



Title	報告1 漢字文化圏における国有法と近代法 - とくに韓国と日本との比較 -
Author(s)	千葉, 正士
Citation	北大法学論集, 47(5), 430-447
Issue Date	1997-02-10
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15697">http://hdl.handle.net/2115/15697</a>
Type	bulletin (article)
File Information	47(5)_p430-447.pdf



[Instructions for use](#)

# 報告1…漢字文化圏における固有法と近代法

——とくに韓国と日本との比較——

千葉 正 士

## I 本報告の問題

私は、本研究会の第一報告で韓国と日本との比較を漢字文化圏の中ですることにし(千葉一九九三b)、第二報告では、韓国・日本・中国のアイデンティティ法原理をそれぞれハヌニム性正統主義・アメーバ性情況主義・天道性多元主義と対照させた(千葉一九九五)。今回の第三報告はその結論にあたるが、最近の安田一九九四は問題・観点ともに本報告と共通点が多いので、本報告はこれを検討することから出発し、これをいかに位置づけ受け継ぎ発展させるかという見地から議論を進めることにする。

安田の趣旨は、「台湾・韓国・中国・日本を『東アジア法圏』諸国」とし、「特に韓国と台湾を中心に」「近代化ないし植民地化以前における『原国家法体制』と『近代(植民地)国家法体制』に分けて概観し」、戦後の各国法体制の変動と現状・将来を考察する(四〇八頁)ことである。

これを一つの文化圏とする理由は、一、各国が「固有のシステムと異質性」の上に「儒教ないし中国文化を受容」したこと、二、近代化の過程ではベトナムを含めドイツ法とフランス法の影響を受けているが、それは「直接的に」ではなく「不幸なことに」日本の「植民地ないし半植民地支配が大きな影響を及ぼし」たこと、三、第二次大戦後は、中国とベトナムのほかは「ア

アメリカ法の影響を強く受け」ていわゆる「民主化」あるいは現代化を進展させていることである(四〇七―八頁)。

朝鮮半島と日本には、律令制その他の中国法が移植されたが「必ずしもその完全なコピーではなく、たとえば家族制度におけるように三国間には「かなりの相違がみられる」のであるが、いずれも「民衆レベル」では、「血縁・地縁によって結合し、国家もその自治を許容せざるをえない」「共同法理」が「固有のシステム」として生きてきた(四〇八―一頁)。

近代化過程では、日本は、「固有の国家理念の『創造』」により「民衆レベルの共同体を国家のアイデンティティに動員」し、「外圧により強制されたプロセスであった」が法体制に「西欧型資本主義システムを接木」して「帝國主義国家の一員」となった。台湾は一八九五年以降、朝鮮は一九一〇年以降、いずれもその植民地となり日本法のもとに統治されたが、「ナショナリズム」を「前近代時代から育んできた固有の共同幻想を維持しかつ再生産」した。(四一一―六頁)

戦後、日本法はアメリカ法の強い影響のもとに「民主化」と「行政指導」の体制を固め、韓国法はアメリカ法のほかドイツ・フランス・日本の諸法の影響のもとに、また台湾法ははじめ日本法とドイツ法によった三民主義の中華民国法にそして戦後は

アメリカ法にならない、ともに「民主化」しつつある。しかしどの国も、「アメリカ型の法化社会にまで行くことはなく」それと共同法理型社会との「二つの極端の中間点あたりに進みつつある」。中国は、以上三国とは別に社会主義化したのが三国を参照しつつ「欧米型の個人主義モデルよりは集団志向型」の「民主化」にならう。(四一六―二頁)

この見解は、関係四国には、儒教に代表される共通文化がありながら、それぞれなお固有の文化が根強くいわゆる近代化がモデルとした西欧法とは異なった発展を遂げさせていることを、事実と認めて叙述するものである。私は、安田の議論ならばその持論の理論枠組(安田一九八七、四六一―七〇頁)を分析道具とする理論化を期待するので、それに至っていないことに若干の物足りなさ感を感じるが、本論文はむしろその理論分析の準備に必要な事実認識をとりあえず先きにしたものと理解し、その事実認識は問題考察の出発点を明示するものと評価したい。

しかし地方、数々の問題点や疑問点ならびに理論化の諸問題を対照させると、これにさらに肉付けすべき点、場合によっては骨組みにも一部改造が望まれる点もあると思われる。それは安田自身も学問の発展のために希望するところでもあろうと解して私なりに以下にこれを試みたい。勿論これにも不備過誤が

あろうから、安田本人はもとより他の専門家にもこれを正す学問的作業の協力を願ってやまない。

## II 考察対象としての文化圏と近代化

### 一 対象広域の名称と観念

「漢字文化圏」は、本稿が対象とする広域圏を表示する用語だが、ほかにも類語が少なくない。<sup>1)</sup> そのうち最も広く用いられる「儒教文化圏」は、圏内における儒教の決定的とも言うべき意義を認めあるいは儒教自体の広い影響力を考察するためには適切な名称で、その観点には私も賛成である（千葉一九九三b、九〇三頁）。しかしそう表現すると、一方では中国の文化における他の諸要因とくに道教その他の民俗的諸原理を、<sup>2)</sup> 他方では他の諸国の固有でとくに非儒教的な諸要因を軽視するという偏向の虞れがある。また「中国文化圏」も時に用いられ「中国法圏」の名称を使っていた学者もいたが、これらも中華意識をもって中国以外の他国はもとより中国内の正統権力以外の諸民族に固有の立場を軽視する虞れがある。<sup>3)</sup>

