

〔特集1〕法整備支援

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 *

慶應義塾大学大学院法務研究科教授
松 尾 弘

- 第1章 はじめに
- 第2章 開発のコンテクストにおける法の支配の意義
- 第3章 法の支配の柔軟性と「地層」としての概念化の試み
- 第4章 良い統治の構築手段としての法の支配の位置づけ
- 第5章 おわりに

第1章 はじめに

市場のグローバル化が進み、人・物・サービス・情報・資本がより大量に、より早く、より安価に国境を越えて取り引きされるようになるに連れ、より有利な状況にある者はますます豊かになる一方で、より不利な状況にある者はますます貧しくなり、国内外の格差が加速度的に拡大し続けている。国家の崩壊、テロの頻発、その結果としての国際社会秩序の不安定化は、けっして偶然の出来事ではない。こうした格差の拡大要因として、各国における制度(institution)の違いが注目されている。ここでいう制度とは、憲法・法令などの形式的(formal)な制度だけでなく、慣習・道徳・宗教などの非形式的

* 本稿の執筆に当たり、島根玲子氏、伊藤太一氏（ともに早稲田大学大学院法務研究科生）から草稿に対する有益なコメントをいただいた。ここに記して感謝を申し上げる。

(informal)な制度も含め、社会の人々の行動を現実に制約し、それによって社会全体の経済的・政治的・文化的な成果に影響を与える原因のことをいう。国家間格差の原因がこの意味での制度の違いにあるとすれば、そうした制度を改革することにより、国家を改善し、より多くの人々の幸福を増大させ、開発(development)を促進することができるかも知れない。

このような状況を背景にして、開発法学(Law and Development)とは《グローバル化社会において、国内外の法整備協力による規範形成のネットワークづくりを通じて、各々の国家における良い統治(good governance)の構築を相互に促すことにより、平和的国際秩序としての地球的統治(global governance)を実現するために、各国の歴史と現状に適合的な制度改革の内容と方法を探究する学問分野》である、と定義することができよう¹⁾。それは、法とは何か、その前提として社会システムとは何か、その中で法システムはどのような役割を果たしているか、そのモデルとしての法の支配が何を意味するかといった基本問題に対する基礎法学の分析成果を踏まえつつ、そうした法の支配がどのようにして確立され、それを通じて国家の良い統治がどのようにして構築されうるか、その方法を探求する点に、固有の特色と存在意義をもつ。このような意味において開発法学は、基礎理論と応用理論、そして理論と実践をメタ理論で架橋する新しい法学の形ということができる。

そこで、本稿は、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、開発法学の根本問題にアプローチしてみたい。まずは、こうした基礎的観点に立った場合の、われわれにとって最も素朴な疑問から出発することにしよう。

「貴方はどのような国家に生まれたか」と思いませんか。このように問われたとき、その答えは、自分が農民・漁民や労働者の家庭に生まれたか、あるいは大地主や貴族の家柄に生まれたか、その境遇によって様ではないかも知れない。が、ひとまず最も一般的な市民としてはどうであろうか。ヴォルテール(Voltaire, 1694-1778)は、「賢明で自由な人間、つまらぬ境遇にあり

1) 松尾弘「日本発『開発法学』の理論構築の試み」アジ研ワールドトレンド 143号(2007) 38-42頁、とくに42頁参照。

ながらも偏見をもたない人間」という立場に立ったならばどのような国家を選ぶかという問いを設定し、それについて「かなり学識高いポンディシェリー〔インド南部におけるフランス植民地の首府〕の参事会員」(ヨーロッパ人)が、「人並み以上の教養をもったバラモン僧」と道づれになってヨーロッパへ帰る途中の会話を通じて、つぎのように語っている²⁾。

参事会員「貴方はムガール皇帝〔1526年～1858年までインド南部を除くインド亜大陸を支配したイスラム王朝の皇帝〕の統治をどう思いますか。」

バラモン僧「嫌悪すべきものです。…トルコの非回教徒や回教徒の貴族やインド太守は大いに満足ですが、市民たちはほとんど満足していません。しかし、何百万という市民はなにものかです。…この地上にはごくわずかの共和国しか見いだされないと考えます。人間たちがみずからの手で自分らを治めるにふさわしい場合はまれです。…」

参事会員「イタリアの片隅に形成されたある共和国が五百年以上も存続し、小アジア、アジア、アフリカ、ギリシア、ゴール、イスパニアおよびイタリア全土を領有したことを、充分信じていただけるでしょうか。」

バラモン僧「でも、それはすぐに君主国に変わったでしょう。」

参事会員「おっしゃるとおりです。…しかし、その君主国も倒れたのです。私どもはその衰亡の原因を見いだすために、たえずすぐれた研究を行なっています。」

バラモン僧「ご苦労なことですね。」…

参事会員「貴方は、どのような国家なり支配のもとでより良い生活をしたいと思いませんか。…」

バラモン僧「私の国以外ならどこでも結構です。…」

参事会員「もう一度お尋ねしますが、貴方はどんな国家を選びたいですか。」

2) Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, Geneva: Cramer, 1764 (ヴォルテール / 中川信 = 高橋安光訳『哲学書簡・哲学辞典』(中央公論新社, 2005) 381-384頁).

バラモン僧「人びとが法律にのみ従う国家です。」

参事会員「それは言いふるされた返答ですね。」

バラモン僧「でも、悪い返答ではありませんよ。」

参事会員「そのような国がいったいどこにありましょうか。」

バラモン僧「それを探さなければならないのです。」

自らがそこで暮らしたいと思う国家の理念像として、18世紀の学僧が経験と熟慮の末に、「人びとが法律にのみ従う国家」と回答したことは、われわれが今日抱いている問題関心からも、興味深いものを感じさせる。人々が教会世界の権威でも世俗君主の権力でもなく法律にのみ従う国家とは、一体何を意味するものであろうか。それは今日語られる「法の支配」(the rule of law)とどのような脈絡をもつのであろうか。後述するように、法の支配の含意はその目的・名宛人・「法」の内容等において多様であるが、人々が実際にルールに従って生活することは、その社会において最も基盤的な部分を構成する³⁾。より良い統治を探し求めた学僧の返答がすでに法の支配の本質に迫るものであったこと、そして、それを探し求める僧侶の旅が現代においてもなお依然として続いているであろうことを思うと、深い感銘と同時に、僧侶の嘆息が聞こえてきそうな気がしてならない。

翻って今日、第60回国連総会首脳会合(世界サミット)で採択された成果文書(2005年9月16日)における「人権と法の支配」(章119節~145節、とくに同134節⁴⁾、それを受けた国連総会決議「国家のおよび国際的レ

3) 後述第2章、第3章、とくに第3章(3)()参照。

4) 「134. 国内及び国際双方のレベルにおける法の支配の普遍的な堅持及びその実施の必要性を認識し、我々は、 / (a)国連憲章の目的及び原則及び国際法並びに平和的共存や国家間協力に不可欠である法の支配及び国際法に基づく国際秩序に対する我々のコミットメントを再認識する。 / (b)年間定例条約行事を支持する。 / (c)文民の保護に関する全ての条約に参加することを未だ検討していない国家にはこれを懲憑する。 / (d)各国に対し、女性を差別する政策や慣習を根絶する努力を続け、法律を可決し、女性の権利を保護する慣習を促進し、またジェンダー平等を促進するよう各国に要請する。 / (e)技術支援やキャパシティ・ビルディングを通じて、法の支配を促進する国連の活動を強化するために、事務総長が総会に提出した報告書を前提として、現存する関連手続きに従って、事務局内に法の支配支援ユニットを設置する構想を支持する。 / (f)国家間紛争を裁く国連の主要な司法機関である国際司法裁判所の重要な役割とその業績の重要性を認識し、まだ国際司法裁判所の管轄を受け入れていない国家に対してはそれを検討し、自由意思に基づく国際司法裁判所を通じた事務総長の紛争解決における国家補助のための信託基金を支持する等

ベルにおける法の支配」(2006年12月4日)⁵⁾前後からは一層頻繁に、法整備支援(legal assistance)ないし法整備協力(legal cooperation)に携わる様々な組織が、それぞれの立場や利害関心に基づき、()「法の支配」をテーマにした会議やシンポジウムの開催⁶⁾、()情報交換のためのフォーラムの設定⁷⁾、()法の支配の測定指標の開発⁸⁾、()法の支配に関する新たな行動計画の実践⁹⁾等々を通じて、それぞれの活動をにわかに活発化させている。その結果、法の支配は今や法整備支援(協力)の共通目標になりつつあるように見受けられる。

こうしてみると、国内外の政治・経済・社会の問題を解決するためのより良い国家統治の探求において、法の支配はその要になる古くて新しい問題であることが理解されよう。そこで、以下では、法の支配とは何か、それが開発のコンテクストにおいてどのように捉えられ、国家の政治・経済・社会の開発にとってどのような意味をもちうるかを確認する(以下第2章)。そのうえで、法の支配を実現するための具体的方策を考案するという観点から、まずは、法の支配そのものをより柔軟に解釈し、画一的・一義的・静態的なものではなく、重層的・段階的・動態的な概念として捉え直すことができないかを検討する(以下第3章)。ついで、そのことを手がかりにして、法の支配を開発のコンテクストにおけるより包括的な理念である国家の「良い統治」(good governance)の実現手段として位置づけ、法整備の順序とペースを柔軟に調整することの可能性を検討することにより、開発のためのより強力なツ

により国際司法裁判所の業務を強化する手段を検討するよう呼びかける」(下線および(a)～(f)の符号は引用者による)。

5) United Nations, General Assembly A/RES/61/39.

6) 例えば、アメリカ法律家協会(ABA)を中心母体にして2005年に設立された「世界正義プロジェクト」(The World Justice Project: WJP)による法の支配に関する一連の学際的会合(2007年2月28日・ワシントンDC, 2007年7月13日・プラハ, 2007年9月19-20日・シンガポール), アメリカ法律家協会(ABA)と国際法律家協会(IBA)の「法の支配シンポジウム: 行動計画」(2006年9月, シカゴ), IBAの「法の支配シンポジウム」(2007年10月19日・シンガポール), ハーグ国際化機構(HiiL)の「首尾一貫した実効的な法の支配のプログラムと戦略の構築に関するさらなる概念化と実践的進歩」(2007年10月26-27日, ハーグ)などが開催された。

7) 例えば「法の支配推進国際ネットワーク」(International Network to Promote the Rule of Law: INPROL)の活動などがある。

8) 例えば、WJPが包括的な法の支配指標(Rule of Law Index)の開発を推進している。

9) 例えば、「小さな正義の行動計画」(Microjustice Initiative: MJI)の活動などがある。

ールとして法の支配を活性化させる方策を模索する(以下第4章)。最後に、開発法学¹⁰⁾の定義と中心課題に照らして、国家統治を確立するための法の支配の構築方法を明らかにするというのがその根本問題に位置づけられることを確認し、それに対して今後どのようなアプローチと努力が可能かつ必要であるかを展望する(以下第5章)。

第2章 開発のコンテクストにおける法の支配の意義

(1) 開発のコンテクストにおける法の支配の重要性

「法の支配」の概念は、法哲学など法学の諸分野では、格別に重要な政治的理念として認められているが、その定義や内容をめぐっては、今なお議論が続いている。とりわけ、法に関する基礎概念や基本原理を探求する法哲学のコンテクストでは、法の支配についても「法の支配とは何か」という問いが立てられ、研究と議論が蓄積されてきた。ここでは、法の支配の概念については大別すると2つの異なる捉え方が存在する。1つは「ルール・ブックとしての捉え方」(the rule-book conception)であり、もう1つは「権利と関連づけた捉え方」(the rights conception)である¹¹⁾。ルール・ブックとしての捉え方は、政府および一般市民が、すべての者にとって利用可能なものとされた公的なルール・ブックに定められたルールに厳格に従って行動することを求めるものである。そのルールの妥当性の根拠は、その承認・裁判(内容確定)・変更という行為自体がどのように行われるべきかを予め定めた手続ルールに従って行われたことに求められる。ルールの内容が実体的正義に合致しているかどうかの問題は、法の支配からは独立した別個の理念の問題であり、法の支配の理念の一部とはみなされない。これとは反対に、法の支配に

10) 「法と開発(研究)」とも訳される Law and Development (Study)を以下では「開発法学」と呼ぶことにする。この用語および開発法学の展開に関しては、安田信之『開発法学 アジア・ポスト開発国家の法システム』(名古屋大学出版会、2005)、同『開発法学』事始「アジ研ワールドトレンド143号(2007)1頁、松尾弘『開発法学』への招待 『法と開発』(Law and Development)の理論と実践 (1)」法学セミナー622号(2006)60-64頁(以下続刊)参照。

11) Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, pp. 11-14.

