

名城法学 第六四卷 第三号 抜刷

二〇一五年一月

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（上）

王 松
田 泰
惠美子 升
（訳）

台湾社会の慣習の国家法化について（上）

王 泰 升
松 田 惠美子（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) 台湾の原住民族の慣習
- 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、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

2 民事事項についての事実たる慣習或いは慣習法

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) 原住民族の慣習の国家法化
- (三) 国家法との社会の中の法との対話

六、結論

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

まずいくつかの慣習と関連する名詞の意味をはっきりさせなければならぬ。今日東アジアの法律の世界で使用する「慣習」という言葉（今日の日本の漢字表記では「慣習」となる）は、日本の明治初期に西洋より現代法（modern law, 日本の漢字表記では「近代法」となる）を導入した時に与えた意味に由来する。明治初期の一八七五年の太政官第一〇三号布告「裁判事務心得」は第三条で次のように定めた。「成文の法律なき時は、慣習により、慣習なき時は、法理を推察して裁判によるべし」、但し当時の「慣習」に対する理解は江戸時代以来の裁判の慣例を指した。しかし一八七九年に司法行政当局はこの「慣習」を民間の慣習を指すものであると修正した。即ち民法上認められる人民のこれまでの慣行、及び官と民の間のこれまでの慣行の中の法理に違反しないものとし、明確に慣習とは民間に存在するもので官のものではなく、且つ官は法理に違反しない慣習を適用するのみであると定めた。

この変更は江戸時代の裁判慣例を排除することを意味し、ゆえに慣習とは日本の民間の規範を指すものとなり、且つ西洋の近代法の「法理」に違反しないものであるなら、国家の権威は適用できるのである。司法行政当局はこれにより西欧法の法理を参考に、各地の法院に個別事案に対してどのように裁判するかを指示した¹⁾。換言すれば、近代法を採用するとの大きな方針の下で、社会（society）の慣習と国家の法律（以下「国家法」state law と称す）が言うところの慣習は、異なる二つのものとなるのであって、社会の慣習から近代法の「法理」に受け入れられるところとなつてようやく国家法上の慣習となるのである。明治政府は続けて西洋の強権の領事裁判権を排除するために、一つの学びやすい法律解釈の適用方法を取り入れ、西欧と同様の法典を制定することを決定した。近代の法理と概念の再解釈をした前述の法律上の慣習を日本の「普通法」（common law, または「共通法」とも訳しうる）としてまとめることはしなかつたのである²⁾。実は一九世紀初めフランス民法典が制定された時などは、取り入れられたのはローマ法の外、なおフランス自身の慣習規範を含んでいた³⁾ので、ローマ法と慣習規範が衝突した時、当時の個人主義と自由主義法制観念を基準として選択がなされた⁴⁾。しかし明治

の日本は法典を制定する時はかなり大きく自己の慣習を抑圧したのである。日本は西歐式の民法典を制定した時、概念上財産法と身分法（日本では「家族法」と称す）に分け、且つ総則、物権、債権の三編は国際、つまり西歐の基準に合致させ、日本自身の慣習規範を排斥した。親族と相続の二編だけはいくつかの近代の法理と概念の再解釈を経た日本の慣習を法の条文に変えて、法典の一部となすことを考えた。⁴これが社会の慣習を制定法とする時に実質規範の中味について参考とする根拠であり、以下で「慣習立法」と言うものとする。日本の一九世紀の末に通称「六法」たる法典の体系を完成した後、国家法の基本的態度は社会の慣習がもし法規範として受け入れられるなら、いずれも民法上の、特に親族・相続兩編上の条文に転化されるというものである。ゆえに立法上条文に入れられない慣習は、原則として時宜に合わない或いは重要でないというものである。

社会の慣習は大陸法と英米法の二つの法系を含む近代法の中で、ただ特定の状況の下で国家の主権者に受け入れられて「法源」となる。西洋文明に源を發する近代法学は、法の源に對しては哲学・歴史及び国家法上の形式に從つて觀察できる。⁵もし哲学の角度から、法が効力を生じて人々を拘束する根源

を探究するなら、法は自然法 (natural law) と実証法 (日本の漢字表記では「実定法」となる positive law) に分けられる。經驗を超えて認識されるいつの時代であろうとも普遍的である正義の生み出す法が、即ち自然法であり、自然法論者は自然法は規範レベルでは実定法の上に位置すると考える。また実定法は国家主権者により制定或いは承認される現実的で実証的經驗上効力を具えている法であり、法実証主義者は実定法のみを法と考える。⁶本稿の議論の対象は社会の慣習であるので、相対的に国家の行為を考察するために、実定法を「国家法」と称する。もし歴史の角度から、法の發生或いは形成の淵源を探究するなら、前述の日本社会の慣習が転化して法律の条文となったもの、即ち慣習立法の産物は、「固有法」と称することができる。これは近代式の法典に対応させると、他国の社会が生み出した法を自国の法律の条文の内容に取り入れる「継受法」である。

とりわけ重要なのは、もし国家法上の形式から法の源を觀察するなら、まず制定法 (statute)、慣習法、判例法 (case law) 等の概念を整理してから、社会の慣習の国家法上の位置を觀察しなければならない。ここでは、法は一般の人々に普遍的に適用される（同じ事件は同じ処理をする）規則

(rule) を具えたと理解され、法の適用 (司法或いは行政の作用に属する) はこの規則 (ある構成要件を具えるならある法律効果をもつ) を、法的三段論法上の「大前提」とし、そして個別事件のすでにこの規則に当てはまる構成要件を「小前提」とし、ゆえにこの規則の法律効果を「結論」とする、即ち法律判断 (裁判或いは行政処分) の結果とするのである。国家の立法機関により一定の手続きを経て文字によってこれらの規則を書いたのが「成文」、即ち「制定法」であり、法院により個別事件を審査する時にもともと書かれていない(「不文」) 規則を発見するのが、即ち判例法である。英米法系の国家はこれを法源の一つと考えているが、しかし大陸法系の国家はこれを認めていない。大陸法系の下では、よって制定法が社会の慣習は上述の規則となりうると述べて初めて、司法及び行政上個別事件に適用できる。この時それは法(規則)の性格を具えた「慣習法」であり、それは前もって文字化されていないので、「不文」ということになる。本稿で言及する国家法はいずれも大陸法系を採っているため、ゆえに以下では大陸法系の国家の状況を検討するのみで、英米の判例法と慣習の関係は述べるものではない。また、もし制定法の法律条文が「慣習」を法(規則)の内容の一部とすると、法

の適用を進める時、準拠するものはこの成文の法(規則)であり、上述の法的三段論法上の「大前提」となる慣習法ではない。¹⁾ 以下論ずるところの「慣習法」は、この定義の下での慣習法を指すと、言っておかねばならない。

ここで日本の明治時期の国家法で、具体的な説明をする。制定法である「法例」は、適用できる法(規則)が一つに止まらず相互に衝突する時は何に準拠すべきかを定め、またどちらが準拠法(governing law)となるかを決めている。「法例」第二条の規定によれば、「公共の秩序と善良の風俗に違反しない」ことを前提として、もし「法令の規定により認められる」或いは「法令中に定められていない事項に關して」は、「慣習」が即ち「法律と同一の効力」をもつ。換言すれば、この慣習は法律と同様に法律適用時に法的三段論法上の「大前提」となる法(規則)の性格をもっているため、前述の「慣習法」である。これとは異なり、日本の民法第九二条に記す「慣習」は、性質上法の適用時の法(規則)ではなく学説上で言うところの「事実たる慣習」である。²⁾ この民法第九二条によれば「公共の秩序に關わらない法令規定と異なる慣習」、即ち「任意規定」と異なる慣習は、もし「法律行為の当事者がこの慣習による意思があるなら」即ちこの慣習に従う。ゆえ

にこの条文は法律行為に関していかん解釈すべきかの規定であり、ただ法律行為と関連する慣習について（その他の慣習に及ばない）、当事者がそれによることを願う時にのみ、法律行為を解釈する内容の根拠となり、且つまたこの範囲の中で慣習は任意規定に優先すると言えらる。日本の民法第九二条の言わんとするところは、その「慣習」と言うのは「法」に到らぬ程度であり、またなお「普遍的に一般の人々に適用」されていいたため、法律行為の「当事者がこの慣習に従う意思があつて」初めて当事者を拘束できるとすべきなのである。戦前の日本はよつて民法学説上「慣習法」と「事実たる慣習」を分けたのである。当時次のように指摘する学者もいた。慣習法は当事者が知悉しているかどうか或いはこれに従うつもりかどうかを問わず、事実たる慣習は当事者が知悉しておりこれに従う意志がなければならず、例外として日本民法第五二六条の第二項の「取引上の慣習」は事実たる慣習であるが、当事者の意思の如何を問はずして適用する。ただここで言うのは日本の国家法に基づいて立論するだけで、なお例外の状況があるのは免れない。日本の従来の通説は「法的確信」という概念を用い、それで慣習法は社会で「法的確信」を具え、即ち社会の一般の人々はそれは「法」と同様に普遍的に

遵守されるべきだと確信しており、事実たる慣習はこのような確信がなくてよいとする。しかしながら、この「法的確信」の中の「法」は明確な準拠はなく、ゆえにその説は「一般の人々がある種の意識を具えているかどうか」に対する経験的事実判断であり、「法規範になるべきかどうか」に対する価値判断を言うものではない。

上述の明治からの日本の国家法の社会の慣習に対する態度と用語は、大体日本の植民地の台湾（一八九五—一九四五、植民の母国はなお若干の差異があるが、後で詳述する）にまで及んでおり、且つかなりまとまって日本統治の台湾と大体同じ時期の清末と民国時代（一九一一—一九四九）の中国に伝わってきている。まず、一九三〇年代の中国法学界の多数の学者は、私法の範囲内でのみ慣習は法源となりうるが、公法の範囲内ではそうではないと考えたので、ゆえに明治の日本を踏襲して近代の国家法中の原則上では社会の慣習を排斥する立場であった。次いで、当時の中国の民法学者はみな国家の民事法上は「慣習法」のみが法源となることができると考え、且ついわゆる「慣習法」は慣習（或いは「事実たる慣習」と称す）であつて法的効力のあるものと考えた。当時の通説は慣習法は四つの要件を具えなければならないと考えた。

(1)「慣習」（或いは「慣行」と称す）が存在するには、即ち同一種類の事に関して継続して一地方或いは一団体に通用している準則でなければならぬ。(2)公序良俗に違反してはならず、これは中華民法法の第二条の明定するところである。(3)法律の定めていない事項でなければならず、中華民法法の第一条によれば次のように定めている。「民事の、法律の定めざるは、慣習による」。(4)国家が承認していなければならず、これは国家によって強制力を以て慣習法を執行するのである。上述の第一項の要件の由来は、慣習法中の慣習は「権利義務の関係を定める社会規範」、「法律に基づくことの必要観念」、「法の観念があつて、その慣習が法であると信じてこれを守る」、そして「法の意味、即ち一般にその慣習が法的効果を有しこれを守る」と考えられ、そうでなければ「事実たる慣習」（或いは「事実たる慣例」と称す）にすぎず、例えば正月・誕生日・冠婚葬祭時の親戚・友人への贈り物や旅館或いは風呂のチップ等は、「単純なる事実」にすぎない。¹⁵⁾本稿はその「法の観念」或いは「法の意味」を欠くものに対しては、簡単に「事実たる慣習」と称す。

