

名城法学 第六四卷 第四号 抜刷

二〇一五年三月

名城大学法学会

翻
訳

台湾社会の慣習の国家法化について（下）

松 王

田

恵 泰

美 子 升

（訳）

台湾社会の慣習の国家法化について(下)

王 泰 升
松 田 恵美子(訳)

一、序 関連概念と論点

- (一) 国家法のいうところの慣習法と事実たる慣習
 - (二) 社会規範としての慣習
 - (三) 法の正義追究に伴う問題
- 二、植民地統治のために近代法の用語によって受け入れた慣習
- (一) 台湾の漢族の慣習
 - (二) 台湾の原住民の慣習
- 三、日本の国家主義に基づく慣習立法の排除と慣習法の抑圧
- (一) 慣習立法より出でた台湾政治共同体の最初の民法草案
 - (二) 日本の国家主義が権力を握った日本統治後期の台湾民事法制
- (以上、六四卷三号)

四、中国の国家主義の下で周辺化した台湾の慣習

- (一) 台湾の漢族の慣習
 - 1 中華民国法制の慣習に対する非友好的態度
 - 2 民事事項についての事実たる慣習或いは慣習法
 - (二) 原住民の慣習
- 五、台湾民主化以後の立法規範及び慣習の整理
- (一) 財産法の在地慣習の受け入れと身分法の法伝統との別れ
 - (二) 原住民の慣習の国家法化
 - (三) 国家法と社会の中の法との対話
- 六、結論
- (以上、本号)

四、中国の国家主義の下で周辺化した台湾の慣習

（一）台湾の漢族の慣習

1 中華民国法制の慣習に対する非友好的態度

戦後日本政権に取って代わって中国から台湾にやってきて統治を行なった国民党政権は、最も重要な目標はすでに中国のコントロールを半世紀も逃れている台湾をできるだけ早く中国の国民国家の中に取り込むことであつた。よつて台湾の日本統治の五十年を経た後、民事の法的生活上はすでに同時に中国とは異なること（例えば典権はすでになく、逆に不動産質権がある）を無視した。ゆえに日本政権が統治の初期になお特に民事事項に旧国家法に源をもつ台湾人の慣習法を適用したのとは異なり、一九四五年一〇月二五日の台湾接收の始めから、近代国家を構築する過程で完成された中華民国六法の体系を全面的に施行し、そこには中華民国の近代式民法を含んでいた。⁽⁷⁾しかし当初中華民国法制を形作る時には中国の領土に属さない台湾を考慮しなかつた。⁽⁸⁾

そして、この後台湾の国家法は財産法の面で一九二三年以来の社会の慣習を排斥する態度を維持し、且つさらに身分法の面ではもはや慣習法的方式で漢族の法伝統を受け入れることはなかつた。中華民国民法の親族・相続の両編を日本統治後期の台湾人の親族・相続の慣習法に代え、それに付随して法規範の内容上は近代性を高めたのである。例えば国家法は伝統觀念上の家産に対して、もはや日本統治時期の慣習法のように女兒の相続権を排斥しなかつた。⁽⁹⁾しかしこの一九四五年の法制上の変革は、当時の同盟軍を代表して台湾の接收にやつて来た台湾省行政長官公署の一つの布告が、中華民国のすべての法令はみな台湾人民に適用されると述べ、台湾人民に法制定の過程を経させることなく、なんのために親族・相続の法理念が調整されるべきかを了解させることもなかつた。台湾人民が漢族の法伝統に基づくがしかし近代法理念と衝突するような法律観に対して、直ちに国家法に従つて態度を変えることができないのも不思議ではない。日本統治時期の一九二三年の時の台湾人の民事法制の変革に関して、少なくとも総督は彼自身が選んだ台湾人評議員の意見を尋ねており、当時の「臺灣日日新報」でも白熱した討論がみられ、前述の鄭松筠と林呈祿もまた筆を執つてその法律見解を述べている。

蓋し当時はまさに日本統治時期のかなり民主的であった一九二〇年代なので、およそこれは一九四五年の戦勝国の軍事接收とは、同日に述べられるものではないのであろう。

中国の国家主義の考えに基づいて台湾にすぐに全面的に施行された中華民法法は、近代のヨーロッパ大陸式の民法典の慣習に対する非友好的態度を踏襲していた。中華民法法は日本法と同様にヨーロッパ大陸近代法の継受の産物である。

中華民法法第一条は次のように定める。「民事の、法律の規定なきものは、慣習により、慣習なきものは、法理による。」即ち日本の「法例」第二条の慣習法を補充的法源とするに相当した。戦後の台湾の法院は中華民法の法秩序の内にすてにある民国一七（一九二八）年上字第六一三號判例を参照し、また当時の日本の影響を受けた中国法学界の通説を受け入れて、「慣習法の成立は、多年の慣行の事実と一般の人々の確信する心を基礎とせねばならない」と考えた。戦後の台湾法学界もまた日本の学説に従って次のように考えた。慣習法と異なるのは「事実たる慣習」であり、それは一種の慣行にすぎず法的確信を欠いており、当事者の法律行為或いは意思表示を解釈或いは補充する基準となりうるが、しかし慣習法のよ

即ち法源性を具えず、せいぜい民法条文の中に「別に慣習あるは、慣習による」と定めて、この条文の適用で事実たる慣習を国家法中に取り入れるだけである。社会の慣習は民事以外の法領域ではさらに注意は払われず、刑法事項は罪刑法定主義の原則に基づいて成文でない慣習法は排除され、手続法或いは行政法規中でも慣習が取り上げられることは少ない。

日本統治時期の植民地台湾では特別立法（即ち律令は、法の適用の直接法源となる）で日本の民法の適用を排除し、慣習を台湾人の親族・相続事項に対して、「補充的」ではなくて、「優先的」な法源とした。しかし戦後の台湾はこのような中華民法法典に優先して適用すべき在地慣習法の特別立法はすてになかった。民法典で到るところ各種の民事生活関係について規範化する状況の下、「法律の定めざるところ」に当てはまり補充的に慣習法を法源とするのは、非常に困難である。祭祀公業を例にとると、戦後初期の一九五〇年に、中華民国法院は次のように述べた。「台湾の祭祀公業に関する制度は、……いずれも法人の慣習と見做しうるといえど、しかしながらこのような慣習は台湾が中華民国に復し民法が施行された後は、その適用は民法第一条の定める制限を受けるべき」であり、すでに「法人は民法或いはその他の法律の規定によらねば成

立しえず」の明文規定があるので、もはや前掲の慣習は適用できず、したがって祭祀公業が法律上の人格をもつとは認められない。⁷⁷⁾

2 民事事項についての事実たる慣習或いは慣習法

戦後の司法機関が台湾社会の慣習を、国家法上の補充的法源の慣習法と見做すのは、わずか「祭祀公業の派下権は男子孫を以って限りとす」の一例があるだけである。戦後の最高法院は一九七一年に、民国時代の中国の一九三二年一月二五日になした司法院〔民国〕二〇年院字第六四七號解釈を参照して、「祭祀公業財産の相続」について「慣習により、派下権をもつ男子孫を限りとし、女子はこれまで派下権はなく、ゆえに公業の財産を相続することはできない。」と判決を下した。その後この判決（まだ「判例」とはなっていない）に対して次のように述べた学者がいる。祭祀公業の財産は設立人が生前になし且つ生前に効力を生ずるものであり、遺産相続或いは遺言がいずれも死後初めて効力が生ずるのとは異なっており、ゆえに民法上定められている遺産相続権と相続人の遺留分（第一一三八、一二二三—一二二五條）とは異なる⁷⁸⁾、これより合理的に「祭祀公業財産の継承」を言えば民法

第一条に言う「法律の規定せざるところ」であるので、ゆえに「派下権をもつのは男子孫に限る」という慣習法（法源となる）をこの事件に適用し、この事件で女子は公業財産を相続できないという法律上の結論を出すことができる。

この慣習法の認定は、むしろ特定の価値判断の下での産物という方がよい。生前或いは死後の効力発生の差異から祭祀公業を特殊化するの、固より一種の法律解釈であるが、しかしその他の解釈の可能性もある。もし財産自体の性質より論ずれば、祭祀公業財産は「祭祀」を目的とし、漢族の法伝統によれば、家産は祭祀を相続する家族がこれを継承するので、ゆえに祭祀と財産相続は密接不可分である。⁷⁹⁾ 中華民国の一九三〇年に公布され、一九三一年五月五日から施行された民法相続編はすでに第一一三八條で「遺産相続人」に対して定めるが、この「遺産」の意味は、もし上記漢族伝統の觀念によれば、祭祀の責任の伴う財産を指すと解釈できる。中国の第一次民律草案によれば「遺産相続人」については被相続人を継ぐ宗祧の相続人を指し、且つ明文は「男子直系の血族卑幼親族⁸⁰⁾」に限られ、これと比べると一九三〇年公布の民法は「遺産相続人」については「男子」を削除して「直系の血族卑幼親族」を留めるだけであるので、つまり立法政策上両

性の平等理念を採っている。これに対して、一種の可能な解釈は、民法はあらゆる祭祀の責任が付随する財産に対して、漢族の法伝統上の男性相続に限定することをすべて明白に否定しているというものである。民法典が「祭祀公業」という祭祀の責任を伴う財産に対して定めるのである以上、「男子にのみ限る」の慣習は補充的法源であるのでこれに適用できない（日本統治時期の国家法が慣習を台湾人の身分事項の優先的法源となすのとはちょうど正反対である）。しかし、戦後の台湾の法院が法の解釈適用を行なう時、最終的には民国時代の中国の司法行政当局が一九三一年に採った価値判断を支持し、ゆえに上述したような法律の解釈適用とはならなかった。その結果、戦後の台湾は国家法上祭祀公業の財産について、一貫して「法律の定めざるころ」を理由として、「派下権をもつ男系の子孫に限る」という慣習法を適用した。ただし二〇〇七年に祭祀公業に対して立法をしました翌年に効力を生じた（後述参照）後、この慣習法はすでに補完的な法源となつて適用されることはなくなった（参照「祭祀公業條例」第四条）。

戦後台湾の国家法でかなりよく見られたのは、社会上の慣習を学説で言う「事実たる慣習」と見て、これによって当事

者の法律行為或いは意思表示の基準を解釈或いは補充することである。もう一度祭祀公業を例とすると、戦後の中華民国法院はただちに台湾の祭祀公業を中国大陸の「祭田」と同じとみて、民国時代の中国の判例の中で持たれた祭田は公共所有物とする見解を便宜的に用いて、台湾の祭祀公業の法律問題を処理した。一九五一年の最高法院の「民国」四〇年臺上字第九九八號判例が次のように言う。「ただしこの地にもし祭産管理人が祭産の公共共有全体を代表して祭産を処分する慣習があるなら、祭産公共共有人はこれをもって契約内容となす意思があると認められ、祭産の管理人の処分が無効であると言うことはできない。」台湾の祭祀公業がかつての日本統治時期の国家法の改造に出会い、また土地調査時に各公業に専任の管理人を選出させたことによれば、台湾総督府法院は判決例を以てたとえ祭祀公業の内部に別にきまりがあったとしても、公業の管理人が対外的に公業を代表してなす行為は有効であると認めて、取引上の善意の第三者を保護している。よつて戦後初期の台湾の社会では、おそらく祭祀公業の管理人がこの祭祀公業を代表して公業財産を処分できる慣習が存在したのである。⁽⁸⁾ 上掲の判例は国家法は「公業管理人は公業を代表して処分しうる」という慣習を、事実たる慣習

