

[資料]

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

角 田 猛 之

目 次

はじめに

- 1 SOAS のロースクールの紹介
- 2 「アジア・アフリカの法体系」講義のプログラム
- 3 メンスキーの多元的法体制分析のモデルたるカイトモデル
- 4 メンスキーの「アジア・アフリカの法システム」講義資料および関西大
学での特別講義の講義資料の訳出
- 5 SOAS での角田の講義の講義資料

はじめに

本資料はロンドン大学東洋アフリカ学院 (School of Oriental and African Studies, University of London; 以下, SOAS と略記) において開講されている「アジア・アフリカの法体系」(Legal Systems of Asia and Africa) の一端を紹介することを目的としている。この講義は、インド法、ムスリム家族法の専門家で国際的に著名なヴェルナー・メンスキー (Werner Menski) がオーガナイザーを務め (2013年定年退官)、1975年以来開講されている、国際的視野から見ても極めてユニークなアジア法とアフリカ法に関する講義である。

メンスキーは、ヨーロッパとりわけイギリスの多文化状況をも視野におさめつつ、アジア、アフリカを主たる対象として、文字通りグローバルな状況下における法多元主義=多元的法体制 (legal pluralism) 分析のための独自の法モデルたる「カイトモデル」を提示している。そしてかれは「アジア・アフリカの法体系」講義においても全面的にこのモデルに依拠しつつ、古代から現代にいたるインドにおけるヒンドゥー法=ベータ

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

法の歴史や諸概念、文献、社会的諸状況、等々を極めて明快に解説している。

そこで本資料では、(1) まずはこの講義が開講されている SOAS のロースクールについて、その特色や研究活動、付属の研究機関等について、同ロースクールのホームページの主要な箇所を訳出することによって概観し（「1 SOAS のロースクールの紹介」）、(2) メンスキーが受講生に配布している講義プログラムを転載することで、本講義のスケジュールと各回のテーマ、担当者を提示し（「2 「アジア・アフリカの法体系」講義プログラム」）、さらに(3) 上で言及した多元的法体制の分析モデルに——わが国のみならず国際学会においても多元的法体制、法文化研究のパイオニアとされている故・千葉正士の理論と比較しつつ——焦点を合わせてメンスキーの理論をごく簡単に紹介したうえで（「3-1 メンスキーの「グローバルな法の操作的定義」——千葉正士の「法文化の操作的定義」との関係に着目して」）、(5) かれが講義において依拠するパワーポイントの講義資料を訳出する（「4 メンスキーの「アジア・アフリカの法システム」講義資料および関西大学での特別講義資料の訳出」）。その際、SOAS 講義に加えて、関西大学法学部において2013年10月18日に開催した「法学部学術講演会」（角田猛之担当の法社会学2の振替講義；通訳は首都大学東京の石田慎一郎（社会人類学））でのパワーポイント講義資料も訳出する。さらに、(6) 「アジア・アフリカの法体系」講義の一環として2010年10月15、16日（午後6時から8時）に SOAS においてわたし自身が「現代日本の法体系」というテーマの下で担当した講義のパワーポイントの英文資料たる、‘Modern Japanese Legal System and Legal Culture – Focusing on Tenno System’ と ‘Newly Introduced ‘Saiban-in’ Trial– Third Judicial Reform in Modern Japan’ を掲載する（「5 SOAS での角田の講義の講義資料」）。

筆者は2011年9月1日から2012年9月14日までの約1年間、法学部教授会にお認めいただき在外研究に従事した。この場をお借りして同教授会に対して心からお礼を申し上げます。

その間、(1) 2011年9月1日から2012年4月1日までベルギーのルーバンカトリック大学文学部（現、ルーバン大学）（客員教授）、(2) 4月3日から6月4日までニュージーランドのオークランド大学法学部（客員研究員）、(3) 6月5日から7月31日まで中国の長春理工大学法学院（客員教授）、(4) 8月1日から9月13日まで台湾の中央研究院台湾史研究所（客員研究員）にて在外研究を行った。

本資料で紹介する SOAS には、ルーバンカトリック大学滞在中の2011年11月15—17日、2012年1月10—15日（ロンドン大学クイーンメアリー校での、メンスキーを中心に開講されている、多様性極まりないイギリス社会におけるコミュニティー・リーダー養成のためのマスターコースに出席）、3月25—28日（SOAS で開催された

千葉正士追悼セミナーに出席、報告)の3回訪問した。本資料4(「メンスキーの『アジア・アフリカの法システム』講義資料)で訳出したパワーポイント資料は、翻訳して関西大学法学論集に掲載することの了解を得たうえでかれから受領したものであり、また、本資料5(「SOASでの角田の講義の講義資料)は、メンスキーからの、「アジア・アフリカの法システム」コースでの日本の法と法文化に関する講義依頼(近代日本法の成立と現代日本法)にもとづいて作成し、11月15日、16日の2日間で講義した際のパワーポイント資料である。また、本資料4-2(「関西大学法学部での講義)は、筑波大学の招聘で来日中のメンスキーに依頼し、本学法学部の「学術講演会)にて講義していただいた際のパワーポイント資料である。なお、サンクリット語文献の翻出にあたっては、高校時代からの畏友の京都大学人文科学研究所藤井正人教授(インド哲学)に全面的に御教示いただいた。記してお礼申し上げます。

1 SOASのロースクールの紹介

1-1 ロースクール (www.soas.ac.uk/law/)

ロンドン大学 SOAS のロースクールは比較法と国際法の分野における教育と研究の極めて活発なプログラムを実践している。その業績の素晴らしさは、たとえば

- ガーディアンは大学ガイド(2001年5月)において、英国におけるロースクールのトップに SOAS を位置づけている
- 2009年には RAE [Research Assessment Exercise] 報告の85%が「世界有数」, 「国際的に見て素晴らしい」もしくは「国際的に評価されている」のいずれかで見なしている
- SOAS ロースクールは他に類を見ないほどにアジアとアフリカの国々の多数の法の専門家を擁するとともに、比較法、人権、多国籍の商事法、環境法、国際法および社会=法的方法などの領域における専門的な知見を蓄積している。本ロースクールはこれらの分野を深く学びたい世界中の学生を引きつけており、1年間の Master の学位や MPhil あるいは PhD のコース、あるいは特別コースや学位をともなわない研究コースもある。

本ロースクールのスタッフは各々の分野での著名な専門家であり、また当該専門分野の研究と学際的研究のいずれの研究をも発展させるための最先端にいる。彼らは各々の専門分野の実務とも緊密に連携しており、またしばしばビジネスや政府および国際組織の最新の展開に関する第1次的な情報を有している。毎年本ロースクールは多くの著名

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
な法律家をリサーチ・フェローもしくは客員教員として招聘している。

本ロースクールはつぎのような活発な活動を行っている研究集団の中核でもある。すなわち、「東アジア法センター」(East Asian Law Centre), 「エスニック・マイノリティ研究センター」(Centre for Ethnic Minority Studies), 「イスラム・中東法センター」(Centre of Islamic and Middle Eastern Law (CIMEL)), 「国際法・植民地主義センター」(Centre on International Law and Colonialism), そして「中東にける法, 人権, 平和構築に関するジョセフ・ホートン卿プロジェクト」(Sir Joseph Hotung Project on Law, Human Rights and Peace Building in the Middle East), 等々である。『アフリカ法』, 『比較法雑誌』(*Journal of Comparative Law*) および『イスラム・中東法年報』(*Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*) が本ロースクールで編纂されている。また, 『法・環境・開発雑誌』(*Law, Environment and Development Journal (LEAD Journal)*) が, 「国際環境法研究センター」(International Environmental Law Research Centre (IELRC)) と共同で刊行されている。本ロースクールは他の刊行物のなかでもとりわけ, 「21世紀における比較法」と名付けられた W.G Hart 会議に関する2冊の書物と, 本ロースクール50周年記念の一連の講義「グローバルな視点からの比較法」をもとに著された1冊の論文集を刊行したことは特筆に値する。「グローバルな視点からの比較法」はつぎのような現代社会における極めて重要な諸問題に関するさまざまな視点を提供している。すなわち, 経済発展, 慣習法の持続性, 'offshore' [多国籍企業間取引に関する] 管轄権, 家族法と相続, 土地保有, 国家的組織の構築, 人権侵害, そしてエスニック・マイノリティの処遇, 等々である。

さらにまた本ロースクールは, 国際的に著名な高等法研究所 (Advanced Legal Studies (IALS)) およびライデン大学のバン・フォレンホーベン研究所 (Van Vollenhoven Institute) とも緊密な関係を有している。後者の研究所とは, 『法, 行政, 開発に関するロンドン・ライデンシリーズ』(London-Leiden Series on Law, Administration and Development.) を刊行している。

SOAS の大学院生は, 法学部 (Law Department) から徒歩で5分のところにある IALS の世界最大規模の図書館サービスを自由に利用することができる。

さらにまた, 大英博物館やオクスフォード・ストリート, トッテンハムコート・ロード, コベントガーデン, ロンドン大学学生ユニオンのあるウエストエンドの劇場, 大規模なロンドンの書店, SOAS の学生寮, そしてロンドン大学の他の多くのカレッジ,

等々を含む、ロンドンの多くの魅力ある施設などが SOAS に近接して散在している。ロンドンの他の場所（ヒースロー空港を含む）へは、地下鉄ラッセルスクエア駅から、また本ロースクールから徒歩圏内に位置するキングズクロスとユーストンの鉄道駅から容易にアクセスすることが可能である。

1-2 ロースクールでの研究 (www.soas.ac.uk/law/research/)

本法学部は——人権、国際法、国際組織、環境法そして国際取引などのさまざまな分野でのすぐれた研究とともに——発展途上国の法体系と法的問題に特化して教育、研究を行うわが国では唯一の学部である。

本学部は、比較法（南・中央・東アジア、アフリカ、イスラムそして中東）、トランスナショナルな法および国際法における研究のための世界規模のセンターという名声を長年にわたって享受している。現在では、国際経済法や法と統治、法とコンフリクトそして国際商事法などの21世紀の法の重要な部門の発展に寄与するとともに、新たな、グローバル化したコンテキストのなかで、本学部のスタッフはそのような伝統を維持し続けている。

われわれは世界の発展途上の国々や地域が抱えている広範なる法的諸問題を調査してきた。専門領域として若干の領域をあげるならば、貿易法、法と開発、比較法、商事法（著作権と特許の法を含む）、人権、環境法、イスラム法、紛争解決および国際法、等々である。

本ロースクールは『アフリカ法雑誌』や『イスラム・中東法年報』といった多くの刊行物を後援し、また本スクールで研究されている専門的な研究テーマを反映する、特定のテーマや地域の多くの研究センターを設立している。

本スクールは——国際法とトランスナショナルな法に関する諸問題を扱う専門家をも擁しつつ——比較法（中国、アフリカ、南・東南アジア、中東）の分野では最上の専門的業績を有している。SOAS で提供されているすべてのコースの担当者は各々の分野における専門家である。多くのスタッフは政府や国際組織、NGO などのアドバイザーを長年勤めている。また多くのスタッフは法曹としての専門的な経験を有している。

われわれの研究、教育のプログラムの主なテーマをあげるならばつぎのようなものがある；

- 発展と多元主義 (Development and Pluralism)

本ロースクールは発展途上の世界における国家法体系に関しては無類の専門的蓄積

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

を有している。この中心となる専門的蓄積は、途上国の開発政策における法と法的諸制度の役割に関する (ポストコロニアル, ジェンダー, 政治経済, などの) 批判的な視点と結びつけられている。すなわち, アジアとアフリカ地域における文化に関する情報に依拠した (culturally-informed) 法の機能や諸制度の分析; 宗教にもとづいて区分されている (religiously-derived) 法伝統 (とりわけイスラム); ADR の分野への関心, 等々である。

- グローバリゼーションとガバナンス, 体制移行 (Globalisation, Governance and Transition)

本ロースクールはつぎの分野に関してかなりの専門的蓄積がある; 国際商事, 金融および会社法; 貿易法と WTO; 知的財産法; UN システム, 大規模な政府間システム (EU, AU, ASEAN など) や発展途上世界の視点から行う, 体制に依拠した諸制度やプロセス; 市場社会への移行と民主化のコンテキスト (中国, 東南アジア, 中央アジア, アフリカ) における法, 等々である。

- 人権と環境 (Human Rights and Environment)

本ロースクールは人権と環境の分野における相当の専門的蓄積を有する, 中核をなす研究機関として確固とした評価を得ている。専門領域としてはつぎのような分野がある; 経済・社会権, 正義と和解; コンフリクトとグローバリゼーション; ジェンダー平等とコンフリクトの解決における女性の役割; 開発のコンテキスト, 国際的, 比較的な環境法 (持続可能性); 国内的, 地域的そして国際的な政治体制や資源の保護の相互関係, 等々である。本ロースクールは lead-journal.org において online で刊行している『法, 環境と開発雑誌』 (*Law, Environment and Development Journal* (LEAD)) を共同で後援している。

- 法とコロニアリズム

本ロースクールはコロニアルとポストコロニアルに関する議論の法的側面に長年にわたって関心を有してきた。そして, 法, グローバリゼーションと持続する植民地の遺産のあいだの関係を検討することと結びついた, さまざまなコースを提供している。これらは, コロニアリズム, 帝国そして国際法; 法とグローバリゼーション; 法と開発; 発展途上世界における人権; 移行過程における諸制度や政治経済, 等々を含んでいる。

1-3 ロースクール附置の研究センター (www.soas.ac.uk/law/centres/)

- 「法、環境と開発センター」(Law, Environment and Development) (LEDC)

ロースクール附置の「法、環境と開発センター」は、法の諸分野と環境、開発のあいだに存在する、ダイナミックな諸関係へのますます増大する関心をさらに拡大するための拠点を形成することをねらいとしている。

Centre for Islamic and Middle East Law (CIMEL) Site

** 上記のパラグラフに続く、同サイトからの補足的説明；

センターの主な目的は、研究、教育を促進し、持続可能な開発と自然資源、とりわけ発展途上地域の資源を活用するために、これらの諸分野が果たしている役割を拡大することである。LEDC は環境法と開発の現在の主要問題を研究するにあたって、学際的アプローチを採用している。その主要問題には、水や土地利用、森林、気候変動、知的財産や先住民族の諸権利、等々を含んでいる。

- 「イスラム・中東法センター」(Centre for Islamic and Middle East Law (CIMEL))

CIMEL はさまざまな研究、講師の招聘、刊行および学術交流などを奨励することによって、イスラムと近代中東の法システムの研究、理解の促進をはかっている。イスラムと中東に関心を有する法律家や外交官、そして国際組織と密接な関係を有している。

Centre for Islamic and Middle East Law (CIMEL) Site (www.soas.ac.uk/camel/)

** 同サイトからの補足的説明；

「イスラム・中東法センター」は、イスラムと中東の双方の法の重要性がますます増大しつつあるとの認識の下で、1990年に SOAS 附置のセンターとして設立されている。イスラムおよび中東世界で機能しているさまざまな法システムの分析は、中東とムスリムの立法者や研究者のあいだの活発な相互交流とならんで、世界の平和安定とそれぞれの法管轄地域に存在するさまざまな形態の法の支配の将来にとって、極めて重要な意味を有している。また法の支配はヨーロッパや西側諸国一般との関係に関するパラメータでもある。ますます近接し、相互依存化する世界において CIMEL は、イスラムと中東、西洋の交差点における、研究と実践のための法研究の架け橋の役割を果たしている。

- 法とコンフリクト研究センター (Centre for Law and Conflict (CLC))

「法とコンフリクト研究センター」は、SOAS 法学部の学部長マーチン・ラウ (Martin Lau) 博士によってなされた「アフガニスタンの法システムの再構築」

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

(Rebuilding Afghanistan's Legal System) という講義を契機に、2002年10月30日に正式にスタートしている。

Centre for Law and Conflict (CLC) Site (www.soas.ac.uk/lawandconflict/)

**** 同サイトからの補足的説明；**

「法とコンフリクトセンター」は2002年にスタートした。同センターは、コンフリクトや体制移行、コンフリクト後の環境、またさらに紛争解決などに関連する理論的、実践的諸問題について、広範囲にわたる法的、学際的研究や議論を促進することを目的としている。センターはSOASロースクールの活動の主要領域を反映し、支援している。その領域とは、人権や移行期の正義 (transitional justice)、武力衝突に関する法/人道主義的な法 (law of armed conflict/humanitarian law)、コンフリクトの解決と平和構築、法と開発、国際法に対するフェミニストの視点からの批判、ADRと仲裁、等々である。SOASの委嘱の下、アフリカ、アジアおよび中東にとって特に重要な諸問題に焦点を当てており、センターのメンバーはこれらの地域に関する学問的、実践的な専門家である。

センターは常時、センターのメンバーや招聘スピーカーが関与するセミナーや会議を主催する。過去のイベントとしては以下のようなものがある。アフガニスタンにおける法システムの再構築；カンボジアの正義とカンボジアの裁判所における臨時法院の活動；紛争解決におけるアムネスティの活用；経済的、社会的権利にかかわる諸問題；アパルトヘイト後の南アフリカにおける土地返還と和解；スーダンにおける人権と責任；抑圧的な体制を支援する多国籍企業の責任；法の支配の発展のための支援、等々である。センターでの今後の一連の講義については、本ホームページのイベントのセクションにアップされる。

(以下4パラグラフ省略)

• 「東アジア法センター」(Centre of East Asian Law Centre (CEAL))

「東アジア法センター」は、研究の奨励、特別講義の提供、学術的、専門的交流の促進などによって、東アジアの法と法伝統の研究、理解の増進を図ることを目的としている。

Centre of East Asian Law (CEAL) site (www.soas.ac.uk/ceal/)

**** 同サイトからの補足的説明；**

「東アジア法センター」は1988年に設立されたが、その主な役割のひとつは研究者と実務家のあいだでの東アジア法システムの研究を促進することである。ロース

クールをベースとして、センターは学部と東アジア法を研究しているリサーチ学生を結びつけている。

10年以上にわたって CEAL は、多くの専門家養成プログラム、とりわけ法実務家と裁判官養成の学内での拠点であった。これらのプログラムは英国と東アジアの法管轄地域、とりわけ中華人民共和国とのあいだの法的、専門的な交流のさまざまな機会を提供するという役割を果たしている。

CEAL は最近 2 つの重要なワークショップを主催した。すなわち、「法とオリエンタリズム」(Law and Orientalism; February 2011) と「中国の財産権と財産法」(Property Rights and Property Law in China; May 2012) である。これらのいずれのワークショップも、調査による諸事実の開示とアイデアの展開を研究者のあいだにもたらしめている。センターの客員研究員の貢献とともに、これらのワークショップやセミナーは東アジアの法に対する関心を醸成するためのフォーラムとなっている。

CEAL の学部メンバーは、以下の分野を含むさまざまな東アジアに関するコースを担当している。すなわち、近代の中国法と中国の人権；中国法の基礎；中国の商事法；現在の中国の法と諸制度；東南アジアとそれを超える地域での移民，ジェンダーおよび法；中国の民法と商事法に関する個別的問題；中国と国際政治；東アジアの国際政治，等々である。

- 「植民地主義，帝国，国際法研究センター」(Centre for the Study of Colonialism, Empire and International Law (CCEIL))

アジアとアフリカに関する研究を発展させるという SOAS のユニークな任務の下で、CCEIL は国際公法や、植民地主義と帝国との歴史的、現代的な関係についての学際的研究のためのフォーラムを提供することを目的としている。

Centre for the Study of Colonialism, Empire and International Law (CCEIL) site (www.soas.ac.uk/cceil/)

** 上の説明に続く同サイトからの補足的説明；

ロースクールのメンバーや専門的リサーチアソシエイト、ビジティングフェローそして大学院生などによってなされているセンターの研究は、3つのリサーチプログラムによって組織されている。すなわち、国際的な法の歴史と理論；国際的な不平等；暴力の国際的規制，である。

- 「東南アジア法研究グループ」(South East Asia Legal Studies Group (SEALS))

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

SEALS は、近年の東南アジアの法システムの発展に資するために開設されている、国際的な e-mail によるディスカッションのグループ/掲示板である。メンバーは研究者、法実務家、活動家そして学生などを含んでいる。

2 「アジア・アフリカの法体系」講義のプログラム

メンスキーが受講生に配布している講義プログラムを以下に転載する。

Legal Systems of Asia and Africa 2011/2012—Planned class programme [course 15
520 0029]

Convenor: Prof. Werner Menski, Room 233 & Dr. Mariano Croce

Tutors: Taymour Harding; Hanns Kendel; Alberto Neidhardt;

Lectures: Wednesdays: 11-1 Room V 211 First Lecture: 5th October 2011

Tutorials: Nine groups, one hour each, all day on Mondays from 9 am onwards,
RoomVG02 [starting 10/10/2011]

05/10/11: Introduction: Globalisation and laws in Asia and Africa (WM)

12/10: Major theories of law (WM/MC)

19/10: Comparative law and Asian and African legal systems (WM/MC)

26/10: Classical Hindu law (WM)

02/11: Medieval and Anglo-Hindu laws (WM)

09/11: Reading week, Production of Essay 1 [Deadline: 14/11/11, 4 pm]

16/11: Modern Hindu/Indian laws (WM)

23/11: Hybrid South Asian laws: Indian Muslim law and Pakistani law (WM)

30/11: Indonesian laws (AS)

07/12: Chinese classical legal culture (SZ)

14/12: Modern Chinese laws (SZ)

Christmas Vacation

11/01/12: African customary laws: Past and present (GW, Guest Lecture)

18/01: Southern African and Namibian laws (MH, Guest Lecture)

25/01: Southeast Asian laws I: Overview (PL, Guest Lecture)

01/02: Southeast Asian laws II: Thai law (PL, Guest Lecture)

08/02: Dispute settlement processes and methods (FB)

- 15/02: Reading Week, Production of Essay 2 [due 21 February 2012, 4 pm]
22/02: Islamic law I: Formative and classical periods (MB)
29/02: Islamic law II: Classical and post-classical law (MB)
07/03: Modern Islamic law and reforms in a global context (MB)
14/03: Modern Islamic law and gender: Iranian law (ZMH)
21/03: Turkish law: Ottoman law, the Republic and its vision: 1920s to now (EO)

Easter vacation

- 18/04: Revision session (WM and tutors)

[UG Exams may start 07/05/12]

Lecturers in this course:

FB: Prof. Fareda Banda; MB: Prof. Mashood Baderin; MC: Dr. Mariano Croce;
MH: Prof. Manfred Hinz (Bremen); ZMH: Dr. Ziba Mir-Hosseini; PL: Prof. Peter
Leyland (London Metropolitan); WM: Prof. W. Menski; EO: Prof. Esin Örucü
(Glasgow); AS: Dr. Arskal Salim (AKU); GW: Prof. Gordon Woodman
(Birmingham); SZ: Dr. San Zhu;

3 メンスキーの多元的法体制分析の モデルたるカイトモデル

3-1 メンスキーの「グローバルな法の操作的定義」——千葉正士の「法文化の操作的 定義」との関係に着目して

3-1-1 トライアングルモデルからカイトモデルへ——超・多元主義='pop';
2006年にメンスキーは、700頁近くに及ぶ大著 *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa* (Cambridge UP, 2006) (第2版)を刊行した(メンスキーはこの扉のページで“Dedicated to Emeritus Professor Masaji Chiba for his eighty-sixth birthday”という献呈の辞を掲げている。また、この書物は本資料で紹介している SOAS の「アジア・アフリカの法システム」でのメンスキーの講義テキストでもある(以下 Menski 2006 として参照))。かれがこの書物の随所において言及するのが「多元性に着目するグローバルな法学」('plurality-conscious global jurisprudence')あるいは「グローバル化への着目と多元的法体制への感受性」('globality-consciousness and sensitivity to legal pluralism')である。これら「多元性」と「グローバル」をキーワードとして、メンスキーはわが国のみならず国際学会で多元的法体制論

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

のパイオニアの一人と目されている、故・千葉正士の「法文化の操作的定義」（operational definition of legal culture）とならぶ独自の定義を、「グローバルな法の操作的定義」（global working definition of law）として提示している（千葉の多元的法体制論，法文化論についてはさしあたり角田猛之・石田慎一郎編著『グローバル世界の法文化 法学・人類学からのアプローチ』（福村出版，2009年）所収の諸論文参照）。

それは西洋法理論，法思想の諸伝統の広範なる検討を踏まえて綿密に構想された法モデルで，かれは自らその法モデルを自然法論と法実証主義，そして法社会学的なアプローチにつぐ，「多元的法体制に焦点を合わせた第4のアプローチ」と位置づけている。すなわちメンスキーによれば，宗教・倫理・道徳に力点を置く自然法論，国家法を中核に据える法実証主義，そして社会を基盤とする法社会学といういずれかひとつに特化した方法的視座によっては，多元的な法のあり方を正確に捉えることはできない。したがって，これら3つのいずれの要素にも着目し，多彩な内容を含む3要素がグローバルな状況下で複雑に相互作用しつつ，多元的な法や法体制が形成されるものとして把握されているのである。それはメンスキーの言葉を用いれば，「多元的法体制と法の相互関係の複雑な三極モデル」（triangular model）である。（Menski 2006: 173）（三極モデルについては，本資料次章の第1講義「グローバル化とアジア・アフリカ」の第18スライドの図参照）

ただし2006年の第2版刊行後に，ますます展開する近年のグローバル化状況を踏まえて，以上の3極に加えて第4のコーナーとして，国際法と人権を多元的法体制形成の新たな独立した極として取り入れている。そして，メンスキーは新たな第4コーナーをも加えた，4つのコーナーを有するモデルをカイトモデル（kite model）と呼んでいる（カイトモデルについては同上第35スライドの図参照）。そしてさらに，そのようなカイトモデルが前提としているグローバルな多元的法状況を，‘pop’=‘plurality of pluralities’ という簡潔なる表現——後者が‘pluralities’と複数形になっていることに注意——で呼称している。つまり，カイトの4つのコーナー（自然法，社会=文化法，国家法，そして国際法・人権）の各々において多元性を有しつつ（‘pluralities’），カイト全体としての一体性を有する法システムが多元的に存在（‘plurality’）するのである。これは千葉正士が繰り返し主張した法の本質としての多元性（‘law is internally plural’）であり，それを踏まえて操作的に定義したのがメンスキーの「グローバルな法の操作的定義」（global working definition of law）にほかならない。

以上のメンスキーの見解，主張の一端については，以下の3-2での講義資料を参照

していただきたい。

3-1-2 千葉理論の高い評価；そして上で指摘したように、メンスキーが一貫して強調するのが、「グローバル重視で多元性に焦点を合わせた法の理解とアプローチ」である。そして、カイトモデルを構成する「法」は、つぎのような性質を有するものとして把握されている。すなわち、(i) 法そのものは普遍的な現象であるがさまざまな態様で姿を現し、(ii) 固有の文化を有する社会的文脈のなかで働き、運用されねばならないゆえに法は本質的にダイナミックで柔軟である。また (iii) 法はさまざまな形態のみならずさまざまな源 (origin) をも有しており、これらの源はその本質においては国家や社会、そして宗教・倫理・道德のさまざまな発現形態であって、それらは相互に対抗し、作用しあっている。そしてさらに、(iv) それら3つの発現形態から生ずるいずれのルール体系も他の発現形態の構成要素を含むもので、それはさらなる法の多元性を生み出している (Menski 2006: 184-185)。

このような性質を有しつつ、上記の4極が相互に関係するものとして構想された、綿密なる法の4極モデルの構築と、そのモデルに依拠する多元的で動的な法把握を展開するなかで、メンスキーは千葉の多元的法体制に関する理論に随所で言及しつつ、自らの理論展開の柱としている。ある箇所ではメンスキーはつぎのようにのべている。多くの刊行物、とくにアジアの固有法と移植法の相互関係に関する論文集 (Chiba ed., *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, 1986) の序章において、グローバル化に焦点を合わせた法の研究と大きくかかわる複雑な多元的法体制の概念を千葉は展開している。かれの全体論的な (holistic) 法と多元的法体制の理論は、社会の多様な現実と価値を明確に考慮にいれて、法的なものを非法的なあるいは法外的なものから厳密に区別することを否定している。千葉の法体系の3層モデルにおいてはつねに、公式法は非公式法と動的な形で相互交流しており、かようにして法はつねに多元的である、と (Menski 2006: 119)。

ここで指摘されている、国家法を典型とする公式法と公的権威を有しない非公式法の複雑な相互関係と、その各々の法の価値的、理念的な前提として存在する法前提 (legal postulate) の明確なる概念化、そしてさらに多元的法体制を構成するさまざまな法を、それらの道具概念を駆使して分析したということが、メンスキーがもっとも高く評価する千葉理論のキーポイントである。

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

3-2 メンスキーの主要著作；メンスキーは多年にわたる研究生活のなかで膨大な業績を残している。論文をも含めた全業績は SOAS のホームページのメンスキーのページにアップされている (<http://www.soas.ac.uk/staff/staff31428.php>)。ここでは単著と編著の文献のみを以下に掲げておく。

Menski, Werner (2006) *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*. Cambridge University Press.

Menski, Werner (2003) *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*. Oxford University Press.

Menski, Werner (2000) *Modern Indian Family Law*. Curzon Press.

Menski, Werner and Alam, R and Raza, M (2000) *Public interest in litigation in Pakistan*. London: Platinum.

Menski, Werner and Pearl, D (1998) *Muslim Family Law*. Sweet & Maxwell.

Shah, Prakash and Menski, Werner F, eds. (2006) *Migration, diasporas and legal systems in Europe*. London: Routledge-Cavendish.

Menski, Werner F and Chanda, Biswajit, eds. (2005) *Cancer of Extremism in Bangladesh. Proceedings of the European Human Rights Conference on Bangladesh: Extremism, Intolerance & Violence*. Centre for Ethnic Minority Studies, SOAS and Bangladesh Conference Steering Committee.

Menski, Werner F, ed. (1998) *South Asians and The Dowry Problem*. Stoke-on-Trent: Trentham Books and School of Oriental & African Studies

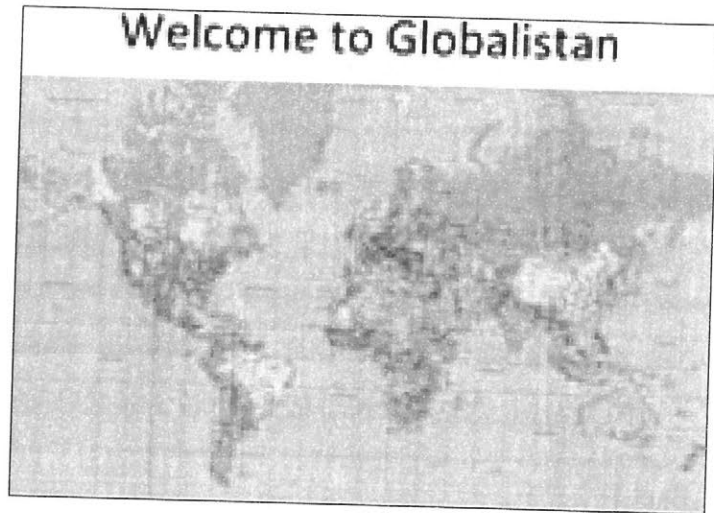
4 メンスキーの「アジア・アフリカの法システム」講義資料 および関西大学での特別講義の講義資料の訳出

以下では、「アジア・アフリカの法」講義のうちでメンスキーが担当した、かれのカイトモデルに依拠する多元的法体制分析に関する講義資料と、かれが専門とするインドのヒンドゥー法に関する講義資料を訳出する。以下の訳出において、[] は原則として角田の補足、傍点はメンスキーによる強調点を示している。

4-1-1 第1回講義：「グローバル化とアジア・アフリカの法」（10月5日）

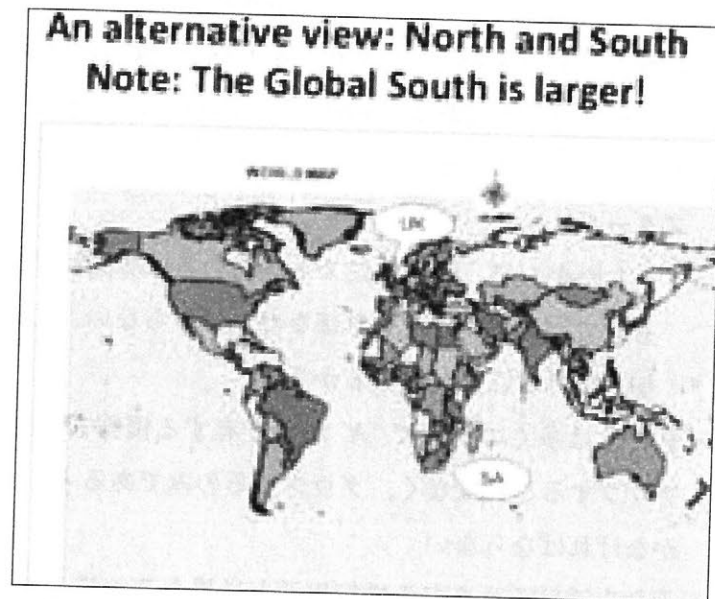
第1スライド；世界地図

グローバリゼーション歓迎



第2スライド；世界地図

もうひとつの異なった見方
——南と北



第3スライド；グローバリスタン（Globalistan）としての世界？

- はたしてこの地球をどのように呼ぶのか
- 言語や言葉の選択は違いをもたらすのか
- 多様な視点（perspectives）は重大な違いをもたらす
- 客観的な緊張状態と主観的な緊張状態
- 「現在さまざまなかたちのグローバル化が進行している」（Glenn, 2006）
- 発展（development）やグローバル化，さらには法の概念に関してすら地球規模で合意された共通の視点は存在しない。

＝つまり、「法とは何か」という問いに対して遍く了解されている答えは存在しない

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

- この問題に対する詳細については、Menski（2006：32-35）とTamanaha（2009）を参照のこと。

第4スライド：「アジア・アフリカの法システム」講義について

- つねに多数の学部生が参加する大講義なので出席重視（出席表に氏名記入）
- 本日第1回目講義予定：
 1. 本講義に関する詳しい紹介
 2. 文献
 3. 試験，評価，試験準備方法 [以上を便宜上 Part I とする]
 4. 「法とは何か」についての概観 [Part II とする]

[Part I]

第5スライド：学習に当たっての諸課題

- このコースではグローバルレベルでの法の概念を概観
- 法は本質的に多元的な（internally plural）普遍的現象である
- 本ロースクール [SOAS Law School] は英国のみならず世界のトップレベルのロースクール
 - ＝したがって、潜在的にストレスの多い雰囲気であり、うまくバランスを保つこと、そして己を知ることを学ばなければならない。このようなストレスと難題をうまく切り抜けることができるか？
- 君たちは多くの科目で‘A’評価を有する優秀な学生ゆえに、多くの諸君はそれ以上アップすることはなく、ダウンするのみである！ そのことをしっかり頭に入れておかなければならない
- 大学生活はそれまでの学校生活とは異なる：決して熱くなりすぎ（overheat）ないように
- クラスの仲間はすべてお互いの名前をすぐに覚えるようになる。したがってクラス内で孤立することはないし、また1学年（academic year）は実質6ヶ月しかない！

第6スライド：キャリアを伸ばすこと

- キャリアチューター（Careers Tutor）について：
- 自らの将来を考えることは学習計画のなかで非常に重要な部分である
- 就職能力（employability）がそのキーワードで、優秀な学業を収めることだけでは十分ではない
- われわれはロンドン（the City）や法律専門家と密接なつながりを有しており、多く

の卒業生がローファームのパートナーやバリスタ、法専門職についている

- かれ／彼女らのなかから何人かが、月曜日に開催しているキャリアセミナーで講演するために SOAS を訪問する
- 第1回目のセミナーは2011年10月10日（月曜日）6-8時、B102教室にて開催するので参加するように！
- しっかりした自覚を持ってこれらのセミナーに参加すること。それらは第1学期にしか開催しない
- かりに諸君がバリスタになることを希望しているのであれば、テレビを見すぎてはいけない！
- パキスタンに行かないかぎりバリスタのための職はごくわずかしかない
- いまからこの2年間のあいだに、諸君のうちの何人かは終了前に就職に関するオファーをうけるだろう。来週の月曜日にそのうちの2名の諸君を紹介する
- しかしながら、素晴らしい職というのは大都市のトップのローファームのいわばエリート奴隷である。それらのファームは高給を支払うが、はたして諸君はほんとうにそのような仕事を望んでいるのか？

第7スライド：時間配分と焦点

- つぎの重大なるポイント：スピードと時間配分、しっかりした計画
- 念頭に置いておかなければならないこと；英国の1学年歴は6ヶ月しかないこと
- 講義は2012年3月21日に終了する
- 最終の復習のセッション（revision session）は2012年4月18日
- 試験は2012年5月8日から開始、その数日内には試験実施
- そしてその後；4ヶ月間の休暇

＝つまり、もしうまくその期間を過ごすならば、それは諸君にとって最良の時間

- 各々2500字の2つのエッセーを書かなければならない
- それらは各10%、計20%の配点で、これらは必須
- 試験は80%の配点 エッセーは必ず書かなければならない
- 試験では4問出題、各45分

第8スライド：本コースの歴史と目的

- この「アジア・アフリカの法体系」講義は1975年以来 SOAS で開講されてきた
- それ以来かなりに変化し、毎年内容は異なっている

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

- 約10名のスタッフが講義に関わっている
- SOAS の他の法律講義ととくに異なっているのは、イギリス法に関する講義ではないということ 「SOAS で法を学びはじめる」 ('Starting law at SOAS')
- 非常に特殊な講義で、英国においてもユニークだが、他でも試みているロースクールもある
- UCL (University College of London) は数年前にそれをモデルとして開講：「世界の法秩序」 ('World Legal Orders')
- しかしながらその後継続することができなくなって、現在では廃止
- ロンドン大学クイーン・メアリ (Queen Mary University of London) も同じく開講しているが、選択科目
- LSE (London School of Economics) の学生は自らを国際的であると考えているが、アジア・アフリカ法を含むグローバルな法教育を受けていない

第9スライド：プラン、必読文献リスト、試験、チュートリアル

- プログラム：各講義のプランと教育担当チーム：メンスキー教授，マリアーノ，アルベルト，ハンス，テイモア
- 総論的な問題に関する参考文献と必読文献
- 2011年5月の試験 他の資料等は SOAS の web 参照
- いかなる問題もただひとつの法体系に関わることはありえない 比較分析の必要性
- 特定の法体系においてのみならず、主要問題やテーマを再吟味すること
- チュートリア；資料を読み，ノートを取り，話し方を学ぶ
- 月曜日実施，9回のチュートリアル（すべて VG02 教室） 各々の時間にテキスト2頁をもとに討論
- 会話能力を高めることに集中しつつ全員が議論に加わる
- 文章作成：最初の課題は2011年11月14日，4時までに提出
- つまり諸君の最初の重要な試験は5週間後
- インド法に関する参考文献も，配布したハンドアウトに記載されている

第10スライド：本講義の目的

- 比較法と法理学（法哲学），法理論を主たる軸とする
- アジア・アフリカの社会＝文化的（socio-cultural）および法的伝統の検討。それらは，植民地化とグローバル化のさまざまな影響にもかかわらず，西洋の法伝統とは現在に

おいても異なっている

- キーワード：「グローカリゼーション」(glocalisation) つまりグローバル+ローカル！
- われわれは、秩序を維持し、混乱状況を回避するためのさまざまな内的メカニズムの分析を通じて、法体系の概念の生成、展開を研究
=したがってそれはたんなる歴史的記述にとどまるものではない！
- われわれは現代に関して、最近の事例を研究することによってこれらの問題を論じている
- 本コースでは当然に法と社会秩序の他の担い手との関係、例えば、法と社会、法と宗教、法と道徳、そしてまたもちろん法と国家についても関心を有している 現在ではさらに、法と人権およびさまざまな国際規範にも関心を有している

[Part II]

第11スライド：グローバルに妥当する法モデルの展開

- 諸君の主たる課題は、ハイレベルの多元性 (pluralism)、あるいは「ディープな」(‘deep’) もしくは「強度の」(‘strong’) と形容されている、多元性によって特徴づけられる法の操作=作業モデル (workable model of law) を出来るだけ早い段階で習得すること
- 最初のかつ主要な問いは常に：これはいかなる種類の法なのか、である
- 諸君は通常、法とはたんに法律を意味しており、それは国家が制定したルールであるという前提に固執している しかし法は国家が制定するルール以上のものである！
- われわれのロースクールは、諸君にたとえば鉛管工の技術、つまりなんらかのトラブル、パイプの漏れ、そしてそれらの修繕で事たれり……というような技術的なことを教授するロースクールではない
- かりに諸君が SOAS の他の3コースを受講しているとしても、上記のような単純すぎる思考法に陥らないよう努力しなければならない
- 有能な法の実務家は理論を応用しているが、かれ/彼女はそれを自覚している
- 法ははるかに複雑である そのゆえに、諸君を法の「ポップ・スター」(‘pop stars’) にするために講義のスタート段階から法理論にコミットする

第12スライド：さまざまな法モデル

- 法は場所に応じて、また状況に応じてさまざまである

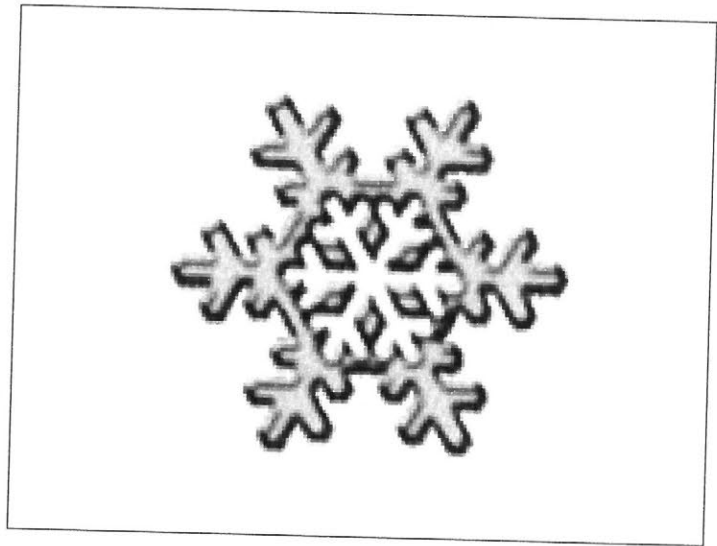
ロンドン大学東洋アフリカ学院ロースクールにおける「アジア・アフリカの法体系」講義（2011-2012年）の紹介

