

B・マリノウスキーの法理論の再評価：民族法学の 法社会学的方法論にたいする寄与をめぐる諸問題の 覚え書

有地，亨
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1428>

出版情報：法政研究. 28 (4), pp.101-130, 1962-03-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

B・マリノウスキーの法理論の再評価

——民族法学の法社会学的方法論にたいする

寄与をめぐる諸問題の覚え書——

有 地 亭

はしがき

一、マリノウスキー以前の民族法学の動向

二、マリノウスキーの法理論の評価

三、民族法学的方法論の適用

むすび

はしがき

説 論

未開社会の原始的社会規範についての研究が、民族法学 (Ethnologische Jurisprudenz, ethnological jurisprudence, anthropological jurisprudence) の名をもって登場してから、すでに半世紀を経過した。その間に、かの有名なマリノウスキーの「未開社会の犯罪と慣習」が一九二七年に刊行され、また、近時においては、ヘーベルの「未開人の法」が一九五四年に、グルックマンの「北ローデシアのパロツェ族間の裁判手続」が一九五五年に、また、エ

リアスの「アフリカ慣習法の性質」が一九五六年に発刊されるにいたって、半世紀の間の民族法学の発展の跡は顕著なものがある。また、わが国においても、前記マリノウスキの著書は、いちはやく翻訳紹介され、爾来、法史学、比較法学あるいは法社会学の領域において、多くの学者によって民族法学の研究が推進されてきた。とくに、機能主義人類学派の巨頭たるマリノウスキの法理論は、故杉浦健一教授、青山道夫教授、川島武宜教授、江守五夫助教授によって高く評価され、これらの諸教授の業績は、わが国の民族法学の発展に劃期的な意義をもった。

にもかかわらず、一般の法律学者の民族法学によせる関心と理解はそれほど深いものではない。それは民族法学の研究対象がおよそ近代社会とは無縁の未開社会の社会制度、社会組織であることにも起因するのであるが、それにもまして、マリノウスキ以後の最近の民族法学の発達に関する論述の少いこと、とくに、民族法学が一般法学の中でいかなる役割を果すかを明らかにする研究の少いことにも原因があるであろう。しかも、近時の人類学者ですら、マリノウスキのすぐれた業績を認めながらも、マリノウスキの法の定義を受容しなくなってきている。本稿は、諸先学の御勞作に屋上屋を架する嫌いがあるが、これらの成果を顧みて、マリノウスキの法理論の再評価を行うとともに、その前後の民族法学の動向を紹介して、民族法学の担っている役割に触れてみたい。

- (一) 高柳真三「未開社会の法律生活」— B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, 1926 の紹介批評— 国家学会雑誌四一巻一二号、青山道夫訳「未開社会における犯罪と慣習」昭一七年、改訳昭三〇年。
- (二) 杉浦健一「未開社会における法」法学理論篇二二昭二五年、「未開人の政治と法律」昭二七年。
- (三) 青山道夫「民族法学序説」(昭三〇年) 所収の諸論文。
- (四) 川島武宜「法社会学」(上) 昭三三年。
- (五) 江守五夫「B・マリノウスキの原始法学説について」(一) 法学論叢三二巻四・五号。

一、マリノウスキー以前の民族法学の動向

現在までの民族法学発展の系譜において、法学と人類学との有機的な結合が完成したのは、マリノウスキー以後に華々しく登場してきた機能主義学派の諸研究によってである。それ以前の人類学者によってとられてきた原始的社会規範に関する研究は、未開社会における法規範の欠如を主張し、かつ、未開原住民は社会規範にたいして自動的、自発的に服従するという説が支配的であった。⁽¹⁾初期の人類学者は未開社会の研究で、かかる法規範の欠如を正当化するために、あえて慣習を強調する態度をとった。彼らは、△慣習は王なり▽と云い、慣習が一切の社会規範であって、慣習によってすべてのものは処理され、したがって、未開人はその自動的、自発的隷属者にすぎないがゆえに、未開社会では、法規範は存在しないか、あるいは存在するとしても、それは慣習の中に埋没してしまっているかのどちらかであると理解する。いずれにしても、明確な社会現象としての法規範は未開社会には存在しないと考えたのである。このように、初期人類学者は、法規範の否定あるいは法規範と他の社会規範とを差別しない態度をとっていたために、イギリスの人類学者シドニー・ハートランド (E. S. Hartland) がその「原始法」(Primitive Law) の中で、つぎのような相矛盾する理解を示したのも当然であった。△それゆえに、法を成文の証書とともに想起することに慣らされた文明人の間では、未開人によって服従される諸規範には法の名称を付与することが拒否されてきたし、また、ただ慣習と称せられてきた。しかし、固定化され、しかも、一般的に服従される慣習は法とは区別されえない。われわれ自身の国において、王会 (King's courts) は、成文の立法では規定されなかったけれども、常に慣習にたいして法としての効果を認め、かつ、与えてきた。……積極的、消極的いずれの側においても、慣習は法として認められてきた▽⁽²⁾と云いながらも、そのすぐ後に、△原始法は実を云えば部族の諸慣習の総体である。ほとんどなにもその統制の網をくぐりえない▽⁽³⁾と述べている。また、同じくイギリスの人類学者ドリバーク (J. H. Driberg) も、ハー

トランドに同調して、法は、個人や共同体の行動を規制し、かつ、社会の平静を維持することによって、一つの団体の全体としてその存続のために必要である行為の一切の諸規範を包含する^(四)との定義を下した。アメリカの人類学者ギリン(J. D. Gillin)も広く考察された法規範は集団の構成員の行動を規制する一団の与論にすぎないと云う^(五)。一九二九年、一九三七年のリンズ(R. S. Lynd)の有名なインディアナ州マンシー町の研究は、現代の都市社会にたいして社会人類学的方法論を適用した最初の試みであるが、かかる共同体の活動の全過程の研究は当時の人類学上の法規範と慣習との未分化の研究傾向に対応するものであった。しかもなお、このアメリカの共同体の全過程の社会人類学的方法について、カール・ルエリン(Karl Llewellyn)の「行動の法的側面は、ここでは、調査するに値するようにはおもわれない——それについては調査しえないようにおもわれる^(六)との批判さえ生んだのである。

ドイツでは、法学と人類学の結合にたいする真摯な努力がはやくから払われてきた。コーラー(J. Kohler)、ポースト(A. H. Post)、スタインメッツ(S. R. Steinmetz)によ^(七)り、代表される民族法学者は、一九世紀末から二〇世紀の初頭にかけて、未開民族の法規範を歴史的に取上げ、「比較法学雑誌」(Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft)に、ドイツ植民地の原始的法規範に関する多数の研究を発表した。これらドイツ民族法学の特徴は、ヴィノグラドフ(P. Vinogradoff)のポスト^(七)批評に端的に示されているように、彼の論稿の構成は類似の性質の諸民族を一団とするという意味で、体系的であって、年代学的ではなかったし、また、民族法学的でさえない。彼は法の様々の部分を取り上げ、それらについてなんらかの資料をもつ諸種の部族全体を通してそれらを跡づけ^(八)る^(八)点であった。かかる比較的^(八)民族学的方法論は、当時の民族法学的趨勢から顕著に対立し、独立の学派を發展させた。しかしその反面、これらのドイツ民族法学者たちは、ほとんど一度も現地の未開人を訪問したことはなかった^(八)ので、彼らが未開人の動態的な法生活の律動的な実態を認識しえなかったのはさして驚くにあたらない。彼ら

