

目次

眞田芳憲	法文化研究の開かれた地平	
—	—Universal Declaration of Human Responsibilities の構想に寄せて—	1
勝田有恒	法文化比較余滴 4	
後藤武秀	第 2 回研究大会・総会を終えて	5
小林正典	中国少数民族地区における慣習法と現行法律制度の抵触問題について	
—	—青海チベット地区の刑事慣習法案例を中心に—	6
小柳春一郎 (獨協大学)	「大規模災害と借地・借家」の立法史	7
森田成満 (星薬科大学)	清代に於ける民事法秩序の構造	
—	—特に土地所有権に着眼して—	8
	事務局からのお知らせ	8

法文化研究の開かれた地平

—Universal Declaration of Human Responsibilities の構想に寄せて—

理事長 眞田芳憲 (中央大学)

法文化学会が設立され、第 1 回研究大会が慶應義塾大学で開催されたのが、昨年 10 月 24 日であった。そして、本年 11 月 6 日、東洋大学で第 2 回研究大会が開催された。その歩みは遅々たるとはいえ、同学の士の開道の高志と連帯と協働のお蔭で、わが学会は着実な歩みを確実に重ねつつある。まことに同慶の至りと言わねばならない。

人類の文明が 21 世紀に向かうにつれて、世界は少なくとも産業革命に匹敵する深大かつ広遠な変革の時代に突入している。今日、20 世紀型国民国家の完結性と普遍性への信仰は大きく揺らぎ始めている。そして、その信仰と深く結びついた西洋中心主義的法学世界観にも深い疑念が抱かれつつある。

その好個の一例として、「人権」を挙げることができよう。人権は、しばしば個人の権利、と

りわけ個人の市民的・政治的権利と同一視される。こうした人権についての世界観は、言うまでもなく 18 世紀西欧の啓蒙思想の所産である。特に「人権宣言」の先駆と称される「ヴァージニア権利章典」は、周知のように、第 1 条に「すべて人は生来ひとしく自由かつ独立しており、一定の生来の権利を有するものである。……かかる権利とは、すなわち財産を取得所有し、幸福と安寧とを追求獲得する手段を伴って、生命と自由とを享受する権利である」と明定している。

しかし、世人は、この第 1 条に宣明されている個人主義的合理主義の人権観に眩惑されて、ともすれば第 15 条の「およそ自由なる政治を、あるいは自由の享受を、人民に確保するには、ひとり正義、中庸、節制、質素および廉潔を固有し、人権の根本的諸原則をしばしば想起すること以外に方法がない」、そしてさらに最後の第 16 条

の「……お互いに、他に対してキリスト教的忍耐、愛情および慈悲をはたすことはすべての人の義務である」という文言を無視あるいは軽視する陥穽に陥っている。ここに、人権を国家的・国際的実定法の枠にとどめずに、法文化という歴史的伝統と社会的・文化的構造を含み込んだ概念を基軸とした研究のあり方が問われることになる。

このことの批判の上に立って、これを超克しようとした最も象徴的な志向が、元西ドイツ首相 H. シュミットを議長とするインターアクション・カウンシルが「世界人権宣言」(Universal Declaration of Human Rights) の 50 周年を記念して国連に採択を求めて提案しようとした「人間の責任に関する世界宣言(世界人責宣言)」(Universal Declaration of Human Responsibilities) である。

この宣言草案の基本的前提は、最大限可能な自由を目標としつつも、同時に自由そのもののさらなる発展を可能にするような最大限の責任感を涵養することにある。この宣言の序言に次のような一文がある。「世界経済のグローバリゼーションの結果、それと歩調を合わせて、多くの地球的規模の問題が生じている。地球的規模の問題は、あらゆる文化とあらゆる社会から遵守される理念、価値、規範を基盤とした地球的規模の解決策を強く求めている。すべての人々の平等にして譲ることのできない権利を承認することは、自由と正義と平和の基礎を必要とす

