

法整備支援における「法の移植 (legal transplants)」をめぐる議論の序論的考察

—理論と実践の架橋をめざして—

桑原尚子¹⁾

Legal Transplants under the Legal Technical Assistances:
A Survey of the Issues from the Practical Viewpoint

KUWAHARA Naoko

Abstract

This article examines conditions of legal transplants make “effective”, “working” or “successful” in the context of transition countries *taking account of* the current academic discussions. The legal transplants are pervasive in the current legal technical assistances carried out by both the international organizations and the bilateral international development agencies. The article identifies the conditions of legal transplants making not only “effective”, “working” or “successful” but also “ineffective”, “not working” or “unsuccessful” to which the current academic discussions have empirically submitted. It is suggested that the definitions of “effective”, “working” or “successful” legal transplants are not always clear and rather ambiguous. The ambiguous definition would result in confusing the discussions on the conditions of legal transplants since such a condition largely depends on its definition. Although many authors agree that the transplanted laws should adapt to the local circumstances, the local circumstances are not clear enough for the legal technical assistance to utilise them. The law is regarded as the instrument to lead to the social change under the legal technical assistances and the process of the social change takes for a long time. Since the legal technical assistance project should achieve to a goal for a targeted period, the project may be assessed as the process of the social change.

1. 本稿の課題

1960年代に米国で開始された「法と開発運動 (law and development movement)」が1970年代に衰退して以降²⁾、開発援助プロジェクトにおいて、法が再び脚光を浴びるようになったのは1990年前後であった。世界銀行は、法が経済発展の道具として有用であり、

かつ、法の支配は経済発展を促すという仮定に立脚して、経済発展を目的とする法整備支援を開始した³⁾。世界銀行は、法の支配を「良い統治」の不可欠な構成要素とみなし、主として、法の支配が経済活動の担い手による経済的機会とリスクの評価、投資および取引従事に必要な安定性を提供すると強調することで、法整備支援を正統化してきた⁴⁾。世界銀行による法整備支援開始をひとつの契機として、現在、国際開発援助機関および二国間

JICA 長期専門家 (ウズベキスタン「企業活動発展のための民事法令および行政法令改善プロジェクト」)

援助機関は多岐に渡る内容の法整備支援を行っており、法整備支援を行う援助機関の数、援助額および援助対象国数は、1960年代から1970年代の法と開発運動を遥かに上回る規模である⁵⁾。

法整備支援において最も頻繁に用いられる技術移転の形態は、「法の移植」であると言っても過言ではない。例えば、国際協力事業団(JICA)の法整備支援プログラムは、①法案起草・立法化支援、②法の執行・運用のための諸制度の整備、③法曹養成、④社会意識の向上、⑤法学教育向上の五つの分野から成り⁶⁾、とりわけ①、②、③および⑤は、それが自覚的であるなしにかかわらず、法の移植という技術移転を含む。

1990年代に始まった法整備支援、EU統合、経済のグローバル化を背景として、法の移植に関する議論が近年展開されてきた。しかしながら、管見の限りにおいて、法整備支援の現場では、これら学界で議論されている法の移植に関する議論にたいして、それほど十分な関心が払われているとはいえない。むしろ、外国人法律アドバイザーが最も知識を有する法(多くの場合は自国の法)が被援助国の事情を十分考慮せずに移植されたり、あるいは外資導入を目的として外国人投資家の欲する法が移植された結果、必ずしも法移入国のニーズと合致しない法が施行されたり、移植された法が機能しない例が散見される。世界銀行『Initiatives in Legal and Judicial Reform』⁷⁾では過去の法整備支援から得た教訓の一つとして、大規模な法システムの移入(importation)が適切とはいえないと指摘している。すなわち、「比較法は情報を与えるが、それは国家の法システムおよび当該社会の必要に適合しなければならない。さらに、比較の視

点を提供する外国人専門家の知見は、被援助国の法律関係者の知識—当該国の政治構造および法伝統を支える言語、社会規範および社会経済要素に関する知識—と融合されるべきである」と⁸⁾。

本稿は、体制移行国を中心とする法整備支援において、法移植を行う者の目的を達成するという意味で法移植が成功する諸条件について、先行研究を手掛かりとして整理および検討した上で、法整備支援の実践からみた法移植研究の課題の提示を試みるものである。

本稿において体制移行国を中心とする法整備支援を取り上げる理由は二つある。第一は、社会主義体制崩壊後、国際開発援助機関および二国間援助機関が体制移行国にたいして大規模な法整備支援を行ってきた結果、民主化および市場経済化のための数多くの法令または法制度が短期間に導入され、法移植の実例が豊富なためである。第二は、体制移行国にたいする法整備支援開始から10年以上が過ぎ、ある程度の法移植に関する教訓が得られること、また法移植に関する経験的研究も徐々に増えていることから、研究成果を整理する時期にあると思われるためである。なお、本稿で論じる先行研究の選択にあたっては、経験的研究の積み重ねから法整備支援実践の手掛かりを探索するという見地に立ち、できるだけ、体制移行国において実際に行われた法移植を検討した論稿に絞った。本稿で「法移植を行う者の目的を達成するという意味で、法移植が成功する諸条件」という観点から法の移植に関する議論を整理、検討するのは、法整備支援における法移植に関する議論を本稿の射程としているためである。すなわち、法整備支援プロジェクトにおいて法移植という形態の技術移転が行われ、最終的には、プ

プロジェクト評価として法移植が「成功」したか否かが判断されることを意識するためである。

以下では、まず、体制移行国を中心とする法整備支援における法の移植に関する論稿が提起してきた、法移植が「成功する」条件を整理し、次にこれら条件を考察する。最後に、法整備支援の実践からみた法移植研究の課題を提示する。

