

## インドにおける法多元性と法の抵触

伊藤 弘子  
いとう ひろこ

名古屋大学大学院法学研究科特任准教授

はじめに

- 1 法多元性とはなにか
- 2 インド家族法における法多元性
- 3 おわりに

はじめに

本稿は、法多元性 (legal pluralism) の現状についてインドの家族法を題材として概観し、国際私法上、法多元性を呈する国の国民の本国法が問題となる場合の「法の適用に関する通則法 (以下、「通則法」という。)」による準拠法指定問題についての示唆を得ることを目的としている。法多元性とは、世界の法が西欧法型近代法<sup>(1)</sup>の一元制ではなく、国家法、宗教法などの国内法と超国家法を加えた三元、またはその各々の法がさらに多様化・細分化された状況をいう。近代の西欧諸国は、人権と近代国家の概念によって近代法学の制度を確立し、この法制度は植民地支配を通じて強制的に、あるいは独立を維持した諸国にも任意的に移植された。しかし、旧植民地諸国の独立と近代化のプロセスを顧みると西欧法型近代法への完全な転換の困難は明らかであり、現在では、法の基本原理である基本的人権と立憲主義を保証する国家法が人類にとって唯一の法であるという国家法一元論は崩壊したとされている<sup>(2)</sup>。法多元性は、世界中には西欧法型近代法以外にも複数の法が存在するというグローバルな視点と、特定の国家や地域の中に複数の法があるというドメスティックな視点の双方から把握をすべきである。法多元性を呈する法は多様であり、典型的には一国内に

西欧法型近代法と、非西欧法型の宗教法や慣習法があり、そのいずれもが婚姻の成立要件や離婚の方式等にかかわる家族法を有する場合が挙げられる。しかしこれらの法は、存在形式も適用範囲もさまざまで、宗教法が法解釈の学派により細分化されたり、複数の法が累積的に適用されたり当事者により選択的に適用される場合もある。場所的不統一法がある意味でパッチワークのように場所的適用範囲を明示することが可能であるとすれば、法多元性がある国の実質法秩序はいわば立体的に把握しなければならない。多元性を呈する法には、特定の地域で効力を有する場所的適用をする法と、宗教や部族などの集団（コミュニティ）への帰属によって適用範囲が定められる人的適用がなされる法との双方がある。特定の宗教に所属している信徒の中でも法解釈の学派や各地の慣習法との融合で法の内容に異同が生じる。また、集団への帰属には、人的および場所的な要素が複合して生じる場合もある。例えば、移民として流入し何世代にもわたり定着してきた集団で、土着民と共通の宗教を信仰しているが家産の相続については宗教法によらずその出身国（地）の慣習法が適用されるなどの場合である。

国際私法は、近代的国家法とその共通原理が発展した西欧諸国において、国家間の平等を前提に国家法同士の抵触解決を念頭として構築されたため、準拠法として指定されるのは原則として国家法である。したがって、もともと国家法として成立したのではない慣習法や宗教法を、いかに国際私法の枠組に取込むかが問題となる。日本の国際私法では、人の身分や地位を支配する属人法の決定につき本国法主義を採用したことから、当事者の本国が不統一法である場合に、その国のいずれの法を適用すべきかという問題が生じる。「法の適用に関する通則法」（以下「通則法」と言う。）第38条3項（場所的不統一法の指定）および第40条（人的不統一法法の指定）は、不統一法国内部の実質法間の抵触解決規則がある場合には、それによって本国法として適用すべき法を決定し、このような規則がない場合には、当事者に最も密接な関係がある法を「本国法」として直接指定するものと定める。法多元性を呈する国に国籍を有する外国人について、その本国法の法律情報の特定が必要とされるのは、通常は婚姻・離婚・親子関係・扶養・相続等の家族に関わる法である。これらの分

野は、集団への帰属に基づいて人的に適用されることが多い。

夫婦の財産関係や家産の相続に関連して不動産に関する慣習法の適用が問題となるときに、当該地域においては所属集団にかかわりなく全ての者に当該地域の慣習法が適用されるケースと、当該地域に居住または当該地域が父祖の出身地である者が所有する不動産について、不動産所在地がいずれであるかにかかわらず当該地域の慣習法が適用されるケース<sup>(3)</sup>を想定することができる。前者は、場所的不統一法国として第38条3項にしたがって不動産所在地法による準国際私法が存すると解することになるだろうが、後者は親族関係（血縁）と土地（地縁）の双方の要素が累積的に用いられて連結される人的不統一法国として第40条による処理をすることになる。本稿は、後者も対象として主に人的不統一法国における法多元性を考察する。

本稿では、典型的な人的不統一法国とされてきたインドを中心に述べる。インド亜大陸にはムスリムの分布が多く2010年には世界第二位（1億7,600万人）であったムスリム人口が、2050年には第一位の3億1,000万人に達すると予想されている<sup>(4)</sup>。法多元性につき考察するうえで、イスラーム法<sup>(5)</sup>は、その適用を受ける人数の多さ、分布の広範囲さ、そして学派や慣習法の影響を受けた各地のムスリム法の多様さからいって最優先に検討すべき非西欧法と言える。また、国際私法上も、当事者の本国法所属国として法多元性を有する外国が指定される事例を考えるに、当事者がムスリムでイスラーム法の適用が問題となる場合が多い。インドについて、他の宗教法と共にイスラーム法がどのようにローカライズされているかを示すことにより法多元性の一例を示すことが可能であると考えられる。

## 1 法多元性とはなにか

法一元論は、西欧における複数の国家の併存とキリスト教という共通項から形成された西欧法と、その理想としての近代法と近代法原理をもって認められたものであった<sup>(6)</sup>。これに対して、二元論は、非西欧諸国が当面自己の法秩序を維持したまま、その上位に「近代的」な法秩序を構築し、その二つの法秩序間には優劣があり、将来的にはその社会の土着法は、より優れた上位法に置換

され消滅すると考えられていた。そして、西欧諸国自体が域内で法多元性の解消につとめ、近代法原理を確立したという経緯から鑑みて、法の二元性は近代以前の過渡期の状態とみなされ、いずれは西欧法により統一されるべきとされていた。

もともとこれらの慣習法や宗教法は当該国家により定立されたものではなく、特定の地域や特定の集団の内部で発生し、その成員間で共有されて来た。各集団またはコミュニティに固有な法であり、特定の集団への帰属に基づいて人的に適用されることから固有法 (personal law) と呼ばれる<sup>(7)</sup>。インドでは、イングランド法型の移植法である一般法をしばしば世俗法 (secular law) と呼び、憲法が保障する各宗教の平等と信教の自由に基づいて、土着・外来の宗教とその宗教法が国家法の一部に採り込まれた。家族法分野では各宗教法の成文化も行われたが、世俗法と宗教法は並存し、世俗法の適用を当事者が選択したり、当該宗教の分派の法や特定の地域の住民間で行われている不文慣習法が適用される場合もある。

多元的法体制の下での法とは、国家の存亡に関わらず、人間が集団で存するところに生まれ、その規範力を認められて来たものを含めて広く対象とする。折々の国家ないし権威が、固有法を成文化し、法的効力を認め、公式法として裁判所で適用してきた。ただし、非公式法とされてきた法が当事者間の民事的紛争でその合意により適用されたり、権威により正統化され公式法に転じられる場合もある。西欧諸国においても法多元性は認められるし、法多元性は「発展途上国」で過渡的、時限的にみられるに過ぎない状況なのでもない<sup>(8)</sup>。

日本において実務上、法多元性を呈する国が準拠法所属国として指定される場合には、公式法として採用されている範囲内で、不文の固有法を含めた当該国の実質法秩序を対象として準拠法の内容を特定することになる。非西欧諸国法制度の全容を理解するためには、非公式法を含めて考察する必要があるが、国際私法が国家法の抵触解決を前提としている以上、当該国家の正統的権威が公認する範囲を当該国の国家法として準拠法の射程とすべきである。したがって、準拠法所属国の裁判所が公認し適用する範囲までの、不文慣習法を含めた当該実質法秩序を把握し、適用しなければならない。これに対して、当該国の

