

Title	開発における統治と立法の意義：正統性と正当性の相補作用による法の支配の構築
Sub Title	The significance of legislation for the rule of law promotion through the interplay of legitimacy between justness
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.1 (2015. 1) ,p.339- 367
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	池田真朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150128-0339

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.

開発における統治と立法の意義

——正統性と正当性の相補作用による法の支配の構築——

松尾弘

- 一 問題の所在
- 二 国づくりにおける立法
- 三 開発の戦略・政策と立法
- 四 グローバル化の下での立法
- 五 結語

一 問題の所在

法を用いて良い統治 (good governance) を構築し、それを通じて社会の発展を促す方法を探求する開発法学 (Law and Development) の観点からは、⁽¹⁾立法 (legislation) は法による統治の構築プロセスを始動させる契機として、重要な意義をもつ。にもかかわらず、開発という視角から立法に固有の問題を考察することは従来あまり行

われなかったように思われる。⁽²⁾

しかし、開発というプリズムを通してみると、立法に関する新たな問題の位相が浮かび上がってくる。それは開発プロセスにある社会では、立法・司法・行政という権力が分化した法システムと、それを運営する政府が機能しているような国家の確立が、必ずしも所与ではないことに起因する。そこでは、政府自体を(再)編成して国家を(再)構築し、開発政策を実施して経済成長や民主化を促し、グローバル化に対応するという国家統治の動態の中で、立法し、裁判し、執行するという法による統治の構築方法の一環として、立法の意義や改善方法が問題になる。

ところで、法による統治は多くの社会にとって所与とはいえない。M・ウェーバーが示唆したように、法による統治は**正統的支配** (legitime Herrschaft) の一形態にすぎない。ウェーバーは正統的支配の理念型として、①**伝統的支配** (traditional Herrschaft) (昔から妥当してきた伝統の神聖性およびこれらの伝統によって權威を与えられた者の正統性に対する日常的信仰に基づく支配)、②**カリスマ的支配** (charismatische Herrschaft) (ある人と彼によって啓示され、または創造された秩序の神聖性、英雄的力または模範性に対する非日常的帰依に基づく支配) と並び、③**合法的支配** (legale Herrschaft) (制定された秩序の合法性、およびこれらの秩序によって支配権を行使する任務を与えられた者の命令権の合法性に対する信仰に基づいた支配) を提示した。⁽³⁾ ここでウェーバーは、「正統的」支配という点で、合法的支配が伝統的支配やカリスマ的支配よりも「正しい」とか「優れている」という優劣関係はなく、それらの間に進化的発展関係があるわけでもない、ということを前提にしているように思われる。仮に合法的支配が所与でも必然でもないとする、その成立プロセス(他の支配形態からの移行プロセスを含む)が存在するものと考えられる。この合法的支配という正統的支配の一形態がどのように成立したかという問題は、開発法学の重要な課題である。

このように開発というプリズムを通して法による良い統治の構築契機としての立法の意義を動態的に検討することは、既存の立法システムを前提とする立法実務の分析・検討、民主制下での立法の質の改善等の課題にとどまらず、立法自体を産み出す統治システム全般の正統性や実効性の探求をも視野に入れる立法理学(legisprudence)⁽⁴⁾の問題関心に通じる。そこで、本稿は開発プロセスの主要局面である①国づくり、②経済成長・民主化等の開発政策の促進、③グローバル化への対応に着目し、各局面において良い統治の実現という視点から立法の意義を検討する。すなわち、①国づくりにおける政治権力の集権化と立憲的秩序の構築、②比較的短期間うちに経済的・政治的・社会的発展を実現するための政府主導による戦略的立法の制定・施行、③グローバル化が進む中で国家が直面する、国際的法定立と緊張関係に立つ国内立法の整備である。

その際、本稿がとくに注目するのは、これら何れの局面でも開発という人為性・政治性の高い目標を達成するための戦略的・政策的な立法においては、その出自の由緒正しきとしての正統性(legitimacy)の確保が問題となり、それが困難な場合においては、その内容の正義適合性としての正当性(justness, rightness)の追求による補完がしばしば試みられ(無論、正当性の判定困難を正統性が補完する通常パターンもある。注11および該本文参照)、それをめぐって政府と国民の間および政府内の立法部・司法部・行政部の間に緊張を伴うコミュニケーションを生じさせることである。そして、こうした開発における立法の問題は、先進国・途上国を問わず、国家における法の生成・変動の動態に関する一般理論へとわれわれの関心を引き戻す。それは法の正統性と正当性が二重螺旋のように絡み合いながら展開する法の支配の確立プロセスにほかならないことを再認識させるであろう。本稿はそのことを明らかにするための序論的考察にすぎないことを予めお断りしておかなければならない。⁽⁵⁾

二 国づくりにおける立法

1 政治の法化か法の政治化か

開発プロセスの起点となる国家秩序の構築、いわゆる国づくりにおいて、法による統治を選択するとすれば、政治権力の集権化とそれを法によってコントロールすることの双方が問題になる。かかる立憲的秩序の形成における立法は、議論可能な政治的価値を枠づけ、政治からのインプットを内容的に制御する一方で、政治権力との連結性を無視できない。実効的な執行権力によって支持されることなしには統治システムとして機能しえないという開発が直面する問題を前にすれば、政治との連結性を前提とした法のみが現実である。憲法制定と政治権力(生の実力)は別だと論じることは、開発の現場では何ら問題解決にならない。

対立する政治勢力がクロー・デタ、暫定的憲法宣言、憲法草案作成と国民投票を繰り返す中で、法的・政治的・経済的混迷に陥っている最近のエジプトの例は、そのことを如実に証言している。⁽⁷⁾ 政治と法の深刻な相克は、ネパールやタイにもみられる。⁽⁸⁾ そうした中、エジプトやネパールでは、政治闘争が繰り返された末に、最高裁長官を暫定大統領または臨時首相に据えた憲法制定プロセスの再開による收拾が図られた。これを政治問題への司法の関与の増大による政治の司法化 (judicialization of politics) と立憲主義への進展とみるか、むしろ政権が都合よく司法(官僚)を利用する司法の政治化 (politicization of judiciary) とみるかは、微妙かつ流動的で安易な単純化を許さない。⁽⁹⁾ ここでは既存の憲法が定める改正手続に依拠しない憲法の正統性の獲得が問題になる。

2 法による統治の成立プロセスにおける正統性の欠陥と正当性による補完

(1) 法による統治の成立プロセス

かかる正統性の危機の打開策として、政権が一定の憲法的提案を国民に投げかけ、その反応を注意深く分析し、さらに憲法形成に必要な提案と反応分析を繰り返して、合意形成に向けたコミュニケーションを継続することによる憲法的慣行 (constitutional convention) の創造が考えられる。¹⁰⁾ ここでは提案内容が大多数の国民にとって真に納得のゆく正当性をもつかどうかに関心が集まる。通常は法の正当性に関して異なる見解をもつ人々にも法への尊重や忠誠を求めするために、法の正統性が求められる。¹¹⁾ しかし、とりわけ開発プロセスでは、法の正統性が稀薄な場合に、政権が発出した法の基本的内容の正当性——それは国民の大多数が真に納得するか否かによってひとまず判断される——が正統性の欠如を補完することもある。

