



Title	報告2 : アイデンティティ法原理の探求ーとくに韓国と日本を比較してー
Author(s)	千葉, 正士; CHIBA, Masaji
Citation	北大法学論集, 46(1), 170-210
Issue Date	1995-06-22
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15606">https://hdl.handle.net/2115/15606</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(1)_p170-210.pdf



## 報告2…アイデンティティ法原理の探求

——とくに韓国と日本を比較して——

千 葉 正 士

本報告は、非西欧法研究の意義を論じた私の前回の報告（千葉一九九三）に続き、そこで提唱された三つの課題すなわち非西欧法の現実認識・理論構成・法文化比較を果たすために不可欠な道具概念スキームを紹介し、同時にこれをわれわれのテーマに応用しその効果を証明しようとするものである。

アイデンティティ法原理とは聞きなれない言葉だが、個々の法文化の性格を規定する最終原理を表示する一般的概念として、法人類学において右の概念スキーム体系の基礎をなすものである。したがって勿論西欧法にも適用されるのであるが、西欧法は性質としては同一の西欧文化に基づいているのでその下位システム間の文化の差を考慮しなくともすむ面があるため、西欧

法のみを対象とする現行法学はこの概念を必要としなかった。しかしながらそれは、西欧法との間には勿論内部の下位システム相互間にも文化の差を認めざるをえない非西欧法があるがまさに正確に認識し、これをその相互間でおよび西欧法と比較するには不可欠な基礎的道具概念として、私が確立に努めてきたものである。<sup>(1)</sup> そうであるならば、それは、韓国と日本両国の法文化の法哲学的比較研究にもキー概念として役立つはずであり、そのことを証明する責任が私にはあると思ひ、それをここに試みたいと思う。

私が非西欧法研究を志して以来暖めていたアイデンティティ法原理の着想を発表してからもほぼ十年になる。<sup>(2)</sup> その間、日本

のほか世界の主要な法文化についてはこの原理を証明できたと信じ、非西欧法についてもこれを裏づける法人類学的報告があることを指摘し、欧米諸法については既成法学で自明な関連事実のあることを前提としてきた。けれどもこの原理を主題にする全般的な論証をまだ果たしていないので、今回はそれを行なういい機会と感謝しつつこれを実行したいと願っている。ただし韓国の法文化とくにそのアイデンティティ法原理については、

私は考え始めたばかりである上に、ハングルを理解できないため日本語と英語による僅かの資料から類推できる範囲のことをしか知らず、ここではむしろそれに基づく質問点を開陳する程度にとどまり、これを実質的に展開することはむしろ韓国の研究者にお願ひするほかない。これは、個人としては力不足を告白することで残念とは思いますが、外国の事実と当該国民にとっての意味は当該国の研究者の見解に従うのがむしろスジであろうし、まして共同研究の場合には韓国研究者がわの協力として教えていただけるとも期待する次第である。本稿草案の口頭報告に対して寄せられた協力者方のご意見に対してはその第一歩として感謝の意を表する。

勝手ながらそう考えると、協力を願う前に、まずアイデンティティ法原理を含む概念スキームすなわちそれに基づけられる

諸概念は何かということ<sup>(3)</sup>、ついでにそれを適用した例として日本の場合とを、協力してくださる方々に理解いただけるように説明する責任も私にあるはずと思う。よって、この二点をⅠとつぎのⅡとで述べたあと、Ⅲで韓国の場合について私の質問内容として試論を記し、Ⅳで他の例を含めて比較論を試みることにする。

#### Ⅰ アイデンティティ法原理と関係諸概念

1 まずはじめに、「法主体 (socio-legal entity) の用語を、「法の社会文化的主体」と概念規定して使用することにする。この概念を現行法学は必要を感じないのに私が新たに設ける理由は、人の日常生活における具体的な法としては、国家の法令だけではなく、その人の属する多くの社会集団がそれぞれごとに正統の行動規準として保持適用する規範体系もあるから、法社会学ないし法人類学の観点から国家はじめそれらの集団を一括して概念化するためである<sup>(4)</sup>。わけでも非西欧法については、国家はもとより各社会集団とその法を批判的に冷静に客観視することも必要であるが、同時に、特有の文化が滲みこんでいる各法主体の法の下に生きる当の受範者の熱い主体的立場で理解しなければ、これを在るがままに理解したことにはならないからであ

る(千葉一九九三、九〇二頁でも言及した。私はこれを、今井一九九三aが言う、市民的法文化の実践哲学をその国ごとに可能にする観点だと解している)。

法を論ずるとき、現行法学において通常は端的に法と呼び形容詞を付けることがない。これは、法主体を正統政治権力の担い手である国家に限り、すなわち法を国家の法だけに限定し、これに類する他の規範は、実際には各法主体に固有の権威に基づいて効果的でありまた当の受範者たちが法だと認めるとして、法学の言う法からは排除するから成り立つ概念である。故に、この種の法でないものをなお広義の法として扱いたいときは、それぞれの性質が特殊であることを表示するためにその趣旨の形容詞を付けて、たとえば慣習法・自然法・古代法・封建法・部族法等々と呼ぶ。しかしながら、それらもそれぞれ一種の法であることが事実ならば、法学の言う法も、客観的にはそれらの全体を含む包括的な範疇の中で他の多数と相対的に並ぶ多数中の一であるはずである。よって法学の言う法を表示するのには形容詞を付けて国家法(State Law)とすれば、その意味が明瞭となる。

すると単なる法(Law)は、国家法とその他諸法全体の総称となるから、概念規定をすれば、「特定の法主体において、一

方では特有の価値・理念を内包し他方では正統的な権威・権力に支持されて、許される行為と禁じられる行為とを権利・義務として指定しこれをサンクションの制度で保障する、一種の社会規範」となる。その個々の法規則すなわち法規は他の諸法規とともに体系的に整序されているから、その全体は法体系(Legal System)をなす。これに対し、法秩序(Socio-legal order)の語は、この「法の存在により成立する社会秩序」と定義され、社会の各法主体ごとに成立する。これを構成する因子は、主なもの法を順守する個人の行為だが、法を逸脱する違法行為ないし脱法行為も、それなりに現実の秩序をなしているかぎり社会秩序にはかならないから、法秩序の中に含まれる。

この広義の法を大別すれば、国家法のほかにも、「国家の正統的権威により公式に承認されている場合の宗教法・民族法その他の法をも含む公式法(Official Law)」と、そうでない非公式法(Unofficial Law)との二対照概念に分類される。後者は「国家から公式には承認されていないが、特定の法主体の明示あるいは黙示の一般的合意により権威あるものとして行なわれており、かつ国家法その他公式法の実効性を明確に補充あるいは代替する効果を持つ法」と規定され、現代世界でもとくに非西欧社会に明らかなように、公認されていない場合の宗教法や民族

法等のほか社会学的・人類学的な意味における部族法・地方法・伝統社会法・オーガニゼーション法等々が、多種多様な法主体ごとに存在する。したがって、公式国家法が、国家という政治権力を組織運営するための他に隔絶した正統権威の法であるのに対して、非公式法は、第一次的にはその正統権威とは無関係に各法主体に固有の権威に支えられて市民日常の行動を規律する現実の法である。その具体的態様と概念的整理はまだかならずしも充分ではないが、われわれの現実の日常行動を見れば、国家法と時に相即しながら時には全く別途にむしろ国家法に反することも認める現実の法すなわち非国家法があることも、事実である。

国家法に反するそれらの事実、国家法が、みずからは知らない形を通ずとしても、実は他の公式法か非公式法かによって、その不備の補充・補正をうけあるいはその実効性を阻害され時には排除されていることを意味する。これに対して法解釈学は、違法行為があると判定するときはその匡正ないし制裁を要請するが、判定の困難なものの意味の些末なものを見逃しても済む。しかし非公式法の反国家法機能は、市民の日常生活に何が本当の法であるかの行動基準に迷いを与えるもの、ひいては国家法の存在意義を危くし場合によっては覆すものである。社会にお

けるこの事実を見捨てておくわけにはゆかない。これが、非公式法を道具概念として設けることの第一の意義である。

法の概念をこのように広義に規定すると、国家のような大社会には国家法のほかに何種類かの公式法と数えきれないほどの非公式法とが併存していることになる。この状態が、国家法一元制に对照して多元的法体制 (legal pluralism) と言われ、国際法人類学会 (IJAES Commission on Folk Law and Legal Pluralism) が一九八一年以来研究を進展させているものである (cf. Allott & Woodman 1985; Hooker 1975; Sack & Minchin 1986; Chiba 1989)。これは、ポストモダン法学確立のために重要な観点ではあるが、帰するところ国家法と国家内諸法との二元論であり、国際法を典型とする超国家の法が現実に存在していることを度外視した概念構成である。よって私は、それらの超国家諸法を世界法 (world law) と言い直し、全体としては大別三元制を多元的法体制と解することにしてはいる。

法の名で事実を把握し理論を探究する対象がこのような多元的法体制だとすると、これを正確に観察・分析するには、国家法一元制について疑いの余地なく成立している既成の法律的諸概念では不可能で、その実態にふさわしい道具概念が必要である (Marasinghe & Conklin 1984 の趣旨)。しかしそれが国際

法人類学会のメンバーの中でもまだ用意されていないので、私は年来の研究の中で「法の三ダイコトミー」と名づける六の道具概念を作業仮説として構成し、自分なりの検証もすませてその有効性を確信している。その第一のダイコトミーが公式法か非公式法かなのである。

第二のダイコトミーが法規則か法前提かである。法規則(legal rules)は、法学慣用の法規に該当し、「具体的な行動基準を権利義務として明確に表現する言語的定式」のことで、国家法ではその体系的整備が充分になされその全体系すなわち法体系(legal system)はあらゆる問題に応えられるほどである。教会法もそれに近く、それらの法では法的判断の基準は原則として法体系中の法規で示されている。これに対し、同様に法学の慣用では法理念ないし自然法に代表される抽象的な行動の基準、すなわち「法規則の正当化あるいは批判修正を理念的に根拠づける原理」が、法前提(legal postulates)である。これは、国家法ではごく例外的な場合にしか必要とされないが、非公式法では、一般的に法規則の整備が不十分でそれだけ法前提が直接適用されることが多くなる。その規制は「法による支配」には反することが多く法学的理解には困難を来すけれども、それが事実である以上、非公式法の性質と作用を分析する一方法

として、法規則と法前提とを道具概念として対照させた。非西欧法についてはその必要性が格段に多いこと、論ずるまでもないであろう。

とくに現代非西欧法に不可欠な道具概念が第三のダイコトミーをなす。それは、固有法(indigenous law)すなわち「固有文化として発達した法」と、移植法(transplanted law)すなわち「異文化から移植された法」とである。この二概念は現在の法学では必要ない。それは、法学の前提する国家法が人類に普遍であると信ぜられる以上、それが文化的に固有であるか移植であるかという問題を顧慮する必要がないからである。だが実際に人類の歴史においては、法学で継受と言われる法の移植がしばしば行なわれただけでなく、近代以降では非西欧諸国による西欧法移植の問題性が今も引き続いている。すなわち現在の非西欧法は例外なく移植法と固有法とを包含し、この二種の法の対立と調和、同化と拒否等の諸問題、ひいてそれに対する国民の愛憎という切実な現実問題を抱えている。法学が、西欧法学をコピーしてこの問題を無視して済むならば別であるが、非西欧国の主体的立場ひいて文化を尊重しようとするならば、その考察にこの両概念は不可欠である。ただし注意すべきは、この用語が直接に意味するものは一国の法の起源の如何

であるが、むしろ歴史過程の実際においては、両起源の法がいかに対立反発しあるいは反対に調和同化するかという、一法主体の法の内部における相互関係にある。したがって移植法は、固有法と対立のままのことあるいは結果として拒否されることもあるが、長い歴史の間には同化された後の新たな移植法に対しては別の固有法となることもある。

2 法に関して以上の諸道具概念を設定すれば、非西欧法の在るがままにおける観察・分析が、より確実にできるであろう。すると、法は単なる法では済まず法文化でもあることが明瞭となる。そもそも法の文化との関わりと言えば、もとより国家法にもその国の文化が反映するから**国家法文化**を考察することも十分に可能であり意義もある<sup>(5)</sup>。しかし国家法は自らが唯一と誇示するその正統的権威によってその国の固有文化を取捨あるいは変形する力を持ち、とくに近代国家法は他の文化形態から隔絶されているから、**国家法自体およびこれに公認される他の公式法**は、当該国民の在るがままの**法文化**からは多かれ少なかれ変型されざるをえない。これに対して**非公式法**は、性質上市民日常の文化をそのままに表現するから、**公式法の影響**による変化もあるとはいえまさに**法文化**のものにはかならない。よっ

