

# 韓国法入門

## ——日本法との比較——

韓国・嶺南大学校 教授 朴洪圭 (パク・ホンギョ)

### 第1章 序説

#### 1. 韓日現代法の定義

本書にいう「韓日現代法」とは、19世紀中葉以来、従前の伝統法とは異なる西洋の国民国家法を継受して形成された韓国と日本の現代法のことである。すなわち、「日本現代法」とは、1868年の明治維新以後形成された日本の法体制のことをいい、「韓国現代法」とは、1894年の甲午更張以後形成された法体制のことをいう。

この点、「日本法」、「韓国法」とは、それぞれの西洋法継受以前の伝統法と現代法とを一括りに指す用語である。これは、私達が様々な国の法をその国別に分かつことを意味している。そうだとすれば、「韓国現代法」とは、法を、韓国という空間（便宜上北朝鮮は除外する）と、現代という時間に限定するものということができる。これは「日本現代法」という場合のように、他の国の現代法をいう場合と同じである。

さらに、ここに言う「西洋法」とは、主にフランスとドイツで形成されたヨーロッパ大陸法と英米法のことをいう。韓国と日本の現代法は、1945年以前には大陸法を土台とし、1945年以後には、それに英米法を加味して形成された。しかし、今日でもなお、大陸法の影響が英米法のそれより一層強力である。他方「伝統法」とは、西洋法とは全く異なる中国法を土台として、韓日それぞれにおいて形成された伝統的な法をいう。

本書は、韓日現代法をその考察対象とするが、それは当然伝統法と無関係ではないし、また伝統法は伝統社会と無関係ではない。

#### 2. 従来の韓日法に関する議論

##### (1)韓日現代法の内容上の特殊性議論とその検討

###### ①韓国法の独自性を強調する韓国での議論

韓日現代法は、伝統法と断絶（もちろん完全な断絶ではない）しており、西洋法を継受するという仕方で形成された。もちろん、これは、日本と韓国の特殊事情ではなく、19世紀以来西洋化を経験してきた大部分の非西洋社会に共通する事情であり、したがって、日

本と韓国の現代法だけの特殊性と言うことはできない。しかし、日本を除外した大部分の非西洋社会では、西洋法継受は帝国主義侵略にともなう強制によるものであって、自発的な継受ではなかった。もちろん、植民地解放以後半世紀以上が過ぎた今、その間の立法を自発的継受と見ることはできるが、その土台はあくまでも植民地的強制移植であった。

このような強制移植の意味は、植民地宗主国の法が、どの程度、どのように強制されたかによって変わってくる。だが、概して植民地支配に有利な伝統は、各国固有の支配層との摩擦を避けるために、独立後も維持されている。実際、そうした伝統の大部分は、各国支配層の非民主的な伝統となっている。そうした伝統は、民族解放後当然に排除されなければならないが（朝鮮民主主義人民共和国では解放直後に撤廃された）、民族解放後の各国固有支配層の復権によって、民族主義という美名の下に、その特殊性が強調される傾向がある。

この点、日本と異なり、韓国には、韓国現代法の特殊性に基づいて、他の地域の法と韓国現代法とを区別しようとする、特異な試みがある。ここにいうその特殊性とは、例えば民法の伝貰（チョンセ）権（家主に住宅保証金を支給して不動産を占有し、使用・収益する権利であり、不動産の借主は不動産全部に対して後順位の他の債権者に優先して住宅保証金の返還を受けることができる（民法第 303 条））や、伝統的家族制度を中心とする特徴的側面を強調しようとするものである（崔鍾庫『韓国法入門』博英社、1994 年、p.5）。しかし、そこに挙げられるような特殊性は、どこの国にも存在するものであり、それに基づいて韓国法を特別なものと見ることは適切ではない。

さらに、伝貰権や家族制度は、韓国現代法においてそれほど大きな意味を有するものではない。例えば、伝貰権の場合、ほとんどそれは不動産の賃貸借にのみ利用されているが、賃貸借は、どの国にでもあるものである。また、同姓同本婚姻禁止や戸主制度などの伝統的家族制度はいまだに存在するが、その機能は民法改正や憲法裁判所の憲法不適合決定によって弱まってきており、現在は有名無実である。伝統的家族制度の意義を過度に強調するのは適切でなく、それを肯定したり、不変のものに見なしたりすることは、極めて保守的で反動的な論議に結びつく恐れがある。というのも、韓国の伝統的家族制度は、現代法原理の中で最重要視される人権保障に悖るからである。例えば、上で挙げた同姓同本婚姻禁止は、同姓同本であるのにもかかわらず結婚したい男女の人権（人間の尊厳と幸福追及権および家族秩序の形成権等）を侵害するものである。また伝貰権は、莫大な住宅保証金を払うことができない庶民の住宅利用権を妨害するものである。

上で言及した韓国法の特殊性を強調する見解は、最近、比較法の議論の中で、東洋法の独自性を強調する見解に関連してしばしば登場してきている。しかし、現代の韓国法や日本法、さらには中国法で、そのような独自性を強調することは、大いに問題がある。このような独自性を強調する見解は、いわゆる「アジア的価値」に関する議論に頻繁に見られる、法の普遍性を無視する傾向に流れる危険性が高いという点で、警戒する必要がある。法の独自性を強調する場合には、あくまでも普遍性を前提とするものでなければならない。

## ②韓国法の特殊性を強調する日本での議論

日本では、韓国現代法の特徴として、儒教的伝統、派閥主義、分断国家性、反日主義を強調する見解がある（大村泰樹『大韓民国の憲法制度』、アジア経済研究所 1999年、pp.19-23）。この見解は、同姓結婚禁止制度を「本貫」という儒教的伝統に関連づけているが、これは誤解である。そもそも、同姓同本結婚禁止自体は、韓国式儒教の伝統だということができる。また、「本貫」は儒教とは直接関連がない。それは、中世以来高麗から引き継がれてきた姓氏制度のひとつにすぎない。上の見解は、本貫制度は韓国で憲法不適合決定を受けてはいないと主張し、また、戸主制度が弱まった理由を日帝時に日本的戸主制度が導入されたためである説明するが、これもまた誤解である。これは、韓国法を正しく理解していないことによる誤解である。

また、上の見解は、儒教的伝統の特殊形態として、地域主義と地域感情を挙げている。この見解は、地域感情・地域主義は韓国の社会組織全般に存在しており、最近の大統領選挙でとりわけ高まったと指摘している。しかし、この指摘もまた、さまざまな問題を孕んでいる。まず、地域主義が韓国法の四大特徴の一つといえるほどの重要性を持つかという問題がある。確かに、地域主義は韓国社会の問題点の一つである。しかし、地域主義が法に現れることは全くない。また、地域主義が大統領選挙で高揚されたことは最近のことである。加えて、地域主義の強調は、植民地時代に日本人が韓国人の派閥主義を強調したこととも関連していると言われており、その意味でも問題である。

このような問題点の指摘は、反日感情についても同様に可能である。上の見解によれば、植民地解放後の法改革時に、儒林派と改革派の対立が存在しており、その際、反日感情によって儒林派が勢力を伸ばした結果、法制度の近代化が遅れたとされる。しかし、儒林派の主張が、上で見た同姓同本禁婚の維持のように、極めて限定的なものであったことに鑑みれば、それを法制度の近代化を遅延させた主原因とみることはできない。また、それは反日感情と直結するものでもない。植民地経験をしたあらゆる国で旧宗主国に対する反感は存在しており、反日感情は植民地を経験した南北朝鮮人に特殊なものではない。それが法制度に反映された点は、韓日間の国交正常化との関連では見ることも、国内法レベルで直接現れているということは全くない。

したがって、上の見解が指摘している四大特徴のうちの三つは誤解に由来し、残りの一つである分断国家性のみ韓国現代法の特徴だということができる。上の見解は、その現象として反共タブーを前提とした国家制度、軍部の強大な影響力、国家保安法を中心とした治安法体制の存続と人権への否定的影響をあげている。このような傾向があることを否定しないが、やはり、それが韓国法の全体的性格とは見られず、公法的次元の一部現象だと見るべきである。

