
比較法学者たちの饗宴(4)

——新たなアプローチ——

貝 瀬 幸 雄

It is tempting to suggest that comparative law has become either useless or universal. Either we no longer need it [because globalization is anathema] or it has become universal [we are all comparatists now]. We can easily recognize that both claims are false, and that it would therefore be dangerous to replace comparative law with something else, be it transnational law, global law, legal pluralism, new governance, or the like. Between parochial nationalism and totalizing uniformism, comparative law maintains its important role of distinction and connection, of creating both proximity and distance, of allowing the other to be other and yet reach out to it. Comparative law is dead? Long live comparative law!

——Ralf Michaels, *Transnationalizing Comparative Law*, 23 *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* 352, 358 (2016)

「もちろん今日では国際化の進展のため、どの国でも比較法の役立つ面があることはいうまでもありません。しかしそれを超えて、比較法プロパーの領域まで進出する必要があるかと問われれば、たしかに疑問の余地があります。……しかし、これからは日本の比較法学者でなければやれない仕事も沢山あると思います。一つは、世界の法系の中における日本法の位置づけです。……つぎが、アジア法です。日本はアジアの一環です。アジア法について関心が高くて当然ですが、現実はそうではありません。……これからは、日本の法学者の関心をもっと多様になることを期待しています」。

——『ある比較法学者の歩いた道——五十嵐清先生に聞く』(2015年) 149-151 頁

「1827年1月31日 水曜日

ゲーテのところで食事。『このごろ、君と会わなくなってから』と彼は言った、『たくさんいろんな本を読んだよ。とりわけ支那の小説をね。まだ読みかけだが、非常に注目すべき作品のようだね』——『支那の小説ですか?』と私はいった。『それならきっと、とても変っているでしょうね』——『思ったほど、そんなに变ってはいない』とゲーテはいった、『人間の考え方やふるまい方や感じ方は、われわれとほとんど変らないから、すぐにもう自分も彼らと同じ人間だということが感じられてくる。ただちがう点は、彼らの間では、すべてがいっそう明快で、清潔で、道徳的にいっていることだ。彼らの間では、すべてが、理性的、市民的であり、はげしい情熱とか詩的高揚は見あたらない』。……『われわれドイツ人は、われわれ自身の環境のようなせまい視野をぬけ出さないならば、ともするとペダンティックなうぬぼれにおち入りがちとなるだろう。だから、私は好んで他国民の書を渉獵しているし、誰にでもそうするようにすすめているわけさ。国民文学というのは、今日では、あまり大して意味がない、世界文学の時代がはじまっているのだ。だから、みんながこの時代を促進させるよう努力しなければだめさ。しかし、このように外国文学を尊重する際にも、特殊なものに執着して、それを模範的なものと思いこんだりしてはいけないのだ』。

——エッカーマン (山下肇訳) 『ゲーテとの対話』——

目 次

1. 比較法方法論の多元性 (methodological pluralism) について
2. グローバルな法多元主義——メンスキーの《グローバル比較法論》を中心に——
3. 比較法と宗教 (法)
4. サッコのサブ・サハラ法伝統論 (The sub-Saharan legal tradition) とアフリカ慣習法論
5. ルスコラの東アジア法伝統論と「法的オリエンタリズム」論
6. 結 語

1. 比較法方法論の多元性 (methodological pluralism) について

(1) 本稿は、すでに発表した「比較法の方法」論および「法系・法族・法伝統」論(とりわけ、混合法論)を補完ないし批判する新たなアプローチとして、方法論の多元主義、法的多元主義(グローバル比較法)、法的オリエンタリズムなどを検討するものである。

コンスタンティネスコやミカエルズの労作を素材に、伝統的な機能的比較法を解説してきたが、比較法と法社会学・法文化論・法史学との交流を指摘した「比較法の意義」の叙述から明らかなように、比較研究のためのアプローチはきわめて多彩である。そうした方法論の多元性を力説する若干の論稿をまず取り上げ(いずれの論者も比較法の概説書を執筆している)、次いでポストモダンイズム比較法論を中心に各アプローチの整理と位置づけをこころみたジームスのテキストブック、方法論の多元主義の氾濫に対して警鐘を鳴らした Oderkerk の研究を紹介する。

2003年に発表した論稿「機能主義からの訣別あるいは方法論的寛容さ」において、フサは「21世紀の比較法の方法論は、必然的に多^{ブルーリスティック}元的とならざるをえず、共通のフレームワークないしパラダイムを欠いている」と評した。すなわち、「法移植とグローバリゼーションの黄金時代」においては、「比較法は、法的帝国主義ないし西洋法文化の隠れた自民族中心主義プロジェクト(a hidden ethnocentric project)ではなく、法的理解・コミュニケーションの^{インストルメント}手段となるべきである。相違ないし『他者性』(otherness)が高く評価され、画一化(uniformization)は主要な敵である」とするピエール・ルグランらの新たな批判的アプローチが提唱されており、法の“contextual and cultural background”に対する無関心はもはや許されない。機能主義が中立的な性質のものではなく、その可能性が限られていること(ルールと制度の研究には適するが、法文化の研究には他のアプローチの方がすぐれる)を認めるならば、発達した法システムの分析には、機能主義が「合理的で堅固な分析の基礎」となる¹⁾。フサは、中立的フレームワーク、類似の推定、因果的説明(causal explana-

tions) に依存しない「穏健な機能的比較法」(moderate functional comparative law) を支持するが、比較法学者自身の知的関心に合ったもっとも有効なフレームワークを用いて多様な問題にアプローチすることが最上である(研究方法の選択に決定的役割を果すのは、知的好奇心である)と主張している(一種の道具主義[instrumentalism])²⁾。

フサのテキストブック『比較法新入門』(2015年)も、比較法方法論を扱った「比較における基本戦略」と題する章で、機能的アプローチは唯一の比較方法ではなく、民族学的アプローチやその他の質的ないし量的方法論を排除するものではないと論じ、批判的アプローチの例として、ピエル・ルグランの法的メンタリティの探求を説く深いレベルの比較法と、ポストコロニアルの方法論(postcolonial methodology)としてのティーム・ルスコラ(Teemu Ruskola)の「法的オリエンタリズム」(Legal Orientalism)とを挙げている。ルスコラの見解については、章を改めてやや詳しく分析したい(ルスコラは、機能主義は、①各社会が共有する普遍的問題の存在を前提とするが、そのような問題の存否は自明ではない、②法的手段によって解決されるべき問題とそれ以外の手段により解決されるべき問題とを暗黙のうちに区別している、③自国の法カテゴリーを外国法文化に投影してその普遍性を確認する「認識論的帝国主義」に陥りかねない、と批判している)³⁾。

マティアス・ジームス(Mathias Siems)⁴⁾は、論稿「比較法の終焉」(2007年)において、「本論文は、21世紀の初頭において、比較法の崩壊、いやそれどころか比較法の『終焉』に遭遇している、ということを提言する。21世紀

1) 以上は、Husa, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, 67 *RabelsZ.* 419, 446 (2003). このほか、idem, *Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?*, 2006 *R. I. D. C.* 1095 (2006); idem, *The Method is Dead, Long Live the Methods—European Polynomia and Pluralist Methodology*, 5 *Legisprudence* (2011) 249.

2) Id., 67 *RabelsZ.* 419, 443, 446.

3) Husa, *A New Introduction to Comparative Law* (2015) 124-125, 135-140. ルスコラの見解は、Ruskola, *infra* note 156, 32-33.

4) マティアス・ジームスについては、貝瀬「比較法学者たちの饗宴(3)」立教法務研究 8号 192頁・注170) (2015年)。

を『比較法の時代』であるとする主張に対し、ペシミズムを生ぜしめる少なくとも4つの流れがある。すなわち、『比較法の無視』(disregard), 『比較法は複雑すぎるとの批判』(complexity), 『比較法は単純すぎるとの批判』(simplicity), 『的外れであるとする批判』(irrelevance)がそれである。……本論文は、故意に論争的に書かれているが、今後は自国の法制のみに関心を寄せるべきであると説いているのではなく、むしろ反対である」と述べる。ジームスは、「比較法研究の目的、研究者の個人的な好みと専門的知識に応じて異なったアプローチがありうる。……そのためにまた、比較法に対するアプローチの多様さに寛容でいられるのである。もちろん、これらの異なるアプローチの交換と融合は可能である。……これらのアプローチを依然として比較法と呼ぶかどうかは、実はどうでもよい。パトリック・グレンは、彼の『世界の諸法伝統』の表題や序文に『比較法』という用語を入れる必要を感じなかったのである」としめくくる⁵⁾。

ミカエルズやフサの他にも、混合法論を主導したエリュージュやパーマー、『世界の諸法伝統』によって伝統的法族論を静態的分類学として厳しく批判したグレンも方法論的多元主義を支持し、たとえばグレンは論稿「方法に抗して?」(2014年)では、「比較法の単一の方法は存在せず、変化する目的と方法が存在する。諸法の比較は、他者の経験から学ぼうという法律家の意欲を肯定するものとして、多様な形で絶えず存在してきたのであるから、これは健全な現象なのである」と述べている。ただしグレンは、ハード・サイエンスからの影響や比較法学の自律性(autonomous character)との関係から、現代では比較法方法論に没頭する傾向が盛んであるが、これは「どんな方法でもよい」という趣旨ではなく、いわゆる「深い」比較法(ヴァン・フック)には、議論と証明の書かれざる原則(unwritten principles of argumentation and proof)が暗黙のうちに含まれていることが多い、と指摘している⁶⁾。

以上の論者によれば、法システムの発達の度合い、比較法学者の知的関心(好奇心)、研究者の個人的な好みと専門的知識、比較法研究の目的に応じて、

5) Siems, The End of Comparative Law, 2 JCL 133, 148 (2007).

もっとも有効適切なアプローチが選択されればよいのだが(多様なアプローチの「交換と融合」は可能である)、どんな方法でもかまわないのではなく、「深いレベルでの」比較法にも暗黙の議論と証明の原則が存在する(グレン)、ということになる。論者の1人であるジームスは、新たなアプローチについて明快な整理と評価をこころみているので、項を改めてジームスの分析を辿ってゆこう。なお、方法論的多元主義を採るフサもジームスも、伝統的な機能的比較法から出発しており、^{リーガル・ブルーリズム}法多元主義を比較法学の主流に位置づけようとする(後述の)メンスキーの立論とは前提が異なる。ジームスは、「深いレベル」の比較法の1つのヴァリエーションとして^{リーガル・ブルーリズム}法多元主義を評価しているにとどまるのである。

(2) ジームスの著書『比較法』(2014年)は、比較法の方法を中心とするテキストブックである。ここでも、「比較法は多様な目的に役立ちうるので、方法の多元性(a plurality of methods)は実り豊かな方法で活用できるといえよう。しかしながら、以下に示すように、比較研究の学際的特質に特に重点が置かれる」という⁷⁾。ジームスは、伝統的比較法のコアな要素として機能主義と普遍主義(universalism)を挙げ(その例として、ツヴァイゲルト/ケッツの「類似的推定」[praesumptio similitudinis]、シュレージンガーの「共通の核心」プロジェクトに言及⁸⁾)、伝統的比較法学のリーガリズムと理論中心主義(doctrinalism)に反対する点で共通の、「比較法の方法を拡大する」(extending the methods of comparative law)アプローチとして、①ポストモダン比較法、②社会法学的

6) 以上は、Glenn, Against Method?, in: Maurice Adams/Dirk Heirbaut (eds.), The Method and Culture of Comparative Law, Essays in Honour of Mark Van Hoecke (2014) 177, 188. その他の方法論的多元主義の論者については、Oderkerk, The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research, Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law, 79 RabelsZ. 589 (2015), 593-595. ミカエルズの見解は、貝瀬「比較法学者たちの饗宴(2)」立教法務研究5号(2012年)136頁以下を参照されたい。

7) Siems, Comparative Law (2014) 6-7. その書評として、Michael Bogdan, 79 RabelsZ. 213 (2015); Suk, 64 Am. J. Comp. L. 512 (2016).

8) Id., 25, 30, 31. なお、ジームスは野田良之の「根元法」(protodroit)理論に言及している(Id., 29)。

(socio-legal) 比較法, ③数量的 (numerical) 比較法を検討する。ただし, これらの新しいアプローチは貴重であるが, 伝統的比較法をすべて放棄すべきではないと, ジームスは再度強調している⁹⁾。

(i) ここでは, 学説史としてもっとも充実している第1のポストモダン比較法の叙述を検討しよう。ジームスによれば, ①ポストモダニズムとは, 20世紀半ばに始まる機能主義の排除, ローカルな説話の流行, 多元性・間主観性 (intersubjectivity)・経験・ヘルメノイティクス・^{ハイブリディティ}雑種性の重視といった文化研究と結びついた潮流の総称である。②ポストモダニズムは, 推論 (reasoning)・言語・判断は, 不可避かつ共通の尺度では計りがたい認識論的・言語的・文化的・道徳的フレームワークで決定される, という前提から出発する。③ポストモダン比較法学者は, 一見類似している言語と概念が法システムごとに異なった意味を有すること (「差異」) に一般に関心があり, それゆえ比較法の主たる目的は法システム間の共通分母の発見ではなく, その複雑さを理解するところにある。また, 研究者のアイデンティティと自己認識 (self-knowledge) が外国法の理解 (類似と差異の判断) を決定し, 伝統的比較法の中立性の仮定は排除される。このようにジームスは分析する。彼はポストモダン比較法——機能主義の排斥, 一般化よりもローカルな特殊性の尊重, 法における文化の役割・多元主義・主観性 (subjectivity) の重視——を, 「深いレベル」 (deep-level) の比較法と「批判的」比較法とに大別する¹⁰⁾。

(ii) まず, 「深いレベル」の比較法は, 伝統的比較方法では差異と類似について浅い理解しか得られないとするもので, 法理学的な概念を考察するアプローチ (law as reflecting jurisprudential concepts), 法は文化に組み込まれているとするアプローチ (law as embedded in culture), 外国法システムへの浸礼・没頭を要求するアプローチ (law as requiring immersion), 法的多元主義のアプローチ (law as legal pluralism) の4つがある (若干重複することもある)。

第1の, 法理学としての比較法 (比較法理学) のアプローチは, たとえばウィリアム・イーワルド (William Ewald) が説くように, 内側から法システムの

9) Id., 95-96.

10) Id., 97-98.

「認識構造」(cognitive structure)を理解することを主眼とするもので、ドイツ債権法に関心がある比較法学者は、そのローマ的起源から出発するとともに、ドイツおよびヨーロッパ特有の知的コンテクスト(背景)を理解しなければならない(あるいは、サヴィニーらの法思想を理解するには、カント、ヘルダーの研究も必要である)、という。これらの論者は法システム間の差異を説明するのに概念的アプローチ(conceptual approach)を用いる点で共通しており、さらに進んで、すべての法システムに共通の構造・概念・普遍的文法を特定するトランスナショナルな理論をめざすが、伝統的比較法学者との違いは、法文の分析(a black-letter analysis of the law)から出発してより法理学的な概念に移行するか、それとも最初から法理学的アプローチを採用するかといった形式的なそれであるように思われる、とジームスは分析する。ただし、この差異は重要であるとも考えることも可能であり、法的ルール単なる記述——伝統的比較法学の文献ではここに全力が注がれ、説明・解釈の部分が付け足しにすぎなくなっていることが多い——を減らすアプローチも必要かもしれない、と注記している¹¹⁾。

第2の、文化としての法(law-as-culture)のアプローチについては、①1950年代から、人文社会科学は物質主義(唯物論)・普遍主義・イデオロギーから文化拘束的アプローチ(culture-bound approaches)への移行を経験し、その影響は法学にも及んで、ポストモダン比較法学者は、法は特定の機能を果す単なる技術的な道具ではなく、文化の一部であるとの見解を採用するようになった、②ベルンハルト・グロスフェルト(Bernhard Grossfeld)は、法と文化の相互作用が法システム間の相異を形成するとし、比較法学者は歴史・地理・哲学・イデオロギーなどの所与の「見えざる力」(invisible powers)も考慮すべきであると論じた、③そのほかにも、④法に関連するプロットを含む文学や映画の比較研究は、比較法学者にとって啓発的である、⑤法と宗教的伝統との関連性も言及されてきた、⑥若干の法システムにおいては、文化的観点がとくに重要となる(イスラエル法は、ユダヤ人の文化とアイデンティティを形成するための闘争

11) Id., 99-101.

の反映である、ロシアにおいて契約への反感が根強いのは、個人主義・合理主義・ヒューマニズムなどの西欧文化の諸要素が十分に継受されなかったことと関連している、伝統的社会のルールを理解するには文化的・人類学的パースペクティブが必要である)、㊦とりわけ刑法・刑事訴訟法では、比較法における文化的アプローチが活用される(ローレンス・ローゼン〔Lawrence Rosen〕による西欧とイスラムの刑事裁判の比較)、とジームスは整理する。以上のアプローチはきわめてもっともらしく聞こえるが、その実現可能性に問題があり、各法システムの世界文化全体に限なく通ずるのは実際上困難であるし、より根本的には、一国の法と文化を「矛盾なく組み立てられた総体」、「密閉された不変の実体」ととらえる危険が生ずる(文化が異っていても類似した法を有することも、その逆もありうる)。比較法学者は、特定の法問題において文化的ファクターが果たす正確な役割につきオープンでなければならない(should be open)、このようにジームスは結論づける¹²⁾。単なる説明目的(実証的アプローチ)を超えて、文化的局面が規範的に用いられることがあり、法は独自の各国文化の中に埋め込まれているから、法システム間の相違は架橋不能である(unbridgeable)、ただし差異への尊重・寛容・理解を育み、多文化社会(multicultural societies)におけるコミュニケーションがより豊かになる、と説かれるが(規範的アプローチ)、ジームスによれば、このようなアプローチは文化的相対主義に陥る危険がある(たとえば、理解に値しない独裁的な内容の法まで外国文化の一部として取り込まれる)。逆に、特定の法モデルに対し異議を申し立てる目的で「文化としての法」という観点を利用できるかは、議論がある。メアリー・アン・グレンドン(Mary Ann Glendon)は、“law as storytelling”という——政治的左翼とラディカルフェミニズムが開発した——法概念を採用して(法は法的ルールであるのみならず、“attitudes and behaviours”についてのストーリーを語るものでもある)、外国の経験が自国の“attitudes and behaviours”の欠陥を示している場合には、比較法は教育学的主張(pedagogical claim)を行うものである、と指摘した(過度にリベラルなアメリカ妊娠中絶法について)¹³⁾。

12) Id., 101-103.

13) Id., 104-105.

第3の、外国法システムへの浸礼・没頭を求めるアプローチは、①法を単に何らかの機能を果す存在としてとらえない点で既述の第2のアプローチと共通するけれども、既定の（pre-defined）文化概念から出発しない点が長所である、②このようなアプローチの例として、㊦「解釈的方法」（interpretive method）を説くリチャード・ハイランド（Richard Hyland）の贈与法研究、④「浸礼・没頭」の語を明示的に用いて、法システムに対しインサイダーの視点を採ることを要求するジョン・ベルの一連の研究、㊧自国の法文化は外国法の解釈に必然的に影響するから、「トータルな浸礼・没頭」は不可能であるが、アウトサイダーとしての比較法学者はインサイダーの観点を理解することを目指すべきであって、そのためには想像行為（acts of imagination）を必要とするというヴィヴィアン・グロスウォルド・カーランの「文化的浸礼」論などがある。ジームスは、これらの論者が機能主義の限界を強調するのは重要であるものの、比較法研究の特別な道具として「浸礼・没頭」は必要ではなく、あらゆる法学研究の一般的ガイダンス（general guidance）として有用であるにとどまる、と評価している¹⁴⁾。

第4の、法多元主義のアプローチについては、①これは、深いレヴェルのポストモダン比較法の重要な特色で、文化的・社会的・構造的・政治的・社会経済的多元主義を扱う他の学問分野での研究成果を反映している、②その正確な定義は難しいが、「法秩序ないし単一のルールは、古くからの伝統、宗教、人々の意志、国家間の合意のような多様な正当化の源泉（sources of legitimacy）に根拠を有することがありうる。同一の社会領域におけるそのような法形式の共存は一般的に『法多元主義』と呼ばれる」（フランツ・フォン・ベンダ＝ベックマン [Franz von Benda-Beckmann]）と要約するのが代表的である（法多元主義者は、国家のみが法を創造できるとするのは「神話」にすぎない、社会秩序の規範性の根拠は多様である、という）、③法多元主義の典型例として、発展途上国の部族共同体のように慣習法が重要な役割を果す場所を挙げることができる、④西欧法システムにも多元主義は遍在する、と法多元主義者は強調する（各国

14) Id., 105-106.

