

# Nagoya University

# Asian Law Bulletin

Vol. 1  
2016.6

## 巻頭言

鮎京 正訓 ALB の刊行に寄せて.....iv

## 特集：東アジア「統合」の時代における基本的諸価値の憲法的保障と法のハーモナイゼーション

### 論説

小畑 郁 グローバル化のなかの東アジア地域憲法秩序化への展望と課題.....2

Schnutz Rudolf Dürr The Venice Commission's Involvement in the Establishment of a Human Rights Protection System in Asia — (Variable) Geography and other relevant issues.....17

Kookhee LIM Constitutional Court of Korea and its Contribution to Asian Network of Constitutional Justice.....48

## 個別論題

### 研究ノート

傘谷 祐之 植民地期カンボジアにおける大臣の称号・職名  
— 大臣会議の構成員を規定する王令を中心に .....58

KUONG Teilee Development of Legal Norms on Marriage and Divorce in Cambodia  
— The Civil Code Between Foreign Inputs and Local Growth .....69

宮島 良子 日本法教育研究センターで学ぶ学生たちのライティングをどう評価するか  
— 法学講師の評価プロトコルから見えてくるもの .....82

新地 真之 インドネシア改正著作権法とその課題.....95

Nagoya University Asian Law Bulletin Vol.1

Editors ♦ SADAKATA Mamoru (Chief) ♦ OBATA Kaoru  
KOKUBUN Noriko ♦ KUONG Teilee

Assistant Editor ♦ SONE Kanako

Cover Design ♦ KASAYA Yushi

Publisher ♦ Center for Asian Legal Exchange, Nagoya University (CALE)  
Furo-cho, Chikusa-ku, Nagoya, 464-8601, Japan  
TEL : +81(0)52-789-2325 FAX : +81(0)52-789-4902  
E-mail : [cale-publication@law.nagoya-u.ac.jp](mailto:cale-publication@law.nagoya-u.ac.jp)  
URL : <http://cale.law.nagoya-u.ac.jp>

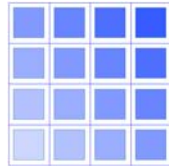
Date of Issue ♦ June 1, 2016

ISSN ♦ 2188 – 1952

Nagoya University  
**Asian Law Bulletin**



Vol.1, June 2016



Center for Asian Legal Exchange  
Nagoya University



# Nagoya University Asian Law Bulletin

## 創刊号

### ◆◆◆ 目次 ◆◆◆

#### ■ 巻頭言

鮎京 正訓 ALB の刊行に寄せて.....iv

#### ■ 特集 : 東アジア「統合」の時代における基本的諸価値の憲法的保障と法のハーモナイゼーション

##### 論説

小畑 郁 グローバル化のなかの東アジア地域憲法秩序化への展望と課題.....2

Schnutz Rudolf Dürr The Venice Commission's Involvement in the Establishment of a Human Rights Protection System in Asia — (Variable) Geography and other relevant issues.....17

Kookhee LIM Constitutional Court of Korea and its Contribution to Asian Network of Constitutional Justice.....48

#### ■ 個別論題

##### 研究ノート

傘谷 祐之 植民地期カンボジアにおける大臣の称号・職名  
— 大臣会議の構成員を規定する王令を中心に.....58

KUONG Teilee Development of Legal Norms on Marriage and Divorce in Cambodia  
—The Civil Code Between Foreign Inputs and Local Growth.....69

宮島 良子 日本法教育研究センターで学ぶ学生たちのライティングをどう評価するか  
—法学講師の評価プロトコルから見えてくるもの.....82

新地 真之 インドネシア改正著作権法とその課題.....95

Nagoya University Asian Law Bulletin 規程

Nagoya University Asian Law Bulletin 執筆要領

編集後記

# Nagoya University Asian Law Bulletin

## Vol.1

### ◆◆◆ Contents ◆◆◆

#### ■ Foreword

AIKYO Masanori On the Launching of the Asian Law Bulletin.....iv

#### ■ Special Features : Constitutional Protection of Fundamental Values and Harmonization of Rules in the Context of Integration in East Asia

##### Article

OBATA Kaoru Challenges Facing Regional Constitutionalization in East Asia in the Context of Globalization.....2

Schnutz Rudolf Dürr The Venice Commission's Involvement in the Establishment of a Human Rights Protection System in Asia — (Variable) Geography and other relevant issues.....17

Kookhee LIM Constitutional Court of Korea and its Contribution to Asian Network of Constitutional Justice.....48

#### ■ Thematic Papers

##### Research Note

KASAYA Yushi Honorary titles and job titles of Ministers in French colonial Cambodia — A study based on the Royal Ordinances regulating membership of the Council of Ministers.....58

KUONG Teilee Development of Legal Norms on Marriage and Divorce in Cambodia — The Civil Code Between Foreign Inputs and Local Growth .....69

MIYAJIMA Ryoko Methodics for evaluating CJL students' Japanese writing skills — for Japanese instructors.....82

SHINCHI Masayuki Indonesia's New Copyright Law and its problem.....95

Nagoya University Asian Law Bulletin – Rules for Paper Submissions

Nagoya University Asian Law Bulletin – Instructions to Authors

Editorial Note

❖ 巻頭言 ❖  
ALB の刊行に寄せて

鮎京 正訓\*

日本で法律学研究をする人たちにとって、アジア諸国の法を研究するというこ  
とは、長い間、ずっと疎遠なものでした。

私が大学院に入学し、ベトナム法を研究することを志した時代、アジア法研究  
は亜流だからやめておけ、と教員や先輩から言われたものです。その理由は、ア  
ジア法を研究しても就職がない、というのが主たる理由でした。

このような日本の法学研究のありようは、現在もなお、それほど改善されたわ  
けではありません。しかし、若い世代の法学を志す人たちが、アジア諸国の法学  
研究の重要性を認識し、果敢にアジア諸国法研究に立ち向かっているのが今日的  
な新しい学問状況になっています。

そのような大きな変化をもたらした理由は、幾つかありますが、一つには、時  
代状況であり、今や日本の法学に伝統的な西欧諸国の法だけではなく、アジア諸  
国の法の研究が学問的にも実務的にも不可欠になってきていること、二つには、  
若い世代にとって、アジアは、それ自体極めて魅力に溢れた地域であり、この地  
域の深いところに関わることに大きな意義を見出してきていること、三つには、  
何と言ってもこの 20 年間に渡り、日本政府が法整備支援をアジア諸国に行い、多  
くの法律実務家がアジア諸国に派遣され、アジアの法を研究してきたこと、によ  
ります。

儒教も、仏教も、キリスト教も、イスラームも存在し、多様な形の法の社会を  
形成しているアジアは、本来的に、法学研究にとって宝石のような輝きを持った  
地域でもあったのです。

また、2015 年、ASEAN 経済共同体が発足しました。

このことによって、アジアの法をめぐる状況は劇的な変貌を遂げて行くと思わ  
れます。欧州共同体(EU)が発足し、ヨーロッパにおける法をめぐる状況は一変し  
ました。

---

\*愛知県公立大学法人理事長、名古屋大学名誉教授。

同様に、ASEAN 経済共同体の結成は、単にビジネスの世界だけではなく、政治や社会のあり方とともに法の世界にも大きな影響を与えます。法の支配、グッドガバナンス、民主主義など現代世界のグローバル化に伴うルールをアジアにおいても確立することが、後戻りの出来ない時代の要請となってきています。

とはいえ、ASEAN を構成する国々は、その多くがかつては欧米あるいは日本の植民地支配や占領支配を受けるなど苦難の歴史を辿ってきましたし、また、その多くは、依然として途上国のステータスにあり、経済発展と民主化への努力を引き続き懸命に行っている国々から成り立っています。

また、ASEAN の国々は、歴史も社会のあり方も多様であり、それぞれの国を一つずつ丁寧に調査し、研究して行くという地道な努力が必要とされています。

幸い、CALE は、設立以来、アジア諸国とりわけ ASEAN 諸国の大学、研究所、司法省をはじめとした国家諸機関と巨大なネットワークを確立してまいりました。また、名古屋大学で学位を取得したアジア諸国の研究者、実務家を数多く擁しています。

これらのアジア法学研究ネットワークを活用して、アジア諸国の法をめぐる情報を世界に発信して行くことは、極めて貴重な試みであると考えます。

ALB は、そのような時代の要請に基づいて発刊されるものです。電子ジャーナルという新しい形の媒体は、機動性を持ち、またアジアに関心を持つ多くの方々の方に容易に提供できるものであり、その役割は極めて重大であります。

ALB が広く世の人々に活用され、アジア諸国法の「今」を描き出してくれることを願ってやみません。

❖ Foreword ❖

On the Launching of the Asian Law Bulletin

AIKYO Masanori\*

For legal scholars in Japan, legal study focusing on Asian countries had not been popular for a long time. When I intended to study Vietnamese law at my graduate school, my professors and seniors advised me not to pursue that path because Asian law was not a mainstream subject. The most important reason was because there was no job opportunity for researchers in Asian law.