## ③日本法の特殊性を強調する日本での議論

上で見た韓国での議論とは異なり、日本では1948年に公刊された川島武宜「日本社会の家族的構成」をきっかけとして日本法特殊性論が展開された。そこでは、日本の家族制度上個人は家族に埋没しており、自己決定権が顕著に弱いという点が指摘され、この弱さが外部の非近代的・非民主的社会関係を招来していると議論された（川島武宜「日本社会の家族的構成」学生書房、1948年、pp. 15-17、同所収『川島武宜著作集第10巻』岩波書店）。もっとも、その後川島は、1967年に公刊された『日本人の法意識』（岩波新書）において、日本法の特殊性を権利意識（契約）と紛争処理方式とに見出しながら、家族制度を議論の背景へと移行させている。

川島は言う。個人は家族に埋没し、自由な独立的主体ではないゆえに、契約は普遍的に遵守されるのではなく、家族内においてのみ強制されることになる一方、家族外では倫理的な拘束力が働きにくいために、契約は不確定的で不明確なものになる。それゆえ、日本社会では「訴訟嫌い」という現象が見られるのであり、また、訴訟の代わりに調整的仲裁という独特の紛争処理方式が発展してきたとされる。

その後、日本の家族制度について、少なくとも封建的武家家族を除けば、日本の民衆レベルの生活は儒教的ではなかったという議論が展開された（安田信之『アジアの法と社会』三省堂、1987年、p. 31）。この点については1948年の川島論文においても指摘されていたが、川島はなお、民衆レベルでも家族は非民主的だったと批判している。これに対して、新しい議論は、日本の家族は民衆レベルでは決して非民主的だったとは言えないとする点で異なっていた。しかし、この議論は過去についての過度の美化という批判を免れないと思われる。

また、「訴訟嫌い」現象についても、それは国家により強制された裁判所制度を民衆が忌避したせいであるとする見解（石井紫郎「前近代日本の法と国制に関する覚書」法学協会雑誌、第88巻5号・6号、1971年）や、民衆は裁判制度を利用したいと思っているが、裁判制度自体が不十分であったため、その利用が民衆から忌避されたと見るような様々な見解が提示された。以上の見解は、従前の日本法のみならず、日本現代法の一局面を検討しているという点でも注目される。

## (2)法継受における特殊性比較論と、その検討

### ①日本での韓国法継受の特殊性論

1910年代以前の韓国の伝統法は、当然のことながら伝統文化の構造と無関係ではない。だが、しばしば日本で、韓国の伝統文化においては、民衆の生活に根ざした巫俗文化と、権力により強制された支配階層の儒教文化が対立していたと説明されていることには、注意が必要である（朝倉敏夫「現代韓国社会における〈伝統文化〉研究の原状と課題」国立民族学博物館研究報告、7(4)；伊藤亜人『もっと知りたい韓国』、弘文堂、1985、pp. 17-26；千葉正士『アジア法の多元的構造』成文堂、1998年、p. 99）。

これは、上で説明した日本の法文化に関する議論枠組と関連している。つまり、韓国の伝統法理解に日本の伝統法に関する議論を投影しているのである。なるほど、伝統文化のこのような二重構造は日本や韓国だけでなくあらゆる社会に共通して見られると言われるかも知れない。だが、韓国の場合には、そのよう二つの文化の対立は比較的弱かったと見るのが正しいだろう（王少鋒『日韓中3国の比較文化論』明石書店、2000年、p. 24）。儒教は東洋三国に共通する文化であるが、韓国のそれは中国や日本の場合と比べて、より一層徹底して民衆生活を支配したという点で区別される。そうだとすれば、韓国の儒教文化は、事実上巫俗文化に優位する形で展開していたと言うべきである。さらに、伝統社会に定着していた巫俗文化と韓国伝統法とはほとんど関連がない。その母系文化的性格が家族制度等に一部に見られただけである。

ともかくも、朝鮮の伝統法は巫俗的なものではなく、儒教的なものであった。巫俗的なものは、伝統法にも、韓国現代法にも残ってはいない。したがって、いたずらに巫俗的なものの意義を誇張し、現代韓国の法文化を伝統法と継受法との併存とみなして、伝統法の根絶を主張することは誤りであるとする見解（千葉正士、p. 107）こそ誤りであると思われる。これは伝統法という観念を漠然とイメージする以上のことではない。

そうした見解は、韓国の法意識調査に現れた「法外志向」(alegalness) や「無権利意識」が韓国法の根底にあると主張し（Hahm Pyung-Choon, "The Decision Process in Korea," in Grendon Schubert and David J. Danelsky eds, *Comparative Judicial Behavior : Cross-Cultural Studies of Political Decision Making in the East and West*, 1969, New York, Oxford University Press, pp. 19-20; Hahm Pyung-Choon and Yang Seung-Doo, "The Attitudes of the Korean People Toward Law" in International Foundation of Korea, ed., 1976, *Legal System in Korea*, p. 191）、そうした意識を基本とする伝統法が存在しているという前提から出発し、そのような伝統法と継受法とが併存していることが韓国法のアイデンティティーであるとする。さらに、この見解は、国家および集団の伝統性を、「唯一者」(神) という概念を中心に置いているという理由で、「唯一者(神) 的伝統性」と呼んでいる（千葉正士、p. 108）。

だが、上述の見解は、まず韓国人が「法外志向」ないし「無権利的」であると見る点で問題がある。この見解は、いわゆる法意識調査に基づいているが、なお適切とは言いがたい。韓国人は歴史的に権利意識が強く、今日でも権利意識は大変強いことを見れば、このことは明らかである。「無権利意識」は、むしろ川島武宜の研究にもあるように、日本の場合にしばしば指摘される。最近の研究では、そのような「法外的伝統性」を強調する見解は事実を誇張しているという見方が一般化している。「法外志向」といった特性は、前近代社会以来今日に至るまで立法と裁判制度が十分に整備されていなかったことによる、克服されるべき問題にすぎないとの指摘がなされている。

さらに、上述の見解が指摘する伝統法というのは、「同姓同本禁止制度」や「家族儀礼」と同様に、極めて例外的な現象でしかなく、その性格が反民主的である以上、もはや維持

する価値はない。

## ②韓国法と日本法のアイデンティティーと実態の比較

日本法のアイデンティティーをアメーバ的情況主義に見いだす見解がある。この見解は、律令制と明治法体制という徹底的な外国法継受の際にも、伝統法が国家法の根幹となる内容が維持されたという点から説明される（千葉正士、p. 108）。しかし、このことは、日本法、とりわけ日本現代法が基本的に西洋法を継受しているということを否定する根拠にはならない。いかなる国でも完全な継受は存在しない。自国の事情に適合した継受が行なわれるにすぎないことは各国に共通する現象である。上述の見解は、日本法と韓国法のアイデンティティーを比較する際に、日本法のアメーバ的情況主義と韓国の唯一者（神）的正統主義とを対置しているが、それは継受過程の特性に過ぎない。いかなる意味でそれが韓国法と日本法のアイデンティティーとなり、また韓国法と日本法でそれがいかなる意味で対照的なのか明確でない。

もちろん、先述のように、日本の儒教継受に比べて韓国のそれはより一層徹底的であった。だが、韓国古代の歴史、少なくとも李氏朝鮮以前の歴史上、日本に比べて韓国の儒教継受はより弾力的であった。他方、李氏朝鮮時代の法制が中国法制をそのまま模倣したこともなかった。したがって、韓国でも、伝統法と継受法の融合現象は存在するのであり、アメーバ的情況主義がないとは言えず、むしろそれは一般的現象であったと見てよい。

さらに、明治法制に見られる天皇制や家族制といった伝統法の残存は、朝鮮王朝末の法制継受の場合と同様である。もちろん、日帝により朝鮮王朝が滅亡したあと解放後民主的政府が樹立される過程で王制の復活は考慮され得なかった。だが、解放後にも一部の伝統法の維持は日本と同程度は見られる。

