

2 「法と発展との関係」再考：法整備支援の正当化根拠としての効率性（efficiency）の意義

山田 洋一

- I はじめに
- II 法整備支援正当化の理論的根拠
- III 効率的な法の意義
- IV 効率的な法の形成過程
- V パレート効率性の限界
- VI おわりに

I はじめに

1 法整備支援

法整備支援とは、開発援助の文脈で行われる法分野での国際的支援活動である。この法整備支援は、1990年代に入った頃から世界銀行を中心として行われるようになった比較的新しい援助形態であると言えるが、現在では、日本も含めたドナー諸国、国際機関、国際金融機関、NGOというさまざまな援助主体が関わっており、支援の対象も、法制度全般に関する政策立案から、立法整備、司法手続の確立、法曹養成、法学教育、特定の法分野の強化など法に関するあらゆる領域に及ぶ。また、具体的な支援の方法も、法案作成、法的アドバイスの提供、留学・教員の交換だけでなく、法曹および立法担当者に対する専門的トレーニング、法律扶助などによるリーガルサービス

の提供、裁判手続や人権状況のモニタリング、さらには、法令集出版、土地
権利登録制度設立や裁判所建築などのハード面まで多岐にわたる。

かつて1960年代から70年代にかけての一時期、アメリカ法学界で起こった
「法と発展運動 (law and development movement)」が、内部からの批判に晒
され10年足らずで消滅してしまったのに対し、新しい「法と発展運動」とも
言える法整備支援は、それが本格的に開始された1990年代を経て今日に至っ
てもなお、それ自体を一般的に否定する意見はほとんど見られず、今や開発
援助における確立した一分野になっている。こうした動きに伴って、開発援
助実務界だけでなく、経済学、法学等既存の学問分野においても、法整備支
援に関する議論が高まっている。

2 法整備支援の正当性

法整備支援も含めすべての開発援助は、途上国に利益をもたらすことを予
定しているが、現実的に価値のあるものばかりとは限らないし、しかもその
過程自体、支援する側・される側双方に、それ相応の人的・経済的なコスト
を求める。このように開発援助は、何らかのリスク・コストを伴うものであ
る以上、開発援助プロジェクトを実際に始めるにあたっては、当該プロジェ
クトが途上国に対して確固たる有効性を持っているということを理論的に明
らかにしたうえで、そこで設定された目標を具体的に実現する戦略
が考えられなければならないはずである。

日本でも ODA としてベトナム、カンボジアなどの途上国に対する法整備
支援が本格的に行われているものの、その開発支援プロジェクトとしての基
礎理論に関する議論はほとんどなされていないと言ってよいであろう。現時
点での法整備支援に関する議論は、そのほとんどがいまだ法整備支援活動の
紹介の域を出ないものではあるが、それらの多くに共通して言えるのは、
「顔が見える」援助である知的支援は拡充されるべきであるということが、
ほとんど何の検討もされることなく、大前提となっているということであ
る。そうした雰囲気の中で、法整備支援は知的貢献の目玉商品としてほとん
ど手放しで各方面から歓迎・賞賛されている。確かに、これまでの日本の途

上国援助の中心が、道路、橋の建設などのいわゆるハコ物に向けられた資金援助であり、とかく顔が見えない援助として批判されてきたのは事実であるが、だからと言って、そのことが「顔を見せる」ことの必要性や許容性を理由付けるわけではない。法整備支援が、開発援助プロジェクトとして何のために必要であり何ゆえに許容されるのか、その理論的根拠、すなわち正当性(justification)についての理論的議論が必要であろう。本稿は、そうした法整備支援の正当性の理論的根拠についての検討を試みるものである。

3 「法」と「発展」との関係

言うまでもなく、法整備支援も開発援助として行われる以上、支援対象国の望ましい社会的変化(これをとりあえず「発展」と定義しておく)を目的としているはずである。そうだとすれば、法整備支援は、途上国の法制度のあり方を望ましい形に変化させることによって、途上国を「発展」へと導くことができるということを前提としていることになる。つまり、「法」から「発展」への積極的な因果関係が肯定されることが法整備支援の理論的前提となるのである。したがって、このような「法」から「発展」への因果関係の理論的説明が、法整備支援の正当性を検討するにあたっては、まず議論されるべき基本的問題点であるということになる⁽¹⁾。

そこで、本稿では、以下の構成により、「法」と「発展」との関係について検討する。すなわち、第II章では、今日の法整備支援の理論的根拠となっているといわれる新制度派経済学による「法」と「発展」の関係についての理解を概観し、それが何故に法整備支援正当化の理論的根拠たりえるかを述べる。第III章では、その理解を前提にして、効率的な市場取引にとって必要とされた「フォーマルな法」の具体的な意義を検討する。そして、第IV章では、効率的な「フォーマルな法」をどのようにして獲得することができるのか、法の形成過程について論じ、第V章では、法の目的とする価値としての

図1

「法」→「発展」?

パレート効率性の限界を示した上で、最後に第VI章で、「法」と「発展」との関係と法整備支援のあり方について一応のまとめを提示する⁽²⁾。

II 法整備支援正当化の理論的根拠

1 「法と発展運動」の理論

前述した「法と発展運動」は、「発展」としての「近代化」を目指す近代化論を理論的基礎におきながら、「近代法 (Modern Law)」の途上国への浸透を主張したのであるが、そのことによって、社会の近代化、すなわち政治的には自由な民主主義、経済的には資本主義的な経済繁栄、社会的には合理的な文化の醸成、を思い描いていたのであり、自由市場経済によって経済発展を求める今日の開発パラダイムの中で推進されている現行の法整備支援と概念的にかなりの部分重なり合うものであることは間違いないであろう⁽³⁾。

ただ、「法と発展運動」は、法と経済発展との関係を考えるにあたって、ウェーバーによる「近代法」の理解をその理論的分析の基礎とした。ウェーバーは、歴史的に実在する「近代法」すなわち「西洋法」が人々に予見可能性を与えたことによって資本主義的経済発展に貢献したことを説いた。そのことが、「法と発展運動」において「西洋法」自体に価値を見出す根拠を与え、法は実在する西洋法制度にどれだけ近似するかでその価値を評価されることとなった⁽⁴⁾。こうした「法と発展運動」の基調をなしていた法思想「リベラル・リーガリズム (Liberal Legalism)」について、トゥルーベックとガラランターは、自国法を途上国の現実を省みることなく普及し、そのことだけで発展が実現されると期待していたという点において、自国中心主義的でありかつナイーブなものであったと批判したのである。結局、「法」と「発展」との関係の解明は、「法と発展運動」の中心課題であったにもかかわらず、法制度の改良が経済的・政治的発展に積極的な効果をもたらすものかどうかということについては、これ以上には理論的にも、また実証的にも確固たる答えは得られないまま、「法と発展運動」は消滅してしまったのである⁽⁵⁾。

図2

「法」(近代法)→「発展」(近代化) ?