て**法文化論**の意義は、**国家法**ないし**公式法**よりも**非公式法**に關して一層大きい。

最近**世界の学界**でも**日本の学界**でも、**法文化**を論ずることが多く傾聴すべき成果も少なくないが、その概念規定については不思議な位に**関心**が**少ない**。大部分は、**法意識・法觀念**や**法**に対する態度を漠然とさす概念として用いる。それが**社会文化**における**法の機能**に着眼する点においては評価するにやぶさかではないが、そのような**用法**には**問題**がある。第一に、**事を集**合的に論ずるにせよ**個人の価値観**や**心理の問題**で満足する傾向にある。第二に、**国家法**を基準として**異文化**を認識するという手法で、その**異文化の実態**をなす**非公式法**に対しては**充分な顧慮**を欠く。そして第三に、**非西歐の法文化**を取り扱うときもその国の**移植国家法**と**異文化**の外部からの**観察**にとどまり、**各法主体**と**受範者の主体的立場**で固有文化を**観る**には**至らない**(注5にあげた事例はみなそうである)。しかも**第四に科学方法論上の問題**として、**法学者の法文化論**は**文化の専門家**である**人類学者の文化論**を顧慮することが**まったくない**。いづれにしても**正統法学の観点**に立つからには**かならず**、**それでは非西歐法の非西歐性を**眞実に理解することができない。

以上の理由により、**法文化**は、**非西歐法研究**のためには、勿

論国家法についてもであるが、実際にはそれよりも固有法を主とする非公式法を正確に理解考察するための基礎概念であり、そしてその概念は、法学界だけの一人よがりにとどまってはならず人類学側からも研究に参加できるために、社会科学界に共通のものとして構成する必要がある。だが現在ではそれに当るものがまだないので、私は最初の試論として、法文化 (legal culture) を「法として現われた一社会に特有な文化統合」と概念規定する。その要素概念の文化統合 (cultural configuration) は、人類学の用語でルース・ベネディクトが確立させたものである。これは人間の各集団のメンバーが共有する思考と行動の一貫した型を意味し、文化の総体的かつ比較的考察には不可欠の概念である<sup>(6)</sup>。この文化統合が特殊な文化形態である法として現象するものを法文化と概念すれば、法文化問題の考察には有用となるはずである。

人類学でも、文化統合の概念自体ベネディクト以後は論議が不十分で発達していないことは確かである。その理由は、その概念がかの女のインディアン研究から得られたもので現代の複合社会にただちには適用できないと思われたからではないだろうか。しかしかの女の『菊と刀』における日本文化研究 (Benedict 1946) が挙げた大きな成果を見れば、非西欧社会のみならず

それと対照的に西欧社会について民族文化が問われてきた現今その文化統合概念の有用性を改めて確認しさらに発展させることが期待される。私は、これに基づく上記の法文化概念が人類学の専門家からも支持されていること (宮本一九九〇、一四二頁) に力を得て、さらに考察を進めたいと願う。問題は、この概念がだれでも経験的研究に使用できるように概念内容をさらに操作的に規定しなすことだが、それを具体化するには人類学専門家との共同努力が要る。それを待望しつつ今のところは、文化の総体的比較的考察のための発見的 (heuristic) 道具概念として、私自身の試みを続けたいと思う。

3 ここで、アイデンティティ法原理 (identity postulate of a legal culture) すなわち「法文化の文化的同一性を基礎づける最終原理」の意義を確かめる段に達した。この用語は新しいが、それが表示する事実は、法学者にはむしろ既知の前提であろう。すなわち、現代の国家法も、各法体系の中で多少の改正改革があっても同じ体系の法が維持されると解せられる事実、革命によって法体系が一新するようなことがあってもその国の法であることは変わらないと扱われる事実、同じ母法からの移植法でも移植国が違えば内容性質に多少の相違が生じている事

実、移植の事実につき異なる諸法体系間の比較が可能でその結果法系論が成り立つ事実（五十嵐一九七七、一九九三参照）等々。換言すれば一国家の法は内容の変化変動にかかわらず文化的同一性を継続的に維持することが、法学の改めて問う必要もない前提となっている。

他方で法社会学・法人類学からすれば、法の文化的同一性の維持はなぜ可能か、さらに、その同一性とは何を言うのか、その動揺変化はどういう現象か、なぜ起こるのか、等をめぐって多様な疑問が浮ぶ。そしてこれらの問題意識は国家法だけでなく無数の法主体による他の非公式法とくに非西欧諸法には一層重要なはずであり、それだけにこの問題の意義は大きい。同時に、文化理論ないし哲学論としては、文化的同一性そのものおよびこれを維持させるために働く諸原理なканずく最終原理が追求すべき課題となる。これらの疑問と課題は、国家法の近代法学では末梢的とされるかもしれないが、法文化論とくに非西欧法のそれとしては法の本質にかかわるテーマである。

ゆえにアイデンティティ法原理もまた、当面は発見的道具概念であって、今後検証を重ねることに概念内容の操作を進めべきものだが、当初の内容としてはつぎの諸性質が指摘される。一は、他と区別される一定の文化的特徴を歴史を通し一貫

して維持すること、しかし二に、一貫すべき原理の範囲内では具体的な法規則と法前提に修正変化を認めること、その修正変化の要因として固有法とともに外国法があるから三として、外国法の採用・拒否ないし取捨選択の仕方ひいて固有法と外国法の対立と同化の問題の処理にあたっては決定の指導原理となること、そのことは四に、人類社会全体としては多数のアイデンティティ法原理が相互に接触・反発・交流して盛衰する事実にほかならないこと、そしてその接触の間に五として、一貫するはずのアイデンティティ法原理自体も長期的には変化をとげ発展あるいは衰退消滅にも至ること、である。

ここで、この概念の応用について念のために注意点を記しておきたい。この概念は、上に述べたとおり、法文化論にとり理論上不可欠の基礎概念として提唱されたのであるが、それは同時に、実践において人の心理と価値観に確信的な影響を及ぼして一個の文化的社会を存続させるシンボルの効果を持つがゆえに、誤用される危険があるからである。すなわち、これをもし国民性優越論の根拠と錯覚すると、かつてのナチスの民族主義や日本の国家主義のように、たがいに尊重すべき世界の仲間に対して独善を主張することになる。反対にこれを決定された宿命と諦めると運命論に陥って、情況に応じて自己発展をとげ

つつ文化の独自性を世界に主張し続ける根拠をみずから放棄することにせう。いずれにしても自己破壊の危険な道にほかならない。成行きに任せて自己のアイデンティティ法原理に無自覚であるならば、その危険性はからずも実現してしまうことがむしろ常である。よつて、優越論にも運命論にも陥ることなく、これを發揮させるかあるいは抑制するか、それともよりよい働きをはかつて原理自体の修正をはかるか、情況に応じて賢明な判断が要請されるのであり、その判断ができるためにはこの概念に充分の自覚がなければならぬ。理論上のこの概念にはそのような実践上の積極・消極の効用がともなうことを銘記して、その積極的活用をはかることが要請かつ期待される。

## II 日本のアイデンティティ法原理<sup>(8)</sup>

1 日本法の歴史は、どの民族とも同様にいわば純粹な固有法に始まる。その実際の形態内容は、正確に記録した文献がないので、関係すると解される事実を断片的な資料から拾い出して類推するほかない。その範囲でだが確かなこととして、はじめは、農業を主な生業とする部族が族長の統率のもとに生活していたので、氏族制度に基づく財産制と刑罰制が法であった。

社会が次第に發展するにつれて、族長間に権力関係が発生しその競争の中から王権が生成して中央権力が成立するにいたつた。三世紀ころの日本を語る資料として最も重要視されているのが中国の三国志中『魏志倭人伝』(魏書東夷伝の通称)で、そこに語られる女王卑弥呼の邪馬台国には、王権とその下の身分制度・刑罰制度・統治機構等の形で素朴な公式法が成立していた。それに対照して、王権の下の各民族も法主体として非公式法を持つこととなり、ここに二元的法体制が芽ばえた。

そのころ朝鮮半島諸国との交流が始まっていた。公式交流の最初は、新羅と二〇五年、百濟と二四七年、高句麗と二九七年であったが、二八五年王仁による儒学の伝来に代表されるその發達した工芸その他の朝鮮文化がとくに四世紀以降非公式・公式に続々と移植され、今日にもその跡を雄弁に残している<sup>(9)</sup>。その中に法もあつた、つまり日本は朝鮮法と接触したはずだが、どのようにこれを移植または拒否したかについては私がここで紹介できるような研究は皆無である。中国法がまもなく意図的・組織的に移植されて日本に及ぼした圧倒的な影響力とそれが朝鮮法にも母法であつたその始源性とにより、朝鮮法の日本法への影響が無視されてきたのかもしれないが、未知の文化文明に驚嘆した当時の日本人にその影響がなかつたはずはない。

その研究のないことは日本の学者の怠慢ではなかったろうか。

中国法の移植は、聖徳太子の立法と律令制の導入で実行されたとに階層的に整序する「冠位十二階」(六〇三年)と、天皇権力による統治組織の原則を宣言する「十七条憲法」(六〇四年)とであった。あわせて、天皇を頂点とするヒエラルキーで強力な中央集権国家を統治するという新国家法の基本的法前提を確立した。天皇権力はその後、大化改新(六四五年)に象徴される有力氏族との政治闘争にうち勝ち、その体制固めにこの法前提を法規則に具体化する大立法事業を行った。その模範とされたのが、当時英明な諸皇帝のもとに大帝国の創業を完成した唐の律令制であった。その成果が、体系化をなしたげた大宝律令(七〇一年)とこれを修訂した養老律令(七一八年)とであった。ここに、非公式法と明確に区別される公式法が確立した。

日本の律令制は、法規則を整備した国家法体系であった。その核心は、国民をまず良と賤とに分け、さらに位階により格付けされた貴族官人とその外の平民とに区別した身分制度、太政官制と都城制および軍制からなる中央制度と、国・郡・里(のちに郷)の組織と駅伝制による地方制度とで固めた国家機構、班田収授法に従う口分田や各種の職分田その他の私田と、天皇

用の官田や太政官用の乗田その他の公田とを分ける土地制度、田租と課役(調・庸・雑徭)と兵役との国民の義務、行政とは未分化の司法による笞・杖・徒・流・死の刑罰制度、等であった。この全体系は、従来の日本には全く例のなかった古代国家法の完成、実は中国からの移植法であった。

この壮大な法体系から帰納すれば、革命的な中央集権制、厳格な身分制度、男女差別を含む家父長制、そして天皇を源泉とする権威主義が、法前提をなしていることが明らかであるが、十七条憲法はそれ以前にそれらを理念として明言していた。すなわち、儒教道徳をモデルとした「群卿百僚礼を以て本とせよ」(四条)と「人各任あり」(七条)とで身分秩序を、「詔を承けては必ず謹め」(三条)で固有の天皇権威を規定するとともに、それらに先きだつて、「和を以て貴しと為し」(一条)と固有の和の精神を、ついで「篤く三宝を敬え」(二条)と仏教の教えを、依の心を基礎においた。これらの諸法前提が、日本のアイデンティティ法原理を最初に具体化したものであった。すなわち、氏族制社会から発展させた固有の天皇・家族・身分の制度を正統の構造的原理とし、これを正当化する倫理を儒教と仏教に借りたもので、その大綱は以後の日本法史において形を多少は変えながらも確実に維持されてきた。その意味でこの律令制

は、法体系としては典型的な移植法には違いないが、法前提では固有法を基軸に移植法を利用して公式制度としたものであった。

2 その律令制は、中央権力の意思により正統の法体系として実施され同時に権力の強化に貢献したが、それが日本の社会と政治の風土に浸透するにつれて現実からの反発が大きくなり、一〇世紀前後には固有法として発達した諸制度によりほとんど取って替えられるに至った。

発端は、九世紀初頭に設けられた検非違使であった。これは、当初は中央政府の司法警察を管理しただけだったが、やがて徴税その他の行政権をも掌握するとともに、その地方担当として諸国に追捕使も置かれるほどになった。これに合わせて律令制の諸機構が延喜式（九二七年）に代表される諸法令により続々改正され、内容的には移植法を換骨脱胎し固有の制度を盛りこんで新法体系を形成し、公家法を創出するに至った。平行して地方では、各地の政治単位が荘園として発展しこれを支配する豪族が本所と観念されるようになり、またその権力とあいまって大きな神社と寺院も本所となるようになり、ここに、荘園法や社寺法を内容とする本所法が成立した。やがて荘園支配者た