2. 法整備支援に関する法の移植をめぐる議論展開

2.1 概観

法整備支援実務の経験豊富なフランクフルト大学クニッパ教授は、ボグスラフスキーとの共著の論稿において、大量の矛盾を抱えた法、伝統的な法的概念をほとんど考慮せずに市場経済等の政治的課題を定めた法の内容、外国人アドバイザーによる被支援国の法伝統を軽視した自国法の移入、そして共産主義システムは法の支配に基づく政府という概念を有しないという外国人アドバイザーの思い込みが体制移行初期の法整備支援の抱える問題であると指摘している⁹⁾。

被援助国の事情を十分に鑑みない法の移植は、必ずしも移植した法が期待した機能または法の移出国と同じ機能を果たすわけではないという意味で、その効果に疑問が呈されてきた。このような疑問を提起する論者が指摘するのは、移植法が、法移入国において、法移出国と同じ機能を果たすとは限らない、という点である。「ある法が、異なる国家において、同一の機能を果たすとは限らないが故に、法の移植は予測不可能な道具である」¹⁰⁾。法の効果が主として制度的、社会的および政

治的影響力と法文化というコンテキストに依拠しており、かかるコンテキストの移植を不可能とみなすワルド・グンダーソンは、「非常に異なる社会経済的コンテキストにおいて、移植した法が、法移出国におけるのと同じ機能を果たすとは予測し難い」と指摘している¹¹⁾。

ただし、法整備支援における法の移植に疑問を呈する論者が、法の移植の効用を完全に否定しているわけではない¹²⁾。むしろ、その多くは、法移植が「成功する」ために「移入国の事情」を勘案した法移植が必要であると主張している。ここで、注意すべきことは、法移植の「成功」が、論者によっては必ずしも同じ意味を有するとは限らないため、法移植の「成功」の条件に関する議論に齟齬が生じる可能性を否定できない、ということである¹³⁾。

次に、これまでの研究で提起された法の移植が機能するための諸条件およびその論点に関わる議論を整理する。

2.2 法移植の規模と段階

社会主義体制崩壊後、体制移行初期において、体制移行国家の市場経済への移行方法にショック療法ないしビッグ・バンか漸進主義のいずれを採用するかが経済学者の間で議論されたのとは対照的に、同様の議論は、体制移行初期においては、法の移植に関する論稿でほとんど行われてこなかった¹⁴⁾。また、移植法の目的または内容に応じた法移植の段階、あるいは市場経済化の段階に応じた法移植についてそれほど活発に議論が展開されてきたとは言えない。この点で、以下で言及するワルド・グンダーソン (1999) およびウェッブ (1999) の論稿は貴重であり、また、両論稿における実践的観点からの法移植に関する提

言は示唆に富むものである。

体制移行国の市場経済化における法移植を論じた中で、ワルド・グンダーソンは、先進国の法の複製が時間の制約上やむを得ないことを認めながらも、「複製した法および立法にたいするアプローチが、多くの場合、予期したようには機能（work）しないことは確かだ」¹⁵⁾、と言う。さらには、移植法の有する性格によって、移植法の機能に違いが生じる、と言う。すなわち、「移植法が、技術的ルール本もしくはマニュアルという性格、または契約法のような伝統的な法律家の法のまさに教義上の核心という性格を有する度合いが高いほど、移植後の機能を予期しうる可能性も高くなり、他方、移植法モデルが現存の、または出現しつつある社会経済的および法文化の強力な構成要素と対立する場合は、移植法モデルは全く機能しないか、あるいは現実の機能は法移出国における社会経済的機能とは非常に異なるだろう」¹⁶⁾、と。

しかしながら、ワルド・グンダーソンは、移植法が全く機能しない、または移植法の機能が法移出国と法移入国で異なるというリスクは管理可能である、と主張する。かかるリスクを管理する最適の方法としてワルド・グンダーソンが提案するのは、市場経済移行過程においては、「すでに仕上がり、かつ成熟した西欧モデルの法」ではなく、プロジェクト・ファイナンス、石油・ガス、投資のような主要取引ごとに個別の「暫定的法（*interim law*）」を導入することである。ワルド・グンダーソンは、西欧モデルに立脚した法を準備することが、おそらく、被援助国の伝統や既得権からの抵抗を招き経済成長を失速させることとなる、とみなしている。西欧モデルに立脚した法ではなく主要取引ごとに個別の

「暫定的法」を導入する理由として、ワルド・グンダーソンは、一度に全てを解決しようとする法よりも抵抗が少ないこと、取引を促す法が緊急に必要であること、そして機能する法の蓄積こそが将来の実践を具体化し、かつ最終的には取引経験に基づく法の導入へ結びつくことを挙げている。そして、ワルド・グンダーソンは、彼らの主張につき、「政令において主要な投資と金融取引に基づく暫定的措置を講じた後で、ソ連邦崩壊後に誕生した国家の現実と『先進国』集団の構成員になるという目的に調和した法文化形成において、これら国家を支援する長期プログラムを遂行する」¹⁷⁾、と端的に纏めている¹⁸⁾。

ウェッブも、先進国からの早急な法移植が法移入国の法または慣行と矛盾する危険を孕むことを認めながらも、法が実行されない危険を減じる様々な方法がある、と主張する。しかしながら、ワルド・グンダーソンが「移植法モデルが現存の、または出現しつつある社会経済的および法文化の強力な構成要素と対立する場合は、移植法モデルは全く機能しないか、あるいは現実の機能は法移出国における社会経済的機能とは非常に異なる」という危険を管理するために暫定的法導入を主張するのにたいして、ウェッブは、移植法の実効性を高める観点から類似の法伝統を有する国家からの法選択、先進国と発展途上国出身の専門家が協働で作成したモデルの適用、あるいは法移入国における制度の脆弱性を立法段階で考慮することによって、早急な法移植から生じうる危険を減じることができる、とみなしている¹⁹⁾。さらに、先進国の法の複製が時間の制約上やむを得ないという消極的は認の立場を採るワルド・グンダーソンにたいして、ウェッブは、一連の企業活動に関する