この現象は日本における法による統治の成立プロセスにも見出される。日本の合法的支配の成立プロセスでは、現行憲法の公布 (一九四六年) に先立つポツダム宣言受諾等の事実を看過できない。¹²⁾ しかし、開発の観点からはそれにとどまらず、現行憲法案が帝国議会で審議され、明治憲法 (一八八九年) の改正手続 (七三条) に則って公布・施行され、旧秩序との連続性が保たれた点が重要である。¹³⁾ その明治憲法自体、王政復古号令 (一八六七年)、五箇条御誓文・政体書 (一八六八年)、立憲政体詔書 (一八七五年) による元老院 (議院)、大審院等の設置、¹⁴⁾ 内閣制度の創設 (一八八五年) を経て徐々に形成された憲法的慣行を前提に制定された。最初の憲法制定前に議會・裁判所・内閣が活動を始め、人々は長らくその慣行に服してきた。こうして明治維新から現行憲法に至るプロセスを通じて形成された現在の統治システムは、支配権を行使する任務を与えられた者の命令権の合法性への信仰に基づいているという意味で、合法的支配と呼ぶことができよう。¹⁵⁾ では、それは何時成立したというべきであろうか。日本では統一「国家」は古代・中世・近世を通じて存在し、天皇の王権が存続してきたが、江戸時代以前の日本の国家統治を合法的支配のみによって特徴づけることは困難にもみえる。¹⁷⁾ むしろ、伝統のないカリスマ的支配の要素の方が濃厚であったかも知れない。¹⁸⁾ 仮にそうであるとすれば、そのような統治形態から合法的支配

の要素が優勢になる統治形態への制度変化⁽¹⁹⁾は、政府がある時点で行った憲法的文書の発出のみによって生じたものとはいえない。日本はこの制度変更が遅くとも前記の王政復古号令(二八六七年)から着手し、立法部(元老院。一八七五年)・司法部(大審院。一八七五年)の開設、行政部(内閣。一八八五年)の確立、明治憲法の公布(二八八九年)、それらによって形成され始めた秩序の諸々の改正(一九四六年)というプロセスを通じ、紆余曲折を経ながら、少なくとも約八〇年かけて漸次的な制度変更を試みてきたとみることができ。

このプロセスが徐々に進行する中で、二つの変化が生じたであろうことが留意される。①一つは、日本の立憲的秩序を過去においてつくり上げてきた方法としてのメタ・ルールについての追認的な社会的承認である。もっとも、そこには、日本国憲法の草案作成プロセスに対する連合国総司令部(GHQ)の影響等、正統性に対する批判要因が存在したことも無視することができない。②もう一つは、そのような正統性の欠点を補完するものとして、形成された立憲的秩序の内容の一定部分(一般民衆によって認識され、かつ是認された一定の規範。一定の国家的権威への服従を求める規範、人権規範等)に対する社会的承認である。前者①は、日本の正統的統治における伝統のないリカリスマ的支配の要素に対し、合法的支配の要素の比重が高められてきたことを示すものである。これにより、日本の正統的統治が辛うじて維持されるとともに、集権化した既存の権力が合法的支配の担い手になった。それは、後に政府が開発の戦略・政策を策定・実施するための実効性を担保するうえで、極めて大きな意義をもったと考えられる。一方、後者②は、新たに形成された合法的支配に特徴的なものとして、統治が法の内容の合理性、正当性にも少なからず依拠するようになったことを示すものである。それは伝統的またはリカリスマ的支配と異なる、合法的支配に固有の特徴的な要素であり、国家統治の成否が法の中味によっても影響されるようになったことを意味する。このように日本の統治システムの制度変更における①正統性の確保努力と、②それにもかかわらず残存した正統性の欠点を補う意味をもった正当性の形成は、少なくとも前記八〇年のプロセス

を優に要したとみられるのであり、開発プロセスの観点からみれば、そのようにして形成された日本の法秩序は戦前・戦後を通じて連続していたとみることができる。

(2) 立憲的秩序の構築における統治の正統性確保の困難と正当性による補完

立憲的秩序の構築のために、性急な憲法案の提示と国民投票という表面上の民主的手続が、統治の正統性の確保という観点からは極めて不十分であることを、エジプトのケースは示している。⁽²⁰⁾ もっとも、立憲的秩序の構築方法に関するメタ・ルールが予め存在しない限り、事実上政治的な憲法宣言から出発せざるをえない合法的支配の構築——時として伝統のないリカスマ的支配という形態の正統的統治からの転換ないし変容——は、統治の正統性において決定的な欠陥をもたざるをえない。それを補うものが法の内容の合理性＝正当性である。しかし、それは統治対象である国民の多くが実際に認識し、かつ是認するものでなければならぬ。その際、異なる民族・宗教・言語等、多様な価値観をもつ国民が共存する社会では、特定の価値に偏した内容を固定化しようとする頑強な憲法 (robust constitution) であることを回避する配慮が極めて重要である。⁽²¹⁾ このような正当性の補完によって支えられながら、憲法制定プロセスについての合意ないし慣行を形成すべく実践を重ね、漸次的収斂を見出す努力が、立憲的秩序の構築および政治の法化には不可欠であると考えられる。⁽²²⁾

3 政治と法の密接不可分性

こうして政治と法の間には常に緊張に満ちた綱引きがあり、法の政治化を回避する不断の努力が必要である。しかし、そのために法を政治から分離すれば問題が解決するとはいえない。法は政治と本質的に密接不可分であり、法システムの存在・同一性・継続性は政治システムの存在・同一性・継続性に結びついている。⁽²³⁾ 法を政治から完全分離することは法にとって命取りになりかねず、法が中央集権化——それは政治権力が法による制御を超

越する絶対化と同義でない——された政府の権威および強制執行権力によって支えられる必要性は、開発プロセスにおいて顕在化する。法システムはそれを含む統治システムの一側面であり、社会の他のシステムから完全に独立した自給自足的システムではない。国づくりにおける立法はこのことを再認識させるといふ意義ももつ。

三 開発の戦略・政策と立法

1 開発戦略・政策の策定および実施における良い統治と立法

国家はたとえ(再)構築されたとしても、つねに固有の開発課題に直面している。この局面では政府(とくに行政府)による開発戦略およびそれを具体化した諸政策を実現する手段としての立法が重要な意味をもつ。実際、短期間のうちに相当数の立法が行われる例が珍しくない。²⁴⁾ また、開発プロセスにおける立法の特色として、個別制定法の立法と並行して、包括的な法典編纂(codification)を行う現象もしばしばみられる。²⁵⁾ この段階ではどのような立法をどのような順序で行うべきかが問題になる。その一般的標準が模索される一方で、²⁶⁾ 各国が背負う歴史・文化と直面する政治・経済・国際情勢等の多様性に応じて数多の考慮要因が錯綜し、ここで「正しい」立法が何であるかの答えを見出すことは難しい。それは「熟慮を廻らすようなことについて立法するのは不可能」とすらいわれる状況にほかならない。²⁷⁾ この場面では立法にもある程度の試行錯誤を許容しつつ、現在および将来の国家統治に資するかどうかという包括的かつ長期的な開発戦略の観点から、立法の是非と内容を判断せざるをえない。その判断指針として国際開発政策の分野で登場したのが「良い統治」の理念である。²⁸⁾ それは市場・企業、政府および市民社会が固有の機能を発揮し、かつ相互に均衡した国家状態を目指すものといえる。²⁹⁾ しかし、その際には、①市場(企業)と政府、②政府と市民社会、③市民社会と市場(企業)の間で緊張や対立が頻繁に生じ