ちの権力闘争の中から武士階級が確立して政治の実権を掌握、一一九二年には源頼朝により鎌倉幕府が設置され、以後一八六八年の明治維新に及ぶ武家政治が続くことになった。それを規制したのが武家法である。

武家法は、いわば身分法と支配法と二面に発達した。武家身分法は、武士道と呼ばれる特有の階級倫理を法前提とし、元服・切腹・敵打ち等々で著名な武士作法、一家を維持するための家法と家産相続法、保護奉仕の相互の義務を定める主従法、等に入法規則を発達させた。これらは国家法そのものではないが、社寺法と同様に国家法が必要として公認していたものであり、入り公式法の性格を帯びていた。武家支配法は、内容的には支配者間の封建契約と、支配者の被支配者に対する農民支配法とに大別されたが、鎌倉幕府の成立以後は、中央の幕府法と諸大名の領主法とが発展しあわせて新国家法となり、足利氏の室町幕府（一三七八―一五七三）を通じて前代の律令制と公家法・荘園法に取って替った。<sup>(1)</sup>この国家法は、前代における移植中国法の性格をほぼ払拭し、徳川幕府（一六〇三―一八六八）の時期には幕府法と各藩に行なわれる藩法と二元制の、固有法体系として完成された。

固有法は武家法だけではなかった。民衆は徳川期の五人組に

例証されるように、武家支配の下でその規制を受けながらも、生産体制を確保するために各地各様に独自の固有法を法規則として発展させていた。農漁民は、共同体法ないし村掟や身分階層制において農民法・漁民法を制度化し、都市住民は、共同体的な町儀をはじめ手工業と商取引のために座法や市場法その他の商慣習において町人法を発達させた。座は、商工業座のほかに神社の宮座や演芸の芸能座等に見られるように、特権者の共同組織として特有の法を発達させたが、講もまた、経済あるいは信仰を目的とする共同組織としてむしろ仲間の平等を原理とする法を発展させた。<sup>(12)</sup>かくて中近世の日本法は、典型的な多元的法体制であった。

しかし他面では、この文字どおりの多元的法体制の全体を貫く法前提が諸法体系を横断的に基礎づけていた。まずは家族制度が、支配層の家父長制として完成されその原理は庶民層にも拡大し、とくに本分家のヒエラルキーと家系による階層構造はその直接の応用として、さらに親分子分関係や兄貴分舎弟分関係などはその擬制として、ともに全国の各社会に普遍化し、あわせて日本伝統社会特有の身分階層制に発達した。これは古代公式法の基礎的法前提であった身分秩序の延長にはかならない。ついで、上の家族的諸集団のどれにも通ずる一家の団結、地

域の共同生活に不可欠な村の一体性、それらの拘束を離れても働く仲間の意識、等を貫いている共同体原理で、古代公式法の他の基礎的法前提であった和の精神の再現にはかならない。では古代日本法で聖徳太子が三宝への帰依と言った最終的な法前提はどうなったかと言えば、もともと言葉としては仏教用語であり実体としては法に固有の要因ではなかったから、中世では法規則の発展による法全体の固有化と分権化で不要になったと解することも可能かもしれない。

しかしその実体は以下三つの理由で残存していたと、私は解きたい。一は、世界の他の文化圏では専門の法律家・法学者つまり法学が学問として独立して最終的法前提を理念あるいは神命等に帰する理論を展開したが、<sup>(13)</sup>日本ではそのような法理論の専門的担い手がついに成立しなかったことで、あつたはずの最終的法前提も顕在化しうがなかったこと。二は、法の権威が実定的には幕府権力の源泉である征夷大將軍に帰着する形だったがその地位も名儀上は実権のない天皇の任命によつていたから、責任ある法の最終的な根拠が明確には特定できず、したがつてその権威を法前提として理論化する由もなかったこと。三は、それらの事情にもかかわらず、法を実際に解釈運用するにはそれを指導する法前提が必要だから、これをいろいろな表現、た

とえば、「建前と本音」の使い分け、「義理と人情」の板挟みと辻褃合わせ、「責任」はあっても仲間連帯で決着か時の経過で消滅、「決定権者に一任」して異議を申したてず、玉虫色の「柔軟な解釈」で納得、「現実の情況」上やむをえず、等々、今日でも日本法の解釈運用を微妙に左右する諸原理を創造し活用していたこと。私は、これらの理由により、中近世の最終的法前提は明確に措定されることがなかったが実は蔽として存在していた、ただし法として明言されることがなかったので、これを中心に法外の法理念と言っておきたい。そう言えば、古代日本法について三宝とか帰依とかの仏教用語で表現されたものも法外の法理念にはかならず、中世以降に法の固有化と分権化にもない同様に固有化しその名を失ったとしても、実体は生きて働いていたのである。法外の法理念こそ、日本法の看過できない特徴である。

3 この固有法時代が長く続いたのち一八六八年の明治維新を契機として、日本は固有法を捨てて移植法の時代に入ったと言われている。この間に外国法移植の機会はなかったのではない。たとえば、教会法が、一六世紀中世のキリスト教伝来と同時に伝えられたはずで、事実信徒の間ではそれが非公公式とし

て実効があつたからこそ徳川幕府の禁制に遭つたのだが、その弾圧によって排除されてしまった。そしてそれを直接の理由とする鎖国政策のもとでは、オランダだけは貿易を許されたが、外国法の移植はすべてきびしく禁止されたのである。その結果として、固有法は前述のように発達したが、その間に先進諸国は強力な国家権力と人類普遍と誇る近代法とを創造していたので、これに気づいた日本人がそれに追い付こうと国家国民の存亡を賭けて試みたのが、明治維新とそれに続く近代西欧法の移植であつた。

はじめに、その立法事業を主な法典の制定年順に確かめておく。まず一八八〇年フランス人顧問が起草した刑法（一九〇八年に全面改正）と、一八八九年ドイツとオーストリアの皇帝権をモデルにした憲法があり、翌一八九〇年には、ドイツ人起草の商法と、フランスとドイツ二国の流れを汲む刑事訴訟法と、主としてドイツによる民事訴訟法が一律に制定され、そして一八九六年と一八九八年とには、フランス人顧問の草案をいわゆる民法典論争をへて二つにわけて書き直した民法があり、以上の諸法をあわせていわゆる六法が完成した。だが国家法体系はそれだけではすまない。とくに、行政法が、一八八九年の内閣官制と一八九四年の各省官制通則とで中央行政が、また一八八

八年の市制・町村制と一八九〇年の府県制・郡制とで地方行政がそれぞれ整備され、さらに国際法も、条約改正が明治維新の重要目的の一つであったことでも知られるように成立している、六法と並ぶ重要分野であった。その他を含めその全体が当時の日本の公式の国家法とされた。

だが実際にはそのほかにも国家法以外の公式法があった。一般の常識では国家法の内に理解されていたが、法学がその対象としては扱わなかったものである。その一はいわば皇室法で、法学では広義の憲法の中で言及はされたが、その実体を法学者は論ずることが少なかった。その二は軍法で、陸海軍は天皇の統帥権下に属している国政上の統治権が及ぶところではなかったから、法学の管轄権外におかれた。その三は外地法で、植民地には内地とは別に天皇直属のイギリス流総督統治を実施するもので、憲法体系の直接管轄するところではなかった。以上の三法はいずれも天皇権威下の聖域に属すと考えられ、法学は概して言及することを避けていたのである。対照して、キリスト教国やムスリム国に典型的な宗教法は日本人に信者がいても、また世界に多い少数民族法と並ぶ例として日本にもアイヌ固有法があっても、それらの法を公式法と認めることは意見として出されることさえなかった。

この明治法体制は、基本的な法形式と国家形式および内容の一半として自由主義原理を西欧から移植したことは確かに間違ではないが、他方で固有法をまったく放棄したのもなかった、いなむしろ内容の他の一半にこれを再編成して強化したと言うべきであった。何よりも公法の基礎である天皇制は、西欧の帝制とは異なる伝統を基にして当時の国際情況に合わせた特殊な権威を創作したものであった。また私法の柱である家制度は、武家を中心とする名家の伝統をモデルにしたものだった。明治法体制は、この固有法上の二制度を基礎とし、公式法上の貴族制度・位階栄典制度・制限選挙制度その他により、またそれらと相互に支持しあう非公式法として発達した地主制度・保証人制・満場一致制・協調精神その他を通じ、新しい日本社会を作りあげようとした。それがもし近代西欧法の文字通りの移植ならば欧米並みの近代社会となつたはずだが、結果はそれとは大きく違っていた。

できたのは、国家機関と村落構造に典型的に現れたほか日本社会のすみずみにまで徹底した身分階層制と共同体原理、すなわち古代から中世封建時代を通じ一貫していた法前提であった。そしてそれを全体として統括した原理が、神話として創られた天皇制であった。天皇は国体の源泉で実定的な法体系の外にあ

る高い權威とされたから、これは「教育に関する勅語（一八九〇年）」に具体化された、法外の法にほかならなかつた。明治法体制はこの基礎的法前提の下に、移植法により国家法体系を公式法として確立させ近代的社会の展開を促進させたが、同時に固有法の一部を再編成して公式法の基礎部分に取りこむとともに、すぐ後に言うように非公式法として広汎に生き残らせたのであつた。

それが第二次大戦後に、主としてアメリカからの移植法により大改革を加えられた。公式法の中心であつた天皇制が変革され家制度が廃止され、それに伴い近代法の原則である個人の自由が本来の意義どおりに保障されることになりその発展である福祉政策も採用され、固有法は消滅したかのように見える。しかし実は、そのもともとも固有法は生き残っている。公式法上、天皇は依然憲法上の基本制度であり、家制度の旧慣も民法の運用では可能である。印鑑・根抵当・のれん等のように一旦は無視された後に公式法に採用された制度もある。非公式法としては、一方では社会の急速な民主化と伝統の解体に伴う崩壊が言われるけれども、他方では多くの伝統的な法主体は法規則としても生きていて、神社や寺院のほか各種の家元集団等は勿論、林野・漁場・温泉の入会慣行や講・連・中（ジユウ）等々でも

（注12参照）それぞれの組織と運営を規制し、一部ながら家法や村の掟あるいは仲間の仁義等としても残っている。法規則としては失われた場合でも、義理とか差別意識とかの例のように法前提としては働くことがある。

もとり現代の日本社会でも、移植法の原理により個人の自由意思が尊重される。故にと言うべきか、にも拘わらずと言うべきか、実際には誰もが、所属する各種の集団ないし組織の規則や自分でした約束には拘束され、一定の場では管理者の指示に従い自他の座席を尊重し順序を守る等の社会的ルールにも服する。これらは、大体において移植法的慣行で国家法上の基本的自由権に基づくと解釈されるが、実際問題としてはそれぞれの法主体の非公式法に従っていることにはかならない。これらを法と言わなくともよいかもしれないが、いざ事が起こったときには裁判所も尊重する点で国家法を補充する効力を持つ。他方、越境入学や未成年者の喫煙飲酒など事実上の慣行を見れば、国家法に違反する事実を認める社会のルールが働いており、また、初犯微罪不起訴の慣行や高速道路の制限速度超過奨励などでは、国家法を拒否するルールが当の国家法から容認されていることになる。これらの事実は、国家法の効力を左右する効力のある規則やルールが社会にはあり、それに拘束を感ずる本人

には国家法より効果的な法であることを示している。そのような実効性がこれらを非公式法と理解する理由である。

4 以上で歴史を通ずる日本法の変遷が説明されたので、最後にそれに一貫しているアイデンティティ法原理を抽出する段階に至った。

その第一の特徴は、律令制と明治法体制の一見すると徹底的な外国法移植と見られる二度の大改革のさいにも、固有法が、実は残存したばかりでなくむしろ公式国家法の根幹をなす原理・内容として採択されていたことにある。しかも移植法下の固有法は、移植公式法によって取捨選別ひいて変型をうけた部分もありながら、他面では国家法により名実ともに補強された面も、また反射的に非公式法を発達させた面もある。そのような固有法の潜勢力が、中世封建時代にはほぼ全面的に移植法を駆逐するほどだった。明治維新後とくに第二次大戦後の現代では、固有法は、一方で公式国家生活の面而言えば比重が次第に小さくなりつつあるが、他方から日常生活における実効性で言えば、それほど強い公式の移植国家法の中にもなお残存しているほか非公式法としては多様に機能していて、日本の社会文化の特徴となっているという強靱さがあるから、いつの日にか消