ついでに権利と関連づけた捉え方は、法の支配と実体的正義を別個の問題とは捉えずに、ルール・ブックに示されたルールは実体的権利を取り込んでいることを要求する。そのルールの妥当性の根拠は、当該ルールがその形成や変更の手續に従って行われたという形式的手續にではなく、実体的権利の定義と保護・実現に合致しているかというルールの内容に求められる。

他方、開発法学のコンテクストにおいては、法の支配はより一層「争われる」概念¹²⁾として捉えられているように思われる。もっとも、法と開発の実務、とりわけ法整備支援（協力）の現場では、今や経済成長や貧困削減にとって決定的に重要なものであるとの認識が広まっている制度改革の一環として、「法の支配」の名を冠した非常に多くのプロジェクトが実施されている¹³⁾。しかしながら、法と開発の理論においては、法の支配はそれ自体が必ずしも《良いもの》であるとはみなされていない。例えば、「法の支配が必然的につねに良いものである...とア・プリオリに信じる理由はない」なぜなら、法の支配はとりわけ「経済危機や急速な変化が生じている時に」必要とされるかも知れない政府の裁量権行使を抑制することもありうるからである¹⁴⁾。そして、「それを確立することによって開発を生み出すような単一の『法の支配』は存在しない」ともいわれている¹⁵⁾。

法の支配に対するこうした見解の相違やイメージのずれは、究極的にはそれぞれの学問分野における《根本的問いかけ》の仕方の相違に由来するものと思われる。すなわち、この問題についての根本的な問いは、法哲学においては「法の支配とは何か？」であるのに対し、開発法学においてはさらに進んで「なぜ法の支配は開発の目標にとって重要なのか？」、そして、「開発の目標を達成するために、法の支配はどのように構築されるべきか？」が問わ

12) 「争われる」概念としての法の支配については、佐藤岩夫「法の構築」法社会学 58 号（2003）7 頁参照。

13) World Bank, *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*, World Bank, 2001, pp. 3-27.

14) Matthew Stephenson, “Economic Development and the Quality of Legal Institutions,” 2001, <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LegalInstitutionsTopicBrief.pdf> (2008 年 3 月アクセス).

15) David Kennedy, “Laws and Developments,” in John Hatchard and Amanda Perry-Kessaris (eds.), *Law and development : facing complexity in the 21st century : essays in honour of Peter Slinn*, Cavendish, 2003, p. 26.

れざるをえない。こうして、「法」や「法の支配」の本質そのものにストレートに迫ろうとする法哲学的な問いかけとは異なり、開発法学においては、法の支配の問題は、最終的には良い統治の獲得を目指した国家形成という、より動的なコンテクストに置かれているということができよう。しかしまた、このことは必然的に法の支配と政府権力とのジレンマという難問に通じることを示唆している。すなわち、国家建設の動的プロセスにおいては、政府は、法律を制定し、個々の事案においてその内容を解釈し、裁判によって確定し、執行することによって適用するために、十分に強くなければならない。しかし、その一方で、政府の権力は、濫用されたり逸脱されたりしないように、法によって拘束されなければならない。ところが、政府権力が強くなればなるほど、法を通じてそれをコントロールすることがますます困難になる。その結果、とりわけ開発のプロセスにおいては、《国家の本質的ジレンマ》ともいべき問題にただちに直面することになる。すなわち、《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》。われわれはどうすれば政府に強く、正しく、かつ良心的に振る舞わせることができるのだろうか。この根本問題の中核にある問題が、まさに法の支配と政府権力との根本的ジレンマであるが、それは開発のプロセスにおいては一層深刻な問題となって迫ってくるために、その解決が不可避的かつ最優先事項となっている。

もっとも、開発のコンテクストにおいては、法の支配の重要性それ自体について、多様な見解と認識のずれが存在するようである。とりわけ、開発の実践においては、法の支配の重要性を疑問視する見方もある。そこで、われわれは最初に、そもそも法の支配が開発において重要な問題かどうかを確認することから出発する必要があるであろう。中でも、法の支配と経済発展との関係については、以下のように相当に異なった評価が存在する¹⁶⁾。

(2) 積極的見解

まず、法の支配(とりわけ、一連の形式的ルールと執行メカニズムの存在

16) Hiroshi Matsuo, "The Rule of Law and Economic Development: A Cause or a Result?," in Yoshiharu Matsuura (ed.), *The Role of Law in Development: Past, Present and Future*, Nagoya University, CALE Books 2, 2005, pp. 60-64.

によって捉えられた法の支配）は経済活動を促進し、経済成長の必要的前提条件であるとみる立場がある。その理由として、法の支配が個人の権利を保護し、契約を執行し、それによって取引当事者に予見可能性と計算可能性を与え、取引費用(transaction costs)を削減し、取引の确实性を高めることが挙げられる¹⁷⁾。

例えば、アラブ諸国における土地法改革は、土地所有権を認めて取引を自由化することにより、農地に対する名土や軍事階級による締付けを打破し、契約の自由に制約を加えるような制度を弱め、廃止し、信用（金融）を得るために非占有担保や支払猶予抵当を可能にし、農地改革プログラムを設定するなどして、経済発展に対する障害物を取り除いたとの指摘がある¹⁸⁾。

また、財産に対する公用収用のリスクを取り除くことによって財産権を保障し、契約の執行可能性を高めることによって契約に基づく権利を保障し、公共財を効率的に供給することは、投資量の増大と経済成長のスピードと正の相関関係をもつとの指摘もある¹⁹⁾。

さらに、司法の独立は「法の支配にとって決定的に重要な側面」であり、法律上の(de iure)司法の独立（法令上の形式的な司法の独立）は経済成長に対して必ずしも現実的インパクトをもたないのに対し、事実上の(de facto)司法の独立（現実の司法の独立）は1人当たり実質国内総生産の成長に対してプラスの影響を与えたとの実証分析の試みも示されている²⁰⁾。同様に、司法の予見可能性が高いこと、政府が契約に基づく債務の支払拒絶をしないこと、汚職が少ないこと、政府による没収のリスクが低いこと、官僚の質が高いことなど、総じて法の支配の諸要素が維持されていることは、収入の高さ、経済成長率および投資量に影響を与え、プラスに作用しているとの見方は少な

17) Philip von Mehren and Tim Sawers, "Revitalizing the Law and Development Movement: A Case Study of Title in Thailand," 33 (1) *Harvard International Law Journal*, 1992, pp. 67-102.

18) Farhat J. Ziadeh, "Land Law and Economic Development in Arab Countries," 33 *The American Journal of Comparative Law*, 1985, pp. 93-106.

19) Stephen Knack and Philip Keefer, "Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures," 7 (3) *Economics and Politics*, 1995, pp. 207-227.

20) Lars P. Feld and Stefan Voigt, "Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators," 2002, <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/ecogrowth.pdf> (2008年3月アクセス).

くない²¹⁾。

(3) 消極的見解

ところが、他方では、発展途上国においてはフォーマルな法制度改革が経済発展や社会的条件の改善にほとんど影響しないことを示唆する証拠も、少なからず存在する²²⁾。

例えば、土地の私有化が生産性の向上に対してもつインパクトについては賛否両論であり、土地権原のフォーマル化(正式承認)が不動産の取得や改良への投資に与えるインセンティブについても、肯定論と否定論がある。とくに貧しい土地保有者にとっては、土地権原のフォーマル化がかえって土地を失う契機になるなど、悪影響を与える場合もある²³⁾。

また、開発プロセスの初期段階から頻繁にみられる土地権原付与プログラム²⁴⁾は、伝統的な土地保有と土地取引のパターンが強固である場合には、それを変更することがけっして容易でないために、困難に陥ることがしばしばである。このことは、土地権原システムの導入がたんに特権階級の利害に影響を与えるだけでなく、同時に小作人のように伝統的に用益権的利益を享受してきた階層にとっても、土地登記のプロセスにおいて彼らの慣習上の権利

21) Kevin E. Davis and Michael J Trebilcock, "Legal reforms and development," 22 (1) *Third World Quarterly*, 2001, pp. 26, 28.

22) David M. Trubek and Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States," 4 *Wisconsin Law Review*, 1974, pp. 1067-1102.

23) Davis and Trebilcock, op. cit. (n. 21), pp. 27-30. 例えば、アフリカ諸国の土地法改革において、土地権原のフォーマル化が必ずしも貧困削減に直結せず、むしろ農民がフォーマル化のプロセスにおいて、また担保流れの結果として、土地を失う契機を増大させた。雨宮洋美「タンザニア『1999年村土地法』における土地所有権」国際開発研究フォーラム25号(2004)21-38頁,同「貧困・土地・所有権」国際開発研究フォーラム34号(2007)209-221頁参照。また、カンボディアにおける土地権原のフォーマル化のプロセスにおける問題につき、後述第4章(2)()参照。

24) 一般的には、私人に土地の私的所有権,その他の権原を付与してその保有を保障し,土地の自由耕作と自由取引を認めることにより,土地市場における地価や地代を成立させ,土地担保金融を可能にし,それを通じた土地投資の増大により,多様な生産活動の拡大を促し,直接・間接の税収の確保を図り,それによって社会資本整備や再配分を実現することに結びつけようとする政策プログラムが想定される。例えば,日本では,土地耕作制限の解除(明治4年),地券発行(明治4年以降),土地売買禁止の解禁(明治5年)を起点とする土地法改革がそれに当たる。松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交(1)」横浜国際経済法学3巻1号(1994)10頁以下参照。

が否定される危険性があるのではないかといった新たな不確実性をも生じさせるからである²⁵⁾。

実際、いくつかの「法の支配指標」(the rule-of-law indicators)は経済成長と必ずしも正の相関関係をもたないことが示されている。例えば、国連開発計画(UNDP)が採用する法の支配指標は、とりわけアジア諸国において、経済成長との正の相関関係を必ずしも示していない(【図表1】参照)。すなわち、比較的高い国内総生産(GDP)成長率は、シンガポール、香港(中国特別行政区)といった法の支配指標が比較的高い国家・地域においてだけでなく、韓国、マレーシア、中国、インドネシア、ベトナム、カンボディア、ラオスといった法の支配指標が比較的低い国家においても見出される。そしてまた、このことは、法の支配指標(ROL)、政府の効率性指標(EOG)、国民1人当たり国内総生産(1975年～2004年)(GDP1)、同(1990年～2004年)(GDP2)の各指標間の全相関関係を個別に図表化した結果からみても(【図表2】参照)、ROLとEOG、GDP1とGDP2のクロス欄以外には、明確な相関関係が見出されないことから、一見して確認できる。しいていえば、政府の効率性の向上は一定レベルまでは国民1人当たりGDPの上昇に寄与しうる傾向があること、それと比べると、法の支配指標の向上と国民1人当たりGDPとの因果関係は一層稀薄になることが確認できる²⁶⁾。以上の限定的な分析からみるかぎり、法の支配は、「発展への道」(a path to development)というよりも「高度に理想的な発展の帰結」(a highly desirable result of development)というべきかも知れない²⁷⁾。

25) J. P. Platteau, "The evolutionary theory of land rights as applied to sub-Saharan Africa: a critical assessment," 27 *Development and Change*, 1996, pp. 29-86.

