

多元的法体制再考

— Another Essay on Legal Pluralism —

徳 永 賢 治

目 次

はじめに

- I. ハートの法=ルール体系説
- II. 多元的法体制の諸事実
 - 1. 超国家的地域機構としてのEC
 - 2. 慣習法と先住民の固有法
 - 3. 商慣習法 (Law merchant)
 - 4. インターネット上の知的財産権
- III. 多元的法体制論

おわりに

はじめに

わが国における伝統的法哲学は、江戸時代約130年間の鎖国、明治期以降における上からの急速な近代化による国家（＝単一民族国家）法制度の影響もあって、これまで法解釈学者が意識的にまた無意識的に前提していた国家法一元論（法＝国家法）の思考枠の内部で研究が進められることがほとんどであった。明治時代に継受した大陸法の影響もあり、法学教育の中心は、所謂六法の解釈論に今なお置かれている。最近の幾つかの大学における法科大学院（ロー・スクール）の設立構想とそこにおけるカリキュラムをみても、法学教育に占める基礎法学、特に法哲学の評価は低く、周

辺的な位置づけしか認められていない。

筆者は、3年前、本紀要に「多元的法体制考」と題する研究ノートを発表した(徳永, 2000a)。そのノートは、これまでの法哲学は、余りにも国家法中心主義的法概念に捉われていたのではないかという視点から、多元的法体制論の歩みの一端を述べるものであった。紛争解決のための独立した客観的手段の必要があることから、「法とは、違反者に対する国家の制裁を背景にした強制規範である」ことが当然視され過ぎて、国家法一元論の成立前提すなわち国家が立法・司法の権限を独占する正当根拠については、十分な議論が行われて来たとは必ずしも言えない、という側面を指摘するものであった。

国家が立法し有効と認める法以外は法でないとすれば、法は国家法の外には存在しないことになる。法がピラミッド状国家構造に由来する、一元的に統合されたルール体系であり、しかもこの国家法思想が普遍的に適用可能であるとの前提に立てば、法律(Law in the Books)は、法(Law)または法秩序(Law in Action)と同一視されてしまう。これを肯定する一部の法実証主義者は、自然法や伝統的慣行を、法の独立した基礎とは認めない。独立変数としての国家法のみが法であるなら、一般国際慣習法や宗教法(例えば、キリスト教の教会法、イスラム法、ユダヤ法、ヒンドゥ法など)は、国家が認める範囲でしか妥当しない法ということになる。

しかし、現代は、国家法よりも、EUのような超国家的地域法、各種国際機関のルール等の非国家法が重要性を増しつつある時代である¹⁾。例えば、国際人権規約、WTO、世界銀行、IMFを規制する規則や、グローバルに活動する多国籍企業やNGOなどのルールは、国際社会のみならず一国内の社会・経済に多くのインパクトを与えつつある。他方、国際麻薬ネットワーク、国際的犯罪組織、国際テロリズム等も、国際社会のみならず一国内の社会・経済にマイナスのインパクトを与えつつある。グローバ

1) 国際法においても、条約に還元されない国際関係の規制である国際「ソフト・ロー」の重要性が注目され始めている。ソフト・ロー概念とその問題点については、村瀬信也『国際立法—国際法の法源論—』、東信堂、2002年、21-29頁がある。

ル化の進展に伴い、国家法は、その地位を復権・強化しようとする動きが一部にあるものの、その地位は相対的に低下し、その再編がせまられている。

I. ハートの法＝ルール体系説

20世紀のイギリスの法哲学界の代表者の一人であるH. L. A. ハート（1907～1992）は、ある社会に法体系が存在すると言えるためには、①市民による一般的服従と、②公機関が公式の行動基準として内的視点から第二次的ルールを受容していること、の二つが必要条件であると主張した（ハート、1976、113頁）。

ハートは、近代国内法体系をモデルにして、法の世界を解明する。それが、法実証主義者ハートの特色でもある²⁾。ハートは、前法的世界である原初社会は、構成員に責務を課す第一次的ルールのみから成る社会であると述べる³⁾。

恒常的な独立の立法機関、裁判所、行政機構が存在しない原初社会においても、それが社会である以上、社会存立のための三条件、すなわち①窃盗、傷害、殺人、詐欺などの行動を何らかの形で制限する第一次的ルールの必要、②ルールを拒否する少数者がいたとしても、多数の人々はルールを容認していること、③社会を崩壊に導かない血縁、信仰等を通しての強固な安定的結合に支持される必要、の各条件が満足されなければならない。

原初社会は、しかしながら、ルールが体系化されておらず、あるルールを法として認めるか否かを判定する基準がない（第一次的ルールは不確実である）。また原初社会は小規模な安定的社会であるため、ルールの意図的改革の必要性にせまられることが少なく、自然にルールが変化するのを待つ以外に方法がない（第一次的ルールは静態的である）。さらに原初社会にお