滅してしまうとはとても考えられない。そしてどの法主体の法においても、法規則は法前提の力を借りて概して柔軟に運用される。

日本法のアイデンティティ法原理は、公式法と非公式法、固有法と移植法、および法規則と法前提と三ダイコトミーの、個々における両概念の組合わせにおけるバランス関係、および三ダイコトミー全体の統合的バランスを、かくも一貫してなしとげさせた最終原理のことである。個々のダイコトミーの両概念は、それぞれが各自の本質を絶対として固執するならば、たがいに排斥しあうだけでその共存協調は不可能となり、まして全体の統合などありえないことになる。そのような結果がもたらせられることなく、反対に、すべての概念とダイコトミーのそれぞれにその本質に応ずる機能を發揮させ、その間には相互の不調和むしろ紛争混乱もある程度はありながら、総体的には全体の統合的バランスを維持させてきた。これが日本法の歴史だとすると、そこにはこれを可能にさせた最終原理が働いていたと想定せざるえない。

これを確認するのにヒントがある。アメーバである。アメーバは、独立の個体であるが形状は一定せずに状況に応じて柔軟に変型し、また変型をくりかえして移動し食物を摂取する。そ

のように不定形でありながら一個独立の生物体として個性を保持し種を存続させる。とすれば、日本法がさまざまな歴史的状況にに応じて形態はもとより内容も変化しつづ一貫する日本法でありえたのは、その変幻自在なアメーバ的性格によると比喩することができよう。(15) よつてとりあえず、日本法のアイデンティティ法原理にアメーバ性情況主義(これまでアメーバ的思考行動様式と言っていたが、意味はそのままだけを変えざる)あるいはアメーバ的法文化と表現し、研究者の協力により今後の精錬を期したいと思う。核心は、固有の形態と最終原理が不明確であるにもかかわらず、それらを蔽として保有し自己の形を柔軟に変え時には立場の転換も辞さずに環境に適應し生存を続ける潜勢力である。

### Ⅲ 韓國のアイデンティティ法原理

I 韓國のアイデンティティ法原理は、その基層文化が韓國の文化史に一貫して法の最終原理として現れるはずであるから、まず韓國基層文化を確認する必要がある。それとしては、この語を原始固有文化の意味に解し、それが後に政權の奨励により固有化した儒教文化と、広く民衆生活に根づいた巫俗文化との

二重構造で伝統文化を形成したとする専門家が有り(たとえは朝倉一九九三)、この二重構造は、高文化・大伝統・両班文化等に対する土着文化・庶民文化・常民文化等と言葉は違つても他の学者によつて認められている(伊藤一九八五、一七―二六頁、嶋一九八五、九八九頁、その他)。

すると、それらに対応するアイデンティティ法原理を探求するために留意すべきことが、まず二つ脳中に浮ぶ。一は、本来の原始固有文化は北方騎馬民族文化と並びシャーマニズムを基礎にして現在にまで一貫している一方で、他方儒教文化は規範倫理としてだけでなく中国文化全般の移植を象徴するが長い歴史の間に多かれ少なかれ固有化されているから、この両文化は、理念型としては区別されるが現実には相關して作用するだろうことである。二は、近代以降には西欧文化の浸透に伴ない伝統の両文化とも変容むしろ後退があり、戦後は、その一層の進展があるとともに反射的に民族文化としての高揚もあり、前代とは区別して取り扱うことが有効なことである。よつてここでは、前代の二重構造のものをあわせて固有文化の語で表現し現代文化と対照させることにする。求めるアイデンティティ法原理は、固有文化と現代文化に通ずるものであるはずである。

固有文化を構成する諸因子としては、多くの説明がある中で

も、三綱五常に要約され孝道・男女有別・長幼有序・上下序列等の身分秩序に代表される儒教倫理 (Haboush 1991; Robinson 1991 参照)、族譜に基づく父系親族関係の門中組織、洞祭や個人的祈願を典型とする巫俗、村と契および親族・地域・学校等の共通出身集団などに明かな共同体性は、自明とされていると言つてよいであろう (崔一九七七、伊藤一九八五、嶋一九八五、その他)。問題は、それらが現代の法文化としてどう変容しているかである。

これについては、幸い韓国学者の見解がいくつかある。まず「韓国の法文化」と題された最近の論文がある (韓一九九三)。この題名は魅力的であるけれども、論旨は法文化の概念を法学の常識に従い法思想ないし法観念と解し法思想的考察を加えたものであるから、それとしての評価はなされるであろうが、社会科学的研究ではないからここに参照できるものはない。これと比べ崔鐘庫の本研究会報告 (一九九三) は、韓国法思想家の諸説の簡略な要約だが、さまざまの考え方を網羅的に紹介し、その全体が韓国におけるアイデンティティ法原理の存在を裏づけるものと解される。そこに紹介された一五学者の「思想財」は前記諸固有文化のどれかを説くもの (沈在宇一九九三はそのうちの儒家を)、また五学者の法思想は「永い民族的伝統に育

まれた固有の規範原理」としての「法と『礼』と仏法が混沌とした特殊な自然法」(鈴木一九九三、九一三頁の表現)を「模索」するものだからである。

また幸いにも、この模索のために貴重な資料を提供する実態調査がある。全国規模で行われた二つの法意識調査である。一は、延世大学の咸秉春と梁承斗が政府機関の援助も受けて一九六三―六四年に実施したもの (Hahn 1969; Hahn & Yang 1975、以下で延世調査と言う)、他は、国立韓国法政研究院が一九九一年に実施したものである (青木一九九二、一九九三、朴一九九二、以下研究院調査と言う)。両者の意義は、いずれも統計学的手法による組織の実態調査で信頼できること、そして延世調査は独立後まもなくの変容を、また研究院調査はその後最近の状況を報告してその間の変化の比較が可能なこと、にある。<sup>19)</sup>

延世調査は法外志向 (alegalness; Hahn 1969: 19-20; Hahn & Yang 1975: 191) を固有法文化の根本原理と仮説して調査を実施した結果、この原理が戦後における社会一般の変化にもかかわらず依然妥当することを実証したものである。法外志向の意味は三点で説明される (Hahn 1969: 19-21)。すなわち、一に、法の本領である暴力的制裁は人間の品性、文化・人間性・

徳を否定するものだから敬遠したいこと。二に、裁判の白黒の裁定は当事者に不和と恥を残すから、紛争で壊れた関係を修復し和を維持するには調停 (mediation) の方が望ましいこと。三に、形式的合理性よりも実質的合理性を優先させることである。市民の日常生活における法の経験と知識にかかわる三七の質問と、回答者の属性に関する一四の質問とに対する回答を分析した結果の結論は、以下の諸点である (Hahn 1969: 43-44; Hahn & Yang 1975: 191-192)。すなわち、一方ではこの作業仮説が基本的に支持されたが、他方で、戦後の国家法により権利主張精神もとくに都市住民・若年層・高学歴者に進みつつある反面で、西欧法が固有文化の圧力により固有化しつつあることも認められたことである。

研究院調査は、移植した西欧法の本質的原理である法治主義が定着する可能性を測ることを目的に実施された。この結果を調査責任者自身が分析し以前の諸調査と比較して、特徴を三点に要約している (朴一九九二、二九一三〇頁)。第一に法に対する肯定的評価が広がり、第二に権利意識の伸長と遵法精神の欠如がともに目立ち、第三に立法および法執行機関に対する否定的認識が深まったことである。これを具体的に言うと、一方で、国民の法認知欲求が高く訴訟回避傾向がある程度消え行政

官庁への信頼度も高まり、「法治主義定着の可能性」が見られる反面で、法不信の風潮がいまだに蔓延していて、とくに低年齢、高学歴、高所得、進歩層に甚だしく現れると、記されている。ここには、国家法をめぐり固有文化と移植文化とのせめぎ合いがあり、これが一見あい反する二つの傾向性を現出していることが明らかである。

それにもかかわらず、そのように一見分裂した韓国民の法生活も実際にはそれなりに一つの全体的法秩序として成立している以上、そこにはこの統一を成しとげさせる原理が潜在的に機能しているはずである。それがアイデンティティ法原理である。これを求める示唆は、上述二調査がそれぞれ認める法外志向と法不信とが、固有文化に基づき現代文化の中で変容しつつもなお有力であることにあると、私は考えたい。それを探る前に、固有文化を日本ないし中国と比較して特徴を確認しておこう。法の歴史についても、前節で日本法史につき三ダイコトミの道具概念を使って概観したような説明ができるはずだと思いが、事実には疎い私には不可能なのでここでは省略する。

2 韓国も日本もその文化を個別的に考察するさいには、他と比較対照することはかならずしも要求されないが、他国と比

較するとくに中国を加えて三国を対照する視点を持つことは、その結果をどれほど記述するかは別として、不可欠であると言つてよいのではなからうか。三国は漢字文化圏としてともに共通文化をもつて一つに包括されるからである。三国に共通する文化としては、一に漢字と儒教があり、二に親族組織が社会構造の基礎をなし、三に社会は共同体的性格とシャーマニズム志向で形成され、そして四に政治は天命による皇帝の支配を長く信じていた。したがって、韓国文化の特徴を確認するには、これらの諸点につき三国間の、この場合はとくに日本との相違を発見することが有用であろう。

たとえば儒教倫理は三国に共通だが、中国はその発祥地であるとしても「真理を独占」したわけではなく、日本では浸透が「不徹底」であるのに比べ、韓国では移植文化ながら政治の原理として採用され民衆にも教育されて固有化し、一八一―一九世紀には国民生活の全体に浸透したと言われる (Hahoush 1991: 84)。私がお付け加えるならば、日本でも、儒教倫理は、官界の秩序、武士の倫理、国民道德等の真理として公式に鼓吹されたが、それと並んで建前と本音の使いわけや義理に勝る人情などが「他の真理」として働いていたために、その分だけ徹底しなかつた。また儒学は、中国と朝鮮では階層的支配の学であつたが、

日本では武家政権と「イエ」的集団主義により超階層の自由的営為に貢献したという趣旨の、今井弘道の示唆（一九九三b）も検討に値する。しかしそれらの点は本研究企画の最終テーマにかかわるから、私の報告でもそこに譲ることにする。

その他の固有文化を概略比較すると、日本でも、男女有別はあるが、早乙女・巫女・刀自・かかあ天下などの表現に見られるように女性の地位は非公式にはむしろ尊重される事実がある。上下序列にも、職場の上役や仲間のまとめ役あるいは地方の有力者・人徳者などさらに諸社会関係に広く薄く通用する先輩後輩関係などがあるから、長幼有序と「カントウ志向」（崔一九七七、六八頁以下）が徹底している韓国とは違う。親族組織では、族譜は一般には作成されず異姓も当然の如くに養い父系親族も姻族とあわせ親戚として社会的勢力を形成する。さらに親族関係は本来の本家分家のほかに、擬制されて兄弟分・親分子分・一家意識に広がり一般の社会関係にも応用されている（川島一九四六）。シャーマニズムも、韓国の巫俗のような原初的形態は少なくなり、神道ないし神社として精錬されるか無原理的な固有思想に稀釈されている。共同体性は、典型的村落では規範性がきわめて強かつたほか、会社・同窓関係その他の組織に擬制され社会構造の基礎にさえなつていて、むしろ強い。

現代文化を報告する延世調査の結果も、両国の相違点を一つ注記している。すなわち、暴力が韓国では人間性の否定と見られていたのに対して、日本では武士道におけるように規律の下ならば美德とされる点である (Hahn 1969: 45)。これは、事実であろうが単なる暴力礼賛ではなく、言われるとより武士道という日本固有の社会倫理が法の前提原理をなすからである。

その他の調査結果の中にも注目されることがある。中でも、紛争処理手段として調停が好まれることは両国とも同じと言ってよいが、相違も明らかにある。日本では、調停者には両当事者の所属する集団の上長ないし有力者であることが多く全くの無関係者であることはなく、(しかもそれに処理を一任するから方式は調停というよりむしろ仲裁ないし裁定であり)、そしてその結論は先例として尊重されるのに対して、韓国ではそういうことがないという (ibid.: 35-36)。

