

# 日本発「開発法学」の理論構築の試み

松尾 弘

## ●「開発法学」への問い

「かつてマーク・トゥウェインが天気についていったように、皆が法と開発について語るものの、誰もそれについて大した事をしていない」。R・サイドマンがこう述べて、「法と開発の一般モデル」の構築を試みてから、すでに三五年が経過した。当時、興隆の頂にあつた「法と開発研究」(Law and Development Study)は、「法と開発運動」の行詰りに伴い、学問分野として確立しないまま、一時期部分的に衰えたものの、一九八〇年代後半以降に社会主義諸国の市場化・民主化等のための法整備支援が活発化する中で、「新しい」法と開発(New Law and Development)として勢いを取り戻した。では、それはかつての「法と開発」に比べてどこが「新しい」のだろうか。その新しさは「法と開発研究」を一つの学問分野へと高めるほどに自覚的に理論化されているのだろうか。それについての明確な回答は、まだ得られていない。

たしかに、「法と開発」に定義を与え、学問的基盤を構築することは容易でない。

が、今やそれを試みるのに格好の状況が生じている。なぜなら、グローバル化の進行に従い、法整備支援(Legal assistance)の実践が活発化し、その成果と課題が浮かび上がる一方で、法を含む制度の存在意義・構造・機能についての研究が進展し、実践上の課題を分析するための理論的準備が整いつつあるからである。本稿では、法整備支援の実践の意義と課題を探る一方、「法と開発」の理論の展開を振り返りながら、暗黙裡に形成されつつある共通理解として、一つの学問分野としての「開発法学」が成り立つための理論枠組みを探り、その再定義を試みてみよう。

## ●法整備支援の実践と課題

一九八〇年代後半から、国際機関、各国政府、NGO、研究機関、大学、個人等の様々な主体が、しばしば多様な形で連携して、法整備支援への関与を一層深めてきた。この現象は何を意味するのだろうか。あえて答えを先取りすれば、グローバル化の進行に伴い、国家間および国内の格差が急速に拡大し、社会の秩序が世界のあちこちで

崩壊する中で、「平和へのもう一つの道」として、法整備支援の意義が次第に認知され、拡大しているのではないだろうか。

グローバル化は、時にはわれわれの生活に大いなる利便を与え、時にはそれを根底から脅かす、アンビヴァレントな現実である。すなわち、それは一面で、ルールや規格の標準化・統一化を通じて、交通・通信・通商・紛争解決等の取引費用を削減し、より良質な物・サービス・情報を、より速く、より安く、より確実に、国境を越えて調達することを可能にしている。その原動力である市場システムは、その最大の受益者たちの強大な圧力にも促されて、世界に拡大しつつある。それは、われわれを否応なしに巻き込もうとする巨大なシステムである。他面において、市場システムが必然的にもたらす負の副産物、とりわけ、①企業の利潤追求競争による環境破壊、そして②国内外における貧富の差の急拡大は、深刻の度を増している。例えば、国連開発計画(UNDP)は一九九〇年から毎年「人間開発報告書」の中で、平均余命、識字率、就学率、一人当たり国内総生産等を主要素

とする人間開発指数を発表しているが、その格差が全体として拡大しているという恐ろしい現実の一端を示している。国際貿易や国際協力が盛んになっても止まることを知らないこうした格差の拡大を、D・ノースが「人類史の中心的難問」と呼ぶ所以である。さらに、③効率化・同質化に伴う文化破壊、それによる国や民族や個人のアイデンティティーの危機は、グローバル化のもう一つのベクトルを多文化主義や人間性の回復へと向かわせている。こうして、普遍化と多様化との綱引き状態を内包するグローバル化は、その緊張に耐え切れなくなった社会で秩序の動揺や崩壊を生じさせている。メディアを介してわれわれが目にする状況は、現実のごく一部にすぎない。その際、武力を用いて秩序を再構築すること、いかに多くの障害が伴うか、アフガニスタン復興の難航や、イラクの実質的内戦状態をみても、限界が露呈している。ここで、それと並ぶもう一つの平和構築と安全保障の手段として、法整備支援がクローズアップされることになる。

開発の手段として法整備支援が重視されるに至ったのは、R・コースやD・ノースらによる制度の分析により、国家間の経済格差の主要因の一つが各国の制度の効率性の相違にあることが明らかにされ、開発を実効的に推進するためには制度改革が鍵を握ることに、開発機関が着目し始めたからである（世界銀行『世界開発報告二〇〇二

—市場のための制度構築』参照)。こうして法整備支援には、UNDP等の国連機関、世界銀行グループ、国際通貨基金、地域の国際金融機関、EU、OECD等の国際機関から、アメリカ、カナダ、イギリス、ドイツ、スウェーデン、デンマーク、オランダ、日本、韓国等の外国政府、各国の弁護士会、その他国内外のNGO、研究機関、大学、個人等、様々な主体が、直接・間接に関与するようになった。