2) ハートは、ある主張が法実証主義であると言えるための要件を五つあげている（ハート、1976、293頁）。但し、ハート自身は、法は自然法の最小限の内容を含まなければならないと主張しているので、彼は修正法実証主義者（modified positivist）である、と言えよう（ハート、前掲書、211 - 218頁）。

3) ハート、前掲書、101頁

いては、ルール違反者に対するルール違反の事実と、違反に対する制裁を最終的に確定する権威ある機関がない(第一次的ルールは非効率的である)。

原初社会におけるこれら三つの欠点を補うものとして、ハートは、特定の人や機関に対して、私的または公的な機能を付与する第二次的ルールの導入が不可欠であると主張する⁴⁾。

まず、原初社会の不確実性を補うものとして、あるルールが法として認められる諸基準(例えば制定法、判決、慣習等)及びこれら基準間に生じるかもしれない衝突に対して優先順位を決める規則が必要である(承認のルールが必要である)。次に、原初社会の静態的性質を補うものとして、集団かまたはその内部の一定の人が状況に応じて柔軟に行動できるように、新しい第一次的ルールを導入し、古いルールを排除する権能を集団あるいは一定の人に付与するルールが必要である(変更のルールが必要である)。さらに、原初社会の非効率性を補うものとして、私人によるリンチや暴力による自力救済を禁じ、ルール違反の事実を確認し、それに対する制裁を最終的・排他的に確定する者は誰であるのか、また彼の従うべき手続を定めるルールが必要である(裁判のルールが必要である)。

ハートは、このように前法的世界から法的世界への移行を通して成立した近代〔西欧〕国内法体系を解明する鍵は、第一次的ルールと第二次的ルールの結合にあると述べる。この結合は法体系の核心部であり、責務、権利、法源、立法、裁判管轄権、国家、公機関等の法的概念は、この結合からうまく解明されると、彼は言う⁵⁾。

ハートが主張するように、近代国内法体系を理解する鍵は、第一次的ルールと第二次的ルールの結合にあるのかもしれない。しかし、この既製の鍵は、今日のグローバル化した複雑な法的世界の解明のための入口の扉を開けるのに十分な鍵と言えるだろうか。

ハートが『法の概念』を発表した1961年当時のイギリスは、まだE Cに参

4) ハート、前掲書、102 - 106 頁

5) ハート、前掲書、107 頁

加していなかった。そのため、彼が自国の近代法体系を中心にした法概念を用いて、法哲学（分析法理学）を構築したのは止むを得ないことであったとも言えよう。しかし、今やイギリスはEUに加盟しているのである。EUすなわちヨーロッパ連合は、単一国家ではない。国家主権のみが法を法たらしめるとすれば、国家の枠を超えたEU法は、単一の主権をもつEU国家が出現しない限り、法ではありえないことになる。ハートは、EU法は法でないと認めるのだろうか。

確かに、ハートが言うように、西欧近代法、特に近代国内法概念の核心部分には、第一次的ルールと第二次的ルールの結合があったかもしれない。しかし、国内法ではない国際法も法である。ハート自身、国際法は、国内法と、形式上ではなく内容上類似しており、国際法ほど国内法に近い社会的ルールは他にないことを認めている⁶⁾。

法は、国家法でなければ法でないのではない。国際司法裁判所の裁判の準則を定めた同規程の第38条第1項の「C. 文明国が認めた法の一般原則」は、たとえ非文明国間の紛争であっても、当事国が当該紛争の法的解決を求めて国際司法裁判所に訴訟を提起する限り、裁判の一基準として既に法として存在すると言わざるを得ない。このことは、国家法のみが法であるという国家法一元論者の主張の成立が困難であることを示す一例である。

もっともハートは、第一次的ルールと第二次的ルールの結合は近代国内法体系の中心にあるが、それだけですべての法的問題を解明できるわけではないことを認めている⁷⁾。彼は、ルールを表わす法言語が核と周縁をもつことを指摘する⁸⁾ばかりか、間接的な形でではあるが、ルール概念自体にも核心部分と周縁部分があること⁹⁾を認めている。

公園入口に「公園内車輛立ち入り禁止」の立札があるとす。この「車輛」に、バス、トラック、乗用車、オートバイが含まれることに疑いはな

6) ハート、前掲書、255頁

7) ハート、前掲書、108頁

8) ハート、前掲書、140頁

い。それは、「車輛」の意味の核心部分であるからである。では、幼児の三輪車、子供の自転車についてはどうだろうか。乳児用の乳母車、おもちゃの車、一輪車についてはどうか。さらに戦争記念の台座上のジープは、「立ち入り」に該当するのだろうか。法的言語の解釈には、ハートの言うように、確かに、その意味が誰にとっても明白な核心部 (core of certainty) と、その意味が疑わしい陰影部 (penumbra of doubt) が存在する¹⁰⁾。