そのような文化的偏向には無色であるはずのものが地理的名称で、その代表は「東アジア文化圏」である。これは人類学で

も広域文化圏の分類に使用されるもので、その意味で本共同研究及び安田の用法は穏当である。しかし他方で、文化圏の範囲は必ずしも地理的範囲とは一致しないためにその間の矛盾が必ずどこかに現われる。現に、安田の議論では、地理的には東アジアの中にある北朝鮮（朝鮮民主主義人民共和国）に直接の言及がなく、<sup>4)</sup> 対照的に地理的には東南アジアに属するベトナムが含まれている。本共同研究は、今井弘道が記すように「東アジア諸国の問題状況を比較しつつ検討するという視点を欠落させていた」という「反省に立脚して」韓国と日本を比較する（日韓比較法文化研究会一九九三、三八七頁）のだが、東アジアの範囲については常識に従ったままである。そのほかに「極東」の名称も、比較法学が「極東法圏」を言うように用いられるが、これは一見地理的概念と見えてもその視点は世界の中心を自認するヨーロッパに据えられているので偏向を免れない。<sup>5)</sup>

勿論、以上およびその他のような名称も、偏向には無色な単なる記号として理解使用することが可能であり、本共同研究も安田も偏向を避ける意図をもってその用語を使用しているに違いないけれども、ある名称はとくに断らないかぎりそれに特有の観念を顕在的・潜在的に伴なうものであるから、読者の方がその観念を前提して受け取ることが多い。それを防ぐために

は初めから無色な概念を示す名称を選ぶ方が安全である。「漢字文化圏」はそれとして選ばれたものである。この名称は人類学上の言語圏概念に基づくが、言語の要因の中からまず「話し言葉」を除きついで「書き言葉」のうち文法を除き、文字だけを顧慮するという二重の抽象化をするので、言語圏そのものは異なり正確には文字圏と言うべきである。中国・朝鮮半島・日本はいずれも言語はそれぞれ固有のものを保持するが漢字を共通に使用してきた事実を思えば、その意義は明らかであろう。

漢字そのものの性質と本圏にとつての意義については、ヴァンデルメルシュの文化論に詳しいのでその参照を願つておく（とくに一九八七、一四〇―七二頁）。

その語義としては、漢字を早い時期から使用しまたはかつて長く使用していた社会を指し、実際には、北辺および西辺の諸民族を含む中国に、漢字を国字とまでした日本・朝鮮半島・台湾と以前のベトナム、それにシンガポールをはじめ東南アジア諸国から世界にちらばる、それら諸民族の海外移住地居住地である。注目すべきは、本来固有の国語・国字を持っていたそれら諸民族が、漢字を最初は「踏襲」（漢字漢文をそのまま使用）ついで「借用」（漢字と漢語を国語の中に受容、例は、朝鮮語と日本語の漢字交じり文と訓読み）、最後に「発展」（漢字を基

に固有の文字を創造、例は、朝鮮語のハングル、日本語の仮名、ベトナムの字喃）というように、三段階の形で漢字を吸収すなわち同化したことである。（以上、溝口他一九九二、二〇―一頁、ヴァンデルメルシュ一九八七、一八二―一八頁参照）。この事實は、関係諸国諸民族の中国文化に対する対応の典型過程として、法の場合と比較して考察されてよい。

## 二 法の近代化

われわれのテーマ「法の近代化」は学界で定着した問題であつて、一九―二〇世紀の交における伝統法の近代法への対応の問題とする。私の扱う現象としては、中国では、清末における問題の認識から始まり旧中華民国における三民主義立法としての戦後の社会主義立法への変転、ただし台湾では戦後にそれから別れた新三民主義の法体制（張一九九三、緒言）、朝鮮半島では、李氏朝鮮末期における問題認識が日本統治により逼塞させられた後に解放され韓国が独立して整備した立法、そして日本では、明治維新後の一挙かつ組織的な立法と戦後に行つた大改定、が実際の歴史過程である。これらに対照すると北朝鮮とベトナムは、それぞれ資料が不足な上に今なお変動中という事情もあり、またともに現在では漢字を使用していない（中西一九九四、四九

一五〇、一三四頁。韓国でも漢字使用が漸減している」という理由も加わり、現在のところは非典型と言わざるをえない。その意味では、典型四国を考察する安田の扱ひ方には賛成できる。ただし他方で、非典型二国における事情と理由を確かめることが、その二国の理解のためにも漢字文化圏の意義確定のためにも不可欠なので、今後の研究課題として残される。

本研究の目的である韓国と日本との比較については、その問題性を正確に理解するにはいわゆる近代化の現象だけを観察分析するのでは不十分と思ったので、まず対象を以上のように両国を囲む漢字文化圏に広げたが、さらにこれを歴史的・文化的環境において理解する必要性も思う。ただし文化的環境としては、すべての観点に及ぶことは可能でも必要でもなく、また両国それぞれにおける法制度・法思想の近代化過程は他の共同研究者から精細な報告がなされつつあるので、私の場合は、他の要点、すなわち関係諸民族のアイデンティティ、法原理が、まず異文化である西洋文明なканずくキリスト教および科学と歴史(6)法に對して、そしてその後西歐近代法に對してどう対応したかにしほりたい。歴史的環境としては、これら諸国の西洋文化との接触は古代にまでさかのぼるが、有意義な接触は一六世紀ころから、本格的対決は一九世紀以後と見ることが適當と、私は