26) 【図表2】からみるかぎり、については、EOGとGDP1・GDP2のクロス図面から確認できる。また、については、これらEOGとGDP1・GDP2のクロス図面を、LOLとGDP1・GDP2のクロス図面と対比することによって確認できる。なお、【図表2】の作成に際しては、伊藤太一氏のお世話になった。

27) Frank Upham et al., "Ideology, Experience and the Rule of Law in Developing Societies," Roundtable on the rule of law at the Carnegie Endowment, 2001, <http://www.carnegieendowment.org/events/index.cfm?fa=eventDetail&id=380> (2008年3月アクセス)。

【図表1】法の支配と経済成長との関係

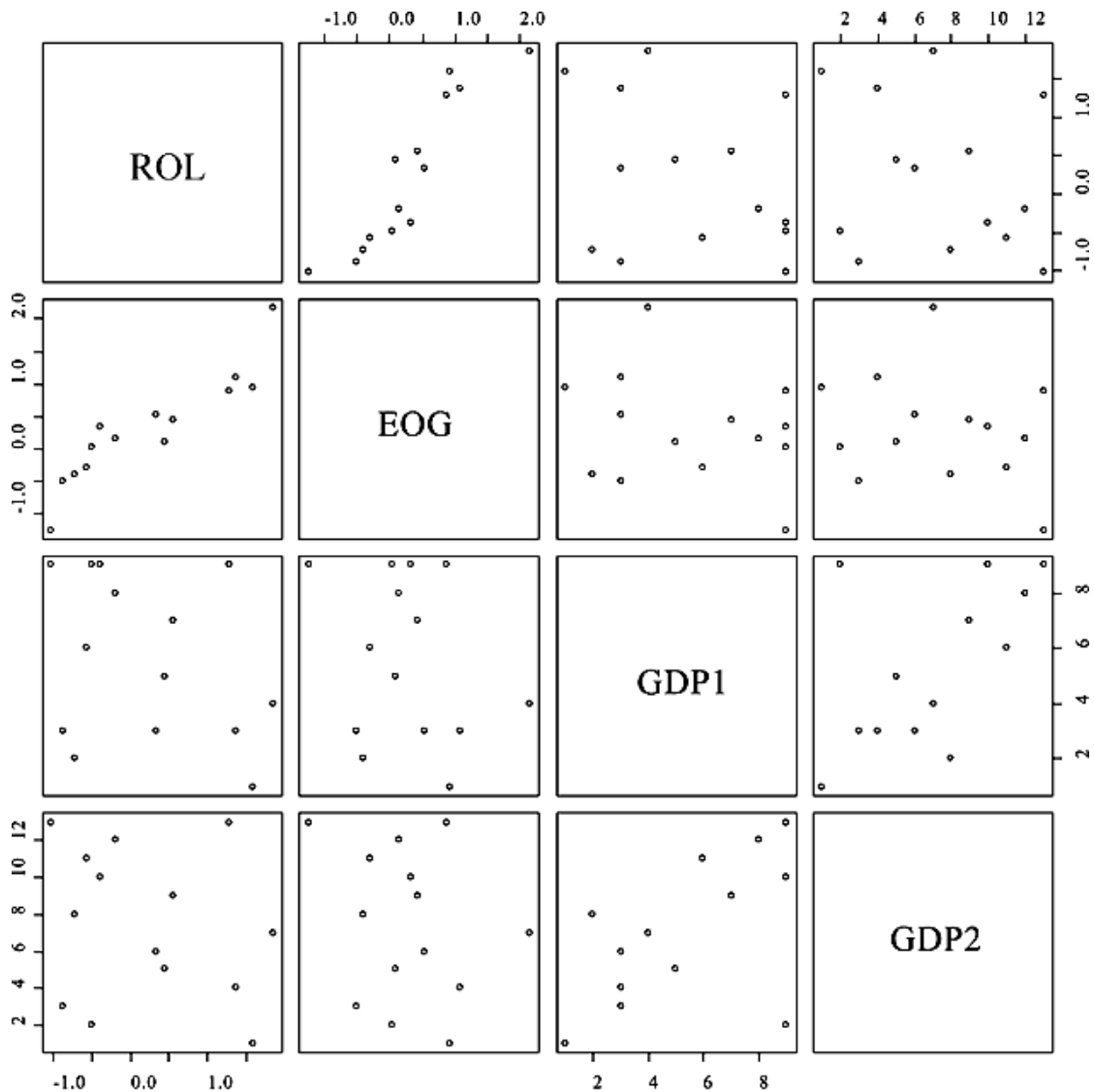
	法の支配*1 2000-2001	政府の効率性*2 2000-2001	1人当たり国内総生産 成長率(年%)	
			1975-2004	1990-2004
シンガポール	1.85	2.16	4.7	3.8
香港(中国特別行政区)	1.37	1.10	4.1	2.0
韓国	0.55	0.44	6.0	4.5
ブルネイ ダルエスサラーム	1.29	0.88
マレーシア	0.34	0.53	4.1	3.5
タイ	0.44	0.10	5.0	2.6
中国	-0.19	0.14	8.4	8.9
フィリピン	-0.49	0.03	(.)	0.9
インドネシア	-0.87	-0.50	4.1	1.8
ベトナム	-0.57	-0.30	5.6	5.5
カンボディア	-0.38	0.34	..	5.0
ミャンマー	-1.02	-1.25
ラオス	-0.72	-0.39	3.6	4.2
日本	1.59	0.93	2.3	0.8

出典：UNDP, *Human Development Report 2002*, Oxford University Press (法の支配指標に関して); id., *Human Development Report 2006* (1人当たり国内総生産に関して).

*1 法の支配指標(the rule-of-law indicator)(-2.50 ~ 2.50)は、(a)闇市場の存在、(b)民間の契約および政府との契約の強制可能性、(c)銀行業務における汚職、(d)ビジネスの障害となる窃盗、その他の犯罪、(e)犯罪による損失とコスト、(f)司法(判断)の予見不可能性といった数多くの個別要素の総計によって測定される(UNDP, op. cit., 2002, p. 37)。

*2 政府の効率性(-2.50 ~ 2.50)は、(a)官僚の質、(b)取引費用、(c)公的健康管理の質、(d)政府の安定性といった諸要素によって測定される(UNDP, op. cit., 2002, p. 37)。

【図表 2】各指標の相関関係



ROL;the rule-of-law indicator
 EOG;efficiency of the government
 GDP1;the ratio of the growth of GDP per person(1975-2004,year%)
 GDP2;the ratio of the growth of GDP per person(1990-2004,year%)

(4) 中間的総括

前述したような状況下では、いまだいずれの見解も正しいとも正しくないとも判定し難い。こうした判定の困難には、いくつかの理由がありそうである。

法の支配は、社会的・経済的変動のプロセスにおける独立変数ではなく、むしろその有効性は、政治的安定性、政府の効率性と実効性、取引ネットワ

ークや紛争解決におけるインフォーマルなシステム²⁸⁾，国内および国際関係における社会・経済的環境，宗教的態度，その他の文化的要因などに大きく依存しているといえそうである²⁹⁾。例えば，タイにおいて導入された土地権原のシステムが経済成長を強力に後押ししえたのは，米に対する需要が増大し，それに伴って米価と地価が上昇し，それが農業の商業化を生じさせるという特殊な諸条件の下においてであったともいわれている³⁰⁾。

法の支配のインパクトは，発展の第1段階（土地法，契約法，会社法等をはじめとする市場システムの導入や改革による経済の自由化が重視される段階）よりも，発展の「第2フェーズ」といわれるより進んだ段階（発展の初期段階に引き続き，制度改革を深化させ，安定化させるために，政府の安定性・透明性・説明責任の強化による統治改革に重点が置かれる段階）においてより顕著に現れるとの見方がある。とくにこの段階では，税務署，税関，公正取引監視機関等に関する諸制度の創設が重要になるとされる³¹⁾。このように経済発展にとっては（あるいは経済発展にとってすら），法の支配の重要性は，社会の包括的な制度変更という長期的プロセスの中で測定される必要があるといえる。

これら2つのこと（前記・ ）を考慮に入れるならば，法の支配はたし

28) 例えば，アップラムはつぎのように述べる。「経済発展においてはインフォーマル・ルールが重要なのであり，フォーマル・ルールよりも『インフォーマル・メカニズム』の方が効果的かつ効率的な場合には，法の支配は発展の必要条件ではないし，時には反生産的すらある。例えば，日本の法システムは，それが広範にインフォーマル・メカニズムに依拠している点で，アメリカ合衆国〔の法システム〕よりも発展途上国にとっては良いモデルとして役立つであろう」(Upham, op. cit. [n. 27])。さらに，Frank Upham, *Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy*, Working Papers, Rule of Law Series, Democracy and Rule of Law Project, No. 30, Carnegie Endowment for International Peace, 2002, pp. 22-31 も参照。

29) ペリーは，法改革と経済発展への文化を基礎にしたアプローチ(a culture-based approach)の提示を試みている。それは，文化的価値の分散に関するギアート・ホフステッド(Geert Hofstede)の研究に立脚し，人々の一般的性質(the general character)を特徴づける指標として，(i)不確実性の回避志向，(ii)集団主義か個人主義か，(iii)権力格差の程度（権力の分配における市民と国家との間の相違），(iv)女らしさと男らしさ，(v)長期志向か短期志向かといった特色に着目する。See Amanda J. Perry, "The Relationship between Legal Systems and Economic Development: Integrating Economic and Cultural Approaches," 29 (2) *Journal of Law and Society*, 2001, pp. 296-304. その概要の簡潔な紹介として，松尾弘「開発と法制度」森川俊孝＝池田龍彦＝小池治編著『開発協力の法と政治』（国際協力出版会，2004）149-156頁参照。

30) Mehren and Sawers, op. cit. (n. 17), p. 93.

31) Thomas Carothers, "The Rule of Law Revival," 77 (2) *Foreign Affairs*, 1998, p. 98.

かに経済成長を促進する諸要素の1つであり、経済成長のための付加的諸条件の下で作用する効果的な道具になりうるといえるかも知れない。

たしかに、われわれはこの法の支配という道具の使い方については、十分慎重にならなければならない。なぜなら、ちょうど改革に乗り出したばかりの国家にそれが注入されるときには、開発プロセスに対して思わぬマイナスの副作用を生じさせることもありうるからである。このことは、例えば、インドネシア、マレーシア、タイなどが1997年に金融危機に見舞われた時に観察された現象であり、教訓でもある³²⁾。

もっとも、そのことはまた反対に、「アジアの奇跡」といわれる諸国の経済も、法の支配なしにはきわめて脆く不安定なものである可能性があり³³⁾、アジア金融危機は透明性や説明責任の欠如といった法の支配関連の制度改革の失敗が経済成長に悪影響を与える道理を明るみに出したものである、といえるかも知れない。

第3章 法の支配の柔軟性と「地層」としての概念化の試み

(1) 法の支配の柔軟化の可能性

この意味において、経済発展にとっても法の支配の重要性は決して否定されてはいないとみるべきであろう。むしろ、それは長期的な視野で捉えられた発展のプロセスにおいて確立する価値のあるものであることは、今日開発の分野においても最早疑いないものといえる。しかしながら、問題は、まさに開発のプロセスにおいて最初に直面せざるをえない国家形成の段階において、法の支配のシステムを構築することがとりわけ困難であるということである。というのは、法の支配は政府の組織を確立し、その権力を安定化させるためには、しばしば政府の《足枷》となりうるからである。

もっとも、そうした見方は法の支配に対するやや硬直的な理解に固執して

32) J・E・スティグリッツ/鈴木主税訳『世界を不幸にしたグローバリズムの正体』（徳間書店、2002）とくに87-194頁。なお、金子由芳『アジア危機と金融法制改革』（信山社、2004）180-189頁参照。

33) Carothers, op. cit. (n. 31), pp. 105-106.