とみなし、これをもって当事者の「公同共有」に関する法律行為を解釈或いは補充したのであって、それが補充的な法源である慣習法となりうるとは見なかった。

社会の慣習が国家法中事たる慣習と見做せるかどうかは、同様に一つの法の価値判断である。戦後台湾の法院の一九六一年の一つの判決は、また前掲の民国期の中国の一九三一年の(民国)二〇年院字第六四七號解釈を参照して、次のように言う。「家族中の祭祀公業の男系子孫の輪番管理或いは分割或いは分家するものは、慣習に従って家族団体のための公共規約に本づくものとし、女子はこれまでこの権力がないので、苟くも別にきまりがないなら、自ずから男系と同様に論ずることはできない⁽⁸⁶⁾」、として同じく事実たる慣習で当事者間の「公共規約」を解釈または補充している。しかし慣習法であるうと事実たる慣習であろうと、公序良俗に反するものは、いずれも適用の余地はない(民法第二條⁽⁸⁷⁾)。一九六〇年代になされたこの判決は、男系子孫に有利な慣習を認めるようなもので、「別に定めたきまり」を通じてその内容を変更することができ、強制はしないので、公序良俗には反しない。しかしながら、もし法院が「男系子孫で輪番管理または分割または分家する」という事実たる慣習を認めるのなら両性の平等に悖

り公序良俗に反するので、つまり根本的に「当事者の法律行為を解釈または補充する」という効力は生じない。女性子孫も「別に定めるきまり」を頼りにその利益を保護される必要はないのである。よって、この法院の見解はやはり価値選択の上で男性に有利である。

国家法は時に特定の考えに基づいて、事実たる慣習を社会の慣習と承認することをあまり願わない。時に社会の慣習がもし国家法上の慣習法とみられることによれば、法律上の障害があるので、事実たる慣習の形で、それを当事者の法律行為或いは意思表示の一部とするのであろう。例えば、かなり力のあるコミュニティの金融業が、国家机关に日本統治時期から戦後もなお一般的に使われた最高限度額の抵当権の法的効力を踏襲することを認めるように要請した。最終的にこの金融業者の慣習は台湾の法院の認めるところとなったが、しかし当時の法律が定める「物権は法律による以外に、創設はできない」を害するので、直接に最高限度額の抵当権の設定と関連する運用規則を慣習とすることはできず、その法律論証上の正当性の基礎とはできなかった⁽⁸⁸⁾。

しかしながら、台湾社会でかなり盛んであった合會に関する慣習は、「物権法定」のような法律上の障害には及ばなかつ

たようである。しかし戦後法院はなお台湾社会中の合會に關する各種の規則は補充的な法源の慣習法となりうると思わずに、合會は一種の契約關係と見做した。最高法院〔民国〕四九年臺上字第一九三五號判例によれば次のように言う。「台湾の合會の性質は會員と會長間で締結する契約である」。この前提の下で、また一般の人々の合會關係に対して認められる各種規則は事実たる慣習となり、私的自治の原則を通じて、會長と會員間の契約關係を解釈或いは補充する。最高法院判例編輯委員會は前掲の合會に關する判例を、民法第一条（慣習法に關する規定）と關連する判例の中に入れてなかつた。

最高法院判例編輯委員會と民法第一条の關連判例を試みに見てみると、その中ではいかなる台湾社会の慣習も補充的法源となりうる慣習法であると認められていないことがわかる。せいぜい法律論証上法律条文内に定める慣習が優先すべしに基づいて（例えば民法第二〇七条第二項、参照〔民国〕二六年滄上字第九四八號判例）、或いは当事者の法律行為或いは意思表示を解釈し或いは補充する（例えば〔民国〕二八年上字第一九七七号・〔民国〕三十七年上字第六八〇九號判例）という事実たる慣習を認めるぐらいである。実は国家法上事実たる慣習とみなされる台湾社会に既存の慣習は、かなりよく見ら

れるのはその当事者の法律行為或いは意思表示を十分解釈或いは補充することに基づくものであり、法律条文が「別」に慣習あるは、慣習に依る／從う」と定めるので、實際上の規範作用を生じるものは少ない。これらの慣習ある時は慣習によるとの財産法の任意事項に關する法律条文を定めることによるのは、基本的にいづれもヨーロッパ大陸の民法典を踏襲しており、もともとはヨーロッパ大陸社会を反映しており、台湾社会の要求ではない。且つ後述の如く、戦後政府部門は民事財産法と關連する慣習の調査に従事することは極めて少なく、ゆえに法官は慣習の存在を知悉することは難しかった。

しかし、台湾社会の慣習はまたおそらく国家法上、慣習法或いは事実たる慣習以外の法的論証に基づいて肯定を得たものである。長期に日本統治時期に適用された慣習法であるため戦後なお社会に存在した親族・相続に關わる慣習については、慣習法はすでに民法典に優先して適用されることはできないので、大多数は戦後国家法の否定するところとなった。とはいえ「慣習」の地位をもち、その他の法律關係に包まれることによって続いたものがある。このやり方は戦後の国家法秩序の断裂（異なる主権国家に属する）の下で、ある程度社会文化の連続性に折れ合うとするか或いはそれを尊重

した。例えば戦後の国家法は正面から童養媳の法律関係を認めなかったとはいえ、実は当時民間でしばしば見られた童養媳の関係を尊重した。一九五四年の司法院大法官會議釋字第 三二號解釋は、行政院が台湾省政府が尋ねたところにつき解釋を申請した「養子女と婚生子女の結婚の後に子婿（或いは女媳）〔女婿〕という二重の身分関係を兼ね具えるか」に対して、この状況では「まず養子縁組関係を終わらせるべし」と述べた⁽⁹⁾。この解釈により処理する社会事実は日本統治時代の慣習法上認められた養婿と童養媳であり、日本統治時代の慣習法は大陸法の「養子縁組」関係で童養媳と養女の関係を解釋した（前述参照）。生じたこの「二重の身分関係」が近親婚を禁止する規定に違反するかどうかの問題は、大法官は実は日本統治時代の法律解釋を継続して、ゆえに形式上まずこの「養子縁組」関係を終わらせねばならないとするだけで、慣習によって生じた養婿或いは童養媳関係を否定することはしなかった。そして、一九五六年の釋字第 五八號解釋は「養女が養親によってその婚生子と正式結婚させられた」状況の下で、もし養親がまだ養子縁組関係を終わらせないうちに死亡したのなら、「法院に養子縁組関係を終わらせる裁定をなすことを申請し、それによって救済に資す」ことができると考えた。

明らかに大法官は童養媳関係を慣習上の目的とさせるために、即ち「息子の嫁にする」が実現できるように、特に一本の国家法上の通ることのできる道を示したのである。もし養親が早く死に、結婚を取りもつてもらう機会すらなかった時はどうするのか？大法官は徹底して善人であった。一九六一年の釋字第 九一號解釋は「養親は養子縁組する時にもともとその子を婚生子と結婚させる意思がある」べきだと考えた。即ち社会事実上童養媳関係があるなら、この童養媳は決められた結婚相手と合法的に結婚できるのである⁽¹⁰⁾。

全体として言えば、台湾の漢族社会の慣習は、戦後の国家法上長期にわたって周辺化されたのは、上述の法制上の理由の外、さらに人的要素がある。戦後台湾の法官が法学教育を受ける過程では、ほとんど中華民國の民法上の条文を知るのみで、一省となった台湾が経験した日本統治時代の法制及び社会に存在する慣習に対しては、全くの素人であった。この法学教育の内容もまたかなりの程度法学界の「根無し法学」に基づくもので、即ち法学研究上本土の社会の現象と問題を離れており、一貫して十分な反省を欠いていた。司法裁判實務では、法官はそのため慣習に及ぶ法的問題に対しては、ただバイブル視される『台湾民事慣習調査報告』だけを参考に

できた。しかしながらこの報告書の内容は、日本統治後期の国家法の内容的制約を受けていたのである。日本統治後期の台湾人の財産法事項はもはや慣習法によらなかつたが（日本の民商法典によるに改められた）、この報告書もまたほぼ台湾社会の財産法事項に関わる慣習を取り入れてはいなかつた。

例えば商店業の運用の規則或いは前述の金融業の設定する最大限度額抵当権等である。例外的なものとして合會に関する慣習は取り入れている。しかし文献上はやはり日本統治時期の旧慣調査報告及び日本の法学論文・著作を参考にした。⁸³ 対照的に、日本統治後期の国家法上慣習法モデルを採った親族・相続事項と祭祀公業は、この報告書の主たる内容となっており、且つ前述した如く日本統治時期の法院の判決例・旧慣調査報告及び法学の論文・著作が大量に引用された。このようなやり方が司法実務界を容易に導いたのは、過去のある事件の事実（日本統治時期の取り引き或いは身分行為）において生じた当時の旧国家法（日本統治時期の法律）によって生じた法律効果を調査するのか、或いは台湾社会が長期に旧国家法の影響を受けたが今なお存在する慣習を探索するのかがつきり分けられなくなったことである。混乱の中で、戦後台湾の法官は通常慣習と関係する法的問題に出会うことは喜ばな

かつた。なぜならただ「パイブル」が一冊あるだけであるのみならず且つ内容も難しかったからで、社会の慣習が国家法に事実たる慣習として取り入れられるのは大変少なく、慣習法となるものはさらにわずかであつたのである。

（二）原住民族の慣習

一九四五年の民事法制の改革で、最も大きな衝撃を受けたのは当時「山地同胞」と称した今の原住民族であり、それはほぼ日本統治時期の高山族原住民族から構成されていた。⁸⁴ 中華民国民法はヨーロッパ大陸の近代法を継受しているとはいえ、親族・相続事項はやはり一部は男尊女卑を含む漢族の法伝統を考慮しており、ゆえに台湾人はこれに対しては知悉していると思われる。とりわけ台湾人は一九二三年から近代的な財産法（日本の民商法）を適用し始め、時間的には中華民国の民法が公布・施行された一九二九年よりさらに早いときえいえる。対して、原住民族は日本統治時期に近代法を適用することは極めて少なく、親族・相続事項を含む慣習はまた漢族と異なり、例えば原住民族は母系社会に分類されるものもあるので、その民法親族・相続両編中の男尊女卑の条文に

対しては必ず倍の困惑を感じていた。戦後に台湾にやって来た中華民国の法制は、原住民族に対して言えば、実に近代と漢族の「二重の外來性」を具えていた。台湾の漢族は日本統治時代に近代と日本民族の二重の外來性をもつ日本民法の親族・相続両編に抵抗したことがあるが、今の台湾の原住民もまた同じような問題に遭遇しており、抵抗の術がない。新たにやって来た国民党政権は中国の国家主義に基づいて、立法上は原住民の民事に涉る事項に対してその慣習法を民法典に代えて適用すべきとは定めず、原住民族の慣習を民事法の条文である「慣習立法」に転化することはさらになかった。民事以外の法領域では、慣習はもともと適用の余地は有り難く、ゆえに原住民族の慣習は通常特に考慮はされなかった。

