

Title	開発法学の教訓
Sub Title	The lessons of law-and-development studies
Author	Tamanaha, Brian Z.(Matsuo, Hiroshi) 松尾, 弘
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2006
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.4 (2006. 1) ,p.227- 269
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060115-0227

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

翻訳

開発法学の教訓^{*1}

ブライアン・Z・タマナハ
松 尾 弘／訳

- I 序 論
 - II 近代化論
 - III 従属論
 - IV 自己破壊的な緊張および自民族中心主義であるとの非難
 - V 法と開発研究の教訓
 - VI 危機への取り組み
- 【訳者あとがき】

*1 本稿の原題は、ブライアン・Z・タマナハ「書評論文：法と開発研究の教訓」
（“Review Article: The Lessons of Law-and-Development Studies,” *American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, pp. 470-486）の全訳である。文中〔 〕は原文のもの、[]内は訳者による補充である。また、アラビア数字の注は原文のもの、*1、*2、…は訳注を指す。

本論文の翻訳・掲載を快諾してくださった、セント・ジョーンズ大学ロー・スクールのタマナハ教授（Professor Brian Z. Tamanaha, St John’s University School of Law）、および本誌*AJIL*編集長のルース・タイテルバウム（Ruth Teitelbaum）氏に心から感謝を申し上げる。Reproduced with permission from 89 *AJIL* 470 (1995) © The American Society of International Law.

I 序 論

法と開発（law and development）が一つの学問的研究分野となっておよそ30年になる。法と開発に関する最近の二つの論文集*²の公刊は、これらの書物の書評という文脈の中で、この領域で達成されたこと、その現在の状態、そして、将来の方向性を吟味する機会を与えてくれる。

アンソニー・カーティ（Anthony Carty）によって編集された『法と開発』は1970年代の初期から、1980年代の終わりに至るまでの諸論文からなっている。本書の第一部は、この分野を支配してきた二つの主要なパラダイム——近代化論と従属論——に関係している。第二部は、発展への権利（the right to development）をめぐる論争を再現している。最終部は、国際法と開発の問題を取り上げている。この広範囲にわたって代表的な論文を集めた本書は、大きな影響力をもった「法と開発」論文を含んでおり、この分野の進展について充実した道案内を提供している。

サミー・エーデルマン（Sammy Adelman）とアブダル・パリワラ（Abdul Paliwara）によって編集された『第三世界における法と危機』は、法と開発に関する指導的な学者による最近の諸論文からなっており、これは法理論から立憲主義、刑法、社会的行為訴訟（social action litigation）、国際貿易、債務危機、および途上国における女性と法に関するいくつかの視点にまで及んでいる。

これら二つの書物は、総括的にいえば、芽を出しつつあるこの分野の文献への手取り早い、洗練された入場許可書を提供する¹⁾。この分野の書評は時宜を得たものである。なぜなら、「法と開発」研究は、成熟の域へと進歩する

* 2 本論文の書評対象となった、(1) Anthony Carty (ed.), *Law and development*, Dartmouth, 1992; (2) Sammy Adelman and Abdul Paliwala (eds.), *Law and Crisis in the Third World*, Hans Zell, 1993の二著を指す。

1) これらのコレクションの中で省略されている唯一の分科は、法人類学である。もっとも、多くの法人類学的な洞察が、諸論文の中に組み込まれてきている。「法と開発」文献の概観に関しては、Brian Z. Tamanaha, *Bibliography on Law and Developing Countries*, 1995をみよ。

ために十分なほど長い時間にわたって存在してきたからである。もっとも、この分野は、過度に特殊な特徴によって性格づけられてきた。それは、この分野への参加者が自らを「危機にある」と宣明したところのこだわり (the persistence) である。この危機状態は、1974年にトゥルーベック (David Trubek) およびギャランター (Marc Galanter) による「自己疎外に陥った学者たち: アメリカにおける法と開発研究の危機に関する幾つかの反省」²⁾ の論文の中で最初に表明されたものである。その約20年後にエーデルマンとパリワラは、その危機がまだ続いている、と宣明した³⁾。この分野を明らかに悩ましている危機の状態によって多くの質問が提起されており、その中で最も重要なものは、この危機の本質が何であり、解決方法というものがあるのかどうかである。

私は、この分野が産み出してきた主要な教訓を指摘するために、この分野のレビューを提示する。これらの教訓の多くのものは、素材の中に暗黙のうちに存在している。それらの教訓は、たんに法が発展途上国において果たしている役割に関するばかりでなく、発展途上国における法研究の性質と効果にも関係している。私は以下のように話を進めたい。第一に、私は近代化論 (modernization theory) と従属論 (dependency theory) の輪郭を提示する。私の意図は、これらの理論をめぐる通常の実質的な議論を超えて、それらの理論をより広い社会的・政治的・知的文脈の中に位置づけることである。私は、これらの理論がどれほど「法と開発」文献 (the law-and-development literature) と関連し、それらに影響を与えたかを証明しよう。ついで、私はこの分野を駆け巡っている切迫した衰弱傾向を論じ、この分野から学ばれるべきであると私が信じる教訓を列挙し、そしていわれている危機に話かけよう。

2) David Trubek & Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, 1974 Wisconsin Law Review* 1062 [以後は、Self-Estrangement として引用]。

3) Adelman & Paliwala, *Law and Development in Crisis*, in: Adelman & Paliwala at 10.

II 近代化論

A. 政治的發展運動

政治的發展運動（the political development movement）に対し、最初に情報を与えたパラダイムは、近代化論である。それは、第二次世界大戦の余波の中で、主にアメリカの経済学者、政治学者および社会学者たちの努力をとおして生じたものである⁴⁾。その理論的基盤は、パーソンズの構造機能主義（structural functionalism）に非常に多くのものを負っていた。この〔近代化〕理論は、その最も単純な形態においては、発展（development）とは究極的には西洋におけるのと同様の経済的、政治的および社会的諸制度を産み出すであろう、社会の分化（societal differentiation）を増大させる必然的で進化論的なプロセスである、と捉えた。そして、近代化のプロセスの帰結は、自由市場システム、自由民主主義的政治制度、および法の支配の創設であるとされた⁵⁾。

近代化論によれば、四つの要素が政治的發展にとって本質的であった⁶⁾。第一に、**合理化**（*rationalism*）である。これは、デュルケム、ウェーバー、テンニエスおよびパーソンズの社会理論に見出される、よく知られた二分法に基づいている。それらは特殊なものから一般的なものへ、原因（ascription）から達成へ、そして、感情的なものから感情的中立性への移行を含んでいる。それらはすべて社会の機能的分化を伴うものであると称されている。第二の要素は、民族的統合または**民族的国家建設**（*nation building*）の強調であった。これは発展途上国を脅かす多くの民族紛争の観点からみて重要である。第三の要素

4) 一般的には、Tony Smith, Requiem of New Agenda for Third World Studies, in: Ikuro Kabashima & Lynn T. White III (eds.), *Political System and Change*, 1966, 347を見よ。

5) 近代化論に関する有益な議論については、David Apter, *Rethinking Development: Modernization, Dependency, and Postmodern Politics* (1987)。

6) Samuel P. Huntington, Political Development and Political Decay, in: *Political System and Change*, supra note 4, at 96.

は**民主化**であった。これは多元主義 (pluralism)、競争および計算可能性を強調するものであった。最後の要素は、**動員** (mobilization) または参加であった。これは、とりわけ教育をとおして達成されるべきものであり、政治的な活動舞台に積極的に取り込まれる民衆の比率を増大させる方向を目指すものであった。

1950年代および1960年代初頭において近代化論を特徴づけた自信と進歩の確信は、1960年代の終わりまでには深い悲観主義に屈した。これは発展途上国が予測された経済的進歩に失敗したこと、および政治制度の崩壊ならびに権威主義的で軍事的な体制の蔓延によって呼び起こされたものであった。それらは、政治的發展に関する近代化論の諸仮定を裏切るものであった。現実は頑迷にも理論に反することを証明していた。

これに対する最初の応答は、失敗が発展途上国内部の諸問題に起因するとみることであった。当時流行した診断は、発展途上国は西洋の諸制度を成功裡に維持するのに必要な適切な態度——適切な「政治的」または「市民的」(civic) 文化——を欠いている、というものであった。これらの態度は、民族共同体 (the national community)、政府の正統性 (the legitimacy)、民主主義、国家法への服従、政治的行為者ならびに政府官僚たる行為者の役割と責任、および政治システムに関する市民の責任に向けられた一連の志向 (a set of orientations) からなるものとされていた⁷⁾。

しかしながら、まもなく近代化論そのものが、集中的な批判的吟味に晒されることになった。それは自民族中心主義 (ethnocentrism)、進歩主義、有効でない目的論的推論、および素朴さという非難が向けられる容易な標的となることが明らかになった。さらに、近代化論を基礎づけていた構造機能主義者のパラダイムは、増大しつつある批判に遭遇していた。その理由は、とりわけ、そのパラダイムが、中立的な科学であるかのように仮装しつつ、実際には不衡平

7) Gabriel A. Almond, The Intellectual History of the Civic Culture Concept, in: *The Civic Culture Revisited* 1, esp. 26-29 (G. Almond & Verba eds., 1980).

な現状の維持に向けられた保守的な社会理論である、というものであった⁸⁾。

よく知られた内部的批判は、政治学者であるサミュエル・ハンティントンによって力説された。彼は、近代化と政治的發展を同等にみるのは誤りであると論じた⁹⁾。彼は近代化の多くの側面——都市化、識字率の上昇、産業化、マス・メディアの拡大——は、発展途上国においては、進歩のよどんだ政治的發展と、あるいは政治的諸制度の遅れとさえも同時に起こることを観察した。彼の驚くほどに権威主義的な処方箋は、政治的諸制度、とりわけ実質的なコントロールを行使できる主要な政党をつくり上げるために、参加の重要性をそれまでほどには強調しない、というものであった。秩序を確立することが第一次的な目的であり、彼は「アメリカの後ろ楯は、われわれの目標と両立しうる目標をもつ最強の政党に対して行われるべきである」¹⁰⁾と主張することについて、ならん良心の咎めを感じなかった。このハンティントンの処方箋をもって、現実政治（Realpolitik）が学問の世界に侵入してきたのである。

近代化論およびそれが知らせた政治的發展は、「1970年代の初期には精力を使い果たしてしまった」¹¹⁾。近代化論と関係する法と開発の各論的な議論に移る前に、あまり指摘されなかった点が強調に値する。ちょうどこれまで述べられてきた事件の多くが、1960年代後半から1970年代初期にかけて、南北戦争以来経験したことがなかったほどにアメリカ社会を引き裂いた公民権運動（the civil rights movement）および反ベトナム戦争のコンテキストの中で理解されなければならない。学者たちは大学のキャンパスが最も激しい闘争の場であったことから、深く影響を受けることになった。この騒動は、幾分かは秩序の美德を再度強調することへと、そして、多くはアメリカ的なシステムと理念の疑問視へと通じた。

8) このような批判の指導的な例は、Alvin W. Gouldner, *The Coming Crisis of Western Sociology* (1970) である。

9) Huntington, *supra* note 6.