はいないだろうか。むしろ、法の支配の概念をより柔軟(flexible)なものと捉えることにより、強い政府の構築と法の支配の確立のジレンマから抜け出す方途を見出すことができるかも知れない。

(2) 最小限綱領主義者のアプローチ

法の支配の「柔軟性」(flexibility)という考え方の一契機は、法の支配への最小限綱領主義者のアプローチの中に見出されるように思われる。この立場を明確に提示するタマナハ(Professor Brian Z. Tamanaha, St John's University School of Law)は、法の支配の内容として、政府が政治的権威(political authority)によって公布されたルールを守り、その市民を基本的な人間的尊厳をもって扱うこと、および請求を審理し、紛争を解決するために、(可能なかぎり)公平かつ中立的な意思決定者または司法へのアクセスが存在することだけを要求するものである。これらの基本的要素は、多様な社会的・文化的構成と両立可能であり、発展途上国に対し、潜在的には衝突を引き起こす可能性はあるものの、提供すべき多くのものをもっている³⁴⁾。

ここでは「法の支配の最小限の内容」として2つの要素が認められている。第1の要素は「政府が政治的闘技場において生み出されたルールに従って行動し、市民の市民的権利を尊重するということ」であり、第2の要素は「提起されたすべての事案を中立的かつ公平に扱うという倫理を体現した組織として訴えることが可能な司法部が存在すること」である。このような最低限の内容は、個人主義志向の文化とはもちろん、共同体主義志向の文化とも両立可能であると考えられており、また、ローカルな環境に適合するように変容させることも可能である³⁵⁾。

タマナハはこのアプローチをさらに発展させ、*On the Rule of Law: History, Politics, Theory*の中では、法の支配がいくつかの意味群(clusters)から構成されているものと捉えている³⁶⁾。

34) Brian Z. Tamanaha, "The Lessons of Law-and-Development Studies," 89 *The American Journal of International Law*, 1995, p. 476 (松尾弘訳「開発法学の教訓」慶應法学4号〔2006〕242頁)。

35) Tamanaha, op. cit. (n. 34), pp. 477, 484 (松尾・前掲注34)244-245頁, 263-264頁)。

36) Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, pp. 137-141.

法の支配の意味の第1群は、「政府は法によって制約されている」ということである。この意味群は、最初に中世において確固とした形で確立されたものであり、それゆえに自由主義よりも先行する。それによれば、政府は共同体の延長ではなく、国家の中で共同体と対面させられるべきものであり、とりわけ宗教に傾斜した社会または慣習が支配する社会において社会的および文化的見解を尊重し、支持するためには、政府に対する制約が必要である、とされる。法の支配についてのこのような理解は、個人主義者的な社会観とも共同体主義者的な社会観とも両立可能である。それはまた、自由主義社会においてはもちろん、非自由主義的社会においても用いることのできる考え方である。

法の支配の意味の第2群は、「形式的な合法性」(formal legality)または「ルールによる支配」(the rule by rules)である。それは「最高に価値ある善」(a supremely valuable good)とはみなされているが、必ずしも「普遍的な人間的善」ではない。この意味における法の支配は、人格や財産に対する政府の強制が迫っている場合、とりわけ、刑事制裁が科される場合には、つねに本質的に重要になる。それはまた、商事であれ民事であれ取引の安全と予見可能性を提供するうえでも有用である。しかしながら、もしも社会的紐帯(social ties)や共通理解(shared understandings)のように機能的に(法の支配と)同等のその他のものが実効的であるならば、この意味群における法の支配は、市場のコンテキストにおいてさえ、すべての状況下において支配的なものであるべきではない。例えば、裁量権の行使、判決、和解、またはコンテキストに特有の調整が必要とされている状況下では、それは「反生産的」ですらあるとして、第2群の法の支配の妥当性は控え目に捉えられている。しかしまた、それゆえに、植民地支配から独立した後の諸国のように、法制度が外国から移植されたところでは、この意味の法の支配はとりわけ困難に直面し、法規範は土着の規範と衝突することがありうる。

法の支配の意味の第3群は、「人の支配〔例えば、国王・貴族や官僚の支配〕ではなくて、法の支配」である。しかし、この意味の法の支配は第1群および第2群の意味の法の支配が採用された後に続くものである。なぜなら、政府が法によって制約されており、その際の法は形式的合法性によって求め

られる質を満足させるべきであるという見解を承認する社会はまた必然的に「人の支配ではなく、法の支配」という観念を抱いているからである。

タマナハは、これら3つの法の支配の意味群はいずれも、その内容に関しては予め既定のものがあるのではなく、むしろ「開かれた」(open)ものであること、つまり、盛り込むべき内容に多様性があることを強調する。例えば、形式的合法性の要件は法の形式(form)のみを明記するにすぎず、その内容の明細を規定するものではない。「人の支配ではなくて、法の支配」は、政府の公務員が彼らの個人的見解を適用可能な法に昇華させなければならないということを述べるが、そのような法がどのような内容のものであるべきかを細かく規定するものではない。したがってまた、これら3つのいずれの側面において理解された法の支配であっても、当該共同体にとっての正義と善の観点から行われる評価に服すべきものである、ということになる。

タマナハによって提示されたこのような捉え方は、法の支配が予めその内容の規定された硬い実体ではなく、中核的意味の周囲で一定範囲の多様な意味形成の余地を残した柔軟な実体として捉えようとする点で、法の支配の柔軟性への道を開くものであり、注目すべき見方であるといえる。しかしまた、若干の疑問も残されているように思われる。

第一に、法の支配の第1群の意味 それはタマナハの法の支配概念のうちでは、最も基本的で、それゆえに最も普遍的で汎用性の高い意味内容であると解されるが、国家において共同体(それは典型的には市民社会を想定するものであろうか)と対峙させられる政府に対する制約ということから出発している。しかし、そうであるとすれば、そして、この第1群の意味が法の支配の最もコアの部分形成するものであるとすれば、それは政府が弱く、脆く、あるいは建設途上で、それゆえに政府とその他の組織との明白な対峙がいまだ存在しない社会については、法の支配について語る事が困難ではないかということが危惧される。ところが、開発のコンテクストにおいては、すでに政府の建設、改革または移行の当初から、法の支配をどのように理解し、その導入プログラムを策定し、実際に組み込んでゆくべきかが一般的に問題になるのである。

この疑問は、第二の疑問に通じる。すなわち、政府権力の制限としての法

の支配の意味は、よりプリミティブなという意味での第1レベルの意味群に属するというよりも、むしろ比較的進んだ高次のレベルにおける法の支配の意味群に属するのではないかという問題である。

そして、そこから生じる第三の疑問は、形式的合法性としての第2の意味群は政府権力の制限という第1の意味群よりも基本的な、したがって、より普遍性の高いものでありうるのではないか、というものである。なぜなら、形式的合法性としての法の支配は、まさにハート(Herbert Lionel Adolphus Hart)によって第1次的ルールと第2次的ルールの結合(a union of the primary rule and secondary rule)として端的に特徴づけられた法の本質により近い、法の基本的性質により直接に根差したものといえるように思われるからである³⁷⁾。

(3) 法の支配の「地層」的把握

私見としては、法の支配に対するタマナハの多元的意味群アプローチがもつ柔軟な視点を尊重しつつ、法の支配が複数の意味層からなる地層状の実体を形成しており、かつさらに基盤的な意味層として、タマナハの提示した意味群を含む他の意味層がその上に有意味な堆積を形づくるような、より基本的な要素を見出しうると考える。法の支配はこの基本的な要素を第1層として、少なくとも以下の4層からなる意味の地層として把握できるように思われる。

()第1層

法の支配の第1層は、市民および政府によって実際に承認され、通用し、遵守されている既存のルールである³⁸⁾。たとえそれが非効率的で非合理的なものであっても、われわれはそこから出発しなければならず、それらを看過したり、無視することはできない。それらは、場合によっては、法・慣習・

37) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 81, 94.

38) 私見では、これは各々の社会に現実に妥当しているインフォーマル・ルールの一形態とみることができると解する。それは、人々の脳裏(記憶)に深く刻み込まれ、その行動を一定方向に制約する内発的なルールものとして、道徳、その他の行動準則としての性質をもつからである。この意味におけるインフォーマル・ルールは、広い意味での文化(culture)を指し示すということもできるように思われる。

伝承・迷信・宗教が渾然一体となっていて、法としての承認(recognition)の
手続、その他の形式化のプロセスを履んでいないインフォーマルなものであ
ることも少なくないであろう。

ここで最初に確認されるべきは、《法の支配はその真の意味において移植さ
れるということはけっしてありえない》ということである。それゆえに、あ
りうるのはつねに、あくまでも既存のルールが国内外からもたらされた新し
いルールによって影響を受けることによって起きる制度変化(institutional
change)でしかせいぜいありえない。いわゆる失敗国家(the failed state)にお
いてすら、社会は《制度的真空》状態ではなく、何らかの既存の制度が存在
する。そして、《開発》とは、それら既存の制度が《制度改革》の対象となる
ことを意味するものにほかならない。その際、既存の制度の中には、基本的
には維持されて制度変更の対象とならないものも存在するかも知れないが、
諸制度は相互に密接かつ複雑に関連し合っていることから、ある制度を改革
しようとする、相当広範囲の制度に影響が生じることに注意する必要がある。
この意味において、社会の制度改革は人間(動物)の体でいえば病気や
怪我の治療に当たる。つまり、患部だけを切除したり取り替えたり処置をし
ても、必要な治療とはいえない場合も少なくないのとよく類似している。

いずれにしても、法改革は制度的な白紙状態からの「フレッシュ・スター
ト」ではありえず、つねに既存の制度という「足場」からのスタートである
ことを肝に銘じる必要がある。この意味において、法改革はまず既存のルー
ルを確認することから開始されなければならない。たとえそれがインフォー
マルなもので、前近代的で、時代遅れのものとみえたとしても、そこからス
タートせざるをえないことに変わりない。それゆえに、とりわけ外国人助言
者は、そのような既存のルールに対して細心の注意をもって、慎重に調査す
る必要がある。そして、人々が現実に遵守している既存の制度が、変更のル
ール(the rule of change)を含んでいるときは、改革者は開発政策の観点から
みて改革されるべきルールを変更するために、当該変更のルールを適用する
よう、必要なあらゆる努力が払われるべきである。

()第2層

法の支配の地層の第2層は、ルールの形式化(the formalization)である。

それは、当該国家の立法計画に従った一連の新法の制定も含むものであり、立法機関の定立が必要になる。また、一般的な表現形式で規定された法的ルールの内容を、個別の紛争事案に適用するために解釈することにより、当該ルールの具体的内容を確定する裁判所の設立、およびその判決の集積から抽出される法原理（判例法）もこの層に含まれる。