ところが、性格や利害関係を異にする支援主体の間では「法整備支援戦争」なるものが生じ、被支援国政府に対して異なる助言をしたり、各主体が支援した法制度間に矛盾が生じたり、法制度の整備がパッチワーク的になるという問題が顕在化した。例えば、カンボディアにおいて、土地所有権移転の要件について、効力要件主義をとった土地法（アジア開発銀行の支援）と意思主義・對抗要件主義をとった民法草案（日本の支援）との衝突、商事裁判所法（カナダの支援）と民事訴訟法草案（日本の支援）との管轄の競合などが事後的に発覚し、調整に難航した例がある。また、そうした競合の根底には、整備されるべき法体系の基本型をめぐる英米法系と大陸法系との「制度間競争」も存在する。そこで、複数の主体がどのように協力・連携して、被支援国のために最も良い法整備を推進できるかが課題になる。その際、この問題は、「ドナー間調整」の問題として狭く捉えるべきで

はない。むしろ、法整備支援が目指す理念を明確にし、各支援主体が積極的に協力・連携することの意味を自覚できるような共通目標が見出されるべきであろう。

法整備支援の理念を端的にいえば、被支援国における「良い統治」(good governance)を構築し、そうした個々の良い国家の集合からなる平和的国際秩序としての地球的統治(global governance)を達成することにあるといえる。それは、古くはI・カントによる市民的國家の「平和連合」(foedus pacificum)に、最近ではJ・ロールズのいう「万国民衆の社会」(Society of Peoples)に通じるものがある。それはまた、T・フリードマンが『レクサスとオリーブの木』の中で示した「マクドナルド」命題(国内にマクドナルドをもつ国同士は戦争しない)と重なる部分があるかもしれない。というのも、「マクドナルドの国」では、財産権の保障と契約の履行が、最低限でも、確保されていなければならないからである。かくして、国家における良い統治(良い国家)とは、①経済的な組織としての効率的な市場と企業、②それらの活動を立法や裁判や執行をとおして支える「良い政府」(good government)（＝強く、効率的であると同時に、合法的で、かつ市民本位の良心的な政府）、③①・②の強大組織を監視する非営利的・非政府的組織としての成熟した市民社会が、相互に独自性を保ちつつ、均衡した状態といえる。法整備支

援は、この意味の「良い統治」を確立するための有力な手段といえる。

実際、国際機関、政府、NGO等のいずれもが、法整備支援の目標として、「良い統治」を単独で、あるいは人権・民主主義・法の支配等と並んで掲げるようになったことは、きわめて興味深い現象である。日本の政府開発援助大綱(二〇〇三年改定)も、「良い統治(グッド・ガバナンス)に基づく開発途上国の自助努力を支援するため、これらの国の発展の基礎となる人づくり、法・制度構築や経済社会基盤の整備に協力することは、我が国ODAの最も重要な考え方である」(I2①)としている。こうして今や法整備支援は「良い統治」と明示的に結びつけられるに至ったのである。

これに加えて、法整備支援から得られた貴重な経験が、支援国内部の法改革や法学教育・法曹教育にも有益なフィードバックをもたらすという側面も看過できない。この意味では、法整備支援を先進国から途上国への援助の一環とみるだけでは一面的であり、実像を捉え損ねている。むしろ、それはグローバル化が進行する中で、各国の政府、国際機関、NGO等が相互に直接・間接に協力して、各国内部の法整備を行うという、より一般的なパターンとして定着する余地もある。そうだとすれば、それは「法整備協力」と呼ぶのが相応しいであろう。それを通じて、ミレニアム宣言、ミレニアム開発目標等に表れたグローバルな規

範が、各国の実定法として制度化されるルートにもなるであろう。それによって関係主体間に形成される法整備協力のネットワークこそが、平和的国际秩序としての地球の統治の核になるのではなからうか。

しかし、法整備支援を各国におけるグローバルな規範形成のための協力ネットワークの構築手段として意味づけ、より実効的・効率的なものに高めてゆくためには、既述のように克服すべき課題も多い。そのためにこそ、そうした課題の解決指針を提供しうる学問的基盤として、開発法学の構築が求められているといえよう。