一方、日本法が早くから天皇制を基軸にすえたことを、唯一者（神）的正統主義であるとも見ることが出来る。後述するように、天皇制は数千年前の日本の神話時代から今日に至るまで維持されているのであり、それを日本の伝統の象徴と見ることが出来るのは当然であるが、さらに、それが太陽神の後孫とされるのであれば、唯一者（神）的伝統の象徴だと見ることが出来ることも可能である。

## 3. 伝統法を見る眼差し

### (1)オリエンタリズムとオキシデンリズム

現代以前の伝統社会は数千年間維持されてきたのであり、それが今日の社会の土台をなしていることは疑いようもない。したがって、伝統社会まで遡る歴史を最小限は理解しておく必要がある。一般に、歴史とは過去の客観的事実として理解されるが、実際には非常に主観的なものである。例えば、韓国と日本の古代史に見られるように、誰がそれを語る

のかという主体によって、歴史は違ったものになる場合がある。この問題はしばしば歴史「観」の問題と言われるが、そもそも歴史を客観的事実として前提することにも問題があるろう。歴史自体が主観的に用いられる場合も多いからである。

歴史「観」は様々な理由によって生じてくるが、その最も一般的な発生形態は、権力的支配要求によるものである。例えば、韓日古代史において、古代日本が現在の韓国の一部を支配したとすること（任那日本府）は、1910年以來の日本の朝鮮支配を合理化しようとして作り出した歴史観であるとも言えよう。

世界史レベルでは、西洋が非西洋を侵略した時代に、非西洋に対する様々な「物語」を作り出したことを挙げるができる。ここにいう「物語」とは、あらゆる学問と芸術、そして大衆文化などを含む文化全体に関する説明のことである。そうした説明がすべて偽りだというわけではないが、なお、一部の事実から全体を語ったり、対象を正しく捉えられずに誤解したり、現実を隠蔽し非現実をねつ造したり、さらには非西洋的価値を無視して差別の根拠を作り出したりといった、多くの問題を生み出している。歴史に対する西洋社会のこのような態度を「オリエンタリズム」(Orientalism) というが、より正確に言うなら、これは「非西洋差別主義」だということができる(サイード)。例えば、東洋には法や権利意識がなかったり、貧弱であったりするという説明は、そのようなオリエンタリズムに端を発すると言えよう。

一方、西洋は非西洋に対する優越をより一層強調するために、自身の歴史を優れたものとして美化し、誇張して表現する傾向がある。これを「オキシデンタリズム」(Occidentalism) というが、より正確に言うなら、これは「西洋優越主義」である。例えば、西洋では、権利意識が非常に強く、法が完全に整備されていたという説明は、そのようなオキシデンタリズムに端を発すると言えよう。

他方、侵略を受けた側は、こうした歴史的態度に対して様々な反応した。すなわち、西洋の優越性にうちひしがれ、自国の歴史に誇りを感じず、むしろ劣等感をもつようになり、反対に、西洋側の立脚する帝国主義的優越意識に抵抗し、自国の歴史を誇張するようになり、捻れた優越感に浸るようになったりした。それらのいずれもがオリエンタリズムに対する反応なのであるが、前者の態度はオリエンタリズム、後者は逆オリエンタリズムと言うことができよう。前者は、西洋の言うオキシデンタリズムをそのまま受け入れる態度であり、後者は、西洋を否定的に評価し、西洋への優越感に浸る態度である。例えば、東洋は無条件に西洋に学ばなければならないと主張したり、東洋は西洋と全く異なる固有の価値を有しており、その意味で西洋に優位すると主張したりする。

さらに、オリエンタリズムとオキシデンタリズムは、場合によっては、一つの国で対象を異にして同時に表れてくることもある。例えば、現代日本の場合、西洋に対してはオキシデンタリズムの態度をとるが、非西洋に対してはしばしばオリエンタリズムの態度をとるとされる(近藤和彦「文明表象の英国」山川出版社、1998年)。これは、日本が西洋式に国家を改造しようとしながら、その一環として朝鮮などを侵略したことを背景にしている。

日本は、しばしば韓国などアジア諸国に対して差別的な歴史を作りだす一方、西洋に対しては劣等感を表明するのである。

現代韓国でも同様の現象は見られる。すなわち、西洋に対してはオキシデンタリズムの態度を示しながら、日本やアジアに対しては、オリエンタリズムまたは逆オリエンタリズムの態度を示すのである。特に最近では、韓国経済の発展に伴って、そのような態度が目立つようになってきている。韓国では、日帝時代以来、日本に対する逆オリエンタリズムが存在してきたが、それがより一層はっきり表明されるようになってきたのは最近のことである。このような考え方は、いずれも健全なものではない。西洋と非西洋の比較は、単純な優劣比較でなく、いずれも世界を構成する要素として相互連関的に捉えて行わなければならない。

## (2)先進と後進

韓国でも日本でも、オキシデンタリズム、すなわち西洋崇拜が圧倒的影響力を有している。もちろん、そのような状況になることに理由がないわけではない。例えば、民主主義に関して言えば、西洋は非西洋より確かに進んでいるということができる。だが、それは、私たちが民主主義を実現できる能力をもたないからではなく、様々な歴史的理由によるものである。そうした理由のうち最も重要なものは西洋による侵略である。

ところが、私たちは、西洋人の民主主義についての本を読みながら、しばしば非西洋に対する途方もない差別意識を発見する。例えば、『自由論』や『代議政治論』を著した J.S. ミルは、英国の植民地被支配者であったインド人が野蛮で自治能力がないと主張し、また、『アメリカの民主主義』を書いたトクビルも、当時フランスの植民地であった「野蛮国」アルジェリアに対する苛酷な弾圧を誰よりも支持した。そればかりでなく、『資本論』を著したマルクスも、英国のインド支配を文明化のためであると述べている。他方、日本の福沢諭吉もまた、朝鮮や中国を野蛮としている。資本主義の形成を説明する古典とされる『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』を著した M.ウェーバーも、資本主義や民主主義は儒教圏で発生しえないと主張している。

もちろん、私たちは、このような主張を受け入れることはできない。なぜなら、そうした主張は非西洋への侵略を合理化するために作り出されたものに他ならないからである。例えば、日本人は、朝鮮侵略の前後に、朝鮮は野蛮で劣等だと主張するようになった。もちろん、それは偏見であり、差別であり、誤謬である。韓国では、日本からの独立後はそのような見方は斥けられているが、日本が見習った西洋に対しては、相変らず劣等感を抱いている。

西洋崇拜は、西洋を先進、非西洋を後進とみることに繋がる。しかし、先進的か、それとも後進的かといった問題は、国家が競い合うオリンピック競技の結果のようなものと考えられてはならない。それは、相互に結びつき合った世界各国が、お互いに影響をおよぼ

しあう中で生じた結果にすぎない。すなわち、先進は後進あつての先進であり、後進は先進あつての後進である。これは、先進／後進の概念の相対性のことではなく、世界の実態がそうなっているということである。つまり、先進国が発展する過程で後進国は食品と原料の生産地として搾取されたからこそ、後進国は発展できずに低開発レベルに留まったのである。

例えば、資本主義の出発点となった英国の産業革命は、綿織物工業の機械化に端を発するが、その原料である綿花は 1600 年に成立した東インド会社が、特に 17 世紀後半以降大量に輸入するようになったものである。そのようにして生産された綿織物が英国内のみならず世界的に途方もなく大きな需要を呼び起こすようになると、アフリカとアメリカで奴隷を用いて綿花を生産するようになり、さらにインドでも綿花を低価格で生産させ大量に輸入するようになった。そのようにして生産した綿織物を高値で売ることができたことで、英国では爆発的な勢いで産業革命が進み、途方もない利益が生み出されたのである。