法多元的な秩序の中で、その時点における正統な権威が国家として公認する「法」以外の規範は、外国の裁判所が適用する準拠法とされる実質法秩序には含まない。しかしながら、このような規範も広義の「法」であることに違はない。

## 2 インド家族法における法多元性

### (1) インド亜大陸における法多元性の形成

南アジアでは、バラモン教、ヒンドゥー教、仏教およびジャイナ教が土着の宗教として発生し、広まった。これらの宗教は、土着の慣習や原始宗教を基礎として成長し、輪廻等の共通の概念や思想を共有しながら発展した。教義の解釈ないし哲学が盛んであったことや広範囲に宗教が広まったことから、宗教法の解釈上の分派も生じ、一種の成文法が制定されたり、注釈書が編纂されることもあった。7-8世紀にイスラームが伝播し、イスラーム王朝の建国や支配を通じてムスリム人口が増えたが、住民の多数は改宗しなかったため、土着の宗教法や慣習法を完全にイスラーム法で置換することはできず、法多元性が生じた。また、流入したムスリムも、その出自、侵入経路や目的がさまざまで、等しくムスリムであっても各々のコミュニティの独自の学派、小派法に属し、ヒンドゥー教も同様に学派の別があるだけでなく、特定の地域や集団に固有な慣習法が宗教法に優先的に適用されたり、融合されることによって分派していったため、西欧法の移植以前の段階で固有法が複雑な法多元性を呈していた。

1765年に東インド会社がベンガル地方の徴税・裁判権を得てから、イギリスは段階的に南アジアでイングランド法の適用をはじめたが、固有法を無視することはできなかった。植民地支配の当初は、南アジアにおける固有法を、西欧におけるカノン法と同種の宗教法と位置づけ、その原典を調査・翻訳し、注釈書を作成して訴訟時の資料としたが、固有法の多元性を顧慮せずイギリスの主たる拠点であったベンガル地方のヒンドゥー教徒バラモン階級の固有法やイスラーム古典法に依拠していた。いわゆる行政、刑事、手続等の分野についてはイングランド法に置換し、植民地経営上のポリシーを根本的に揺るがさず、イギリス人が直接関わらない分野については、固有法の適用を容認した。著名

なものとして1872年に制定された契約法および1860年インド刑法のように植民地のモデル法として作られ他のイギリス植民地に移植された成文法もあるが、固有法は地域的な差が大きいので、原則として当該地の固有法がイングランド法理に反しない限り、その効力を認めた。インド亜大陸における固有法の適用範囲は、婚姻、離婚、親子、扶養、相続等のいわゆる家族法に加えて刑法および不動産関連の一部とされ<sup>(9)</sup>、当事者がヒンドゥー教徒およびムスリムである場合には、当事者双方に共通である、または被告が所属する集団の固有法を適用した<sup>(10)</sup>。そして、固有法に欠陥がある、時代遅れである、またはイングランド法理における正義に合致せず、非近代的かつ非合理的とされる部分について裁判官がコモン・ローの原理にたちかえった判決をした。ボンベイ総督エルフィンストンは南アジアの固有法はイングランド法におけるコモン・ローと同種と考え、実際に行われている慣習法こそ適用すべきと考えたが、最終的にはイングランドによる統治の拠点であったベンガル管区型で採用された古典法重視の方針に集約された結果、インド法のイングランド法型への実質的な修正が進められていった<sup>(11)</sup>。

イングランド法型の成文法は、まずは一般法として秩序、行政や手続に関する分野について制定された。民事事件には固有法の適用がなされてきたが、イギリス植民地のモデル法としての契約法が1872年に制定され、1877年にインド帝国が成立するにともない、判例法による固有法の再構築と並行して、イングランド法型の一般法（世俗法）が移植された。固有法の一部は一般法に置換され、固有法の適用範囲は徐々に限定的になった。例えば、後見や相続等の裁判所が介在する分野や、幼児婚や婚姻外の性的関係などイングランド法理に反するとされた分野では固有法を排し、イングランド法に置換することにより西欧法化的な近代化が進められたのである。また、イギリス人と土着民たるキリスト教徒の婚姻事件も念頭に置いた婚姻・離婚法の整備を行い、訴訟手続はイングランド法型の一般裁判所に統一した。同時に、ムスリムの成文離婚法を制定し、一般裁判所にムスリムが離婚訴訟を提起する手段を確保した。

インド独立以前に制定された成文の固有法のうち、主たるものとして以下の法を挙げることができる。

(a) イングランド法の移植型成文法（一般法として領域内の全ての者に適用されるが、強行法とは限らない）

- i. 1829年サティ（寡婦の殉死）<sup>(12)</sup>禁止法（The Sati Prevention Act, 1829）
- ii. 1829年幼児婚抑制法<sup>(13)</sup>（The Child Marriage Restraint Act, 1829）
- iii. 1860年刑法典（The Penal Code, 1860）
- iv. 1872年特別婚姻法（The Special Marriage Act, 1872）
- v. 1890年後見法（The Guardians and Wards Act, 1890）
- vi. 1925年相続法（The Indian Succession Act, 1925）

サティ、幼児婚、重婚等の悪習を禁止するために、罰則規定を有する刑事法を制定した。イングランド法型の民事婚を規定する特別婚姻法は、制定当初は宗教を信仰しない者を対象としており、大多数の者は特別婚姻法ではなく固有法により婚姻を挙行した。後見人の選任や相続の手續につき成文法を制定し、固有法の適用を受ける者や親族関係についてもこれらの手續を一般裁判所に集約させた。

(b) 固有法の成文化

インド帝国時代に成文化化された固有法は、概ね、次のとおりである。

- i. 1856年ヒンドゥー教徒寡婦再婚法（The Hindu Widow's Remarriage Act, 1856）
- ii. 1872年インド・キリスト教徒婚姻法（The Indian Christian Marriage Act, 1872）
- iii. 1936年パールシー教徒婚姻離婚法（The Parsi Marriage and Divorce Act, 1936）
- iv. 1937年ムスリム固有法（シャリア）適用法（The Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937）
- v. 1939年ムスリム婚姻解消法（The Dissolution of Muslim Marriage Act, 1939）

一般法たる幼児婚抑制法で、幼児婚を禁止するために被害者である子どもに対して婚姻を強要した親族に刑事罰を課したが、婚姻の成立および効力には固有法が適用された。独立前にキリスト教徒およびパールシー教徒の婚姻・離婚法が成文化されたが、このうち一夫一婦制、婚姻年齢や裁判離婚請求原因等の強行的な規定を除いて、各当事者が適用を欲する場合には、その所属する集団の慣習法の効力も認められた。ヒンドゥー教徒については、慣習法上、不浄

とされた寡婦が生活に困窮したり、若年の寡婦も多かったため、寡婦の再婚許容が社会問題となっていた。ただし、植民地時代においては寡婦の再婚は許容されたものの、ヒンドゥー教徒婚姻法の一般的な成文化化には至らず、慣習法の大部分は残存した。

パールシー教徒法およびキリスト教徒法が、イングランド法系である特別婚姻法と同様に一夫一婦制、夫婦間の義務および司法手続による婚姻解消を定めていたのに対して、ヒンドゥー教徒慣習法では複婚が許容され、ムスリムには聖典クルアーンを中心としたイスラーム古典法と各当事者の属する学派・小派や所属する地域の慣習法から成るムスリム法が適用されていた。ムスリム婚姻解消法の制定により離婚請求原因は成文化化され、各当事者の所属学派に関わらず、一般裁判所でムスリム法による扶養請求や離婚請求が可能となった。