中華民國の時代の中国の法学界はこのため日本の学界の通説を踏襲し、法律の概念上はいわゆる「法的確信」があるな

ら慣習法とすべきで、そうでなければ事実たる慣習であると考えた。しかしながら、中華民國の立法上の規定は日本と同じであるばかりか、日本の「法例」中の大部分の条文は中華民法法上は涉外事件の準拠法に関して定める「涉外民事法律適用法」である。且つ中華民法法の総則編の第一条は「法律の定めざるものは、慣習による」との言い、慣習法は法律を補充する効力をもつとしており、日本の「法例」第二条が「法令中に定められていない事項に関して」の外さらに「法令の規定により認められる」があるとは異なる。しかし日本留学経験のある中国の学者はやはり次のように言う。「法律に別に特別の明文があるなら、この時は則ち慣習法は成文法に優先する効力をもつ」¹⁶⁾。また中華民國の民法はまた日本の民法第九二条の規定とは異なるが、しかし中華民國期の中国の法学界はやはり日本の学説に従い次のように考えた。即ち任意規定はもともと意思表示によって適用を避けることができるので、当事者の意思表示は即ち事実たる慣習により補充できる。ゆえに事実たる慣習は任意規定を排除できる。しかしもし法律条文の中ですでに事実たる慣習が任意規定に優先して適用されると定めているなら、当然各条文の規定に従う。¹⁷⁾

前掲の中華民國期の法学界の觀念と用語は、第二次大戰後に台湾に持ち込まれ、現在の台湾の法学界にそのまま続いている。戦後形成された台湾の第一世代の法学者の大多数は中華民國時代の中国よりやって来たことから、その一九四五年の後に台湾の国家法となった中華民國法上の慣習に対しては、自然に一九三〇年代の中国法学界の見解が続いていた。少数の台湾在住のかつての日本の法学の訓練を受けたものは、やはりすでにその源としての戦前の日本法学界の慣習に関する論述を受け入れていた。¹⁹⁾ よって国家法の形式上の法源は、即ち各々の法領域の制定法から成る「六法体系」であった。²⁰⁾ 台湾社会の慣習は国家法上、ほぼ民事実体法の領域にあり、且つ民法上は(1)民事事項の補充的な法源である「慣習法」(民法第一条による)、及び(2)法的確信を欠くが、当事者の意思表示を補充し或いは解釈できる「事実たる慣習」という二つのものとして現れた。中華民國民法の総則編・債編・物権編の中に、少数の民事財産法に関する任意規定の条文中に「別に慣習あるは、その慣習による／従う」と定めるものがあり、これらの「慣習」は以後事実たる慣習と考えられ、そしてこのような法律条文を法の適用上の法源とするという状況の下で、實際上規範的作用を生むのである。²¹⁾

(二) 社会規範としての慣習

改めて国家法の慣習に対する態度を考察する時、まず人文社会科学の角度からすると慣習とは一体何かをはっきりさせる必要がある。一種の社会規範としての慣習は、社会で一般の人々がある種の状況下で、ある種の行為をなすべきと考え、その結果このきまり或いは規範というものが、社会生活の中で何度も反復して現れることを指す。²²⁾ このため慣習が一般的規範としての性格を具えることは、一まとまりの民族集団(ethnic group) 或いは特定地域または職業の作るコミュニティ(communitiy) 内の構成員の共通認識(consensus) であり、一定の表現形式或いは文字化を欠いているので、制定法が文字で表わされるのみならず法律の公布・施行或いは廃止によってそれが存在するかどうかかわかるのとは異なる。まして社会の共通認識はやはり流動性があり、また即ち過去と現在で区別がある。慣習規範によって社会で形成された共通認識は、おそらく特定種族の文化の人々が長期にわたって行なったものなので、即ちこれらの規範の正当性は伝統に由来するのであるから、本稿はこれを「法伝統」(legal tradition) と称す

るものとする。しかし、法伝統は後にもたおそらく新たな思潮の衝撃を受けてその共通認識性を失うこともあろう。例えば漢族はもともと家産は女子に伝えない法伝統があったが、実証的調査は、今の台湾の漢族社会ではわずか四〇%の少数者がこのやり方を支持するのみで、これによればこの法伝統はすでに今や普遍的に受け入れられている慣習ではないのである。このため過去の法伝統に存在するものを直接に今日の慣習と認めることはできず、なお社会の一般の人々がやはりそれを規範と受け取る共通認識があるかどうかを確認しなければならぬ。或いはまさに社会の慣習の内容が不文性・流動性をもつものなので、ゆえに現代法は法的生活の準拠となる慣習規範が、国家司法或いは行政の、時には立法機関の認定さえも経ることを要求し、それによって法の明確性と予測可能性を求めるのである。

慣習規範としての社会の共通認識は、また長期施行された一つのすでに過去のものとなった（すでに効力を失った）国家法に由来するのかもしれない。例えば現在台湾の銀行界に一般的に存在する「最高限度額抵当権」を設定するというやり方は、これは台湾の漢族或いは原住民の法伝統ではなく、日本人の法伝統であって、一九四五年以前の台湾で日本人の

もたらした法制度を施行したので、台湾での長期の運用を経て社会の共通認識を形成したのである。印鑑を渡して他人に委せて自己の法律行為とするのもまた、もう一つの日本統治時代の長期の法律運用から広まった今日の台湾社会の慣習である。ただ今すでに効力を失っている旧国家法の内容が、これらの旧い法規範は現在の社会の一般の人々がなお遵守すべきという共通認識をもっているので慣習となっているということとは、やはり混同してはいけない別のことである。一九六〇年代の台湾の司法行政当局の作った『臺灣民事習慣調査報告』⁽²³⁾は、日本統治時代の最終審の法院の判決例により、即ち今や「旧国家法」の内容、或いは日本統治時代の学術論文・著作の当時の慣習法に対する見解（当時の「無権解釈」）によって、日本統治時代の親族・相続の慣習の根拠を認定するのである。しかしながら慣習は流動性をもつので、ゆえに日本統治時代の慣習は現在の慣習と決して等しくはないのである。⁽²⁴⁾また五〇余年を経た今日は、もし再び一九六〇年代に作った調査報告によって今日の慣習の根拠を認定するならば、同じく慣習がおそらく過去と現在で異なるであろうことを軽視している。よって法院は法条文上の「慣習による」の指示によって、関連する慣習の内容を確認するつもりである時は、現在

の社会上のある民族集団或いはコミュニティがこれに対してなお守らなければならないという共通認識をもっていることをいかに調査するかに引き替えねばならず、この民事習慣調査報告を引用して仕舞としてはならないのである。そして司法行政機関はまた適時法官が慣習法の認定を進めることを支援せねばならない。²⁶⁾

慣習がいかに調査を通じて文字となって現れるかは、かなり複雑なことである。東アジアの国々は大陸法系の現代法を導入した時、通常は慣習調査を行なった。日本はかつて本土、沖縄、台湾、そして中国の閩東州、華北、満州国等の地で、社会の中の各民族集団 (ethnic group) 或いはコミュニティ (community) の慣習を調査した。²⁷⁾ 中国は現代の民法典の起草の過程で、北洋政府は各省の民商事慣習を調査したことがあり、²⁸⁾ 今また学者の中には中国内の各「少数民族」の慣習を調査するものもある。²⁹⁾ 国家機関が或いはその委託を受けて慣習調査を行なう時、総じて調査に従事する目的に基づいて慣習の内容を解釈するのである。最もよく見られるのは前述の国家法上の慣習法或いは事実たる慣習を認定するために、現代法の概念及び語彙を使って社会の一般の人々の日常言語を以て形成される慣習を読み換えることである。学者が慣習調

査を行なう時は、もし法学者であるなら、国家機関の委託を受けたものはすでに前で述べたように、たとえ学術研究目的より調査をなすとしても、常に自覚せずにその最もよく知る法学上の概念で慣習を描くのである。法学以外の人文社会科学研究に至っては、通常はまたその学問分野の中心となる関心からテーマを設定し、その学問分野の専門用語を使って慣習の中身を解釈することになる。このような現象のために同じ民族集団或いはコミュニティの慣習が、異なる調査、異なる年代に書かれた報告の中で、おそらく異なった文字で現れることになるのであろう。本稿が探究するつもりなのは国家法はいかなる内容をもつべきかであり、当然ながら慣習の現代法と関連する側面にかなり関心がある。しかし法と社会 (law and society) に基づく研究方法は、法学概念或いは語彙を使用しないことには限界がある。

(三) 法の正義追究に伴う問題

問題となる出発点は、ある特定の慣習の規範的効力は、おそらく社会上になお存在するが、国家機関は認めていないということである。現代の主権国家が法の制定、承認、執行を

独占する權威であることに照らせば、もし国家が司法或いは行政上慣習法或いは事実たる慣習の概念を通して慣習の規範的効力を承認せず、また立法上慣習立法の方式により慣習の自身を制定して法律条文にしないなら、慣習は国家の強制力の後ろ盾のない状況の下で、社会（各民族集団或いはコミュニティ）の中で存続することになる。これら国家に祝福されない慣習は、社会の構成員の行為に対して一定の指導的効力を有し、ゆえにもし国家を唯一の法の源としない「法多元主義」(Legal pluralism)の観点に従えば、やはり「法」と言うことができる。しかしながらそれはただ規範の適用される社会の一般の人々の自発的遵守に頼るのみか、或いは非国家機関（開社会の組織すらある）に頼って行なうことができるだけで、ゆえに「民間」の活動に属するのみなので、学説上は「民間法」(unofficial law)と称しうる。これに対してまだ「慣習法」とこれを称す学者がいるとはいえず、前述した国家法中の慣習法の概念との混乱を避けるために、この呼び方は採らないこととする。

現代型の国家がすでに深く社会生活をコントロールするようになってきている今日において、民間法は徐々に色あせていることは免れない。親族・相続事項に関わる民間法は往々にし

てなお十分頑強な存在であるとしてもである。今このような「実ハ然リ」に直面して、国家は人民のために存在するという「然ル必シ」の高みから、国家はどのような理由に基づいてこのような伝統或いは過去の法制に由来する社会の規範を排斥するのを問わなければならない。もし国家法が一揃い、社会にもまた一揃いの「法」が存在するというのであれば、一般人民はどうしてよいのかわからず、社会上の強者がおそらく優れたものを選んで従うとし、弱者にただどうしようもないと言わせるのでは、人と人がどうして公平と言えようか。しかし形式上のみ社会のすべての構成員を均しく同一の国家の法秩序の下に置くべきだと強調すべきなのではなく、「実質的法治国」の理念で国家法の内容を検査しなければならぬということである。蓋し「法による統治」(rule of law)理念の傾倒に値する理由は、この「法」自体がすでにあらゆる社会において各民族集団或いはコミュニティに属する一人一人の個人の求めるものを顧慮していることであり、ゆえに「法による」は「正義による」国の統治に等しいのである。もし形式的法治主義を気にするだけで、この「法」自体が正当性を具えているかどうかを顧みないなら、おそらく逆に各種の抑圧関係が合法化されてしまうであらうし、国家にさらに