が社会の法の發展の特殊な、しかも、どちらかと云えば、詳細な諸段階を含む進化論の図式を論証することにかかったから、彼らが相互作用の動態を追求するよりも、単純化され、類型化された形態を探求するように強いられたのはごく自然であった^(五)。それゆえに、ドイツ民族法学は、ドイツ民族学以外には、重大な影響を与えた形跡は見られない。

オランダ民族法学の發展は以上の諸国と多少異っている。オランダの民族法学は、その植民地オランダ領東インド諸島の慣習 (adat) 法に関する諸研究によって、原始法についての新分野を開拓し、民族法学の發展に大きな貢献をなした^(一〇)。しかも、彼らは原始法に関して獲得した知識をインドネシア総人口の大半を包攝する原住民の村落共同体の諸行政の基礎に採用したのであるから、オランダ人の関心は極めて実践的であった。そのために、彼らは研究領域をオランダ領東インド諸島に限定し、彼らの関心もおのずから植民地政策に直接奉仕するという範疇を出なかつた。イギリス、ドイツで、社会構成や法の進化論的研究、社会心理学的研究あるいは原始法の体系化の努力が展開されているときに、彼らはそれらとは全く無縁の自己の研究領域に沈潜していたのである。

以上の文化人類学と法学の結合の契機は一体なであろうか。まず第一に、未開社会の法規範関係は近代社会の法規範関係と基本的には同一であるともみなされた。すなわち、原始法と近代法との間には、すくなくとも承認された公分母が存在すべきはずであると考えられた。近代の社会科学の観点からすれば、法規範は単に社会統制の特殊な機構・装置、つまり、ある種の人間行動の複合体にすぎない。問題はいかなる種類の人間行動がそれに該当するのかであるが、近代社会とは別個に組織された社会における社会統制のいかなる種類の機構・装置が近代社会で規範と言われるものと合致するのかが探求されてきたのである。ここに、近代的法学が文化人類学にたいして果す主要な寄与が存在し、このことが人類学によって認識されたのである。

第二に、文化人類学の法学にたいする寄与は、未開社会の研究によって、近代社会の文化や行動を評価しうる一連の有利な指標が獲得され、それでもって、現代の「慣習の塊」(Cake of custom)にたいする理解が容易ならしめられたことである。^(一)かかる人類学上の研究によって、諸種の民族が同一の手段あるいは他の装置によって、同一の目的を達成している態様を理解することが可能となるし、また、人類学的研究によって取得した知識は、現代の諸問題の解決に際して、新しい觀念や着想を促す契機として役立つと考えられた。また、人類学的調査によって、未開社会で法学者が実験したいと考えている諸条件に類似する現存の装置を発見した場合に、それは法学者に試験管を提供するのである。このように、人類学は、法学者の社会的経験で用意された諸資料を基礎にする諸觀察を試験するための対照規準を提供するいわば実験室の役割をもつものと考えられてきた。^(二)エールリッヒ (E. Ehrlich) が「われわれは現在を通して過去の理解に到達する。この逆ではない。民族法学は現存の法の理解のために価値があるのではなく、法の発展の研究のためにのみ価値がある」と云っているのも、以上のような従来の人類学の法学にたいする寄与に着目しての見解である。そればかりでなく、エールリッヒは、「歴史あるいは有史以前の時代の研究、すなわち、民族学を通して現在の理解に到達する試みは原則として誤りである」と述べて、^(三)民族学的方法論によって現代の法の分析をなすことを排斥しているが、これは、彼の時代のドイツ進化主義学派を想定したものである。しかしながら、文化人類学と法学との接合の効用は、以上のような、法学にたいして、実験室の提供あるいは法の発展のための素材の供与のごとき間接的な寄与を齎らすことに尽きるのではない。とくに、マリノウスキーの出現によって、民族法学の方法論は飛躍的に発展し、民族法学的方法論がクローズ・アップされるようになった。

(一) この点に関する詳細な敘述は、江守五夫前掲論文(九四頁以下参照)。

(二) E. S. Hartland, *Primitive Law*, 1924, P. 2.

- (三) Ibid., P. 5.
- (四) J. H. Driberg, Primitive Law in Eastern Africa, Africa, vol. 1 (1928), P. 63. 65.
- (五) J. P. Gillin. Crime and Custom among the Barama Rivier Caribe of British New Guinea, American Anthropologist, vol. 36 (1934), P. 331.
- (六) E. A. Hoebel, The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics, 1954, P. 21.
- (七) ホブストの著書「*ノルマ*」の Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts, 1872; Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichendethnologischer Basis, 2 vols. 1880—1881; Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz, 1887; Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz, 2 vols, 1894—1895. また、近時
の邦語文献としては、江守五夫訳「A・Hホブスト民族学的法学研究序説」社会科学研究五卷二号がある。
- (八) P. Vinogradoff & H. Goitein, Jurisprudence, Comparative, Encyclopaedia Britannica, 14 ed., (1949).
- (九) E. A. Hoebel, op. cit., PP. 30—31.
- (一〇) アダット・レヒトに関する一般的説明は、平野義太郎「民族政治学の理論」第四章東印度の法的社会規範(アダット・レヒト)一八三頁以下参照。なお、アダット法に関する文献は、B. ter Haar, Beginselen en Stelslen van Het Adatrecht, 1939 等がある。
- (一一) E. A. Hoebel, Law and Anthropology, Virginia Law Review, vol 32 (1946), P. 850.
- (一二) Ibid., P. 850.
- (一三) E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1931, S. 395.
- (一四) Ibid., S. 395.

二、マリノウスキの法理論の評価

近代の民族法学者の諸著作の中で、マリノウスキの「未開社会における犯罪と刑罰」の研究は今日においても、重大な意義を失わない。周知のように、マリノウスキはいわゆる法規に関してではなく、その観察にかかるトロブリアンド島民の現実の行為規範、つまり、 \wedge 生ける法 \vee を敘述し、体系化したのであった。マリノウスキの \wedge 法は社会的行動であって、論理的抽象的概念ではない \vee とする法理論は伝統的な法学にたいする挑戦であるとともに、それまでの古典的民族法学に新しい生命を注入した劃期的業績と目されている。