## (2) 独立以降のインド家族法における法多元性

1947年の独立後の家族関係に関わる主たる法源として、以下を挙げることができる。なお、特に改廃がなされない限り、独立以前の法も引き続き効力を認められている。

### (a) 一般法

- i. 1949年憲法 (The Constitution of India, 1949)
- ii. 1954年特別婚姻法 (The Special Marriage Act, 1954)
- iii. 1961年持参金<sup>(14)</sup>禁止法 (The Dowry Prohibition Act, 1961)
- iv. 1969年外国婚姻法 (The Foreign Marriage Act, 1969)
- v. 1973年刑事訴訟法 (The Criminal Procedure Act, 1973)
- vi. 1984年家庭裁判所法 (The Family Courts Act, 1984)
- vii. 2001婚姻(改正)法 (The Marriage (Amendment) Act, 2001)
- viii. 2005年ドメスティック・バイオレンスからの女性保護に関する法 (The Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005)
- ix. 2006年幼児婚禁止法 (The Prohibition of Child Marriage Act, 2006)
- x. 2007年父母および高齢者の扶養と福祉に関する法 (The Maintenance and Welfare of Parents and Senior Citizens Act, 2007)

1954年特別婚姻法は、インド領域内の満21歳以上の男性および満18歳以上の女性を対象とした民事婚の成立および効力を定め、改正前の同法と異なり棄教を要件としていない。離婚に関しては、インド・キリスト教徒離婚法が離婚法と名称変更され、特別婚姻法およびキリスト教徒法の離婚法とされている。制定当初は相手方の不貞を理由とする裁判離婚のみを認め、かつ妻には夫の改宗と重婚という加重的な要件を課していたが、現在までに複数回の改正を経て、現行法の離婚請求原因は男女共に、相手方の不貞、改宗、精神疾患、ハンセン病、性病、7年以上の生死不明、婚姻の未完成、同居拒否、遺棄および虐待が定められている(第10条)。さらに2001年婚姻法改正法(The Marriage Law (Amendment) Act, 2001)により、回復不可能な婚姻の破綻により夫婦相互に離婚の合意がある場合には、2年の別居期間を経た後に離婚請求ができるようになった(第10A条)。また、刑法上の犯罪と呼応して、夫が強姦、ソドミーまたは獣姦の犯罪について有罪となった場合には、妻には離婚請求が認められる。婚姻法改正法は、特別婚姻法と、キリスト教徒法、パルシー教徒法およびヒンドゥー教徒法における離婚に付随する未成年子の扶養と教育および訴訟手続に関する裁判所の決定について定めており、婚姻法改正法の成立に伴って、マジストレート裁判所に管轄が認められていた刑事訴訟法に基づく扶養請求は、離婚と共に、家庭裁判所の管轄に移された<sup>(15)</sup>。

#### (b) 固有法の成文化

独立後に制定された主たる成文固有法として、次を挙げることができる。

- i. 1955年ヒンドゥー教徒婚姻法(The Hindu Marriage Act, 1955)
- ii. 1956年ヒンドゥー教徒後見法(The Hindu Guardianship and Ward Act, 1956)
- iii. 1956年ヒンドゥー教徒養子縁組及び扶養法(The Hindu Adoption and Maintenance Act, 1956)
- iv. 1956年ヒンドゥー教徒相続法(The Hindu Succession Act, 1956)
- v. 1986年ムスリム女性離婚の権利保護法(The Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act, 1986)

1955年および1956年に制定された一連のヒンドゥー教徒法は、家族法の各分野を成文化したが、パルシー教徒およびキリスト教徒には婚姻および離

婚以外の単行法がないため、慣習法が適用される。ヒンドゥー教徒、キリスト教徒およびパールシー教徒の婚姻離婚に関する固有法は、婚姻法改正法によりほぼ一般法と同様に改正され、婚姻最低年齢も幼児婚禁止法に合わせて男性満21歳、女性満18歳とされた。また、固有法制定時に有責主義に基づく裁判離婚が法制化されたが、婚姻法改正法により婚姻の継続が不可能な破綻状態にある場合には、別居期間を経て当事者が共に離婚請求をすることが認められている。

換言するならば、ムスリム法以外の固有法については、有責主義および婚姻当事者双方の合意に基づく破綻主義を採用した離婚法の統一が進んでいるとも言えるが、収監がヒンドゥー教徒法第13条には離婚請求原因として挙げられず、精神疾患の期間が定められない等の若干の差異はある。また、一般法と異なりヒンドゥー教徒法では世捨<sup>(16)</sup>も固有法上の離婚請求原因として認められるほか、15歳に達する前に幼児婚を強制された妻は、18歳に達する前であれば婚姻の完成にかかわらず婚姻の取消しをすることができる(第13条(2)項(iv)号)。

#### (c) 判例法と立法による固有法の適用範囲制限

インド憲法は、前文で世俗主義の民主共和国であると宣言し、信仰の自由と各宗教共同体の平等を定めた。第44条で統一民法典(uniform civil code)を全域に施行する努力を定めたが、現在まで実現していない。すなわち、固有法の廃止をとまなう統一民法典制定は、憲法第25条の信教の自由の侵害およびマイノリティ抑圧につながると考えられたため、統一民法典の施行を行わず、国家政策指導原則による家族法の近代化をする方針が採られて来た。女性の権利保護や子どもの最善の利益等、憲法や国際条約の要請や国内外の社会変化に合わせてドメスティック・バイオレンス、人身売買(トラフフィッキング)、高齢化、医療ツーリズム等に対応する国内法制定や条約批准を行ってきた。固有法自体をグローバル社会に対応させつつ、本来固有法がカバーしきれない法分野や手続を定める一般法を積極的に制定していくことによって、従来の固有法の適用範囲との「抵触」が顕著にかつ頻繁に表面化するようになってきている。植民地時代には、いわば同一次元の問題である固有法間の抵触について、そのいず

れが適用されようと国家（支配者）にはさしたる影響がないとされたが、近年では固有法の適用範囲<sup>(17)</sup>とされてきた分野に強行的な介入をする一般法が多くなってきたことから、国家が制定した一般法と固有法との適用範囲の確定が問題となる場面が増加しているのである。

固有法では、異なる集団に属する者との集団間の（inter-communal）関係の規律は予定されないのが通常である。イスラームにおいて、ムスリム男性が啓典の民であるキリスト教徒やユダヤ教徒の女性との婚姻を許容するのは、イスラームがこれらの宗教を同一の「神」を信仰する近い宗教であるとみなす前提があるからで、ムスリムの子はムスリムとして養育されねばならなかった。反対にイスラームではムスリマである女性が非イスラーム教徒男性と婚姻することは認められない。これに対して、イスラームを信仰するが異なる学派に属する男女の婚姻は、親族や所属集団の成員に歓迎されないかもしれないが固有法上は可能であり、子は父の親権に服し父の集団に属するものとされた。このような状況のもとでは、「婚姻の成立は夫婦の同一固有法による」、「異なる集団に属する者同士の婚姻は、固有法上、許容されない」、「イスラームではムスリム男性と啓典の民の女性との婚姻は許容される。この夫婦の婚姻事件には、夫が属する法であるムスリム法が適用される」、「一般法である特別婚姻法は、民事婚を規定し当事者の所属集団を問わないから異なる集団に属する男女が婚姻するには特別婚姻法による。特別婚姻法で挙行する場合、その夫婦の婚姻事件には一般法が適用される」、「婚姻後に一方当事者のみが改宗しその集団に属する者と婚姻をする場合、後婚には新しい固有法が適用される。既存の婚姻の配偶者が離婚請求する場合には、その離婚には解消しようとする婚姻の挙行法が適用される」等の一種の規則を導くことができる。

慣習法や宗教法は、教義が許容する範囲に限定して規律し、一般法と異なって他の全ての法律分野とのバランスを考えながら計画的に立法されたわけではない。第二次世界大戦後のインドは、固有法を廃止し一般法による私法統一を目指すのではなく、一般法と固有法の多元性を維持しながら、固有法の近代化を進めてきた。その結果、ヒンドゥー教徒、キリスト教徒およびパールシー教徒の固有法では、婚姻適齢、複婚の禁止、離婚制度の整備（有責主義に基づく