また、産業革命の過程で確立された工場労働制度は、パンと紅茶という、簡易で刺激的な食料品の普及によって可能であった。それ以前は、労働者は食事とともにビールを飲み、週末には酒に酔い、月曜日には仕事ができなくなる「月曜病」が蔓延していた。そうした食生活が変化することで、工場労働に不可欠な時間規律が可能になったのである。この点、中国とインド、カリブ海地域で生産される紅茶と砂糖は、英国でビールを生産するより、はるかに値段が安かった。同じく、パンの原料である穀物も、英国は、東ヨーロッパの農奴が生産したものを廉価で大量に輸入した。このような理由から、産業革命初期の時代以来、自由貿易と自由競争を含む自由主義が主張されるようになり、国際法の父とされるグロティウスが「自由海洋論」を主張したのである。今日、私達が目にするグローバル化、ないし国際化とは、このような伝統に端を発する。

### (3) 伝統法理解の問題点

韓国法（伝統法を含む）と日本法をもっぱら否定的にのみ評価しようとするオリエンタリズム的傾向がある。この傾向は、韓国法や日本法を、西洋法に基づいて評価検討するものである。そのようなオリエンタリズムであれ、また西洋法を絶対的な判断基準にするオキシデンタリズムであれ、こうした態度は、もはや止揚されねばならない。その際に問題となるのは、韓国や日本の法現実を単純に後進としてのみ評価するのではなく、そのような現実が生み出された文化的土台を正確に理解し、そうした現実について適切な評価を行わなければならないということである。

他方、韓国法や日本法の特殊性を過度に強調し、肯定的に見ようとする逆オリエンタリズム的傾向も無視出来ない。とりわけ、そうした傾向が、韓国法や日本法を誤った方向に導きかねない保守的傾向に繋がる危険性が看過されてはならない。そうした逆オリエンタリズムは、韓国現代法の根元にある日帝時代法＝日本法を否定する民族主義的センチメン

タリズムと同様に危険な発想である。また、民族主義的センチメンタリズムから派生する国粹的保守主義は当然に警戒されねばならない。だが、民族主義自体は否定されえないのであり、そうだとすれば、民族主義を前提とする、歴史に関する進歩的議論が必要だということになる。

いま一つの問題点は、韓国法の根元を朝鮮後期に本格的に成立する儒教法にのみ見いだそうとする傾向である。韓国法は、少なくとも二千年以上の伝統を持っている。したがって、韓国法の根元を探求するにあたっては、その全体を鳥瞰する態度が必要である。それに加えて、李氏朝鮮時代の儒教ないし儒教法の正確な理解も必要である。さらに、韓国法の特性を強調する際に、枝葉末節にすぎない事柄を韓国法全体の特性であるかのように語ることも問題であると言えよう。

最後に、法が継受されたという形式を問題視して、法の内容まで否定的に評価する傾向も危険である。法の継受は、文化移転の一つの自然なあり方であり、しばしばそれは弾力的に、時として全面的に行われるが、そのような継受のあり方の違いが法の内容を直接決定することはない。法の内容は、時代の必要や状況に適応した結果、そのようなものになっただけである。さらに、日本ではあらゆる文化が弾力的に受容され、朝鮮では民族性や儒教の影響で教条的に受容されるという偏見が根強いが、これは事実と全く異なっている。韓国の歴史上そのような教条的な文化受容は、日帝の強要によって行われた場合だけであり、それ自体とても継受とは言えない、侵略にともなう強制に他ならないものであった。

#### 4. 韓国と日本の古代法

##### (1) 古代韓国と古代日本の文化継受の共通性と相違点

韓半島には旧石器時代から人類が存在していたが、約 1 万年前に北方民族が南下してきたことで、北方のシベリア文化と原住民の南方モンsoon文化とが融合して韓半島古代文化が形成された。同様な古代文化形成は、満州と日本とで共に見られたものである。その後も韓半島では、さらに北方の遊牧文化と中国の農耕文化とが受容され、古代韓国文化の基礎が形成された。このように古代韓国文化は、他のあらゆる文化の場合と同様に、様々な文化から取捨選択して複合的に形成されている（以下の説明は井上秀雄『実証・古代朝鮮』NHK ブックス 637、日本放送出版協会、1992 年に基づいている）。

韓国や日本の古代文化においては、中国文化の独自の継受は共通して見られる。例えば、儒教や道教の祭祀儀礼を中心とする唐令の祠令は、天神・地神・宗廟を祭祀することだった。これを受け入れた新羅の「祭祀志」では、年中行事の宗廟の一部を摸倣しながらも、大部分は慣習的に行なわれていた山神を中心とする地祇の祭祀を行っていた。この祭祀儀礼は日本に伝わり、天皇の即位儀礼や宮廷の年中行事に関する祭祀へと変型された。すなわち、中国式祭祀儀礼は、韓国では慣習上の自然祭祀として、日本では国家制度上の祭

祀へと変型されたのである。したがって、文化継受に際して、韓国は正統主義であり、日本は情況主義であるという区別は必ずしも適切でない。

韓国の文化継受現象に唯一者（神）的伝統性を見いだす先述の見解は、檀君神話などの天下り神話をその根拠にしている。しかし、韓国の伝統的開国神話は、日本の場合に比べて唯一者（神）的正統性をそれほど強く主張するものではない。むしろ、日本の場合に、天皇が太陽神の子孫だと自任していることに比べれば、韓国の古代神話は自然神的色彩が強いと言えよう。

檀君神話は、和風の天下り神話とは異なり、虎や熊が登場する動物神話で、それは北方から伝来したものである。また、高句麗や百濟、そして新羅や伽耶の開国神話は、卵から始祖が生まれて国を建てたとするものであり、これは南方から伝来したものである。このように、韓国古代の開国神話が様々な仕方で自然神を想定しているのと対比して、日本神話は南方海洋系に由来することから、その性格は天皇を中心とする単一的なものである。さらに、韓国の古代神話は住民が神に要求する形で神話が構成されるが、他方、日本神話には住民が全く登場しない。ここから、韓国神話が社会の発展を住民の生活向上に見いだし、住民の要求を充足させることを重視する民本主義的な思想から出発しているということが窺われる。これに対して、日本神話は徹底した権力中心主義、すなわち君主主義思想に立っていると言えよう。

このような現象は、仏教や儒教、道教など中国文化の受容についても見ることができる。すなわち、三国時代の王たちは、国民生活の安定と向上のために中国文化を積極的に受け入れるが、その受容はそのままの摸倣ではなく、伝統宗教と共存できるレベルの弾力的な受容であった。日本の場合に、貴族や僧侶らが教養人と見なしてもらうために中国文化をそのまま受容したが、その際もつばら外観的文化の受容にのみ関心を示していたこと、その結果、神仏混合の形態が生み出されたこととは大きく異なっている。

したがって、古代韓国と古代日本の文化継受がそれぞれ弾力的に行われた点は共通しているが、韓国の場合には内容上の民本主義的性格、日本の場合には君主主義的性が見いだされるところに相違点が認められる。中国文化の継受の程度は相対的に日本がより一層徹底していたとすることができる。すなわち、日本の中国文化継受はより一層正統主義であり、韓国はより現実主義的だったと言えるのである。さらに、日本古代の場合には、支配文化が巫俗的な民衆文化と厳格に区分され、その結果文化が絶対権力を中心として儀礼的に様式化されることになったが、韓国古代の場合には、文化の階級性は日本に比べて相対的に明確ではなく、支配文化と民衆文化の合一性が志向されてきたのであり、文化の様式化はむしろ倫理的次元で要求されることになった。

## (2) 古代韓国の現実主義的法継受

古代の法継受を比較すると、日本よりも韓国でより一層弾力的で独自に法継受が行われ

たことが理解される。中国では、現在の刑法にあたる「律」が戦国時代末期にすでに存在していたが、現在の行政法にあたる「令」は永らく「律」に含まれていた。紀元 268 年に独立した「令」が発布され、「律」と対等な法令とされた。これに続いて、隋・唐時代になると、「令」がより重視されるようになり、さらに、律令を補完・変更する施行細則として「格」が発布された。律令制は、その後重要性が失われ、「律」のみ清末まで維持された。