徹底した人民抑圧の暴力を振わせるであろう。そしてこのような「法治」は人民の幸福について言えば意味を持たず、ただ統治階層に便宜を図るのみである。総じて言えば、民間法と国家法が衝突する時、それは消滅すべきかもしれないし、また受け入れられるべきかもしれないが、人民によってこの選択がなされるべきなのである。

上述の問題を考えるために、まず一九世紀後期の西洋の近代法体制及び概念が東アジアに導入され、続いて一九世紀の末に台湾にもたらされた後、一体近代型国家の法は台湾社会の慣習に直面した時、どのような考えに基づいて排斥するか或いは受け入れるかを決定したのか調べねばならない。過渡的な受け入れにすぎないのか、それとも永久の受容なのか。国家法に定められた台湾社会内の漢族或いは原住民族の一般人民は、政策決定過程で決定できるのか或いはどの程度の決定権力をもつか。法律史の考察を経て関連する法経験の事実を得た後、さらに今取るべき法理念を価値選択上の基準とし、法の制定／立法論或いは法の適用／司法論において、あるべき規範の方向と内容を提起するつもりである。

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

一八九五年の日本が台湾を領有した初期には地元民の武力抵抗にあり、そのため地元民と日本人は確かに種族・文化の上で違いがあると理解され、ゆえに統治政策を定める時、台湾を西洋人の称する「植民地」とみることに¹⁵⁾し、琉球のような日本内地の一つの県のようにはしなかった。日本の統治当局は「被植民地民族の旧慣」を以て、当時の法律上「本島人」と称する台湾の漢人（社会では徐々に「台湾人」と称され、漢族に属する福佬人と客家人の外、なおマレー・ポリネシア系民族であるが漢化した平埔族も入る）の慣習を位置付けた。ここにおいて、日本の近代民法典が一八九八年七月一六日に施行された時、台湾では種族別にその適用できる範囲を限り、民商事法律関係の中の一方当事者が日本人（当時の法律上は「内地人」と称す）である時のみ日本の近代的民商法典を依用することとなった。日本人は台湾においてはは人数は少なく、

ゆえに絶対多数は台湾人の間の民商事法律關係に属する。そして台湾の地では帝國議會の法律と同じ効力をもつ律令があり、これに対して明文規定で「旧慣に依る」とした。台湾で「土地の権利」に及ぶなら、たとえ当事者が日本人であっても、律令は「旧慣による」べきであると定めさせた。前掲の規定は植民地の台湾で、一九二二年二月三日まで一貫して施行された。³³⁾

日本帝國の植民地の位置付けの下、台湾人の慣習規範は「特別法制」の一部となった。前述の台湾人の民商事事項は日本の近代民商法によらずに台湾人の慣習によって定めるとしたのは、実は西洋の強権がアジア・アフリカの植民地法制で常に現地人の慣習によりその民商事事項を処理することを参酌し、且つ武装抗日の主力である台湾人の地主階層を安撫する意であった。同様に西洋の植民地強権的手法を参照すると、國家統治權の行使と關係が最も密接な公法・刑法・訴訟法等の領域は、台湾植民地では全帝國に従って日本の近代的意味の法制を施行し、台湾人の慣習によらず、明治の國家法が在り日本の統治当局はやはり自己利益の動機から、台湾漢人伝統のいくつかを國家法制の一部に転化した。例えば一八九八年

制定・一九四五年廢止の保甲の内地人の犯罪行為は連坐責任を負わなければならないと要求する「保甲條例」、一九〇四年制定・一九二一年廢止の答刑を実施する「罰金及び答刑處分例」である。一九〇四年の時にはまた司法経費を節約するために、近代法上の行政・司法分立の原則を考慮せず、旧時代の傳統中国地方衙門の処理する答・杖及び戸婚田土錢債事務のやり方を、近代法制の組織枠組みで、警察機關の犯罪即決・地方政府の民事争訟調停等の制度に改め、日本統治の最終までそのまま用いた。³⁴⁾ 上述四項の法制の条文中には「旧慣」或いは「習慣」の文字は現れないが、しかし慣習の内容を制定法化した「慣習立法」の例である。植民地政府がこのような慣習立法を借りて統治コストを低くし、近代法の傳播を阻止したことは、とりわけ注意するに値する。

全体的な植民地台湾の憲政と法律制度は、原則としてすでに日本に従って近代法とその法概念を採用したので、ゆえに前掲民商事立法上「旧慣による」の規定は、法院或いは行政機關による法律解釈を頼りに、民事訴訟手続上或いは土地調査等の行政作業上の各事件に適用された。詳しく言えば、立法機關はすでに台湾人のみ及び民商事事項は、「旧慣による」べきであると指示していたので、ゆえに各事件を処理する可

法或いは行政機関は「法による裁判」或いは「法による行政」という憲政の原則の下、何が「旧慣」かを認定せねばならなかった。即ち台湾人社会の中で、旧時代（清の統治時期）に存在し、且つ日本統治時期に至って、裁判或いは行政処分をなす時、やはりすべての社会の構成員がみな守るべきで、普遍的な適応性を具える規則（法規範）であると認めることができるものである。さらに進んで前に述べたように、この規則は「法の適用」の法的三段論法上の「大前提」である。また各事件中の事実が確かにすでにこの規則の構成要件に該当するので「小前提」となると考えられる。最後にこの規則の法的効果が「結論」となり、即ち法的判断（裁判或いは行政処分）の結果となる。これら旧時にあり、今なお一般規範の効力をもつ規則は、日本の帝国議会の制定した「法例」は、勅令の指定を経て台湾において一八九八年七月一六日より日本内地と同じく効力を生じた⁽³⁶⁾。その第二条は「法令の規定により認められた」慣習は「法律と同一の効力をもつ」、即ちこの慣習法に準拠できるとし、そして前掲の律令の定める「旧慣による」はつまり「法例」の第一条の言う「法令の規定による」なのである。換言すれば、上述の制定法と国家機関の法律適用手続を経て、台湾の漢民族集団のいくつかの社会の慣習は、

「権利義務の関係を定める社会規範」で且つ「法的確信」があると認められるので、「慣習法」の姿が受け入れられ国家の民法上の法源となった。そして近代型国家が強制力を以てこの慣習規範中の規則が貫徹執行されることを確保するであろうし、これは清朝のような非近代型国家が提供できない保障であり、また近代化の結果の一つである。しかし、刑事、手続法、行政法等の面で、台湾人の慣習は国家法の承認するところとはならなかった。

結果から言えば、前述の如く、明治初期の日本の内地はできるだけ早く西洋法典を導入し、日本人の慣習法を集めて日本国の「普通法」の体系とする規範モデルを採ることはなかった。植民地台湾では台湾人の慣習法を、民事法上法院によって構築される一つの「普通法」(common law)類似の体系とした(後述参照)。しかし、刑事、手続法、行政法等の面では、台湾人の慣習は原則上国家法の承認するところとはならなかったのである。

これらの「旧慣」と称される規則(法規範)はすに「事前」に社会中に存在すると見られており、ただまだ書かれていない(成文となっていない)だけであり、ゆえに行政機関或いは憲政上法律の最終解釈権をもつ法院に頼ることができ

るだけで、個々の事件を処理或いは審理する時にこれを「発見する」。このような旧慣上の規則を認定する作業は、大陸法を継受して間も無いうえ、台湾の漢人の生活経験もない日本人の行政或いは司法官員について言えば、実に困難を極めるものであった。もし個々の事件の認定がまちまちであるならば、民の怨みを買ひ、おそらく植民地統治の安定性に打撃を与えるであろう。一八九九年一月、児玉源太郎総督と後藤新平民政長官はドイツへの留学経験があり京都「帝国」大学で教鞭をとる岡松参太郎教授を招聘し、台湾で旧慣調査事業を行ない、一九〇一年に成立する臨時台湾旧慣調査会の責任者となってもらうこととした。この会は最終的に有名な『台湾私法』六冊と『台湾私法附録参考書』七冊を出版した。³⁵この調査は大陸法の法概念とすでに大陸法化した日本民法上の分類に基づいて、台湾人の「旧慣」上の規則は何かを解釈し、³⁶それにより行政及び司法に便とし、「旧慣」中の普通適用性をもつ規則を各事件の事実に適用しこの事件の法的判断をしたのである。或いは民商事立法上、「旧慣」中に見い出される一般の規範を成文化／制定法化し、即ち当時称された「旧慣立法」としたのである。

日本の国家機関に認定されて「旧慣」とされ慣習法となる

ものは、必ずしも台湾人の真実の慣習と合致しない。清の統治時代の近代法の言うところの「民事事項」に対して、大清律例等の官の成文規定の中には若干の規範があるといえども完備しておらず、且つ清の統治時代の漢人移民或いは福佬人や客家人の別により、或いは台湾のどの地域に移住したかによって、それぞれ異なる慣習をもっていた。日本当局は各民族集団或いは台湾各地の相異なる慣習に直面し、便宜を図り或いは極力一致性を追求するために、大同を取り小異を捨てる方式で、普遍的に全台湾で適用もされ法的意義をもつ一般性のある規範を整理することになるのは免れなかった。例えば大小租関係の慣習に関して、臨時台湾旧慣調査会は台湾の南北には違いがあることを受け、南部では多くの大租戸が自分で用意した元手で開墾しているので実質上土地を支配する業主と認められるとした。しかしながら国家として権限ある機関の土地調査局は南北一律に小租戸が均しく「業主」であると認定し、大租戸はただ小租戸より大租を取るにすぎないとした。³⁷且つ臨時台湾旧慣調査会が報告書の中で認定している「旧慣」は、民事法律に対して最終解释权をもつ法院の承認した慣習法とは、内容においても全く一致しない。例えば旧慣調査報告は明らかに、合資会社の株主は株式の比率に応

じて合資会社の債務に対して「無限責任」を負うとしており、且つこの書き方はかなり漢族の法伝統に近い。しかしながら国家の慣習法上は、台湾総督府法院は「旧慣により」、この時は「連帯責任」を負うべきであると認定し、とりわけ商事の合資会社はそうだとしている。また、法院がもしある旧慣が国家の公序良俗に反すると考え、その法的効力を承認せず、即ち国家が強制力を以てこの慣習を支持することを拒絶するならば、この時この旧慣は、たとえ旧慣調査会の報告が承認するところであっても、やはり国家法／慣習法の一部とはならないのである。法院の認める民事慣習法と台湾人の実際の慣習は同じとは限らないが、しかし直ちに全面的に西洋よりの法文明を適用した日本の近代的民商法に比べると、日本統治初期の台湾人は巨大な衝撃を受けることを束の間避けることができたのである。¹⁴⁾

近代的権利制度の下では、一度社会の慣習が国家により慣習法と認められれば、「権利者」である者は法院制度によりその利益の獲得を確保できる。すでに近代化した日本帝国の法制においては、「権利」は法律が特定者に一定の利益をもたせるものを指し、与えられたこの特定者は法律上の制度を通して、これを実施する力或いは地位を貫徹できる。「権利」をも