るが、それはまた、権利と責任とに同等の重要性が与えられ、すべての男女が共に平和に暮らし、持てる能力を十分に発揮できるような倫理的基盤を確立することを要求している。……進歩を希求する人類の願望は、いかなる時にも、いかなる人にも、いかなる組織にも適用され得る万人の一致した価値と基準によってのみ実現され得るのである。」

世界人権宣言は、その前文の冒頭において人間の尊厳と人権を明確に分けている。西洋的思惟に立てば、人権は人間の尊厳を実現する手段である。しかし、非西洋的思惟は、あるいは神への服従、あるいは集団への帰属、あるいは上下秩序の遵守等の義務あるいは責任こそが人間の尊厳の実現を可能にするものとする。いずれの立場に立つにせよ、人間の尊厳が究極の目的であることには変わりはない。先の序言に謳われている「万人の一致した価値と基準」は、人権論においてはまさしくこの「人間の尊厳」にほかならない。「世界人責宣言」は、自由と責任を均衡あるものとする方策を求めることの中で人間の尊厳の実現を希求したのである。

法文化研究の基礎的視角は、各地域の時空に視点を据えて、法文化の時空的個性に着目しつつ、その対立と交流を総合的に研究することにある。「世界人責宣言」の構想は、法文化研究の理論的・実際的実効性を論証したものと見ることができよう。



図 1: 1999/11/6 東洋大学

法文化比較余滴

顧問 勝田有恒 (駿河台大学)

比較法文化論という講義を始めてもう10年以上になる。日本のインテリ層の、否日本人のそして自分自身の法感覚から考えると、殆どの書物、とくに極めて理論的で、場合によっては、晦渋なそしていささか無味乾燥な、西欧法的方法論文に書かれていること、それが日本の社会でどの程度実現されているだろうか。よく指摘される西欧と日本の法律観の違いが気になりだしたのが、切っ掛けであった。一体150年も前から、西歐法とその法文化を受容し、50年前の敗戦以降、国民権が高く叫ばれているにも関わらずである。ゼロから出発したに等しかったが、戦後経済の躍進はめざましかった。それは権力と権利のせめぎ合いのなかから近代化をなし遂げ、近代西歐文明を築いた西歐の発展と同じ道を辿ったといえるだろうか。これはアジア諸国の歴史的運命といえるが、つい最近まで権利意識などないに等しかったのに、日本は外面的に近代化らしきことを、見事にやってのけた。かつて一般に信じられた近代化の絶対的条件としての市民革命を、経験したといえないのに、10年ほど前、日本の発展の勢いはミラクルと映り、ナンバーワンと自他ともに許す時代さえあった。とにかく不思議な国である。

私は具体的には談合や調停(勸解)などをとくに問題にしてきたが、日本人の権利意識については、秀吉の刀狩り以来の、兵農分離、廃刀令、憲法9条、銃刀法という非武装の長い一連の歴史と、アメリカ憲法修正2条と比較すると分かりやすいと思う。伝統的な訴訟の数の少なさに関連して、律令このかたの権力者に訴権感覚が皆無であった理由の一つとして、ヨーロッパのとくにゲルマンの権力にとって裁判権を持つ財源的意味を、日本の恩恵的裁判は全く持たなかった。この権利意識に関する特徴は、日本人の民族性に根ざしているとするのは早計である。室町期に盛んになった狂言の登場人物は、実に人間味に溢れ、身分的束縛も緩やかで、プロットの随所に権利意識の萌芽を読み取ることができる。

この時代には、多くの日本の文化が生まれたが、その後暫く続いた権力の相対化が、幕藩体制によって断ち切られなかったならどうなっていたか。そして幕藩期を通じて、現在も我々の身边を規制する閉塞的の日本文化が醸成されたのである。その核は「村請け・株仲間」と思考するが、その残像は談合として、紙面をしばしば賑わしている。仲間内でナアナアで収めてゆく日本の集団主義の温泉に、大企業のインテリサラリーマンもドブブリ浸ってきたから、これから水風呂に入ると風邪をひくこと必至であろう。