この点、古代韓国の三国時代には、比較的律令が重視され、中国の南北朝時代には律令を積極的に受容した。それは、先進文化を流行として受け入れたわけでも、消極的に受け入れたわけでもなく、主体的・積極的受容であった。その受容は、古代国家の形成にあたって、合理的な政治制度を形成する必要性を認めたためであった。決して中国文化であったゆえに受容したというわけではなかったのである。

しかし、三国時代の韓国は貴族連合体制であったために王権が弱く、村落共同体が重視されていた。それゆえ、中国の律令はそのままでは受容されなかった。例えば、新羅で最初に発布された 520 年の律令は、公式に衣服の一部を成文化した程度に過ぎなかった。当時の成文法の基本は慣習を整理することに留まっていた。現実的条件のもとで、韓国古代の律令継受は変容を施されざるを得なかったのである。

このような状況を変化させたのは、640 年代に発生したクーデターであった。このクーデター以後続いた戦時体制のもとで、中央集権が強化され、制度整備と法の成文化が急速に進んだ。だが、それでもなお王権中心の律令体制は不可能だった。その後、統一新羅の成立直前に、統一戦争参戦に消極的だった貴族に代わり、新羅王の主導のもとに、下級官僚と地方豪族とが律令制の本格導入を企図した。しかし、なお旧制度は排除されることはなかった。律令制が比較的完全な形で受容されたのは、李氏朝鮮時代に儒教が国教化された以後であった。だが、後に見るように、朝鮮時代の律令制継受もまた、当初から現実的条件によって変容された形で行われている。そのようにして形成された韓国律令体制は、朝鮮中期の身分制の変化に伴って、一般民衆レベルにまで全面的に適用されることになった。

他方、日本では、中国の律令に類似する現象が見られた。7 世紀に日本で全面受容された律令制は 10 世紀まで継続するが、その後政治権力が武家に移転し、その機能は失われることになる。だが、武家政権のもとでも官制だけは残り、明治時代まで継続する。すなわち、中国の場合に「律」だけが強調されたように、日本の場合には「令」だけが強調されたのである。したがって、日本の律令受容はアメーバ的状況主義などではなく、唯一者（神）的正統性主義により律令制が全面模倣されたが、その後の政治体制の変化によって、不必要な機能が失われたに過ぎないのである。

### (3) 古代韓国法の民本主義的性格

これまで見てきた古代韓国法の現実主義的継受の特性は、古代の「令」について比較す

れば、日本と中国の官制は非常に似ているが、新羅のそれは中国のものと一部しか共通していないというに表れている。これは、新羅統一に伴う領土拡大の結果、数多の新しい官職が創設されたことによる。しかし、継受の特殊性にのみ注目していても、古代韓国法の内容上の特殊性は理解できない。比較法を行う際に最も重要なことは、継受の態様などではなく、その法体系の内容的特性である。この点とくに注目すべきことは、新羅には独自の官庁として、立法を所轄する「理方府」があったという点である。中国と日本では、新しい立法を皇帝や天皇の詔勅として発布していたが、新羅では、貴族と官僚による立法が行われていた。これは、新羅が貴族連合体制ゆえに、比較的民本主義的であったことを意味している。

また、中国や日本の場合、上級官職は皇帝や天皇の政治機構に属していることが明確に示されていたが、新羅のそれは王の政治を直接補佐するものでなく、むしろ独立の官庁としての性格が強かった。さらに、中国と日本では、上級官職は単独で王に直属していたが、新羅のそれは複数合議制であった。ここからも民本主義的性格を読みとることができる。このように、新羅の律令制においては、統治のための現実的必要性から部分的に中国の制度が採用されたにすぎず、基本的に独自の民本主義的制度が形成されていた。他方、日本の律令制は、中国のそれを全面的に受容したために、徹底して反民本主義的なものだったと言える。

## 5. 韓国と日本の儒教法

### (1) 儒教法理解の問題点

以上の議論で、私たちは、少なくとも李氏朝鮮時代より以前の韓国伝統社会では、現実的条件に応じて中国法が独自の仕方でも継受されてきたことが確認された。他方、朝鮮時代には中国の儒教法がそのままの形で全面的に継受されたとする韓国および日本の通説的見解に依拠し、上述の唯一者（神）的正統性主義を韓国法のアイデンティティーだと主張する見解には問題がある。朝鮮時代後期以降はじめて本格的に展開された短期間の儒教法を韓国法の伝統と理解してはならない。韓国伝統法の特徴は、韓国古代から今日に至る長期的歴史観察を通じてのみ明らかにされうるからである。

以下で見るように、朝鮮時代にも儒教法は全面的には継受されていないし、18世紀以降の家族制度の変化に伴う儒教法の民衆レベルへの拡大さえ、基本的には民本主義的性格のもとに理解されなければならない (M. Deuchler, *Neo-Confucianism in Action: Agnation and Ancestor Worship in Early Yi Korea*, Laurel Kendall & Griffin Dix (eds.), *Religion and Ritual in Korean Society*, Institute of East Asian Studies, 1987)。この反面、日本では、江戸時代には儒教は支配階級の教養というレベルに留まっていたが、明治以降は天皇を中心とした民衆支配の手段として徹底的に普及が図られた点で、やはり君主主義的だっ

たと言える。

伝統法に関する議論に見られる一つの問題は、儒教は徳治主義を主張し、法治主義を否定したとしばしば説明されることである。だが、法治主義を徳治主義の対概念として理解し、徳治主義が法そのものを否定していたなどと誤解してはならない。法は国家秩序であると同時に社会秩序であり、伝統社会においても大きな威力を発揮した。特に、李氏朝鮮では、家族構造は儒教的倫理の三綱五倫に基づく法典『経国大典』によって規律されていた。この点で、朝鮮時代の儒教社会は徹底した法化社会であったといえることができる。東洋における礼とは西洋では法を意味していたという学説もある（費孝通『郷土中国』生活・読書・新知三聯書店、1985年）。したがって、韓国を含む東洋社会が法治国家ではなかったとする通説には問題が多い。

もちろん、洋の東西で法治国家の内実は異なる。西洋では、法を独立した存在と見なし、契約や人権の判断尺度として理解する。そこでは、法による判断は正しいものと理解されるので、法が人間を支配することになる。これに対して、東洋では、法は統治手段として理解されており、今日でもなおそのような傾向が明確に表れている。例えば、弁護士は被告人防衛の一環として、事実上裁判官に情状酌量を訴える程度のことしか行えない。というのも、憲法上の黙秘権行使は、被告人が犯行を行ったことの裏付けとして理解されるからである。このような傾向は、現代法では当然に問題視される。だが、東洋では、人々は伝統的に法を抽象的には捉えず、もっぱら具体的、個別的にのみ捉えようとする。そこで、そのような意味での法についての認識の特殊性を考慮する必要がある。すなわち、東洋では、法は人間が運用する下位の統治手段として理解され、演繹的法解釈よりも個別事件に即した個別的解釈や判断が重視されてきた。そのような留保をつけた上でならば、東洋社会にも法治主義が定着していたと言ってよい。

もちろん、東洋でも、国によって法運用は異なっている。例えば、日本の場合、日本独自の法内容と様式を重視する傾向がある。それゆえ、一見すると法体系は華麗であるが、近代化以前には東洋思想に固有の道徳的要求を十分に受容しなかったし、近代化以降も西洋近代国家の内面的要求としての人権法体系をそのまま受け入れてはいない。また、中国の場合は、法の形式より内容を重視する傾向がある。それゆえ、法体系は華麗ではないが、その実践的性格はより一層強い。これに対して、韓国の伝統社会では、民本主義と現実主義が定着していたが、日帝支配以後、日本的な国家主義と形式主義に染まっているという点が問題である。

## (2)李氏朝鮮の継受法と慣習法

14世紀末に李氏朝鮮が開国した後、1485年に統一法典の『経国大典』が完成され、儒教による中央集権的専制国家の法体制が整備された。それ以前の時代の成文法と同様、行政法（令）と刑法（律）を中心としていたが、私法も一部含まれており、また具体的で個別