つ人は保障されたこの利益に対して、「義務」を負う人がどのような範囲の中でこの利益を実現すべきかを自主的に決定できるものであり、法院にこの義務者に履行を命ずることを請求できることを含んでいる。法院は一旦この権利の存在を確認するならば、即ち権利者により請求される場所の利益の範囲を義務者に給付を命じなければならず、法律に別に規定のある場合を除いて、任意にこれらの利益を増減することはできない。例えば法院は任意に債務者がただ債権者の請求する債務額の半額を給付すればよいと判決することはできないのである。前述の旧慣調査事業は即ち台湾人の民事に関わる慣習から、その中に存在する一般的規範（規則）を説明し、いかなる要件の下である特定の人かもう一人の特定の人に対してある種の権利をもつかを指摘し、それによって一つの各種の権利と義務を内容とした民事法制度を構築するのである。例えば小租戸は「業主権」をもち、現在耕作する小作人に対して小作料を請求する権利をもつが、大租戸は小租戸に小作料を請求する「大租権」をもつ。清の統治時期の法制と較べると、かなり明確で予測可能性をもち、且つかなり人民の決定を尊重しているが、しかし現実には社会の中の地主階層或いは資産家にかなり有利なのは確かである。¹⁵⁾

別の面では、権利を与えるに足る慣習法は、またおそらく国家の制定法に改正され、その規範の内容を近代法制に歩み寄るようにさせられた。例えば、一九〇〇年の律令の第二号は次のように定める。「土地の賃借の間は、賃貸借は二十年を超えらるることを得ず、その他のものは百年を超えらるることを得ない。もし定めた期間が前項の期間より長いなら、前項の期間に短縮する。」この律令は「旧慣による」ことを定める律令に對して、「特別法は一般法に優先する」に基づいて法条文の競合の下で適用される。もともと慣習法上期間の制限のない地権、永佃権、地的役権等の権利は、即ちこれにより期間が百年を超えらるることができなくなり、慣習法上の佃権の存続期間もまたよって二十年を超えらるることができなくなった。とりわけ大きいのは、一九〇三年に律令で定めた、慣習法上の大租権の設定や租額の増加はもはや行なつてはならないというものである。一九〇四年に再び律令で大租戸がもつ大租権を完全に廃止し、一つの土地には小租戸のみがいかなる民法上の負担も附さない業主権をもつものとし、ヨーロッパ大陸式の民法上の一物一権主義を実現した。また一九〇五年には律令で制定した「台湾土地登記規則」の第一条が、土地台帳にすでに登録してある土地の業主権・胎権・典権・墾耕権

の得喪の変更は、登記を経なければ効力を生ぜずと定めたので、本来慣習法上の一旦意思の合致があれば効力を生ずとは全く異なることとなった。この律令の第二条はさらにすでに登記していた胎権は、債務の担保に供した土地について、その他の債権者に優先して自己の債権の清算を受けることができることと定め、日本の「競売法中：抵当権に関する規定は、胎権に準用する」の条文が、即ちヨーロッパ大陸式の日本民法中の抵当権者のもつ抵当物の競売を申請してそれによって優先して清算を受ける権利を、もともとの慣習法上はこの権利内容のない胎権者に与えたのである。同様に、すでに登記した慣習法上の典権は競売法中の質権に関する規定を準用することができるので、債務の担保に供した土地は現金に変えられた後は優先して清算を受けるものとなり、すでにヨーロッパ大陸式民法類似の質権に変えられている。

(二) 台湾の原住民族の慣習

上述の近代法により社会の慣習を改変する過程は、日本統治下の高山族原住民の身には起きていない。なぜなら近代法の適用の外に排除されていたからである。日本が台湾を統治

した初期は法律の論述上、日本の政権がやってきた時まで異民族に統治され漢族と清朝に「生蕃」と呼ばれ、また日本政権によって「蕃人」或いは後に「高砂族」と呼ばれた高山族原住民に対しては、根本的に近代法によりこれを統治する必要はないと考えられた⁽⁴⁴⁾。よって、明治憲法体制による制定法のレベルの規範で民事・刑事等を規制すべきとの「法律保留事項」の要求は、高山族原住民に関する法律事務には及ばなかったのである⁽⁴⁵⁾。これは日本統治時期の国家法中、台湾の漢族について定める「台湾民事令」のような律令で定めた高山族原住民の民商事項については、いずれも理蕃警察がその行政裁量権力によって処理をしたということである⁽⁴⁶⁾。蕃地に住まず普通行政区内に住む高山族原住民だけは、民事法院を使用したり、或いは刑事事件のために検察官の起訴にあったり、刑事法院で刑の判決を下されたりして、近代法に触れる機会があった⁽⁴⁷⁾。

まさに制定法上の「旧慣による」のような規定を欠くために、高山族原住民の慣習は国家法上権利を与えられる慣習法とはならなかった。行政或いは司法上「慣習法」を捜し出して個別の事件に適用する必要があるため、ゆえに日本の統治当局は高山族原住民の慣習を調査するとはいえ、台湾の漢族

の慣習に対するようにあれこれ聞き出して普遍的に守られている一般規範としての規則を尋ねるようなものではなく、より全面的な原住民の生活習俗と慣行（事実たる慣習）の探究であり、それにより国家権威が各種の統治措置を取る時の参考としたのである。しかし特に注意するに値するのは、日本統治時期の国家が原住民社会の固有規範を「慣習法」とみなかった結果は、これらの原住民の「事実たる慣習」が国家の政治を行なう過程で取り入れられねばならなかったということである。民事事項だけでなく、さらに刑事、訴訟法、行政法等の諸事項を含み、いずれも原住民の社会の慣習が一定程度その実質的な規範的力を発揮することを許したのである⁽⁴⁸⁾。

換言すれば、日本統治時期は国家の「施し」の下で、原住民の慣習は常に国家機関が高山族原住民の個別事件を判断する時の参考基準の一つとなった。理蕃警察のなす個別事件の判断によれば、どのような状況の下で原住民の慣習に準拠するかは、一定のよるべき規則はなかった。ここで重大事である殺人行為について、理蕃警察はおそらくどのような範囲で原住民の慣習規範を採用して判断するのかわかりやすく説明する。単純な殺人行為については、加害者と被害者が同じ社に属すなら、警察は多くは双方が社の慣習に従って解決するよ

う協調させ、且つ社の中で互いに殺すことを禁止するタイプに従わせた。もし殺人行為が異なる社の間で生じたなら、警察は常に慣習によって処理したが訂正したのである。例えば原住民の慣習の中の「林間で数年独居する」を制裁とすることは受け入れず、その慣習中の「贖財」の制裁方式を受け入れることは好んだ。おそらく財物を金銭に換えるにすぎず、あるいはそれはかなり近代刑法中の罰金に近いからなのかもしれない。少数のすでに二つの社の間には仇敵関係を引き起こした事件では、警察は加害者を法院に送り近代法により処理し、この時原住民の慣習は即ち全く発揮の余地はないのである。もしこの殺人行為が、原住民の慣習に基づいて認められた仇敵か或いは首狩りなら、この時警察は慣習によりそれが正当であると認めることは拒絶するので、ゆえにやはり処罰されることになる。且つ常に慣習上と近代式の刑罰が入り混じり、例えば見舞金を被害者の遺族に与え当該加害者を拘禁することを要求した。また、もし事件が高山族原住民と「本島人」と称する漢族と平埔族の間及び日本人との間に生じたのなら、加害者が高山族原住民で被害者が本島人或いは日本人の時、被害者の受け止め方を考慮し、通常は高山族原住民の慣習によらずに制裁する。加害者が本島人或いは日本人

である時は、本来日本の刑法によってこの加害者を処罰すべきところだが、常に被害者が高山族原住民であるならその慣習によって解決された。例えば本島人或いは日本人の加害者には数百円と豚や酒等を被害者の家族に交付させるのだが、これは原住民の慣習上の裁判方式に近いものである。国家統治権威と関係が最も密切な刑事制裁がいずれも慣習を引用するのであれば、高山族原住民の民事事項はさらに慣習規範を発揮する空間をもつ。例えばアミ族と本島人の婚姻によって生まれた子女は、国家の戸政機関はアミ族慣習に基づいて、母系によりその身分を定めた。⁵¹⁾

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
 法条文上言う「旧慣」は、法院の解釈を経た慣習法であり、また個別の制定法の改変を経ており、実はすでに近代法の下での「新しい」産物なのである。その内容はやはり直接法条文となることができ、即ち「慣習立法」を進め、法の正当性

の基礎とすることができ、決して慣習法のような社会の共通認識ではなく、国家の立法上の行為なのである。予測性があり自発的に外国法を内に含む様々な法規範を取り入れるので、慣習法が、法院がすでに受理した事件について受動的に法の内容を示すだけであるのとは違っている。況や日本が採った大陸法系の近代法は、法の明確性、予測可能性を強調するために、これまで成文法典を民事法源として、成文ではない「普通法」の体系は採らなかった。よって、岡松参太郎の主導する臨時台湾旧慣調査会の第三部の立法部は、旧慣調査事業の既定の「慣習法」から「慣習立法」への方向に従って、一九〇九年より最終的制定法化或いは法典化（筆者注：その全体的な概念体系を具え即ち「法典」と称すべきことを強調する）の作業を進めることに着手した。一九一四年までに、以下のものが完成した。「台湾民事令」、「台湾親族相続令」、「台湾親族相続施行令」、「台湾不動産登記令」、「台湾競売令」、「台湾非訟事件手続令」、「台湾人事訴訟手続令」、「台湾祭祀公業令」、「台湾合股「合資会社」令」等の律令草案。草案中でこれらの法規範は台湾人のこれまでの慣習に源を發すと称すといえど、各条文は常に日本、ドイツ、フランス、スイス、時にはイギリスさえ「参照した」と記している。この外台湾

総督府法院と特別民法は始めからもとの慣習に対して極力変更を加えることも引き継いだ。³⁰これらは司法機関の作った台湾人の慣習法とヨーロッパ大陸・日本等の国の近代型民法を結合させるもので、台湾の各種民事事項を規範化する法典の草案を、「一九一四年の台湾民法草案」と総称できるのである。もしそれが立法手続を終え且つ施行されていたなら、直接に台湾人の慣習の内容をもつ成文法条文に等しいものとなり、法律適用時には法的三段論法上の「大前提」となった。また即ち近代の法制の枠組みの下で、在地社会の法律観念を参酌して制定した国家法が全面的に一般の人々の法生活を規範化したのである。つまり国家法と民間法の双方を尊重し、一体化した重要な成功例である。それがたとえやはり台湾人の観点の参与が欠けているとしてもである。³¹

学者としての岡松参太郎は自ら慣習立法のモデルを通じて、すでに一つの当時の台湾人民（台湾人と台湾にいる日本人を含むが、高山族原住民は含まない）の必要とする民法典を提起したと考えており、これは当初（一九世紀末）日本人の慣習を軽視した日本民法典の参考に供しうるものであった。³²しかしながら、当時の植民地台湾のなすところの旧慣立法はそのさらに奥深い政治的意味があった。もし自ずから一つの政

