

【特集：日本法教育研究センターにおける法学と日本語教育学の多元複層的なアーティキュレーション】

法概念をあらわすコトバの同一化、その意味の差異性

——比較法・法整備支援における行政行為概念——

Identification of Legal Concepts, and the Differences in Meaning:

Concept of “Administrative Act” used in Legal Assistance related to Comparative Law

安田 理恵*

YASUDA Rie

Abstract

A legal concept has a word as a sign (*signifiant*) and a meaning (*signifié*) in a country. When referring to the legal concepts of other countries, comparing the legal concepts of more than one country, we identify our country's legal concept with other countries' legal concept which is deemed to have the same meaning as ours. However, when discussions are conducted using this identical legal concept, both parties become aware of the fact that the meaning of the concept that they each have in their minds is different. Why is the gap in meaning generated? The reason can be found in differences in the context in which the legal concept was made. For example, the purpose of law, the role expected of law, legal history, the legal system, institutional arrangements and so on. This article examines the points in which legal concepts share the same meaning, or have different meanings among them, in the sphere of legal assistance, which is one of the comparative laws. This article concludes that legal concepts are key tools for legal development through the interpretation of law.

目次

はじめに

I. 複数国間における、法概念をあらわすコトバの同一化

1. 法概念・意味・コトバ（“名”の付与）

(1) 法概念の意味とそれをあらわすコトバ

(2) 法概念の通用範囲

(3) 法の比較における法概念の同一化

2. 法整備支援における法概念の同一化

(1) 政府関係機関および教育研究機関等による法整備支援とその概要

(2) 法整備支援の意味：研修／教育／研究

(3) 法概念をあらわすコトバの同一化を観察する五つの指標

3. 法解釈の道具としての法概念の確立に向けて

*名古屋大学アジアサテライトキャンパス学院（法学）特任助教

II. 複数国間における、法概念が有する意味の差異と接合

1. 法概念の意味のズレ：問題の所在
2. 法概念の生成の仕方による差異
 - (1) 「行政行為」概念と「行政決定」概念：メルクマールの類似性
 - (2) 行政行為の典型例の差異
 - (3) 意味の差異が生ずる理由
3. 法概念が置かれた文脈、法概念の意味の接合

おわりに

はじめに

立法および法の運用、法教育、法学研究はすべて、法用語または法概念（以下「法概念」という。）を用いて行われる¹。法概念には、例えば、契約、権利、法令、行政行為、裁判等々がある。

本稿は、複数国間で法を比較する際（比較法）に生ずる一つの事象を検討対象とする。すなわち、「同一の意味をもつとされる法概念（法の *signifié*）と、その法概念をあらわすコトバ（記号としての表現＝法の *signifiant*）を用いて、法の比較は行われる。それにもかかわらず、その法概念を用いる複数国の法律家がそこに埋め込む『意味』は異なっている」という事象である²。

複数国間におけるそれぞれの法の比較は、法整備支援においても行われている³。そこで

¹ 概念には、一般的に用いられている「形式論理学上の概念」（抽象的普遍）と、ヘーゲルに発する「弁証法上の概念」（具体的普遍）とがある。前者は、個々の事物が有する一定の共通性を抽象したものであり、一般的な意味をもつ言葉によって確定される。後者は、「事物の内面において、それを主体にして動かしている原理的なもの、という意味である。この点で『概念は事物自身に内在している』（『小論理学』166節、補遺）といわれる」。岩佐茂・島崎隆・高田淳編「ヘーゲル用語辞典」（未来社、1991年）83頁。

本稿は、さしあたり、前者の「形式論理学上の概念」、法学にあっては、法的な事物のなかから一定の共通なもの（複数）を抽象化した抽象的普遍としての「法概念」のみを扱う。

² 行政法を専門とする筆者は、ベトナム、モンゴル、中国等において、行政法の法整備支援（開発途上国や市場経済移行国の立法等を開発援助の一環として支援するもの。詳細は後述。）に関わるなかで、“我々は同一の法概念をあらわすコトバを用いて議論を行っているはずであった。しかし、途中から何か議論がかみ合わなくなってくる”という事象に気づき、“この法概念をあらわすコトバを、我々は、果たして本当に同じ意味で用いているのだろうか”という疑問をもった。このことが、本稿の問題に取り組むきっかけである。

³ 行政法の法整備支援を例にとると、比較行政法のアプローチは、「今世紀、ますます国境を越えて『行政法情報』をめぐるコミュニケーションが拡大し濃密となったことを背景にして展開する行政法整備支援の経験、行政法の『メタ理論』のアプローチ、そして、グローバル行政法の生成という現象に注目する視角からは、見直しを迫られているといわざるをえない。まず、比較行政法は、ワン・ウェイの受信型からインタラクティブな発信型へと進化することになるだろう。そして、これまで『先進』とされた欧米諸国だけを見てきた単眼型から、新たに、当面は『軽量行政法』……とはいえ、行政法が生成・進化・変化の『プロセス』にあるウズベキスタン等市場経済移行国や中国・ロシア等新興国にも視野を広げた『複眼型の比較行政法』へと進化する『パラダイム転換』が生じる可能性が示唆されている。市橋克哉「行政法整備支援の『メタ理論』と比較行政法への示唆」法律時報 82 卷 12 号（2010 年）110 頁。

また、このような行政法整備支援が比較行政法学に及ぼす新たな課題に注目するものとして、徳本広孝「比較行政法学に関する一考察」磯野弥生・甲斐素直・角松生史・古城誠・徳本広孝・人見剛編『現代行政訴訟の到達点と展望 宮崎良夫先生古希記念論文集』（日本評論社、2014 年）77 頁以下。

本稿は、「法の比較」のなかでも、特に法整備支援を検討の範囲とする。そのうえで本稿は、これら法概念をあらわすコトバが、日本法と現地法という二つの国の法規範の文脈のなかで、どのような「意味」と接合 (articulation)⁴しているのかを分析し、その異同、および、こうした同一性、類似性そして相違をふまえた教育、研究、法整備の必要性を明らかにする。この作業を通して、本稿は、それぞれの国の法実務および法理論の発展において、法概念がどのような機能を果たすことを期待されているのかについて、その検討を試みるものである。

I. 複数国間における、法概念をあらわすコトバの同一化

1. 法概念・意味・コトバ (“名” の付与)

(1) 法概念の意味とそれをあらわすコトバ

法概念は何のために存在するのだろうか。

それは、「法概念」を用いて、社会現象のなかから、その一部を切り出し、そこに法的に共通の意味を見出し (抽象化)、この法概念を用いた法創造、法適用および紛争解決を行うためである⁵。

⁴ 接合とは、「それぞれ固有性をもつ自律的な主体が、ある一点において結合 (joint) する。この結合によって、各主体は、一つの構成体となる。しかし、なお各主体は、その固有性と自律性を失わないあり方、すなわち、対立的であると同時に相互補完的であるあり方」をいう。

Edward L. Rubin は、「articulation (本稿では、「接合」と訳出する。)」の語には二つの意味があると述べる。一つは、個々の構成要素 (elements) が、独立してその固有性 (identities) を保つかたちで、可視的に結紮または結合 (ligature or joint) することで生じる関係性である。もう一つは、明確な言語形態での事象の表明である。Rubin によれば、接合 (articulation) という用語を、前者の意味で用いるのは、GILLES DELEUZE & FÉLIX GUITTARI, A THOUSAND PLATEAUS 39-74 (1974) である。EDWARD L. RUBIN, BEYOND CAMELOT: RETHINKING POLITICS AND LAW FOR THE MODERN STATE, 24-25 (2005)。これは、もともとは、アルチュセールの言明、「全体の構造は階層化された有機的全体の構造として文節的に結合される。」による。L.アルチュセール他 (今村仁司訳)『資本論を読む (中)』(ちくま学芸文庫、1997年) 68頁。

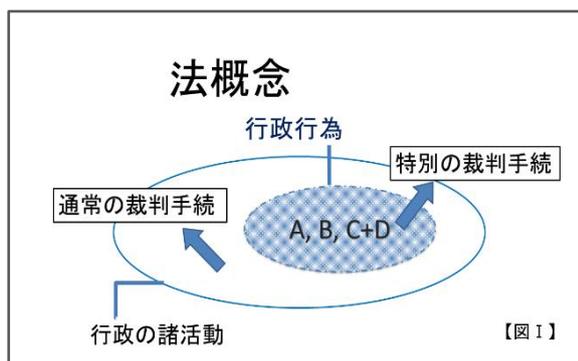
本稿は、「接合 (articulation)」の語を前者の意味で用いることとする。この接合論を応用して、専門職自主法と国家法との関係性を分析、検討したものとして、安田理恵「行政法を構成する専門職自主法 (1-4・完)」名古屋大学法政論集 248号 123頁、249号 63頁、251号 251頁 (以上 2013年)、253号 441頁 (2014年) がある。

⁵ 19世紀ドイツにおいては、「プフタ (Georg Friedrich Puchta) らの私法学者たちが、ローマ法学の伝統を基礎に、パンデクテン法学と呼ばれる法原則の論理的体系を築き、あらゆる法律問題の解決を、この体系からの論理的演繹 (概念の計算) によって導き出そうとしていた。これに対しイェーリングは、『目的こそ法の創造者である』と批判し、利益法論、自由法論など新しい法学方法論の先駆者となった。……現在では、法の論理性を重視する法学の傾向を概念法学と呼び、『概念法学だけでは駄目だが、概念法学抜きでも法学はなりたない』などというように用いられる。金子宏・新堂幸司・平井宜雄『法律学小辞典 [第4版補訂版]』(有斐閣、2008年) 101頁。