裁判離婚請求原因、離婚合意がある場合の破綻主義に基づく離婚手続)、婚姻中および離婚に基づく扶養請求、離婚後の未成年子の監護および教育に関わる決定手続と費用等について、現在までに一般法とほぼ同等に改正されている。ヒンドゥー教徒法には、シク教、ジャイナ教、仏教その他の原始宗教や無宗教の者にも適用されるので、これらの分野については、インド全土でムスリム以外の固有法は、ほぼ統一されたと言えよう。婚姻法改正法によるこれらの固有法自体の改正と連動して、一般法による強行的な規制(弱者保護)も徐々に整備されているが、近年、非常に重要な判例変更と一般法の改正が相次いでいる。

インドでは、独立以降、政府が経済に強い影響力を及ぼす体制をとってきたが、1980年代から徐々に経済自由化を進め、1991年に本格的に経済自由化路線へと転換した。この背景には、インド国内の経済的な困難だけではなく、ベルリンの壁崩壊に象徴される各地の体制転換とグローバリゼーションの進展が相乗的に作用していたが、インドの社会体制の変化は新興勢力と保守層の軋轢や貧富差の拡大を生んだ。インドにおける世俗主義(政教分離)とは、国家と宗教の分離だけではなく、全ての宗教集団と宗教法の平等を含んだ概念である。ヒンドゥー教徒の特権階級が主導する政府による法の「近代化」に対して、憲法が保障する信教の自由と所属する宗教法の適用を受ける権利が侵害されると反発するマイノリティとヒンドゥー教徒保守派との衝突が幾度となく表面化してきた。その中でも、家族法に関わるものとして特に知られているのは1985年のシャー・バーノ事件<sup>(18)</sup>である。本件は、固有法と一般法の離婚後扶養の抵触が問題となった事件で、最終的には固有法たるムスリム法を優先することになった。すなわち、夫の離婚宣言により一方的に成立するタラク離婚をされた女性について、最高裁判所は一般法たる刑事訴訟法に基づく終身の扶養請求権を認めたが、1986年に制定したムスリム女性離婚権利保護法は、離婚後扶養にムスリム法を適用すべきと定め、ムスリムの請求しうる離婚後扶養はイスラーム法で定めるイッダ(後述。待婚期間)期間に限定された。憲法は各宗教の平等を保障しムスリムには固有法の適用を受ける権利があるとのムスリム・コミュニティからの要求に対して政治的に弱体化していた当時のラジブ・ガンディー政府が妥協したために、一般法上の離婚後扶養請求をすること

ができないことになった。

インドでは、宗教等の集団間の紛争や緊張状態を指す概念として、コミュニリズム (communalism) という語が多用される。独立・建国の前後に主としてヒンドゥー教徒とムスリムが争いインドとパキスタンに分離独立せざるを得なくなり、各地で暴動が生じ、多くの犠牲者が出た。インドでは宗教的アイデンティティをスローガンにはしているが、世界各地の民族紛争と同様に貧富差や不平等感が爆発的に表面化した現象の1つである。インドでは宗教の別だけではなく、カースト、部族や地域等の異同を含めて「集団 (コミュニティ)」と呼ぶため、集団間紛争 (inter-communal dispute) としてさまざまな地域・集団間の緊張状態が生じる。シャー・バーノ事件では、最高裁の判決を覆し、一般法に優先的に適用される固有法としてムスリム成文法が制定されたが、以下に記すように2009年までに一般法の離婚後扶養請求をムスリマが請求する途が判例法により確立している。

まず、2001年にはムスリム法上の離婚後扶養料と一時金を裁判所が決定することが認められ<sup>(19)</sup>、2007年には固有法と一般法から当事者が依拠する法を選択するのではなく、イスラーム法と並行して刑事訴訟法第125条の離婚後扶養請求をすることを認め<sup>(20)</sup>、2009年には家庭裁判所 (家庭裁判所が設置されていない場合にはマジストレート裁判所) に離婚後扶養の管轄を集約させ<sup>(21)</sup>、家庭裁判所で一般法と固有法の双方による離婚後扶養を請求できるようになった。インド土着の慣習では婚姻は秘跡であり解消は認められず、家の後継者たる子孫をもうけることは各人の義務でもあったから、離婚を厭う風潮は強かった。女性の経済的自立が進まず実家の支援も不十分で国家による社会保障が整わないインドでは、イングランド法由来の終身の離婚後扶養 (アリモニー) は現在も必要とされる。これらの判例法により、ムスリム女性離婚法を固有法として維持しつつ、より保護的な一般法による扶養請求をすることが認められることになり、換言すれば、ムスリマは離婚後扶養を裁判所に請求することが可能になったのである。これらの改正は、インドの注釈書や研究書でもあまり注目されず、新聞報道等でも大きく継続的にとりあげることはなかった<sup>(22)</sup>が、制定当時に非常に注目を集めた固有法を廃止して一般法によらしめ

る方法を採用していたら、世論の反発が甚大であったであろうことは容易に推察される。2010年代初頭までは、主として下級審で固有法の適用範囲に関する判例が認められたが<sup>(23)</sup>、婚姻法改正法でムスリム法以外の固有法については一定の統一がはかられた。

離婚後扶養に関する一連の判例法および法改正に続いてムスリムの家族関係に一般法の強行的適用を定める決定が頻繁に行われている。この背景に、南アジアで盛んなイングランドの請願権に由来する司法積極主義 (judicial activism)<sup>(24)</sup>がある。近年、次の事項について重大な判例法変更を伴う最高裁判所判決・決定がなされている。(i)ムスリム男性の一方的な宣言により婚姻が解消するタラーク離婚の制限、(ii)ムスリム女性の離婚後扶養の請求権、(iii)幼児婚の制限と強制婚への罰則強化、(iv)複婚の規制<sup>(25)</sup>、(v)婚姻・離婚を含む身分登録の強行性、そして(vi)同性間の性的関係への罰則緩和<sup>(26)</sup>である。

#### (i) タラーク離婚の制限

イスラームでは、夫にのみ一方的な離婚宣言(タラーク、「解き放す」の意味)による婚姻解消を認めてきた。推奨される方式は、夫がタラーク宣言をした後、イスラームで定めるイッダ(3回の月経を基準とする)中の衣食住は夫が負担し、和合をはかるがかなわない場合に、再度夫がタラーク宣言をしてイッダ期間中に和合をはかる。さらに2度目のイッダ終了後のタラーク宣言を行い和合がかなわない場合に、3度目のイッダ期間満了をもって婚姻が解消されるというものである。婚姻時に約定したマフル(婚資)を夫が支払えば、イッダ満了後は一切扶養権利・義務はない。これに対して、「ビドアの離婚」と呼ばれる方式は、「タラーク」を一度に3回連続して宣言(triple talaq)し、一回のイッダ期間満了をもって婚姻が解消される。インドでは禁止法がなかったため、一般的にビドアの方式での婚姻解消が行われてきた<sup>(27)</sup>。2002年の最高裁判決<sup>(28)</sup>で、ビドアの宣言方式によるタラーク離婚の効力が認められなくなり、2017年8月の最高裁判決がビドアの宣言はムスリム女性に離婚調停の機会を与えず夫の一方的な婚姻解消を許容することから基本的人権侵害にあたるとして禁止し、無効としたうえで政府にムスリム成文法の制定を指示した<sup>(29)</sup>。