理解する。よってここでは、法近代化の問題を、一六世紀以降を西洋文明との「接触期」と、一九世紀以降をその「対決期」とかりに名づけて仮説を試みたい。

このように扱うならば、韓国と日本の両国において法近代化の動向を促進ないし規定したいわば外部環境が明らかになり、また、安田が法体制を「原国家」と「近代(植民地)国家」の両極にわけたことは妥当だったとしても、その中間ないし移行期が無視され近代が突然に出てくるという説明不足を補うことになる、とも思う。私の論述には勿論不十分な点もあるはずであるので、その検討修正を願う次第である。

### Ⅲ 漢字文化圏における法近代化の環境

#### 一 接触期以前

古代史においては、日本は、経済・文化・政治のすべての面で朝鮮半島からの渡来人が伝来した諸要因によって民族として発展することができたと言ってよい(李一九九五参照)。その朝鮮は中国からの伝来あるいは刺激により民族として成長した。両国文化の源である中国は、ヒマラヤを超えてインドより、またシルクロードを通じて西洋から異文化の文物を受け入れた事

実はあったが、それらから決定的な影響を受けることはなく固有の文化を不動に発展させ「中華」の原理を確立させていた。

その間に各民族とも固有法の発達と公式法の形成があったはずだが、韓国と日本では実状が明らかでない。これに対して中国では公式法の発達が目立ち、とくに秦以来は大帝国を統治するための普遍法を制定する志向が強まり、二世紀に漢の武帝が嚴罰主義法理論の法家に替わり道義を本位とする儒教を国教として以後、律令制が文字どおり普遍法として実現された（宮崎一九八五、五六五頁）。それが必然的に朝鮮やがて日本にも伝来し、ともに国家形成の骨格として公式に移植された。ただし日本は、やがて中国との直接交流をもはかるようになり七世紀早々には聖徳太子の遣隋使について遣唐使を送ったが、以後政權による中国文物の直接導入が増し、律令制の移植はその典型であった。その意味では、中国法の両国に対する影響は大であった。

しかしこれに対する対応には、両民族に違いがあった。中国の律令制は、最初仏教が伝わってやがて支配的宗教となった朝鮮に四世紀に知られたと言われるが、高麗では、律令に独自の編纂がなかつただけでなく基本法でなく付屬法で終わり、格式も七世紀後期には制定されたがその中には固有法も広く採用さ

れ、のちに儒教を国教とした李氏朝鮮では、当初は明律が採用されたが一五世紀以降は固有の法典にとって替わられたという（井上一九八五、五六六頁）。遅れて律令制を知った日本は、大宝律令（七〇一年）に代表されるその組織的継受を行って天皇制集権国家の基本法としたが、やがてその固有化が進み一〇世紀ころには、朝廷と武家支配者と双方の公式法も民間の非公式法も多元的な固有法体制にとって替わられた。

両国のこの経緯を対照すると、朝鮮では律令制の移植も固有法の取り扱いは原則が不確定なままに時々の諸正統政權の態度によって揺れ動いたのに対して、日本では公式法として律令制をとりあえずは組織的に継受したがやがて公式・非公式の固有法によってこれを換骨奪胎したと、比べることができる。

それ以後は、中国を加えた三民族とも法を固有な法前提に従って展開させた。その間に、中国にキリスト教が伝わり、それをへて朝鮮にも唐代にはネストリウス派がまた元代にはカトリシズムが知られたというが（Choi 1991a: 20）、同時に伝播した西洋文明とともにむしろ終始弾圧に遭い、それらが以後両国文化の発達に有意義な影響を及ぼすことはなかつた。これに対して日本は、西洋文明もキリスト教も伝播が遅れていた。

以上の過程は、それぞれ異なるアイデンティティ法原理の現

料 象形態と見ることが出来る。中国で儒教教理が中華意識を確立させ大帝国内および周辺の諸民族の多元的共存を認めたとの、天道性多元主義による。朝鮮で国家宗教も交替し移植法と固有の法との組み合わせも定まらなかつたのは正統を争うハヌム性正統主義の現象であり、日本の律令制移植と固有法発展は情況に敏感に対応するアメーバ性情況主義の発露である。

二 接觸期

西欧文明への三国の対応を比較する略年表

年代	中国	朝鮮	日本
一六世紀	一五 ポルトガル人渡来	(四三三 第一回日本通信使派遣)	四三 鉄砲伝来、忽ち普及 四九 J会のF. Xavier 上陸
一七世紀	一〇 J会のM. Ricci 広東着	二九 壬辰倭乱(文祿の役) 三〇 丁酉倭乱(慶長の役)	二七〇 ローマへ天正遣欧使節 二七 豊臣秀吉、天主教を追放
一八世紀	一〇 DとF両会と儒学との典礼論争 三三 天主教を禁止、以後西学も逼塞	三三 北京よりM. R. の著書伝来、以後西学・洋暦も伝来 三三 蘭船濟州島に漂着、無影響	三三〇 ローマに支倉常長派遣 三三 徳川幕府、天主教を禁止 三九 鎖国(蘭のみ貿易許可)
一九世紀	四二 阿片戦争↓南京条約 五二 アロー号事件↓北京条約 五二 ロシアと愛琿条約 六二 総理衙門で洋務を扱う	二 辛酉教難、以後天主教の弾圧続く 二二〇 回日本通信使(最後) 六二 フランスによる丙寅洋擾 六三 朝米修好通商条約 六五 新学制 六六 朝仏条約で教化活動容認 六九 大韓帝国憲法	二 幕府、番書和解御用を置く(五二) 番書調所、元々(東京大学と発展) 五二 Parisと日米和親条約 五二 Harrisと日米修好通商条約 六六 明治維新(信教自由) 六三 新学制、新暦制(太陽暦) 六九 大日本帝国憲法
二〇世紀	一〇 義和団事件で辛丑条約 二二 清朝滅亡、中華民国 三三 時憲暦を太陽暦に改める	一〇 日韓保護条約 一五 日本に併合、同時に太陽暦採用	