法の大規模な移植の利点が、移植された法体系の内的一貫性、法施行および法解釈の積み重ねにある、と評価している²⁰⁾。

類似の法伝統を有する国家からの法移植に関して、ウェッブは、類似の法伝統を有する近隣発展途上国で採用された法のほうが先進国の法よりも受容度が高く、「例えば、会社または資本市場に関して中国で採用された法は、ラオスおよびベトナムにおける法改革の過程で影響力を行使するであろう」²¹⁾と推測している。また、先進国と発展途上国出身の専門家が協働で作成するモデルにおいては、これら起草者が法の実行に関する問題をすでに考慮しているだろう、とウェッブは考えている²²⁾。

司法制度を含めた制度の脆弱性は、法整備支援の対象たる体制移行国および発展途上国が共通して抱える問題の一つである。脆弱な制度の下でも機能しうる法として、ウェッブが掲げるのは、企業家が企業活動を開始し、運営し、かつ取引関係を構築および維持することを可能な限り簡素に定めた任意性重視の法である。かかる法は、政府からの制度的支援への需要が低く、自己執行 (self-enforcing) 可能であるが故に、法の実効性を高める、とウェッブはみなしている²³⁾。

2.3 移植法の領域

市場経済の発展に資する法整備支援における法の移植をめぐる論稿では、個別事例に依拠して法の移植を成功させる、促進する、あるいは妨げる要因を検討することに多くの関心が向けられ、移植法の領域に応じて法移植に関する違いが生じるか、あるいは移植法の領域に応じて移植を成功させる、促進する、あるいは妨げる条件が異なるか、については十分な議論が進められている状況にない。

ワルド・グンダーソン (1999) は、社会、政治に関する信条、利益および制度に密接に関連しない「技術的」ルールに関する法は「容易に移植しうる」、と主張している²⁴⁾。ここにおいて、ワルド・グンダーソンが「技術的ルール」とみなしているのは、ワトソンが言うところの「法律家の法」である。ワルド・グンダーソンによれば、ワトソンの「法律家の法」とは、ワトソンの主たる研究領域たる伝統的契約法に則して言う、紛争を解決するために必要な複雑かつ特殊なルールであり、かかるルールは社会とほとんど関連を持たないが故に、異なる社会においても、伝統的契約法はローマ法のコア部分を保持しつつ現在に至るまで効力を有している、と言う²⁵⁾。ワルド・グンダーソンは、「技術的ルール」は普遍性を有するが故に移植が容易であるとみなしているのではなく、「技術的ルール」は社会と密接な関わりを持たないが故に、法移入国の事情にかかわらず、「容易に移植しうる」と主張している。

社会と密接な関わりを持たない法の移植は容易であると主張するワルド・グンダーソンと類似の見解を示すのは、ニコール (1997) とマルコヴィッツ (2004) である。

カザフスタンの外国投資法典が企業家の間で受容されていることを指摘したニコールは、法移入国の文化に適合しない法であっても、既存の文化を侵食しない限り法移植の受容を促すと主張する。この主張は、著者自身が明言しているように、「法移入国の文化に適合しない移植法は受容されず、それどころか無視されるか、あるいは拒否されるだろう」²⁶⁾とみなす論者への異議申し立てである。ただし、注意すべきは、法移入国の文化に適合しない法の移植であっても当該法が受容される

という主張は、法が文化から自律していることを示すものではなく、法と文化がお互いの構成要素であることを著者が示唆している点である²⁷⁾。

社会主義体制崩壊後の東欧諸国における法改革を事例として法移植を論じるマルコヴィッツも、法移入国の文化に適合しなくとも法移植が成功する場合があることを指摘する。すなわち、マルコヴィッツは、自己執行可能な法の移植および自己充足可能な法の移植においては、法移出国と法移入国の文化的不調和が法移植を妨げる可能性が低いとみなしている。マルコヴィッツによれば、自己執行可能な法とは、当該法が機能するために国民による承認または遵守を要しない法である²⁸⁾。自己充足可能な法とは、移植する法制度または手続が法移入国にとっては新たなものであるが、既存の法システムの支えがなくとも機能するものであり、マルコヴィッツはその例として商事紛争における代替的紛争解決(ADR)を挙げている²⁹⁾。

このように、社会と密接な関わりを有しない法、移植先の文化に適合しなくとも移植先の文化を侵害しない法および移植先の支えがなくとも機能する法は移植が容易であることが主張されているが、かかる主張を行う論者が、民法または商法等特定の法領域における法移植が容易であると言っているわけではない。法領域の意義とその重要性が文化によって異なるが故に、いかなる領域に属する法が最も順調に「移転 (transfer)」されるかを一般化することは困難であるというネルケンの指摘を考慮すると³⁰⁾、特定の法領域ではなく、個別の移植法の法移入国における位置づけ、すなわち社会との連関性、文化にたいする侵害、自己充足の可能性に照らして法の

移植の難易度を予測することは可能と思われる。

2.4 法移植の過程と法制度の効果との連関

いずれの法系に属する法的ルールかということよりも、受容的移植 (receptive transplant) または非受容的移植 (unreceptive transplant) という法創造の過程 (the process of lawmaking) によって、法制度の効果が決定されることを指摘したベルコウィッツ・ピストール・リチャードは、受容的移植が法制度の効果を高めることを主張する³¹⁾。