ることから、良い統治が内在的ジレンマを抱えた理念であることに留意する必要がある⁽³⁰⁾。

このジレンマは開発プロセスにおいて頻繁に顕在化する。それはつぎのような事情による。開発戦略を策定し、それを具体化する政策を遂行するためには強い政府、とりわけ強力な政治指導者とテクノクラートによる主導権の発揮が求められる⁽³¹⁾。しかし、そのような政府が、例えば、①社会・経済開発に重きを置いた政策をとりつつ、②経済成長政策を推進するために国民の政治参加を制限すると、③富者と貧者の経済格差が急速に拡大して社会・経済的平等に悪影響を与え、④それによる政治的不安定を恐れて政府が大衆運動を抑制すると、⑤大衆が政治参加を求めて暴動を起こすという悪循環に陥る傾向がある。反対に、①政府が大衆の政治参加の機会を増大させ、②同時に国民間の平等を推進すべく福祉政策への支出を拡大すると、③経済成長に悪影響を与え、国民間の社会的紛争を増大させ、④多くの利益集団が停滞した経済の中で少ないパイの分配を求めて争い、⑤政治的不安定が生じて政治参加の仕組みが内部崩壊するという悪循環に陥る可能性も高い⁽³²⁾。

そうした中、好循環への転換契機は、①国民所得が僅かずつでも継続的に増加することによって国民の間に協力的雰囲気が出され、②国民が政治的意思決定に積極的かつ政府支持的に参加するようになり、③それが社会の安定性に通じ、④政府による社会保障および再配分政策を促進させ、⑤継続的な経済成長の基盤を強化するパターン⁽³³⁾がある。実際、比較的短期間で経済成長を達成した日本・韓国・台湾・シンガポール等では、企業への支援政策と国民の雇用拡大・労働条件改善・所得増加・再配分政策の同時追求が試みられた点に共通性が見出される⁽³⁴⁾。かかる成長と衡平のバランスを可能にした理由につき、戦後日本の開発政策における経済の民主化と官民協調に着目し、立法が果たした意義を検討する。

2 憲法を超える立法?

(1) 農地改革立法の合憲性

開発の初期段階に比較的大きな形で存在する経済的・政治的・社会的格差を緩和し、より多くの人々が活動に参加する包摂的 (inclusive) な経済・政治への制度改革が開発政策の成果を大きく左右する⁽³⁵⁾。かかる制度改革の一環として、政府が地主層から土地所有権を強制的に買取して小作人に再配分する農地改革がある。それは最も重要な土地の既得権益に触れるものとして遂行困難ではあるが、最重要の開発課題の一つである⁽³⁶⁾。日本では地租改正 (一八七一年以降)、民法制定 (一八九六年) によって形成された地主・小作関係の調整は、大正時代から立法化が試みられながら失敗を重ねた。まず、一九三八年の農地調整法 (昭和十三年法律六七号) 等の戦時下立法によって小作人の利益保護が図られ、ついで、自作農創設について戦後間もなく一九四五年一月二日に政府が「農地制度改革に関する件」を閣議決定し、農地調整法改正法案として帝国議会に提出した。審議は難航し、見送りも予測される中、一二月九日、GHQ が「農地改革についての覚書」を發出し (SCAPIN 411)、それが同法案支持と解され、一部修正の上一二月一八日可決成立した (昭和二〇年法律六四号。第一次農地改革立法)。それは不在地主の小作地全部および在村地主所有の五町歩を超える小作地を小作農の申出によって強制譲渡させ、五年間で約一五〇万町歩の自作農創設を計画した。しかし、GHQ は不満を表明し、諮問機関たる対日理事会に付託し (一九四六年四月〜六月)、そのイギリス案 (在村地主の所有上限を一町歩とする) に基づき、六月二十八日、GHQ は非公式勧告を行った。その下で、一九四六年一〇月二一日、憲法改正に先立ち、①農地調整法改正 (昭和二年法律四二号) および②自作農創設特別措置法 (同年法律四三号。自創法) が制定された (第二次農地改革立法³⁷)。②は国が不在地主の小作地および在村地主の一町歩超 (世帯または農業共同体単位) の小作地を直接買取し、小作農に売り渡す方法を採用した。翌一九四六年一二月、①・②とも改正され (昭和二年法律二四〇号・二四一号)、

小作牧野の解放、小作権の強化等が加えられた（第三次農地改革立法）。農地改革に対する地主勢力の違憲訴訟・抵抗が激化する中、GHQは「農地改革に関する覚書」（昭和二三年二月四日）を政府宛に發出し、①・②の厳格な実施を支持した。また、農地改革完了予定日（一九四八年末。自創法二一条）の接近に伴い、農地買収打切論が起こったが（一九四八年夏、一九四九年秋）、政府は一九四八年以降もポツダム政令を発令して継続した（昭和二三年政令三八三号等）。さらに、①・②の一九四九年改正（昭和二四年法律二二五号・二二六号）の後、GHQ指導下の農地改革が平和条約発効（一九五二年四月二八日）後に後戻りすることを危惧し、一九五二年七月には、①・②・③土地譲渡に関する政令（昭和二五年政令二八八号）を統合する形で、④農地法および⑤農地法施行法が制定された（昭和二七年法律二二九号・二三〇号）。一九五二年一月までに、国による小作地買収面積約一九八万八〇〇〇町歩、被買収地主数約二五〇万人、売渡受領小作人約四二六万人（いずれも農地）となった。自作地を所_有しない農家は二六%（昭和一三年）から四%（昭和二七年）に、小作地を耕作する農家数は同じく約七〇%から四〇%に減少した。

一連の農地改革立法の後、農地改革違憲訴訟が続いた。自創法に基づく買収対価が「正当な補償」（憲法二九条三項）に当たらないとの訴えに対し、最高裁（多数意見）は「正当な補償」は「その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額」をいい、「必ずしも常にかかる価格と完全一致することを要するものでない」との一般論に続き、自創法の対価が「地主採算価格」によらず「自作収益価格」よったことは「農地を耕作地として維持し、耕作者の地位の安定と農業生産力の維持増進を図ろうとする、農地調整法…より…自創法…に及ぶ一貫した国策に基く法の目的」に照らして、「正当」とした（傍点は筆者による）⁽³⁸⁾。これに対しては四裁判官の反対意見が付されたが、井上登_＝岩松三郎反対意見は、自創法に基づく買収は占領中にGHQ司令官によって「憲法外において為された」「革命の場合」であり、講和成立後の今日は

内容が違憲の法規を裁判所は適用できないとし、自創法とその適用の正統性を批判した。この正統性の問題については、GHQ政治部法制司法課長だったオプラーですら、「反対意見は説得力のある法律的根拠を持っている」と認めた。しかし、同時にその正当性については、「純粋な法律解釈を越えても考慮すべきであると考えざるをえない事情」を是認した多数意見は、「占領軍の革命的な改革を取り消すいかなる試みをも斥けて来た」最高裁の「合理的な実用主義」を示す適例であるとした。⁽³⁹⁾ 本判決の意義は、GHQの関与の下で行われた立法および執行の正統性の問題に対し、司法が買収の正当性を公認することにより、既存の財産権を大きく変更し、実質的に憲法に抵触する可能性すらあつた農地改革立法の正統性を補完したことにあるとみられる。⁽⁴⁰⁾

(2) 立法部と司法部のコミュニケーション

開発プロセスにおいて司法部は立法部による改革に対し、時にはこうした支持を与えるが、しかし時には抑制する。とくに立法部がラディカルな制度変更を試みた場合は司法部との関係が重要になる。この場面では司法部として可能なぎりぎりの限度まで憲法原理に照らした法解釈を試みる事が求められる。⁽⁴¹⁾ こうした立法部—司法部間の緊張関係の維持は、民主主義社会における法の支配の構築・維持にとって不可欠の要素である。⁽⁴²⁾ しかも、それは民族・宗教・言語・生活習慣等の異なる多民族国家はもとより、現代国家において増大する価値観の多元化の中で、民主的立法による法の支配を実現するために重要である。⁽⁴³⁾