- 法はほぼすべての場合に文化依存的（culture-specific）であり状況依存的（situation-specific）
- さらに時と所に依じて異なる したがって多くの法のイメージやモデルが存在
- フィッシングの知識ある学者は、法はたくさんの穴を持つ複雑な網だという学者もいる
- あるノルウエーの学生は法は雪片のようだという
- あるネパールの学生は法とは仏教徒のノット（knot）だといった
- 法はウェディングケーキのような何層も積み重なったケーキのようだ（おそらく、余分な飾り物としてのグローバル化をイメージしつつ）のべた、南アフリカの人々は法を鍋料理と考えるだろう
- さまざまな法モデルを学ぶことで、他のいかなるものよりも優れた法モデルに行き着くことができるなどということに、関心を示さないようにしなければならない
- いかなる法モデルを好むかは諸君に任せるが、それはすくなくとも実生活で機能するものでなければならない メンスキーが作り上げる法などというものは存在しない

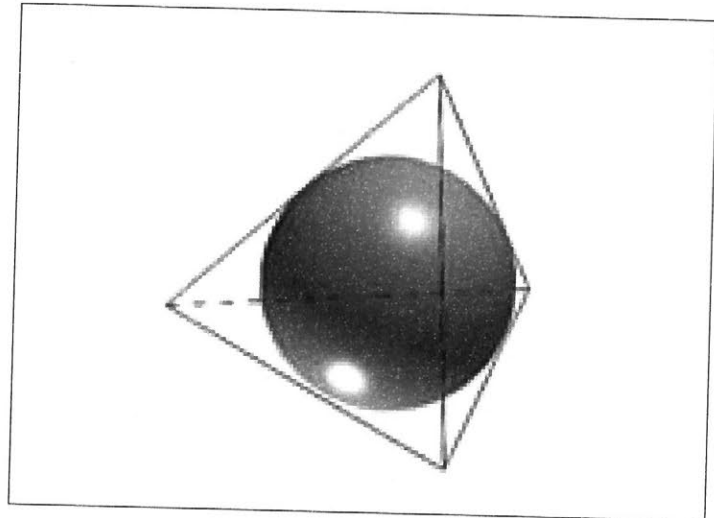
第13スライド：さらなる法モデル……

- オルク教授（Örücü）は SOAS での 3 月の特別講義で、欧州連合や中東、主導権を握ろうとするトルコの野心家などが持ち込んでくる、強風にさらされ、さまざまな方向に流されている一隻の船としてトルコ法を語る予定
- 彼女はさらにひとつのオーケストラとしても法を描いている つまりさまざまな演奏家が、耐えがたい雑音や不協和音ではなくシンフォニーのような素晴らしい音響効果を生み出すものと考えられている
- SOAS のまさにこの教室において、われわれは法の理論化のグローバル規模での最先端にいる
- わたしを「多元主義の権威」（‘the pope of pluralism’）と呼ぶ人もいるが、諸君はもちろん ‘blue bible’ を学んでいる

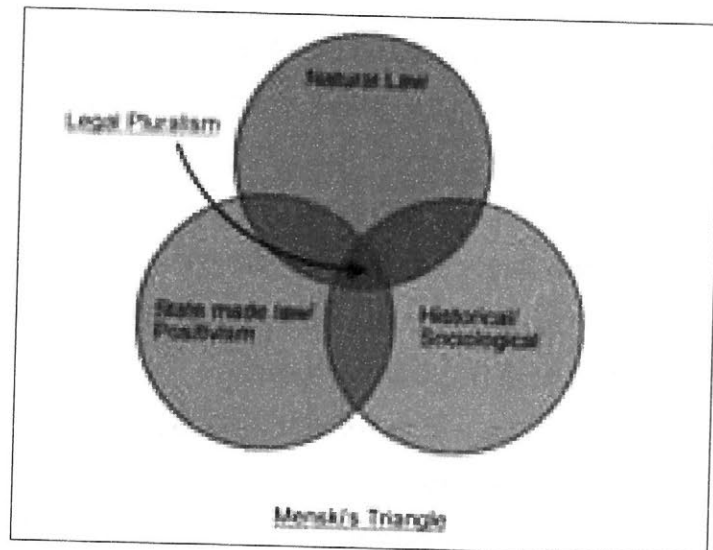
第14スライド：図版



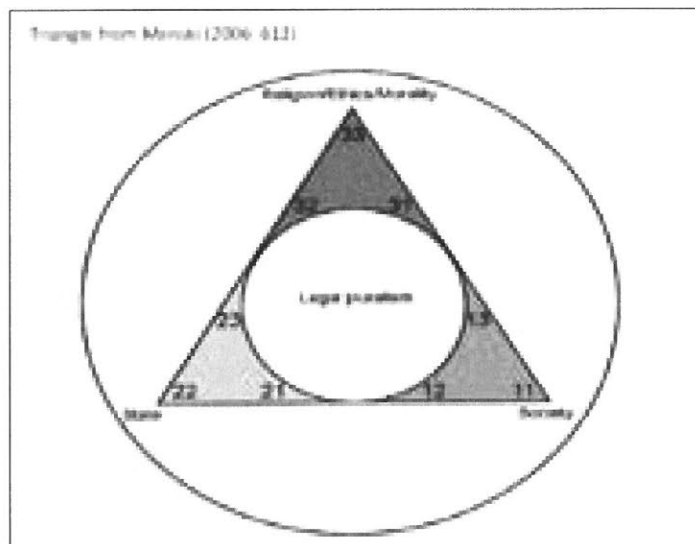
第15スライド：図版



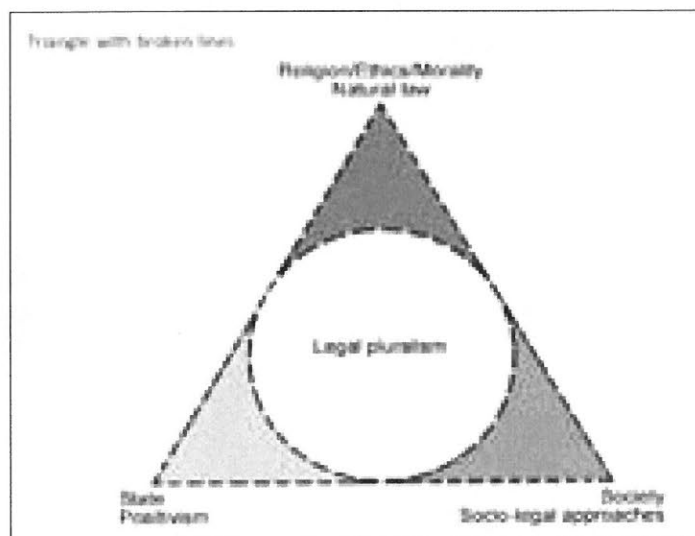
第16スライド：図版



第17スライド：図版



第18スライド：図版



第19スライド：すると法とはいかなるものなのか？

- SOAS では以上のことがらをできるだけ早い段階からかつスピーディーに教えていく
- 世界に共通するひとつの法というものは明らかに存在しない；
=つまり法はどこでも文化依存的であり，したがってさまざまな形態を有している
=したがってわれわれは法多元主義（多元的法体制：legal pluralism [以下法多元主義]）に着目しなければならない
- グローバルなリーガル・リアリズム（legal realism）は必要である というのは新たに展開する産業のゆえに
=したがってそれはかつてのアメリカもしくはスカンジナビアのリーガル・リアリ

ズムではない

- 国家介入の範囲は絶えずせめぎ合っている
- 公式法 (official law) と非公式法 (unofficial law) の境界設定のためのナビゲーション=操縦の必要性
- 脱国家化 (*Entstaatlichung*) —— 国家法縮減の傾向
- 国家化 (*Verstaatlichung*) —— 国家法増大の傾向

第20スライド：定義の問題

- 法の諸理論，すなわち法理論=法理学（法哲学）から出発する
- グローバルなコンテキストにおける法の任務の再考
- したがって本コースはヨーロッパ中心主義 (eurocentric) ではありえない
- 法に関して語ることはヨーロッパでもまたヨーロッパ以外の場所でも有効でなければならない
- かりにそれがアフリカにおいて，もしくはアフリカの人々に関して意味をなさないとするれば，アフリカの人々ではなくわれわれの理論のどこかが間違っている
- われわれはアジア・アフリカの法体系と英国の法体系における実際例に依拠して法の性質を検討する
- 法は容易にその濫用をも正当化するために用いられることができるがゆえに，必ずしも常に正しいというものではない
- しばしば問題のある法の担い手（権威）や手続きが存在；「胡散臭い法」 ('dodgy law')
- 人々は時に犯罪者となる場合があるが国家もまた頻繁に法を犯している 人権の否定，適正手続きの違反，など

第21スライド：多元性としての法のキー概念

- 以上から明確になったこと；法は国家法以上のものだ，ということ
- 国家法とそれ以外のタイプの法とのあいだには絶えず緊張 (tension) が存在
 - 脱国家化——国家介入の縮減の傾向
 - 国家化——国家介入の増大の傾向
- 法の研究に関わっている諸々の概念や手続きは状況に応じて異なっているが，普遍的もしくはおおむね普遍的なものも存在
- 世界のいずれかの場所において人々はいかなるかたちで婚姻し，またその婚姻にはい

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

かなる意味が存在するのかは、さまざまなファクターに依存して決められている われわれはそのような文化依存的で時間に制約された諸々のファクターを明らかにし、分析することが必要

- 主要な論点は明快；世界に共通するひとつの法というものは明らかに存在しない
- メンスキー（2006: *Introduction*）参照
- われわれが「法」一般（‘law’）について考え、語る場合にも、ひとつの用語を用いながらも、実際にはさまざまな概念のなかのある特定の概念を採用し、意味しているに他ならない
- すなわち「法」は用語としてそれ自身（‘law’ itself as a term）本質的に多元的な存在なのである

第22スライド：コミュニケーションの体系としての法

- 法は極めて広い意味を有する概念であるので、明確に定義し、他のルールとの境界線を明確にすることが必要
- 法の概念をより明確にするために、われわれは「法」ということばを常に他のことばと結合する
- しかしわれわれは同じ言語を用いているのか
- かりにわたしがヒンドゥー語もしくはウルドゥーを話し、諸君に *dharma* もしくは *vyavahāra* あるいは *qānūn* について語るとすれば、われわれはほとんどの場合お互いに理解できない
- したがってここでは英語を用いるが、しかし自覚しなければならないことは……

第23スライド：共通言語が必要であることは明白

- この教室においても一般的にも、われわれが共通のコミュニケーションの手段を開発することは決定的に重要である
 - ＝つまりわれわれすべてが理解できる言語
 - ＝そしてわれわれのすべてがその意味を知り、理解できることば
- それに同意するか否かはまったく別物
- しかし；第一のコミュニケーションに関わる大問題
- 発信——メッセージ——受け手
- あらかじめ抱かれた観念と思考プロセス
- 先在する知識，教化，流行

- 刺激物はすべてのレベルで存在 利他主義が必要か？

第24スライド：したがって実際には、意味を明確化するためにもろもろの言葉をなにかしかのことばと結合する……

- コモンロー ・比較法—法理論—法哲学 ・イギリス法—フランス法—マレーシア法 ・家族法 ・刑法—民法 ・私法—公法 ・慣習法 ・ギリシャ法, ローマ法, ヒンドゥー法, イスラム法, ムスリム法 ・神の法, 世俗の法 ・人定法

第25スライド：共通の言語の確立（1）

- コモンロー/大陸法 ・民法/刑法 ・家族法, 婚姻法 ・財産法, 相続法 ・国民と領域が重要；国民国家の法 ・領域法—*ius soli*—*ius sanguinis* ・治外法権, たとえばパキスタンが今日ムスリムの市民に対して治外法権をどのように用いているかを参照せよ それはいわば逆植民地化 (reverse colonisation) か？ ・植民地権力はこのことをそのスタッフに適用していた！

第26スライド：共通の言語の確立（2）

- *lex loci*=その地域の法, 領域的な一般法
- *lex domicilii*=人の居住地=精神 (心情) 状態
- 属人法 (personal law)；一定の集団の人々に関する法
- 一般法；すべての人々に適用 (ただし例外はあるか?)
- 慣習；人々が通常行うことがら——しかしそれは法なのか?
- 慣習法；さまざまなタイプが存在
- 法典化された慣習法——なお慣習か？ 「生きた慣習法」(‘living customary law’)
- *ius* と *lex*；*lex aeterna*, *lex natura*, *lex divina*, *lex humana*
- 宗教法と世俗の法 ・部族法, 「原始的な法」(‘primitive law’)
- ヒンドゥー法/中国法/ムスリム法/アフリカ法=法族 (families of law)
注；「族」という基本的概念は現在では極めて時代遅れである

第27スライド：LAW と Law と law

- Allott (1980: 2) *The Limits of Law*
- LAW-Law-law = 「法」ということばの3つの異なった概念
Menski (2006: 108-113) 参照
LAW = 重力の法則のような自然法則を意味する

＝法制度に関わる一般的な観念や概念はそれら自然法則に関わるなにがしかの現象から導かれてきた

Law＝法体系（法の全体）を意味する

＝所与のコミュニティや国において行き渡っている、一貫した、総体としての特定の法体系

law＝個別の法的ルール

＝あるひとつの法体系のなかの特定の規範的規定；所与の法体系のひとつのルールもしくは規範

第28スライド：循環的問題

- Allott (1980) は基本的試みとしては有用 しかし；
- 多くの人々にとって、何がしかの人があるルールを法であると言うがゆえに法である、という見解は大きな問題をはらんでいる＝法の定義における循環性の問題
 - ＝法は、法であるがゆえに法である
 - ＝ナンセンスで極めて危険でもある！
 - ＝専制主義へと導いていく
 - ＝横暴と濫用を支える

第29スライド：法とは平等に関するものか？

- 現実にはそうではないし、インドでは平等に関するものではない
- 月曜日のチュートリアルテキスト7；

「法の下での平等の概念と一定の種類の差別の禁止は同一の扱いを求めるものではない……異なった内容 (inequality) に応じて等しくない人々 (unequals) を異なって扱うことは許されているだけでなく、必要とされてもいる」(St. Stephen's College v. University of Delhi, AIR1992SC1630, at1662)

第30スライド：法多元主義の現実

- したがってわたしの主たるテーゼは；社会＝文化的したがって社会＝法的な現実において、法はいかなるところにおいても超・多元的 (plurality of pluralities) である
 - ＝絶えざる対立と緊張の存在
 - ＝法はさまざまな側面を同時に有している
- したがって法はこれか (OR) あれかではなくこれであり (AND) あれであり、かつ (AND) あれであり、さらに (AND) その他のものでもある
- となると；法と法でないものの境界はどこにあるのか？

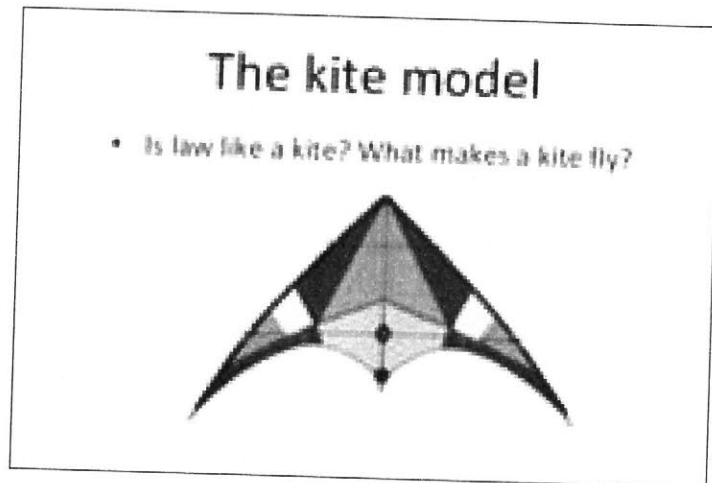
これははたして有用な疑問であるのか？あるいはこれを問題とすることは時間の無駄なのか？

第31スライド：トライアングルからカイトへ

- 2006年に刊行したトライアングル (triangle) はなお有用である (Mwinski, 2006)
- しかしわれわれはさらに一步を進めた：Menski, Shah, Yilmaz, Croce
- 2008年以来、法モデルにおいて第4の要素を追加
- 現段階では、カイト (洋凧；kite) のような4つのコーナーを有する構造
- わたしは諸君をグローバルなカイトの操縦者にするために、カイトの飛ばし方を諸君に教授する

第32スライド：図版

カイトモデル



第33スライド：‘pop’ としての法

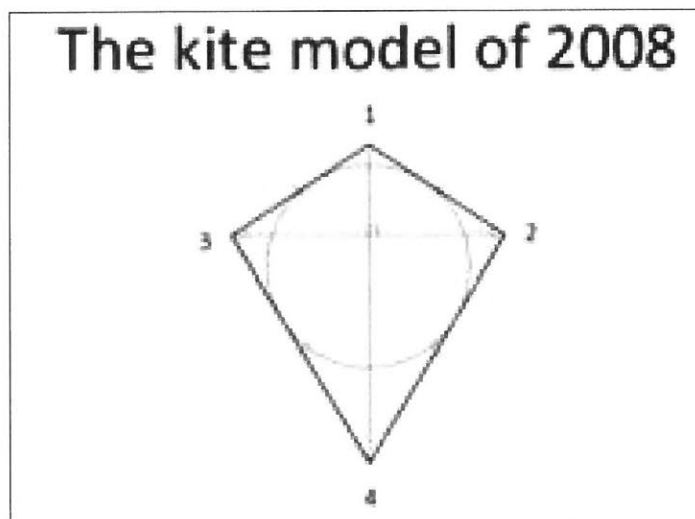
- 私見では法は「超・多元的」すなわち ‘pop’ である
- そのゆえにわたしは諸君を ‘pop stars’ にしようとしている
- このことがうまくいけば諸君はいかなる法的問題にも取り組むことが可能
- しかし残念ながら諸君はあらゆる問題を解決することはできない というのはつぎの要素が異なったシナリオをもたらすゆえにである
- 法は常に極めてダイナミックで絶えず動いている ちょうど空飛ぶカイトのようにじっとはしていない！
- したがって諸君はたんに、相対立するシナリオや争いをいかにしてうまく操縦するかをよりよく理解するだけである しかし諸君は私的にも公的にも実にもうまくそれを成功裏に為すことができるだろう

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

- 法多元主義をうまく制御するための方法論上の道具を使いこなすことは、現代の多様極まりない世界においては生存のための道具である

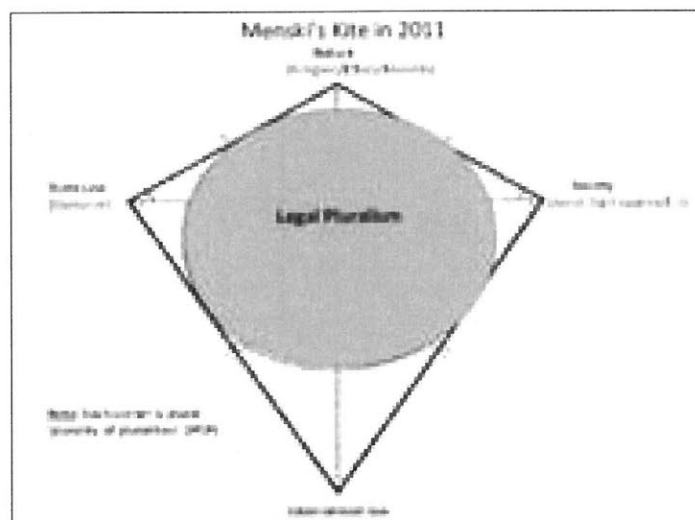
第34スライド：図版

2008年のカイトモデル



第35スライド：図版

2011年のメンスキーのカイト



第36スライド：4つの異なったタイプのカイト

- カイトという図像は4つの意味を有している
- まず第1は諸個人
- 第2にさまざまな社会/コミュニティ
- 第3にさまざまな国家
- そして第4に国際社会/地球全体

第37スライド：カイトの4つのコーナー

- これらの4つのコーナーは、常に競合し、したがって潜在的に相対立している4つの主要な法理論を反映している

- 第1のコーナーは自然法理論で、「伝統的な」諸価値／倫理，宗教的／世俗的
- 第2は社会＝法的で経済的なアプローチ
- 第3は実定法，国家優位の規制，権力
- そして第4はさまざまな国際規範や人権に関わる倫理；
＝基本的にはグローバルな「近代的」諸価値 しかしそれらははたして「普遍的」
('universal') なのか？
- 以上の4つのコーナーが存在することの帰結は，ダイナミズム，緊張，そして絶えざるリスクによって特徴づけられる巨大な形態の法多元主義

第38スライド：実践的な適用

- 人間としてわれわれは常に複数の可能性のなかから一定の選択をしなければならず，したがってこの多元性をうまく操縦しなければならない
- チュートリアルでは，法律家としてそしてまた個人としてわれわれは実際にも常にカイトを大空に飛ばしている，ということを理解させる
- 第2回目のチュートリアル：Anas 事件
＝裁判官たちは多文化状況の英国あるいはアメリカで，法廷におけるこれらの難問にどのようにして対処しているのか

第39スライド：法の研究

- コンテキスト；アジアとアフリカにとくに関心を払うグローバルな法学 (jurisprudence：法理学)
- 焦点；アジア，アフリカに内在しての法体系の発展の研究
＝ある特定の法体系がどのように「働いている」('tick') のかを理解するように試みること
- そのためには，異なった視点，すなわち内的視点と外的視点をを用いることが必要
- またさらに，「他者の」('their') 目を通してそれら以外の視点にも「遭遇する」('see') ことが可能になる
＝もはやたんなるコロニアルな知覚，そしてポストコロニアルな視点ではなく，多焦点的 (multi-focal) で多元性に敏感な (plurality-sensitive) レンズを開発する
- われわれは今日ポストモダンの時代に生きているがゆえに，とくにポストモダンなアプローチが重要 しかし現実には現在のところそうはなっていない
- このポストモダンという用語は美術史からきている；つまり，ものごとを異なったア

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

ングルから熟視すること

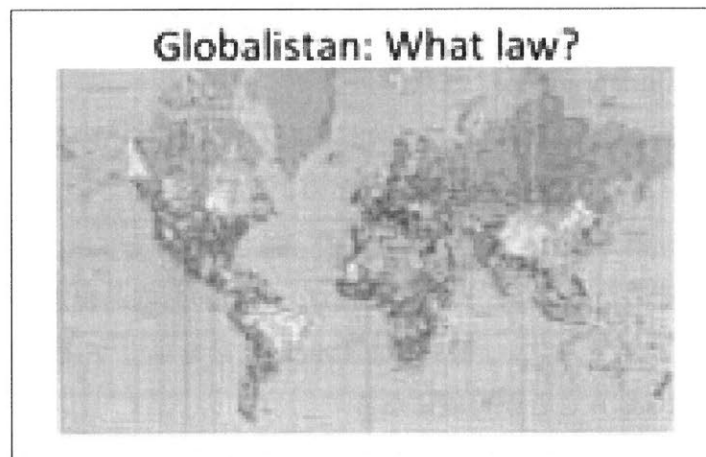
- もうひとつの事例；象と目の見えない人の話 [群盲象を撫でる]
- しかし、多様性に関するこのポストモダンな認識は新しいものではまったくない
- 古代の法多元状況もまた存在 たとえばインドにおいて
- SOAS ロースクール website で、Menski (2010) の 'Sanskrit law' 参照のこと

第40スライド：「伝統的」と「近代的」

- 近代は完全には「伝統」を払拭してはいない
= 人権は今日の唯一の法のあり方ではなく、たんに最近流行りだしたものにすぎない！
- 「伝統的」というのはたんに停滞や遅れていることとは同じではない
- したがってわれわれは多元主義をも含めてすべてのカテゴリーを問題とする
- われわれは一定の発展がなぜ生じたのかを研究
- また、かつての／近年の諸々の変化はいかなるインパクトを与えているのか
- いくつかの講義で；法の借用 (borrowing) および法移植 (legal transplants) に焦点を当てる
- その際とくに、コロニアルな諸概念の導入とアジア、アフリカにおけるヨーロッパ法の継受もしくは拒絶に焦点を当てている

第41スライド：図版

グローバリゼーション
法に関してはどうか？



第42スライド：多元性と「超・多元性」の対立

- グローバリスタンは明らかに本質的に多元的であり、潜在的にも実際にもコンフリクトに満ちている
- とすると、われわれはすべての人に妥当するひとつの法を有することはできないの

か？ われわれは世界法 (world law) を創り出すことはできるのか？

- 素晴らしいが危険な夢；Menski (2006: Introduction) 参照
- 現実には明らかに多元的であるゆえに、われわれはカイトモデルのうちのただひとつだけのコーナーに引きこもることはできない！
- いずれのコーナーにおいても、さまざまな矛盾対立が法のコンフリクトを生み出している
- もうひとつの基本的な事実としての「超・多元性」

第43スライド：コンフリクトと解決の手がかりのないことの危険性

- 統一性 (uniformity) を望ましいとする強力な見方によれば、法は確固としたものでなければならない
- さまざまな違いを受け入れることに伴う深刻な問題を反映
- したがってわれわれはお互いを攻撃し合って死に至るが、それは今や以前よりも容易である というのは新しい大量破壊兵器を有しているから
- われわれは他国を占領し、戦争をしかけ、すべての人々を殺し、人々を追放し、女性をレイプする、等々
- 女性への犯罪行為は常にこの類のストーリーにとって付きもの
- あるいは一定タイプの人々をどこかに押し込める；犯罪化 (criminalisation)
- 極端な事例；民族浄化とジェノサイド
- 社会的なレベルでは、いわゆる「名誉の殺人」(‘honour killing’) や何がしかの重大なる悪事を行ったとされる「邪悪な」(‘bad’) 人々を殺害すること
- その結果、死刑に関する激しい議論が長々と続けられている
- 人権に関するたんなる夢だけではなく、いずれにおいても法の濫用が存在

第44スライド：ニヒリズム、あるいは魔法の救済策としての正義？

- これらのコンフリクトをいかにして解決するのか？
- われわれは善人たり得ず、「正義」を有することはできないのか？
- 多くの人々は「正義」、平和、そしてすべての人々の人権に対して関心を有している
- いかにしてわれわれはそのような善きものを手に入れるのか
- 「正義」とは何か？
- それは確かに法の中核をなす価値である しかし……

第45スライド：法は常に善きものか、あるいは常にアンビバレントなのか？

- 法は常に正義と衡平に関するものである／であるべきなのか？
- すぐれた考えだ！
- 哲学者のジャック・デリダ（Jacques Derrida）（2004年没）は2001年に有名なつぎの言葉を残している 「正義は常に生成途上にある」（*c'est toujours à venir*），と
- ハーバーマス（Habermas）はかれの議論のなかに再度宗教を取り込んでいるが、それはかれが年老いたからではない

第46スライド：「正しい法」（‘the right law’）の探求

- かりに正義が常に「手の届くところに有りながら生成途上」であり、したがって決して完成されたものではないとすれば、はたして「正しい法」とは何なのか？
- はたして「正しい法」というものは存在するのか？
- 19世紀のドイツの法学者ルドルフ・シュタムラー（Rudolf Stammler）はこの「正しい法」を専門用語として ‘das richtige Recht’ つまり ‘right law’ としてあらわした
- かれの時代には；変化する内容を有する自然法ということが提唱
＝法は常にダイナミックであり変化している

第47スライド：際限のない多元性はたんなる混乱にすぎないのか？

- 時と所に応じてわれわれはこの際限のない多元性のなかで、永久に正義を求めなければならぬ……
- ニヒリズム？ 無駄？ 最適者生存？
- あるいは；なんでもありか!?
- 反論；法多元主義の方法論はあまりにも散漫であるのか？
- しかしながら；われわれは絶えず決断をくださなければならない さもなければわれわれは空を飛んでいるカイトを墜落させるか操縦不能にしてしまう
- したがって重大なる問題；何が正しく何がまちがいであるのかを、誰がそして何によって判断するのか？ いったい誰の判断基準が拘束力を有するのか？

第48スライド：国家法は正しい法か？

- カイトモデルにおいて実定法のコーナーでは法はたんに国家法だけなのか？
- たんにわれわれは国家を信頼できないだけなのか 国家化ということは、国家がますます望ましいもので信頼に値するものを意味するのか？

- 法というのは、すべての人に適用される特定のルールに従うという原理なのか
- あるいは、状況に応じた正義の方がフォーマルな法に従うことよりも実際重要なのか
- 先例とすでに確立されていると思われることがらに従うことは重要なのか あるいは、ケースバイケースでいくのか
- 法における確実性は常に最高の価値なのか

第49スライド：先例、「法的ルール」と道徳

- 「他のコース」(ILLP) (多くのカレッジではたんに法の修理工のコース (legal plumbing course) にすぎない) においては、諸君は先例と法的ルールについて多くを学ぶ
- しかし「先例」と「法的ルール」はいずれも、より詳細に分析すると本質的に多元的である それらもまた「超・多元的」である
- 「法的ルール」もまた人々が意図して作り出したものであって、実際に悪い法的ルールでもありうる＝ナチスのドイツ
- したがって；法と道徳は実際にも分離可能なのか？
- そしてより大きな問題；法の「分離テーゼ」(‘separation thesis’) は実生活の上で維持できるのか？
- 大部分の法体系は混合法 (mixed/hybrid) 体系 それは新しい現象なのか？
- 南アフリカ；現在「虹色の国家」(‘rainbow nation’) で「ごった煮」(‘pot food’)
- 従来からあらゆるレベルにおける法秩序の多元性が存在
- アメリカ合衆国；メルティングポットにしてもサラダボールにしても、いずれも単一的ではない
- さらなる多文化主義や超・多様性 (super-diversity) は至る所に存在するか？
- 植民地時代においてすでに移民のさまざまな影響；植民地法体系と公式法の法移植 今日では非公式な「エスニックインプラント」(‘ethnic implant’) (Menski, 2006: 58-65)
- その帰結；多様な刺激物 (multiple irritations) たとえば英国におけるムスリム法
- 今週木曜日 7時より；婚姻と離婚に関するアメリカの家族法における「エスニック法」講義 恩恵か害悪か？
- 実際に法は常に自らのなかに「他者」を包含

第51スライド：超・多様性とグローカリゼーション

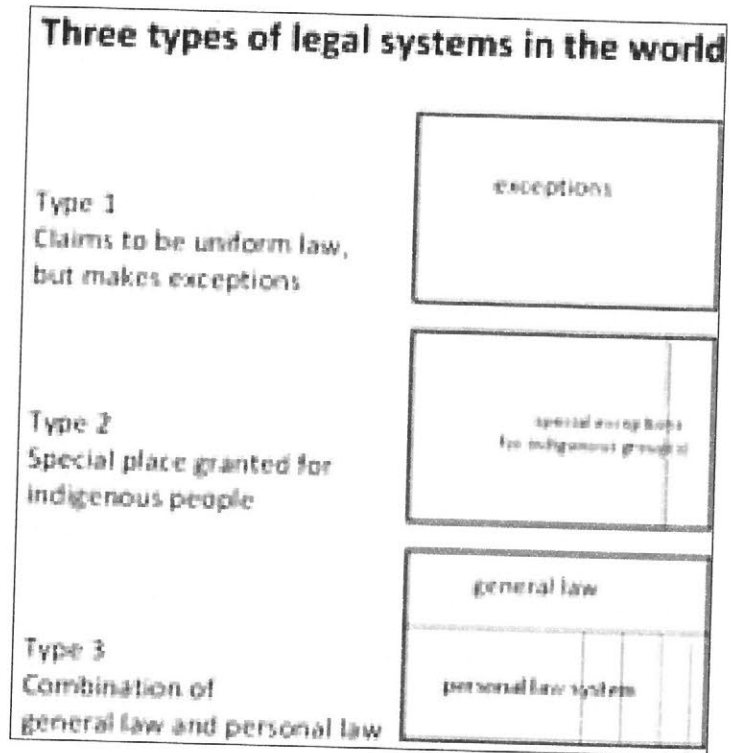
- 今日、移住とグローバリゼーションがこのような多元性を正確に観察し、理解するのをより困難なものにしている
- より多くの形態の雑多な多元性 • 「超・多様性」(Vertovec, 2007)
- 「プルトピア」(‘Plutopia’) =いかなるコミュニティも管理下に置かれていない社会
- 「グローカリゼーション」;つまり、地方のさまざまな要素がグローバリゼーションの影響を受けているが、それらは独自のハイブリッドを発展させ、決して消滅しない
- これらは同時に法的なプロセスでもある！
- 「アジア・アフリカの法体系」講義の固有の問題；
- われわれはアジアとアフリカの法体系に関して十分なる知識を有していない
- Menski (2007) 「ヨーロッパを超えて」(‘Beyond Europe’) Esin Örucü /David Nelken (eds.) *Comparative Law*. Oxford: Hart, Chapter 9, pp. 189-216
- BLE と SOAS 図書館蔵

第53スライド：3つの基本的な法のタイプ

- タイプ1；すべての人に妥当する唯一の一般法として主張されている法 法的なフィクション 現実には、法はいずれの場所でも常にさまざまな種類の戦略的な意味を有する例外を設けている！
- タイプ2；一般法が一応のところ存在するが、先住するグループのために特別の例外規定を適用している場合；アメリカ合衆国でのアメリカ先住民；カナダの北方の民；オーストラリアのアボリジニ；ノルエー/スエーデン/フィンランドのサーミ原住民 (authochthonous) あるいはアボリジニの法
- タイプ3；一般法プラス人的なステータスに応じた法；アジアとアフリカの諸国家や法体系に典型的な多元性に着目した (plurality-conscious) 構成物

第54スライド：図版

世界の3つのタイプの法体系



第55スライド：新たなグローバルな多元性と混合性

- いたるところで新たなタイプの多元的な組み合わせが「生きた法」(‘living law’) となっている；

英国に関してはハイブリッドとしての *Angrezi shariat and angrezi dharma* (Pearl and Menski, 1998)

アメリカに関しては「アメリカのシャリア」 Zaman, Saminaz (2008) ‘*Amerikan Sharia: The Reconstruction of Islamic Family Law in The United States*’ *South Asia Research*, 28.2 (November): 185-202. [<http://sar.sagepub.com>]

- 公式法と非公式法

第56スライド：シーク教の婚姻を承認しないことは正義に反する

- *Chief Adjudication Officer v. Kirpal Kaur Bath* [2000] 1FLR8CA
- 登録されていないロンドンの *Gurudwara* におけるシーク教にもとづく婚姻セレモニー (1956年)
- 2人の子どもがあり夫は既婚男性として税金等を払っていた
- 1994年に死亡し妻は年金受給権を請求
- 当初は登録された婚姻が存在しないゆえに請求否定

- 高等裁判所は最終的に婚姻推定（presumption of marriage）を適用
- 長期の同居の後に非形式的なセレモニーが存在する場合には，婚姻推定の利益を拒否することは法の一般的ポリシーに反する，と判示
- 当該ケースは先例とはみなされていないがエクイティとして適用されている
- 巧みな司法判断におけるカイトの操縦か？

第57スライド：結論（1）

- 1. アジアとアフリカの法はヨーロッパ地域の法と同じということはまったくない
ヨーロッパ中心主義の視点から [アジアとアフリカの法を] 見るならば近視眼的であり続けるだろう——このことを認識しないならばものごとの半分しか見えていない
アジアとアフリカは法の扱いを異にしている
- 2. 法はいずれの場所においてもたんなる国家法あるいは国際法ではない 法はすくなくとも，いかなる時点においても同時に4つの相対立する側面を有している
- 3. われわれは好むと好まざるとにかかわらず多元性を自覚し，グローバル化に焦点を当てなければならない
- 4. 規範的な多元主義，すなわちいかにわれわれは生きるべきかに関する異なった種類のルールもしくは規範が存在することは明白な事実であり，いかなるところにおいても観察可能である
- 法多元主義，つまり所与の社会的/法的な領域の内部にひとつ以上のルール体系が存在することは，同じく明白なる事実であり，いかなるところでも観察可能

第58スライド：結論（2）

- 法多元主義はわれわれの法認識を前進させるための最も適切なるアプローチである
- 法理論家は何が法的で何が法的でないかについて，しばしばたんに騒ぎ立てているにすぎない
- 法と法以外の現象のあいだの境界線を引こうと試みることは，知的にはチャレンジングではあるが計り知れない時間の無駄であり続ける

第59スライド：結論（3）

- カイトの操縦はすべての人々にとって生きるためのスキルとなる
- 個人にとって • 社会集団にとって • 国家にとって • 国際社会にとって
- テストケース；Little Anas と養子縁組

第60スライド：最後に それほど新しい疑問でもない

- 「非公式法」は？
- いったい「法」とは何なのか？
- あるものを「法外的」(‘extra-legal’) と定義することは有用なのか？
- 結局のところ、そもそもそのことはたして問題になるのか？
- 諸君にとって何が問題か？ カイトのように大空に高く舞い上がって考えてみよう。
- 月曜日、チュートリアルにてお会いしましょう……

4-1-2 第2回講義 (10月12日)：法に関する主要な理論 (メンスキー、マリアノ・コルチェ)

第1スライド：メイン

- メインは優れた思索家
- 文献のみに依拠し、実戦的経験は有していない
- 大英博物館で執筆 かれの理論や記述は不十分でしばしば誤っていたが、いい意味でも悪い意味でも、長年にわたってインパクトを与えてきた
- かれは何を著したのか？ かれの書物は誤った概念から出発し、間違っただけをのべている
- 「世界中に知られている最も称賛されている法 (学) 体系は、法典からはじまり法典に終わる」
- かつての法学者、そして今日においてもわれわれは法典のみを問題としている＝つまりわれわれはすべて実証主義者！
- のちに；ヒンドゥー法のマヌ法典も同様＝それはまったく誤り

第2スライド：メインはローマ法のみと言及 かれはいかなる法典について語ったのか？

- 紀元前450年 12表法；
しかし；これは法典ではなかった
- せいぜいが一般的な諸ルールに関する部分的な陳述
＝支配的な貴族と平民——かれらはより強固な法的承認を要求していた——とのあいだの妥協もしくは取り決め
- 司法体系は究極的には平民＝人民によってコントロールされていた

第3スライド：後のローマ法

- 紀元後533年 皇帝ユスティニアヌスのディゲスタ (Digest)； 市民法大全 (*Corpus Iuris Civilis*)
 - (1) ディゲスタ；著名な法律家が著したテキストを収録した50巻本 聖書の11/2 倍
 - (2) コーデックス (Codex)；ユスティニアヌス以前の皇帝の勅令の修正
 - (3) ノヴェラエ (Novellae)；ユスティニアヌス自身の布告
 - (4) インスティテュート (Institutes)；学生向けに編纂された基本的論考
- 市民法大全もまた法典ではない
 - 実際に適用される法を法典化したものではない
 - 後世のために法を編纂することが目的
 - 混乱を少なくすることを意図したが、かえって混乱増大
 - 12世紀に発見され、ボローニャでのローマ法研究の再興へと導いた

第4スライド：メインの諸命題（1）

- メインは初期と後期のローマ法のみについて語っている かれにとっては「初期の法」とは初期のローマ法を意味＝ローマ法は文化依存的故に普遍化はされえない
- 誤った前提のもとづいてかれは多くの命題を提示
 1. 初期の社会には立法のようなものは存在せず、また明白なる法の創造者さえも不在
 - 法はめったに慣習の地位に到達することはなく、むしろたんなる慣行（8頁）
 - メイン自身は慣習には関心はなかった 慣習は今日でも立法や規則の結果としても生じてきている＝生ける法

第5スライド：メインの諸命題（2）

2. すべての人は恣意によって支配されている
 - 基本的に専制的体系たる家父長主義的な専制主義（8頁）
 - メインはローマの家父長 (*patria potestas*) の家父長権 (*pater familias*) を考察かれのみが法的人格 (legal personality) を有し、家族を代表＝*sui iuris* と *alieni iuris*
 - メインはローマ法に関しては正しく理解していたが、ローマ法に関する陳述を一般化することにおいて誤っていた
 - 初期の社会も正邪の観念やさまざまなルールや指導的概念、紛争解決手続きをも有

しており、統制されていない恣意の世界ではない

第6スライド：メインの諸命題（3）

3. 初期の社会においては法は宗教もしくは宗教と離れがたく結びついたものから導き出されている

ホーベル (Hoebel) によって厳しく批判された *The Law and Primitive Man*, ch. 10

宗教的な厳命や信条は法の起源である必要はない

マリノウスキー (Malinowski *Trobriand Islanders*) は宗教は第二次的な現象で、人びとは自己利益にもとづいて行動すると論じた

宗教もしくは魔法の知識は社会のより発展したステージに属する

=類似のニュアンス；初期の人びとは宗教を有していない？

第7スライド：メインの諸命題（4）

4. メインは法発展の諸段階を明確化しているが、慣習したがって人々が実際に有している法を無視している

(a) 家父長的専制主義 (b) 神聖政治

(c) 国王によるテミステス (*themistes*) (神によって導きだされる判決) の時代 (9頁)

(d) 法典の時代；紀元前1750年のハムラビ法典 (*Hammurabi's Code*)、紀元前592年のソロンの法典 (*Solon's Code*)、紀元後450年の12表法

=法とは法典の法=実証主義=国家法！

しかし；それらの初期の法典はいかなる機能を有していたのか？ それらはほんとうに法典なのか、あるいはむしろ倫理に関する指針にすぎないのではないか？

仏教徒の皇帝たるアショカ王についても参照せよ

第8スライド：メインの諸命題（5）

- (e) 法を柔軟なものとするための法的擬制

最良の実例；養子=息子は実の息子と見做される

(f) エクイティ=公平さで、ローマ法においては執政官 (*praetor*) (イギリス法では大法官 (*Chancellor*)) がになう主題

=優越する尊厳さを有し、法の厳格な効力を救済するもうひとつの法体系を形成

2000年のバス夫人の事例参照

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

独立したエクイティはアジア・アフリカの法体系講義では扱う必要はない なぜならば、それらの法体系のなかに内在化されているから

第9スライド：メインの諸命題

- (g) 法を改良するための方法としての立法
＝発展した法体系の最終的な帰結としての法典化は法発展に関する進化論的イメージをもたらす
- (h) 法律家；法を学んだ人々，教授，など
＝基礎としての実践的な経験，ローマ法における極めて大きな役割 イギリス法ではなくローマ法において
- (i) 司法もしくは法廷
＝コモンローは成熟した法の形態

第10スライド：メインの諸命題（続き）

- ・古代社会でのユニットは家族であったが，近代社会では個人（122頁以下）
「古代法は個人に関してはほとんど無知である。それは個々の人間に関心を持たず，血縁を基盤とする集団に関心を有している。」
「法とは両親の言葉である」（125頁）
＝メインは家父長家族の重要性と役割を誇張

第11スライド：メインの諸命題（続き）

- ・「古代社会の刑法は犯罪に関する法ではなく，邪悪なことがらに関する法である」
部分的には正しい 現在においては，diyatつまり殺人謝礼金（blood money）が支払われているサウディ・アラビアあるいはパキスタンの例を参照せよ
ナンビアの事例；牛による支払い
それは，国家が処罰を行う場合もあるが，しかし地域的規範が邪悪なことがらに関する法よりも優位する，古代の中国法やヒンドゥー法を考えた場合にのみ正しい
メインは「罪」（‘sin’）には言及していない
＝宗教が有するルール生成の力には関心を有していない

第12スライド：メインの諸命題（続き）

- ・著名な見解
「仮にわれわれが身分（status）という用語を——最良の著述家の用法に賛同しつつ

—これらの個人的な条件のみをあらわすために用い、かつ合意から生ずる直接もしくは間接の帰結であるような条件に適用するようなことはしないとすれば、つぎのように言うことができるであろう。すなわち、これまでの社会の発展の動きは身分から契約への動きであった、と。」(17頁=身分；家族関係のなかに表明された個人的な法的関係)

- これは誤りである；身分関係もまた契約的要素を有している
夫婦の契約関係も身分的な要素を有している 領主と土地保有者=身分も近代社会においても重要であり、かつ契約は古代社会においても存在
ソマリア；*heer* という概念（「慣習，契約，法」）(Allott 1980；96-97 参照)
小屋と小屋を結びつける縄=社会契約

第13スライド：メインの諸命題（続き）

8. 最後に；初期の法は厳格で保守的，形式的であるという言明について
=慣習法は不変であるという一般的な態度に導く しかしそれはまったくの誤り
=記憶にない時代からの身分

- Allott や他の学者は慣習が絶えず変化していることを提示している 「生ける法」
- 法律家はフィールドワークに関心を有していないがゆえに、われわれは慣習を研究したり、記録することができない！

第14スライド：メイン理論への反応（1）

- 若干の人々からの賞賛と追従；Gluckman と Max は *Footnotes to Ancient Law* を刊行
- 完全なる否定；Diamond, A. S. (1935) *Primitive Law*. London. ; Diamond, A. S. (1951) *Evolution and Order*. London. ; Hoebel, E. A. (1954) *The Law of Primitive Man*.