ベルコウィッツ・ピストール・リチャードが言うところの受容的移植とは、適合性 (adaptation) と親近性 (familiarity) からなる。ベルコウィッツ・ピストール・リチャードは、外国の公式の法秩序 (formal legal order) を法移入国の既存の諸条件、とりわけ公式および非公式の法秩序に適合させる場合は、自主的な法移植が移植法の受容性 (receptivity) を高めると主張する³²⁾。またベルコウィッツ・ピストール・リチャードは、法移入国において移植される法システムへの親近性が存する場合も、法移植の受容性は高まる、と述べている。ベルコウィッツ・ピストール・リチャードによれば、親近性とは、法移植が行われる時点で法移出国と法移入国が共有する法の歴史である、と言う。すなわち、「法の歴史を共有する国家では、移植される法の概念を熟知しているが故に、適合させる必要もそれほどなく、あるいは移入国が精通していないシステムを選択する理由はほとんどない」と、いうわけである³³⁾。

受容的移植の場合に法移植の受容性が高まるという見解は、法にたいする需要が存しなければ法は機能しないという著者らの主張を

根拠としている。ベルコウィッツ・ピストール・リチャードは受容的移植と法の需要に関する因果関係を次のように説明する。「現地の条件に移植法を適合させる場合、あるいは移植先の国民が移植法の基本的法原則に精通している場合は、我々は当該法は利用されると予測する。法が利用されるが故に、当該法を執行する制度へ需要が国民の間で高まる。そして、当該移入法の発展と執行に責任を有する法的媒介 (legal intermediaries) は、需要を満たすために当該法を発展させることができる。なぜならば、法にたいする需要が法変容のための資源を提供するためである。これら諸条件が存する場合、我々は、法が内的に発展をした母法の国家と同程度に法秩序が機能すると予測する」³⁴⁾。ベルコウィッツ・ピストール・リチャードが受容的移植における移植法の法移入国での利用を所与の前提としていることは明らかである。

翻って、ベルコウィッツ・ピストール・リチャードは、移植法を現地の条件に適用させない場合、あるいは移植先の国民が移植法に精通しておらず、かつ移植が植民地化などによって強制された場合は、非受容的移植となり、移植法利用にたいする当初の需要は低いだろう、と推測している³⁵⁾。

さて、ベルコウィッツ・ピストール・リチャード (2003) の主眼は、移植法が法移入国において受容される条件を探求することではなく、法移植の過程と法制度の効果との関連にある。受容的移植が非受容的移植よりも法制度の効果を高めるというベルコウィッツ・ピストール・リチャードの主張は、受容的移植または非受容的移植という移植過程の違いと適法性 (legality) との因果関係を示すデータを根拠とするものである。ベルコ

ウィッツ・ピストール・リチャードは、「法制度の効果」を「適法性」と称し、1980年から1995年までの司法機関の効果、法の支配、汚職の有無、契約履行拒絶のリスク、公用収用のリスクという五項目を数値化したデータ³⁶⁾を用いて適法性を計っている。そこにおいては、非受容的移植を行った国家よりも受容的移植を行った国家のほうが法制度の効果が高いという結論に至っている³⁷⁾。

2.5 法の連続性

法移植が成功するために、移植される法と既存の法制度との連続性が重要であることを指摘するのは、マルコヴィッツ (2004) である。マルコヴィッツは連続性を保つ法移植を「混合 (hybrids)」と称し、「それらは、西欧から必ずしも移植する必要はなく、社会主義時代から引き継がれた自家製のもので、法の支配という制約によって内部化され、かつポスト社会主義における利用のために改善された」³⁸⁾と言う。

マルコヴィッツが「混合」の例として挙げるのは、ソ連邦時代の仲裁裁判所³⁹⁾、ロシアにおけるソ連邦時代から引き継ぐ検察官 (procurator) の制度、チェコ共和国におけるオブズマンである。マルコヴィッツは、ヘンドリックス (2001) に依拠して、ソ連邦時代の仲裁裁判所は、ソ連邦解体後、経済裁判所に再編成され、かつ、その権限も変更されながらも、ソ連邦時代に仲裁人として仕えた職員の多くを裁判官として引き継いだ、と言及している⁴⁰⁾。ロシアの検察官制度についてマルコヴィッツは、市民が困りごと (grievances) の解決を求めて、裁判所ではなく、検察官の有する一般監督権に基づき依然として検察官へ訴えていることを根拠として、「抑圧的な

特徴を除去」しながらソ連邦時代から引き継いだ検察官制度が市民のニーズに合致したものであるとみなしている⁴¹⁾。そしてオブズマンと社会主義との連関につき、「オブズマンの制度はまさに混合である。すなわち、資本主義における適法性の強調と社会主義における弱者の庇護である」と述べている⁴²⁾。

3. 法整備支援に関する法の移植をめぐる議論考察

以上では、先行研究を手がかりとして、法移植の規模と段階、移植法の領域、法移植の過程、法の連続性という論点ごとに整理を行った。本節では、先行研究で提出されたこれら条件の考察を行う。

3.1 暫定的な法、移植法の実施・執行の立法段階での設計

旧ソ連邦および東欧諸国では、短期間に、大規模な法の移植が行われてきた。このような法移植の規模および段階については、主要取引ごとに個別の暫定的法を導入する漸進的法改革を支持する見解（ワルド・グンダーソン）、先進国からの急速な法移植によって生じる既存の法または確立した慣行との矛盾や移植法が実行されないという危険を減じること、かかる法移植を可能とみなす見解（ウェッブ）が示されている。

暫定的法導入の趣旨は、取引を促す法の導入が急務で、実際に機能する法を導入するという要請に応えることにある。また、暫定的法の導入は、取引と機能する法の積み重ねが、これら取引経験に基づく法の導入へ繋がるという前提に基づいている。暫定的法導入の提案が移入国の状況に応じたものであることに