2 新制度派経済学による正当化

(1) 取引費用の存在と法の機能

一方、1990年代から始まった新しい「法と発展運動」である法整備支援においては、ダグラス・ノースらに代表される新制度派経済学 (new institutional economics) がその理論的な支柱となりつつあると言われる⁽⁶⁾。新制度派経済学も、経済発展の源を、国家の働きではなく、市場取引による最適資源配分の達成に求める点において、新古典派経済学と同様である。しかし、新古典派経済学では、市場は完全であることを前提とし、そこにおいて経済主体は、取引の客体に関して完全な情報を有し、取引をする・しないの判断は完全に合理的になされ、各人が望んだ取引は一切の費用を伴うことなく完全に遂行される。こうした条件は、市場取引の理論的分析を純化するが、そこで予定されている市場が、現実のものを表わしているわけではないことは言うまでもない。新制度派経済学は、現実の市場における、情報の不完全性、執行費用などの「取引費用 (transaction cost)」の存在に焦点を当てて、市場及び組織が効率的に機能するには、それら取引費用の存在という問題を解消する適切な「制度」の存在が必要であるとするのである⁽⁷⁾。

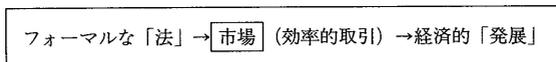
取引費用との関連で法の「制度」としての機能を経済学的に説明することができるようになったのは、R・コースの功績であろう。コースの定理によれば、取引費用が存在しないならば、所有権を初めにどのように配分しようとも、取引によって資源配分の効率性を達成しうる⁽⁸⁾。すなわち、取引費用ゼロの世界では、各人の所有権の範囲が確定している限り、法、会社組織、その他の制度がなくても、人々の自由な取引によって最適な資源配分が達成できるのである。コースが、「もし、市場取引の費用が存在しないのであるなら、(公平の問題は別として) 重要な事は、各人の権利を明確にし、法的行為の結果が予見しやすくすることだけである。」⁽⁹⁾と言う所以である。したが

って、この取引費用ゼロの世界では、国家の役割は、極端に少なくなり、私的所有権の確立にだけ焦点を絞って完全な夜警国家に徹していればよく、それ以上余計なルールを考える必要はないことになる。しかし、現実には、市場で取引をする際には、取引費用が掛かり⁽¹⁰⁾、当事者間の交渉によっては最適な資源配分を達成できないことがある。そこでは、取引費用が存在しない世界とは異なり、再びコースの言葉を借りれば、「資源がどのように使われるかについて、法が重要な役割を果たす」⁽¹¹⁾ことになるのである⁽¹²⁾。

新制度派経済学は、この取引費用の概念を用いて、取引費用の存在を克服するメカニズムとして法制度の機能を説明する。ノースも、ウェーバー同様、歴史的に資本主義の発展に法が果たした役割の重要性を指摘する⁽¹³⁾。ただ、ウェーバーが、マクロ的視点から、予見可能な実体的ルールが存在自体に着目したのに対し、ノースは、ミクロ的視点から、法による財産権の保障、契約の執行が、取引費用を排除する制度として、経済発展にもっとも重要な要素であるとして、司法制度も含めた法の機能を説く⁽¹⁴⁾。彼によれば、経済的繁栄を拒む主要な障害は、取引費用であり⁽¹⁵⁾、契約を執行する低コストの方法が存在しないことが、途上国の経済的沈滞と低開発のもっとも重要な原因であるとし⁽¹⁶⁾、そして、法制度こそが、所有権と契約の執行を保障し、取引費用を下げるとする⁽¹⁷⁾。

フォーマルな法・司法制度が機能することによって、単純な同時履行の契約だけでなく、長期にわたる複雑な契約関係も可能となり、「高パフォーマンス経済」が実現されるのである⁽¹⁸⁾。逆に、近代国家によるフォーマル (formal) な法・司法制度が確立していない場合、インフォーマル (informal) な人的関係、評判、暴力など、個々人の判断ではなく、現実的な影響力に依存した経済取引にならざるを得ず、人々は取引のインセンティブを失い、効率的な取引の可能性は減少することになる⁽¹⁹⁾。ノースは、こうしたフォーマルな法制度の有無が経済先進国と途上国とを分ける決定的な要因で

図3



あるとする⁽²⁰⁾。

(2) 「ガバナンス」・「法の支配」との融合

このような新制度派経済学による説明において、法は、取引費用との関連で、市場取引を効率化する制度としてその機能が述べられることになる。したがって、ある国に対して一つの法の導入が正当化されるのは、その法が、西洋に存在する法のいずれかに類似しているからではなく、当該法自体、その国で取引費用を減少させる制度として機能しうるからである。それは、フォーマルな法・司法制度の整備及びそのための支援の要請につながり、その意味で、こうした法と発展との関係の理解は、「法と発展運動」のリベラル・リーガリズムとは異なる法整備支援の正当化根拠となりうるのである。

1990年代から開発援助理論の中で重要な位置を占めている「ガバナンス (governance)」の概念は、市場経済を発展過程の中心に据えることを前提として、とりわけかつての開発主義国家、社会主義国家として強大化した途上国の政府部門を念頭に、市場経済確立のための理想的な国家統治構造のあり方を述べるものであり、そこでは、政府の裁量に替わってルールに基づいた司法的手続きが志向される。その文脈の中で主張される「法の支配 (rule of law)」⁽²¹⁾は、不合理な規制を排除し、法を整備し、司法制度を確立することによって、透明性を持った予見可能な政府を作ることで、政府の介入による取引費用を排除し、また、その法制度、司法制度自体が、経済取引におけるルールとして効率取引を促進することを期待する。このように、「法の支配」は、市場経済確立のための法整備の必要性を説き、現実的に途上国、なかんずく体制移行国、においては、そうした法が整備されていない以上、国際的な開発援助によって、法の整備が図られるべきであるとする。このようにして、新制度派経済学の市場経済的發展過程における法制度の重要性の強調は、「ガバナンス」における「法の支配」の要請と重なり、今日では、こうした新制度派経済学による法の市場における効率的制度としての理解が、法整備支援プロジェクトの正当化理論を基礎づけることとなったのである⁽²²⁾。

ただ、法制度の機能的な説明理論によって、どこまで具体的な法整備支援の方法論を提供できるのかという点は問題になる。確かに、取引費用概念を利用した法の役割の説明は、規範的に、「法による取引費用の減少」を要請し、法整備支援は取引費用低減に向けられるべしという方向性が導き出されるかもしれない。例えば、ペリーは、法整備支援の方法論について、ウェーバー的分析方法（西洋法との類似）よりもコース的取引費用分析の方がより明確な方向性を見出しうるとして⁽²³⁾、フォーマルな法制度は、その経済取引の効率性に及ばず影響力に基づいて評価されるべきであると主張する⁽²⁴⁾。しかし、こうした主張から、さらに具体的にどのような内容の法制度が望ましいのか、現実の取引費用をどのように計測し、それをどのように法に反映させるかという点に関する答えは自動的に出てこない。現実の経済的繁栄からさかのぼって法の効率性を推認するということになれば、結局、経済先進国の法モデルを途上国に移植することの正当化根拠にしかならないであろう。次章では、効率的な法とは具体的に何かということについて検討する。

III 効率的な法の意義

1 市場に友好的なフォーマルな法の必要性

(1) 近代法

もし、市場での取引が小規模な物々交換のようなものでしかなかったら、国家によるフォーマルな法制度がなくても市場経済は成り立ちうる。また、ある程度市場の規模が拡大したとしても、人間の相互活動が人的な関係で結びついているような小さな社会的範囲内に限られるのであれば、そのコミュニティ内の身分や継続的關係などのパーソナル (personal) な関係に基づく強制力の存在を背景に、人々は、自然発生的に効率的なルールをインフォーマルな形で創り出すことが十分可能であろう (例えば、中世の商慣習法)。そうした効率的な制度は、人間相互のパーソナルな「信頼」に基づく「効率性