すべて中華民国の民法によれば、なお慣習法或いは事実たる慣習と認められる空間があるが、前述の台湾の漢族の慣習と異なり、台湾の原住民族の慣習は司法実践上同等の扱いを受けたことはない。考えられる原因は『台湾民事慣習調査報告』の中では原住民族の慣習について全く言及していないので、近代法学教育を受けた或いは漢族の法伝統しか知らない法官たちは、マレー・ポリネシア系民族に属する台湾の原住民族がどのような内容の慣習をもっているか知る術もなかつ

たからであらう。さらに「法律の定めざるは」慣習法によるか否か、慣習は公序良俗に反するか否か、事実たる慣習で当事者の法律行為或いは意思表示を解釈または補充ができるか否か、或いはそのような事実たる慣習があるならそれによると定めるとの法律条文を適用するか否かを考える暇が一体あるものだろうか。しかしなぜこの調査報告はこのような資料がないのであろうか。もとを辿れば、日本統治時代の立法上は原住民の民事に関する事項は慣習によるべきと定めておらず、日本統治時代の法院は近代法概念を用いて慣習法を構築する必要はなかったのであり、さらに戦後慣習調査を行なわせる時、日本統治時代の法院の判決例或いは『台湾私法』の慣習法に関する論述が参考にできるわけではなかったからである。日本統治時期或いは戦後を問わず皆人類学の角度から、原住民族の文化観念或いは生活様式に対する調査と知識をもつといえども、常に近代法の概念から述べる原住民族の慣習法や事実たる慣習を欠いている。よって国家法及び法学上、もし漢族の法伝統と現存の慣習がかなりの程度周辺化していると言うなら、原住民の法伝統と現存の慣習は徹底的に無視されていることになる。

五、台湾民主化以後の立法規範及び慣習の整理

(一) 財産法の在地慣習の受け入れと身分法の法伝統との別
れ

戦後初期に確定した慣習の中華民国法秩序上の地位は、一九八〇年代に変化の契機が現われた。一九五〇年代に最初の立法委員は改選しなくてもよいという「万年国会」の制度を確立したので、ゆえに戦後の台湾の立法活動は一九八〇年代より以前は、社会の民間からの声をかなり欠いており、社会の力が支持した慣習も国家法に周辺化され続けた。ただ台湾は一九八〇年代は政治反対運動と社会運動が引きも切らずに生じ、長期にわたり抑えつけられていた社会の力が解き放たれたのであるが、一九八七年の法制上の戒厳令の解除は、国家の権威がこれまでの社会に対する厳格なコントロールを緩めたことを象徴している。一九九〇年代から二〇〇〇年代まで、民主化以後の台湾は「中華民国法の台湾化」という法律変革を進めた⁽⁹⁾。今の台湾では中華民国の法制上はやはり一つの「地区」ではあるが、実際の運用上はできるだけ台湾を一

つの国家とし、現在台湾に住んでいる台湾の人民は、この国家の「国民」となる。「民主」とは「台湾の人民」を「主」とすることであり、ゆえに中華民国法は台湾人民の利益のために務めるのは当然となり、大多数の台湾の法学者の共通認識の存在するところでもある。

国家の立法は台湾人民の利益を思うべしとの前提の下で、台湾社会に存在する慣習は、ついに国家法上変化する機会を得た。民事財産法の面では、多くのかつて民法典上のその他の法律関係に身を潜めた社会の慣習は、法院を経て常に司法の個別案件の中で、現代法の関連概念を以てその慣習規範の内容を認めた後、すでに全体的な民法典上の一種の独立した法律関係となった。一九九九年に中華民法債編は初めてであるが変動の幅が全編の三分の一に達する大改正を進めた(二〇〇〇年五月五日施行)、台湾の司法実務上、また社会においてよく目にする合會を、債編の「各種の債」の一種とした(第七〇九条の一から九)。これは司法上承認された慣習規範であり(事実たる慣習)、立法作用を経て法律条文に改編された慣習立法法である。民法の物権編は債編の後にあり、また同様に進めたのが初めてであるが変更の幅の大きい改正である。二〇〇七年に担保物権について改正した時、台湾の金融

業が常に運用した最高限度額の抵当権制度を、明文で民法の物権編に入れ(第八八一条の一から十七)、漢族の法伝統であり且つ台湾社会で依然として盛んであった當舖(質屋)に生ずる「當」の法律関係は、「營業質権」の名で民法典中に入れられた(第八九九条の二)⁵⁹。その社会の慣習中に存在する一般的な規範が法律条文に転化したことによれば、慣習立法というべきだが、ただ慣習上用いられる「當」の名称はやはり排斥され、「質権」の關係に身を隠した。

他に民法典以外に、これまでの司法上認められた慣習規範を総括して(慣習法或いは事実たる慣習)、慣習立法の形式で単独で民事特別法としたのは、即ち二〇〇七年一月一日に公布された(翌年の七月一日に施行)「祭祀公業條例」である。この条例は国家法上祭祀公業の土地・地籍を整理する目的を含むので(参照第一条)、ゆえにすでにある祭祀公業は祭祀公業不動産の所在地の郷鎮市公所に届け出ねばならず、またその規約を定めねばならない(参照第六・一四条)。しかしこれらのすでにある祭祀公業は法人の資格を取得するために、登記は民法上の財団法人或いは社團法人となしうる外に、祭祀公業の固有の運用方法をかなり尊重する「祭祀公業法人」とすることができ、即ち国家法はかつて法院に否定されたと

ころの日本統治時期より踏襲する祭祀公業を単独の人格と見る慣習も受け入れた(参照第二条)。ただ国家法はやはり異様な眼差しで伝統的な祭祀公業の組織を見ており、新設の祭祀公業はただ民法上の財団法人或いは社團法人の一つを選ぶことができるだけで(参照第五九条)、新設して祭祀公業法人とすることはできないことに照らせば、既にある祭祀公業は国家法に最終的に法人の形式で存在すべしと要求され、そうでなければ解散となるのである(詳しくは参照第五〇・五九条)⁶⁰。

台湾法律史の角度からみれば、上述の慣習立法は一世紀近く前の一九一四年の台湾民法草案の「敗者復活」である。日本統治の初期に始まった旧慣調査事業は、最後には一九一四年に岡松参太郎等の日本の法学者の主導の下、台湾在地の司法実践と外国の立法例を参酌して、台湾の民事慣習を法律条文に転化した。例えば一九一四年の「胎權令」の草案中については「根抵当」に関して、即ち今の最高限度額抵当に関する明文規定があり、そして祭祀公業については「台湾祭祀公業令」草案もすでに完成していた。このような類似性が異なった時代と国家の法学者より出で、同じ学識背景と立法方針を共有する。戦後台湾の第一世代の学者がすでに中華民國時代

の中国と日本統治の台湾の大陸法系国家の法を受け継いで伝統を解釈したのに照らし、第二世代の法学者はこの既存の基礎の下に、さらに戦後のドイツと日本等の国の法学理論を取り入れたので、ゆえに一つの精緻な大陸法の概念体系を使って法解釈（法適用）を行なうことができ、且つ立法論上は外国の立法例或いは学説の導入に傾いた。しかし同時に自国の法院の判決に対して評釈を行なった。この学風を受け継ぐ第三世代の法学者は自国の法院の多くの判決を十分に把握するのみならず、さらには外国の最新の立法例或いは有力学説を引用することに熱中しそれによって「学者立法」を進めた^⑩。よって台湾の法学界は一面では法院が慣習についてなした判決を参考にし、一面では外国の学理或いは立法例で補充や改正を行ない、それによって立法の後妥当にあらゆる局面に普遍的に適用できるとの目標を達成した。

一九九〇年代、国会はすでに台湾人民が直接に選出する代表が構成するものであるとの大きな政治状況の下、立法機関は法律を制定する時に社会の慣習を受け入れて民意に対する尊重を示したが、前述の祭祀公業の立法の示すところではあるが、社会の慣習はどっちみちすべて近代法の理解の枠組みの中に入らなければならないようである。さらに

重要なのは、今の台湾の立法活動においては台湾の在地の民意の支持が得られればよく、一九一四年の台湾民法草案のように国外のより高次の政治的権威の同意を得る必要はないということである^⑪。

とりわけ重要であるのは、台湾の最近の立法はすでに、慣習に国家法上かなり重要な役割を演じさせたいという傾向があることである。二〇〇九年の物権編の改正は、民法第七五七条を次のように改正した。「物権は法律或いは慣習による以外は、創設することはできない。」この改正の最大の意義は次にある。つまり社会で一般の人々皆が守られねばならないと考える規定が、国家法上一般の人々が「法的確信」をもつ慣習法であると認められて、「対世的」な物権関係を創設することで、これまでは制定法によってのみ創設できた物権の硬化を避けることができる以外に、物権法をより人民の社会生活に密着させるのである^⑫。しかし法の解釈上、新たな改正条文の上での「慣習」は一体慣習法なのであろうか或いは事実たる慣習なのであろうか。これまでの通説によれば、事実たる慣習は一種の慣行であり、法的確信をもたないにすぎないが、ただ民法第七五七条の定める慣習によって創設される物権関係とは、「対世的」であることからあらゆる人にこれら

の規範内容を遵守すべきとするであろう。ゆえに特定の民族集団やコミュニティはこれに対して法的確信をもつ慣習法であつて初めて、この慣習規範を国家の物権法の受け入れるところとすべしと正当化できるのである。このようであつたとしても、司法或いは行政機関が慣習法を引いて物権を創設する時は、やはり民法第七七条を法適用上の直接の法源とするのである。この状況はちょうど日本統治前期の台湾人の民事事項と日本統治後期の台湾人の親族・相続事項と比べればよい。直接の法源は律令或いは勅令であるが、しかし法条文上はいわゆる「旧慣」や「慣習」は間接法源となりうる慣習法を指したのである。この外、二〇〇七年の改正の後の民法第八二七条は、法律規定或いは法律行為による以外、慣習によりうるを新たに増やし、公共共有關係を創設し、物権法をさらに台湾の眞の社会生活に密着させた。法律解釈上は、民法第八二七条に言う「慣習」は、当事者の法律行為或いは意思表示を解釈や補充しうる事実たる慣習であればよく、社会の慣習が国家法で承認される上限を低くしている。

或いは慣習が「地方性」をもつことにつき懐疑的な論者がいる。前述の如く、社会の慣習は特定の民族集団或いはコミュニティ内のこれに対して遵守すべきという共通認識からきて

おり、地方性をもつことは免れない。このために全国一致性を強調する法典が常に慣習を排斥するのである。ただ一旦民主的な正当性具备了た民意機関が、立法上慣習によりうることを承認するなら、その含む地方性を受け入れることを示したことになる。たとえば在地民意の参加を欠く日本統治前期の法制であろうと、民商事立法上はすでに「旧慣による」と定めているので、司法上台湾という「地方」の慣習を指すと解釈され、日本帝国全体の慣習ではないのである。

然るべき角度から論ずれば、民事財産法上在地社会の慣習を受け入れるやり方は肯定されるべきで、これは台湾の近代法の多元化に役立ち、且つ台湾の国際社会との接合を妨げることはない。民法の債編と物権編の改正を通じて取り込んだ上述の在地社会の慣習は、実は百年前の外来の、今なお世界の主流の一つである大陸法概念を基盤としており、且つ内容上はみな若干の変更を経ており、これは慣習の流動性を見える性質に合致する。人類社会の法規範は固より一定の共通性はあるが、地理或いは人文条件によって若干の違いがあることは避け難いことに照らせば、前掲の在地慣習をもつ民事財産法の改正の方向は、これまでの西洋に傾きすぎたものを適度に引き戻したにすぎないのである。これを詳しく言えば、