関わって、おそらく、法整備支援にたずさわる者の多くが陥るディレンマは、先進国モデルの法を移植しても法移入国において当該法が機能するとは予測し難い場合において、法移入国の実情に照らし合わせると法の水準が極めて低くなってしまうとき、果たしてどの程度、法移入国の状況に応じた法の起草支援を続けるか、というものであろう。とりわけ、先進国出身の法整備支援に携わる法律家には、「よい法 (good law)」、すなわち先進国並みの水準を保つ、あるいは先進国の水準に近い法、を起草したいという意識が強いように思われる。

また、ワルド・グンダーソンが主張する漸進的な法移植ないし法改革にたいして法整備支援プロジェクトが抱える困難は、プロジェクトには期限が設けられ、かつ当該期限内に成果を出す必要があることと関係する。すなわち、漸進的な法移植ないし法改革を支持する法整備支援プロジェクトが短期間で成果を出すことは期待できず、長期的展望に基づいたプロジェクト設定が必要とされる。

さて、ワルド・グンダーソンが暫定的法の導入を主張する一方で、ウェッブは、先進国からの市場経済に関する急速な法移植から生じる危険を認めながら、法が実行されないという危険は管理され得るとの見解を示している。すなわち、類似の法伝統を有する国家からの法移植、国際機関が起草したモデル法導入、そして脆弱な制度の下でも機能する法の導入が、移植法が実行されないという危険を軽減する、というのである。

ある移植法が単独で機能することは難しく、当該移植法と関連する法の整備や当該移植法の実施・執行を確保する制度が、当該移植法がその機能を果たすためには必要である。し

かしながら、法整備支援の被支援国の多くは移植法の実施・執行を確保する制度が脆弱である。したがって、法の実施・執行を高めるためには、ウェッブが主張するように、脆弱な制度の下でも機能する法を導入することが、少なくとも制度がある程度確立するまでは必要と思われる。例えば、取引に関する法において任意の内容をできる限り簡素に定めることで、当事者が政府からの制度的支援に頼る度合いを低くし当事者による法の自己執行を可能にする方法がある(ウェッブ)。ウェッブが提案する脆弱な制度の下でも機能する法とは、既存の制度にそれほど頼らなくとも法の実施・執行が可能であるという意味で自己執行可能な法である。

以上のように、ワルド・グンダーソンが暫定的法導入による段階的な法改革を支持するのにたいして、ウェッブは急速な法移植であっても既存の法との矛盾または移植法が実行されないという危険を管理しうるとみなす。ただし、ウェッブは先進国からの法をそのまま移植することを支持しているわけでは決してなく、法の実施・執行を高めるという観点からの移植法選択と脆弱な制度の下でも機能する法の設計を主張している。

3.2 移植法の法移入国への適合

移植法が移入国の「社会経済的および法文化の強力な構成要素」(ワルド・グンダーソン)、「法文化」(ニコール)または「文化」(マルコヴィッツ)と対立する場合は、移植法は期待した機能を果たさない、と指摘されている。あるいは、移植される法は当該法が発展してきた社会における法的環境と社会経済的環境を反映するものであるが故に、「かかる法が異なる価値を有する国家へ移植される

とき、結果は移出国のそれとは非常に異なるであろう」⁴³⁾(ウェッブ)と言われている。反対に、移植法が、社会、政治に関する信条、利益および制度に密接に関連しない「技術的ルール」に関する法である場合は、「容易に移植されうる」し、移植後の当該法の機能(working)も予期しうる可能性が高い、と主張されている(ワルド・グンダーソン)。また、たとえ移植法が法移入国の文化と適合しなくとも、移植法が法移入国の法文化を侵食しない場合、移入法たる外国投資法が法移入国の企業家に受容された例が提示されている(ニコール)。あるいは、たとえ移植法が法移入国の文化と適合しなくとも、移植法が法移入国の「法システムの支え」を要しない場合、移植法は機能することも指摘されている(マルコヴィッツ)。

しかしながら、「法システムの支え」を必要としない法領域は限られており、結局のところ、法整備支援において法移植を行う場合には「社会経済的および法文化の強力な構成要素」、「法文化」または「文化」という用語で表される法移入国の事情を考慮する必要が生じよう。法整備支援を行う上での困難は、法移植をする場合において考慮すべき法移入国の事情とは何か、が必ずしも明瞭ではないことにある。

3.3 法移植の過程

ベルコウィッツ・ピストール・リチャードが主張する法移植の過程と法制度の効果との連関が示唆するところは、受容的移植、すなわち移植法を法移入国の諸条件、とりわけ公式および非公式の法秩序に適合させる、あるいは移植先の国民が移植法の基本的法原則に精通している場合は、移植法が実際に機能す

るが故に法制度の効果が高まることにある。同論文はいずれの法圏に属する法かということが法制度の効果を決定するという主張にたいする反証を試みたものであり、また著者自身も認めるように、法の移植および受容過程を受容的移植と非受容的移植に分類することで、個別の経済社会過程を捨象してしまうという制約がある。しかしながら、論文の射程および方法論上の制約はあるとはいえ、受容的移植であれば必然的に移植法は利用され、移植法の利用が当該法執行にたいする国民の需要を生み出し、当該法執行に関して権限を有する機関が国民の需要を満たすべく当該法を発展させるという著者らの主張は、十分な検証がなければ説得力に欠けると思われる。とりわけ、かかる主張が、受容的移植と法制度の効果との間の因果関係の論拠とされているため、なおさらであろう。

移植法が法移入国における諸条件、とりわけ公式および非公式の法秩序に適合していること、あるいは移植先の国民が移植法の基本的法原則を熟知していることが受容的法移植の要件とされているが、公式および非公式の法秩序への適合の具体的内容は判然としない。個別の経済社会過程を捨象せねばならないという方法論上の制約があるにしても、「公式および非公式の法秩序」に関する説明を加えることは、一般的な理論を構築する上での障害とはならないだろう。また、法移入国における階層を考慮せずに、「国民」として一律に論じることは、社会階層により法移植の受容の程度、態様が異なるという実態を見逃してしまう⁴⁴⁾。