The way legal scholarship developed in Japan has not changed very much up till now. But the younger generation legal scholars today are aware of the importance of doing research in laws of Asian countries and have the courage to pursue this research mission. This is becoming a new academic trend.

Several factors led to this substantive change. First, the time has come that it is becoming indispensable in the Japanese scholarship, both in academic and professional terms, to study laws of Asian countries and not only the laws of western countries in the traditional Japanese academic context. Second, for the younger generation scholars, Asia itself is an extremely fascinating region. They discover the great significance of their in-depth engagement with the region. Third, it is undeniable that legal assistance programs implemented by Japanese government to support legal reform in countries in Asia throughout the last 20 years resulted in the dispatch of a significant number of legal practitioners to these countries. They have accumulated significant research and knowledge about laws in Asia.

Asia being a society of law in its diverse forms coexisting with Confucianism, Buddhism, Christianity and Islam is indeed a region that should have been shining like jewels for the pursuits of legal study.

Moreover, an ASEAN Economic Community has been launched since 2015. As a result, it is expectable that the situation of law in Asia will go

---

\* President of the Aichi Prefectural University Corporation, Nagoya University Professor Emeritus.



through dramatic transformation. After the European Union was launched, the situation of law in Europe went through dramatic changes. In the same way, the establishment of the ASEAN Economic Community will bring with it significant impacts not only on the world of business but also upon the way political and social lives evolve as well as on the legal circle in the region. It is now the imperative of the time that rules accompanying the globalization of the contemporary world, including those related to the rule of law, good governance, democracy, etc, be set up and promoted in Asia with no room for holding back.

That being said, most of ASEAN States Members used to have difficult histories of being colonized or occupied by the West and Japan. And many of them remain to be at the developing country status, having to make hard efforts to move on with their economic development and democratization.

ASEAN countries are also very diverse in historical and social backgrounds. Down-to-earth efforts to conduct well-organized research in each of these countries are indispensable.

Since its establishment, CALE has created a large cooperation network with universities, research institutes, ministries of justice and other state institutions in Asian and ASEAN countries. Many scholars and professionals in these Asian countries also graduated and earned a degree from Nagoya University.

Making use of these Asian legal research networks to disseminate information related to laws in Asian countries is a very precious effort.

The ALB is launched in response to the needs of the time. Using the modern medium of an online journal, it can promote mobility and offer easy accessibility to many people who are interested in Asia. This is an extremely important mission.

I hope the ALB will be widely used by people in the world and it will help us depict the “present” of the law of countries in Asia.





## 特集

### 東アジア「統合」の時代における基本的諸価値の憲法的保障と法のハーモナイゼーション

本特集は、2015年2月8日、ホテルメルパルク名古屋にて開催した名古屋大学法政国際教育協力研究センター・大学院法学研究科主催の国際シンポジウム『東アジア「統合」の時代における多層的憲法秩序化の展望』第一部の報告者による寄稿論文である。



## Special Features

### Constitutional Protection of Fundamental Values and Harmonization of Rules in the Context of Integration in East Asia

These special features are collection of presentation papers, subsequently revised, by the speakers at the first session of the international symposium on “Multi-layered Constitutionalization in the Context of Integration in East Asia”, which was organized by the Center for Asian Legal Exchange and the Graduate School of Law of Nagoya University on February 8, 2015 at Hotel Mielparque Nagoya.



【特集：論説】

グローバル化のなかの東アジア地域憲法秩序化への展望と課題\*

**Challenges Facing Regional Constitutionalization in East Asia in the Context of Globalization**

小畑 郁\*\*

OBATA Kaoru

Abstract

We can now speak about constitutionalization in (North and South) East Asia. In fact, the ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) plus Three (China, Japan and Republic of Korea) Summit has already declared an East Asian Community as their long-term objective since 2005. The ASEAN decided to establish the three ASEAN communities: Political-Security, Economic, and Socio-Cultural Communities in 2015.

The purpose of this article is to identify some challenges facing these movements, comparing them to the European experience. Main findings are as follows:

First, the engine for the East Asian constitutionalization always reside in ASEAN, while the two giants in the region, China and Japan have not been directly involved in the process so far. Thus, the originally European concept of variable geometry is not simply applicable to the situations there.

Second, among the ASEAN communities, the Economic Community (AEC) is outstanding in terms of concretization. The AEC is said to be motivated by promotion of foreign investments. On the other hand, efforts in the fields of social security and employment are still weak.

In sum, in East Asia, there is a real risk that their integration would be narrowed down into a tool to facilitate the countries' absorption into globalized economy. In this context, legalization of regional standards is unavoidable, and of course legal assistance is so important in this regard.

It is therefore submitted that too much attention to economic aspects or the step by step approach starting from economic integration would only contribute to hindering autonomous development of peoples in the region in the context of globalization. At the same time, we have to take a cautious approach to constitutionalization, taking the legal nihilism subsisting in this region into due consideration.

---

\* 本稿は、2015年2月8日にホテルメルパルク名古屋で開催された2014年度名古屋大学「法整備支援の研究」全体会議：「東アジアにおける多層的憲法秩序化の展望」において行った、"Towards Multi-Layered Constitutionalization in East Asia and Related Challenges"と題する講演に淵源を持つ。当初は、ほぼそのまま活字化する予定であったが、執筆するうちに筆者のこの間の思い悩みを反映して、大幅に加筆修正することとなった。なお、残された課題は多いが、記録と議論の素材を提供する意味で、この段階で擱筆することとする。(2015年10月4日 脱稿)

\*\* 名古屋大学法政国際教育協力研究センター長、法学研究科教授。

## 目次

### はじめに

#### I. ヨーロッパにおける地域的憲法秩序化の特徴

1. 多層的憲法秩序化
2. 漸進主義およびその到達点のグローバル経済における意義

#### II. 東アジアにおける憲法秩序化の基礎と課題

1. 東アジアの経済的一体化とグローバル経済における位置
2. 憲法秩序化の基礎としての諸層の状況

結びに代えて——東アジアにおける法ニヒリズムの問題

### はじめに

東アジア<sup>1</sup>は、相対的に地域統合運動の発展が遅れた地域（ないし下位地域 sub-region）である。世界恐慌後、日本による「大東亜共栄圏」の主張はあったが<sup>2</sup>、日本の軍事的敗北とともに幻想に帰し、第二次世界大戦後も、冷戦状況の中でこれを継承する動きは極めて微弱なものにとどまった。他方、世界的には、アメリカ合衆国中心の戦後普遍主義的自由主義体制においても、地域主義や地域統合運動は、根強く展開してきていた。

米州<sup>3</sup>では、汎米主義の伝統に基づき、1948年に署名された米州機構憲章<sup>4</sup>が、米州諸国の経済的、社会的および文化的発展を促進することを、同機構の目的の一つと規定していたが（4条(e)）、1988年発効のカルタヘナ議定書<sup>5</sup>による同憲章の改正により、米州諸国の「統合的発展」が目指されることとなった（改正後29条、現30条）。実際には、NAFTA（北米自由貿易協定）が経済統合の核となり、さまざまな下位地域統合の試みがなされている<sup>6</sup>。

アフリカ<sup>7</sup>においても、1963年に発足したアフリカ統一機構が、すでにアフリカ諸国の統一と連帯の強化を謳っていたが（2条1項(a)）<sup>8</sup>、2002年には、EU（European Union, ヨー

<sup>1</sup> 東アジアという場合、主として中国、モンゴル、大韓民国、朝鮮民主主義人民共和国、日本で構成される地域（本稿では、北東アジアという）を指す場合が多いが、共同体をめざす動きを前提とする本稿では、北東アジアのほかに東南アジアを含む地域を指している。

<sup>2</sup> これについて注目される最近の著作として、見よ：山室信一「新秩序の模索——1930年代」和田春樹ほか『東アジア近現代史——19世紀から現代まで 上』（岩波現代全書、2014年）所収。

<sup>3</sup> 米州における地域統合運動については、さしあたり参照：家正治ほか編『国際機構〔第4版〕』（世界思想社、2009年）241-250頁（檜林建司執筆）。

<sup>4</sup> 原憲章のテキストは、119 United Nations Treaty Series (hereinafter cited as: UNTS) 4. なお、本稿では、条約等の日本語訳として、次に所載のものを断りなく参照した。田中則夫ほか編『ベーシック条約集 2015』（東信堂、2015年）；香西茂・安藤仁介ほか編『国際機構条約・資料集〔第2版〕』（東信堂、2002年）；松井芳郎ほか編『国際人権条約・宣言集〔第3版〕』（東信堂、2005年）。

<sup>5</sup> テキストは、[http://www.oas.org/dil/treaties\\_A-50\\_Protocol\\_of\\_Cartagena\\_de\\_Indias.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_A-50_Protocol_of_Cartagena_de_Indias.htm), [最終確認日:2016年5月31日]。

<sup>6</sup> さしあたり参照：佐分晴夫「国際経済秩序における地域的経済統合の意義」ジュリスト1254号（2003年）10頁以下（11-12頁）。

<sup>7</sup> アフリカにおける地域統合運動については、さしあたり参照：家ほか編・前掲（註3）書、271-280頁（桐山孝信執筆）。

<sup>8</sup> アフリカ統一機構憲章の原テキストは、479 UNTS 39.