第15スライド：メイン理論への反応（2）

- メイン以後；さまざまな法体系に関する知識が大きく拡大
最も長く続いたメインの害悪
- 進化主義は歴史法学派に蔓延
- これはわれわれにとって何を意味するのか？
=近代主義者の時代においては、国家によって制定された完全に形式的で公的な法体系が最も発展し、最も好ましい法の形態であると考えられたことを意味
=すべての法が制定法の形式であるものと考えられた

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

＝形式的な法形成が近代的な発展の理想的なツールとなった

＝法実証主義と近代化が相互に補強（Carroll）

第16スライド：リーガル・リアリズム

- ・しかしながら世界中を見渡すならば、国家法は決して唯一の法ではなく、支配的な法の形態でもないということが理解できる
- ・国家法以外の形態を有するさまざまな法が存在
- ・それにもかかわらず、法律家はそれらを「法」と呼び、かつ「法」として受容しているのか？

＝どのように定義するかが物の見かたに影響するしその逆もまた真である

第17スライド：とすると；法ははたして普遍的な現象なのか？

＝つまり、すべての人びとは法を有しているのか？

これはばかげた問いか？

原始的な人々は実際には法を有していたのか、あるいは有しているのか？

植民地化以前のアフリカの法は法と言えるか？

イスラム法は法か？

Lucy Carroll から参照したチュートリアル1のテキスト参照

- ・この問いに対しては、個々の法体系や社会、そして、個々の法理論と法の見かたを参照することによってはじめて答えることが可能である

第18スライド：2つの学派

- ・上の問いに対する否定的な見方；古いタイプのアプローチ
 - ＝法は文明社会においてのみ存在
 - ＝伝統社会は法を有しない 伝統社会の法は慣行と混ざり合っており、法以前の法、法の原型、「密林のなかに存在する法」（‘jungle laws’），したがって法はまったく存在せず、よき道徳に反する

実例1；ナイジェリアの幼児婚

Alhaji Mohamed v. Knott [1968] 2 All ER 563, [1969] 1 QB 1 は多大の議論を巻き起こした

第19スライド：否定的な見方

- ・実例2 カシミヤの離婚法とイギリス法におけるタラク離婚の拒否

Chaudhary v. Chaudhary [1984] 3 All ER 1017; [1985] 2 WLR 350

= イングランドの高等法院での1985年の判決においても同様である
原始的な砂漠の法 = 「密林のなかに存在する法」としてのイスラム法

- 根拠づけとなる論理；法は国家において見いだされる = 「国家」の定義が決定的に重要 = 究極において，法とは「主権者の命令」

現在においても；Poulter (1986) (1998) 参照；*English Law and Ethnic Minority Customs*

= 国家のみが何が法であるかを承認し，拒否し，定義する権限を有している = 最も厳格なる法実証主義

= Carroll から参照したチュートリアルテキスト1 参照 典型的な法中心主義

第20スライド：否定的な見方 「近代の」アプローチ

- 最も影響のある英国の指導的な実証主義者

H. L. A. Hart (1961) *The Concept of Law*. Oxford (Menski, 2006: 98-103 参照).

ハートはつぎのふたつを区別している

— 「第一次ルール」 = 人々のあいだの義務づけのルール = いかなるところでも見いだされる

— 「第二次ルール」 = ルールそれ自身および手続き等に関するルール

ハートは「第二次ルール」を有する社会のみが法を有しているということを徹底して主張 = したがって，原始的な人々は法を有しない！

- しかしながら；かれはたんに，暗黙の裡に社会のなかで機能しているインフォーマルなルールを「観察」していないだけである！

= 視野が狭く，欠陥あり；これは，「それと認識していない民族差別」ではあるが，まさに民族差別である

第21スライド：二股をかける？

- Tamanaha (2001) も何がしかの社会は法を有していないと主張している！
- もうひとつのアプローチ；「法」について語らず，「秩序」について語る者もいる
- Simon Roberts (1979) は「秩序」と紛争について語っている
- つぎのようには問わない；かれらは何がしかの法を有しているか？ そうではなくて；いかにして秩序が維持されているのか？ を問題とする
- ヒンドゥー法の秩序概念たる *rita/dharma* にもとづく Menski (2003) 参照

第22スライド：肯定的な見かた すべての社会は法を有している

• 人類学的なアプローチ

S. F. Moore (1978), *Law as Process*, 214頁

215頁「法を有しない社会は存在しない」=国家は法が存在するためには必要ではない

• 宗教的なアプローチ；

神の法（=宗教）は国家を必要とはしない たとえば、イスラム法、ヒンドゥー法、中国法、アフリカ法

宗教はまた人々の生き方とも認識される

=法はここでも文化現象と見られている

第23スライド：肯定的な見かた

• F. K. Savigny (1779年, 19世紀のドイツで執筆) 「すべての法は元来民族の法である」

• G. W. Paton, *Jurisprudence*, London, 1951, 77頁 「法は国家が無くても存在する」

第24スライド：法多元主義の研究者（1）

• より洗練されたアプローチ；Eugen Ehrlich (1936) *Sociology of Law*. Menski (2006: 92-98) 参照

法は人びとの承認に依拠しており、各々の集団はそれぞれに固有の生ける法を創造する。それは公式法と人びとが正しいと考えることのアマルガムである。法典は、裁判所が法典の規定を適用するという意味において効力を有するであろう……しかし、コミュニティはしばしば法典を無視し、かれらの承認によって創造されたルールに従って日々の生活を送っている。

第25スライド：法多元主義の研究者（2）

• エールリッヒはつぎのふたつを区別している

法的ルール=裁判規範

社会的ルール=行為規範

• 両者が一体化するためには時間が必要であり、また実際には一体化する事はない

• 社会=法的なアプローチ 社会の現実に力点が置かれる

この考えは法多元主義の展開へと導いていく 今日のパストモダンの世界における研究動向である

Menski (2006) グローバル・リーガル・リアリズム

第26スライド：結論（1）

- 法多元主義の研究動向は、なにがしかの時点で優勢であった、ある特定の法学方法論の不十分さに対する、弁証法的批判の帰結である

第27スライド：結論（2）

- 自然法、法実証主義、社会=文化的アプローチ、および国際法の諸原則は、今日のポストモダンな世界においては、相対立するさまざまな要求をうまく操縦し、最上の帰結を得るために、これらの各々を結びつけなければならない。
- 相対立する要求や見かたをうまく処理する方法について、われわれは常に決断を為さなければならない

4-1-3 第3回講義：ヨーロッパの法の歴史と法多元主義の概念（メンスキー、マリアノ・コルチェ）（10月19日）

第1スライド；本日の3つのトピック

- 前回の講義の復習；ここまでのところで、いかなるものとして法を学んだのか？
- 1. SOAS の法学のスタイル；主流たる法学はなぜそれほどヨーロッパ中心主義になったのか？
- 2. ヨーロッパ法のモデル；ギリシャ、ローマ、中世と近代における法の発展
- 3. 法多元主義の諸理論、つまりグローバルなリーガル・リアリズムのさらなる精錬

第2スライド；法多元主義 法はあらゆるところで異なった形態を有している

- 法はさまざまなレベルにおいて超・多元的である；
 1. 自然法；倫理/価値/宗教
 2. 歴史学派/社会=法的アプローチ 社会規範と慣習
 3. 法実証主義 さまざまな形態の国家法
 4. グローバリゼーション/新たな自然法 国際法、人権
- これらの4つはすべて本質的に多元的である

第3スライド；法の理解にとってのさまざまな敵対者（1）

- Griffiths (1986: 3)；「法多元主義が存在するというのは厳然たる事実である」(‘legal

pluralism is the fact')

- チュートリアルでは、法中心主義（legocentrism or legal centralism）つまり極端な実証主義は法に対する近視眼的見方であって、潜在的に極めて危険なフィクションであることを明らかにする
- 法中心主義はつぎのことを宣言するひとつのイデオロギーである；
「法は国家法でありかつそうでなければならず、同じくすべての人々にとって統一的であり、それ以外の法を排除し、かつ単一の国家機関によって執行され、かつされなければならない」
- 国家中心的な実証主義的法のみが法である；すなわち第1回講義で言及したタイプ1の法体系
- 濫用されやすいゆえに常に危険性をはらんでいる

第4スライド；法の理解にとってのさまざまな敵対者（2）

- ヨーロッパ中心主義もまたグローバルレベルでの法の理解にとって大きな問題であり続けている；グローバリゼーションはヨーロッパ化ではない アジア/アフリカが支配する時代の到来？
- 法とりわけ国際法はグローバルな植民地化の小細工になっている —マクドナルド現象（McDonaldisation） —イスラム化（islamisation）による対抗

第5スライド；法の理解にとってのさまざまな敵対者（3）

- いずれかのサイドからの統一的なグローバリゼーションということが、なお支配的で魅力的な論点であり続けている
- 「テロへの戦い」（‘War to Terror’）への導き
- 法への対審的アプローチ（adversarial approach）を反映
- これかそれともあれかのいずれか
- ブッシュ大統領；「われわれの味方かわれわれの敵かのいずれか」
- 複眼的視点（multi-perspectival）のアプローチはどうか？
- Rankin (2010)「多面的な英知」（‘Many-sided wisdom’）

第6スライド；多元性に自覚的であることの必要性

- Legrand (1996: 238 ff., in Menski, 2006: 66-70) は4つの救済策を示唆；

- (a) 理論と学際性へのコミットメント
- (b) 相違を認識しようとする傾向, つまり法の内部において他者が存在する余地を認めること
- (c) 常に批判的であることの必要性
- (d) 自己の体系からは健全な距離をとること, つまり法に関するメタ言語を有することと真にグローバルな法理論という, 両者の必要性

第7スライド; 法族モデルは極めてヨーロッパ中心主義

- 法族について語ることはいまなおポピュラーである
- しかしながら; 極めて不十分なマッピング
 コモンロー 大陸法 社会主義法体系 (すでにほぼ死滅している)
- そしてそれ以外; ムスリム, ヒンドゥーそして中国法; アフリカや日本の法……は? 確認せよ; Katz, S. N (2009) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Six volumes. New York: Oxford University Press

第8スライド; グローバル・リーガル・リアリズム

- リーガル・リアリズムはグローバルであろうとなかろうと, ヨーロッパ中心主義や国家中心主義, そして一元的なアプローチとは相いれることはできない なぜできないのか?
- 先週以来諸君は, 法は常にさまざまなファクターと力のハイブリッドな混合物であり, また常に文化依存的で状況依存的なものであることを理解している
- 法はルール¹の体系あるいは規範²の体系にかかわるものであると同時に, それらはまた別のシナリオにおいて適用されている
- 法はダイナミックであり絶えざるネゴシエーションに服している
- BLE において Tamanaha (2010) は, 何ら目新しいことを語ってはいないが, なお多元主義に対して問題を提起している

第9スライド; 普遍的な法 (Melissaris, 2009): 何ら新たなことはない

- わたしのイラン人の法律家の友人はつぎのように言った; 「法は *mushkil*」, つまり複雑=多元的
- イスラム法における *qanun*, *sharia* そして *urf* は相互にコンフリクトし, 緊張関係にある

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

- Allott (1980) はつぎのようにのべている ルールは暗黙で不可視の内に合意されうる
が、それでもなおそれらは法である
- つまり、法はさまざまな方法で自らをあらわす
- またすべての法は文化依存的で領域的に限定されている

第11スライド；普遍的法，しかし：

ヨーロッパ中心主義的な法の知識の出発点は，キリスト教以前のヨーロッパの法に関する知識である Menski (2006: 134-9) 参照

- 古代ギリシャの法からの証拠
- 自然法 (Natural Law) への着目
- 自然の法 (Law of Nature) = 秩序 = 宇宙的な次元

第12スライド；カイトモデルの過去の時代への適用

- 異なった社会 = 歴史的コンテクストにおいて，異なった法的フレームワークを説明する
のに，どのようにしてカイトモデルを用いるのか？
- ギリシャ法 • ローマ法 • 中世法 • 近代法への先導

第13スライド；前近代における4つのコーナー

- コーナー1；自然 人間の活動の背後もしくは彼方にあるもので，それは人間によって作り出されたり形作られたりされえない われわれのあり方そのものを形作るもの
- コーナー2；社会 人間活動によって作り出されるもので，人間の相互関係によって人間が作り出すもの この社会なるものは，慣習，非形式的なルール，形式的な合意，あるいは社会組織などから成り立ちうるもの それは人間行動の背後にあるが，それらを超越するものではない
- コーナー3；実定法（政治的なにない手によって発せられる法） 政治的にない手によって *positum*（つまり定立）されるもので，政治的にない手はこれを強制することができる 前近代の時代には今日われわれが想起するような国家は存在しなかったが，もちろん法を強制することができた多くの政治的なにない手は存在した
- コーナー4；普遍的な法 領域的，社会的な境界とはかかわりなく，全人類によって作り出されるもの

第14スライド；ガイウス（著名なローマの法律家）

「法と慣習によって支配されているすべての市民は，一部にはかれら自身の法を，また

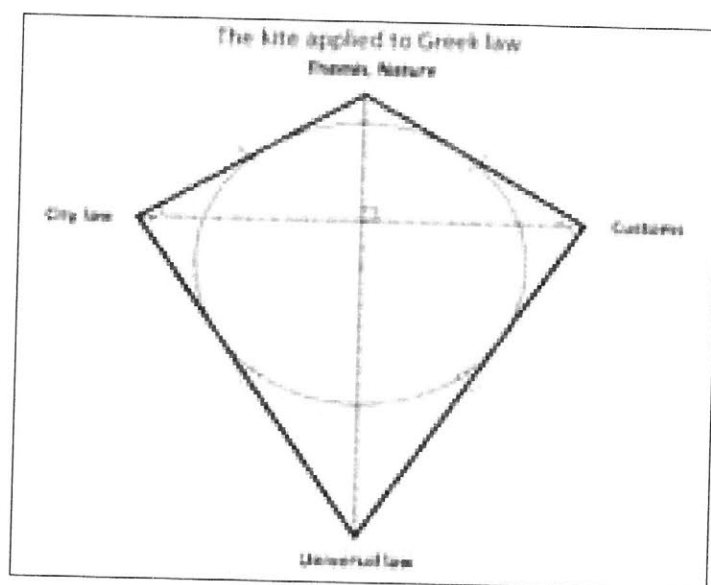
一部には全人類に共通の法を用いている。ある市民が自らのために定立した法はその市民に特有のもので、その市民に固有の法として市民法と呼ばれる。しかし自然の理性がすべての人間のあいだに定立した法は、すべての人々によって等しく従われており、それは万人の法と呼ばれている。したがって、ローマ市民は一部にはかれら自身の固有の法に従い、一部にはすべての人々に共通の法に従っている。」(Institutiones, I, 1)

第15スライド；国家による公布（コーナー3をいかに理解するか）

- ギリシャ、ローマそして中世の法を理解するためには、われわれは国家の概念を再検討しなければならない
- 国家の概念は近代に生み出されたもの それは *status rei publicae* に由来する
- 権力分立の考えは極めて新しい（18世紀）
- 18世紀以前に有していたのは、相互関係にある一連の権力である
 - 戦争のための徴兵、課税権
 - 徴税権
 - 新たなルールを発する権限
 - 紛争解決の権限
- これらの権限はさまざまなアクターによって、ケースバイケースで相互の交渉のうえで行使されていた

第16スライド；図版

ギリシャ法に適用されたカイト



第17スライド；プラトンの *Republic* における法

- 正義は各々のコミュニティの実定法に従うことではない 正義は都市の法を適用する適切なる方法のなかにある
- 正義と都市の法は対立してはならない

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

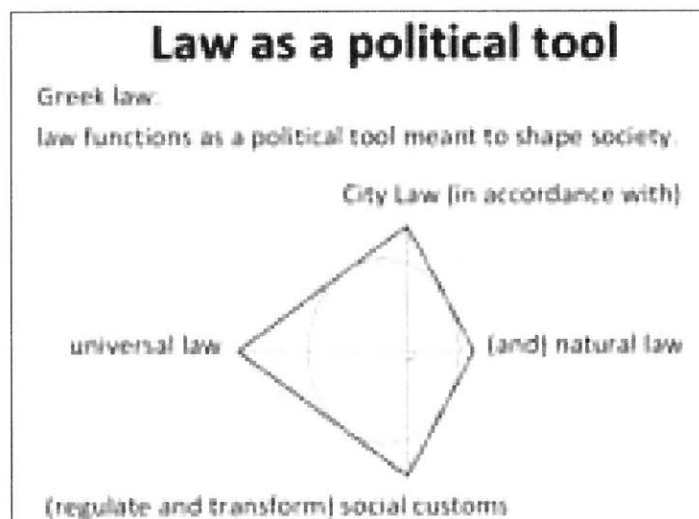
- しかしプラトンは、社会を形成する道具としての法という法の見方を主張している
すなわち、理性の法に従いつつ適切に機能する社会を創りだすものと想定された、立法による法である
- したがって結局のところ、コーナー3が優勢でなければならない

第18スライド；アリストテレスの思想における法

- 自然がすべてのところで秩序の源である 自然は常に秩序づけられている
- しかし、社会は常に慣習（コーナー2）と書かれた法（コーナー3）を必要としている
- 理念としてはコーナーのあいだではなんらコンフリクトは存在してはならない
- しかし結局のところ、法は第一次的には立法による コーナー同士が対立しないということを確保するのは立法者による 良き意味の実証主義？

第19スライド；図版

政治的な道具としての法



第20スライド；政治から独立した法

ローマ法；都市法は異なった法秩序の混合体で、さまざまな人々を拘束するとともにさまざまな目的を追求する

垂直的レベル (*ius publicum*)

水平的レベル (*ius civile*)

政治の支配者

法律家→市民*²

ローマ市民*¹

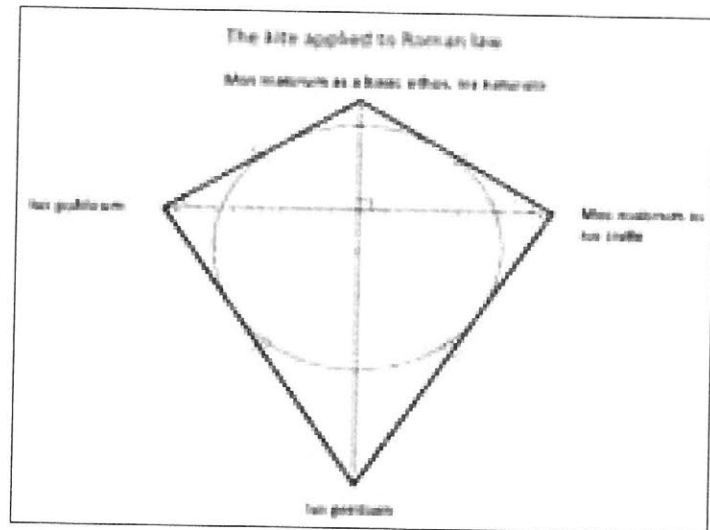
*1 政治のにない手は、政治体の成員としての市民 (subjects) を拘束する法を発

布する

- *2 法律家は何ら特別の権限を有するのではなく、法の専門家としての責任をになっているが、かれらは家長としての市民を拘束する回答 (response) を与える

第21スライド；図版

ローマ法に適用されたカイト



第22スライド；市民法に関する予備的な考察

- 市民法は祖先の慣習 (*mos maiorum*) に従いつつ、家長のあいだの諸関係を規律することを意味する
- それは限られた賢者の集団 (神官と後に法律家 (*iuris periti*)) によって執行されており、かれらは通常自らを特殊な知識の守り手と考えていた
- *ius* の2つの基本的な源；祖先の慣習と神官/法律家の意見
- *isu* は神官/法律家が慣習から導き出す一連の規定や儀式にほかならない
- *ius civile*；慣習的あるいは法律家による、そしてカズイスティックな法

第23スライド；ふたつの基本的なパラダイム：*ius* と *lex*

[オリジナルなスライドでは図表化されている]

(a) 適用される人々の範囲

ius：論争者 *responsa* はそれを求めた人々を拘束する 一例のみの決定は当該論争を超えては拘束力を有しない

lex：政治体 *leges* は当該の政治的なコミュニティに属するものすべてを拘束する

(b) 妥当性の範囲

ius：具体性 *responsa* は常に具体的、すなわち当該ケースの諸状況と結びついて

いる

lex：一般性 *leges* は一般的で、多くのケースがそれらのもとに包摂されること
ができる

(c) 妥当性

ius：祖先の慣習 *responsa* は祖先の慣習という不可思議な内容を熟知しており信
頼に値し、みんなから認められた専門家によって発せられるゆえに妥当する

lex：公表 *leges* は公務のみにない手（たとえば元老）によって公布され、さらにそ
の他の機関（たとえば護民官）の承認を得なければならない

第24スライド；キケロ（*De Oratore*, I, 48）

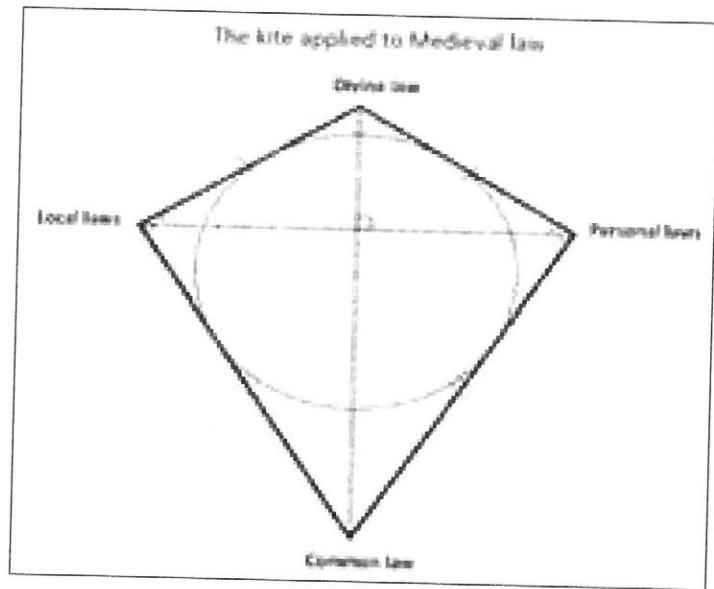
「もしわたしが、公的なことがらを処理するために必要な資質と熱意とは如何なるもの
かと問われたならば、つぎのように答えるだろう。いかなる方法によって共和国の利益
が確保され、促進されるかを理解し、かつ、それらの方法を採用する人物が統治に関わ
る指導者で、したがって公的な集まりにおけるリーダーと適切に考えられる。……しか
しもしわたしが、『真に法律家の名に値する人物とはいかなる人物か』と問われたらつ
ぎのように答えるだろう。都市において諸個人が従っている法と慣習を熟知し、回答を
与え、訴訟を指揮し、取引において個人を守る人物である、と。」

第25スライド；中世法の基本的要素

- 混沌とした現実の解釈者としての法律の役割
- 立法者の役割のすくなさ
- 社会生活がまさに法の源であると考えた思考法
- 社会は本質的かつ不可逆的に多元的であるが、それにもかかわらず多元性は共通の秩
序を生み出すことができるという考え方

第26スライド；図版

中世法に適用されたカイト



第27スライド；図表

中世における法多元主義により生み出されたもの、そして再生成されたもの

Production and reproduction of legal pluralism in the Middle Ages			
SOURCE	COURT	SETTLEMENT	PRODUCTION OF NEW LAW
Divine Law			
Natural Law			
Personal Law	The dispute	Mediation offered by legal experts	Dispute resolution
Merchant Law			
Canon Law			Production of precedents (valid in specific territories)
Local Law			
Fiscal Law			
Roman Law			

第28スライド；近代へ向けて 主権というアイデア

- 政治的なない手の多様性と強力な政治的エリートの勃興とともに、新しいアイデアがあらわれてきた；主権というアイデア
- 主権者とは、唯一の法の源であると主張する個人もしくは人々の集合；法の源はかれらの意思＝実証主義
- IUS と LEX は合体；法とは政治的権力を有する人々の意思
- 主権者とは、彼らの臣民によって服従され、かつ自らはいかなる他の主権者にも服従しない人々
- 西洋法はより世俗されてくる；法はもはや自然や神、社会といかなる結びつきも必要とはしない

第29スライド；宗教改革と啓蒙思想

- 宗教改革と啓蒙思想は世俗的で実証主義的な新たな法の理解を正当化している
- このいずれもが法を、服従することを強制できる何がしかの者によって発せられるべきなものかとして理解している
- そして国家がその役割をになう、つまり実証主義
- 法とは人間によって *positum*（つまり作り出された）もの
- 近代に到達したのである！

第30スライド；コーナー4は大きく変貌

- カイトモデルのコーナー4はもはや共通法もしくは普遍的な法によって構成されるのではない
- 自然権の理念が生まれてくる
- ホブズ、グロティウス、プーフェンドルフ、ロック
- 人間は生まれながらにして権利を有している かれら思想家が言及する権利とは；生命、自由な言論、財産 これらは第1世代の人権
- 自由市場をベースとする近代の市民社会の勝利

第31スライド；さまざまなタイプの実証主義

[オリジナルなスライドでは図表化されている]

(a) イングランド

実証主義のタイプ；制御された実証主義

概観；政治権力の保持者としての議会における国王（the King in Parliament）は、裁判官の活動をベースとするコモンロー体系によって抑制 しかしそれらは階層的に秩序づけられており、国王がトップの座を占めている

(b) フランス

実証主義のタイプ；トップダウンの実証主義

概観；国家は絶対的で疑い得ない——人民の合意をベースとする——権力の保持者であって、社会に存在する他のいかなるタイプのルールをも凌駕

(c) ドイツ

実証主義のタイプ；ボトムアップの実証主義

概観；法は国民精神（*Volksgaist*）と国家のあいだの基本的なアイデンティティに依拠 法は指導者によって表明され、強化される、ドイツ国民のエスニックなア

イデンティティを反映

(d) アメリカ

実証主義のタイプ；立憲的な実証主義

概観；唯一の法の源は憲法 それは連邦の各州法の多元性を許容するが、絶対に変更されてはならない何がしかの制約を設定 最高裁判所とならんで大統領が法体系の頂点

第32スライド；ジェレミー・ベンサム (1748-1832)

- イングランドでは法実証主義あるいは分析学派により着目
- つまり、人間が作り出した事実としての法は、道徳とは無関係に研究されることが可能
- また客観的に分析可能 したがって「分析学派」
- イングランドの法実証主義で両方のアプローチを体現
- ベンサムは法の定立における社会的ファクターの重要性を認識
- かれは実際初期の時代の多元論者である

第33スライド；ジョン・オースティン (1790-1859)

- ベンサムの弟子；1832年出版
- *The Province of Jurisprudence Determined*
- 法とは主権者の命令
- 後世の学者や法律家によって「純粋な」実証主義者としみなされている
- しかしながらかれ自身は自らを、おそらく実証主義者とは見てはいない Menski (2006: 18, fn. 41. also 155)

第34スライド；実証主義を超えて：20世紀

- 新たな2潮流；Menski (2006: 160-173)
- 第1の潮流；社会=法（法社会学）アプローチ；社会における法；コーナー2および3？
- オーギュスト・コント，ハーバート・スペンサー，マックス・ウエーバー，エミール・デュルケーム，ドイツのイエーリング
- 歴史学派の一派としての社会学派
- さまざまなりアリズムの学派；「法と社会」（‘Law and Society’）アプローチ

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

- アメリカン・リアリズム，つまり裁判所の重要性に焦点　ロスコー・パウンド，オリバー・ホームズ，その他
- スカンジナビア・リアリズム（Scandinavian realism）；オリベクローナ，ロス，その他
- さまざまな新しい学派が自然法と実定法，あるいは歴史的/社会的アプローチを接合
- さまざまな「批判法学」，フェミニスト法理論，批判的民族理論（critical race theory）

第35スライド；ハンス・ケルゼン（1881-1973）

- 第2の潮流；いわゆる「純粹法学」（‘pure science of law’）の展開＝より洗練された実証主義
- もうひとつの「正しい法」（‘the right law’）の探求か？　優れた理論ではあるがしかし……
- 標準的な実証主義者のアプローチの批判
- ケルゼンの根本規範（*Grundnorm*）の探求
- 正義に関する問題を顕在化　つまり，正義に反する法であってもなお法なのか？
- 結論；正義に反する法も法である！
＝この問題に答えるのは法学者ではない，とケルゼンは論じている
- すると；革命は承認しうるか？　答えはしばしばイエスである
- パキスタンにおいては明らかに，独裁政治を合法化するために裁判官によってケルゼンの学説が援用されている
- 新たな独裁者があらわれると，かれはたんに法を体現しているだけと言う　つまりムシャラフ（大統領；Musharraf）
- さらに中国においても；古来からの革命的合法性（revolutionary legality）

第36スライド；新たな自然法　実証主義の濫用に対する反動

- 新たな自然法の強調へとシフト転換
Menski (2006: 168-173)
- 絶えざる権力濫用ゆえの実証主義理論への幻滅
- 理念的に「正義」としての法に焦点　つまり，善きもの（something good）
- 人権，国際法，グローバリゼーション
- これらの理論は実証主義と国際法を接合

- しかし；かれらはなお実証主義中心主義あるいはあまりにも理想主義
- 問題；はたして誰の価値が優位するのか？

第37スライド；新たなテロリズムの告発

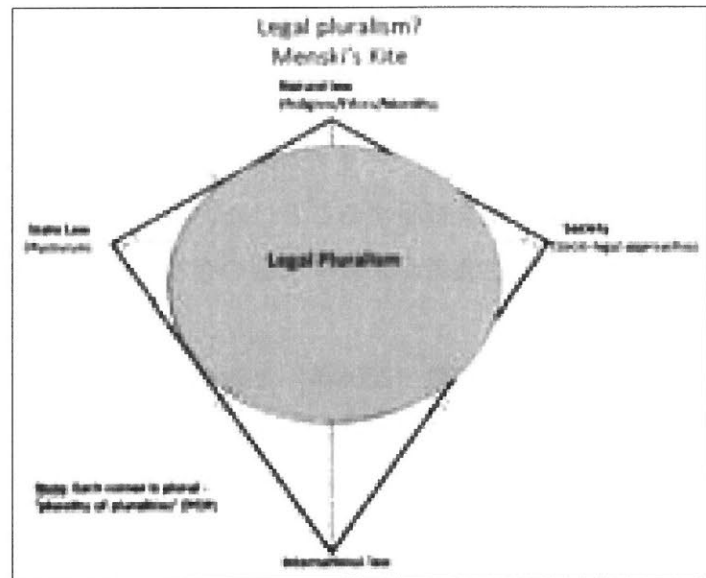
- 今日；啓蒙思想を補足することはなお大きな課題（ハーバーマス）
- 世俗的な原理主義者が宗教や社会の存在を厳しく否定している，との教会人による批判
- カンタベリー大司教（2008年）と教皇ベネディクト（2010年）参照
- かれらは正義という名の新たなテロに光を当てている
- かれらはコーナー4による支配を批判？
- かれらは，はたして世俗主義批判を行い，自然法を再度持ち出そうとしているのか相互の結びつき？

第38スライド；法多元主義理論

- 法多元主義理論はグローバルな全体像のなかでいかなる位置を占めるのか？
- 中心？ 種々の組み合わせによるハイブリッドなアプローチ
- 社会＝法コーナーから出発か？ Menski (2006) 1-2-3
- 自然法のコーナーから出発か？ メンスキーのカイト；1-2-3-4
- 初期の発端；
- ストイック；自然法と人間の法を結合
- ローマにおける *ius civile* と *ius gentium* の区別
- 自然法のキリスト教化
- これらすべては本質的に多元性の理論

第39スライド；図版

法多元主義？



第40スライド；多元法論者

- エールリッヒ (Ehrlich) • ハート (Hart) • フーカー (Hooker) • ムア (Moore)
- アロット (Allot) • グリフィス (Griffiths) • タマナハ (Tamanaha) • 千葉 (Chiba)

第41スライド；オイゲン・エールリッヒ（1862-1922）

- ルコウィナのハプスブルク帝国 (Habsburg Empire in the Bukowina) の執事
- 1913年にドイツ語で著述 (Menski, 2006: 92-98 参照)
- *Sociology of Law* (1936)
- 「生ける法」 ('living law') の概念；歴史的な法のコンテキスト つまり，法は国家法と人民の法のハイブリッド
- 法は生きており，したがってダイナミック (Tamanaha, 2010 参照)
- 法発展の中心は国家ではなく社会のなかに存在

第42スライド；エールリッヒ（続き）

- 国家法は決して唯一の法ではない 人々は常に国家法を修正し，法を生かしている
- 法は人々の承認にもとづいている
- 各々の集団は自らの「生ける法」を生み出している
- 公式法と特定の人々が正しいと考えるものとのアマルガム
- 「慣習」ではないが，しばしば慣習となる
- 法的ルールは決定の規範 社会的ルールは行為の規範

第43スライド；H. L. A. ハート（1907-1992）

- 現代的で「洗練された」イギリスの実証主義
- かれはオースティンを凌駕することを望んだ
- 控えめな多元主義のように思われる
- Hart (1961), *The Concept of Law*
- 一般の人々ではなく、官僚の役割が強調されている
- 他面において社会＝法的なアプローチ ・第1次ルール ・第2次ルール
- まったく誤った結論か？ というのは、文明化された社会のみが法を有すると言うのか？

第44スライド；バリー・フーカー（1975）

- *Legal Pluralism* (1975) このタイトルを有するはじめての書物
- 植民地のコンテクストと法移植論 (Watson)
- 固有の法と継受法
- 移植法が支配的 というのは、単純に国家がそうのべるがゆえにである つまり実証主義者の方法論
- ここでいう国家とは、植民地支配者かもしくは本国をモデルとする国家のいずれか
- 実際に2つの異なるタイプの国家法が存在
- フーカーはなお実証主義的な思考にとりつかれている
- Chiba (1986) によって厳しく批判される

第45スライド；サリー・フォーク・ムア（1978）

- 半自律的な社会分野＝生ける法
- 詳細については Menski (2006: 104-108) 参照
- 法多元主義、つまり、2つ以上の複数の法秩序が所与のひとつの社会分野に存在
- しかし；「法秩序」とは何を意味するのか？
- 国家による「法による特定の分野のみに対するコントロール」(‘partial legal control’)
- 立法は「断片的な法的介入」にすぎない
- 社会が法をコントロールするのであって、その逆ではない エールリッヒのアイデア
- 半自律的な社会分野は自らの固有の法を生み出す
- これらのルールは国家のルールと相互に関係し合う それらのルールも半自律的

第46スライド；アロット（1980） *Limits of Law*

- LAW；重力の法則のような物理的法 法の一般的なアイデアもしくは概念 それらルールに関わる個別のできごとから抽出される諸制度
- Law；法体系 一貫した，全体的な個別の法体系
所与のコミュニティや国に存在
- law；個別のルール

第47スライド；ジョン・グリフィス（1986）

- 理論の焦点 Menski (2006: 113-119) 参照
- 3頁ではイデオロギーとしての「法集権主義」(‘legal centralism’) に挑戦 「法とは国家法を意味し，すべての人々に共通で，国家機関によって執行されているしまたそうでなければならない」
- 4頁「法多元主義の存在は事実である。法集権主義は神話であり，理念であり，要求であり，まやかしである。」 法体系は非体系的なコラージュ (collage)
弱い意味での法多元主義＝国家法の多元性 強い意味での法多元主義；法はまた道徳および慣習でもある
- 超・多元性 (plurality of pluralities)

第48スライド；ブライアン・タマナハ（1993）

- Tamanaha (1993) はあまりにもシニカル
- かりに法が非・法 (non-law) と等しいならば，議論するのはナンセンスである，とグリフィス（タマナハの師！）に抗議 法律家は自らの固有の研究分野を欲する
- しかし；法は学際的であり，さまざまな方法であらわれる
- したがって多元的な方法で研究されなければならない
- タマナハは2010年の段階でも多元主義者であることを拒否 なぜなのか？

第49スライド；千葉正士（1986）

- *Asian Indigenous Law* Menski, 2006: 119-128 参照
- 1頁 法は「人々が有している文化全体の一側面」 つまり社会＝法的アプローチ
- 支配的でも孤立してもおらず，常に多元的
- 常に各々の文化に依存する 千葉は法の普遍的特性をヨーロッパ中心主義的

(eurocentric) なものとすることに挑戦

- ヨーロッパの「模範的法学」(‘model jurisprudence’) の批判 実証主義への過度の依存の批判

第50スライド；千葉の法の3層構造

- Chiba (1986: 4)
- 1. 公式法=国家法=支配的
宗教法もしくは地方的慣習も公式法たりうる 重要な点；この法の形式は常に本質的に多元的であること 国家が定立しかつ国家が強制する
- 2. 非公式法
非国家法 公式に承認されたものではないが現に存在する 実践によって強制され、慣習でもある その存在は国家法にも影響 相互交流
- 3. 法前提
ルールではなくその中身=価値、倫理、慣行、信念 聖なる真理／知覚対象=宗教
また、世俗的な信念／概念でもありうる 道徳的な理想、社会的・文化的な規範
さらにまた経済的／政治的なファクター

第51スライド；千葉 法のダイナミックな性質

- 法前提は公式法と非公式法の双方に影響を及ぼす
- いたるところで「生ける法」へと展開
- 法は常にハイブリッドな法現象でありダイナミックなプロセス

第52スライド；千葉の3ダイコトミー論 (1)

- Chiba, Masaji (1989) *Legal Pluralism. Towards A General Theory Through Japanese Legal Culture*
- 「ネイティブの研究者によって提示された非西洋の人々のさまざまな声が、必要とされるデータを正しく提示するためには不可欠である」(Chiba, 1989: 4)
- 千葉は「法の3ダイコトミー」(‘three dichotomies of law’) =相互のコンフリクトの改訂版モデルを展開

第53スライド；千葉の3ダイコトミー論 (2)

- 3ダイコトミー論は1986年のモデルによって容易に説明される
- 1. 公式法対非公式法 (official law vs. unofficial law) 2. 法的ルール対法前提

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

(legal rules vs. legal postulates) 3. 固有法対移植法 (indigenous law vs. transplanted law)

第54スライド；千葉の「アイデンティティ原理」

- Chiba (1989: 180)
- 「法文化のアイデンティティ原理」(‘identity postulate of a legal culture’)
- 「変化する環境との共存を保つために……法の全体構造をどのように再構築するかを選択する場合に人々を導いていく」
- つまり、法はあらゆるところにおいて、文化依存的で多元的な現象である
- しかし；いかにして？

第55スライド；カイト (kite) とタコ (octopus)

- 千葉はダイナミックな実態としての、アメーバのような法の本質 (amoeba-like nature of law) について語っている
- それは環境に適合し、柔軟である
- 日本語で「カイト」(‘kite’; tako) ということばは ‘octopus’ をも意味する 水中のカイト！
- したがって；われわれはいまやタコの振り付けを研究することが必要か？
- タコの8本の足をいかに扱うのか？
- 法はカイトよりも複雑であるか？
- カイトのすべてのコーナーにある道具箱としてのカイトは、法的な分析のさらに進んだステップとして意義を有しているか？

4-2 関西大学法学部での講義

英国の法廷におけるイスラム法——グローバル状況下における「正しい法」と巧みな法的操作

スライド1：絶好の機会

- 現在世界中で倫理と宗教という枠組みで、法と文化、諸価値の関係について改めて考え直すということが相当にすすめられている
- 9.11 以来、法の世界に宗教が再度あらわれてきている 2008年の英国国教会の大主教の演説において、今日の英国においてムスリムのシャリア法 (*shari'a law*) を適用

する余地があることを主張した

- =法の研究における理論的な関心の復活 ただし実務の世界においては法はいかなるところにおいても錯綜している
- 明確なことがらは何も存在しないとすれば、ビジネスにとって良いことであるが、おそらく法の研究にとってもそうであろう われわれはもっと真剣に考えなければならない

スライド2：新しいジャーナルや研究があらわれてきている

- *JURISPRUDENCE. An International Journal of Legal and Political Thought*. Vol. 1, 2010, Oxford: Hart Publishing.
- *Debating Law*. Hart Publishing が2010年から刊行している一連の文献。Series General Editor: Professor Peter Cane, ANU.
- *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Editor-in-Chief: S. N. Katz. New York, OUP, 2009, 6 volumes.
- Cane, Peter and Joanne Conaghan (eds.) (2008) *The New Oxford Companion to Law*. Oxford: OUP.
- わたし自身の業績: Menski, Werner (2006): *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.

