

## 第2章 韓日現代法の歴史と法意識

### 1. 韓日現代社会と現代法

#### (1) 韓国と日本の現代社会

##### ①現代という時代

本章では、韓国と日本の「現代」(Modern)、すなわち私達が生きている時代について検討しようと思う。「現代」という概念は色々な意味で使われるが、ここでは一般に現代法の起源だとされるフランスの1789年の市民革命とその人権宣言をはじめとする法体系が形成された時点から検討したい。もちろん、これは世界史レベルの一般論であり(したがって国によって当然に違う)、私たちにとっての現代—今日の法体系が形成された時期—はそれよりはるかに後である。

1789年の市民革命は「ブルジョア革命」であり、その人権宣言によって誕生した「有権者」(選挙権者)は一部の男子に限定されていた。大部分のフランス男子、すべてのフランス女子、さらにユダヤ人など有色人種等は有権者から除外されていたことは周知の事実である。フランスで女子に普通選挙権が附与されたのは、韓国と同じく1945年以後だったことも知られている。したがって、その点ではフランスは私たちより先進的ではない。

また、現代法の基本とされるフランス民法はもちろん、その1世紀後に制定された—韓国民法と日本民法のモデルである—ドイツ民法(BGB)もまた、ローマ法を起源としている。ローマ法は家父長主義的であり、また、階級的性格を有している。階級について言えば、ブルジョア階級と非ブルジョアのプロレタリア階級という古典的な区別がしばしば問題にされるが、これはフランスやドイツなど近代国家国民、それも男子を対象としたものであり、さらに、経済を基準にした区別にすぎない。したがって、その他にも多くの階級区分が可能である。もちろん、フランスなど先進資本主義国家が、そのような階級区分にともなう差別をなくそうと努力をしてきたことは事実であるが、相変らず問題は残っている。

フランスをはじめとする先進資本主義諸国は、19世紀中葉から商品を生産し、また販売するための市場と原料供給地を求めて、全世界を植民地化しはじめた。その征服は、原始時代以来のどのような征服とも異なることはなかった。彼らの植民地支配は、それまでのものより一層過酷な搾取を伴っていたにもかかわらず、法と聖書が動員され、法の名の下に実施されたことが特徴的であった。彼らの支配の一つの表れが国際法の名のもとに締結された「不平等条約」だった。

非西洋諸国は、西洋資本主義諸国と不平等条約の締結を強いられることで、不利な立場で世界資本主義市場に投げ出されることになった。19世紀初頭に非西洋の強国だったトル

コと中国は、かくして西洋に屈服することになった。日本は、一度は不平等条約を強要されたにもかかわらず、いち早く西洋化を進め、西洋に倣って韓国に不平等条約を強要し、結局植民地にした。

日本が何故西洋諸国の植民地とならなかったのかについては様々な議論があるが、ここではその点についての検討は控えよう。しかし、日本が不平等条約撤廃の重要性をとりわけ強く認識していたといった類の話には全く根拠がないということだけは強調しておこう。他方、韓国の場合、当時の西洋諸国に植民地化の必要性はそれほど大きくなかったために、結局日本から植民地化されることになったという点も強調しておきたい。要するに、帝国主義的植民地獲得競争のもとで弱肉強食の論理が作用したにすぎない。

## ②日本と朝鮮の現代

西洋資本主義の侵入に直面して、東アジア諸国は、政治体制としては伝統を守り、経済体制として資本主義を受け入れるという仕方で対応した。こうした対応は、政治的には権力集中と民族主義として現れてきたが、その過程は各国各様であった。すなわち、日本では、明治維新以前から国家意識が強く、それが明治維新を通じて極大化されることになった。日本に比べ、韓国では、中国と同様に、儒教の影響が強く、そのために国家意識が貧弱だった。このような違いのために、日本は西欧列強が要求してきた国民国家体制にいち早く順応したが、韓国の場合にはそうはいかなかった。朝鮮王朝末の開化思想でさえ、日本を盟主とする東洋主義に傾斜していたことから、国家意識がそれだけ貧弱であったことが窺われる。

日本の近代化を代表する思想家は、言うまでもなく日本の最高額紙幣の肖像にある福沢諭吉である。彼は、当時の西洋諸国の帝国主義をそのまま見倣い、中国や韓国をはじめとする非西洋諸国を野蛮と見なし、日本は「脱亜入欧」を図り、日本がアジアを改革しなければならないと主張した。福沢諭吉をはじめとして、伊藤博文など日本近代化の父たちはみな侵略主義者であったし、その後裔たちが今もなお日本を支配している。

19世紀後半、世界全体で西洋諸国による東洋諸国の植民地化が進んできた時代に、韓国は日本と講和条約（1876年）、米国と修好通商条約（1882年）を次々に締結し、世界資本主義体制に組み込まれることになった。しかし、日本主導で近代化を推進しようとする勢力が起こした甲申政変（1884年）が失敗に終わり、封建官僚勢力による民衆収奪が持続するなかで、反封建（＝官僚）・反近代の農民戦争（1894年）が発生した。甲午改革は上からの改革であり、農民戦争は下からの改革要求ということが出来るが、いずれも失敗に終わった。農民戦争が続いていた1年間、韓国南部地域で実施された地方自治は、韓国史上はじめての経験であったが、彼らは官僚を排除しただけで、国王体制を否定することはなかった。

韓国では、それ以前にも農民民乱は起こっていたが、それは国王を交代させる「易姓革命」を目指していたに過ぎなかった。また、中国でも太平天国の乱に匹敵するような農民民乱が多数発生し、日本でもキリスト教徒の農民反乱（島原の乱）などが起こったことが

あるが、それを農民戦争と見なすことはできない。これに対して、1894年の韓国農民戦争の特徴は、身分制廃棄と貧富解消を目指す平等主義志向のユートピア思想であったが、それは「一君万民」という官僚排除思想に留まっていた点で限界があった。

韓国では、この農民戦争が資本主義的近代化を目指していたと考えられている。しかし、これは、一時韓国で流行した「資本主義萌芽論」とともに、資本主義韓国イデオロギーという色彩が強い。実際には、フランス革命期の農民運動さえ、反封建・反近代を指向した平等主義的・自律的運動であった。1894年韓国農民戦争もなお、近代的人間としての自由・自立を獲得した存在としての農民が主導するものではなく、国王崇拝を前提として封建中間勢力を排斥しようとしたものに留まっていた。

1894年の甲午改革は農民戦争の要求を一部受け入れた。特に、身分制を廃棄し、「里面郡」からなる民衆による地方自治を承認した点は注目される。もちろん、議会制は導入されず、民衆が政治主体となることはなかったが、従来支配組織であった「郷会」は大きく変貌することになった。しかし、甲午改革によって発布された法令は、政権の脆弱性のために大部分が実現できず、2年後には政権自体が崩壊してしまった。

その後に成立した大韓帝国は、皇帝独裁による近代化政策を推進したが、その財源確保のための民衆収奪はかえって強化されることになり、その結果、日本による植民化へとレールを敷くことになった。日本による実質的植民地化を意味した1905年の乙巳保護条約を契機として愛国啓蒙運動が起こったが、それは親日主義の性格を有し、植民地化はより一層強化されることになり、結局1910年の併合に繋がった。韓国近代の民衆は、基本的に「一君万民」という儒教的伝統に立脚しており、君主と民衆の間に介在する腐敗官僚を排除しなければならないという思想を有していた。この思想は、1919年の3.1運動や1926年の6.10万歳運動にまで脈々と繋がり、1945年以降も基本的に維持されている。

大韓帝国末の東洋主義の虚構性を見抜き、国家主義をはじめて明確に主張した人物は申采浩（1880-1936年）であった。彼は、開化思想が無視してきた義兵運動と農民戦争をはじめ積極的に評価し、さらに、儒教を批判して漢文無用論まで主張することになった。当時の儒学者の学府として最高峰にあった成均館博士の彼が儒教を否定することは、革命的な思想変革だったといえることができる。申采浩は、1910年の日本の韓国併合の際に韓国を脱出し、中国で独立運動に従事しながら、韓国臨時政府の妥協路線を批判し、テロリズムを主張する義烈団のために「朝鮮革命宣言」を執筆し、アナーキズムに傾倒した。こうした行動は、抵抗と変革の主体として民衆を意識し、「民衆が熱望する自由で平等な生存」を普遍的価値とする彼の主張の現れである。もっとも、申采浩は、日本の福沢諭吉のように最高額紙幣の肖像どころか最小額紙幣の肖像にすらなっていない。彼の活躍は相変らず無視されており、アナーキストとしてさえ評価されず、せいぜい独立運動家や民族主義者として扱われているにすぎない。

