



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	オセアニア海洋法文化（研究覚書）
Author(s)	木下, 毅; KINOSHITA, Tsuyoshi
Citation	北大法学論集, 45(6), 168-147
Issue Date	1995-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15595
Type	departmental bulletin paper
File Information	45(6)_p168-147.pdf



オセアニア海洋法文化（研究覚書）

木 下 毅

- 第1章 問題の所在
- 第2章 太平洋諸国における憲法と慣習
- 第3章 太平洋諸国における法と慣習
- 第4章 オセアニア海洋法文化圏

第1章 問題の所在

フランスの比較法学者 René David は、1964年に公にした *Les grands systèmes de droit contemporains*（現代の主要な法系）の中で、現代における世界の法系を、ローマ・ゲルマン法家族、コモン・ロー法家族、社会主義法家族、哲学的・宗教的法制度に分類し、最後の法制度をイスラーム法、ヒンドゥー法、極東法、アフリカ法およびマダガスカル法に細分類している⁽¹⁾。他方、ドイツの比較法学者 K. Zweigert と H. Kötz の著、*Einführung in die Rechtsvergleichung* (1971) は、世界の法系を、ロマン法圏、ドイツ法圏、スカンジナビア法圏、コモン・ロー法圏、社会主義法圏、極東法圏、イスラーム法圏およびヒンドゥー法圏とに分類してきた⁽²⁾。しかし、現代を代表するこれらの比較法学者によっても、オセアニアは、独立の法文化圏として法系論の中に登場してきていない。果たして、法系論として、それでよいのであろうか？⁽³⁾

では、そもそもオセアニア (Oceania) とは、何を意味するのであろうか？それは、オーストラリア大陸および太平洋上に散在する島嶼から成り、リム

(rim) としての太平洋すなわち環太平洋地域を構成する太平洋 (The Pacific) は、世界の地表の約3分の1を覆っている。これらの中、オーストラリア (Australia) およびニュー・ジーランド (New Zealand) を除くオセアニア文化圏は、約22の太平洋諸国を包摂し、800万人以上の住民を擁しており、地理的には、ミクロネシア (Micronesia)、ポリネシア (Polynesia) およびメラネシア (Melanesia) の3海域に分けられる⁽⁴⁾。

太平洋を赤道によって2分し、これをさらに日付変更線によって東西に分割すれば、まず赤道の北、日付変更線の西に、ヤップ (Yap)、チューク (Chuuk)、ポーンペイ (Pohnpei)、コシャエ (Kosrae) の4州から成るミクロネシア連邦 (Federated States of Micronesia) (1986)、グアム (Guam)、キリバス (Kiribati) (1979)、マーシャル諸島 (Marshall Islands) (1986)、ナウル (Nauru) (1968)、北マリアナ諸島 (Northern Mariana Islands) およびパラウ (Palau) から成る「ミクロネシア海域」、若干の例外はあるが、南北にわたって日付変更線の東に、アメリカ信託統治領サモア (American Samoa)、クック諸島 (Cook Islands) (1965)、フランス領ポリネシア (French Polynesia)、ニウエ (Niue) (1974)、ピトケアン諸島 (Pitcairn Islands)、トケラウ (Tokelau)、トンガ (Tonga)、ツヴァル (Tuvalu) (1978)、ウォリス・フツナ (Wallis & Futuna)、西サモア (Western Samoa) (1962) から成る「ポリネシア海域」、ならびに、赤道の南、日付変更線の西に位置するフィジー (Fiji) (1970)、ニュー・カレドニア (New Caledonia)、パプア・ニュー・ギニア (Papua New Guinea) (1975)、ソロモン諸島 (Solomon Islands) (1978) およびヴァヌアツ (Vanuatu) (1980) から成る「メラネシア海域」がある⁽⁵⁾。これらの3海域に共通して見られる法文化を、ここでは「オセアニア海洋法文化」と総称的に呼ぶことにしたい。

このオセアニア海洋法文化圏は、海洋性文化としての共通性を有し、その慣習上の権利を支えている宇宙哲学のゆえに、大陸法文化圏 (ロマン法族、ドイツ法族、スカンジナビア法族)、英米法文化圏 (イギリス法族、アメリカ法族)、イスラーム法文化圏、ヒンドウー法文化圏、極東法文化圏、アフリカ法文化圏等と並び、これらと区別される一つの独立した特殊な法文化圏として、位置づけることができないであろうか⁽⁶⁾。この点を、次章以下で「法」と「慣習」という視座から考察することとしたい。

第2章 太平洋諸国における憲法と慣習

太平洋諸国（Pacific nations）の大半は、19世紀後半、連合王国、ドイツ、フランスないしアメリカ合衆国によって植民地化された。トンガを唯一の例外として、太平洋諸国は、1962年の西サモアを皮切りに、かつての植民地統治国の西洋的統治機構モデルを範として、1960年代に独立を達成しはじめる⁽⁷⁾。上記3海域の中、ミクロネシアは、主としてアメリカ合衆国、ポリネシアとメラネシアは、主として連合王国とフランスの強い影響を受けた。連合王国は、フィジーに本拠を置く西太平洋高等弁務官（High Commissioner）を通じて、19世紀以降、フランス領以外の全域を支配下に治め、旧イギリス領アフリカ諸国の憲法に倣って、土着の慣習には介入しない政策を採る。これに対し、「不可分の、非宗教的、民主的かつ社会的な共和国」（1958年のフランス第5共和国憲法第2条1項）であるフランスは、ニュー・キャレドニア、フランス領ポリネシア等の旧植民地に対しても、国家不可分の原則を適用してきた。そのためこれらの諸国は、本国からの分離独立を求めてアイデンティティの確立を目指すに至っている。

まず、3つの海域の中のミクロネシアから見ていこう。ミクロネシア連邦は、広汎な地理的分布、伝統ないし文化の多元性を踏まえて、憲法前文で次のように宣言する。「この憲法により、われわれは、平和と協調のうちに共存し、過去から承継してきた伝統を保持し、かつ将来の可能性を保護しようとするわれわれに共通の願望を確認する。多数の島嶼より成る国家を建設するため、われわれは、文化の多元性を尊重する。文化の差異は、われわれを豊かにしてくれる。海はわれわれを結びつけるものであって、隔てるものではない。島嶼は、われわれを支えてくれる。島嶼国家は、われわれを拡大し、かつ、強固にしてくれる」と。

次いで、本文第5条は、「伝統的諸権利—伝統的指導者の承認、制定法による慣習の保護」と題して、次のように定める。

- 「1. この憲法におけるいかなる条項も、慣習及び伝統によって承認されている伝統的な指導者の役割又は機能を喪失させるものではない」く、
- 「2. ミクロネシア連邦の住民の権利は、制定法によりこれを保護することができ」、
- 「3. 連邦議会は、必要と認めるときは、伝統的な指導者を有する州の場合は