さらに, Menski (2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013) および千葉プロジェクト

スライド3：要点 この講義でいかなることをわれわれは試みるのか？

- 本講義では, 千葉正士教授の業績に依拠した, 社会=法的視覚からその分野にアプローチすることによって, 多元主義者の法的理論化の実践的重要性を提示することを試みる
- 人間行動に関する学際的な分野——そこでは法はいくつかの必須の要素のひとつにすぎない——では, 法多元主義は非法律家のみならず法律家をもいらいらさせる
- 多元主義者の操作 (navigation) においては, いかなるひとつの学問分野も唯一の「指導者」であるとは主張しえないがゆえに, とくに法律家からは破壊的であってニヒリズムではないか, という疑いを被っている しかしこれはアンフェアであり生産的ではない

スライド 4：本講義での中心的なことがらと目的

- 本講義の課題はグローバルな発展に対処するための道具として、法のさまざまな主張がどの程度、またいかにしてグローバルおよび国内的に、さらに地域的なレベルで十分かつ持続的に維持されうるのかを検証することである
- 中心的なことがらは、今日の英国でのムスリム法と若干の最近の判例である
- このことは、新たな法的なハイブリッドの出現をも描くことでもある； *angrezi sharia* すなわち英国のムスリム法 (British Muslim Law)

スライド 5：基本的な事実；「法」に関する唯一の合意はまったく存在しない

- Menski, W. (2006) *Comparative Law in a Global Context*, p. 32
主たる課題は「グローバルな法の研究における中心となる目的、すなわち『法』そのものについて、実践においてのみならず理論においても世界規模の合意は存在しない」ということである
- OIELH, 2009, volume 4, p. 17 におけるブライアン・タマナハによる「法」という項目での記述と比較せよ；「法とは何か？ それは何世代にもわたって法律家を欺き、抵抗してきた問題か？…… [古代ギリシャ以来] の法の特徴と本質に関する絶えざる論争にもかかわらず、理論家たちは法をいかに定義し、概念化するかということに関して合意することはできていない。」
- そしてわれわれは常につぎのことを忘れている；古代のインド人（および、確実に日本人をも含む）も同じく明らかにこの問題を考えていたし現在も考えている 今日国家法および／もしくは人権への着目は、法の内的な多元性を十分に説明するためにはあまりにも単純すぎるものである

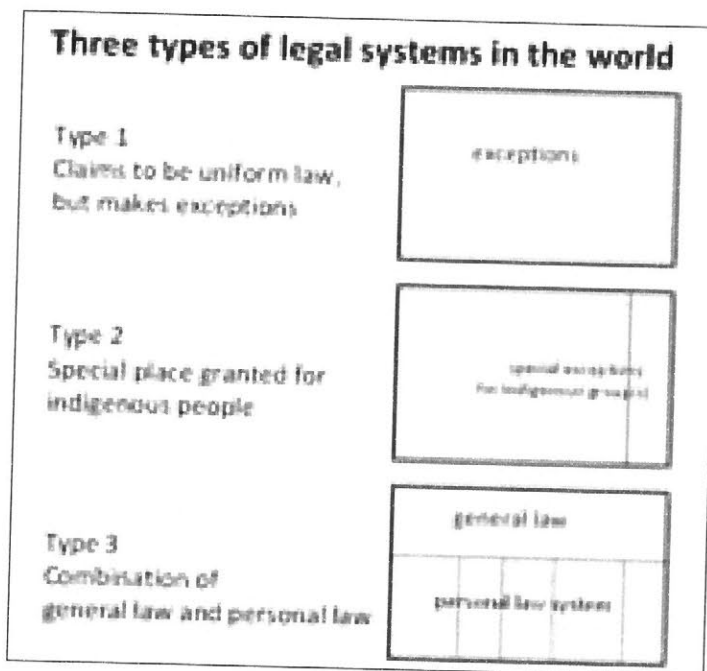
スライド6：世界における
3つのタイプの法システム

図版

タイプ1 法の統一性を主張
するが例外的な法の存在
を認める

タイプ2 固有法の存在を認
める

タイプ3 一般法と属人法の
結合



スライド7：日本はこの全体像のなかでどこに位置するのか？

- タイプ1かタイプ2か？ タイプ3でないことは確かである
- しかし今日、日本においてさまざまな多文化的課題が存在
 - 異なった文化に出自を持つ人々の存在によって惹起
 - あるいは、これらの文化を法的に意味あるものとしては認めることができない、もしくは認めたくないということによって惹起
 - さらになお中心的な問題が存在；法という言葉によって何を意味するのか？
 - ＝日本語で「法」とは何を意味しているのか？ それはたんに用語の問題か？
 - 英国と日本はまちがいになくタイプ3の法は望んでいない

スライド8：しかし；法多元主義は事実としてあらゆるところに存在

- われわれは法が本来的に有している多元性に目を向ける必要がある
- Griffiths, John (1986) 'What is legal pluralism?'. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24, pp. 1-56, at pp. 4-5；「法多元主義は事実である。法中心主義は神話であり、理念であり、まやかしである。それにもかかわらず法中心主義のイデオロギーは、法律家と社会科学者のイマジネーションに強い影響力を有しているので、法中心主義が描く法の世界の全体像は、うまく事実であるかのように装うことができ、また社会＝法的理論の礎石を形成している。」
- このような指摘は目新しいものではない；C. E. よりもずっと以前に、このような多

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

元主義はすでにインドでは認識されていた

- Werner Menski (2010) 'Sanskrit law. Excavating Vedic legal pluralism'. *SOAS School of Law Research Paper*. No. 05-2010. [Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1621384>]
- 13世紀のキリスト教下のヨーロッパ；聖トマス・アキナスと *lex humana*
- 19世紀；ルドルフ・シュタムラーの「正しい法」の概念
- 1913/1936年；オイゲン・エールリッヒの、ウイーンから遠く離れたブコビナの「生ける法」のモデル
- 1986年の日本；千葉正士「公式法」＋「非公式法」＋「法前提」
- 今日；われわれは「グローバルなブコビナ」（Teubner, 1997）と Hertogh (2004) に住んでいるのか？
- 「法意識」への新たな着目＝さらなる法多元主義の承認

スライド9：フォーマルな法形成は常に断片的である

- Sally Falk Moore (1978) *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & Kegan Paul；彼女は「半自律的な社会的フィールド」という概念を展開し、フォーマルな法形成は常に断片的な法的介入の形態であるとのべている（9頁）

「立法であれ行政であれ、司法であれ、意図的な法的介入が有する断片的な性質は、特定の時期における特定の状況への応答というあり方に由来している。長年にわたるそのような多くの応答の積みかさねは、妥協的で、計画性のない全体的な帰結を生み出している。さまざまな場所や時代において、すべてのことがらを一気に法典化しようと試みられたが、長期的なスパンではすべての法『システム』は、全体的で体系的なプランニングによってではなく、個々の積みかさねによって形成されている。」

スライド10：新たな流行；「法意識」

- このことは比較的新しい「法意識」に関する議論をさらに一歩進めるのか？
- 法意識とはつぎのことを意味する；法と法的規範に関する「個人（の経験）に焦点を合わせる」こと、法的な要求に関する決定、そして……法が諸個人の日常生活に影響を与える控えめな方法（Nielsen, 2000）
- ふたつのアプローチ？（Hertogh, 2004）
 - アメリカ；人々はどのようにして公式法を経験するのか？

—ヨーロッパ；人々は何を法として経験するのか？

- = 「生ける法」と法多元主義を分析する新しい方法か？

スライド11：超・多様な現実はわれわれの周りのいたるところに存在

- Steven Vertovec (2007) 'Super-diversity and its implications'. *Ethnic and Racial Studies*, 30.6 (November): 1024-1054. 法的な側面を無視しているが、つぎの点に注意
「法の世界は超・多様性ということで特徴づけられ、われわれの多くが現在暮らしている超・多様な社会のなかに反映している」
- したがって「正しい法」と「生ける法」の探求は、新しい課題でもないしあるいは地球を駆け巡ることでもない。「他者」は隣人としてまさにわれわれの隣にいる
- 法多元主義を理論化することから、より実践的な適用へと明確に方向転換 比較による分析と特定の事例の研究のいずれをも含む

スライド12：実践に着目する法多元主義たることの必要性

- Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock (eds.) (2012) *Legal Pluralism and Development. Scholars and Practitioners in Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press 参照
- 「法多元主義——所与のコミュニティもしくは社会＝政治的な空間のなかに複数の法体系が並存する——あらゆる社会にとって普通の状態である。しかし、それは所得が低いか紛争の影響が強い諸国家においては、顕著な課題と機会をもたらしている」(1頁)
- 「……法多元主義の主要な懸念は、問題と機会の両方が潜在していることである」(2頁)
- 「法多元主義を、法管轄が複数存在する領域と理解することはもっともなことである」(30頁)
- 「背景的なことからの最小の変更でも、その結果において非常に大きな違いをもたらすことが可能である」(30頁)
- 「……法的なアクターたちは、長期的スパンにたつて判決を強制する、最良の機会を提供すると考える法的諸機関を生み出そうとしている」(30頁)
- 「……理論としての法多元主義の重要性は、中核となる企業家が私的もしくは非国家的な秩序体系を利用することを承認し、権威づけ、そして正当化することを認めるような社会学的法学として機能することにある」(147頁)

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

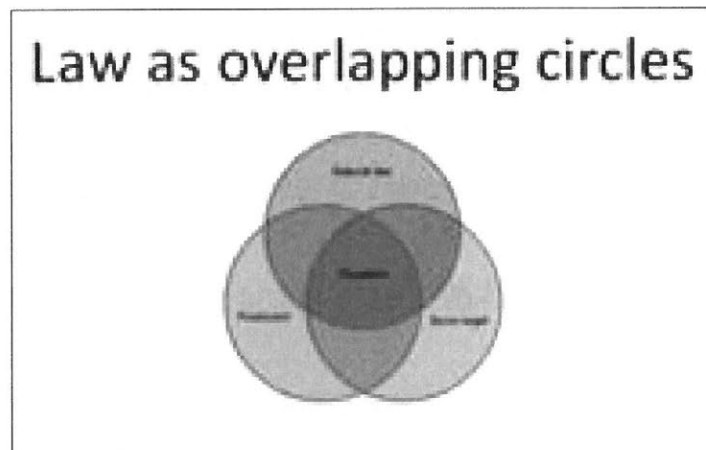
- ハーバーマスは、近代は規範的な多元主義か価値多元主義によって特徴づけられることを示している。つまり「人々は究極的な価値に同意しないという事実」である（218頁）

スライド13：法多元主義の発見

- 伝統的に法律家は3つの主要な法類型を研究してきた
 - 自然法（宗教・倫理・価値）
 - 社会=法的アプローチ（社会規範）
 - 法実証主義（国家中心的なルール）
- 千葉教授（1986年）は3層構造を明示
 - 公式法
 - 非公式法
 - 法前提
- これらは下記の図版が示しているように、その本質においては3つの同類のタイプである。それらの3つの重なる部分が法多元主義をあらわしている

スライド14：図版

重なり合う円としての法



スライド15：いくつかの追加

- 千葉教授の3層構造に依拠して、法は第一次的に社会のなかに存在しているという事実から出発することで、これらの3タイプの法の相互関連を説明するためのナンバーリングシステムをわたしは考案した；
- コーナー1：社会=法的規範と慣習
 - 11：「純粋な」慣習（それはきわめてわずかである）
 - 12：国家法によって影響を受けている慣習

13=諸価値によって影響を受けている慣習

• コーナー2：実証主義者の国家法

22：「純粋な」国家法（同じくきわめてわずかである）

21：社会規範によって影響を受けているかそこから採用された国家法

23：一定の価値によって影響を受けている国家法

• コーナー3：価値・倫理（千葉教授の「法前提」）

33：純粋な価値（おそらくはわずか）

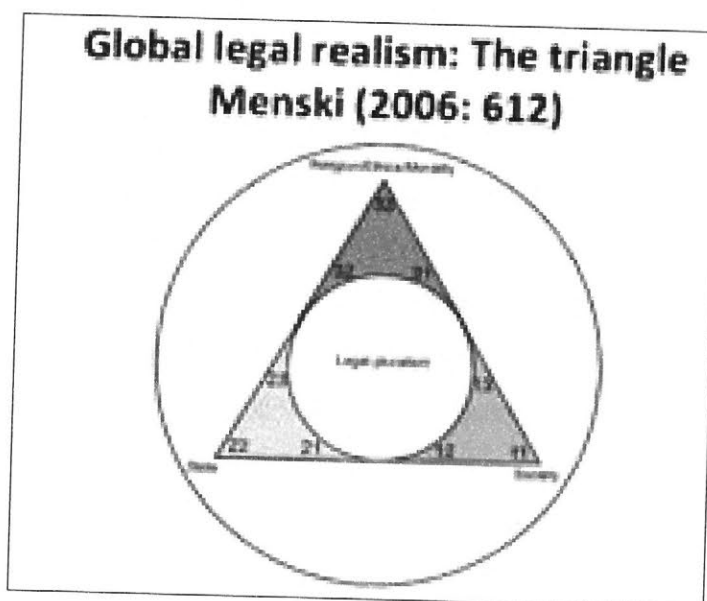
31：一定の社会規範によって影響を受けている価値

32：一定の国家法・法原理によって影響を受けている価値

スライド16：図版

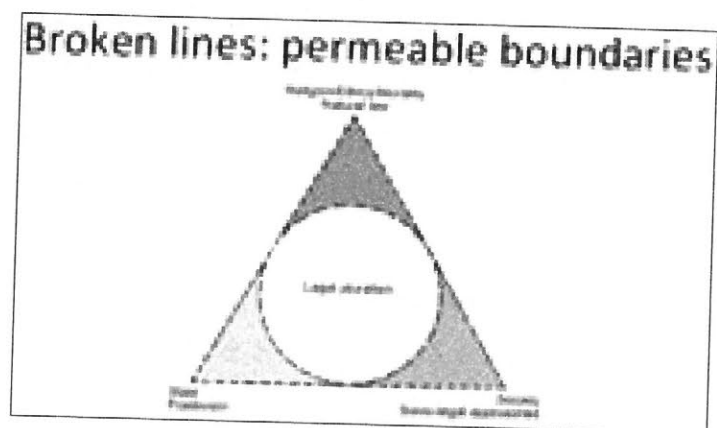
グローバルなリーガル・リアリズム——トライアングル

メンスキー（2006：612）



スライド17：図版

破線——浸透性のある境界



スライド18：さらにもう一歩進めて——多元主義の技巧的な法的操作としての法

- 近年の理論的な展開（Menski, 2010; 2011, 2012, 2013）
- 絶えず相互に競合関係にある本質的に多元的な4つのタイプ
- さらにやっかいな状況であるが、誰かが決定を下さなければならない
- ではだれがそれを下すべきなのか？国家なのか？
- 専門家・裁判官は通訳者、あるいはおそらくはナビゲーター；
- そして現段階では、法は同時に4つのことがらを意味していることを見いだしている；
 - 1 自然法，文化に依存する価値 千葉の「前提」
 - 2 社会＝法的規範，慣習，慣行
 - 3 国家中心的な種々の形態の実定法
 - 4 国際的でグローバルに妥当する諸原理，人権

スライド19：「宗教」、移植そして「インプラント」をめぐる学問的な対応

- 宗教が加わると法的分析において困難な問題が生じる
- 千葉教授はこの難問に遭遇し、宗教的か世俗的かのいずれでもありうる諸価値をあらわすために「法前提」という用語を考案した
- かりにわれわれが今日合理性や世俗主義に特別な地位を与えるならば、文化と常に結びついている「宗教」というカテゴリーのなかに存在する、有益な確信としての世俗主義や無神論をもわれわれは認識することができない
- かりに、世俗的および宗教的な確信が絶対的な真理であることを要求するならば、分析を行うものとしてわれわれは非常な難問に直面する
- 今日多くの法律家はこれらの議論の複雑さを理解しようと苦闘している

スライド20：法的な移植と「エスニックなインプラント」

- 日本は1890年代にプロシャの法を移植によって受容したが、文化を変えることを求めなかった
- 同じくトルコは1920年代にスイス、イタリア、そしてフランスの法を移植によって受容したが、イスラム国であることを否定することなく、社会＝文化的変化を強行し、世俗主義の国家となった
- 今日、エスニックなマイノリティたちは彼ら自身の文化を持参し、「エスニックなインプラント」を行っている（Menski, 2006; 58-65）

- Ballard (1994) は「自らの言葉での再構築」について語っている
- 同化の拒否, 自分たちに固有の価値がベターであるという主張, そして彼らの宗教を放棄することを望まないこと
- 帰結; ムスリム法が英国において, そしてもちろん日本においても存在する

スライド21: なぜわれわれはこのことを十分には理解していないのか? 2つのやっかいなパースペクティブ

- 第1; 規律および行為としての法は, 他のルールからは独立したものであると認められることを希求する
- 法律家は自らを専門家の階層と見なし, かりに社会的あるいは宗教的なことがらによって汚染されるならば, 法の権威が損なわれると感じている
- 第2; 多くの社会学者は法律家を学問的な分野から排除しようとしている 彼らは法が孤立したものであることを望み, おそらくは法律家を信用していない というのは, 法律家は自らの領域にこもっているサメのようなものと見なしているからである
- 啓蒙期以後の法と文化 とくに法と宗教の分離に関する方法論は, 法と生活の固有の結びつきを全体的に見渡すことを阻害することで, 今日われわれを盲目にしている

スライド22: ヒンドゥー, ムスリム, 日本およびその他のパースペクティブ

- これらの国々のパースペクティブは, 実態を見ないこととヨーロッパ中心主義の傲慢さによって, 西洋の啓蒙期以後の法分析がなぜ貧相な内容になってしまったかということの理解の助けとなる
- ヨーロッパ人は自らを文明人と主張し, 非西洋の他者は発展が遅れ, 未開ですらあり, 彼らをこどもと見なしている
- しかし; 世界中で, 古来から存在する, そして新しい形態の多くの「生ける法」は, 法と生活が絶えず結びついていることを生き生きと示している
- 法律家は法がうまく機能しているか否かを, 裁判所の統計と有罪率で判断しようとしている 人々の頭のなかでのメンタルな思考過程をも含む, 自己統制的秩序が重要な法的実態であることを彼らは見逃している
- われわれはすべて, 生ける法の現実がおおむね非公式でメンタルな——心理学にかかわることでもある——現実であることを見落としている
- 千葉 (1986) は, すべての法は価値と結びつき, かつ, 多くの法は国家によって定立されたものでも, 統制されているものでもないということを明らかにしている

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

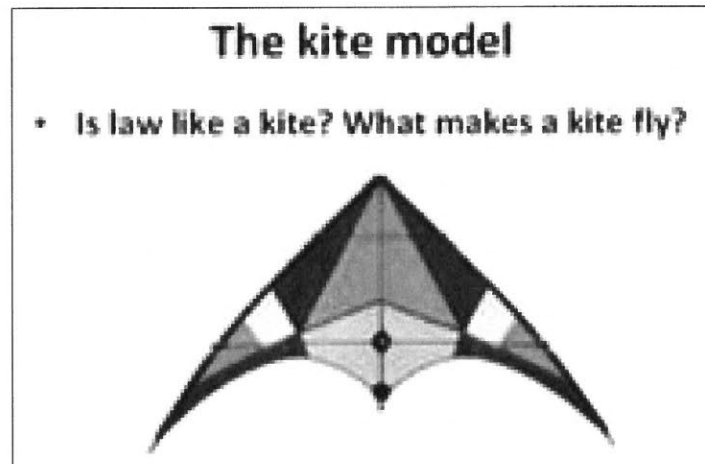
スライド23：自己統制としての法

- いたるところで、われわれが瞬時の判断をする場合に、われわれの頭のなかで非公式的な法的行為が生じている
- 法学説はそのような心理学的な証拠を、非法的なプロセスとして無視するように教えている
- 典型的には、法学者はしばしば「法外的な」という用語を使用する
- 社会＝文化的で法的な現実においては、法とはお互いに対抗するルールや価値を絶えず操作することにかかわるものである
- これは高度に洗練された均衡的な行為である
- われわれはこの行為をカイトフライング（凧）と呼ぶことができるであろうか？

スライド25：カイトフライングの試み

スライド24：図版

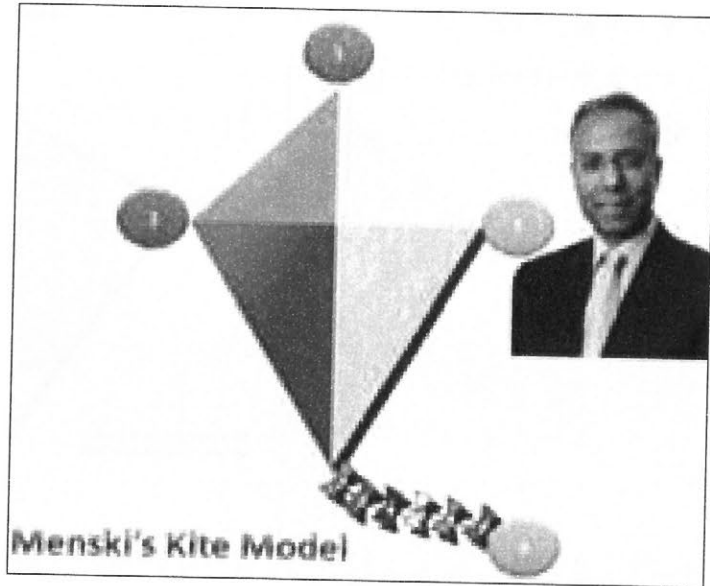
カイトモデル



- われわれはここで、英国における地方政府の公務員のための一連のトレーニング・プログラムにこのモデルを適用し、テストしてみよう
- 法とコミュニティリーダーシップに関する SOAS の大学院コースは、ロンドンのタワー・ハムレット地区のコミュニティリーダーを養成するための、個人別対応のパートタイムのコースである。
- そのコースは明確に、日本の [千葉正士教授の] 理論モデルにもとづいている

スライド26：図版

メンスキーのカイトモデル

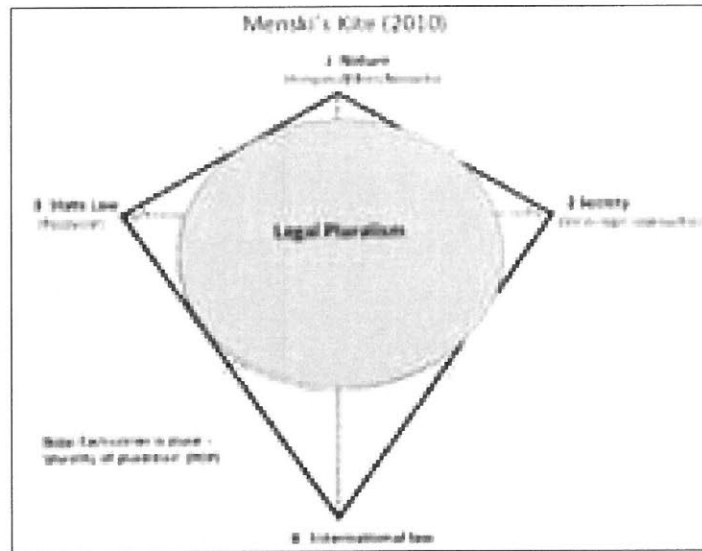


スライド27：さらにもう一歩進めて——多元主義の技巧的な法的操作としての法

- 近年の理論的な展開 (Menski, 2010; 2011, 2012, 2013)
- 絶えざる相互の競合関係にある本質的に多元的な4つのタイプ
- さらにやっかいな状況であるが、誰かが決定を下さなければならない
- ではだれがそれを下すべきなのか？ 国家なのか？
- 専門家・裁判官は通訳者，あるいはおそらくはナビゲーター；
- そして現段階では，法は同時に4つのことがらを意味していることを見いだしている；
 - 1 自然法，文化に依存する価値，千葉の「前提」
 - 2 社会＝法的規範，慣習，慣行
 - 3 国家中心的な種々の形態の実定法
 - 4 国際的でグローバルに妥当する諸原理，人権

スライド28：図版

メンスキーの kite (2010年)



スライド29：ナンバーと含意の修正

- カイトの4つのコーナーに付したナンバーを修正
 1. 自然法と価値・倫理は第一義的には理論において存在
 2. 社会規範は人々が生活しているところには常に存在
 3. 国家法（しかし必ずしも国家によって定立されたものではない）
 4. 新たな実証主義と結びついた「新たな自然法」
- あらゆる種類の決定過程においてわれわれはこれらのナンバーを、法的なアクターがいかにして彼らの意見を形成し、政策決定を行うのかを探求するために使用することができる
- しかしこれは、1-2-3-4という単純なプロセスではなく、それは……
- そしてもちろん、たんにコーナー3と国家法を見るだけで十分というわけではない

スライド30：超・多元的（‘pop’）としての法

- これらの4つのそれぞれの要素は、「正しい法」を提示するためには常に必要であると思われる
- これらのいずれの要素もその他の要素を無視することはできない
- しかしながらこの4層構造のみでは、十分なる多元主義的な分析を生み出すことはできない
- これら4つのすべての要素はそれら自身が本質的に多元的である＝つまり、たとえば、唯一の自然法のタイプが存在するのではなく、多くのタイプの自然法が存在する

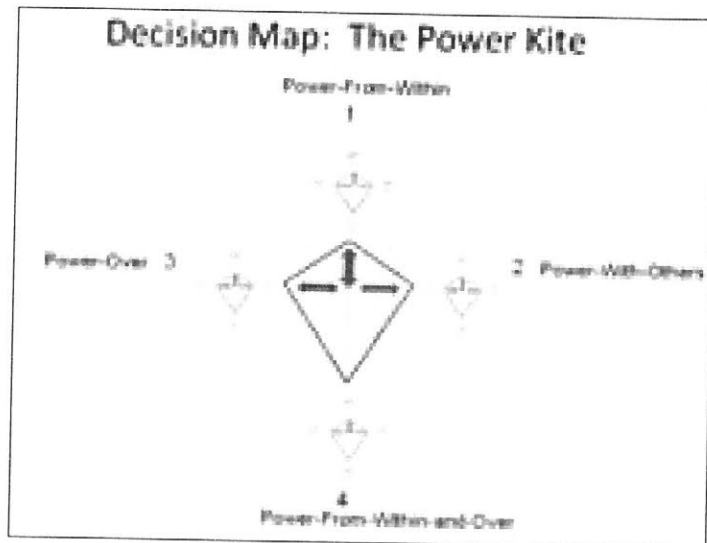
- 法はまさに 'pop' つまり超・多元的

スライド31：再結合のための理論と実践

- かりに4つのコーナーすべてがそれら自身多元的であるとすれば、各々の内部において多くの対立に直面するであろう
- つぎのスライドは、われわれがどのように決定プロセスを操作しているのかということに関する、最近の示唆（「パワー」という要素をも加えて）を示している
- 現在検討中のこのことがらは、理論と実践を架橋するためには極めて重要である
- われわれはそのような多元的なモデルと発展に関する理解に対して、常にオープンマインドでなければならない

スライド32：図版

決定のマップ
パワーカイト



スライド33：実証主義者の反論 われわれは良き国家法を持つことができないのか？

- Matthias Rohe (エアランゲン) 教授は法多元主義の観念に反対しているが、良き法を構成するためには実証主義者の理論化が必要とする、国家法以外の法のタイプの（承認されている）存在を過小評価している 教授はつぎのように述べている；
- 「ドイツの戦後の憲法は実定法のすぐれた実例である。というのは、歴史から学ぶことにより、絶えずさまざまな価値や倫理を考慮に入れ、また強力な連邦制度を通じて地方の人々の社会規範をも考慮に入れているからである。」
- これは、相互に関連する「生ける法」の現実の、単なる実証主義者による植民地化に過ぎないのではないのか？
- これはまた、日本においてもポピュラーな、典型的な法律家による狭隘なパースペクティブではないのか？

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

- 実際には、良き実証主義者の法は4つのコーナーすべてを必要とし、現実にも「正しい法」を獲得するために法多元主義を採用している

スライド34：結論（1）

- ポストモダン時代における比較法においては、法の一元的分析では極めて不十分な結論しか導かない
- 法はいくつかのレベルにおいて本質的に多元的である
- 法とはこれかあれかではなく、これとあれ、そしてさらにあれ、といったものである
- 進化論的な法に関する思考は誤っている
- 近年ますます高まりつつある、国際法や慣行、人権に対する強調は、法が常に多元的な現象であり続けるということを見捨てることはできない

スライド35：結論（2）

- われわれはいたるところで、異なったタイプの「生ける法」を分析し、「正しい法」を見いだすために学際的な方法を必要としている
- 近年、「宗教」と「文化」を入念に排除することは、還元主義者の議論のなかに典型的に見られるが、それは安全なるカイトフライングを妨害し、妨げている
- 「生ける法」はそのとてつもなく多様な様相を示すなかで、常にわれわれの眼前において正しいものである
- 非西洋の文化はこのことをヨーロッパ人よりもよく理解している

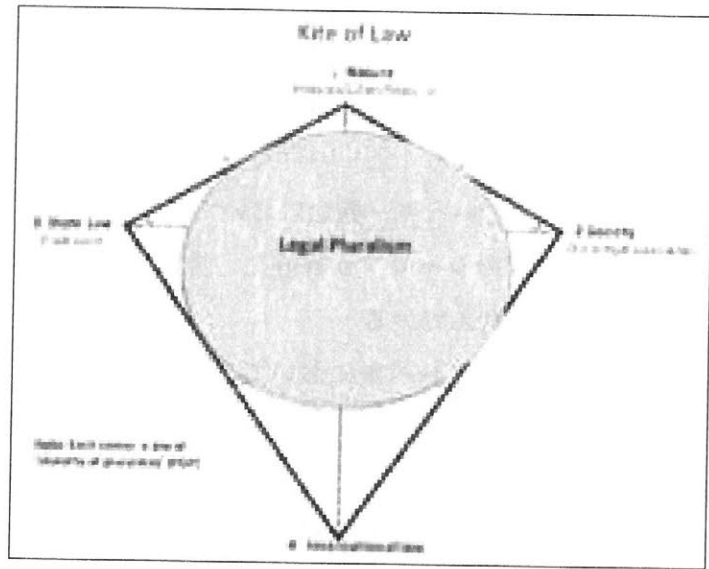
スライド36：

ご清聴感謝 ここからは実践的な適用の問題に移る

多文化状況にある英国においてわれわれがムスリム法に出会った場合に、いかにしてカイトをうまく飛ばし、法的な多元主義に対応するのか？

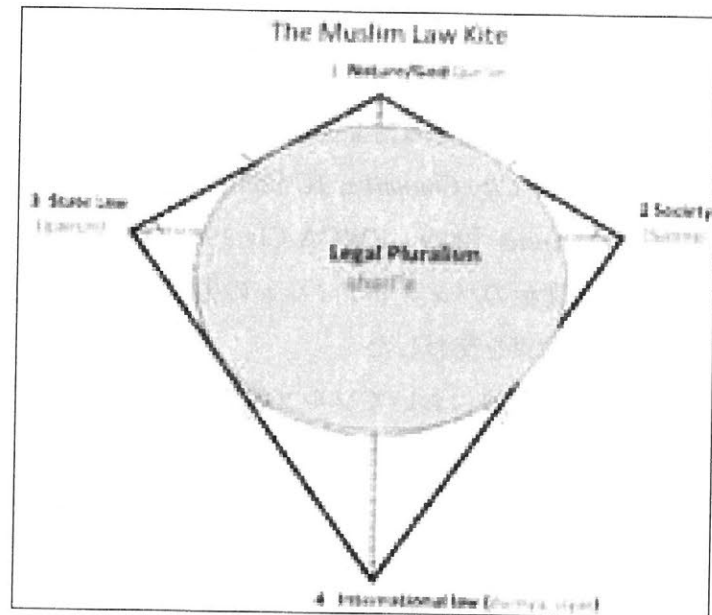
スライド37：図版

法のカイト



スライド38：図版

ムスリム法のカイト



スライド39：人種主義的なコメントを排除することができるか？

- *Chaudhary v. Chaudhary* [1984] 3 All ER 1017; [1985] 2 WLR 350; [1985] FLR 476
- ムスリムを侮辱する極めて否定的なパースペクティブ
- カシミア州のムスリム法にもとづく未登録のタラク婚 (*talaq*) の妥当性
- 裁判所は「砂漠とジャングルの法」について言及している
- 司法的な手続きによってなされたのではない離婚の不承認を合法化
- 非国家法を承認することへのあからさまな拒絶
- *Family Law Act, 1986* のもとで継続している問題

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

- それは差別であり国家間の礼讓の違反か？

スライド40：イスラムの人定法

- イスラム法における「正しい行為」の倫理的な焦点は、シャリア、すなわち「水飲み場に至る道」というキー概念においてあらわれる
- 多くのタイプのシャリアが存在し、非公式的で個人的な英国のムスリム法 (*angrezi shariat*) をも含んでいる
- それは、あらゆるレベルにおいて、「正しく行い」かつ可能な限り神の意思に近づくように、それぞれのムスリムが常に戦い、努力する（このことをあらわす言葉がジハード (*jihad*) である）ことを含意する観念である
- 法律家と法律学 (*fiqh*) の構築への着目は、解釈 (*ijtihad*) のプロセスはエリート（概ね男性中心の）活動となったことを意味している
- 一般のムスリムは「[シャリアを]知る」人びとの導きを求める

スライド41：真正面から対立することは問題の解決にならない

- *Westminster City Council v. IC* [2007] EWHC 3096 (Fam) および *KC and NCC v. City of Westminster* [2008] EWCA Civ 198. 参照
- 25歳の自閉症のバングラディッシュの男性がバングラディッシュにいる従妹と電話を通じて婚姻の約束を交わした
- この事件の判決においてソルプ判事はつぎのように判示した 「そのようなハンディキャップのある人の人生において、婚姻が意味あるものとはわれわれの社会においては認めることはできない。さらに法的に見ても婚姻は成立していない。知能指数 (IC) の程度からして婚姻する基本的な能力を欠いている。しかしバングラディッシュでは当該婚姻の有効性は妨げられるものではない。」
- イギリス法の下では無効であるが、イスラム法とバングラディッシュ（およびインドとパキスタン）の民法の下では法的には有効である
- そこで家族は移民を望んでいる！ しかしかれのパスポートが没収された

スライド42：この知能指数にからむ事件のカイトモデルによる分析

- 裁判所の判決はコーナー3から下され、コーナー4の支持を得ている。そしてコーナー2の正当性を否定し、コーナー1の優越性の主張を排除している
- 男性の家族の視点からすればこれは受け入れがたい不正義である。彼らはイギリスで

行なわれている通常の婚姻は成立しないことは理解していた。そこで、バングラディッシュ法（消極的にはあるが）はこのイスラムによる理由付けを受容しているという事実にもとづいて、非公式の婚約成立というイスラムの原理に依拠したのである。

- コーナー2から議論をはじめ、コーナー1の支持を受けかつ人権にもとづいて主張することによって、コーナー3の支持を受けることがなかったがゆえに家族は不満を持つのである。

スライド43：エクイティの新たな使用 エスニックなマイノリティの法を認めないことは不正義である

- *Mahr Case of Ali v. Ali (2001)*; 失われた1ポンド
- See Menski (2002) 'Immigration and multiculturalism in Britain: New issues in research and policy'. [Osaka paper in KIAPS].
- 3万1ポンドの寡婦産がロンドンで結ばれたバングラディッシュ法上の婚姻において合意された
- その後、イギリス法上の離婚手続きが取られた後に、夫によってイスラム法上のタラク離婚が行われた
- しかし夫は *mahr* は「たんなる文化に過ぎない」として *mahr* 支払を拒否した
- 妻は反訴を提起し *mahr* の支払いを求めた
- 裁判官は3万1ポンドではなく3万ポンドを妻に与えた
- なぜか？ これは、カイトのコーナーのひとつかふたつを排斥するというリスクがあるか？

スライド44：Ali 対 Ali 事件のカイトによる分析

- アリ氏は「法」に依拠して主張した。ただし、コーナー3のみに依拠して！
- イギリス法では *mahr* は存在せず、こどもがいない短期間の婚姻でかつ妻が自ら稼ぎがある場合には clear break があり、アリ氏への金銭支払いはない
- しかし；アリ夫人はわたしにムスリム法の専門的意見を求めた……
- アリ夫人はイギリス法に依拠して提訴し、したがってコーナー3に依拠しているが、それと同時に、ロンドンにおけるバングラディッシュの慣習（コーナー2）と、また当然に女性の人権（コーナー4）とともに、彼女の宗教上のイスラムの権利（コーナー1）も尊重されるべきであると主張した
- 判決はバランスが取れており、4つのコーナーすべて、つまり3-4-1-2を尊重し

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
ている

スライド45：新たなかたちの国家によるテロ？

- Anas（2009年）の判例集未掲載の事件
- カシミア地方の法に拠るムスリム少年（生後3日）の慣習上の養子縁組に対して、ソーシャルワーカーによって異議申し立てがなされた
- 法的に妥当すると認めると、地方の慣習が一般的なイスラム法上の原則を覆すことが可能であると理解することによって、文化的に微妙な問題をはらむ判決である
- イギリスの裁判所は地方の慣習規範や人権にもとづく「こどもの最良の利益」とともに、地域的な価値や倫理をも承認する
- 裁判所による極めて巧みなカイトフライングは国家によるテロに抗し、地域的な慣習や宗教を承認する

スライド46：結論

- 法管轄内にムスリムが居住するならば、かならずムスリム法を見いだす
- 多元主義者の分析は絶えざる挑戦を受けており、超・多元的なシナリオにおいてはより顕著である＝今や英国において日々挑戦を受けている
- いたるところで、相対立する期待に対する微妙なバランスが求められている
- つねに、人権に関する議論が無視もしくは誤用、誇張されるという危険性が存在する
- 法律家は絶えず警戒していることが必要
- 専門家の主要な役割 しかし、多くの無能な「専門家」が存在
- 互いに対立するタイプの法のバランスをとることは極めて洗練されたスキルである
- 法多元主義の理論は法実務にとって有益である
＝「正しい法」を見いだすことは、多元主義的な感覚とスキルを必要としている

スライド47：御清聴に感謝 Fly safely!