他方、文言自体は明確なのだが、それが表わすルール適用可能性が明確でないことがある (defeasible rule)。公園内で急病人が出たり、殺人や傷害事件が生じた場合、救急車やパトカーは公園内に立ち入りを禁止されているのだろうか。例えば、「但し、公共の安全維持のため緊急止むを得ない事由あるときは、この限りでない」との文言が立札に記載されていないからという理由で、緊急車輛の公園内立ち入りを禁止すべきだろうか。このような場合、人命尊重の点で、公園内への車輛の立ち入りは、形式上立札の文言に反するものの、認められてもよい場合があろう。公園内の治安と静穏の確保と維持という立法目的からすると、文理解釈より、実質的違法性 (可罰的違法性) が考慮されるべきである。

「公園内車輛立ち入り禁止」のルールをルールたらしめ、このルールを基礎づける力は、この「ルール外に存在するルール」である。このルール外のルールを法的ルールにするのは、主権をもつ国家だけなのだろうか。ハートは、公機関の行動に合法性 (legality) の根拠を求め、法はルール体系であると考えているので、国家法はルール外の法原則がもつ社会・文化的側面を、法に無関係なものとして法学の領域から追放してしまう。

9) 「法を確認するために複数の基準があつて通常、成文憲法、立法府による制定法、裁判上の先例を含んでいる。たいていの場合、これらの基準に相対的な、従属あるいは優越の序列づけを与えることによって、起こりうる衝突に対するそなえがなされている。」(ハート、前掲書、110頁)。「……、いろいろな基準のこの階層的序列づけを伴ったそのように複雑な承認のルールの存在は、そのような基準によってルールを確認する一般的な習慣的活動のなかに明らかに見い出される。」(前掲書、110頁)。「承認のルールは……言明されないが、その存在は裁判所やその他の機関、あるいは私人やその助言者が特定の諸ルールを確認していく仕方のなかに示されているのである。」(前掲書、111頁)。

10) ハート、前掲書、133頁

ハートは、自分の法哲学（分析法理学）は、記述社会学の試みでもあると述べる¹¹⁾。社会学がどうして同時に法哲学になるのかについて、彼は、法言語の基準的用法またその表現がどのように社会的文脈に依存しているのかを吟味することによって、社会的状況、社会的諸関係が明らかにされるからだ、と言う¹²⁾。ならば、どうして彼は、法をルール体系に閉じ込める法理論 (a legal theory) を、社会の法理論 (a theory of law in society) へと展開しなかったのだろうか。言葉とルールだけでなく、法自体が開かれた構造 (open texture) をもっているのではないか。

法典に表現された国家法体系を幾ら読んでも、法典には法を法として作成した立法者自身は対象化されていない。ちょうど写真を幾ら見ても、そこにはその写真を撮影した写真家自身は、たとえ頭のなかで想定されたとしても、写っていないのと同じである。法を法たらしめているのは、法がルール体系であるからだけではない。法は社会・文化の一産物でもあるからである。法の社会・文化的背景は、第一次的ルールと第二次的ルールの結合としての法体系と同様、いやそれ以上に、法を解明する上で大切である。法的コミュニケーションが成立すること自体、法体系を超えた権力、文化の問題でもある。

II. 多元的法体制の諸事実

1. 超国家的地域機構としてのEC

ヨーロッパ共同体 (EC) は、1993年に欧州単一市場を誕生させた。統一通貨ユーロの登場により、共同市場の統合はますます強化され、統合のスピードは加速している。これに伴い、加盟各国の伝統的主権は次第に弱体化する一方、所謂共同体主権が姿を表わそうとする傾向が見られる。

「欧州共同体の構造、権限、活動を制御するルールの総体」であるヨーロッ

11) ハート、前掲書、序文、iii頁

12) ハート、前掲書、序文、iii - iv頁

パ共同体法（E C法）は、法であるのだろうか。

E C法は、E Cという組織自体を創設するための法規範（パリ条約とローマ条約）である「第一次的共同体法」と、この設立条約に従ってE Cの機関（閣僚理事会を中心とする機関）が制定する「第二次的共同体法」とから成り立っている¹³⁾。

例えば、E C機関の一つである欧州経済共同体においては、理事会と委員会は、規則、指令、決定、勧告、意見の五つの第二次的法を制定することができる。このうち「規則」は一般的、全体的拘束力をもつが、「指令」は構成国の国内法に置き換えられて初めて一般的効力をもつ。そこで、E C機関が指令を採択したあと、各加盟国は指定期限までに国内法化しなければならないにも拘わらず、それが不完全にしか履行されなかった場合、各加盟国の個人は、この指令を採用し国内裁判所において自国政府を相手として権利主張することが認められるのである¹⁴⁾。

E C法のレベルではE C司法裁判所は合憲性の最終判定者である一方、国家法のレベルでは加盟国の憲法裁判所は合憲性の最終判定者である。もし両裁判所の判定が抵触したとすれば、加盟国の最高裁判所は、指令（第二次的E C法）の憲法適合性を審査するための司法審査権を有すると言えるだろうか¹⁵⁾。