まず基礎資料として関係重要事項を対比したのが別表である(資料は、姜一九九四、貝塚一九七〇、Choi 1991a、三宅一九九三、内田一九八六、千葉一九九三a、その他)。一九、二〇世紀は次期に属するが便宜上ここに一括した。この表から、中国と朝鮮とは似るところが多いが日本はそれらと異なることが、以下のとうり明瞭になる。

三国とも、西洋文明の尖兵として積極的にアジア伝導を図ったキリスト教に対しては、強く反発してむしろ弾圧を加え、一七一一八世紀の間に逼塞させてしまった。しかし経過には相違がある。政権のキリスト教禁止は、中国では時期が最も遅くかつ劇的な事件が歴史に残っていない(ただしこの点は再調査が必要)のに対して、朝鮮と日本とはともに劇的な事件を生んだが、両国の状況は異なる。日本では、当初は一部にむしろ肯定的な対応があり、改宗した九州の大村・大友・有馬の三大名が四少年を天正使節としてローマに、また東北の伊達政宗は支倉常長をスペインとローマに派遣したほどであったし、徳川幕府による禁止の主要な理由は同教が政権の政治的統一を妨害するというむしろ実目的の出でおり、しかも公式の禁令はきびしくて一度で徹底した観がある。対して朝鮮では弾圧に終始し、統一政権はもとより下位権力者も同教を肯定した形

跡がなく、禁止の大義名分は儒教倫理によるイデオロギー論であり、禁令と教徒殺害事件が何回もくりかえされている。

西洋の科学(西学または洋学)も、大勢としてはキリスト教と運命を共にしたが、この点でも日本には特異な点が見える。

中国は清の康熙帝(一六六一—一七二二)が洋学を洋教とともに保護したこともあったが、その死後は儒教により鼓吹される「中華意識」が外来思想を異端視し東西交流は途絶えた(貝塚一九七〇、八八、七二頁)。朝鮮も、同様に儒家が西欧法の技術性を批判する(Choi 1991b: 63)などで、一六〇三年以後一八八〇年代に至るまで西教・西学とも皆無だったと韓国学者が嘆く(姜一九九四、二六七頁)ほどであった。日本のみ、キリスト教の侵入を警戒しつつもオランダを通ずる貿易により幕府も民間の学者も洋学を学び、幕府も一七二〇年には宗教以外の洋書を解禁した。かくてそのころ以後は、東アジアにおける西洋科学移植の最先端国が中国から日本に交替したとさえ言われる(とくに姜一九九四、終章が強調)。

西洋曆すなわち本来はカトリック教会曆であった太陽曆のグレゴリオ曆は、中国と朝鮮には一七世紀初頭に伝わり中国ではまもなく当時の太陰曆の修正に参照された(時憲曆)。これは、曆制の管理が天子を象徴する任務であったのでその使命観によ

り当時の曆制に生じた矛盾に対処するためであった。太陽曆は、朝鮮には中国から時をおかずに伝来したが無視されたのに対し、オランダ書だけに頼っていた日本には遅れて一八世紀に伝ったが、朝野の専門学者の学習も公式採用も他の二国より早かった。

以上の過程に、各国のアイデンティティ法原理が働いていたと解せられる。すなわち、中国では、外から迫りくる異質な文明を自覚すればするほど内の文化を守るために、本来は潜在的な天道原理が中華意識として顕在化しその獲得が至上命題となつた。朝鮮では、西洋文明への理解と対処にはその中国を範としながら内部では正統性を争つていて自主的な対策を統一して樹てるに至らないでしまつた。日本でも、当初はもとより全体的にもキリスト教を禁圧したもののそのかげでは洋学をむしろ積極的に取り入れる方針に転じ、原則を使い分けて情況に対応した。

### 三 対決期

一九世紀から二〇世紀にまたがって、三国とも先進資本主義諸国の植民地主義的侵攻に直面したが、それへの対応には違ひがあつた。中国は、中華主義を護ろうと悪戦苦闘したが結局失敗した形で半植民地化と言われる状態に陥つた。朝鮮は、儒教

主義を柱にして中国あるいは欧米先進国の強国と提携して独立を維持しようとしたが、真の盟友を得られず結局は日本に併合させられた。日本は、朝野とも早くから一部の識者は洋学の摂取に大きな関心を持ち、外交の面では不平等ながらもいち早くアメリカと開国条約を結び、一八六八年の明治維新直後には、キリスト教を含めて信教を自由とし、太陽曆を採用、新学制を実施して実学教育と西洋科学の吸収とに着手した。ただし同時に他方では、西洋先進国の植民地主義を無批判のまま国家のあり方のモデルと信じこみ、これを実行して中国と朝鮮に干渉するに至つた。

三国とも二〇世紀に入る前後から法の近代化すなわち西欧近代法の公式法における移植を具体的に展開したが、モデルはそれぞれに異なつた。日本は、維新後ただちに立法に着手し、モデルとしては当初のイギリス思想とフランス法制をやがてドイツの国憲制度にきりかえ、一八八九年の憲法をはじめ主要な六法を以後ほぼ一〇年間に完成した。中国では、二〇世紀直前の清末に康有為による変法運動で立憲君主制が叫ばれて以来、これを継いだ中華民国が広汎な立法を準備し、その完成実施は結局戦後の台湾政府によることになつたが、モデルとする西洋法を日本の先例とともに移植しようとするものであつた（ジュリ