物事にハッキリとケジメをつけることが、われわれは苦手である。16世紀にフロイスは、日本人は曖昧を好むといったが、法意識全体を貫く曖昧さは何処から来たのだろうか。それは日本人の宗教に由来すると考えている。「神は森に天降アモる」原始神道の古代日本に幸い?にして、多神教の仏教や倫理として儒教が伝わった。あれも神これも神であり、人と神との間には越えられぬ障壁はなく、誰でも神や仏になれた。仏教といっても何が真の仏教か誰も定義できない有り様である。仏典の数も膨大で、仏教に厳密な論理構成を持つ仏学 語呂合わせをすれば (仏)法学の樹立は無理というものであろう。数多くの仏典を前提とした宗論なるものと、キリスト教の神学論争を比較してみる必要もある。仏教は本来極めて個人的な宗教で、社会的連携に収斂させる原動力を持たない。社会的ルールは儒教が、権力の論理は法家思想が受け持った。そして「寺請け」が仏教から活力を奪った。民権の思想は漸く明治に入ってきたが、民衆の自発的側面は極めて貧しく、それも生得のものではなく、儒教的に天賦と説明せざるを得なかった。日本人の曖昧の故郷は投げやりな宗教的トレランスである。目下総括的日本宗教文化年表をメモしているが、如何に多くの壮大な寺院が建立されたか、壮麗な仏像が刻まれたか、そして実に多くの寺社が焼け、繰り返し再建され、民衆はその負担に耐えた。そして一

方百万人ののオーダーで伊勢参りもした。仏は日本の神々に守護され、神々はインドの神仏と無理に習合させられた。かくて外国の神を有り難く思うと同時に、信仰や主張に曖昧さが宿っても、我々は一方向に気にしていない。この傾向

は今もなお続いている。比較法文化の広がりには果てし無いと思う。たかだか日本の近・現代法文化の一端を覗いたに過ぎないのであるが。法文化を比較して何を是とするか、それが我々に課せられた 21 世紀の課題である。



第 2 回研究会・総会を終えて

法文化学会第 2 回研究会・総会は本年 11 月 6 日、東洋大学において開催された。午前 10 時 30 分、真田芳憲理事長の開会の挨拶に続き、小林正典氏（一橋大学）の「中国少数民族地区における慣習法と現行法律制度の抵触問題について」を皮切りに、小柳春一郎氏（獨協大学）の「大規模災害と借地・借家の立法史」、森田成満氏の「清代に於ける民事法秩序の構造 特に土地所有権に着眼して」、齋川眞氏の「天皇と日本」と 4 本の研究報告が行われた。専門を同じくするものの司会あるいはコメンテーターを置かず、司会をもっぱら進行役を務めただけであったが、いずれの報告についても参加会員との間で真摯かつ活発な質疑応答が行われた。午後 5 時 30 分からは会場を夜景のきれいなことで有名な東洋大学スカイホールに移し、懇親会が開催された。研究報告をめぐる議論やそれぞれの研究についての和やかな談笑のうちに散会した。

研究会の質という面ではかなり充実した大会であったが、運営面で若干の問題を生じたので、次期大会の成功のためにも一言反省点を記しておきたい。第 1 に、共通テーマを設けるこ

大会組織委員長 後藤武秀 (東洋大学)

とができなかったということである。きわめて短時日のうちに報告者を募ったためにいたしかたのないところであり、大方のご理解は得られるとは思ふものの、来年度大会に当たっては、もう少し時間の余裕を見て準備しなければならないのではないだろうか。第 2 に、参加者が非常に少なかったことである。もちろん、人数の多寡をもって学会の意味を計ることが必ずしも正しい訳ではないし、また当日法哲学会をはじめいくつかの会合が重なったという事情もあるが、もう少し参加者を増やす努力を何らかの形でしないと、本学会自体の存続が危ぶまれるのではないかと危惧する。