事実、マリノウスキの原始法の研究が当時の民族法学にたいしてどれほど顕著な影響をあたえたかは、一九二六年の「未開社会における犯罪と慣習」刊行の前後の時代の原始法に関する諸文献の比較からも容易にうかがわれる。たとえば、英国王立人類学研究所編「人類学に関する覚え書と疑問」(Notes and Queries on Anthropology)の第四版(一九一二年)と第五版(一九二九年)、一九二四年のハートランドの「原始法」(S. Hartland, Primitive Law, 1924)と一九三五年のダイヤモンドの「原始法」(A. S. Diamond, Primitive Law, 1935)、一九二七年のローイの「人類学と法」(R. H. Lewis, Anthropology and Law (1927), in The Social Sciences ed., H. F. Osburn & A. Goldenwiser)と一九三二年のケアンスの「法と人類学」(H. Cairns, Law and Anthropology (1931), in The Making of Man: An Outline of Anthropology ed. V. F. Calverton)のそれぞれを比較した場合に、後者にはマリノウスキの法理論の影響が著るしい。そして、現今の民族法学の中心的課題は、違反行為が行われた場合の規範、サンクション、訴訟方式を形式的に敘述することではなく、法規範の性質や機能、遵法の心理的構造、法規範と他の社会制度との関係、一般文化のシエーマの中で法規範の占める地位、未開社会と文明社会の法組織との差異等を明らかにすることである。

マリノウスキーが今日の人類学の特徴を形成する法規範の問題や社会統制の他の側面にたいして動態的なアプローチを行うべきことをつとに主張した功績は大きい。彼の影響の下に、ルエリン^(一)ヘーベル「シャイアン族の習俗」(K. E. Llewellyn & E. A. Habel, *The Cheyenne Way*, 1941)・グルックマン「バロツエ族間の裁判手続」(M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse*, 1955)のようになすぐれた未開民族の社会規範の研究書の出現を見だし、更に、ケアンズ、ダイヤモンド、ハンキンス(F. E. Hankins)^(二)・パトン(G. W. Paton)^(三)・ロブソン(W. A. Robson)^(四)・シーグル(W. Seagle)^(五)・ティマシェフ(N. S. Timashoff)^(六)の文化人類学者以外の社会科学者についてもマリノウスキーの影響が見られる。これらの学者はマリノウスキーの基本的な社会規範の把握態度を踏襲し、未開人は社会規範にたいして自動的、自発的に服従するという古典的観念を排除して、未開社会における行為規範はすべて同一性質を帯有するものではないことを確認している。

しかし、とくに、社会学者で、しかも、法学者であるロブソンはマリノウスキーの法規範に関する一般概念を全面的に承認する^(六)。たしかに、文明社会と未開社会とを比較した場合に、政治的に組織された文明社会では、法規範はあきらかにすべての他の行為規範と区別される。そして、かかる法規範に関しては、様々の方法で定義が下されるけれども、一般には、社会的に承認された権威または特殊な機構(裁判所のような)^(七)による強制の点が重視される。しかしながら、未開社会においても、マリノウスキー自身が認めるように、^(七)あるアフリカの王国において、またより高度に組織化されたインドネシア民族において、法律制度はおそらく政治権力の属性として存在する^(八)場合もあるが、多くの未開民族では、酋長制その他の支配的政治組織はみられず、したがって、^(八)発展した制度、法典、裁判所における訴訟手続あるいは執行力をとまなうところの法の観念^(九)は存在しない。それゆえ、かような支配的政治組織

を欠く未開民族の法規範を把握するについては、(a)法規範が全然欠如すると見るか、(b)かかる民族の法規範は文明社会のそれと全く異質のものとするか、あるいは、(c)かかる民族の法規範に関して、文明社会の法の定義を用いるのは不適當なので、拡張されるべきことを主張するかの三つの見方しか存しない。マリノウスキーは、政治組織に関して、
 ≪社会組織の政治的側面を厳密に規定していけば、権力をもった者が集団の他の成員に加える直接的な力の行使になるものといふことができる^(九)との定義を与えて、多数の未開民族間では、かかる政治組織が存在しないと考えた。しかしながら、法規範については、全く異なる解釈を下した。彼はラドクリフ・ブラウン(R. A. Radcliffe-Brown)に論駁を加えてつぎのように云う。^(九) ≪もしわれわれが多数のおそらくほとんど大部分の原始共同社会において、法の存在を否定せねばならぬならば、そして、もしわれわれが民法および刑事法の觀念を放棄し、^(一〇) 公的犯罪あるいは私的犯罪^(一〇)のごとき特殊な言葉を代用せねばならぬとしたならば、もしわれわれが、原始法はわれわれ自身とは完全に異った社会機構によって機能をいとなむものと仮定するならば、——われわれは法の見地から未開制度の作用とわれわれの法の作用との継続を完全に打破することを明らかに主張する^(一〇)。かようにして、マリノウスキーは前述の(a)(b)(c)の見解の中、(a)(b)を排斥する。彼は「未開社会における犯罪と慣習」の中で、法規範の基本的特質を捉えて、つぎのように定義した。 ≪法規範はそれらがある人間の義務であり、また、他の人間の正当な権利として感じられ、また、考えられる点において、他の規範と異っている。法規範は単なる心理的動機によってサンクシヨンされるのではなく、われわれがすでに知ったように、拘束力の明確な社会機構によってサンクシヨンされるのである。そして、その社会機構は、相互依存の上に基礎づけられ、そして、相互的奉仕の対等的調整および燃をなせる親族関係の中への、かかる権利の組合せにおいて実現される^(一一)。このマリノウスキーの法概念を文明社会の社会規範に適用し、その範疇を考えると、文明社会のいわゆる実定法には勿論、挨拶の規範、決斗の規範のごとく、かなり強力なサンクシヨンを付与

された多くの社会規範も、法規範の中に内包されることになる。^(二二) このマリノウスキーの法概念の基本的特性は、一方の義務は不可避免的に他の者の特権となり、また、一方が提供する贈与は他方によって要求することが許されるような、個人間の権利・義務の対立・対抗を社会的基盤として成立する行為規範であり、この行為規範は、外部的権力や附加的機構によってサクションされるのではなく、拘束的な力の社会機構によってサクションされるという点である。つまり、行為規範は、^(二三) 義務の履行はそのこと自体のうちに対応的労役に対する積極的要求をかたちづくるという事実^(二四) によってサクションされ、かような相互主義 (reciprocity) のシエマーによって、社会関係の均衡と維持が確保される^(二五) とみるのである。また、かかる法規範の概念はアレン (L. K. Allen) によって規定されたところの、^(二六) つぎのような法の定義とも符合するものである。^(二七) ^(二八) われわれが証拠をもつ多数の社会において、立法や法施行のなんらかの明確な制度が発展する以前においては、社会内部の人間の行動は慣習的規範によって支配される。これらをもって法規範と称するのは、多少時代錯誤のおそれがある。ただし、多くの場合、それらは最初期の段階では、法規範と區別されなかった宗教や道徳の規範であるからである。しかし、それらは単なる信仰や確信のそれではなく、行為を拘束する力のある義務的規範であって、それらの違反は積極的義務の違反であるかぎり、それらはその語に今日結びつけられる意味で「法的」である^(二九)。

しかしながら、更に、マリノウスキーは、社会規範の分類として、^(三〇) 民法^(三一)、^(三二) 刑法^(三三)あるいは^(三四) 遵守される法^(三五)、^(三六) 違反される法^(三七)の區別を導入する。しかも、これらの分類は、彼が一貫してとっているところであって、最初は「マイル島の原住民」(The Natives of Mailu; Preliminary Results of the Robert Mond Research Work in British New Guinea, Transactions and Proceedings of the Royal Society of South Australia, vol. xxxix (1951), Pp. 494~705) でなされ、しかも、晩年の「法」とくに原始法の解釈のための新しい道具」(A. New

