

平成 22 年 5 月 12 日現在

研究種目：基盤研究(S)

研究期間：2005～2009

課題番号：17103001

研究課題名（和文）〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究

研究課題名（英文）A Study on the Creole and the Agency Formation of Law

研究代表者

長谷川 晃 (HASEGAWA KO)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：90164813

研究成果の概要（和文）：本研究の目的は、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たる〈法のクレオール〉として捉え、その有り様について価値的、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からなる法動態の多次元的作用を示す統合モデルを構想しつつ、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諸要素・条件の動態比較的な理論分析と実証を行うことであった。そして5年間の研究期間の後に、そこでは〈法のクレオール〉の一般的モデルとして、法的主体化～法的変成～法的混合という3つのクレオール過程を一方の軸とし、他方でそれらの過程が人々の解釈的活動主体性という動因によって展開されるという動的な枠組みが析出され、これを基礎として、特に法的変成における価値的次元、行為的次元、および思想=制度的次元（東アジア・西欧・北米・日本）について、それぞれの法的問題状況の相異一すなわち、支配-抵抗関係における法的抑圧状況、侵略-対抗関係における法的圧迫状況、そして拡張-継受関係における法的流入状況一に依じて〈法のクレオール〉のモードが変化することが証示された。

このような成果は、従前の法学研究にはない斬新な動的視点から異なる法体系の間の普遍的な相互影響・形成作用を明らかにするものであり、まもなく論文集『異法融合とその諸相』（仮題）として公刊される運びとなっている。また、この研究過程では、国内外の関連研究者間の研究ネットワークの創出、関連文献資料アーカイブの整備も行われ、国内・国外を通じて新たな研究領域たる〈法クレオール〉論のフォーラムが築かれることとなった。

研究成果の概要（英文）：The research objective of this project was, while grasping a chained formation of legal order in the encounter/permeation/transformation of different legal systems as <the creole of law> which is itself subjective and incessant creation of law, to construct an integrated model of <the creole of law> which can articulate the multi-dimensional interaction of the four dimensions in value, action, institution, and integration for the cooperative dynamics of legal problem-solution, with thereby carrying out active theoretical and experiential analyses of the various historical-institutional cases in East Asia, Western Europe, North America, and Japan which hold certain homology in terms of legal formation. After intensive research for five years, a general model of <the creole of law> was shown as the dynamic framework of legal formation which includes on one hand the three creole processes such as legal subjectivization, legal transformation, and legal amalgamation and on the other hand the development of the human drive of interpretive agency; based on which the change of the mode of legal creole is theoretically and experientially demonstrated as depending the variations of legal problem-contexts such as the oppression from the ruling to the ruled, the pressure from the invading to the invaded, and the flow from the influential to the influenced.

This result attains a novel dynamic viewpoint for researching the universal interactive

process of different legal systems which has been neglected by existing legal scholarship; which is to be shortly published in the book entitled as "The Interaction of Different Laws and Its Aspects". Also in the process of this research, the network of relevant scholars in Japan and other parts of the world has been created and the archive of relevant books and articles been constructed for the new world-wide research forum on the creole of law.

#### 交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2005年度	9,000,000	2,700,000	11,700,000
2006年度	10,800,000	3,240,000	14,040,000
2007年度	12,100,000	3,630,000	15,730,000
2008年度	11,200,000	3,360,000	14,560,000
2009年度	7,600,000	2,280,000	9,880,000
総計	50,700,000	15,210,000	65,910,000