その指導者及び伝統的な指導者を有しない州の場合には選挙によって選ばれた代表者により構成される長老会議を、設置することができる」と。

近時の第5条3項に対する修正案によれば、長老会議の主たる役割は、「慣習及び伝統に関し、勧告を行い、これらを増進し、及び保護すること並びにミクロネシア連邦における平和及び統一を増進すること」にある、とされている。

司法に関しては、第11条11項は、さらに「裁判所の判決は、この憲法、ミクロネシアの慣習及び伝統並びにミクロネシアの社会的及び地理的構成に合致しなければならない」とする。この規定の趣旨は、ミクロネシアの裁判所が、判決の理由づけを過去のそれに求めるのではなく、ミクロネシアの社会と文化にとってなにが最も適切かという観点から考察するという新しい視点を提供した点にある、といわれる。また、伝統および慣習の価値は、ミクロネシア社会のライフ・スタイルの重要な部分を占めており、この憲法は、ミクロネシアの伝統と慣習に照らして解釈されなければならない、とされている⁽⁸⁾。

このミクロネシア連邦憲法は、アメリカ型大統領制モデルに基づき、ヨコの関係では、国家の3つの部門間の権力分立および抑制均衡を定め、タテの関係では、一種の連邦主義を規定している。「州の平等に基づき各州全体から選出される各1名の議員及び人口により配分された各州の選挙区から選出される議員により構成される」一院制の連邦議会ならびに「連邦議会議員の過半数の投票で選任される」大統領に関する規定は、アメリカ型の連邦制のみならず、イギリス型議院内閣制をも想起させる。いずれの制度をとるにせよ、同憲法は、西洋の立憲主義的伝統を受容してきたといえよう⁽⁹⁾。

他のミクロネシア諸国も、多かれ少なかれ、最後の植民地統治国に範をとって、その国内統治機構を定めてきた。換言すれば、ミクロネシアの法制度は、国連信託統治領であった当時と同様、全体として見ればアメリカ合衆国の憲法およびコモン・ローの影響を強く受けている。ミクロネシア連邦は、政治的には独立したが、それによってミクロネシア独自の法制度が生まれた、とはいいがたい⁽¹⁰⁾。とはいえ、ミクロネシアの諸国が自治を獲得して以来、独立を達成するための政治過程において、政府の基本的性格に具体化された基本的条項の妥当性、なかでも西洋から移植された法と伝統的慣習との関係を問い直すようになってきていることは、注目に値する。キリバスに例をとれば、主として刑事上の正当防衛、婚姻、相続、養子縁組などに関する親族・相続問題および土地問題に関して、慣習法が適用される傾向にあり、慣習法が適用される慣習地

(customary land) の紛争について、専属的管轄権を有する裁判所が設けられたことも、その一つの例といえることができよう。依然として国連信託統治下にあるパラウの憲法も、制定法と伝統的慣習とが抵触したときは、前者が後者の「伝統的法の基底的原理」に抵触しない範囲内で効力を有する、とする規定を置いている¹¹⁾。

次に、ポリネシアに目を転じてみよう。旧イギリス領太平洋諸国の憲法の一例として、ニウエ憲法を取り上げてみたい。全体は、8章82条から成り、以下のような構成をとっている。第1章は、第1条で国王に執行権が帰属することを宣言した後、第2条以下で「ニウエの執行部」(Executive Government)と題して、主として内閣(Cabinet)に関する規定を置く。第2章では、「ニウエの立法部」(Legislative Government)という表題の下に、一院制議会(Assembly)および立法に関する規定が続く。第3章には、「司法」(Judiciary)というタイトルを掲げて、高等法院(High Court)、土地裁判所(Land Court)、土地上訴裁判所(Land Appellate Court)、裁判官および補助裁判官(Judges and Commissioners)の任命、任期および報酬、高等法院からの上訴、治安判事(Justices of the Peace)等、イギリス憲法を想起させる規定が並び、最後に法案に対する首席裁判官のコメントという興味深い制度が続いている¹²⁾。

ニウエ憲法は、旧イギリス領アフリカ植民地の憲法モデルとされてきたウエストミンスタ・モデル(Westminster model)を踏襲した典型的事例ではあるが、土地制度、村の代表者固定議席、ニウエ語の使用等、伝統的慣習に根ざした固有法的要素も組み込んでいる点は注目されてよい¹³⁾。首長(chiefs)その他の伝統的な長老的指導者は、大半の太平洋諸国で、いまだに重要な指導的・忠告的役割を演じ続けてきてはいるが、新しい統治機構の中でその中心的役割ないし権限を規定する例は比較的少ない。西サモアおよびトンガは、伝統的指導者を国家の首長に据えてはきたが、その権限は往年のそれと同じでないことは注意を要する。他方、西サモアでは、慣習地、土地相続等に関して専属的管轄権を有する特別裁判所(Land and Title Court)が設けられ、サモア人の族長が治安判事に任命されている。この特別裁判所から一般的管轄権を有する通常裁判所への上訴は認められておらず、そこでは自己完結的な審理が予定されている。また、トンガにおいても、慣習地に関し専属的管轄権を有する特別裁判所が設置されている¹⁴⁾。このような裁判所の設置は、ポリネシアにおける法の多元的性質を指し示している、といえよう。

さらに、メラネシアではどうであろうか。イギリス型議院内閣制モデルを採用したソロモン諸島憲法は、第2条でアメリカ合衆国憲法を想起させる「最高法規」および「司法審査」について規定し、さらに市民権（citizenship）および個人の基本的人権（fundamental rights and freedoms）に関する規定をも置いている¹⁵。法の適用について定める第75条は、第1項で「議会は、慣習法（customary laws）を含む法の適用に関する条項を制定しなければならない」とした後、第2項で、この規定に基づいて当該条項を制定する場合、「議会は、ソロモン諸島住民の慣習（customs）、価値（value）および願望（aspirations）に特別の考慮を払わなければならない」としている¹⁶。

他方、パプア・ニュー・ギニアの新憲法第9条は、憲法、法令の他に、イギリスのコモン・ローおよびエクイティならびに土着の慣習法から成る「基底法」（underlying law）という概念を設け、「法源」として認めるに至った¹⁷。慣習法は、刑事事件よりも民事事件において広汎に適用され、しかも、コモン・ローおよびエクイティに優先する効力を与えられている点が、注目される。その限りでは、固有の慣習法も憲法的枠組みの中に組み込まれているといえようが、事態は、立法的にも司法的にもそう単純なものではない、といわれる¹⁸。