村上淳一は、ポストモダンの視角からの法システム論を論じており、この三段論法の演繹モデルについても、システムとしての必要性の自己観察に基づき、道具としてのフィクションであるという共通解のうえで、利用可能であると考えている。この種の法システム論を批判する広渡清吾は、この方法論が、法解釈論争の引き金を引いた来栖三郎と、その時代を共有した原島重義とが追究した学問的営為の前提、すなわち、「正しい法的判断が存在する」という前提には立たないものであることを明らかにしている。そのうえで、広渡は、この前提を欠くことのプロブレマティックになおこだわり、来栖と原島の今日的な意義を語っている。広渡清吾「法的判断論の構図——法の解釈・適用とは何か」社会科学 55巻 2号 (2004年) 152 - 153頁。

このように、広渡が今日なお追究する論争問題が、近代法の歴史と日本の法律学には在ることに留意したうえで、本稿は、行政法整備支援の領域における法概念の問題を検討するものである。したがって、開発途上国や市場経済への移行を進める国 (以下、支援対象国を「レンピエント国」、支援国を「ドナー国」という。) の法学と実務のレベルにあっては、法概念中心の概念法学から段階的に始めればよいという立場に立つものではない。

例えば、筆者が専門とする行政法学は、「行政行為」(Verwaltungsakt)という法概念をもっている⁶。行政は、さまざまな活動(行政活動)を行っている。これら行政活動に関する法的紛争も、法律上の争訟の一つであるから、通例、通常裁判所で、通常の裁判の手續(民事訴訟手續)によつて争われることとなる。しかし、行政法



は、これら行政活動のなかから、特定の条件(例えば、便宜的に略すならば、A, B, C+Dという四つの要素)を満たした活動を切りだし⁷、その切り取った活動に関する紛争については、通常の裁判手續ではなく、特別の裁判手續(行政訴訟、とりわけ取消訴訟の手續)にのせることとした。そして、その切り取った活動に、「行政行為」という名を付した。したがって、このとき、「行政行為」という法概念には、「行政の活動のうち、この諸要素(A, B, C+D)を満たす個別具体的な活動については、これを行政訴訟で争わせるという結論(X)を導く」(A, B, C+Dならば、Xである(A, B, C+D⇒X))という意味、そして、この

⁶ 19世紀末、オットー・マイヤー(Otto Mayer)は、民法パンデクテン法学=概念法学に倣った法学的方法を用いてシュタイン行政学由来の警察国家的政策学の残滓を克服することで、近代的行政法学を確立した。鶴飼信成『行政法の歴史的展開』(有斐閣、1952年)161頁。

すなわち、オットー・マイヤーは、行政法学を確立するにあたり、「種々雑多な行政諸活動の中に、『具体的に法を語る公権力の行使』という意味において共通する行為形式が存在することを見出し、これを、民法の『法律行為』概念に対応する公法学・行政法学のキー・ワード(鍵範疇)として、『行政行為』という共通概念で表現し……、また、行政主体と私人との法関係をこの概念を中心として理論的に分析し、構成しようとした……(行政法学の体系化)……のである」。したがって、「行政行為の概念は、雑多に存在する行政の諸活動について、共通の性質をもったものを統一的に表現するために作りだされた、理論的な概念であって、もともとそれ自身が制定法上採用されて来た概念であるわけではない」。藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)189-191頁。

「オットー・マイヤーは、もともと行政行為概念を、法律の下具体的に法を語る公権力行使という意味で、裁判判決との類似において構想していた……。行政行為は国家公権力の行使であって私人の法律行為・権利主張行為とは本質的に異なる、という考え方は、長く日独の伝統的な行政法学を支配して来た」。しかし、第二次世界大戦後になると、日独双方において、「このような考え方に根本的な疑問を提出し、行政行為は裁判判決よりもむしろ私人の法律行為・権利主張行為とこそ同本質であって、国家公権力の行使としての特質が強調されるべきではない、という考え方が、一方で登場して来ることとなった……。このような考え方に……共通するのは、『司法国家制度を確立することになった我国現行憲法の下では、行政権は、裁判権と並んだ法の宣言機関としての地位を失い、むしろ、私人と同等の立場で裁判権に服する、低位のものとなった』という思考である」。「このような考え方の下では、行政行為に認められる特殊な効力(公定力・自力執行力等)も、国家公権力の行使であるから理論上当然に存在する、というようなものではなく……法律が特に与えた法政策的な効力に過ぎない、ということになる」。藤田・同書208-209頁。

「行政行為の根拠法規は、それらの制定の趣旨・目的ならびに保護法益との間に必ずしも普遍性があるわけではなく、したがってそれに基づく『行政行為』も、授權法を反映して個別的にその意味内容が明らかにされねばならず、また、法的効果についても検討されなければならぬということになる。かかる意味では、『行政行為』概念を立てることは、個別法のもつ意義を抹殺して、行政庁の『優越的意思』の法的効果を一般化し、その優越的地位を包括的に保障することに役立つ結果となっているともいえよう。それにもかかわらず、かかる概念の存在を無視しえないのは、……伝統的行政法の影響により実定法、ことに救済手續として機能すべき行政事件訴訟法等が、かかる概念を前提として構成されてきているがためである」。下山瑛二『現代行政法学の基礎』(日本評論社、1983年)66頁。

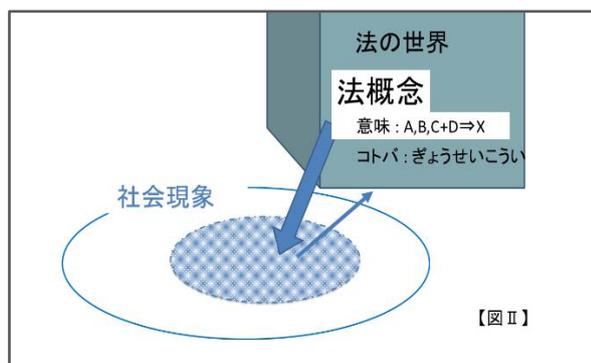
なお、日本においては、『行政行為』は学問上の用語である。……一方、行政手續法(2条等)、行政不服審査法(1条等)、行政事件訴訟法(3条等)には、『行政庁の処分』なる概念があり、周辺部分につき広狭はあるが、学問上の行政行為はその中核を構成している。塩野宏『行政法I』(有斐閣、第6版、2015年)124頁。

そして、この「行政処分」概念は、「行政行為」概念とは異なり、日本に固有の法概念であって他の国には存在しない。

⁷ 「行政行為とは、行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為である」。塩野・同上124頁。

意味をあらわす、「行政行為」(ぎょうせいこうい) というコトバ (=名称、音、印、記号) が与えられることとなる (図 I) ⁸。

法的な議論を行う際には、上記のような法概念、それをあらわすコトバと意味があり、それらに対応しているという、この構造を法解釈の道具として常に留意しておかなければならない。この法解釈の道具を用いたとき、その議論は、法的議論になる。すなわち、法概念をあらわすコトバは、ある現象のなかから特定の事物をとりだし、それに名を付したものである。名を与えることによって、行政活動という一つの世界に、法解釈のための分割線を引き、そこに法的意味が生まれる⁹ (図 II)。



その結果、一つの意味をもつ一つの法概念は、一つのコトバをもつことになる。法概念・コトバ・意味が、1対1対1で対応するのである (以下「1対1対1対応」という)。

(2) 法概念の通用範囲

しかし、この「1対1対1対応」は、法的なフィクションの世界のなかに限ったとしても、同一の言語、同一の制度 (それは、おおむね一つの国を意味する。) のなかでしか、通用しない。法概念は、その国の言語を用いたコトバであらわされ、その国固有の文脈において、その国にとって必要な意味が付与されている。

法概念をあらわすコトバとその意味は、国ごとに異なっている。法概念は、国ごとに異なるコトバによって表され、国ごとに異なる固有の文脈から、その国に固有の必要性に応じて、生まれているからである。

(3) 法の比較における法概念の同一化

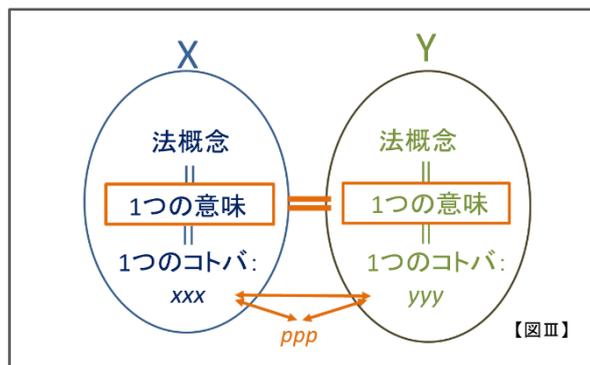
自国 (X) の法と他国 (Y) の法とを比較し、法分野における教育・研究・法整備の領域で議論を行おうとする場合には、一国のみの法概念をあらわすコトバとその意味の対応についての構造を観念しておくだけでは足りない。法の比較を行う際、XとYは、相互の法概念を相互に参照し、同一の法概念を特定する。この特定があって初めて、議論のための前提となる空間をつくることができる。

同一の法概念の特定は、一般に、概ね以下のような過程をたどる。①各国の既存の法概

⁸ 図の作成については、ウェブデザイナー菅原愛氏の技術協力を得た (以下、同じ)。

⁹ 言語学からのこの認識論を検討するものとして、丸山圭三郎『ソシュールの思想』(岩波書店、1981年)、同『文化のフェティシズム』(勁草書房、1984年)、同『言葉とは何か』ちくま学芸文庫 (2008年、(初出は夏目書房、1994年))。

