

博士論文

ケニアにおける土地所有権の社会分析
——法システムの機能と進化の観点から——

Social Analysis of the Land Ownership in Kenya
: Functions and Evolution of Legal System

横浜国立大学大学院

国際社会科学研究所

平田 真太郎

(Hirata Shintaro)

2009年3月

March 2009

横浜国立大学附属図書館



12216737

377-5
41

【目次】

第1章 問題の提起と分析の方法

第1節 所有権を確立することの実際の意義

第1項 独自の意味での開発における所有権の意義

- (1) 開発概念の展開
- (2) 開発の独自性——A.センの自由としての開発論
- (3) 開発における法制度および所有権の位置づけ

第2項 アフリカ諸国における政府の問題

第3項 小括

第2節 アフリカ法研究の理論的課題——法の社会分析の必要性

第3節 問題の提起と本稿の構成

第4節 分析の方法

第1項 社会学の位置づけと本稿の立場

第2項 法学と社会学との分析方法の差異

- (1) 基礎的概念の定義——対象と観察との関係
- (2) 法学の分析対象と方法
- (3) 社会学の分析対象と方法

第2章 所有権の社会分析

第1節 分析枠組みの分類

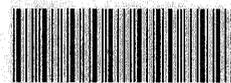
第2節 社会システムの一般理論

第1項 社会システムの実体性

- (1) 二重の偶有性
- (2) コミュニケーション

第2項 社会システムの統一性——オートポイエーシスの再生産

- (1) 社会システムの回帰的再生産
- (2) 構造の機能と行為の接続能力
- (3) コミュニケーションの拡張



第3項 社会システムの同一性とシステム分化

- (1) 社会システムに同一性を与えること
- (2) 全体社会システムの機能分化

第4項 近代社会における予期の性質とその基本問題

第3節 法システムの社会理論

第1項 法システムの機能分化

- (1) 法システムの分出
- (2) 法システムの機能

第2項 法システムの進化

- (1) 規範的予期の自己確証
- (2) 判例法——了解に基づく予期の確かさ
- (3) 主権者の命令としての法——実現能力による予期の確かさ
- (4) 習律としての法——合理的計算から帰結する予期の確かさ
- (5) 合意としての法——選択された予期の確かさ
- (6) 公共善の実現手段としての法——自らを反省する法
- (7) ルール化されたルールとしての法——一次ルールと二次ルールの結合
- (8) オートポイエーシス・システムとしての法システム

第4節 所有権の社会分析——詳論

第1項 社会分析の意味

第2項 近代社会における所有権の諸機能

- (1) 所有を保護する機能
- (2) 物と人格の帰属を確定する機能
- (3) 支配権能を割り当てる機能

第3項 土地所有権の進化——理論的見取り図

第3章 実定法上の土地所有権——イングランド法の進化とケニアへの継受

第1節 イングランド法における土地所有権の進化

第1項 中世イングランドの統治機構

第2項 救済と権利——国王裁判所への集権化

- (1) 令状制度

(2) 物的訴訟と権利の成立

第3項 権原の争い

第4項 近代的土地所有権

(1) 経済システムと土地所有権

(2) 政治システムと土地所有権

第2節 ケニア植民地の法体系

第1項 統治機構

第2項 司法制度

第3項 慣習法に関する一般的規定

第4項 実定土地法の形成と展開

(1) 二元的土地制度の形成過程：1895年～1920年代

(2) 慣習法と実定法の融合過程：1930年代～1940年代

第3節 ケニア共和国の法体系

第1項 統治機構

第2項 司法制度

第3項 ケニア共和国の法源および財産権の規定

(1) ケニア共和国の法源

(2) 財産権の規定

第4項 近代的土地所有権の導入

(1) 土地における権利の確定

(2) 登記

(3) 登記された権利の性質

(4) 土地所有権の民事救済制度

第4章 土地所有権の機能——共同体、原住民裁判所、行政権力の関係

第1節 親族的身分秩序における土地保有制度

第1項 慣習法の性質と救済手法の特徴

(1) 慣習法における裁判制度——権利、義務、責任の性質

(2) 呪詛の手續

(3) 自力救済

第2項 帰属確定手法の性質

- (1) 土地所有の主体と客体
- (2) 相続
- (3) 売買
- (4) 借地
- (5) 無主物先占または征服

第3項 支配権能の割当手法の性質

第2節 土地紛争の性質変化と慣習法への影響

第3節 原住民裁判所における慣習法

第1項 土地紛争をめぐる司法と行政との関係

第2項 原住民裁判所による土地紛争解決の実例

- (1) 原住民裁判所の実体的ルール
- (2) 相続
- (3) 借地
- (4) 処分

第3項 原住民裁判所の手続

第4節 行政による土地紛争の解決

第1項 行政権力の性質

第2項 行政による土地紛争解決の実例

第3項 行政による土地紛争解決の限界

第5節 近年の土地紛争——民族紛争の事例から

第1項 民族紛争の私法的側面と土地所有

第2項 民族紛争の政治的側面と土地所有

第3項 行政機関の紛争対応行動

第5章 土地所有権の進化

第1節 当事者による土地紛争解決の法的ルール

第1項 自力救済の法的許容範囲

第2項 当事者間での合意の意義

第3項 呪詛の手続

第2節 第三者による救済の選択基準

第1項 実力と法の関係

第2項 慣習法と実定法の関係

第3項 裁判所自身の問題

第3節 行政による土地紛争解決の法的統制

第1項 行政による土地紛争解決の位置づけ

(1) 裁決機関としての行政

(2) 裁決機関としての行政の評価

第2項 裁決機関としての行政の法的統制

(1) 制定法によって与えられた権限行使の統制

(2) 行政への仲裁付託

(3) 財産権を保護する政府の義務

第4節 慣習法における長老の権威の制度化

第1項 長老会議による仲裁

第2項 土地紛争審判所

(1) 土地紛争審判所の構成と手続

(2) 土地紛争審判所の管轄

(3) ケニア法における土地紛争審判所の意義

第3項 土地統制委員会による土地処分の規制

第5節 裁判所および議会の役割

第1項 裁判所による実体法の形成——慣習法と実定法の調和

(1) 絶対的所有権の貫徹

(2) 慣習的利益の保護

第2項 立法の意義

第6章 結論

【凡 例】

1. 主要引用文献の略語

- ・ Bradley and Ewing (2007)——A. W. Bradley and K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14th ed., Pearson Education Ltd., (2007).
- ・ Ghai and McAuslan (1970)——Y. P. Ghai and J. P. W. B. McAuslan, *Public Law and Political Change in Kenya*, Oxford University Press, (1970).
- ・ Luhmann (1984)——N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp (1984) (佐藤勉監訳『社会システム理論』(上)(下) 恒星社厚生閣, 1993, 1995年) .
- ・ Luhmann (1987)——N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3 Aufl., Westdeutscher Verlag (1987) (村上淳一, 六本佳平訳『法社会学』岩波書店, 1977年) .
- ・ Luhmann (1993)——N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, (1993) (馬場靖雄, 上村隆広, 江口厚仁訳『社会の法』法政大学出版会, 2003年) .
- ・ Luhmann (1997)——N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, (1997).
- ・ Luhmann, *S.A*, Bd.1~Bd.6——N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- ・ Milsom, (1981)——S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed., Butterworth, (1981 [1961]).
- ・ Pollock and Maitland, Vol.1/Vol.2——F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law: Before the Time of Edward I*, 2nd ed., Vol.1 and Vol.2, Cambridge University Press (1952 [1898]).
- ・ Woodman and Obilade, (1995) ——G. R. Woodman and A. O. Obilade eds., *African Law and Legal Theory*, Dartmouth (1995)

※1) なお、翻訳書の訳文は変更したところがある。文中引用文献も同じ。

※2) 資料として用いた行政文書はすべて、Kenya National Archives 所蔵のものである。

2. 略語一覧

AAC—African Appeal Court.

C.A.—Court of Appeal.

D.C.—District Commissioner.

D.O.—District Officer.

EA—East Africa Law Report.

EALR—East Africa Law Report.

eKLR—electric Kenya Law Report *

H.C.—High Court.

KAR—Kenya Appeal Report.

KLR—Kenya Law Report.

L.C.—Land Case.

P.C.—Provincial Commissioner.

*eKLRは、ケニア判例局のホームページ (www.kenyalaw.org.) で公開されている判例集である。頁番号ではなく、事件番号で検索可能であるため、裁判所の分類 (H.C.は高等法院, C.A.は控訴院) と事件番号で引用する。

※1) なお、イングランド法律用語の邦訳については、田中英夫編集代表『英米法辞典』東京大学出版会、1991年を参照した。

第1章 問題の提起と分析の方法

近年、世界中で、また様々な問題領域において、法制度¹の果たすべき役割に対する期待が高まっており、この期待は「法の支配」という理念への注目に象徴して現れている²。慢性的な貧困からの脱却を目指す経済発展、民主制への移行とその定着、男女間格差の是正、政府の公正・透明性・責任の確保、平和の構築と維持、自然環境との調和が保たれる持続可能な発展などといった、いわゆる「開発 (Development)」の領域においても、法制度の果たす役割に対する期待は高まっており³、法制度改革への支援実務も拡大している⁴。では、かかる現状に対して、学問はいかに応答しうるだろうか。

かかる実務にとって重要なことは、各社会の発展過程が経路依存的⁵ (path dependent) であることを認識するならば、対象となる国あるいは社会の法制度について、その存在や機能に関する現状を正確に理解したうえで、その理解を出発点として展開されるべきということである。この点で真理を探究する学問が貢献しうることを、まず確認しておきたい。そこで本稿も、社会学の立場から、現状の観察と分析を中心に行う。

翻って、開発における法制度の役割というテーマは、知識体系の発展を任務とする学問自身にとっても挑戦的なテーマであると思われる。なぜなら、開発に係わる諸課題は、法制度だけでなく、政治行政、経済、家族、教育、医療、自然環境などといった、それ自体

¹ 「法」の概念は様々な内容を表現しうるが、本稿で「法制度」という場合は、禁止、命令、許容などの実体的ルールや、実体的ルールを運用するための手続的ルールを含む法的ルールの体系を意味する場合に用い、そのルールを構成する個別の命題を「法命題」と呼ぶ。そして、これらはコミュニケーションから構成される「法システム」から区別される。詳しくは第2章で論じる。

² B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press (2004)。アフリカ諸国に関連するものとして、G. Hyden, et al. ed., *African Perspectives on Governance*, Africa World Press (2000); J. A. Widner, *Building the Rule of Law: Francis Nyalali and the Road to Judicial Independence in Africa*, W.W. Norton & Company (2001); J. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge University Press (2004)。

³ D. Kennedy, "Laws and Developments", in A. Perry and J. Hatchard, *Law and Development: facing complexity in the 21st Century*, Cavendish (2003), p.17 は、法の支配の確立そのものが開発であると論じる。

⁴ T. Carothers ed., *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, Carnegie Endowment for International Peace (2006)。わが国の実務については、香川孝三・金子由芳編著『法整備支援論 制度構築の国際協力入門』(ミネルヴァ書房, 2007年) 参照。

⁵ 経路依存性については、D. C. North, *Institution, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press (1990) (竹下公視訳『制度・制度変化・経済成果』)

が自律的である諸システムによって複合的に生み出されており、それゆえに特定の課題への対応もまた、諸システムごとに、かつそれらが相関的・包括的になされなければならないものである——換言すれば、特定のシステムだけが十分に機能すれば問題が解決されるものとはもはや想定しえず、諸システムのすべてがそれぞれに固有の機能を展開していくなかで、それらの相関を図りながら問題に対応していく必要がある——と考えられるが⁶、かかる観点からの認識を深めるには、法制度それ自体の研究にとどまらず、社会のなかの法制度という視点や法制度と他のシステムとの相互関係、さらにいえば、機能分化した社会システムの全体まで見通すことのできる理論の発展が必要となるからである。

この観点からすれば、既存の実務および学問の関心は、経済や政治などと並んで法制度の役割もまた重要であるとの認識にとどまるものであり、かかる認識を超えて、より積極的に法制度でなければならない理由、換言すれば、開発の諸課題への対応において法制度の果たしうる固有の役割ないし貢献が何であるかについて、説得力ある根拠を提示することはいまだ発展途上の段階にあるといわざるをえない⁷。これが問題であるのは、かかる法制度の固有の役割を解明しないままに、法制度を経済成長や民主化の度合いによって評価するのであれば⁸、仮に現在進行中の法制度改革が経済成長や民主化をもたらさなかった場

ミネルヴァ書房、1994年) p.100.

⁶ そのような視点をとる必要性については、A. Sen, “What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process”, *Role of Legal and Judicial Reform in Development World Bank Legal Conference (2000)* (<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/legalandjudicial.pdf>, last accessed on 2008/09/22) が指摘している。また、人間の安全保障委員会『安全保障の今日的課題』朝日新聞社、2003年、10頁も「相互依存を深める今日の世界で急速に広がる危険に立ち向かうためには、個人や社会を保護するとともに、人々が自らの力で生きていけるようその能力を高める政策と制度がなければならない。しかし、そうした取り組みは個別の分野ごとにバラバラであっては機能しない」点を強調する。

⁷ T. Carothers, “Promoting the Rule of Law Abroad: The Problem of Knowledge”, *Carnegie Endowment Working Paper*, No.34 (2003), pp.6-7 は、経済発展や民主主義を目的とした時に、なぜ法制度改革への支援が必要かについての根拠が不明確である点を批判する。さらに、K. Rittich, “Functionalism and Formalism: Their Latest Incarnations in Contemporary Development and Governance Debates”, *University of Toronto Law Journal*, Vol.55 (2005), pp.853-868, 866-867 は、国際機関が汚職を問題化したり、経済発展の欠如を国家の失敗に帰することは、「事実上、それ自体で、法の支配が『解答』になるような条件を仕立て上げることである」と指摘する。かかる指摘に接すると、ますます法に固有の役割を解明することが緊要な課題であるといえよう。

その一方、近年では、法制度の機能を取引費用の削減に求める理論が、経済に対する法制度の貢献を理論的に検討している。North, *op. cit.*, n.5; 松尾弘「開発と法制度」森川俊孝、池田龍彦、小池治編著『国際協力の法と政治』（国際協力出版会、2004年）。

⁸ 経済成長に関する諸指標と制度変数との相関をとる経済学的なアプローチは、特にそうである。一例として、J. M. Mbaku, “The Political Economy of Development: An Empirical Analysis of the Effects of the Institutional Framework on Economic Development”, *Studies*

合には、それでもって法制度改革そのものも失敗であると結論づけられ、近年の法制度への期待もまた一時の流行として終わってしまうのではないかと危惧されるからである。経済成長や民主化を実現することが法制度の重要な課題であるとしても、それは法制度そのものの「成功／失敗」の評価基準ではないとすれば、経済や政治が有する固有の論理から帰結する事態と、法制度がそれらに対して果たす作用とは、区別して考えなければならない。

したがって、学問としては、社会における法制度の機能にはいかなる固有性があるのかという問いに答えなければならない。この基礎が固められて初めて、開発における法制度の役割を問うことができるものと思われる。そのうえで、法制度の固有の機能を実現することはいかにして可能かについて問わなければならない。本稿は、法制度が政治や経済に与える効果を分析するのではなく、法制度そのものの機能と進化を解明することを課題とする。

とはいえ、かかる一般的な問いを一般的なままに扱うことは困難であるから、本稿は、所有権という法制度を題材にして考察することにした。ただ、所有権を取り上げることにしても、その実際的な意義がある。以下では、その意義を明らかにしたうえで（第1節）、アフリカ法研究の理論的課題を検討し（第2節）、本稿の課題を提示する（第3節）。そして、本稿の用いる概念の定義と分析方法について明確にしておきたい（第4節）。

第1節 所有権を確立することの実際的意義

近年、開発と法制度との関係理解については、1960年代の法と開発運動（Law and Development Movement）、1990年代の自由市場主義的改革の時代に続く、第三の潮流の存在が指摘されており、その特質として、①市場の失敗の認識と政府の役割の再認識、②人間の自由を中心とした包括的な開発概念があるとされている⁹。①については、新制度派経済学の知見を取り入れて、市場を支える法制度の役割について論じられている¹⁰。それに

in Comparative International Development, Vol.29, No.2 (1994), pp.3-22.

⁹ D. M. Trubek and A. Santos, "Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice", in D. M. Trubek and A. Santos eds., *The New Law and Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press (2006), pp.1-18, 6-7.

¹⁰ 注7後段の文献のほか、実務に関するものとして、World Bank, *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*, WB (2001). 所有権に注目するものとして、J.

対して、開発に独自の意味があるとすれば、それは②の側面に求められるべきであり、その側面と所有権との関係が問題になるとともに、所有権といった個々の法制度の問題は各国の開発過程のなかに位置づけて理解すべきである、というのが本稿の立場である。以下では、この観点から、所有権を問題にすることの実際的意義を提示したい。

第1項 独自の意味での開発における所有権の意義

まず、所有権が開発にとって有する意義を検討するが、その意義が何であるかは開発をいかに理解するかによって異なりうるから、まずは本稿の開発理解を提示することから始めたい。

(1) 開発概念の展開

開発援助 (development assistance) あるいは開発協力 (development cooperation) に冠される「開発」の概念は、実際に行われている活動だけをみるならば、決して独自の意味内容をもっているとは言えず、各種主体の経済活動、政府による公共活動、NGOなど民間団体の支援活動といった多様な活動を総称する概念として扱われているにとどまる。かかる活動自体は発展途上国に限定して見られる活動ではなく、したがって発展途上国と先進国とで区別されるものでもない¹¹。それに対して、開発という概念が独自性を有するとすれば、開発と総称される活動が何のために行われているかという開発活動の目的ないし目標に注目する必要がある、一般的な経済活動や公共活動等から区別して開発活動に独自性を見出しうるのは、その目的の独自性によると考えられる。とはいえ、開発の定義が困難であるのは、まさにその目的の理解が多様だからでもある。まずは、開発とは何かという問いに対して、これまでに行われてきた回答を整理してみたい¹²。

P. Platteau, *Institutions, Social Norms, and Economic Development*, Harwood Academic Publishers (2000); K. W. Dam, *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*, Brookings Institution Press (2006).

¹¹ ゆえに、先進国と途上国とで開発手法に共通性をみることができ、両者間での対話と協力が可能になっていることは重要な事実である。法制度についても、経済成長を支える共通の土台という観点から考察されてきた。I. F. I. Shihata, "Legal Framework for Development and the Role of the World Bank in Legal Technical Assistance", in his, *The World Bank in a Changing World*, Vol.2, Martinus Nijhoff Publishers (1995), pp.127-145.

¹² 以下の記述は、絵所秀紀『開発の政治経済学』（日本評論社、1997年）、アフリカについて峯陽一『現代アフリカと開発経済学』（日本評論社、1999年）を参照した。

第二次世界大戦後から 1960 年代までは、経済成長を開発の目的とみる立場が主流であった。この立場は、一国の経済指標（GDP成長率など）の改善を目的として設定し、そのために必要な手段を経済計画として統合するものであったから、経済活動を促進する政府の積極的役割が重視された。さらに、この立場は、経済停滞の原因とされた発展途上国に特有の経済構造（農業など第一次産業中心の経済構造等）の克服に加え、途上国社会全般の前近代性にも注目し、そこからの脱却である近代化を最終的な目標とする近代化論とも結びついてきた。しかし、1970 年代になると、かかる立場に対して、その目的とする経済成長が貧困削減という目的とは直結ないし連動しないのではないかとの認識から、貧困層を直接のターゲットとする貧困削減が独自の開発目的として成り立つことを主張する基本的人間ニーズ（Basic Human Needs）アプローチが台頭した¹³。これに加え、国際的な経済構造の不均衡に注目する従属論も主張された。

これらと比べて、現在の開発実務における特徴は、開発目的が多様化しているとともに、開発主体としての政府の役割が相対化され、また開発手段において考慮すべき観点も多様化している点に求めることができると思われる。経済成長と貧困削減との関係をめぐる論争は現在でも継続しているとはいえ、もはや二者択一ではなく、双方への重点の置き方と両領域の関連性の理解へと論点は移行している。しかし、開発目的は拡大してもいる。例えば、2000 年 9 月の国連ミレニアムサミットにおいて採択されたミレニアム開発目標（Millennium Development Goals）は、開発目標の名のもとに、①極度の貧困および飢餓の撲滅、②普遍的初等教育の達成、③男女平等および女性の地位強化、④乳幼児死亡率の削減、⑤妊産婦の健康の改善、⑥HIV/AIDS、マラリア、その他の疾病との闘い、⑦環境の持続可能性確保、⑧開発のためのグローバルなパートナーシップの推進の 8 つを掲げている。また、かかる目的を実現する手段についても、住民参加型開発、地方分権化、市民社会との連携を含むガバナンス改革、制度基盤整備、民主主義などが重視されているように多様化する傾向が存在しており、かつてのような政府による合理的経済計画への期待は後退し、政府外部のアクター（民間企業や NGO 等の市民団体、さらに個人）への期待、および政府自体の改革への移行がみられる。かかる開発目標および手段の拡大は、開発問題を経済問題として理解する立場から、《多様なシステムの相関によって生み出される複合的

¹³ これは、経済成長の恩恵の分配過程は経済成長そのものの過程と同じではないとして両者を峻別する立場である。T. N. Srinivasan, "Development, Poverty and Basic Human Needs: Some Issues", in P. K. Ghosh ed., *Third World Development: A Basic Needs Approach*, Greenwood Press (1984).

な問題》として理解する立場への移行を表しているように思われる。

このように開発問題の原因が多様なシステムに係わっていると理解されるようになると、開発問題を統一的に把握するために、人間を準拠点に置いて、開発問題の諸原因を包括的に把握し、相関的に理解しようとする立場が現れる。これは、人間開発 (human development) の概念に始まり、人間生活への脅威という観点から開発問題を捉え、これら脅威の除去を開発目標として設定する「人間の安全保障 (human security)」という概念へ発展している立場である¹⁴。そして、この立場に基礎を与えている理論の一つが、アマルティア・センによる「自由としての開発」論である。そこで、この理論をもとにして開発の独自性を探っていきたい。

(2) 開発の独自性——A.センの自由としての開発論

人間を中心に据えた開発概念は、開発の目的ないし目標を人間が実現できる行為あるいは状態によって定義するとともに、その行為あるいは状態は人間を取り巻く自然的・社会的環境に大きく依存するという認識を基礎にしている。この認識枠組みによる人間理解を整理したうえで、開発の独自性を提示したい。

センのいう人間のよい状態 (well-being) は、《人がある財や労務を用いて、何をなそうるか (行為 doings) および何でありうるか (状態 beings) という諸機能 (functionings) の達成——これは、ケイパビリティと呼ばれる——に対する評価》によって測定されるものである。これは、財や労務の量や質を評価の対象にする立場 (例えば、所得はどれだけあるか) とは異なり、人が財や労務を用いて実現できる行為および状態 (所得を用いて何ができるか) を評価の対象とする立場である。人の利用可能な財・労務については、次の2点を確認したい。第一に、どのような財や労務が存在するかは、個人を取り巻く自然的・社会的環境に規定されるものである。第二に、利用可能性を決定する要因はエンタイトル

¹⁴ UNDP, *Human Development Report 1994— New dimensions of human security*, UNDP (1994). 人間の安全保障委員会、前掲 (注6), 11頁は、人間の安全保障を、「人間の生にとってかけがえのない中枢部分を守り、すべての人の自由と可能性を実現すること」と定義する。『アフリカ研究』第71号、2007年における「特集：アフリカにおける人間の安全保障と国家」掲載の諸論文も参照。また、この概念は日本政府による国際協力政策の柱の一つでもある。外務省『日本の対アフリカ協力政策』(2006年)は、アフリカ支援の重点的取り組みの3つの柱として、(1) 平和の定着、(2) 経済成長を通じた貧困削減、(3) 人間中心の開発を挙げており、「平和の定着」のなかに人間の安全保障を位置づけている。日本政府の取り組みについては、中村亮「人間の安全保障」と新しい国際協力の理念『ジュリスト』1254号、2003年、87-93頁。

メントと総称されるが、これは、物権や債権のような法的権利に限定されるのではなく、社会のなかの慣習や文化、あるいは国内のおよび国際的政治構造といった種々の社会構造により規定される《アクセスの資格》の全体を意味している。財・労務の存在は人が自身の行為および状態を実現する前提条件であるとともに、それらへのアクセスがどのように構成されるかは、ケイパビリティの充足を決定する一つの要因となる。

さらに、ケイパビリティ概念は、自然的・社会的環境（そこから引き出される財・労務）という変数を、行為および状態という変数へと媒介する関数＝転換可能性自体を評価に取り入れた概念である。転換可能性は、ある人の（a）身体能力（道具を用いた身体動作の拡張を含む）、および（b）精神能力（心の働き、知識、技能など）からなる、本人に固有の属性によって決まる。そこから、ケイパビリティとは、①ある人の置かれた自然的・社会的環境（そこから引き出される財と労務の存在およびアクセス資格）と、②それらを行為や状態に転換する能力という個人に固有の属性との相関によって決まるものであり、特定環境における人の可能態を表現する概念であるといえよう¹⁵。

かかるケイパビリティ概念をもとに開発目的を考えた場合、基礎的ケイパビリティの平等と個人の自由との関係が問題となる。人間の生活内容は個別具体的であり、万人に普遍的に適用可能なモデル（ないし人間像）を、生活内容の全般を考慮して構築することは不可能であり、また望ましくもない。ケイパビリティという人間内在的な指標も、具体的な行為や状態のすべてをモデル化する指標ではない。センは、個人は効用を追求すると前提してきた厚生主義（welfarism）への批判のなかから、行為において何が望ましいかの判断は個人による価値づけ（valuation）によって決まるとしており、ケイパビリティ一般の普遍的基準の成立を否定し、個人の自由の問題としている。その一方で、いくつかの特定の機能については社会生活を営むうえで基礎的に必要なものとして抽出できると考え、この

¹⁵ ケイパビリティ概念は、財や労務といった人間の外部にある要素によってではなく、人間の内在的要素を基準とすることによって諸個人を比較しようとするものである。この意義は次の点にある。ある国の平均所得を基準として算出される貧困線といった指標の場合、諸個人を比較する基準は当該国に居住する人の総所得に依存し、人間の外部にある要素が評価を左右することになってしまうため、これを回避するためには、人間内在的な要素を比較の対象とする必要がある。そうすべき理由は、指標とはターゲティングを可能にするものであり、真に必要な人を特定できなければならないという評価基準が備えるべき性質に求めることができよう。かかる指標は、地域、国家、特定集団の平均的に算出される現況や、あるいはそれら集団と支援者との関係（政治的、歴史的、経済的といった関係）のあり方とは無関係に、援助を必要とする人の優先順位を確定しようとするものである。ケイパビリティの概念には、かかる普遍的志向が含まれている点も指摘しておきたい。

ような特定の機能を《基礎的ケイパビリティ》と呼んでケイパビリティ一般から区別した¹⁶。開発目的として追求すべきは、通約可能な基礎的ケイパビリティの平等な充足に限定され、それ以上のケイパビリティについては個人の自己決定による価値づけを尊重すべきということになる。この基礎的な部分を特定し、その平等な実現を目的とするところに、開発概念の独自性を求めることができる。

これは、自由論と結び付けて展開されることで、ケイパビリティとは異なる側面も含めた《自由としての開発》概念へと発展している¹⁷。自由としての開発は、「主体としての自由 (agency freedom)」と「よい状態としての自由 (well-being freedom)」とからなる「実質的自由」の概念を中核とする。主体としての自由とは、①個人が自己の追求しようとする価値を自分自身で決定できること (自己決定)、および②個人がその価値あるとする帰結の発生に自ら——少なくとも部分的には——関与できること (主体的行為) から構成される概念であり、帰結よりもプロセスの側面において捉えられた自由である¹⁸。それに対して、よい状態としての自由は帰結に注目する概念である。ここでいう帰結は、人がどれだけの範囲のケイパビリティを有しているか、すなわちどれだけの選択の幅を有しているかによって測られる。ケイパビリティと自由との関係は、飢えと断食の差、すなわち代替的な選択肢X (食べる) が利用可能であるときのY (食べない) の選択 (断食) と、Xが利用不可能であるときのYの選択 (飢え) との差異によって例示される¹⁹。ケイパビリティを自由として捉えるとは、選択可能な代替的選択肢との比較において特定の選択項目を評価することであり、可能な選択肢の幅の広狭が自由の大きさを表現する。そして、よい状態としての自由の拡大とは、個人の行為と状態に関して選び取りうる選択肢の幅が拡大していくことであり、このうち基礎的ケイパビリティとは、個人の選び取りうる選択肢の幅のなかに基礎的とされる機能が含まれており、それを現実に選択できることを意味している。

¹⁶ 何をもって「基礎的」とするかには評価の観点が入ってくるが、これは公共の議論によって定めるべきものであって、理論の定めるべきものではないとされている。

¹⁷ A. Sen, *Development as Freedom*, Anchor Press (1999)。これはバーリンの議論 (I. Berlin, "Two Concepts of Liberty" in *Four Essays on Liberty*, 2nd. ed., Oxford University Press (1969)) をもとにしているが、消極的自由では干渉の有無よりも個人の自立に重点が置かれ、積極的自由では自己支配よりも自己決定できる選択の幅に重点が置かれている点に違いがある。

¹⁸ この立場からは、参加型開発、地方分権と自治、民主主義など住民の主体的関与の促進は、そこから生じる帰結よりも、何を目指すべき帰結とするかの決定、および決定された帰結の発生へ関与するプロセス自体が自由の観点から評価対象となり、独立した目的として設定される。さらに、市場の役割が重視される傾向を、経済的自由の尊重という側面において肯定する根拠ともなる。

¹⁹ A. Sen, *On Ethics and Economics*, Blackwell (1987), p.60。

自由としての開発論の意義の一つは、開発による帰結だけではなく、帰結を生み出すプロセスに注目した点にある。この観点を中心にすれば、自由としての開発論とは、各人が、その置かれた自然的・社会的環境のなかで行為を進めていくというプロセスにおいて、実際に選択することのできる行為や状態の幅という視点を取り、その視点から基礎的とされる選択肢を特定し、その実現をもって開発の目的とする立場であると要約できよう。この場合、基礎的な選択肢の実現可能性を促進または阻害する要因は、行為者本人の置かれた自然的・社会的環境の全般にまで及ぶことになる。そこから、行為者の置かれた自然のおよび社会的環境の性質という問題を提起しようが、ここで人間の安全保障という概念に注目したい。本稿では、《安全》とは、個人が置かれた主観的および客観的状态が、一般的に危険ないし脅威と総称される現象にさらされていない状態であると理解したうえで²⁰、環境の危険性は各個人の努力によっては予見することも制御することもできないものであり、安全な環境は社会的に実現されなければ享受することのできない公共財としての性質を有しているという点に着目したい。

(3) 開発における法制度および所有権の位置づけ

では、基礎的ケイパビリティの充足は、いかにして可能になるだろうか。これは、大別して、①本人の行為によって、その人自身がアクセスの資格をもつ財や労務を用いて活動（生産だけでなく、交換、投資を含む）することにより、追加的な財や労務の利用可能性を拡大できる場合、②本人の外部にある主体の活動により、本人に効果が及ぶ場合²¹（支援）、③主体ではなく制度枠組みによってある行為が可能になったり、ある状態に置かれたりす

²⁰ 森英樹「憲法学における「安全」と「安心」——予備的考察」『憲法論集 樋口古稀』（創文社、2004年）、503-525頁、514頁は、憲法学の立場から、safetyとsecurityとの違いについて、safetyが「具体的な危険を排除する客観的な『安全』を指す」のに対して、securityは「心配・不安のないこと、つまりもっぱら主観的な『安心』を意味する」とし、「近代のプロジェクトは、人々が『具体的な危険から免れて安全であること』を『人の権利』とした上で、その権利を将来的にも保障して人々の不安をなくし安心をもたらすシステムをsecurityと考え、これを政治や統治の任務として設定した、と見てよい」と結論され、それに対して主観的な面から、「根拠薄弱な『不安』を理由に過剰な『安心』を求めて、非合理的なsecurityシステムを追求すること」の危険性を指摘されている。本稿は、この区別の意義を認めたい。アフリカでは客観的不安と主観的不安とが相関しており、この相関した不安の解消が課題であることから、両者を含めて、安全と表現したい。

²¹ 外部主体の支援とは、非等価な割合での財や労務の授受（無償も含む）や、知識や技術の伝達などを意味する。他人との等価交換によって財や労務を享受できるのであれば、本人の行為に分類される。ただし、コスト負担を外部主体と本人とで分有する割合は全か無かではなく、適切な割合に応じた分担額が設定されるのが普通であるから、純粋な支援と本人の行為との境界は

る場合が考えられる。開発は、政府だけが実現すべき課題ではなく、これら諸手段の相関によって漸進的に実現されていくプロセスである。勿論、本人の行為だけによっては基礎的なケイパビリティを実現できないところに開発活動の意義が存在するのであるから、開発において不可欠であるのは、②の外部主体の支援だということになる。ただし、その場合であっても、外部主体を政府に限定する必要はなく、家族や共同体、NGOなど市民社会の組織、外国政府や国際組織等を含めて考えるべきである²²。ここでは、開発目的に貢献するのは、外部主体の支援だけではないという点が重要である。特に、制度枠組みが人間のケイパビリティの拡充に直接に寄与するという点は、これまでのところ、あまり注目されてこなかったように思われる。

ただ、近年の法整備支援の理論と実務のなかにも、法制度は独自の意味での開発に直接に寄与しうるとの見解を垣間見ることができる。例えば、世界銀行は、「法の支配がなければ、経済成長や貧困削減は持続可能ではなく、また公正でもない」との認識のもと²³、従来は、法制度改革を構造調整政策の一環として位置づけ、投資環境の整備や競争秩序の構築を強調していたのに対して、近年では公正の観点にも配慮され、弱者や脆弱な集団を対象とした能力強化 (empowerment)、機会拡充 (opportunities)、安全保障 (security) がキーワードとされており²⁴、法制度の理解についても、「万人へ衡平な救済 (equitable remedies for all) を与える能力」という側面が強調されるようになっている²⁵。また、イギリス国際開発省は、法制度ないし司法部門の改革と貧困問題とを明確に関連づけた政策を立案・実施している²⁶。そのプログラムは、「安全、安心、アクセス可能な司法 (Safety, Security and Accessible Justice)」と呼ばれ、「法と秩序の提供は政府の中心的責務であり、

流動的である。

²² これをセンは、「公共的行為 (public action)」という概念によって総称している。J. Drèze and A. Sen, *Hunger and Public Action*, Clarendon Press (1989)参照。

²³ World Bank, *Legal and Judicial Reform: Observations, Experiences and Approach of the Legal Vice Presidency*, WB (2002), p.1. 法の支配とは、①政府自身が法により拘束されること、②社会のなかの万人が法のもとで平等に扱われること、③各人の人間としての尊厳が法により承認され保護されること、④万人が司法にアクセス可能であることの4条件が存在するところで確立されると定義されている。

²⁴ また、近年の世界銀行は、経済システムに適切な法的枠組みを与え、取引の効率性や円滑性を実現することにとどまらず、むしろ経済成長や貧困削減に対して法制度が貢献しうるとの観点から、特に法制度の「自律化」を実現することに重点を置いている (Ibid., p.24, 『法の支配』は、支配的な政治的権力および経済的権力から隔絶され、法規範に基づいて決定を産出する能力をもつ——そして、そのことに責任をもつ——制度が利用可能であることに依存している)。

²⁵ World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, WB (2004), pp.5ff.

²⁶ DFID, *Justice and Poverty Reduction*, DFID, (2000).

経済および社会開発のために必要な枠組みの一部である」との認識のもと、司法部門の役割およびその問題について、利用者の観点から、特に「女性、子ども、老人、マイノリティを含む貧困者と脆弱な集団の観点から」把握し、評価する点に特徴がある²⁷。

これら実務は、法制度が人の置かれた状況を改善する手段の一つであるとする認識を背景においているように思われ、この意味で、法制度もまた、開発に対して（経済や政治を支えるものとして間接的にではなく）直接に寄与しうるものだという見解を見出すことができるように思われる。そこで、センの議論やかかる実務の傾向から、理念的には、次の点に法制度の意義を求めることができるのではないかと。まず、法制度は人間を取り巻く社会的環境の一部として位置づけられ、人々の基礎的ケイパビリティを規定する要因の一つとして捉えられる。その場合、法制度は、ケイパビリティを妨げる消極的要因として評価されることもあれば、ケイパビリティを拡充する積極的要因として評価されることもある²⁸。したがって、独自の意味での開発に対する法制度の貢献は、ある法的ルールの存在が、ある人の置かれた社会的環境の脅威や不確実性を取り除くことに貢献し、その結果として、各人の実質的自由をいかに拡大または保障することができるかという観点から評価されるべきである。そして、これを実現するには、人々がいかなる脅威に直面しているかを理解し、それを除去するためにはいかなる方策が有効であるかを検討し、その諸方策のなかに特定の法制度を有機的に組み込む視点が必要となる²⁹。

以上をもとに、本稿が所有権を取り上げる意義を指摘したい。一般的にいつて、安全のなかでも、基本的権利として保護される生命・身体・自由・財産の安全は最も基礎的である。なぜなら、たとえ身体とわずかばかりの財産しか所有していないとしても、その身体

²⁷ DFID, *Safety, Security and Accessible Justice: Putting Policy into Practice*, DFID (2002), pp.13-14 は、貧困者への支援において司法の役割が必要である根拠として、①貧困者自身が司法＝正義を求めていること、②貧困者や脆弱な集団は犯罪から不釣り合いなほどの被害を受けること（貧困者の財産の窃盗はその生活を窮地に追い込む）、③貧困者が不安を感じていると自らの将来を改善するために投資する見込みが減退されてしまうこと、④貧困者が貧困状態を脱しようとする努力が腐敗した警察と司法によって妨げられてしまうこと、⑤不安は貧困者の政府サービスに対するアクセスを妨げること、⑥乏しい安心と安全とから、市民が自警団へと成長する可能性をもった自力救済型の治安維持活動を形成する誘因をもち、法に対する尊重が一般的に損なわれてしまうこと、⑦司法へのアクセスの欠如は汚職を蔓延させることを挙げている。

²⁸ ただし、法制度が直接に作用するのは、人間ではなく、社会的環境の性質である。この理解に関しては、第2章で詳しく論じたい。

²⁹ ただし、法制度の整備ないし改革自体は、かかる開発の観点だけによって主導されるものではないことを指摘しておきたい。むしろ、法の体系性や社会で機能した場合の首尾一貫性など法内在的な観点から整備されるべきである。ここでは、このようにして整備された法制度はまた、独自の意味での開発にも直接に寄与しうるという点に注目している。

と財産の安全を享受することは、その人が活動を始めていく出発点を支えるものだからである。この意味で、生命・身体・自由・財産の安全は、人々の日常活動を支える基盤であり、これらが損なわれていない状態とは、最も基礎的なケイパビリティが充足されている状態であることを意味しよう。物（および、労働の成果）に対する権利である所有権は、その一つである。実際、アフリカ諸国では、所有財産が暴力的手段によって脅かされ、それが開発活動を阻害し、あるいは蓄積された開発努力を無に帰せしめている現実がある³⁰。その一方で、所有権は資源へのアクセスを規定する要因の一つであるため、権利の配分や既存の所有秩序に対する介入を、誰がいかなる基準で行うかが問題となる。その場合、所有秩序の構成自体が紛争の対象となり、また紛争の原因ともなつて、所有権が紛争を誘発するという危険性もある³¹。所有権による安全の保障と所有権から帰結する不安全の回避という両側面が、開発における所有権の位置づけとして問題になると考えられる。

第2項 アフリカ諸国における政府の問題

次に、アフリカ諸国について、所有権制度を確立・保障すべき「政府³²（司法府を含む）」の現状を検討することで、所有権制度が機能するためには公正かつ実効的な政府の確立が必要とされる点に、所有権を問題にする実際の意義の二点目を求めたい³³。アフリカ諸国に

³⁰ J. K. van Donge, "Law and Order as a Development Issue: Land Conflicts and the Creation of Social Order in Southern Malawi", *Journal of Development Studies*, Vol.36, No.2 (1999), pp.48-70. 2007年末の総選挙に伴う「ケニアの独立後、最悪の一週間」と評された(Dairy Nation, "Kenya's darkest week", 2008/01/07) 暴力的紛争は記憶に新しいが、そのなかで、第三の大統領候補であった Mushyoka 氏が、「ケニア国民の生命と財産は、指導者の利益よりも重要である」と述べて国民に平和および法と秩序の維持を呼びかけたことは(Dairy Nation, "Three teams formed to cultivate peace", 2008/01/01), 紛争を前にして、国民の生命と財産の安全が追求すべき価値として提示されていることを示している。

³¹ ルワンダ紛争の復興において土地制度改革が重要な課題とされたことも、この観点から注目に値しよう。J. Crook, "Promoting Peace and Economic Security in Rwanda Through Fair and Equitable Land Rights", *California Law Review*, Vol.94 (2006), pp.1487-1536. アフリカの紛争と開発との関係については、『国際協力研究』第24巻第1号、2008年における「特集：アフリカにおける紛争予防と開発協力」掲載の諸論文を参照。

³² 本稿では、政府を、それ自体が一つの組織体であつて、社会のなかに存在する多様なアクターの一つであると位置づけ、それが他のアクターから区別される性質は、①他のアクターの命令を受けないで自己の命令を貫徹することができるほどに圧倒的な実力を有していること（主権）、②その行為の内容が、私的な性質ではなく、公共的な性質を備えていること（公共性）であると理解して、議論を進めたい。

³³ この理解の前提には、政府、とりわけ司法府と所有権とを結びつけて理解する観点がある。アフリカ社会の場合、この理解そのものが争われる点については、次節で検討する。

における政府の根本にある問題は、社会から自立し、社会を対象として活動する組織体としての基盤が脆弱であり³⁴、その結果、公私の境界が曖昧になるとともに³⁵、いつでも無政府状態 (anarchy) へと転化する危険性を秘めている点にあると解される。かかる政府の現状は法制度の機能にも影響を与えずにはおかないとともに、政府の未成熟あるいは政治権力の濫用が財産所有に不安全感を帰結しているという関係もある³⁶。

なかでも、最も危惧される問題は、大規模な内戦や武力紛争の発生により、政府が崩壊し機能できなくなる国家崩壊 (state collapse) あるいは失敗国家 (failed state) の状態に至ることであり、文字通りの無政府状態の発生である³⁷。その原因について、ロットバークは、「国民国家は、内部の暴力に揺さぶられ、もはや積極的な政治的財 (positive political goods) を住民に提供できなくなることによって失敗する」と指摘する³⁸。これは、一部の国に見られる例外現象ではなく、今後、資源枯渇に由来する生存の危機やグローバル化した経済のなかでの富の偏在に由来する不満などを原因として、武力紛争の危険性が高まることも考えられる。それゆえ、分類上は区別される強い国家ないし失敗国家であっても、実際には連続線上に位置しており、たとえ強い国家であっても弱い国家や失敗国家へと転落することがありうるとの指摘には³⁹、実際に無政府状態へと至っていないくとも、政府の脆弱性や社会の分断を背景とするアフリカ諸国は無政府状態へ陥る危険性をつねに内在させ

³⁴ S. Chesterman et al., *Making States Work: State Failure and the Crisis of Governance*, United Nations University Press (2005); P. Englebert, *State Legitimacy and Development in Africa*, Lynne Rienner Publishers (2000); R. Lemarchand, "Uncivil States and Civil Societies: How Illusion Became Reality", *Journal of Modern African Studies*, Vol.30, No.2 (1992), pp.177-191.

³⁵ P. Ekeh, "Colonialism and the Two Publics in Africa: A Theoretical Statement", *Comparative Studies in Society and History*, Vol.17, No.1 (1975), pp.91-112. アフリカ諸国における公私の関係についての諸研究の概観として、遠藤貢「アフリカにおける「伝統社会」と近代」『国際問題』第499号、2001年、52-66頁。

³⁶ R. A. Cass, "Property Rights Systems and the Rule of Law", in E. Colombatto ed., *The Elger Companion to the Economics of Property Rights*, Edward Elger (2004), pp.222-248は、ジンバブエの例を挙げながら、所有権の前提として、法の支配が必要であると論じている。

³⁷ アフリカの紛争の有する諸側面については、武内進一編著『現代アフリカの紛争——歴史と主体』アジア経済研究所、2000年; R. D. Kaplan, "The Coming Anarchy", *The Atlantic Monthly* (February 1994), pp.44-76.

³⁸ R. I. Rotberg, "Failed State, Collapsed State, Weak State: Causes and Indicators", in R. I. Rotberg ed., *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*, Brookings Institution Press (2003), pp.1-4. 政治的財には、最も優先される財としての「安全 (security) の提供」のほか、法秩序の維持、政治過程への国民参加、保健や教育等の社会資本や経済活動のためのインフラ整備があるとされる。

³⁹ ロットバークは、ケニア等を取りあげ、たとえ豊かな富を蓄えていても、汚職、民族対立、公共財提供の不足、人権の蹂躪といった要因から、容易に失敗国家へと転落する危険が存在すると指摘する (Ibid., p.17).

ている点で共通であるとの認識が示唆されている。では、この危険性は何に由来するのだろうか。

国家領域の支配を周辺部に対する政治権力の拡張の問題として捉える立場からは、実効的な国家統合メカニズムの欠如に危険性の原因が求められる⁴⁰。ハーブストは、国家統合のメカニズムを、権力拡張のコスト、国境の性質、および国家制度の性質という3つの観点から分析しているが、国家の失敗の原因を物理的暴力を背景とした政治権力による秩序維持の失敗に帰しており、無政府状態へ陥る危険性を物理的暴力の拡散に求めている⁴¹。この立場は、アフリカ諸国における政府の統治能力の弱さに注目するものである。それに対して、無政府状態が政府の無力や国内の混乱の結果として現れている側面ではなく、無政府状態の創出自体が利益獲得の手段として利用されている側面に注目しなければならないとする見解がある。シャバルとダローズは、問題の原因を、政治権力が集権化されていない点にではなく、国家が制度的に社会から解放されていない点に求めている⁴²。彼らは、大規模な内戦や武力衝突は政治的であると同時に日常生活における犯罪の延長線上に位置する現象であると指摘し、暴力を用いる軍閥（warlord）は「戦争するビジネスマン、すなわち経済活動の主たる道具として暴力を用いる者である」として、暴力を伴う日常的な利益追求活動の延長上に内戦や武力紛争を位置づけている⁴³。

かかる立場からは、実際に無政府状態に至っておらず、政府という組織体が存続し活動しているなかでも、政策の形成から実施に至る政治過程において、政府が社会から完全に自立しきっていないとの観点が得られる。自立性の欠如は、政府の機構が政治的権力および経済的権力を有する支配的な集団の排他的所有物となり、意思決定過程や利益配分過程から少数派や人口においては多数であっても権力を持たない集団の排除を帰結するというかたちで現れてくる⁴⁴。アフリカ諸国の政治においては「勝者が独占する（winner take all）」の原則が働いている場合が多く、敗者となった集団は国家の与える利益から閉め出される結果となるため、政治権力をめぐる闘争は武力闘争にまで至る極めて激しいものとならざ

⁴⁰ J. Herbst, *States and Power in Africa: Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press (2000).

⁴¹ Ibid., pp.254-255.

⁴² P. Chabal and J. S. Daloz, *Africa Works: Disorder as Political Instrument*, The International African Institute (1999).

⁴³ Ibid., p.85.

⁴⁴ A. L. Chua, "Markets, Democracy, and Ethnicity: Towards a New Paradigm for Law and Development", *Yale Law Journal*, Vol.108, No.1 (1998), pp.1-107 参照.

るをえない⁴⁵。ただし、政府の与えることができる利益は政府という組織体が初めから備えているわけではなく、政府の外部から調達されるものである。したがって、かかる利益の創出源を制圧することができれば、政府をバイパスすることもできる。特に、石油埋蔵地、金・ダイヤモンドなどの天然資源を産出する鉱山、商品作物生産を可能とする肥沃な土地などを支配することができれば、かかる勢力はもはや主権国家の一員ではなく実質的な領主として独立することが可能であり、こうして国家は分裂する。アフリカ諸国に特徴的な現象は、政府の存立自体が利益を追求する政治アクターの権力闘争の延長上に位置づけられ、それに依存している点にある。

このような政治構造からすれば、無政府状態の反対極には国家元首を頂点とする庇護主義 (clientelism) の慣行を位置づけることができる。例えば、デワールはアフリカ国家の特徴を次のように記述している⁴⁶。アフリカ社会の「政治的権威」は、「村落レベルから中央国家の最頂点にまで至る、終わりなき交互的交換のなかでの恩恵 (favours) の授受に基づいた」パトロン-クライアント関係に依拠しており、ここでは「公的資源への特権化されたアクセス」により政治基盤が維持ないし強化されている⁴⁷。すなわち、恩恵の交換過程に参加するか否かが、政治への包摂と排除を決定しており、包摂された者のみが政府による利益配分の対象となる。庇護主義とは、恩恵のコントロールと排除の脅威によって、分裂傾向を有する社会のなかに統合を実現する手法なのである。そして、かかる「家産主義的国家」が近代的官僚制と混合・共存しているのがアフリカ国家の特徴であり、形式的法の背後で家産的論理が政治秩序を支えているとされる⁴⁸。

⁴⁵ 1970年から95年にかけて46のアフリカ諸国で発生した政治紛争のデータから、エスニシティと暴力（ここでは、武装蜂起および暗殺事件を指す）の発生との関係を分析したベイツの研究 (R. H. Bates, "Ethnicity, Capital Formation, and Conflict", *CID Working Paper*, No.27 (1999)) は、エスニシティにおける少数派が危機に立たされることは政治的暴力発生の必要条件であるが十分条件ではないとしたうえで、特定エスニック集団がヘゲモニーを獲得し、少数派を排除する見込みが上昇することが、暴力の発生に相関していることを見出している。

⁴⁶ N. van de Walle, *African Economies and the Politics of Permanent Crisis 1979-99*, Cambridge University Press (2001), pp.20, 51. また、M. Bratton and N. van de Walle, *Democratic Experiments in Africa*, Cambridge University Press (1997).

⁴⁷ かかる慣行のもとで、土地もまた恩恵の一つとして扱われている。C. Toulmin and J. Quan ed., *Evolving Land Rights, Policy and Tenure in Africa*, DFID/IIED/NRIP (2000), p.8; ケニアの実態については、Republic of Kenya, *Report of the Commission of Inquiry into the Illegal/Irregular Allocation of Public Land*, Government Printer (2004).

⁴⁸ P. A. Nyong'o, "State and Society in Kenya: The Disintegration of the Nationalist Coalitions and the Rise of Presidential Authoritarianism, 1963-78", *African Affairs*, Vol.88 (1989), pp.229-251. また、W. Reno, *Corruption and State Politics in Sierra Leone*, Cambridge University Press (1995) は、かかる国家を「影の国家 (shadow state)」と呼ぶ。World Bank,

以上を要するに、アフリカ諸国の政府は、備えるべき公共性という性質とともに、主権者としての体裁を維持することさえ困難となる危険性を内包している。かかる議論からすると、次のような問いを提起することが適当であると思われる。すなわち、政府が社会に巻き込まれることを防ぎ、その存在意義と存立基盤を確保することができるような機能を何に求めればよいのであろうか。アフリカ諸国の政府に改革が必要であるとしても、すべてを同時に改革することは不可能である。そうであるならば、必要なのは、その上に次の一歩を着実に積み重ねていくことができるような足場を一步ずつ組み立てていくという作業であらう。では、その第一歩をどこに求めればよいだろうか。

政府が社会から自立するうえで、実力の集権化は必要条件であるが十分条件とまでは言えないように思われる。必要な機能は、人々が、政府という権力組織に依存しながらも、その依存を正当であるとみなすような性質を有する機能であらう⁴⁹。歴史的にみれば、かかる性質を有する機能は、個人の基本的権利の保護、換言すれば安全の保障に求められてきた⁵⁰。アフリカ諸国の現状においても、万人に等しく安全を提供すること——一部の者に安全を与えることはこれまでも行われてきたし、それだけでは紛争に至るだけである——は、政府にその存立基盤と存在意義を与えるという観点からも、優先されるべき課題であると思われる。

第3項 小括

アフリカ社会の現状からしてみれば、財産所有について生じる紛争に有効な解決を提供し、正当で公正な所有秩序を確立できるような制度を構築することは、以下の点において

Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, World Bank (1989)は、庇護主義が経済発展への障害となっていると指摘する。

さらに、このような分裂と統合の緊張関係を内包する政治構造は、1980年代以降の経済的および政治的自由化によって、分裂傾向への比重を高めるものへと移行しつつあることが指摘されている。武内進一「アフリカの紛争——その今日的特質についての考察」武内進一編、前掲書注37, 3-52頁。

⁴⁹ G. Hyden, "The Governance Challenge in Africa", in G. Hyden et. al. ed., *African Perspectives on Governance*, Africa World Press (2000), p.8は、アフリカ国家の能力の弱さだけでなく、正当性の弱さにも注目すべきと指摘している。

⁵⁰ J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter de Gruyter (1983)は、国内における安全保障を正当化する3つの段階として、他人の暴力からの安全を保障する近代国家、国家による侵害からの安全を保障する法治国家、経済的なリスクからの安全を保障する社会的法治国家を区別するが、アフリカ諸国では近代国家の確立が求められているといえよう。

実質的な意義を有すると考えられる。

まず、財産所有の安全性は、人々が自らの生活を維持し、生活の改善を目的とする活動の出発点を形成するものであるから、この出発点を万人に平等に保障する制度の構築は、基礎的なケイパビリティの平等な実現という開発目的に合致する。さらに、財産所有に係わる制度の構成は紛争という不安全感を誘発する原因ともなりかねないから、暴力的手段等によって財産を取得することができないとのルールが確立されることは、紛争原因の少なくとも重要な一因を取り去り、紛争を予防する効果が期待されるとともに、財産所有に係わる紛争を法的紛争へと転換し、裁判所による平和的で合理的な解決へ移行するための出発点となる。他方で、財産所有を実効的に保護し、所有の安全を提供することができるか否かは、政府の存立を左右する条件であり、財産所有の安全を確保するという機能を政府が果たす限り、政府を維持する必要性と正当性が確保され、政府の崩壊や無秩序を回避する要因となりうる。

しかし、同時に政府からの安全が確保されていなければならないということも歴史の教訓である。政府は、所有権を保護できるほどに強力でなければならないが、同時に、いかようにでも所有権を保護したり、しなかったりすることができてはならない。政府による安全の保障に依存しながらも、その適正化を図り、政府からの安全を確保するうえで、法制度が機能していることが不可欠である⁵¹。したがって、所有権の保護や内容形成などは、政治ではなく法の対象でなければならないという判断は、アフリカ諸国の現状にもあてはめることができよう。

第2節 アフリカ法研究の理論的課題——法の社会分析の必要性

前節では、アフリカ社会において所有権を確立することの実質的な意義を確認した。次に問題となるのは、これはいかにして可能かという問いである。その場合、アフリカ諸国には、すでに実定法および司法制度が存在するのであるから、所有権制度の確立という問いも、現行制度の実態を解明したうえで論じるべきである。ただ、現状の観察と分析を行

⁵¹ 松尾弘「開発法学の根本問題——法の支配と良い統治の関係を中心に」『Law & Practice』第2号、2008年、1-40、8頁は「たしかにわれわれは国家なしでやってゆくことはできない。しかしまたわれわれはそれとうまくやってゆくこともできない」という「国家の本質的ジレンマ」に取り組むうえで、法の支配に注目される。また、D. C. North and B. Weingast, "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth

うにしても、アフリカ社会における法制度をいかなる分析枠組みによって捉えるかによって、提示されるその姿は異なってこよう。そして、アフリカ法研究の争点の一つは、この分析枠組みの採り方にある⁵²。これについて、既存のアフリカ法研究における論点を整理したうえで、本稿が法の社会分析という枠組みを採る理由を提示したい。

アフリカ法研究の出発点にある理解としては、アフリカ法 (African laws) とはアフリカ社会固有の諸法であり、その特徴は、①植民地化の経験による継受法を中心とすること、②開発を生み出す、または開発に寄与するために法が道具的に用いられること、③土着の慣習法が依然として重要性を保持していることにあると整理されている⁵³。このどれもが独立した論点であるが、開発の視点を中心に据えるならば、以下のように整理できよう。

開発法学の出発点には、法の道具主義的な理解があった。1960年代のアメリカにおいて展開された法と開発研究について、トゥルーベックは、それが「近代法の中核概念 (the core conception of modern law)」と彼が呼ぶものによって誤って導かれていると指摘した⁵⁴。近代法の中核概念とは、①普遍性・単一性・自立性を特徴とする法が、②なんらかの目的を達成するための道具として、③強制力をもつ国家によって担われること (以上3点を法道具主義の特徴と理解する) を意味しており、これは、①開発とは西欧のような産業国家の方向への進化であり、②それに関連して近代法とは西欧法を意味するという2つの意味での自民族中心主義的 (ethnocentrism) な考え方と結びついていた⁵⁵。

現在でも、法道具主義は法制度を観察する視点の一つであり、同時に法制度改革を主導する立場の一つでもある。例えば、サイドマンは、「法は、政府が社会問題を解決するため

Century England”, *Journal of Economic History*, Vol.49 (1989), pp.803-832 も参照。

⁵² Y. Ghai, “The Role of Law in the Transition of Societies: The African Experience”, *Journal of African Law*, Vol.35, Nos.1 and 2 (1991), pp.8-20 は、西欧社会における法制度の役割とアフリカ社会におけるそれとが異なることを前提としつつ、社会の移行戦略のなかに法制度を位置づけるべきとする。

⁵³ G. R. Woodman and A. O. Obilade, “Introduction”, in Woodman and Obilade, (1995), p.xi. また、W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, 2nd ed., Cambridge University Press (2006), Ch.6 “African Laws”も参照。

⁵⁴ D. M. Trubek, “Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development”, *The Yale Law Journal*, Vol.82, No.1 (1972), pp.1-50, 5-6; D. M. Trubek and M. Galanter, “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, *Wisconsin Law Review*, Vol.4, (1974), pp.1067-1102.

⁵⁵ J. H. Merryman, “Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.25 (1977), pp.457-491, 461ff. は、社会がよりよい状態へと移行する、あるいは社会状態は継続的に改善されていくとの進歩の理念がすべての基盤にあるとし、「法と開発の任務とは、法改革を通じて進歩への道を先導することである」と指摘した。

の主要な道具である」との立場を一貫して堅持し、これはアフリカ社会にも妥当すると論じている⁵⁶。土地制度改革においても、法道具主義は土地制度の展開を政府が法改革を通じて主導すべきとする見解を支え⁵⁷、自然な展開に委ねるべきとする立場と対立している⁵⁸。それに対して、アフリカ社会における法道具主義への批判や疑問は、以下の3つの方向から提起されている。

第一に、法道具主義が法を道具として用いる政府の優位を正当化し、政府に対する法の支配の過小評価につながるとの批判がある。例えば、アフリカ法研究者であり、近年のケニア憲法見直し議会の議長として新憲法草案の起草にあたったガイは、アフリカ諸国の憲法状況について、「憲法をレトリック以上のものとして価値づけるアフリカの政府はほとんど存在しない」と述べ、その原因をアフリカ社会の特質に求めた。すなわち、社会秩序が「原則的に私人による経済的資源の統制と配分からもたらされる諸国」とは異なり、アフリカの「政治的指導力は、生産資源の私的所有にはほとんど依拠しておらず、むしろ国家を通じた公的資源へのアクセスと国家の抑圧機構とに依拠している」と指摘し、その結果、「自立した経済関係の反省、修正、正当化とはかけ離れた法が、経済的権力および政治的権力を創出する中心的な道具になっている」という⁵⁹。つまり、アフリカ社会は、「法が自律的に作動することを許容できず、特にその公的側面では、法の動員が国家によって統制されねばならない」段階、逆に言えば、法に自律性を認めることによって、支配的集団に生じる経済的基盤の不安全や政治的支持の不安定の度合いが極めて高く、「19世紀型の法の支配の古典的原理を生じさせる条件となった、開かれた経済と競争による政治とが許容されない」段階にとどまっていると分析している⁶⁰。

また、ケニアの公法学者であるオコゾ - オジェンドは、アフリカ諸国における憲法の現

⁵⁶ アフリカに関するものとして、A. Seidman and R. B. Seidman, "Law, Social Change, and Development: The Fatal Race", in A Seidman et al. ed., *Africa's Challenge: Using Law for Good Governance & Development*, Africa World Press (2007), pp.19ff.は、①開発は制度変化を要請する、②法は制度を転換するための政府の道具である、③政府が法を用いて機能不全の制度を変更することは現実に可能であるとする。

⁵⁷ P. McAuslan, *Bringing the Law Back In: Essays in Land, Law and Development*, Ashgate (2003).

⁵⁸ この議論については、J. P. Platteau, "The Evolutionary Theory of Land Rights as Applied to Sub-Saharan Africa: A Critical Assessment", *Development and Change*, Vol.27, No.1 (1996), pp.29-86; A. Manji, "Review Article: Cause and Consequence in Law and Development", *Journal of Modern African Studies*, Vol.43, No.1 (2005), pp.119-138 参照。

⁵⁹ Y. P. Ghai, "The Rule of Law, Legitimacy and Governance", *International Journal of the Sociology of Law*, Vol.14 (1986), pp.179-208, 179, 197.

⁶⁰ *Ibid.*, pp.197-198.

状は、「憲法という観念へのコミットメントと立憲主義の古典的表現の拒絶」というパラドックスを抱えていると指摘する。すなわち、憲法とは主権の宣言であるとの観念が強く、また憲法は「厳格性の要素が欠けた基本法 (basic law)」として扱われており、その意味での観念的・形式的な憲法へのコミットメントは存在する一方で、植民地期の憲法を廃し、より現地性の強い憲法を求めるなかで、憲法の目的は国家権力を制限し、統制することであるとの古典的観念が失われたと指摘する⁶¹。この原因は、①入り組んだ官僚制と強制の志向という植民地期から引き継がれた法秩序の性質、②分裂的な政治文化と国家統一の欠如、③国家の強大な経済的権力を背景として、憲法が政治化された点にある。これに対して、教授は、「社会が、その憲法を、公的行動 (public behavior) のなされ方が適合すべき生き残った基準、公的行動に対する評価となるべき生き残った基準として認めること」という観点から立憲主義を捉え⁶²、政治に対する法の優位を取り戻そうとされる。

第二に、法多元主義 (Legal Pluralism) から提起された批判がある。法道具主義は、法の自立性を前提にして、自立的に存在する法を社会のなかに実現することを課題とする⁶³。それに対して、アフリカ社会で実定法が社会から自立しているように見えるのは、西欧社会のように法制度が全体社会のなかから自立を遂げてきたからではなく、植民地化によって移植されたものだからであり⁶⁴、むしろ実定法は自立しているのではなくて、社会から乖離ないし孤立しているのではないかという疑問が提起されている。アフリカ社会には、土着の社会規範ないし慣習法が存在しているのであり、慣習法で規定され、保護される権利は、実定法の与える権利と合致するわけではない。そこから、同一事案に適用されるルールの多元性を主張する法多元主義の立場が導かれる。

法多元主義の立場から所有権についてアプローチした場合、問題となるのは、所有権という法制度の形式のほうである。すなわち、実定法上の所有権は、法文上は存在するとし

⁶¹ H.W.O. Okoth-Ogendo, "Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox", in D. Greenberg et al. eds., *Constitutionalism and Democracy*, Oxford University Press (1993); pp.65-82, 67. それに対して, H. K. Prempeh, "Marbury in Africa: Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa", *Tulane Law Review*, Vol.80 (2006), pp.1239-1323 は, アフリカの司法を取り巻くコンテクストの変化に注目し, 立憲主義を支える土壌が生育しつつあると指摘する。

⁶² また, 「法の下で生活することへの fidelity が立憲主義の根本原理である」(H.W.O. Okoth-Ogendo, "The Quest for Constitutional Government", in G. Hyden et al., eds., *African Perspectives on Governance*, Africa World Press (2000), pp.35-36)。

⁶³ R. Cotterrell, *The Sociology of Law: An Introduction*, Butterworths (1984), Ch.2 に, かかる理解の簡潔な分析がある。

⁶⁴ その過程については, S. B. Burman and B. H. Harrell-Bond eds., *The Imposition of Law*,

でも実際に利用されているのか、大多数の人々は慣習法という非形式的ルールで十分なのではないか、利用されていない実定法の改革は必要なのかといった疑問が提起されており、アフリカ土地法の研究において大きな論点となっている⁶⁵。また、実定法と慣習法の乖離を前提として、慣習法の制度化を図ることや、実定法／慣習法の二元性を架橋しようとする試みも登場している⁶⁶。

第三に、アフリカ社会では、本当に法道具主義が想定するような道具として法は役立っているのかという点に、実証研究から疑問が呈されている。ベイカーは、法社会学の立場から、「悲劇的な皮肉とは、アフリカにおける法執行の大部分が無法 (lawless) だということである。法を侵害することが、法を維持することなのである」という矛盾した性質をもつ法執行の無法性 (lawless law enforcement) が、「アフリカ諸国に類似する特徴である」と指摘する⁶⁷。さらに、かかる社会では自警団の役割が高まっている。なぜなら、「警察や治安組織の保護を欠き、裁判所へ物理的および資金的にアクセスできないままであれば、人々は、共同体の秩序を維持し、生命と財産を保護し、それらを脅かす者を罰する独自の手段を維持し続ける」からである⁶⁸。その結果、アフリカ社会には、様々な集団が自分の権利や利益を自分の力を用いて実現しようとする傾向が見られ、法を制定する機能と執行する機能の両方が、立法府や司法府の手を離れて拡散しており、そこに公私の明確な境界が存在しなくなっている⁶⁹。かかる状況から、法制度は社会に埋もれた「たそがれの制度」に

Academic Press (1979)参照。

⁶⁵ R. E. Downs and S. P. Reyna, *Land and Society in Contemporary Africa*, University Press of New England (1988); J. W. Bruce and S. Migot-Adholla, *Searching for Land Tenure Security in Africa*, Kendall/Hunt Publishing (1994); Toulmin and Quan ed., *op. cit.*, n.47.

⁶⁶ T. W. Bennett, "The Interpersonal Conflict of Laws: a Technique for Adapting to Social Change in Africa", *Journal of Modern African Studies*, Vol.18, No.1 (1980), pp.127-134; M. Dia, *Africa's Management in the 1990s and Beyond: Reconciling Indigenous and Transplanted Institution*, The World Bank (1996); J. Ensminger, "Changing Property Rights: Reconciling Formal and Informal Rights to Land in Africa", in J. Drobak and J. Nye ed., *The Frontiers of the New Institutional Economics*, Academic Press (1997), pp.165-196.

⁶⁷ B. Baker, *Taking the Law into Their Own Hands: Lawless law enforcers in Africa*, Ashgate (2002), p.2, 9. 法執行の無法性とは、「国家法に服さない、または統制されない法執行者の行為」と定義されている。

⁶⁸ *Ibid.*, p.3; S. Heald, "State, Law and Vigilantism in Northern Tanzania", *African Affairs*, Vol.105, No.2 (2006), pp.265-283 も参照。

⁶⁹ Baker, *op. cit.*, n.67, p.14, 「非政府集団が治安維持 (policing) を権威づけ、対価支払いに基づいて特定の消費者に治安維持を提供することを政府が奨励しているために、治安維持に権威を与えるという政府の役割でさえ、もはや専ら公的であるというわけではない。同様に、治安の私的な提供者も、しばしば公的権威のもとで活動し、また公的警察の職員を雇っていることからして、専ら私的であるというわけではない」。

なってしまうともいわれている⁷⁰。

これらの議論は多分に実践的な関心に基づいて展開されているが、そこからはまた、アフリカ社会における法制度を分析するうえでの理論的課題を引き出すことも可能である。その課題をまとめると、①法制度は政府が目的実現のために用いる道具として把握されるが、そもそも法制度はかかる意味での道具に尽きるのか否か、②形式的ルールと非形式的ルールとの関係が問われているが、そもそも両者の相違や関係をいかに理解すべきか、③道具としての法の実効性に疑問が呈されているが、そもそも法制度、さらにはルールが社会のなかで働くための条件は何か、という3つの理論的課題が引き出される。これらの課題は、分析の対象を、個別法制度（ここでは、所有権）の内容にとどまらず、実定法／慣習法という法形式、さらには社会におけるルールの機能にまで広げるべきことを要請している。さらに、法制度を道具として捉えると、分析の視点は目的に対する道具の働きに集中してしまい、その道具がいかにして可能になっているかという視点が消えてしまう。これは、法制度改革論においても、法制度そのものの理解については、先進国で機能している司法制度および統治機構を想定するにとどまる結果となる。ゆえに上記の課題は、学問的な関心もさることながら、適切な法制度改革プロセスを解明するうえでも不可欠の検討課題であると思われる。法の支配の実現された社会への移行が目指されているなかで、法の支配が根付くべき対象社会の現状のもと、法の支配自体をいかに理解するかという論点が提起されているが⁷¹、アフリカ社会の場合には、社会における法制度の存在や機能まで見据えて論じる必要がある⁷²。

⁷⁰ C. Lund, "Twilight Institutions: Public Authority and Local Politics in Africa", *Development and Change*, Vol.37, No.4 (2006), pp.685-705. アフリカ法研究者のアロットは、「法の限界」を一般化して、①規範の伝達とコミュニケーションの欠如、②規範および制度の不適切さ、③適用または執行の失敗、④精査または監視の欠如を挙げている (A. N. Allot, *The Limits of Law*, Butterworths (1980), pp.32ff.)。

⁷¹ B. Z. Tamanaha, "Review Article: The Lessons of Law and Development Studies", *The American Journal of International Law*, Vol.89 (1995), pp.470-486 (松尾弘訳, 「開発法学の教訓」『慶應法学』第4号, 2006年, 227-269頁)。

⁷² かかる視点の必要性は、アフリカの法と開発研究においても指摘されていた。ケニアにおける法と開発の関係を考察したオコソ・オジェンドは、「農村部における行政と開発計画において法が果たした役割を分析するためには、法が有意なものとなりうる、または有意なものとして考慮されうる要素の一つにすぎないような一連の意思決定状況を含むプロセスとして、農村部での活動を捉える必要がある。……私たちの目的にとって最も重要なことは、法現象が、意思決定が行われる認知環境の一部分を実際に形成しているかどうかである」とされた (H.W.O.

Okoth-Ogendo, "Development and the Legal Process in Kenya: An Analysis of the Role of Law in Rural Development Administration", *International Journal of the Sociology of Law*, Vol.12 (1984), pp.59-83, 70 (強調は原文)。

第3節 問題の提起と本稿の構成

第1節で確認したことは、アフリカ社会に所有権を確立すること自体に実的な意義が認められるということであった。第2節では、アフリカ社会の所有権を分析する際には、その法制度としての機能にまで遡って問わなければならないということを確認した。これらの現状や課題は、所有権制度は、その存在自体が決して自明なことではなく、誰かが費用をかけて不断に世話していかなければ存在することも維持することもできない人為的構築物であるという事実にあらためて目を向けさせる。

本稿は、所有権を確立することには実的な意義があることを前提としたうえで、社会において所有権が機能しているといえる状態が成立していく過程(所有権制度の進化⁷³)を、具体的にケニア社会の現状を観察し、それを理論的な枠組みでもって分析して、なんらかの一貫した形態で描き出すことを課題とする⁷⁴。

この問いにいかなる回答が与えられるかは、所有権をどのような制度として理解するか
に依存する。ところで、所有権とは何か、所有権をいかに理解するかについては、ここ
まで触れずにきた。これについては、次章で本稿のとする社会学的な理解を提示するが、
その分析視点の特徴を問題提起との関連で指摘しておきたい。法制度としての所有権は、
実体法にその要件効果が規定された権利の一つであり、その内容は各主権国家の法体系によ
って定まる。また、実体法は司法制度をはじめとする統治機構によるその実現を前提とする。
権利と救済とは切り離せないものであり、法制度にとって最も基礎的なカテゴリーの一つ
であると思われるが、この全体がいかなる形態を採るかも各国により異なる。アフリカ法
の現状について述べたように、近代的な所有権制度を法制度改革によって導入することで、
それが直ちに機能するかどうかは争われているのであり、実体的ルールとしての所有権の
内容だけでなく、それを実現するための制度まで視野に収めなければ、所有権制度がいかに

⁷³ 所有という人間に基礎的な必要性は、いかなる人類社会にも普遍的に見出されると思われるゆえ、所有権の成立ということも、無から有が生まれるという意味ではなく、所有権の姿の変転として理解すべきである。

⁷⁴ フラーは「法の支配の目的は、暴力を平和的な紛争解決方法に置き換えることである」としたうえで、これを実現するために「裁判所が先か、ルールが先か」と問うが(L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", in his, *The Principles of Social Order*, Duke University Press (1981), pp.86-124, 99), 問題はこの移行過程を理論的に解明することであろう。松尾弘, 前掲論文(注51), 2頁は「各国に固有の歴史と現状に照らして最も相応しい方法で法の支配を確立し、国家の良い統治を構築することがどのようにして可能になるか」という問題が、「開発法学の根本問題である」とされる。

に機能しているかは明らかにできない。

そこで本稿は、社会におけるルールの機能にまで遡って、そこから、法制度、とりわけ実定法の固有の機能を分析するという方法を採用。法制度に固有の機能という場合、それは、法制度が存在することで初めて可能になる状態、あるいは初めて解決される問題の観点から、法制度が存在することの作用を解明するものである⁷⁵。言い換えれば、法制度を法制度以外のものとの区別において理解するという視点から解明される、社会のなかで法制度だけが実現できる作用という意味での固有の機能である。したがって、所有権の機能およびその進化過程を全体社会のなかに位置づけて理解することが本稿の特徴であり、また本稿が社会学の方法（次節第1項参照）を用いることの意義である。所有権に係わる問題が法制度の発展を牽引してきた一つの要因であるという先進国の経験からしてみれば⁷⁶、ケニアにおける所有権に係わる問題を観察し分析することは、ケニア社会における法制度の存在と機能までも明らかにしうる題材であるとともに、前節で提示した理論的課題からは、そこまで明らかにした研究であることが求められているともいえよう。

本稿が、ケニア社会を分析対象に選択した理由は、ケニアが上述した他のアフリカ諸国と共通した課題を抱えつつ、その課題に対応して実定法を発展させる試行錯誤に挑んでいる経験を有するからである。とりわけ、アフリカ諸国のなかでも比較的早期に「絶対的所有権」の制度を社会に導入した経験を有している。そして、これが社会の側を劇的に変化させたというわけでは必ずしもなく、むしろ社会のなかで絶対的所有権の貫徹が阻まれ、その修正が行われているのが現状である。そこで、実体法だけでなく、それを支える手続法についても運用し、また制度改革を繰り返してきたケニアの経験は、他のアフリカ諸国において所有権を導入する意義、過程、導入により生じる問題点などを反省的に検討する格好の素材であると思われる。また、ケニアの土地制度改革は、アフリカ諸国のなかでも先進的な事例として、これまでも分析がなされてきたが、その多くは経済政策、農業政策の一環として土地制度改革を位置づける観点から行われており、法制度そのものの機能や進化という観点からする分析は付随的なものにとどまっていた。しかし、述べたように、法制度自体に存在意義があるとすれば、それを直ちに経済などの観点から評価するのではなく、まずは法制度そのものの機能の観点から評価しなければならない。この点で本稿は、

⁷⁵ 法を目的に対する手段として捉えることを機能主義と呼ぶ立場もあるが (E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press (1995), pp.3ff.), これは本稿のいう道具主義に該当する。本稿のいう「機能」については、次節第3項で詳述する。

⁷⁶ この点は、イングランドの経験について、第3章で詳しく検討する。

ケニア土地法研究においても、幾分かの貢献をなしうるものと考えている。

以下、第2章では、社会学の立場から、社会における法システムの機能を理論的に解明し、所有権の社会分析という分析枠組みを提示する。そして、第3章で、統治機構の概要も含めて、現行のケニア土地所有権制度を明らかにしたうえで、第4章では、かかる実定法上の土地所有権制度がケニア社会の現状においていかに機能しているかという問題、とりわけ土地所有を保護する機能において共同体や行政と競合している実態を分析する。第5章では、かかる現状に対応して、ケニア法がいかなる展開をみせているかについて検討する。最後に、第6章では、分析から得られた知見をもとに、所有権の機能と進化について理論的に整理してみたい。

第4節 分析の方法

本節では、本稿の用いる基礎的な概念に定義を与えたうえで、分析方法の特質を提示する。

第1項 社会学の位置づけと本稿の立場

社会学 (Sociology) という学問分野の位置づけについては広狭二論ある。広義の位置づけによると、社会学は、その分析対象を「コミュニケーション」とする点において、それぞれの分析対象を原子とする物理学、有機体とする生物学、意識とする心理学から区別される⁷⁷。コミュニケーションを分析の対象にするという共通性のうえに、法学、政治学、経済学、宗教学、人類学などといった諸社会科学 (Social Sciences) が成立する。狭い意味での社会学の位置づけとは、これら諸社会科学の一部門として社会学を位置づける見解である。ただし、このような諸社会科学の学問領域の分化・分業は、社会が部分システムへと分化しているという近代社会構造の特質を反映したものであり、また、それを前提にしている。つまり、近代社会は、法、政治、経済、家族、宗教、学問、芸術といった諸システムに分化しており、それぞれが固有の論理のもとに展開されているとの事実があるゆえ、

⁷⁷ T. Parsons, *The Structure of Social Action*, Vol.1, The Free Press (1968 [1937]), pp.47ff.; Luhmann, (1984), S.16. 社会学という学問の固有性、およびその用いる概念や分析方法などの独自性は、本来は、これら諸学との差異において特定されるべきものであるが、この点について論じることは本稿の課題にとって必要ではない。

それらを分析対象とする学問もまた分化することができる。

したがって、かかる分化した社会を対象とするのではない限り、分化した諸社会科学の学問領域はその基盤を欠くことになる。この点は、アフリカ社会をいかなる学問領域から観察するかという点に係わっており、アフリカ社会が当初から機能分化を完全に成し遂げていなかったとするならば、それを観察する学問のほうも、最初から、例えば法学や経済学として、自らの分析対象を限定しておくことはできないであろう。この点は、アフリカに限らず、近代社会をその成立まで含めて分析しようとする学問にとってあてはまることであり、学問領域の限定は、対象自身によって許されないものとなっているというべきである。そうすると、法や経済を分析するに際しても、まずは、観察対象である社会が、どのように法や経済を区別し、成り立たせているのかについて解明する必要があるから、本稿は、各システムがいかにして分化を遂げてきたかについて分析できる広義の社会学から出発することにしたい。

社会学の内部では様々なアプローチが展開されているが、本稿は、社会システム論の成果に依拠して分析を進めたい。社会を分析するシステム論は、(1) 一般システムの理論、(2) 社会システムの理論、(3) 社会システムの特殊事例である全体社会システムや部分社会システム（法システムや学問システムなど）の理論に分けられる。《社会システム論》とは、コミュニケーションが、あるまとまりを創発し、維持ないし変容し、消滅または進化していく一連の過程と、これに付随する諸問題を体系的に記述する理論である。本稿は、この社会システム理論の成果をもとに、(3) のうちの学問システムの立場から、法システムを観察するものである⁷⁸。

第2項 法学と社会学との分析方法の差異

次に、部分システムの一つである法システムを対象とする学問（Wissenschaft）には法学と社会学とがあるから、両者の差異を明らかにしておく必要がある。両者の差異を解明するためには、学問の一般的性質について明らかにしておく必要がある。

⁷⁸ なお、一般に「法社会学」と呼ばれる学問には、①法制度が社会に対していかに作用するか、あるいは社会からいかに作用されるかの研究という意味（law and society）とともに、②法という社会現象はいかにして可能かについての研究という意味（law in society）がある（六本佳平『法社会学』有斐閣、1986年；law and society と law in society の区別については、D. J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press (2007)）。本稿は、後者（②）に属

(1) 基礎的概念の定義——対象と観察との関係

経験的な学問は対象の観察と記述とから始まる。ここでは《対象》とその《観察》とが区別される。以下では、その基本的関係を提示したうえで、基礎的概念を定義しておく。

対象を観察するためには、前提として、いかにして観察は可能かという問題を解決しなければならない。これは社会学に限らず、学問一般の課題である。これについて、パーソンズは、「一定の時間と空間に存在する物体が、一定の属性、例えば速度を有しているという言明は、なぜその物体はこの速度を有しているかを説明しない。これを説明するためには、その物体の現在および過去の他の属性、ならびに他の物体の属性への言及 (reference) を必要とする」として、言及枠組み (frame of reference) なしに対象の説明ができないことを指摘した⁷⁹。ルーマンは、より一般化したかたちで、《言及》とは、あるものを別のものから区別したうえで、そのあるものを指し示す作動であるとした⁸⁰。この場合、区別は、①区別された2つの側と、②区別するという作動からなる。説明の場面に限らず、何かを観察することは、そのものに言及することを意味する。

《システム》とは、対象への言及である。「システムが存在する」とは、「システム概念の適用を正当とするようなメルクマールを示す研究対象が存在する」ということを意味する⁸¹。なかでも重要なメルクマールは、対象が、なんらかの観点において同一であるまとまりを形成・維持しているという性質を有するか否かである。対象になんらかの《同一性 (Identität)》が認められる限り、それをシステムとして記述することができる。ところで、あるものが同一であるということは、そのものが別のものとは異なっているということを含意する。つまり、同一性は差異との対照から規定される。したがって、システムが存在するとは、システムではないもの——システムの《環境》と呼ばれる——が存在するということと同時である。同一性は、区別して、指し示すという観察によって与えられる⁸²。

システムの捉え方に関して、次の2つを区別することができる。従来のシステム理論は、予めシステムとしての同一性を形成・維持するグランドデザインのようなもの (構造) の

する。

⁷⁹ Parsons, *op. cit.*, n.77, p.29.

⁸⁰ Luhmann, (1984), S.596.

⁸¹ Luhmann, (1984), S.16.

⁸² それゆえ、何かをシステムであるとして観察している場合には、誰が、何を、何から区別しているのが問題となる。

存在が前提とされ、システムを構成する要素はこの構造に沿って生成する、あるいは構造との関係で逸脱と評価されるとの理論を採用していた。そこでは、予め組織とはこうであるといった全体像を描くことが可能であると想定されていた。それに対して、近年のシステム理論は、そのようなグランドデザインに沿ってシステムが生成すると考えるのではなく、むしろ「推進する動きの継続の中から、初めて要素の集合が決まり、その集合の範囲を、繰り返し変更しながら作動し続けるシステム」というオートポイエーシス・システムの理論が提唱されている⁸³。このようにシステムを捉えた場合、分析対象となるのは、すべての諸要素が整合的に組み合わせられた姿として提示される構造——この意味でのシステムは体系と表記する——ではなく、構成素から構成素が産出され続ける動き（＝作動（Operation））そのものである⁸⁴。この理論によると、実在するものは、構成素を反復的に産出する作動の継続であり、これがシステムの《統一性（Einheit）》と呼ばれる。

では、オートポイエーシス・システム理論から見た場合、システムの同一性はいかにして与えられるのだろうか。ある何かを同一であるとか異なっているとすることは、誰かの言及（観察）によってなされる。この場合、その言及者が対象の外部に位置するとすれば、その言及者が、システムがあると言えばシステムがあるし、ないと言えないということになり、システムの同一性は外部の言及者に依存することになる。しかし、社会現象については、そのようなことはない。ある組織が組織であるのは、外部から組織であると言及されたからではないし、外部の者が組織ではないと言えれば組織が解体してしまうわけでもない⁸⁵。

⁸³ 引用は、河本英夫「オートポイエーシスと組織の変貌」『NIRA 政策研究』第12巻第5号、1999年、7頁。オートポイエーシスの定義は、マトゥラーナ、ヴァレラ（河本英夫訳）『オートポイエーシス——生命システムとはなにか』国文社、1991年、71-72頁：

「オートポイエーシス・システムとは、構成素が構成素を産出するという産出（変形と破壊）過程のネットワークとして、有機的に構成（単位体として規定）されたシステムである。このとき構成素は、（1）変換と相互作用をつうじて、自己を産出するプロセス（関係）のネットワークを、絶えず再生産し実現する。（2）ネットワーク（システム）を空間に具体的単位体として構成し、またその空間において構成素は、ネットワークが実現する位相的領域を特定することによってみずから存在する」。

⁸⁴ 観察可能な要素（個人や行為など）がシステム全体よりも低次のレベルにあるという関係（これについては、J. S. Coleman, *Foundations of Social Theory*, The Belknap Press (1990), p.2f.)ではなく、システムの要素一つずつがシステムそのものをつねにローカルなレベルで再生産し続けるという関係にある。このようにしてシステムを構成する要素を「構成素」と呼ぶ。

⁸⁵ H. von Foerster, "Ethics and Second-order Cybernetics", *Cybernetics & Human Knowing*, Vol.1, No.1 (1992), pp.9-19, 11 は、「根源的な認識論上の変化」として、「流転する世

外部からの言及とは無関係にシステムに同一性が与えられるとすれば、それは《自己言及》によってなされるほかない⁸⁶。この場合、自己言及とは、自己が、なんらかの対象に対して言及することではない。その逆であり、次のように展開する。言及とは、あるものを区別してそれを指し示す作動であるから、まず言及の結果として二つの側をもつ「あるもの」が生成される。次に、このうちの一方側が、反省 (Reflexion) によって、システムであると同定 (identifizieren) されたときに、システムという同一性と、その環境との差異が産出される⁸⁷。このような意味での反省が、自己観察と自己記述である。自己同定の仕方には、何がシステムであるかの選択——自己言及——と、何がシステムでないかの選択——他者言及——とがある。たとえば、自己言及とは、内部を表示することで内部の外部を派生させること (法は正義である)、他者言及とは、外部を表示することで内部の防壁を築くこと (法は道徳ではない) である。

ここで注意すべきは、このような自己観察自体もシステムの作動であり、システムの反復的作動の一つとして、システムを新しく作り変えているという点である⁸⁸。この点は、社会システム (および心理システム) に特有の機構かもしれないが、いずれにせよ、社会システムには妥当する機構である⁸⁹。それゆえ、ルーマンは、自己言及性をシステムの作動にも適用している。すなわち、自己言及とは、「言及する作動が、それによって指示されたものを、言及する作動のなかに含めている」ということである⁹⁰。ここで言われる作動は自己観察も含めた作動である。換言すれば、システムとは、システムによってシステムである

界を見る独立した観察者」から、「自らを相互作用のドラマのなかでの参加者と考える」視点への変化を指摘する。

⁸⁶ 自己言及性は、無限の循環 ($A=A=A\cdots$) であると同時に、この自己が不変であること ($A \neq A$) の観察でもある (L. H. Kauffman, "Self-reference and recursive forms", *Journal of Biological Structure*, Vol.10 (1987), pp.53-72, 55).

⁸⁷ 「自己言及性は、(要素であれ、過程であれ、システムであれ) ある自己 (ein Selbst) が自己自身によって同一化され、かつ他のものに対しての差異を設定することができる場合にのみ、システムのアクチュアルな作動 (den aktuellen Operationen) のなかで実現されうるものである。……再生産とは、[同一性と差異との] 差異の操作 (Handhabe) である」(Luhmann, (1984), S.26).

⁸⁸ 「システム/環境の差異は二度生じる。システムによって産出された区別として、およびシステムのなかで観察された区別として」(Luhmann, (1997), S.45).

⁸⁹ 「心理システムと社会システムとは、その作動を、観察する作動として展開させる。これは、システム自身をその環境から区別することを可能にする。それにもかかわらず (そして、それゆえにと付け加えなければならないだろう)、その作動はシステムのなかでのみ実行されるのである」(Luhmann, (1997), S.45)。詳細は、第2章第1節で論じる。

⁹⁰ Luhmann, (1984), S.600.

とされたところのものである。そのため、成立しているシステムを観察することは自己観察しているシステムを観察することである。

自己言及は、「言及するなかに否定する可能性が併せて取り入れられ、この否定することを、言及する自己か、または言及された自己のどちらかに関係づけ、この両方の可能性の間で自己言及に基づいては決定できなくなる場合に、パラドックスとなる。パラドックスとなるとは、規定可能性の喪失、つまりさらなる作動への接続能力の喪失を意味する。…自己言及がパラドックスをもたらすならば、接続能力のための追加的措置が投入されなければならない⁹¹」。システムの要件は、自らで自らを区別すること、つまり自らにシステム（／環境）として言及することであるが、この言及は、自らを否定する可能性を取り入れている場合、自己で自己ではないものを構成するというパラドックスをもたらす。この状態では、自己は自己ではないものへと解消され、システムは崩壊する。つまり、システムが成立するための要件は、システムが崩壊する要件を含んでいることになる。そこで、必要になる接続能力のための追加的措置とは、自己の構成素と構成素とが接触し続けるという自己構成の連続（プロセス化）である⁹²。システムとは、かかる継続的な自己産出であり、その結果が、システムの《自己存立（実体性⁹³）》である⁹⁴。

以上から、観察の第一の課題は、いかにしてシステムがシステムとして自己存立しているかを解明することであり、これを解明することなくして、システムが存在することを確証しえないのである。

あるシステムの《環境》とは、「そのシステムではないもの」を意味するが、これには二つの種類が区別される点に注意を要する。一つは、システム（A）が否定されることによって成立する「システムではないもの（～Aと表記する）」である。この場合、システムと環境とは、お互いに否定によって結びつけられている。もう一つは、それ自体が自己存立する「システムではないもの（B, C, D…）」である。BがBとして成立するには、Aが否定

⁹¹ Luhmann, (1984), S.59.

⁹² 「自己言及システムは、自己言及による組織化のレベルでは閉じたシステムであり、それゆえ、かかるシステムは、その自己規定においては、別のプロセス化の形式を許容しない」（Luhmann, (1984), S.60（強調は原文））。

⁹³ 《実体（substantia）》とは、「存在するために、他のいかなるものも必要とせず存在するもの」である（デカルト（桂寿一訳）『哲学原理』I, 51（岩波書店、1964年）69頁）。

⁹⁴ システムとは複数の要素の相関であるとする立場では、システムは、それ以上分解できない要素に解体できると考えられ、かかる要素が実体と呼ばれた。それに対して、オートポイエーシス・システムの理論では、システムそのものが自己存立していると考える。ルーマンも、意味システムについて、かかる意味での実体という用語を括弧つきで用いている（Luhmann, (1984),

されるだけでは不十分であり、Bとして成立するための固有の要件（自己言及）が必要である。とはいえ、BがAではないという分類に含まれることは明らかであるから、システム（A）の環境に属する。このとき、 $A \leftrightarrow \sim A$ の移行は否定の操作によって直接に可能であるが、 $A \leftrightarrow B$ の移行は同じ方法では不可能であり、いまだ両者は結合していない。これは、AとBとがお互いに対して《自律》であることを意味している。それゆえ、AとBとの関係は、システム（/環境）とシステム（/環境）との関係になる。この場合、それぞれ自律的であるAとBとを、連言や選言などによって比較するためには外的視点を必要とする。ゆえに、外的視点を採ることが適切ではない場合には、システムとシステムとの関係を外的視点からシステム間関係として把握することは不適切であることになる。

互いに自律的なAとBとの比較においては、Bを選択すると $A/\sim A$ は斥けられ、 $A/\sim A$ を選択するとBは斥けられるというように、一方を選択することは、他方を後景に退けてしまう関係にある。AかAではないかが問題となっている場合のBや、AかBかが問題となっている場合のCといった立場にある論理値は、それを選択することで、問題となっている区別自体が棄却されてしまうことから、《棄却値 (rejection value)》と呼ばれている⁹⁵。二値論理における第三の値は棄却値であると解されている。また、Aと $\sim A$ とがどちらも真であるときは矛盾であるが、AとBとのどちらもが真であるとしても矛盾ではない⁹⁶。

Aと $\sim A$ とを（あるいは、AとBとを）比較するとき、少なくとも一つの《コンテキスト》が共有されている。比較している以上、このようなコンテキストは必ず存在するのであり、コンテキストが存在していないということは比較していないことを意味する⁹⁷。この場合、Aと $\sim A$ とを比較するコンテキストはただ一つに限定されるわけではなく、複数存在しうる。その場合は、《多重コンテキスト (poly-contextual)》であるといわれる。

《システム分化》とは、システムの内部でシステム形成が繰り返されることである。つ

S.141).

⁹⁵ G. Günther, "Cybernetic Ontology and Transjunctive Operations", in his, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, Bd.1, Felix Mainer (1976), pp.313-392.

⁹⁶ 勿論、AとBとを否定の関係によって結合し、どちらも真であると言えば矛盾であるということになるが、この場合AとBとが矛盾となるのは、外的言及者の操作や意図次第である。

⁹⁷ 「私たちが主張しているのは、私たちが比較するために選択した、いかなる二つの世界データも、少なくとも一つのコンテキスト (contexture) を共通のものとして有しているということである。そのデータがより多くのコンテキストを共有することはありうるが、まったくコンテキストによる結合が存在しないということはいえぬ。まったく結合が存在しないとするならば、二つのデータのうちの一方は『この世界のものではない』ということになるだろう」

(G. Günther, "Life as Poly-Contextuality", in H. Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfullingen (1973), pp.187-210, 201).

まり、システムの内部で新たなシステム／環境の差異が設定されることである。システムは同一性であるから、システム分化とは、同一性の内部に差異を設定すること、つまり同一性を打破することである。その場合、差異とは、何かと何かがお互いに異なるということであり、「お互いに」という観点で両者を結びつけている。したがって、システム分化は、システム分裂ではなく、《多様なものの統一体 (unitas multiplex)》を形成することである⁹⁸。その場合、新たに形成された部分システムにとって、元の全体システムは、環境であると同時に、部分システム自身の一部でもあることになる。

オートポイエーシス・システムは、それがシステムであるためには、不可避的に《時間》を必要とするようなシステムである。構成素から構成素が産出される時点で、あるいはあるものを自己であると同定する（反省する）時点で、すでに一単位の時間を必要とする。そして、システムは、その作動が継続している限りでシステムでありえ、作動が停止すればシステムではなくなる。作動は現在においてのみ存在するから、システムは現在においてのみ存在する。正確には、停止しない限り、未来へと続く現在において存在し続けている。このように、外部からの言及とは無関係に、自分自身でシステムとしての同一性を保って存立し、しかも未来に向かって自己を創出し続けることでシステムとしての統一性を産出しているシステムが、《オートポイエーシス・システム》である。

(2) 法学の分析対象と方法

法学⁹⁹の基本的作業は、既存の法体系を構成している概念・規則・原理等を用いて、社会において生じる現象に作用していくなかで、既存の法の概念・規則・原理等を解釈し、また批判すること等によって、それらを維持または修正していく作業であると要約できるように思われる。そのような作業を行う法学が学問の一部門でありうる理由としては、ルネサンス人文主義以来、法の対象範囲が普遍的であることと、世界を原因と結果の観点において取り扱うという方法を用いる点に求められてきた¹⁰⁰。因果分析とは、特定の原因と特定の結果との間に不変の関係（法則）を定立する方法である。これを観察方法として用い

⁹⁸ Luhmann, (1984), S.37-39.

⁹⁹ 法学もまた学問であり、それは法実務から区別される。本稿の立場からいえば、社会のなかで法的決定を下すという法システムの作動（法実務）と、それを観察し記述する学問というように区別される。

¹⁰⁰ 法学的方法の形成に対するルネサンス人文主義の影響については、D. R. Kelley, "Vera Philosophia: The Philosophical Significance of Renaissance Jurisprudence", *Journal of the History of Philosophy*, Vol.14 (1976), pp.267-279 参照。

ることが学問のメルクマールとされ、法学もまたこの方法を用いて法規範を洗練してきた。そして、因果図式という方法を用いて世界を観察する点において、「法学の伝統は、近代の社会学と政治学に貢献した」といわれ、法学と社会学との方法上の連続性を指摘する見解がある¹⁰¹。

しかし、法学と社会学とでは、その分析対象の性質に違いがある。学問としての法学が対象として扱うのは、法体系を構成している概念・規則・原理等であるが、それは現象として見れば、言語ないし言語の構成要素である命題から成り立っている¹⁰²。そして、法学の対象としての法命題の特質は、それが「自らは動かない」点にある。私たちは、言語ないし命題が私たちの意識から独立した存在（間主観的存在）であることを認めながらも、それが私たちの意識的操作に服すると考えている。つまり、言語ないし命題は、動物や植物のように自ら動いている存在ではなく、人間によって動かされる存在である（言語が自分で自分の意味を変えることはない）。この意味で、言語ないし命題は人間の意思に服する¹⁰³。かかる事実は自明のことであるとはいえ、これが法学と社会学との分析対象を分ける基準になるとともに、上に述べた法学の基本的作業の実態を明らかにする観点ともなる。すなわち、法命題は人間の意思により操作されるものであるから、誰か（裁判官や立法者）の意思によって明示的に変更されない限り、法命題の意味は固定され続けることになり、その固定性を起点にして、流転する社会現象のなかに比較的確かな秩序（法秩序）を実現することが可能になる¹⁰⁴。また、逆に、既存の法命題が実態にそぐわない時には、法命題が変更されていないことを問題として提起することも可能になる。

法学の対象が言語ないし命題であり、その意識的操作が可能であることから、法命題を体系化するということが可能になる¹⁰⁵。17世紀の理性法論は、自然界にある法則性を観察し、その知識を論理的に体系化しようとした自然科学の関心と方法とを人間界の現象にも

¹⁰¹ Ibid., p.275; D. R. Kelly, "Gaius Noster: Substructures of Western Social Thought", *American Historical Review*, Vol.84 (1979), pp.619-648.

¹⁰² M. Weber, *Über einige Kategorien der Verstehenden Soziologie* (1913) (林道義訳、『理解社会学のカテゴリー』岩波書店、1968年)では、法学的考察方法は「法命題の妥当すべき内容」に向けられるとされ、「理解可能な行為」へと向けられた社会学的考察方法から区別されている。また、法を命題の体系として記述した、H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Free Press (1938)も参照。

¹⁰³ ただし、次の指摘にも注意したい。「言語は、私たちが意思によって支配できる道具であるだけではない。言語は私たちが支配し得る」(Pollock and Maitland, Vol.1, p.87)。

¹⁰⁴ 井上茂『司法権の理論』(有非閣、1960年)、1頁「現実の社会の動態のなかで、成文の憲法および法律がはたらき保持されている。いわば、動くもののなかで動かぬものが支配している」。

¹⁰⁵ 法体系の内的統一性は、根本規範(ケルゼン)や普遍的法原則(カナリス)からの流出と

拡張し、論理的に一貫した社会秩序を法秩序として確立しようとしたものであると言われている¹⁰⁶。その結果、法命題を体系化および成文化した法典の編纂へと辿り着いた。そして、法は、このように体系化・成文化された法律に規定されている抽象概念を出発点として、そこから論理的・演繹的推論によって結論を導き出すという方法で、理想的には、あらゆる社会現象をその対象にすることができるという普遍的性格を獲得するに至った¹⁰⁷。

しかしながら、法命題の論理的に一貫した体系の完成は、さらなる問題の出発点でもある。とりわけ、法実務だけでなく法学もまた、価値判断としての法解釈に係わるとされる以上、法命題の論理的一貫性を維持することが目標なのではなく、次々と生じる事案のなかで、価値判断の一貫性と法体系の内的統一性をいかにして維持するかが課題とならざるをえない¹⁰⁸（そのために帰納的方法が用いられる）。ただし、その場合であっても、価値判断は法命題に基づいて行われ、法命題の形式で表出されるのであるから、法学の対象が法命題である点是不変である。法命題は、誰かが意味の変更を与えない限り、それ自体は同一であり続けているが、法命題を解釈し、批判する人はそうではない。

(3) 社会学の分析対象と方法

法学の分析対象とは対照的に、社会学の分析対象は「自ら動く」性質を有している。すなわち、外部観察者が対象をいかに観察するかとは無関係に、対象は自らを創出し、自己を再生産している。これは、人間の意識にも、コミュニケーションを構成素とする社会システムにもあてはまる。

法学と社会学との差異を考えるうえで、行為は、言語を用いるとはいえ、言語に尽きないという事実が重要である。言語は、発話された言明（規範言明にせよ、事実言明にせよ）であるが、それは発話するという行為とは異なる¹⁰⁹。なぜ特定の言語を発したのかが問わ

して観念されてきた。

¹⁰⁶ ヴィーアッカー（鈴木祿弥訳）『近世私法史』（創文社、1961年）、267頁以下。

¹⁰⁷ それに対して、「一般的であるが抽象的ではなく、共通であるが具体的でもある」という性質を有するコモンローを対比して位置づける見解がある。W. T. Murphy, "The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition", *Modern Law Review*, Vol.54, No.2 (1991), pp.182ff., 193.