(efficiency)」とすることができる⁽²⁵⁾。

しかし、人間の相互活動が、人的結びつきを離れて、インパーソナル (impersonal) な範囲へと拡大する場合には、パーソナルな「信頼」が希薄化し、統一的な行動規範の見当たらない日和見的な行動や場合によっては力に頼った収奪が行われ、そこでは決して「効率性」を生み出さないゼロサム社会が出現することになるであろう。そのような場面で、「効率性」を回復するには、効率的なルールが、誰の目から見ても納得できる形で与えられることによって、自ら「信頼」を獲得しなければならない。そういう意味で、近代国家のフォーマルな統治過程を経て形成・執行される「近代法」は、それが持つ民主的正統性、形式性、合理性、抽象性によって、パーソナルな文脈を離れて「信頼」を得られる普遍性を持った制度の一つであると言え、インパーソナル化した個人間の相互活動という意味での「市場」を効率的に機能させることが可能となる。

西欧近代法は、19世紀の法典化の時代に、当時慣習によってまちまちであった国内法を、立法によって統一するという過程において成立した。それは、民主的正統性とフォーマリティを備える国家というプロセスを経た意識的な法の確立を通じた近代国家の統合であった。今日の法整備支援が想定する「市場」は、グローバリゼーションが進行する中で、均一性を保ったまま、国境の枠組みを越えてますます多様な社会を取り込みつつ拡大している。法が適用される範囲が多様になればなるほど、法は個人の存在を抽象化して捉えざるを得ず、法の民主的正統性は一層希薄化し、その実体的な内容の合理性が法の正統性を担保せざるを得なくなる。かくして、市場経済モデルのグローバル化は、法を民主主義的正統性からますます引き離していく一方で、合理性によって説明される「近代法」を普遍化していくのである。

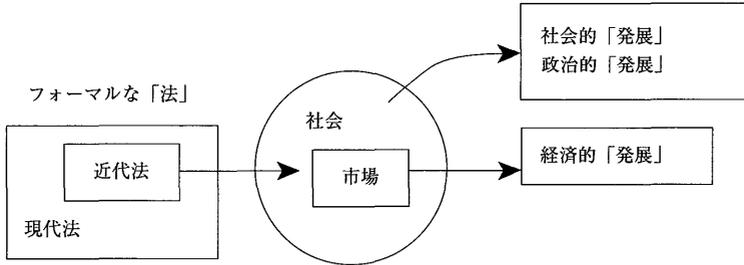
そのような近代法の構造を機能的に説明すれば以下のとおりになろう。すなわち、憲法以下の基本法により、自由で平等な社会を創り出した上で（それを社会的「発展」、政治的「発展」と言うことは可能であろう）、対等かつ合理的な経済人である個人を措定し、私的所有権、契約の自由を保障することによって、市場の基本的な枠組みを設定する。そして、契約法、企業法は、私

人に、契約関係や人的・資本的結合のいわば雛形を提供することによって、取引費用を減少させ、より多くの効率的な取引を可能にする。また、不法行為法は、一方で、市場取引外で蒙った損害を填補し、他方で、過失責任主義を採ることで、私人の活動の自由を保障する。そうした法的枠組みの下で、裁判所が抽象的なルールを適用して、紛争を解決していくことによって、人々は裁判所が適用するルールを信頼し、効率的な経済活動に専念することができるのである⁽²⁶⁾。

(2) 社会法・現代法

このように、効率的な市場取引を可能にするには、伝統的に近代法に含まれる法によって、国家の専横を抑え、個人の自由な活動領域を確保することが必要不可欠ではあるが、市場を実質的な意味で効率的に機能させるには、単純に国家を排除すれば足りるのではなく、以下のように国家の積極的な介入を要求するはずである。第1に、フォーマルな法を通じて、個人間の実質的な平等を図る必要がある。市場の効率性は、個人の立場の対等性、流動性を要求する。法が、現に存在する個人間の不平等、立場の固定性を無視して、個人を抽象化して平等に扱えば、新古典派経済学が描く完全市場を現実経済にあてはめると同じで、単に、強者の搾取に法的根拠を提供するに過ぎなくなり、市場の効率性という観点からしても、労働者、消費者などのいわゆる弱者の実質的な平等を考慮した規範が必要となるのである。そうした性質の規範は、社会の中で自生することは期待しにくい以上、国家がフォーマルな法として制定して積極的に提供する必要がある。第2に、開発パラダイムが市場経済志向に転換したとしても、独占、公共財、外部性、情報の不確実性などの場合に市場メカニズムが機能しないいわゆる「市場の失敗」が生じる可能性が消滅するわけではなく、個人間の合意によって効率的な結果に到達し得ないときには、国家が、個人に代わって積極的に最適資源配分を達成できるようなルールを提供しなければならない。第3に、「人間開発」に関する国家の積極的な関与が必要である。市場取引の効率性は、個々人の自律性、合理性を前提とし、市場取引が拡大するには、個々人の才能、アイデ

図4



ィア、生産性など主観的な能力にかかわってくる。そうした個人を作り上げるといふ意味で、教育、保健、社会保障などのいわゆる社会権に属する権利による人間開発が不可欠となるのである⁽²⁷⁾。

以上第1ないし3で指摘した法領域は、いずれも現実的な障害・矛盾の存在に視点を向けて、国家の介入を要請する点で、いわゆる社会法、現代法に重なる部分が多いと思われる。市場経済と国家の介入とは一見矛盾するかに思われるが、実は国家の積極的な介入は、市場経済にとっても効率性を追求する手段として不可欠なのであり、実際「ガバナンス」の議論の中でも、国家の積極的な役割が期待されている。ただし、国家の積極目的による経済政策などを実行する根拠として法が利用される場合、ややもすれば、市場の効率性という基準から離れたところにある国家の意思決定を強制するための道具として法が使われることになりかねず、市場に友好的な国家を目指す「ガバナンス」と同じ文脈でフォーマルな法を語る場合には、近代法を中心としながら社会的現実をも視野に入れて効率的な市場を実現するような包括的な法体系を再構築していく必要がある。

2 効率性の相対性

このように、市場を効率的に機能させるには、近代法、現代法を取り込んだほとんどあらゆる法領域におけるフォーマルな法の整備が必要であるとしても、具体的にどのような内容の法が効率的であると言えるのだろうか。法の効率性の評価はどのように行われるべきなのだろうか。

「近代法」が人間の存在を抽象化するものであるのなら、その規定の設計においても、ある程度具体的な現実から離れた抽象的な効率性判断に馴染むものであるかもしれない⁽²⁸⁾。例えば、中身が全く一律な市場というものを仮想したとき、その市場にとって最も効率的な法は単一なものに収斂するであろう。しかし、現実社会では、国、地方、産業、さまざまな場面において、さまざまな形で取引費用が存在し、効率的な法もそれに応じてさまざまな内容となる。効率性判断は、抽象化された理想的市場のルールのものでなく、さまざまな取引費用が存在する現実の社会におけるルールの評価としてなされるべきものである以上、法を形而上学的に設計することは不可能であり、現実との関連を無視することはできない。その意味で、法の効率性は相対的なものである。したがって、法の効率性を判断するには、法自体だけでは判断できず、それを取り巻く現実との関連において評価されなければならない。

