

多元的法体制

千葉 正士

(東京都立大学)

legal pluralismの用法

はい、千葉でございます。最初にlegal pluralismという言葉についてご説明いたします。私が本シンポジウムで与えられました課題は、主題である多元的民族社会を法の側面から考察することです。コーディネーターの大森教授はこれを英語でlegal pluralismとってお示してくださいましたが、legal pluralismという言葉は法学界では大別三つの意味に使われております。

一つは、法は典型的には国家法なのでありますけれども、実は国家法以外にも法というべきものがある、それが国家法と並んで存在しているという意味です。これは言ってみますと広い意味での「法の多元性」ということにあたります。このことは、法学にとってはむしろ自明なこととして前提とされておりますけれども、それではその意味がどうであるか、その多元性を構成する構造は何かというようなことを立ち入って議論する論議はなされておられません。二つ目は、法は道徳・慣習その他の社会規範と不可分に関連しているということです。これは言ってみますと法と社会の関係論というようなことで、法哲学が長い間伝統的に議論しているところであります。

三番目は新しい問題で、「一つの地域に異文化の法が数種類併存」していることをさします。これは、第二次大戦後に第三世界といわれる国々が世界の各地で成立いたしまして国際的地位を確立して参りました後、1970年以降に、非西欧諸国の国家法には伝統的な固有法が中に浸透して制定されている、あるいは国家法の外に別な規範として機能しているという、こういう事態を言うもので

ありました。これを取り扱っていたのは、伝統的な法哲学ではなくして、法社会学・法人類学といわれる戦後の新しい学問で、それがこの現象をlegal pluralismと言っております。このlegal pluralismの問題が、その後大きくなりまして世界の学会では、全世界を通ずる、特に非西欧社会を通ずる理論的な法の問題として大きくなっております。それが今度のこのシンポジウムのテーマの中で取り上げられましたことは、私は大変喜ばしく思っておりますが、この意味のものを私は日本語で「多元的法体制」と訳しております。訳ですからどういふ言葉でもかまわないのですが、私はそのように訳しまして、以後のお話を続けることにいたします。

多元的法体制論の由来

次に、それでは法学界におけるその「多元的法体制論」という研究ないし議論が、どう発展してきたかということ、簡単に概括いたします。

法学の眼で見ますと、フランスの人権宣言とナポレオン民法とによって確立した近代法といわれるものが、19世紀から20世紀にわたって世界に行われることになりました。その基本原理が個人の基本的人権と立憲主義に拠る主権国家の体制です。これを保障する国家法が人類にとって唯一の法であるという理論、ドグマが建てられました。私はこれを「国家法一元論」といっております。そして表では言いませんがこの国家法は実は西欧文化から生まれた西欧法ですので、「西欧法普遍論」でもあります。この性格を持った近代法、近代的国家法を研究する学問が正統の法学ということになり、20世紀中にこの「正統法学」が確立して新しい伝統となりました。もちろんこの正統法学に対して、異論を呈するものがないわけではありませんでした。たとえば、19世紀中にはイギリスのメインや、ドイツのサヴィニーの名前で知られております歴史法学とか、あるいはドイツの法学者のポストとかコーラーなどが唱えました民族法学といわれるようなものがありました。20世紀になりますとさらにドイツのエールリッヒが生ける法と法社会学を唱えましたし、マリノフスキーは未開法を強調して

法人類学を生みました。そういういわば異端の法の法学が生まれたのですが、大勢は正統法学を崩すまでには至りませんでした。

それが20世紀も進んで参りますと、特にその後半頃から大きな変化が出て参ります。その変化を与えた要因の一つは、社会主義法及び社会主義法学でした。これが生まれたのはロシアにおいて共産主義革命の後だったのですが、これはまさしく正統法学に対する正面からの挑戦だったので、正統法学は、これを徹底的に排除し弾圧することにしました。むしろ無視いたしました。しかし無視している間にいつの間にかそれが世界に浸透いたしまして、第二次世界大戦後には世界の多くの国で社会主義国が生まれ、それから西欧諸国にも社会主義政党が生まれるようになりました。そこで正統法学は、その社会主義法学の言うところの法を、若干取り入れざるを得なくなりました。取り入れた結果が、例えば労働とか福祉に関する権利ですね。これは実はそういう意味で、社会主義法学の影響の結果でありました。