## ●「法と開発研究」の展開

開発法学の理論枠組みを構築するには、従来の「法と開発研究」の展開と到達点を確認しておく必要がある。そこから得られる学問的成果は少なくないからである。「法と開発研究」の第一波は、東西冷戦構造の形成の中で、一九六〇年代のアメリカを中心に展開された。これは、途上国も所有権(財産権)法・契約法・選挙法等を整備し、そのための法学教育と法曹教育を行うことが発展に通じるとみる「近代化論」(modernization theory)を原動力とするものであった。それは、法を通じた社会工学としての法道具主義を是認する一方で、それによって自由で民主的で法の支配に従った社会が実現されると想定する進化的仮説を信奉するものであった。その背景には、個人

主義・自由主義・民主主義に根差し、交換的正義を重視する社会思想が存在した。

しかし、想定どおりの果々しい社会進化が生じないまま、東西冷戦構造の深化に伴い、一九七〇年代には「法と開発研究」の第二波が展開されるに至る。これは、低開発状態の存続原因は国際的従属関係にあり、世界経済システムの不平等な従属構造を人為的に打破することなしには、開発は進展しなくとみる「従属論」(dependency theory)を起動力とする立場であった。その根底には、社会主義・平等主義・計画主義に基づき、配分的正義を重視する社会思想が見出された。それは、近代化論の提示する法を経済的下部構造に基づく上部構造とみる一方で、政府の介入による再配分を実現する手段として、介入主義的な法の役割を肯定する。その成果は、新国際経済秩序の樹立宣言(一九七四年)をはじめ、開発の国際法、海洋法条約、発展の権利宣言などに結実した。しかしなおこの立場は、低開発の原因を途上国の国内要因に求めて近代化路線を継続する自由主義諸国や国際金融機関を説得するには至らなかった。

その結果、このようにして生じた溝を埋めることが、一九八〇年代後半以降に活気を取り戻した「新しい」法と開発に求められた理論的課題といえる。この第三波は、東西冷戦構造の崩壊とグローバル化の進展を背景に、一方における自由民主主義の勝利宣言と、他方における多文化主義的な社



会思想とポストモダンの・脱イデオロギー的な価値観の浸透との狭間で、その理論的拠り所を模索している。これに大きな足がかりを与えようとしているのが、「制度理論」(institutional theory)である。それは、各国の民族・歴史・文化に固有のコンテクストを重視し、人々の行動を現実に制約している制度として、インフォーマルなルールの存在に着目する。そして、開発は、フォーマルな制度の改革を通じて、最終的にはそうしたインフォーマルなルールを効率化することなしには達成されないことを承認する。こうして、市場化や民主化も、つねにローカルな状況のミクロ分析に照らし、再配分にも配慮しつつ、改革の順序とスピードをコントロールしながら着実に推進する必要がある。その結果、再び政府の役割が重視される。と同時に、最早そのジレンマからも目を離すことができない。すなわち、われわれは開発プロセスを主導できる強い政府を不可欠とする一方で、それを確実にコントロールする手段をまだもっていない。今まさに「良い政府」が要請される所以である。

以上にみた「法と開発研究」の第一波↓第二波↓第三波の展開は、将来、テーゼ↓アンチテーゼ↓ジンテーゼの図式によって把握可能になるかも知れない。しかし、そのためには、第三波の理論的基盤が固められ、法と開発が一つの学問分野として成り立つことが大前提になる。それは、今や開

発にとって不可欠と認められる制度改革の順序づけとペースづくりを主導できる強い政府を確立し、それに支えられた市場と企業の活動を活性化する傍ら、それらのカウンター・バランスとなる市民社会を成熟させること、すなわち、「良い統治」の構築方法を提示できるものである必要がある。

### ●開発法学の一般理論の試み

「良い統治」の内容と構築方法を提示できるときの開発法学の理論枠組みは、社会の構成要素とその相互関係を包括的に表現する、確固とした社会認識モデルに立脚して、「良い統治」のイメージを具体化し、それを構築するプロセスで生じるであろう多様な相互作用をシミュレーションできる全体論的枠組みである必要がある。

ノースは、企業・政党・政府・NGOなどの組織(organization)と、それらの行動を現実に制約する制度(institution)とを区別し、両者間の相互作用と緊張関係を社会認識の基本視点に据えている。しかしさらに、組織の背後にはそれを構成する個人が存在する一方、多様な制度が一まとまりをなす背景にはそれを暗黙裡に統合する規範理論が要請されている。そこで、ここでは試論的に、社会の構成要素として、①個々の「人間」、②人間が多様な目的で形成する「組織」、③個人や組織の行動を制約する「制度」、④数多くの制度間の矛盾や欠缺の批判規準としての「規範理論」から