¹⁰⁸ C.カナリス（木村弘之亮代表訳）『法律学における体系思考と体系概念』慶應義塾大学出版会、1998年は、法学は、形式論理ではなく価値判断を思考し、自らも価値判断を下すことに係わる学問であることを強調する（特に、15頁以下）。それに対して、アメリカのリアリズム法学や批判法学のように、法的決定は、裁判官の個性や社会的背景、さらに政治により規定されると考える場合には、価値判断の体系性を求めることはできないことになる。

¹⁰⁹ さらに、次の事実も有意である。文字によるテキストは、「物質的基礎である紙の上に書

れるときは動機が問題となり、動機は個人の意識によって規定されると考えられているが、人の意識はみな自律的に動いている存在である。さらに、かかる行為者が相互作用する場合には、そこに生じる特殊な問題がある（これについては、次章第2節で検討する）。いずれにせよ、人間はみな意識主体であるから、人間を、命題記号と同じように、ある人の意思による統制に服させ、論理的に操作することはできない。したがって、言語によって論理的に一貫した秩序を表現することができたとしても、社会はこれと同じ意味で論理的に一貫して秩序づけることはできないから、そのような意味での体系を観察によって与えることはできない。

対象である社会システムが自ら動く性質を有しているとするならば、オートポイエーシス・システムの一般理論を社会現象の分析のために用いることができるはずであり、ルーマンの社会システム理論は、これを行った先駆的な試みである。その理論については次章で検討することとして、本節では、これが実証主義的社会科学と異なる点を、①分析方法、②社会における学問の位置づけに関して指摘しておきたい。

社会という実体が存在し、それが人間の意識や統制を超えて自ら動いているという経験が明らかになったのは、おそらく19世紀の経済学および統計論の発展によってであると思われる。そこでは、個別具体的な出来事が数値化して把握されたうえで、社会現象のリアリティはその総体や蓋然性によって測られ、個々の人間から自律した現象である経済や社会の運動自体が学問の分析対象とされるに至った。そして、自律的に作動している経済などの現象を記述するために、自然科学からの類推・借用を含めて、様々な理論が構築された。ここでは、その分析方法に注目したい。

実証科学は、因果関係——特定の原因と特定の結果との法則的結合——によって分析対象を把握する方法をとる。その場合、原因または結果として考慮されるのは、ある特定の出来事であり、社会現象はそれが存在した時点で一個の出来事として数えられる。例えば、子どもが生まれた事実やある物が売買された事実が集計されて、出生率や物価変動が算出されている。そのような統計に表れている数字は、ある出来事が存在したという過去の事実である。かかる事実から社会を観察するためには、できる限り多くの、理想としてはすべての出来事をデータとして収集し解析することが望ましい。こうして構成されるリアリ

き込まれたものは、事実それ自体によって存在する」、ゆえに世界の本質を「紙の上へと縮減することはできる」との観念を助長してきたが、文字もまたコミュニケーションの産物である (Luhmann, (1993), S.212).

ティが社会であり、そこから一定の予測を導出できると考えるのが実証科学である。

これは全体を理解しようと欲する経験主義の帰結である。そこでいわれる全体は、現実に存在するもの——すなわち、有限個の出来事の総体、あるいはそれら出来事の間で成立する関係としての法則——から理解しようとしてされているが、その基盤には、「存在するものは、それが存在していないことはないという点においてのみ、真である」とする発想が置かれている¹¹⁰。この立場からは、現実に存在するものの反対項は非在（無）であるとされ、リアリティは存在と無の二項によって把握される。

しかし、これがリアリティのすべてではないし、とりわけ法システムは存在した過去の出来事を対象として作動しているのではないため、かかるリアリティの捉え方は法システムの分析にとっても不十分である。法は、未来において生じるかもしれない出来事を考慮し、その結果、出来事が発生していないという事実にも影響を与えている。例えば、刑法は未だ発生していない犯罪を事前に抑止する効果を有しており、その結果、現在において犯罪が発生していないという事実にも影響を与えた可能性があるが、こうした作用は存在した出来事を数値化したデータからでは判明できない¹¹¹。

それに対して、ルーマンの提示した《機能分析》という方法は、リアリティについての異なる捉え方を開く方法である。機能分析とは、事態を比較する方法である。何かと何かを比較するためには、比較されるものを媒介する一つの基準（コンテクスト）が必要である。そこから、機能分析とは、「個々の作用を、作用の別の可能性も見ることができるよう抽象的観点に関係づける」というやり方で、「問題となっている結果の観点のもと、複数の可能性のある原因の機能的等価性を設定する」ものだとされる¹¹²。このように「一般化したうえで、再特定化すること」が機能分析の方法である。例えば、「～は青い」という命題について、「～」には様々な言葉を入れることができる。その場合、この文を成立させる（真理値を変えない）ならば、投入される値はどれも等価であるから、当該文を成立させるという機能において、複数の等価な値の可能性を顕在化させることができ、かかる抽象

¹¹⁰ N. Luhmann, "Funktion und Kausalität", in *S. A.* Bd.1 (1970), 9-30, 15.

¹¹¹ 犯罪発生件数の増加または減少を分析することはできるが、これは過去の出来事を異なる時点で比較したものであり、なぜ人が犯罪をする／しないという選択をするのかまでは明らかにしない。後者を解明するには、発生していないが可能な犯罪の総数を分母としてとり、そのうえに発生した犯罪の件数を位置づける必要があるが、可能性は無限に広がるから、可能な犯罪の「総数」がいくつであるかは算出できない。後述する偶有性の概念は、かかる蓋然性概念との対照として位置づけることができる。

¹¹² Luhmann, *op. cit.*, n.110, S.17. ただし、この定義は因果関係を対象としているが、比較の対象は原因と結果だけである必要はない。

的観点を取ることによって、そこには投入値の間で比較する領域が開かれる。この比較という視点は、同一であるものが別様でもある可能性を開くとともに、相違するものを等価なものとして扱う可能性を開くものでもある。さらに、機能分析は、投入値を比較するだけでなく、同じ分析方法でもって機能を比較することも可能である。上の例でいえば、命題の成立を許さない（真理値を変える）値——例えば、「雪は青い」の場合の「雪」——が存在することを明らかにすることで、逆機能となる事態の成立可能性やその条件をも機能分析は明らかにすることができる。

かかる機能分析の意義は、第一に、因果図式を、原因と結果との一対一の関係づけ（法則）としてではなく、むしろ複数の原因と複数の結果との様々な結合可能性として理解することで、因果分析を機能分析に含まれる一つの形態として扱うことを可能にする点にある¹¹³。第二に、より重要なのは、機能分析を用いることで、存在と無の二項によって世界を把握する方法に対して、別様である可能性を取り込む場所を設定することが可能になる点にある。つまり、存在するものは、それが別様である可能性のなかに位置づけて理解されるようになる¹¹⁴。その結果、リアリティは、現実であるもの／可能であるもの（条件つきで現実）／否定的なもの（非現実）の三項から把握される。このように、「現にあるように存在することも可能であるが、そうではないことも（別様でも）ありうること」は、《偶有性》と呼ばれる¹¹⁵。この場合、別様である可能性は、あくまでも現に存在するもの、または過去に存在したものを起点として、それとの比較から開かれてくるという点に注意したい。なぜなら、未知であるものを比較することはできないからである。さらに、逆に言えば、これは「現に存在するもの（体験されたもの、期待されたもの、想定されたもの、空想されたもの）を、ありうる別のものの観点において記述する」ことでもある¹¹⁶。このように別様なる可能性という地平において現在存在するものを見るという方法をとれば、現在存在するものは決して当然そうなるべくしてなったのではなく、むしろ、《ありそうに

¹¹³ 機能分析は、特殊学問的な観察方法ではない。むしろ、近代社会は、機能分析という観察方法が（因果分析にさえ）優位した社会であると思われる。

¹¹⁴ N. Luhmann, "Funktionale Methode und Systemtheorie", in *S. A.* Bd.1 (1970), S.32-35.

¹¹⁵ 「ライブニッツが明らかにしたように、否定は可能性それ自体に言及することはない——これは不可能性を意味するだろう——。しかし、可能性の言明の対象となる存在には言及できる。偶有性（Contingens）とは、否定的存在の可能性についての肯定的な（positive）言明である」

(N. Luhmann, "Generalized Media and the Problem of Contingency", in J. J. Loubser et al. ed., *Explorations in General Theory in Social Science*, Vol.2, The Free Press (1976), p.527).

¹¹⁶ Luhmann, (1984), S.152.

ない (unwahrscheinlich)》ものとして現れてくる。

私は、かかるリアリティを次のように形式化することで、機能分析はオートポイエーシス・システムの作動を解明する道具になると考える。オートポイエーシス・システムでは、作動は未来に向かって進行する。この場合、作動のありうる選択肢を形式的に表現すれば、①Aをするか、②Aをしないか、③その他のこと (B・C…) をするかという3つの可能性があることになる。①と②の選択肢は否定によって結合されているが、それらと③とは否定による結合を欠いている。この点で、両者の間には階層の差がある——{(Aをする/Aをしない)/B・C…をする}と表現することができる¹¹⁷——。この場合、③のB・C…はその他の選択肢として提示されるものであって、いくつの選択肢を列挙することができるかは状況に依存し、無限数の選択肢が存在することを意味するのではない。3つの可能性を同時に選択することはできないから、どれか一つを選択するよう強いられる。偶有性とは、それぞれの選択肢ではなく、選択肢からの選択が他でもありうるという性質を表現している——図式では「/」によって表される——。また、一つを選択した場合でも、その選択したものを起点として、その他の選択肢は潜在的に存在することになる。

このように把握すると、システムの作動は複雑性に直面していることが分かる。《複雑性 (Komplexität)》とは、もはや選択的にしか結合できないような構成素の多数性をいう¹¹⁸。つまり、実現できるよりも多数の可能性が存在するということであり、したがって選択が不可避であるということである。選択が強制されるということは、同時に選択を様々に条件づける自由を意味してもいる。かかる自由度が大きくなるほど、組み合わせのヴァリエーションが増える。この場合、構成素の多数性は、①構成素の量の多数だけでなく質的に異なっているものを含み、さらに、②これら構成素間の関係づけもまた多数でありうる。すなわち、{(Aをする/Aをしない)/B・C…をする}という選択肢の統一体において、③3つの選択肢を質的に区別する(重みづける)ことができ——例えば、優先順位をつけるなど (A>~ A>B) ——、②選択肢の組み合わせを変えることができる——例えば、{(A/~ A)/B} / {(A/~ A)/C} / …——ということである。

次に、実証主義の問題は、社会のなかで学問という立場から観察することをいかに把握するかという点にもある。実証主義科学は、科学者が外部からシステムを観察するという

¹¹⁷ 正確に記述すれば、{(Aをする/Aをしない)/(Bをする/Bをしない)…}ということになるが、簡略化して本文のように表現することにしたい。

¹¹⁸ Luhmann, (1997), S.134ff.

立場を採っているが、科学者をも包括する全体社会のレベルでは、かかる外的視点は成立しえない。これは、学問の観察は社会のなかの観察の一つにすぎないということの意味する。これを、ルーマン自身の次のような体験をもとにして考えてみよう¹¹⁹。ルーマンがアメリカに滞在していたある日、テレビをつけると、同性愛者の軍隊への入隊に関する議論が取り上げられていた。そこでは、連邦議会での議論が紹介された後、軍幹部の発言と街頭インタビューが放映されたという。この放送は、同性愛／異性愛の区別を導きにして展開されており、そこで発言している各人は同一の対象（テーマ）について語っている。しかし、このような観察者を観察する第二階層の観察レベルでは、同一の対象による結合という想定は維持し難くなる。そこでは、議会における政治的な関心（この問題に賛成／反対することが選挙に有利／不利かなど）、同性愛者の権利をめぐる法的な関心、軍隊の規律に関する関心（同性愛者の入隊は軍を弱体化させるか）、モラルに関する一般人の関心、そしてテレビを見ているルーマンの学問的な関心といった様々な関心が交錯している。さらに、ルーマンは、「同性愛者の軍隊への入隊の問題は、揺れ動き、最終的には自己欺瞞な諸個人の構築をいかに保護するかの問題である」とも言い¹²⁰、同一の人格でさえもが同性愛／異性愛の区別に対して同一のスタンスを保持できず、コンテキストが異なれば、同一人格でさえ、同性愛／異性愛のどちら側に立つかは揺れ動くことを論じている。以上の意味で、ある一つの対象に対しても、多数のパースペクティブが交錯し合いながら社会は進行している——多重コンテキストである——のであり、学問のパースペクティブもそのうちのひとつとして扱われなければならない。

全体社会を観察する社会学は、かかる社会のリアリティと、なによりもかかる学問の位置づけ自体を自らのうちに反映し、それを適切に記述できる理論を構築しなければならない。学問的観察（研究）とリアリティとの関係についていえば、学問は、自らのコンテキスト（＝比較基準）を用いてリアリティを観察しているのであり、それが他のコンテキストから観察されたリアリティと一致する保証はないという点に注意する必要がある。この問題は、かかる多重コンテキストから構成される全体社会そのものを観察し記述する場合の社会学において困難な課題として現れる。なぜなら、学問という自らのコンテキストをその内に含む全体を対象にしながら、なおかつ相対的な自らのコンテキストから観察を行

¹¹⁹ N. Luhmann, "Deconstruction as Second-Order Observing", *New Literary Review*, Vol.24 (1993), pp.763-782.

¹²⁰ Ibid., p.765.

い、その成果（社会理論）を提示しなければならないからである¹²¹。換言すれば、「システムの内部においてシステムの統一性を記述する」という課題に答えなければならない。それに対して、学問システムから他のシステムを観察する場合——本稿もこれに属する——は、外部観察者として観察することが許されるし、かかる立場からする観察によって、自己観察によっては観察できない知識（Wissens）を産出することができる。こうした機能に特化してきた社会システムが学問（Wissenschaft）システムであり、また、扱われる知識の内容によってではなく、いかなる知識であれ、それが真であるか偽であるかの判断に服することで統一性を維持していることから学問システムである。

ただし、かかる外部観察者の観察（学問）もまた、世界の内部において行われているとの原則は変わらない。では、世界の内部と外部の差異はいかにして設定されるのだろうか。世界とその環境との境界を設定するものは、《意味（Sinn）》である¹²²。意味の妥当性は、多かれ少なかれ、経験に支えられているから、理論の妥当性も経験に依存することになる。さらに、意味は、意味を用いることによってしか生じない。このとき、世界の外側に意味でもって到達することはできない。できることは、「世界の外側は～である」あるいは「世界は～ではない」という他者言及の方法を用いることでしかない。とはいえ、この他者言及は意味を用いてなされており、システム自身の言及である。つまり、「世界の外側は～である」という言及によって、世界の内側が広がることになる。これが、《作動上の閉鎖性》と呼ばれる事態である。意味を用いて意味の外側に出ることはできないから、意味はオートポイエーシス・システムである。ただし、意味も形式であるから、ある顕在化した意味は、それを起点とした否定形（マークされていない状態）や可能態（その他の可能性）を潜在させており、意味の全体という場合は、顕在化された意味に随伴する潜在性も含めて理解する必要がある。社会システムは、かかる世界の内部に存在している。

¹²¹ かかる課題に取り組んだ著作が、Luhmann, (1997)である。

¹²² 意味については、Luhmann, (1984), Kap.2; Luhmann, (1997), S.44ff.

第2章 所有権の社会分析

本章では、理論的な観点から、「所有権の社会分析」という分析枠組みを提示する。なお、イングランド法では、財産権 (property right) と所有権 (ownership) とは次のように区別される¹。財産権とは、「利益保持者がその利益を取得した取引 (その他の手段) の原初の当事者を越えて執行できる権利を取得するという性質をもった、物 [無体物を含む] における利益を包括する広い用語である」。それに対して、所有権は、「所有者として指定された人が、少なくともなんらかの意味で、物における可能な限り最大の利益を有するとみなされるような、property利益の特殊なタイプである」。本稿は、財産権一般ではなく、所有権を分析対象とする。

第1節 分析枠組みの分類

所有権の分析は、所有権をいかなるコンテキストに位置づけ、何から区別して観察するかによって、多様なアプローチを採ることが可能である²。以下では、本稿のアプローチを提示する前提作業として、従来、法学、政治学、経済学において所有権はどのように分析されてきたかを検討することで、(所有権の理解の相違ではなく) 所有権を分析する枠組みの相違を明らかにしたい。

法学は、所有権を法体系の内部に位置づけ、他の権利や法制度との区別において考察する。所有権は、人格による物の直接的かつ全面的支配を本質とし、そこから導出される人と人との法律上の関係 (法関係) によって把握され、その分析枠組みは、物、本人、他人の関係を中心とする³。英米法では法関係を中心とする分析が多く、特に権利、特権、権限、

¹ A. Clarke and P. Kohler, *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge University Press (2005), p.180. 基本的には、property に「財産権」または財産権の客体を指して用いられている場合には「財産」の訳語をあて、ownership に「所有権」の訳語をあてるが、ownership は property の特殊なタイプであり、また両者はしばしば同義とされるため、適宜訳し分けていく。また、イングランド法を継受したケニア法が分析対象であるため、大陸法に特有の概念 (特に、物権/債権の峻別) を詳しく検討することはしない。

² 「所有権は難しい用語である。なぜなら、その意味がコンテキストによって異なるからである」 (Clarke and Kohler, *op. cit.*, n.1, p.182)。

³ 例えば、サヴィニーは、世界は、本人、自由意思のない自然、他人から構成されるとの理解のもと、法とは、本人の意思が独立して支配できる範囲を割り当てるものであり、このうち所有

免責といった法関係の分類を提示したホーフエルトの理論が用いられている⁴。

これらが法体系というコンテキストのなかで法関係を分析するものであるのに対して、法学のなかにも、《社会関係としての所有権》という理解を提示する一連の研究がある⁵（法解釈学よりは法社会学に近いが、分析から一定の法解釈上の帰結を導き出すことも行われる）。これは、所有権は、法関係ではなく、物をめぐる社会関係のなかから直接に発生する、あるいはそれに直接に規定されると考える立場である⁶。以下でみる政治学および経済学の分析枠組みも、基本的には、この社会関係としての所有権というアプローチに属している。ただ、その社会関係として、どのコンテキストを採るかが異なっている。

政治学は、所有権を社会の権力関係というコンテキストに位置づけて分析する。かつては、財産所有は政治的決定に参加する条件であり、財産は権力の源泉とされた（ローマ市民、封建領主、選挙資格の財産要件など）。その一方で、財産へのアクセス資格（権利能力）もまた権力関係によって決定された（奴隷、女性など）。この観点からは、所有権の配分は自由の配分と同一視されることになる⁷。近年でも、社会関係としての所有権論は、社会のなかの権力関係に注目し、「権力格差が人間同士の関係に影響し、その関係から帰結する所有権に影響を与える」と論じている⁸。

近代に入り、政府への権力集中が進むと、所有権は政府（政治権力）と市民の関係という特殊な場面に位置づけられた。特に、アメリカ合衆国では、政府は所有権に介入してはならないとともに政府の目的は所有権を保護することであるとするロックの思想⁹を受け継いだ制限政府の考え方が、長年に渡って政治思想や憲法学を支配していた¹⁰。そして、これ

権は自然の一部を本人が独立して支配できる完全な権利であるとした（サヴィニー（小橋一郎訳）『現代ローマ法体系』第1巻（成文堂、1993年）、297頁以下）。

⁴ 例えば、Clarke and Kohler, *op. cit.*, n.1, pp.19ff. ホーフエルトによれば、①反対の組み合わせとして、権利—権利の欠如、特権—義務、権限—不能、免責—責任、②相関の組み合わせとして、権利—義務、特権—権利の欠如、権限—責任、免責—不能が分類される（W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, Vol.23 (1913), pp.16ff.）。

⁵ S. R. Munzer, “Property as Social Relations”, in his ed., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press (2001), pp.36-75.

⁶ *Ibid.*, p.41. 事実としての所有形態が、直接に法律上の所有権の内容になるとする点で、所有と所有権との区別はあいまいである。

⁷ A. Reeve, *Property*, Macmillan (1986), p.79.

⁸ Munzer, *op. cit.*, n.5, p.41; M. R. Cohen, “Property and Sovereignty”, *Cornell Law Quarterly*, Vol.13 (1927), pp.8-30. 所有権の内容形成を行う立法者や裁判官も中立的な存在ではないとする。

⁹ J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, (1960 [1690]).

¹⁰ J. Madison, “Property”, *National Gazette*, March 29, 1792 in *James Madison: Writings*, The Library of America (1999), pp.515-517, 515, 「政府は、あらゆる種類の財産（property）

を正当化する論拠とされたのが、自然状態において個人の安全を保障して、その自律を実現することであり、所有権は政府に先立って存在する自然権であるとされた。その一方で、所有権および制限政府と福祉の権利および政府による再配分政策との関係も歴史的に争われてきたところである¹¹。これは、所有権の正当性についての議論につながっている¹²。

政治学における所有権論の特徴は、政府と市民社会との対置を可能にするとの目的から、所有権が個人に自己存立の基盤を与えるものとして位置づけられた点にある。その課題は、他の何ものにも依存せず、それ自体で存立する個人を定立すること、すなわち個人に実体性を付与することにほかならない¹³。そのために、絶対的支配が及ぼされる外界物を自然物から自己自身へと拡張することが行われた（自己所有権¹⁴）。自分自身を排他的にコントロールする権利という意味での自己所有権は、自己決定の保障と通じるものであり、個人の自律の重要な一側面を形成するものである。

それに対して、ポコックは¹⁵、古代ギリシアより受け継がれた市民の徳（civic virtue）の世界は、特殊化されていない自由な人格と有徳によって人間を捉える世界であって、そこにおける「財産の機能は、人に独立と自律を与えると同時に、政治問題に従事する余暇と自由を与えるものでもある¹⁶」のに対して、極めて専門化・特殊化された商業活動の世界では、人格と財産との結合は解体され、自律性を維持できない個人が政府に依存する社会に

を保護するために設立される。……これが政府の目的であり、人が所有（own）するものが何であれ、それを万人に不偏的に（impartially）保障する政府だけが、正当な（just）政府である」（強調は原文）。これは、普通選挙制が財産権への脅威になるという認識と結びついていたことも指摘しておきたい（J. Madison, “Note to His Speech on the Right of Suffrage”, in *The Record of the Federal Convention of 1787*, Vol.3 (1966), p.450）。

¹¹ T. A. Horne, *Property Rights and Poverty: Political Argument in Britain, 1605-1834*, The University of North Carolina Press (1990); N. Mercurio and W. J. Samuels ed., *The Fundamental Interrelationships Between Government and Property*, JAI Press Inc. (1999).

¹² J. Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon Press (1988); S. R. Munzer, *A Theory of Property*, Cambridge University Press (1990).

¹³ C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Clarendon Press (1962), p.3, 「[所有的個人主義] 所有の性質は、本質的には何も社会に負っていない、自分自身の人格または能力の所有者としての個人という概念のなかに見出される。個人は、道徳の全体であるとも、より大きな社会全体の一部であるともみなされない。むしろ、自分自身の所有者である。……社会とは、自分自身の能力と、その行使によって取得した物の所有者として、自由で平等な複数の個人がお互いに関わり合うものとなった」。

¹⁴ 自己所有権については、森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995年）参照。

¹⁵ J.G.A. Pocock, “The Mobility of Property and the Rise of Eighteenth-Century Sociology”, in Anthony Parel and Thomas Flanagan eds., *Theories of Property: Aristotle to the Present* (1979), pp.141-166; J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment*, Princeton University Press (1975)も参照。

¹⁶ Ibid., (1979), p.148.

なったと論じる。すなわち、商人は投下された資本の保護について政府に依存するが、その一方、公債制度の発展とともに、財政調達必要性から政府が商業に依存することにもなる¹⁷。その結果、「人格と政府両方の物質的基盤である財産 (property) は、物的 (real) であることをやめ、流動的 (mobile) であるとともに、観念的 (imaginary) なものとなった」という¹⁸。この立場によれば、政府と市民との関係は、政府は市民とその財産の安全を保障する一方、政府活動はもはや政府には統制しえない市民の経済活動に依存するという相互依存を基調とし、所有権は政治と経済とが分化したうえで相互に依存するというコンテキストに位置づけて理解される。

経済学は、所有権を社会の経済関係というコンテキストに位置づけて分析する。これには、所有権と経済構造との関係の分析と¹⁹、法の経済分析ないし法と経済学の分析²⁰とがある。ここでは、後者の法の経済分析を検討したい。法の経済分析は、法関係の構成を経済合理性の観点によって統制しようとするところに特徴がある²¹。そのうち、所有権の経済分析は、次の2つの分析に大別できると思われる。

第一に、取引に費用がかかる場合には、取引費用を削減するために、非価格的な配分手法 (non-price allocation methods) が、それと対応した組織とともに、必要になるとの観点から行われる分析がある²²。所有権は、①物をめぐる利益対立を人々を分離するというやり方で調整することによって暴力を制御すること、②分離された人々は特殊な資源利用に特化できること (分業を可能にする)、③所有権の明確化は取引を可能にし、交換を通じて

¹⁷ アダム・スミスは、「統一的人格の解体が、最も貧しい成員にも衣食を与えることができるという商業社会の最良の特質と、否定しがたく結びついていることを証明した」(I. Hont and M. Ignatieff, "Needs and Justice in the *Wealth of Nations*: an Introductory Essay", in their eds., *The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*, Cambridge University Press (1983), p.8).

¹⁸ Pocock, *op. cit.*, n.15, (1979), p.151.

¹⁹ わが国では、川島武宜『所有権法の理論 (新版)』(岩波書店, 1987[1949]年)に始まる一連の近代的(土地)所有権論の業績がある。また、マルクス主義法学も、下部構造である所有形態が上部構造である所有権を規定すると論じた。これらとは別に、社会の生産構造に注目した、加藤雅信『「所有権」の誕生』(三省堂, 2001年)もある。

²⁰ R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., Aspen Law & Business (1998).所有権を扱った代表的な論文は、R. A. Epstein, *Economics of Property Law*, Edward Elgar (2007)に収められている。

²¹ 法の経済分析は法学とは異なる法決定の基準を定立しようとする実践的な関心を背景においており、純粋な経験科学にとどまらない。ゆえに、法学の側からは、かかる「法関係の経済化」に限界を画し、法学の特色である規範的判断を取り戻そうとする動きもある (P. Häberle, "Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumbegriff", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol.109 (1984), S.36-76).

²² Y. Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, 2nd ed., Cambridge University Press

生産活動を協調させるために取引費用を削減することが指摘されているが²³、これは、所有権に経済システムを可能にする条件としての位置づけを与えるものである。所有権は、取引にかかる種々の費用を削減することによって経済システムの進化に影響を与えるが、当の所有権自体の定義や要件・効果は経済取引の対象とはならないところに意義がある。

第二に、所有権制度の進化を、費用便益分析を用いて、価格メカニズムの変動によって説明する一連の研究がある。これは、経済的に合理的な行為者が物から得る利益を最大化することを目的として行なった場合に、どのような条件のもとで、私有／共有の形態を選択することが合理的になるかを分析する理論であり²⁴、その意義は、所有権を市場外生的なものとして位置づける新古典派への対抗にあるとされる²⁵。本稿にとっては、かかる分析が、所有権はいかにして可能になるかという視点を内在させている点が重要である。というのも、この分析は共有あるいは開かれたアクセス状態から私的所有権が発生するメカニズムを説明するとの関心に基づくゆえに、既存の所有権制度を分析の前提とするのではなく、所有権を成り立たせる諸要素にまで遡って考察しなければならないからである²⁶。この観点から、所有権の進化を物から得られる利益の対立と交渉の帰結として分析し²⁷、その対立と交渉の過程を規律する制度の実効性に所有権の進化の規定因を求める研究もある²⁸。

いずれにせよ、経済学は、「経済システムのなかの個人」、すなわち価格メカニズムが生み出す費用便益関係の変動のなかで合理的に行なう個人を出発点としたうえで、かかる行為に対する所有権の影響、あるいはかかる行為による所有権への影響を分析している。

(1997), pp.11ff.

²³ R. A. Epstein, "Introduction", in *op. cit.*, n.20, p.xi.

²⁴ H. Demsetz, "Towards a Theory of Property Rights", *American Economic Review*, Vol.57 (1967), pp.347-359, 350 「[私的] 所有権は、外部性を内部化する利得が内部化の費用よりも大きくなるとき発展する」; B. C. Field, "The Evolution of Property Rights", *KYKLOS*, Vol.42 (1989), pp.319-345; G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, Vol.162 (1968), pp.1243ff.; M. A. Heller, "The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, Vol.111 (1998), pp.621-688.

²⁵ D. Fitzpatrick, "Evolution and Chaos in Property Rights Systems: The Third World Tragedy of Contested Access", *Yale Law Journal*, Vol.115 (2006), pp.996-1048, 1009-1010.

²⁶ 特に、所有権は、それを成り立たせるために必要な費用（保護費用、初期権原の設定費用、交換費用、配分費用、紛争解決費用など）に分解して理解される。Ibid., p.1017; H. Demsetz, "The Exchange and Enforcement of Property Rights", *Journal of Law and Economics*, Vol.7 (1964), pp.11-26.

²⁷ S. Berry, *No Condition is Permanent: The Social Dynamics of Agrarian Change in Sub-Saharan Africa*, University of Wisconsin Press (1993); K. Firmin-Sellers, *The Transformation of Property Rights in the Gold Coast: An Empirical Analysis applying Rational Choice Theory*, Cambridge University Press (1996).

²⁸ Fitzpatrick, *op. cit.*, n.25, p.1009 は、外部性を内部化する過程自体が紛争という別の外部性を産出することを指摘する。

しかし、個人の決定においては考慮されない他人への効果である外部性や、他人と取引する場合に初めて発生する取引費用は、個人の単独行為としてではなく、諸個人が生み出す社会関係の帰結として、あるいは社会関係を考慮して、初めて問題となるものであり、社会関係の存在を前提とした現象である。それゆえ、外部性を内部化したり、取引費用を削減したりする所有権の効果も、社会関係に与える効果であるということができよう。

これら社会関係としての所有権の諸理論には、所有権を、個人に存立の基盤を与えることや取引費用を削減することといった、なんらかの機能ないし作用へと還元する思考がある。そして、その機能ないし作用を導出するためには、法関係としての所有権ではなく、権力関係や経済関係といった社会関係自体を分析しなければならないことも示されている。しかし、他方で、法関係としての所有権そのものは、権力関係や経済関係ではない。法関係としての所有権は独自の存在であり、それを無視して所有権を権力関係等と同一視したり、あるいは権力関係等へと還元しうるものと扱うのは妥当ではないだろう。では、所有権自体はいかなる存在であるか。法学は、これを言語としてみるが、社会学は所有権もまた一つの「コミュニケーション」であるとみる。この意味では、「社会関係」を権力関係や経済関係よりも、さらに基礎的なコミュニケーションとして把握するところに、所有権の社会分析の特徴がある。これを正確に分析するためには、法と社会とを峻別して対置する分析枠組みではなく、むしろ法もまた一つの社会システムであるとする分析枠組みを定立することが必要になる。以下では、第2節で、社会システムの一般理論を提示したうえで、法システムを全体社会システムの部分システムの一つとして位置づけ、法システムの存在理由となる全体社会の基本問題を提示する。第3節では、法システムに固有の問題（その分出、機能、進化）について検討する。そのうえで、第4節で、所有権の社会分析の詳細を提示したい。

第2節 社会システムの一般理論

理論一般と同じく社会理論にも出発点があり、何を出発点に置くかが問題となる。経験的な学問としての社会学としては、否定できない経験的事実を出発点に置くべきである。ただし、否定できない事実は単一の事実に限定されないから選択の余地があり、また抽象性の程度にも差がある。本稿は次のように考えたい。

かつては、人間が他人と関わり合うことは、人間の本性あるいは必然であるとみなされ

ていた²⁹。それに対して、近代社会の特質は、個人が自由な意識の担い手としての人格（自律的行為者）として定立され、かかる自律的行為者を単位として社会が成り立つと見られるようになった点にある、とされた³⁰。これによると、人間が完全に自由であるのは意識主体であることにおいてのみである、なぜなら、自己の意識を制御できるのは自己だけであるから、と考えられた。つまり、自己が何を意識するかは、自己の意識だけが決定でき、それ以外の何者にも決定されることはない。これをシステム理論の用語で言えば、人間の心理は意識から構成されるオートポイエーシス・システム（心理システム）であるということになる。周知のように、このような人間の存在形式（心理システムの実体性）を基点に据えることで近代社会の捉え方は革命的な変化を経験することになり、それに応じて社会制度の構成も大きく転換するに至った。

しかし、このように人間を自律的行為者として定立することは問題の発端にすぎない。そのような見方からは、自分自身の意識にのみ従う自由な行為者は、いかにして他の行為者とうまくやっていくことができるのかという問題が、理論的問題としてだけでなく、実際的問題としても提起されるようになったからである³¹。この問題は、社会学においては、《二重の偶有性（doppelte Kontingenz）》の問題として定式化されるに至っており、この問題を契機として、心理システムとは異なるレベルで自己存立するものとしての社会システム、つまり社会システムの実体性を理論化する作業が始められた³²。以下では、その現在における到達点と目されるニクラス・ルーマンの社会システム論に依拠しつつ³³、本稿のいう所有権の社会分析が前提とする社会概念を提示したい。

²⁹ アリストテレス（山本光雄訳）『政治学』（岩波書店、1961年）、32頁以下「互いに他なくしてはあり得ないものは、一対となるのが必然である」。ゆえに、欠如態である個人が、その自足を終局目的としてポリスへと至ることも必然である。

³⁰ I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Suhrkamp (1974 [1781, 1787]). また, N. Luhmann, "Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?", in *S.A.*, Bd.6 (1995), S.43.

³¹ ルーマン自身は、「社会は個人から成り立つ」という想定が動揺し始めたのは、18世紀中頃、産業革命期からであると理解している（Luhmann, (1997), S.26）。

³² コミュニケーションが「純粋に社会的である」のは、第一に、「それが共作用する意識システムの多数性を前提としながらも（まさにそれゆえに）、統一体としては単一の意識に帰属させることができない」限りにおいてであり、第二に、「いかなる方法およびいかなる意味でも、『共同の』（集合的な）意識を生み出すことができない」限りにおいてである（Luhmann, (1997), S.81-82）。

³³ ルーマンの社会理論については、馬場靖雄『ルーマンの社会理論』勁草書房、2001年参照。

第1項 社会システムの実体性

(1) 二重の偶有性

二重の偶有性とは、2人の自律的行為者が出会った時に生じる状態の性質である。ルーマンは、パーソンズによる二重の偶有性定式を次のように要約している³⁴。「自己 (Ego) の行為する仕方に他者 (Alter) がその行為を依存させており、かつ自己は自らの行動を他者に接続させようとしているのなら、なんらの行為もおこりえない」。なぜなら、自己がいかに行為するかは他者が採る行為を前提にしており、同じことは他者から見た自己についてもいえるから、お互いの行為が相互依存の状態にあるため行為が発生しないからである。パーソンズは、このように定式化した二重の偶有性問題を、当事者が一致して抱く規範的志向によって解決するという理論を提示した。すなわち、相互行為が可能となっているのは、お互いが一致した規範 (期待構造) を抱いているからだと考えた。それに対して、ルーマンは、かかる解決を、「当事者が伝承された文化を自らの内に取り込む社会化によって、すなわち過去を志向することによって」初めて行為が可能になるとする考え方であるという³⁵。これによれば、規範とは、行為者が行為を開始する時点ですでに存在するものであり、かつ行為者によって内面化されているものである。しかし、このような考え方では事前に存在する規範が行為を決定するとの決定論に陥り、社会的なものである規範自体の変容を行為と関連づけて把握できないと批判された。パーソンズとは逆に、ルーマンの社会理論は、コミュニケーションが未来を志向して進行しているという事実を出発点として、そのなかに規範を位置づけるところに特徴がある。

ルーマンは、コミュニケーションを理解するためには、二重の偶有性に関して、①社会システムが所与ではない状況において自己や他者として関係する行為主体について、および②偶有性の理解について、さらに問わなければならないとした。まず、①については、自己が他者に遭遇したという事実だけではいまだ二重の偶有性の成立にとって十分ではないとし、他者が特別な方法で体験され、取り扱われることが必要であるとする。すなわち、他者が「無限に開かれており、根本において、外部からの把握によって意味を規定する可

³⁴ Luhmann, (1984), S.149, 174-175. T. Parsons, "Social Interaction" in *International Encyclopedia of the Social Science*, Vol.7 (1968), pp.429-441.二重の偶有性の問題は、ホップズの万人の万人に対する闘争をヒントに定式化され、ホップズ問題とも呼ばれている。

³⁵ Luhmann, (1984), S.150 (傍点は平田による)。また、Luhmann, (1987), S.20 も参照。

能性が奪われている」ような存在として体験されることが必要である³⁶。言い換えれば、自己が、他者を、他者固有の意識から成り立っており、自己にとってはその内側を覗き見ることにも制御することもできない閉じたシステムとして体験する必要がある。そうすると、それぞれにとってお互いに相手方はその意識の中を正確に算定することができないブラックボックスとして現れる。二重の偶有性は、かかるブラックボックス同士が出会った時に発生する。次に、②に関しては、偶有性概念をその本来の姿である様相論の姿において把握すること、つまり《現にあるように存在することも可能であるが、別様でもありうること》として理解する必要があるとする。この理解によると、相手がブラックボックスであるという事態は、相手が何をするか予見できないという事態ではなく、《相手が現にあるとは別様に行動する可能性が、つねに存在することを否定できない》という事態を意味することになる。

かかる自己と他者が出会った状態で、自己意識が自らを自らだけで規定する方法は、最初はまったく自己関係的であり、純粹に消極的なものである。すなわち、「私が欲することをあなたが行うなら、あなたが欲することを私は行う」という自己言及的循環によってのみ自分自身を規定することができる³⁷。この基礎には、「あなたがあなた自身を私によって規定しないならば、私は私自身をあなたによって規定しない」という「それ自体を条件づける未規定性」が存在する。自由な自己意識にとっては、自分の行為は自分で自由に規定できるはずであるが、同じ自律的行為者である相手との間でいかに行為するかという場面が生じると、最初に出現する状態は未だ規定されていないという純粹に消極的な状態である。つまり、自己意識にとっては、他者と出会わなければ生じえないような未規定性が、自己のうちに生じている。二重の偶有性とは、相手の偶有性に直面した自己自身も偶有的となる状態を意味しており、ここで人は初めて社会を経験するのである。

同じ未規定性は他者の側でも発生している。ここで視点を、自己意識の側から、自己と

³⁶ Luhmann, (1984), S.151-152. 反対に、行為者のパースペクティブの同質性を想定する理論は、「世界や理性の共同性を自明なものとして前提にしている」(N. Luhmann, "Soziologische Aufklärung", in *S.A.* Bd.1, (1970), S.85).

³⁷ Luhmann, (1984), S.166; Luhmann, (1997), S.336. 「欲する」という文言は、行為者が意識主体として自律的であるという事態を表現していると解すべきである。そうすると、この定義は次のように解釈できる。私があなたの欲することを行うかどうかは、私が欲することをあなたが行った場合だけである。しかし、あなたからしてみれば、あなたがなすべきことは私が何を欲するかに依存している。そして、自律的行為者である私はいかようにでも欲することができるから、「私が欲することをあなたが行うなら」という条件が成就するかは、私があなたに何を欲するか次第である。したがって、私があなたの欲することを行うかどうかは、結局、私自身に依存

他者との関係を見る第三者的な立場へと移行させよう。そうすると、自己と他者とが遭遇することで生じている状態は、「関与する諸システム [自己と他者] には還元しえない新しい統一性」であることがわかる³⁸。この統一性は、発生したとしても、その後が続いて何も生じなければ（相手によって自己を規定しなければ）崩壊してしまう不安定な統一性であり、しかも、その原因は各意識主体にとっては制御しえない（つまり、環境である）相手方に帰責される。自己意識にできることは、自分が作り出したこの不安定な状態に対して自分で対応することしかない。しかし、それに対して相手がいかなる応答をするかについては、自己は予見も制御もできないのが原則である。これは、（少なくとも）2人の自律的な意識主体が、お互いにコミュニケーション³⁹しあおうとする場合にのみ発生する固有の複雑性の存在を提示している⁴⁰。換言すれば、二重の偶有性が産出する各当事者によっては制御しえないこの状態は、2人の人間が会うのでなければ世界のなかでは生じえない固有の状態であり、これが《社会》の原状態である。二重の偶有性は、人間が他人の意識の内部を知ることができないという物理的事実に基づいているから、それは時代や場所に関係なく、あらゆるコミュニケーションに付随している基本的な性質あるいは問題である⁴¹。

二重の偶有性は、あらゆる社会現象に社会的である性質を付与するメルクマールであり、社会現象が世界のなかの一つの実体である根拠となるものである。さらに、ルーマンが再定式化したこの問題は、コミュニケーションの進行における、ある基本的なリスクを表現したものと解することができる。それは、自己の相手方は自己の意識とは異なる自律的行為者であり、つねに別様に行動することも可能な存在であるから、《自己の行動が相手によって否定される可能性を否定することはできない》という社会的なリスクである⁴²。これは、他人の行為が欲求といった人間の共通の傾向や規範などの「共同なもの」によって事前決

するというように循環してしまう。

³⁸ Luhmann, (1984), S.166-167.

³⁹ コミュニケーションについて語りうるのは、「2つの複合体が双方ともに状態規定の異なる可能性を有しているにもかかわらず、複合体 A の状態変化が複合体 B の状態変化と対応している (korrespondiert) 場合である」(Luhmann, (1984), S.66)。

⁴⁰ 「社会システムは、両方の当事者が二重の偶有性を経験しており、かかる状況の未規定性が、両方の当事者にとって、その後に行われるそれぞれの活動に構造を形成する意義を有していることによって(そのことのみによって)成立する」(Luhmann, (1984), S.154(強調は原文))。

⁴¹ ただし、人類の最古から、これが問題として認識されていたわけではない。近代になって、人間を自律的行為者というかたちで定立したことで初めて、二重の偶有性が問題として認識されるようになったといえよう。

⁴² このリスクを否定的な帰結を導くものとしてのみ捉えるべきではない。自分の力だけでは得ることのできない経験の源泉となる(例えば、教育)など、肯定的な帰結も生じうる。

定されていると推定できた近代以前の社会構造と対照的である。近代社会は、人の行為の性質についての原則的な見方が被決定性から偶有性へと転換された社会なのである。同じく、近代社会では、時間次元においても偶有性が原則となっている。そこでは、既知である過去の出来事（およびそこから導出される法則）が未来を決定しているとする時間観念から、未だ知ることのない未来へ向かって時間が進行しているとする時間観念への転換がある。これもまた、過去による被決定性から未来という偶有性への社会構造の原則転換である。要するに、近代社会への移行とは、原則として人の行為や未来は決定されたものであり、そこから外れる現象は逸脱として把握される社会構造に対して、原則として人の行為や未来は偶有的であり、決定されたものは複数の可能性のなかから選択されたものとして現れることを経験的事実として否定できない社会構造への移行を意味している⁴³。社会現象にオートポイエシス・システム理論を適用することの妥当性も、近代社会のかかる理解に依拠している。

(2) コミュニケーション

かかる行為や未来の偶有性自体は消し去ることのできないものであり、社会の形成によって排除されるものでもない。そうすると、二重の偶有性という条件下で、コミュニケーションはいかにして進行しているのであろうか。

この問いに、ルーマンは、コミュニケーションは二重の偶有性が経験されるゆえに成立すると答えている⁴⁴。すなわち、お互いが二重の偶有性に直面している状態においては、自己は、自己のパースペクティブと他者のパースペクティブの不一致を経験していると同時に、この不一致という経験を相手も経験しているだろうという経験の一致を経験している。この経験の一致は、反省、すなわち第二階層の観察によって得られるものである。そして、この経験の一致は、自己と他者のパースペクティブの不一致を否定する、つまり自他のパースペクティブをなんらかのかたちで規定しようとする関心を生じさせる。こうして二重の偶有性の経験は、この経験自体がブラックボックスである相手を透明にしようとする関心を呼び起こすことになると、このように説明した⁴⁵。パースペクティブの不一致の経験が

⁴³ N. Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Westdeutscher Verlag (1992) (馬場靖雄訳『近代の観察』法政大学出版会, 2003年) 参照。

⁴⁴ Luhmann, (1984), S.172.

⁴⁵ 馬場教授は、この部分を「ネガティブに読むべき」とであるとされる。「すなわち、DK [二重の偶有性] において「収斂」が生じるとしたら、それはこのパースペクティブの非同一性の

一致するという経験自体は、依然として意識にとって内的な経験にとどまるが、この経験によって、自己意識は外部への志向（関心）を有するに至る。あらゆるコミュニケーションには、解消し難いパースペクティブの不一致の経験と外部への志向との両方が、つねに同時に随伴しているという点が重要である⁴⁶。

自己と他者とが接触を開始し始める契機そのものは偶然に開かれているが、その進行には透明性を産出しようとする関心が関与していなければならない。自他の接触は、どちらかが思い切って、相手に対してなんらかの行為をとってみることで始まりうる。《行為》とは、なんらかの意味を「情報」として選択し、それを他者に対して「伝達」することである⁴⁷。他者の側では、伝達された情報を「理解」した場合に⁴⁸、一定の行為（無視という不作為を含めて）をするように迫られる。返答するかどうかを決めなければならないし、受信した情報について何を返答するかも決めなければならない。このように、行為が理解された場合に初めて《コミュニケーション》が成立したといえる。逆に言えば、ある行為がコミュニケーションとなるかどうかは、その行為が相手に理解されるかどうかにかかっている⁴⁹。しかし、行為者は、行為する時点で、その行為が理解されるかどうかを決定できない。それは、特定の相手方あるいは不特定多数人の問題である。したがって、コミュニケーションそのものは、そこに参加する各人が制御することのできない性質を有している。

コミュニケーションが開始されると、自他の間の二重の偶有性という状況は規定されて

経験（差異の経験）をめぐってでしかありえない、というようにである」。つまり、この差異の経験を解消し、なんらかの共通性によって自他を媒介することで初めて社会秩序が創発するのではなく、差異の経験そのものに社会性が見出されるとされる（馬場、前掲書注 33, 69-70 頁）。⁴⁶ 人は、他人が自分とは異なる——距離のある——存在であると認識しながら、自分だけでは得ることのできない情報を他人に依存している。人間の極端な社会への依存と高度な個体化（Individualisierung）とは、同時に発展するのである（Luhmann, (1997), S.193 参照）。

⁴⁷ ここでは、情報と伝達の区別が重要である（Luhmann, (1984), S.193ff.）。情報は、意味の地平から選択された特定の意味であり、内容に係わっている。これは意味であるから、言語化することができる。それに対して、伝達とは選択された特定の意味を相手に対して発信するという動作または静止——何かを言うべき場面で言わないことも情報の発信となりうる——であり、それ自体は遂行するほかないものである。動静を記述して言語化することはできるが、それは動静を記述した言語であって、動静ではない。本来、動静によって示されていることは、実際に動く／動かないことである。それゆえ、行為は言語化できない部分を含んでいる。なお、意味と情報の違いは、意味は繰り返し使用しても同一であるのに対して、情報は繰り返しでも二度目には情報としての価値を失う点にある。

⁴⁸ 他者の側では、相手の情報選択と伝達選択との区別を観察できなければならない。つまり、相手が、複数の情報のなかから、ある情報を選択し、それを自分に向けて伝達したということを観察することが、理解である。

⁴⁹ さらにいえば、コミュニケーションであるためには、行為が有意味に理解されるだけで十分であり、それ以上に協働や連帯が必要なわけではない。

いき、それに応じて、二人の間には選り出された情報（テーマ）によって結びつけられた新たな状況が形成されていく。例えば、街中で居合わせただけの者に道を尋ねるという行為とその理解によって、ある場所への道順を明らかにするというテーマに基づいた状況が生まれる。ここでは、お互いがいかなる意識を抱いているかではなく、お互いを結びつける情報が生成しているという事態が重要である。コミュニケーションとは、未規定性という社会の原状態に対して、なんらかの情報（区別）が投入され、状態をつねに特定の形態で規定し、原状態にある固有の複雑性を縮減するとともに⁵⁰、その進行のなかで新たな偶有性に直面して複雑性が発生するという継続的な過程である。そして、かかる一連の過程は、それ自体が、二重の偶有性がなければ存在しないであろう状態である点で、世界のなかで実体性を有している。他方、時間次元で見れば、コミュニケーションは、生成するやいなや消滅し始める、時点を限定された「出来事」の連続として捉えられる⁵¹。

第2項 社会システムの統一性——オートポイエーシスの再生産

(1) 社会システムの回帰的再生産

以上のようなコミュニケーションの理解に対して、従来は、行為者がその意思に基づいて外的な行動をとることを行為としたうえで、かかる行為者の行う相互行為が社会であると考えられてきた。しかし、自己と他者の間に固有の状況が生じていることは理論的に根拠づけられていなかった。また、社会は行為から成り立ち、行為は意思、さらに意思を規定する動機によって規定されると考えられたため、意思や動機に影響を与える様々な要因（社会構造、イデオロギー、効用など）が探究された。そして、規範も意思を規定する要因の一つとして扱われ⁵²、意思を基準として、すでに意思に内在していると把握されるか、または意思の外部にあり、外部から制約を課すものと想定されてきた。かかる理論は人間一般に共通する行動論理ないし行動の規定因を探究する人間中心的な社会理論であるといえるが、人間の人間としての（例えば、欲求主体としての）同一性に分析の視線が集中し

⁵⁰ したがって、自他の間の状況規定は、意味の地平から選り出された情報によって構成されたものとして現れる。

⁵¹ 選り出された情報は「驚き＝予期せぬ出来事（Überraschung）」として、伝達はある時点での動静として、理解は何度も理解されるのではなく一度理解したことは後に記憶されるものとして、特定の時点に結び付けられた出来事である（Luhmann, (1997), S.71）。

⁵² 一例として、G. H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, (1963)（稲田静樹訳、『規範と行動の論理学』東海大学出版会、2000年）。

ている。しかし、現実にはかかる同一性の想定が裏切られるという経験も存在する。そして、裏切られるという経験が、すでに自己と他者との差異を経験させるコミュニケーションを前提としている。他方、人は自己利益を追求するといった想定も、コミュニケーションのなかで確かなものと確認されることで妥当性を獲得するものである。それゆえ、予め規定された行為の規定因を（人間本性などとして）前提にするのではなく、自他の同一性や差異を経験させるコミュニケーションを基底にして社会現象を捉えるべきなのである⁵³。

さらに、オートポイエーシス・システム論に依拠する社会システム論は、コミュニケーションはコミュニケーションによってのみ産出されると考えるが、これはいかなる事態であろうか。次のような状況から考えてみたい。自己のなした行為に対して相手の行った応答が自己の再応答の起点になるというかたちで、コミュニケーションは進行する。このとき、相手の応答がなされた時点で自己の取りうる再応答の選択肢は一定の範囲に制約されてしまい、自己が自分の意識だけに従って自由に再応答できなくなっている。この場合、自己の意識自体は依然として自由である（行動に出さなくても何を考えてもよい）。そうであるならば、いかなる要因が自己の再応答の自由を制約しているのだろうか。この問題は、例えば道筋を尋ねられた場合に時間を回答することが「間違い」だとされる状況を想起すれば理解しやすい。この場合、悪意からであろうと誤解からであろうと、時間を回答することは意識にとっては自由である。しかし、コミュニケーションにとっては「間違い」である。こう判断させる要因を意識に求めることはできないとすると、何が間違いであると判断させるのであろうか。

まず、社会システムの基本原則を確認しておこう⁵⁴。間違いであると判断されるような行為は、次のコミュニケーションを接続する能力を欠いたもの（攪乱）として扱われる。上の事例で、時間を回答することが攪乱となるのは、尋ねられた内容が道筋だからであり、時間が尋ねられていれば正しい回答となるのは当然である。つまり、ある行為が攪乱であるかどうかは、先行するコミュニケーションとの意味関係において決まる。同時に、ある行為が攪乱であるかどうかは後続するコミュニケーションに依存する。なぜなら、時間を回答された質問者は、コミュニケーションを止めて別の人に道を尋ねることもできる一方、同じ人に時間ではなく道筋を知りたいと再質問することで、さらなるコミュニケーション

⁵³ 個人と社会という問題も、意識とコミュニケーションというそれぞれ自律的なシステム（／環境）とシステム（／環境）の関係という問題となる。

⁵⁴ Luhmann,(1984), S.153ff.参照。

を継続することもできるからである。互いに相手は偶有的な存在であるから、どちらが選択されるかは偶有的である。後者が選択された場合、時間を回答することは、コミュニケーションを停止させてしまう攪乱ではなく、一時の動揺にすぎなかったことになる。つまり、道筋を尋ねられて時間を回答することでさえ、コミュニケーションの継続を決定しない⁵⁵。社会システムはコミュニケーションからコミュニケーションが産出されるオートポイエシス・システムであるとは、コミュニケーションが回帰的に (rekursiv) 結合されるネットワークであるということだが、これは、①ある行為が接続能力を有するかは、前後のコミュニケーションを離れては決まらなるとともに、②それは実際にやってみなければわからないということの意味する。以上を、行為者の視点からではなく、コミュニケーションの継続という視点からみれば、社会システムは、①作動の継続が未決定かつ不確実な状況において進行しているとともに、②つねに現在において実際に生じる作動だけを構成素としているということになる⁵⁶。そして、かかる作動が継続することで、コミュニケーションにはシステムとしての統一性が産出される。この意味で、一般的な《社会システム》とは、コミュニケーションの回帰的再生産である。

コミュニケーションが継続していくなかで、次にいかなるコミュニケーションが行われるかは事前に決定されていない。それゆえ、コミュニケーションの継続には、複雑性——形式的に表現すれば、{(Aが生じる/Aが生じない)/B・C…が生じる}の統一体——が存在する。ある特定のコミュニケーションがなされたということは、形式的には、この三つの可能性のうちの一つが実現されたものとして観察することができる。これは同時に、他の二つの可能性を選択されなかったものとして実現することも意味している (Aをしないでいることも、BやCをすることもできたのに、Aがなされた)。現実に作動として行われた選択肢がシステムを構成し、実現されなかった選択肢は環境に配置され、こうして一つの作動の実現は、システム/環境の差異 (なされたAという現実態と、AをしないことやB・Cをできたという可能態の間の差異) を同時に産出している⁵⁷。さらに、偶有性を原則とする社会では、同じことを反復するだけではコミュニケーションは立ち行かない。むしろ、偶有性を作動の前提としたうえで、実現されなかった別の可能性も観察することのできる第

⁵⁵ 規範に従う/違反することも、コミュニケーションの継続を決定するのではなく、コミュニケーションの進行を分岐させるにすぎない。

⁵⁶ これは、過去と未来も現在において参照される限りで存在するということを含意している。

⁵⁷ 選択肢の統一体には、コミュニケーションそのものが生じない (行為者から見れば応答しない) という選択肢も含まれ、その場合は、コミュニケーションの継続である社会システムは停

二階層の観察レベルを設定し、そのレベルで得られた観察を作動のなかに組み込むという機構（反省）が求められる⁵⁸。そこから、社会システム論の課題は、「環境による継続的な刺激のもとで、社会システムはいかにして作動に作動を連ねていくのか」を解明することにある⁵⁹。

（2）構造の機能と行為の接続能力

以上が社会システムの基本原則である。とはいえ、コミュニケーションがつねに暗闇をぬって進んでいるわけではないことも経験から明らかである。そこには、なんらかの程度の透明性が存在する。これは、最も抽象的・一般的に言えば、予期（Erwartung）によって与えられる。《予期》とは、コミュニケーションのなかで繰り返し使用されることで圧縮され、同時にコミュニケーションの進行のなかで再確認され続けることで、一定の確かさと一般性を獲得するに至った意味である⁶⁰。この確かさゆえに、その特定の意味は予め抱かれた期待として機能することができる。先の例を続ければ、道筋を尋ねる人は、「〇〇まではどのように行けばいいですか」という意味の言葉を発するとき、【行き先までの道筋を知ることができるだろう】という予期を抱いている。この予期の確かさは、この言葉の意味がこれまでのコミュニケーションのなかで繰り返し使用され、望まれた情報を獲得することに成功してきたという体験に依存している。かかる予期を基準にすることで、時間を回答することはこの予期に違背するから間違いであると、実際にコミュニケーションをする前に、判断することができるのである。

二重の偶有性状況においてコミュニケーションが進行していくうえで、予期形成は不可

止する。つまり、社会システムは社会システムが崩壊するという選択肢をも含めて作動している。⁵⁸ 例えば、合理的に行為するためには、なんらかの合理性基準を設定してそれに従い続けるだけでは不十分であり、場合によってはかかる行為が非合理的な行為となりうるから、行為者は、合理性と非合理性との両方を観察する第二階層の観察レベルを備え、合理性についての判断——合理的行為と非合理的行為とはいかに区別されているかの判断——を行為に取り込まなければならぬ（Luhmann, (1997), S.177 参照）。

⁵⁹ Luhmann, (1993), S.533.

⁶⁰ 予期は意味であるから言語化できる。「確かさ」とは、「予期されたことの成就がありそう」という予期が、予期のなかに組み込まれていること（Luhmann, (1984), S.418）を、「一般性」とは、異なる状況においても同一のものとして扱うことができるという性質を表している。圧縮／再確認は、どちらも意味使用の繰り返しのことであるが、これには、①使用する各時点で変更できるにもかかわらず同一の意味の選択を行っていること——この結果が圧縮である——であるとともに、②新しい状況であるにもかかわらず同一の意味を保持していること——この結果が再確認である——であるから、同じ作動であるが、単一概念に還元できないものである（Luhmann, (1997), S.75）。

欠であり、また不可避でもある。予期が存在するならば、相手が何者かさえもわからないような、それ自体を条件づける未規定性としての二重の偶有性が最初から成立する範囲は縮減されていく。予期によって、コミュニケーションにおける特定のテーマないし場面（これが、コンテキストとなる）ごとに、何が適する行為であり、何が適さない行為であるかの境界が定まってくるからである。その結果、特定のテーマに沿って形成される社会システムは、すべてを許容するものではなく、特定のものしか許容しないものへと転じている⁶¹。こうして、接続能力（社会的に受容される可能性）のあるコミュニケーションの範囲が限定される。これが《構造》の機能であり、構造とはシステムにおいて許容されうる諸構成素（コミュニケーション）間の関係を制限することである。予期は特定のコンテキストにおける事象について形成されるものであるから、構造の機能を形式的に表現するならば、特定のコンテキストにおいて{(Aという事象が生じる/Aが生じない)/B・C…という事象が生じる}という可能性の間に、ありそうである/ありそうにないという濃淡が生まれる、ということになる。これを行為者の視点から見れば、体験による予期形成によって、{(Aをする/Aをしない)/B・C…をする}の選択集合の間で、行為の接続能力という観点からする重みづけ（例えば、 $A > \sim A > B \cdot C \dots$ ）が生まれることを意味する⁶²。予期によって構成素間の関係を制限することは接続関係において選び出された関係以外の関係を排除することであるが、同時に、このような制限自体が選び出されたものでもあるから、構造自体が別様にもありうる（固定されていない）とともに、それは一定の行為の可能性を予め排除しておくことであるから、制限すること自体がリスクでもあり、構造はそのリスクを内部化しているという性質を有する⁶³。

⁶¹ Luhmann, (1984), S.185, 392ff.

⁶² 以上を具体的に例示しておこう。年上の人を前にしたという場面で、{(敬語を使う/敬語を使わない)/英語を使う}という行為の選択集合があるとしよう。多くの日本人にとっては、敬語を使うという選択肢が最も重みづけられているであろう。この重みづけは、行為を選択することによって発生するであろう事態（言葉遣いを注意される、敬意を表していないものと扱われるなど）についての予期の確かさに基づいている。それに対して、英語を使うという選択肢は、「年上の人を前にして」という場面設定にそぐわない選択肢であり、むしろ「欧米人を前にして」という場面において比較されるべき選択肢である。つまり、コンテキストが異なっている。このように、予期はコンテキストを離れては特定されえない。

⁶³ 「構成素と構成素の関係が構造としての値を獲得するのは、ある時点で実現された関係が考えられうる可能性 (kombinatorischen Möglichkeiten) からの選び出しとして記述され、それによって選択的縮減の利得とともに、そのリスクをも内部化している場合だけである。そして、諸構成素が取り換えられてもこの選び出しだけが一定に保たれうる。つまり、新しい構成素によってこの関係が再生産される」(Luhmann, (1984), S.383-384 (強調は原文), また 398f.も参照)。リスクの内部化とは、負の帰結が発生した場合、それが構造による制限に帰責されることを意味

コミュニケーションがつねに未決定性を伴いながら未来に向かって進行していくものである以上、行為選択の複雑性のある程度縮減する予期は、行為を決定可能なものへと転換する機能を果たしている。例えば、相手を合理的な行為者であると予期することは、二重の偶有性を規定する一つの方法、複雑な行為を理解可能なものへと転換し、合理化する一つの手法である⁶⁴。相手を合理的行為者と予期すべき特定場面が存在するとはいえ、相手を合理的行為者として予期することは一つの選択であり、したがって別様に予期することも可能であって、決して絶対的・本性的に人が合理的行為者であるわけではない⁶⁵。むしろ、あるコンテキストで特定の予期を抱くことが、なぜ合理的となるのかを問うべきである。

以上は、予期を体験の面から見た考察である。しかし、出来事を観察し、自らの予期を調整しているだけでは、いまだ体験から行為へと移行するには不十分である。なぜなら、行為はつねに特定の相手方との間で行われるものであるが、他者もまた自己と同じ意識主体である以上、他者固有の予期を形成しているのであり、その予期を予期できる必要があるからである。「他者が自己に対して予期していること」が、自己の行為に接続能力の確かさを与えるのであり、そうして何をすべきか／すべきでないかが現れる⁶⁶。これは、他者の予期を予期するという《予期の再帰的形成》である。この場合、他者は具体的な他者である場合も、抽象的な他者（不特定多数者、匿名の第三者）である場合も、それらの組み合わせである場合もある。ただし、自己が予期した他者の予期が、当の他者本人が実際に予期していることを正確に反映しているという保証はない。予期の再帰的形成がうまくいっているかどうかは、コミュニケーションをしてみて初めて明らかになる事態である⁶⁷。規範の意義は、この予期の再帰的形成でさえもが不確実であるというところから導かれる。

行為の接続能力の問題は、コミュニケーションの受諾／拒絶の問題として顕在化する。当然ながら、誰もが相手のコミュニケーションを拒絶することができるし、自己が確かだ

する。

⁶⁴ A. Schutz, "The Problem of Rationality in the Social World", in his *Collected Papers, II*, Martinus Nijhoff (1976), pp.64-88, 71 参照。

⁶⁵ 経済システムは、人に経済的に合理的であることを要請するが、それでも経済取引の場面で必ず経済的合理性の観点が優位するというわけではない。信頼性の程度、親密性の程度、敵対性の程度など、自己が相手方をどのように予期しているかによって、経済取引においても行為を規定する要因は異なってくる。M. Glanovetter, "Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness", *American Journal of Sociology*, Vol.91, No.3 (1985), pp.481-510。

⁶⁶ Luhmann, (1984), S.412。また、Luhmann, (1987), S.33ffも参照。

⁶⁷ 換言すれば、コミュニケーションは予期の不確実性を取り去ってくれる。相手の行動が読めないときには、予期形成に埋没して疑心暗鬼に陥るよりは、直接相手方とコミュニケーションしたほうが手っ取り早いのである。

と思っていた予期に従った行為であっても相手に拒絶される事態は生じうる。これは、先述した基本的な社会的リスクであり、通常の事態である。予期は、受諾の見込みを高め、拒絶の見込みを低めることであるともいえよう。

問題となるのは、共通の対象に対して肯定と否定の両方が同時に主張されている場合（例えば、ある人がAをすることを主張し、別の人がAをしないことを主張する場合）であり、この場合にはコミュニケーションを拒絶することが矛盾を引き起こす。この矛盾する状態が、《紛争 (Konflikt)》と呼ばれる⁶⁸。ただし、矛盾が存在してもコミュニケーションは進行しうる。矛盾は、観察にとっては決定不能性を意味するが、社会システムの作動にとっては次に接続する作動を選択する起点であるにすぎない。紛争は、コミュニケーションの継続のなかでつねに容易に生じうるし、また純粹にシステムの展開自体から生じるものであり、この意味での紛争発生をゼロにすることはできない。

紛争はコミュニケーションであるが、それは時としてコミュニケーションの停止へと至る場合があり、この両者を区別すべきである。その典型事例は、暴力行為と結合した場合の紛争である。本稿では、《暴力》を、紛争の相手方である特定当事者とのコミュニケーションを、その人間自体を最終的には消滅させるという方法によって、永久的に拒絶することであると理解する。この意味で、コミュニケーションの継続である紛争とそうではない暴力とは対立関係にある。また、暴力は人間自体に向けられるものであり、その人間が位置する社会システムを考慮するものではなく、人間を消滅させることと紛争というコミュニケーションを解消することとは次元の異なる現象である。このように紛争と暴力とは対立関係に立つから、暴力を制限することが自由に紛争行動をとることを可能にし、紛争の複雑性を上昇させることになる⁶⁹。

以上の考察から、コミュニケーションが、それに参加する人間の意識を前提としながらも、意識とは別の存在であり、意識へと還元することができないという事態は、歴史的に形成されてきた予期からなる構造が存在し、これによってコミュニケーションにおいて取

⁶⁸ Luhmann, (1984), S.529ff. 紛争は、二重の偶有性の否定形である。すなわち、「私が欲することをあなたがしないのなら、あなたが欲することを私はしない」という構図をとる (Luhmann, (1984), S.531)。この紛争の定義は、一方がAを主張し、他方がBを主張して対立する場合を排除している。この場合でも「対立」している以上、AとBとの間になんらかの調和しえない関係があるのだろう。その関係は、A/非Aの意味での矛盾関係に転換しうるかもしれない。逆に、本来は矛盾する関係であっても、それを例えば金銭評価して、ある割合で配分しうるものへと転換すれば、矛盾関係としての紛争を利益調整の関係へと転換できる。

⁶⁹ Luhmann, (1984), S.539 参照。

りうる選択肢（行為として実現できる可能性）が、意識とは別に、独自の可能性領域を形成しているがゆえに生じているといえる。それゆえ、意識は自然的に自由であるが、行為は自然的には自由ではない。正確に言えば、社会システムによって自由だとされない限り、行為は自由にはならない。なぜなら、人々の間に存在する予期に反する行為は受容されないか、あるいは制裁を受けることさえあり、かつ自己がそのことを予期して行為を差し控えるからである⁷⁰。これまで意思の内に含まれてきた意識と予期とは、それぞれの帰属するシステムを異にし、その可能性領域をもたらす源泉を別にする二つの異質な要素である⁷¹。

（3）コミュニケーションの拡張

これまでの議論は、個人間の対面的なコミュニケーションを念頭において社会システムの基本性質を解明するものであったが、社会システムは対面状況を超えるものであるから、その拡張を可能にするメカニズムについて検討しておきたい。

コミュニケーションは、コミュニケーションを媒体する仕組みによって拡張される⁷²。社会システムは、コミュニケーションの停止も含んだ作動の連続であるから、その継続はありそうにないものとして現れる。それゆえ、先行するコミュニケーションと後続するコミュニケーションとをなんらかの仕方で結合させる必要があるが、この結合は緩やかな結合と厳格な結合とに分けられる。緩やかな結合は、複数の選択肢のなかから自由な結合を許容する仕方であり、「メディア」と呼ばれる。厳格な結合はAかAではないかの選択しか許さない結合の仕方であり、「形式」と呼ばれる⁷³。

メディアには、①言語（記号を使用する媒体）、②伝播メディア（Verbreitungsmedien）——文書、印刷物、通信技術など——、③シンボルによって一般化されたメディア——真理、愛、所有／貨幣、権力、法、信仰など——がある。伝播メディアによって、コミュニケーションの理解は、直接の相手方を超えて、不特定多数者に拡張される。シンボルによって一般化されたメディアとは、拒絶が見込まれる状況においてコミュニケーションの受

⁷⁰ 逆にいえば、社会システムによって行為は自由にされうる。例えば、契約制度において「人間は主体へと抽象化され、そして契約は、人間生活の社会的側面を処分可能なものとして、つまり、各人がその社会的側面の形成を偶有的なもののみならずカテゴリーとなった」（Luhmann, (1987), S.10）。

⁷¹ 合理的選択理論やゲーム理論のように、いかに行為するかについてすべて意識の自由になるようにモデル化する行為論は、この区別を明確にしていない。

⁷² Luhmann, (1984), S.220ff.

⁷³ Luhmann, (1997), S.198-199.

諾を予期可能なものにするという機能を果たしているメディアである⁷⁴。例えば、コミュニケーションにおいて伝達された情報が法規範を根拠にしている場合、それが法というシンボルによって一般化されていることだけからして、相手方の受諾を予期することができる。これは、受け手の心理状態に原因をもつ現象ではなく、コミュニケーションのなかで繰り返し実現されることで可能となる社会的構築物である⁷⁵。それゆえ、法による社会統制が可能となるためには、前提として、法というシンボルによって一般化されたメディアによって受諾の予期が可能であるという状況が社会のなかに成立している必要がある。かかるメディアによって、つねに特定の地点、時点、参加者、テーマ等で発生するコミュニケーションという出来事が、別のコミュニケーションにおいても有意味な出来事として受容されるようになり、それが社会システムに特殊なまとまりを与えることになる。

第3項 社会システムの同一性とシステム分化

(1) 社会システムに同一性を与えること

一般システム理論によれば、オートポイエーシス・システムは、①構成素の回帰的再生産という作動の継続によって統一性を産出し、②自己観察によって自己に同一性を与え、もって自らをシステムとして存在させている。つまり、コミュニケーションになんらかのまとまりが存在するといえるためには、コミュニケーションが継続しているだけでは不十分であり、システムがシステム自身に同一性を与える自己観察という作動が必要である。

社会システムの観察は、自己観察と外部観察（および自己記述と外部記述）とに分けられる。観察とは、人が目で見るという意味ではなく、区別して指示するというコミュニケーションである。そこから、社会システムの自己観察とは、コミュニケーションの進行のなかに、当のコミュニケーションが何であるか（自己言及）、または何でないか（他者言及）についてのコミュニケーションが接続されている事態を意味する。これは、コミュニケーションのなかに、当のコミュニケーションを反省するコミュニケーションが接続されるということである。この場合に初めて、コミュニケーションという出来事の複数にシステムとしての同一性が与えられていることになる。この定義にあてはまる最も包括的な同一性

⁷⁴ Luhmann, (1997), S.316ff.

⁷⁵ Luhmann, (1997), S.321. コミュニケーションの受諾／拒絶が居合わせる人々の口頭の反応に依拠している社会では、社会的圧力としては会話で十分であり、シンボルによって一般化されたメディアは成立しえないとされている (Luhmann, (1997), S.204).

は、構成素がコミュニケーションであると同定される場合である。いかなるコミュニケーションであれ、それはコミュニケーションであるという点で同一性を与えられている場合、かかる社会システムを《全体社会 (Gesellschaft) システム》と呼ぶ。これは、定義上、すべてのコミュニケーションからなる社会システムである⁷⁶。これとは別に、コミュニケーションを構成素とする点では共通しているが、コミュニケーションが一定のテーマ、機能、地理的境界などによって分類され、その分類基準によって同一性が与えられている場合、その社会システムを《部分社会システム》と呼ぶ。定義上、部分社会は、全体社会の内部にしかありえないから、かかる部分社会の形成は、「システム分化」に該当する。最後に、社会システムの自己観察が当の社会システムの作動でもあるのに対して、その作動に含まれないような観察は社会システムの外部観察である。

以上を、井戸端会議のシステム分化を例に検討しよう。井戸端会議の発端は、偶然に出会った近所同士のおしゃべりであるかもしれない。そのおしゃべりが井戸端会議へと発展することを事前に決定しておくことはできず、ほとんどは一過性の出来事として消えていくであろう。それでも複雑な事情と偶然の介在によって、いつもの時間にいつもの場所でコミュニケーションが繰り返されるようになり、そこにはおのずとなんらかの統一性が一参加するメンバーや話題となるテーマ等に沿って——生まれる。次に、この事態を反省するコミュニケーションとして、例えば自分たちは何をしているのかをテーマとしたコミュニケーションを井戸端会議のなかに接続することができる、かかる集い自体が話題の対象となる。こうなると井戸端会議と呼びうるシステムとしての同一性が生じている。さらに発展したシステムは、かかる自己観察を観察するという第二階層の観察を成立させ、システム自体を観察することへと移行することができる。例えば、井戸端会議によって何が可能になるかと問うことで、それが迅速な情報の収集伝播メカニズムであり、かつ情報の収集伝播への参加を通して同時に連帯感も創出されるという稀有な効果を有しており、もって隣人関係を円滑化する機能を果たしている、といったように同定することができる。これは自己言及の例であるが、他者言及もありうる。例えば、井戸端会議の生む連帯感は町内会の会合では生み出すことができない、といったように。そして、かかる観察の観察を井戸端会議のコミュニケーションのなかに組み込むことができれば、ますます井戸端会

⁷⁶ Luhmann, (1984), S.555ff. 現在では、世界社会 (Weltgesellschaft) しか、この定義に該当する全体社会はありえない (Luhmann, (1984), S.557). すなわち、地球上で生成しているすべてのコミュニケーションから成り立つ社会システムだけが、全体社会の定義をみだす。

議は強固なもの（簡単には解消されないもの）となっていく。例えば、安定した隣人関係を維持するためには、井戸端会議が不可欠である、というように。

このように、社会システムは、自己が何であり何でないかについてのコミュニケーションをその内に組み込むことで、システムの内外を区別するという自己観察をシステムの内部において行っていることになる。システムの作動は、システムと環境の区別をいわば自動的に産出するのに対して、このように産出されたシステム/環境の区別は、観察によって「システム/環境の区別」として同定される。そして、自己が何であり何でないかの境界設定がシステム自身の内部で行われることによって、コミュニケーションの進行（作動の継続）そのものにも境界が生まれている⁷⁷。ただし、観察によるシステム/環境の区別は、作動として創出されたシステム/環境の区別と合致するわけではない。自己記述は「『そこにある』(da ist) ものを再現するのではなく、自己の仮定に対応するものを構成するのである⁷⁸」。そして、システムが自分自身を観察することによって構成した「システム/環境」の区別を自らの作動のなかに組み込むことによって、システムは新たな段階で自己を形成することになる。このようにして、システムとしてのまとまりが与えられると、システムの継続に自律性が発生する。これが、《社会システムの分化》である。

上の井戸端会議の記述自体は、外部観察として行われている点にも注意されたい。井戸端会議の理論的記述の成果を現実に社会システムとして実在させようとするならば、実際に井戸端会議をやってみることが必要である。しかし、偶然に人が出会って、そこでのコミュニケーションが恒常的な情報交換の場へと展開されていくという井戸端会議の生成プロセスを意図的にやってみることは不可能に近い。自分では井戸端会議を作りたいと思っても相手に応じる可能性は制御できないし、相手を信頼すると同時に相手に信頼されるという信頼関係を一方当事者の側から作り出すことも困難だからである。つまり、作動には偶有性が付きまとっている。観察は偶有性をないものとして扱うことができるが、作動は偶有性を否定することはできない。ここに、社会システムにおける観察と作動との根本的な違いがあると解される⁷⁹。

⁷⁷ 物理的に存在するのは行為や理解であり、コミュニケーションのまとまりに同一性が付与され、境界が設定されているということが出来るのは、想像=虚数空間 (imaginären Raum) においてである。この想像空間において与えられた同一性が、実在するコミュニケーションにまとまりを与える。

⁷⁸ Luhmann, (1993), S.499 (傍点は、平田による)。

⁷⁹ 完璧な社会モデルを記述することと、それを実現することとは別問題であり、後者は偶有性に阻まれる可能性が高い(正確には、阻まれるかどうかさえも分からない点に偶有性がある)。

(2) 全体社会システムの機能分化

社会システムは、第二階層の観察レベルを設定することで、その内に自己観察を組み込むことができる。《機能分化》という分化形式は、部分社会システムの第二階層の観察レベルにおいて、当のシステムがいかなる機能を果たしているかという問いへの回答をシステムのコミュニケーションに接続することによって、当該社会システムが分化している場合をいう⁸⁰。井戸端会議の事例にあるように、機能によって同一性を与えることは、その機能を充足する必要性が認められる限り、当のコミュニケーションの統一体を解消し難いものへと構成する効果を有している⁸¹。また、機能的に等価な代替物が発見されるならば、それら機能システムが収斂ないし相関して、より大きな機能システムへと発展することも考えられるし、逆に、機能システムのなかで、さらなる機能分化が生じることもありうる。《機能的特殊化》とは、この意味で、ある特定の機能ごとに、コミュニケーションがまとまりを形成することを意味する⁸²。

しかし、機能に沿って分化した社会システムが、さらにそれ自体が自律的である一つのオートポイエーシス・システムとして《分出》するためには、機能的特殊化だけでは不十分である。一般的な社会システムの理論からいえば、システムの分出には、コミュニケーションが回帰的に結合する機構が備わっており、それによって作動によるシステム/環境の区別が産出されていることが必要である。全体社会システムの場合は、先行するコミュニケーションに、いかなるコミュニケーションが接続されても、社会システムとして存続しているということができる。しかし、部分社会システムの場合は、一定の範囲に縮減された特殊なコミュニケーションが回帰的に結合していなければならず、これについての特別の機構を必要とする。

それでも実現しようとするれば、偶有性を消去するような手段(典型として命令)に頼るほかない。それゆえ、ハイエクは設計主義を批判している (F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, Vol. I Rules and Order*, The University of Chicago Press (1973)参照)。

⁸⁰ 分化の形式には、機能分化の他に、個々の部分システムが自らを対等性(家族など)の観点で観察する《環節分化》、環節社会を非対等性の観点で観察する《中心/周辺の分化》、地位の非対等性(貴族/平民など)の観点で観察する《階層分化》がある (Luhmann, (1997), S.613)。

⁸¹ そして、その機能を充足するために、特別の役割、制度、建物などが配備されるのであって、その逆ではない。裁判官、裁判手続、裁判所の建物などは、法システムの展開によって形成されてきた帰結にすぎず、法システムの展開を主導するものは、その展開の帰結である役割や制度などとは別物である。

⁸² Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Surkamp (2000), S.83.

この機構が、コミュニケーションの《コード》による結合である⁸³。コミュニケーションの進行には、 $\{(A/\sim A)/B \cdot C \dots\}$ という形式的な選択可能性が存在する。ここで、コミュニケーションにおいて採りうる選択肢が、肯定／否定の2つの値を振り分けるような(Aか非Aかの選択だけが認められるような)、ある特殊な二分コードに従って展開される場合、個々のコミュニケーションは一つのまとまりを形成し、その進行は一定の限定されたルートを進むことになる。ただし、2つの値はシステム内部の状態に対して同等に作用するわけではない。肯定の値は、システムの状態を指定するように作用する(指定値(Designationswert)と呼ばれる)のに対して、否定の値は、システムの状態が他にもありうる(偶有的である)ことを反省させるように作用する⁸⁴(反省値(Reflexionswert)と呼ばれる)。両方の値は異なる作用を及ぼすから、どちらか一方の値だけが存在すればよいのではなく、両方の値が同時にシステムにとって有意なものとなる。当のシステムにとってみれば、値の振り分けが変わることによってシステム状態は変更されるが、それは、システムが同一のままでありながら、その内部の状態を変更することができるということの意味する。換言すれば、システム状態がどうなるかは偶有的であり未知でありながら、選択肢は2つに限定されているのだから、それ以外の状態は発生しえないという確かさを備えていることになる。以上を例示したい。

経済システムは、貨幣を媒介としたコミュニケーションである⁸⁵。分業社会では、万人がすべての必要財を自分で生産するよりも交換によって取得するほうが効率的であるが、その場合、行為者が採りうる選択肢は、貨幣を支払って財を取得するか、または支払わないで取得しないかに限定される⁸⁶。こう限定される理由は貨幣の希少性という性質にある。すなわち、万人がその欲する財の取得に必要な量の貨幣所有者となることができず、所有と非所有との区別が生じるように貨幣総量が設定されているということである。貨幣の希少

⁸³ コードとは何かを理解するには、ケルゼンの正義批判が参考になる。ケルゼンは、「各人に彼のものを」という正義の定式は、「彼のもの」の内容に何でも容れることができるから「空の形式」であるとした(H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Deuticke (1953), S.23-24)。コードも、あらゆる事象に適用できるが、それ自体では意味を持たない一種の分類ラベルである。しかし、正義の定式と同じように、まさにこのコードを適用するかどうかの問題となるのである。

⁸⁴ この区別については、Luhmann, *op. cit.*, n.82, S.99.

⁸⁵ Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp (1988)参照。

⁸⁶ ある時点において支払われた貨幣が、その時点における経済システムの状態を指定する。それに対して、支払わないという選択肢の存在は、なぜある財は買われなかったかと問う場合のように、同一時点における経済システムが別の状態でありうる可能性を反省させる。また、現在では支払われたが、次の時点では支払われない可能性が、競争、信用、担保といった制度を生み出す。

性が成立している場合、貨幣を支払った人はその分の貨幣のマイナスを引き受けることになる。そして、さらなる財を取得するためには、このマイナスを補うよう貨幣を取得しなければならない。当人にすれば他の誰かに貨幣を支払ってもらおうということであり、他の誰かにすればこの人に貨幣を支払うという選択をすることである。こうして貨幣の循環が成立し、貨幣の循環に加わるには、自らが貨幣を所有しているか、または所有していないかのどちらかでなければならない。勿論、この循環の外部において財を取得することも可能であるから⁸⁷、人は必ずこの貨幣循環に参加しなければならないというわけではない。重要なのは、貨幣の循環が交換の両側において貨幣の増減（需給）を同時に生み出すことによって、いわばひとりで進行していくということである。以上から、貨幣を媒介とした交換コミュニケーションは、一定のルートを通るオートポイエーシス・システムである。

政治権力を媒介としたコミュニケーションも同じように一定のルートを通る⁸⁸。権力そのものは普遍的な現象であり、一般的には、相手方が自由に選択することが可能であるにもかかわらず、その選択範囲を制限するような作用（消極的制裁）と定義される⁸⁹。かかる権力のうち、特殊な《政治権力》は、その他の社会的圧力から区別されており、専門の職務によって担われている。そこでは、権力を行使する者の職務と権力を行使される者（服従者）との二分化が生じている。注目すべきは、これによって権力行使についての決定中心が独立するという点である。ただし、権力行使の決定中心が独立したとしても、その決定中心自体に対して権力を行使することはでき、その場合は権力闘争（内戦）へと至る。そして、その闘争に勝利した方に決定中心が移動する。それゆえ、政治権力の機能は、この決定中心を固定化するため、集合的に拘束力ある決定を下す能力を維持することである⁹⁰。決定中心が固定化されることで初めて、一つの権力行使をめぐる決定／非決定についてのコミュニケーションが成立しうる。そこでは、何を決定するかにかかわらず、決定するかどうか二分化され、どちらを選択するかは偶然的になる。その結果、決定の選択をめぐる、支持派と反対派（非決定支持派）とが二分され、与党と野党が成立する。ただし、政治権力は国家の内部に限定されない。消極的制裁を行使するとの決定は、他国に対しても向けられるからである。その場合、ある国が消極的制裁を行使するという決定に他国が

⁸⁷ 例えば、現物を自給生産したり、贈与や権力によって取得したりすることができる。

⁸⁸ Luhmann, *op. cit.*, n.82 参照。

⁸⁹ Luhmann, *Macht*, Ferdinand Enke Verlag (1975) (長岡克行訳『権力』勁草書房、1986年) 参照。利益供与等は、それを拒絶または撤回する可能性によって制裁として働くから、消極的制裁に含めて理解されている。

干渉することもできる（外交）。こうして、決定／非決定をめぐるコミュニケーションは国境を越える。その場合、国家間での最終決定は最終法廷たる戦争に委ねられており、これは決定中心が完全には固定化されていないことを意味する。このようにして、権力行使の決定／非決定の選択というルートを辿るコミュニケーションが政治システムである。

機能分化した全体社会の基本的性質は、第一に、ある部分システムにおける変化は、他の部分システムの環境の変化を意味し、全体社会で一つの出来事が発生することは、各部分システムごとに異なって把握される複数の出来事が発生することを意味するようになる⁹¹。すなわち、単一の出来事であっても、その意味は部分システムごとに独自に構成されるから、各システム固有の観点からみれば同一ではないことになる（全体社会の多重コンテキスト性）。第二に、ゆえに異質なものが同時に存在することが矛盾ではなくなる。例えば、経済的に合理的な行為が法的には違法とされるように。全体社会からしてみれば、当該行為は、一方においてはなすべきであるし、他方においてはなすべきでないことになる。近代社会では、この場合、法規範が優越することが前提とされている。しかし、法に従うことが経済を停滞させ、あるいは特定企業を破産させることにつながれば、その責任は法に向けられるであろう。それは法規範の変更可能性を高めることにつながる⁹²。

部分社会システムが固有の回帰的再生産の機構を備えているとすると、各システムの状態はシステム自身の歴史的展開によって規定されることになる。ただし、その場合であっても、システムの内的作動が外部から刺激されることはある。この事態は、《構造的カップリング》と呼ばれる。例えば、政治システムの決定内容のうち、ある部分は貨幣を用いるものであるから、貨幣を租税として徴収しなければならないが、貨幣は循環であり政府を通した貨幣の再配分政策もこの貨幣循環に巻き込まれている。それゆえ、政治の決定のある部分は、それが政治システムの内的論理に従うにもかかわらず、政治の自由にはならない貨幣循環によって制限される。自立した諸システムが構造的に互いを刺激しあうのであって、なんらかのより基底的な構造によって全体社会が統合されているのではないという

⁹⁰ Luhmann, *op. cit.*, n.82, S.84. かかるプロセスは、中央集権化と呼ばれるものである。

⁹¹ Luhmann, (1997), S.599 参照。

⁹² 法を全体社会の構造と見た場合、前項の分析にあるように、構造による制限はその制限のリスクを内部化しており、制限から帰結する事態は構造へと帰責されるから、機能分化が進むほど、構造としての法には矛盾に満ちた様々な負の帰結が帰責されてくる。それは法を変更可能なものとするよう圧力をかける。さらに、法が禁止していない行為は許容されている（フランス人権宣言5条参照）と捉えられる（つまり、道徳等の衰退）と、この圧力はより強くなる。いまでは、法の変更可能性が法の優越を支える条件になっている点については後述する。

のも機能分化社会の性質である。この点に関連して、機能分化した諸システムを対象として成立する《包摂／排除》のコードを検討しておきたい。機能分化した社会では、人は、どれか一つのシステムと一体化して理解されるのではなく、どのシステムにも帰属しうるものとして、逆に言えば、どのシステムとも同一化されていない存在（個人）として定式化される⁹³。個人は、経営者／労働者として経済に、被選挙者／選挙民として政治に、原告／被告として法に、妻／母として家族に、といったように、それぞれのシステムが定義する役割を占めることで部分社会システムに包摂され、これらの役割を占めることができなると、システムから排除されることになる。このとき、各システムへの包摂は、システムごとに規定される包摂条件に依存し、それらは互いに相関していないから緩やかな統合であるが、各システムからの排除は、あるシステムからの排除が他のシステムからの排除と相関するため厳格に統合されている⁹⁴。ルーマンは、これを、上層における機能システムの分出と、下層における社会の否定的統合（negativen Integration）と呼んでいる⁹⁵。

第4項 近代社会における予期の性質とその基本問題

最後に、以上のように理解された近代社会における予期の性質とその基本問題について検討していきたい。機能システムは、全体社会レベルでのなんらかの問題に対応するような機能に特殊化して分出している。法システムの場合は、その機能はコミュニケーションの回帰的再生産における予期に関係していると考えられるが、ここでは、法システムに対応している問題のほうを検討することにして、その問題を法システムがいかにか解決しているかについては次節で検討したい。

予期の性質としては、次のようなものが考えられる。①各人はまず、社会的に妥当な予期秩序に参加して自らの予期を形成する（学習する）必要がある。②予期は、コミュニケーションの進行のなかで繰り返しその確かさを確認され続ける限りにおいてのみ、予期と

⁹³ N. Luhmann, "Individuum, Individualität, Individualismus", in ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.3 (1989), S.149-258 参照。そして、かかる個人の存在を支える一連の法制度が成立する（N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 4 Aufl. Dunker & Humblot (1999 [1965])).

⁹⁴ 「住所がなければ子どもを学校にやれない。証明書がなければ結婚できないし、社会保障給付を請求できない。読み書きのできない人は、公式に排除されようがいが、実質的には政治に関与できないようになっている。ある機能領域から排除されているがゆえに、他の機能領域へも包摂されえなくなっているのである」（Luhmann (1993), S.584).

⁹⁵ Luhmann, (1997), S.630.

しての性質を維持することができる。この意味では、予期はすでに規定されたもの、客観的なものとして現れる。③しかし、予期は固定されない。予期はコミュニケーションの進行のなかで、その内容を転じたり、確かさを失ったりして変容しうる。④予期は違背にあわないという意味で確かなものではない。自己の予期が確認されるか裏切られるかはコミュニケーションのなかでの他人の行為（場合によっては、自然現象）次第であって、自己には制御できない。自分の予期していた通りに物事が進むと予期はより確かなものとなるが、逆に予期に反する事態が生じると、予期を表出して確認したり、予期を見直したり、混乱・パニックに陥ったりする。この点で、予期の確かさは予期違背への対応の仕方に依存している。また、⑤予期の確かさは個人がどのような違背に直面したかによって異なるため、各人の体験に応じて多様でありうる。以上から、予期の確かさは、コミュニケーションのなかで予期に適合したり違背したりする人の行為に依存しており、予期が確認されたり違背されたりする体験は各人によって多様であるから、社会のすべての人に共通の確かさをもって抱かれているような予期（予期の社会次元での共通性）や、時間の経過のなかで確かさを一定に保持し続ける予期（予期の時間次元での不変性）が存在するとすれば、その存在を可能にする機構について説明しなければならないことになる⁹⁶。その場合、予期を形成したとしても、コミュニケーションのなかで予期した通りの出来事が発生する可能性を制御することはできない。制御しうるのは、出来事ではなく、予期のほうである⁹⁷。

まず、予期違背の処理機構について検討したい。予期そのものが問題となるのは、予期を対象として観察するなかにおいてである⁹⁸。しかし、社会において妥当しているすべての予期を観察しなければならないというわけではない。予期が観察されるのは予期が動揺した場合であり、予期が動揺するのは予期に違背する出来事が発生した場合である。この場合、予期に違背する出来事をいかに処理して予期を安定化させるかが問題となる。これは、

⁹⁶ 一般にルールや社会規範が語られるとき、それらの社会次元での共通性や時間次元での不変性が前提とされている。しかし、二重の偶有性という基底的なコミュニケーションの性質に注目すれば、この前提は、むしろ説明されるべき現象である。また、共通の予期の生成過程を説明しようとする理論もあるが、むしろ説明すべきは、共通だとみなしていた予期が違背にあいながらも、なお固持されるのかはいかにしてかである。

⁹⁷ 予期は行為を決定しえないけれども、行為選択肢を縮減する作用は有しているから、ある程度は社会制御（コミュニケーションの方向づけ）の機構として働きうる。ゆえに、予期を観察し、あるコンテキストで特定の予期を抱くことが合理的となるよう制御することが課題となる。

⁹⁸ 「関係づけ、出来事、行為、条件づけ、予期、構造を、問題と関係させ、それらを機能、統一性との関連、比較可能性と結びつけることは、行為を実行することそれ自体のなかでは見込まれない。これは、観察の問題である」（Luhmann, (1984), S.406-407（強調は原文））。

《予期の時間的安定性》の問題である。

予期違背に対処する方法は、①違背状況に適合して予期を変更する方法（学習）、または②違背状況に抗して予期を固持する方法という機能的に等価な2つの方法がある⁹⁹。前者は《認知的予期》、後者は《規範的予期》と呼ばれる。既存の予期に違背する出来事が認知的に対応される場合は、その出来事は新しい出来事、発見として扱われ、《知識》の蓄積へとつながる。そこでは、違背する出来事が対象となり、それに納得いく説明を与えることがなされる。それに対して、規範的に対応される場合は、その出来事は、逸脱した出来事、攪乱として扱われ、傷ついた予期が対象となり、それを回復するなんらかの手段が採られる。こうして固持される予期が《規範》と呼ばれる。重要なのは、予期に違背する出来事の発生によって既存の予期が動揺したからといって、直ちにそれを否定するのではなく、まず予期を変更するかまたは固持するかという選択をしなければならないという点である¹⁰⁰。つまり、規範は規範であるがゆえに遵守されるのではなく、つねに固持するか変更するかを選択にさらされている。そのような選択を強いられるからこそ、規範にはそれを固持するための理由・根拠が問題となる。ただし、何が根拠とされるべきかまでは予め決定されていない。

では、予期を固持することはいかにして可能であろうか。予期の固持は、個人的にも行われうる（信念による予期の固持）。しかし、予期が行為に接続能力を与えるかどうか——以下では、これを予期の妥当性とも表現する——はコミュニケーションのなかでの（特定／不特定の）相手方に依存するから、信念によって予期を固持することと、そうして固持された予期に基づく行為が社会的に受容されることとは別問題である。自らが正しいと予期していた行為がコミュニケーションにおいて拒絶されたり、予期に違背する事態が発生したりした場合、それに抗して自らの予期を固持し続けることは、個人的には困難である。それゆえ、いかなる予期が妥当であるかについては、意識による自由な選択の対象とはなりえない。そこから、相手の予期を予期して行為を調整したり、予期違背に対抗するため社会的な支援を求めることなどが必要になる。しかし、近代社会では、①機能分化による役割やコンテキストなどの特殊化と多様化によって、万人に妥当する予期は減少し、特殊な予期が増大する、②他人は自分とは異なる意識の担い手であるとの意識が優越すること

⁹⁹ Luhmann, (1984), S.436ff.

¹⁰⁰ この意味で、予期に違背する出来事は、既存の予期が別様でもありうる可能性、オルタナティブを開くという影響を与えるものである（Luhmann, (1987), S.40ff.）。

によって、相手の予期を予期する場面で、自分の体験による予期を根拠に相手の予期を推測することが困難になる。それゆえ、自己の予期と他人の予期とが対立するときにかにして行為を決定することができるかが、各人固有の力によっては処理できない問題として先鋭化されてくることになる。これは、《予期の社会的安定性》の問題である。

予期が社会的に対立する事態が生じるためには、当事者がある程度対等となる状況の成立という先行条件を必要とする。なぜなら、相手が自己の予期に反して行為した場合、その行為を否定することは実力によってもなしうるから、実力の劣る者は、たとえ実力者が自らの予期に反する出来事を生じさせたとしても、それを否定することはできず、むしろ実力者が予期に反して（恣意的に）行為するのは通常だという予期が確かさを有して均衡するからである。したがって、予期が社会的に対立するためには、対立から帰結する事態に対するある程度の未知性と、その未知性から帰結する「争うことが可能である」状態が成立していなければならない。そして、この結果の未知性と可争性を産出するためには、そのこと自体についての不可争な予期が当事者間に成立していなければならない。法は、紛争前提を構成したうえで、紛争を規律するという性質を有している¹⁰¹。

予期の内容をいかにして妥当なものとして形成し、異なる状況でも一貫したものに保つか（《予期の内容的安定性》の問題）は、抽象化の程度と社会的記憶に依存している¹⁰²。人は、個別的な事象についてすべて具体的に予期を形成しては、あまりに多くの予期違背に出会うことになり、行為決定に過重な負担を背負うことになる。これを回避するには、予期を抽象化して、一般的に妥当する予期を形成しなければならない。また、社会的記憶とは、発生した出来事のもつ意味がどれほど社会的に保持され続けるかの問題であるが、すべての出来事を記憶しては、あまりに膨大かつ矛盾に満ちた情報を前にして行為することができなくなる。それゆえ、記憶することが目的ではなく、何を記憶し、何を忘却するかを選択することが問題となる。社会的記憶の場合、文字の発明によって、個人の脳の働きと伝承に依存する記憶形態を超え出ることが可能になり、人々の扱うことのできる情報量は激増したが、その分忘却の利得は失われてもいる。また、予期の文字化によって、予期の内容は固定され時間的に一定化されるとともに、反復的な読みのプロセスに

¹⁰¹ 「約束を締結することと同様に、法を制定することも、そのプロセスを規律する一定のルールが存在を前提としている。当事者によって語られた、または書かれた言葉は、そのルールによって資格を与えられ (qualified), ルールに規定された手続に従うことで、言葉が明示または黙示に指示した範囲内に限って、義務を設定する」(H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press (1994 [1961]), p.43).

さらされる。

予期が形成される事象を分類し、互いの混同を回避することで予期内容の整合性を維持するとの方法もある¹⁰³。予期が形成される事象は、①特定の《人格》(Person)に対する予期——相手の個性(性格など)をもとにして抱かれる予期——、②《役割》に対する予期——個人の個性とは無関係な、一定の地位や職務などについての予期——、③《プログラム》の予期——「プログラムとは、行動の適切さ(Richtigkeit)(これは、社会的な受容可能性を意味する)の諸条件の複合体である¹⁰⁴」——、④《価値》の予期——「価値とは、状態または出来事の優先順位についての、一般的にシンボル化された観点である¹⁰⁵」——がある。これらのレベルが区別されることで、特定のレベルで妥当な予期だけをあてにして(その他のレベルを無視して)、行為を決定できるようになる。

ここでは、プログラムの二つの類型を検討しておきたい¹⁰⁶。未来に向けて進行する行為には、その行為に相関する複数の原因と複数の結果が存在するが、人はこのすべてを計算に入れて行為することができない。プログラムは、原因または結果の一方を固定することで、複数の可能性ある原因-結果連鎖のなかから適切とされる行為を特定する形式である。それには、条件プログラムと目的プログラムとがある。《条件プログラム》とは、「AならばB」という形式で設定されるものであり、Aという原因がみたされた場合にのみBという結果が招来するであろうという予期である。この場合、行為者はAという条件にだけ配慮すればよく、それ以外の行為原因を考慮しないで行為を進めることができる。《ルール》は、かかる性質を有する¹⁰⁷。それに対して、《目的プログラム》とは、行為が実現しようとする結果を目的として固定するだけであり、その実現手段は時々の環境条件のもとで柔軟に選択してよいとの予期である。行為者は、ある目的が設定されたならば、その目的以外の結果を無視することができる¹⁰⁸。

最後に、本節の議論を総括して、次節の議論につなげたい。近代社会は、行為や未来の

¹⁰² Luhmann, (1987), S.80ff.

¹⁰³ Luhmann, (1984), S.429ff.

¹⁰⁴ Luhmann, (1984), S.432.

¹⁰⁵ Luhmann, (1984), S.433.