1990年に制定されたフィジーの新憲法にも、一定の権利を原住民のフィジー住民に留保し、その変更は長老会議の代表の承認を要する、といった根本的变化が見られる。同様の傾向は、ツヴァル、クック諸島等の憲法にも見られる。また、大半の太平洋諸国では、第1審裁判所（trial court）の下に、制限的管轄権（limited jurisdictions）をもった地方的裁判所（local courts）を置いている例が多い。そこでは、軽微な事件を処理する治安判事（magistrate）が、主としてその任に当たっている。地方レベルでは、その地方の名望家でもある素人の治安判事の方が、当該地域の慣習に精通していることもあって、慣習法の適用に関してはより適任であることが多い。そのためあって、慣習法を適用すべき裁判所として、地方的裁判所が指定されている例も見られる。これらの裁判所では、判決による紛争解決方式よりも、調停ないしネゴによる慣習的紛争解決方式を用いるよう義務づけられている例もある。ヴァヌアツ、ソロモン諸島およびパプア・ニュー・ギニアは、その例である。パプア・ニュー・ギニアでは、さらに慣習地に関し専属的管轄権を有する土地裁判所（Land Court）をも設けている。しかも、この特別裁判所からの上訴は、認められていない。これらの事例から示唆されるように、メラネシア海域の諸憲法は、メラネシア

の伝統的価値と慣習の保護および増進を強調しようとしている、とあってよからう¹⁹⁾。

以上の3海域の中でさらに一歩進めたのが、ツヴァルの改正憲法である。同憲法は、前文で「ツヴァルの人民は、キリスト教の原理、法の支配並びにツヴァルの慣習及び伝統に基礎を置く独立国家として自ら構成することを望む」とした後、「憲法の一般原則」として、以下のような点を強調する。「ツヴァルは、平和及び公共の福祉を求め、諸国のコミュニティにおいて正当な地位を得ることを信じているにもかかわらず、ツヴァル人民は、神に対する感謝の念をもって、ツヴァル社会の安定並びにツヴァル住民の幸福及び福祉が、現在及び将来にわたって、島嶼コミュニティのアイデンティティの存続及び意義並びにそれらのコミュニティにおける共同、自治及び統一の姿勢を含むツヴァルの価値、文化及び伝統の維持に大幅に依存していることを認め、かつ主張する」。ツヴァル住民が維持しようとする価値には、コミュニティの伝統的なスタイル、家族の支え及び扶養並びに家族の躰」があり、「統治及び社会的事項一般におけるツヴァルの指導的な一般原則は、「対決 (confrontation) ないし不和 (divisiveness) という外来の思想」よりも、むしろ、「ツヴァルの伝統的手続に従った合意、寛大さ及び意思の合致」の探究であり、かつ、「中央政府、伝統的権威者、地方政府及び宗教的権威者を含む異なった種類の権威者間における相互的尊敬及び協力」の必要性である。それ故、「ツヴァルの生活及び法は、人間の尊厳に対する尊敬、ツヴァルの価値及び文化の受容並びにそれらに対する尊敬に基づくものでなければならない」と宣言したのち、本文で次のように規定する²⁰⁾。

まず、同憲法第4条「憲法の解釈」の第2項で、「すべての場合において、本憲法は、前文に規定された一般原則に従って解釈し、かつ適用されなければならない」とし、第3項で、「前項の規定に従って、本憲法は、理性及び経験並びにツヴァルの価値を考慮して、公正かつ民主的な統治の目的を達成するような方法で、解釈し、適用されなければならない」とする。注目されるのは、次の第11条の規定で、第1項において基本的人権および自由を規定した後、第2項で次のようにいう。「第1項に規定する権利及び自由は、ツヴァル社会においては、他人の権利及び自由並びに国益に対する尊敬の念をもってのみ、かつ、ツヴァルの価値及び文化を受け入れ、それらに対する尊敬の念をもってのみ、行使することができる」と。この憲法第11条2項の規定は、伝統的な慣習

を西洋的な法の枠組みを用いて体系化しようとする試みである点で、従来のウエストミンスタ・モデルに従ったイギリス的価値体系の枠組みを超えるポスト・コロニアリズム的動向を示すものといえようか²¹⁾。

このように太平洋諸国の諸憲法には、一方では、制定法化された西洋法的立憲主義に基づく憲法と、他方では、土着の伝統的慣習法的なオセアニア憲法、すなわち、土地所有形態、長老的階層組織、家族制度、紛争解決方式等、オセアニアの価値体系を表現し、オセアニア式の社会経済体制を反映した憲法との調和が見られ、この調和化が、いわゆるオセアニア方式（Oceanian way）を生み出してきた、といわれる。その特徴は、国家たる憲法の中で、従来手続的規定のなかった土着の固有法たる慣習に、「憲法上の法源」としての地位を認めたとある。換言すれば、太平洋諸国の諸憲法には、2つの異文化のミックスが見られ、土着の固有法文化に基づく法準則ないし法前提が、国家法たる公式の各国憲法の中に実定法的に規定されるに至っている、といえようか²²⁾。オセアニアでは、土地および海域は人間に生命を付与する根源であり、社会秩序および安全性の不可欠の部分を構成するものであって、オセアニア的発想によれば、土地所有に絶対的排他性はなく、海域も自由であるとは限らない。ヴァヌアツにおいて、イギリス的土地保有条件（land tenure）を慣習法に復帰させることによって脱植民地化しようとする憲法的試みがなされてきたことは、その一例といえよう。この試みが功を奏するか否かは依然として未知数であるが、このような固有法文化に基づく法準則および法前提と公式の憲法とを融合し調和化しようとした点に、オセアニア海洋法文化特有の価値体系があるように思われる²³⁾。

この固有法文化を基礎とする法準則ないし法前提が、諸国の憲法の中に一般的にしかも明文化された形で「法源」として規定されたことは、世界の他の法文化圏にもあまり例がない。ここには、一元的国家法を超えた国家法と固有法との共生および固有法と他の固有法との共生の問題がある²⁴⁾。

しかし、国家法としての憲法システムと、例えば環境に関する固有法としての慣習とのギャップは、国家的政策により統合化された法システムの創造を課題としたり、とりわけ保存や資源管理の慣習的準則と矛盾するような経済発展の強化を目標とする場合には、もはや架橋しがたいものとなる。このような場合、形式的憲法があっても、オセアニアの人々の生活は、いまだに伝統的な「共生的」慣習の規律の下にある、ということができらるであろう²⁵⁾。

第3章 太平洋諸国における法と慣習

M. Puleaによれば、慣習法は、「実生活上の一般的システム、情報のシステム、情報を獲得し、伝達するシステム、そして価値のシステム」⁶⁶であり、権利、サンクション、紛争処理などに関する特殊な技術体系だけではないとして、固有の慣習法上の権利と国家法とを区別しようとする。

では、伝統的慣習は、刑事法および民事法の中に、どのような形で実定法化されてきたのでしょうか？この点を、まず刑事司法の面から見ていくことにしよう。ミクロネシア連邦刑法典は、裁判所に対し、ミクロネシアにおける慣習を認知し、これを考慮に入れ、刑事事件における慣習法の適用可能性および効果を判定するように命じている⁶⁷。

まず慣習の挙証責任に関しては、FSM v. Ruben (1981)⁶⁸において、次のように処理されてきた。この事件は、義弟Yが、真夜中に泥酔状態でYの玄関のドアを蹴って侵入し、食べ物を要求した義兄Xを、マチューテ（伐採用なた）を用いて殺害した assault（暴行）事件である。検察側の主張によれば、義兄Xは妹の家に入る特権を有しており、Yには家と家族のための防御は許されない、とされた。争点は、かかる家族の特権がXの極端な行動をも包含するほど広汎なものか否かに関する。King 首席裁判官は、検察側がかかる慣習の存在、適用可能性および効果に関しての挙証責任を負っており、本件ではその主張・立証がないことを理由として、Yを無罪とした。