スト一九九二の台湾諸学者の論稿を見よ)。朝鮮も、最初は中国から西欧の法律書を輸入したが、一八八〇年代からは日本を通して学ぶことが多くなりその影響でドイツ法とドイツ法学が主として移植され、その傾向は現在でも大きくは変わっていない(Choi 1991a: 5-15 による)。だがその後日本に併合され日本法の強圧下に自主的な立法の用途が断たれた(日本統治の事情は鈴木一九八九が詳しい)。

第二次大戦後の事態とくに公式法についてはここで詳しく言う必要はないが、対照して確認だけしておく、中国法はソ連モデルだったのがやがて独自の社会主義法に変わったが、台湾法はアメリカをモデルとする資本主義法を選んだ。朝鮮法は、「ドイツ法理論の骨にアメリカ法制度の肉付け」をした韓国法(Choi 1991a: 14)と、やはり独自の社会主義法を護る北朝鮮法(若林一九九二、大内一九九五参照)とに分裂した。そして日本法は天皇国家の明治憲法体制からアメリカモデルの民主主義的法体制に移行した。

非公式法は、正統法学の無視するところだったが実はどの国にも蔽として生きていた。注目されることはなかったけれども公式法に採用されたものもあり、非公式法およびアイデンティティ法原理としては国民生活の中で確実に機能していた。中国

は、非公式法における法前提の基本と日常的法規則を伝統的に維持したまま、公式法としては社会主義法を採用した(このことを証する論稿は多いが季一九九四も一例)が、これは易姓革命をも要求する天道性多元主義の発露にほかならず、しかしソ連とは異なる独自の社会主義法を創出し一部で資本主義的経済政策をも利用したのも、やはりその所産である。現在の現象としてはそれと対立して台湾に資本主義法体制を残させているのも、またその多元主義による。朝鮮のハヌニム性正統主義は、「固有の法文化」(Kim 1982: 149)とか、「法の自己アイデンティティ」(Choi 1991a: 14)とかを予感させながら非公式法の法規則および法前提としては明確に自覚されぬままに、韓国では移植西欧法に対する、「法不信」(梁一九九五、とくに一五七―一九頁参照)を支持する根拠となった。と同時に、北朝鮮にはそれと正統を争う社会主義の国家と法を生み出した。日本のアメーバ性情況主義は、変り身早く状況に應ずるのは長所で、対決期および第二次世界大戦後の対応には成功したが、明治法体制のもとでは西欧先進国の植民地主義に安易に盲従し太平洋戦争を起こして失敗し、根本の原理に無自覚な短所を露呈した。

資 一 漢字文化圏の環境

最後に、結論を総括する前に、所論の正確を期して接觸期と対決期を通ずる漢字文化圏の環境を確認しておきたい。

第一の環境はいわば内部環境で、上の論述では傍論にしか扱わなかつた台湾と北朝鮮およびベトナムの位置付けにかかわる。台湾では、公式法が、民主・自由・均富の新三民主義を原理とするが、共產主義防衛のために「戡乱」期の臨時諸立法が憲法に優位し（張一九九三）、しかも法前提としては儒教的な伝統法思想が働き（劉一九八九、六九、七八頁）、その上現地住民の非公式固有法も残っているはずである（この点は増田一九六四参照）。北朝鮮では、「儒教的伝統」の残滓が根をおろしてはたずであるのに知られる情報ではまったく言及されることなく、公式法は政治の強い規制下にあつて公表さえ不十分で実体が不詳である（大内一九八九、四七頁）。ベトナムでは、長く中国法を適用ないし移植していたが、フランスの植民地支配（一八六二—一九四五）によって公式「法への不信」が醸成されており、独立後は苦しい闘争をへて社会主義化し独自の法体制を創造しつつあるが、なお儒教的伝統をも残している（鮎京一九

八九、八五—六頁）上に、かつての中国法移植も「主體的な自己發展過程」におけるものだったという（片倉一九八七、五一九頁）。いずれも、事態が複雑であるのに得られる資料は不足しており、その上に現状は流動的で安定しているとも言えないから、将来を見通す判断は困難である。

したがって、漢字文化圏内の法体制として今根拠をもつて語ることのできるのは中国・韓国・日本である。これらについて私の言いたいことは上述でほぼ尽くされているが、それらのいわば外部環境にも第二に注目しておかなければならない。すなわち三国の以上の経過は環境に対するそれぞれなりの自主的な対応であつたが、各国のそもその発想は外部からの国際的圧力により強いられたのであり、しかもその直接的な圧力はさらにこれを囲む諸国際関係の間接的な影響によつていたので、早く言えば、三国それぞれの対応は、先進諸国が演ずる当時の世界戦略にふり廻されていた面があつた。疑いないのは、世界においては最先進の植民国イギリスに対して後進のロシア・フランス・ドイツとが対立して争つていたことである。アジアではこの対抗関係にアメリカが加わり、一方では、これら列強が共通の利益としてこのアジア三国に対する関心を深め政治的・軍事的干渉に歩調をあわせたが、他方では、相互間直接の対抗関

係において自己を防衛する必要から武力侵攻を徹底するまでに至らなかつた。中でもイギリスは自己の立場を強化するために日本と同盟して日本の大陸進出を認めていた(朝鮮を中心とする国際情勢については旗田一九五一、一七一―一九三頁を参照)。戦後でも、朝鮮半島の分断は冷戦構造の直接の産物であり、台湾の中国からの分離もアメリカの援助による日本の復興も冷戦の影響であつたから、やはり世界における国際関係の反映だつたこと、言うまでもない。そうしてみると、三国の各アイデンティティ法原理の機能と展開を理解するには世界情勢を正確に察知する洞察力が前提として不可欠である。