1945年以降、日本と韓国は民主主義国家として新たに出発しなければならなかった。しかし、朝鮮半島は韓国と北朝鮮に分断されることになり、この分断のために「民衆が熱望

する自由で平等な生存」は正しく追求されえなかった。韓国は、長い間政治的な桎梏を経験しなければならなかった。日本もまた、帝国主義の支柱であった天皇制を維持することになり、民衆が主体となる真の民主主義を実現することはできないでいる。

ここで「資本主義」について注意を喚起しておく必要がある。これまで [マックス・ウェーバーなどにより] 儒教は資本主義に適合しないとされてきたが、これが誤りであることは儒教社会に資本主義が定着していることを見れば容易に理解できる。儒教は、国家に対する「忠誠」の論理と家族に対する「孝」の論理を本質とする。このような儒教の論理は、「後進」という現実を突きつけられて強く求められた国家主導による経済発展に繋がった。資本主義の基本をなす企業もまた、そのような儒教論理を基本として東アジア社会に特有の企業文化を形成した。忠誠の論理は「経営民族主義」として現れ、また孝行の論理は「経営家族主義」として現れてきた。しかし、今日の社会にとっては、それだけでは十分ではない。私たちの窮極的な目標は「民衆が熱望する自由で平等な生存」である。

## (2) 韓国現代法の歴史的概観

韓国現代法は、1894年の法制度改革（甲午改革）に端を発するが、より本格的には1910年以降1945年までの日本占領期に朝鮮総督府により日本法令が強要され、移植された時から始まる。もちろん、韓国現代法の基本法である韓国憲法は、1948年に施行され、また、法律の二本柱ともいえる刑法と民法は、それぞれ1953年と1960年に施行されている。だが、日本の民法、刑法、商法、民事訴訟法と刑事訴訟法は、1912年以来植民地朝鮮に適用され、特に、現行民事法と刑事法は植民地時代のものに基づいている。それゆえ、国家体制が変化したにもかかわらず、韓国の法文化は1910年以来基本的に同一だといえる。すなわち、それは、資本主義体制をとる、非民主的な国家中心主義的大陸法文化である。

これに対して、北朝鮮では、1945年以降植民地法令を全廃し、社会主義法である旧ソ連法と現代中国法を参考にして法制定を行った点において、韓国とは異なっている。というのも、1917年以降の旧ソ連法はそれ以前の帝政ロシア法とは断絶しており、また現代中国法は1912年の中華民国法とは断絶した社会主義法だからである。

しかし、韓国現代法は、基本的に日本占領期の植民地資本主義法体系に基づいているので、旧時代の法文化と連続的ではあるものの、それと完全に一致するわけではない。すなわち、韓国現代法は、一世紀の歴史を通じて、その量と質において日本占領期のそれと単純に比較されえないものとなっているのである。したがって、韓日の法文化については、比較法の次元で、資本主義的大陸法という共通性を認めるだけで十分であろう。

もちろん、1945年以降の米軍占領期に米国法の影響をある程度受けたことも事実である。憲法が9回にわたって改正されるなかで、議院内閣制への改革がしばしば試みられたこともあったが、韓国は基本的には米国式の大統領制を維持してきた。また、刑事訴訟法の当事者主義[アドバーサリー・システム]、商法の株式会社制度、労働法の労働委員会制度などに

も米国法がある程度受容されているが、全体的に見ると資本主義大陸法体系は依然として強固に維持されている。

韓国では、植民地時代の法をもっぱら侵略と搾取の手段としてしか見ない傾向がある（例えば、韓相範 8 頁以下）。しかし、このような見方は、それを基本的に受け継いでいる韓国現代法にもそれがあてはまると認めない限り、問題のある見解だと言わねばならない。前の部分でも触れたように、資本主義体制をとる非民主的な国家中心主義的大陸法文化は、植民地時代にその土台が形成されているからである。資本主義体制は、必ずしも非民主的な政治体制と結びつくわけではない。しかし、植民地支配により始められた資本主義化は、非民主的な政治体制と結びついたものであり、これは最近の民主化傾向にもかかわらず、依然として根深いものといえる。植民地支配期の治安維持法を継承した国家保安法を始めとする悪法が、その代表的な例といえる。

### (3) 日本現代法の歴史的概観

日本では、明治維新时期（1868-1879 年）に憲法が制定され、また国家機構、刑事法制、治安法制、民事法制などの基本が形成された。これに続き 1880 年、1889 年、1890 年、1891 年に西欧型の近代刑法、憲法、刑事訴訟法、民事訴訟法がそれぞれ制定され、1893 年に商法一部、1898 年に民法、1899 年に新商法が制定された。さらに続いて、1911 年に工場法、1924 年に労働争議調停法、そして 1925 年に治安維持法が制定されている。

1945 年以前の日本の法体制は、臣民の権利に対する「法律の留保」と、戦時または国家事変時における「天皇大権」、そして天皇への「三権集中」を特徴とした。このような法体制は、天皇が統帥する軍隊を物理的基盤としており、民法の「家」制度、刑法の「皇室に対する罪」と尊属犯に対する刑の加重規定、治安維持法、そして国家主義教育により補完された。

1945 年以降、治安維持法は廃止され、憲法と行政法、労働法、経済法をはじめとして、多くの法令が新たに制定ないし改正されたが、民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法は基本的にそのまま維持された。なお刑事訴訟法は 1948 年に日本国憲法に適合するように大改正が行われているが、実務は戦前の状況をそのまま引き継いでいる。

### (4) 韓国現代法と 1945 年以降の日本の法体制との比較

日本では 1945 年以降多くの法令改正が行われ、全体的に見れば、日本は戦前の法体制を継承せず、ほとんど旧体制とは断絶しているように見えるほどである。これに対して、韓国の場合には、植民地時代の歴史の清算という観点から過去との断絶が一層強く要請されてきたにもかかわらず、実際には日本の戦前の法体制と類似の様相を見せている。すなわち、韓国憲法では、基本権が「法律の留保」によって制限されており、また、天皇大権と

類似の「緊急権」が規定され、さらに、軍隊が存在しており、立法や司法に比べて大統領の権力は強大である。民刑事法においても、植民地時代と同様の制度が基本的に維持されている。というのも、民法上「家」制度は維持されており、また、1988年に撤廃されたが、国家元首等に対する冒瀆罪が刑法に存在しており、尊属犯に対する加重刑は現在も維持されているからである。さらに、国家保安法が今でも存在し、国家主義教育もいまだに続いている。

もちろん、日本の旧法体制と韓国の現代法体制は異なっている。というのも、世襲制の神聖不可侵な存在としての「天皇」ではなく、国民の直接選挙による「大統領」が存在し、しかも、その権限は天皇の場合のように三権集中でなく、相対的にはあるが権力分立の形態を明確にとっているためである。しかし、世界中のいずれの国においても見ることができないほど非民主的な憲法体制が韓国に存在しているという点は明らかである。また、民法の領域でも、婚姻や分家に対する戸主の同意権がないという点で、日本の旧民法とは異なるが、しかし、長男が戸主権を継承するという「家督制度」は依然として存在している（この規定は2005年に削除され、2008年に改正法施行予定）。日本の旧民法上、戸主と「家」構成員の関係は小さなピラミッドとして構成されており、この「家」制度が天皇との関係を大きなピラミッドとして構成する憲法上の天皇制を補強する関係にあった。このピラミッドは国家主義的教育を通じ、忠孝教育を鼓吹することにより定着したと理解される。「家」を単位とするピラミッドとして国家を理解するこのような見方は韓国には見られないものの、韓国の国家体制は実際にこの形態に近いものと言わなければならない。韓国では、「戸主権」や「尊属犯」などが美風良俗の伝統と主張され、これに対する批判は非民主的なものとして非難される。そして、それを政治体制と関連づけて理解することはほとんどない。しかし日本を基準に見れば、韓国の現法体制は日本の旧法体制を彷彿させるものだといえる。

