

Title	法の社会理論へ向けて：法と開発研究に関する小論
Sub Title	Translations: Toward a social theory of law: an essay on the study of law and development
Author	Trubek, David M.(Matsuo, Hiroshi) 松尾, 弘
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2010
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.15/16 (2010. 3) ,p.273- 343
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20100325-0273

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.

法の社会理論へ向けて*1

— 法と開発研究に関する小論 — *2

デイヴィッド・トゥルーベック*3
松尾 弘／訳

- I. 現代における「法と開発」思想：その中核観念
 - A. 近代法の性質
 - B. 近代法と経済発展との関係
 - C. 近代法と政治的発展との関係
 - D. 法的開発〔発展〕のプログラム
- II. 〔近代法の〕中核観念の評価
 - A. 序論
 - B. 西洋の開発〔発展〕における法の役割：マックス・ウェーバーの業績
 - C. 自民族中心主義と進化論：〔近代法の〕中核観念の危険性とジレンマ
 - 1. 進化論と改革運動の衝突
 - 2. 自民族中心主義の例：法的道具主義対民主的国家

*1 本稿は、David M. Trubek, "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development," *Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 1, November 1972, pp. 1-50の全訳である。本論文はアメリカにおける法と開発研究の草創期に現れた古典的文献の一つであり、邦訳を快諾してくださった、デイヴィッド・トゥルーベック名誉教授（ウイスコンシン大学。<http://www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/index.html>）に深甚の謝意を表する。

翻訳に際して、原文イタリックの箇所は訳文に傍点を付した。訳文中の〔 〕内は訳者による補充を指す。

原語の中で、“development”は、文脈に応じて「発展」または「開発」と訳した。例えば、“legal development”は、積極的な法改革プログラムの策定・実践という文脈では「法的開発」という方が適切であるが、ある社会の法が進歩的な方向へ展開してきた変化を歴史的に叙述する文脈では「法的発展」（ないし法発展）と訳した方が適切であるように思われる。同様のことは、“economic development”、“political development”にも当てはまる。

- Ⅲ. 新しい知的視角へ向けて：法と近代化に関する研究の挑戦と将来
 - A. 挑戦：中核思想からの学習
 - B. 中核観念を超えて：ウェーバーからの学習
- Ⅳ. 経済的組織と法的構造：市場（market）対指令（command）
 - A. 純粋な経済システムにおける「法」：自発的な関与
 - B. 純粋な指令システムにおける法：非自発的な関与
 - C. 混合経済における法
 - D. 市場と指令の下における契約の法的構造：私権対公共政策
- Ⅴ. 法、政治、および開発：権威主義的な近代化
 - A. 権威主義体制
 - B. 権威主義システムにおける正統性の問題
 - C. 権威主義の目的的法思想および正統化
 - D. 開発の政治学における法の比較研究のための新しい類型論に向けて
- Ⅵ. ブラジル：第三世界における法的、経済的および政治的發展の事例研究
 - A. 「ブラジルの事例」の利点
 - B. ブラジルにおける法と開発研究：基本的仮説
 - C. 研究
 - 1. 法、計画および資本市場の発展
 - 2. 法学教育における改革
 - D. 新しい視角へ
- Ⅶ. 結論

*2 私は本論文の準備に際して受けた有益な支援に対し、Jan Deutsch, Lawrence Friedman, Duncan Kennedy, Bolivar Lamounier, Leon Lipson, Robert Seidman, Henry Steinerに感謝したい。私はとくにRoberto Mangabeira Ungerに多くを負っていることに対して謝意を表しなければならない。本論文に対するアドバイスに加え、刊行されていないが傑出した彼の研究『『近代』社会における法の位置』（“The Place of Law in ‘Modern’ Society,” undated, on file in Yale Law Library）は、ただ漠然とした沈思にとどまっていた諸観念を分類した。とはいえ、以下本稿における誤りや曖昧さの責任は、私の同僚たちではなく、私が引き受けなければならない。私は最初にこれらの問題をポルトガル語で出版されたブラジルの資本市場に関する小論の中で、研究成果の第一巻・第一部として取り扱った（D. Trubek, J. Gouvea Vifura & P. Sa, *O Mercado De Capitais E Os Incentivos Fiscais*, 1971, pp. 23-92）。読者が気づくであろうように、私は同小論で明らかにした見解の多くを修正した。

本研究は、部分的に、「法と近代化」に関するイエール大学ロー・スクールに対する国際開発庁からの研究資金によって支援された。〔しかし〕本研究における情報および結論は必ずしも国際開発庁や合衆国政府の立場を反映したものではない。最後に、私はRobert Peckが私の研究を助けてくれたことに対して感謝したい。

*3 イェール大学ロー・スクール准教授。ウィスコンシン大学文学士（1957年）、イェール大学法学士（1961年）。

法〔学〕は実践的科学である。通常それは、法秩序の社会的、政治的および経済的な機能に関する根本問題（fundamental questions）をじっくりと考えることはしない。これらの事柄〔根本問題〕については暗黙の作業仮説でもって満足しながら、法的思考はもっと扱いやすい問題へと早々に駆り立てられてしまう。しかし、社会問題に対する法的解決が満足のゆくものでない場合には、そうした法的解決が由来する基礎理論（the basic theory）を吟味することが必要になる¹⁾。今やそういう時代である。人々が法の危機について不用意に語り、「法は死んだのか？」と問うような時代には²⁾、社会における法の役割が問題視されてきていることが明らかである。そのような時代は、法の社会理論を求めているのである。

今や、法と社会生活との関係に関する明解で簡潔な諸課題をとりまとめ、これらの課題に対して学問的に鍛え上げられた探求方法によって答えることが必要である。法の役割についての盲目的な、先験的な結論はもはや有効ではないことから、われわれは法的、社会的、経済的および政治的秩序の間の関係を理解するための体系的な努力（systematic efforts）へと立ち向かわなければならない。そうした努力においてはつねに、比較研究および文化横断的な一般化が主要な役割を果たすであろう。本論文は、そのような研究が始まった一つの領域である、「法と開発」の分野（the field of “law and development”）を吟味するものである。そこでは、法律家たちといくつかの分野の社会学者たちが第三世界で、いまだ達成されてはいないものの、概して自立的な経済成長を希求している国々における法の機能を理解しようと試みてきた。しかしながら、法と開発に関するこの研究は、比較分析と普遍的原理の形成に専心してきたにもかかわらず、その約束を果たして来なかった。それは独自の考え方や洞察を生み出すことはほとんどなく、満足のゆく研究プログラムを形づくることができなかったように思われる。

1) Cf. T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

2) これらのテーマに関する最近の文献をめぐる議論については、例えば、Mazor, “The Crisis of Liberal Legalism,” *Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, pp. 1032 ff. を見よ。

この〔法と開発の〕分野はどうやら袋小路に行き詰まったものの、それは必然的な帰結ではない。むしろ、そうした行詰りは、実り多い探求を妨げるような、一定の基礎的仮説を安易に受け容れてきたことに由来するのである³⁾。本論文は、これらの仮説とその帰結を分析することを試み、もっと有望な知的視角が採用されるならば、それらの〔仮説の〕悪影響が回避されうること示すものである。そうすることにより、本論文は主として、問われるべき諸課題を明らかにし、それらに対して解答を与えることのできる方法を指摘することに関心をもっている。それゆえに、その第一次的目的は、さらなる探求の準備をするために、いくらかの概念を展開し、いくつかの主要な誤りを正すことにある。

その論証はやや複雑であるがゆえに、私はその中心的テーマを手短かに要約することにしよう。われわれは、「近代法の中核観念」(the core conception of modern law) という用語で表現された、法と開発に関する現代思想の統合的な再陳述を明らかにすることにより、そうした思想の基本的特徴を識別するよう試みることから始める。つぎに、本稿は、この考え方が一つのタイプの法——西洋において見出されるそれ——こそが第三世界の経済的、政治的および社会的発展にとって本質的であると主張することにより、法と開発研究の方向性を誤ってきたことを論証する。この主張に見出される結論は、法と開発研究の中核的な考え方についての、西洋史からの自民族中心主義的で進化論者のな一般化に由来する、と私は述べる。本論文は、予備的な類型論——そこにはより識別力ある研究の余地があるかも知れないが——を展開することによって結語とし、その類型論を主要な第三世界国家の法生活における最近のいくつかの展開に適用することを示唆する。

I 現代における「法と開発」思想：その中核観念

近代社会思想 (modern social thought) は、西洋における産業化、国家主義

3) 社会的な問いに関する限定的な分野における根本的仮説の効果に関しては、A. Gouldner, *The Coming Crisis of Western Sociology*, 1970, pp. 29-35を見よ。

および都市化の諸原因と影響力を説明するために成立した⁴⁾。経済的、政治的および社会的発展に関する現代の研究は、第三世界を理解するための努力において、この伝統を引き継いでいる。しかし、開発研究は法を社会の主要な側面とはみてこなかったことから⁵⁾、法と開発の研究は第一次的には法律家に委ねられていた。おそらく、法的思考が概して実用主義のかつ専門家的であるがゆ

4) 概説としては、R. Nisbet, *The Sociological Tradition*, 1966を見よ。

5) 例えば、開発経済学者たちは、概して開発は何らかの法的枠組を必要とすることを認めるものの、大抵それは最小限度の法と秩序の供給を意味する。このことを述べて、彼らは大抵この問題にそれ以上立ち入るのを止めてしまう。例えば、H. Burton, *Principles of Development Economics*, 1965, pp. 359-362 ; E. Hagen, *The Economics of Development*, 1968, pp. 480-484 ; S. Kuznets, *Modern Economic Growth*, 1966, pp. 451-453 ; W. A. Lewis, *The Theory of Economic Growth*, 1955, pp. 408-415.

開発経済学は「法」を分析する際に、両極端な二つの状況のみを取り扱うのが通常である。ある社会が「本質的」な法制度を完全に欠いているか、あるいはそうした法制度が十分な「量」を伴って存在するゆえに、経済における現在の必要性を満たすのに「十分な」法がつねに存在する状況である。前者の場合には、理論が述べようのはせいぜい「適切な法制度」が創設されるべきである、といったところである。後者の場合には、法はたんに問題ないものとして定義されないうまであり、この要素の適切な供給がつねに必要なに応じて行われるであろうと想定されている。アーサー・ルイス卿 (Sir Arthur Lewis) が、典型的な開発／経済発展モデルにおいて言い換えるところによると、開発／発展 (development) は「制限のない法の供給」とともに進展する。Authre Lewis, "Economic Development With Unlimited Supplies of Labour," *Manhattan School*, Vol. 22, 1954, p. 13a.

現代の開発経済の理論家たちは、法の重要性に関する19世紀の信念を忘れてしまったか、拒絶しているように見える。例えば、ヨーロッパの植民地主義者たちがアフリカ、ラテン・アメリカ、およびアジアの諸文明と遭遇したときに、彼らは頻繁に、これらの社会は、彼らが西洋の基本的特徴であるとみていた「法の支配」を欠いている、と結論づけた。J. Furnivall, *Colonial Policy and Practice*, 1956, passim ; L. Pye, *Aspects of Political Development*, 1966, pp. 113-125. 植民地の「経済開発」政策の多くが、もしも「法の支配」が伝統的な社会において制度化されるのであれば、経済成長がそれに伴うであろう、と想定した。L. Pye, supra, pp. 114-116を見よ。最後に、功利主義の創設者であり、その意味で近代経済学の祖父であるジェレミー・ベンサム以上に、経済成長における法の重要性を強調した者はいない。J. Bentham, *Principles of the Civil Code*, chapters II-V, XVII, in : *Theory of Legislation* (R. Hildreth transl. 1871), 1959, pp. 96-102, 148-157. 一般的には、E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, 1959を見よ。

えに⁶⁾、法に関して書かれたものは、他の開発研究と比較すると、相対的に断片的で非体系的である。多くのものがたんに「法改革」活動の派生物であり、組織的な学問的努力の帰結ではない。したがって、法と開発「理論」のかなりの部分が暗黙のもの、あるいは不文のものである。

しかしながら、このことはそうした理論が捉えどころのないものであるとか、取るに足りないものであるという意味ではない。法と開発に関する主要な研究およびアメリカやヨーロッパからの法律家によって遂行された法改革プロジェクトを支えている基盤には、熱烈に支持された一連の思想や信念が存在するのである⁷⁾。これらの思想は、その非体系的な性質の割には、影響力があまりなかったとはいえない。しかし、それらの教えに関するもう少し完結した明確な表現——ここでは「近代法の中核観念」と呼ばれるそれらの見解の総合体⁸⁾——がなければ、それらを研究したり、批判したりすることは不可能であろう。

A. 近代法の性質

この中核観念は、近代法（modern law）を、開発という全般的プロセスから生じた、特殊な社会的プロセスとみる。近代法は、三つの主要な特色をもつ。すなわち、それは、第一次的にルールの体系であり、目的的な人間行為の一形態であり、そして、同時に国民国家の、そこからまだ自律していない、一部である⁹⁾。

すべての社会は、いやしくもそれらが持ちこたえるためには、諸個人の利己主義的な傾向を含み、集団間の紛争をコントロールするような、何らかのシステムまたはプロセスを包含していなければならない。この〔近代法の〕中核観念は、近代社会は秩序を第一次的には法を通じて、つまり、ルールの体系を通

6) 二つの研究が、社会科学の技法および理論の導入に対するロー・スクールおよび法曹の抵抗を評価している。Riesman, "Law and Sociology: Recruitment, Training, and Collegueship," in: W. M. Evan (ed.), *Law and Sociology: Exploratory Essays*, 1962, pp. 12, 24-40; Stevens, "Two Cheers for 1870: The American Law School," in: D. Fleming & B. Bailyn (eds.), *Perspectives in American History*, Vol. 5, 1971, pp. 405, 470-548.

じて達成するものと信じている。それは、近代社会がそうしたルールなしには存在しえないものと仮定しているゆえに、近代化または発展は、必然的にそうした社会統制の制度化を伴うものであると論じる¹⁰⁾。

近代法の性質は、伝統的な諸社会における社会的秩序化のプロセスと対照するとき最も明確に捉えうる¹¹⁾。そこでは、行動のパターンは、村、血統また

7) See, e.g., Rheinstein, "Problems of Law in the New Nations of Africa," in : C. Geertz (ed.), *Old Societies and New States : The Quest for Modernity in Asia and Africa*, 1963, p. 220 [hereinafter cited as Rheinstein] ; David, "A Civil Code for Ethiopia : Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries," *Tulane Law Review*, Vol. 37, 1963, pp. 187 [hereinafter cited as David] ; Allott, "Legal Development and Economic Growth in Africa," in : J. N. D. Anderson (ed.), *Changing Laws in Developing Countries*, 1963, pp. ; Merillat, "Law and Developing Countries," *American Journal of International Law*, Vol. 60, 1966, pp. 71 (report of a July, 1965 conference) [hereinafter cited as Merillat] ; Galanter, "The Modernization of Law," in : M. Weiner (ed.), *Modernization : The Dynamics of Growth*, 1966, pp. 153 [hereinafter cited as Galanter] ; Karst, "Law in Developing Countries," *Law Library Journal*, Vol. 60, 1967, pp. 13 [hereinafter cited as Karst] ; Freidman, "Legal Culture and Social Development," *Law and Society Review*, Vol. 4, 1969, pp. 29 ; Friedman, "On Legal Development," *Rutgers Law Review*, Vol. 24, 1969, pp. 11 [hereinafter cited as Freidman] ; Könz, "Legal Development in Developing Countries," in : *Proceedings of the American Society for International Law*, 1969, pp. 91 [hereinafter cited as Könz] ; Rosenn, "The Reform of Legal Education in Brazil," *Journal of Legal Education*, Vol. 21, 1969, pp. 251 [hereinafter cited as Rosenn] ; Mendelson, "Law and the Development of Nations," *Journal of Politics*, Vol. 32, 1970, pp. 223 [hereinafter cited as Mendelson] ; Steinverg, "Law, Development and Korean Society," *Journal of Comparative Administration*, Vol. 3, 1971, pp. 215 [hereinafter cited as Steinberg] ; Steiner, "Legal Education and Socio-Economic Change : Brazilian Perspectives," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 19, 1971, pp. 39 [hereinafter cited as Steiner] ; D. Trubek, Law, Planning, and the Development of the Brazilian Capital Market, *Yale Law School Studies in Law and Modernization*, No. 3, 1971 (reprinted from New York University Institute of Finance Bulletin Nos. 71-72, 1971) [hereinafter cited as Trubek] ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira & P. Sa, *O. Mercado de Capitais E Os Incentivos Fiscais*, 1971, 23-92 [hereinafter cited as D. Trubek, J. Gouvea Vieira, & P. Sa] ; Kozolchyk, "Toward a Theory of Law in Economics Development: The Costa Rican USAID-ROCAP Project," *Law and Social Order*, 1971, pp. 681 [hereinafter cited as Kozolchyk] ; Seidman, "Law and Development : A General Model," *Law and Society Review*, Vol. 6, 1972, pp. 311 [hereinafter cited as Seidman].

は部族といったような第一次的な社会集団によって定義され、かつ維持されている。その結果、規範的な規律づけ (normative prescription) は、地理的な場所および社会的状況に応じて多様である。すなわち、各々の村や部族ごとに個別の「法」があり、首長を拘束する「法」は、農奴や市民を拘束する法ではない。その一方で、近代法は、専門的な機関により、すべての地域を通じて、すべての社会階層に対して普遍的かつ画一的に適用される一般原則からなってい

8) 中核観念の構築および文章化に際しては、私は自分自身の研究ならびに経験、他人の研究、および法と開発における私の同僚との私的な議論に依拠した。私の同僚の業績における名指し難い妙味の幾つかは省略したものの、中核観念の構築における私の目的は、誰か(私を含めて)を非難することではなく、法と開発研究を誤まった方向に向けてきた主要な、暗黙裡の仮定を解明することにある。

中核観念の詳細な説明は、法と開発研究における基礎的な知的転換 (a basic intellectual shift) の必要性を示すことを意図している。Gouldnerは社会理論の背景または主要な仮説が、それが不適切となったような新しい諸条件の中で作用するようになったときは、理論家にとっては不愉快な不協和音が創出され、基礎的な知的転換が差し迫ってくると指摘している。A. Gouldner, *supra* note 3, p. 84.