10) *Id.* at 138.

11) Tony Smith, *supra* note 4, at 349.

政治的發展運動は、第二次世界大戦での悪に対する善の勝利に続くオブティミズムの時代に飛び立ち、1960年代末のアメリカを特徴づける無垢の喪失 (the loss of innocence) をもって瓦解した。したがって、近代化論の消滅は、發展途上国において生じた失敗を唯一の原因として起こったのではないし、それを主たる理由とするものですらなかった。多くの開発理論家たちは、近代化論は長期間にわたる困難な作業をとおしてのみ達成されうる一連の理念からなるモデルであることをよく知っていた。近代化論は、苦しんでいる多くの学者たちにとっては理念それ自体がもはや自明のものであるとか、輸出する価値のあるものであるとは思われなくなったという事実によって、死刑宣告を下されたのである。

B. 法と開発運動

法と開発運動 (the law and development movement) は、実際のところ、1960年代の半ばになってようやく始まった¹²⁾。その時にはすでに政治的發展運動が始まっていた¹³⁾。法と開発の問題に関する論文の第一波の大抵のものは、1965年から1975年にかけての10年間のうちに出版されたが¹⁴⁾、それはまさにアメリカ社会の大変動と時を同じくしていた。その結果、政治的發展運動の衰退に通じたのと同様の理由によって、法と開発運動は、發展途上国におけ

12) John H. Merryman, Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement, 25 *American Journal of Comparative Law* 457, 457-58 n. 4 (1977) を見よ。

13) この年代順配列は、「法と開発における危機は開発研究全般における危機よりもずっと早く生じた」(10頁)とするエーデルマンとパリワラの主張とは矛盾する。しかし、この主張自体が不正確である。トニー・スミスが指摘するように、「ほぼ1970年までには、[政治的發展の分野は] 相当程度に死にかかった状態になっていた」。Supra note 4, at 347.

14) Elliot M. Burg, Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of "Scholars in Self-Estrangement," 25 *American Journal of Comparative Law* 492, 496-98 nn. 17, 18, (1977) を見よ。

る法の状況に関わりなく、失敗する運命にあった。私はまもなくこのことをずっと詳細に確認しようと思うが、ここではつぎのような単純な事実が、端緒となる手がかりを与える。すなわち、トゥルーベックとギャランターは、法と開発の運動の崩壊を1974年に宣言した。――これはその運動が熱心に始まってから10年も経たないうちである。しかしながら、10年というのは、途方もなく困難なプロジェクトであると普遍的に認められていることが成功したか失敗したかを評価するには、まだ十分ではない。

法と開発の運動は、近代化論の基本的信条を採用し、進化論的な進歩は究極的には西洋におけるのと類似した法的な理念と制度に帰着する、という観念に固執している。ギャランターが「法の近代化」と題した1966年の論文で述べているように、「ヨーロッパおよびその他の地域における発展は、このような『近代』型の法体系への全世界的規模での変容における諸局面としてみられるべきである。この種の近代化は今日、新しい諸国家と古い諸国家の双方で続いている」¹⁵⁾。

発展において法が果たす役割に関する優れた理論的議論は、トゥルーベックの論文である「法の社会理論へ。法と開発研究に関するエッセイ」（カーティーの論文集の中に採録）に含まれていた¹⁶⁾。理論的には、法は経済発展にとって不可欠なものである。なぜなら、法は市場システムを機能させるために必要な諸要素を提供するからである。これらの諸要素は、予見可能性（predictability）を生みだし、計画（planning）を可能にするものとしての、統一的に適用される普遍的ルールを含んでいる。例えば、将来の期待を保障する契約法の枠組み、および労働の果実を保護する財産法である。理論上は、法は自由民主主義国家（the liberal-democratic state）の背骨として役立つことによって政治的

15) Marc Galanter, The Modernization of Law, in *MODERNIZATION* 156 (Myron Weiner ed., 1966).

16) David Trubek, Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development, 82 *Yale Law Journal* 1 (1972).

発展を支援する。法はそれによって政府がその目的を達成する手段（the means）であり、また、法は恣意的なまたは圧政的な政府の行為を抑制するために役立つ。

トゥルーベックとギャランターは、自由主義的な法の支配のモデルの核心的特徴を「法的自由主義」（liberal legalism）と名づけ、つぎのように詳説する。

1) 社会は、自分自身の福祉のために国家に同意する諸個人から構成されている。2) 国家は法をとおして諸個人に対するコントロールを行使し、そのコントロールは法によって制約される。3) 法は社会目的（social purposes）を達成するためにデザインされ、社会内部のいかなる個人やグループにも特別の優先的利益を与えない。4) 法はすべての市民に対して平等に適用される。5) 裁判所は法の定義および適用に対して責任を負う第一次的な法制度である。6) 裁判は権威的ルールおよび原理に関する包括的な集成に立脚し、判決は外部からの影響に服すべきでない。そして、7) 法的行為者は制約ルール（the restraining rules）に従い、住民の大部分は法を内部化（internalize）し、ルールに対する違反が存在する場合には、強制行為が遵守（conformity）を保障するであろう¹⁷⁾。

アメリカの法学者たちは、暗黙のうちにこのモデルに立脚し、行動を起こすよう方向づけられて発展途上国へと出向いたのである。彼らが強調したのは、法を社会工学の手段とする見方と合致して、これらの国々における発展目標を達成する道具としての法学教育と法律専門家の改革であった。

近代化論に関して政治的発展の運動の中で起こったように、「自己疎外」の論文の中でトゥルーベックとギャランターは、法的自由主義モデルを「自民族中心主義的で、素朴なもの」とであるとして批判した¹⁸⁾。彼らはこのモデルが自民族中心主義的であるという場合の二つのあり方を区別した。第一に、その

17) Trubek & Galanter, *supra* note 2, at 1071. この説明は、彼らのリストの縮約版である。

18) *Id.* at 1080.

モデルは発展途上国における現実と鋭く対立した。これらの発展途上国は、政治的多元主義の代わりに、社会的階級化、激しい階級差別および権威主義的政府をもっていた。氏族や村と比べると、国家は弱いものであった。住民の大部分は法的ルールを内部化してはいなかった。しばしばそうしたルールは、経済的エリートの利益のために公布された。中でも、裁判所は典型的に弱く、あるいは重要ではなかった。第二に、トゥルーバックとギャランターは、法についての道具主義的見方（an instrumental view of law）を輸出することは、潜在的に有害であると論じた。国家が権威主義的グループの手に握られているときには、第一次的に道具主義的観点からみられた法は、制約としては機能しえない。法がその内在的価値や目標を欠く場合には、それは国家をコントロールし、国家の目標を設定する者たちの道具となるであろう。

しかしながら、トゥルーバックとギャランターは何が西洋モデルにとって代わるべきかについて何らの示唆も提供していない。その代わりに、彼らは「折衷的批判」という、純粋に消極的アプローチを提示した。そこでは、自由主義的な法的パラダイムは「内在的に問題をはらむものとして扱われ」た¹⁹⁾。彼らの論文の公開からほどなくして、合衆国における法と開発の運動は、消滅したも同然であった。財団から流れる金はストップした。この問題に奉仕するための様々な組織やプログラムは縮小され、あるいは消し去られた。関係した学者たちは他の研究へと移っていった。

ところが、合衆国の法学界におけるこれらの出来事は、法と開発の終焉を意味するものではない。以前の植民地、フランスおよびイギリスの学者たちはとりわけ、アフリカ、ラテン・アメリカおよびインドの多くの学者たちとともに、この問題に関する研究と執筆を続け、豊富な研究成果を増大させている。もっと重要なのは、発展途上国における法律家たち（土着の者および移住者）は、西洋モデルに基づいた法の借用と法制度の構築を迅速に実行し続けていること

19) Id. at 1099.

である。国連およびその様々な下部機関もまた、発展途上国の利益の保護を目指して、モデル契約の起草から、行動準則の促進まで、法的開発の業務に携わっている。「法のグローバリゼーション」が増大しつつある兆候も、今では見ることができる。このプロセスにおいては、発展途上国はGATTや海洋法のような世界規模の法的枠組みに組み込まれ、契約法、商法、さらには憲法のような領域でも、内部の国内法を横断する形での統一性が増大している²⁰⁾。

法と開発の学者たちの間における危機は、発展途上国における法律実務家の上層部にまで漏れ出すことはなかった。――彼らは解決されるべき具体的で実質的な仕事に直面していた。彼らは折衷的な批判という贅沢にふけることはできなかったのである。こうして法的開発の現実性と必要性は、開発理論における停滞によって影響を受けることはなかった。

にもかかわらず、トゥルーバックとギャランターの「自己疎外」の論文は、法と開発研究において、単独でも最も影響力のある一篇であり続けており、そのことは、この論文がここで書評されている論文集の双方の序文で議論されているという事実によって証拠立てられるとおりである。この論文の持続的な支配力の顕著な徴表、および進展に失敗したということは、エーデルマンとパリワラによる「将来のために議論すべき課題」という表題の下で行われているつぎのような宣言によって指摘されている。すなわち、「本書への寄稿論文を結び付けている糸は、**自由主義的な法と開発理論に対する批判**、およびそのことが発展途上世界における人びとの生活にとってもつ重大さである」(22頁。**強調**は評者による付加)。この将来のために議論すべき課題は、文字どおりに議論すべき課題以上のものである。批判は、それと同等の、あるいはそれ以上の積極的建設への努力を伴わなければ、ただそれだけでは破壊という遺産を残すだけである。したがって、「自己疎外」論文の中に反映されている理由づけによってこの分野に押し付けられた思考の制約を打ち破ってそこから自由になるこ

20) 一般的には、Michael J. Shapiro, The Globalization of Law, 1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 37 (1993).