台湾は日本統治の初期より、とりわけ一九二三年の後から、民事財産法の規範内容は基本的にみな西洋法を尊んだのであり、台湾人民は結局は「自己否定」(例えば合股に関する慣習によることはできない)を代償として、近代法制を使用できたのである。過ぎたものは仕方がないが、これからのものはやはり救うべきである。ここで台湾人民を主体として国家法の内容を考え、もし伝統と現代を併存させることができるならより良いはないか。況んや自主的な選択に基づいて、もともと資本主義経済を内に含む近代性を考えねばならないのなら、全くいずれも台湾社会の追求するに値する法律上の価値ではないか。これらの法理念を肯定できるつもりでいるなら、台湾社会の実践方式も必然的に西洋社会と全く同じとすべきでない。よって実はもはやひたすら欧米の最新の立法例或いは判決例を求めるべきでなく、逆にまず在地社会の実情と要求を深く理解して、それから外国法或いは関連学説を導入すべきかどうかを決定すべきなのである。^⑧

しかし、もし「固有の慣習」だけが理由では、やはりこれを民法典の一部とすることの正当化に足るものではない。例えば、戦後の台湾社会は典権を設定する人はすでに極めて少なく、ゆえに民法改正時にはそれを廃止する提議があったが、

しかし最終的には典権は「唯一の純粹に固有法から出たもの」というのが理由の一つとなって保留となったのである。典権制度を廃止すべきかどうかに関して、多くの異なった考えがあり得、例えば典権の規定の保留は人民に物権の類型に対する選択をもう一つ多くする等であるが、しかしいわゆる「固有法」であることだけによって保留すべきではない。そのうえ台湾の漢族の社会では、典の關係はすでに日本統治後期に不動産質権に転化されて消えてしまい、ゆえに日本統治時期を経験しなかった金門・馬祖の外、今の台湾にはすでにこの慣習は存在しない。もしこの失われた法伝統を「再建」しようと思うなら、やはり現代の新しい意味を与えるべきであり、法伝統或いは慣習の継続すべきことに照らせば、義務に出るのではなく、必要に出るのである。^⑨

財産法と異なる、身分法上の多くの漢族の法伝統は、たとえなおある程度台湾社会の中に存続しようとも、ここ数年はみな国家法の断固たる否定に遭っている。一九一四年の台湾民法草案もまたかつて慣習立法にかこつけて、多くの台湾人の親族・相統面で近代法理念に合わない慣習を否定しようとした。^⑩しかしここ数年台湾人民の自己主導的な民事立法活動により、「外来者が在地人を否定する」の気兼ねもなく、かつ

ての法伝統に対して大鉦を振るって否定している。詳しくは以下の通りである。

中華民國民法の親族・相続兩編は、一九八〇年代後半と一九九〇年代より、大法官の憲法解釈と立法の改正を通じて、ある程度の「超前一性」を具えて、伝統的な性別或いは尊卑の不平等を取り除いた。^⑩二〇〇〇年代はこの兩編のなした大幅な改正に対して、さらにすでに漢族の法伝統に別れを告げる方向に向かい引き返すことはないことを明示し、社会の中にこれらの伝統に対してなお多少名残りを惜しむものがあろうとそれは問わなかった。二〇〇七年五月二三日に改正・公布された民法の親族編に照らせば、まず結婚の形式要件において、台湾の国家法中に数百年間続いていた「儀式婚」主義を變更し^⑪、登記婚に改め（第九八三条）、もはや一定の社会の儀式によって法律上の婚姻関係を具えたことを示すに足るとは考えず、近代国家の登記手続をするのでなくてはならないとした^⑫。同時に裁判離婚の事由を緩め、夫妻の一方がその他の重大事由や婚姻を維持し難いを理由に法院の離婚許可を求めるところを認め（第一〇五二条^⑬）、さらに「二姓を合わせる」（つまり「両家を合わせる」）のがよいと「合するを勧め離れるを勧めず」という漢族の伝統観念を強調することから離れ

て、近代の婚姻の「両性」と「兩人」が合意するのがよいを重視する方向に転じた。さらに、漢族の法伝統は同様に養子縁組は二つの「家」の間のことと見ており、日本統治時期にすでに法律論証上個人主義の民法の考え方を導入したとはいえ、戦後の一九八五年の改正に至ってようやく、近代的養子制度の強調する養子女の利益を保障することを旨とするに改められたのであり、この時この基本精神を踏襲して養子法の改正を進めたのである。^⑭

民法の相続編は包括的な相続の改正に関しては、またもや過去の「家」を一つの単位とする「父の借金を子が返す」という漢族の法伝統を設けていた。日本の統治の末期及び戦後の国家法はすでに限定相続或いは相続放棄等の「父の借金を子が返さなくともよい」という制度をもっていたが、相続人はかなり厳格な手続規定を守って初めて相続を限定或いは放棄できた。二〇〇〇年代の末期、相続人の被相続人の債務に對する償還責任に関して、とりわけ多くの弱小家庭或いは未成年者が巨額の債務を相続する等の事件が頻繁に発生した。立法委員は頻りに相続編を改正してこのような債務を免除することを提案・要求し、総統選の政治上の主張争いにさえなった。^⑮ゆえに民法相続編が二〇〇八年一月にまず改正された。

即ち、債務の保証と行為無能力者や制限行為能力者に対し、法定限定相続制度を採用し、そして同年五月にその施行法を改正し、上述の新規定を過去に遡って適用した¹⁵⁾。そして民意に応えるとの理由で、学者の参与なしで、急ぎ二〇〇九年六月一日に改正・公布した民法一一四八条第二項は次のように定める。「相続人は被相続人の債務に対して、相続によって得たところの遺産を限りとして、償還の責任を負う。」相続人に包括相続させた後、全面的に一律に法定の有限責任を負わせるが、なお相続の放棄はできる¹⁶⁾。換言すれば、子はあらゆる「父の債務」とはつきりと一線を画したのである。

しかし、類別すると近代法に偏っている身分法と称される漢族の法伝統で、この立法の改正の波の中をなお無事に乗り切ったものがある。前述の如く、既にある祭祀公業は依然として存続できるがしかし将来は祭祀公業法人或いは財団法人とならねばならず、もし祭祀公業或いは祭祀公業法人であるなら、即ち女性の子孫が派下員になれるのかどうかの問題がある。戦後の台湾の法院は一貫して〔中華〕民国時代の中国の実務見解に随って、男系の子孫であって初めて派下員になりうるとの伝統を慣習法と認めたのであり、一九四七年に憲法第七条がすでに両性の平等規定を有したことを無視した。

中華民國法が台湾で施行されて六〇余年の後に制定された「祭祀公業條例」は、第四条で派下員の資格について、なお「伝統習俗を尊重する」ことを理由として、原則として男系子孫であって初めて派下員になることができるという伝統を維持し、例外的にもともと国家法上派下員の資格を得ることのできない女性は、派下構成員の高い比率の同意を得た時に派下員となることを認めた¹⁷⁾。しかしこの條例第五条は元の司法実務の見解を離れて次のように定める。「祭祀公業及び祭祀公業法人の派下員に相続の事実が生じた時に、その相続人は共同で祭祀を引き受けた者を派下員とせねばならない」とし、男性子孫に限定していない。且つこの条文の立理由の中でなお次のように強調する。「民法が男女の相続権の平等を定めるに基づき、本條例施行の後の祭祀公業はもはや宗桃相続の習俗によって女性が相続する派下の権利を排除しない。」¹⁸⁾ 社会では漢族の伝統の影響を受け、女性は常に「共同承継祭祀」の外に排除され、この規定によって祭祀公業の派下の権利を継承できなかった。この條例第五条は、意図的に国家がその国家法上の価値に基づいて社会の伝統を強制的に改変することができるのを避け、社会の変遷自体が祭祀の伝統を覆すのを待っているかのようである。例えば人々が観

念上或いは少子化という点で、徐々に性別や姓氏と祭祀の関係を断つようなものである。

(二) 原住民族の慣習の国家法化

前述の如く、戦後の国民党政府の行なった規模も深さも日本統治時期に及ばない慣習調査は、マレー・ポリネシア系民族に属する原住民族の慣習には根本的に触れずにいたので、それが原住民族のもつ漢族と異なる文化を無視していることを明示した。一九九〇年代の李登輝が政治を司った国民党政権の統治の末期に至ると、国家法はついに憲法上「原住民族」と改称する等を含むやり方を通じて、原住民族に対する尊重の態度を表わした。^⑩そして二〇〇三年の「ツォウ族頭目の蜂蜜強奪事件」をきっかけに原住民族社会(民族集団)による漢族の国家が原住民族の慣習を尊重しないとの批判を誘発し、当時の民進党政府は原住民族の慣習に対する調査を始め、二〇〇八年に国民党が再び政権を執った後もなおこれは続けられた。現在その調査報告はまだ法院が原住民族の慣習を慣習法或いは事実たる慣習と認める時に必要とするところには完全には合致していないとはいえ、法院が司法の個別事件につ

いて職種で慣習を調査する時に、少なくとも一つの最少限の参考資料となっている。例えば二〇一〇年に台湾高等法院は後述する「スマグス倒木事件」で、この政府調査を引用して原住民の被告人に有利な判決をした。当然ながら司法の個別事件の審理手続の上では、なお挙証責任の問題がある。現行の民事訴訟法の第二八三条の定める「慣習」については、当事者が挙証責任を負うが、しかし法院は職権によって調査することができるので、法源の性格をもつ慣習法を指すと言える。事実たる慣習に至っては、事実である問題で挙証し調査することになる。^⑪ただ司法は民のためにあるという観点に従い、法院は手続法が許す範囲の中で、できるだけ慣習法と事実たる慣習を見つけ出すべきである。

中央政府が民進党政権であった期間(二〇〇〇—二〇〇八年)、国家法の中では多くの原住民族の法伝統と密接に関係する法律条文が増えていた。^⑫二〇〇〇年の民進党政権の前に、中華民国原住民族法制は「国家中心」の観点で、国家発展の角度から原住民族の事項を考え、この後国家と原住民族の「新たなパートナー関係」に基づくことに転換し、原住民族の集団的権利を形作った。「パートナー」となった後の原住民族の法伝統(或いは「原住民族法」と称す)^⑬は、国家法の「目

に留まった」。二〇〇一年一月一日より施行された「原住民身分法」は、原住民が生んだ子女の称する姓は中華民國民法の関連規定の制限を受けないと明確に定めた^②。これは戦後初めて現われた特別立法で、民法典の原住民に対する適用を排除した。法律条文上「慣習」と言わないとしても、しかし実質上はこの特定事項であるに等しく、原住民族の法伝統は国家の民法上の規定に優先したのである。台湾の漢族が日本の異民族政権の統治より、終始五〇年間、親族・相続事項はいずれもこのような対応がされていたことに照らせば、台湾の原住民は漢族を主とする異民族政権の統治の五〇余年の後、ようやく姓名についてだけ同じような対応を得るに至った。ただ原住民と漢族一体の対応という観念が破られた後、多くの刑罰法規がまた原住民族の固有文化を考慮して例外的な規定を制定し、原住民のある行為には「非刑罰化」をした（但し行政管制はなお残る）。二〇〇一年の後には、原住民族は狩猟文化のため猟銃や魚用の銃を製造したり所持したりして「生活用具の用に供する」ので、もはや「槍砲彈藥刀械管制條例」の定める罪には触れないとなった。二〇〇四年の「野生動物保育法」の改正の後、原住民族は「その伝統文化・祭儀に基づく」用のためには、一般の野生動物（保育類は含まない）