そのような不協和音はSteinerに見出すことができる。その一編 (*supra* note 7) は、規制された市場経済のための「中核観念」を明確に規定する一方で、それに対する感覚の鋭い批判をも含んでいる。その結果、同論文はしばしば首尾一貫していないようにみえる。このことは、私が思うには、法と開発に関する彼のアイデアが、彼がブラジルでの法的生活の中で知覚していたことを完全に把握できなかったというSteinerの自覚に由来する。その結果、同論文は受容されたアイデアと知覚された現実との不協和音を示している。

一般的になっていた観念と第三世界の法現象とのギャップについての意識の増大は、Steinerのような作家たちの間に不協和音を生じさせた。同時に、主要な仮定に対する批判的分析は中核観念のアイデアに対する不満を高めた。主要な批判がDuncan KennedyとRoberto Mangabeira Ungerによって明確に述べられた。Ungerの未公開の論文“The Place of Law in ‘Modern’ Society” (日付なし。ファイルに綴じられてYale Law Libraryにある) [hereinafter cited as Unger] はこのような批判を体系的に明らかにしている。

9) 「近代」法の諸要素についての最も簡潔で、体系的な叙述として、Galanter, *supra* note 7, pp. 154-156があり、それはこの三つに分けられた概要に正確に合致している。

10) Karst, *supra* note 7, pp. 16-19 ; Rosenn, *supra* note 7, p. 253 ; Seitman, *supra* note 7, pp. 311-316を見よ。

11) Galanter, *supra* note 7, pp. 154-156 ; Rheinstein, *supra* note 7, pp. 225-228, 242-244 ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 223-227を見よ。また、David, *supra* note 7, pp. 194, 203も見よ。

る。近代法はまた、規範的秩序の他の源泉からも比較的自律的である。こうして、一つの単一で優越的な社会的実体——近代法システム——が社会統制において村または部族に置き換わるのである。

目的性という概念は、近代法と伝統的な社会的秩序づけとの第三の対照的な点である。それは、伝統的な社会の規律づけは歴史と伝統から形づくられる、ということ仮定している。これと対照的に、近代法は意識的かつ合理的である。そして、それが意識的に構築されたがゆえに、近代法は必然的に何らかの自己意識的な目的をもつはずである。しかし、目的性の中核観念は、たんに意識的デザインということによって暗示されるよりも広いものである。近代法はまた、多様な形態の可能な社会的諸目的がそれを通じて達成されるような一つの道具としてもみられる¹²⁾。こうして、それは人を伝統的な規範および価値による統御から解放するのみならず、その者が生きている世界を形づくる諸手段をこの者に与えるものでもある。それゆえに、法的な目的性の中核観念は、高度に道具主義的である。すなわち、それは、社会生活が何らかの社会的意思、例えば、法律の制定と執行を通じて発展をもたらす、近代化的なエリートによって形づけられうる、と想定するものである。

目的性とルールは、存立可能な近代法のシステムにとって、必要条件ではあるが、十分条件ではない。というのも、そうした法は、その背景に国家の組織化された実力をももっている場合にのみ、社会秩序に影響を与えうるからである。〔近代法の〕中核観念は、比較的中央集権化された強い国家なしには、法のルールが社会生活を形づくり、決定することはないであろう、と信じている¹³⁾。

12) Galanterは「体系は合理的である。……ルールは意識的に選取られた目的を生み出すことにおける道具的な効用によって評価される」と強調する。Galanter, *supra* note 7, p. 155. Friedmanは法システムが「近代的」なものになるのは、人々が法を「何らかの認識可能な目標へと合理的な方法で推進するために」採用された道具であると知覚する時のみであると考察する。Friedman, *supra* note 7, p. 30. また、David, *supra* note 7, pp. 194, 203-204 ; Kozolchyk, *supra* note 7, pp. 746, 751 ; Merillat, *supra* note 7, p. 73 ; Seidman, *supra* note 7, *passim* ; Steinberg, *supra* note 7, p. 216 ; Trubek, *supra* note 7, p. 10も見よ。

13) 後述283-284頁を見よ。

そうした〔強い国家を背景としない〕ルールは、たんなる紙の工艺品であり、紛争を抑制したり、目的的なゴールをもたらすことはできない。まさに法が「実効的」(effective)であるためには強い国家 (a strong state) を必要とするように、法の存在もまた国家の権力を強化する。国家はルールの体系、裁判所、および法をつくり、適用し、そして執行する諸制度を創設する。近代法の勃興は、地方の「個別主義的」で伝統的な実力に取って替わるものである。国家法は人々に権利および免責を付与するものであるから、彼らは村および部族による把握から逃れる¹⁴⁾。同様に、近代法の合理性と普遍性は、国家を強力なものとする。すなわち、近代法は、理性の表明であると公言し、すべての人々を平等なものとして扱うことにより、国家を合法化し、それによって個別の実体的規範、ルールまたは目的を賦課する能力を高めるのである¹⁵⁾。

B. 近代法と経済発展との関係

近代法は、その中核観念としては、商用電源や輸送ネットワークのように、産業経済の機能的な前提条件であるとみられている¹⁶⁾。すべての近代法思想家がこの見解を共有する一方で、法と経済成長の関係を現実的な明確性を伴う形で明らかにした者はあまりいない。そうした関係が明確に現れている限りにおいても、中核観念の内部ですら、異なった、潜在的には衝突する可能性のある

14) Cohn, "Some Notes on Law and Change in North India," in : P. Bohannan (ed.), *Law & Warfare*, 1967, pp. 139, 155-159 ; Friedman, supra note 7, pp. 47-48 ; Galanter, supra note 7, p. 162 ; Rheinstein, supra note 7, pp. 225, 235. また、David, supra note 7, p. 202も見よ。

15) C. Black, *The Dynamics of Modernization*, 1966, pp. 14-15 ; Braibanti, "The Role of Law in Political Development," in : Wilson (ed.), *International and Comparative Law of the Commonwealth*, 1968, p. 3 ; Könz, supra note 7, p. 91 ; Mendelson, supra note 7, pp. 224, 229-232 ; Rheinstein, supra note 7, p. 225 ; Seidman, supra note 7, pp. 328-330 ; Steinberg, supra note 7, pp. 217-218. また、Friedman, supra note 7, pp. 48-49, 52-53も見よ。

16) David, supra note 7, pp. 188-189 ; Könz, supra note 7, p. 98 ; Mendelson, supra note 7, p. 232 ; Merillat, supra note 7, p. 74 ; Parsons, "Evolutionary Universals in Society," *American Sociological Review*, Vol. 29, 1964, pp. 339, 350-353 ; Rheinstein, supra note 7, p. 226 ; Rosenn, supra note 7, p. 253.

諸傾向を識別することができる。

一つの説明は、市場経済における法の役割を強調する。この見方は、経済成長にとっては市場制度が必要であると想定し、近代法は市場の創造と維持にとって本質的に重要であるとみる¹⁷⁾。ここで強調されているのは、画一的に適用される一連の普遍的なルールとしての近代法の予見可能性 (predictability) である。そうした予見可能性の帰結として、近代法は人々が新しい形態の経済活動に従事することを奨励し、こうした活動の成果が保護されるであろうことを保障する。こうして法は「個別主義的集団における規律づけの慣行」から個人を解放し¹⁸⁾、個人の決定が国家の権威によって強制され、その取得物が他人の略奪から保護されるであろうことを確約する¹⁹⁾。契約および私的財産権といった制度を通じて、近代法は市場の発展を、そしてそれによって経済成長を増進する。

第二の、おそらくこれと衝突する説明は、法と成長との関係について、法の目的性と権力を強調する。この見方においては、開発 (development) とは経済活動の意識的に意欲された変容とみられる。国家は、それを通じてこうした意識的デザインが明確に表現され、賦課される中心的な媒介手段とみなされる。近代法は、それを通じてそうした開発目標が個別具体的で、執行可能な規範へと翻訳されるための道具である²⁰⁾。これらの規範がより実効的に行動を定義して誘導すればするほど、より一層の経済成長が生じるであろう。

〔近代法の〕中核観念は、法についてこのような見解を保持していることから、

17) Karst, supra note 7, p. 15 ; Kozolchyk, supra note 7, pp. 737, 739, 741-742 ; Mendelson, supra note 7, pp. 226-227, 230-231, 232 ; Rheinstein, supra note 7, pp. 229-230, 232, 238-240, 243 ; Steiner, supra note 7, pp. 47-48 ; Trubek, supra note 7, p. 10.

18) Galanter, supra note 7, p. 162. また、前掲注14も見よ。

19) David, supra note 7, pp. 188-189 ; Karst, supra note 7, pp. 13-16 ; Rheinstein, supra note 7, p. 232 ; Trubek, supra note 7, pp. 54-55. また、Mendelson, supra note 7, pp. 226-227, 230-232も見よ。

20) David, supra note 7, pp. 203-204 ; Friedman, supra note 7, p. 30 ; Kozolchyk, supra note 7, p. 746 ; Rheinstein, supra note 7, p. 221 ; Seidman, supra note 7, passim ; Steinberg, supra note 7, pp. 232-233, 245 ; Trubek, supra note 7, p. 10.

近代的ルールの「実効性」および社会的な「浸透」を最大化することに関心をもっている。浸透および実効性は、国家がその権限を発揮する能力の測定尺度である。そして、法的発展〔法的開発〕(legal development) は国家がその経済的目標を実現するために法を用いる権限の増加〔権限を増加させること〕に等しいものとしばしば捉えられている²¹⁾。

その結果、いく人かの著述家たちは、法と経済発展に関する研究は、法的な「実効性」を増加させるような法文化および組織における諸変数を識別する問題へと向けられるべきであると論じている²²⁾。というのは、これらの問題の幾つかのものに対してはつぎのように解答されてきたからである。すなわち、必要とされているのは、法システムの道具的な潜在能力の増加である。法がますます特定の〔個別具体的な〕諸目標へと合理的に前進するためのメカニズムまたは道具となるに連れて、それはより実効的なものとなるであろう。このことが達成されるのは、法文化が経済的諸目標およびそれらと法システムとの関係の明確化を育くむような、道具的な法観念を保持している場合だけである、と論じられる²³⁾。このような信念を受け容れる者にとっては、法的開発の問題はつぎのように解決される。すなわち、どのような局部的変化がより大規模な道具主義に通じるかが発見されさえすればよい²⁴⁾。しかし、われわれが後にみることになるように、これは時折、一定の場所においては、危険な定式であることが判明するであろう。

21) Friedman, *supra* note 7, p. 30; Könz, *supra* note 7, pp. 94-95; cf. Kozolchik, *supra* note 7, pp. 738, 740-741; Trubek, *supra* note 7, pp. 54-55を見よ。その他の場所では、Friedmanは「浸透」(penetration) および「実効性」(effectiveness) の重要性を強調する。彼は、両者は関連づけられうるのであり、「参加」に対しては強化された権力と同等のことが当てはまるとみる。L. Friedman, "Legal Culture and Social Development," *Law and Society Review*, Vol. 4, 1969, pp. 29, 44.

22) Friedman, *supra* note 7, pp. 58-61; Könz, *supra* note 7, pp. 95-96; Kozolchik, *supra* note 7, pp. 744-745; Seidman, *supra* note 7, p. *Passim*. また、Rheinstein, *supra* note 7, *passim*; Trubek, *supra* note 7, pp. 54-56も見よ。

23) Kozolchik, *supra* note 7, p. 751; Merillat, *supra* note 7, p. 73; Rheinstein, *supra* note 7, pp. 227-228; Seidman, *supra* note 7, *passim*; Trubek, *supra* note 7, pp. 9, 10, 24-28, 52-53.

C. 近代法と政治的發展との関係

近代法はまた、政治的發展における本質的要素であるともみられている。〔近代法の〕中核観念においては、そのような〔政治的〕發展とは強い、中央集権的な国家の創設のみならず、複数政党制による、自由・民主主義的な政府の構築を意味する²⁵⁾。こうして、中核観念は、法を恣意的な国家行為に対する第一次的な制約とみるのである。法 (law) を権力 (power) から識別することに注意が向けられる。すなわち、ある著述家は、法を「原理に基づいた裁き」(principled adjudication) と等しいものとみる²⁶⁾。他の者は、法が国家権力の恣意的な行使を排除するがゆえに、政治的發展にとって法が本質的に重要であるとみる²⁷⁾。この意味において、法はたんに何らかの目的を達成するために適用されるべき国家統制の技術にとどまるものではない。むしろ、それは必然的に、公平な取扱いとか公正といった特定の価値に肩入れするものとみられている²⁸⁾。いく人かの著述家たちは、法を自由主義的社会および民主主義と同一視する。彼らにとって、近代法の發展は、社会規範の形成および特定の個人権の保障への、より広範な参加といった自由主義的な諸目標の達成を必然的に意味する²⁹⁾。

もしも「法」または「法システム」が国家を制約するためのものであるとす

24) Friedman, supra note 7, passim ; Kozolchik, supra note 7, pp. 736, 741-742 ; Rheinstein, supra note 7, p. 244 ; Rosenn, supra note 7, pp. 251-255 ; Seidman, supra note 7, pp. 331-332.

25) Karst, supra note 7, pp. 16-19 ; Steinberg, supra note 7, pp. 246-247 ; Trubek, supra note 7, p. 53 ; Kőnzは、外国法モデルの採用は「アフリカおよびアジアにおいても、西洋諸国におけると同じように有効な民主主義的な諸概念を導入した」と認める。Kőnz, supra note 7, p. 95.

26) Karst, supra note 7, p. 18.

27) 例えば、A. Rivkin, *Nation-Building in Africa: Problems and Prospects*, 1969, pp. 112-130 ; Braibanti, "Public Bureaucracy and Judiciary in Pakistan," in : J. La Palombara (ed.), *Bureaucracy and Political Development*, 1963, pp. 360-440 ; Karst, supra note 7, pp. 18-19 ; Steinberg, pp. 230-231, 237, 247-249を見よ。

28) Kozolchik, supra note 7, pp. 741-742 ; Steiner, supra note 7, pp. 48-50, 58.

れば、それは何らかの方法で自律的でなければならないことは明らかである³⁰⁾。この理由により、中核観念は——しばしば黙示的に——独立した司法部、行政的裁量を抑制する技術、立憲主義、および司法審査さえもが、近代法の発展に必要な要素であると想定している³¹⁾。

D. 法的開発〔発展〕のプログラム

〔近代法の〕中核観念から導かれる「法的開発〔発展〕」のプログラムに関しては、かなりのコンセンサスが存在する。近代法は、社会生活を支配する諸ルールが意識的に定式化され、首尾一貫した〔矛盾のない〕形で適用されるようなプロセスであるから、基本的目標は普遍的で目的的な諸ルールによって社会生活が実効的に支配されることを確実にすることである。中核観念は現実をみていることから、この目標は第三世界の国々の法システムにおいては多くの変更を伴う。第一に、すでに法典の上に存在する法が完成されなければならない。契約の自由を保障するルールや政治的結社を保護するルールといった、「近代的な」実体的ルールが採用されなければならない³²⁾、もし必要であれば、外国の諸法典を輸入することによってそうしなければならない³³⁾。これらのルールは、真の意味で普遍的でなければならない。残存している個別主義は鎮圧されなければならない。慣習法および特別法は、「合理的に」制定された近代法に服しなければならない³⁴⁾。紙の上に存在するルールは、事実としてのルール

29) Friedman, *supra* note 7, p. 30 ; Karst, *supra* note 7, pp. 16-19 ; Kozolchik, *supra* note 7, p. 746 ; Reinstein, *supra* note 7, pp. 245-246 ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 236-237, 246-248 ; Trubek, *supra* note 7, pp. 9, 53.

30) A. Rivkin, *supra* note 27, pp. 112-130 ; Galanter, *supra* note 7, p. 156 ; Karst, *supra* note 7, pp. 18-19 ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 247-249.

31) 一般的には、前述285頁およびその注を見よ。

32) A. Rivkin, *supra* note 27, pp. 112-130 ; Karst, *supra* note 7, pp. 18-19 ; Kozolchik, *supra* note 7, p. 739 ; Mendelson, *supra* note 7, pp. 227-231 ; Rheinsteint, *supra* note 7, pp. 226, 232, 236-238 (女性 の 解放) , 240 (相続法) ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 246-248 ; Trubek, *supra* note 7, p. 54-55.

33) David, *supra* note 7, *passim* ; Könz, *supra* note 7, p. 95.

にならなければならない。不偏的な適用が現実にならなければならない³⁵⁾。多かれ少なかれ代表的組織体における立法者たちは、不偏的で、しかし同時にまた優先度の高い開発目標を達成するようなルールを定式化することを学ばなければならない。法律家たちはこれらのルールおよびその基礎にある目標に関して議論することを、また、裁判官たちはそれによって理由づけをすることを、学ばなければならない。

この中核観念の法的開発プログラムにおいて法的目的性が中心になるということは、法学教育改革の重要性を強調することになる³⁶⁾。中核観念は、第三世界の法システムが形式主義的かつ伝統的であることを発見している³⁷⁾。そのような伝統の中で活動している法律家たちは、高度に形式的または儀式的な技術を通じて社会生活に適用される、比較的神聖かつ不変の一体の原理として法をみている、と論じられている。中核観念は、法的開発は第三世界の法律家たちが彼らの法概念とその社会的機能を再定義するように強いることによって始められなければならない、と論じる。ひとまずこのことが達成されたならば、法的開発の正しいプログラムが、うまくゆけば明らかになるであろう。このようにして、法学教育改革は、法システム全体の改革へと通じる^{くまび}楔である。そして、近代法の経済的および政治的機能についての基本的仮定が満たされるとすれば³⁸⁾、

34) David, supra note 7, pp. 194, 203 ; Friedman, supra note 7, p. 52-53 ; Galanter, supra note 7, pp. 158-61 ; Rheinstein, supra note 7, pp. 226-28, 235 ; Steinberg, supra note 7, pp. 219-20.

35) Friedman, supra note 21, pp. 29, 43 ; Trubek, supra note 7, p. 54.

36) J. Murphy, "Legal Education in a Developing Nation : The Korea Experience," *Korea Law Study Series*, No. 1, 1967, 1967 ; Allott, supra note 7, p. 207 ; Karst, supra note 7, pp. 19-20 ; Könz, supra note 7, pp. 99-100 ; Kozolchyk, supra note 7, pp. 751-55 ; Merfillat, supra note 7, p. 76 ; Rosenn, supra note 7, passim ; Steinberg, supra note 7, pp. 222, 232-33 ; Steiner, supra note 7, passim ; Trubek, supra note 7, p. 53 ; von Mehren, "Law and Legal Education in India : Some Observations," *Harvard Law Review*, Vol. 78, 1965, p. 1180.

37) E. g., Kozolchyk, supra note 7, p. 746 ; Merillat, supra note 7, p. 73 ; Rosenn, supra note 7, pp. 254-57 ; Steinberg, supra note 7, p. 240, 244-45, 249 ; Steiner, supra note 7, pp. 52-55 ; von Mehren, supra note 36, pp. 1181-82, 1186-87.

中核観念は、このような教育によって拍車をかけられた改革が経済的發展および政治的民主主義を刺激するであろうことを約束する³⁹⁾。

II. 〔近代法の〕中核観念の評価

A. 序論

〔近代法の〕中核観念は、第三世界の法的開発のための積極的なプログラムを処方することができる。なぜなら、それは法と開発との関係を理解するための鍵を発見したと信じているからである。経済的および政治的發展は「近代法」を必要とすると考えられていることから、近代法システムを創造する努力は必然的に發展を助長する。

この信条にとっては二つの要素が存在する。第一に、西洋の進歩した産業国家の方向への漸次的な進化と同視された、黙示的な開発概念が存在する⁴⁰⁾。第二に、そのような開発の定義が与えられたとすれば、中核観念は、きわめて予想どおりに、近代法を西洋の法構造および文化と同一視する⁴¹⁾。第三世界はこうして近代的な西洋法システムを採用するまでは、低開発に留まる運命にあると想定されている。

これらの信念は自明のものであると考えられているがゆえに、中核観念は、法的小説および文化的伝統、経済的組織、または政治的構造において多様性をもつ

38) 前述282-286頁を見よ。

39) 例えば、Rosenn, *supra* note 7, p. 283 ; Steiner, *supra* note 7, pp. 70-82を見よ。しかし、Steinerは、この約束に関してかなり言葉を濁している。Steiner, *supra* note 7, pp. 86-90.

40) このアプローチは、Mendelsonの開発〔発展〕についての普遍主義的な、三段階モデルの叙述に表れている。それは、あらゆる国が原初的な統一から、産業化を経て、福祉国家主義へと進化するものとみる。Mendelson, *supra* note 7, p. 223. 類似の一元論は、文献に浸透している。〔それによれば〕人々は伝統的な社会秩序を棄てて、中央集権化された国民国家へと再編成される。See pp. 5-6 and notes 11, 14, 15 *supra*. 経済成長はもっぱら市場システムに立脚するものとみられている。前述283頁および注17。人間存在の五分野における近代化 — および西洋化 — の道程に沿った軌跡に関しては、C. Black, *supra* note 15を見よ。

諸国民のために望ましい法改革を処方することに怖気づいてはいない。例えば、西ヨーロッパの観察者たちは、エチオピア⁴²⁾ およびトルコ⁴³⁾ のように異なる民族からなる国民のために、市民法〔大陸法〕の厳格な法典化を処方するであろう。その一方で、アメリカ人たちは、ブラジル⁴⁴⁾、韓国⁴⁵⁾、およびインド⁴⁶⁾ における発展への真の道 (the true path to development) のように、より道具主義的な法学教育という形態を処方するであろう。

さらに、法と開発〔発展〕との関係は一定不変のものと考えられていることから、中核観念は、第三世界の法生活を理解する努力よりも、西洋システムの輸出に関心を抱いている。法と開発の関係についての主要な問題に対しては粗雑な方法で回答したうえで、中核観念は、〔法の〕実行 (implementation) に関心を寄せている。

法と開発の関係についての〔中核〕観念の捉え方は、西洋においては近代法体系、中央集権化された国家、および産業経済が同一の歴史的時期に発生した

41) 多元主義、国家に対する個人権、法的自律、および法の支配は西洋起源の概念である。前述285-286頁および注25-31。こうして、西洋の伝統からの逸脱は、せいぜいのところ懐疑的にみられた。Galanterは、固有法相対主義の運動は失敗する運命にあるとみている。Id., supra note 7, p. 163. Steinbergは、日本の法概念の韓国における浸食に困惑している。Id., supra note 7, pp. 250-52. また、Könzはセイロンにおける非公式の調停委員会の制度に困惑している。Id., supra note 7, pp. 97, 98.