とが、決定的に重要である。

C. 自己疎外は、自家製のものであり、自家に属するものであった

出来事を正しく理解するためには、時間の経過に優る手段はない。トゥルーベックは、劇的に成功した論文の共同執筆の後には、批判法学運動（CLS）の中心人物となるに至った²¹⁾。「自己疎外」論文は、この運動の「公式の」誕生の直前に公刊されたものの、法的自由主義に対する攻撃と、批判的方法への貢献により、批判法学の学界の心髄をなす一篇であった。

批判法学運動とこのような緊密な結合は、二つの理由から重要である。第一に、初期の批判法学運動の学者たちは、1960年代から1970年代初期にかけての市民的権利および反戦の抗議から深く影響を受けていたことには疑いがない。こうして、批判法学運動は特殊アメリカ的な経験から生まれた運動であった。第二に、たとえその最盛期においても、批判法学運動はアメリカのロー・スクールにおける最左翼の学者たちのサークルをそれほど遠く越えるものではなかった。それは法実務の現実に対する明確な繋がりをほとんどもたない現象であった。

自由主義的な法の支配の伝統が、その多くの誇大的な主張に応じて行動することに失敗した仕方を繰り返し思い出させることを要求するのは、疑うことができない。批判法学運動は、あまりに自信に満ちた法的伝統の中にあっても、生き生きとした批判をし続けるという価値ある役割には奉仕した。しかし、この批判的企画は、すでに西洋に広まっている法の支配の頑強な伝統と共生的に存在したということを頭に入れておくことが決定的に重要である。

批判法学研究との関連からは独立して、「自己疎外」が途上国における状況

21) John H. Schlegel, Notes toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies, 36 *Stanford Law Review* 391 (1984) を見よ。(ギャランターはCLSの追従者ではないが、影響力のある社会—法学者 [socio-legal scholar] の一人になった。)

よりは、自国での出来事と遥かに緊密な関係をもっていたという事実は、この論文それ自体からはっきりと確認される。その中で、トゥルーベックとギャランターは、法的自由主義 (legal liberalism) に対する挑戦の根拠として四つの源泉のみを挙げている。すなわち、(1)「第三世界についての経験的知識」、(2)「合衆国的な社会像としての法的自由主義に対する信頼の喪失」、(3)「アメリカ的な経験の普遍性または望ましさに対する疑い」、および(4)「[合衆国および第三世界の政府の] 政策的動機に対する懐疑論」である²²⁾。これら四つの源泉のうちの三つは、主としてあるいはもっぱら、合衆国における出来事と関係している。

上記の第一の根拠、つまり、モデルと現実とのギャップに関するものだけが、発展途上国全般における状況に基づいている。しかし、この第一の根拠でさえ、究極的には合衆国における政治的混乱に関係している。トゥルーベックとギャランターは、「自由主義的な法律万能主義者 (liberal legalist) は、開発について、それが第三世界におけるモデルと現実との間にギャップが存在するであろうことをつねに認めている、と考えた。たしかに、モデルの目的はまさに、改革者がこれらのギャップを埋め、プロジェクトがそれらを満たすよう企画する余地を設けることである」、ということを認めている²³⁾。この点に関しては、法的自由主義への継続的な固執として、トゥルーベックとギャランターによって引用された主要な実例の吟味が、とりわけ効果的である²⁴⁾。それは、トーマス・フランクによる1972年の論文、*The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?* (カーティ編の論文集3-37頁所収) である。フランクは、アメリカ的なモデルの意義に対する制約

22) Self-Estrangement, *supra* note 2, at 1089. ギャランターは、彼の1966年の論文における数多くの矛盾を列挙した (*supra* note 15, at 156-65)。多くの点で同様の指摘が、Lawrence M. Friedmanの初期の論文である、*On Legal Development*, 24 *Rutgers Law Review* 11 (1969) の中にも見出される。

23) Self-Estrangement, *supra* note 2, at 1090.

24) *Id.* at 1096 n. 92.

についての長い議論を行っている（18-24頁）。彼は、このモデルの中から選択された僅かな視点のみが移転可能であり、しかも、その場合でも最大限の注意を要する、と結論づけている。こうして、罪人であると想定された者でさえ、トゥルーバックとギャランターによって明らかにされた問題点を十分に意識していたのである。

トゥルーバックとギャランターは、モデルと発展途上国における経験的現実との矛盾が既に広く知られていることを認めた後に、本当の問題は「社会における法のモデルと合衆国自体の法的現実とのギャップ」についての新たに覚醒された意識であったということを認め続けた²⁵⁾。こうして最後には、法的自由主義モデルに挑戦するためにトゥルーバックとギャランターによって引用されたすべての理由は、「自家における」出来事と結びつけられた。

この状況におけるアイロニーは明白である。トゥルーバックとギャランターは、「法と開発」の研究者たちが自由主義的な「法の支配」モデルの自民族中心主義的な輸出をしていると攻撃したのであるが、彼らはまさにちょうど同じことをしたのである。――彼らは発展途上国に対し、「法の支配」とともに、合衆国における自家製の危機によって生み出された批判的な態度と方法論を遺した。西洋においてすでに確立された「法の支配」のシステムが適切に機能するために最も重要なのは、折衷的な批判である。しかしながら、この容赦なく否定的な同じテクニックが、法の支配をこれから確立しなければならない諸国に適用される場合には、事態は全面的に異なってくる。

「自己疎外」の中で表明された見解に対する最後の反論は、つぎのようなものである。すなわち、トゥルーバックとギャランターは発展途上国に対して法についての手段的見方を力説することの危険について警告した点では正しかったが、その一方で、彼らはそのような法的手段の見方が、合衆国でも（保守主義者により）、法の支配を墮落させるものとして、強力に反対されていたこと

25) Id. at 1091.

を付け加えるのを怠った。たしかに、批判法学運動の指導的哲学者であったロベルト・ウンガー（Roberto Unger）は、法についての手段的見方の登場は、法の支配の崩壊、およびポスト自由主義的社会ならびに社会的福祉国家への移行に関する主要な視角であったと論じた²⁶⁾。

私はこれとは正反対に、法に対する手段的な態度へのトゥルーバックとギャランターによる反論の含意は、彼らの議論の主眼およびこの分野への彼らの遺産と正面から衝突することを指摘したい。すなわち、発展途上国において——法についての純粋に手段的な見方の危険に対して保護するために——必要とされているものとは、確立され、機能し、形式主義的に方向づけられた「法の支配」のシステムである！ 道具主義は、法の支配の真髄としてではなく、法の一側面として導入される場合に最もよく働く。国家を監視する強力な社会的力が存在しないとすれば、これまでに創造できなかったようなその他の解決方法が考案されないかぎり、法の支配に対する尊重のみが権威主義的な支配者たちを効果的に抑制することができるのである。

ヤッシュ・ガイ（Yash Ghai）による、アフリカにおける自由主義的および社会主義的憲法の比較法的分析（エーデルマン＝パリワラ編の論文集51-75頁所収）は、このような議論に対してさらに支持を与えている。ガイによれば、これら二つの形態の〔憲法の〕核心的相違は、自由主義的憲法は、法を自律的かつ公平で、個人を政府から保護することを志向するものとして描いているのに対し、社会主義的憲法は、法を純粋に道具的な用語により、社会主義的社会をもたらす、指導的政党の目標を達成するための手段とみている点にある、ということが明らかにされた。ガイは、自由主義的な憲法の中立的な外観は、しばしば既存的社会および経済的不平等の表現を覆い隠し、許容しているが、しかし、法の支配のイデオロギーは、積極的な効果をまったくもたないわけではない、と論じた。すなわち、——

26) Rogerto Unger, *Law in Modern Society* 192-200 (1976).

まさにこの「法の支配の」イデオロギーの力強さゆえに、それと明白に矛盾する行動は——支配者の側においてであれ、被支配者の側においてであれ——、容易に異議を申し立てられる。こうして、このイデオロギーは官吏の行過ぎを抑制し、市民の諸自由（the liberties and freedoms）をある程度確保するために活躍している。（Id., pp. 55-56）

今日の発展途上国における抑圧と略奪の主要な源泉の一つは、権威主義的政府「それ自体」である。自由主義的な「法の支配」システムの中心的前提は、個人を政府の暴政から保護することである。「法と開発」の理論家たちは、彼らの努力の大部分をこのモデルの取壊しに費やすのではなく、むしろ「法の支配」のモデルを各地方の状況に適合させ、成熟へと成長させうる方法を考案すべく努力を続けるべきである。

トゥルーバックとギャランターによって解明された法的自由主義のパラダイムは、有益な情報を与えるものではあったが、記述されたすべての要素が「法の支配」システムの前提条件であると暗示するかぎりでは、甚だ誤解を招きやすいものである。彼らが観察したように、合衆国でさえその記述を満足させてはいなかった。今日世界中で機能しているのは、法の支配の多様なバリエーションであり、それらは個人主義者によって志向された文化とも共同体主義者によって志向された文化とも同じように共存している。法の支配はつねに、特定のまたは必然的な制度的配列のセットであるというよりも、諸理念の束以上のものから構成されている。

法の支配についての最小限綱領主義者は、政府が政治的権威によって公布されたルールに従って行動し、基本的な人間の尊厳をもってその市民を扱い、そして、要求を聞き入れもしくは紛争を解決するために、（達成可能な程度において）公平で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であろう。これらの基本的要素は数多くの社会—文化的な配列と両立可能であり、潜在的な争いにもかかわらず、それらは発展途上国に提供すべき多くのものをもっている。

D. 将来のために議論すべき課題

私はエーデルマン＝パリワラ編の論文集における二つのエッセイを手短かに対照することをもって、本節を閉じることにしよう。それらは、ピーター・フィッツパトリックによる「法の不名誉」(Peter Fitzpatrick, “Law’s Infamy,” pp. 27-50) とジル・コットレルによる「第三世代の権利と社会的行為訴訟」(Jill Cottrell, “Third Generation Rights and Social Action Litigation,” pp. 102-26) である。

フィッツパトリックのエッセイは、法の神話的性質に関する思考を刺激するような解説である。彼は主として啓蒙期に焦点を絞り、法は未開状態という作り出されたイメージと対照させられることにより、進歩と秩序のイメージに包まれてきたことを説得的に論じている。彼の見解によれば、法は実際に救い難いものである。彼は「開発を目指した法の無思慮な唱道 (advocacy) は、まさにその当初から欠陥をもっている」(p. 27) と結論づける。

しかしながら、このエッセイは、法と開発または発展途上国についてはほんの僅かしか述べておらず、また、それは容赦なく否定的であり、法の名の下に行われてきた多くの悲惨な事態を強調しているものの、この「神話」から生じた善いことについては何も触れていない。フィッツパトリックの説明は、何も選択肢を提供しない、一つの絶望、危機および自己疎外である。それは「開発における法の理論と実践を特徴づけてきた放縦な悲観主義」²⁷⁾ の完璧な一例である。

他の何にも増して法と開発は、法の積極的な利用に関する明敏な表現を必要としている。コットレルのエッセイは、公益訴訟 (public interest litigation; PIL) をめぐってインド最高裁判所のある裁判官たちに見られる積極主義者の姿勢に関する詳細な説明である。同裁判所は、被疑者に対する長期にわたる公判前手続における拘留 (多くの場合、最大限可能な刑罰よりも長い) の回避、環境保護

27) Adelman & Paliwala, *supra* note 3, at 10.