なる社会認識モデルを設定し、これら四つのレベルから構成される開発法学の理論枠組みの構想を展開してみよう。

①制度改革が実効的に行われるためには、社会における「人間」の行動を現実に支配している習慣・習俗・道徳・宗教などのインフォーマル・ルールの変更までが必要になる。それは、最終的には、個人や行動様式を根本的に規定するイデオロギーないし精神モデルの修正を必要とする。この点だけを見ても、制度改革がいかに困難な問題であるかが窺われる。開発法学が制度改革の方法を提示できるためには、まず、そうした精神モデルの修正がいかに可能か、それを可能にする学習のメカニズムはどのように把握できるか、人間行動のメカニズムを解明する必要がある。

②つぎに、人間が社会生活をする際に形成する「組織」の種類と相互関係が解明される必要がある。われわれにとつては、少なくとも、(i)生活に必要な物・サービス・情報を生産・交換するための市場と企業、(ii)それらの活動を支援するために、財産権を定義し、契約のルールを定め、約束違反や財産権侵害に対して公正な裁判を行い、それを確実に執行できる強大な権限を備えた政府が不可欠である。さらに、(iii)そうした強大な営利的組織や政府の逸脱行動を監視し、コントロールするためには、非営利かつ非政府の第三の組織である市民社会が成長する必要がある。一つの国家において、

これらの経済的組織・政府・市民社会が固有の機能を發揮し、内部的統治(例えば、企業統治、法治主義・法の支配)を図りつつ、相互に均衡した状態を良い統治(良い国家)と定義すれば、開発途上国とは、この意味での統治度が不十分で、組織間の均衡が失われた社会ともいえる。そこで、良い統治を構築し、安定させるためには、社会の構成員の行動に働きかけ、それを通じて組織の内部構造や相互関係を改善するための制度改革が求められる。

③そうした制度改革を実現するためには、「制度」とは何か、それは何のために存在し、どのような構造をもち、どのようなメカニズムとプロセスを経て変更可能なものであるかを解明する必要がある。

制度は、(i)人々の行動を相互に予測可能にして不確実性を削減し、社会を安定させる一方で、(ii)人々の行動に一定のインセンティブを付与し、社会を改革するという二つの存在理由をもつ。それは、社会の中で自生的に生成するインフォーマル・ルールと、定められた手続に従って承認・確認・変更されるフォーマル・ルールとの結合物であり、前者が個人や組織の要求に突き動かされつつ、後者がそれらの行動を制約する形でつねに緊張関係に立っている。

法は、主としてフォーマル・ルールとして、既存のインフォーマル・ルールを追認して社会を安定化させたり、これを変更して社会を改革する道具となる。開発法学に

は、その指針となるミニマムな法モデルの提示が求められている。それは、普遍的価値に立脚しつつ、各国・地域に固有のコンテキストに適合可能な柔軟性を兼ね備えていなければならない(筆者自身は「権利の体系」と「法の支配」との結合からなる法モデルを構想している。参考文献②参照)。

④最後に、開発法学は、制度改革の指針となる法モデルを支える普遍的価値を論証できる「規範理論」を提示する必要がある。それは、開発の目標とオーバーラップする。S・ハンティントンは、開発の目標として、(i)経済成長、(ii)衡平、(iii)民主主義、(iv)社会の安定、(v)国家の自律を列挙し、「良い社会の一つのイメージ」としたが、異文化(文明)の下ではこれと異なる良い社会も否定し切れず、各指標間の関係や究極の目標の提示には至らなかった。他方、A・センは、「幸福」の概念を富(所得)、効用、満足感、…と突き詰めた末に、自発的選択によって潜在能力を拡大する「自由」に開発の目標を求めた。いずれにせよ、開発の目標は、人間社会と人間本性についての深い哲学的洞察に根差して、個人主義と共同体主義、自由主義と平等主義、民主主義と権威主義との相互関係を説明できるものではない。

## ●開発法学とは何か—再定義の試み

以上に試論的に示したような理論枠組み

からなる開発法学は、「グローバル化社会において、法整備協力による規範形成のネットワークを通じて、個々の国家における良い統治の構築を促すことにより、平和的国际秩序としての地球的統治を実現するために、各国の状況に適合するような制度改革の内容と方法を探究する学問分野」と再定義することができよう。それは、理論と実践、基礎と応用をメタ理論で架橋する新しい法学の形といえよう。

そのようにして、開発法学は、「恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚」し、「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して」(憲法・前文)、「国際社会の平和と発展に貢献」(ODA大綱・I-1)しようとする人々の、気の遠くなるような努力を、しっかりと支えるものでなければならない。

(まつお ひろし/慶應義塾大学法科大学院教授)

### 《参考文献》

- ①香川孝三・金子由芳編『法整備支援論』ミネルヴァ書房、二〇〇七年。
- ②松尾弘「『開発法学』への招待①」(『法学セミナー』六二二号、二〇〇六年、以下続刊)。
- ③安田信之『開発法学』名古屋大学出版会、二〇〇五年。