42) David, supra note 7.

43) Lipstein, "Conclusions, Reception of Foreign Law in Turkey," *International Society for SCI. Bulletin*, Vol. 9, 1957, pp. 70, 72, 81. Lipsteinは「法が法典化されるならば、西洋の法システムは文化的背景を異にする国にも実効的に導入されうと」と結論づけている。同様に、Rheinsteinは、民法典の適用はそれほど多くの法律図書館および学習時間を必要とせず、それゆえに、コモン・ロー・システムよりも容易にアフリカへ拡張されうと指摘する。彼は、イギリス法がインドおよび英領東アフリカに法典化の形態で導入されたことを認めている。Id., supra note 7, pp. 244-245.

44) See Rosenn, supra note 7; Steiner, supra note 7.

45) Murphy, supra note 36, pp. 54-60; Steinberg, supra note 7, p. 222.

46) Von Mehren, supra note 36. 少なくとも一人のアメリカ人が、法的「高血圧」に対する同様の改革万能薬を、イスラエルのように先進的で西洋化された国に処方した。Laufer, "Legal Education in Israel: A Visitor's View," *Buffalo Law Review*, Vol. 14, 1964, p. 232.

という事実の解釈に由来する。こうした歴史的観察から、中核観念は何らかの方法で法的開発がそれに随伴する政治的および経済的変容を引き起こしたと結論づけている。最後に、中核観念は、このようにして主張された因果関係は第三世界の経験においても繰り返されるであろうと信じている。

本節〔Ⅱ〕では、これらの概念が分析されるであろう。西洋史における近代法の役割について、厳密でない方法で原因を帰することに対してもう少し肉づけすることにより、西洋の経験が第三世界にとっても必然的に道案内となるという主張が論駁される。

B. 西洋の開発〔発展〕における法の役割：マックス・ウェーバーの業績⁴⁷⁾

この議論の鍵は、西洋文明の出現における近代法システムの役割を識別し、体系的に説明しようと試みた、ドイツの社会学者マックス・ウェーバーの業績にある⁴⁸⁾。ウェーバーの説明は、法的「発展」は産業システムと中央集権化された国民国家へと至った政治的および経済的変容と同時に起こったという観察を超えて進むものであった。むしろ、彼は〔近代法の〕中核観念に欠けている類の分析的説明によってその歴史的帰結を支持しつつ、これらの〔法的・経済的・政治的〕変化が相互に原因となるものであったことを正確に示した。

ウェーバーの主要な知的関心事は、資本主義と産業文明の勃興を説明することであった。すなわち、なぜ——と彼は問う——それらがヨーロッパで最初に発展したのであろうか。ヨーロッパ法は部分的な説明しか提供しない。彼は、ヨーロッパ法は資本主義へと伝導する特別の性質をもつと信じたことから、西

47) Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," *Wisconsin Law Review*, 1972, p. 720を見よ。また、R. Bendix, *Max Weber: An Intellectual Portrait*, 1962, pp. 385-457も見よ。

48) われわれが今日「開発」とか「近代化」と呼ぶものと法との相互関係の取扱いに関するウェーバーの最も重要な試みは、彼の理解社会学の概説の中に含まれている。Id., *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 4th ed., J. Winckelmann (ed.), 1956. この議論において私は、第一次的に最近のウェーバー全集の英訳版に依拠した。M. Weber, *Economy and Society*, Roth and Wittich (eds.), 1968 [hereinafter cited as *Economy and Society*].

洋の法秩序の独自性を論証しなければならなかった。

彼の研究は、三つの基本的な帰結に通じた。第一に、法システムが「合理的」であればあるほど、それは資本主義者による産業システムの発生へと一層伝導しやすかったであろう。第二に、ヨーロッパの法システムは、他の諸文明において発生していた法システムよりも合理的であった。最後に、このような法の合理主義は、産業主義の経済システムが十分に発達する以前に、ヨーロッパにおいて広範に存在していた。これらの考察に基づいてウェーバーは、ヨーロッパの法システムは資本主義の勃興の原因となった諸要素の一つであると結論づけたのである。

ウェーバーの法的合理性の概念は、三つの副次的変数から構成されている。すなわち、自律 (autonomy)、意識的デザイン (conscious design)、および普遍性 (universality) である。ウェーバーの理論枠組においては、法システムはつぎの場合には合理的であるものとする、といわれた。すなわち、(i) 法システムが社会の他の局面から自律している。(ii) それが定式化し、執行する規範が意識的につくられる。そして、(iii) それらの規範がすべての同様の事例に対して首尾一貫した〔矛盾のない〕形で適用される〔という場合である〕。ウェーバーは、いくつかの法システムにおいては規範が意識的に造られるのではなく、むしろ一定不変の伝統または並外れたカリスマ的な指導者の命令に由来することに注目した。同様に〔そこでは〕、彼は規範が法分野に精通した専門家たちによって適用されるのではなく、むしろ宗教的、政治的またはその他のエリートたちによって執行されるということを見出した。最後に、いくつかの法システムにおいては、決定が一般的ルールに包摂されたり、または以前の先例に関連づけられたりせずに、むしろ場当たりの行われている。

他方において、ウェーバーは、ヨーロッパのシステムは、法的合理性の三つの本質的要素を組み合わせたと論じた。その結果、それは、そしてそれだけが、「論理的に形式的な合理性」——それは、ウェーバーにとっては、近代的体系の決定的な兆候である——という用語で表現される類型の法思想を発達させた。それゆえに、「合理的な」体系は、社会的紛争を解決するためにそれに先

立って存在するルールに依拠し、これらのルールが、(i) 法分野の専門家によって特有の思考方法を用いて入念につくり上げられ、(ii) 相互に首尾一貫しており、(iii) 普遍的で、かつ (iv) 正確であることを保障する。これらのルールの源泉は社会生活全般にあるものの、それらを入念につくり上げ、適用するシステムは規範的秩序づけまたは社会統制のその他の形態からは区別されている。その〔システム〕のルールは、宗教的または狭義の政治的な考慮からは独立して定式化される。こうして、ウェーバーの「合理的」体系のモデルは、中核観念によって「近代法」として明らかにされたものと広範に一致している⁴⁹⁾。

しかし、ウェーバーは中核観念と同様の近代法概念を用いた一方で、開発における法の重要性 (the developmental significance of law) の分析をずっと先に進めた。現代的な分析家とは対照的に、彼はなぜ合理的な法システムが経済発展および中央集権化された国家を育成したかを説明した。そのようにして、彼は「近代法」が経済的および政治的な変化を生じさせる諸条件を正確なものにしたのである。

その経済社会学においてウェーバーは、「合理的な」法と経済発展との間の二つの重要な関係を強調した。彼は、この種類の規範システムが西洋に出現した産業システムにおいて本質的に重要であった形式のおよび実体的な特質をもっていたことを発見した。合理的な法システムは高度に予見可能なものであった。そのような規範的秩序のみが、産業化されたシステムに必要な一定の実体的規定を生み出すことができた。これらの特質は自由な市場経済の作用によって本質的なものであった。そのような〔自由な〕市場は人々が伝統的規律づけ

49) アメリカにおけるウェーバーの読者たちは大抵が、法的近代性の指標としての「法的思考」へのウェーバーの強調および合理的な法的思考の絶頂としての大陸の法学に対する彼の解釈によって誤解させられてきた、と私は考える。彼らは当然ながら、コモン・ローの伝統は「近代法」の劣った一形態であるというウェーバーの判断を受け容れようとはしない。たしかに、彼らはコモン・ローのプロセスはより合理的であると考えている。これら二つの法的世界についてのイデオロギー的な描写の相違に注目することにより、彼らはウェーバー流のモデルとアメリカのモデルまたは近代法モデルとが機能的には多くの点で類似していることを見落としている。

に服していたとすれば作用することができなかつたであろう。とはいえ、それらの市場は利己主義的傾向を抑制するために、何らかの規範的構造を要求した。そのシステムは権威的なもの、つまり、その規律と衝突する行動を実効的に抑制できるものでなければならなかつた。しかし、それが市場システムにおける経済的な意思決定の性質をもつものであるとすれば、それはまた予見可能でもなければならぬ。すなわち、人々が他人の行動の予想に基づいて迅速な決定をしなければならぬときには、どのような規範が他人を制約するか、そしてそのような規範が執行されるかを知ることが本質的に重要である。

ウェーバーの説明は形式的な特質、とりわけ、形式的な予見可能性を強調していたものの、彼はまた実体的なルールと原理の生成にも関心をもっていた。それらのうちで最重要のものは、契約の自由を許容し、個人間で交渉された合意の執行を保障するルールの複合物であった。

これらの形式的小および実体的要件を満たすことができた唯一の規範的秩序づけは、合理的な法であった。自律的で、意図的にデザインされた一連の普遍的ルールのみが、(i) 経済的な意思決定に組み込まれるのに十分なほど正確であり、(ii) 予見可能であるために十分な首尾一貫性を伴って適用され、そして、(iii) 権威を維持するために十分なほど正統的なものでありえた。さらに、ウェーバーはその政治社会学において、そのような規範的システムが発生しえた政治的諸条件を説明した。すなわち、その決定が合理的であるという主張を通じて、人々の忠誠を確保した、中央集権的な官僚国家である。

ウェーバーは政治システム(支配形態)について三つの「理念型」⁵⁰⁾を識別した。彼はそれらを正統性(legitimacy)に対する基本的主張に従って分類した。すなわち、伝統的、カリスマ的、および法的〔システムないし支配形態〕である。

50) 「理念型」という用語は、社会科学において採用された知的構成物である。それは規範的に望ましい状況を意味するものではない。むしろ、その概念は、科学者が探求したいと欲している社会生活の一定の顕著な特徴の抽象化を表すがゆえに「理念的」なのである。ウェーバーの業績においては、理念型は価値中立的な科学的手段を意味するものとして用いられた。R. Aron, *Main Currents in Sociological Thought*, Vol. 2, 1967, pp. 201-204, 205を見よ。

この三分類に従い、社会組織の構成員たちは社会の命令を、それが一定不変の習慣に従って発令されたがゆえに、並外れたもしくは模範的な性質をもつ個人によって布告されたがゆえに、または合理的で法的な立法に基づくがゆえに、正統なものとするであろう。法的な決定は支配の全体構造の一部であるから、それらは、支配者の全行為のように、人々の忠誠を求める何らかの基本的主張をすることによって正統化されなければならない。

その結果として、支配の構造および法システムは相互規定的である。すなわち、伝統的レジーム〔支配体制〕は、一定不変で神聖なものと考えられている規範を適用する。カリスマ的システムは、それらの規範が靈感に触発された、模範的な指導者から引き出されたものであると主張する。そのような〔支配と規範との〕結合は、ウェーバーの合理性の評価基準を満たすような法的構造を発達させることを不可能にする。まさに伝統およびカリスマ性という概念そのものが、意図的に精製された規範という観念（the idea of consciously wrought norms）とは相容れない。さらに、伝統的およびカリスマ的支配体制は、場当たりのな〔その場その場の状況に応じた〕、個別主義的な決定を行う内在的な必要性をもち、特別のプログラムを発達させる。その結果、それらの支配体制は、法的自律に対して寛容であることができず、あらゆる普遍性の主張に対して敵対的である。

しかしながら、合理的または法的な支配形態の場合は、そうではない。この型の支配体制は、社会生活を支配する普遍的ルールを創造し、維持する能力に、その正統性を見出すものである。法的な支配形態は、近代の官僚国家へと通じ、形式的合理性に対して敵対的であることから遠く隔たり、それ〔形式的合理性〕を積極的に要求し、奨励する。これらの理由により、ウェーバーは、真に官僚的な国家は合理的な法のためのすべての前提条件が存在したヨーロッパにおいてのみ発生しえたと結論づけた。同様に、彼は、そのような官僚国家の下でのみ、これらの要素はヨーロッパ法の最終モデルへと発展しえたと論じた。こうして、ウェーバーは、その当初の問題である、法と資本主義との因果関係について解答を与えたのである。合理的な法は競争的市場を育成した。市場の発生

は、ついで、一層の法の合理化を奨励し、合理化というものが、中央主権的な国民国家の発達を可能にした。

もちろん、ウェーバーの分析は確立した歴史的事実として受容可能なものとはいえない。彼はその命題を支持する実質的な証拠を挙げる一方で、彼は自分自身でその結論を修正しており、その命題が説明できない少なくとも一つの事例が存在することを認めた⁵¹⁾。にもかかわらず、彼の説明は、それが論駁されるまでは、西洋における法と発展との因果関係についての最も納得のゆく、筋の通った分析としての地位を保っている。

ウェーバーの説明の性質は、中核観念の推論方法における主要な欠点を識別することの助けになる。それ〔欠点〕は、法的開発〔発展〕が何らかの形で政治的および経済的発展をもたらすであろうという主張である。近代法の思想家たちは、その帰結をウェーバーの分析が支持するものとして、頻繁に彼を援用する⁵²⁾。しかし、事実はまさにその正反対が正しい。彼らの中核観念を支持するというよりもむしろ、ウェーバー流の命題は、それ〔中核観念〕は良くても合理的基礎を欠いており、悪くすると端的に誤りであることを示唆している。

ウェーバーの分析は、法と開発〔発展〕の関係は、実際には二つの媒介変数によって決定されることを示している。すなわち、近代法は経済発展を生み出す (*produce*) ものではない。それはたんに自由な市場システムの構築を助けるにすぎない。さらに、近代法は政治発展をもたらすものではない。それはたんに、その決定が合理的であるという信念にその正統性を依存させている、中央集権化された官僚国家を支えるにすぎない。それゆえに、第三世界における経

51) その事例はイギリスである。それは資本主義を最初に発展させた国であるが、しかし、ウェーバーが真の「論理的に形式的な合理性」と考えたものをそれはけっして達成しなかった。ウェーバーの「イギリス問題」についてのより完全な議論に関しては、Trubek, *supra* note 47, pp. 746-48およびJ. Guben, “The England Problem’ and the Theory of Economic Development,” unpublished *Yale Law School Program in Law and Modernization Working Paper*, No. 9, 1972を見よ。

52) 例えば、Friedman, *supra* note 7, pp. 29, 50, 51 ; Kozolchych, *supra* note 7, pp. 742-43 n. 204 ; Steinberg, *supra* note 7, p. 216を見よ。

済発展が自由な市場に基づいているのではないかぎり、ウェーバーの業績は、中核観念によって定義された近代法が経済発展を引き起こしたり、それに貢献するであろうといった推論をならん支持するものではありえない⁵³⁾。第三世界の諸国が法の支配へのこだわりを通じて正統性を求めているのではないかぎり、法システムを強化することがその体制の実効性を強化するであろうという保障はない。

こうして、もしわれわれが、形式的合理性とヨーロッパの産業化との関係についてのウェーバーの説明を受け容れるとすれば、われわれは中核観念が非常に脆弱な基盤の上に立っていると結論づけなければならない。われわれは、第三世界諸国で競争的市場を發展させたものがあまりなく、第一次的に市場志向のまたはレセ・フェールの経済政策を採用したものがないことを知っている。もし近代法がこれらの諸条件の下においてのみ経済成長に寄与するとすれば、ウェーバーが示唆するように、西洋史がそれ自体を繰り返すという中核観念の仮説はおそらく間違っている。同様に、われわれは、第三世界の体制が多くのもことによって正統化されているが、法の支配へのこだわりはそれらの中では第一のものではないということを知っている。こうして、国家に対する制約としての法システムの実効性を強化することは、(それがヨーロッパの国民国家を強化したとウェーバーが論じたように) 第三世界の指導者たちの実効的な権限を強化するであろうという結論もまたむしろ疑わしいものである。

C. 自民族中心主義と進化論：〔近代法の〕中核観念の危険性とジレンマ

〔近代法の〕中核観念は、西洋史に関してみると、多様な文化の解釈において明らかに自民族中心主義的である。歴史というものをすべての社会において繰

53) いく人かの著作家たちは「近代法」を、この分析が不適切であるほどに大雑把に定義する。例えば、Friedmanは、法が国家から分離され、区別されることをしばしば意識しているようにみえるにもかかわらず、社会におけるあらゆる公的プロセスとして法を定義する。Friedman, *supra* note 7, p. 15. こうして、もし国家行為が経済成長に寄与するならば、それは「近代法」となるであろう。

り返される同じ一連の諸段階であるとみるのは、進化論者的である。これらの暗黙の仮定の結果、この〔近代法の中核〕観念は、第三世界における法的生活の現実を実効的に取り扱うことができない。本節は、その誤りと矛盾のいくつかを識別し、そのようにして、中核観念の出自と限界の双方にさらに光を当てることにする。

1. 進化論と改革運動の衝突

中核観念における進化論とその法改革への肩入れとの間には明らかに衝突がある。この衝突は、中核観念の背景にある諸動機を大いに暴くものである。

中核観念にとって、歴史は同じ規格をもった諸段階における知ることのできる帰結である。社会は、伝統的または近代的、低開発または先進的、静態的または動態的というように分類され⁵⁴⁾、その中でいくつかのサブ・システムが関連する特質をもつ統合的システムであるとみられる。「伝統的社会」は「伝統的」法システムをもつであろうし、「近代的」社会は近代法をもつであろう⁵⁵⁾。変化は有機的プロセスとみられる。すなわち、蝶の生活史のように、「発展」ははっきりと区別された諸段階を経て、定められた終局へと進むものとされる⁵⁶⁾。

このタイプの決定論は、法はたんに社会的および経済的現象の帰結であり、それらを反映するにすぎないものと想定している⁵⁷⁾。中核観念は、法的発展の起源についてのそのような見解を受け容れることはできない〔はずである〕。むしろ、それは法的変化が、潜在的にはそれを引き起こすことが可能な、社会的変化なしに、可能なものとみるに違いない。近代法思想は、法的開発〔発展〕を相当長期にわたって非常に問題あるものとする方向へと進む。すなわち、第

54) C. Black, *supra* note 15 ; Friedman, *supra* note 7, p. 30 ; Mendelson, *supra* note 7, *passim*を見よ。また、前述288頁および注40参照。

55) Galanter, *supra* note 7, *passim* ; Rheinstein, *supra* note 7, pp. 222-26を見よ。Steinbergはこの見解を受け容れるようにみえるが、しかし、植民地行政は土着の文化と「位相を異にする」法へと通じたかもしれないことを認めている。Steinberg, *supra* note 7, pp. 216-19.