ロッパ連合) をモデルとしたアフリカ連合に移行し、同連合の設立規約<sup>9</sup>は、「アフリカ大陸の政治的および社会経済的統合を加速させること」(3条(c))をその目的として定めている。

ヨーロッパ<sup>10</sup>においては、すでに1949年設立のヨーロッパ評議会(Council of Europe)が、その規程<sup>11</sup>1条において、加盟国間に一層の一致(英:unity, 仏:union)をもたらすことを目的と謳っていたが、1952年発足のECSC(European Coal and Steel Community, ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体)を嚆矢とするEC(European Communities, ヨーロッパ共同体)は、明確に統合を志向するものであった。1957年のEEC(European Economic Community, ヨーロッパ経済共同体)設立条約<sup>12</sup>の前文は、「絶え間なく緊密化する結合 une union sans cesse étroite」を打ち立てる決意を確認している。

これに対して、東アジアでは、この地域全体にわたる国際機構を作る動きでさえ、冷戦時代にはほとんど現れなかった。このようななかで、1967年に設立されたASEAN(Association of Southeast Asian Nations, 東南アジア諸国連合)は、インドシナ戦争を経て、文字通り東南アジア諸国を包括的に結びつける機構として成長してきた。21世紀に入ると、共同体を志向するようになり、2003年のASEAN首脳会議(バリ)は、2020年までに「政治安全保障共同体」、「経済共同体」および「社会文化共同体」を設立することを謳った(2007年のセブで開催された首脳会議で目標年を2015年に前倒し)<sup>13</sup>。こうして、2007年に採択され、翌年に発効した新たなASEANの基本文書であるASEAN憲章<sup>14</sup>は、これらの共同体の設立を確認している。

ASEANはまた、東アジア全体に及ぶ協力枠組みの核としても機能するようになっており、日中韓三国を加えた枠組みであるASEAN+3は、1997年のASEAN首脳会議(クアラルンプール)に三国首脳が招待された形で開始されたものであり<sup>15</sup>、2005年の東アジア首脳会議(East Asian Summit, EAS)の創設も、ASEANの枠組みで合意されたものである<sup>16</sup>。

こうして、なお未成熟とはいえ、今日では東アジアでも地域統合運動について語るができるようになってきている。この運動が、長期的にみるとこの地域における法のハーモナイゼーションを促進していくであろうことは疑いない。だとすれば、東アジアにおける統合運動の今日における展望について、端緒的であれ見通しをつけておくことは、この地域に生きる法学研究者・法実務家共通の課題であろう。

なお、本稿は、地域統合運動を、この地域に妥当する法のあり方それ自体の変化、すな

<sup>9</sup> テキストは、2158 UNTS 328.

<sup>10</sup> ヨーロッパにおける地域統合運動については、さしあたり参照: 家ほか編・前掲(註3)書、207-241頁(小畑郁執筆)。

<sup>11</sup> 原テキストは、87 UNTS 103.

<sup>12</sup> 原テキストは、294 UNTS 17.

<sup>13</sup> 参照: 西村英俊「東アジア経済統合と進むべきASEANの道」アジア太平洋研究22号(2014年)69頁以下(91-92頁、97頁)。

<sup>14</sup> テキストは、2624 UNTS 223.

<sup>15</sup> 参照: 外務省「ASEAN+3(日中韓)協力」(2015年), <http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/asean/asean+3/index.html>, [最終確認日: 2016年5月31日]。

<sup>16</sup> 参照: 西村・前掲(註13)論文、94頁。

わち「憲法秩序化 constitutionalization」として見る視角に立っている。これは、今日進展している地域統合の高度化現象は、ごく単純化していえば、各国の高度な自律性を確保する国際法に特徴的な秩序から、構成部分の個別的な意思から独立した一体的なシステムを伴う秩序、つまりいわば憲法秩序<sup>17</sup>への移行ととらえることができるのではないかと、という見方の反映である。

地域統合について語る場合、とくに、それがまだ未成熟な段階にあるアジアでは、その経済的側面が強調されがちである。また、アジア法整備支援に関わるとくに日本の法実務からは、これまで、こうした「憲法」的議論は回避されてきた。このように、機能主義的な見方からは、地域統合の政治的意義を見失いがちであるが、筆者の見解では、少なくとも今日的には、機能主義が逆説的に統合を促進してきたとはいえ、あるいはそれであるがゆえに、「憲法秩序化」という観点が重要である。その理由は、端的にいえば、グローバル化のもとで地域統合運動が、地域からの自律性確保という展望を語りうるのは、経済協力で還元されない政治社会的な一体性を追求する場合にのみである、という時代認識に基づく。このことは、東アジアについて考える上で、重要な論点であり、本稿の主張の眼目でもある。

## I. ヨーロッパにおける地域的憲法秩序化の特徴

いうまでもなく、国際関係の要素が残されているにもかかわらず、「憲法秩序化」の概念で捉えるべき現象が最も進行しているのはヨーロッパである。また、これに伴う議論も活発になされている。ここでは、今後進行するであろう東アジアの「憲法秩序化」について、その展望と課題を探る上で、重要と思われる諸点をいくつか指摘したい。

### 1. 多層的憲法秩序化

「憲法」の概念はそもそも単中心的なものであり<sup>18</sup>、「ヨーロッパ憲法」についても、EUを中心とした、単中心的考察が一般的であるが、実は、ヨーロッパの「憲法秩序化」は、さまざまな層で展開してきた。

近代以降の公共性の議論の中で、「人権」の占める位置は、中核的なものであるが、EU法秩序においては、近年に至るまで、その位置は周辺的であった<sup>19</sup>。EEC 設立条約でも、生活水準の向上といったことは規定されているが、人権についての言及はない。その直前のヨーロッパ政治共同体の準備作業では、人権の保護への貢献がこの共同体の目的とまで

<sup>17</sup> この概念と使用法については、参照：小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の憲法秩序化——その国際法過程の批判的考察』（信山社、2014年）6-7頁。

<sup>18</sup> もっとも徹底した議論として、見よ：Carl SCHMITT, *Verfassungslehre* [1928], Zehnte Auflage (Dunker & Humblot, 2010), S. 3-44（日本語訳：阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』みすず書房、1974年、17-63頁）。

<sup>19</sup> 以下、全般的に参照：小畑・前掲（註17）書、18-20、293-297、283頁。

謳われ、この野心的試みが挫折したことから、EEC 設立条約が人権を避けたのは意図的なのである。その後、1969年のシュタウダー事件判決（先行裁決）を嚆矢として、EU 法上の基本権規範は発展するが、それは、今日に至るまでEUの機関またはEU法の実施機関としての国家機関を拘束するものにすぎず（EU基本権憲章<sup>20</sup>53条参照）、一般的に国家の行為に妥当するものでも、EUの権限の根拠となるものでもない（EU条約<sup>21</sup>6条1項2文）。

他方、ヨーロッパにおいて、地域的人権保障のための中核的制度は、ヨーロッパ人権条約（1950年署名）である。この条約は、個人申立事件の自働的管轄を有するヨーロッパ人権裁判所を設けている。しかし、この裁判所の判決は（国際法上の）法的拘束力を有するとはいえ、執行力を有するわけではなく、判決の執行は関係締約国が行うべきものである<sup>22</sup>。また、ヨーロッパ人権裁判所は、そもそもEU自身に対して管轄を有するものではなく、締約国によるEU法の執行が問題になったときには、緩やかな審査で満足してきた<sup>23</sup>。

このように、人権保障と経済統合とは、パラレリズムとでもいうべき関係を保ってきたのである。リスボン条約による改正で、EUは、ヨーロッパ人権条約に加入することを自ら決定したが、2014年末のEU司法裁判所の意見で、交渉の末合意された加入議定書案は現行EU法と合致しないと判断されて<sup>24</sup>、加入はかなりの長期間先送りされることが確実となった。

EUの意思決定手続それ自体も多層的である。EU理事会だけでなく、EU議会(European Parliament)が関与する立法手続は、むしろ一般的となっている。もともと、EU自身は、加盟国政府代表で構成されるEU理事会と、国際公務員たる個人専門家である委員を担当に応じて組織するEU委員会(European Commission)との均衡を保つ仕組みがとられている。両者の関係は、形式的にいえば前者が決定機関、後者が執行機関であるが、後者が実質的に決定、とくに立法提案に関与する程度が当初より高い。こうして、形式上は、国際公務員たる個人専門家（集団）が、EUにおける議論を主導することができる。しかし、実際には、こうした決定過程に、加盟国政府の政府専門家で構成される集団が日常的に関与するプロセスができており、これをコミトロジー(comitology)という<sup>25</sup>。つまり、EUの決定作成過程は、個人専門家／政府専門家／政治家（閣僚／議員）というように多層的構造をもっているのである。これが、地域的なシンクタンクや国際会議といった市民社会レベルの非公式の層と有機的に結合している。

このように多層的な構造は、逆の言い方をすれば、ヨーロッパでは、国単位で集約・統

<sup>20</sup> テキストは、Official Journal of the European Union (hereinafter cited as: OJ) 2010/C83/389.

