫡違法条について」（唐代史研究会編『東アジア古文書の史的研究』

(刀水書房・一九九〇年) 所収) 参照。

(16) 例えば張晋藩「论中国古代民法」(清史研究二〇二〇年第五期) 六〇頁参照。

(17) 北京數文社編『最近官紳履歷彙錄第一集』(北京數文社・一九二〇年) 五四頁。

(18) 外務省情報部『現代中華民國滿洲帝國人名鑑』(東亞同文會業務部・一九三七年) 六〇四頁。

(19) 毛徳传「法界碩彦沈家彝」(江苏地方志二〇〇五年第二期)、毛徳传「法界碩彦沈家彝」(鍾山风雨二〇〇五年第二期) では生年を一八八一年としている。外務省情報部『現代中華民國滿洲帝國人名鑑』(東亞同文會業務部・一九三七年) 三五八頁では「東京帝國大學法學部卒業」としているが、『東京大學卒業生氏名録』(東京大學・一九五〇年) や在学したと思しき明治末の『東京帝國大學一覽』を繰ってみても名前が出てこない。どのような形で在籍したのか詳細は不明。なお毛徳传「法界碩彦沈家彝」(江苏地方志二〇〇五年第二期) は広田弘毅と「同班同学」だったとしている(四一頁)。

(20) 曹汝霖(曹汝霖回想録刊行会編訳)『一生之回憶』(鹿島研究所出版会・一九六七年) 参照。

(21) 拙著『近代中華民国法制の構築』(九州大學出版会・二〇一八年) 六二頁参照。

(22) 義子については滋賀秀三『中国家族法の原理』(創文社・一九六七年) 五七五〜六一〇頁参照。

(23) 「既に六歳ではなく」と訳したが、であれば原文は「不已六歳」ではなく、「已不六歳」となるべきかも知れない。

(24) 立法理由としては「謹按凡關於民事應先依民律所規定、民律未規定者依習慣法、無習慣法者則依條理斷之。條理者乃推定社交上必應之處置、例如事君以忠、事親以孝、及一切當然應遵奉者皆是。法律中必規定其先後關係者、以凡屬民事、審判官不得藉口於律無明文、將法律關係之爭議拒絕不爲判斷。故設本條、以爲補充民律之助。」と述べられている。

(25) 履歷については外務省情報部『現代中華民國滿洲帝國人名鑑』(東亞同文會業務部・一九三七年) 三三八頁参照。

(26) 「我國民律草案第一條本此法例、亦規定『…』然民律草案、迄未頒布施行、無法律之效力、際茲我國成文法簡略不備、而法律上之取引日益紛繁、法院判斷案件、輒苦無所依據、於是大理院於民國二年上字第六十四號判決例、採取民律草案第一條之法意、載明『…』以示法院應適用之法則、及適用時之先後次序。」(一六七頁)。

(27) 王泰升(坂口一成訳)「東アジアにおける法学の伝播経路」(阪大法學六九一五、六九一六、七〇一一・二〇二〇年)、また程波『中国近代法理学』(商務印書館・二〇一二年)を参照。

(28) 内容から磯谷幸次郎『法學通論』(日本法律學校編輯部・一八九六年)の中国語訳と見られる磯谷倅次郎(王國維譯)『法學通

論』(商務印書館印刷・金粟齋譯書社發行・一九〇二年、上海図書館所蔵(請求記号:四四一三三九))では「我國維新後、除民事上特種之法令外、無成文法之可見、明治八年六月、太政官布告第三號、凡無慣習者、當參條理裁判之、裁判官判決其事件時、參照各國之法律、由其條理以施判決、遂積爲判決例、以至今日、此等判決、經主權者默認、亦可視爲今日之一衡平法也。」(二一九丁)、さらには「我國明治八九年來以至今日、裁判所所判決者、果可云用何法律乎、除刑法治罪法及其他數特別法外、無成文法可見又無慣習法可依爲判決之基礎者、故我國之判決中、十之八九、皆參各國之法律由己所信以爲條理者宣告、積而爲判決例、故裁判有適用習慣之職權、不但太政官之布告而已、於商法固歷歷有明文也:」(三〇三二丁)と詳細な情報が記されている。なお磯谷幸次郎については帝國法曹大觀編纂會編『帝國法曹大觀(改訂増補)』(帝國法曹大觀編纂會・一九二二年)八六頁參照。