念：XもYも、その内部に存在するある法概念に、一つのコトバと一つの意味を与えている。①翻訳：XとYは、相互の法概念を、各自の言語に、あるいは、例えば英語等共通語となる第二言語を媒介にして、翻訳する。②同一の意味をもつ法概念の探索：他国の法概念のなかに、自国と同一の、あるいは類似の意味内容をもつものがないかをさがす。③法概念のコトバの対応：ある法概念の意味が、XとYとで同一であると考えられるとき、両者は同じ法概念であることを前提にして、XのコトバとYのコトバを対応させる。他方、XとYとの間に、同一の意味をもつ法概念が存在しないと考えられるときは、④XからYへ（あるいはその逆）の法概念の移植または造語：他方へコトバを直訳または意識して移植するか、または、新たに造語することとなる（図Ⅲ）。



以上の作業を通して、複数国間での法の比較においては、同一の「法概念」が発見され、あるいは、整備される。すなわち、法概念の同一化が行われる。

2. 法整備支援における法概念の同一化

法整備支援は、前述のように、比較法の一分野と解することもできる。法整備支援においては、常に、複数国間、すなわちレシピエント国とドナー国との間で、相互の法の参照・参酌や他国の法の移植が行われている。したがって、法の比較においてみられるような法概念の同一化は、法整備支援においても生じている¹⁰。

以下では、実際に行われている法整備支援を概観したうえで、法整備支援を通して人材が育つ／人材を育てるという観点からこれら法整備支援の意味を検討し、最後に、実際に行われている法整備支援について、これを五つの指標を用いて横断的に捉えなおすことを通して、法整備支援においては法概念の同一化がどのように行われるのか、そこでは何が要請されるのかを考察する。

(1) 政府関係機関および教育研究機関等による法整備支援とその概要

法整備支援とは、概要、レシピエント諸国に対して、それらの国々が進める法制度の整

¹⁰ 日本は、近年においては、自国の法を整備する際に、他国からの直接の支援を受けることはほぼない。しかし、法律の起草過程で、他国法と自国法との比較研究は行っている。例えば、行政事件訴訟法改正時には、日本の行政法研究者らが、ドイツ、フランス、アメリカ、イギリスの行政訴訟制度を調査・比較検討し、これら比較を踏まえたうえで、日本の行訴法制度をどのように改正すべきかの検討が行われた。司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会（平成14年 - 平成16年）<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisoyou.html>（最終確認日2016年9月4日。以下同じ。）

また、独占禁止法改正時も、同様であった。独占禁止法基本問題懇談会（平成17年7月 - 平成19年6月）<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/index>。

備を支援すること」を指し、以下三つの基本的要素をもっている。すなわち、①法令の起草支援、②法令の運用支援、③人材育成支援である¹¹。

日本政府関係機関による法整備支援は、主として、法務省法務総合研究所国際協力部（以下「法務省」という。）、および、独立行政法人国際協力機構（以下「JICA」という。）によって担われている¹²。また、教育研究機関による法整備支援としては、例えば、名古屋大学の活動が挙げられる。名古屋大学が自らのプロジェクトとして行っている法整備支援は、名古屋大学が支援対象国に設置する、日本法センターおよびアジアサテライトキャンパス学院という二つの機関によるそれぞれの活動がある¹³。

法務省／JICA／名古屋大学日本法センター／名古屋大学アジアサテライトキャンパス学院がそれぞれ行う法整備支援は、ほぼ同一の目標を掲げている。すなわち、レシピエント国において、法的思考や技術を習得し、自立的に法の起草やその運用を行うことができる人材を育成し、もって、レシピエント国自身による法令の起草および運用の確立と改善をめざす、というものである。しかし、その内容は異なっている。以下では、まず、これ

¹¹ 法務省国際協力部による整理は以下の通りである。「国際協力部が行う法制度整備支援とは、開発途上国や市場経済への移行を進める国などに対して、それらの国々が進める法制度の整備を支援することです。①基本法令の起草支援、②制定された法令を運用する司法関係機関の制度整備支援、③法曹実務家等の人材育成支援、の3つが基本的な柱です」。http://www.moj.go.jp/housouken/housou_ita_ita.html。

独立行政法人国際協力機構（JICA）の整理は、人材育成支援を土台として、その上に、法運用組織の機能強化支援、ルールの整備支援、リーガル・エンパワーメント支援という3つの柱を立てている。[http://gweb.jica.go.jp/km/FSubject0401.nsf/3b8a2d403517ae4549256f2d002e1dcc/172563f227bf87c449257bc60010b4bb/\\$FILE/E%20E6%B3%95%E6%95%B4%E5%82%99%E6%94%AF%E6%8F%B4%E3%83%91%E3%83%B3%E3%83%95%E3%83%A3%E3%83%83%E3%83%88%282013%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E7%89%88%EF%BC%89.pdf](http://gweb.jica.go.jp/km/FSubject0401.nsf/3b8a2d403517ae4549256f2d002e1dcc/172563f227bf87c449257bc60010b4bb/$FILE/E%20E6%B3%95%E6%95%B4%E5%82%99%E6%94%AF%E6%8F%B4%E3%83%91%E3%83%B3%E3%83%95%E3%83%A3%E3%83%83%E3%83%88%282013%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E7%89%88%EF%BC%89.pdf)。

また、法学研究者らは以下のように述べる。「法整備支援は、法曹養成、法学教育を含む人材養成という課題を包含しており、したがって法学教育論の一つの中核的内容としてもつことになる」。鮎京正訓『法整備支援とは何か』（名古屋大学出版、2011年）89頁。「法整備支援の戦略目標は、個々の法整備支援プロジェクトごとに具体的に確認・決定されるべきものであるが、その際にも、より上位目標の連鎖を可能な限り上流へ辿る作業を試みることは有意義である。この上流への連鎖は、最終的には開発の究極目標まで通じるが、その間にある目標として……目指すべきは、……『法のユビキタス世界』へ向けての国内法の整備である。それは……法令の体系的整備、司法組織の整備とその担い手人材たる法曹養成、法学教育、一般市民への法知識の普及、その他の法的サービスの提供等の正義アクセスの改善までも含むものである」。松尾弘『開発法学の基礎理論』（勁草書房、2012年）186 - 187頁。

法学研究者の法整備支援論は、法務省・JICAのそれと比べると、法曹養成、法学教育（学部・修士課程）、一般市民への法知識の普及といった、法学教育支援による人材育成にもその視野を広げた議論を行っている。ただ、ここでの法学研究者の関心は、司法に携わる実務家養成支援と法学学部・大学院修士課程学生に対する教育支援にある。この点で、本稿が注目するような、大学院博士課程学生、将来国家中枢人材となることを望望された若手公務員・法曹、そして、将来の法学を担うことを期待された大学教員に対する法理論研究支援による法整備支援・協力については、なおその関心事とはなっていない。

なお、法整備支援という用語について、法務省は、「法整備支援」ではなく「法制度整備支援」という文言を用いている。政府関係機関で作成した、「法制度整備支援の基本方針（改訂）」（後掲注（21）参照。）も同様である。一方、JICAや法学研究者らは、「法整備支援」という文言を用いている。本稿では、便宜上、「法整備支援」という文言に統一することとする。

¹² 法務省による法整備支援は、法務総合研究所国際協力部（International Cooperation Department : ICD）のホームページを参照。http://www.moj.go.jp/housouken/housou_icd.html。その活動内容は、国際協力部報「ICD NEWS」に詳しい。http://www.moj.go.jp/housouken/housouken05_00067.html。

JICAによる法整備支援は、JICAナレッジサイト「ガバナンス」を参照。<http://gweb.jica.go.jp/km/FSubject0401.nsf/NavSubjTop?OpenNavigator>。より詳細な活動内容は、JICAナレッジサイト「産業開発・公共政策部ガバナンスグループ法・司法チーム」を参照。<http://gweb.jica.go.jp/km/FSubject0401.nsf/3b8a2d403517ae4549256f2d002e1dcc/82defb180cfaf65d49257bc5002cef9f?OpenDocument>。

¹³ 弁護士会も、法整備支援を行っている。その詳細は日本弁護士連合会国際交流委員会のホームページを参照。<http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/interchange.html>。

らの機関が行っている法整備支援の特徴を述べる¹⁴。

(a) 法務省・JICA による法整備支援

法務省および JICA は、レシピエント国の現地 JICA 事務所等を主たる拠点として、当該レシピエント国の法曹実務家を対象に、実務能力の確立・向上、プラクティカルな法思考の習得を目的として、法令の起草または運用等に関する支援を行っている。この支援は、現地語・日本語間の直接の翻訳を通じて、または、英語等を媒介とした翻訳を通じて、行われている¹⁵。

(b) 名古屋大学日本法センターによる法整備支援

日本法センターは、日本ではなくレシピエント国（アジアの市場経済移行諸国）の現地大学に併設された当センターを拠点として、当該現地大学の法学部学部生を対象に、日本の大学院への進学を主たる目的として、日本語および日本法の基礎知識の習得をめざした支援を行っている。この支援は、当該学生にとっては外国語にあたる日本語を用いて行われている。