憲法は単一の主権をもつ国家に一つしか存在せず、単一国家の法しか法と認めない国家法一元論の立場からすると、E Cだけでなく、アメリカのような連邦国家の法、イギリスやアメリカとのコモンウェルスにある国の法¹⁶⁾は、法ではなく、憲法も一つしかないはずである。しかし、国家にも種々の形態があり、国家法自体、さまざまである。一国家内にも異なる法が同時に存立していることは否定できない事実である。

13) 徳永, 2000b, 223頁

14) 徳永, 前掲書, 224頁

15) 徳永, 前掲書, 224-225頁

16) 徳永, 1995b, 165頁

2. 慣習法と先住民の固有法

国家法一元論においても、国家法の中に慣習法の効力を認める場合がある。例えば日本の法例第二条は、公序良俗に反しない「慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」ることを認めている。

民法第92条は、同一の効力からさらに進んで、「法令中ノ公ノ秩序ニ関セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ当事者力之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ従フ」ことを認め、慣習法の効力が任意法の効力に優越しうることを明示している。

パラオ共和国憲法第2条は、国の最高法規である憲法に抵触するいかなる法律、政府の制定法、またはパラオ政府が当事者である協定も、無効である旨を規定している。他方、同第5条第2節は、憲法もその一つである制定法は、慣習法の基礎をなす原理に抵触しない範囲でのみ優越し、制定法と慣習法は対等な機能を有する旨を規定する¹⁷⁾。パラオには、日本国憲法第41条のような、議会が唯一最高の立法機関である旨を定める規定はない。よって、日本や近代西洋の刑法と異なり、パラオでは罪刑法定主義、法の適正手続の法思想はそのままでは通用しないことがある。

またパラオにおける州の憲法は、英語とパラオ語の両語で表現されているため、紛争が生じたとき、どちらの言語で表現された憲法が憲法として優先するのかについては、州によって異なる規定をしている¹⁸⁾。

フィリピンの先住民権法 (Indigenous Peoples Rights Act, 29 October, 1997)¹⁹⁾ は、第15条で、司法体系、紛争解決制度と平和構築手続を規定している。それによれば、先住民及びその文化共同体は、彼ら固有の一般に受け入れられた司法体系、紛争解決制度、平和構築手続若しくは機構を、並びに国家法体系及び国際的に承認された人権に適合可能なものとして

17) 徳永, 1997, 25 頁

18) 徳永, 前掲書, 26 頁。州の憲法について、英語版がベラウ語版（また日本語版）に優越するかどうかは、その州の歴史、政治、社会、文化等の事情により異なる。

19) <http://www.chanrobles.com/republicactno8371.htm>.

の、彼らの各共同体内部の他の慣習法と慣行を、利用する権利を有する。

先住民とその文化共同体の文化的多様性の承認を規定する同法第31条に続き、同法第32条は共同体の知的権利について、次のように規定している。

「先住民とその文化共同体は、彼ら固有の文化的伝統と慣習を遵守し活性化する権利を有する。国は、彼ら〔先住民とその文化共同体〕の自由且つ事前のインフォームド・コンセントなくして、または彼らの法、伝統、慣習に反して、奪われた文化的、知的、宗教的、霊的な財産の返還への権利のみならず、彼らの文化の過去、現在、将来の表現を保存し、保護し、発展させるものとする。」(但し、〔 〕内は徳永が付け加えたものである。以下同じ)。

同法第34条は、先住民の知識体系と慣行への権利及び彼ら自身の科学と技術を発展させる権利を、次のように規定する。「先住民及びその文化共同体は、自らの文化的及び知的権利の、全面的な所有、支配、保護の承認を与えられる。彼らは、自らの科学、技術、文化的表現を支配し発展させ、保護する特別の評価権を有する。これら〔科学、技術、文化的表現〕の中には、人間その他の遺伝子資源、種子、またこれらの資源の派生物、並びに伝統的医療と健康実践、生命維持に必要な薬用植物、動物、鉱物、先住民の知識体系と慣行、動植物の特性の知識、口承の伝統、文学、意匠、視覚的及び上演的芸術を含むものとする」。

紛争の解決と解決に際して適用可能な法について、同法第62条と第63条は、次のように規定している。「調査計画で〔境界を〕図示された先祖の土地の中に反対主張があり利害が対立する場合、先住民国家委員会〔NCIP: National Commission on Indigenous Peoples〕は、本来の当事者に対する告知の後、そのような先祖の土地の境界図から生じる論争を審理し決定する。但し、当該論争が先住民とその文化共同体のそれぞれの先祖の土地の伝統的境界に関する先住民及びその文化共同体相互間の論争であるときには、慣習的手続をとるものとする。NCIPは、その司法的機能を遂行するために必要な規約を公布する。なお、いかなる先祖の土地境界論争に係わる若しくは本法の適用、履行、実施、解釈に付随するいかなる事