56) 社会理論における有機体的な隠喩の使用に関しては、R. Nisbet, *Social Change and History*, 1969を見よ。

三世界において発生しようとしている法律万能主義（legalism）は、温室における世話を必要とするような非常に脆い花のように感じ取られている。

こうして、パラドックスが作り出される。近代法の思考は、世界の〔西洋を除いた〕残りの部分が、法および社会・経済の同時的発展という西洋の経験を繰り返すであろうと論じる一方で、それはまた法的発展は保障されておらず、それゆえに、近代法が採用されることを確実にするためには奮闘的努力が行われなければならないことをも前提とする。

もしある者が第一次的には、経済的、社会のおよび政治的变化は必ずしも近代法に通じるものではなく、第三世界が西洋に追従するとすれば意図的な法的開発が必要であるという見解に与するならば、その者は進化論的思想の全体構造を放棄することがきわめて論理的であろう⁵⁸⁾。そのような考え方においては、「近代法」は他の局面へと変化するための必然的な前提条件とみることはいできないであろうし、そのような変化の必然的な帰結とみることさえもできないであろう。それはたんに一定の歴史的条件下で何か可能なものであるにすぎない⁵⁹⁾。しかし、進化論的な理論枠組の決定論は、改革主義者が介入に対して強烈に抱く信念と衝突する一方で、中核観念は両者に固執する。それ〔中核観念〕はこの内在的衝突を、熱心な改革運動によってもまだ克服されていない進化論的变化を妨げうる——と〔中核観念が〕主張する——「法的開発〔発展〕」

57) こうして、それは法の無制限の供給を伴う発展モデルに類似する。前掲注5を見よ。

58) つまり、社会は、非常に緩やかな方法で相互に関係づけられた、比較的区別された範囲から構成されている。これは、社会の全領域についてパラレルな発展段階が存在し、分離された領域をともに結びつける社会統合の強い力が存在するという観念を放棄することを意味するであろう。

59) 法—社会関係へのこのアプローチは、数多くの知的変化を伴い、中核観念の一定の問題を解決するであろう。例えば、それは、どのようにして諸社会が——それらが明らかにそうであるように——それに対応する急激な「法的発展」を伴うことなしに、急速な経済発展の時期を通過するかをよりよく説明するであろう。さらに、このアプローチおよび進化論的な決定論の放棄は、「近代法」に与し、それを第三世界に輸出することは一連の明確な価値選択を含むという事実を表面化させるであろう。これは、今度は、これらの価値がもつ性質と含意を学者的関心の的とするかも知れない。

の「遅延」(lags)または「障害物」(barriers)の可能性を提示することによって解決しようと試みる⁶⁰⁾。こうして、近代法思想家は、X国の法典は経済的および社会的変化に「追いつくことに失敗した」、その国の法律家たちが法についての「旧式の」観念を採用した、あるいはその国の法学教育が「時代遅れのもの」であると観察しうる⁶¹⁾。遅延および障害物という観念は、それらを識別し、「克服する」ための意図的な努力の必要性を維持する。しかし、同時にこれらの概念は、何か挫折させられるような変化の「通常の」プロセスが存在すると想定するものである。

近代法の思考が進化論と改革運動の双方に執着する一つの理由は、法改革の方法を処方する外国人の役割を正当化するに当たってこれらの洞察〔進化論と改革運動〕がもつ効用である。そうした〔外国人の〕改革者は、開発途上国のために法典を起草し、あるいはどのようにその国の法学教育を改革すべきかについて開発途上国に助言することにより、法的開発〔発展〕が問題である——さもなければ、彼は何の役にも立たなかった——と論じなければならない。しかしなお、彼は進化論を保持しなければならない。というのも、それは二つの鍵となる機能を提供するからである。第一に、それは、今問われているような規範的問題が存在するというあらゆる示唆を排除する傾向をもつ。すなわち、近代法はたんに歴史の展開にすぎない。第二に、進化論的な概念は、「先進的」で「近代的」な国家からの外国人が「伝統的」で「低開発」の国家に提供すべき特別の専門的知識をもつことを意味する。すなわち、その者は未来を見た者であり、それ〔特別の専門的知識〕がどのように役立つかを知っている。こうして、彼は法的発展〔開発〕にとって欠くことができない。

60) 例えば、David, *supra* note 7, pp. 194, 203-204 ; Kozolchyk, *supra* note 7, p. 751 ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 25-52 ; Köنز, *supra* note 7, p. 97, 98 ; Trubek, *supra* note 7, pp. 24-28, 52-53 を見よ。

61) David, *supra* note 7, p. 203 ; Karst, *supra* note 7, pp. 19-20 ; Köنز, *supra* note 7, p. 99 ; Kozolchyk, *supra* note 7, p. 746 ; Rheinstejn, *supra* note 7, p. 226 ; Rosenn, *supra* note 7, pp. 254-55 ; Steinberg, *supra* note 7, p. 245 ; Steiner, *supra* note 7, pp. 70-72.

このような視角からみると、なぜ近代法思想が明らかに矛盾したより糸を内包しているかを理解することが可能になる。第三世界の法生活への外国の投資を正統化するためには、改革主義者であると同時に進化論的であり、意思主義的でありながら決定論者的でなければならないのである。

2. 自民族中心主義の例：法的道具主義対民主的国家

進化論は、法的開発プログラムに必然的に含まれている規範的選択を不明瞭なものにしてしまう。しかし、自民族中心ということは、意識的に保持された諸価値を育成する意図的なプロジェクトの困難性を増大させる。近代法思想家の展望は、法の性質およびその機能に関してその者自身の社会に由来する概念によって曇らされているがゆえに、他の人々の社会においては逆効果となる諸手段を実際に提案してしまうかも知れない。

意図的な法思想を育成すべく企図された教育プロジェクトの場合を考えてみよう。そうした努力を増進しようとするアメリカの学者、政府機関、および民間財団は、それが「法の支配」を強化し、民主的価値を育成するであろうと想定している⁶²⁾。中核観念は、その他のあらゆる蓋然性を承認することを拒絶し、法についての伝統的概念から道具的概念への必然的帰結としての移行が同時に社会的行動を導く国家の能力および恣意的な行政行為を抑制する法システムの能力を増大させるであろうと想定する⁶³⁾。こうして、中核観念は、法的な目的性を増大させる手段は法的な自律性を育成することと、自由で民主的な傾向を強化することの双方を促進するであろうと論じる⁶⁴⁾。

実際、道具主義を増大させることは、まったく正反対の結果をもたらさう。法的思考をより道具主義的なものにしようとする努力は、法秩序をますます国

62) このような中核観念は、公衆の、公刊された見解からは、しばしば隠されている。しかし、D. Trubek, J. Gouvea Vieira & P. Sa, *supra* note 7, p. 80 ; Murphy, *supra* note 36, pp. 57-58 ; Rosenn, *supra* note 7, p. 283 ; Steiner, *supra* note 7, pp. 70. 82を見よ。

63) A. Rivkin, *supra* note 27 ; Karst, *supra* note 7, pp. 18-19 ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 247-48を見よ。

64) Karst, *supra* note 7, pp. 15-19 ; Steinberg, *supra* note 7, pp. 247-48.

家装置に依存させるように促しうる⁶⁵⁾。そして、権威主義的な集団がそのような装置の支配を獲得するときには、そうした〔法秩序の国家装置への〕依存は彼らの地位を強化するであろう⁶⁶⁾。このことは、道具主義が自律的な法思想の正統性を浸食し、そうして裁判官や法律家たちが国家政策を実現する以外のあらゆる意思決定のための有効な前提を否定する場合に起こるのであろう。道具主義思想は、所与の目的のために適切な手段を選択する技術である⁶⁷⁾。こうして、それはそれによって特定の目標が達成されるための道具であり、手段である。しかし、権威主義的な諸条件の下では、それは最後の分析において国家によって供給された諸目標に依存する道具であるかも知れない。それ〔道具主義思想〕は、それ自身の目標を供給することができないゆえに、法思想における道具主義の増大は、法的自律を減少させる。中核観念が明確にしているように、規範や価値の非国家的源泉が弱められるということが、まさに「近代社会」の性質にほかならない。この傾向は、急速な成長への圧力が国家の支配力を強化している発展途上国において、とりわけ深刻なものとなりうる。

結果的に、目的的な法思想は、最終的には自律への主張を破壊しかねないジレンマに直面せざるをえない。すなわち、もし国家が本質的な目標についての唯一の有効な源泉であるとすれば、法思想は国家に対して抵抗するための基盤を見出しえないことになる。法システムは、その理由づけの根拠となるようなあらゆる超越的な前提を奪い取られ、国家権力のたんなる道具となる。

いく人かのヨーロッパの学者たちはこの問題を深刻に意識しているにもかかわらず⁶⁸⁾、現代における近代法文献は、法的な自律と道具主義との間のありう

65) Unger, *supra* note 8, at sec. 3.51を見よ。

66) F. Neumann, "The Change in the Function of Law in Modern Society," in : *The Democratic and the Authoritarian State*, 1957, p. 22を見よ。法実証主義に対する批判は、法に関するこの学派の見解が国家という道具の統制を獲得した権威主義的で非民主主義的な実力の侵入に抵抗する法律家の能力を衰弱させる効果を長らく強調してきた。L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, 1940, pp. 120-125を見よ。また、Auerbach, "Legal Tasks for the Sociologist," in : L. Friedman & S. Macaulay (eds.), *Law and the Behavioral Sciences*, 1969, pp. 18, 19-20も見よ。

67) *Economy and Society*, Vol. 1, pp. 24, 26, 30を見よ。

る衝突を認め始めたにすぎない⁶⁹⁾。中核観念がこの潜在的な衝突を完全に理解するのを怠ってきたことは、その自民族中心性のさらなる証明である。道具主義は自律的な法システムの実効的な作用のために必要であるという仮定は、端的に、アメリカの法思想が複数政党制〔多元主義〕^(訳注1)の政治システムの存在を想定しているという事実⁷⁰⁾に立脚した、アメリカの諸条件からの一般化である⁷⁰⁾。アメリカの多元主義理論においては、「国家」(the state)は社会生活から区別された、階層的にそれに優越する存在であるとはみられているのではなくて、むしろ競争し、衝突する集団間の進行中の闘争を組織化し、指導する一つのシステムまたはプロセスとみられている。この見解においては、「政府」とは多元的な〔異なる集団間の〕競争を維持する構造およびそこから帰結する政治的アウトプットの双方である⁷¹⁾。

多元的な社会においては、「法」はこのような競争のプロセスの帰結と大いにみなされうる⁷²⁾。政治的プロセスは、潜在的な集団衝突を解決（または回避）し、法はその最終的で権威的な解決手段である。この意味において、それ〔法〕

68) ウェーバーは、自然法の衰退と法を技術的道具としてみる見解の出現に対してコメントした際に、つぎのような観察をした。すなわち、

法についてのメタ法律的な含意の消滅は、具体的な法秩序についての特定のルールへの尊敬に対する懐疑を増大させる一方で、権力に対する現実的な服従を効果的に推進したイデオロギー的な発展の一つであり、今やもっぱら道具主義者の立場から見れば、現在正統性を要求する権威の一つである。*Economy & Society*, supra note 48, Vol. 2, p. 875. また、F. Neumann, supra note 66も見よ。

69) Unger, supra note 65を見よ。また、Steiner, supra note 7, p. 50も見よ。

(訳注1) トゥルーベックが用いる“a pluralist political system”、“a pluralist society”は、たんに多民族国家における民族的多元性を事実として叙述するものではなく、(思想的、民族的に)異なる集団のすべてに平等な意見表明や政治的意思決定への参加の機会が与えられ、相互に競争しうる規範的状况を含意していることに留意する必要がある。このことは、ここでの文脈のほか、とりわけ、本章の末尾で、「中核思想は、それが暗黙裡に多元主義を伴うゆえに、非多元的な状況——もちろん、第三世界においてはそれが標準的な状態であり、例外ではない——を取り扱うことができない」と述べていることから明らかである。

70) この点は、Lawrence Friedmanによって私に指摘された。

は競争的諸力の妥協の契約的表明である。さらに、多元的な社会においては、法はまたこのような集団の形成と競争のプロセスを組み立てる一連のルールであり、第一次的には憲法的ルールである。しかし、多元主義は、すべての正統な集団が聴聞の機会をもつ場合にのみ機能するであろう。たしかに、多くの憲法が、集団が組織されうること、その見解が承認され、時折採用され、成立した妥協が正統的なものとして受容されるということの保障を目指している。

法がこうした多元的相互作用の競争的プロセスの帰結としてみられる限りにおいて、道具的な法思想は民主的価値および個人的自由の敵となるのではなくて、むしろそれらを維持するための必然的な方法となる。多元主義理論によって提示された諸条件の下では、道具的な法思想は「国家」の権力を拡張するものではない。反対に、それは政府が多元主義によって確立された限界を踏み越えないように維持することに役立つ。唯一の有効な目標が多元的なプロセスから生じ、またはそれを保持することである限りにおいて、道具主義は、立法の場で取り決められる妥協を推し進めるような手段へと政府を制限する。そのような目標を凌駕するその他の価値は存在しないがゆえに、法律家たちはそうした目標を明確に識別し、それらを特定の〔法的実現〕手段と関連づけるために適切に訓練される。そのようにして、彼らは多元的システムを保持することに役立つのである。このような場合は、道具主義と民主主義の衝突は存在しない。

しかしながら、政治的な多元主義が制度化されていないところでは、道具主義の効果は非常に異なる。たしかに、多元主義が存在しなければ、形式主義的

71) Deutsch, "Neutrality, Legitimacy and the Supreme Court : Some Intersections between Law and Political Science," *Stanford Law Review*, Vol. 20, 1968, pp. 169, 250-257を見よ。

72) 私はここで、第一次的には制定法を念頭に置いている。裁判官が創った法と多元主義との関係は、何やらもっと複雑である。例えば、膨大な量のわれわれの憲法理論が、多元主義へのわれわれの肩入れと司法部の〔法〕創造的役割へのわれわれの肩入れとが衝突していることを認めている。例えば、Clark & Trubek, "The Creative Role of the Judge : Restraint and Freedom in the Common Law Tradition," *Yale Law Journal*, Vol. 71, 1961, p. 255 ; Deutsch, *supra* note 71を見よ。

または伝統的な論証に依拠する法思想は、権威主義的な手段に抵抗するためのより効果的な方法かも知れない。中核思想は、それが暗黙裡に多元主義を伴うゆえに、非多元的な状況——もちろん、第三世界においてはそれが標準の状態であり、例外ではない——を取り扱うことができない。

Ⅲ. 新しい知的視角へ向けて：法と近代化に関する研究の挑戦と将来

A. 挑戦：中核思想からの学習

〔近代法の〕中核観念が満足のかつ法の社会理論を生み出すことに失敗したとはいえ、われわれはそこから学ぶことができる。結局、「法と開発」はたんに法システムの輸出として、あるいは国家に特有の社会工学として定義されたにすぎなかったかも知れない。すなわち、中核観念は、少なくとも産業化に伴う主要な経済的、社会的、および政治的な変容と法との関係に妥当する一般的命題を定式化することを試みている。さらに、それは鍵となる諸変数を定め、それらの関係を定義する試みを通じて、この仕事にアプローチしてきた。したがって、それが「近代的」法システムと「伝統的」法システムとの区別を提示し、これらの間の変化の度合いを社会的発展のレベルまたは段階によって説明するときは、中核観念は大まかな社会理論を明らかに述べている。われわれはそこで用いられている自民族中心主義的なモデルや、そこで主張された相違についての観察の客観性に疑問を投げかけることができるにもかかわらず、いくつかの形態の一般的分類や、観察された相違についてのいくつかの種類の説明は、いかなる法の社会理論にとっても本質的に重要である。

さらに、中核観念は、疑問の余地のない一定の理論の一般化を明確に述べている。大抵の第三世界の国々は、何らかの形態の産業化に肩入れしている。そして、そこでは産業化された西洋社会とのいくつかの収斂に通じるであろう、疑いなく普遍的なものの存在する。同様に、近代法思想家たちが伝統社会から産業社会への移行において政府のプロセスがより目的的で合理的なものとなったと主張するときには、これを争おうとする者はほとんどない。

残念ながら、これらの帰結はあまりに広義であるために、それらは分析的または実践的な効用をあまりもたない。もしわれわれが法と開発についてのより正確で具体的な思想を發展させたいと思うならば、われわれは中核観念を超えて進まなければならない。その〔中核観念の〕進化論は法と社会現象との因果関係についての首尾一貫した考え方を含まないゆえに、近代法思想はどの要因が他の要因の原因となっているかについてはけっして明らかにしていない。中核観念は法とその他の諸変数の共変動 (co-variation) の分析を回避しており、因果関係に関する問いかけの意欲を挫くものである。

B. 中核観念を超えて：ウェーバーからの学習

そこで、必要とされているのは、これらの限界を超越するであろう知的な視角、将来の作業のためのパラダイムである。これは法と社会的変数との関係についての諸命題を定式化し、検証することのできる社会理論でなければならない。それは、そうした諸変数の間には体系的で普遍的な関係が存在するという仮定から出発し、それらを解明する仕事に本気で取りかかるべきである。その場合、課題はつぎのようなものになる。すなわち、どのようにして法と開発がより体系的な方法で研究されるか、ということである。これに答えるためには、われわれはいくつかの可能な指標を吟味し、より科学的なアプローチへと移動するための戦略を示唆しなければならない。

第一に、われわれが関心をもっている現象を実験的に研究することができないということは、むしろ明白である。われわれが社会変動と法との相互作用を決定するために諸国民の行動を操作できないことは明らかである。しかしながら、われわれは、法的変数と社会的変数との間の基礎的な関係を浮き彫りにするための比較研究の方法論を用いることができる⁷³⁾。これは、もちろん、ウェーバーが用いた方法である。彼の理念型は、鍵となる変数を定義することと、それらの間の関係を指摘することの双方を行うものである。法についての彼の

73) 例えば、I. Vallier (ed.), *Comparative Methods in Sociology: Essays on Trends and Applications*, 1971を見よ。同書は、比較研究に関する包括的な文献目録を含んでいる。

類型論は、相対的な合理性によって異なる法システムを区別することを彼に許容した。法的支配の理念型および市場経済は同時に重要な政治的および経済的変数を識別し、それらと法秩序との因果関係を提示する⁷⁴⁾。

これらの関係についての仮説を提示したうえで、ウェーバーは、例えば、合理的な法を備えた社会のみが官僚的な職員をもったこと、伝統的または世襲的な支配形態をもつ社会は合理的な法を発達させなかったこと、あるいは合理的な法を欠く社会は産業経済を発展させなかったことを証明するための比較研究を行った。一定の諸変数がつねに一緒に発生したり、〔反対に〕けっして同時には現れなかったという歴史的証拠は、因果関係に関する彼の結論を支持した⁷⁵⁾。

ウェーバーの観念と命題の多くのものが現在の知識に照らしてみると疑問視される余地があるとはいえ、彼のアプローチはわれわれ自身の努力にとって指針となりうる⁷⁶⁾。その最も野心的な点で、われわれのプログラムは以下の諸指標によって導かれるべきである。第一に、法と他の変数との関係を分析するためには、われわれは「法」現象をそれと相互作用する鍵となる社会的変数から分離しなければならない。これらの鍵となる変数を念頭に置いて、われわれは理念型を構築しなければならない。さらに、もし比較研究が諸変数間の関係を決定するものとするためには、それらは比較可能でありかつ操作可能であるという両者の要請を満たす形で定義されなければならない。こうして、法的変

74) ウェーバーによる支配の類型論は、例えば、鍵となる変数として、法的合理性の程度、正統性に対する体制の主張の性質、および支配者に付き従う行政スタッフのタイプを識別している。Trubek, *supra* note 47を見よ。

75) 社会学者たちはこれがウェーバーの方法論に関して議論的となる解釈であると認めるかも知れないが、テキストは実質的に、R. Warner, *The Methodology of Max Weber's Comparative Studies*, unpublished 1972 Ph.D. dissertation on file with the Yale Law Journalのウェーバー解釈に従っている。しかし、W. Runciman, *A Critique of Max Weber's Philosophy of the Social Sciences*, 1972を見よ。

76) 近代法思想とは異なり、ウェーバーは社会をその構成要素となる領域に解剖し、法、政治、社会構造、および経済の領域間の相互作用を提示する。このスキームは、中核観念の二変数システムが可能とするよりも明確な特定性をもって、彼が因果関係を識別することを可能にした。

数と社会的変数は、類似のことがすべての社会で観察され、諸変数の分離した状態または量が観察され、測定されうることを保障するような方法で明らかにされるべきである。最後に、たんなる相関関係の確定を超えて、真の因果関係の分析へと進むことが可能にならなければならない。つまり、法と開発についてのわれわれの理論においては、従属変数と独立変数を提示することが可能でなければならない。

本論文の残りの部分は、現代に見られる近代化〔のプロセスにある国家〕における法的変数とその他の変数との関係を識別する一連の理念型を展開することにより、主としてこれらの指標うちの第一のものに関するものである。この分析において、私は国家、経済および政治体を近代化するための鍵となる二つのサブ・システムの第一次的な類型論を提供することを試みた。ついで、それらの変数は法的構造の相違に関係づけられる。そうした分析と概念の定式化は、将来における比較的小および経験的研究を通じた正確な諸命題の定式化と検証の先駆形態であり、その代替物ではない。