以上のような考察をさらに進めるならば韓国と日本との比較の解明ができるはずだが (金一九八六のような論考も最近は両国に多い) が、今の私にはその余裕がない。ただ以上私の理解に複雑ながら大きな誤りがなければ、これにより大凡の比較的特徴を仮定できるであろう。すなわち、日本では、固有のシャーマニズム的信仰思想が儒教だけでなくやはり移植の仏教をも同

化しそれらの習合として、聖徳太子の十七条憲法に示されるような特有の固有思想を形成、それが時代とともに固有化を一層進め、理念的には天皇思想と武士道とに結晶するとともに、民俗としては典型および擬制の両面で親族的組織と共同体的構造を正当化してきて、さらに近代における西欧法移植をも同化したかに見える。そこに、日本のアイデンティティ法原理すなわちアメーバ性情況主義が働いている。これに対して韓国では、移植された儒教倫理が政権とくに李氏朝鮮により政治と倫理の前提原理として公定された結果、民俗における固有の父系親族組織およびシャーマニズムとあい並んで固有文化を形成した。

3 以上に要約した事実から韓国のアイデンティティ法原理を抽出するにあたり、私は、上記以外に考慮すべきいくつかの要因を思う。

一は対外環境の特殊性である。韓国は、有史以来、北方からは諸部族の、また大陸からは中国の諸民族諸朝の、そして東海からは日本の、陰に陽にの間断ない侵攻に悩まされ、それに対応するために、時には外敵に対し攻めこむこともあったが、多くはこれを防衛するのに追われ、和平の時期に比べ苦難と忍従の時期が多かった。韓国は、その困難な対外環境の只中で闘い

つつ民族主義を創りだしかつ護ってきた(参照、鄭一九九三、李一九九三)。これに比べると日本の歴史では、国土が外敵に侵されたことは、事実としてなかったただけでなく可能性としても元寇(一二七四年と一二八一年)の危機ただ一度にすぎなかったという安穩さであった。

二に、韓国内部の歴史は、まず神話時代に小国が乱立ししかも盛衰興亡があいつぐ状況から始まった。だがそれにもかかわらずそのすべてを一つの民族社会と同定させる固有の理念があったと、私は理解する。それが降臨神話である。天帝ハヌム<sup>(17)</sup>の命をうけた天孫檀君が太伯山に降って古朝鮮を開いたという檀君神話をはじめ、多くの王朝はその始祖が天孫だと称する(金一九八九)。この民族の統一を具体的に実現したのが新羅(六六八)、国家体制を整えたのが高麗(九一八)、そして今日見られる伝統を確立したのが李氏朝鮮(二二九二―一九一〇)であった(一八九七―一九一〇は大韓帝国)。この国民体制を政治的・社会的に正当化したのが儒教論理であったことは間違いない。その間も、檀君神話は生き続け、そのシンボルとして檀君紀元が民族の歴史を記録する基準とされ一九六一年には廃止されたのだが、檀君神話までただちに消滅するはずはない。私の知るところでは、キリスト教が本来は異質のこの社会にか

くも普及し都市では人口の半数近くにもなると言われる基盤は、シャーマニズムの伝統であり事実檀君神話との類比論もあるという(伊藤一九八五、二七六―二八〇頁)。神話は陰に陽に生きるからこそ神話なのである。それらの事実国民全体のアイデンティティとして正統性を希求する心が反映している。

類似する天孫降臨神話によった日本では、安穩な歴史を温床として神話のストーリーが素直に万世一系の皇統を実現したが、韓国では、困難な対外環境のもとで、天孫が、儒教論理による統一のなかった時期には、多数が正統を自称して事実上他と併立していた。帝位にも、皇統とは無縁の家臣・外来者はもとより逆臣でさえ迎えられ認められれば継承ができた(金一九八九による)。このように苦難をへて国家統一が成った後には、国民は、この唯一の正統性を自己の最終アイデンティティの根拠としたが、日常生活でもその具体的な保障を求め、それを血縁・地縁・学縁で結ばれた人間関係を身分序列により整序することを選んだ。かくて成立したのが韓国社会特有の人間関係ネットワークで、これが三の要因である。この名称は日本の一学者がつけたもので(服部一九九二。なお注(30)参照)その弁証は不十分であるが、言われる実体は韓日両国の専門家も認めるところであるから当座の便宜としてこれを借用しておく。

ところで、そのような正統性は人生に不可欠な権威として求められるが、常に望むように実現されるとは限らない。その場合感情が鬱屈すると、四の要因として指摘される恨（ハン）の心情が醸成される。恨は、怨恨と包括されることもあるが、別ければ、他人に復讐しようとする外向的な怨と違い、解決したいがでぎずに二律背反に悩む内向的な心で（国際文化財団一九八七、一〇三—一〇四頁）、人が自分自身の願望と能力を持つにもかかわらず挫折感に陥り、しかも暗い空虚な心に夢の残りも消さずに保っている心と説明される（李一九八五、二六八—二六九頁。なお注（30）参照）。挫折感は、人がその社会環境の中で自己のアイデンティティとして依拠すべき正統性を求める心が強ければ強いほど大きくなるはずである。ゆえに恨の心情は、個々人が正統性の欲求が大きいことの反証だと、私は解したい。

4 上の諸点を総合して韓国のアイデンティティ法原理を推論すると、以下が得られる。

最大の問題は、法外志向あるいは法不信と言われる現象を、韓国文化のアイデンティティの一環としていかに合理的に理解するかである。この現象は、典型的な西欧諸国の国家法下にお

いてはごく例外的な病理現象で、原則としては制裁を加え匡正すれば済み、あるいは些事にすぎずとして法外に放置しても法による全体の社会秩序すなわち法秩序は健全に維持されるから、格別に問題にする必要はないであろう。しかし韓国の場合、単なる例外ないし病理と言つて済まされるようなものではなく、反対に正統の公式的な国家法体系の外にありそのゆえに非公式ながら、全体としての社会秩序には固有の、韓国民としてはむしろ正常の社会秩序を構成し、その意味では広義の法内にある。では、それがなぜ成立するかと尋ねるならば、国家法の規制を排除しむしろこれに優越する法、すなわち社会には国家法とは別な法があつてその規制の実効によるのだと、答えるほかない。すなわち非公式法が効果的に働いているのである。延世調査の報告者もこれを「法 (the law)」だと認める (Hahn 1969: 36) とうりである。しかもこの法は、もとより固有法である。

言いかえれば、韓国の全体としての法秩序（国家法上違法な行為をも包みこんで成立する社会秩序）は、移植法である公式的国家法によるだけでなく、それと並んで固有法が、非公式法として国家法外に機能している上に国家法の体系内にもしばしば採択されて公式法となり、<sup>18)</sup>あわせて平和的に共存している。移植法と固有法とのこの共存むしろ統一を可能にする原理が、

韓国のアイデンティティ法原理にはかならない。

これは、古代に小国の乱立盛衰を統一する原理として成立した後、四方から迫る外圧に耐え外国と他民族の文化を取捨、とくに中国法を大幅に移植しつつ他面では同化し、民族の法におけるアイデンティティを護ってきた。そして近代以降、公式国家法に西欧法を移植するにあたってもこれを取捨した上、非公式法としては勿論時には公式法でも、儒教文化や人間関係ネットワークなどと表現される固有文化を維持してきた。そして将来も、この原理は、固有法と移植法の比重したがって法秩序全体の性格がある程度は変更しつつ、しかし環境に適應して韓国法のあり方を指導することであろう。

したがって、いわれる法外志向ないし法不信は、将来とも全体の法秩序の中で比重と性格を変更しつつも韓国法が在るかぎり存続するはずであり、故にその根絶を思うのは誤りで、反対に、アイデンティティ法原理の下にその本質にふさわしく活用を図るべきである。<sup>(19)</sup> その目標は、韓国民自身の民族的アイデンティティを尊重しこれによく適うように、固有法と移植法を取捨選択して組み合わせ、公式法と非公式法それぞれに適切な法規則と法前提を配分することが第一、そしてそれが独善の利己主義におちいることなく、反対に世界の他の多くの異なるアイ

デンティティ法原理ひいて人類普遍の法と協調できるように自ら反省と改革を怠らないことが第二であろう。具体的には、この両目標を実現できるように国家法を整備すること、同時にそのことについて世界の理解を得ることである。<sup>(20)</sup>

この原理を、ハ・ヌム・性・正統・主義<sup>(21)</sup>あるいはハヌム的法文化と、私はかりに言っておきたい。韓国法文化の基礎的特徴は、何よりも、社会における法主体ごとの正統性の尊重にあるのではないかと、私は思うからである。人は自己のアイデンティティを所屬集団の正統性に賭けその法主体性を譲ろうとする。ゆえに、国家はそれぞれ自己の正統性を主張してその根拠を降臨神話に求め、民衆は家系を誇って門中組織を形成しこれを擬制して共同体性の人間関係ネットワークを結ぶ。だが、統一国家以外では、唯一であるべき正統性が多数存立することになって意味の矛盾を来す。この矛盾に気がついて、シャマーニズム的思考に任せればこれを矛盾のままに受け入れることができるが、これに悩むならば恨の心となる。そのような、明らかに矛盾をかかえつつ、いやむしろそうであるからこそ、すべてを包容することのできる高次の理念を執望せざるをえない。

このような心意の文化原理をハヌム性と表現するのは、ハヌムの概念が上に要約した韓国アイデンティティ法原理の性

質を比喩するのに最適と思われるからである。それは、第一に、人が集まって国を創ればいかなる小国にあつてもその主体的な天空神（あるいは天帝）となり、第二に、これらの「小国を吸収したり、乗っ取ったりして国を開いてゆく」（金一九八九、六七―六八頁）より高位の正統的權威を本質とし、そして第三に、異文化の神に化身してキリスト教を日本に比べて格段に普及させるほどの包容ないし拡張の能力を持つ。この性質と能力の核心は、所属集団の正統性に依拠するがゆえにこれを護つて他と競つてもそれに安住し、しかし志が破れば恨の心となる。言いかえれば、正統性の多数並立という矛盾を抱えたままの統合原理である。これを将来に発展させる方途は、多くの正統性がたがいに他を否定しあうのではなく、それぞれの性質を活かせるよう全体を一つの合理的なヒエラルキーに整序することを自覚的に志すことではなからうか。

#### IV 比較的考察

以上に述べた韓国のアイデンティティ法原理についての提案は素朴だが、修正意見や反論・対論によって概念内容を漸次判明にしてゆき、すなわち操作化を進め、その進行に従つて名称

もこの比喩的表現でなく実体的なものに変更する必要がある。この必要性は、実は日本のアメーバ性情況主義にもあてはまるので、両国の正確な比較をするのに、方法論としてはこの道具概念の操作化をまず完成することが先立つ要請である。しかし実際的には、実体問題を無視するよりも常にこれを参照しつつ方法の錬成をすることの方が効果的である。よつて本節においては、まず、この原理を他の法文化に適用した場合の効果を例示して道具概念としての一般的妥当性を証明し、最後に、韓国・両国の比較を試みて参考に供したいと思う。

1 韓国と日本と両国の法学者にとつて外国法として現在よく知られているのは、共通して英米とドイツ・フランスの法である。<sup>(23)</sup> われわれはこれらを近代西欧法のモデルと大きく一括するが、注意して見ればそれら諸国の中に制度と運用すなわち法文化の相違があることを、だれもよく知っている。この常識を理論として精練すれば各国ごとのアイデンティティ法原理が得られるはずである。関心ある学者の協力によつて練りあげていただくことを前提にして作業仮説を試みると、以下のように言えるのではないか。

イギリスはコモンローの母国であるが、そのコモンローは「条

理を備えた人 (reasonable man) を基準するという。条理を備えたとは、法律的概念としては「思慮分別のある一般人の普通の判断に合する」ことだが(田中一九九一)、これは辞書による「理性に従う、判断の健全な」(Oxford, Random House) という文化的概念の忠実な応用である。しかしそう言うだけでは、他文化の法にも通ずるものでイギリス法特有の性質は必ずしも意味されない。その特質は、条理の意味を決定する者が権威者ではなく、その判断者が、第一次的には当事者自身、第二次的にそれが複数の当事者間で矛盾するときは公正な第三者であることにある。しかもこの第三者は、単なる当事者外の一一般人ではなく、イギリスの近世以来の発展を担ってきたジェントリーの経済力政治力と生活態度・教養に発祥するジェントルマンをモデルとする。ジェントルマンの語は、その起源の含意により多様な意味に使用されるが、辞書の一般的概念ではイギリスで「相当の社会的地位にある人、教養と教育と行儀を心得た人」(Oxford, Random House) である、かくてイギリスのアイデンティティ法原理は、ジェントルマン性条理 (gentlemanly reasonableness) と言えるであろうか。