<sup>21</sup> テキストは、OJ 2010/C83/13.

<sup>22</sup> さしあたり参照：小畑・前掲（註17）18、73-75頁。

<sup>23</sup> *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirkreti v. Ireland*, Grand Chamber, Judgment of 30 June 2005, Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 2005-VI. 本件の評釈として、戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）59頁以下（須網隆夫執筆）。

<sup>24</sup> *EU Accession to ECHR*, EU Court of Justice (Full Court), Opinion 2/13 of 18 December 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CV0002&rid=3> [最終確認日：2016年5月31日] .

<sup>25</sup> さしあたり、参照：鈴木眞澄「EU行政立法の展開とリスボン条約」龍谷法学43巻3号（2011年）399頁以下。



一された代表や見解がそもそも決定的な意義をもはや有しておらず、地域レベルでの意思決定が、それらの最大公約数となるという必然性をもっていない、ということである。ここでは、多層的であるがゆえに、比較的高度な憲法秩序化が進行するというロジックが働いている。

## 2. 漸進主義およびその到達点のグローバル化経済のなかでの意義

ヨーロッパにおける憲法秩序化は、拡大と深化という標語に示されるように、その範囲と程度において、漸進的に進行してきた。

固有の人権保障制度であるヨーロッパ人権条約も当初は政府間申立に基づく調停のみが義務的であったが、個人の申立権と人権裁判所の管轄権のそれぞれについての選択条項の受諾の拡大を通じて、個人主義的な司法的制度に徐々に移行し、1998年に効力を生じた第11議定書による改正によって、個人の訴えが人権裁判所に自動的に係属するシステムとなった<sup>26</sup>。また、冷戦後、旧東欧圏の諸国を取り込み、現在ではベラルーシを除くヨーロッパの全域（ロシア、トルコ、カフカス諸国を含む）をカバーするに至っている。

EUの拡大については、周知の通りであるが、その過程も、長年の準備・交渉期間ののちに実現したものである<sup>27</sup>。EU自体、3共同体→共同体諸機関の共通化→それらにいわば傘をかける形でのEUの設置→EUへの移行というように、組織的にも高度化してきたし、また、関税同盟から市場統合へと前進し、財・サービス・資本と人の自由移動を実現し、さらには投資を含む対外政策を統一化する統合へと高度化してきた<sup>28</sup>。

このような過程は、加盟国の権限の縮小をとまなうものであったので、当然時間をかけることで、実現できた側面がある。ヨーロッパの経済統合がスタートした1960年代には、世界のGDPと比較した貿易額の割合は、13%程度であったのに対し、現在のそれは、30%まで増大しており、また直接投資のそれも1970年代の0.5%程度から2~3%程度へと飛躍的に拡大している（図1参照）<sup>29</sup>。

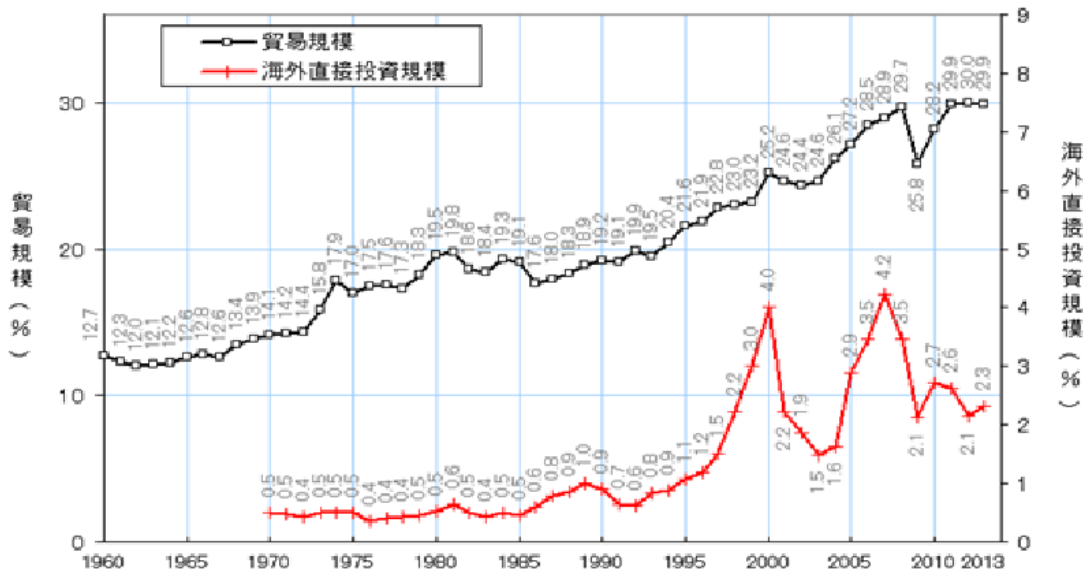
<sup>26</sup> 参照：小畑・前掲（註17）書、各所。

<sup>27</sup> 東方拡大過程について、さしあたり参照：小畑郁「EU東方拡大過程における人権・民主主義コンディショナリティ」法政論集（名古屋大学）202号（2004年）79頁以下。

<sup>28</sup> この点については、さしあたり参照：家ほか編・前掲書、219-220頁（小畑郁執筆）。

<sup>29</sup> 財・サービスおよび直接投資の絶対額の推移については、さしあたり参照：佐分・前掲（註6）論文、13頁図3。

図1 世界の貿易と直接投資の対 GDP 比率の推移



(注) 貿易規模=世界の総輸出額対GDP比(Exports of goods and services (% of GDP))、  
海外直接投資規模=世界の総直接投資額対GDP比(Foreign direct investment, net inflows (% of GDP))

(出所) 社会実情データ図録 (<http://www2.ttcn.ne.jp/honkawa/>) [最終確認日: 2016年5月31日]

こうした現在のグローバル化している経済のなかで、ヨーロッパが長年積み上げてきた経済統合と憲法秩序化は、この地域が世界経済の中で極めて有利な地位を確保する基盤となっている。

第1に、地域統合のメリットが、域内における財の貿易の自由化にあった時代はすでに終わり、現在では、サービス貿易の自由化や資本の自由移動が重点となっている状況において<sup>30</sup>、ヨーロッパはこれを達成している。

第2に、市場経済のさまざまな規格が、EU法という形で統一化されてきたのは、元来、域内非関税障壁の除去ということで進められてきたのであるが、EU自体がとくに東方拡大以降グローバル経済の中で突出した巨大消費市場となったことにともない、「規制の普及」戦略という形をとって、一層有利な基盤を作り出している。高村ゆかりは、国際法研究者としてはきわめて先駆的に、航空機二酸化炭素排出規制の事例を取り上げてこの戦略を分析しているが<sup>31</sup>、この戦略は、もっと単純化して説明することが可能である。ある種類の製品に、たとえば消費者の安全や環境のために設けられる規制の規格が一旦EU法上のものとなれば、この地域に当該製品を輸出しようとする生産者は、域内・域外を問わず、この規

<sup>30</sup> 同、14、19頁。

<sup>31</sup> 高村ゆかり「EUの航空機二酸化炭素排出規制——『規制の普及』戦略とその国際法上の課題」法学セミナー693号(2012年)10頁以下。

格に沿った製品化を推進しなければならなくなる。こうして、規制は世界的に普及する。域内出身企業は、この規制にいち早く順応するので、世界的に投資をすすめるうえできわめて有利な地位に立つのである。