次のFSM v. Mudong (1982)⁶⁹も、これに類する事案である。この事件は、aggravated assault（加重暴行）事件で、加害者Yおよび被害者Xの関係者約100名が出席して謝罪の儀式（慣習上の和解）が執り行われ、シャカオ（sakau, kavaとも呼ばれる）を共に味わったのち、Xの叔父が、「悪感情には終止符が打たれなければならないこと、これ以上刑事事件として訴追が続けられることはこの目的を阻害しかねないことで両当事者の意見が一致した」、と述べ、これに基づき、Yは控訴取消を申し立て、Xおよびその家族が刑事事件の打切を請求することに同意した事件である。これに対し検察側は、Yの控訴取消の申立に異議を唱えた。訴訟打切の決定は、検察官の訴追裁量に属する事項であることを理由とする⁶⁹。この点に関し、King 首席裁判官は、法廷意見を代表して、公訴棄却の申立を却下する決定をした。刑事手続の機能は、謝罪の儀式の機能とは異なることを理由とする。しかし、検察官が刑事手続の開始ないし打切の決定

をするか否かを判断するに当たり、慣習上の和解を、したがって謝罪の儀式を考慮に入れることができる、とした⁶³⁾。

この伝統的な謝罪の儀式は、殺人ないし重大な人身傷害の場合に行われるのが通例である。これは、被害者の血族集団は加害者ないしその血族集団に属する者に報復する義務を負うという信念に基づくものといわれる。公式の謝罪は、加害者に代わる仲介者（聖職者ないし族長）により被害者の一族の長に対して行われることが多い⁶⁴⁾。

1985年にはポンペイ犯罪法が制定され、1988年の改正法⁶³⁾において、刑事事件においては、慣習上の和解がなされたか否か、被害者はそれに満足しているか否かの確認を、検察当局に義務づけるに至った。その結果、和解がなされ、被害者が満足すれば、検察官は、その裁量により、当該事件を起訴猶予処分が付することが正当化されるようになる。しかし、慣習上の和解がなされたからといって、検察官としては、起訴猶予の義務まで負うものではないが、量刑に影響を及ぼすことは十分ありうる。ともあれ、この制定法は、Mudong事件を想起させるに十分である。

他方、Alaphonso v. FSM (1982)⁶⁴⁾においては、犯行の証拠が十分あったか否かが争点となった。裁判所としては、必要とされる証明の程度を決定しなければならなかったが、「合理的な疑いをいれない程度」(beyond a reasonable doubt)の証明基準が、ミクロネシアの伝統的慣習にも合致するという理由づけを用いて、解決がはかられている。

慣習の主張がなされた比較的近時の事例としては、Gilmete v. FSM (1989)⁶⁵⁾が注目されよう。この事件では、Yは謀殺の有罪答弁をなし、12年の自由刑および2500ドルの損害賠償を宣告された。ところが、損害賠償額の支払いがなされなかったため、事実審裁判所は、前記宣告刑にさらに1年を加重するに至った。これに対し、上訴審は、平等保護を理由として、貧困による損害賠償の不払に基づく加重刑を無効とした。しかし、問題は、裁判所が謀殺事件においてそもそも損害賠償を命じることができるか否かに関する。この事件は、慣習を西洋法的な刑事司法制度に調和させることが容易ではないことを物語っている。上訴審は、その後伝統的な慣習上の和解がなされ、Yの家族から20000ドルに相当する金銭および物品が、殺害に関する謝罪とともに、Xの家族に対して提供されたことを認定している⁶⁶⁾。

以上は、刑事事件の事例であるが、次に民事事件と慣習との関係を見ておく

ことにしたい。地上勤務員Xが勤務中に受けた傷害に対し損害賠償を請求した *Semens v. Continental Air Lines, Inc.* (1986)³⁷⁾において、雇用契約上の解釈が争点となった。この争点に適用されるべき法源として、ミクロネシアの慣習および伝統が考慮され、裁判所の判決はこれらと適合していなければならない、とされた。そこでは、ミクロネシアの社会と文化、その価値と実生活に重点が置かれている。ただし、この事件においては、上述の争点に関する慣習ないし伝統は存在していない、と認定された。

これに類する事件で、Yとの雇用契約中に障害を受けた被用者Xが訴えを提起した *Koike v. Ponape Rock Products, Inc.* (1987)³⁸⁾においては、裁判所は、Yの過失を認定したのち、損害賠償額の算定手続きを行った。まず、ポーンペイでは刑事と民事の区別をしないとした後、人身傷害の場合には、Yは、Xないしその家族に対して謝罪をしなければならず、さらに、Yおよびその家族に対して、治療費、慰謝料等の特別の補償、逸失利益等の扶養を受ける利益の喪失に対する実質的補償をしなければならない、とした。また、被害者が受領した見舞金、保険金等で加害者の出捐とみなされないものは損害賠償額から控除しない、とするアメリカ法上の *collateral source rule* (副次的給付非控除ルール)³⁹⁾の主張に対しても、大家族、社会的絆の強いミクロネシアの社会においては必ずしも適当でないとして、ポーンペイ人の慣習の効用を強調した⁴⁰⁾。

以上の事例からも、ミクロネシアにおいては、家族の絆および謝罪の儀式(慣習上の和解)といった伝統が重視され、これらの生きた法(慣習法)が、一部変容を受けつつ、国家法の中に一定の範囲で実定法化されている、と想定することができるであろう⁴¹⁾。

次に、ポリネシアの一例として、トケラウにおける慣習を取り上げておきたい。トケラウは、独立国が大半を占める南太平洋諸国にあって、ニュー・ジーランドの一部を成しており、独立した立法部および執行部を持っていない。トケラウの慣習を、その自然、社会的条件および社会的秩序に関する準則(*rules*)に及ぼす自然的・社会的条件のインパクトの点から分析すれば、次のようなシェーマが描けるであろう⁴²⁾。

南太平洋諸国の大半がそうであるように、トケラウもまた領土的にはきわめて小規模であり、外界から遮断され、住民は相互によく知った関係にあるため、社会的には閉鎖的であって、規範的には自己完結的である。各国は、島嶼間の距離が大きい自然的位置関係にあるため、きわめて孤立化しており、社会的に