¹⁰⁶ Luhmann, "Lob der Routine", in ders, *Politische Planung*, Westdeutscher Verlag (1971 [1964]), S.113-142 参照。

¹⁰⁷ ルールについては、F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press (1991)も参照。

¹⁰⁸ 現実には、2つのプログラムや予期の他の事象レベルが複雑に組み合わされて、予期秩序は形成されている。

偶有性を原則とする社会であるが、この偶有性は予期形成によって縮減され、それによって行為の選択範囲に絞りがかげられた。しかし、そうすると問題は予期そのものへと移され、二重の偶有性の問題は、予期違背への対応、社会的に対立する予期の調整、妥当な予期内容の一貫性という新たな問題へと変形される。この問題は、コミュニケーションのなかでの個々人の努力では解決しえない問題である。そこから、予期を時間次元、社会次元、内容次元で一貫したものへと形成し、さらにこれら次元間での対立を調整して、社会のなかで妥当な予期を安定化させるための特殊なコミュニケーション・システムが分出する。これが《法システム》であり、法システムが保証する予期を信頼して行為できることによって、二重の偶有性に由来する社会的リスクが縮減されているのである。

また、予期の安定化はコミュニケーションの継続の安定化を意味しないことも確認しておきたい¹⁰⁹。コミュニケーションの進行が不確実性にさらされているのは、予期に反する事態が発生する可能性があるからであり、これは予期が形成されて確実性を与えていることを前提とする。それゆえ、予期（構造）の確かさが存在するからこそ、コミュニケーション（作動）に不確かさが発生するという関係にある。ここには、構造による複雑性の縮減が作動における複雑性を増大させるという関係が存在する。そして、作動の不確実性が存在するからこそ、変異が創出され、そこから《進化》のプロセスが辿られることになる¹¹⁰。社会システムが、まったくのカオスでもなく、だからといって完全に決定されているわけでもないのは、作動と構造とが共振しているからである。そこでの問題は、進行し続けるコミュニケーションにおいて発生した、または発生する可能性のある出来事への対応をめぐって展開される。予期に違背して発生した出来事に対応するという機能において規範（法システム）と認知（学問システム）とが区別され、この両者に対して、違背する出来事の発生を事前に回避する、あるいは望ましい出来事を実際に発生させるものとして政治・行政システムを位置づけることができよう。

¹⁰⁹ まして、予期の安定化は、安全・安心を意味しない。例えば、特定の性格を有する人、あるいは特定集団に属する人は、ある有害な行動をとる傾向があると予期すれば、そこから不安が生じることになる。

¹¹⁰ 進化とは、既存のシステムのなかに《変異》が創出され、それが《選択》されて、システムが再び《安定化》されるプロセスを意味する。

第3節 法システムの社会理論

「法」という単一の概念によって、なんらかのまとまり（システム）を表現することができるのであれば、それは法の統一性が存在するということを意味する。法システムを社会システムとして見た場合、法の統一性は法に特殊なコミュニケーションの回帰的再生産として捉えられる。これは、法源や原理によって法に統一性を与える法理論とは異なり、ある特殊なコミュニケーションの継続によって法の統一性が再生産され続けていると理解する社会理論である¹¹¹。

本節で展開する法システム論は、法と社会の峻別を説く理論に対置される。法と社会の峻別を明確に説いたのはマックス・ウェーバーであるが、そこでは、法は「観念的な当為的妥当の次元に」、社会（経済）は「現実的な生起の次元に」属しているとされた¹¹²。しかし、観念的な当為的妥当であっても、コミュニケーションのなかで表出され、現実的に生起しなければならない。このとき、観念的な当為が意識のなかで妥当することとコミュニケーションのなかで妥当することとは別問題であり、法もまた社会現象である以上、コミュニケーションのなかで妥当しなければならない。したがって、法現象はすべてコミュニケーションとして生じていなければならない。そうではない法は、少なくとも社会には、存在しないというべきである。

では、法システムをいかに捉えるべきであろうか。前節では、法システムが求められる理由となる全体社会の基本問題を検討したから、本節では、法システム自身の問題を検討したい。

¹¹¹ ここで、法を社会システムとして捉えることの意義を指摘しておきたい。仮に、法を、言語としての法命題からなる完全で統一的な体系として記述できたとしても。しかし、記述した時点と同時に、別のどこかで新しい法令や判例が産出されているであろう。そうすると、完全な体系として記述されたはずの法の姿はつねに過去の法の姿でしかないから、それはつねに不完全なものであるとの反駁を否定することができない。それゆえ、完全な言語体系としての法を主張することは偽を主張することになる。完全性や統一性の想定を捨てることもできるが、むしろ、このようにして法がつねに産出され続けているというプロセスに、法の統一性（それは、決して完成されない統一性である）を求めることもできよう。後者が、本稿の立場である。

¹¹² 「この〔法学的と社会学的の〕二つの考察方法がまったく異質的な問題を立てており、それらの「対象」が相互に直接に接触しあうようなことはまったくないということ、法理上の観念的な「法秩序」と事実的な経済的行為の世界とは、両者は別々の次元に——一方は観念的な当為的妥当の次元に、他方は現実的な生起の次元に——あるのであるから、直接にはなんらの関係もないということ、これらのことは明らかである」（世良晃志郎訳『法社会学』（創文社、1974年）4頁）。

第1項 法システムの機能分化

(1) 法システムの分出

法システムは、社会システムのある特定の問題を解決するとの機能を果たす、特殊なコミュニケーションのまとまりとして分出する。まず、この言明が対象としている場面について、次の区別をしておく必要がある。法システム論も近代社会の実定法を観察して記述する理論であるが、その問題意識は、実定法はいかにしてそのようなものとして可能になっているかを解明する点にある。このとき、対象の観察の仕方として、法と社会との相互作用という観点 (law and society) と、社会のなかでの法という観点 (law in society) とを区別することができる。本稿にとってルーマンの法システム論が意義を有するのは、法の機能とは後者の観点から検討すべき問題だということを提示した点にあるが、これは具体的にいかなる観点であろうか。

まず、社会システムとしての法システムがいかにして統一性を維持しているかについて検討したい。前節の一般論を踏まえて、ルーマンの回答はこうである。「あるコミュニケーションが法システムそのものに属するのは、それがコードに定位している場合のみである。すなわち、『合法 (Recht)』と『不法 (Unrecht)』という値の振り分けが主張されている場合のみである¹¹³」。合法／不法の値の振り分けが主張されている場合とは、コミュニケーションにおいてなされた行為や発生した出来事を対象として、それを合法とするか不法とするかの選択が問題となっているコミュニケーションを意味する。形式的にいえば、一般的な社会システムの作動は $\{(A/\sim A)/B \cdot C \dots\}$ という3つの可能性からの選択の連続であるが、記号で提示されている選択肢を特定して、合法である／不法である／法の問題ではない (政治、宗教…の問題である) という3つの特殊な選択肢だけから選択を行うコミュニケーションが、ここで問題となっている。ただし、法システムに属するコミュニケーションは合法／不法の二つの値だけが問題となっている場合であり、第三の値は、それがいかなる内容であれ、法システムには属さない。つまり、第三の値を選択することは、問題となっている行為や出来事を法システムの対象外に置くことになるから、その値は合法／不法の値にとって棄却値となる。これは、 $\{(合法である/不法である): X/法の問題ではな$

¹¹³ Luhmann, (1993), S.67. Recht/Unrecht という用語は、法システムに統一性を与える抽象的なレベルでの正の値/負の値に対して用いられている。場合によっては有罪/無罪であったり、適法/不適法であったり、請求の認容/棄却であったりする二分化された値を包括するコードである。

い：Y} という階層化が発生していることを意味する。Xが法システムであり、Yはその他のコミュニケーション（環境）であって、両者を含むのが、法システムから見た全体社会システム（ α ）である¹¹⁴ [{{(合法／不法)X/Y} α]}.

ここから、法が問題となる場面として、次の2つの場面を区別できる。一方には、法と法以外との境界が存在する場面（X/Yの選択が問題となる場面）がある。日常において互いに争う当事者は、最初から法を問題にして争っているわけではない。当事者にとって問題なのは、法ではなくて紛争である。そして、法は、当事者にとっては、採りうる選択肢の一つであるか、または外部から強制的に投入されるものである¹¹⁵。他方には、当事者が自ら進んで法／権利を主張し、実体法や訴訟法など法独自の基準・方法に従って紛争を展開していく場面（合法／不法の選択が問題となる場面）がある。そこでは、当事者は法に規定された役割を担い、法的に表現し直された紛争を展開していく。この2つの場面には、ある事案を、法を含む全体社会で問題にするのか、それとも法システムの内部で問題とするのかという違いがある。全体社会のなかの法システムという観点では、この2つの場面の組み合わせであり、全体社会のなかでの《法システムの分出》とは、この2つの場面の分裂・区別の発生過程にほかならない¹¹⁶。

（2）法システムの機能

以上の2つの場面の区別を踏まえて、次に問題となるのは、社会のなかで法システムが機能しているという場合、それは何を問題にしていることになるのかという問いである。[{{(合法／不法) X/Y} α]}において、全体社会のなかでは合法／不法の振り分けを問題にするかどうかの選択（X/Yの選択）が独立した問題となるが、これが問題となるのは、この選択にも固有の偶有性が伴っているからである。例えば、他人の行為によって損害を被ったためそれを回復したいという場合、他人の加害行為が不法行為法の要件をみたしていると立証して裁判所による救済を求めたり、あるいは裁判所に訴えを提起しないまでも勝訴の見込みを提示して直接相手方に賠償を請求したりする場合などは、法システムに係

¹¹⁴ 「法システムから見た」という条件については、馬場靖雄「機能分化と『法の支配』」『社会科学研究』第56巻第5・6合併号、2005年、27-48頁を参照されたい。

¹¹⁵ 当事者がある出来事を法の対象へと持ち込むかどうかは、当事者の問題である。同じことは、立法者がある出来事を法の対象とするかどうかの決定にもあてはまる。

¹¹⁶ ルーマンが扱っているのは、この分裂・区別の過程である。特に、Luhmann, (1993)はそうである。「本書の議論は、明示されていない場合でも、法システムと全体社会システムという2つのシステムへの言及をつねに前提としている」(Luhmann, (1993), S.8)。

わっていることになる。しかし、採りうる選択肢は法的な手段に限られるわけではない。法律要件とは無関係に、自力で相手の財産を賠償金として差し押さえたり、相手を奴隷にして強制労働を課したり、より強い者に救済を求めたり、宗教儀式にかけたりすることも、損害の回復という点では等価である。あるいは、損害を不運としてあきらめたり、別の手段で損害を治癒することもできる¹¹⁷。このように、損害の回復という機能を比較の基準として、法は実力や宗教、あきらめなどの手段と比較され、他の手段が法的手段よりも優先される状況では、その程度に応じて、法システムは相対化されることになる。

かかる考察から次のことが導出される。法の機能とは、コミュニケーションのなかで合法／不法の振り分けを問題にすることが、そうしないこと（他の選択肢を採ること）と比較して、いかなる作用をもたらすかという問題である。また、個別法規ではなく、法というシンボルによって一般化された情報（前節第2項(4)参照）を問題にすることが、いかなる作用をもたらすかという問題が、法の機能の問題である。そして、その作用のうち、法というシンボルによって一般化された情報だけが実現できる作用が、法の固有の機能である。換言すれば、法が、それがなければ実現できないような事態を全体社会のなかで実現しているとすれば、その事態の実現作用に固有の機能を認めることができる。

ルーマンによれば、法の固有の機能とは、《予期の安定化によって時間問題を解決すること》である¹¹⁸。法は、人の行為の偶有性を規定することはできないが、人の行為（場合によっては、自然現象）の偶有性に起因して、未来が不確定となる状況において、信頼してよい予期を安定化させることはできる¹¹⁹。法の値を付与された予期（以下、「法的予期」と呼ぶ）は社会に存在する予期のすべてではないから、法的予期はその他の予期と競合することもあり、あるいは法に反する妥当な予期も存在しうる。この状況で法が機能しているといえるためには、法的予期が、それと競合・対立する予期に優越して妥当すると予期が組み込まれていなければならない。《予期の安定化》とは、法的予期については、【たとえそれに違背する事態が生じても、あるいはそれが法的ではない他の予期と競合・対立する場合でも、法的予期をあてにして行為してよい】と予期できることを意味する。これは、

¹¹⁷ 前提として、損害の捉え方、すなわち何が傷つけられたと考えるかは社会構造に依存するという点も指摘しておきたい。

¹¹⁸ Luhmann, (1993), Kap.3.

¹¹⁹ なかには安定化するのが不可能または困難な予期もあるが、それに対応するため別の予期が安定化される。例えば、自動車を運転する以上、事故に遭わないという予期は安定化されえず、事故に遭ったときになされるであろう補償や、運転手はみな交通法規を遵守して安全に走行するだろうと予期できるだけであり、この予期に確かさを与えることが課題となる。

予期次元での《法の優越》を意味し、社会学的に理解された《法の支配》である¹²⁰。そして、法的予期を超えて、それ以上に妥当な予期を探求する必要はないから、法的予期は社会における予期の最も外側にある枠組みを形成していることになる。これによって可能になる事態とは、偶有性を原則とする社会システムにおいて、コミュニケーションに透明性を与え、その継続を可能にすること、場合によっては、ある行為をなしえないと予期されるような状況でもその行為を選択できるようにすることである。勿論、法的予期と競合・対立しない予期も数多く存在する。ゆえに、合法的な行為をするにしても、例えば、それが市場や世論のいかなる反応を導くかなどについて予期されるところにも配慮しなければならない。法がどの程度の範囲の予期まで保障するかは法の問題である一方、どの範囲の予期にまで配慮して行為しなければならないかはコミュニケーションのなかでの行為者の問題である。

重要なのは、この機能がX/Yの選択場面で、Xすなわち法の問題とすることを選擇するよう仕向ける作用を有しているという点である。一般に、法システムは多様な機能を果たすと考えられているが¹²¹、他の手法でも実現できる機能であれば、その分、他の手法と法との境界はあいまいになり、コミュニケーションのなかで法を問題にするかどうかの選擇がなされる際に、必ず法の問題にされるとは言い切れなくなる。例えば、紛争解決という機能は、とりわけ民事訴訟制度の理解において中心的な位置を与えられているが、紛争は法的手法だけでなく様々な手法でも解決できるから¹²²、紛争を解決する機能は法に固有とはいえない。また、紛争解決という視点は、生じてしまった紛争をいかにして解決するかという視点に立つものであり、その紛争がなぜ生じたかという点は問題にしない。確かに、紛争は、いつでも、何に対しても、容易に起こりうるから、紛争自体が消滅することはありえず、紛争解決という視点が全体社会レベルで意義を有し続けることは間違いない。

¹²⁰ 法的安定性や形式的合法性が要請することは、法として定められたことが実際に生じることへの信頼である (B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press (2004), pp.96ff.). 仮に、それが生じなければ、法そのものへの不信に続いて、法からの離反が生じるであろう。

¹²¹ 例えば、Aubertは、法の任務 (task) として、①市民の行動を形成するという意味でのガバナンスの手段、②社会における資源と責任を配分する装置、③予期の保護、④紛争解決への貢献、⑤理念と価値の表現を挙げている (V. Aubert, *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Martin Robertson (1983), pp.28ff.).

¹²² 紛争解決が多様なルートを辿ることについては、岩波講座『基本法学8 紛争』(岩波書店、1983年)の諸論文; 実態については、六本佳平『民事紛争の法的解決』(岩波書店、1971年); 民事訴訟が紛争解決に有効かどうかを反省するものとして、井上治典『民事手続論』(有斐閣、1993年)をそれぞれ参照。

しかし、他人との間で予期が安定していれば、そもそも紛争を生じさせない効果を与えることにもなるから、法の機能を予期の安定化に求めるとすれば、法は紛争解決以上の機能を果たすことになる。そこから今度は、法による社会統合という機能が導出されるわけであるが、それでは紛争が発生している事実を捨象してしまうことになる¹²³。予期の安定化という機能は、この両極端を排するところで設定される。

他方で、法の機能は紛争コミュニケーションがいかなる形態をとるかに依存する。近代法はきわめて普遍的な形式を備えており、あらゆる紛争を法的形態へと転換しうる。しかし、紛争が政治的であったり、家族関係に規定されている場合などは、全体社会のレベルで、そもそも法を問題にするかどうか争われる。ルーマンは、『社会の法』の末尾において、「確かに現在のところ法システムが優越している。そしてまた全体社会そのものも、大半の機能システムも、法のコードが機能していることに依拠しているのである。しかしそれはヨーロッパのアノーマリーに他ならず、したがってこの法システムの優越は、世界社会の進化のなかで衰退していくかもしれないのである」と指摘しているが¹²⁴、これは、依然として、全体社会のなかでの法システムの機能（法を問題にするかどうかの選択）が問題であることを指摘したものと解される。

第2項 法システムの進化

では、近代社会の構造と予期の基本問題という一般的なレベルで考えた場合、予期を安定化するという法の機能は、いかにして実現されるのだろうか。

(1) 規範的予期の自己確証

まず、社会システム論の立場から、法システムにとっての問題を正確に提起しておきたい。予期違背に対しては、誰であっても、自分の規範的予期を合法であると、あるいは相

¹²³ また、法自身が紛争を生み出すという点にも注意したい (Luhmann, (1993), S.139)。

¹²⁴ Luhmann (1993), S.585-586. かかる推測の根拠はこうである。ルーマンは、機能分化を掘り崩すような要因として、世界人口の大半が機能システムのコミュニケーションから排除されているのではないかと指摘し、しかも、各システムからの排除は、ほとんど完全な程度で、否定的に統合されているという。そして、法システムは、法律違反の制裁への共鳴が全体社会のなかで生じるということに依拠しており、その共鳴によって法的予期をあてにして行為する誘因が与えられるが、法から排除されている人は、法律に従うことも違反することもたいした意味を持たないから、これが法システムの機能を掘り崩すことになるのである。

手の規範的予期を不法であると主張して自らを法的に正当化することができる。その場合、この主張者の情報伝達が誰にも否定されず、その主張が通用すると予期できるのであれば、その者は「主権者」として振る舞っていることになる¹²⁵。しかし、ある人が合法だと言ったことが直ちに法として妥当するわけではない。なぜなら、他人は、それは法ではないと否定することができるからである。このとき、法にとって問題となることは、実力によって法ではないと否定することなのではない（これは、政治システムの問題である）。そうではなく、ある人が別人が主張した規範的予期は法ではないと否定することで動揺するのは、規範それ自体である。つまり、規範の否定は、規範のオルタナティブ、規範が別様である可能性を顕在化させ、規範の選択を強いることになる。ここから規範をめぐる紛争が生じ、どの規範に合法／不法を振り分けるかを問題とするコミュニケーションが発生する。

では、規範はいかにして妥当するのであろうか。規範の妥当もまたコミュニケーションとして実現される¹²⁶。すなわち、規範の妥当は、誰かが誰かに対して規範的予期（その違背と回復）を伝達することを実際に行い、その情報が誰かによって法として妥当なものとして肯定される／妥当ではないものと否定されるコミュニケーションである。しかし、これは実際にやってみなければ分からないということでは不安定である。そこで、いかなる場合に、特定の規範的予期が肯定／否定されるかそれ自体を、事前に予期できることが必要になる。コミュニケーションのなかで、妥当なものとして肯定されると予期しうる規範的予期が法である。それゆえ、法システムの分出を主導する要因は、規範的予期を規範的に予期できるという予期の循環的な自己確証の状態¹²⁷（自己存立する予期）を確立することにある。【たとえそれに違背する事態が生じて、あるいはそれが法的ではない他の予期と競合・対立する場合でも、法的予期をあてにして行為してよい】と予期できるのは、当事者によっては否定できない自己存立する予期が社会のなかに成立している場合である。そして、《法システムの進化》とは、社会的コンテクストの変化に応じて、規範的予期の自己確証を実現するために、法システムがその内部を発展させていく過程である。以下で検討する歴史的に展開されてきた法システムの諸形態も、規範的予期の自己確証を実現するという基底的な機能を基準として、それぞれのメカニズムを比較検討することができる。その

¹²⁵ 閉鎖的な社会の小さな主権者は日常生活のなかにも存在しうる。誰かが裁判所に法的判断を求めようとしない限り、その主権者の主張する規範は当該社会を支配する。この点は裁判所によっては制御できないし、それで問題なければ規範に変化はないことになる。

¹²⁶ 「法システムの記述は、規範…がコミュニケーションとは別の実体や性質であるということから始めるわけにはいかない」（Luhmann, (1993), S.49）。

際には、それぞれの形態が前提とする社会理解がそのメカニズムの妥当性を支えている点に注目したい。

次に、規範を対象として合法／不法を振り分けるコミュニケーションが、具体的にはいかに展開されていくかを考えてみたい。法の機能を実現する最初の試みは、内容として社会的に受容されている規範的予期をそのまま法とすることであった。そこでは、すでに自己確証されている規範的予期だけが法とされるのであり、いかにして規範的予期は妥当するかという問題はそもそも生じないからである。この状況では「何が法か」という問題それ自体が明確にされておらず、法規範は、宗教や自然観、家族や共同体といった社会一般で妥当な予期秩序と同一視された。しかし、これは法システムが全体社会に「妥協」していることの表れともみなされうる¹²⁸。社会で自明な規範的予期に対抗して規範が主張される場合には、規範に動揺が生じる。とりわけ偶有性を原則とする近代社会への移行に伴い、所与としての法（神の法、自然法、慣習法）への疑念が生じて、法規範の不明確さが高まり、「何が法か」という問題が提起されるに至った。

この状況では、規範を争う当事者は自らの規範主張が社会で妥当すべきことを求めなければならないが、これは、決定者や聴衆の感情への訴え、支持者を伴う実力への訴え、神の恩寵への訴えなどによって実現しえた。かかる事態からの決定的な進化は、裁判手続によって、「場当たりの (ad hoc)」、「感情や偏見に訴える (ad hominem)」論証が排除されたところにある¹²⁹。その理由は、「この排除によって、法の外部に位置する社会構造が、法の業務に対してあまりにも強い影響力を発揮することはなくなるからである¹³⁰」。これを可能にする《裁判手続》とは、「開かれた状況を決定へと導き、未知性を吸収し、それによって原始的な権利闘争を、代替的選択肢が豊富で、根拠づけられた選択を可能とする過程によって置き換えるという機能を果たす特殊な形態の相互作用システムである¹³¹」。イングランドでは、陪審制度の発達により、陪審のために争点 (issue) を形成する必要が生まれ

¹²⁷ Luhmann, (1993), S.144.

¹²⁸ 奴隷制の維持、身分と結び付いた特権、女性の権利能力の否定などを想起されたい。

¹²⁹ Luhmann, (1993), S.261-262 「アドホックで感情的な論証が許されないなら、根拠づけの必要性が、別の仕方でも満たされなければならないことになる。特に必要となるのは、同定可能な規範状態への拘束、また他のケースに関しても妥当するものと仮定される概念や決定規則の発展という方向である」(強調は原文)。

¹³⁰ Luhmann, (1993), S.262. あるいは、法的決定において「訴訟当事者の社会的地位や、当事者が取り結んでいる社会関係のネットワークを考慮すればよい」状態からの離脱である (Luhmann, (1993), S.328)。

¹³¹ Luhmann, (1987), S.171.

たが¹³²、被告が原告の請求を全面的に否認した場合はその請求の全体が争点となる (general issue) 一方、当事者の合意により特定の争点へと絞りがかけられる場合もあり、後者が固有の意味での訴答手続 (pleadings) である。訴答手続の成立、つまり被告に一般的否認以外の答弁の機会が開かれたことで、原告の請求と被告の答弁を聞いた第三者が事実を評価し決定を下すという状況が生まれ、その決定を根拠づける実体的ルールが発展することになった¹³³。ミルソムは、この訴答手続によって、「完全に独立した体系としてのコモンローが成立した」と述べているが¹³⁴、これは訴答手続という法に特殊なコミュニケーションが社会のなかで分出したことの帰結であると解されよう。裁判手続とは始点と終点の定まった自律的で特殊なコミュニケーションであり、そこには分出した役割 (原告、被告、裁判官、聴衆) 間での相互参照、固有の予期秩序、固有の時間の流れがあり、各人が選択を行いながら一歩ずつ進んでいく社会システムである¹³⁵。かかる分出した相互作用システムのなかで、その自律性を支える組織の形成と専門職化が進み、その結果、「今や手続によって、誰かが (裁判官が、あるいは立法者が) 妥当している規範が万人を拘束するものとみなして、それに基づいて決定を下せばそれで十分だということになる¹³⁶」。

(2) 判例法——了解に基づく予期の確かさ

かかる裁判手続は、いかにして規範的予期の自己確証を確立できるのでしょうか。イングランドにおいては、歴史的に蓄積された経験としてのコモンローの優位を説く立場が主流であったが¹³⁷、ヘイルは、コモンローの原理は「それを用いるなかで成長してきたものであり、その拘束力と法としての効力を、長期にわたる記憶にないほどの慣用 (Usage) と、

¹³² Milsom, (1981), p.42 は、「当事者間での権利についての一般的問題が、神判の宣告によってではなく、合理的だが誤りうる人間に答弁を求めることで解決すべき場合」に、誤りうる人間 (陪審) に一般的な質問をするのでは不安であり、「なんらかの方法で回答に責任を有する裁判所としては、被告を古代の一般的否認から離れさせ、被告に自身の事実を特定させようとした」と説明する。

¹³³ Milsom, (1981), pp.43-44.

¹³⁴ Milsom, (1981), p.43.

¹³⁵ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp (1969).

¹³⁶ Luhmann, (1993), S.261. 「誰かが万人のために原理」と呼ばれる。

¹³⁷ D.E.C. Yale, "Hobbes and Hale on Law, Legislation and the Sovereign", *Cambridge Law Journal*, Vol.31, No.1 (1972), pp.121ff, 126-127 によれば、「法は可能な限り偉大な経験の多様性に基づかなければならない。多数人の経験は少数人の経験よりも価値があることは明白であり、理性が経験に基づくとすれば、少数人の理性よりも多数人の理性のほうが信頼に値する。そのように拡張された経験は、時間の流れのなかに、すなわち歴史のなかに最もよく求めることができる」とする立場である。

この王国における慣習 (Custom) および受容 (Reception) とによって獲得しているものである」と述べている¹³⁸。これは、判決が理に適っているとすると法の内容を問題とし、内容のあり方によって人々の服従を導くことができるかが決まるとする立場である。ポストマは、この(法に服従することの合理性から区別される)法自体の合理性は、①法体系全体および先例の歴史的適宜性の感覚への信頼、②その要素となる判決が規律された理由づけ過程の産物であること、および共通の経験の反映であることに由来する信頼に依存しているという¹³⁹。

法内容が共通の経験の反映であるとの要件は、判決の理由が大多数の人に受け入れ可能なものであるということの意味している。すなわち、人々は理由が正しいから法に従うのである¹⁴⁰。ただし、新たに生じる予期違背の事案に直面すると、何が正しいかを再度吟味しなければならないから、法の正しさは、つねにそれを用いる現在において確認され続ける必要がある。これを行うのが裁判である。判例法(あるいは、裁判官法judge-made law)の特徴は、その場合に、もはや争いのないまでに自明な予期にまで遡り、その予期から現在の決定を根拠づけるというやり方で、予期に確かさを与えることができると考える点にある。これは、予期に争いがなく、相手方との間で予期の合致を予期できること、つまり《了解》が成立している状況を前提とする¹⁴¹。

しかし、了解が成立しているとしても、その了解についての紛争は発生しうる。また、発生する出来事が複雑になるほど、予め存在する了解の領域は縮小していく。これは、社会次元での予期の不整合が際立ってくることを意味するが、そうになると、前提される了解の内容ではなく、対立する予期から了解を形成するという側面が表に出てくる¹⁴²。そこで、かかる了解形成を行う者(裁判官)には、探究、観察および経験といった特殊な技能でもって、あらゆる問題に理由ある判決を与えることができる能力を有していることが求められ、この期待に応えている限り、裁判官への信頼が了解内容に取って代わることになる。

¹³⁸ M. Hale, *The History of the Common Law of England*, 3rd ed., University of Chicago Press (1971), p.17.

¹³⁹ G. J. Postema, "Some Roots of our Notion of Precedent", in L. Goldstein ed., *Precedent in Law*, Clarendon Press (1987), pp.9ff., 17.

¹⁴⁰ 近年でも、T. R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press (2006 [1990])は、法服従の要因として、正当性 (legitimacy) を強調している。

¹⁴¹ 現在の制度論においても、制度を「共有された信念や価値」として捉える立場は、この分類に属する (M. C. Brinton and V. Nee eds., *The New Institutionalism in Sociology*, Russell Sage Foundation (1998)参照)。

¹⁴² C. K. Allen, *Law in the Making*, 6th ed., Oxford University Press (1958), pp.126ff参照。

ただし、これは無条件に実現されるわけではなく、判決を産出する過程において、裁判官への信頼を創出し、確保し続けるために必要なルールや条件がなければならないであろう。例えば、裁判官は公平・中立な存在であることを要する¹⁴³。こうなると、裁判官という人への信頼に代わって、判決の信頼性を保証する手続への信頼が必要だということになる。とりわけ、適切に整備された決定産出過程の帰結である決定内容には合理性があるとする手続的合理性の考え方に基づく法の適正手続の原則が重要である¹⁴⁴。ただし、ここでも、規律された手続は、従うに十分な理由のある決定を産出することが可能であるとの理解が基礎にあるはずであり、この理解が予期の確かさを支える条件である¹⁴⁵。法体系全体および先例の歴史的適宜性の感覚とは、この意味で、これまでに行われてきた裁判官および陪審の営為そのものに対する信頼を意味し、少なくとも裁判所は破壊や無視されることなく、いまだ存続し機能しているとの現状によって感得されるものであろう¹⁴⁶。いずれにせよ、争うことができない予期は理由のある妥当な予期であり、かつより良い理由を提示すれば争うことができるという過程があれば、その産物である予期はあてにしてよいと予期され、こうして規範的予期の自己確証を確立できるとする点に判例法の特徴がある。

(3) 主権者の命令としての法——実現能力による予期の確かさ

ホブズが、「法とは、主権を有する一人または複数の者が、その臣民たる地位にある者へ与えた命令であり、すべての臣民が何を行い、何を行ってはならないかを公けにかつ明白に宣言したものである」と述べたとき¹⁴⁷、そこで意図されていたことは、その命令は争うことができないということであった。これは、クックが主張した法に対する理性の優位

¹⁴³ クックは、ボナム事件判決において、「人が、自分自身の事件において裁判官となることは違法である」との命題から、国王が自分自身の事件において裁判官となることさえ違法であるとした。

¹⁴⁴ 手続的合理性については、H. Simon, "From Substantive to Procedural Rationality", in his *Models of bounded rationality*, Cambridge University Press (1982), pp.424-443; K. Eder, "Prozedurale Rationalität: Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg.7 (1986), S.1-30 参照。

¹⁴⁵ つまり、手続法の法としての性質が何によって与えられているかが問題となるが、これを了解に求める立場は、判例法論の範疇に含まれる。

¹⁴⁶ メイトランドは、ヘンリー3世の治世(1216-72年)を、「国王に対する国民の抵抗が法の名においてなされたとともに、国王裁判所と大法官の業務を破滅させるような深刻な試みはなされなかった」という意味で「無法 (lawlessness) の領域が縮減していった時代」として特色づけている (Pollock and Maitland, Vol.1, (1952), p.174)。

¹⁴⁷ T. Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England*, A. Cromartie ed., Oxford University Press (2005 [1681]), p.31.

に反対するものであり、人間の理性に反する法は法ではないと判断することを認めない立場である。クックによれば、コモンローは「探究、観察および経験 (study, observation and experience) によって獲得された理性の人技による (artificial) 完成体」であるが、ホッブズは、それは擬制であり、「地上の創造物における理性とは、人間の理性以外にはない」と主張する¹⁴⁸。この立場からすれば、人間の数だけ理性が存在することになるが、理性が多様であることは、自らの主張が正しいことを根拠づける理由が多様であることを意味する¹⁴⁹。これは『リヴァイアサン』において定式化された万人の万人に対する闘争問題を背景にして考えるべきである。ホッブズのいう自然状態とは、何が自らの権利の侵害であるかを自らで判断し、その侵害を自らの実力で回復すること——万人が自らの裁判官であり、かつ執行人であること——によって自己保存を図ることが正当な状態を意味する。なぜなら、自己保存は神に対する義務であり、神によって与えられた人間の権利だからである。しかし、地上に神は存在しない。そうすると、地上——すなわち、他の人間との関係——においては、自己保存の権利だけが存在し、人間は自らの権利の裁判官として、自らの理性だけに拘束される。しかし、「自分自身にのみ拘束される者は、何者にも拘束されない¹⁵⁰」から、人が自分自身の理性にのみ服従することは、実際には何者にも服従しないことを帰結する。そこから、この状態でいかにして義務を発生させることができるかが法の問題であるとしたのである¹⁵¹。

ホッブズの主権者命令説は、理性の多様性を消去するのではなく、これらの間で決定を下す行為を、理性のレベルよりも抽象度を高めたレベルにおいて捉えたものである。つまり、決定を根拠づける理由のレベルから、それら理由のなかから一つを決定ないし選択するという行為のレベルへと法の定義を移行させたものである。法を決定ないし選択するこ

¹⁴⁸ Ibid, p.10.

¹⁴⁹ ホッブズは、クックが「コモンローは理性にほかならない」とするのに同意した後、「エグイティは、成文法を解釈し修正する完全な理性である」としたのに対して、「それを根拠にすれば、いかなる人であっても、どの法に対しても、それは理性に反することができるし、それを不服従の根拠にすることもできる」と批判している (Ibid., p.9).

¹⁵⁰ T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press (1996 [1651]), pp.175ff. 引用は、p.176. これは主権者の定義に関連して述べられているが、主権者とは諸個人または諸団体中の最強の実力者であると解すれば、この定義は、拘束を受けないすべての個人に適用できると思われる。ゆえに、主権者とは、社会のなかで唯一の命令されない命令者として理解される。

¹⁵¹ Ibid., p.178. H.L.A. ハートも、「法の存在とは、人間のある種の行動がもはや任意 (optional) ではなく、なんらかの意味で義務的 (obligatory) であることを意味する」(強調は原文)として、行動の任意性から義務性への移行に、法が存在するかどうかの境界を求めている (Hart, *op. cit.*, n.101, pp.6ff, 82).

とがホッブズのいう権威であり、こうして作られた法が制定法である。そして、この決定ないし選択は、その内容の如何にかかわらず、万人を拘束する。この拘束力は実力により担保され、その実力を有する者が主権者と呼ばれる。法の内容が正当であることは望ましいが、それは法の妥当性を左右しない。ホッブズの議論は、法の妥当性が、諸個人による法の評価に服することの否定と、実力という事実依存することを承認する理論であり、「知恵 (Wisdom) ではなく、権威が法をつくる」とはこのことを表している¹⁵²。

命令とは、それに違反する人に制裁という不利益が課されることであり、この制裁が課されるであろうという予期が規範的予期の自己確証を支えるのであるが、ここには命令の有する確実性への注目がある。つまり、制裁としての命令が予期違背に抗して規範的予期に確かさを与えることができるのは、命令が何事か——消極的制裁だけでなく、法律効果の全般——を現実には発生させる《実現能力》を有することの確実性に依存している。ここでは内容が問題なのではなく、いかなる内容にせよ、それは確実に実現されるという事態、そしてその事態を予期できることが規範的予期の自己確証を可能にしている。そして、何事かを実現する最も確実な能力は、宗教がその力を失うなかでは、政治的実力だけだということになり、主権者の制定したルールだけが法だとされるようになった。現代では、組織化された実力を担当する専門機関による強制の可能性が実定法のメルクマールとされている¹⁵³。

かかる特質ゆえに、中央集権国家の成立により、何が法であるかを述べる権限 (裁判権 *iurisdictio*) が主権に統一された後は、法の優越もまた国家の強制力に支えられるものとなった。誰もが規範を争う社会では、法的予期が全体社会のなかで妥当なものとして予期されることを期待して待つだけでは済まなくなり、法の貫徹 (訴訟, 執行, 行政) が問題となるからである。近代法は実現能力の集権化を成し遂げた近代国家とともにその規範貫徹力を手に入れたが、この場合でも法に固有の問題は、ホッブズとは異なり、あくまで予期の安定化に求められるべきである。すなわち、法的予期を貫徹すること自体が法の問題なのではなく、法を貫徹する過程で生じる予期違背 (貫徹しないことも含めて) に対応して新たな法的予期を形成することに法システムの固有の課題がある。これは、法システ

¹⁵² Hobbes, *op. cit.*, n.147, p.10.

¹⁵³ ウェーバーの法の定義である。「保障された客観的な法」とは、「とくにそのために定められた強制手段 (法強制) を使って秩序を実現するように・この目的のためにとくに用意を整えた一人または複数の人が存在しているという場合」を意味する (ウェーバー, 前掲書注 112, 6 頁)。

ムが政治システムから分化することを意味してもいる¹⁵⁴。以下の諸理論は、法システムの分出がいかなるメカニズムによって可能となるかを提示するものである。

(4) 習律としての法——合理的計算から帰結する予期の確かさ

ヒュームに代表される習律 (convention) 論の特徴は¹⁵⁵、判例法論や主権者命令説の想定する特権的な立場に立つ決定者——裁判官であれ、立法者であれ——を想定しないで、なおかつ規範的予期の自己確証は成立しうると考えるところにある。これを、イングランド法における憲法習律 (constitutional conventions) の法的性質から検討したい。

イングランド法においては、例えば「政府は庶民院の多数派の信任を得ていなければならない」等のルールは、議会制定法にも判例法にも根拠を持たず、裁判所が執行することもできないルールであるにもかかわらず、義務としての効力を有する法として遵守されており、憲法法源の一つとして数えられている¹⁵⁶。これが遵守される理由は、「それらが妥当な憲法的諸価値を表現したものであるという積極的理由と、『憲法違反』の行動から帰結する困難を回避するという消極的理由とのため」である¹⁵⁷。後者の消極的理由とは、最終的には選挙を通じて政権を失うだろうとの予期に支えられた政治的責任を意味するものであり、仮に憲法習律に違反する行為をしたとしても実際に政権を失うことがなく政権を運営できている限りでは、憲法習律が変更されたのと同じことになる。その義務は、誰かによって意識的に強制されるものではなく、政治過程の大衆 (multitude) によって強制されたり、されなかつたりするような性質のものである。したがって、憲法習律は、いわば政治的な均衡のうえに成立しており、習律としての法という見方は、ゲームの均衡解としての制度という考え方と共通していよう¹⁵⁸。ただし、現存する多くの憲法習律は、実際には成文化された制度 (選挙法など) によって規定された均衡であって、均衡点は制定法によっ

¹⁵⁴ このことは、政治システムにとっては次のような意味を持つ。法の命じるところに政治が従うかどうかは実現能力に依存するが、実力は政治の独占物であるため、法システムはその命令を貫徹することはできない。ただし、法システムの提示した規範の支持者がいる場合は、その規範を支持する者と現行の政治権力者との紛争に至る。政治が裁判所と争うように見える場合、政治的には、それぞれの掲げる規範の支持者同士での政治的紛争が生じていることを意味する。後は、この紛争を調停する過程の問題となる。それが実力行使の形態を採る場合は内戦となり、勝者の掲げる規範が法となる (革命または現状維持)。

¹⁵⁵ D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, Penguin Books (1969 [1740]). また, D. K. Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, Harvard University Press (1969) も参照。

¹⁵⁶ Bradley and Ewing, (2007), pp.20ff.

¹⁵⁷ Ibid., p.25.

¹⁵⁸ M. Aoki, *Towards A Comparative Institutional Analysis*, MIT Press (2001).

て左右されうる点に注意が必要である。

習律論は、人が、既存の予期構造を出発点として、そのなかでいかに行為することが自分の利益（利得）を高め／不利益（損失）を低めるかという観点から合理的に戦略ゲームを遂行するとの想定のもと、《それに反すれば不利益を被るであろうことが予期されるような予期》については、人はそれを確かなものとして受け取るという理論である¹⁵⁹。その不利益は、誰か特定の者が課す制裁に限られず、世間の評判、世論の批判、市場の制裁といった不特定者によって与えられる不利益も含む。そして、お互いに不利益とみなす効果を内部化するためにルールが生まれ、その不利益が発生しうる状況が継続する限り、ルールは遵守される¹⁶⁰。さらに、習律としての法はそのルール秩序に外部者を想定しない。なぜなら、ルールを扱う立法者や裁判官でさえも、彼／彼女らを取り巻くゲームのなかで不利益を被るとの予期に配慮しながら行為する一人の行為者として位置づけられるからである¹⁶¹。それゆえ、政府の実力行使が予期されるかどうかだけでなく、政府が実力を行使しなければ、いかなる不利益が政府自身や社会に発生するかといったところにまで予期の合理的計算は及ぶ。そこから、予期の均衡点であるルール自体は、単独の行為者によっては制御しえない客観的、非人格的（impersonal）なものとして、そしてかかるルールの発展は進化として記述されることになる¹⁶²。

理論的に言えば、習律の進化とは、コミュニケーションの継続のなかで、ある予期に基づいて行動してみたら、その行動が社会的に受容され、予期が妥当であることが分かったという体験の繰り返しであり、この体験が次なる行為に確かさを与えるという機構に基づいている。逆に言えば、予期に反して行動してみても、不利な事態は何も生じなかったということになれば、それで予期は変更され、その行動をしてもよいという予期が均衡点となる。習律の問題は、①この均衡点を意図的に設定できないこと、②人の合理的行為が予期できない場面では有効ではないところにある。特に、今まさに未来に向かって行動を採

¹⁵⁹ なお、経済学では、ルール遵守の合理性は、ルール遵守と事案ごとの選択肢とを比較して、遵守が、より大きな利得を帰結すると期待されるかどうかの観点から判断されるものと扱われている。V. J. Vanberg, *Rules and Choice in Economics*, Routledge (1994).

¹⁶⁰ 所有権制度に関して、T. L. Anderson and F. M. McChesney, *Property Rights: Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press (2003).

¹⁶¹ B. Weingast, "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law", *American Political Science Review*, Vol.91, No.2 (1997), pp.245-263.

¹⁶² F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, Vol.1 Rules and Order*, The University of Chicago Press (1973); P. H. Rubin ed., *The Evolution of Efficient Common Law*, Edward Elgar (2007).

ろうとしている場面を考えてみると、制裁に抗して予期に反する行動を貫徹しうる可能性（チャンス）、あるいは事後的に予期に反して制裁を課される可能性（リスク）があれば、その可能性が大きくなる分だけ、行為選択は不確かなものとなる。

習律論は、立法過程により定立される制定法のルールも含めて、予期秩序全体の動態性を指摘し、この動態的な習律全体が法であるとする。なぜなら、制定法のルールも、社会のなかで合理的に行為する行為者の交渉の結果として把握されるからである¹⁶³。また、制定法に規定された内容だけではなく、制定法から合理的に導出される予期も、それが裁判所によって執行できないものであっても、予期に反する行為は不利益を被ると予期される場合には、義務としての効力を有することになる。習律論は、かかる動態的な予期秩序のなかに固定点を形成するという制定法的作用を排除しないが、制定法の与える予期を、社会のなかの様々な予期秩序の一つにすぎないものとして扱う点に特徴がある。その意義は、立法者や裁判官も自らは制御できない既存の予期に拘束されること、および立法者や裁判官は、制定法や判例法によって予期を制御することができるが、その予期から帰結する予期までは制御できないことを指摘することで、予期秩序の全体は人為的に制御できない性質を有していると説明した点にある。

(5) 合意としての法——選択された予期の確かさ

判例法にせよ、主権者の命令にせよ、習律にせよ、確かさを有する予期は個人の外部から与えられる——義務は、個人の外部から課せられる——と見る点で共通している。つまり、予期の体験側面が問題となっている。それでは、人は自ら義務を選び取ることはできないのだろうか。体験から行為の側面へと移行し、人が互いに相手の予期を予期しながら行為を進めていくと見た場合、義務はいかにして設定されるのだろうか。これを考えるうえで、合意によって法を任意に創出することができるとの原則が妥当性を有するに至ったという変化は、それが社会構造に対してもつ意義とともに、契約や、民主主義に基づく立法という新しい法形式の意義からも注目に値する。

17・18世紀の理性法論がもつ特徴は、合意は拘束するとの原則——「約束は守らなけれ

¹⁶³ J. Knight, *Institution and Social Conflict*, Cambridge University Press (1992). I. Sened, *The Political Institution of Private Property*, Cambridge University Press, p.1 「財産権は、実力使用の独占および立法過程における特異な役割によって社会制度を制御しようとする政府官吏と、これら制度構造を自らの必要に適合させようとする自由な行為者との、複雑な相互作用の結果として生成する」。

ばならない (pacta sunt servanda)」——によって、法の拘束力を導出しようとした点にある。しかも、その原則は主権にまで適用される(社会契約)。合意原則の議論は、前提として、人間は本性において自由であるとする(自然的自由)。そして、この前提に矛盾せず、拘束(自由の制限)を導出することはできるかが課題であった。つまり、合意原則とは、自由を自由に制限するというパラドックスを解消する構成である¹⁶⁴。しかし、指摘されてきたように、それは拘束性を導出するために前提した「合意は拘束する」との原則自体に拘束性を認めなければ成立しない議論である。カントは、この問題に取り組み、アプリアリな原理による解決を提示した¹⁶⁵。理性法論は、人が自律的な意識主体であるということ認めたくて、かかる自律的で自由な主体の間にかにルール(拘束)を定立することができるかという問題に正面から取り組んだ点で先駆的であると同時に¹⁶⁶、依然としてなんらかの原理(人間本性、理性)による統合が可能であるとの信念を維持している点で旧来的であると要約することができよう。

カントにおいては、これが自由な意識と必然性との関係として問題化されており、両者が矛盾ではなく、調和する法則(人倫の法則)の定立が課題とされている¹⁶⁷。そして、カントの議論の要点は、法は、自由を制約するのではなく、自由を可能にするとの転換にあると思われる。カントによれば、「法とは、そのもとで一方の選択意志が他方の選択意志と自由の普遍的法則に従って統合されることを可能にする諸条件の総体」であり、法の普遍的原理は、「だれのどのような行為でも、その行為が、あるいはその行為の格率から見て、その人の選択意志の自由が、だれの自由とも普遍的法則に従って両立できるならば、その行為は正しい」である¹⁶⁸。普遍的法則に従った行為を妨げる人は私に不正を行う者であるから、「ある自由を行使すること自体が普遍的法則に従う自由を妨害する(つまり不正であ

¹⁶⁴ Luhmann, (1993), S.515 は明確にそう指摘する。

¹⁶⁵ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Reclam, (1990 [1797]) (樽井正義, 池尾恭一訳『人倫の形而上学』岩波書店, 2002年)。

¹⁶⁶ 理性法論の法形式に対する意義は、普遍的な公理からの演繹により法秩序を基礎づけたこと、および法を人間のあいだに存在する様々な差異を架橋する共通の基準として設定し、法という形式を普遍的形式へ高めた点にあるとされている(ヴィーアッカー(鈴木禄弥訳)『近世私法史』(創文社, 昭和36年), 305頁以下)。

¹⁶⁷ 「命法とは、それ自体では偶然的な行為を必然的なものとする実践的規則であり、「定言(無条件的)命法とは、行為によって達成されうるであろう目的の表象を通して間接的にではなく、この行為そのもの(その形式)の単なる表象を通して、それゆえ直接的に、行為を客観的＝必然的なものと考え、また必然的なものとする命法である」。そして、「理性の定言命法の下での自由な行為の必然性」が拘束性と呼ばれる。以上, Ibid., S.56-58 (訳 37-39頁) (強調は原文)。

¹⁶⁸ Ibid., S.67 (訳 49頁)。

る) なら、この行使に対置される強制は、自由に対する妨害を阻むものであり、普遍的法則に従う自由と調和する、すなわち正しい¹⁶⁹⁾。この場合に初めて、ある人を強制することが、普遍的法則に従って、万人の自由と両立するといえるようになる。

この原理は、理性によって、つまり選択意志を規定する「意志」によって定立される¹⁷⁰⁾。カントは、客体を実現するために行為しようという意識と任意に行動する能力との結合である「選択意志」と、行為へと選択意志を規定する根拠の場面でその根拠が主体の理性に見出される欲求能力である「意志」とを区別して¹⁷¹⁾、意識を階層化して把握し、意志が選択意志を規定する場合に限って、実践理性を語りうるとする。理性である意志が選択意志に対して「～せよ」と無条件に命じることによって自由な行為が必然的になり、このようにして拘束されている行為が「義務」と呼ばれる。したがって、義務づけは、すべて自律的かつ理性的主体である人間の意識のなかで展開される。

カントにおいては、アприオリな原理は理性によって洞察されるものであり、この理性は自律的行為者の意識のなかにある。それゆえ、自由が制限されることは、自由を可能にするために本人が意志したこと——意志すること自体が自由である——、つまり本人が自由に選択したことであるから、自由の制限自体が自由に選択されたもの（自己拘束）であり、パラドックスとはならない¹⁷²⁾。「合意は拘束する」との原則が拘束性を有し、そこから合意の履行が強制されることも、自由を可能にするため本人が意志したことによって根拠づけられるから、なんら矛盾を含んでいないことになる。こうして、合意原則は、他の何のものにも——とりわけ、国家の存在に——依存せず、それ自体で妥当するものとなった。この場合、自己の予期の確かさは、相手が合意しないでもいにかかわらず合意したという事実によって確保される。すなわち、人が、合意する最初から合意内容を履行しないとして合意することは矛盾であり理性的ではないから、【合意がなされた以上、相手方は合意

¹⁶⁹⁾ Ibid., S.68 (訳 50 頁) (強調は原文)。

¹⁷⁰⁾ 「人倫の法則」は、「アприオリに基礎づけられた、必然的なものと洞察され (eingesehen) うるかぎりにおいてのみ、法則として妥当する」点で、自然法則の普遍性や必然性から区別されている (Ibid., S.48 (訳 28 頁) (強調は原文))。そして、アприオリな原理の妥当性は、「汝の理性がこの原則を吟味し、これによって汝が同時に普遍的に立法すると想定してみることで、その原則にそのような普遍的立法の資格があるのかどうか、によって」明らかにすることができる。とされている。

¹⁷¹⁾ 以上につき、Ibid., S.45 (訳 25-26 頁)。

¹⁷²⁾ 正確には、このパラドックスは、理性/非理性の区別に移されている。カントの命題が妥当するのは、理性を有する人の間においてのみだからである。

に従うであろう】と合理的に予期できるのである¹⁷³。

合意原則は、ある種の擬制を伴ってではあるが、立法にまで拡張適用される。法が拘束力を有するのは、被拘束者がその法に同意したからであるとの原則が、それである。被治者の直接の同意に基づく統治は自己統治と呼ばれる。しかし、万人が一つの決定に同意することは事実としてありえない。他方で、被治者の同意を黙示の同意または合理的に推定される同意とするのでは、明示的な反対意思が存在する事実によって反駁されてしまう。そこから、法は万人の明示の同意ではなく決定権者の多数決によって決定されたものであるが、この決定権者の選出はすべての選挙権者によって決定されるという民主主義——法決定権者への同意——が意義をもって来る¹⁷⁴。これによって、民主主義の原則に従った立法が任意に法を創造することができるとの原則（議会主権の原則）は、主権者もまた法に拘束されるという原則と矛盾せずに、法を制定し変更することを可能にする原則となる。この矛盾を（完全にではないが）解消する論理が、自己拘束としての合意原則である。

（6）公共善の実現手段としての法——自らを反省する法

法とは主権者の命令であるとする説を受け継いだベンサムは、主権者の法選択行為（立法）を、より客観的で合理的な基準に基づかせようとした。ベンサムによれば、主権者の命令した法が制定法であり、法を制定する行為が立法である¹⁷⁵。そして、主権者が主権者であるのは、服従の習慣によって主権者とされているからである。それに対して、法にとって「死活的な問題（vital issue）は、法の内容についての効用判断に待ち構えているはずだとベンサムは考えた¹⁷⁶」。習慣的な服従は命令によって実現されるといった捉え方ではなく、むしろ服従を生み出すためには法自体（実体法だけでなく手続法も含めて）を操作することが必要だとし、法を反省する視点を法システム内に組み込んだところにベンサムの独創がある。立法の科学とは、かかる反省の視点にほかならない。

¹⁷³ 換言すれば、合意とは、お互いがなした自己拘束を互いに確認しあうことである。自由に合意できる主体は自由に合意を破ることができると予期できるとしても、お互いがそれを折り込み済みであれば、そのように信頼できない人とは最初から合意しないであろう。問題は、そのような信頼さえも裏切られるところに、つまり行為の偶有性が信頼（信頼を維持する必要性）をも超えて経験されるときに生じる。人間本性として「理性」を想定することは、かかる事態が生じる可能性を不可視化してしまう。

¹⁷⁴ A. P. d'Entrèves, *The Notion of the State*, Clarendon Press (1967)参照。

¹⁷⁵ 法は命令であるとは、「法は、人が世界に付加するものであり、世界のなかで発見されるものではない」との見方に基づいている（H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press (1982), p.26）。

「共同体にとっての真の善 (good) を知ることが、立法の科学 (science of legislation) を構成する」とするベンサムの方法論は、立法を理由づける根拠を「快 (pleasures) を高め、苦痛 (pains) を避けよ」とする効用原理に求めた¹⁷⁷。しかも、快／苦は「農民であれ君主であれ、学のない者であれ哲学者であれ、万人がそのように感じるものである」から、共感 (sympathy) の感覚 (sentiment) のように判断者の特殊な喜び (please) / 不満 (displeasure) の表明ではなく、したがって恣意的な原理ではないと説明される¹⁷⁸。したがって、効用原理は、それ以上根拠づける必要がなく、万人に妥当する普遍的原理として設定されている¹⁷⁹。ベンサムの方法論は、「万人が共通して感じる効用」を立法の基準——行為の正／不正 (right/wrong) を評価する基準——として設定し、法の内容を制御しようとするものである。

では、いかにして法は人々の服従を導くことができるか。まず、「意思は、動機による以外には影響を与えられることがない。しかし、動機について語っているとき、私たちは快／苦について語っているのである」という前提が導入され、行為の規定因は効用であるとされる。他方で、「法に付着した快／苦が、法の制裁 (sanction) と呼ばれるものを形成する」として、法の制裁もまた快／苦の基準でもって評価できるとされる¹⁸⁰。そして、法が、法に付着した快／苦の増減により、人々の動機にある快／苦の秩序に影響を与え、それによって人々の行為を制御できると理解されている¹⁸¹。次に、「すべての法は悪である。すべ

¹⁷⁶ Ibid., p.28.

¹⁷⁷ J. Bentham, *The Theory of Legislation*, C. K. Ogden ed., Harcourt, Brace and Company (1931), pp.1-3, 31; Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart ed., The Collected Works of Jeremy Bentham, Oxford University Press (1970 [1789]), p.12 「効用によって意味されるのは、問題となっている当事者の利益に対して、恩恵、利得、快、善、幸福を生み出す、または損害、苦、悪、不幸の発生を回避する傾向があるなんらかの対象の属性である」。

¹⁷⁸ 「共感と反感の原理と呼ばれるものは、理由づけの原理ではない。むしろそれは、あらゆる原理の否定、絶滅である。そこから、観念の真のアナーキーが帰結する。なぜなら、[そこでは] 万人が自分のもつ感覚に普遍的法則を与える平等な権利を有していることになるから、もはやいかなる共通の基準も存在しないだろうし、私たちが訴えることのできる最終的な裁判所も存在しないことになるからである」 (Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), p.6 (強調は原文))。

¹⁷⁹ 人は効用の最大化を目的として行為すると考える功利主義は、自然法論と同様に、人間の自然な性向に基づいている (Luhmann, (1993), 242 頁の注 15 参照)。

¹⁸⁰ Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), p.27; (1970), pp.34f.

¹⁸¹ ただし、快 (または苦) のすべての原因が、万人に同じ快 (または苦) を与えるわけではない。そこには、「個人の身体的または道徳的条件 (physical or moral condition) に影響を与える特定の諸状況 (circumstances) に依存した「感受性 (sensitivity) の差異がある」から、立法者は立法によって影響を与えようとしている人々の置かれた状況の多様性を考慮しなければならないとされる (Bentham *op. cit.*, n.177, (1931), p.33; (1970), pp.51ff.)。

ての法は自由の侵害である」ことが確認される¹⁸²。ここから、立法者は犯罪の悪と法の悪という二つの悪をもつ。立法者はこの二つの悪を衡量しなければならないが、ここで悪の3階層が導入される。それによると、ある一つの行為から帰結する悪は、まず二つの階層に区分される。第一階層は、当該行為から特定の個人に帰結する悪であり、第二階層は、この悪を起源として、共同体全体あるいは無限数の個人に拡散する悪である。この第二階層の悪は、同様の悪を被るのではないかという人々の不安に由来する苦痛としての恐れ(alarm)と、最初の悪が同種の別の悪を他人に生む蓋然性を高める危険(danger)とからなる。最後に、「恐れが一定の段階に達し長期間継続すると、その効果は人の受動的能力(passive faculties)に限らず能動的能力にまで拡大する」から、「苛立ちと略奪が慣行になれば、やる気をそがれた労働者は飢えないためにだけ働く」ということになり、「勤勉は希望とともに衰える¹⁸³」。これが第三階層の悪である。

こう分類したうえで、ベンサムは「特定行為を法的刑罰に服せしめる必要は存在するか」と問い、善よりも多くの悪を帰結する行為が立法者の禁止すべき行為(犯罪)であると答える。ここで、人を害することによって得られる加害者の快と害された被害者の苦を比較して快が上回るならば犯罪とはならないのかと問う。これによって、ベンサムは法の根拠を問うている¹⁸⁴。この問いに回答するために先述した悪の階層が持ち出され、第一階層においては、人を害する行為から帰結する加害者の快は被害者の苦とだけ比較されるが、第二階層においては、かかる加害行為が社会に恐れと危険を生み出す効果を有しているかどうかを検討される。そして、法の機能は、第一階層の悪ではなく、第二階層の悪を回避する点にある¹⁸⁵。法は、当事者間において機能するのではなく、問題となる行為ないし出来事とその社会的波及効果との間で機能すると理解されている。さらに、法が与えようと企図している悪から逃れようとする欲望が満たされた場合は、その程度に応じて法は実効性を減じる。これは、「法の不存在」と同じことになるが、「法の不存在から帰結する悪というのは、

¹⁸² Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), p.48.「他人の利益範囲に対する力づくの干渉」について、それが違法行為であるか法の制裁であるかを区別する基準として法を捉える、H.ケルゼン(穂飼信成訳)『法と国家』東京大学出版会、1969年、15-16頁も参照。

¹⁸³ Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), pp.52-53.

¹⁸⁴ Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), p.54「疑いなく世界全体が[法的刑罰は必要であるという]この問題に同意するだろう。しかし、その同意はいかなる根拠に基づいているのか。……今のところ存在する同意は、時間と場所、慣習と意見に応じて変わるような偏見に基づいているにすぎない」。

¹⁸⁵ Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), p.58「すべては第二階層の悪にかかっている。これが、ある行為に犯罪としての性格を付与し、刑罰を必要とさせるものである」。

実際には、法がそれを抑止するために設立された様々な諸悪の集合である」。そして、「もし法がこの侵害に沈黙するなら、それは法自体の目的と矛盾することになるだろう¹⁸⁶」。ここでベンサムが問題としているのは、犯罪が放置された場合の社会的波及効果であり、これを防止することが、法自体の目的であるされている。また、「法の第一の目的」である安全 (security) の保護に関して¹⁸⁷、「人間は予測 (anticipation) によって快／苦を感じ取ることができる」から、「人間を現実の損失から保護するだけでは十分でなく、可能な限り、将来の損失に対して保護することも必要である」と述べられている。かかる予測による快／苦の感情が期待 (expectation) と呼ばれるが、安全とは期待が保護されていることである¹⁸⁸。さらに、単に期待を保護するだけでなく、「出来事が法に依存する限りは、法自体が生み出した期待に適合することを要請する」。そして、「この感情への攻撃はすべて、失望の苦痛と呼びうるような著しく特別な悪を生み出す」。失望の継続は希望を失わせ、そして勤勉を衰えさせる。ここでは、安全の侵害が放置された場合の時間的波及効果が問題とされ、時間的な確実性を与えることが法の第一の目的であるとされているのである。

ベンサムも、予期の確かさは命令によって与えられるとみているが、問題は社会の効用総和といった公共善を増大させるという政策的関心へと移され、法はそのための手段として位置づけられている。しかも、そこでいう公共善は出来事とその社会的および時間的波及効果という第二階層の観点において判断される。ここから、合理的計算は、個人が自分自身に帰結する利益／不利益について行う計算と、社会において生じうる出来事とその社会的・時間的波及効果の間で行われる計算とに分裂し、それによって法もまた、個人の自己利益計算における変数の一つであると同時に、社会の効用総和を左右する変数としても捉えられる。この状況で、合理的な人はこう判断するであろう。私が法に服従することは、法の賦課する苦を回避することであるから私自身の効用を高めることであり、かつ社会に危険を生じさせないから社会の効用を高めることでもあるゆえ、自己を含む社会全体の効用を増大させるから、法に自発的に従うべきである、と¹⁸⁹。規範的予期の自己確証は、規

¹⁸⁶ 以上, Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), p.59.

¹⁸⁷ 以下, Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), pp.109-111.

¹⁸⁸ 「財産権 (Property) とは、期待の基盤にほかならない。それは、私たちが物に対して立つ関係の帰結として、占有している物から特定の利益を引き出すことの期待である。……この期待に説得力を与えることは、いまや法だけがなすうる仕事である。私が、私のものとみなす物を享受することは、それを私に対して保証してくれる法の約束によってしか、あてにならない」。Bentham, *op. cit.*, n.177, (1931), pp.111-113.

¹⁸⁹ また、同じ効果は給付によっても生じさせることができる。社会の効用を高めるために必要な政策について、それに反対する人がいれば、政策を受諾可能なレベルにまでその人自身の効

範に違背することは自己の二重の効用を減じるという見込みに支えられるのである。立法者から見れば、個人がこのように合理的に予期して自発的に法に服従するよう法の内容を設定することが、社会の効用総和を増大させるとの観点で合理的と判断される¹⁹⁰。かかる考え方から、統治者と被治者の二元論が導かれ、法は統治技術として位置づけられるようになった。これはまた、法的ルールは、発生した事案に解決を与えるなかで発見され蓄積されてくる経験則ではなく、未来を見通して、可能性のある行為や出来事に対応するとの観点で創造されるという意味で、法道具主義の発端であるともいえよう。ベンサムは法を反省する基準は唯一の原理に統一されると考えたが、その基準は複数の政策的観点（および政策を支える知識や科学）や価値的観点などでありうる。いずれにせよ、法を目的のための道具として位置づける考えは、ベンサムの理論に遡ることができると思われる¹⁹¹。

(7) ルール化されたルールとしての法——一次ルールと二次ルールの結合

H.L.A.ハートの議論を、以上のように理解されたベンサムの理論との関係で位置づけてみると、ベンサムが、法的義務の義務たる性質は主権者の命令によって確保されることを前提としたうえで、法の問題はその内容にあると考えたのに対して、ハートは、法という形式に係わる事項は依然として問題であり続けていることを指摘したものと解することができよう。なぜなら、ベンサムの議論では、ルール服従者とルール制定者との二元論が前提とされているが、ルール制定者の従うべきは結局ルール制定者が解釈した効用でしかなく、それは「自分自身にのみ拘束される者は、何者にも拘束されない」との原理を一段高いレベルで復活させたことを意味するにすぎないからである¹⁹²。ただし、ハートの議論は、ルール制定者の裁量を統制するとの狙いにとどまらず、二次ルールを無視することは、一次ルールからもルールとしての性質を奪うような帰結をもたらすという事実に向けさ

用を高めるような措置で補完すればよいというように。これらから、自己利益の追求と公共の利益の追求が合致するところに、法の内容を設定せよという命題を引き出すことができよう。

¹⁹⁰ 逆に言えば、法が、この合理性を超えて過剰に、または恣意的に害悪を与えることは、法自体の害悪による恐怖や危険を生じさせ、社会の効用総和を減じることになる。

¹⁹¹ Tamanaha, *op. cit.*, n.120, p.79.

¹⁹² H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol.71, No.4 (1958), p.603 は、「法とは、社会において命令されない命令者の命令である、すなわち定義上法の外部に位置する主権者の法的に拘束されない意思が創設するものである」との見解に対して、立法手続をも規定する根源的に承認されたルールという観念が「法理の科学 (the science of jurisprudence) の鍵、あるいは少なくとも鍵の一つである」とする。立法の科学は立法の反省であるのに対して、法理の科学は立法者をも包括する法体系の反省であると理解できるのではないだろうか。

せた点に意義があると思われる。

ハートは、ある特定の行為をする法的義務があるとの言明は、特定の行為をなすよう要請しているのではなく、「何が許容されうる行動かを決定する指針や評価の標準として法を受容している裁判所が採用する観点から、作為または不作為を判定する」言明であるとする¹⁹³。つまり、法的義務は、裁判所が受容したルールに従ってする判決を通して判断される義務である¹⁹⁴。ハートの観察対象は、ある種のルールに規律された行動 (rule-governed behavior) である。事実としての習慣 (habits) とは異なり、ルールに規律された行動は、①適合への圧力があること、②逸脱を批判することに良い理由があること、③ルールには内的側面が存在すること、すなわち行動パターンに対して反省による批判的態度を持つという特徴を有する¹⁹⁵。ルールの内的側面は、ルール違反の場合に、それを批判し適合への圧力をかけることが正当であると認容されるなかで顕在化するものであるとされ、その場合に、当該ルールは「受容 (accept) されている」といわれる¹⁹⁶。しかし、一次ルールだけが存在する社会では、何が法であるかの不確実性、変化する状況にルールを意識的に対応させることのできない静態性、終局的な決定機関の欠如による非効率性という欠陥があり¹⁹⁷、それぞれに対応した承認のルール、変更のルール、裁定のルールという二次ルールを備えていることが法的世界の特質である¹⁹⁸。

ハートの議論の特徴は、ルールが確かさを有するためには、一次ルールと二次ルールとが結合していなければならないとする点にある。この意義を理解するために、窃盗をしてはならないというルールを考えてみよう。このルールに確かさを与えるためには、窃盗をしてはならないというルールが、例えば了解によって確かであるだけでは不十分であり、このルールが法として承認されたものであり、裁判所によって執行されるという事態の予期に確かさが必要である。しかし、窃盗で起訴されても、裁判官を金銭で買収し、無罪判

¹⁹³ H. L. A. Hart, "Legal Duty and Obligation", in *op. cit.*, n.175, pp.127ff., 144.

¹⁹⁴ さらに、法には権能を付与するルールもあるとしたうえで、「どちらの場合も、行為は、ルールへの言及によって、それをなすのが法的に『正 (right)』または『不正 (wrong)』であると批判または評価されうる」とする (Hart, *op. cit.*, n.101, pp.32-33).

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp.55ff.

¹⁹⁶ そして、受容されたルールによって立法者が立法者となる時、その立法者は「権威」を有するとされる (*Ibid.*, pp.57-58).

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp.91ff.

¹⁹⁸ 一次ルールは、「望むかどうかにかかわらず、人に、特定行為をなす、またはなさないことを要請する」ものであり、二次ルールは、「人が、ある特定のことをなす、または発言することで、新しい一次ルールを導入し、古い一次ルールを廃止もしくは修正し、様々な方法で一次ルールに付随する事項を決定し、その作用を制御する」ものである (*Ibid.*, p.81).

決を得ることができるとの予期が確かな社会であれば、お金を払えば窃盗を見逃されるとの予期が生じて、窃盗をしてはならないとの一次ルールそのものが確かなものではなくなってしまう。したがって、二次ルールが不確かな社会では、いかなる一次ルールにも確かさを与えることができない¹⁹⁹。この意味で、一次ルールがルールの内容を特定するものであるのに対して、二次ルールはルールにルールとしての性質を与える要因であって、この両者が結合して初めて特定のルールが存在しているといえる²⁰⁰。ここには、妥当しているルールの確実性とルールが妥当することの確実性とは異なる問題だということが示唆されている。つまり、ハートは、規範的予期の規範的予期がルールの存立に必要であることを明確に捉え、ルール化されたルールとして法を提示していると理解できよう。しかし、問題は、これがいかにして可能かという点にある。

(8) オートポイエーシス・システムとしての法システム

ハートは、規範的予期がいかなる場合に肯定／否定されるかそれ自体がルールとして確立されていること、すなわち固定された予期として確立されていることが必要であると考えた。それに対して、ルーマンは、この第二階層の予期もまた、コミュニケーションの産物であるとする。それは、合法／不法を振り分けるという第二階層のコミュニケーション、すなわち分出した法システムによって形成される予期である。この場合も、基底的なのは、構造（予期）ではなくて、作動（コミュニケーション）のほうであり、両者の共振が法システムの進化を意味する。

ルーマンによれば、法システムは《自分自身を観察し記述するシステム》である。これが意味するところは、規範的予期の自己確証がいかにして可能かという問いが、ほかならぬ法システムの内部で提起される、すなわち、自己が作動するための前提条件の未確立や問題点について法システムの内部でテーマ化することができ（つまり、合法か不法かの問題へと転換でき）、それによって規範的予期の自己確証を可能にする制度を構築するよう（特定の救済手段の未整備を違法として、その整備を行政に義務づけるなど）法システムが自分自身を方向づけることができるということである。

¹⁹⁹ J. Chang and C. Liu, "The Negligence Rule in the Presence of Judicial Corruption and Social Norms", *Atlantic Economic Journal*, Vol.35 (2007), pp.203-215 参照.

²⁰⁰ さらに、二次ルール以上に、三次、四次ルールへと遡る必要がないのは、二次ルールの予期が確かであれば、行為を規定するのに十分だからである。論理的に可能なことが、社会的に可能である（まして、必要である）わけではない。

さらに、法システムは自らの帰結についても顧慮することができる（あるいは、訴訟や立法によって顧慮することを余儀なくされる）。ここでは、法として選択された予期の否定形である予期もまた、同様に未来を拘束する点を考えなければならない。例えば、ある法的予期に効果が付されている場合、それとは反対の予期を抱き続ける人は、その効果とは逆の効果または効果の欠如を与えられ続ける。したがって、ある予期を固持することは、選択されたものとは反対の予期を否定し続け、この予期を抱く人に逆効果または無効果を与え続けるため、両者は緊張関係に立つ。法システムは、法規範を定立した時点で、同時に「そのコスト、否定的効果、逆機能、リスク、逸脱の増幅」を無視することはできないゆえ、「法は、時間次元と社会次元との緊張というこの問題に関連する、ひとつの形式として成り立っている」とされる²⁰¹。つまり、法システムは必ず法規範を定立しなければならない一方、その定立された法規範自体が全体社会レベルでの紛争を不可避的に惹起するのであり、しかもそのこと自体、法システムには制御できないのである。

それゆえ、特定の予期を固定することが法の機能であるわけではない。予期の固定化が予期の安定化につながるという想定は、近代社会の構造をふまえて考えると維持できない。なぜなら、近代社会が被決定性から偶有性への構造転換を成し遂げ、機能分化を進めるなかでは、特定の予期を時間的に固定しておくことはリスクでさえあり、妥当な法的予期を選択することが必要になるからである。つまり、多くの人が妥当とみなさなくなった既存の予期を法として固持し続けているのでは、人々は法的予期とは別の予期を前提として行為するようになり、法の優越は衰退するという意味で逆機能となりうるから、法の優越を維持し続けるためには、どの規範的予期を固持することが特定の社会システムの展開にとって機能的かを判断する第二階層の観察レベルを備えて、法の側もまた、変更可能なもの、偶有的なものとならなければならない。そこで、法システムは「同一の規範に対して、それを学習する可能性と学習しない可能性、つまり認知的態度と規範的態度とをともに制度化していなければならない²⁰²」。これによって排除されるのは、唯一正しい法が存在するとの想定である。それに代わって法の不確実性が確実なものとなり、その不確実性を吸収する手続によって、規範の妥当性はつねに確認され続けなければならないものとなる²⁰³。法システムとは、選択された予期の内容によって定義されるのではなく、法的予期を選択す

²⁰¹ Luhmann, (1993), S.131.

²⁰² Luhmann, (1987), S.238.

²⁰³ つまり、個々の法適用においてつねに選択を行っているものと把握される。これは規範妥当の現時化 (Temporalisierung der Normgeltung) と呼ばれる (Luhmann (1993), S.557)。

るというコミュニケーションのプロセスそのものとして把握される（ハートのいう二次ルールも、かかる選択の産物である）。

法の選択を可能にするのが、二分コードである。《合法／不法の二分コード》は、全体社会において生じるあらゆる事象——法システム自身も含めて²⁰⁴——に適用可能であるから、合法／不法のコードは社会のなかの複雑な出来事を整序する一つの普遍的な観点となる。しかも、「法の問題ではない」という第三の値までも、例えば訴訟要件をみたさないゆえに不適法だとして訴えを退けるというように、「法の問題とはしない」と法的に決定できる場合、それもまた合法／不法の振り分けの問題として扱われているが、これは法システムの境界が法的に決定されうることを意味している。かかる二分コードの意義は、値の適用を変更することで、変動する環境に対応して合法／不法とされる予期を変更しながらも、つねにどちらかの値だけが適用されることは確実であり、法としてあてにしてよい予期は一つだけであるという状態を維持することができる点にある。法はあらゆる内容を含みうる一方、法の優越は一定に保たれるのである。それゆえ、法システムが全体社会のなかで主張しうるのは、「法が用いられる、すなわち合法と不法が振り分けられなければならない場合には、法システムの条件に服さなければならない」ということだけである²⁰⁵。そこから、妥当している法を変更するためには妥当している法に従わなければならない、かつ妥当している法に従う限りで法の妥当を変更しうる（ゆえに、法の発展は決して無制約でも、恣意的でもない）。社会学的に捉えられた《実定法》の特質は、全体社会を対象として、そこで生じる出来事に合法／不法の値を振り分ける第二階層のコミュニケーションもまた、一つのオートポイエーシス・システムを形成しているという点にある。

合法／不法の振り分け自体を規制するのが、合法／不法の値の「正しい／誤った」振り分けを問題とする《プログラム》である。法システムにおいて、決定機関として分化しているのは《司法（裁判所）》と《立法（議会）》であるが、合法／不法の振り分けをめぐるコミュニケーションは裁判所によって終局的に決定される²⁰⁶。その終局性を法律上保障するのが、裁判拒絶の禁止の原則である。この原則は裁判官は判決を下さなければならない

²⁰⁴ 唯一の例外は、合法／不法のコード自体は、合法か不法かとは問えないという点にある。

²⁰⁵ Luhmann, (1993), S.72. 「そして、まさにこの意味においてのみ、法システムは、作動の上で閉じられており、構造的に決定されたシステムなのである」。

²⁰⁶ Luhmann, (1993), S.271. 裁判所の原型は、「①独立した裁判官が、②既定の法規範を、③対審的審理の後に、④当事者の一方が法的権利を付与され、他方が不法を付与されるという二分法的な決定を与えるために、適用する」というにある (M. Shapiro, *Court: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press (1981), p.1)。

ということを法によって命じるものであるが、これは決定不能な事案にも決定を下さなければならぬというパラドックスを抱える命令であり、ゆえに裁判所には、法システムの展開を主導する役割が認められるのである²⁰⁷。ただし、裁判所の終局性は、裁判官の面前へと持ち込まれた事件だけにいえることであり、別のところで事件が解決され、事実としてそれ以上に何も生じなければ、そこに終局性があることになるという全体社会の側にも注意が必要である。法システムは、かかる事態に問題があれば、それを法命題で捉え返す必要がある。

裁判所は決定を強制されているが、「判決が強制されることによって同時に、判決の根拠を探究する自由が現れてくることにもなる」。そして、この強制と自由とは、正義という観点によって制限される。「強制、自由、制限というこのトリオこそが、法を産出するのである²⁰⁸」。かかる過程の成果として一定の予期が圧縮されてくると、今度はかかる予期を対象としたコミュニケーションが発生し、予期の内容に一貫性を与えること（法解釈）が行われる²⁰⁹。そして、法解釈学によって法固有の概念や決定規則が生み出されると、今度は、規則（概念）を事案に、事案を規則に同調させるというプロセスが始まり、繰り返し生じてくる同様の事案は同様に解決することが正当であるとの予期が生まれてくる²¹⁰。

司法の決定プログラムは、基本的には「Aという事実が存在しているならば、Bという決定を下す」という条件プログラムの形式を採る。Bという決定はAが存在しているならば必ず下されるはずである一方、Aという事実が存在するかどうかは認知的に対応される。その場合、事実の発生は法システムには制御できないが、法システムを作動させる事実A（要件事実）が何であるかは、法システムによって制御できる。また、Bという決定を下す時点ではAという事態が発生していることが要件となるから、Aは「過去の、そして現在において確定可能な事態」でなければならない。それゆえ、「決定的なのは、合法と不法の値の振り

²⁰⁷ 裁判所は立法の審査権をもたないと決定する場合であっても、そう決定するよう強制されているのは裁判所だけであり、その場合は、司法審査は不法であるとの値を割り振ったことになる。この意味で、全体社会のなかで法的な最終判断を下したと云うるのは、裁判所だけである。

²⁰⁸ Luhmann, (1993), S.304.

²⁰⁹ とりわけ、法的予期が文字によって固定化されることで、他から区別される法特有のテキストが成立すると、何が法であるかを確認するときに、これまで法とされてきたことの記憶を辿る労力は省かれ、直接にテキストを参照すればよいことになる (Luhmann, (1993), S.245ff.)。

²¹⁰ 「もし、ある事案で、私が被告であった昨日には私に敗訴であると決定されたならば、私が原告となる今日には同じ判決を求めよう。それを異なって決定することは、私の胸中に憤慨と不正であるとの感覚を呼び起こすであろう」 (B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Dover Publications, (2005 [1921]), p.29 が引用する, W. G. Miller, *The Data of Jurisprudence*, p.335 の言葉)。つまり、決定における観察対象が、人から事案へと移行する。

分けが、決定の時点で何が過去として扱われうるかに依存している²¹¹」ことである。

司法の決定産出は条件プログラムの形式をとるが、その条件プログラムは立法によって定立される。つまり、「プログラム化された決定」としての司法に対して、立法は「プログラム化する決定」なのである。立法は、目的を設定し、それを実現するために合理的な手段を選択するという観点に主導された過程として行われる²¹²。立法は、新しい法的予期を定立することで人々の行為に影響を与えようとするものであり、未だ問題として提起されていない行為や出来事に対してさえも、予め合法／不法の値を振り分けておくことができるが、これは、人の行為や未来が偶有的になるほどより多く求められる。ただし、立法はあくまで規範的予期を定立するものであり、実力や金銭を通じた制御とは異なるから、予期の安定化という機能を果たす法システムの一部である。

第4節 所有権の社会分析——詳論

前節までの議論をもとに、本節では、所有権の社会分析という立場から、所有権の機能および進化について、理論的に検討していきたい。

第1項 社会分析の意味

社会関係としての所有権論は、権力関係あるいは経済関係への／からの所有権の作用を問題にするものであった。しかし、権力関係や経済関係もまた全体社会の特定の問題を解決するために分出した部分社会システム（政治システム、経済システム）である。そこから、(i)部分社会システム同士の関係（法システムと政治システムや経済システムとの関係）と、(ii)全体社会と各部分社会システムとの関係とを区別することができる。所有権の社会分析は、後者の観点から、①法システムは全体社会システムの特定の問題を解決するために分出した部分社会システムである²¹³、②所有権は法制度であり、その内容形成の過程は

²¹¹ Luhmann, (1993), S.207-208.

²¹² 「目的はルールの中かに『組み込まれて (built into)』おり、その目的はルールが遵守されることで実現される」(T. Eckhoff and K. D. Jacobsen, *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-Making*, Munksgaard (1960), p.32). N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Suhrkamp (1968)も参照。

²¹³ これは前節までに論じてきたところであり、かかる分析枠組みからする法システム論を提示したことはルーマンの功績である。

法システムの内部に位置づけられる²¹⁴、③法システムの一部である所有権は、全体社会レベルでは、予期の安定化という法システムに固有の機能を備えているとともに、所有権に固有の機能は予期の安定化が解決する一般的な問題よりも限られた範囲の特定の問題を解決するものである²¹⁵、と考える。したがって、この所有権に特殊な機能を、それが解決する特殊な問題とともに、明らかにする必要がある。

そこでまず、社会分析の方法となる機能分析を精緻化しておきたい。機能分析は、ある作用を抽象的な観点ないしコンテクストに関連づけて比較するという方法である。既述のように（本章第2節）、法の機能とは、コミュニケーションのなかで合法／不法を問題にすることが、そうしないこと（他の選択肢を採ること）と比較して、いかなる作用をもたらすかという問いにより解明され、その固有の機能は予期の安定化に求められた。同じ分析方法は個別の法制度にも適用できる。社会学的に見れば、所有権もまた一つの情報であり、それは誰かから誰かに伝達され、理解されるというコミュニケーションのなかで存在するものである。したがって、所有権についても、コミュニケーションのなかで所有権を問題にすることが、そうしないことと比較して、いかなる作用をもたらすかという観点から、その機能を分析することができる。換言すれば、所有権は、それを伝達しなければ不可能であるような特定の事態をコミュニケーションのなかで実現するという機能を果たしているはずである。

勿論、法制度としての所有権には法律効果が付されており、その効果自体が社会的なものである。例えば、物権的返還請求権を行使すれば、侵奪された物が返還されるという効果が社会に生じる。しかし、社会学としては、この法律効果について、次の2点において捉え返さなければならない。第一に、そこでいう法律効果とは、現在の所有権制度を用いる場合の効果を意味するが、現在の所有権制度は、社会のなかでなんらかの問題が提起され、それが克服されてきた過程の成果である（同時に、現在進行中の発展過程のなかにある）。では、その問題は何であったのか、いかにして克服されたのか、これらについては現在の制度を分析するだけでは明らかにできない。特に、その問題が法制度だけが解決するものではなかった場合は、分析の視点を全体社会にまで広げなければならない。第二に、所有権の機能は、その法律効果の直接的作用にとどまらない。法律効果が生じると予期されることで、社会的に可能／不可能になることも、所有権が存在することで初めて可能に

²¹⁴ 所有権の概念や制度を発展させていくことは、法実務および法解釈学の課題である。

²¹⁵ 本稿が理論において貢献しうるとすれば、この点を解明することにある。

なる事態である。本稿の関心は、法制度としての所有権が備えている効果ではなく、その効果によって実現される社会状態のほうにある。

これを分析するためにも、法制度の機能分析を次の 2 つの分析方法に区別したい。ある法制度のほうに注目すれば、その法制度が特定のコンテキストで果たしている、あるいは果たしうる諸機能が分析対象とされる（以下では、「機能比較分析」と呼ぶことにする）。機能とは社会システムの特定の問題を解決する作用であるから、ここでの問いは、ある法制度は、どのような問題を、いかにして解決しているかである。したがって、これは特定の法制度を社会システム上の機能へと還元する思考である。それに対して、機能のほうに注目すれば、法制度が同様の機能を果たしうる他の手法との比較の対象になる（以下、「手法比較分析」と呼ぶ）。その場合は、機能がコンテキストとされるのであり、特定の機能を比較基準として、ある法制度は、その機能的等価物——他の法制度に限られない、社会的に可能な様々な手法——と比較されることになる。ここでの問いは、他の手法と比較して、特定の法制度は固有の機能を有するかどうか、それは何かである。

所有権の機能を分析するに際しても、この 2 つの方法を用いることができる。本稿は所有権制度の進化を分析するゆえ、順序としては、まず機能比較分析によって所有権の果たしうる機能を特定した後に、今度は特定された機能を起点として、機能的等価物を抽出するのがよいであろう。なぜなら、所有権も、歴史の初めから現在のような姿をしていたわけではなく、特定の機能を実現するために発展してきたものであり、その進化過程を観察するうえで、進化に有意な事実を特定し、抽出するためには、進化を導いた機能のほうを予め明らかにしておく必要があるからである。これを明らかにした後に、機能的等価物と比較した場合、その機能を実現するために何が必要かといった問題を検討できるようになると考えられる。

第 2 項 近代社会における所有権の諸機能

では、近代社会において、所有権はいかなる機能を果たしているか。予め要約しておけば、所有権とは、①主体（自然人または法人）に正当に帰属する物を、②侵害から保護することによって、③その物の法律上最大限可能な利益の享受を可能にする法制度である。この 3 つの性質のうち、どれに強調が置かれるかは、所有権が問題とされる社会的コンテキストの相違に依存すると考えられる。

機能比較分析を行う場合には、どのコンテキストを比較の基準に採るかが問題となる。所有権がいかなる機能を果たしているかは、例えば近所の商店で買い物をする場合や初めて会った拾得者に遺失物の返還を求める場合など、つねに特定のコンテキストにおける個別具体的な出来事との関係において問題となることである。ただ、所有権の機能を分析するという場合には、所有権の一般的な機能を解明して、それを特定の場面で考察するというほうが、理論に求められる普遍性や一般性の要請からして望ましいと思われる。そして、一般的な機能を導出するためには、所有権を一般的なコンテキストに位置づけて分析する必要がある。そこで、まずその一般的なコンテキストを提示しておきたい。

これは、所有権は社会のいかなる問題を解決するかと問う場合の社会とは何を意味するかの問題である。本稿は、本章第2節で検討した近代社会を意味するものとするが²¹⁶、ここでは、近代社会において何が問題となるのかを再確認しておきたい。近代社会は、人の行為や未来の偶有性を原則とする社会であり、そこでは《自己の行動が相手によって否定される可能性を否定することはできない》という社会的なリスクが存在する。法システムは、予期の安定化によってかかるリスクを縮減する作用を有するが、一つの情報である所有権も、それが持ち出されることで特定の偶有性を規定する作用をもつ。しかも、この作用は予期によって行われるから、所有権という情報をコミュニケーションに持ち出せば、以後のコミュニケーションの展開がどうなるかは事前に明らかとなる。では、いかなる偶有性が、所有権によって規定されるのであろうか²¹⁷。

(1) 所有を保護する機能

第一に、所有権には、主体と物とが結合している状態（以下、「所有」と呼ぶ）を、本人の同意を得ないでは他人によって侵害されないようにする機能がある。これが問題となるのは、他人が私のものを侵害する可能性そのものを否定することができないため、私が私

²¹⁶ 「所有権といった法制度の機能、要求可能性、安定性、正当化の必要性は、……ある社会の代替的選択肢の量や変更の仮想域、コミュニケーションの流動化、パースペクティブの交換と役割交代の容易さ、他人が可能なことに経験的、さらに事実に接近することの容易さ、つまり、誰がいかなる状況で他我（alter ego）として考慮されるかに関連している」（Luhmann, (1987), S.32 の注 10）。

²¹⁷ ただし、以下で論じる機能には、所有権だけでなく、権利一般に認められるものもある。本稿は権利一般ではなく所有権に限定して論じることにしたのであって、以下の機能が所有権に排他的に備わっているということを主張するものではない。そもそも、社会における機能を解明するという場合に、つねに何かについての権利である個別的な権利とは別に、抽象的な権利一般について、その機能を問題にすることができるかは不明である。仮にできないとすれば、個別の

のものを享受できるかどうかが偶有的だからである。ここから、他人の侵害を排除して、現実に所有を保護するという機能が導出される。所有が保護されている状態とは、コミュニケーションにおいて侵害行為——特に、実力を用いた占有侵奪——が排除された侵害のない、またはなかった状態を意味する。近代社会では、「私は所有権を有する」と言えば、人は、【たとえ他人の物やそれに対する権利を侵害しても、所有者が裁判所に提訴することによって、裁判所はその物を取り上げ、所有者に返還するなどして権利を回復するだろう】と合理的に予期できることによって、予期のレベルで所有が保護されている。

所有の保護という機能は、他の絶対権も含めた「人格と財産の安全」を保障するという第一次的な法の目的の一部である。ロックは、法の目的とは他人による制約と暴力とから万人が自由である客観的状态を構築することであるが、これは自己に固有のもの（Property）を保護することによって実現されると論じた²¹⁸。ブラックストンは、絶対権として、人格の安全（personal security）、人格の自由（personal liberty）と並んで、私有財産を挙げ、絶対権の保護が人法の第一の目的であるとした²¹⁹。これは、私人による侵奪からの保護だけでなく、政府による侵奪からの保護も含む。この場合、法の保護とは救済を意味する。救済の可能性が予期できないところに権利は存在しえないから、「救済あるところ、権利あり」は、「救済なきところ、権利なし」を含意しよう。所有権も、それを保護する手段がいかなるものであれ、事実上の所有の保護が予期されるところにしか存在しえない。ただし、事実上の所有保護のために救済が必要であるとしても、それが恣意的に行使される（不行使も含めて）のでは不十分である。それゆえ、ブラックストンは、絶対権の侵害に対する防御壁となる「臣民の補助的な従たる権利」が必要であるとして、議会の構成・権限・特権、国王特権の制限、侵害を矯正するための司法裁判所への提訴権、国王

権利ごとに機能を問うアプローチは、それだけで十分であることになろう。

²¹⁸ J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, (1960 [1690]). 自然状態における法たる理性は、「すべての人間に、……万人は平等かつ独立であるから、何人も他人の生命、健康、自由、財産を侵害してはならないと教える」のだが、地上の上位者が存在せず、かつかかる理性が存在しないで力の行使が宣告されている状態は戦争状態である（Ibid., pp.271, 286ff.）。「戦争状態を回避することが、人間が自然状態を脱し社会（Society）へと自らをおく最大の理由」であり、「人間をコモンウェルスへと結合し、政府のもとにおく最大にして主要な目的は、各人の Property の保護である」（Ibid., p.350）。

²¹⁹ W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, University of Chicago Press (1979 [1766]), Vol.1, p.120 「社会の第一の目的は、不変の自然の法（the immutable laws of nature）によって付与される絶対権の享受において個人を保護することであるが、これは友情と社交による共同体の制度によって得られる相互支援と交流なしには、平和のうちに維持されえない。したがって、人法（human laws）の第一かつ主要な目的は、個人の絶対権を維持し、規律することである」（強調は原文）。

または議会への請願の権利、自衛のために武装する権利を挙げている²²⁰。

現在では、所有権が存在するところ救済も存在する。法は、所有権を有する者の請求に基づいて、土地の場合の同一物による原状回復 (specific restitution)、損害が発生した場合は損害賠償請求、妨害の危険がある場合には妨害行為の差止めを認めている²²¹。ただし、法律上の救済に限っても、それは民事訴訟による救済に限られない。原状回復および損害賠償請求は、侵害の事後的回復を可能にする制度であるにとどまり、とりわけ回復不能な損害のおそれがある場合については、差止めのほか、自力救済、刑法、行政規制などの事前的な予防・対応が、所有の保護という機能からも必要とされる。その場合、例えば窃盗や不動産侵奪が犯罪とされるところでは、警察に通報して奪われた財産を回復できるから、その手法が機能している限り、あえて民事訴訟を提起するまでもなく、所有の保護を実現することができる²²²。民事訴訟の比較優位は、所有保護機能だけでなく、後述する帰属確定機能や支配権能の割当機能の観点も含めて検討する必要があるとともに、誰がいかなる救済を提供しうるかは、各社会で生じる問題の性質や問題へ対応する機関・制度の能力などに規定される。

では、所有保護機能において、所有権はいかなる社会状態を可能にするか。所有権は侵害の発生そのものは否定しえない。しかし、侵害されても所有物またはその等価値を回復できるとの予期を安定化することはできる。裁判所への提訴によって所有が保護されるという事態が合理的に予期されるならば、暴力行為や詐欺等によって他人の所有物を侵害しても、その効果はなかったことにされるのであるから、人はかかる行為に着手する誘因を失うことになるであろう²²³。さらに、所有権は、他人が遺失物として拾得した場合でも、一定の条件のもとでの回復を可能にする。これは、他人の故意や過失による侵害だけでなく、偶然に所有物の占有が失われた場合でも所有の安全を予期できることを意味する。ただし、コミュニケーションとの関係では、所有物の侵害に実力が伴う場合が最も重要である。なぜなら、実力による所有保護が優越する社会では、法制度としての所有権は、少な

²²⁰ Ibid., Vol.1, pp.136-139.

²²¹ F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, 2nd ed., Butterworth (1980).

²²² 近年では、民刑の分離も自明のことではなくなりつつある。特に、警察は、公共の秩序の維持だけでなく、私権の保護も任務としているとされる場合は、そうである。米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性 (一) (二・完) ——危険防御の規範構造の研究・序説」『法学』第70巻第1号32頁以下、第2号102頁以下 (ともに、2006年) 参照。

²²³ この予期の確かさは、全か無かではなく、ありそうか、ありそうにないかの程度で判断される。裁判所や警察の存在にもかかわらず、いくぶんかでもありそうにないと予期されるゆえに、侵奪や詐欺が発生しているのだと解される。

くとも従属的あるいは付随的にしか問題にしえず、自分自身で所有物を保護しなければならないと予期されるが（この点は、次項で再論する）、この状況で、所有権に基づく所有保護によって、自らの実力によって所有を保護しなければならないとの予期が否定されることで、コミュニケーションから実力の要素を取り去るからである。とりわけ、実力のうち暴力はコミュニケーションの停止を導くから、暴力行使への誘因を断つことは、社会そのものを可能にする。歴史的に絶対権の保護が社会の存立と関連づけて提起されたのは、この意味で重要な意義を有していると思われる²²⁴。

（2）帰属を確定する機能

第二に、人と物との結合が問題として提起されるためには、本人の意識が結合を観念しているだけの状態では足りず、他人との間で物の帰属をめぐる紛争が生じる必要がある。その場合、私が予め「この物は私のものである」と言えるためには、他人がその物を私のものとして承認することを私が予期できる必要がある。しかし、他人はいかようにでも承認できるし、承認を拒否することもできる。それゆえ、いかなる場合に承認が与えられるかの客観的基準——換言すれば、「正当な」所有であると言えるための客観的基準——が必要になる。私が所有権を有しているとの言明は、この基準をみたしているということを簡略化して表現したものであり、たとえ物の占有を失ったとしても、なお私は正当な所有者であることを合理的に予期できるということを意味する。これは、人と物との帰属関係を確定するという機能である²²⁵。

所有物の帰属をめぐる争いや物を処分する場合には、物がある主体に帰属することを正当なものとする原因または理由が問われる。ある物の帰属をめぐる争う請求者の間で、当該物に対する請求のどちらが正当であるかを決する原因または理由を、権原（title）という²²⁶。裁判所は、特定事実の証明と法の解釈適用によって誰が正当な所有者であるかを決

²²⁴ コモンローの発展における暴力の問題を重視する見解として、J. Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society from the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996)参照。

²²⁵ 近代日本では、身分的な土地所持の撤廃、一地一主の制度、土地売買の自由を具体的に表現する地券をもつことが土地の正当な帰属を表現するものと扱われ、福島博士はこれを「地券的所有権」と表現された（福島正夫「地租改正と土地所有権」『私法学の新たな展開』（有斐閣、1975年）、243-244頁）。

²²⁶ 権原とは、「それによって所有者が財産の正当な占有を得るところの諸手段」である（Blackstone, *op. cit.*, n.219, Vol.2, p.195）。「権原の觀念に固有なのは、[物における利益を實際に享受する]条件に対するある人の請求が、別の潜在的な請求者の請求よりも、強いまたは弱

定するが²²⁷、その際に適用される基準が客観的なものであり、予め明確になっていなければ、結局、承認の偶有性は否定できない。ゆえに、帰属確定を判断する基準は、法定され、公けにされ、かつ一般的なものであることを要する。その内容については、「原初において正当に取得され、承継人に正当に移転されているならば、正当に配分されている」との原則に要約しうるが、これは一部の者への富の集中を帰結しうるため、再配分のルールとの関係が問題となることも指摘しておきたい²²⁸。そして、具体的に何が正当であるかは、法システム（議会および裁判所）の不断の展開のなかで形成され続けなければならないものである。

所有権が有する帰属を確定する機能の意義は次の点にある。すなわち、ある物を適法に取得した人は、たとえ周囲の者がみな、当該物がその人に帰属していることを否定したとしても、所有権という概念を持ち出して法システムに依拠することで、その所有を継続できると予期できる点にある。つまり、帰属が、周囲の人の意見や思惑に依存しないで、最初は法決定者の判断に基づいて、後に原因事実の立証に基づいて、客観的に確定されるのである。これは、「私は係争物の所有権を有する」との主張が、当該物に愛着を有するとか、必要性を有するといった他人の主張に優越して、物と人格との帰属関係を確定することを意味する。換言すれば、世界のなかで、所有権に優越して、物と人格の帰属を確定する手段は他に存在しない。所有権を有すると言えば、それ以上に帰属関係を確定する要因を探索しないで済むという意味で、所有権は社会のなかで最も外側にある帰属確定の基準として機能するのである。

この意味で、所有権はコミュニケーションにおけるメディアとして機能する。ある物を取引したい人は、その物の所有権をもつ人だけを探索すればよい。それ自体では目に見えないため、存在の有無を確認できない所有権について公示する手段を整備することは、このメディアとしての所有権を成立させるために必要な制度である²²⁹。そして、メディアと

いかという問題である」(D. Fox, "Relativity of Title at Law and in Equity", *Cambridge Law Journal*, Vol.65, No.2 (2006), pp.330-365, 333).

²²⁷ 「財産への権原 (the title to property) の問題において裁判所に問題となるのは、『この物は誰のものであるか』であって、『この物は誰に与えられるべきか』ではない」(Pettitt v. Pettitt [1970] AC 777, 798 (per Lord Morris)).

²²⁸ T. Honoré, "Property, Title and Redistribution", in his, *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Clarendon Press (1987 [1977]), pp.215-226.

²²⁹ 不動産権の種類を限定し、それを標準化する原則 (numerus clausus) は、情報の収集および処理に必要な費用を削減するための工夫であるとされているが (T. W. Merrill and H. E. Smith, "Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle", *The Yale Law Journal*, Vol.110 (2000), pp.1-70), これは、ある物を取引しようとする場合に、

しての所有権は、それが物の交換コミュニケーションを成り立たせる必要条件であることから、部分社会システムの一つとしての経済システムが成立する条件、換言すれば、近代社会の機能分化を支える条件の一つという位置づけにある²³⁰。ただし、帰属を確定する機能は、例えば家族システムにおいては財産帰属主体としての両性の平等や、政治システムにおいては万人を財産所有者として平等に承認するというように、他の部分社会システムにおいても意義を有する。したがって、所有権の帰属確定機能は、所有物の保護を通して、権利主体としての個人の固有性が保障され、その対等性が承認されるようなコミュニケーションを可能にする点にまで視野を広げて評価すべきであろう²³¹。たとえわずかな財産しか所有していない人であっても、その所有物が侵奪されたならば救済が与えられることは、所有物の安全だけでなく、人格としての固有性までも保障するところに意義がある。

(3) 支配権能を割り当てる機能

第三に、主体と物とが結合している状態とは、所有者によるその物の支配を含意している。支配とは、所有者だけが、その意思に従って、利用、収益、処分、その他いかなることであれ、物に対して統制を及ぼすことができるということである。しかし、単に主体が物を使用しているだけでは法制度を問題にする余地はなく²³²、支配権能が問題になるには、次のような事情が必要である。所有権の客体である物は、ほとんどの場合、価値を有している。この価値は、その物が有限であり、多かれ少なかれ希少性を有する資源であることに由来する。物が希少性を有するとは、すべての人が当該物の所有者ではありえず、その物をめぐって所有者と非所有者との分裂が生じるということである。こうして所有は物の価値の支配となり、それに対応して利益が発生し、物から生じる利益をめぐって紛争が発

誰とコミュニケーションすればよいか、最初に問題となることを示している。

²³⁰ Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 4 Aufl. Dunker & Humblot (1999 [1965]).