第3に、このように、現在では地域統合は、域内の経済成長だけではなく、グローバル経済のなかでの競争戦略のなかで位置づけられる必要があるが、ヨーロッパ発の規制が周辺諸国や外部に受容されていくためには、それが、世界的に主流化しているイデオロギーと結びつく必要がある。ヨーロッパが単に経済的な統合をすすめるだけでなく、すべての人に保障されるべき人権の発信地ともなり<sup>32</sup>、また、共通外交・安全保障政策を展開する段階に到達していることは、この点でもきわめて有利な地位といえることができる。

このように、ヨーロッパは、漸進主義的に積み上げてきた経済統合を高度化し、また憲法秩序化をすすめて、現段階で地域統合のメリットを、自らのために大きく引き出しているのに対し、東アジアにはたしてそのような展望があるのか、あるとしてどのような課題を提示しているのかを示すことが、われわれの課題である。

## II. 東アジアにおける憲法秩序化の基礎と課題

### 1. 東アジアの経済的一体化とグローバル経済における位置

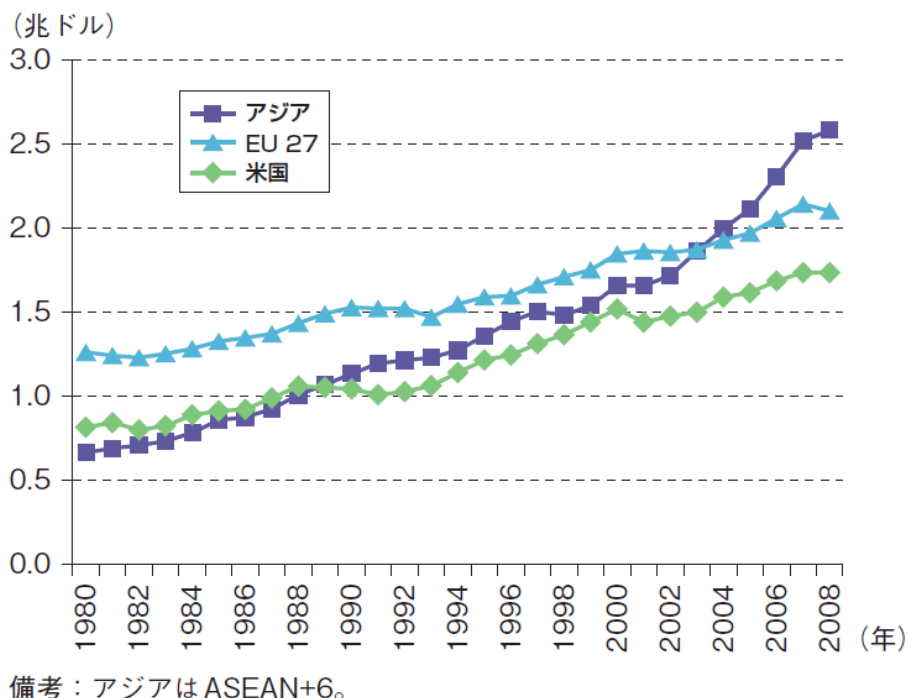
東アジアという地域の経済的成長については、すでに周知のところである。

アジアは、2004年には製造業付加価値においてアメリカ合衆国やEUを上回っている(図2)。この図でいう「アジア」(ASEAN+6)は、実質上、本稿でいう東アジアであることは統計上明らかである。これが、東アジアはすでに「世界の工場」といわれている根拠となっている<sup>33</sup>。消費市場としては、現在はEUや合衆国に及ばないが、2020年には、アジア(ASEAN+3+インド)は、これらのそれぞれを凌駕すると予測されている(図3-次頁)。

<sup>32</sup> See: Kaoru OBATA, "The European Human Rights System beyond Europe; Interaction with Asia", *Journal für Rechtspolitik*, nr. 23 (2015), p. 36ff.

<sup>33</sup> 経済産業省『通商白書 2010』170頁。

図2 主要国・地域の製造業実質付加価値額の推移



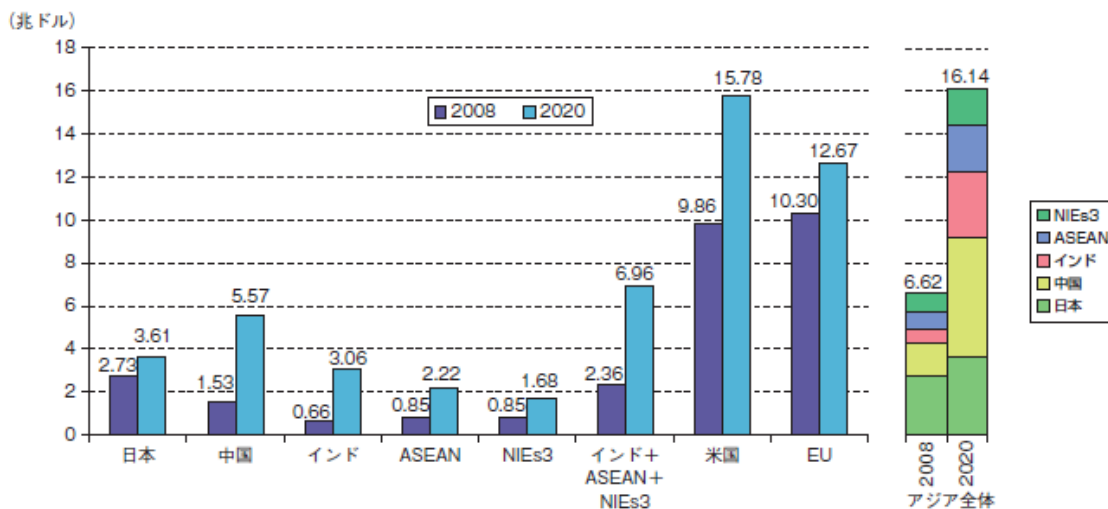
(出所) 経済産業省『通商白書 2010』170 頁。

東アジアの域内の一体化も進んでいる。域内貿易比率では、NAFTA を上回り、50%程度を維持している (図4-次頁)。

こうして、東アジアは、すでに経済の規模において、EU や北米に劣らない地位を有し、しかも一体性を強めている。東アジアを構成する各国の経済格差を度外視すれば、つまり地域全体としては、経済統合の物質的基盤はあるといわなければならない。

もっとも、ヨーロッパが経済統合への歩みをすすめてきた時代とは異なり、関税障壁はすでに大幅に削減されているので、むしろ非関税障壁の除去や投資環境の整備のための市場経済の規格統一こそが、今日では重要であることに留意する必要がある。