Instrument for the Interpretation of Law—Especially Primitive, Yale Law Journal, vol. 51 (1942)) の中

も依然として踏襲されている。勿論、これらの民法、刑法の概念は、近代法体系のそれらとは異なるのであって、その意味では、かかる分類は原始法体系と近代法体系との間の差異を認めない彼の主張からは多少外づれるものである^(二六)。マリノウスキーは、 Δ 民法法 Δ すなわち、部族生活の全面を支配する実定法は、一団の拘束的義務から成立するものであり、しかも、それは一方からは権利とみなされ、他方からは義務と認められ、そしてまた、彼らの社会機構は固有な相互主義と公共性の特殊の機構によって効力を支持されている ∇ と述べて、未開社会に民法概念の存在することを主張し、しかも、かかる拘束的義務が履行されないときは、社会的尊敬や返礼の役務の喪失という刑罰が科せられるとする。すなわち、 Δ 不履行にたいしては、刑罰を科するのみならず、十分な履行にたいしては褒賞を与えるのである。これらの規範の厳格性は、原因と結果にたいする未開人の合理的評価によって保証されており、多くの社会のおよび個人的感情、すなわち、野望、虚栄、誇り、誇示による自我発揚の欲求、そして、また親族にたいする愛著、友誼、献身ならびに忠誠と結びついている ∇ と^(二八)。これにたいして、犯罪にたいする制裁が Δ 部族的刑罰 ∇ であるという。マリノウスキーは、未開民族は社会的、物質的な利益を享受するがゆえに、義務を履行するということと同時に、義務違反のときは、利益の喪失や、ときには、更に、直接的な処罰をも惹起するということをも論証した。この民法と刑法の区別はサンクションの形式によって、法規範と非法規範を区別するのではなく、法規範の中で更に分類されうることを示そうとしたのである。

マリノウスキー自身も「未開社会における犯罪と刑罰」(一九二六年)の中での法理論の展開から、更にすすんで、法理論の発展を志向していたことは推測される。ホグピンの「ポリネシアにおける法の秩序」(一九三四年)の序文の中で、彼は、慣習規範をサンクションの有無によって再分類することを試みた。マリノウスキーはつぎの二つ

の原始的慣習規範の範疇、すなわち、 \wedge なに人も破ろうと欲しないので、破られることがなく、それゆえに、この規則の放棄は存在しないし、罰せられることもありえない \vee \wedge 中立的ないし無関心な慣習 \vee (neutral or indifferent custom) と \wedge 性的情熱を抑制する規則や禁欲の命令、他人の妻や下女に垂涎することを禁ずる \vee \wedge 妥当せる制裁を伴う慣習 \vee (valid, sanctioned custom) を示したのである。⁽¹⁰⁾ この慣習規範の分類方法は、ギンズバーグ (M. Ginsberg) の \wedge usage は共同体構成員には常習的な行為であって、それらは規範的性格をもたないし、また、道徳的強制のサンクションを欠く \vee が、 \wedge custom は単に行為あるいは行動の一般的習慣にとどまらず、行為あるいは行動にたいする判断をも含む \vee …換云すれば、custom はサンクションされた usage である \vee という方法を踏襲するものである⁽¹¹⁾が、マリノウスキーはかかる分類において、サンクションを伴う慣習規範の中にも、社会的な拘束力によって保障される法規範とそれ以外の心理的動機によって保障される宗教規範の伝統的戒律の存在することを明らかにし、⁽¹²⁾ 法規範の性格を更に精緻にしたと見ることもできる。それゆえに、シャペラ (I. Schapera) が、マリノウスキーは、当初、「オーストラリア原住民間の家族」の中で、社会規範をそのサンクションの形式によって区別すべきことを説き、「未開社会における犯罪と慣習」の中で、 \wedge 慣習の塊 \vee にたいして批判しながら、これらの態度を遂には放棄するにいたったと批判しているが、⁽¹³⁾ われわれにはそのようには解せられない。

近時の人類学者は、法規範の定義に関して前述のマリノウスキーのそれとは異なる。⁽¹⁴⁾ アフリカの北ローデシアの裁判組織を有する未開部族、バロッエ族 (Barotse) の法について、グルックマン (M. Gluckman) は、 \wedge 裁判官がその判決のために採用する諸規則の全蓄積 (corpus juris) \vee の定義を与え、また、同様な裁判組織をもつアフリカのナイジェリアのツワナ族 (Tswana) の法についても、シャペラは、 \wedge 裁判所によって強制されるような行為規範 \vee ⁽¹⁵⁾ といった狭い定義をあたえる。更に、広義の政治的に組織されていない社会を含めての法規範については、ラドクリッ

フ・ブラウンが、ロスコー・パウンドの法の定義、すなわち、 \wedge 政治的に組織された社会の強制力の組織的な適用を通しての社会統制 \vee という定義を採用し、また、 \wedge サンクションが組織された強制力、すなわち、政治上、軍事上、教会上の権力によって課せられるときは、それは法的サンクションである \vee と云い、更に、 \wedge なんらの法的サンクションの存在しない社会において、個人に課せられる義務は、慣習あるいは習俗の問題としてみなされ、法の問題としては考えられない \vee ^(二六)と云う。また、ヘーベルも、 \wedge 社会規範は、その無視あるいは侵害がそのように行動することを社会的に承認された特権を所有する個人あるいは集団による物理力の威嚇的、または、事実的適用によって対応される場合には、法的である \vee ^(二七)と云う。

これらの法規範の把握の仕方は細部については多少の差異は存するが、しかし、いずれも、マリノウスキーのそれと異って、法規範の本質的特徴は社会的に承認された物理的強制力の行使であるということを強調するのである。同様の概念は、人類学の最近の一般概説書の中であたえられた法概念においても確認される。たとえば、ハースコヴィッツ (M. J. Herskovits) は、ヘーベルの法規範の定義を承認し、 \wedge ここでの本質的要素は権威である \vee との説明を加える^(二八)。それゆえ、マリノウスキーが「未開社会における犯罪と慣習」の中で展開した法規範の性格は、現在の民族法学者の多くの者によって、受容されていないのである^(二九)。このような法規範に関するマリノウスキーの把握の仕方と他の人類学者の捉え方とを比較対照してみても、川島教授が正しく指摘されるように、同一の法規範について、前者は規範の内容に注目し、後者は規範のサンクションの特質に着目したまでのことであって、 \wedge 権力による強制というサンクションを伴う規範がないから、未開社会には刑法しかないという主張、あるいは、未開社会にも、権利義務を規定する規範があるから、法はあるのだという反論も、結局同一の現象を示すのに「法」というシンボルを用いるかどうかというだけの問題に帰着^(三〇)する無意義な論争を繰返すだけで、生産的な意義はもたないことになる。