もつとも、この問題について所与の法解釈方法論が存在するわけではない。むしろ、司法部による法解釈は立法部の権限に影響し、権力分配の問題に通じることから、各国の国制に属する問題といえる。⁽⁴⁴⁾ そして、開発の観点からは、各国に固有の開発段階に相応しい開発目標を確実に達成するという意味で戦略的な観点から立法部と司法部とのコミュニケーションのあり方を探求することが、現実的かつ有用であると考えられる。⁽⁴⁵⁾

さらに、法は立法のみによって完成するわけではなく、司法によって解釈され、実際に適用される中で、その

本来的機能を發揮する。⁽⁴⁶⁾ この観点からは立法部と司法部が各々その目標を確実に達成するために行う戦略的コミュニケーションも重要になる。⁽⁴⁷⁾ とりわけ、一定の革新的立法に対しては、司法が憲法原理に照らして肯定的または否定的な判断をすることにより、立憲的体制を維持することが期待される。それは一方向的かつ一回的作用で終わるのではなく、立法が積極的に法改正により、または消極的に不作為によって反応し、さらに司法が反応するという相互作用を繰り返すことも珍しくない。⁽⁴⁸⁾ こうしたプロセスは法の整合性 (integrity) を高めるために自然なコミュニケーションであるといえる。⁽⁴⁹⁾ そして、これもまた、時には民族や宗教の異なる多元的な議会の立法に整合性の欠陥が生じている場合において、もっぱら立法の正統性に依拠してそれを受け容れることの限界に対する、正当性の観点からの司法による補充の一形態であるといえよう。⁽⁵⁰⁾

3 官民協調の産業経済政策と戦略的立法

開発プロセスにおける立法には、行政府が中心になつて策定する開発の戦略やそれを具体化した政策を法律に書き込み、制度化することにより、それらを着実かつ安定的に実施するための固定鎮ないしアンカーとしての機能も認められる。⁽⁵¹⁾ それは政治的介入・政党間の対立・政府部内の対立等による政策の変更・後退を阻止し、政策財源を確保するとともに、政策への国民の理解を促し、政府と市場(企業)・市民社会との協力(官民協調)関係を形成する基盤となりうる。

例えば、一九五〇年代後半、個別の産業基盤の強化政策として、重要産業基盤の整備のために、「繊維工業設備臨時措置法」・「機械工業振興臨時措置法」(一九五六年)、「合成ゴム製造事業特別措置法」・「電子工業振興臨時措置法」(一九五七年)、「航空機工業振興法」(一九五八年)等が制定され、各産業の合理化・振興の基本計画の策定、生産品種の制限等の共同行為、設備資金の確保・斡旋、税制上の特別措置等が実施された。⁽⁵²⁾ これらの戦

略的立法は政策に法的根拠を付与する時限法であったが、その後改正・延長され、「国民所得倍增計画」(一九六〇年二月)等の政策と呼応して、一九六〇年代初頭からの高度経済成長に通じる制度的要因の一つになったと考えられる。⁽⁵³⁾

この時期の経済政策は「貿易・為替自由化計画大綱」(一九六〇年六月二四日閣議決定)に基づく自由化の漸次の実施であった。それは政府が一方的に策定したのではなく、財界の強い意志と要望が背景にあった。それを踏まえ、政府は産業・輸出振興政策を実施するが、民間の活力とイニシアティブを重視し、工業化の局面移行を促進する働きをしたことが重要である。こうした政府主導・民間主体ともいべき官民協調体制が、戦後日本の高度経済成長期の急速な工業化と輸出拡大に通じた。⁽⁵⁴⁾ そうした協力的官民関係を制度化し、自由化に対応できる民間企業の国際競争力強化に向けて誘導行政の実施を図るべく、通産省(当時)が準備した「特定産業振興臨時措置法案」(一九六三年三月二二日閣議決定)が衆議院に提出された。これは官庁間、産業界内部、政党間の足並みの乱れ等により、最終的に審議未了・廃案となった。しかし、官民協調方式はその後も「行政指導」の形で、投資調整と企業規模拡大のための合併促進等に用いられた。かかる産業政策の実施は独占禁止法の解釈・適用をめぐる競争政策と緊張関係に立つとともに、政府と企業の間にもつねに指導と反発等の緊張関係が存在した。⁽⁵⁵⁾

特定の政策を具体化するための立法は、施策の実施を確実にし、安定化させる一方、それと表裏の問題として、いったん立法化されると政策の実施を硬直化させる面もある。例えば、百貨店法(昭和三二年法律一六号)は中小商業保護のために百貨店の営業を許可制にし、開店時間・休業日数・店舗面積等を調整する仕組みを創設した⁽⁵⁶⁾しかし、後に小売業界の発展の障害になって等々の批判も生じた。⁽⁵⁷⁾ これらは良い統治のジレンマ(政府と市場のジレンマ)の一面といえる。立法による規制の対象と方法は、産業経済政策の展開状況に照らし、不断の見直しが求められる。⁽⁵⁸⁾

4 民主化の進展と立法

民主化は政治発展の重要な指標であり、開発の観点からも不可避的課題である。もともと、民主化に伴って立法過程の議論の変質や立法成果の品質低下も問題視されている。政治におけるポピュリズム的傾向の増大に伴い、立法に対する民意・国民のニーズの反映の名の下に、理論的検討が不十分で、整合性を欠く立法が増えているとされる⁽⁵⁹⁾。また、法案の準備段階における法制審議会（同部会を含む）等に広範な業界の団体の代表者が参加することにより、広い視野からの検討が可能になる一方で、会議の性質が公益の追求というよりも、各業界の利害に基づく主張を通すための論争と妥協の場と化し、継ぎ接ぎ細工的で場当たり的な立法が増える傾向も危惧されている。ここでは立法の体系的・理論的な整合性を確保したうえで利害関係の調整を図る等、法学者と実務家の共働がとくに重要になる⁽⁶⁰⁾。

四 グローバル化の下での立法

1 法における普遍性と固有性

二〇一三年五月一七日、フランスではオランド大統領の選挙公約でもあった同性婚が法制化され、婚姻の定義、養子縁組、子の氏等に関する民法改正を含む法律が成立した⁽⁶¹⁾。一方、同年一二月二〇日、ウガンダ議会は反同性愛法案を賛成多数で可決し、二〇一四年二月二四日、ムセベニ大統領が署名した。これは同性愛行為に対する終身刑を含む刑罰を強化するものである。これに対し、アメリカ大統領、宗教指導者、国際人権NGO等が批判的コメントを発表した。グローバル化の進展により、国際的法定立やルールの標準化が進む一方で、各国に固有の

文化や伝統を尊重すべきことが承認され、多元主義——これ自体、その旨の規範の共通化でもあるが——が顕著になっていく。国家の開発のための立法もグローバル化の影響を受け、国家の歴史、伝統的価値観、習俗・道徳・宗教等に根差した慣習(法)と、諸外国においてより広く普及した標準との調整が、様々な場面で求められている。⁽⁶²⁾ そうした調整問題は民事、刑事を含むあらゆる法分野で生じている。⁽⁶³⁾