²³¹ 人格とは「様々な特質や性格を備えた自己の固有性」であるが、「所有権は、個々人の諸特性のうちでも、各人の性格 (character) とか社会的地位 (status) とかに関わりなく認められるという意味で、すべての者に平等な仕方と認められる特色として、われわれの人格を支える不可欠の要因になっている」(松尾弘「人格と所有権—所有制度の構造論的分析のための覚書き—」『横浜国際経済法学』第4巻第2号, 1996年, 247頁以下, 263頁(文中傍点省略)). M. J. Radin, *Reinterpreting Property*, The University of Chicago Press (1993)も参照。

²³² 所有者が所有物に対して何をすることができるかは、当該物の特性、利害関係者間の関係、システムにおける位置づけ(例えば、当該物の価値の経済システムにおける位置づけ、当該物の自然環境システムにおける位置づけなど)、主体の発想力や技術能力などに依存する事実の問題である。それらの変化が所有形態を変化させるが、それが所有権の法律構成に影響を与えるには、さらに司法や立法の法的判断という固有の過程が必要になる。

生して初めて、支配権能の割り当てを通じて利益を調整することが必要になる²³³。法制度は、法律上許容される利益享受や支配権能の範囲を予め定めておくことで、かかる利益の調整を行っている。そのうち、所有権は、所有者が物に対して法律上なしうる最大の統制範囲を表現しており、物から得られる最大限可能な利益の享受を割り当てている。その結果、所有者は、法によって制限されていない限り、所有物を自由に支配できると予期することができる。換言すれば、所有者が所有物に対して何ができるかを判断するには、法を参照しなければならない。

支配権能の割り当てを考えるうえで、所有権は、単一の概念としてではなく、諸権能へと分解して把握される²³⁴。例えば、オノレの見解では、「リベラルな所有権」の観念が存在するといえるためには、次の支配権能や性質等が一人の人格において統合されていることが必要である²³⁵。それには、まず、①占有する権利 (the right to possess) がある。これは、物を排他的に占有し、平穩に享有する (妨害を排除する) 権能である。誰にどの程度の期間利用が許されるかといった管理方法を自己の意思に基づいて設定できることも所有者の権能である²³⁶ (②管理する権能)。制限がなされない限り、③相続は可能であり、④期間に条件が付されていないことも所有権の性質である。制限の消滅により所有者の支配権能は最大限可能なものとなる (⑤所有権の弾力性)。これらに加え、⑥所有物を自分で利用する権利や、⑦所有物からの収益への権利といった、物の利益を享受する権利がある。さ

²³³ 経済学でも、所有権は、所有者と非所有者との区別に基づき物に価値が発生して初めて、その競争あるいは対立を調整し、協調を組織化するために生成してきたと考えられている (T. L. Anderson and F. S. McChesney eds., *Property Rights: Cooperation, Conflict and Law*, Princeton University Press (2003) 参照)。

²³⁴ T. C. Grey, "The Disintegration of Property", in J. R. Pennock and J. W. Chapman eds., *NOMOS XXII: Property*, New York University Press (1980), pp.69-85. M. A. Heller, "The Boundaries of Private Property", *Yale Law Journal*, Vol.108 (1999), pp.1163-1223 は、私有財産の観念は、物理上の物、法律上の物 (estate)、法関係へと移行してきたとする。かかる法関係中心の思考に対して、英米法においても、所有権の対物性 (in rem character) = 物の直接支配性に意義を見出す見解もある (T. W. Merrill and H. E. Smith, "What Happened to Property in Law and Economics?", *Yale Law Journal*, Vol.111 (2001), pp.357-398 参照)。

²³⁵ A. M. Honoré, "Ownership", in A. G. Guest, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press (1961), pp.107ff. Clarke and Kohler, *op. cit.*, n.1, pp.192ff.; J. W. Harris, "Ownership of Land in English Law", in N. MacCormick and P. Birks, *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press (1986), pp.143-161 も参照。

²³⁶ 「譲渡の時点における明示的な意思の宣言によって——換言すれば、forma doni によって——、彼 [譲渡人] はその土地をなんらかの方法で移転させ、なんらかの人に存続、すなわち留置させ、なんらかの出来事の発生により本人またはその承継人に復帰ないし回復させることができる。……自由人が、彼の土地を自由に与えることができる時、彼はそれ以上のことをなす自由を有する。彼は、その土地に、それが従わなければならない法として、自身の意思を課すことができるのである」 (Pollock and Maitland, Vol.2, p.12)。

らに物の処分権（⑧資本への権利）として、譲渡の権能や担保権設定の権能、さらに物の浪費や破壊（土地を除く）がある。⑨物それ自体が没収されないという安全への権利には、例外として正当な補償を伴う公用収用、あるいは緊急避難の場合における物の破壊がある。⑩強制執行における責任財産となることも所有権の性質である。最後に、⑪所有者の義務として、有害な利用および加害行為を防止するという義務が挙げられる。

この側面での所有権の機能は、他人によって支配権能の行使を制約することが行われたときに、裁判所への提訴によって、その制約を排除できると予期できる点にある。しかし、あらゆる制約を排除することがコミュニケーションの展開にとって妥当なわけではない。かつては、全面的な支配権能を所有者に割り当てる根拠は、所有者の自由意思を確保することにあると説明されてきたが²³⁷、物から得られる全利益の独占と自由意思による支配は、それが他人（隣人など）、機能分化した社会システム²³⁸、自然環境に対して及ぼす影響の観点を取り込んでいない²³⁹。そこで、法システムも、あらゆる場合に所有権を貫徹するのではなく、これらの影響に配慮して、利益の調整を行う必要がある。そこでは、物と所有者個人との関係だけでなく、物をめぐるコミュニケーションが分析の対象にされる。その結果、単独所有権から複雑な内部統治のルールを伴うアクセスの制限された共有財への視点の移行が指摘され、複数人間の内部関係を規律する原則が探究されている²⁴⁰。この立場からは、所有者に物の全面的な支配権能を付与することも、共有財を管理する一つの方法と

²³⁷ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Phillip Raclam, (1990 [1797])による定式を参照。

²³⁸ ただし、経済システムに対する意義は、自由主義的経済思想のもとで強調されてきた。しかし、経済システムに限ってさえも、個人の自由意思が経済システムを成立させるのではなく、経済システムのなかで個人が自由になるとの視点の転換が指摘されている。すなわち、諸個人の経済的必要の充足が、各人が所有する物を交換するというコミュニケーションによって担われるようになれば、所有者による現実の物支配は、かかる経済システムに参加でき、参加を継続できるか否かに左右される。したがって、所有者は「自己の経済に対する依存が持続し、それに応じたリスクに耐えうる限りにおいて、自由である」(N. Luhmann, "Am Anfang war kein Unrecht" in ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.3 (1989), S.46)。

²³⁹ J. W. Singer, *Introduction to Property*, 2nd ed., Aspen Publishers (2005), pp.6-8; 吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣, 2000年)。

²⁴⁰ Heller, *op. cit.*, n.234, p.1201「単独所有権 (sole ownership) とは、ある資源の所有者または所有者の団体とその外部世界との関係に言及するものである。境界原則 (boundary principle) とは単一資源の複数所有者間の内部関係に主として関心を寄せるものであり、どこに私有/共有の境界を設定することが合理的となるかを決する原則である。後者の「単一資源」は、所有者Aの所有地甲と所有者Bの所有地乙のそれぞれと考えることもできるし、甲と乙とを包括する国 (その他公的・私的団体) の単一資源と考えることもできる。また、財産権の境界を定めるルールは、私有財産権への父権的な制約でも、取引可能な資産としての性質を失わせるものでもなく、むしろ「よりよく機能する私有財産制度に内在的あるいはそれを構成するもの」とされる。

して現れる²⁴¹。勿論、これは所有権の制約だけを導くのではない。ただ、全面的な支配権能としての所有権を個人に付与することの意義を、コミュニケーションのなかで、それへの作用の観点から理由づける必要があるということである。これは、共有財を管理するために、支配権能の割り当てや制限を、誰が、いかなる方法で行うかという問題も提起する。共有者間の内部統治の仕組みは、私人が私法の枠内で行う規律から、行政が公法上の規制権限、公用収用権、税制などを用いて行うものまであるほか、法律の形式を採らないで、当事者間や地域共同体などの独自のやり方で行われることもある。

第3項 土地所有権の進化——理論的見取り図

近代社会における所有権の3つの機能は、所有権をどのようなコミュニケーションに置いて考えるかによって区別されるものであり、コンテキストの相違に応じて見えてくる所有権の異なった顔として、単一のものとして観念しうる所有権制度が有する複数の側面を示すものである。それに対して、所有権の進化過程に注目する場合は、出来上がった所有権を前提にするのではなく、所有権を、それが果たしうる諸機能へと分解したうえで、機能が問題となるコンテキストを特定し、機能を充足しうる様々な手法と比較しながら、いかにして機能が充足されたことで現行の所有権制度へと進化していったのか、そのプロセスを解明しなければならない。その際、3つの機能の間には、ある機能の充足が他の機能を問題として提起し、新たな機能を定着させるための前提になるという意味で、進化上の段階を設定することができるのではないかと考えられる。そこでまず、本項では、土地所有権に限定して、その進化過程の出発点を理論的に検討して、次章での歴史的な検討につなげたい。

主体が物を所有している状態とは、当人が、その物は「私のもの」であるとの予期を抱いている状態である。この予期は、当該物が侵害された場合に簡単に放棄されるような認知的予期ではなく、違背に抗して固持される規範的予期である。なぜ侵害に抗して「私のもの」であるとの予期を固持するかといえば、所有することに利益があるからであろう²⁴²

²⁴¹ 「私的所有制度が存在するとは、権利者たる個人の意思決定をそのまま社会的決定として承認するというメタ・社会的決定がなされているということである」（太田勝造「所有制度の双発と物権・債権の区別についての覚書」『ジュリスト』1229号、2002年、96頁）。

²⁴² 物を所有するという行為あるいは状態が人間にとって極めて基礎的なものである点については、川島武宜、前掲書（注19）；ジャック・アタリ（山内昶訳）『所有の歴史』（法政大学

(経済学的に言えば、所有から得られる利益が所有を保護することの費用を上回る場合)、さもなくば、予期は放棄され、それ以上何かが問題になることはなく、変更された現状を起点として次の行為が行われるにすぎない。所有することにはいかなる利益があるかは、自然環境、家族ないし共同体、経済システム、政治システムなどにより規定され、それに応じて多様に変化する。そのこと自体は、いまだ事実の問題であって、法制度としての所有権の問題ではないであろう²⁴³。

法制度としての所有権の問題は、いかなる利益であれ、それが侵害された場合に「私のもの」という予期を回復する必要から生じる。この規範的予期を侵害の発生に抗してなお固持するためには、侵害者を非難するといった行為では足りず、いかなる方法にせよ、侵害された物の占有あるいは等しい価値を実際に回復するという事態を実現できなければならない。特に、土地の場合には実際に占有を回復する必要がある、実際に回復された場合に初めて、土地所有が「保護された」ということができる。そこから、土地の占有を現実的に回復するとの機能において、様々な手段が比較される。当事者間での話し合い、呪術の使用なども考えられるが、最も確実な手段は実力の行使であろう²⁴⁴。現実的に侵奪された土地を回復することは、侵奪者が自ら手放すのではない限り、裁判所による救済の場合であっても、実力を必要とするからである。

実力行使は多様な形態を採りうる。侵害された土地所有を回復したいとの関心は、第一に被侵害者自身の関心である。被侵害者にとっては、裁判所その他の第三者による救済を容易に利用できなければ、「私のもの」という規範的予期を固持するために、「自力救済」による回復を目指すであろう。実定法の確立されている社会における自力救済は、「正しい権利の存在が前提となり、その救済のために、いわば法内在的正義実現のために、個人的実力を行使するもの」であり²⁴⁵、法に従属するものであるが、政府が未熟である社会では私人(様々な団体を含む)の実力行使が唯一の法実現手段であった。しかし、「私のもの」という規範的予期が各主体の実力だけによって守られている世界であれば、「私のもの」を

出版局、1994年)。

²⁴³ 加藤雅信『「所有権」の誕生』(三省堂、2001年)も所有権の発生を分析されているが、そこで論じられているのは私的所有の発生であって、それは所有権の支配権能の側面での内容形成を明らかにしうるとしても、法制度としての所有権が問題となるのはそれ以後の過程ではないだろうか。

²⁴⁴ 実力は、状況・場所・客体などとは無関係に、その意味で普遍的に、予期実現のために利用可能である点に特徴がある(Luhmann, (1987), S.106-115 参照)。

²⁴⁵ 明石三郎『自力救済の研究』(有斐閣、1978年)、288頁。

奪い返したとたん、今度は相手も同様に実力を行使して奪い返そうとするだろう（交互侵奪）。そして、このように実力の応酬がなされる状況では、「奪った物は私のものになる」という予期で安定する。今度は、この予期のもとで、他人の所有物を奪い自力で保護すれば足りるような社会秩序が成立する。これは、自分の権利と考えるものを自力で保護・執行できることが、無法＝無権利な状態を生み出すというパラドックスである。かかる状況では、被侵害者と侵害者のどちらが正しいかを予期のレベルで決定しようとする動機は生まれにくいし、したがって予期を制御しようとする特別な審級の成立する余地もない。ここでは、「勝った者が正しい」のであり、その意味で実力が法＝権利を直接に表出している。成功した実力行使が法＝権利を証明するのだが、それはやってみなければわからないような社会である。

そこから、まず問題となるのは、実力の応酬（私戦）それ自体を回避したいということであり、この目的をいかにして実現するかという観点から諸手段が比較される。確かに、所有を保護することと暴力行為を排除すること（反社会的行為の抑止）とは異なる関心から出たものである。しかし、両者は次の点で関連している。まず、所有物の自力救済は時に暴力を用いた紛争へと発展するから、所有が第三者によって保護され、自力救済が第三者による救済制度に置き換わることは、私人間での暴力の排除につながる。さらに、自らの実力で所有を保護することができない者、つまり他人の実力行使による侵害に対抗できず降伏した者は、征服者の支配下に入らざるをえないとともに、さらなる暴力的侵害から所有を保護するためには征服者による保護を求める必要がある²⁴⁶。そこでは、強者による侵害は排除されないとこの予期で均衡し、財産法において、正当な所有秩序は実力の秩序に服従せざるをえない状況が生まれる。かかる状況を背景にして、人は、領主の実力による土地保有の安全を手に入れることの見返りに、自らの自立を放棄し、従属関係に入ることを選んだのが中世封建制である²⁴⁷。

次に、「私のもの」を奪われた者が実力保持者に救済を求めなければならない場合には、

²⁴⁶ 中世封建制が土地をめぐって展開され、封建制が土地所有と一体化していた理由は、中世社会においては、貨幣ではなく土地が主要な生存資源であり、土地所有の安全性は、それによる生存の安全性に結びついていたという点に求めることができる。なお、ルーマンは、中世における土地の意義として、①人為的区分の可能性、しかも変更も可能であること、②生産高が持続しうること、③収益と超過利潤が繰り返し生じてくること、④世代間にわたる家政の継続の基礎であること、⑤実力によって侵奪可能であるが窃盗や詐欺では手に入れることができないことを指摘している（Luhmann, (1993), S.448）。

²⁴⁷ E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 16th Ed. Butterworths (2000), pp.9-11.

実力保持者（救済提供者）がいかなる根拠で実力を行使するかが問題となる。被侵害者は、慣習や合意等を根拠にして、自らの有する支配権能やその正当な帰属を主張するであろうが、問題はこれを実力保持者にいかにして承認させるかにある。しかし、実力保持者は、その主張を無視することもできる（よそ者や無法者だからとの一事をもって救済が否定されることもある）。つまり、誰の、いかなる利益が保護されるかは、救済を与えることができる者の判断に依存するようになる²⁴⁸。

ここで初めて、土地所有の侵害に対抗して規範的予期を固持するための実力行使についての規範的予期が問題として成立する。いかなる要件のもとで実力が行使されるか（救済の発動要件、実体法）、救済発動の決定へ至る過程に当事者はいかに関与でき、その過程がいかに構成されるか（手続法）といった問題は、規範的予期を固持するための実力行使をめぐって成立する問題であり、逆に言えば、実力行使による救済があてにならないところではかかる問題は生じえず、この意味で「救済なきところ、権利なし」が妥当するといえる。救済の見込みがあるところでのみ、争う当事者のどちらが正当な所有者かという問題（帰属確定）や、いかなる利益が保護されるべきかという問題（支配権能の割り当て）を提起しうるのである。そして、この問題を解決するために、裁判手続という特殊なコミュニケーションが発生し、こうして分出した法システムのなかで、人格と客体との絶対的帰属および客体の全面的支配権能である近代的な所有権制度へと進化したと考えられる。かかる意味で、救済から権利への移行が、法システムの分出を牽引したものと解される。すなわち、所有権の機能をいかに実現するかという問題が法システム自身の進化を牽引することもあり、これは《所有権の制度構築力あるいは制度刻印作用》と呼ぶことができよう²⁴⁹。

かかる理論的検討から、分析すべきコミュニケーションは次の 2 種類に区別される。第一に、《実力を用いて所有を保護する過程が、いかなるコミュニケーションとして行われ、そのコミュニケーションにおいていかなる予期（予期違背）が問題となるか》である。第二に、《実力を用いて所有を保護する過程のコミュニケーションにおいて問題となっている予期（予期違背）を対象として、合法／不法を振り分けるコミュニケーションがいかに

²⁴⁸ 歴史的にも、行政機関が物理的強制力を自己の手中に収め、私人の実力行使を抑止しようとする過程によって、自己主張しあう紛争から第三者の決定をめぐる紛争へという紛争の構造転換が実現された点に、法システムを新たな段階へ進化させる閾値があったとされる（Luhmann, *op. cit.*, n.135, S.101）。

²⁴⁹ 松尾弘「開発法学の根本問題——法の支配と良い統治の関係を中心に」『Law & Practice』第 2 号、2008 年、1-40、23 頁；同「「法と開発」の理論と実践（20）」『法学セミナー』第 641 号、2008 年、66-70 頁参照。

展開されているか》である。所有権の進化とは、この第二階層のコミュニケーションにおいて、所有権をめぐる問題がいかに法的に展開されるかの問題である。換言すれば、この第二階層のコミュニケーション、すなわち法システムがいかに構成されているか——法決定方法の性質、決定への当事者の関与の仕方など——が、所有権の進化にも影響を与えると考えられる。

第3章 実定法上の土地所有権

——イングランド法の進化とケニアへの継受——

前章の最後では、社会学の立場から、所有権制度の進化を理論的に検討したうえで、所有権には、その諸機能を実現しようとする過程のなかで、所有権の内容だけでなく、それを実現する法制度そのものの形成を牽引していくという「制度構築力」があることを指摘した。しかし、これと同じプロセスがケニア社会における所有権制度の進化にあてはまるとは限らない。むしろ、ケニア法の特徴は、いわば出来上がった実定法および土地所有権制度を継受したものであり——ただし、継受後の独自の発展はある——、それは社会のなかから漸次分出していくという過程を辿ったわけではなく、少なからず植民地支配の影響を受けて、移植されたという点にある。

そこで、まずは現行実定法の土地所有権制度を確認したうえで、その機能をあらためてケニア社会のなかで問い返すという方法をとることが有益である。その際、現行の土地所有権制度がいかにして形成されてきたかについては、母法であるイングランド法にまで遡って、制度発展の歴史過程のなかから明らかにすべきである。さらに、本稿の関心は、土地所有権の内容ではなく、その機能にあるから、これを分析するには実定法の基本的構造についても提示しておく必要がある。以下、本章では、現行の土地所有権制度へと発展していった法システム内部の展開を検討していく。

第1節 イングランド法における土地所有権の進化

イングランドにおける土地所有権の進化は、コモンローの発展と相関しているとともに、「コモンローは、ノルマン征服以後の数世紀において、イングランド政府が集権化と特殊化へと至る過程で統治が勝利したことの副産物である」とされるから¹、以下では、土地所有権の進化過程を、統治の集権化と、特に裁判所の集権化の過程と関連づけながら検討していきたい。

¹ Milsom, (1981), p.11.

第1項 中世イングランドの統治機構

中世では、議会、裁判所、中央政府の機能は国王において一体化されており、これは総じて統治 (Government) と呼ばれた²。メイトランドは、中世イングランドの封建制においては、所有権と支配権、私権と公権に明確な区別を設定することは困難であるとしたうえで、「イングランドにおけるすべての土地は国王によって保有されていなければならない。さもなければ、彼は全イングランドの王ではないであろう。国王の権利 (royal rights) に服従しないような土地所有権を望むことは、自然状態を望むことである」と指摘している³。ミルソムも、実効的な統治は必然的にローカルであったことと、土地が唯一の収益資本であったために「領土=富」であったことを根拠として、「それゆえ、領主権と所有権、統治と財産 (Lordship and ownership, government and property) は、私たちが思うほどには明確に区別されていなかった」としている⁴。これらは、私権が公権を離れては観念しえない中世封建制の事実を示している⁵。

中世イングランド社会は、身分 (personal condition) を骨格とした《封建的身分秩序》の世界であった。身分は、自由人と奴隷 (非自由人) の区別を根底に据え⁶、さらに自由人の間では、領主と家臣の区別が「地位と独立性の差異として」存在した⁷。そして、領主のなかでも最上級の領主として国王の地位があった。これに加え、生まれによる貴族である eorl と、そうではない一般自由人である ceorl の区別があった。このように、封建制における身分は人的関係を中心に構成されており、それは封建契約によって変更可能なものと、生得のものとして変更不可能なものに区別される。その一方で、親族構造 (kinship) の強力な結合も存続しており、親族構造に基づくルールが日常生活において効力を有していたため、「家族の古い慣習と国家の新しい法とが対立する傾向が一貫して存在した」といわれている⁸。

² Bradley and Ewing, (2007), p.84.

³ Pollock and Maitland, Vol.2, p.3.

⁴ Milsom, (1981), p.19.

⁵ 「主権は財産権のなかに溶け込まれており、同一の用語と定式が両方をカバーし、それらの境界は理論によってではなく、力によって引かれていたのが、この時代の特徴である」(Pollock and Maitland, Vol.1, pp.68-69).

⁶ 自由人は、奉仕強制の場合における唯一の生存手段として自らを奴隷の身分へと追いやることができた (Pollock and Maitland, Vol.1, p.36).

⁷ Pollock and Maitland, Vol.1, pp.30ff.

⁸ Pollock and Maitland, Vol.1, p.31.

ノルマン征服以前のイングランドは、地理的な境界を有する諸共同体が並存しており、地域によって多様である慣習に従って、人々は生活し、共同体が規律されていた社会である。そこでの訴訟手続は、原告が定式化された方式用語で請求を定立し、被告が請求を否認する場合は同様に定式化された方式でそれをなすことで開始され、原告の主張事実について証人が宣誓を行い、それに対して被告は神判 (ordeal)、^誓雪冤宣誓⁹ (compurgation) により決着をつけることができた。封建制の発展の後もしばらくは、「窃盗の法に含まれるものを除いて、財産の法 (the law of property) は、完全に不文である地方の慣習と慣行の領域にほとんど委ねられていた¹⁰」。

その後、ノルマン征服により本格的に成立した封建制のもとでは、法による裁判の制度は土地保有制度と結合していたというのが原則形態である¹¹。中世イングランドにおける土地保有制度は、「CはBの保有地を保有し、BはAの保有地を保有し、Aは国王の保有地を保有する」というように階層的であることを特徴とする。このとき、CはBの保有人 (tenant) であり、BはCの領主 (lord) である¹²。各領主は、その領主権の対象である領地の内部に対して裁判権を有しており、自己の領地に領主裁判所 (lord's court) ないし封建裁判所 (feudal court) を備えていた。この場合、①保有人が訴えを提起することができる裁判所は領主裁判所であり、②保有人の身分が、自由人であれば court baron に出訴することが許され、隷農であれば customary court で審議され¹³、さらに③領主の裁判権自体が、一つの財産権として、収益性があり、譲渡可能で、法定相続可能な権利であった。また、領主裁判所では、決闘 (battle) による決着が可能であった。

その一方で、1086年の Salisbury Oath により、すべての自由人は国王に対して直接の忠誠関係に立ち、国王は最大の領主として承認された。かかる状況で、集権化された統治機構が成立していくためには、国王の命令を執行する官吏の組織と、その官吏への統制機構の発展を必要とする。地方の行政区画には、①カウンティ (以前は、シーレ)、②ハンドレ

⁹ 訴訟当事者が行った宣誓を、定められた数の雪冤宣誓者が支持することで、その主張の正しさを証明する方法である。

¹⁰ Pollock and Maitland, Vol.1, pp.43, 56-57.

¹¹ Pollock and Maitland, Vol.1, pp.527ff; Milsom, (1981), pp.18ff.

¹² Cの保有地は誰かに授封されているのではなくC自身の利用のために保有されているから、かかる土地は直属保有地 (the land in demesne) と呼ばれる。それに対して、BはCの奉仕によって保有しているから、奉仕保有地 (the land in service) と呼ばれる。

¹³ ミルソムによると、court baron は、国王によって保護される自由人が領主との封建契約をめぐって争い、同輩である自由人が裁判官となる裁判所であるのに対して、customary court は、非自由人の土地における権利について、領主の意思が宣告され記録される裁判所である (Milsom, (1981), p.22)。

ッド、③村 (vill) または町 (township) があり、カウンティとハンドレッドレベルでは、シェリフ¹⁴の参加する陪審裁判 (sheriff's jury) が設置されていたのに加え、村もまた法の運用にとって重要な単位であった¹⁵。シェリフは、国王に対して責任を負う一方で、国王はシェリフに対して管轄域内からの経済的利益を取得する特権 (franchise) を与え、シェリフの統制手段とした。また、ハンドレッド裁判所には、代官 (bailiff) と呼ばれる官吏が存在しており、シェリフの命令を代行して執行する任務にあたっていた。

中央集権化が進む次の一步は、一定の期間ごとに巡回裁判官を派遣して、国王の利益に係わる事項 (pleas of the crown) および国王が関心を有さない人民間の紛争 (the common pleas) について審問する巡察制度 (the eyre system) の成立にあった¹⁶。この巡回する政府には、2つの中心が存在する。一つは国王自身であり、これには、主君に助言し助力する封建法上の家臣の義務を根拠に、国王が直臣を召集して統治に助力させる会議 (国王の宮廷 curia regis) が随伴しており、このうち全直臣が参加する大評議会から議会 (Parliament) が、小評議会から王座部 (King's Bench) が分化したと考えられている。また、人民間訴訟については、人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) が12世紀に成立している。その後、国王の宮廷はアドホックで巡幸を繰り返すのに対して、一定の場所 (Westminster) に常設された裁判所としての国王裁判所が成立した。第二の中心は、財務府 (Exchequer) であり、国王の財政上の権利に係わる事項を決定していた。1585年には、財務府裁判所のなかに財務府会議室裁判所 (Court of Exchequer Chamber) が生まれ、個別事件を担当する裁判官に助言を与える裁判官の合議体として機能することで、上訴の欠如を補完するとともに、王座部と人民間訴訟裁判所の分裂を架橋する役割を果たしたとされる¹⁷。

第2項 救済と権利——国王裁判所への集権化

(1) 令状制度

コモンローの発展にとっては、ヘンリー2世 (在位 1154-1189年) の法改革が決定的な影響を与えたと評されている。メイトランドは、この改革の司法に対する帰結を要約して、

¹⁴ シェリフは、カウンティの長であり、かつ国王の代官であって、司法、行政、財政の全般について司っていた役職である。

¹⁵ Pollock and Maitland, Vol.1, p.529.

¹⁶ Milsom, (1981), pp.27ff.

¹⁷ Milsom, (1981), p.56.

「専門の裁判官による常設裁判所の設立、全国を巡る巡回裁判官の頻繁な業務、司法機構の通常部分としての『審問』または『認定』、および『訴訟開始令状』の導入により、イングランド法の全体が集権化および統一化された」と指摘している¹⁸。

国王あるいは巡回裁判官の巡察を待つのではなく、一定の場所に存在し続ける国王裁判所へ直接に訴えを提起する形態へと転換されたのは、この訴えをなすための方式として、大法官府から令状を取得する方式が発展したからである。これが、令状制度 (the writ system) である¹⁹。令状とは、原告が請求を定立するために担保を提供した場合に限って、国王の名で、一定の質問への答弁を被告にさせるよう、シェリフに命令するものであった。シェリフは命令を記した令状を受領すると陪審裁判を開催する。陪審制の本質は、「隣人たちの組織が、ある質問に対して真実を回答するという宣誓を与えるために、なんらかの公職によって召喚された」ことにある²⁰。その質問は、事実の質問の場合もあれば、法の質問の場合、さらに両者の混合の場合もあるが、この時代の陪審は、評決を与える者ではなく、真実を「認定」し、宣告する者であった²¹。陪審にとって問題となるのは、真実とされる内容が何であるかではなく、自らが真実を語っていることは真実であると宣誓することである。この狙いは、真実が何かを特定することではなく、陪審の認定事実が真実であるとみなされるために相当な形式を整備する点にあったと思われる。そして、裁判官 (judge) とは、この過程を規律する審判を意味していた²²。

(2) 物的訴訟と権利の成立

メイトランドもミルソムも、コモンローの発展は、国王裁判所が、特定の問題に関して、領主裁判所に介入し、それに置き換わっていく過程であると見る点では共通しており、その過程を主導した制度として、ともに新侵奪不動産占有回復令状 (the writ of novel disseisin) に注目している。この令状は、概要、「国王からシェリフへ。原告は、被告によって不正かつ裁判によらずに (injuste et sine iudicio)、余の最後のノルマンディへの航海[時期は任意に指定される]以後、しかじかの場所で自由保有財産を占有侵奪された (disseisivit

¹⁸ Pollock and Maitland, Vol.1, p.138. この改革の成果の一つが、後述する新侵奪不動産占有回復令状の導入である。

¹⁹ Milsom, (1981), pp.33ff.

²⁰ Pollock and Maitland, Vol.1, p.138; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3rd ed., Butterworths (1990), p.88 「陪審は、シェリフによって召喚された独立した隣人であり、自らの記憶を探索し、自らの精神 (minds) を用いる者である」。

²¹ Pollock and Maitland, Vol.1, p.140; Baker, *ibid.*, p.86.

eum de libero tenemento) と申し立てている。それゆえ、奪われた財産を保有人へと返還すべし、そして事実認定を行う特定期日に12名の合法的自由人によってそれを確認せしめよ。被告、または被告を発見できない時は彼の代官 (bailiff) を聴取のために召喚せよ」と、国王がシェリフに命じるものである²³。しかし、両者の見解は、「被告」として想定されるのは誰かについて対立している。

メイトランドは、暴力を用いて原告の占有を侵奪した不法行為者 (wrongdoer) が被告であると理解する²⁴。メイトランドは、新侵奪不動産占有回復令状を、「ある者が自由保有財産を、不正かつ裁判によらずに、シーズン侵奪、すなわち占有侵奪された場合、その者は国王令状 (royal writ) による救済を有する。陪審が召喚され、国王裁判官の面前において、シーズンとシーズン侵奪というこの単純な質問に解答を与える。陪審が原告勝訴とする答申を与えた場合は、原告は係争地の占有を回復することができる²⁵」という制度であり、「特定時点における占有についての質問という特殊な質問が、隣人の宣誓による審問により決せられる²⁶」ものと理解する。暴力による占有侵奪に注目することから、「シーズン」も占有の平和的享受を表す概念であるとされ²⁷、シーズンと占有とは互換的に使用されている。簡潔に言えば、暴力によって占有を侵奪された者は、その事実を主張して国王に救済を求め、国王がこれを与えたことによって、占有が権利となったのである²⁸。

メイトランドの説明では、この制度には、「所有権または最も良い権利と区別される占有またはシーズンは、通常とは異なる迅速な救済によって保護される」という私法的側面と、「どの領主が保有しているかとは無関係に、自由保有地のシーズンはすべて国王によって

²² C. K. Allen, *Law in the Making*, 6th ed., Oxford University Press (1958), p.164.

²³ Milsom, (1981), pp.137-138.

²⁴ 不法侵奪者を被告と見る学説は、例えば、Van Caenegem ed., *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, Selden Society, (1958-9)によって支持されている。

²⁵ Pollock and Maitland, Vol.1, p.146; F. W. Maitland, *Equity, also the Forms of Action at Common Law*, Cambridge University Press (1909).

²⁶ Pollock and Maitland, Vol.1, pp.143-144.

²⁷ 「わが中世の法律家にとって、seisinaという用語は暴力の正反対を、すなわち平和と平静 (peace and quiet) を意味していた」(Pollock and Maitland, Vol.2, p.30)。

²⁸ なお、メイトランドは、占有訴権制度の制度目的について、①公共の秩序の利益からする自力救済の禁止という刑法上の要請、②物の侵奪行為が人格に対する侵害を伴わざるをえないことから万人の人格を保護すべきとする不法行為法上の要請 (サヴィニー説)、③所有権の証明が困難である一方、占有侵奪の事実またはその危険の証明は相対的に容易であり、所有権者と占有者が一致するときは、所有権の迅速かつ簡便な保護を与えられるという財産法上の要請 (イエーリング説)、④占有それ自体が一種の権利であり、人が物を占有しているとは、他人がよりよい権利を証明するまで占有することを許されているという自然な期待を保護するという要請を挙げ、最後の要請がイングランド法の特徴であるとする (Pollock and Maitland, Vol.2, pp.40ff.)。

保護される」という公法的側面とがある。このうち公法的側面は、コモンローの集権化の一部をなしている。元来、イングランドにおいては、土地の権利をめぐる紛争は領主裁判所で裁決されていた。この訴訟は、次のような手続を経る²⁹。まず、原告が現れ、係争地について自身または自身の被相続人が「権利として」シーजनし続けていたと主張する。原告はこれを証明する証人の一団による決闘裁判を申し出る。訴えを提起された被告は、特別抗弁が認められるほか、原告の請求を否認することができ、その場合、最終的には決闘によって決着がつけられた。この状況で、ヘンリー2世の法改革は、新侵奪不動産占有回復令状に加え、以下の2つの原則を成立させた。第一に、領主裁判所においても、自由人であれば、国王の「権利令状 (writ of right)」をもたない相手に応訴する義務はないとの原則である³⁰。それによって、自由人からの占有回復を請求する原告は、単に自己の権利と法定相続を主張するだけでは足りず、権利令状の発給を受けなければならなくなった。第二に、権利訴訟を提起された被告が、その選択により訴訟を国王裁判所へ移送することを許す大アサイズ (the grand assize) の制度である。大アサイズでは、12名の騎士が選出され、「原告は、被告が有しているよりも大きな権利を係争地に対して有しているか」という一般的な質問に対して答申を行う。答申の結果、土地はどちらかの者に裁決によって永久的に付与され、訴訟は終結する。これは、領主裁判所での決着手段である決闘を回避できるようにした。以上から、①何人も、自身の自由保有地を不正かつ裁判によらずにシーजन侵奪されることはない、②何人も、国王の令状により答弁のために召喚されなければ、裁判によってさえも自己の自由保有地のシーजनを侵奪されることはない、③何人も、決闘によって自らの自由保有地のシーजनを保護するよう強制されないというコモンローの原則が成立したとされ³¹、新侵奪不動産占有回復令状は、他の制度とあわせて、国王裁判所への集権化をもたらす要因になった制度として位置づけられている。

それに対して、ミルソムは、被告とされたのは封建契約により自由保有人の土地保有を

²⁹ Pollock and Maitland, Vol.2, pp.62ff.

³⁰ この解釈では、権利令状は、自由保有人の請求により発給され、国王が領主に対して、「正義をなせ。汝がなさねばシェリフがなす」と命じるものである (A. W. B. Simpson, *A History of the Land Law*, 2nd ed., Clarendon Press (1986), p.26)。ただし、いかなる場合に権利令状が発給されるかは、大法官の裁量に委ねられていた。

³¹ Pollock and Maitland, Vol.1, p.147; Vol.2, pp.35ff.この原則は、自由保有地にのみ当てはまる。隷農保有の場合は、保有人の救済は封建裁判所に委ねられ、国王裁判所では領主の占有が侵奪されたものと扱われた。また、定期不動産権の第三者による侵奪の場合も、国王裁判所では、借主は契約上の利益を保護されうるのみであり、占有回復の権利は所有者である貸主に与えられていた。

継続させる義務を負う領主であると理解する³²。この解釈は、封建制のもとでの国王裁判所における訴訟とは、原告、被告、領主の三者関係から構成されていたとの理解を基礎にしている。そこで、まず、この理解をもとにした権利令状の解釈を取り上げる。メイトランドとは異なり、ミルソムは、本来、権利令状は相続慣習を執行するために生まれたのではなく、ヘンリー1世後の内戦において占有侵奪された者の原状回復を図る方策が採られたなかで、偶然に生み出されたものであると解する³³。権利令状は、原告が、領主裁判所において、領主は現在被告の保有している土地を自己に保有させるべき義務を負っていると主張して、領主の義務違反を争っていた訴訟を、この令状を取得することで国王裁判所に移送し、そこで被告に答弁させることを可能にする令状であると解されている。その場合、被告には、被告の土地保有を担保する責任が領主にあると主張することを許され³⁴、担保責任が肯定された場合、今度は答弁の責任が領主に移り、領主は原告の請求を認容するか、または被告に代わって抗弁しなければならない。領主が勝てば被告が保有財産を取得し、負ければ原告が取得する。つまり、権利令状は、原告と被告のどちらが係争地の正当な保有人であるかを領主に答弁させる制度であるという。この結果として、保有人は、いったん保有人として受諾されたならば、第三者からの請求に対して領主裁判所で答弁する必要はなくなり、権利令状を取得し、領主の担保責任を主張して、国王裁判所へ提訴すればよいことになる³⁵。

シージンは、人と物との関係ではなく、人と人との関係、すなわち領主が保有財産を保有人に占有させる関係、保有人から見れば、領主によって保有財産を占有させられている (be seised by the lord) 関係を記述した概念であり、後に概念から領主が消滅したことで占有を表現する用語として残ったとする。シージンは、領主によるシージン引渡し (livery of seisin) によって開始され、保有人の奉仕義務不履行によりシージン侵奪されえ、保有人が死亡するまで継続する。領主裁判所においてはシージンが唯一の権原であり、シージン

³² Milsom, (1981), pp.134ff; S. F. C. Milsom, *Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge University Press (1976).

³³ Milsom, (1981), pp.128-129.

³⁴ 被告は、自身が原告よりもよい権原を有すると答弁するのではなく、被告自身と領主との臣従の誓いに由来する権原をもつと答弁するか、あるいは保有財産を維持できなければ領主は別の保有財産を私に与えるべきであると答弁することが許された (Milsom (1981), p.127).

³⁵ R.C. Palmer, "The Feudal Framework of English Law", *Michigan Law Review*, Vol.79, (1981), pp.1130-1164, 1134 「保有人が外部から脅かされた場合、彼を保護するのは領主の義務であり、国家の義務ではなかった。したがって、保有人の権利は特定人に対抗できる権利であって、全世界に対抗できる財産権ではなかった」。

よりも大きな所有の観念は存在しなかった。それゆえ、封建制の原則は「領主に承認されない者は保有人となることはできない」との原則である。この原則のもとでは、占有を侵奪された保有人は、領主によって占有させられるべき封建契約の利益を争っていることになる。しかし、この義務は、合意に根拠をもつとはいえ、事実的な権力格差ゆえに、領主に対して履行強制できる義務ではなかった。「それゆえ、領主裁判所のなかでは、『権利』とは、……請求者がシーजनさせられ、freeholdを与えられるであろうという期待以上のものではない。現実になされた決定が終局的なものである³⁶⁾とする。領主は、事実として、いつでも合意に違反することができたのである。

新侵奪不動産占有回復令状とは、この違反の可能性を否定する制度であると解されている。この令状は、封建契約の存在（領主の保有させる義務あるいは担保責任）を前提として——封建契約の存在自体を争う場合は、権利令状の問題となる——、自由保有財産については、領主が領主裁判所における適正手続（同輩の裁判）を経ずして保有人のシーजनを侵奪したことに對抗して、国王の救済を求める制度である。この令状は、「シーजन侵奪者」の召喚を命じているが、これは占有を奪われた原告にとっての領主を指しており——領主以外にシーजनさせることができる者はいないから——、この令状は、保有人として承認されたはずの原告のシーजनを、不正かつ裁判によらずに侵奪した領主に対して、自由保有財産の回復を命じる制度であると解されている³⁷⁾。この結果、封建契約とそれに付随する条件を保有人が遵守している限り、適正手続によるほかは、領主はシーजनを侵奪することはできないとの予期が生まれたことで、領主の与えた自由土地保有 (freehold) は「権利」となり、所有権としての性質が生まれたという。

このように、新侵奪不動産占有回復令状について、それを、国王裁判所が自由保有人の侵奪された占有を回復させる制度であるとする見解と、土地保有を承認すべき領主の義務を国王裁判所が執行する審査手続であるとの見解が対立している。本稿は、どちらが優れた解釈であるかを判定することはできないが、両者の対立は、所有権の所有保護機能と帰属確定機能のどちらを重視するかの対立であり、それぞれの観点からありうる所有権制度の進化過程が記述されているものと解しうるのはのではないかと考える。特に、占有訴権制度と領主の義務執行制度では、それによって確かなものとなる予期が異なる点に注目したい。

占有訴権制度が確かなものとするのは、何人も他人の占有を実力によって侵奪すること

³⁶⁾ Milsom, (1981), p.121.

³⁷⁾ Milsom, (1981), p.141.

はできないという予期である。占有訴権制度は、自由土地保有について、実力による占有侵奪が発生した場合には、その侵奪事実の証明——それは陪審によって認定される——だけによって、国王裁判所（元来はシェリフ）は占有を自動的に回復する機械のような働きをするため、結果として、占有侵奪行為は占有を正当化する理由のいかんにかかわらず無意味化される。確かに、この制度は占有をめぐる争いに決定を下すにあたって権原の存否という難題を議論する余地を認めず、所有の正当性の問題は排除しており、正当な所有者を保護することが正当であるとの立場からすれば、結局、権原を問題とせざるをえないし、後述するように、イングランド法もその方向に発展していった³⁸。その一方で、占有訴権制度に固有の意義があるとすれば、それは【実力による占有侵奪行為によって占有を取得できる】という予期の現実性が無くなることで、純粋な実力による占有取得を事前に抑止したうえで、もし占有侵奪が正当であると主張するならば、それを裁判によって主張証明すべきことを強いることで、実力から法への移行を可能にする制度であると位置づけることができよう³⁹。

ただし、実力による占有侵奪であっても、そのなかには自力救済として法的に許容される行為が含まれるから、占有侵奪行為が絶対的に無意味化されるのではなく、法的に規定された範囲で無意味化されることを意味する。例えば、真の所有者 X が Y によって占有侵奪された場合、Y に対して占有訴訟を提起しないで自力救済によって占有を回復すれば、Y によって占有訴訟を提起され敗訴するとの制度構成も可能であり、その場合、最初の占有侵奪時点で占有訴訟を提起するよう促される。その一方で、最初の占有侵奪に対する自力救済だけは許容するとの制度構成もありうる。イングランド法は後者を採用し、所有者に、自力でもって占有を回復する「立入権」を認めている。

それに対して、領主の義務執行制度が確かなものとする予期は、【正当な原因に基づいて自由保有人に帰属する財産は保護される】との予期である。領主の保有させる義務は封建

³⁸ ただし、権原を問題にする場合でも、占有の事実自体に権原を認め、たとえ不法侵奪者の占有であっても、それを第三者が侵奪すれば占有の回復を認める「権原の相対性」が採用されているのは、「他人の定着した占有に、ある人が不正に干渉した場合に生じる社会の混乱の抑制を、コモンローが優先していることを表している」とされており（D. Fox, "Relativity of Title at Law and in Equity", *Cambridge Law Journal*, Vol.65, No.2 (2006), pp.330-365, 339), この意味では、権原の争いの仕方にも、公共の秩序の観点が反映されているといえよう。

³⁹ 「占有訴訟による救済の背後にある原理は、公共の秩序のために、法は、正当であろうと不正であろうと、占有を保護すべきというものであり、これは権原を平和的に争いうるためである」（R. Magarry and H. W. R. Wade, *The Law of Real Property*, 4th ed., Stevens & Sons Limited (1975), p.1168). 石井紫郎「占有訴権と自力救済——法制史から見た日本民法典編纂史

契約（または相続慣習⁴⁰）によって発生するのであり、ここでは、特定の保有財産が保有人に正当に帰属していると承認されている場合に、その承認に違背することが問題となっている。領主裁判所では、領主の違背を完全に統制することはできなかったが、国王裁判所の介入により、正当とされる帰属関係の違背を矯正する手段が利用可能になったことで、かかる帰属原因に基づく財産所有は権利として保護されるとの予期が生まれたといえよう。国王裁判所が意図したのは領主が適正な行動を採るよう統制することだけであり、しかもこの統制は反封建的なものではなく、むしろ領主が封建制の原則を逸脱することを抑止し、矯正することを目的としたものであったが、「この意図せざる帰結が、領主権からあらゆる法的現実を奪うことであった⁴¹」とされている。ミルソムの理論では、コモンローの成立は、国王裁判所の規律ないし審査手続に主導されたことになる。

いずれにせよ、新侵奪不動産占有回復令状により、「不正かつ裁判によらずに」占有を侵奪されたと主張する自由人は国王に救済を請求できるようになった。これは領主裁判所における「正義の失敗を矯正するもの」であり⁴²、どちらの見解も、占有を奪われた原告が、その財産に対して抱く「私のもの」であるとの予期を回復する救済が利用可能になった点に注目している⁴³。ここでは、（不法行為者によるものであれ、領主によるものであれ）占有侵奪を放置するか、それとも侵奪に対抗して救済を与えるかの選択が問題となっており、国王裁判所の救済を予期できるようになったことで、土地に対する「私のもの」という規範的予期が「権利」となったのだと解することができよう。

第3項 権原の争い

上の理解によれば、救済の集権化が法の集権化を導いたことになる。しかし、これは、「救済あるところ、権利あり」の原則において、救済が複数の救済から単一の救済へと移行したことを意味するにすぎず、いまだ「権利あるところ、救済あり」の原則へ転換するには

の一齣——』『法学協会雑誌』113巻4号、1頁以下も参照。

⁴⁰ これは、相続不動産占有回復訴訟（the assize of modt d'ancestor）によって保護された。

⁴¹ Milsom, (1981), pp.122ff.この指摘は論争的になっている。例えば、R. V. Turner, *Judges, Administrators and the Common Law in Angevin England*, The Hambledon Press (1994); J. Hudson, "Milsom's Legal Structure: Interpreting Twelfth-Century Law", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol.59 (1991), pp.47-66 参照。

⁴² J. Biancalana, "For Want of Justice: Legal Reforms of Henry II", *Columbia Law Review*, Vol.88, No.3 (1988), pp.433-536, 439.

⁴³ Pollock and Maitland, Vol.2, p.31 参照。

至っていない。では、この転換はいかにしてなされたのであろうか。

土地所有権に関しては、これは占有に対する権原の優越によってなされたと考えられる。メイトランドの立場からすれば、不法占有者の占有でさえも保護する占有訴訟だけでは、やはり正当な所有秩序は維持できないのであるから、結局、ある人に土地が正当に帰属していることを確認する紛争へと発展していくことになる。特に、係争地が、不法侵奪後に、直接の不法侵奪者から第三者へ移転された場合には、不法侵奪者を被告とする占有訴訟は利用できない。その場合でも、原告の占有回復請求を認めるとなると（立入令状⁴⁴（writ of entry）が用いられる）、原告の占有は当該令状でもって救済される権利となるが、その救済の根拠は占有侵奪の事実から正当な帰属関係へと徐々に移行することになる。この過程は原告と被告との権原の争いへと収斂していくが、令状は極めて厳格な訴訟方式の完遂を要求したため、より簡素な方式が求められ、賃借不動産占有回復訴訟（action of ejectment）の方式が利用されるようになった⁴⁵。それに対して、ミルソムの立場は、土地の権原は領主に承認されることであるのが封建制の原則であったが、承認という行為に伴う濫用の危険性が顕在化したから、承認の原因事実（相続、契約等）そのものを問題化する方向へ移行したと要約できる。さらに、封建制の弛緩や取引の発展（特にユース慣行）により、領主による承認によって物の帰属を確定するというやり方自体が有効に機能しない事案が発生し、土地の権原を確定する手法として、封建制の枠外で発展し、領主の承認を前提としない権原審理方法であった賃借不動産占有回復訴訟の形式が優越していった。原因の解釈は違えども、その視点は、訴訟の内部で権原の争いをいかに構成し、規律するか（合法／不法の振り分け）へと移されており⁴⁶、これが、訴答手続や正式事実審理の発展と手を携えて進行し、土地法を発展させたと考えることができよう。

現在では、不法行為法に属する土地回復訴訟（action for recover of land）が通常の占有回復手段となっており、そのなかで権原の優劣が争われている⁴⁷。そこでは、原告は、被告

⁴⁴ メイトランドによれば、立入令状は、被告に、原告の請求する土地を手放すかどうか選択するよう迫り、手放さない場合はなぜそうしないのかを答弁するよう国王裁判所へ出頭を命じる令状であり、それには被告の権利についてなんらかの瑕疵があることが記載された。その発展過程については、Pollock and Maitland, Vol.2, pp.62ffを参照されたい。

⁴⁵ その過渡期には、Trespass 訴訟が用いられた（Maitland, *op. cit.*, n.26, Ch.5）。

⁴⁶ 「争いとなっている物に対する絶対的または相対的に良い権利としての権原は、法の問題であり、法によって定義されるだけでなく、創設されるものである」（F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, Macmillan & Co. (1929), p.177）。

⁴⁷ 1833年のReal Property Limitation Actにより物的訴訟が、さらに1852年のCommon Law Procedure Actにより賃借不動産占有回復訴訟が廃止された。

との関係で、より良い権原を有するかどうか争点となるのであり、原告が自分以外の万人に対して優越する権原を有するかどうかは争点とはならない。したがって、「所有権 (ownership) とは、対世効を有する (good against the whole world) 権利を意味するとすれば、かかる権利はイングランド法では存在しない」とされる⁴⁸。侵奪者は、不法な占有取得によっても、被侵奪者とその権原の承継人以外に対して有効である係争地の単純不動産権を取得する。この場合、被侵奪者には立入権および土地回復訴権だけが残される一方、処分権を含む他のすべての支配権能は侵奪者に移転する。結果として、「シーजनしている者は、所有者 (owner) としてのすべての権利を有する。シーजन侵奪された者は立入りまたは訴訟によってシーजनを取得する権利を有する。しかし、被侵奪者がシーजनを取得するまでは、彼は所有者としての権利をなんら有さない⁴⁹」。

原初において正当に取得され、承継人に正当に移転されているならば、正当に配分されているとはいえ、原初における取得が正当であるかは確認できないため、権原の根源は現実の占有で足りるとするのがイングランド法であり、問題は、原告が現実占有していたかどうか、および現実占有へ至る承継過程に瑕疵がないことを確認するために過去何年まで遡るべきかである。したがって、「土地へのすべての権原は、シーजनしている者の権原が、それより良いシーजनの権利を示すことができないすべての者に優先するという意味で、最終的に占有 (Possession) に基づいている⁵⁰」。

ただし、この命題については、もう少し詳しく検討する必要がある。被告が現実占有している土地について、原告がその返還を求める権原の争いにおいては、「原告は、被告の権原の弱さによってではなく、原告自身の権原の強さによって回復しなければならない⁵¹」。原告にとっては、書証によって権原を証明できれば十分であるが、そうできないときは、不動産権譲渡や敵対的占有による取得時効などの権原取得事実を立証しなければならない。原告被告双方ともに明確な権原を証明できないときは、「権利において等しきときは、占有の状態が優先する」から被告が勝訴する。しかし、原告は、被告に先行して原告自身が占有していた事実⁵²か、または自らの「権原における先行者」が占有していた事実を立証すれ

⁴⁸ E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 16th ed., Butterworths (2000), pp.25ff.

⁴⁹ Ibid., p.28.

⁵⁰ Ibid., p.26; Pollock and Maitland, Vol.2, p.46.

⁵¹ *Tregnowell v. Strachan* [1747] 5 TR 107; W. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 15th ed., Sweet & Maxwell (1998), p.486.

⁵² これに代えて被告による占有侵奪の事実の立証でもよい (J. Gordley and U. Mattei, "Protecting Possession", *American Journal of Comparative Law*, Vol.44 (1996), pp.293-334,

ば、「時において先なる者が勝る」から原告が勝つ。ここから先については、論争がある⁵³。まず、占有は権原を推定するのか、それともシーズンを推定するのかについて、判例は、原告が原野 (waste land) を占拠 (seizure) のほかはいかなる権原も有さずに占有取得した場合、その後同土地に立ち入り、原告に優越する権原または占有事実を示すことができない被告に対して、原告はその占有を回復できるとしており、占有は権原を推定するとされている⁵⁴。次に、被告は、権原が第三者にあることが審理のなかで立証されたならば、原告には権原がないことになるから、回復請求の訴訟原因に対する抗弁が成功して、被告が勝訴するかという争点があるが、判例はこの第三者の権利抗弁を有効な抗弁とする⁵⁵。1925年の土地法改革以後においては登記制度が発達しており、しかも登記は確定力を有するから、原告は登記簿上の権原を証明すれば足りる。その場合、問題は、登記の確定力が及ぶ範囲と、登記されていない第三者の権利の効力の問題へと移される。

第4項 近代的土地所有権

(1) 経済システムと土地所有権

裁判官が、どのような請求内容 (訴訟原因) に、どのような救済 (原状回復、金銭賠償、差止め等) を与えるかによって、法的に保護される利益の内容が決まってくる⁵⁶。土地における利益が対物訴訟により保護される物的権利 (rights in rem) であることは、占有回復令状の被告が拡大されるなかで認められていった性質であり、これに応じて土地における利益 (不動産権) は、救済面での対世効を有するようになっていった。かかる不動産権の対世効は、さらに人格と財産との絶対的帰属関係を表現するpropertyの概念と結合して、近代的な所有権制度へと展開されている。

323).

⁵³ 甲斐道太郎『土地所有権の近代化』(有非閣, 1967年), 81頁以下参照。

⁵⁴ *Asger v. Whitlock* [1865] LR 1 QB 1「占有は、良い権原を立証できた者を除いて、全世界に対して有効である」(per Cockburn C. J.)。それに対して、損害賠償請求の場合は、損害賠償を請求する原告が、自己に占有する権利があることを主張証明しなければならない。被告は、自己に原告よりも良い権原があることを証明すれば、責任を免れることができる。

⁵⁵ *Carter v. Barnard* [1849] 13 QB 945。占有回復の請求においては有効とされるが、損害賠償請求については、占有侵害の事実が決定的であるから、第三者の権利抗弁は許されない。

⁵⁶ イングランド法の具体的な展開については、甲斐, 前掲書(注53); 戒能道厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店, 1980年); 水本浩『借地借家法の基礎理論』(一粒社, 1966年)参照。

元来、propertyの用語は動産（特に、家畜）について用いられていたが⁵⁷、それは、物自体に言及する用語ではなく、「私はその物のなかにpropertyをもつ (have)」とか、「その物のthe propertyは私にある」といったように、家畜や動産といった客体の「特性あるいは属性」を表現する用語であり、「物の利用または利益について執行可能な請求」という意味での権利ではなかった⁵⁸。そして、「年書におけるコモンロー法律家のpropertyに関する議論の全体を規定していたのは、ある動産の『property』は必ず誰かに帰属していなければならず、通常はいかなる時点においても唯一人の個人にだけ帰属しているだろうとの想定であった⁵⁹」。1405年には、王座部において、原告所有の樹木を伐採したとしてtrespass訴訟を提起された被告が「自由土地保有権 (freehold) におけるpropertyを請求する」ことができるとの判決が出されており⁶⁰、その後16世紀後半から17世紀にかけて、「物における『一般的』または『絶対的』propertyをもつ者は誰でも、その利益を世界の万人に対して主張することができる。『特別な』propertyをもつ者は誰でも、その利益を『一般的』または『絶対的』所有者以外の万人に対して主張することができる」という原則が成立したとされる⁶¹。

Propertyの概念が担っている機能は、ある物の実体が、ある人格に「同じ態様では他人に帰属しないような仕方でも帰属する」という意味で絶対的に帰属していることを表現することにある⁶²。その意義は、①特定の相手方との相対的な優劣を決する権原の概念に代えて、物と人格との絶対的結合を表現すること、②一つの物について複数人の権利が重疊的に成立する事態を排除して、property保有者の独立性を確立すること、③物と人格との帰属が外部者の承認行為を媒介として確定される事態を排除して、物と人格とが直接に帰属ないし結合しているとの観念を成立させる点にあると解される。

さらに、「有か無か (on-off)、全か無か (all or nothing) という性質」を表現していた抽

⁵⁷ D. J. Seipp, "The Concept of Property in the Early Common Law", *Law and History Review*, Vol.12, No.1 (1994), p.29ff.

⁵⁸ Ibid., pp.33, 51-52.

⁵⁹ Ibid., p.61.

⁶⁰ Ibid., p.65.

⁶¹ Ibid., p.84. 「Propertie とは、人が物に対してもつ、またはもつことができる最高の権利を意味する」と初めて定義したのは、John Cowell, *The Interpreter: or Booke Containing the Signification of Words*, Cambridge (1607)であったとされている (G. E. Aylmer, "The Meaning and Definition of "Property" in Seventeenth-Century England", *Past and Present*, No.86 (1980), pp.87-97, 89). そして、W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Vol.2, University of Chicago Press (1979 [1766]), p.2 は、財産権 (the right of property) とは、「人が、外界物に対して、世界のすべての他人の権利を完全に排除して、請求および行使することのできる単一かつ絶対の支配 (sole and despotic dominion) である」と定義した。

⁶² 近代的所有権におけるかかる性質の意義については、松尾弘「グロチウスの所有権論 (1)

象的なpropertyという概念は「法律家の論証が定位していた令状あるいは『訴訟方式』の枠組みを超えた、抽象的で理論的に一貫したレベルに達する」ことができたと指摘されており⁶³、property概念の抽象性、単純性は、土地における権利、不動産権、保有条件といった複雑な土地法の概念に取って代わり、結果として、「法律家は、個別の係争物を特定することなしに、propertyに言及することが多くなっていく」とされている⁶⁴。そこから、土地もまた物的財産 (real property) というpropertyの一種として観念される。これは、動産と不動産の取引をできるだけ調和させようとした1925年土地法改革により完成された。現行法上は、コモンロー上の不動産権はfee simple absolute in possessionとterm of years absoluteだけが認められるが、前者は「実質的にみて、大陸法における土地所有権と変わるところがない」と評されている⁶⁵。この背景には、貨幣をメディアとする経済システムの分出と、資産としての土地の取引の増加があるように思われる⁶⁶。

(2) 政治システムと土地所有権

ミルソム理論によれば、所有権の発展は、土地の保有人に保有人としての地位を承認し、その侵奪に対する保護としての権利を与えるべき責務を負う主体が、領主裁判所から国王裁判所へ移行した過程を意味する。そうすると、問題は国王裁判所へ移され、保有人の地位を承認し、その権利を保護すべき国王（議会および裁判所）の責務はいかにして執行されるかが問題となる。これは、第一に、イングランド最大の領主である国王と、その臣民である保有人との封建契約によって根拠づけられた。しかし、17世紀の革命期には、より劇的に、封建制を前提とする根拠づけ自体を否定するような理論が生み出され、それが国王裁判所自身において実現されていくなかで、近代憲法と近代国家が誕生した⁶⁷。

政府と市民との関係を規律する法におけるproperty概念の効果には、政府は市民の所有権を侵害してはならないという効果（消極的権利としての所有権）と、政府は市民の所有

(2・完) 『一橋研究』第14巻第3号, 1989年, 113-121頁, 第4号, 1990年, 131-158頁。

⁶³ Seipp, *op. cit.*, n.57, p.47.

⁶⁴ *Ibid.*, pp.67, 87.

⁶⁵ 甲斐, 前掲書 (注53), 70頁。

⁶⁶ 動産と不動産の区別をぼやかした要因は、株式や金銭の大量保有であったとされる (Aylmer, *op. cit.*, n.61, p.96)。

⁶⁷ J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, (1960 [1690]); 井上茂『司法権の理論』(有非閣, 1960年), 特に第2章, 第3章参照。また, 所有権の宗教上の制約からの解放については, L. Brace, *The Idea of Property in Seventeenth Century England: Tithes and the Individual*, Manchester University Press (1998)。

権を保護しなければならないという効果（積極的権利としての所有権）とがある。

消極的権利としての所有権は、制定法によっても、コモンローによっても承認されている。例えば、1539年の国王布令法（Statute of Proclamations）は、国王に対して、議会への付託なしに立法する広範な権限を付与したが、同時に同法は、その権限からコモンロー、既存の議会制定法と並んで、propertyの権利を保護していた⁶⁸。また、個人の自由と私有財産は法の裏づけのない公的介入から保護されるとするのが、コモンローの原則である⁶⁹。例えば、警察による所有権の侵害に対する救済としては、自力救済、損害賠償請求、異議申立て、違法に押収された財産がある場合はその返還請求が利用可能である⁷⁰。ただし、所有権が絶対的なものではないことは、制定法による所有権への制約が可能であるだけでなく、コモンローにおいても承認されている⁷¹。

積極的権利としての所有権については、所有権を侵害された市民は民事救済を得ることができる。コモンローの伝統では、「『法の保護』とは、結局のところ、ある人の権利を民事訴訟において執行できるということ、したがって、権利の侵害に対する救済を得ることができることを意味していた⁷²」。ブラックストーンによると、救済への権利（the right to a remedy）は1225年マグナカルタ29条によって保障されているが⁷³、所有権と法の適正手続の結びつきは教会法においても発展させられてきた⁷⁴。1673年の判決は、「生命、自由、財産において、それらを没収（forfeited）されない万人は、法が彼に抗弁を認めるpropertyとrightを有する。それらが侵害されたならば、違法を救済するための訴権が与えられ、違

⁶⁸ Bradley and Ewing, (2007), p.52.同法自体は1547年に廃止された。

⁶⁹ Entick v. Carrington, [1765] 19 St Tr 1030; Bradley and Ewing, p.96.

⁷⁰ Bradley and Ewing, (2007), pp.500-508.

⁷¹ 例えば、コモンローは奴隷所有者が奴隷に対する所有権を行使することを認めない。

Somerset v. Steuart, [1772] 20 St Tr 1.

⁷² S. J. Heyman, "The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment", *Duke Law Journal*, Vol.41 (1991), pp.507-571, 534.

⁷³ Blackstone, *op. cit.*, n.61, Vol.1, pp.134, 535. 同条は、「いかなる自由人 (liber homo) も、彼の同輩の適法な判決か国の法によるのでなければ (nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terre), 今後、逮捕され投獄されず、彼のいかなる自由保有地または諸自由、あるいは自由な慣習的権利の占有を侵奪されず (disseisiat), あるいは、法外追放に処せられ、あるいは国外に退去を命ぜられ、あるいは何らかの他の方法で破滅せしめられないものとする」と規定している（訳語は、J. C. ホウルト（森岡敬一郎訳）『マグナ・カルタ』（慶應義塾大学出版会、2000年）、付録12、605-606頁によった）。同条は、1331年から1368年の制定法により、次のように変更された。①「同輩の適法な判決」は、「陪審による裁判 (trial by jury)」を含む、②「国の法」とは、「法の適正手続 (due process of law)」である、③「いかなる自由人も…ない」の文言は、「いかなる身分あるいは境遇にあろうとも、いかなる人も…ない」に置き替えられた（同訳書、13頁）。

⁷⁴ K. Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the*

法行為者は処罰される」としている⁷⁵。問題となるのは、私人の所有権を保護するために、行政が能動的に行動を採る法的義務があるかどうかである。これは、所有権侵害の事後的救済ではなく、侵害の事前的予防の問題である。具体的には、財産の侵奪は刑法上の犯罪ともなるから、警察等の行政機関が治安維持の責務の一環として所有権を保護することが要請されるが⁷⁶、これは行政機関の不作为が、コモンローまたは制定法により課されている法的義務に違反するとして救済（損害賠償または司法審査）の請求が可能かどうかの問題であり、主としてコモンローにおける不法行為法の領域に属する問題である⁷⁷。

第2節 ケニア植民地の法体系

大英帝国による植民地支配は、植民地化以前には主として血縁に基づく自立的な共同体を単位とした社会であった現在のケニアにあたる領域に対して、国家という上位権力を初めて成立させた。法システムにとっての意義は、共同体の慣習法ないし社会規範の世界に、実定法制度（司法制度および立法制度）が導入された点にある。その法システムは、慣習法と実定法の統一体として存在しており、慣習法は実定法に組み込まれ、両者の複合体が法として機能している一方、実定法は慣習法の自律的展開を許容してもいた⁷⁸。本節では、ケニア植民地における実定法体系および土地法の継受過程を明らかにする⁷⁹。

Western Legal Tradition, University of California Press (1993), pp.148ff.

⁷⁵ Thomas v. Sorrell, Vanghan Eng. Rep. 1102 (Exch. Ch. 1673) また、Ashby v. White (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 ER 126 「原告が権利を有しているなら、それを立証する手段と、権利の享受または行使において損害を受けた場合は救済を必ず有していなければならない。事実、救済なき権利を考えることは無益なことである。権利の欠如と救済の欠如は相互的である」。

⁷⁶ 18世紀でも、所有保護については刑法が重視されていたことについて、D. Hay, "Property, Authority and the Criminal Law", in D. Hey et al. eds., *Albion's Fatal Tree*, Pantheon Books (1975), pp.17-63.

⁷⁷ 政府の財産権保護義務については、第5章でケニアの事案を検討する。

⁷⁸ したがって、「慣習法」という場合、二つの意味がある点に注意が必要である。一つは、植民地化以前から、あるいは植民地化以後でも実定法の外部で、共同体によって実践されている社会規範を意味する場合であり、もう一つは実定法上法源として認められた法規範を意味する場合である。本章では後者の意味での慣習法を取り上げるが、それは法分野によって実定法上の適用の仕方に差がある。家族法においては、社会規範がほぼそのままのかたちで適用されていたのに対して、財産法（とくに土地法）では選択的に適用された。また、刑法においては早くから慣習法の適用が否定され、実定刑法が適用された。

⁷⁹ ケニア法体系の発展については、Ghai and McAuslan, (1970); Y. P. Ghai, "Constitution and the Political Order in East Africa", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.21 (1972), pp.403-434; C. Singh, "The Republican Constitution of Kenya: Historical Background and Analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.14. (1965) pp.878-949; J. O. Rachuonyo, "Kelsen's Grundnorm in Modern Constitution-Making: The

第1項 統治機構

ケニア植民地の形成は、1885年のベルリン一般協定に基づき、当初はインド洋沿岸部に限定して進められた⁸⁰。イギリスは、1887年に設立された英国東アフリカ団体(British East Africa Association)に対して、1888年国王特許状を付与し、大英帝国東アフリカ会社(Imperial British East Africa Company)とする⁸¹。その後、1890年のブリュッセル一般協定1条⁸²を受け、1895年7月15日、イギリス政府はケニア内陸部も含めた領域を保護領として宣言し、特許会社の管轄権を引き継いだ。その後、ケニアは、1895年から1920年までは保護領(Protectorate)、1920年以後1963年の独立までは植民地(Colony)であり、1964年に共和国となる⁸³。

保護領という法的地位における国王の管轄権の範囲は、それを取得する根拠となった条約またはその他協定に規定されている場合はそれに従うが、そのような明示的規定のない場合、または慣行もしくは黙認による管轄権取得の場合は、1890年国外管轄権法(Foreign Jurisdiction Act, 1890)1条の規定により、割譲または征服により取得された植民地の場合

Kenya Case”, in Woodman and Obilade, (1995 [1987]), pp.191-205.

ケニア植民地国家の形成については、G. H. Mungeam, *British Rule in Kenya, 1895-1912*, Oxford University Press (1966); M. R. Dilley, *British Policy in Kenya Colony*, 2nd ed., Frank Cass & Co. Ltd. (1966); A. Johnston, “The Colonization of British East Africa”, *Journal of the Royal African Society*, Vol.5, No.17 (1905), pp.28-37.

⁸⁰ Ghai and McAuslan, (1970), Ch.2 and 4 参照。同書は、ケニア植民地における憲法史を、①統治機構が設立された1897-1905年、②ヨーロッパ人入植者がその支配を確立しようとした1905-23年、③様々な人種の主張が調整された1924-1954年、④多人種国家の実験段階である1954-1960年、⑤独立へ向けたアフリカ人指導者層間での対立により特徴付けられる1960-1963年というように区分している (Ibid., p.36)。

⁸¹ 特許会社の権限には、領域を統括する弁務官の任命権、法律を公布(promulgate)する権限、司法制度を設立する権限、土地を取得または規制する権限などがあった (Ghai and McAuslan, (1970), p.8)。

⁸² アフリカの奴隷貿易を終結させ、正当な商業(legitimate commerce)を開くため「文明国の主権または保護のもとにあるアフリカの領域において、行政、司法、宗教、および軍事役務の進歩的組織」の構築を定める。

⁸³ ただし、インド洋沿岸部から10マイル以内はこれとは別である。1895年以降1920年までは、ザンジバルのサルタンの主権下であり、1920年以降1963年まではイギリス保護領であった。1963年の独立により、ケニアの一部となり内陸部との差はない。当該地域は、古くからイスラム法が中心で、奴隷制を伴う独自の土地制度を構築しており、本稿ではこれを直接扱うことはできない。詳しくは、F. Cooper, *From Slaves to Squatters: Plantation Labour and Agriculture in Zanzibar and Coastal Kenya 1890-1925*, Yale University Press (1980); K. Kanyinga, *Re-Distribution from Above: The Politics of Land Rights and Squatting in Coastal Kenya*, Nordiska Afrikainstitutet (2000)を参照されたい。

と同程度の管轄権を国王は行使することができる。しかし、かかる管轄権の性質は保護領と植民地とは異なっている。保護領域は国王の支配領域ではなく、保護民は国王との忠誠関係にないため、保護領は外国、保護民は「保護下にある外国人」としての地位にあり、枢密院令等により国王のなす行為は主権の行為 (act of state) となる⁸⁴。したがって、かかる行為による損害に対して救済は与えられない⁸⁵。また、保護領域は、無主地を除いて⁸⁶、直ちには国王に帰属しない。

1897年東アフリカ枢密院令 (the East Africa Order in Council) は、弁務官職 (Commissioner) および司法制度 (Her Majesty's Court for East Africa) を設立し、さらに1902年東アフリカ枢密院令によって、立法、行政、司法の統治機構が設立された。国王の管轄権のうち立法権および行政権は、弁務官 (後に総督) が国王を代理して行使するが、司法権は東アフリカ高等法院 (High Court for East Africa) に専属する。1902年東アフリカ枢密院令に基づく立法権および司法権の行使は、東アフリカにおけるすべての人格を対象にすると規定され (12条1項および15条1項)、アフリカ人も対象に含められた。植民地期の三権の関係については、①立法権が行政権に従属するとの慣行、および②植民地政府が本国政府に従属するとの慣行が指摘されている⁸⁷。

立法権については、国王が Royal Instruction により直接立法する権限を有していたほか、植民地の政令制定権は弁務官に付与されており、「弁務官は、司法行政、歳入、および一般的に東アフリカにおけるすべての者の平和、秩序、良い統治のために、政令 (Ordinance) を定めることができる」 (1902年東アフリカ枢密院令12条1項)。行政権については、弁務官は、本枢密院令の規定、または国王もしくは國務大臣 (Secretary of State) の命令に基づいて政府を統括することができ (同4条3項)、弁務官は、行政機構を設立し、領域における法と秩序を維持する責任を負う。さらに、弁務官の免責条項があり、裁判所は、弁務官およびその官吏に対して裁判権を行使することができなかった。ただし、1910年権利

⁸⁴ K. Polack, "The Defence of Act of State in Relation to Protectorates", *Modern Law Review*, Vol.26 (1963), pp.138-155.

⁸⁵ この原則は、ケニアにおいては、Ol le Njogo and others v. The Attorney General and others, [1913-14] 5 EALR 70 [マサイ事件判決] において確認された。

⁸⁶ 無主地に対する国王の処分権限は、1899年のWebster and Finlay報告により、保護領が未開部族により占有されているか、または主権者もしくは個人により専有 (appropriate) されているかによって異なるとされ、ケニアのような前者の場合、保護領への国王の権利により直ちに発生するとされた (Polack, *op. cit.*, n.84, p.151)。これは、the East African (Lands) Order in Council, 1901によりケニアに適用された。

⁸⁷ M. Wight, *British Colonial Constitution, 1947*, Clarendon Press (1952), p.17.

請願令 (the Petitions of Right Ordinance) 3 条は、「保護領の一般政府 (the general Government) に対する請求で、イングランドにおいては、請願、声明 (manifestation)、または権利の懇願 (plea of right) によって国王に対してなされる請求と同一の性質を有する請求はすべて、総督の同意を得て、請求者を原告とし、国王弁護人 (Crown Advocate) またはこの目的のために総督が時宜に適して認めた他の公務員を被告として、高等法院において訴訟を開始することができる」として、一定の救済の道を開いている。訴訟の開始は高等法院への提訴の方式によるが (4 条)、高等法院の補助裁判官が訴状を受領したときは、直ちに総督へと送付し、総督の同意を得なければ訴訟を開始することができない (5 条)。総督の同意が必要であることもあって、権利請願という方式は、州行政を通して総督に直接提起される一般的な権利救済制度として利用されていた実態がある (次章では、そのいくつかを取り上げる)。さらに、1956 年には、ケニアでも国王訴追令 (現在の政府訴追法) が制定され、国王を被告とする民事訴訟の手続が規定された (これについては、後述する)。

1905 年には新しい枢密院令により、弁務官は総督 (Governor) および最高司令官となり、また立法評議会 (Legislative Council) と執行評議会 (Executive Council) が設立された。立法評議会は、保護領における政令を制定する権限を有する。ただし、総督が立法評議会の可決した法案の拒否権を有していたことに加え、本国政府は立法評議会の可決した法案を認可しない (disallow) 権限を有していたため、議会主権が確立されていたわけではなく、立法は国王大権の行使である政令という形式を維持し続けていた。執行評議会は、総督に対して法の執行について助言し補助する役割を与えられた機関である。また、高等法院判事をはじめとするすべての裁判官は総督により任命された。裁判官の身分を保障する 1700 年王位継承法は植民地には適用されず、植民地裁判官は国王の意向 (pleasure) によりその職務にあるとするのがコモンローである⁸⁸。

総督の行政権の行使は、中央政府と「州行政 (Provincial Administration)」と呼ばれる官僚機構を中心にしていった。このうち、アフリカ人に関する問題は「原住民問題 (Native Affairs)」と総称され、その問題を担当する行政は原住民行政 (Native Administration) という独立したカテゴリーを形成し、専門の行政職 (主席原住民担当官 Chief Native Commissioner) が置かれた⁸⁹。州行政は、ケニア全土を州 (Province) と県 (District)

⁸⁸ Terrell v. Secretary of State for the Colonies [1953] 2 Q.B. 482. 1700 年王位継承法は、「裁判官は、非行なき限り、職務にある。その給与は確保され保証される。ただし、議会両院の Address により合法的に罷免されうる」と定める。

⁸⁹ 原住民行政の目的は、「アフリカ人共同体の内部問題を規律する部族的その他の制度の監

に区分し、県のなかに地区 (Location) や村 (Village) といった行政区画を定め、ヨーロッパ人が担当する州令と県令、およびアフリカ人が担当するチーフと村長という行政官を各行政区域に設置するものである⁹⁰。アフリカ人行政官は、管轄域内の法と秩序の維持および徴税を主たる任務としていたほか、上級行政官の命令を執行する責任を負っていた⁹¹。統治の領域を入植者に係わる問題と原住民問題に区分し、前者は民主主義を原則とし、後者は慣習法および慣習的制度を維持するという「間接統治」ないし「二元統治」の原則が採用されたところに特徴がある。

1920年、ケニア(併合)枢密院令 (the Kenya (Annexation) Order in Council) の施行により、ケニア内陸部は「国王支配領 (His Majesty's dominions)」となり⁹²、管轄権行使を規定する英国議会制定法は1887年連合王国入植法 (the British Settlement Act, 1887) の適用へと移った。これにより、ケニア領域の法的地位は「植民地」、アフリカ人は「イギリス臣民 (British subject)」となり、すべての土地の最終的権原は国王に帰属することとなった。1921年には、新しい枢密院令により統治機構の再編が行われ、以後、東アフリカ高等法院は最高裁判所 (Supreme Court) と呼ばれ、ナイロビに置かれた。

第2項 司法制度

ケニアにおける司法制度の発展は、イギリス国民のみを対象とするものを除くと、1884年ザンジバル枢密院令に始まる⁹³。本令は、実体法として、インド刑法典、インド刑事訴訟法、インド民事訴訟法、インド証拠法、インド相続法、ボンベイ民事裁判所法が適用されることを規定するが、適用はケニア沿岸部に限定されていた。1897年東アフリカ枢密院令は、ケニア全土における司法制度を、植民地裁判所 (colonial court)、ムスリム裁判所、お

督、法と秩序の維持、原住民に対する税金の査定と徴収、地方の政府サービスの提供、原住民が当事者となる広範な紛争を裁決する機関の設置」である (Lord Hailey, *Native Administration in the British African Territories*, Part 4, His Majesty's Stationery Office (1951), p.1)。これとは別に、教育、医療、農業開発も原住民問題に含まれるが、個別の専門機関が担当した。

⁹⁰ その後、県と地区の間に郡 (Division) が設置され、郡令 (District Officer) の役職が設けられている。

⁹¹ 詳しくは、拙稿「ケニアにおける開発行政と住民主導型開発活動との関係の考察：地方分権化政策を中心に」『横浜国際社会科学研究所』第9巻第6号、2005年、19-36頁参照。

⁹² ケニア植民地は、割譲または征服による植民地ではなく移住による植民地 (the settled Colony) である (Earl of Erroll, v. the Commissioner of Income Tax [1940] 7 EALR 7)。

⁹³ Ghai and McAuslan, (1970), Ch.4; A. Phillips, "The African Court System in Kenya", *Journal of African Administration*, Vol.4, No.1 (1952), pp.135-138.

よび原住民裁判所 (native court) の3種に分類し、実体法として、①植民地裁判所については、1884年ザンジバル枢密院令により導入されたインド諸法⁹⁴およびインド財産移転法、1897年8月12日時点においてイングランドで効力を有するコモンローおよびエクイティ、並びに一般適用のある英国議会制定法、②ムスリム裁判所については、イスラム法、③原住民裁判所については、「原住民の法と慣習」を適用すると規定した。

このうち原住民裁判所は、1902年東アフリカ枢密院令によりアフリカ人にも裁判権が適用されると⁹⁵、1907年裁判所令 (Courts Ordinance) によって統一的な司法制度のもとに組み込まれ⁹⁶、必要な場合に、総督の権限によって、行政官⁹⁷または長老会議 (council of elders) に対して管轄権が授けられるほかは、植民地裁判所が原住民の法と慣習も管轄するとされた。また、例外的に、「王領地の貸与者と貸与地の領域内または近隣を占有する原住民との紛争は、県の徴税官に付託される」(裁判所令4条)。また、ある土地が原住民の占有に属するかどうかの決定も徴税官の権限である(同6条)。徴税官の決定に異議を申し立てる者は、州の副令 (Sub-Commissioner) に上訴するものとされ、その決定が最終とされた(同7条)。

しかし、統一的司法制度は長続きせず、1930年原住民裁判所令 (the Native Tribunals Ordinance) により、すべての当事者がアフリカ人である訴訟において完全な管轄権を有する原住民裁判所が設立された⁹⁸。原住民裁判所は、総督の同意を得て、州令が適切と考える地域に設置され(3条1項)、管轄権を有する地域における原住民の法と慣習に従って構成される⁹⁹(4条)。その民事管轄権は、「本令の条項に服して、被告がその管轄域内に通常居

⁹⁴ 後に、これらは新たなケニア法として制定された。例えば、現在の法律のもととなるケニア民事訴訟法は1924年に制定されている。

⁹⁵ それ以前におけるアフリカ人への裁判権については、植民者の本拠地 (station) から5マイル (1897年以後は、15マイル) 以内において居住するアフリカ人に対しては行使することができる⁹⁵とされていた (Ghai and McAuslan, (1970), p.130)。

⁹⁶ 1902年から1907年の間は、弁務官の指定する特別地域において、植民地行政官である徴税官が民事および刑事についての完全な管轄権を有する特別裁判所を設置するという方策が採られていた (The East Africa Native Courts (Amendment) Ordinance, 1902) (Ghai and McAuslan, (1970), p.133)。

⁹⁷ Village Headman Ordinance, 1902, 6条は、弁務官は、村長に対して「弁務官が決定する訴えと手続の範囲および条件のもとで、原住民に係わる小事件 (petty native cases) を審問し、裁決する」権限を付与することができるとしていた。

⁹⁸ 原住民裁判所は、「州令による令状 (warrant) または本政令の条項に服する範囲で、すべての当事者が、原住民であるか、または裁判所の管轄域内に居住する者である場合に、その訴訟および事件に対して完全な管轄権を有する」(8条)。ただし、当事者の一人以上がアラブ人である場合、その管轄権は当事者の同意に基づく限りで行使できる。

⁹⁹ また、「原住民裁判所の実務と手続は、43条に基づいて制定される規則に服し、原住民の

住する場合または訴訟原因がその管轄域内で発生した場合の民事の訴訟および事件の聴取、事実審理、判決に及ぶ」(11条1項)。原住民裁判所が執行(administer)することができる実体法は、「(a)正義と道徳に矛盾しない、または枢密院における国王(King in Council)のすべての命令、その他植民地において効力を有する法の条項と一致する限りにおいて、受訴裁判所の管轄域内において効力を有する原住民の法と慣習、(b)州令、郡令、liwaliおよびmudir [コースト州の行政官]、または原住民機関令に基づく原住民機関によって制定され、受訴裁判所の管轄域内において効力を有する規則または命令の条項、(c)受訴裁判所に執行する権限を与えた政令の条項またはかかる政令に基づく条項、(d)14条に基づく総督の命令によって、裁判所が執行する権限を与えられた法の条項」である(13条)。原住民裁判所は、刑罰(15条)および損害賠償(18条1項)を命じる権限を有し、また裁判所の命令に従わない者に対して裁判所侮辱の手段を採ることができる(19条)。原住民裁判所の管轄権が適用される地域内で、法律に基づく権限なしに司法権を行使した者は、刑事責任を負うことも法定されている(26条)。この制度の特徴は、行政の広範な介入が認められていた点にあるが¹⁰⁰、詳しくは次章で検討することにしたい。

この制度は、1951年にアフリカ裁判所令(the African Courts Ordinance)により、アフリカ裁判所へと改組され¹⁰¹、アフリカ裁判所担当官(African Court Officer)という専門の司法行政官が設置された。同令12条2項は、「当植民地において効力を有する他のいかなる法律に反するとしても、本条に従って、(a)原住民の慣習上の婚姻または相続、および(b)原住民土地信託令に規定された原住民領地内部に位置する不動産に関する民事訴訟は、郡令が別様に命令しない限り、管轄権を有するアフリカ裁判所を除いては、当植民地の他のいかなる裁判所においても、いかなるアフリカ人によっても、開始することはできない」と定める¹⁰²。上訴については、新たに慣習法を管轄する最終審として設置された再審裁判

法と慣習に従って規制される」(22条)。

¹⁰⁰ 上訴について、州令は、アフリカ人長老から構成される控訴審(African Appeal Court)を設置でき、その決定に対しては、行政官である郡令に控訴できる(33条)。上告は、同じく行政官である州令に対してなされ、その決定に不服ある場合は、軽微な事件を除き、最高裁へと移送できる(34条)。

¹⁰¹ なお、アフリカ裁判所に提起された訴訟件数については、1959年のデータとして、刑事事件および税関係事件の合計が約18万件、民事事件が4万8千件、1962年には、前者が30万6千件、後者が3万8千7百件であったと報告されている(Ghai and McAuslan, (1970), p.361)。

¹⁰² ただし、私人間の権利を争うのではなく、公的責務の履行を強制することを目的とし、その結果、付随的に私人の権原が確定されるような性質の訴訟であれば、「職務執行命令の方法による訴訟は、同条によって禁止されていない」から、植民地裁判所に提訴することができる(The District Commissioner, Kiambu v. R. and others [1960] EA 109)。

所 (Court of Review) へなされるものとなり¹⁰³, 審級制度は, 第一審裁判所, アフリカ控訴審, 郡令裁判所, 再審裁判所となった¹⁰⁴. このうち, アフリカ控訴審は巡回裁判所であり, 各月のうち1週間は巡回に出て, 特に土地に関する紛争を審理したとされる¹⁰⁵. また, 弁護士の出廷は禁止されていた (29条).

以上のほかに, 控訴院が設けられていた. 控訴院の構成において重要なのは, それが東アフリカ三国 (ケニア, タンザニア, ウガンダ) に共通の控訴院 (the Court of Appeal for East Africa) であり, 先例拘束原則に基づいて拘束力を有する先例は, 東アフリカ三国全体で形成されていた点である. さらに, 東アフリカ控訴院の判決に対しては, 枢密院司法委員会へと上訴することができ, それが最終審となっていた.

ケニア植民地の裁判所で活動するための法律実務家の資格は, 二つの規則により定められていた¹⁰⁶. それによると, ①イングランド, スコットランド, アイルランドのBarのメンバー, ②イングランドまたはアイルランドの高等法院のSolicitors, ③スコットランド高等法院におけるWriters to the SignetおよびSolicitors, ④インド高等法院の一つにおいて実務することを承認されているPleaders, ⑤原住民Vakeels (法的資格は有していないけれども, 基本的な裁判手続について知識を有する現地人) がある¹⁰⁷. 植民地初期の法律専門家について, オジュワングらは, 自律性の欠如, 自分たちで制御できる規範および執務規範 (etiquette) の欠如, 組織の分裂, 植民地官僚が用いる規制手段としての法制度という位置づけから, 「法律専門職は, 当時の形態では, 社会の広範な法的紛争を解決するための社会制度では本来的になかった. むしろ, その特徴は, 植民地機関の社会的・政治的判断, 勃興しつつあった商業経済の要請, そして公式の訓練を受けた者や支配的な裁判所の法律手続の知識をもつ者の党派的および個人的利益によって支配されているような歪んだ装置

¹⁰³ 再審裁判所は, ①首席裁判官の助言に基づき総督が任命する長官, ②主席原住民弁務官, ③アフリカ裁判所担当官, ④総督が任命するアフリカ人1名から構成される (4条2項).

¹⁰⁴ ただし, 再審裁判所へ進むためには州令による特別の許可が必要であり (43条), 通常は郡令の決定が最終とされていた (Phillips, *op. cit.*, n.93, p.137).

¹⁰⁵ G. Wilson, *Luo Customary Law and Marriage Laws Customs*, Government Printer (1961), p.4.

¹⁰⁶ The East Africa Legal Practitioners' Rule, 1901 および The Native Courts Practitioners' Rule 1899.

¹⁰⁷ J. B. Ojwang and D. R. Salter, "The Legal Profession in Kenya", *Journal of African Law*, Vol.34, No.1 (1990), p.9ff. また, ケニア法曹については, Ghai and McAuslan, (1970), Ch.10; 独立後も含めて, S. Ross, "The Rule of Law and Lawyers in Kenya", *Journal of Modern African Studies*, Vol.30, No.3 (1992), pp.421-442 を参照.

として現れていた」と指摘している¹⁰⁸。

第3項 慣習法に関する一般的規定

植民地政府の統治権との関係で、ケニアにおいては「原住民の法と慣習 (native law and custom)」の存在が法的に承認されており、植民地政府による立法権および司法権の行使においては、その尊重が義務づけられていた¹⁰⁹。これに関して、すでに大英帝国東アフリカ会社特許状 12 条には、私法分野において、現地住民の「慣習と法」の「注意深い配慮」規定がみられる¹¹⁰。また、統治機構を設立した 1902 年東アフリカ枢密院令 12 条 3 項も、「弁務官は、政令の制定にあたって、既存の原住民の法と慣習を、それらが正義と道徳に反しない限りにおいて、尊重しなければならない」と規定していた。

アフリカ慣習法については、個別の法令による修正がない限り、1902 年東アフリカ枢密院令 20 条における、「民事刑事を問わずすべての訴訟において両当事者が原住民である場合、すべての裁判所は、(a) 適用可能であって、正義と道徳に反しない、または枢密院令、政令、規則、ルールに矛盾しない限りにおいて、原住民法 (native law) を指針とし (shall be guided), (b) 手続技術への不当な配慮および不当な遅滞なく、実質的正義に従って、すべての訴訟を決定しなければならない」との規定が適用された。しかし、「原住民法¹¹¹」の内容は特定されておらず、当該規定はその時々で特定集団において妥当している法を適用すべきことを意味している。したがって、適用される慣習法の内容が、時とともに変化し、あるいは集団ごとに多様である事態が許容されている。この点で実定法制度は、慣習法の自律的展開を許容している一方、かかる自律的展開の裁判官および行政官による制御を可能にしたといえる。

証拠法 60 条 1 項により、慣習法の存在については、「裁判所が顕著なものと認めること

¹⁰⁸ Ojwang and Salter, *ibid.*, p.11.

¹⁰⁹ 実定法上の慣習法については、J. S. Read, "Customary Law under Colonial Rule", in H. F. Morris and J. S. Read ed., *Indirect Rule and the Search for Justice: Essays in East African Legal History*, Clarendon Press, (1972), pp.167ff を参照。

¹¹⁰ The Charter of the Imperial British East Africa Company (1888) 12 条、「領域の人民またはその他住民に対して特許会社が行う司法行政においては、特に、土地および動産の保有、占有、移転、処分、それらの遺言相続または無遺言相続、婚姻、離婚、嫡出、その他の財産権および人的権利に関する場合には、各当事者が所属する集団、部族、または民族の慣習および法に対して、つねに注意深い配慮 (careful regard) がなされなければならない」。

¹¹¹ 以下では、「原住民法」と「慣習法」とを互換的に用いる。

(take judicial notice)」が必要である¹¹²。この点について、1965年の控訴院判決は、慣習法の証明は事実認定の問題であるとしたうえで、「特定の慣習法を確証するための証明責任は、自らの事案を支持するために慣習法に依拠する当事者に課せられている」と判断した¹¹³。その理由として、裁判所だけが慣習法の存在を確証する責任を負うとすることは、当事者が、交互尋問などにより、補佐人¹¹⁴ (assessor) の見解を検証する機会を奪うものである点を指摘している。適用可能な慣習を特定する基準としては、コモンローの基準が存在するが¹¹⁵、裁判所は、慣習法を適用するにあたってかかる基準を厳格に審査したわけではなく、慣習法の存在事実の認定にあたっては、原住民の補佐人による助言や専門知識をもつ証人の陳述、あるいは文献参照など地方独自の証明ルールをも採り入れ、また慣習法の適用可能性の法的判断においては、合理性のほか、正義と道徳、公序良俗 (public policy) の観点から審理したとされる¹¹⁶。ただし、正義と道徳や公序良俗の基準は明確にされておらず、植民地政策に影響されることもあったと指摘されている¹¹⁷。

慣習法の展開を規定した要因としては、次の三点が指摘されている¹¹⁸。一点目は、アフリカ慣習法に対する裁判官の態度であり、それは慣習法をその自然な展開に委ねる態度と、

¹¹² また、証拠法 13 条「権利または慣習の存在が疑われるときは、次の事実が意味をもつ (are relevant): (a) 当該権利または慣習を設定、請求、修正、承認、断定もしくは否定する行為、またはその存在と矛盾するやり取り (transaction), (b) 当該権利または慣習が請求、承認、もしくは行使された、または否認、断定、もしくは乖離された特定の事案」。

¹¹³ *Kimani v. Gikanga* [1965] EA 735 (per Duffus J.A.)。ただし、裁判所の責任で慣習法の存在を認定すべきとする、Crabbe 判事の反対意見が付されている。

¹¹⁴ 民事訴訟法 87 条 1 項は、「部族、カースト、または共同体の法または慣習について疑問 (questions) が生じた場合」、裁判所は資格のある補佐人を召喚することができると定めている。

¹¹⁵ 慣習の存在を確証する一般的な基準は、①人の記憶によっては反駁できないほどの古さ、②継続性、③平和的な享受、④義務としての効力をもつこと、⑤存在の確かさ (証明可能性)、⑥他の慣習との両立可能性、⑦適用することが非合理ではないこと (被告に、非合理性の立証責任がある) が挙げられる。①から⑥までは事実認定の問題であるのに対して、合理性の基準は法の問題である。合理性については、(a) 社会的・経済的条件が異なる過去にも当該慣習は存在しえたかの判断、(b) 制定法やコモンローに反する慣習は適用されない (合法性の問題)、(c) 一方当事者の知りえない慣習は適用されない、(d) 慣習の合理性を決定する時期は存在が開始した時点であるといった原則がある (Allen, *op. cit.*, n.22, pp.130ff)。

¹¹⁶ A. N. Allot, "The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa", *Modern Law Review*, Vol.20 (1957), pp.244-263; Allen, *op. cit.*, n.22, pp.153ff.; L. Lewin, "The Recognition of Native Law and Custom in British Africa", *Journal of the Royal African Society*, Vol.37, No.147 (1938), pp.1-8.

¹¹⁷ フランス法系諸国も含めた検討として、E. K. M. Yakpo, "The Public Policy Doctrine in African Interlocal Conflicts of Law", in E. Bello and B. Ajibola eds., *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Vol.2, Martinus Nijhoff Publishers (1992), pp.861-876.

¹¹⁸ C. Mubirumusoke, "Application of the Received Law of Torts in East Africa and the Problem of Transplanting Legal Norms", in T. W. Bechtler ed., *Law in a Social Context*, Kluwer (1978), pp.129-188, 149ff.

慣習法を発展の障害と見てその適用を積極的に回避する態度とに分かれたとされている。後者は、法の適用に際して、20条(a)にいう「正義と道徳」とはイングランドの正義と道徳を意味すると解釈し、それに矛盾する慣習法の適用を否定する態度をとった¹¹⁹。二点目は、植民地を統治するうえで、アフリカ固有の制度と慣行を維持し、それを媒介として人々の行動を規制し命令を執行することが合理的であるとする間接統治政策である。法は統治の手段であるとの観念のもと、慣習法もまた植民地統治手段の一つとして位置づけられたうえで、ヨーロッパ人の法とアフリカ人の法とが二分化され、「後者は前者によって『監督』され、その機能のほとんどを決定され、活動を限定されなければならないという意味で劣ったもの」と評価された点が、アフリカ慣習法の展開を規定したとされる¹²⁰。三点目として、適用可能性(20条(a))の問題がある。コモンローを適用するとしても、それが適用可能であるといえるためには、アフリカの社会的、文化的、経済的現状を精査する必要があり、場合によってはアフリカの現状に合うように修正されるべきであるところ、そのような作業はほとんど行われなかったとされる。事案の解決にあたって法の一般原則を適用する場合でも、イギリスの判例に言及することが不必要な場合があるばかりか、事案によってはアフリカの現状とイギリスの状況との食い違いゆえに不適切となる場合もある。しかし、かかる差異を明確に意識することなく、漫然とコモンローを適用していたと指摘されている¹²¹。

慣習法を扱うことの困難としては、アフリカ法の将来に関するロンドンでの国際会議¹²²(1960年)のために、ケニア法曹の首脳が議論した記録によると、①慣習法の統一性の欠如(民族集団間での相違、および相違の性質)、②司法による慣習法の確認の困難および確

¹¹⁹ 成人の犯した不法行為に対する損害賠償金を、その成人の親の財産でもって支払うべきとする慣習法について、「本人自身が行ったのではない不法行為のために、その人格や財産が直接に損害を被ること、または刑罰を受けることは、たとえそのような事案において、物事の当然の成り行きとして、間接的な損害ないし損失の負担を回避できないことが明白であったとしても、私たちの正義の一般的観念に反している。……子が完全な法的責任を有する人格である場合にまで、子の罪(sins)が父親に移転すべきというのは、イギリスの正義の原理に反していることは確実である」として、慣習法の適用を否定した事案が引用されている(Gwano bin Kilimo case 1 Tanganyika L. Rep. [1938] 403, in Ibid., pp.150-151)。

¹²⁰ Ibid., p.152.また、M. Mamdani, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton University Press (1996)参照。

¹²¹ Mubirumusoke, *op. cit.*, n.118, pp.164ff.は、不法行為法の分野における注意義務や予見可能性の基準をめぐる適用可能性の問題を論じたうえで、「イギリスの判例への信頼は、時に、混乱し無関係な理由づけを導くこともある」と指摘している。

¹²² 会議についての詳細は、A. N. Allott ed., *The Future of Law in Africa: Record of Proceedings of the London Conference, 1959-1960*, Butterworth (1960)参照。

認手法の定義, ③慣習法の不確かさ (どの程度, 慣習法は存在するのか), ④制定法と慣習法との乖離, ⑤慣習法と他の法との重複が問題とされていた¹²³. かかる困難は, 最終的に, 立法府による慣習法の法典化を促すことになった¹²⁴.

第4項 実定土地法の形成と展開

ケニアの植民地化は, 入植者 (主としてイギリス人) による直接の土地取得と大規模農場経営という形態をとっており, 植民地期の土地制度は, 基本的には, この形態に適合するよう構築されていたとあってよい¹²⁵. 具体的にいうと, アフリカ人の既存の土地所有に干渉し, 入植者所有地とアフリカ人保留地とへ物理的居住空間を二分化すること, および居住空間の二分化に対応して, それらを規律する実定土地法を二元化するという形態をとった. 以下では, 現行実定土地法への発展過程を検討するとの観点から, 植民地期の展開を略述したい¹²⁶.

(1) 二元的土地制度の形成過程: 1895年~1920年代

保護領という法的地位のもとでは, ケニア領域の土地は, 入植者にとっての外国人であるアフリカ人の所有地と, 国王に帰属する王領地 (Crown Lands) とに区分される. 王領地については, 1902年東アフリカ枢密院令 2条によって, 「条約, 協定, 合意により国王の統制に服する, または国王の保護下にある, 東アフリカのすべての公有地 (public lands), および公務その他の目的のため国王が取得したすべての土地を意味する」と定義されていた. 王領地に対して国王が有するすべての権限は, 弁務官が, これを行使する (7条1項).

¹²³ “Proposed Agenda for Professional Conference”, Record of a Meeting held in the Office of the Chief Justice on Friday, 27th November 1959. 会議の参加者は, 最高裁判所長官, アフリカ人問題担当省大臣, 法務次官, アフリカ裁判所担当官, 州アフリカ裁判所担当官, 再審裁判所長官である.

¹²⁴ J. A. Widner, *Building the Rule of Law: Francis Nyalali and the Road to Judicial Independence in Africa*, W.W. Norton & Company (2001), pp.83ff. 89. ケニアにおける慣習法の法典化作業の成果として, E. Cotran, *Restatement of African Law, Kenya*, Vol.1 Marriage, Vol.2 The Law of Succession, Sweet & Maxwell (1968, 1969)があり, 相続法は1970年に法典化 (1981年7月1日施行) されている.

¹²⁵ ケニア植民地における土地政策の展開については, Ghai and McAulalan, (1970); M. R. Dilley, *British Policy in Kenya Colony*, 2nd ed., Frank Cass & Co. Ltd. (1966), pp.248ff.; W. M. Ross, *Kenya From Within: A Short Political History*, Frank Cass & Co. Ltd., (1968)参照.

¹²⁶ 詳細は, 拙稿「ケニアにおける土地制度改革の法社会学的分析 (二) —登記土地法の成立過程を中心に」『横浜国際社会科学研究所』第12巻第1号, 2007年, 41-59頁を参照されたい.

弁務官は、王領地の譲与 (grant)、貸与 (lease)、立入許可 (license) をなすことができる (7条3項)。その場合、入植者に対して、譲与の場合は自由土地保有権 (freehold) が、貸与の場合は定期不動産権 (leasehold) が設定される。この弁務官の王領地処分権限は、1902年王領地令 (Crown Lands Ordinance, 1902) により詳細に規定された。また、本令に基づいて譲与または貸与された土地の処分においては、インド財産移転法が実体法として適用された。

それに対して、アフリカ人の土地所有はどのように規定されていたのであろうか。まず、アフリカ植民地一般における「原住民の土地所有権」に対する、イギリス判例法の見解を見ておこう。枢密院司法委員会判決は、「地域によって差はあるが、原理は単一である」としたうえで、「個人的所有権 (individual ownership) の観念は原住民の考え方にとって異質である。土地は、共同体に帰属するのであって個人にはない。原住民共同体の権原 (title) は、一般的に用益権 (usufructuary right) の形態をとる。これは、主権者が誰であれ、その根源的または最終的権原に負担を課す唯一の制限である。そのような用益権は、不動産権譲渡の通常の方法によって消滅することは困難であるが、当該土地を占有する、または完全な統制をなすと推定される至高権力の行為によって消滅しうることは明白である」と判示しており¹²⁷、アフリカ人個人は土地所有権を有さず、土地は主権者 (共同体の代表) に帰属すると判断した。この法理から、主権者たる共同体代表の意思により締結された土地明渡協定は、共同体構成員全員を拘束するとされた¹²⁸。

ケニアにおける判例もアフリカ人の個人的所有権を否定していたが、その根拠づけにおいて、文明／未開の区別を明示的に用いている点が注目される。すなわち、「土地の個人的所有権の理論は、アフリカ人が外部の文明 (an alien civilisation) の諸理念を吸収し始めるまでは、いかなるアフリカ人の精神にとっても絶対的に異質である」ということを根拠にして、アフリカ人個人が所有権を有することを判例において否定していた¹²⁹。ただし、本件はアフリカ人間での土地の占有侵奪に係わる事件であり、「国王またはヨーロッパ人

¹²⁷ Sobhuza II. v. Miller and others [1926] A.C. 518.