第三の環境は、漢字文化圏を「アジア太平洋圏」として観直す視点が要ることである。一般にアジアを論ずる場合、最近までは、一括してにせよ広域圏に分けて考察するにせよあるいは中国・インド・イスラーム等の文化を中心にするにせよ、大陸文化として取り扱い、海洋文化をも包括して考察することがほとんど少なくなつた。法については、とくに一面では国家法が一定領土の上の国民と主権を根幹とし他面では文化の意義が埒外におかれたために、海洋の要因は考慮される余地がなかつた。しかし、海洋に対する国家主権が国際法で重大化し法文化が法学の問題となつた現在では、これを無視することができない。

それどころか、海洋による交流を通じて、中国の長い沿岸地帯は発展して内陸に中華を確立させ、朝鮮はむしろ倭寇擾乱と併合等日本からの侵攻により民族史を大きく規定された。日本は反対に島国の利点を充分に享受して国を守る事ができた。<sup>(5)</sup>そこにはいづれも海洋文化が大陸文化と不可分に関係しており、海のもたらす恩恵とともに脅威を充分に理解利用することひいては山の自然の摂理に敬虔であることが前提となつていて、たとえば海南島や沖縄島にそのことが顕著に認められる。そしてそれは太平洋文化の一環である(千葉一九九一、一九四―五頁参照)。以上、文化圏としては「アジア太平洋圏」を認めざるをえない。私がわれわれの法文化をそれとして考察する必要性を示唆する(千葉編一九九四、七一八、一六八―七〇頁)のは、この理由による。現在のところこれについて具体的に論述する用意がないのが残念であるが、同学の識者に検討を訴える課題として趣旨を記しておく次第である。

## 二 韓国と日本との法文化比較

私は上述において、韓国と日本における法近代化を囲む外部環境を検討し、中国とともに両国のアイデンティティ法原理が西洋文明に対して接触を始めやがて対決しその結果として果た

した法近代化の業を跡づけた。その比較は、傍点の文章に明示されているのでここに改めて結論する必要はないであろう。ただ、それが法制度・法思想でなくアイデンティティ法原理の比較であることについては、新しい試みであるので念のための付言を加えておきたい。

アイデンティティ法原理は法思想あるいは法文化の最終原理であるから、その比較が有意義であることは論ずるまでもないと信ずる。その比較は制度を比較する場合とは異なる点があるが、その点の検討は方法論議になるのでここでは立ち入る余裕もないけれども、その相違は本稿の内容を安田論文と比べれば既に明瞭であろうとも思う。すなわち、両者とも基本的には同じ事実に立脚しながら、アプローチが制度を対象とする実定法学的であるのと文化を対象とする法人類学的であるのととの対照である。ただし、この両方法は法社会学的アプローチとともに、あい争うべきではなく異なりつつ共同すべきなのである。(千葉一九九三、二五―六頁)

もう一点言っておきたいのは、朝鮮―韓国を一貫するアイデンティティ法原理として前稿で仮説されたハヌム性正統主義が、日本のアメーバ性情況主義とともに本稿の論述のかぎりでは妥当性を検証されたことである。よって、韓国だけでなく世

界の各法文化についてアイデンティティ法原理の仮説ないし検証をさらに進めることを、共同研究者は勿論識者に訴えることが許されるであろうとも、私は考えている。

最後に、アイデンティティ法原理の概念、というよりはその性質について念のために注意しておきたいことがある。この原理は、一個の法文化を構成する諸変数が、公式法であれ非公式法であれ、法規則であれ法前提であれ、また固有法であれ移植法であれ、それらの個々も相互関係も一全体として一個の諸秩序を形成できるように各変数に要請しかつこれを規制する。したがって、その規制に服し難い変数が発展するような事態が生ずると、当該アイデンティティ法原理はその変数に対して、まず順応を要求するのが当然である。アイデンティティ法原理は、その要求が実現されるときおよび実現されなくてもその変数を排除して自己の原型を維持できるときは、その存在意義を伝統のままに発揮したことになる。これに反しその規制に服しない変数を従前のように包容しておくならば、それ自体は自己の原型をそれだけ変化させたことになる。すなわち「原理自体の変化ひいて発展あるいは衰退」(千葉一九九一、二二―頁)である。アイデンティティ法原理の構成変数にたいする規制力は、このように絶対的ではなくむしろ他の諸原理との関係にお

いて相補的であり、かつそれ自体情況に応じて変化することも可能なのである。

変数と原理そのものおよび相互間の矛盾が大小を問わず顕在化するの、けつして原理にとつて異常な現象ではなくむしろ正常な現象である。アイデンティティ法原理は変動のやまぬ外部環境のもとに自己を自己らしく貫徹しようとするが、他方で外部環境によく適応して機能を發揮するには、それと連動して内部に生じた矛盾を適切に処理すること、すなわち自己の反省と再生が必須だからである。その場合小矛盾ならば容易に処理されるであろうが、大矛盾の中にはアイデンティティ法原理自体の存在意義を脅かすほどのものもありうる。朝鮮法が韓国と北朝鮮で、また中国法が台湾と本土で、ともに資本主義法と社会主義法とに分裂していることは、その典型例である。両民族のアイデンティティ法原理がこの難題をどう処理して自己を維持するか、その自己維持が分裂の現状の延長であるか、それともこれを再統合することになるか、それが漢字文化圏におけるアイデンティティ法原理の当面最大の問題であると言ってよいであろう。

