

## 〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究

### A Study on the Creole and the Agency Formation of Law

長谷川 晃 (Hasegawa, Ko)

北海道大学・大学院法学研究科・教授



#### 研究の概要

本研究は、(i)異なる法体系の遭遇と各社会内での法の浸透、さらなる法の変成と新たな遭遇という連鎖的プロセスをめぐって、(ii)この連鎖における法秩序形成の個別具体的な仕組みを様々な法的アクターの主体的活動による不断の法創造営為を軸として考察し、(iii)〈法のクレオール〉(=法の主体的な相互融合)という見地から法文化の変動と法制度の動態との多次元の相互作用モデルを構想しつつ、新たな学問領域を開拓するものである。

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：法の継受、クレオール、法形成、主体性、法動態、グローバリゼーション

#### 1. 研究開始当初の背景・動機

一般に法文化と法制度との関係や法の継受の問題については、法史学、比較法学、法人類学等の研究の蓄積はあるが、史料による限定的実証、類型論的で静態的な比較、未開法と近・現代法との対照等の限界があった。そこでは、背後に隠れている法文化と法制度の間の細密で動態的な相互作用関係如何という根本的問題に関して立ち入った考察が必要である。本研究では、様々な生活様式や言語の重層的融合現象として注目を集めている「クレオール」を手がかりとして、法秩序の創造的産出のあり方に新たな解明の光を当て、〈法のクレオール〉とそれに連なる主体的法形成を多次元的に探究し、〈法クレオール論〉という新たな議論領域を開拓して、基礎法学の新たな協同の様式を打ち立てようと考えた。

#### 2. 研究の目的

異なる法体系の間の遭遇／浸透／変成における連鎖的秩序形成過程を主体的で不断の法創造としての〈法のクレオール〉として捉え、その有り様をめぐって、価値的、行為的、思想=制度的、そして統合的という4つの問題次元の協働状態として示される、法文化変動と法制度動態の多次元の相互作用を分節化する統合モデルを構想しながら、様々な歴史・制度的事例において相同性を有する主体的法形成の本質的諸要素と諸条件について、動態比較的な見地に立った分析と実証を行うことが本研究の目的である。

#### 3. 研究の方法

本研究では〈法のクレオール〉の価値的、行為的、思想=制度的、統合的という4つの問題次元に関して、理論的および実証的な分析と検討を有機的に組み合わせながら、次のような5つのステージに即して研究を進めている。すなわち、[I]比較整理—各問題次元に即した文献資料の収集整理と既存研究に対照させた研究の焦点の検討。[II]多次元的分析—各問題次元における〈法のクレオール〉と主体的法形成の諸条件の分析。[III]〈法のクレオール〉と主体的法形成の中間統合モデルの構築。[IV]中間統合モデルの多面的な展開と彫琢。[V]まとめ—〈法のクレオール〉と主体的法形成の統合モデル完成と研究成果公表の準備、である。これらのステージを通じた研究の遂行の際には、関連研究者間のネットワーク、関連文献資料アーカイブやオープンウェブソースの整備も行い、新たな議論領域たる〈法クレオール〉論の広く国際的な研究ネットワークを創出すべく努めている。

#### 4. これまでの成果

平成19年度までに、(1)研究分担者による〈法のクレオール〉の諸相の探求が進められて来ている。価値的及び行為的次元に関しては、平成17年度は価値の論理的展開過程や権利観念の異文化間伝達の心理的条件等の整理・調査、18年度は価値の融合化をめぐる〈法のクレオール〉概念の発見的意義や権利観念の文化的相異に関する法意識論的条件等

の分析・調査、19年度は法体系間の価値衝突と統合のパターンや権利認識枠組の文化的相異に係る検討・調査等を行い、価値解釈による主体的法創造と文化的背景下での法意識形成との並行性を捉えることができた。