このプロセスにおいて、しばしば看過されがちであるが、法の支配の観点からきわめて重要な問題は、《ルールをつくるためのルール》を予めどこまで詳細につくることができるか、ということである。「メタ・ルール」(meta-rule)と呼ぶことができるであろうそうしたルールは、形式化の最終段階としての国会における形式的な立法の手続ルールだけでなく、例えば、誰が草案を起草し、審議するか、そうした基礎的作業を何度行うべきか、どのようにして最終草案が確定されるか、誰に対してそれが提出されるか等々についてのルールも含みうる。そうしたメタ・ルールの重要性は、先にも触れた法の本質に関わるものであり、ハートがいう第二次的ルールに含まれる承認のルール(the rule of recognition)に当たるものと解される³⁹⁾。

この第2層におけるもう1つの問題は、形式化されるべきルールの内容である。法の支配についての厳格な概念、とりわけ権利としての捉え方からみた場合には、個人の権利を十全に展開していなかったり、政府の権力行使に対して効果的なコントロールを（ほとんど）まったく欠くルールは、たとえそれらのルールが憲法に規定された立法手続ルールを通じて形式化されたとしても、その内容のゆえに法の支配に反するものとみなされるかも知れない。これは、「悪法も法か」という古典的な問題に通じるものといえる。また、それは、法の支配の概念をめぐる形式主義者（法の支配は法が〔人民および政府によって〕遵守され、実効性をもつことを意味し、法の内容の良し悪しの問題には関わらない。法の内容の評価規準となる社会的善の問題も重要であるが、法の支配とは別個の問題とみる立場）と拡張主義者（法の支配はたんなるルールの支配ではなく、良い法の支配を含意するので、法の内容も「良い」ものでなければ法の支配に値しないとみる立場）の理解との対立にも通

39) Hart, op. cit. (n. 37), pp. 79-99.

じる⁴⁰⁾。本稿では、法の内容の良し悪し(を評価する規準)の問題は、法の支配とけっして無関係ではないが、ルールの形式化をめぐる第2層とは別個の問題と捉え、後述する第4層の問題として捉えることにする。

第2層においてもっと決定的に重要な論題は、ルールの形式化の順序づけ(sequencing)の問題である。法の形式化がまだ行われていないが、いずれ必要であると考えられる複数の法分野が残されている場合、どの法分野に整備の優先順位が付与されるべきであろうか。民法、商法、会社法、知的財産法、消費者保護法、競争法・その他の経済法、外国投資法、行政法、刑法、訴訟法、倒産法、裁判所法、選挙法、国会法、租税法など、相当広い選択の幅がありそうにみえる。ローズ・アッカーマンはこの問題を正面から取り上げ、つぎのように述べている。すなわち、

「法改革はどこから始めるべきであろうか。これは抽象的な形では答えるのが難しい問題であるが、若干の考察は可能である。〔 〕国家は刑事的および民事的侵害(criminal and civil offences)を定義し、人格と財産に対する権利(rights to personhood and property)を確立する明確かつ透明なルールを必要としている。〔 〕それは国家の公務員に対して申立をするための簡明で効果的な手段を必要とする。〔 〕また、国家はそうしたルールを執行するための信頼できる制度を必要とする。いったんこれらの基本的建設単位がしかるべき所に据え付けられたならば、〔 〕さらに国家は私人間の経済活動を監視し、公益の観点から社会を規制するためのより洗練された諸法を確立することができる。〔 〕また、それは内戦や新国家の創設に先立つ騒乱の時期に犯された犯罪をどのように処理すべきかを熟慮することができる。」⁴¹⁾

これによれば、人々が自己の人格や財産に対してもつ基本的権利を明確に規定するルールが最初に整備されるべきことが示唆されている。これらのルールは、一方では人や財産に対する犯罪を、他方では民事上の権利侵害を定義する。私自身もかつてラオス、ミャンマー、ウズベキスタン等における法整備協力プロジェクトに参加した際に、ローズ・アッカーマンがここで指摘

40) 松尾弘「善良な政府と法の支配(3・完)」横浜国際経済法学 8 巻 2 号(1999) 3-14 頁。

41) Susan Rose-Ackerman, "Establishing the Rule of Law," in Robert I. Rotberg (ed.), *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004, p. 209. 訳文中の〔 〕内は訳者による補充である(以下でも同様)。

するのとかなり近い印象をもった⁴²⁾。すなわち、法分野の中でも、もしそれがいくつかの選択肢の1つとして可能であるならば、最初に形式化されるべきルールとして第1優先順位を与えられるべきは、所有権および人格権という最も基本的で身近な私権であると考えられる。なぜならば、これらの最も基本的な権利は、制度構築力（制度刻印作用）をもつゆえに法秩序の核となり、他のあらゆるルールよりもずっと影響力が大きいと考えられるからである。

もっとも、これらの権利は必ずしも容易に承認され、基本法典に一度に規定されるものとは限らない。そのような場合には、しかも、それは決して珍しいことではないが、そうした基本的権利を導入し、具体化するための努力や主張が、規範理論、それは後述するように法の支配の第4層に属するものであり、法の支配導入の初期段階ではいまだ確立・普及しておらず、少数の主張者がいるだけかも知れない、によるバックアップを得ながら、継続される必要がある。

（ ）第3層

法の支配の第3層は、法の執行メカニズム(law enforcement mechanism)の確立である。形式化された法令は公平に、かつ確実に執行されなければならない。ルールが形式化されても、執行メカニズムを欠くために、またはそれが不十分であるために執行されないとすれば、それは人々の遵法意識を著しく損なうであろう。ここでは、強制権力を備えた強い政府組織の構築が必要になる。もっとも、このプロセスは必ずしも新しい組織を設立しなければならないことを意味しない。むしろ、公務員の不足が著しい国家が少なくないことを考慮に入れると、既存の政府組織を再編し、執行力を高める努力を始めることが現実的であり、実際にも多くの場合がそうであろう⁴³⁾。

問題は、その際に、法（とりわけ実体法）が形式化されただけの段階では、まだ必ずしも裁判や執行の（いわんや保全といった）細々とした、しかし実務的にはむしろ重要な手続ルールが定められていない（定めることが難

42) 松尾弘「法整備支援における民法典整備支援の意義と課題」慶應法学4号(2006)41-46頁,同「法整備支援における民法整備支援の意義と課題」ICD NEWS 27号(2006)38-40頁・79-80頁。

43) ローズ・アッカーマンの見解(前掲注41該当引用文)においても、執行法は第3段階(同前引用文)に位置づけられている。

しい)ことが少なくないこと、しかし、そのような場合にはなおさらのこと、執行に当たる公務員の裁量が大きくなることから、裁量権限の逸脱、濫用、それに伴う汚職などが起こりやすいことである。したがって、執行の現場における細々としたルーティンや書式に至るまで、詳細な手続ルール決定に関わるこの問題は、すでに第2層の段階からその重要性を認識して、その対応策が実施されなければならないであろう。

()第4層

最後に、法の支配の第4層は、すでに第2層として形式化されたルールの内容の良さをつねに批判的に検証し、かつ第3層において強大な権力を獲得した政府による権限の濫用や逸脱をコントロールするための拠り所たる規準として機能する**規範理論の体系**(a system of normative theory)である。もっとも、実定法の内容の良さをつねにただちに確認することのできるような規準体系を構築することは容易ではないし、しかも、これについては第2層の形式化の場合と異なり、最終的な内容確定のための「承認」の手続(例えば、制定法についての国会の議決のように)は存在しない。その結果、第4層については、国内外のあらゆる個人および組織が発言権をもち、それらの者によってたえず批判的な審査に晒されている。そのようにして第4層は、よりよい規範理論の提唱、批判的かつ建設的な議論および普及に向けた終わることのない努力の継続によって形成され、維持されるものであり、そのための公開討議の場と対話の文化の存在を大前提とする。それは、外部のどのような権威によっても正当化されえず、ただ唯一その内容自体の正しさゆえに妥当し、それによって存在が認められる点に特色がある⁴⁴⁾。したがって、それは実定法から独立したものでなければならず、それによって実定法の批判規準となる規範理論の体系でなければならない。社会には、このような意味での存在が不可欠であり、それは社会の構成要素の一つというべきである。

そして、このように法の支配という地層は一度につくり上げることのできる性質のものではなく、実際には各層間の相互作用やフィードバック、その間に生じる内容的な前進や後退を繰り返しながら、漸次的に形成されるもの

44) これはM・ウェーバーが定義する「自然法」の概念に近い。M・ウェーバー/世良晃志郎訳『法社会学』(創文社, 1974) 321頁, 485頁, 499頁, 501-502頁。

でしかありえない。また、いったんつくり上げられた地層も不変的に永続するものではなく、たえず風化、地崩れ、地盤沈下、断層、地殻変動により、表層部分のみならず下層部分までもがたえず変化に晒されている。このような意味において、法の支配が柔軟性をもつことを理解することにより、政府が法改革のペースと順序を調整することがより容易になるものと考えられる。

さらに、法の支配とは何かをめぐる法哲学上の論争に対しても、開発法学のコンテクストにおける法の支配についての動態的視野の下では、一つの回答を与えることができるかも知れない。すなわち、(a)「ルール・ブック」としての捉え方は、法の形式化のプロセスとしての法の支配の第2層に対応し、(b)「権利」と関連づけた捉え方は、法の内容の良さについての不断の審査のプロセスとしての第4層（あるいはそれを含む法の支配の拡張主義的な捉え方）に対応するという形で、いずれの定義も法の支配の特定の側面をそれぞれ捉えているとみることができるようになる。このようにして、(c)「地層」としての法の支配の捉え方は、(a)「ルール・ブック」としての捉え方と(b)「権利」と関連づけた捉え方との溝を埋めることができる考え方といえるのではないだろうか。

第4章 良い統治の構築手段としての法の支配の位置づけ

(1) 法の支配と良い統治との関係

以上のように重層的・段階的・動態的に捉えられるべき法の支配は、必然的に複合的な課題を含んでいる。なぜなら、法の支配は、「法」をつくり、その内容を確定し、その結果を実現するために強制権力をもった政府の構築をも包含する（ないし前提にする）とともに、そうした政府が権限を濫用したり、逸脱したりしないように政府をコントロールするための「法」をも包含するからである。この意味では、法の支配は「良い政府」(good government)の構築プロセスと併せて考える必要がある。さらに、強制権力としての政府をコントロールしうる「法」の実効性を最終的に担保しうるのは、政府の外部にあってその権限行使を監視できる主体としての市場・企業および市民社

会,中でも非営利・非政府の独立した立場から社会のあり方を追求する存在としての市民社会である。そうであるとすれば,法の支配は,経済的組織,政治的組織および非経済的・非政治的組織があるべき均衡を維持した「良い統治」(good governance)という,より高次の理念の一環であり,国家の経済・政治・社会全体の良い運営を達成するために不可欠の,きわめて有力な手段の一つであると位置づけることができる。したがって,法整備支援(協力)に携わる大抵の国際機関,政府,NGO等が,その活動目標として明示的に「良い統治」を掲げていることは,けっして偶然ではないとみるべきであろう。日本政府も『政府開発援助(ODA)大綱』の中で,日本のODAの最も重要な理念として,「良い統治」の考え方に基づく開発途上国の自助努力支援を挙げている⁴⁵⁾。

しかしながら,開発援助に関わるいくつかの機関は,良い統治を人権・民主主義・法の支配といったその他の政治的理念とともに掲げている⁴⁶⁾。したがって,良い統治と法の支配を含むこれらの政治的理念との相互の関係を明確にする必要がある。