#### 〔後記〕

本稿は、一九九四年一〇月に行われた合同研究会（ソウル）で発表された原稿を翌年五月に補正したものである。寄せられた参加者の意見に感謝する。なお金昌祿教授の労によるハンゲル訳が、すでに *Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 4, published by Korean Section of IVR, 1994 に発表されている。

#### 註

(1) 漢字文化圏とそれに類する諸概念は、いずれも中国を中心とする考えつまり大陸からの発想に基づく。しかし中国文化Ⅱ大陸文化は、事実として海洋文化との関連なくしてありえなかつた。よって問題の広域圏を「アジアⅡ太平洋圏」として考察してみる必要もあると私は考えるので、これに最後で言及することにする。

(2) それに加えて、儒教は信者なき宗教あるいは信奉者なき哲学であると言われ (Kozman 1991: 13)、また中国では儒教は表で裏は道教とも言われる (劉一九八九、六五頁) 事実もある。またこの意味で、中国の基礎的な民俗宗教ないし民俗文化としては、道教の意義をより重視することが必要だと、私は思う。とくに日本の民俗宗教ないし民俗文化が神社祭祀慣行によって代表されること (千葉一九七〇参照) を思うと、一層である。今後の課題とし

たい。

- (3) 儒教ないし中国文化が周辺の諸国諸民族にいかんにかに伝播したかは、勿論われわれの重要な主題の一である。しかし警戒すべきは、その視点が諸国諸民族を客体視してしまい、かれら自身がその歴史の中でこれに対応し採否をどう決断すべきか苦慮と困難を重ねた主體的過程が軽視されることである。たとえば万里の長城は、われわれは北方騎馬民族を防ぐためだったという中国の説明を疑わないが、モンゴルから言えば「中国からの侵略のあかし」というし(鯉淵一九九二、二三頁)、チベットにも清法が施行されたがそれにも固有法が多分に採用されていた(Yu Li 1994) 事実もある。「中国法と蒙古法とは両者對抗の間に相互に変化」した(仁井田一九八〇、三一〇頁)を見逃さぬよう、問題を各国各民族の主體的立場から理解したいと、私は願っている。
- (4) 北朝鮮をこのように扱うことを私も認めるが、私の理由は台湾・ベトナムとともに「結び」で述べる。
- (5) 東洋学 (Oriental Studies) の名も、同じ偏向の理由で世界の専門家により一九七三年にアジア・アフリカ学と改称された(ヴァンデルメルシユ一九八七、i)。
- (6) 時間ないし暦の制度すなわち暦制(または暦法)については、現代法学は関心を示すことが全くない。これは、現在太陽暦のグレゴリオ暦が各国で採用され世界の普遍

暦として確立しており、世界に普及している公式法もこれを前提として制度を維持しているからである。しかし実は、それとは異なった諸種の暦制が世界の至る所で行われている。イスラム暦やユダヤ暦はじめ各種のキリスト教の教会暦も現に公式法により制定ないし承認されて信徒間に広く通用しており、仏教圏の仏暦、韓国の檀紀、日本の皇紀は長く固有の公式暦として使用されており戦後公式には廃止されたがなお慣行としては一部で用いられることがある。非公式には、世界のどの民族でも民衆の生活に多くの民間暦が行われている。

全体社会が未成熟である内は下位社会ごとに異なる暦制が併存していてもよいが、その統一が要求されると、それを意図する権力者は権力の前提条件として暦制の統一と管理を独占しようとする。古代より近世に至る世界の権力者は政治界でも宗教界でもすべてそのことに腐心した。グレゴリオ暦も、カトリック教会の権威を維持するためにそれまでのユリウス暦の不備を修正する新暦として編纂されたもので、教皇グレゴリオ一三世は、一五八二年全教徒にこれを採用するように命令し、否定する宗教改革者には破門をもって臨んだ。当然、カトリック諸国はただちにこれに応じたが、プロテスタント諸国の採用は一八世紀と遅れ、さらに異教国の多くは二〇世紀にずれこんだ。したがって一八七二年にこれを採用した



日本は異教徒国としては早い方であった(千葉一九九三a、四〇頁)。

本来はカトリック教会暦であるグレゴリオ暦に対し、異教徒がその特殊性に対して反発したのは当然で、世界がこれを抽象化して無色の普遍暦として移植するのに三世紀半の歳月が必要だったのである。この期間こそ世界における近代化の時期であり、暦法は近代化とグレゴリオ暦の世界的普遍化を代表する重要な一文化であった。これが、本報告で暦法を重視する理由である。

(7) このころ、中国法の影響(あるいは圧力)により、日本(聖徳太子の冠位十二階と憲法十七条)、チベット(Songtsan Gampo 王の Sixteen Articles of Law)、朝鮮(箕子の制定と言われる八条法禁の類。これについては崔鐘庫教授の教示を得た)で、ともに基本法が制定されたと類推する見解がある(Yu Li 1994: 513-4 による)。調査して確認すべき問題である。

(8) 日本の歴史には、領土と国民が外国の武力によって侵略される危機が三回あった。最初は元のフビライによる二度の侵攻(一二七四、一二八一)で、結局は神風と言われる大風により救われた。つぎが一八五四年ペリーの来航と要求で、日本もこれを受け入れたので難を避けたがアメリカ側も武力侵攻の意図までは持っていなかった。最後が第二次大戦で、事実上アメリカ軍による空爆と占

