

法の支配と伝統社会

—— ASEANの法文化に関する覚書 ——

アピラート・パツチシリ
齋 藤 洋 (訳)

- 東 洋 法 学
- 一 はじめに
 - (1) 主要テーマ
 - (2) 東南アジアとASEAN
 - (3) 当該地域の社会的及び政治的多様性
 - 二 ASEANにおける伝統的アジア法の影響
 - (1) ヒンズー教と仏教
 - (2) イスラム教の影響
 - 三 ASEANにおける西欧法の影響
 - 四 ASEAN諸国におけるルールに基づく法システム…植民地法の流布と法的混合主義の問題

- (1) フィリピン…スペイン法典とアメリカリコモモン・ロー
 - (2) タイランド…市民法システムとイギリスリコモモン・ロー
 - (3) インドネシア…オランダ法典
 - (4) マレーシア、シンガポール及びブルネイ…イギリスリコモモン・ロー
 - 五 ASEANの伝統的法環境における法的発展に関する所見
 - (1) ヨーロッパ法におけるローマ法とキリスト教
 - (2) ヨーロッパの法システムにおける諸相違点
 - (3) 差異に対する意識の欠如と実用上の緊急性
 - (4) ヨーロッパにおける過去の生じた法の改革と伝統社会に対するその影響
 - (5) 解決の不確実性
 - 六 結 論
- 訳者あとがき

一 はじめに

(1) 主要テーマ

現在、ベトナム、ラオス、カンボジア及びミャンマーは、ASEANの構成国である。「ASEANは」¹十の異なる国々が協力しながら三十三年間続いた古い地域的機構であり、「諸国は」その発展を期待している。しかしその前進は容易でなく、アジアの国々は——何故かと——疑問に思っている。本稿は、この遅延の主要な原因が——明らかに他に多くの原因があるのだが——、構成国によって認められ且つ受け入れられてきた機構形態の中に強

法的絆が抜け落ちていることに起因する点を示すものである。形式的な法制度による意思決定及びその履行は、「それを正当化するための」多くの根拠を必要としていなかった。政治的理由は別として、法規が「施政者にとつて」都合のよい民主主義へと「社会を」導こうとする場合、伝統的慣行との衝突が現れる。法規は必須かつ最後の頼みの綱とみなされており、また心細いときに頼りにすることもできる。しかし今のところは、法制度と基本的ルールの部分を除いて、ASEANは立ち往生するであろうし、力を発揮できないであろう。もし以下の分析が正しいとするならば、法主導型に対する不信感は、「法主導のために」新しく導入されたルールに基づく「社会」諸関係に対する東南アジアの人々の伝統的信念と過去の経験の中から現れるのである。

この不信感の原因は、おそらく——宗教と信念との——イデオロギーの衝突から生じている。つまり、かつての宗主国——それは現在の経済力と一致する——による過去の政治的・経済的治策への不信にある。加えて第二次世界大戦後に生じた夫々のナショナリストたちの活動、及び冷戦終了によって前面に出てきた世界の新経済秩序にもある。すべてのASEANの構成国は十九世紀に、これまで自分たちのルールの基になっていた独自のシステムを放棄したのであった。

法学 いくつかの民族は、他の諸民族よりも独自の法制度に関する長い経験を有している。ある特定分野「例えば自然科学など」における進歩が表明されてきたが、法科学 (legal science) においては、達成あるいは発明を示すものは何もない。簡単に言ってしまうと、法は何の成果も生み出していないのである。ルールに基づいた社会は、アジアの思考にとって異質であるのみならず、かつての西欧帝国主義的行為を再現するものであり、大衆的なナ

シヨナリストの活動においても忌避されるものであり、反対にその成功は全く証明されたことがなかったのである。しかし、ASEANの結末のために「法の支配」は必要である。望ましい結果を導き出すことのできる確実な法の支配は、その社会内に存在する「人々に」共通するイデオロギーに基づかなければならない。「法の支配」の近代的解釈は、いかなる特別な源や起源に関しても、そこから生まれた慣習を制限しないということである。ASEANのような伝統的社会は、法の支配の中から、伝統的な法的基本原理に組み入れることのできる共通点を探り出すことが望ましいと考えているのである。

(2) 東南アジアとASEAN

東南アジアという用語は、第二次世界大戦中にイギリスで使用されたことで一般化し、インドネシアとフィリピンの群島を含みつつ中国の南部とインドの東部に位置するアジア大陸部を示している。当該地域の名称は、インド、インドネシア、東インド諸島及びリトル・チャイナといった植民地主義を意味していた用語と交換するために用いられたのである。タイを除いた当該地域のすべての独立国は、一九四五年以降にその宗主国から主権を勝ち取ったのである。

省略形であるASEAN（東南アジア諸国連合）は、実際に一九六七年のASEAN宣言及びその付属書に基づいて設立された「国際法上の機関」である。⁽²⁾たとえその名称が「東南アジア」という語から成り立つものであっても、かつて意味されたものとは全く異なっている。この用語は、ASEAN設立以来、関係諸国間における

地域経済的、社会的及び文化的統合を促進させるための基礎を築くという挑戦的試みを推し進めるために、使用されてきた語である。

このような意義にも拘らず、ASEAN構成国は、地理的にも彼ら自身が存在する地域と起源の中に位置づけられており、必然的に彼ら自身も含まれている東南アジアの歴史の中に埋没してしまっているのである。しかし東南アジアの人々は、地域が示す名称ほど同質ではない。次のような見解をしばしば聞く。

「……基本的な文化の均質性を肯定する見解を支持しようとする説得力ある事例が用意されているにも拘らず、東南アジア地域「の文化」は少数民族的かつ文化的な混合である。それは、社会的かつ政治的形態の多様性と同様に人種、言語及び宗教の多様性によって特徴づけられる。」

この多様性は、過去においても、また現在においても一貫している。その理由は、アジア内外からの様々な影響による。例えば、紀元一世紀のインドの影響⁽³⁾、同時期の南中国移民、六世紀〜七世紀のKhmer, Mon及びSrivijayaの文明、西暦一五〇〇年〜一七五〇年にかけてのヨーロッパ人貿易商、一七五〇年〜一九〇九年にかけての西欧諸国による植民地化、及び最後は第二次世界大戦前の日本人及び日本軍によって支援されたナショナリズムと反植民地主義の発現⁽⁵⁾、二十世紀の冷戦とベトナム、ラオスならびにカンボジアにおけるアメリカ軍の関与である。