## 2. 日本現代法の歴史

### (1) 日本現代法史の時代区分

日本法制史上、明治維新以降1945年までを「近代法」期と呼ぶのが普通である。さらに、その期間は、近代法体制の整備期（1864-1889年）、近代法体制の確立期（1889-1907年）、近代法体制の動揺期（1908-1945年）と分類される（大竹秀男）。もちろん、これと他の分類もあり、例えば1945年以前の法を、維新法期（1868-1979年）、近代法期（1880-1904年）、現代法期（1905-1945年）と区分する見解もあるが（川口由彦）、なお一般的とは言えない。1945年以前の法を「近代法」とする見解は、1945年以後を「現代法」とする見解に対応している。このような見解は日本における近代法と現代法との断絶を前提としている。日本の戦後改革は、戦前との断絶性を強く印象づける程度に急激に行なわれたこと

は事実である。だが、戦前の法制と断絶しているように見える場合にも、立法面で継続性が見られる点も少なくない。

例えば、日本国憲法は象徴的とはいえ「天皇制」を維持しており、また、民刑事法と民事訴訟法などの基本立法は戦前のものを引き継いでおり、法制度の運用についても根本的変革があったとは言い難い側面がある。したがってこの本では近代法と現代法を一貫した歴史の側面で区分する。

「近代法」と「現代法」の概念をどのように区分するかという問題にはなかなか決着がつかない。実際、「Modern」（近代＝現代）の概念は西欧で作られたものである。西欧における「Modern」の概念は、古代と中世に対応した概念であり、「近代」のほかに「現代」という概念を別途に認めていない。日本において「現代」という概念を別途に認めること自体に問題はないが、少なくとも「資本主義」という近現代を一貫する体制を近・現代で区分する必要があるかどうかは疑問がある。

したがって、本講義では、近・現代の区分を行わず、明治維新以後の日本法を現代法と定義しておく。この日本現代法を 1945 年以前と以後とで区分し、日本現代法の「土台形成期」と「整備期」として時代区分し、さらに、1990 年以降を日本現代法の「歪曲期」として理解したい。これは、後述する韓国現代法の時代区分が、日本同様の「土台形成期」、「整備期」、「歪曲期」に加え、さらに「再整備期」に細分化されることと対照的である。このような違いが生じるのは、日本現代法においては、1945 年以降の歪曲と再整備とが一貫性を維持してきたためである。

## (2) 日本現代法の土台

日本では、明治維新时期（1868-1879 年）に形式上国家が統一されたが、対外的には半植民地的状況、対内的には前資本主義的身分社会が温存されていた。そこで、「富国強兵」と「殖産興業」という理念の下に、1873 年の地租改正を通じて土地所有権を確立する。そして、その内容は「地主土地所有制」として第二次大戦以後改革されるまで維持された。そのような社会的土台の上で 憲法と国家機構、刑事法制、治安法制、民事法制などの基本的法制度が形成された。

## (3) 日本現代法の整備

日本現代法は、後述する韓国現代法ほどには急激な変化を見せていない。これは端的に、韓国では 9 回にわたって憲法が改正されているが、日本ではただ一度も憲法が改正されていないことから、容易に理解される。もちろん、日本でも憲法の運用には変化はあった。以下では、そのような憲法運用史を中心として三段階に分けて（この点、渡辺治は五段階に分けている）重要な変化を検討する。

最初の段階は、1945年から1951年の期間で、米軍が日本を支配していた時期である。この時期の代表的な立法は、1945年に出された財閥解体のための「持ち株会社解体指令」、大選挙区制に基づいて女性参政権を保障する公職選挙法改正、農地改革のための農地調整法改正、および労働組合法制定を挙げることができる。これに続いて、1946年に日本国憲法が制定され、1947年に教育基本法、労働基準法、および地方自治法が制定され、また、天皇等に対する不敬罪と姦通罪を削除する刑法改正（ただし尊属殺人処罰規定は維持される）および民法親族相続編改正が行われ、さらに1948年には刑事訴訟法が改正された。

第二の段階は、1952年から1960年の復古主義的傾向が台頭してきた時期である。この復古主義的傾向には、天皇の権限を拡大し、また軍事力保持を禁止した憲法第9条を改正して軍隊を保持しようとする改憲運動として現れた。さらに、「公共の福祉」を理由とする基本的人権の制限、家制度の復活、刑事手続上の人権制限、地方自治の直接公選制廃止をも含むものだった。このような改憲運動は阻止されたが、1954年の警察法改正により地方分権制に立脚した警察制度が中央集権的に再編され、また、1958年には警察官職務執行法改正により警察権限が拡大された。さらに、教育委員会公選制も廃止され、教科書検定制度が強化された。

第三の段階は、1960年以降現在までの期間で、企業社会が形成された時期である。この時期の重要な立法としては、1967年の公害対策基本法、1968年の消費者保護基本法、1969年の公害健康被害救済措置法と大気汚染防止法をはじめとする公害関連立法の整備と1971年の環境庁設置法を挙げることができる。さらに、これに続く1986年の男女雇用機会均等法、1988年の個人情報保護法制定などを挙げることができる。

### 3. 韓国現代法の歴史

#### (1) 韓国現代法の時代区分

これまで見てきたように、韓国現代法は、植民地占領期から最近まで続いてきた軍事独裁期にかけて、歪曲されてきた。これは様々に時代区分することができるが、ここでは1894年から1947年までの植民地時代と、1948年以後の独立時代を大きく分け、後者を整備期（1948-1971年）と歪曲期（1972-1986年）、さらに再整備期（1987年-現在）に区分することにする。

この時代区分は、必ずしも一般的なものとは言えない。韓国では、日本による植民地占領期を韓国現代法史から除外するのが一般的であるが、この見方に立てば韓国現代法の土台となった植民地占領期法を看過するという問題点がある。また、韓国では、米軍占領期を日本による植民地占領期とは逆に現代法の土台と見るのが一般的であるが、同じ占領期であるにもかかわらず視点を異にしている点で恣意的である。また、韓国では、現代法史を憲法改正によって政権別に区分する傾向がある。しかし、これは、韓国史において王朝



中心に時代区分するのと同じで、政治史に過度の比重を置いたものと言わざるを得ない。憲法をはじめ労働法など政権と密接な関連を持つ政治関係法令については、政権変動に応じて改正が行われてきたことは事実である。だが、韓国現代法を体系的に見れば、それらはほんの一部分にすぎない。

以上に鑑み、この講義では、日本植民地支配期のみならず、さらに米軍占領期までを韓国現代法の土台形成期ととらえ、その後本格的に基本法令が整備される時期を 1971 年までとし、同年の「10 月維新」に始まる 1986 年までの軍事独裁期を歪曲期とし、その後現行憲法が成立する 1987 年から現在までを再整備期として区分する。このような区分は、20 年という世代単位区分と概ね一致する。

## (2) 韓国現代法の土台形成期 (1894-1947 年)

日本植民地時代の韓国の統治構造は、天皇に対して責任を負う朝鮮総督が、立法、行政および司法権を有し、総督は日本の法律を「制令」という形式で適用し、もしくは新たに制定し、さらに総督府令と道令を独自に制定して前者を補完するというものだった。1912 年に出された「朝鮮民事令」と「朝鮮刑事令」により、日本の民法財産法と刑法とが韓国に適用された。しかし、朝鮮民事令による所有権制度の導入は、近代民法本来の原則とはかなり異なっていた。植民地政府による土地調査事業によって、大多数の農民は土地を喪失し、小作人に没落する一方、一部の日本人や「親日」階層が地主へと成長することとなった。その他の広大な土地は国有地に編入され、東洋拓殖株式会社に廉価で売却された。これらのことは、言うまでもなく法制化を随伴せざるを得なかった。また、会社設立は許可制とされ、民族資本の形成が阻止された。これに対して、家族制度は朝鮮固有の封建的制度が温存されたが、植民地時代末期には「創氏改名」が強要された。さらに、朝鮮刑事令による日本刑法適用のほか、治安維持法や予防拘禁令、保護観察令が適用された。加えて、国家総動員法と徴兵制により、人的・物的収奪が強行された。

これに続く 1945 年から 1948 年までの米軍政期も、植民地時代の持続という点で日本植民期と大きく異ならなかった。すなわち、軍政長官は立法・行政権を行使し、植民地政府の基本法令は原則的に維持され、治安維持法、予防拘禁令、保護観察令、国家総動員法等、11 件の法令のみ廃止された。また、米軍政布告令違反行為などを重大犯罪として処罰する軍政裁判が広く実施された。

## (3) 韓国現代法の整備 (1948-1971 年)

1948 年 5 月 10 日、歴史上初の総選挙により制憲議会が成立した。7 月 17 日には基本権を保障し、国会が大統領を選出するものとする大韓民国憲法が制定され、李承晩が初代大統領となった。しかし、憲法附則に規定された反民族行為特別調査委員会は正しく機能す