2 グローバル・ガバナンスと立法

(1) グローバル化の含意

グローバル化(globalization)とは、地球全体が一つの国家ないし単一の社会になるといった非現実的な想定を意味するものではなく、各国の規範が単純に統一化することを意味するものでもない。むしろ、諸国家がアイデンティティと独立を維持しながら、相互間の共同体的繋がりを増大させることを意味する。⁽⁶⁴⁾ それは、各国が自律的に良い統治を構築することにより、世界政府をもつことなしに、平和共存が可能な安定した国際関係を維持することを目指すグローバル・ガバナンスの理念に通じる。⁽⁶⁵⁾ この観点からグローバル化は人々に国際協力の促進を求める規範を含意し、それは立法の分野においても展開されている。もともと、立法におけるグローバル化は、ただちに他国の立法の中身に立ち入って内容の共通化を求めるものではなく、立法の方法論をめぐる協力やネットワークの構築を模索するものである。⁽⁶⁶⁾ そのようにして形成されるグローバルな法秩序は、各国の国内法と国際法⁽⁶⁷⁾からなり、国内法もまたその一部が共通化してゆくことが予想される。しかし、グローバル化する世界における国内立法は、国際的法定立や共通化した原則に従属する形で行われることを意味するものではない。⁽⁶⁸⁾ 多元的なグローバル空間では、共通原則は各国の立法活動の原因ではなく、むしろ結果であり、立法の内容はもちろん、そのペースや順序も、基本的に各国の主體的判断に委ねられるべきである。⁽⁶⁹⁾

(2) グローバル化と日本民法（債権関係）の改正

現在日本で進行中の民法（債権関係）の改正に関する議論にもグローバル化が影響を与えている。その中心問題の一つは、履行不能な給付を目的とする債務の帰趨である。現行民法、その伝統的な解釈法理および判例によれば、(a) 不能なことは義務づけられない（*Impossibilium nulla obligatio est*）という一般原則に従い、① 履行不能な給付を目的とする債務は不成立または消滅すると解されている。ただし、履行不能が債務者の帰責事由によるときは損害賠償債務を認め（民法四一五条）、また、不注意で契約締結前にすでに債務の履行が不可能な原始的不能の契約を締結した債務者は、債権者が契約を有効と信じたことによって被った損害を賠償する責任（契約締結上の過失。民法一条二項）を負う（履行不能による債務の不成立・消滅原則、帰責事由主義）。② その結果、契約締結前から債務者の帰責事由によらずに債務の履行が不能であった場合、契約は無効となり（原始的不能の契約無効の原則）、③ 双務契約の一方債務が契約成立後に履行不能（後発的不能）によって消滅した場合に、反対給付請求が可能か否かは、法律が定める（一種の法定責任としての危険負担。民法五三四条・五三五条・五三六条一項⁽⁷⁰⁾）。

こうして現行民法（ならびにその解釈法理および判例）上の債権関係を特徴づける(a) ① 履行不能の債務の不成立・消滅、損害賠償の帰責事由主義、② 原始的不能の契約無効の原則、③ 危険負担の諸原則に対し、(b) 主として国際取引の分野で発達したこれらと異なる諸原則によって置き換えるべきであるとの議論が有力化している。すなわち、① いったん契約した以上、履行不能であっても債務は成立し、弁済等の債務消滅原因がない以上は消滅せず、したがって、履行不能の場合は債務者が帰責事由の有無にかかわらず損害賠償義務を負う（ただし、免責条項に該当する等、債務者が引き受けていなかった事由によって債務不履行が生じたときは、損害賠償責任を負わない）、② 原始的不能の契約も有効とする（契約は原始的不能であることを理由に無効とならない）、③ いったん成立した債務は弁済等の債務消滅原因がなければ消滅しないが、債務者は契約解除の要件を満たす場合において解除の

意思表示をすれば債務の履行を拒絶できるので、危険負担制度は不要となる、というものである。⁽⁷¹⁾ たしかに、例えば国際取引を日常頻繁に行う国際取引業者間であれば、(b)①～③のように、いったん成立した契約はできるだけ有効なものとして扱うこと (favor contractus) が、契約準備段階に要した費用、既履行給付の回復費用等を節約し、取引費用を削減することに通じ、前述したグローバル化の規範的含意に合致するものと考えられる。しかし、それは当事者間の契約および国際取引法で対応可能と考えられる一方、民法の名宛人は多くの場合が主として国内取引を行う一般市民でもあることを考慮に入れるならば、現行法(判例を含む)および伝統的解釈論である(a)①～③の妥当性も無視できない。ちなみに、法制審議会民法(債権関係)部会による「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(二〇一三年二月)に対し、「同要綱仮案」(二〇一四年八月)では、(イ)損害賠償請求については中間試案段階から認められていた(a)①帰責事由主義を維持し、(イ)原始的不能の契約については(b)②を採用した中間試案の表現を修正して契約の有効性には言及しないものとし、(ウ)危険負担についてはその廃棄を提案した中間試案を修正し、債務者に対して履行不能となった債務の履行を請求できなくなった債権者が、債務者から双務契約の反対給付の履行を請求された場合に、契約を解除していなくとも履行拒絶することを認める規定を置く形で、危険負担制度を維持する方向に若干軌道修正していることが注目される。⁽⁷³⁾ 一般市民が帰責の根拠をどのように理解しているか(自分に客観的に落ち度＝帰責事由があったからか、あるいはもっぱら契約で主観的に引き受けただからか)により、たとえ(a)①～③を選択しても、それがグローバル化に逆行するとはただちにはいえない。もちろん、市民意識における是認が漸次的に(a)①～③から(b)①～③へと変化することはありうることであり、その場合にはそれに従って改正がされるべきである。

しかし、(a)①～③ルールと(b)①～③ルールの何れがグローバル化に照らして正、正当性をもつかという問いには容易に答え難い。その何れが現在の日本に妥当しているといえるかは、正統性が認められる立法手続(国会審議以

前の準備段階を含む) によって判断されるべきである。⁽⁷⁴⁾ と同時に、(a) ①～③ルールと(b) ①～③ルールの何れが内容的に正当性をもつかを論証できるかどうかは、今後の民法学の議論展開にかかっている。この問題は突き詰めれば、当事者が契約で定めていなかった事態が生じた場合に備え、国家の立法がどこまで定めておくべきか、法定責任の必要性、立法の及ぶべき範囲、延いては国家と国民の関係がどうかあるべきかの議論に通じている。その議論が収斂する前に、立法がその展開を枠付けてしまうことは回避すべきであり、要綱仮案にはそうした配慮が見出されるようにも思われる。私見は、国際取引における共通ルール(国際物品売買契約に関する国際連合条約等)と各国の発展段階に応じて固有の国内法(絶えず変容しつつあり、その内容の共通部分は増大傾向にある)の二元的法システムが法改革のグローバル・モデルというべきであるという観点から、⁽⁷⁵⁾ 民法(国内法) に関しては、現段階においては法定責任に関する立法の意義をより重視するものとして、伝統的な(a) ①～③ルールを維持することにも十分な理由がある⁽⁷⁶⁾ と考える。

五 結語

開発は国家の制度改革を通じて社会の進歩を促進し、人々の幸福を増進させることを企図する人為性と政治性の高い営みである。⁽⁷⁷⁾ 中でも立法は最も人為的・政治的な制度改革の有力手段といえる。⁽⁷⁸⁾ それゆえに、開発プロセスでは、①統治を確立するための憲法宣言にせよ、②比較的短期間のうちに経済成長や民主化を促すための政策を具体化する立法にせよ、③グローバル化に対応するための立法にせよ、開発という究極目標を達成するために戦略的に立法が用いられる。その結果、既存の立法手続の未確立や逸脱によって法の正統性が揺らいだり、立法内容が偏って正当性が疑われることが頻繁に生じる。その場合、立法の正統性の欠陥を正当性が補完する一方、