(3) 当該地域の社会的及び政治的多様性

国内における文化相互間の浸透は、過去から現在まで頻繁にかつ当然のように行われた。それらは「徐々に」形を成し、初期の諸文化を調和に導いた。そしてその対外的な力は、新しく出現し且つ譲歩しない宗主国によって強制された不慣れた社会ルールに対する不満を抑制するように思われたのであった。本来の東南アジアの地域文化及び伝統は、文明化された人々の目には大変に独特に見え得たのである。それはあたかも地方の知恵に対する新しく洗練された文明化された文化のようであった。ルール主導の法原則に対する不満は、植民地主義の期間に現れ、独立が勝ち取られたときに大きく成長したのであった。次に、東南アジアにおける多様な法原則を統合する歴史が考察される。

二 ASEANにおける伝統的アジア法の影響

ASEAN諸国の初期の法はヒンズー教の影響を受けていると連想することができる。⁽⁶⁾ 例えば、西欧法受容前のタイとジャワの法典は、マヌのヒンズー法的要素——ブラマン(Brahman)によって創られた法原則——を含むといわれていたのである。⁽⁷⁾

(1) ヒンズー教と仏教

地域に生起する政治的・経済的出来事と同様に「ASEAN諸国の」法システムは、調和を中心とする普遍法

(universal law) というインド的概念に、最初は影響され、また準神聖化された支配者とも結びつけられていた。続いてヒンズー教徒と Mahayana 仏教は、王権が最早神聖性を失った時に、Theravada 信仰に対して敗北を認め^⑧た。十四世紀ごろまでにはイスラムが南部の島、インドネシア諸島、フィリピン南部を通して伝播し、かつ拡大された。北部の国々が Theravada を保持してきた期間に、イスラム法の種が当該地域にまかれたのであった。西欧法が入ってくる前のインド化された法概念に関する豊富な証拠がある。この古代東洋風の概念の痕跡は顕著である。Ibrahim 教授は次のように述べている。

「ジャワ、カンボジア、ビルマ（現ミャンマー）及びマレー半島においては、太陽・月及び星々が周囲を廻り、国廟の頂上に位置づけられた「マレー諸国における」古代インドの cosmic mountain, すなわち Mount Meru を表象するものとして、当該地域の諸都市は発展したのである。……（中略）……王権に関するヒンズー概念、ヒンズー的行政組織及び儀式組織は、マレー半島の裁判所に深く浸透しているので、当該諸国がイスラム国家になった後においても、その多くの「ヒンズー的」慣例は今日に至るまで存続していたのであった。^⑨」

(2) イスラム教の影響

東南アジアにおけるイスラム法文化の影響に言及することも、避けて通れないことである。十四世紀の注目される点は、東南アジアの南方の大部分の地域におけるヒンズーの法的信念と仏教の法的信念の駆逐である。^⑩十五

世紀を通して、西欧世界の注目を東南アジアに向けさせたのは、スルタン Iscandar Shah と彼の後継者の下におけるイスラム王国としての Malacca の成立であった。¹¹⁾

しかしまだ Malacca におけるイスラムの影響は、多様な潮流の影響に基づいた均衡性からは遠く離れたものであった。ここにいう多様な潮流とは、アラブ諸国からのもの、インドや中国からのもの、そしてさらに当時生じていた各文化間の調整を意味している。M. B. Hooker はこの点を次のように説明している。

「東南アジア諸国におけるイスラムの影響は、正統な転換としてではなく、固有「土着」文化によるイスラム諸要素の吸収によって生じたというのが最も適切である。ここでは、変化が如何なる意味であっても、大衆の知的態度における変化はほとんどなく、そこにあったのは、イスラムの原理と固有の純粋な原理との間の調整であった。当該調整の拡大と状態は、当然のことながら地域ごとに異なっていたが、群島のより遠方部においては、イスラム法は決して唯一の法源にはならなかったのである。」¹²⁾

まとめると、東南アジアにおける東洋法の (oriental legal) 影響に関しては、特に東洋法の影響が生ずる前の公法分野においてはヒンズー教、仏教及びイスラムに法源が由来していた。各「固有の」慣習法は、並存可能なイデオロギーを自由に選択するのみならず、それらの宗教的及び法的概念の成立に合致するように変形されたのであった。

三 ASEANにおける西欧法の影響

ASEAN諸国の伝統的倫理への西欧法の導入は、フィリピンにスペイン人たちが辿り着いた十六世紀のキリスト教の導入とともに始まった。インドネシア諸島の人々は、十九世紀を通じてイギリス法に遭遇し、後にオランダの法システムに移行した。同時期に海峡紛争が生じ、今日のマレーシアとシンガポール及びブルネイ(Borneo States)としてイギリスの保護国のひとつであった)が、ともにイギリスのコモン・ローによって明確に宣言されたのであった。一方、タイは、かつてのシヤム(Siam)であるが、二十世紀初めに自主的に一連の西欧法規を容したのである。アジアへの西欧イデオロギー導入に関しては、非常に多くの理由が見出され得る。利他主義、福音主義者の熱意、啓蒙主義者たちがアジア諸国に新しい秩序を植えつけることを正当化するために利用されたのであった。「というのは、そのための」重要な説明が、キリスト教の宣教師たちによって詳述されたキリスト教の正義(justice)の中に見出され得たからである。

四 ASEAN諸国におけるルールに基づく法システム・植民地法の流布と法的混合主義の問題

東洋法学

植民地法の拡張について言えば、¹³⁾それはどこにおいても、植民地システム前の東洋的な政治経済構造及び社会構造を支配し、変更し及び搾取するための道具として用いられた。トルコから中国まで、西欧諸国は——西欧世界で実施されているものと同じである必要はないが——彼らの法システムを直接押しつけることで、あるいは独

立した東洋諸国において条件付降伏または治外法権と呼ばれた制度を確立することで、その植民地利益を保持したのである。東洋の独立諸国に直接・間接を問わず押しつけられた西欧法は、各国の法システムを新しい混合「形態」へと変質させるといふ結果を生み出したのであった。

ASEANの場合における西欧法の拡大は、三つの主要な起源を有するといえよう。第一にイギリスとアメリカのコモン・ロー・システムの拡大、第二にフランス、スペイン及びオランダの市民法システムの拡大、そして第三に様々な源に基づく、市民法とコモン・ローとの混合システムである。