たとえば、不動産の二重譲渡があった場合、日本法の下では、実際の契約の先後で優劣が決まるのではなく、先に登記・引渡しの対抗要件を備えた者が優先する（民法177および178条）が、理論的には、二重譲渡を認めず、最初の契約時に物権も完全に移転して、売主は無権利となるという構成もできるはずである⁽²⁹⁾。日本民法がそうした構成をとらず、二重譲渡を認めたのは、経済的効率性の観点からすれば、より効率的な契約の可能性を提供するためであると説明できる⁽³⁰⁾。しかし、二重譲渡を認めるルールの下では、コミットメントとしての契約は、少なくとも対抗要件を備えなければ物件の譲受を対抗できない場合があるという意味において、信頼性を失わざるを得ないし、また、対抗要件としての登記などの制度が整備されていないところでは、却って混乱を招きかねない。

また、不動産物権変動の公示方法について、日本民法は、いわゆる公信力のない対抗要件としての登記制度を採用している（177条）が、こうした公示方法に関しても、公示に公信力を認めるか否か、登記を物権変動の成立要件とするのか対抗要件とするのか、公示を信頼して損害を蒙った者をどのようにして救済するか、さまざまなヴァリエーションがありうる。もし、不動

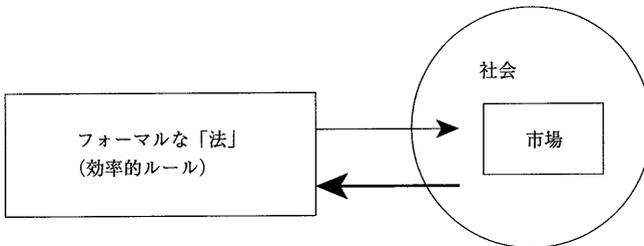
産取引にまつわる現実的な費用や公示制度確立に要するコスト、人的、制度的な能力などの制約を考えないのであれば、登記を物権変動の成立要件とし、登記に公信力を認めるという方法が、第三者に損害を与える確率が減少し、その意味で最も効率的であるとも言えるかもしれない⁽³¹⁾。しかし、そうする場合には、物権変動の登録時に、ある程度の実体的な審査をせざるを得ず、それに伴って、物権取引の手続も煩雑化する。さらに、汚職の横行する国においては、そうした手続の実体化は、汚職の温床を提供することにもなりかねない。これらのことは、いずれも制度の現実的な効率性を低下させる要因となるものである。なお、判例が、民法94条2項を類推して、不実の不動産登記を信頼した第三者を保護するようになったのは（例えば、最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁）、不動産登記制度が社会的に浸透し、それに対する信頼が法的に保護すべきほどになったという社会的な現実を基礎に、フォーマルな法を修正したものと言える。このように、社会的な実体の変化に応じて、効率的なルールの内容も変化するのである。

以上述べたように、契約は守られるべしという近代法の大原則についてすら、現実のあり方によって違った形のルールがありえ、それぞれに効率性を考えることができるのである⁽³²⁾。このように、法の効率性を考えるにあたっては、当該法そのものだけでなく、それを取り巻く社会的な現実との関連も広く考慮しなければならないのである。

3 法の実証的評価

理論的に言えば、上述したように現実に存在する取引費用を取り除くよう

図5



なルールが存在すれば、市場では効率的な取引が行われ、経済的「発展」へと導かれるはずである。しかし、そうした一定の内容を持った「法」から「発展」への因果的連鎖を、実証的に検証することはできるのであろうか。

「開発主義」が、マクロ的な経済の拡大に価値を置くものであるならば、その社会の制度的な優劣は、経済成長率という比較的客観的な指数によって、直接計測することが可能であったと言えよう。確かに、取引の拡大は市場経済の発展の一形態であると言え、GNPの拡大は、市場経済の制度としての良し悪しを判断する指針の一つとなりうるであろう。しかし、「市場経済」の価値は、人々が、合意に基づいて取引をすることによって、パレートの効率的な達成できるところにあるのであり、その意味では、合意という手続が、効率性という結果を外から見える形で担保しているのである。そうだとすれば、実体的な経済の拡大というよりも、むしろ、自律的な判断に基づく合意という手続の存在にこそその本質的な価値が見出されるべきなのであり、したがって、「市場経済的」な発展との関連で法を実証的に評価するにあたっては、マクロ経済的な指標だけではなく、そうした合意を可能にする過程・環境に関する個々の現実的な事象についても考慮しなければならないことになる。それは、個人のさまざまな場面における自由・自律の保障であり、また取引費用の減少であるが、それらを数値化して比較するのはほとんど不可能な作業であろう⁽³³⁾。

IV 効率的な法の形成過程

このように、社会的な現実との関連で、具体的に効率的な法の内容を考えることは容易ではない。経済学の世界では、取引費用、効率性の存否・程度は、客観的に明確であり、数量的に比較が可能である。しかし、現実の世界では、取引費用としてどのようなものがあるのかを発見することにすらコストが掛かるし、個人の主観的な価値に関わる効率性を直接計測することは究極的には不可能である。結局、現実を目の前にしたところで、どのようなルールが効率的なのかが、機械的に算出されるわけではなく、実際には、現実社

会の中で覚知しうる何らかの手がかりを通じて効率性を評価しながら、法を形成していくほかない。フォーマルな法は、近代国家統治過程を経て形成されることが予定されているが、そうしたフォーマルな立法過程は、効率的な法形成という観点から見た場合、どのような意義を持っているのであろうか。そこで、本章では、フォーマルな立法過程の制度的比較を試みよう⁽³⁴⁾。

1 フォーマルな立法過程の制度的比較

(1) 議 会

国民代表によって構成される議会は、フォーマルな統治構造の中で最も民主的正統性を備えた機関であり、そうであるが故に、議会は立法権を与えられるのである。議会の民主主義的基盤は、社会的現実や利害関係をフォーマルな立法過程に送り込むと機能を持つと同時に、国民のルールに対する合意を擬制する。その一方で、インフォーマルな法が、力・利害関係に捕われた現実社会に生きる人々の活動の中から直接生成することで、非効率な規範を生み出さざるを得ないのに対して、議会は、国民代表である議員によって構成されることによって、そうした現実的拘束から離れて、意識的に規範を形成しうる場となり、現実社会の中で形成された非効率な規範の経路依存性に捕らわれない社会的、構造的な改革を行うことが期待できるのである。

こうした議会の構造は、効率的な法の現実との「関連性」と「非関連性」との微妙な調和を実現するものであるが、効率的な法の形成にとって必ずしも最善なものであるわけではない。第1に、規範を制定する者（議員）とその適用を受ける者（国民）との分離は、両者の間にそれぞれ独立した利害関係を生ぜしめ、議員の側に、情報、インセンティブの欠如、レント・シーキングなどの「エージェンシー問題」を発生させる。その結果、議会の決議は、特定の者の既得権維持、不公正なレント・シーキングの反映である場合がありえ、議会での立法が効率的であるという制度的な保障はない⁽³⁵⁾。第2に、議会の集合的決定は、決定手続自体のコストを伴うだけでなく、そこでの決定は、全員一致でない限り、議員全員の意思をそのまま反映したもの