しかしながら、現代の民族法学が政治権力による強制というサンクションの形式からの法規範の把握に終止し、権利・義務規範の平面に現われる社会現象の構造や機能の分析を怠り、とりわけ、両者の密接な内部的対応関係を捨象してしまふのであれば、問題はおのずから異なる。法規範について、政治権力を伴う規範的性格を強調するのは、かの観念法学派や分析法学派が好んで論じた道德規範と法規範の区別、つまり、道德に関するサンクションは、行為者個人の人格に内面化されている道德規範の倫理的価値とその道德的内容の承認であるが、法規範についてのサンクションは外部からの強制あるいは権力であるという概念上の区別を再び民族法学の中に持ち込むことになる。しかしながら、経験科学としての法社会学は、道德規範と法規範の性格上の差異をサンクションに求めてはいない。^(三二)ペトラジイキー (P. Petrazyski) は、行為者の道德規範への内面的遵守は単に一方的関係にすぎないが、法規範の場合には、双方向の関係である点に、両者の差異を見出すのである。^(三三)二人の行為者 A、B 間の道德的關係は、A は単にみずから義務を課すると同時に、A がみずからに課する義務と一致した A の行為を要求すべきならぬ権利をも B に与えない一方的関係である。これにたいして、A が法的義務に服するときは、A がみずから課する倫理的義務と一致した A の行動を要求する対応的権利を B に付与するから、双方向の関係であるとする。このように、政治的権力を伴う法規範は、その政治的権力からサンクションを引き出すのではなく、その法規範ならびにそれに付着した政治権力ともにサンクションおよび実効性をそれらの基底に存する権利・義務規範の倫理的内容から獲得するのである。法規範が義務的とみなされるがゆえに、強制手段が法規範に結びつけられるのであって、強制が存在するがゆえに、法規範が義務的性格を取得するのではない。^(三四)政治権力を伴う規範は國家法がいかに強力な権力によって強制されようとも、それでもって、その実効性が担保されるものではない。マリノウスキーは、社会規範は、サンクションの種類や形式で法規範と非法規範との分類をなしえないことを繰り返して説き、個人の権利・義務關係が相互主義 (reciprocity) の対等的調整の拘束力ある

社会機構によって、サンクシヨンされるところに、法規範の成立を考えたのであった。民族法学が社会科学としての榮譽を担うためには、その分析の道具として、このようなマリノウスキーの法規範の構造の分析を当面の課題としなければならぬし、また、民族法学が実用法学としての機能を遂行するためにも、かかる法規範を研究対象とすべき必要も存するのである。エールリツヒは、裁判所その他の国家機関にたいしてのみ妥当する法規にたいして、社会における人間の行為を現実^(三三)に規制する行為^(三三)を対立させ、後者を前者の法概念から解放して、社会秩序を規制し、その基軸に存する^(三四)法規範をもつて、法社会学の法概念と規定した。そして、彼は、国家法と行為規範との相剋関係に注目し、^(三五)具体的な慣行、支配^(三五)占有関係、契約、定款、遺言(^(三五)生ける法^(三五))の源泉として存する法的事実(筆者)からのみ人間が基準とする行為の規則が生じ、この行為規範の基礎のうえにはじめて従来法律家の注意をひたすらひきつけた裁判規範、制定法規が成立する^(三五)と云う。国家法は強力な政治権力によってその実効性が担保されるのではなく、その基底に存する行為規範によって担保されるとみなされ、したがって、国家法と^(三五)生ける法^(三五)は行為規範との対応関係、つまり、政治権力を伴う法規範は変化しないにもかかわらず、現実の力関係で、権利・義務規範が変化し、その結果、現実の権利・義務規範と国家法との間に発生する緊張関係ならびに国家法変化の過程を研究するのが法社会学の課題の一つでもある^(三六)。そうであるとすれば、実用法学としての民族法学の課題は、国家法を変更する効力のある権利・義務規範について、政治的組織の存在しない、したがって、これらの権利・義務を内容とする規範が純粹の形で発現する未開社会において、権利・義務をめぐる社会関係を考察することである。それゆえ、マリノウスキーの法理論を全く無視し去ることは、すくなくとも、民族法学の担う使命を放棄することになるであろう。マリノウスキーの法理論は、ヘーベルの言葉を借れば、^(三七)マリノウスキーの人類学上の法の定義は彼が^(三七)民法^(三七)、すなわち、実定法と称するものからのみ示されたし、また、正当と認められた物理的強制力というサンクシヨ

ンの行使には関係をもたなかった。彼の著書（「未開社会における犯罪と慣習」）のこの点において、読者は、法規範は行動を拘束するけれども、それは物理力の援けなくして作用するとたしかに信ずるにいたるのである^(三七)。マリノウスキーの法理論が、わが国において、法社会学者により高く評価される所以もここに存するわけである。

- (一) F. H. Hankins, *An Introduction to the Study of Society*, revised ed., 1935.
- (二) G. W. Paton, *A Textbook of Jurisprudence*. 2nd ed. 1951.
- (三) W. A. Robson, *Civilization and the Growth of Law*, 1935.
- (四) W. Seagle, *The Quest for Law*, 1941.
- (五) N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, 1939.
- (六) W. A. Robson, *op. cit.*, PP.12, 103.
- (七) 青山訳「未開社会における犯罪と慣習」一四七—一四八頁。
- (八) マリノウスキー、姫岡・上子訳「文化の科学的理論」一四七頁。なお、同書七〇頁にも、「権力は社会組織の精髓そのものである。したがって、それを欠く制度的組織は、ただ一つとしてありえない。しかし、主として実効ある力の行使にもとづいて統合している制度がある。こうした制度は、政治的な制度と定義することができよう」と同様に述べている。
- (九) マリノウスキーとラドクリフ・ブラウンとの法概念についての論争の詳細は、青山道夫「法と民族」別冊法律時報「法と社会」九四頁以下、江守前掲論文(一)一〇四頁以下参照。
- (一〇) 青山前掲訳書一五九—一六〇頁。
- (一一) 同書五七頁。
- (一二) N. S. Timasheff, *op. cit.*, PP. 277ff.

- (一三) 青山前掲訳書一六九頁。
- (一四) L. K. Allen, *Law in the Making*, 6th ed., 1958.
- (一五) 青山前掲訳書七五頁。
- (一六) I. Schapera, Malinowski's Theories of Law, in *Man and Culture: An Evaluation of the Work of Bronislaw Malinowski*, ed. by R. Firth, 1957, P. 152.
- (一七) 青山前掲訳書六〇頁。
- (一八) 同書六一頁。
- (一九) 同書六八頁。
- (二〇) この点については、よく江守前掲論文(五)一〇一頁以下参照。
- (二一) M. Ginsberg, *The Psychology of Society*, 1921, PP. 106ff.
- (二二) 江守前掲論文(一)〇三頁参照。
- (二三) I. Schapera, *op. cit.*, P.153.
- (二四) *レの法とロムと* E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, 1954. PP. 177—210.
- (二五) M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, 1955. P. 164.
- (二六) A. R. Radcliffe-Brown, *Structure and Function in Primitive Society*, 1952. pp.8. 202, 208; *Idem*, M. Fortes & E. E. Evans-Pritchard, *African Political System*, "Preface,,"
- (二七) E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, P. 28.
- (二八) M. J. Herskovits, *Man and his Workes: The Science of Cultural Anthropology*, 1950, P. 345.