実定法学や基礎法学といった従来の学問体系の分類を超え、法文化という新しい範疇で学問領域を形成していこうとする以上、並大抵の努力では学会を維持していくことは難しい。昨年の慶応大学での設立総会の盛り上がりを発展させていくためにも、実定法学との交流など諸課題を着実にこなし、法文化学会という学問分野が認知を得るための努力を続けていかなければならないように思う。

中国少数民族地区における慣習法と現行法律制度の抵触問題について

——青海チベット地区の刑事慣習法案例を中心に——

小林正典（一橋大学大学院）

12億を超える人口を有し55の少数民族等が8%強を占める中国では、民族関係を主な調整対象とする民族法学が形成されていて、慣習法と民族法制に関する問題も一つの研究分野として位置付けられている。本報告で取り上げるのは、旧習が根強い青海チベット地区の刑事案例であり、慣習法と現行刑事法の抵触問題を考察しながら、現代中国法制が抱える課題の一つを明確化することが狙いとなっている。当該地区の故意殺人事件、故意傷害（致死）事件、強姦事件の刑事案例を考察すると、宗族・家族の仇討慣習がある地域では、判決だけでは最終的な解決を導くことができないこと、慣習法を折り込みながら、地域の有力者や宗教者が調停活動を行い、被告側と原告側が和解して始めて事件が解決すること等が窺い知れる。中国の刑事訴訟法では、刑事付帯民事訴訟によってのみ経済的な賠償が認められるが、青海チベット地区の慣習法は、殺人や傷害事件を、もっぱら「命価」、「血価」という賠償方式（「賠命価」、「賠血価」）によって解決する点に特徴があり、死刑に処せられるよりも、家財没収によって物乞い放浪を

強いられる方が酷刑と考える意識が背景にあるとされる。また、この地区では、一般的に性行為に対して開放的であり、強姦者を告訴すると、逆に被害者が非難されて孤立することも多い。早婚が一般的なこの地域では、幼女に対する姦淫行為についても罪の意識が軽く、記録の不存在などにより、幼女であるか否かの年齢的判断すら困難な場合がある。このように、中国少数民族の刑事慣習法は、国家の刑事法と抵触することが多く、司法の場で様々な問題が投げかけられている。こういった抵触問題に対処するため、民族法制においては変通補充法律制度によって国家法の弾力的適用を図るほか、司法分野では、「少捕少殺」を堅持し、処理の上では一般に寛大でなければならないとする「兩少一寬」の政策が強調されている。この政策は、まさに民族法制の目的である民族関係の調整機能を実現するために、実事求是の思想が生み出した中国的特色を有する法技術であるが、市場経済体制への転換期において、「依法治国」を憲法に掲げた中国の抱える一つの大きな矛盾でもある。

叢書『法文化—歴史・比較・情報』

叢書第2巻について

第1巻（「混沌の中の所有」2000年春刊行予定）は時間の関係もあり、編集委員会（山内委員長）の責任で準備をすすめてきましたが、第2巻以降はできるかぎり会員各位のご意見を伺いたいと考えております。会員の皆様の御意見をお寄せください。

なお、次の基本方針が確認されています。

- 叢書各巻のテーマは、できるかぎり研究大会のテーマと合致させる。
- 各巻の編者は、それぞれにつき編集委員会が定める。
- 原稿は公募とする。
- 原稿の採否は委員会が決定する。

「大規模災害と借地・借家」の立法史

小柳春一郎 (獨協大学)