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

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的相互作用を

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った。

#### 3. 研究の方法

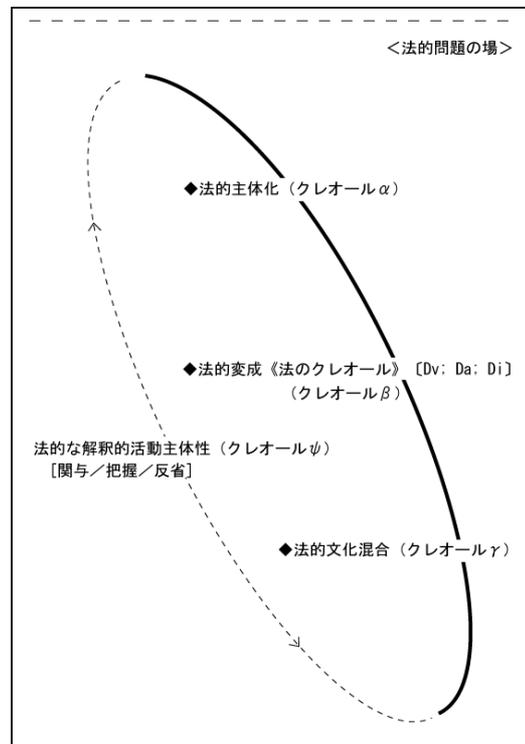
本研究では〈法のクレオール〉の価値的、行為的、思想=制度的（東アジア・西欧・北米・日本）、統合的という4つの問題次元に関して、理論的および実証的な分析と検討を有機的に組み合わせながら、次のような5つのステージに即して研究を進めた。すなわち、[Ⅰ]比較整理—各問題次元に即した文献資料の収集整理と既存研究に対照させた研究の焦点の検討。[Ⅱ]多次的分析—各問題次元における〈法のクレオール〉と主体的法形成の諸条件の分析。[Ⅲ]〈法のクレオール〉と主体的法形成の中間統合モデルの構築。[Ⅳ]中間統合モデルの多面的な展開と彫琢。[Ⅴ]まとめ—〈法のクレオール〉と主体的法形成の統合モデル完成と研究成果公表の準備、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ヴ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た。

#### 4. 研究成果

(1)平成 17 年度から 21 年度まで、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た。まず価値的次元及び行為的次元に関しては、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、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整理・調査、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分析・解明、異なる法体系の導入における翻訳作業の主体的意義と条件や権利概念についてのアジア的理解と欧米的理解との行動・意識上の検討・精査、そして翻訳を軸とする法融合作用の主体的意義と条件や権利意識をめぐるアジア的観念と欧米的観念との相互関連に係る検討・精査等を積み重ねた。これらの理論的探究を通じて、価値解釈による主体的法創造と文化衝突下の法意識形成との並行性が捉えられ、このような動態的視点の開拓は理論的に新たな刺激を与えた。

また、思想=制度的次元に関して、まず東アジアについては、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、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整理・調査、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分析・解明、価値相対主義の主体的理解とその現代的変容や現代中国における裁判規範の柔軟な発展と変化に係る検討・精査、そして東アジアにおける主体的価値参与とその現代的変容や現代中国の政策形成訴訟における裁判規範の進展に係る検討・精査等を積み重ねた。次に西欧については、中世刑事法の変化やローマ法裁判例の変遷、ならびに EU の国家賠償責任法形成に係る整理・調査、中世学識法における解釈者革命やその動態的変容、ならびに EU 法形成における法主体の相互作用に係る整理・調査、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の変容、ならびに EU 法と国際法に亘る法の相互浸透に係る分析・解明、中世中・後期におけるドイツの諸侯法廷を通じたゲルマン法変容やパンデクテンの現代的慣用における規範運用と解釈の特徴、ならびに EU 法における社会保障関連法の発展と拡充に係る検討・精査、そして中世中・後期におけるドイツ学識法曹の活動を通じたゲルマン法変容やパンデクテンの現代的慣用における法源の実務的適合化過程、そして EU 法における諸法の自立化的融合過程の特徴に係る検討・精査等を積み重ねた。さらに北米については、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法源援用実務の整理・調査、マイノリティ主体的変革における法言語的方略や連邦最高裁憲法解釈における国際的法源援用の整理・調査、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分析・解明、法的紛争行動と法の主題化における言語の位置づけと機能や連邦最高裁による外国法参照の歴史的経過に係る検討・精査、そして法的紛争解決における言語の位置とクレオールの普遍的機能や連邦最高裁の基本権保障における外国法参照の論理に係る検討・精査等を積み重ねた。最後に日本については、近代的プライバシー意識生成をめぐる民法と文学の関係や近世日本の物語的法受容の文学的様式の整理・調査、プライバシーをめぐる近代民衆意識の転換と法の関係や江戸期裁判物における法意識形成に係る整理・調査、近代的市場観念による法と社会変化や近世裁判評話集での裁判観の変容に係る分析・解明、日本司法における近代的な法把握への泰西主義の影響や江戸期日本法における中国文芸の影響とその変化に係る検討・精査、そして日本司法における近代的法解釈・適用における泰西主義の意義や江戸期上方都市の家族法における中国文芸の影響と変化に係る検討・精査等を積み重ねた。これらの多角的な実証的探求は、それぞれの問題領域において独自の見地を開くと共に、各思想=制度文脈において異質な文化要素を取り込む〈法のクレオール〉の主体的統合過程を個別に実証した。