¹²⁸ 前記マサイ事件判決は、マサイ部族が条約締結権能を備えた国際法上の法人格を有するとし、部族の代表はかかる権能を行使する主権者であると判示した。判決は、部族代表が条約締結権能を有する根拠として、マサイ部族が他部族との戦闘において部族代表の統率下に行動していた事実を挙げている。これをもとに、部族代表がイギリス政府と締結した土地明渡協定は条約であり、マサイ部族の全構成員を拘束するとともに、その不履行責任を国内裁判所において問うことはできないと判示した。

¹²⁹ Kimani Wa Kabato v. Kioi Wa Nagi [1920] 8 EALR 129 (強調は原文)。

に影響するような原住民土地法に関する問題は発生していない」ことから、部族の構成員が所持の権利および耕作の権利を有することについてはこれを認め、この権利に基づいて損害賠償請求または差止め請求の訴えを提起することは可能であると判示した。

初期のケニア判例法は、慣習法上の土地所有権に関して「占有保護が当事者の実力に依存していること」を所有権存在の直接の根拠とする立場を採用していた。このことは、部族団体とその構成員との間で土地処分権限の帰属をめぐる争われた事件にみられる¹³⁰。本件は、控訴人の前主が、ジバナ族の構成員である個人から売買により土地を取得したが、部族の代表が、慣習法上部族構成員である個人に土地処分権は認められず、したがって当初の売買は無効であり、控訴人も権原を有しないと主張した事件の上訴審である。ボナム・カーター判事 (Bonham-Carter J.) は、慣習法上土地を所有しているのは共同体としての部族であるとし、部族代表の主張を認めたが、この「部族の土地所有権」についてトムリンソン判事 (Tomlinson J.) が法的に検討し、次のように結論した¹³¹。

まず、「歴史的には、共同体が先行し、個人は後の発展である。個人の諸権利は共同体の特権 (privileges) に由来し、共同体のサンクションに依存する。共同体の特権と権威の行使のなかに、部族の権利の証拠が考えられなければならない」とする。そして、土地を占有しているという事実だけでは共同体の特権の証拠として十分ではなく、「外部者 (stranger) が占有から厳格に排除されている」ことをみななければならない。この「外部者の排除というのは、個人の行為ではなく、共同体の行為である。排除に実効性を与えるためには力 (force) が必要とされ、この力は部族の強さから引き出される。したがって、外部者の排除は部族の制度であり、その力が行使される範囲内の領域に対する共同体の権利の証拠である」、さらに「私見では、排除の実践は、領域全体の部族による総有 (communal possession) に等しい」として、部族の土地権を認めた。本判決からは、①妨害排除の力ないし実践が土地における慣習法上の権利の存在根拠とされていること、②その力の源泉のあり処が権利の帰属先となること、この二つの主張を読み取ることができよう。後者をもとに、外部者へ土地を譲渡する権限は団体である部族に帰属すると判断された¹³²。

¹³⁰ Abdulrasool Aladina Visram v. Muluwa Gwanombi and others representing the Jibana Tribe [1915-16] 6 EALR 31.

¹³¹ 以下、本判決の引用はすべて、Ibid., p.34.また、本件を契機として、ジバナ慣習法の調査が行われた。R. W. Hamilton, "Land Tenure among the Bantu Wanyika of East Africa", *Journal of the Royal African Society*, Vol.20, No.77 (1920), pp.13-18.

¹³² ただし、あくまで共同体外部に対する個人の処分権のみが問題とされており、共同体内部における個人の諸権利については触れられていない点に注意が必要である。

次に、弁務官の王領地処分権限との関係における、アフリカ人の土地所有についての規定を取り上げる。1902年王領地令は、弁務官は、あらゆる処分において「原住民の権利と要請」に配慮しなければならないこと、および「原住民の現実の所持 (actual occupation) にある土地を譲与または貸与することはできない」と規定していた(30条)。しかし他方で、「弁務官は、原住民の村落または居住地を含む土地領域を、特にそれら村落または居住地を除外することなく貸与できる。ただし、貸与の時点において原住民の現実の所持にある土地は、現実の所持されている限りで、貸与から除外されたものとみなす」(31条1項)とすることによって、一定規模の領域を分割することなく、ただしいわば虫食いの支配権の及ばない土地を含んだままで、貸与することが可能とされていた。

このような実定法上の諸規定に基づき、弁務官は「ハイランド¹³³」と呼ばれる地域一帯において、入植専用地の取得を行った。保護領である時期のアフリカ人は保護下にあるとはいえ外国人であるから、無主地の処分の場合を除いて、アフリカ人との合意の必要性が法制度上前提とされており、土地移転の合意に際しては対価を提供する必要があった。ただし、圧倒的な武力を背景になされた土地明渡しの合意や、英文で書かれた協定文書の内容についての認識など、合意の有効性については問題となりうる。しかし、その場合でも、前記マサイ事件判決が判示したように、当該合意は条約であり、国内裁判所で審理することはできないとされていた。

しかしながら、ケニアへの入植の必要性が高まるにつれて、植民地政府は合意による土地取得では不十分であると認識し、より直接的な土地統制をなしうる制度の構築を模索した。その結果、1902年王領地令を改めた1915年王領地令が成立する。本令は、1902年東アフリカ枢密院令2条における王領地の定義に、「植民地の原住民部族が所持するすべての土地、および原住民部族の構成員による利用のために留保されているすべての土地を含む」とする規定を追加し(5条)、アフリカ人の所持にある土地もすべて王領地に含まれるとした。そのうえで、「原住民部族構成員の利用と支援 (support) に必要であるとの総督の見解 (opinion) により、王領地の譲与、貸与、その他の処分を留保することができる」(54条前段)とする規定を設け、この規定に基づき、入植者所有地とは区別され、総督の王領

¹³³ ハイランドとは、当該領域内の土地を譲渡または貸与できる人種の範囲がイギリス人に限定されている領域を指す。1906年に、当時のElgin国務大臣が、原則として人種による制限は英国政府の政策に反するが、東アフリカ保護領の限定された地域に限っては「合理的な裁量」を行使できると通達したことに由来し、1923年の白書(*Indians in Kenya*, H.M. Statutory Office)によって公式に政策として採用された。

地処分権限（6条）が留保される原住民保留地（native reserve）が指定されることになった。ただし、総督は、必要な場合に保留地指定を解除する権限（56条）、および特定目的のため保留地からその一部を除外する権限（57条）を有していた。

こうして、原住民保留地と呼ばれる特定領域が原住民の「利用と支援」のために指定されることになり、アフリカ人は当該地域に居住するものとされたことで、入植者とアフリカ人との居住空間そのものが物理的に分離されるに至ったのである¹³⁴。他方で、原住民保留地の地域指定は絶対的なものではなく、総督の「見解」に依存するものであって、結局のところ、ケニアにおけるすべての土地が保留地指定解除権や一部除外権の行使による総督の全面的統制に服するようになった。さらに、「[処分権の]留保は、いかなる部族または部族の構成員に対しても、保留地またはその一部を譲渡する権利を付与するものではない」とも規定されていた（54条後段）。かかる法制度は、アフリカ人の土地所有に関して、国家に制約を課す憲法上の財産権を否定するものであるといえる。

国家を制約する憲法上の財産権の否定は、次の判例によって確認されている。この判決¹³⁵（以下、「バース判決」と呼ぶ）は、両当事者をアフリカ人とし、慣習法上の相続に基づく権原を根拠に不法侵奪者に対する占有回復が請求された事例であるが、原告による土地の権利確認の訴えを含んでおり、判決の大部分はこの争点にあてられている。判決は、原住民保留地に指定された土地に関して、アフリカ人の譲渡権が1915年王領地令54条後段により完全に否定されていること、およびケニア（併合）枢密院令並びに1921年ケニア植民地枢密院令によりケニアが保護領から植民地へ転換されたことを根拠に、それらによって「原住民の私的権利（private rights）は留保されていない」から、「かかる保留地における原住民のすべての権利は、[慣習的土地制度である] Gathaka制度のもとにある権利であっても消滅した」として原告の請求を退けた。そして、「原住民部族の利用のために留保されている土地は国王に帰属しており、その結果、……保留地を所持する原住民は国王の任意

¹³⁴ アフリカ人が入植者所有地内に留まり続けることは、立入許可を得た者のほか、定められた期間、所有者の農場で働く代わりに居住を認めるとする内容の雇用契約を所有者と締結することでも可能であった（Resident Native Labourers Ordinance, 1925が適用される）。このような人々の土地所有について、後に占有する権利は雇用契約にのみ基づくものとされ、雇用契約の終了により、相続等により代々所有してきた土地の占有を喪失する事態が発生した。これは、現代の土地なし階層創出の原因となった重要な要因である。D. M. Anderson, "Kenya, 1895-1939: Registration and Rough Justice", in D. Hay and P. Craven eds., *Masters, Servants and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, The University of North Carolina Press (2004), pp.498-528.

¹³⁵ Isaka Wainaina wa Gathomo and Kamau Gathomo v. (1) Murito wa Indangara, (2) Nanga wa Murito, Kabete, (3) Attorney General [1922-23] 9 KLR 102.

借地人 (tenant at will) となる」と判示した。任意借地権は、コモンロー上は、当事者の意思表示によって直ちに消滅する借地権であるから、アフリカ人は自らの所有地に対して、国王の意思によっていつでも終了されうる借地権を有するにすぎないことになる。これは、相続や先占といったアフリカ人の土地所有の原因が、国王との関係において、正当な帰属原因として認められないことを帰結する。

(2) 慣習法と実定法の融合過程：1930～40年代

以上の過程に対しては、すでに1920年代からアフリカ人による反植民地運動および土地回復運動が始められていた¹³⁶。また、原住民保留地内外に関わらず、アフリカ人の土地権をいかなる内容で承認していくかは、入植をほぼ完了しつつあった植民地政府にとって、増大する土地問題への取り組みの要請と経済発展の必要性ゆえに、早急な対応を迫られる課題となっていた¹³⁷。かかる状況のもとで植民地政府は、慣習法の効力を維持し、それに基づく共同体の秩序維持および土地利用規制を可能ならしめる制度の構築を選択した。1930年には、原住民保留地内において慣習法が効力を有することの承認と、信託法理に基づく土地管理制度の構築を目的とした原住民土地信託令 (Native Lands Trust Ordinance) が制定された。さらに、1934年には土地問題の調査委員会による報告書¹³⁸が提出され、また、1938年から1939年にかけて、上記の方向性に沿った制度改革が実施された¹³⁹。かかる一連の諸改革は慣習法の効力を承認するものにとどまったが、これによって法形式上での慣習法と実定法との融合過程が始まった点に、この時期の特色を求めることができる。以下では、この点を確認していきたい。

1930年原住民土地信託令は、地方政府を受託者、アフリカ人住民を受益者とする信託法理を原住民保留地に導入し、保留地の管理および処分はアフリカ人の利益になるよう行う

¹³⁶ G. Bennett, "The Development of Political Organizations in Kenya", *Political Studies*, Vol.5, No.2 (1957), pp.113-130 を参照。また、M. Koinange, *Africa and the Future: Land Hunger in Kenya*, UDC Publication は、植民地主義に反対する立場から公表されたパンフレットであるが、当時のケニアアフリカ人の要求として、①王領地令および原住民土地信託令の廃止とアフリカ人の所有権 (rights to ownership) の要求、②入植専用地として確保されている未利用地のアフリカ人への開放、③土地不足と人口過剰を理由とした移住の禁止が挙げられている。

¹³⁷ 土地問題に対する当時の議論については、E. Grigg, "Land Policy and Economic Development in Kenya", *Journal of the Royal African Society*, Vol.31, No.1 (1932), pp.1-14 が詳しく扱っている。

¹³⁸ Kenya Land Commission Report (Cmnd. 4556), (1934)。これは、アフリカ人の土地の必要性 (needs) についての調査を目的とする委員会である。

¹³⁹ C. K. Meek, *Land Law and Custom in the Colonies*, Oxford University Press (1946),

旨を定めた政令である。重要なのは、本令および1930年原住民裁判所令を根拠に、アフリカ人の土地保有に関する法原則が変更されたと判例により解釈された点である。その解釈は、バース判決を実質的に変更した1937年のサッカー判決によって示された¹⁴⁰。本件は、原告（アフリカ人）が保留地に属する自己の占有地への権利の確認を求めた訴訟である。判決は、バース判決以降に制定された二つの政令が「この問題に関する法を変更した」ゆえに、もはや「いかなる出来事においても私はバース判決に従うべきではない」として、アフリカ人の私的権利を否定し、アフリカ人は任意借地人としての地位にあるとした先例を以下のように変更した。まず、「原住民土地信託令2条1項に基づき政府により留保されている土地の原住民部族の構成員は、恒久的所持の権利（a right of perpetual occupation）を有する」とする。そのうえで、この権利が「国王、および自己の部族に属さない人に対して、優越する（prevails）」ことを確認し、権利者の属する部族権威の統制には服するものの、国王を含むそれ以外の者に対する土地所有の不可侵性が実定法において承認されていることを認めた。さらに、部族内における各個人は対内的に（inter se）いかなる権利を有しているかに関しては、同令7条（1915年王領地令54条後段と同じ規定）の譲渡権の制限は、部族構成員以外の者への譲渡のみを禁止するよう意図したものであると限定的に解釈する。以上から、「保留地における原住民所有者は、譲渡の権利を除いて、原住民の法と慣習によって与えられる権利はそれが何であれ有している」とし、慣習法に基づく権利の効力を実定法においても承認したのである。

かかる権利を根拠に、占有を侵奪されたアフリカ人はその回復の訴えを原住民裁判所に提起することができる。また、政府による収用の際にも換地と補償への権利が認められる。これらの権利により、国王を含むすべての共同体外部者からの占有侵奪に対して実定法上の救済が与えられるから、所有権の所有保護機能からみれば、入植者に認められる権利との間に差はなくなった。しかし他方で、信託法理が適用されていることから、アフリカ人の「恒久的所持の権利」は受益者としての権利（エクイティ上の不動産権）にとどまり、コモンロー上の不動産権は地方政府に帰属することになる——アフリカ人が保留地を任意に処分することはできない——という違いもある。また、自部族構成員以外の者への譲渡権が実定法上否定されているほかは、帰属判断基準や支配権能の具体的内容を実定法にお

pp.76-99 が詳しく検討している。

¹⁴⁰ Stanley Kahahu s/o Wangati and Komoini, Wakaiya and Thairo, All sons of Kinyanjui v. (1) Anderea s/o Waiganjo and (2) The Honourable the Attorney General [1938] 18 (1) KLR 5. 以下、本判決の引用はすべて、Ibid., pp.7-10.

いて直接に規定することは行われず、これらについては慣習法に委ねられている¹⁴¹。

この判決を受け、アフリカ人の土地における利益を保護する主旨から、1939年ケニア（原住民地域）枢密院令（the Kenya (Native Areas) Order in Council, 1939）が制定された。この枢密院令は、原住民領地（Native Lands）という類型を新たに創設し、それが既存の原住民の法と慣習のもとで認められる、原住民部族、集団、家族、または個人が享受する権利にいかなる時でも服す旨を規定した。また1921年枢密院令の王領地の定義（1915年王領地令5条の定義と同じ）は、以後、原住民領地には適用されないとして、原住民領地を王領地から除外した。これに加え、原住民領地内における土地の管理、運営、開発、統制がアフリカ人の最善の利益に適わない場合に総督に対して進言する権限をもつ原住民領地信託委員会（Native Lands Trust Board）が設立され、アフリカ人の利益保護を図る制度とされた。したがって、原住民領地は王領地の一部としての原住民保留地から区別され、慣習法の効力に完全に服する一方、その管理・処分は原住民領地信託委員会が行うことになった。しかし他方で、改められた1938年原住民土地信託令70条1項は、明確な権原を有する者、雇用契約に基づく居住者、政府に認められた放牧権保持者、保護領（沿岸部）における原住民を除いて、原住民領地外部におけるアフリカ人のすべての土地における権利が消滅すること、および1902年王領地令30条、31条の適用が廃されることを新たに規定したため、アフリカ人の慣習法上の土地権は原住民領地内部においてしか認められないことになった。

1960年のケニア（土地）枢密院令（the Kenya (Land) Order in Council）は、王領地については、中央土地助言審議会（Central Land Advisory Board）を、信託地については、信託地審議会（Trust Land Board）を設置し、さらに、同令16条は、「1959年10月13日以降において、ケニアにおけるすべての土地について、特定人種の構成員であること、または特定人種の構成員でないことを理由に、土地の所有もしくは所持または土地における権利の取得を妨げるよう、この日時以後に設定された約款（covenant）、契約条件（condition）、不動産制限（restriction）は、無効である」と定めた。これにより、取引資格者がヨーロッパ人に限定されていたハイランドについても、人種とは無関係に不動産売買契約を締結できることになり、入植者所有地のアフリカ人への売渡しが可能となった。

第3節 ケニア共和国の法体系

¹⁴¹ E. Cotran, "The Place and Future of Customary Law in East Africa", in *East African Law Today*, The British Institute of International and Comparative Law (1966), pp. 74f. 参照。

第1項 統治機構

ケニアは、1963年に独立を達成し¹⁴²、1964年以後は、独立した主権を有する共和国として¹⁴³、その憲法を頂点とする法体系を有している¹⁴⁴。現在では、「ケニア共和国は、複数政党制民主国家 (multiparty democratic state) である」(1A条)。ケニア憲法は、ケニア国法秩序における最高法規性を備えており、「……47条に服するほか、他の法律がこの憲法に違反する場合には、憲法が優越し、他の法律は、憲法に違反する範囲において、無効である」(3条)。その47条は、憲法改正手続についての定めを置き、憲法を改正することができるのは議会 (Parliament) であるとし (47条1項)、議会へ提出された憲法改正法案は、第二読会および第三読会のそれぞれにおいて、国会 (National Assembly) のすべての議員の65%以上の賛成によって可決成立すると規定する (47条2項)。

ケニア共和国の立法権は、大統領および国会から構成されるケニア議会 (the Parliament of Kenya) に付与されている¹⁴⁵ (30条)。立法権は、国会により可決された法案 (Bill) によって行使される (46条1項) が、国会で可決された法案は、その後21日以内に大統領に送付され、大統領が同意を与えることで成立する。大統領が同意を与えることを拒否した場合、法案は、その拒否から14日以内に、大統領の修正意見を付して、国会議長に送付される。国会は、修正意見に同意したときは法案を修正したうえで大統領に再送付するが、修正意見に反対し、職権による議員を除いた国会議員の65%以上の賛成によって可決した場合は、大統領は、その可決から14日以内に法案に同意しなければならない (47条5項a)

¹⁴² Kenya Independence Act, 1963 (3rd. Dec. 1963).

¹⁴³ ケニア憲法1条は、「ケニアは、主権を有する共和国 (a sovereign Republic) である」と宣言する。以下、本節で引用する条文は、断らない限り、憲法の条文である。

¹⁴⁴ ケニアにおける憲法は、「元来は1963年ケニア独立枢密院令の附則として導入されたものであるが、この国の立法によって実質的に改編され、現在の形式では、成年人口の多数意思の表明を成文化して現しているといえる。憲法は、この国における法のルール適用が依拠し、それによって確保されるべき基本的権利、自由、保護を宣言し、規定したものである」(Madhwa and others v. City Council of Nairobi [1968] EA 406)。独立直後の憲法の変遷については、H. W. O. Okoth-Ogendo, "The Politics of Constitutional Change in Kenya since Independence, 1963-69", *African Affairs*, Vol.71 (1972), pp.9-34 参照。コモンウェルス諸国における憲法の発展については、S. A. de Smith, *The New Commonwealth and Its Constitutions*, Stevens & Son (1964); W. Dale, "The Making and Remaking of Commonwealth Constitutions", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.42 (1993), pp.67-83。

¹⁴⁵ 国会は、総選挙 (general election) により選出された議員のほか、特別利益を代表するものとして任命される議員12名、および職権による議員 (ex officio members) から構成される。

号およびb号).

大統領は、国家元首およびケニア国軍最高司令官であると同時に、ケニア政府の長 (the Head of Government) であり¹⁴⁶、「ケニア政府の行政権 (the executive authority) は、大統領に付与され、本憲法に服して、大統領によって直接に、または大統領に服する公務員を通じて行使される」(23条1項)。大統領は、国会議員のなかからケニア政府の大臣を任命し、また解任することができ(16条)、大統領、副大統領、および大臣から内閣が構成される(17条)。そして、「内閣は、大統領、副大統領、その他大臣の権威により、またはその権威のもとで、その職務の執行においてなしたすべてのことについて、国会に連帯して責任を負う¹⁴⁷」(17条3項)。また、大統領は、憲法により付与された行政権の一環として、大統領令によって行政組織を改廃することができ、植民地期の州行政制度も大統領令によって維持されている。国家元首として、大統領がその職務にある間は、大統領および大統領職の機能を執行するための官吏に対する刑事訴訟、およびそれらがなした、またはなさなかった行為に対する救済を求める民事訴訟を提起することはできない(14条1項、2項)。ただし、イングランド法を継受したケニア法でも、行政行為について、制定法の範囲内で与えられる法的権限の逸脱または濫用による法益の侵害、および法的義務の違反による法益の侵害の場合には、原則としてコモンローが適用され、かかる侵害に起因する損害は不法行為法によって、公務員個人に賠償責任が課せられるが、政府訴追法によって、使用者である「政府」を被告とする損害賠償請求訴訟を提起することもできる¹⁴⁸。

第2項 司法制度

¹⁴⁶ 大統領は国民の直接選挙により選出され、任期は5年であり、在職期間は二期までに制限されている。さらに大統領は国会議員でもなければならず(5条)、議会在解散されたときには、総選挙と同時に大統領選挙も実施される(5条3項)。ただし、2007年総選挙に伴う混乱の結果、首相職が設立された(15A条)。首相の職務および権限は議会在定めるものとし、National Accord and Reconciliation Act が制定されている。

¹⁴⁷ 政府不信任案について、59条3項は、「国会が、職権による議員を除いたすべての議員の過半数の賛成により、ケニア政府を信任しないと宣言する決議案を可決した場合(その決議案は国会の院内規則に従い7日を越えない間告示される)、大統領は、その決議案の可決から3日以内に、その職務を辞任するか、または議会在解散しなければならない。議会在、決議の可決された日から4日後に解散される」と定めている。

¹⁴⁸ 政府訴追法4条1項「本法の諸条項に服して、政府は、成人であり責任能力を有する私人であれば負うであろう不法行為責任に服さなければならない。政府は、(a) 政府の被用者または代理人により着手された不法行為、(b) コモンロー上、人がその被用者または代理人について、その使用者であることを理由として負う義務の違反、(c) コモンローにおいて、財産の所有、所持、占有または支配に伴う義務の違反について責任に服する」。なお、「政府訴追法は新たな訴訟原因を定立するものではない。それは、使用者としての政府を訴追することの禁止を取り除いただけである」(Gohil v. Attorney-General [1967] EA 570)。

ケニア憲法は、「民事および刑事事件についての無制限の第1審管轄権、その他憲法および法律により付与された管轄権および権限を有する」高等法院 (High Court) を置く (60条1項)。その他、控訴院 (64条) および下級裁判所 (65条) が設置されている。高等法院は、首席裁判官、および普通裁判官 (puisne judges) 11名以上により構成される (60条2項)。首席裁判官は、大統領によって任命されるが (61条1項)、控訴院判事および普通裁判官は司法業務委員会の助言に基づいて大統領が任命する。首席裁判官は、普通裁判官を監督し、審問する権限を有する。憲法の解釈に関する問題は、高等法院に対して提訴することができる¹⁴⁹ (67条1項)。

控訴院については、独立直後には、植民地期の東アフリカ控訴院の形態を引き継ぎ、東アフリカ控訴院が、ケニア、タンザニア、ウガンダ三国の共通の上訴審であったが、東アフリカ三国はそれぞれ主権国家であり、枢密院司法委員会への上訴はできなくなったため、最終審となった。そのため、枢密院司法委員会を拘束していたイングランド法の先例はもはや東アフリカ控訴院を拘束しない。その場合、「民事および刑事事件において、本裁判所の以前の判決から離れることは、そうすることが正当であるとみなされる場合には、自由であるべきである¹⁵⁰」とされる。1977年、東アフリカ共同体の解散に伴い、東アフリカ控訴院は廃止され、各国が独自の控訴院を有するようになった。

従来、ヨーロッパ人に対する管轄権を有する植民地裁判所と、アフリカ人に対する管轄権を有するアフリカ裁判所とに区分されていた下級裁判所は¹⁵¹、1967年の司法制度改革により、治安判事裁判所 (Magistrate's Court) へと統合された¹⁵²。治安判事裁判所法は、第

¹⁴⁹ 憲法の解釈に係わる問題は、控訴院に上訴することができない (Anarita Karimi Njeru [1979] KLR 162)。ただし、本案と付随する憲法問題については控訴院の審理を妨げるものではないと解されている (R. Kuloba, *Court of Justice in Kenya*, Oxford University Press (1997), p.27)。

¹⁵⁰ *Dodhia v. National and Grindlays Bank Ltd.* [1970] EA 195。また、T. Jackson, *The Law of Kenya: An Introduction Cases and Statutes*, 3rd ed., Kenya Literature Bureau (1986), pp.8-9。

¹⁵¹ イスラム教徒間の人的訴訟に関して、イスラム法を管轄する権限を有する裁判所については、同年の *the Kadhi's Courts Act* により、カーディ裁判所として存続され、ケニア全国の6ヶ所に設置された。ただし、本法は、カーディ裁判所が必ずイスラム法を適用しなければならないとはしておらず、また排他的な管轄権を有するともしていない。当裁判所も高等法院の管轄に服する (Ghai and McAuslan, (1970), pp.367-369)。

¹⁵² Ghai and McAuslan, (1970), pp.359ff.; S. B. Steiffer, "The Rôle of the Judiciary in the Constitutional Systems of East Africa", *The Journal of Modern African Studies*, Vol.16, No.1 (1978), pp.33-66; E. Cotran, "Integration of Courts and Application of Customary Law in Kenya", *East African Law Journal*, Vol.4 (1968), pp.14ff.; E. Cotran, "The Unification of

1 審裁判所である治安判事裁判所を、①ケニア全国の民事および刑事事件に管轄権を有する上級常設治安判事裁判所 (the Senior Resident Magistrate's Court) および常設治安判事裁判所 (the Resident Magistrate's Court) と、②各県内の事件に管轄権を有し、一級・二級・三級に分かれた県治安判事裁判所 (the District Magistrate's Court) を設置する。民事事件に関して、上級常設治安判事裁判所は訴額 6000 シリングを超えない事件、常設治安判事裁判所は 3000 シリングを超えない事件について管轄権を有し、県治安判事裁判所は、アフリカ慣習法に関する無制限の管轄権を有しているほか、一級は訴額が 2000 シリングまで、二級・三級は訴額 1000 シリングまでの事件について管轄権を有している¹⁵³。この改革により、①人種に関わらず、すべての裁判所がすべての人に対する管轄権を有するようになった、②すべての裁判所が、刑事訴訟法および民事訴訟法の適用を受ける (治安判事裁判所法 15 条)、③訴訟代理に関する制限が撤廃され、アフリカ慣習法に係わる訴訟についても、法律家としての資格を有する弁護士が訴訟代理人として参加できるようになったという変更がある¹⁵⁴。

かかる司法制度改革は、二元化されていた裁判所の統合の問題以上に、司法の行政からの完全な分離を制度上実現するという問題に対応するものであったといえる。国会に提出された治安判事裁判所法案には、州行政の行政官が職務上の治安判事になるとの規定が存在した。政府は、これを経験の豊かな法曹人材の不足という理由から擁護していたが、国会の反対を受け、同規定を削除したという経緯がある¹⁵⁵。しかし、治安判事の任命は司法業務委員会が担当するが、最初の判事リストでは、一級県治安判事の多数が行政官とされており、このような兼業を禁止する規定は存在していないという問題がある¹⁵⁶。

Laws in East Africa", *The Journal of Modern African Studies*, Vol.1 (1963), pp.209-220. 英領アフリカにおける司法の統一については、W. T. McClain, "Recent Change in African Local Courts and Customary Law", *Howard Law Journal*, Vol.10 (1964), pp.187-226 が詳しい。

¹⁵³ 1927 年から 1971 年までの各年における第 1 審係属事件の件数については、R. J. Abel, "Western Courts in Non-Western Settings: Patterns of Court Use in Colonial and Neo-Colonial Africa", in S. B. Burman and B. H. Harrell-Bond ed., *The Imposition of Law*, Academic Press (1979), pp.180-181 に報告されている。それによると、1930 年に、刑事 (税関係事件を除く) 7,173 件、民事 27,804 件であった事件数は、1969 年は、刑事 255,540 件、民事 47,678 件へと増加している。

¹⁵⁴ Cotran, *op. cit.*, n.152, (1968), p.14.

¹⁵⁵ Ghai and McAuslan, (1970), p.372.

¹⁵⁶ かかる行政と司法との混合について、「この制度を継続することは、正義はなされなければならないという原則だけでなく、たとえ私たちが正義は実際になされるであろうとすすんで想定している場合であっても、正義はなされたように見えなければならないとの原則をも無視するものである」と批判された (Ghai and McAuslan, (1970), p.373)。ただ、近年では、治安判事の法律専門職化は進んでいるように思われる。

「法の保護」と題する憲法 77 条の 9 項は、民事裁判について、「裁判所、または法律によって民事の権利または義務 (civil right or obligation) の存在または範囲 (extent) を決定するものと定められた裁決機関は、法律に基づいて設置されなければならない、独立かつ中立 (impartial) でなければならない。かかる決定の審理が、裁判所その他の裁決機関の面前で開始された場合、当該事件は、合理的な期間内に公平な聴取が与えられなければならない」と定め、同条 10 項は、「すべての当事者の合意に基づく場合を除いて、すべての裁判所の審理、その他の裁決機関の前での民事の権利または義務の存在または範囲を決定する審理は、裁判所その他の機関による決定の言渡しも含めて、公開においてなされなければならない¹⁵⁷」と定めている。

裁判所の司法審査権については¹⁵⁸、1956 年の法改革法 8 条 2 項が、「大英帝国における 1938 年司法運営 (雑則) 法 (the Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act) 7 条の条項に基づきイングランド高等法院が職務執行命令 (mandamus)、禁止命令 (prohibition) または移送命令 (certiorari) を発給する権限を有するような事案において、[ケニア] 高等法院は、同じ命令を発給する権限を有する」と定める¹⁵⁹。また、エクイティ上の救済として、差止め¹⁶⁰ (injunction) および宣言¹⁶¹ (declaration) が利用可能である¹⁶²。高等法院は、これらの命令を「民事または刑事の管轄権行使において」発給することはできない (8 条 1 項)。「司法審査は、私的権利または争われている決定の実体ではなく、意思決定過程に係わるもの」だからであり、「その目的は、個人に対して、その者が服している機関によって公正な扱いを受けることを確保するもの」だからである¹⁶³。

第 3 項 ケニア共和国の法源および財産権の規定

¹⁵⁷ 例外として、(a)公開で行うことが正義の利益を歪める事案、仮差止めの審理、公共の道徳の利益、未成年の福祉、または関係人の私生活の保護の場合、(b)国防、公共の安全、公共の秩序のために法が権限を与え、または要請している場合は、除かれる (77 条 11 項)。

¹⁵⁸ J. P. W. B. McAuslan, "Administrative Law in Kenya—A General Survey", in *East Africa Law Today*, The British Institute of International and Comparative Law (1966), pp.23-71, 58ff.参照。

¹⁵⁹ 民事訴訟規則 53 条に司法審査申立ての許可を求める手続が定められている。

¹⁶⁰ *Attorney-General v. Block* [1959] EA 180.

¹⁶¹ *Ramji v. Attorney-General* [1956] 23 EACA 20.

¹⁶² その他、刑事訴訟法 389 条に基づき、高等法院は人身保護令状を発給する権限を有する。

¹⁶³ *Commissioner of Lands v. Kunste Hotel Ltd.* [1995-1998] 1 EA 1.

(1) ケニア共和国の法源

ケニア共和国の法源は¹⁶⁴、裁判所法が定めているほか、個別法令に規定がある。裁判所法 3 条 1 項は、「高等法院、控訴院、およびすべての下級裁判所の裁判権は、(a)憲法、(b)憲法に服して、本法附則 1 部に引用され附則 2 部によって修正されたイギリス議会制定法を含む、すべての成文法 (written laws)、(c)これらに服して、かつこれら成文法が拡張または適用されない限りで、1897 年 8 月 12 日時点においてイングランドで効力を有するコモンローの実質 (substance of the common law)、エクイティの諸原理、一般適用制定法 (the statutes of general application)、同時点においてイングランドの裁判所で遵守されていた手続および実務慣行に従って行使されなければならない」と定める。「ただし、そのいうコモンロー、エクイティ原理、一般適用制定法は、ケニアとその住民 (inhabitants) の諸事情が許す限りにおいて適用され、かかる諸事情が適用の必要性を与えるときの条件 (qualifications) に服して適用される」(裁判所法 3 条 1 項但書)。判例では、「私たちはコモンローについての 1898 年以前のイギリスの判決を最大限の尊重 (the highest respect) をもって扱うべきであるが、いかなるそのような判決であっても、それが誤っており (wrong)、かつそれに追従し続ける法政策上 (judicial policy) の理由がないと確信する場合には、そのような判決から離れる権限を有していると考え¹⁶⁵」とされている。その他、コモンローとして、憲法的価値を有する判例が拘束力をもつ¹⁶⁶。

要約すると、ケニアの法源は、①ケニア憲法、②ケニア議会制定法、③イギリス議会制定法のうち裁判所法附則および契約法に規定されているもの、およびインド議会制定法の一部、④委任立法、⑤1897 年 8 月 12 日時点においてイングランドで効力を有す一般適用制定法¹⁶⁷、⑥同時点におけるイングランド裁判所手続および実務慣行、⑦同時点において効力を有すコモンローの実質およびエクイティ原理¹⁶⁸、⑧アフリカ慣習法、⑨判例法¹⁶⁹、

¹⁶⁴ Jackson, *op. cit.*, n.150, Ch.1; N. A. Saleemi and T. K. Ateenyi, *General Principles of Law Simplified*, N. A. Saleemi Publishers (1992), pp.9ff 参照。

¹⁶⁵ *Mayers v. Akira Ranch Ltd. (No.2)* [1972] EA 347.実務では、時期にかかわらず、コモンローの原理を定立したイングランドの判例が引用・参照されている。

¹⁶⁶ Jackson, *op. cit.*, n.150, p.4 は、権利に係わる遡及的立法の原則禁止を命じた、*Phillips v. Eyre* [1870] L.R. 60. B.1 を法源として挙げている。

¹⁶⁷ ただし、「何が一般適用制定法であるかについて十分な記述はなく、それがケニアに適用されるかを決定する明確な基準も存在しない」とされている (Ghai and McAuslan, (1970), p.375 の注 36)。

¹⁶⁸ ケニア不法行為法は、同時点でのコモンローを受容しており、成文化されていない。また、

⑩イスラム法に分類することができる¹⁷⁰。

アフリカ慣習法については¹⁷¹、裁判所法 3 条 2 項が、「高等法院、控訴院、およびすべての下級裁判所は、当事者の一方または双方がアフリカ慣習法に服しているか、影響を受けている (be affected by it) 場合の民事事件において、適用可能であつて、正義と道徳に反しない、またはすべての成文法に矛盾しない限りにおいて、アフリカ慣習法を指針とし (shall be guided)、手続技術への不当な配慮および不当な遅滞なく、実質的正義に従つてすべての事件を決定しなければならない」と規定している。「指針とする」との規定は、原住民裁判所およびアフリカ裁判所がアフリカ慣習法を「執行する (administer)」または「適用する (apply)」としていたのとは異なり、1902 年枢密院令において植民地裁判所がアフリカ慣習法を扱う際の規定と同じであり、裁判所がアフリカ慣習法から離れることを許容するものであるとされている¹⁷²。1902 年枢密院令の規定との違いは、第一に、当事者について、その一方だけがアフリカ慣習法に服している場合であつても慣習法を指針とすることができ、第二に、刑事訴訟における慣習法の適用は明文によって否定され、第三に、指針とされるアフリカ慣習法は当事者に影響を与えているだけのものでもよいとされた点にある。成文法と慣習法との優劣関係については、3 条 2 項は 1 項の註釈であり、たとえ当事者の両方が慣習法に服しているとしても、成文法は慣習法に優先するとされている¹⁷³。

アフリカ慣習法のより詳細な規定は、治安判事裁判所法 2 条にある。それによると、「本

ケニア契約法 (Law of Contract Act) は、その 2 条 1 項において、適用可能な成文法に服し、「エクイティ原理によって修正された、契約に係わるイングランドのコモンローが、…ケニアに拡大適用される」と定める。これは、イングランド契約法の継続的受容であり、イングランドで新しい契約法原理が確立された時点で、それは自動的にケニアでも効力を有するものと扱われる。¹⁶⁹ ここでは、ケニア独自の判例法を意味する。ケニアの裁判所は、かなり自由に自身の判例法を形成しているとされる (Members of the Legal Staff of the Kenya Institute of Administration, *An Introduction to Kenyan Law*, 2nd revised ed., Kenya Institute of Administration (1975), p.26).

¹⁷⁰ その他、高等法院は、海事裁判権を有する (裁判所法 4 条)。

¹⁷¹ S. C. Wanjala, "The Relevance and Position of Customary Law in Kenya's Legal System", *Law and Anthropology*, Vol.4 (1989), pp.141-151 参照。

¹⁷² Ghai and McAuslan, (1970), p.375.

¹⁷³ 判例は、イングランドにおける 1882 年妻財産法 (the Married Women's Property Act) を、「ケニアおよびその住民の諸事情は、女性が財産を所有することができないとすることを一般的に要請しているとはいえない」として一般適用制定法であるとしたうえで、「この国の住民の大多数は慣習法によって規律されているため本法を一般適用することはできないとの主張に対しては、裁判所法 3 条 2 項は 3 条 1 項についての註釈 (a gloss) であるということ、そして、このことは、いかなる事案においても、たとえ当事者の一方または双方が慣習法に服しているとしても、成文法は慣習法に優越すべきである (a written law is to be preferred to customary law) ということを示しているというべきである」とする (I. v. I. [1971] EA 278)。

法においては、別の要請がある場合を除いて、『慣習法に基づく請求』とは、アフリカ慣習法のもとでの次の事案に関する請求を意味する。(a)慣習的保有条件のもとで保有されている土地、(b)婚姻、離婚、扶養、嫁資、(c) 婦女誘惑 (seduction)、未婚女性または未成年女子の妊娠、(d)既婚女性の誘惑または姦通、(e)身分に係わる事案、特に、女性および寡婦の身分、ならびに後見、保護監督、養子縁組および嫡出を含む子どもの身分に係わる事案、(f) 遺言相続および無遺言相続、相続財産の管理、ただし成文法に従ってなされた遺言により処分される財産を除く」と規定されている。この規定には、慣習法のもとでの契約責任および不法行為責任には触れられていないが、裁判所は現にこれらに係わる紛争も取り扱っているとの事実があり¹⁷⁴、学説も、立法者が契約責任および不法行為責任に係わる紛争への慣習法の適用を廃止する意図を有していたとはいえないとしている¹⁷⁵。

(2) 財産権の規定

憲法第 5 章は、「個人の基本的諸権利および諸自由の保護」と題し、冒頭の 70 条に総則的な規定を置いている。そこでは、「ケニアにおけるすべての人は、個人の基本的諸権利および諸自由の権利を有する。すなわち、その人の人種、部族、出生地または居住地その他地域との関係、政治的意見、肌の色、信条、性別にかかわらず、ただし、他人の諸権利と諸自由、および公共の利益の尊重に服して、以下のそれぞれについて、そのすべての権利を有する。生命、自由 (liberty)、人格の安全 (security of the person)、および法の保護 (a 号)、良心の自由、表現の自由、集会および結社の自由 (b 号)、住居、その他財産のプライバシーの保護、および補償なき財産剥奪からの保護 (c 号)。本章の諸条項は、いかなる個人による諸権利および諸自由の享受においても、他人の諸権利および諸自由または公共の利益が偏重されないよう確保することをねらいとした諸制限として本章の諸条項が含

¹⁷⁴ 慣習契約法については、Y. P. Ghai, "Customary Contracts and Transactions in Kenya", in M. Gluckman ed., *Ideas and Procedures in African Customary Law*, Oxford University Press (1969), pp.333-346.不法行為法については、R. L. Abel, "Customary Laws of Wrongs in Kenya: An Essay in Research Method", *American Journal of Comparative Law*, Vol.17 (1969), pp.573-626.交通死亡事故の事案で、キクユ慣習法に基づく損害賠償責任を認めた原判決を維持したものとして、Mwaura v. Gatoto [1962] EA 528.この判決では、「思うに、当事者のすべてが行為能力者 (sui juris) である場合、慣習法に基づく損害賠償の受領は、その他のすべての法律に基づいて加害者から損害賠償を受ける権利を放棄するとの合意を、必然的合意によって構成する」としたうえで、さらに「思うに、判決の争点に対して慣習法を援用することは、その他の損害賠償請求権を放棄するとの合意の効果をも有している」とされている。Nyokabu v. Public Trustee [1965] EA 530 も同旨。

¹⁷⁵ Cotran, *op. cit.*, n.152, (1968), p.18.

んでいる保護の制限に服して、諸権利および諸自由の保護を与えるという目的のために効力を有する」と規定する。法の前の平等、あるいは差別的取扱いの禁止を、権利章典の総則的位置に置くという体裁は受け継がれている。

ケニア憲法 75 条 1 項は、「いかなる種類の財産 (property) も、強制的に占有 (possession) を剥奪されることはなく、いかなる種類の財産における利益または財産に対する利益も強制的に取得されることはない。ただし、次の条件が満たされた場合を除く。(a) 占有の剥奪または [利益の] 取得が、国防、公共安全、公共の秩序、公共の道徳、公共の衛生、都市および地方の計画、または公共の恩恵を促進するような財産の開発もしくは活用の諸利益のために必要であり、かつ (b) 前号の必要性が、財産における利益または財産に対する利益を有する者に帰結するであろう困難の惹起 (causing) に合理的な正当性を与えることができるようなものであり、かつ (c) 完全補償の即時支払いが、占有の剥奪または [利益の] 取得に対して適用しうる法律に従ってなされることである」と定める¹⁷⁶。「強制的に占有を剥奪された財産における、または財産に対する利益もしくは権利を有する者、あるいは強制的に取得された財産における、または財産に対する利益もしくは権利をもつ者は、以下のために、高等法院へ直接にアクセスする権利を有する。(a) その者の利益または権利の決定、占有剥奪、または財産、利益もしくは権利の取得の合法性の決定、およびその者が権利を有する補償額の決定、(b) その補償の即時支払いを得るとの目的」(75 条 2 項)。ただし、「a 号 (i) 税金等の徴収、(ii) 刑罰、(iii) 賃貸借や契約等の付随義務、(iv) 判決の執行、(v) 財産から生じる危険を回避するために合理的な必要性がある場合、(vi) 出訴期限法の帰結、(vii) 調査や審問、土地の場合は土壌保全、自然資源の保護、農業開発の実施、これらについて定めた法律の条項の範囲、または b 号 (i) 敵財産の取得、(ii) 死者、精神障害者、未成年者の財産で、その財産に受益的権利を有する者の利益の保全目的、(iii) 破産した自然人または解散した法人の財産で、当該自然人または法人の債権者の利益、およびその利益に服して当該財産に受益的権利を有する者の利益の保全目的、(iv) 信託に服する財産で、信託設定証書または裁判所によって受託者として任命された者に財産を付与するとの目的、または裁判所の命令によって信託に効果を付与するとの目的、これらのために定めた法律の条項

¹⁷⁶ T. Allen, "Commonwealth Constitutions and the Right Not to be Deprived of Property", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42 (1993), pp. 523-552, 529 は、財産権の定義について、「有体物または無体物に対する諸権利の束 (a bundle of rights over a tangible or intangible thing)」という概念が、「諸権利の束の正確な内容は法体系によって異なるけれども、コモンウェルス中で適用されている」としている。

の範囲については、これらを目的として法の權威に基づいてなされた占有の剥奪または[利益]取得は、1項および2項に反しない」(75条6項)。

なお、近年の高等法院判決は、憲法75条は、公共信託の原理(the doctrine of public trust)を想定しているとして、「強制的に取得された土地は、そのために取得された公共目的のためだけに利用することができ、政府は、当該土地を市民に対する信託において保有している」と判示している¹⁷⁷。また、「憲法75条に違反する取引は、違憲であり、無効である」から、違憲の取引は、登記による権原の確定力が認められていても、無効であるとも述べている。

最後に、84条1項は、「本条6項に服して、何人も、70条から83条(含む)までのいかなる条項であっても、自らと関係する違反が継続され、現に違反され、または違反される見込みがある(has been, is being or is likely to be contravened in relation to him)と申し立てる場合(あるいは拘留中の者の場合は、拘留されている者に関係する違反を別の者が申し立てる場合)、同一事件について法的に利用可能なその他の憲法上の行為に対して実体的効果をもつことなく(without prejudice to my other action with respect to the same matter which is lawfully available)、本人(またはその他の人)は高等法院に救済を請求することができる」と定める¹⁷⁸。84条6項は、「首席裁判官は、本条によって、または本条のもとで付与された管轄権および権限と関係する、高等法院の実務および手続に関する規則(出訴および高等法院への事件付託がなされなければならない期間に関する規則を含む)を制定することができる」とする¹⁷⁹。

第4項 近代的土地所有権の導入

¹⁷⁷ Nyaga v. Attorney-General, H.C. No.1732 of 2004 [2007] eKLR.

¹⁷⁸ 同条2項は、高等法院が基本権侵害事案についての第1審管轄権を有すること、3項は、下級審審理のなかで基本権侵害が問題となることが分かった場合は、裁判官の判断または当事者の請求により、その問題となった部分を高等法院に移送できること、4項は、そのように移送された問題を高等法院が判決できること、5項は、議会はこの管轄権を高等法院がより実効的に行使できるとの目的に必要または望ましい権限を付与できると定める。

¹⁷⁹ 84条の意義について、「私たち裁判官は、憲法が人々に尊敬され尊重されないならば、憲法をもつ利点は何であるかを自身に問い返す義務のもとにあるということを知っているというべきである。憲法が、人々の基本権に実効的な保護を与えられなければ、人々は憲法への信頼を失うであろう。人々は、法の支配を破壊することが……正義を破壊することであり、それによって社会(society)を破壊することでもあり、かつ信じている」と述べられている(Syanly Munga Guthunguri v. Republic, Nairobi Law Monthly 2 [1987] 7, in G. K. Kuria and A. M. Vazquez, "Judges and Human Rights: The Kenyan Experience", *Journal of African Law*, Vol.35, Nos. 1 and 2, (1991), pp.142ff, 150より引用)。

最後に、ケニア共和国における現行の土地所有権制度について検討したい。植民地期の1960年（土地）枢密院令3条は、ケニアの土地は、王領地、信託地、私有地のいずれかであると宣言している。

王領地については、独立後は政府所有地とされ、王領地令を引き継いだ政府所有地法（Government Land Act）が適用されている¹⁸⁰。独立に伴う旧王領地の開放は、入植者とアフリカ人との売買によるほか、中央土地委員会が入植地を買い上げアフリカ人に譲与または貸与する方法と、土地なし農民の移住を進めるための組織である移住基金受託者（the Settlement Fund Trustee）の制度があった。後者は、農業法167条以下で設置された制定法団体であり、移住者の農業開発などのために資金援助することを目的としていた。

信託地については、憲法114条以下が定めるほか、原住民信託地令を引き継いだ信託地法（Trust Land Act）が適用される。憲法115条1項は、「すべての信託地は、それが位置する領域に管轄権を有する地方政府（county council）に帰属する」と定め、同条2項は、「すべての地方政府は、自らに帰属する信託地を、土地の恩恵のために保有し、当該土地について効力を有し適用可能なアフリカ慣習法に基づいて部族、集団、家族、または個人に付与された当該土地に関する権利、利益、その他の恩恵に効果を与えなければならない。ただし、アフリカ慣習法に基づく権利、利益、その他の恩恵が成文法に矛盾する場合は、本項の目的にとって、効力を有しない」とする。信託地は、土地統合法および土地権利確定法、その他個人の権原を登記する法律が適用される領域で、当該権原が登記された場合には、信託地であることを止める（憲法116条）。その他、憲法は、信託地から一定の土地を除外する権限を大統領および地方政府に付与している。

私有地については、ケニアはアフリカ諸国のなかでも早くに大規模な土地制度改革を実施し（1959年）、慣習法上の共同体的な土地保有制度から個人的土地保有制度への転換を行っている¹⁸¹。慣習法上の諸権利を実定法化するという土地制度改革は、慣習法に基づく権利ないし利益の内容とその権利者とを確定する段階（Adjudication）、土地区画を経済的

¹⁸⁰ 近年では、政府所有地をめぐる、その不正な移転、取得の問題が提起されている。Republic of Kenya, *Report of the Commission of Inquiry into the Illegal/Irregular Allocation of Public Land*, Government Printer (2004); Kenya National Commission on Human Rights and Kenya Land Alliance, *Unjust Enrichment: The Making of Land Grabbing Millionaires*, KNCHR (2006).

¹⁸¹ その詳しい背景については、拙稿「ケニアにおける土地制度改革の法社会学的分析（一）～（二）—登記土地法の成立過程を中心に」『横浜国際社会科学研究』第11巻第4・5号、33-53

請に合致する規模へと統合する段階（Consolidation）、確定された権利を登記する段階（Registration）からなり、1959年の原住民土地登記令はそのすべてを規定していたが、独立後、各段階に応じて、土地権利確定法（Land Adjudication Act、「土権」と略す）、土地統合法（Land Consolidation Act、「統合」と略す）、登記土地法¹⁸²（Registered Land Act、「登土」と略す）へと制定法が区分された。以下では、新しく成立した実体法の規定を、特に絶対的所有権に係わるルールを中心にして確認する。

（1）土地における権利の確定

土地における権利の確定は、慣習法に基づいて保有されている土地の権利を確定し、登記したうえで、実定法上の権利を付与する土地制度改革過程の出発点に位置づけられる¹⁸³。権利確定過程は、慣習法に基づく権利をいわばリセットして、新たに登記された実定法上の所有権のみを妥当させる過程であり¹⁸⁴、民事裁判の手法によって土地紛争を解決するための前提条件を整備するという意義を有している。

特定地域における権利確定手続の開始は、現行法では、所管大臣の裁量に加え、地方政府（county council）の要請により開始することもできる（土権3条1項）。土地の権利関係を確定する必要性は地域の経済・社会構造の変容により差があることからすれば、地域の実態に通じていることが期待され、民主的制度に基づく政治責任を有する機関の要請により、権利確定手続の開始を判断することには合理性が認められる¹⁸⁵。ただし、現実には、制度改革の実施にもかかわらず、登記制度が利用されていない地域もあると指摘されているのであるから¹⁸⁶、土地制度の転換の必要性を見極める能力が課題となる。

頁、第12巻第1号、41-59頁（ともに2007年）を参照されたい。

¹⁸² 登記土地法は、王領地を譲与または貸与された入植者所有地（および、独立後に継承された政府所有地法の適用対象地）には適用されない。ただし、政府所有地法のもとの定期不動産賃借権が終了した場合には、以後、登記土地法の適用への転換が行われる（P. L. Onalo, *Land Law and Conveyancing in Kenya*, Heinemann Law Books (1986), p.175）。

¹⁸³ Colony and Protectorate of Kenya, *Report of Working Party on African Land Tenure, 1957-1958*, Government Printer, (1958), p.1.

¹⁸⁴ 「以前に慣習的保有形態で保有されていた土地を、土地統合法または土地権利確定法に基づいて土地を統合し、それに引き続いて登記土地法に基づいて登記する過程の目的とは、事実それ自体によって（ipso facto）、土地保有制度を転換することである」（Mukangu v. Mbui, C.A. No.281 of 2000 [2004] eKLR）。

¹⁸⁵ 当時の実務者の見解でもある。F. D. Homan, “Consolidation, Enclosure and Registration of Title in Kenya”, *Journal of Local Administration Overseas*, Vol.1 (1962), pp.4-14（著者は、信託地委員会の事務長であった）。

¹⁸⁶ S. Coldham, “Land-Tenure Reform in Kenya: the Limits of Law”, *The Journal of Modern African Studies*, Vol.17, No.4 (1979), pp.615-627; H.W.O. Okoth-Ogendo, “The Perils

権利確定の手続は、権利確定官 (Adjudication Officer) という専門の担当官が所管する。権利確定官は、権利確定地域 (adjudication area) ごとに置かれ、大臣によって任命される¹⁸⁷。権利確定官は、権利確定地域ごとに、権利確定区画 (adjudication sections) を定め (土権 5 条 1 項)、権利確定手続の開始を宣言し、土地における利益を請求する者が記録官に請求をなさなければならない期間を定め、請求者に境界画定官による土地境界の画定を要請しなければならない (土権 5 条 2 項)。権利確定官は、権利確定手続の監視と統制をなす責任を負い、実施過程において生じた請求または異議申立てを聴聞し決定を下さなければならない (土権 9 条)。また、「権利確定官は、権利確定地域内の土地における利益に関して本法に基づいてなされたすべての請求について、かかる請求に付随する決定すべき必要のある問題を決定する権限も含めて、管轄権 (jurisdiction) を有している。この目的のために、権利確定官は、宣誓を管理し、権利確定を実施するために権利確定官が必要であるとみなした人物の出席または文書の提出を要求する召喚状、通知または命令をなす法的権限を有する¹⁸⁸」 (土権 10 条 1 項)。書面でなされた異議または請願の聴聞においては、審理手続の記録をなさなければならず、「実施可能な限りで、民事訴訟の聴聞において遵守するよう命令されている手続に従わなければならない¹⁸⁹」 (土権 12 条 1 項)。ただし、その裁量により、裁判所では認められないような証拠を認めることと、別件の審理で提出された証拠を用いることができる。

また、権利確定官は、権利確定区画ごとに権利確定委員会 (Adjudication Committee) および権利確定地域の位置する州ごとに仲裁審議会 (Arbitration Board) を設置することができる¹⁹⁰ (土権 6 条, 7 条)。この点に関して、前記作業部会は、「諸権利の確定、土地

of Land Tenure Reform: The Case of Kenya”, in J. W. Arntzen et al. eds., *Land Policy and Agriculture in Eastern and Southern Africa*, UN University Press (1986), pp.79-89; C. N. Musembi, “De Soto and Land Relations in Rural Africa: Breathing Life into Dead Theories about Property Rights”, *Third World Quarterly*, Vol.28, No.8 (2007), pp.1457-1478.

¹⁸⁷ また、権利確定官は、境界画定官 (demarcation officer)、調査官 (survey officer)、および記録官 (recording officer) を任命する (土権 4 条 1 項)。

¹⁸⁸ その他、権利確定官は、①下級の官吏、権利確定委員会、仲裁審議会に、本法の執行に必要な命令をなすことができる、②権利確定記録簿の過誤を修正し、脱漏を補正することができる、③不正義を回避するために必要な場合には、不在者または行為無能力者に代わって (on behalf of) 請求をなし、またはその他の行為をなすことができる (土権 11 条)。

¹⁸⁹ 「土地権利確定法における上訴の権利は、独立して行使されるものではなく、民事訴訟法および規則に言及することなくして適用されるものではない。なぜなら、同法は、民事訴訟法および規則の一般条項の適用を廃するようにそれ自体として完結した法典を構成していないからである」 (Republic v. Minister for Lands and Settlement Ex parte Narankaik and another [1988] KLR 693)。

¹⁹⁰ ただし、任命は、権利確定官の要請に基づいて、それぞれ県令および州令が行う。仲裁審

の再配分、土地上の保有区画の境界画定、および私的権利保持者の登記はすべて、住民自身が選んだ長老から構成され、通常は利害関係を有する部族の土地に対して伝統的権威を有している合議体によって行われるべき」と勧告していた¹⁹¹。これに従い、権利確定委員会は「権利確定区画に居住する者」から任命され¹⁹²（土権6条1項）、「(a)境界画定担当官または記録官によって付託された問題を、承認されている慣習法に従って、裁定し決定する、(b)権利確定官その他の下級官吏に対して、指針になると思われる承認された慣習法の問題について助言する、(c)不在者または行為無能力者の利益を保護する、(d)権利確定に従事している官吏に対して、なんらかの理由で請求がなされていない利益を認知させる、(e)一般的に権利確定過程を支援する」権限を有している（土権20条）。

権利確定過程は本来的に恣意の混入する余地のありうるもの、あるいは場合によっては政治的な性質を有しているものであるため、そこで発生した紛争を解決する手続のあり方が決定的な重要性を有している¹⁹³。とりわけ、長老からなる合議体の裁決は、紛争を終結させる重要な位置づけがなされているが、決定へ至る権利確定委員会の審議手続は明確にされておらず、当該委員会の決定に対する不満も生じていた¹⁹⁴。これについて、委員会および審議会の構成員が、請求の決定に直接または間接に利益を有する場合は、その者は、会合において、その開始から可能な限り早くに自らの利益を開示しなければならず、請求の議論に参加せず、決定に加わることもできない（土権8条1項）。他方で、34条は、裁決過程を実施するために任命された者が、その責務の遂行過程において、善意で（in good faith）なした、またはなさなかった行為に対しては、いかなる訴訟も提起できないと規定している¹⁹⁵。

議会は、権利確定地域が位置する県に居住する者から任命された Panel から、権利確定官が選抜する5名以上により構成される。

¹⁹¹ Colony and Protectorate of Kenya, *op. cit.*, n.183, p.10.

¹⁹² 実務上は、権利確定実施対象地の住民による公けの集会（baraza と呼ばれる）において、土地所有者になるであろう者が、居住地の長老のなかから選出するという手続が採られている。また、人数は10名以下とされている。Republic of Kenya, *Handbook of Land Use Planning, Administration and Development Procedures*, Ministry of Lands and Housing (1991), p.40.

¹⁹³ S. Coldham, "The Effect of Registration of Title upon Customary Land Rights in Kenya", *Journal of African Law*, Vol.22, No.2 (1978), pp.91-111 参照。

¹⁹⁴ M. P. K. Sorrenson, *Land Reform in the Kikuyu Country: A Study in Government Policy*, Oxford University Press (1967), p.212 では、権利確定委員会の不正や汚職についての不満があったことが指摘されている。ただし、慣習的な仲裁でも「手数料」の授受は行われており、いかなる金銭等のやり取りが賄賂となるかは注意深く考察されるべき問題である。

¹⁹⁵ また、権利確定委員会の構成員が公務員であるとしても、政府訴追法を根拠に、その構成員に対して訴訟を提起することはできない（Odhiambo v. Odenyo and another [1973] EA 416）。

土地に係わる慣習法上の権利ないし利益を有する者は、定められた期間内に、自らの権利ないし利益を記録官に申告し、境界画定官に境界の位置を指示しなければならない（土権 13 条 1 項）。その者の権利は「現存権利記録簿（Record of Existing Rights）」に記載される（土権 13 条）。申告に際しては、権利確定官等が要請する立会人の立会いを必要とする。権利確定過程のなかでは、農業経済の目的から非効率に細分化あるいは分散した土地区画を所有者のもとに統合することが行われる。個人の権利の確定だけでなく、地域共同体の公共の目的（学校、集会所、道路など）のために必要な土地の確定も行われる¹⁹⁶。そして、60 日の間に申告に対する異議がなく、申告された権利等が権利確定委員会の裁決を経て確定され、境界画定、公図作成を経た後には、その者の権利等は「権利確定記録簿（Adjudication Register）」に記載される（土権 13 条）。権利等の申告に異議が申立てられ、あるいは権利をめぐる紛争が存在する場合などは、権利確定委員会において審議され裁定されるが、同委員会が決定に達しえなかった場合は、仲裁審議会へ移送される。また、権利確定記録簿の記載に対する異議は権利確定官に申立てることができ、それに不服あるときは所管大臣に上訴でき、その決定が最終となる（土権 29 条）。作業部会は、かかる権利確定委員会の決定が裁判所の決定と矛盾する可能性があることを指摘し、その対策として、権利確定の決定権限を裁判所の管轄から除外することを勧告した¹⁹⁷。現行法でも、権利確定手続が完了するまでは、権利確定官の文書による同意がない限り、対象地における権利に関する訴えを裁判所に提起することはできない¹⁹⁸（土権 30 条）。権利確定官は、係属中の訴訟を続けること、または新しい訴えを提起することが合理的であると認める場合には、訴訟係属を許すことができる。訴訟を停止する理由は、権利確定手続によって権利を決定できるようにするためであり、この目的に反しない限りは提訴することに不利益はないからであるとされている¹⁹⁹。

¹⁹⁶ Homan, *op. cit.*, n.185, p.6. この場合、個人の占有にあった土地が共同体の土地として確定されることもあり、その場合は損失補償がなされたとされている（*Ibid.*, p.8）。

¹⁹⁷ Colony and Protectorate of Kenya, *op. cit.*, n.183, p.11. すでに 1956 年アフリカ裁判所（土地訴訟停止）令（The African Courts (Suspension of Land Suits) Ordinance, 1956）は、「原住民の法と慣習に基づく土地権の存在」に関する訴訟は、アフリカ裁判所では停止するとしていた。

¹⁹⁸ Ntuiti v. Kaumbuthu, H.C. No.50 of 2000 [2004] eKLR. 「すべての上訴が決定され、その結果が登記簿に記載された後に、土地権利確定官によって登記が完了したと宣言されるまでは、争いとなっている権利確定地域を担当する権利確定官の文書による同意がなければ、何人も土地における権利に係わる民事訴訟を裁判所で開始することはできず、裁判所もかかる訴訟を扱うことはできない」。

¹⁹⁹ Republic of Kenya, *op. cit.*, n.192, p.40.

(2) 登記

登記土地法は、同法に基づいて登記された土地²⁰⁰については、他の制定法および土地に係わる実務または手続に優先して適用される実体法である(登土4条)。5条から26条までは登記の手続について定める。土地の権利確定および統合過程が完了し、権利確定記録簿への記載が終了した後、当該土地は土地登記官(Land Registrar)の管轄である登記地となる。登記簿は、①権利部、②所有者部、③負担部に分かれ、権利確定記録簿に従って登記される。土地または不動産賃借の所有者の請求により、前者の場合は権原証書(title deed)が、後者の場合は賃借権証書(certificate of lease)(以下、「権原証書等」という)が交付されるが(登土32条1項)、交付されなければ登記簿に保管される。交付された権原証書等は、すべての処分を登記する際に提出しなければならない(登土33条1項)。土地等の処分²⁰¹(disposition)の登記は義務ではないが、権利取得証書²⁰²(instrument)の作成時点から3ヶ月を越えた後の登記については追加の登記料支払いを義務づけ、また故意に登記しない者が登記官に認知された場合は、登記官が登記を命令することができるとして、登記簿の利用を促進している(登土40条および41条)。

登記に係わる権限は、同法によって個別的に登記官に付与されている。登記された土地の境界の画定については、登記官が管轄権を有する。登記土地法21条2項は、「境界の位置について不確かさ(uncertainty)、または紛争が生じた場合、登記官は、利害関係人の申し立てにより、登記官が適切と考える証拠に基づいて、不確かな、または争われている境界の位置を決定し、指示することができる」と定める。その場合、「裁判所は、登記された土地の境界に関する紛争についての訴訟またはその他の審理を、その境界が本条に基づい

²⁰⁰ 土地とは、「水に覆われた土地、土地に生育している(growing)すべての物、建物その他土地に継続的に定着している物を含む」(登土2条)。

²⁰¹ 処分とは、「所有者の土地、賃借、もしくは担保における、またはそれらに対する権利に影響を与える所有者の行為を意味するが、譲渡、賃借、担保について、その合意は含まない」(登土2条)。

²⁰² 権利取得証書は、「権原証書(deed)、judgement、判決(decree)、決定(order)、その他本法に基づいて登記することが必要な文書、または登記することが可能な文書を含む」(登土2条)。なお、判決(decree)とは、「裁判所が、訴訟において争われている事案の全部または一部について、当事者間の権利を確定的に決定したと裁判所が明示している限りでの、裁決の公式の表示を意味し、暫定的でも終局的でもありうる。判決は、申立ての却下および34条または91条に関する問題の決定を含むが、(a)決定からの上訴として定立された上訴の裁決、(b)欠席による却下の決定は含まない。ただし、上訴の目的にとって、判決はjudgementを含む。…」(民事訴訟法2条)。

て決定されたのではない限り、取り上げることはできない」(登土 21 条 4 項)。ただし、高等法院は、149 条に基づく場合は、土地の境界紛争を取り上げることができる²⁰³。149 条は、登記官の権限行使について、「本法に基づいて登記官に付与された権限の行使または課された義務の履行について、なんらかの問題が生じた場合には、登記官は、高等法院の見解を求めて事件を付託できる (the Registrar may state a case for the opinion of the High Court)。高等法院は、それについて見解を与えることができ、その見解は登記官を拘束する」と定めている。登記官の決定に不服がある者は、決定の時点から 30 日以内に、主席土地登記官に上訴することができ、その決定に不服がある者は、裁判所へ提訴する意図を主席土地登記官に通知したうえで、裁判所に上訴できる (登土 150 条)。

登記の過誤等は登記官によって修正され²⁰⁴、詐欺または錯誤による登記については、裁判所が、登記の抹消または変更を命令でき²⁰⁵、それらによって損失を受けた者は、損失補償の権利を有する (登土 144 条 1 項)。登記の確定力による保護を受けるためには、①処分行為が有効かつ有償であること、および②前主までの権利の瑕疵につき善意であることを要する。登記に関して注目すべき点は、初登記 (first registration) に関する規定である。登記の抹消または変更は、詐欺または錯誤による登記が初登記である場合は除かれるとされているため (登土 143 条 1 項)、初登記の場合は、詐欺または錯誤による登記によって取得された所有権または定期不動産権であっても抹消または変更できない²⁰⁶。また、詐欺または錯誤による登記によって発生した損失の補償請求権も初登記の場合は発生しない (登土 144 条 1 項 b)。かかる条項が存在する理由について、コールドダムは政治的理由を挙げている。すなわち、土地制度改革が当初実施された時期は反植民地闘争により非常事態が宣言されており、「多くのキクユ人が、拘留あるいは闘争への参加により不在であって」、かかる不在者の土地権は保護されず、不在者の土地は「土地統合により植民地政府支持者へ

²⁰³ Muraguri v. Rukenya, C.A.No.10 of 1983 [1983] eKLR.

²⁰⁴ 「登記官は、次の場合に、登記簿または登記のために提出された権利取得証書を修正することができる。(a)形式に関する事案 (formal matters)、および所有者の利益に実質的に影響しないような過誤または欠落の事案、(b)すべての利害関係人の同意がある事案およびその時点、(c)再調査に基づき、登記簿に示されている面積または区域が不正確であると発見された場合、ただしその場合、登記官は登記簿に現れた利害関係人または影響を受ける者に修正の意図についての通知を最初に与えなければならない」(登土 142 条 1 項)。

²⁰⁵ 「2 項に服して、(初登記を除いて)いかなる登記であっても、それが詐欺または錯誤によって取得され、作成され、または消去されたことが明らかとなった場合は、裁判所は、登記の抹消または変更を指示することによって、登記簿の修正を命令することができる」(登土 143 条 1 項)。

²⁰⁶ Mugogo v. Sihowa [1988] KLR 256.

の報酬として利用され」, このようにして登記された権利を保護するために上記の規定が存在すると説明する²⁰⁷. ソレンソンは, これに加えて, 訴訟の氾濫を防止することと, 権利確定手続における権利確定委員会や権利確定担当官の決定に対する訴訟を防止することを理由に挙げている²⁰⁸. いずれにせよ, 初登記の抹消または変更請求をなさないことは, 現在でも不公平な帰結を生ぜしめる原因となっており, 法改正が求められている²⁰⁹.

(3) 登記された権利の性質

登記土地法は, 登記の効力として, 土地の所有者²¹⁰ (proprietor) として登記された者には絶対的所有権 (absolute ownership) が, 不動産賃借 (lease) の所有者として登記された者には定期不動産権 (leasehold) が帰属すると規定している (登土 27 条 1 項). その権利の性質について, 「初登記または有償による承継もしくは裁判所の命令により取得されたかどうかにかかわらず, 所有者の諸権利は, 本法に規定されているほかは負かされる責任を負わず (shall not be liable to be defeated except as provided in this Act), その諸権利に付随するすべての特権および従たる権利 (appurtenances) とあわせて, その他のいかなる利益および請求からも自由なものとして, 所有者に保有される. しかし, (a)登記簿に記載された定期不動産権, 担保権 (charges) その他の負担 (encumbrances), 条件 (conditions), 不動産制限 (restrictions), (b)登記簿に反対が記載されていない限り, 所有者の権利に影響を与え (affect), 30 条によって登記することを要しないと宣言されている責任 (liabilities), 権利, 利益に服する. ただし, 本条は, 所有者が受託者である場合, その責務または義務を免れさせるものではない」 (登土 28 条). かかる権利は, 登記された他の負担, および登記なくして対抗できる権利以外によって負かされることはなく²¹¹, 登

²⁰⁷ S. Coldham, "The Effect of Registration of Title upon Customary Land Rights in Kenya", *Journal of African Law*, Vol.22, No.2 (1978), p.103.

²⁰⁸ Sorrenson, *op. cit.*, n.194, pp.203ff. また, 起草者の間には反対意見があったことを記している (Ibid., p.188).

²⁰⁹ 登記が詐欺によって行われたことが裁判上立証されたにもかかわらず, かかる登記が初登記であったため, 登記の抹消はできないとした 2005 年の判決で, 裁判官は「不幸にもこれが法である. 私はこの条項を好まないし認めもしない (そして事実承認していないと言わねばならない) が, それでも私はこれに拘束される. その賢慮において議会はこの法を制定し, 私はこれを適用するよう拘束される義務にある」と述べ, 立法による解決を求めている (Ithebu and Musembi v. Magu and Kakezi Limited, H.C. No.86 of 1999 [2005] eKLR).

²¹⁰ 所有者とは, 「(a)土地または賃借権との関係で, 登記簿にその所有者として名前を記載された者, および(b)土地または賃借権の担保権との関係で, その者のために担保権が設定された者として土地または賃借権の登記簿に名前を記載された者を意味する」 (登土 2 条).

²¹¹ なお, 立入許可 (licence) は, 被許可者にとって対人的な性質を有する債務 (obligation)

記に確定力 (indefeasibility) が認められる²¹²。

登記なくして対抗できる権利 (overriding interests) には、次のものがある (登土 30 条)。

①初登記時点において存在する通行権、水利権、採取権 (profits) (a 項)、②日光、大気、水、地盤の自然の権利 (b 項)、③他の制定法により認められている公用収用権、取戻権、立入権、搜索権、使用权 (c 項)、④2 年を超えない定期不動産権またはその合意、46 条に該当する自動更新定期不動産権 (periodic tenancy)、期限の未確定不動産権 (d 項)、⑤本法に基づく登記に言及することなく制定法によって明示的に土地担保権であるとされている未払地代および他の金銭の担保権 (e 項)、⑥出訴期限または取得時効に関する制定法によって取得された権利、または取得されつつある権利 (f 項)、⑦占有または現実の所持 (possession or actual occupation) にある者の権利で、この者の調査が実施され、その者の権利が開示された場合を除き、かかる占有または所持によってのみ与えられる権利 (g 項)、⑧電線、電話線等の敷設権 (h 項)。

土地、不動産賃借、担保の処分はすべて、登記土地法に従って行われなければ、「土地、不動産賃借、または担保におけるあらゆる不動産権、権利、利益の設定、消滅、譲渡、変更、または効力付与について無効である」(登土 38 条 1 項)。ただし、「本条は、未登記の権利取得証書 (instrument) が契約として作用することを妨げるものではない」(登土 38 条 2 項)。また、信託について、「土地、不動産賃借、担保の所有者が受託者である場合、その者は、それらの取引において、それらの絶対的所有者であるとみなされ、善意有償の買主に対する受託者の処分は、その処分が信託違反に該当するという事実を理由としては、無効になることはない」とのコモンローのルールが明定されている (登土 39 条 2 項)。所有者は、土地、不動産賃借、担保の譲渡²¹³ (transfer) を、規定された方式による権利取得証書によってすることができ²¹⁴ (登土 85 条 1 項)、「譲渡は、譲受人 (transferee) が、そ

であり、いまだ土地における利益に達してはいない (Runda Coffee Estates Ltd. v. Singh [1966] EA 564)。

²¹² Onalo, *op. cit.*, n.182, p.177.

²¹³ 譲渡とは、「土地、不動産賃借、または担保が、法の作用によるのではなく、当事者の行為により移転すること、およびその移転に効力を与える権利取得証書を意味する」(登土 2 条)。それに対して、transmission とは、「ある人から他の人へ、死亡、支払不能、その他に関する法の作用により、土地、不動産賃借、担保が移転することを意味し、成文法に基づく土地の強制取得を含む」(登土 2 条)。

²¹⁴ すべての処分は、規定された方式による権利取得証書に明示して行わなければならない。処分過程を要約すれば、①権利取得証書は、購入代金、ローン、その他の約因の額または価値の真実の言明と約因受領の承認を記載しなければならず (登土 108 条 3 項)、②処分を明示した権利取得証書は、それにより影響を受ける、登記簿に現れた権利の所有者全員によって作成

の土地、不動産賃借、担保の所有者として登記され、その権利取得証書が保管されることによって、完了する (be completed)」(登土 85 条 2 項)。

信託は、「エクイティによって受託者に課される命令的義務であり、これにより受益者の利益のために財産を管理処分するよう受託者が拘束される」ものであるが²¹⁵、登記土地法 163 条は、「エクイティ原理によって修正されたイングランドのコモンローが、本法に基づいて登記された土地、不動産賃借、担保、およびそれらにおける権利に関して」ケニアに適用されると定める。「土地、不動産賃借、または担保を受託者資格 (fiduciary capacity) において取得した者は、その資格を権利取得証書 (instrument of acquisition) に記載することができ、そのように記載された場合は、『受託者として』との用語を付加して登記される。しかし、登記官は、信託の個別事項について登記簿に記載することはできない」(登土 126 条 1 項)。受託者は、未登記信託の責任、権利、利益に服すが、登記官および第三者に対しては、当該土地の処分において、絶対的所有権者とみなされる (登土 126 条 3 項)。

登記が完了した場合に、登記の効力として認められる実定法上の絶対的所有権は慣習法上の権利といかなる関係に立つか。登記土地法によるほかは「他のいかなる利益および請求からも自由な」権利である絶対的所有権に対抗して、登記後に慣習法上の所持の権利が主張された事案において、判例は、「所有者の登記がなされた時点で慣習法に基づく権利は消滅し」ており、また「慣習法に由来する権利は登記土地法 30 条に列挙されている登記なくして対抗しうる権利には含まれない」としている²¹⁶。ただし、登記土地法 11 条 3 項は、「この法律の目的にとって、権利確定記録簿に記載されたアフリカ慣習法に基づく所持の権利 (a right of occupation) は、年極め定期不動産権 (a tenancy from year to year) とみなされる」と規定している。年極め定期不動産権は自動更新定期不動産権に該当し、登記土地法 30 条にいう登記なくして対抗できる権利であるから、慣習法に基づく所持の権利は、権利確定記録簿に記載された場合には、所有者に対抗できる²¹⁷。

(execute) されなければならない (登土 109 条 1 項)、③後見人または授權された代理人によるほかは、本人 (法人を含む) が行い、④その交付は、登記官その他の公務員等の面前で行われ (登記官等に既知ではない人物が行う場合は、信用できる証人を随伴しなければならない) (登土 110 条 1 項)、⑤面前での交付証明を得ることが不可能または困難か、あるいは文書が適切に交付されたと登記官が認識した場合は、登記官は交付証明を免除することができ (登土 110 条 3 項)、⑥登記をもって完了する。

²¹⁵ Onalo, *op. cit.*, n.182, p.29.

²¹⁶ Obiero v. Opiyo and others [1972] EA 227; Esiroyo v. Esiroyo and another [1973] EA 388; Gituanja v. Gituanja [1983] KLR 575.

²¹⁷ Coldham, *op. cit.*, n.207, pp.104-105. なお、これに該当しない場合でも、ケニア判例法は慣習信託の法理を用いて慣習法上の利益の保護を図っているが、これについては第 5 章で検討

(4) 土地所有権の民事救済制度

最後に、裁判所は、所有者の権利を保護するために、いかなる民事救済を与えるかについて確認しておきたい。登記された土地における裁判所の管轄権については、登記土地法 159 条が、「本法に基づいて登記された土地への権原またはその占有、賃借または担保への権原、および本法に基づいて登記されているか、登記することのできる利益、または本法によって登記することを要しないと明示されている利益である土地、賃借、担保における利益に関する民事の訴訟および審理は、高等法院によって審理されなければならない。訴訟における係争物の価額が 2 万 5 千ポンドを超えない場合は、治安判事裁判所によって審理されなければならない。治安判事裁判所法 3A 条の条項に該当する訴訟は、同条に従って審理されなければならない」としている。

そのうえで、ケニア法は、民事訴訟による救済として、土地の占有 (possession) 回復、損害賠償、妨害の差止めの 3 種類を認めている。

まず、土地の現実の占有を回復する (被告への明渡命令) との救済がある。民事訴訟規則 20 条 12 項 1 号は、「訴えが、不動産の占有回復、または地代もしくは中間利益の請求である場合、裁判所は、(a)係争財産の占有の判決、(b)訴えの定立に先行する期間に係争財産に発生した地代もしくは中間利益の判決、またはかかる地代もしくは中間利益の査定 (inquiry) の命令、(c)訴え定立以後、(i)判決保持者への占有移転、(ii)裁判所を通じた判決保持者への通告を伴う判決債務者の占有放棄、(iii)判決の日から 3 年が満了するまでの、いずれかの地代または中間利益の査定の命令をなすことができる」とする。

その場合、「土地の権原登記に関する成文法に従って登記された土地の権原を変更するような結果を付与する判決の請求がある場合、判決が与えられる前に、証明された権原謄本が裁判所に提出されなければならない」(民事訴訟規則 20 条 5A 項)。権原の争いにおいて、権原証書は、その名義人が絶対的所有権を有することの一応の証拠 (prima facie proof) であり、その権原が詐欺によって取得されたことや、絶対的所有権が信託に服することなど、推定を覆す事実の証明責任は相手方に課せられる²¹⁸。また、証拠法 116 条は、「ある者が占有していることが示されている物について、その占有者が所有者であるかどうか争点である場合には、その占有者が所有者ではないことの立証責任は、占有者が所有者ではない

したい。

²¹⁸ Koigi v. Koigi, H.C. No.2850 of 1990 [2006] eKLR.

ことを主張する当事者に課せられる」と定めており、占有が権原を推定させるとのルールが制定法によって適用されている。

次に、コモンローに基づき、土地の不法侵奪による損害賠償を請求することができる。土地の不法侵奪とは、「現実の損害が発生していなくとも、訴えを提起しうる他人の占有にある土地に違法に立ち入ること (unlawful entry)」(Halsbury's Laws of England, Vol.38, Part I, 3rd ed.) である²¹⁹。不法侵奪による損害賠償を請求する原告は、「即時占有の権利 (the right to immediate possession) を有していること、その行使によって立ち入ったこと、その権利を取得して以後継続して占有しているといえること」を証明しなければならない²²⁰。被告は、「[原告が] 占有する権利を有している場合、たとえ被告が係争地は自分の土地である、または係争地への立入権を有していると誠実に (honestly) 信じていたか、あるいは法または事実の不可避の錯誤に基づいてそうした場合であっても、故意に原告の土地に立ち入ったのであれば、不法侵奪の責任を負う²²¹」。

裁判所において、土地の占有回復を請求する場合は、請求者である原告が、占有にある被告よりも優越する権原を原告自身が有することを主張・証明しなければならない。被告としては、権原の来歴からして自己の権原が優越すること、原告は自己のための信託において保有していること、原告は一度も土地に立ち入っていないこと、原告が権原を取得した時点で土地の被告の存在事実について認識を有していたこと、被告が時効取得による権原を有することなどについて、主張証明することで抗弁することが代表的である²²²。不法侵奪による損害賠償請求の場合は、原告は、占有する権利と占有の事実を証明しなければならない。被告は、自身に権原があること、または権原を有する者からの授權 (authority) があることを主張証明すれば、損害賠償責任を免れることができる。ただし、被告は、権原が原告ではなく第三者に帰属することの主張証明をもって自己の責任を免れる「第三者の権利抗弁」は許されない²²³。

さらに、一定の要件が満たされた場合には、民事訴訟法 63 条を受けた民事訴訟規則 39 条 1 項に基づいて、妨害の差止めを請求することもできる²²⁴。その場合、①差止めを請求

²¹⁹ Kavaya v. Musungu, H.C. No.15 of 2003 [2006] eKLR.

²²⁰ M'Mukanya v. M'Mbijiwe [1984] KLR 761(per Kneller J. A.).その場合、「原告が土地に立ち入って以後は、法の擬制により、原告の立入権の発生の時点から彼は当該土地の占有にある」。

²²¹ Ibid., 769.

²²² Kirubi v. Kibe, H.C. No.273 of 1991 [2005] eKLR.

²²³ Jubilee Insurance Co. Ltd. v. Rex Hotel Ltd. [1973] EA 437.

²²⁴ 「宣誓供述書その他の証明により、(a)訴訟で争いとなっている財産が、訴訟当事者のどちら

する原告は勝訴の蓋然性がある一応有利な事件 (prima facie case) であることを示さなければならない, ②差止めが認められなければ損害賠償請求によっては回復できないような損害を被るであろうと思われるまでは裁判所は差止めを命じない, ③裁判所が疑いを抱くときは申立ては便宜の衡量 (balance of convenience) によって決定される, とのエクイティのルールが, ケニアでも適用される²²⁵.

らかにより, 毀損, 損害, 譲渡される危険, または命令の執行において違法に売却される危険が存在する場合, (b)訴訟において被告に命じられたことを執行する際に, 原告が妨害または遅滞させられるであろう合理的な蓋然性が存在する状況において, 被告が原告の財産を危機に陥れ (threaten), または除去もしくは処分しようとする場合には, 裁判所は, かかる行為をなさしめないための差止めを命令し, または訴訟が処分されるかさらなる命令がなされるまでの間, 財産の毀損, 損害, 譲渡, 売却, 除去もしくは処分を停止させ, これらを回避するとの目的で裁判所が適当とみなす命令をなすことができる」.

²²⁵ Giella v. Cassman Brown & Co. Ltd. [1973] EA 358; The Despina Pontikos [1975] EA 38; Kiriga v. Magambo, H.C. No.62 of 2004 [2004] eKLR.

第4章 土地所有権の機能

——共同体、原住民裁判所、行政権力の関係——

前章では、ケニア実定土地法が慣習法との二元的制度から一元化され、絶対的所有権を中心とする体系へと置き換わっていく過程をみた。これは法システム内部の発展であるが、このようにして導入された絶対的所有権の制度がいかに機能しているかを解明するためには、所有権制度を全体社会のなかで捉え返す作業が必要になる。本章では、土地所有の保護機能を中心として、事実を観察し、再構成していく。その際、出発点となるべき問いは、《実力を用いて所有を保護する過程が、いかなるコミュニケーションとして行われ、そのコミュニケーションにおいていかなる予期（予期違背）が問題となっているか》である。

所有を保護することは実力の行使によって可能になるが、その実力の源泉として、ケニア社会の場合は、共同体、行政権力、裁判所の三者を挙げることができる¹。植民地化以前は、血縁や地縁に基づいて形成される共同体が人々の生活の基盤であった。そこでは、各共同体は、お互いを別の民族として差異化しあって存在しており、その全体は複数の共同体が並び立つ《環節分化》を支配的な社会構造としている²。それに対して、政府の設立は、各共同体と上位権力との関係という新しいコンテクストを成立させた。それは、ヨーロッパ人／アフリカ人という人種の区別と結び付けられた地位の差異として現れる《階層分化》を支配的な社会構造としている。

「実力を用いて所有を保護する過程」は、被侵奪者（原告）、侵奪者（被告）、裁決者を基本的なアクターとし、それらの間で行われるコミュニケーションによって成り立ってい

¹ ケニア社会における紛争解決制度は、(1) 政府の提供する制度として、裁判所および行政官への付託、(2) 共同体に基礎を置くものとして、①家族間での調停、②クランに基づく制度、③隣人関係に基づく調停、④自力救済、(3) 非政府組織 (NGO) の支援する紛争解決に分類されている (C. N. Musembi, *Review of Experience in Engaging with Non-State Justice Systems in East Africa* (2003) (available at <http://www.gsdr.org/docs/open/DS37.pdf>, last accessed on 2007/10/02), pp.13-18). このうち、非政府組織の活動が、ケニア法の発展にいかなる影響を与えているかは本稿では取り上げることができないが、近年の新しい展開であることを指摘しておきたい。L. Nader and E. Grande, "Current Illusions and Delusions about Conflict Management - In Africa and Elsewhere", *Law and Social Inquiry*, (2002), pp.573-594; 石田慎一郎「ADRとメノナイトーアジア・アフリカにおける多元的法体制の新しい展開」『法律時報』第79巻第12号、2007年、120-126頁参照。

² これは、上位権力である政府の設立以後にも、ある程度はあてはまるが、共同体を取り巻くコンテクストの変化という大きな相違はある。以下での共同体の分析は、歴史学的、人類学的なものではなく、あくまで現状に通じる共同体の性格を解明することを目的としている。

る。そして、このコミュニケーションの性質がどのように異なるかという観点から三者は区別される。以下では、裁判所が、土地所有保護の機能において、共同体や行政権力と競合関係に立っている現状を提示していきたい。

第1節 親族的身分秩序における土地保有制度

多くのケニア国民にとって、侵害された土地所有を回復するにあたり、最も身近にある制度は、現在でも共同体の裁判集会である³。かかる共同体のなかで妥当している予期の秩序が、《慣習法》と呼ばれる⁴。環節分化を基調とする共同体の社会では、共同体内部を規律する規範体系としての慣習法は、政治、経済、家族といった諸システムから機能的に分化していたと考えるべきではない。むしろ、近代社会でこれら諸システムが固有に果たしている機能は、《共同体》という特殊な社会システムにおいて一体的に充足されている⁵。それゆえ、慣習法もまた、共同体というコミュニケーションの有する特殊性に服していると考えられるべきである。ただし、慣習法は素朴な予期の集合ではない。予期違背に対して規範を固持するための特殊なコミュニケーションが共同体のなかに存在することも確認されており、これが慣習法の法たる性質を支えている。

かかる慣習法の実態を解明する前に、まず、共同体という社会システムの特質を確認しておきたい⁶。共同体の基本的な形態は、①血縁に基づいてその構成員を結合させている「拡大家族⁷」、②それら家族集団が同一の祖先に辿ることができると想定され、同一の名称を共

³ 特に農村部（放牧を生業とする地域を含む）ではそうである。現在のケニアにおいて、農村部と都市部の人口比率は78%：22%であり、圧倒的多数が農村で土地を基盤にした生活を送っている（Republic of Kenya, *Report of the Commission of Inquiry into the Land Law System of Kenya on Principles of a National Land Policy Framework, Constitutional Position of Land and New Institutional Framework for Land Administration*, Government Printer (2002), p.16）。

⁴ 以下では、個別民族ごとの相違には深く立ち入らず、アフリカ慣習法の一般的な性格を解明するとの目的に沿って検討する。そのため、ケニア以外での慣習法研究も参照することにした。

⁵ 共同体の大きさは地域によって様々である。一例として、ムベレ県では、12家族の村から60家族以上の村まで存在するとされている（D. Brokensha and J. Glazier, “Land Reform Among the Mbeere of Central Kenya” *Africa*, Vol.43, No.3 (1973), pp.182-206, 184）。現在では行政区画とほぼ一致するといわれているが、自民族／他民族の境界がどこに設定されるかは、具体的なコミュニケーションに応じて異なってくるものと考えられる。

⁶ J. Kenyatta, *Facing Mount Kenya: The Tribal Life of the Gikuyu*, Vintage Books (1965 [1938]), pp.3-4 参照。

⁷ 夫、妻（複数の場合が多い）、各妻の子（通常は既婚女性を除く）、子の妻、孫から構成される。

有する「クラン」⁸、③同一の年齢階層に基づいて、それに応じた社会的役割を果たす「年齢階層集団」⁹に区別されるが、それらはなんらかの人的関係に基づいて構成される共同体の内外の差異によって統合されている。本稿では、主として血縁関係（親子、婚姻、親族、養子縁組）——場合によっては、友情あるいは信頼関係（地縁も含む）——に基づいて形成され、年齢・性別といった自然な属性を人的関係の基盤とし、集団内部で割り当てられる社会的地位ないし役割を各人が占め、その地位や役割に付随する義務を履行し、権利や特権を享受することができるような社会秩序を、「親族的身分秩序」と呼びたい。

第1項 慣習法の性質と救済手法の特徴

共同体を中心とする社会で、土地所有の侵害が発生した場合、いかにして紛争に対応され、規範的予期が固持されるか。これは、共同体内部での紛争と、共同体と外部者との紛争とで区別される。

(1) 慣習法における裁判制度——権利、義務、責任の性質

共同体内部で土地所有をめぐる紛争が発生した場合、いかなる実力が発動されるであろうか。その実力の源泉は、共同体構成員の協働にあり、慣習法の性質を規定する要因は、共同体構成員の実力から引き出される制裁、伝統に従った長老の権威と手続、呪詛という超自然力に求めることができる¹⁰。まず、共同体内部の紛争が発生した場合は裁判集会が行われるが、共同体による裁判の基本的特徴は、年齢、知識、経験などによって、人々を納得させる回答を提示できるような権威を有する複数の長老による合議と¹¹、その合議が一般の人々が参加し発言することのできる公共の集会のなかで行われるという形態にある。裁決にあたっては、長老個人の権威が決定的なわけではなく、過去の事例に関する記憶や事

⁸ さらに、クラン間の結合が共通の祖先に辿ることで維持される場合は、部族 (tribe) と呼ばれる。

⁹ 同一年代に成人の儀式を行ったことに基づいて、自動的に一つの年齢階層集団に組み込まれる。

¹⁰ 「おそらくアフリカ諸社会には多くの異なった法の諸理論が存在するが、これは、支配権力 (imperium)、伝統、神の宣旨のどれを相対的に強調するかによって異なるだろう」(H. Kuper and L. Kuper eds., *African Law: Adaptation and Development*, University of California Press, (1965), p.17).

¹¹ Kenyatta, *op. cit.*, n.6, pp.193ff. 「長老 (elders)」と呼ばれるが、年齢に基づく地位ではなく、長男を成人させる、あるいは初孫をもつことなどによって得られる地位であり、経験ないし

案解決の適切な方法の提案が、多様な参加者によって合議のなかに供給され、そのなかで人々の了解が形成されるという側面が重要である¹²。長老の権威は、伝統的に培われてきた手続の一部として与えられるものであり、長老はかかる手続を主催する者として権威を有する。真偽不明などにより解決に至らない場合、あるいは当事者が長老の裁決を受容せず依然として争う場合には、宣誓の儀式と呪詛（神判）による決着が図られる。

慣習法における法的判断については、それが社会的な均衡の維持を目的としていると指摘されることが多いが¹³、均衡が崩壊した状態とは、当事者の視点から見れば、あるべき状態と侵害された状態との乖離として現れる。その際、不均衡状態が回復あるいは解消される具体的な手法は様々であろうが、侵害状態の放置か、あるいはなんらかの対応がなされるべきかの選択は二者択一の性質を有しているという点が重要である¹⁴。当事者の請求は、違背された規範的予期に対して、その回復がなされるか否かという二分法的なものとして現れる点は近代法と変わらないのである。問題は、かかる規範主張を対象として、いかなるコミュニケーションが展開されるかであり、その性質にアフリカ慣習法の特質を求めることができる。そして、その特質の結果として、二分法的な規範主張が緩和され、あるいは最初から断念されることもある。そのようなアフリカ慣習法の特質としては、以下の3点を指摘したい¹⁵。

第一に、共同体の内部では、個人の権利という観念よりも共同体の利益が優位することである¹⁶。これは、紛争の対象となっている利益を超えて、共同体全体の利益および共同体

知識に基づく社会的な地位である。

¹² 実例として、小馬徹「ケニアの二重法制下における慣習法の現在——キブシギスの「村の裁判」と民族、国家」『歴史と民俗』第11号、1994年、139-191頁。

¹³ 例えば、C. Ebo, "Indigenous Law and Justice: Some Major Concepts and Practices", in Woodman and Obilade, (1995 [1979]), pp.33-42, 34; E. Nekam, *Experiences in African Customary Law*, Northwestern University Press (1968).

¹⁴ P. H. Gulliver, *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha, Agricultural Masai of Northern Tanganyika*, Routledge (1963); G. B. Ayittey, *Indigenous African Law*, Transnational (1991), p.65, 「社会的組織のあらゆる側面に表現されたこの均衡は、他人に危害を加えようと意図した行為は何であれ、社会全体への脅威であり、適切な対抗行為によって制裁されなければならないとの認識に支えられている。したがって、正しい行動は責務 (debt) の観点から見られる。すなわち、個人に対して、不正なことをなすなという消極的責任を課すとともに、正しいことをなせという積極的責任を課す責務である。」

¹⁵ J. B. Ojwang, "Laying a Basis for Rights: Towards a Jurisprudence of Development", in Woodman and Obilade, (1995 [1992]), pp.351-397, 369 参照。また、J. B. Ojwang, "The Meaning, Content and Significance of Tribal Law in an Emergent Nation: The Kenya Case", in Woodman and Obilade, (1995 [1989]), pp.43-58; M. Gluckman, "African Jurisprudence", *Advancement of Science*, (Jan. 1962), pp.439-454 参照。

¹⁶ J. F. Holleman, "An Anthropological Approach to Bantu Law", in Woodman and

のなかで生活していくことの利益が優先されることを意味する。各人が生存していくためには、共同体構成員同士の協力が必要であるというのが根底にある理由だと思われる¹⁷。慣習法の全体は、特定の規範の妥当性よりも、共同体の一員として生活し続けていく利益を紛争当事者が互いに妥当なものとして了解しているという事態に最終的に依拠している。紛争の提起の仕方やどこまで紛争を続けるかといった当事者の判断も、最終的には、この了解に規定されてくると考えられる。

第二に、慣習法の全体は、裁判所という特殊な機関によって制御されるのではなく、共同体構成員の関与に支えられている。したがって、共同体の関与がなければ法は貫徹できないのであり、この点で規範的予期が固持されるかどうかは共同体という社会システムが維持されているかに依存し、これ自体は規範の自由にはならないという性質を有する。それゆえ、人々としては既存の規範内容（先例）よりも、共同体構成員が時々的事案、相手、状況等に応じて、いかに行動するかを第一に予期しなければならない。そして、この予期は、構成員間の権力関係、親密関係、敵対関係などから決して自由ではない¹⁸。共同体構成員による救済をある程度確かなものとして予期できる利益内容については、そこに権利があるといってよいだろうが、救済の与えられる利益とそうではない利益との境界は予め明確になっているのではなく、具体的なコミュニケーションの展開次第である。それゆえ、慣習法における紛争解決は「事実に対するルールの厳格な適用というよりも、当事者の妥協と和解をもたらす交渉であり」、その実体的ルールは「標準を設定するもの、あるいは話し合いの争点を提供するもの」であることと¹⁹、繰り返し発生する特定の事案については、

Obilade, (1995 [1949]), pp.5-18; S. N. Ndegwa, "Citizenship and Ethnicity: An Examination of Two Transition Movements in Kenya Politics", *American Political Science Review*, Vol.91, No.3 (1997), pp.599-616, 603 「自由主義は個人を中心とするのに対して、エスニック集団は共同体を中心とする。人は、集団の要求を危険にさらすような権利を要求することはできない。

¹⁷ Ayittey, *op. cit.*, n.14, pp.15-16 は、集団の存続のためには「協力」が必要であるとしたうえで、「西欧では、個人はこう言うであろう。『私は、私だから私である。私が欲するときに私が欲することを私は欲するのである』と。アフリカでは、農民はこう言うであろう。『私は、私たちであるから私である』と。私たちはとか、私たちのとは親族構造 (kinship) を含意している。共同体は、個人が完全な人格性を獲得するうえで決定的な役割を果たしているのである」(強調は原文)。

¹⁸ S. F. Joireman, "The Mystery of Capital Formation in Sub-Saharan Africa: Women, Property Rights and Customary Law", *World Development*, Vol.36, No.7 (2008), pp.1233-1246, 1235 は、「慣習法とは、アフリカの大部分で、人的地位、共同体の資源、地域の組織を規律するルールの体系である」と定義したうえで、「慣習法は明らかに政治的であり、社会内での権力闘争が行われる闘技場であるとみるのが最もよい」という。

¹⁹ A. N. Allot, "The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa", *Modern Law Review*, Vol.20 (1957), pp.244-263, 245. A. N. Allott, "African law", in J. D. M. Derrett

共同体による既定の応答がなされることで、そこに発生する予期は自己確認されるものへと発展し、法的ルールとしての厳格性を有することとは、連続線上に位置しており、個別具体的な事情に応じて揺れ動くものと解される。

第三に、規範は口頭から引き出され、慣習法の多くは文字による記憶手段を持たない²⁰。そこから、記憶があいまいになる時期にまで請求を遅らせることが一つの戦略となり、既判力の制度はなく、理由があれば再審理されることもある²¹。また、規範内容は、各共同体の世界観、宗教、哲学から自由ではないとされており²²、法規範は、内容の面で予期秩序全体から区別されていないが、これも文字による記憶手段を持たないことの帰結である。

これらに対して、アフリカ慣習法にとって重要なのは、共同体内部では、不正な行為が発生した場合に、誰にその旨の請求をなすべきであり、請求がなされた場合、誰がいかなる行為を採り、いかなる過程が進行し、問題がいかに処理されるかについての規範的予期、すなわち手続が成立している点にあると思われる。しかも、手続の進行は決してアドホックあるいは裁量的なものではなく、理由あるものという基準によって枠づけられており、一種の自然的正義の原則が存在する²³。この意味で、法に特殊なコミュニケーションの分化がみられる。ただし、そこでは、「誰かが万人のために原理」に則った裁決（ある裁決者の決定を自己の規範として受容すればよい状態）が妥当しているのではなく、共同体の万人が互いに規範を形成し、受容しあう必要がある社会である。その意味で、共同体構成員が規範形成へ関与し、影響を与える度合いは、近代的な裁判制度よりも高いといえる²⁴。

また、事実認識の信用度（真実性の確保）も慣習法を支える重要な要因である。筆者の

ed., *An Introduction to Legal Systems*, Sweet & Maxwell (1968), pp.131-156, 140f.も参照。

²⁰ Allott, *op. cit.*, n.19, (1968), pp.131-132.

²¹ S. F. Moore, "Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans about Running "Their Own" Native Court", *Law and Society Review*, Vol.26, No.1 (1992), pp.11ff., 30, 33 は、タンザニアの事例から、「均衡の乱れ」から、「より好ましい状態を実現する」との目的で、事件が再審理されることがあるという。

²² W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, 2nd ed., Cambridge University Press (2006), pp.409-410.