(29) 『法政速成科講義録』第二八号(法政大學・一九〇六年)所収の連載「法學通論及民法」は裁判事務心得について「此布告、以余所信、在於今日、猶有效力。雖然、右之問題〔成文法と慣習法と何れが先に適用されるかという問題〕、以有法例第二條故無適用明治八年布告之必要。」(五八頁)として法例第二條を引き、さらに商法第一條に説き及んでその關係を整理している。

(30) 富井政章(陳海瀛・陳海超譯)『民法原論』(商務印書館・一九〇七年、原著は富井政章『民法原論』(有斐閣・一九〇三年)と思われる)。五二頁以下に「第四章 民法與慣習法之關係」として議論が展開されている。

(31) 例えば吳人達『法學通論』(山西法政學堂發行・濬文書局印刷・一九〇七年、上海図書館所蔵(請求記号:長〇六三四三七))には「又如日本明治八年發布規定裁判官事務心得趣旨云裁判官依法文則從慣習無慣習則從條理此明認條理爲法律之淵源也」(一四丁)とあり、孫智敏編『法學通論』(刊行者不明・「清末」、上海図書館所蔵(請求記号:四七九六三三―三四))では「日本明治八年、所布告之裁判官之事務心得、有曰:蓋裁判官、不能因依無可依據而拒絕裁判、故惟據條理而爲判決、則此條理、又爲法律淵源之一」(一四丁)と紹介がある。

(32) C. H. Chang (張正學), Y. L. Liang (梁黎立), John C. H. Wu (吳經熊), Sources of Chinese civil law (中國現行民法之淵源), *the China Law Review* (法學季刊) 2-5, 1925:7 (なまごじは民国二年上字第六四号判例を引いた後)「In this respect Chinese law is indebted to the Swiss Civil Code, ... If there is any difference between the Swiss and Chinese law on this point, it is in the statement of the third source. It would seem that the Chinese statement in terms of "principles" is rather intellectualistic; while the Swiss statement reminds one of the pragmatism and the philosophy of "as if"」(p. 209)と述べている。ちなみにスイス民法第一條は「文字上又ハ解釋上此法律ニ規定ヲ存スル法律問題ニ關シテハ總テ此法律ヲ適用ス。此法律ニ規定ヲ存セサルトキハ裁判官ハ慣習

法ニ從ヒ慣習法モ亦存在セサル場合ニハ自己カ立法者タラハ法規トシテ設定シタルヘキ所ニ從ヒ裁判スヘシ 前項ノ場合ニ於テ裁判官ハ確定ノ學說及ヒ先例ニ準據スヘシ」(翻訳は辰巳重範譯『瑞西民法』(法學新報社・一九二一年)一頁)と規定する。

(33) 小沢奈々『大正期日本法学とスイス法』(慶應義塾大学出版会・二〇一五年)四九頁。

(34) 「修訂法律館奏籌辦事宜摺併單」(政治官報七九八(宣統元年十二月初四日)(一九一〇年一月一四日)・一九〇九年)参照。なお旧暦と新暦の対応関係については鄭鶴聲『近世中西史日對照表』(國立編譯館・一九三六年、後に臺灣商務印書館より臺一版(一九六二年)として復刊、臺四版(一九七八年)まで確認出来る)を参照のこと。宣統元年は大半が一九〇九年に当たるが、本件のように新暦と旧暦のずれによって一九一〇年初頭となる場合もある。

(35) 中国第一歴史檔案館所藏修訂法律館檔案九所収。

(36) 小沢奈々『大正期日本法学とスイス法』(慶應義塾大学出版会・二〇一五年)第一章参照。

(37) なお張生「清末民事習慣調査与《大清民律草案》的編纂」(法学研究二〇〇七年第一期)は「1874年开始起草的;德国民法第一次草案;曾规定:裁判官应依照本法进行裁判,本法没有规定的依习惯法;不存在习惯法的情况下,裁判官依照法理进行裁判。但是德国民法典在定稿时,该条文被删除。」と述べ(二三二頁注三)後に張生「民国时期民法体系中的判例:形式与功能的变化」(学木研究二〇一九年第一期)において「在1874年完成的《德国民法典总则草案》中曾规定:…」として同規定がおかれた旨重ねて言明しているが、双方ともドイツ語原史料や関連先行研究の引用はない。ちなみに法と慣習について一八八一年ドイツ民法総則草案(Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, T. 1, W. de Gruyter, 1980所収)では第四条で「Gewohnheiten und Uebungen kommen als Quelle oder Erkenntnismittel des Rechts nur insoweit in Betracht, als das Gesetz auf dieselben verweist.」と規定され、また一八八八年ドイツ民法第一草案(Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, J. Gutentag, 1888所収)では第一条で「Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.」と規定されているが、いずれも張生論文の紹介とは異なる。さらには一八七四年は起草委員会が組織された年である。また朱明哲「从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场」(政治与法律二〇一八年第一期)は張生論文を引いてこれも原史料や先行研究の引用なく『德国民法典草案』启发了日本的上述太政官布告」(二二二頁)と述べるが、早計である。