ですらありえない⁽³⁶⁾。民主主義の本質が、現状変更に関する自己決定にあるとするなら、決定原理は、全員一致以外にありえない⁽³⁷⁾。しかし、立憲的に、代表民主制・多数決制度を採用した時点で、厳格なパレート基準を放棄し、功利主義的な基準による動的な社会を選択したと言え、その意味では、議会制度も民主主義の代替物に過ぎない。第3に、仮に、今新しい法制度を導入しようとする社会が、全く平等で、法制度導入後の自分の地位が分からない状態である場合、人々が法制度導入後の社会的な効率性を最大化するようなルールを全員一致で選択する確率は高くなるであろう。しかし、既に既得権益が発生し、かつ個人の立場が固定している社会においては、新たに導入しようとする法が効率的なものであればあるほど、既得権益を保有する者からの抵抗は強くなる⁽³⁸⁾。

単に理念的に、国民の代表という抽象的、理想論的な民主的正統性を述べるだけで議会の立法過程を正当化するだけでなく、議会が不完全な立法過程であることを前提に、制度的・構造的に、効率的なルールを生み出せるような立法過程を考える必要がある。

(2) 官 僚

官僚は、一般的に、法分野においても専門技術性を有していることが期待され、そのような側面から議会における討議を補完する機能を有する。特に、途上国では、そうした専門技術的な人的資源、情報が政府に集中していることが多いであろう。実際、現行の法整備支援プロジェクトも、政府内の司法省をカウンターパートとすることが多い。官僚による法の起草は、議会同様、現実の力・利害関係の拘束から逃れることによって、現実社会に存在する非効率な経路依存性から離れて、理論的かつ合理的な法の起草が可能になるばかりか、さらに、議員が選挙を通じて拘束される生の民意からも離れることで、少数者の負担において多数者の利益を追求するような多数主義的、功利主義的な判断に陥ることもない、と言えるかもしれない。

しかし、制度能力的に、議会と同様の、情報、インセンティブ欠如、レント・シーキングの「エージェンシー問題」があるだけでなく、官僚は、議員

と異なり、現実的な利害関係を持つ選挙民の存在を背景に持たないので、法が適用される人々の利害損失の判断は、外的・総和的にならざるを得ない⁽³⁹⁾。官僚によって起草される法案の中の効率性は、直接計測されたものではなく、仮想された代替物でしかないのである⁽⁴⁰⁾。

なお、学者は官僚以上に専門性を期待できるが、民主的コントロールが一切及ばない分、現実の民意・現状からかけ離れる恐れがある。西洋近代法の成立期において、学者が重用されたのは、比較的社会変化の緩慢な時代に、すでに数世紀にもわたる裁判例が積み重なった法実務の伝統の上で、法学自体が社会的現実を織り込みながら成熟していたと言えたからであろう。

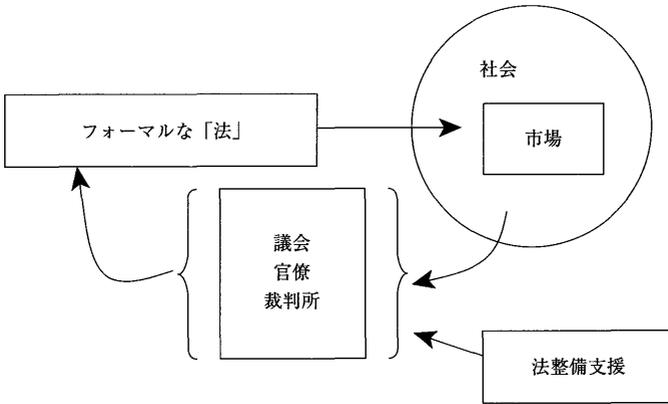
(3) 裁判所

裁判所は、制度的に最も社会的現実に近いところにある。ただ、裁判所に法創造機能を持たせるのかどうかという点については、各国の統治構造に関わる問題であり、少なくとも、シヴィル・ロー・システムとコモン・ロー・システムとの間では、裁判所の法創造機能について構造的な相違が存在する。英米法系国では、コモン・ロー・システムを採用し、裁判所による法創造が一般的に認められるが、原則として、裁判官に法創造機能を認めないシヴィル・ロー・システムにおいては、裁判所に、法の形成に関して独自の機能を期待することは理論的には不可能なはずである。しかし、条文の形式で書かれる制定法は、それだけを与えられても、条文、用語の持つ意義を一義的に解釈することは、ほとんど不可能である。また、法を制定する段階において、法の適用場面をすべて予見することは実際上不可能である以上、制定法の実体的な内容については、ある程度解釈論に委ねざるを得ない。したがって、制定法は、社会的、歴史的、文化的コンテクストに支えられた判例・学説によって構築される解釈論によって、条文の持つ意義を埋めていく必要がある。判例は、個別具体的な紛争解決を通じて、制定法を社会的な現実に適したルールに仕上げていくのである。このように、シヴィル・ロー・システムの下でも、法の形成過程において裁判所は無視しえない役割を果たしている。

コモン・ローについて、R・ポズナーをはじめとする多くの「法と経済学」の学者は、その効率性を実証的に主張するが、司法制度を構造的に見ると、具体的な利害関係からも、生の民意の力からも独立した裁判官が、具体的紛争を前にして、両当事者に適用されるべき公平な事前ルールを考えた場合、その規範は効率的となる傾向を一定程度持つことはあると言えるかもしれない⁽⁴¹⁾。裁判過程においては、当事者は、規範形成につき真剣な利害関係を持っているので、裁判所の規範形成過程への情報提供に関して、単なる聞き取り調査に比較してフリー・ライダーの問題は起きにくい。また、裁判所による規範形成は、具体的な事件の存在を前提に行われるので、抽象的な制定法を立法する場合に較べて、より具体的な利益衡量や社会的現実の考慮が可能となり、結果的に、現実的な効率性を実現することができる可能性が大きいと言える。もっとも、裁判手続の性質上、その法形成に利用できる情報は、裁判当事者の主張立証の範囲に事実上限られるし、一般的な法規範を形作るまでには、個々の具体的裁判の積み重ねが必要となり、それまでの間は規範の実体的内容について予見可能性は約束されない。また、そうした一般的法規範を作り出す上で、欠かすことのできない判例の法的ないし事実上の先例拘束性は、裁判所の作る規範に予見可能性を与えるものではあるが、同時に経路依存性を持たせ、社会的な変化に対応して革新的なルールの形成を阻害することにもなりかねない。いずれにしても、裁判所も法形成に関して万能ではない。

以上見てきたように、議会制度、官僚制度、司法制度というそれぞれのフォーマルな法過程は、単独では不完全ながらも、相互に補完し合いながら立法過程として機能する関係にあると言える。しかも、その現実的な運用は、それぞれに理念的な制度モデルに比して改善の余地を残しているのが実状であろう。したがって、そうしたフォーマルな法過程が存在しているからといって、効率的なルールが自動的に生み出されてくることは期待できないず、存在する法過程の中でのよりよいルールの追求（意識的にしろ無意識的にしろ）や、立法過程自体の構造的改革の努力が必要となるのである。もとより法整備支援が、フォーマルな法過程を代替することができるはずもないが