治単元（植民地）となる台湾で、前掲の日本の内地と異なる一九一四年の台湾民法草案を施行するなら、台湾人と日本人は法律の上での差異が固定化され且つ制度化されると宣告されるに等しい。これは文化とアイデンティティの上で台湾人を日本人に転化させる全体的な国民国家を構築する工程に不利であり、逆に台湾が他日自治的な植民地、果ては独立国家となるには有利である。よって台湾総督府は一九一四年に上述の法典草案（律令案）に関して東京の内閣に持ってゆき、天皇の「勅裁」を得て公布・施行しようとしたが、すでに児玉・後藤時代の「旧慣温存」の統治策を採ることをやめた内閣はそのまま捨て置いた。一九一九年になって日本帝国は「内地延長」の植民地統治政策を確立した後、台湾民事法制の近代化の方向は、すでに日本のものであり、台湾自身のものではない民商法典の施行を進める方向に向かっていた。⁽⁵⁵⁾

(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

日本の近代民商法典はもとも日本の国民国家構築過程の下での産物であり、今やさらに台湾人を日本人に同化するた

めにその効力を台湾に延長するようになる、それは当然ながら社会の中の慣習がみられる空間を最小限に縮めた。一九二三年一月一日からの日本統治の後期は、台湾人の民事財産法事項には日本が西欧から継受した近代民商法典をいずれも適用する。ゆえに日本統治前期の財産法事項と相関連する慣習法はこの後すべて効力を失い、過去の旧慣上の権利はいずれも近代法上の相対応する各種の権利に転換された。例えば、台湾民事慣習法上の典権は日本のヨーロッパ大陸式民法上の不動産質権に転換され、慣習法上の胎権は日本の民法上の抵当権に転換された等々である。⁽⁵⁶⁾ 日本統治後期の制定法上は、台湾人の親族・相続事項或いは祭祀公業についてのみ、それは「慣習による」と定め、用語すらもまた「旧」時代を引きずる関係を避けたのである。⁽⁵⁷⁾ そして台湾の近代法院に今の社会にどのような慣習が存在するかを確認させ、また国家の価値観に基づきそれが慣習法として受け入れられるかどうかを審査させた。総じて言えば、もとも日本統治前期の国家法の中では、民事実体法の面だけを残して、法規範の実質内容は主として在地社会の一般の人々の法律観より来ていた。そして一九二三年の後、さらに縮められれば民事の家族法だけを残し実質的内容がおそらく在地社会から来ており、その余

は皆外来の近代法となったのである。

台湾人の親族・相続事項は、国家法は慣習法モデルをとっている。ゆえに台湾総督府法院の態度はなおどの程度台湾の漢族の法伝統が国家法の受け入れるところとなるか、或いはすでにどの程度西洋からきた近代法が社会のそれに対してすでに普遍的に遵守されるべきとの共通認識が認められるかを決定し、それによって今の慣習の地位が国家法に取り入れられるかを決定するものであった。これを詳しく言うと、以下のようないくつかの類型がある。⁸⁹⁾

(1) 慣習法で社会の現存の慣習を承認する。即ち、妾、招婿、招夫、童養、養婿等の婚姻類型、及び夫死亡後の寡婦が実家に帰ろうと願うなら夫の家の尊親族の同意を得なければならぬ等を含む。しかし法院はこれらの社会の慣習を承認する時は、常に近代法の概念から出発して、例えばもともと漢族の伝統に属する童養に対しては、大陸法系の「養子」の観念を借りて解釈した。それと「養女」は慣習法上二つの異なる「養子縁組関係」と認めたのであるが、童養は「息子の嫁となること」を目的とし、養女は「娘となる」ことを目的とするので、両者は全く異なる身分関係となる。

(2) それが慣習であると認めるが公序良俗に違反するのでそ

れが国家法上効力を生ずることを認めない。例えば人身を取引の客体とすることや或いは個人の尊厳を無視する結納金を売買金に当てること、離婚時に妻の実家に結納金の返還を請求すること、女子の典胎、妻の贈与や売買、妻の放逐、親族の協議による寡婦の追い出し、螟蛉子（異姓養子）を買い取る等である。

(3) 「新しい慣習」をその規則を認めてすでに慣習法の一部となっていると認める。例えば法院は日本統治の後期に、日本の民法上の「戸主」の概念はすでに長期（一九〇六年より）台湾で「戸口」制度を実施して「台湾人の慣習」となったと考え、ゆえに戸主の身分の相続は承認する。しかし法院は日本民法上の「家督相続」がまた台湾人の新しい慣習となっているとは認めない。ゆえに台湾の慣習法上の戸主は単独で家産は相続できない⁹⁰⁾。また法院が養子縁組関係の成立を認めたように、旧時確かに実父と養父の合意ですでに十分との慣習はあったが、しかしかなり抽象的で「上述の慣習は、時勢の変化、文化の発達にともない、すでに改善されていること」を理由に（筆者注 社会の実状はこの通りであるかは別のことである）、今の慣習によって、養子が同意するか或いは実の父母が養子に代わって養子縁組の承諾をしなければならぬ

とした。これによってこの養子縁組関係を近代の個人主義の民法が設ける双方当事者の同意を経るにかなり近づけたのである。

(4)同時に「法理」を法源とする⁽⁹⁾。即ち、法院は一九二二年の時に次のように言った。台湾人は確かに夫はほぼ任意に妾と別れることができる一方、妾は夫と別れることができない慣習があるが、しかしこの慣習は「妾の人格を無視し、その天賦の自由を束縛し、公序良俗に違反する」、ゆえに妾が夫と別れる時は、「法理において」夫と同等の対応を受けるべきである。つまり法理を法源とするようなものであるが、やはり慣習法の概念の枠内の操作であり、ゆえに法理で（間接）法源となる慣習法を補充している。もう一例は法院が台湾人は運用できるが漢族の法伝統中に存在しないと考える近代法上の裁判離婚制度を認めたことである。しかし例えば「夫が妾を迎えること」等は裁判離婚の事由とはできない。台湾人は日本の民法親族編の離婚関連規定を適用できず、この裁判離婚請求権はまた台湾人の慣習でないので、法理論上は法理を法源とするのみであるのだが、ただその権利内容は明らかにやはり台湾人の慣習を考慮している。法院は同様に日本の民法典を適用しない状況の下で、台湾人は婚姻の無効或いは取

り消しを主張でき、それは台湾人の慣習でないとしても、なお「法理」によって国家法中に取り入れられることを認めた。また、日本統治後期の台湾人の親族・相続事項の国家法の内容に対して重大な影響力をもつ姉齒松平裁判官、及び一九三六年高等法院の「裁判官連合総会議」の行なった決議が、いずれも近代法上の限定相続と相続放棄の制度に関して、すでに台湾人の慣習の一部になっていると認めた（筆者注 社会の現状はすでにこの通りであったかは疑うに値する）。ゆえに日本の民法相続編の関連規定はおそらく「法理」を適用したとすべきで、同時に慣習法と法理を法源とするようなものである。

法院は慣習法モデルによって（或いはさらに「法理」を用いて）、すでにある程度台湾の漢族の親族・相続面での法伝統を改変していたとしても、しかしもし一九一四年の台湾民法草案の慣習立法を採用していたなら、改変は大きくなりえたであろうし、とりわけ近代化の幅は大きかったろう。日本統治時代の法官たちは、一九一四年に台湾の民法草案を完成した岡松参太郎等の法学者とヨーロッパ大陸法学の観念を共有しており、それで台湾人の親族・相続法規範の「すべし」は何かに対して、この草案の内容はおそらく共鳴を引き起こ

したのであろう。ゆえに十分に施行されなかったこの草案の中の台湾人の親族・相続法の表わす見解について、後に常に法院が慣習法を形作る時に援用されることとなったのである。例えば、法院は一九二九年にこの草案の取る見解（いわゆる「新慣習」という言い方を採りはするが）を採用し、養子縁組は双方の父兄の決定を経る必要はなく、当事者である養親と養子双方の同意の契約をすべきであると認めた。しかし、国家の司法官僚である法官たちは、国家統治上おそらく影響をもたらすであろうような法律見解に対して、通常知識としての法律理念を強調する学者に比べ、より多くのことを考え、改革に一步踏み出すことを願わなかった。例えば、岡松参太郎等は一九一四年の台湾民法草案の中ですでに妾を廃止することを主張していたが、しかし妾をもつ者は日本統治当局は立法手段をとってこの階層のこのような利益を剥奪するつもりはなく、それによってその日本統治に対する支持を取りたかったのである。そこで司法関係者は大変「自制」的に「公序良俗違反」を理由に妾を否定することは願わなかったのである。一般的に言えば、積極的に法を定める慣習立法は司法機関が受動的に認めた慣習法に比べ、より社会の現存

の慣習を改変できるのである。

もし直接台湾に日本の近代民法の中の親族・相続の両編を施行するならば、台湾人の現存の慣習に対してさらに大幅な改変を加えられるだろう。しかしこのために台湾人はすでに日本人の慣習を受け入れている日本の親族・相続の両編に従わざるをえず、例えばその取り入れている日本伝統上の家督相続は日本統治当時の台湾の漢族のすべての子が家産を継承するという慣習と重大な衝突をするのである。「内地延長」を主調とする日本統治後期には、台湾総督府と師範松平等台湾在住の日本の司法官僚は、いずれも制定法上の取り消しである一九二三年日本民法を台湾に施行した時、台湾人の行為に対する親族・相続両編の適用の排除を主張したが、帝国中央政府はその必要はないと考え受け入れなかった。ところが台湾総督府法院が台湾人の親族・相続の慣習法を認めた時にやりでできるだけ日本内地の身分法を見習うとし、まるで植民地の日本人の官僚はより台湾人を同化せねばならないと感じているかのようであった。⁽⁶⁵⁾ このような日本の国家主義を強調する台湾の日本人官僚について言えば、台湾人の親族・相続の慣習法の「日本化」は「近代化」より重要であり、よって日本内地の法律を見習って台湾の慣習法の近代化を高める如き

は、日本化の副産物にすぎないのである。日本統治末期の日本当局は台湾植民地の人民を動員して参戦させるため「処遇改善」の措置を提起した時、再び民法親族・相続編の台湾での施行を提起し(但し例外的に台湾人に対して家督相続は適用しない)、且つ一九四五年から一〇年間は、日本民法を含む近代法制を高山族原住民の間にも施行するつもりであると述べた。これらの措置はやがてすぐに日本が戦争に敗けて実現はしなかったが、しかしここからわかるのは当時日本政府は心の中では近代法を慣習に代え、台湾の漢族と原住民に与える「恩恵」としようとしたことである。