は内政重視型（inward-looking）であって、規範的には調和的な合意・調停（consensus-conciliation）が中核をなしている。

トケラウは、資源的にはあまり豊かでなく、きわめて限られており（亀・魚介類、ココナツ、わずかな土地が、その主たるもの）、社会的には協調的（cooperative）であって、規範的には共生・共同体的（sharing-communal）性格を有する。テクノロジーの面では、電気もなく、すべてが手作業的で単純であり、社会的には技術（skills）が価値を有し、年令・経験が重視される結果、規範的には長老（elders）によるコントロールが絶対的になる。安全性の面では、台風などの自然の危険と同居しており（precarious）、社会的には自然が支配的であり、その結果、規範的には、人為的なものではなく、月、潮の干満などの自然のサイクルを重視する傾向を生み出す。土地は、自然的には消滅することがないため、実存的なもの（positive thing）とみなされ、社会的には土地に基づく生活が中心をなすようになり、規範的にも土地の権利が重要となる⁴³。しかし、土地の所有には絶対的排他性はなく、海も必ずしも自由とはいえない。土地と海は、個人の自由意思だけで処分可能なものではなく、人間に生命を付与する根源とされる。このような自然資源は、個人の私的独占の対象となることなく、祖先から家族に継承されることになる。自然資源に対する所有権は、コミュニティごとに首長、家族、村、親族集団などが代表することにより享受することができ、海域は、各所有主体との距離に応じて排他的利用のできる内域（inner zone）とそうでない外域（outer zone）とに分けられる。このポリネシア海洋法文化は、西洋法文化とはきわめて対照的であり、西洋法的な概念を用いて翻訳すること自体、困難を伴う⁴⁴。

慣習は、刑事法の領域、特に減刑および正当防衛において、きわめて実効的に作用する。コミュニティの慣習に違反すると、重い制裁が科せられ、最高の刑罰はカヌーによる村八分（banishment）（実質は死に至る刑）という形をとる⁴⁵。

René Davidによれば、慣習の特徴は、継続性、調和と和解（harmony & reconciliation）、集団性、自給自足の非貨幣経済、口頭による伝達などにみられる。慣習と法は、それぞれ異なった目的をもち、相互に抵触する面を有している。慣習では経験が支配的であり、そこに法が入ってくれば、慣習は死すべき運命にある。それ故、今日の法律家に要求される役割は、両者の軋轢をいかにして緩和し、土着民の権利を保護するかにある、といえよう⁴⁶。このような

社会にあっては、個人主義 (individualism) は機能しがたい。

さらに、メラネシアの事例として、パプア・ニュー・ギニアで1980年に生じた女呪術師殺害事件⁴⁷⁾を取り上げておきたい。この事件は、黒呪 (おばあさん) を現地部族の4人の男が殺した事件である。数少ない現地人裁判官として知られる Narokobi 裁判官は、現地部族の出身者であるこの殺害者4名に対し、部族の慣習法を適用して懲役3か月を言い渡すとともに、主刑として豚5頭の損害賠償を命じた。判決理由によれば、この殺害行為は、その部族の慣習上の義務に従って呪術に対する正当防衛として行われたものであり、個人的な動機によるものではなく、国家の権威に対する反抗でもない、とされた。

第1審判決は、殺害者がすでに地方当局に対して出頭して、慣習上の手続きを済ませており、それによって人間関係はすでに回復されていることを強調していた。この判決に対し、最高裁判所は、全員一致をもって、謀殺罪には損害賠償の適用の余地がないとし、原判決を破棄して、懲役6年の判決を言い渡した。オセアニアの第1審判決と西洋法的最高裁判決の間に、法文化的抵触があることはいうまでもない⁴⁸⁾。

Narokobi によれば、「刑罰の一形態として殺人事件において賠償を支払うことは、それだけとして見れば新奇で危険なものとは映ずるかもしれない。しかし、諸家族が緊密に結ばれ、コミュニティにおける和と社会秩序の維持が他の何物にもまして大事な社会にあっては、賠償を無視することはできない。生きている人間が運搬用動物であり、安定した社会の源泉であるのならば、賠償支払いに重きを置くことを認めるのに困難はない。生命、それも戦争で引き裂かれた状況で一氏族の生計と生存のための有力な働き手の生命を奪うことは、一人の大事な槍持ち、建築家、農民を失うことになる。その妻子らは、父を失い、親たちは、子を失う。もし裁判所が賠償を適当として認めれば、そのことは社会秩序に大きな貢献をなす。たしかに金と豚では、自由を求め、正義を保障することができない。しかし、そこに根本的な疑問が残る。一個の生命が、故意の殺人行為によって停止されたとき、それが終身刑や死刑によって回復されるものであろうか？ 投獄によって、自由が得られるであろうか？ いずれにせよ、一生命の喪失が他の生命の喪失および両集団の損失に終わるならば、生活および扶養の正義は、どうなるのであろうか？」⁴⁹⁾という疑問が呈せられることになる。別言すれば、パプア・ニュー・ギニアにおける固有法の義務の履行は、賠償の支払いという形をとっており、あとで刑罰が追い掛けたというのが、実体に近

いといえよう⁵⁰。

妻の姦通を理由に挑発的に妻を殺害した事案に、免責を認めた事例、2部族間の争いの最中に、XがYの頭を殴打し、逃走中のXにYが仲間の弓矢を使って殺害した事案に、「被疑者の文化および環境にある通常人」の基準を用いて、「挑発」を理由とする免責を認め、非謀殺（故殺）罪（manslaughter）を適用した事例も、現地の固有の事情を考慮した点で、オセアニア的第1審判決と同一線上にある事例ということができよう⁵¹。

このように国家法の規定を解釈するさいに、異文化間の深刻な対立が浮上することも少なくない。別言すれば、国家法の実施にあたり、非公式の土着の固有法が効果的に反発することが少なくないのである。上の女呪術師殺害事件の例では、憲法上の近代刑法の原則とオセアニア的な慣習法で憲法の中に組み込まれたものとの何れを適用すべきかが問題とされ、Narokobi裁判官は、パプア・ニュー・ギニア方式の一環をなしている慣習法的な「基底法」も国家法の一部であるとして、これを適用したのであった。このように慣習法が住民の文化構造に由来するものである以上、メラネシアの生活様式を反映した宇宙哲学観に基づき、これに西洋法的な枠組みを当て嵌めて、オセアニア方式を樹立することが、必要不可欠となろう⁵²。

メラネシア方式とは、貨幣経済によらない自給経済ないし未開の豊かさを前提とする住民的アイデンティティの確立に向けられた定型的な文化的共通確信を指す。このような社会では、「社会組織および土地所有は、共同、協力および平等が理想とされ、合意形成は、満場一致によって行われ、指導者の地位は、個人の実績および社会と家族に対する義務の履行により獲得され、介助、危険対策、援助は、一声方式で保障される」ことになっている⁵³。

フィジーの女性法学者 Pulea によれば、天然資源について排他的権利が認められることもあるが、「常態においては、それを親族の全員が分かちあう。氏族組織と部族組織とを通じ、かつ超自然的サンクションと相続と祖先の意向とにより保障されている社会的な義務・関係・協力の網目は、住民の理解するところに従い、慣習法に反しても、所有とその権利の安定性を支え、法体系を永続きさせている」。慣習法上、「フィジー住民は、海域・暗礁・漁場・前浜および海床に対してそれらと同様の権利を有する。これは、国家法に規定された権利とは大いに異なる」のである⁵⁴。