その正当性の問題を正統性がカバーすることにより、開発を進めることが試みられてきた。そうした相互補完は、けっして容易に実現されるものではなく、多くの国家が成功とも失敗ともつかない混沌としたプロセスにある。このことは法による統治構築を起動させる立法の意義を軽視してもよいことを意味しない。しかしまた、開発においては、行政府が策定した開発政策を具体化する立法が立法部での十分な議論を経ずに成立し、執行される事態を完全には回避できず、その内容の正当性を司法部が肯定的または否定的に解釈し、市民が是認または否認の反応を示し、必要な法改正を促して正統性および正当性を補うという緊張に満ちたコミュニケーションを通じてのみ、法が整合性を高め、国家に定着し、法による統治の理想である法の支配が浸透するものと考えられる⁽⁷⁹⁾。

このように立法の正統性と正当性の相補作用があたかも二重螺旋のように絡み合いながら繰り返されることにより、法が整合性を高め、法の支配が徐々に進展するプロセスは、開発途上国のみならず、先進国においても共通に見出される。なぜなら、首尾一貫した整合性ある法ないし合法性 (Legitimate Legality) による統治を完全に達成しているといえる国はなく、それは容易に達成されるものでもないからである。人間社会はいつ完成しても分からない法による統治へのチャレンジを続けており、いわゆる先進国もまた同様というべきであろう。

そうであるとするれば、本稿で検討した開発プロセスにおける立法の意義は、発展途上国の開発といった限られた場面における法発展に固有のものとはいえず、あらゆる国家において認められる。そして、その発展段階に応じて多様な課題を考察することは、法の一般的な発展理論および法の支配の構築に関する動態理論の探求に通じるものと思われる⁽⁸⁰⁾。

(1) 開発法学の定義および目的に関しては、松尾弘『開発法学の基礎理論——良い統治のための法律学』(勁草書房、二〇一二年) 一頁参照。

- (2) なお、安田信之『開発法学——アジア・ポスト開発国家の法システム』（名古屋大学出版会、二〇〇五）二七—三〇頁は、法を①文化、②制度および③規範の三層構造によって捉え、立法を②から③への昇華過程と位置づける。
- (3) M・ウェーバー／世良晃志郎訳『支配の諸類型』（創文社、一九七〇）一〇—一頁。なお、同『支配の社会学Ⅰ』（創文社、一九七二）三三—五九頁も参照。本稿では「法による統治」の語をこの「合法的支配」ないし「合法性による支配」（Legititsherrschaft）の意味で用いる。それは合理的に首尾一貫した、整合性（integrity）ある法システムに依拠した国家統治の形態という意味で、「法の支配」（the rule of law）の概念とも実質的に重なる。開発における法の支配の概念（重層的・段階的・動態的概念）に関しては、後掲（注79）参照。
- (4) 立法理学の構想に関しては、井上達夫「立法学の現代的課題——議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリス ト一三五六号（二〇〇八）一三四—一四〇頁、同「立法理学としての立法学——現代民主政における立法システムの再編と法哲学の再定位」同編『立法学のフロンティア1 立法学の哲学的再編』（ナカニシヤ出版、二〇一四）二二—二四頁参照。
- (5) 本稿は、松尾弘「開発における良い統治と立法の課題——正当性と正統性の法動態に着目して」日本法哲学会編『法哲学年報二〇一四』（有斐閣、二〇一五刊行予定）と題材が一部重なるが、紙幅の都合等で割愛した諸点について、両者は相互補完的關係にある。
- (6) 西原博史「立法システムの再構築」、同「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」同編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版、二〇一四）六頁、一一頁。
- (7) 関連文献を含め、松尾弘「開発法学のフロンティア」政治・経済と法(1)——法整備は経済成長や民主化にどのような影響を与えるか」法学セミナー七一一号（二〇一四）五六—五七頁参照。
- (8) 松尾弘「開発法学のフロンティア」政治・経済と法(2)——憲法とクレーターの相克を抜け出す道はあるか」法学セミナー七一二号（二〇一四）五五—五九頁、同「開発法学のフロンティア」政治・経済と法(3)——憲法制定への生みの苦しみ」法学セミナー七一三号（二〇一四）六一—六四頁参照。
- (9) エジプトとネパールでも政治と法の関係は同じとはいえない。松尾・前掲（注7）五七頁、同・前掲（注8）法学セミナー七一三号六四頁参照。

- (10) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford University Press, 1994, pp. 51-61. 松尾・前掲(注8)
- (11) 井上・前掲(注4)ジュリスト一三五六号一三二一―一三三三頁参照。
- (12) ポツダム宣言受諾による八月革命説に関し、嶋津格『問いとしての〈正しさ〉——法哲学の挑戦』(NTT出版、二〇一一)四七―四八頁参照。
- (13) ここでは憲法改正の限界に関する規範的議論には立ち入らない。憲法秩序の連続性を無視できない理由は、法秩序の形成には集権化された政治権力の構築が不可欠であり、いかに優れた内容の立法が行われても、執行権力を伴わなければ法は現実のものとならず、法の支配を語ることができないと考えられるからである。日本では政治権力として法を運営する政府、そして法の名宛人としての国民の何れもが、現行憲法の前後で連続している。
- (14) 立憲政体の詔書(一八七五年四月一四日)は、立法部としての元老院、司法部としての大審院等を設置し、「漸次ニ国家立憲ノ政体ヲ立」てることを宣言した。
- (15) 前掲(注3)および該当本文参照。
- (16) それは時には、関白または征夷大將軍を頂点とする武家政権と併存ないし融合(結合)する統治形態もとった。松尾弘「開発法学のフロンティア」政治・経済と法(5)——日本モデルの基層形成」法学セミナー七一五号(二〇一四)五五―五八頁参照。
- (17) 既述のように「伝統的支配」・「カリスマ的支配」・「合法的支配」は理念型であり、現実の統治形態がその何れかの方に当てはまる純粹形態であったとはいえない。むしろ、複数の要素が混合しながら、何れの要素が相対的に優勢だったかをみるべきであろう。
- (18) 無論、それは七世紀から八世紀にかけて中国から継受され、制定された律令を無視するものではない。しかし、それが臣民に認識かつは認識された法の内容的合理的性質(合法性)によって統治を実現したものとまではいえないように思われる。また、中世の武家法や藩法も主として武家の組織(構成員)内部のルールにとどまるといふ限界をもっていたと考えられる。もともと、そうした武家組織内部では、また支配下の農民等に対しても一部のルールは、法としての性質をもっていたことは否定されない。しかし、その内容の合理性が国民一般に認識され、かつは認識され、

統治の主要な手段となっていたとまではいえないものと解される。

(19) ここで「制度的変化」(institutional change)とは、新制度学派のいう意味での社会における制度全体の実際の変化を意味する。

(20) 前掲(注7)参照。同様の傾向は、一九三二年以来、現在まで、一八の憲法ないし憲法案が発出されたタイについても指摘できる。松尾・前掲(注8)法学セミナー七一二号五五―五九頁。

(21) この点に関しては、憲法の正統性に関し、価値多元主義の立場から、「頑強な憲法」に批判的なA・マーモアの議論が参照されるべきである。Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, 2007, pp. 90-121. マーモアのこの議論を積極的に評価するものとして、濱真一郎『法実証主義の現代的課題』(成文堂、二〇一四)一四―一三七頁参照。

(22) このようにして構築された法秩序は集権化された政治権力によって支えられている。そのことが不罰(imunity)の回避、法の支配の構築に不可欠であると考えられる。