法の実現、および16歳未満の子供の留置に関する調査といった事柄において、効果的な措置をとってきた。これらの各事例において同裁判所は、国家による抵抗や積極的な反対にもかかわらず、ある程度の成功を達成した。コットレルは、インドのすべての裁判官が公益訴訟の事件に熱心ではないという事実を含め、公益訴訟事件に対する同裁判所の取扱いに纏わる多くの問題点を識別し、そして彼女は、なぜこうした実践がその他の発展途上国では機能しないのか、その理由を指摘する。にもかかわらず彼女は、そのような事例がその他の法域においても見習われるべきモデルとして役立つ、と結論づけている。

それ以外の貴重な提言としては、カリブ海地域における具体的な法と開発プログラムの落とし穴と長所に関するブルース・ザガリスによる有益な記述（Bruce Zagaris: in Carthy, pp. 121-65）、および「ボトム・アップ」アプローチの具体例に関するポールとディアスの論文がある。後者は、農村の貧困層が社団を形成するよう組織化し、彼らの資産をプールし、そして、国家の政策と戦ったり、政府に行動を促すよう刺激するために法を利用することを強調する開発技術について説明している²⁸⁾。

さらに多くのそうした例を追求することは、別のコンテクストにおいて、それらのバリエーションや類似の解決を工夫するための想像力を掻き立てるのに役立つであろう²⁹⁾。

発展途上国における人びとによって捧げられるであろう何十年にも及ぶ努力

28) これらの問題点に関するより詳細な議論に関しては、J. Dias, R. Luckman, D. O. Lynch, & J. C. N. Paul (eds.), *Lawyers in the Third World: Comparative and Developmental Perspectives* (1981) を見よ。

29) 私は別の論文において、ミクロネシアに移植された合衆国の法と法制度が、大抵は重大犯罪と商取引に限定された形で適用されるにとどめ、その他の領域に関しては依然として有効な伝統的システムに介入させないようにすることにより、いかに十分合理的に機能しているかを示した。Brian Z. Tamanaha, *Understanding Law in Micronesia: An Interpretive Approach to Transplanted Law* (1993)。

の後に、最終的に得られる帰結は、法の支配がその中核的要素を維持しつつも、各地の状況に適合するように変更されて、各土地固有の土譲へと置換されることが世界中で成功する、という成果であるかも知れない。そうした希望のメッセージが、将来のために議論すべき課題を提供するのである。

Ⅲ 従属論

A. 背景

マルクス主義者によって鼓舞された従属論 (dependency theory) は、1970年代半ばにおける近代化論の崩壊によって残された空白を埋めるものであった。それは発展途上国において、とりわけラテン・アメリカの学者たちによって練り上げられた。近代化論が発展の失敗の原因として発展途上国内部の諸要因にもっぱら焦点を当てたのとは対照的に、従属論は低開発の原因はグローバルな資本主義システムの歴史と構造の中に見出されるべきであると論じた。

植民者たちは植民地の天然資源と労働を搾取し、彼らの生産物を植民地に売却し、植民地本国によって生産されている生産物に関して植民地が競争することを制限し、そして、植民地における法人企業、プランテーションならびに白人入植者の飛び領地を設立・保護し、その際にはしばしば排他的な免許、貿易の権利および本国から導入された法的枠組が伴うことになった³⁰⁾。

植民地支配の終結は、この搾取システムに終わりをもたらさなかった。発展途上国は明らかに不利な立場で世界市場システムに組み込まれた。それらの国は、確立された産業基盤と最新の技術、輸送とコミュニケーションのインフラストラクチャーを欠いていた。これらの必然的特質を踏まえて開発することは、外国からの投資を引き付けること、西洋から資本を借り入れること、および西

30) これらの活動に関する優れた記述は、David Greenberg, *Law and Development in Light of Dependency Theory*, in the Carty volume, at 89-119に述べられている。

洋製の産業の装置と技術を買入れることを含んでいた。結果的に生じた発展の多くのものは、自国内での消費よりも西洋への輸出のための商品生産に向けられていた。このことは発展途上国に多様性のない生産基盤を残し、また、これらの国を西洋における消費者の気まぐれに従属させ、西洋諸国が自国の生産者を保護するために設けた貿易障壁に対して弱いものとし、そして、西洋の経済の一般的な健全さに依存するものとさせた。総じて、従属論によって投影されたイメージは、中核にある西洋と周辺にある途上国というイメージであり、それによって前者の富は後者を永続的な従属と低開発に置き続けることに立脚している、というものである³¹⁾。

従属論は、発展途上国における地方のエリートは外国の資本家たち、およびしばしば地方政府の官僚たちと階級的な同盟を形成しており、その一方で、これらの資本家や官僚たちはそのエリートの利益を支持している、と主張する。こうした地球規模のプロセスの犠牲者は発展途上国における大量の地方の貧困者および都市のスラムの住人であり、彼らは開発が行われてもほとんど利益に与ることがない。

従属論によって提示された見方には、否定しようのない説得力がある。それは一連の根本的に異なる社会的、経済的および政治的諸現象を統合し、簡明で包括的な説明を提供している。

従属論は数多くの発展途上国において、とくにラテン・アメリカおよびインドにおいて、攻撃的な経済ナショナリズムを生じさせ³²⁾、それは〔①〕地方の産業のための保護主義者の諸方策と結びつけられた輸入代替（import substitution）を強調した。カーティー編の論文集の中のジョヴァの論文（Joseph Jova, “Private Investment in Latin America: Renegotiating the Bargain” [with C. Smith and T. Crigler, pp. 333-62]）は、従属論によって明らかにされた幾つかの

31) 従属論の網羅的な説明に関しては、Francis G. Snyder, *Law and Development in the Light of Dependency Theory*, 14 *Law & Society Review* 723 (1980) を見よ。

32) Adelman & Paliwala, *supra* note 3, at 5.

問題に対処しようとするラテン・アメリカの努力に関する詳細な説明を提供している。これらの努力の中には、〔②〕外国投資家が上げた収益の本国帰還 (repatriation) に対して制約を置くこと、〔③〕国民による所有に有利のように多数者によるコントロールをある期間を置いて取り除くことを強制すること、〔④〕技術の購入に関して価格制限を課すこと、および〔⑤〕外国資産の接収に対する補償に関する紛争が国内の裁判所によって審理されるべきことを要求することが含まれていた。それらの帰結は混合的なものであった。事業者たちはそうした制約に進んで対応することを示唆したものの、最も強硬な路線をとった諸国では、これらの方策は外国投資の減少へと帰結した (id., p. 360)。

従属論の説明力とそれへの多くの転向者にもかかわらず、近代化論の場合と同様に、現実はその通りではないことが明らかになった。発展途上国においても純粋な産業の発展が起り、またそれが継続していることに関する豊富な証拠が存在する。これは従属論が許容するよりもはるかに大きな発展である。「たしかに、第三世界の多くの部分における経済成長の活気が北におけるよりも実質的に大きなものであることを示す統計は、容易に入手できる」³³⁾。1994年版の『世界投資報告』(The 1994 World Investment Report)によれば、近年においては、先進国への投資が不景気に喘いでいる時でさえ、対外投資の「発展途上国への流入は活況を呈し続けている」とみられている³⁴⁾。また、地球規模の生産の配分において根本的な変化が生じつつあることも明らかである。そのことは、発展途上国における低廉な労働コストがもつ不公平な競争上の優位や、未熟練の製造業が発展途上国へと加速度的に移転することに対して、西洋諸国がますます不安感を表明しつつあることにも反映されている。さらに、多くの人口を抱える中国が近年繰り返して主張するように、大きな潜在力をもつ消費者市場に付随する取引力は、過小評価されるべきではない。

33) Smith, *supra* note 4, at 364.

34) UNCTAD WORLD INVESTMENT REPORT at xix (1994).

従属論にとってのもう一つの問題は、そのマルクス主義的な理論枠組の狭さである。すなわち、その理論枠組は、資本主義と階級との力学を排他的な説明要因として明示する。〔しかしながら〕多くの発展途上国の内部やそれら〔発展途上国相互〕の間を通じての宗教的、国民的（national）、民族的（ethnic）および氏族間の競争からもたらされる広く浸透した影響は、従属論によってはまったく説明されえない。さらには、発展の度合いや性質に関して発展途上国間に大きな差があることは、——いみじくも近代化論が論じていたように——各国の内部的な諸事情、例えば、天然資源、教育レベル、労働や貯蓄への文化的な性向、政治的文化、および政治的ならびに経済的な諸制度の性質ならびに歴史における相違によってのみ説明されうるものであった。

こうした現実が従属論に対して提起したこれらの問題は、近代化論の信条と首尾一貫するものであることが注意されるべきである。すなわち、「振り返ってみれば、従属論の立場から書かれたものは、狭くかつ短期的な視点のみを示すものであったのに対し、この〔近代化論の〕アプローチは、長期間にわたる第三世界の変化の成行きをよりよく説明しうるものであることが明らかになった」³⁵⁾、との考察が行われている。

その思惑はさておき、従属論の威信は明らかに悩み多きものとなった。今日では、発展に関する最も卓越したモデルは、アジアにおける新興工業国およびそれらの諸国の輸出主導型の産業化である。「株式会社日本」型のモデル、すなわち、(1)政府と産業との緊密な協力、および(2)国際的な自由貿易の美德を奨励する一方で、密かに輸入障壁を維持することは、発展途上国の関心を多いに惹き付けた。さらに、成功を収めた大抵の発展途上国は、西洋スタイルの自由民主主義よりも、むしろ事実上は柔軟い権威主義によって特徴づけられる

35) Id. at 369.