ドイツの場合は、イギリスの条理ほどきままつた表現がないから、その法の歴史と法学の傾向性から推論するほかない。し

かしドイツ文化と言えば、だれにもすぐ浮かぶ観念がある。体系と理論好みの思考、荘重なロマンティシズム、ゲルマン的と言われる共同体と忠誠の精神、それらのもとの自由と自己主張、等々である。法思想家としては、カント・ヘーゲル・ギールケがこれらを代表する。ドイツ法の実際においては、ゲルマン古法以来、神の権威に基づく教会法と超民族的なローマ法とを継受し、しかし歴史の間にこれらを同化し、カトリシズムを改革してプロテスタントイイズムにより近代的国家制を示唆し、そしてそのために古典ローマ法学を特有のバンデクテン法学に作り変え、同時に自己主張としてはゲルマン固有法を叫ぶが誤つてはナチス法学を鬼兎に持ったこともあった。とすれば、これを指導してきたアイデンティティ法原理を、かりにゲルマン性体系主義 (Germanic systematism) と呼んでおいたらどうであろうか。

フランスにも、ドイツと同様ただちに頼ることのできる表現がない。その法は、フランス民族が古代のケルト・ローマ・ゲルマン三民族の混淆で一民族ではないとさえ言われることがあるのと似て、外からそれと認められる明白な特徴を持たないかのように見える。だがフランク王国が成立しシャルルマーニュがローマン・カトリックの超人間的権威を背景に国家を強化し

て以来、やがて帝権により慣習法を統一しヨーロッパ随一の絶対王政を確立した。しかしそれを人民革命によって倒すと、人民の目的をナポレオンという皇帝の手で近代法として完成し、カトリック国にしてはいち早く政教分離を実施した。その知的伝統は、人権を創りだしながらその制度よりも理念を望み、また動揺しながらも知にこだわり続ける(樋口一九九四、一章)。法の歴史には一貫する原理が見えにくい、常に新しい価値を求めて時に対極に走る大きな変動もあえてすることはフランス文化の特徴である。それを内から叫ぶのがルソー、外を見て論ずるのがモンテスキューであろう。これらは、既成の法体制を英知をもって大胆に批判し新体制を予見するもので、法を法制度よりも在るべき規範のシンボルと見るものであり、そこにフランスらしいエスプリが働いている。とすれば、フランスのアイデンティティ法原理は、エスプリ・性規範・シンボリズム (Formalism of esprit) と言えるのでなからうか。

アメリカ法の歴史は、近代の建国に始まるから、右のヨーロッパ三国と比べれば単純である。合衆国憲法により一国家を形成したので、憲法そのものと国名・国旗・国歌・大統領・貨幣・軍隊等々憲法上の諸制度とが国民統合のシンボルとされる。これを具体的に規定する法規則は、イギリスからコモンローを

移植したのではあるが、制定法として揺るぎない整然たる体系性を保つことが要請される(注24参照)。したがって、この憲法を護ることが何よりも肝要であり、ゆえにルール・オブ・ローの原則が他の諸国とは違った特別の意義を持つ。この原則は、アメリカ法体系の理論的基礎をなすだけではなく、実践的にはこれに寄せられた国民的法意識の核心的シンボルとして、国内では訴訟社会を来したりインディアン固有法を冷遇したり、他方外国の政策や人権問題に対してもその主義を主張したりすることの根拠とされる<sup>(25)</sup>。アメリカ合衆国のアイデンティティ法原理を、この意味におけるルール・オブ・ローへの信(Convinced-of-rule-of-law)だとすることができであろう。

2 以上の四例は国家法のアイデンティティ法原理を求めたものと見えるであろうが、この国家法はどれも、国内で妥当する教会法その他若干の別の法体系を公式法として、また多くの非公式法を憲法上の自由権に基づく合法的規範として承認しているから、それぞれのアイデンティティ法原理は原則として社会全体の法秩序に及ぶと理解することができる。そうであれば、国家法だけでその国の法を代表させることに一応の理由はある。これに反して、非公式法を同時に視野に入れなければ、各国民

の立場における法秩序の全体が理解されない国が、世界には他にあるどころではなく非西欧には実は通例なのである。

上述の欧米四国も、わが国からは、政教分離の代表的な国と解されそれぞれの宗教法を国家法と並べて考察することがないけれども、この原則が必要とされる理由は、宗教が国家と無関係だからではなく反対に実は不可分であるからこそ、限度ある協調の分業体制を保障するためなのである。たとえば、ルーテル福音教会と北欧諸国、ローマカトリック教会と世界の多くのカトリック諸国などのように、キリスト教が国教ないし準国教の地位をしめており、ましてムスリム諸国では（千葉一九八六、一六八―一九〇頁参照）コーランが憲法にまさる地位を占めている。（以上の諸点は千葉一九九二を参照）それほどの地位を占める宗教法それぞれのアイデンティティ法原理は、各教各教派の宗教教理に帰着するから、ここで改めて言及することを省略する。ただついでに、世界の宗教法としては、上記二教のほかに、キリスト教の東方教会諸法、ユダヤ法（千葉一九八六、一四八―一六七頁参照）、仏教法（千葉一九八六、二〇六―二一五頁、Shii 1993を参照）を逸してはならないことを付記しておきたい。

法学が国家法以外の世俗法として語ることのある例として、

比較法學上の諸概念がある。そのうち特殊な社会主義法および地域によるアフリカ法とラテンアメリカ法に、もう一つ私見としてオセアニア法（千葉一九九一、一九五―一九七頁、Saxe 1993を参照）を加えると、これらはいずれもアジア法を言うのと同様に、一個の法主体の法すなわち一つの統一の権威に基づく一つの法体系ないし法秩序を意味するのでなく、多くの法の集合的呼称であるから、それらに包含される諸法の間に共通する性格を見出すことは有意義むしろ必要だとしても、それぞれのアイデンティティ法原理は求められるはずがない。だが、インド法と中国法にはそれが可能である。

インドは、歴史時代以来疑いなく一つの文化圏を形成し他と区別される国家体制をも維持してきたが、これを一貫する統一政権が常にあつたわけではなかつた。たしかに、アショカ王（前二六八？―二三三？）で知られるマウリア朝（前三二二？―一八四？）、バラモン教がヒンドゥー教に生まれ替わつたころのグプタ朝（三三〇？―五二〇？）、ムスリムによるムガル帝国（一五二六―一八五八）などの大帝國があつて、いずれも統一帝國とは言われるが、かならずしもインド文化圏全部を統一したものでなく盛時がそれほど長く続いたわけでもない。したがつて一九世紀中期以後のイギリス支配が二〇世紀の戦後に独立国

家に展開したのは、刮目すべき国民的統一でそれをなしたげた国家法の意義は大きい。しかしながら社会では、古代以来現在に至るまで、カースト制度のほか合同家族と村落共同体が国民を階層と集団に分断し、ヒンドゥー教・シク教・ジャイナ教・イスラーム・仏教等諸宗教の教徒間には対立騒乱が続発、その間にも諸ラージャーは古代の国王から植民地時代の藩王をへて現在にも生きのびて名望家の權威を保つ。それら多種多様の社会がそれぞれ一個の法主体として固有法を保持し他と併存しつつもむしろ対立してきた。

インド法とは、それら多種多様の法主体が一見分裂状態かと思えながらなお形成している全体としての一つの法秩序すなわち一つの多元的法体制である。現代のインド国家法は統一法ではあるが、現実には多様な公式・非公式の諸法と体系的な調整を果たしてはいない。にもかかわらずインド国民は、他の文化圏の法からは画然と区別されたインド法を、かつて統一を志した諸帝国に共通する法原理の延長として、意味の世界で抱懐している。その原理とは、ダルマシャーストラを代表するマヌ法典(紀元前後)の精神すなわちダルマである。ダルマは、万物が永劫の時間の中で行なう輪廻転生の真理およびその規範をさす、ダイナミックな統合原理である。すなわちインドのアイデ

ンティティ法原理は、シンボルとしてのダルマ・性・多元制(Dharma pluralism)だと言うことができようか。

インド法については、私自身が調査したスリランカの法を加えておく(千葉編一九八八)。ここでも多元的法体制が、インドより小規模だがそれだけに分かりやすい形で形成されている。古代には仏教国家が支配していたが、中世に鼎立することになったシンハラ族仏教徒の二王国とタミル・ヒンドゥー教徒の王国が、近代初頭にポルトガル・オランダ・イギリスの相次ぐ進攻により消滅、結局インドの一部としてイギリスの統治に服し、戦後に独立して国家法による統一をなしたが、この歴史が典型的な多元的法体制を現出させた。現在の国家法は移植法のイギリス法に主としてよるが、固有法として、シンハラ仏教徒のキャンデー法、ヒンドゥー教徒のタミル法、ムスリムのイスラーム法、さらに仏教僧団の仏教法等を、非公式法として黙認するだけでなく、公式法として国家法内にも以前の移植法であったローマンダッチ法よりもっと多く採択している(千葉一九八六、マラーシンハ一九九四を参照)。これらを統合する原理はダルマに淵源し憲法にも規定された仏教の理念かと思われるが、現状では代表的なシンハラとタミル両民族間に紛争が続いている以上、<sup>(26)</sup>アイデンティティ法原理は今のところは動

揺・する・ダ・ル・マ・性・多・元・制 (unstable Dharma pluralism) であろうか。

中国法としてわが国の法学界で理解されている法は、中国と言われる社会で現に行われている法の一部であつて全部ではない。それは、中央政権の国家法体系のみをさし、実はそれとともに中国全体の法秩序を形成している他の多元的な諸法をすべて無視しているからである。秦朝以来社会主義革命以前の伝統中国では、法とは統一王朝の帝権行使の権力手段であつたから、刑法と行政法が主であり、いわば私法はそれらのいわば公法にかかわるかぎりで法の中に規定されたが本体は民衆に任されて法とはみなされなかつた。しかし国民日常の社会生活には、帝力何ぞわれにあらんやと言われるように公法よりも私法こそ法として不可欠である以上、民衆の知恵がこれを創造発展させざるをえなかつた。例として、親族集団として特有の宗族制、生産と生活に不可欠な村落共同体、社会行動のための郷約と紛争処理の勸解、都市産業を担ったギルド等を見れば、いずれの社会組織もそれぞれに法主体として非公式ながら固有法によつて存在機能していたことが明白である。その上、中央政権から蕃族と言われた周辺諸民族も、かれらの勢力と固有法をもつて常に中華の政府を脅かしていた。

これらの事態は、戦後の社会主義革命をへても基本的には変わっていない。国民の生活習慣には相当な変化が生じたけれども、上に例示した諸社会制度は基本的には健在であり、中でも郷約・勸解は国家法としても公認され、大小の諸民族が自治権を公認されて内モンゴル・寧夏回教・新疆ウイグル・チベット・広西チアンの5自治区をはじめ多くの少数民族・自治州・自治県・自治旗となつていからである。また北辺のムスリムにはイスラーム法が一貫して法である。すなわち、中国の諸固有法は変革があつても革命の前後に連続している。問題は、現代中国が、歴代王朝が受け継いできた基本的な法の観念と制度およびこれを支えた儒教イデオロギーを覆して、私権を憲法で保障し社会主義を採つた点では、確かに断絶がある。しかしこれは、近代法と社会主義法との移植法によつて骨格を造つた公式国家法においてのことであつて、国民日常の固有法では事情が異なる。

連続性を認めさせる決定的な事実がある。当事者の言う政權と法の革命にもかかわらず、外からみれば中国は変わることもなく中国であり法は社会主義法と言われても中国法である事実、そして社会主義政權自体が世界に一つの中国を主張する事実で

ある。とすれば、社会主義革命も、中国の過去一切からの断絶ではなくむしろ過去を引き継ぐ一変化と理解するほかない。しかも、悠久に生きる天の伝統哲学がこの理解を支持してくれる。天は、宇宙の存在と運行を支配し人間には天命を与える。庶民は天道に従うことを命じられ、天子は庶民の統治を託されるが天命に背くならば易姓革命に服す。とすれば、社会主義革命も天命による一つの易姓革命と見ることが可能である。<sup>(27)</sup>かくて中国のアイデンティティ法原理は天道性多元制 (Pluralism under Heaven) だと言えるであろうか。