法と開発の研究は、何らかの体系的理論を製造することからは程遠い状態にある。必要とされる比較研究は、第三世界における法生活についてのもっと多くのデータの蓄積を待たなければならない。本論文の残りの部分で明らかにされる理念型は、そうした努力を形にする助けになるべきものである。

IV. 経済的組織と法的構造：市場 (market) 対指令 (command)

第三世界における法と経済との関係はどうなっているのであろうか。これに答えるためには、われわれはこれまでに提供されてきたものよりも広い視野を必要とする。ウェーバーから中核観念に至るまで、法と開発についての大抵の分析は、伝統的経済と産業経済との対照を強調するが、しかし、伝統的な経済の多くが過去のものであるという事実を曖昧にしている。今やすべての国が産業化を通じて経済的な福祉のレベルを増大させることを熱望している。今日においてより重要なことは、そうした発展に至る数多くの道が存在し、社会は産

業化へのドライブのために非常に異なる手段を採用しようということである。ついで、この選択は、その国家の法システムの構造と機能に著しい影響を与えるであろう。

こうして、法の社会理論は経済的な諸構造を差別化しなければならない。そのために、われわれは国家と経済活動との関係への二つの根本的に異なるアプローチを識別する大まかな類型論から始める。これらの類型は「市場」と「指令」と呼ばれる⁷⁷⁾。生産の優先順位が、交換を通じて確定される価格に基づく自律的存在によって設定される限りにおいて、経済的組織は「市場」と呼ばれる。そうした決定が国家によって行われる限りにおいて、それは「指令」と呼ばれる⁷⁸⁾。

純粋な市場システムにおいては、経済は政治から明確に分離される。経済システムは、最少限度の国家介入を伴うだけで機能することのできる、自己充足

77) 以下の議論は数多くの典拠に基づいている。私は、M. Bornstein (ed.), *Comparative Economic Systems*, rev. 1969およびF. Knight, *The Economic Organization*, 1934がとりわけ有用とみた。

78) 「指令」と「市場」との理論的区別およびそれぞれに関連する法現象は、経験的現実を描写するというよりも分析するために用いられる理念型である。資本主義者の世界では、市場が主要な役割を果たすはずであるが、競争的で、自由放任的な純粋な「市場」構造は、巨大な、しばしば売手寡占の産業が支配力をもつ経済によって置き換えられ、政府による規制が、例外ではなく、原則である。例えば、P. Samuelson, *Economics*, 8th ed., 1970, pp. 487-489, 500-507, 140-141を見よ。社会主義者の世界では、指令経済のモデルは強力なインパクトをもった。一般的には、*Comparative Economic Systems*, supra note 77を見よ。しかし、いくつかの社会主義システムは、一定の経済的帰結を達成するために意図的に市場構造を用いる。Bicanic, "Economics of Socialism in a Developed Country," id., pp. 222-35; Dirlam, "Problems of Market Power and Public Policy in Yugoslavia," id., pp. 236-51; Lange, "On the Economic Theory of Socialism," id., pp. 68-76; Montias, "East European Economic Reforms," id., pp. 324-36を見よ。第三世界においては、経済計画および規制というアイデアは、最も市場志向の政府にさえ浸透した。例えば、G. Myrdal, *An Approach to the Asian Drama*, 1970, とくにch. 15を見よ。市場—指令〔の類型論〕よりも洗練された類型論が望ましいのは明らかであり、二元的類型論がすべてに優るわけではまったくない。そして、われわれはそのような初歩的な道具を用いる際には、つねに注意深くなければならない。最も大きな危険の一つは、われわれの二つのタイプがここで記されているすべての可能な関係、国家および経済を含むものと考えられる傾向である。ここで用いられている二類型は、そのような主張をするものではない。

的なサブ・システムとして理解される。経済活動は、人格的な繋がりをもたない、市場の信号に反応する独立した単位によって運営されている。市場は、理論的には、生産および分配についてのすべての問題を決定することができる。消費者の意思決定が最終的な生産を決定づけるゆえに、このシステムは人々に「彼らが望むもの」を与えるために機能する。国家は、市場が提供できないか、非効率的にしか提供できない防衛や教育のようないくつかのサービスを提供しう一方、他のすべての経済的意思決定は、自律的で、おそらく民間の組織体に任されている⁷⁹⁾。

指令経済においては、そのような国家と経済との区分はない。極端な場合には、経済は国家と完全に融合している。その他の指令システムにおいては、市場はたんに経済政策の道具として、または望ましい国家行為のものさしとして保持されているにすぎない。指令を市場から真に区別するのは、指令経済においては国家の決定が経済活動の、つまり、生産、分配および配分のすべてのことからの最終的な裁定者であるということである。

A. 純粋な経済システムにおける「法」：自発的な関与

純粋な市場システムは経済生活における国家の役割を慎ませるゆえに、そもそもなぜ法が何らかの経済的機能をもつべきかは、ただちに明らかではない。もちろん、国家行為の限界を定義するために公法は必要である。しかし、私法、つまり、市場における個々の行為者間の関係を支配するルールは、経済的役割は、明確であるとはとてもいえない。もっとも、契約、不法行為、および財産についてのルールは、経済的行為者の決定を（少なくともその一部は）制約する。このことはそうした意思決定の必要的な自律性を強調する市場理論とどのようにして首尾一貫するのであろうか。

その答えは、市場の内部における内在的な紛争、法のみが解決できる紛争に

79) 純粋な市場システムにおいては、独占禁止法〔の制定・執行〕のような国家の経済行為は市場に影響を与えうるが、その〔市場システムの〕構造と円滑な機能を維持するためのみ〔影響をあたえるもの〕である。

ある。純粋な市場システムにおいては、経済的行為者または単位は、収益の最大化という原理の下で彼ら自身の資源を増加させることに励んでいる。収益を増加させることは資源全体の純粋な増加から帰結しうる一方で、競争は各単位が他の諸単位の犠牲において儲けようとする闘争をも含むものである。しかし、競争する単位は同時に相互依存の関係にある。すなわち、分業および現代経済のその他の複合物が存在することを前提とすれば、経済的に儲けを上げるための最大の可能性は各単位が他の諸単位との協力を確保する能力にある。例えば、鉄鋼を生産する設備を統制する単位は、鉄鉱石および石炭を統制する者(労働力を「統制」する者はいうまでもない)との協力を確保できなければ、その収益を求めてどれほど多くの利己的な活動をして、益するところはないであろう。

この紛争を最初に解決する手段は、市場を通じての交換である⁸⁰⁾。しかし、交換の最初の行為は初歩的な紛争を解決しうるかも知れないが、事はそれで終わらない。交換は、即時に行われることは稀であり、しばしば将来の移転の約束を含む。こうして、各単位の資源の統制は、他の行為者の将来の行動に広範に依存する。各単位の実効的な統制は、特定の状況において他の単位が一定の方法で行為するか、行為を差し控えるかを予見する能力から引き出される⁸¹⁾。

こうして、収益の最大化の動態と、統制および予見可能性の結合との間には、根本的な緊張が生じる。各行為者が各人自身の地位の最大化を求めている限りにおいては、昨日の言質を讃えることは、もしそれを拒絶し、他を引き受けることによってより多くの利益が得られるのであれば、意味をなさない⁸²⁾。しか

80) 「合理的に志向された交換は、予め明らかにされた、または潜在的な利益衝突の和解の手段による解決である」。 *Economy and Society*, supra note 48, Vol. 1, p. 72.

81) *Id.*, pp. 67-68を見よ。「経済行為」は、ウェーバーが定義するように、行為者が経済的資源に対する統制および処分をもつことを要求する。「近代の民間企業経済」においては、これは「自律的で自治独立の経済単位によって保持された権限の法的保護」によって達成される。*Id.*, p. 67.

82) Lon Fullerが述べたように、「限界効用原理の前では、神聖なものは何もない。既存のすべての制度調合は経済的見返りの増大という関心事から行われる再注文に服する」。L. Fuller, *The Morality of Law*, 1964, p. 28.

し、自律した各行為者は、他者について、彼らが彼らの言質を破らないであろうということの保証 (the assurance) を必要としている。というのも、もし過去の約束が〔破られるという〕可能性を示すことに屈するのであれば、このシステムは破壊されるであろうと考えられるからである。

純粋な市場モデルにおいては、法的強制 (legal coercion) はこのような紛争を解決できる社会統制の唯一の形態である。市場の行為者たちは、自己利益の最大化行動者であり、伝統的制約にも倫理的制約にも無関心であると推測されている。彼らにとっては、他者の犠牲において自己利益を促進することのないように維持しておくために、強制を行使できる何らかのシステムが本質的に重要である⁸³⁾。この強制が国家によって適用されなければならないという議論は、歴史的観察に基づいている。強制をその他の方法で組み立てることは可能であるかも知れない一方で、そのようなことは全般的にみても生じていない。部分的には、このことは、国家によって代替されてきたであろう多くの伝統的な権威の所在を浸食する、市場それ自体の成功によるものである⁸⁴⁾。それはまた、明確な理由によって力の使用を独占しようとしてきた国家の発達にも関係している。その結果、市場社会は国家以外における強制の源泉を欠く傾向にあ

83) 市場社会における利己主義的な諸個人間の紛争の必然性による市場行動の社会学的分析、および市場関係における強制の必要性は、WeberおよびParsonsから導きだされた。*Economy and Society*, supra note 48, Vol. 1, pp. 3-62 ; T. Parsons, *The Structure of Social Action*, 1968, p. 89 ; Parsons, et al., "Some Fundamental Categories of the Theory of Action : A General Statement," in : T. Parsons & E. Shils (eds.), *Toward a General Theory of Action*, 1967 ; Trubek, supra note 47. いくつかの現代の法律家たちおよび経済学者たちは、「取引費用」によって引き起こされる紛争を除けば、市場関係における必然的紛争といったものは存在しないと仮定した。Calabresi, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules — A Comment," *Journal of Law & Economics*, Vol. 11, 1968, p. 67 ; Coase, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, 1960, p. 1. これらの社会学および経済学的視角を、経済行動における法の役割に関する一つの体系的な見解に融合させることが理想であろうが、現段階においては、〔各アプローチの補完的分野における寄与を念頭に置きながら〕各アプローチを独自の路線に沿って発展させることが推奨されるように思われる。Cf. N. Smelser, *Essays in Sociological Explanation*, 1968, pp. 3-44.

84) *Economy and Society*, supra note 48, pp. 635-640.

り、したがって、純粋な市場モデルは、社会統制の主要な手段としての私法を通じた国家の強制に依拠しなければならないのである。

法的強制の第二の正当化は、経済活動のペースおよび市場経済に特徴的な合理的計算の結果として生じる。資本主義者にとっては、購入した財の大体の量を誰かがきつと約束した時期かあるいはその頃に届けてくれるであろうという一般的観念をもつことでは十分でない。彼は特定履行が用意されているであろうことを知らなければならない。しかし、自己利益と債務との潜在的衝突が存在する場合には、このことは、ビジネスマンは反抗者には強制が適用されるであろうことを知らなければならないこと、潜在的な契約違反者、不法侵入者、または不法行為者は同様にそのような行動が有責と判断されるであろうと知っていることを意味する。

しかし、国家にとって、経済活動のための強制的な枠組を提供することだけでは十分ではない。予見可能性へのニーズが存在する場合には、国家自身が計算可能な方法で行為しなければならない。国家の強制は「法的」なもの、つまり、画一的に適用される一般的なルールに基づいていなければならない。この理由から、純粋な市場システムの法システムは国家から自律的でなければならない。法システムが断続的な政治的影響から解放された状態が保たれている限りにおいて、その〔法システム〕の帰結は高度に予見可能であろう。しかし、それ〔法システム〕がルールとは矛盾する目的をもって強制の適用を求める者による介入に服する場合は、それは予見可能性を失う⁸⁵⁾。

このような自律的法システムは、同様の状況に置かれたすべての経済的行為者に対して適用される一般的ルールといったような、特徴的な構造をもつであろう。それは社会生活および国家装置のその他の側面からは相当程度に区別されたものとなるであろう。それはまた、法の性質についての特徴的な観念——法的強制を正統化することを求める観念——を連想させるであろう。ウェーバーが明らかにしたように、秩序についてのいかなるシステムも、たんに力を適用するだけでは行動を実効的に制約しない。違反者を罰するために強制的システムが準備されなければならない一方で、それら〔強制的システム〕は現実の

物理的な力なしにもその指図に人々が服従するよう、人々に訴えかけることもしなければならない。市場システムにおいては、強制的命令は啓発された〔十分に理解された〕自己利益に訴えかけることを通じて正統性を求めなければならない。こうして、法は市場人の利己的気質によって要求されたものとして提示される。しかし、法は諸個人が相互依存的な経済活動を通じて彼らの選好を最大化することを許容されるために必要な範囲を超えて制約を適用することはないであろう⁸⁶⁾。そのようなシステムにおいては、法は外部的な機関によって適用される強制とはみられず、むしろ社会それ自体に内在的に存在し、そこから生じるものとみられている。法の制約は、十分に理解された自己利益の追求において、すべての経済的行為者によって受け容れられている。市場の考え方においては、ある者の法への肩入れは任意である⁸⁷⁾。

B. 純粋な指令システムにおける法：非自発的な関与

市場モデルにおける法が一般的ルールを通じた、組織化された強制として識別されうるのに対し、指令経済においては異なる概念が用いられなければならない

85) 本文における法と経済学のモデルは極端に単純化されており、検定に付されなければならない。第一に、それは産業社会が市場の状況における利己主義者のな紛争を抑制しうる非合法的な形態の社会統制を欠いていると仮定する一方で、市場社会は形式的な法的行為に訴えることなしに自己利益に従った経済行動を制約する規範的観念の集合物を発達させる。例えば、Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," *American Soc. Review*, Vol. 28, 1963, p. 55. 第二に、合理的に利益を最大化する経済行為の「啓蒙された自己利益」は、伝統的なまたは法的な強制を不必要なものとするであろう。Id., pp. 61-65. 最後に、ウェーバーが指摘したように、真に「合法的」(legalistic)なシステムは、形式的な予見可能性よりも実質的な利益を好むであろう実務界の利益にとって有利な帰結をつねに生み出すとは限らないであろう。 *Economy and Society*, supra note 48, Vol. 2, p. 885.

86) この視点は、市場伝統の真髄を述べる思想家であるBenthamによって明確にされた。J. Bentham, *Principles of the Civil Code*, pp. 93-113を見よ。この視点についてのもっと現代的な叙述に関しては、例えば、Michelman, "Property, Utility and Fairness: Comments on The Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," *Harvard Law Review*, Vol. 80, 1967, p. 1165を見よ。

ない。そこでは、すべての経済的決定が中心部において、全能なる一人の者によって行われる。すべての経済制度が単一の階層構造の一部である。中央機関は一般的ルールという意味における法を通過させることはしない。むしろ、それは多かれ少なかれ企業に対して彼らがどのように経済的機能を遂行すべきかを教える特定の指令 (*directives*) を発出する。それらはしばしば、典型的には金銭の量よりもむしろ生産物の物理的な量によって表現された計画に反映されている。これらの指令は、多くの点において、軍事的命令に似ている。すなわち、発出者は、指令に従うことを義務づけられている受領者に優越する権威をもつものとみなされている。計画はすべての経済的行為者に対して拘束力を持ち、刑事的制裁、解雇、または降格によって強制される。純粋な指令経済においては、「法」と同等の唯一のものは、このような指令システムである。

完全に国有化されたシステムにおいては、理論的には、まさに市場経済に特有の性質であると仮定された紛争は存在しないはずである。それゆえに、紛争解決メカニズムとしての法的強制の必要性はないことになろう⁸⁸⁾。さらに、まさにこのシステムの本質は経済活動についての国家の決定の実行であるから、経済的行為者を国家の介入から保護する必要性はまったくないことになる。そのような行為は仮定に従って経済的決定の最も合理的な形態であり、「法」に関する問題はたんにこれらの決定が忠実に遵守されることを保障することにすぎない。

指令経済における法は強制を含むゆえに、それもまた何らかの正統化を求めなければならない。しかしながら、指令に関連づけられた法の概念は、市場シ

87) 人々が「自分自身に課す」制約としての法の定義に関しては、L. Fallers, *Law Without Precedent*, 1969, p. 2を見よ。

88) もちろん、実際上は、最も高度に中央集権化された経済においてさえ、その別々の経済企業の間には紛争が起こる。中国やソヴィエト連邦のような国も契約法および契約紛争の解決のための諸制度をもっている。一般的には、Loeber, "Plan and Contract Performance in Soviet Law," *University of Illinois Law Forum*, 1964, p. 128; Pfeffer, "The Institution of Contracts in the Chinese People's Republic," *The China Quarterly*, April-June 1963, Part I, p. 153; and July-September 1963, Part II, p. 115を見よ。

システムにおける法の概念とは著しく異なっている。指令システムは、計画において明らかにされた特定の目標を達成する手段として法をみることにより、目的論的、道具的な法概念をもつであろう。すべての法的強制を正統化する究極の目標は、計画それ自体である。つぎに、計画は科学的・技術的な、または政治的・歴史的な根拠によって正当化されうる。

こうして、指令システムにおける法は、外部から賦課される何かであるとみられている。それ〔法〕は言明され、高く評価された目標を達成するための強制の行使であると、明白に承認されている。それは社会における何か自然なものではなくて、むしろそれによって新しい、意図的にデザインされた標準に適合するように行動に型枠をはめるための道具である。指令システムにおいては、法への関与〔肩入れ〕は非自発的である。

C. 混合経済における法

市場および指令という理念型は、われわれが産業国家または産業化しつつある国家における法の経済的役割を分析する際にわれわれを助けるものではあるが、どの経済も純粋に市場経済でもなければ、純粋に指令経済でもない。より洗練された用語法は、こうしておそらくいくつかの「混合経済」の類型を明示し、そして、それゆえに法と開発〔の関係〕についてのより詳細に分類された比較分析を許容するであろう。さらに、これら二つの類型において示唆されたものとはまったく異なる関係を含むシステムを想像することも可能かも知れない。

しかしながら、より洗練された理論枠組が構築されるのを待つことなしに、われわれは指令と市場の混合を含むシステムに特徴的ないくつかの現象を指摘することができよう。われわれは、国家が経済に関わり合いをもつ典型的な形態である規制法（*regulatory law*）から始めるべきであろう。

規制法は、純粋な市場の普遍的ルールと純粋な指令の特定の命令のハイブリッドである。すなわち、それは、契約、不法行為および財産権を確立する一般ルールよりも特定の〔事項に関する〕ものである。しかし、指令経済における

特定の命令よりは一般的である。こうして、それは国家が経済的優先順位をもつばら市場によって定めることを許容しようとしなない経済の特色であるが、経済的決定の完全な統制を想定することは不可能であるか、好まれないものである。

規制法は、市場の制約にも同時に服する経済的行為者の意思決定に対し、意識的に影響を与えようと試みる。そのような場合には、経済的決定は基本的には価格の考慮によって影響されるであろう。しかし、そのような信号は法によって補完されるであろう。規制法の単純な例は、税額控除 (the tax credit) である。一定類型の投資に対して控除を定めるルールは、経済的単位が低所得者用住宅を建築し、低開発地域への投資をするなどの指令をするものではない。しかし、そうした税額控除を通じて提供された利益は、市場および生産データに基づく費用・便益分析に含まれる場合は、アウトプットの決定に影響を与える⁸⁹⁾。もちろん、市場における大抵の法がいくらかそのような効果をもっている⁹⁰⁾。例えば、19世紀の不法行為法は、責任ルールを確立した裁判官たちが一定の産業や活動を有利にするために意図的に計画したのではないにもかかわらず、資源の分配に影響を与えた。契約法および財産法は、経済活動に影響を与えることを意図的にデザインしたのではないとしても、類似の効果をもつ。