一党支配の国家である³⁶⁾。〔こうして〕現在のアプローチは、近代化論と従属論の双方の視点を結合し、かつその両者の視点を拒絶するものである。

ところで、世界銀行と国際通貨基金がもつ二つの支配的ドグマであり、発展途上国に対する資金供与に付加された諸条件として組み込まれているのは、(1)必然的に荒々しい構造調整プログラム、および(2)「良い統治」(good governance)である。前者は、国内経済を国際的な市場の力に向けて開放すること、通貨が自由に換算されうること認めること(結果的には、平価の切下げとなる)、国内産業のための補助金の撤廃、および政府企業の民営化の強制を含むものである。また、後者は、市場への介入から政府を遠ざけること、および複数政党制の民主主義ならびに法の支配を発展させることである³⁷⁾。もっぱら内部的に方向づけられたこれらの手段が明らかにしているように、西洋的に方向づけられたこのような連中の間では、従属論はほとんど影響力をもたなかったのである。

B. 従属論と法：開発の国際法

従属論は、現実には「ほとんど法には関心を払わなかった」³⁸⁾。なぜなら、——法は経済的基礎に対するたんなる上部構造にすぎないというマルクス主義の見解と首尾一貫して——従属論者たちは「法の形態および観念は二次的なものであり、究極的には派生的なものである」と信じていたからである³⁹⁾。従属論のために行われる法的議論といえば大抵は、状況を改善するために発展

36) A. Leftwich, *Governance, the State and the Politics of Development*, 25 *Development & Change* 363, 377-80 (1994) を見よ。

37) WORLD BANK, *MANAGING DEVELOPMENT: THE GOVERNANCE DIMENSION* (1991) を見よ。

38) Snyder, *supra* note 31, at 761 を見よ。また、Greenberg, *supra* note 30, at 98 も見よ。

39) Snyder, *supra* note 31, at 780. また、Yash Ghai, *Law Development and African Scholarship*, 50 *Modern Law Review* 750, 771 (1987) (「彼らは、法は周辺的なものであり、社会の経済的な力のたんなる発散にすぎないものであるとみなした」) をも見よ。

途上国によって制定された〔法的な〕諸手段か、あるいはいかにして法が西洋による植民地の拡大の道具であったかに焦点が当てられた⁴⁰⁾。

それにもかかわらず、従属論はいわゆる開発の国際法への刺激を与えるものとして役立った。カーティー編の論文集の約4分の3はこの問題を取り扱っており、その中には、発展の権利が含まれている。それは、この〔発展の権利を含む開発の国際法の〕問題が本論文集の中で不釣り合いなほどの注目を引いていることを反映している。開発の国際法は本質的に、発展途上国のために特惠的な取扱いと開発援助へのエンタイトルメントを確保すべく駆り立てるものを含んでおり、大抵は貿易特惠 (trade preferences)、債務救済、低利融資または無償資金供与 (outright grants)、および低コストでの技術移転に関わっている。発展の権利を基本的人権へと昇進させることは、このプロジェクトの最も野心的な一翼である。

20年前まではほとんど未聞であった開発の国際法は、1970年代の後半において、国連に支援された一連の報告、決議、宣言および会議をととして爆発的に登場し、主として植民地支配の結果に帰せられていた世界の経済システムにおける構造的な不平等を是正するための「新国際経済秩序」(New International Economic Order) の創設を要求した。このようにみると開発の国際法は、文献の中で直接に触れられることは滅多にないものの、従属論と繋がりをもつものである⁴¹⁾。

ここでは、発展の権利のみを取り上げることにしよう。開発の国際法は、その大部分は、同じ問題をカバーし、同じ分析方法を適用しているが、「権利」が含まれていると主張するところには至らない。カーティーはこの問題に

40) 一般的には、Greenberg, *supra* note 30を見よ。

41) Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, GA Res. 3201, 29 UN GAOR, 6th Spec. Sess., Supp. No. 1, at 3, UN Doc. A/9559 (1974) を見よ。一般的には、Mohammed Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order* (1979); Milan Bulajic, *Principles of International Development Law: Progressive Development of the Principles of International Law Relating to the New International Economic Order* (1966) を見よ。

関する一連の対照的な諸論文を適切に編集した。—— 賛成側は、リッチ (Ronald Rich, *The Right to Development as an Emerging Human Right* [pp. 223-64]) によって代表され、否定側は、ドネリー (Jack Donnelly, *In Search of the Unicorn: the Jurisprudence and Politics of the Right to Development* [pp. 169-205]) によって代表される。

リッチによれば、発展の権利の源泉には、「共存の法から協力の法への、国際法の変質」、植民地支配を行った国々にはそれらの以前の植民地に対して回復の義務を負っていること、ならびに低開発は「西洋諸国の発展の副産物」であることの承認、および平等と正義に関する一般的な道徳的概念が含まれている (pp. 225-31)。しかしながら、リッチによれば、国際法は根本的には同意 (consent) に基づいている。したがって、彼は、そのような同意として想定されうるあらゆる証拠を詳しく検討することへと進み、発展途上国が特恵的な処遇に値するという趣旨の国連の宣言や決議ならびにその関連文書、および開発援助の供与から、GATTの下で許容される発展途上国のための貿易特恵に至るまで、そうした処置を提供する様々な国家実行を指摘している (pp. 231-50)。

リッチおよびその他の人びとによって提示された証拠は、せいぜい暫定的なものである。引用された決議も宣言もなんら法的効果をもつものではなく、また、国家実行の議論はごこちない性質のものである。[というのも] その議論は、西洋諸国が過去において (法的義務からではなく、善意からそのようにしているのだと熱心に主張する情け深い諸国と共に) (Carty, p. 424, note 73)、開発援助および特恵を供与したという事実を、そのような処置が義務的であるということ論じるために用いているのである。

リッチによって提示された主張の中で、最も古くかつ最も問題を孕んでいる局面は、この権利が誰の手中にあるかという、権利の主体の識別である。発展の権利が集団的権利 (a collective right) であるという議論は、国際法の主体は第一次的には国家であるという事実と結び付けられて、発展の権利が個人および「人民」 (peoples) の権利としてもみられてきたにもかかわらず、その権利は国家に授与されているという結論をほとんど余儀なくしている (Carty, pp.

190-97)。この議論は奇妙である。なぜなら、国家が「それ自身の権利として、人権法の受益者である」(Carty, p. 251) という指摘は矛盾語法であり、国家に**対する**保護としての人権の起源と歴史に対して軋みを生じさせるものだからである。さらに、多くが底抜けの人権侵害の記録と、私的な利得のための財政上の貪欲さをもつ第三世界の政府が、西洋からの諸利益を権利として受ける資格がある筈であると論じることには、ほとんど魅力がない。

発展の権利に対して反対するドネリーの痛烈な議論を逐一語る必要はない。この提案された権利が、この問題に関する国際法の学者たちによる著書と論文の繁盛を越える何物かをもたらすことに失敗したことに照らしてみれば、ドネリーの哲学的批判はほとんど過剰殺傷である。この権利がすぐに承認されることはないであろう。

このことは、その〔発展の〕権利に関する学者たちの議論——それは1980年代の中葉を頂点にして次第に先細りの兆候を示している——が無価値であったということをいわんとするものではない。それが国際法の議論のコミュニティーの中では象徴的な価値をもったことは疑いなく、また、おそらくそれは提示された、より穏当な主張を開発の国際法のその他の分野において受容することを容易にした。〔発展途上国に対して〕より有利な取扱いをする義務を西側諸国に課すことよりも、発展途上国の利益を擁護することに一層の焦点を当てたそうした分科が、ある程度の成功を収めるであろうことについては、樂觀的になりうる理由がある。これらの努力は、海洋の開発から宇宙での活動にまで至る「人類の共同遺産」(common heritage of mankind) に対する発展途上国の持分を確保することの試みから⁴²⁾、発展途上国の特殊な状況を考慮に入れた、

42) 例えば、David Heywood, Deep Seabed Mining: Alternative Schemes for Protecting Developing Countries from Adverse Impacts, 12 *GA. J. INT'L & COMP. L.* 173 (1982); Stephen Grove, Utilization of the Natural Resources of the Space Environment in Light of the Concept of Common Heritage of Mankind, in *THIRD WORLD ATTITUDES TOWARDS INTERNATIONAL LAW* 775 (F. E. Snyder & S. Sathirathai eds., 1987) を見よ。

多国籍企業および技術移転に関する行動準則の採択にまで及んでいる⁴³⁾。

それにもかかわらず、開発の国際法の議論には非現実的な性質のもの (a chimerical quality) が浸透している。この状況は変わりうるかも知れないものの、国民国家とその支配者たちの自己利益によって命じられたものとしての国際法の現実、——同意の原理に組み込まれているために——国内的にもグローバルな面でも、多いに政治的なもの (politics) である。

他の何物にも増して不吉な兆候をもって現われつつあるのが、発展途上国が今日直面している破滅的な問題、つまり、大規模な債務危機である。これは法と開発文献において好んで取り上げられる主題であり、ここで書評の対象としている両論文集の中でも取り上げられている。借金の貸付けは、発展途上国から先進国への莫大な富の移転へと帰結した。ある情報源によれば、この純移転は、1982年から1987年の間に2000億ドルに達した⁴⁴⁾。この膨大な負担は発展途上国が克服するにはあまりにも大きすぎる。法と開発文献の中で一様に指摘されている解決方法は、大規模な債務の帳消しである。これは純粋に政治的決定であり、それは究極的には、西洋諸国の金融システムにとって最善と感じられるものに立脚することになるであろう。エーデルマンとエスピルトゥが指摘するように、「法は主としてこの危機を管理するために援用され、かくしてそれは大部分が付帯現象的なものとみられている」 (Adelman & Paliwala, pp. 172-94)。

C. 法の枠内での作業

従属論に特有のメリットおよびデメリットは別にして、現在の世界経済システムの中で発展途上国が深刻な不利益を被っていることは否定のしようがない。

43) 例えば、*CODES OF CONDUCT OF MULTINATIONALS: THEIR IMPACT ON THIRD WORLD COUNTRIES* (Aloysius Fonseca ed., 1984); S. K. Agrawala, Transfer of Technology to LDCs: Implications of the Proposed Code, 23 *Indian Journal of International Law* 246 (1984) を見よ。

44) A. G. Frank, Debt Where Credit is Due, in: *Economic Development and World Debt* 34 (H. W. Singer & S. Sharma eds., 1989).