質疑応答の時間

Werner Menski MA PhD Professor of South Asian Laws

School of Law, SOAS, University of London London WC1H 0XG

Chair, Centre for Ethnic Minority Studies (CEMS) UK Jurist of the Year 2009

Email: wm4@soas.ac.uk web: <http://www.wernermenski.co.uk>

4-3 ヒンドゥー法講義

4-3-1 第1講義：ベーダ法とその概観（10月26日）

第1サイト：本講義の3つの目的

- (1) 伝統的なヒンドゥー法＝ベーダ法の起源の概観
- (2) 伝統的なヒンドゥー法のさまざまな概念の発展段階の概観＝文化依存的 (culture-specific) な「超・多元性」(‘plurality of pluralities’)
- (3) 今日の近代的なヒンドゥー法の概観＝過去と現在の連続性

第2サイト：主要な文献

- 最近の業績を含めてわたし以外の著者は、古代のヒンドゥー法におけるいかなる明確な時期区分をも行っていないことを認識する必要がある；わたしは自らの著書においてヒンドゥー法の「超・多元的」構造 (‘pop’ structures) を提示

Menski (2006): 196-209 Menski (2003): 86-93 Menski, Verner (2010) ‘Sanskrit Law’ SOAS School of Law Working Papers Series

さらに、ヒンドゥー法文献表の他の文献も参照のこと

第3サイト：法はどこから、またいかにして生まれてきたのか？

- インド人は世界では最古の法体系を有していると主張 なぜか？ かれらはサンスクリット語であらわされた古いテキストを保持
- 中国人もまた同様な主張を行っている！
- 他の人々はどうか？ アフリカ人は？ 残念ながら、口承の伝統！
- 主要な問い；ヒューマニティ（人間性）はいずれからスタートしたのか、である。ヨーロッパでないことは確実である！

第4サイト：ヒンドゥー法 紀元前1500年から現在に至る

- 比較法学者のための外的視点 (view from the outside)

目的；その体系により踏み込んだ理解をなすこと しかしこの目的のためには、内的な視点 (insider view) も必要である。

したがって、ベーダの民 (Vedic people) 自身は法をどのように認識していたのか？ この問いに関しては、テキストに焦点を当てて検討＝サンスクリット語による豊富な証拠

- 紀元前1500年から紀元前1000年；ベーダの文献、ベーダの「知識」から

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

4 大聖歌 (hymn) ; Rigveda, Sāmaveda, Yajurveda, Atharaveda

作者と時期はともに不明＝もともとは確固としたテキストはない＝口承 「耳から入る」知識 ('heard' knowledge) の概念＝「啓示」＝shruti あるいは śruti＝「聞き取られたもの」 ('what was heard')

これは「法」なのかあるいは「宗教」もしくはたんなる「文化」なのか？

第5サイト：ベーダの儀礼の決定的な重要性

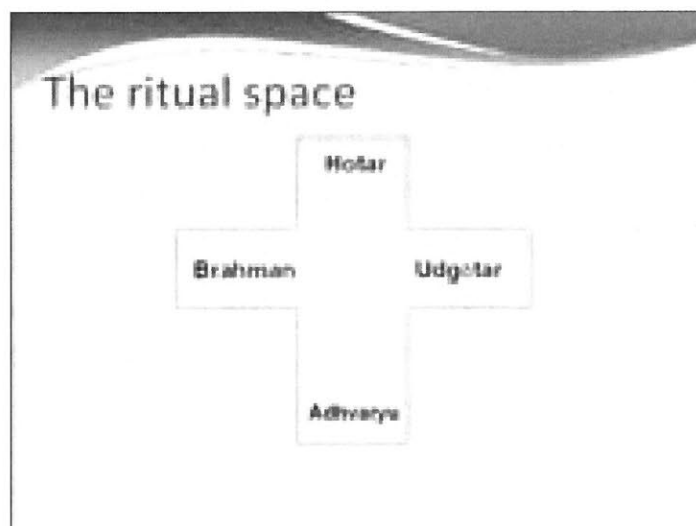
- 4つのタイプのベーダの司祭 (Vedic priests)

(1) *Hotar Rigveda* (2) *Udgatar Sāmaveda* (3) *Adhvaryu Yajurveda*
(4) *Brahman Atharaveda*

- 儀礼 (ritual) の奉納は重要である；soma juice＝ドラッグか？

AV 呪文「願わくばわたしの誤りの矢が天空と地上のあいだのいずれかの場所に突き刺され」 儀礼は完全な正確さに集中する したがって、すべての音節は何がしかの意味を有している

第6サイト：図版 儀礼の場



第7サイト：これはいかなる種類の法なのか？

- この超・多元主義の構造にはそれら以外のいかなるものが隠されているか
- それは秩序づけられた儀礼の場＝大きな秩序を反映
- これらの人々の役割は何なのか？ かれらはたんなる司祭にすぎないのか
- 特別なカーストで高度なスキルを有し／博識で／物事を巧みに処理
- あるいはそれはたんなる宗教にすぎないのか？ わたしのカイトモデルに当てはめる

- とどのコーナーに該当するか？ 第1コーナーあるいは2？ あるいは4も？
- したがってわれわれは儀礼をになう法律家 (ritual jurists) に言及する/できるか？
 - しかしそれは「ヒンドゥー」でもあるか？ 後に用語法に言及する……
 - それはまちがいなくベーダ的であり、ブラフマンによって統括されている
 - ブラフマニズム (Brahmanism) はヒンドゥイズム (Hinduism) の初期形態

第8サイト：キー概念 *rata* あるいは *rita*

- 大宇宙的な秩序、宇宙、真理
- 初期のインド語族 (Indic) の文化的な用語では自然
- この儀礼的な体系は人間と自然とを接合
- それは小さな秩序と大きな秩序の橋渡しをする
- それではわれわれはどのようにこれを解釈するのか？
- たんなる宗教なのか？ それとも法的でもあるのか？

第9サイト：「超・多元」構造としての *rita*

- 個人、地域的、グローバルの3つの次元は同時に成り立つか？
- カイトモデルの各コーナーは儀礼的行為を通じて結びついている
- それではこのことは第1コーナーと第4コーナーに同時に関係するのか
- あるいは；いまだカイトは存在せず、トライアングルのみが必要にすぎないのか？
- これは最初期の国際法の形態なのか？
- これはインド人が古代のヒンドゥー法によって知られていた「人権」について語る場合に、かれらが意味していることなのか？
- 現在われわれは「人権」によって何を意味しているのか 講義3参照
- かつて；秩序づけられた正確な儀礼的行為は各個人を相互に結びつけ、「公益」 ('public interest') を追求するためには決定的に重要であった
- 現在；公益の一形態としての個人の自立？ ギリシャの法の女神テミス (Greek themis) と比較可能か？

第10サイト：*Karma* と *rta* あるいは *rita*

- *karma* とは行為とその行為へのリアクション
=ダイナミックな/動態化された概念
- 法的な接着剤？ 諸形式と千葉のアイデンティティ法原理？

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

- 人々と宇宙の相互連関あるいは結びつきのプロセスをあらわす
- 自然法の一形態
- 儀礼を通じての小宇宙と大宇宙の明確なる結合

第11サイト：宗教/世俗の秩序の共存：rita と satya

- わたしが依拠する主たる証拠； *Rigveda* 10.85.1：後のベーダのテキスト
- 可視的であると同時に不可視の真理と秩序
- 婚姻讃歌（marriage hymn）のはじまり＝重大なる人生の時点，危機的ポイント

satyena uttabhitā bhūmih/ 大地は真実によって支えられている

sūryena uttabhitā dyauh// 天は太陽によって支えられている

ritena ādityas tishthanti/ アーディティアたちは理法によって存立している

divi somo adhi śritah// ソーマは天に身をおいている

可視の秩序（satya）を通じて大地が維持され 太陽（*Sūrya*）によって天空が維持され 不可視の秩序（rita）を通じて Adityas が安寧でいる そして Soma が天空に位置を占める

第12サイト：儀礼的な行為

- *dharma* は初期の用語のようであるか？
- ベーダのテキストではそれほどには見出されない むしろ； *dharman* と表記
- Olivelle (2009) の主張；これは仏教徒の概念！ これら仏教徒の宗教的な統治体はすでに紀元前1500年に存在したのか？
- *dharma*＝何が宇宙を支え，維持するのか？
- なぜ支えが必要なのか？
- 比較；イスラム法の Allah は人間の助けを必要とはしない
- インド語族の宗教（Indic religion）における神々はこの宇宙秩序の僕
＝古代ギリシャと同様にゼウスとその神殿
- インド人にとっては；主神は Indra で雨を司る神
- すべての神々は各々が特別な任務をになっている
- かれら（とその妻たち）はすべて儀礼的な助けが必要

第13サイト：ベーダにおける神々

- 主神—Indra（雨をもたらす）

=環境に特化=自然 グローバルもしくはローカルな視点？

=すべての神は妻とともに特定の任務をになっている 多神論 多くの神々の存在

Agni—火の神 Varuna—契約と処罰者の神 Ushas—夜明け=これらの神々は明らかに自然の一部

—神々は自己完結的にさまざまなことがらに責任を有するのではない

—すべてのものごとは半自律的であり相互に関連

—すべて儀礼的な助けが必要=ベーダの供儀 (Vedic sacrifices)

第14サイト：ベーダ体系の衰退

- しかし早くからベーダの儀礼体系は廃棄される
- あまりにも費用がかかり、複雑になりすぎたか？
- Soma を飲みつくしたのか？
- あるいはむしろ；儀礼の効能の問題なのか？
- 雨をどのようにして降らせるか？ 祈りか！犠牲によってか！ いかにして11人の息子を得るか？ 祈りか！ 犠牲によってか！ これは儀礼による籤か賄賂か？
- ベーダの神々は儀礼の助けがないままに空腹の状態でさまよっているようである=カオス

第15サイト：社会=法的規範へのシフト=カイトモデルの第2コーナー

- *rita* から *dharma* へのシフトは紀元前800年からの古典的なヒンドゥー法時代 (classical Hindu law period) への移行を画する
- しかしそれは突然のできごとではなく徐々に生じたプロセス
- オーバーラップするさまざまな動向
- 儀礼のシフトにおいては、家庭内における儀礼により焦点を当てる
- 新たなキータームとしての *Dharma*=「適切なる振る舞い」 ('appropriate behaviour')
- スタムラーの「正法」 ('right law') の概念=「生ける法」の類型
- トマス・アキナスの *lex humana* も参照

第16サイト：国家は存在しないのか？ コーナー3は？

- もちろんそうではない
- しかし；光はまずは自然のコーナーに注がれている
- 供儀者 (sacrificer) の任務=*yajmāna* (とその妻)

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

- もともとは私的なものであり、おそらくは男性のみの活動
- かれらはベーダの儀礼を金銭的に支え／スポンサーとなる
- ホストとして振舞うが、儀礼は費用がかさみ、複雑化
- 早々に；ヒンドゥーの支配者 (*raja*) が導入される
- つまり、支えを提供するという公的な責務となる この体系はもはや私的なイニシアティブによって実施されるものではない
- 徐々に；*rājadharma* という概念の生成

第17サイト：古代における対立と多元主義

- Menski, 'Sanskrit Law' (2010) 参照 SOAS Research Papers
- ベーダ／ブラフマンの諸概念はその分野のみには限定されない =すべてのことがらが問題となり、挑戦を受けた
- 第1の問題；ベーダを信奉するインド人のあいだにはさまざまな信念が存在
- つまり、内部における多元性 反対や激烈な論争へと導く超・多元性
- さらにまた；多くの非=ヒンドゥーの存在=*dasyu, dāsa*
- ジャイナ教—Tirthankara - 役割モデル=正しき行い
- 非暴力の原理 (*ahimsā*)
- 仏教—一仏, 救済 (*moksha*) の強調
- つまり、生きることは苦である 目的はこの苦を終わらせること
- 良きカルマ／悪しきカルマのバランスを図ること 正しく儀礼を行うことではなく、正しい人間の行為が中心たる課題

第18サイト：ベーダにおけるカイトの操縦 (Vedic kite flying)

- 儀礼行為への集中からの明確なる強調点のシフト
 - (a) 適切なる理解と知識 および／もしくは
 - (b) 正しい日々の個々人の行為 (コーナー 2)
- ベーダの体系は信頼を失う カイトは墜落しないがそのかたちを変え、またその方向性もおそらく変更

第19サイト：*rata* は *dharma* に変化

- ベーダ法の時代は次第に終焉
- 大宇宙的な秩序から小宇宙的な秩序へのシフト

- *rita* は不可視となり, *dharma* へと移行
- *dharma* 自身がその意味を変更 超・多元的構造へ
- 支柱は大宇宙的な秩序と結合 (*rita* をも包含する)
 - 第1の正しいベーダの儀礼行為 — ついであらゆるタイプの儀礼的行為
 - そして家庭内における儀礼をも含むあらゆるタイプの正しい行為
 - *rita* から *dharma* への移行=コーナー1からコーナー2へのシフト

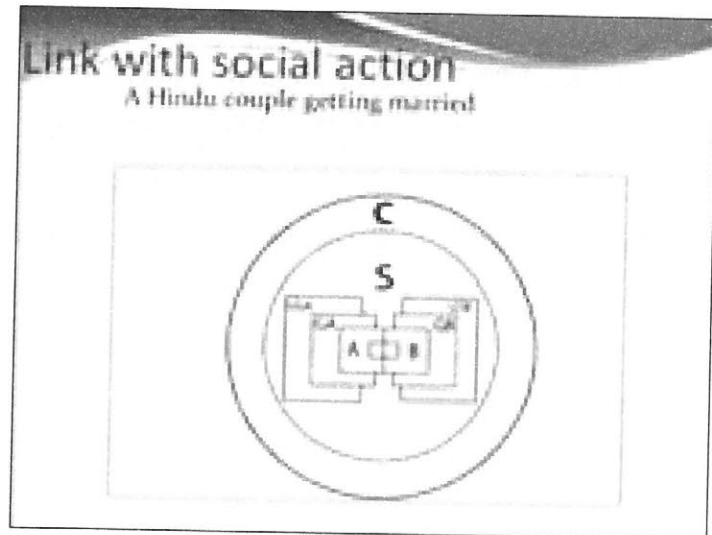
第20サイト：哲学への焦点の移行 ギリシャとの近似性？

- ギリシャにおいて；*themis* から *nomos* へ ストア学派
紀元前1000年頃から *Brāhmanas/ Āranyakas/ Upanishads*
紀元前500年？
 - なお *shruti* もしくは *śruti* としてしばしば分類=[啓示された]=神の？
 - 洗練された神話 解釈と説明=深遠なる哲学の起源 [=聞かれた=人定法にむけたシフト]
- それらはなお概念であり哲学である；これらは千葉のいう「法前提」！
- それらは常により明確なる「ヒンドゥー法」へと洗練されていく
- キー概念はここでも；相互関連性=絶対的な個別の自律は存在しない=常に半自律的

第21サイト：図版

社会的行為とのリンク

ヒンドゥーのカップルが婚姻



第22サイト：*dharma* の概念の精錬 社会的行為へのシフト

- 紀元前700年頃 紀元後400年にむけて新たな文献
Olivelle (2009) はこの時期を「形成期」と呼んでいる

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

sūtra: つまり「脅威」(‘thread’) = *dharma* のアウトライン ここにおいても「超・多元性」; 4タイプ

shrautasūtras: アップデートされたベータの供儀の詳細

grihyasūtras: 現在は家の中で行われる家庭内の儀礼

dharmasūtras: *dharma* のルール = 正しい行い 個々人の行為/義務に集中

śulvāsātras: 精神的な諸要素, 天文学

vastuśāstra: 正しい度量法

- なお相互に関連しているがいまやかなりに世俗化

第23サイト: ドラマと文献

- 主要テーマ; *dharma* のディレンマ
- おそらく選択に関する問題
- 古代ギリシャのドラマのようである
- 紀元前500年頃からかなり後, 今日においても TV において; 叙事詩文献; ドラマ, 叙事詩的な戦争物語 = 模範的な行動の叙述 = *dharma* に関する教訓; *Mahābhārata* と *Rāmāyana*

第24サイト: The *Dharmaśāstras*

- 紀元前500年頃から紀元後400年 *Dharmaśāstras* あるいは *Dharmashastras*
Olivelle (2009) 「形成期」 Menski (2003) ‘classical Hindu law’ = 概念上想定された時期 = 歴史的な現実ではない = 完全なる秩序に関する定義可能な段階は存在しない = 多元主義, 流動性, オーバーラップする概念
- *Dharmaśāstras* あるいは *Dharmashastras* は *dharma* に関するガイドライン
極めて多数のテキスト存在 = 相当の多元性
同じテキスト内における多重性を有するテキストで矛盾も存在
第一義的には法律書ではなくガイダンス
現在では明確に *smṛiti* (「記憶された」知識)

第25サイト: マヌ法典 (*Manusmṛiti*) をわれわれはいかに読むのか?

- 最も重要なテキスト
Mānavadharmasāstra = *Manusmṛiti* もしくは *Manusmṛti*
- マヌはナポレオン (法典) ではない しかし社会におけるさまざまな議論を精練した

うえで反映

Arvind Sharma (2012) *How to read the Manusmriti?* テキスト間の相互関係と多元性について叙述

- 問題；たとえば、女性は自らの財産を有することができるか？
一判例法体系とは何なのか？

第26サイト：しかしながら；深刻なる問題 実証主義による汚染

- あらゆるテキストのなかであるひとつのテキストが最も重要であると考えられている
Mānavadharmasāstra=*Manusmriti* もしくは *Manusmrti*
現在においても「マヌ法典」(‘Manu’s Code’) として売られている！
- 何が起こったのか？ ローマ法の影響か？
- コーナー3の実証主義的な視点を引き継ぎ、いまや他のコーナーを無視する傾向にある
- なぜ？ どのようにして？ ヘンリー・メイン卿を非難するか？

第27サイト：文献形成期以後の時代

- いまだに正確な時期は判明していないが、紀元前500年頃か？
- より多くの著者の名が存在し、もはやかれらは神話上の人物ではない
- 注釈文献 なぜそのようなものが著されたのか？
- 一定の重要な論点を時代に合致するようにするためか？ 論点の明確化？
- ムスリムの支配とキリスト教の脅威＝新たな多元主義の出現
- すべてのメジャーなテキストに関するさまざまな大注釈書は、多くの失われたテキストに言及
- マヌ法典に関する *Medhātithi* が重要である

第28サイト：2つのメジャーな新しいテキスト：*Mitakshara*

- 重要な *dharmasāstra*；*Yājñavalkyasmṛiti* 著名な注釈書；*Mitaksharā* 1120-25年頃
(ベンガル／アッサム以外では権威書)
- ヒンドゥーの結合家族と財産法に関するルール 男性メンバーによる共同所有，概して平等な変動する持分 男性は生得権を獲得（2005年からは女性も） 相続は生存者による＝変動する取り分
- ヒンドゥーの結合家族

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

—死亡した3世代；父の父とさらに2世代

—生存している4世代； F Father S Son SS Son's son

SSS Son's son's son

第29サイト：2つのメジャーなテキスト：*Dayabhāga*

- 相続法と財産に関する重要な独立した文献 1120-25年頃
- *Dāyabhāga*（ベンガル／アッサム語による）
- ローマ法の諸原理に従う＝父がすべての財産を所有し、相続は父が死亡した時のみ発生＝しかし国家はまだ存在しない 社会のなかでの発展！ これは現在では「適切な意味での法」か？
- 明確に英国の後の思考法

第30サイト：中世のヒンドゥー法 大いなる混乱か？

- 多くのサンスクリット語のテキストがあり、大半は翻訳されていない
- 1100-1700年頃の膨大なコレクション存在
- *nibandhas* すなわちダイジェスト
- *smṛiti* の膨大なコレクション 実際には実用的に使用することは極めて困難 あまりにも不体裁
- ほとんど権威は有しない というのは、そこからいかなることがらも論証可能 それでは「権威」と確実性は何処にあるのか？

第31サイト：確実性の探求における英国の介入

- 1700年 *Bālabhāṭṭi* 英国によって命じられたサンスクリット語によるダイジェスト それはあまりにも複雑なゆえに実用的に使用することは困難
- 1790年 *dharmasāstra* そのものを著す努力が英国によってなされる Colebrooke, H. T (1798) *Digest of Hindu Law on Contracts and Succession.*

第32サイト：コミュニケーションの消滅

- Colebrooke の道具概念は、法の状況依存性をほとんど理解していない決定権者の手に委ねられた
- 公式書；‘Panditji, what is the law’
- The *pandit* は *smṛiti* と *dharma* を参照して回答
- すべての状況と事例は異なる＝文化相互的なコミュニケーションは消滅＝「翻訳のな

かに消失」

第33サイト：アングローヒンドゥー法へのシフト

- 制定法と判例の強調＝植民地的介入 ただしヒンドゥーとムスリムの属人法の尊重は家族法のなかに生きている
- 1772年 Warren Hastings による宣言＝ムスリム法とヒンドゥー法の適用を保障
- 1850年 *Caste Disabilities Removal Act* ＝人々が改宗した場合相続に関する属人法に介入＝世俗権力の介入
- 1856 *Hindu Widows' Remarriage Act* ＝ヒンドゥー社会において公認されている社会的に有害なもののチェック

第34サイト：植民地のインド

- 財産法に関わることがらに介入は集中
- 1937年 *Hindu Women's Right to Property Act* ＝ヒンドゥーの寡婦の財産権の強化
- 1937 *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act* ＝ムスリムは地方のヒンドゥーベースの慣習ではなく、ムスリム法によって統治されることが規定
- 1939 *Dissolution of Muslim Marriages Act* ＝ムスリムの妻に離婚請求権付与 ＝婚姻から逃れるためにイスラムを放棄することを阻止

第35サイト：インドにおける近代のヒンドゥー法改革

- 1947年8月14,15日 インド/パキスタン独立
- 植民地法体系は維持＝法的妥当性なし＝カイトは飛び続けている
- インド・パキスタン双方ともその多数派の法の改革に集中
- インドでは；ヒンドゥー法＝法の統一の試み
- シーク、仏教そしてジャイナはヒンドゥーに包含される
- もともとのヒンドゥー法典に関するプロジェクト＝包括的法典化 [Maine !]
- インド人によって強く拒否される 1955年と56年に4つの個別法
- 1955年；*Hindu Marriage Act*＝近代国家による法制定＝妥協は困難＝多元性への着目＝法の限界
- 多くの慣習法の法典化＝制定法の形式による慣習法, s.7 HMA
- 1956年 *Hindu Succession Act*
- 1956年 *Hindu Adoptions and Maintenance Act*

- 1956年 *Hindu Minority and Guardianship Act*

第36サイト：統一化の動向？ Section 2 HMA1955

- 2. 本法の適用

(1) 本法は以下の者に対して適用する—

- (a) いかなる形態であれすべてのヒンドゥー教徒に適用する。ヒンドゥー教には、Virashaiva, Lingayat あるいは Brahmo, Prarthana, Arya Samaj の信者を含む。
- (b) 仏教、ジャイナ教およびシーク教のすべての信者
- (c) ムスリム、キリスト教徒、パーシー教徒、あるいはユダヤ教徒でない者で、本法の効力が及ぶ地域に居住する他のすべての人々。ただし、当該の人々がヒンドゥー法もしくはヒンドゥー法の一部としての慣習、慣行によって統治されてきていないということが証明されない限りにおいて（仮に本法が制定されていない場合には適用されたであろうすべてのことがらに関して）本法が適用される。

付説；以下の人々はヒンドゥー、仏教、ジャイナ、シークの教徒である。

- (a) 嫡出、非嫡出にかかわらず、両親がともにヒンドゥー、仏教、ジャイナ、シークの教徒であるこども
- (b) 嫡出、非嫡出にかかわらず、片親がヒンドゥー、仏教、ジャイナ、シークの教徒であり、かつ、その両親が属する部族、コミュニティ、グループもしくは家族のメンバーとして成長したこども
- (c) ヒンドゥー、仏教、ジャイナ、シークに改宗もしくは再改宗したすべての者

第37サイト：「慣習」の扱い

Section 3 *Hindu Marriage Act*, 1955

3. 定 義

本法では他の規定がない限り—

- (a) 「慣習」(‘custom’) もしくは「慣行」(‘usage’) という用語は、長期にわたって継続的、統一的に従われ、あらゆる地方、部族、コミュニティ、グループもしくは家族において法の効力を獲得したルールを意味する：
そのルールは明確で非合理的もしくは公共政策に反しないこと、および、家族にのみ適用されるルールの場合には当該家族によって廃棄されていないこと、の2点を条件とする；

第38サイト：実質的な改革の性質 新しいボトルに古いワインを注ぐ（1）

Section 7 *Hindu Marriage Act*, 1955

S. 7. Ceremonies for a Hindu marriage: -

- (1) ヒンドゥー式婚姻はいずれかの婚姻当事者の慣習的典礼と儀式に従って行う
- (2) そのような典礼と儀式が *saptapadi* (すなわち聖なる火の前に新郎新婦が共同で7つのステップを踏むこと) を含む場合、その7ステップが完了した時に婚姻は有効となる

第39サイト：実質的な改革の性質：新しいボトルに古いワインを注ぐ（2）

Section 29 *Hindu Marriage Act*, 1955

29. Savings ;

- (1) 本法施行前にヒンドゥー教徒同士で挙げられた婚姻で他の無効となる原因のない婚姻は、当該当事者が同じ *gotra* あるいは *pravara* に属しているか、もしくは異なった宗教、カーストもしくは同じカースト内の下部単位に属しているという事実のみでは無効とみなされてはならず、また無効でもない。
- (2) 本法に規定されていないいかなることも、慣習によって承認された権利、あるいは本法施行以前、以後のいずれに挙式されたかにかかわらず、ヒンドゥー式婚姻を解消するための特別の規定によって付与された権利に影響を及ぼすものとみなされてはならない。 (3) …… (略) (4) …… (略)

第40サイト：ヒンドゥー法は破棄され得るか？

- ヒンドゥー法の正式な破棄の試み；

1975 *Kerala Joint Hindu Family System (Abolition) Act*

- 社会主義政府によって (チュートリアル 1 ; 中国, 1950年参照)

- さらなる改革

1976 *Marriage Laws (Amendment) Act*

1982 *Marriage Laws (Amendment) Bill*=廃案

- ヒンドゥー法の領域では1980年代以降重大な新法は制定されていない
- ただし例外； *Hindu (Succession) Amendment Act*, 2004 =娘に生得の権利を付与する
=いまやコーナー 4 が導入されたことを意味するのか？

第41サイト：多元的なアイデンティティの微調整（1）

- 1950年憲法第44条は統一民法典を示唆している；
44. 市民のための統一民法典—
「国家はインドの全領域に渡る統一民法典を市民に保障するように努めなければならない。」
＝統一的な法集権主義的統制（total legocentric control）の夢あるいはより良い国民国家形成の夢か？
＝2001年以降に新たな意味を獲得!!
＝属人法（personal law）が将来のインドで保障される

第42サイト：多元的なアイデンティティの微調整（2）

- 1973年 *Criminal Procedure Code*, section 125 :
インディラ・ガンジー＝モンスター
＝「妻」は「離婚した妻」を含むように再定義＝社会的な福祉＝インディラ・ガンディーのスローガン； *garibi hatao*＝‘slumdog law’ (Menski, 2010)
- 1985年 *Shah Bano Case*, AIR 1985 SC 495 暴動によって生み出された統一民法典の要求
- 1986年 *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act*
国家はムスリムの要求に屈服したように思われる＝政治化されたゴシップ！
- 1995年インドの最高裁は統一民法典を要求
1996年にインド政府は立法化を拒否
- 2001年最高裁判決： *Danial Latifi*, AIR 2001 SC 3958
ムスリムの属人法を適用する合法的地域を承認
インドのマジョリティの属人法としてのヒन्दゥー法の将来もまた保障

第43サイト：多元的なインドに未来はあるのか？

- 2001年の9.11 から2週間後にインド法の重要な再構成が行われた； *Danial Latifi v. Union of India*, AIR 2001 SC 3958, さらに 2001 (7) SCC 740 15年間の遅延の後に判決
- *Shah Bano* 事件判決は正しい法を明示しており、かつムスリムの属人法はインド法の一部であると判示
- 暴動は起きなかった！ したがって；2日後に

—キリスト教の離婚法の重大なる改正（調和化）

—生活維持費の500ルピーという上限を引き上げ

=新たなモンスター？

- 2003年インドの最高裁はとりわけムスリムに対する無法状況と対抗するために *rājadharma* に言及

=これは多元主義という「ダーティーなことば」(‘dirty word’) に言及することなしに法多元主義を意味する法典用語！

= *hindutva* 政治 = ‘Hinduness’ —しかしわれわれの目には入らない (blind) !

第44サイト：法の新たな意味

- したがって、「統一民法典」がインドにおいて何を意味するかについて新たな理解を有しているか？
- われわれは2001年以後に、法的な統一ということに対する新たな、本質的に多元化された理解を有しているように思われる
- =属人法のハーモナイゼーションの進行 = pop = plurality of pluralities
- 国家による統制がかぶさっているが、コーナー 1 と 2 は世俗的な枠組みのもとで保護されている
- ヒンドゥー法はインドにおいては文化および法として保障されている
- 強力な非国家法への集中 — *Entstaatlichung*
- 実証主義化ではない = *Verstaatlichung*

第45サイト：ヒンドゥー法の用語 重複的な7つの側面における秩序だった宇宙

- ヒンドゥー法体系の年代記的な連続性：

(i) 紀元前1500年頃から紀元後800年頃 *rita/rta*

ベーダ、前古典期, *pre-dharmashāstric*, 宇宙的な自己完結的秩序 = 伝統的な HL

(ii) 紀元後800年頃から400年頃？ 古典的な HL *dharmā*

概念として、現実問題ではない 古典的, *dharmashāstric*

= 古代の「理想化された自己統制的秩序」の時代

= 「形成期」で (iii) (iv) と重複する

第46サイト：*Danda* と *vyavahāra*

- (iii) 紀元後600年頃から500年頃

ポスト古典期のヒンドゥー法 *danda*

自己統制的な秩序は崩壊

＝抑止を目的とする処罰の威嚇による「支えられた自己統制」（‘assisted self-control’）

＝ムチ， *vāgdanda* たりうる＝社会的な批判

＝ *danda* 自身多元的

(iv) 紀元後500年頃から1700年頃

＝(iii)と重複 *vyavahāra*

• *post-dharmashāstric* そして中世 安定したプロセスとしての紛争解決に集中

＝強欲漢の利己主義から守るための不服申し立てのメカニズム

第47サイト：植民地統治による介入

(v) 1700年頃から1947年 Anglo-Hindu law

• ‘bogus’ (Derett)

— Anglo-Indian の普遍的な制定法と先例に依拠する判例法システムの共存

錯誤に関する重大なる問題ととくに証拠 救済；JEGC

＝正義，エクイティおよび良心

これらはいかなる法体系でもありうる，たとえばローマ法

第48サイト：独立したインド法

(vi) 近代のインド法

• 1947年以降，近代インド法体系の一部 属人法の法典化

＝制定法の形式での公式法

• 植民地的なささえがしばらく継続

• 1970年代なかばまでで徐々に拒否 その以前；

• 社会工学の道具としての法（‘law as a tool of social engineering’）

＝改革に特化 法と発展のイデオロギー

＝直線的で進化論的な論者がむしろ不正義を導く

第49サイト：近代の国家集権的ヒンドゥー法

• 属人法を法典化の形式に直したが完全ではない

• 平等を約束するがどこにも平等は存在しない

- 1975-77年の危機 「インドの母」 = *rājā* としてのインディラ・ガンジー
- また同時にモンスター、独裁者
- ‘shark rule’ について国民に教訓を与える
- スローガン； *garibi hatao!* 貧困撲滅！
- 大衆を強化するための憲法改正 私的利益を凌駕する利益

第50サイト：ポストモダンのヒンドゥー法

(vii) ポストコロニアルあるいはポストモダン？

- 古い秩序の概念をリサイクルするための意識的な試み
= 「世俗の」法的枠組み 「等距離」の意味か？ = 「法の限界」の承認
= すべての宗教の平等な取り扱いの保障 = とてつもない挑戦
- しかし；たんなるヒンドゥー国家でないことは確か
- また神聖政治でないことも確実；理論的には不可能

第51サイト：ディアスポラとしてのヒンドゥー法？

(viii) 今日われわれは世界中でヒンドゥー法のさまざまな形態の再構成を目の当たりにしている

- 3千万人のディアスポラのインド人
- いくつかの国はその半数がインド人
- フィジー (Fiji), トリニダード (Trinidad), スリナム (Suriname), グアヤナ (Guayana) 東および南アフリカ
- UK；「生ける法」としての *angrezi dharma*
- 極めて興味深い法的諸問題が現れている

第52サイト：覚えておかなければいけないターム

- *śruti or shruti* 「聞き取られた」(想像上の) 知識もしくは真理；神によって啓示された；聖なる原典によって受容されている；しかし唯一ではない=拡散=多元的=権威を欠いている
- *smṛti or smṛiti* 「記憶された」知識もしくは真理；古代にいかにも「聞き取られていたか」ということの収集=人間の根源 (human source) から受容；
- *rta or rita* 自然法, 普遍的秩序, したがって真理でもある
cf. Allott's LAW, 小宇宙的な次元が強調

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

- *dharma* ヒンドゥー法の中心概念；*rita* から生まれる；個人に関わるすべての小宇宙の秩序；したがって義務，正しさ，＝特定の時と所における実践的な適用

4-3-2 第2講義：伝統的なヒンドゥー法の形成期と形成のプロセス，キー概念（11月2日）

第1スライド：本日の講義の構成

1. キー概念の修正；*rita*, *satya*, *dharma*, *karma* =初期のヒンドゥーの自然法，聖なる法と世俗的な法
2. 「古典的な」ヒンドゥー法の社会＝法的なキー概念たる *dharma*
3. テキストの役割と解釈者（「法律家」）と法と権力の源泉としてのそれらテキストの利用者
4. ‘pop’としての *danda* と *vyavahāra* の概念
5. ヒンドゥー法の法源としての慣習の中心的な役割

第2スライド：覚えておかなければいけないターム

- *śruti* or *shruti* 「聞き取られた」（想像上の）知識もしくは真理；神によって啓示された；聖なる原典によって受容されている；しかし唯一ではない＝拡散＝多元的＝権威を欠いている
- *smṛti* or *smṛiti* 「記憶された」知識もしくは真理；古代にいか「聞き取られていたか」ということの収集＝人間の根源から受容；
- *ṛta* or *rita* 自然法，普遍的秩序，したがって真理でもある
cf. Allott's LAW, 小宇宙的な次元が強調
- *dharma* ヒンドゥー法の中心概念；*rita* から生まれる；個人に関わるすべての小宇宙の秩序；したがって義務，正しさ，＝特定の時とところにおける実践的な適用

第3スライド：キー概念

1. インドの初期の自然法の2つの構成要素
ṛta あるいは *rita*＝大宇宙的な秩序，不可視の真理 宗教的
satya＝可視の真理 世俗的
2. 社会＝法的概念にむけたシフト
(a) *dharma* は儀礼的な「サポート」の観念からスタート＝ベーダの儀礼が全体秩序

(Order) と個々の秩序 (oder) を結びつける *karman*

(b) ついで小宇宙的な秩序へシフト 義務 (*duty*)

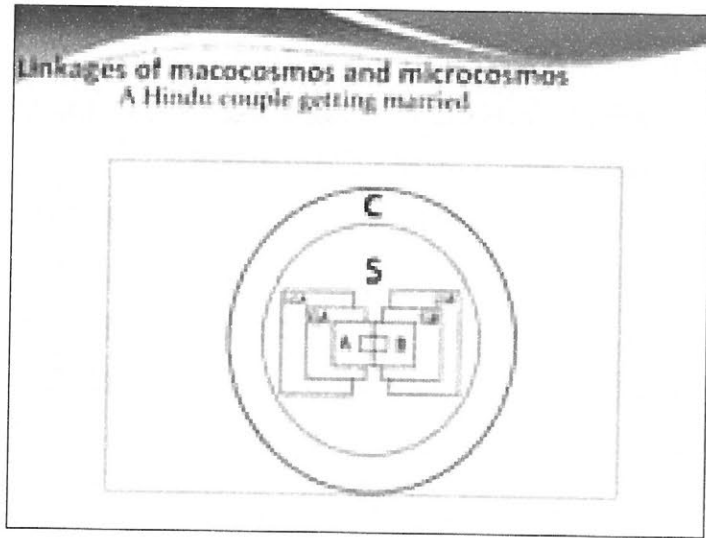
すべての人にとっていかなる時にも正しいことを行うべしという義務になる

=初期の社会=法的アプローチ

=もうひとつの文化依存的な「正しい法」?

第4スライド：図版

大宇宙と小宇宙のつながり
ヒンドゥーのカップルが婚姻



第5スライド：国家はまったく不在というわけではない

- 初期段階での実証主義のあらわれ
- 供儀者の役割 元来はより私的なもの
- 資金提供/援助のもとでのベーダの儀礼 公共的役割をになうようになる
- ヒンドゥーの支配者 (*rājā*) はこの体系をサポートする義務有り
 - =徐々に *rājadharma* という概念成立
 - =世俗化 (secularisation) とヒンドゥー化 (Hinduisation) が同時進行
 - =もうひとつの複雑な文化的プロセス

第6スライド：古代の対立 さらに強い多元主義?

- 常に内面的, 外面的なさまざまなことばによる会話が存在 ベーダ/ブラフマンの諸概念は決して自己完結していないので, すべてのことがらは問題とされ/挑戦された
- ベーダのインド人のさまざまな信条 異端, 論争
- 多くの非インド人と部族 *dasyu*, *dāsa*
- ジャイナ教—Tirthankara—役割モデルへの集中
- 仏教—ブッダ 「正しい道」 ('right path') の観念 *dhamma*

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

- 諸外国による占領と影響　ギリシャ（紀元前3世紀から）、キリスト教徒、ムスリム（紀元後700年頃から）を含む

第7スライド：ベーダの信条体系の衰退

- ベーダの儀礼体系が破棄される　神々は供犠を受けないままに空腹の状態に放置される
- 司祭／専門家は新たな仕事を見出すことが必要
　　家庭内の司祭となる　婚姻に特化　寺院の司祭が出現　*bhakti*=祈禱師
　　地主／農民　料理人—儀礼の純化
- *Dharmashāstra* のテキストはこのような事態を語っている
　　考察せよ；このようなことは、重大なる恐れ、不安定、テロが非常に顕著になっている今日のシナリオと比較することが可能か？ [ニーチェによって] 神々は死んだと宣言されて以降、人間は墮落し、信条は敬虔なる希望を提供するが、しかし他にはないのか？　カオスの恐怖はよく知られている

第8スライド：救済？　儀礼中心から日常の「行為」へのシフト

- ベーダの体系は徐々に放棄されていく
- 信条が衰退し、ベーダの儀礼的行為からつぎのものへとその強調点を明確にシフトさせる
　　—適切な理解／正しい知識
　　—日々の正しい行為
- 大宇宙的な秩序から小宇宙の秩序へ＝つまり、カイトモデルの社会のコーナーへ
- 部分的な *Grundnorm* へのシフト＝アイデンティティの変化
　　体系はより特殊に「ヒンドゥー」化
- すると、「ヒンドゥー」をいかに定義するのか？

第9スライド：*rita* から *dharma* へ　連結性の支柱

- 帰結として、キータームの *dharma* 自身もまたその意味が変化
　　—小宇宙的な秩序へとリンクする支柱（いまや *rita* をカバーする）
　　まず、正しいベーダの儀礼的行為　ついで、あらゆるタイプの儀礼的行為　新たな家庭内の儀礼を含む

=ritaから *dharma* への移行

- *Dharma*
- 千葉の法規則と法前提を結びつける！
- 常に明確なる「ヒンドゥー」となるように調整されているか？
- キーとなる概念はここでも相互連関的である 半自律的=連結性

第10スライド：*dharma* の精錬 社会的な行為へのシフト

紀元前700年頃から紀元後400年にかけて

- 新たな文献；*sūtra* テキスト；=「威嚇」/ガイドライン 主要なタイプ
- *grihyasūtras* 家庭内の儀礼 家庭内における行為
dharmasūtras *dharma* のルール 正しい日常の行為 個人の行為/義務に焦点
- 叙事詩的な文献；*dharma* の記述
Mahābhārata *Rāmāyana*

第11スライド：*Dharmaśāstras*

紀元前500年頃から紀元後400年にかけて

- *Dharmaśāstras* もしくは *Dharmashastras*
= *smṛiti*； 記憶された知識もしくは真理 *dharma* のガイドライン 多くのテキスト存在
- 法書ではない たんなる実証主義化への傾向
- ひとつのテキストが最も重要
Mānavadharmasāstra=*Manusmṛiti* あるいは *Manusmṛiti*
今日においても「マヌ法典」として販売！（Olivelle, 2009）

第12スライド：さらにふたつの本質的に多元的なキーターム

- 紀元前600年頃から紀元後500年 「古典後期ヒンドゥー法」（‘late classical Hindu law’）
あるいは、「ポスト古典」（‘post-classical’）か？
- *danda*=ムチ 抑止的な処罰で威嚇 処罰のためのムチ
「ムチ」は口語たりうるので *vāgdanda* と呼ばれる 「厳しい叱責」（‘tongue-lashing’），社会的批判 *danda*もまたそれ自身が多元的な現象

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

- 自己統制された秩序が獲得されねばならないということを想起させる
- 自己統制された理念的な *dharma* の概念は消失=悪人
=抑止的な処罰の威嚇によって「支えられた自己統制」(‘assisted self-control’)
- カオスは避けられねばならない=*mātsyanyāya*=「強欲漢のルール」(‘shark rule’)
- 「悪い時代」(‘bad age’) の概念; *kaliyuga*

第13スライド: *dharma* に関する疑問の除去 *vyavahāra*

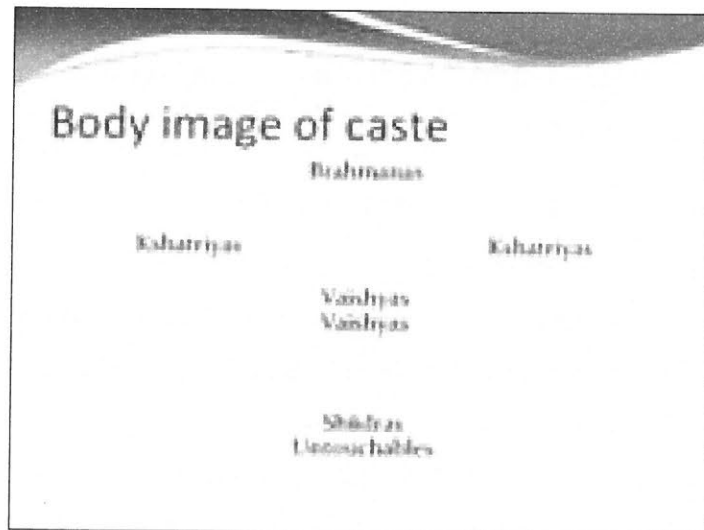
- テキスト上の源泉は *danda* と重複
=後期もしくは「ポスト *dharmashāstric*」期
- *vyavahāra*
=常設的なプロセスとしての紛争解決の^なに^がしかの形態, 方法
- 不可視のメンタルなプロセスでもありうる!
=はたして何が行うべき「正しい」ことなのかを自らに問うこと
=非公式的および/もしくは公式のプロセスによって *dharma* のなかみを確定すること
- 紛争解決に焦点を当てる
=利己主義への備えとしての不服申し立てのメカニズム
=ここでも「強欲漢のルール」の排除—*mātsyanyāya*
文献; Menski (2007); ‘On vyavahara’ (BLE で)
- 社会の秩序づけと規範性への新たな着目
- *varna* 古典的なカーストシステム; 「色」, 人種に依拠
違いを同定 差別
jāti とは区別 また英語の ‘caste’ と異なる 「サブカースト」(‘sub-caste’), 地域ごとのグルーピング
- 4つのカースト 相互連関性 共生性 生体のイメージ;
Brahmanas あるいは *Brahmins*; 司祭, 教師, 農民, 料理人
Ksatriyas あるいは *Kshatriyas*; 国王, 統治者, 村の長
- これら2つのグループ間での権力闘争; 自然法と社会=法的小および/もしくは実証主義との対抗

第15スライド：下位のランク

- *Vaisyas* あるいは *Vaishyas*
= 「庶民」, 農民, 商人, 職工
- *Śūdras* あるいは *shudras*
= 下位の職工, 労働者, 召使, など
- 不可触選民 (untouchables) 固有のシステムは存在しない
主に社会また部族の下位の *shudra* 層
- マハトマ・ガンジーはかれらを *harijians* と呼んだ
- 今日では; *dalits* と呼ばれる 多数ゆえに大きな力を有している
- その他; 外国人は *mleccha* = 'barbarians'