しかし今の民主的価値観から言えば、もし「恩恵」を与えらるなら、台湾人に自己決定させるべきで、それは漢族の法伝統である慣習と近代西洋文明より来たる近代法が衝突した時には、一体どちらを選択すべきか、また慣習法か或いは慣習立法のモデルで行なうべきかである。ただ日本統治時期の歴史実践はこうではなかった。一九二〇年代に現れた第一世代の台湾の法律家は、すでに前掲の問題に対して意見を表明している。例えば弁護士であった鄭松筠は、岡松参太郎の旧慣立法路線をかなり支持しており、慣習法を法典化することは人民の利益に最も合致する法律改革方式だと考えた。蓋し異

なる社会は常に異なる価値と人に対する態度をもち、これらはみな慣習法中に反映されるので、ゆえに日本の近代民商法と異なる台湾人の民事慣習法が、公序良俗に反しない限りは、保持されるべきだからであろう。時の在野の批判的な期刊『臺灣青年』の主筆の林呈祿は、商法と財産法は「超前立法」の必要があり、伝統的な商事慣習法は資本主義経済の必要とするところに応ずるには不十分であって、日本の近代民法中の総則、物権、債権の三編は早期に台湾に施行すべきだが、ただ親族・相続事項はかなり固有の慣習を重んじねばならぬので、ゆえに台湾人の慣習法を適用すべきであるものの、しかし妾をもつことや童養等は廃止すべきだと考えた。たとえ鄭と林の二人が政治上で同様に植民地自治を主張しようとも、しかし一人は植民地国家法が幅広く慣習法を保持でき、且つ最終的に慣習立法を採用することを期待しており、もう一人は植民地国家法がより多くの近代法を取り入れることができ、親族・相続事項だけに限って慣習法を適用し且つ近代法に合致しない慣習は排除すべきことを望んだということがわかる。おそらくその他の台湾人エリート或いは一般民衆には、この問題に対して様々な考え方と理由があったであろう。

日本の植民地統治下では、日本帝国は終始台湾人の政治的

異議者の要求する「台湾議會」を設置することを願わず、よってこの問題に対しては、終始一つの台湾人によって相互の弁論を通じて共通認識を形成する政治の場を欠いたのである。

日本帝国は一九四五年に敗戦によって瓦解しまた台湾の統治権を渡すように要求されたが、しかし台湾人は日本統治時期にまだ独立建国の意識を形成しておらず、現実上もまた政府を接收し管理できる台湾人の政治団体はなかった。ゆえに鄭や林のような台湾人の立場から慣習と近代法に対して示す見解は、相変わらず台湾の国家法の形成には影響を与えられなかった。高山族原住民に至っては、日本統治の世を通じて極少数の政治エリートが教育課程で近代法思想に触れたことがあるだけであろうし、且つ近代法と原住民の慣習に関してどのように対応すべきかの考えについてほとんどはっきり表わしたことはない。

注

- (1) 参照、山中永之佑編『新・日本近代法論』(法律文化社、二〇〇二年)二一八頁。
- (2) 参照、Dan F. Henderson, "Law and Political Modernization in Japan," in Robert E. Ward ed., *Political Development in*

Modern Japan (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1968) p. 432-433. 一八九〇年代初期に日本で教鞭をとったアメリカの教授 John Henry Wigmore の考えは近代型法典内の法制度・規則及び原則は「日本の慣習にその基礎を見出すことができ、実は近代の法理と概念を用いて日本の江戸時代の法制を再解釈できると指摘するものである。参照、Kenzo Takayanagi, "John Henry Wigmore" in John Henry Wigmore ed. *Law and Justice in Tokugawa Japan. Part I: Introduction* (Tokyo: University of Tokyo Press, 1969)。

(3) 参照、Olivia F. Robinson, T. David Fergus, & William M. Gordon, *European Legal History: Sources and Institutions* (London: Butterworths, 2nd ed., 1994) p. 257-258.

(4) 参照、前掲注(1) 山中永之佑編著二二六―二二七頁。かなり例外的であるのは、法典論争の中である一派が旧慣を考慮すべきだと考えたので、ゆえに明治民法は具体的な内容のない「入会権」を定めた。参照、前掲注(1) 山中永之佑編著二二四頁。

(5) 詳しくは参照、団藤重光『法学入門』(『現代法学全集1』増補版、筑摩書房、一九八八年)一四〇―一四二頁。

(6) 参照、柳澤義男『実定法の体系と原理』(八千代出版、一九七七年)五三一―六一頁。実証法は国家が立法、行政、司法等の作用に基づいて作る法規範を含むが、後述する制定法は国家が立法作用に基づいて作る法規範であるので、両者は異なる。しか

し、論文・著書の中には「実定法」と「制定法」を混同して述べられるようなものが見受けられる。これもまた筆者が「実定法」と positive law を訳さない原因の一つである。

- (7) 大陸法系の国家が法の適用についてなす法的三段論法については、参照、王澤鑑『法典思維與民法實例』(王慕華、一九九九年)二四〇—二四三頁。法律条文で「慣習」を法(規則)を構成する内容の一部とするもの、例えば中華民國の民法第二〇七条第二項は次のように定める。「前項の規定は、もし商業上別に慣習あるものは、これを適用しない。即ち「利息の債務を生むこと」と「商業上の慣習が利息を元本に繰り入れて利息を生むことを認める」を法(規則)の構成要件として、その法律効果は「利息は元本に繰り入れて利息を生じうる」ということであり、この時の法律適用の形式上の法源はこの民法第二〇七条第二項の成文規定である。

- (8) 日本は一八九八年の民法典制定完成の後よりこの見解をとっていることは、参照、梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之一 総則編』(有斐閣書房、一九〇八年)二〇四頁。その後の日本の学界の通説もこの通りであることは、参照、大村敦志『民法読解 総則編』(有斐閣、二〇〇九年)二八八頁。

- (9) 参照、前掲注(8) 大村敦志著二八七—二八九頁。
 (10) 参照、三瀧信三『全訂 民法総則提要』(有斐閣、一九三二年)第一版は一九一九年発行 上巻二七四—二七五頁。
 (11) 「法的確信」はまた次のように解釈される。一定の事項について

て紛争が生じた時、この慣習に基づいて解決するという意識があるということだが、しかしこのように言うのは民事に関連する慣習に限られ、全面的な法的生活から観察した慣習ではない。参照、前掲注(5) 団藤重光著一六〇頁、前掲注(8) 大村敦志著二八九頁。

- (12) 参照、前掲注(8) 大村敦志著二八九頁。現在、大村敦志教授はそこで慣習法と事実たる慣習を区分する必要性に疑問を呈している。

- (13) 参照、歐陽鈴『法學通論』(上海法學編輯社、上海會文堂新記書局発行、一九三三年)上冊、一四七頁。

- (14) 参照、陳瑾昆『民法通義總則』(北平朝陽學院、一九三一年)第一版は一九三〇年発行 一〇頁。余榮昌『民法要論總則』(北平朝陽學院、一九三一年)二六頁。陳瑾昆は東京帝大法学士であり、大理院庭長に任ぜられ、北平大学法学院教授及び北京大学と朝陽學院講師に任ぜられた。余榮昌は東京帝大法学士であり、大理院庭長に任ぜられ、北平大学法学院教授に任ぜられた。

- (15) 参照、前掲注(14) 陳瑾昆著一一—一三頁、胡長清『民法總則』(上海・商務印書館、實用法律叢書、一九三五年)二二頁。胡長清、張正學、曹傑は慣習を「慣行」と称す。また参照、張正學・曹傑『民法總則註釋』(長沙・商務印書館、一九三八年)三二頁。

- (16) 参照、前掲注(14) 陳瑾昆著一一頁、前掲注(14) 余榮昌著二六頁、前掲注(15) 胡長清著二二頁、史尚寬『民法總則釋義』

(徐寶璽、上海會文堂新記書局発行、一九三七年、六六一―六七頁。史尚寬は東京帝大法学士となった後、ドイツのベルリン大学で法律を二年学び、さらにフランスのパリ大学で政治・経済を学び、中国に帰った後、國立中山大学、國立中央大学、國立政治大学で教鞭を執った。

(17) 前掲注(14) 陳瑾昆著二頁。日本の一八九八年に法律第一〇号として公布・施行した「法例」は、第一条で法律は公布後いつ施行するかを定め、第二条は慣習の効力を定めたが、第三条からは涉外民事事件の準拠法は何かを定め、この部分の規定は中華民國法制上「涉外民事法律適用法」に現れた。また中華民國法制上は日本の「法例」と等しい法律はないと言える。

(18) 参照、前掲注(14) 陳瑾昆著二頁、前掲注(15) 張正學・曹傑著三二頁、前掲注(15) 胡長清著一三頁。

(19) 戦後の台湾の第一世代の法学者の構成に関しては、参照、王泰升「四個世代形塑而成的戰後台灣法學」(台灣法學會台灣法學史編輯委員會編「戰後台灣法學史」元照、二〇一二年)上冊三二―四四頁。

(20) 参照、韓忠諱「法學緒論」(韓忠諱、第六版、一九七七年、初版は一九六二年発行)二二―二四頁。

(21) 二〇〇〇年代の民法物権編の改正の前に、王澤鑑教授は次のように言った。「我國の民法第一条以外の条文のいわゆる慣習は、取引上の慣行を指すにすぎず、慣習法の意味はもたない。」参照、王澤鑑「民法實例研習 民法總則」(王澤鑑、第八版、一九

九〇年)二五―二八頁。参照、黃茂榮「民法總則」(黃茂榮、植根法學叢書、増訂版、一九八二年)五―四四頁。施啟揚「民法總則」(三民書局、第四版、一九八七年)五四―五七頁。施啟揚教授は前掲著で民法条文中特に「別に慣習あるは、その慣習に依る/従う」と定める条文を列挙する。そこに含まれるのは、民法第六八条一項、二〇七条二項、三一四条、三七二条、四二九条一項、四五〇条二項、五三七条、五七九条、五九二条、七六六条、七七八条、七八五条三項、七九〇条二号、八〇〇条、八三四条(筆者注、二〇一〇年の改正前の内容)、八三六条一項、八三八条、八四六条(筆者注、永佃権を挙げるが、現在はずに削除)、九一五条一項等である。且つ施啟揚教授は次のように

言う「この時優先して慣習を適用するのは、慣習の優先効力のためである」。説明を補充すべきは、台湾社会の慣習は国家法上の慣習法或いは事実たる慣習以外の身分で、實際上規範作用を發揮することが、決して不可能ではない。例えば民法第七二条の「公序良俗」、第一四八条の「信義誠実の原則」、そして第一八四条の不法行為の不法意識は、おそらく社会の慣習の規範内容を一緒に評価に取り入れている。しかしその重要性は実は本稿で論じたい慣習立法、慣習法、事実たる慣習等の運用方式に及ばないので、省略するものとする。

(22) 明治の日本より法学界で言う「事実たる慣習」は、本質上や

えられないので、ゆえにそれはなお「法的確信」を欠くと考えられる。

- (23) その詳細な説明は、参照、王泰升「台湾民事財産法文化的變遷——以不動産買賣為例」（同氏『台灣法的世紀變革』元照、二〇〇五年）三五四頁。

- (24) この報告の戦後時期の部分について、各法院の管轄区域に関する民事慣習報告、及び組団の実地調査結果を総合して得られるのは、この実地調査は一九六六年八月より始まり、同年二月までとなっているので、ゆえに調査しているのは一九六〇年代に存在した慣習の内容である。参照、司法行政部編『臺灣民事慣習調査報告』（台北、司法行政部、初版、一九六九年）「凡例」一一二頁。