ることはなく、農地改革も成功しなかった。さらに、その他法令は日本植民地・米軍政時代のものがそのまま維持された。1948年9月に基本法制定のための法典編纂委員会が組織されたが、その活動は1950年の6月戦争で中断されることになった。任期2年の制憲議会が終了し1950年5月に総選挙が実施されたが、与党が敗北することになった。

これに続いて、韓国動乱（朝鮮戦争）中に、大統領の選出方法を直接公選制に変更する第一次憲法改正（1952年7月）が戒厳令下で行なわれ、李承晩が大統領に再選された。韓国動乱中、主として日本の法令を参考にしながら、行政訴訟法、訴願法（1951年8月）等の行政諸法と、労働争議調停法、労働組合法、労働委員会法および勤労基準法（1953年3~5月）等の労働諸法が制定されたが、実際にはその効力は保障されなかった。韓国動乱は1953年7月に休戦となった。

戦争終了直後、日本刑法仮案を参考とする厳罰主義の刑法（1953年9月）と刑事訴訟法（1954年9月）、そして軽犯罪処罰法（1954年4月）が制定され、大統領三選のための第二次憲法改正（1954年11月）が行われ、1956年には李承晩が大統領に三選された。これに続いて、1958年、民法が制定され、1960年に施行されたが、敗戦後日本で戸主制度が廃止されたのとは異なり、韓国家族法においては封建的大家族制度の理念がそのまま維持された。その後さらに民事訴訟法（1960年4月）が制定された。

以上のように、韓国の基本法律の制定は、当時の日本法と中華民国法を参考にするものであったが、部分的には伝統的家族制度を維持していた。例えば、日本植民地支配下では姦通罪が女性にのみ適用されたが、1953年制定の韓国刑法では双罰主義が採用され（日本では1952年に姦通罪は廃止されている）、また韓国民法では、戸主制度、同姓（同本）結婚禁止制、および異姓不養制が採用されている。

1960年の不正選挙に端を発する4.19学生革命（義挙）により李承晩政権が倒された後、権力構造を両院制の議院内閣制に変更するとともに、憲法裁判所を設置し、さらに最高裁判所長と最高裁判事とを法曹による選挙で選出するものとする第三次憲法改正（1960年6月）が行なわれ、これに伴い第二共和国が樹立されることになった。同憲法は、基本権の本質的内容の侵害禁止、地方自治体の長の公選制、中央選挙管理委員会の憲法的地位の強化、公務員の政治的中立性の制度化といった民主的内容を有していた。これに続いて、反民主行為者処罰のための第四次憲法改正（1960年11月）が行なわれた。

しかし、1961年の5.16クーデターで非常戒厳令が宣布され、憲法の効力は中断されることになる。軍事政権は法令整備を進め、商法（1962年1月）や反共法（1961年7月）、そして「暴力行為等の処罰に関する法律」（1961年6月）のような特別刑法を制定し、さらに軽犯罪処罰法や労働法などを国家規制主義へと改正した。これに加えて、軍人と公務員のための年金法、産業災害保険法、医療保険法（1962~63年）などが制定された。

立法手続は国会による正常な立法ではなかったが、日本植民地時代の旧法令を整理する作業は軍事政権によって進められ、約5ヶ月で618件を整理し、389件の法令が制定された。さらに、軍事政権2年半の間に1,000件を超える法令が制定された。これは1963年末

を基準とする全法令の62%にのぼり、1987年を基準にしても25%に当たる数値であった。

これに続いて、1962年12月に第五次憲法改正が行われた。この改憲によって権威主義的な大統領制が確立され、1年後の選挙で朴正熙が大統領に当選した。国会は一院制に戻され、憲法裁判所の代わりに司法審査制が採用され、また、最高裁判所長および最高裁判事は法官（裁判官）推薦会議による推薦に基づいて大統領が任命するものへと改正された。さらに、1965年に韓日条約が締結され、これと期を同じくして「特定犯罪加重処罰等に関する法律」（1966年2月）、「保健犯罪規制に関する特別措置法」（1969年8月）など、各種刑事特別法が制定された。

1969年10月、朴正熙政権は長期政権を可能にするために第六次憲法改正（三選改憲）を行い、1971年12月に国家非常事態を宣布した。この背景の一つは、1970年に165件しかなかった労使紛争が翌1971年には1656件に急増したことであった。さらに、朴政権は、大統領に超憲法的な国家緊急権の行使を許容する「国家保衛に関する特別措置法」を制定し、労働基本権を停止させた。

#### (4) 韓国現代法の歪曲（1972-1986年）

朴正熙政権下の1972年に7.4南北共同声明が発表され、南北統一への道が開けるかのように思われる時期があった。だが、同年10月17日に非常戒厳令が宣布され、2ヶ月間にわたって憲政が中断される、いわゆる「10月維新」が断行され、同年12月に第七次憲法改正によって「維新憲法」が成立することになった。なお、その直前の10月に北朝鮮でも憲法が改正されている。

維新憲法は、基本的人権の保障を弱め、「法律の留保」によって人権を制約できるよう規定した。また、大統領直接公選制を廃止し、統一主体国民会議に大統領と国会議員3分の1の選出をゆだね、大統領の再任制限を撤廃し、国政監査権の廃止などを通じて国会を弱体化させている。さらに、大統領の法官任命権と懲戒罷免制を通じて司法府の独立を侵害し、憲法委員会制度を新設して地方自治を事実上否定した。

1974年1月から翌1975年5月までの間、緊急措置が9回にわたって宣布され、維新憲法に反対する国民の抵抗が圧殺された。1975年に制定された社会安全法により、主として政治犯に対する予防拘禁が制度化された。当時の裁判はいわゆる「正札判決」（検事の求刑どおりに判事が判決すること）と呼ばれるもので、法廷は激しい政治闘争の場になった。

1970年代は、経済成長による様々な社会問題に対処するために多くの立法が行われたという点でも注目される。例えば、1971年に制定された都市計画法を始めとする一連の都市開発立法や、1977年に制定された環境保全法を始めとする環境立法などは注目に値する。他方1976年以後は、それまでと異なって、犯罪が持続的に増加することになる。

1979年10月に朴正熙が死亡し、1980年に成立した第五共和国は、維新憲法を一部修正したものの、依然として規制一辺倒の第八次憲法改正（1980年10月）を行った。それで

も同年には、政治風土刷新のための特別措置法、言論基本法、社会保護法、労使協議会法などが制定され、集示（集会・示威に関する）法などの改正が行われた。

#### (5) 韓国現代法の再整備と過去清算（1987年～現在）

##### ① 憲法などの再整備

1987年10月の第九次憲法改正によって成立した現行憲法により第六共和国が樹立された。この憲法は、金泳三政権、金大中政権、そして盧武鉉政権においてもなお引き継がれている。この憲法は、第3章で述べるように、基本的人権をかなり広く保障しており、大統領直接公選制および5年単任制を規定し、大統領の非常措置権を廃止するなど、かなり民主的な政治制度を備えている。

とりわけ、この憲法は、国会の権限を強化している。国会による積極的な法改正および新設の憲法裁判所による違憲法令に対する是正決定を通じて、この憲法が立法の再整備に貢献しているのは事実である。しかし、韓国現代法における政治的悪法と呼ばれている国家保安法や労働立法は、いまだに再整備の余地を多く残している。

国家保安法については、国連自由権委員会において、1992年および1999年の自由権報告書検討の際に廃止が勧告されている（UN Doc., CCPR/C/79/Add.6, 25 Sept 1992; UN Doc., CCPR/C/79/Add. 114, 1 Nov. 1999）。また、良心の自由を抑圧する遵法誓約制度が全廃されることなく現存しており、また、居住移転と通信の自由、私生活の自由および裁判を受ける権利を侵害する保安観察法はそのまま維持されている。

##### ② 経済改革立法

1989年に土地公共概念三法が制定され、また1995年には不動産実名制取引法が制定され、土地投機の抑制に法が重要な役割を果たすようになった。他方、1993年には金融実名制取引法が施行されている。前者の不動産立法については後述することにして、ここでは金融実名制取引法を経済改革立法の重要事例として紹介しよう。1960年代以降、韓国では、高度経済成長政策を推進するべく、投資資源の調達のために対内的には強制貯蓄が推奨され、また対外的には外資導入政策が推進された。そして、貯蓄に際して実名如何を区別することはなく、1961年には預金の秘密を保障する法律が制定された。だが、預金の秘密保持を利用して裏社会の資金取引が活発化し、不労所得が蔓延することになった。これが不正腐敗、過剰な不動産投機や浪費などの原因と見なされることになり、1982年に金融実名制取引法が制定された。同法の施行は延期され、1993年に緊急命令の形で施行されることになり、1997年に正式に法律に置き換えられた。それにもかかわらず、地下経済は相変わらず残っており、マネーロンダリング防止に関する法律などの制定が求められている。また、名義の貸し借りによる不法取引も相変わらず根絶出来ずにいる。