それからもう一つの要因は、戦後に植民地から独立した、第三世界の国々でありました。これらの新興国は、当然もとの宗主国の国家法をモデルとして、新しい自分の国家法を制定しました。そして、最初のうちは新国家法によって伝統的な古い固有法を全部統合すると思っておりましたが、あにはからんや、しばらく経ちますと、統合しきることのできない事情がわかって参りました。新しい新興国家の国家法はむしろ伝統的な固有法によって様々に侵食され、あるいは効力が覆されているという事実が分かって参りました。そこでそのような事実が気が付きますと、西欧の学問も、一部の者、特に政治学とか比較法学とか法哲学といわれる学問をしている者はこの現象に注目しまして、非西欧は「法文化」がどうも西欧と違うのではないかというようなことを言い出しました。そしてそれでは異なる法文化に対して適用されるべき現代の正統法学は、どこか不足があるのではないかということで、法学に対する批判が起こって参りました。これが70年代頃から「批判法学 (critical legal studies)」としてアメリカやイギリスで大きくなって参りました。

では批判されるべきものは何かと探しているうちに、次第次第に焦点が明らかになって参りました。それは要するに正統法学が金科玉条としておりました近代性あるいは近代主義、それこそが批判されるべき焦点であるということが分って参りましたので、そうなりましてからは焦点が「ポストモダン法学 (post-modern jurisprudence)」という考え方に変わって参りました。1990年頃のことであります。ところがそのようなことを言っている西欧の学者たちの実際の問題は何かと言いますと、いろいろありますが主なものは、一つは女性の問題です。女性は、今まで保護されるべきものとして特殊な権利を与えられておりましたが、むしろ男性と対等な権利を享受すべきである、それではそれはどういう権利か、という問題。もう一つはみなさんご承知の通り、生命の権利です。一方では、人間が生まれるまでに、受胎中はもちろん、まだ精子卵子の段階からいろいろな操作ができるようになりまして、その権利の問題。他方では、死ぬときには脳死等に絡まる問題等があり、あわせて生命の権利の問題です。これらがポストモダン法学の主な問題です。そういうわけでポストモダン法学とよばれる新傾向の法学は、実はまだ西欧社会と西欧法学の問題に関わっておりまして、非西欧法の問題にはほとんど関心を向けておりません。

多元的法体制論の内容

それに代わるように非西欧法の問題を扱っているのが「多元的法体制論」であります。これはまだ十分に展開したとはいえませんが、いくつかの代表的な本をあげることができます。まず1972年にベルギーのジョン・ジリサーンという人が一書を編集しまして、そこで初めて『多元的法体制』という書名を掲げました。それから75年になりますと、イギリスの M・B・フーカーという、これは場合によって覚えておいていただいてもいい名前ですが、この人がイギリス法を中心として、フランス法やドイツ法などの西欧法が世界の各植民地にどう行われ、それが現地ではどのように固有法と衝突あるいは調和しているかということを書きました。これは大変な力作でありました。しかしこれはイギリス人

から見た旧植民地の問題ですが、その後1986年にはオーストラリアのピーター・サック という人が、オセアニアについて従来の学界では非常に情報のなかったことをとりまぜこれを主として、同じく多元的法体制を論じました。そしてなお付け加えますと、私も89年に論文を集めまして、そのころ特殊だといわれた日本が、むしろ非西欧諸国の一事例だからそこに非西政法一般を見るべきだ、というような主旨を提出いたしました。こういうわけで、非西欧の法学を担当する法学は現在では多元的法体制論だと言ってよろしいかと思えます。

実はもう一つ、非西欧の法には、「第三世界法学」というものが生まれております。これは第三世界を研究する法学者の中で、それぞれの国家法は西欧の国家法とは実は違う、そしてその違う状態を明らかにしなければならないといって集まって作った学会で、国際的に活動しておりますが、この問題はあくまでも国家法だけでありまして、国家内の伝統的固有法のことについては特別な関心を持ちません。よって、ここでは論外になります。さらにもう一つ、法の多文化主義 (multiculturalism) を主張する学者たちもおりますが、問題は西欧国家内部の少数民族あるいは移民・難民で、非西欧圏へはまだ及んでいませんので、同様にここでは省略いたします。

その次に、多元的法体制論は、どういうことを議論しているのかということをお申します。まず現在の多元的法体制論が考えている、その多元とは何かと言いますと、これは二重構造と言っていいものです。つまり非西欧における新興国家が西欧から移植した国家法で国内統治を行なおうとするのですが、実は伝統的な固有法が存在していて、この二つのものが西欧人にはわからないような形で、奇妙な調和あるいは対立をしているということ、この二重構造を多元的法体制と言っておりましたわけです。従って彼らの研究は主に、第三世界における諸国家の国家法とその下にある固有法、例えば部族法であるとか宗教法であるとかあるいは特殊な地方慣習であるとか、そういった国内諸法が制度として、つまり伝統的制度としてどうかという制度面の考察に迫られております。その点ではこのような新しい問題を発見したことに対して、私は大きな功績で