柄に係わるNCIPのいかなる決定、命令、裁定、判定においても、そのコピーを受け取ったあと15日以内に控訴裁判所に、再審査請求できるものとする」（第62条）。

「紛争が生じる土地の先住民及びその文化共同体の慣習法、伝統、慣行は、まず係争地に係る財産権、請求権、所有権、世襲相続、継承的不動産処分につき、適用されるものとする。法の適用におけるいかなる疑義ないし曖昧さも、先住民及びその文化共同体に有利に解釈されるものとする。」（第63条）。

さらに同法第65条は、慣習法と慣行の優越性について、「論争が先住民及びその文化共同体に関わる場合、慣習法と慣行が当該論争を解釈するのに用いられるものとする」ことを規定している。同法第66条は、「NCIPは、その地方事務所を通して、先住民及びその文化共同体の権利に関わるすべての請求と論争につき司法権を有する。但し、いかなる論争も、当事者が自らの慣習法の下で認められるあらゆる救済策を尽くしたのであれば、NCIPに持ち込まれるべきでない。このため、当該論争の解決の試みに参加した長老及び指導者会議は、証明書すなわちこの論争は〔まだ〕解決されていないという証明を発行するものとする。この場合の証明は、NCIPへの申立書の提出に先立つ停止条件とする。」ことを規定している。

このように、一定の紛争については、慣習法による解決が国家制定法に先立って求められることがあるのである。法は、国家制定法の形でのみ、存在するのでない。

3. 商慣習法 (law merchant)

商慣習法 (lex mercatoria) は、市場、特に市、定期市、港市、市場町、自治都市等で開かれる市場で、古来より発達した非国家法である。それは、刑事事件を除く、商取引から生じた紛争を当事者が納得いく形で素早く処理するための、一連の原理、規則、仲裁規約を備えていた。市場町や自治都市等は国王の特許を付与されていることが多かったため、その範囲では、商慣習法は、初めから国境を越えた自律的法として発達した。

国境を越えた経済活動や取引から生じる紛争は、特に国家法体系の周縁部のように、国家機関（裁判所）の介在がないかまたはあってもその力が実効的でないところでは、紛争当事者が互いに了解可能な合法・非合法の区別を基礎にして、仲裁人によって解決されたのである。経済システムとの密接な結合の下に発達した商慣習法は、国家法としてまた国際法（主権国家間の条約や慣習法）として、発達したのではない。法は、いつでもどこでも常に国家法が非国家法かのいずれかでなければならない、と明確に二分されるとは限らないのである。

商慣習法における紛争解決は、解決自体を自己目的にする一定場所に恒常的に設置された裁判所によって行われるのではない。それは一回ごとの一つの法的サービスである。それ故、規範的期待の確実性という点では、それは、一定領域の国家法体系に基づいて強制的裁判管轄権を有する常設裁判所に及ばない。

とは言え、「相手もまた自分が期待するように行動するならば」という黄金律の条件の下に、商人が互いに他者の期待に応じて行動することによる利益（商取引費用の減少）を私的に認めあったことから発達して来たことは疑いない。商慣習法は、違反すれば国家権力による制裁が科せられるから、遵守され、発達して来たのではない。それは、自由市場において、私財獲得に熱心な商人が、暴力を避けるために標準的な仲裁手続を法的サービスとして提供したことから、私的に生み出された法である。商人は、自分がどの種類の紛争解決を望むかを選択することができたのである。その意味で、商人にとって法は多元的に存在した。

わが国においても、複雑かつ発展的な商事生活は成文法のみでは規律し難く、絶えず流動する実生活と固定的な成文法との間隙は慣習法によって満たすほかないとされている。具体的には、商事については商慣習法が民法に優先して適用されるものとして（商法第1条）、制定法優先主義（法例第2条）の例外が認められている。²⁰⁾

4. インターネット上の知的財産権

知的財産の重要性は、経済活動のグローバル化、ITの急速な普及等により、多国籍企業のみならず、国の通商政策の面でも認識され、20世紀末頃より日本では注目を引くようになった。またインターネット上の猥褻文書、プライバシー侵害、名誉毀損、詐欺、サイバーテロ等の規制の問題も注目されるようになった。

インターネットは、「ネットワークのネットワーク (a network of networks)」である。インターネットは、中央集権化した一元的統制をすることはできない。どんな政府、会社、非営利団体も、唯一の管理者としてオンライン空間に君臨することはできない。WWW上でのナビゲーションは、無数に相互連結した田舎道を通して、文字、画像、音声、動画の世界を横断しながら、探検するのに似ている。

インターネットを通しての電子商取引、インターネット上の著作権や商標権の侵害等は、一国内で行なわれる場合は勿論、国境を越えて行なわれるとき、国家法一元論では諸々の困難に直面する。特定の主権国家の法律が適法に認めた権利（例えば著作権、商標権等）であっても、インターネット上でのその使用が他国の法律と衝突する可能性はある。そのとき、その権利の抵触を解決するのは、どちらかの国の裁判所なのか、またはサイバー空間独自の法なのか、それとも裁判外紛争処理に委ねるのがいいのか、そのルールは明確でない。