以上のような理論的・実証的探求を通じて、〈法のクレオール〉と主体的法形成の統合モデルとその歴史文脈的モード変容が証示された。このような成果は他に類を見ない斬新な視座と法体系の融合的形成に関する全く新しい理論的・実証的知見をもたらして、国内外の研究者の多大な関心を惹起した。

このような実質的成果の他に、さらに以下のような幾つかの実際的成果が得られた。一

(2) プロジェクト研究会を合計 25 回、分担者協同検討会を 8 回、総合シンポジウムを 1 回開いて分担者と国内外の多くの関連研究者の間の研究関心の拡充や相互共有・精練に努め、法学の多くの分野に亘る広範な研究ネットワークを創出した・

(3) 総計 14 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 6 つの関連国際研究プロジェクトに参加して、今後の研究の国際化の下地を作った。

(4) 北大法学研究科において共同講義「比較法文化論」を継続開講し、大学院教育へのフィードバックを確固たるものにした。

(5) プロジェクトを紹介するホームページとアーカイブの整備拡充を行い、今後の研究の展開のベースを整備した。

(6) 分担者の中間報告論考を『北大法学論集』58 巻 3 号・4 号にシリーズ掲載し、また旧制度による平成 19 年度研究中間評価および 20 年度新中間評価において A 評価を得た。

なお、以上の研究の最終成果は、論文集『異法融合とその諸相』(仮題)として、平成 22 年度中に公刊の予定である。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 91 件)

① 水野浩二、「中世学識法訴訟における職権と当事者(1)」(『北大法学論集』60 巻 5 号、1-27 頁、2010 年、査読無)

② Ko Hasegawa, “Incorporating Foreign Legal Ideas through Translation” (A. Halpin et. al., eds., *Theorizing the Global Legal Order*, Hart Publishing, pp. 85-106, 2009, 査読無)

③ Ko Hasegawa, “Between Rights and ‘Kenri’ ” (E. Cashin-Retaine ed., *Legal Engineering and Comparative Law*, Schultess, pp. 87-103, 2009, 査読無)

④ 齋藤哲志、「フランス法における返還請求の諸法理(2)」(『法学協会雑誌』126 巻 5 号、1049-1090 頁、2009 年、査読有)

⑤ 中村民雄、「EU 憲法論の困難・可能性・日本との関連」(憲法理論研究会編、『憲法学の最先端』、敬文堂、3-19 頁、2009 年、査読無)

⑥ 尾崎一郎、「紛争行動と法の主題化」(村山・太田他編、『法社会学の新世代』、有斐閣、45-67 頁、2009 年、査読無)

⑦ 会澤恒、「連邦最高裁による外国法参照の歴史」(『アメリカ法』2009-1 号、142-146 頁、2009 年、査読無)