さらに加えて、ASEAN諸国における伝統法と西欧法との交流が、三つの類型に大別され得る。第一に「ASEAN」各国が自国の法と慣習とを正式に統合することなく西欧法を受容する類型——フィリピンとタイはまさにこの場合に当たる——。第二に「ASEAN」各国が慣習と私法 (personal law) から生じた一定の法的要素をともなつて西欧法を習得する類型——インドネシアの法がこの範疇に入る——。第三に「ASEAN」の当該国の慣習と法とを充分に取り込むことのできる弾力ある西欧法システムを受容する類型である。マレーシア、シンガポール及びブルネイの法は、この最後「第三」の類型を例証しているように思われる。以下では、伝統社会と西欧法概念との間に生じた相互作用の概要を示すことにしよう。

(1) フィリピン・スペイン法典とアメリカ・コモン・ロー

十六世紀からフィリピンはローマカトリック信仰と同様にスペインの法制度を体験した。フィリピン法センタ

―大学 (the University of Philippines' Law Center) の Feliciano 教授は次のように指摘している。

「スペイン法典は、とりわけ国王の布告及び「フィリピン」諸島に関する特別法の発布の二つによって、フィリピンに拡大された。これらの法及び法典の特に際立つ点は、Fuero Real, Las Siete Partidas, Las Leyes de Toros, Nueva Recopilacion de las Leyes de Indian であり、それらはスペインの植民地と ovissima Recopilacion において当時実施されていた全ての法を包含したのであり、十五世紀から一八〇五年に至るまでの全ての法を形成したのであった。」⁽¹⁴⁾

十九世紀末にアメリカ人が来たとき、アメリカの法の一部、つまり憲法や商法及び手続法が導入された。東マニラ大学 (the University of East Mania) の Torres 教授は次のように述べている。

「したがって、スペインとアメリカを通して、フィリピンは民法とコモン・ローという世界の第一位を占める二つの法システムを継承したのであった。」⁽¹⁵⁾

フィリピンに対する統治権がスペインからアメリカに移ったとき、⁽¹⁶⁾ アメリカ議会及び大統領は、フィリピンの立法権を獲得し、フィリピンの人々に関する様々な性質の法を可決した。いくつかのスペイン法及びその政治的

性質の法典またはアメリカ流の法の支配と対立するような法——特に宗教的支持を要素にもつ法——は廃止されたのであった。アメリカ軍司令部もまた同様の方針を支持し、刑事訴訟法と民事訴訟法にアメリカ的概念を導入したのであった。¹⁷

フィリピンの人々に適用されたこれらの二つの主要な法システムは別として、Mohammedan Law（イスラム法は当時この様に呼ばれていた）もまた、ミンダナオにおけるモロ族の生活を、一般法に抵触しない程度で統制していたのであった。¹⁸

フィリピンは一九四六年九月四日に独立し、その後法の改正と法典化の過程が始まったのである。この時期の間にスペイン法に替わって多くの近代法が広められた。最初に発効した法典は、一九四九年六月十八日の民法であり、それは一八八九年のCodigo Civilの旧スペイン版に取って替わったものであった。当該法の諸規定は、市民法とコモン・ローの双方のシステムによく類似しており、またフィリピンの固有の要素を含ませたものであった。¹⁹ 当該法典を全体的に調べてみると、スペインとアメリカの双方の法の強い影響が見出される。認知された他の広範に普及している法に関する資料をみると、ドイツ、メキシコ、イタリア、スイス、アルゼンチン及びイギリスの諸法典にまで遡ることができるのである。

H. B. Hooker は次のようにフィリピンの現実をみている。

「フィリピンに継承された法システムは、当然に多元的であるが、しかしそこにはまたフィリピン社会自体の構

成から生じる法的多元主義のさらなる重要性がある。人民の人種的・文化的背景は、およそ十二の主要民族言語グループがあるように、当該諸言語と同様に雑多である。加えて、人民のおよそ七十五%が多様な異なる地方経済的・農業的環境の中で生活している。これらの相違は、法の施行に反映されている。つまり、大都市以外の地域においては、**国法 (national law) の施行に深刻な不備が生じているのである。**²⁰⁾

(2) タイランド…市民法システムとイギリス⇨コモン・ロー

タイにおける西欧法の概念は、十九世紀中に始まった。タイ人のために、イギリスのコモン・ローと各固有法との混合が導入された。イギリスのコモン・ローが最初に受け入れられた理由は、この時期、サイアム〔シャム/Siam〕の王たちがイギリスの法制度に精通していたからであった。彼らはイギリスと親密な関係にあったので、彼らのファミリーは「イギリスかぶれ (anglophile)」とのレッテルを貼られていた。²¹⁾ さらに、西欧式に教育された初期の法律家たちは、ほとんどイギリス法教育の生産物であり、またタイにおける初期の法教育システムもまたイギリス方式を倣ったものであった。このタイ法システムの初期の形態は特に問題なく機能した。なぜならばイギリス法の原則と共に固有法を運用するに当たって、コモン・ローの諸原則が、タイの裁判官にとって充分に融通のきくものであったからである。たとえ短くともこの混合システムがこの時期に実施されたゆえに、当該システムは多くのタイの法律家に「よい」印象を与え、今日においてもイギリス法教育を受けた法律家はもつとも専門的であると認められている。さらに近代タイ法の創設者——チュラロンコン王の息子であるラビ王子——は

イギリスにおいて弁護士としての教育を受けたのであった。

タイにおけるイギリス・コモン・ローの影響の拡大を評価することは困難であるが、ひとつ明らかなのは、高等裁判所の裁判官は、彼らが直面する困難な事件に対して、時々、コモン・ローの諸原則を用いることである。

タイの法典においてもイギリス法の要素を見出すことができる。一九三五年民法 (The Civil and Commercial Code of 1935) は、イギリスの企業法 (British company law)、手形 (bills and notes)、保証契約 (suretyship) などの類似性を有している。