まず,良い統治の概念は,国家の最も包括的な理念であるといってよいであろう。なぜなら,それは行政機関,議会,司法機関といった政府機関を中心とする公共部門の統治能力の向上だけでなく⁴⁷⁾,民間部門および市民社会

45) 『政府開発援助(ODA)大綱』(2003年8月29日改定)I.2(1)。ちなみに,「良い統治」の理念は,2003年改定前のODA大綱にも掲げられていたが,2003年改定ではその目標がより前面に出され,強調されている点が注目される。

46) 例えば,EUとアフリカ・カリブ海・太平洋諸国(ACP)との間で締結されたコトヌ協定(the Cotonou Agreement)9条は,「人権の尊重,民主的諸原理および法の支配」を「本質的要素」(the essential elements)と規定する一方,「良い統治」は(a fundamental element)と位置づけている。

47) 例えば,UNDP,OECD,WB,IMF,IDB,AfDB,EBRD,EU,USAIDは良い統治は政府ないし公共部門の機能に関するものとして比較的狭く解釈しているようにみえる。その場合,良い統治は良い政府と実質的にはほとんど同義といってよいように思われる(UNDP, Democratic Governance Group, *Governance Indicators: A User's Guide*, UNDP; OECD, (2006) *Annual Report 2006*, OECD, pp. 62-80; World Bank, (1992) *Governance and Development*, World Bank, 2004; id., *Governance: The World Bank's Experience*, World Bank, 1994; IMF, *Good Governance: The IMF's Role*, IMF, Publication Service, 1997; IDB, *Annual Report 2005*, IDB, 2006; AfDB and AfDF, *Bank Group Policy on Good Governance*, AfDB and AfDF, 1999; EBRD, *Transition report 1997: Enterprise performance and growth*, EBRD, 1997; European Parliament, Council, Commission, *The European Consensus on Development*, Official Journal of the European Union, C 46/1-19, 2006; USAID, Center for Democracy and Governance,

組織(civil society organizations: CSOs)⁴⁸⁾の統治能力の上昇をも含むものと解されるからである。なぜならば、現代における「国家」は、政府のみならず、民間部門、公共部門および(非営利的・非政府的な第三の組織としての)市民社会組織から構成されているとみることができるからである⁴⁹⁾。民間部門は、市場および企業を中心とする経済的組織から構成されており、それは分業と協業に基づく生産体制をとる社会システムにおいて、より良質の商品やサービスを、より安価に、かつできるかぎり迅速に供給するために人々にとって不可欠の組織である。もっとも、そのような経済的組織が円滑に取引活動を行うためには、取引(商品交換)のための統一的なルールをつくり、紛争が生じたときはそのルールに基づいてすべての事案を公平に裁判し、その裁判結果をルールどおりに執行することのできるような、強い政府による確実なサポートが不可欠である。ところが、そのような政府の強力な権限およびそれに支えられて強化された経済的組織の力をコントロールするために、第三の組織としての市民社会がそれらに対するカウンター・バランスとして成長し、機能する必要がある。このコンテキストにおいて、良い統治とは、各々の国家における経済的組織、政府および市民社会の三者間の均衡状態として定義することができよう。

そして、このような良い国家統治は、グローバル化がますます進行しつつある世界において一層重要度を増している。なぜなら、可能な限り多くの国家において良い統治が実現されることは、世界政府のような統合組織を展望するための諸条件から程遠い状況にある現在の国際関係において想定されうる、唯一可能な平和的秩序という意味での地球的統治(the global governance)のための基本細胞になるものと考えられるからである。

つぎに、各国において良い統治がどのようにして、誰によって確立されう

Democracy and Governance: A Conceptual Framework, USAID, 1998)。もっとも、WB、IMFなど金融機関として政治問題への介入が定款上制限されている機関は、政治的事項との直接的な関係を連想させる「良い政府」よりも「良い統治」の概念の使用を好む傾向にあるようである。

48) 例えば、アジア開発銀行(ADB)は民間部門を、また、カナダ国際開発庁(CIDA)は市民社会組織を、それぞれ国家の(良い)統治の概念に含めている。ADB, *Governance: Sound Development Management*, ADB, 1999; CIDA, *Guide to key concepts in governance and development*, CIDA, 2005, pp. 1-5 参照。

49) 松尾弘「開発法学への招待(13)」法学セミナー634号(2007)68頁参照。

るかが問題になる。この問題は各国の状況に応じて異なり、単一の解答はないであろうが、開発プロセスにおいては少なくとも政府の役割が(援助機関の支援を受けつつ)きわめて重要なものとなることは否定しがたいであろう。このコンテキストにおいては、前述したように、政府はルールをつくり、それに基づいて裁判し、その結果を執行するのに十分なほど強く・効率的(strong and efficient)でなければならない。しかし、まさにその要請のゆえに、政府は、一方では、立法・司法・行政の各機関が付与された権限を法に従って行使するように相互に制約する内部的メカニズムを備えることによって合法的(legal)でなければならない。さらに、政府は、その活動を政府の外部から監視する存在としての市民社会の設立と運営を積極的にサポートするほどに良心的(benign and benevolent)でなければならない。このように《良い政府、すなわち、強く・効率的で、合法的で、かつ良心的な政府》の各側面は、相互に強い緊張関係をもちながら、辛うじて統一的な良い政府の像を形成しているといえることができる。したがって、各側面の改善をつねに同時並行的に推進できるとは限らず、それぞれの要請が衝突することも少なくない。とりわけ、開発のプロセスを強力に主導することが期待される強く・効率的な政府の側面は、合法的な政府および民主主義の育成に積極的で市民に対して良心的な政府の側面と相互に制約し合っており、時には衝突することもありうる。例えば、行政府が裁判所と対立するなどして、市民運動を抑制する現象は、繰り返し見出される⁵⁰⁾。そして、これらの諸側面のうち、法の支配は基本的に合法的な政府の側面に関わるが、それだけでなく、一面では(とくに法の支配の第1層・第2層・第3層においては)、形式化されたルールを確実に執行することを求める点で強い政府と、他面では(とくに法の支配の第4層においては)、私権および基本的人権(集会・結社の自由、表現の自由を含む)からなる市民の諸権利の体系を擁護する良い法の支配であることを求める点で、市民社会および民主主義の育成に積極的な良心的な政府とも、それぞれ密接に結びついている。このように、良い政府の諸側面の緊張関係は、法の支配の重層構造間の不安定な関係 とくに第1層～第3層

50) 最近でも、パキスタンのムシャラフ政権が反対派である最高裁判所の判事を更迭した例(2007年)、ミャンマー政府が民主化運動を制圧した例(1988年、2007年)、中国政府が民主化運動を制圧した例(1989年)などがある。

と第4層との断層を引き起こすこともありうる。にも反映しているといえる。そこで、政府が強力に開発を主導するプロセスで顕在化することの多い、良い政府の諸側面間の矛盾や法の支配の諸層間の不安定（断層）をできるかぎり回避する方法を練らなければならない。

その方策として注目されるのが、良い政府および法の支配よりも一段と包括的な理念である良い統治に依拠して、その下において競合する諸要素間の調整を図る方法である。いわば良い政府・法の支配の中でいずれの側面・層にとっても共通の理念になるものを掲げることにより、良い政府の諸側面・法の支配の諸層の内部で競合する法政策の優先順位とペースを調整することにより、解決に導く余地があるように思われる。この点に関して、ローズ・アッカーマンはつぎのように述べている。すなわち、

「諸国家は、投資家の保護と政策形成の柔軟性...〔とりわけ〕民間投資に対する収益に影響を与える課税および規制活動を遂行するための政府の裁量権...の必要性とのバランスをとる必要がある。...法の支配は一連の厳格で不変のルールを意味するものではない」⁵¹⁾。

ここでもまた、法の支配の柔軟性が承認されているように思われる。そして、良い統治の観点からは、法の支配の重層構造が一遍に構築されるものではなく、良い統治の確立を目指すプロセスにおいて徐々に構築されるべきものとして段階的に捉えられるべきである。また、その観点から、法の支配の構築プロセスは、政府がもっぱら主導し、市民がもっぱらそれに従うことによってではなく、政府が基盤を整備しながら、市民社会が参加し、市民自らの手も加えてつくり上げたという認識をもつことにより、とりわけ法の支配の最基層であるルール遵守の意識を強化することができるという意味で、動的なもの（市民参加的というニュアンスを含むもの）として捉えられる。この意味において法の支配は、重層的・段階的・動的に捉えられるべきものといえる⁵²⁾。

51) Rose-Ackerman, op. cit. (n. 41), p. 191.

52) 法の支配の重層的・段階的・動的な把握の意義に関しては、松尾弘「国際開発援助と『法の支配』」社会科学研究 56 巻 5=6 合併号（2005）109-137 頁参照。

(2) 法の支配の構築における順序とペースの調整

()法整備における順序とペースの問題の重要性

法の支配を一種の地層として重層的に捉え、その構築を段階的に、かつ市民参加も得て動的に行うという理論は、どのように実践されうるであろうか。また、そうした法整備の実践の場では、具体的にどのような問題が生じているであろうか。この問題は、具体的には、法整備における様々な法分野間の優先順序とペースをどのように調整すべきか、という場面で顕在化する。そして、法整備支援(協力)の実務では、この問題への指針が切に求められている。そこで、日本の法整備支援の経験を題材にして、いくつかの例を検討してみよう。

()民法と特別法との関係

整備されるべき法分野の順序が必ず問題になるのは、一般法と特別法との関係である。とくに民法典のような大規模な法典は、そのための調査、起草、審議に多くの時間を要するから、まずは個別立法で対応し⁵³⁾、そうした先行立法の内容との関係を調整しながら一般法たる民法典の内容を規定し、民法典の成立に伴い、それに抵触する内容の立法を廃止するといった手順がとられることが一般的である。しかしながら、複数のドナーによる法整備支援が行われ、かつ関連法分野の整備が分担されるときは、その間の調整が困難になることも珍しくない。

民法と土地法

カンボディアでは、旧土地法(1992年)の後に、現在の土地法(2001年)に基づき⁵⁴⁾、アジア開発銀行(ADB)、そこからプロジェクトを受注した East West Management Inc(アメリカ、非営利組織。以下 EWMI)、同じく FINNMAP(フィンランド、コンサルティング会社)、世界銀行(WB)、ドイ

53) したがって、個別立法の先行が包括的な法典編纂を妨げるとは限らず、重要なことはその方法である。

54) 旧土地法(1992年)が宅地についてしか所有権を認めていなかったことから(19条)、農地にも所有権を認め、農業セクターへの融資を可能とするために1992年法を改正するべく、アジア開発銀行(ADB)の支援(「農業政策改革支援(TA2591-CAM)」)によって現行土地法(2001年)の起草が開始された。坂野一生「カンボジア民法典と土地法」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)123頁参照。

ツ技術協力会社(GTZ)の支援の下で、土地登記制度の整備が行われているが⁵⁵⁾、その準備段階において、日本政府が支援する民法典草案⁵⁶⁾との調整について協議が行われた。その結果、土地所有権の初期設定については公法たる土地法が規定する一方、土地所有権の原始的帰属が確定した後の取引およびそれに伴う物権変動については民法が扱うとの役割分担が行われた⁵⁷⁾。そこで、民法典草案では、不動産物権変動の要件に関し、土地法の規定が登記を効力要件とする趣旨か対抗要件とする趣旨か文理上は一義的解釈が困難であることを確認し、登記効力要件主義をとるためには登記の完備になお時間を要することから、民法典草案上は不動産物権変動について意思主義を採用し、登記は対抗要件とした。