法システム, EU, ヨーロッパ人権条約の規範秩序が競合していることから, 法多元主義の再生といわれる), と整理する。ジームスは, 「明らかな問題は, 社会秩序に貢献しうるすべてのものを比較法学者がどこまで考慮できるのか, すなわち『言語, 慣習, 道德規範, エチケツト』のような手段を含むのかどうかである。しかし, 伝統的比較法ですら, これらのファクターが機能的等価物 (functional equivalents) とみなされる限りで, それらから眼を閉ざしはしないであろうから, これは法多元主義特有の問題ではない。したがって, 適切で可能な限りで, 多元主義者の法観念 (pluralist notions of law) は比較法研究に包含されるべきである」, と評価している¹⁵⁾。

(iii) ポストモダン比較法のもう1つのグループである「批判的比較法」は, 文学理論にみられるような批判的アプローチを用いるすべての比較法研究をいい, アメリカの「批判的法学研究」(critical legal studies) が“fixed canon”をもたない1つの運動ととらえられているのと同様に, これもまた正確に定義されないまま文献で用いられることが多い。ジームスはこのように評して, 「言説 (discourse) としての法」と「政治としての法」の2つのアプローチを検討する¹⁶⁾。

まず第1の「言説としての法」のアプローチは, 20世紀後半の文学理論およびそれと関連するポストモダンの学問の発展に倣うもので, その中核となるのは, 「特定の主題は, われわれ自身の先入観 (preconceptions) と, その主題をわれわれが通常記述する言語とによって形成される」とする信念であり, 客観的・普遍的知識はありえないとする一方で, 人類相互のコミュニケーションを重視する。すなわち, 解決や法システム間の共通性を発見するための道具とみなす見解を斥け, 「多元性をたたえ」(celebrate plurality), 「われら」と「彼ら」との差異をあばこうとする相対論 (relativist) である¹⁷⁾。

このアプローチの主唱者として, ジームスは, ミッチェル・ラッセル (Mitchel Lasser), ギュンター・フランケンベルク (Günter Frankenberg), ノ

15) Id., 107-108.

16) Id., 108-109.

17) Id., 109.

ラ・デムライトナー (Nora Demleitner), ビエール・ルグランを挙げ、とくにルグランの見解を詳しく紹介する(ミッチェル・ラッセルは、外国の“legal actors”の個人言語 [ideolects] にアクセスするために、比較法学者は推論的・概念的なパターンを理解しなければならないと主張するが、それでも外国法を理解する際の認識論上の問題を過度に強調することは避け、法学の国際化によって「内部／外部」の区別が薄められていると指摘する)。ルグランは、伝統的比較法学は実証的・皮相的(浅薄)で、外国の法システムを理解するという単なる“illusion”を提供するものにすぎない、類似性を探求する機能主義的方法は「特有の文化形態を包括的・政策的な結果へと便宜的に解体すること、全体主義的企て」であると批判する。ルグランは、「法の認識論的構造 (cognitive structure)」、法文化の「集团的・精神的プログラム」、「法的メンタリティ」という表現を用いて、比較法学者は「完全な意味で」法を理解すべきであるが、各法システムは独自の存在 (singular) であるから(個人と同様に社会も独自のものであるとする“culturalist ideas”の影響)、そこには深い差異があり、その比較は異なる「世界観」の比較に等しいと論じて、比較法学者は多様性を尊重しなければならない(差異は国家的・文化的アイデンティティを示している)と提案している¹⁸⁾。

ルグランらのアプローチに対しては、実務上の使用に耐えない、外国法を理解することの限界を強調しすぎである(内国法の場合も完全な理解などは幻想である)、文学研究・文化研究の影響のもとに法システム間の差異を強調しすぎることは問題である(比較法の前提たる一般化 [generalisations] ができなくなるし、方法論的には類似と差異の双方に対しオープンな地位にある方が好ましい)とする批判がある。ジームスはこう検討したうえで、「言説としての法という立場をとる比較法の主要な問題は、実証主義的伝統の浅薄さに挑戦する反面で法伝統間の差異を広く一般化したところにあり、それはむしろ有害となりうる」と評している¹⁹⁾。

第2の「政治としての法」のアプローチについてはジームスはこう整理している。

18) Id., 109-112.

19) Id., 112-114.

1970年代のアメリカの批判的法学研究の運動は、法と政治を截然と区別することに反対し、法には常に政治的・イデオロギーの次元が存在する、と主張した。比較法においては、政治的・イデオロギー的ファクターは類似と相違の説明に利用可能であるし（たとえば現代家族法のイデオロギー的決定要因）、より規範的に政治を利用することもできる（たとえば、インドにおけるヒエラルヒー的な gender identity を揺るがすような、社会改革のための女性の闘争で）。「政治的見解は、ポストモダニズム・ヘゲモニー・比較法をめぐる議論においても頻繁にうかがわれる。批判的研究は、現代資本主義が多国籍企業とそれを支えるエリートたちの利益のためにのみ機能することを、ポストモダン世界の主たる特色であるにとらえている。ここでも『法』がある役割を果たす。たとえば、西欧の法的影響と比較法の利用は、発展途上国における貧困層および被支配層に損害を与えた隠れた政治的アジェンダ (hidden political agenda) であるといわれている。したがって、この文献においては、法は脱政治的・中立的なものとみられるべきではなく、『解放後』の『ヘゲモニーに抗する』法の力 (potential) を利用するために、法と政治を再び結びつける必要があると示唆されている」²⁰⁾。

ジームスによれば、デイヴィッド・ケネディ (David Kennedy) の論文「比較法への新たなアプローチ——コンパラティズムと国際的ガヴァナンス」は特に注目に値し、ケネディは、①政治的態度がどのように比較法学者の見解を決定するか、②比較法は国際法とより緊密に連携することでどのような利益が得られるか、③比較法学者は国際的ガヴァナンスの議論にどのように貢献できるか (差異に照明を当て、国際的ガヴァナンスはいかにして文化的相違を調整できるか、法統一が不適切な部分はどこかを示すことができる)、を論じている²¹⁾。ジームスは、「政治としての法のアプローチを評価すると、そのいくつかの要素は伝統的比較法になじまないわけではない、といえよう。伝統主義者は、法的ルールの多様性を説明しようとする比較分析の段階で、政治的ファクターを考慮できる。大半の比較法学者は、政策的提言も比較分析の一部を構成できると解

20) Id., 114-115.

している。それでも、この提言は根本的な政策的問題ではなく、技術的細目に関する傾向がある。かくして、政治としての法は、比較法学者はこのような大きな問題を避けるべきではない、という教訓を与える。さらにまた、比較法研究それ自体の政治性 (politics) を考察することもできよう。比較法学者が行う選択は、完全に学問的に中立ではなく、彼らの政治的見解によって形成される、とケネディが示したアプローチは啓発的である。より開かれた政治的比較法 (more openly political comparative law) は、グローバル・ガヴァナンスのコンテキストにおいて、比較法の重要性を増大させることができるといってもよいであろう」、このように位置づけるのである²²⁾。

(iv) ジームスは、結論として、比較法に対するポストモダンのアプローチは、アプローチの多様性を示し、方法論的意識を刺激し、伝統的比較法学の限界を明らかにした点で重要であるとする。すなわち、伝統的比較法学の欠点として、①差異よりも類似に関心を寄せる傾向がある (その根拠に乏しい)、②法文 (black letter rules) を重視する (ポストモダニストは歴史・文化・政治が決定的に重要な場合が多いとして、法多元主義の概念を用いる)、③法は必ずしも特定の機能に添うよう調整されているとは限らないので、機能主義には問題が多い、④以上の問題は比較法の文献の構成にも影響を与えている、⑤外国法の整理中心

21) Id., 115-116. 本文で検討しているのは、David Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997 Utah L. Rev. 545-637 である。なお、本文①の問題をジームスは次のように論じている。「これは比較法の文化的形態およびテクノクラートの形態 (technocratic forms) の双方に見ることができる。ケネディによれば、文化的ヴァリエントが関係するのは、私法、法文化、地域研究である。この場合には、左翼の比較法学者は、とくに私法の分野で法文化と法的ルールの各国ごとの相違は手をつけなくておくべきであって、ローカルな文化は普遍的な文化に活気を与えるべきである、という見解を有すると言われているのに対し、右翼の比較法学者は、ローカルな文化による取引上のコストを削減するために、法移植を利用するとともに私法の標準化と法典化を支持する。テクノクラートのヴァリエントは、国際経済法のトピック、調和、開発と直接に関係している。この場合にケネディは、国際法を支持する一方で WTO を相違と文化的特色を抑圧するシステムとみなすアプローチを、左翼と同視している。それから、右翼の見解は、新自由主義的ヴァリエントが出現する regulatory competition のシステムを支持する一方で、国家間の交渉プロセスとして国際化を好むのである」(Id., 115-116)。

22) Id., 116.

である(ポストモダンのアプローチはさらに分析を深めて、偏見と先入観がどのように外国法の理解に影響するかを考察する必要があると説く)、といったことが指摘された。しかしながら、だからといって伝統的方法が時代遅れであるわけではなく、①法システムと法文化は根本的に異なるとするポストモダニストの主張は実証的データが必要ではないか、②グローバル化が、類似と差異の確定していた区分を変化させたかどうかを検討する必要はないのか、③ポストモダン比較法学者は、法システム間の差異は維持するに値すると考える傾向があるが、文化と社会は相当程度収束しており、法もこれに追いつく必要があるのではないか、という問題がポストモダンのアプローチには残されている。以上の問題からすれば、コンテキストを踏まえた比較法(comparative law in context)の機能を評価するためには、他の学問分野からさらに道具を提供してもらう必要があることがわかる(たとえば、心理学と人類学は、メンタリティの相違がどこまでクロス・ボーダーな理解を妨げるかを、より正確に評価できるよう手助けしてくれるであろう)²³⁾。

以上がジームスのテキストブックにおけるポストモダン比較法の要約と論評である。

(v) ジームスは、深いレベルのポストモダン比較法のアプローチの中では、「法多元主義」をもっとも示唆に富むと評価しているようであり、「適切で可能な限りで、多元主義者の法観念は比較法研究に包含されるべきである」と結論づける。比較商法学のスペシャリストであるジームスは、法の収束の可能性は否定せず(批判的比較法に分類されている「言説としての法」アプローチに対するジームスの評価は低い)、伝統的比較法学の枠内で各アプローチの批判を活かそうとするのである。ジームスは、法多元主義以外のアプローチでは、法的ルール単なる記述を抑えるための法理学的アプローチ、根本的な政策的問題を回避せずに、比較法研究それ自体の政治性を考察する「開かれた政治的比較法」のアプローチ(グローバル・ガバナンスへの比較法の貢献)に関心を示している。ポストモダン比較法の可能性を検証するにとどまらず、ジームスは、伝統

23) Id., 116-118.

的比較法における「法」のフォーマルな理解を法社会学的な「法文化」と取りかえ、法と社会の相互関係を考察する「法社会学的比較法」(socio-legal comparative law)のアプローチは、法族間の相違が単にテクニカリティの相違にとどまるのかどうかを明らかにし、法と社会との関係に対する理解を深めうるなど、多くの利点を有する、という。本稿では、方法論的多元主義を厳しく批判し、単一のフレームワークを確立することの必要性を力説する Oderkerk の近業を続いて紹介し、章を改めて、グローバリゼーションが進行する中で、きわめて重要なアプローチとして登場するにいたった比較法学における「法多元主義」を代表するメンスキューの大著を中心に新たな動向(グローバル比較法学)を解明したい。

(3) オランダの比較法学者である Marieke Oderkerk (アムステルダム大学准教授)は、従来の方法論的多元主義に関する議論を踏まえ、「比較法研究のための方法論的フレームワークの必要性——比較法における『方法論的多元主義』の意味と無意味」(2015年)で次のように指摘する。

① 多様な方法が存在するといっても、それは、他の比較研究分野(比較言語学や比較文学など)と同様に、一連のステップないし段階等という意味での比較研究の単一の包括的「方法」(overarching “method”)が存在する、ということを見逃している²⁴⁾。

② 比較の対象を記述するために、まずプロジェクトの目的と比較対象の選択方法を確定し、対象間の類似と相違を指定したのちに(これが比較である。)それを説明し、プロジェクトの目的が法改革である場合には、多様な解決を評価する(evaluate)ために次の段階(a subsequent stage)をさらに考察しなければならない。以上の包括的方法ないしフレームワークは、㊦準備段階、㊧記述段階、㊨比較段階、㊩説明段階、プロジェクトの目的次第では、さらに㊪評価段階に整序でき、このフレームワークはすべての法分野に妥当する(一元論的性格)²⁵⁾。

③ 比較研究のフレームワークを明示せずに方法論的多元主義の概念を用い

24) Oderkerk, supra note 6, 595.

25) Id., 595-596.

ると、誤解を招きやすい。比較研究のプロセスにおける多様なステップ（前掲②の㊦ないし㊩）に、多様な方法が結びつきうるからである。「すなわち、『方法の多様性』とは、比較法研究プロジェクト全体に関連する方法が多様であることを意味しない。従来はこのことが明確になっていなかった。若干の方法（たとえば周知の機能的な方法および“nominalistic”ないし概念的方法）は、論理的に言えば、本来は準備段階の特定の部分——選び出された多様な法システムの中から、“apples and oranges” comparison を避けるために、比較の対象を選定すること——のみに関するものである。法源の選択プロセスのような、その他の方法（たとえば、サッコのいう『法的フォルマント』legal formants）は、特別の段階（この場合には記述段階）のみと結びついている」²⁶⁾。

④ 「方法論的多元主義は、すべての法分野に妥当する比較法研究の方法論的フレームワークとの関係で論じられる場合に限って有益であり、その場合には、そのフレームワークの適切な部分でどの方法が用いられるのかを示しつつ、方法の選択にあたって決定的なファクターが指摘されるのである」。たしかに多様な方法は存在するが、単一の包括的な方法論を構築できるのであって、現在の方法論的多元主義の論じ方は、誤解を招く可能性がある²⁷⁾。

⑤ 比較法研究の目的 (goals) は、規範的 (normative) 目的（評価目的および規律 [regulatory] 目的）と非規範的 (non-normative) 目的（記述目的および説明目的）とに分けることができる（前者の例としては、法改革や法の統一・ハーモナイゼーション、後者の例としては、シュレージンガーの「コーネル・プロジェクト」がある）。普遍的に承認された明確かつ同質的な比較法の目的が特定されていなかったために、洗練された比較法研究方法論の欠如を招いたのである²⁸⁾。

⑥ 準備段階の方法は、㊦法システムの選択、㊩比較さるべき対象の決定方法、㊧研究プロジェクトに含まれる法源 (sources) の決定方法に分かれる。法システムの選択の場合には、研究プロジェクトのトピック、研究者の経験と知

26) Id., 596.

27) Id., 591.

28) Id., 599-601.

識、単独かグループの一員か、研究プロジェクトの目的といったファクターが考慮される（トピックと目的が最重要）。法システムの選択の（前出㉔）のガイドラインとしては、次のように指摘できる。㉕ 記述ないし説明目的（非規範的目的）であれば、研究するトピックと関連している対象が含まれている法システムを選択すべきである。㉖ 評価ないし規律が最終目的ならば、評価されるシステムとともに、別異の解決の出所（source）として機能しうるシステムを、少なくとも1つは選択すべきである。㉗ 若干の国家ないし国民の立法の統一またはハーモナイゼーションが目的で、分析対象となるトピックを規律する共通の核心（common core）を探求する場合には、その規律の調和ないし統一を求めるすべての法システムを対象とすべきである。㉘ 目的は㉗と類似するものの、共通の核心（つまり妥協）ではなく、可能な限り最上の規制が求められている場合は、新たな立法が望まれている諸国と、われわれに何かを教えてくれる諸国とを対象とすべきである（すなわち、㉙の場合と同様に、分析対象であるトピックがより高い発展段階にあり、かつ、そのトピックが完全に異なる法的・社会的・政治的・経済的構造の中に統合されていないシステムを選択すべきである）。㉚ 比較の目的が条約の起草であるならば、類似の対象に関する現行の条約を対象に含めるべきである（国際組織を設立する条約の起草が目的であるときは、設立条約、同種の目的を有する国際組織の法システムと法実行を研究すべきである）。㉛ 目的が現行の超国家的規制（supranational regulation）の改善にあるならば、この規制と、関連する情報を提供する諸システムを対象に含めるべきである。㉜ 以上のガイドラインに従った結果、対象とする法システムの数が多くなりすぎた場合には、「解決類型」（Lösungstypen）や「代表的法システム」（representative legal systems）の観念を利用できる（選択の最終段階では、研究者の語学能力などの個人的理由もファクターとなりうる）²⁹⁾。

㉔ 比較対象の決定方法（前出㉔の㉔）は、比較可能性（comparability or

29) Id. 602-608. すなわち、非規範的な比較法研究プロジェクトでは、代表的な「解決類型」（ドロブニヒの提言による）や、法族論における「母法」ないし「代表的法システム」に分析と比較を限定できる。ただし規範的目的（たとえば法の改革）を伴うプロジェクトの場合には、研究のトピックについて母法よりも発展した密接な関係のあるシステム（further-developed affiliated systems）を無視することはできない（Id., 608）。

commensurability)の問題として、比較法方法論における唯一の争点のように論じられてきたが、そのことが多くの誤解を招いた。比較の目的が、ある法システムの社会現象の規律にある場合(規範的目的すなわち評価ないし規律目的)には、等価機能を共有する対象のみが比較可能であり、この共通要素(機能)を「比較の第3項」(tertium comparationis)というが、機能的方法を用いる研究者を「機能主義者」と呼ぶのは、研究のコンテキストとは無関係に常に機能的方法を採用するかのような、誤った印象を与える。機能的方法は、㉗機能制的方法(funktional-institutional method)、㉘問題解決的アプローチ、㉙事実的アプローチに分けることができる(㉗は法制度ないしそれ以外の法システムの一部から出発し、選択された法システム中の等価的機能を果す対象を探す。㉘と㉙は、特定の問題ないし一連の事実〔case〕から出発し、選択された法システム中の解決を探す)。ただし、以上の方法によって類似の機能を有する対象を特定するといっても、対象そのものまで類似しているとは限らない³⁰⁾。

⑧ 研究プロジェクトに含まれるべき法源(sources)の決定方法(前掲⑥の㉚)については、「法律外的ルール」(extra-legal rules)も比較法研究の対象に含まれる(それどころか、こうしたルールを考慮しないと、法システムの歪んだ像を形成することになる)。サッコは、比較法研究の対象は法規範であるとしつつ、法システムでどの規範が適用されるのかを、誰がいかにして決定するのが問題である、規範は単一の法源から導き出されるものではない(常に組み合わせである)、規範は複数のブロックすなわち“formanti”から構成され、その特定には事実的アプローチ(factual approach)が強く推奨される、といった洗練された方法を開発した。比較法における法源について徹底した議論がなされたのはまだ最近のことであり(Vogenauerらの業績)、比較法学者は、考察の対象となっている特定の法システムの法律家が理解しているようにその法源を調べるべきである、と指摘されたが、何が法源に属するかについてその法システムの法律家の見解が一致しているとは限らないから、これはきわめて困難な課題である。その法システムで法源として承認されているもののみを検討すれば

30) Id., 609-614.

足りるのか、それとも比較の対象に context を提供する多様な社会的データを加えるべきかは、プロジェクトの目的と選択された対象とにもとづいて決定される³¹⁾。

⑨ 記述段階（前掲②の④）で、比較の対象の分析をどう表現するか（presentation）は漸次的・逐次的記述と同時的記述の2つの手段があり、いずれを選ぶかについて方法論的制約はない。選択された対象の諸相や特徴が密接かつ複雑に関連しているか（逐次的記述が最適）、容易に分割可能であるのか（選択された対象間の類似と相違を読者が直ちに判別できる同時的記述が便利）に大きく依存するプラクティカルな論点である³²⁾。

⑩ 比較・説明・評価段階（前掲②の⑦）は、明らかに発達が遅れている部分であるから、比較法方法論者が十分注意する必要がある（このように、方法論的フレームワークは、比較法方法論についての既存の知識を整序し、その空白ないし未発達の部分を明らかにする機能を果たす）。まず比較の段階は、比較法研究の中核であるから、「この段階特有の道具と技法をおさめた大型の道具箱を期待するであろうが、しばしば、科学研究一般の要請、すなわちできる限り客観的で正確で明確であることが重要であるということ、発見するのみである」。比較の段階に至る前に、すでに多数の道具を用いて法システムと比較の対象を適切に選択し、正しい法源を調査して対象を十分に記述していれば、客観的・正確・明確という要請に従っている限り、類似と相違の双方ともに特定できるはずである。「比較法方法論は、まず、トピックないし問題をいかに分析するかについて確固たるルールを発展させるとともに、比較の観点からその関連する部分を特定することに集中すべきである。その次に、研究者が類似と相違を判定・記述できるようにする枠組み（「^{グリッド}体系^{システム}」）を構築するための技法を開発する必要がある。たとえば、もし研究者が、選択された諸国の夫婦財産制における第三者保護のレベルを比較する場合には、第三者保護が必要な状況と保護の多様なレベルとを示す詳細な一覧表（schedule）が必要であろう。ここで、他の比較学の議論からインスピレーションを得ることができる。とりわけ、比

31) Id., 615-616.

32) Id., 617.

較の洗練されたスキームを練り上げるのに質的社会学研究 (qualitative sociological research) が大いに貢献してきた」³³⁾。次に、類似と相違の説明の段階では、比較方法論は、法システム間の類似と相違を説明できるファクターを指示するにとどまり、そこでの共通のファクターは、「経済システム」、「政治システムとイデオロギー」、「宗教」、「歴史と地理」、「人口統計学上のファクター」、「その他のコントロール手段の共同の影響」、「偶然の知られざるファクター」などである。研究者は、政治学・法史学・法社会学・法人類学・統計学・経済学などの他の学問分野のエキスパートと協力して、その方法と技法を利用すべきである³⁴⁾。(社会問題の法的解決や、社会現象を規律するルール一式のような) 対象の評価の段階に対しては、説明の段階よりも比較法研究方法論上の注意が払われており、評価は比較法研究の一部を必然的に構成すべきかどうか、について見解が分かれている。もっとも普及している見解 (Oderkerk の見解でもある) は、「比較法研究プロジェクトは常に規律的目的 (regulatory aim) を有するはずであり、その場合には、評価は必然的にプロジェクトの一部を構成する。研究者が依拠する評価基準を明らかにし、その他の研究段階についてできる限り客観的に報告するならば、評価が主観的なものであるということは、問題であるとはみなされない。この場合には、他者が自らの結論を導き、賛成ないし反対することが可能であろう」。ただし、プロジェクトの目的が記述ないし説明にあるならば (たとえば、特定の法制度にイデオロギーが及ぼす影響の研究)、研究プロジェクトは批判的評価よりも結論 (conclusion) でしめくくる必要がある。評価基準は、いずれの選択肢が最良の解決であるのか (問題の完全な解決ないし社会状況の十分な管理が達成できるのか) であって、これは比較法方法論ではなく正義論ないしすぐれた法創造論 (good law-making) が提供すべきものである。説明段階と同様に、評価段階についても比較法のアカデミックな原理は方法も技法も提供しない³⁵⁾。

⑪ 比較法研究の包括的方法論は、あらゆる法分野のあらゆる比較法研究プ

33) Id., 618-619.