これに対して、日本の場合には、金融実名制は法的には強制されていない。日本では、1980年に所得税法および租税特別措置法が一部改正され、グリーン・カード（小額貯蓄利

用者カード)制が導入されたが、1985年に廃止された。日本政府は、一貫して行政指導を通じて実名取引慣行の定着を誘導してきている。韓国と日本のいずれにおいても、本人の署名でなく、印章による金融取引が幅広く行われ、また借名または仮名口座が一般的に用いられている。これは、他の先進諸国の場合には小切手文化が発達しており、金融取引は必ず実名によらなければならないという慣行が成立していた点と対照的である。

### ③光州（クァンジュ）事件に関する立法と裁判

1987年以降の韓国法の展開でとりわけ注目されるのは、過去清算に関する立法と裁判である。ここでは光州事件に関する立法と裁判を見てみよう。1961年のクーデターに始まった朴正熙軍事独裁政権は、1979年にその忠僕だった中央情報部長の金載圭（キム・ジェギョ）による朴正熙殺害によって終焉を迎える。これに引き続く「ソウルの春」は、全斗煥（チョン・ドゥファン）や盧泰愚（ノ・テウ）らによって弾圧されることになった。1980年5月には光州市で市民の抵抗運動が行われたが、同5月17日に運動指導部は逮捕され、同18日には米国の承認の下に出動した空輸部隊が市民の殺戮を始めた。21日から5日間市民が都市を掌握したが、同27日に軍隊が再度市民を攻撃し、数百名の死傷者を出すこととなった。公式統計上、死者154人、行方不明者47人、負傷者2,711人、被連行・被拘禁者509人となり、総数3,421名の人的被害が生じた。もっとも、これに加えて、捜査期間中の不法連行者も3,000名を越え、デモ期間中に暴力を加えられて連行された者はさらに多かった。

1980年に成立した全斗煥政権は、光州事件を「暴徒らによる暴動」ないし「国家転覆を企む不穏勢力に操縦されて発生した内乱」であると規定した。その後、1986年に行われた総選挙以降、野党が真相究明のための国政調査決議案を提出したが、調査が行われることはなかった。これに続いて、1987年の6月抗争後に成立した盧泰愚政権は、光州事件を「民主化運動」と定義した。盧泰愚政権は、光州事件を「暴徒らによる暴動」と見なした前政権より民主的であったと言えるが、政権側と市民の双方責任論に基づいていた点で限界があった。

その後の総選挙で野党が勝利することになり、1988年から1年間、光州聴聞会が実施されることとなり、これを通じて光州事件の真相がかなりの程度究明された。とりわけ、初期に行われた過剰鎮圧とその惨状、そして、戒厳軍の集団発砲と市民虐殺の真相が明らかにされた。しかし、発砲命令系統と指揮体系が二元化された背景や、民間人の正確な死亡者数、同事件について米国の果たした役割と責任問題は正しく究明されなかった。

1990年7月、与党単独で「光州民主化運動関連者に対する補償等に関する法律」が制定され、これまでに4回の改正を経た。野党は、国家が不法行為により損害を加えた主体であるという点から賠償法を提案したが、政府は不法行為ではないとの理由で補償法を貫徹した。このような経緯からすれば、同法を真相究明に基づく法律であると評価することはできない。むしろ、同法は、死亡や負傷等、実際に直接的な損害を被った人々と光州市民とを分離させる「真相究明を封印する解決策」だったと見ることができる。ともかくも、

被害者補償は、1990年の2,224名に対する第一次補償、1993年の1,843名に対する第二次補償、1998年の470名に対する第三次補償、そして、2000年の第四次補償と、繰り返行われている。

第一～三次補償を通じ、光州事件の死亡者は154人、行方不明者は64名、負傷後死亡者は93名、負傷者は3,046名、その他の拘束・起訴・連行・訓戒者は503名であることが明らかとなった。複数該当者を除外すれば被害者総数は3,860名である。被害者に対する補償内容は、報償金が約471億ウォン、医療支援が約124億ウォン、生活支援が約1,172億ウォン、慰労金が248億ウォン、連行報償金が86億ウォンで、総額2,101億ウォンに達している。

このように、民主化運動というあいまいな定義の下で補償が行われたが、加害当事者らが権力を掌握していた第五、第六共和国においては、真相究明は全く行われなかった。さらに、1993年に発足した金泳三（キム・ヨンサム）政権もまた、加害者勢力と連帯することで真相究明を回避し、このため全国的な抵抗に直面することになった。この抵抗を受けて、同政権は、「光州民主化運動関連者に対する補償等に関する法律」の欠陥であった加害者処罰問題について1995年に「5.18民主化運動に関する特別法」、「憲政秩序破壊犯罪の公訴時効等に関する特例法」を制定し、さらに1996年3月から1年半の間に全斗煥や盧泰愚などの裁判を行い、処罰することになった。以上に鑑みれば、これらの特別法によって事件の真相究明が開始されたと言える。これらの特例法は、軍事反乱および内乱罪、集団虐殺罪を行った者に対する刑事訴訟法上の控訴時効適用自体を排除し、今後類似の犯罪が再発しないようにした点において画期的であった。しかし、全斗煥を無期懲役に、盧泰愚を懲役17年などと処断した刑の執行は、1997年12月の赦免、復権、釈放等により、たったの1年で終了してしまった。

現段階における真相究明努力と立法はなお問題を含んでいるものの、韓国でこれまで起こってきた権力に対する武力抗争の場合と異なり、人間固有の自然権に属するとされる抵抗権の正当性を認め、また抵抗手段として武力抗争まではじめて認めたという点において歴史的な意義を持つ。また、光州関連特別法は、これまで韓国や第三世界にみられた従来型の政府エリート主導の政策形成とは異なり、大衆主導の政策形成モデルであったという点でも注目に値する。さらに、光州事件を通じた民主化は、大衆運動に基づく下からの民主化過程と、支配勢力内のヘゲモニー変動を通じた上からの民主化過程という二重の過程を経たという点で、「二重の民主化」という特徴をも有している。しかし、同時にまた、そのような「二重の民主化」は、大衆と支配勢力の妥協による調整という側面を有していたため、その限界も明らかであった。すなわち、光州事件関連法は、形式的ではあるが物質的な金銭補償を実行し、責任者の処罰を実現したが、実質的な真相究明には依然として到達していない。特に、金銭補償については国家の責任を認めていないため、真実の究明を前提としたものとは言い難い。責任者についての真相究明にも、多くの問題があった。すなわち、5月17日の非常戒厳令拡大措置後、光州に空輸部隊が増派された理由は何であっ

たのか、また、その陣頭指揮者は誰だったのか、市民に対する発砲命令者は誰だったのか、当時米国はどのような役割を果たしていたのか、死亡者は正確に何名なのか等の真相究明は、いまだに実現していない。

とりわけ重要な論点は、発砲命令と米国の介入問題である。発砲命令について当時の指揮官らは部下にその責任を押し付けたが、部下の独走というようなことは軍の指揮系統上ありえない。また、米国政府と言論はこれまで光州事件への関与を否定してきたが、それが偽りであることは、既に情報公開法によって入手された当時の秘密文書を通じて明らかになっている (Tim Shorock, 'The U.S. Role in Korea in 1979 and 1980', A Special Report by Tim Shorock, 1996)。これによれば、米国は、第 20 師団の追加投入を承認し、米軍まで投入する計画を立てたとされる。