Narokobi によれば、メラネシアの社会秩序は、「住民共同体」「特定地域に

おける生活様式」「地縁的社会関係」「自律的社会単位」「共通の起源」「指導者団」「共通的社会的価値の共有」「共通の言語」「共同体の相互承認」「外交的リンク」といった10の基本的性格によって特徴づけられる、という。メラネシア社会に共通に見られるこれらの性格は、メラネシア法といったものを分析する上でも関連してくるであろう⁶⁵⁾。

メラネシア法というもの (phenomenon of law) があるとすれば、それは、権力的強制が可能な「規範的命令」(normative order) ではなく、自然に従う住民の「生活様式」(way of life) ないし「生活スタイル」(fashion) とでもいうべきものである⁶⁶⁾。

オセアニアの宇宙哲学およびそれに基礎を置く固有法は、部分的には国家法の一部に組入れられているが、大部分特に宇宙哲学は、西洋法から移植された国家法により無視ないし拒否されてきた。にもかかわらず、それらを一切切り捨ててしまうことには問題が残る。多元的法体制でも、法文化を共通にしている場合 (たとえば、連邦国家、EU など) には、問題があっても技術的に処理可能である場合が多い。これに対し、オセアニアのように法文化を異にしている場合、特に宇宙哲学を異にする場合には、固有法の否定は、単に外国から新しい法制度を受容するに止まらず、伝統的文化の核心を否定することにもなりかねない。そのさい、慣習を採用するとしても、異文化によって、もとの固有法を歪曲する結果になるという可能性もある。この点に関する固有法とその宇宙哲学についての現地人学者 Plea および Narokobi の立場は、オセアニア海洋法文化を理解する上で示唆的である⁶⁷⁾。

今日、非西洋諸国の多くは、それぞれの国家法を西洋法文化から摂取してきたため、表見的には「西洋的正義」の理念を前提原理としてきたが、それとは別の土着の「固有法的正義」(native justice) を完全に切り捨ててきたわけではなく、また切り捨てられるものではない。固有法的正義は、国家法から否定ないし変形されようとも、現地の土着の人々にとっては国家法と同様に、否それ以上に妥当する法的前提原理である。その宇宙哲学を体系化したものが、イスラーム法学およびヒンドゥー法学だといわれている。オセアニア海洋法文化についても、同様のことがいえないであろうか⁶⁸⁾。別言すれば、オセアニア海洋法文化は、国家法と伝統的慣習から成る多元的な法体系、宇宙哲学ないしアイデンティティ法原理を有する一つの特異な法文化を形成している、ということができるとはなからうか⁶⁹⁾。

第4章 オセアニア海洋法文化圏

以上を要するに、オセアニア法文化の特徴は海洋性にあり、その宇宙哲学は、法制度の上に反映し、多元的法制度における基本的問題の哲学的淵源を成している。オセアニアにおける固有の慣習上の権利は、その基本的発想において国家法と異なる⁶⁰。太平洋諸国の法は、権力的強制が可能な規範命令の体系ではなく、自然に順応する人間の生活全体に関する準則（rule）から成る。そこには獲物についての準則、魚採りに関する準則、宗教に関する準則といった個別的な準則は存在するが、それらをまとめて体系化した法は存在していない。したがってまた、法という言葉も存在していないのである⁶¹。

自然によって決定的に支配されている太平洋諸国の住民は、海洋、土地、河川等を生存の条件として保有しつつ利用し、これに逆行する行為を慣習法によって規制してきたといえよう⁶²。かれらは、自然に対するこの畏敬の念を、植物、動物、島嶼、海洋生活を主題とする儀礼として遵守し続け、与えられた排他的権利を記憶の及ばぬ時代から「祖先の人・霊・神を通して」承継してきたのである。この宇宙哲学によれば、自然は、かれらにとっては外界の他者まして物ではなく、人間の実存を可能にさせる条件である。したがって、人間が個人の意思に従って自然を自由に使用、収益ないし処分することは、人間の自己否定を意味することになる。物を自由に使用・収益・処分する近代的所有権が、一面でこの宇宙哲学と矛盾することは言うまでもない⁶³。

このように太平洋諸国における多元的法体制は、異なる法制度が複数併存するというような単純なものではなく、同時に具体的な実定法制度を理念的に支える哲学の多元でもあり、しかも、異文化的な複数の宇宙哲学が、統合されるべき要請があるにもかかわらず、厳しい対立関係に置かれている。この点に、オセアニアにおける伝統的慣習と西洋的法との矛盾がある⁶⁴。太平洋諸国の憲法は、これら2つの相異なる法文化を止揚しようとして、国家法の中に固有法文化に基づく法準則および法前提を組み込もうとしている。この点は、太平洋諸国における諸憲法の特徴をなしており、それがこれほど明文化されている例は、他の法文化圏にもあまり見られない。その中で特に注目に値するのが、ツヴァル憲法である。それは、伝統的な慣習を、西洋法の枠組みを借りて国家法として位置づけようとする試みであり、その点で従来のウエストミンスター・モデルに従ったイギリス的価値体系の枠組みを超えるものがある、といえよう⁶⁵。

このオセアニアの海洋法文化は、アトム化された個人をあらゆる法制度の基礎に置く近代西洋法—それは、個人を神から与えられた1個の生命とみるユダヤ・キリスト教的宇宙哲学に基づいており、そこから基本的人権の体系が形成されてきた—とは、基本的に異なる。それは、海洋文化を反映した宇宙哲学ないし生活様式に基礎づけられたものである。この点に着眼すれば、「オセアニア海洋法文化圏」という独立した法文化圏を想定することも許されよう。両法文化間に見られる人間観の相違は、いかんともしがたい。しかし、固有法的慣習を無視することは、法と文化の緊密な関係を認める限り問題であり、またできるものでもない。ここに、国家法との平和的共生、他の固有法との平和的共生の問題が生じる。その場合、法文化の相違は相違として認め、固有法を正確に識別した上で、両者を調和化することが必要とされよう⁶⁹。

FOOTNOTES

- (1) Runé David, *Les grands système de droit contemporains* §§ 9-17 (1964).
- (2) 1 K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* 72-86 (1971).
- (3) Cf. B. Malinowsky, *Custom and Conflict in Savage Society* (1926); P. Sack, *Land between Two Laws: Early European Land Acquisition in New Guinea* (1973); 千葉正士, *法文化のフロンティア* 193 (1991).
- (4) Oceania という場合には、Micronesia, Polinesia, Melanesia の3海域および Australia, New Zealand を含む太平洋の中部および南部に散在する諸島の総称として用いられることが多いが、本稿で「オセアニア海洋法文化圏」という場合には、前者に限定して用いることにしたい。
- (5) N. Meller, *Constitutional Change in the Pacific Island Politics* (1992) — 畑博行, *南太平洋諸国の法と社会* 196 (1992) (西谷訳).
- (6) M. Pulea, *Law, Custom and the Environment in the Pacific Islands*, in P. Sack & E. Minchin, eds., *Legal Pluralism Proceedings of the Canberra Law Workshop* (1986).
- (7) M. Ntuny, ed., *South Pacific Islands Legal Systems* xviii (1993). マーシャル諸島およびキリバスは、アメリカ合衆国の統治下にあったにもかかわらず、アメリカ型大統領制モデルを放棄して、イギリス型議院内閣制モデルを採用し、他方、ヴァヌアツは、フランスと連合王国の統治下にあったが、フランスよりもイギリス型の統治機構と法制度を採用する