(c) 名古屋大学アジアサテライトキャンパス学院による法整備支援

アジアサテライトキャンパス学院は、レシピエント国（アジアの市場経済移行諸国）現地にある名古屋大学アジアサテライト拠点と本学本邦キャンパスとの連携を通じて、当該レシピエント国の将来を嘱望されている政府職員や法曹実務家を対象に、彼らが現地で現職を維持したまま名古屋大学法学研究科大学院生として研究し博士の学位（比較法）を取得することを目的として、現地法と日本法等との比較法研究を行うことを支援している。この支援は、現地語でも日本語でもなく、両者にとって外国語にあたる英語を用いて行われている。

(2) 法整備支援の意味：研修／教育／研究

上述の三つの機関による法整備支援について、これを取りわけ人材育成という観点からみると、それぞれが有する意味は異なっている。以下では、法整備支援を行う主体とその対象に着目して、それぞれの機関が行う法整備支援の意味を検討する。

(a) 支援を行う主体

法務省・JICA は、（広義の）政府機関である。政府機関は、まさに日本の法をつくり、

¹⁴ 法務省による法整備支援と JICA による法整備支援とは、そのミッションに若干の違いがある。したがって、法務省と JICA とは、相互に協力しながら法整備支援を実施する機会が多いが、それぞれが単独で行う事業もある。しかし、本稿はその関心が人材育成という視点からみることにあたるため、これらを日本政府関係機関による法整備支援として一つのものとして扱うこととし、「法務省/JICA」による法整備支援と表記する。

¹⁵ 法務省・JICA は、レシピエント国の基本法（民事および刑事）、経済関連法、司法制度関連法等々多岐にわたる法領域に係る法整備支援を行っている。詳細は、前掲注（12）を参照。

筆者が専門とする行政法に関して、法務省・JICA が行った法整備支援には、ウズベキスタンにおける行政手続法支援（市橋克哉「ウズベキスタンにおける行政法改革」名古屋大法政論集 225 号（2008 年）321 頁以下）、中国における行政訴訟法、行政復議法、および 2016 年度から実施予定の行政手続法の支援、ベトナムにおける国家賠償法および法規範文書発行人法の支援等がある。なお、2016 年度から総務省も、カンボジア等 ASEAN 諸国に対する行政通則法支援を始めている（田中良弘「カンボジア行政法の現状と課題」季刊行政管理研究 154 号（2016 年）49 頁以下）。

これを運用する実務の現場である。ここで要請されるのは、眼前の「具体的な職場の状況に応じて使われる一連の知識や技能〔職場技能〕」¹⁶である。このような技能を習得するための支援は、立法技術を有する者や法曹実務家によって可能となる。法曹実務家等は、実務の現場で「経験的に蓄積されている暗黙の知識体験の中で育成された職場技能」¹⁷を有しているのである。そして、この職場技能は、「研修」を通じて伝達される¹⁸。

他方、日本法センターは、大学の学部教育機関である。ここは、既に制定され運用されている日本法について、その国の現地法との比較を通してこれを基礎から学ぶ現場である。ここでは、日本法における「理論的、体系的知識（および、それら）の基盤となる一連の知識や態度、考え方などの基礎的な能力〔基礎能力〕」（丸括弧内、筆者）¹⁹の習得がめざされている。この能力は、一定程度の時間をかけた「教育」を通じて習得される。

また、アジアサテライトキャンパス学院は、大学院である。ここは、既に制定し運用されている現地法について、これを理論と実務の両面において比較し分析する現場である。ここでは、既存の法（現地法）を前提としながらも、法の比較を通じて、その所与性を疑い、すなわち「それまでの命題を批判的に検討し、新しい枠組みを提案する普遍性」²⁰を身につけることがめざされている。これは、やはり一定程度の時間をかけた「研究」を通じて可能となる。

このように、それぞれの場が果たす役割、あるいは期待される役割は異なっている。

さらに、上述の法整備支援を行う主体を、それが政府機関か大学という教育研究機関かという視点でみると、政府と大学が果たす機能・期待される機能はまた異なってくる。政府の公式文書によると、政府関係機関は国益に資することをその第一の使命としている²¹。したがって、法務省・JICAによる法整備支援は、日本政府が考える国益を最大化するために行われている側面がある。他方、「大学は、人類の知的遺産の『蓄積・伝達・創造』を行うことが基本的な役割である（天野、2008）。人類が蓄積してきた文化遺産は、『学問』という知識形態で蓄積され、伝達され、創造されている」²²。大学は、その教育・研究活動について、政府の直接の支配下にはない。さらに踏み込んでいうならば、大学は、本来、政府の政策から自由であるはずである。大学は、政府の既存の政策を疑い、新しい政策を作

¹⁶ 磯田文雄「キー・コンペンテンシーと大学 『学問の場』基本堅持を」日経新聞（朝刊）2016年8月29日。

¹⁷ 同上。

¹⁸ ここでいう「研修」とは、日本の行政機関のなかで行われているもの、例えば、経験を積んだ検察官が若手検察官に対して行うものとは異なるものである。しかし、ここでは研修を、教育・研究との対比という観点から、より広い意味で用いることとする。なお、JICAは、その設置法で、この種の事業についてこれを「研修」と定めている（独立行政法人国際機構法第13条）。

¹⁹ 磯田・前掲注（16）参照。

²⁰ 同上。

²¹ 法制度整備支援に関する基本方針（改訂版）平成25年5月

http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/bunya/governance/hoshin_1305.html。しかし、実際に法整備支援に携わる法律家、実務家は、必ずしも、日本の国益に資することが第一の使命であると考えているわけではない。

²² 磯田文雄『教育行政 分かち合う共同体をめざして』（ミネルヴァ書房、2014年）340頁。

ることができる人材を育てることができる。

(b) 支援の対象

支援対象者についてみると、法務省・JICAのそれは、主としてレシピエント国の立法・行政・司法関係者である²³。すなわち、ここでの支援対象者は、能力の向上が必要であるとはいえ、既に現地法について相応の教育を受け、法令の制定および運用をその職務とする人々である。ここでの達成目標は、個別具体的な法整備を行うために必要な実務的な法の技術や知識の実装である。換言すれば、これは、「実務家研修」であると特徴づけることができる。

例えば、法務省・JICAは、2015年にカンボジアにおいて、10日間の日程で、司法大臣・司法省次官・国土管理都市計画建設省（国土省）次官・司法省職員・国土省職員・裁判官・書記官・登記官を対象に、「民法関連不動産登記共同省令及び民事訴訟法関連不動産登記共同省令についての現地セミナー」を行った²⁴。

日本法センターでの支援対象者は、大学学部教育を通じた「発達のプロセス」にある者である²⁵。彼らは、教員の援助・指導をえることによって、ダイナミックに発達する可能性を有している。彼らの将来の進路は未定であり、そのなかには法の専門家になることをめざす者もいるかもしれないが、しかし、彼らには様々な可能性が開かれている。この点で、日本法センターにおける日本語・日本法教育は、個別具体的な法整備を行うために必要なもっぱら実務的な法の技術や知識の実装だけが要求されているものではない。これは、「高等教育」と位置付けることができる。

アジアサテライトキャンパス学院における支援対象者は、既に政府の中核人材としての実務経験を有している。しかし他方で、博士学位論文を執筆するにあたっては、大学院生として、大学教員の援助・指導をえる。彼らは、既に成熟した機能を前提として、そのう

²³ 例えば、ベトナムにおける法務省・JICAの法整備支援対象者には、司法省や最高人民裁判所、最高人民検察院、ベトナム弁護士連合会などの法律実務家・司法関係職員があげられる。

²⁴ ICD NEWS 第64号（2015年）50頁。<http://www.moj.go.jp/content/000112984.pdf>。

この研修の内容は、民法関連共同省令の解説、登記訴訟の判決書主文、不動産強制執行に関する登記手続、不動産の民事保全処分に関する登記手続等といった、個別具体的な法制度に焦点が当てられている。

²⁵ ヴィゴツキーは、子どもの発達を「発達の最近接領域」という概念を用いて観察した。これは、子どもの発達を、「現在の発達水準」、すなわち、「すでに完結したある発達サイクルの結果として子どもに形成された精神機能」を用いて、「子どもが自分でできること」としてとらえるのではなく、「発達の最近接領域」、すなわち、「現在生成しつつある過程、成熟しはじめたばかりの、発達しはじめたばかりの過程」を観察し、「子どもが、大人の援助・指導のもとでできること」としてとらえるものである。

「知的発達のダイナミズム……にとっては、今日の知的発達水準ではなく、発達の最近接領域がより重要で影響力の多い、強力なモメントである……。……今日すでに成熟した機能というのは前提以上のものではなく、……より重要なのは、成熟しつつある機能である」。

したがって、「学校にとって重要なのは、子どもがすでに何を学んだのかではなくて、むしろ何を学ぶことができるのかであり、発達の最近接領域こそ、子どもがまだできないことを、指導や援助を受けたり、指示にしたがったり、協同のなかで習得するという意味で、子どもの可能性とはどんなものであるかを近似的に明らかにする」。ヴィゴツキー（土井捷三・神谷栄司訳）『「発達の最近接領域」の理論』（三学出版、2003年）15 - 19、61 - 69頁。

この観点にたつと、日本法センターにおいて日本語と日本法の教員による援助・指導をえることができる学生には、まさにヴィゴツキーがいうところの「発達の最近接領域」へと向かう可能性が開かれている。すなわち、日本法センターで学ばない学生と比べると、同じ大学の4年という学生生活のプロセスにおいて、法の知識と理解に関し、彼らには、これから何を学ぶのかという点で、ダイナミックな発達の可能性が開かれている。