(38) 李相森「异化与回归：近代中国判例发展演变的轨迹」(苏州大学学报(法学版)二〇一六年第一期)、张生「民国时期民法体系中的判例：形式与功能的变化」(《学术研究》二〇一九年第一期)などにおいて整理が試みられているが、若干情報が錯綜している。

(39) 「司法部四年度辦事情形報告」(司法公報六一・一九一六年)に「(附) 編纂判例要旨」として「民律草案尚未頒布、民訴及刑訴草案亦惟管轄及再理各章暫准援用、現時各級法院辦理民事案件及適用訴訟程序、除現行律之一部分及一二暫行法令外、多以大理院判決例爲依據。惟大理院所出判決錄係依案件先後編纂、卷帙繁多、檢閱較難、本部有鑒於此、乃仿東西各國之成規、就民國元年至三年大理院判決例撮輯要旨、分民律刑律爲一部、民刑訴訟律爲一部、民事依有效之前清現行律及民律民訴草案章節、刑事依刑律條文及刑訴草案章節、依次編□間錄理由并列題旨詳叙年月號數分期刊印、業於四年十月十二月先後出版、三年以後之判例要旨尚擬續輯。」との説明がある。なお楊仁壽「我國特有「判例」制度的遞嬗」(司法周刊一九六八・二〇一九年)は「最高法院摘取「判例要旨」的方式、繼受自日本大審院」とするが、直接の証拠は示されていない。日本においては明治八年から判決録が刊行されている(日本における判決録の刊行経緯については笠字「大審院判決録」の編集・発行における改変について・明治18年分乃至28年分に關する一考察」(法図連通信五一・二〇一九年)、笠字「大審院判決録」における参照条文の掲載とその先行例としての「裁判粹誌」について」(法図連通信五〇・二〇一八年)に詳しい)が、中国側の『大理院判決録』は判決原本を末尾の年月日や裁判官の署名捺印に至るまでそのまま掲載しており、日本のそれとは判決の掲載の仕方が異なる。また日本において要旨のみを簡潔に掲載したものととしては『大審院刑事判例要旨類集』(東京法學院・一九〇二年)や『大審院民事判例要旨類集』(東京法學院・一九〇三年)があり、『大理院判例要旨匯覽』等中国側の出版物の書式はこれに近似しているようにも見える。いずれにせよ判決録や要旨集の刊行についての影響關係は未だ不明な点が多い。日本側のこうした判決録や判例要旨類集の編纂に尽力した人物としては伊藤悌治の名を挙げなければならない(「伊藤悌治先生逝く」(法學新報三〇一・二・一九二〇年)参照)。管見の限り伊藤はその編纂活動について特段の回想等を残しておらず、詳細な研究は今後の課題である。

(40) 先の「(三版) 大理院判例要旨」との關係につき章宗祥は序において「僕昔承乏大理、即擬有所纂刻、以餉國人、而始終卒卒、未有暇邇、於從政之餘、輒令部員、就大理院判例鈎玄提要、成判決要旨一書、由司法公報臨時刊發、冀讀者易獲其要領、而尤未顯其全豹爲憾、今大理院特將其判決全錄擇要彙印、則其全具在是矣……」と述べている。