現在の大都市では、借家世帯が半数以上を占め、また、商工業者でも営業場所を自己所有していない者が多い。ところが、通説的理解に依れば、家屋が不可抗力で滅失するときには、借家契約が終了する。しかし、これでは、借家世帯・借家商工業者に打撃になり、被災市街地の復興には、何らかの救済手段が必要とされる。日本では、関東大震災の後、大正13年に「借地借家臨時処理法」(旧臨時処理法)が制定され、罹災借家人に再建家屋に対する優先借家権が規定された。この際、とりわけ重要な役割を果たしたのが、末弘巖太郎であった。末弘は、震災前の東京とは面目を一新した新東京の建設が必要であること、それゆえ、土地区画整理事業が必要であることを指摘しつつ、震災前の諸権利が借地権、借家権を含めて新東京に復興されるべきことを主張したのである。当時の法律学が土地所有権の絶対性を批判し、実際問題の解決に目を向けるようになっていたことを反映したものである。

第2次世界大戦の後には、昭和21年に「罹災

都市借地借家臨時処理法」(臨時処理法)が制定され、罹災借家人には、優先借家権のみならず、自ら家屋を建築するための優先借地権が認められた。これは、昭和20年に制定された戦時罹災土地物権令が被災地について罹災借家人に仮建築のための土地使用を認め、このため、バラックが建築されていたことを前提に、このバラック所有者に土地の利用権を認めるために制定されたものであった。当時は、財産税(最高税率90%)、農地改革などが実施され、所有秩序の変革があったことが臨時処理法の制定にも関連している。

臨時処理法は、阪神・淡路大震災に適用されたが、これについては、マンションに適合しない等の批判がある。農地改革・財産税など革命的措置があった戦争直後と現在では社会情勢も相当違っている。現在の社会情勢に見合った災害法を制定することは、今後に残された課題である。本稿に関連した拙稿は、「関東大震災と借地借家臨時処理法」獨協法学41,42,43号。

紙魚の手帳

21世紀は西暦2000年からか、2001年からか？

『算数・数学なっとく事典^a』は、これが計量の問題だといい、日付は連続的な量ではなく、分離的な数え方なのだという。人間キリストが誕生したとされた紀元は、西暦0年ではなくて元年(1年)のことである。1世紀は100年。21世紀は、20世紀分つまり2000年たった次の年からはじまる。年賀状には元旦(1月1日)と書いて、0月0日とは書かないでしょう？

“年の始めは「1月1日あけましておめでとう」であって、0月0日ではない。

そう思えば納得がいくのでは”。

しかし、こまったことに西洋ではだれもそう考えていないらしいのだ。私のモトカノなどは、それをはやく言ってきてたら結婚しなかったのにとまで言った。もちろん、イタリア語では20世紀を *novecento* (900年代) とよぶという局地的な事情がある。

カトリックの聖年も2000年だ。きりがいいからでも、2000年のうちには丸め誤差が生じたわけでもあるまい。じつは、これは数学者のドメインではなく、文化や信仰の問題なのである。

キャパの広い日本人は、両方ともお祝いするにちがいないのだけれど。

義堂

^a 数学教育協議会・銀林 浩編, 日本評論社 1999.

清代に於ける民事法秩序の構造 ——特に土地所有権に着眼して——

森田成満 (星薬科大学)

近年、清代民事法秩序の特徴を解明することが学界が共通して興味を示すテーマになって来ている。

滋賀秀三氏は官には実定私法体系を作るという発想に乏しく殆ど準則はなく、それ故、裁判の多くは情理に沿って随時全体的観点からなされたとされる。寺田浩明氏は官には準則はなく、準則は不確定なものとして民間にあるとされる。

報告者は両氏とは異なって、法、情、理という準則の形式ではなくて、準則の有無は事柄に沿って見ていくのが有効であると考え。そこには具体性の高い準則があり、それが時には競合しながら裁判規範となる。そして、紛争の型によってまずは依るべき準則があるので決して裁判は個別的ではない。官はなるべく土地政策を実現しようとした。

また、土地を巡る民間秩序は官の準則の枠の中の行為規範として存在するのであって、土

地所有権については国家と社会は乖離していない。多くの人民は土地はもともとは官から授与された自由に利用、処分できるものであるという官の所有権の位置付けと同じように考えていると主張する。