(二九) なお、人類学者の法の定義については、T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law*, 1956. P.48ff と詳
す。

(三〇) 川島武宜「近代社会と法」三八頁、「法社会学」(上) 八一―八七頁。

(三一) 道德規範と法規範の差異についての法社会学的理解の詳細は、川島武宜「近代社会と法」二五頁以下、「法社会学」(上)
五二頁以下参照。

(三二) L. Petrazycki, *Law and Morality*, H. W. Baff, tr. with an intro. by N. S. Timasheff, 20th Century Le-
gal Philosophy Series, vol. VII, 1955.

(三三) A. L. Goodhard, *English Law and Moral Law*, 1957, P. 7.

(三四) 磯村哲「エールリッヒの法社会学」(上) 法学理論篇八〇―三八頁以下参照。

(三五) E. Ehrlich, *Grundlegung der Sozialogie des Rechts*, S. 405.

(三六) 川島武宜「法社会学」(上) 九八頁。

(三七) A. E. Heebel, *op. cit.*, P.181.

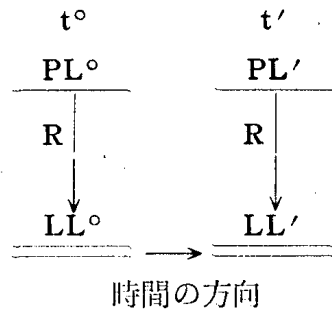
三、民族法学的方法論の適用

マリノウスキの民族法学によって、法規範は特定の文化または社会行動に具体的に表現された権利・義務規範であって、政治権力を伴う法規範はその発生ないしは適用の場である特定の社会または文化との関係を疎外しては理解しえないという命題が確立されたのである。政治権力によって強制される実定法の規範内容が当該社会行動に体现された文化的行動様式によって保障されなければ、実定法は実効性をもちえないという帰結を示すのである。文化人類学者はこれらの文化的行動様式(cultural behavior pattern)を経験的な倫理と規定する。クローバー(A. L.

Kroeber) はつぎのように云う。△なによりもまず、わたしは価値が文化組織の原則であり、したがって、文化に影響を与える主張する。もし文化が自然現象のある状態であるとすれば、当然、価値も自然現象である。たとい主観的なそれであっても。価値は宇宙 (cosmos) の領域内に存在するから、それらは自然科学の研究の正当にして必要な対象である。価値はあきらかに文化現象のもっとも基本的で、しかも、絶対的な類型化 (patterning) と密接に結びつけられる^(二)と。このように、一切の文化は類型 (pattern) をもち、ある民族の社会的規範や価値体系がそれらの文化類型と密接な関係を有するということは、価値によって文化的行動様式の定義を与えうるということである。そして、このような文化的行動様式は、エーリッヒのいわゆる△行為規範^(三)△生ける法^(三)の概念と同一意義を有するものである。エーリッヒは、この△生ける法^(三)△行為規範^(三)の概念に、△社会団体の内部秩序^(三)あるいは、更に詳しく、△団体内においてすべての個人に、その地位、すなわち、その上位、下位関係と任務を割りあてるところの規範^(四)△との定義を与え、これらの規範の源泉として、その基底に存する現実的事実を△法的事実^(四)と呼んで、慣行、支配、占有、意思表示の四事実に帰せしめる^(五)。この点で、民族法学的方法論は、法社会学的方法論と完全に一致し、政治権力を伴う実定法としてのサンクションやその実効性の保障は権力によって担保されるのではなく、実定法の倫理的内容とその基礎に存する社会の△文化的行動様式^(五)あるいは△諸団体の内部秩序^(五)の内容との合致によって担保されるものであることを明らかにする。

更に、民族法学や法社会学は実定法、法の正当性を判断する規準を与える。法実証主義が法規範の当為と正当性を同一視するかぎり、正当性の判断は、抽象的な△正義^(五)あるいは主観的な△倫理^(五)に依拠せざるをえない。しかしながら、その対象を単なる実定法から、△文化的行動様式^(五)に拡大することによって、經驗的に決定された△文化的行動様式^(五)の規範と合致する規範内容をもつ実定法が正当性を有すると決定することが可能となるのである。

ところで、かかる「文化的行動様式」あるいは「諸団体の内部秩序」の概念は、きわめて抽象的な概念であって、具体的事実との関連はなく、一つのシンボルにすぎない。これらの「文化的行動様式」を客観的に決定する科学的方法はいかなるものであろうか。エールリッヒは、特定の社会の「生ける法」の決定方法を示していない。彼の「生ける法」自体が曖昧であって、エールリッヒの法社会学の弱点と批判されている程だから、その決定方法にまで言及しなかったのは当然であろう。ただ、彼は法社会学的方法論が、経済学における普遍化と演繹法を重視するオーストリア学派の方法論を採用すべきことを示唆しているが、^(七)具体的方法は提示しない。オーストリア学派は観察を基礎的方法として採用し、しかも、彼が、「法社会学を含む社会学はまた、観察の科学でなければならない」と云っていることを想起すれば、観察によって「生ける法」を決定すべきだと考えていたのであろうか。アンダーヒル・ムア (Underhill Moore) は、従来の伝統的法社会学の「生ける法」の決定方法は、個々の法曹家の漠然とした文化滲透を通しての直観的な判断に全面的に委ねられる結果、それらの「生ける法」は、個人の主観的な選択に従った意識の反映にすぎないとを発見した。^(九)彼は伝統的方法によって同一の「生ける法」を記述するかぎり、それぞれ異った経験をもつ観察者が、現象の客観的な性質に関して同一の記述を与えないことを見出し、それぞれの観察者は、みずからの主観的な規範的選択とを偏見の中にそれらの対象を持込んでいることを知った。^(一〇)そこで、ムアは、厳格に公式化された演繹的な体系化をあたえるハル (C. L. Hull) の行動主義的心理学 (behavioristic psychology)^(一一)の時間・空間の記述概念 (spatio-temporal concept) を採用するにいたったのである。^(一二)かようにして、彼は「文化的行動様式」|| 「諸団体の内部秩序」を客観的に観察された場所的、時間的全社会行動中の高頻度数の行動と規定する。この方法によれば、「生ける法」を当該社会の大多数の人間の共通の規範とみることになる。特定社会の人々の全体の行動中の高頻度数の行動と合致する実定法が正当性を有する法規範であり、合致しない実定法は正当性を失うと結論するものであって、この理論は、



t° = 社会組織の現在の状態
 t' = // 将来の状態
 PL = 実定法の規範内容
 LL = 生ける法
 R = 妥当せる実定法規範と事実上の生ける法との対応関係