完全な真相究明はさまざまな理由によりまだ難しいとしても、少なくとも次のようないくつかの点は、あきらかに真相究明されうるにもかかわらず、いまだ不明であるという点で問題である。まず、裁判過程において、実際に殺人行為を行った現場指揮官（これまで明らかになったところによれば、彼らが直接発砲したという）は刑罰から除外されている。彼らは、公判中一貫して偽証し続けたのである。だが、現場指揮官はもちろんのこと、部下士兵についても法的責任は問題にされなければならない。裁判所は、現場指揮官および部下士兵の責任について、上司への命令に服従しなければならなかったという理由でその責任は免除されると判断している。しかし、既に米国では、1861-1865 年の南北戦争において部下士兵の責任を認め、また第一次世界大戦後の英国や、第二次世界大戦後のニュルンベルク裁判などにおいても、部下士兵の法的責任を認める法理が確立されている。とりわけニュルンベルク裁判では、ドイツ側被告は上司の命令への絶対服従を理由に殺害行為もまた受動的服従だと主張したが、これは拒否されている。この法理は、1968 年にベトナム戦で発生したマイライ（ソンミ村）虐殺についての裁判でも認められた。

また裁判所は、5 月 27 日の再鎮圧作戦のみについて内乱目的殺人の嫌疑ありと認定し、民衆抗争があたかもその日一日しか存在しなかったかのように判断している。それゆえ、この判断によって、5 月 18 日から 26 日までの期間に鎮圧の犠牲になった無数の市民は、単純殺人によるものに過ぎないとされることになった。その結果、光州事件鎮圧における最初の発砲者が誰であったかについても、また武力介入の対象地として何故に光州が選択されたのかという理由についても、裁判で明らかになることはなかった。特に、5 月 18 日当時第 20 師団長であり、5 月 21 日から光州において鎮圧作戦を遂行し、5 月 27 日に再鎮圧作戦を指揮した朴俊炳（パク・チュンビョン）の無罪確定は問題であった。さらに、彼が犠牲者を闇から闇へと葬り去ったという疑惑も明らかにはならなかった。当時の大統領であった崔圭夏が内乱罪の共犯もしくは幫助犯に該当するのではないかという点についての法的判断もなかった。

最後に指摘すべきことは、人権を蹂躪する大虐殺の真相究明問題が、1980 年の光州事件に留まる問題ではないということである。韓国の歴史上、国家による類似の虐殺事件が多

数ある。例えば、1946年の大邱 10.1 事件、1948年の済州 4.3 事件、韓国動乱中の老斤里（ノ・グンリ）市民虐殺をはじめとする、多くの虐殺事件を挙げることができる。それらの事件のうち、1999 年末に、済州道 4.3 事件について「済州 4.3 事件真相究明および名誉回復に関する特別法」が、「民主化運動関連者名誉回復補償法」、「疑問死真相究明特別法」と同法の三法で構成される「過去清算三法」の一つとして通過した。3 万人以上が虐殺されたことが明らかになった済州 4.3 事件の特別法の制定は、なお真相究明のための法として、事件解決の糸口にすぎない。光州関連法と異なり、被害賠償についての規定もなく、また同法の対象者を被害者や関連者ではなく「犠牲者」と規定しており、果たして真相究明が適切に進められるか疑わしいところがある。なお、2003 年に「4.3 事件真相調査報告書」が提出された。

過去清算に関するその他の法令としては、2004 年に「韓国動乱前後民間人犠牲者事件真相究明および名誉回復に関する法律」、「日本占領下における強制労働犠牲者等に関する法律」、「東学農民革命軍の名誉回復に関する特別法」、「日本占領下における親日反民族行為真相究明に関する特別法」が制定され、2005 年に「真実和解のための過去事整理基本法」が制定された。

#### ④新しい人権保障制度の摸索

金大中政権の発足以来、人権団体は独立の「国家人権委員会」を設立しようと努力してきたが、政府法務部がこれを特殊法人形態の民間機構として所轄のもとに置こうと試みたため、論議のすえ 2001 年ようやく設立されることとなった。これに対して、同様に人権団体によって求められたが、法務部の反対で施行されていない「特別検事制」は、1999 年後半の二つの事件の真相究明のために一時的に施行された。これは、大韓弁護士協会が複数推薦した候補者の中から大統領が任命する特別検事が、特別検事補 1 名と特別捜査官を率いて 60 日の期限付きで捜査を行うものであった。この「特別検事制」施行は、一時的なものであるという点に問題があり、その常設化が求められている。

## 4. 韓日両国国民の法意識比較

### (1) 法意識比較について

これまで韓日両国で数回の法意識調査が実施されている。韓国の場合には、1964 年延世大学校が行なった調査、1991 年および 1994 年に韓国法制研究員が行なった調査、そして 1996 年に中央日報が行なった調査がある。これに対して日本では、日本文化会議が 1971 年と 1976 年に法意識調査を実施している。これらの調査結果をそのまま韓日法ないし韓日法文化の特徴とみることはできないが、それでもなお、いかなる架空の議論より説得力があることは確かである。もちろん、調査方法について検討の余地があるが、ここでは方法上の問題はないという前提で法意識調査の結果を検討する。この点、法意識調査の比較に



は慎重な検討が必要である。例えば、訴訟意識について、韓国の調査では「紛争が生じた場合に法的に解決しようと言われたとすれば、どのように感じるか」と質問し、その回答は「望ましい」と「合理的だ」が半数を占めた。この結果について、韓国人は訴訟意識が「非常に強い」と分析されている（高翔龍 p.31）。これに対して、日本の場合には、「あなたの権利が侵害されたとすれば、裁判所に提訴することを考えますか」という質問に対して「すぐに考える」と「時々考える」が半数を占めた。ところがこれは「訴訟嫌悪」と分析されている（高翔龍 p.31）。このような分析には信憑性がない。

## (2) 法に対する信頼

韓国では、1991年の法意識調査で82.4%が「法があまり遵守されていない」と回答し、その原因として33.2%が「法手続が複雑で頻繁に変わる」、24.1%が「法執行が厳格でない」と答えている。そして、法をあまり遵守しない階層として、61.8%が「政治家」を、15.6%が「企業家」を、11.0%が「公務員」を選んでおり、分野としては82.7%が「政治」、72.0%が「経済」、69.3%が「労使」、53.6%が「行政」を選んでいる。他方、調査対象者の75.6%が法について否定的な印象を持つと回答している。すなわち、32.0%が「権威的」、24.7%が「偏向的」、そして18.9%が「厳格」と回答している。この反面、「公平」との回答は13.4%、「民主的」との回答は11.1%に過ぎなかった。以上については、1994年調査においても同様な結果であった。

また、1996年の中央日報調査によれば、「法律通りにしては損をする」という回答が54.5%、「くやしい時には法に訴えればいい」という回答が18.6%あった。「社会の不条理は誤った法と制度のせいである」とする回答が51.8%、「法と現実が矛盾している」とする回答が62.3%あった。

これに対して、日本の1971年の調査では、「家族中に罪を犯した者があれば自首を勧誘するのか」との質問に対して、肯定的な回答が84.5%あり、死刑について存続を主張する回答が84.4%あった。だが、これを聞いて日本人の遵法意識が非常に高いと評価する見解（高翔龍 p.41）には問題がある。まず、死刑存続について韓国人も類似の回答傾向を見せるであろうことは、死刑に関する世論調査から容易に理解できる。また、家族中に罪を犯した者があれば自首を勧誘するのか」との質問についても、韓国人の場合に回答結果が否定的であったらうとは単純に予測することはできない。加えて、上述の二調査で各質問はその趣旨が全く異なっているという点に注意しなければならない。というのも、韓国の法意識調査は、遵法精神（高翔龍 pp.36-42は遵法精神について分析している）ではなく、法についての信頼を問題にしているからである。

## (3) 悪法に対する意識

韓国の1991年法意識調査で、「不当に抑圧的な法」について、調査対象者の49.6%が「積極的に是正を要求する」、11.4%が「悪法であるから守らない」と否定的に回答している。他方、「悪法も守らなければならない」が17.7%、「制裁が恐ろしくて守る」が21.3%と、肯定的な回答も少なくない。これは1994年法意識調査においても同様な結果であった。これに対して、日本の1976年法意識調査では「悪法も守らなければならない」は28.9%に留まっており、韓国より悪法に対する否定的傾向が強い。この結果を行政訴訟の提訴率に関連づけて検討する見解（高翔龍 p.44）があるが、適切とは言えない。というのも、悪法と行政過誤は異なっているからである。また、この見解は悪法の問題を権利意識に関連づけて扱っているが、この点についても適切ではない。