あったと評価することにやぶさかではありません。

しかし実際にはその多元的法体制は大変に複雑です。たとえば、アメリカ、カナダ、オーストラリア、インド、中国などはそうですが、国内の各少数民族を一個の法的な団体として憲法上認めております。またムスリム諸国では、国家法すなわち西欧的国家法を持っておりますが、実際とその観念においては、イスラーム法の方がもっと大きな基礎になっております。それからオセアニアの諸国では、それまでの政治的な西欧の影響が少なかったせいか固有の慣習を多分に残しておりまして、それをそのまま憲法に採用している例が非常に多々あり、したがって明らかに近代的な国家法の原則とは矛盾するものが、平然と憲法の中に入っているというようなことがございます。そういった二重構造でも、その実体を綿密に調査してそれを正確に報告した上でないと簡単には言えないわけですから、これが今後の課題として残っております。それに私に加えたいと思っているのは、その二重構造にも問題が三つあることです。

多元的法体制論の問題点

一つは、「民衆の主体的観点を顧慮せよ」ということであります。法学では民衆を受範者すなわち規範を受けとる人と言っております。受範者は、たとえば国家法一元論の場合には法といえば国の法律だけですから、一定の場合に自分がどういう行動をすべきかということを決定するには国家法だけに従えばいいので、法の面から言えばその他のことを考える必要がない。ところが多元制の場合においては、法として守っていい基準が二つあるいは二つ以上あるわけですから、当然そこで選択の問題が起ります。この選択は、多元制が社会的に公認されたものである以上、当然個人の権利として自由です。選択では当然いい方を選択します。それはいいのですが、今度は、選択されないで拒否された方の権威、社会的権威あるいはその法元である政治的権威からすると、自分の法を排除した反逆者になります。多元制のもとでは、しばしば受範者にとってはそのような利益あるいは喜びと、他方ではそのゆえに受ける圧迫あるいは

排除という相反する問題が実は盛んに起こってきております。

例えば最近の報告によりますと、パプアニューギニアの山地民族が村の固有法に従って、村に禍をもたらす呪術師を排除した、つまり殺してしまったら、今度は国の刑法によって犯罪として起訴された。一番の裁判では幸い、部族出身の裁判官が固有法を適用したことによって無罪になったのだけれども、最高裁判所では国の刑法で有罪になったという例があります。あるいは、インドのある村で、まもなく結婚しようとする娘の不倫が発覚しまして破談になりましたら、世間ではコレラにかかって死んでしまったと言われている。実際調べてみたら、実はブラーマンの父親が殺したのですね。そのような娘を生かしておくことは、ブラーマンの名誉に反しますし、それから彼女自身次に生まれ変わる場合に大きな不幸になりますので、親は二つの禍を避けるために娘を殺した。これはヒンドゥー法に従うところの、ヒンドゥー法で公認されているやり方ですね。それを、土地の人も警察も平然と認めていた。このような例が沢山あります。こういったことこそ多元的法体制の主体すなわち受範者に起こる問題ですから、それをもっともっと調べたいということ、これがまず一つです。

もう一つは、多元的法体制といっても、一般に言われておりますのは、国家法と部族法などに矛盾がありましても何とか平和的にうまく折り合っている例であります。しかし、実は折り合うことができなくて激しい対立が続き、対立が時には戦闘行為にまで至る、ということがあります。スリランカにおける二つの部族の対立、これも単に国家対タミル族の対立というのではない。抵抗するタミル族には一つの立派な組織があり、その組織は彼らの中の法をもって、組織を固め財源と武器を用意して戦っている。私はそこに固有法があると見るべきだと思っております。世界では独立を準備するために革命組織を作る、現に革命のための内戦をしているところもあります。それから中国や朝鮮の両国のように分裂国家と言われているものがありますが、これらも多元制です。そういうように、「対立闘争中あるいは分裂中の多元制」もある。それが本当の多元制と言ってよいかどうかには検討の余地がありますけれども、それだけにそ

ういう実体を調べ、この多元制という概念をどう使うかをもっともっと整備しなければならぬと思います。

そしてもう一つ問題は、仮に国家法と国内諸法との二重構造だとしましても、我々の実際生活を考えてみますと、そこにもう一つ国家を超えるいわば「超国家法」と言うべき国際的な法が働いていることにすぐ気づきます。今ラドケさんがスーパーステイトとおっしゃいました広域の法がありますし、また世界全体に通ずる世界法もあります。ですから超国家法といっても広い狭いがありますけれども、とにかく今まで絶対であった国家法の上に在る法を認めざるをえません。それが在るからこそ我々の生活があります。現在我々はそういう超国家法があることによって、外国から入ってきたものを着、食べ、物を用い、そして電信電話、Eメールまで使って現在の生活をしているわけですが、そういうことをさせる規範である超国家法をも、また考えなければいけない。そこで私は、多元的法体制とは大別しますと、国内諸法、国家法、それから超国家法のいわば「三重構造」の相互の絡まり合いをこれから綿密に調査すべきだというふうに考えているわけでありませぬ。