図7

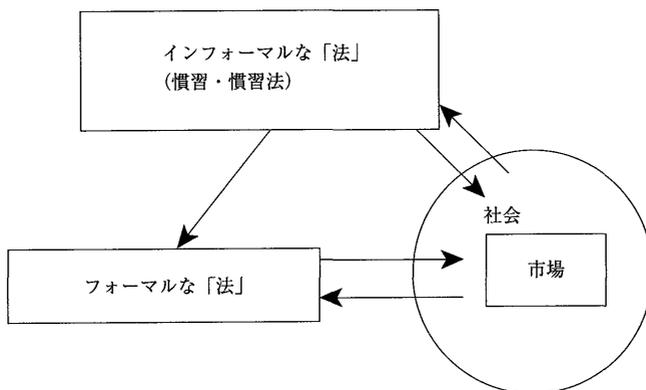


(民主的正統性からだけでなく制度的能力からも)、そうした途上国法過程のよりよいルールを目指す努力に呼応するものとして法整備支援というものを理解すべきである。

2 効率的なインフォーマルな法の存在

ところで、新制度派経済学が、法に期待するのは、取引費用の減少であった。そうだとすれば、フォーマルな法であろうと、インフォーマルな法であろうと、その取引費用減少という効果をもってその価値を判断すべきことになり、インフォーマルな法であっても、事実上の強制力を持つ効率的な規範であるならば、それは、社会的な「制度」として評価しうることになる⁽⁴²⁾。むしろインフォーマルな慣習法の方が、法が適用される現実社会に身を置く人々自身の中から生成する点において、フォーマルな立法過程にあった「エージェンシー問題」を発生させず、しかもフォーマルな立法に要求されるフォーマリティを必要としないので、場合によっては、フォーマルな立法過程によるよりも、迅速により効率的な法を生成することが理論上は期待できる。そうだとすれば、インフォーマルな慣習法は、「フォーマルな法」によって矯正される対象であるだけでなく、場合によっては「フォーマルな法」を補完する関係にもあると言えよう。

図 8



このように、現実の法過程は、それぞれに長所短所を持つフォーマル・インフォーマルな制度を包括したホリスティック (holistic) な構造を持つものである。法整備支援が、支援対象国における制度としての法の持続可能な発展を目指すものであるなら、こうした包括的なシステムとしての立法過程の中で、支援として何ができるか視野を広げて考える必要がある⁽⁴³⁾。

V パレート効率性の限界

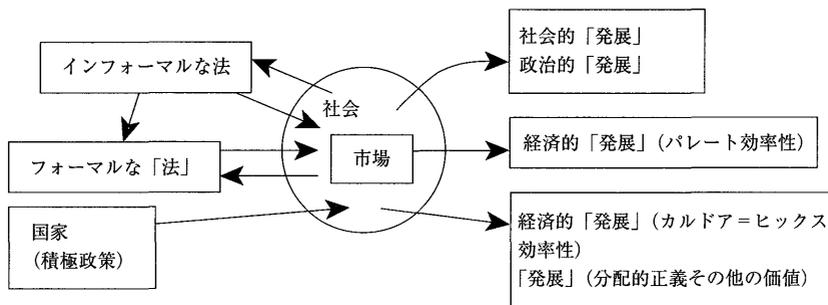
新制度派経済学による法制度に関する機能的な説明は、市場経済におけるミクロ・レベルでの個々人の自発的取引による効率性、すなわちパレート効率性を前提としており、したがって、これまで本稿では、パレート効率性の達成という観点から法を論じてきており、それが「発展」の中身であった。ただ、市場経済を志向する発展プロセスを選択する限り、パレート効率性という価値を中心に置かざるを得ないとしても、福祉国家観を基調にした民主主義国家を前提とする限り、実際問題として少なくとも以下に述べる点で、法が果たすべき目的をパレート効率性だけに限定することは困難である。

第1に、国家介入による産業政策、ケインズ経済学的な総需要管理政策によって意図的にパイをより大きくしようとする政治経済的圧力は無視し得な

いし、社会福祉の存在を前提とする以上、そうした政策を全く必要としない
と考えることもまた、現実的ではない。第2に、分配の公正についても考慮
せざるを得ない。分配的正義を個人の合意・不都合にかかわらず実現するに
は、具体的には、課税制度、公用収用など国家権力を背景とした強制が必要
となろう。

上記第2はもちろん、第1でも、国家が強制的に実行する以上、それによ
って不利益をこうむる者が出ることは避けられず、社会的にパレート効率性
基準を維持することは事実上不可能であり、せいぜい総和的にその不利益を
補って余りあるだけのパイの拡大を条件に一部の者の不利益を許容するカル
ドア=ヒックス的効率性基準を採らざるを得ない⁽⁴⁴⁾。ただ、その場合、当
事者の合意が存在しない以上、(それが実体的に効率的であるかもしれないが)
その効率性の仮想化は格段に進む。また、安易なカルドア=ヒックス的効率
性への傾斜は、不可避的に国家の拡大を招き、政治的自由を犠牲にした上で
のパイの拡大策であった「開発主義」に陥る恐れがある。もっとも、パレ
ート効率性としても、完璧な価値概念ではなく、現実の不平等を無視して、パ
レート基準を当てはめたところで、その現状を追認することしかできず、社
会のあり方として何が正義であるかは、別の判断基準が必要である。結局、市
場経済を志向する限り、パレート効率性基準を中心としながらも、他のさま
ざまな価値で補完するというように、法の背後にある価値体系についても再
構築する必要がある。

図9



VI おわりに

一つの価値で捉えきれない法体系，相互補完的なホリスティックな法過程を前提にしたとき，「法」制度の改革を社会的な「発展」へと結びつける簡単な特効薬などないことは既に明らかであろう。法は，さまざまな制約下に置かれた人間が集散的に作るものである以上，唯一最善の立法過程はありえず，国家的な制度を含めた現実の法過程をよりよいものにしていくという継続的な努力が必要になる。新制度派経済学が提示する，フォーマルな法の整備を通じた市場経済の発展モデルは，上述したように「法」と「発展」の関係の一面を述べるものに過ぎないが，市場経済を志向する今日の発展パラダイムにおいては，無視しえない重要性を持っているのは確かである。とりわけ，かつての社会主義ないし開発主義から市場経済体制へと転換を迫られている途上国にとっては，市場の効率性に向けて法体系全体を再構築することが求められ，市場を中心とした法整備の現実的必要がある。ただし，効率的な法の獲得は，決して生易しいものではなく，ホリスティックな法過程を通じて，市場を取り巻く社会的現実を見据えた上で，はじめていくらかでも効率性に近づくことができるというものであった。それは具体的に言えば，フォーマルな法過程の構造的な改革であると共に，そうした法過程の枠組みの中で日々行われる法実務なのであるが，法整備支援は，こうした法過程の努力を経験として他国に伝えるものとして意義を有するのである。

- (1) 「法」と「発展」との関係を明らかにすることは，法整備支援の正当化としても，また，方法論を提供するという意味においても重要である。法整備支援における理論と方法論の重要性について，Seidman, Ann and Robert B. Seidman, *State and Law in the Development Process* (1994), at 57-141; Trachtman, Joel P., "The Applicability of Law and Economics to Law and Development: The Case of Financial Law," in Seidman, Ann, Robert B. Seidman, Thomas W. Walde (eds.) *Making Development Work*, Kluwer Law International (1999), at 194参照。
- (2) 「法」と「発展」の関係を考えるにあたっては，ここで言う「法」，「発展」とは