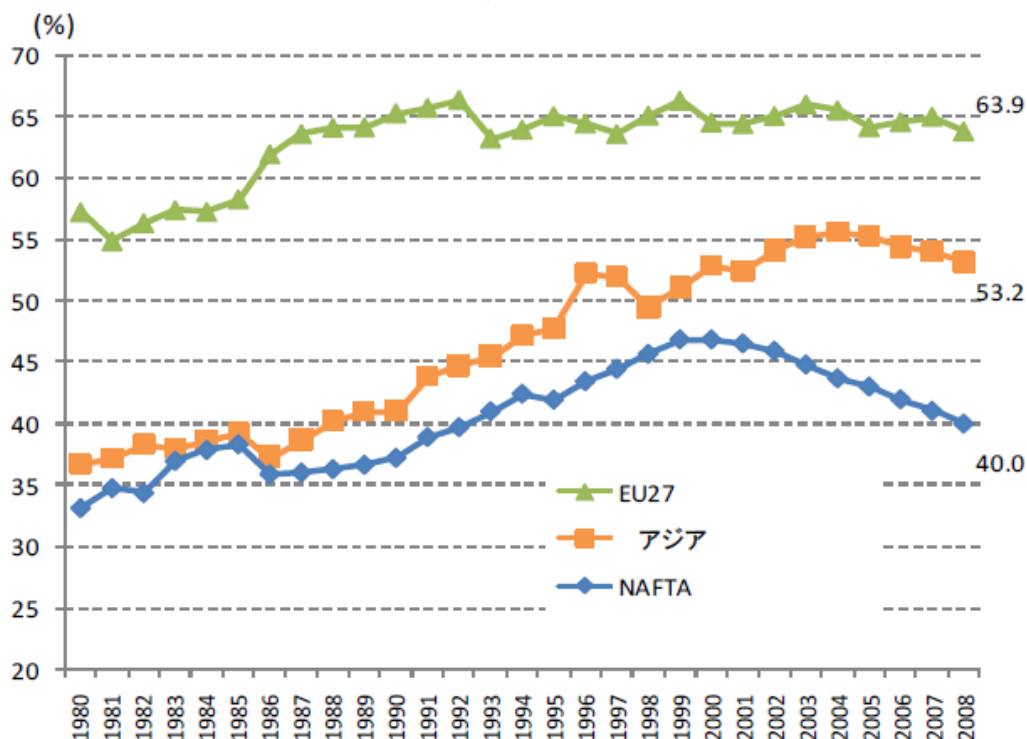
図3 アジア各国・地域の個人消費額の実績と予測



備考：1. 名目ベース、ドル換算。  
2. ここでいうアジアは、ASEAN+日中韓+インド。

(出所) 経済産業省『通商白書2010』186頁。

図4 EU、NAFTA、アジアの域内貿易比率の推移



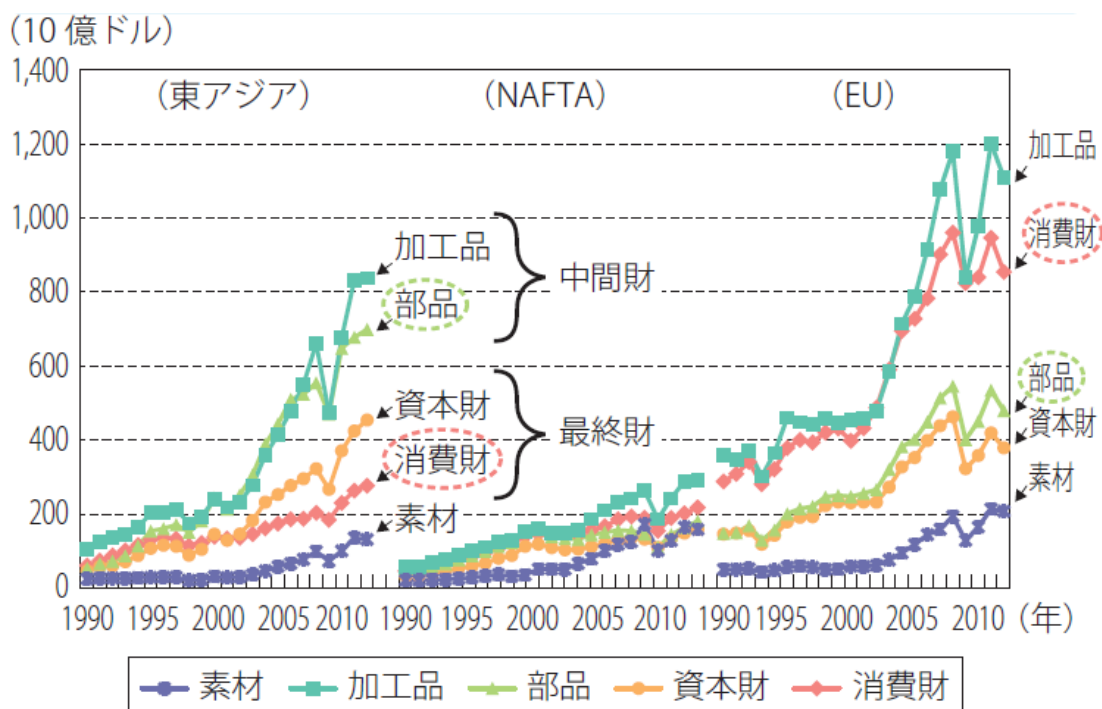
備考：アジアはASEAN+6(日本、中国、韓国、インド、オーストラリア、ニュージーランド)。

(出所) 経済産業省通商政策局『平成22年版 通商白書概要』(2010年)

[http://www.meti.go.jp/report/tshaku2010/2010honbun\\_p/2010\\_00c.pdf](http://www.meti.go.jp/report/tshaku2010/2010honbun_p/2010_00c.pdf) [最終確認日：2016年5月31日] 10頁。

ところで、経済統計は、東アジアのグローバル経済のなかでの弱点も示している。図 5 は、財別の域内貿易の比較であるが、EU と比較すれば、中間財、とくに部品の域内貿易が相対的に大きいのに対し、最終財、とくに消費財の域内貿易が小さいのである。東アジアは、すでに「世界の工場」であるから、結局自ら生み出した財を最終的には域外に輸出することによって稼いでいることになる。

図 5 主要経済圏の域内貿易の推移（財別構成比）



(出所) 経済産業省『通商白書 2014』218 頁。

さきにヨーロッパの「規制の普及」戦略を紹介したが、これはこの地域の（最終）消費市場としての規模に依拠するものである。逆からいえば、東アジアは、最終的にはヨーロッパなどの他の地域に生産物を買って消費してもらわなければならないので、この「規制の普及」能力が極めて小さいというのが、現状である。なお、最終消費財の域内貿易比率は、近年むしろ低下傾向にあることにも注意が必要である<sup>34</sup>。

しかし、一方で、グローバル経済のなかでは、市場取引をなりたさせる各国レベルの規制が実効性を失ってきているがゆえに、さらには他方で、東アジアが 2020 年には世界最大の消費市場となることが予想されているがゆえに、東アジアの経済統合が、他の地域か

<sup>34</sup> 見よ：経済産業省『通商白書 2014』218 頁。

らの投資のためにだけでなく、この地域にとって有意義となるためには、規制の地域内ハーモナイゼーションを、しかも、EU や北米基準との漸次的な差別化をはかる形で、実現することが死活的に重要といわなければならない。これは、グローバル市場におけるアメリカや EU 主導の規制の支配を、この支配を現状では強く受けている東アジアから逆転していくという、きわめて困難ではあるが、「アジアの時代」を切り開くためには是非とも必要な課題である。

## 2. 憲法秩序化の基礎としての諸層の状況

以上を前提に東アジアでの「憲法秩序」化に向けての動きの現状を検討しよう。

まず気づくのは、ヨーロッパでは独仏という主要国が中軸となってきた構造とは異なり、東アジアの統合は、つねに ASEAN が主導してきたことである。ASEAN+3 は、長期的目標として「東アジア共同体 an East Asian Community」というものを掲げているが<sup>35</sup>、その場合にも、ASEAN の主導性を認めている<sup>36</sup>。経済的な統合の側面でも共同体化の 2015 年中に実現するといっている ASEAN が最も進んでおり、価値の共有の側面でもそれを含む「安全保障・政治共同体」の設置を謳い、政府間人権委員会を設置している ASEAN が進んでいる。そうすると、東アジアにおける統合について「可変翼 variable geometry」の考え方あるいはマルチ・スピード統合を認めるとしても<sup>37</sup>、最も進んだコアは ASEAN ということになり、それは、ヨーロッパとは文脈が全く異なる概念ということになる。

ASEAN のなかでは、その組織的凝集性は近年高まり、また多層化も微弱ながら進行してはいる。ASEAN の活動においては、長らく加盟国外務省の果たす役割が大きかったが<sup>38</sup>、外務大臣以外の閣僚会合も、とりわけ 1990 年代以降、頻繁に開かれるようになっていく。

恒久的な事務局も 1975 年以降有するようになっていくが<sup>39</sup>、事務総長が閣僚級とされたのは 1992 年であり<sup>40</sup>、現在でも、いかなる独立の執行権限ももたない<sup>41</sup>。現在は 4 名の事務次長のうち、2 名は能力に基づく公募制とされており（ASEAN 憲章 11 条 6 項）、事務局の自律性・専門性を高めようとする意見もあるが、現状では、国連事務局と比してもそれは高くない。

ASEAN の意思決定手続は、基本原則としてコンセンサスによるものとされており、それ

<sup>35</sup> See: Kuala Lumpur Declaration on the ASEAN plus Three Summit, Kuala Lumpur, 12 December 2005, <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/asean/conference/asean3/joint0512.html>, [最終確認日：2016 年 5 月 31 日]; Chairman's Statement of the 17<sup>th</sup> ASEAN plus Three Summit, 13 November 2014, Nay Pyi Taw, Myanmar, <http://www.mofa.go.jp/files/000060019.pdf>, [最終確認日：2016 年 5 月 31 日], para. 4.

<sup>36</sup> *Ibid.* なお、東アジア首脳会議は、「東アジアにおける地域経済統合」の促進という表現を用いている。See: Chairman's Statement of 9<sup>th</sup> East Asia Summit (9<sup>th</sup> EAS), 13 November 2014, Nay Pyi Taw, Myanmar, <http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000059736.pdf>, [最終確認日：2016 年 5 月 31 日], para. 26.

<sup>37</sup> See: Schnitz Rudolf DÜRR, "The Venice Commission's Involvement in the Establishment of a Human Rights Protection System in Asia - (Variable) Geometry and other relevant issues", to be published in this issue of the *Bulletin* (2015).

<sup>38</sup> See: Jean-Claude PIRIS and Walter WOON, *Towards a Rule-based Community: An ASEAN Legal Service* (Cambridge UP, 2015), p. 17.

<sup>39</sup> See: *ibid.*, p. 29.

<sup>40</sup> See: *ibid.*, p. 31

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 58.