34) Id., 619-620.

35) Id., 620-622.

プロジェクトに通用する単一のフレームワーク——このフレームワークは比較法研究の明確な指針と原則（guidelines and principles）を含む——が存在することを明らかにするところから出発し、比較方法の役割と目的を確定し、研究目的が多様な方法論の選択に及ぼす影響を詳しく分析しなければならない³⁶⁾。

以上検討した Oderkerk の論稿は、比較法研究には共通の包括的方法ないしフレームワークが存在し、比較の目的（規範的目的か否か）とフレームワーク内のどの段階（後掲①から⑤の段階）かに応じて、重要なファクターを考慮したうえで、比較の方法が決定されるとするもので、方法論的多元主義の不透明性と雑駁さを批判する。すなわち、このフレームワークの①準備段階は、㊦法システムの選択、④比較対象の決定、⑤法源の決定に分かれ、㊦は規範的目的か否かに大きく影響され、④（比較可能性）は規範的目的であれば機能的等価性が探求され（機能的方法がここで活用される）、㊦は法律外的ルールも視野に容れるアプローチ（たとえば、サッコの法的フォルマント論）による。②記述段階については、記述方式の選択について方法論的制約はない（ここでも法的フォルマント論を発動できる）。③比較段階では、客観的・正確・明確という要請に従って類似と相違を特定するための技法が必要である（他の比較学から、比較の洗練されたスキームの示唆を得る）。④説明段階では、方法論は、法システム間の類似と相違を説明できるファクターを指示できるにとどまり、他の学問分野のエキスパートとの協力が必要となる。⑤評価段階では、依拠する評価基準が明らかにされ、他の段階についてできる限り客観的な報告がなされている必要があり、評価基準を提供するのは比較法方法論ではない。ただし、Oderkerk が法多元主義とどのように取り組もうとするのかは以上の叙述からは明らかでない（法源の決定にあたり、「法律外的ルール」も考慮することから、その限りで法多元主義をフレームワークの中に取り入れていることになるうか）。グローバルな法多元主義が本稿の次の分析対象である。

36) Id., 622-623.

2. グローバルな法多元主義——メンスキーの《グローバル比較法》論を中心に

(1) ラルフ・ミカエルズの論稿「グローバルな法多元主義」(Global Legal Pluralism)は、法人類学という特殊分野で特別の関心の対象となっていた法多元主義が、主にグローバリゼーションの影響を受けて法的議論の本流に移動し、従来法多元主義のトピックであったものがグローバルな領域で再登場した、と指摘する(世界の法秩序の単純化できない多元性、ドメスティックな国家法が他の法的秩序と共存していること、差異を克服するヒエラルヒー的に高次の地位が欠けていることなど)³⁷⁾。ミカエルズは、「グローバルな法多元主義」という用語が頻繁に用いられるようになってしていると述べつつ、法多元主義と法的グローバリゼーションとの相互作用をより一般的に検討しようとするのである³⁸⁾。すなわち、伝統的な法多元主義は、社会の中でオーヴァラップする複数の規範的秩序を分析するために法人類学と社会学の領域で発展し(国家による法の創造と運用の独占に対する挑戦)、1970年代および1980年代に広く知られるようになったと位置づけたうえで、「法多元主義のグローバリゼーション」と「グローバル・ローの多元化(Pluralization)」という2つの収束しつつある発展動向がみられる、という³⁹⁾。前者については、古典的法多元主義・新しい法多元主義・グローバルな法多元主義に3分する系統図的アプローチ(genealogy)、強い法多元主義と弱い法多元主義とを区別するグリフィス(Griffith)のアプロ

37) Ralf Michaels, Global Legal Pluralism, 5 Annual Review of Law & Social Science (2009). 本稿では、<http://ssrn.com/abstract=1430395> からダウンロードしたものをを用いた。以上は、idem, 1による。

38) Id., 2. ミカエルズは、人類学において、法多元主義の概念は、①法と文化を本質化・同質化する傾向がある、②法を識別・定義することが難しい、③自民族中心主義、④統一性・普遍性に対し多元性・地域性をロマンティックに好むといった批判が加えられていたので、法多元主義が再び成功をおさめたのは皮肉であると述べ、グローバルな法多元主義は伝統的な法多元主義に比べて質的に新しいものであるか否かが肝要であるとする。

39) Id., 3.

ーチ（内部的〔internal〕法多元主義と深い〔deep〕法多元主義とを区別するアプローチもこれに類する）を紹介して、新たなパラダイムが提示される可能性があるとする⁴⁰⁾。後者の動向については、法的グローバリゼーションの研究者の関心が法多元主義に向けられるようになり（ただし、その関心は、ローカル性よりもグローバル性、共同体文化よりも法構造・法制度、グローバル法の特殊な適用よりもその一般理論、非国家法の詳細よりも法秩序の多元性・多様性にあるため、法多元主義概念の用法は異なる）、とくにトイブナー（Teubner）は新たな *lex mercatoria* を基礎にグローバルな法多元主義のより広汎で影響力のある理論を発展させた、と論ずる。トイブナーは、システム理論にもとづき、法は国家ではなくそれ自身によって創造されるもので（オートポイエーシス〔*autopoiesis*〕）、法創造の中心は国家から超国家的関与者（*transnational actors*）の周囲へと移行したとする。このアプローチのもとでは、法は構造的要素と制度的要素との結合によって存在し、「その結果は、ひとつの（政治的）システムから他の（経済的）システムへの移行にすぎないのではなく、そのかわりに、多様な法秩序が結びついた、世界社会の多数の自律的でグローバルに機能するサブシステム（*autonomous global functional subsystems of world society*）に向かう拡大なのである。したがって、そのアプローチは、商事法のみに適用されるものではなく、宗教をも含みうる法多元主義の一般的アプローチに到達するのである」⁴¹⁾。

ミカエルズによれば、比較法は国家を基礎とするオフィシャルな法を対象と

40) *Id.*, 4. 古典的法多元主義は、植民地およびポスト植民地的背景のもとでの西欧法と非西欧法の相互作用のみに関心があり、植民地化権力によって導入された国家の公式法に土着の非国家法は従属するものと扱う。新しい法多元主義は、前記の概念を西欧社会にまで拡張し、西欧における公式な法と非公式法との相互作用にも拡張した。グローバルな法多元主義は、個別のローカルな国家や共同体を超えて、超国家的な領域に焦点を合わせた（*Ibid.*）。グリフィスのいう弱い法多元主義とは、非国家法がヒエラルヒーとして国家法に優先する（ただし国家による承認に依存する）点で多元性が弱いのに対し、強い多元主義（真の多元主義）とは、一連の法秩序が部分的には調和し、部分的に相互に對抗している状況をいう（*Ibid.*）。

41) *Id.*, 6-7. トイブナーの理論は、たとえば G. Teubner (ed.), *Global Law without a State* (1996) 3-17 を参照している。

し、非国家法を人類学・民族学などの他の学問分野に委ねてきたが、この状況は、グローバルな法多元主義からして重要な2つの点でゆっくりと変化しつつある、という。まず第1に、西欧国家法を優先しないために、新たな法族論は人類学研究を吸収して、法源ではなく構造（ヴェーバーの理念型〔マッティの論文〕やグレンの reasoning の様式）にもとづくことがあり、非国家法に対しても開かれている。第2に、非西欧法の研究（後掲のメンスキーの著書）で伝統的に承認されていた法システムの内部的異質性（internal heteronomy）は、混合法の概念によって、多様な法伝統の結合として広く承認されるようになった。その場合、内部的多元主義は——非西欧法の西欧諸国への輸入も含む——膨大な法の伝播（legal diffusion）の結果であるから、多元主義はグローバルなのである。ただし、混合法システム内部での多様な法の相互作用は、いまだ十分に分析されていない⁴²⁾。

(2) (i) ヒンドゥー法のスペシャリストであるヴェルナー・メンスキー（ロンドン大学東洋アフリカ学院〔SOAS〕名誉教授）⁴³⁾は、ヒンドゥー法、イスラーム法、アフリカ法、中国法を対象とした大作『グローバルなコンテキストにおける比較法』（初版2000年、第2版2006年）の序文で次のように述べた。「この改訂第2版では、グローバルなコンテキストでの比較法および法理論（legal theory）のいくつかの深刻な欠陥を論じつつ、法多元主義を、比較法研究の主

42) Id., 8-9.

43) メンスキーは南アジア、とくにインド、パキスタン、バングラディッシュを専門としており、独仏語のほかヒンドゥー語、サンスクリット語、ウルドゥ語に通じている。主著として、本稿で扱う W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa* (2ed., 2006) のほか、*Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity* (2003) ; *Modern Indian Family Law* (2000) がある。わが国におけるメンスキーの業績の紹介として、たとえば、角田猛之＝ヴェルナー・メンスキー＝森正美＝石田慎一郎編『法文化論の展開：法主体のダイナミクス』（2015年）、角田猛之「ロンドン大学東洋アフリカ学院ロースクールにおける『アジア・アフリカの法体系』講義（2011-2012年）の紹介——ヴェルナー・メンスキー教授の講義資料を中心にして」関西大学法学論集 63 巻 6 号 310-479 頁（2014年）がある。本稿で紹介するメンスキーの前掲書の書評として、Rahmatian, 57 ICLQ475 (2008) ; Woodman, 52 J. Legal Pluralism 207 (2006) ; Chibundu, *Law & Politics Book Review* (2013) ; Husa, 13 *Tilburg Foreign L. Rev.* 393-412 (2007) を参照した。

流により確信をもって位置づける。世界において多様な現われ方をする法は、文化に特定されるものであり (culture-specific), 今後も常にそうであろう, と法律家であるわれわれは認める必要がある。グローバリゼーションは, 主として普遍的同質化に到るのではなく, 法学研究をよりチャレンジングで複雑にするようなやり方で増大した法多元主義に到るのである。ポストモダン的な, グローバル性重視の法学は困難な企てなのである」。「とりわけ, アジアとアフリカの法システムが, われわれが数10年前には予期しなかった形で, 多くの場合に発展しているグローバリゼーションの要請に, 今日どのように応えているかを調査する緊急の必要がある。これらの法システムが, われわれとその理念に従わず, 法的争点を処理する独自の混合的方法 (their own hybrid methods) を発展させているために, 今日前記のことをわれわれが受け容れるのは難しいかもしれない。そのような多元化の複雑な手続を理解するにあたり, われわれは南半球からの多くの研究者と教育者の積極的参加を期待できる。しかしながら, 彼らもまた, 今日のグローバリゼーションは, 法理論・比較法・国際法の分野での, 現行のヨーロッパ中心的かつ統一士向的学問の強いイデオロギー的影響を受けつつも, 統一的な世界法秩序をめざすだけのものではない, ということをしばしば想起する必要がある」。「本書初版のグローバル法理学 (global jurisprudence) に対する理論的批判は維持されており, この第2版では, その批判は, 世界の法研究において周知の3つの支配的な主要理論すなわち自然法, 法実証主義, 社会法的アプローチを結合し, さらに乗り越える統合的な第4の理論的アプローチとしての法多元主義を提示する議論と織り交ぜられている (interwoven) のである」⁴⁴⁾ (傍点筆者)。

同書第1部「比較のフレームワーク」の序論では, 「グローバリゼーションとアジアおよびアフリカの法システム」との副題が付され, 20世紀末にグローバリゼーションが時代の“cliché”となり, ポストモダニズムと結びついて大量の学術文献を生み出したが, グローバリゼーションの過度に普遍化された思考は, 画一化の利点を無批判に受け容れる点で (普遍的多元主義の観点からし

44) Menski, Id., xi-xiii.

て)行きすぎであるし、反多元主義的な画一化 (anti-pluralist unification visions) を主張するのは、グローバルな平和と幸福にとってきわめて危険である、と指摘されている。「世界的な法の画一性 (統一性) を生み出すどころか、主流である西欧法の継受は、世界的な法のきわめて複雑なさらなる多元化をもたらした。しかしながら、グローバルな調和と理解を達成するのは、強制された画一化によるのではなく、多様性に対してより寛容になること (greater tolerance of diversity) によるのであるという全世界いたるところからの証拠に抵抗して、法学の主流は、あたかもグローバリゼーションは画一化を意味するにすぎないかのように、対応し続けている」⁴⁵⁾。多元性を重視する国際的な法学 (a plurality-focused international legal science) が可能であることは明らかであり、メンスキーの同書は比較法と法理論を結びつけて、(国家法の中心的役割を主張する) 狭い伝統的な法学方法論を克服し、法多元主義および法の差異を強調するとともに、多様な社会的コンテキストにおける法の普及的役割 (the pervasive role of law in its various social contexts) を理解するために、法の社会的・倫理的要素を多元主義的な法分析に統合するような方法論的アプローチを提示する⁴⁶⁾。グローバリゼーションは単一のものではなく (たとえばイスラム化やアメリカの世界支配)、モダニゼーション (直線的な進歩のイデオロギーを支持する) とポストモダニゼーション (モダニストの啓蒙観に反対し、パースペクティブの多元性を重視、人間理性の異質・多様性を説く) との双方を含む複雑なプロセスであり、そこに内在する雑種性 (hybridisation) は「グローバルなローカリゼーション」ないし「グローカリゼーション」(glocalization) と呼ばれる⁴⁷⁾。グレンが指摘するように、世界の主要な諸法伝統には普遍化できる核心 (universalizable core) は存在せず、「それゆえ、グローバル性を意識する法学は、多様な南半球のパースペクティブをより明示的に承認しつつ、何らかのイデオロギーに理念的に関与することにはより謙抑的になり、実践性をより意識するとともに、社会的・文化的に現存する多元性をこれまでよりも知る必要がある」⁴⁸⁾。

45) Id., 5.

46) Id., 6-7.

47) Id., 10-12.

同書は1章を設けて「法多元主義」の理論史を概観しているが、そこでは社会・文化的コンテクストを強調する法多元主義のポストモダン理論として Moore, Allott, Griffiths, 千葉正士の見解を採り上げている⁴⁹⁾。メンスキーは、千葉の法の三分モデル (tripartite model of law) を、法多元主義は普遍的現象であるとの前提に立ち、グローバル性重視の法学にとってきわめて重要な、複雑な法多元主義の概念を開発したものである、と評価する。すなわち、千葉の理論においては、公式法 (official law. 国家法とその公認する非国家法) は常に非公式法 (公式法ではないが公式法を明確に補充・改変する法) および法前提 (legal postulates) と絶えずダイナミックな形で相互に作用している、と解される⁵⁰⁾。「法多元主義の非西欧のパタンは、アジア固有法 (indigenous laws) と多様な継受法の相互作用で歴史的に発展してきたが、アジア的パースペクティヴから十分に研究・説明されてこなかった。千葉によれば、法的分析の主な問題は、法をその社会的環境から切り離して不満足にしか研究してこなかったということである」⁵¹⁾。千葉は、公式法・非公式法・法前提の「法の3ダイコトミー」 (three dichotomies of law) モデルをさらに発展させ、1. 公式法対非公式法、2. 法規則対法前提、3. 固有法対移植法、という改訂モデルを提唱し、さらに、法の全体構造をいかに形成するかについて人々の指針となる総合的概念である「法文化のアイデンティティ原理」 (overarching concept of 'identity postulate of a global culture') を導入した⁵²⁾。「千葉の改良した理論モデルは、法はどこにおいても文化特有の多元的現象であることを示唆している。千葉の業績は、理論にとどまらず実務上も、普遍的でグローバルな現象としての法を研究するための、多元性を意識した方法を発展させる可能性を示している。彼の発見は、

48) Id., 17.

49) Id., 103ff.

50) Id., 119. 各概念については、千葉正士『法文化への夢』(2015年) 39-40頁, 117-118頁。なお、「法前提」とは、国家や社会集団が創造したものではない規範ないし価値で、特定の文化的コンテクストの要素として、それ自身の資格で存在し (exist in their own right), 公式法および非公式法と密接に結びついているものをいう (Id., 125)。あるいは、「法規則」を正当化ないし「修正する価値原理」をいう (千葉, 前掲書 39, 118頁)。

51) Id., 120.

52) Id., 123-128. なお、千葉・前注 50) 40頁。

法は多次元的な網 (multidimensional net) とみることができること、多様な法源があらゆる場所で多様なインパクトを及ぼすこと、とりわけ、多元性を意識した法的分析においては、多様な法構造の一部としての諸価値が決定的重要性を有すること、を確認している」⁵³⁾。(なお、メンスキーの同書第2版は、2005年に85歳を迎えた千葉正士名誉教授に献呈されている)。

グローバル性を意識した法の理解 (globally conscious understanding of law) に役立つ仮説を、メンスキーはこう提案する。「①法は、普遍的ではあるが多くの異った方法で現われる現象である。②法は、常に文化特有の社会的コンテクストで理解される必要があるため、本質的にダイナミックで柔軟である。③法は、多様な形式をとるのみならず、多様な淵源 (sources) を有する。④これらの淵源は、その本質において、国家、社会、宗教・倫理の多様な現われであり、多様な仕方で競合し、作用し合う。⑤そのようなルールの一の集合体 (any given body) は、他の2つの要素も構成部分として含み、その結果として、当該集合体にもう1つの (通常は目に見えない) 多元性の層 (layer of plurality) が加わる。⑥これは後掲図1のようにかなり単純な三角形に描くことができる。⑦専門家および理論家としての法律家は、国家法の中心性を強調する傾向があり、そのために、倫理、とくに社会と文化的要素を含む非国家的法源 (non-state sources of the law) の役割を控え目に表現したが、その際に多様なルールのシステムが共存する潜在力 (potential for co-existence of various rule systems) をひどく過小評価していた。⑧法か法でないかは最終的には法律家が決定するが、彼らはいずれの『法』が支配するかの世界観 (world-view) を推し進めるために、法の中心性を主張してきた。これは『法決定主義』 (legal determinism) すなわち法中心主義 (legal centralism) として現われる実証主義の一形式と呼ぶことができる。⑨これは世界のいたる所の人々の経験と一致する見解ではない。⑩それゆえ、そうした法中心主義は再検討の必要があり、法についてのより広いグローバルなパースペクティブが採られるべきである」⁵⁴⁾。

同書でメンスキーが提示する「法を理解するための多元性重視モデル

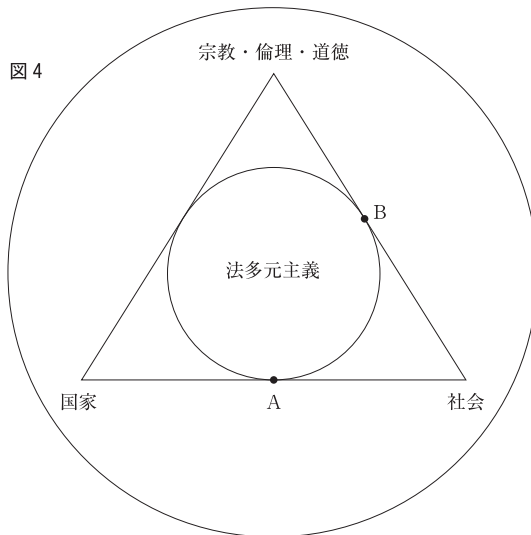
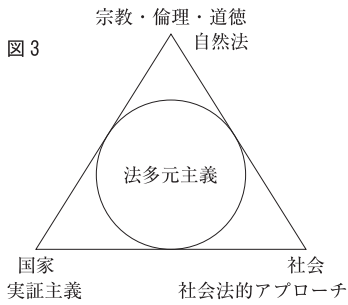
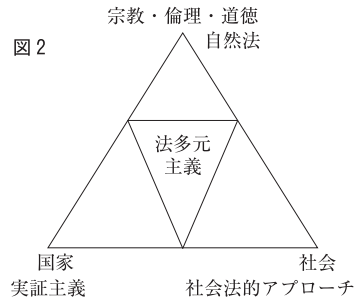
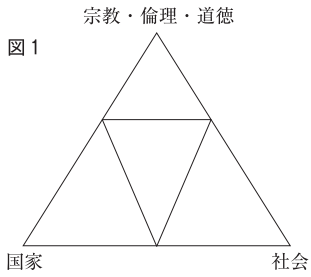
53) Id., 128.

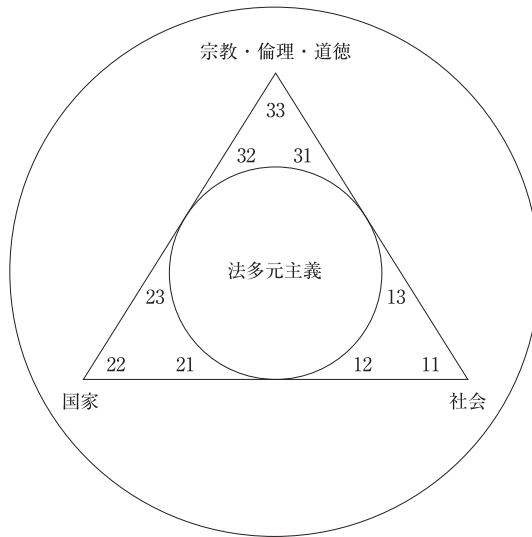
54) Id., 184-185.