²³ M. Gluckman, "Natural Justice in Africa", *Natural Law Forum*, Vol.9 (1964), pp.25-44, 27; M. Gluckman, "Reasonableness and Responsibility in the Law of Segmentary Societies" in Kuper and Kuper eds., *op. cit.*, n.10, pp.120-146. S. F. Nadel, "Reason and Unreason in African Law", *Africa*, Vol.26, No.2 (1956), pp.160-173, 165 は、ロジ社会では、「特定状況において、特定の社会的地位（または「役割」）にある人に対して、理由あるものとして (reasonably) 期待される行動」が存在するが、この合理性の基準は裁判手続にも適用され、①証拠を調べる基準と、②特定行為の正／不正を判断する基準において用いられていたとされる。

²⁴ 勿論、共同体構成員の全員が同じ程度に規範形成に影響を与えることができるわけではない。女性のように、裁判集会からカテゴリー的に排除されていた人もいれば、権力関係などにより、決められた規範に従うだけの人もいるのである。

見聞による事実であるが、ケニア西部キシー県の住民は、「土地紛争が発生したときには、長老が紛争を解決する。なぜなら、彼らはすべての土地境界を知っているからだ。紛争が解決された後、長老は公式の報告のために決定をチーフに伝達する」と述べている。共同体内部で了解された慣習法が存在する場合は、何が規範であるかは当事者間で明確であり、争点はその規範に違反する行為が存在したかどうかの事実認定にあるから、証言の真実性が決定を左右する最大の要因となる。その真実性を保証する手段としては、まず証人や目撃者が正直者であるかどうかという評判、つまり証人の個性に基づく情報の信頼性が大きく作用する²⁵。また、裁判が隣人の参加によって行われることも、そこで真実を発言するよう促す作用がある²⁶。

かかる共同体という社会システムは、土地の占有・利用関係をはじめとする慣習法規範に違背するかどうかの偶有性、および違背が生じた場合の対応が有する偶有性を、各人の自然な属性を基調とする親族的身分秩序、共同体の一員として生活していくことの利益、そして相互認識と信頼性という社会構造によって吸収している。これが可能であるのは、親族的身分秩序自体が、選択を許さないもの、選択の対象とならないものとして現れ、この確実性を基礎として規範的予期の自己確証を確立することができるからである。それゆえ、共同体を基準とした行為の判断は、親族的身分秩序を肯定し、あるいはそれを前提とした行為（親族的身分秩序の妥当性を確認する行為）か、それとも親族的身分秩序に反する行為かが最も基底的な判断基準として現れる。以上から、慣習法は、共同体全体の利益という一般的規範に従う条件プログラムという意味で、「親族的身分秩序という社会構造に服した条件プログラム」であると特徴づけることができよう。

(2) 呪詛の手續

かかる予期形成によって吸収されない（とりわけ、長老の裁決を争い続ける場合の）偶有性を吸収し、共同体内部での紛争を解決する最終的手段として、伝統的な呪詛による解決がある。ここでは、カンバ社会におけるキジーツ（kithitu）と呼ばれる制度を取り上げ

²⁵ R. A. Posner, "A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law", *Journal of Law and Economics*, Vol.22 (1980), p.6 は、これをプライバシーの欠如による情報費用の削減という観点から分析している。

²⁶ これらの点も含めて、慣習法における証明の問題については、C. Dundas, "Native Laws of Some Bantu Tribes of East Africa", *The Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, Vol.51 (1921), pp.217-278, 226ff.参照。

たい²⁷。キジーツとは、当事者の主張の真偽が容易に決定しえないような土地紛争等において、当事者の一方またはその親族が、係争地に対する権利などを主張し、相手方の前で執り行う一種の神判 (ordeal) である。キジーツの儀式を行うことによって宣誓者には呪力が施され、一定期間の内にその宣誓者自身またはその家族が死亡ないしは病気にならなければ、係争地に対する彼の権利主張は虚偽ではなかったとされ、その土地を取得できる。仮に死亡ないし病気が発生すれば、それは彼がなした証言が虚偽であったことの徴であり、土地は相手方に渡る。このように、キジーツは、権利主張の検証を超自然力に委ねることによって、紛争を解決しようとする制度である。

注目すべきは、これが伝統的社会でのみ活用された制度ではなく、土地所有権の証明問題に直面した裁判所や行政官がこの制度を積極的に活用し、紛争を裁判所の管轄から切り離して、キジーツによる解決に委ねることもあったという事実である²⁸。そのため裁判所は、審理過程において、当事者がキジーツによる解決を選択した場合は、訴訟を法廷から当事者間へ移すために、キジーツを利用する場合の手續等を形式化している。しかし、トーマスが指摘しているように、このようなキジーツの手續化・ルーティン化は、「この超自然的な道具を通した不正な土地取得を促進する」という帰結を生み、紛争の解決よりも、むしろさらなる紛争の出発点となってしまうものであった²⁹。その原因として、第一に、キジーツには死亡や病気など効果の発生に期間が限定されているが、一定期間経過後に当事者が死亡した場合、その期間がキジーツの呪力の有効期間内かどうか争われるという問題がある。第二に、キジーツが非日常的な場面から離れて日常のなかで繰り返し行われるようになると、キジーツ手續の不正な利用が生み出されるという点がある。最後に、なによりも、キジーツはその呪力の存在と効果への信念を共有できる者間でしか利用できないという難点がある。共同体外部の人間が関与する場合、キジーツの呪力を信用しない者が当事者となる場合、あるいはあえて呪力のリスクをとる者が現れた場合には、もはや解決の有効性の基盤自体が成り立たなくなってしまうのである³⁰。

²⁷ 上田将「ケニア・カンバにおけるキジーツ—キロンゾのキジーツの事例研究—」『アフリカ研究』第16号、1977年、23-35頁；D. J. Penwill, *Kamba Customary Law*, Macmillan & Co. (1951), pp. 56ff. 参照。

²⁸ A. Thomas, "Oaths, Ordeals, and the Kenyan Courts: A Policy Analysis", *Human Organization*, Vol. 33, No. 1 (1974), pp. 59-70. 1960年代の事実として指摘されている。その後の裁判所の態度については、第5章第1節第3項で述べる。

²⁹ *Ibid.*, pp. 62ff.

³⁰ Brokensha and Glazier, *op. cit.*, n. 5, p. 199 は、ムベレ県における類似の儀式が効果を発揮しなくなっていることを報告している。

かかる限界にもかかわらず、なぜキジーツは利用されたのか。トーマスは、キジーツが本来的に二者関係における最終手段として利用されている点に注目している。つまり、第三者の判断ないし決定を経ないで紛争を解決しうる手段なのである。より正確に言えば、人間としての第三者による判断を回避し、神あるいは超自然力という争いえない第三者を設定し、その不可争な決定により紛争に決着をつける手段である。そして、これが意義をもつのは、共同体内部では当事者間でのある程度の実力の均衡がみられ、これがために人為的な決定が争いうるものになってしまう状況があり、この状況で決定に終局性を与える必要があるからだと考えられる。

(3) 自力救済

共同体外部者との紛争においては、当事者間の話し合いのほか、自力救済が主要な権利実現手段として利用されている³¹。共同体では、対外的防衛は、年齢階層集団のなかの青年の集団が中心的な役割を果たしており³²、軍事組織が、それを専門とする階層として自立しておらず、したがって非軍事階層を支配する領主の立場が形成されておらず、軍事力は年齢を基準とした親族的身分秩序の内部に位置づけられている点に特徴がある。長老の地位の特徴は、封建制における領主のような武力に基づく命令の貫徹力と地位の優越に依拠するのではない³³。

土地の不法侵奪にせよ、不法行為にせよ、互いに異なると認知される共同体の構成員が争う場合は、その紛争は、個人間の紛争ではなく、共同体間の紛争として構成される。紛争の原因を引き起こした個人は、たとえ自ら非を認める場合であっても、自らの所属する共同体と一体化して他方当事者と対峙させられる。このように構成された共同体間での土地占有侵奪の事案においては、侵奪者に対する土地の返還請求を提訴できる権威が存在しないために、自力救済が最も確実な手段とされており、被侵奪者は土地を自分の実力で保護し、あるいは取戻すことができる限りにおいて、その土地の所有者でありえた。このことは、土地をめぐる武力紛争、征服による土地取得、その結果としての頻繁な移住が存在

³¹ 自力救済といっても無制約に相手方共同体を攻撃したり収奪したりするだけではない。特殊な制裁の実践も存在する。石田慎一郎「制裁の語りにおける合意のインプリケーション」『法社会学』第65号、2006年、54-66頁参照。

³² Kenyatta, *op. cit.*, n.6, pp.197ff.

³³ ただ、これも程度の問題であって、共同体によっては、指導者ないし権力者階層の分化、それに伴う意思決定過程の集権化といった傾向が見られることもあるとされている (Dundas, *op. cit.*, n.26, p.223)。

したことから明らかになる³⁴。

しかし、これは伝統的社会だけに見られる状況ではなく、近代的な司法制度が成立した現在でも見受けられる現象である³⁵。とりわけ財産の侵奪（特に、土地の侵奪と家畜の窃盗）に係わる紛争では、地縁や血縁に基づく人的結合が維持されている集団によって、財産所有を保護するための新たな自治的組織が形成されることもある³⁶。一例として、ケニアとタンザニア国境に居住するKuria人の事例では、大規模な家畜窃盗事件の発生が、さらなる窃盗への備えとして自警団の結成を促したことが報告されている³⁷。そこでは、家畜窃盗の被害を受けた一人の者がリーダーとなって、複数の家族が参加する地域の治安維持組織を結成し、域内の家畜窃盗の事案について取締りを行うほか、犯人を逮捕し警察に引き渡すという活動が行われるようになった。かかる権限は私的団体に認められるものではないため、自警団が組織結成と活動の許可を県令に求めたところ、県令は家畜の回復と犯人の警察への引渡しに限り許可を与えた³⁸。Healdは、かかる自警団の結成は、家畜所有の安全という共通利益のもとに、新たな政治社会を形成することであり、行政や警察、裁判所の所有保護機能が限定されているなかでは、新たな「共同体政府」を形成することであるとしたうえで、その性格を次のように指摘している。かかる自警団は、警察や裁判所の無力を補完するという位置づけではなく、警察や裁判所はその救済提供において汚職にまみれているとの認識から、自警団の活動に対するこれら組織の介入は積極的に忌避され、共同体が自衛活動を自立的なものにしようとしているという位置づけにあるとされており³⁹、汚職の慣行が、行政や裁判所の役割を相対化する要因として働いていることがわかる⁴⁰。

さらに、財産所有の安全を保護するという機能は、特定の共同体を一種の領主国家として自立させる原因ともなる。この観点からは、ケニア北西部の軍閥組織が重要である。当

³⁴ G. Muriuki, *A History of the Kikuyu: 1500-1900*, Oxford University Press (1974).

³⁵ 詳しくは、本章第5節で検討する。

³⁶ D. M. Anderson, "Vigilantes, Violence and the Politics of Public Order in Kenya", *African Affairs*, Vol.101 (2002), pp.531-555; M. Ruteere and M. Pommerlolle, "Democratizing Security or Decentralizing Repression? The Ambiguities of Community Policing in Kenya", *African Affairs*, Vol.102 (2003), pp.587-604.

³⁷ S. Heald, *Making Law in Rural East Africa: Sungusungu in Kenya*, Crisis States Research Centre, Working Paper No.12 (2007) (available at www.crisisstates.com, last accessed on 2008/03/20), pp.7-8.

³⁸ Ibid., p.10.法律上の規定（財産侵奪罪法）については、第5章第1節で検討する。

³⁹ Ibid., p.15.警察や裁判所の介入を受けないで自立的に活動したいという共同体の要請は県令によって許可されており、県令は、警察や裁判所と自警団との権限ないし管轄配分を決定し、自警団の活動の保護者として機能しているという。

⁴⁰ ケニアにおける汚職の実態については、K. Kibwana et al. eds., *The Anatomy of*

該地域は、乾燥地または半乾燥地であり、人々は家畜の放牧を生業として生活しているが、隣国の政情不安による小火器の流入や、家畜をめぐる奪い合いなどを背景として、民族集団が軍事組織を発展させ、家畜や家畜を放牧する土地あるいは水源の実力支配を行っているといわれる⁴¹。

第2項 帰属確定手法の性質

次に、慣習法における土地保有の実体的ルールについて検討していきたい⁴²。ここでいう実体的ルールは、一応ルールとしての性質を有するが、それは共同体全体の利益に配慮し、コミュニケーションの展開のなかで柔軟に対応されうるといふ慣習法の一般的性質に服するルールであることを最初に指摘しておきたい。まず、本項では、土地と人格との帰属を確定する機能について検討していく。

(1) 土地所有の主体と客体

キクユ社会では、生活の単位は男系の血縁に基づく拡大家族(mbariと呼ばれる)であり、mbariが居住および耕作によって占有している土地はng'unduまたはgithakaと呼ばれるが、本来この土地は、創始者(原始取得者)の私有財産であって、その所有は創始者の権原に基づくものであり、子孫はこの権原を継承していくものと観念された⁴³。創始者の地位は、第一夫人の長男に継承されるが(彼の地位をmuramatiという)、彼は創始者と同等の支配権能を継承するのではなく、父親に対する子としての関係、および兄弟中の最年長者という関係に制約される。したがって、長男の支配権行使は創始者の支配権の範囲を超越ない

Corruption in Kenya, Clarion (1996)参照。

⁴¹ J. O. Osamba, "The Sociology of Insecurity: Cattle Rustling and Banditry in North-Western Kenya", *African Journal of Conflict Resolution*, Vol.1, No.2 (2000), pp.11-37. かかる軍閥は1980年には存在が確認されており、ある集団はおよそ500名の若者を動員することができ、その軍事力によって安全と家畜を提供しているという。

⁴² アフリカ慣習法における所有権に関しては、K. Mann and R. Roberts ed., *Law in Colonial Africa*, Heinemann, (1991); F. M. Misfud, *Customary Land Law in Africa*, FAO (1967)参照。

⁴³ Kenyatta, *op. cit.*, n.6, pp.27ff. ケニヤッタは、「土地は、共同体といったものに帰属しているのではなく、完全な所有権と土地の統制を有する、様々な家族の個人創始者(individual founders)に帰属している」と述べている(Ibid., p.31)。ソレンソンも、キクユ社会には部族的保有形態(form of tribal tenure)は存在しなかったとしている(M. P. K. Sorrenson, *Land Reform in the Kikuyu Country: A Study in Government Policy*, Oxford University Press (1967), p.9)。Muriuki, *op. cit.*, n.34, pp.73ffも参照。

し否定してはならないとともに⁴⁴、兄弟に対しては父親のような支配権ではなく、他兄弟の利益のために管理する者にすぎない。この帰結として、創始者を同じくするクランの構成員にとっては、世代を経るにつれ、土地が共同財産としての性質を帯びるようになる⁴⁵。この程度は、家長の土地支配権が祖先の意思および傍系親族の支配権によってどれほど制約されるかに依存していよう。

所有客体としての土地は特定されている必要がある。それゆえ、家族保有地である ng'undu や githaka に関しては、立木その他自然物、後には人工的囲障（フェンス等）が境界を画定する手段として利用された。このような保有地とは別に、キクユ社会では、キクユの領域（Borori wa Gikuyu）と呼ばれる、いまだ現実の占有にはないが自由に開墾できる「勢力範囲」の観念が存在した⁴⁶。これは、ルオ社会⁴⁷（lek）やカンバ社会⁴⁸（wetu）にも存在した。

（2）相続

共同体のなかの誰がどの土地を占有・利用できるかは、第一に相続慣習により規定されている。まず、家族に帰属する所有地の用益権については、主人の各妻に対して、土地の利用能力に応じて配分されていた⁴⁹。この用益権は、妻とその子どもからなる家庭を養う目的で利用収益をなす権利であり、「彼女の夫を除いて、何人も彼女の耕作地を侵害することはできない」とされている⁵⁰。したがって、各妻の用益権は主人の支配権に対抗できず、離婚した場合、当該土地は夫に復帰する。このような妻とその子どもからなる家庭の保有地は、「私の庭畑地（mogonda wakwa）」と呼ばれた。また、各妻の子どもは、この「私の庭畑地」を均等相続するものとされていた。ただし、父親は、その意思により、誰にどの土地

⁴⁴ muramati の責務は、「亡き父親の望みを実現することである」（Kenya, *op. cit.*, n.6, p.34）。

⁴⁵ Muriuki, *op. cit.*, n.34, pp.74-75. A. P. Munro, "Land Law in Kenya", in T. W. Hutchison ed., *Africa and Law*, The University of Wisconsin Press (1968), p.79 は、「所有権は、そのような概念が存在したとして、通常は祖先の魂に帰属していた。それは、アフリカ人の生活において非常に現実的な部分を占め、その共同体の過去、現在、未来をシンボル化していた」という。

⁴⁶ Kenya, *op. cit.*, n.6, p.23. 勢力範囲の観念については、P. Mayer and I. Mayer, "Land Law in the Making", in Kuper and Kuper, *op. cit.*, n.10, pp.51-78 も参照。

⁴⁷ G. Wilson, *Luo Customary Law and Marriage Laws Customs*, Government Printer (1961), pp.19-20.

⁴⁸ Penwill, *op. cit.*, n.27, p.32.

⁴⁹ P. M. Mbiti and C. Barnes, *The Spontaneous Settlement Problem in Kenya*, East African Literature Bureau (1975), p.56.

⁵⁰ Kenya, *op. cit.*, n.6, p.30.

を贈与するかを決定できた⁵¹。結婚した男性は、妻とともに当該土地で生活し、その子へ相続する権限を有している。

ただし、共同体の土地は、家族の土地であっても、各家族が自由に管理・処分することは許されていなかった。キクユ社会では、各男子の処分権は、兄弟中の最年長者である muramati の統制に服すが、muramati の支配権は絶対的なものではなく各兄弟の同意を要するものであった⁵²。例えば、土地の家族間での再配分、外部者との土地取引および借地人受け入れの決定については、muramati が最終的決定権をもつとされるが、いずれも兄弟の同意なしには行えない⁵³。このような muramati の権限に対する兄弟の制約は、クランレベルに存在する長老会議によって担保されていた。すなわち、muramati が土地の管理・処分に際して他の兄弟の同意を得なかったり、不当な管理・処分をなした場合、他の兄弟は長老会議に対して mbari 所有地の均等な再分割と muramati の交代を請求できる⁵⁴。長老会議による調停が成功しなかった場合、muramati はその地位を剥奪され、均等再配分の結果、自己の割当分のみを保有することになる。他方、残った兄弟は新しい muramati を選び、その者が支配権を継承する。また、追放された muramati が他地域へ移住するため自己の持分を処分しようとする場合は、彼の兄弟に先買権が認められていた⁵⁵。

(3) 売買

一般的にケニアの伝統的社会においては、土地の売買は認められていなかったと言われているが⁵⁶、ここで取り上げる売買はキクユ社会の伝統的な売買観念を表すものである⁵⁷。

土地の売買は、契約と引渡の二段階によって行われる。売買の第一段階は、その地域の有力な長老の面前において、彼を証人として行われる。売主と買主とは相対し、まず買主が売主に対して地酒を提供する。次に同じことが売主から買主へ行われる。その後、買主は次のように言う。「何某の息子よ。私はあなたの所有地のなかで、美しい女性を見たことを伝えるためにこの小さな地酒をもたらしました。私が彼女を心から愛していると言った

⁵¹ A. Haugerud, "The Consequences of Land Tenure Reform among Smallholders in the Kikuyu Highlands", *Rural Africana*, Vol.15-16 (1983), pp.65-89, 69 「自身の財産をいかに分割するかについての父親の決定権は、父親の子に対する影響力の重要な源泉である」。

⁵² muramati の権限については、Kenya, *op. cit.*, n.6, pp.32, 34ff. 参照。

⁵³ Muriuki, *op. cit.*, n.34, p.75; Sorrenson, *op. cit.*, n.43, p.10.

⁵⁴ Kenya, *op. cit.* n.6, p.35.

⁵⁵ Kenya, *op. cit.*, n.6, p.36.

⁵⁶ Muriuki, *op. cit.*, n.34, p.75.

⁵⁷ 以下の記述および引用は、Kenya, *op. cit.*, n.6, pp.38ff. による。

なら、あなたが私を許してくれるように望んでいます。今日私をここへ向わしめた最大の願いとは、私を義理の息子として認めてくれるようあなたにお願いすることなのです。私は、最高の経験をもつ男性であるあなたが、あの美女に対して私の心に宿るこの賞賛を見落とすことはないだろうと確信しています。そして、この私の卑しい要求に同意を与えてくださるだろうと思っています」。これに対して売主が同意を与えると売買が成立する。そして後日の引渡が約束される。以上が契約段階である。

次に、別の日に引渡が行われる。引渡の当日、両当事者および証人である長老が、目的物である土地に集合する。まず売主は、当該土地が自己の所有に属することを、彼および彼の祖先が原初的かつ正当な所有者であったと宣誓することによって証明する⁵⁸。そして、買主が対価として支払う家畜の頭数を確認する。次に買主が、当該土地の取得を宣言し対価の家畜を提供する。その後、長老はその場で一頭の山羊を屠殺し、その内臓を引渡される土地の境界の印となるもの（立木等）に散布する。そして、境界をみだりに移動させないよう、その立木等に呪力を施す。最後に、山羊を両当事者で食し、長老に報酬が提供される。以上が境界画定の儀式であり、これにより売買は完結する。

このような売買によって取得される権利は、買主側の親族内においても権原としての効力をもつが⁵⁹、売主との関係においては、買主の権利は異なる関係にあった。ここで注目すべきは、土地の売買契約が婚姻の擬制においてなされている点である。買主の口上から明らかのように、売買は、売主の仮装の娘と買主とが婚姻関係に入ることを、父親である売主が承認するという形式によってなされており、売買は実質的に婚姻契約と等しいと観念され、買主が売主の親族関係に入ることを意味していたと解される。そうであるとすれば、買主の土地支配権は、義父である売主の支配権に劣位すると考えられる。

この点で、さらに注目すべきは、キクユ社会では売主の買戻権が広く認められていたにもかかわらず、この売買による取得の場合は買戻権が行使できなかったという事実である。キクユ慣習法上、一般に売主は買主が提供した代価をそのまま返却するだけで、いつでも土地を受戻すことができたが⁶⁰、上記の方式を経て譲渡された場合はその例外であり、支払

⁵⁸ この証言は、居合わせる長老によって確認される。マイニは、これが「権原の根源 (root of title) を確立するのに役立った」という (K. M. Maini, *Land Law in East Africa*, Oxford University Press (1967), p.11).

⁵⁹ Kenyatta, *op. cit.*, n.6, p.29.

⁶⁰ 売買において、「売主は一方的買戻権を行使できたため、その土地が永久的にクラン外部へと渡ってしまう危険は存在しなかった」(A. J. F. Simmance, "Land Redemption among the Fort Hall Kikuyu", *Journal of African Law*, Vol.5, No.2, pp.75ff., 76). 提供された家畜の場合、

われた家畜を返還するだけでは買戻しができなかった。上記方式の売買は、売主から買主への所有物移転ではなく、売主と買主との間に義理の親子関係を形成する身分契約に近いとみれば、この身分契約を解消するには単に代金を返還するだけでは足りず、親子関係を解消するような事由が必要であったとみるのが可能ではないだろうか。

なお、土地とは異なり動産の譲渡は広範に行われていた⁶¹。交易の発展に伴い、植民地化以前から産出物の物々交換または家畜を代価とした交換が行われていたこと、社会構造が共同体の内外の差異を基準にしていることから考えると、移転される客体が動産であるか不動産であるかによって、売買はまったく対照的な性質をみせることがわかる。動産売買は、自己の共同体から外への物の転出であるとして、現代的意味での売買概念に適合する。しかし、不動産の場合は、共同体の内へと人が転入してくることであり、ゆえに売買というより婚姻に近い性質を有していたと解されるのである。これは、土地と人格との帰属を客観的に確定するという方法ではなく、外部者が共同体に参入することを承認されることで土地の占有が与えられるという方法であり、それゆえ、買主の権利も、物的権利としてではなく、当該土地の支配権者である売主との親族関係によって認められる人的権利としての性格を強く有していたと考えられる。

(4) 借地

続いて、不動産貸借についてみていこう。キクユ社会では、友人関係に基づいて土地の耕作および居住の一般的用益権を与えられるmuhoiという地位、およびmuhoiのうち、建物を建設して居住する権利だけが与えられるmuthamiの地位がある⁶²。これは、貸主が信頼する友人に対して、その信頼関係ゆえに所有地の利用を許可する貸借関係であり、定期的な地代ないし賃料支払の義務等は、少なくとも当初はなかったとされている⁶³。

合意に際しては、借地人が饗宴を開き、地酒等を供することで、自己が信頼に足りうる存在であることを公けに表示するとともに、貸主側が受け入れを承諾するという儀式的な

譲渡後に生まれた家畜は返還しなくてよい。また買主も、自ら栽培した作物・果実は返還しなくてよい (Kenyatta, *op. cit.*, n.6, p.209)。

⁶¹ Kenya, *op. cit.*, n.6, pp.209ff.

⁶² Kenya, *op. cit.*, n.6, pp.34ff. その他に、義理の息子が土地なしの場合、舅の保有する土地の利用が認められるケース (muthoni 関係)、未亡人の子が母方の mbari に属する土地の占有を認められるケース (mwendia ruhiu の地位)、共同体の外部者が裕福な者の養子となるケース (muciarwa) があるとされる (Sorrenson, *op. cit.*, n.43, p.11)。ルオ社会では、借地人は Jadak と呼ばれる。詳しくは、後述第3節第2項(3)参照。

⁶³ Muriuki, *op. cit.*, n.34, p.75.

催しがなされる。これにより借地人は、貸主との信頼関係および共同体内の安寧を維持する一般的義務を負う。ここでも、借地人が貸主の家族共同体に参入するという側面が重視されており、そこで意思されていることは、他人に土地を貸し与えるということではなく、他人を共同体の土地に迎え入れるということである。義務違反は貸借関係の解除事由となるが、義務内容は非常に不明確であって、かかる借地人の地位は貸主との人的関係にのみ依存するものである。

伝統的ケニア社会における不動産貸借の機能を考える場合、借主の経済状態と親族関係の経済機能に注目する必要がある。すなわち、共同体を離れた者や貧困者は、生存に必要な土地の保有および農業活動を自己の力だけではなしえず、そのためには他家族と協働する必要があることを踏まえると、貸借とは、ただ居住や耕作等の利用目的で土地を借り受けるというのではなく、さらに進んで、他の共同体とともに協働して生計を営むという経済的機能を充足するものだったと考えられる。ここから、借地関係は一つの経済共同体を形成するという性格を強く帯びることになる⁶⁴。信頼関係の維持や共同体の安寧維持といった借地人の義務は、かかる性格を背景に考察されるべきであろう。逆にみれば、「共同体」は血縁だけでなく、友人関係や信頼関係に基づいても形成されうる点に注意が必要である。

(5) 無主物先占または征服

無主地を新しく開墾し定住した者は、新しいmbariの創始者として、独立した所有者となることができる。これはmuramati以外の兄弟およびその子であれば自由になしうる⁶⁵。また、相続地を保持したまま開墾した場合でも、開墾部分については同様の権利が認められるとされる⁶⁶。したがって、この部分の処分権への制約はなかった⁶⁷。ルオ社会では、開墾に加え、実力による征服の場合も完全な支配権を取得するとされていた⁶⁸。

先占は、自己の所属していたmbariの土地保有関係から離脱し、完全な処分権を含む旧mbariの創始者と同等の土地支配権を取得できる手段であった。この支配権は、元のmbariにおいて存在した伝統の拘束や処分における兄弟の同意の必要性といった制約を受けない

⁶⁴ かかる性格を背景に、経済共同体の内部で支配関係が形成されつつあったことも指摘されている。Muriuki, *op. cit.*, n.34, pp.78-79 は、muhoi が共同体の防衛や開墾にあっていたことを記述している。

⁶⁵ Kenyatta, *op. cit.*, n.6, p.34.

⁶⁶ Brokensha and Glazier, *op. cit.*, n.5, p.194.

⁶⁷ カンバ社会においても同様の事態が報告されている (Penwill, *op. cit.*, n.27, p.38).

⁶⁸ Wilson, *op. cit.*, n.47, pp.18-19.

点で、親族的身分秩序からの独立を意味している。したがって、先占または征服によって獲得される創始者の権利は、慣習法上認められる最も大きな支配権であるといえる。しかし、生存に必要な一定規模の土地を開墾し移り住むことができるようにする作業、または既存の占有地を実力で奪取することは、一人では到底無理であり相当の労働力ないし軍事力が必要とされ、これを確保することなくして先占は不可能である。したがって、新しい創始者として所有権を取得できるかどうかは人への支配力に依存していた。親族関係に基盤を置く社会では、労働力を確保する最も安定した方法は多くの女性と結婚し、多くの子どもを作ることである。しかし、多くの女性と結婚するためには、その分多くの婚資を必要とする。ゆえに、「土地の取得は、その大部分が、移住を推進するための労働力の源泉である家畜の取得に依存していた」ということになる⁶⁹。したがって、慣習法上最も完全な支配権である先占または征服による所有権の性質は、親族関係から離脱し、自力で生計を維持していける限りで可能な、極めて事実的な支配力であった。

以上から、慣習法における土地の占有ないし利用については、それが土地と人格との直接的な帰属関係として構成されるのではなく、利用者が共同体の正当な構成員として承認されることで認められる地位ないし資格であり、共同体内部の規範に服従し、その地位に由来する義務を履行している限りで認められるというのが原則であったといえよう⁷⁰。具体的には、土地へのアクセスは、①共同体の構成員資格 (membership) に付着されている、②資源管理や生産機能に応じて特殊である、③社会組織の特定レベルでの生産と再生産過程に積極的に参加することで維持されるという性質が指摘されている⁷¹。そして、土地の占有ないし利用の承認および承認の撤回については共同体の裁量によるものと考えられる。

第3項 支配権能の割当手法の性質

最後に、土地における利益および土地の支配権能の割当手法の性質について検討したい。土地へのアクセス可能性が共同体の対内関係／対外関係により区別されるのは、規範領域

⁶⁹ D. M. Ng'ang'a, "What is Happening to the Kenyan Peasantry?", *Review of African Political Economy*, No.20, (1981), pp.7ff., 10.

⁷⁰ グラックマンは、「部族における土地保有は、市民資格 (citizenship) だけでなく、全体的な政治的および親族的ヒエラルヒーのなかの各人の社会的地位に固有の属性である」とする (M. Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Basil Blackwell, (1965), p.40).

⁷¹ H. W. O. Okoth-Ogendo, "Some Issues of Theory in the Study of Tenure Relations in African Agriculture", *Africa*, Vol.59, No.1 (1989), pp.6ff., 8.

に限られない家族ないし共同体の内／外区別により編成される社会構造を、土地保有関係が反映しているからであると考えられる。すなわち、社会的な機能（経済的・社会的地位、アイデンティティ形成など）のほとんどが家族ないし共同体の内部において、それらへ所属することを通して充足されるような社会構造であるゆえ、かかる社会構造を物質的および精神的に支える土地保有関係もまた、家族ないし共同体への所属の仕方とその維持・安定という目的とに規定されていると考えられるのである。

かかる背景のもとで、支配権能の割当手法についても、共同体の各構成員には、同じ親族的身分秩序に属する者として、そして日常生活を共同に形成・維持する者として、互助的・社会保障的な観点から土地利用の権利が配分されており、またこれが一定の再配分機能やセーフティネット機能を果たしている。具体的には、土地の利用については、①利用の決定権が、生産単位の異なるレベルで現れる社会の政治的権威に付与されている、②生産を目的とした土地へのアクセスを保証することだけを狙いとする（交換は独立した目的ではない）、③世代間で、および農業構造の変化への対応において、再配分されうるという性質が指摘されている⁷²。

かかる共同体という社会システムは、ある土地領域を実効的に支配して、土地を耕作するなどして得られた労働の果実、牧草地や水資源等の天然資源、そして構成員の労働力を排他的に享受するとともに、その内部統治メカニズムに従って財産を配分し、構成員の生活を支える《財産管理制度》という側面を有している。

しかし、かかる共同体の統制が、互助的・社会保障的な機能を営むものであるか、それとも政治的な権力として、土地からの収益を収奪し、構成員を支配統制するという機能を営むものであるかは問題となる⁷³。それに応じて、慣習法の性質もまた、協力的手段か、支配的手段かが問題となろう⁷⁴。実態は両者の混合形態であるとみるのが正しいであろうが、土地および土地からの利益をめぐるいかなる関係が形成されるかは、不断に変容するものと考えらるべきである。そして、この利益をめぐる紛争を、誰が、いかなる観点から、いかに調整するかは、第一に共同体自身の問題であるとしても、実定法もまた無関心ではい

⁷² Ibid., p.8.

⁷³ P. Shipton and M. Goheen, "Understanding African Land-Holding: Power, Wealth and Meaning", *Africa*, Vol.62, No.3 (1992), pp.307-325.

⁷⁴ M. Chanock, "A Peculiar Sharpness: An Essay on Property in the History of Customary Law in Colonial Africa", *Journal of African History*, Vol.32 (1991), pp.65-88, 67 は、「『慣習』は、従属者の経済的独立のための戦いにおける武器であった。しかし、従属者が自身の家庭を設立するようになると、集積された狭い意味での『慣習』は、その直接の従属者の労働力を支配し

られない。なぜなら、土地に係わる利益の配分調整の問題を共同体による解決に委ねるとしても、かかるやり方が、共同体構成員同士の協力を促進するか、それとも一部の者による他の者の支配を促進するかについて、正義の観点から不断に検証されなければならないからである。さらに、土地に係わる利益の性質や内容に変化が生じ、土地紛争の性質が変化する場合には、慣習法に委ねるというやり方自体が適切ではなくなる可能性もある。次に、この点を検討したい。

第2節 土地紛争の性質変化と慣習法への影響

親族的身分秩序を基調とする慣習法の世界は、現在でもケニア国民の生活の大きな部分を占めている。しかし、かかる実践では対応できない事案の発生、あるいはかかる実践を支える共同体という社会システムの衰退が生じていることも事実である。ただし、最も重要なのは、政治的・経済的・社会的変化の程度や形態には地域間で相違があり、これがケニア社会の多様性を生んでいる事実である。以下では、特に変化の著しい地域の事情を取り上げて、土地紛争の形態にいかなる変化が生じており、それが慣習法にいかなる影響を与えているかを検討したい。

土地保有制度は様々な要因によって変化しうるが⁷⁵、そのケニア社会における大きな要因は、植民地化と経済システムの変容に求めることができる⁷⁶。現在のケニアにあたる領域では、植民地化以前から、共同体間あるいは共同体とアラブ商人との間での交易が発展しており、さらに19世紀末になると、インド洋に面するモンバサから内陸のウガンダにかけてイギリス人が大規模なキャラバン隊を編成して侵出したこともあって、地域によっては、すでに市場向け作物生産が行われており、共同体間での一定程度の分業もみられたほか、

ようとする既婚男性〔家長〕の新しい武器となった」という慣習法の性質変化を指摘している。

⁷⁵ 土地保有制度を規定する要因としては、①地域の気候および自然環境、②土地資源の質、③人口密度、④農業技術のレベル、⑤生産物、⑥市場、⑦親族組織、⑧相続パターン、⑨定住パターン、⑩政治組織、⑪土地の宗教上の意義、⑫エスニック集団の征服、支配、敵対関係のパターンが挙げられている (J. W. Bruce, "A Perspective on Indigenous Land Tenure Systems and Land Concentration", in R. E. Downs and S. P. Reyna ed., *Land and Society in Contemporary Africa*, University Press of New England (1988), p.23).

⁷⁶ 経済構造の変容については、G. Kitching, *Class and Economic Change in Kenya*, Yale University Press, (1980); *Review of African Political Economy* 誌 No. 20 (1981), pp.1-124. における、The Peasant Question in Kenya と題された特集の各論文を参照。T. J. Miceli et al., "The Demand for Land Title Registration: Theory with Evidence from Kenya", *American Law and Economics Review*, Vol.3, No.2 (2001), pp.275-287 は、土地価値、土地所有者の教育、

大人数のキャラバン隊に対する食糧需要が生まれ、交易路周辺の農耕民の間では、余剰生産の増大および土地集積の拡大が進行しており、自給自足的な経済から市場経済への転換が始まっていたといわれている⁷⁷。さらに、植民地期には、1920年代から徐々に、とりわけ第二次世界大戦後からは急速に、アフリカ人保留地内にも経済開発の機会が開放され、商品作物の栽培、農業技術の導入、貸付制度の拡充等が進められた⁷⁸。また、消費財購入、納税、教育費、医療費といったかたちで貨幣の必要性はアフリカ人の日常生活にも浸透していた。これらを原因として、土地もまた貨幣経済に内包され、市場で販売される農産品の生産資源として所得創出源になるとともに、土地自体もまた貨幣による交換の対象となった結果、土地の価値は急速に増大していった。これらに加え、保留地内における人口増加によって、土地区画あたりの人口密度が上昇した結果、土地をめぐる競争が激しくなっていたことや⁷⁹、慣習法上の均等分割相続制度によって土地の細分化が進み、経済効率的な保有面積を下回る事態が生じていたことも⁸⁰、経済の展開に影響を及ぼしていた。ただし、経済変容には地域間で多様性がある点に注意が必要である⁸¹。貨幣を媒体とした交換の発展した地域では、土地の譲渡や担保利用が行われるとともに⁸²、法人による大規模農業生産、組合型の生産、家族ないし共同体を基盤とした小農による契約生産、自給自足生産など土

政府との近さの上昇が登記制度による所有権の安全への需要を生み出したと論じる。

⁷⁷ J. E. Flint ed., *The Cambridge History of Africa*, Vol. 5, Cambridge University Press (1976), pp.296-298; P. Rogers, "The British and the Kikuyu 1890-1905: A Reassessment", *Journal of African History*, Vol.20 (1979), pp.255-269.

⁷⁸ ケニアにおける農業開発の展開については、Ghai and McAulan, (1970); Ministry of Agriculture, Kenya, *African Land Development in Kenya: 1946-1962*, (1962); R. H. Bates, *Beyond the Miracle of the Market: The Political Economy of Agrarian Development in Kenya*, Cambridge University Press (1989); D. Anderson and D. Throup, "Africans and Agricultural Production in Colonial Kenya: The Myth of the War as a Watershed", *Journal of African History*, Vol.26 (1985), pp.327-345 参照。

⁷⁹ キクユ保留地内の人口は、447,000人(1923年)から1,026,341人(1948年)へと増加している (Sorrenson, *op. cit.*, n.43, p.34)。

⁸⁰ これに対応するため、細分化した土地を統合する過程は土地制度改革以前の1950年代初頭から実施されていた (Sorrenson, *op. cit.*, n.43, pp.97ff.参照)。

⁸¹ 地域間での農業および経済構造の相違については、A. Bigsten, *Regional Inequality and Development: A Case Study of Kenya*, Gower (1980); S. Pearson et al. ed., *Agricultural Policy in Kenya*, Cornell University Press (1995)が詳しく検討している。

⁸² F. Mackenzie, "Land and Territory: The Interface between Two Systems of Land Tenure, Murang'a District, Kenya", *Africa*, Vol.59, No.1 (1989), pp.91-109, 100は、セントラル州ムランガ県登記所のデータとして、1958年から1984年までに合計5,949件(特に、1969年以降で、5,187件)の登記された取引があったとする。登記制度利用の地域差については、F. Place and S. E. Migot-Adholla, "The Economic Effects of Land Registration on Smallholder Farms in Kenya: Evidence from Nyeri and Kakamega Districts", *Land Economics*, Vol.74, No.3 (1998), pp.360-373, 364.概ね、セントラル州では登記の利用や登記情報の更新も頻繁に行われているが、ケニア西部ではそうではないとの実態が報告されている。

地の利用形態が多様化している⁸³。

これは、アフリカ人社会においても、貨幣を媒介とした交換による利益獲得および価格に動機づけられた経済的利益の秩序が生まれていた事実を示している⁸⁴。かかる経済秩序の発生によって、経済的利益の排他的独占への願望が生じるとともに、土地紛争は経済的利益の対立としての性格をもつようになった。例えば、土地を売買で購入した場合や、土地の改良を自己の費用で行った場合、その土地が共同体の土地であるからとしてその統制に服したり再分割されたりすることは、その投じた費用や土地からの収益が大きくなるほど望ましくないことになろう⁸⁵（社会次元での予期対立）。土地制度改革を提言した1955年の東アフリカ王立調査団の報告書も、社会変化の最大の要因を貨幣経済の浸透に求めたうえで⁸⁶、「貨幣は、時には家族やクランから遠く離れた場所で、アフリカ人個人の努力によって獲得されるものであり、この富が共同体の財産となることを認めない願望が自然と現われ始めている」という変化を指摘していた⁸⁷。さらに、土地の希少化が進むなかで直系親族への相続を優先すれば、傍系親族から土地を分けてくれといわれても簡単には応じることができなくなり、相続人である自分の子のために土地を残しておきたいという願望が強まるであろう（時間次元での予期対立）。これらを原因として、土地保有関係を親族的身分秩序によって規律するという構造の変容が指摘されている。すなわち、ソレンソンは、キクユ社会において、1930年代から「mbari構造が崩壊し始めていた」こと、そして、チー

⁸³ 1990年代以後は、特に公的部門の雇用が減少するなかで、地方でもインフォーマル市場の活性化政策が採られており、農業や牧畜業における貨幣経済の一層の活性化が予測される。国際協力銀行開発金融研究所『雇用機会創出による Pro-Poor Growth——タイとケニアの農産品加工業発展の比較』2006年、第3章。H. R. Aspaas, "Heading Household and Heading Businesses: Rural Kenyan Women in the Informal Sector", *Professional Geographer*, Vol.50, No.2 (1998), pp.192-204.

⁸⁴ A. Chimhowu and P. Woodhouse, "Customary vs Private Property Rights? Dynamics and Trajectories of Vernacular Land Markets in Sub-Saharan Africa", *Journal of Agrarian Change*, Vol.6, No.3 (2006), pp.346-371, 359 「土地の商品化の鍵となる指標は、慣習的権威と期待された互惠性とを承認することの証しであると歴史的に予期されていた贈与 (gifts) から、土地の交換価値により密接に結びついた金銭支払いへの移行にある」。

⁸⁵ セントラル州ムベレ県では、共同体の土地である Runno と、売買により取得され、他の共同体構成員の統制に服さない土地である Nguro とが概念上区別されるようになった (Brokensha and Glazier, *op. cit.*, n.5, p.186)。

⁸⁶ East Africa Royal Commission 1953-1955 Report, Cmd.9475, (1955)。報告書は、貨幣経済の浸透を自給経済から市場経済への移行として捉え、その移行を、①土地が特定の生産要素としての価値を有するに至ったこと、②新しい所得創出機会へのアフリカ人の依存の拡大という二つの変化から指摘している (Ibid., p.49)。さらに、土地自体の利用から貨幣の利用へという変化を指摘している点 (Ibid., p.357) にも注目したい。

⁸⁷ Ibid., pp.23-24.

フ、長老、教師、あるいは入植者農場での農業労働者といった階層——ソレンソンは、「キクユ・ジェントリー」と呼ぶ——が資本蓄積を進めた結果、土地の囲い込みと土地取引が頻繁に行われるようになったと指摘している⁸⁸。

しかし、経済秩序の発生が直接に親族的身分秩序の崩壊を導いたというのではなく、親族的身分秩序の外側で新たな経済的利益の秩序が生まれ、また土地が資産としてかかる経済秩序の対象となった結果、土地保有関係を規律する利益関心が親族的身分秩序によるものと経済秩序によるものとの間で複雑化し始めたとみるべきである。なぜなら、例えば、商品作物生産が拡大するなかでも、村全体あるいは村代表が商品作物生産に従事しその費用および収益を分担することで社会保険的な役割を果たすこと⁸⁹、土地の生産性が低い地域では、商品作物の導入によって親族関係に基づく労働統制がむしろ強まる場合があること⁹⁰、生産過程における労働量と受益との比率には男女間で格差があること⁹¹など、親族的身分秩序と経済秩序との関係がいかなる形態をとるかは、各地域や共同体の置かれた自然的・社会的状況、さらにそのなかでの各人の置かれた状況ごとに多様だからである。かかる利益状況の複雑化に由来する土地紛争をいかに解決するかという問題が発生し、そこから土地所有に係わる支配権能の割り当てについて、いかなる法規範が妥当かという問題が発生したと考えることができよう。

経済的・社会的変化は、所有保護の機能に関しては、次のような変化をもたらしている。土地取引が活発になるまでは、土地は占有の対象であり続けており、詐欺によって土地を奪うという侵奪態様はこの段階では問題とならず、依然として実力による侵奪が主要な問題であり続けている。ただし、侵奪を取り巻く事情の変化として、人口増加と土地価値の上昇が見られる地域では、土地の囲い込みが増え、占有をめぐる紛争が多発するようになったとともに⁹²、所有の安全性を提供してきた共同体の凝集性の弛緩によって、所有を保護

⁸⁸ Sorrenson, *op. cit.*, n.43, pp.40ff.

⁸⁹ キシー県のある村では、地元製糖工場が設立されたこともあって各家庭でのサトウキビ栽培が盛んであるが、より高価な商品作物である茶の栽培は村の有力長老だけが行っていた。収穫期には村の構成員が手伝うとともに、長老は村人の緊急事態には融資をしてくれるということであった。茶栽培の収益は長老の所有に属する一方、長老を媒介とした村全体での社会保険として機能しているとともに、それがまた長老の権威を支える基盤ともなっていると考えられる。

⁹⁰ N. Mwaniki, *Social and Economic Impacts of Land Reform in Mbeere*, Institute of Developing Studies Working Paper, No.391, University of Nairobi (1982), pp.42ff.

⁹¹ A. Whitehead and D. Tsikata, "Policy Discourses on Women's Land Rights in sub-Saharan Africa: The Implications of the Re-turn to the Customary", *Journal of Agrarian Change*, Vol.3, Nos.1 and 2, (2003), pp.67-112 参照。

⁹² なんらかの土地紛争の対象となっている土地区画の割合は、ケニア西部カカメガ県 Madzu

する確実性が失われていくという変化が重要である。王立調査団の報告書も、経済の変容やキリスト教文化の浸透の影響等から、一部地域において「共同体的な生活形態の崩壊」が見られるとしたうえで、市場経済化は、一方においては、アフリカ人の生活水準を上昇させる契機となるが、他方では、共同体的生活形態が人々に経済的・社会的安全を提供してきたことも事実であり、その崩壊によって「アフリカ人の不安 (insecurity) の感覚が疑いなく増大している」と述べている⁹³。これは、共同体間あるいは共同体内部での家族間で土地の侵奪事案が発生した場合、一部地域では、これまで土地所有を保護してきた共同体のメカニズムが働かなくなるケースが生じ始め、慣習法や自力救済によって実効的に土地所有が保護されるとの予期が確かさを失いつつあった状況を示唆している。所有保護機能の側面では、誰が実効的な救済を提供できるかという問題が提起され始めたといえよう。

最後に、帰属確定機能に関しては、共同体構成員の認識と記憶に依存する方法が有効性を失うという変化がある。土地取引においては、地域の長老や行政官等が公証人として参加し、売買に対する長老の同意と慣習に則った儀式が行われていたが、かかるやり方の限界も指摘されている⁹⁴。ここでは、慣習法によって認められていた売主の自由な買戻権に関連して指摘された問題を取り上げたい⁹⁵。第一に、買戻し可能な取引に必要な人的関係の基盤が消滅していたこと、特に売買がなされた世代から離れ、係争地が相続を経ている場合に、もはや契約当事者同士の人的関係に基づいて買戻しを行うことが不可能となり、買戻権の行使をめぐる紛争が増加したことが指摘されている。この理由は、売買に合意した当事者の人的関係は相続されえないことにある。第二に、「裁判所において、『記憶にない時代』の取引を証明することが徐々に困難となっていた」という帰属証明方法の不備の問題が指摘されているが、これは売買内容の証明を当時居合わせた人々の記憶に頼る方法に限界が現れ始めていたことを示している。第三に、取引された土地の開発が買戻しのリスクによって妨げられていたという問題が指摘されている。これは、土地に投下した資本を保

で 28.6%、セントラル州ニエリ県 Kianjogu で 24.5%であり、割合はほぼ等しいが、紛争の性質は、前者では相続に係わる紛争が主であったのに対して、後者は土地価値の上昇を反映して境界紛争が多いと報告されている (Place and Migot-Adholla, *op. cit.*, n.82, p.365)。

⁹³ East Africa Royal Commission 1953-1955 Report, pp.25, 47. 「公共政策は、脅威の性質や重大性を認識すること、さらに、土着の人々が自身の生活水準を改善できるという願望と、安全 [を保障してきた] 部族秩序の崩壊に伴う社会的分裂がもたらす有害な効果を回避したいという願望との間で生じるジレンマを認識することが重要である」。

⁹⁴ Brokensha and Glazier, *op. cit.*, n.5, pp.192ff.

⁹⁵ 以下の指摘は、A. J. F. Simmance, "Land Redemption among the Fort Hall Kikuyu", *Journal of African Law*, Vol.5, No.2 (1961), pp.77ff.による。Maini, *op. cit.*, n.58, p.10 も参照。

護する関心が高まっていたことを示している。第四に、土地の希少化と価値上昇を背景に、投機の目的で土地を買戻す事案が増大し、買主が占有を奪われる事態が増え、紛争が多発するようになったと指摘されている。以上は、基本的には買戻権の問題であるとはいえ、そこには、土地と人格との帰属関係を当事者の人的関係に基づいて決定することの限界から、帰属関係を確定することの偶有性が開かれ、その結果、誰が、いかなる基準に基づいて帰属を承認するかが問題になっていたことが示されている。

第3節 原住民裁判所における慣習法

では、かかる新たな状況と問題に直面して、土地所有を保護するコミュニケーションはいかなる展開をみせたであろうか。法システムの進化にとっては、新たな性質の土地紛争の発生が既存の規範の妥当性を反省させ、規範が別様でもある可能性を意識させるように作用したという点が重要である。かかる事案では、土地所有をめぐる紛争において、意図的に規範を選択するというを行わざるをえないが、誰が、いかにしてこの規範選択を行うかが新たな問題として生じてくるからである。

まず確認しておくべきは、かかる規範の選択は共同体自身によっても行いうるということであり、新しい事案への対応によって、慣習法が発展することもありうるという事実である。つまり、新しい事案でも、既存の慣習法概念、慣習法を支える共同体の利益、さらに親族的身分秩序という社会構造の観点に基づいて構成することは不可能とはいえない。したがって、既存の慣習法に知られていない事案が発生したことによって、直ちに慣習法の衰退が導かれるというわけではない。いわんや、親族的身分秩序を前提として解決するような旧来の問題は、依然として慣習法に基づく対応で十分な場合が多い。現に裁判所が設立された現在でも、慣習法に基づく土地紛争解決が行われている地域もある⁹⁶。また、共同体外部者との紛争でも、相手方との間に生じた敵対関係は謝罪の儀礼や贖罪金の支払いといったやり方で平和関係へと転換しうるものであり、これは第一に当事者間のコミュニケーション（話し合い）の問題であり、最初から一般的な行為規範（プログラム）が問題になるわけではない⁹⁷。

⁹⁶ 小馬、前掲論文（注12）参照。

⁹⁷ 現在の経済取引においても、法的ルールといった一般的なプログラムよりも、当事者間の個性に基づく信頼が大きな役割を果たしている実態については、J. Ensminger, *Making a Market: The Institutional Transformation of an African Society*, Cambridge University

しかし、その一方で、共同体を基盤とする社会のなかに上位権力としての政府が成立したことは、新たな救済提供者の出現を意味し、規範の選択が共同体の内部で完結するのではなく、場合によっては、共同体のなかで否定された規範を共同体外部の権威に伝達して、慣習法では違法とされたことを合法へと転換する、あるいは少なくとも再審理することを可能にするものであり⁹⁸、規範をめぐる紛争に新たな機会が開かれたことを意味している。そのような権威として、司法と行政とを挙げることができる。以下では、植民地期における両者の関係をみたく、原住民裁判所（後のアフリカ裁判所）における慣習法の展開を検討する。

第1項 土地紛争をめぐる司法と行政との関係

アフリカ人間での土地紛争をいかに解決するかという問題についての植民地期における基本的な考え方は、この問題は「植民地裁判所」の管轄から除外されるべきであるというものであった。これには、アフリカ人の問題はアフリカ人自身によって統治されるべきとの間接統治の理念と、アフリカ慣習法に係わる事案を植民地裁判所において扱うことが困難であったという実務上の理由とが考えられる。後者の理由としては、①土地紛争は、本来的に共同体間の紛争であって個人間の紛争ではなく、裁判所による決定が紛争の実質的解決にとって有効ではない場合が多いこと、②土地所有に係わる事実や権利義務の原因となる事実を証明する証拠（特に、書証）に乏しく、真偽不明の事態が帰結し、納得しうる判決にまで到達できないこと、③そもそも妥当している慣習法を確証して適用するうえで、アフリカ固有の概念や思考方法をイギリス人裁判官が正確に理解できるかが懸念されたこと、④訴訟の厳格な技術性から訴えが却下されたり、不公正が帰結したりすることが考えられる⁹⁹。実際、植民地初期の判例も、「この種の紛争〔アフリカ人間での土地占有に係わ

Press (1992); J. W. Curtis, *Opportunity and Obligation in Nairobi: Social Networks and Differentiation in the Political Economy of Kenya*, Lit Verlag (1995); T. Biggs et al., "Ethnic Networks and Access to Credit: Evidence from the Manufacturing Sector in Kenya", *Journal of Behavior & Organization*, Vol.49 (2002), pp.473-486; M. Fafchamps, *Market Institutions in Sub-Saharan Africa*, MIT Press (2004)を参照。

⁹⁸ 勿論、共同体の構成員にとっては、そうするかどうかの判断をするよう迫られるが、共同体への依存が強いほど、その判断は、今後自分がいかにして生活していくかの全般をかけた判断にならざるをえない。とりわけ、女性や借地人にとっては、そうであろう。

⁹⁹ B. L. Shadle, "Changing Traditions to Meet Current Altering Conditions: Customary Law, African Courts and the Rejection of Codification in Kenya, 1930-60", *Journal of African History*, Vol.40 (1999), pp.411-431 参照。それゆえ、原住民裁判所を担当する行政官は、

る紛争]の解決にとって、当裁判所は最も適したアリーナではない」とし、「県令によるほうが公正な調整のチャンスは、より大きいように思われる」と述べていた¹⁰⁰。

しかし、アフリカ人間の土地紛争を植民地裁判所の管轄から除外すべきだとしても、ではいかなる制度によって当該紛争を解決すべきかについては、実務上の試行錯誤が続けられており、それは裁判所の統一が図られた独立後も継続されているのが実情である。植民地期の原住民裁判所の制度は、土地所有をめぐるアフリカ人間の紛争は、アフリカ慣習法と実務に従って、アフリカ人自身によって解決することを建前としたうえで、実際は、行政官による解決を志向するものであり、長老の権威と行政官の権威とが結合した制度である点に特徴を有する¹⁰¹。まず、原住民裁判所の構成と手続について、両者が法制度上いかに結合していたかを確認したい。

1930年の原住民裁判所令は、原住民裁判所は、総督の同意を得て、州令が適切と考える場所に設置することができるとともに、廃止することもでき(3条1項, 2項)、原住民裁判所構成員の職務の解任および停止は州令(停止については郡令も含む)の権限としていた(5条)から、当該制度の存立および存続自体が行政官の権威のもとにある。その一方、裁判所の構成および手続は原住民の法と慣習に従って構成され(4条)、その執行する実体法は成文法に服した慣習法である(13条)から、この点で長老の慣習的権威が組み込まれている。しかし、上訴が行政官になされること、原住民裁判所はそのなしたすべての決定について県令に書面で報告しなければならないこと(23条)、州令または州令の命令に基づいて郡令その他の州行政官は、原住民裁判所に助言者として参加することができること(25条)、さらに「州令および郡令は、いかなる時でも原住民裁判所およびその記録にアクセスすることができ、利害関係者の申立て、または自らの職権により、(a)民事、刑事にかかわらず、原住民裁判所の審理を訂正(revise)し、原住民裁判所がなすことのできる命令をなし、または刑罰を科すこと、……(b)いかなる事件であっても、同一の原住民裁判所または管轄権を有するその他の原住民裁判所で再審すべきと命令すること、(c)事実審理前であれ

当該裁判所から英法を努めて排除しようとしたとされている。

¹⁰⁰ Kimani wa Kabato v. Kioi wa Nagi [1920] 8 EALR 129.

¹⁰¹ S. Coldham, "The Settlement of Land Disputes in Kenya—an Historical Perspective", *The Journal of Modern African Studies*, Vol.22, No.1 (1984), pp.59-71. 同じ英領であるシエラレオネでは、アフリカ人行政官(チーフ)による裁判制度は、武力による紛争解決から平和な裁判への移行(Pax Britanica)、および住民に実際的な影響力を行使できるという点から正当化されていた(C. B. Wallis, "In the Court of Native Chiefs in Mendiland", *Journal of the Royal African Society*, Vol.4, No.16 (1905), pp.397-409).

審理のいかなる段階であれ、刑罰が科されるかまたは判決が与えられる以前であろうと以後であろうと、事件を第一級または第二級の下級裁判所に移送することができる」こと(30条)は、審理手続だけでなく、実体的ルールについても行政官の統制に服する場合があることが法定されている。

1951年に制定されたアフリカ裁判所令も、①アフリカ裁判所の設立および廃止における総督および州令の裁量権(5条)、②アフリカ裁判所構成員の任免における総督および州令の裁量権(7条)、③アフリカ裁判所にアフリカ裁判所担当官または州アフリカ裁判所担当官が助言者として参加すること(30条)、④州令等の審理訂正等の権限(39条)について、原住民裁判所令と同様の規定を置いている。

以上の制度構成に加え、裁判所と行政官との関係は、それらとアフリカ人住民との関係においていかに構成されていたかという観点からも検討する必要がある。これについては、農地所有者が行政官に行った次の請願を検討したい¹⁰²。請願状から知ることのできる事実経過を要約すると、以下の通りである。請願者である農地所有者の土地に不法侵入し家屋を建設したとして一度処罰された者が、再び所有者の土地へ不法侵入し、その土地上でメイズを生産し始めた。所有者はこの事態を行政官に訴え、これに対して行政官は侵入者に対して土地からの立退きと生産しているメイズの撤去を命令したが、侵入者はその命令を無視し、不法占拠を続けていた。そこで所有者は、この件に関して裁判所に提訴すると同時に、行政官に対して再度請願を行ったというものである。そして請願のなかでは、「すでに作物の作付け時期が迫っているが不法占拠によって畑を利用できない」という問題を指摘したうえで、これ以上の事態の放置は問題の平和的解決につながらず「危険な地点」に達するだろう、すなわち、行政官が行動を取らなければ、「侵入者が行ったのと同じように、私の手で法を手に入れるべきだろう」と述べ、「私は、チーフと政府に対して、私と私の財産を保護するようお願いしたい。これは政府に対する私の正当な請求です」と締めくくっている¹⁰³。これに対して、行政官は、侵入者を立ち退かせるため、チーフに対して行政的影響力(administrative influence)を行使するよう命令したとの回答を行った¹⁰⁴。また、

¹⁰² DC/KSM/1/35/17, to Chief Opiyo, Kisumu Location from Noah Amolo Tolo, (20th June, 1961).引用はすべて同文書から。

¹⁰³ このように、裁判所の命令を無視して土地の不法占拠を続けているため、行政官に対して直接に請願が提起された事例の存在は、いくつか確認することができる。Letter to D. O. from Matayo Olwenyi Salamba, (1960.5.21.); Letter to P. C. Nyanza from Joran Mang'au, (1961.8.5.).

¹⁰⁴ To Mr. Noah Amolo from D. O., (26th June, 1961).

侵入者が作付けを行ったメイズに関して、所有者の請求を認め、その所有を許している。

この請願状からは、①当事者が自分と財産の保護を政府に対して要求していること、しかも、その要求が正当なものであるとの信念を抱いていること、②この要求が満たされなければ「私の手で法を手に入れるべき」としており、政府による所有の保護と自力救済とが、違法な侵奪に対する回復を実現するという点で競合関係に立つとの認識が示されていること、③所有保護の請求が裁判所とならんで行政官に対しても行われていることの三点が明らかになる。さらに、作物の作付け時期が迫っているとの主張は、迅速な救済の必要性を示唆している。ここからは、政府を通じて所有を保護することが正当なことであるとの観念が存在した事実、および裁判所と行政とが競合的に位置づけられている事実を窺い知ることができる。

第2項 原住民裁判所による土地紛争解決の実例

原住民裁判所という制度が導入されたことの意義は、一般的には、慣習法の内容や紛争解決手続の意識的操作による法的論証の発展や判例の蓄積を挙げることができるが¹⁰⁵、なかでも、「何が慣習法か」という問いが発生したことは¹⁰⁶、慣習法を適用するために、社会規範としての慣習法を反省的に吟味して、同定する必要性が生じたことを意味している¹⁰⁷。ここでは、原住民裁判所による慣習法形成の実例を検討する。

(1) 原住民裁判所の実体的ルール

まず、原住民裁判所による実体的ルールの扱い方全般に係わる点について検討しておきたい。原住民裁判所は制定法に服して慣習法を適用する機関であるから、実体的ルールについては、事案への厳格なルールの適用（そもそも慣習法は成文化されていなかった）で

¹⁰⁵ E. Cotran, "The Place and Future of Customary Law in East Africa", in *East African Law Today*, The British Institute of International and Comparative Law (1966), pp.77-78. R. Gocking, "British Justice and the Native Tribunals of the Southern Gold Coast Colony", *Journal of African History*, Vol.34 (1993), pp.93-113 も参照。

¹⁰⁶ M. Chanock, *Law, Custom and Social Order: the Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press (1985), p.23.

¹⁰⁷ そのため、慣習法についての人類学的研究が盛んに行われたが、それが実際の慣習法——そのようなものが存在するとして——を適切に捉えていないのではないかという点が問題とされる。さらに、この過程で慣習法は創造されたとする見解もある (T. Ranger, "The Invention of Tradition in Colonial Africa", in T. Ranger and E. Hobsbawm eds., *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press (1983), pp.211-262).

はなく、少なくとも規範に照らして当事者双方に相応の言い分がある場合には、衡平な解決を志向するという慣習法の性格（親族的身分秩序という社会構造に服した条件プログラム）が維持されていた。例えば、係争地が複数の当事者に帰属していることが明らかな場合は、請求内容に係わらず、係争地を放牧に利用される緩衝地としたり、休閒に付したりと、利害関係者すべての利用に供されるべきと宣言することで紛争を解決する方法が採られる場合があった¹⁰⁸。また、ナンディ慣習法においては、Witchcraftを実施した者の土地は共同体が没収するとされた¹⁰⁹。ケニアの原住民裁判所の実態調査を行った公式報告書も、「原住民裁判所が制定法を執行していたと想定することは幻想であると思われる。実際に執行されていたのは、ある種の父権的ないし『パブリックスクール』的な正義 (paternal or 'public school' justice) である」と述べている¹¹⁰。それに対して、実質的正義の強調は裁決者の中立性という価値を貶める危険性があるとの指摘もあった¹¹¹。

土地と人格との帰属証明は、請求者の父親または祖父が係争地を占有していた点について、証人によって証明されることで決定される場合が多いとされている¹¹²。また、時効の制度は、事案類型にかかわらず、衡平に基づいて、長期間の経過を理由に明渡請求を棄却するとの観点から用いられていた。リーディングケースとされる事案では¹¹³、「妥当している慣習法では土地の請求に出訴期限はないとはいえ、EACA (Civil Case 52/49) で判決されたように、自然的正義に基づいて、なんらかの出訴期限が設けられるべきである。ただし、当裁判所は、特定の出訴期限を定立しようとは思わない」とされ、個別的には、タイタ慣習法 (20 年)、カンバ慣習法 (長期間)、ブクス慣習法 (31 年)、マラゴリ慣習法 (18 年)、北ニャンザ県の慣習法 (16 年)、ルオ慣習法 (47 年) で、出訴期限が認められている

¹⁰⁸ 係争地は第三者に帰属していたが、この第三者が相続人を残さずに死亡し、その後なんらも利用されていなかったことが明らかとなった事案で、当該土地は緩衝地 (Lek) であると宣言され、当該土地の所有を争う当事者間で共同に利用すべきと裁決された (Anton Tana v. Lazaro Odeny, Nyando L.C. 83/50, A.A.C. L.C. 122/50 in Wilson, *op. cit.*, n.47, pp.34-35)。

¹⁰⁹ Chapkeino w/o arap Chekwony v. Kipsugut arap Temuge, No.4 of 1956, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.8. Witchcraft については、T. W. Bennett and W. M. Scholtz, "Witchcraft: A Problem of Fault and Causation", in Woodman and Obilade, (1995 [1979]), pp.307-321 を参照。

¹¹⁰ A. Phillips, *A Report on Native Tribunals in the Colony and Protectorate of Kenya*, Government Printer (1945), para.773.

¹¹¹ Lord Hailey, *Native Administration in the British African Territories*, Part 4, His Majesty's Stationery Office (1951), p.40.

¹¹² Wilson, *op. cit.*, n.47, p.22

¹¹³ Saulo Khaemba v. Wakhina Khwatenge, No.3 of 1953, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, pp.14-15.

114. また、長期間、土地を空けていた場合で、不在中の管理者を置くなど占有継続の意思を明示していなかった場合は、土地の権原を失うとした判決もある¹¹⁵。

原住民裁判所において扱われた土地紛争を予め類型化しておけば、①土地の境界に関する紛争として、土地境界の画定、一方当事者による境界の移動あるいは標識の除去、境界に接して建造された建物の除去の請求¹¹⁶、②相続に係わる紛争、③後見、婚姻、養子などにより土地を占有・利用する者の権利関係（各妻やその子、および所有者の娘と結婚した男性の用益権など）に関する紛争、④家長のなした土地分割決定に対する異議など¹¹⁷、親族内での土地および利益の変更に関する紛争（不在者の土地の帰属に係わる紛争を含む）、⑤借地権、認容による占有者の権利（立入許可）に関する紛争、⑥土地の処分に関する紛争に大別することができる。以下では、相続、借地、処分について、規範の意識的な選択が問題になったと思われる事案を取り上げて、検討したい¹¹⁸。

（2）相続

相続については、次の事案を取り上げたい¹¹⁹。本件は、「女性は、夫と婚姻関係にある間は夫側クランの土地を利用できるが、婚姻関係が解消された後は、同土地にはなんらの権利も有さない」との慣習法が問題になった事案である。係争地の所有者が死亡した時、所

¹¹⁴ Maini, *op. cit.*, n.58, p.14. 括弧内の年数は、出訴期限が肯定された事案で問題になった年数であり、法定された年数ではない。

¹¹⁵ ブクス慣習法において、19年の間土地を空け、管理者を置かずにいたときは、権原を放棄したものとみなされる（Yoseph Tindibale v. Stephano Munyangani, No.34 of 1955, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.4）。南ニヤンザ島の慣習法においても、管理者を置かず長期間土地を空けた場合は土地の放棄とみなされるが、これは父親を同じくする息子間での請求には適用されない（Ondiba v. Omwamba v. Osoro Omwamba, No.17 of 1959, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.4）。

¹¹⁶ 土地境界紛争については、アフリカ裁判所規則 51 条が、「裁判所またはアフリカ裁判所の土地紛争に関する判決は、審理に参加している裁判所構成員 3 名の立会いにより、係争地の境界が画定されなければ、有効とはならない」と定めていた。

¹¹⁷ カンバ慣習法において、父親は、その生存中に自らの望むとおりに土地を分割することができた。一人の子を他の子よりも優遇しようとするれば、父親はそうする権利を有する。クランの長老は、父親のなしたことについて、父親の死亡後に、介入する権限はないとした判決がある。Mbithi, Mwangangi and Kitonyi v. Kathumo Nzeki, No.1 of 1961, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.8.

¹¹⁸ 以下では、社会変化に直面した実体法の展開を知るうえで有益と思われるものを取り上げるが、当時の判例法を体系的に整理したうえで選択した事案ではないため、例外的な判決である可能性はある。なお、相続および婚姻に関する判例は、E. Cotran, *Casebook on Kenya Customary Law*, Nairobi University Press (1987)が体系的に取り扱っている。

¹¹⁹ Nikolas Ojwang v. Festo s/o Ombok, Ramula L.C. 50/50, A.A.C. L.C. 117/50, D.O. 8/51, in Wilson, *op. cit.*, n.47, pp.52-53.

有者の未亡人には被相続人との間に子がなく、その後未亡人は別のクランに属する男性と暮らすようになったが、被相続人のおいである原告（X）は、同未亡人を助け、被相続人が未亡人に与えた農地を耕作し続けていた。ところが、未亡人が1年間土地を空けた際、被相続人の最近親者である被告（Y）が同土地の占有を取得し、耕作を開始した。Yは、未亡人が他クランの男性と暮らして土地を空けた時点で土地への権利はクランに復帰し、また未亡人には男子がなかったのだから、土地は被相続人の最近親者であるYに移転すると主張した。それに対して、未亡人は、被相続人の親族のうち誰に係争地を利用させるかを決定する権利は自分にあると主張し、XのYに対する土地明渡請求を根拠づけた。一番は、Xは係争地の真の所有者ではなく、単に被相続人からの相続を欲しているだけであるとして請求を棄却した。アフリカ控訴審は未亡人の主張を認めて上訴を認容したが、郡令裁判所は、1953年または未亡人の死亡のうちどちらか早いほうの期限が到来するまでは未亡人およびXが耕作することを認め、それ以後土地は最近親者であるYに復帰すると判決した。最終審である州令上訴審では、当事者の合意を図るために郡令を現地に派遣したが奏功せず、地域の長老の聴取を行った郡令が、「Xは自分自身のために土地を請求しているのではなく、未亡人の子として、未亡人から相続するであろうXが、未亡人に代わって請求をなしている。長老は、未亡人が、かつて自分自身で耕作していた土地を夫である被相続人から相続し、仮に男子がいなくとも、その土地を養子に移転することに異論がないことに同意している」と報告したことを受け、「未亡人の土地への権利は争うことができないと考える」として上訴を認容し、X勝訴の判決を与えた。

本件では、当事者の合意形成が試みられたものの奏功せず、最終的には、長老の同意という事実が判決の決め手になったと思われ、規範選択における共同体長老の権威が保持されていることを伝えている。実体的ルールについては、ルオ慣習法上、土地は共同体（クラン）に属するものであるとされており、また同一クランに属する者を養子とすることはできなかったのに対して、本件は、妻が、夫の死後でも、自らの望む者を養子として受け入れることを認めたことで、結果として、夫クランに属する土地を、自らの意思に従って処分することを許したことになるという点が重要である¹²⁰。

¹²⁰ ただし、本件は、請求者であるXは未亡人の夫クランの一員（被相続人のおい）であり、請求を認容しても共同体外部への土地の移転は生じない事案であるから、まったくのクラン外部者についてまでも同じ法理が適用されるとはいえないように思われる。

(3) 借地

慣習法においては、土地の売買という形式は一般的ではなく、土地の取引は共同体への人の参入として扱われており、それは借地人としての受け入れという形態を採ることもあった。ルオ慣習法の借地の基本原則は、「ルオ慣習法において、Jadakとは永久の借地人であり、たとえ品行のよい借地人であり、土地所有者を援助していたとしても、彼らがクランの人間として同化することは許されない」というものであり、したがって共同体の土地において共同体の請求に勝るような権利を取得することはできないというものであった¹²¹。

原住民裁判所も、原則としては、この慣習法を適用している。例えば、原告の父親の所有地に建物を建設した被告に対して、原告が建物の収去を請求した事案では、被告はJadakであると認定され、Jadakは所有者の許可なしに建物を建設することはできないとして原告の請求が認容されている¹²²。また、Jadakである者の娘と結婚して同土地上に居住していた被告が、Jadakである者が同土地を去った後も居住を継続していた事案では、Jadakはその土地を第三者に移転する権限は有さないとして、被告に土地の明渡しを求めた所有者の請求が認容されている¹²³。Jadakに関する紛争は、その者を受容した当事者が死亡し、相続が発生した場合に、相続人がJadakの占有継続を拒絶することで、あるいはJadakが占有地は被相続人によって与えられたものであるとし、あたかも自分の所有地であるかのように扱い始めることで発生しているが¹²⁴、その場合でも、裁判所はJadakに関する原則を維持し、所有者を勝たせている。

しかし、この原則の見直しが問題となっていたことも事実である。ある事案で、裁判所補佐人は、「形式的には、Jadakは不正に行為したならば、どれほど長く耕作していようと、立退きを命じられる。Jadakの子も同様である。しかし、Jadakの孫については、そのときまでには土地への権利を有しているから、立退きを命じられることはない。現在では、Jadakが不正行為により立退きが命じられるかどうかは、次の3点に依存する問題である。第一に、どれほどの期間土地を耕作してきたか（20年がおよその基準とされる）、第二に、その者は他に行く場所があるか、第三に、どれほどの問題を引き起こしたかである」と述べたが、この点は論争になったとされている¹²⁵。

¹²¹ Wilson, *op. cit.*, n.47, p.57.

¹²² Onyango Owiti v. Ong'owu Ominidi, Doho 64/54, in Wilson, *op. cit.*, n.47, p.58.

¹²³ Mikael Nyabiga v. Marius Ondewe, Boro L.C. 12/52, A.A.C. L.C. 54/53, in Wilson, *op. cit.*, n.47, p.58.

¹²⁴ Wilson, *op. cit.*, n.47, p.61.

¹²⁵ Wilson, *op. cit.*, n.47, p.59.

次の事案では、衡平の観点から、所有者の明渡請求が棄却されている。ニャンザ県は、植民地化の影響により北ニャンザと中央ニャンザに分断され、北ニャンザに居住するアフリカ人は中央ニャンザへ移住することを強いられた。本件の原告も、この分断により移住を余儀なくされ、中央ニャンザ県に移動し、被告の父親の土地にJadakとして居住することを認められていた。その後、被告が、原告の占有地を、自身の子のための居宅を建てるために利用するとして、明渡しを執行したことにより争いとなった。裁判所の会合が開かれ、長老は、原告が自らの意思でJadakになったのではないことを理由として、土地への権利を認められるべきという法の解釈に賛成し、それに従って、アフリカ控訴審は「原告の直面した彼自身にはなんらの過失もない困難な事情を理由として、両者の利用のために土地は共有にすべきである」との判決を与えている¹²⁶。

(4) 処分

土地の処分については、「共同体の同意なしに土地を処分することはできない」との慣習法が存在した¹²⁷。また、譲渡に際して合意された条件を履行しなかった場合にも、土地を没収される責任を負う。贈与の場合は、当事者を取り巻く事情に応じて、贈与した土地の全部または一部を受け戻すことが許されていた¹²⁸。また、家族がその一員による土地取得に貢献した場合は、その土地は「家族の一般的な相続財産に含まれる」とした判決もある¹²⁹。

土地の売買については、次の事案を取り上げたい¹³⁰。原告は、原告家族所有の土地を、友人関係に基づいて、被告の利用のために貸し与えていたところ、被告は自らの費用で土地に製粉設備を設置した。その後、被告がその製粉設備を第三者に売却したところ、原告は、製粉設備が定着している土地は原告の所有物であり、自身の同意なく売却することは認められないとして、譲渡された土地の返還を請求したという事案である。これは、売

¹²⁶ Adhiambo s/o Adjuoga v. Andrea Odual and Luka Okech, Sifuyu L.C. 7/53, A.A.C. L.C. 1/54, in Wilson, *op. cit.*, n.47, p.27.

¹²⁷ ニャンザ県の慣習法において、「家族の同意なしには、家族の土地 (family land) を売却できない。同意を得ないでなされた譲渡は無効である」(Audiema Bisakeyi v. Matafali Wekhwela, No.2 of 1953, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.8).

¹²⁸ ニャンザ県の慣習法において、「叔父がおいに対して土地を贈与したが、叔父の子が土地なしに陥ったという場合、叔父は贈与した土地の一部を要求する権利を有する」(Muswahili Luswele v. Elijah Wepukhulu, No.10 of 1953, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.10).

¹²⁹ カンバ慣習法において、「土地の持分を請求している家族構成員が訴訟費用を分担したという場合、訴訟によって取得された土地は、家族の一般的な相続財産に含まれる」(Muli Kinyae and Muoki Kinyae v. Mwema Kinyae and Kiuwa Kinyae, No.4 of 1960, C. R. in Maini, *op. cit.*, n.58, p.10).

買の目的物は被告所有の製粉設備であるが、原告家族所有の土地が、製粉設備を客体とした売買に付随して、家族外部に移転したというケースである。これについて、裁判所は、当該売買は製粉設備が立地している範囲の土地に限って有効であり、その他の土地は原告に返還すべきと判決している。

ウィルソンは、この事案を、家族の同意なく土地を処分することはできないとの慣習法には知られていない新しい事案であり、衡平の観点から新しいルールが形成されたものと捉えている¹³¹。それに対して、本件を、動産の売買は共同体外部への物の転出であると観念されるのに対して、不動産の売買は共同体内部への人の参入として観念される親族的身分秩序を背景とした売買契約観に位置づけてみると、本件売買はこの限界事例にあるといえる。被告にすれば、製粉設備は自分の費用で設置した動産であって、それをいかに処分するかは被告の自由であるべきなのに対して、製粉設備は原告家族所有の不動産の定着物という性格を持ち、動産としての製粉設備と土地とは物理的に分離できないから、原告にすれば、かかる製粉設備の売買は、自身の承認しない者が買主として自己の所有地に参入することを意味するため、家族の同意なしに処分することはできないとの原則が維持されるべきことになる。本件は、動産に付随した不動産の譲渡を、共同体の外部への物の移転と観念するか、共同体内部への人の参入と観念するかを選択が問題になった事案であり、裁判所が本件売買を原則有効と認めたことは、前者の観点のもとで判断したことを意味している。土地の利用権といった事実的な占有から区別された権利（不動産権）の観念を必要とし始める契機となる事案ではないかと思われる。

本稿にとっては、これまでみてきた判決の結論が妥当であるかどうかは問題なのではなく、家族関係の変容（相続）、植民地化の影響（借地）、経済秩序の発生（処分）といった新しい種類の出来事が発生するなかで、規範の選択がますます独立した問題になりつつあった事実を確認することが重要である。そして、この規範選択が独立した問題となることは、誰が、いかにしてこの選択を行うかという問題を新たに生じさせることにつながった。そこで、次に、この点を原住民裁判所の手続の問題から検討したい。

¹³⁰ Onyim v. Opiyo, A.A.C. L.C. 40/53 in Wilson, *op. cit.*, n.47, pp.75-76.

¹³¹ Wilson, *op. cit.*, n.47, p.76.

第3項 原住民裁判所の手続

原住民裁判所は長老の権威と行政官の権威とが結合した制度である一方、それと共同体の裁判との最も大きな違いは、裁判が制度化された組織と手続に従って行われるようになった点にある。ただし、その手続についても、「技術性への不当な配慮、および不当な遅滞なく、実質的正義に従って」決定を下すことができるよう、地域の実情に合わせて柔軟に形成され¹³²、裁判実務も慣習法に従って行われるから、この点でも共同体の裁判との連続性を認めることができる。

事実認定に関しては、共同体の裁判と近代的裁判制度との違いは次の点にある。近代的裁判制度は、土地の相続や取引を直接に目撃したのではない裁判官が判決を下すという性質を有しており、そこから認定事実の真実性を確保するための手段やそれを規律する法（訴訟法、証拠法）が発展した。他方で、伝統的な共同体では、人々は日常生活のなかでお互いに対する情報を有しており、また相続や取引は長老等の面前において行われ、彼らが公証人として機能している。それゆえ、人々が紛争解決手段を選択するときには、事実認識を有する者による決定か、事実認識を有しない代わりに規定された手続に従って審理する者による決定かが一つの選択基準となる。争点がこの2つからの選択だけであり、真実に従った決定は正当な決定であるとする了解が成立している状況では、前者による決定が選好され、後者が選択される場合は、そうすることに特別の理由が必要になる。その意味でも、原住民裁判所が長老の権威と結びついている点には合理性がある。

その一方で、原住民裁判所の導入がもたらした大きな変化は、決定者の地位の分出という点にあると思われる。この決定者の地位の分出は、当事者から独立した第三者の地位を制度化するものであり、特に当事者の規範主張が明確に対立し、この対立を個人の利益を超える全体の利益によって緩和できない場合には、第三者による規範選択の手続、論証と決定理由の提示、その強制的執行という過程が発展していくことになる。しかし、これは同時に、決定の偶有性あるいは不確実性を意識させ、新たな問題を生み出す源泉ともなる¹³³。特に、「いくつかの地域では、権力をもち、影響力を有するアフリカ人が、共同体のなかで

¹³² Lord Hailey, *op. cit.*, n.111, pp.38ff.; Phillips, *op. cit.*, n.110, pp.155ff.

¹³³ D. E. Ault and G. L. Rutman, "The Development of Individual Rights to Property in Tribal Africa", *Journal of Law and Economics*, Vol.22, No.1 (1979), pp.163-182, 175ff.は、権利の記録の欠如と並んで、権原が争われた際の司法判断の予測不能から生じる不確実性が問題となっていた事実を指摘している。

支援を欠く者、将来の備えに欠く者、お人よしの者の犠牲のうえに、広大な『不動産』を取得しようとしてその地位を濫用するという兆候が存在する。そして、原住民裁判所の構成員が、新しい特権階級の利害を支援することがしばしばあり、さらには構成員自らがこの悪事に参加することさえあるという強い疑い (strong suspicion) が存在する」として、決定者による権限の濫用や汚職の問題が指摘されていた¹³⁴。また、行政官が、その法律上の権限を濫用し、あるいは裁判官である長老に間接的な影響力を行使して、不正な決定を得ていたとも指摘されている¹³⁵。

ただし、これに対する備えがなかったわけではない。アフリカ裁判所規則 49 条は、「土地紛争においては、裁判所は、土着のクランまたは家族の長老の意見を得て、その意見を事件記録に記載するよう努力しなければならない」と規定していたほか、裁判所は、裁判所外部の長老の決定を記録するだけでなく、裁判所の判決がそれと異なる場合は、その理由および長老の見解を記録する必要もあったとされる。これは、法のよりよい理解を促進するため、および裁判所内外での長老の縁故主義 (favouritism) を防止するとの目的でなされたとのことである¹³⁶。実際、前項でみた判例のなかにも、当事者間の合意を図る調停や、地域の長老との話し合いといった慣習的手続によって紛争解決が行われていることが示されていた。

しかし、共同体の裁判は、一般人も参加できる合議が中心であり、独立した決定者は存在せず、合議のなかで反論されることもありえた分、決定作成の偶有性はコミュニケーションの進行のなかでのやり取りに吸収されていたが、長老といえども、独立した決定者として成立していくと、いかなる決定にせよ、決定することの偶有性が意識されざるをえない。その偶有性は、決定内容の社会的妥当性 (了解) によって吸収されることもあるが、当事者の規範主張が対立し、規範選択がますます課題となると、了解によって決定が支持される可能性は少なくなっていく。さらに、決定の偶有性は、決定を賄賂や影響力行使によって変更することができるとの予期を与えてしまうものでもある。第三者の地位の分出に伴う諸問題をいかなる方法で解決するかが、新たな問題として成立してきたといえよう。

¹³⁴ Phillips, *op. cit.*, n.110, para. 285. なお、原住民裁判所令 27 条は、原住民裁判所の構成員が法に規定された報酬以外に恩恵を受領した場合は、刑事責任を負うことを規定していた。

¹³⁵ R. L. Tignor, *The Colonial Transformation of Kenya*, Princeton University Press (1976), p.50.

¹³⁶ Wilson, *op. cit.*, n.47, p.34 による。

第4節 行政による土地紛争解決

これまで、慣習法に基づく土地紛争解決についてみてきたが、原住民裁判所の構成にあるように、土地紛争解決においては州行政を中心とする行政官による解決が重要な役割を果たしていた。では、行政の権威は何に支えられていたのだろうか。これは、なによりも物理的強制力あるいは公的資源を統制できるという政治権力に基づいていたと考えられる¹³⁷。そして、かかる行政による紛争解決は、土地紛争そのものを、事実上法を適用して判決を与える司法作用の対象としてではなく、当事者の主張や周囲の状況に配慮しながら管理運営 (management) すべき対象として構成するように作用した¹³⁸。例えば、行政官に求められた知識や技能は、法律の専門教育に基づく法的思考よりも、地域の慣習についての情報を有し、それを理解して紛争を管理できる技能であったとされていた¹³⁹。実定法に規定されたルールを事実上適用するという司法作用 (条件プログラム) と、妥当している慣習法を含めて、さらにそれにとどまらず地域社会の全般を考慮して紛争を管理する行政作用 (目的プログラム) との関係が、ケニア社会で土地所有権制度が展開される基盤にあると思われるが、以下では、この点を検討していきたい。

第1項 行政権力の性質

一般的にあって、植民地国家は、制度上も実務上も、行政権力の優位する国家であり、この傾向は、独立後も継続しているといえる¹⁴⁰。行政権力は、総督 (植民地期) または大統領 (独立後) に付与された行政権を執行するために、法令と上級監督者の命令に従って行使されるのが原則である。その一方で、ケニア行政は、情報伝達手段の不足と監視・統制制度の欠如により、「現場の者を信頼せよ (Trust the man on the spot)」の命題のもと、管轄域内の問題一般を個人的な能力で管理するというスタイルを採っていた¹⁴¹。州行政の

¹³⁷ 政治権力の定義については、前述第2章第2節第3項(2)参照。

¹³⁸ 注100で引用した判例が、クラン間紛争は「県令によるほうが公正な調整のチャンスは、より大きいように思われる」と述べていた点を想起されたい。

¹³⁹ Shadle, *op. cit.*, n.99, p.418, 「簡単に言えば、行政官だけが慣習法の事案を解決することができた。なぜなら、彼らだけが慣習法を知っていたからである」。

¹⁴⁰ ケニアにおける国家の性格については、B. Berman, *Control & Crisis in Colonial Kenya: The Dialectic of Domination*, Ohio University Press (1990)参照。

¹⁴¹ *Ibid.*, pp.76ff. 近年では、文書による命令 (通達)・報告制度の発展、電話などのコミュニ

責任は、管轄地域における「法と秩序の維持」であったが¹⁴²、これには大統領など中央政府の命令を執行するという命令執行型の任務と、特に「土地紛争の解決はチーフの役割の中心であった¹⁴³」とされるように地域社会からの要望として行う公共サービス提供型の任務という2つの側面がある。後者について、州行政は、管轄域内の開発活動に従事し、特に教育拡充のための学校建設や農業牧畜技術の導入、道路や市場設備の整備、スポーツの振興などを行っており、それが行政官個人への尊敬を集め、彼の統治能力の証明とみなされた¹⁴⁴。つまり、州行政官には、地域社会の管理者、経営者という側面がある。

行政官職の社会的特徴として次のものが指摘されている。第一に、行政官としての地位と個人的な富の集積とは「対立するものとはみられていなかった¹⁴⁵」ため、行政権力を得ることと、経済的な富を得ることが結びついていた。なかでも、土地保有は、権力を用いて取得され、それがさらなる権力の基盤として利用された¹⁴⁶。第二に、行政官職が一つの社会的地位となっており、したがってほぼ無期限にその地位にとどまり続けることができた。第三に、これら植民地初期の行政官の子もまた父親の地位を継いで行政官になるケースが多く、世襲傾向がみられた¹⁴⁷。

第2項 行政による土地紛争解決の実例

かかる行政権力は、望ましい結果を目的として設定し、利用可能な手段を用いて、この目的を実現していく目的プログラムに従った社会システムである。土地紛争についても、違背された規範的予期そのものではなく、その違背をもたらした行為や、違背された状態から帰結する出来事を対象として、目的を設定し、それを実現することが課題となる。かかる作動の実例を検討し、その特徴を明らかにしたい。

ケーション手段の改善、研修制度の拡充などにより、事態は変化している。

¹⁴² チーフ法6条「すべてのチーフまたはチーフ補佐は、その任命された地域において秩序を維持する責務を負う。この目的のため、その地域に居住する者に対して、またはその地域の内部に対して、本法が付与した管轄権および権限を有し、行使することができる」。

¹⁴³ David K. Leonard, *African Successes: Four Public Managers of Kenyan Rural Development*, University of California Press (1991), p.28.

¹⁴⁴ レオナルドが報告しているキシー県のチーフは、自らの所有地を中等学校用地として提供したことや、商品作物栽培が許可された時にいち早く導入するなど積極的に活動していた (Ibid., p.27)。

¹⁴⁵ Ibid., p.29.

¹⁴⁶ Tignor, *op. cit.*, n.135, p.49 「チーフは、自らの権力を土地を集積するために利用し、翻って、その土地に対する統制を、自らの権威を高める基盤として用いた」。

既述のように、所有を保護する機能において、裁判所と行政とは競合関係に立たされていたが、そのなかで行政官による土地紛争の解決が行われた理由は、実定法に根拠をもつ理由と、行政官が警察を直接に動員可能であることに由来する所有保護の実効性という実質的理由とが考えられる。前者については、アフリカ裁判所規則 (Standing Order for African Courts) 47 条が、「土地に係わるクラン間紛争はアフリカ裁判所に提訴できない。裁判所に提訴される土地紛争はすべて、本人自身に固有の利益を訴える個人間のものでなければならない」と規定して、クラン間紛争の提訴を許していなかった。そして、再審裁判所は、クラン間紛争については行政行為により解決すべきと命じていた (後述、本節第 3 項)。また、行政官である県令は、社会秩序を維持するとの目的から、土地の不法占有者に対して当該土地からの退去を命令する行政権限を有しており (Native Authority Ordinance 1937, 12 条)、この権限が私的紛争の解決のためにも利用されていた。この実態を検討するために、以下の事例を取り上げる。ただし、どれも植民地期の事例である。

事例①：他の地域から移住してきたAが、現住地域の居住者と、慣習法に従って婚姻関係を結ばずに事実婚の状態にあるのは慣習法に違反しているとして、共同体の代表が行った請求を受け、退去命令が発行された¹⁴⁸。

この事例は、慣習法違反を根拠にして共同体代表から行政官に対する退去命令発行の要請がなされており、慣習法を執行する手段として行政権力が利用されていた実態を示している。かかる慣行の背後には、次のような事情が存在したと思われる。ある一定領域を支配してきた共同体と慣習法が存在すれば、ある人が土地を占有している事実がいかなる原因に基づいているかは、共同体構成員の認識に基づいて容易に判断されうるから、例えば支配領域に無断で侵入してきた者のように、誰の占有が不法占有であるかもおのずから明らかとなる。この状況では、客観的な帰属判断基準を実定法に規定しておくことも、また法定された権原に依拠して紛争を解決することも必要ではない。規範的判断はすでに下されているのであり、後は執行の問題が残されているだけの状況であるため、実効性の要請が前面に出てくる。この点に、慣習法と行政の強制力とが直接に結合する理由があったと考えられる。したがって、この側面では、行政権力は慣習法の執行機関として位置づけら

¹⁴⁷ Leonard, *op. cit.*, n.143, pp.39ff.

¹⁴⁸ ADM15/10/610, from D. C. Meru to P. C. Central Province, (1946.4.16.).

れ、その限りで、行政の役割は親族的身分秩序に服する条件プログラムとしての慣習法を補完するものであるといえよう。

事例②：過去に退去命令を受け他地域へ移動したBが、家屋を所有する（土地は所有していない）ことを根拠に戻ってきたが、行政官は、Bが当該地域の共同体に吸収される見込みはなく、また当該地域の土地保有関係を乱す恐れがあることを理由に再度退去命令を発行した¹⁴⁹。

事例③：ある入植者所有農場にスクワッターとして居住していたアフリカ人家族のうち、居住労働者令のもとで契約を締結していないCら二家族が不法占拠者として退去命令を受けた¹⁵⁰。農場所有者は彼らと契約を締結する意思はなく、退去命令の発行を行政官に求めていたからである。その際、行政官は、その二家族の家長が高齢であることから、退去命令の執行にあたって移住先の選定を自ら行い、彼らにその地域へ移住するよう求めた。

事例④：Dは、その居宅で反植民地闘争へ参加する宣誓の儀式が行われ、その後発生した警察の密偵が殺害された事件への関与を疑われた。反植民地闘争の拡大を防ぐためにも、この者とその家族を強制退去させる必要があるとして、退去命令が発行された¹⁵¹。

事例⑤：Eは日頃から評判が悪かったところ、ある日、窃盗事件に関与したことを疑われた。証拠不十分のため起訴には至らなかったにもかかわらず、行政官は、これを契機に退去命令を発行した¹⁵²。

事例①に対して、事例②は、家屋を所有するという当事者の主張は判断材料になっておらず、共同体への吸収可能性および土地保有関係の維持が退去命令の根拠となっており、

¹⁴⁹ ADM15/10, from D. C. Meru to P. C. Central Province, (1946.11.12.).

¹⁵⁰ CNC.L.2/52, from Native Court Officer Nairobi to P. C. Central Province, (1948.9.14); From Resident Magistrate Nairobi to D. C. (1948.10.8.); LAB3/1/131, from D. C. Kiambu to Mr. Hodson, (1948.11.22); From Ngene s/o Kinige and Nganga s/o Muga to Native Chief Commissioner, (1948.12.3.); CNC.L.2/67, from Native Court Officer to P. C. Central Province, (1948.12.13.); LAB3/1/135, from D. C. Kiambu to Resident Magistrate Nairobi, (1948.12.2).

¹⁵¹ L&O17/7/1/113, from D. C. Embu to P. C. Central Province, (1953.1.26.)

¹⁵² ADM15/10, from D. C. Meru to P. C. Central Province, (1948.5.15.)

また、行政官自らがその判断を行っている点で対照的である。事例③の場合は、退去命令の根拠は制定法に基づいている（契約に基づく居住権限の欠如）が、その執行にあたっては実質的価値判断が行われ、他の退去命令書にはみられない移住先の提供という事実が示されている。事例④および⑤は、退去命令という行政権限が、当事者間の紛争を解決だけでなく、地域社会の法と秩序の維持という公益的（政治的）観点（それは行政官によって解釈される）からも行使されていた事実を示している¹⁵³。これらは純粹に目的プログラムとしての決定方法であるといえる。ザンビアの慣習法を研究したChanockも、「植民地統治制度としての行政チーフ制の利用と、土地保有に関する慣習法の展開とは、深く結合していた」と述べたうえで¹⁵⁴、行政官による「管理以上のものとして存在する権利を全面的に否定することこそ、植民地国家の見方を究極的に表していよう」と述べ、行政官による土地管理が法的権利という制度を凌駕していた事実を指摘している¹⁵⁵。

また、かかる行政による土地管理が、土地と民族との結合を強める原因であったことが指摘されている¹⁵⁶。これを指摘する著者が行ったインタビューへの回答として、次のような記述がある。「ヨーロッパ人が出自について尋ねたときは、彼らが私たちの土地を取り上げようとしていることを知っていた。それゆえ、私たちはこう答えていた。『私たちは新参者や奴隷ではなく、土地が創造された時からここに帰属し、何人もここから追い出していない』と¹⁵⁷」。そして、このような土地所有の根拠づけから、共同体とその土地との関係を神聖化（sanctification）する慣行が生じ、「始原の土地（original land）」または「先祖の土地（ancestral land）」という観念が発生したとされる¹⁵⁸。この事実は、決定者の裁量に

¹⁵³ 罪を犯した者など、法と秩序の維持の観点からみて問題のある者は、土地から立退かざるをえなくなっただけでなく、場合によっては行政のブラックリストに名前を記載され、その県内では労働契約を新たに締結することはできず、また県内に居住することも禁止された。また、ブラックリストへの掲載は、農場主などの民間人の要請に基づいても行われていた。LAB.27/3/3, from D.C. to Abraham, Squatter for Black List (1950.8.2.); Letter from M.B.Jones to Cockman Esq. (1951.1.25.)

¹⁵⁴ M. Chanock, "Paradigms, Policies and Property: A Review of the Customary Law of Land Tenure", in K. Mann and R. Roberts ed., *Law in Colonial Africa*, Heinemann (1991), p.64.

¹⁵⁵ Ibid., p.68. また, Sheddick, "Land Tenure in Basutoland", in Cotran and Neville ed., *Readings in African Law*, Frank Cass (1970), pp.258-259; S. Berry, "Hegemony on a Shoestring: Indirect Rule and Access to Agricultural Land", *Africa*, Vol.62, No.3 (1992), pp.327-355 も参照。

¹⁵⁶ C. H. Ambler, "The Renovation of Custom in Colonial Kenya: The 1932 Generation Succession Ceremonies in Embu", *Journal of African History*, Vol.30 (1989), pp.139-156.

¹⁵⁷ Ibid., p.153.

¹⁵⁸ また、先占の法理が、入植者との関係でアフリカ人の土地所有を正当化する理由として用いられたこともある。南ニエリ県の長老は、植民地政府の土地調査に対して次のように証言して

対抗して、自分たちの正当な所有を基礎づけるために、土地の実体を共同体に結びつける慣行が現れ始めたことを示している。これは、土地所有を維持するためには当該土地が自分たち共同体に正当に帰属することを行政官に承認させなければならず、共同体という社会システムを維持することはそのような帰属先を維持するという点で機能的であり、かかる反省が共同体という社会システムのなかに接続されたことで、共同体を形成・維持することに新たな意義が付与されるようになったものと解釈できよう。

最後に、土地の不法占拠者（スクワッター）の問題についてみておきたい。1961年の法務総裁通達は¹⁵⁹、王領地（政府所有地）について、不法占拠者に対しては、土地管理官（Commissioner of Lands）が裁判所に訴訟を提起することによって明渡命令を得ることも可能であるが、大規模に存在する不法占拠者に対してこの方法を用いることは非現実的であるとして、行政官による自力救済（self-help）が法的に利用可能であるとしている。その根拠は、「スクワッターによる占有は不法であり、不法占有の行為を構成しているため、いかなる退去通知も、訴訟も、法的には必要ない」ということである。「それゆえ、国王は、必要であれば強制力を用いて、ただし合理的に必要な以上の強制力を用いない限りにおいて、スクワッターおよびその家畜を排除しうる」。さらに、「不法占拠者は、土地に関していかなる権利も有していないことから、スクワッターの強制退去の後に、その者の建物および作物を破壊することができる」。また、この権限はすべての公務員が行使できるが、実務上の観点から、県令が、必要であれば警察の助力を得て、行使しなければならない。強制退去以前にいかなる通知も送付する必要はないが、公正（fairness）の観点から、できる限り通知を送付し、強制力の行使までには一定の期間を設けるべきであるともしている。それに対して、私有地におけるスクワッターに関しては、「国王は、かかるスクワッターないし不法占拠者が法の執行と公共の平和の維持に関係する場合を除いては、彼らにいかなる関心も有していない」としている。

不法占拠者の問題は、独立後の土地再配分事業との関連でも提起されていた。その問題

いる。「2人の人が死んだ像を見つけたとき、どちらが右側の牙をとるか。答えは、最初に見つけた人がとる、である。私たちはこの土地の原初の所有者である。政府が来て、土地を取得し、ヨーロッパ人に与えたが、政府は二番目に来た者にすぎない。これを考慮していただきたい」。Kenya Land Commission, *Evidence and Memoranda*, Vol.1, His Majesty's Stationery Office (1934), p.87.

¹⁵⁹ Attorney-General's Circular No.21 of 1961, *Eviction of Squatter Trespassers from Farms and Crown Land*. これは、所有者または合法的所持者の同意なしに、耕作権を行使しおよび／または建物を建設することによって継続的に土地を占拠している者、または家畜の放牧によって一時的に土地を占拠している者の法的地位を明らかにするための通達である。

の捉え方は、次の文書に明確に示されている。「この移住地にはおよそ 200 家族のスクワッターが住んでいます。……これらの家族は検疫を受けていない家畜を多く保有しており、それらを移住地域の近郊で放牧しています。これに関して、スクワッターには適切に管理できないような家畜の伝染病が拡大することが危惧されます。加えて、彼らは土地に不法侵入していてもいます。法に基づいて逮捕するべきです。さらに、農場の境界線を引き抜いたり、移住基金の財産を破壊したり、また合法居住者の家屋に放火したりしていることから、彼らがもっとも大きな社会的脅威 (misance) であることも証明されています。……私はこの問題がもっとも高い優先度をもった解決を必要としているように感じています。唯一の解決は、警察の力を用いることであり、新しい移住者が来る前に農地を Clean にするため、すべての不法スクワッターを排除することが必要です¹⁶⁰」。

第 3 項 行政による土地紛争解決の限界

共同体間での土地紛争は、それが増加するにつれ、行政の果たすべき役割を大きくするものであるが、それはまた行政の限界を浮かび上がらせるような帰結も有していた。以下では、ケニア西部の南ニャンザ県 (当時) において、Abamangiti と Abasamsa というクラン間に発生した土地紛争を事例として取り上げ、行政による土地紛争解決の限界がどのように現れていたかを検討したい。

当該紛争の発生は 1942 年が最初であるとみられるが、資料によって確認できた 1955 年前後の展開を取り上げることにしたい。紛争の争点を Abamangiti 側の請願状から判断するに、係争地は慣習法上 Abamangiti に帰属する勢力範囲であったが、Abasamsa の移住によって侵奪されたため、係争地の完全な回復、および行政官が行った係争地の分割による再配分という決定の取消しを求めたというものである¹⁶¹。その展開は以下の通りである¹⁶²。

1954 年に訴訟が提起されたが、再審裁判所は、クラン間紛争の提訴を認めないとするアフリカ裁判所規則 47 条を根拠に訴えを却下し、「この紛争において土地を再分割することは行政行為 (administrative act) として行われ、それは農業上の利益に配慮して行われる

¹⁶⁰ CHEM 24/3/2/vol.II, from Settlement Officer, Chemoset West to D.C., "Illegal Squatters—Ex-permentier Farm" (1967.9.25.). また, TUR4/4, from Senior Settlement Officer to P.C. Western, (1966.6.3.)も同様の指摘をしている。

¹⁶¹ Petition to H.E. Governor from Mwamangiti, (1955.12.12).