#### (ii) ムスリマの離婚後扶養請求

前記のように2009年の最高裁判決により、家庭裁判所で一般法である刑事訴訟法第125条に基づく離婚後扶養請求がムスリマに認められた。

(iii) 幼児婚制限

幼児婚は、南アジアでは土着の慣習として認められ、植民地時代から幼児婚規制法が制定されてきたが、父をはじめとする婚姻を強制した親族への処罰規定があるものの、婚姻自体は当然に無効とはされない。一般法およびムスリム法以外の固有法では成文法で婚姻最低年齢を男性満21歳、女性満18歳と定めるが、インドで挙行される婚姻のほぼ半数が幼児婚であるとされる<sup>(30)</sup>。ムスリム法には、婚姻最低年齢の規定は存せず、一般に生殖能力の獲得により、性徴が明らかでない場合には一般的に15歳をもって婚姻適齢としてきた。また婚姻後見人の制度により当事者の意思表示が明確になくとも婚姻後見人が同意することにより婚姻を成立させうることから、生殖能力の獲得をもって婚姻を親族が決めることが多い。婚姻外の性的な関係が、イスラームでは姦通罪として重大な罪であり、性的誘惑を恐れる親族は、早めに婚姻をさせようとすることも、幼児婚が減少しない理由の1つである。また、判例法により<sup>(31)</sup>15歳以上の女性とその夫との間の性的関係の強要は刑法典第375条例外規定2に該当し強姦罪を構成しないとされてきたが、2017年10月に最高裁がこれを覆し、強姦にあたりと定めた<sup>(32)</sup>。ここから、男性満21歳、女性満18歳未満のムスリム間の婚姻は、固有法上は成立させうるが、幼児婚禁止法上の婚姻強制と刑法上の強姦罪により、夫およびその親族が処罰されることになった。

(iv) 重婚の規制および (v) 身分登録の強行性

インドでは、婚姻は宗教的な義務であり所属集団の成員に承認されることが必要であるのに対して、婚姻登録の必然性が浸透せず、長年登録者数が伸び悩んでいた。出生および死亡登録と同様に一般法たる身分登録法で婚姻登録が定められていたが、特別婚姻法のみ婚姻の形式的成立要件としての届出を規定し、その他の固有法では登録後は婚姻事件につき一般法の適用を受けると定められていた。ムスリムは、一般に婚姻挙行時に婚姻契約書を作成しモスクや役所に保管・登録する慣行があるが、ヒンドゥー教では祭祀と親族や所属集団の挙式への立会いをもって認められ、キリスト教やパールシー教も同様に宗教的儀式

の挙行と所属集団での承認がより重視されてきたことから、固有法で成立した婚姻を重ねて登録する者は多くなかった。2006年の最高裁判決<sup>(33)</sup>は、人口動態調査の項目でもある、婚姻・離婚については登録を義務付けた。

(vi) 同性間の性的関係に対する罰則緩和

刑法第377条は自然の摂理に反する性的関係を自然の摂理に反する罪として10年までの禁固刑または過料として規定する。公益訴訟として違憲性の判断を求めて提訴された事件<sup>(34)</sup>で、成人間の合意による同性間の性的関係を第377条の適用外とすべきとの主張に対して、デリー高等裁判所は刑法第377条が性的マイノリティの基本的人権を侵害すると判断したが、最高裁判所は立法に委ねるべき事項として覆した。2017年夏以降、第377条の改正にむけて世論が高まり、統一民法典制定に関する議論に関連して婚姻当事者の性別を問わない草案提出が話題になったこととあいまって、同性婚の法制化が認められるのではないかと期待が高まっている。これに対して最高裁判所は、2018年1月8日に第377条の合意に基づく成人同性間の関係への適用の合憲性につき大法院で再検討するとの見解を示したものの今後の改正法や改正時期は今なお不透明である。

以上のように、近時の判例法の動向について述べたが、ほぼ共通しているのは、既存の固有法を廃止するのではなく一般法との併存を認めることにより、結果的に固有法の適用範囲が縮小され、一般法のより保護的な規定が適用され弱者保護がはかられているという点である。インドの司法積極主義は、最高裁判所が特定の法律問題につき違憲性の有無を問われ違憲および基本的人権侵害に該当すると判断する場合には、立法府に対して速やかな一般法の制定や固有法の改正法制定を求め、憲法の理念とマイノリティの権利保護の観点からインド法の改正にイニシアティブをとるものである。近時の非常に激しい動きの背景として、インド憲法が宣言した「統一私法」制定を公約とするインド人民党(1998-2004年および2014年から与党)の政策と、ヒンドゥー至上主義を掲げる同党への支持率の高さが窺われる。あまりに急激な進展に、インド人民党の政策と草案は、ヒンドゥー教徒の上流階級を重視したものであるとか、非ヒンドゥー教徒とその固有法をないがしろにしているとの批判も強い。経済発展と

安定から与党の支持率が高いが、コミュニナリズムは実際のところ強力な与党に封じ込められているに過ぎず、対外的にはパキスタンや中国との国境紛争が、対内的にもマイノリティであるムスリムや部族等との緊張が高まりがちな状況である。同性婚も視野にいたした「(性別を問わない) 2人の人間間の結合」を婚姻と認める草案も提出されているが、そのような進歩的な統一私法制定が実現するかについては、全く未知数である。

#### (4) インドにおける人際法

インドの実質法秩序における家族法の状況につき概観してきたが、これまでに、インドでは世俗法と呼ばれる一般法と、宗教法を中心とした土着および外来の固有法があり、前者は植民地支配を通じて移植されたイングランド法系の西欧法であること、後者は各当事者が所属する集団の法で、所属・帰属を元に人的に適用されることを示してきた。一般法には母法であるイングランド法の影響を強く受け、家族関係に関わる成文法として民事婚や離婚の要件や手続を規定する特別婚姻法、後見人の権限や選任に関わる法や幼児婚やドメスティック・バイオレンス等を禁止する法等があり、民事・刑事・行政的な要素を有する成文法が制定されている。一般法には強行的に適用されるものも多いが、例えば婚姻の成立や夫婦間の扶養請求の様に当事者が一般法と固有法のいずれに基づく請求をするかを選択できるものもある。一般法は、植民地時代に移植を受けた法がインドの現状に合わせて調整され、母法では改正・廃止された規範が、インドでは残存している場合もあるし、近年は国際条約や国内の状況から成文法が積極的に制定されている。ただし、イングランド法系の法制度に特徴的な判例法主義から、家族法の法律問題を網羅的にカバーする法典を制定せず、対象を具体的に限定した単行法を制定することから、一般法として制定されたインド家族法の法源には、存在が不明確であったり欠缺していると考えられるものも少なくない。これに対して固有法は宗教、カーストや部族等への所属を元に適用される法で、多くは慣習法として存在するが、成文か不文かに関わらずインドでは国家法としてとりこまれ公式法として裁判所で適用される。インド人のアイデンティティは、ヒンドゥー教徒かムスリムかというような宗教に

よって確立するというよりも、より細分化された集団の成員として培われる。例えば、ムンバイに居住するインド人が、他のインド人に自分は「シンディー(Sindi)」であると言えば、戦後の分離独立時に現在はパキスタンであるシンド地方からインド側に親族と共に移住してきたヒンドゥー教徒で、インドやマハーラーシュトラ政府の支援を受けてムンバイに定住した一族であり、西インドからパキスタンにかけての慣習法の影響を受け、言語はシンディー語を母語とする集団であろうと認識される。インドでカーストは何かと聞かれると、ヒンドゥー教徒のヴァイシャ(庶民)階級であるというよりインド北西部からパキスタン東部にかけてのパンジャーブ地方のアムリトサル近くで代々農業に従事してきた等、出身地や世襲の家業を答えることが多いのは、いわゆるカースト制度として職業分担が世襲で固定され、換言すれば不浄とされる職種を被差別集団に強制することによって身分制度を安定させてきたことに由来する。さまざまな要素がある集団が代々行ってきた慣習法または慣行が、人的に適用される固有法の内容であるが、現在の居所における場所的な連結がなされる慣習法が重ねて適用される場合もある。このような場所的な連結がなされる法として不動産に関する慣習法がある。成文化化されている固有法は、例えばヒンドゥー教徒法として広義のヒンドゥー教徒(ヒンドゥー教、ジャイナ教、シク教、仏教、原始宗教や無宗教の者)に適用されるが、成文法と異なる(抵触する)慣習法が行われている集団に属している場合には、その部分につき所属集団の慣習法を適用することになる。このような調整を含めて、当事者の固有法を把握する必要がある。