(plurality-focused model)」とは、図1の三角形の3つの主たる要素(国家、社会、宗教・倫理・道德)、その3要素の本質的多元性、それらの不断のダイナミックな相互作用を、「黙示的に」(implicit)説明するもので、法理論の第4の主要な方法論的アプローチとして法多元主義を三角形の中心に据える(図2)。「この三角形の中心は、多様な競合する諸力の均衡の結果としての『完全な』^{ジャスティス}正義を示しているようであるが、均衡の性質上不安定であり、この中心的理念について絶えず交渉し直す(renegotiation)必要がある。これはあらゆる法のディレンマである。しかしながら、後掲図2の示すところによれば、実証主義、自然法、社会法学的関心のいずれかのみに『純粹に』依拠するのは、図2の3つの先端が次第に細くなってゆくことが明らかに表わしているように、原則というよりはむしろ例外であろう。このモデル内の法多元主義の範囲はできる限り広くなければならないから、三角形の中心を、内部の三角形ではなく円としてできる限り広く表現する意味がある。それゆえ、モデルは後掲図3のようになる。」「ところが、このモデルを現実の法システムで検証してみると、単一の三角形に含まれる以上に多くの法があることが直ちに明らかになった。世界の諸法は時間と空間の双方において、複数の三角形を途方もなく数多く含んでおり、それを図示するのは不可能である。それどころか、法は理論的にその全体を把握することが殆ど困難なほど多元的であり、ましてや単純なモデルでとらえることはできないのである。前記のモデルに対する第1の修正として、多くの諸国における外国法の移植と北半球への民族的な移植(ethnic implants)に照らして、人類全体、あるいは全コスモスと言った方がよからうが、それを表現して、三角形全体の周囲に大きな円を描くべきである。その理由は、『民族的移植』や『域外性』(extraterritoriality)は、三角形の空間の内部に位置するのではなく、その外部から多少なりとも密接に接着しているからである。後掲図4の点Aが外国からの^{トランスプランツ}移植を、点Bが特定の法システムへの^{インプランツ}民族的移植を表わしている」⁵⁵⁾。この引用文中の図1ないし4は次のように表現される⁵⁶⁾。

55) Id., 187-188.

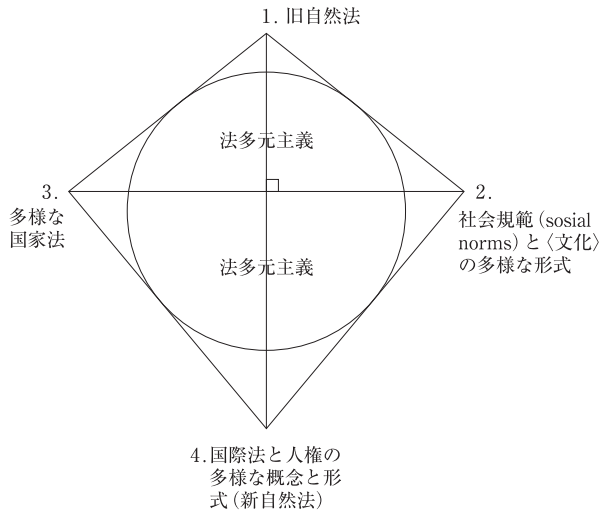
56) Id., 185-188.





同書の結論において、メンスキーは、「社会現象としての法は、倫理的価値・社会規範・国家が創造したルールという同一の基本的要素から構成されている点で世界共通であるが、文化に特定される無数のヴァリエーション (culture-specific variations) として現われる」とし、「社会、国家、価値と倫理によって創造される法の主要三類型を特定することを越えて、本書では、これらの3つの要素すべてが互いに多元的であることを示した。実際、それぞれの要素が他の2要素を含んでいるように思われる。かくして、単に3つというよりも、9つの目に見える法の要素ないし構成部分から成る、本質的に深い法多元主義のレベル (a further level of intrinsic deep legal pluralism) をさらに発見するのである」⁵⁷⁾と分析する。メンスキーは社会に1、国家に2、宗教・倫理・道徳に3とナンバーを付し、上図のようなモデルを最後に提示している。たとえば、11は、「多少なりとも純粹に、特定の社会の内部から生ずる法的ネゴシエーション (legal negotiation) において見出されるルール・規範・インプット」であり、12は、共存する国家法により部分的に影響を受けている混合的

57) Id., 610.



性格のルールであり、13はその有効性と効力の若干が価値と倫理の領域に由来する社会規範とプロセスである。22は国家法の中核であるが、21は社会領域 (social realm) の影響を受けている国家法 (たとえば、国家が現実に創造したわけではないが、国家によって容認されているもの)、23は特定の価値と倫理の影響を受けた国家法である⁵⁸⁾。

メンスキーは以上の三角形モデルにさらに改良を加え、「国際法と人権の多様な概念と形式 (新自然法)」を第4のコーナーとする凧型モデル (kite model) を考案している (上図を参照されたい)⁵⁹⁾。国内法を第4コーナーへ牽引する力が特に強くはたらくのである。

58) Id., 610-612.

59) メンスキーの凧型モデルについては、たとえば、Menski, Remembering and Applying Legal Pluralism: Law as Kite Flying, in: S. P. Donlan/L. H. Urscheler (eds.), Concepts of Law Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives (2014) 91-107のほか、邦訳として、ヴェルナー・メンスキー (角田猛之ほか訳) 「グローバルな規模で最も妥当性を有する刺激物としての多元的法体制——MM v. POP」角田猛之＝ヴェルナー・メンスキー＝森正美＝石田慎一郎編著『法文化論の展開——法主体のダイナミクス』(2015年)所収、同 (篠田淳子訳) 「翻訳において失われたもの：植民地時代のヒンドゥー法の一元的処理」龍谷大学アジア仏教文化センター『幸福を求めて：ダルマと現代インド仏教徒』(2015年) 21-46頁。

(ii) メンスキーの同書の第2部は、「グローバルなコンテキストにおける地域比較」と題され、ヒンドゥー法、イスラーム法、アフリカ法、中国法を検討する。第2部の序論は、「文化横断的法比較は、依然として大きなグローバル・チャレンジに直面している」、「グローバルな現象としての法多元主義の複雑な実体をとらえる理論的努力の限界を、われわれはようやく理解し始めたにすぎない」と説く。メンスキーによれば、「アジアおよびアフリカの社会・文化的伝統では、法的、社会的、宗教的権威は別異の要素としては扱われず、本質的にグローバルな傾向のあるより大きな全体についての、多様な文化特有のヴィジョン (the various culture-specific visions of a larger whole) の一部を構成していた。かくして、ヒンドゥーのマクロコスモス的概念化、宇宙と世界の本質についてのアフリカと中国の仮説、アラーの普遍的秩序へのイスラームの信仰が共存し、互いに競合し、グローバル化された世界における法の本質についての西欧の理念とも競合しているのである。実証主義者や世俗の自然法論者は、あらゆる非西欧的法システムが、国家法を殆どあるいは全く重視せず、そのかわりに普遍的秩序の文化特有の概念を宗教および文化事項として強調することに、驚かされるであろう。……宗教中心主義は、法中心主義と同様に、非現実的な分析の道具である。したがって、宗教は『西欧』においても明らかに法的存在論 (legal ontology) の一要素であるから、非西欧法を単に宗教システムとみなすことは不可能であり、非西欧的『宗教』法は宗教中心ではない多くの要素を含んでいる」。メンスキーは、グローバルな現象としての「法」の理解を絶えず深め、全体的でダイナミックな多元性中心の分析を怠らずに、すでに解説したような「グローバルに通用する一般法(理)学」(globally valid general jurisprudence)を追求するのである⁶⁰⁾。この第2部に対しては、①地域研究のスペシャリストが比較法プロパーの議論に参画するには、より明示的な比較を行う必要があり、記述的な国別報告方式 (Land/kulturbericht-method) は避けるべきである、②多元性を意識することを主張しつつも、同化士向の一般化 (assimilating generalizations) を免れていない (たとえばメンスキーはヒンドゥー

60) Id., 193-195.

の“dharma”, イスラームの“shari á”, 中国の“li” の概念は本質的に等価であるとする), ③テキストブック的な入門ではなく, 本書第2部は第1部の基準に従った比較研究のための方法論的コメンタリー (methodological commentary) である, といった批判が加えられている⁶¹⁾。

それでは, メンスキーの基礎理論は同書の第2部においてどの程度活かされているのであろうか。本稿では, メンスキーが専攻するヒンドゥー法の部分の叙述を紹介し, メンスキーのアプローチの実効性を探ってみたい。メンスキーの大著とオーヴァーラップする宗教法と比較法, サブ・サハラ法伝統とアフリカ慣習法, 東アジア法伝統と法的オリエンタリズムといったテーマについては, 章を改めて簡略に論じたい。

(iii) 「ヒンドゥー法概念の概観は, クロノロジカルに進める必要がある。古い概念の豊かなタペストリーを無視しては, ヒンドゥー法および現在のインドの法システムを理解することはできない」⁶²⁾。メンスキーのヒンドゥー法概説はこのように始まる。メンスキーは, 伝統的ヒンドゥー法の総体を, 互いに結合した一連のサブ・システムとして分析するのである。メンスキーは, 従来のヒンドゥー法研究が深められなかった理由として, ①サンスクリット語の古典的基盤に関する知識が衰えたこと, ②法曹の伝統的ヒンドゥー法への関心が乏しくなったこと, ③近代インドにおいて法典化され, 属人法として適用されたヒンドゥー法は家族法分野が中心であり, グローバリゼーションの副次的効果もあって, ヒンドゥー法のマージナル化を押し進めたこと, ④指導的ロー・スクールが国際的文脈でのグローバリゼーションに関心を集中し, 伝統的インド法を批判したことを挙げる⁶³⁾。「ヒンドゥー法は容易な研究分野であると主張した者は誰もいないが, この法システムについての知識は今日でも不十分で, 容易にアクセスできないままにとどまっている。責の多くは, 実証主義のアムネジア (positivist amnesia) ないし霊的優越性という幻想を放置したまま, グローバルなコンテキストで意義を有する現実主義的な中庸の道を発見して, 比

61) Husa, *supra* note 43, 410; Rahmatian, *supra* note 43, 475-476.

62) Menski, *supra* note 43, 196.

63) *Id.*, 197.

較法学者と法理論家に明瞭なテキストで語りかけることができなかった、何年にもわたって深い危機的状况にあったインド法学が負うべきである」⁶⁴⁾。

まず、「伝統的」ヒンドゥー法の発展は、①ヴェーダ体系のマクロコスモス的な普遍的秩序 (rita)、②古典的ヒンドゥー法のミクロコスモス的な自己規律的秩序 (dharma)、③後期古典的システムおよび④ポスト古典的システムにおける抑止を基礎とする刑罰 (danda) と形式的な紛争解決 (vyavahāra) の段階に分けられる。その後、イスラームとイギリスの支配下にあってもヒンドゥー法は消滅せず、むしろ、公式のアングロ＝ヒンドゥー法は、ヒンドゥー判例法の複雑で技巧的に構成されたシステムに変化した。より最近になって、近代インドにおける支配的な属人法のように、ヒンドゥー法は制定法によって改革・世俗化されてきたが、ヒンドゥー法の本質と正義の相対性 (relativities of justice) に対するヒンドゥー法の継続的関心とは、近代国家法によってコントロールすることはできなかった。ヒンドゥー法の主たる社会的・文化的要素は、継続性と多元化 (pluralisation) であり、「ヒンドゥー法は、アフリカ法ほどではないが、イスラーム法に類して、単一のユニットというよりも諸法の家族 (a family of laws) である。『ヒンドゥー法』という表示はきわめて多様な諸法のシステムをカヴァーするもので、それゆえヒンドゥー主義 (Hinduism) の無限の内部的多様性を反映している」⁶⁵⁾。インドをコモン・ロー諸国に位置づけるのは、インド法を構成する多様な諸法システムの複雑な混合を無視するもので、不十分な説明である。比較法学者に対する重要な教訓として、「ヒンドゥー法は、人間の行動は全面的に外部の力ないし国家が制定した法によって規律される、という立場を決して取らなかった。『国家法』としての *fa* を中国人が嫌悪したように、最初から反法的態度 (anti-legal attitude) がシステムに内在していたのである。かくして、より高次の、コスミックな上部構造内にある人間の自己規律的秩序という理念が、初期のグローバルなヴィジョンとしてヒンドゥー法の中心に位置しているのである」。「伝統的ヒンドゥー法は、リーガル・pluralism法多元主義を実践していたのであり、そうすることによって全体的恩恵

64) Id., 200.

65) Id., 201.

(systemic benefits) をこうむっていたために、今日のポストモダン・ヒンドゥー法は、単に西欧に刺激された再構成ではなく、われわれの概念の三角形——メンスキーの前掲図1ないし図4の三角形(貝瀬)——内のあらゆる要素を説明する、多元性に焦点を合わせた構造物(plurality-focused construct)なのである」⁶⁶⁾。

まず第1に、古典ヒンドゥー法前のヴェーダ法(Vedic law)の時代(前1500年から前500年まで)については、「ヴェーダ賛歌から、ヴェーダ期インド人の世界観がわかる。マクロコスモスの『秩序』(rita)は、ヒンドゥー主義、ひいてはヒンドゥー法のもっとも初期の中心概念である」、「ヴェーダの体系においては、古典期に重点がdharmaに移動するのに伴ってようやく中心を占めた個人の義務よりもむしろ、マクロコスモ的な超人間的な全体が依然として重視されている。ritaの理念は全体論的(holistic)であり、先在的な自然秩序を中心として、その秩序を保護することに関心がある。ヴェーダは何よりもまず儀式用の詩句と素材の集成で、……その主たる目的は、人間が限られたコントロールしか及ぼせない^{ユニヴァース}宇宙の存続をはかるところにあった」、「したがって、ヒンドゥー法は最初から自然法的アプローチを中心とする、継続的で複雑な弁証法のプロセスにもとづいている」、「ヴェーダの儀式とヴェーダ期の人々(Vedic people)の初期の社会政治組織については多くが知られているが、実定法すなわち治者により課せられたルールについては、ほとんど手がかりがない。……初期ヒンドゥー法は社会でインフォーマルに発達し、ローカルに適用された。初期ヒンドゥー法の概念は、国家法にほとんど重きを置かないが、グローバル法理論の三角形のすべての局面に及ぶ」、「ヴェーダ的ヒンドゥー法は、明らかに宗教的特色および世俗的自然法の特徴の双方の特色を有していて、いずれも古典ヒンドゥー法においてさらに深められた」(この時代の現実の法システムは大幅に慣習に委ねられており、慣習上のルールはmagicおよび宗教と密接に結びついていた)。以上のようにメンスキーはヴェーダ法の特徴を整理する⁶⁷⁾。

第2に、古典ヒンドゥー法(前500年から後200年まで)については、「本質

66) Id., 203.

67) Id., 204-209.

的に多元的意識が強く (plurality-conscious), 明らかに法中心的 (legocentric) ではなかった」とする。すなわち, 「儀式的行為の直接的効果に対する初期ヴェーダの信仰は, 単なる儀式の履行からではなく, 人類のあらゆる種類の行為から生ずる効果を想定する, より現実的な世俗的信仰の体系へとすぐさま変貌した。マクロコスモスのヴェーダの概念に立脚した古典ヒンドゥー法は, 人間と世界に関する多くの相互に関連する観念 (ideas) を, karma と dharma という, より世俗的な相を中心とする一貫した義務の体系へと発展させ, 自己統制的秩序の体系, すなわち人類の理想的状態の認識ないし黄金時代のヒンドゥー的ヴィジョンに到達した。実際には, すべての人々が dharma に従うべく全力を尽すヒンドゥー法の『黄金時代』の確固たる理想は長続きしなかった。かくして, 厳密に古典的なヒンドゥー法は, 社会的・法的現実の中では実行できない理想に接近することを基礎としていた」⁶⁸⁾。この dharma の概念は, インド文明全体の中心に位置し, 本質的に多元的であって, karma とともに理想的で「適正な (appropriate)」行為を促す道徳的要求の複雑なシステムである⁶⁹⁾。dharma の意味する「正しい行為」の基準を求めて, 学識者により多くの文献が著わされ, 法典 (smṛiti) に包摂された。これらのテキストは単なる法書 (law books) ではなく, 全体論的ヴィジョン (holistic vision), コミュニティ内での個人の自己統制的行為の重要性を前提とし, 国家法には直接の関心を示していない。「古典的なヒンドゥーのテキストは, 多様な見解, ルールの多元性, 正義の相対性を広く認める。これらのテキストのいずれか1つがヒンドゥー法を一方的かつ統一的に決定できるとは考えられない」⁷⁰⁾。「古典ヒンドゥー法においては, 国家の法源ないしその他のフォーマルな法源は, せいぜい周辺的な役割を果すにすぎず, 自己統制的な処理プロセスとインフォーマルな調停とが高く評価され, 慣習法に大きく依存しているのである」⁷¹⁾。

第3に, 後期古典ヒンドゥー法 (late classical Hindu law, 500年から1100年ま

68) Id., 209-210.

69) Id., 211-212.

70) Id., 212-213.

71) Id., 218.

で)と先行する古典ヒンドゥー法との限界は流動的である(オーバーラップする)が、「個人の自己統制を通じて普遍的・宇宙的秩序を強化するという個人的な古典ヒンドゥーの方法は, dharma を守るには単なる自己統制では実効性において不十分であるという考えに道を譲るように思われる」。後期古典ヒンドゥー法の独自性は, 「刑罰の脅威(danda)を通しての監督的自己統制が, ヒンドゥーの支配者(rājā)の機能に照明を当て」たところにある。後期のテキストは, 古典期を基礎に初期の概念を発展させたもので, かなりの程度の聖典上の継続性があり, サンスクリットのテキストは自己統制的秩序のモデルと補佐された自己統制(assisted self-control)のモデルとの間を往復しているようである⁷²⁾。後期のテキストによれば, 理想的なヒンドゥーの支配者は, rita の聖なるヴェーダの守護者である Varuna の特色をそなえ, 後期ヒンドゥーの法理論では, ヒンドゥーの支配者は立法を行うのではなく, 彼の人民が法であると考えられるものを運用し, 法をわれわれの多元的三角形(pluralistic triangle)の中心内に維持するコントロール機能を深めるのである(適正さについてのローカルな慣習的観念[local customary notions of appropriateness]は依然として実社会における主要な法源であり, 支配者はそのような慣習を尊重し, 自らの dharma に従って効果を付与しなければならないとされる。後期古典ヒンドゥー法は, 支配者をローカルな相対性の枠組み[local framework of relativities]にしっかりと結びつけ, 三角形の多元的中心へと引戻したのである)⁷³⁾。モデルとしてのヒンドゥーの支配者の, 懲罰以外の重要な機能として, 紛争を解決し宇宙的秩序を維持するための方策としての vyavahāra 概念が後期の古典的文献によって導入された⁷⁴⁾。個々のテキストで細部は異なるが, vyavahāra——これは西欧の法律家向けに「訴訟(litigation)」と訳されるものの, それでは古典ヒンドゥー法の概念を完全にはカバーしていない——の基本的4段階は, 訴訟申立て(plaint), 答弁, 調聴調べ, 判決であって, 対象に応じて18種の「法的権原」ないし「実体法」に分類される⁷⁵⁾。

72) Id., 223.

73) Id., 225-226, 234.

74) Id., 227.

第4に、ポスト古典ヒンドゥー法（1100年以後）については、「dharmaを確定する内面化されたプロセス」から、「紛争解決の確実に公式のプロセスにおいて、適正なバランスを発見しようとする可視的なこころみ」への重点の移行がみられ、世俗的関心の高まりと、「法学」の発生の多くの証拠がうかがわれるが、依然として *rita/dharma* の眼に見えない全体論的複合体と結びついているものと解されており、国家の制定にかかる公式のヒンドゥー法は存在しない、*dharma* に関するさまざまな種類の文献が存在するのみである、と指摘される⁷⁶⁾。「ムスリム支配下の中世ヒンドゥー法」については、1100年以降、デリーにムスリムの統一的中央集権国家が確立したが、イスラームの統治はほぼ都市部に限定され（その主たる関心は租税の徴収にあった）、異なった信仰をもつ臣民に対し世俗的アプローチをとり、ローカルな裁判運営に干渉しなかったため、この期間もヒンドゥー慣習法は機能し続けた、と評価する⁷⁷⁾。

第5に、アングロ＝ヒンドゥー法については、「植民地支配が伝統的なヒンドゥー法に及ぼした影響は、元来は自生的でない法的枠組みをインドに導入する結果となり、のちにそれは独自の発展を遂げた」とする。すなわち、①イングランドは、1600年以降インドと公式に取引を開始し、植民地支配に到ったが、政治的利便からすれば、ヒンドゥー法をまったく無視するのは実行可能な選択肢とはいえず、実際上のプレッシャーから、裁判運営のシステムが発展した。1726年の国王特許状（Royal Charter）は、マドラス等に市長裁判所（Mayor's Courts）を設置して、植民地司法制度の創造に着手し、1772年にはベンガル総督ヘイスティングズの重要な行政規則（Regulations）が、物的財産相続（inheritance）、婚姻、カーストその他の宗教慣行などの属人法が規律する事項リストについては、ヒンドゥー法を承認した⁷⁸⁾。②法の統一と安定（certainty）を確保するために、1860年刑法典を初めとして多くの法分野で法典化が進んだが、伝統的ヒンドゥー法を法典の形式で restate する努力はすみやか

75) Id., 230, 227.