を「捕獲・屠殺・利用」しうることになった。二〇〇四年の「森林法」の改正の後、「森林が原住民族の伝統の領域の土地にあるなら、原住民族はその生活の慣習・習俗の必要によって、森林の産物を採りうる」となった^③。二〇〇五年に公布・施行された「原住民族基本法」は、憲法増修条文によって法制上具体的に原住民族の主体性を実践し、原住民族の言語文化、伝統的な狩猟や採集等の行為、伝統的な生活方式や社会構造を保障し、及び司法或いはその他の紛争解決手続上その部族の言語と伝統習俗文化と価値観を尊重すると定めた（参照第九・一〇・一一・一九・二二・三三・三〇条）。二〇〇七年公布の「原住民族傳統智慧創作保護條例」は、学者により一種の「原住民族伝統の知的創作専用権」と呼べる集団的権利を確認したのであり、つまり個人主義を基盤とする民法体系に「平行的」する「特別な権利」を確認したと考えられている^④。

上述のこれらの立法は現在行政或いは司法部門により積極的に執行されてはならず、これはまぎれもなく国家機関が歴史上長期にわたって軽視され汚名を着せられることさえあった原住民族の文化を理解せず尊重しないことから生じている^⑤。しかし法学の角度から論ずれば、また原住民族の法伝統が誘因となり、法源となりうる慣習法とされたものは極少なく、

或いは法律の条文中にもし慣習あるなら慣習によると定めるもの(学説上これは事実たる慣習とみる)は極めて少なく、更に慣習立法に進むものとなると言うまでもない。ゆえに近代法上の権利制度等を含むしくみの保障を得ることが難しいのである。これらの原住民を保障すると謳う立法条文は、法伝統より生ずる原住民社会の慣習に対して、多くがこれを「生活慣習・習俗」と称し、受動的な刑法上の違法性の排除を重んずるにすぎず、やはり能動的な規範に基づく人間或いは人民と国家を含む公法上の団体の間の権利・義務関係とはできないのである。これまでの最もよい例は、二〇〇九年・二〇一〇年の「スマグス倒木事件」に関わる司法判決にすぎない。それは「原住民基本法」上の原住民の文化を尊重するとの厳命に従って、「森林法」の中の「その生活慣習・習俗の必要により、森林の産物を採取する」ことを許す規定によって、政府の行なった慣習調査に載せる「タイヤル族の生活慣習は山中の資源に対して財産の一種とみることができ、」を引用して、倒木を持ち去った行為は正当なものだと認定し、事件に関わった原住民に無罪を宣告した。しかしながら、将来これが行政或いは司法機関の一般的なやり方となるかどうかはなお観察が待たれることであり、且つ原住民が民事法

上もこれにより山中の資源を取得する権利を与えられたのではない。換言すれば、原住民社会の中の自然資源の使用について形成される原住民の人々の「法的確信」を具えた規則は、国家法化・権利化はされていないのである。

各種の法学或いは文化理論で国家法を批判すると同時に、「パートナー」の立場で国家の「国家法」が原住民の「原住民法」の内容を受け入れることを要求すること、即ち原住民の慣習の法律化／法制化或いは権利化が、やはり原住民の生存・発展を確保する最も現実的なやり方なのである。前述の如く、近年は台湾の漢族社会の慣習は、民事財産法上は受け入れられ、民事身分法上は否定されるという現象がある。この伝統と近代・人民の自主決定の二つに同時に注意を払う進展の過程は、同じく台湾原住民も持つべきものなのである。詳しく言えば、民法第一条により補充的法源としての慣習法を認める、或いは民法第七五七条が物権の慣習法を認める時、原住民社会(各民族集団)の中の、或いは固有法の法伝統による、或いは長期にわたって中華民國法を施行したので今では一般の人々が皆守るべきと考えている慣習を忘れてはならないということになる。とりわけ民法第八二七条はすでに慣習によって公同共有関係を創設することを新たに

加え、今やある原住民部落がなお集団でもつ利益があり、また共同で守る行事規則があることに照らせば、その解釈を民法第八二七条の「慣習」であるとして、原住民の人々に国家法上成立した公同共有関係に基づいて、法院を含む近代国家システムを運用することでその共同生活秩序を維持させることができる。漢族の祭祀公業の例が示すように、法院は原住民の社会で発生する具体的争議について、その多くの近代法の概念を運用し近代法の理念を参酌してなした法律適用（判決）を積み重ねた後に、慣習立法を進めることを考えることができる。慣習立法をなす時には各種の法律関係の衡平性に全体的に注意を払い、外国の学理或いは立法例を参考にして、予測性を具えて、各方面の利益を考慮した条文を制定する。それによって「法の統治」の中の「法」となり、原住民が戦後の法による統治の下で、法の統治によらなかつた日本統治時期よりいっそう民族集団のアイデンティティを失うという歴史の皮肉が再び生ずるのを避けるのである。しかし、日本統治時期に漢族の伝統が植民地立法上、保甲、笞刑、犯罪即決、民事紛争調停等に転化させられ近代的な制度に悖り悪名を招いたように、現在において批判的態度でもって慣習立法で固有法の生活方式を続けるかどうかを考えるべきで、

また原住民自身による価値の選択をすべきである。

この外、これまで原住民の慣習が国家の司法体系に入り或いは行政・立法部門に考慮されるのが難しかった重要な原因の一つである。法院がすでに二〇一三年より地方法院に専門廷或いは専門部門の方式で原住民の事件を審理させ始めたことに照らせば、^⑧国家法は正式に原住民の司法事件は特殊性をもつと認めた後、原住民法もまたかなり法学課程の一部分となる機会があり、またこれにより原住民法発達の発展が刺激された。法院が事件ごとに近代の法概念により、民事事件中で慣習規範を認定或いは適用し、或いは刑事事件中で原住民のもつ受け入れられる固有の法律観で刑事責任を免除することを経るなら、^⑨より多くの能力を積み重ねてより高次の慣習立法を進めることができるのであり、そこには専ら原住民を適用の対象とし、その文化観念を取り入れる法律を制定することも含んでいる。

（三）国家法と社会の中の法との対話

未来を展望すると、民主的台湾において、なお一つの法伝

統をもつ原住民には、東アジアで日本の明治維新以来一貫

して採ってきた西洋近代法制の法発展モデルに制限されずに、より多く固有法規範を近代法の法生活の中に受け入れることを試みさせることができる。これはおそらく法伝統が「すでに後戻りできない」台湾の漢族（例えば台湾漢族の典に関する伝統）にはない機会であろう。換言すれば、原住民の法伝統の内容と理念を理解した後、近代法と関連する内容と理念を比較できるのであり、もし原住民の自主決定が伝統の内容と理念をかなり好むのなら、近代の法概念を用いて訳し換えたものを近代法制度の中に入れることができる。且つこれは民事法だけでなく、さらに民事法、手続法、行政法等を含むのであり、或いは各種の法学理論で法伝統に従う者が国家法の制裁に遭うのを避けねばならない。民事以外の法領域で、日本統治初期の日本の統治者が原則として台湾の漢族にこだわりなく固有法へと進ませることを願わず、日本、韓国、或いは中華民国の時代から今の中国に至るまで法の近代化の過程の中でも大体においてこのようであったとはいえず、今日の多元文化主義の考え方の下で、台湾は過去のもののような単一の法制で国民国家を構築するというこれまでのやり方に拘らず、より多くの原住民の特別立法を生み出させることが

できるのである。

総じて言えば、今や国家法は謙虚に「慣習」と呼ばれ、しかし実は歴史の実践の中で形成された「社会の中の法」(Law in society)⁽¹⁵⁾、即ち本稿では始めに挙げた「民間法」に直面せねばならない。一九世紀後半に日本の明治国家は当時のプロシアを真似て、国民国家／主権国家を形成するために憲法を最高規範とする国家法体制を構築したのであり、自由憲政秩序のために国家を建設したのではない。前述の国家法の慣習に対応する方式は即ちこのような国家のために法を制定する考え方に基づいている。戦後のドイツは自然法を以てし、戦前の前掲の目的に基づいて行なった実証主義の国家法を批判した。しかし、ドイツ乃至は西洋社会全体が自然法と称する内容は、結局はその特定の歴史文化（宗教を含む）の下での正義観であり、これを全世界の人類に及ぼせば、争いが生ずるのには免れない。そこで、人類社会が歴史文化上の差異に直面することを妨げず、また「社会の中の法」の概念で以て特定社会の正義観を表わし、さらに自ら社会にあって、社会の改造をしようとする近代型国家は社会との対話をしなければならぬと要求する。且つ自然法論者が自然法は実証的な国家法に優位すると考えるのとは異なり、ここで主張されるの

は、社会の中の法と国家の法の平等な対話と協商であり、双方いずれも相互に譲り合う準備と空間をもつべきだということである。具体的に言えば、一つの自主民主憲政の生活方式を擁護するために建設された国家は、歴史文化上の差異から存在する複数の法律観を受け入れるべきである。アメリカの憲政秩序がルイジアナ州で施行されているフランスから伝えられたヨーロッパ大陸式の法体系を受け入れているように、台湾の憲政秩序もまた原住民の施行するその文化伝統を具えた法体系を受け入れなければならない。まさにこのような多元性が尊重される憲政生活方式を擁護するために、台湾人民は国家の地位で現在の国際社会に足場を得る必要がある。このような国家なら、より多くの台湾人民の支持が得られるだろう。⁽¹⁵⁾

六、結論

台湾は一九世紀末に近代型国家統治に入った後、社会に存在する慣習規範は主として三種類のモデルを通じて国家法に取り入れられた。第一のモデルは立法機関が社会の慣習の内容を法律条文として制定する「慣習立法」であり、これらの

法律はまた「固有法」と称され、条文上「慣習」の二文字がなくとも慣習の実質を含んでいた。ただ台湾の最初の近代型国家はつまり日本帝国であり、日本の国家法は法律の西洋化／近代化の方針の下で、せいぜい少数の日本社会の慣習の内容が制定法化されたにすぎない(例えば民法上の家制度)。しかし日本はこの東アジアの法伝統を抑圧する近代法制を台湾に持ち込んだ時、植民地統治の必要から、刑法と手続法上保甲、笞刑、犯罪即決、民事紛争調停等の慣習立法を採ったのであるが、台湾植民地が自治または独立に走るのを恐れたため、台湾人の慣習と近代民商法を融合した一九一四年の台湾民法草案を施行することを拒絶し、人民の日常生活と関係が密接な民商事事項の上では慣習立法を採る可能性を抹殺した。そこで台湾在地の慣習は、日本統治後期には慣習立法を通じて国家法の一部となることはほとんどなかった(その他の方式によることは後述)。第二次大戦後、台湾は中華民国時代の中国の法律の近代化の産物である中華民国法制を全面的に施行し、当初中国で制定した時は当然ながら領土ではない日本統治時代の台湾の慣習を法律条文に転化することはできなかった。一九九〇年代になって、事実上台湾社会によって作られている「中華民國」と称する国家は、民法の債編と物権編の