これまで、各国の裁判所は、一つの法律問題に対して自国法を適用して来た。しかし、インターネット上の知的財産をめぐる法律問題（例えば、商標と商号、人名、ドメインネーム等との権利保護関係）の処理については今後、グローバルなルール作りが期待される²¹⁾。

20) 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編『新法律学辞典、第三版』有斐閣、1989年、709頁。

21) サイバースペース法研究会「『サイバースペース法学』とインターネット」（『国際商事法務』第26巻第9号）、1998年

Ⅲ. 多元的法体制論

これまで見て来たように、同じ時間、同じ地域（場所）に、複数の法体系が共に存立（存在ではない）することがある。これは事実である。但し、複数の法体系は、明確な別々の境目をもつのもなく、また静止しているわけでもない。それらは動いているので、それら体系間の関係は、互いに対立、競合、補充、模倣、移植等の諸関係を含む複雑な関係となっている。

宗主国と植民地との間においても、たとえ移植法（法提供者側の法）が植民地側（法受容者側の法）の言葉に翻訳され、条文の文言自体は表見上一致していても、移植法は植民地社会のなかでは不適合を起こすことがある。それは、法の提供者にとっての法と、法の受容者にとっての法が、それぞれの社会・文化・伝統が前提する一定の法観念・法役割と相違し、摩擦や衝突を起こすことがあるからである。

宗主国が植民地に裁判所を設置したとき、土着の法と慣習は、裁判の基準としての法源であると認めるべきか否か、認めるならばどこまで認めるべきかは、裁判官が直面した実務上の重要問題だった²²⁾。植民地の統治法（colonial law）の適用を前提にして作られた植民国家は、現地の「慣習法」を「単なる慣習・慣行」から区別しなければならなかった。なぜなら、現地の慣習法の法としての効力を否定し、単なる事実上の慣行に落としめ、逆に統治法を唯一・最高の法としなければ、植民地の直轄支配は不可能だし、たとえ土着の慣習法を一定の分野で温存したとしても、究極的には統治法が現地法に優越するのでなければ植民地統治法とは言えなかったから

22) イギリスによるインド統治は、初め、ヒンドゥ教徒の家族法・相続法の問題はヒンドゥ裁判所で、ヒンドゥ法を適用し、ムスリムの家族法・相続法の問題はイスラム法廷でイスラム法を適用し、家族法・相続法以外の法律問題はコモンローを適用した。インドの家族法について、ヒンドゥ、ムスリム、クリスチアンの各場合を一冊にまとめて論じたものとして、G.C.V. Subba Rao, Family Law in India, 7th edition, S. Gogia & Company, 1998がある。

である。

国家法一元論者あるいは法の帝国主義者の前提する法概念（一国内における国家による暴力の合法的且つ独占的使用と、その使用を規制する一定の規範形式の承認）は、中央集権国家による「法の支配」を、核と周縁（中央と地方）、普遍と特殊、明示と黙示、形式と機能、信仰的理念と社会的現実などのような二分法思考によって、貫徹しようとするものであった。成文法として目に見える法のみを法とする一部の法実証主義者は、「見える法」は「見えない法」を背景（地）にして成立することを、故意または過失により、無視したのである。

不文法としての見えざる慣習法の発見方法について、それも法であることを前提にして、法学者は、「法」をば、紛争事例（trouble-case）を通して、実際に行なわれた決定から抽出した社会統制のルールであると解釈した。この方法を採用して法を研究したのは、例えばアメリカのK. ルウェリンのようなリアリズム法学者であった。

多元的法体制（legal pluralism または法的多元論）は、多元的裁判管轄権論（juridic pluralism または司法的多元論）と必ずしも同じではない。多国籍企業は、経営戦略の一つとして、相手企業による自社の買収を免れるため、自発的倒産をすることがある（例：テキサコ対ペンゾイル事件）。また多国籍企業は、裁判に要する費用、時間、エネルギー等を考慮して、自社（アメリカなら株主）にとって都合のよい判決を下してくれそうな裁判所を選択する（forum shopping）。

一般国民からすれば、憲法は唯一最高の法かもしれない。しかし、政治家、株式会社の経営者、会社法務部の一部の人の目には、それも商品としての憲法、商品としての民法・刑法・商法、そして法体系と映ることがあるのである。事実、法政策としてタックス・ヘイブンを採用する国（例：リヒテンシュタイン、ケイマン諸島、バハマ諸島の国々など）や、船主の経営に有利な便宜置籍を認める国（例：リベリアやパナマなど）の国家法は、グローバル市場における一種の法的商品と化している。どの国の法基準が、グローバル・スタンダードになるか、またどの国でどのようなビジネスを展開するのが、

市場規模・成長性、他社との競争を考えた上で、自社の売上・市場シェアにとって最適であるかは、企業経営や国の通商政策にとって極めて大切である。

多元的裁判管轄権論は、いわば国立裁判所の民営化、規制緩和の主張に通じる。大学は国立大学一つだけ存在するのでないように、国民も会社も自治体等も、自己の希望する正義を実現してくれそうな裁判所を、国家司法裁判所以外の幾つかの国の内外の裁判所から選択する権利があってもいいと、多元的司法権論者は考える。