第16スライド：図版

カーストの生体のイメージ



第17スライド：ヒンドゥー法 理想的な人生

- ヒンドゥーの自然法と自己統制的な秩序 = カイトモデルのコーナー 1 と 2 の補充 / 実現
- *dharma* は身分の不平等あるいは異なった身分に関する洗練されたシステムを創造し維持
原理上は, たとえあらゆるものの創造のひとつの源があるとしても, すべての人々は相互に異なっている
- 常に個人とさまざまな形態の社会の根底的な緊張 (家族, クラン, カースト, 村)
コーナー 1 とコーナー 2 およびコーナー 2 の内部での緊張
- ヒンドゥー法における区分は, 他の法体系にも存在するような性や年齢を基礎として

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

存在するだけでなく、人生の諸段階 (stages of life) に関する洗練されたシステムをも見出す それは *varna* 体系における分類を強化している

第18スライド：*varnāśramadharmā*

- 各人のカースト (*varna*) と人生の段階 (*āśrama*) に対応する *dharm*
- インド人はどのようにして、各人の生涯を通じて変化する役割とそれに応じた義務を把握するのかに関する理想的なモデル
=再度；「正しい法」の観念
- すべての人は異なっている、したがって平等である というのはすべての人を拘束するひとつの規範は存在しないからである
=このことは平等 (equality) よりもむしろ公平 (equity) を帰結する
- ヒンドゥー法は統一性よりも多様性を評価する
=法的な統一性はそれ自体としては (legal uniformity *per se*) ヒンドゥー法において価値を有していない！

第19スライド：人生の理想的なバランス

- *Varnāśramadharmā*
=各人のカースト (*varna*) と人生の段階 (*āśrama*) に対応する *dharm*
=すべての場合において究極の目的は、*dharmā* の4つの側面のあいだでの適切なバランス
Dharma ここでは；精神上のメリット *Artha* 富や権力の獲得
Kāma 愛と情愛 *Moksha* 究極的な救済

第20スライド：ヒンドゥーの理論における4つのステージ (1)

- *āshrama*；ステージ1とステージ2
 - 1 *Brahmacarya*；生徒、学生のステージ
dharmā：勉学と純潔に集中；セックス禁止！
 - 2 *Gārhashtya*；既婚の男性／家長のステージ
grihastha=ヒンドゥーの家長
dharmā：子孫と富を築くことに集中；社会における義務；=*artha* 世俗的な
kāma：強制的なセックス？

第21スライド：ヒンドゥーの理論における4つのステージ（2）

• *āshrama*；ステージ3とステージ4

3 *vānaprasthya*＝「退いた」人のステージ

vanaprastha＝隠者 森に住む＝社会の周辺

dharma： *artha* より *dharma* に集中＝*moksha* への関心のはじまり

4 *samnyāsa*＝世捨て人のステージ

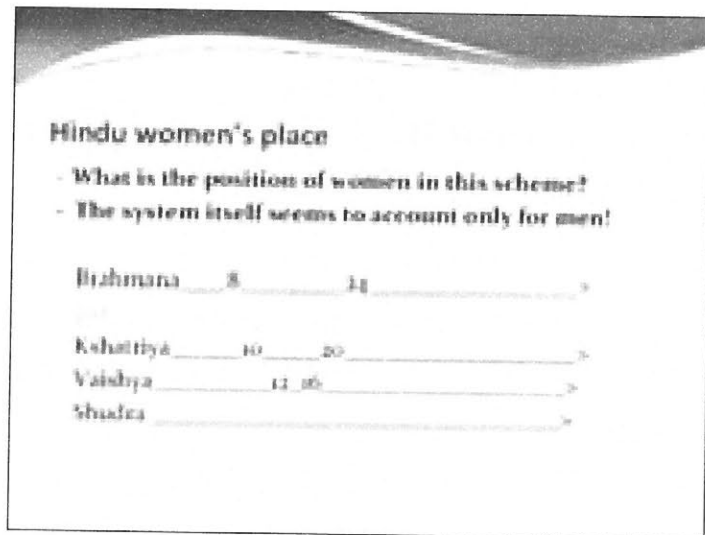
samnyāsin あるいは *sannyāsi*＝禁欲

dharma： *moksha* と死に集中；社会からの離脱；「良き死」（‘good death’）への導き

第22スライド：図版

ヒンドゥーにおける女性の
位置

- このような人生設計において女性の地位は？
- その体系は男性のためのみに見える！



第23スライド：概念的な概観

- したがって；サンスクリット語においては「法」を意味する単語は存在しない
- それではわれわれが研究するものはないのか？
そうではない、むしろ；古来から多くの法的な概念が存在していた
- 確かなことは；ヒンドゥー法は（他のアジア、アフリカの法と同じく）国家法としてはスタートしていない
＝実証主義のアプローチではなく、社会＝法的アプローチにシフトしていく自然法を起源とする
- 実定法は悪法でもありうるという認識はギリシャ人のアプローチに由来する

第24スライド：キーターム

rta/rita = 秩序—大宇宙的な先在するもの

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

dharma = 秩序—小宇宙的で個人に着目

danda = 処罰のムチ, 応報の威嚇, *dharma* を強化することへの抑止

vyavahāra = *dharma* に関する疑問を分類する 紛争解決のプロセス 法的プロセス, 訴訟

qanun さまざまな形態の国家法=公式法

第25スライド：古典的なテキストの実例 法とはなにか？ という問いへのガイドライン

Āpastambadharmasūtra (Bühler, 1975)

1.1.1 「その行為は、(法を知る者の) 合意 [*samaya*] によって確定されたものとして、日常生活に関する慣習を形成する理非 (merit) [*dharma*] を生み出すものであることを宣言する。 [*dharma*]

1.1.2 (これらの義務 [*dharma*] の) 権威の源泉は法を知る者たちが合意したということである。

第26スライド：翻訳を通しての実定化

Āpastambadharmasūtra (Bühler, 1975)

1.1.4 「4つのカースト (が存在する) —*Brāhmanas*, *Kshatriyas*, *Vaishyas* および *Shūdras*]

1.1.5 「これらのうちで各々の先行する (カースト) がそれに続くカーストに、生まれによって優位する。」

=このテキストは「法を定立している」(‘lay down the law’) のかそれとも事実を記述しているのか？

=この階層づけは社会工学的なものなのか？

=人は等しい程度にあらゆる身体的器官を必要とするのか？

- 一致した意見はない；人はたんにその定められた地位に生まれるのか あるいはそれとも、人はその行いによって地位が上昇したり下降したりしうるのか？
- 身分的な要因として非暴力や菜食主義が結びついている

第27スライド：法的権威の構成

Manusmṛiti 1.1 (Bühler (1975): The Laws of Manu)

1. 「偉大なステージが冷静なる精神を有するマヌに近づいたが、ステージはかれを賞

賛し [あるいは；相互に会釈した後に]、つぎのようにのべた。」

2. 「もったいなくも聖なる方は、われわれに明確かつしかるべき手順で（4つの主な）各々のカーストに属する各人に聖なる法 [*dharma*] を宣明してくださる。」
- マヌは神なのかあるいは碩学の学者なのか、あるいはトップの「法律家」なのか？
 - 一体何がかれにこの権威を与えたのか？
 - かれは神でもナポレオンでもない！ かれのテキストには矛盾が含まれている；テキストの交互性 (Sharma, 2012)

第28スライド：*dharma* を自然と結びつける（1）

Āpastamba Dharmasūtra (Bühler, 1975) 1.1.19

「彼（師）は、バラモン（祭官階層の者）を春に、クシャトリヤ（王族階層の者）を夏に、ヴァイシャ（庶民階層の者）を秋に入門させるべきである。バラモンを受胎後8年目に、クシャトリヤを受胎後11年目に、ヴァイシャを受胎後12年目に [入門させるべきである]。』

= 状況に応じたもので *lex humana*

= 中国法と対比可能

第29スライド：*dharma* を自然と結びつける（2）

Āśvalāyana Grihyasūtra 1.4.1

「太陽が北行する期間（春分から秋分）に、月が満ちる半月（新月から満月）に、吉祥な星宿（月が吉祥な星に入る日）に、[生後3年目に子供の] 髪を剃る儀式、[ヴェーダ学習のために師に] 入門する儀式、[16の歳に] 髪と髭を除去する儀式、結婚式が [行われるべきである]。』

- 中国法；秋季巡回裁判 (Autumn Assizes)，犯罪者の処刑は春ではなく秋に

第30スライド：さらによりローカルで儀礼に関する多様性

Āśvalāyana Grhyasūtra

4.2 「ある（教師）によると婚姻はいつでも（執り行われることが可能である）」

1.4.3 「これらの [儀式の] 前に、溶かしバターによる四度の献供を行なうべきである。」

1.4.4 「アグニ（火）よ、[われらの] 命を浄化せよ」にはじまる3つ [の詩節] と、
「プラジャーパティ（生類の主）よ、汝の他に誰もいない」にはじまる [詩節] ととも

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

に [献供すべきである]。]

第31スライド：儀礼の多様性（続き）

Aśvalāyana Grhyasūtra

1.4.5 「あるいは、聖語とともに [献供すべきである]。]

1.4.6 「ある学匠たちによれば、両者いっしょに（詩節と聖語とともに）[献供すべきである]。]

1.4.7 「ある学匠たちによれば、どの献供も [行うべきで] ない。」

1.4.8 「結婚式では、「汝はアリヤマンである」と [いう詩節とともに] 第4の [献供] を [行なうべきである]。]

第32スライド：慣習の顕著な役割

Aśvalāyana Grhyasūtra 1.7.1-2

1 「いまは極めて多彩な（さまざまな）国の慣習と（さまざまな）村の慣習が存在する；それらの慣習は結婚式において従われなければならない。」

2 「しかしながら、何が共通して受容されているのか、その点について以下で言及する。」

第33スライド：正しい結果を獲得するために必要な儀礼の正確さ

Aśvalāyana Grhyasūtra 1.7.3

- 「火の西側にマイルストーンを置き、（火の）北東にウォーターポットを置いて、彼女はかれを捕捉しておく一方で、かれは供儀を行わなければならない。かれは顔を西に向けて立ち、彼女は座して顔を東に向けて、かれは（決まり文句を）唱えなければならない。『わたしは幸福を求めてあなたの手を握ります』そして、男のこどもだけを欲するのであれば彼女の親指を掴む；」

1.7.4 「(もしかれが) 女の (こどもを) を望むのであれば彼女のそのほかの指を……」

第34スライド：7歩の儀礼 (saptapadi)

Aśvalāyana Grhyasūtra 1.7.19

- 「そしてかれは北東の方向へつぎの（ことばを）唱えつつ7歩進むように仕向ける。『活力のために1歩、元気のために2歩、富のために3歩、快適のために4歩、子孫のために5歩、四季のために6歩を。そして友人のために7歩を。あなたが私を愛し

ますように。長生きする多くの息子を得られることができますように!』

第35スライド：「正しい法」の発見 *dharma* を論じる (1)

- 課題；インド人はいかにして、なすべき正しいことがらいいかえると「正しい法」= *dharma* を発見するのか？

Manusmṛti 2.6 (Bühler, 1975) *The Laws of Manu*. [ここでも「法」というラベルは適切ではないことに注意]

- 全ヴェーダは聖なる法 (*dharma*) の (第1の) 源泉である ついで伝統 (*smṛiti*) と (ヴェーダに関する) 知識を有する人々の有徳なる行為、および聖なる人々の慣習 (*ācāra*)、そして (最後に) 自らの満足である

第36スライド：*dharma* を論じる (2)

- ここでも再度用いるのは多様な意味を有する 'pop'

- *śruti*

=ヴェーダとつぎの文献

- *smṛiti*

=「記憶された」真理 (と学識ある人々、つまり *śruti* および/もしくは *smṛiti* の専門家の行為)；

- *sadācāra*

sat=良い, 真の (*satya*) =世俗的な価値

=すべての良き振る舞い, すなわち良き人々のモデル, あるいは学問の指導者か?
あるいは社会の? あるいはひとつの家族や貴族のグループ? また「良き慣習」?

- *ātmanastushti*

=自我を満足させるのは何なのか [学識ある] 個人の良心か?

そうとすれば; だれもが自らの法を作り出すことができるか?

第37スライド：*dharma* を論じる (3)

- それでは人々はどうのようにして *dharma* を解釈するのか?

Doniger (1991); Menski (2003: 125 ff.); Olivelle (2000; 2005); Menski (2006: 215-217) 参照

- Earlier Lingat (1973: 6-8)

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

＝疑いもなくトップから最下層まで、法の源泉のヒエラルヒーがここでは与えられている

＝しかしこれらは日々の法的な実践において現実的であるのか？

＝テキストの専門家の役割はどの程度果たされるか

＝インドの人々（個人）は何らかの裁量や役割を有しているのか

- つまり、どの程度にインドの人々（個人）は法の「生成」にコミットしているのか？

第38スライド：dharma を論じる（4）

- 実践において、つまり「生ける法」においてはインド人はその秩序に背いている

1. *ātmanastushti*

＝良心を確かめること ＝紛争解決の不可視のプロセスで9割方解決する

2. *sadāocāra*

＝貴族のグループや家族の良き振る舞いを真似ること

＝良き人々のモデル 学識ある人々でありうるが、たんにある人の家族もしくは貴族のグループでもありうる

3. *smṛiti*

＝「記憶された」真理＝*smṛiti* テキスト あるいは、学識ある人々やテキストの専門家の模範的振る舞い

4. *śruti*

＝ベータとそれに続く文献

第39スライド：実証主義者の反論（1）

- Lingat (1973: 6) フランス法教授

「しかし仮に『内面的な満足』（‘inner contentment’）——良心が満たされるという言い方よりもこの表現を用いる——が真に *dharma* の源であるとすれば——人間にとって外在的な権威を有する源に従いつつ——それは、極めて適切にここに位置づけられたものとしての印象を与えるものではない。」

第40スライド：実証主義の反論（2）

- したがって Lingat (1973: 7) はもちろん個人の良心を排除し、つぎのように結論づけている；「ベータと伝統、そして『良き慣習』を法的な議論のなかで理解するという意味において、それらは法源である。……前二者は文字で表された法源であり、最後

のものは不文の法源である。」

- これは実証主義者の再解釈か？

第41スライド：ヒンドゥーの「生ける法」

- この実証主義者の解釈は厳格すぎであって、個々の働き＝公理や知覚＝カイトモデルのコーナー1を排除している
- 自分は正しいことを行っていると自ら納得するための技法としての *Ātmanastushti* は、たんに慣習あるいは宗教的な権威に従うことのみのものであるのではない
- それは個々の選択と働きに対して、「正しい法」を発見することを試みさせ、導きを与えている
- ヒンドゥーの「生ける法」は状況規定的で文化依存的である
- それは決定的に重要な法の形態である

第42スライド：ヒンドゥーの支配者／国家の役割

- それではヒンドゥーの国家法はどのように位置づけられるのか？
- われわれはすでに、それが存在しないと言うことはあやまりである、とのべている
- 神々と同様にヒンドゥーの *rājā* は *dharma* に服している
＝しかしかれは事実絶対的な支配者たりえない！ 理想化された地位であるが、現実
は異なっている
- 悪しき支配者、暴君は合法的に殺害可能である 一同じく中国、アフリカにおいても
ムスリム法ではアッラーの裁定に服する

第43スライド：ヒンドゥーの支配者の2つの機能

- ヒンドゥーの *rājā* とその義務＝*rājadharma*
 1. 外部からの攻撃に対して自己の領域に居住する人々を守ること
 2. 自己統制的な秩序を強化することで領域内の秩序を維持すること
＝人民に対して立法すること、および彼らに統一的な行動をとらせることはヒ
ンドゥーの支配者の仕事ではない
＝分析法学の手法はここでは機能しない
- 現在のヒンドゥー法およびインド法をも含む、このことの大きな含意；売春、強盗、
屠殺
＝法の限界に関する問題は偏在する

第44スライド：初期の立法？

- これはたんに立法のように見えるにすぎない 実際には道徳的/倫理的な導きである
=コーナー 1
- ではなぜ現在のわれわれ（WE）はこれを立法として読むのか？ その理由は、われわれが実証主義者だからである！
- 紀元前320年頃からの有名な仏教徒の国王たる Aśoka が初期の事例とされている
- Nikam, N.A. and Richard McKeon: *The Edicts of Asoka*. Bombay, 1959: 42-3:
注；これは緩やかな監督のもとで自己統制的な秩序を維持していたことの事例 明らかに理想化されている

第45スライド：Rock Edict XI King Priyadarsi (=Aśoka) のことば

「*Dharma* という贈り物に匹敵する贈り物はない—*Dharma* にもとづいて人間関係を確立すること、*Dharma* を通じての富の配分、*Dharma* における血族関係 この贈り物はずぎのものから成り立っている 奴隷と召使の適切なる扱い、父母への従順、友人、知人、親族、司祭への寛大さ、質素、動物屠殺の節制、等々 父、息子、兄弟、主人、友人、知人、あるいは隣人さえ「これは理非曲直である。これは行われなければならない。」というべきである 人がこのように行為するならば、*Dharma* の贈り物としてこの世での幸福とあの世における無上の価値を獲得する。」
=理想化されたアイデンティティ法原理，コーナー 3ではなくコーナー 1！

第46スライド：理想化された秩序の崩壊 人間は悪！（People are bad!!）

- 後期古典期のヒンドゥー法への移行（紀元後200年あるいはそれよりも以前？）
- *dharma* が廃れて以来、秩序維持が確保されるためのメカニズムを統制する必要がある；=支えられた自己統制
- *yuga* 理論；徐々に基準が退廃
- 4つの時代もしくは *yugas*: *kritayuga* あるいは *satyayuga* (=黄金時代)；*tretayuga*；*dvāparayuga*；
- 現在は *kajiyuga* つまり最悪の時代で *dharma* の雄牛は1本脚！
- カオスを避けるために新たな概念を導入＝「魚のルール」（‘rule of fish’）（*mātsyanyāya*）
- ツール；*danda*＝「罰するためのムチ」，処罰の威嚇 *vyavahāra*—すべての紛争解決形式 「訴訟」ではない

第47スライド：秩序崩壊に関するテキスト

- *Brhaspatismṛiti* 1.1. Jolly, Julius (1977: 277)
- 「以前は人々は極めて有徳で悪の傾向を避けてきた。いまは貪欲と悪意がかれらを支配しているので、司法的な手続き [というよりは紛争解決プロセス] (*vyavahāra*) が確立された。」

注；実証主義的な翻訳

第48スライド：*vyavahāra dharma* の探求

- *Nāradaśmṛiti* 1.1-2. Jolly, Julius (tr.). *The Minor Law Books*. New Delhi, 1977: 5
ここでも；「裁判」(‘lawsuit’) の実証主義的な解釈に着目
- 1.1 「人間がその義務のみを全うし常に正直であれば、裁判 (*vyavahāra*) や嫌悪、そして利己心も存在しない。」
- 1.2 「義務 (*dharma*) を果たすことが人間のあいだで死滅してしまったので、裁判 (*vyavahāra*) が導入された；そして支配者が裁判 (*vyavahāra*) を決するように指名された、というのはいはれは処罰する権威を有しているから。」

第49スライド：このテキストを異なったかたちで読む／翻訳することは可能か？

- Menski (2007) ‘On *Vyavahāra*’:
 - 1.1 「人々が *dharma* に従い、常に真理を語るならば、紛争解決 (dispute settlement) (*vyavahāra*) や嫌悪、そして利己心も存在しない。」
 - 1.2 「義務 (*dharma*) を果たすことが人間のあいだで死滅してしまったので、紛争解決 (*vyavahāra*) が必要となった；そして権威ある人物がものごとを決する (decide matter) (*vyavahāra*) ために指名された、というのはいはれは処罰する権威を有しているから。」

第50スライド：*vyavahāra* のテキスト

- *Nāradaśmṛiti* 1.10-11 (tr. Jolly)；さらに Funk (1988: 178, 185) 参照
- *dharma*, *vyavahāra*, *caritra* and *rājasāsana* は紛争解決 (lawsuit) の4本の脚
順番があとのものが先のものに優位
- 徳 (virtue; *dharma*) は真理にもとづいている；司法的な手続き (*vyavahāra*) は証人の証言に依拠している；宣言に (もとづく) 慣習は成文化；王の布告は国王の意思による

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

- 再度、注；支配者たちは司法官を派遣するが、かれらがそのトップを占めている 詩句自身はまったく明瞭ではないが、*dharma* はそれでも自己統制的な秩序を意味するのか？

その詩句は著者によって極めて異なった意味で翻訳／解釈されてきている 「世俗的な法」が生み出されることができるということを意味するのか？ 王法を正当化一法を作る？ しかし；*dharma* の限界

第51スライド：*danda*（1）

- *Manusmriti* (tr. Bühler) 7.18-19
- 自己統制的な秩序づけを改良する手段として抑止（deterrence）を明確に描いている
- 18. 「処罰のみがすべての被造物を統治する 処罰のみが彼らを守る 処罰は彼らが眠っている時にも見守っている；賢者は処罰 [の脅威] を法 [*dharma*]（と等価物として）宣言」
- 19. 「かりに（処罰が）熟慮の後に適切に科されたならば、すべての人々を幸福にする；しかし熟慮しないで科されたならば、それはすべてを破壊する。」
＝適切なる処罰は犯された犯罪に相応しいものでなければならない
＝中国法に類似

第52スライド：*danda*（2）：ポスト古典期のヒンドゥー法

- *Manusmriti* (tr. Bühler) 7.20 カオスについて
- 20. 「もし国王が処罰に値する者たちに倦むことなく処罰を科さないとすれば、網の上の魚のように（fish on a spit）強いものが弱いものを炙るであろう。」
- 21. 「カラスが供儀されたケーキを喰らい、犬は供儀された食べ物を舐め、所有権が誰の手元にも残っていないとすれば、下位のものが上位のもの（の地位を篡奪）するであろう。」
- 22. 「罪のない人を見出すのは困難であるゆえに、全世界は処罰によって秩序が保たれている。処罰の脅威によって全世界は（それが保持している）享楽を提供」
＝理想主義を放棄した新しい哲学
＝ポスト後期/古典期のヒンドゥー法（Menski, 2003: 107-20）

第53スライド：ヒンドゥーの国王/裁判官としての支配者

Nāradaśmṛiti 1.7

集団 (*kula*), 団体 (*śreni*), 集会 (*gana*), 国王によって任命された者, そして国王自身

訴訟 (*vyavahāra*) に裁決を下す権限を付与されている。そしてこれらのうちで順位があとのものが先のものに優位している

＝さまざまなレベルで委託された裁判権が可能

＝「分節化された国家」('segmentary state') (Ingalls) における脱中心化

—中国の法と秩序とパラレル

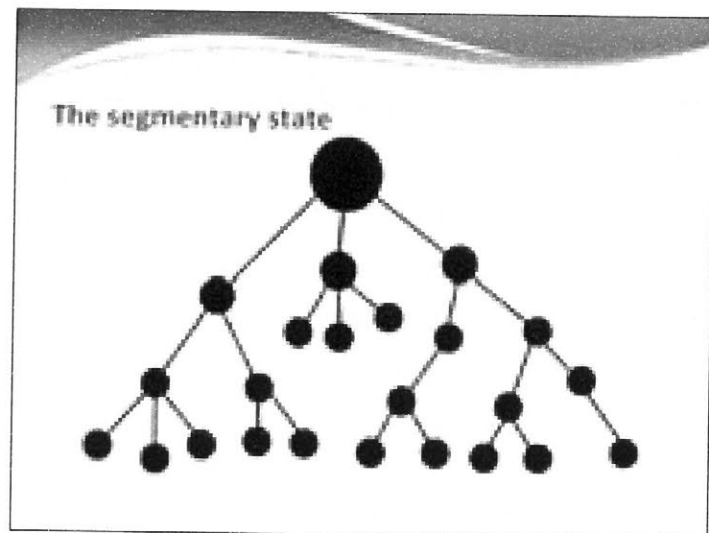
＝紛争解決における権限委譲

第54スライド：*dharma* の召使としてのヒンドゥーの支配者

- ヒンドゥーの国王/リーダーは人々の慣習とルール体系を尊重しなければならない
＝*dharma* の召使にすぎない
- 証拠；人々の日常生活に関するルールを制定したヒンドゥー法の立法は存在しない
(＝ルールは主としてカイトモデルの社会のコーナー2から生まれてくる)
- ヒンドゥーの支配者は法的な任務や執行に関わる有効なる行為に関する規定（第二次的ルール）を定立する権威を有している。たとえば証拠法＝コーナー3
- ケース（事件）が「レポート」('reported') / 収集されるとしても、先例システムは展開されることはできない。というのは正義 (*nyaya* もしくは *yukti*) はすべての個別の事件の事実と背景を委細に検討することを最終的に求めるからである
＝すべての事件は異なっていて、それぞれ固有の内容を有している

第55スライド：図版

分節的国家



第56スライド：ヒンドゥー法における慣習の役割（1）

- 慣習の重要性は国家法の事実上の欠如から生じる
- 「慣習が国王」（‘custom is king’）ということを示すテキストに多くの証拠が存在
Menski (1992) ‘The role of custom in Hindu law’, Menski (2003: 121-30)
- 事例； *Āsvalāyana-Grihyasūtra* 1.7.1-2:
さまざまな国や村で従われているさまざまな事例が存在；たとえば「人々は婚姻において慣習に従わなければならない。しかしながら、はたして何がすべてのものしくは大部分の人々にとって共通しているのかについてはそれぞれにおいて宣言されなければならない。」
- *Āpastamba-Grihyasūtra* 1.7.1-2
「人々はいかなる手続きが（婚姻において）慣習に従って守られなければならないかを（年老いた）婦人から聞かなければならない。」
＝テキストの権威は限定的であるということをテキスト自身が語っている

第57スライド：ヒンドゥー法における慣習（2）

- G. Jha (1930) *Hindu law in its sources*, p. 11
「われわれはまず第一に地域の慣習を考察しなければならない。人々は各自の地域における確立された方法に従って振舞わなければならない。」
- *Kautilya’s Arthashāstra* (tr. Kangle) 3.7.40
「地域やカースト、団体や村の慣習がいかなるものであれ、かれ [支配者] はその慣習のみに従って相続法を執行しなければならない。」

第58スライド：ヒンドゥー法における慣習（3）

Manusmṛiti (tr. Bühler) における慣習

- 2.6 「ベータ全体が（第1の）*dharma* の源泉であり、ついで伝統と（ベータなどに関する）知識を有する人々のさまざまな行為、そしてさらに聖人の慣習、（最後に）自らの確信である。」
- 2.12 ベータ、聖なる伝統、有徳な人々の慣習、そして自らの確信、これらが聖なる法 [*dharma*] を明らかにするための4つの明確なる手段であると宣言

第59スライド：ヒンドゥー法における慣習（4）

Custom in the Manusmṛiti (tr. Bühler)

2.18 「通常の（記憶にない時代からの）*相続において、（4つの主要な）カーストとその国の混合（人種）のあいだで引き継がれてきた慣習が、有徳な人々の振る舞いと呼ばれる。」

* 翻訳者の解釈；かれは明らかにイギリス法を念頭においている！

8.41 「*dharma* を知っている（国王は）カーストの法（*jati*）、地域の法、ギルドの法、そして家族の法を探求し（たうえで）、各々の個別の法を確定しなければならない。」

第60スライド：ヒンドゥー法の慣習（5）

Custom in the Manusmriti (tr. Bühler):

8.42 「それぞれの職業に従い固有の義務を守っている者は、かりに人々とは離れて暮らしていても彼らにとって貴重な存在となる。」

8.46 「有徳の人々や法 [*dharma*] に身を捧げている、2度生まれ変わる人々によって実践されていることから、これらのことがらが——さまざまな国や家族、カースト（の慣習）(*jati*) に反しないならば*——法として確立されなければならない。」

* 再度、サンスクリット語のテキストは「法」ということばを用いているのではなくて、*aviruddham* である = 「反しない」場合には、支配者はまずは地方の実践を尊重しなければならない

第61スライド：ヒンドゥー法における慣習（6）

- ローマ法におけるように、新たな領土を征服したというコンテクストに関しては
Manusmriti 7.203
- 「以前からそうであったように、（住民たち）の合法的な（慣習）に権威を与え、（新たな国王）とかれの主な召使を高価な贈り物を与えて尊重せよ。」

第62スライド：ヒンドゥー法における慣習（7）

- さらなる証拠

古代インドの政治学の貴重なハンドブックたるカウティリヤの *Arthashāstra* [Kangle, R. P. (1972). *The Kautiliya Arthasastra. Part II: English Translation. Bombay.* 参照]

注；しばしば「世俗法」として誤読されている より優れた見解；*artha* は *dharma* のサブカ

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

テゴリーである

Diwan, Paras (1984) *Customary Law*. Chandigarh, 2nd ed.

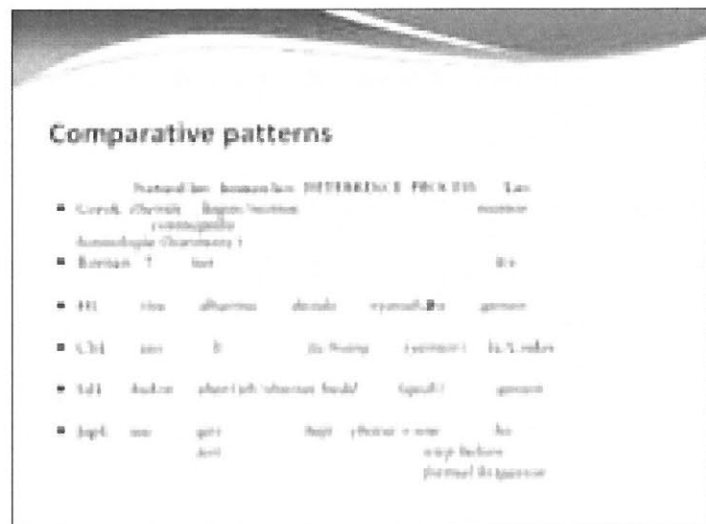
Roy, S. (1911) *Customs and Customary Law in British India*. Calcutta.

第63スライド：ヒンドゥー法の古典的な分類

- これらはさまざまな *dharma* 概念のサブカテゴリー
- これは法のみならず人生のあらゆる側面をカバーしている＝生き方に関する包括的なルールを示すことに注意
- いわゆる訴訟の18タイトルもしくは「市民法のトピック」を含む [依然として； *vyavahāra*]
- 債務、利息あるいは高利、保証を含む；供託；所有者以外の人物による売買；共同事業；贈与物の非引渡し；主人・召使の関係；給与の不払い；牧夫と牛の所有者の争い；グループの仲間のあいだでの取り決めの違反；購入の撤回；境界争い；言葉による侵害；肉体的侵害；窃盗；破壊，暴力；強姦と両性間の不適切な性的関係；夫婦間関係，婚姻上の義務；養子と子孫を含めた家産の分割，である。

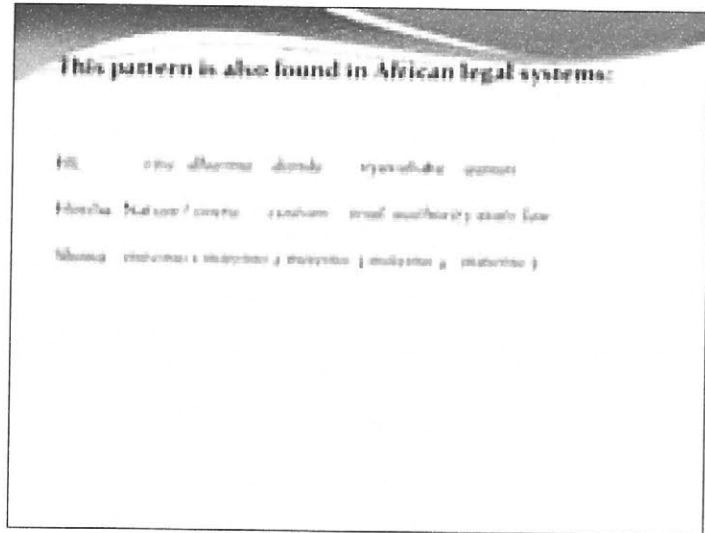
第64スライド：図版

比較のパターン



第65スライド：図版

このパターンはアフリカの
法体系においても見出され
る



第66スライド：さらなる参考文献

- Davis, Donald R. Jr (2004) *The Boundaries of Hindu Law. Tradition, Custom and Politics in Medieval Kerala.* Torino: Fondazione CRT.
- Menski, W. (2007) 'On vyavahāra'. *Indologica Taurinensia*, 33, pp. 123-47 BLE
=多元性に着目するローカルな操縦とますます多元化——「グローバル化する」法的環境というのではなく——するヒンドゥー法との交流の引き続きの必要性を強調
- Lubin, Timothy, Donald R. Davis Jr. and Jayanth K. Krishnan (eds.) (2010) *Hinduism and Law. An introduction.*

ここで採用した分類が諸君にとって有意義であればこれらの文献をチェックせよ

4-3-3 第3講義：植民地化された近代的なヒンドゥー法 *Dharma* の国家法化 (11月16日)

第1スライド：本日の講義のいくつかの論点

1. インドにおけるムスリムのルールへの影響とヒンドゥー法からのアクション
2. 植民地化の影響、とりわけアングロヒンドゥー法 (Anglo-Hindu law) とアングロインド法 (Anglo-Indian laws) の出現
3. 1947年のインド独立以降のヒンドゥー法の展開
4. ヒンドゥー法のインド社会での役割と影響の評価

第2スライド：主要な問題（1）

- 「伝統的な」ヒンドゥー法が主に自己統制的な秩序づけ（self-controlled ordering）と、ダイナミックでしばしばインフォーマルな様式での *dharma* の発見であるとするならば、国家、とりわけ非・ヒンドゥー国家が法の運用に関わるようになったことで、これらのことは変化したか？
- 典型的なヒンドゥー法の脱国家法化（*Entstaatlichung*）から実定化／世俗化された国家法化（*Verstaatlichung*）へのシフトは存在したか？

第3スライド：主要な問題（2）

- 形式と実質に関わる問題；
 - これらは構造の問題なのか機能の問題なのか、あるいは両者の結合か
 - さらに国家法と国家介入にむけた漸次的シフトはたんなる形式的なものか、あるいは実質をもともなうものであるか
 - 近代のヒンドゥー法は基本的には、いまなお存在しているハートの言う「第一次ルール」か、あるいはいまより「第二次的ルール」に近いものか
 - インド人もまた（千葉正士の言う）「アメーバ」構造を有するか

第4スライド：形成期以後のテキスト

- 「形成期」および *hastras* と *sutras* の時代以降もテキストの正確なる成立日時は不明であるが、著名な著書が次第にあらわれてくる
- サンスクリット語による大部の注釈文献が一定の論点をアップデートし、問題を明確化しているが、それはたんに「法律家」によって分かりにくくされているだけなのか？
- 大注釈書は多くの失われたテキストに言及
- これはなお脱国家法化ではない = この「暗黒」時代を無視しても問題はない

第5スライド：中世のヒンドゥー法 多元的で機能不全に陥った混沌

- 多くの新しいサンスクリットのテキスト 大半は翻訳されていない
- 膨大な *smriti* の収集、1100年から1700年の頃
- *Nibandhas* すなわちダイジェスト；
大半が実用には使用不可能で、権威はほとんどない
- 事実上、それらからいかなることがらも論証することが可能！

濫用されがちで、カオスに導く？

- 無視するのが最良か？ あるいは、そのエッセンスを醸造できるか？

第6スライド：2つの受け入れられた主要なテキスト（1120-25年頃）

- *Mitāksharā*

Yājñavalkyasmṛiti の注釈

ヒンドゥーの結合家族と財産法，男子の持分，共同分割，生存にもとづく変動的な分け前

税制上の理由で後にイギリス人によって特権化＝植民地下での使用と実証主義化

- *Dāyabhāga*

相続に関する独立の著作（ベンガル語／アッサム語）ローマ法の原理に従っている
＝父が財産を所有し，その死によって相続開始

財産法に特化＝世俗的であるがなお相互に関連している

第7スライド：新たな（最上階の）法の層 (layer)

- 伝統的なヒンドゥー法からムスリム期への移行

—この時点でわれわれはイスラム法についていかなることを知る必要があるか

—アラビアで610年頃以降に展開されたイスラム

—預言者ムハンマドが632年死亡 かれの死によって新たな啓示ストップ

—以前からキリスト教徒，ユダヤ教徒，ゾロアスター教徒（パーシー）の商人が交易のためにインドに來訪していた

—陸上・海上ルートの国際的な貿易—ムスリムは交易者として船で南インドに來訪

—後に他の人々が侵略者として北インドに侵入—徐々により広い領土を取得=支配者

第8スライド：ムスリムによる支配の出現

- 700年頃から北西インドへムスリム侵略

- 北部は Hanafi Sunnis, 南部は Shafi'is が侵略

- ムスリムの支配は1100年以降より強固となる

- 1206年からは Delhi Sultanate の支配下に

- ムスリムの少数の支配層エリートプラス地方の改宗者

- 宗教間紛争という大きな政治問題 強制的改宗？

- ヒンドゥー，ジャイナと仏教の寺院は破壊されたか？ しかり，しかしながら……

第9スライド：多元主義者の共存

- 最近の研究によると；新しい首都たる Delhi は初期のコスモポリタンな中心となる (Aquil, 2008) Lahore またのちには Dhaka も
- 多くのムスリムの支配者は巧みな文化の操縦者 (skilled cultural navigators) なので、インド人が関わる事件を裁決する際にはすすんでヒンドゥー法を適用
- ヒンドゥー法はムスリム支配下で維持
- 非ムスリムへのアプローチに依拠するという個々の支配者の政策
- ときにはリベラルであり、またときにはより厳格でもある 著名なりベラルな支配者としての Akbar

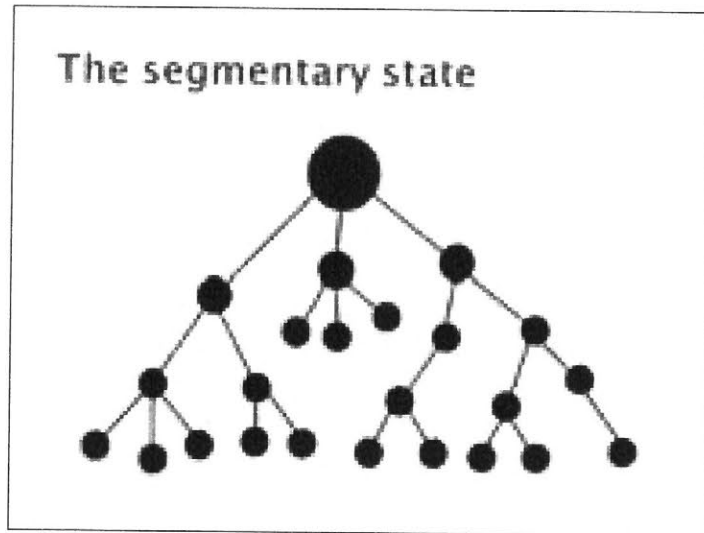
第10スライド：属人法による政治

- したがって、「属人法」(‘personal law’) 体系 (タイプ3の法) は英国人によって生み出されたものではない それはすでにかなり以前から存在
- ヒンドゥー支配者のもとで存在しており、いまやムスリム支配下でも維持
- それはフーカーがいうように (Hooke, 1975) 「隷属的なシステム」ではない
- ムスリムの支配は主に都市において直接的支配
- 地方のヒンドゥーの支配者たちはムスリムの優越性のもとで権力の座についていた
- ヒンドゥーの自然法とヒンドゥーのアイデンティティもまた生き続け、地方的な慣習としてあらわれた

第11スライド：「分節的」国家

- 中国におけるようにインド帝国は決して完全に統一はされていない
- 伝統的なインドの国家は「分節的国家」(‘segmentary state’) の形態をとった＝脱国家化の証拠
- 格言； *dilli bahut dur hai* = デリーは遙か彼方！
- 大半の場合上級の支配者とは直接的コンタクトは存在しない
- ヒンドゥーの価値システムと地方の慣習規範の調和は至る所にあらわれている
＝国家法に集中するのではなく多元的なハイブリッド
＝千葉の意味で明確な「公式法」はまったく存在しない
注；千葉の3層モデルでも実証主義の過程に依拠しすぎている；公式法と非公式法の境界
- いまや、紛争解決が形式化するにつれて、テキストにおけるルールと慣習的規範のあいだの緊張関係が増大

第12スライド：図版
分節的国家

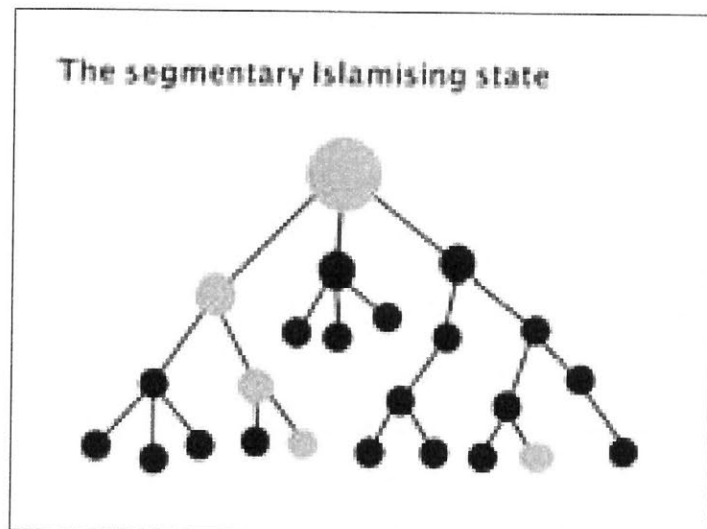


第13スライド：ムスリム支配下のヒンドゥー法

- タイプ3の法体系が作動
- ムスリム (Moghul/Mughal) の至上性のもとでのヒンドゥー法の持続
- ヒンドゥー法はなお属人法体系として維持
- 一般法への着目は主として刑法と税金徴収において展開
- 「緩やかな国家」 ('soft state'), 「分節的国家」 (Ingalls, 1957)