- (25) この報告の日本統治時期の部分については、台湾総督府高等法院の判決例及び解釈を主要な資料として、また日本統治時期の学者の論文・著書等を参酌して整理して得たものである。参照、前掲注(24)『臺灣民事慣習調査報告』「凡例」一頁。現在の台湾の法院が民法第一条の定める「民事の、法律で規定なきものは、慣習による」を適用し、『臺灣民事慣習調査報告』の内容を引用するならば、注意すべきこの民法第一条が指すのは現在の慣習で、過去のものや日本統治時期の旧国家法の内容ではないことである。旧国家法の内容で説明できることは、社会の一般の人々がこの旧国家法の長期施行によって、政権移転後しばらくで、やはり旧時代の慣習法に対してあらゆる社会の構成員

がいずれも守るべきとの共通意識をもったために、現在（新国家法の施行期間）の社会の慣習となっているということだけである。これが一九六〇年代に作った『臺灣民事慣習調査報告』が、大量に日本統治時期の親族・相続の慣習法（旧国家法）を引用する原因とすべきであろう。今の法院は全体としての旧国家法（慣習による民事の身分法だけでなく、日本の民商法を適用する民事財産法、及び民事以外の領域の法律を含む）をどのように見ているか。この民法第一条の規定によれば、「法律の規定なければ、またこのような「慣習」もなければ、「法理によるべきとするからには、即ち既得権益を保障するの法理で処理することになるが、しかし今の法院が今の法廷で公共の秩序を理由に旧法の適用を拒絶することは排除されない。かなり詳しい法律論証は、参照、王泰升「論台灣法律史在司法實務上的運用」（同氏『台灣法的斷裂與連續』元照、二〇〇二年）二二〇—二二二・二二九・二五一頁。

(26) 台湾高等法院は二〇一〇年の判決でタイヤル族が例木を持った行為は正当であると認めた時、行政院原住民委員會のこの部族に対してなした慣習調査を引用したが、これは民進黨政府（二〇〇〇—二〇〇八年）がすでに原住民各部族の慣習に対する最初の調査を新たに行っていたからである。もし今の台湾の司法行政機関が、慣習の国家法制上果たすべき役割という問題を直視するのなら『臺灣民事慣習調査報告』の中で述べられた台湾人の慣習について、もう一度実証調査を行ない、併

せて前掲報告書の中に挙げられていない原住民族の慣習を取り入れ、現代版の台湾慣習調査報告を作るべきである。

- (27) 参照、中生勝美「ドイツ比較法学派と台湾旧慣調査」(宮良高弘・森謙二編『歴史と民族における結婚と家族―江守五夫先生古稀記念論文集―』第一書房、二〇〇〇年)三七三―四〇〇頁。
 福島正夫「岡松参太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘厳太郎博士」(戒能通厚編『福島正夫著作集』第六巻比較法、勁草書房、一九九五年)三八九―四二四頁。注意するに値するのは、満州国は戦前の日本帝国が作り上げた傀儡政権であるとはいえ、その法秩序の設定においては一つの多民族国家であり、即ち日本人・朝鮮人の外、さらに満州人、漢人、モンゴル人、ウイグル人、白ロシア人がいた。ゆえに満州国は親族・相続に関する法典起草するために、一九三九年から滿、漢、蒙、回、白ロシア各民族グループの親族・相続面での慣習を調査し始め、ついに一九四五年七月一日に満州親族・相続法を制定、公布したが、満州国はすぐに滅亡した。単純に慣習と国家法の両者がどのように互いに影響し合ったかについて見ると、満州親族・相続法は戦前の日本の法学界が明治初期より、何度も経験を重ねた後の最後の作品と言える。もしそれを本稿で後述する台湾で定めるつもりであった一九一四年の「臺灣親族相續令」の草案と比較するならば、また一つの興味される論題となる。参照、千種達夫『満州家族制度の慣習』(一粒社、一九六四年)序・八―一七頁。

- (28) 北京政府司法部修訂法律館及び各省司法機關は、「民律總則習慣」、「物權習慣」、「債權習慣」、「親屬繼承習慣」等各省の「民商慣習」を各々収集した。参照、司法行政部編『中國民商事習慣調查報告録』(進學書局、古亭書屋發行、第一版、一九六九年、原出版は一九三〇年)凡例。

- (29) 例えば参照、高其才主編『当代中国少数民族慣習法』北京、法律出版社、二〇一〇年。

- (30) 参照、王泰升『台灣法律史概論』(元照、四版、二〇一二年)一〇七頁。中国の学者の謝暉はまた「民間法」という呼び方をし、そしてこの名称で一連の書籍の出版をしている。例えば参照、張曉萍『論民間法的司法運用』(北京、中国政法大学出版社、二〇一〇年)三一―四頁。

- (31) 参照、高其才『中国習慣法論』(北京、中国法制出版社、改訂版、二〇〇八年)一一五頁。他に「民間法」の語を採る者は、民間法はおそらく自然の進展の結果であるばかりでなく、さらに制定法と同じく「理性が作る」ものである、性質上自然の進展の慣習法は民間法の一部にすぎない。参照、前掲法(30)張曉萍著一七一―一八頁。しかし筆者は制定法の概念は、重視するのは法が(権力分立制度の下での)立法機關の制定であることである。もし立法機關の制定法律がそれが理性に基づくと考えられることができるならば、それなら社会の自然が形成した慣習もまた理性があり、ちょうど一つの道を設けて人に歩かせ、人と自然が一つの道を歩くなら、いずれも一定の道理が存在するよ

うなものである。「民間法」と「慣習法」という二つの語彙は、違いというのは前者はかなり明らかにその権威性が民間から来ており、国家からではない。後者はかなり明らかにその権威性が社会の共通認識より来ているが、指すところは同じであり、一つを選んで使うことができる。

(32) 「植民地」の概念は西洋文明に源を発し、スペインとポルトガルの中南米の植民地、或いはイギリスとフランスの北米の植民地のようなもので、それは一つの政治的単位であり、政治・経済上植民地支配国のコントロールに従っているが、支配国を抜け出して国際法上の主権独立国家となる機会がある。植民地は一つの政治的単位となる特性があり、且つこの概念は一九世紀に東アジアに伝わった時常に白人がアジア・アフリカの植民地の人々を搾取したとの負のイメージを伴ったので、ゆえに日本帝国は正式の法制度上台湾を「植民地」と呼ばず、「新たな領土」或いは「外地」と称した。

(33) また民商事項については、異なる民族集団には異なる法律を適用するとの「複数法制」の原則を採り、日本人は現代民商法典により、台湾人は旧慣によるとした。一八九八年の律令第八号第一条によれば次のように定める。「民事商事」事項に関して、「民法商法：民事訴訟法」によるが、しかし同条但書は次のように定める。「本島人及び清国人以外に関係者のいない民事及び商事に関する事項は、特別に規定のあるものの外、現行の例による」、そしていわゆる「現行の例」は一八九五年の時に頒布され

た日令（軍令）の定める準拠「慣例及び法理」を指す。同日に公布された律令第九号第一条はまた次のように定める。「土地の権利に関しては、暫時民法第二編物権の規定によらず、旧慣による。」一九〇八年八月の間にもう一度律令で「台湾民事令」を發布し、再びその意味を確認して明確に定めた。「本島人及び清国人の間にのみ及ぶ民事」は、極少数の例外を除き、「民法・商法及びその付属法律によらず、旧慣による」。律令制度及びこれらの律令のすべての内容に関して、参照、前掲注(30) 王泰升著一三〇・二七八頁。

(34) かなり詳細な論述については、参照、王泰升『台湾日治時期的法律改革』（聯經、一九九九年）九二―一〇二・一一―一頁。前掲注(30) 王泰升著六六―六八・二二―二二六頁。

(35) 日本統治前期に「旧慣法学」全体を主導した岡松参太郎は、「旧慣」とは即ち旧政府時代に施行した法律であると考えた。それは成文でない慣習規範として表わされるのみならず、また例えば大清律例等の官府の成文規定にも記載されるのだが、ただ清の統治する台湾の漢人社会で普遍的に守られているが、清朝の官府の成文規定に違反する慣習もやはり「旧慣」に属する。参照、岡松参太郎「台湾現時の法律」（『台湾慣習記事』第三巻第一号、一九〇三年一月）七―九頁。

(36) 日本統治時期の台湾の憲政体制によれば、日本の帝国議会が制定する法律は勅令でそれを台湾に施行することを指定することを経て、この法律は台湾でようやく効力を生ずるのである。

〔法例〕は一八九八年六月二日に法律第一〇号として公布され、同年七月一六日に施行され、また一八九八年の勅令第一六一号の指定を経てこの法律は一八九八年七月一六日より台湾で施行された。参照、前掲注(30)王泰升著三三〇頁。また拓務大臣官房文書課「内外地法令対照表」(拓務大臣官房文書課、一九四一年)一頁。

(37) 清朝の統治時期には、例えば大清律例等官府の成文規定の中では、今では「民事」に帰する戸婚田土錢債事項に対しては、ある程度の規範となっていたとはいえ、しかし地方の父母官は個別の事件を処理する時にはおそらくこれに従い、またおそらく従わずに当地の慣習を判断の拠り所としたであろう。そして民間慣習は、たとえある事件の中で裁断された地方官或いは調停を行なった公親が採ったとしても、それが以後の類似の事件の中でまた地方官或いは公親の援用を得ることができるとの保証とはならない。これは一種の近代法と異なった法生活の方式である。参照、前掲注(30)王泰升著四七一九・六九一七三頁。

(38) 参照、山根幸夫「臨時台湾旧慣調査会の成果」(同氏「論集近代中国と日本」山川、一九七六年)八〇頁。鄭政誠『臺灣大調査・臨時臺灣舊慣調査會之研究』(博揚、二〇〇五年)八七頁。(39) 『台湾私法』の編別区分は不動産、人事、動産、商事と債権の四編であり、日本のヨーロッパ大陸式民・商法典とは異なるとはいえず、両者は大同小異であり、いずれもドイツの概念法学に

基づいて体系化した結果である。また例えば「台湾私法」は旧慣上の「贖」の関係を、目的の違いを借りて、「贖佃」、「贖地基」、「贖地」に分けているのは、おそらく日本のヨーロッパ大陸式の民法典上の「永小作権」、「地上権」、「賃借権」の分類の影響を受けたのだろう。参照、王泰升「殖民現代性法學・日本殖民統治下台湾現代法學知識的發展(一九五—一九四五)」(『政大法學評論』第一三〇期、二〇一二年二月)二〇九頁。

(40) 参照、臨時臺灣舊慣調査會編『臨時臺灣旧慣調査會第一部調査第三回報告書 臺灣私法』第一卷上(臨時臺灣旧慣調査會、一九〇九年)二八〇—二八九頁。

(41) 参照、前掲注(30)王泰升著二八〇頁。

(42) 詳しくは、参照、前掲注(34)王泰升著三〇六一—三〇二頁。

(43) 参照、前掲注(34)王泰升著三二八—三三三頁。

(44) 詳しくは、参照、王泰升「日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗…以關於惡行的制裁為中心」(『臺大法學論叢』第四〇卷第一期、二〇一一年三月)二四—四七頁。