3.4 過去との連続性

マルコヴィッツの言うソ連邦時代から引き

継いだ制度に新たな要素を注ぐ「混合」は、程度の差こそあれ社会主義の遺制を依然として残す体制移行国の状況に照らし合わせると、新たな法を導入するよりも法移入国に受け入れられ易い。なによりも、社会主義体制時代に醸成された人々の意識が社会主義体制崩壊とともに直ちに変わると考えるのは余りにも楽観的であり、法移入国にとって馴染みのない未知の法の移植は法の実行確保が難しく、また既得権益層の抵抗にあう可能性が高い。法移入国で受容されるためには社会主義時代と断絶した法よりも、それとの連続性を保つ法を移植し、徐々に新しい法またはルールを注ぎ込むという方法が現実的であろう。

4. 法整備支援における法移植研究の課題

本稿は、法移植を行う者の目的を達成するという意味で、先行研究を手掛かりとして法移植が成功する条件を論点ごとに整理し、これら論点の考察を試みたものである。最後に、法整備支援の実践からみた法移植研究の課題を提示したい。

ワルド・グンダーソンとマルコヴィッツは移植法が「機能する」という観点から、ウェッブは移植法が「実行される」という観点から、ニコールは移植法が「法の名宛人に受け入れられる」という観点からそれぞれ法移植を論じていた。ベルコウィッツ・ピストール・リチャードにとって移植法の受容性とは「移植法に意味を与える国家の能力」⁴⁵⁾である。このように、いかなる観点から移植法の諸条件を論じるかについては、必ずしも論者の間で統一しているわけではない。例えば国家機関による移植法の実施および執行が行

われたことをもって移植法が「機能する」とみなす、国民が移植法を利用している状況をもって移植法が「機能する」とみなすなど異なる観点から法移植に関する条件が論じられている。いかなる観点から法の移植可能性およびその条件を論じるかによって、法の移植可能性にたいする見解、その条件は異なる。したがって、いかなる観点から法の移植可能性およびその条件を論じるか、ということは常に自覚的に問われるべきであろう。

いかなる観点から法の移植可能性を論じるかにより、法の移植可能性にたいする見解が異なるという点については、安田教授がワトソンとレグラントの論争に言及しつつ指摘している。すなわち、法を「規範としての法」、「制度としての法」または「文化としての法」のいずれのレベルで捉えるかによって、法の移植可能性にたいする見解が異なる、と述べている⁴⁶⁾。同じことは、法移植の諸条件についても言えよう。安田教授が提唱する法の三層構造モデルに則してみると、法のレベルによって法移植成功の諸条件は異なる。例えば、「規範としての法」レベルでの法移植は、極端に言えば、外国法を翻訳することで足りる。「制度としての法」レベルでの法移植は、移植法が裁判所を中心とする「法的諸機関 (legal institutions)」による移植法の規範性確立と移植法執行という過程を経て、法移植が成功したとみなされる。そして、移植法の規範性確立と移植法執行は、「文化としての法」とのせめぎあいの過程とも捉えうる。

先行研究で指摘されてきたことは、法移入国の「社会経済的および法文化の強力な構成要素」、「法文化」または「文化」と対立する場合は、移植法は期待した機能を果たさない、ということである。しかしながら、「社会経

済的および法文化の強力な構成要素」、「法文化」または「文化」は、法整備支援の実践において利用しうる程度に明瞭な概念であるとはいえず、さらに精緻な検討を要する。法移植が不成功となった理由を、十分な概念定義をせずに安易にこれら概念に求めることは、真の理由を見失わせる可能性がある。いずれにしても、法移植に関する経験的研究の積み重ねが求められよう。

法整備支援がプロジェクトである必然として、法整備支援プロジェクトにおいて法移植を行った場合にはその評価が行われることとなる。その場合の評価の対象は、法移植を行った者の目的が法移植によって達成されたか、ということである。なぜならば、法を移植すること自体が目的ではなく、法移植はある目的を達成するための手段にとどまるためである。換言すれば、法整備支援においては、法はある社会変動を導くための道具とみなされているため、かかる社会変動が起きたか否かが法整備支援では最終的に評価されることとなる。ある社会変動が起きるには長い時間を要する。他方で、法整備支援がプロジェクトである限り、一定の期限内で成果を出さねばならない。このような状況下で法移植を含む法整備支援プロジェクトを評価するためには、社会変動という過程に法移植を位置づける評価の方法が考えられる。

注

- 1) 安田信之教授には筆者が名古屋大学大学院国際開発研究科修士課程入学以来、大変お世話になった。とりわけ、安田教授の飽くなき知的探求心、知的想像力、学問への真摯な姿勢から多くを学ぶ機会を得たことに感謝したい。本稿は、安田教授が提唱する「開発法学」の理論研究と