76) Id., 234-237.

77) Id., 237-239.

78) Id., 239-241.

に放棄され、ヒンドゥー法の native experts (pandits) の援助を得るというシステムは 1864 年に廃止され (エキスパート間でも回答が多岐に分かれた)、アングロ=ヒンドゥー判例法は「不確実な権威的テキストにもとづいた先例の混合体 (conglomerate of precedents built on shaky textual authority)」となった (このような拘束力ある先例のケース・ロー・システムは、ヒンドゥーの自己規律の秩序および situation-specificity という基本原理に反するが、アングロ=ヒンドゥー判例法は公式に通用力あるものと解された)⁷⁹⁾。③ 1864 年以降は、ヒンドゥー法に対する無知を補うために、1781 年 7 月 5 日司法運営規則 (Administration of Justice Regulation) が残余的法源として認めている「正義、衡平、良心 (Good Conscience)」が利用され、「さまざまな源泉 (sources) から法の断片が行き当たりばつかりに導入され、その結果として、極端な判例法の混合システム、専門家のみが知っているオフィシャルな法システムが生まれたが、ヒンドゥーの『生ける法』はまったく異なったままであった」。「インドにおけるイギリスの裁判運営は、rita/dharma の複合体内部でのヒンドゥー個々人の役割を知らず、dharma を維持する際のヒンドゥーの支配者の機能を部分的に知っているにとどまる状態で、ヒンドゥーの概念枠組みから完全に踏み出し、自然法の理念をまき散らしつつ、実定法とコモン・ローの概念的範囲内で行われた。優勢な法システムと従属的法システムの相互作用を規律する、自生の多元的調和の原則 (the indigenous pluralistic harmony of principles) に対する感受性が欠けていたのである。アングロ=ヒンドゥー法は、正義を求めて自らの道を行き、実証主義の方へ向けて、われわれの概念上の多元的三角形の中心から外側へ移動した」。しかしながら、慣習の重要性は認められていたので、ヒンドゥー法の土着的で文化特有の要素 (the chthonic, culture-specific elements) は完全に放棄されていたのではなく、初期の判例も、慣習を立証すれば、ヒンドゥー法の書かれたテキストに優越すると述べている (ただし、公式のヒンドゥー法に有利な強い推定が働く)⁸⁰⁾。④ 「ヒンドゥー法のこうした発展が有益なものであったかどうかについては議論がある。否定的な立場からすれば、公式のアングロ=ヒンドゥー

79) Id., 241-245.

80) Id., 246-248.

一法の出現によって、ヒンドゥー法の自発的成長がある程度停止したとされる。法律家のパースペクティブからすれば、法はより確実ではるかに統一的なものとなった。しかし、このような見解は公式法を説明するにすぎない。明らかに、アングロ＝ヒンドゥー法とヒンドゥー法の社会的実態とが異なったままであるから、慣習と法の間には大きな裂け目が残っていたのである。……ヒンドゥーの慣習法はきわめて重大で、豊かな非公式法^{アンオフィシャル}となった。伝統的テキストの適用範囲が狭まってゆくにつれ、無数の慣習法に関する多くの未解決の問題と、それらと公式法の関係についての同様の問題が、発生した」⁸¹⁾。

第6に、「インドにおける現代家族法」と題して、「1947年8月15日の独立で、インドは顕著な法の多元性を特色とするきわめて複雑な法システムを継承した。アングロ＝ヒンドゥー法が主に判例法にもとづく公式の法システムへとより早い段階で転換したのに対し、ポストコロニアルのヒンドゥー法は、公式法源として制定法が突出していることを最大の特色とする。しかし、だからといって、インド人およびインドの法システムが今や心から法実証主義を取り入れたのではない。ポストコロニアルのインドの立法者たちは、国家による家族法を新たに作成するために、あらゆる種類の西欧法をコピーしただけではなかったのである。インドの立法者たちは、いまだに古法をきわめてよく知っていたし、ヒンドゥー法が法典化・世俗化された後も古法が依然として適用される、ということをわきまえていたのである⁸²⁾」と要約する。すなわち、「再構成された多元主義は、多数派の属人法としてのヒンドゥー法のみならず、ムスリム、キリスト教徒、パルシー教徒 (Parsi)、ユダヤ教徒の法、随意的世俗的家族法を包含していた。仏教徒、ジャイナ教徒、シーク教徒は今や法典化された現代ヒンドゥー法により規律され、公式には多様性は減少している。……独立インドは、フォーマルな法統一とインフォーマルな多様性の間の、困難ではあるが歴史的に馴れ親しんだ道を歩んでいる。……現代インド法の多様なヒンドゥー的基礎からして、西欧モデルに従った形式的に統一された法的発展という安易な道は排除される」(ヒンドゥー家族法の近代化と統一は、まずイギリスによ

81) Id., 249.

82) Ibid.

り19世紀に推進され、インドのエリート層が同じ方針を採択した)⁸³⁾。包括的な法典化(西欧化)という、独立直後の野心的プロジェクトは失敗し、代わりに、現代ヒンドゥー家族法の大部分を規律する4つの——婚姻、相続、養子・扶養、未成年後見——国会制定法(Acts of Parliament)が1955年・1956年に成立した。1950年代の改革の主たる目的は、すべてのインド国民が受容できるように現代ヒンドゥー法を世俗化することにあったが、こうした「人工的な統一の戦略」は実際には機能せず、1955年ヒンドゥー婚姻法はヒンドゥー婚の成立要件として(古いヒンドゥーの多元的な)慣習上の儀式(customary rites)に従うことを要求しており、法源としての慣習(伝統的な社会・文化規範)の役割が現代のヒンドゥー制定法においても明示的に尊重されている。ただし、宗教が法に優越するという趣旨ではなく、現代ヒンドゥー法における法実証主義は、社会・文化的ファクターを重視しているのである⁸⁴⁾。古代の自己規律的秩序(self-regulated order)のモデルは、インドのポストコロニアル実証主義者が、現代ヒンドゥーの再構築のための便利な素材として用いたが、先のヒンドゥー婚姻法も、古代の法秩序と現代の法システムの複雑な相互作用を示している⁸⁵⁾。「現代インド法の、多元性を意識したより深い分析は、『生ける法』として作用する場合に、規範の——公式の現代ヒンドゥー法の主要法源に比べ——異なったヒエラルヒーを示唆している」⁸⁶⁾「現代インド国家が現代ヒンドゥー家族法を——社会福祉システムを構築しつつ——独特の折衷的方法でいかに規律しようと努めているかをよく知れば、それだけいっそう現代ヒンドゥー法の複雑で概念的に成熟した性質が明らかになってくる。社会の中からの自己コントロールのメカニズムに依存するという、戦略的に賢明で経済上儉約できるやり方から、現代ヒンドゥー法は、明らかに社会の全面的コントロールは国家法により実施されるという大前提にもとづいてはいないことが、確認される。われわれはこの場合に『柔らかい法中心主義(soft legal centralism)』ないし

83) Id., 250.

84) Id., 252-254.

85) Id., 255.

86) Id., 257.

『柔らかい実証主義 (soft positivism)』といってもよからう。ここでの分析で決定的なのは、現代ヒンドゥー法が法的權威の多くを社会に委ねてきたということである。重要なことに、フォーマルな紛争解決に頼るのを避け、それでも正しい結果を生み出す解決を発展させることを社会に委ね、それによって社会との調和を保ち、すべての国民の基本権を保障しているように思われる⁸⁷⁾。

第7に、メンスキーは、「ヒンドゥーの法概念とインド憲法」と題して、「モダニストにとっては、ヒンドゥー法との関係で、インドの世俗憲法と一般的なインドの法システムについてもはや語ることはなくなったように思われる。しかしながら、ヒンドゥー法の多元性を意識した分析をより深め、インド法における強い法実証主義によるグローバル化と統一化の主張に対して異議を申し立てる、複雑な法的実体のヴェールをはがなければならない。本項では、現代国家とモダニストが安易に認めようとする以上に、ヒンドゥー法がどの程度まで依然として現代インド憲法のはるかに重要な構成要素であるのか、を探求する。明らかに、インド家族法における『柔らかい法実証主義』の実体は、法システム全体に影響を及ぼし、洗練された法的発展のための青写真 (blueprint) を提供する⁸⁸⁾。メンスキーは、1970年代後半にインド憲法は「多元性を意識した再土着化 (a plurality-conscious re-indigenisation)」と呼びうる経験を積んだのであって、「現代世俗インド法は、非ヒンドゥー教徒に対して憲法上規定された法的差別禁止という、現代インド国家の『根本規範 (grundnorm)』の点においてのみ、世俗的なのである。すべての国民が、宗教にかかわらず、ひとつの法の支配 (one rule of law) のもとで共に生きる、という国家観である」と論ずる。「世俗化というインドの独特のポリシー」と「インド世俗憲法の解釈による再構成において、伝統的インドの社会・文化のおよび法的概念に重要な地位を認めること」とは、何ら矛盾しない⁸⁹⁾。現代インド憲法の土着性 (indigenous nature) が次第に顕在化してきたのは、モダニスト的・実証主義的モデルと戦略とが、独立インドの新法秩序が全国民に保証した社会的・法的成果を生

87) Id., 258.

88) Id., 259.

89) Ibid.

み出すことに失敗したからである。「こうした全法システムの根本的危機は、1975年から1977年のインディラ・ガンジーの非常事態令 (Emergency)、すなわちインドの国家的発展の画期的・カタルシスの段階において頂点に達し、その間にインド憲法は劇的に再構築され、そこでは、ヒンドゥー教に示唆された自浄的システムを注入したと解することができるようなヒンドゥー的概念が、時おり明示的に言及されている」⁹⁰⁾。「現代インド憲法の実証主義的体系の中で古いインドの(しばしば明らかにヒンドゥー的な)概念を再利用した」例として、インドの公益訴訟 (public interest litigation) の出現と、基本権の保護に関する複雑な新理論の創造をメンスキーは挙げている。「公益訴訟は、不満を抱くすべての者に裁判所の門戸を開くという古代ヒンドゥーの手法に明らかにもとづくものである。支配者は『小魚』を『鮫』から守るために不服に耳を傾けなければならないとするのは、rājadharmā の重要な見地であった。このテクニクは、特権者を本質的に優遇していた植民地システムの当事者対抗的モデルから裁判所がある程度離れざるをえないために、現代インド法をラディカルに改革した。公益訴訟は多くの法廷で膨大な成功を収め、発展し続けている。……インドの公益訴訟は、モダニスト的な借り物でもアメリカ法から派生した結果でもなく、現代基本権の関心と、社会における相対的正義とバランスという伝統的なインドの概念との巧みなブレンドとして理解される必要がある⁹¹⁾」。また、環境権の保護に関する1976年の第42憲法修正を、古代の全体論的概念(ヒンドゥー教の dharma)と現代憲法の新しい要素とを明示的に結合したもの、すなわち、共通善を不当に侵害しないようにすべての国民は行動すべきであるとする新たな憲法上の dharma である、と位置づけるのである⁹²⁾。

最後に、「ポストモダンにおける混合的な適性さ (composite appropriateness) を求めて」と題する結語では、多元性を意識した——ヒンドゥー法を含む——インド法を、ポストモダン法システムとして語ることがどこまで適正か」を簡

90) Id., 260.

91) Id., 267-268. インド憲法 32 条・226 条は、基本権が侵害された場合に、最高裁および高等法院への直接のアクセスを認め、1970 年代後半から 1980 年代前半にかけて、インド最高裁判所は当事者適格理論を革命的に発展させ、公益訴訟を開拓した (Ibid.)。

92) Id., 269-270.

潔に論じている。「インド法システムの混合的な多元的性質 (the composite pluralist nature) は、これまで詳細に論じられてきた。法統一それ自体は、インドではもはや望ましいものとみられておらず、生活の実態および過去の経験からして達成不可能な目標であるとされているようである。インドのリーガル・リアリズムは、理論的にはまだ未熟な段階にあって、ヒンドゥー家族法の慣習的多元性 (customary plurality) を深めるようにつとめてきたが、『伝統』に耳を傾けることによって、革新主義的な課題を断念しなかった。その課題は、精神的なドグマティズムよりも社会・経済的な目標を重視している。インド法は、理想的なイデオロギーではなく、実践的な正義と適正さを猛烈に求めているのである」⁹³⁾。メンスキーは、「ポストモダン・ヒンドゥー法を、現代インドの全法システムを多元性を意識して再構築するという、より広いコンテキストの中で語ることを可能にする」相互に関連した複数の大きな近時の発展を指摘する。たとえば、2001年インド離婚(改正)法によってインドにおける著しく旧弊な植民地時代の宗教偏重のキリスト教離婚法が全面的に改正され、「2001年以降、離婚に関するインド法は、全面的で大規模な統一法を形成し、多数の原因にもとづいて離婚を許容し、離婚を迅速に進めるように促していることは明らかとなったが、反面、属人法システムを維持していた」⁹⁴⁾。属人法システムにおいては、フォーマルな法的手続よりもインフォーマルな紛争解決が好まれ、自己規律秩序を発展させることになる⁹⁵⁾。「外見上は迅速な実定的法創造によって操作されているが、社会法的・倫理的関心によって深くインスパイアされている、このように例外的に精巧な法的再配列は、やがてポストモダンの法的再構築の重要な一例として理解されるであろう。それは、インドにおける属人法の多元性を通じて、多元性を意識する精神 (a spirit of plurality-consciousness in terms of the plurality of personal laws in India) を示しているのみならず、グローバルな現象として法を理解することの助けにもなるのである。……インドの混合的な文化的伝統という普遍的基盤は、かなりの程度まで (た

93) Id., 273.

94) Id., 274.

95) Id., 275.

だし完全にはないが) ヒンドゥー・モデル(それ自体本質的に混合的である)に支配されているのであって、将来の持続しうる法的発展のための、文化特有のグローバルなモデルを提供する。さらにインドのヒンドゥー法の事例から導き出されるグローバルに重要な教訓は、西欧の法的モデルは、今では単なる遠く離れた ^{トランスプランツ} 移 植 の源泉にすぎない、ということである。背後のヒンドゥー法伝統という概念的本源と、それが今もなお提供しているインスピレーションのしたたりとが、インドの混合的アイデンティティという条件に沿った、より高次の多元的意識形態と適正な法的成果を達成するための依然として有益なインスピレーションの源泉たりえているので、伝統的な移植の技術は現在では利用されることすらないであろう⁹⁶⁾。メンスキーは以上のようにインドにおける法多元主義の豊かさを強調するとともに、グローバルな現象としての法を理解するためにきわめて有益な素材が提供されている、と評価するのである。

(iv) メンスキーの大作の第2部は、ヒンドゥー法に関しては、その総論で提示した三角形モデル⁹⁷⁾が十分に活用されているとはいえない。ただし、ヒンドゥー法史を参照する限りは、自己規律的秩序が根底にあり、属人法の多元性、法源としての慣習の重視が認められるため、三つのコーナーに囲まれた多元的存在としてヒンドゥー法を理解することはきわめて必要性が高いというべきであろう。なお、グローバリゼーションがヒンドゥー法に及ぼす影響について、より立ち入った分析が欲しかったところである。

(3) 「多元的社会における法の意義」、「豊かで複雑な規範的多元主義(normative pluralism)の世界」を検討した論集『法の概念——比較法的、法理学的、社会科学的パースペクティブ』(2014年)において、編者のドンラン(アイルランド・リメリック大学)およびウルシェラー(スイス比較法研究所)は、「規範性(normativity)」という広い概念は、多様な形式で表現でき、それは常に特定の慣行、コミュニティ・文化と関連している。何世紀にもわたり、西欧人は秩序についての突飛な概念やヴォキャブラリーの中で訓練された個人が専心ないし監督する制度的な規範的秩序として『法』を定義してきた。重要なこ

96) Id., 277-278.

97) たとえば、Id., 228, 253, 254, 261, 273 で三角形モデルに言及している。

とに、この定義は『国家法』というより狭い派生的形態に先行したのである。また、この定義は、より組織化されていない——しかし、より重要性が低いとは限らない——その他の社会的規範の事例（多くの法的・規範的多元主義の『法』）と『法』とを区別した。自分自身の諸価値が普遍的・永続的であると信ずるのが通常であるが、この法の問題は、普遍的・科学のカテゴリーではない。そうではなく、この概念は、われわれが想像した歴史と経験の過程で発達した西欧の『民俗的概念 (folk concept)』なのである。それは、精神的問題として、他の形態をとる競合的規範あるいは外国の（異質の）規範 (normativities) よりも、文化的ないし道徳的に優越するものと理解されるべきではない⁹⁸⁾と説き、さまざまな法の問題がありうるのであって、コンテキストが異なれば有用 (useful) であることが判明する、「法とは国家によるサンクションを必要としない制度化された規範的秩序である (institutionalised normative order without the need of state sanction)」と結論づける⁹⁹⁾。また、グローバリゼーションからの挑戦に対応した、法原理および法理学の一貫したヴィジョンを提示することを目的とする、トゥワイニングの著『一般法理学』(2009年)は、「グローバルな視座からすれば、主体間の諸関係を秩序づけることを志向する、一種の制度化された社会的プラクティスとして法を考えるのは、啓発的である」、「グローバルな視座は、法の諸レベルを区別することの重要性、非国家法の重要性、規範的および法的多元主義を重視すること、それゆえ interlegality (規範的法秩序と生ける非国家的法秩序のような、異なる法秩序間の相互関係) の重要性を、明らかにする」¹⁰⁰⁾、「かなり包括的な法のコスモポリタン原理 (cosmopolitan discipline) は、……超国家法 (たとえば国際的、地域的な)、非国家法 (たとえば宗教法、トランスナショナル法、土着固有法 [chthonic law] すなわち伝統／慣習)、多様な形式の『ソフト・ロー』などの、あらゆる重要な形式の法を包含

98) Donlan/Urscheler, Concepts of Law : An Introduction, in : Seán Patrick Donlan/Lukas Heckendorn Urscheler (eds.), Concepts of Law Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives (2014) 3.

99) Id., 15-16.

100) Twining, General Jurisprudence Understanding Law from a Global Perspective (2009) 117, 121.

することを要する」¹⁰¹⁾、と分析している。これらの法の定義は、グローバリゼーションと多元主義を前提とするもので、メンスキューのグローバル比較法研究と同様に、宗教法・慣習法・グレンのいう土着固有法の研究にはきわめて有益であるが、比較法の実務的目的として立法・解釈の指針となることが重視されていることからすれば¹⁰²⁾、法多元主義のみを前提とするのは狭きに失するであろう。すなわち、比較法研究の目的と比較の段階に応じて、既述のようにアプローチを決定すべきであろうし¹⁰³⁾、①ヨーロッパ発の国家法中心的比較法、②トランスナショナル比較法（モデル法などのソフト・ローもこれに含める）¹⁰⁴⁾、③法多元主義的グローバル比較法（比較法文化論、混合法論の発展形態がこれとオーヴァーラップするであろう）の役割分担を肯定するのが、比較法学の内容の豊饒化をもたらすであろう（ジームスのテキストブックは、方法論的多元主義の果敢なこころみとして、きわめて示唆に富む。本稿Ⅰ(2)で検討したマティアス・ジームスの所説を参照されたい）。本稿では、以上の比較の目的に応じた区分（3つの比較法）を前提に、とくに前記③のグローバル比較法の内容として、㉗比較法と宗教（法）、㉘比較法と（アフリカ）慣習法、㉙東アジア法伝統と法オリエンタリズムの3つのテーマについて簡単に解説しておきたい。

3. 比較法と宗教（法）

(1) 比較法学の宗教法に対するアプローチを示す研究として、先のメンスキューの著作とともに、『オックスフォード比較法ハンドブック』に収められたハロルド・J・バーマンの「比較法と宗教」（同書第22章）をまず検討したい。

ソヴィエト・ロシア法研究とともに、『法と革命——西洋法伝統の形式』（1983年）および『法と革命Ⅱ——西洋法伝統に対するプロテスタント宗教改

101) Id., 362.

102) 貝瀬・前注6) 88頁以下。

103) 本稿Ⅰ(3)で検討した Oderkerk の所説を参照されたい。

104) 比較法学者マティアス・ライマンらによる「トランスナショナル法」の研究が貴重である (Mathias Reimann/James C. Hathaway/Timothy L. Dickinson/Joel H. Samuels, Transnational Law : Cases and Materials (2013))。

革の影響』(2003年)の大著で知られるハロルド・バーマン¹⁰⁵⁾の前記論稿は、「比較法と宗教との関係を扱う学問的文献は、控え目にいっても、貧弱である。比較法の古典的作品が、多様な文化における法と宗教の關係に言及することは、ほとんどない。その理由の一半は、それらの作品がコモン・ロー・システムという英米『法族』とシヴィル・ロー・システムというヨーロッパ大陸『法族』との対比に主に着目してきたこと、および法システムの双方の類型が表わす宗教的信条が基本的に同一である(すなわちキリスト教である)という前提を採用していたことにある」とする。20世紀後半の数10年間に、比較法のテキストブックが非西洋法伝統を扱う短い章を含むようになったが、非西洋法伝統相互間の比較や、それらと西洋法システムの宗教的局面との比較はなされず、比較宗教学の古典的研究も、法と宗教との關係をほとんど無視していた。21世紀の最初の10数年の間に、比較法学と比較宗教学の分裂状態は次第に変化し、両者の相互關係が注目されるようになった。このようにバーマンは指摘し、具体例として、①メンスキーの『グローバルなコンテキストにおける比較法』(2000年に初版、2006年に第2版が刊行された)、②パトリック・グレンの『世界の諸法伝統』(2000年初版)、③アンドリュー・ハックスリー(Andrew Huxley)編『宗教・法・伝統——宗教法の比較研究(Religion, Law and Tradition: Comparative Studies in Religious Law)』(2002年)などを挙げる(①は、法と宗教の相互作用を含む「真にグローバルな法的パースペクティブ」を採用することに失敗した比較法学に対する広汎な法理学的批判であり、②は、西洋のシヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統のみならず、タルムード、イスラーム、ヒンドゥー、アジア、自生的アフリカ法伝統とも比較を行ない、法的方法と法的価値の根本的差異を説明する宗教的信条の相違を強調するもので、③は、「カノン法、ユダヤ法、イスラーム

105) ハロルド・J・バーマン(1918年-2007年)は、1948年から1985年までハーヴァード・ロー・スクール教授、1985年以降はエモリー大学ロー・スクール教授を勤めた。Justice in the U.S.S.R.: an interpretation of Soviet law (1963)などのソヴィエト法研究で知られるとともに、本文に掲げた2巻の大著Law and Revolution (1983, 2003)に代表される「法と宗教」研究のパイオニアでもある。バーマンの業績については、William Butler/Peter B. Maggs/John B. Quigley, Jr. (eds.), Law after revolution: essays on socialist law in honor of Harold J. Berman (1988).