ファンデルリンデンは、1972年に、同一の状況にあてはまる異なる法機構が〔別々の実体として〕特定の社会の内部に存在することを、多元的法体制と呼んだ²³⁾。現代は、グローバル化による世界の均質化への傾向と同時に、地域の自立化による社会の多元化への傾向が進む時代である。

国際私法は、各国の法体系が互いに衝突する場合、相手国の法を互いにどのように扱うかに関する学問である²⁴⁾。それは、相互に関係し合う一連の自律的ルール体系として、ものごとを二次元的に考察する。これに対し、多元的法体制は、別々であるが重なり合い内部連結した体系から成る流動的体系である。

インターネットに倣い、「合法性の合法性 (a legality of legalities)」をインター・リーガリティ (interlegality) と呼ぶとすれば、多元的法体制論とは、日常些事から (脱) 植民地化、(ポスト) 社会主義化のような社会の全面的危機・革命に至るまで、人々の心・行為のなかに、互いに浸透し、組み合わせさせた多くの合法性にまたがる合法的時間・空間の世界についての学問である。人々は、法体系・法秩序の多重ネットワークという穴だらけの合法性の世界に生活している。

23) Vanderlinden T. "Le Pluralisme Juridique : Essai de Synthèse" in Gilissen, T. ed. *Le Pluralisme Juridique*, Université Libre de Bruxelles, 1972, p.19

24) 山田氏によれば「国際私法は、渉外的私法関係について内外私法の適用範囲を定め、内外私法に適用の根拠を与えるものである」と一般に解されている (山田録一『国際私法』筑摩書房、1982年、6頁の注3))。

この合法性の世界は、H. ケルゼンのピラミッド型の規範段階構造のように、規範の妥当根拠づけ〔または適用〕関係（下から上への規範静態論）も規範の創設関係（上から下への規範動態論）も、基本的にトップ・ダウン思考（マクロからミクロへ、原則的に同一方法を用いて限りなく細分化する思考）のみによって、一元的に解明される²⁵⁾のではない。むしろ、社会や伝統のなかに存在する互酬（reciprocity）構造²⁶⁾を観察し、これら諸構造に固有な特性を解読し、その特性をモデル化して一定の新しい構造を構築しながら、異なる組織体を順番にマクロ構造へと積み上げて行くボトム・アップ手法が、多元的法体制論の研究方法の一つとして参考になる（川合、2003年、43－58頁）²⁷⁾。

おわりに

ヒト、モノ、カネ、情報をめぐり、ますますグローバル化し複雑化する社会関係とその対立・紛争を、単一の頂点（中心点）をもつピラミッド型の国家法体系の法律関係の内部に閉じ込めてどこまでも処理しようとするのは無理である。国家法一元論の前提する法律関係自体が、12～18世紀の西欧社会が析出した歴史的産物であり、自由主義・所有的個人主義という一定の文化的背景・意義をもっている。

話し言葉（口語）のすべてを一つの標準の書き言葉（文語）に置換することはとうていできることではないように、社会で作用している法のすべてを一つの国家制定法に置換することは不可能である。何人も、文語の有

25) ケルゼン、1991、213－230頁

26) Lawrence C. Becker, Reciprocity, Routledge & Kegan Paul, 1986

27) ポズナーは、法の一般理論（これは法学から導出されたものである必要はない）を用いて、この理論に合致するように判決を組立て、批判し、認容・棄却等する人を top-downer と、逆に「明らかな意味 (plain meaning)」や「類推 (reasoning by analogy)」等を用いて、多くの事例や制定法の文言から出発しジグザグしながら判決に至るやり方の人を bottom-upper と呼んでいる。ポズナー自身は、前者に属し、トップダウン思考を包摂理論と言ってもいいと考えている (Posner, R. A, 1992, pp.433 - 435)。

用性・重要性を否定しない。しかし、文語は、常に話し方に関する最良の手引き書であるというわけではない。「本の中の法 (Law in the Books)」は、社会の中で「作用している法 (Law in Action)」とは異なるのである。

国家法一元論の基礎には、一国の最高裁判所の言葉は、下級裁判所の言葉と異なり、特権的言葉であることの自明視がある。国民主権とは言いながら、国民多数が「法であって欲しいと願う法 (law as it ought to be, あるべき法)」が必ずしも「実際の法 (law as it is, あるがままの法)」であったわけではない。陪審制はまだ復活せず参審制も認められず、一部特権者(最高裁判所の多数派裁判官)が法と呼ぶものが、これまで多くの場合日本では法であった。だが実際には、社会のなかには作用している多くの法が多元的に存在する。超国家的地域機構のルール、慣習法、宗教法などはその例である。ただ制度上、最高裁が法であると宣告する法が法である、と社会的に約束しているに過ぎない。最高裁の宣告する法が、法のすべてであるのではない。