世紀の変わり目に当たるチュラロンコン王の御代に外国人の法律助言者を通して、タイの諸法典は出現し、そして後にはタイ人自身によって発展させられたのである。最初の法典はフランス方式を倣っていた。というのも、その当時タイの裁判所にフランス人とベルギー人のアドバイザーがいたからであった。これらのアドバイザーたちがタイに対する影響力を持たなくなったとき、タイの法律家たちはその仕事を受け継ぎ、相当程度の独自性を持つが伝統的社会的の保持に対しては不必要なことを行なわないという方針に沿って、法を改正したのであった。法典は見事に固有文化を擁護し、裁判官や法執行者はこれらの法典を、それらが唯一公式ルールであったがゆえに、支持したのであった。

(3) インドネシア・オランダ法典

インドネシアにおけるオランダ法の導入は異なる発展径路をたどった。市民法あるいは実際のコモン・ローの

どちらであろうとも西欧法が懷疑なしに輸入され又は強制されたタイやフィリピンとは異なり、植民地の法律家たちは原住民及びヨーロッパ人の双方に対して同質の法を適用することについての困難に直面していた。結果として、法システムの異なるジャンルが創り上げられた。その状況は M. B. Hooker によって次のようにまとめられている。

「オランダ東インド (N. O. I.) におけるオランダ市民法の歴史は、他の東南アジアの国々においては見出せないほどに大きな法の抵触の歴史である。入植の極めて早期から、法は人種的または宗教的基礎に基づいて適用されていた。市民法はヨーロッパ人のみに又はヨーロッパ人とほぼ同化した (例えば日本人のような) 人々に対して適用された。原住民のインドネシアの人々の場合は、固有の慣習法 (adat) が私的分野の法的処理を支配し、またイスラム法も微少ながら適用されていた。中国人は一九二九年まで『中国人 (慣習) 法』に従っていた。キリスト教徒のインドネシア人ですら特別立法が適用されていたのである。²²⁾」

無数の法が存在するこの状況に対してオランダ人法律家は、法選択の問題及び他の法システム系の問題の決定のために (intergentiel recht として知られている) 抵触法理論を進展させたこと²³⁾で貢献したのである。

インドネシア最高裁判所長官の R. Subekti は、インドネシアにおけるオランダ政府の法政策は一八四八年に実現した、と指摘している。オランダ政府は、インドネシアにいるヨーロッパ人のために民法 (Burgerlijk Wetboek)

及び商法 (Wetboek van Koophandel) を制定した。これらの法典は、いかなる意味においても、新しい発展ではなかったのである。長官は次のように述べている。

「これら〔前記二法典〕は、実際に、オランダにおいて明らかに十年前（一八三八年）に制定された Burgerlijk Wetboek 及び Wetboek van Koophandel の複製以上のものではなかったのである。²⁴」

しかしこれらの法は、ヨーロッパ国民に対してのみに適用されるということの意味しておらず、他の国民も植民地居住者の利益が関係している限りにおいてこれらの法典に従ったのである。長官はその根拠を次のように言う。

「オランダ東インドにおいては」オランダ人によって行なわれる農産物貿易の大部分が、中国人仲買人の仲介を通していた。これらオランダの貿易活動に『法的安全』を与えるためには、^[121] Wetboek van Koophandel と同様のヨーロッパ契約法に中国人を従わせるという政策になったのは当然であった。²⁵」

オランダ政府がこの地域における貿易の確立の重要性を実感して程なく、原住民のために成文法を作るという考えが、植民地支配者の利益に対する「法的確実性」を確保するために現れた。この考えは、インドネシアに新

しい法を導入するに当たつての二つの学派を生じさせた。一方の学派は、全体としてヨーロッパ法の適用について、原住民も同様を含めることを主張した。他方の学派は、オランダ法を模範としたインドネシア人のための異なる民法典 (Civil Code) を推奨した。結果として、両方の考えが折衷され、いくつかのヨーロッパ法及び規則がインドネシア人に適用されたのである。²⁶ さらに、キリスト教徒のインドネシア人の結婚を司る法、インドネシアの株式会社に関する法及びインドネシア人の組合に関する法のような一定の特別な法規が導入された。後には、特別の利害を有する人々のグループに適用される無数の法規が制定されたのであった。

様々な法規が異なるグループに適用されるという事実ゆえに、「混合」事件の問題が頻発した。一定のグループ内の法 (intergenital recht) が、問題を処理するために案出された。一八九八年にさかのほれば多くのグループ内の法が存在し、各法は特別な問題を処理した。例えば、混合結婚の儀式は様々な婚姻法を扱わねばならなかつたし、また民法のある条文は異なる法規に従つている人々の間の労働関係を調整したのであつた。²⁷

法分野におけるオランダの影響の特徴は、現地の慣習法に対して寛容だつたことである。一九二五年に——一九二五年憲法として知られている——オランダ領インド諸島国家法 (the Netherlands Indies State Law) の第一三一条は、インドネシア人に対して adat 法を適用することを許したのであつた。

インドネシアの固有の慣習法が部分的にも残存したことを記録にとどめることは重要である。残存できた理由は、van Vollenhaven 教授の見解によれば、オランダの法学者たちが文化と法との関連性について努力したからであり、またインドネシア人の間にはあまりにも多く少数民族的相違があつたため、彼らに関する一層多くの法

規を制定することはグループ内の法のさらなる混乱を招くだけである、ということも理由のひとつであった。

(4) マレーシア、シンガポール及びブルネイ・イギリス・コモン・ロー

今日、マレーシア、シンガポール及びブルネイにおける西欧法の突出した影響は、イギリスのコモン・ロー及び様々な性質のコモンウェルス方式にある。M. B. Hooker にとって、これらすべての国々は「イギリス法の共同財産」(common heritage of English law)⁽²⁸⁾を分かち合っており、これらの国々において人々の固有法のイギリス法への統合がしばしば起こったのである。Hooker は次のように言う。

「イギリス法の諸原則と固有法との間の調整は……後者が実定法及び判例法の双方によってイギリス法システムに同化される結果に帰着した。⁽²⁹⁾」

この場合、イギリス法の特徴である弾力性が判例法の本質であったということが理由である。つまりコモン・ローの主要部分に固有法を組み込むことに成功し、その結果、一連のイギリス・コモン・ローとして当該地域に当該コモン・ローを適用したのであった。

現地の人々の間に生じたイギリス・コモン・ローへの賞賛の原因は、次の事実から生じたのである。つまり当該地域における初期の西欧法の影響が相当な反感を持たれていたのであった。つまり一五二一年〜一六四一年の