を離れる場合は、ASEAN 首脳会議の決定による（ASEAN 憲章 20 条 1・2 項）。

こうした枠組みのもとで、2015 年内の 3 共同体の設置が決定されているのである。このなかで、最も具体化が進んでいるのが、経済共同体である。

単一の市場と生産基地の実現をめざすというこの共同体については、2007 年に ASEAN 首脳会議が 2015 年までにその遵守と実施を制約して採択した<sup>42</sup>ブループリントという文書<sup>43</sup>があり、日本語でもこれに基づく研究がすすんでいる。それによると、ASEAN 経済共同体は、①域内関税の撤廃、②非関税障壁の撤廃、③域内サービス貿易自由化、④貿易円滑化、⑤投資の自由化、を目標としているが、②、③については、実現が困難だとされる<sup>44</sup>。そもそも経済共同体は、外国投資誘致が狙いであり、ブループリントの作成には、合衆国国際開発庁(USAID)が援助しているとの指摘がある<sup>45</sup>。域外共通関税の考え方もとられていないこともこの関係で留意すべきである。

社会文化共同体や政治安全保障共同体についても、それぞれブループリントが作成されているが<sup>46</sup>、いずれも目標が抽象的にしか表現されておらず、既存の合意や制度の枠組みにおける実施に収斂されているようにもみえる<sup>47</sup>。注目したいのは、グローバル化や経済統合に伴い、より一層問題が深刻化するであろう社会保障や雇用の問題に対する ASEAN レベルでの取り組みが弱いことである。

2012 年採択の ASEAN 人権宣言<sup>48</sup>では、労働権（27 条 1 項）、生存権（28 条）、社会保障をうける権利（30 条 1 項）などが認められているものの、労働組合を結成する権利には法律の留保が付されている（27 条 2 項）<sup>49</sup>。社会文化共同体の枠組みにおける合意のリスト<sup>50</sup>には、こうした権利に関わるものは——2007 年の移住労働者の権利の保護・促進に関する宣言を除き——見あたらない。これは、EEC がその設立当初から、設立条約において、ヨーロッパ諸国民の生活・雇用条件の改善を謳い（前文）、社会政策を共同体の政策と位置づ

<sup>42</sup> Declaration on the ASEAN Economic Community, 20 November 2007, <http://www.asean.org/archive/5187-10.pdf>, [最終確認日：2016 年 5 月 31 日], p. 2ff.

<sup>43</sup> ASEAN Economic Community Blueprint, *ibid.*, p. 6ff.

<sup>44</sup> 参照：石川幸一「ASEAN 経済共同体——歴史・現状・課題・展望」海外事情（拓殖大学）63 巻 4 号(2015 年)32 頁以下、とくに 37 頁表 3。なお、次も参照：同「ASEAN の市場統合はどこまで進んだのか(1)・(2)」季刊・国際貿易と投資 98 号(2014 年)16 頁以下、99 号(2015 年)41 頁以下。

<sup>45</sup> 石川・前掲（註 44）「経済共同体」論文、34、36 頁。

<sup>46</sup> ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint, <http://www.asean.org/archive/5187-19.pdf>; ASEAN Political-Security Community Blueprint, <http://www.asean.org/archive/5187-18.pdf>（いずれも 2009 年採択）[最終確認日：2016 年 5 月 31 日]

<sup>47</sup> これら 2 つの共同体構想については、参照：鈴木早苗「ASEAN 政治安全保障共同体——域内協力と域外協力の連関」海外事情（拓殖大学）63 巻 4 号(2015 年)18 頁以下、鈴木麻里菜「ASEAN 社会文化共同体——教育協力への期待」同誌 同号 49 頁以下。

<sup>48</sup> ASEAN Human Rights Declaration,

<http://www.asean.org/news/asean-statement-communications/item/asean-human-rights-declaration>, [最終確認日：2016 年 5 月 31 日] .

<sup>49</sup> 国連の基本的な人権標準として参照可能な、社会権規約（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約）では、民主的社会において必要な制約以外のものは付してはならない、との規定がある。同 8 条 1 項(a)を見よ。ASEAN におけるこのような状況は、程度の差はあれ、アフリカ人権憲章の場合と同じである。先駆的指摘として見よ：祖川武夫「人権の国際的保障と国際法の構造転換」〔初出 1987 年〕祖川『国際法と戦争違法化——その論理構造と歴史性』(信山社、2004 年) 45-46 頁。

<sup>50</sup> ASCC-ASEAN Treaties/Agreements and Ratification as of 30 Sep 2009,

<http://asean.org/chairman-s-statement-of-the-14th-asean-summit-asean-charter-for-asean-peoples-cha-am-28-february-1-march-2009/> [最終確認日：2016 年 5 月 31 日] .



けて12か条にわたって規定していた(第3部第3編)のと、比較してみるべき状況である。

このように、ASEANにおいては、外国資本の利益を最優先にした共同体化が現実に行進しているために、ASEAN諸国民の社会的利益を擁護するという観点が弱く、政治安全保障共同体や社会文化共同体の目標が極めて抽象的なレベルに留まっているのである。他方、にもかかわらず、3共同体を同時並行的に設置するという事にみられるように、価値共有や域内社会政策をすすめる素地はできていることも軽視すべきではないであろう。

こうしたASEANの自律的発展のための基盤の脆弱性は、先に見た、東アジアの域内の経済先進地域の諸国が、自らを含んだ地域的な憲法秩序化にコミットしていない、という事態とも関連している。社会政策や労働政策の一応の基盤のある東アジアの諸国から、経済協力のみならず価値共有という層への働きかけが求められているのである。これが求められているのは、政府間のフォーマルなレベルにだけではない。大学や社会のレベルからの働きかけも、グローバル化のなかで重要となっている地域的憲法秩序化への貢献という点において、劣るものではない。

### 結びに代えて——東アジアにおける法ニヒリズムの問題

東アジアが、現在進行しているグローバル化のなかで、人々が「ひとしく恐怖と欠乏から免れ」るように生き延びるためには、地域的憲法秩序化に向けて運動することは不可欠ともいえる。地域統合や協力の経済的側面のみには注意を払い、あるいは経済的要素からの段階論を主張することは、現状、とりわけグローバル化という条件のもとでは、長期的に見るとASEANの自律的発展を阻害することにつながり、また、東アジアの人民の福祉には資さない。

単なる域内関税の撤廃を超えて関税外障壁の除去、サービス貿易の自由化や投資環境の整備を進めるためにはもちろん、こうした措置のなかに、いずれ北米やヨーロッパとは異なる規格を取り込んで世界経済における不利な地位から脱却するため、あるいは、これまで主として国内で維持してきた社会政策や雇用政策、さらには環境政策を地域的基準として保持・再生するためにも、法整備は重要であり、そのための協力を展開することが必要である。現状では、ASEANにおいても、「規則に基づく体制 rules-based regimes」(ASEAN憲章2条2項(n))という標語<sup>51</sup>にもかかわらず、そもそも法律の専門家によるサポート体

<sup>51</sup> この文言は、憲章での位置づけで分かるように、当初は経済協力の分野での目標という意味合いが強かったといえる。しかし、2009年の政治安全保障共同体のブループリントに「価値と規範を共有する規則に基づく共同体」(supra note 46, para.10(a))という表現が入れられ、また同年の首脳会議議長声明で憲章がより「規則に基づく[...]組織となる枠組み」を提供するものであると確認された(Chairman's Statement of the 14th ASEAN Summit, Cha-am, 28 February - 1 March 2009, <http://asean.org/chairman-s-statement-of-the-14th-asean-summit-asean-charter-for-asean-peoples-cha-am-28-february-1-march-2009/> [最終確認日: 2016年5月31日], para. 2.)。こうして現在では、「規則に基づく組織」となるというのは、ASEAN全体の標語となっている。

制も不十分で<sup>52</sup>、法整備のための協力の余地は大きい。

しかし、東アジアにおいて法整備のための協力を進める上で、考慮に入れるべきもう一つの問題がある。それは、東アジアにおいては、西欧近代由来の法に対するニヒリズムが根強くあることである。それはこの地域が無秩序であることを意味しない。およそ生産が組織された社会において、生きた規範意識が働いていないということはありません。つまり、法は、この土壌に適合しなければ根付かず枯死するであろう。さらに、「移植」ではなく、現にある規範意識への「接ぎ木」の方法が試みられるべきであろう。

こうしたことは、起源と主流の観念において欧米的であることが否定できず、しかも普遍化を内在的に要求する「人権」という観念を導入する場合には、とくに強く意識されなければならない。いずれにせよ、ローカルなコミュニティにおける生きた規範意識に対する十分な知識とともに、西洋近代由来の法を相対化する視点が、この地域において法整備のための協力をすすめるための不可欠な前提ということができよう。

---

<sup>52</sup> PIRIS and WOON, *supra* note 38, *passim*.