的な国家の命令が中心であった。それは、西洋法に見られるような一般的抽象的法規範ではなかった。『経国大典』のなかの刑法典は中国の大明律を継受するものであったが（朴秉濠「韓国の朝鮮王朝初期における中国刑法の適用」『罪と罰の法文化史』東京大学出版会、1995年、pp. 119-140）、親族や奴婢などに関する規定は朝鮮の現実適合した特別法が適用された。

儒教は国王個人の徳を基本として統治を行い、礼を秩序の核心と見なす社会を理想としている。そこでは、法は国王の具体的な命令であり、裁判も国王が最終的な審判者であった。だが、法と裁判は当然に道徳に基づいており、「民のため」という民本主義に立脚していた。とはいえ、「民」が自ら政治の主体となる民主主義はなお当然意識されてはいなかった。

朝鮮王朝時代には多くの裁判が行なわれた。これは、当時の人々の間に徹底された権利意識と実体的な正義観が存在していたためである。もちろん、現代的意味における裁判が一般的に行なわれたと言うことはできない。というのも、当時の裁判は地方官僚が担当しており、国王が最終審判者であるため道徳主義に流れる傾向があり、とりわけ刑事裁判では自白を得ることに力が注がれ、拷問が当然視されていたからである。このような状況のもとで、民衆は当然に法を「上からの命令」と認識し、法に対して威圧感を感じて、法から離反した。しかし、そのような現象が民事取引にまで及んでいたとは思われない。

西欧近代の場合のように土地の私的所有権が全面的に認められていたわけではないが、売買と相続による所有権移転の保障は慣習的に存在していた。また、売買については、売買契約書を作成して100日以内に、官の証明である「立案」[一種の公証人による認証]の発行を受けなければならなかった。もちろん、その手順が複雑なため費用がかかり、その発行を受けることが忌避されたこともあったが、取引安全を保障するための現代的登記制度と同様に機能した。このような制度は奴婢と船舶の取引にも適用された。

ここで注目すべき点は、土地所有権に対する法的規制として最も重要なものが、韓国現代法にいう「土地公共概念」に近い利用強制だった点である。すなわち、土地を一定期間耕地として利用しない場合、隣地の耕作者が申告のうえその土地で耕作することができ、場合によっては所有権も認められた。このように、当時の土地所有権法制は非常に内容豊富であり、土地所有権法制は政治的にも重要な課題であった。ここには明確に民本主義的特性が現れていると言える。

### (3)朝鮮儒教社会の成立

朝鮮王朝は、高麗王朝の支配的イデオロギーだった仏教を排斥して、朱子学者が中心となって打ち立てられた。彼らは、自らを「両班」と称し、彼らより身分の低い「衆人」、「良民」、「賤民」と区別した。儒学者である「両班」は、政治的には高級官僚として権力を掌握していたが、経済的には決して特権的な存在ではなかった。両班を経済的特権階級とみ

なす従来の見解は事実と一致していない。

儒教とは孔子の教えに基づく思想をいうが、事実としては、孔子の教えは古代中国思想を体系化したものに過ぎなかった。中国古代思想の基本は「天」であった。中国では、天命によって王が更迭されると考えられてきたが、韓国では、すでに見たように、民が天に要求して王を立てるものと考えられており、さらに、日本では、天の子孫が天皇を継承するものと考えられてきた。「天命」または「天への要求」という考え方は日本に存在しなかったのである。

また、「天」は、人の生存の調和をも意味した。すなわち、民の生存の等しい成就という平等主義をその本質としていた。この考え方を受けて、中国ではもちろん朝鮮でも、「大同法」をはじめとする様々な経済政策立法が試みられた。さらに、朝鮮王朝後期になると、民の生存の平等化はある程度達成されたが、他方、日本ではそのような思想は見られなかったし、そのような施策も行われなかった。現代韓国で試みられている「土地公共概念」もまたそのような伝統の中にある民本主義思想の表れであると見ることができる。

儒教思想のなかでも東洋に決定的影響をおよぼしたのが、朱子（紀元 1130-1200 年）による「朱子学」ないし「性理学」であった。李氏朝鮮が朱子学の国だったことは否定できない事実である。この点、朱子学によって党派争いが激しくなったために朝鮮王朝が亡びたとする主張は、かつて日本人の朝鮮史理解の基本におかれていた。他方、朝鮮王朝は朱子学でなく「勢道政治」により亡びたとする反論もある（李泰鎮・六反田豊 訳『朝鮮王朝社会と儒教』法政大学出版局、2000 年、p. 142）。すなわち、「性理学」は少数者による私利私益政治を警戒し、公道を実現しようとする思想であり、その方法として「朋党」を公認された政治のあり方として主張している。そして、「勢道政治」は、まさにそれに反する少数者政治だったのである。

しかし、朱子学が党派争いの原因だとする主張は、なお「朋党」が勢道政治を招来したということを説明できていない。むしろ、日本をはじめとする他の多くの諸国にも同様の党派争いがあり、それが内乱にまで発展したという事実は数多く見られる（姜在彦『朝鮮の開化思想』明石書店、1996 年、p. 36）。言ってみれば、党派争いはどこの国にもある現象ということである。

さらに、「勢道政治」によって朝鮮王朝が亡びたという理解にも問題がある。基本的に、朝鮮王朝は日本の侵略によって亡びたのであり、内部要因によって滅亡したわけではない。もちろん、日本の侵略を朝鮮が防御できなかった勢道政治等のせいにはできるが、そうかと言って、日本側でどんな理由を挙げたとしても、その侵略を合理化することはできない。

とりわけ、朱子学に朝鮮王朝滅亡の責任があるという主張は間違っている。しばしば、朱子は君主を「天」と見なし、封建道徳を完成したとされるが、実際には、朱子は君臣関係を人為的關係にすぎないと考えており、君臣関係が全うされるためには忠誠と愛とが必要だと主張している（『朱子語類』第 13 卷、第 72 条）。要するに、君臣関係は、父子関係

のように自然的結合に基づくものではなく、決して先験的だったり、超越的だったりすることはないのである。また、皇帝であっても絶対的存在ではありえず、「理」としての「天」に背反すればその王朝は滅亡するとされている。このような思想は、韓国でも共有されていたが、日本の場合は異なっていた。というのも、日本の天皇はどのような権威にも拘束されない絶対君主として位置づけられたからである。さらに、このような理法的「天」は、生成調和の「天」を意味するので、民の生存を平等にするという、民本主義的平等観と結びついていた。この違いは、中国と朝鮮では「理」が「法」に優先していたが、日本では「法」が「理」に優先していたことに関連している。それゆえに、明治期以降、日本では法制度が急速に整備にされたのに対して、中国と韓国ではそれが遅れることになったと理解される。加えて、このことは、中国と朝鮮の場合には、国家理念が天理に基づく民族主義として主張されたのに対して、日本の場合には、自国中心の国家主義が早くから成立していたことも関連している。

#### (4) 儒教的身分制度

以上で見てきたように、朝鮮王朝は儒教兩班階層によって打ち立てられたが、儒教が社会全体に浸透したのは17-8世紀に至ってからである。儒教浸透の背景には、15世紀以来の人口増加と農業改革、さらには在地兩班階層による集落開拓がもたらした小規模農家を中心とする集落社会の成立があり、これに加えて、政治的支配と土地所有との分離がもたらした兩班階層の特権排除と民衆の平等化という社会変動があった（宮嶋博史「東アジア小農社会の形成」『アジアから考える』第6巻、東京大学出版会、1994年、pp. 67-96）。当時の地主と小作人の関係は、基本的に経済的関係であって、人格的支配隷属の関係ではなかった。

小規模農家社会が成立することによって、当時の政治的支配層は、直営地経営のみならず特定地域に対する領域的支配権をも失うことになった。というのも、中国と朝鮮の兩班は、科挙に合格して政治的支配層となっても領地を与えられることはなかったからである。もちろん、彼らは、一般農民と比べれば広大な土地を所有していたが、その所有権の性格は一般農民のそれと異なることがなかった。これは、儒教の中央集権主義と軌を一にしていた。これに対して、日本の場合には、非中央集権的な江戸時代の政治体制のもとでは、儒教は不完全にしか受容されえず、結局、中央集権化が図られるなされる明治期に至ってはじめて完全な受容が可能だった。