以上のインドの状況を踏まえたくて、通則法第40条の人的不統一法に属する者の本国法の決定に関する条文を確認してみる。まず、インドにおける人的に法を異にする状態とは、宗教によって分類されるだけではなく、所属学派、父祖の出身である地方や世襲の職業集団等のさまざまな要素により構成される所属集団の法として各インド人について適用されるということである。このような法は、通常、親族で共有され、伝統的には、父祖の出身地が近く宗教・学派や言語を共通し、同等レベルとされる職業集団に属する範囲での内婚制を採っていたことから異なる集団に属する者の間での婚姻(inter-communal

marriage) は、ごく例外的なものであった。またこのような婚姻があっても、家父長制が強い集団が多いため、通常は夫となる男性の家に妻が嫁ぎ、夫の男系親族と同居するなかで子は夫の集団の成員として教育されるから、婚姻挙行や婚姻事件に適用される法は、通常は夫の集団の法である婚姻挙行法である。ただし、婚姻当事者が婚姻挙行法および婚姻事件に適用される法として固有法ではなく一般法を選択することもできる。インドの一般法である特別婚姻法の成立要件は、イングランド法式の役所への通知、公示および挙行を踏まえた登録であるが、通常は婚姻挙行を役所でなく当事者が所属する集団の慣習(法)に沿った儀式の挙行に婚姻登録官が立会うことにより行うことができる<sup>(35)</sup>ため、固有法が求める形式的成立要件も兼ね備え集団成員にも婚姻を認められる。インド人が国外でインド法により婚姻する場合には、外国婚姻法 (Foreign Marriage Act 1969) が適用されるが、婚姻成立要件等の内容は、特別婚姻法とほぼ同一である。固有法により婚姻した夫婦およびその子の法律関係は、固有法の適用を受け、一般法により婚姻した夫婦およびその子には一般法が適用される。

通則法第40条は、人的不統一法に人的抵触を解決する規則がある場合には、その規則にしたがって、当事者の「本国法」として適用すべき法を決定すると定めるが、インドにそのような規則はあるのだろうか。典型的な注釈書では、各固有法につき法源と家族法の概要を記し、成文固有法と主要な判例法の説明が中心である<sup>(36)</sup>。異なる固有法に属する者同士の家族関係について、現在も「夫の属する固有法」によるとの規則が、家父長制が強い集団や夫の男系親族と同居し家産たる不動産を共有・協働する集団では、妥当するかもしれないが、母系制を採用する集団や近年の社会変化を鑑みると、一律に「夫の固有法」と言い切ることはできない。また、離婚後の子の監護権者指定について「(夫の属する法でなく)子の最善の利益の観点から母を指定」する判例があっても、関連する判例や注釈書等の記述からみて判例法として確立するに至っているとは言い切れない。換言すれば、インドの家族法間の「抵触」について、一般法と固有法について近年判例で一般法を優先する決定が続いているものの、あくまでも離婚後扶養等の特定の分野・事項に限定してなされる判断および法改正であり、固有法間の抵触について実態の把握は困難である。少なくともイ

インドでは、明文の一般的な人際法的規則は確認できないし、作成すべきとの議論も確認できない。個々の単行法の規定から、法律問題毎に、複数の固有法のうち、いずれを優先的に適用すべきかの規則性を求めるか、判例法から判断するほかはないと思われる。そこで「規則」が不明またはない場合には、最も密接な関連があると認められる当事者の所属集団の法を探求しなければならないが、中央政府の制定した成文固有法と州法として慣習法を反映させた固有法以外には実際のところ探求は困難であり、実務上は当事者に確認させるか、成文法と注釈書の範囲で確定させる以外に手段がないであろう。

#### 4 おわりに

インドは、インドネシアやエジプト等と共に、典型的な人的不統一法域として、日本の国際私法の教科書に挙げられてきた。インド亜大陸のインド、パキスタンおよびバングラデシュは、いずれもインド帝国としてイギリスの植民地支配を受けたが、分離独立した。植民地時代の法を各々の国で法改正しながら引き継いでいるが、一般的にパキスタンおよびバングラデシュは国民の大多数をしめるムスリムについて、ムスリム家族法令を制定し、タラーク離婚や複婚の制限をした。両国とも政治的不安定な時期が続いたため、家族法の改正や成文化は進まず、非ムスリムの固有法は、植民地時代のまま長らく留め置かれていた<sup>(37)</sup>。

インドでは、近年、非常に最高裁が積極的に憲法判断を行い、一般法および固有法の改正が行われている。パキスタンおよびバングラデシュに比較すると人口も多く、政治的にも経済的にも安定していることから、一般法も成文化化された固有法も多い。

固有法は、もともとその集団の成員間の関係を規律するための規範であり、原則として他の集団やその成員との関係の規律を予定していない。複数の集団の固有法間、あるいは一般法と固有法の間で、その法の適用範囲をさだめるような明文の一般的規則は、当該国家の一般法として制定することは可能であろうが、現状のインドでは、そのような立法をすべきとの認識は生まれにくいであろう。むしろ、一般法によってインドの家族に関わる法秩序を現代的かつ

ローバリゼーションに対応できるようにアップデートする上で、政治的な反発を招かぬ方法を模索するほうが重要で、固有法を廃止せず、固有法の並存をみとめつつ現代化し、一般法による基本的人権保護やマイノリティ保護を強行的に実現させるほうが優先課題とされている。

ヒンドゥー教徒、キリスト教徒、パールシー教徒の家族に関わる固有法は、婚姻最低年齢の引き上げ、離婚の破綻主義の採用、離婚手続中の未成年子の監護・教育に関わる費用分担等についてはほぼ一般法とほぼ同一となった。ムスリム法についても離婚後扶養請求、タラーク宣言離婚の制限等、順次ムスリム固有法の下での弱者保護が法制化されている。急進的な判例変更と成文法改正への裁判所の指示がなされるのと並行して、与党であるインド人民党は統一私法の制定にむけて草案の審議にはいつている。統一私法制定は、独立当初からのインドの目標であり、経済発展と安定を武器に高い支持率を維持しているモディ政権のもとで現行の一般法を拡充した統一法が制定される可能性は高まってきた。ヒンドゥー至上主義の政党であるインド人民党は、ムスリムやムスリム人口が多い近隣諸国との外交関係においても強硬的であり、国内でもヒンドゥー至上主義者とムスリム・コミュニティとの緊張が高まっている。そのような中で、仮に固有法を廃止し一般法のみを公式法とするような政策をとることは現実的ではない。家族関係全般については固有法と一般法を並存させ、固有法中の保守的でマイノリティの権利保護が不十分である部分を個別にあぶり出し、改正をしつつ一般法の強行規定で権利保護を強化すること、単行法としての一般法を増やして、当事者に選択的適用を認めることによって家族法における弱者保護基準の底上げをはかることが望ましいであろう。例えば、現状ではヒンドゥー教徒にしか成文固有法がない養子縁組の法制化は急務である。イスラーム法には養子縁組に関する法が欠缺しているが、インド亜大陸のムスリムでは慣習的に養子縁組が行われてきたこともあり、一般法としての法的根拠があればムスリム未成年に保護的な制度構築は反イスラームとはみなされず、選択的に一般養子縁組法による養子縁組を行うことができよう。

(1) ここでは、「西欧法」「非西欧法」とは、千葉教授のいう法文化の意味で用いる。

すなわち、「非西欧法」とは、対象である地域が西欧諸国の法制度の影響を直接受け始める以前に当該地で広まっていた法および西欧法の移植を受けてもなお、その根底に生き続けているものを指す。成文法として存在していなくても、その地で一定の規範性を認められていれば、ここでの「法」に含む。千葉正士『アジア法の環境』成文堂、1994年、10頁。