ところが、これに対し、民法典草案の完成間際である 2002 年末に、土地法の施行を支援する EWMI, FINNMAP, GTZ, 世銀から、民法典草案に明文化された意思主義・対抗要件主義の規定に対して異議が申し立てられた。そして、2003 年から ADB, EWMI, アメリカおよびオーストラリアの弁護士・学者等を中心に、セミナーの開催や教科書の発行等を通じて、土地法は登記を土地所有権の移転等の物権変動の効力発生要件とする立法例（登記効力要件主義）の一形態であるトレンズ・システム(Torrens System)⁵⁸⁾を導入したものであるとのキャンペーンが展開され始めた。

これに対し、日本側は、土地法がトレンズ・システムを採用したか文理上も解釈上も不明確で、カンボディアの政府・国民の選択がトレンズ・システムかどうかは不明である等の理由を挙げて反論した。しかし、最終的には 2004 年 8 月末、日本側が譲歩し、登記を不動産物権変動の効力要件とする方向に民法典草案を修正する形で、協議が成立した。日本側の譲歩の理由は、ADB 側の要求を拒否すると、カンボディアの不動産登記制度整備への支援を約束しているドナーの態度に変更を生じさせかねないとの懸念があったこと

55) 安田佳子「カンボジアにおける法整備と法の支配」法学新報 112 巻 1=2 号（2005）858-859 頁。

56) JICA「重要政策中枢支援『法制度整備』」フェーズ 1（1999 年 3 月～2003 年 3 月）。

57) 安田・前掲注 55）874-875 頁。

58) オーストラリアが採用する不動産物権変動システムで、登記と所有権を一致させ、虚偽の登記を信じて登記を取得した者が所有権を取得し、それによって所有権を失った真の所有者は、登記官に故意または過失があるときは国家賠償を請求しうる。

が示唆されている⁵⁹⁾。

しかしながら、カンボディアにおける登記効力要件主義の導入に対しては、いくつかの懸念材料が残されているように思われる。例えば、賄賂が横行する状況下では、登記官の汚職によって虚偽の登記が行われた場合、それを信じた投資家等が保護される一方、所有権を失う真の所有者は、土地法上は国家賠償請求が可能であるものの、国家の賠償資力が不十分なカンボディアでは、実質的には真の権利者（登記官の汚職による虚偽登記の場合は、発言力の弱い一般市民であることが多い）の犠牲の下に取得者（同じく財力のある投資家や権力者であることが多い）が保護される結果となることが懸念される⁶⁰⁾。

さらに、より根本的な前提問題として、不動産物権変動の要件としてどのような原理を導入するかは、各国家における所有権観念および所有権移転観念を反映し、それに規定される一方、その国家の私法の基本性格や体系を規定する基本原理になるものであることから、これら両者を十分に吟味して、慎重に、かつ当該国家（政府のみならず、市民を含む）自身によって選択されるべき基本的な制度選択の問題である。この観点からみると、例えば、(a) 国家が登記と所有権の一致を保障し、公務員による虚偽登記の場合には国家が賠償するトレンズ・システムは、いわば国家が所有権を創設・管理すべきものとの考え方と親和的である。したがって、すでに私的所有権と契約と法人格からなる市場システムが成立し、市民社会がある程度成熟し、私的自治が存在する国家にとっては、実質的に所有権を創設・管理する政府の権限をコントロールするカウンター・バランスが働きうる。これに対し、(b) そうした経済的組織や市民社会が未成熟な国家では、所有権、とりわけ不動産所有権の移転が当事者の意思表示のみによって行おうとの意思主義は、市民にとって最も利害の大きい不動産所有権の移転・管理を通じて、私的自治の獲得を最も象徴的に表現し、かつ実感させる精神的支柱となりうる。この点も考慮要因に加え、当該国家における不動産所有権移転の慣行、それに伴う不動産所有権（移転）の観念の沿革と現状を踏まえ、国家自身の判断で、慎重

59) 安田・前掲注 55) 876 頁。

60) 安田・前掲注 55) 876-877 頁（「投資の促進」と「国民の利益」の対立を指摘する）。

に選択できるよう，ドナー側は配慮し，そのような形で支援すべきであると考え⁶¹⁾。この点では，日本の近代法整備期において，不動産物権変動を含む物権変動の意思主義の採用が私的自治原則を導入するための理念的支柱となったが，その経験が積極的に活用されるべきである⁶²⁾。というのも，カンボディアでみられたような民法と土地法の規定間の矛盾をめぐる問題は，その他の国でも生じることが予想されるからである⁶³⁾。

民法と担保取引法

日本政府が支援するカンボディア民法典（カウンターパートは司法省）の完成間際の 2003 年秋，カンボディア商業省の依頼により，ADB の専門家（アメリカ人の弁護士，大学教授）によって起草された「担保取引法草案」が作成され，民法典の関連規定との抵触が問題になった。その担保取引法草案では，いわゆるファイリング・システムが導入され，動産（債権を含む）に対する担保権の設定および優劣関係の決定はファイリングの先後による旨の規定が含まれていた。これが民法典草案の動産担保の規定⁶⁴⁾と相容れないもの（全面的な書換えに相当するもの）であったことから，日本側から民法典の規定によるべき旨の申入れ，および妥協案として，担保取引法の適用範囲を商事取引に限定すべき旨の提案が行われた⁶⁵⁾。

しかしながら，ADB 側は，ファイリング・システムの担保取引全体への導入が ADB プロジェクトに共通のポリシーであるとし，それを変更するならばカンボディア政府への支援を打ち切る旨の回答をもって，日本側の申入れ

61) 例えば，不動産物権変動の要件として，フランス民法典ではフランス革命の思想的影響の下，あらゆる封建的束縛を排除し，当事者の意思のみで所有権移転ができることを重視し，それが伝統的な公証人慣行に支えられて，意思主義が採用される一方，ドイツ民法典では不動産所有権譲渡の意思表示に関する封建的儀式であるアウフラッシング（Auflassung）の慣行の影響が根強く，形式と所有権の所在を一致させる所有権観念の下，都市法等において登記技術が発達し，登記の形式的確定力の概念が形成され，かつ裁判所という国家機関の関与の下で不動産取引が行われてきた経緯がある。この点に関し，川島武宜『所有権法の理論（新版）』（岩波書店，1987）258-276 頁参照。

62) 所有権譲渡の意思主義と私的自治の原則との関係については，松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交(3・完)」横浜国際経済法学 4 巻 1 号（1995）149 頁参照。

63) 実際，モンゴルでは，GTZ の支援した民法と IMF が支援した土地法との間で規定間の齟齬の問題が生じた。

64) それは，日本民法と同様に，引渡し（占有移転）を担保権設定の成立要件および対抗要件とするものであった。

65) 安田・前掲注 55）877-878 頁。

を拒絶した。このような姿勢は、いったんスタンダード・モデルを決定し、それを融資のコンディショナリティーとして画一的に導入させようとするもので、投資の促進を図る余り、一国の法制度全体のバランスを考慮していないなど、厳しい批判が加えられている⁶⁶⁾。こうしたモデル法の利用方法は、パッチワーク的で、必ずしも実効性の見込みの十分でない法整備の弊害を助長する危険があり、《相手国の歴史と現状に最も相応しい、長期的な法形成にとってプラスとなる法整備支援(協力)》という観点からは、とくに大きな問題であると考えられる。

()民事訴訟法と特別裁判所法

さらにまた、カンボディアでは、日本政府が司法省をカウンターパートとして支援する民事訴訟法案に対し⁶⁷⁾、カナダ国際開発庁(CIDA)が商業省と司法省をカウンターパートとして支援した商事裁判所法案が2003年末に起草され、関連規定の抵触が問題化した。商事裁判所法案は、裁判官の汚職が深刻な現状に対してその早期改善を諦め、専門の裁判官を投資案件に集中投入して迅速・公平に投資案件を処理しようとするものとして、「投資を一日も早く誘致したい商業省と投資したい欧米諸国の思惑の一致から生み出されたもの」とみられている⁶⁸⁾。それは、当事者の立会権、審問権等の基本的な権利を保障する規定が薄い一方で、重要事項の多くを規則に委ねてしまっている、陪席裁判権(associate judge)の任命に対して拘束力ある推薦を行いうる委員会に、商業省等の行政機関の代表者が入っており、司法権の独立上問題がある、これらの問題点にもかかわらず、商事裁判所の管轄がきわめて広く、にもかかわらずブノンペンに1箇所しか設置されないなど、多くの問題を含んでいた⁶⁹⁾。

そこで、日本側が商業省・司法省に対して意見書を提出した。その後、軍事裁判所を除いて特別裁判所は設置しない旨の裁判所構成法草案の再起草の

66) 森嶋昭夫「基調講演：ドナー間における支援の相克と日本の支援の調整」ICD NEWS14号(2004)42頁、安田・前掲注55)878頁(ADBに対する第1位の出資国たる日本政府の外交戦略上も問題があるとする)。

67) JICA「重要政策中枢支援『法制度整備』」フェーズ1(1999年3月～2003年3月)。

68) 安田・前掲注55)879頁。

69) 竹下守夫「基調講演：カンボディアにおけるドナー間協力の課題」ICD NEWS 14号(2004)24-28頁。

中で、いったんは既存の裁判所の中に商事部を設置するものとされた（2006年7月）。しかし、閣僚評議会において商業省から商事裁判所設置がすでに世界貿易機関(WTO)加盟の条件として要求されていた旨が主張され、商業大臣と司法大臣との協議により、商事裁判所を設置する方向で、商事裁判所法草案の再起草の方針が示された⁷⁰⁾。ここでも民事手続法の体系的整備に向けた長期的で包括的な視野に基づくグランド・デザインが放棄され、パッチワーク的な法整備に止まってしまうことへの危惧が残る。さらに、その背景には、司法制度に関する英米法と大陸法との相克も見出されるように思われる⁷¹⁾。

()民事訴訟法における当事者主義と職権主義との相克

民事訴訟法における職権主義的規定

民事手続法の根幹である民事訴訟法の制定は、法整備の順序におけるプライオリティーも高く、実際に途上国でも相当初期段階に整備されることが多い。しかし、その内容においてしばしば問題になるのは、証拠の収集・取捨選択・認定等において国家がどこまで、どのような役割を果たすべきかである。私的自治の原則に立脚して、私人の権利を保護・実現すべき民事訴訟法の基本原則と考えられる当事者主義に対し、職権主義的な規定はどこまで許容されるであろうか。

例えば、カンボディアの民事訴訟法起草に際しては、長期的な視点に立った民事訴訟法の制定を望むカンボディア政府の意向を受け、これを支援した日本側から、当事者主義、弁論主義、公開主義、審問権の保障等の諸原則について説明し、カンボディア側の了解を得たうえで起草作業が進められた。もっとも、同時にカンボディア側からは、そうした諸原則を成り立たせる基盤が整っていないことについて、重要な留保があったことが報告されている⁷²⁾。すなわち、弁護士の数が少なく、その法的知識や訴訟技術が未熟なこと、一般民衆は識字率が低く、証拠収集能力や主張立証能力も低いこと、そのような状況下で当事者主義をただちに徹底させることは弱い立場の当事者に著しい不利益を与え、不公平な結果を招くおそれがあることなどである。その結

70) もっとも、その際、商事裁判所を設置する場合は、裁判官は職業裁判官以外は認めない方針が合意された。本間（安田）佳子「カンボジア民事訴訟法と商事特別裁判所」香川＝金子編著・前掲注54）117-118頁。