改正から祭祀公業の専門法等を制定するに至り、慣習立法の「敗者復活」を展開し、台湾の民事財産法制の過度の西洋への傾斜に対して必要な調整を行なった。しかし民事の身分法制上は固有の法伝統については一層否定した。しかしながら、民法以外の法領域では慣習立法の足跡はほとんど見られなかった。次の課題は、なお一部の法伝統を保つ原住民族が、まず後述の慣習法の段階を経た後、慣習立法を通じて台湾という自由憲政国家内での自治を實行できるかどうかである。

第二のモデルは大陸法系の下で、司法或いは行政機関が法律の規定に基づいて(条文上「慣習」の二文字が載っていることが、直接の法源となる)、社会の慣習を間接法源に属する「慣習法」と認めるもので、その意味は社会の一般の人々がある「事実たる慣習」を法律と同じように一般的に守られるべきと確信することで、即ち「法的確信」があることを指す。日本統治の前半は台湾人のみに及ぶ民事事項、そして日本統治後半は台湾人のみに及ぶ親族・相続と祭祀公業事項は、法令或いは勅令が「旧慣による」或いは「慣習による」と定めるので、ゆえに日本の「法例」第二条の規定に基づいて、最終的には法院が近代法概念の認める台湾人の慣習法によるべきであり、日本の近代民商法を準拠法とするのではなかつ

た。台湾総督府法院はまたそこで台湾人固有の慣習規範を一つの「普通法」のような規範体系に作り変えたのであり、それが前述一九一四年の台湾民法草案の底本となった。ただ日本統治後半の民事慣習法の適用できる範囲は、台湾人のみに及ぶ親族・相続事項に限られたので、台湾社会の慣習の国家法上の地位の後退を意味した。戦後もともと慣習法をかなり排斥するモデルである中華民国法制に改めた後、民事慣習法はより大幅に制限され法律の明文がない時に初めて、「補充的な法源」となることができた。且つ司法実践上慣習法と認められるのは、わずか祭祀公業に関わる派下権の例があるのみである。別の面では、高山族原住民族の民刑事事項と手続法または行政法事項は、日本統治時期は原則として近代型法制を適用せず、ゆえに原住民族の慣習は理蕃警察が個別事件の裁量時の重要な考慮事項となる機会があった。逆に戦後は一律に中華民国の近代法制を適用したので、民族の慣習が国家法の外におかれてしまった。実は日本統治時期或いは戦後を問わず、単一国民国家・単一法制を強調する台湾の国家法は、民事実定法の極めて限られた範囲以外では、刑法、手続法、行政法等の事項についてはほぼ皆特定の種族或いはコミュニティよりでる慣習法が間接法源となることを認めなかった。

この態度は国家が民族集団の多元文化の価値を認めた後、おそらく挑戦を受けることになる。

第三のモデルは第二のモデルと同様に司法或いは行政機関により、社会の慣習が「法的確信」を欠いて法源の性格をもたない「事実たる慣習」と認められ、法律の規定により「慣習」の二文字が条文の構成部分となつて（或いは私的自治原則（強行規定に反することはできない）の状況の下で、実質上社会の慣習に規範作用を發揮させるものである。日本統治時期の国家法がかなり重視したのは第二の（慣習法）モデルであつたが、戦後の異なる法制の下で、国家法は主として司法実践上特定の価値判断に基づいて、「事実たる慣習」の形で社会の慣習を取り入れた。且つこれら法院に認められた「事実たる慣習」は、かなりよく当事者の法律行為或いは意思表示を解釈或いは補充するのに用いられた。例えば祭祀公業、最高限度額の抵当、合會等の慣習が即ちこれにより国家法に取り入れられたが、極少数は民法典内の財産法の任意規定に定める「別に慣習あるは、その慣習による／従う」に基づいた。しかしまた国家法上慣習の名ではなく、その他の法律関係に基づいて実質的に社会の慣習を承認するものがあり、例えば重養媳の慣習である。台湾社会の慣習規範は戦後国家法

の中に入れるのは難しく、法制自身の原因の外に、さらに全面的な慣習調査報告が欠けていることにも由来した。とりわけ甚しいのは、原住民の慣習は今まで法院に民事法上の慣習法或いは事実たる慣習を認められたことはなく、且つ最近になってようやく原住民の慣習についての最初の調査があつた。今まで国家法は非常に多く原住民の慣習を参酌して原住民の刑法上の違法性を免除したが、慣習に基づいて原住民に民法或いはその他の法領域上の権利を与えることは少ない。全体として言えば、前掲三モデルの外や民事実体法領域の外に、いかに台湾社会に存在する慣習を、国家法の形成の上でより重要な役割を演じさせるかは、なおこれからのさらなる研究と考察が待たれる。

もし上述の台湾の法社会史に関する経験事実が法律の論証において用いられるなら、法制定（立法論）上、今の多元文化を尊重する法理念に基づいて、前掲の「財産法が在地慣習を取り入れ身分法は法伝統に別れを告げる」という民法の改正の方向は、将来の立法方針となることが許される。公法・私法、実体法・手続法に関わらず、いずれも外国の最新立法を追いかけることに汲々とし或いは固有の法伝統に盲従する必要はなく、常に社会が必要としているかどうか或いは法的

価値観の今の時点での調整が必要かどうかで判断すべきである。各民族は平等であるべし原則に基づいて、また原住民族に対して台湾の漢族が経験してきた「慣習法から慣習立法へ」のモデルを採るべきである。そして法適用（司法論）上、百年以上前に明治民法が生み出した慣習法と事実たる慣習の概念を踏襲できれば、大部分正当性を具えた社会の慣習を取り入れられるだろう。近年の台湾の民法物権編に新たに加わった物権を創設できる慣習は、原住民法の法伝統を含む慣習法を指し、民法物権編に新たに加えられた公同共有関係を創設できる慣習は、事実たる慣習を指すべきである。且つ司法実践上相当程度漢族の祭祀公業に関わる慣習を取り入れているのなら、原住民法の法伝統もまたかなり受け入れられるという対応をされるべきである。

「伝統と近代の対話・人民の自主決定」を経て、今の台湾は、一つの多元の美を見ることのできる自由な民主憲政国家となるべきなのである。

注

(70)

日本はその国家主義に基づいて日本統治後期は内地延長政策を採り、台湾をできるだけ日本内地と一致させようとし、よって日本民法（親族・相続両編は除く）を台湾に施行した。戦後台湾を接収した中国国民政府もまたその国家主義に基づき、台湾史に従って言うところ「内地延長の再延長」と言える施策を採ったので、日本内地を中国内地に換えたにすぎず、台湾と中国内地を一致させようとしたので、ゆえに即刻且つ全面的に民法典を含む中華民国の法律を台湾に施行した。一九四四年に中国で政権を執っていた国民党は、前近代の中華帝国の「大一統」の観念を踏襲して、台湾は日本統治の前は即ち中国の一省であったと考え、ゆえに一旦日本よりその手に台湾を取り戻したとなると、台湾の日本統治五十年に生じた差異を軽視し且つ素早く拭い去り、内地の一省と同視し、これにより台湾に特別な法制を設置する必要がないと考えた。この論点については別稿で詳述した。参照、王泰升「法律現代化與「内地延長」的再延長——以日治後期與戰後初期的承接為中心」謝國興主編『邊區歷史與主體性形塑』中央研究院、二〇一三年、一〇五—一〇八・一一七—一三四頁。国民党政権が戦後台湾を接収した後、直ちに法学教育を含む教育の面で、「脱日本化」と「中国化」を進めたことは、また皆周知のところである。参照、王泰升「台大法學教育與台灣社會」（同氏『台灣法的世紀變革』元照、二〇〇五年）一一五頁。

(71) 中華民國の時期の中国は清末より、明治の日本を真似て近代

国家を構築して六法の体系を完成することを例と為し、ヨーロッパ大陸式の近代法を導入し、一九二〇年代末から一九三〇年代前期に各種の法典を公布・施行し、中華民國六法の体系を確立した。戦前台湾に施行された台湾の日本民法と中華民國民法は似ているところは非常に多いが、しかしやはり異なるところがあり、国民党の統治の始め、または後ほど、これまで両者の差異に焦点をあてずに過渡的な法律を定めてこの点を解決した。

参照、王泰升「台湾戦後初期の政權轉替與法律體系的承接」(同氏『台湾法の斷裂與連續』元照、二〇〇二年)一三二―一三八頁。

(72) 最も明らかな例は、中国で政權を執った国民党が一九三六年に俗に「五五憲草」と呼ぶ中華民國憲法草案を提出した。その第四条は領土に関して列挙方式を採り、一つ一つ各省各名称を列挙しており、当時すでに日本軍が占領し且つ満州国が成立している東北各省までも入れているが、しかし「台湾省」は入っていない。参照、王泰升「台湾歴史上の主權問題」(同氏『台湾法律史的建立』第二版、同氏発行、二〇〇六年)二七三―二七四頁。

(73) 大正一一(一九二二)年上民第七一號判決によれば、日本統治時期の国家法は、女子はただ他に男子なく且つその他の親族に異議がない時に初めて、父の遺産を相続しうる。参照、台湾総督府高等法院編『高等法院判例全集 大正十一年』(台湾総督府高等法院、一九二三年)一〇三頁。中華民國民法第一一三八

条は「遺産相続人」は男性に限らないとのみ定めるので、中華民國法院の(民国)一九九上字第一五〇一號「判例」はこの条文に基づいて次のように述べた。「現行法は女子に財産を相続する權利を有らしむ」。参照、最高法院判例編輯委員會編『民國十六年至八十七年最高法院判例要旨』(最高法院、二〇〇一年)六〇三頁。

(74) 行政長官公署は一九四五年一月三日の署法字第三六號布告(署令)において、台湾は一九四五年一〇月二五日から、すでに中華民國の版図に入れられており、また「民国の一切の法令は、均しく台湾に適用し、必要な時には暫行法規を制定・公布しうる」と言明した。この署令の全文は、何鳳嬌編『政府接收臺灣史料彙編』(國史館、一九九〇年)上冊一一二頁に見える。

(75) 詳しくは、参照、陳昭如「離婚的權利史—台灣女性離婚權的建立及其意義」國立臺灣大學法律學研究所碩士論文、一九九七年、一三六―一三九頁。総督府評議会の組織に関しては、参照、前掲注(30)王泰升『台湾法律史概論』一五七頁。

(76) 法学界の最近の見解については、参照、鄭玉山「民事習慣在司法實務上之運用」(最高法院學術研究會編『法律史與民事司法實務』最高法院、二〇〇五年)八七―八八・一一二頁、王澤鑑『民法概要』(王慕華、増訂版、二〇〇九年)一六頁。