多元的法体制の概念と考察方法

それから次に、多元的法体制の概念規定ですが、論者はいろいろなことを言っております。多元的法体制とはこういうものと定義しておりますが、その中で比較的使われているものだけ紹介いたします。アメリカの法社会学者のローレンス・フリードマンという人は、「一政治社会における異なった法体系あるいは法文化の存在」という定義を多元的法体制に与えておまして、これが比較的多くの人によって使われております。そのうち国家法は明確なのですが、それと異なった法を持っている社会は何かと探しますと、社会学者はこういったことにはあまり知識がありませんので、人類学者の調査に待つことになります。人類学者の中でも、国内の社会組織で法と言うべきものを持つと認めている人は多数おりますが、その中でも、サリー・フォーク・ムーアの言っていること

が、法学者によっても比較的よく使われております。それは、英語で申しますと semi-autonomous social field、日本語では「準自治的社会集団」とでも言ったらいいでしょうか、つまりそういう法と国家法が二重だというわけですね。ここまでが多元的法体制論の現状だということができます。

そこまで西欧の学者が非西欧の法の問題を見てきたのは大変結構なことではあるのですが、物足りないのは、それではその多元的法体制をどのように観察し、分析するかというその方法がない、つまりそれを観察分析する道具概念がない。彼らは、現代法学の持っている基礎概念であるところの国家とか主権とか裁判とか権利義務とか犯罪などといった現代国家法上の概念を使って、それで非西欧法を見ます。それらの概念に合うものがあれば法が非西欧にもあると言うし、それに適合しなければ非西欧には法がないと言うことになってしまうのです。そこで非西欧法の実体を正確に把握できるところの道具概念が必要です。典型的な例があります。アフリカのジンバブエで、英語で呪術と言うところの犯罪が起きました。ある人が、犯罪となる呪術を行使したということで、裁判にかけられました。ところが現地の予審官が調べてみたところ、呪術の現地語には14の意味がありまして、その14の意味の中の二つか三つくらいは英語の犯罪的な呪術に当たるけれども、それ以外のものはそれほど犯罪的なことではない。そして実際に本人の言った言葉は犯罪にあたらぬ方だということを見つけまして、それで彼女を無事無罪にしたという話がありました。そこでそのような状況を正確に把握できる道具概念を作ることが必要です。この試みは今の学界にはありません。私はやはり非西欧の立場からそういうものが欲しいと思って、自分で作ってみました。それは注のところに書いてございます。これはまだ未完成ですけれども、こういうようなものをこれから整備したいということを私は申し上げたいと思います。

それから法文化論との関係を付け加えます。前にも一寸申しましたが、実は非西欧の法を扱う際に「法文化」という問題意識がありまして、法哲学や比較法学などで使われております。この法文化と多元的法体制という二つの議論は、

両方とも非西欧法を扱っているにもかかわらず互いに無関係のままなのです。これは見るところが違いますから無関係でもいいという議論もあるでしょうが、しかし非西欧法を扱うという意味では、二つのアプローチの共通点と相違点とを明らかにしておく必要が双方にあると、私は思っております。

おわりに

そして最後に、このシンポジウムでは、多元的社会的対立と協調を問題としますので、これについて私の言いたいことを、一言だけを申し上げて終わることにいたします。多元的法体制と人間との関係についてです。人類社会の法は、古今東西すべて多元的法体制だから、これを無視してはならず、その実状を正確に認識し、その多元制を有効に活用する必要があるということが一つ。現代の非西欧諸民族は、自己の法文化に誇りを持って他に主張してもいい、そういう資格を一方で持ちますが、同時に他の法文化を尊重し、自分に対する批判に耳を傾けて、自己の改善進歩をはかる責任、そういう資格と責任の両方があることが二つ。それから最後に、西欧諸民族は、人類の多元的法体制、特に非西欧諸民族の歴史から来る現状を同情を持って十分に理解し、両文化共存の理想を目指して、その具体的な方途を開拓するのに努力して欲しいと、そういうことでございます。

注

法の道具概念として、まず3ダイコトミー、すなわち、1：公式法（国家法とその公認する非国家法）対 非公式法（公式法ではないが公式法を明確に補充・変改する法）。2：固有法（一法主体の伝統文化に起源する法）対 移植法（他の法主体から移植された法）[法主体は多様な法の持主である社会組織]。3：法規則（定式化された個々の規則）対 法前提（法規則を正当化あるいは修正する価値原理）。

ついでアイデンティティ法原理（各ダイコトミーの組み合わせと3ダイコトミー全体の組み合わせを選別・決定する最終原理）。