残念ながら、法律の分析家にとっては、法は他の人びとによって考案され、決定された解決方法を具体化し、その実現を支援するための本質的な手段として役立つことはありうるが、法そのものが何らかの解決方法を生み出すことは不可能である。

実際、先に指摘された諸問題に対し、明らかに最も可能性ある解決方法の幾つかは、超法的（extralegal）なものである。——例えば、実質的な債務免除がなければ、債務者たる発展途上国がカルテルを組み、集団的に支払を停止すること、または技術、製薬、著作といったものがより安い価格で提供されるのであれば、それらのものに対する使用料の支払を拒絶する——幾つかの発展途上国はこれらのものをコピーし、独自に生産する能力をもっている（幾つかの国はすでにそのようなことを行っている）——などである。

これらの諸政策の存在を指摘するのは、それらを支持しようとするからではない。むしろ、重要なことは、このような状況に対し、国内的なものであろうと、国際的なものであろうと、法をとおして対処しようとするあらゆる努力こそが、まさにそうした行為そのものによって、法の実効性と合法性を前提とし、またそれらを肯定することを助けることになる、ということである。国際法それ自体が、その大部分において、自由主義的な法の支配の伝統の諸原理を国際的な舞台に拡張したものである。人権の観念はその核心において自由主義的なものである。集団的人権（collective human rights）に対する承認を獲得しようとする試みは、たしかに非自由主義的な方向への展開ではあるが、それは必ずしも自由主義的な伝統の拒絶であると解釈される必要はない。そうではなくて、むしろそれは、自由主義的伝統が具体化する理念に近づくことにより、そうした伝統の上に何かを積み重ね、それを修正するものとして理解することも可能である。それはちょうど、西洋の法システムの進化の過程で起こったことである⁴⁵⁾。実質的平等と形式的平等との間で繰り広げられている永遠に未解決の論争は、平等の概念は自由主義の核心において、より公平な富の配分への要求

45) ジャック・ドネリーが論じるように、自由主義の核心には、食糧、保健衛生および職業

を支持しうることを論証している。

開発の国際法が多くの成功を得るかどうか、まさにその存在自体が、法的開発における重要な転換点を意味している。過去数世紀にわたり、法的開発の歴史は、植民地支配による法の押付けまたは自発的な借用をとおしての西洋の法と法制度の伝播によって特徴づけられてきた。それらすべての場合においてあまりに頻繁に、法は皮肉にも植民地支配権力またはそれらの業務上の関心事による抑圧的な道具として用いられてきた。発展途上国からの学者や、発展途上国の苦境に対して同情的な学者は、西洋が多年にわたって信奉してきたその同じ法的理念の幾つかに対して、西洋は責任を負っているとの主張をますます強めている。このような方向転換は再度、法の支配はその名において犯された多くの罪によって血塗られており、汚されているにもかかわらず、それが提示する諸理念はなお持ちこたえており、それらに独自の生命をもっていることを明らかにしている。

IV 自己破壊的な緊張および自民族中心主義であるとの非難

近代化パラダイムの崩壊に続いては、そのイデオロギー的な対極が信奉された。このことは、その最も広義の用語を使って述べれば、(1)発展途上国のすべての災厄が西洋の帝国主義に基づくものであると非難すること、(2)社会主義が自由主義に優るものであるとして勧誘すること、そして、(3)発展途上国の文化が、西洋的な価値の侵入に対して、とりわけ国家法の拡張的な到達から地方の慣習や生活様式を保持することにより、保護されなければならないと主張することへと通じた。このことは、法と発展途上国に焦点を当てる多くの学者たち

への権利といったような社会的および経済的権利の承認に適合的で、それらの権利を支持しうる一連の諸原理が存在する。Jack Donnelly, *Human Rights and Western Liberalism*, in: *HUMAN RIGHTS IN AFRICA* 49 (F. M. Deng & A. A. An-Na'im eds., 1990). これらの諸原理がわれわれをさらにその先へと導きえない理由は、何ら存在しない。

の間で、「国家法（state law）は悪」、「民衆法（folk law）は善」であるとの態度へと帰結した⁴⁶⁾。

しかしながら、この反動——中でも自民族中心主義であるとの非難は、（最初は西洋の学者によって）西洋的なもののほとんどすべてを殴りつけるために用いられた棍棒であったという事実——は、自己破壊的な緊張の種を蒔いたのであり、この緊張はより長期的には苦い果実を産み出すことになった。その緊張は、部分的には、前節における二、三の点の間での摩擦の中に明確に現れている。社会主義は、自由主義がそうであったのとまったく同様に西洋の産物であり、発展途上国における共産主義運動の多くが、とりわけ女性のための平等な地位を支持して、「伝統的な流儀」に明示的に対抗してきた。この緊張とその含意をさらに確認するために、私はつぎの二つの主題を手短かに対照させよう。すなわち、その一つはここで書評の対象となっている二つの論文集の何れにおいても論じられていないものであり、しかしもう一つは、非常に目立つ形で示されているものである。

これらの論文集への寄稿者の誰によっても直接的には取り上げられていない主題は、発展途上国における人権侵害である。人権侵害はつぎの二つのコンテクストにおいて起こっている。すなわち、政府の行為と文化的な実践（cultural practices）である。人権侵害との非難を浴びている第三世界の政府は、人権を守ることよりもその他の利益を（一時的に）優先させることは、国家建設と急速な発展によって正当化されるのであり⁴⁷⁾、さらには、人権は自民族中心主義的な西洋的観念であると主張することにより、その非難に応えるのがつね

46) Antony N. Allott, Introduction to *PEOPLES' LAW AND STATE LAW: THE BELLACIO PAPERS* (Antony N. Allott & Gordon Woodman eds., 1985) が述べていることを見よ。リチャード・サイドマンは卓越した例外である。彼は、この時期を通じて、当時広まっていた法に対するほとんどネガティブな態度に対して、発展のための本質的に重要な道具としての法を探究し、説き続けていた。Richard Seidman, *THE STATE, LAW, AND DEVELOPMENT* (1978) を見よ。

47) こうした主張を詳細に語るものとして、J. Silk, *Traditional Culture and the Prospects*

であった。一定の忌み嫌われた文化的実践、中でも悪名高いカースト制度や陰核切除 (clitoridectomy) も、文化を保持する構成部分として絶対必要なものであると擁護され⁴⁸⁾、違反された人権はたんに自民族中心主義的な西洋的観念であると特徴づけられている。

人権は、法と開発について研究する学者によって広く支持されているが、人権はその起源と内容において疑いようもなく西洋的で自由主義的である。自由主義的な法の支配とそれが提示する価値を拒絶し、比較的初期の世代の学者を西洋的な文化的理念の自民族中心主義的な輸出に関して非難する学者は、第三世界の政府が人権の侵害を正当化することに対し、首尾一貫した反駁を準備することができない。

非常に目立つ主題は、発展途上国における女性〔に関するもの〕である。エーデルマン＝パリワラ編の論文集における12本の論文のうち、4本までが女性について扱っており、このことは法と開発関係の文献におけるこの主題への関心の顕著な増加を反映するとともに、西洋における女性の法 (women & law) の諸問題についての高揚された横顔と平行するものである。エーデルマンは、輸出促進地域 (Export Processing Zones; EPZs) の女性に対する影響について考察した。アン・ステュアート (Ann Stewart) は、発展途上国の女性に対する西洋のフェミニズムの適用可能性を取り上げた。アンヌ・エラムは子供のいない女性に対する制定法の影響について、慣習法下の制度と比較する方法によって検討した。そして、パリワラは、離婚の場合における拡大家族システムの崩壊と子供の後見ならびに女性に対する財政的支援のための制定法との関係を

for Human Rights in Africa, in *HUMAN RIGHTS IN AFRICA*, supra note 45, at 2290-328を見よ。

48) そこに含まれた諸問題に関する議論については、A. A. An-Na'im, Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights, in *HUMAN RIGHTS IN AFRICA*, supra note 45, at 331-67; Fernando R. Tesoh, International Human Rights and Cultural Relativism, 25 *VA. J. INT'L L.* 869 (1985); R. A. Dundes, The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights, 7 *HUM. RTS. Q.* 514 (1985) を見よ。

論じた。

女性に関する問題は、移植された制定法上の制度から固有の文化を守りたいと願う、法と開発研究の学者にとって、ジレンマを突き付ける。なぜなら、多くの発展途上国において、ある著者が簡潔に述べるように、女性にとっては「民衆法が犯人である」⁴⁹⁾ からである。多くの伝統的文化は、西洋文化もそうであるように、しばしば不快なまでに極端に、女性の犠牲において男性を優遇している。

エラムもパリワラも、最終的には、ほとんど出し惜しみするような形で、つぎのような結論に到達している。すなわち、女性にとっては、財産の継承 (property settlement)、扶助料の支払および子供の後見に関する西洋的な、個人主義者的に方向づけられた法の方が、たとえそれらの法が慣習に反する方向に進むものであるとしても、より良い状態をもたらしたということである。女性にとっての問題のほとんどが、法によって引き起こされたというよりも、むしろ社会における変化——とりわけ拡大家族の紐帯が弱められること——の産物であった。法が行ったことは、女性にとって必要とされた選択肢を下手に提供したということである。

エラムとパリワラが支持した法は、法的自由主義に対する攻撃の中で叱りつけられたのとまさに同じく、移植された西洋的な法および法制度である、ということのを思い起こすべきであろう。この分析家たちは、国家法が提供した成果を、**それが慣習的な流儀と衝突するか否かを問わずに**、たまたま支持したということだけをみても、この状況は独特のものである。法に対する土地の女性たちの感謝でさえ、その法を起源と性質において何ら非西洋的なものとすることはできず、あるいは何ら自由主義的な法でないものとすることはできない。

今や、私が先に言及した緊張を詳細に検討することができる。西洋的な価値、

49) K. O. Adinkrah, Folk Law Is the Culprit: Women's "Non-Rights" in Swaziland, 30-31 *J. LEGAL PLURALISM* 223 (1990-1991) を見よ。

法および法制度の輸出を非難する法と開発研究の学者たちは、彼らが愛しく貴重と考えるものの多くを非難していたのである。後になって、これらの価値を評価する形で論じようと試みることは、彼らが非難した例の「輸出者たち」とまさに同じ状況に彼らを置くことになる。

エーデルマンは、輸出促進地域（EPZs）における労働者を保護するために国際労働法典（the International Labour Code）を主唱することにおいて、この問題に躓いた。多くの発展途上国は、かかる法典が課す標準が、発展途上国のもつ唯一の利点、つまり、低い労働コストという利点を弱めるであろうという合理的な根拠に基づいて、この法典に反対した。西洋の労働界のリーダーでさえ、発展途上国に対してこの法典の採用を要求することは、先進国およびその労働者にとっての経済的利益になるものでもあるということを率直に主張した⁵⁰⁾。しかしながら、エーデルマンは、発展途上国の言い分を顧慮したうえでそれに答えることなしに、つぎのように述べることにより、発展途上国の反対を簡単に片づけてしまっている。すなわち、「より皮肉な主張をする体制の幾つかは、われわれがみたように、国際労働法典が彼らの社会的、政治的および文化的価値に反していると主張している」（Adelman & Paliwala, p. 210）。

彼らがどのように挑戦しようとも、法と開発研究の理論家たちが、法的な自由主義のパラダイムは自民族中心主義的なものであるのに対し、人権、女性の利益を支援するための移植された法、および西洋的に起草された労働者保護の法典はそうではないということの理由を説明することは、不可能である。問題はこれだけに止まらない。法と開発研究の地平に上ってくるつぎの大きな問題——環境——は、西洋が発展途上国の進歩を遅らせるために、その〔西洋の〕価値と関心を押し付けているという同じ非難を生じさせるであろう。

自民族中心主義というのは、容易に向けられる非難であり、擁護するのは困

50) Jack Sheinkman (President of Amalgamated Clothing and Textile Workers' Union), The Sweatshops for Children Are Unfair All Around, *INT'L HERALD TRIB.*, Aug. 12, 1994, at 4 (editorial).