(77) 民國三九年臺上字第三六四號判例、参照、前掲注(73)『民國十六年至八十七年最高法院判例要旨』三頁。

(78) この判決は(民国)六十年臺再字第七九號である。参照、黃

茂榮『民法總則』一六一—一七頁。

(79) 参照、前掲注(78) 黃茂榮著一七一—一八頁。

(80) 参照、戴炎輝『中國繼承法』（戴炎輝發行、第八版、一九七八年）七頁。二〇〇七年制定の「祭祀公業條例」第五条は次のように定める。「祭祀公業及び祭祀公業法人の派下員は相続の事実が生じた時、その相続人は共同で祭祀を担当するものを以て派下員となすべし」、やはり祭祀と財産相続を緊密に結びつける。

(81) 参照、前掲注(80) 戴炎輝著二〇頁。

(82) 前掲注(73) 『民國十六年至八十七年最高法院判例要旨』四二—九頁。

(83) 参照、前掲注(24) 『臺灣民事習慣調査報告』七三〇—七三六頁。

(84) この判決は「(民国) 五〇年臺上字第一四六號である。参照、前掲注(78) 黃茂榮著一六一—一七頁。

(85) 中華民國民法第二条は次のように定める。「民事の適用する習慣は、公共の秩序或いは善良の風俗に背かざるを以て限りとなす。」この条文の言う「慣習」は解釈上慣習法と事実たる慣習を指すべきである。参照、王澤鑑『民法實例研習 民法總則』二八頁。またこの民法第二条の称する慣習は慣習法のみを指すと考える学者もいる。参照、胡長清『民法總則』一三頁。社会の慣習がもし国家法に取り入れられ事実たる慣習となるなら、即ち国家が権利制度で保障することを意味するので、ゆえに国家法秩序の形式に従って言えば、それは国家法の理念に違反しな

いことを必要とすべきである。しかし社会の慣習が含む価値観に対して十分理解すべきで、軽々しくそれと国家法理念が矛盾すると判定してはならない。

(86) 中華民國民法上最高限度額の抵当を明文で定めていないが、戦後台湾の金融業は日本統治時期より踏襲し、ゆえに最高限度額の抵当を含む契約書を続けて使用した。国家の行政機関はよって一九五四年に、登記を行なうことに同意する行政処分を以て、台湾の金融業の要求に答えた。最終的に法律解釈権をもつ司法機関の支持を得るために、金融を管理する財政部が司法行政部に最高法院に意見を求めるように要請し、最高法院は一九六二年一月の間に書面回答の形で、即ち司法行政上の解釈をとり、司法裁判上の個別事件の審判ではないが、もし最高限度額の抵当権がすでに法により登記を行なっているなら、「審判の上でその効力を承認すべきである」と述べた。同年二月に、行政機関である司法行政部は前述の最高法院の意見を、高等法院に「注意して処理せよ」と命じた。ついに一九七三年になされた最高法院六二台上字第七七六號判例は、司法裁判上最高限度額の抵当権の効力を認めた。参照、謝在全『民法物權論（下）』（同氏發行、改訂版、一九九七年）二二・二一五頁、前掲注(30) 王泰升著一八四—一八六・二九八頁。二〇〇九年改正の民法第七五七条によれば次のように定める。「物権は法律或いは慣習による外、創設することを得ず。」その改正の理由は物権は慣習法によって創設しうると認めるべきと明示している。改正の前は、

- 慣習法によって物権を創設することを認めるべきでなかったの
で、ゆえに前述の行政或いは司法機関は法律論証上は、最高限
度額設定の抵当権は「慣習」であることに基づかず、その物権
法上の効力を認めていた。ただ民法学者はすでに次のように指
摘していた。「我国の実務上創設された物権と認めるべきである。」
参照、王澤鑑『民法物権』（王嘉華、二〇〇九年）三三・四一
四五頁。
- (87) 参照、前掲注(78) 黄茂榮著一八一—一九頁。
- (88) この「民国」四十九年臺上字第一九三五號判例は、民法第一五
三条の契約の成立に関する規定の下に置かれていることについ
ては、参照、前掲注(73) 『民國十六年至八十七年最高法院判例
要旨』六〇三頁。
- (89) この中に「信託行為」の法的効力を認める判例があるが、し
かしこの信託行為は英米法の産物で、ゆえにそれは「慣習によ
る」のではなく、「法理による」とすべきである。(「民国」六六
年臺再字四二號) 民法第一条のもとに置く。参照、前掲注(73)
『民國十六年至八十七年最高法院判例要旨』一一三頁。
- (90) 釋字第三三號及び付属の行政院文書、参照、司法院大法官ウエツ
プサイト「原文、アドレス等あり」。
- (91) 釋字第五八號・九一號、参照、司法院大法官ウエツプサイト
「原文、アドレス等あり」。
- (92) 一九八〇年代まで、台湾の法学教育の中の法律史の授業は、
主として話されるのは中国の清末までの「中国法制史」であり、
中国の中華民国時代の法律史さえ論じられることは少なく、台
湾法律史はほぼ空白であった。一九九〇年代から、臺大法律學
院で初めて台湾法律史に関して、日本統治時期を含む法律史の
授業が現れたが、しかし臺大以外の大学の法律系で同じような
授業の内容を提供するものは少ない。参照、前掲注(52) 王泰
升「具有歷史思維的法學」二二—二二一頁。
- (93) 参照、陳忠五「戦後台灣財產法學說變遷」(台湾法學會台灣法
學史編輯委員會編『戦後台灣法學史』元照、二〇一二年) 上冊、
二五三頁。
- (94) 参照、前掲注(24) 『臺灣民事習慣調査報告』五一—九一—四
頁。
- (95) 戦後一九五〇年代後期及び一九六〇年代前期、日本統治時期
の法律上は「本島人」に属した平埔族の人々は登記を経て、日
本統治時期に一般の行政区に住み蕃地に住まない高山族原住民
とともに「平地山胞」、即ち今で言う「平地原住民」となること
が認められた。平埔族に属する、クマラン族の政府に原住民族
と認定されているものは、戦後アミ族として平地原住民に登記
されているものがある。そのため、元々宜蘭から花蓮に居を移
したクマラン族は、「クマラン族」とその族名を改めることを要
求している。しかし、なお元々原住民と認定されていないクマ
ラン族もいる。例えば依然として宜蘭に住んでいるクマラン族
の子孫は、現行法上はこのために原住民の身分を得ていない。
同じく平埔族に属するシラヤ族は現在なお原住民族と認定され

ることを争っている。この問題についてはすでに別稿で詳しく論じた。参照、王泰升・陳怡君「從『認同』到『認定』—西拉雅族人的原住民身分認定問題」(『台灣法學雜誌』第二七期、二〇一三年二月) 二二—二五頁。

(96) 「中華民國法」と「台湾の法律」は二つの異なる概念である。

中華民國の法体制は中國の清末より醸成され、北洋政府の創建を経て南京國民政府に至り法典化作業を完成し、また憲法を施行してしばらくのちの一九四九年に中國での実施の機会を失った。「中國で生まれ」、そしてその施行範圍を台湾(台灣・澎湖・金門・馬祖)に限ったので、「台湾で育った」と言える。しかし、中華民國の法体制は一九四五年より台湾で施行が始まり、歴史上の多くの「台湾の法律」の一つとなった。一九四九年の一月に中華民國の中央政府が台湾に移転した後、中華民國法は台湾人民のみを規律でき、また規律しなければならなくなったので、ゆえにその規範の内容は次第に台湾の政治・経済・社会・文化に合わせて調整された。これが即ち「中華民國法の台湾化」である。詳しくは、参照、王泰升「中華民國法體制的台湾化」(同氏『台湾法の斷裂與連續』二照、二〇〇二年) 一四七—一九二頁。

(97) 中華民國の憲法上の領土は中國大陸を含むとの規範上の宣言を維持するため、「戸籍」で中華民國法の称する「台湾地区人民」或いは「大陸地区人民」を区別する。ただ法制上称する「台湾地区人民」が、國民としての権利をもちうるのである。もし中

華人民共和國の戸籍或いはパスポートを持つなら、國民の権利は失うであろう。よって實際上台湾共同体の住民は、「中華民國」という國家の國民と称すべきで、中華人民共和國國民とは一線を画している。参照、李建良「人民與國家『身分連結』的法制詮要與法理探索—兼論台灣人國籍的起承斷續問題」(『國立臺灣大學法學論叢』第三六卷第四期、二〇〇七年二月) 二二—二三・三五—三六頁。

(98) 参照、前掲注(30) 王泰升著二八六頁。民法物權編「担保物權」の部分は二〇〇七年三月二八日に改正公布され六カ月後に施行された。「通則及び所有權」の部分は二〇〇九年一月二三日に改正公布され六カ月後に施行された。「用益物權及び占有」部分は、二〇一〇年二月三日に改正公布され六カ月後に施行された。参照、陳榮隆「互動而成之新物權通則及所有權」(『月旦法學雜誌』第一六八期、二〇〇九年五月) 六頁、謝在全「物盡其用與永續利用—民法用益物權之修正」(『台灣法學雜誌』第一四六期、二〇一〇年二月) 二頁。

(99) 二〇〇七年の改正前の民法物權編施行法第一四條は次のように定める。即ち、質屋が質權に關連する規定を適用しないなら、これを「當舖(質屋)業管理規則」(二〇〇一年八月二七日廃止)と當舖(質屋)業法(二〇〇一年六月六日公布・施行)に委せて規定する。参照、陳榮隆「擔保物權之新世紀與未來之展望」(『台灣本土法學雜誌』第九三期、二〇〇七年四月) 三七頁。

(100) 『祭祀公業條例』第二二條の立法理由は次のように言う。「祭

祀公業の性質の特色は、独立した財産を基礎とし、派下員全体で作り、同時に財団及び社団の特徴を兼ね見え、派下員大会を最高の意思機関とする必要があり、専ら祭祀のために設立したところの財産は営利を目的としないだけでなく、公益の性質にも属さない。法律で単純にその分類を財団法人或いは社団法人とすべきではないので、その固有の宗族の伝統の特徴を守りまた続けることに基づき、それと現行法律体系と符合しない問題を解決するため、ここに本條例により申請し登記を完成させる。祭祀公業を特殊な性質の法人となし、名称を祭祀公業法人とする。それに当事者能力をもたせ権利義務の主体とさせ、財団法人及び社団法人とは別であるとす。⁽¹⁰⁾二〇〇七年の祭祀公業條例の制定の後、前掲祭祀公業が単独の人格を具えることを否定した〔民国〕三九年臺上字第三六四號判例も、二〇〇八年八月一二日最高法院〔民国〕九七年度第二次民事庭會議を経てもはや援用されないと宣言された。しかしながら、この條例の第五〇条の規定によれば次となる。祭祀公業の派下全員の証明書の審査発給は、管理人の選任を経また公所に報告し審査に備えた後、三年以内に下記の三つの方式の一つによって、その土地或いは建物を処理する。即ち、祭祀公業法人の所有と登記する・財団法人の所有と登記する・或いは派下員の分別共有或いは個別所有と登記する。この條例の立法理由は次のように言う。「二三年以内に自ら存続の形式或いは解散を選択し、土地利用と管理の目的を達せねばならない」、これはすでにある祭祀公業は祭祀

公業法人或いは民法上の財団法人に形を変えねばならず、そうでなければ解散して財産をすべての派下員の分別共有或いは個別所有にすることを意味した。この条文と立法理由については、参照、立法院法システムウェブページ〔原文、アドレス等あり〕。