国家法一元論者は、社会の無秩序に対する唯一のとりでが国家法であると主張し、T. ホッブスのように、もし国家法なかりせば社会・国家はたちまち混乱し「人が人に対して狼」になると警告する。一部の法実証主義者は、「国家法をとるか、それとも無秩序をとるか」の二分法思考に基づき、人々に二者択一をせまり、当初の目的である国家法(市民法)の必要性和それへの服従を正当化する。

しかし、国家法一元論者の言う「国家」のなかにも、実際には、単一国家だけではなく、前述したように複合国家(連邦国家、連合国家)もあればまた共和制国家にも議会制、大統領制、さらには独裁制国家もあるのである。国家形態にもさまざまな形態があるほか、国家は、他国と植民地、保護、付庸、連携等のさまざまな関係をもつことがある。国家法と一口に言っても、単純ではないのが実際である。

一国内部でさえ、各地域によって、社会の、個人の、自治体の、法人等との紛争の原因は異なるし、処理の仕方も、もし国家裁判所の判決自体が提訴者の期待する判決結果を長期に渡り裏切るものであったならば、却って国家司法に対する不信感を喚起しかねない。最高裁の法的解決が、同一国家内の他

地域ではうまく機能したとしても、それとは別の地域でもうまく機能するとは限らない。逆にその同じ解決が、いわば副作用を招くこともありうるのである。

一国の中央機関が近代西欧法の思考枠組を国のすべての地域に形式的・無差別に適用したとしても、その地域の伝統・社会・自然・文化に対応した法的解決でなければ、各地域間の背景にある不平等な社会構造をそのまま温存させるにとどまるのではないか。法は、深海底や月の鉱物資源の開発の規制のようなグローバルなレベルでも、国際人道法や移民法や難民法のような国際法のレベルでも、EC法やアフリカ統一機構のような地域法のレベルでも、宗教法や商慣習法や多国籍企業の内規のような貫国家法のレベルでも、北アイルランドやケベックのような国家内の下位領域法のレベルでも、そしてマオリやアボリジニのような先住民族や移動をし続けるロムニのような生活法のレベルでも、様々なレベルで存在している。多元的法体制研究の目的は²⁸⁾、これらの異なるレベルで共に存立し、様々な相互作用をしている法秩序を多元的に考察することである。

【参照文献】

- 川合知二 2003 『ナノテクノロジー』 PHP 研究所
 千葉正士 1988 『スリランカの多元的法体制』 成文堂
 ——— 1999 「多元的法体制」(『社会科学ジャーナル』第43号, 25-34頁)
 徳永賢治 1995a 「現代法哲学における legal pluralism の意義」(『沖縄法学』第24号, 1-32頁)
 ——— 1995b 「ミクロネシア, CNMI の政体と憲法」(『産業総合研究調査報告書』第3号, 165-182頁)
 ——— 1997 「パラオ共和国憲法の保障」(『産業総合研究調査報告書』第5号, 第I編, 島嶼研究部会, 25-30頁)

28) 多元的法体制は、legal pluralism の日本語訳である。直訳では「法的多元性」となる。多元的法体制は、通常、国家法中心主義 (state-legal centralism) に対立し、polycentric law は monocentric law に対立するが、monocentric law は、国家法一元論だけでなく、共同体法一元論、市場法一元論もありうる。「何が法であるか」の解答は、誰が裁判で勝利するか、換言すれば誰が多くの優秀な法律家を動員することができ、且つ、その利用から利益を得ることができるかに関係する。そこで「法とは何か」の定義は政治論争にも通じることを主張するのはハントである。彼は、近代西欧法に内在する、主体 (ヒト)、知識、戦略、権力機構が、個人主義 (道徳的自律と個人責任) を前提とする自由主義法哲学に支えられていることを指摘する (Hunt, A., *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge, 1993, pp.305-319)。

- 2000a 「多元的法体制考」(『沖縄法政研究』第2号, 39-50頁)
- 2000b 「転換期の国家法一元論」(『転換期の法と政治』沖縄国際大学公開講座第9巻, 201-229頁)
- ハート, H. L. A. 1976 『法の概念』 矢崎光圀監訳, みすず書房
- ケルゼン, ハンス 1991 『法と国家の一般理論』 尾吹善人訳, 木鐸社
- Cotterrell, R. 1992, "Law's Community: Legal Theory and the Image of Legality", in *Journal of Law and Society*, vol. 19, pp.405-22
- Harold H. Koh 1996 "Transnational Legal Process", in *Nebraska Law Review*, vol. 75 pp. 181-207
- Mac Cormick D. N. 1993 "Beyond the Sovereign State" in *Modern Law Review*, pp. 1 -18
- Posner, R. A., 1992 "Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up", in *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, No. 1, pp. 433-450
- Santos, B. 1987 "Law : A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", in *Journal of Law and Society*, vol. 14, pp. 279-302
- Weiler, J.H.H. 1991. "The Transformation of Europe" in *Yale Law Journal*, vol. 100, pp.2403-2483