- (2) 千葉正士『法文化への夢』信山社、2015年、30-31頁。
- (3) 例えばスリランカの「ジャフナ婚姻上の権利および相続令 (The Jaffna Matrimonial Rights and Inheritance Ordinance, 1876)」3条が該当する。スリランカはポルトガル、オランダおよびイギリスの植民地であったが、ローマ・オランダ法とイングランド法の融合法である一般法、人的適用がなされるパーソナル・ローと人的および場所的要素が複合した適用がなされる特殊法がある。ジャフナ地方には南インドのマラバル地方から来たタミル人の子孫が居住し、オランダ植民地時代の1707年に成文化された「テサワラメイ法典 (Tesawalamai)」および一般原則からなるテサワラメイの適用を受ける。特殊法であるジャフナ婚姻上の権利および相続令は、テサワラメイの適用を受けるタミル人が所有する不動産について、不動産所在地のいかんを問わずテサワラメイを適用すると定める。
- (4) Pew Research Center, “The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2015”, Facts and Trends Shaping the World, 71頁および74頁。PF\_15\_04\_02\_ProjectionsFullReport.pdf. (<http://www.pewforum.org/2015/04/02/muslims/> (2015年4月2日公開、最終確認2017年8月5日))
- (5) 本稿では、イスラーム古典法を「イスラーム法」、各国でローカライズされたものを「ムスリム法」と呼ぶ。
- (6) 前傾注(2)千葉『法文化への夢』、17-18頁。
- (7) Personal lawの語は、法社会学者や法人類学者には「属人法」と表記されることも多い。国際私法における人の地位や身分を支配する準拠法としての「属人法」との混同を避けるため、筆者はこれまで「パーソナル・ロー」と呼んで来たが、法人類学では一般法に対する概念として「固有法」と呼ぶことが多い。これに対して、その土地で発生し西欧法の移植以前に一定の発展をしてきた法は土着法 (Indigenous law) と呼ばれ、外来の法の移植を受けた継受法に対して固有法と表すこともある。日本が外国との接触がなかった時代の純粋な固有法の内容は実証が困難であるから一般的には中国大陸の法制度を大規模に導入した大化の改新以前の法をもって日本の固有法とする。各地に自然発生的に成立し行われてきたこのような法は、多種多様であり、各々の概念の定義が確立しているとはいえない。イ

インドでは宗教法や特定の地域の土着の慣習法として *personal law* の語が用いられ、外来の宗教であるイスラームやパールシー教徒法、信徒はわずかであるがユダヤ教徒法も *personal law* と呼ばれている。植民地支配により本格的に西欧法の移植を受けはじめるとはるか前からキリスト教の宣教活動の拠点が置かれ、交易や支配権を目的としたムスリムの流入があったのに対して、土着とされる慣習ヒンドゥー教徒法は、学派・カースト・地域等による差異があり、一体的な宗教（法）としてのアイデンティティと連帯感が確立したのは、むしろ植民地としての支配が確立されてからである。土着法、固有法および属人法のいずれの名称を用いることにも支障があるが、従前は注釈書では家族関係や宗教に関わる分野には、まず各当事者の *personal law* を適用することを前提として記述され、「家族法」として *personal law* の語が用いられることが多く、一般的なインド人の認識や行動でも一般法の適用は非常に限定的で *personal law* と *secular law* の「抵触」が問題となるのは婚姻後に改宗した夫が新しい *personal law* で婚姻する場合で新旧いずれの *personal law* が離婚に適用されるか等の事例に限られていた。このため、筆者もあえて「パーソナル・ロー」と表記してきた。しかし、近年インド国内で *personal law* と *secular law* が「抵触」する事例では一般法を優先的に適用すべきとする司法判断が複数なされ、判例法の変更と成文法の制定・改正が相次いでいる。グローバル家族や *inter-communal marriage*（国際結婚、異なる宗教、カースト、部族等の所属集団を異にする者同士の婚姻）等の多様な家族が増加し、弱者保護、人権保護の観点から強行的に *secular law* が適用されるべきとみなされる場面も増えた。インドで出版される注釈書では、依然として各当事者の *personal law* が家族関係に適用されることを前提としているが、先例や解釈により、インドにおける「固有法」のあり方はかなり明白になってきたと思われる。ここから本稿ではパーソナル・ローではなく固有法と表記する。

- (8) 前傾注(2)千葉『法文化への夢』, 22-28頁。
- (9) 南アジアでは一般的に大家族制がみられ、ゆるやかに男系親族が不動産を共有する慣習があり、親族間での相続順位や相続分は、その大家族が所属する固有法により定められる。家族の反対を押し切って異なる集団に属する者と婚姻する場合、大家族が集団で改宗したが信仰自体と離れて不動産の分配や処分に関しては当該地の慣習法に引き続き依拠する場合等に、固有法の「抵触」が生じる。なお、男系相続する集団でも女親から娘へ装身具等の動産が受け継がれることが多いため、女性に全く相続権がないというわけではない。また、女系相続する集団もある。

- (10) Fravia Agnes, "Family Law volume 1 Family Laws and Constitutional Claims", Oxford University Press (India), 2011, p. 5.
- (11) Fravia Agnes, *op. cit.*, pp. 4-5.
- (12) ヒンドゥー教では婚姻は秘跡であり、夫婦となる者達は神に結ばれ、輪廻を繰り返して添い続けると考え、寡婦の再婚を認めず、夫の後を追いつける限り早く添おうと殉死するのを美徳とする慣習がある。労働力としての貢献を期待されず地位が低い女性の扶養を親族が厭い、ひいては慣習法の近代化にともない女性の相続権が保障されるようになったことから、不満に思う婚家の親族に自殺を強要されたり、自殺にみせかけて殺害される事件は、現在でも報告されている。
- (13) 制定当時は男性 18 歳、女性 14 歳を婚姻最低年齢としていたが、1978 年改正で 21 歳、18 歳と定められた。
- (14) 持参金とは、婚姻に際して妻となる女性の親族から提供される財産であるが、南アジアでは花嫁が実家の財産からの娘への持分として婚姻の際に受ける、主として動産である *streedhan* (ストリーダン)、花嫁の実家から花婿およびその親族に対して贈与される *dowry* (ダウリ)、そしてムスリムの婚姻においてイスラーム法で花婿から花嫁に対する提供が約束される *mahr* (マハル、マハル) を区別しなければならない。ヒンドゥー教では売買婚をはじめとする複数の婚姻を定めるが、花婿となる男性に敬意を示すため、一般的に穢れた存在であるとみなされる女性に財産的付加価値を付けるため、またはその扶養料として財産を贈与する慣習があった。ヒンドゥー教徒の中でも女性が労働力である集団では、娘の婚姻による労働力の低下を補うために花婿側の親族たる女性と花嫁側の男性の婚姻による対価を、または花婿側に花嫁側親族に対する財産の提供を求める場合もあったが、ヒンドゥー教徒ではない者も含めて一般的に南アジアの慣行として定着し、見合い結婚が多い土地柄ゆえに、双方の親族間でのダウリの合意は非常に重要である。ダウリの特徴は婚姻時のみではなく、継続的に提供の圧力があることと、花婿側親族一同から花嫁の実家へ金品に限らないさまざまな要求がなされることにある。近年、国内外で人の交流が活発になり、従来のカースト制度に縛られない婚姻も増えているが、海外在住者や医師・弁護士・IT 技術者などの職種は、いわゆる低カースト出身男性であっても高額なダウリを期待しうる。金額は各当事者の家柄に止まらず双方の所属集団、居所、年齢、学歴、職業、容姿など多岐に渡る要素をもとに合意されるが公言されることはないため、取締りは困難である。
- (15) 現在、審議されている婚姻法改正の争点の 1 つは離婚手続の迅速化である。ヒンドゥー教徒法について 2017 年 9 月にデリー高裁が離婚訴訟中に義務付けられて