ポルトガル人による初期のマラッカ占領が極めて墮落した統治であったゆえであり、Ibrahim 教授は次のように述べている。

「我々は次のように言うことができる。ポルトガルの正義、それはポルトガル人による統治と同様に墮落しており、またマレー語の中に『荒廃』『拷問』及び『土牢』という言葉を忍び込ませたのはまさにポルトガル語なのであった。³⁰⁾」

後に当該地域を支配したオランダ人も、古い法制度「オランダ法制度」によってマレー人を感動させることはできなかった。そこにイギリス人が西欧法観念の輝かしい側面を持ってやって来たのである。現地の法学者にとつて、それは次のようなものであった。

「……この時期、イギリスが来てマレー半島のいたるところに刑法の明確な制度を課したこと及び法がフランス革命に倣った人道的思想に彩られていたことは、歴史上の幸せな偶然であった。Minto 卿が負債と苦しみを焼き払い、マラッカのオランダ刑務所から債務者を解き放ったとき、それは無意味な宣伝行為ではなく、新しい時代の象徴となったのであった。³¹⁾」

当該地域のコモン・ローの中に地方的原則を認める機会を与えたのもまさにイギリスの裁判官であった。例えばその中の一人 R. Maxwell は、かつて *Chulas v. Kolson* (1867, Leic. 462) の中で次のように正式に述べた。

「そのルールはこのような人種に対して適用されるのではなく、不寛容な不正義及び圧政がそのルールの適用に重大な影響を有するものであるならば、……そして我々の法がその下で暮らす外国人人種の状況に全くもって不適切な場合、彼ら自身の法または慣習が、同じ原則及び同じ制限で彼らに適用されなければならず、それは外国法が我々の裁判所によって外国人及び外国業務に対して適用されるようにである。以上のことは法原理としてこれまで繰り返し主張されてきたことである。彼らは外国に住所を有している人とみなされなければならず、また多くの目的のためにこの法によって統治されなければならない。それはあたかも彼らが一時的に我々の中に住んでいたかのようにである。」^④

実際、これら三つの国々「マレーシア、シンガポール、ブルネイ」は以前はイギリスの植民地であった。すなわちペナン、マラッカ及びシンガポールは「旧英領」海峡植民地であった。Perak, Selangor, Nagri Sembian, Pahang, Johore, Kelantan, Trengganu, Kedah 及び Perlis のブレー諸国は、ボルネオ諸国 (Sarawak, North Borneo 及び Brunei) と同様にイギリスの保護国であった。両者の相違は、保護国は公式の意味において植民地ではなかったことである。それでもこれらの諸国の統治者たちは、イギリス総督代理 (British Residents) の権威

に従いながら彼らの権力を行使していた。しかし国内問題は未だその土地の統治者たちに属していたのである。

再びこの例において、植民地政権は、様々な少数民族的背景を有する人々に対して統一された法概念を適用することの難しさに気づいた。中国人、ヒンズー教徒及びイスラム教徒たちは、長い間この地域に及び多くの国々に共存してきた。スルタンとラジャは何世紀にもわたり慣習法とイスラム法を容認してきた。それゆえイギリスの法概念は、イスラム法及び Adat 法の支配を調整する法律の公布と並んでこれらの国々に受け入れられたのである。

固有の慣習及び財産法（私法／Personal laws）を容認した法領域を有する西欧法を習得した国々において、あるいは西欧法自身の中に固有の慣習及び法を統合するに十分な弾力性を有するタイプの法システムを受容した国々において、伝統的社会と西欧法との間で結果として生じた相互作用は、混成された法システム (Hybrid Legal system) を創り出したのであった。³³⁾ 多くの場合、西欧法の諸原則は、近代商業活動に精通している社会部門に普及した。³⁴⁾ 地方の少数者の伝統的生活は、慣習と宗教法の適用と共に持続したのであった。

五 ASEANの伝統的法環境における法的発展に関する所見

ひとつの疑問が残っている。それは、アジア社会の法や伝統に影響を及ぼす西欧主義に副った近代法学の拡大発展である。西欧世界の法の漸進的变化は主要な歴史上の出来事の影響で生じたのであり、あたかもそれらが自分たちが継承したもののようにより、アジア社会がそれらを吸収し且つそれらのイデオロギーを用いることなどでき

るのであろうか。

これまでそして今なお、西欧法の中にあり、法システムの実施においてまったく影響が無いものとしてアジア社会の法律家が見落としているように思える或いはあまり評価してないと思える少なくとも二つの重要な法的影響が存在する。キリスト教とローマ法の影響、それは五世紀以来ヨーロッパ法の法思想を形作ってきたものであり、今日に至るまで決して放棄されたことがなかった。それらは、せいぜい調整または希釈され得た程度であり、最悪の場合でも、法システムの中に深くしみこんでいるため、他の種類の影響と明確に区別することが困難である。ここで私は西欧法とそのイデオロギーの要素の（アジア諸国における法改革主義者たち (legal reformists) の有する）致命的な過小評価の原因を描き出そうと思う。第一の原因は、西欧法が近代法概念の集合であり、また教会の決定 (ecclesiastical conviction) から自由である、という誤った確信にある。第二の原因は、西欧法システムが多かれ少なかれ唯一の方法であり、また主要な西欧諸国は一樣に当該モデルを用いている、という仮定に関係している。端的に言えば、これ「西欧法モデル」は、どこでも普遍的に用いることのできる唯一のモデルということ「仮定」である。

(1) ヨーロッパ法におけるローマ法とキリスト教

非西欧諸国の多くの法改革者たちは、ローマ法の影響はヨーロッパの国家法システムの常にどこにでもあるという意見を受け入れているが、彼らの大部分は、キリスト教の重要性を認識できないでいる。歴史的に言えば、

ローマ法とキリスト教は大樹の中心的根源に匹敵する。その大樹の幹は、ヨーロッパの様々な国家法システムの中に枝を伸ばしている。ローマ法の伝統は、Corpus Jurist Civilisの導入以来ヨーロッパの法と法学の基礎になつてきていると信じられている。この信念は、正確に言うつと、(五世紀より前)ローマ時代において元々の西歐法がローマ法の影響の産物であつたということによつて証明され得る。キリスト教もまた、(五世紀から十二世紀)暗黒時代において、教会による教会法(Canon Law)の創案を通してヨーロッパ法文化の最も決定的な原型になつたのであるが、アジア諸国は、この点を実用上の緊急性を理由に覆い隠しているように思える。