71) 竹下・前掲注69）25頁。

72) 安田・前掲注55）870頁。

果、ある程度は職権証拠調べの可能性を残すこと、口頭弁論前に弁論準備手続を前置させて争点整理と書証の取調べをすること、他方で、当事者の立会権を保障し、証人尋問は口頭弁論期日に行われるべきことについて、双方の納得を得たうえで起草が進められた⁷³⁾。このような方式は、対話型法整備協力のあり方として、今後の参考になる多くのものを提供しているように思われる。とりわけ、法整備に協力する両国の理解の相違には、それぞれの国民が国家の民事訴訟に対して期待するもののずれ(事件の背景にある紛争の総合的・根本的解決か、権利・義務関係の確定・実現に限った法的問題解決か)もあるように感じられる⁷⁴⁾。これに対しては、各国家の歴史と現状というコンテクストから離れて抽象的に唯一正しい解答があるとはいえない状況にあり、それだけに対話型法整備協力から関係各国が獲得しうる潜在的成果は少なくないであろう。

民事訴訟法における監督審の問題

さらに、当事者主義と職権主義との相克に関わる調整が困難な事例として、ベトナム民事訴訟法における監督審の問題がある。監督審とは、通常の訴訟手続を経て下された確定判決に対し、政府が特別の法廷を開いて審理をやり直し、必要と判断した場合にはそれを取り消す裁判手続である⁷⁵⁾。日本の国際協力機構(JICA)の支援を受けたベトナム民事訴訟法典の起草プロジェクトにおいては、この監督審の制度を草案に盛り込むべきか否かをめぐり、これを民事訴訟法典の草案中に維持することを強く主張するベトナム政府と日本のアドバイザーとの間で、熱心な議論が繰り返された⁷⁶⁾。ベトナム民事訴訟法における監督審は、通常の訴訟手続による確定判決(二審制のため、一審

73) カンボディア民事訴訟法典は2006年7月に成立し、2007年7月に施行された。

74) この点に関連して、ベトナムと日本の訴訟観の相違につき、関根澄子「国際協力部教官の仕事」<http://www.moj.go.jp/HOUSO/houso21.html> (2008年3月アクセス)はつぎのように指摘する。「例えば、原告が被告に対し、家の明渡を求める裁判では、日本の場合は、被告がその家を明け渡す義務を負うか否かについてのみ、判断されることとなります。しかし、これまでのベトナムの判決では、被告が家を明け渡す義務を負うという結論になった場合に、被告の転居先まで定めていたのです。日本人にとっては奇異な結論ですが、訴訟により紛争を統一的に解決するというベトナムの訴訟観からは、自然な発想と思われれます」。

75) 中国、ベトナムなどでは、民事訴訟においても監督審の制度が存続している。

76) ベトナム民事訴訟法における監督審の手続、その評価、改善策の提案については、井関正裕「ベトナム民事訴訟法の将来の問題」ICD NEWS 26号(2006)14-16頁に詳しい。

判決に対して控訴されなかった場合、または控訴審判決）であっても、それが効力を生じてから3年間は、最高裁判所長官または検事総長が法令適用の誤りを理由に請求した場合、審査のうで取り消すことを可能にするものである。この監督審の目的は、法の適切かつ統一的な適用を確保し、それを通じて政府が国民を教育して法を遵守するようにさせ、それによって社会主義国家の理念を実現することにある、と主張されている。これに対し、日本のアドバイザーは、そのような特別手続は廃止されるべきであると熱心に主張した。その理由は、判決の両当事者の意思に関わりなく判決の取消しを行いうる監督審は、裁判における当事者の自己決定権を侵害する（事件の当事者には監督審の請求（申立）権も、監督審における出頭・弁論権も付与されておらず、もっぱら政府の関心と判断に基づいて開始され、審理が遂行される）、当事者の法的地位の安定性を害しうる、ラオス等の近隣諸国では監督審を廃止しており、カンボディアで新たに起草・採択された民事訴訟法でも監督審は採用されていないことなどである⁷⁷⁾。しかし、最終的に、監督審は維持され、ベトナム民事訴訟法 282 条以下に規定された⁷⁸⁾。

それでは、この監督審のルールは、法の支配の観念と矛盾するものとみるべきであろうか。(a)法の支配についての権利と関連づけた捉え方および法の支配の本質を政府権力の制限とみる視点⁷⁹⁾からは、監督審は法の支配に反す

77) 井関・前掲注 76) 14-15 頁。もっとも、カンボディア民事訴訟法でも、6 条（検察官の立会い）、124 条（証拠調べ）2 項などにおいて、職権主義的な規定が維持されている。124 条「1 証拠調べは、当事者の証拠の申出により、行う。/2 裁判所は、当事者の申し出た証拠によって事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断することができないときその他必要があると認めるときは、職権で、証拠調べを行うことができる。」に対する注釈では、つぎのように述べられている。「証拠調べは、当事者の証拠の申出に基づいて行うのが原則である。証拠を提出する第 1 次的な責任を当事者に求めるのが近代法の原則と言える。ただ、当事者の証拠によって裁判所が十分な心証が得られない場合など例外的な場合には、裁判所の職権で証拠調べを行うことができる。カンボジアの実情に鑑み、当面は職権証拠調べが活用されるのはやむを得ないと考えられるが、将来的には第 1 項の本則を中心に運用されるべきものである（日本では 1947 年に本条 2 項に相当する規定は削除された）。なお、職権証拠調べを活用するには、証拠調べの費用（証人の日当、鑑定人の報酬、検証のための裁判官の旅費等）を国庫が仮に負担する制度が必要であるが、そのようなことが可能か、国家財政等の観点からも検討することが必要と見られる。」『カンボジア王国民事訴訟法（日本語条文）逐条解説付』

http://www.icclc.or.jp/equip_cambodia/index.html（2008 年 3 月アクセス）

78) ベトナム民事訴訟法は、2004 年 6 月 15 日に制定され、2005 年 1 月 1 日に施行された。

79) 前述第 2 章（1）参照。

るものとして否定的に評価される可能性が高いといえるかも知れない。

しかしながら、(b)このような類型の問題は、政府の仕組みを確立するための法改革プロセスにおいてしばしば見出される性質の問題であり、その意味では決して特殊ないし異例の問題とみるべきではない。したがってまた、これを社会主義体制に特有の問題として位置づけてしまうことも、問題の本質を取り逃してしまうように思われる。むしろそれは、国家の統治システムの確立を目指した動態的プロセスにおける法の支配の導入の順序とペースの問題として捉え、裁判官の養成や待遇を含めた裁判所制度の基礎的条件の整備度も考慮に入れ、ベトナム政府が主張する監督審の制度趣旨や背景事情を慎重に吟味しながら、当事者の自己決定権や当事者主義との抵触問題にどのように対処してゆくべきかを将来にわたって検討してゆくべきであろう。ここでは、一回的解決を前提とした固定的な解答を求めるのではなく、あくまでも動態的な改革プロセスとして、漸進主義的な法改革(incremental legal reform)を試みるべきである。このような見方からすれば、監督審もただちに当事者主義にそぐわないと断じて否定しすることは適切な判断とはいえない。既述のように、どの国家も既存の制度を白紙に戻して、制度的真空状態から出発することはできず、仮に現行法の内容が諸外国や国際標準からみて改革すべき内容のものであったとしても、つねに既存の制度的制約から出発せざるをえない以上、ひとまず現行法がどのような内容のものであるか、それを支えている前提条件は何であるかをいったん確認することから、法改革プログラムをスタートさせる必要がある。

このような漸進主義的法改革のスタンスから、いくつかの解決策が考えられる。例えば、井関正裕教授は「監督審制度は、いずれ取りやめて、上告制度又は裁量上告制度を採用すべきである」としつつ、「すぐに監督審を廃止できない」場合の次善策として、判決当事者への監督審請求権の付与、監督審請求期間の短縮、判決当事者への出頭権と弁論権の付与、監督審請求理由の厳格化など、きわめて注目すべき提案をする⁸⁰⁾。

さらに、そうした改革提案をする一方で、監督審制度の運用を観察しながら、一見回り道に見えるかも知れないが、人格権、所有権といったごくごく

80) 井関・前掲注76) 15-16頁。

基本的な実体的権利の観念が一般市民の生活の中に徐々に浸透し、個人の権利や私的自治に対する感覚ないし意識の伸張を促すことを通じて、監督審の手続を市民自身の判断と努力で改正しようという動きが自然に生じることをサポートするという方法もあるであろう⁸¹⁾。したがって、法整備支援（協力）に携わる関係者（外国人アドバイザーを含む）にとっては、そのような市民的動きを促すというルートからこの問題にアプローチするという選択肢も考えられる。もっとも、その場合でも、この制度の運用を常時注視しながら、関係者間で引き続き運用状況についての情報と評価を率直に交換すべきである。

第5章 おわりに

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⁸²⁾。本稿は、かかる開発法学の根本問題に対するアプローチの方法について序論的な問題提起を行ったにすぎない。それゆえに今後論じるべき個別問題は数限りない。例えば、法の支配の確立に際してのボトル・ネックになっている汚職ないしレント・シーキング（とりわけ、裁判所などの司法部におけるそれ）の問題の現状と原因を分析し、良い統治の観点からどのような解決策が見出されるか、具体的な改革プログラムを提示することは、喫緊の課題である。

しかし、ここであえて注意を喚起すべきと考えるのは、民主主義が民主的手続に従ってされなければ導入が難しいのと同様に、法の支配も法の支配に固有のルール、とくに法の支配の第2層で取り扱った法の形式化のプロセスにおける法の承認・裁判・変更に関するメタ・ルールに則ってしなければ確立が困難であることである。そうでなければ、法の支配の第1層であるルー

81) こうしたより間接的な支援は、前述した法の支配の形成プロセスにおける市民参加を図ることの重要性にも通じる。このような態度に対し、厳格な法の支配の概念に基づいて批判することは、必ずしも適切とはいえない。むしろ、そのようなプロセス志向の法の支配の構築アプローチは、国家の良い統治をどのようにして構築すべきかという観点から、積極的に評価されるべきであると考えられる。

82) 前述第1章参照。

ルに対する遵守意識という最も重要な最基層との間に乖離を生じさせてしまうからである。今や開発法学の方法として浸透しつつある漸進主義(gradualism)も、この《改革されるべき既存の制度に組み込まれたルールに従って新たな制度への改革を行いうる》という経路依存(path dependence)の含意を抜きにしては、改革を遅らせることのたんなる言い訳に墮するおそれがある。

この意味で、本稿で提示した法の支配の柔軟性(flexibility)も、けっして法の支配の内容の縮減(reduction)を意味するものではないことに注意しなければならない。それは、あくまでも各国に特有の歴史と現状に最も相応しい法の支配を形づくる方法とペースを調整する余地を許容するものであり、いやしくもルールの支配であればどのような手段によって導入されようと、どのような内容のものであろうと、あらゆる形態を許容するものではけっしてない。こうして、法の支配の意味はあまりに固定的かつ厳格に捉えるべきではないが、良い国家統治を構築するうえでその不可欠の重要性が軽視されてはならない。いやしくもある国家が良い統治を構築する必要性を認識しているとすれば、まさにそれによって運命づけられた必然的帰結として、法の支配の確立が含意されている。なぜなら、すでにみたように、良い統治を構成する一要素としての良い政府の内部関係、および政府と経済的組織ならびに市民社会との外部関係の双方において、法の支配は経済的組織や市民社会の活動を支え、政府の権限行使の濫用や逸脱がないようにコントロールするなどの役割を果たしているからである。このような意味における《法の支配を通じた良い統治の構築》は、ルールの不遵守、関連法規間の矛盾や欠缺、保障されるべき権利の保護・実現の欠如等のない国家が存在しない以上、日本はもちろん、いわゆる先進国にとっても永遠の理念であり続けるであろう。しかし、それだからこそ、法整備協力を通じて、いわゆる途上国も先進国もともに学ぶことができるのではなかろうか。