こうして、経済的に重要なすべての法から規制法を識別するに際しては、われわれは二つの次元を強調しなければならない。第一に、意図の明確性である。すなわち、一般法が資源の割当てや配分に影響を与えるのに対し、規制法は比較的正確な目標を達成するために意図的に形づくられる。第二の次元は制定される規定の特殊性の次元である。すなわち、税額控除を制定する法や、一定の活動の遂行のために詳細なルールを規定する法 (例えば、用途地域指定法) は、受容可能および受容不可能な行動を定義するために、法の一般的部分に比べて

89) 経済開発プログラムの文脈におけるこうした法のタイプの議論に関しては、D. Trubek, J. Gouvea Viera, & P. Sa, *supra* note 7, pp. 23-92を見よ。

90) ウェーバーは経済活動に構造を与える「形式的秩序」としての法と資源分配に影響を与える実体的規制としての法を区別した。Trubek, *supra* note 47, at n. 47を見よ。しかしながら、彼は、純粹に形式的なルールでさえ資源分配に対して何らかの偶然的なまたは意図せざる効果をもつであろうことを認めた。

より詳細で、特殊なものとなる傾向をもつであろう。

市場システムにおける規制法の成立は、法律専門家の間に緊張を生み出しうる。なぜなら、規制色の強い法は市場の法概念と相容れないようにみえるからである。純粋な市場モデルの法に固執する法律家たちは、規制法の成立を法そのものに対する脅威とみるであろう。例えば、大陸法国においては、大量の行政的規制が出現しては去って行き、伝統的な民法典の首尾一貫性や正確性が失われてしまったことから、学者たちは規制的立法は「法」にとって本質的な二つの要素——一般性と永続性——が欠けている、と主張する⁹¹⁾。ある一人のブラジルの観察者は、彼の警告を反映して、この類型の国家命令を「まだ法ではない立法」と特徴づけた⁹²⁾。合衆国では、規制と「法」との緊張が、ニュー・ディールの規制機関に集中した。これらの機関によって発出された規制は、しばしば準司法的な特色を与えられ、伝統的な法と政府の経済統制との融合物を意味するものとして現れたが、いく人かの学者たちはこのような統制が「法」に対して提示した脅威について関心を表明した⁹³⁾。たしかに、規制「法」は用語としてやや矛盾している。政府による経済統制の目的とプロセスは、普遍的ルールのシステムへの肩入れとは全般的に矛盾する、と彼らは感じた⁹⁴⁾。

この法的不快感は、資本主義社会における福祉国家の出現を、その〔福祉国家の〕経済活動の統制と命令への広範な傾倒とともに、反映するものとみることができると。市場法と指令法の対極性という文脈からみると、そのようなおそれはその基礎にある市場システムから混合システムへの移行およびそれによっ

91) 例えば、G. Ripert, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 1946, pp. 209-258を見よ。

92) 例えば、Lamy Filho, *Crise no ensino uridico, Sintese Politica, Economica, Social*, 1968, nos. 37-38を見よ。

93) Reich, "The Law of The Planned Society," *Yale Law Journal*, Vol. 75, 1966, p. 1227を見よ。そこで著者は、合法的な形態における政府の規制と計画に目を向けることにより、ニュー・ディールがその計画の実際に遂行された程度を隠したことを観察している。同様に、Lon Fullerは、合法主義のモデルを政府による経済的な分配の仕事に合わせようとすることは無駄で愚かなこととみている。L. Fuller, *supra* note 82, pp. 170-77.

94) 例えば、F. Hayek, *The Road to Serfdom*, 1944, pp. 72-87を見よ。

て生み出された緊張を反映している。

D. 市場と指令の下における契約の法的構造：私権対公共政策

この類型論の効用をもっと正確にみるために、市場と指令の含意をある特定の領域において吟味してみよう。二つの法システムの相違は、経済的に重要な契約という制度においてかなり明らかである。純粋な市場システムにおいては、契約は個人の目標と決定を育成する制度的工夫である。純粋な指令システムにおいては、それは国家の決定を実現する構造のもう一つの部分にすぎない⁹⁵⁾。

市場経済の鍵となる特質は、契約の自由の奨励と保護である。契約システムは、価格に反応して生産と消費を行う個人の自由を保障し、これらの決定が実現されるであろうことを確実にするために作用する。市場経済における契約を基礎づけているのは、私権の法システムである。このシステムの本質は、個人が法的ルールによって創造された義務を執行するために国家の強制権力に訴える（または訴えない）自由である。

私権のシステムは、そのような自由こそが最適な経済成果にとって本質的に重要であるという信念を反映している⁹⁶⁾。最初の契約に関する決定は当事者に委ねられなければならない。というのは、契約はそれが自発的な選択を意味する場合にのみ効率的な資源分配を助長するだろうからである。同様に、個人も法的サンクションを援用するか援用しないかについて自由でなければならない。例えば、AとBが契約を締結し、Bが履行を怠ったと仮定しよう。私権の

95) ウェーバーが観察した西洋の法的組織における主要な変化の一つは、「身分契約」から「目的契約」への動きであった。身分契約というものは、伝統的社会に典型的であるが、関係する人の全般的な法的立場や社会的地位に影響を及ぼす。例えば、農奴と主人との契約である。目的契約は、交換経済における金銭契約に範例が示されるように、「特定の内容のもので、量的に制限され、質の相違がなく、抽象的で、大抵は経済的に条件づけられている」。 *Economy and Society*, supra note 48, Vol. 2, p. 674. ウェーバーの類型論は資本主義の成立期における契約の役割を説明するが、現代における産業化国家の経済の分析にはあまり役立たない。そこ〔後者〕では、諸契約の間の区別は、個々の契約者に課される義務よりも、国家の経済的役割の機能〔によって行われるもの〕である。

96) Calabresi, supra note 83を見よ。

システムは、Aが訴えるか否かの選択肢をAに残している。もしAにとって訴えに関わる費用（Bとの関係を継続することによる信用の喪失を含む）を差し引いた損害の価値が、事件全部を忘れることの価値よりも低い場合には、Aは訴訟を止めることにおいて自由でなければならない。

こうして、契約しないおよび訴えない自由も等しく市場システムにとっては本質的に重要である。私権は、これらの「消極的」自由を組み込むことにより、自由市場における交換のシステムが、もう一つの〔選択的な〕経済的可能性の効用および「最も望ましい」物とサービスのパッケージを産み出す最も効率的な方法を決定するであろうことを保障するために機能している。

これと対照的に、指令契約は、公共政策の道具であり、計画の目標が実現されることを確実にするための工夫である。AとBが相互に契約をするというときの最初の決定は、インプットまたはアウトプットがある経済単位から他の経済単位へ移転されなければならないことを決める国家の計画機関によって行われる。同様に、国家は指令契約を修正することができる。すなわち、AとBとの合意はたんに全般的な計画目的を達成するための一つの道具にすぎないゆえに、そのような目的を達成するために新しい方法を指示するような経済的諸条件の変更は、国家による〔契約の〕修正を正当化するのである。

同様に、指令契約の両当事者は、契約違反の場合には公式の救済手段に訴えるものの、そのような介入を断る自由は、彼らがもしそれ〔介入を断ること〕が彼らにとっての最善の利益でないと認めるときは、与えられない。指令システムにおいては、たとえ当事者が許したり、忘れてたりすることを好むであろう場合であっても、国家は不履行に対するサンクションを援用することができなければならない⁹⁷⁾。

最後に、市場システムにおいては、裁判所は契約紛争を解決するために一連の一般的ルールに頼るのに対し、純粋な指令システムにおいては、紛争は第一次的には計画に対する関係によって検討される⁹⁸⁾。正しい解決は、最も実効的

97) Pfeffer, "The Institution of Contracts in the Chinese People's Republic," *The China Quarterly*, supra note 88, Part II, p. 130.

にその計画を前進させるであろうものである。指令契約についての契約紛争を解決するこうした方法は、計画およびそれと争われている取引との関係についての詳細な知識に従って解決されなければならない。したがって、契約紛争を解決する機関は計画機関または計画省へのアクセスをもつもの——あるいはその一部——でなければならない。

すべてのシステムが指令と市場の混合を反映してはいるが⁹⁹⁾、最近みられる一つの社会主義国における市場原理の拡大は、経済組織の構造における主要な変化が契約システムにおける変化へと通じ¹⁰⁰⁾、それによって指令契約と市場契約の理念型は歴史的現象の説明において役立つであろうことを論証する。ハンガリーという国は、中央集権化された計画の量を減らし、分配装置としての市場の役割を増大させることを企図した大規模な経済改革を開始した。以前の中央計画のシステムの下では、国営企業はそれが経済的利益を見出す場合にはあらゆる契約を結ぶ自由がある。国家仲裁委員会は形式的にはあらゆる契約の修正を命じることができたが、この権限は今や実質的に縮小してきた。おそらく最も重要なことは、契約執行の全体構造が変化したことである。以前のシス

98) Pfeffer, "Contracts in China Revisited, With a Focus on Agriculture, 1947-1963," *The China Quarterly*, October-December, 1966, pp. 106, 114-17.

99) 純粋な指令システムも純粋な市場契約もおそらく存在しない。中国やソヴィエト連邦のような中央集権化された経済においては、システムはより緊密に指令モデルに接近している。国営企業は共通モデルに密接に接近するように義務づけられている。国営企業は、計画の指導によって頻繁に決定される契約関係に入ることを義務づけられている。契約紛争は、計画によって設定された基準に従って紛争を解決する「仲裁委員会」によって解決される。Loeber, *supra* note 88, pp. 131-34; Pfeffer, *supra* note 98, pp. 115-16を見よ。他方で、西側の資本主義経済は、原則として市場契約を用いる。民間企業との経済関係は、仲裁委員会ではなく、裁判所において裁かれる私権のシステムによって統治される。しかし、公共政策の考慮も、契約紛争を解決する裁判所の決定に入り込みうるし、いくつかの取引は、政府契約や規制された産業における調整のように、計画契約システムに接近しうる。

100) 以下の議論は、Gyula Eorsi, member of the Hungarian Academy of Sciencesの研究 (Eorsi, "Law and Economic Reform in Hungary," in: G. Eorsi & Harmathy (eds.), *Law and Economic Reform in Socialist Countries*)、およびDr. Eorsiとのインタビュー (*New Haven* on May 4, 1972) に基づいている。

テムの下では、執行は、事実上計画省の一部門である国家仲裁委員会によって運営された。それは紛争を契約法の一般的ルールを適用することによってではなく、計画全体に照らして最良の解決策を決定することによって解決した。新しいシステムの下においては、独立し、自律した経済裁判所が民法の一般規定を適用することによって契約紛争を解決しようとしている。紛争解決機関は計画省への以前の従属から解放され、専門的な司法部の一部となるであろう。紛争解決の経済的機能の変化を反映して、この〔新しい〕システムは、自律的な法的独立体によって明確にされ、執行される一般的ルールに依拠することにより、「合法化」(legalized)された。そうした改革は、それが実現される限りにおいて、指令契約から市場契約への動きを反映するものであろう。

V. 法、政治、および開発：権威主義的な近代化

法的構造は、経済的組織の形態の相違に伴って多様であるのとちょうど同じように、政治システムの形態の相違によってもそれは異なるであろう。法と開発に関する研究は、第三世界に出現した多様な政治システムおよびそれらが法秩序に対して与える特徴的な効果に対して敏感でなければならない。われわれは、「近代法」が民主主義を鼓舞するという中核観念の信仰をいったん放棄したからには、法と政治についてのわれわれの理論を評価し直し、さらに研究を進めるためにより洗練された視点を築き上げることが必要になった。

〔しかしながら、〕そのような完全な理論は本稿の範囲を超えるものである。すなわち、それらを完全に取り扱うためには、民主的な多元主義から、完全な全体主義に至るまでの政治的多様性の全範囲についての評価を必要とすることから、ここでの分析に関しては、権威主義が選択される。というのも、それは第三世界において普及している、理論的にも独特な政治システムの形態だからである¹⁰¹⁾。

A. 権威主義体制

フランコのスペイン、ヴァルガスのブラジル、ナセルのエジプト、そして、サラザールのポルトガルのような権威主義体制は¹⁰²⁾、民主主義および全体主義についての古典的概念によってカバーされている。権威主義は、たんに民主主義から全体主義への連続線上における任意の一点ではなく、むしろ、それ自体が独自の種類をなすもの (*sui generis*) である¹⁰³⁾。そのような〔権威主義の〕諸体制は、全体主義体制とは異なり、国家と社会との間に何らかの線を引くことを許すものである。しかし、民主主義とも異なり、非常に限られた程度の多元主義〔複数政党制〕のみを許容する。ともに高度の政治参加を奨励し、要求する民主主義システムおよび全体主義システムの双方とは対照的に、権威主義システムは、大衆を動員するために必要な明確なイデオロギーも行政的な管理能力も欠いている。

権威主義体制は、法秩序の統制を〔自己の手中に収めることを〕求める。そのような努力を促進しうる一つの発展は、道具主義的な法思想の広まりである。中核観念は、部分的にはそれが民主主義と道具主義の増大が手を携えて進展すると想定したがゆえに、法思想をより道具主義的なものにしようとする努力を支持する¹⁰⁴⁾。しかし、権威主義的諸条件の下では、法的目的性の広がり、権威主義的傾向を、弱めるのではなく、実際に強化する可能性がある。

101) 一般的には、S. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, 1968を見よ。

102) このタイプの体制に関する古典的議論は、Linz, "An Authoritarian Regime : Spain," in : E. Allardt and Y. Littunen (eds.), *Cleavages, Ideologies and Party System*, 1964, p. 291 [hereinafter cited as Linz] である。

103) Linzにとって、権威主義体制とは、

制限された、責任を負わない、政治的多元主義を伴う政治システムである。つまり、苦心して精製された指導的イデオロギーをもたず（しかし、明確な精神的態度はもつ）、集中的なまたは広範な政治的動員を伴わず（その発展プロセスにおける何らかの段階におけるものを除く）、そして、そこ〔権威主義体制〕においては、指導者（または時宜に応じて小集団）が形式的に不十分な形で制限を定義するが、実際には極めて予見可能な制限である。Linz, *supra* note 102, p. 297.

B. 権威主義システムにおける正統性の問題

近代化をめぐる政治的問題の多くが¹⁰⁵⁾、急速な社会的および経済的变化が創出する正統性の危機に集中している。産業化、都市化、および急速なコミュニケーションは、伝統的権威を正統化していた神話を浸食し、それ〔伝統的権威〕が内包しえなかった力を解き放った¹⁰⁶⁾。第三世界において近代化を進める諸国は、19世紀のヨーロッパ諸国が法的支配を正当化するために市場を提供することによって利用できた戦略を用いることができない¹⁰⁷⁾。そのような古い諸国家と異なり、現代の発展途上社会は、既存の成熟した、産業諸国家のモデルに直面しており、「低開発の」または「後進の」国であることを痛々しく意識している。このような認識は、即席の経済発展への期待を創出することにより、その政治生活にも影響を与えている。そのような諸国の民間部門は典型的

104) 前述300-301頁を見よ。ある人々はまた、権威主義的政治は市場関係のための、そうして経済成長のための枠組を供給するのに必要な法的構造を弱めることにより、経済発展を妨げることがありうるとも感じた。Steiner, *supra* note 7, p. 56および後述334-335頁を見よ。

105) 近代化の政治学に関する有益な解説としては、D. Apter, *The Politics of Modernization*, 1965、およびS. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, 1968を見よ。

106) 都市化およびマス・コミュニケーションの急速な拡張は、正統性の伝統的基盤を浸食する力を深く世俗化しつつあり、そして、伝統的な指導者集団が供給するために備えつけることができなかった政府による「アウトプット」の新しい形態への需要を創出する。Huntington, *supra* note 105, p. 35を見よ。また、J. Habermas, *Toward a Rational Society*, 1970, pp. 94-96 も見よ。

107) 19世紀においては、ヨーロッパ諸国は、ある程度は、支配を正統化する要素として、市場システムそれ自体を好むことができたかも知れない。ウェーバーが示唆するように、発生期の市場の力が先在しており、ヨーロッパの国民国家が発展するのを助け、そして、自由市場の関係が社会的報酬の正当で公平な割当てに通じるであろうと主張した「市場のイデオロギー」が出現した。この市場イデオロギー——それはおそらく、19世紀に形となって現れたレセ・フェールに通じた——は、国民国家の正統化に役立ち、今度は、それ〔国民国家〕が市場システムを創造し、ついでで保持することを助けた。市場関係は自由を育成し、社会正義を達成し、そして、国家が市場を養育し、保護したがゆえに、国家の行為は、強制的であったにもかかわらず、自由で正当な社会に通じた、と論じられた。このようにして、なぜ国家の指令が服従されるべきかを説明することにより、政治的な市場イデオロギーは人々がなぜ国家によって課された制約を受け容れるべきかを人々に説明するほどには、国家を制約しなかった。Habermas, *supra* note 106, p. 97を見よ。

に後進的であり、組織化されておらず、非効率であり、政府は経済発展を民間市場の見えざる手に委ねることが端的にできないのである。遅発の近代化推進者として、彼らは必然的に近代的な経済的組織のモデルに影響されている。今日、西洋においてはレセ・フェールが放棄され、社会主義ブロックには先進的な指令経済が存在している時に、現代の発展途上国は政府がある程度は経済に巻き込まれる方向へとほとんど必然的に傾いている。

その結果、現代の「開発国家」(development state)においては、経済と政治が何らかの程度で融合しているに違いない。国家は「低開発」を克服するための主要な手段とみられ、政治的苦闘は「開発〔発展〕」という仮定された状態に到達することに注目している。開発〔主義〕国家は、それを正統化する諸原理の一つとして、独自の積極的な行為プログラムを提示しなければならない。それは、変化への曖昧な憧れを、「開発〔発展〕」への首尾一貫した一連の切望へと転換し、それを達成する最善の方法として自らが現れなければならないのである¹⁰⁸⁾。

ある時点までに、開発国家は経済的進歩を生み出さなければならず、さもなければ国民の支持を失う。その結果、それは、開発に適した「精神状態」を創出しなければならないだけでなく、主要な分配的決定および生産物の決定に対する責任をも引き受けなければならない。同時に、それは、生活水準の向上に対する需要を唯一満足させうる、合理化された産業システムの創造にとって、本質的に重要な社会的および文化的変容を奨励しなければならない。ところが、伝統的な文化的観念と社会構造が強固に残っている第三世界の国々では、そうした変容は、産業経済のために必要な安定性それ自体を脅かすのに十分な緊張を伴う紛争を生じさせうるのである。

108) 最近の演説において、ブラジル大統領Garrastazu Mediciは、「開発」を育む国家の能力が、政府の自分自身に授与した異例な権限を正統化する、と論じた。*Jornal do Brasil*, July 4, 1972, p. 1, col. 1. これらの権限は、議会を閉鎖し、公務員の政治的権利を否定し、そして政治的収監者を軍事裁判所で審理する権利を含んでいたのである。これらの権限に関する解説については、Carl, "Erosion of Constitutional Rights of Political Offenders in Brazil," *Virginia Journal of International Law*, Vol. 12, 1972, p. 157を見よ。

社会的変容と産業化との間のこのような緊張は、第三世界における権威主義の流行を説明するきっかけになるかも知れない。そこでは、諸国家が完全な全体主義を支持するのに必要なイデオロギー的および組織的發展を欠いており、しかしまた、民主的な多元性を許容するにはあまりにも階級、人種的および文化的分裂によって引き裂かれすぎているのである。

権威主義の出現の理由が何であれ、そのような体制は典型的に政治的参加を減少させ、制限し、反対派をばらばらに破壊し、可能であれば何時でも有力集団を取り込もうとする。彼らは暴力に訴えることもできるものの、通常は政治的行為が不必要であるとみえるようにすることにより、それを思い止まらせようとする。彼らは、政治的問題を技術的問題に転換し、ついで技術的技能に関する体制の独占を主張することによって政治的動員を抑え込む。この作戦は、独立した政治活動を骨抜きにするだけでなく、国家行為を技術の神秘の中に覆い隠すことによってその正統性を高めもするのである。