えで、現在成熟しつつある機能を身に着けていくのである。彼らの論文執筆作業は、すぐに役立つ実務的な法の技術や知識の実装という面だけでなく、なぜ自国の法はこのような規定の仕方をしているのか、ある法制度と他の法制度の関係をどう理解するのかといった、よりクリティカルな思考をするための方法の取得もめざしているともいうことができる。この点で、これは、「研究」に属するものである（博士課程における実務的な比較法研究）。

以上、実際に行われている法整備支援は、その主体および対象を観察すると、「研修」（法務省・JICAによるもの）、「教育」（名古屋大学日本法センターによるもの）、そして「研究」（アジアサテライトキャンパス学院によるもの）のいずれかによる人材育成に力点をおいているということが出来る。換言すれば、支援対象が「発達のプロセス」のどの段階にあるかによって、そして、支援対象がどのような「能力」を身に着けようとしているのかによって、法整備支援は、研修、教育、研究という性格のいずれかを有することとなる。

(3) 法概念をあらわすコトバの同一化を観察する五つの指標

以下では、研修・教育・研究のいずれかによる人材育成分野の法整備支援について、これを五つの指標を用いて横断的に観察する。

(a) 時間：短期期的視座／長期的視座

研修か教育・研究かの違いは、法整備支援を、短期的視座をもって行うか、長期的視座をもって行うかという違いをもたらす。短期的視座の場合、法概念の同一化を行うプロセスにおいて、あるいは、同一化された法概念を用いる際には、即時の有用性を重視することとなる。他方、長期的視座の場合には、前述の「発達のプロセス（発達の最近接領域）」のなかで、法概念の同一化は、その歴史や制度配置における意味も含めて追究されることになる。

(b) 関心：現地法と日本法／日本語と日本法

研修型の法整備支援（法務省・JICAによるもの）において、支援対象者である法曹実務家等は、現地法の法概念と同一化する日本法の法概念に関心をもつ。その際の観点は、現地法にとって有用な法概念が、日本法のなかに存在するか否か、存在するとされた場合、その法概念をどのように参酌または移植するのかといった、よりプラクティカルな観点である。

研究型の法整備支援（アジアサテライトキャンパス学院によるもの）においても、支援対象者である法曹実務家兼大学院生は、現地法の法概念と同一化する日本法の法概念に関心をもつ。しかし、その際の観点は、これら二つの法概念の異同、意義、限界、歴史、今後の発展の在り方等といった、より理論的な観点である。

教育型の法整備支援（日本法センターによるもの）においては、支援対象者である学部学生は、日本語および日本法の法概念に関心をもつ。その際の観点は、日本法に関しては、

その法概念をいかに正確に理解するかという学習のための観点である。

法の起草支援を通じて、レシピエント国に先進的な法律が制定されると、従来、その国の現地法には存在しない法概念が、実際の法制度のなかに組み込まれることとなる。その際、上記のように、法整備支援を行う三者の関心はずれているが、当該法概念の実務的な意義は、例えば、法務省・JICAによる研修等の法運用支援を通じて、法曹実務家等に理解される。しかし、この新たに導入された法概念を、将来の人材を養成する現地法教育に組み込むこと、そして、その歴史的理論的な背景まで研究し、当該国にとっての意義まで深く追究することは、教育型および研究型の法整備支援にとって、現在のアクチュアルな目標となっている。

(c) 現地法の習得過程：既習／習得中

日本法センターで学ぶ学生のように、現地法か日本法のいずれかを既に学んでいるのではなく、二つの法を両方とも習得中であるときには特に、学生は、前述の「発達のプロセス（発達の最近接領域）」に置かれている。その場合、現地法の法概念を、日本法の法概念の理解で理解したり²⁶、あるいは日本法至上主義（またはその逆）になったりすることがある²⁷。このような場合に、どこで学生が法概念に関し、異なる理解（誤解を含む。）をするか等の分析は、法務省・JICAによる特定分野での支援よりも、大学（日本法センターまたはアジアサテライトキャンパス）における支援において、系統的で総合的な分析が可能となる。

翻訳を通じた支援、短期的な支援、特定分野の技術支援では見逃されがちなこの重要な誤りや誤解、異なる理解を教育・研究の過程で発見し分析することができるのは、大学が有する優位性である。この点で、日本法センターとアジアサテライトキャンパスは、法整備支援と比較法の実験校である。

(d) 使用言語：日本語（現地語）のみ／現地語および日本語／英語等の第二言語

使用言語は、日本語（または現地語）のみの使用、現地語・日本語の相互翻訳、英語等両者にとっての第二言語による媒介がある。相互のコミュニケーションという観点からは、単一の言語を用いることが最も、相互のずれを生じさせないだろう。他国の法、すなわちレシピエント国にとって日本法の法概念を日本語で理解すること、これは、より内在的に対象を理解するために最善の方策であると考えられる。したがって、使用言語という点で

²⁶ 例えば、以下のような事例が観察できる。

現地法は、現地語で「行政行為」というコトバを用いている。しかし、この現地語を日本語に翻訳する際に、学生は、日本に固有の実定法上のコトバである「行政処分」と翻訳することがある。しかし、現地法には、「行政処分」概念は存在しない。これは、日本語がよくでき、日本法をよく理解している学生であるがゆえにおかしがちな誤りである。この誤り、すなわち、現地語の行政行為が日本語の行政処分と翻訳されることは、日本の行政法研究者が、現地語の行政行為を日本実定法の行政処分として認識してしまう危険へとつながる。

²⁷ オーストラリア、日本等に留学経験のある、レシピエント国の若手研究者は、自国の歴史や現在の制度配置を考慮することなく、自らが当該国で学んだ制度をそのまま移植することを提言したり、自国にそれがないことを安易に批判したりする傾向がある。これは、かつて、日本において、「輸入法学」と批判された比較法学の問題と類似の問題である。

は、日本法センターの手法である、日本語による日本法教育が最も正確な法概念理解へとつながりうる。法務省・JICAは、日本語と現地語という二つの言語の相互翻訳を通じて支援を行っているが、二つの言語を用いた場合には、両者の内容を厳密に一致させることには困難を伴うといえよう²⁸。アジアサテライトキャンパス学院の場合、日本語ではなく、かつ現地語でもない英語を用いているというハンディは大きく、相互翻訳を通じた法務省・JICAの支援よりも不正確な法概念理解へとつながるおそれをもっている。

(e) 語彙：専門用語／一般語彙および専門用語

日本法センターによる法整備支援は、日本語学習経験のない学生に対して日本語を用いて行われている。したがって、当該支援の最も初期の段階では、日本語の一般語彙、文法、四技能を集中的に学ぶこととなる。その後、日本語学習のレベルが上がると、日本法の学習が日本語学習と並行して行われることとなる。このようなプログラムを念頭に、日本語学習で学ぶ一般語彙は、当初から、将来の法学学習で用いる専門用語を意識したものが選ばれている。このような、一般語彙から専門用語への接続、広義には一般日本語から専門日本語への接続こそが、日本法センターにおける日本語教育が従来から取り組んできた、最も注目すべき点である²⁹。

しかし、法概念は、一般語彙から専門用語への安直な「接続」を許さない。法概念は、それをあらわすコトバが日常の一般語彙と同じ綴りであったとしても、法の実務および法学において、固有の文脈において、固有の意味を与えられて用いられているのである（例えば、「処分」）³⁰。

このような、同じ綴りを用いられていながら、一般語彙と専門用語とが断絶するという現象は、一国内でも存在する。これが複数国間において法的議論をする場合には、異なる言語が介在することから、いっそう、一般語彙と専門用語の意味が断絶することになるだろう³¹。

²⁸ 例えば、条約の正文がフランス語および英語とされている場合、その条約の解釈はフランス語の場合と英語の場合とで、異なる内容を導くことがある。

²⁹ このような接続により、法的思考に密接に関連した日本語の修得が可能になるのではないかと考えられている。

³⁰ 「哲学者は、哲学のそとではまったく使われない抽象的述語を発明し、駆使する人間なのである」。「とはいえ、同じ哲学者も言語学的には日常言語と重なる哲学述語を駆使する（両者の綴りは同じである）」。「しかし、「哲学者が駆使する語は（固有の述語であれ日常言語に属していようと）、その意味を通常の用法よりむしろ、固有に哲学的な用法から引き出すのである。より正確に言えば、彼らは語に固有の哲学的意味を、それらが『働く』哲学的言説の文脈から引き出す」。「こうした述語については固有に哲学的な捉え方をしようと努めねばならない。すなわち、一つの哲学的思考のなかでそれらが他の述語に対して必然的にもっている関係によって課される意味に、それらの述語は解されねばならない」。ルイ・アルチュセール（市田良彦訳）『哲学においてマルクス主義者であること』（航思社、2016年）58 - 60頁。

また、ジョン・ギボンズ（鶴田知佳子訳）『法言語学入門 司法制度におけることば』（東京外国語大学出版会、2013年）71、84 - 86頁を参照。

³¹ したがって、日本法センターにおける日本語・日本法教育においては、同じ綴りであらわされるコトバについて、①一般語彙としての通常の用法および意味と、法学上の専門用語としての用法および意味とを、正確に区別し理解すること、②現地語・現地法教育における一般語彙と専門用語との関係をも正確に理解すること、さらに、③日本とレシピエント国とのコトバを安易に接続させないことも要請される。

法概念の同一化は、人材育成分野の法整備支援における研修、教育、研究のいずれの空間においても、絶えず生じている。しかし、上記五つの指標を用いて、様々な法整備支援を横断的に観察すると、法概念をあらわすコトバの同一化は、現実には、法整備に関わる多様な主体によって、様々な局面および段階で生じているという多様なありようがみてとれるのである。