(45) 日本統治時期の国家法中、制定法のレベルに属する法律規範は、いずれも規範を用いるのは日本人・台湾人であり、高山族原住民ではなかった。例えば台湾總督府は律令で「蕃人でない者」はいかなる名義であろうと、特別の規定により總督の許可を経ない限り、占有及びその他の権利の目的のために蕃地を使用することはできないと定めた。参照、前掲注(30)王泰升著一八〇頁。

(46) 一九〇三年の後より、「蕃人の蕃地」を警察系統が専門に担当することを確立した。およそ蕃人であれば、蕃地或いは普通の行政区に居住するを論ぜず、皆理蕃警察の特別統治を受けた。

参照、前掲注(30) 王泰升著四九一—五〇頁。

(47) 参照、前掲注(30) 王泰升著五〇—五二頁。

(48) 参照、前掲注(39) 王泰升論文二六—二八頁。高山族原住民は「法律保留原則」の適用がないので、ゆえに法的意味をもたない事実たる慣習によってその法的事務を処理できる。

(49) 日本では初めて領有した台湾において一八九七年に、原住民社会の固有の制裁方式を除いて、近代型国家法の「生蕃刑罰令」草案を強力に導入するつもりであることを提起したが、しかしついに原住民の武力抵抗を引き起こすだけだったため施行しなかった。一九〇六年三月の間「蕃人犯罪事件処理ノ件」の通牒に関して、高山族原住民の一切の刑事・民事事件は「行政処分による」という原則を確定して、高山族原住民社会はその旧慣をもつので、ゆえに行政上の処分を運用して適度に斟酌すると考えたのは、かなり有効で適切な方針である。これはまた国家はその慣習に対して条件付で受け入れることを意味した。例えば台東庁が一九〇八年に「蕃人懲罰内則及施行手續之件」を定めた時に言ったことがある。即ち過去の「多数の時に蕃社内内の慣習に基づき制裁した」、しかしその後「官の干渉がその善悪の判定に及び相当の制裁を施した」。ただ一九二二年時日本の統治当局はなお、高山族原住民は一般の行政地区内に入れられ

たとしても、暫時一般刑法を含む「一般法令」を適用しないと

述べた。換言すれば、刑法と抵触する原住民の慣習は援用されるのである。一九四五年に至るまで、台湾総督府側は十年後に理蕃行政を終え、また一般法律を適用すると述べたが、日本統治が終結する時でもなおそのようにはされなかったことがわかるのである。ただ同時に注意すべきは、理蕃警察が高山族原住民の慣習を参酌して為した機に応じた処分であろうと、或いは高山族原住民の各部落が「社内規約」に転化した伝統規範に基づいて為した処置であろうと、内容上はいずれもある程度近代法の要素を具えていたことである。参照、前掲注(44) 王泰升論文、三一・三九・五二・五五—六三・六七—七一頁。

(50) 参照、蔡桓文「國家法與原住民慣習規範之衝突與解決」(國立臺灣大學法律學系碩士論文、二〇〇七年) 一五四—一六四頁。

(51) 参照、前掲注(30) 王泰升著三〇—四頁。

(52) これらの民法草案の重要内容及びその説明に関しては、他稿ですでに述べているので、ここでは重ねて述べることはしない。次を参照されたい。王泰升「具有歴史思維的法學 結合台灣法律社會史與法律論證」(作者出版、元照販売、二〇一〇年) 一七六—一九四頁。

(53) この一九一四年の台湾の民法草案の中で認められる「台湾人の旧慣」は、漢族の法伝統であれ或いは清の統治時期の法的措置であれ、いずれも日本人の目から説明したもので、「他の民族の觀察」と言うことができ、台湾人自身は声を発していない

- い。また、日本人の学者或いは法制官僚が起草するつもりであった法典は、主として日本の民商法典が「超前立法」の主たる根源となり、日本法はすでにかなりよい選択と推定されているが、もし台湾人の立場からすれば、日本法は多くの選択肢の一つにすぎず、当然優先性はもたない。しかし一九一四年当時の歴史の現場に戻るなら、根本的にこのような台湾主体に思考する法学の内容は存在せず、日本統治時代の「台湾人法学」は一九一〇年代の始めに至って芽を出すのが常に微かなものであった。参照、前掲注(39) 王泰升論文二三三—三四頁。
- (54) 参照、前掲注(52) 王泰升論文一九七頁。
- (55) 内地延長政策の由来とその法制に対する影響に関しては、参照、前掲注(34) 王泰升著一〇七一—一頁。
- (56) 詳しくは、参照、前掲注(30) 王泰升著二八二—二八四・二九一—二九三頁。
- (57) ここでいわゆる「制定法」とは一九二二年の勅令第四〇七号第五・一五号で定める台湾人の親族・相続・祭祀公業は「慣習による」を指し、この勅令は一九二一年の法律第三号(俗に言う「法三号」)の授權を経て、台湾に施行する法律(例えば日本民法)について特例を設けることができ、ゆえにこれらに関する特例の条文は、立法機関が採択した法律と同一の効力をもつ。参照、前掲注(30) 王泰升著一三〇・二八二頁。
- (58) 参照、前掲注(52) 王泰升著二〇五頁。
- (59) 類型化の進む台湾総督府法院の判決例の内容と資料の根拠に

ついて詳しくは、参照、前掲注(34) 王泰升著三五〇—三六五頁。

- (60) 日本統治時代の法院はすでに日本民法上の「家督相続」の制度を台湾に導入したと考える学者もいる。参照、黄靜嘉「春帆樓下晚瀟急…日本對臺灣殖民統治及影響」(台湾商務印書館、二〇〇二年) 一四二頁。司法実務界はまた日本統治時代の国家法が家督相続を導入したとすることを批判するものもある。例えば大法官會議釈字第六六八号解釈に対して、徐壁湖と池啟明の二人の大法官の共同提出と陳新民大法官の单独提出の意見書。参照、大法官會議ウェブサイト「原文、アドレス等あり」。この説明を強調するものはかつて戴炎輝教授の論文・著作を引用したが、しかしほとんど戴教授の意味するところを誤解していた。実は、司法界がよく知る戴炎輝教授主編の『臺灣民事習慣調査報告』の中で、すでに明らかにしている。即ち「前戸主の財産に関して、戸主の相続人が一人で相続するのではなく、原則上前戸主に男子孫数人ある時、慣習により、数人が共同で相続する。ゆえに台湾では、戸主の相続(とりわけ法定相続)は、純然たる戸主の身分上の地位の相続であり、財産の相続を含まない。(傍線筆者) 司法行政部編『臺灣民事習慣調査報告』四一五頁。
- (61) 日本の民法は未だ明確に法源になることができるとはしていないが、しかし日本の法学界はこれまで一八七五年の太政官布告の指示するところによる。即ち「成文の法律なき時は、

- 慣習により、慣習なき時は、道理を推察し、法理により裁判すべし」とし、法理は慣習の後に置かれる補充的法源と考えた。参照、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣、一九九七年)八八―九一頁。殖民地台湾の法制上、一八九五年の日台明文中民事事件は慣例及び法理により裁判すと定めるとはいえ、しかし一九〇八年から施行された台湾民事令は「旧慣による」とのみ言い、明文では法理を法源に列しておらず、一九二三年より効力を生じた日本の民法典或いは一九二二年の勅令第四〇七号もまた法理は法源の一つと明文で定めてはいない。しかし司法実践上はやはり法理を慣習に次ぐ法源と見ている。
- (62) 参照、前掲注(52) 王泰升著「三三―三三五頁、前掲注(34) 王泰升著三六五頁。
- (63) 台湾総督府法院の法官となるものは、日本の裁判所構成法で定める判事資格を具えねばならず、また日本の司法試験に合格した実習を経なければならぬので、ゆえに皆一定の近代西洋法学の訓練を具えていた。参照、前掲注(34) 王泰升著「三三・一六七―一六八・一七一―一七二頁。
- (64) 詳しくは、参照、前掲注(52) 王泰升著「一九二―一九二・一九八―一九九頁。
- (65) 参照、曾文亮「全新的『舊慣』」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造(一八九八―一九四三)、『臺灣史研究』第一七卷第一期、二〇一〇年三月、一六四―一六五頁。前掲注(52) 王泰升著「三七―三三八・二四〇―二四一頁。
- (66) 参照、「朝鮮・台湾同胞二関スル処遇改善二関スル与論指導方針(外務省外交史料館)、Ref. B02031289000、JACAR(アジア歴史資料センター)「原文、アドレス等有り」、一九四五年に台湾総督府財務局長高橋衛は衆議院で質疑を受け、答弁の時に次のように述べた。即ち「ちょうど今年は台湾領有五十周年でして、そこで十年で完全に終える蕃地での特別行政を、一般の普通行政区域に編入する計画を、その記念事業の一つとすべきであります。我々は漸次この政策を推進するつもりであります。」衆議院議員選挙法中改正法律案委員会「昭和二〇年三月二〇日議事録」一七頁に見える。日本帝國議會會議録システム。「原文、アドレス等あり」。
- (67) ここで「台湾の法律家」と称するのは法律専門職となった台湾人であり、ゆえに概念上は日本統治の初期に台湾社会に現れた法律専門職としての日本人は含まない。これは台湾の初めて現れた法律専門職の日本統治時代の民族集団の分類に基づいて行なう定義である。第一世代の台湾の法律家の中で、戦後台湾の第一世代の法学者となったものは極少数にすぎない。参照、王泰升「四個世代形塑而成的戦後臺灣法學」三三―三六頁。
- (68) 参照、鄭松筠(署名は「鄭雪嶺」)「就民商法施行而言」(臺灣青年)第三卷第四号、一九二一年一〇月、漢文部)一七一―一頁。
- (69) 参照、林呈祿(署名は「記者」)「施行民商法宜置除外例」(臺灣青年)第三卷第四号、一九二一年一〇月、漢文部)二二―

二六頁、林呈祿「民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義」(『臺灣』第三卷第六号、一九三二年九月、和文之部) 二二—三五頁。

補記

二〇一四年一月二七日に名城大学アジア研究センター・谷口プロジェクトの一環「慣習と『近代』研究会の第二部として、台湾大学法律学院特聘教授王泰升氏による講演が行なわれた。講演題目は「慣習と近代法、台湾における慣習の国家法化を例として」であった。

本稿は、その時の報告に基づいたところの原稿に帰国後王泰升教授が加筆したもので、『台大法學論叢』に掲載を予定する「論台湾社會上習慣的國家法化」の日本語訳である。

講演会の当日は加藤雄三氏(関西学院大学・中京大学講師)が通訳を担当しており、本稿の翻訳も一部担当をお願いするつもりであったのだが、日程が合わず、松田一人による翻訳となった。

ところで王泰升教授の今回の論文はかなりの分量であったため、二回に分けての掲載となった。なお文中の「」は訳者による補注である。