文献；Menski (20039 : 152-6 ; Menski (2006) : 237-9

第14スライド：図版
分節的なイスラム化された
国家



第15スライド：反対の力 ヒンドゥーの擁護

- さまざまなヒンドゥー法保存の試み

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

- ヒンドゥー支配者によるダイジェスト (*nibandhas*) の収集
- 大規模な編纂 しかし使用は限定的
- 争いの解決のためにヒンドゥーのテキストを適用する試み
- そのようなテキストの使用を通じたヒンドゥー法の実証主義化にむけた動向
- テキストにおける法に関する言明の分類

vidhi 禁止命令

arthavāda 事例の記述 = 「先例」と *obiter dictum*

- われわれはこのことを国家法化の試みと読むことができるか？

第16スライド：流産に終わった *mīmāṃsā* の実証主義化

- *mīmāṃsā* 学派へのインパクト
- ベーダの自然法を現れつつある人定法 (human law) と調和させるための哲学的な試み (Francavilla, 2007)
- ベーダのルーツに依拠して神の啓示としてのベーダの至高性を擁護するためのフォーマルな試み
- 啓示に依拠するということはおそらくはイスラムをモデルとするもの
- 実際にはこのことは *smṛiti* に結びつくものとして慣習を正当化
- ヒンドゥー法の「伝統」への回帰にとってはまちがいに成功ではなかった
- ヒンドゥー法は現実には成文化された法 (book law) というよりは慣習による法体系となり、テキストは明らかに重要性を喪失
- 脱国家法化の動向は継続 さらなる非国家法化 (non-state law)
- *śāstric* のテキストのフォーマルな展開もまた継続
多元主義的なハイブリッド化 まったく混乱したカオス状況

第17スライド：アングロヒンドゥー法の出現

- 最良のイントロダクション

Derrett (1963) *Introduction to Modern Hindu Law*, first chapters

Derrett (1968) *Religion, Law and the State in India*, chapters 8 & 9

Derrett (1976-77) *Essays in Classical and Modern Hindu Law*. Vol. III, Leiden. ;

この書物のイントロダクションは非常に優れている 近代のインドが現在いかにしてアングロインド法とアングロヒンドゥー法を拒否しているかを示している

(チュートリアル1, テキスト7-9も参照)

Menski (2003) 第4, 5章 Menski (2006); 239-49

第18スライド：コロニアリズムへの夢遊病的移行 (sleepwalking)

- 1600年の東印度会社の国王勅許状
- 当初は交易と経済的利益に着目
- 1698年東印度会社が地方を統治；ベンガル地方の3つの村の支配者 (*zamindar*)
- 1765年 *diwani* 権獲得；東印度会社が Moghus のもとで地方統治者 (local authority) となる
- 二頭政治の問題化＝二元的支配，忠誠の分断化
- 地方の法を執行する緊急の必要性を惹起
- しかしいずれの法を執行するのか？

第19スライド：インドにおける英国の存在

- 第一の問題
言語と文化横断的なコミュニケーション
- いずれの言語といずれの法で？
- 法の執行ではなく交易に着目
- 法律家はコミットしておらず，ビジネス関係の人々
- 東印度会社の被用者は貿易商
- 他国の植民地支配者との競争；オランダ，フランス，そしてとくにポルトガル
- もともとは，裁判所に依拠する法ではなく，インフォーマルな地方的な商業にかかわる仲裁
- 当初，裁判所はローマ法とポルトガル法を適用

第20スライド：テキストを誤って法典として解釈 現在においても同様

- Richard Lariviere (Vol. 2, 1989: ix) によって翻訳された *Nāradaśmṛiti* 以来，今日においても，ヒンドゥー法の本質に関する根本的に誤った理解

「*Nāradaśmṛiti* はサンスクリット語の法律文献の集成 (corpus) としてユニークである。それは真に法的な性質を有する (purely juridical) 法的な格言の唯一のオリジナルな集成である。……

……そのテキストが19世紀後半にヨーロッパの法学者にも入手可能になると，彼らの反応は共通していた。すなわち，ここにはそのスタイルと内容，構造に関して

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

ローマの最良の法伝統と比較しうるテキストが存在する。」

＝これは近代の実証主義的な読み方であって、それは誤りであり明らかにメインのアプローチによって影響を受けたもの

第21スライド：なぜこれが誤った理解なのか？

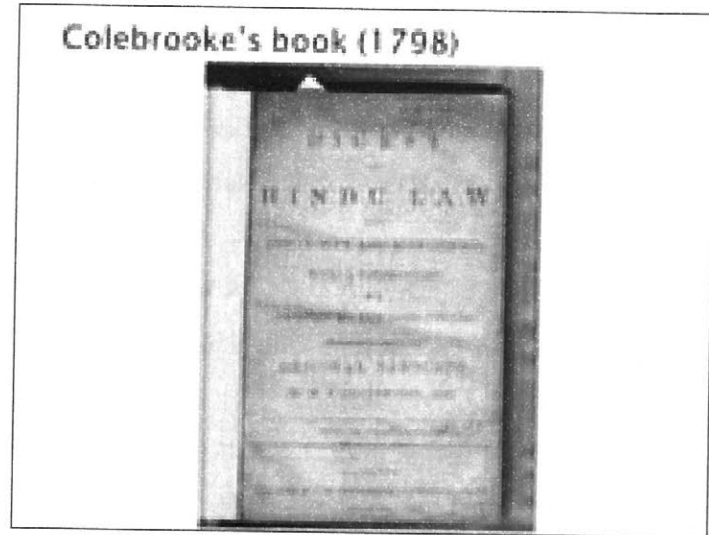
- Lariviere などの学者は極めて実証主義的なフォーマルな構造のみを評価
- この方法は特定の文化的コンテキスト／価値を評価しない
- 南アジアの法伝統、とくに自然法に関する証拠を否定する
- 古代の‘pop’構造を見落としている
- テキストにおける本質的な多元性と多音声（polyphony）を見落としている
- 「相違」（Legrand）の理解と評価を鈍らせている
＝ヒンドゥー法の精神（*mentalité*）を誤って表現 それを実証主義者は問題としない
- 第一次的には自己統制的な秩序；カイトモデルにおける自然法＋社会＝法的コーナー
- Keralaにおける地方的なヒンドゥー法の展開 Davies (2003) 参照
- フォーマルな法もそこには存在する しかしそれは日常的なツールとしてではなく、セーフティネットとして
- このことは近代のインドで現在においても妥当するか？

第22スライド：テキストの扱いと学者（*pandit*） 実証主義化

- 英国人はヒンドゥー法を理解可能にしようと試み、またいくつかのサンスクリット語のテキスト編纂も命じた
1700年 *Balambhatti*—しかし実用としては使えなかった！
- 英国の学者や行政官でサンスクリット語を学ぶ者もいた；たとえばウィリアム・ジョーンズ（William Jones）卿、「オリエンタリスト」（‘Orientalist’）
- 1789年 Colebrook の *Digest of Hindu Law on Contracts and Succession*
サンスクリットの書物の英訳版 しかしこれも実用としては使用不可！

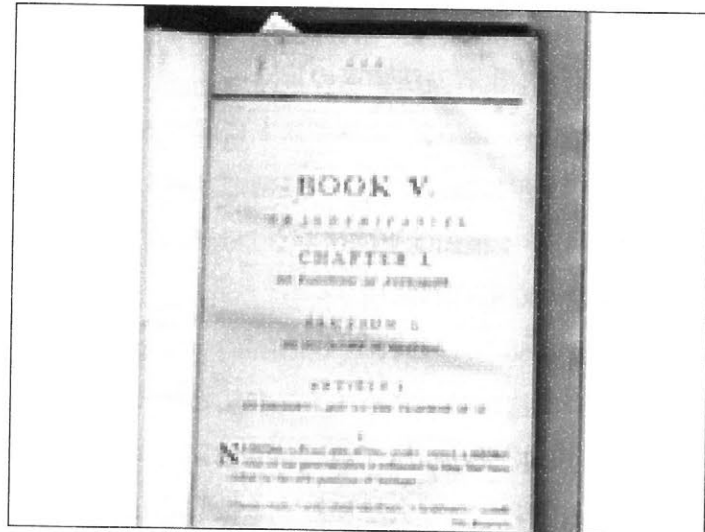
第23スライド：図版

Colebrook の書物(1798年)



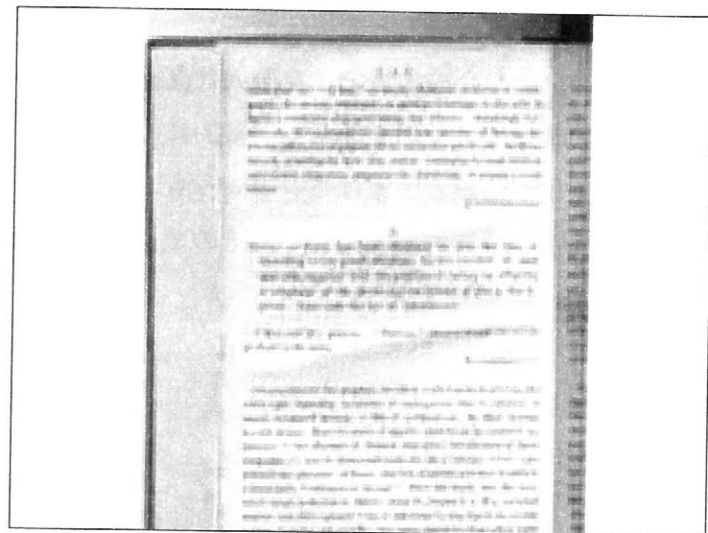
第24スライド：図版

Colebrook の書物(1798年)



第25スライド：図版

Colebrook の書物(1798年)



第26スライド：インド人の任務 ムスリムの専門家＝「法律家」

- そこで英国人はしばらくの間はヒンドゥーの学者 (*pandits*) とムスリムの学者 (*maulvis*) のさまざまな事件での口頭でのガイダンスに目を転じた
- 彼らを「ネイティブの鑑定人」(‘Native Assessors’) (1776-1864年) として雇用した
- しかし *pandits* と *maulvis* は本当に「法律家」を意味するのか？
- たしかにアドヴァイスやガイダンスをあたえ、さまざまな事件を扱っている
- インド人にとって；外国人 (*mlecchas*) と協働するのは極めて有害な活動 ジャイナ教の立場はとりわけラディカル
- さらにまた；文化横断的なコミュニケーションの問題；「法」＝一般的なルールとは何を意味するのかということが問題
- この問題への答えは状況規定的な応答として *dharma* と *shari'a* に関して与えられる

第27スライド：土着の法律家の排除

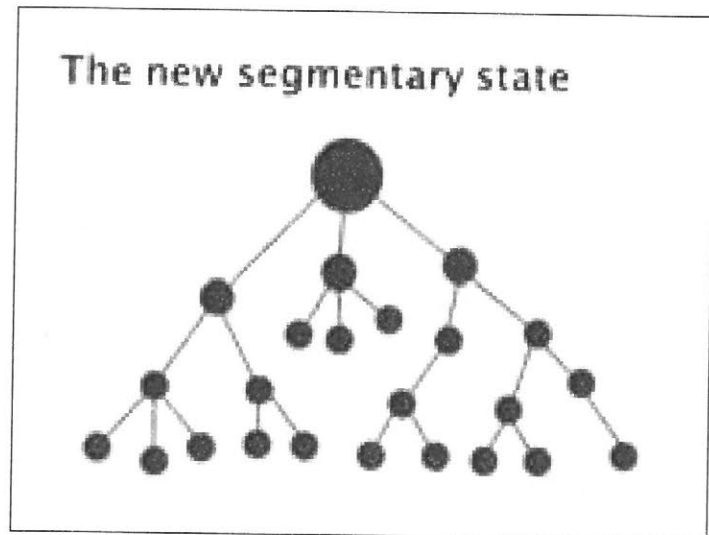
- *pandits* (と *maulvis*) はテキストに関する専門家
- 彼らは1864年に英国人によって解雇された
- 1700-1947年；植民地下でアングロ-ヒンドゥー法が生み出される
- これは新たな形の判例法
- Derrett (1968年)はこれを「模造品」(‘bogus’) とよんだ
- 新たな一般法はアングロ-インド法となった 主として制定法
- Filler: JEGC: *Justice, Equity and Good Conscience*
- インド人の明白な社会悪に対する世俗的介入

第28スライド：直接統治と間接統治

- インドのいくつかの地域では英国人は直接統治を行う＝植民地
- その他の地域では条約を通じて間接的にのみ統治
- 多くの王侯が治める国家はヒンドゥーもムスリムもそのまま存続
- 新たな形態の分節的国家においてその頂点には植民地権力が存在

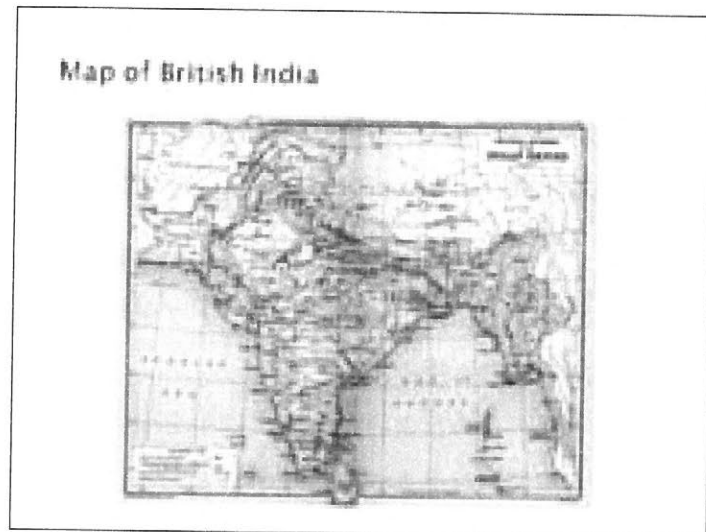
第29スライド：図版

新たな形態の分節的国家



第30スライド：

英国支配下のインドの地図



第31スライド：「公式法」の創造 国家法化？

- 英国の行政はさらに組織化
- 1772年の Warren Hastings による宣言；相続，婚姻，カーストそして他の宗教的な慣行や制度にかかわるすべての争いは，ムスリムに関してはクルアーンそしてヒンドゥー教に関してはヒンドゥー法の書物に記述されている法（Shaster）が一切の修正なしに適用されなければならない
= 属人法の尊重！
- なぜか？ それは便宜の故か，懸念か，それとも巧妙なるカイトの操縦（kite flying）からか？

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

第32スライド：リストアップされた話題

- 婚姻，後見，養子縁組，相続，ヒンドゥーの結合家族，敬虔なる責務，寄進，*benami* 取引（匿名の所有権），*damdupat*（債務と利息に関する法），カーストに関することがら
- ヒンドゥー法とムスリム法は国家介入から免れているようである それらは Hooker のいう「隷属的な」（‘servient’）法 国家の監督下に服するがそれは実際にはたんに形式上の国家法化にすぎない

第33スライド：アングロヒンドゥー法とアングロインド法

- 実証主義的な国家介入が注目されはじめる
- 属人法；法と宗教の結合についての継続的な認識がなされないままに放置
- 一般的な法；「世俗的な」臣民（‘secular’ subjects）はイングランド法をモデルとして統治される
- 世俗，宗教のいずれの領域も国家のコントロールに服する；より強力な実証主義＝何らかの意味での国家法化か？

第34スライド：新たな公式のヒンドゥー法の形成 しかしタイプ3の法

- 1772年の宣言は，同年の「リストアップされた項目」を通して，法と宗教のある意味で技巧的な区別を生み出した
- ヒンドゥー／ムスリムの属人法には手をつけないことを保障
- ムスリム法とヒンドゥー法はいずれも国家によって承認；ムスリムはこのことに対して立腹！ 千葉の公式法＝タイプ2の法
- 1772年に「一般法」（‘general law’）の法典化政策が宣明となる＝新たなアングロインド法が生み出されていく可能性

第35スライド：英国の主権が強化される

- しかし政治的なシナリオが変化
- 1857年に「反乱」（‘Mutiny’）あるいは「最初の独立戦争」＝反乱が勃発
- この反乱は自己防衛＝植民地的な利益の防衛へと導くか？
- 1858年に英国の主権の絶対性が確立；より強固な直接統治
- ビクトリア女王が British India の女帝となる
- 最高位の支配者はすげ替えられるが，地方に関しては影響小

- 注意すべき点；インドの全域が植民地ではないということ
- インドの元々の国家や支配者はなお重要な役割保持
= 「間接統治」の継続的な展開
- このことは後にアフリカにおいて洗練され発展させられた
= いくつかのインドの国家はムスリム王国のままに持続
例；ハイデラバードの Nizam とその *Koh-i-Noor*

第36スライド：初期の法典化 実定法化された一般法

- アングロインド法が1858年以降に生み出されてきた
- 主としてリストアップされなかった項目に関する法
= 新たな一般法 = より強力な国家法化
- これはイングランド法ではなく新たな法体系で、特別あつらえ (tailor-made) の法
- 1860年；インド刑法典
- 1872年；インド契約法，インド証拠法や他の多くの法が制定
- 1865年および1882年；刑事訴訟法
- 1908年；民事訴訟法
- 過度の立法 明確な第二次的ルールへの着目

第37スライド：ヒンドゥーとムスリムの属人法への介入 約束違反？

- 1772年の宣言にもかかわらずリストアップされた諸項目への立法による介入
- まずは英国人が立法することの目的を明示
- 社会工学のツールとしての法の利用
- さらに，社会 = 法的な改革に向けた教育を受けたインド人からの「文明化」
(‘civilisation’) 圧力
- たとえば，刑法の一部たる1860年の *Age of Consent Act*
= 合法的な性交の最小年齢を10歳とする
- 1892年に12歳に引き上げ 反乱勃発
- このことは英国人にとって痛恨事
- 1892年以降，法改革はより慎重に行われる

第38スライド：宙を舞う植民地のカイト (flying colonial kites)

- 植民地支配のために適切なバランスと騒乱の回避をなすための試み

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

- 1929年の *Child Marriage Restraint Act*

幼児婚の妥当性をあえて戦略として黙認＝それらは妥当性を有する＝‘factum valet’
はたしてなぜなのか？

- 婚姻の最低年齢はインドでは男女で14歳と18歳 現在は18歳と21歳
パキスタンでは今日16歳と18歳 バングラデシュでは16歳と21歳

第39スライド：社会的害悪への取り組み 近代化？ 社会工学としてのさらなる法？

- 1829年に *sati*（寡婦を焼き殺すこと）を非合法化
- 初期の時代の人権にかかわる問題関心か？ カイトモデルのコーナ4の法
- さまざまなことがらへの反感が顕在化＝「反文明的」
- 1856年 *Caste Disabilities Removal Act*（1856年法律第21号）
- 1856年 *Hindu Widow's Remarriage Act*（1856年法律第15号）
1983年の *Hindu Widow's Remarriage (Repeal) Act* によってインドでは廃止されているが、パキスタンとバングラデシュではなお維持されている
- 1930年 *Hindu Gains of Learning Act* [事例は存在しない！]
- 1937年 *Hindu Women's Right to Property Act* [男性からの反対が懸念されたにもかかわらず制定]
- これらの法律は個人主義と女性の財産権を強化した

第40スライド：アングローヒンドゥーの判例法

- 先例への依拠—これは非常に巧妙にちがいない なぜか？
- 状況には対応していない—*dharma* の特殊な方法
- ヒンドゥー法のルールに関する詳細なる知識欠如
- ヒンドゥーの *pandits* とムスリムの *moulvis* は有害であると主張
- 彼らは「法」に関する英国人の理解を誤った方向に導いたとして批判される
- 裁判官は正義とエクイティ、そして良心（JEGC）を用いる
＝欠陥＝法における欠欠を埋めるためのテクニック
- あらゆる種類の法原則や法システムを適用

参照；Derrett, J. D. M (1978) ‘Justice, Equity and Good Conscience in India’. In J. D. M. Derrett: *Essays in classical and modern Hindu law*, Vol. IV. Leiden: E. J. Brill, pp. 8-27.

第41スライド：帰結 アングロヒンドゥー法の「まやかしの性質」('Bogus nature')

- 慣習の位置づけに関する論争の継続
- 1868年の枢密院のケース；*Collector of Madura*
- 慣習は成文化されたテキストを凌駕する
- しかし；そのような慣習は「記憶にない時代以来」('since time immemorial') (= 1189年) 存続していることが証明されなければならない
- 慣習の存在を立証するためには極めて厳格な証拠が必要
- その帰結は「まやかしの」システムとしての判例法体系 (Derrett)
- 適切な意味でのヒンドゥー法ではないし、適切な意味でのイングランド法でもない

第42スライド：今日のアングロヒンドゥー法

- アングロヒンドゥー法は今日においてもパキスタンとバングラデシュの現行のヒンドゥー法である
- それらの国ではインド人にとって公式には離婚は存在しない ただし、バングラデシュでは改革が議論されている
- 慣習法上の離婚は多くの場合 *panchayat* を通じて可能
- ヒンドゥーの男性は何人でも妻を持つことが可能
- 女性は慣習上の権利を有しない限り相続において財産権を有しない

第43スライド：非公式法としてのグローバルなヒンドゥー法 グローカル？

- 国際的な移民の動向はヒンドゥー法が今日世界中で見出されることを意味する
- Fiji ,Trinidad, Guyana, Surinam ; Kenya, Tanzania, Uganda, South Africa ; Britain, USA, Canada
- ヒンドゥーの（そしてムスリムの）属人法承認に向けた圧力
- 南アフリカではヒンドゥーとムスリムの婚姻は効力を有しない
- 英国においては；*angrezi shariat* と *angrezi dharma* が存在
- Ballard (1994年) は「巧みな文化の操縦」('skilled cultural navigation')
- Menski (2007) および後の文献で「巧みな法の操縦」('skilled legal navigation')
- Menski (2007) 'Dodgy Asians or dodgy law? The story of H'.
- 国際私法を通じてであっても、そのような法システムが存在することの承認拒否 非公式法

＝ 持続するヨーロッパ中心主義 (eurocentrism) とヨーロッパの傲慢さ

(eurohubris) = 法中心主義

第44スライド：今日のインドにおけるヒンドゥー法

- 1947年 8月14日, 15日深夜, インドとパキスタン独立
- 1950年にインドは Sovereign Democratic Republic になる
- 1976年に 'Sovereign Socialist Secular Democratic Republic' へと改変
 インディラ・ガンジーによる第42憲法修正箇条 これは国家法化なのか脱国家法化
 なのか？
- 事実；ヒンドゥー法は今日インドのマジョリティたる人々の属人法 全人口の82%
 12億の人々

第45スライド：1947年以降のヒンドゥー法

- ヒンドゥー法は現在においてもインドのマジョリティの属人法
- しかしパキスタンではマイノリティの属人法になっている
- 国家の法体系は完全に実証主義的で西洋の視点に立つもののように思われる
- 1950年代と1970年代に近代論者の視点から法定立するという論点惹起
 =法を通じてのさらなる社会制度の設計
- マジョリティの属人法としてのヒンドゥー法の, 制定法による改革
- 市民法的なアプローチ；法は人々に課せられる外在的力
- 法は国家によって作成されるルールの体系か？
- しかし, いったい「国家」とは誰のことなのか？ また, 「人々」とは誰を意味する
 のか？
- 決してヒンドゥー法の完全なる廃棄はありえない
- ヒンドゥー法の多くは現在公式法として国家によって承認されている
 =千葉の公式法でタイプ2の法

第46スライド：ヒンドゥー法の国家中心主義的な法改革

- インドのみでの改革で, パキスタンとバングラデシュでは行われていない
- Derrett, J. D. M. *The Death of a Marriage Law*. New Delhi, 1978, 参照
- ヒンドゥー法は死滅したというものではまったくない つまり, 改革もしくは世俗化
 されている

- 「ヒンドゥー法典」プロジェクト（‘Hindu Code’ project）＝完全なる法典化
- しかしながら，人々の抵抗によって失敗
- つぎはぎ的な法典化；1955年と56年の4つの異なった法律制定
1955 *Hindu Marriage Act* (HMA)；1956 *Hindu Succession Act* (HSA)；
1956 *Hindu Adoptions and Maintenance Act* (HAMA)；*Hindu Minority and Guardianship Act* (HMGA).
- 法典化の試みはメインの進化論的視点を確保するためのもの
- これらの法律はおおむね伝統的なヒンドゥー法の立場，またときにはリベラルなヒンドゥー法の立場を立法によって再制定したもの

第47スライド：dharmaの国家法化

- フォーマルな法典化のプロセスは「優れた実証主義」のためにはカイトモデルの（コーナ3の実証主義）以外のコーナーに当てはまるのみ
- 重要な法領域において慣習は手がつけられないままに放置され，いまやたんに制定法の形式に鑄直されたのみである
- キーとなる問題；コーナー1（自然法）もまたどの程度に新しい法体系に移し替えられているのか？

第48スライド：制定法化された慣習（1）

- 制定法化による再構成には2つの技法が存在
- 1. 立法によって完全に慣習を保存すること
事例1；*Hindu Marriage Act*, 1955 第7章 ヒンドゥー式婚姻の挙行
「(1) ヒンドゥー式の婚姻はいずれかの当事者の慣習的な儀礼と儀式に則って行われなければならない。
(2) そのような儀礼と儀式が *saptapadi*（すなわち，犠牲の火の前に新郎新婦によってなされる7つのステップを経ること）を含んでいる場合には，第7番目のステップが終了した時点で当該婚姻は完全なものとして効力を有する。」
- 婚姻に関する慣習的なヒンドゥー法を完全に保存している 一定のヒンドゥーの典礼 = *Manusmriti* 8.227 を推奨

第49スライド：制定法化された慣習（2）

事例2 *Hindu Marriage Act*, 1955 第29章

〔(1) 本法施行前にヒンドゥー教徒同士の婚姻で他の無効となる原因のない婚姻は、当該当事者が同じ gotra あるいは pravara に属しているか、もしくは異なった宗教、カーストもしくは同じカースト内の下部単位に属しているという事実のみで無効とみなされてはならず、また無効でもない。

(2) 本法に規定されていないいかなることも、慣習によって承認された権利、あるいは本法施行以前、以後のいずれの時期に挙式されたかにかかわらず、ヒンドゥー式婚姻を解消するための特別の規定によって付与された権利に影響を及ぼすものとみなされてはならない。〕

- 伝統的で、スタンダードではない婚姻慣習を維持
- 離婚に関するヒンドゥーの慣習法を維持（80%）

第50スライド：慣習のための留保条項

- 第2の技法；地方の慣習と調和させるための留保条項の利用

実例；*Hindu Marriage Act, 1955*, 第3章, 諸定義

「本法においては、その文脈から判断して下記以外のことを求めている限り；

(a) 「慣習」(“custom”) と「慣行」(“usage”) という文言は長期にわたって慣習的かつ一貫して従われることで、あらゆる地方的領域、部族、コミュニティ、グループ、家族におけるヒンドゥーの人々のあいだで、法としての効力を獲得したルールを意味する。；ただし、そのルールが明確で不合理ではなく、また公共の政策に反しないことを条件とする。」(強調はメンスキー)

- 「長期」とはどのぐらいの長さか？ 25年で十分である！ *Baby v. Jayant AIR 1981 Bombay 283*

第51スライド：婚姻禁止に関する親等数は維持

- *Hindu Marriage Act, 1955*, 第5章(iv)；

「ヒンドゥー式の婚姻は以下の場合に有効である；

(iv) 婚姻禁止の親等に該当しない当事者、ただし、婚姻禁止に関する慣習もしくは慣行が当該当事者間の婚姻を認めている場合にはこの限りではない。」

- 従兄弟と婚姻可能か？ *Trivedi case in Canada (2009)*
- 少女は母親の兄弟 = *māmā* と婚姻可能か？
- 2010年の北インドの *Manoj and Babli case* = 村の異族婚姻に関するルール

第52スライド：ヒンドゥー法の改革（1）

- 重婚は違法であり、インド人にとってインドでは犯罪となっているようである；
Hindu Marriage Act, 1955, 第5章（1）は、生存する配偶者をいずれの当事も、婚姻時に有していないということを満たすための条件を規定；
- ヒンドゥーにおける重婚は最初から効力を有しない（無効）＝7年以下の懲役
- しかし；インドのムスリムは現在でも4人まで妻をもつことができる
- このことは嫉妬を生み出し、また馬鹿げた議論を引き起こしている

第53スライド：ヒンドゥー法の改革（2）

- すべてのインド人は制定法上の離婚をすることができる
1955年の *Hindu Marriage Act* 第13章は多くの離婚原因を導入；姦通，精神異常，回復不能の病気……しかしながら（イギリス法が認める）回復不可能な婚姻関係の破綻（irretrievable breakdown）は規定されていない。というのは、この条項は夫があまりにも容易に妻を追い出すことを可能とするからである。
- 1976年に離婚原因追加；虐待，遺棄 また第13章Bによる相互の合意に基づく離婚
- しかし，1981年以来さらなる改革は行われていない

第54スライド：ヒンドゥー法の改革（3）

- 女性の財産権と相続権が1956年の *Hindu Succession Act* によって改革
- すくなくとも条文上は＝性にもとづく逆差別＝法を通じて行われる典型的な社会工学の事例
- しかし新たな改革も実施；
2005年の *Hindu Succession (Amendment) Act* 資産を有する女性のための個人主義強化 貧しい女性は扶養料の請求を認められる
- 「スラム法」(‘slumdog law’) の承認か？
参照；Menski (2010, Review article): ‘Slumdog law, colonial tummy aches and the redefinition of family law in India’. *South Asia Research*, 30.1 (February): 67-80

第55スライド：ヒンドゥー法の廃止

- 共産主義政府の下，Kerala 州で制定法によりヒンドゥーの家族法が廃止 *Kerala Joint Hindu Family System (Abolition) Act, 1975*
- 帰結；裁判所と諸都市において公式法が適用＝ある意味では張子の虎（paper tiger）

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

- 非公式法では 大半の人々はこの法律の存在を知らないし、かれらはまちががなくこの法律を好まない

参照；Menski, 1986 *Kerala Law Times*, J 17-20 and J 63-65. 2010年の 'Slumdog Law' 論文と比較せよ

第56スライド：社会工学の失敗事例

- *Dowry Prohibition Act*, 1961
持参金を違法化 しかしすべての人は持参金を期待 何も持たせずには娘を嫁として送り出すことはない
- 第6章；すべての持参金は女性の財産
- これは *sadācāra* = 「正しい法」 = 模範的な振る舞い
はたして国家法は社会規範を実際に違法化することが可能か？
- 持参金の消滅という主張は「持参金」問題によるのではない；Wyatt (PhD, 2008) は「忠誠の問題」 ('loyalty issues') と人間関係の問題がその理由であって、金銭が問題ではないことを明らかにした
- 現在；Wyatt and Masood (2010) *Broken Mirrors New Delhi: Sage* = 国家はそのようなたぐいの社会慣行をコントロールすることはできない = 法の限界！

第57スライド：1947年以降のインド法 世俗主義

- 世俗的なコンテクスト；すべての宗教から等距離の位置
- ただし；フランス流の法と宗教の分離、いわゆるライシテ (*laïcité*) ではない
- またアメリカの「非国教化」とも一致するものではない
- ヒンドゥー法は現在でもマジョリティの属人法
- しかしながら；ヒンドゥーの国家は存在しえない なぜならばマイノリティ保護を保障することが根本規範 (*Grundnorm*) であるから
- *hindutva* = 「ヒンドゥーであること」 ('Hinduness'), 「ヒンドゥーのアイデンティティ」は「ヒンドゥーナショナリズム」 ('Hindu nationalism') として高度に政治化

第58スライド：近代の国家中心的なヒンドゥー法

- 近代の国家法は1950年の憲法によって平等を保障 しかし、どこにもそれらしき状況は存在しない 引用文参照 (チュートリアル1)
- 'shark rule' が再度漸次的に展開するということが現実化

- カタルシス的な経験としてのインディラ・ガンジーの Emergency (1975-77)
- 怒れるヒンドゥーの *rājā* の活躍? ‘*garibi hatao!*」=「貧困の撲滅」(‘Banish poverty’)!
- ‘shark rule’に関する教訓 (*mātsyanyāya*)
- 1976年の憲法改正 (第42修正); 基本的な財産権の廃止 「基本的義務」に関する第51条Aを追加
- 私的利益を超える公的利益の強化
=1980年代の公益訴訟のための基礎を定立
- 帰結;「正しい法」の発見という願望のもとでの司法的活動

第59スライド: 国家によるコントロール しかしコーナー1はなお存在

- 文化依存モデルとしてのベーダのヒンドゥーの自然法は、人々の心のバックグラウンドのなかに不可視の形で維持されている
- いまや人々のアイデンティティの一部として彼らの深奥に存在するのか?
- 公に議論されることはない つまり文化的な基礎として当然視されている
- *rita/rta*=秩序の内面化され、不可視化された認識
- 宗教法や倫理の強調か?
- *rita/satya* と結び付けられた *dharma* の強調か?
さらに、1950年の憲法にも明示的には言及されていない

第60スライド: *dharma* も存在 コーナー2

- 古典的なヒンドゥー法では歴史的/社会的なアプローチがより顕在化
- *ratio* から「自己統制的秩序」としての *dharma* へシフト
- インドの教科書は今日においても、「法」としてのテキストと「立法者」としての著者について多く言及している
- インドの法の歴史の収納棚のなかには、マヌ法典やその他のテキストの骨格が収められている=初期の国家法化と想定
- しかしながら; ヒンドゥー社会への着目が、慣習と「適切さ」=*dharma* になお維持されている
- 法定立者としては最小の国家で、人定法に先在する秩序=第一次ルール

第61スライド: 慣習はなお強力である

- キーとなる事例;

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

大部分のインド人は婚姻において国家が求める婚姻登録をすることなく、慣習法に従って婚姻

この慣習法は1955年の *Hindu Marriage Act* の第7章において保障
＝有効な婚姻が存在することが現在においても強く推定されている

- インド法はまた慣習上の離婚法をも保障

1955年 *Hindu Marriage Act* の第29章（2）

慣習法による有効な離婚の強力なる推定を導く

M. Govindaraju v. Munisami Gounder AIR 1997 SC 10

第62スライド：国際法の影響 コーナー4？

- すべてのインド人の婚姻は登録されなければならないという強力なる議論が存在 ただし、現実にはそうはなっていない
- 「同居者」(‘cohabitee’) を「妻」の定義に含めようとする新たな動向
2010年10月21日の最高裁における ‘Palimony’ ケース； *D. Velusamy v. D. Patchaiammal*
2010 (10) SCC 469
- 現在、新たに生じた一般法と属人法のあいだのコンフリクト＝より巧妙なるカイトの操縦が必要！
- ヒンドゥーの属人法と新たな一般法の相互交流
- *The Protection of Women From Domestic Violence Act, 2005* 「家族としての関係」(‘domestic relation’) の定義
- 幼児婚は完全に非合法化すべきとの議論
- 男女の婚姻適齢はいずれも18歳とすべきで、女性18歳、男性21歳とすべきではない
- しかしながら；このことはインドの法のカイトモデルと衝突するか？

第63スライド：ポストモダンのヒンドゥー法

- インド憲法における当初のモダニストの理想主義は保障されなかった
- 人々は平等ではない 法はこのことを考慮しなければならない＝エクイティ
- 「支配者」は対立する諸利害のあいだで公平なるバランスを維持しなければならない
- *rajadharma*＝不平を受け付ける主たる機能
- 裁判官への新たな着目；今日の公益訴訟
- 地方的な諸団体の明示的承認＝脱集権化
- 1997年の *panchayati rajin* の再導入に反映＝脱国家法化？＝伝統的なタームへの合法

性の追加

- 「世俗的」国家におけるヒンドゥー法原則の再出現
- 西洋をモデルとするという政策の放棄
- 西洋の法と統治に関する概念の継続的拒否
- 異なったグローバル化か？ あるいはグローカリゼーションか？

第64スライド：洗練された司法行動主義

- 裁判官は1976年頃以来、明確に判決において意見を開陳
- たとえばクリシュナ・アイヤー (Krishna Iyer) や主席裁判官のバクワティ (Bhagwati) (チュートリアル1)
- アングロインドの法モデルを意識的に拒否
- ポストコロニアルな法の再構成はポストモダンでもある
- 西洋の法モデルの漸次的拒否を導く
- 純粹なる法実証主義の拒否を含む 司法審査の力は現在最高

第65スライド：鏡に映る月の映像？

- ムスリム法やその他のマイノリティの法の力が同じく強くなるとともに、従来以上の緊張関係が生じる
- 多元化を推し進めることがもたらす影響は避けがたいものであり、おそらくは多元的な社会とハイブリッドな法環境においては健全なることがらである
- 属人法の地位も確保 国家はすべての家族に直接介入するための資源を有していない
- ヒンドゥー法の概念の将来は安定
- そしてさらなる調整のための改革を議論することがかなり必要

第66スライド：ポストモダンなヒンドゥー法とインド法

- カイト操縦の方法に関するさまざまな基礎的なことがらに戻ったのか？
- 国家法は唯一のファクターではないということの承認が再度あらわれる 状況依存的ということが大きな関心事として控えている
- 新たなエキイティ 国家法の限界の認識 宗教と社会の役割の強化 グローバルな規模での統一化への強力なる抵抗

第67スライド：結論

- ポストモダンで世俗的なインドの国家法は南アジアの法前提、とくにヒンドゥーの諸

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

概念と深く融合している

- 西洋法との形式的な類似にもかかわらず、南アジア法は異なったカテゴリーであり法族であり続けている
- それらは多くの意味で指導的な法（学）的思考である
- しかしながら；このことは西洋によっては知られていない というのはわれわれ西洋人が他の誰よりもすべてを知っており、他の誰もがわれわれに従っているとわれわれが考えているから
 - ＝法の分析は決して客観的ではなく、ヨーロッパ中心主義のままである
- われわれ西洋人は南アジアの法をわれわれの規範を侵害するものとして扱っている
 - ＝人権を侵害
 - ＝ヒन्दゥー/ムスリムであることは人権侵害のフォームとなる
 - ＝われわれとわれわれの規範に同化するのを拒否することは否定的、反抗的とみられる
 - ＝これは「他者」の存在を認めないことを意味する
- ポストモダンなインド法は明らかに法中心主義に反対する
- *rita/dharma* の複合体は *shariat* のようになお存在
- 国家介入は選択的＝現実的にモデル1の法中心主義
- 以上のことがらは国家をになっっている西洋人によって十分に理解されるであろうか？

第68スライド：新たな参考文献リスト

Holden, Livia (2008). *Hindu Divorce*. Aldershot: Ashgate.

および彼女の映画：‘Runaway Wives’.

Menski, Werner (2006). ‘Asking for the Moon. Legal Uniformity in India from a Kerala Perspective’. in 2006 (2) *Kerala Law Times*, Journal Section, pp. 52-78.

Menski, Werner (2007). ‘Double Benefits and Muslim Women’s Postnuptial Rights’. in 2007 (2) *Kerala Law Times*, Journal Section, pp. 21-34.

Menski, Werner (2007). ‘Beyond Europe’. in Esin Öricü and David Nelken (eds.) *Comparative Legal Studies: A Handbook*, Oxford: Hart Publishers, pp. 269-310.

5 SOAS での角田の講義の講義資料

メンスキーの依頼により、「アジア・アフリカの法体系」講義の一環として2010年10月15、16日（午後6時から8時）に、SOASにおいてわたし自身が「現代日本の法体系」というテーマの下で担当した講義のパワーポイントの英文資料たる、‘Modern Japanese Legal System and Legal Culture—Focusing on Tenno System’ と ‘Newly Introduced ‘Saiban-in’ Trial—Third Judicial Reform in Modern Japan’ を以下に掲載する。

Modern Japanese Legal System and Legal Culture —Focusing on Tenno System

Takeaki Tsunoda

Professor Kansai University Faculty of Law, 110

Visiting Professor, Catholic University of Leuven

University of London, School of Oriental and African Studies

Course of Legal Systems of Asia and Africa

15 November 2010, 18:00-20:00, Warren Square, Carnotus, Room V111

0 : Introduction

(1) meaning of 'Ten-no' : translated in English as 'Emperor' but 'Tenno' is proper term so just say 'Tenno'

(2) Three Landmarks of Modern Japan

Namely (1) Meiji Restoration, 1867 (2) Surrender of World War II, 1945 (3) Worldwide Globalization, 1990's

(3) Common factor among these three landmarks

foreign pressure or influence

In Japanese history almost all time Japan was dramatically or gradually reconstructed or reformed under the decisive influence or pressure from foreign countries or civilizations. We can particularly say so concerning to modernization process from the nineteenth century.

1 : Meiji Restoration— Starting point to Modern Japan

1-1 : Tokugawa(Edo) Period 1603-1867

- 1603 Tokugawa Bakufu which is feudal bushi or samurai government by Tokugawa Shogunate was established after around 100 years' age of civil wars among lots of feudal lords.

cf. Edo = era name 1603-1867

- National isolation policy 1639.

At the beginning Bakufu permitted trade with western countries, but because of the fear to Christianity, in 1639 Bakufu prohibited the visit of foreign ship to Japan. Continued up to 1854 which is the year of concluding the friendship treaty with America

- two exceptions : China and Netherlands

Netherlands did not try to 'export' the Christianity pure mercantile purpose

They brought not only Western products but also Western civilization in particular medicine, technology, science, and also information about other countries. Netherlands was only one 'window' toward the Western civilization.

- People called the 'Western style learning from Netherlands' 'Ran-gaku' = 'Dutch learning'.