(2) ヨーロッパの法システムにおける諸相違点

伝統的なアジア社会における法改革者たちは、ヨーロッパにおける法の発展の異なるシナリオを看過しているように思え、またこれらの法システムの中から特性を取り出すことに失敗している。

過去において、少なくとも今日のヨーロッパに一樣の法が導入される前、そこには、法の発展形態における相違が存在した。あるはつきりした差異は、イギリス・ロマン・ローのシステムとヨーロッパ大陸の市民法の伝統との間の諸相違の中に見出し得る。この差異は、大雑把なものであるが同時に明確なものであり、また大多数の法律文献がこれらの差異を指摘している。実際、ヨーロッパ大陸には多くの法システムの下位範疇が存在する。明らかに、これら「下位範疇」のシステムにおける基本的差異は、異なるレベルのローマ法の影響、当該システムの法的成長を辿るなかに見出される。さらにこのことは次の点を意味し得るのである。すなわち法改革者たち

は——時間と必要な調査研究手段を与えられたとしても——とても輸入されたシステムの本当の影響を突き止めることはできないことである。

実例を示すならば、フランスとドイツの法イデオロギーの相違の一つが、つまり教会と国家との分離に関する考えなどが、それぞれのシステムの有する異なる確信の中に見出される。ルーテル教の思想は東方正教会とローマカトリックのイデオロギーとは異なるなど、宗教的権力における諸差異は、ヨーロッパ大陸の様々な諸国家の憲法思想の発展に多大な貢献をした。

十六世紀に現れたプロテスタント活動に続いて、ヨーロッパ法の多くの共通する特徴が姿を消したように思える。例えばラテン語をとってみても、以前はヨーロッパの法律家たちはラテン語を共通語としてコミュニケーションをとることができた。当該言語の普及が中断すると、法の多くの共通する特徴もまたやがて消滅した。さらに世紀が変わると、ナシヨナリズムの台頭によって、ヨーロッパ大陸の法律家たちは、母国語が普及したため互いにコミュニケーションをとることが困難になった。またヨーロッパにおける多くの戦争の影響も重要である。当該戦争は「各国の」法システム「同士」を一層統一性のない状態に追いやったのである。

(3) 差異に対する意識の欠如と実用上の緊急性

ヨーロッパ法における変化に対するアジアの法律家たちの無関心は、未だ研究されてこなかった分野のひとつでもある。というのは、現地の法律家たちは、他に対する確かな西欧法の影響を考えないようにして、論争をも

ちろん失敗するであろうが）避けてきたからである。タイの（シヤム人の）経験は、この点をよく表わしている。二十世紀の変わり目に固有の法システムが西欧法システムに変質している間、タイは主に、司法問題に直面した。結果として、チュラロンコン王の指導によりこの国は、領土を併合しようとする西欧列強に対して弁解することを避けるために法改革の過程に乗り出すことを決心した。それはタイが近代化の過程にあることを西欧列強に確信させることでもあった。イギリスIIモデルに沿った法システムの近代化は、最後はフランスIIモデルとなったものの、当初から最も指示された行程であったように思われる。当時、法改革者たちによる選択に関する論争があったが、議論者の誰も受け入れたシステムの特質について関心を示さなかった。代わって、議論は、植民地時代の最盛期に改革者たちが発起して以来、確かに理解しやすい問題であるところの政治的問題及び安全保障の問題を中心に行なわれた。

統一されたヨーロッパ法システムの採用の代わりに、改革者たちは様々な国内法から西欧法の混成システムを編み出した。この場合、それぞれの法システムの背景にある原初的觀念によって一層当惑したものになった。それゆえに外国の要素が、十分な審議熟考なしに受け入れられたのである。

（4）ヨーロッパにおける過去の生じた法の改革と伝統社会に対するその影響

十九世紀の初め以来遂行されているヨーロッパにおける法の改革は、社会的価値に関して急増している変化及び経済とテクノロジーによって引き起こされた新しい変化を調整するために法システムを順応させることに主た

る関心が払われてきた。アジアの法律家は次のことを考え且つ未だに信じている。すなわち、ヨーロッパにおける諸国の法システムは近代化の過程を既に終了し、過去の伝統的及び宗教的観念とは無関係になっている、ということである。しかし、西欧法の近代化は理想とはかけ離れている。ヨーロッパにおいてはどこでも、法は、その時代の政治経済及び社会状況を反映している。フランス、プロイセン、スウェーデン、デンマーク、オランダ、ロシア、ポルトガル、スペイン及びイギリスは、それぞれ自身の絶対主義 (absolutism) の方法と様々な立法手段を有している。ヨーロッパ大陸からの法システムをヨーロッパ風 (European) と名づけるためには、極めて多くの時代を要したのである。

アジア諸国は、このような複雑性を含んだ拡大を避けているように思えるし、またある一定の混成の選択が「法の」改革にとって必要なものを満たすということを軽視していた。タイにおける実際の例では、様々なヨーロッパの国家法をタイの状況に合うように修正することは、単なる試み「未遂」にすぎなかった。十九世紀後半における西欧法の最初の導入の後、地方の弁護士たちの間で大変な混乱が生じ、裁判所はこの問題を解決するために無方針「でたらめ」な手段を採ったのであった。

(5) 解決の不確実性

今日に至るまで誰一人として、ASEANにおける現代の法システムの欠点が法の近代化の時期におけるかつての試みに関係していると、明確に主張していない。当該導入期において法システムに関する実際に行なわれた

ことについての情報の欠如が、地元法律家を、誰もこれ以上の適切なことを知らなかったという確信に導いてしまったのである。もちろん、開業している弁護士、立法者及び判事たちは、あまりにも多忙すぎて、どのような法システムのアイデアがより適切かということに関心を寄せることができず、また言うまでもないことだが、彼ら自身の制度を創り上げるために革新的な行動を採ることもできなかったのである。

理想的な法の普及は、借りてくることだけしか知らない地元法律家を通しては決して成就されなかったのである。つまり彼らもまた、国とその人民のイデオロギーとに適合する彼ら自身のシステムを創り上げる方法及び育て上げる方法を知らなければならなかったのである。