勢に対応する実定法を觀察、記述するにすぎない帰納的で、記述的な段階に停ることにならう。法社会学がこの段階か

実定法が現に施行されているから正しいと認めるのではなく、客観的分析方法を用いて、經驗的に決定された生ける法 ∇ が存在するから、それに合致する実定法は正しいという結論を導き出すのである。しかしながら、この方法には、特定の社会の全部の個人の客観的運動を空間的に敘述する操作を必要とするから、それは小集団の生ける法 ∇ 決定についてのみ実行可能であるにすぎず、様々の文化の全体には適用しえないことになる。^(一三) たしかに、ムアの新しい方法論によれば、現在の生ける法 ∇ を客観的に決定する規準が明らかにされ、その結果、現在における実定法の正当性を判断する規準を与えてはくれるが、その反面、現在の実定法に代るべき将来の新しい実定法を客観的に予測する規準は、それによっても明らかにされない。^(一四) 現在の社会の生ける法 ∇ が客観的に決定され、将来の社会の生ける法 ∇ を科学的方法に従い、演繹的に公式化された理論をもって、推論しうるならば、この問題は解決されるはずである。^(一五) ノースロップ (F. S. C. Northrop) に従つて、これを図で示せば、つぎのようになる。現在の時点 t° の LL° が客観的に決定されて、将来の時点 t' の LL' を推定することが可能であれば、かような推測によつて、 LL' に対応する PL' が明確になり、古い実定法規範、 PL° に代るべき新しい実定法規範、 PL' を明らかにしうる方法論をもつことができ。それゆえ、法社会学がいかに科学的に正当な社会科学であったとしても、現在の社会の生ける法 ∇ から将来の社会の生ける法 ∇ を予測する方法論をもたなければ、法社会学は一般に現存の社会慣行や現在の実定法が正当性を失って、新しい社会問題を解消するために必要とされる新しい社会規範に関してなんらの發言権をもたないことになり、それは単に、現在の社会状

ら離脱するためには、經驗的觀察は勿論要求されるが、更にそのうえに、演繹的、抽象的に公式化された理論を加味するところの、複合的方法が必要とならう。かかる要請に応えるために、登場するのが最近の民族法学の方法論である。

マリノウスキーの調査方法に典型的にあらわれているように、従来の文化人類学者の研究方法は、なによりもまず特定の部族社会に没入して、共同生活を営み、聴聞したことを記述し、觀察するための実地調査が主要な作業とされた。かような実地調査方法に従って、多数の未開社会の研究報告が長期間継続されてきた。しかし、近時になって、少数の文化人類学者は觀察事実が、原住民によって思惟され、理解され、かつ、整序される態様とは異り、文化人類学者が觀察事実のみから持ち込んだ觀念の中で、原住民の行動を觀察し、記述し、理解してきたことに気付いたのである。クラックホーン (C. Kluckhohn) は、アメリカ・インディアンのナヴァホ族 (Navaho) を研究し、帰納的觀察がいかに完全になされようと、それらはナヴァホ族の価値体系あるいは法規範を理解せしめるものではないということ^(一六)を悟った。クラックホーンは、ナヴァホ族が觀察事実を概念構成するために使用した諸概念に従って、それらの觀察事実を概念構成してはじめて、ナヴァホ族の文化的価値が明らかに^(一七)なり、また、彼らが紛争解決に採用した法規範が論理的に出現してくると考えたのである。そればかりでなく、クラックホーンはナヴァホ族との会話を通して彼らの諸概念を確認したとき、ナヴァホ族が完全な哲学 (philosophy) を有することを発見したのであった。この哲学をまたずには、觀察事實は、ナヴァホ族が理解するようには把握されないし、また、彼らの紛争解決規範も彼らの意味するようには把握されなかったのである。それゆえ、クラックホーンは、經驗的な人類学としては、未開民族の生ける規範や慣行を客観的に記述するために、彼らの基本的心性を決定しなければならぬことを知り、ナヴァホ族の哲学と取組む決意をしたのである。^(一七) ▲ポール・ラディン (P. Radin) の「哲学者としての未開人」 (Primitive Man as a Philosopher) という著書の刊行は、經驗にたいする認識的志向が文字を有する社会の

特色であったという神話を打破するに大いに役立つた。……すべての人は「原始規範」(primitive postulates) というその特徴的な装置を有する。たとえば、ペイトソン (G. Bateson) はつぎのように述べた。「個々の人間はその環境に関する彼自身の考えを無限に単純化し、しかも、一般化している。彼はたえずこの環境にたいして彼自身の解釈や意味づけをおしつける。これらの解釈や意味づけは他の文化にたいするその文化の特徴である」 ∇ と。したがって、多数の人々が同一の基本的で、矛盾のない関係概念—同一の哲学—で、彼らの経験したなまの事実を概念構成する場合にかぎり、彼らの間の \wedge 生ける法 ∇ が現われてくるのである。すなわち、規範は知識から生じ、また、知識は経験を概念構成し、かつ、命題化することを意味する。このようにみると、哲学は、経験事実を概念構成するために必要な諸概念や諸命題の基本的な最小限度の名称にはかららない。それゆえに、 \wedge 生ける法 ∇ は人々の経験事実を概念構成するにあたって、人々によって採用された基本的な哲学的臆測にしたがった生活の成果または適用である^(二八)。そればかりでなく、クラックホーンはかかる記述に主観的な選択に任された規範的仮説を持込むことなく、全く客観的方法で行ったのである。

かかる文化の哲学を客観的方法で決定する方法に関して、ノースロップはつぎの二つを挙げる。第一に、クラックホーンの発見、記述したナヴァアホー族の哲学は、アメリカ文化とは無縁の観念である。観察者が自国文化以外の文化を調査する場合に、その哲学の客観性は担保されること^(二九)。第二に、多くの文化は、その基本的特徴の中にすでに客観的に存在するそれ自身の文化を帯有すること。このような方法に従うと、特定の社会の \wedge 団体の内部秩序 ∇ を決定するためには、単に諸事実を帰納するだけではなく、同時に、これからの諸事実の概念構成にあつては、当該社会の人々によって用いられている哲学概念について演繹を行わなければならないことになる。

以上のような方法論に従って、クラックホーンは、ナヴァアホー族について、その同質文化を客観的に規定する考察

を行った。⁽¹¹⁰⁾ 更に、ノースロップはヨーロッパの異質文化について、同様な方法論を示した。彼は、ヨーロッパ連合 (European Union) の国際法問題に関して、超国家的ヨーロッパ法が提案されるとしても、それに対応するヨーロッパ国民の共通の「生ける法」規範が存在するのか、また、それらの「生ける法」規範はこの法に実効性を付与するほど強力なのかの問題を提起し、ヨーロッパ連合加盟諸国に共通の「生ける法」を確定するために、民族学的方法と法社会学的方法とを組み合した方法論を採用した。⁽¹¹¹⁾ 彼は云う。「価値は空間にあるものではない。価値は特定の個人が価値の存在を自由に信じ、かつ、彼らの行動に価値を体现する場合にかぎり存在するにすぎない。それゆえ、ある社会は、その人々の大多数が共通の、生ける、しかも、具体的に表現された規範的な信条や価値をもつ場合にかぎり、その社会は「内部秩序」を有するということになる。したがって、ヨーロッパ諸国民の「生ける法」を決定する方法は、これらの国民が彼らの個人的、宗教的、政治的、経済的信条に関してどのような集団を形成しているかを示す量的統計 (quantitative statistics) を検討することである⁽¹¹²⁾。そして、個人的な「生ける法」の範疇に入る宗教的信条に関しては、ヨーロッパ諸国民は、小数の規範的宗教集団に分類されているから、かかる作業は容易であり、経済的、政治的集団は、その数は多いが、様々のイデオロギーや政策をもつ主要政党や選挙時の反対投票数で確認しうるので、客観的な決定を与えることができる。ただ、かようなヨーロッパ諸国民の「生ける法」の決定に際しては、それらの「生ける法」規範があたかも自国 (アメリカ) の大多数の国民の「生ける法」規範であるかのように判断してはならないとつぎのような注意を喚起する。「かような方法は、所与の国民の実定法を彼ら自身の「生ける法」規範で判断すべきであって、他の国民の実定法、規範、または「生ける法」規範で判断されるべきではないという法社会学の基本原理を侵害する。……法社会学は、われわれが様々の「生ける法」規範、したがって、アメリカ合衆国におけるよりもヨーロッパ諸国民間の種々の有効な実定法の実施を期することを命ずる。……それゆえに、われわ