- に至った。Id. at 107 (Zorn), 367 (Paterson).
- (8) Id. at 466-67 (Zorn); N. Meller, *Constitutional Convention Politics of F. S. M.* (1992)一畑、前掲（注5）、173（岩倉訳）。ミクロネシア連邦憲法の訳は、同書320以下参照（一部修正）。
- (9) F. S. M. Const. arts. IX(8), X(1), IX(2).
- (10) B. Tamanaha, *A Proposal for the Development of a System of Indigenous Jurisprudence in the Federated States of Micronesia*, 13 Hasting Int'l & Comp. L. Rev. 71, 109, 114 (1989).
- (11) Meller, *supra* note 8; Ntummy, *supra* note 7, at xx, 88-90 (Tsamenyi), 570 (Ottley).
- (12) Niue Const. Act 1974 (1974, No.42); Ntummy, *id.* at 162-65 (Angelo).
- (13) Niue Const. Act 1974 arts. 33 & 16; A. Angelo & I. Tongatule, *The Legal System of Niue*, 2 Mod. Legal Sys. Cyclopedica 2.170 (1989).
- (14) Ntummy, *supra* note 7, at xviii, 397-400, 418-20 (Powles), 316-19 (Powles).
- (15) Solomon Islands Act 1978; Solomon Islands Const., preamble, arts. 76, 112, schedule 3.
- (16) Land and Title Ordinance (CAP. 93) 219-20は、customary land（慣習地）に関する特別の規定を設け、それに関する事項は地方の伝統的方式によって処理されるべき旨規定している。ソロモン諸島では、土地の90%以上が慣習地に属するといわれている。“219-(1) The manner of holding, occupying, using, enjoying and disposing of customary land shall be in accordance with the current customary usage applicable thereto, and all questions relating thereto shall be determined accordingly. (2) For the purpose of ascertaining any current customary usage, a court required to determine a question in accordance therewith may refer to any books, treatises, reports (whether published or not), or other works of reference, and may accept any manner or thing stated therein as *prima facie* evidence of the usage in question unless and until the contrary is proved. 220. Subject to the provisions of this Ordinance, every transaction or disposition of or affecting interests in customary land shall be made or effected according to the current customary usage applicable to the land concerned.” A. Angelo & R. Palmer, *The Legal System of the Solomon Islands*, 2 Mod. Legal Sys. Cyclopedica 2.200 (1989); Ntummy, *supra* note 7, at 270-71 (Nonggorr).
- (17) Papua New Guinea Const. art. 20, schedule 2; Ntummy, *id.* at 208-11 (Nonggorr); P. Sack, ed., *Pacific Constitutions: Proceedings of the Canber-*

- ra Law Workshop VI (1982); P. Stewart, *The Legal System of Papua New Guinea*, 2 Mod. Legal Sys. Cyclopedica 2. 190 (1989).
- (18) B. Ottley & J. Zorn, *Criminal Law in Papua New Guinea: Code, Custom and the Courts in Conflict*, 31 Am. J. Comp. L. 251, 255 (1983); D. Derham, *Law and Custom in the Australian Territory of Papua New Guinea*, 30 U. Chi. L. Rev. 495, 500 (1963); Ntумы, *id.* at 22; 矢崎光圀、日常生活の法構造 301 (1987) 参照。ミクロネシア連邦、フィジー、ソロモン諸島も、慣習にコモン・ローおよびエクイティよりも強い効力を与えている。E. g., Solomon Islands Const. art. 75 & schedule 3. 3(3).
- (19) Meller, *supra* note 5; Ntумы, *id.* at xviii-xix, 33, 56-60 (Paterson & Zorn), 371-72 (Paterson).
- (20) 1978 Tuvalu Const.; Ntумы, *id.* at 344-46 (Tsamenyi).
- (21) T. Keehan, *The Legal System of Tuvalu*, 2A Mod. Legal Sys. Cyclopedica 2A. 80 (1989); Ntумы, *id.* at 22.
- (22) Ntумы, *id.* at 18-20.
- (23) *Id.* at xxii-xxiii, 384 (Paterson); B. Narokobi, Culture, Law and Ideology, in P. Lamour *et al.*, eds., *Law, Culture and Politics in the Pacific* (1981); B. Narokobi, *Law and Custom in Melanesia*, 14 Pac. Persp. 17, 18 (1989) (In the Melanesian world-view, land is an integral part of the social order and human security. So long as a person is a member of a particular land-owning group, he or she is assured of rights to its use and enjoyment. Whether such a combination of large-scale proprietary rights and individual use rights is classified by such arbitrary terms as communal or individual, just or unjust, appears to me irrelevant.... By a combination of natural and positive law, the colonisers set themselves up as powerful instruments of imposition of what they perceived as the ideal or the just law. Colonisers used the law as a double-edged sword, as an instrument of colonial ideology to attack other possible or probable ideologies, and to defend themselves against the same enemy. It was not a challenge of a legal science, looking for universally applicable rules of 'acceptable' or 'decent' human conduct. The law of the colonisers was more of an imposition of the political will of the administrators.)
- (24) Ntумы, *id.* at 21-22.
- (25) Narokobi, *supra* note 23, at 26 (Each of the Melanesian constitutions follows the standard written constitutions of modern states.... The challenge before us is to infuse appropriate degrees of Melanesian thought and practice into these systems). See also R. Alexander, *Security Issues of the Pacific*