難で、そしてほとんどあらゆる主張を擁護するのに十分な順応性をもつ非難である。私は、この強力な修辞上の武器の使用を止めるべきであるという抗弁にふけるよりも、二つの核となるポストモダン的な洞察がそれを最終的に骨抜きにするであろうことを主張して、本節を終えることにしよう。これらの洞察とは、(1)われわれは必然的に、われわれ自身の視角（民族的、文化的、階級的、専門的、科学的、マルクス主義的、自由主義的、その他の解釈上の共同体ならびにそれらのパラダイムによって形づくられたもの）の内部から物事をみているということ、および(2)ある一つの視角を基礎とする見方が、他の視角に基づく見方よりも優越していることを決定するような究極的な標準または基礎は存在しないということである。

社会理論家のジグムント・バウマンは、ポストモダン性の含意をつぎの一節によって表現している。すなわち、――

「ポストモダンの世界観は、客観性の一掃を伴うものである。この〔客観性の〕要素の欠如が最も目立つ形で現れているのは、真理や意味についての超共同体的（supracommunal）な、「領域外的な」（extraterritorial）根拠に言及される場合である。それ〔客観性〕に代えて、ポストモダンの視角は、世界というものが無数の意味生産的な行為者からなるものであることを明らかにする。それらの行為者は、すべて相対的に自立的（self-sustained）かつ自律的（autonomous）であり、すべて彼ら自身がもつそれぞれの論理に服し、真理を確認するための彼ら独自の設備で武装されている。彼らの相対的優越性は、たとえそれがあっても、ただたんに実践的で、明白に自己言及的な様式によってのみ論じることが可能であり、超共同体的な権威を要求することはない」⁵¹⁾。

自民族中心主義的であるとの非難――これは実質的には、「それはあなたの視角からみたものであり、私の視角に対しては権威をもたない」と述べるもの

51) Zygmund Bauman, *INTIMATIONS OF POSTMODERNITY* 35 (1992).

である——は、この二つのポストモダンの洞察の人類学的先駆者およびその大衆版である。

人びとは彼ら自身に固有の解釈的共同体 (interpretive community) の領域外の何らかの問題を議論することに引き入れられる場合にはつねに、不可避免的に自民族中心主義的になる。それは人間の条件 (the human condition) である。これらの環境の下では、誰かを自民族中心主義的であると非難することは、すべての外に向けられた議論の認識論的諸条件を (論争的な用語で) 言い直すことにすぎない。これらの諸条件の必然性についての承認が広く伝播され、内面化されるならば、自民族中心主義的であるとの非難は冗長なものになるであろう。そうすることにより、われわれは、どのような理念と世界観が採用されるべきであるかについて議論するという仕事に戻ることができる。しかもその場合には、そうした理念や世界観が究極的基礎を欠くものであることを知りつつ、また、それらに対する支持の唯一の源泉は彼らの現実生活における諸帰結 (their real-life consequences) の中に見出されるべきものであることを意識しつつ、議論が行われる。しかしながら、その日が来るまでは、法と開発研究の理論家たちは、彼ら自身がしていることの自己破壊的な緊張 (a self-defeating tension) に囚われ続けるであろう。

V 法と開発研究の教訓

30年にわたる法と開発研究の末に、われわれは少なくとも以下の八つの教訓を学んだことを示唆しよう。

(1) 近代法は、経済的發展のための、十分条件ではないが、必要条件である。これは、十分に確立された世界市場システムが、徐々に商法 (取引法) のグローバルなハーモナイゼーションへと帰結しつつあるがゆえに、真理である。このシステムに参加することは、これらの法の最小限のインフラストラクチャーとそれらを執行するのに必要な制度を要求する。鎖国主義の国や集団は彼ら自身の道を進みうるかも知れないが、その際には彼ら自身のリスクを覚悟しな

ければならない。しかしながら、このような最小限の法的インフラストラクチャーが存在する場合でも、経済発展のペースと性質は、他の無数の要因によって規定される。

(2) 法の支配の外観は、政治的發展にとって、十分なものではないが、支援となるものである。世界中において、法の支配のイデオロギーの核心的要素の多くが、国家の政治的装置のための象徴的な合法化の重要な手段となった。ガイは、最近の世代においては、共産主義者の憲法でさえ、「合法性と市民の権利の重要性」を強調し始めたことを指摘している（Yash Ghai in Adelman/Paliware, p. 58）。同様に、準権威主義的な〔憲法の〕鋳型の場合でさえ、法の支配はまたアジア的モデルを構成するのに絶対必要な側面として信奉されているのが常である⁵²⁾。外観と現実との間のどれほど大きなギャップにまで政治システムが耐えられるかは、それぞれの現場の諸環境に依存する。もっとも、このギャップは実際には非常に大きなものでありうることを示す証拠がある。

(3) これらの最低限の諸条件を超えるところでは、法は第一次的な重要性をもたない。各々の社会の重心は、その独自の歴史的、文化的、経済的、政治的ならびに物質的なもの（人口、天然資源、技術的基礎など）の混合に基づいている。法の派生的性質および第二次的影響力の承認は、実質的には、この論争のすべての側面においてみられる、全員一致の繰返し文句である⁵³⁾。このことは、法が社会の内部での制度的および象徴的構造として、それ独自の重大な役割を果たしていることを否定するものではない。それはただ、法それ自体の内部からは諸問題に対する解決方法を生み出すことがほんの僅かしかできないであろう、ということである。法システムは、多くの利用に適した、制度化された権力資源（institutionalized power resources）である。そして、法をと

52) このような〔アジア的〕モデルと法の支配との実質的な相似性も注目されている。L. Theberge, *Law and Economic Development*, 9 *INT LL. & POL Y* 231, 237 (1980).

53) 例えば, id. at 236-38; Franck in Carty, pp. 24-26; Self-Estrangement, *supra* note 2, at 1083; Snyder, *supra* note 31, at 780; Adelman/ Paliwala, p. 182; id., pp. 286-97.

して社会をつくり直そうと望む者にとっては、多くのことが無念に終わるであろう。世界中の多くの法システムにおいて、法律家は他人によって行われた決定を実効的なものにする技術者なのである。

(4) 従属論は部分的には正しく、部分的には誤まっている。近代化論は部分的には誤まっているが、それが部分的には正しいかどうかを述べるには、あまりにも時期尚早である。にもかかわらず、法の支配はこの両者〔従属論および近代化論〕と両立可能である。従属論は、発展途上国の経済的病状が植民地主義の遺産および世界市場システムにおけるその不利な立場と直接的に関係していることを正当に診断した。しかしながら、従属論はこのような〔世界市場〕システムの潜在的な利益付与的効果を明らかに過小評価しており、また、それは国内的諸要因の重要性を否定することにおいて誤まっている。近代化論は世界システムの効果を見落とす点において誤っており、そしてまたおそらくそれは、自由主義的な民主主義的政治制度の普及について誤まっている。――柔軟な権威主義（soft authoritarianism）は堅固に守り固められたライバルである。しかし、近代化論が発展の軌道に関して最終的に正しいかどうかは、さらに幾世代が経過するまでは知りえないであろう。法の支配はこのうちの何れの理論とも、またはそれらの結合もしくは大抵の経済理論および様々な政治的制度構成とも共働しうる⁵⁴⁾。

(5) 発展途上国は、それが法の支配の最低限の内容をもつそれ独自の變形物を発展させるならば、それによって利益を得る――すなわち、発展途上国の市民の生活の質が向上する――であろう。これらの諸目的はつねに不完全な形でしか実現されないことを念頭に置きつつ、この最低限の内容にはつぎのものを確実にすることが含まれる。すなわち、①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為し、その市民の市民的権利を尊重すること、および②提起されたすべての紛争事例を中立的かつ公平に扱い、倫理を実現するため

54) ジョゼフ・ラズが主張するように、法の支配は非民主的なシステムとさえ併存可能である。Joseph Raz, *The Authority of Law* 210-29 (1979)。

にそこに訴えることができる司法部が存在することである。発展途上国および先進国におけるこれと対照的な日常の現実、法の支配はそれが欠けている場合にはそれを獲得することが非常に重要であり、それが存在するときにはそれに対して批判的であることが重要であることを論証している。

(6) 法の支配の最低限の内容は、法的発展 (legal development) —つまり、法制度および一まとまりの法学説 (the body of legal doctrine) の構築—に向けられた努力をととして最もよく確定されうる。法はそれが深い根と安定した存在をもつ場合にのみ、政府の行為に対する効果的な制約として役立ちうる。また、その場合にのみ、裁判官は法的倫理を発達させ、その本質的な役割を果たすのに必要な独立性を維持することができる。残念ながら、法と開発研究は、理論的な仕事や制度構築の基礎の重要性を大いに軽視してきた⁵⁵⁾。

(7) 法と開発の理論家たちの仕事は、実質的にはつねに西洋の問題と関心の反映であった。多くの発展途上国は、この時期を通じて（少なくとも内部的な騒乱によって掻き乱されていないときには）、法を構築することに注意を集中し、移殖された法ならびに法制度と彼らの地方的環境との衝突から帰結する多くの問題に対処すべく奮闘してきた。彼らは後戻りができないことを知っていた。法と開発の理論家たちは、彼ら独自の理由から危機に対処した。私は繰り返していおう。すなわち、たった10年経っただけの時点で法と開発プロジェクトの失敗を宣言することは馬鹿げていたのである。法と開発研究の文献は、繰り返し、法に対する批判的志向の発生から、女性問題に対する最近の突出した扱いおよび環境問題へのますます増大する関心に至るまで、西洋の関心を反映してきた。法と発展途上国について非常に多くのことが学ばれてきたにもかかわらず、社会的プロセスとしての法および西洋の法システムについてはさらに多く

55) このパターンを最初に証拠立てたのは、国際法センター (the International Legal Center) によって発行された報告書である。それは明示的に、理論的研究から顔を背けることを奨励した。International Legal Center, *Law and Development: The Future of Law and Development Research* 18, 48 (1974).