- 政策研究という二つの課題を、法整備支援という文脈に引き付け論じることを試みたものである。
- 2) Trubek, David and Galanter, Marc. 1974. *Schools in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in United States. Wisconsin Law Review*. トゥルーベック・ギャランター論文は、法と開発運動が、西洋の自民族中心主義を基盤とする法的自由主義 (liberal legalism) モデルに立脚するものであったとみなし、それを批判している。トゥルーベック・ギャランター論文の批判の論拠にたいする批判として、Tamanaha, Brian Z. 1995. *The Lessons of Law and Development Studies. American Journal of International Law*. 89. (ブライアン・Z・タマナハ、松尾弘訳、2006. 「開発法学の教訓」『慶応法学』第4号.)
- 3) 開発において法が再び脚光を浴びるようになった背景については、1990年以降の世界銀行による大規模な法整備支援開始の牽引役を担った故イブラヒム・シハタが端的に述べている。Shihata, Ibrahim F. I. 1997. *Complementary Reform: Essays on Legal Judicial and Other Supported by the World Bank*. The Hague, London and Boston: Kluwer Law International. pp. 4-6 を参照のこと。また、世界銀行による法整備支援の論理については、山田美和。2002. 「『法整備支援』の論理についての一考察：世界銀行と日本政府開発援助」作本直行編『アジア経済社会開発と法』アジア経済研究所。を参照のこと。
- 1990年代に本格的に始まった法整備支援の文脈で、法の支配と経済発展の連関についての論稿は多い。法の支配と経済発展の連関についての議論状況を把握するために、さしあたり、Messick, Richard E. 1999. *Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues. The World Bank Research Observer*. 14(1). および山田、前掲書を参照されたい。
- 4) World Bank. 1992. *Governance and Development*. Washington DC: World Bank. p. 28 を参照。国際援助機関および二国間援助機関で統一したガバナンス概念が用いられているわけではない。世界銀行は「開発のための国家の経済的資源および社会的資源管理において、権力が行使される態様」と定義している (ibid: 1)。世界銀行のガバナンス指標において、法の支配はガバナンス状況を計る構成要素の一つである。最新の世界銀行によるガバナンス指標については、Kaufmann, Daniel, Kraay, Aart and Mastruzzi, Massimo. 2006. *Governance Matters V: Aggregate and Individual Governance Indicator for 1996-2005*. <http://www.worldbank.org/wbi/governance>. を参照。国際援助機関および二国間援助機関におけるガバナンス概念については、近藤正規。2003. 『ガバナンスと開発援助：主要ドナーの援助政策と指標構築の試み』国際協力事業団。が整理を行っている。
- 5) 開発援助機関が行っている法に関する支援の名称は必ずしも統一していないが、便宜上、本稿では法に関する支援を法整備支援と称す。
- 6) 国際協力事業団。2004. 『JICAにおけるガバナンス支援：民主的な制度づくり、行政機能の向上、法整備支援』国際協力事業団。121, 122 頁を参照。
- 7) World Bank. 2004. *Initiatives in Legal and Judicial Reform*. 2004 edition. Washington DC: World Bank.
- 8) *Ibid*, p. 13.
- 9) Knieper, Rolf and Boguslavski, Mark. 1999. *Concept for Legal Counseling in Transformation States*. in Seidman, Ann, Seidman, Robert B. and Walde, Thomas W. eds. *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. The Hague, London and Boston: Kluwer Law International [以下では、Seidman, et. al. eds. *Making...* と略す] pp. 115-118 を参照。
- 10) Perry, Amanda J. 1999. *International Economic Organization and the Modern Law and Development Movement*. in Seidman, et. al. eds. *Making...*, p. 31
- 11) Walde, Thomas W. and Gunderson, James L. 1999. *Legislative Reform in Transition Economics: Western Transplants: A short cut to Social Market Economy Status?*. in Seidman, et. al. eds. *Making...*, p. 89 を参照。
- 12) 法の移植にたいして懐疑的な見解に立つシードマン・シードマンは、法起草者は外国法と外国の経験から学ぶことはできるが、決して外国法を複製すべきではないという見解を示し、法起草者が拠るべき立法理論を展開している。Seidman, Ann and Seidman, Robert B. 1996. *Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project. The American Journal of Comparative Law*. 44. Seidman, Ann and Seidman, Robert B. 1999. *Using Reform and Experience to*

- Draft Country-Specific Laws. in Seidman, et. al. eds. *Making...*
- 13) 法移植の「成功」の意義について批判的検討を行ったものとして, Nelken, David. 2001. The Meaning of Success in Transitional Legal Transfers. *Windsor Yearbook of Access to Justice*. 19.
- 14) その例外として, Seidman, Robert B., Seidman, Ann and Makgetla, Neva. 1995. Big Bang and Decision-Making: What Went Wrong?. *Boston University International Law Journal*. 13.
- 15) Walde and Gunderson, op. cit., p. 93.
- 16) Ibid.
- 17) Ibid, p. 94.
- 18) 以上の移植法が全く機能しない, または移植法の機能が法移出国と法移入国で異なるというリスクの管理可能性に関するワルド・グンダーソンの主張については, ibid, pp. 92-95 を参照.
- 19) ウェブの議論は市場経済化に資する法に基づいて展開されている. 以上の早急な法移植が孕む危険を減じる方法については, Webb, Douglas. 1999. Legal System Reform and Private Sector Development in Developing Countries. in Seidman, et. al. eds. *Making...*, p. 51 を参照.
- 20) 大規模な法移植に関するウェブの主張について, ibid, p. 41 を参照.
- 21) Ibid, p. 42.
- 22) Ibid, p. 51 を参照.
- 23) 制度の脆弱性を考慮した立法に関するウェブの主張については, ibid, p. 51 を参照.
- 24) Walde and Gunderson, op. cit., p. 86, 87 を参照.
- 25) ワトソンの「法律家の法」に関する言及については, ibid, p. 87 脚注 16 を参照. ただし, ワルド・グンダーソンは, 伝統的契約法は消費者保護法, 労働法および競争法などによる補充を要することを指摘している.
- 26) Nichols, Philip M. 1997. The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 18., p. 1236.
- 27) 法と文化にたいする著者の見解については, ibid, pp. 1273-1278 を参照.
- 28) マルコヴィッツが, 自己執行可能な法の例として挙げるのは, ドイツを起源とする選挙法の 5 パーセント条項などの東欧諸国への移植, EU 加盟のための死刑廃止などである. 確かに自己執行可能な法は, マルコヴィッツが言うところの自己執行をした時点では国民による承認または遵守を要しない法であるかもしれないが, 民主主義国家においては, これら法への国民の賛同が得られなければ, 当該法制定に尽力した政党は議席を大幅に減らし, 次回国会で当該法が廃止される結果を導くだろう. 結局のところ, 自己執行可能な法は, 自己執行したが故に廃止されるという結果を招くかもしれない. したがって, 国民による承認または遵守を要しない自己執行可能な法の移植が容易である, との主張はやや短絡的と思われる. マルコヴィッツの自己執行可能な法についての見解については, Markovits, Inga. 2004. Exporting Law Reform: But will it Travel?. *Cornell International Law Journal*: 37., p. 98, 99 を参照.
- 29) Ibid, p. 99 を参照.
- 30) Nelken, op. cit., p. 356, Nelken, David. 2003. Towards a Sociology of Legal Adaptation. in Nelken, David and Feest, Johannes. eds. *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, p. 42 を参照.
- 31) Berkowitz, Daniel, Pistor, Katharina and Richard, Jean-Francois. 2003. The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*: 51. 本論文は, La Porta 等が主張するコモンロー法系に属する金融法制の優位にたいする反証を試みたものである. 金子 (2006) は La Porta 等の法系分類上の問題点を指摘している. 金子由芳. 2006. 『法整備支援における政策判断に資する立案・評価手法の検討』国際協力機構, 49, 50 頁を参照.
- 32) Berkowitz, Pistor, and Richard, ibid. p. 179 を参照. 「受容性」とは, 移植法にたいして意味を付与する能力と定義されている (ibid).
- 公式の法秩序は, 「権限ある国家機関および執行機関が確立した成文法または判例に具体化された一連のルール」と定義されている (ibid, p. 170). 他方, ベルコウィッツ・ピストール・リチャードは「非公式の法秩序」を「非公式の規範と制度」と捉え, それは「主にある社会集団の有する規範を内面化することで, 時間をかけて発展する」とみなしている (ibid).
- 33) 法移植における親近性については, ibid, p. 180, 181 を参照.
- 34) Ibid, p. 167, 168.
- 35) Ibid. p. 168 を参照.
- 36) 司法機関の効果, 法の支配, 汚職の有無, 契約履行拒絶のリスク, 公用収用のリスクという