#### (4) 法運用機関に対する態度の比較

1991年の韓国法意識調査では、国会、政府、行政官庁、検察、警察といった国家機関に対する不信感が強く、この傾向は1994年調査でも同様であった。「概して公正でない」と「公正でない」という回答が、国会に対しては51.5%、行政官庁に対しては43.1%、警察に対しては54.6%、検察に対しては38.2%である。この点、この調査結果を国会不信の現れだと評価する一方、その他官庁は信頼されていると分析する見解（高翔龍 p.45）があるが、疑問がある。また、この見解は、1991年調査では警察に対する不信が54.6%に上ったが、1994年調査では48.9%に留まったことについて、その間に治安本部が警察庁へと昇格し、累積してきた問題がある程度解消されたことによると分析しているが、この点にも問題がある。さらに、この見解は、日本の1971年調査で政治家に対する信頼が10.5%であった点を探り上げて、韓国と同様であったと分析しているが、この点にも疑問がある。一般政治に対する不信と立法に対する不信は全く異なるからである。

韓国の場合、司法権の独立については、その評価は圧倒的に否定的である。すなわち、権力と財力とが裁判に影響を及ぼしているとする回答が、1991年調査で94.2%、1994年調査で93.3%に達している。他方、世論が裁判に影響を及ぼすことについては、1991年調査で78.8%、1994年調査で76.6%が望ましいと回答している。

#### (5) 訴訟意識の比較

紛争を法的に解決することについて、韓国と日本では肯定的回答と否定的回答とが半々であると見ることができる。もっとも、日本では、訴訟意識について次のようなより一層具体的な質問が行われている。すなわち、日本では「訴訟にはお金と時間がかかり、仮に勝訴しても損害をこうむる場合が多い」という質問について、58.8%がそう思うと回答している。筆者は、おそらく韓国の場合も同様な結果になるだろうと考える。だが実際に1995年の民事訴訟件数を韓日で比較すると、韓国と日本の新受事件総数は約2百万件前後であ

り、ほとんど同じである。日本の人口が韓国の3倍以上であることに鑑みれば、日本の新受事件総数は韓国の3分の1にすぎないことになる。そこから、韓国人は訴訟を好み、日本人は訴訟を好まないという結論が導き出されているのである（高翔龍 p.34）。

同様の傾向は行政訴訟にも見られる。1995年に韓国で受理された新受行政訴訟事件数は約8,000件だったが、日本の場合約3,000件に過ぎなかった。だが、これを見て韓国人の権利意識が高いと評価する見方（高翔龍 p.45）には疑問があり、むしろこれは行政過誤が多い証拠であると見るべきであろう。

他方、民事調停事件受理件数は1995年の韓国では約27,000件であったのに対して、日本では130,000件だった。これは人口比に基づいて調停しても日本は韓国の2倍以上の件数となり、訴訟事件受理件数とは反対の結論になっている。だが、筆者はこの分析結果には問題があると考え。まず、これは、両国の民事紛争処理制度がどのような状況にあるか十分に検討してこそ結論の出せる問題である。韓国では、後述するように、民事調停制度が十分に発達していない。したがって、民事調停制度が発達していれば、韓国国民もまたあえて訴訟を起こすはずがないと筆者は考える。

#### (6) 人権に対する意識の比較

韓日両国国民の人権意識を比較できる資料は少ない。上述のように、死刑廃止については両国の世論はいずれもかなり否定的であるが、それだけで人権意識が弱いと断ずることはできない。韓国では、民法の同姓禁止を基本的人権の問題としてではなく、伝統法の問題として認識している。しかし、上述のように、これは不適切な認識である。民法の同姓禁止に対して韓国人は年齢が高いほど、また教育程度が低いほど、そして貧困なほど、存続に賛成している。すなわち、同姓禁止について、50代以上が71.2%で年齢別の最高値、小卒以下が80.8%で学歴別の最高値、世帯所得10万ウォン以下が59.6%で所得別の最高値を占めている。興味深いことに、同姓禁止については、キリスト教徒の38.7%、天主教信者の35.5%が賛成しており、同姓禁止賛成が宗教と無関係の韓国人の一般的態度であることを窺わせる。これに対して、結婚式の招待状を発行したり、葬儀場で食物を提供したりすることを禁止する「家族儀礼に関する法律」についても、「非現実的であり守ることができない」もしくは「それぞれの自主的判断に委ねるべき」とする見解が、1991年調査で61.5%、1994年調査で61.1%であった。

#### (7) 韓日関係に対する大学生意識の比較

1995年に行われたソウル大生と東大生に対する韓日関係についての意識調査（東亜日報1995年11月23日）では、相手国に対するイメージについてソウル大生の80.8%が「悪い」と回答したが、東大生は80.5%が「良い」と回答し、極端な対照を見せている。しかし、

過去精算の問題については、ソウル大生の 77.6%、東大生の 69.3%が解決しなければならないと回答している。その際、解決すべき課題としては、ソウル大生の 44.8%が「国内日帝の清算」を挙げ、26%が「日本の謝罪」、12.4%が「日本の戦後補償」を挙げたが、東大生の回答は「国内日帝の清算」が 5.1%、「日本の謝罪」が 44.9%、「日本の戦後補償」が 26.2%であった。他方、日本の再武装について、ソウル大生の 71.2%が「東アジア覇権」を理由として反対するが、東大生の 59.3%が「米国の影響からの離脱」と「経済力に見合う軍事力確保」を理由として賛成した。さらに、韓日関係について、ソウル大生の 90.2%が「日本が優位にある」と答えたが、東大生の 51.7%が「対等である」と回答している。

#### (8) 小結

筆者は、その原因についてはともかく、韓日両国法に非民主的要素が残存していることを認めるべきだと考える。しかし、その判断は西欧法を前提に比較を行うことによってではなく、両国の法現実に照らして行われなければならない。例えば、家族制度や契約意識ないし裁判に対する好悪感情といった一部現象でだけで、「非民主的である」という判断が下されてはならない。家族制度が社会を構成する基本要素だという考え方は上述のように誤っている。社会制度や政治制度、経済制度は家族制度とは異なる基盤を持っているということが理解されなければならない。また、契約が市民の法生活の基本であるという点も、あらゆる法が契約的に構成されているという意味ではない。西欧法すらそうではないのである。この点は、例えば憲法や刑法のような公法を契約観念に基づいて説明出来ないことから明らかである。結局、一つの法体系について価値判断する基準は、当該法体系全体から導き出されなければならない。民主的性格についてもまた、当該法体系の理想に照らして判断されなければならない。

### 5. 韓国現代法の構造

#### (1) 韓国現代法の分類

韓国現代法の分類には、法の分類に関する一般的な議論が適用される。もともと、法の分類方法について、若干の検討は必要である。この点、法はしばしば公法と私法に分けられ、前者に憲法、行政法、刑法、訴訟法などが、後者に民法、商法などが含まれるとされる。また、公法と私法の他に、公法と私法の両方の性格をあわせ持つ社会法なる分類もあるとされる。しかし、こうした分類にも問題はある。憲法は、あらゆる法の根本という点で他の法形式とは区別される。公私法の区別基準については、様々な学説があり定説はない。実際、公私法の区別は混沌としている。例えば、韓国の法学部は、日本の場合と異なる

り公法学科と私法学科に分けられ、大学院では公法、私法、刑事法、社会法等に専攻が細分化されている。だが、研究内容からすればそれらの境界は揺らいでおり、重複する問題領域も多い。そこで、本講義ではそのような従来からの分類方法にはあえて従わず、憲法以下各種法領域を羅列するに留める。

## (2) 韓国現代法の法源

韓国現代法は、成文法主義を採用しているという点で日本現代法をはじめとする大陸法と一致しており、英米法とは異なっている。したがって、判例は法源ではないが、実質的に重要な規範的効力を有している。慣習については、法領域によってその法源性が異なる。すなわち、刑法では罪刑法定主義の原則によって慣習法を法源とすることが禁止されるが、民事法の場合には慣習は重要な法源である。法源についての原則がこのように法領域によって異なることは、しばしば問題となる。例えば、行政法では、判例の規範的効力を理由に法源の一つとして認める傾向が見られるが、判例の規範的効力は行政法のみには特有ではない。他方、労働法の場合には、自治法規を法源とみる見解が、韓国でも日本でも一般的である。韓国には契約をも法源とする見解があるが、自治法規や契約はどの法領域でも存在するのであり、労働法にのみこのような特殊な法源を認める必要はない。

## (3) 韓国現代法の特徴

### ① 一般的特徴

韓国現代法の特徴をあげるならば、それは非民主的性格だといえる。すなわち、憲法上の基本的人権の法律の留保による制限、大統領に権力が過度に集中する大統領集中制（政治体制）、司法の非民主性、地方自治の脆弱性、刑事法の過剰な重罰化と特別刑法化、検察権限の強大化、民事法上の弱者保護の等閑視、そして労働法等社会法の貧弱さなどに見られる非民主的性格である。現代韓国の司法は極めて非民主的である。