何かという定義上の問題がある。哲学的に「法」、「発展」の意味を考え出せば、尽きることのない深遠な問題となろう。ただ、法整備支援の文脈で考える「法」・「発展」は、現実的な制約の下で、開発援助という実践的な活動として追求しうる具体的な「手がかり」を持つものでなければならない。いずれにしても、この「法」・「発展」の意味内容を演繹的に確定しても開発プロジェクトとしての法整備支援との関連では無意味であり、本稿ではこの後「法」と「発展」との関係を議論していく中で、その意味内容を考えていくこととする。

- (3) 1995年ブリティッシュ・カウンシル主催の会議で、「法と発展運動」の失敗は再び繰り返されるか議論された際、フォンデズは、今日世界銀行が行っている法整備支援と「法と発展運動」との両者が念頭においている法概念が、近代自由主義的なものである点で一致するとして、類似性を認める。Faundez, Julio, “Legal Technical Assistance,” in Julio Faundez (ed.) *Good Government and Law*, Macmillan Press (1997), at 12
- (4) McAuslan, Patrick, “Law, Governance and the Development of the Market: Practical Problems and Possible Solutions,” in Julio Fraundez (ed.) *supra* note 3, at 33
- (5) McAuslan, *supra* note 4, at 25-45, 30-1; Burg, Elliot M., “Law and Development: A Review of the Literature and a Critique of Scholars in Self-Estrangement,” 25 *Am. J. Comp. L.* (1977), at 507参照。メリーマンは、「法と発展運動」を総括して、法と開発運動は理論的に未熟である以上、当分は実践的な法整備をするのではなく、調査に専念すべしとした (Merryman, John H., “Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement,” 25 *Am. J. Comp. L.* (1977), at 481)。マコースランは、今日に至ってもなお「法」と「発展」との関係を明らかにする実証データが不足していること強調する (McAuslan, *supra* note 4)。
- (6) Theobald, Cristioan, “the World Bank: Good Governance and the New Institutional economics,” 59/60 *Law and State*, Institute for Scientific Co-operation (1999)。World Bank, *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets* (2001), at 3-4は、「ルールとその執行メカニズム及び組織という制度が構築されることによって、効率的な市場取引、投資を行うことが可能になり、ひいては、人々に技術の向上、創意工夫を行うインセンティブを与える。」として、制度の機能的な説明に関して、新制度派経済学に依拠した説明をしている。
- (7) 市場経済化には、単に自由に経済取引をさせるということだけでなく、市場を支える法制度をはじめとする様々なフォーマル・インフォーマルな制度がシステムとして存在している必要があることについて、大野幸一『開発戦略の再検討』アジア経済

研究所, 2000年参照。なお, 発展における非経済的な制度的要因の重要性については, 既に, G・ミュルダール=S・キング (板垣與監訳) 『アジアのドラマ (上)』東洋経済新報社 (1974年) 16-20頁によっても指摘されている。

(8) Coase, Ronald, *The Firm, the Market and the Law*, University Chicago Press (1988), at 95-185コース, ロナルド・H (宮沢健一=後藤晃=藤垣芳文訳) 『企業・市場・法』東京経済新報社 (1992年) 111-211頁

(9) Coase, supra note 8, at 119 (邦訳136頁)

(10) コース自身は, 取引費用として, 検索・情報費用, 交渉・意思決定費用, 監視・執行費用などを挙げるが, コースの定理の成立要件としての「取引費用ゼロ」における取引費用をより厳密に定義するには, 機会費用, 取引当事者の戦略的行動, 情報の不確実性による非効率的な行動 (例えば逆選択) など効率的な取引の抵抗となる要素すべてを含めなければならない。Coase, supra note 9, at 6-7 (邦訳8-9頁), クーター, ロバート (太田勝造訳) 「コースの費用」太田勝造編訳『法と経済学の考え方』木鐸社 (1997年), 70頁参照。

(11) Coase, supra note 9, at 17. このことから, 法によって, 取引費用を低減させ, いくらかでも効率的な取引の可能性を上げるべきという規範的な指針が与えられる。クーター, ロバート・D=トーマス・S・ユーレン (太田勝造訳) 『新版法と経済学』商事法務研究会 (1997年), 144-5頁参照。

(12) コースの定理は, 経済学だけでなくアメリカ法学界に大きな影響を与えた。カラブレジは, 「不法行為責任のルールは, 予防費用, 事故費用, 及び運用費用の合計を最小化するように構成されなければならない」とし, 効率性の観点から, 不法行為にまつわる費用を最小化するように不法行為法をデザインすることを規範的に説き, 経済学を用いたより具体的な法デザインの方向性を示し (Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970)), R・ポズナーは, ミクロ経済学の限界概念を用いて, あらゆる分野の実体法の効率性を実証的に説明する「(実証的) 法と経済学 (law and economics)」を確立した。

こうした法学からの経済学へのアプローチが, 経済学という道具を持って法の実体的な中身に入り込んで議論しようとしたのに対して, 新制度派経済学は, いかにして効率的な市場を実現するかという観点から, 市場に存在する取引費用との関連で, 法を市場経済に不可欠な効率的な「制度」として捉え, 市場経済志向, 移行経済の波に乗って, 効率的な法制度を整備すべしという規範論として, 法整備支援の理論的根拠を提供した。なお, R・ポズナー自身は, 新制度派経済学に対して批判的見解を述べている。Posner, Richard A, "The New Institutional Economics Meets Law and Economics," in *Overcoming Law*, Harvard University Press (1995) 参照。また, 川浜昇「法と経済学の限界と可能性—合理的選択と社会規範をめぐって」井上達夫他

- 編『法の臨界 [II] 法秩序の転換』東京大学出版会 (1999年), ポズナーの規範的法と経済学について, 内田貴『契約の再生』弘文堂 (1990年) 参照。
- (13) North, Douglass C. & Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World : A New Economic History*, Cambridge Univ. Press (1973)
- (14) North, Douglass C., “Institutions, Ideology, and Economic Performance,” 11 *Cato J.* 477-87 (1991), at 477
- (15) North, Douglass C., “Institutions, Transaction Cost and Economics Growth,” 25 *Econ. Inquiry* 419 (1987), at 420
- (16) North, Douglass C., *Institutions, Institutional Change, and Economics Performance*, Cambridge University Press (1990) (ノース, ダグラス・C (竹下公視訳) 『制度・制度変化・経済成果』晃洋書房 (1994年))
- (17) North, supra note 14, at 477
- (18) Williamson, Oliver E., “The Institutions and Governance of Economics Development and Reform,” in Michael Bruno and Boris Pleskovic (eds.), *Proceedings of the Annual World Bank Conference on Development Economics 1995*, World Bank (1995) 参照。Coase, supra note 9, at 8-10 (邦訳10-13頁) も, インパーソナルな場面で市場を機能させるには, 国家による司法制度の確立が必要であるとする。
- (19) Ginsburg, Tom, “Review Essay: Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia,” 34 *Law & Society Rev.* (2000), at 835
- (20) North, supra note 16, at 59
- (21) この文脈で使われる「法の支配」は, 伝統的な意味のそれではなく, せいぜい, 法を整備すべしという程度の意味合いである。
- (22) Ginsburg, supra note 19, at 833
- (23) Perry, Amanda J., “International Economic Organizations and the Modern Law and Development Movement,” in Seidman et al. (eds.) supra note 1, at 30
- (24) Perry, supra note 23, at 30参照。トラチトマンも, 同様に, 市場取引, 政治, 社会的関係における「取引費用」を最小化するというアプローチを採る。Trachtman, supra note 1, at 193-
- (25) 慣習法の効率性について, 後述「効率的なインフォーマルな法の存在」参照。
- (26) Trubek, David M., “Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development,” 82 *Yale L. J.* 1 (1972), at 6-7, 25-66も「近代法」に関して市場との関連で説明している。このような機能を持つ「近代法」は, 再分配などの具体的な政策を目的とするものではなく, 中立的に市場経済制度の確立に向けられたものと言え, その意味で, 安田信之教授が言う「市場法理」に基づく法と言うこと