'Dutch learning' played a very important part not just only under the isolation policy but also under the later modernization process in the last days of Edo and early Meiji period

1-2 : Turmoil of the last days of Edo Period to Meiji Restoration

- Western powers' approach to Japan and abolishment of isolation policy
- Under the 19 century's imperialism after the Industrial Revolution Western powers eagerly tried to colonize Asian and African countries. For example China was largely eroded and partly colonized. As to Japan particularly from the middle of 19th century Western powers approached and demanded to open the door.
- 1853 : 4 American warships which Japanese people called 'Kuro-fune' ('black ship') approached to Edo(Tokyo)and strongly demanded to open the door.
- 1854 : Bakufu could not reject the demand against the background of military forces and was enforced to conclude 'Friendship' Treaty with America. It means the abolishment of isolation policy for over 200 years .
- 1858 : Bakufu concluded the treaty of commerce with 5 nations, America, Britain, France, Germany and Netherlands , and later Swiss, Belgium, Italy, Denmark, etc.,

Meiji Restoration—from Shogun to Tenno

- most serious problem for Bakufu concerning to these treaties
These were unequal treaties : no jurisdiction and no power to impose duty
Therefore Bakufu was strongly criticized by opposition group, mainly powerful feudal lords, Satsuma(now Kagosima Prefecture) and Toku syu(now Yamaguchi Prefecture)
- Another serious problem was that Bakufu did not get permission of Tenno (or Cyoten = Tenno's government) for concluding the treaties.
- Under these critical circumstances very severe resistance against Bakufu occurred.
But Bakufu could not manage such a crisis and became more and more chaotic situation.
And at last powerful feudal lords decided to overthrow Bakufu.
- 1867 : 15th Shogun Yoshinobu Tokugawa returned sovereign to the Tenno. It means not only the end of Edo period but also bushi era from 12th century. As a result old Tenno system restored and the new era 'Meiji' started.
Shogun Yoshinobu did not have intention to fight against 'Kangun' = Tenno's forces and peacefully evacuated the Edo Castle which is present Palace in Tokyo. Therefore we call it 'Meiji Restoration' not 'Revolution'.
of Meiji era name of 1868-1912

1-3 : Formation of Modern Country and Meiji Constitution

- Basic principles of Meiji government was the "national enrichment and security", namely to promote capitalist industry and establish strong military forces.
Because if we don't have enough power, we can not defend against Western powers' colonial policy. In particular Chinese critical situation in those days, after the Opium War between China and Britain, 1840, gave Meiji government and Japanese people very serious sense of crisis. Because China was the great country from which Japan has been learning the civilization from 7th century.
- And also Abolishment of unequal treaties was desperate desire of government (cf. final abolishment 1911)
- Under these critical circumstances, new government adopted the two basic policies
(a) elimination of feudal customs and traditions and instead of them
(b) introduction of Western civilization; government, judicial, and parliament system, law, science, technology, industry, commerce, finance, army, education, etc..
- main slogan: "Wakon Yosei" = "Japanese Spirit, Western Learning"
"Western learning" = technology and science
Therefore "Wakon Yosei" means that we reconstruct Japan through Western learning, but on the basis of Japanese spirit.
If we use the terms of Professor Chiba's "three dimension" model of law, namely official law, unofficial law and legal postulate, we can say that "yosei" is correspond to official law and "wakon" is correspond to legal postulate.

measures to learn the western civilization

In order to learn Western civilization as early as possible Meiji government took various measures

(1) Large scale mission for Western countries

1871-73; "Iwakura Mission" Tomomi Iwakura (special envoy and senior member of Meiji government), Hirobumi Ito (later first prime minister and most important founder of modern Japan), Toshimichi Okubo (minister of finance), and other able officials, and students studying in western countries. 107 people, 12 countries.

• They visited various places, for example parliament, court, chamber of commerce, various factories, etc., and inspect various matters, politics, economics, industry, military, culture, ideas, religion, etc., as a whole "Western civilization"

(2) Sent lots of foreign students from Japan to various western countries

After coming back to Japan they played very important role for establishing modern Japan.

(3) And also invited and employed lots of Western people as adviser and teacher: professor, doctor, technical expert, architecture, banker, etc., various fields

preparation for enacting the Constitution

- For non-Western countries like Japan, it is clear that one of the most important and necessary factor as a modern country is to enact the Western style Constitution and arrange the Western style legal system. And also that is the necessary condition for revising the unequal treaty.
- 1882-83 : Hirobumi Ito was sent to Germany, Austria, Britain, Belgium, etc., in order to research various Constitutions in particular monarchy.
- Ito's principal guideline of transplant of Western constitution is to follow the tradition and history of Japanese governmental style. Therefore Ito decided to arrange Tenno system as a main pillar of the new Constitution. Because Ito firmly believed from his experience in Western countries that Japan had no core, particularly mental core of national unity like Christianity except for the Tenno system.
- Among the constitutions which Ito researched, he found out that German=Prussian Constitution, 1850 was most suitable for Japanese Constitution. Because main features of Prussian Constitution is that the power of King is very strong and guarantee of the human rights are under the control of constitution and law.
- Therefore Ito decided to enact Japanese constitution basing on the German style Constitution.

1-4 : Tenno system in the Meiji Constitution— Modeling on German Monarch

1-4-1 : Tenno as a 'sacred and inviolable' sovereign

• 1889 : Basing on Ito's fundamental conception the Constitution of the Empire of Japan(Meiji Constitution)was enacted.

• In particular three articles incorporated the historical and mythological features of Tenno.

(1)Meiji Constitution,Art.1 "The Empire of Japan shall be reigned over and governed by a line of Emperors unbroken for ages eternal". Article 2. "The Imperial Throne shall be succeeded to by Imperial male descendants, according to the provisions of the Imperial House Law."

• These two articles represent so called the idea of 'Bansei-ikei', which literally means that succession of the status of Tenno is just 'one male line through all ages'.

• 'all ages' means 'from ages of the first Tenno to the present one'.

Mythology in old two books, "Kojiki" = "Record of Ancient Matters" which is oldest extant chronicle in Japan and "Nihon-shoki" = "The Chronicle of Japan" which is the second oldest book of classical Japan describe Tenno Jimmu BC660-585 as the first Tenno in the history. If we count Jimmu as first Tenno, then

the present Tenno Akihito is supposedly 125th. It is clearly contrary to the historical fact.

• Why did Meiji government introduce such articles basing on the mythology?

The reason is : legitimization of the authority of Tenno by long history, tradition and even mythology. They had to reinforce the authority of Tenno as new ruler in Japan.

Tenno as a 'sacred and inviolable' sovereign

(2) Art.1 "The Emperor is sacred and inviolable."

"'sacred and inviolable' monarch is not specific to Japan. In a sense it was fixed phrase which represented the principle of 'no political responsibility of monarch'.

"But the problem is its unique interpretation and practice in Japan.

Again this Article was based on the mythological factors peculiar to Japan, namely Tenno as descendants of 'the sun goddess' 'Ama-terasu-Omikami' who is one of the principal Shinto god.

cf. 'Shinto' or 'Shintoism' is national belief which is polytheism religion peculiar to Japan. Shrine is the religious facility which enshrines the Shinto gods. The highest rank Shrine is 'Ise Jingu' which enshrines 'Ama-terasu' and have closest connection with Tenno family.

"Therefore it was said that as descendants of god Tenno had deity and also he was 'living god' something like 'incarnation'.

"Then again why did Meiji government introduce such an Article ?

The reason is the same as Article 1 and 2 ; They had to reinforce the authority of Tenno as a new ruler basing on the long history, tradition and mythology.

Preamble of Meiji Constitution

Preamble of Meiji Constitution

The first paragraph ; Having, by virtue of the glories of Our Ancestors, ascended the throne of a lineal succession unbroken for ages eternal, desiring to promote the welfare of, and to give development to the moral and intellectual faculties of Our beloved subjects, ... We hereby promulgate ... a fundamental law of the State, to exhibit the principles, by which We are guided in Our conduct, and to point out to what Our descendants and Our subjects and their descendants are forever to conform.

The right of sovereignty of the State, We have inherited from Our Ancestors, and We shall bequeath them to Our descendants. Neither We nor they shall in the future fall in with them, in accordance with the provisions of the Constitution hereby granted.

• 'Our Ancestors' ; ultimate ancestors of Tenno is Amaterasu

'lineal succession unbroken for ages eternal' ; first Tenno is mythological Tenno Jimmu

• This Preamble clearly shows the legitimation of Tenno's authority and modern sovereign power by the mythology on Shinto god.

• It means that Meiji government introduced 'sacred and inviolable' monarch as an official law from Western countries, but modified it in order to fit in Tenno system following legal postulate, namely Japanese history, tradition and mythology.

Dogma of 'State Shintoism'

Dogma of 'State Shintoism' which supported the legitimacy of Tenno

- Meiji government divided two types of Shintoism ,namely 'Shintoism as religion' and 'Shintoism as national ceremony'
State Shintoism is , in one sense, the dogma for Shinto style national ceremony mainly in shrines. And all the shrines which perform state ceremony became state shrines.
- Government's official interpretation of State Shintoism is "State Shintoism is not the religion but national ceremony". Therefore even if government enforces Japanese subjects to worship the State Shintoism there is no breach of freedom of religion.
- How about the worship of Tenno as a 'living god' ?
Meiji Constitution Article 28. "Japanese subjects shall, within limits not prejudicial to peace and order, and not antagonistic to their duties as subjects, enjoy freedom of religious belief."
- As a modern constitution Meiji Constitution had the provision of freedom of religion. Therefore if Meiji government wanted to enforce the Japanese subjects to worship Tenno as descendants of god or living god , government had to legitimate it.
And we can say that State Shintoism is in one sense the dogma for supporting the 'sacred and inviolable' Tenno without breaching the modern principle of freedom of religion. Because Tenno was placed at the core of State Shintoism.

1-4-2; Traditional Concept of god in Japan

[1] Japanese Shintoism concept of god = 'kami'

- Even now one of the most popular concepts of 'god' in Japan is one by famous Japanologist in Edo period Norinaga Motoori(1730-1801):
"all the existence, even sea and mountains to say nothing of human beings and birds ,beasts ,trees, in any way everything which is quite unique and has any superhuman ability"
- This concept of 'Shinto god' is completely different one of God from Western Christian one. We have lots of Shinto gods in all over Japan. We call them collectively the gods of 'Yao-yorozu' which literally means 'eight milion' gods. Of course this is exaggerated expression but at least it means that we have huge numbers of Shinto gods and even 'buddhas'.
Concerning to the concept of god in Japan and Western countries the main difference is the difference between Japanese polytheism and Christian monotheism.

“human being can become god”

(2) Japanese religious culture as “human being can become god”

- We have lots of shrines which worship historical figures, for example Meiji Shrine of Meiji Tenno and Togo Shrine of Admiral Togo who was an admiral of Japan-Russian naval battle on 1904. And also Yasukuni Shrine is very special shrine which worships the soul of servicemen as a god who were killed in the war.
- Therefore we can say that under the Japanese religious culture and tradition even the human being can become a god after their death.
- And also we have the world view or religious view in which particular family can have blood relationship with the particular god family.
 - Under such a view Tenno can be a ‘living god’ because his family’s founder is ‘the sun goddess’ ‘Ama-terasu-ōmikami’.
 - We should say that as the necessary condition ‘Tenno as living god’ presupposed the unique concept of god which was basing on Polytheism and also religious culture and tradition in which human being can become god.

Summary : Formation of Modern Country and Meiji Constitution

- In the later part of the nineteenth century, under the overwhelming influence of Western civilization, Japan succeeded in modernizing itself through the Meiji Restoration, 1867. One of the most important agents of modernization was the establishment of the Meiji Constitution. And yet, Article 1 stated: “The Empire of Japan shall be reigned over and governed by a line of Emperors unbroken for ages eternal”; furthermore, Article 3 stated: “The Emperor is sacred and inviolable”.
- Taken together, these Articles make clear that the ‘modern’ Japanese Constitution incorporated an essentially pre-modern or ‘feudal’ element, namely the concept of the divinity of the Tenno. In particular, from the 1930s onward, Tenno Hirohito came to be regarded as a sacrosanct and absolute monarch. Thus, in pre-war Japan, the idea that the Tenno should be ‘worshiped’ as a ‘living God’ lay at the heart of the modern constitution and constitutional law – a system imported directly from Western countries, in particular from Germany.
- Enactment of Meiji Constitution is typical example of legal transplant from Western to non-Western countries in 19th century. But Meiji government never directly imported. After modifying it following to Japanese history, tradition, culture and even the mythology they transplanted such a ‘modified version’ to Japan. Therefore we can say that Meiji government transplanted it basing on the principle of “Wakon-Yōmei” (‘Japanese Spirit’, ‘Western Learning’). And at the same time we can say that government transplanted the German style Constitution as an official law, but we modified it and also differently practiced following to Japanese legal postulate.

2 : New Start toward Democratic Country -- Modeling on American Style Democracy

2-1 : Postwar Reformation under the occupation of America

- 15 August, 1945 : After being bombed by two atomic bombs in Hiroshima and Nagasaki Japan granted so called the Potsdam Declaration which required the unconditional surrender. After that America immediately occupied Japan until 1952.
- During the occupation, under the control of GHQ(General Headquarters) Japanese authorities carried out radical reform on all the fields in order to democratize Japanese society. Namely just as the same as reconstructing Japan through Meiji Restoration, Japanese authorities reformed parliament, cabinet, judicial system, economics, labor relation, education, religious policy particularly Shintoism, basic human rights, family relation, etc..
- These reforms strongly affected all sections of Japanese society. And the Constitution of Japan ('present Constitution') was enacted in 1947.
- Again just the same as the time of Meiji Restoration one of the most important issues not only for GHQ and Japanese authorities but also Japanese people was how should we treat Tenno and arrange his status in the new democratic Constitutional regime.

2-2 ; Reform of Tenno system

- We can summarize the reform of Tenno in short as the change from 'sacred and inviolable'=divine Tenno to secular symbol of Japan and unity of Japanese people.
- Present Constitution Art.1 "The Emperor shall be the symbol of the State and of the unity of the people, deriving his position from the will of the people with whom resides sovereign power."
- The former part of this Article says that Tenno is just only the symbol which has no political power. And also he has no divine nature. The latter part says that Japanese people as a whole have sovereign power.
- And also the opening sentence of the Preamble of present Constitution says that "We, the Japanese people, ...do proclaim that sovereign power resides with the people and do firmly establish this Constitution."
- This is completely different from the opening sentence of the Preamble of Meiji Constitution which was based on the mythology.

2-2-1 ; 'Declaration of the Human Being' by Tenno Hirohito

- January, 1946 ; Tenno Hirohito proclaimed so called 'Declaration of the Human Being' toward all over the world. its formal name is "Imperial Rescript on the Construction of a New Japan", and we call it 'Ningen-seggen', literally means 'human declaration'
- In this Declaration he said ; Tenno and Japanese people are bound not by 'myth and legend' but by mutual trust and respect. Therefore it is just only fiction that Tenno is being God and also Japanese people of divine country are destined to be a ruler all over the world.
- This 'myth and legend' means as a whole the myth of State Shintoism.
- But why did or should he proclaim such a strange Declaration in the middle of 20th century ?
The reason is that because of his divinity which Meiji Constitution provided, he had to formally deny his divinity toward all over the world.
- However we have to pay attention to the historical fact that the Declaration was the result of GHQ's occupation policy. The main object was to maintain the Tenno system in order to occupy Japan more easily by making use of deep-rooted absolute authority of Tenno Hirohito. Therefore as one of the necessary conditions of maintaining the Tenno system, Hirohito himself had to deny his internationally very infamous divinity as Tenno. In this sense it was external pressure that enforced him to proclaim the Declaration.
- But nevertheless we should say that the reason why he had to give such a strange declaration from the Western point of view was Japanese unique concept of Shinto god.

2-2-2 ; Abolishment of State Shintoism

- 15. December, 1945 ; GHQ issued so called the 'Shinto Directive' which ordered the separation of government from all the religious affairs. The main object of this Directive was to abolish the State Shintoism. Because it was one of the main pillar which supported the authority of divine Tenno. Furthermore GHQ's most important religious policy was to establish the principle of 'separation of church and state' and guaranteed the 'freedom of religion' as a fundamental human right.
- Basing on this Directive separation of church and state was incorporated into the present Constitution. Art. 20 provides that "Freedom of religion is guaranteed to all. No religious organization shall receive any privileges from the State, nor exercise any political authority. No person shall be compelled to take part in any religious act, celebration, rite or practice. The State and its organs shall refrain from religious education or any other religious activity."
- If we compare this Article which unconditionally guarantees the freedom of religion with Meiji Constitution Article 28, we can clearly understand the radical change of the government's religious policy.

2-3 ; Discontinuity and Continuity of former and present Ten-no system

2-3-1 ; Discontinuity of former and present Tenno—at the level of 'state official law'

- We can point out decisive discontinuity between the Tenno under the Meiji regime and present one, namely 'divine vs secular' and 'absolute monarch vs democratic symbol which has no substantial power'. And therefore we differently call them 'Shinken Tenno' = 'Divine Tenno' and 'Syoutyuu Tenno' = 'Tenno as Symbol'. Main ground of such a difference is of course the two Constitutions.
- If we compare the arrangement of articles on Tenno in two Constitutions, both of them arrange as 'Chapter 1 Tenno'. But the number of articles is very different, namely Meiji Constitution Art.1-17, present one Art.1-8.
- Therefore judging from the Constitution itself, we can say that the importance of Tenno greatly decreased at least as to the Constitution as most official state law.
- But how about the Tenno's authority in Japanese society and among Japanese people?

2-3-2 ; Continuity--at the level of unofficial law and legal postulate

- Even under the present regime 'Syoutyuu Tenno' has great authority as the symbol of Japan and the unity of Japanese people. In particular conservative people greatly worship Tenno as something like former 'Shinken Tenno'. And they insist that Tenno should have the status as the head or sovereign of Japan.
- And not just only conservative people but also lots of common Japanese people including young generation accept that Tenno is the symbol of Japan and he has the highest authority in Japanese society.
- Therefore we can say that official abolition of 'Shinken Tenno' by revision of the Constitution dose not necessarily mean the decisive loss of authority. Here is the continuity of traditional and deep-rooted authority of Tenno between Meiji and present regime.
- It is the unofficial law and legal postulate which continue to exist in Japanese history that are continuously supporting Tenno's highest authority in Japanese society.

2-3-3 ; Continuity 1— succession of the status of Tenno

[1]Meiji Constitution Article 2. "The Imperial Throne shall be succeeded to by Imperial male descendants, according to the provisions of the Imperial House Law."

Present Constitution Article 2. "The Imperial Throne shall be dynastic and succeeded to in accordance with the Imperial House Law passed by the Diet."

[2]There are two differences between these provisions

(a) 'Imperial House Law passed by the Diet'; former Imperial Law was not the law, because it was not enacted by Parliament but by Tenno himself.

(b) Meiji 'male descendants' Present 'dynastic'

Present Constitution just say 'dynastic' and dose not mention to the 'male'.

But present 'Imperial Household Law'[1947] Article 1. "The Imperial Throne of Japan shall be succeeded to by male descendants in the male line of Imperial Ancestors."

This phrase 'male descendants in the male line' can represent so called the idea of 'Bansei-ikkei' or at least some remaining idea of 'Bansei-ikkei'.

Therefore we should say that this idea is one of the deep-rooted and most important legal postulates following the long Tenno's history.

Continuity 2—Tenno Hirohito, Gengo and Reign

• There are some visible continuities between two regimes, namely the name 'Tenno' itself and the person 'Hirohito' himself even though the Tenno 's and Hirohit's formal status and substantial content were decisively changed.

• Third one is 'Syowa' as 'Gengo'. 'Gengo' is an era name which represents each Tenno's reign. Each Tenno has one era name which is changed immediately after his death. We call the system 'Ittsei-ichigen', namely 'one era name for one Tenno'. But this idea of 'Ittsei-ichigen' was created by Meiji government in order to strengthen Tenno's authority.

• Fourth one is the way of counting the number of each Tenno's reign. Present Tenno Akihito is allegedly 125th Tenno. This number clearly presupposes the continuity of at least between Meiji and present Tenno and their regimes.

Conclusion—'amoeba-like situationism' 1

- After Meiji Restoration Japanese people very earnestly tried to modernize Japan and Japanese society basing on the Western civilization. Firstly we transplanted it mainly from Germany and later from America. When we transplanted the German style modern Constitution, in particular monarchy, we modified them in order to conform to Tenno's history, tradition, and mythology.
- And at the time under the 'Postwar Reform' we transplanted American style democratic Constitution which is definitely contrary to the Meiji Constitution. As to the Tenno system we accepted articles of the draft which was prepared by GHQ. These articles clearly denied the authority of divine Tenno. But even under the present democratic Constitutional regime, Tenno has the highest authority in Japanese society.

Conclusion—'amoeba-like situationism' 2

- We can say that history of Japanese legal transplant from 19th century is the typical case of modern legal transplant from Western to non-Western countries. In this process we never directly transplanted. And also we transplanted absolutely different legal systems depending on the historical situations, namely Meiji Restoration and Postwar Reform. Nevertheless even now Tenno is placed in the centre of not only the Constitution but also Japan and Japanese society. And Tenno is evaluated as the person who has the highest authority in Japan.
- I think these historical facts clearly shows Professor Chiba's Japanese 'identity postulate of a legal culture', namely 'amoeba-like situationism'. He said that "the identity postulate can be seen by the flexibility of the Japanese people", and "This identity postulate has allowed the Japanese people to be able to select one outcome of their legal system among two or more competing possibilities".

Newly Introduced 'Saiban-in' Trial Third Judicial Reform in Modern Japan

Falunshi Tsunoda

Professor, Kansai University Faculty of Law, LL.D.
Visiting Professor, Carleton University of Canada

University of London, School of Oriental and African Studies
Course of Legal Systems of Asia and Africa
14, November, 2018, 18:00-20:00, Warren Square Campus, Room Y111

0 : Introduction

• meaning of 'Saiban-in' :

'Saiban-in' = trial 'in'-members (of Saiban-in, kare=public official)

'Saiban-in' = lay members of the judicial panel. Saiban-in trial=the trial by professional judges and Saiban-in

• 'Third Judicial Reform in Modern Japan' : First Reform after Meiji Restoration, 1867 (modeling on Germany)
Second after 1945 'Post-war Reform' (modeling on America)

• first case : 3, August, 2009 (murder case in Tokyo District Court)
as of May, 2011 : in total 1900 sentences, 55000 Saiban-in

• 2 recent cases which attracted people's attention

(a) British lady's rape and murder case, Chiba Prefecture, 2007 (sentenced on 11, July, 2011)

suspect escaped around 2.7 years and victim's family visited Tokyo some times

appeal to the people to offer the information and at the trial her family attended and gave their

opinion (sentenced on 11, July, 2011 (life imprisonment now appealing)

(b) arson case, Osaka, 2009, 5 peoples killed and many people injured

Main issue was unconstitutionality of death penalty itself. This is the legal issue, therefore Saiban-in was

not directly committed to the issue but Saiban-in agreed with death sentence in this particular case

sentenced on 31, October, 2011 (sentenced death penalty)

as of October, 2011 : in total 10 death sentences in Saiban-in trial

This case took longest days among the former Saiban-in trials, namely 60 days.

1 : Pre-history of jury trial in Japan-- two historical facts

- 1928 ; Under 'Taisho-democracy' Jury trial was introduced
of Taisho era name 1912-1926
mainly through the influence of Russian and German Revolution in 1917,1918 democratic movement
was extend all over Japan and demanded for example universal suffrage, freedom of speech,
equality between men and women, etc. . Under the pressure of such a democratic movement
government introduced Jury trial.

Jury Trial was basing on the Western models.

But there were some decisive defects , namely (a)verdict had no binding force
and (b) defendants could choose whether they took use of Jury trial or not
But lots of defendants wanted to be tried only by professional judges. Therefore during
early two or three years it worked well, but later Jury trial suddenly lost popularity
1943 government decided to suspend

- 1964-72 ; in Okinawa Island pure Jury trial under the American occupation was introduced ,
mainly in order to try the cases which are concerned to American people
1972 Okinawa was returned to Japan as Okinawa Prefecture Jury trial abolished

2: 'Globalization' and restructuring of "the shape of our country"

(1) Background of introducing Saiban-in trial :

World-wide 'Globalization' = increasing unification of the world in particular
economy through multinational company

- also various fields technology, communication, transportation, various
ideas ,fundamental human rights , popular culture, ...etc..
- As a result of such a Globalization each country has been facing with the
necessity for various reforms.

(2)How about Globalization in Japan ? :

(a) For Globalization in Japan America is the most important factor.

- in particular from late 1980's so called 'Japan Bashing' broke out
- America criticized difficult situation of exporting their products , for example car,
farm industry, electrical appliances... to Japan.
- Therefore America strongly demanded 'open the country' , in particular
demanded to Japanese government to deregulate the trade and industry.

'Koizumi Reform of Structure'

(B) 'Koizumi Reform of Structure' (Junichiro Koizumi ; Prime minister 2001-2006)

- * under the main stream of Globalization from 1990's , Prime Minister Koizumi most powerfully promoted reforms in all the fields and matters which we call 'Koizumi Kaizou-kaikaku' => 'Koizumi Reform of Structure'
- * slogan of 'Koizumi Reform of Structure' was 'reform without sanctuary'
it means that not just economical (= free trade, but also political, administrative, and judiciary
- * Judicial reform has often been debating in particular from 1980's , but used to be postponed. Therefore drastic judicial reform was indispensable for Japanese government.
- * As to the style or image of Japanese society , Koizumi Reform pursued the change from 'excessive advance control/adjustment type society' (=traditional style or image of Japanese society) to 'after-the-fact review/remedy type society'
- (c) But as a result of relaxation of prior governmental restriction ,namely 'excessive advance control' various conflicts were expected to increase. Therefore much more demand for judiciary than before as a measure of resolving such conflicts will be risen.

But can Japanese present judiciary really respond such a demand?

Scale of Judiciary in Japan

(c) Why Japanese society requires the reform of judiciary ?

one of the main reasons is scale of judiciary in Japan

•2009 : judge 2,760 (540) prosecutor 1,779 (323) lawyer 26,958 (4,131)

	population	judge	prosecutor	lawyer	among 100000 population
France	59,862,000	5,257	1,857	40,233	78
America	293,655,404	31,281	34,799	1,006,783	365
Japan	127,687,000	2,460	1,548	21,205	20

•It is clear that present judiciary has no capacity to meet the future demand of Japanese society because of increasing the number of various conflicts ; not only business matters but also private or labour relations, law suit against central and local government, class action on environment(for example nuclear power plant accidents) and drug induced disaster suit, ...etc.,

3 : Judicial Reform from 1999 and Citizen's Participation to Trial

(1)1999 ; under these circumstances Justice System Reform Council(JSRC) was established by the Cabinet.

- 13 members prominent lawyers, academics and business executives
- Main task is to recommend radical reforms for suitable Judiciary in the new ear of Globalization.

(2) basic principles and main issues of Judicial Reform

•2001 ; Final Report *"Recommendations of the Justice System Reform Council; For a Justice System to Support Japan in the 21st Century"* (English Version, 2001)

•Chapter I "Fundamental Philosophy and Directions for Reform of the Justice System"

Basic Principles and Fundamental Tasks (1)

(a)basic principles and fundamental tasks ;

• "What commonly underlies these reforms is the will that each and every person will break out of the consciousness of being governed object and will become a governing subject , with autonomy and bearing social responsibility.... [This reform] aims to tie these various reforms together organically under "the rule of law" .

• "Reflecting on this country's history... this Council has determined that the fundamental task for reform of the justice system is to define clearly "what we must do to transform both the spirit of the law and the rule of law into the flesh and blood of this country, so that they become 'the shape of our country'"

Basic Principles and Fundamental Tasks (2)

- One of the most important tasks of judicial reform is the change from traditional image of Japanese people, namely 'being governed object' to 'governing subject'. And the new image 'governing subject' necessarily follows in particular Japanese citizen's active participation to various public matters including the trial.
- And also Report says that ideal image of Japanese society is the society where the principle and idea of 'rule of law' is enough penetrated. Therefore term 'rule of law' is one of the most important key words in the Report and therefore in judicial reform in the 21st century.
- This idea about the principle of 'rule of law' represents the search for particularly American style society where the principle and idea of 'rule of law' is the basic concept and therefore lawyers play very important role at the political, economical and social fields.

'establishment of the popular base, public trust in the justice system'(1)

(b) Report points out three basic policies of judicial reform ;

- First ; easy access to judiciary = make the justice system easier to use, easier to understand and more reliable for example , speed up of the trial, revise of basic law ,particularly civil and criminal law, enlargement of Legal Aid, and establishment of Japan legal Support Center in each prefectures, etc.,

- Second ; increasing the quality and quantity of lawyers

- Third ; "establishment of the popular base, public trust in the justice system shall be enhanced by introducing a system in which the people participate in legal proceedings and through other measures."

This third policy clearly represents the basic idea of introduction of Saiban-in system.

‘establishment of the popular base, public trust in the justice system’(2)

- “If the people become more widely involved in the administration of justice together with legal professionals, the interface between the justice system and the people will become broader in scale and deeper, public understanding of the justice system will rise, and the justice system and trial process will become easier for the public to understand. As a result, a much firmer popular base of the justice system will be established.”
- “As a new system for popular participation in litigation proceedings ... a new system shall be introduced for a portion of criminal cases. Under this new system, the general public can work in cooperation with judges, sharing responsibility for and becoming involved in deciding the cases autonomously and meaningfully.”

‘establishment of the popular base, public trust in the justice system’(3)

- These two paragraphs clearly represent the core idea of Saiban-in system which was introduced in 2009; namely as a result of the collaboration between professional judges and lay citizens in the criminal trial, public understanding and trust to judiciary are enhanced and popular base to judiciary is established.
- 2004 ; Basing on the Final report special law for introducing the new Saiban-in trial was enacted, namely ‘*Act concerning Participation of Lay Assessors in Criminal Trials (Saiban-in Act)*’. And after five years preparation term it was enforced in 2009.

cf. “Japan Quasi-Jury(Saiban-in)Law : An Annotated Translation of The Act Concerning Participation of Lay Assessors In Criminal Trials”, Kent Anderson and Emma Saint, *Asian-Pacific Law and Policy Journal*, vol.6, Issue 1(Winter 2005)

4 : Some Features of Saiban-in Trial and Its Basic Structure

- (1) some features of Saiban-in trial comparing with two Western styles and Korean Jury system (2008)
- (a) Anglo-American jury system for example America ;
12 jurors are selected at random from the electoral register and sit for only one case. Defendants can choose whether they take use of it or not, because they have the Constitutional 'right to a speedy and public trial, by an impartial jury' (Amendments, Art.8) They unanimously decide just only guilty or not-guilty. As to the appeal defendants can appeal at guilty verdict, but prosecutors cannot appeal at not-guilty verdict because of the double jeopardy rule.
- (b) Continental jury system for example Germany ;
Basically 5 jurors are appointed among particular groups of people for five years. Subject cases are all the cases which can be sentenced to one or over year's imprisonment. Together with judges they decide not only guilty or not-guilty but also sentence. They decide basically by majority, but at the guilty case at least two third of the panel should agree. Both defendants and prosecutors can appeal whichever guilty or not-guilty.

Some Features of Saiban-in Trial(1)

- (c) Korean Jury System was introduced in 2008 but at the moment it is tentative. After investigation and deliberation concerning to the real situation it is scheduled to be revised and fixed five years later.

Basic structure of Korean jury system ;

- jurors are selected from electoral register
- number of jurors ; 5,7,9 depending on the case's graveness
- subject cases ; felony and only the case which defendants want to be tried by Jury trial and even when defendants want the jury trial judges can finally decide whether they try the case by jury trial or not.
- jury alone decides only guilty or not-guilty by unanimity and
- jury verdict dose not bind the judges but if judge pronounces the different sentence from jury verdict judge has to give the reason why the sentence differs from the verdict

Some Features of Saiban-in Trial(2)

(d) Saiban-in system in Japan

- Basically 6 Saiban-in are selected at random from the electoral register and sit for only one case ; basically Anglo- American style
- Together with three professional judges, Saiban-in decide not only guilty or not-guilty but also sentence. And subject cases are basically felony ; basically German style
- Both defendants and prosecutors can appeal whichever guilty or not-guilty ; German style

Japanese system is the mixture of the both of the Western models. But basically it is modeled on the Continental system, in particular as to the corroboration of lay persons and judges to judgment, and the power of appeal by Saiban-in and prosecutor.

Therefore we can say that paralleling with Korean jury system Japanese Saiban-in trial can be a new model of citizen's participation to trial in non-Western countries in particular in Asian countries.

(2)basic articles of Saiban-in Act(2004)(1)

[general provisions]

Art. 1 Purpose "Through the participation in criminal proceedings of lay assessors, who have been selected from among the people, with judges, this legislation seeks to contribute to the promotion of the public's understanding of the judicial system and thereby raise their confidence in it.

This is the clear declaration of Final Report's main idea of Saiban-in trial.

Art. 2 Subject Cases and Composition of a Judicial Panel ; "1. Cases involving crimes punishable by death or imprisonment for an indefinite period or by imprisonment with hard labor ; and ii. Cases involving crimes in which the victim has died due to an intentional criminal act
2. "When there are three judges for the judicial panel of the preceding paragraph, the number of lay assessors shall be six."

Main subject cases are felony(grave crime) cases, typically murder and bodily injury resulting in death. We have no life imprisonment as an exact meaning. Because after ten years in prison there is possibility that prisoners can get parole.

And main exceptional case which does not include the death is drug smuggling case.

basic articles of Saiban-in Act(2004)(2)

• Art.3 Exceptions from the Subject Cases

"The District Court shall determine that a case within either article 2(1)(i)-(ii) is nonetheless to be handled by [only] a judicial panel of judges when it recognizes that there are conditions that make it difficult to guarantee lay assessor candidates' appearance due to the lay assessors' fear of significant violation to their peaceful existence or their fear of added injury to a lay assessor candidate arising from the defendant's statements or statements of a member of an organized group "

Legislator says that this article is concerning to the cases on terrorism and organized gangs, namely Japanese mafia, so called "Yakuza" group. In Japan terrorism is actually not so serious issue. But the crime by Yakuza is very serious social problem. Therefore this article's main target is Yakuza cases. In this sense this article is peculiar to Japanese Saiban-in trial.

basic articles of Saiban-in Act(2004)(3)

[Saiban-in's tasks and basic equal power between judges and Saiban-in]

Art.6 Powers of Judges and Lay Assessors

"For cases handled by a judicial panel, judges and lay assessors (have next power)
i. recognizing facts; ii. applying laws and ordinances; and iii. determining sentence."

Art. 8 Independence of Lay Assessors' Exercise of Authority

"Lay assessors will carry out their authority independently."

The Constitution of Japan, Art. 76 provides the same guarantee of the independence of judges, " 3) All judges shall be independent in the exercise of their conscience and shall be bound only by this Constitution and the laws. "

Art.82 Principle of Free Conviction

"Regarding decisions in which the lay assessors participate, judges and lay assessors are both entrusted to decide freely based on the strength of the evidence."

The main point of this article is the same as Art.8, namely independence of Saiban-in

basic articles of Saiban-in Act(2004)(4)

Art. 67 Verdict

"A decision involving lay assessors' participation in a deliberation will be by majority opinion of the members of the judicial panel, which shall include both an empanelled judge and a lay assessor."

This article includes the next points

(a) basic equality of power between judges and Saiban-in

(b) basically decision by majority

(c) but there is one restriction , namely "shall include both"

This phrase means that in the case of acquittal=not-guilty majority

rule is applied. But in the case of convictions «guilty the verdict must also obtain the concurrence of at least one professional judge.

Basically majority rule but there should be some 'safety net' for protecting defendants' basic human right from professional view point.

[Saiban-in's Duty to Protect Privileged Information]

• Art.70 Deliberation Secrecy

"Information from the deliberations — particulars that lay assessors are allowed to hear, the opinions and the number of both judges or lay assessors who held these opinions (hereafter "deliberation secrets") shall not be revealed."

• Art. 79 Crimes of Lay Assessors Leaking Secrets

"When [Saiban-in] leak deliberation secrets or other secrets learned in their employment, they are subject to a fine of up to ¥500,000 and/or imprisonment for up to 6 months."

2. Persons who were employed as lay assessors or reserve lay assessors will be treated the same as in the preceding paragraph when covered by any of the following Rems.:"

This is very heavy duty for Saiban-in which can be sanctioned by punishment. This article is one of the most problematic articles which has been discussing whether we should revise or not. Because it is feared that such a heavy burden causes common citizen's antipathy against Saiban-in trial itself. But at least at the moment there is no case which has been charged by this crime.

[Deliberation]

Art. 66 Deliberations

"Deliberations on decisions will be conducted with empanelled judges and lay assessors. 2. The lay assessors shall attend the deliberations of the preceding paragraph and express an opinion.

5. In deliberations, the chief judge shall making arrangements so that deliberations are easily understandable for the lay assessors, providing sufficient opportunity for the lay assessors to voice their opinions, and so forth, so that lay assessors are sufficiently able to execute their duties."

cf. Art. 51 Consideration of Lay Assessors' Responsibilities "Judges, prosecutors, and defense counsel shall endeavor to make trials quick and easy to understand so that lay assessors are able to perform sufficiently their duties without their responsibility becoming onerous."

These two articles are very important for success of Saiban-in trial. Because for 'establishment of popular base' it is necessary for Saiban-in to be able to understand both trial in the court room and deliberation, and actively attend to the deliberation.

4 : Public Opinion on the Saiban-in Trial--Before and After

- 3, August, 2009 ; first case by Saiban-in trial murder case in Tokyo District Court
- On the day President of Japan Bar Association gave a formal statement ;
historical day not only for Criminal Justice but also Japanese society because by introducing Saiban-in system Japanese people's understanding and therefore the trust for judiciary will be promoted
- he mentioned just the main principles and tasks of Final Report
- But how about Japanese people's evaluation for Saiban-in trial?
We can say that the evaluation dramatically changed before and after the introduction.

4-1; Before the Introduction

4-1-1; very unpopular among Japanese people

Supreme Court published the result of opinion poll among 10500 people in 2008.

•95 % : know about introduction of Saiban-in

[intention to attend]

•4.4 % : want to attend

•11.1% :do not mind to attend

15 % positive answer

• 44.8% : do not want to attend, but if it is obligatory, can not avoid
cf. law-abiding spirit of Japanese people

• 37.6% : even if it is obligatory, do not want to attend
82% negative answer

4-1-2; why many Japanese people do not want ?

[the reason why they do not want to attend]

• 75.3%: feel heavy responsibility because their judgment decides defendant fate

• 61.5%: no confidence to bear the responsibility of trial

• These answers are very natural, in particular in Japan we have death penalty and all the cases which can be punished by death penalty are tried by Saiban-in trial.
as of October, 2011 10 sentences of death penalty

• and also Saiban-in faces very tough decision for example in the case of 'robbery plus murder' . Because in this case Saiban-in has no choice without death penalty or life imprisonment. They should choose death or not.

4-1-3; cultural reason related to way of thinking and behavior (1)

Data shows 52.7 % no confidence to give opinion with equal status as judge

This is very common to all over the world . But how about something like cultural features which are allegedly peculiar to Japanese people ?

(a)It is traditionally said that Japanese people attach very high importance to the social rank and therefore are very submissive to authoritative person.

If it is so, it results that Saiban-in can not give their own opinions which are different from judge's one.

(b)also it is said that Japanese people have strong group-oriented tendency and therefore they dislike to give different opinion from other members of the group. And more generally speaking Japanese people are not good at discussion and in particular self-assertion.

Again if it is so, it results that Saiban-in can not give their own opinions which are different from other member's or at least majority opinion.

cultural reason related to way of thinking and behavior (2)

- Many opponents against introduction of Saiban-in trial insisted that therefore Japanese people are not suitable for the task of Saiban-in.
- This topic has close connection with Japanese people's legal consciousness which is one of the most popular one in Sociology of Law.
- Most classical opinion on this topic : Late Professor Takeyoshi Kawasima "Japanese Legal Consciousness" (1978(in Japanese)one of his masterpiece) in the traditional Japanese people's legal consciousness concept of right and duty is not so important and they don't want to assert their own right even if they have the right. Furthermore Japanese people do not want to solve their conflicting problems basing on the law. Therefore they don't want to go to the court.
- This famous thesis has already been denied not only by Japanese scholars but also American in particular legal sociologist's researches on Japanese people and society.

4-2 ; After the introduction(1)

・ result of questionnaire to Saiban-in

Supreme Court conducted a survey of all the former Saiban-in who were in charge from January to December, 2010 about their experiences as Saiban-in. The total number was around 1,1600 Saiban-in and around 1800 cases.

(1) [how much could understand trial in the court]

63.1%; could easily understand

28.6%; could understand

92 % positive answer

7.1%; difficult to understand

7 % negative answer

(2) [sense of fulfillment at the deliberation]

71.4%; could enough discuss together

7.1%; not enough 20.1%; not sure

7 % negative answer

After the introduction(2)

(3)[impression of attending to the trial as Saiban-in]

55.5%; very good and valuable experience

39.7%; good experience

over 95 % positive answer

1%; do not think good experience

(4)[Saiban-in at press conference]

At the press conference just after finishing the duty as Saiban-in they gave their own very reasonable opinions about the case and some times mentioned to the situation where various different opinions are discussed among Saiban-in and judges(however, unfortunately, they could not mention the concrete content of their discussion because of their duty of deliberation secrets)

After the introduction(3)

•Judging from these data, at least at this moment, which clearly shows the positive situation, we can say that what opponents said before introduction was groundless. And lots of lawyers and researchers including me are giving the high reputation to the ability and sincerity of lots of Saiban-in.

•3, May, 2011 which is memorial day of Constitution of Japan, 1945 President of Supreme Court gave formal statement mentioned firstly to disaster in this March and secondly to Saiban-in trial

He said already about 1900 cases sentenced and about 15000 people experienced Saiban-in and they sincerely tackled to their duty as Saiban-in and also they are evaluating highly their experience as Saiban-in.

It is clear that he bears the result of questionnaire in his mind.

5 : Future Tasks—Conclusion

Saiban-in Act, Additional Clause Art. 8 [Investigation] "Where additional investigation into the status of the law's implementation is recognized as necessary three years after the law comes into effect, based on these results the Government will create the necessary measures, so that the system of lay assessor participation in criminal trials can facilitate the people's participation in justice to realize adequately its role as the foundation of our country's judicial system.

Some problematic issues which should be revised in future

(a)duty to protect the deliberation secrets

(b)death sentence by Saiban-in trial

(d)term of one trial how many consecutive days can the Court bind Saiban-in ?

(e)victim's family's participation to Saiban-in trial Saiban-in's strong sympathy to victim's family's retaliatory feeling

(f)some regulation of news about the Saiban-in trial's case effect of news about the case on Saiban-in