六 結 論

一見したところでは、異なる受容形態が相互に作用し合って様々な結果を作り出したことが、実例から示される。受容された法「西欧法」が現地の生活習慣を無視した場合、現地の慣習と法は、現地の法律家と行政官たちによる法の実際の運用を通して西欧法の内部に浸透する方法を探るのである。現地の慣習や信念及び個人の利益のみならずそれらの反対のことも、受容された法原則に適合させるために、歪みが常に生じるのである。

東 洋 法 学
バンコクから七〇〇キロ離れた地方における現代タイ法の適用の効果は、よい例を示している。タイ、とりわけチェンマイ地方の北部で調査したアメリカ人研究者の David Engel は、結果として次のように述べている。すなわち、二十世紀初頭に始まった近代システムは、「今日へと続く経過のなかで、現地の田舎じみた制度に対する

自らの優越性を主張した」。Engelはまた次の指摘をしている。近代的な文化と現地の地方文化との相互作用の過程は、融解するのと同じくらいの同化の過程であり、タイ社会においては毎日のように秩序構成に対する伝統的見解が主張され続けられるであろう。³⁵ フィリピンの場合、西欧の法規及び法制度は遠方の諸島の現地に根付くことはできなかった。³⁶ そして島民たちの慣習法に関する多くのことが研究されたのである。

本稿の結論は期待はずれだったかもしれない。というのも、如何にして伝統社会が伝統的な法の支配を刷新するかということを示していないからである。しかし——おそらく表層的ではあるが——世界のこの小さな地域における法の支配に対するこれまでの間違ったアプローチに言及することができた。

この疑問に対する解答が如何なるものであっても、法の分野における技術的発達の要求が圧倒的にある。ASEANは、自らが推測していない、現在価値を認められていない、また過去の経験を捨て去るような未来に突入することはないであろう。

(1) 一九六七年八月初旬、インドネシア、フィリピン、シンガポール及びタイの各外務大臣とマレーシアの首相代理がタイで会合し、新東南アジア機関 (a new Southeast Asian Organization) の組成を話し合った。Bangsaenの海辺のリゾートとBangkokにおける三日間の話し合いの後、彼らは一九六七年八月八日に、東南アジア諸国連合 (ASEAN) の設立宣言に署名した。

(2) 宣言原本に署名した五カ国は、この機関の設立者となり、一九八四年一月一日にブルネイがASEANの六番目の加盟国になった。他の東南アジア諸国は一九九九年までに加盟した。ASEANの目的に関して、その功績を評価することは困難である。さらに多くのオブザーバーがASEANの性質と目標に関して疑問を呈している。しかし現在

までのところ、宣言、合意、条約、コミュニケ及び他の制定など二十余りが作られてきただけである。

(3) 法分野及び政治分野において、準神聖化された王制度の態様が、この時期を通してインド的法概念の受容を引き起こしたのであった。この王の準神聖概念は普遍的宇宙観と連結され、また初期の東南アジア諸国における中心思想であった。このインドの影響は、貿易商や船乗りたちが持ってきたものであるが、中心地で及びおそらく東南アジア諸島において感じ取られ始めたのであり、また大部分の地域の文化を支配したのであったという例証がある。See for eg. *Encyclopedia Americana*, 134b.

(4) 経済的・政治的介入はこの期間を通して一般的であった。特定産物の独占は、地元固有のルールに対する政治的支配を肯定することでヨーロッパ人商人の成功を意味している。たとえばインドネシアにおけるオランダ人は、彼らの支配を貿易のみならず生産地に対しても拡大し始め、また生産者に対する納品に関して強く主張し始めた。この実態は生産地の統治者にとって効果的な政治的支配を導き出し、ヨーロッパ列強による大部分の東南アジア支配の土台を打ち立てるためであったと言われている。Id. At 314c.

様々な介入形態が起こり、それらは植民地権力に有効に働いたように思われる。西欧植民地主義者による征服は、地域紛争における干渉を含んでいた。その地域紛争からヨーロッパ人たちは、(ヨーロッパ人たちが傍らにいた)勝者と(ヨーロッパ人たちが負けるように助力した)敗者の両者を効果的に支配するようになったのである。また、新しい地域に対する支配権を争奪することが明白に必要であることもしばしばは関係していた。結果として、植民地権力は、植民地住民へのサービス、王国、諸公国、スルタンの位、ラジャの身分の保持及びタイの場合には領土保全と条約による国家財政の統制などによるルールの政治的混乱の中で最終的に統制されていたのであった。

(5) 当該地域におけるナシヨナリズムの原因について多くは次のように述べられている。一九四一年と一九四二年に日本によってヨーロッパの領土は急激に崩壊した。そして続いて一九四五年に日本も崩壊した。無敵というイメージの倒壊、社会崩壊、及び国家指導者たちによる政治的行動の機会をともなつてである。それらはナシヨナリズムに実体を与え、独立を現実化したのであった。Id. At 314d.

(6) See, M. B. Hooker, *Concise History of Southeast Asia* (1978).

- (7) タイの法は Three Great Seala の法として知られている。なぜならば、法の本当の複写を証明するために実際に三つの政府機関の紋章 [seals] があるからである。上記の法の公式版は一八〇五年の日付であり、歴史家たちは未だに、十四世紀にさかのぼる旧版の存在を表わしていると信じている。その点で、ヒンズー法に起源を持つ法原則が含まれるのである。インドの古典的な法を含むジャワの法は、紀元九〇七年と九二二年から起算される碑文で発見された。ジャワにおけるインドの影響は八世紀頃からあることは明らかであった。See Hooker, *supra*, at 35-36.
- (8) 初期ヒンズー法と、後の法及び王権に関する theravada 仏教概念との間の相違は A. H. Ibrahim によって次のように指摘されている。「ヒンズー国家においては自分自身が Siva 神または Vishnu 神の化身だと表明することのできる者 [he] は、そのこと自体で、最高の権力を確保することを正当化された。仏教王国においては、強力な karma を表わすことのできる自称統治者は、その者 [he] が例え最悪の背信行為によってそれ [王座] を獲得したとしても事実上王座の資格が与えられた。」A. B. M. Ibrahim, *Towards a History of Law in Malaysia and Singapore*, (1970) at 4.
- (9) *Id.*, at 4.
- (10) See *Id.*, at 5.
- (11) See for example, Tome Pires, *The Suma Orientalis*, 1944, Vol. 2, pp.285-6. 東洋学者 (orientalist) の理論家たち は、しばしば当該書に言及してゐる。
- (12) Hooker, *supra*, at 49. これは歴史家たちの主張であるが、イスラムはほとんどインド亜大陸経由で東南アジアに来て、地元固有文化を寛容に扱う形になった。しかし Ibrahim 教授は次のように指摘している。すなわち地元固有文化とイスラム法とヒンズーの影響とを識別することは無理である。彼は次のように言う。「如何に多くのヒンズーの影響が残っているか、そして如何に多くがイスラム法によって吸収され変更されてきたかは、それ自身、例えば国家や王権の概念の中に、裁判所の特権及び儀式の中に、またマレーの王位の神聖化儀式の中にヒンズーの影響の痕跡が見出され得るという問題であり、今日のマレーシアで見られるスルタン制度、特にシャーリアに対するスルトンの位の関係はムスリムの概念に基づくものである。そこで再度、マレーの慣習法はムスリムの法への受容の過程で極め