農村に小規模農家が普遍的に存在するようになったことは、民衆の平等化が進んだことを意味している。貧富格差もかなり流動的であり、身分間の移動も、日本の場合に比べれば、かなり広く認められていた。このような平等化によって、朱子学の統治理念の一君万民体制が可能となったのである。

この点、韓国社会では、基本的に身分は世襲とされていたが、身分間の移動は頻繁に見

られた。15世紀には、賤民階層が人口の大部分を占めていたのに対して、19世紀になると大部分が両班階層となっていた。すなわち、15世紀末には「良民」が10~20%、「賤民」が80~90%であったのに対して、19世紀には大部分が「良民」となっており、人口の半分ほどが両班という変化を見せた。それゆえ、身分意識が19世紀末まで固定的だった日本の場合とは異なり、朝鮮の場合にはそれが非常に流動的だったことが窺われる。朝鮮時代の法典に規定されていた身分は「良民」と「賤民」であったが、さらに「良民」は社会的にみれば「士族」、「中人」、「常民」に分かれていた。「良民」と「賤民」の違いは、「良民」には科挙受験の資格が認められる代わりに兵役・納税の両役負担の義務があるが、賤民の場合にはその二つがないという点に見出される。

日本近世の江戸社会と朝鮮社会とでは、身分ともなう居住配置が異なっていた。すなわち、日本の場合には、都市に武士、職人、商人が居住し、農村には農民が居住するという身分別居住配置が明確だったが、朝鮮の場合には、都市の中心に官僚、農村には各身分が雑居するという状態で、中人のみ主としてソウルに居住した。さらに、17~18世紀になると全国民の両班化が起こり、身分の区別は日本より一層曖昧になった。両班社会では、女性が男性に従属していたことは事実であるが、一般民衆社会で、女性の地位や恋愛の自由がどの程度であったかについては、明確なことは分からない。

朝鮮王朝では、支配階級の支配を維持するために科挙制度が導入された。朱子学に忠実な中国の科挙制度はあらゆる身分に開放されたが、朝鮮の場合には「良民」以上のみ受験が認められた。科挙による立身出世という自己実現のあり方は、階級秩序と君臣支配服従体制とを維持・永続化することを目的とする範囲においてのみ認められた。また、朱子学において重視された自然科学や語学などが、朝鮮の場合には「中人」や「常民」にのみ許容される低次元の雑学として蔑視されていたことも、支配階級を維持するという目的に関わっていた。

科挙の文科に合格した者は、朝鮮王朝時代を通じて15,547人であり、合格年齢は14才から82世まで様々だった。日本の場合には、高等文官試験制度が施行されたのは明治以降である。科挙は、道徳君子であることを前提として、合格者に富と権力を抱かせることを目的としていた。そのような階層を両班という。他方、科挙制度の墮落に伴い、科挙に批判的な在野知識人が生まれてきた。

#### (5) 儒教的家族制度

儒教社会は、その下部構造として、血縁共同体という権力装置を必要としていた。そこでは、法・国家秩序を担う官僚層（士大夫）は、法・社会秩序の慣習上の種族（血縁共同体）秩序の模範的实践者と規定された。朱子学では、法・国家秩序は、法・社会秩序である種族・家父長秩序よりも優位に位置づけられていたが、両者は対立的関係にあるのではなく、むしろ補完的關係にあると説明されていた。

このようなあり方のもとで、私的領域と公的領域とは明確に区分されることはなく、国家や地縁共同体は血縁共同体の外延として理解された。それゆえ、純粹に私的関係を規律する今日のような「私法」は存在せず、あらゆる法は「公法」であった。「法は公法である」という伝統は、現在もなお韓国人の法意識の中に維持されている。種族制度は、『朱子家礼』および新たに編纂された『四書』によって説明された。その際、特徴的であったことは、種族制度が「理気論」によって合理化されていたという点である。例えば、祖先に対する祭祀が「氣」（ある種の物質ないしエネルギー）に対する感応として説明された。そして、こうした理解は、「礼」体系により地縁共同体と国家にも適用されることになった。

家族制度は、上述のように、法により厳格に規律されていた。当時の成文法は、父母に対する孝行と、祖先に対する祭祀のための男系家督承継、既存の身分秩序と政治経済上の既得権の維持のための相続および相互扶助、同姓同本不婚、異性不養および再婚禁止等で構成されていた。これは、血縁的結合を重視して「連座制」を採用した中国の『大明律』をより一層厳格に法制化したものだった。このような儒教的制度の導入は、大きな痛みを伴って実施され、朝鮮中期以降に体系化された。

韓国家族制度の原型は、「姓」と「本貫」が全国民に附与された高麗王朝時代に確立された。婚姻は、朝鮮王朝時代中期まで夫が妻家に入籍する制度だったが、朝鮮中期以降は婚姻後妻家に夫が一定期間居住した後、妻が夫家へ移動する形態に変わった。これは現代的な男女平等の婚姻形態とは異なるものの、夫と妻家の関係を重視するとともに、子女と母方親族との関係を重視する婚姻形態であり、中国より親族範囲を拡大させる結果となった。さらに、相続についても、朝鮮王朝中期より以前には、男女均分相続が認められていた。そうだとすると、少なくとも朝鮮王朝中期までは韓国社会は父系社会だったわけではなく、伝統的には母系社会だったと理解することができる。もっとも、韓国の一部の学者による、このような母系社会性を韓国法のアイデンティティーだと主張する態度は、やはり家族という制度の一部を法制度全体に拡張して説明している点で問題である。

儒教の性格は、国と時代によって異なっている。例えば、「忠」と「孝」の関係については、中国と韓国では「孝」が優位に立ち、日本では「忠」が優位に立っていた。また「孝」の制度化の面でも違いがある。例えば、韓国では、朝鮮王朝期に中国式の仲介結婚が導入され、父親の血統が重視されるようになった結果、女性の相続権は17～18世紀に失われた。今日では、家庭内で行われる忌日祭祀は4世代前までとされ、5世代以上遡る先祖の忌日祭祀は墓地で行うという風習が一般化されたことも、親族の系譜からなる「門中組織」の形成と同時期であった。しかし、これを歴史上の発展とする韓国の一部学者の見解は問題である。これはむしろ過度な儀礼主義の弊習と理解すべきであろう。

門中組織を記録する「族譜」は15世紀頃に成立したが、当時の「族譜」には男女区分なく記録が行われ、忌日や墓地等は記録されなかった。17-18世紀に至って、女性の記録が削除される一方、忌日や墓地が記載されるようになり、官職名記録はほとんど見られなくなった。そして、「族譜」の発行は日帝時代に急増することになる。なお、韓国の氏族制度は

「姓」と「本貫」によって構成されるが、これは中国の姓一本制度とは異なり、同姓であっても姓の発祥地を意味する「本貫」によって先祖が違なりうることを意味する。

また、家族と親族制度にも違いがある。韓国の家族は、日本と同様に直系家族であるが、日本のそれとは多くの点で違いがある。すなわち、男女の分離がより一層顕著であり、年齢が家族構成員の地位を決定する基準となっていた。しかし、兄弟姉妹関係において、日本士族層に見られた次男以下に対する顕著な冷遇は、韓国では見られず、また兄弟姉妹の情緒的紐帯は日本より深かった(伊藤巫人編『もっと知りたい韓国』弘文堂、1985年、p. 185)。

家系の継承も、韓国で重要視されてきたが、日本の場合のように家系の永続性に固執することはなかった。すなわち、家系の継承が不可能な場合には、日本の場合のように、他家から養子を迎え入れたり、中国の場合のように、同姓の者を養子にして家系を承継せたりする制度はなく、家は断絶されることになった。したがって、家は自らの命をかけて存続を守るような法人格的存在などでではなく、濃密な人間関係をもつ、生きている人間の集団だった(同前伊藤巫人、p. 188)。このような情緒的紐帯は、婚姻等により別家を構成する場合にも維持された。