3. 法解釈の道具としての法概念の確立に向けて

比較法の一領域ともいいうる法整備支援においても、法概念は、同一化される。

本稿で検討した法整備支援は、とくに人材育成支援という観点からみると、先に述べたように、プロジェクトごとに、研修、教育または研究といった性格を有している。そして、研修・教育・研究という性格の違いは、支援主体と支援対象の違いにとどまるだけではない。上述の五つの指標を用いて法整備支援を見直してみると、法整備支援は、これら指標をさまざまに組み合わせた手法で行われていることが明らかとなった。

そして、これらの手法はそれぞれ、法曹実務家や学生が成長・発達する一連の時間の流れのなかの、それぞれ異なる時点に焦点をあてる。法曹実務家や学生は、法や法概念の知識をえて、「既に知られている状況におけるスキル」に加え、「不確定な未来の状況で応用可能な、すなわち『転移可能』な能力」を身につけていく³²。

法の起草および運用（すなわち法整備）における転移可能な能力とは何か。それは、「法的思考の要をなす法解釈論」³³とあってよいだろう。法概念は、法解釈において、その道具として用いられるものである。法解釈の道具としての法概念は、法整備において必要とされている。このとき、法律家が、その発達の段階のどこにあるのかによって、法概念を用いた法解釈のあり方は異なる。したがって、法概念の同一化とその相違が、多極的・多層的な法整備支援のなかで、どこでどのように生じているかを比較することは重要である。

³² 磯田・前掲注(16)参照。

³³ 松本剛・JICAベトナム長期専門家(検事)「ベトナム法整備だより」JICA時事速報ベトナム便(2015年6月)
http://www.jica.go.jp/project/vietnam/032/materials/ku57pq00001z3o83-att/legislation_in_vietnam.pdf。また、松本検事は、ベトナムにおいて法解釈論を中心とする法学研究が発展していないこと、しかし、ベトナムの現在と十数年前とを比較すると、確かに、法制度も法曹実務家・学生の能力も、法解釈を促す方向に向かっていることが実感できる、とも述べている。

また、日本法センター(ベトナム・ハノイ)の日本法教員・弁護士の杉田昌平は、日本法講師の経験を通して、ベトナムの大学学部生および大学教員が、法解釈ではなく、法の条文を個別的に理解するにとどまること(例えば、法の条文それ自体のみの理解にとどまり、他の法の条文を参照したり、あるいは制度として個別の条文の意義を理解しようとしたりはしないこと、また、その関心は、法の存否および適用すべき典型例にとどまること)を指摘している(2016年2月)。

II. 複数国間における、法概念が有する意味の差異と接合

1. 法概念の意味のズレ：問題の所在

ある法概念が複数国間で同一の意味をもつものとして観念されたとき、我々は、その法概念をあらわすコトバを用いて法的な議論を始める。しかし、この議論の過程で我々は気が付き始める。「実際の法的議論の際、両者は形式的には同一の法概念をあらわすコトバを用いている。しかし、その内容からみると、それぞれ異なる『意味』をそのコトバに充填し用いている場合がある」³⁴。

ある法概念をあらわすコトバは、彼我の間で、どこで同じ意味を共有し、どこで異なる意味をもつのだろうか。どのような理由で、このような意味のズレは生じるのだろうか。それにより何がもたらされるのだろうか。

以下では、大陸法のヨーロッパおよび日本のみならず、近時、行政法整備支援対象国においても行政法のキー概念となっている「行政行為」概念を例に、この問題を検討する³⁵。

2. 法概念の生成の仕方による差異

(1) 「行政行為」概念と「行政決定」概念：メルクマールの類似性

日本の「行政行為」概念に類似の概念として、例えば、ベトナムには「行政決定」概念がある。ベトナムにおけるこの「行政決定」の定義は、以下のとおりである。すなわち、「行政機関および行政管轄権を有するその他の主体が定めるものであり、法令を適用して、個人および組織の法律上の義務および権利、ならびに、法律上の利益を生ぜしめるものであることから、国民の生活および企業の生産・運営活動に直接影響を及ぼす文書」である³⁶。

³⁴ この例は多くをあげることができる。例えば、「法令」という法概念は、日本では、「国会が制定する法律及び国の行政機関が制定する命令を合わせて呼ぶときに用いられる語」（有斐閣法律用語辞典〔第3版〕1282頁）を意味する。そして、法令が階層構造を有していることは「法令を扱う者にとっては『常識』である」が、ベトナムでは、異なる法令観を有していることについて、松本・前掲注（33）参照。

また、日本法センター（カンボジア）の日本法教員・弁護士の篠田陽一郎は、日本法講師の経験を通して、「『三権分立』について、日本では、立法、行政、司法のチェックアンドバランスだと学習しますが、フランス法系の国々では、立法、行政、司法のそれぞれの独立であり、チェックは他の機関（憲法院や司法官職高等評議会、行政裁判所など）が行う制度設計になっており、カンボジアでは学生がどのような意味で『三権分立』をつかっているのかかわからない」というコメントをしている（2016年2月）。

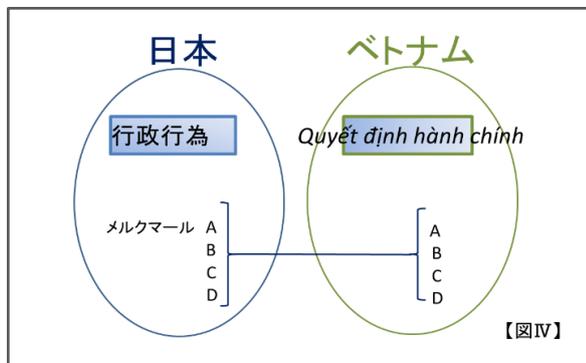
法概念の多義性については、日本国内でも、多く議論されている。例えば、「法の支配」という概念の多義性について、「特集『法の支配』の現代的位相」社会科学研究 56 巻 5・6 号（2005 年）所収論文参照。本稿は、国内における議論は、検討の対象としない。

³⁵ 周知のように、行政行為という概念には、その発祥の地であるフランスとドイツにおいても、それぞれ異なる内容が包含されている。すなわち、フランスの *acte administratif* には、個別的行為だけでなく一般的（規範的）行為も含まれている。他方、ドイツの *Verwaltungsakt* は、この概念をフランス行政法から借用したオットー・マイヤー以来一貫してフランスのそれよりも狭く、そこには、一般的（規範的）行為は含まれておらず、個別的行為のみが *Verwaltungsakt* である。Pascal Gonod “The Heritage of Otto Mayer: Actes Administratifs Unilateraux and Verwaltungsakte in Franco-German Comparison,” in THE MODEL RULES ON EU ADMINISTRATIVE PROCEDURES: ADJUDICATION 24 (Matthias Ruffert ed., 2016).

筆者は、2015年3月20日、ベトナム・ハノイ法科大学で開催された行政法セミナー「ベトナムにおける行政決定の策定に関する透明性及び責任制度を確保するための法的枠組みの構築—日本の経験を参考に」において報告の機会をえて、その際に、行政行為概念の意味のズレに気が付いた。この経験が本稿執筆のきっかけである。

³⁶ 前掲注（35）の行政法セミナーにて提出された資料（ベトナム語から日本語への翻訳資料）による。

日本の行政行為概念の定義と、ベトナムの行政決定概念の定義とは、内容上、類似している。先に述べたように、日本の行政行為概念も、行政決定概念と同様、社会現象からその一部を取り出す際のメルクマールを少なくとも四つ有しているからである³⁷。すなわち、①その決定主体が、行政機関および行政管轄権を有するその他の主体であること、②法令の適用行為であること、③個人および組織の権利・法律上の利益を設定する行為であること、および、④それらに直接的に影響を及ぼす行為であること、である（図IV）。



しかし、この法概念を用いて議論を行う場面になると、日本の行政法研究者とベトナムの行政法研究者とでは、念頭におく行政行為の典型例が異なっていることに、しばらくして気が付くことになる。

(2) 行政行為の典型例の差異

ベトナム、それだけでなく、モンゴル、中国、ウズベキスタン等、ソビエト法の影響を受けた国々は、常に、行政行為の典型例として、行政処罰賦科決定をあげる。これは、行政上の義務違反に対し、行政機関が、義務者に対して科す、戒告、過料、没収、特別の権利の剥奪等である。したがって、これらの国においては、行政行為をめぐる紛争（行政事件）の典型例としても、行政処罰賦科決定事件が第一にあげられるのである。行政処罰は、日本の行政法学においては、「行政上の秩序罰」にあたる。行政上の秩序罰とは、過去に行われた行政上の義務違反に対して、統治権に基づいて制裁として科される、刑法に刑名の定めのない罰である。

しかし、日本における行政上の秩序罰賦課決定は、地方自治法上のそれを除くと、ベトナムとは異なり、行政行為ではない³⁸。ベトナムの行政処罰賦課決定事案に類似する日本の例は、道路交通法違反、食品衛生法違反等の事例であり、これらは日本では行政上の秩序罰ではなく刑事罰である。