- Island States* (1992) 一畑、前掲 (注5)、72 (林=藤本訳)。
- (26) Pulea, *supra* note 6.
- (27) A. Bowman, *Criminal Justice in F. S. M.* (1992) 一畑、前掲 (注5)、243 (田中訳)。
- (28) 1 FSM Intrim. 34 (Trk. 1981)。
- (29) 1 FSM Intrim. 135 (Pon. 1982)。
- (30) Suka v. Truk, 4 FSM Intrim. 123 (1989)。2つの手続は、それぞれ独立したものであり、慣習上の謝罪の目的は、両当事者の家族間に平和を取り戻すことにあり、裁判所の刑事手続に対しなんらの影響を及ぼすものではない、とする立場を採る。
- (31) 1 FSM Intrim. 141。
- (32) Bowman, *supra* note 27。
- (33) S. L. 1 L-3-85, as amended, 2 L-76-88, 1-13。
- (34) 1 FSM Intrim. 209 (App. 1982)。
- (35) 4 FSM Intrim. 165 (App. 1989)。
- (36) *Id.* at 168。
- (37) 2 FSM Intrim. 131 (Trk. 1984)。
- (38) 3 FSM Intrim. 57 (Pon. 1986)。
- (39) Collateral source rule とは、被害者が受領した見舞金、保険金などの副次的給付は加害者からの出捐と見なされず、損害賠償額から控除されない、とするアメリカ不法行為法上のルールをいう。
- (40) *Cf.* Pernet v. Aflague, 4 FSM Intrim. 37 (Pon. 1990)。
- (41) R. Benson, *Tradition and Custom in the Administration of Justice in F. S. M.* (1992) 一畑、前掲 (注5)、271 (紺谷=小田訳)。
- (42) A. Angelo, *The Indigenous People of Tokelau and the Legal System*, *Law & Anthropology* 34 (1987); A. Angelo, H. Kirifi & A. Toy, *Law and Tokelau*, 12 *Pac. Stud.* 29 (1989)。
- (43) A. Angelo, *Tokelau — Its Legal System and Recent Legislation*, 6 *Otago L. Rev.* 477 (1987); A. Angelo, *Tokelau — The Village Rules of 1988*, 4 *Queensl. U. Tech. L. J.* 209 (1988); Narokobi, *supra* note 23, at 18。
- (44) Pulea, *supra* note 6; A. Angelo & H. Kirifi, *The Treaty of Tokelaga* *An Exercise in Law Translation*, 17 *Vict. U. Wellington. L. Rev.* 306 (1987)。
- (45) Narokobi, *supra* note 23, at 17。
- (46) David, *supra* note 1, at §503。
- (47) Acting Public Prosecutor v. Unama Aumane, [1980] S. C. No. 190; Ottley & Zorn, *supra* note 18, at 290-01; 千葉、前掲 (注3)、229。
- (48) 西洋の近代刑法原則とパプア・ニュー・ギニアの underlying law であ

- る慣習法との対立として性格づけることができようか。B. Narokobi, *In Search of a Melanesian Jurisprudence*, in Sack & Minchin, *supra* note 6, at 226-27.
- (49) *Id.* (千葉訳); F. Poole, *Personal Control, Social Responsibility, and Image of Person and Self among the British-Kuskusmin of Papua New Guinea*, 9 *Int'l J. Law & Psych.* 295 (1986).
- (50) *The State v. Aubafo Feama & Others*, [1978] P. N. G. L. R. 302の第1審判決参照。"I realize that these three men feel that the sense of grievance of the relatives of the deceased has been adjusted by the payment of traditional compensation. In their minds (in the customary context) the wrong has been righted." *Id.* at 314; Narokobi, *supra* note 23, at 17 (Custom has been most effective in criminal law, especially in mitigation of sentences for crime); Ottley & Zorn, *supra* note 18, at 288-93.
- (51) *R. v. Zariai-Gravene*, [1963] P. N. G. L. R. 203; *R. v. Hamo Tine*, [1963] P. N. G. L. R. 9; Narokobi, *supra* note 48, at 226-27; Ottley & Zorn, *supra* note 18, at 268-69; 矢崎, 前掲(注18), 300-05参照。
- (52) M. Strathern, *Discovering 'Social Control'*, 12 *J. Law & Soc'y* 111 (1985); Narokobi, *supra* note 23, at 17-18.
- (53) J. Herlhy, *Rituals, Rhetoric and Reality: Decolonization and Associated Phenomenon*, in Sack, *supra* note 17, at 46 (千葉訳・一部修正)。
- (54) Pulea, *supra* note 6, at 166-69 (千葉訳・一部修正); Narokobi, *supra* note 23, at 17.
- (55) Narokobi, *supra* note 23, at 19-23. "Common characteristics throughout Melanesia until this century, which distinguished Melanesian communities from Asian or European communities and to some extent from Polynesian, and which were relevant to the context of Melanesian law, include: 1. Small self-contained communities. 2. Social structures based on common affinity. 3. Leadership seldom extended over large areas (The technology did not exist to do it.) 4. Technology based on wood, stone and bone. The wheel and gun-powder were not known. 5. No written literature --- oral traditions. 6. Basically non-expansionist. 7. Almost all production was direct from the land and/or sea. 8. Wealth consisted mostly of perishable items, with shells, feathers and other durable items as media of exchange. 9. Human communities were mostly settled, but of ten moved their hamlets within their territory. 10. They were agriculturalists with domestic pigs, dogs and fowls. 11. The spirituality of the people was characterised by a unity of man with nature, and the supernatural. 12. Language communities

- averaging under 3,000 persons." *Id.* at 23.
- (56) P. Sack, *Bobotoi and Puru, Melanesian Law: Normative Order or Way of Life?*, 41 *J. Société des Océanistes* 15 (1985); Narokobi, *supra* note 22, at 17.
- (57) U. Baxi, *Discipline, Repression and Legal Pluralism*, in Sack & Minchin, *supra* note 6; P. Fitzpatrick, *Plurality and the Origin of Legal Domination*, in Sack & Minchin, *supra* note 6; Narokobi, *supra* note 29, at 25-26 (In Melanesia, there was no law, only diverse ways of life. Law as a distinct social phenomenon is very recent. Thus our observation of it through the Western lenses will be, as always, very poor, primarily because we do not know how to adjust the focus, and even when the lenses are correctly focused we tend to confuse the wood and the trees and consider shadows for the reality and *vice versa*.... Thus, it is counter-productive to postulate any particular definition of law which emerged among the greatest Western jurists, and to correlate our ways of life with it. We are not unmindful of the contributions of earlier thinkers which are a part of our modern heritage, but we will interpret them from our own perspectives.).
- (58) M. Chiba, *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture* 104-05 (1989); 千葉、前掲 (注3)、199.
- (59) Narokobi, *supra* note 49, at 226-27; 千葉、前掲 (注3)、229.
- (60) 千葉、前掲 (注3)、194.
- (61) Narokobi, *supra* note 22, at 25-26.
- (62) Pulea, *supra* note 7.
- (63) Pulea, *supra* note 7.
- (64) *Id.*; 千葉、前掲 (注3)、195.
- (65) Tuvalu Const. art. 11(2).
- (66) H. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* 7-10 (1983); F. Errington, *Karavar: Masks and Power in a Melanesian Rituals* 19-29 (1974); Sack, *supra* note 56, at 17 (I fully endorse Errington's stress on the centrality of 'relations' and 'juxtapositions' for the operation of Melanesian society and thought. The Melanesian aim is to balance rather than to regulate. 'Order' is not a positive ideal but a means of preventing chaos. It defines a social framework within which a limited manipulation of interpersonal relations is possible. Autonomy of individuals or groups is hubris --- not a desirable goal. Hence interdependence is more than a necessary evil.)

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLV No. 6 (1995)

SUMMARY OF CONTENTS

OCEANIA LEGAL CULTURE

Tsuyoshi KINOSHITA *

This legal essay discusses the feasibility of establishing an independent category of OCEANIA LEGAL CULTURE in the world legal systems from the viewpoint of the relationship between Western law and indigenous custom.

*Professor of Comparative Law, Hokkaido University