(23) ラズは、法は政治システムの一側面であり、法システムの存在および時間を超えた法システムの同一性(the identity of a legal system over time)は政治システムの存在と継続性に依存するとみる。Joseph Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of A Legal System*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 210-211 (松尾弘訳『法体系の概念——法体系論序説(第2版)』(慶應義塾大学出版会、二〇一〇)二四九―二五〇頁)。

(24) 一例として、日本の明治初年における殖産興業政策と商事産業立法(会社法、手形法、商取引法、保険制度、同業組合規制等)につき、福島正夫「財産法(法体制準備期)」鶴飼信成⇨福島正夫⇨川島武宜⇨辻清明責任編集『講座日本近代法発達史1』(勁草書房、一九五八)七四―一〇〇頁参照。一方、市場経済導入後の社会主義国ラオスにおける約五〇の立法(一九八九年〜二〇〇一年)につき、工藤恭裕⇨山下輝年⇨榊原一夫「ラオス法制度概要」ICD NEWS 3号(二〇〇二)五八―五九頁参照。

(25) 本稿では、法典編纂の問題には立ち入らない。これについては、松尾弘「開発における法典編纂」岩谷十郎⇨片山直也⇨北居功編『法典とは何か』(慶應義塾大学出版会、二〇一四)二二五―二二七頁参照。

- (26) Susan Rose Ackerman, "Establishing the Rule of Law," in: Robert I. Rotberg (ed.), *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2003, p. 209.
- (27) アリストテレス／山本光雄訳『政治学』(岩波文庫、一九六一)三卷一六章一〇—一節(一七二頁)。
- (28) Martin Doornbos, "Good Governance: The Rise and Decline of a Policy Metaphor?," *Journal of Development Studies*, Vol. 37, 2001, p. 93.
- (29) 松尾弘『良い統治と法の支配——開発法学の挑戦』(日本評論社、二〇〇九)九—一三頁。
- (30) 松尾・前掲(注一)二四〇—二四五頁。
- (31) 例えば、一九六〇年代の韓国、マレーシア、シンガポール、インドネシア等が挙げられる。浅沼信爾＝橋本敬市＝松尾弘「鼎談 法整備支援は途上国の発展に寄与しているか?」法学セミナー七〇九号(二〇一四)一〇—一二頁(浅沼)。
- (32) Samuel P. Huntington and Joan M. Nelson, *No Easy Choice: Political Participation in Developing Countries*, Harvard University Press, 1976, pp. 23-25.
- (33) Ikuo Kabashima, "Supportive Participation with Economic Growth: The Case of Japan," *World Politics*, Vol. 36, 1984, pp. 332-338.
- (34) 浅沼信爾＝小浜裕久『途上国の旅——開発政策のナラティブ』(勁草書房、二〇一三)五七—六〇頁、三二四—三二六頁。
- (35) Daron Acemoglu and James A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Brookman, Inc., 2012, pp. 73-95.
- (36) 農地改革の試みは、戦後の占領政策(日本、韓国、台湾)、革命政府(中国)や軍事政権(フィリピン)の政策、内戦後平和構築(カンボジア)等を契機とする。Antonio B. Quizon, "Perspectives on Agrarian Reform and Access to Land," *ANGOC Policy Discussion Paper*, 2005.
- (37) この間の経緯は、E・E・ワード／小倉武一訳『農地改革とは何であったのか?——連合国の対日政策と立法過程』(食料・農業政策研究センター、一九九七)に詳しい。

- (38) 最大判昭和二八年一月二三日民集七卷一三三〇一五二三頁。本判決に至る経緯につき、山田隆司「戦後史で読む憲法判例⑧『GHQの占領』と農地改革事件」法学セミナー七二五号(二〇一四)九〇―九五頁参照。
- (39) A・オプラー／内藤頼博監／納谷廣美『高地茂世訳』日本占領と法制改革——GHQ担当者の回顧(日本評論社、一九九〇)二八〇頁。
- (40) 本判決は、その後の農地改革関連訴訟判決(最判昭和二九年一月二二日民集八卷一〇二二五頁、最大判昭和二九年一月一〇日民集八卷一〇二三四頁、最大判昭和三〇年一月二六日民集九卷一〇一六九〇頁)の先例的・指導的役割を演じた。内野正幸「判批」『行政判例百選Ⅱ(第5版)』(有斐閣、二〇〇六)五〇四頁。
- (41) 前述した農地改革立法と「正当な補償」(憲法二九条三項)の理論的関係につき、本稿は解釈論に立ち入らないが、憲法二九条が「財産権制度」を保障したものと解することにより(長谷部恭男「憲法(第3版)」(新世社、二〇〇四)二四一―二四五頁参照)、農地改革立法も憲法二九条の枠内で解釈する可能性があるといえる。
- (42) Joseph Raz, "The Politics of the Rule of Law", in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 377 (「近代民主主義の中では、法の支配は民主的な立法部の権能と伝統に基づく原理の力との間に木目細かな均衡を確保すべく機能する。良い政府の原理における一要素としての法の支配の価値はこの均衡を保障することにある。つまり、恣意的な権力を削減することおよび説明責任を果たしうる原理に基づいて行動する政府に服する秩序立った社会を確保することに、法の支配の価値があるのである」)。
- (43) ラズの叙述(前掲(注42))は多元的社会における民主主義の実現というコンテクストで展開されており、多文化主義に立脚する(Joseph Raz, "Multiculturalism", *Ratio Juris*, Vol. 11, 1998, p. 204も参照)。この立場は、A・マーマーにも承継されている。さらに、マーマーは価値多元主義の立場から立法の整合性(統合性)に懐疑的であり、本文で述べるように、立法部と司法部の戦略的コミュニケーションを重視する。Marmor, op. cit. (n. 21), pp. 39-56、後掲(注47)および該当本文、濱・前掲(注21)六七―八四頁参照。
- (44) 濱真一郎「ジョゼフ・ラズの解釈多元論——司法的裁量をめぐる論争を踏まえて」同志社法学六四卷三号(二〇一二)三九九―四〇一頁(濱・前掲(注21)四七―四八頁)。

(45) ここで「戦略」(strategy)とは、自己の行動の目的と手段の関係をそれぞれ徹底的に追求し、ある目的のさらなる上位目標およびある手段のさらなる実現手段を探索することにより、究極目標を確実に達成し、真理を発見するために、目的—手段関係の連鎖の全体像を明らかにすることを意味する。松尾・前掲(注1) 四七—四八頁、二八六頁参照。

(46) Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, p. 320.