³⁷ 2015年11月制定のベトナムの改正行政訴訟法における行政行為の定義は、同法3条1項を参照。

なお、ベトナムの「行政決定」概念のメルクマールに、「文書」であることがあげられている点は、日本の「行政行為」概念のそれとは異なる。日本の行政行為は、文書によるものに限られず、口頭によるものも含まれる。行政決定を、行政の行為形式のひとつとして捉えるのではなく、「文書」という形式において捉えるのは、administrative act という法概念の act を、ソビエト法の影響のもとで翻訳したことが原因である。ロシア語の法律用語 акт には、法的効果の発生を目的とする行為という意味のほか、法的意義をもつ文書という意味がある。稲子恒夫『政治法律ロシア語辞典』（ナウカ、1992年）10頁。

³⁸ 中国、モンゴルも、行政行為概念を有しており、かつ、同様の定義を行っている。中華人民行政訴訟法（2014年改正）2条、モンゴル行政訴訟法（2002年制定）3条1項4号参照。

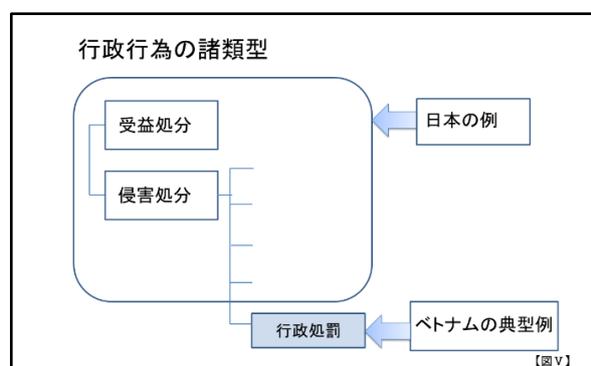
³⁹ 行政手続によって科され、行政処分として位置付けられ、取消訴訟で争われるものは、地方自治法 255 条の 3 条 3 項が定める地方公共団体の長が科す過料である。地方自治法 15 条 2 項、159 条 2 項・228 条 2 項も参照。

日本の行政上の秩序罰という概念は、「もともと、届出、通知、登記、登録等の義務を懈怠した場合のように、それ自体直接的に行政目的を侵害するわけではないが、ただ、間接的に行政上の秩序に障害を及ぼす危険があるような場合がある、ということをも前提として、これらの、いわば比較的軽微な行政法上の義務違反に対しては、正規の行政刑罰を科するまでもなく、簡易な制裁手段としての過料を科すれば足りる、という考えから、学説上作り出されて来た概念である。……過料は、刑法に刑名のある刑罰ではないから、刑法総則の適用は一般にないものとされ、また、その手続も行政刑罰の場合のように刑事訴訟法によるのではなく、法令の別段の定めがない限り、非訟事件手続法 119 条以下の定めるところにより行われるものとされる」³⁹。

では、日本における行政行為の典型例とは何かについて、これには、即座に応えることができない。日本の行政法学は、前述のように、種々雑多な行政諸活動のなかに、共通する行為形式（例えば、行政行為。）を見出すことを通じて生成発展してきた。これは、分類学的手法を用いたともいえる。そして、行政行為の典型例をあげるにあたっては、行政行為を分類する際の分類基準によって、その典型例は異なってくる。

行政行為の機能の観点から述べれば、行政行為は、命令行為、形成行為および確定行為に分類することができる。命令行為とは、私人に対し、作為、不作為を命ずるものであり、例えば、違法建築物の除去命令がある。形成行為とは、私人に対し、法的地位を設定するものであり、例えば、運転免許がある。確定行為とは、法律関係を確定させる行為であり、例えば、租税の更正処分がある。この分類において、地方自治法で行政処分として位置付けられる過料（行政上の秩序罰）は、命令行為に含まれることになるが、典型例としてあげられるものではない⁴⁰。

また、行政行為を、相手方私人に対する法効果の観点から述べれば、受益処分と侵害処分に分類することができる。受益処分の典型例としては、運転免許、営業の免許、補助金交付決定等があげられ、侵害処分の典型例としては、違法建築物除却命令、税金の更正処分等があげられる⁴¹。そして、これら典型例とは別に、侵害処分には、行政上の義務を履行するための措置や、過去に行われた行政上の義務違反に対する制裁の一部についても含まれる場合があるのである。この分類においては、地方自治法で行政処分として位置付けられる行政上の秩序罰は、確かに、侵害処分に含まれることになる。しか



³⁹ 藤田・前掲注 (6) 280 - 281 頁。

⁴⁰ 塩野・前掲注 (6) 132 頁。

⁴¹ 塩野・同上 128 頁。

し、日本では、侵害処分は多様であり、この点でも、行政上の秩序罰はその典型例ではない。そのうえ、行政行為には、侵害処分だけではなく、多種多様な受益処分も多い。

すなわち、日本において、行政上の秩序罰は、数ある行政行為のうちの一つにすぎないものであり、かつ、きわめて例外的なものとして理解されているのである。したがって、日本の行政法研究者は、行政処罰賦課決定という例をあげられると、非常に限られた行為をイメージすることになる。他方、日本とは全く異なり、ベトナムは、行政決定という、まず、行政処罰賦課決定という行政の活動があげられるのである（図V）。

(3) 意味の差異が生ずる理由

なぜ、ベトナムでは、行政行為を、日本からみれば限られたイメージでとらえているのだろうか。

それは、行政法が生成し発展してきた歴史が異なっているからである。行政法は、刑法や民法よりも後から生まれてきた法である。したがって、行政法は、これらの法との区別化を図りながら、生成し発展した。

刑法との区別化を図ったのが、ソビエトなど社会主義国の行政法であった。ここでは、「刑罰」と「行政（による）処罰」を対比させ、両者がいかに異なるか、という議論をしながら、「行政行為」概念をつくってきた⁴²。そして、ベトナムの「行政決定」概念は、ソビエト行政法から移植された法概念である。これに対し、民法との区別化を図ったのは、フランス、旧西ドイツ、日本等、資本主義国の行政法である。こちらは、「民事上の法律行為」と「行政による法行為」とを対比させながら、「行政行為」概念をつくってきた⁴³。ベトナムも日本も、大陸法系に属する国である。しかし、同じ大陸法系諸国であっても、行政法が生成し発展してきた歴史は異なっている。この違いが、同じ「行政行為」概念を語りながら、両者が念頭におく典型例の違いを導くこととなったのである。

では、行政行為という法概念を用いる際に、暗黙裡に念頭においている典型例の違いは、何を意味するのだろうか。

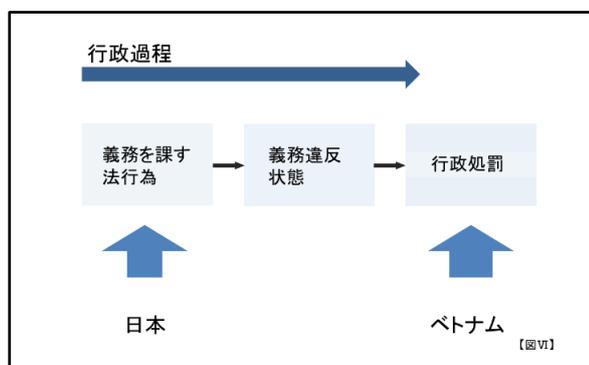
ベトナムが、そしてソビエト行政法を継受した国々が、行政行為の典型例として念頭におく行政処罰賦課決定は、行政の活動を時間軸でみたとき、行政過程の最終局面において行われるものである。これに対して、日本の行政行為の例として前述したもの（違法建築物の除去命令、運転免許、租税の更正処分等々）は、行政過程において、行政行為の名宛人の権利利益に影響を及ぼす個別具体的な法適用の局面において行われるものである。これら行政行為は、対私人の権利利益との関係で、行政過程を個別具体的に起動させる

⁴² 市橋克哉「旧ソ連およびロシアにおける行政処罰法制」藤田勇・杉浦一孝編『体制変換期のロシアの法改革』（法律文化社、1998年）243頁以下。ゼレンツォフ・アレクサンドル・ヴォリソヴィチ（市橋克哉訳）「行政法理論におけるパラダイム転換の前提としての連邦行政裁判手続法典」行政法と手続11号（2015年）22-37頁。

⁴³ 前掲注（6）参照。

「法行為」なのである。

ベトナムの行政決定概念の定義だけを見るならば、形式においては、行政決定とは、「権利・義務の設定行為」（行政決定のメルクマール③）をいうと定義している。しかし、実際には、義務を課したり権利を設定したりする法行為には注目していない。実際に注目しているのは、義務を課した後、それを履行しない義務違反状態の段階に至り、そこに制裁を科す局面である。したがって、行政行為という法概念を用いる際に、暗黙裡に念頭に置く典型例の違いは、行政過程のなかのどこに行政行為を見出すかの違いにもつながる（図VI）。



では、この典型例と行政過程のどこに注目するかの差異は、何を意味するのか。

ベトナムの行政処罰賦課決定は、前述のように、「過去」に行われた行政上の義務違反に対して、罰として科されるものである。しかし、その一方で、行政処罰という制度の存在は、私人が自らに課された行政上の義務を実際に履行するという、「未来」に向けた間接的な効果をもたらす。義務を履行しなかったとき、罰が科されることが予想されるからである。その意味で、行政処罰は、日本では、学問上、「行政強制」と称され、行政の実効性を確保するための制度と解されている。ベトナムが行政決定の典型例として、行政強制である行政処罰賦課決定をあげるということ、そして、行政過程のエンフォースメントの局面に注目するということは、ベトナムの行政法が、国民（私人）の権利利益の保障（救済）ではなく、行政の客観法秩序の維持を重視していることを意味する。なぜなら、行政処罰賦課決定は行政の実効性確保に資するものであり、この行政の実効性確保とは、行政の適法性が保障されること、換言すれば、行政の客観法秩序が維持されることを目的とするからである。