このような情緒的紐帯と同時に、個人の独立性は、幼少時から礼節を通じて涵養された。もともと、日本の場合のように、個人の意思表示よりも、全体の合意を優先させるということはなく、また、中国の場合に人々が人間関係の対立をなくそうとするのとは対照的に、韓国の場合には、意思表示は自由であった。この点で男女の差は存在しなかった。さらに、韓国の「家」は、日本の場合ほどに枠組が強固でなく、日本の本・分家に見られる主従関係は形成されなかった。

韓国人自身の「我々」の根本にあるのは、血縁を中心にした先祖間および親族間の道徳である。日本人の「孝」は父母に対するものであるが、韓国人の「孝」は、その時間的・空間的範囲がより広い。こうした道徳は非常に強力なもので、憲法上の自由・平等原理にもかかわらず、民法上の親族制度や同姓同本結婚禁止規定(8寸以内禁止へ改正)、刑法上の尊属卑属間の差別を容認する根拠となっている。このような規定は非民主的なものであり、一部変化してきているが、なお社会道徳レベルでは容易に変わらない。

そればかりでなく、しばしば人々は裁判所による法的判断より、道徳的判断を優越視する傾向がある。裁判上も、法の厳格な適用を避け、道徳的判断に流される傾向が見られ、判決内容・量刑の不均衡が生じている。このような傾向は、「良心」による裁判ということ合理化されているが、それは誤解である。裁判手続上も、被疑者が非道徳的だという非難から不適法な裁判が要求されることがあった。このように、韓国では、社会秩序として道徳が法に優越するものとして機能する場合がまれでない。これもまた非民主的な傾向として払拭されねばならないところであるが、それでもなお道徳優位の判断傾向は簡単には変わらない。以上が道徳主義の非民主的傾向についてである。

血縁道徳は、その国の歴史に対する道徳的判断にまで及び、しばしば現行法を超越する。例えば、韓国では、1980年に発生したクーデターに対する1996年に行われた裁判をはじ

めとして、人倫に反する過去の犯罪行為に対する歴史的判断が繰り返し行われている。同様のことは国家と国家との関係においても問題になる。例えば、韓国人（北朝鮮の場合も同じであるが）は、日本の韓国侵略を合法的だとは考えない。しかし、このレベルで登場してくる道徳主義は、前に見た場合と異なり非民主的だと言うことはできない。

韓国社会に見られる道徳志向は、既存価値体系への同化圧力となる場合もあるが、旧体制に対する反抗と新体制樹立の原動力となる場合も多い。それは、しばしば革命思想になりうるのである。これは、日本の場合と明らかに区別される。

韓国は儒教的であるが、日本はそうでないとする見解がしばしば見られる。しかし、日本の伝統社会が儒教的でなかったということもできず、また、今日の日本社会に儒教的な影響が残っていないということもできない。例えば、しばしば韓国人が墓と祭祀を重視するのに対して、日本人はそうでないということが指摘されるが、それは単に見かけ上の違いにすぎない。また、日本人も墓と位牌を重視する点では韓国と異ならない。

これに対して、韓国人は道徳レベルで儒教を重視するが、日本人は企業や国家のレベルで儒教を重視していると見ることができる。例えば、日本では、企業行事として地鎮祭、竣工式、社祭、物故者慰霊祭を行い、またしばしば企業神社、企業墓などがある。さらに、企業の外にも、宗教的行事に対する寄付行為が頻繁に行われる（間宏「儒教資本主義と現代の企業経営－日本中心に－」組織科学第25巻4号、1993年、p. 33）。他方、このような行事は韓国にはほとんど存在しない。このようなことからすれば、日本人は韓国人より一層儒教的だということもできる。日本では、明治維新以降、儒教的中央集権国家が形成され、国家・社会レベルで儒教が徹底されることになるが、なお儒教の道徳主義的性格は定着することがなかった。

## 6. 結び

以上を要約しよう。韓国伝統法の内容をなす民本主義と、その形式としての現実主義は、朝鮮王朝後期に過度に強調された道徳主義と儀礼主義とによって、その相当部分が失われた。それでもなお、朝鮮王朝末までその本質は維持されたが、日帝支配開始以降には日本的な国家主義と形式主義に汚染され、植民地解放後今日に至るまで、なお日本的な国家主義と形式主義が残り続けている。もっとも、1990年代に入ってから、民本主義と道徳主義とが新たな形態で登場しており、日本的な国家主義と形式主義はある程度克服されている。これは歴史の方向として望ましいものである。それは今後より一層推し進められなければならないと思われる。なぜなら、今日の憲法上の民主主義がそれを求めているからである。それは、「民衆が熱望する自由と平等の生存」を基本とする民主主義である。

韓国伝統法には、韓国現代法と共通する志向が数多く見出されることに注目する必要がある。すなわち、民本主義、現実主義、地方自治、土地公共概念、男女平等、自治的訴訟制度などがそうである。もちろん、それらを現代民主主義法制下の制度と同一視すること

はできないが、西洋法とは異なる仕方で伝統法に根づいた、そのような志向は継承する必要がある。これに対して、日本的な国家主義と形式主義は今後止揚されるべきである。これは日本についても当てはまることだと言えよう。形式主義の止揚について述べれば、ドイツ法に由来する過剰な形式重視と観念主義は脱皮しなければならない。そもそも韓国伝統法の体系はそうでなかったのである。韓国最初の法学書とされる丁若鏞の『欽欽新書』に見られるように、伝統的法思考は経験主義に立脚しており、具体的事例を重視する判例法主義であったことに注目すべきである。そうした経験主義が、内容上の民本主義と軌を一にすることは言うまでもない。

[参照文献]

- 費孝通『郷土中国』生活・読書・新知三聯書店、1985年
- 近藤和彦『文明表象の英国』山川出版社、1998年
- 崔宗庫『韓国法入門』博英社、1994年
- 朝倉敏夫「現代韓国社会における〈伝統文化〉の研究の原状と課題」国立民族学博物館研究報告 7(4)
- 伊藤亜人編『もっと知りたい韓国』弘文堂、1985年
- 千葉正士『アジア法の多元的構造』成文堂、1998年
- 王少鋒『日韓中3国の比較文化論』明石書店、2000年
- 川島武宜「日本社会の家族的構成」学生書房、1948年、所収『川島武宜著作集第10巻』岩波書店
- 川島武宜『日本人の法意識』岩波新書、1967年
- 安田信之『アジアの法と社会』三省堂、1987年
- 石井紫郎「前近代日本の法と国制に関する覚書」法学協会雑誌第88巻5号、6号、1971年
- Zweigert and Goetz・大木雅夫訳『比較法概論』東京大学出版会、1974年
- Hahm Pyung-Choon, "The Decision Process in Korea", in: Grendon Schubert and David J. Danelsky, eds., *Comparative Judicial Behavior: Cross-Cultural Studies of Political Decision Making in the East and West*, 1969, New York, Oxford University Press.
- Hahm Pyung-Choon and Yang Seung-Doo, "The Attitudes of the Korean People Toward Law", in: *International Foundation of Korea*, ed., 1976, Legal System in Korea.
- Trubek and Galanter, "Law and Society: Scholars in Self-Estrangement: Some Reflection on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*.
- Trubek, "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", *Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 1.
- Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The

Free Press, 1976.

田中成明『現代法理論』有斐閣、1984年

Karl Polanyi, *The Livelihood of Man*, 1977.

Philippe Nonet and Philip Selznik, *Law and Society in Transition-Toward Responsive Law*, 1978.

大村泰樹『大韓民国の憲法制度』アジア経済研究所 1999年

大内憲昭『法律からみた北朝鮮社会』明石書店、1995年

大内憲昭『朝鮮社会主義法の研究：チュチェの国家と法の理論』八千代出版、1994年