⑧ 今井弘道、「Authenticity 問題としての価値問題」(『北大法学論集』59 巻 3 号、1-53 頁、2008 年、査読無)

⑨ 鈴木賢、「裁判規範としての国家法と民間社会規範の緊張関係」(孝忠信夫・鈴木賢編、『北東アジアにおける法治の現状と課題』、成文堂、117-139 頁、2008 年、査読無)

⑩ 田口正樹、「中世中期・後期ドイツの諸侯法廷」(『法制史研究』58 号、111-140 頁、2008 年、査読無)

⑪ 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、査読無)

⑫ 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〉の概念をめぐる基礎的考察」(『北大法学論集』58 巻 3 号、244-269 頁、2007 年、査読無)

⑬ 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、査読無)

⑭ 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、査読無)

⑮ 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、査読無)

⑯ 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、査読無)

⑰ 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、査読無)

⑱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、査読無)

⑲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、査読無)

⑳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、査読無)

㉑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、査読無)

[学会発表] (計 11 件)

①今井弘道、「東アジア共同体と法哲学の課題」、湖南大学法学シンポジウム〈法治と人権保障〉、湖南大学、中国 (2010年1月15日)

②鈴木賢、「法院与裁判所之一中国法院的特殊角色分析」、華東理工大学法学院シンポジウム〈転型中国的法律与社会〉、華東理工大学、中国 (2009年12月12日)

③尾崎一郎、「法・文化・近代化」、華東理工大学法学院シンポジウム〈転型中国的法律与社会〉、華東理工大学、中国 (2009年12月12日)

④ Ko Hasegawa, “Approach to Multiple Legal Culture and the Idea of Legal Pluralism”, The 24<sup>th</sup> World Congress of the International Association of Legal and Social Philosophy, Beijing, China (September 17, 2009)

⑤中村民雄、「EU憲法論」、比較法学会、神奈川県 (2009年6月7日)

⑥会澤恒、「基本的権利と外国法・国際法の参照をめぐる論争」、比較法学会、神奈川県 (2009年6月6日)

⑦長谷川晃、「東アジアの多元多層的法文化」、日本法哲学学会ワークショップ〈東アジアの多

元多層的法文化〉、学習院大学 (2008年11月22日)

⑧ Ko Hasegawa, “Incorporating Foreign Legal Ideas through Translation”, <Theorizing the Global Legal Order>, Swansea University School of Law, Wales, UK (May 21, 2008)

[図書] (計 7 件)

①今井弘道、『三木清と丸山真男の間』(風行社、390頁、2006年)

[その他]  
ホームページ等

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

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

長谷川 晃 (HASEGAWA KO)  
北海道大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：90164813

### (2) 研究分担者

松村 良之 (MATSUMURA YOSHIYUKI)  
千葉大学・大学院人文社会科学研究科・教授  
研究者番号：80091502

今井 弘道 (IMAI HIROMICHI)  
北海道大学・名誉教授  
研究者番号：00093188

鈴木 賢 (SUZUKI KEN)  
北海道大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：80226505

田口 正樹 (TAGUCHI MASAKI)  
北海道大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：20206931

水野 浩二 (MIZUNO KOJI)  
北海道大学・大学院法学研究科・准教授  
研究者番号：80399782

齋藤 哲志 (SAITO TETSUSHI)  
北海道大学・大学院法学研究科・准教授  
研究者番号：50401013

中村 民雄 (NAKAMURA TAMIO)  
東京大学・社会科学研究所・教授

研究者番号：90237412

尾崎 一郎 (OZAKI ICHIRO)  
北海道大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：00233510

会澤 恒 (AIZAWA HISASHI)  
北海道大学・大学院法学研究科・准教授  
研究者番号：70322782

林田 清明 (HAYASHIDA SEIMEI)  
北海道大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：50145356

桑原 朝子 (KUWAHARA ASAKO)  
北海道大学・大学院法学研究科・准教授  
研究者番号：10292814