法概念が示す法現象の典型例や法現象がたどる過程において生ずる差異は、このように、法概念が生成し発展する経緯、そして、法概念がそのなかにおかれている「法制度」がどのような体系と目的をもっているのかが異なることに起因するのである。

3. 法概念が置かれた文脈、法概念の意味の接合

前述のように、ある法概念、それをあらわすコトバ、およびその意味は、1対1対1で対応している。本稿で検討している「行政行為」という法概念は、「ぎょうせいこうい」というコトバと、「四つの要素（メルクマール）を有しており、その四要素を満たすとき、行

行政行為の違法は（民事訴訟ではなく）行政訴訟という特別の裁判手続で争うという結論を導く」という意味を有する。これは、日本の行政行為概念もベトナムの行政決定概念も同じであった。コトバと意味は、両者の間で接合している。

しかし、行政行為という法概念を用いて、日本とベトナムとで議論を行うとき、先に述べたように、それぞれが暗黙裡に念頭においている具体例や、そのコトバを用いることで解決しようとする法的問題は異なっている。「行政行為」概念を用いながら、日本は、権利義務を設定する法行為を念頭におき、そして、行政行為の違法を争うときには、相手方私人の権利利益の保護、すなわち相手方私人の救済を重視している。他方、ベトナムは、「行政行為」概念と類似の「行政決定」概念を用いながら、行政処罰という行政の実効性確保を目的とした行為を念頭におき、そして、行政行為の違法を争うときには、行政法が予定する秩序の維持、すなわち客観法秩序を重視している。

このような現象をみたとき、我々は、その国が、「どのような経緯で法を形成してきたのか」、「何を目的として法概念をつくったのか」、「その法概念を用いて、何を解決しようとしているのか」等々によって、法概念の意味が異なることに気づかされる。「法概念」を用いて、社会現象のなかからその一部を切り出し、そこに法的に共通の意味を見い出そう（抽象化しよう）とするときに、この切り出されたものが、両者の間で異なるのである⁴⁴。

特定のコトバによってあらわされ、特定の意味を与えられている法概念は、いわば、「断片」、「情報の単位」である。これら断片、単位としての法概念は、その国が有する歴史・経済・政治・思想・文化等、その国固有の、自律的な「文脈」のなかに埋め込まれている。特定の文脈におかれたとき初めて、特定のコトバと意味を有する法概念が「それが本当には何を意味しているのか」が決まる。法理論の構築や実務で用いられる法概念は、コトバの対応と意味の確定だけでなく、文脈をたどることではじめてその意義が明らかになる。

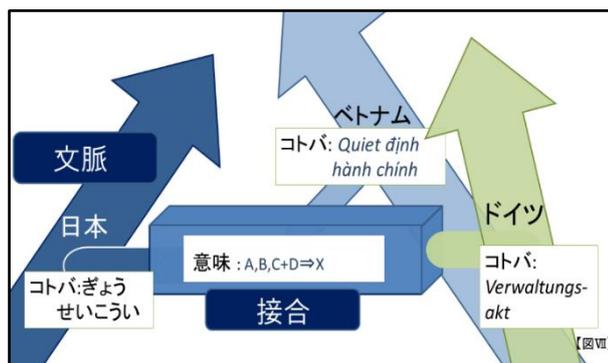
44

| | | | | | | | |
|----------|----------|--------|--------|----------|--------|-----|---|
| 日本語 | 紫 | 藍 | 青 | 緑 | 黄 | 橙 | 赤 |
| English | purple | blue | green | yellow | orange | red | |
| chiShona | cips'uka | citema | cicena | cips'uka | | | |
| Basaa | hui | | ziza | | | | |

上の図は、丸山・前掲注(9)『言葉とは何か』75頁掲載のものを修正。また、ギボンズ・前掲注(30)71-72頁も参照。

法概念を含め、広く法規範の移植についてはあるが、エールリッヒは、次のように述べている「同一の法規でも、異なった社会においてはそれぞれ全く異なった意味を有することになる……。19世紀の間に、イギリス、フランス、ベルギーといった国々の憲法とか訴訟法とかが、そのままの形で別の国に移植されたけれども、後になって、そうした制定法は常にその本国におけるのとは全く別の効果をそこで及ぼした……。……（例えば）一般裁判所条例という同じ制定法から、オーストリアでは調書に基づく間接的訴訟手続が、オランダでは口頭による直接的訴訟手続が生じて来たのである。つまり、両者の相違は制定法にはなく、民族のあり方、なにかんずく、裁判官や弁護士のある方に存したのである」（括弧内、筆者）。E. エールリッヒ（河上倫逸、M. フーブリフト訳）『法社会学の基礎理論』（みすず書房、1984年）357-358頁。

法の起草と解釈に関する原則として、「noscitur sociis（列挙されたものと同種）」という原則がある。これは、「テキストの意味と個々の単語の意味の相互作用」について、「単語はそれが使われるテキスト上のコンテキストに従って解釈されなければならない」⁴⁵という認識を示すものである（図VII）。



法の相互参照とその整備の協働においては、相互が暗黙裡に有する、それぞれの歴史・経済・政治・思想・文化等のなかで形成されている、通時的かつ共時的文脈を理解すること、これによって初めて、同一の法概念を継受しても、その実際の運用により異なる意味をもつようになることが理解できるのである。

おわりに

法務省・JICAによる法整備支援を行った専門家は、以下のようなコメントを残している。「ベトナムの司法制度において、国家権力が国会に集中しており、三権分立の概念はなく、各国家機関への権限分配にすぎないことや、政府と SPC（Supreme People's Court. 最高人民裁判所）と SPP（Supreme People's Procuracy. 最高人民検察院）が国会の下で同列に位置づけられていること、ベトナムの検察においては裁判所を監督する機能を有していることなどは、これまでに考えたこともなかった形態であり、特に、裁判所に、法律の解釈権限がなく、法律の解釈権限が国会にあるという点については、私は、これまで、事実認定と法律の解釈適用が司法の中核的要素であり、これらの能力を有しているからこそその法律家であると認識していたため、非常に驚いた」（括弧内は筆者）⁴⁶。

日本においては、法概念は、これまで述べてきたように、法解釈の道具として用いられている。しかし、ベトナムでは、法曹実務家は（裁判官であってさえも）、法を解釈することはしない。ベトナムにおける裁判官は、法の、しかも実定法の執行を行うのみである。このような国にあっては、法概念が期待されている特定の法解釈の道具（行政行為であれば、行政訴訟で争うことができる対象となること等）という役割を果たすためには、法概念の実定法化、さらには法典化という途をたどることになる。

例えば行政訴訟が列記主義の下にあった時代には、個別具体的に列記された事件のみが裁判所に出訴できた。例えば、ウズベキスタン・ブハラ経済裁判所では以下のような事例

⁴⁵ ギボンズ・前掲注 (30) 89 - 90 頁。

⁴⁶ 間野明・法務省大臣官房民事訟務課付検事「国際協力人材育成研修を終えて」ICD NEWS 第46号（2011年3月）155頁以下。

があった⁴⁷。行政訴訟法は、訴訟の対象を列記している。その列記事項の一つとして、法人登記の申請拒否があがっている。法人登記を取り消されたものが出訴した事件について、裁判所は、法人登記の取消しが列記されていないことを理由に事件を却下したのであった。

これは、行政行為という法概念が実定化されていないこと、そして、間野検事が指摘するように、裁判官は法解釈を行うことができずもっぱら法規の個別具体的な文言をその言葉通り適用することを求められてきたという、ソビエト法の影響をなお強く受けているこれらの国の歴史と現状を象徴的に表す事例である。

こうした状況にある諸国においても、法概念は確かに存在する。しかし、それは、法解釈の道具としての概念ではなく、もっぱら分類整理のため、すなわち実践を伴わない認識の思考経済上便利なものとしての意味しかもたないものであった。

しかし、現在、これらの国では、ドナー国の協力を得て、行政法の法典化が急速に進んでいる。本稿が取り上げた行政行為という法概念も、それぞれの国の歴史と現状を反映した定義や典型例の違いがあるとはいえ、各種の行政通則法のなかに実定化され始めている。ここによりやく、これまで裁判官による法解釈を否定してきたこれらの国においても、抽象的で一般的な行政行為という法概念から演繹的に、個別具体的な行為がこの行政行為に当たるか否かを判定し、行政行為に当たる場合には、例えば取消訴訟の出訴を認めるという結論を導き出すという思考（法概念を用いた三段論法）、いわゆる概念法学としての法解釈学が生まれようとしているのである。これらの国において、概念法学とはいえ法解釈学が登場しつつあることは、裁判官が法規の文言通りの法適用しかなしえないという枠内にあっても、当該文言が個別具体的なそれから一般的抽象的な法概念をあらわす文言へと変化しつつあることを示す。裁判官による法概念の具体化という思考作業のなかに、法適用から法解釈へと進化する確かな徴候を見出すことができるのである。ここに、我々にも、法整備支援によって、これらの諸国において法解釈学が誕生しつつあることを促すことが期待されている。

*本稿は、科学研究費基盤研究(B)「行政法の法典化と比較行政法の課題」(16H03542)の成果の一つである。

⁴⁷ ネマトフ・ジュラベク「ウズベキスタンにおける行政裁判制度の法的諸問題 旧ソ連における行政に対する司法審査との比較研究」博士学位請求論文(名古屋大学・法学)(2013年)、名古屋大学リポジトリ 103 - 104 頁。