(47) 立法者と裁判所の対話は、「協動的」コミュニケーションと対比する意味で、しばしば「戦略的」コミュニケーションであるとされる。それは、立法府内部におけるやり取りが本来的にこの意味において「戦略的」であることを反映している。濱真一郎「立法と司法の戦略的コミュニケーション——アンドレイ・マーマーの法解釈理論と立論」同志社法学六五巻六号(二〇一四)一九—二〇頁(濱・前掲(注21) 一〇五—一〇七頁)。

(48) 例えば、議員定数不均衡をめぐる公職選挙法規定の問題、非嫡出子の相続分をめぐる民法九〇〇条四号の問題等が繰り返し議論されてきた。

(49) R・ドゥオーキンは、たとえ立法部が法の整合性(integrity)の確保に失敗しても、司法の解釈によって整合性が達成されるとみる。Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 225-227 (小林公訳『法の帝国』(未來社、一九九五)三五—三五五頁)。もともと、そのような法の整合性は法の帝国の中にいる裁判官、検察官、司法省官僚、弁護士等の間でシェアされているとすれば、その整合性を法の帝国の外にいる者をも巻き込む方向への展開が求められるであろう。また、法の整合性の可能性、それを補完するための司法による解釈の必然性等の理解の仕方をめぐっては、H・L・A・ハート、R・ドゥオーキン、J・ロールズ、J・ラズ、A・マーマー、T・キャンベル、J・ウォルドロンらの間に議論ないし見解の相違がある。これについては、立法の整合性(統合性とも訳される)および法解釈の必然性に批判的なマーマーの議論を軸に分析する、濱・前掲(注21) 六七—八四頁、八七—一三頁参照。

(50) ちなみに、マーマーは法の正統性は道徳的関心(moral concern)の対象であり、正当性を無視しては正統性が維持されないものとみていると解される。これはマーマーの価値多元論の前提となっていると考えられる。濱・前掲

- (注21) 六〇―八二頁参照。
- (51) 浅沼⇨橋本⇨松尾・前掲(注31) 九頁(浅沼)、一〇頁(橋本)、一一頁(松尾)。
- (52) 来生新『産業経済法』(ぎょうせい、一九九六) 五六―五七頁、七八―七九頁、八二頁。
- (53) 一方、一九六〇年代後半以降、高度成長の副作用としての公害問題や消費者問題に対応すべく、「公害対策基本法」(一九六七年)、「大気汚染防止法」、「騒音規制法」(一九六八年)、「公害対策基本法」改正(経済の健全な発展との調和条項の削除)「公害防止事業費事業者負担法」、「海洋汚染防止法」、「水質汚濁防止法」、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」(一九七〇年)等が制定・改正された。これらもまた、市場と企業の自由を裏面から確保する意味をもったと考えられる。来生・前掲(注52) 八二頁参照。
- (54) 浅沼⇨小浜・前掲(注34) 三二六―三三〇頁。
- (55) 来生・前掲(注52) 八六―一〇三頁、浅沼⇨小浜・前掲(注34) 三三〇―三三六頁。
- (56) その後、大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律(昭和四八年法律一〇九号)を経て、大規模小売店舗立地法(平成一六年法律九一号)が制定された。
- (57) 中内功『わが安売り哲学(新装版)』(千倉書房、二〇〇七) 一六八―一七二頁。薬事法(昭和三五年法律一四五号)等に対しても同様の批判がある(同前)。
- (58) かかる良い統治のジレンマを克服すべく、新開発国家(the New Developmental State)論が展開されている。その概要に「David M. Tribek, "The Political Economy of the Rule of Law: The Challenge of the New Developmental State," *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 1, 2009, pp. 28-32 参照。
- (59) 川崎政司「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方——法と政治の相克による従来の法的枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学二二号(二〇〇九) 五九―六二頁参照。
- (60) 民法(債権法)改正に関して、大村敦志『民法改正を考える』(岩波新書、二〇一一) 一二九―一三〇頁参照。
- (61) *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.
- (62) 固有のルールと継受されたルールの関係についても、完全に融合してハイブリッド化するものから、異質的なルールの共存(それが許容される限り)まで、法多元主義(legal pluralism)の態様自体も多様である。

- (63) 例えば、国連人権理事会は二〇〇八年六月、日本政府に対し、死刑制度の停止・廃止の検討を含む二九項目の勧告をしている。死刑制度の廃止検討に対しては、国連自由権規約委員会(二〇〇九年一月)、国連拷問禁止委員会(二〇一三年)からも勧告を受けている。
- (64) グローバル化の規範的含意につき、松尾・前掲(注29)一七―二〇頁、同・前掲(注1)二六九―二七五頁参照。
- (65) 松尾・前掲(注29)二〇―二四頁、同・前掲(注1)二六三―二八九頁。
- (66) 武田美智代「紛争後の国家における政治制度の民主化——立法府支援を中心に」レファレンス二〇〇七年三月号七六―八八頁参照。
- (67) その主体は、国際人権法や国際取引法(条約)の発展により、国家のみならず個人も含むものと解される。
- (68) 郭舜「グローバル化の中の立法システム——国内立法過程から見た国際法定立過程」西原編・前掲(注6)二七―五―二七八頁参照。
- (69) この観点から、法整備支援に際しては、相手国への自律性の強制の問題に留意する必要がある。大屋雄裕「法整備支援」西原編・前掲(注6)二五―二五五頁参照。
- (70) 松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード——統一化の要請と民法原則の動揺」法学セミナー六九三号(二〇一二)一八一―二二頁参照。
- (71) 松尾弘「民法改正を読む——改正論から学ぶ民法」(慶應義塾大学出版会、二〇一二)五―一三頁、四八―五四頁、一〇一―一〇三頁、二一六―二三八頁。
- (72) 例えば、国際物品売買契約に関する国際連合条約(一九八〇年採択、一九八八年発効。日本は二〇〇八年に加入書寄託・公布、二〇〇九年発効)等。
- (73) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」第10・1(2)、第26・2、第12・1に対する、同「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」第11・1、第26・2、第13・1、第13・2(1)参照。
- (74) この点については、山田八千子「民法(債権法)改正過程と立法過程の在り方——立法の哲学の視点から」井田良「松原芳博編『立法のフロンティア3 立法実践の変革』(ナカニシヤ出版、二〇一四)一七四―一八三頁、一八八―一九五頁参照。

- (75) 松尾・前掲(注71)二三七頁、同「法整備支援からPACLへ——PACLという試み(2)」NBL九七四号(二〇一二年)八三―九一頁、「法整備支援からPACLへ」比較法研究七四号(二〇一二年)一五三―一六〇頁。
- 反同性愛法のような人権に関わる立法に関しても、立法それ自体を外部から批判することは適切でない。批判者は、その改正や廃止が正当性をもつことの説得的理由を明らかにし、その実現に通じうるあらゆるルートから実際に働きかけを行うべきである。
- (76) 松尾・前掲(注70)二〇―二二頁。民法のあり方として、「それぞれの国にそれぞれの民法」という考え方を提示する、池田真朗『民法はおもしろい』(講談社、二〇一二年)二二七―二二八頁が示唆に富む。
- (77) 制度改革を通じた開発の方法に関しては、松尾・前掲(注1)一二八―二二二頁参照。
- (78) 制度改革の手段としては宗教、道徳教育等も重要であるが、法は国家の強制力と権威を活用しうる点に特徴をもつ。
- (79) 開発プロセスにおける法の支配は、①社会構成員によるルール遵守の習慣、②ルールの形式化、③執行メカニズムの整備、④ルールの内容の良さを検証する規範理論の構築を含む重層的なものであるとともに、それらは一度に定着するものではなく、時間をかけて段階的にかつ市民の認識と受容を経て動態的に浸透するものとして捉えられる。開発における法の支配の概念に関しては、松尾・前掲(注1)一五四頁、一八五―二〇〇頁、二四四―二六三頁、とくに一九〇―二〇〇頁参照。
- (80) 例えば、法の正統性と正当性の相補作用は、正統性の確保を重視する法実証主義と正当性の具体化を重視する自然法論の対立が、理論的に平行線を辿るような接点のないものとはいえないことを強く示唆している。今後は、法の正統性と正当性のそれぞれの内容と相互関係にさらに立ち入って考察を深めることにより、法実証主義と自然法論を架橋する法理論の構築が可能になるであろうか。その可能性を示唆するものとして、Raz, op. cit. (n. 23), pp. 212-213 (松尾訳二五二頁。なお、同書二二二頁および同所注17も参照)がある。