上記以外の諸外国・諸民族については、アイデンティティ法原理を推論できるほど情報がないけれども、法社会学ないし法人類学からは、それが多くの民族や部族にもあつてそれぞれの固有法を指導していることを証明する報告が相次いでいる。私が気づいたものにも (Chiba 1989: 104-106、152-153)、インドネシアの「固有の正義」、タイの「インフォーマルな正義」とダルマにあたる「タマサート」、アフリカで「正義の条理」、「社会II文化の基本原理」、「高次の文化意識」などがあり、西欧社会でも「第一次的組織における正義」や「慣習と衡平の脱国家的法文化」などの語で認められている。法人類学を開いたマリノフスキーの「互酬性」やエヴァンス・プリチャードの「分

裂と融合の相補性」もそうで、いずれも理論的に精錬すればそれぞれのアイデンティティ法原理が得られることを示唆している。

3 以上に述べた諸アイデンティティ法原理は、これから有志に検討を願うために着想を示したにとどまるが、韓国と日本については論証したつもりなので、最後に、それに基づいて本稿の目的である両者の比較を試みることにする。この比較でもし両国文化の比較だと解すると、たいいていの論者が言及するところで、私もさきに一言したように諸文化要素における共通点と類似点が限りなく指摘されて結論が困難になるであろう。しかしここではそれを丁寧に追う余裕も必要もない。ここで必要なのは両アイデンティティ法原理の端的な比較であり、そのために端緒を発見するのには有意義なものは、情況により多様に異して現れる個々の文化現象よりも、一に両原理が条件とする法観念の核心、二にそれが異質な他の原理に接触したときの対応の仕方、そして三に正当化する最高価値であろう。

まず法観念との関連では、両原理とも、イギリス・ドイツ・フランス・アメリカにおけるもののようにただちに具体的な行動の指針にできるような厳密性を欠くが、インドや中国では適

用が無限に可能かと思われるほど寛容であるのとも違う。両原理は、その点では共通だが勿論相違はある。韓国では、シャーマニズムと儒教に基づく固有文化は法前提として自然の秩序に属する倫理を重んじ物理的実力を排するので、移植国家法の実力を不可避とする点を「法外」とするが、現実には国家法が不可欠なので、いずれを真の正統とするかその間の矛盾に一元的な統一を明示しないままである。日本では、同じシャーマニズムと儒教の伝統を持ちながらいわばそれらの上に固有の求心的シンボルを確立させ、政治はこれを天皇と將軍とで選択的に代表させ、法は「法外の法」をも包含する柔軟性をもって倫理・実力も固有法・移植法も呑みこみ、しかもそれらの間の矛盾はないかのごとくに統合してしまっているように見える。言ってみれば、悩む正統主義と悩まぬアメーバ性との対照であろうか。つぎに異質な他の原理への対応では、それぞれと接触した外来の宗教ないし思想の命運が両原理ではつきりと異なる。<sup>(28)</sup>韓国では、古代に移植された仏教が素朴な神信仰を追放して国教ともなったが後に移植された儒教にとって替わられてその間の習合はないと言われ(金一九八六、五一頁)、民間ではキリスト教が檀君神話の唯一神仰望と牧師のカリスマ性によりめざましい普及をする(伊藤一九八五、二七七―二七九頁)。近代西欧法

を移植するには、客観的状況のもとに直接よりもむしろ日本を通じてする状況におかれた。日本では、固有の神観念が不確定で仏教とも儒教とも習合ないし同化する一方で、キリスト教の神に対しては自己の個性を守って差別しその普及を不思議なくらいに抑えている。しかし近代西欧法の移植には積極的に直接に調査団を派遣し専門家を招き非西欧諸国の中では優等生の成功ぶりを示すが、実は相当部分でこれを換骨奪胎していた。比べるならば、ハヌニムの正統性で断手採否を別けると、アメーバのごとくに柔軟に選別すると、言うことができようか。

おわりに最高価値は、ハヌニムとアメーバとの語によって比喩されるものの核心である。いずれも、ヤーヴェ・エホバ・アラーのように一切の他の諸神を偶像として排斥しなければやまない絶対性をも、またあらゆる宇宙の万象を在るがままに在らせるタルマや天道ほど無限の寛容さをも、具えてはいない。いわばその中間にありながら、両者は異なる。ハヌニムは、本来は唯一最高の天空神だから自己の正統性を声高に主張するが、事実においては他の多数と併存すること、そればかりでなくその間に争いが必然的に起こりその結果優勝劣敗の生ずることも、自他ともに認めるところである。アメーバは、最高価値であれば神と言ってもいいのだが歴史に一貫するその名称はなく事実

神観念は情況に應じて人より作り出されたものである（千葉一九七〇、二九五頁）から、無名性こそその特質である。しかしそれでも、自己の個性を黙ったまま主張する。要するに、通らぬことのあることを知りながら自己主張する原則と、通らぬことも無原則かのように消化する原則と、性格を比較できようか。

## 注

- (1) 日本語では千葉一九九一、九章（初出一九八五）、英語では Chiba 1989: chaps. 10, 11, 12 で提唱。
- (2) 最初の日本語論文は一九八五年だが、もとは一九八四年オーストラリアのキャンベラで行なわれた国際会議における口頭報告であった（Chiba 1989: 141-157）。
- (3) 次節で述べる諸概念全体につき、体系的には千葉一九八八、三九一五九頁、Chiba 1989: 177-180 で説明し、キーワードとしては千葉一九九一、ii に表化してある。
- (4) 法主体は、実体としては組織的な社会集団であって、権利義務の主体である個的人格の概念的な権利主体とは異なる。法解釈学は、原則として法主体を主権国家に限ると前提するから、国家内の自治組織や国家外の国際団体など国家以外の法主体をも実際には認めているのだが、それらをいわば国家概念の延長と解して独立の法主体とは認めないとする。
- (5) 日本とアメリカ・フランス・ドイツなどの比較がしばしば試みられているが、いずれも国家法文化の比較である。最近では、John O. Haley の日本研究（1991）、Brian Z. Tamanaha のミクロネシア研究（1993）も同様。
- (6) 文化統合概念については、Benedict 1934、その日本への応用（『菊と刀』）は、ibid. 1946。
- (7) この概念は、非西欧法を真剣に顧慮しないと無用となるので、日本はもとより欧米からも法学者のこれに対する反応は鈍い。反応を示したのはむしろアジア問題の社会科学者と国際学会で出あった有色の研究者であった。
- (8) 別に千葉一九八六、二三八―二六三頁に述べ、簡略には千葉一九九三、九〇四―九〇五頁にも記した。以下はその補正版である。
- (9) 半島と日本との間に緊密な文化の交流があったことは、日本でも考古学や歴史学あるいは美術史のごく少数の専門家には早くから知られており、とくに武術工芸品や建造物に半島伝来のものが多くかつ重要であることは高松塚古墳壁画発見以後広く知られるようになった。しかし渡来文化はそれらだけではない。何よりも、渡来人の多くが帰化して、当時「時代の先端を行く文化」であった仏教（田村一九八五、五三頁）はじめ庶民の農耕にいたるまで文化と技術の全面を指導し実践したからこそ、今

日に伝えられる日本古代文化が創造されたと言ってもよい(金一九八五、一九八六参照)。江上波夫の唱える騎馬民族説は、半島を占めた騎馬民族がさらに北九州に渡って日本国を建てそれから近畿に進出して倭国と言われた大和朝廷の統一をなしたとげたという趣旨である(一九九一)から、この関係論の一つの極であろう。これは推論であり反対論もある(佐原一九九三)から私はその議論に立ち入らないが、そのような古代における両国の人と文物の交流については日本でも近年論稿が増えているにもかかわらず、その中で法に関しては何も語られていない。法の移植がまったくなかったとは考えられないので、その状況を正確に確かめることが、その直後の中国法移植の性格のみならず以後の日本法全体の発展を理解するにも不可欠ではなからうか。法史学専門家に訴えたい。

(10) 「和」は、具体的な行動様式を指定する法規則ではないが、人の行動を法的に規律・裁定できる規準であるから法前提をなす。これに対し「儒依」の要請は、人生万般の行動というよりも心意の規範であるから法に固有ではないけれども、法前提をさらに基礎づけるので後に言う「法外の法」理念に当る。

(11) 公家法は、移植法の律令制の中から発展した固有の全国統治法であったが、武家法の発達とくに幕府法の確立とともに統治法としての実を喪失してゆき、天皇の地位

と朝廷の諸制度を規制しその權威で武家に官位の名儀を授与するだけの存在となった。しかしその法は、長年の武家政治下にも朝廷法として、そして明治体制の崩壊した現行国家法の下でも皇室法として残存している。

(12) この種の共同組織としては、座と講が典型だと言つてよいが、後に言及するように、ほかにも、家中、社中等の中(チュウまたはジユウ)、若連・纏い連などの連(レン)、門徒衆・檀家衆などの衆(シユウ)等がある。これらの名称を持つ組織の性質は日本社会の共同体構造を解明するのに貴重な事実だと、私は考えている。

(13) キリスト教国では古代ローマをはじめとして近代欧米諸国に至る法律学、ムスリム諸国ではイスラーム法学、インドではヒンドゥー法学などが典型で、中国でも古代の法家はその片鱗が見られる。それらは、法を、それぞれの文化の根源である宇宙哲学ないし人間観の中に位置付けると同時に特殊形態として区別している。ゆえに、そうでない日本をはじめ非西欧諸国は、法をそれぞれの宇宙哲学・人間観の中の一構成因子とはするが特殊形態扱いをしてはいない。それだけに、そのアイデンティティ法原理の探求は、一層必要だが同時に困難でもある。

(14) ここで幕府と朝廷との関係が問題となる。律令制は天皇の權威による国家法であったが、それがやがてまず公家法と本所法とに、そしてまもなく武家法に取って替わ

られ、さらにその幕府法が中央政権の実質的な国家法となった。だが、幕府の正統権威者である征夷大將軍は形式的には天皇から任命される。この二つの権威間の関係について、当事者の間では了解が成立していたとしても、外に対するその明快な説明はなかった。室町時代から江戸時代を通じて日本が公式の外交関係を維持したのは、琉球を除けば朝鮮とだけであったが、その朝鮮が実際には、正統主義の建前から相手とすべき天皇とはなくその下位にある將軍と交渉せざるを得ないことに悩み、幕府もまたその説得に苦慮し、ついに將軍を「大君」の名で呼ぶことによって両者の立場を妥協させたと言う(三宅一九九三による、とくに四〇、七一〜七四、二一〇〜二一五、二四七〜二四九頁を参照)。

(15) 中根千枝は日本文化の特徴をヒトデにたとえている(中根一九七八、一一九〜一二四頁)。柔軟性に着目する点は私のアメーバと同じとも言えそうだが、ヒトデは外形が固定しているのに対し、アメーバは外形まで変えるほど柔軟度が大きい点で異なる。

(16) 両調査とも大規模な意識調査でありこれを企画・実行した努力には敬意を表する。ただし延世調査については、方法の叙述がくわしいことは良心的だがそれだけに疑問点も出てくる。たとえば、サンプリングがランダムでなく(Hahn & Yang 1975: 149) 調査期間が半年にもわた

る(Hahn 1969: 45) こと、また主報告では(Hahn & Yang 1975) 質問項目ごとの数表もサンプルの総数も表示されていないことなどである。研究院調査では方法の詳細な紹介が日本語文献にはないので、その評価を留保せざるをえない。しかしそうだとしても、いづれも明確で適切な作業仮説を立てそれを検証した手法は信頼でき、ゆえにその結果は厳密な推計的資料でないとしても傾向性を示すものとしては同様に信頼できる。両調査を評価し引用するのは、この意味においてである。

(17) 日本の天孫降臨神話と類似するから徹底した比較考察が望ましいが(文献として、玄一九七四、金一九七八、大林一九八八等がある)、それには深い研究とくに人類文化の至る所にある創世神話の一般的知識に基づかねばならないから、今の私には言及の余裕がない。

(18) 韓国現行の法体系中には固有法が日本よりもずっと多く採用されているはずである。門外漢の私がたまたま知っただけでも、たとえば、同姓同本不婚の制度が、議論が多く反対論が増えていながらも維持されており(青木一九九二、二三頁)、一九八〇年には伝統的儀礼を合理化しつつも強化する「家庭儀礼に関する法律」が制定されたという(伊藤一九八五、一五六頁)。