- ができよう。安田信之『ASEAN 法』日本評論社1996年参照。「法と経済学」的な私
的財産制度、契約法の説明について、Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*
5th Edition, Aspen Publishers (1998), at 36, 102-3; Ayres, Ian, & Robert Gertner,
“Filing Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules,” 99
Yale LJ. 87 (1989) など参照。
- (27) 「人間開発」の概念については、アマルティア・センの潜在能力 (capability)
アプローチ参照。UNDP, *Human Development Report 2000*, Oxford Univ. Press
(2000), ch1参照。
- (28) グレイは、「法を現地の法文化や憲法的要請に合わせるように起草するのは、専
門的な法技術であるが、市場に友好的な立法を整備することは経済政策分析的作業で
ある」とする。Gray, C., “Reforming Legal Systems in Developing and Transition
Countries,” 34 *Finance and Development* 3 (1997), reprinted in Seidman et al.
(eds.), *supra* note 1, at 63
- (29) ベトナムにおいては二重譲渡の概念が認められていないことについて、武藤司郎
「ベトナムにおける法の受容と展開：民法等の財産法と法整備支援との関連を中心
にして」ジュリスコンサルタス10号関東学院大学法学研究所 (2001年), 64頁。
- (30) 但し、取引費用がゼロの世界では、いずれにしても第2譲受人が、当該目的物に
対して最も高い価値を見出しているのであれば、どのような法制度の下であっても、
最終的には、彼が所有権を取得することになる。
- (31) ベトナムが不動産登記を物権変動の成立要件としたことによる不都合性につ
いて、武藤前掲注 (29), 83頁。
- (32) 取引費用ゼロの仮想社会では、そもそも契約による強制は必要なくなる。その世
界では、一切のコストを伴うことなく、瞬時に最も価値を認める者のところに物が移
動するからである。しかし、現実社会では、誰が最も高い価値を付ける者か、客観的
に分かるわけではないから、契約 (合意) というサインを必要とし、それに対する信
頼を保護することが、市場における効率的な制度となるのである。
- (33) 人間の選択可能性を確保・拡大する健康、知識、生活水準などの基本的な条件の
数量的な比較として、UNDP『人間開発報告書 (Human Development Report)』が
ある。「ガバナンス」に関する数量的・実証的な比較として、Kaufmann, Daniel,
Aart Kraay & Pablo Zoido-Lobaton, “Governance Matters,” *World Bank Policy
Research Working Paper No. 2196* (1999), available at <<http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/govmatrs.pdf>>
- (34) 公共選択理論からの「比較制度的分析」アプローチについて、Komesar, Neil
K., *Imperfect Alternatives*, Chicago Press (1994), at 53-97; Trachtman, *supra* note
1, at 202参照。

- (35) 議会が制定する法の非効率性について、古典的なものとして、Posner, Richard A., "Theories of Economics Regulation," 5 Bell J. Econ. & Management Sci. 335 (1974)。
- (36) コンドルセは、単純多数決の循環性を指摘したが、アローの一般不可能性定理によって、民主主義的な多数決原理が一般に存在し得ないことをが理論的に明らかにされている。宇佐美誠『決定：社会科学の理論とモデル4』東京大学出版（2000年），71-5頁
- (37) 全員一致の問題点について、宇佐美，前掲注（36），17-21頁。
- (38) Brennan, Geoffrey & James M. Buchanan, *The Reason of Rules : Constitutional Political Economy*, (1985), reprinted by Liberty Fund (2000), at 149-
- (39) 立法起草者が、現実社会にある問題を把握するには、慣行調査などの方法で、関連する情報を収集することになる。セイドマンは、立法起草者は、立法起草技術を学ぶだけでなく、社会科学調査の方法も習得しなければならないとする。ただ、アンケートや聞き取りなどの調査によって得られる事実は、現実の力・利害関係、取引費用、慣行、慣習法そのものではなく、せいぜいそれらを推認することしかできない。単なる聞取調査は、議会や司法過程における事実の現出、規範の形成と異なり、調査対象者に真実を伝えるだけの情報、インセンティブがあるのか、調査内容をどのようにして立法に反映させるのかなどの制度的な問題点があり、社会的な調査は、それに要する時間的、経済的コストからの物理的な制約を措いたとしても、立法過程上の制度としては能力的な限界があると言わざるを得ない。また、事実として存在する慣行、慣習法がそのままフォーマルな法となるべきものではなく、その効率性・非効率性を評価するプロセスを必要とする。E・ポズナーは、非効率な規範の発見方法として、人々の自己申告、規範の回避、急激な経済的、技術的変化、資産の不均衡、国家の情報収集などを挙げるが、いずれも規範の非効率性を推認するものでしかなく、そうした効率性・非効率性の評価すら直接的に計測する手段は存在しないのである。Seidman and Seidman, *supra* note 1, at 14-5; Posner, Eric A., "Law, Economics and Inefficient Norms," 144 U. Pa. L. Rev. 1697 (1996), at 1714-5, 1726-27
- (40) なお、JICA ベトナム法整備支援における社会調査の実施について、武藤前掲注（29），74-8頁。
- (41) 効率的なコモン・ローの生成モデルに関する初期の議論として、Rubin, Paul, "Why Is the Common Law Efficient?" J. of L. Stud. 6: 51-64 (1977)。その他、クーター前掲注（11），456-62頁。
- (42) ウェーバーは、近代法の合理性から、形式合理的な官僚制へと進んだのに対し、新制度派経済学は、法の効率性から、インフォーマルな法、慣習法へ関心が及んだ。新制度派経済学において、「制度」とは、「社会における個人及び組織の行動を形作る

フォーマルないしインフォーマルなルールおよびそれらの強制メカニズム」のことであると定義され、具体的に、フォーマルな制度としては、憲法、制定法、判例、行政的規制、契約を、インフォーマルな制度としては、倫理、信頼、宗教、道徳などを挙げる。Burki, Shahid Javed & Guillermo e. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, World Bank (1999), at 11

- (43) 例えば、プロジェクトとして官僚をカウンターパートとする法案起草支援を行うにしても、社会に実在する力、利害関係、慣習法の存在、及びそうした社会的現実・規範のフォーマルな法過程への現れとしての裁判実例に目を配るべきである。
- (44) R・ポズナーは、発展の初期の段階で、法整備に資金を振り向けると、経済発展にとって必要な資源を締め付けることになりかねないとして、一定の経済的發展を経た後の法整備を勧める。ポズナーのこうした発想は、彼が効率性を「富の最大化」(＝カルドア・ヒックス基準)として理解していることと関連していると思われるが、こうした考え方は、権威主義的な開発主義の許容につながる危険性を持つものであることは否定できない。Posner, Richard A., "Creating a Legal Framework for Economic Development," *the World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 1 (1988), at 3