もちろん最近では、このような非民主的性格は大きく払拭されて来ている。だが、行政は言うまでもなく、立法や司法、果ては学説にもそのような要素は依然として根強く残っている。それゆえ、今後の韓国法の課題として、法の民主化は依然として重要である。とりわけ、司法には官僚主義が蔓延しており、市民の司法参加は徹底的に封じられている。日本の司法も先進諸国に比べるとかなり非民主的といえるが、韓国はさらに非民主的だと言えることができる（第4篇参照）。法の民主化は韓国現代法だけの課題ではなく、現代日本法を含む世界の現代法に共通する課題であるが、相対的に民主化が遅れた韓国現代法においては、より重要な課題となる。今後、モノの移動とヒトの移動が活発になるにつれて世界はさらに狭くなっていくと予想される。法の世界もさらに狭まり、特定国家の法がその国だけの問題ではなくなる時代が間もなく訪れるであろう。確かに、世界が一つになり、

全世界に通用する「世界法」に近い将来作られるであろうと楽観できるような根拠はどこにもない。だが、民主化を軸とする国際化、普遍化、一般化はより一層加速化するにちがいない。韓国法も、日本法も、はたまた東アジア各国法も、いずれの地域の法も、そのような大きな流れに抗うことはできない。

## ②法体系の特徴

法の一般原則である「一般法に特別法が優先する」という原則は、韓国現代法にも当然に当てはまるが、韓国法には他の国には見られないほど特別法が蔓延しているということ指摘しなければならない。まず、最も基本的な一般法である憲法が、その他の法律によって無視されるという現象が見られる。ここ 20 年あまりの間に憲法裁判所が機能し始め、憲法に違反する法律の一部が違憲決定を受けて改正されているが、依然として問題は残っている。この問題は、国際法を無視する傾向にも通じている。

法律レベルでの最も深刻な問題は、特別刑法にある。実務上、一般刑法より特別刑法が重要である。例えば、1993 年の第 1 審で受理された刑事事件の犯罪類型は、刑法各則に属するものが 53 種類、特別刑法に属するものが 168 種類であった。後者の数は 1985 年の 170 種類、1987 年の 175 種類よりは減ってきているが、依然として前者を圧倒している。特別刑法は教科書でも全く言及されることはなく、国家試験に出題されず、まともに研究されてさえいない。韓国でも、刑法の教科書や研究書、論文は抽象的なドイツ刑法理論の生硬な紹介で手一杯であり、国家試験もそのような類の奇妙な内容ばかりで、実務では何の必要もない。かつての中国の科挙試験は中国古典に関する解説を丸暗記する試験であったが、韓国の国家試験の性格はそれと同様で、今も全く変わっていないと指摘できる。これについて責任をとるべき学者たちは、特別刑法への言及は不必要かつ不可能だと考えている。しかし、特別刑法は一般刑法を死文化させ、それに代替するものであるため、極めて重要である。言ってみれば、特別刑法に圧倒された結果、一般刑法は既に存在しないというような状況なのである。さらに、特別刑法規定は、単に刑法に留まらず、憲法の基本権規定を否定する国家保安法などにも存在している。

以上のように、韓国現代法では、特別法が一般法を圧倒する傾向が現れている。それどころか特別法の特別法まで登場してきている。例えば、国家保安法に対する「南北交流協力に関する法律」がそうである。これは、法便宜主義の極端な一例である。これに対して、現代日本法では、そのような問題点は見られない。

## 5. 東アジア法の課題

以上のように、筆者は、韓国法ないし東アジア法の固有な文化的属性などに基づく見解を批判的に検討してきた。しかし、そのような議論とは別個に、現代の中国法—台湾法—日本法—南北朝鮮法を「東アジア法」というカテゴリーで括り、その共通性を探求し、統一性を追求することは非常に重要な課題であると考えられる。この課題は、これからの東アジ

ア地域の平和のためにも、必ず成し遂げなければならない。東アジア 5 ヶ国は、伝統的に漢字文化圏に属しており、現在使用している法概念は非常に類似している。また、儒教的伝統の残存により、西洋法文化とは異なる法文化を形成しているが、そのような類似の問題を比較検討することにより、各国法文化、ひいては東アジア法文化の発展に寄与することができると思う。

筆者は、21 世紀には、人権法をはじめとする様々な法分野の地域的統一が、相対的に法的伝統の貧弱な東アジアにおいても、必ず実現するだろうと主張したい。例えば、東アジア人権協約や東アジア人権裁判所が、21 世紀には必ず成立すると考える。これは既に、他の地域では、前世紀に達成された課題である。

もちろん、そのような課題の実現は、東アジア地域の政治経済社会的な連帯をより一層深めていくことから始まるはずである。文化的な連帯を端緒として、その他の領域における連帯がより一層加速化すると期待できる。したがって、そのための基礎作業として、東アジア法律用語の統一をはじめとする東アジア法律辞典の編纂、東アジア法律雑誌の刊行等、諸方面の法学研究の連携が今後の重要課題として台頭してくることになる。

本章の最後で指摘したいことは、東アジア法の比較研究の重要性である。今日でもなお、東アジア 5 ヶ国のいずれにおいても、自国法を他国法と比較する場合には、その対象国法は西洋法に偏重しており、東アジアの他国法とは比較しない。これは、例えば欧州諸国の場合であれば、欧州各国の法を互いに比較するのと非常に異なっている。このような態度は、法の問題に留まらず、文化比較一般に見られることであり、それ自体は誤りとまでは言えないものの、東アジア法の共通の発展のためには不幸なことである。

以上に関連して、西洋法に対する「事大主義」的傾向がとりわけ問題である。既に 1 世紀以上も西洋法比較研究の伝統を持つ日本では、そのような「事大主義」的傾向はかなり弱まっているが、韓国の場合にはいまだに甚大である。韓国文化は、伝統的に「通路文化」的性格が強く、それゆえ「発信文化」に対する劣等感を抱くことが多い。韓国では、しばしばオリジナルの「発信文化」をいっそう徹底し、純化させようとする傾向がある。このような傾向はいまだに強く残っており、例えば法学の場合には西洋法をそのまま受容しようとする傾向として現れてくる。

もちろん、西洋法を歪曲された形態ではなく、純粋な形で理解しようとする努力それ自体は不当に評価されてはならない。しかし、西洋法はあくまでも西洋法であり、私たちの現実に合うように受容しなければならないのは当然である。韓国において憲法が 9 回にわたって改正されたことも、西洋法に対する過度の「事大主義」に端を発するものと見ることができる。

法学におけるより一層深刻な問題は、過度の西洋化傾向により、西洋の法理論は次から次に紹介されるが、現実への適用については考えられていないという点である。例えば、憲法学が西洋憲法理論に偏重して、その憲法に照らして実際に判断されるべき具体的問題の探求が貧弱になるというような問題である。その結果、最小限の法社会学的考察はさて

おき、法体系の正確な理解すら及ばないことになる。

韓国の法学は、1970年代まではほとんど日本法文献に依存していたが、1980年代になると西洋法文献と日本法文献を同時に引用するようになり、さらに1990年代になると、西洋法文献だけを引用するようになってきている。日本法文献の排除には様々な理由があるが、少なくとも立法と判例がほぼ全面的に日本法に基づいている現実に鑑みれば、学者たちが日本法文献を検討しない点には問題があると考ええる。

[引用文献および参考文献]

- 韓相範「韓国の法文化」所収、小島武司・韓相範編『韓国法の現在(上)』日本比較法研究所、1993年
- 渥米東洋・小島武司 編著『日韓における立法の新展開』日本比較法研究所、1998年
- 吉田博司『朝鮮民族解明する』ちくま新書、1995年
- 大竹秀男・牧英正 編『日本法制史』青林書院、1985年
- 西尾 昭『韓国その法と文化』啓文社、1993年
- 川口由彦『日本近代法制史』新世社、1998年
- 渡辺 治「日本国憲法運用史序説」所収、樋口陽一 編『講座 憲法学・第1巻』日本評論社、1995年
- サイード (朴洪圭訳)『オリエンタリズム』大韓教育保険文庫、1991年 [改訳版 2000年]
- 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
- 川島武宜『日本社会の家族的構成』学生書房、1948年 pp.15-17
- 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 p.31
- 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、88巻5号、6号、1971年