(19) この見解は韓国法学者の通説的理解に反するであろうと、私は推測する。通説的理解とは、儒教思想を中核と

する前近代的な伝統思想が近代的な移植法と異質性を認めつつも正面衝突を避けながら後者により徐々に同化されてゆく(玄一九八二)、と見るものである。国家法の一元的法体制しかないという思考のもとではそう見るのもやむをえないであろうが、多元的法体制を認めるならば結論は異なる。この点では、延世調査と研究院調査が事実を直視した見識を評価しなければならない。

(20) この目標は、韓国だけではなく日本をも含め世界のすべての国の法に妥当する普遍的なものである。多元的法体制は非西欧諸国に顕著であるには違いないが西欧諸国にもまた存在するからである。

(21) 畏敬的であるハヌニムの語をこのように学術用語として準用することは、不謹慎のそしりを免れないかとおそれる。もしそうであるならばこの語をただちに変更するつもりである。教えを乞いたい。

(22) キリスト教は、日本では明治期のむしろ早い内に欧化のシンボルとして全国にひろまったがそれ以後は飛躍的な伸びがないのに比較すると、韓国では驚くほど普及していることが注目し値いする。その韓国の特徴として、とくにプロテスタンティズムでは教会の分裂が多いこととともに、牧師の個人的資質とくにカリスマ性と檀君との関連性が指摘されること(伊藤一九八五、二七七―二七九頁)、そしてハヌニムはキリスト教の神であるという

断言まであること(咸一九八〇、三六一頁)には、シャーマニズムを基層とするハヌニム性正統主義が現れている。(23) 韓国と日本とのこの類似性は、それら諸国が近代法の模範であったという客観的な事情とともに、韓国がそれらを学んだのは戦前も戦後も日本を通ずることが多かった事実(金一九九〇)にもよるであろう。

(24) コモンローの語は、本来はイギリスの不文法をさすが、それを移植した旧植民地の国々の多くではこれを制定法として施行しているので、そこで言われるコモンローは各国ごとに不文の伝統的慣習法を意味するという。スリランカ出身でカナダ・ウインザー大学に勤めるM・L・マーラシンハ教授の教示による。

(25) ただしその法規則は個人の人権を護るためであるから、人権を根拠として、政府の法政策に対する自由な批判論反対論も、その結果として政策の変更も起こりうる。

(26) 憲法は、一方で信教の自由を保障しながら、同時に「國は仏教を最大限に尊重する」と宣言する(第九条)。これはマヌ法典の伝統に立つものだが、これに依拠してシンハラ仏教徒が自己の國家を他民族にも強制しようとする原因である。ある。

(27) このことは、伝統中国との断絶を主張する社会主義中國を易姓革命の一現象と言うものであるから、反論もあ

るであろうが、毛沢東の支配思想は儒教の天子支配思想の極端な現れという見解もある (Rozman 1991: 190) から、成り立つ解釈だと私は思う。

- (28) 日本の主権者が天皇か将軍かの問題については注(14)参照。戦後政治的な天皇制が廃止されたのちは、それは、国家法上は人民を代表する総理大臣のはずだが固有法の観念がこれを認めていると言えるか疑問であり、文化的にはむしろ象徴の天皇と言うことが実情にかなうであろう。これもアメーバ的に不確定のままである。

- (29) 外国の法に接触するときの対応は、本共同研究の主問題なので最後の機会の考察に譲る。
- (30) 本稿の印刷中に刊行された二つの関連図書に、補注として触れておく。

崔一九九四は、豊富な記録集だが、『人類学』と題するにたりの厳密な資料批判も論證もなく、『恨』を対象とすると言っても実は巫俗である上に怨との区別も不明なままで、ここに参考とするものはない。

古田一九九五は、個人的観察だが、男子單系血族を基礎とする人間関係、「さまざまの言い分のウリの「理」が乱立している」こと(一四八頁)、北と南に共通の思想・慣行等を指摘する点、私の朝鮮理解を補強していると言える。

## 参照文献

- ALLOTT, Antony, & Gordon R. WOODMAN, eds. 1985. *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht, Hol.: Foris Publications
- 青木 清 一九九二。『韓国民法意識調査について』、『ジュリスト』一〇〇七号
- 一九九三。『資料 韓国法政研究院国民法意識調査研究』、『南山法学』一六卷三—四号
- 朝倉敏夫 一九九三。『現代韓国社会における〈伝統文化〉の研究の現状と展望』、『国立民族学博物館研究報告』一七巻四号
- BENEDICT, Ruth 1934. *Patterns of Culture*. Boston: Houghton Mifflin. 日本語訳は『米山俊直訳『文化の型』、東京、社会思想社、一九七三
- 1946. *Chrysanthemum and Sword: The Patterns of Japanese Culture*. Boston: Houghton Mifflin. 日本語訳は『長谷川松治訳『菊と刀——日本文化の型』、東京、社会思想社、一九六七
- 千葉正士 一九七〇。『祭りの法社会学』、東京、弘文堂
- 一九八五。『アイデンティティ法原理』、『法の理論』5、千葉一九九一に再録
- 一九八六。『要説・世界の法思想』、東京、日本

- 評論社  
 一九八八。『法社会学——課題を追う』、東京、成文堂  
 一九九一。『法文化のフロンティア』、東京、成文堂  
 一九九二。「政教分離の法文化的意義——宗教学への一つの期待」、『宗教学の課題と展望——善家幸敏教授還暦記念』、東京、成文堂  
 一九九三。「非西欧法理論研究の現在の意義」、『北大法学論集』四四卷四号  
 編 一九八八。『スリランカの多元的法体制——西欧法の移植と固有法の対応』、東京、成文堂  
 編 一九九四。『アジア法の環境——非西欧法の法社会学』、東京、成文堂  
 CHIBA, Masaji 1989. *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*. Tokyo: Tokai University Press  
 1993. "Droit non-occidental," en *Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud, 2me éd., Paris: LGD  
 鐘庫 一九九三。「韓国思想と法哲学の課題」、『北大法学論集』四四卷四号  
 崔 吉城 一九九四。「恨の人類学」真鍋祐子訳、東京、河出版社、原書一九九一  
 崔 在錫 一九七七。『韓国人の社会的性格』伊藤重人、嶋陸奥彦訳、東京、学生社、原書一九六五  
 江上波夫 一九九一。「騎馬民族国家——日本古代史へのアプローチ」改版、中公新書  
 古田博司 一九九五。「朝鮮民族を読み解く——北と南に共通するもの」、ちくま新書  
 玄 容駿 一九七四。「日本神話と韓国神話」、大林太良編『日本神話の比較研究』東京、法政大学出版局  
 HABOUSHI, Jahun Kim 1991. "The Confucianization of Korean Society," in Rozman 1991  
 HAHM Pyong-Choon 1969. "The Decision Process in Korea," in *Comparative Judicial Behavior: Cross-Cultural Studies of Political Decision-Making in the East and West*, ed. by Glendon Schubert & David J. Danelski. New York: Oxford University Press  
 & YANG Seung-Doo 1975. "The Attitudes of the Korean People Toward Law," in *Legal System in Korea*, ed. & publ. by International Cultural Foundation, Seoul  
 咸 錫憲 一九八〇。「苦難の韓国民衆史——意味から見た韓国歴史」、東京、新教出版社  
 韓 相範 一九九三。「韓国の法文化——西欧法の継受と韓国の法思想及びその諸問題」、小島武司、韓相範編『韓

『国法の現在(上)』東京、中央大学出版会

HALEY, John O. 1991. *Authority without Power. Law and the*

*Japanese Paradox*. New York: Oxford University Press

服部民夫 一九九二。『韓国——ネットワークと政治文化』、

東京、東京大学出版会

樋口陽一 一九九四。『近代国民国家の憲法的構造』、東京、

東京大学出版会

HOOKER, M. B. 1975. *Legal Pluralism: An Introduction to Colo-*

*rial and Neo-colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press

李 御寧 一九八五。『韓国人の心』裴康煥訳、『恨の文化論』

増補、東京、学生社

李 静和 一九九三。『韓国における民族意識——その運

動と概念の歴史と現在』、『思想』八二九号

五十嵐清 一九七七。『法系論再説』、同『比較法学の歴史

と理論』、東京、一粒社

—— 一九九三。『法系論における東アジア法の位置づ

け——日本法と韓国法を中心に』、八月札幌合同研究会

報告

今井弘道 一九九三a。『東アジア文化と近代法——日本

と韓国の比較研究を通じて』、『北大法学論集』四四卷二

号

—— 一九九三b。『比較規範意識論の基礎視點——

問題点の共有のために』、八月札幌合同研究会報告

ISHII, Yoneo 1993. "Tradition juridique bouddhique," en Dic-

*tionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,*

*sous la direction de André-Jean Arnaud, 2me éd. Paris:*

LGDJ

伊藤重人編 一九八五。『もっと知りたい韓国』、東京、弘

文堂

JANELLI, Roger L., & Dawnhee Yim JANELLI 1982. *Ancestor*

*Worship and Korean Society*. Stanford: Stanford University

Press

川島武宜 一九四六。『日本社会の家族的構成』、東京、学

生書房、日本評論社一九四七

金 烈圭 一九七八。『韓国神話の研究』、泊勝美訳、東京、

学生社

金 両基 一九八九。『物語韓国史』、中公新書

金 達寿 一九八五。『日本古代史と朝鮮』、講談社学術文

庫

—— 一九八六。『古代朝鮮と日本文化——神々のふ

るさと』、講談社学術文庫

金 哲洙 一九九〇。『韓国法の過去・現在・未来』、『法学

セミナー』三五卷九号

金 容雲 一九八六。『日韓民族の原型』、東京、サイマル

出版会

国際文化財団編 一九八七。『韓国文化のルーツ』、宋寛訳、

- 東京、サイマル出版会
- マーラシンハ、M・ラクシマン 一九九四。「キャンディ  
法と仏教法——スリランカの固有法」奥山甚一訳、千  
葉編一九九四所収
- MARASINGHE, M. Lakshman, & William M. CONKLIN, eds.  
1984. *Essays on Third World Perspectives in Jurisprudence*,  
Singapore: Malayan Law Journal PTE. LTD.
- 三宅英利 一九九三。「近世アジアの日本と朝鮮半島」、東京、  
朝日新聞社
- 宮本 勝 一九九〇。「ルンクス族の法文化——東マレー  
シア・サバ焼畑稲作民の事例研究」、『白鳥芳郎教授古稀  
記念論叢』、東京、六興出版社
- 中根千枝 一九七八。「タテ社会の力学」、現代新書、東京、  
講談社
- 西尾 昭 一九九三。「韓国 その法と文化」、京都、啓文  
社
- 大林太良 一九八八。「韓国と日本の古代神話」、韓国文化  
院監修『古代の韓国と日本』、東京、学生社
- 朴 相哲 一九九二。「韓国人の法意識」、『ジュリスト』一  
〇〇七号
- ROBINSON, Michael 1991. "Perceptions of Confucianism in  
Twentieth-Century Korea," in Rozman 1991
- ROZMAN, Gilbert, ed. 1991. *The East Asian Region: Confucian  
Heritage and Its Modern Adaptation*, Princeton: Princeton  
University Press
- SACK, Peter G. 1993. "Cultures juridiques en oceanie," en *Dic-  
tionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*,  
sous la direction de Andrè-Jean Arnaud, 2me éd., Paris:  
LGDJ
- & Elizabeth MINCHIN, eds. 1986. *Legal Pluralism:  
Proceedings of Camberra Law Workshop VII*, Canberra: Law  
Dept., RISS, Australian National University
- 佐原 真 一九九三。「騎馬民族は来なかった」、NHKブ  
ックス
- 沈 在宇 一九九三。「儒家の法思想」、『北大法学論集』四  
四巻四号
- 嶋 陸奥彦 一九八五。「(朝鮮の)民族と文化」、平凡社『大  
百科辞典』九巻
- 鈴木徹夫 一九九三。「風土的自然法と法実証主義批判  
——黄山徳と李恒寧の法哲学を中心にして」、『北大法  
学論集』四四巻四号
- TAMANHA, Brian Z. 1993. *Understanding Law in Micronesia:  
An Interpretive Approach to Transplanted Law*, Leiden: E. J.  
Brill
- 田村圓澄 一九八五。「古代朝鮮と日本仏教」、講談社学術  
文庫

料 田中英夫(編集代表) 一九九一。『英米法辞典』、東京、  
東京大学出版会  
資 鄭 天均 一九九三。『韓国ナシヨナリズムの性格』、『思想』  
八二三号