法、初期中国法、ヒンドゥー法、仏教法〔Buddhist law〕の各章を含むとともに、宗教と法概念の相互作用を強調する」)¹⁰⁶⁾。

バーマンは、西洋法族にキリスト教が及ぼした影響を含め、各法族に宗教が与えた影響の研究を怠ったのは、比較法学者の怠慢であるとする(宗教法システム相互の比較は比較宗教学者の責任でもあるが)。西洋法族の場合、世俗法と宗教法の区別は、歴史的にキリスト教信仰に由来するのであって、「12世紀から16世紀の間に、ローマ・カトリック教会のカノン法は、『宗教的・霊的な法』(spiritual law)として、国王、封建諸侯、商人、都市の『世俗』法から区別されており、その数世紀の間、ヨーロッパでは、教会それ自体や聖職者や秘跡に直接影響する事項のみならず、家族法、教育、貧者の救済、病人の介護などの事項も教会裁判所の裁判権に服していた。大公と国王がプロテスタント地帯の長となった16世紀のプロテスタント宗教改革とともに、かつてカノン法であったものが、大公ないし国王の権威のもとで他の法分野と結合した。かくして、以前は宗教的・霊的な法に服すると考えられていた事項が世俗の権威のもとで多様な規律を受ける、いっそう包括的な国家法システムが出現した。多様な西洋法システムの法族のそのような世俗化の程度と性質は、その法族間の相違と類似を解く鍵である」。現代西洋法族と、イスラーム、ヒンドゥー教などが優越している現代法族とを比較する場合には、各国で「世俗法」と「宗教法」との区別がどの程度受け容れられるようになっているかを考察することが重要であり、「ヒンドゥーやイスラームの概念が公式法(official law)に及ぼす影響を、国内の多様性ととともに研究すれば、メンスキーが説くように、『われわれに法それ自体について教えてくれる』。とりわけ、そうした研究は、社会慣習と公式法とが異なる場合に、前者が後者に及ぼす影響について比較法学者に教えることができる」¹⁰⁷⁾。

バーマンは、「市民宗教が法に及ぼす影響」を以下のように分析する。①宗教の定義は法の定義と同様に多様であり、ユダヤ教・キリスト教・イスラーム

106) Berman, Comparative Law and Religion, in: Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 739, 739-741.

107) Id., 741-742.

教は一神教の用語で宗教を定義しがちであるが、ヒンドゥー教・仏教のような世界宗教や、18世紀の啓蒙主義における理神論(Deism)にはあてはまらない。

②ヒンドゥー教・仏教は dharma (神聖な法) への信仰を共有し、現在インドに通用している公式法はイングランドのコモン・ロー^{オフィシャル・ロー}伝統であるが、宗教的・霊的な訓示としての dharma という自然法概念は依然として重要である。

③「大半のアジア諸国の公式法は、ヨーロッパ諸国やアメリカの公式法と同様に、その大半が、もはや『宗教的』という言葉の伝統的意味での宗教法ではない。すなわち、ヒンドゥー教や仏教の信仰体系を信奉する人々の法であって、『ヒンドゥー法』や『仏教法』ではない」。

④パトリック・グレンによれば、「アジアにおける(法)規範性の最大の伝統的根源」(the greatest traditional source of [the] normativity [of law])は儒教であり、グレンは、これは宗教ではなく哲学であるとするが、伝統的な宗教の信仰体系が法に及ぼす影響は、宗教の力^{フォース}を有する哲学的信仰体系(philosophical belief-systems)が法に及ぼす影響と同列に論じられなければならない。儒教では、同情心・調和・善・愛にもとづく対人関係(‘li’)が最高位にあり、ヒンドゥー教・仏教と同様に法の価値を極小化する。

⑤18世紀にルソーはこのような信仰体系(社会的・政治的教義)を「市民宗教」と名づけ、この概念は20世紀のアメリカにおいても個人主義・デモクラシー・法の支配を含む信仰の体系に(ロバート・ベラー Robert Bellah によって)適用された¹⁰⁸⁾。

バーマンは、宗教を——神学者パウル・ティリッヒ(Paul Tillich)のように——「共同体が生命を捧げようとする、生の本質と目的に関する窮極的関心・根本的確信」と広く定義すると、法への信仰それ自体も宗教的信仰であるから、比較法学者は各法システムがこうした窮極的関心・根本的関心をどの程度反映し、それに依拠しているかを考慮すればよいとする。19世紀および20世紀の西欧の比較法学を支配していた世俗的・合理的法のモデルは、世俗的合理性を超える法の要素、法が宗教と共有する要素を無視しがちであった。この要素とは、儀式、伝統、権威、普遍性を通じて法の価値を伝達することであり、宗教

108) Id. 743-744.

性・霊性と世俗性とを区別することによって、こうした法の宗教的側面が隠蔽されていたのである。西欧のキリスト教以外の宗教伝統には、かかる区別は存在しなかった（タルムード法とイスラーム法は、ユダヤ人やイスラーム教徒以外の者なら「世俗的」事項と呼ぶようなものも、宗教的権威の対象としている〔食料や衣服〕。イスラーム教の shariah は、道德原理であるとともに法的原理であり、神の法であるとともに人の法でもある。ヒンドゥー教・仏教・アフリカ固有法は、法・道德・宗教を区別していない¹⁰⁹⁾。

バーマンは、世界経済の統合と、瞬時にトランスナショナルなコミュニケーションが可能になったことから、人類共通法 (a common law of humankind) が生まれつつあるとする。世界の主要な法システムに生じている共通の特色が、法の本質と機能についての共通の信念にもとづいているのか、それ以上に、世界の主要文化が、紛争の公正かつ秩序に適った解決プロセスとしての法に対する共通の信頼 (common faith) を共有しているのかどうか、が比較法学者の重要な問題であるとし、バーマンはこれを肯定する。すなわち、「法への世界的信頼は、世界宗教と倫理的次元を共有するとともに、普遍的平和と普遍的正義の共通の未来に献身することを、同様に世界宗教と共有するのである」。大半の比較法学者は実証主義的前提から出発し、法と宗教の結びつきは近代になって切断されたと説いてきたが、法それ自体がその神聖さ (sanctity) を強調し、社会的効率を超えた正義の体系への信頼に訴える方法で、法への服従を求めている。バーマンは、比較法は「生成しつつある ^{ワールド・ソサイアティ} 世界的社会 の多様な文化の中で、法への共通の信頼が世界的市民宗教 (a world civil religion) の本質的要素であることを示すことができる」のであって、世界法の発展を支える共通のものを解明するために、多様な法システムの根底にあるトランスナショナルな ^{ビリーフ・システム} 信仰の体系、宗教ないし宗教哲学を探求することを、比較法学者に要求しても酷ではない、と結論づけるのである¹¹⁰⁾。

109) Id., 745-746.

110) Id., 747-750. バーマンは、双方審尋主義 (audiatur et altera pars) は紛争の平和的解決の神聖な手段と信じられている、世界の全文化に共通の信条 (a common article of faith) である、とする (Id., 749)。

メンスキーの『グローバル比較法』は、地域研究を基礎に法多元主義を提唱し、旧自然法（宗教・倫理・道徳）、社会規範と文化の形式、国家法、新自然法（国際法と人権の多様な概念）の4つの軸からの距離で、ルールの柔軟な位置づけをはかったが、バーマンの論稿は、各法族に宗教が与えた影響の研究を伝統的比較法学が怠ってきたことを批判し、現代西洋法族と特定の宗教が優越している法族とを比較する場合には、各国で世俗法と宗教法とがどの程度区別されているか、宗教や社会慣習が公式法にどのような影響を及ぼしているかを、西洋法族も含めて探求する必要があると提言し、社会的効率を超えた正義の体系である法への共通の信頼が、世界的な市民宗教・人類共通法を生成させつつあることを比較法学は示すべきである（多様な法システムの根底にあるトランスナショナルな宗教哲学の探求）、と論じている。すなわち、バーマンの論稿は、法の多元性を容認するにとどまらず、人類共通法を想定している点で、地域研究の集成であるメンスキーの研究よりも伝統的なのである（キリスト教に詳しく論及した『フランス法概論』を経て、根元法論に到った野田良之の思索を連想させる）。

(2) すでに、その法多元主義とヒンドゥー法の論述を紹介したメンスキーはこう解説している。「構造が類似したイスラーム法のシステムと簡潔に比較すれば、なぜヒンドゥー法が、テキスト上の流動性と慣習の最優先の効力というその特色を発展させたのかを、明瞭にする助けとなろう。イスラーム法においては、預言者ムハンマドという唯一人の人間が、神の啓示——その啓示は、この時にクルアーンとしてムスリム法の主要な基礎的テキストとなった——を受けた者であるとされる。ヒンドゥー法は、唯一の人格神の権威も、特定の、中心が神の啓示により設定された源泉から啓示を記録したものも、前提としてはいないのである」¹¹¹⁾。比較法学における宗教法の地位の解明に少しでも役立つように、ここでイスラーム法（中東法）についても、不十分ながら第一人者の叙述を参照しておこう。

英文の『中東法入門』（2007年）で知られるレバノン出身のマラー（Chibli

111) Menski, *supra* note 43, 221.

Mallat, ユタ大学教授)¹¹²⁾は、『オックスフォード比較法ハンドブック』に論稿「比較法とイスラーム(中東)法文化」を寄せている。同論文は、まず「イスラーム法と文明、比較の枠組み」と題して、以下の序論を設ける。

21世紀西ヨーロッパにおける代表的イスラーム法学者ジョゼフ・シャハト(Joseph Schacht, 1969年没)は、その没後に発表された、イスラーム世界の「法と正義」を検討した論文で、イスラーム文明を定義する際の法の独特の重要性を強調しており、14世紀に及ぶイスラーム文明史との関連ではそれは真実であるが、「第1次世界大戦から1970年代初期にいたるまでの時期は、決してシャリーアすなわち『イスラームの聖なる法』の栄光の時ではなく、数世紀にわたって没落してきたイスラーム法の大半は、西ヨーロッパ式の立法と交替した。儀式的遵守は別にして、法的ビジネスを実行するにあたり公然とシャリーアの教訓を参照するムスリムはほとんどおらず、イスラーム世界における宗教法の地位は相当に後退した」¹¹³⁾。イスラーム法曹(シャリーアの解釈者)がリードしたイラン革命(1979年)は状況を一変させ、テヘランにおけるイスラーム政権の出現を経て、21世紀の初頭までには、シャリーアは、ムスリムが相当な多数派を占める大半の諸国の、政治生活の中心へと復帰した。イスラーム法を遵守するイスラーム諸国の確立を求める声がムスリムの間に普遍化し、「こうしたコンテキストのもとで、あらゆるイスラーム諸国では、すべての『近代』立法の制定と解釈が、イスラーム法と矛盾しないかどうか(compatibility)の審査に服するから、比較法は現代イスラーム世界の本質的構成要素である。ほぼ全面的なシャリーアの退去とその強力な復活との間に、ほとんどあらゆる法的争点は比較法的になった。このようにシャリーアの比較法的局面が広く普及したが、それをさらに複雑にしたのは、歴史の軸が、法を越えて宗教、

112) マラーは、ロンドン大学の出身で、レバノンの Saint Joseph University を経て、2007 年以降ユタ大学教授を勤める。本文に掲げた、Introduction to Middle Eastern Law (2007) のほか、近作として Philosophy of Nonviolence : Revolution, Constitutionalism, and Justice beyond the Middle East (2015) がある。59 Am. J. Comp. L. 1135 (2011) は前者の書評である。

113) Chibli Mallat, Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture, in : Reimann/Zimmermann (eds.), supra note 106, 610-611.

芸術、文学、科学すなわちイスラーム『文明』という項目でまとめられるすべてのものを包含する分野に対する、広大な文化的パースペクティブをもたらすことである。実際、イスラーム法は、イスラーム文化のより大きな参照枠組を構成する、小さな具体的要素にすぎないのである」¹¹⁴⁾。

マラーは、イスラーム法は次第に包括的な存在 (all-encompassing) になりつつあり、現代国家における法の支配に匹敵するが、イスラームの nomocracy と、現代デモクラシーのもとでの法の支配とを比較する場合には、以下の諸点を区別するのが有益であるとする。①イスラームが支配的宗教である諸国の多くは中央集権的構造を欠くため、社会における法の機能がきわめて複雑になる。②イスラーム法は、属地的法システムというよりも属人的 (personal) 法システムである (宗教を基礎とする中東の法秩序の特色)。③歴史的パースペクティブからすれば、7世紀のイスラームの啓示以来、イスラーム法の流れは途断えることなく、シャリーアは地域を越えた普通法 (common law) の様相を呈し、「初期には、コーラン (クルアーン) のテキスト、ハディース (預言者に帰属するアフォリズム)、sira-maghazi (預言者の伝記的説明) は多くの法的ジャンルで磨きをかけられ、この遺産に古典時代の学術書 (フィクフ fiqh)、慣習法、今なお残っている archival courts で利用できるケース・ロー、判決の技術に関する文献、ファトワー fatwas (個別の法的意見)、書式、捺印証書 (deeds) と契約書、15世紀以来の制定法 (カーヌーン qanun)、年代記のような歴史と文学が加わった。近時の学問は、これらのジャンルをすべてイスラーム法の範囲内に取り入れている。その結果、法源の概念、法とその解釈の発展、イスラーム法の『諸学派』、……19世紀および20世紀の国家法の法典化に対する理解に大きな変化が生じた」¹¹⁵⁾。

なお、マラーの分析の対象は中東に限られ (インド、インドネシアは含まない)、国民国家ごとにイスラーム法を検討するアプローチは採らない (シャリーアが共通の影響を及ぼしている等の理由)¹¹⁶⁾。

114) Id. 611-612.

115) Id. 612-613.

116) Id. 613-614.

マラーの結論を確認しておこう。マラーによれば、「イスラームの啓示から1500年が経過し、イスラーム／中東世界と結びついた不安と暴力を見れば、西と東は正反対の法概念を有しているがゆえに、衝突するのではないか、と比較の観点から疑問が生ずる。西側からすれば、法は国民国家とその領土と結びついている。イスラーム／中東側からすれば、法は人的次元 (personal dimension) により支配され、宗教とその中の宗派を基礎として確定されるものである。概括的に言えば、21世紀への転換期にあたり、個人の保護と憲法による政府のコントロールのいずれの点でも、現代イスラーム／中東世界における法の支配は失敗であると認めるほかはないであろう。債務法と家族法の分野では、対立のパタンでないとするれば、差異のパタン (a pattern of differences) が優勢となったようであるが、オスマン帝国の Majalla のように時には法典化に成功することもあった。しかしながら、契約および不法行為の分野においてすら、重層的 (ないし混合的) な法の分断されたシステム (separate systems of super-imposed (or intermingled) laws) のために、一貫性と安定性を実現するのが困難なのである。すなわち、イスラーム法システムは、無過失補償 (non-fault compensation) から出発し、それから契約と不法行為の原則に対し例外を設ける。これは、出発点として個人の責任が立証される必要がある西欧のシステムとは逆である。現代の中東における民法典は、両方のアプローチを調整するという困難を抱えてきた。裁判所は、西欧の基準を1000年に及ぶイスラームの伝統と調整しないまま、西欧システムを守る傾向にある。家族法においては、社会的圧力と男女平等の要求が増加しつつあることから、本質的に非平等主義であった古典的システムが改善された。しかしながら、その成功は全体的でも統一的でもなく、その分野のきわめて最近の法改正にも、西欧法とイスラーム法の矛盾したシステムが露わなままである。比較法学者からすれば、本章 (マラー論文のこと——貝瀬注) は、イスラーム法を『宗教的』ないし『神聖なもの』と分類するのか、あるいは、外国の影響や移植はあるのか、といった正当な問題に対して答えていないかもしれない。しかしながら、イラン革命以来の、闘争的なイスラーム諸国と集団の明らかな特色であるイスラーム法の著しい優位とともに、属人的・属地的2分法が比較法学のいかなる伝統的分類よりも重

要であることが、結局は明らかになるのかもしれない。一方で、比較法学の伝統は依然として強固である。すなわち、立法者は、外国の先例を（民刑事法改正の場合のようにフランスに由来するものであれ、家族法の場合のように近隣のアラブ／ムスリム諸国に由来するものであれ）まず調査せずに法を通過させることはほとんどない。裁判官でさえ、法律問題の国際的かつグローバルな性質が増大することの影響を受けており、エジプト最高憲法裁判所は、ためらわずにアメリカ合衆国最高裁判所判決を長く引用している。こうした外国法および比較法に対する関心が世界的規模で増大する現象の中で、イスラーム法伝統それ自体も次第に議論の対象になりつつある。その結果として、たとえこの現象がより緊張に乏しいコンテキストに置かれた場合に比べてしばしば議論が厳しくなるにしても、比較経験は豊かなものになるのである」¹¹⁷⁾。

わが国の比較法学からすれば、イスラーム（中東）法は、非規範的目的にもとづくマクロの比較の一翼を担うことになるだろう。バーマンは世俗法と宗教法との区別の程度に着目しているが、マラーによれば、イラン革命後は近代立法の制定と解釈に際してイスラーム法との整合性が検討されていること（シャリーアの比較法的局面）、シャリーアは地域を超えた普通法としての性格を有するにいたっていること、イスラーム法はイスラーム文明において重要な地位を占めるが、西欧的な法の支配には必ずしも成功していないこと、が重要であろう。

4. サッコのサブ・サハラ法伝統論（The sub-Saharan legal tradition）とアフリカ慣習法論

(1) 「法的フォルマント」論の提唱者であるロドルフォ・サッコはアフリカ法研究の先達でもあり、『ケンブリッジ比較法コンパニオン』に「サブ・サハラ法伝統」を寄稿している¹¹⁸⁾。アフリカ法に対するサッコのアプローチを、

117) Id., 638-639. 以上訳出したのは、マラーの論文の「エピローグ」の部分である。

118) Sacco, The sub-Saharan legal tradition, in: Bussani/Mattei (eds.), The Cambridge Companion to Comparative Law (2012), 313ff. サッコについては、貝瀬「比較法学者たちの饗宴(1)」立教法務研究3号(2010年)12-14頁。

同論文によりつつ検討してみよう。なお、サブ・サハラ・アフリカとは、北アフリカ（ファラオ、ペルシア、アレキサンドリア、ローマ、オスマン帝国にいたる支配を受け、中東・地中海域と歴史および法的枠組みを共有する）、南アフリカ（強力なヨーロッパ化のプロセスに組み込まれ、アフリカ大陸の他の諸国とは区別される）を除く部分を指す（サッコ他『アフリカ法』〔2009年〕は、アンゴラからジンバブエにいたる33ヶ国のアルファベット順の概観を含んでいる）¹¹⁹⁾。

サッコは、「矛盾する諸要素を特色とする異種の実体が共存している」アフリカ法を紹介するのは、容易ではないとしつつ、①伝統法の層（layer）、②イスラームを中心とする宗教的な層、③1880年から1960年にいたる植民地時代の層、④独立の時代の層（㊦ヨーロッパ・モデルの模倣の時代〔1960年から1980年まで〕、④それに続く伝統的価値の再発見とモデルの合理的選択の時代、に分かれる）といった4つの諸層が積み重なった複雑な実体（complex reality）として、アフリカ法を考察する¹²⁰⁾。

まず、「アフリカの伝統法は、専門的法律家、組織化された法的知識の伝達、法的ターミノロジーを伴わずに発生した。実務的な調査および概念構成のいずれについても、伝統的アフリカを研究し理解するためには、人類学的方法論が必要である。法人類学者と、伝統的な層の調査に関心のあるアフリカ主義者の法律家とを区別するのは不可能である。さらに、文化人類学は、伝統的アフリカ法の研究と理解に大いに貢献した」。伝統法は、アフリカ法の複雑な構造の中の最古の層であり（伝統法それ自体が、複数の層に分かれる）、霊性（the sacred）と結びつき、これを尊重しない者には超自然的なサンクションが加えられる。口頭性がその特色であるため、“mute law” ないし “sign law” であると説かれてきた。11世紀以降、エジプト経由で膨大なイスラームの移民が移住したが（セネガル、ギニア、ナイジェリアなどでは、今日でもイスラーム教が中心である）、アフリカのイスラーム教徒（スンニ派）は、家族法・相続法の

119) Sacco, Id., 313. また, Sacco, *Le droit africain* (2009) 273-522. 同書は、「北アフリカ」のエジプト、リビア、チュニジア、アルジェリア、モロッコ、スーダン、エチオピアなどを除いている。

120) Id. (Bussani/Mattei), 313-314.