領で初めて外国武力に屈した。

外国が日本を攻撃する意図があれば征服できることは右の最近の例で明らかであるが、それ以外に例がなくてすんだ理由には、日本が島国の小国で大資源を持つわけでもないこと、統一政権が成立していたこと、隣接する大国すなわち実際には中国も武力征服の意図をほとんど持たなかった(唯一の例外の元も結局断念せざるをえなかった)ことによると、私は思う。小国が隣接する大国の圧力を受ける例は、インドに依存したスリランカと、中国と日本から度々侵攻をうけた朝鮮に見られる。

(9) 将来を推測することは控えるが、中国でも現代化以後儒教が再認識され、北朝鮮では檀君陵が故金日成主席の指導で壮大に完成された(一九九四・一〇・一二朝日新聞)ことによっても、天道性多元主義もハヌニム性正統主義も分裂国家に跨ってそれぞれ潜勢力を維持している事実が知られる。

#### 参考文献

『アジアの社会主義法』。社会主義法研究年報3(京都・法律文化社、一九八九)  
 鮎京正訓 一九八九。「ベトナム法」、『アジアの社会主義法』所収

Choi, Chongko 1991a. *Law in Korea*, Seoul: The Author

- 1991b. "Legal Philosophy and Theory in Korea: A Survey." 『法勢』 32 (3・4)
- 張 有忠 翻訳監修 一九九三。『中華民國六法全書』(東京: 日本評論社)
- 千葉正士 一九七〇。『祭りの法社会学』(東京: 弘文堂)
- 一九九一。『法文化のフロンティア』(東京: 成文堂)
- 一九九三a。『わが国現行時間制度の法律的起源——法と時間2』、『東海法学』(9)
- 一九九三b。『非西欧法理論研究の現在の意義』、『北大法学論集』四四(4)
- 一九九三c。『現代アジア法研究の課題』、東海大学社会科学研究所『行動科学研究』(44)
- 一九九五。『アイデンティティ法原理の探求——とくに韓国と日本の比較のために』、『北大法学論集』四六(1)
- 編 一九九四。『アジア法の環境』(東京: 成文堂)
- 旗田 巍 一九五一。『朝鮮史』岩波全書154(東京: 岩波書店)
- 井上秀雄 一九八五。『律令格式——朝鮮』、『大百科事典』(東京: 平凡社) 一五巻所収
- 『ジュリスト』一九九二。九九九号、特集: 『台湾法と日本法』
- 貝塚茂樹 一九七〇。『中国の歴史』下、岩波新書(東京: 岩波書店)
- 姜 在彦 一九九四。『西洋と朝鮮——その異文化格闘の歴史』(文芸春秋)
- 片倉 穰 一九八七。『ペトナム前近代法の基礎的研究——』、『朝刑律』とその周辺』(東京: 風間書房)
- 季 衛東 一九九四。『法社会学未開拓の奥地——中国法の多元的経験』、千葉編一九九四所収
- Kim, Chin 1982. *Selected Writings on Asian Law*, Littleton, Colo.: Fred B. Rothman
- 鯉淵信一 一九九二。『騎馬民俗の心——モンゴルの草原から』、NHKブックス(東京: 日本放送協会)
- 窪 徳忠 一九八七。『道教の世界』(東京: 学生社)
- 李 進熙 一九九五。『日本文化と朝鮮』新版、NHKブックス(東京: 日本放送協会)
- 増田福太郎 一九六四。『未開社会における法と秩序』(東京: 三和書房)
- 宮崎市定 一九八五。『中国法』、『大百科事典』(東京: 平凡社) 九巻所収
- 溝口雄三他 編 一九九二。『漢字文化圏の歴史と未来』(東京: 大修館)
- 中西 亮 一九九四。『文字に魅せられて』(京都: 同朋社出版)
- 仁井田 陞 一九八〇。『補訂 中国法制史研究 刑法』(東京: 東京大学出版会)
- 日韓比較法文化研究会 一九九三。『東アジア文化と近代法——日本と韓国の比較研究を通じて』一、『北大法

学論集「四四」(2)

大内 憲昭 一九八九。「朝鮮社会主義」、『アジアの社会主義法』

所収

一九九五。『法律から見た北朝鮮の社会』(東京：明

石書店)

Rozman, Gilbert, ed. 1991. *The East Asian Region: Confucian*

*Heritage and its Modern Adaptation*. Princeton: Prince-

ton University Press

劉 得寛 一九八九。「中国の伝統的思想と現代における法の

発展」、『東海法学』(3)

鈴木敬夫 一九八九。『朝鮮植民地統治法の研究——治安法下

の皇民化教育』(札幌：北海道大学図書刊行会)。韓

国版は、民族文化研究叢書四〇、高大民族文化研究

所出版部、一九八九

内田正男 一九八六。『暦と時の辞典』(東京：雄山閣)

ヴァンデルメルシュ、レオン 一九八七。『アジア文化圏の

時代』福鎌忠恕訳(東京：大修館)

若林 熙 一九九〇。『資料 朝鮮民主主義人民共和国』(東京

：同書刊行会)

梁 承斗 一九九五。「現代韓国人の法意識に関する一考察」、

『北大法学論集』四六(一)

安田信之 一九八七。『アジアの法と社会』(東京：三省堂)

一九九四。「東アジアの法圏の生成と発展」、石部雅

亮他編『法の国際化への道——日独シンポジウム』

(東京：信山社) 所収

Yu Li, Shih-Yu 1994. "Tibetan Folk-Law," in Alison Dundes

Renteln & Alan Dundes, eds, *Folk Law: Essays in the*

*Theory and Practice of Lex Non Scripta*, Vol.2, New

York: Garland Publ. Co.