¹⁶² 以下は, AC/11/F/1/296, from D. C. South Nyanza to P. C. Nyanza, (1956.1.5)に記載の事

べきである」と指示していた。これにより、本件は南ニャンザ県令の管轄に移され、県令は農業省の担当官に係争地を調査させたうえで、係争地を20区画に再分割することに決定した。これら20区画を配分するにあたって、県令は、「クランにかかわらず最も適した請求者に配分されるべき」との裁判所の指示に従い、各クランの構成員に自分に最も適した土地区画を申告させ、リストを作成することにした。しかし、Abamangiti側はこの再配分を承認せず、あくまで土地全体の帰属を要求して申告を拒絶したため、係争地が相手方に移転する事態に至った。このためAbamangiti側代表は、1955年12月に総督に対して請願を提起し、「県令が、110名以上もの者を自分の土地から移動するよう命令した」ことに抗議し、「その土地を耕作することもできず、さらに将来農業を行える見込みもない」こと、そして「Abamangitiに帰属している土地をAbasamsaに与え、さらにワンジェレ地区の数名にそれまで以上の土地を与えたことは不正である」として¹⁶³、事態の改善を要求したというのが背景である。

この請願に対して、アフリカ裁判所は、「法的根拠を持たない行政行為による慣習法への介入にあたっては、提案が多数派の支持を得ていることが重要であり、本件のような土地区画の配分は、利害関係を有する両クランの協働 (collaboration) によってなされるべき」との見解を示す一方、請願者に対しては、行政による決定を受け入れるよう助言されるべきであると勧告した¹⁶⁴。これを受け、ニャンザ州令は、南ニャンザ県令に対して土地再配分のやり直しの可能性を探るよう指示し¹⁶⁵、県令は1956年5月に両クランの代表による話し合いを行った。そこで行政官は、土地を分割し当事者間で配分すべきとの裁判所の決定は今でも変更できないこと、すべての土地区画は適切に耕作されるべきこと、不在地主は許されないことを伝えたうえで、20区画のうち、両クランに9区画ずつ配分し、ワンジェレに1区画と残りの1区画に学校を建設するよう提案した¹⁶⁶。しかし、Abamangiti側は依然としてすべての土地を要求したため、行政官は土地の境界を見直すことを決定し、そのうえで両クランに折半することにした。だが、同年6月、Abamangiti側は再度請願を提起し、あくまで係争地の完全な回復を求め、また行政官による土地紛争解決は違法であることを主張した。しかし、同年7月、アフリカ人問題担当省 (Ministry of African Affairs)

実による。

¹⁶³ Petition to H.E. Governor from Mwamangiti, (1955.12.12).

¹⁶⁴ S/AC.4/1/II/137, from African Courts Officer to P. C. Nyanza, "Court of Review Application No.18/54", (1956.2.1).

¹⁶⁵ L & 2/4/3/II/150, from P. C. Nyanza to D. C. South Nyanza, (1956.3.10).

¹⁶⁶ Note for File No. AGR 11/6/4, from District Officer, Kisii to P. C. Nyanza, (1956.5.14).

から、すでに本件は行政行為によって解決されており、請願は却下されることが通知された¹⁶⁷。

この事案からは、当事者の関心と行政官の関心とのずれが明らかとなる。当事者である Abamangiti 側が土地の再配分を頑なに拒否し、何度も請願を繰り返す背景には、慣習法のもとでの所有権に対する信念があったと考えられる。Abamangiti 側の主張にのみ基づく判断ではあるが、係争地はその勢力範囲であり、その侵奪は不正であるとみなされるどころ、Abasamsa の移住はこの不正な侵奪に該当するから、侵奪された土地は回復されるべきというのが Abamangiti 側の関心であろう。それに対して、行政官の関心はもっぱら紛争を平和的に解決しようとする点にある。Abamangiti 側の主張を受け入れるためには、Abasamsa 側が移住しうる土地が確保されていなければならないが、土地の稀少化ゆえに退去を強いることが困難になっていたと思われる¹⁶⁸。10 年以上にわたって続いてきた本件は、県令自らが暴力の対象になりかねないという危惧を表明するほど険悪なものとなっていた¹⁶⁹。この状況で、両者の合意を図り紛争を解決することが行政に求められた役割であり、これは司法的解決になじまないゆえ、クラン間土地紛争は司法管轄から除外されていたと考えることができよう。

本件の場合、係争地が、土地境界が明確ではなく、また一時的な放牧や採集に利用され継続的な占有の事実を伴っていない勢力範囲という領域であった点が、紛争解決を困難にした一つの要因であると思われる。通常、耕作地などの占有地には立木など境界を明示する標識が存在し、占有の事実が明白である場合が多く、それが誰の所有地であるかは当事者を含む共同体の人々の認識に支えられている。しかし、本件係争地が継続的な占有の事実を伴っていない勢力範囲であったことから、かかる土地を占有することが占有侵奪と言えるかどうか問題となる。さらに、当事者の主張から判断するに、紛争の性質は、個人ではなく共同体を当事者とし、一方共同体が他方共同体に対して係争地全体の正当な帰属を主張したという紛争である。

ここでは、観察の対象となるべきは違背された予期のほうか、それともその対応から帰結する出来事のほうかという選択が問題になっている。なぜなら、有限な資源である土地

¹⁶⁷ Letter from the Secretary for African Affairs to Mr. Nyamonemo Nyaneiti, (1956.7.21).

¹⁶⁸ 当該地域における 1950 年代の土地紛争の背景は、Y. Mayer and I. Mayer, "Land Law in the Making", in Kuper and Kuper ed., *op. cit.*, n.10, pp.51-78 が扱っているが、とりわけ土地の稀少化に紛争の原因を求めている。

¹⁶⁹ AC/11/F, from D. C. South Nyanza to P. C. Nyanza, (1956.3.15).

が稀少化しつつあるなかで、慣習法上の権利を貫徹することと、貫徹した場合の帰結あるいは貫徹しなかった場合の帰結とは相容れないものとなっているからである。ここでは、「AならばB」という決定の仕方（条件プログラム）と、特定の帰結実現を目的とした決定の仕方（目的プログラム）とでは、決定内容が背理し、それゆえどちらかを選択しなければならない状況にある。これは、「私のもの」という規範的予期に違背した出来事を、規範選択の問題として扱うかどうか、つまり法の問題とするかどうか自体が選択されざるをえない状況を提示している。そして、決定の結果が全体社会からみて極めて困難なものである（特に、暴力的紛争へ至る危険が大きい）場合には、既存の規範ないし権利を貫徹することはあきらめなければならない。その困難が大きいほど、土地紛争は法制度の対象ではなく、政治行政による管理運営の対象とならざるをえないのだと考えられよう。しかし、これでは土地所有に係わる法的予期の安定化をもたらすことはできない。なんとなれば、暴力への威嚇を背景にして、土地所有秩序を形成し直そうとすることもできるからである。これが可能であるとの予期は暴力的紛争を誘発し、土地所有は法の問題ではなく実力の問題とされてしまう。実際、ケニアの民族紛争には、かかる傾向が見出される。

第5節 近年の土地紛争——民族紛争の事例から

最後に、土地制度改革が実施され、近代的な司法制度の整備も進んだ近年のケニア社会において、土地紛争がいかなるものとして構成されているかの実態を検討して、上に述べてきた共同体と行政による土地紛争解決によって実定法上の所有権制度が相対化されている現状を指摘したい。本稿では、民族紛争において現れた土地紛争を検討の対象とする。その理由は、ケニアにおける民族紛争とは、最終法廷たる戦争（暴力的紛争）により土地紛争を解決するという側面を有しており、これは終局的裁決機関たる裁判所による解決の対極にある紛争の終着点だからである。

ケニアにおける民族紛争は、1991年にリフトバレー州において発生し、その後ケニア全域へと拡大し、1993年まで継続した¹⁷⁰。リフトバレー州は複数の民族から構成されるマルチエスニックな地域であり、紛争では、カレンジン、マサイ、キクユ、カンバ、ルヒヤ、

¹⁷⁰ 津田みわ「複数政党制移行後のケニアにおける住民襲撃事件——92年選挙を画期とする変化」武内進一編著『現代アフリカの紛争——歴史と主体』アジア経済研究所、2000年、101頁以下参照。

キシー、ルオといった民族集団間の紛争という構図をとった。1992年末までに、およそ800人が死亡し、少なくとも13万人が国内避難民になったと推定されている¹⁷¹。また、1998年、2007年の総選挙にかけても同様の紛争が発生している¹⁷²。以下では、1991年から1998年までの民族紛争の実態調査を行った司法調査委員会の報告書〔以下、「報告書」と略す〕をもとに¹⁷³、紛争の性格や原因の事実関係を明らかにしていきたい。

報告書は、1991年から1998年までの民族紛争の性格について次のように要約している。「これらの紛争は、高度な武器も原始的な武器も用いられた部族間の戦争類似の行動という形態をとった。これは、男性、女性、および子どもの殺害および残虐な傷害、数千人もの人間の土地と住居からの追放、夥しい数の高価で貴重な家畜の窃盗・殺害・傷害、数千の住居の放火、数百万シリングもの価値がある財産の盗取および破壊を引き起こした¹⁷⁴」。そして、紛争の原因として、政治的側面、すなわち複数政党制導入にともなう政治的対立および州行政や警察など政府機関の恣意的対応とともに、紛争の遠因となった共同体間の対立を指摘している¹⁷⁵。以下では、民族紛争の私法的側面と政治的側面に分けたうえで、それらが土地所有をめぐる紛争とどのように結び付いていたか、およびこの紛争に対応した行政機関の行動について検討していきたい。

第1項 民族紛争の私法的側面と土地所有

¹⁷¹ これは、国家選挙監視団 (National Election Monitoring Unit) の報告 (K. Kibwana, *Readings in Constitutional Law and Politics in Africa: A Case Study of Kenya*, University of Nairobi (1997), Ch.24 所収) による。それに対して、Africa Watch, *Divide and Rule: State Sponsored Ethnic Violence in Kenya*, Human Rights Watch, (1993)は、1500人が死亡し、30万人が避難民になったと推定している。

¹⁷² 2007年選挙に伴う紛争については、Kenya Human Rights Commission, *Violating the Vote: A Report of the 2007 General Elections*, (2008)(at www.khrc.com, last accessed on 2008/03/02)。

¹⁷³ Republic of Kenya, *Report of the Judicial Commission appointed to inquire into tribal clashes in Kenya*, Government Printer (1999) ——以下、Judicial Commission Reportとして引用する。なお、当委員会は、The Judicial Commission of Inquire Actに基づいて、大統領が任命した独立の調査委員会であり、3名の控訴院判事と事務局から構成され、関係者の聴取、証拠文書の提出などの手段を用いて事実認定を行っている。したがって、その報告は、当該紛争について一応の真実を語っているものと評価できる。この報告書に対しては、政府による反論も出されている (Republic of Kenya, *Comments by the Government on the Report of the Judicial Commission Appointed to Inquire into Tribal Clashes in Kenya*, Government Printer (発行年記載なし)。ただし、批判の主眼は、民族紛争の政治的性格に向けられており、土地紛争についてはほとんど触れられていない)。

¹⁷⁴ Judicial Commission Report, p.20.

¹⁷⁵ 国家選挙監視団の報告書も、紛争の背景として、土地問題と政治的対立を挙げている。NEMU, *op. cit.*, n.171, pp.463-464.

暴力的紛争の発生は政治的な出来事を契機としている一方で、その紛争には政治的出来事以前から存在する原因が作用している場合が多く、長年に渡って形成されてきた共同体間の対立を遠因としている事例が多い。その事案類型は、①土地所有をめぐる紛争、②土地利用あるいは土地境界をめぐる紛争（遊牧民の家畜のための水場の確保と農業民の移住との対立¹⁷⁶、土地の収奪および違法な放牧や耕作¹⁷⁷）、③土地取得法人の内部紛争、④スクワッターに係わる紛争、⑤家畜の窃盗に係わる事案、⑥市場の使用をめぐる紛争¹⁷⁸に大別される。以下では、このうちのいくつかの事例を取り上げて、検討する。

事例1-1：土地所有をめぐる紛争

民族紛争はケニア全域で発生しているが、その多くは旧入植者の所有地で独立後に開放されたリフトバレー州で発生している。土地所有をめぐる紛争の構図は、開放された土地の再配分計画により移住してきた者と、領域一帯が原初的に自分たちに帰属していた「先祖の土地」であると主張する者との間の対立であることが多かった。これについて、報告書は次のような事情を指摘している。ケニアは植民地期に、入植者が直接に土地を取得する入植形態をとったため、アフリカ人は、その居住地を追われ別の土地に移動させられるか、あるいは所有地内にとどまり続ける代わりに農業労働を提供するという契約に基づく占有権限を有するのみであった。独立後、入植者所有地が、ケニア政府の再配分政策を通して、または所有者との売買契約を通して、アフリカ人に移転することになったが、その場合、農場の内部または周囲に居住していた者や、あるいは植民地化以前に当該地域に居住していた者らは、元の所有地への帰還を求めた。移住計画や土地取引によって土地を取得した新しい所有者——特に、土地なし階層が多かったセントラル州からの移住者——が当該地域に居住し始めたのに対し、「土着の人々は概して、権原証書の保有者が、自分たちよりも農地に対して正当な権利を有していることを決して認めなかった¹⁷⁹」。

実際、民族紛争が最も激しかった地域とされているナクル県の主要な紛争原因は、この理由であった¹⁸⁰。同県も、植民地期にはハイランドを構成しており、原住民保留地は存在

¹⁷⁶ Judicial Commission Report, pp.165-166.

¹⁷⁷ Judicial Commission Report, pp.175-176.

¹⁷⁸ Judicial Commission Report, pp.104ff.

¹⁷⁹ 以上, Judicial Commission Report, pp.55ff.

¹⁸⁰ Judicial Commission Report, pp.115ff.

せず、現在の居住者の多くは独立前後に土地取引か移住計画によって移住してきた人々が中心であり、すでに独立直後から、同県にもともと居住していたことを主張するカレンジン系の集団と移住者との間での紛争が発生していた。ナクル県で最も紛争が激しかったモロ郡では、1992年3月14日の未明にキクユ人の居住地が襲撃されたことに起因して、3月17日には同郡の住民の大半が避難するほどの事態にまで紛争が発展した。その間、住居が放火され、家畜が盗まれるなどの被害が発生した。その後、同年4月24日にも近隣のMau Summit郡やOlenguruone郡でも同様の襲撃が発生している。モロ郡では、1993年に入って紛争が再発し、1993年9月2日、同郡を含む一帯が特別警戒区域(security operation zone)に指定されるまでに至っている。その後、紛争はキクユとカレンジンとの間で報復の繰り返しへと至り、多くの避難民が発生した。避難民のなかには、政府によって代替地を与えられ、その土地に移住した人もいる。特に、Olenguruone郡から排除されたキクユ人は、生命への危険から元の居住地に帰還することができず、Elburgon郡に別の土地を与えられ、あるいは、民族混合地域では、居住地域の少数派が土地を売却し、別の地域へ移住する人が多かったとされる¹⁸¹。このように、紛争の結果、土地所有を失い、あるいは放棄せざるをえない状況が生まれており、実力が土地所有を決する要因として働いていることがわかる。

事例1-2：土地利用をめぐる紛争

ライキピア県 Ol Moran 郡は、もともとは旧ヨーロッパ人所有地であり、独立に伴って移住基金受託者の所有となり、その後移住計画の実施のなかで、Mutukanio Co. Ltd と Laikipia West Co. Ltd へと売却された地域である。その結果、前者は後述する Njoro 郡を構成し、後者は Ngarua 郡を構成することになった。Ngarua 郡には、キクユ、キシー、ソマリ、ルヒヤといった農業民と、ポコット、サンプル、トゥルカナといった牧畜民が居住していた。当該地域では、従来から農業民が耕作していた農地に対して、牧畜民が違法に放牧を行うという土地利用をめぐる紛争が発生しており、特に1996年ごろから紛争が増加し、農業民の不満が高まったため、政府は牧畜民が違法に占拠する土地の明渡しを執行したが、その後も紛争は途絶えなかった。そのなか、1998年1月11日に、小火器で武装したポコット人とみられる一団が、キクユ未亡人の住居を襲撃し、家畜14頭を強奪する事件が発生した。同日、今度はキクユとみられる一団がポコットの住居を襲撃し、家畜を殺害

¹⁸¹ Judicial Commission Report, p.137.

し住居を放火した。同月 13 日、同郡の郡令は、キクユに対して、平和と和解を話し合うために、ポコットの家畜に対する損害賠償を支払うよう命じたうえで、両共同体から 12 名ずつの長老を選出して議論すべきと提案したが、ポコット側はまず相手からの損害賠償の支払いがなければ和解の話し合いに応じないと回答した。翌 14 日には、ポコットとサンプルとが共同してキクユの集落を襲撃し、2 名を殺害、複数の住居を放火した。襲撃は、翌 15、16 日にも発生し、キクユをはじめとする農業民の間に混乱とパニックを引き起こした。同月 22 日に州令が同郡を訪問し、大規模な公共集会を開催し、暴力行為を止めるよう要請した。そして、Ol Moran 地区を新たな行政区画（郡）として Ngarua 郡から独立させ、郡令職を置くとともに、独立した警察署を設置するという措置が採られた。民族をその居住領域ごとと分離して、各領内を自治的に支配することを認めるという措置である。

事例 1-3：土地取得法人の出資者間の紛争

次に、移住者の内部で発生した紛争について取り上げる。リフトバレー州では、移住者が土地取得のために組合あるいは法人を設立し、移住地を共同して購入した後、組合または法人への出資比率に応じて配分するという形態を採ることが多い¹⁸²。

ナンディ県 Tinderet 郡¹⁸³は、植民地化以前にはカレンジンのサブクランであるナンディ人が支配していた地域であった。ところが植民地化によって、同地域の土地はヨーロッパ人所有地となり、ナンディ人は近隣へ退去することを強いられた。他方で、ヨーロッパ人所有地には、ルヒヤ、キクユ、キシー、ルオ、カンバなどの民族集団から、農業労働者やスクワッターとして居住する移住者が流入した。これに対して、ナンディ人は、すでに植民地期から Tinderet 地域の返還要求を行っており、ナンディの権利確立へ向けた行動が採られていた。

独立後の 1976 年に、同郡のうち、1,934 エーカーの農地が、非カレンジン系の人から構成される Miteitei Farmers Co. Ltd という法人に売却され、同法人名義で登記された。当初の出資者は 414 人であったが、株式の増発により 600 人を超える出資者に株式が配分され、カレンジン系であるナンディ人も土地を取得するようになった。同法人が土地を取得する前には、同地域は Nyakinyua 女性団体というキクユの女性だけから構成される団体が

¹⁸² ケニアにおける協同組合については、B. Gyllström, *State-Administered Rural Change: Agricultural Cooperatives in Kenya*, Routledge (1991) 参照。

¹⁸³ Judicial Commission Report, pp.72-79.

同土地の取得を目的として現実に占有していたところ、非カレンジン系の土地取得を認めないナンディ人によって、暴力的に立退きを強制された。今度は、こうして取得された土地の配分をめぐる、ナンディは自分たちが一株あたり少なくとも5エーカーを取得すべきと主張したのに対して、他の構成員は農地をすべての株主の間で均等配分することを求めたため、同法人の内部で対立が発生することになった。この紛争を解決するため、州行政は、チーフを議長とする委員会を立ち上げ、「真正な株主のリスト」を作成したが、同リストの309名中、9名だけが非カレンジン系であり、他はすべてナンディ人とされ、非カレンジン系の所有者であるべき286人が除外された（その後、314名と279名の対立になっている）。この紛争が解決されないままであったところ、1991年の10月に同郡から非ナンディ人を排除しようとする紛争が発生したというのが民族紛争の経緯である。

同県の県令は、この紛争を解決するために両集団の代表による会合を主催し、誰が正当な出資者であるかの再調査と、当該法人の運営状況に対する審査を行い、政治力を行使することで紛争を解決しようとした。会合には州行政の担当者だけでなく、治安機関の責任者や与党の郡支部長等が出席しており、政治問題として扱われていたことが窺い知れる。また、本来、株主間での紛争であるところ、株主ではない者も会合に参加したとされており、これが共同体間での紛争となっていたことがわかる。会合は極めて緊迫したものであり、暴力の発生が予想されたことから、警察官も動員された厳戒態勢のなかで行われた。しかし、会合のなかで県令が与党郡支部長の介入を無視しようとしたことから、会合は紛糾し、そのまま散会された。会合の2日後、リストから除外された者の農地や居住地が放火される事件が発生したため、攻撃の対象となった人は、同郡から逃れなければならなくなった。その後、1992年に、同郡に残ったナンディ人の中で株式が配分され、権原証書が発行されたという。また、土地から排除された者の出資金は、それらの者がこれまで同地域を占有し利用してきたことに対する地代として扱われ、返還されなかった（同組合の元事務長の証言）。

本件の発生原因は、一私法人における出資者間の関係および法人資産の管理・配分に係わるものであり、本来であれば私法と民事訴訟により解決されるべきものであって、行政の関与する紛争ではない¹⁸⁴。実際、司法調査委員会も、行政には私法人の問題に介入する

¹⁸⁴ 同様の原因による紛争は、Uasin Gishu 県でも報告されている。Judicial Commission Report, pp.111ff.

法的権限がない点を強調し、行政の行為を批判している¹⁸⁵。司法調査委員会の調査は、同郡における紛争の原因として、次の3点を指摘している。①ナンディ人は、Tenderet郡その他の領域でヨーロッパ人が強制的に取得したことで喪失した自らの土地を回復しようとする野心を長年にわたり抱いてきた。この感情は、独立後の土地再配分により非ナンディ人が当該領域の土地を取得したことにより悪化した。②ナンディ人は、外部者が郡内の土地を所有することを嫌悪していた。紛争は、外部者の排除を目的としていたように思われるとする。③第3の理由は政治とエスニックな忠誠である。とりわけ1991年の複数政党制導入が、カレンジン出身の大統領を排斥する運動であると考えられたことから、政治的な対立が旧来の土地紛争を激化させた。ここからは、一方当事者は、法人への出資者という「私人」の立場から法的に紛争を提起しているのに対して、他方当事者は、土地と共同体との歴史的な帰属関係を主張し、政治的な観点から主張を提起しているという紛争の性格を読み取ることができる。

事例1-4：不法占拠者の占有をめぐる事案

ケリチョ県Thessalia郡¹⁸⁶に属するある土地(L.R. No.3979)は、もともと1924年に植民地政府が3人のヨーロッパ人入植者と99年の期間で賃貸借契約を締結し、貸与した土地である。その後、1951年、同土地の定期不動産権はMargaritis Plantations Ltd.という法人へ移転され、同法人が土地を占有していた。1967年、同法人が破産したため破産管財人は同土地の一部(L.R. No.3979/2)を私人に売却した。しかし、この私人も適切な管理ができない事態に至ったため、1973年、農業畜産大臣は、農業法187条¹⁸⁷に基づいて、同土地に対する管理命令を発行し、その命令を登記簿に記載した。その後、同土地の権利は別の法人や個人に移転されることになった。ところが、当該土地には一帯がヨーロッパ人所有農場であったころから、同農場の労働者として複数のルオ人スクワッター家族が居住し続

¹⁸⁵ Judicial Commission Report., p.73.

¹⁸⁶ Judicial Commission Report, pp.30, 92-103.

¹⁸⁷ 「大臣が、農地の保有区画が、(a)管理または監督(supervised)されなくなり、当該区画の劣化を防止または遅延させるために必要であると認めたか、または(b)当該区画の劣化を防止または遅延させるために必要な管理または監督が不十分であると認めたときは、この認識を証明したうえで、当該区画の位置する農業委員会との協議に基づき、特定期日以後、当該区画が、所有者を排除して、本法に基づいて大臣によって所持および管理されるとの命令(以下、本条では、管理命令(management order)と呼ぶ)を所有者になし、送付することができる(187条1項)。その場合、所有者は、政府に対する補償請求権を有する(187条2A項)ほか、大臣に命令の審理を要求すること、および農業不服審判所に異議申立てをなすことができる(187条7A項)。

けており、彼らは他に所有地を保有していなかった。農業畜産大臣はスクワッター家族の占有地 392 エーカーを売り渡すことができず、同土地を牧草地へ転換する計画を立て実施しようとしたが、スクワッター家族は当時のD.A.モイ副大統領に対して計画の停止を求める請願を提起した。副大統領は請願を認め、農業畜産大臣に対して計画の停止を要請し、農業畜産大臣はその要請に従い計画の実施を取りやめ、さらに当該土地の一部をスクワッター家族の再定住のために利用するよう県令に対して通達を行った。その後、スクワッター家族（Buru Farmers Societyという団体を結成している）は、県令から、当該土地の購入のため 6 万シリングを調達し、県歳入庁に購入代金として納めるよう要請を受けた¹⁸⁸。しかし、県令は、農業畜産大臣の通達にもかかわらず、「政府は依然として将来の開発のために当該土地を必要とする」と判断して、上級庁の命令を無視し、スクワッター家族への再定住計画を実施せず、権原移転も行わなかった¹⁸⁹。その背景には、県令と同族のキプシギス人の団体（Kipsitet Farmers Society）が、同土地を欲していたという事情があったとされる。そして、同土地の一部は同じく 6 万シリングを県歳入庁に納めたキプシギス人団体に移転された。以上の事実経過からすれば、本件は、ルオ人団体とは契約も成立しており、購入代金の支払いも進んでいた¹⁹⁰（完済されたかは明らかではないが）事案である。

1988 年頃から、係争地を含む一帯はキプシギスに帰属する土地であるからルオ人スクワッターは立退くべきとの要求が、同郡の集会で公然と提起され始めた¹⁹¹。その後、1991 年から 1992 年にかけて、スクワッター家族の農地に対して襲撃が重ねられ、家屋と農作物の破壊が繰り返された。1991 年 11 月 16 日には、キプシギスの数名が農場に侵入し、家屋を破壊した。その後も襲撃は断続的に続き、警察へ容疑者を通報しても、なんらの行動も採られなかったという。1992 年 3 月 7 日にも農地が襲撃を受け、ルオ人家族は一時的に近くの教会へ避難し、その後避難民は農場へ帰還し、家屋を再建し、居住していた。しかし、1993 年 4 月になって、再びルオ人団体の追放と襲撃を呼びかける集会が行われた。ルオ人らは県令に対して保護を要請し、県令も同家族が長年に渡って占有していることを理由に、

¹⁸⁸ 司法調査委員会は、一部支払いがあった事実を認定している。

¹⁸⁹ 農業畜産省や土地管理官はこの事態の認識を有していたが、さらなる行動は採られなかったとされている（Judicial Commission Report, p.95）。さらに、ルオ人団体は、購入代金支払いの遅延金として約 2 万 1 千シリングを請求され、実際に支払ったとされるが、土地の移転の手続きは採られていなかったとされる。Ibid., p.96。

¹⁹⁰ 司法調査委員会は、「現在の政府は、彼らの金銭を保持している」と述べている。Ibid., p.103。

¹⁹¹ Ibid., p.96。

法が強制立退きからの保護を与えると約束した。しかし、その後県令は態度を変え、1993年12月13日、当該土地が原初的にキプシギスに帰属していることを理由として、18時間以内に立ち退くよう通告した。そして、同月、行政官は警察を伴いルオ人の居住家屋を破壊し、実際に命令を執行した。

当時のチーフは、当時同農場には誰も居住しておらず、無人の家屋を破壊しただけであると証言しているが、司法調査委員会は、居住者に退去命令を発行した事実があり、また1993年9月24日付けの県治安委員会議事録には、同農場のルオ人家族について議論したことが記載されていることを理由に、証言を事実として認定していない。一方、当時の県令は司法調査委員会の審問に対して、治安上の理由から行った措置であると説明している。

元県令：私は治安上の理由から明渡しの執行を決定したのです。

委員A：治安上の理由ですか？

元県令：はい。これらの者〔ルオ人家族〕が紛争に参加したのを目撃した後です。私たちは、県内の他地域で起きていた紛争の発生に先手を打とうとしたのです。

委員A：あなたがこの土地紛争の経緯を調査する間、紛争を回避して治安を提供するための、よりよい意見はなかったのですか？

元県令：当時、その可能性はありませんでした。述べたように、私たちはナクルの近隣県での問題に直面しており、治安維持要員をその支援のために派遣してしまっていたのです。2、3人の治安維持要員を現場に派遣することは、暴動が発生した場合、彼らの生命を危険に陥れることとなります。それゆえ、ほかに手段がなかったのです。

委員A：分かりました。しかし、ルオ人を立退かせるため、あなたは30人の警察を派遣していますね？

委員B：それに、2台のブルドーザーも。

元県令：命令を執行するため、警察官を借り受け、その後元の警察署へ帰したのです。

司法調査委員会は、この証言を事実として認定していない。理由として、近隣県で紛争が発生していたのは1991年から1992年にかけてであり、1993年12月には、そういう治安上の理由が見当たらないからである。さらに、1995年11月6日に、県令は登記官に対して当該土地が誰の名義で登記されているかについて照会を行っている。司法調査委員会は、当該土地の所有者が誰であるかを知ることなくして、当該土地の居住者を不法占拠者

として立ち退きを強制することができないところ、県令が事後的にかかる照会を行っているという事実は、県令がルオ人家族を強制的に立ち退かせた時点ではこの認識を有していなかった証拠であると指摘している。さらに、県令の行った立ち退きの執行は、早朝に突然押しかけ、家財を運び出す時間も与えないまま 2 台のブルドーザーで家屋ごと破壊するという残忍かつ非人道的な方法であるとも指摘しており、極めて違法の疑いが強いと結論づけている。

選挙に関連して発生する民族紛争が 2002 年の総選挙では極めて小規模で散発的なものにとどまったのに対して、財産侵害や不法行為を原因とする紛争は依然として発生しているという事実から、私益に係わる紛争は、ある程度、民族紛争の政治的側面から独立した現象および問題として捉えることができるように思われる。以下、最近に報道されたところから、いくつかの紛争を取り上げたい。

家畜の窃盗をめぐる共同体間の紛争については、例えば、2006 年 8 月、Kuresoi 郡で、家畜の窃盗を原因とした対立により、5 名が死亡、23 名が負傷、約 200 件の家屋が放火・破壊され、その数週間後、今度は報復として Temyota Four farm において 6 名が殺害された¹⁹²。また、同年 10 月には、ナクル県 Njoro 郡 Nessuit 郡でも、家畜窃盗の嫌疑を原因として民族紛争が発生し、1 人が負傷、20 の家屋が破壊された¹⁹³。また、土地をめぐる紛争については、11 月に、4 つの共同体の構成員が占有・利用する農地をめぐる武力紛争が発生し、その結果、およそ 300 の住居が破壊され、少なくとも 7 名が死亡した。この紛争の直接の原因は、ある共同体の構成員による強姦未遂事件に対して、報復しようとした相手方共同体の構成員が、誤って別の共同体を襲撃したことに起因するとされているが、この襲撃を原因として、紛争は周辺農場にも拡大し、住民を農場から追放しようとするものへと発展した。新聞記事は、当該農場は、市場へのアクセスがよく、農業に適していることが背景にあるとしており、土地所有をめぐる紛争であることがうかがわれる。

放牧民が、水資源の枯渇から、放牧地を求めて私有地に立ち入るケースが増え、所有者との間で暴力的対立が発生している事例もある¹⁹⁴。マラクエット県では、森林保護法に基づく指定地において、スクワッターの違法な定住と開墾が進んでおり、およそ 1 万人が違

¹⁹² Daily Nation, 2006/11/8.

¹⁹³ Dairy Nation, 2006/10/10

¹⁹⁴ Dairy Nation, 2006/10/8.

法に占有していると報告されている。特に、県開発委員会が、2006年に、森林保護指定地を開放し、配分するよう勧告して以降、正式に決定がなされていないにもかかわらず、移住が活発になった。当該地域は、水資源の保護を目的とした保護区域であり、当該地域からの流水に依存する地域住民は、スクワッターによる移住と開墾に反発して、スクワッターの排除を求め、さらに「政府がそうしないなら、自分たちでスクワッターを排除する」とさえ述べている¹⁹⁵。

これらの事実は、私益に係わる紛争は選挙に関連してのみ発生する特殊な紛争ではなく、ケニア社会に恒常的に存在し、その処理が十分適切に行われないうまま、残存し続けており、その解決として当事者による自力救済が依然として利用されている実態を示している。

第2項 民族紛争の政治的側面と土地所有

私益に係わる紛争が民族紛争の遠因であったとはいえ、紛争が暴力を伴う大規模な対立へと発展した理由は、複数政党制への移行によって政権をめぐる政治闘争が過激化したという政治的理由があることは間違いない¹⁹⁶。紛争の政治的側面そのものは本稿の分析対象ではないが、その政治的側面が土地所有と関連して形成されている点は、紛争の悪化をもたらした原因であるとともに、土地紛争を民事訴訟の対象として構成することを困難にさせている要因の一つであると考えられるから、この点について検討したい。

司法調査委員会は、ナクル県での紛争の原因は、カレンジンが、野党を支持しているとみなしたキクユを襲撃するという政治的なものであったとし、これは1991年9月にリフトバレー州で開催された政治集会において、複数の政治家が「KANU (Kenya African National Union) を支持しない非カレンジンは、リフトバレー州から立ち退け」と呼びかけたことに起因するとしている¹⁹⁷。この政治集会は、KANUの代表者が参加した集会である。Kapsabetにおける政治集会(1991年9月7日)では、ある政治家が「すべての人がその出身地へと帰還するよう要請するマジンボイズム (Majimboism) を導入する」ことを公衆に訴えた¹⁹⁸。また、Kapkatet (1991年9月21日)では、「リフトバレー州の人々に対

¹⁹⁵ Dairy Nation, 2007/7/26.

¹⁹⁶ J. M. Klopp, "Can Moral Ethnicity Trump Political Tribalism? The Struggle for Land and Nation in Kenya", *African Studies*, Vol.61, No.2 (2002), pp.269-294; Ndegwa, *op. cit.*, n.16, p.608 も参照。

¹⁹⁷ Judicial Commission Report, pp.129-130.

¹⁹⁸ 特定民族による一定領域の排他的支配の主張を、ケニアでは「マジンボイズム」と呼んで

して、棍棒や弓矢で武装し、いかなるFORD (Forum for the Restoration of Democracy) 支持者でも見つけ次第殺害せよ (destroy) と促した」とか、「カレンジン、マサイ、サンブル、西ポコットは、『自由に使えるあらゆる武器を用いて』政府を守る用意がある」との発言がなされたと報告されている¹⁹⁹。

以上の事例からは、政治家が、武器を用いて反対派の殺害、土地からの追放を促したという事実が明らかとなる。そして、これは、反対派に政権を奪われた場合、自分たちが抑圧され、あるいは開発計画などの恩恵の配分から排除されるとの恐怖感によって、相乗化された。この効果は、人の殺害や傷害、あるいは土地からの追放や財産の破壊といった行為が、法的に見れば違法であり、法に規定された効果が発動されるという予期によって評価される——その場合、当該行為の着手を差し控えることが合理的となる——のではなく、当該行為に着手することで政権を維持し、それによって人々の将来の生活が改善されるという期待から、むしろ積極的に着手すべき行為——少なくとも、そうするよう政治家に期待されている行為——であると政治的に評価されたという点にある²⁰⁰。問題は、この民族主義と結合した政治的な言動によって、特定の領域は特定民族の排他的支配領域であり、異なる民族は、土地所有権の有無にかかわらず、当該領域から退去するよう要請され、あるいは強制されたという点である。この事実を確認したい。

事例 2-1 : 土地所有と支持政党の一体化

ケリチョ県²⁰¹も民族混合社会であり、キブシギス、ナンディ、キクユ、キシー、ルオ、カンバ、ルヒヤといった諸集団が居住する地域である。同県は、もともと放牧を生業とするキブシギスが放牧のために利用していたが、植民地化によってその利用は禁止され、ヨーロッパ人入植地とされた領域であった。そして、他民族はヨーロッパ人所有農場での労働者として流入し始め、1957年には移住を規制する規則が制定されているほどに大量の移

いる。Ndegwa, *op. cit.*, n.16, pp.609ff.; J. Widner, *The Rise of a Party State in Kenya*, University of California Press (1992); D. W. Throup and C. Hornsby, *Multi-Party Politics in Kenya: the Kenyatta & Moi State and the Triumphs of the System in the 1992 Election*, Ohio University Press (1998)参照。

¹⁹⁹ Judicial Commission Report, pp.49-50.

²⁰⁰ 司法調査委員会は、次のように指摘している。「ここで次のように述べておくことも重要である。すなわち、Kapsabet, Kapkatet, そしてNarokのKANU政治集会でカレンジンの政治家が語り、選び取った言動や部族主義的態度は、ケニアが統一され、平和で、部族主義的ではない社会であるべきであり、法の支配を尊重する社会であるべきという政府の宣言した政策に対する明白なアンチテーゼである」(Judicial Commission Report, p.92)。

²⁰¹ Judicial Commission Report, pp.84-92.

住者が存在した。それに対して、キプシギスやナンディは同郡が自分たちの先祖の土地であるとして返還を要求し、対立していた。ただ、1992年の紛争が発生するまでは目立った問題はなく、各人が取得した土地を、その者の名義で登記して所有権を確立していたとされる。各民族は、自分たちの代表者を選出して議会へ送り、その政治力によって新たな行政区画とそれを担当する行政官を獲得し、自分たちの日常の問題を管理運営していた。また、集団間での婚姻を通じた人的関係も形成されており、お互いに寛容な共存が図られていたとされている。

ところが、1991年の複数政党制導入を契機として、与党を支持するキプシギスの間で他民族排斥の運動が発生した。このとき、キプシギスは同県内の土地は自分たちの原初的に属するものであることを主張し、他民族はそれぞれの祖先の地へ帰るように要求したとされている²⁰²。この事案で注目されるのは、土地所有と政党の所属とが一体化して理解されていた実態である。すなわち、同県は「KANUゾーン」と呼ばれ、当時の与党KANU支持者だけが居住できるとされていた。

①Kamasian 地区のチーフの証言

チーフ：ここでは他のいかなる政党もキャンペーンを行ったことがなく、記憶にない時代から、この地域では KANU が支持を得てきたために、KANU ゾーンであると言っていたと思います。

…中略…

Bosire 判事：KANU はいつやってきたのですか？

チーフ：現大統領とその追随者が KANU に加わったときだと思います。

判事：そして、そのとき以来、大統領は KANU を離れていないのですね？

チーフ：はい、離れていません。

判事：それが、カレンジン指導者が当該地域は KANU ゾーンであり続けていると想定している理由なのですか？

チーフ：そうだと思います。

判事：しかし、それは野党が結成されたときではなかったですか？これは真実ですか？

チーフ：はい。

判事：当該地域の「ゾーニング」は野党を追い出しておくことを意味していたのですか？

チーフ：指導者が話していたのは、そのようなやり方だったと思います。

②Mの証言

委員長：どのように複数政党制は紛争を生じさせたのですか？

M：私は複数政党制が紛争を生じさせたとは言っていません。人々は複数政党制を理解していなかったと思います。複数政党制が導入されたとき、人々は、これは共同体に基盤を置く団体であると考え、それを理解していなかった。一党制のもとではそのような事態を経験しなかったから、誤解が生じたのです。

委員長：複数政党制についての誤解とは何ですか？

M：野党の支持者はキクユであり、KANUの支持者はキプシギスであるとの議論がありました。

委員長：それで？

M：人々は政党を理解していませんでした。それは部族に基盤を置く団体だと受け止められていました。DP (Democratic Party) や FORD (A) はキクユのための政党であり、KANU はキプシギスのための団体であると受け止められました。

委員長：それで？キクユは退去すべきだと？

M：キクユは公然と KANU を支持しないと表明したのであるから退去すべきだとみなされました。キクユは、野党とともにあるのだと。

委員長：あなたが述べているのは、キクユは退去すべきだとみなされていたということですね？

M：キクユは退去すべきだと言われました。

Bosire 判事：キクユが KANU を支持していないのであれば、何であろうと退去すべきだと？

M：もし KANU を支持しないのであれば、退去すべきだとみなされていました²⁰³。

以上の証言からは、土地所有が政治的関係と一体のものとして構成されていたことがわかる。すなわち、ある土地に居住することができるのは特定の政党を支持しているからであり、別の政党を支持する者は土地に居住する資格がないとの政治的言動が、法的権利を

²⁰² Judicial Commission Report, p.17.

²⁰³ Judicial Commission Report, p.21.

凌駕していた事実が示されている²⁰⁴。

これとは別の地域での、マサイによるキクユ移住者の強制立退きの事件について、マサイ出身の国会議員は、国会において次のような陳述でマサイを擁護している²⁰⁵（1993年10月19日）。「私たちが提起しようとしているのは、死に追いやられ、生活見込みは危険にさらされ、その家畜は死につつあり、その経済は危機に瀕している、そのような『下層の』人々の苦境と、この苦境に対して何もなされていないという問題全体なのです。また、環境が悪化し、水資源は枯渇し、ダムも存在しないというのも問題です。議長、なぜここにいるすべての人とこの公表物〔事件を報じる記事か？〕は、キクユの土地に居住する権利を支持し、私たち下層の者がみな死にゆくことを確実にするのですか。これこそ、私たちが寛容になることがまったくできない状況であり、必要ならば、自分たちの権利を防衛しなければならず、そして防衛し続けるでしょう」。他のエスニック集団が土地に居住していることが、自分たちの生活を悪化させている原因であるとの因果関係において理解され、キクユの立退きは自分たちの生活を守るためだと考えられていることがわかる。

さらに、次の事実も示唆的である。Molo県では、2006年に発生した土地紛争によって土地を侵奪された者282名に、政府所有地に属する土地を配分する決定がなされた²⁰⁶。これ自体は人道的な目的からなされた決定であるが、これら被侵奪者のなかには、奪われた土地の権原証書を有していた者もいたものであり、それにもかかわらず、政府は侵奪された土地を回復するのではなく、新たな土地を配分するほうを選択したという事実である。これは、一方では、より安全な土地で生活していけるようにとの配慮に出た実際的な選択であるが、他方ではこうして侵奪された土地は侵奪者の手に渡り、回復されないという状況をケニア社会に生じさせる選択でもある。これもまた、実定法上の所有権が実力に従っているケニアの実態を示しているといえよう。

これらの事案は、土地所有が法的問題としてではなく、政治問題として構成されていたことを示している。登記簿上の所有者が絶対的所有権を有するとの言明は、「私たちの政党を支持しない者はこの土地から立ち退け」という政治的な言動、そして実際の実力行使に屈せざるをえない状況にある。

²⁰⁴ 報告書も、土地問題が民族主義と結びつき、紛争を悪化させた原因であることを明記している。さらに、土地問題が、独立以前からの問題であると同時に、政府の政策と計画に原因があるともしている。Judicial Commission Report, pp.53-54.

²⁰⁵ Judicial Commission Report, p.168.

²⁰⁶ Dairy Nation, 2007/8/1.

第3項 行政機関の紛争対応行動

最後に、民族紛争の発生前後における行政機関、特に州行政と警察機構の行動について報告されているところを検討していきたい。これは、救済提供者としての行政が、実際にいかなる行動をとっていたかを明らかにするものである。

警察機構については、実際は多くの場合、紛争の危険性について事前に察知できていたにもかかわらず、紛争を実効的に管理する能力に欠けたか、またはその意思を欠いたかして、紛争の発生または悪化を防止できなかったことが指摘されている²⁰⁷。司法調査委員会 は、「警察がその業務を行ったやり方からすると、紛争発生の事前警告を有していたが、それを予防する、または抑制する積極的な行動をとろうと欲しなかった。警察と同じく州行政も安全状況に対して極めて感受性を欠いており (quite insensitive)、多くの場合まったく配慮をしなかった」としている²⁰⁸。後者の場合は、紛争の発生中であるにもかかわらず、現場に向かわない、現場にいても紛争に介入せず傍観する、威嚇射撃をするも暴動がとどまらなくてもそれで終わるといった行動が報告されている。また、紛争後の事件調査も不十分であり、証拠不十分で不起訴あるいは無罪となったケースが多く、真犯人が明らかにされないまま、紛争の責任の所在はあいまいにされてきたとされている。

事例3-1：共同体による自衛と行政の行動

Njoro郡²⁰⁹の住民のほとんどは、Mutukanio Co. Ltdの出資者である。この法人は、土地なし農民の再定住を促進することを目的として結成され、1960年代から70年代にかけて、同郡一帯のおよそ51,000エーカーの土地を取得した。同社の代表はAであり、本人が居住するほか、同社所有地を出資者に対して配分している。各出資者は、一株1,057シリング(当時)の株式を購入することで、一株につき2.5エーカーの土地を取得することができた。株式取得者の多くはキクユであるが、その他の民族集団の成員も取得していたとされる。同郡は農業に適した地質を有しており、郡内の居住者は相互に平和に居住していた。

同郡での紛争は、1997年12月9日に発生している。紛争は、カレンジンに属する者が

²⁰⁷ Judicial Commission Report, pp.80-83, 106-110.

²⁰⁸ Judicial Commission Report, pp.79ff.

²⁰⁹ Judicial Commission Report, pp.147ff.

武装したキクユとみられる一団に殺害されたことに起因し、その後、カレンジンがキクユの一名を殺害したほか数名に傷害を負わせ、その商店等を放火する事件が発生した。同郡を含む選挙区では、与党KANUの候補者と野党DPの候補者（同社代表のA）とが議席を争い、1997年の選挙ではAが当選している。その選挙期間中に、KANUが勝てばキクユはリフトバレー州から追い出され、DPが勝てばカレンジン系がリフトバレー州から追い出されるとの噂が広まり、またその旨を記したパンフレットが出回ったこともあって、州内に居住するキクユとカレンジンとの間で相互不信が高まっていた²¹⁰。

そのようななか、1998年1月25日に、カレンジンとみられる武装した一団がキクユを襲撃し、住民を殺害、住居を放火したのに対して、キクユが報復して、新たな紛争へと至った。同年1月の初めから、カレンジン系の一団が土地を求めて外部から同郡にやってくるという事実があり、これは治安機関の幹部への審問によっても確認されている。この兆候に対して、Aは、かかる一団が武力によって土地を奪取しようとしているとして治安機関に書面を送り（1月23日付け）、事態への対応を要請したが、警察は行動を起こさなかった。そこで、Aは同郡内のキクユ人長老を集め、警察が治安改善に動き出さないときは、自衛を目的としてキクユの若者を雇用し武装するとの了解を取り付けた²¹¹。その会議の決議事項として、①すべての地区は、予測される襲撃から村民を保護するため500人の青年から構成される青年自警団（Youth Home Guards）を組織すること、②青年は、弓矢、棒、ナイフ、槍で武装すること、③ここでの問題は、カレンジン／キクユの2つの共同体間で解決されるべき問題であり、政府は関与すべきではないというものである²¹²。それに対して、当時の治安機関担当者は、むしろ同議員がキクユを武装化してカレンジン居住者を襲撃しようとしていると考えていたと証言している。

司法調査委員会は、当該郡の治安責任者が、議員の要求を受ける以前から、カレンジン系の一団が滞留していた事実およびその目的を知っていたと認定した。チーフがカレンジンの一団から、自分たちが土地を購入するために来たのではなくキクユと戦うために来たという話を聞き、これを担当者に報告していた事実がその証拠とされている。さらに、報告書は本件がDP所属のAおよびその支持者に対する政治目的の攻撃として行われたと認定している。

²¹⁰ Judicial Commission Report, p.71.

²¹¹ Judicial Commission Report, pp.74-75.

事例 3-2 : 行政機関の行動

コースト州Kwale県Nogobeni郡²¹³の農地所有者は、1997年、自身の所有地近くで、違法な武装集団が襲撃の準備に着手しているとの情報を入手し、それを警察に通報して保護を求めた。司法調査委員会の得た証拠によると、実際、同郡内のチーフ補佐は武装集団の存在と襲撃の準備について認識を有していたが、この事態を黙認したと告白している。所有者は、チーフ補佐や地元警察のほか、州の警察本部、州行政の各事務所にも手紙を送って保護を求めたが、警察や州行政からはなんらの返答もなかった。結果として、1997年8月、所有者の農場は二度にわたって襲撃を受け、使用人一人が殺害され、家畜が奪われ、家屋が放火される被害を受けた。

あるSenior Chiefは、部族紛争の準備と着手の事実をチーフおよびチーフ補佐が認識していたにもかかわらず、黙認したとされている事案で、「もし、チーフやチーフ補佐が、民族紛争と関連する問題、または民族紛争自体について、自身と同じ民族の仲間を逮捕したり、あるいは密告したりすれば、裏切り者であるとみなされるであろう。それは、彼らにその危険を冒す用意はまだまだないようなスティグマである」と述べている²¹⁴。

²¹² Judicial Commission Report, pp.157-158.

²¹³ Judicial Commission Report, pp.31, 251ff.

²¹⁴ Judicial Commission Report, p.41

第5章 土地所有権の進化

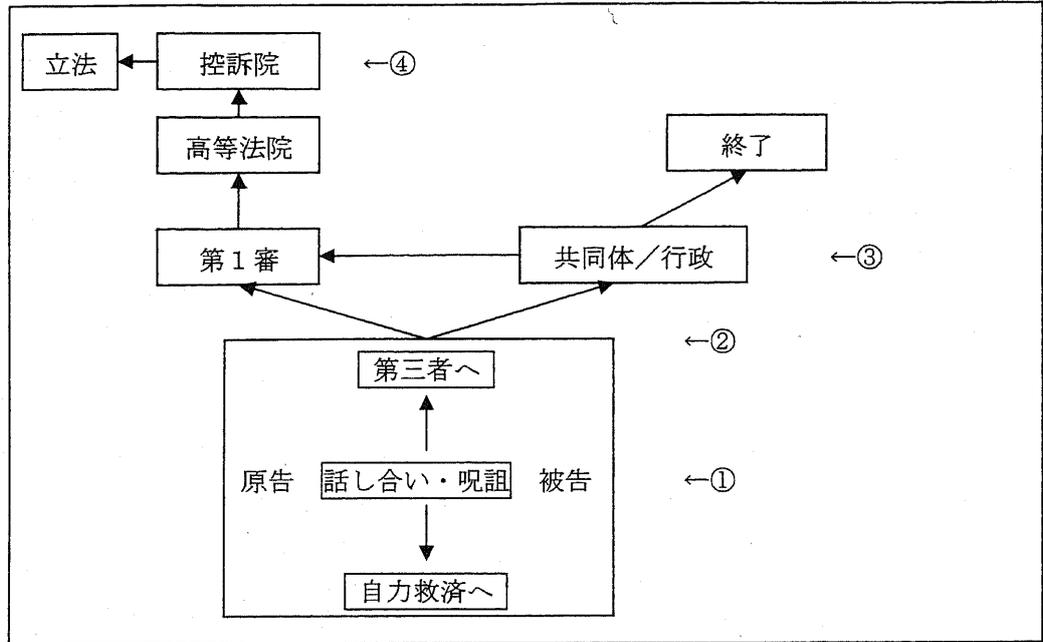
本章では、前章で分析されたケニア社会の現状に対応して、法システムがいかに展開されているかを検討していく。本章の分析対象は、《実力を用いて所有を保護する過程のコミュニケーションにおいて問題となっている予期（予期違背）を対象として、合法／不法の値を振り分ける法決定をめぐる第二階層のコミュニケーション、すなわち法システムが、どのように展開されているか》である。

これを分析する場合、第一に注目すべきは、ケニア社会では、この合法／不法を振り分けるコミュニケーションが裁判所および議会という決定機関をめぐる展開されるだけではないという事実である。裁判所は、実体的権利義務の争いに終局的かつ拘束的な決定を与える司法権の専属機関であり、ケニアでも、法制度上は、憲法 77 条 9 項により、実体的権利は、独立かつ中立で、公正な審理を、原則公開で行う裁決機関によって決定されるべきことが、基本的ルールとなっている。土地制度改革の実施と登記土地法という実体法の整備によって、慣習法に委ねていた土地における権利関係は実定法において直接に規律され、その結果、登記土地法の定める絶対的所有権を有する所有者が土地の占有を侵奪された場合には、裁判所に訴えを提起し、登記情報に基づいて権原を証明し、確定判決を得て執行されることで、占有を回復できるという基本的な過程が作動しうる状態にある。

ところが、かかる実定法の仕組みは当事者が紛争を裁判所に持ち込むことを前提としているのであるが¹、行政や共同体の決定に、最悪の場合は暴力的紛争に、終局的な決定権があるという、救済制度が競合しているケニア社会の現状では、当事者が進んで裁判所を利用するとアプリアリに前提とすることはできない。前章の分析を要約すると、ケニア社会において土地紛争が辿りうる過程は、①当事者間での話し合い・呪詛による解決から、自力救済へ進むか、あるいは第三者による解決へ進むかという第一次的な選択、②第三者へ進むと選択された場合に、裁判所へ進むか、あるいは行政または共同体（長老）へ進むかという第二次的な選択、③行政または共同体へ進んだ紛争が、さらに裁判所へ進むか、あるいはそのまま終了するかという第三次的な選択、そして④裁判所へ進んだ紛争が、控訴院の判決でもって終結するか、あるいはさらに立法による対応の必要性を提起するまでに

¹ わが国の法運用に関して、田中英夫、竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987年）。

表1. 土地紛争の展開過程



進むかという第四次的な選択に区分しうる（表1参照）。そして、それぞれの段階におけるコミュニケーションにおいて異なる規範が発展しうる。実定法上の法規範は、そのうちの一つ（裁判所の執行する規範）であるにすぎない。そうすると、ケニア土地法における最大の問題とは、そもそも土地紛争が実定法上の権利関係の問題として構成されるかどうかにあるといえよう。互いに争う当事者は、実定法に根拠をもつかどうかにかかわらず、自己の権利とみなすものを主張しているだろうが、これが親族的身分秩序や政治秩序に従属して主張されているにすぎない場合は、それ以外の要因（共同体の利益、権力関係）が決定に影響を及ぼしてくるからである。ただし、ケニアのケースに特殊な点は、すでに導入された絶対的所有権の制度もまた、規範選択における判断材料の一つを形成しているという点にある。それは、親族的身分秩序や政治秩序のなかに埋もれがちな利益の表出と貫徹を可能にするという機能を果たしている。

いずれにせよ、法システムが対象としなければならないのは、かかる現状である。つまり、かかる現状が人々に抱かせる予期を対象として、望ましくない予期を抱かざるをえない現状を改善し、あるいは当然抱くべき規範的予期を確かなものとして保障するために、必要な制度や機構を備えていく必要がある。そして、これが可能であるためには、前提として、法的予期がそれと競合する予期に優越して妥当するとの予期に確かさを与えること

(法の優越)が不可欠である。その場合、実定法の定めるルールを、裁判所を通じて直ちに貫徹することが有効なわけでは必ずしもないから、より漸進的な制度改革の道を探るべきであろう。この点で、所有権の諸機能を基準として、裁判所よりも良く機能する共同体や行政が有する比較優位を受け入れつつ、それらを法システムのなかに適切に組み込んで、実効的かつ公正な土地所有権制度へと仕上げていかなければならない。これは、その限りでは、共同体や行政の与える決定が実定法上のルールと乖離する場合には、これを許容せざるをえず、その結果、実体的ルールが事案ごとの多様性を超えて一般化され、予め公示され、それによって法的安定性が確保されるという状態は、諸機能を実現するうえで諸手段が有する相対的な優位性に服することも含意している。

勿論、事態はこの段階にとどまらず、実力に対する法の優位、あるいは裁判所による他の救済手段の手続的統制を媒介として、救済に対する権利(権原)の優位が実現されていくのが法システムの進化の方向性であり、これはケニア法の発展にも、大要としては、あてはまる方向性である。学問としても、共同体や行政が、どのようなコンテキストであれば民事訴訟制度よりも機能的であるかを特定し、その利点を生かして実効的な土地所有制度を作り上げていくとともに、その欠点を克服していく過程のなかに、それぞれの諸制度を有機的に位置づけることで、所有権制度の進化過程の見取り図を描き出すことが課題となる。以下では、ケニアの経験を、第2章で展開した理論的観点から整理して、一貫した姿で提示してみたい。

第1節 当事者による土地紛争解決の法的ルール

第1項 自力救済の法的許容範囲

自己の規範的予期が違背され、その回復を図るときには、本人自身の行為が起点にあり、たとえ民事訴訟で救済を求める場合でも、そうするかどうかの選択や、権利義務をいかに処分するかは本人の意思に委ねられている。そのなかで、自力救済は他人や第三者に依存しないで権利救済を図る手段であり、完全な意味で本人が制御しうる手段である。勿論、自力救済を貫徹できるどうかは自己と相手との実力関係次第であり、決して確実な手段ではない。とはいえ、他に手段がなく、なおかつ権利実現を望むならば、自力救済が最終手段として生き続けることになろう。

共同体の紐帯が維持されている社会では、占有または利用している土地が何者かに侵奪された場合、その不正を主張し、回復を請求する情報は、被侵奪者の所属する共同体の構成員に対して伝達される。なぜなら、侵奪された土地は被侵奪者を含む共同体の土地であることから、それを保護するための救済発動が最も確実に予期できるからである。その場合、外部からの侵奪に対抗し、共同体がその実力行使によって所有を保護できる可能性は、共同体の凝集性が維持され、構成員の支持と関与が期待できる社会的状況に依存する。さらに、土地は共同体に帰属するとみなされていることもあって、土地の侵奪は、個人の権利の侵害ではなく、共同体への攻撃であるとみなされ、その意味で、外部からの占有侵奪に対抗する自力救済は、不法行為や犯罪への対抗と共通する性質を有するものと扱われる。ゆえに、自力救済は、土地の占有回復を目的とする財産法上の権利行使としての性質に加え、侵奪行為への報復という性質も併せ持つから、過剰な攻撃を帰結する可能性が大きい手段である。したがって、暴力行為一切の禁止ないし違法化の過程のなかで、自力救済という行為自体の認められる範囲も制限されなければならない²。これをなすのは、第一に、刑法および不法行為法の課題である。

しかし、「私のもの」という規範的予期を固持するためには、侵奪された土地をなんらかの代替的手段によって現実に回復できなければならないから、占有侵奪に対する自力救済を禁止するだけでは、所有を保護するとの機能は果たされない。少なくとも、従来から、ケニア社会では自力救済による占有回復は正当であると予期されていたわけであるから、別の手段で土地占有を回復できるようにならない限り、自力救済は維持され続けるであろう。前章の事例から明らかなように、裁判所の設立以後も自力救済が依然として利用されているのが、ケニア社会の現状である。

事実的な自力救済の場合、そこからの離脱があるとすれば、現実占有の可能性を取り巻く様々な社会状況の変化が原因になると考えられる。第一に、自力救済は容易に交互侵奪を帰結し、私戦へと至る。そして、交互侵奪が繰り返されると、もはや原初の所有者が誰かは問題となりえず、共同体の実力による実効的な保護を確立できる限りで、土地所有の安全を享受できるようになる。かかる事態が合理的に予期でき、ここにある不安全から離脱したいという欲求が強くなれば、互いに争う当事者間で自力救済に代わるコミュニケーションが発生しうる。

第二に、共同体内部の関係が希薄になり、集団として一致して土地所有の保護にあたる

² R. Kuloba, *The Courts of Justice in Kenya*, Oxford University Press (1997), p.6.

ことができなくなることによっても、自力救済からの離脱が余儀なくされ、その代替的な手段として、当事者に優越して強制力を行使できる者への依存は強まると考えられる。共同体の関係の強さを規定する要因は、最終的には、親族的身分秩序という社会構造を維持できるかどうかにかつ依存するが、逆に共同体の関係が強いほど、公的機関等が自力救済を禁止しようとしても、救済発動の確実性の点で優位な自分たちのやり方をあえて放棄する理由はなく、維持し続けることになるであろう。

第三に、自力救済と自衛との連続についても指摘しておきたい。これまで、実際に侵奪が発生した場合に事後的に採りうる手段として自力救済に言及してきたが、侵奪の発生が予測しうる状況では、自力救済は実力を用いて自衛の準備をすることと連続している(事例3-1)。所有の安全を確保するためには、実際に占有侵奪が発生する以前から、確実に占有を享受できるよう予防の方法を整えておくことが合理的だからである。予防という観点からしても、共同体の実力行使が最も確実な手段である。特に、集団間の敵対的関係が強い社会ほど、侵奪の不安に対処するため自衛手段を予め確保しておく必要があり、翻って、その必要性が共同体の結合を強化するという連鎖を生むことになる。

したがって、事実的な自力救済が支配的な状態から離脱するには、権利保護のためには自力救済しか実効的ではないと予期される状況からの離脱が必要である。そのためには、なんらかの第三者による救済の実効性を予期できなければならない。実定法上も、私人の実力行使が合法とされる場合があるが、自力救済の法的許容範囲は、かかるケニア社会のコンテキストのなかで考えなければならない。

法的に許容される自力救済については、第一に、財産侵奪罪法(Trespass Act)の規定する私人の逮捕権がある。同法3条1項は、「合理的な理由なしに、所持者(occupier)の同意を得ず、私有地に侵入し、存在もしくは滞留し、建物を建設し、耕作し、または家畜を放牧もしくは家畜の存在を許容した者は、犯罪の責任を負う」と定め³、同条2項は、「本条1項により人が犯罪の責任を負う場合、合理的な理由を有すること、または所持者の同意を得たことを証明する責任は、その者に課される」とする。判例は、「侵奪者が、所持者の同意が不合理に拒絶されたこと、またはかかる同意を得ないでよいことに合理的な根拠があると証明した場合は、本条[4条]に基づく責任に対抗できる抗弁となる」ことを、「将

³ その他、同法は、フェンスの乗り越え(4条)、犯罪の着手を目的とした他人の財産への立入り(5条)、家畜または農作物の窃盗を目的とした私有地への立入り(6条)、家畜窃盗の疑いのある、禁止区域への立入り(7条)、窃盗を目的とした家畜放牧地への立入り(8条)を犯罪としている。

来への指針として」示している⁴。「所持者」とは、「所有者または私有地を合法に所持する者、かかる者の支配人 (manager) または代理人」を意味する (2条)。また、「所持者」は「侵奪者によって占有を奪われた所有者」を含む⁵。

そのうえで、同法9条1項は、「何者かが、本法に規定された犯罪に着手していることが発見されたか、または着手しようとしていることが合理的に疑われる場合には、私有地の所持者、境界の所有者、または警察官、行政警察官もしくは行政官は、逮捕する以外には、不当な遅滞、混乱または犠牲なしに事後的にその者を発見できないと信じるに足る理由がある (if he has reason to believe that, except by arresting him, he may not afterwards be found without undue delay, trouble or expense) 場合は、その者を令状なしに逮捕することができる」としている⁶。この場合、所持者は、その逮捕権を、「農地または境界標識を見張り、または監視することに信頼した者に対して、委任することができる⁷。したがって、逮捕権を有する所持者またはその受任者 (自警団、都市部では警備会社が雇われることが多い) は、占有侵奪のおそれに対して、侵奪者を自力で逮捕し、所有の保護を図ることができるのである。

しかし、私人の逮捕権の行使は、行使する者が権原を有する者であること、あるいは相手方が不法侵奪者であることをあいまいにしたままで実行されることも少なくない。かかる逮捕権の行使は、民事訴訟により明渡しを請求すべき過程を省略して、自力救済による占有回復を許容するものであるところ、財産侵奪罪の成否をめぐる刑事訴訟において、私法上の権原関係が争われるという事態も起きている。

第二に、コモンローは「所有者」が不法侵奪者の占有を合理的な力で奪い返す立入権 (entry) の制度を認めており、これはケニアにも継受されている。コモンローは、先例として拘束力ある判決理由として、「告発されている不満が、貸主が立入権を有する建物から不法侵奪者およびその財産を除去するために、実力以外に必要なものがないということである場合、その正当化事由は、立入りだけでなく、立入りの目的であり、立入りを強制的なものとする強制排除行為 (forcible expulsion) にまで及ぶと解すべきである」とするが⁸、

⁴ Wanjunji s/o Karioki v. R [1961] EA 495.

⁵ Wachira v. Republic [1967] EA 201.

⁶ ただし、同罪での起訴にあたっては、侵奪された土地が「私有地」であることに合理的な疑いがないことを最初に示さなければならず、その後合理的な理由または所持者の同意の有無が問題となる。Nyamwaya v. Kisumu County Council [1972] EA 322.

⁷ Wanjunji s/o Karioki v. R [1961] EA 495.

⁸ Hemmings v. Stoke Poges Golf Club [1920] 1 KB 720, 746. イングランドでは、Forcible

これはケニアにも適用される⁹。また、不法侵奪者は、「占有する権利を有しており、不法侵奪者を立ち退かせるため合理的な力を用いた真の所有者に対して、損害賠償を請求することは許されない」とされ、所有者は、不法侵奪者の居宅およびそのなかの動産をブルドーザーで強制的に排除する行為から生じた損害について責任を負わないと判断されている¹⁰。

ケニアにおける自力救済の法的許容範囲は、イングランドのそれと比べて決して広いわけではない。しかし、救済の競合と裁判所の低利用という現状においては、所有保護機能を充足するうえで自力救済が有する実効性はイングランドのそれよりも高く、自力救済によって解決される紛争が多いといえよう。そして、イングランドとの違いは、原告被告に共通のルールに基づいて権原を判断しうる状況のもとで自力救済が行われるかどうかの点にある。自力救済の違法性を争う訴訟が権原の争いへと至っていることは、自力救済が権原に服従して行われなければならないという前提が逆転していることを示唆している。

第2項 当事者間での合意の意義

自力救済を禁止するためには、規範対立のコミュニケーションを平和的に継続させるための制度が必要になる。自力救済からの離脱の方向性は、当事者間での新たな種類のコミュニケーションの発生、または第三者が関与するコミュニケーションの発生が考えられるが、ここでは当事者間でのコミュニケーションについて検討したい。

共同体内部の紛争に関しても、親族的身分秩序が衰退し、了解や長老の権威に基づいた決定、あるいは呪詛の効力が衰えていくと、明示的な合意により規範的予期の自己確証を確立する必要性が高まるであろう。また、共同体間での紛争の場合は、最初から了解が成立しておらず、あるいは自力救済が不確実な手段であり、かつ第三者の役割が分出していない場合には、合意によるべきことになる¹¹。

Entry Acts(1381-1623)の適用により、強制立入りは刑法上の犯罪となる。ケニア刑法典 90 条も、「占有を取得するために、土地または保有財産に暴力的な方法で立ち入った者は、その暴力が他人に向けられた現実の実力、脅迫、住居への押し入り、通常ではない多衆の集合によるものであるか否かにかかわらず、および土地へ立ち入る権利を有するか否かにかかわらず、強制立入り (forcible entry) により有罪とする。ただし、自分自身の土地または保有財産であるが、使用人または管理人により管理されている土地または保有財産への立ち入りは、強制立入りの犯罪に着手したことにはならない」と規定している。しかし、この構成要件に該当しない自力救済は刑法上も犯罪とはされない (英米法につき、田中英夫、竹内昭夫、前掲書 (注1)、125 頁)。

⁹ Gathure v. Beverly [1965] EA 514.

¹⁰ East African Railways Corporation v. Karangi [1988] KLR 108.

¹¹ 古代法において自由な合意という意味での契約が、「公法や訴訟法、家族法や相続法」とい

当事者間で合意を目指すことは、紛争解決のための話し合い、交渉、取引といった新たなコミュニケーションを発生させる。この合意は、和解や妥協と呼ばれるものを含む¹²。土地における利益を争う当事者間で合意が有する意義は、お互いが互いの所有範囲や利益の内容を確定して、その尊重を約束するといった事前的な対応が可能である点とともに、最初の侵害が不法であったとしても、合意によって、その不法を合法へと転換できる点にある。換言すれば、合意だけによって（行政官や裁判所の介入なしに）合法／不法の値を転換することができるのである。そのときには、互いの利益になるよう、なんらかの条件を付して遵守しあうということもあるだろう。合意それ自体が当事者間にルールを形成するものであると同時に、合意形成を目指すコミュニケーションには独自の予期構造（最初は相手の予期を予期すること）が生み出され、合意形成へ向けた交渉においておのずと（了解や習律として）ルールが形成されてくることもあろう¹³。特に、裁判所を通じた権利実現の利用が容易ではない状況では、合意は、それ自体によって、当事者間での規範的予期の自己確証を確立しうるものであり、この意味では、当事者間でのルールを形成する合意は、全体社会の共通ルールを形成する議会や裁判所と機能的に等価であり、それらを補完、場合によっては代替する位置づけにある点に注目されてよいと思われる¹⁴。

純粹な形式での合意とは、当事者が合意を選択しなくてよいにもかかわらず合意したことによって、その合意内容が履行されるであろうと確かに予期できる事態を意味する。その基底には、合意したにもかかわらず合意に違反した人は、人格の同一性を維持できない人（信頼できない人）として扱われ、次からは相手方の合意を得ることが困難になるとの予期がある。その場合、相手が合意に違反しない限り自己も合意に違反することはできず、自己が合意に違反すれば相手も合意を破るであろうとの予期のもとで、両当事者の行為選択肢が一定範囲に縮減される。合意の履行を担保する手段は様々な形態がありうるが、い

った領域で広くみられた現象であることについては、M. ウェーバー（世良晃志郎訳）『法社会学』（創文社、1974年）、121頁。また、J. Bossy ed., *Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West*, Cambridge University Press (1983)は、政府によるルール執行型の法制度と、当事者の交渉プロセス型の法制度とを区別し、後者の観点から法制度の発展過程を検討している。

¹² 交渉により和解へ達する手段として、説得、嘆願、取引が指摘されている（六本佳平「紛争とその解決」『基本法学8 紛争』（岩波書店、1983年）、3頁以下）。妥協については、J. R. Pennock and J. W. Chapman ed., *Compromise in Ethics, Law, and Politics*, New York University Press (1979)参照。

¹³ M. A. Eisenberg, "Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking", *Harvard Law Review*, Vol.89, No.4 (1976), pp.637-681 参照。

¹⁴ L. Fuller, "The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally", in his,

ずれにせよ、それは合意を支える予期の確かさを補完するものである。ただし、かかる純粋な選択という意味での合意は社会現象としては稀であって、実際は合意を強いられる状況（様々な不利益の予期）のなかで選択せざるをえないものであり、その意味では、習律と合意とは混合して予期に確かさを与えるものである。

かかる合意は、ケニア社会でも、土地紛争を解決するうえで、一定の意義を有している。ただし、合意は、それを導く基底的な予期に支えられるから、その予期を形成できない限り、合意に至ろうとする誘因は乏しいことになる。農耕民のように、一定地域に定住し続けるよう拘束される共同体の間では、相手方共同体からの信頼を得ないで、つねに対立的・疑心暗鬼の状態にあることは、相手方の侵害に対するリスク意識を高め、防衛や監視の過度の負担を背負ってしまう。この事態を予期できるのであれば、近隣共同体とは可能な限り交渉や妥協による合意を図って、良好な関係を維持し続けることが合理的である。しかし、ケニアの民族紛争の事例は、隣接して居住する共同体間でも、互いの敵対意識が合意を図ろうとするインセンティブを妨げる可能性のあることを示している。かかる障害がある場合には、占有侵奪の不安を取り除くために、当事者同士でのコミュニケーションだけに期待しているわけにはいかない。実際、共同体間での暴力行為が発生している現状では、そうである。法システムとしては、当事者間での交渉や合意を可能にするため、基底的な予期の代替となりうる方式や手続を整えておくこともできようが、これを利用するかどうかは当事者の問題である。ゆえに、合意を支える方式や手続を整えたうえで、第三者の関与による合意形成の誘導・促進が必要になる。

さらに、当事者間の合意だけに依拠することの消極的効果も指摘しておきたい。すなわち、実力の格差を利用して、土地を占有侵奪したうえで、交渉と合意によって、その支配を認容させるということも生じかねないのである。その場合には、正当な土地所有は実力の秩序に服従したものになってしまう。これを回避するためにも、第三者による紛争解決が求められる。

第3項 呪詛の手続

ところで、ケニア社会では、共同体内部での二者間の紛争解決の最終手段として呪詛（神判）による解決があることをみた。呪詛とは、超自然力によって合法／不法の値の振り分

The Principles of Social Order, Duke University Press (1981), pp.169-187 参照。

けを決定する手段であり、その意味で、法システムの内部に位置づけることができる。ここでは、呪詛に係わる判例を取り上げて、ケニアの法システムが呪詛の手続をいかに位置づけているかについて確認しておきたい。

原告が、被告による土地の占有侵奪を主張するとともに、境界の画定を求めて提訴したという次の事案を検討する¹⁵。第1審は、原告勝訴判決を与えたのに対して、被告が上訴した高等法院では、次のような呪詛の手続を採ることの合意命令が下された。当事者の合意したところは、①原告の兄が3ヶ月以内にキジーツの宣誓を行うこと、②宣誓はチーフにより監督され、チーフは宣誓採択の有無を裁判所に書面で報告すること、③宣誓の文言は「もし係争地が私のものではないならば、私の父によって、宣誓が私を攻撃する」であること、④原告の兄が宣誓を採択したならば上訴は棄却され、原告の兄が宣誓に失敗または宣誓を拒絶したならば上訴を認容すること、である。チーフは、原告の兄は宣誓の採択を拒絶したと報告した一方、原告は、手続に不正があったから拒絶したのだと主張した。控訴院判決は、「当事者が、その事案を宣誓の採択により決定すると合意した場合、それは訴えを高等法院の管轄から取り下げる効果を有しており、訴えは、山羊を屠殺するといった手続を含む、高等法院の統制を超えた別の管轄に移される。勿論、当事者は、合意によって、彼らが望む合法な方法で事案に決定を下す権利を有する。……思うに、訴えの聴取および処分を規律するルールについて、裁判所の不知の手続が当事者の合意によって訴えに適用された場合、裁判所はかかる手続に関与すべきではない。さらに、合意命令が依拠しうる結果について明確かつあいまいさのない合意が欠如している場合には、かかる手続の帰結に従って訴えを処分すべきではない」と述べて、呪詛を合法的な裁決方法であるとする一方、かかる手続の統制や手続からの帰結に裁判所は関与しないという態度が採られている。

第2節 第三者による救済の選択基準

次に、当事者間での紛争解決から、コミュニケーションが第三者による紛争解決へと展開されていく場面（表1の②）について検討していきたい。ケニアの場合は、土地紛争を解決する第三者の役割として、共同体（長老）、行政、裁判所があるが、最初に問題とすべきは、どの救済提供者へ土地紛争が持ち込まれるか、その選択においていかなる判断が働

いているかを明らかにすることである。以下では、共同体または行政が選択されることの積極的な理由と、裁判所が回避されることの消極的な理由について検討する。

第1項 実力と法の関係

まず、所有保護機能に関連して、実力と法の関係が問題となる。民族紛争のように実力による土地の占有侵奪が発生した場合でも、所有者が権原または先行占有の事実を証明すれば、裁判所は占有回復を命じるのであるから、裁判所が実効的に占有回復を実現できている限り、社会のなかで実力による占有取得が可能であるとの予期を無くす意義がある。しかし、これは次のようなコンテキストに位置づけて考えた場合は事情が異なってくる。集団間の敵対関係が深刻な地域では、土地の占有回復訴訟に勝訴したとしても、元の所有地に戻ることは、再び襲撃される可能性のある土地に居住することを意味する。とりわけ、一方側がある領域を自分たちの排他的支配領域であると主張し、他民族の土地所有を認めないと公然と宣言している場合は、たとえ土地所有権が裁判上立証されたとしても、現実に当該土地を占有し続けることが可能であるとの予期は抱きえない。既述のように、民族紛争の終結後に、元の所有地を安い価格で他人に売却し、別の地域へ移り住む人が多かった事実は、かかる理由からする不安を原因としていよう。この場合でも、損害賠償請求は可能であるし、実力では回復できないからこそ裁判所に救済を求める誘因が認められるのだから、これが裁判所への提訴を妨げる要因であるとは言い切れないとしても、土地占有の回復を裁判所が認容することと所有の安全を現実に予期できることとの乖離が、裁判所よりも行政あるいは自力救済の主体たる共同体への期待を高める要因となり、裁判所を利用するとの選択が妨げられている事実は重要である。自らが所有者であり、裁判所への提訴によって所有の保護を図ることが可能であると予期できるとしても、その判決の執行によって事態が変化しうると予期できないのであれば、裁判所の利用は回避され、それに応じて、実定法上の所有権という制度が機能する場面も限定されてくるのである。

この意味で、判決執行のもつ意義は、ケニア法の現状において極めて大きい。しかし、執行の遅れや不執行は、ケニア司法の大きな問題の一つである。一例として、次の事案を検討したい。1991年、原告法人は、自己の所有地が約400名から構成される被告集団A（および、別訴で争われている約500名から構成される集団B）によって、武器でもって暴力的

¹⁵ Ndeto Kimomo v. Kavoi Musomba [1977] KLR 57.

に侵奪され、その土地に家畜を放牧され、樹木を伐採されるなど所有財産に損害を被ったとして提訴した。しかし、原告が土地の明渡しと損害賠償の勝訴判決を得たにもかかわらず、その判決は執行されず、被告らは土地を占拠し続けていた。そこで、原告は、再度2000年になって、高等法院に対して、土地の明渡しおよび損害賠償支払いの判決と、91年判決を無視した被告らの裁判所侮辱手続の開始を求めて提訴した。それに対して、被告らは、係争地が自分たちの「先祖の土地 (ancestral land)」であり、原告が登記簿上の所有者であるのは詐欺的に登記を取得したからであるとして、自らの所持は正当であるとの主張を提出し、土地の不法侵奪および財産への違法な加害を否認した。訴訟で争点となったのは、本件が91年判決の既判事項を争うものであるかどうかであり、高等法院が訴訟原因を欠くとして請求を棄却したのに対して、控訴院は、「不法侵奪の継続はすべて、新しい不法侵奪であり、不法侵奪が継続している限り、いつでも新しい訴訟原因を発生させるものである」との法原則を適用して、本件の訴訟原因とされている2000年時点での不法侵奪について審理するために、高等法院へ差し戻している¹⁶。

裁判上の争点はこの通りであるが、本件提訴の背景には、勝訴判決を得たにもかかわらず判決が執行されず、9年に渡り占有侵奪が継続していたという事実がある。事実経過からみて民族紛争の事案であると思われるが、所有者の権利が認定されたにもかかわらず、なんらかの理由で（行政が判決を執行しなかったか、執行できなかったかして）占有回復が行われていない事実は、少なくとも暴力的紛争と実力による土地支配が問題となっている場面では、民事訴訟による権利実現が実効的ではない実態を示唆していよう。しかし、これでは正当な土地所有秩序は確立されない。ここには、紛争コミュニケーションにおいて、法が優越するか、あるいは実力が優越するかの分岐点があるが、いかにして実力に対する法の優位を確立するかが法システムの課題となる。

第2項 慣習法と実定法の関係

次に、帰属確定機能および支配権能の割当機能に関連して、法内容およびその形成の仕方に関する慣習法と実定法の関係が問題になる。

まず、帰属確定機能に関しては、登記制度を利用した取引と登記を利用したのではない

¹⁶ Nguruman Limited v. Shompole Grouo Ranch & 3 others, C.A. No.73 of 2004 [2007] eKLR.

取引の関係から考えてみたい¹⁷。伝統的に承認されたやり方に基づいて正当に土地を取得した買主が、登記簿上の名義を変更せず、占有も取得していない間に、登記名義人から土地を取得し名義変更を行った第二買主が現れたという二重譲渡事案を考える。この場合、登記を信頼して取引した者を保護する趣旨から登記に確定力を認める登記土地法のもとでは、登記を利用したのではない取引に基づく権原移転の効力は認められず、登記を得た第二買主が権原を得るのが原則である。それに対して、伝統的な方法での取引は長老等の面前で行われるのが通常であり、長老等是一種の公証人として機能し、かかる取引に起因する紛争は長老等によって解決される。当然、長老等は自ら証人となった取引の有効性を認めるであろうから、第一買主が権原を得ることになる。さらに、第二買主も取得した土地を自分で利用する場合には、土地を取り巻く共同体のなかで利用しなければならないという事情に制約されるが、この制約が強く、それに反してまで土地を取得する利益がないならば、第二買主は登記を信頼して取引したことを理由に正当な権原を主張するまではいかず、契約責任を追及するにとどまるであろう。勿論、法律上は原則通りの処理がなされるから、買主にとっては登記を利用した取引／伝統的に正当な取引のどちらをするかの選択肢が開かれたことになり、どちらを選択するかは現実には何が生じると予期されるかによって決られる。親族的身分秩序に基づく土地の管理統制が強い社会の場合、登記簿を信頼して取引をすればよいとの予期は、共同体に承認されなければ土地を利用できないとの予期に劣位するであろう。そうであるほど、登記制度を利用した取引は行われにくくなると考えられる。逆に、伝統的な取引の方法がもはや実効性を持たず、あるいはそこに潜む様々なリスクが顕在化してくると、登記制度を利用した取引を行うことが合理的になるともいえる。ここには、慣習法において正当とされる方法で土地への権原を判断するか、実定法の定める方法で権原を判断するかの分岐点がある。

支配権能の割当機能に関しては、次の判例をもとに検討したい¹⁸。本件は、もともとは、被告である父親と、その子である原告との間で、係争地の所有権をめぐる発生した紛争であった。原告は、係争地を自分の金銭で取得したと主張したのに対して、父親は、子である原告が係争地を取得するに際して資金援助をしたから、原告は復帰信託において土地

¹⁷ 以下の考察は、ケニア西部キシー県における筆者の見聞と、ナイジェリアについて報告されている事例 (E. Chianu, "Priorities under the Land Registration Act in Nigeria", *Journal of African Law*, Vol.36 No.1 (1992), pp.66-80.ただし、権原証書登記制度である) をもとに筆者が構成した。

¹⁸ Ngugi v. Kinyanjui and 3 others [1989] KLR 146.

を保有すると主張した。判決は、認定事実をもとに原告の主張を認め、係争地の所有権が原告にあることを宣言した。しかし、その後、父親と原告との間で紛争が再発し、父親の暴行を受けた原告は土地を離れることになった。その間、父親らの家族が係争地を占有していたところ、原告が、同土地の所有権について既判力を有する確定判決を根拠に、明渡しを執行を求めて提訴した。この提訴に対して、高等法院は、「当事者の合意があった」ことを理由として、本件を行政官による仲裁に付託した。その結果、行政官は本件係争地を原告と被告とで折半すべきとする仲裁判断を裁判所に提出し、高等法院はこれを採用した。この原判決に対して原告（上訴人）が上訴した控訴院判決では、すでに係争地の所有権は裁判により確定され、既判力が生じているにもかかわらず、所有権の争点を含む仲裁判断を採用したことは、既判力を有する事項について、同一争点を、同一当事者間での以後の訴訟において新たに審理することを強行的に禁止した民事訴訟法 7 条に違反するとして、仲裁の効力とそれを採用した原判決を破棄し、原告の請求を認容している。

本件の経緯から明らかなように、裁判所による所有権帰属の確定は、紛争を実効的に解決したとは言い難い。高等法院が、既判力を理由として訴えを却下する当事者の求めがありながらも、なぜ本件を行政官による仲裁に付託したのかは、「当事者の合意があった」という以外、明らかではない（控訴院判決も、「正確には明らかでないなんらかの理由により」と述べるにすぎない）。本件が親子間の紛争であるとの性格からして、紛争を実効的に解決するためには、既判力を理由に訴えを却下するよりは、行政官による仲裁に付託したほうが紛争を終局的に解決できるとの見込みがあったのかもしれない。しかし、仮にこの見込みに合理性が認められるとしても、司法的決定によって実効的に解決できなかったから、仲裁に付託するという解決を選択することは、所有権に関する争点を確定的かつ終局的に決定するという裁判所の本来任務を否定することでもある。したがって、裁判により確定された所有権の帰属を否定することはできず、控訴院が上訴を認容したことは妥当であろう。その一方で、控訴院も、紛争の性格に配慮してか、救済については、「即時の明渡しは命令しない。……思うに、原告が望むならば、被告ら家族は借地人としてとどまることを許されるべきである。おそらく、当事者は、被告が係争地にとどまり続けるための条件に合意するであろう。当事者は、これについて 1989 年 3 月 31 日まで交渉すべきである」として、明渡し命令の執行を猶予して、当事者間での交渉を促している。控訴院自身も、既判力を根拠として所有権を貫徹することが紛争の解決に有効かどうかには疑問をもっていた

ことが示唆されていよう¹⁹。

ここでは、当事者が提訴先をいかに選択するか注目したい。本件では、本人が購入代金を負担して取得した土地を父親が強制的に取得しているが、仮にこれがより穏当に、当該土地を家族全体の利益のために占有・利用させよと主張した場合は、経済秩序に由来する関心のもと、個人の負担で取得した財産は本人の所有に属し、家族といえども本人の同意なく侵害することは許されないとの規範的判断と、親族的身分秩序に由来する関心のもと、家族の一員は家族全体の利益のために行動すべきであり、個人的に取得した財産であっても、家族の最善の利益のために使用すべきとの規範的判断の間で選択を迫られる。この選択は、立法が法律の制定によって行うことも、裁判官が判決として行うことも可能である一方で、当事者自身が訴えを提起するかどうかの判断においても行われる。すなわち、家族全体の利益を優先しようとする父親は、当該紛争を長老による慣習法の解決に委ねようとする一方、個人の利益を優先しようとする本人は、自己の実定法上の所有権を主張して裁判所へ訴え出るであろう。ここに、紛争コミュニケーションの展開が、慣習法へ向かうか、あるいは実定法に向かうかという分岐点が存在する。

第3項 裁判所自身の問題

最後に、裁判所自身の問題が、裁判所利用を阻んでいる事実も確認しておかなければならない²⁰。これには、①金銭および時間（審理の遅滞）のコストが高いこと、②手続の煩雑さおよび不明確さ、これらに由来する訴訟手続の濫用の危険性、③裁判所内部の汚職や不正行為に起因する裁判所不信という問題がある。これらは、上述した紛争コミュニケーションの分岐点②において、裁判所へ向かうことをためらわせる、あるいは断念させるような要因であると位置づけることができよう。

まず、裁判所を運営するためにかけるべき費用と、当事者が負担する費用および国民が

¹⁹ ルーマンは、既判力の限界について次のように述べている。「[既判力という]この種の形式的な技法は社会的な負荷限界 (Belastungsgrenze) を有している。それは、あまりに過大な社会的圧力が背後に鬱積する場合には、働かなくなるであろう。拘束力をもつ決定の既判力だけですべての不満を吸収することはできない」(N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp (1969), S.129)。

²⁰ Republic of Kenya, *Report of the Committee on the Administration of Justice*, (1998), (at www.lawafrica.com/reports/go.asp?file=kwach.xml, last accessed on 2002/02/01) が、包括的な調査を行っている。

税金を通して負担する費用とのバランスは、当該国の財政状況、司法の役割に対する考え方、裁判所運営に向ける費用の政策上の優先順位などによって異なってくる。ケニアをはじめとするアフリカ諸国の厳しい財政状況や、司法制度を活性化することの政策上の優先順位が低いなかでは、訴訟費用の当事者負担の割合は高くなって、司法へのアクセスが実質的に制限されるとともに、裁判所運営に向けられる費用の割合が低くなって、司法制度の能率が劣った状態に落ち着いてしまう。これは訴訟に要する時間費用の増加や、判決執行の不十分さなどを導き、司法による紛争解決への期待を失わせることにつながる。

次に、司法情報の格差と訴訟手続の濫用の問題がある。ケニアの農村部でも、裁判手続や実体法のルールについての情報が一般的に乏しいというわけではない（筆者の見聞による）。どのような職業についていたか、訴訟を経験した人と接触があるかなどによって、司法についての情報を、断片的にでも、あるいは不完全な内容でも有している人はいる。このような人が、法について無知な人につけこんで、例えば書証の不備などを利用して、その人を相手に訴訟を起こし、その人が貧しくて弁護士をつけることもできず、訴訟手続を理解しないままに、被告敗訴判決を既判力でもって確定され、執行されるという事態が生じうることは、近代的な民事裁判制度の導入を急ぐあまり、発生してしまう不正義である。それゆえ、植民地の時代から、裁判所における慣習法の適用にあたっては、「手続技術への不当な配慮および不当な遅滞なく、実質的正義に従って」決定するように配慮されてきたほか、裁判官による訴訟運営上の権限を拡大ないし柔軟化する必要がある。

最後に、司法汚職の問題がある。裁判官の訴訟運営の権限を拡大すべきとしても、これは裁判官による不正行為を生む可能性の拡大と表裏一体の関係にある点に注意しなければならない。ICJケニア支部の調査によると、司法府は腐敗していると認知している人が79%に上り、「これまでに裁判所のなかで汚職を目撃したことがあるか」との質問に対しては、53%が「ある」と回答している²¹。具体的な不正行為の種別については、首席裁判官直属の小委員会が行った実態調査が、次のような事例を指摘している²²。すなわち、審理の遅滞、判決言渡しの遅滞、資料の誤管理・紛失、訴訟人から受領した金銭の会計報告の欠如、公

²¹ 司法汚職の実態については、ICJ, *Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform* (2005) (at www.icj.ke.org, last accessed on 2007/11/05), pp.17ff.; ICJ Kenya, *Strengthening Judicial Reforms in Kenya Vol.5: Public Perceptions of the Magistrate's Courts*, ICJ Kenya (2003). 汚職認知件数の役職別の割合は、治安判事(17%), 裁判所事務官(court clerk)(16%), 検察官(14%), 弁護士(13%), 裁判所書記官(12%), 裁判官(9%), 裁判所護衛官(7%), 補助裁判官(5%), 司法行政官(5%), 送達実施人(2%)となっている(Ibid., pp.45-46).

²² Republic of Kenya, *Report of the Sub-Committee on Ethics and Governance of the*

文書の濫用，訴訟人のためにする訴答書面の作成，特定の弁護士または訴訟人に好意的な取り扱い，証拠物の不適切な取り扱い，親類または友人の情実任用，裁判官・訴訟人・弁護人の不適切な関係，上級裁判官とそのスタッフとの不適切な関係，事案を担当する裁判官を「金で買うこと」，事件目録に事件を誤って記載するまたは記載しないこと，裁判官室での訴訟人との応対，バーやパブの無配慮な出入り，特定の裁判管轄外部の訴訟を審理すること，説明なしに裁判を休廷すること，法令や判例のあからさまに誤ったまたは理由の付されない解釈，適切な説明なしに特定の事案に有利となるような審理日を決定すること，基本的な法的信条に従わない一方的な最終的判決を与えること，適切な説明なく予定されていた日とは別の日に判決を言渡すこと，訴えの不適正な記載である。かかる司法汚職あるいは不正行為に起因する裁判所不信が，裁判所利用を妨げる要因として働いているのである。

第3節 行政による土地紛争解決の法的統制

本節と次節では，共同体および行政へと進んだ土地紛争のコミュニケーション（表1の③）について，法システムがそれらをいかに構成し，規律しているかについて検討する。まず本節では，土地紛争のコミュニケーションが行政による解決へ持ち込まれた場合の種々の問題に対して，法システムがいかに対応しているかについて検討していく。しかし，そもそも土地における私権に係わる紛争を行政が取り扱い，合法／不法の値を振り分けている実態を，どのように捉えるべきであろうか。まずは，この点を検討することから始めたい。

第1項 行政による土地紛争解決の位置づけ

（1）裁決機関としての行政

土地紛争における行政は，裁判所の判決を執行する機関としての位置づけと，行政自身の判断によって紛争を解決する裁決機関としての位置づけを与えることができる。前者の位置づけが法システムの機能にとって不可欠であることはいうまでもないが，以下では後者の位置づけが法システムにとっていかなる意義を有するかについて検討したい。

行政は物理的強制力を行使することのできる機関であり、公的資源を統制できる優越的な立場にある。行政がその優越的地位を用いて裁決機関として行為することが意義をもつのは、土地紛争が集団間での闘争として政治的に構成され、お互いが自己の利益を守る／獲得するために、最終的には実力行使も辞さない構えを見せている場合が典型であると思われる。しかし、実際には、後に裁判所への提訴に至ったような訴訟に適合的と思われる事案でも、まずは行政官による介入が求められ、それが功を奏さなかった場合に提訴へ至るというケースが少なからず見られる。そこで裁決機関としての行政が構成されるコンテクストを明確にしておきたい。

事例としては、①姑である原告が、自分の息子と同棲子どもを儲けていた女性が同棲生活の解消後も姑家族の土地に居住していたため、同棲生活の解消により土地に居住する権限を失ったとして明渡しを求めた事案²³、②売主との間で土地の売買契約を締結し占有に至った買主が、取引に効力を与えるために必要な土地統制委員会の同意を待っていたところ、売主が死亡し、その遺産管財人の地位にあった者により占有を侵奪された事案²⁴、これらでは当事者がまず州行政に解決を求めた事実が判決に現れている。また、③家族保有地について、登記名義人である長男は家族のための信託において保有していると家族構成員が主張した事案では、長老とチーフによって請求を認容する決定がなされたが、長男がその決定に従わなかったという理由から裁判所へ提訴されている²⁵。さらに、④訴訟係属が発生しているにもかかわらず、紛争が行政による調停に委ねられ、その間審理が止まっていた事案もある。土地の売買契約が締結されたが、売主の家族が当該土地は家族の信託において保有されており、家族の同意を得ないでなされた売買契約は無効であると主張した事案では²⁶、1988年9月に一審への訴訟係属が発生しているにもかかわらず、審理の開始は2000年6月であり、その間およそ12年は州行政による調停が試みられていた。

これらの事例が示すように、行政官が土地紛争へ関与するコンテクストは、土地の暴力的な侵奪への対応という公益の保護ないし治安維持を目的とする場合だけでなく、家族間での紛争や経済取引に係わる紛争など純粋に私的な性質を有する紛争においても行われて

²³ Jane Muthoni Ngugi v. Jane Wambui Warutere, H.C. No.210 of 2004 [2005] eKLR. 事案の解決としては、長期の同棲の事実からコモンロー上の婚姻関係が成立するとして、被告は、係争地に居住する権限を有すると判断され、明渡請求は棄却されている。

²⁴ Kahia v. Ng'ang'a, C.A. No.16 of 2001 [2004] eKLR.

²⁵ Wanjihia v. Wanjihia & 4 others, H.C. No.569 of 1999 [2004] eKLR.

²⁶ Jacinta W. Kamau v. Isaac K. Mungai and Ndirangu Gitigi, C.A. No. 59 of 2001 [2006] eKLR.

いる。したがって、土地紛争の性質が公益に係わるものであるか私益に係わるものであるかにかかわらず、土地紛争一般において、行政の果たす紛争解決への期待は一定程度存在すると思われ、これは裁決機関としての行政という位置づけが、事案類型にかかわらず、また法的権限の有無にかかわらず、存在することを示していると考えられる。

かかる位置づけが与えられる理由として、以下の理由が考えられる。第一に、侵害された土地または土地における利益を回復することが確実に予期できるという実現能力の優位がある。行政官が第三者の立場で行為できる根拠は、その決定が強制的に執行されるものであり、人々が、自身の身体が現実拘束され、自らの財産が現実剥奪されるとの予期を抱くこと、あるいは、公的資源の統制によって、行政の与える恩恵——開発プロジェクト、雇用、各種の免許や許可等——から現実に排除されるとの予期を抱くことに求められる。そして、これらは土地紛争を解決するうえでの資源として結合して行使されている（前章第4節第3項の事案では、妥協することと学校建設という利得が結び付けられている）。第二に、行政官は裁判所に比べて迅速に行動でき、紛争発生を予防することができるとの利点がある。土地紛争が、自力救済を経て、暴力的紛争に発展する可能性がある状況では、早期に紛争解決に着手する必要があるから、この迅速性・予防能力は行政の比較優位の一つである。第三に、金銭費用の安価さを挙げることができる。裁判所を利用する費用が高価ななかでは、通報によって、基本は無料で（ただし、金銭の授受はありうる）自由に動いてくれる組織としての行政が志向されるであろう。

ただし、ケニア行政がかかる実現能力・迅速性・低費用を十分に備えているとは言い難いことも事実である。実現能力などの性質は、自治的組織や軍閥などの私的団体も備えることができ、この点では、行政は他の実力組織と同質の一組織として並置される。行政は公的機関として、その行為に公共性を備えているべきであるが、そうではない場合（特に、汚職や差別がある場合）には、その介入が住民によって積極的に回避されることにもなり、その分、自治的組織や軍閥などの私的団体が選好されることもありうる。行政が紛争解決機関として位置づけられているとはいえ、それは他の同質の紛争解決機関と並ぶ一機関にすぎない場合もある点に注意が必要である。ただし、これは実力の集権化の問題であり、第一に政治システムの問題であって、法システムにとっての問題はかかる現状をいかに法的に評価するかにある。

（2）裁決機関としての行政の評価

では、裁決機関としての行政という位置づけをいかに評価すべきであろうか。規範形成とその貫徹力、権利と救済とは切り離せない関係にあるとしても、救済の実効性が権利関係の判断に優先することは、①いかなる理由によって、②どの程度の範囲で許容されるだろうか。まず、裁決機関としての行政の利点と欠点を検討することから、①の理由について検討したい。

裁決機関としての行政の利点は上に検討したが、かかる性質が法システムにとって有する意義には、次のものが考えられる。第一に、事例3-1では、占有侵奪の危険に直面している当事者が、行政機関に対してなんらかの措置を採るよう要請したにもかかわらず、行政機関がそうした行動を採らなかったというなかで、自衛手段を整えるよう長老に要請するという行為が採られているが、この場合、行政機関による保護あるいは妨害排除の行動が確実なものとして予期できるのであれば、自衛手段に頼る必要性はなく、また事後的な自力救済に訴える必要もなくなるという効果がある。それゆえ、行政の救済は、自力救済から離脱していく過程に位置づける必要がある。第二に、実際に私人が民事訴訟の手段によって救済を求める請求を定立する場合でも、それが様々な手段で公的機関によって補完されなければ——例えば、窃盗の場合の警察官による捜査、公証人制度や登記制度の運用など——実効的な権利保護に至らないという事情がある。第三に、行政は決定の実現能力を有するが、「コモンローの伝統においては、私人の私的権利を保護する制度は、重要な程度において、少なくとも公衆がすべての私人から構成されるものと考えられる場合には、公的機関 (public bodies) が公衆に対して負っている義務の履行を強制する制度である」ともいわれており²⁷、行政が公衆に負っている義務を裁判所が執行することが、その反射的効果として、私権自体を発展させてきたとの歴史もある。したがって、実現能力を有する行政を法の統制に服することは、行政を法の執行機関として位置づけることを意味し、それによって、①自力救済からの離脱、②裁判制度の補完、③行政が公衆に負っている義務の反射としての私権の発展をもたらすことができると考えられる。

その一方で、行政による紛争解決には以下のような欠点もある。前章の諸事例から明らかになることは、行政官は、紛争当事者を含む地域社会の日常のコミュニケーションから離れて行為することはできないということである。とりわけ、法律に規定された権限や義務だけを理由として行為を選択することは優先的ではなく、地域社会で期待されていることを与件として、そのなかでいかに行為すべきかという観点に主導されている。そして、

これは採るべき措置が合理的である場合には、法律の解釈を変更したり、法律に違反したりするところまで行き過ぎてしまうこともある²⁸。問題は、かかる行政行為の性格が、紛争当事者および社会全体にいかなる予期を抱かせるかにある。

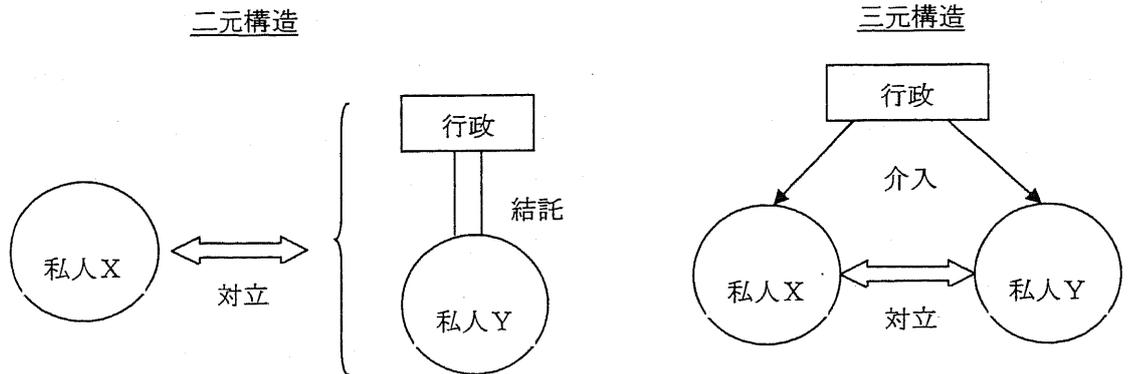
第一に、紛争当事者が2つの異なる集団であり、行政官がどちらかの集団に帰属しているか、あるいはどちらかとなんらかの利害関係を有する場合には、行政官としては、かかる関係を有する当事者に有利な決定を与えることが合理的となり、行政の裁決が差別的なものとなりうる。事例3-2にあるように、ケニアの行政官のなかには、たとえ法的には侵奪を排除することが義務であったとしても、自分と同一の民族集団に不利な決定を与えることから帰結するリスクをとる用意ができていないケースがある。このリスクは、上級監督者の統制（公式／非公式の懲戒など）による不利益をも上回る場合さえ認められる（事例1-4）。行政官がこのように行為すると予期できれば、当事者自身も、行政官との関係によってどちらに有利な決定が下されるかを予測できる。紛争は、二人の私人間での紛争という形態と、一方と行政とが一体として当事者を形成し、他方当事者と対峙する形態とに区別されうるが、行政の差別的行為は行政＝私人Yという構図を生み出す原因となる（表2参照）。そうすると、土地所有を保護するためには、行政官との良好な関係を築く必要があると予期されるであろう。これは、権利の決定者に様々な形態での影響を与えることが可能である場合には、自己の利益のために決定を得る（買収するなど）との慣行を生み出す可能性さえあり、結果として、土地所有の安全性は行政官との関係次第で決まるとの予期を産出することになる。特に、行政官が民族主義的に行為する場合、行政官と異なる民族がその地域で土地を所有することは難しいことになる。

これに関連して、行政官自身がイニシアティブをとって土地紛争を解決しようとする場合には、消極的あるいは積極的制裁を行使して、当事者に受け入れ可能な妥協案を提示し、合意形成を図ることが行われるが、その場合、行政官は、互いに争う両当事者の言い分を聞くなど、話し合いや合意形成において、当事者双方に配慮した手続規範に従わなければ、

²⁷ Bradley and Ewing, (2007), p.669 (強調は原文)。

²⁸ Ghai and McAuslan (1970), p.304, 「農業行政の…特徴は、法が授権または許容していることと、行政が実際に行ったこととの間には、時に乖離があるということである。これは、農業行政に特殊な現象ではない。「行政官は公衆が寛容であることを行っただけであるために、かかる状況で『違法な行政』を行政権の濫用という含意を込めて語ることは誤っている。……この状況に加えて、法の過程が無意味または時間の無駄であるとして無視される場合もあり、これは、そのような行動への非難または批判は取るに足らないことであり、責任を問われることなく無視しうるとの認識のもとに行われているのである」(Ibid., p.306)。

表2. 土地紛争の構造



一方に偏った判断であるとして合意を得ることは困難となる。実際にも、当事者間での話し合いの場を提供したとしても、行政官が一方に偏った決定をなし、あるいは手続上、公正なやり方で行為しなかったという事実が、暴力的紛争の発生を未然に防ぐ機会があったにもかかわらず、紛争へと至った原因になっている²⁹（事例1-3）。したがって、土地紛争において、行政の第三者性、中立性をいかに確立するかが課題となる。

第二に、行政官が対立する集団の期待の間で板挟みになる場合には、この状況を回避するために、行政区画を可能な限り同一の集団によって構成し、その行政区画に一人の行政官を置くことが望ましいものとなる。実際にも、行政区画を分割し、新しい行政官職を設置して、共同体が自己管理できる環境を整備する方法が、新たな土地紛争を予防するとの観点から採用されている（事例1-2）。つまり、行政官に中立性を与えるためには、行政官の管轄する社会そのものになんらかの同一性が成立していることが必要であり、行政区画とは、この同一性を人為的に成立させる手段なのである。しかし、これは国家の同一性を細分化していく過程でもあり、ある領域に同一性を成立させるため、当該領域から異質な民族集団を排除することにつながりかねない。土地の所有者資格は共同体への帰属によって与えられるとみなされているなかでは、これは、国家の細分化と特定民族集団による

²⁹ また、牧畜民の利用権を管理する委員会について、利用権の配分は平等が原則であるところ、実態は、集団内の権力関係により、最大200.5haから最小3.6haまでの格差がつけられた。といい、委員会の構成員がその地位を利用して土地を取得し不衡平なやり方で配分したこと、構成員の近親者の配分割合が高いこと、委員会が配分に関する異議を聴取しようとしなかったこと、事態の改善を要求したが行政官に阻まれたこと、汚職があったことといった問題が指摘されている（E. Mwangi, "Subdividing the Commons: Distributional Conflict in the Transition from Collective to Individual Property Rights in Kenya's Maasailand", *World Development*, Vol.35, No.5 (2007), pp.815-834, 822-825).