分野を除き、地方慣習・伝統を大幅に受け容れた¹²¹⁾。

植民地時代の層については、以下のように論じられる。1880年頃から、ポルトガルを始めとするヨーロッパ諸国によるアフリカ大陸の植民地化が始まり、「アフリカ植民地の発展は、特に植民地に関連して作成された法理論を生んだ。不幸なことに、この法理論は、植民地化より前にアフリカに存在していた法にも、そうした法と征服者の法の両立や衝突にも、ヨーロッパ法に触れたことで土着法(native law)に生じた変化にも、アフリカで適用される際にヨーロッパ法に生じた変化にも、無関心であった」。植民地権力は、アフリカの植民地化前のルールにも拡張され、自然的正義、道徳性、公序、ヨーロッパ諸原理に則した基準にそのルールを従わせた。すなわち、①ヨーロッパの道徳性に反するアフリカ慣習法は抑制する、②植民地化前の旧裁判官を排除するような基準で、裁判官を任用する、③新任の裁判官は、ヨーロッパ的解釈を通じて伝統法を認識する(抽象的な法的パラダイムを根拠とし、アフリカの伝統では判決に影響を与えるものとされていた当事者の性質や社会的データなどの変化する状況を考慮しない)、といった3つの方法で慣習法が排撃された。ヨーロッパ・モデルの浸透状況は分野によって異なり、行政法と商法は直ちにヨーロッパ化したのが、それ以外の分野では、ヨーロッパ人に適用される支配国(colonizing state)法と、原住民に適用される(宗教的・伝統的)土着法とが共存したものの、アフリカ人を支配国の定めるルールに服させるような基準が新たに発達した。支配国は、植民地のみに適用されるルールを作成するようになった(イギリスは、元来インドのために作成した諸法をアフリカ植民地に導入、フランスは、チュニジアとモロッコに債務法典を取り入れた)¹²²⁾。

第2次大戦後、とくに1960年代に、ヨーロッパ諸国は一方的行為や国民投票や植民地との合意によって植民地を放棄したが、独立の際にアフリカ諸国は、ヨーロッパの植民者がもたらしたモデルに従うか、伝統的モデルに従うか、折衷的解決を採るかを選択できた。いずれの国も、国民全体の共通語たりうる言語を欠いており、法は植民者のヨーロッパ言語で表現されることも多く、大学

121) Id., 314-320.

122) Id., 321-324.

教育は主にヨーロッパの言語で行われた。国家のアイデンティティは言語によって与えられ、小さな言語共同体が国家の課題を引き受けることはできないため、アフリカ国 (the African state) は国民国家ではなく、植民地以来の境界をその不変性 (immutability) の原理とともに継承した。植民地の文官 (civil servants) らの協力により、ヨーロッパ・モデルにもとづき作成された憲法が発効した。「成文化されていない法は、伝統的・特殊・部族的なものとして信用されず、慣習法と自生法 (spontaneous law) は、一般的なものも部族的なものもそのような成文法としては存在していないため、書かれた権威のある法が好まれた。法を作成するために、アフリカの立法者はヨーロッパ法に依拠し、既存の法からインスピレーションを得る目的で、彼らはヨーロッパ法に目を向けた」。独立とともにヨーロッパ法の適用が一般化し、伝統法は撤退した。「しかしながら、当局によって正式に公布された法のみをアフリカで機能している唯一の法であると考えてはならない。長らく、法学は、公表されておらず、記憶されておらず、著名でもないが、それにもかかわらず、機能し、尊重され、拘束力を有する『隠れた法』 (submerged law) が存在することを認めてきた。アフリカでは、公式法は都市において、教育のあるヨーロッパ的サークルにおいて作用する。しかしながら、公式法はブッシュや大都市を囲むスラムには到達しないのである」¹²³⁾。

サッコは、「アフリカ法の最終章」と題して、次のようにしめくくる。イスラーム法、キリスト教の信仰、ヨーロッパ・モデルの強力な権威が、そろって伝統的アフリカ法を荒廃させ、生き残るべき伝統的制度まで破壊した。しかし、アフリカおよびヨーロッパの法学者の鋭い分析によれば、伝統的アフリカは死滅していない。「共同体を再発見し、共同体と法、法的地域主義、ローカルな慣習的法源を結びつけようとする自発的傾向がある。実定法的パースペクティブからすれば、さまざまな現象がこの道を辿っている。法は後退し、慣行 (customary practice) と、伝統的裁判官および伝統的調査方法 (魔法に頼ることもある) による伝統的手続とが利用されている。裁判官は、彼自身のローカル

123) Id., 327-330.

な文化に従って、ヨーロッパ・モデルにインスパイアされた法を解釈している」。「比較法学者は、伝統に立脚し植民地のルールで強化された5つの典型的な特色に注目している。すなわち、①軍がその重要性を誇示していること、②植民地管理の長が、アフリカでは目に見えない絶対的権力として登場する支配国に従っていたこと、③行政権が土着・自生の裁判所 (autochthonous courts) とその判決にコントロールされたこと、④政党が適正でなく、反体制派は疑惑の目で見られたこと、⑤支配国が、ブッシュを生産的にしようとして、国有化し、排水設備を整え、特権を与えたこと、である。アフリカにはいくつかの共通の根本的特色があり、アフリカ法は2つの根本的要素から構成されている。一方では、ヨーロッパ法 (原則として、個人の civil rights and liberties の保護を目的とする)、イスラーム法、伝統法がともに集まって、全世界の意識により受容される自然法の一連のルールを形成している。他方では、緊急時の介入を根拠とし、権力の維持を目的とする政治的な法 (political law) が存在する。政治的法は、憲法上の生活、特権の実務慣行をコントロールし、厳格かつ恐ろしい (恣意的な慣行と政治化された裁判官によって運用される) 不文の刑事法に訴える。伝統的理念、植民地支配下の慣行、(それが普及していた間は) マルクス＝レーニンの革命モデルが、そのような絶対主義的法を実質的に支持したのである」¹²⁴⁾。

サッコは、アフリカ法に共通の根本的要素として、ヨーロッパ法・イスラーム法・伝統法が形成した自然法と、権力維持のための絶対主義的な政治的法とを挙げ、4つの層が積み重なった複雑な実体としてアフリカ法を把握し (地方慣習・伝統法がその最古層)、ヨーロッパ法に依拠した都市の公式法とその周辺部の「隠れた法」が並存し、慣行・伝統的裁判官・伝統的手続の復活がみられることから、伝統的アフリカ法の研究には人類学との協力 (法人類学的方法論の活用) が不可欠である、と提言しているのである。

(2) 『南アフリカにおける慣習法』(2004年)などで知られるトマス・ベネット (Thomas W. Bennett. ケープ・タウン大学教授) が『オックスフォード比較法

124) Id., 332-334, 337-339.

ハンドブック』に寄稿した「比較法とアフリカ慣習法」を採り上げ、同時に法多元主義の補足としたい¹²⁵⁾。ベネットによる考察の中心となるのはサブ・サハラ・アフリカの慣習法であり、その内容を確定する作業は、社会人類学者に委ねられてきた(比較法学者は、ヨーロッパの法システムをモデルとしたため、慣習はプリミティヴで法の価値を有しないと考えがちで、法律家は慣習法の内容を確定するスキルを有していなかった)。アフリカ社会が絶えず変化しており、小規模で自足的なコミュニティに限定される慣習法は、アウトサイダーにはアクセス困難であるから、サブ・サハラ慣習法の包括的な叙述ではなく、その形式(口頭伝統の中の法の保存)と発展の分析にとどめる、とベネットはテーマを限定する¹²⁶⁾。

適正な裁判運営のために、植民地勢力は、慣習法・自生法(indigenous laws)が適切に「文明化されている」(civilized)場合、自然的正義・衡平(equity)・道徳性・公序と矛盾しない場合には、慣習法を承認し、妥協をはかった(植民地の法秩序の基礎は、ヨーロッパの基本権と自由でなければならない、とするのが共通の一般理念であった)。慣習法は口頭の形式でのみ存在し、植民地裁判所は、ヨーロッパの法システムと同様にアフリカの不文法を扱うこともできたが、慣習の方が原則である場合には、ケース・バイ・ケースにその内容を決定するのでは時間がかかりすぎるうえ、安定性と統一性が不可欠な「植民地における正義」(colonial justice)を害することになる。イギリス領のアフリカでは、19世紀半ばから、口頭での慣習を成文化するオフィシャル・プロジェクトが開始され、慣習法のテキストブックが普及した¹²⁷⁾。しかしながら、口頭の伝統を成文化する場合には、慣習の一般化・体系化・特殊専門化(学問化)が生じ、西欧の法律用語への翻訳がなされることになる(当初テキストを作成したのが植民

125) Thomas W. Benett, Comparative Law and African Customary Law, in : Reimann/Zimmermann (eds.), supra note 106, 641. ベネットは、本文で言及した Customary Law in South Africa (2004)のほか、A Sourcebook of African Customary Law for South Africa (1991) : Human Rights and African Customary Law (1995)を著わしており、また、その編著として Traditional African Religions in South African Law (2011)がある。

126) Benett, Id., 642-643.

127) Id., 645-646.

地裁判所・植民地政府の^{オフィシャルズ}官 吏であり、彼らが受けた法的訓練と、実務家を念頭に置いたことから、データの記述には西欧の概念が用いられた¹²⁸⁾。ベネットは、社会人類学は慣習法の主要な情報源であったとして、進化論から機能主義へという法人類学的发展を辿り（機能主義は、アフリカで研究に従事していたラドクリフ＝ブラウン、エヴァンズ＝プリッチャード、グリュックマンらのイギリスの人類学者に始まる）、「構造的・機能主義的伝統の中で活動していた人類学者たちは、2つのアプローチのいずれか1つに従う傾向があった。ラドクリフ＝ブラウンを代表とする第1のアプローチは、ルールそのものと社会秩序の維持に関心があった。……第2のアプローチは、^{ソーシャル・コントロール}社会統制に関するマリノフスキー（Bronislaw Malinowski）の関心に由来する。1960年代以降、秩序とルールのみに関心を示すことに不満な一群の論者が、秩序とルールのかわりに紛争を考察することに関心を向けた¹²⁹⁾。「手続への関心は、法人類学の注意をルールと裁判から移動させたのみならず、権力と政治の研究に取り組ませた。相当大量の文献が、政治的・社会的制度が紛争処理方法にどのように影響するかを説明することを対象とした。非常に多くのアフリカ社会の、小規模で密な単位としての性質が、紛争解決の態様に明らかに影響を与えた。とくに関心が寄せられたのは政治的集権化（centralization）の程度であり、そのために、人類学者は無頭の社会と国家社会（acephalous and state societies）を区別した。この2分法は、現在ではあまりにカテゴリーカルでヨーロッパ中心的であると考えられているが、それでも依然として一般的な分析枠組としては有益である。……無頭の社会では、一種の裁判所（tribunals）は存在するが、判決を執行する組織化された力の裏付けを有しなかった¹³⁰⁾。

脱植民地化以後の状況をベネットは次のように論ずる。「1960年代および1970年代には、紛争の研究が法人類学を支配するようになり、規則的な日常よりも病理的事態に重点が置かれたが、よりいっそう深刻な問題は、すべての機能主義に典型的な非歴史的アプローチであった。人類学は、植民地化により

128) Id. 648.

129) Id. 656.

130) Id. 657.

生じた社会経済的大変動を無視する傾向にあった。植民地支配からの独立と新たな国家意識の覚醒は、慣習法に対する態度を大きく変革する機会を提供したが、……再発見された自負と自信にもかかわらず、新たに独立した諸国は、一般にその法システムをアフリカ化したいという誘惑に抵抗した。慣習は、時代の2つの大きな要請である国家的統一と近代化に対する障害であるとみられることが多かった」。シヴィル・ローを継承した諸国の中には、慣習法を排除してヨーロッパから‘ready-made’ laws を輸入する法典化プロジェクトを採用するか、あるいはヨーロッパ・モデルにもとづく法典を伝統的慣習に適合するように起草するところもあった。しかしながら、1970年代には、アフリカ社会を変革しようとするところみは成功をおさめておらず、慣習法の支配が依然として続いていることが明らかとなり、1980年代にはネオ・マルクス主義に刺激された人類学者の新たな世代が、歴史と政治経済を研究対象にとりこみ、専門的・学問的著作のイデオロギー的局面を探求し、慣習法を定義する際に機能していた「文化と伝統」概念を批判した¹³¹⁾。1986年にジョン・グリフィスが提唱した法多元主義（「強い」法多元主義）は、法と社会の関係を新たに概念化する手がかり（key）として歓迎され、慣習法研究に相当な影響を及ぼした（好例として、私的なNGOによる「南アフリカにおける婦人と法」〔WLSA〕研究）。法多元主義の基礎にあるのは、^{オフィシャル・ロー}公式法と^{リビング・ロー}生ける法の2分法であり、法的中央集権主義（legal centralism）と呼ばれる法実証主義に対する強い不満から、多元主義が誕生した¹³²⁾。「過去20数年間にわたり、慣習法の^{リサーチ}調査は衰退し——ほとんどのテキストはアフリカ南部、とりわけ南アフリカで産出された

131) Id., 663-664.

132) Id., 666-668. グリフィスの論文は、John Griffiths, What is Legal Pluralism, 24 J. Legal Pluralism & Unofficial Law, 1 (1986). WLSA の調査については、Id. 668 ff. WLSA の研究者は、調査の対象者がルールと裁判所をどのように認識しているか（すなわちその者の“lived reality”）、裁判所が問題をどう処理しているか、から出発し、オーヴァーラップしている規範的秩序が個人の選択に及ぼす影響を示すために、ジェンダー、世代、文化の構造とともに、半自律的な社会領域の交差点（intersections of semi-autonomous social fields）に格別の注意を払い、法と社会における弱者（とくに婦人）の地位を改善するためにフィールド・ワーカーが積極的に支援する行動志向的アプローチを採用する（Id., 668-669）。

——多くの新しい研究は、法を記録することから現行のテキストを批判的に考察する仕事に転じた。確かに、慣習法の多義性 (ambiguity) が意識されたことで、1950年代および1960年代の機能主義的民族誌学 (functionalist ethnographies) の最盛期よりも、はるかに慣習法の研究が困難になった」。フィールド・ワーカーは、拡大しつつあるアフリカの都市部の規範システム (normative systems) を考慮しなければならず、その異種混交的性質 (heterogeneity) からして、人々の生活を形成する宗教などの諸力 (forces) も考察の対象とする必要がある。今日では、成文法がアフリカの法システムの基礎であるため、慣習法が生き残るには、それが記録される必要があるが、日常用語から法律用語へと、ヨーロッパの言語を用いて体系化すると、生ける法からは遙かに遠ざかることになる (それでも、そうした記録・体系化は、アウトサイダーが慣習法にアクセスする唯一の方法である)¹³³⁾。

最後に、ベネットは、「比較法における法人類学」と題して、次のように論ずる。比較法学者が法の社会的基盤を考察する場合に、法人類学は貴重な研究補助の役割を果たす。「慣習法は、緊密に結びついた同質的なコミュニティ——その構成員は共通の価値と目標を有する——内において、もっとも有効に機能する。これらのルールおよびその研究用に開発された方法の双方とも、異種混交的な社会に特有の法と鋭い対比をなす」。口頭による伝統の中にのみ存在する法は、体系を欠き、きわめて特殊なものであるから、また、慣習的コミュニティにおいては、政治的コントロールの度合いが比較的弱く、司法に対する中央集権的権威が排除されるので、その結果として、抽象的ルールよりも紛争処理プロセスが重要となる。不文で、語られてすらいらない法とともに、緊密に結びついた慣習のコミュニティに分け入ることは、簡単どころではなく、法学研究の伝統的方法を用いるのでは不可能である。それにかわり、法人類学が開発したテクニックが不可欠である。法人類学と法多元主義は、立法者の視点よりも受容者の視点を提供する。社会統制の方法および法のイデオロギー的機能に対する人類学者の関心は、慣習法における “key concepts” である文化と伝統

133) Id. 666-671.

について、新たなパースペクティヴをもたらしたのである¹³⁴⁾。

以上検討したベネット論文は、アフリカ慣習法に対する人類学のアプローチから法多元主義が発展してゆくプロセスを、綿密に分析している。サッコが指摘するように、「国家のアイデンティティは言語によって与えられ、小さな言語共同体が国家の課題を引き受けることはできないため、アフリカ国は国民国家ではなく、植民地以来の境界をその不変性の原理とともに継承した」¹³⁵⁾というアフリカの状況から法多元主義が構想されるにいたったので、慣習法を重要な構成要素とする混合法の場合に、法多元主義と法人類学的アプローチはもっともよく機能するといつてよいであろう¹³⁶⁾。「法多元主義、比較法文化論、法伝統論は、コスモポリタン法・普遍法の探求を排除するものではない」のであって、機能主義と普遍主義をコアとする伝統的比較法学のアプローチに組み込むことも可能となる（非規範的目的からする比較）¹³⁷⁾。法人類学的・法社会的アプローチ（socio-legal studies）は、伝統的比較法学においても活用されるべきなのである¹³⁸⁾。

5. ルスコラの東アジア法伝統論と「法的オリエンタリズム」論

(1) 前述したように、フサの『比較法新入門』は、方法論的多元主義を前提に、伝統的比較法に対する批判的アプローチの代表例として、ルスコラの「法的オリエンタリズム」論を挙げる¹³⁹⁾。また、比較法の代表的ケースブックの1つであるシュレージンガー『比較法』第7版（2009年）は、共著者のひとりにルスコラを加え、その第1章「グローバルな法的コンテクストの根本的変容」では「法的オリエンタリズムの警告」と題して、ルスコラの代表作である論文「法的オリエンタリズム」（2002年）の一部を資料として掲げるとともに、

134) Id., 671-672.

135) Sacco, *supra* note 118, 327.

136) 混合法論と慣習法については、貝瀬・前注4) 239頁以下の図Iを参照されたい。

137) 貝瀬・前注4) 256頁, Siems, *supra* note 7, 107-108.

138) 貝瀬・前注6) 44頁以下。

139) 前注3) 参照。

中国法の叙述を強化する¹⁴⁰⁾。マッティらを編者とする『ケンブリッジ比較法コンパニオン』(2012年)第3部の法伝統論も、ルスコラによる「東アジア法伝統」の章を設ける¹⁴¹⁾。

ルスコラは、東アジア法伝統という広汎なトピックを簡略に記述することは、これまで無謀であるとされてきたが、古典的な東アジア法伝統ないし東アジア万民法(ius gentium)に限定するという条件付きで、そのような企てに着手する(これは歴史的に重要な「ひとつの」法伝統ではあるものの、東アジアの法的世界の全体を尽くすものではない)¹⁴²⁾。まず、ルスコラは、「東アジア法伝統」とは、古典中国法伝統の影響を相当程度受けたユーラシア大陸の東端に位置する法伝統をいい、中国、日本、韓国、ヴェトナムを含む(東アジアの北端全部を占めるロシアは、東アジア文明に属するとは評価しがたい)、とする。この地域は何よりもまず文化的・社会の一体(entity)をなしており、地域研究モデルは各地域が密着した単位を構成していることを前提とする。しかしながら、中国の文化的・社会的影響は、時間空間の双方において一様ではなく、断続的であって、今日では西欧の文化的・政治的ヘゲモニーと大幅に交替しているという歴史的事実にかんがみ、検討の対象を東アジア法の古典的側面(歴史的共通性)に絞ったのである¹⁴³⁾。さらに、比較法研究で用いられる法の観念(notion)は西欧起源であり、「それゆえ、(たとえば)ヨーロッパの法、政治、哲学の研究は、当然に法一般、政治一般、哲学一般の研究と一体化していて、この傾向を反映し、西欧の東アジア研究には、東アジアを法の相対的欠如(relative absence of law)とネガティブに結びつける長い伝統がある。『真^{リアル}の』法をヴェーバー的な用法で形式合理的なルールの体系^{システム}とみなす傾向を回避したいと思い、私は単に『法』というよりも広がりのある『法伝統』という言葉を用いる」。ルスコラは、古典的な東アジア法伝統を、東アジアにおける広汎な「儒教的コ

140) Mattei/Ruskola/ Gidi, Schlesinger's Comparative Law Cases-Text-Materials (7th ed., 2009) 42-47.

141) Teem Ruskola, The East Asian legal tradition, in : Bussani/Mattei (eds.), supra note 118, 257.

142) Ibid.

143) Id., 259.