のことが学ばれてきたことが論証されうる。——そして、そのこと自体は誤まりではない。

(8) 法と開発研究は一般に、そして中でも法と開発の理論は、少なくとも現在のところは、大部分が西洋的なアカデミックな議論であるとみることができる。その理由は、ただそれに関与しているほとんどの学者が西洋出身の者であるか、西洋の大学で働いている者であるからというだけではない。それにはもっと根本的な、世俗的とさえいえる理由がある。アフリカの大学における状況についてのガイによる劇的な記述に耳を傾けてみよう。

「資源の減少および外貨の不足は、図書館からも甚だ大きな代価を取り立てた。ナイジェリアのような比較的豊かな国においてさえ、大学図書館は、イギリスを含めたコモン・ロー諸国の主要な判例集や雑誌の定期購読を維持することが不可能になっている。ダルーエスーサラムは卓越した法学部であるにもかかわらず、この数年間、新しい法律図書または雑誌を注文することがほとんどできなかった。ウガンダのマケレレおよびガーナのレゴンにおいても状況はほとんどそれ以上「よいもの」ではない。さらにまた、深刻な紙不足もあり、その結果、地方的な教材でさえ学生に配布するために謄写することができない。1960年代および1970年代に用意されたテキストや判例集は、絶版になっている。学生たちは図書館でぼろぼろに破れたコピーを争って使っている。学生たちは授業の間にとられたノートに多くを依存している。多くの場合において、地方の雑誌は、財政的な支援の欠如のゆえに、またしばしば論文記事の不足のゆえに、出版を取り止めている」⁵⁶⁾。

ガイが記述するこうした状況は極端なものではあるが、発展途上国における基礎的物資の不足は真実である。法と開発に関するほとんどの本や論文が明らかに利用不可能である。それでもメッセージが滴り落ちて発展途上国における

56) Yash Ghai, Law, Development and African Scholarship, 50 *Modern Law Review* 750, 775 (1987).

事態に影響を与えうるかもしれないが、今のこの会話自体が西洋的なものの一つなのである。

VI 危機への取組み

法と開発理論における危機は、開発理論家によれば、近代化論および従属論が、どちらも現実を適切に説明する能力をもたなかったことから崩壊したことに起因するものとされている。この帰責には真実の要素が存在する。もう一つの要素は自己破壊的な緊張であり、それによって初期の開発理論家たちを自民族中心主義的であると非難した学者たちは、自らをまさに同じ非難に晒すことなしには積極的に議論すべき課題を主張することができないでいる。しかし、私はさらにその他の二つの要因が、この危機を生み出すに当たって恐らく比較的大きな重要性をもったであろうと信じている。

第一の要因は、私が強調したように、西洋的な理念と制度に関する西洋における危機と関係している。この危機の主要な災難の中には、そこで多くの法と開発の学者たちが訓練された社会科学が含まれていた。科学における危機は、グルドナーのにわかに現われた古典的著作である『西洋の社会学における危機の到来』（Gouldner, *The Coming Crisis in Western Sociology*）によって宣言されたものであり、これをトゥルーバックとギャランターも「自己疎外」の論文の中で引用している⁵⁷⁾。この危機をさらに肥やすことになったその他の証拠は、国際法センター（the International Legal Center）の1974年の報告書で、この分野の何人かの指導的な学者によって書かれた『法と開発』（*Law and Development*）に見出される。それはつぎのように述べている。「最近では社会科学における『危機』が多く聞かれる。この危機が開発研究の分野におけるほど深刻なものは他にない」⁵⁸⁾。この危機は、生活上の多くの問題に対して社会科

57) Self-Estrangement, *supra* note 2, at 1069.

58) International Legal Center, *supra* note 55, at 23.

学は具体的で客観的な解答を与えることができるという、比較的初期の確信をほとんど破壊した。このような信念の喪失により、社会理論はポストモダニズムの手中に陥り、それは「とりわけそのすべてを嘲笑し、すべてを侵食し、すべてを分解する破壊性によって特徴づけられる精神状態」を生み出している⁵⁹⁾。

私が主張したいのは、法と開発理論の危機は孤立した危機ではなく、このような広い範囲にわたる危機がたんに明白に現われたものにすぎない、ということである。ポストモダニズムをそのように特徴づける批判的な態度は、批判法学研究、法と開発理論、および西洋的な社会的・法制的共同体によって生み出された本当に多くの著作を特徴づけるものと同じである。私はこのような危機に対する解決策をもたない。——ただ、私の個人的な経験から推定される一つの観察を述べることができるにすぎない。この危機がすでに多に幅をきかせている時期に成人した者は、それをもっと違った形で経験している。彼らは、理念は完全なものではなく、完璧には実現されないということ、および科学はすべての解答をもつものではないということを最初から学んだ。こうして、理念が汚されたり、理論が現実世界では「うまく行く」ことがない場合でも、裏切られたとか、取返しのない喪失であるとかいった感情はなかった。あらゆる出来事が危機に通じるというものでもないであろう。——それはたんに、さらなる仕事が行われる必要があることを示唆するにすぎない。理念とは、それに向かって努力すべき何かであり、理論はたんに道具にすぎない。

法と開発理論の危機における第二の要因は、二種類の重要性和関係している。第一に、法は、発展途上国が直面する多くの問題をたんにそれだけで解決するようなものではない。このような無能力が明らかにされ、あらためて宣告されるたびごとに、法と開発研究の学者たちの挫折や失望はほとんど触知可能なものであった。しかしながら、おそらく法の不能は適切なものである。つまり、本質的には社会的および政治的なものである問題を解決するために法に訴える

59) Bauman, *supra* note 51, at vii-viii.

ことは、ある意味では、その法がそれを要求していると主張することにより、議論すべき社会的な課題を現実へと転化させようとする試みである。

第二に、すべての大学人は、われわれの仕事の重要性や影響力に関する疑念によって包囲されている。先に列挙された「教訓」の最後のものに指摘されているように、法と開発研究の学者たちは無力感を通常の場合以上に強く感じることにすら理由をもっている。こうしたしつこい疑念に対するおそらく唯一の慰めは、これらの学者の多くがそうしているように、発展途上国において具体的な仕事に従事することであろう。

【訳者あとがき】

本論文は、書評論文の形をとってはいるものの、開発法学（法と開発研究）（Law and Development Studies）の展開を迫るための格好の入門文献として、翻訳・紹介の価値ありと訳者がかねて考えていたものである。とりわけ、近代化論および従属論という社会科学理論の大きな潮流にのせて開発法学の生成・発展をフォローする点で、本論文はこの分野に関心をもつ者に対し、広い視野から開発法学の展開を考察する機会を与える好個の基本文献であるといってよいであろう⁶⁰⁾。

本論文はまた、たんに開発法学への入門文献であるというだけでなく、その主張内容においても幾つかの個性的な特色をもっている。ここでは、そのうち以下の2点を指摘するにとどめたい。

第一に、本論文は、西洋の法制度およびその基盤思想としての法的自由主義が西洋の自民族中心主義である、という非難の仕方に対し、強力な反論を展開しようとしている。この点は、アジア的価値論など、非西洋的価値を西洋的価値に対置しようとする議論、文明の衝突論、文化相対主義などの下で揺らいで

60) なお、本論文の分析に立脚しつつ、さらに開発法学の第三の潮流として、新制度論、とりわけ新制度派経済学の影響の下で見出される新たな展開については、松尾弘「開発と法制度」森川俊孝＝池田龍彦＝小池治編『開発協力の法と政治——国際協力研究入門——』（国際協力出版会、2004）130-170頁、とくに135-148頁を見よ。

いる普遍的価値をめぐる議論および本当の多文化主義（multiculturalism）とは何かをめぐる議論に対し、有力な手がかりを提供するものである⁶¹⁾。その「ポストモダンの洞察」の意義についてはさらに分析を要するが、思想的流行に流されない、冷静で公平な立場から開発法学を展望しようとする者にとっては、得るものが少なくないと考えられる。

第二に、このように西洋の法制度や法思想を相対化しながら、その普遍性の有無を見極めようとするタマナハの態度を象徴的に示しているのが、「法の支配」(the rule of law)に対するタマナハの理解である。この点についてタマナハは、法の支配の概念は特定の思想の独占物ではなく、自由主義とも社会主義とも結びつきうる柔軟性をもった法理であるとともに、発展途上国の法改革ないし法的発展の目標・指針になりうる普遍性を秘めたものであると捉えている⁶²⁾。

中でも、「法の支配」をどのように捉えるべきかは、現代の開発法学のアジェンダをめぐるごく最近の議論の焦点ともなっており、タマナハの最小限綱領主義者（minimalist）的な主張は、近年の一つの傾向である法の支配概念の柔軟化を促す一つの原動力になっているように思われる。法の支配の概念の重層的・段階的・動態的把握を提唱する私見も、そうしたタマナハの視点から少なからぬ示唆を得ている⁶³⁾。

61) この分野に関するタマナハのその後の著作として、Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001がある。

62) このテーマに対するタマナハの関心は、Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004でさらに展開されている。

63) この点に関しては、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、とくに118-122頁参照。なお、同誌特集における諸論文、とりわけ、佐藤岩夫「特集『法の支配』の現代的位相 序文」社会科学研究56巻5=6合併号（2005）1-2頁が、法の支配をめぐる現在の議論状況を的確に鳥瞰している。さらに、Yoshiharu Matsuura (ed.), *The Role of Law in Development: Past, Present and Future*, Nagoya University CALE Books 2所収の諸論文、とりわけ、David M. Trubek, “The ‘Rule of Law’ in Development Assistance: Past, Present, and Future,” (ibid., pp. 1-18); Hiroshi Matsuo, “The Rule of Law and Economic Development: A Cause or a Result?,” (ibid., pp. 59-70) も参照。