(10) 詳しくは、参照、前掲注(19) 王泰升「四個世代形塑而成的戰後台灣法學」三二—四八・五一—五四頁。

(10) 岡松参太郎はその頃明治の日本が過度に大陸法学の概念或いは理論を重視することを批判すると同時に、望んだのは西洋の法理念を取り、在地の社会条件と適合させ、在地の人々の需要に合った民法典を制定することであった。しかし、その身は統治階層の地位にあり、「他の民族」の背景で台湾人の慣習を理解するので、逆に必ずしも台湾人民のためにその理念に合致した民法典を制定することはできず、況や最後には日本帝国の政策の圧力を受け失敗に帰した。逆に、一九九〇年代以降の慣習立法行動は、同じく厳格な大陸法学の訓練を受けた台湾の学者が、もはや「他人」の手を借りず、自身が現在の法学思潮と在地社会の環境に基づいて、台湾が慣習立法を進めるために、且つ多くの台湾の法律家がこれらの議題について各々私見を述べ、互いに問い詰めるものである。且つ最終的に在地の民意の基礎を具えた立法機構が、それを在地化した後の民法典或いは単独立法に取り入れるので、日本統治時期の外來の統治階層だけによる専制的な決定に比べると、より民主的正当性を具えている。

参照、前掲注（52）王泰升著二二二—二三頁。

(103) 最高法院は一九九七年になしたある判決の中で、當舖に基づく質は民間慣習でありそれは特別な性質をもつ質権であると認めた（二〇〇七年にすでに立法は當舖の営業質権を認めている）、しかし二〇〇九年のこの改正に至って初めて、立法上慣習によって物権を創設できると定めた。参照、謝在全「物權法新紀元—物權編通則及所有權之修正—」《台灣法學雜誌》一二二期、二〇〇九年二月、二頁、前掲注（99）陳榮隆論文二六頁。

(104) 改正後の民法八二七条は次のように定める。「法律の規定・慣習或いは法律行為により、一つの公同関係となる数人が、その公同関係に基づいて、一物を共有するものは、公同共有人となす（第一項）。前項の法律行為により成立する公同関係は、法律規定或いは慣習があることを限りとす。（第二項）各公同共有人の権利は、公同共有物の全部に及ぶ。（第三項）」。

(105) 具体的な研究段階について、参照、前掲注（52）王泰升著三四—三八頁。

(106) 台湾の二〇一〇年の用益物権の登記件数の統計によれば、典権を設定するものはわずかに二三件、永佃権を設定するものは二六七件で、どちらも極少数であり、件数上はさらに少ないことさえある。物権編改正の時すでに永佃権に関する規定は削除されたが、なぜ典権は削除されなかったのか？もし使用者がいるので、より多くの物権の種類を提供するために典権を残したのであれば、なぜ同様の理由に基づいて永佃権を残さないのか。

異なる扱いの理由は典権がいわゆる「固有法」であることにあ
る。参照、前掲注（52）王泰升著二二四頁、注（104）・（105）。

(107) 詳しくは、参照、前掲注（52）王泰升著一八六—一九三頁。

(108) 参照、前掲注（30）王泰升著二八七頁。

(109) 参照、前掲注（30）王泰升著九二—二九九頁。

(110) 参照、黃雅琴「民法親屬編修正後法律婚主義之探討—從實務看法律婚修法之必要性—」《月旦法學雜誌》第一六一期、二〇〇八年一月、三七頁。

(111) 参照、簡良育「離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究」《月旦法學雜誌》第一七五期、二〇〇九年二月、一九〇頁、戴瑀如「由離婚本質論新修之離婚方式」《月旦法學雜誌》第一七三期、二〇〇九年一月、二三四頁。他に民法第一〇五二条の一の改正があるが、ここでは省略する。

(112) 改正の要点は以下を含む。未成年と成年の養子縁組を分け、未成年の養子女の最良の利益を強調する。近親の養子縁組の範囲を緩め、養子縁組はすべて書面を作成せねばならない等々である。参照、林秀雄「論我國收養法之修正」《月旦法學雜誌》第一五一期、二〇〇七年二月、一六九—一七〇頁。この外、なお漢人の法伝統に別れを告げることに関係しない改正もある。例えば子女を否認する訴えの訴訟要件を緩めるのは（民法第一〇六三条）、医学技術の進歩を反映し、血縁真実主義に接近するものだが、実は漢族の伝統は親子関係に対してなお「恩義名分」に由来するものがあり、ほとんどそのような血縁は気にしない。

(117) 参照、立法院法律システムウェブページ「原文、アドレス等あり」。前述の如く、司法上「祭祀公業の派下権は男系子孫を以て限りとなす」が慣習法となり個別事案に適用された。特定の価値判断の結果である。もう一つのありうる法律の解釈は、民法は祭祀公業のような祭祀の責任を伴う財産に対して、明白に漢族の法伝統上の男性の相続に限ることを否定しているもので、もはやこの慣習法は補充的な法源とはなりえないというものである。この立法理由は、このもう一つの法解釈が基づくところの価値判断を支持しているに等しい。

(118) 一九九一年と一九九二年の憲法の改正の時明文で「山胞」と称した原住民の公民と政治の権利を保障し、一九九四年に憲法増修条文中で「山胞」の正式名称を「原住民」とし、原住民は台湾の土地のもとの主人であると明らかにし、一九九七年の憲法の改正時に原住民の条文（憲法増修条文第一〇条第一一・一二項）の集団権の地位を確立し、また一九九八年に最初の原住民の専門法「原住民教育法」を公布・施行した。参照、蔡志偉 (Awi Mona) 「從客體到主體－臺灣原住民民族法與權利的發展」『臺大法學論叢』四〇卷特刊、二〇一一年一月、一五〇四・一五二一・一五二五・一五二八―一五二九頁。

(119) この事件のために行なわれた座談会で、筆者は政府は原住民の慣習に対して調査を行ない、それによって司法機関が個別事件を処理する時にこれを参考にするに便にすべきだと主張した。その後行政院原住民委員会副主委の浦忠成教授はこの調査

作業を進めた。参照、陳宛茜報道、「抓盜探變強盜 鄒族頭目喊冤 學者建議調查原住民習慣 設置專業法庭」『聯合報』二〇〇三年四月二一日、B六版文化。

(120) 鄭玉山法官はすでにこの問題に対し詳しく論じている。参照、鄭玉山「民事習慣在司法實務上之運用」一三三・一五四頁。

(121) 国家法の認定する原住民は、すでにもとの九族から、二〇〇八年には一四族に拡大している。二〇〇一年に邵族、二〇〇二年に噶瑪蘭族、二〇〇四年に太魯閣族、二〇〇七年に撒奇萊雅族、二〇〇八年四月三日さらに賽德克族がふえた。

(122) 参照、前掲注(118) 蔡志偉 (Awi Mona) 論文、一五三―一五二六頁。

(123) 本稿のように何度も現れる「漢人の法伝統」について、学界ではまた一種の「法」と見做され、これを「伝統中国法」と言う。

(124) 原住民身分法第四条第二項は次のように記す。「原住民と非原住民が結婚して生まれた子女は、原住民の身分をもつ父或いは母の姓或いは原住民伝統の名に従い、原住民の身分を取得する。」また第七条は「民法の第一〇五九条と姓名條例第一条第二項の定める制限を受けない」と定め、それを民法の特別法として展開させた。

(125) その詳しい規定と発展の経緯は、参照、前掲注(118) 蔡志偉 (Awi Mona) 論文、一五三〇―一五三三頁。

(126) 参照、前掲注(118) 蔡志偉 (Awi Mona) 論文、一五二一・

一五二九頁。

- (127) 参照、黃居正「特殊權利概念的重建—評析原住民族傳統智慧創作保護條例」(劉靜怡・黃居正・邱澎生編『傳統智慧與公共領域—原住民族傳統智慧創作保護論文集』、數位典藏與數位學習推廣計畫・數位典藏拓展台灣數位典藏計畫、二〇〇八年) 一一二—一六〇頁。

- (128) 参照、前掲注(118)蔡志偉(Avi Mona)論文、一五三—一五三四頁。

- (129) この事件の内容及び分析と探究はすでに他の論文・著書が詳述する。参照、前掲注(118)蔡志偉(Avi Mona)論文、一五二九—一五三〇・一五三一—一五三四頁。王泰升「法律史—臺灣法律發展的「輪替」・轉機與在地化」(二〇〇七—二〇〇九)『臺大法學論叢』第三九卷第二期、二〇一〇年六月) 一九五—一九六頁。司法機関がもともとこの事件に対して執った見解に対する批判について、参照、王皇玉『刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變』(作者発行、元照販売、二〇〇九年) 二五五—二七九頁。

- (130) これを探究の重点とする論文として、例えば林佳陵「原住民族神聖文化之法律化及其內涵」(國立臺灣大學法律學系博士論文、二〇一二年)。

- (131) 司法院は二〇一二年五月一日に「原住民族専門法廷の設置の可能性を評価する」座談会を開催し、筆者もそこに参加したのだが、この会議の結論は原住民族専門法廷の国家法上の意義と

司法実務運用上の必要性を肯定した。会の後司法院はいくつかの地方法院に原住民族専門廷或いは専門チームを設けることを決定し、それにより原住民族関連の司法事件を処理するとした。併せて二〇一三年一月一日よりそれを実施するとした。

- (132) 前掲「スマグス倒木事件」を例とすると、部落決議により倒木を運んで部落の景観作りをしようとし、原住民族社会の法伝統によるものであったが、国家法上は国有林の林産物は国家に属するという規定に違反する。刑法第一六条「正当理由があり避けることができない以外、法律の不知により刑事責任を免除することはできない。但しその事情により、その刑を減輕し得る」の規定を引用し、原住民族はおそらく固有の法伝統の影響を受け、近代法の觀念に基づいた国家法上の規定を認めないということから、ゆえに国家法の遵守を要求するのは実は期待可能性を欠き、したがってその「法律の不知」は、つまり「正当理由があり避けることができる」ので、刑事責任を免除すべきだと指摘する刑法学者もいる。参照、前掲注(129)王皇玉論文、二七三—二七八頁。

- (133) この言葉はおそらく「law in book」・「law in action」という言い方を連想させる。本稿で強調されるのは国家と相対化される社会なので、ゆえに「law in society」と言ひ改めることで社会のなす国家と相対化される主体が明らかになる。

- (134) 筆者は別稿でまた、台湾の憲政秩序は社会の歴史・文化の経験と現実利益等の差異より生ずる国民国家アイデンティティ

を含むべきだと主張した。参照、王泰升「台湾近代憲政文化的形成—以文本分析为中心」《臺大法學論叢》第三六卷第三期、二〇〇七年九月）三七頁。

(135) この論述はシアトルの Burke-Gilman Trail で寛いでバイクに乗っている時に思いついたもので、一つの都市或いは一つの国家の存在意義は、その構成員が悠遊自適に暮せることにあり、人口の多少、資源の多少、或いはどれくらい「偉い」かにあるのではない。

(136) これは本稿の論述全体的な方法論の基礎である。参照、前掲注(52) 王泰升著三〇—三二八頁。

補記

最新の王泰升教授からの連絡によれば、本翻訳の中文論文「論台湾社會上習慣的國家法化」は、『台大法學論叢』第四四卷第一期（二〇一五年三月）に掲載されるとのことである。