C. 権威主義の目的的法思想および正統化

法は、正統化の目的で用いられる、技術的な学問分野の一形態である。何かを法的问题として識別することは、それが何らかの政治的問題を含むということに相当有力に否定するものである。なぜなら、論争に結着をつけるであろう先在的な規範または標準が存在するならば、ある問題は一般的に「法的」という用語で表現されるからである¹⁰⁹⁾。いったん政治的諸問題がこのような方法で「法律問題化」(legalized)されたならば、それらの問題は既存のルールおよび

109) Ralf Dahrendorfは、ドイツにおける権威主義の研究の中で、合法主義 (legalism) は、政党間の衝突を超える権威を求めることを通じて、民主的形態を挫けさせることを認めた。彼は、「法の支配」への見当違いの信頼がドイツ帝国の権威主義的政治システムの支柱の一つであったと観察することにより、「すべての利益紛争を超越した制度としての法の支配への誇張された信頼は、不一致への一様の嫌悪を、そうして不確実性という不快な多様性の一様の回避を示し、それはドイツ的な国家の観念に内在するものである」と結論づけている。R. Dahrendorf, *Society and Democracy in Germany*, 1969, p. 197. また、J. Shklar, *Legalism*, 1964も見よ。

その適用の技術を知っている専門家のエリートによってのみ解決される¹¹⁰⁾。

しかし、政治を法律問題化する（legalizing politics）というこの戦略は、両刃の剣でありうる。すなわち、もし法律専門家が体制に対して敵対的であったり、あるいは既存の法がその目標と矛盾するルールまたは原理を含んでいるとすれば、〔政治問題を〕法律問題化することはたんに新たな一連の紛争を生み出すにすぎないであろう。こうして、体制にとっては政治問題を法律問題とすることだけでは十分ではない。それはまた、専門家を取り込み、権威主義者の目的に敵対するような法的伝統の視点を中立化することにより、法システムを政治化する（politicize the legal system）こともしなければならない¹¹¹⁾。この仕事においては、道具主義が主役を演じる。

〔近代法の〕中核観念は、問題解決者として訓練された法律家たちは基盤にある社会的病弊についての問題を探求するように求め、そのようにして、より「発展的」で、大衆の欲求に対してより共鳴するものといえるであろう解決方法を定式化しそうであると主張する。このようなことは起こりうる。しかし、権威主義的な近代化の諸条件のもとでは、法的道具主義の増大が、まさに正反対の帰結をもたらすかも知れない。道具主義は権威主義体制と法律専門家との間に生じつつある基本的な紛争の勢いを失わせ、そのようにしてこの体制が根本的な社会的および政治的問題を法律問題化することを助けるかも知れない。

110) Linzは、つぎのように考察する。「制限された多元主義および協力を随伴する従前の社会的秩序への固執は、法律専門家が民主的な政治においては非常に重要であり、伝統的な支配者の下においてさえ、全体主義システムにおけるよりも権威主義体制において一層重要な役割を果たすであろうことを意味する。同様のことは、文民〔公務員〕についても妥当する。彼らの存在は、これらの体制のいくつかを特徴づけるような、法治国家（Rechtsstaat）と恣意的権限との結合、進行の遅い合法的手続と軍事指令スタイルとの結合といった、奇妙な結合に寄与するかも知れない。手続への執着は、予見可能性の増大、および不満に対する法的補償の機会の増大とともに、究極的には、法治国家（a state of law）の恒常的な拡張における重要な要素となる。同時に、それは、行政的問題へと縮小化できず、立法によっても解決できない政治的問題が、それ自体として知覚されることを防ぐことができるかも知れない。法的手続はしばしば、とりわけ大陸の法伝統においては、利益衝突のより集团的、政治的な表現との相応の等価物と見られている」。Linz, supra note 102, p. 327.

法律専門家と権威主義的国家との間には、数多くの潜在的な紛争原因が存在する。第一に、体制が〔国民の欲求に対して〕敏感に反応する立法部または法律専門家が決定的に重要であると信じるであろう利益集団の形成といった、立法過程における形勢を抑圧するときには、軋轢が生じるかも知れない。第二に、経済成長のために必要とされる規制のシステムは普遍的ルールのシステムにおける専門家の信念と両立不可能かも知れない¹¹²⁾。第三に、規制はしばしば、執行が不可能で、法律専門家たちを困惑させ、意気沮喪させるような、ユートピア的性質の法を通じて新しい諸制度を創造しようと試みる¹¹³⁾。司法部および〔法律〕専門家の消極的な反応は、あからさまな敵対から、上べだけの無関心にまで及びうる¹¹⁴⁾。そのことはさらに、政府が規制目標を達成するに際して、組織化された裁判官と弁護士を迂回することを助長し、それによって体制と〔法律〕専門家との不和を拡大することになりうる。

しかし、いったん法律専門家が法についての目的的見解を採用したとすれば、国家がその規制のシステムを正統化することはずっと容易になる¹¹⁵⁾。道具主

111) 一定のタイプの法思想は、権威主義的支配の維持にとりわけ役立ち、民主的な多元主義には敵対的なものと長い間認められてきた。例えば、1920年代および1930年代のドイツの法律家たちは、政治について合法主義的観念またはルールに拘束されるものとしての観念をもっていた。すなわち、彼らは、「市民社会」についての個人主義者の奮闘を超えて存続する実在としてのヘーゲル流の国家観念によって影響され、社会問題を解決する方法として多元的で、競争的な紛争よりも、潜在するルールの権威的援用の方を好んだ。彼らがこのような志向を維持したがゆえに、ドイツの法律家たちは現状に——既存の法や、国家の名において権限を行使したナチス体制を含むあらゆる集団へ——結びつけられた。さらに、国家と社会についての法律家の考え方は、社会生活がどのように統治されるべきかについての観念に挑戦する民主主義的支配に対し、熱心にこれに敵対することへと彼らを導いた。この敵意は、ドイツの法律家層がワイマール共和国の一層多元主義的な政府の行為を制約するために、「自然法」を援用することへと通じた。R. Dahrendorf, *supra* note 109, pp. 232-48.

112) 前述317-318頁を見よ。

113) Steiner, *supra* note 7, pp. 54-55を見よ。

114) そうしたブラジルの法律家の反応の一つについて生々しく叙述するものとして、M. Seabra Fagundes, *A Legalidade Democrática*, 1970を見よ。

義は、法の形式や伝統よりも目的により高い価値を置くゆえに、ルールのモデルからの逸脱に対してあまり神経を尖らせない。それは、国家を目標の源泉として受け容れるゆえに、目標の形成における非大衆的なプロセスに対してもさほど批判的ではない。こうして道具主義は、すべての問題が国家の技術官僚的装置によって解決されうるという信念と結合するときは、体制が専門家の結社や集団の動員解除を行うことの正当化を提供する。さらに、法律家たちは、社会的問題についてのこのような見解を受け容れることによってのみ、彼らがその役割を定義し、専門家としての活動を改革しうることを見出していることから、開発〔主義〕国家の技術官僚的装置によって徐々に取り込まれていることを自覚するであろう。こうして、道具主義の普及は、専門家の自律を浸食し、国家構造と専門家との緊密な繋がりを偽造するであろう¹¹⁶⁾。

最後に、目的的な道具としての法の概念は、より民主主義的な体制に取って代わった権威主義的な指導者が、自由主義的理念に基づく挑戦を打ち破ることを助けることになりうる。法についての世俗的で、道具的な見解は、国家の憲法または伝承の一部であったかも知れない伝統的な法的制約の神聖な性質を破壊する。「法」は、政府によって明確に述べられた特定の目標を達成するための道具であるゆえに、体制の目的とは相容れない比較的古い法的伝統の諸価値や諸原理は、容易に捨て去られてしまうことがありうる¹¹⁷⁾。

D. 開発の政治学における法の比較研究のための新しい類型論に向けて

これまで述べてきたことが論証するように、道具主義が自由民主主義と「選挙に関する共感」をもつという中核観念の仮説は安易すぎる。にもかかわらず、道具主義と権威主義は互いに相手方なしにも存在しうる。明らかに、法文化に

115) 法律専門家が目的的思想へと転換しうる限りにおいて、それは最早技術と国家の規制的アウトプットとの衝突を意味しないであろう。法を純粋に目的的な道具とみる法思想家は、実定的な立法において明確にされた政策目標を探求し、これらの目標に到達するためにとられるべき具体的な手段の「実効性」を決定ことによって満足する。

116) Unger, *supra* note 8, at sec. 3.8.

117) 前掲注68を見よ。

ついでにあらゆる比較研究において、われわれ自身の法文化は法についての道具主義的見方への傾倒において非常に高くランクづけされるであろう。しかしながら、それゆえにわれわれが権威主義的政治システムをもっていると主張することは、ほとんど正しくない。法的目的性の増大への移行が、ある意味において近代化の普遍的特質であるにもかかわらず、それだけでは、近代化が進行中のあらゆる国における法と政治との関係を説明するのには十分ではない。

こうして、さらに研究を進めるために有用な類型論を構築するには、目的的法思想の多様な類型を識別する必要がある。例えば、先に述べた議論が示唆するように、法的道具主義については、多元主義者 (pluralist) の形態と国家統制主義者 (statist) の形態との明確な相違が存在するようにみえる。どちらの立場も、法は特定の目標を達成するための一つの道具であるという見解を受け容れる一方で、それらの目標がどのように決定されるかについて、両者は異なる。国家主義者の道具主義は、もっぱら国家の官僚的・行政的な存在に注意を向けるのに対し、多元主義者の〔道具主義〕概念は、政策目標はより開かれた、代議制による、競争的プロセスによって決定されると主張するであろう。これはやや大まかな区別ではあるが、われわれの概念についてのそうした恒常的な洗練が、真に比較的な法の社会理論を発展させるためには必要であろう¹¹⁸⁾。

VI. ブラジル：第三世界における法的、経済的および政治的發展の事例研究

理論的分析、概念的洗練、および理念型の構築は、それ自体を目的とするものではない。むしろ、それらの努力は、それらによって観察者が経験的および

118) もちろん、これらのアイディアは、より具体的で操作しやすいものにされなければならない。道具主義の諸類型間の相違を区別するために用いられるかも知れない一つの指標は、基本的法原理が多面的プロセスの観念を組み込んでいる程度であろう。この見解によれば、立法部の決定を尊重する「制度的能力」としての観念、およびアメリカの法原理を特徴づける類似のアイディアは、われわれのシステムが多元主義者のモデルに接近していることを示唆するであろう。

歴史的データを整え、理解することができるようになる、ということを論証しなければならない。本節は、ブラジルにおける最近の法的、経済的、および政治的傾向を吟味し、近代法思想の問題および本論文が提唱するより広い視野の効用を論じる。

A. 「ブラジルの事例」の利点

ブラジルは、人口が1億人を超え、ラテン・アメリカ最大の国であり、第三世界における最も重要な国の一つである。同国は、ラテン・アメリカで最も進んだ産業と最悪の貧困を抱えている。近年において、ブラジルは世界で最も高い経済成長率を経験し、今や完全な産業化を切望している¹¹⁹⁾。このような規模と経済的進歩に加え、ブラジルは豊富な法的伝統と相当の規模の〔法律〕専門職をもっているゆえに¹²⁰⁾、「法と開発」の学者および活動家の主要対象国の一つになった¹²¹⁾。こうして、「ブラジルの事例」は出現しつつある法、経済および政治の関係を——それらについての「法と開発」の分析とともに——われわれが吟味することを可能にする。

しかし、第一に、いくつかの背景〔に言及しておく必要〕がある。ここで吟

119) ブラジルの社会・経済史および政治史一般に関しては、W. Baer, *Industrialization and Economic Development in Brazil*, 1965; H. Ellis (ed.), *The Economy of Brazil*, 1969; C. Furtado, *The Economic Growth of Brazil*, 1968; N. Leff, *Economic Policy Making and Development in Brazil 1947-1964*, 1968; P. Schmitter, *Interest Conflict and Political Change in Brazil*, 1971; R. Schneider, *The Political System of Brazil: Emergence of a "Modernizing" Authoritarian Regime, 1964-1970*, 1971; T. Skidmore, *Politics in Brazil, 1930-1964*, 1967; A. Stepan, *The Military in Politics: Changing Patterns in Brazil*, 1971; J. W. Irth, *The Politics of Brazilian Development: 1930-1954*, 1970を見よ。

120) Steiner, *supra* note 7, pp. 44-46, 62-63を見よ。

121) そうした研究には、Rosenn, *supra* note 7; Steiner, *supra* note 7; and Trubek, *supra* note 7が含まれている。これに加えて、ブラジルの法学教育および開発におけるその役割に関する長い報告書が、ニューヨークの国際法センター (the International Legal Center of New York) のために、Peter Hornbostellによって準備された。P. Hornbostel, *Legal Education in Brazil*, October 1971, unpublished study for the International Legal Center, 866 United Nations Plaza, N.Y., N.Y.

味されるべき諸研究、およびそれらの研究が分析したブラジルの法生活における出来事は、1960年代の終わりから、1970年代の初めに起こった。これは、四つの主要な現象によって特徴づけられる時期である。すなわち、国家による経済的命令が増加し、かつより効率的になったこと、急速な成長、権威主義が増大したこと、および政府と法律専門家との間の緊張である¹²²⁾。

1964年以前のブラジルの政治体は、半多元的、半権威主義的システムとして特徴づけることができよう。1946年から施行された自由民主主義的憲法は、真に権威主義的な新国家 (*Estado Novo*) を放棄し、実質的な政治的競争を可能にした。以前の権威主義的パターンの強力な残留物が存在したが、それらは他の、より民主的な諸要素によって対抗された。例えば、独立した司法部および自由主義的な憲法規定は、結社の自由および言論の自由の保障を提供した。複数政党制および直接普通選挙は、実質的な政治的動員に通じた。

このシステムは、1964年に、一連の危機の後、軍隊が権力を掌握した時に崩壊した¹²³⁾。軍事体制は、「民主主義の回復」を約束したものの、その時以来、ブラジル政治組織の民主主義的要素の大部分を追放することにより、完全な権威主義的支配へと移行した。同時に、この体制は経済活動に対する一層直接的な統制を引き受けた。それは自由市場を信奉していると告白する一方で、軍事体制は国家の経済的役割を増大させ、民間部門を規制法の普及システムに服させた。1964年から1970年の間に、10,000以上の新しい法律および命令が可決され、多くのものが重要なものであった¹²⁴⁾。例えば、税法の法典化は、[様々な]歳入法令のごちゃ混ぜであったものを一つの意図的な経済開発の道具へと変容した。同様に、住宅金融、銀行、および資本市場の完成された新システムが立法化された。これらの法の大抵のものは、立案者と技術官僚によって起草され、

122) 一般的には、前掲注120 [119] に引用された典拠を見よ。

123) Schmitter, *supra* note 20は、1964年の軍事的支配獲得を「復古主義者」運動とみる。彼は、1930年代のVargas *Estado Novo*以来、ブラジルの基本的な政治構造は権威主義的であったと論じる。1946年憲法によって導入された自由主義および半競争的文化は、彼の見解では外観をなすにすぎず、部分的に権威主義の実質的要素がその背後で生き延びた。

124) *The Law Will Rule, Brazil*, 1969, p. 144 (Center for Inter-American Relations, 1970).

行政命令として発出された。

最初は、このような規制法の「電撃戦」は法律専門職の中に狼狽を引き起こした。ブラジルの法律家たちは規制法の新しい法典を知的に処理することは全体的に不可能であると自覚した。彼らは、「法」は演繹的技術を通じて適用される一般的ルールであるという思考に慣れていたために、一般的ルールをあまり含んでおらず、高度に体系化されておらず、慣れない論理的形式を通じてのみ適用可能な新しい法秩序の内在的論理を把握することができなかった¹²⁵⁾。

しかし、この規制的な電撃戦がブラジルの法律家たちを狼狽させた一方で、それは外国の法と開発の活動家および研究者たちを喜ばせた。政府のアウトプットの中に、われわれは研究のための生の資料、「開発〔発展〕」をもたらすことを企図した膨大な法的「素材」を見出した。この新しい法の取扱いが法律専門職の手に余るものである点において、われわれはわれわれの改革活動の流入点を見出した。これらの刺激は、この分析の残りの部分に関して焦点を提供することになるであろう二つの研究に融合した。一つは（私が実行したものであるが）、ブラジルの資本市場の発展における法の役割を吟味するものであった¹²⁶⁾。他の一つは、国内で生じた経済的変容の帰結として、ブラジルの法学教育においてどのような変化が起こるであろうか、そして起こるべきかを決定する試みである¹²⁷⁾。

B. ブラジルにおける法と開発研究：基本的仮説

これらの研究の企画およびわれわれの「データ」の解釈において、われわれは法と社会についての中核観念の仮定の多くのものを共有した。われわれは、ブラジルが第一次的には市場経済であるとみた¹²⁸⁾。経済生活における国家の

125) Steiner, supra note 7, pp. 70-72.

126) Trubek, supra note 7. 同論文は、ポルトガル語で書かれたブラジルの資本市場に関する研究 (D. Trubek, J. Gouveia Vieira, and P. Sa, supra note 7, pp. 23-92.) の圧縮版である。

127) Steiner, supra note 7.

128) Id., p. 43.

役割は、先進資本主義諸国における福祉国家のそれに類比されえた。すなわち、経済的分配の第一次的源泉は市場であった。政府の介入はたんに市場構造の維持と保護であり、それに対して市場による決定の〔政府による〕補完は限定された場面におけるものであった¹²⁹⁾。われわれはさらに、このような市場経済は、一般的ルールの公布を通じて、私権を創造し、保障する自律的な法システムを必要とする、ということをも認めた。われわれは、それゆえに、市場の成長はそのような法システムの発展なしには不可能であると推論した¹³⁰⁾。われわれは、適切な実体的ルールとしての契約法と財産法、効率的で自律的な司法制度、および独立し、技術的に有能で、実体的な法的ルールの重要性に関して経済的行為者にアドバイスすることができる法律専門職の出現を予測した¹³¹⁾。これらのルールが確定的で、かつ計算可能であることを確保するためには、国家の行為が「法の支配」によって制約されなければならないであろう、とわれわれは論じた¹³²⁾。

この「法の支配」の概念は、大抵は暗黙裡のものである〔明確に表現されない〕一方、その意味は極めて広いものであった。法は、順序正しく、規則的な政府の手續への肩入れのみならず、もっと特定のプロセスと価値（例えば、個人の尊厳または国家行為における公正）への関与でもある¹³³⁾。法の支配は、多様性を受け容れる社会哲学、および紛争を調和させ、または歩み寄らせて解決する規範的構造の維持を含むものと想定された¹³⁴⁾。

同時に、われわれは、市場は開発の優先順位が遵守されるであろうことを保

129) *Id.*, pp. 43, 49.

130) *Id.*, p. 48 ; Trubek, *supra* note 7, pp. 54-56 ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, *supra* note 7, pp. 55-59.

131) Steiner, *supra* note 7, p. 48 ; Trubek, *supra* note 7, pp. 54-56 ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, *supra* note 7, pp. 55-59.

132) Steiner, *supra* note 7, pp. 48-49, 56.

133) Steiner, *supra* note 7, pp. 49, 55, 89 ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, *supra* note 7, p. 80.

134) Steiner, *supra* note 7, pp. 48-49 ; Trubek, *supra* note 7, pp. 53, 55.