また、滋賀氏は裁判は判決に対する当事者の同意によって正当化される教諭的調停の性格を帯びたとされる。しかし、正しい準則を正しく適用したから判決は正しいのであって、同意を得て落着ることと判決が正しいか否かは別物である。

この官の準則の有無に関する理解の違いは法、裁判、社会を巡る清代民事法制史研究の根源的な諸重要課題のとらえ方の違いになって現れる。

[付記] なお、これは近刊予定の『混沌の中の所有』(国際書院)に収載されている論稿の梗概を口頭で報告したものである。

天皇と日本

斎川 眞 (早稲田大学)

「天皇」という称号をとおして何が見えてくるか? —— 日本の政体のあり方と本質が見えてくる。それは何か? —— 拡大部族制をベースにした混合政体という政体である。

「天皇」の「皇」とは、シルクロードのオアシス都市であった敦煌(トンファン, Dunhuang)の「煌」(huang)と同じ言葉であり、皇も煌も、その語義は「輝き」のことである。したがって、「天皇」とは、「天の輝き」である。

「天皇」を、現在の私たちは、「てんのう」と呼んでいるが、日本の古語では、「すめらのみこと」である。

「天皇」は、中国起源の称号で、中国古代の天文学に根拠がある。天皇とは、天の一点にあって動かず、星々がその回りを回転している不動の中心である北極星のことである。

この古代の天文学に基礎づけられた中国政治思想においては、「天皇=北極星」が、政治の不動の中心であると、二千年にわたって考えられている。

この「天皇」という称号は、「王」という称号に代わる称号である。当然のことだが、この称号は現在も生きつづけている。

「天皇」は、法制上、「皇帝」と同格の君主の

称号であるが、日本の天皇は、実際は、皇帝ではなかった。16世紀のおわりに来日した、イエズス会のジョアン・ロドリゲスは、『日本語小文典(下)』(池上岑夫訳 岩波文庫 159頁)のなかで、天皇が、「皇帝」ではなくて、「国王」であることをはっきりと述べている。

日本が、6世紀に、この日本列島に立て籠もって、中国風の律令国家を作り上げると決めたとときからずっと、日本は、「天皇」を君主とする王

制の国である。当然、現在もそうである。日本国憲法の第1章(第1条—第8条)は「天皇」である。

「日本国憲法に規定されている象徴天皇制とは、政治的・法的な実権を喪失した、日本の王政(制限王政)のことである。」

以上について、詳しくは、1999年10月刊の『天皇がわかれば日本がわかる』(ちくま新書)を見てほしい。

事務局からのお知らせ

次回の研究大会の主催校の決定

11月5日の法文化学会総会で、第3回研究大会を中央大学が主催することになりました。テーマは、叢書第2号のテーマと関連させる予定です。先日の総会では、法曹養成・法学教育が提案されました。日時等の細部は、主催校の中央大学に一任ということになっております。会員の皆様のご提案がございましたら事務局までご連絡をお願いします。

1998年度会計報告

1998年度の会計につきましては、白川先生、萩原先生に監査を行っていただき、先日の総会にて承認されました。

1998年度 収支

総収入	509,000
総支出	443,000
次年度繰越金	66,000

1998年度 収入内訳

年会費	273,000
大会参加費	52,000
祝賀会費	180,000
その他	4,000
合計	509,000

1998年度 支出内訳

通信費	46,100
大会開催費	311,452
謝礼	54,200
事務諸経費	31,248
合計	443,000

1999年度年会費について

1999年度の年会費払込のご案内を申し上げます。年会費3,000円は郵便振替でお振込みください。

©copyright 1999 Society for the Study of Legal Culture, All rights reserved.

This journal was prepared using L^AT_EX. (edited by Guido Ryuichi Tsuno with Hikaru Mori)

<http://www.legalculture.org/>(予定)

<ftp://lex.tamacc.chuo-u.ac.jp/pub/legalculture/lcnews1-30.ps>

<file:/work.tamacc.chuo-u.ac.jp/home/tsuno/data/legalculture/lcnews1-30.tex>