- て多くの変形を受けてきたので、この概念またはルールがヒンズー法またはヒンズーの慣習を継いでいるかを指摘する上には困難であらう。」Ibrahim, *supra*, at 5.
- (13) Apirat Petchsiri, *Eastern Importation of Western Criminal Law: Thailand as a case study*, (1982), Chapter 1, p.17. *Et seq.*
- (14) M. S. Feiciano, *The Legal System and Literature of the Philippines*, (1978) at 2. スペインの制度の崩壊後ゆゑ施行されてきたスペイン植民地法は、例えは次のようなものがある。一八七〇年刑法、一八七二年刑事訴訟法、一八五六年民事訴訟法、一八八六年商法、一八八九年民法(一部分)、一八七〇年婚姻法、一八八六年の抵当法、鉱業法及び水法、並びに著作権法など。
- (15) Justo P. Torres, Jr. *Obligations and Contracts* 5th ed. (1969), at 4.
- (16) ‘バリ条約’、一八九八年十二月十日署名。
- (17) 一九〇〇年刑事訴訟法、一九〇一年民事訴訟法。
- (18) See, Gamboa, *An Introduction to Philippines Law*, at 68.
- (19) See, Hooker, *supra*, at 228.
- (20) *Id.*, at 237-38.
- (21) R. S. Statsom, *Siam's Diplomacy of Independence, 1855-1909*, in the context of Anglo-French Interests (1969), at 114.
- (22) Hooker, *supra*, at 187.
- (23) *Id.*
- (24) Professor R. Subekti, *Law in Indonesia*, Jakarta, 1973, at 9.
- (25) *Id.* 初期には中国人に対するオランダ法の適用に関する反対があった。 See, Hooker, quoted above.
- (26) *Id.*, at 11.
- (27) *Id.*, at 13.

- (28) See, Hooker, *supra*, at 123.
- (29) *Id.*
- (30) Ibrahim, *supra*, at 9.
- (31) *Id.*, 9-10.
- (32) Ibrahim の著述に言及されている。 *Id.*, at 19-20.
- (33) Hooker 教授は「法多元主義 (Legal Pluralism)」を論じている。 Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial & Neo-Colonial Laws* (1975).
- (34) 著者の断定を十分に証明されているわけではない。
- (35) David M. Engel, *Code and Customs is a Thai Provincial Court* (1978), at 29.
- (36) See Hooker, *supra*, at 237-38.

訳者あとがき

本稿は Apirat Patchsiri, Alfred E.Kellerman, Charit Tingsabath, Pornsan Watananguhn, ed., *Strengthening ASEAN Integration: Lessons from the EU's Rule of Law* (Chulalongkorn University Printing House, 2001) に掲載されている Apirat Patchsiri, “The Rule of Law and Traditional Society: A Footnote on ASEAN’s Legal Culture” を訳出したものである。著者 Apirat Patchsiri 氏は、二〇〇一年時点でチュラロンコン大学法学部助教授である。

訳者は平成十七年度(二〇〇五年度)から東洋大学の研究所間プロジェクト「イスラーム世界における伝統的秩序規範の持続と変容」に参加しており、その一環で平成十七年八月二十九日から九月六日にかけてシンガポ-

ルとバンコク（タイ）へ赴き、特にタマサート大学（Thammasat University）法学部の Jaturon Thirawat 教授（国際法）と Suda Virutpich 助教授（民法）にお目にかかり、大変貴重なお話を伺うことができた。そのなかで訳者が渡航前に抱いていた問題意識（タイにおける宗教規範と法規範の関係）を一層拡大しつつ変更しなければならぬことに気づかされた。当該問題はタイだけで把握しようとせず、東南アジア全体を視野に入れなければならない判断と研究ができないということである。つまり対象が ASEAN に拡大したわけである。

わが国における東南アジア法の研究は、安田信行『東南アジア法』（日本評論社、二〇〇〇年）が最も包括的で優れており、参考文献一覧も充実している。しかしそこで分かることは、（東南）アジア全体の法・法文化・法史の要点かつ問題点を簡潔明瞭に記したものが、極めて少ないということである。

本稿は、東アジア人（日本人）の立場からでなく、東南アジア人（タイ人）の立場から前記諸点に対する問題意識を表わした貴重な文献である。もちろん footnote という性質上、詳細緻密な記述というものではないが、彼らの問題意識と現状を知ることができるのは充分にできるはずである。ここに、東南アジア法研究の端緒として我々を導いてくれる本稿の意義が存在するのであり、訳出した理由がある。

なお、訳文については、可能な限り原文に忠実に従ったつもりであるが、やはり彼我の歴史知識の相違と母語上の論理構成の相違などによって、日本語文としては相当にぎこちない稚拙なものとなってしまった。しかしこれは原文の学問レベルが高くないことを示すものではなく、むしろ反対に、行間に埋もれて書かれていない内容を訳者が十分に勘案できなかったことを意味しており、それだけ内容が凝縮されている研究といえよう。ゆえに、

それらを読み取ってより意味の通るように若干加筆した次第である。その部分を含めて文中の誤記・誤訳等は全て訳者の責任である。

最後にチュラロンコン大学 Book Center でこの貴重な文献に出会うことができたのも、またタマサート大学で両先生と面談できたのも、ひとえに新潟国際情報大学教授の高橋正樹先生のご協力があればこそであり、ここに紙面を借りて心より感謝申し上げます。

※本研究は、平成十七年度東洋大学研究所間プロジェクト「イスラーム世界における伝統的秩序規範の持続と変容」の研究成果の一部である。