障するために規制されなければならないことを〔も〕認めた。こうして、ブラジルの経済発展は純粋に私権の体系に加えて、実効的な規制の体系をも必要とするであろうということが明らかであった¹³⁵⁾。このことは、道具的な法技術の鼓吹を必要とするであろう¹³⁶⁾。われわれは、私権を保障する自律的ルールシステムと法思想における道具主義の増大との間の潜在的衝突をみることはなかった。したがって、両者を組み合わせた法システムを制度化することが可能であり、その帰結として生じるシステムは同時に自由主義的で、道具主義的で、多元主義的であろうということが想定された。われわれは、それゆえに、この形態の法的開発〔発展〕のために作業し、議論し、われわれの〔法技術移転の〕第一次的な手段〔媒介物〕として法学教育改革を選択した。

しかし、これら広義の、かつ自由主義的な用語によって定義された法的開発〔発展〕は、内在的には権威主義と衝突していたようにみえる。われわれは、衝突進路にあるブラジルの政治組織および経済政策と、「法」という衝撃点の間に生じつつあるジレンマをみた。

一方で、国家は、民間部門および限定的な政府の規制を伴う市場志向の政策を採用することにより、急速な経済発展を経験した。市場の成長と法との必然的な関係についてのわれわれの前提は、このコースが一般的ルールを通じて私権を執行する自律的システムを必要とするであろうと仮定することへと、われわれを導いた。われわれは、ブラジルの法システムは、これらの用語に照らしてみると、きわめて「低開発」であると考えていたゆえに、将来における市場の拡大が私権と規制システムの双方の制度を必要とするであろう、と推論した。われわれは、そのうちにブラジルの立案者がその優先部門のリストにこのような「法的開発」を加える必要を見出すであろうと予想した。

他方で、われわれは、〔ブラジルの〕体制が権威主義に傾倒していることが、法の支配にとって本質的に重要であるとわれわれが感じていた、ブラジルの法

135) Steiner, *supra* note 7, pp. 51-52 ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, *supra* note 7, pp. 64-68 ; Trubek, *supra* note 7, pp. 10, 52-53.

136) Steiner, *supra* note 7, pp. 70-72, 86-87 ; Trubek, *supra* note 7, p. 53.

生活の一定の特徴に対してこの体制を敵対的なものとしたことに気がついた。その体制は、法的発展を助長するよりもむしろ、法秩序を体系的に破壊していた。軍部は、憲法規範（または行政部の裁量に対するその他のあらゆるチェック）を遵守するという最も中味のない口実をほとんど放棄した。それは、言論の自由および人身保護令状を含む、個人権の実体的な保護を廃棄した。それは、最高裁判所を包囲し、司法部の下級審レベル〔の裁判官〕を追放した。議会は閉鎖された。立法は、ますます多くのものが行政命令によって公布された。軍の裁判所は、曖昧に定義された政治犯罪に対して管轄権を付与され、勇気をもって政治事件を取り上げた被告側の弁護士は増加するハラスメント、投獄、および拷問に晒された¹³⁷⁾。

われわれがそこから出発した前提に立ち戻れば、こうして権威主義的な政治についてのブラジルのモデルとその市場発展〔開発〕への関与との間には内在的衝突が存在した。結局、一方が他方に屈服しなければならなかったであろう。こうして、われわれは、急速な市場の成長は自律的な私権のシステムを強化し、それによって自由主義的な多元主義の回復を助長するであろうと推測するか¹³⁸⁾、あるいは継続した権威主義が、私権のシステムだけが創造しえた本質的な枠組の基礎を掘り崩すことによって市場を発展させるという試みを打ち砕くであろうと推測するかのいずれかであろう¹³⁹⁾。もし前者が起こったとすれば、ブラジルは経済発展および民主主義の両方をもったであろう。しかしながら、後者が現れて通り過ぎたとすれば、それはどちらももちえなかったであろう。

C. 研究

1. 法、計画および資本市場の発展

これらの仮説および思考と行動に関する「ジレンマ」の衝撃は、いくつかの

137) Carl, *supra* note 108を見よ。

138) Trubek, *supra* note 7, p. 71 ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, *supra* note 7, p. 80.

139) Steiner, *supra* note 7, p. 56.

特定の研究において明らかである。第一のもの——法と資本市場の発展との関係についての私自身の分析——は、法的発展、および法と市場の関係についてのわれわれの仮説の詳細な適用を代表する金融の成長についての推測を含む。資本市場の開発という軍政の野心的なプログラムに関する本研究では、私は二つの関連する考え方を明らかにした。第一に、ブラジルの資本市場は立案者が期待したよりも迅速には成長しなかったということを観察して、私は、これは法的な低開発に原因が帰せられるかも知れないと推測した¹⁴⁰⁾。立案者は、貯蓄者に対して株式、不動産投資に代わる無担保債権、外国通貨などの保有を奨励することにより、〔証券の〕新規発行市場の成長を促進すべく企図された実質的なインセンティブを提供した。これらの諸手段が望まれた行動を誘発することに失敗したとき、私は投資者の躊躇はブラジルの私権システムが低開発の状態にあるという事実によって説明されうるということを推論した¹⁴¹⁾。私は、債権者と株主の〔各々の〕権利を支配するルールが不完全であり、裁判所がアクセスしやすくもなく、効率的でもなく、そして、サンクションが実効的でないと観察した。さらに、投資家たちは、彼らの権利について知らず、法廷は彼らに伝え、または弁護するために組織化されていない¹⁴²⁾。その結果、このシステムは潜在的な株式保有者や債権者に十分な保障を与えることを怠った。要するに、このシステムは経済的行為者に対して予見可能性を供給することを怠ったのである¹⁴³⁾。

第二に、私は、もしこれらの法的障害物が回避され、市場の発展が始まったとすれば、この成長は、今度は、さらなる法的発展をもたらしたであろうことを指摘した¹⁴⁴⁾。当初の何度かの失望の後に、資本市場プログラムは新しい形態のインセンティブを採用し、いくらかの望まれた投資家の行動を呼び起こす

140) Trubek, *supra* note 7, pp. 52-56.

141) *Id.*, pp. 55-56.

142) *Id.*

143) *Id.*, pp. 10, 54-56.

144) *Id.*, p. 71.

ことに成功したということを観察して、私は、市場が活気づくに連れて、それが私権システムの改善への圧力を生み出したであろうと推論した。金融部門は「近代的な」実体法典、より安定した、矛盾のないまとまりの諸法、政府による場当たりの意思決定の削減、司法制度改革、法思想における合理性、および専門家の組織の再構築を要求したのであろう。したがって、私は、法的な低開発を回避し、市場の成長を引き起こし、そして、容赦ない市場の圧力によって残された法的障害物を「拭い取る」作用に委ねるという、見事な処置としての新プログラムを賞賛する¹⁴⁵⁾。これらの発展は私を導いて、仮定された法的発展は市場の成長に緊密に結びつく形でそれに続くということを予想させた¹⁴⁶⁾。

最後に、私は、このような法的発展 — それは、私の考えによれば、自由主義的で、多元主義的で、道具主義的な合法主義を意味する — は、経済的余剰を動員するための技術として、政府による強制やインフレーションよりもむしろ、民間の資本市場を強調する開発政策の「外部的便益」の一つとみうるであろうと論じた¹⁴⁷⁾。このような分析は、私が、資本市場のプログラムから自由主義的な政治理念を連想し、このプログラムがブラジルの政治生活における自由主義的な傾向を強化し、それによって不快な権威主義的な趨勢と戦うであろうと指摘することを可能にする¹⁴⁸⁾。

2. 法学教育における改革

ブラジルにおける法学教育改革の研究は、資本市場に関する私の研究と並行し、これを補完するものであった。それは、ブラジルの私権システムが比較的形式的な意味で展開されたものの、機能的には非効率的であったという仮説を提示するものである。裁判所、法典、法律家、および規制機関は存在し、たし

145) Id.

146) Id.

147) Trubek, supra note 7, pp. 69-71 ; D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, supra note 7, p. 80.

148) D. Trubek, J. Gouvea Vieira, and P. Sa, supra note 7, p. 80.

かに豊富に存在した。しかしながら、問題は、それらが各々の職務を実効的に履行することができなかつたということである¹⁴⁹⁾。〔近代法の〕中核観念の基本的仮説が所与であるとするれば、これらの非効率性は経済成長を危険に晒すであろう。本研究は法学教育における趨勢を吟味し、この法的「低開発」の重要な部分は、法律家〔になろうとする者〕に対する国家のトレーニング方法における欠陥によって説明されうると結論づけた¹⁵⁰⁾。ついで、それは、法思想についてのより道具主義的な方法を含め、法学教育における主要な改革に賛成するものである¹⁵¹⁾。これらの改革は市場制度を強化し、そして同時に、それらが「ブラジル法の基礎的伝統」と明示的に同一視されうる自由主義的価値を保持するであろう、ということが望まれる¹⁵²⁾。法学教育の改善のためのこうしたプログラムは、私権システムの改善の必要性という概念と調和する。すなわち、新たに訓練された法律家および裁判官は、成長しつつある民間の市場システムによって要求された新しい諸制度を取り扱うであろう。どちらの研究も、経済の立案者は議論を把握し、この新しいシステムに関する積極的なサポートを提供し、そしてそのようにして、おそらく無意識のうちに彼ら自身の〔権威主義的な〕政治システムの基礎を掘り崩している、という希望を含んでいる¹⁵³⁾。

しかし、彼らのあらゆる高遠な野心にもかかわらず、これらの希望、仮説、および努力はすぐに挫かれてしまった。われわれの予見（あるいはより正確にはわれわれの希望）とは反対に、市場の成長は自律的で、多元主義的な法システムを生み出さなかつた。市場の成長は法的生活にはほとんど効果を与えなかつたようにもみえる。さらに、〔実際に〕発生した法的変更は、ブラジルの法秩序の自由主義的な側面を取り除こうとする政府の努力を妨げなかつた。資本市場は非常に拡大した。しかし、政府の規制能力においては重要な改善が行われた一方で、完全な私権または自律的な法システムを発展させるための市場運

149) Steiner, *supra* note 7, pp. 51, 55, 56-62.

150) *Id.*, pp. 62-72.

151) *Id.*, pp. 77-79.

152) *Id.*, p. 79.

営者によって実質的な圧力が行使されたという証拠はほとんど存在しない。そのような〔法システムの〕発展の欠如が市場の成長を邪魔しているという兆候もない。

法学教育における最近の発展は、同様に、われわれの予測を挫くものであった。ブラジルにおける道具主義思想の強調が増大していることに気づくことは可能である。しかし、これは権威主義的な道具主義であり、新しい法律専門職と国家との間のかつての緊張を解くことにおいてより多く機能したが、新たな緊張を生み出すものではなかった、ということを感じるいくつかの理由が存在する¹⁵⁴⁾。こうして、最後の分析において、自由主義的に動機づけられた〔法学〕教育改革の支援努力が、権威主義的体制の固定化の中では、実際に手助けにならなかったかも知れない。

D. 新しい視角へ

ブラジルにおいて、われわれは〔近代法の〕中核観念および法と開発研究のより暗い側面に頼ろうとする悲劇的な影響を見出す。というのも、計画された社会変動においてはしばしばありがちなように、まさに鼓舞された改革努力というアイディア自体が、改革者の目標の実現に対する障害物になったからである。このコンセプトは、行為を導くものとしても、学者の調査のための枠組としても、どちらにおいても失敗した。

153) これはほとんど明確に述べられなかったもう一つの前提である。この希望はおそらくわれわれが協働した一論文においてより明白であった。Steiner and Trubek, "Brazil-All Power to the Generals," *Foreign Affairs*, Vol. 49, p. 464, 1971.

154) ブラジルの法律家および法学生は、「法的工学」(legal engineering) のコツを学んでおり、そのようにして彼ら自身が政府による制定法の起草および公布のプロセスでより価値のあるものとなるようにしている。彼らは近代社会において彼らが占めるべきものとわれわれが目論んだ適所の少なくとも一部に適している。しかし、これらの態度は、法的形式主義という伝統的価値への肩入れ、〔ないし〕手続的要件または立法についての多元主義者の見解、つまり、国家装置にとって不評の法律家をつくり出してきたものの、近代化プログラムを民主化するためにわれわれがそこに希望を置いた「法の支配」の要素への服従の土台を掘り崩すかも知れない。前述327-328頁を見よ。

では、われわれはここからどこへ行くのであろうか。おそらく第一歩は、ブラジルの経験の再評価であらう。そのような試みはどれも、中核観念が一定不変のものとみる諸関係の多くのものについて、なおも問題を含むものとして検討しなければならないであらう。以下は、そのような再評価による結論のうちのいくつかである。

第一に、ブラジルにおける経済的組織の構造は、市場の形態に依拠する一方で、最初期の諸研究が指摘したものよりも指令のパラダイムにずっと近い。ブラジルの体制は、自律的な市場発展の類型を奨励する中でわれわれが提示したものよりも、経済活動に対する直接的な行政的統制を確保することに一層の関心をもっている。組織の市場形態を構想する資本市場プログラムでさえ、国家政策が中心的な役割を果たす、高度に規制的で統制的な環境の中で実現されるのである。

第二に、ブラジルにおける経済的意思決定の多くのものが私人の手で行われているにもかかわらず、このシステムはどちらかといえば、一般的ルールを通じて私権を保障する自律的な法秩序の必要性をほとんどたない。市場のパラダイムにおいて法のために仮定された経済的機能は、ブラジルの市場の現実の構造にとってとりわけ適格的であるというわけではない。そのことは、たしかに金融の分野では正しい。私権システムおよび法の支配は——ウェーバーおよび古典的な政治経済学者によれば市場の発展にとって本質的に重要であると認められているが——、行為者が相互に経済的な権力を欠いており、かつ政府の決定が経済的に中立的である場合には、相対的な程度の子見可能性を保障する。しかし、出現しつつあるブラジルの金融市場の構造においては、非常に数少ない有力な集団が政府の政策によって積極的に支持されており、今度はまた政府もちょうど同じようにこれらの集団の成功に依存しているようにみえる。換言すれば、経済への国家の介入は、純粋な指令ではなく、一定の経済的行為者を他の経済的行為者よりも優遇しているものであり、その結果、国家および有力な集団にとっての子見可能性は、それらの相互依存の帰結である。

最近、政府は商業金融における合併を奨励してきており、短期間のうちに数

少ない大規模の単位が存続しうるにすぎない〔状況になっている〕。国家におけるその他の単位にとっては諸政策がどれほど相互に矛盾しているようにみえるかにお構いなしに、政府との間の非公式の相互依存の関係は、少数の大規模な単位にとって諸政策は十分に「予見可能」であり、実質的に魅力的であることを保障している。この文脈においては、ルール形成の源泉に対する現実的力(real power)が、形式的で普遍的な予見可能性の質よりも重要である。そして、これらの〔少数の大規模単位の〕集団がその他の市場行為者に対する実質的な経済的力を行使するところでは、私権システムはおそらく第二次的重要性をもつにすぎない。このような構造においては、権利の体系といったものを発展させる努力は、経済開発〔発展〕政策において中心的役割をもたないかも知れない。こうして、市場法の政治的含意を恐れる権威主義体制は、近代法思想によって示唆される「法的開発〔発展〕」の手段を、何らの費用なしに、回避しうる。

反対に、われわれは、そのような諸手段の間関係は、たとえ自由主義的で多元主義の政治構造が採用された場合ですら、問題をはらむものとみるべきである。われわれは独自の方法である手段を他の手段と結合する〔ことができる〕のであるが、多元主義者の含意をほとんどあるいはまったくもたないような市場に関する形態の法システムを想像することもたしかに可能である。司法部の実質的な拡大と改善、および〔その他の〕法的組織における変更は、政治状況への影響を与えることなしに、ブラジル経済のために改善された法的枠組を提供することができる。高度に発達した市場法構造(market legal structure)ですら、自由主義的および多元主義的である必要はないということをいったんわれわれが理解したならば、中核観念が一定不変であると想定した関係を、われわれは経験的研究のために公開する。そのような研究において、研究者は、開発における法的関係の目一杯の複雑性を熟慮することを強いられるであろう。

ブラジルおよびそれと比較可能な第三世界の諸国における法生活に関しては、今日それらの国々で機能している複雑なプロセスの真の性質をブラジル人やその他の国の人々が理解できるより以前に、もっとずっと注意深い研究が行われなければならない¹⁵⁵⁾。ブラジルについては、この〔本論文の〕ような従前

の研究についての印象主義者の再評価からは確定した結論を導き出すことはできないが、一つの点は明らかである。すなわち、先進世界における研究者たちがブラジルにおけるおよび第三世界のあちこちにおける法生活についていやしくも本物の理解 (genuine understanding) をもちうるとすれば、それは明確な諸概念によって方向づけられ、研究者に影響を与える先入観および規範的価値を自覚した、より注意深い研究を通じてのみ獲得されるであろう。中核観念というイデオロギー的鞆を投げ捨てることによってだけでも、擦り切れて陳腐化したアイディアの安っぽい輸出以上のものである法と開発の研究に対して寄与しうる。

VII. 結論

法学者たちはこのようにして以前の努力における二つの主要な失敗を回避しなければならない。〔①〕彼らは彼ら〔自身〕の価値に関する選好と知識上の先入観を第三世界における法生活の実際の現象に結びつけることを差し控えなければならない。〔②〕同時に、彼らは現実的な一般化の助けとなるような一層正確で普遍的な概念的カテゴリーの構築を試みなければならない。

当然のことながら、これら二つの目標の間には深遠な緊張が存在する。われわれは、普遍的な命題というものがあるが過去における経験的知覚を明確化するよりも、むしろ曖昧なものにしてきたことを確認した。われわれはまた、経験的な

155) 今日のブラジルにおける状況は、きわめて複雑である。政府は、私権システムを改善することと、その規制的能力を更新することの双方に努力を積み重ねてきた。新民法典および新しい会社法への暫定的な肩入れがあった。しかし、民法典はまだ可決されていない。おそらくその理由は、部分的には、そのような主要な、準憲法的な出来事は、今日のブラジルにおける立法がはらむ〔人民を〕代表していない性質のものであるという問題を劇的に思い出させるものとして役立つであろう。この体制は、司法部の独立を抑制する方向に動き、政治犯罪の場合には通常裁判所の権限を厳しく制限してきた。しかし、それは裁判所と全面的に闘争することはしておらず、法秩序への肩入れを維持することの政治的重要性を明らかに感じ取っている。

細目のたんなる調査は関連性のない、および関連性の確認できないデータの断片の蓄積以上のものには通じないであろうことを正当にも懸念する。とはいえ、もしこの緊張を維持することができるならば、われわれは本物の法の社会理論へ向けての何がしかの進歩を遂げることができる。

【訳者あとがき】 トゥルーベック教授は、2008年2月13日、松浦好治教授の招きに応じて名古屋大学を訪れ、「新開発国家」(the New Developmental State)の理論を提言した。私は、そのアイデアがすでに35年以上前に書かれた本論文で表明された方法論と連続性をもつと考え、この間に開発法学の理論にどのような展開があったかを跡づけるために、かねて考えていた本論文の邦訳の意義を説明し、トゥルーベック教授の快諾を得ることができた。本論文は、近代法の中核観念(core conceptions of modern law)に見出される進化論と意識的デザイン論の曖昧な共存(特定の意識的デザイン自体がすでに決定づけられているかのような楽観的前提)を批判し、進化論と改革主義(進化の遅延や障害物の除去)との緊張を克服して開発を進めようとする、開発法学に固有のパラダイムを暗示する。中でも、市場システムの本質である契約の自由をさらに下から支える基盤として私権システムのプライオリティーを強調し、かつその導入主体としての権威主義国家のアンビヴァレンスを乗り越えようと試みる点が注目される。この40年間、われわれは(あるいはトゥルーベック教授自身も?)このパラダイムの掌中で悪戦苦闘していたのかも知れない。

いずれにせよ、過去の理論を十分に消化する必要があるが、「新しい」パラダイムを次々に提唱してきたトゥルーベック教授が、「ここがいいじゃないか」と私に読み聞かせてくれたのは、買ったばかりの葛飾北斎74歳の作品『富嶽百景』の「あとがき」(英訳)であった。その大要は「私は6歳の頃から物の姿を絵に写してきた。50歳の頃からは随分沢山の絵や本を出したが、よく考えてみると70歳までに描いた絵にはろくながない。73歳になってどうやら鳥やけだもの、虫や魚の本当の形、草木の生きている姿が分かってきた。だから80歳になるとずっと進歩し、90歳になったら一層奥まで見極めることができ、100歳になれば思い通りに描けるだろうし、110歳になったらどんなものも生きているように描けるようになろう。どうか長生きして、この私の言葉が嘘でないことを確かめて頂きたい」というものである。トゥルーベック教授の開発法学理論は、今後どんな展開を見せるのだろうか。とくに「法の支配」がどう理解され、組み込まれるかが注目される。