領域の排他的支配を促してしまう。中立的な第三者としての行政を確立することが、ケニア社会の分断化と結びついているのである。

第三に、細分化された行政区画のなかでは、行政官は中立的な立場から紛争コミュニケーションに参加することができる。しかし、今度は、この立場が伝統的な長老の立場と競合することになりかねない。それゆえ、行政官と長老とが機能的に比較されることになる。行政官は強制力を行使することができ、いかなる決定であるにせよ、その決定が実現されることの確実性を有している。その一方で、行政官は、①長老のように慣習法を述べる権威を有していない、②地域社会からの信頼を得ていない、③地域の実情についての知識に乏しい場合もある。ここから、決定は長老が下し、それに公的なお墨付きを与えるためチーフに報告するという協働形態が生まれうる。これによって、行政権力が慣習法の執行手段として利用され、この結合が実定法から自律した慣習法の存続ないし発展を支えることにもなる。

土地占有の回復に実効性を与える点で実現能力が必要とされるとともに、当事者間での紛争解決が有効に機能せず、暴力というコミュニケーションの停止へと至る出来事が発生しうるという場面では、強制力を行使しうる第三者の関与が不可欠なものとなる。しかし、当事者の実力行使を排除するために、第三者の実力行使が必要であるとしても、この第三者の実力が濫用されるようでは、土地所有の秩序は実力の秩序に服従することになってしまう。そこで、この第三者の実力行使をいかに適正化するかが法システムの課題となる。その一方、慣習法または実定法上の権利を貫徹することが、望ましい結果をもたらすとは限らない場面もある。法的に正当とされる帰属関係が実現されることは、土地所有における正義の実現として不可欠であるが、それだけに配慮しては済まない現実があることも事実であり、法システムはかかるケニアの現実に対応しつつ、可能な限り、正当な土地所有秩序を確立・維持しなければならない。行政の法的統制は、両者の要請の間に位置づけることができよう。

第2項 裁決機関としての行政の法的統制

ケニア憲法は、司法権を行使する裁決機関の構成は法律に基づかなければならないと定めており、法律の授權なく行政が裁決を行うことは違憲であって、かかる裁決は無効である。これは、法律の根拠を有する独立かつ中立の機関によって、公正に、原則として公開

で、実体的な権利義務が判断されなければならないとすることで、私人に法の保護を与える趣旨である。ただし、特定の公務員に対して、個別的に実体的権利を裁決する管轄権が与えられている場合はある³⁰。また、当事者が、合意によって、土地紛争の解決を行政官の仲裁に付託することもありえ、これを禁止する法律はケニアには存在していない。さらに、行政は民事の権利を裁決することができないとしても、民事の性質を有する紛争となんらかの関連する行為について、法が行政になんらかの義務または権限を認めていることはある³¹。したがって、原則として、行政機関が法の授権なしに私人の実体的権利を裁決することは違法であるが、例外として、①制定法によって個別的に授権されている場合、②当事者が事案を行政の仲裁に付託することに合意した場合、③制定法が行政行為の権限を与え、または義務を課しており、それが私人の権利に触れる場合³²があると考えられる。

行政法の第一次的関心は、行政の活動を法の枠内にとどめること、つまり法の支配の維持にある³³。法は、行政に対して、行政の裁量で行使することができる権限 (power) と、いかなる場合でも行政が遵守しなければならない責務 (duty) とを与えている。イングラウンド法を継受したケニア法では、行政行為が、制定法の範囲内で与えられる法的権限を逸脱または濫用して、あるいは法的責務に違反して、法益を侵害した場合には、原則として通常法 (コモンロー) が適用され、かかる侵害に起因する損害については、国および公務員個人に賠償責任が課せられる³⁴。また、制定法上の権限を行使する場合でも、過失によって私人に損害を与えた場合は賠償責任を負うとともに、権限を過失で行使しない、または責務を履行しないで私人に損害を与えた場合 (不作為不法行為) も賠償責任を負う³⁵。

また、手続の公正の原則については、判例は次のように分類している³⁶。①制定法が規定

³⁰ 例えば、土地に関する私権の場合、土地権利確定については権利確定官に、土地境界紛争については土地登記官に管轄権が与えられている。

³¹ 具体的には、警察法 14 条 1 項の解釈を取り上げる。

³² 「制定法によって与えられた行政裁量は、それが法によって設定され、承認された権利に触れる (touch) ものである場合には、司法的に行使されなければならない」 (Brooke Bond Kenya Limited & another v. Chief Land Registrar, H.C. No.1441 of 2003 [2007] eKLR)。

³³ H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 5th ed., Clarendon Press (1982), pp.5, 22ff.

³⁴ 公的機関が権限を行使し、または義務を履行するに際して、「公務員が、法の外部で行為した場合、不服当事者 (aggrieved parties) は、当然の権利として、公務員の権限の限界が裁判所によって確定され、必要な制裁が与えられるよう、救済を求める権利を有する」 (Stephen Mutuku Muteti v. Director of Land Adjudication & Settlement Officer & 3 others, H.C. No.246 of 1998 [2005] eKLR)。

³⁵ Wade, *op. cit.*, n.33, pp.648ff.

³⁶ Cassiano De Souza v. Chairman and Members of the Tanga Town Council [1961] EA 377.

しているか、または国内裁判所を拘束する制定法に基づくルールもしくは規則が規定している場合には、その手続が従われなければならない、手続は遵守されなければならない。②手続が規定されていない場合は、審判所は、争点となっている問題を公正に決定できないであろうから、なんらかの審問の形式が作成されなければならないとの明白な含意が存在する。③その場合、適正に構成されているべき審判所は、最大限に公正に行為しなければならない、正当な手段でその結論に達しなければならない。一方当事者が欠席しているながら他方当事者から証拠を受領するといった自然的正義の原則に違反する場合は、移送命令が発給される。④告発されている者は、なされている告発の内容を知っていなければならない。⑤自身の観点から不利益な言明を修正しようとする当事者、または異議を申し立てて争っている当事者には公平な機会が与えられなければならない。⑥審判所は、ひとたび準訴訟が開始されたならば、一方当事者または第三者からなんらかの接触を得た場合、それに対して回答する機会を他方当事者に与えなければならない。

このように、手続の公正の原則の中核には自然的正義の原則がある³⁷。自然的正義の原則は、「裁定者は、利害関係を持たず、偏見のない者でなければならない（何人も自ら関係する事件の裁定者たるをえず *nemo iudex in causa sua*）」、および「当事者は、十分な告知と公平な聴聞の機会を与えられなければならない（相手方当事者の言い分を聞け *audi alteram partem*）」に大別され、さらに、ここから、次のような具体的なルールが導出される³⁸。(i) 「何人も自ら関係する事件の裁定者たるをえず」の原則から、「たとえ公正であるように見えても、終局判決に金銭上もしくは人的関係上の利害関係、または自身の不偏性に影響を与えるであろう既知の予断を有する者によってなされた判決は無効である」。(ii) 「司法判決は、純粋に法の根拠に基づいてなされるべきであり、自己の利益のため、または政治的影響、賄賂、裁判官の雇用契約の更新を考慮した願望、その他司法外部の考慮に基づいてなされるべきではない」。(iii) 「すべての者は、自身の事件における判決について、裁判所の理由づけを知る権利を有する」。(iv) 「正義は現実になされるだけでなく、明示的かつ疑いなく、なされたように見えなければならない」。さらに、ここから、(a) 裁判の公開の原則、

³⁷ 判例は、「自然的正義の原則は、他人に影響を与えるであろう決定をなすにあたって、公平に行うべきと通常人であれば合理的に期待するであろう場合に適用される」という一般的な要件を立てている (*Onyango v. Attorney-General* [1987] KLR 711 (per Nyarangi J. A.)). また、「自然的正義のルールは、裁判所が利害関係人を聴取することを禁止するとの明確な法律条項が存在しない限り、司法であれ、行政であれ、すべての審理 (proceedings) に内在している」 (*Republic v. Kigera* [1988] KLR 819).

³⁸ 以下は、*Kuloba, op. cit.*, n.2, pp.92-93 による。

(b)裁判所は公衆につねに開かれており、利用可能でなければならないとの原則、(c)裁判所の扉は裁判が開廷されている間は施錠してはならないとの原則が導出される。(v)「何人も聴聞されずに判決を下されない」との原則からは、(a)万人が、自分自身の審理に出廷し、自らについて語る権利を有するとの原則、(b)判決は、それに直接に影響を受ける者が、自分の真実を開陳し、かつ相手方の真実を知りそれに回答する公平な機会を与えられていない限り、支持されえないとの原則、(c)人は、自らの選任により、相当な期間において、法律の助言と代理を求め、または受ける権利を有するとの原則が導出される。(vi)「万人が、承認された証明の方法により有罪と証明されるまで、または司法裁判所の承認した方法で有罪を自白したのではない限り、法によって無罪とみなされる」(民事においては、完全な知識と情報を得た助言によって自発的に認めたのではない限り、責任 (liability) は、それを主張する者によって立証されなければならない)。

(1) 制定法によって与えられた権限行使の統制

私人の実体的権利について特定公務員が管轄権を有すると制定法により定められている場合において、行政はその管轄権をいかに行使すべきかという問題については、土地権利確定手続に関連する問題を題材にして検討したい。

土地権利確定手続は、慣習法上の権利ないし利益を実定法上の権利へと転換し、それを登記することで私権の保護を図るとともに、その変動を円滑化するための制度であるゆえ、なによりも、その手続のなかで正確に権利の記録と登記が行われる必要がある³⁹。その手続は権利確定官の管轄のもとにあり、権利確定実施中は、権利確定官の同意がない限り、裁判所は当該土地における利益について裁決することはできない。しかし、権利確定手続は、憲法によって保障された慣習法上の権利ないし利益、すなわち私権を扱うものであるから、その過程および権利確定官の権限行使は、手続の公正の原則に従わなければならないとともに、その権限の濫用による私人の権利の侵害については救済が与えられる。

まず、手続の公正に関しては、土地権利確定法は、権利確定簿の記載内容に関する異議は最終的に所管大臣に申立てることができるとしているところ、申立てを受領した所管大臣は、紛争を県令の管轄へと移送し、県令が紛争を聴取し終局的決定を下している。しか

³⁹ 「権利確定が、現に存在する権利を承認し、確認するものであることは、その枢要な原理である」(Republic of Kenya, *Report of Mission on Land Consolidation and Registration in Kenya, 1965-1966*, Government Printer (1966), para 161)。

し、制定法上、この決定過程が従うべき手続的ルールは存在していなかったため、いかなる法的手続に従うべきかが訴訟で争点となった。

この点に関するリーディングケースとされるのは、次の事案である⁴⁰。本件は、およそ40名が居住する50エーカーの土地をめぐる、長期にわたって継続してきた紛争である。本件の上訴人Xと被上訴人Yとの紛争は、1967年の訴訟によってYの勝訴と裁決されたが、敗訴したXは土地を明け渡さず、1977年に、土地権利確定法29条4項に基づいて、土地定住大臣に対して、土地境界画定に対する異議を申し立てた。同条項に基づき、大臣は、事件を聴取し決定する権限を県令に委任し、県令は、両当事者からの聴取、尋問、係争地の訪問調査を実施したうえで、申立てを認容して、係争地をXに与える決定を行った。これに対して、Yは、県令が係争地の訪問調査を実施した際に、その場に立ち会う機会を与えられず、Xの主張に対して異議を申し立てる機会を与えられなかったとして、決定手続が自然的正義の原則に違反して無効であることを主張し、提訴した。控訴院は、「一方の聴取に着手したならば、他方を聴取することは審判所の義務である。そうしないことは、移送命令の方法によって記録の文面を修正すべき過誤に該当する」という自然的正義の原則を確認したうえで、「たとえ彼〔県令〕が裁判所ではなくとも、県令は、上訴の根拠と土地権利確定官の面前での審理を考慮した後に決定に達する義務を負っている者であるから、その上訴審としての資格において、移送命令によって〔その決定は〕取消されうる」として、大臣の管轄にある決定であっても裁判所の司法審査に服することを確認している。

この事案のように、一方当事者に聴取の機会が与えられないこと、申立てられた争点が議論の対象から故意に外されること、証拠を収集したり証人を呼ぶために必要な時間が与えられないこと、交互尋問の機会が与えられないこと、審理日時および場所についての通知を受けないことといった場合には、自然的正義原則の違反として、移送命令により取消されうる事が判例によって認められている⁴¹。

また、公務員が制定法上の義務に違反して私人の権利を違法に侵害したならば、損害賠償請求権が与えられる。権利確定過程で問題となった事案としては、いったん権利確定簿に記載された情報については、異議申立てにより権利確定官または所管大臣が訂正することができるだけであるところ、原告は、土地統合委員会の裁決に従って土地の所有者とし

⁴⁰ Mahaja v. Khutwalo [1983] KLR.

⁴¹ Republic v. Minister for Lands and Settlements & 2 others Ex parte Robert Musili Mwenzwa, H.C. No.183 of 2004 [2006] eKLR.

て権利確定簿に名前を記載されたにもかかわらず、原告と係争地をめぐって対立していた訴外Aの訴えにより、仲裁審議会はAが係争地全体の所有者であると決定したため、係争地は登記官によってAの名前で登記されたという事案がある⁴²。原告は所管大臣に決定の訂正を求めたが拒絶され、また義務づけ訴訟を提起したものの却下された。そこで、原告が、「明確な法的正当性または理由なしに登記を失った」として、損害賠償を求めた。高等法院は、「いかなる場合でも、裁判所は、既存の権利に対する違法な侵害がなされたならば、損害賠償の権利を与えることを承認している」としたうえで、「土地統合計画の実施に携わる政府職員は、彼らが執行するルールを知っているものと推定されるから、[そのルールに違反した場合] 彼らは原告に損害を与えようとする違法な意図をもって故意か悪意で行為したか、または単に彼らの義務を履行するうえで過失を犯したかである」として、国は、この責務に違反して原告に与えた損害を賠償しなければならないと判断した。

(2) 行政官への仲裁付託

問題は、「裁決」にまでは至らない土地紛争解決が当事者によって行政官に付託された場合に、行政官はいかに行為しうるかである。行政官による土地紛争解決への期待が一定程度存在する現状、とりわけ暴力的対立へと紛争が悪化する危険性が存在し、これを迅速かつ実効的に防ぐ必要があるというコンテキストでは、所有保護機能の観点からみて、行政官による紛争解決が比較優位を有していることも事実である。法システムは、かかる比較優位を無視するのではなく、適切に統制を加えて、その内に組み込むことが必要であると思われる。では、この場合、行政はいかなる法に従うべきであろうか。

第一に、実定法上の絶対的所有権および慣習法上の権利は、人格と客体との正当な帰属を確定する機能を果たすべきものであるから、行政も権利保持者が明確であれば、その権利を実現すべきである。次に論じる財産権保護義務とあわせて、暴力的紛争であればこそ、実力に対する法の優越を確立するうえで、私人の実体的権利の保護が貫徹されなければならない。裁判所も、行政に代わって実体的権利を保護するだけでなく、行政が実体的権利を保護するよう統制する必要がある。この観点からは、次にみる政府の財産権保護義務が注目される。

第二に、ケニア法でも占有侵奪はそれ自体が違法であるから、土地占有の侵奪はいかなるものであれ、回復されなければならない。ケニア社会でも、【実力による占有侵奪行為に

⁴² Kimani v. Attorney-General [1969] EA 29.

よって占有を取得できる】という予期を否定する占有訴権制度の意義が、法システムの進化の過程において、見直されてもよいのではないかと思われる。つまり、行政を、占有保護機関として位置づけ、いかなる占有侵奪であっても、それが法的に許容された自力救済に該当しない限りは、必ず回復されるとの予期に確実性を与える必要があり、この観点から、行政の役割を組み込む必要があるのではないだろうか。

第三に、一般的に、当事者の合意に基づいて行政官に仲裁付託すること自体を妨げる法律の要請は存在しないゆえに、行政官は、適法に仲裁が付託された場合は、当事者の合意形成による和解の促進や行政官自身による仲裁判断によって、紛争を終結させることを合法的になしうる。前章で検討した民族紛争の事案では、行政による仲裁あるいは調停が主要な紛争解決手段とされていたが、そこでは決定作成にあたって実力の要素が優越しており、時に政治的な意味を持った、きわめて緊迫したものでもある。ゆえに、結果を志向した目的プログラムに従った決定作成がなされるであろうが、これは逆に言えば、実力に訴えることで、既存の権利関係を変更できる事態を導いてしまう。その一方で、行政には公共の安全を維持する義務があり、この目的のためには、既存の権利を貫徹するだけでなく、当事者の合意や妥協へ向けた粘り強い交渉が必要とされることも事実である。とりわけ、土地などの資源の希少性が際立つにつれ、その利益調整を行う必要がうまれるが、行政はかかる役割も担っている点に注目したい。

この場合、法の裏づけなき行政による既存の権利への介入は、一般的には違法であるが、これは当事者の合意によって合法へと転換しうる。それゆえ、行政の介入が適法なものであるためには、それが当事者の合意に基づいて付託された「仲裁」でなければならない。そして、仲裁の定義に該当するかどうかは、制定法たる「仲裁法」の規定に従って判断されなければならない。裁判所としても、行政による土地紛争解決が仲裁法の規定に沿った適法なものであるかどうかを慎重に吟味しなければならないことになろう。その場合には、行政法の原則である自然的正義の原則も用いて、手続的に統制すべきである。

仲裁判断に適用される実体法については、仲裁法 29 条が以下の定めをおいている。まず、「仲裁審判人は、紛争の実体に適用しうると当事者が選択した法のルールに従って、紛争に決定を下さなければならない」(1 項)。「1 項に基づいて当事者が法を選択できなかった場合は、仲裁審判人は、紛争のあらゆる状況を勘案して適切であると考えた法のルールを適用しなければならない」(3 項)。「仲裁審判人は、当事者による明示の授権がある場合に限って、法のルールに拘束されないで、正義と公正の配慮に従って、紛争の実体に決定を

下すことができる」(4項)。目的プログラムに従った行政の決定は、それが正義と公正の配慮に従っているかどうかによって規律されるが、その場合、行政は当事者の明示の授權を求めべきである。

ただし、適正な権原の配分問題は、行政の個別的対応だけによって解決できない問題でもある。その場合には、適正な立法手続を通して議論がなされ、法律の形式によって対処すべきであり、法の裏づけのない実力行使が法に優越してはならないとの原則は維持されなければならない。これは、立法の役割への期待を高めることになる。

(3) 財産権を保護する政府の義務

土地紛争が暴力的紛争へ発生する危険がある場合には、行政官に対して、紛争を能動的に解決するかどうかの裁量を縮減し、私人の権利を保護すべく行動を義務づけることが、土地所有の実効的な保護にとって必要である。ケニアの判例は、かかる義務として、憲法および警察法の規定を根拠に、政府の財産権保護義務を認定している。

事例3-2として取り上げたコースト州の事案において、所有財産(家屋と動産)を侵奪された被害者が、その損害が国の不作為に起因するとして、損害賠償を求めて提訴した事件がある⁴³。高等法院は、原告が、その所有農場が武装した一団に襲撃されるとの危険を認知し、その情報を州行政および警察に通報して保護を求めた事実、および警察自身も武装集団の存在を認識していたにもかかわらず、なんらの行動も起こさなかった事実を認定したうえで、憲法70条を根拠に、「[同条の]保証を確実にするためには、政府は、国内の治安を維持し、法と秩序が維持された状態を確保することによって、個人の生命の安全を保護するために積極的に対策を講じる責務と義務(the duty and obligation of actively taking measures)を負っている」と判断した。さらに、警察の不作為は過失不法行為にも該当するとして、憲法上の義務および不法行為法上の義務に政府が違反したと認定し、原告の請求を認容している。ただし、この保護義務がいかなる法律関係に基づくものであるかについては詳しく検討されていない。

この政府の保護義務について詳しく検討したのが、次の家畜窃盗の事案である⁴⁴。裁判所の認定事実によると、牧畜民である原告は、2002年5月4日の早朝に、所有する家畜を強

⁴³ Pradhan v. The Attorney-General, H.C. No.276 of 1998 [2004] eKLR.

⁴⁴ Gullid Mohamed Abadi v. O.C.P.D. Isiolo Police Station & 2 others, H.C. No.122 of 2002 [2006] eKLR.

盗に盗取された。原告は、この事件をイシオロ県警察署に通報し、奪われた家畜が隠されている場所を発見したとして警察の捜査と家畜取戻しへの助力を求めた。当初、警察は当該事件の事件簿への記載を渋っていたため、最終的に原告は1千ケニアシリングを支払って事件登録をしてもらった。ところが、警察は人員の不足を理由に必要な捜査や介入をまったく行わず、事件を放置した。そこで原告は、イシオロ県令 (District Commissioner) の事務所を訪れ、事態を説明し助力を求めたが、県令もこれを拒絶した。次に原告は、州の警察本部を訪れ事態への介入を要請したところ、州警察は原告の要請を受け入れ、イシオロ県警察署に対して必要な行動を採るよう命じる文書を原告に持たせた。原告は、この文書を持ってイシオロ県警察署を再度訪れたが、またもや警察は人員の不足を理由に必要な行動を採ることを拒絶した。そこで原告は、今度は州令を訪れ事態への介入を求めたところ、州令はイシオロ県令に対して原告に助力するよう電話で直接に指示し、さらにその指示を記した文書を原告に持たせた。原告が文書を持って県令に会いに行ったところ、県令は、原告が自分の上司に直接苦情を申し立てたことを非難し、助力も拒絶した。最終的に、原告はナイロビの警察本部に申立てを行い、イシオロ県警察への介入を要請した。結果として、本部の指示に従いイシオロ県警察が行動を起こしたが手遅れとなってしまったため、原告が、イシオロ県警察を含む国に対して、警察が迅速に行動していれば回復できたであろう家畜の損害賠償を請求したという事案である。

裁判所は、「警察および／または州行政は、本件原告が家畜を奪われたように、財産が盗取された状況において、すべての市民の個人財産を保護する義務または責務を負っているか」という争点について、次のように判断している。一般的には、財産の盗取そのものを予防することは困難であり、政府が、すべての私人の居宅で発生する違法な窃盗を予防できるとは合理的に期待できないから、財産権の保護を規定した憲法 75 条は、政府が私人に対してなした侵害について規定したものと限定して読むべきである。しかし、その一方で、警察法 14 条 1 項は、「ケニアにおける警察力 (the Force) は、法と秩序の維持、平和の確保、生命と財産の保護、犯罪の予防と捜査、犯人の逮捕、および警察の業務とされている法と規制の執行のために用いられなければならない」という警察の義務を規定している。この義務は、窃盗の発生という事実によって直ちに損害賠償請求が可能な不法行為を導くものではなく、ケニアに合法的に居住する者に対して 14 条 1 項所定の目的に沿った行為をなす一般的な注意義務 (general duty of care) を警察に課しているにすぎない。「けれども、この一般的で受動的な義務が、その違反によって損害賠償といった法的帰結を招来しうる

ような法律関係を構成すると考えることができるときは、その一般的で受動的な義務は、特定個人との関係において、能動的で特別な義務へと転換されていなければならない。換言すれば、お互いに対する国の行為と個別市民の行為は、前記 14 条 1 項に基づいて設定される広い注意義務の範囲内においてであるが、訴訟を基礎づけるに足る関係 (an actionable relationship) を産出するというやり方で活性化されていなければならない (must be activated)。別様に言えば、その違反が請求を基礎づけるに足るものでありうるような国が個別市民に対して負っている注意義務は、警察法が広範に規定しているところだけに依存するのではない。思うに、前記条項が市民への助力にまで及ぶかどうかを決定するのは、前記条項に基づいて自身の権利を訴えようと欲する個別市民の行為の性質と警察の応答とである」。

このように判断したうえで、政府の保護義務について、次のような一般的命題を立てている。まず、「憲法 70 条および警察法 14 条 1 項に基づいて、国は、市民および市民の財産を保護し、安全を提供し、平和を維持しなければならない」。かかる義務は、「絶対的かつ条件づけられないものとして現れるが、実際においては、多様な複数の要因に依拠して基礎づけられる」。そして、これが具体的に基礎づけられたならば、その義務は民事上の義務であるから、民事訴訟によって執行できる。さらに、その義務は、政府が市民個人に対して負う義務であると同時に、公衆に対して負う義務でもあるから、「確証できるクラスまたは公衆の一員によってさえも、民事訴訟で執行可能である」とも述べている。

本件については、①原告の家畜を盗取した者を逮捕すること、および原告の主張した家畜の隠し場所を捜査して奪われた家畜を追跡することは警察の義務である、②原告が警察に事件を報告し助力を求めた時点で、原告は警察法 14 条 1 項に基づき警察が原告に対して負っている注意義務の射程範囲 (scope) に自らの身をおき、したがって当該行為は原告の権利を活性化させたから、原告の請求を拒絶した警察の行為は義務違反に該当する、③原告の要請を拒絶したことによる被告の過失 (negligence) および／または未必の故意 (recklessness) により原告はその家畜のすべてを喪失したのだから、被告は家畜相当額を賠償しなければならないと判示している。

裁判所は、憲法および警察法の規定によって、政府と市民との間に、政府が市民の財産権を保護すべき一般的な注意義務を負うという法律関係が構成されるとしたうえで、その一般的な注意義務は、私人の保護要請により、政府が能動的に行動すべき特殊な義務へと転換され——私人の側から見れば、政府に保護される権利が活性化される——、この転換

を経た後に、なおも政府が必要な措置を採らず損害が発生した場合は、訴求可能な義務違反が構成されるとの法理を提示しているのである。

かかる法理のケニア社会における意義という点では、行政が保護すべき対象とされた財産権の持つ特質に注目すべきである。上記法理は、財産権の侵害（およびそのおそれ）に対しては、財産権侵害という出来事が発生すると予見可能な事実と保護要請だけをもって、必要な措置を講ずるよう行政をプログラムするものであり、その効果は、特定出来事の発生に基づいて行政行為がいわば自動的に発動されるものとするところにある。ところで、財産権は個人に帰属する権利であり、どの民族に属するかによって、権利の内容や保護の必要性に違いが生じるわけではない。したがって、行政権限発動の基準を財産権侵害と保護要請という事実に基づかせることは、財産権を侵害された人がどの民族に属するかとは無関係に、ケニア国内のすべての個人に共通して妥当する要件に基づかせることを意味する。つまり、行政権限発動の基準が民族の差異を超えて普遍化されるのである。しかも、その権限発動は行政自身の判断として行われるのではなく、法によって命じられたものとして行われる。これにより、行政としては、自身と同じ民族に有利に行為するよう求める社会の圧力から解放されて、行為の決定をなしうるようになる。その結果として、行政に第三者性・中立性という性格が与えられるのである。かかる権限発動基準の普遍性と必然性がなければ、行政にとっては、自身と同じ民族や自身を支持する集団のために行為することが合理的となる。普遍性と必然性を備える権原が行政行為を統制する基準として働くことには、このような意義があると思われる。

第4節 慣習法における長老の権威の制度化

次に、本節では、慣習法における長老の権威がいかに制度化されているかについて検討したい。原住民裁判所という植民地期の制度も、長老の権威に依拠し、慣習法を適用して共同体内部の紛争を解決する制度であったが、登記土地法の制定によって土地における諸権利については実定法に基づいて判断されるようになり、またこの判断を行う裁判所も、独立後に一元的な司法制度へと改組された。しかしながら、かかる近代的な実定法制度によって、人格と土地との帰属関係を客観的に確定し、土地における支配権能を割り当てることは必ずしも貫徹されず、当事者によっては共同体の長老による解決が優先される場合も依然として存続している。

親族的身分秩序および共同体を前提とした土地紛争の構成と規律が行われている理由は、共同体の有する財産管理制度という性質と、それが人々の現在および将来の生活を支える基盤であり続けていることに求められよう。法システムとしても、かかる制度が有する帰属確定機能や支配権能の割当機能の優位と、それに基づいて人びとがかかる制度による解決を選好しているという事実を無視することはできない⁴⁵。それゆえ、実定法は、これを様々なかたちで制度化することによって、法システムの内部へと組み込むことが必要になる⁴⁶。しかし、その一方で、かかる制度が経済秩序に由来する新しい利益関心を適切に扱おうかという点とともに、自然環境や公共の利益に配慮した土地利用規制を有効になしうるかという点は問題となる。以下では、慣習法を支える長老の権威を制度化したケニア法の展開を検討したい。

第1項 長老会議による仲裁

1981年の治安判事裁判所改正法 (Magistrate's Courts (Amendment) Act) [以下、本節では1981年法と略す]は、農地の場合の、①土地の受益的所有権、②土地の分割と境界の画定、③土地の利用権の請求、④不法侵奪に係わる訴訟については、これを治安判事裁判所の管轄から除外し、新たに設置された長老会議 (panel of elders) によって仲裁されるも

⁴⁵ J. M. Ngugi, "Re-examining the Role of Private Property in Market Democracies: Problematic Ideological Issues raised by Land Registration", *Michigan Journal of International Law*, Vol.25 (2004), pp.467-527 参照。

⁴⁶ その形式は、当事者の合意形成を促す調停者という位置づけから、第三者的立場から当事者を拘束する決定を与える審判者という位置づけまであり、また審理過程の諸側面について、何をどこまで法的に規制するかについても、多様である。D. Fitzpatrick, "'Best Practice' Options for the Legal Recognition of Customary Tenure", *Development and Change*, Vol.36, No.3 (2005), pp.449-475; A. Manji, "Land Reform in the Shadow of the State: The Implementation of New Land Laws in Sub-Saharan Africa", *Third World Quarterly*, Vol.22, No.3 (2001), pp.327-342; 雨宮洋美「タンザニア「1999年村土地法」における土地所有権：「総有論のミニ法人論的構造」との比較考察」『国際開発フォーラム』第25巻、2005年、21-38頁参照。

この点を、「慣習的仲裁 (customary arbitration)」の概念のもと、法的に議論し、判例の蓄積もあるのが、ナイジェリアである (V. C. Igbokwe, "The Law and Practice of Customary Arbitration in Nigeria: *Agu v. Ikewibe* and Applicable Law Issues Revisited", *Journal of African Law*, Vol.41 (1997), pp.201-214)。慣習的仲裁とは、「チーフまたは共同体の長老である仲裁人の決定への当事者による自発的な付託と、その決定に拘束されることの合意、または決定が好ましくない場合には元に戻る自由とに基づいた紛争の仲裁」と定義される (*Agu v. Ikewibe* in *Ibid.*, p.203)。

のとした⁴⁷ (9A条)。この会議は、行政官である郡令を議長とし、両当事者が同意する長老2名または4名によって構成される⁴⁸ (9B条)。

本法に基づく長老会議の管轄権は、裁判所による仲裁付託の事実から引き出される。ゆえに、「裁判所の命令なく、裁判所へ来る前に仲裁が長老に付託された場合は、長老会議は、当該事案を聴取し、決定を下す管轄権を有さない。治安判事は、かかる長老がなしたことに命令を付与する管轄権は有さない⁴⁹」。したがって、1981年法に基づく長老会議の仲裁判断を得ようとする当事者は、いったん裁判所に提訴した後に、仲裁付託命令を請求しなければならない。

民事訴訟法 59 条は、「裁判所の命令によるすべての仲裁付託、およびその審理過程は民事訴訟規則に規律される」と定め、民事訴訟規則 45 条 1 項は、意思能力を欠く当事者を除いて、いかなる当事者であっても、判決の宣告前に、仲裁付託命令の申立てを裁判所になすことができると定める。裁判所は、当事者が合意して任命した仲裁人⁵⁰ (民規 45 条 2 項) に対して、判決を求めて裁判所に提起された事案を、仲裁判断がなされるべき期限を定めて、命令により、付託することができる (民規 45 条 3 項 1 号)。規則 45 条 15 項 1 号は、「裁判所は、次の場合にのみ、仲裁判断を取り消すことができる。(a)仲裁人または審判の汚職または違法行為 (misconduct), (b)当事者のどちらかが、開示すべき事案を詐欺的に秘匿した場合、または故意に仲裁人もしくは審判人の判断を誤らせ、もしくは欺いた場合」と定めている⁵¹。仲裁判断取消しの申立ては、仲裁判断が記録または当事者に提示されてから 30 日以内になされなければならない (民規 45 条 16 項)。裁判所も、30 日を越えた後でなければ、判決を与えることはできない⁵²。裁判所は、16 項に基づく申立てがない場合、

⁴⁷ 仲裁の「中核的要素」は、①「第三者が法的紛争について審理判断するものであること」、②「当事者が第三者の判断に終局的に服する旨を合意していること」にあるとされる (小島武司『仲裁法』(青林書院、2000年)、3頁)。

⁴⁸ 長老とは、各共同体において、年齢、経験その他により当事者間の紛争を解決する資格を有すると慣習によって認められる者であり、長老が存在しない場合、または当事者が合意しない場合は、県令が任命する者である (9F 条)。

⁴⁹ *Khayadi v. Aganda* [1988] KLR 204 (per Gachuhi J. A.)

⁵⁰ 仲裁人が複数いる場合は、審判 (umpire) が任命される (民規 45 条 4 項)。仲裁人任命に合意されなかった、あるいは仲裁人が仲裁を拒絶した場合などは、当事者は合意により、裁判所による仲裁者の選定を申立てることができる (民規 45 条 5 項)。

⁵¹ その他、「裁判所は、仲裁判断について、(a)付託されていない事案が判断されており、その部分を他の部分から分離することが可能で、かつ付託された事案の判断に影響を与えない場合、(b)形式における不完全または仲裁判断に影響を与えない限りでの明白な過誤、(c)偶然のミス (slip) または脱漏から生じた誤りもしくは過誤を更正または訂正することができる」(民規 45 条 13 項)。

⁵² *Ndegwa Wachira v. Ndanjeru* [1982-88] 1 KAR 1062 (per Platt J.A.)

あるいは申立てが聴取され却下された場合は、仲裁判断に基づいて、判決を与えなければならない(民規45条17項1号)。判決が、仲裁判断の範囲を超えるか、または仲裁判断に従わなかった場合を除いて、判決に対する上訴は提起できない(民規45条17項3号)。1981年法は長老会議による仲裁の手續規定を含んでいないから、同条を適用して、仲裁審理の適正化を図ることが可能であったと思われる。

ただし、長老会議は、土地への権原を決定することはできない⁵³。土地への権原に係わる紛争を長老会議の仲裁に付託すると治安判事裁判所の決定は、たとえ当事者の仲裁付託合意が存在したとしても、無効である⁵⁴。ただ、治安判事裁判所が、権原に係わる紛争を長老や行政官により解決させるべく仲裁に付託する事案は少なからずあり、高等法院への上訴によって、かかる仲裁決定の無効を求める事案が報告されている⁵⁵。

第2項 土地紛争審判所

1990年には、1981年法による改正部分を廃止して、土地紛争審判所法(Land Disputes Tribunals Act)が制定された[以下、本項で引用する条項は、断らない限り、同法のものである]。この制度は、「治安判事裁判所の特定の管轄権を、特定種類の土地に係わる、特定の事件について制限するものであり、土地紛争審判所および上訴委員会を設置し、その管轄権と権限を定める」ものである⁵⁶。

一般的には、裁判所にはない審判所の利点としては⁵⁷、①審判を受けることにかかるコストの低さ⁵⁸(経済性)、②事件に対する決定が下されるスピードの速さ(迅速性)、③審理手

⁵³ 改正法施行直後の法務総裁による通達(Attorney General's Guidelines Circular, No.1 of 1982)は、この制度は権利確定手續が未実施の土地に関してのみ実施され、すでに確定された権原についての管轄権を長老会議に与えるものではないとしていた。これは、1984年の法改正(The Statute Law (Miscellaneous Amendments)(No.2) Act)によって、「長老会議は土地への権原を決定する権限を有していない」(9A条2項後段)との規定の追加によって明文化された。これらから、「長老会議は、権利確定未実施の土地でも、登記された土地でも、権原を決定することはできない」と解されていた(Leonida Nekesa v. Musa Wanjala [1987] KLR 140)。

⁵⁴ Stanley Kiugu & Isaac Kirimi v. M'Ikiombe M'twerandu, H.C. No.111 of 1999 [2005] eKLR.

⁵⁵ 一例として、Odiény Mbui v. Veronica Yongo, H.C. No.207 of 2000 [2005] eKLR.

⁵⁶ Kuloba, *op. cit.*, n.2, pp.12-13.

⁵⁷ Kuloba, *op. cit.*, n.2, pp.16-21による。

⁵⁸ ただし、これは訴訟当事者から納税者への費用転嫁であり、総合的に訴訟の社会的費用を考慮する必要がある(Ibid., p.171)。

続の技術性にとらわれない非公式性⁵⁹, ④審判所は自身が過去に下した決定に拘束されないことから得られる柔軟性, ⑤紛争の実情に詳しく, また紛争解決に必要な専門知識を有した者による判断(専門性), ⑥聴聞の場所や日時などについて利用者に便利なこと(利便性)がある。また, 審判所の有効な活用は, 裁判所の過重負担を回避する効果もある。他方, 欠点としては, ①決定を下す裁量が統制されないこと(そこから帰結する決定の理解不能, 不平不満, 紛争解決の有効性の喪失, 明白な不正義, 気まぐれ, 法や自然的正義の原理との矛盾), ②審理過程の非公開⁶⁰, ③自らの事情を説明する際の不正確さ, ④決定理由の非開示, ⑤上訴の欠如または不完全, ⑥裁決過程についての知識の欠如, ⑦行政機関の介入, 政治的利害の影響, ⑧決定を執行する独自の機関や手段の欠如(私人の善意による判決の履行または裁判所による執行命令の取得を要する), ⑨手続の欠陥, ⑩審判所へアクセスする資格を有する人の範囲が限定されていることが指摘されている。これらの特徴を念頭においたうえで, 以下では, 土地紛争審判所の規定を確認し, その法システムにおける位置づけを検討したい。

(1) 土地紛争審判所の構成と手続

土地紛争審判所〔以下, 審判所と略す〕は, 登記所のある県に設置され, 5条所定の長老会議の構成員リストから県令が任命する長, およびリストから選抜された2名または4名の長老から構成される(4条1項および2項)とされており, 行政官の審理参加が制度上排除された点が1981年法との大きな違いである。長老会議の構成員は, 各登記所のある県ごとに任命され(5条1項), 審判所の構成員であることが不適當な場合, または審判員の責務を果たすことができなくなった場合には, 大臣によって解任される(5条2項)。本法にいう「土地」は, 土地統制法所定の農地であり⁶¹, 土地権利確定法および土地統合法が適用されている土地を除くほかは, 登記土地法に従って登記されているかどうかは問わないとされている(2条)。

長老とは, 「紛争を提起した両当事者の単一または複数の共同体に所属する者であり, 当

⁵⁹ ただし, 審判所の手続が裁判所のそれよりも簡素であるとは, 一概にはいえない(Ibid., p.172)。

⁶⁰ 非公開性は, 例えば商人間のノウハウ紛争や営業の秘密に係わる紛争では, 利点ともなりうる(小島, 前掲書(注47), 6頁参照)。しかし, 土地に係わる実体的権利の争いでは, やはり欠点として捉えるべきであろう。

⁶¹ 農地は, 市街地, 交易または市場用地, ナイロビおよびモンバサ市内の土地以外の土地を言うほか, 不動産制限約款などにより農地としての利用を制限された土地を除く。

該共同体において、年齢、経験、その他の観点により、当事者間の紛争を解決する資格があると、慣習によって承認された者をいう」(2条)。これについては、まず、当事者の属する「共同体」がいかにか構成されるかが問題となる。互いに争う当事者が同一の共同体に属しているとされるならば、審判員はこの単一の共同体から選出される。その場合は、審判員は当事者から独立した第三者としての位置づけを与えられる。それに対して、当事者が異なる共同体に属するとされるならば、審判員はそれぞれが所属する複数の共同体から選出される。この場合、審判員は、実質的にそれぞれの当事者の属する共同体の代表として行為し、決定を作成する際にも、お互いの利害について話し合い、当事者に代わって決定をなす者として位置づけられる。どちらも伝統的社会で長老が果たした役割と変わらない。次に、実際に「長老」として選ばれていた人は誰かが問題となる。ある審判所(ニヤンザ州キスム県Kombewa郡)の実態調査を行った研究は、審判員は地域の土地利用の現状や土地紛争についての知識の豊富さを基準として任命されるとしたうえで、実際に任命された審判員の職歴は、警察官、監獄局職員、教師、サブ・チーフ、労働省の被用者、州令事務所の職員であり、そのほかに、郡令とチーフも選ばれたと報告している⁶²。したがって、土地紛争審判所は長老の用語を用いているが、それが共同体の裁判を司った長老と一致しているわけではないとともに、行政官であったことの権威や能力が新たな裁決者の資格となっていることがわかる。

審理は係争地の位置する領域に管轄権を有する審判所で開始される(3条2項)。原告の請求は、審判所で保管される事件登録簿に記録され、請求の相手方に送達される。請求が送達された場合、被告は、送達の時点から30日以内に、請求として定立された問題への答弁を含む回答、および被告が依拠しようとする事実の概要を審判所に提出することができる(3条5項)。被告の回答が登録された場合、「審判所は、紛争の当事者、当事者が召喚を要請し、または付託に合意した証人を聴取したうえで、承認された慣習法に従って、請求を裁定し(adjudicate)、決定(decision)を下さなければならない。各当事者には、相手方の証人に質問をする十分な機会が与えられなければならない」(3条7項)。審判所は、争点の概要と争点についての決定を含む決定理由を付さなければならない、決定書には日時を記載し、審判員が署名しなければならない(3条8項)。決定は審判員の多数決による(6

⁶² S O. Okuro, "The Land Question in Kenya: The Place of Land Tribunals in the Land Reform Process in Kombewa Division", presented to the Codesria Tenth General Assembly, Kampala Uganda, 8th-12 December, 2002, (available at http://www.codesria.org/Archives/ga10/papers_ga10_12/6plenary_Okuro.htm, last accessed on 2007/12/03) .

条 2 項b号)。また、審判所は、その決定にあたって、登記土地法所定の土地登記官の助言を受けることができる(3条10項)。決定の後、審判所の長は、その決定、および審判において提出された、または証明された証拠を治安判事裁判所に登録しなければならない(7条1項)。決定は、当事者に宣告されるまでは決定ではなく⁶³、決定内容は、「決定により影響を受ける者」に送達されなければならない⁶⁴(土地紛争審判所法規則(方式および手続)20条)。裁判所は、審判所の決定に従って判決を作成し、確定判決を記載した判決文を交付して、民事訴訟法に従って執行しなければならない⁶⁵(7条2項)。土地の明渡し、損害賠償、差止めを命じることは裁判所の権限であるから、審判所がこれをなした場合は権限ゆ越に該当し、その命令は無効であるが、その場合であっても、審判所が認定した事実は裁判所が適切な命令を交付するための十分な証拠となる⁶⁶。ゆえに、所有保護機能の側面では、審判所を構成する長老が独自に救済を提供することはできず、裁判所による救済を求めなければならないことになる。

審判所の決定に不服のある者は、決定の日から30日以内に、各州に設置された上訴委員会(Appeal Committee)に、書面でもって、上訴することができる。上訴委員会は、長老会議のなかから、州令によって任命される長、および大臣によって任命される5名以下の委員によって構成される⁶⁷(9条1項)。上訴の審理も3条規定と同様の手続によるが(8条2項)、一方当事者が聴取または上訴の時点では提起していなかった新しい争点を含む提出をなした場合は、上訴委員会は、その裁量により、これに答弁するよう他方当事者に許可することができる(8条7項但書)。事実問題については、上訴委員会の決定が最終であ

⁶³ 決定が、当事者に宣告され、または読み上げられることなく、裁判所へ送付されている慣行に対して、「当事者に宣告または読み上げられていない決定は、当事者への宣告がなされない限り、およびなされるまでは、決定または仲裁判断ではない」とされている(Joseph Amuyeka & another v. Phillip Mwachi Otinga, H.C. No.84 of 2002 [2006] eKLR)。

⁶⁴ 「決定により影響を受ける者」は「訴訟のすべての当事者」を意味する(John Mungai Tama v. Anjelica Muthoni Tama, H.C. No.78 of 2001 [2005] eKLR.)。

⁶⁵ 判例は、「裁判所は、当事者の形勢を観望せず(without having to wait to see the parties)、また聴取もせず、いかなる意見ももたずして審判所の決定に従って判決するよう要請されている。立法者は、審判所の決定がなんらかの理由で不当な決定となりうるとは、考えていなかったように思われる」と述べている(John Mungai Tama v. Anjelica Muthoni Tama, H.C. No.78 of 2001 [2005] eKLR)。ただし、審判所について「裁判所は、違法または無効な決定に効力を与える権限は有さない」(Jacinta Mugure Kageche v. David Ng'ang'a Kioi, H.C. No.252 of 2004 [2006] eKLR)とされているから、審判所の決定について、無効となるなんらかの原因が、少なくともなんらかのかたちで現れているときには、調査することが許されよう。

⁶⁶ Kamau v. Boro, H.C. No.498 of 2002 [2004] eKLR。

⁶⁷ 規定の人数に違反して構成された上訴委員会の決定は無効である(Peter Mmini Shaka v. James Shaka Martin, H.C. No.71 of 2002 [2006] eKLR)。

るが(8条8項)、法律問題については、上訴委員会の決定の日から60日以内に、高等法院に対して上訴することができる(8条9項)。その場合、「慣習法の問題は、本法に基づくすべての目的にとって、事実の問題であるとみなされる」(8条10項)。これとは別に、審判所の権限逾越または手続違背の場合は、審判所の決定を取消す移送命令、または決定を判決として執行することの禁止を求める禁止命令の発給を求めることもできる。その場合は、法改革法9条により、決定の時点から6ヶ月以内に司法審査の申立てをしなければならない⁶⁸。

審判所の実態として⁶⁹、①審判所の決定に対する州行政や政党による政治的介入が見られ、それを排除して審判員の中立性を保護する手段が実効性に乏しいこと、②汚職によって決定が歪められること、③審判員が基本的な慣習法の知識に乏しいこと(これが問題となるのは、かつてのように地域の実情や慣習法の知識に長けている長老による土地紛争解決が、土地価値の上昇や親族的紐帯の弛緩によって、土地紛争が複雑化しているなかで、機能しえなくなっているからであると指摘されている)、④実効性の問題、特に当事者の出廷を強制すること、および決定の執行において問題があることが指摘されている。

(2) 土地紛争審判所の管轄

3条1項は、審判所は、①共同で保有されている土地を含む、土地の分割または境界の画定(a号)、②土地の所持または利用(work)の請求(b号)、③土地の不法侵奪(c号)の事項を含む民事の性質を有する訴えを聴取し決定することができることと定める。治安判事裁判所は、これらの紛争に管轄権を有さない(3条9項)。ただし、不法侵奪により発生した特別損害および一般損害の賠償請求を決定する権限は、審判所の管轄には含まれない⁷⁰。また、土地の受益的所有権に係わる紛争は、審判所の管轄から除外された⁷¹。その他、登記土地法159条最後段の治安判事裁判所法3A条に関する規定は、「訴訟が、土地紛争審判所法3条1項の条項に該当する場合は、同法に従って」との規定に改正された(12条)。登記土地法は、28条で所有者の諸権利が「本法によるほかは」負かされる責任を負わないとしたうえで、

⁶⁸ The Rift Valley Land Disputes Appeal Tribunal & another v. Reteti Ole Esho & 2 others, H.C. No.157 of 2002 [2005] eKLR.

⁶⁹ Okuro, *op. cit.*, n.62.

⁷⁰ Kavaya v. Musungu, H.C. No.15 of 2003 [2006] eKLR.

⁷¹ 「本件利害当事者の請求は信託の請求に基づいている。これは、適切な管轄権を有する民事裁判所においてのみ争われうる」(Republic v. Chairman Nandi Hills Division Land Disputes Tribunal & 3 others Ex Parte Ernest K. A. Kiriongi, H.C. No.195 of 2005 [2006])

159条で所有者の諸権利は同条所定の裁判所等の管轄権に服するとするところ、159条は土地紛争審判所も含み、審判所は法所定の事案について慣習法を適用するのであるから、同条所定の事案については、所有者の諸権利は慣習法に服することになる。なお「疑いを取り除くため」として、「本法は、出訴期限法によって出訴を禁止された訴訟、またはすでに裁判所で聴取され判決が下された訴訟について審理する管轄権を審判所に与えるものではない」ことを明記している⁷²（13条3項）。

審判所も、土地への権原については管轄権を有さず、権原について下した決定は無効となる⁷³（なお、登記土地法159条、前述第3章第3節第4項(4)も参照）。審判所が権原の問題を扱うことができないのは、権原の問題は裁判所における正式事実審理を経て決定されるべきだからであるとの理由が、判例のなかにはみられる⁷⁴。

審判所は、3条1項所定の紛争については、登記土地法に従って登記された土地に係わる紛争であっても決定できるから⁷⁵（2条）、登記された土地への慣習法の適用を排する登記土地法の規定と、登記された土地についても「承認された慣習法に従って」決定することを認める土地紛争審判所法の規定とが矛盾する。これが問題となった事案で、高等法院は、「登記土地法に従って登記された土地に関する紛争の場合、1990年土地紛争審判所法に従ってかかる紛争を扱う土地紛争審判所および土地紛争上訴委員会は、特に登記土地法30条

eKLR)。

⁷² 既判力に係わる事案としては、家族保有地について、信託に基づく保有の請求が裁判で棄却された事案を、3条1項b号に基づいて審判所が聴取することは、既判力を有する事項を聴取したことになり無効であると判断したものがある（Peter Mbogo Njogu v. Joyce Wambui Njyogu & another, H.C. No.8 of 1998 [2005] eKLR）。

⁷³ 「土地への権原についての紛争は、土地紛争審判所の管轄権には属さない。契約についての紛争もその管轄権のもとにはないというべきである」（Wamwea v. Catholic Deocese of Murang'a Registered Trustees [2003] KLR 389）。Stephan Korir v. Kipsang Bitok, C.A. No.29 of 1998 [2005] eKLR; Republic v. Chairman and Members of Kilibwsoni Land Dispute Tribunal & 4 others, H.C.No.186 of 1999 [2006] eKLR。

⁷⁴ 「事件が審判所に付託された時点において、被上訴人が確定力のある権原を有することは明らかであった。かかる権原は詐欺または錯誤を根拠とする当事者によってのみ争われうるものであるが、これは原審が扱った事案では争点となっていなかった。たとえ、争点になっていたとしても、この争点は正式事実審理による治安判事によって決定されるべきであり、必要な管轄権を欠く審判所によってではない。したがって、審判所による審理は当初から無効（nullity ab initio）であり、治安判事が事件を審判所に望んで付託したという事実によっては、審判所に管轄権が与えられることはありえない」（Stephan Korir v. Kipsang Bitok, C.A. No.29 of 1998 [2005] eKLR）。

⁷⁵ 「立法者、そして明確に土地紛争審判所法の起草者は、本法が、登記土地法に従って登記された土地を含む、ケニアにおけるすべての土地について裁決する管轄権を土地紛争審判所に与えることを意図するものであることを知っていた」（Republic v. Chairman, Land Disputes Tribunal Kirinyaga District & another ex parte Peter Maru Kariuki, H.C. No.129 of 2004

a, bおよびg項に該当する紛争だけを取り扱う管轄権を与えられており、かかる紛争については登記土地法その他の法令の条項に従って裁決する権限が与えられていると解すべきである」として、両法の調和を図っている⁷⁶。また、登記土地法 21 ないし 24 条は、境界紛争の管轄権を土地登記官に与えているが、これは土地紛争審判所法 3 条 1 項a号の規定と衝突する。この場合、「土地登記官の先行決定、または土地登記官への即時の送達のどちらかの利益 (benefit) がなければ、土地紛争審判所は、合法的な決定を下すことはできない」とされている⁷⁷。

土地紛争審判所規則 8 条は、「規則 7 条⁷⁸にかかわらず、裁判所は、職権により、または面前にある訴訟の当事者の申立てにより、いかなる紛争 (any dispute) であっても、決定のために適当な審判所へ付託することができる。かかる紛争が付託された場合、審判所は、本規則の規定する手続に従わなければならない」と定める。これは、仲裁判断の付託を意味すると解されており⁷⁹、したがって、3 条 1 項の制限に関係なく、裁判所は、審判所に事件を付託することができるという解されている⁸⁰。

(3) ケニア法における土地紛争審判所の意義

では、ケニア法における土地紛争審判所の位置づけ、およびその意義をいかに理解することができるであろうか。学説には、この法律は土地制度の転換を目指したケニアの改革が慣習法を廃止できなかったことの証拠であると評するものもあるが⁸¹、法システムの進化過程というより広い視野のなかに位置づけて考察する必要がある。

まず、審判所が特定事案について管轄権を有することの意義は何かを検討したい。ある判決は、3 条 1 項の管轄権の制限が高等法院の第 1 審管轄権を規定する憲法 60 条を制約するものであり、違憲ではないかとの争点に関連して、「[管轄権] 制限の目的は、おそらく、

[2005] eKLR).

⁷⁶ John Mungai Tama v. Anjelica Muthoni Tama, H.C. No.78 of 2001 [2005] eKLR.

⁷⁷ George Gitari Kamwere & another v. Harmit Singh Choda & 6 others, H.C. No.111 of 2004 [2005] eKLR.

⁷⁸ 「いかなる紛争が存在する場合でも、その紛争を審判所に付託することを望む当事者は、本法 4 条に基づいて設置された適当な審判所に、第一附則にある適当な方式を用いて、申立てることができる。審判所は、その申立てに基づいて紛争の所轄権 (cognizance) を取得し、事件登録簿に紛争を登録しなければならない」。

⁷⁹ Republic v. Chairman, Land Disputes Tribunal Kirinyaga District & another ex parte Peter Maru Kariuki, H.C. No.129 of 2004 [2005] eKLR.

⁸⁰ Ibid., pp.19-20.

⁸¹ P. McAuslan, "Making Law Work: Restructuring Land Relations in Africa", *Development and Change*, Vol.29 (1998), pp.525-552, 540.

[同項所定の] 事案は、かかる土地紛争に関する地域の複雑な事情を理解するうえで、より良い立場にある地域共同体の長老によって構成された審判所のほうが、より実効的に聴取できるという事実であろう。この条項は、地域の慣習的利益および争点のコード化(coding)と結びついたものであるように思われる。立法者は、かかる争点、とりわけ土地の所有権から生じる争点については、審判所によるほうが良く扱われうると考えたのであろう」と述べ、「思うに、この制限は良き有益な目的に資するものであり、現在のところこれを妨げる有効な理由は見出せない」としている⁸²。判決は、土地における慣習的利益や争点の「コード化」の形態が、裁判所と共同体とは異なることを認め、土地の所有権から生じる争点は長老によるほうが良く扱われうるとした立法理由を肯定している。そして、慣習法の問題は事実の問題とみなされ、高等法院へ上訴できないから、法所定の事案については慣習法が排他的に適用されることになる。慣習法の適用によって期待されていることは、なんらかの既に明確となっている慣習法上のルールを適用することではない(それであれば、慣習法を成文化すればよいはずである)。そうではなく、土地紛争審判所の制度は、土地の分割または境界の画定、利用権の配分、不法侵奪の事案に限っては、慣習法における支配権能の割当機能と、長老による利益調整の実務を法システムのなかに組み込んだところに意義があるといえよう。

では、土地紛争審判所の制度は、裁判所による登記土地法の運用とどのように異なるであろうか。まず、判断のために要する事実の真実性の点で次のような相違がある。後述するように(本章第5節)、裁判所は、登記された土地においても、慣習法に基づく利益(とりわけ利用権)については、慣習信託の法理を適用することによって、その保護を図っている。ただし、その適用を求める場合、慣習信託の存在については、その存在を主張する側によって立証されなければならないとするのが、ケニア判例法である。それに対して、審判所では、法所定の事案については、地域の実情に通じており、当事者によって選ばれた「長老」が承認された慣習法を適用するのであるから、少なくとも地域の実情に無知である裁判官が正式事実審理のなかで認定する慣習信託よりは、容易に慣習法上の利益の存在が肯定されると考えられる。

次に、1981年法に比べて、決定者である長老の審理および決定過程に対する手続的統制が進んでいる。1981年法が紛争解決は仲裁によることを定めており、それは慣習的な手続に従ってある程度柔軟であってもよかった(ただし、民事訴訟規則45条による規制はあつ

⁸² Stephen Kyalo Mbuti v. Charles Muoki & 17 others, H.C. No.54 of 2005 [2006] eKLR.

た) のと比べると、上述した手続規定は、慣習法を扱う際の決定者の裁量を縮減しているとともに、公正な手続や決定理由の開示といった民事訴訟の基本原則を慣習法の世界にまで伸張させている。これは、慣習法の世界では、理由があれば再審あるいは利益の再調整が可能であるのに比べて、審判所の決定に拘束性を与える代わりに、当事者が持てる限りの理と手段を尽くして、可能な限りすべての主張を出し尽くさせ、そうしたにもかかわらず、なお争うことを理由なきものとして許容しない体制を整えるためであると考えられる。そして、裁判所は、法に規定された手続ルールの執行を媒介として、慣習法の運用を規律しなければならないとともに、当事者に主張反論の機会が提供されたかといった各種の手続上の配慮が、もはやそれ以上争うことを許さないといえるほど十分になされたといえるかどうかの境界線を制御する任務を負っていると考えられることができる。

実体的ルールに関して、制定法は一貫して権原の問題は裁判所の管轄に属するとしており、土地紛争審判所は権原について決定することができず、決定したとしても無効になるとするゆえ、所有権の帰属確定機能は裁判所の管轄に属するといえる。しかし、実際は、判例集を見ただけでも、権原に係わる事案について審判所が決定を行ったため、その無効確認を高等法院に求める事案が複数報告されている。例えば、①原告が、係争地は自己の祖父に帰属しており、それを相続によって取得したと主張したのに対して、証人のすべてが係争地は被告に帰属していると判断したことから、被告の占有を認めたという事案⁸³、②上訴人が、自身の父親である被相続人から相続した土地に居住している被上訴人に対して明渡しを請求し、被上訴人は係争地を被相続人から購入したと主張したのに対して、審判所は、上訴人は未払い代金（家畜 20 頭）を受領したうえで、権原を発行するため土地を分割せよと決定した事案⁸⁴、③係争地が被上訴人のための信託において保有されていることに基づき土地の分割を認容した審判所の決定が争われた事案⁸⁵、これらは土地の権原を争う紛争であり、かかる紛争を扱う権限は審判所にはないから、その決定は無効であると判断されている。さらに、審判所の実態報告も、実際に審判所が取り扱った紛争として、土地の譲渡に係わる紛争、出稼ぎで所有者が不在である土地に係わる紛争（特に、所有者の家族による土地処分の無効が主張される紛争）、耕作能力を有さない所有者が所有地を耕作能力

⁸³ Richard Makau Kiema v. Chairman, Land Disputes Tribunal Mathima Location & another, H.C. No.154 of 2003 [2004] eKLR.

⁸⁴ Republic v. Chairman Cheptais Land Disputes Tribunal, H.C. No.74 of 2006 [2006] eKLR.

⁸⁵ Republic v. Nyeri District Land Disputes Tribunal & 4 others, H.C. No.29 of 2003 [2005] eKLR.

を有する者に耕作してもらっていたが、その耕作者が当該土地の所有を主張した紛争、土地の売買契約に係わる紛争、違法な土地交換に係わる紛争、借地人に係わる紛争、登記簿上の所有権者の死亡に伴う土地の相続に係わる紛争、公共施設の建設のために設定された土地境界をめぐる紛争、土地の定着物（樹木）の帰属をめぐる紛争を挙げている⁸⁶。

これらの事案を審判所が管轄権を欠くことだけを理由として無効とすべきかどうかは、法制度設計上の大きな論点になると思われるが、ここでは、審判所が適用した慣習法と登記土地法のルールとが対立する場合に、高等法院への上訴権が有する意義について検討したい。次の事案を取り上げる。売主と買主とは、1.5 エーカーの土地を7万ケニアシリング（Ksh）で売買することに合意した。ところが、買主が5万Kshを払い終えた時点で売主は心変わりし、当初、取引の中止を主張したが、後に1エーカーしか譲渡しないと言い、最後は1エーカーさえも譲渡しないと言い出した。買主の履行請求に対して、審判所は、売主は1エーカーを譲渡する一方、買主は不足額2万Kshを支払えとする決定をなした。高等法院は、本件は契約に係わる紛争であり、審判所の管轄に属さないとして、その決定を無効にしている⁸⁷。

審判所は、当初の合意について、買主にはその完全履行を命じる一方、売主については1エーカーの移転だけを命じている。その具体的な判断理由は不明であるが、合理的になされたと想定する限りは、紛争の実質を考慮して、当事者が納得しうる解決を提示したものと解されよう。慣習法の領域では、当事者間の事情にまで配慮して、実質的な正義や衡平に基づく解決が志向されることが多い。その場合、ある一つの客体が2人の請求者のどちらに絶対的に帰属しているかという問いの立て方は、両当事者を含む共同体の全体にとってどのような解決が最善かという問いに劣位し、人格と土地との帰属を確定する実定法上の所有権という制度が引き合いに出されることは少なくなる⁸⁸。それに対して、高等法院への上訴権は、審判所での長老の決定を受諾するか、あるいはその決定が権原を扱うゆえに無効とし、実定法のルールの適用を求めるかの選択肢を開くものであり、しかも、そのいわば選択権は審判所での敗訴当事者に与えられることになる。敗訴当事者が高等法院へ上訴しない限り、審判所の決定は維持される、つまり実定法と対立する慣習法のルールが

⁸⁶ Okuro, *op. cit.*, n.62.

⁸⁷ Beatrice Njeri Mbuthia v. Francis Maina Njoroge, H.C. No.44 of 2005 [2007] eKLR.

⁸⁸ ただし、長老の決定がすべてこのような考慮に基づくわけではない。土地の売買契約が締結され買主が代金を支払い終えたのに対して売主が登記を移転していない事案では、長老は登記移転を命じている (Njau Kiono v. James Maina Kiragu, C. A. No.20 of 2002 [2008] eKLR)。

存続するから、これはまた慣習法と実定法のどちらのルールが社会で妥当するかを選択権が敗訴当事者に与えられることを意味する。敗訴当事者の判断が、法システムの発展方向（慣習法の存続か、実定法の優越か）を左右するのである。換言すれば、法システムの発展方向を左右するイニシアティブは、まずは当事者による紛争の構成の仕方に委ねられており、当事者が自らを取り巻く状況のなかでいかに判断するかが法発展の第一の規定因として位置づけられ、その後、上訴があった場合に限って、裁判所がいかに判断するかが問題となるように作用しているといえよう。実定法において絶対的所有権が導入された意義は、社会変容に応じて、新しい利益を表出し、かつ貫徹しうる機会を提供した点にあるが、その一方で、そうするかどうかの判断を当事者に委ねることで社会変容との対応関係を保持しているともいいうるのではないだろうか。

第3項 土地統制委員会による土地処分の規制

土地の支配権能のうち、処分権が誰に付与され、いかにして行使されるかは、土地所有権の発展における大きな争点である。ケニア法は、土地制度改革によって、個人に土地の処分権を含めた絶対的所有権を付与する一方、その処分行為が公共の利益、さらには家族ないし共同体の利益に適合することを確保するため、土地統制法（Land Control Act）による制限を課し、特定の土地処分については土地統制委員会（Land Control Board）による同意をその有効要件としている。土地統制法の目的は、議会への法案提出理由によると、①非経済的規模への土地の細分化を防止すること、②投機目的での土地集積を防止すること、③非生産的な債務超過を防ぐこと、④所有者の家族に悪影響となるような土地取引を禁止することである⁸⁹。上記の目的からすれば、土地統制委員会には、公共政策の執行主体として機能するとともに、伝統的に共同体が担っていた土地処分への監督機能を代替することも期待されているといえよう。

土地統制対象地は所管大臣によって指定され（5条）、対象地内における「農地の売却、譲渡、賃貸借、譲渡抵当設定、交換、分割、その他の処分は、……対象地の位置する土地統制地域または区域の土地統制委員会が、本法に従って、その取引に同意を与えない限り、いかなる目的にとっても無効である（void for all purposes）」（6条1項）。「統制対象であ

⁸⁹ S. Coldham, "Land Control in Kenya" *Journal of African Law*, Vol.22, No.1 (1978), pp.63-77, 65.

る取引への同意の申立ては、規定の方式で、適切な土地統制委員会に対して、統制対象である取引の合意がなされた時点から 6 ヶ月以内に、かかる取引のいずれかの当事者によってなされなければならない」(8条1項)。同意が拒絶された場合は、州土地統制上訴審議会、中央土地統制上訴審議会への上訴が認められている(11条, 13条)。そして、土地統制委員会の決定は最終的かつ終局的であり、裁判所はこれを審理することはできない(8条2項)。

土地統制法 9 条 1 項は、同意の付与／拒否の判断基準として、次の 3 点を挙げている。第一に、a 号として、土地統制委員会は「同意の付与または拒絶が対象地の経済開発、または土地統制域内の良好な農業の標準の維持もしくは改良に効果を与えるとの見込みを考慮しなければならない」。第二に、b 号として、土地統制委員会は「次の場合、同意は一般的に拒絶されなければならないとの原則に基づいて行為しなければならない。(i) 対象地を処分する相手方〔買主〕が、①土地を良く耕作し、または適切に開発する見込みがない場合、②対象地を土地の性質により意図された目的のために有益に利用する見込みがない場合、③すでに十分な農地を持っている場合、(ii) 対象地の株式 (shares) を処分する相手方が、①農地を所有する私企業または組合にすでに十分な株式を持っている場合、②株式を取得することによって、会社または組合の支配権がある人から他人へ移転することになり、かつこの移転が対象地の良い農業の標準を低める見込みがある場合、(iii) 取引の条件(支払われるべき価格を含む)が取引の一方当事者にとって著しく不公平または不利 (markedly unfair or disadvantageous) である場合、または (iv) 二筆以上への土地の分割において、その分割が土地の生産性を減少させる見込みがある場合」と定める。第三に、c 号として、「以下に該当しない者への土地または株式の売却、譲渡、賃貸借、交換もしくは分割による処分については、いかなる場合でも、同意が拒絶されなければならない。(i) ケニア国民、(ii) 構成員がすべてケニア国民である私企業または組合、(iii) 土地(集団代表)法に該当する集団代表、(iv) 国営企業法に該当する国営企業」と定めている。

第 5 節 裁判所および議会の役割

ここまで、土地紛争のコミュニケーションが裁判所へ向かうか、それとも共同体または行政へ向かうかの選択と、共同体または行政へ向かったコミュニケーションがそれらにおける問題に直面して裁判所へ向かう流れについて検討してきた。そこでは、共同体や行政は、所有権の諸機能を実現するうえで一定の比較優位を有しており、ケニア法はそれらを

内部に組み込み、法的に統制していることが明らかとなった。しかし、規範対立に合法／不法の値を振り分けるコミュニケーションには、必ず終局的な決定を与える終着点が存在しなければならないが、その終着点をいかにして構成するかが全体社会にとっての大きな問題となる。法システムにとっては、法的予期が確実に実現されるためのプログラム化された決定としての裁判所と、法的予期を不断に見直していくプログラム化する決定としての立法の調和により、全体社会のなかで法的予期の優越を実現し、もって法の支配を確立することが課題である。以下では、裁判所や議会の固有の役割が求められる争点について検討したい。

第1項 裁判所による実体法の形成——慣習法と実定法の調和

法システムにおける裁判所の固有の役割は、規範対立のコミュニケーションに終局的かつ拘束的な決定を与える最終審級であるところに求められる。そして、その終局性によって全体社会の規範対立を吸収できるよう、民事訴訟の基本的手続、既判力の制度、審級制度などが整備されている。

慣習法の手続化や行政の手続的統制というのは、実体的な権利関係を決定する場合に要請される手続上の原則を共同体や行政による土地紛争解決へと延長することによって、規範対立のコミュニケーションを、裁判所を頂点とする一つの連続した過程として、そこへ流れ行くよう水路づけるという機能を果たしている。裁判所は、所有保護機能においては、かかる手続的統制を媒介として、共同体や行政という第一次的な救済提供者を規律する第二次的な救済提供者として、まずは現れることになる。この方法によって、行政の実現能力に基づく所有保護の実効性や、共同体の利益調整方法に基づく支配権能の割当機能を法的に統制できるものと考えられる。

翻って、規範対立のコミュニケーションが裁判所へと流れ行くことは、実体的ルールの面では、慣習法の規範と実定法の規範とが直接に比較考量されるべきものとなり、社会全体で妥当な実体法を形成することを可能にすると同時に、裁判所はこの役割を強制されることも意味する。これは、土地所有権に係わる規範内容の形成だけでなく、慣習法と実定法との調和に関係する問題として捉える必要がある。慣習法では、人格と客体との帰属を確定することは共同体の承認によって行われていたが、これは売主側当事者の判断によって帰属が確定されることを意味する。しかし、経済秩序の成立とともに、土地の売買が資

産の取引として扱われるようになると、これは買主にとってのリスクとなろう。そこで、第三者の決定が必要となるが、この決定の恣意性を統制するうえでも、法定された権利変動の原因（実体法）と客観的事実の認定を審理する手続（手続法）の発展が必要になるからである。ただし、その場合、ケニアはすでに絶対的所有権制度の導入を行っているから、裁判所は、この絶対的所有権を貫徹するとともに、それが慣習法上の権利との関係において不衡平を帰結する場合には、その調整を図るという課題を抱えることになった。

（1）絶対的所有権の貫徹

絶対的所有権の制度は、変容する親族的身分秩序や経済秩序のなかで、これまでは親族的身分秩序に埋もれがちであった所有者個人の利益を表出することも可能にしている。そのような場面としては、土地の処分に関する場面が典型的である。

絶対的所有権者の処分権に関しては、それを「家族の利益」によって制限することができるかという争点がある。原告の夫（売主）と被告（買主）とが、夫名義で登記されている土地の一部を被告に売却する契約を締結し代金を支払い終えたのに対して、妻である原告が、当該土地が10人の子どもを含めた「家族の経済的安全を確保する」ための「家族の土地（family land）」であるとの主張を根拠に、かかる目的に反し家族の同意を得ないでなされた夫による譲渡が無効であることの確認と、被告からの土地の返還が請求された事案がある⁹⁰。判決は、当該土地は夫名義で登記されており、したがって夫に譲渡権も含めた絶対的所有権が帰属することを確認し、「適法な権原保持者が、彼の生存中にその権利を行使するに際して、家族の選好に考慮を払う法的義務のもとにあるとは言えない」と述べ、これは「財産権に対して、善意有償の第三者を保護する取引適合的性質（marketable quality）を付与したことの効果である」とする。そのうえで、本件売買契約は売主である夫と買主である被告との排他的二者間取引関係にあり、善意有償である買主の権原は「家族の道徳的主張（moral claims of family）に基づく請求によつては破られない」とした。また、本件のような場合、妻が土地における権利を得るには、①相続による継承的財産設定、②婚姻関係財産設定（matrimonial property）、③エクイティ上の信託設定によるべきとした⁹¹。

⁹⁰ Muchoki v. Mwangi, H.C. No.28 of 1994 [2005] eKLR.

⁹¹ Ibid., p.14.なお、イングランドの1882年妻財産法の適用により、「財産が、ある一人の人格の名義で保有され、さらに、ある一人の人格の名義で登記されている場合でも、他人が当該財産の取得を分担したという場合は、当該財産については、両当事者が所有的利益を有する。当該財産のコモンロー上の所有権が当事者の一方の名義で登記されている場合、その名義人は、その

近年では、単独で所有者として登記された者がその意思に基づいて土地を処分することは、法に従ってなされている限り、適法であるとの判例が妥当しているように思われる⁹²。

これに対して、家族関係の変容を背景とした紛争については、慎重な対応がなされている。絶対的所有権者として登記されている父親の所有地を、子が出生以来父親の認容のもとに居住および耕作し続けていたところ、父親が所有権に基づいて土地の明渡しを請求したという事案がある。これについて、控訴院は、「係争財産の登記簿上の所有者である父親…の財産は、彼個人が当該財産を再分割して配分しようと自由意思に基づいて決定したのではない限り、彼の妻や子の中で再分割して配分することはできない。彼は、自らの自由意思に反して、そうするよう促され、指示され、または命令されることはない」と判示していた⁹³。これに対して、この事案は当初から係争地が父親の所有財産であったのに対して、①係争地は子が利用を始めた当初は慣習法に基づいて保有されていたが後に制度が変更された事案であり、②子が係争地に投下した資本を直ちに償還する資力が父親にはないとともに、③子に受益者資格を認めることができると判断された事案では、先例から区別され、明渡請求が棄却されている⁹⁴。

(2) 慣習的利益の保護

その一方で、ケニア裁判所は、絶対的所有権の導入にもかかわらず、慣習信託という法理を発展させることで、土地所有の急速な個人主義化から帰結する慣習法上の所持者への不利益を回避しようとしてきた。

前述したように(第3章第3節第4項(3))、権利確定記録簿に記載されない慣習法上の所持の権利は消滅するのが原則であるが、その場合でも判例は、慣習法にのみ基づく所持者の利益(特に、各妻やその子の用益権)について、とりわけ詐欺または錯誤による初登記

土地を、自己および他方当事者のための信託において保有するものとみなされる」(Njoroge v. Ngari [1985] KLR 480)。

⁹² Kamau v. Mungai and Gitigi, C.A. No. 59 of 2001 [2006] eKLR で、控訴院は、「土地の適法な所有者が、その土地を処分する前に、彼/彼女の夫または妻である第三者と協議 (consult) すべきとする実務は存在していないし、かかる法的要請が存在しないことは確実である」とした高等法院判決を維持している。

⁹³ Marigi v. Marigi & 2 others, C.A. No.189 of 1996 [1997] eKLR. 父親が、その所有地を慣習法上の均等相続のルールに反して子の中で不均等に分割しようとした結果の明渡請求に対して、子が慣習法上のルールに基づき係争地の均等分割を主張した事案である。

⁹⁴ Mukangu v. Mbui, C.A. No.281 of 2000 [2004] eKLR. 上訴人である子は、父親とすでに離別した第一夫人の子であるが、現在の第二夫人には3人の子があり、父親はその子らに土地を利用させようと意図した結果の明渡請求であるとされている。

から生じる不利益に対して救済を与える必要のある場面で、信託法理を用いて柔軟に対応することがある⁹⁵。これは、登記簿上の所有者を受託者、慣習法上の所持者を受益者として信託関係を構成し、受託者の権限行使に一定の制限を課し、慣習法上受益者に認められていた利益の保護を図るものである。かかる信託の法律構成について、かつては、登記土地法 30 条g項は占有の事実だけでなく占有から生じるエクイティ上の権利をも保護すると解したうえで、所持者の利益をエクイティ上の権利と構成して同項により保護されるとした傍論もあったが⁹⁶、いまでは所有者と所持者との慣習法上の関係をもとに信託関係 (fiduciary relation) が構成され、この信託関係に基づいてエクイティ上の権利が成立し、それは 28 条但書により登記簿上の所有者が服すべき負担になるとの構成が採用されている⁹⁷。かかる信託は、「慣習信託 (customary trust)」と呼ばれている⁹⁸。特に、キクユ慣習法上の muramati の地位は、被相続人の各妻やその子のための信託において土地を管理する者であり、たとえ muramati が所有者として登記されていても、この信託に基づく義務を免れることはできないとの判例が確立している⁹⁹。

かかる信託は、当事者の明示的な意思によって設定されたものではないため、擬制信託または黙示信託の構成を採り、前者の場合は裁判所が信託を擬制すべき状況があったとした場合に¹⁰⁰、後者の場合は当事者間の関係または四圍の状況から信託設定の意思が推測され

⁹⁵ S. Coldham, "The Effect of Registration of Title upon Customary Land Rights in Kenya", *Journal of African Law*, Vol.22, No.2 (1978), p.106; P. L. Onalo, *Land Law and Conveyancing in Kenya*, Heinemann Law Books (1986), pp.196ff.

⁹⁶ *Kiama v. Mathunya and others*, C.A. No.42 of 1978 (per Madan J.A.) in *Mukangu v. Mbui*, C.A. No.281 of 2000 [2004] eKLR 13-14. 占有の事実だけからエクイティ上の権利が発生するという法律構成が妥当ではないため、判決の根拠づけには採用されなかった。

⁹⁷ *Mukangu v. Mbui*, C.A. No.281 of 2000 [2004] eKLR.

⁹⁸ Onalo, *op. cit.*, n.95, p.107.

⁹⁹ *Gituanja v. Gituanja* [1983] KLR 575; *Njuguna v. Njuguna* [1983] KLR 527. G. Muigai, "The Future of Customary Land Law in Kenya", *Nairobi University Law Journal*, Vol.4 (1987), pp.142-163, 155 は、キクユ社会の muramati のように、受託者の概念に匹敵する概念をもつ共同体では慣習信託を構成することは容易であるが、同様の制度をもたない共同体の場合にいかにして構成しうるかは「決して明らかではない」とする。それに対して、控訴院判決は、「ケニアにおけるアフリカ慣習法は、一般的に、慣習法に内在した信託の概念ないし観念を有している」としている (*Mukangu v. Mbui*, C.A. No.281 of 2000 [2004] eKLR)。

¹⁰⁰ 「一般的に、擬制信託は、擬制信託の客体である財産が、ある者によって、その完全な受益的所有権を主張することを許すことが不衡平 (inequitable) となるような状況で保有されている場合に発生する」 (*Buruna and another v. Buruna*, C.A. No.89 of 2003 [2007] eKLR)。この状況の存在が特定事実の認定によって認められる場合は制度的擬制信託、それが裁判所の裁量によって認められる場合は救済的擬制信託と呼ばれる。(S. Gardner, *Introduction to the Law of Trusts*, 2nd ed., Oxford University Press (2003), p.121)。また、B. D. Ogolla, "The Legal Regime and the Peasantry: The Case of Land Tenure Reform in Kenya", *Nairobi University Law Journal*, Vol.4 (1987), pp.109-125, 115 は、「登記簿上の所有者による詐欺や不当利得が永

る場合に¹⁰¹、裁判所が認めるものであった。この場合、登記土地法 126 条 1 項は信託を権利取得証書に記載できる旨規定しているが、判例は、同条項は任意規定であり、受託者として記載する義務を生じさせるものではないとし、証書に記載なき場合でも裁判所は受託者資格を認定できるとした¹⁰²。しかし、これらに対して、1988 年の控訴院判決は、原告が、被告は慣習信託に基づいて土地を保有していると主張する場合、慣習信託の存在を立証する責任は原告にあり、立証に成功しない限り、裁判所は慣習信託の存在を否定するとの姿勢に転じた¹⁰³。以後、慣習信託は事実の問題であり、証拠により立証されなければ存在しないものと扱われている¹⁰⁴。

では、慣習信託は、第三者との関係では、いかに扱われるか。登記土地法は、「土地、不動産賃借、担保の所有者が受託者である場合、その者は、それらの取引において、それらの絶対的所有者であるとみなされ、受託者による善意有償の買主への処分は、当該処分が信託違反に該当するという事実を理由としては、無効にならない」とのルールを明定している（登土 39 条 2 項）。受託者は、土地の処分において、第三者に対しては絶対的所有権者であるとみなされるから、受託者からの買主は、登記制度の原則に従って登記簿を調査すればよいことになる。ただし、慣習法上の権利保持者が購入予定地を占有している限りは、登記土地法 30 条 g 項により、購入予定地を調査せず、占有者の権利を開示できなかった買主は、登記なくして対抗できる権利に拘束される。これに該当しない場合は、第三者との関係で慣習信託は存在しないものと扱われ、信託違反に基づく受益者と受託者との関係が残されるだけである。

続することを妨げるために信託を擬制することは、裁判所に固有の権限 (inherent power) である」と論じた。

¹⁰¹ 「権原の登記は法の創造物である。信託設定が推測されるかどうかを決定するためには、権原登記を取り巻く慣習法および実務とともに、個別事案を取り巻く状況を見なければならぬ」(Misheck and others v. Anor, (H.C. No.1400 of 1973), in Ogolla, *op. cit.*, n.100, p.116). Mwangi & another v. Mwangi [1986] KLR 328 も同旨。

¹⁰² Kinguru v. Gathangi [1976] KLR 253; Muthuita v. Muthuita [1982-88] 1 KAR (Kenya Appeal Report) 42; Kanyi v. Muhthiora [1984] KLR 712. なお、所有権の登記は、その権原が信託において保持されていることを明記する必要はない。Kanyi v. Muhthiora, [1984] KLR 712.

¹⁰³ Kiruga v. Kiruga and another, C.A. No. 52 of 1985 [1988] eKLR. それに対して、Platt 判事の反対意見は、原審認定の事実をもとに、慣習信託の成立を肯定している。

¹⁰⁴ Wambugi v. Kimani [1992] 2 KAR 58; Mumo v. Makaru, C.A. No.56 of 2001 [2004] eKLR.

第2項 立法の意義

最後に、土地所有権に係わる問題について、立法の有する意義を検討しておきたい。これまで検討してきた多くの制度は立法の産物であり、既存の法制度の運用状況を反省しつつ、制度改革を繰り返していくという過程は¹⁰⁵、現在のケニアにおいても機能しているといえよう¹⁰⁶。これとは別に、立法の固有の意義は、プログラム化された決定機関としての裁判所によっては解決されえない問題については、プログラム化する決定機関としての議会が解決するほかはないという点に求められる。とりわけ、国民的合意を要するような問題については民主主義に基づく議会が対応すべきである。この点で、ケニアにおける土地所有秩序にとって立法が固有に取り組み必要のある課題は、なによりも歴史的不正義への対応および貧困問題への対応としての土地の再配分政策にあると思われる。

歴史的不正義の問題については、植民地化によって奪われた先祖の土地を回復するとの主張が、売買契約や土地再配分事業に基づく移住者を暴力的に排除する行為の正当化根拠として用いられている実態がある。先述した判例は、暴力によって占有を奪われた所有者の占有回復請求に対して、被告が提出した係争地が「先祖の土地」であったことを根拠とする権原の抗弁を、有効な抗弁とは認めていない¹⁰⁷。しかし、その一方で、ケニアの現存の土地所有秩序には、植民地時代の不正義が刻印されていることも否定できず¹⁰⁸、この不正義への取り組みなしに、既存の所有秩序を保護せよということではできない点にケニア土地法の抱える大きな問題がある。この問題に取り組み、正当な土地所有秩序を構築するには、原初の権原に遡るのではもはや十分ではなく、なんらかの人為的な手法に頼る必要があるが、その際、土地再配分といった国民的合意を要する政策には、土地所有秩序における正義を回復するとの観点（回復的正義）を取り入れる余地もあろう。

¹⁰⁵ 1982年には、実体法の継続的な更新を担当する専門機関として、法改革委員会（Law Reform Commission）が国家法制局のなかに設置されている。

¹⁰⁶ ただし、総選挙に際して見られる民族紛争が示すように、立法過程および立法者を選出する選挙過程（さらに、抗議活動などを含めた政治過程）がいかにかに構成されるかは、ケニアにとって最も重要な課題である。

¹⁰⁷ *Nguruman Limited v. Shompole Grouo Ranch & 3 others, C.A. No.73 of 2004 [2007] eKLR.*

¹⁰⁸ この問題については、松田素二「土地の正しい所有者は誰か：知の政治学を越えて一東アフリカ・マサイ人の土地返還要求の事例から一」『環境社会学研究』第11巻、2005年、70-87頁；J. Gilbert, "Historical Indigenous Peoples' Land Claims: A Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56 (2007), pp.583-611 が詳しい。

貧困問題としては、次の点が重要である。土地制度改革による権利関係の明確化は、土地に対していかなる権利も持たない土地なし階層を法律上つくり出すという効果と表裏の関係にある¹⁰⁹。権原は、事実的占有から独立した人為的な権利関係の変動を可能にするものであるが、逆に事実的占有にも関わらず、無権利占有ないし不法占有となる可能性を開くものでもある。特に深刻な問題は、権利取得に対価を要する場合であり、この対価支払い能力の欠如ゆえに権利を取得できない場合である¹¹⁰。かかる問題に対応して各種の再配分のルールを形成していくことが、立法に求められた固有の課題となっている¹¹¹。

¹⁰⁹ P. Shipton, "The Kenyan Land Tenure Reform: Misunderstandings in the Public Creation of Private Property", in R. E. Downs and S. P. Reyna ed., *Land and Society in Contemporary Africa*, University Press for New Hampshire (1988), p.91ff. ただし、これは土地制度改革だけに起因する事態ではなく、1920年の植民地化による主権者の最終的権原の創出によって、すべての土地に権利が存在するという観念がケニア社会に導入されたことに遡る。この結果、無主地はもはや存在せず、合法的に権利取得できない者は無権利者となる事態が生み出された。

¹¹⁰ ケニアにおける土地なし階層を分析したものとして、P. O. Alila et al., *Rural Landlessness in Kenya*, University of Nairobi (1993)がある。また、Republic of Kenya, *Report of the Mission on Land Consolidation and Registration in Kenya, 1965-1966*, Government Printer (1966), p.8 は、土地統合過程が土地の囲い込みのために利用され、土地における権利をわずかな補償金と引き換えに手放した事例を報告している。

¹¹¹ 2007年には、スクワッター一定住法案 (the Squatter Settlement Bill) が提出され、議論されている。S. C. Wanjala, *Essays on Land Law: The Reform Debate in Kenya*, University of Nairobi (2000)も参照

第6章 結論

本稿の課題は、《社会において所有権が機能しているといえる状態が成立していく過程（所有権制度の進化）を、具体的にケニア社会の現状を観察し、それを理論的な枠組みをもって分析して、なんらかの一貫した形態で描き出すこと》であった。所有権の機能と進化は、それが法システムの機能と進化のプロセスのなかで実現されるだけにとどまらず、所有権をより良く機能させる必要性に牽引されて、法システム自体がその進化を遂げていくという所有権の制度構築力もまた認められる。本稿の分析から分かることは、ケニアがすでに出来上がった近代的な所有権制度と、それを實現する司法制度や統治機構を継受したにもかかわらず、それがうまく機能せず、一種の揺り戻しにも見える制度改革を行っている実態は、必ずしも後退というわけではなく、ケニア社会の現状のもとで、所有権のもつ諸機能をより実効的に實現し、法の優越を確立するための漸進的な過程として理解できるのではないかということである。換言すれば、全体社会のなかで、法システムが機能を果たしていく進化過程の一部として理解できるのではないかということである。最後に、かかる理解を理論的に整理して、本稿の結論としたい。

法の支配は、字義通りにとれば、人々が法に従っている状態を意味しよう。しかし、人々が法に従うことを、各人の意識に任せておくことはできない。なぜなら、人間の意識は外部からは制御しえず、本人によってしか制御されえないのであるが、「自分自身にのみ拘束される者は、何者にも拘束されない」からである。むしろ、法の支配は、法に従う動機とは無関係に確立されるものであり、法的予期に違背する出来事が発生したにもかかわらず、その予期を社会で妥当するものとして固持できるかが問題である。したがって、法の固有の機能は、法的予期については、【たとえそれに違背する事態が生じても、あるいはそれが法的ではない他の予期と競合・対立する場合でも、法的予期をあてにして行為してよい】と予期できる状態を確立することにある。では、この状態を確立することはいかにして可能であろうか。本稿の所有権の社会分析をもとに考えてみたい。

社会学的に捉えられた実定法とは、全体社会を対象として、そこで生じる出来事に合法／不法の値を振り分ける第二階層のコミュニケーションであり、これによって規範的予期を安定化させるものである。しかし、歴史的にみれば、実体法や手続法が予め存在していたわけではなく、むしろ出発点は、全体社会における紛争コミュニケーションそのもので

あり、このコミュニケーションが様々に展開されるなかで、新たに発生する問題に対応して必要な機能を実現するよう種々の制度が整備されていったことにより、現行の法システムへと進化してきたと捉えるべきである。法道具主義的な観点から法制度改革を行うにしても、既存の紛争コミュニケーションがいかに構成されているかという点を無視することはできない。

ここで問題となるのは、土地における利益をめぐる当事者間の紛争という第一階層のコミュニケーションがいかに構成され、展開されているかという問題と、それを対象にして合法／不法の値を振り分ける第二階層のコミュニケーションが、所有権の機能を実現するとの観点から、いかに構成されるかという問題とを、どのように関連づけるかという点である。裁判所や議会という制度を継受したケニアの経験は、この関連づけの解明がきわめて重要であることを示しているように思われる。

所有権は、物に対する「私のもの」というきわめて基礎的で、自然な予期の保護を、その根幹においている。しかも、この予期はいともたやすく違背にあうものであり、その回復は自らの生存をかけた闘いともなりうる。所有物は、奪われやすく、かつ生存を左右するほどの（その意味で、人格と直結した）代物なのである。ゆえに、所有物をめぐる紛争をいかに処理し、そのための規範を発展させるかは、人類の最古からの大きな課題であったため、法システムの進化を牽引するような位置づけがなされてきたといえる。

ケニアの場合、出発点となるのは、所有権の諸機能のうちでも最も根底にある所有保護機能の実現形態、換言すれば救済提供者の構成において、裁判所による実現を前提とする実定法上の所有権制度が、他の救済提供者である共同体の長老や行政と競合関係に立つという現状である。確かに、この競合関係という事実から、長老や行政は実定法上の所有権が備える帰属確定の性質（物と人格との絶対的帰属）や支配権能の性質（客体の全面的支配）を認容しないと結論が直ちに導き出されるわけではない。しかし、長老や行政は、その救済を成立させる基盤（救済の実効性を支える実力の維持、救済の社会的受容可能性）の点で、前者は親族的身分秩序という社会構造に、後者は政治秩序という社会構造に埋め込まれており、それらから自由に帰属の確定や支配権能の割り当てを行うことができないことも事実である。そこでは、土地所有をめぐる紛争は、共同体や政治の問題として構成されているのである。ここから、いかにして法システムは固有の機能を実現していくことができるだろうか。

本稿の分析からの最も大きな教訓は、法システムは、まずは、かかる現状自体を合法か、

不法かという観点から判断しなければならないということである。かかる現状を放置して、別の場所に民事訴訟制度と実体法だけを整備したところで、当事者が自ら進んで利用するとは限らないからである。勿論、法によって保障される各人の権利や、司法制度の概要について、情報を広め、国民の権利意識を涵養することが民事訴訟制度の利用を促進しうることは考えられる¹。しかし、所有権の諸機能の観点からみて、共同体や行政がなんらかの比較優位を保っていれば、それらが利用され続けることにもなる。法システムが、直ちにこれらの比較優位に取って代わることが、直ちに可能でも、好ましいわけでもないから、むしろ、共同体や行政の土地紛争解決において問題とされる予期違背に対応し、それらが正当なものとなるように統制していかなければならない。

所有保護機能に関しては、共同体による自力救済、行政による救済、裁判所による救済が選択肢となるが、ここでは、いかなる手段が実効的に救済を提供しうるかが比較の基準とされる。救済の確実性が予期できないところで権利の問題は生じえないというべきであるから、どの救済手段が最も実効的であると予期されるかによって、紛争コミュニケーションの展開は変わってくる。共同体の自力救済は、救済発動の確実性の点では最も優越しているが、それは共同体間の暴力的紛争へと転化しうる危険な手段でもある。これに代わって、行政は平和と安全を提供しうる主体である点で比較優位を有するが、その行動は差別的、恣意的なものとなりうる。とりわけ、行政の第三者性・中立性が確保されていなければ、その行動は二者関係の紛争を拡大することにしかならない。そこで、行政の救済提供行動を手続によって統制することが法システムの課題となり、裁判所の役割は、まずは、救済提供者を統制する第二次的な救済提供者であるという点に求められる。そして、かかる状況から、裁判所が優位していく過程を主導するのは、第一次的な救済提供者の裁量を権原の判断によって統制しようとする関心であると思われる。

所有権制度の中核的機能ともいえるべき権原の問題については、制定法は一貫して裁判所の管轄に属するとしている。しかし、親族的身分秩序における権原については、共同体への参入を承認されるかという観点から判断され、この観点は土地紛争審判所の実態においても用いられ続けている。また、政治秩序においては、支配的な集団（政党など）の一員

¹ 近年、ケニアでは、司法制度改革の一環として、訴訟人憲章 (litigant charter) が作成され、配布するということが行われている。訴訟人憲章とは、「裁判所利用者が、利用のために不可欠な情報を編集したもの」を意味し、そこには、裁判所制度、裁判過程および手続、各種司法スタッフおよび機関の役割や機能、訴訟の開始から終結に至る一連の流れ、訴訟人の権利義務といった基本的情報が掲載されている。

であるかどうか、当該領域を占有・利用できるかの根拠とされている。どちらも、特定集団への所属が土地所有を正当化する原因とされており、土地と人格との直接的結合として観念される絶対的所有権は相対化されているといえよう。しかし、これは経済取引の進展や政治的紛争のなかでの少数派、なかんずく個人の権利の観点からみれば、正義に反する場合もありうる。かかる状況で、裁判所は権原に関する管轄権を保持し、法定された帰属確定基準と事実認定の審理手続を用意しているのであるが、ここでの問題は裁判所へ訴えが提起されるかどうかにある。そして、この判断は、かかる提訴をしようとする当事者のイニシアティブ、当事者を取り巻く周囲の状況、そして裁判所の救済が実効的なものと予期できるかどうか依存する。

支配権能の割当機能に関しては、個人の絶対的所有権が導入されたことの帰結が問題となる。経済秩序を前提とした絶対的所有権の制度だけでは十分ではない点については、先進国でも議論されているところであるが、ケニアの経験もまた、所有者への絶対的所有権の付与によって、処分権だけでなく、他の支配権能においても、慣習法上の利益保持者との間で利益調整を図る必要性が生まれうることを示している。さらに、土地紛争審判所の設立によって、特定事案について慣習法（慣習法上の利益内容だけでなく、利益調整の手法も含めて）が復活されていることは、誰が、いかなる方法で、この利益調整を行うべきかということが問題であり、これに対して、ケニア立法府は共同体の長老を制度化することが機能的に優位であるとの判断を下したものと理解できる。

したがって、法システムとしては、共同体や行政の行っていることをすべて不法として無効にするのでは、実効的で公正な土地所有制度は形成できないということが分かる。絶対的所有権と民事訴訟制度の導入が、これら従来から行われていた方法に置き換わると考えるのでは、結果として、これらを無効なもの扱いすることになる。土地紛争審判所制度の創設や、行政への仲裁付託などのように、絶対的所有権の導入後に、共同体や行政のやり方を一定の範囲で合法的なものとして、法システムのなかに組み込んでいるケニアの経験は、所有権の諸機能を実現するとの観点から、漸進的な制度改革が必要であることの証拠であるように思われる。このように、当事者の抱いている予期との接続を保つ一方で、その予期のなかで、望ましくない予期を抱かざるをえない現状を改善し、あるいは当然抱くべき規範的予期を確かなものとして保障するために、必要な制度や機構を備えていくことが実定法に固有の課題である。

最後に、開発との関連では、正当な土地所有が、裁判所によって確実に保護されると予

期できることで、所有の安全を確立することが最も大きな課題であることをあらためて確認しておきたい。しかし、本稿の分析からすれば、これは極めて長期に渡る努力の成果としてしか実現しえないということも明らかとなる。自分の財産は自分で守らなければならないとの予期が確かな社会では、一度、誰か第三者が自分の財産を守ってくれたところで、当初の予期を放棄することはできないであろう。第三者による救済が規範的に予期できるためには、実効的な救済が繰り返し提供され、その事実を多くの人が体験し、かかる救済制度の実効性、さらには権利をもつということが社会的にいかなる効果を現実にしじさせるのかについての予期を形成することが必要になる。ゆえに、救済提供者は、組織化され、一定の場所に存在し、救済発動へ至る手続を予め明確にしておき、いつ、いかなる時でも、ある特定の実体的権利が侵害された場合には、その救済を予期できるという状況を用意しておかなければならない。【たとえ他人の物やそれに対する権利を侵害しても、所有者が裁判所に提訴することによって、裁判所はその物を取り上げ、所有者に返還するなどして権利を回復するだろう】と予期できる状況とは、かかる過程の成果であって、第三者による救済を予期できる状況が成立していく過程は、長期にわたる不断の努力を要するものと捉えるべきである。実定法の機能も、人々が抱く、かかる基礎的で、日常的な予期に支えられていなければならないといえよう。