モンウェルス」を生み出した・広く共有されている政治的イマジネーションの構造体として、分析するのである¹⁴⁴⁾。

ルスコラは、古典的中国法伝統の特色を「儒教的 (Confucian)」であるとし、その内容を①家族ヒエラルヒーの強調、②コミュニティ、③権威の尊重、④調停 (mediation)、⑤厳罰であると説くのが一般的であるが、これらを中国伝統全体の特色とするのは行きすぎで皮相であるという。また、中国文化全体を儒教 (Confucianism) と同義とするのは不正確であるとする (前掲⑤の特色は、儒教と対抗する政治的伝統である法家思想 [Legalism] に遡りうる)¹⁴⁵⁾。秦の始皇帝は厳格な法家モデルを、それに続く諸王朝は統治を正当化するために儒教思想を採用したものの、儒教イデオログは卓越した徳による統治では不十分であると考えて、社会統制の手段としての法を利用した (「法の儒教化」ないし「儒教の法化」のプロセス、儒家と法家の2つの競合する主要伝統のアマルガム)¹⁴⁶⁾。

ルスコラは、西欧の法主体の特質として自立した個人 (the singular individual) を挙げ、それと対照的に、儒教の政治観・宇宙観は他者との結びつき・血縁関係 (kinship) を重視し、これが政治的・社会的・経済的関係の好ましいモデルを提供する、と説く。たとえば、伝統的な中国の経済企業体は、社会的・法的に家族の外観に倣って組織を編成することを好む (ただし、家族を拘束する血縁性は、西欧の会社の法人性と同様のフィクションである)。唐代に国家のオーソドクシー正統的学説として公認されて以来、儒教は強権国家の支柱となり、中央集権国家の官吏は、儒教の古典にもとづく全国的な登用試験を通じて採用され、宋代以降は、朱子による古典の新儒教的解釈 (Neo-Confucian interpretations of the classics by master Zhu Xi) が試験の政治的正統派学説となった¹⁴⁷⁾。政治的空間についての中国の古典的な概念は、近代国民国家の排他的領土裁判権 (exclusive territorial jurisdiction) とは異なっていて、西欧の研究者が中華思想 (Sino-centrism) と呼ぶ長い儒教的伝統が存在する。「正統的な儒教的パースペクテ

144) Id. 261-262.

145) Id. 262.

146) Id. 263.

147) Id. 264.

イヴからすれば、古代中国国家はそれ自体が文明を反映しており、その力は同心円をなして、もっとも強力な帝国の中心から、次第に帝国の文化的政治力が薄れる『洗練されていない (barbaric)』周辺へと放射される。……結局、唯一の真の主権者は、天子すなわち中国皇帝であった」。「実際は、新たな金王朝 (Qing) の歴史が示しているように、儒教の正統派すべてにとって、帝国はイデオロギー的および法的多元主義^{リーガル・pluralism}を容れることができたのである」。「要するに、単一で密着した東アジア地域という観念が不正確であるように、中国を単一の法伝統に環元することも等しく誤解をまねく。伝統的に中国は一枚岩的で静態的な組織体として描かれているが、帝国は、政治的空間と時間の概念が多元的に競合しており (multiple competing conceptions)、儒教化された法はイデオロギー的に優先されているものの、それらの概念のうちのひとつの明確な表われ (articulation) にすぎないのである」¹⁴⁸⁾。

ルスコラは、「脱地域化する (delocalizing) 中国」と題して、①古典的東アジア文明は、大陸空間における文化的群島 (cultural archipelago) ないし文化的ネットワークと解するのが有益かつ正確であり、文化的東アジアにおいて古典中国文明は支配的存在であった (hegemonic)、②中国文明に敬意を表するために使節を派遣した韓国・ヴェトナム・日本にとって、中国との接触は文化的にきわめて重要な意義をもち、中国伝統は前記3国に中央集権国家のモデル、漢字、漢字で表記される政治的ヴォキャブラリーを提供した^{ステートクラフト} (国政上の言語。ヴェトナムは、フランスによる植民地支配の結果、漢字からアルファベットへと転換した)、③東アジア文明の政治認識 (political epistemology) において中国の“key terms”がもつ意義を過小評価することはできず、とりわけ帝国の卓越性を文明の至高性に求める中華思想、漢字と中国の諸制度を生んだ世界観そのものが近隣諸国によって採用され、多様な方法・程度・スピードで固有化された (indigenized) (ヴェトナム・日本の儒教エリートは、自らが中国文明の真の継承者であると主張した)、と分析する¹⁴⁹⁾。

以上の古典中国法伝統のスケッチに続き、ルスコラは、「東アジア万民法

148) Id., 265-266.

149) Id., 266-267.

(*ius gentium*) の諸要素」と題して、東アジア古典文明を構成する限りで、韓国・日本・ヴェトナムの法伝統の“key features”を概観する。それらの伝統は、古典的中国語のみを国策上のテクニカル・タームとするものではなく（たとえば仏教の影響もある）、また、「中国の世界秩序」という観念はミスリーディングであり、「トランスナショナルな東アジア法秩序」ないし「儒教的万民法（Confucian *ius gentium*）」と考えるのが有益である（古代中国の古典的著作が、トランスナショナルなテキスト的共同体〔a transnational textual community〕を構成する）、とルスコラは指摘するのである¹⁵⁰⁾。たとえば、日本の古典的法制度は次のように論じられる。「東アジア万民法内部での日本の地位は、韓国の場合よりも曖昧である。しかしながら、7・8世紀に初めて統一国家が確立された時には、日本も中国官僚国家の主要な形式的特色を自覚的にコピーしていたのである」。「形式的には、この中国唐王朝の集中的模倣の時期は、永続的遺産を残した。実質的には、この影響は誇張されるべきではない。たとえば、千葉正士は、結果として生じた法秩序は『固有化された（indigenized）中国法』ではなく、移植された中国法にもとづくが、日本文化によってほとんど完全に修正された一種の固有法（indigenous law）と解するのがもっとも適切である、と主張している。……儒教的官僚制は、決して貴族的エリートにとってかわることはなく、時が経つにつれて儒教倫理は侍のエートスに道を譲った」。「それにもかかわらず、江戸時代においてさえ、新たな儒教（Neo-Confucianism）は支配的な政治哲学であった。それどころか、実質的な借用ではないが中国の法的方法論（legal methods）を採用することによる、中国法の新たな『ミニ継受（mini-reception）』すらなされた。すなわち、多くの大名が、その所領のローカルな慣習を編纂する際に、新たに翻訳された中国の法学文献とその法学的方法に依拠した。逆説的ではあるが、徳川の儒者にとって、中央集権化された日本が集権的な中国の官僚国家にほとんど似ていないという事実は、欠陥ではなく美点であった。そのことは、『真の』古典的理念すなわち中国が帝国による統一の前に維持していた封建的な多元的国家秩序（feudal multi-state order）に対

150) Id., 268.

する、日本のより多大な忠誠を示すにすぎなかったのである。このように、日本の儒者たちは、後期中華帝国の新たな儒学の正統派 (Neo-Confucian orthodoxy) を排斥したが、彼らもまた——中国が金王朝のバーバリズムに転落したことを証言して——結局は古典文明の真の保護者であると主張したのである」¹⁵¹⁾。

ルスコラは、東アジア法伝統の終焉について次のように述べ、叙述をしめくくる。「明らかに、伝統的法秩序の多くの局面は、東アジアにおいて依然として社会的に重要な役割を果しているが、それでも ^{フォーマル} 正式な法の外部で生き残る傾向がある。同時に、さまざまな社会的コンテクストで生き続けてはいるけれども、儒教的伝統はもはや卓越した政治的正当性を有しない。疑いもなく、生活の多くの領域で儒教的価値は大いに人気がある（家族と教育の領域でとくに顕著である）。しかしながら、国家の政治組織に関する限り、グローバリゼーションの進んだ現代においては、文化のおよび精神的ヘゲモニーは明らかに西洋法伝統とそれが表わしている——高い徳の人物による支配という儒教の理念と意識的なコントラストをなしている——法の支配の理念へと移行した。たとえ古典的東アジア法伝統がイデオロギー的至高性を失ってしまったとしても、それにかわって新たな東アジア伝統は出現したのか？ そう論ずることも可能である。国家主導で発展した資本主義が東アジア法世界の決定的特色である、との仮説がある。また、その法文化が『非法的 (non-legalistic)』で『訴訟嫌い (non-litigious)』である『東アジア法域』を仮定する者もある。これらの仮説は擁護可能ではあるが、説得力に乏しい。国家主導の発展が優先されているのは確かに現実であるが、この優先性は東アジア独自のものではなく、実際に新たに産業化された諸国の多くでグローバルに共有されている。そして、東アジア法を『^{ノン・リーガリストック} 非 法 的』性質で特色づけようとする説についていえば、これは不当にネガティブな定義であって、分断されないアジア的集団の無法性 (lawlessness) に対するオリエンタリストの批判をあまりにも容易に想起させるのである」。「東アジアを政治的に征服した西洋法伝統に伴って、きわめて多

151) Id. 271-272.

様な経済的および政治的システムが確立したため、今日の東アジアにはシヴィル・ロー、社会主義法、コモン・ローにもとづく法秩序が存在する。古典的東アジア伝統は一元的というには程遠かったが、現代の政治的・イデオロギー的断片化はいっそう進んでおり、共通点はいっそう減少しているようである。西洋法伝統が東アジアに到達したことの窮極的な意義は、かつて古典的東アジア法伝統が行ったのと同様に、政治と統治の言語とヴォキャブラリーの主要な源泉となったというところにある¹⁵²⁾。

ルスコラは古典的東アジア法伝統を中心に論じているが、五十嵐清は、歴史的伝統の共有・民法典の重要性といった法制度的側面、および地理的近接性・儒教文化圏・漢字文化圏といった法文化的側面から見れば、現在も法文化上の独自性を有する「東アジア法系」が成立しうる、と主張している（ヴェトナムは東南アジアに属するけれども、1995年民法典が日本法の影響を受け、また日本の法整備支援の主要対象国となっていることから、「将来的には東アジア法系の一員として位置づけられる可能性は十分に存する」という¹⁵³⁾）。五十嵐は、「東アジア法系」は、法制度に関してはヨーロッパ大陸法と共通の要素をもつとしつつ（「とくにドイツ法群の一環と位置づけるべきではないか、という疑問を否定することができない」）、法文化の独自性の点で「全体としてひとつの法系と捉えることができる」、と評価するのである¹⁵⁴⁾。しかしながら、すでに法族・法伝統論で検討したように、「東アジア法系」を構想できるほどの独自性を肯定できるかどうかは疑問である。日本法にしても、「変容した西洋法系ないし混合法システムの1つ」と評価すべきで、ルスコラが言うように、「共通点はいっそう減少している」のではなからうか¹⁵⁵⁾。

(2) 比較法研究の方法論に根本的な再考を促した問題作であるルスコラの著書『法的オリエンタリズム』（2013年）の総論部分を紹介しておこう。ルスコラは同書の冒頭部分でこう述べている。

152) Id., 276.

153) 五十嵐清・比較法ハンドブック〔第2版〕（2015年）253頁以下、250頁。

154) 五十嵐・前注153) 262, 258頁。

155) 貝瀬・前注4) 251-252頁。

「中国は、東洋における人権の主たる侵害者としての役割を占めるようになっている。中華人民共和国が、今日までの間に法の主たる破壊者としての確固たる評判を築いてきたのに対し、アメリカ合衆国は、いたる所で（おそらく中国においてもっとも精力的に）法の支配を推進するためのプログラムを運用しつつ、世界の指導的な法の輸出者であるとともに、世界の主たる法の実現者（law enforcer）として登場している。本書は、中国とアメリカと法的近代（legal modernity）との間の複雑で不安定な関係は、きわめてグローバルな重要性を有する、という前提から出発している。この関係を描き出すために、個人をパラダイムの存在する（paradigmatic existential）・政治的・法的主体と考え、国家を、その普遍的価値を法を通じて具体化するための特権的な手段（privileged medium）と考えるような、近代的世界観における根本的な要素として、本書は法を分析するのである。行動を規律する単なる一連の規則にとどまらず、このより広い意味での法は、政治的イマジネーションの構造体（a structure of the political imagination）——クリフォード・ギアーツのいう『現実をイメージする特有の方法』——である。そのもっとも重要なイメージされた他者（imagined Others）とは東洋であり、法的オリエンタリズムとは、その中で東洋がイメージされる言説（discourse）なのである」¹⁵⁶⁾。

ルスコラによれば、法の世界における中国の位置を真にグローバルに理解するためには、中国が「法の支配」のアンチテーゼとみなされ、アメリカが「法の支配」の現代における最も熱心な主唱者である以上、近代を法的に創造するにあたりアメリカが果たした役割についての考察が必要で、「法のグローバルな研究は、サイードの挑戦を避けることはできず」、本書は「米国の法秩序によって典型とされた法的観点からとらえた、中国のグローバル・ヒストリー」でもある¹⁵⁷⁾。清帝国内に——1906年の米国立法によって——創設された合衆国

156) Teemu Ruskola, *Legal Orientalism: China, The United States and Modern Law* (2013). ルスコラはエモリー大学ロー・スクール教授である。同書の書評として, Tan, *Harv. L. Rev.* 1676-1704 (2015); Webster, 62 *Am. J. Comp. L.* 811-818 (2014); Li Yang, 22 *Rg* 316-321 (2014); Legrand, 8 *JCL* 444-459 (2013). また, Tan の書評に対するルスコラの応答として, Ruskola, *A Response to Professor Tan's Review of Legal Orientalism*, 128 *Harv. L. Rev. F.* 220 (2015).

裁判所におけるアメリカ法の運用を研究したルスコラは、中国法がアメリカにおいてどのように表現されていたかの研究を同時に進める必要がある(米国裁判所の裁判権の行使が、中国における法の欠如〔lawlessness〕を根拠に正当化されたからである)、その研究はさらに中国の法と正義についてのグローバルな議論に結びつく、と論じている。すなわち、中国法の概念は自己充足的な世界(self-contained universe)ではなく、グローバルな循環と効果を伴うものなのである¹⁵⁷⁾。

中国に欠けているとされる「法の支配」は、民主主義文化の根本的要素であると説かれ、それは「人の支配」(rule-of-men)を意味しないとする点ではほぼ一致しているが、歴史的に中国では「人治」(rule-of-men)——卓越した徳による統治——という道徳的なユートピアを前提としているため、そのような政治秩序の中の法は真の普遍的な法とはみなされない。しかしながら、「法の支配」対「人の支配」という道徳主義的区分は、歴史的にニュートラルではなく、普遍的価値を実現できる能力によって文化と国家を序列化するもので、人類の本質的同時代性(essential coevalness)を否定する。こうしたヨーロッパ的カテゴリーの「地方化」(provincialize)は難しいであろうが、少なくとも、かかる——「法の支配」対「人の支配」という——区別の抱える矛盾(contradictions)をより卒直に認めなければならない。リーガル・リアリズムの抬頭以来、自国における「法の支配」の矛盾と欠陥(「法の支配」は、「裁判官による支配」となるリスクを伴う)は理解できるのに対し、他国の伝統を評価する場合には、アメリカの研究者ははるかに非妥協的である¹⁵⁸⁾。このようにルスコラは論ずるのである。

ルスコラの同書は、中国研究、アメリカ研究、法学研究のすべてに貢献することを目ざしており(法的オリエンタリズムの本質からして、学際志向がある)、トランスナショナルなアプローチを採用することによって、既存の中国法研究(法のオーソドックスな儒教的表現〔Confucian representations of law〕を中心とす

157) Id., 4-5, 11.

158) Id., 6-8.

159) Id., 14-16.

る)を補完しようとする。ルスコラは、中国法の比較研究は、中国それ自体を法的主体として——いつ、なぜ、どのようにして中国が国際社会の安全なメンバーとして承認されたかを——考察して初めて完結する、という(国際法的パースペクティヴの必要性)。ルスコラは、法的オリエンタリズムを——法により実現される universality と particularity のグローバルな分配としてとらえる——知のゲオポリティクス (geopolitics of knowledge) とするポストコロニアル的なアプローチをとり、インフォーマルな——formal territorial colonialism を欠く——帝国主義における法の役割を探究する(東洋におけるアメリカの法的帝国主義の歴史は、フィリピンをめぐる米西戦争よりも半世紀以上遡る、という)¹⁶⁰⁾。

ルスコラは、「オリエンタリズムの世界における比較」の節で次のように述べる。「反オリエンタリズムの単純な道義 (morality) ——『汝はオリエンタル化すべからず』——は、実質的にあらゆる比較研究を終わりにする。重要な意味で、比較は、われわれが他者と出会い、その者との関係を築くための——すなわち、類似点と相異点を有する世界に入り込むためであって、その双方がわれわれの主体性の境界を設定し、世界における他の主体と接触することを可能とする——唯一の方法である。しかし、たとえ^{モラリティ}道義が比較研究の中に何の地位も占めなくても、倫理 (ethics) はそうではない。^{モラリティ}道義というのは、既存の・所与の道義的主体 (a pregiven moral subject) を前提として、その主体による適正な行為のためのガイドラインを精密化する規範的システム (normative system) のことである。対照的に、倫理というのは、既存の・所与の主体が何ができ、何をしてはならないかではなく、むしろ、その主体の形成 (formation) に関する規範的システムのことである。倫理的主体を前提としてそれを規律するのではなく、この意味での倫理は、主体が出現する諸条件を規律する。したがって、比較研究に必要なのは、反オリエンタリズムという不可能な道義よりも、オリエンタリズムの倫理なのである」¹⁶¹⁾。ルスコラは、このような倫理的比較法 (ethical Comparative Law) を提唱し、たとえ法の純粋性に対する信頼のいくばくかを失うリスクを負うとしても、法の可能性・潜在能力 (law's

160) Id., 17, 19-21.

161) Id., 54.

potential) とその欠点をより誠実に評価することが望ましいとするのである¹⁶²⁾。

6. 結 語

本稿では十分に論評できないが、ツヴァイゲルト／ケッツ、コンスタンティネスコと並ぶ本格的な体系書——「包括的で、とりわけ学問的に掘り下げた記述を、より読みやすくわかりやすくするという教育的要求と結びつけることを目標とする大教科書の伝統 (der Tradition der großen Lehrbücher) に従う」著作——であるウヴェ・キッシェルの『比較法』(2015年)は、基本的には機能的方法を出発点とする。キッシェルによれば、「比較法のコ^ンテ^クス^ト的^比較^法 (kontextuelle Rechtsvergleichung) が重要である」, 「コンテクスト的比較法の基本概念 (das Grundkonzept) は、これまで詳しく述べてきた、本書全体の基礎となる出発点である。その基本概念は、たとえば、機能比較法の批判に対する評価や、現在提唱されている機能比較法に代わる概念に対する評価と並んで、方法概念の分析、比較法の問題設定の多様さの認識、機能思考の核心と限界の結論といったものを含むのである。簡潔に言えば、コンテクスト的比較法は明らかに解釈学的方法 (eine hermeneutische Methode) として理解されるべきである。すなわち、コンテクスト的比較法は、(たとえば政治的ないし経済的な) 上位の指導思想を求めないのである」¹⁶³⁾。キッシェルは、法文化は比較法にとって重要な概念であるけれども、社会学に由来し、特殊なポストモダンの出発点と結びついていることから、このようなハンディキャップを伴わない開放的な「コンテクスト」という概念を用いる、と提唱する。「コンテクストは、個別比較のみならず、類型化された包括的比較においても、中核概念となる」¹⁶⁴⁾。キッシェルの

162) Id., 233; Tan, *supra* note 156, 1704.

163) Uwe Kischel, Rechtsvergleichung (2015) VII, 187. 同書の手書評として, Reimann, 2016 ZEuP 781 (2016).

164) Id., 238-239.

同書の第2部は「諸法秩序のコンテキスト」と題され、コモン・ローのコンテキスト、ヨーロッパ大陸法の基本コンテキスト、ヨーロッパ大陸のコンテキストの多様性（①オーストリア、スイス、スペイン、②東欧、③北欧、④ラテン・アメリカ、⑤シヴィル・ローとコモン・ローの収束）、アフリカ法のコンテキスト、アジアにおける諸コンテキスト（①中国——党の支配、②日本、台湾、韓国——ヨーロッパ大陸法にもとづく南アジア的な道、③インド——コモン・ローとヒンドゥー主義、④インドネシア——多民族国家における多元主義）、イスラーム法のコンテキスト、トランスナショナル法のコンテキストを対象としている。

キッシェルの大著の以上のアプローチはきわめて融通無碍な内容であり、方法論の多元主義に立脚しているといえよう。キッシェルは、機能的比較法から出発しながら、コンスタンティネスコの3段階モデルやサッコの法的フォルマント論のような古典的アプローチのヴァリエーション (Varianten der klassischen Herangehensweise)、比較法の経済分析、ジームズやLa Portaらの統計的比較法 (die statistische Rechtsvergleichung) などの機能的比較法に代わるアプローチ、比較法のポストモダン批判を検討して、開放的なコンテキストの比較法に到達しているのである¹⁶⁵⁾。本稿も方法論的多元主義を前提に機能的比較法から出発し、ただし比較法研究には比較の目的と段階に応じた共通のフレームワークが存在することを指摘し、比較法の実務的目的として立法・解釈の指針となることが重視されているから、法多元主義のみを前提とするのは狭きに失すると説いて、国家法中心的比較法・トランスナショナル比較法・法多元主義のグローバル比較法の役割分担を提唱した。法多元主義的グローバル比較法としては、比較法と宗教法、比較法と（アフリカ）慣習法、東アジア法伝統と法オリエンタリズム（倫理的比較法）の各項目について、簡略な叙述をこころみ^{ディスコース}た。しかしながら、ジームスが批判した「言説としての法」のアプローチ（たとえば、フランケンベルクの『批判的比較法』やルグランの『否定的比較法』）、キッシェルが詳しく検討している「比較法と経済学」のアプローチには立ち入ることができなかった¹⁶⁶⁾。近時進展が著しい比較憲法学とともに今後研究を

165) Id. 92-215.

進めてゆければ幸いである¹⁶⁷⁾。

166) G. Frankenberg, *Comparative Law as Critic* (2016) ; P. Legrand, *Negative Comparative Law*, 10 JCL 405-454 (2015).

167) Ran Hirschl, *Comparative Matters : The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (2014) および同書を対象とする 64 *Am. J. Comp. L.* 191-217 (2016) の論評, Vickie C. Jackson/Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (3rd ed., 2014) ; M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (2014) ; Tom Ginsburg/Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law* (2012) ; Michel Rosenfeld/András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012) をひとまず挙げておく。比較憲法史の好著としては, R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (1995) がある。