(41) 司法講習所については李启成「司法講習所考論」(比較法研究二〇〇七年第二期)参照。同文において『大理院判例要旨匯覽二年度』についての特段の言及はない。

- (42) 同書末尾に収録の「大理院判例匯覽及大理院解釋文件匯覽發行規則」に「第一條 司法講習所附設編輯處編輯大理院判例匯覽及解釋文件匯覽」とある。同書末尾には「大理院判例匯覽及大理院解釋文件匯覽編纂規則」も収録されている。これら規則が発布された日時は記載されていないが、同書刊行までに編纂・発行体制が整備されたことが窺われる。なお張生「民国时期民法体系中的判例・形式与功能的变化」(学術研究二〇一九年第一期)は「1915年大理院編輯處首次編輯刊行《大理院判例要旨》、…还附录了《大理院判例要旨匯覽及大理院解釋文獻匯覽編輯規則》とし、その出典を「大理院編、1915年10月版」とする。先述の「(三版)大理院判例要旨」は司法公報第三・四次臨時増刊として一九一五年一〇月に出版されているが、そこには同規則の収録はない。何か別の版本があるのかも知れない。
- (43) これは同書末尾に掲げられた「大理院判例匯覽及大理院解釋文件匯覽編纂規則」に「第三條 判例同旨者以最近時之例爲準異旨者並錄之但應注明異旨字樣」とあるのとも符合する。
- (44) 同書にある「編輯員一覽表(民國八年十二月)」には二五名(刑事九名・民事一六名)の名が記されている。
- (45) 以下、鄭天錫による諸法典や判例の英訳作業については拙著『近代中華民国法制の構築』(九州大学出版会・二〇一八年)第三章を参照された。
- (46) G. Padoux, *Jurisprudence de la Cour Suprême, La Politique de Pékin 7ème Année*, No. 15, 1920.4.11, pp. 287, 290. なお *La Politique de Pékin* 誌は国立国会図書館関西館に所蔵がある。
- (47) G. Padoux, *Jurisprudence de la Cour Suprême, La Politique de Pékin 7ème Année*, No. 15, 1920.4.11, p. 289.
- (48) スイス民法第四条は「此法律上裁量又ハ狀況ノ判斷又ハ重要ナル原因アリヤ否ヤノ認定ヲ裁判官ニ一任シタル場合ニハ裁判官ハ法理及ヒ衡平ニ基キテ裁判スヘシ」(翻訳は辰巳重範譯『瑞西民法』(法學新報社・一九一一年)一一二頁)と規定する。
- (49) フランス民法第五条は「裁判官には、自分に委ねられた訴訟について一般的な且つ規則を制定するような方法で判決を下すことは禁じられる。」(翻訳は中村義孝『1804年ナポレオン民法典』(一)(立命館法学三七二・二〇一七年)三三二頁)と規定する。²⁰
- (50) G. Padoux, *Jurisprudence de la Cour Suprême, La Politique de Pékin 7ème Année*, No. 15, 1920.4.11, pp. 287, 289, 290.
- (51) J. E. G. de Montmorency, *Private law in China, Journal of Comparative Legislation and International Law*, Ser. 3, vol. 2, no. 3, 1920. 4. 1. E. G. Lorenzen, *The private law of China, Yale Law Journal*, vol. 30, 1920. 3. 1. 参考: James Edward Geoffrey de

- Montmorency (1866-1934) は執筆当時 University College London の Quain Professor であつた。また Ernest Gustav Lorenzen (1876-1951) のことは Arthur L. Corbin, ERNEST GUSTAV LORENZEN, *Yale Law Journal*, vol. 60, no. 4, 1951 を参照。
- (52) 鄭天錫「判例商榷 大理院判例之研究」(法律評論三六、三七、一九二四年) 参照。
- (53) 鈴木喜三郎(震生譯)『法學通論』(廣智書局・一九〇二年、上海圖書館所藏(請求記号:長四五四九〇七)、原著は鈴木喜三郎『法學通論』(東京専門學校出版部・一九〇〇年)と思われる)。鈴木喜三郎については鈴木喜三郎先生傳記編纂會『鈴木喜三郎』(鈴木喜三郎先生傳記編纂會・一九五五年) 参照。
- (54) 中国人の手になる『法學通論』では先に見た呉人達『法學通論』は「…條理或云自然之道理較道德正義其意義尤廣(一四丁)とし、孫智敏編『法學通論』は「條理二字之解釋:其大體不外正義道理而已、即所謂性法自然法者、實與此相同:」(二三丁)とある。
- (55) 黃源盛『民初大理院與裁判』(元照出版・二〇一一年)に「據觀察、大理院實際上所採用的條理、:其淵源之大家、尙有如下數端: (1) 大理院判例、(2) 法律的類推適用、(3) 學說見解、(4) 外國的立法例、(5) 義理與倫理道德規範等」(一五五頁)とある。
- (56) 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』(創文社・一九八〇年) 七一〜七二頁。
- (57) 黃曉慧「院士故里南山村、人才輩出如群星」(溫嶺日報二〇二一年一月二三日(总第七一七三期)、https://wlkww.com/rwwl/202111/20211119_507654e.shtml) 参照。生平は同記事も依拠する史料である「蔡君从生行状」(「清」林丙恭(钱汝平点校)『林丙恭集』(浙江大学出版社・二〇一九年) 五四五〜五五〇頁) に詳しくある。さらに「蔡宗黄」(温岭县志編纂委员会編『温岭县志』(浙江人民出版社・一九九二年) 所収) 参照。