また、思想=制度的次元に関して、まず東アジアについては、17年度は近代日本の伝統的法秩序観と民主的法観念の相剋や現代中国司法改革の問題構図に係る整理・調査、18年度はコミュニティ構築による市民的法秩序形成や現代中国法における連続の論理の解明・調査、そして19年度は市民的法治観念による司法的法形成や現代中国の所有権概念の受容に係る検討・調査等を行った。次に西欧については、17年度は中世刑事法の変化やローマ法裁判例の変遷、EUの国家賠償責任法形成に係る整理・調査、18年度は中世学識法の動態と解釈者革命、EU法形成における法主体の相互作用の解明・調査、そして19年度は中世学識法曹の活動や普通法と個別法の関係をめぐる法的諸例、EU法と国際法に亘る法の相互浸透に係る検討・調査等を行った。さらに北米については、17年度は文化的マイノリティの多様な法主体像や刑罰をめぐる国際的法源援用実務の整理・調査、18年度はマイノリティ法理論における主体変革の言語的方略や連邦最高裁の憲法解釈における国際的法源援用の解明・調査、そして19年度は米国モデルによる法制度改革の社会的文脈や憲法理論における脱国家的法源利用の議論の検討・調査等を行った。最後に日本については、17年度は近世日本の物語的法受容の文学的様式やプライバシー意識生成をめぐる民法と文学の関係の整理・調査、18年度は江戸裁判物における法意識形成やプライバシーをめぐる近代民衆意識の転換と法の関係に係る解明・調査、そして19年度は近世裁判話集での裁判観の変容や近代的市場観念による法と社会変化に係る検討・調査等を行い、異質な文化要素を取り込む法の主体的統合過程を個別に検証することができた。

この他に、(2)北大法学研究科において大学院共同講義「比較法文化論」を継続開講し、(3)プロジェクト研究会を18回、分担者協同検討会を6回開いて研究関心の拡充や相互共有に努め、さらに(4)11名の海外研究者と連携やコンタクトを持つと共に、代表者長谷川は4つの関連国際研究プロジェクトに参加している。加えて、(5)プロジェクトを紹介するホームページの整備拡充を進め、(6)各分担者の中間報告論考を北大法学論集58巻3および4号にシリーズ掲載し、(7)旧制度による平成19年度研究中間評価でA評価を得た。

#### 5. これまでの進捗状況と今後の計画

現在まで当初計画の通り概ね順調に研究

を進めており、様々な次元での〈法のクレオール〉と主体的法形成の現象の存在とその学問的意義の新たな発見が進んで来ている。今後は理論から実務への視点の拡大も行いつつ、〈法のクレオール〉と主体的法形成の統合モデルの完成を目指したい。

#### 6. これまでの発表論文等

(研究代表者は太字、研究分担者には下線)

・**長谷川晃**、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(1)―〈法のクレオール〉の概念をめぐり基礎的考察」(『北大法学論集』58巻3号、244-269頁、2007年)

・松村良之、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(1)―〈権利〉と〈Hak〉という言葉について」(『北大法学論集』58巻3号、271-284頁、2007年)

・今井弘道、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(2)―司法を通しての法形成と法文化の地平の融合」(『北大法学論集』58巻4号、336-357頁、2007年)

・鈴木賢、「中国法の思考様式―グラデーショナル的法文化」(安田・孝忠編『アジア法研究の新たな地平』、成文堂、321-337頁、2006年)

・田口正樹、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(1)―中世後期ドイツの学識法曹」(『北大法学論集』58巻3号、285-305頁、2007年)

・水野浩二、「西洋中世における法的関係の認識と訴権(1)」(『北大法学論集』58巻6号、1-35頁、2008年)

・中村民雄、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(1)―EU法による法主体の多元化」(『北大法学論集』58巻3号、307-334頁、2007年)

・尾崎一郎、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(1)―〈法のクレオール〉を阻むもの」(『北大法学論集』58巻3号、363-375頁、2007年)

・会澤恒、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(2)―憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって」(『北大法学論集』58巻4号、490-453頁、2007年)

・林田清明、「私的空間という装置と法―〈法と文学〉による日本プライバシー前史」(『北大法学論集』57巻5号、241-287頁、2007年)

・桑原朝子、「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ(1)―近世日本における裁判観の形成と変容」(『北大法学論集』58巻3号、335-362頁、2007年)

ホームページ：

<http://www.juris.hokudai.ac.jp/~hasegawa/lcindex.htm>