いる待機期間の規定は強行的ではないと判示し、草案でも離婚手続にかかる期間を圧縮する検討をしている。

- (16) ヒンドゥー教では、家産と祭祀継承者たる男子をもうけた後に、出家し宗教的教義を実践する世捨が上位カーストの男性には推奨されている。
- (17) マーティン・ラウ著堀井聡江訳「パキスタンおよびインドにおける司法積極主義とムスリム家族法改革の比較分析」孝忠延夫・高見澤磨・堀井聡江編『現代のイスラーム法』成文堂、2016年、87頁。
- (18) Mohd. Ahmed Khan, Appellant, vs. Shah Bano Begum and others, Respondents, AIR, July 1985, S.C.945, vol. 72. シャー・バーノ事件については多くの論稿で紹介されているがシャー・バーノ事件以前にもインドではムスリム女性に一般法による扶養請求を認める判例はあった。例えば *Vai Tahira v. Ali Hussain Fidaali Chothia* (1979) SCC (2) 75; *Zohara Khatoon v. Mohammed Ibrahim* AIR1981 SC 1243; and *Fuzlunbiv. K. Khader Vali & Another* (1980) 4 SCC 125. シャー・バーノ事件以降の動向について特に詳しいものとして *Vrinda Narain, The Supreme Court of India and Maintenance for Muslim Women, Transformatory Jurisprudence*, in "Routledge Handbook of Gender in South Asia", Leela Fernandes (eds.), Routledge, 2014, 7 of the Part II, Law, Citizenship and the Nation. [Bookshelf Online] を挙げるができる。
- (19) *Daniel Latifi & Anr v. Union of India* [2001] INSC515 (28 September 2001) SCC740:II (2001) DMC714 (SC); 2001 Cri. LJ4660SCFB は、裁判所がイスラーム法の原理に従って fair and reasonable な金額を定め扶養費用支払いを命じることができるとした。
- (20) *Iqbal Bano vs State of U. P. and anr* on 5 June, 2007, AIR2007SC2215 では、固有法であるムスリム女性離婚法と別途に、一般法たる民事的な事件として一般法である刑事訴訟法第125条の離婚後扶養を請求できるとした。
- (21) *Shabbana Bano vs Imran Khan* on 4 December, 2009, AIR2010 SC305 (2010) 1 SCC 666 (from MP).
- (22) *Vrinda Narain*, op.cit., para. 5.
- (23) 2012年ごろまでの南アジアの家族法における判例の変遷については前注(17)ラウ論文に詳細な説明がある。なかでも、ケーララ高等裁判所の *Kunimohammed v. Ayishakutty* 2010 (2) KLT [Kerala Law Times] 71 は、ムスリム固有法の適用の違憲性を示唆していることから特に注目された。
- (24) インドでは、公益訴訟 (public interest litigation) によって政府や立法府に対して最高裁判所が憲法で付与された権限で強力かつ迅速な憲法判断を行ない三権分立の原則を超えるほどの積極的な役割を果たす。インドの公益訴訟については前掲

注(17)のラウ論文および佐藤創「インド：岐路に立つ司法積極主義(1), (2), (3)」IDE スクエア IDE-JETRO アジア経済研究所 <http://hdl.handle.net/2344/00049534>, <http://hdl.handle.net/2344/00049532>, <http://hdl.handle.net/2344/00049531> (2018/1/9 最終確認) に詳しい。

- (25) *Khurshed Ahmad Khan v.State of U.P.& Ors* AIR (2015) SC1429 は、州政府公務員の職務規定にある複婚挙行許可申請の懈怠が業務上の不行跡とみなされることが憲法の保証する信教の自由侵害にあたるかが問題となった。最高裁判所は州政府の政策により公序・モラルに反するとされる場合には、このような制限をかけるとの判断を示した。
- (26) 刑法第 377 条は自然の摂理に反する性的関係を自然の摂理に反する罪として 10 年までの禁固刑または過料として規定する。公益訴訟として違憲性の判断を求めて提訴された *Naz Foundation v.Govt of NCT 160 Delhi Law Times 277* (2009) で、成人間の合意による同性間の性的関係を第 377 条の適用外とすべきとの主張に対してデリー高等裁判所が刑法第 377 条が性的マイノリティの基本的人権を侵害すると判断したが、最高裁判所は立法に委ねるべき事項として覆した。2017 年夏以降、第 377 条の改正にむけて世論が高まり、統一民法典制定に関する議論に関連して婚姻当事者の性別を問わない草案提出が話題になったこととあまって、同性婚の法制化が認められるのではないかと期待が高まっている。これに対して最高裁判所は、2018 年 1 月 8 日に第 377 条の合意に基づく成人同性間の関係への適用の合憲性につき大法廷で再検討するとの見解を示したものの今後の改正法や改正時期は今なお不透明である。
- (27) パキスタンおよびバングラデシュでは、1961 年ムスリム家族法令 (*The Muslim Family Laws Ordinance, 1961*) により仲裁評議会の承認がタラーク離婚の要件とされているが、インドには規制がなかった。*Muhammad Haneefa v.Pathummal Beevi* 1972 K. L. T. 512 は一般法や他の固有法に対して不利益がある固有法があることを指摘し、*Bai Tahira A vs Ali Hussain Fissalli Chothia* 1979 AIR 362, 1979 SCR (2) 75 はアフアマティブ・アクションを通して妻を救済すべきと指摘したが、ビドアの宣言による婚姻解消を無効とするまでには至らなかった。
- (28) *Shamim Are vs State of U.P.* 2002 (7) SCC 518.
- (29) *Shayara Bano vs Union of India and Ors.* 22 August, 2017. [http://www.sci.gov.in/supremecourt/2016/6716/6716\\_2016\\_Judgement\\_22-Aug-2017.pdf](http://www.sci.gov.in/supremecourt/2016/6716/6716_2016_Judgement_22-Aug-2017.pdf) (最終確認 2017 年 10 月 21 日)
- (30) <http://unicef.in/Wharwedo/30/Child-Marriage> (最終確認 2017 年 10 月 21 日)。

- (31) R v. R (Rape:Marital Exemption) (1991) 4 All ER 481 (HL)。
- (32) 2017年10月11日の最高裁判断。Independent Thought v Union of India and Anr., Writ Petition (Civil) No.382 of 2013. <https://indiankanoon.org/doc/87705010/> (最終確認2017年10月21日)。
- (33) Smt.Seema vs Ashwani Kumar AIR 2006 SC1 158。ただし、登録手続は州法および連邦直轄領の政令で定めることになっているため、現状では手続規定の整備がインド全国的に完遂してはいない。ここから、現状では登録懈怠に対する過料も低額(25ルピー)に留められている。
- (34) Naz Foundation v. Govt. of NCT 160 Delhi Law Times 277 (2009)
- (35) 特別婚姻法第12条は、(1)項で、「婚姻は、婚姻登録官事務所または当事者双方が請求する場合には、婚姻登録官事務所から合理的な距離内にある事務所以外の場所において挙行することができる。婚姻挙行を婚姻登録官事務所以外の場所で行う場合の要件および追加料金については、別途これを定める」と規定し、(2)項は「婚姻は、当事者双方が欲するいかなる方式によっても挙行することができる(以下、略)」と定める。
- (36) David Pearl, "Interpersonal Conflict of Laws India Pakistan and Bangladesh", Stevens Tripathi, 1981は、イギリス人からみたインド法の人的抵触と人際法に関する非常に貴重な資料である。インド法の歴史的背景や判例法につき現在でも重要な示唆に富む資料であるが、近年の非常にラディカルなインド法改正と社会の変化から、本書における人際法規則について直接依拠することは難しい。
- (37) パキスタンでは2017年6月にラホール高裁がキリスト教徒離婚法の男女不平等な離婚請求原因の見直しと改正を命じたことから、近い将来に破綻主義を採用する法改正がなされる可能性が高まった。換言すれば、インドと母法を共通する隣国とで、一般法および固有法の現状に大きな差があるということも示される。パキスタンおよびバングラデシュは、ラホール高裁の判断に示されるように、インド同様に司法積極主義が認められ、女性の権利や子どもの最善の利益の観点から固有法を修正する判断がなされることはこれまでもあった。