- 五項目のデータは、カントリー・リスク・マネジメントに依拠している。Ibid, 脚注 61 を参照。「法制度の効果」ないし「適法性」の詳細な計測方法については、Berkowitz, Daniel, Pistor, Katharina and Richard, Jean-Francois. 2001. Economic Development, Legality, and the Transplant Effect. <http://www-wds.worldbank.org/external/default/> を参照。
- 37) データに依拠した適法性と法の移植方法との因果関係については、Berkowitz, Pistor and Richard. 2001, pp. 183-186 を参照のこと。
- 38) Markovits, op. cit., p. 103.
- 39) マルコヴィッツが旧社会主義国一般論としてソ連邦時代の仲裁裁判所の意義および著者がいうところの成功を論じているか否かは、明言されていない。しかしながら、著者の論拠として引用している諸論文を管見した限りでは、ロシアの仲裁裁判所について論じていると思われる。
- 40) Markovits, op. cit., p. 103, 104 を参照。マルコヴィッツは、経済裁判所においては紛争解決が迅速に処理され、企業家による経済裁判所への信頼が市民の通常裁判所にたいする信頼よりも高いことを根拠として、外国人が公平に、かつ、徐々に洗練されつつある方法で扱われているようだ、との見解を示している。しかしながら、マルコヴィッツが依拠した論稿を管見する限り、「外国人が公平に、かつ、徐々に洗練されつつある方法で扱われているようだ」とみなすのは、やや論理の飛躍があるように思われる。マルコヴィッツが依拠した論稿たる Hendrix, Glenn p. 2001. The Experience of Foreign Litigants in Russia's Commercial Court. in Murrel, Peter. ed. *Assessing the Value of Law in Transition Economies*. Ann Arbor: The University of Michigan Press. p. 102, 103 には、地域ごとに訴訟当事者の出身別（ロシア人、CIS 諸国出身外国人、CIS 諸国出身でない外国人）訴訟件数、勝訴件数および勝訴率が提示されているにとどまり、かかる数字に基づいて「外国人が公平に、かつ、徐々に洗練されつつある方法で扱われているようだ」とみなすことには、やや誇張があると思われる。ヘンドリックス自身が、結論で述べているように、「……（略）……データが示すのは、外国人当事者がロシアの裁判所で公平な結果を得る見込みは、一般に信じられているよりも高」ということであろう（Hendrix. ibid, p. 112）。
- 41) マルコヴィッツのロシアの検察官制度にたいする見解につき、Markovits, op. cit., p. 104, 105 を参照。
- 42) マルコヴィッツのオブズマンにたいする見解につき、ibid, p. 105, 106 を参照。
- 43) Webb. op. cit., p. 43 を参照。
- 44) 鮎京（2005）は、福島正夫教授の論文に依拠して、「…（前略）…ある国に一つの法が作られるということは、国内における階層あるいは利害の対立する人々にとって異なる意味を持つ」と述べている。鮎京正訓. 2005. 「ベトナムなどアジア体制移行国に対する法整備支援と法学研究の課題」愛敬浩二・水島朝穂・諸根貞夫編『現代立憲主義の認識と実践』日本評論社, 498, 499 頁を参照。
- 45) Berkowitz, Pistor and Richard, op. cit., p. 179.
- 46) 安田教授は、レグラントがワトソンの法移植論を批判し、法の移植不可能性を主張するのは議論の射程の相違が原因であることを指摘している。すなわち、レグラントは法を「文化としての法」を含むものとみなすのにたいして、ワトソンは「規範・制度としての法」レベルにその関心をおく、と言うのである。安田信之. 「アジア法研究の方法と開発法学：3つの法理・社会・開発と法の3層構造」。安田教授の提唱する法の3層構造については、安田. 同論文, 安田信之. 2005. 「序章」『開発法学；アジア・ポスト開発国家の法システム』名古屋大学出版会を参照のこと。