れは、現在ヨーロッパ連合で提案される実定法の有効性を期するならば、それによって規制される幾百万人のヨーロッパ人の「生ける法」に關しても、客観的であることが絶対に必要である^(一三)と。このように、ノースロップによって提起された「生ける法」決定の方法は、觀察民族の主要な規範的集團の諸種の規範を「質的に」(qualitatively)記述することと、各規範集團に属する各國家の國民の数を「量的に」(quantitatively)に摘示することの二つの作業^(一四)を含んでおり、それは民族法學的方法論で達成されたのである。

- (一) 詳細は、C. Kluckhohn, *Universal Categories of Culture*, in *Anthropology Today*, prepared under A. L. Kroeber, 1953, Pp. 507—523; A. L. Kroeber, *Configurations of Culture Growth*, 1944.
- (二) A. L. Kroeber, *Concluding Review*, in *An Appraisal of Anthropology Today*, ed. by S. Tax, 1953, P. 372.
- (三) F. S. C. Northrop, *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, 1959, P. 249.
- (四) エールリッヒ・川島武宜訳「法社会学の基礎理論」第一分冊六〇頁。
- (五) 川島同訳書一一九頁以下、磯村前掲論文(上)四五頁以下参照。
- (六) 川島武宜「エールリッヒの実用法學批判」法社会学一五四頁。
- (七) E. Ehrlich, a. a. O. xx, xx I.
- (八) *Ibid.*, S. 382.
- (九) U. Moore & Ch. C. Callahan, *Law and Learning Theory: A Study in Legal Control*, *The Yale Law Journal*, vol. 53, Pp. S. 382.

(一〇) この方法のためには、帰納的觀察、実験ならびに具体的な作業上の定義だけでなく、抽象的で、公理として構成され、かつ、演繹的に公式化され、間接的に検証される理論を必要とする。

- (11) C. L. Hull, Principles of Behavior, 1943; C. L. Hull, C. I. Hovland, R. T. Ross, M. Hall, D. T. Perkins & F. B. Fitch, *Mathematico-Deductive Theory of Rote Learning*, 1940.
- (111) U. Moore & Ch. C. Callahan, op. cit., PP.66 ff.
- (1111) F. S. C. Northrop, Ethical Relativism in the Light of Recent Legal Science, *The Journal of Philosophy*, vol. 32 (1955), No.23. P. 652: Idem, op. cit., P.76.
- (11111) F. S. C. Northrop, *Underhill Moor's Legal Science; Its Nature and Significance*, *The Yale Law Journal*, vol. 59 (1950), P. 207.
- (111111) Ibid., PP. 208—209.
- (1111111) ソーロキンも、ある社会の事実上の「生ける法」を規定する内部秩序は当該社会の人間の哲学によって決定されることを主張する。P. A, Sorokin, *Logico-Meaningful Causality in Society in Society, Culture and Personality*, 1947.
- (11111111) C. K. Kluckhohn, The Philosophy of the Navaho Indian, in *Ideological Difference and World Order*, ed. by F, S. C. Northrop, 1949, P. 356.
- (111111111) F. S. C. Northrop, *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, P.60.
- (1111111111) Ibid, P. 60.
- (11111111111) C. K. Kluckhohn, op. cit., PP.356—384.
- (111111111111) F. S. C. Northrop, *European Union and United States Foreign Policy*, 1954. 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.
- 考察の結果を集約してゐる。
- (1111111111111) Ibid, P. 33.
- (11111111111111) Ibid., PP. 33—35.

(二四) アメリカ社会学の計量的方法に関しては、川島武宜「社会学における計量的方法の意義と限界」(「法社会学における法の存在構造」所収) 参照。

む す び

以上民族法学発展の系譜をマリノウスキーを中心にして、三つの段階に分けて考察してきた。民族法学は、マリノウスキーの機能主義学派の抬頭によって、社会科学としての確固たる地位を築き上げ、彼の法理論を中心にして民族法学は発展してきたのである。それにもかかわらず、近時にいたって、文化人類学者は、彼の業績の偉大さを讃えつつも、その法理論や法概念を全面的に受け容れていない。しかしながら、マリノウスキーの法理論こそが法社会学と接合する契機を含んでおり、そのことに着目されて、アメリカの法社会学者により、人類学が法社会学的方法論の中に採用され、 ∇ 文化的行動様式 ∇ ∇ 諸団体の内部秩序 ∇ を客観的に決定する質的、量的計量方法が一応樹立されたのである。更に、このような民族法学的、法社会学的方法論は、ヘーベルによっても採用され、彼は特定地域の⁽¹⁾々によって共同に保持される質的規範(qualitative norm)と一連の規範にたいして表示される量的支持(quantitative supports)の双方を記述する民族法学的方法によって、七つの未開社会の社会規範の分析を行い、未開社会の ∇ 文化的行動様式 ∇ ∇ 諸団体の内部秩序 ∇ を確認している。同様な未開社会の原住民自体の思惟の認識から出発する試みは、文化人類学者オスグッド(C. Osgood)によっても説かれたのである。⁽²⁾それだけではなく、このような方法論に依拠して、親の権威に関する ∇ 共同体の法意識 ∇ の実態調査がコーケン(J. Cohen)、ロブソン(K. A. H. Robson)、バートン(A. Bates)の三者の共同研究で行われている。⁽³⁾この研究は、アメリカ合衆国ネブラサカ州の八六〇人について質問紙法と面接法を併用する極めて詳細なものである。これらの諸研究に、更に検討を加えると同時に、

民族学的方法論を採用した《文化的行動様式》¹¹《諸団体の内部秩序》¹²を確認する法社会学的研究が果して正当であるか否かを、法社会学の視角から再吟味することが課題として残されているが、紙幅の都合で他日に割愛する。

(1) E. A. Hoebel, *op. cit.*, part. II.

(11) C. Osgood, *Culture: Its Empirical and Non-Empirical Character*, *South-Western Journal of Anthropology*, vol. 7, PP. 202—214.

(12) J. Cohen, R. A. H. Robson & A. Bates, *Parental Authority: The Community and the Law*, 1958.