【Special Features : Article】

## **The Venice Commission's Involvement in the Establishment of a Human Rights Protection System in Asia - (Variable) Geography and other relevant issues\***

Schnitz Rudolf Dürr\*\*

### Abstract

This paper, presented at the CALE Conference on “Multi-layered Constitutionalization in the Context of Integration in East Asia” (Nagoya, 8 February 2015), examines various avenues for establishing an Asian human rights protection system. A proposal to establish an Asian Court of Human Rights was made by the Constitutional Court of Korea at the 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice in Seoul in September 2015.

Following an overview of existing regional human rights protection systems in Europe, the Americas, Africa, the Arab League as well as earlier attempts in Asia, the paper looks into issues which should be addressed in setting up an Asian system. These include the scope *ratione loci* and notably the question whether and which international organisation could provide an institutional framework for the system. A key to success is the question which criteria participating countries should fulfil. Drawing on European organisational structures, the author recommends a system of variable geometry, in which first only few likeminded countries participate. Later, partial opt-outs could be envisaged in order to enable also hesitating countries to participate but these countries should not be in a position to limit progress of the likeminded group of countries. The paper insists that from the outset the purpose of adding a regional layer of human rights protection in Asia should be full individual access in order to achieve a high common standard of human rights protection in Asia. While the system should be specifically designed for the Asian continent, a reference to Asian values must not be used to reduce the level of protection provided. The necessary dialogue on establishing the Court should involve many actors (universities, civil society, constitutional and supreme courts, etc.), even if eventually a treaty will have to be prepared by governments.

### Contents

#### I. Introduction

1. Venice Commission
2. World Conference

#### II. 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice – the Korean proposal to establish an Asian Court of Human Rights

---

\* This article was submitted to the ALB editors for publication on October 12, 2015.

\*\* Head of Constitutional Justice Division at the Venice Commission of the Council of Europe and Secretary General of the World Conference on Constitutional Justice. This intervention was made in a strictly personal capacity and does not necessarily reflect the official position of the Venice Commission or the Council of Europe.

- III. Existing systems of Human Rights protection as a model
  - 1. Europe
  - 2. Americas
  - 3. Africa
  - 4. Arab League
  - 5. Asia / Pacific
- IV. Issues to be addressed in the establishment of an Asian system for the protection of human rights
  - 1. Scope *ratione loci*
  - 2. Scope *ratione personae* - the ultimate goal: individual access
  - 3. Scope *ratione temporis*
  - 4. Asian values
  - 5. Networking
- V. Conclusion

## **I. Introduction**

This paper was prepared for the seminar “Multi-layered Constitutionalization in the Context of Integration in East Asia” (Nagoya, Japan, 8 February 2015)<sup>1</sup>, which gave occasion to ponder various issues, which ought to be taken into account in establishing a human rights protection system in Asia. However, before going into the substance, we will present the Venice Commission and the World Conference on Constitutional Justice in order to explain why these bodies are involved in this topic.

### **1. Venice Commission**

Founded in 1990, right after the fall of the Berlin Wall as a response to this event, the Venice Commission is an advisory body of the Council of Europe. I should point out that the Council of Europe, which has 47 member States covering nearly the entire European continent, is distinct from the European Union, which has 28 member States.

Being part of the Council of Europe, the Venice Commission is open to the participation of non-European countries and has a total of 60 member States, including the

---

<sup>1</sup> The author is most grateful to Prof. Obata and CALE for organising the seminar and for inviting him as a speaker.

47 members of the Council of Europe. Excluding the Middle East<sup>2</sup>, in Asia, Kazakhstan, the Republic of Korea, and Kyrgyzstan are full members and Japan is an observer.

The Venice Commission is composed of independent experts in the field of constitutional law. They are mainly university professors and judges of constitutional or supreme courts.

The main activity of the Commission consists of providing legal opinions for the preparation of constitutional reforms and para-constitutional legislation (electoral laws, legislation on the structure of the Judiciary etc.).

The Commission only acts upon request, which can come from the State concerned, the organs of the Council of Europe or international organisations that participate in the work of the Venice Commission (the European Union, OSCE/ODIHR). In practice, most of the requests for advice come from Governments and Parliaments, but the Commission also provides *amicus curiae* briefs for Constitutional Courts when they ask for them.

Typically, the State concerned prepares a draft constitution or draft law and sends it to the Venice Commission for opinion. The Commission will then establish a working group of its members (called rapporteurs) who first prepare individual comments on the basis of the text received. Then, they travel to the country concerned where they meet with the authorities - Government, Parliament (including opposition), if appropriate the Constitutional Court, the Supreme Court or the Judicial Council - as well as with civil society.

On the basis of the comments and the results of the visit, the rapporteurs prepare a draft opinion with the assistance of the Secretariat. This draft opinion is communicated to all member States of the Commission, including the member State concerned, which can send a reply. Finally, the draft opinion is discussed with all members and the requesting authority, before it is adopted at the plenary session of the Commission in Venice. Most importantly, the opinions of the Venice Commission are public and they are available on the web-site of the Venice Commission. In its opinions, the Commission makes recommendations on how to improve the draft text concerned. As such, the opinions are not binding, but often political bodies such as the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe or the European Union will call upon

---

<sup>2</sup> Israel is a member, the Palestinian National Authority has a special co-operation status  
<http://www.venice.coe.int/WebForms/members/countries.aspx>.

the State concerned to implement these recommendations and sometimes such calls can carry a heavy political weight.

While the centre of the work of the Commission is the preparation of opinions, the Commission also works for the implementation of the Constitutions and the principles contained in them. It does so by supporting Constitutional Courts and equivalent bodies, foremost by fostering an international dialogue between constitutional judges.

As a basis for this dialogue, the Venice Commission provides a permanent platform for the exchange of information between courts. Tools for this exchange are the CODICES database<sup>3</sup>, which provides information about important cases from over 80 Constitutional Courts, Constitutional Councils, Constitutional Chambers and Supreme Courts in Europe, Asia, Africa and the Americas, as well as from the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Inter-American Court of Human Rights. All contributions are prepared by liaison officers appointed by the courts themselves.

The liaison officers also have access to the confidential on-line Venice Forum, through which the courts can quickly exchange information and request assistance.

## **2. World Conference**

The useful work of the Venice Commission with Constitutional Courts soon attracted the attention of non-European Courts, first in Western Africa, through the Association of French Speaking Constitutional Courts – ACCPUF – which asked to join the Venice Commission in the production of the CODICES database in 2002.

First with ACCPUF, then with other regional or language based groups of constitutional courts, the Venice Commission concluded co-operation agreements, in particular with the Southern African Judges Commission, the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of New Democracy (CIS countries), the Union of Arab Constitutional Courts and Councils, the Ibero-American Conference of Constitutional Justice, the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa and, of course, the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions.

It was in 2005, following a visit of a delegation of the Constitutional Court of Indonesia to Strasbourg, that the author had the honour of representing the Venice

---

<sup>3</sup> [www.CODICES.CoE.int](http://www.CODICES.CoE.int).

Commission at the 3<sup>rd</sup> seminar for Asian Constitutional Court Judges in Ulaan Baatar. This series of conferences was initiated and sponsored by the German Konrad Adenauer Foundation. In Ulaan Baatar, the Venice Commission offered to co-operate with the Asian Courts.<sup>4</sup> The participating courts<sup>5</sup> were invited by the Venice Commission to contribute to the CODICES database and to participate in the Venice Forum.

Given that through this and similar arrangements over the years with other regional and linguistic groups<sup>6</sup> the Venice Commission had already started to co-operate with courts in a large part of the World, the Commission tried to bring all the constitutional courts, constitutional councils and supreme courts together at the first World Conference on Constitutional Justice, in Cape Town, South Africa on 23-24 January 2009.

On the basis of a declaration<sup>7</sup> adopted at this event, the Venice Commission assisted a Bureau, composed of representatives of the regional and linguistic groups, in the establishment of the World Conference as a permanent body. A first draft of the Statute<sup>8</sup> was discussed *inter alia* with the Circle of Presidents of the Conference of European Constitutional Courts in October 2009<sup>9</sup>. At the time, the European Courts were still sceptical, which led to the draft being further revised at various meetings of the Bureau<sup>10</sup> and it was finally adopted during the 2<sup>nd</sup> Congress of the World Conference on Constitutional Justice, hosted by the Federal Supreme Court of Brazil in Rio de Janeiro, Brazil on 16-18 January 2011.<sup>11</sup>

The Congress in Rio de Janeiro gave a fresh impetus to the discussions. This enabled the Bureau to prepare a final version of the Statute, which was adopted at another

---

<sup>4</sup> [http://www.venice.coe.int/AACC/mgl\\_speech\\_sc.htm](http://www.venice.coe.int/AACC/mgl_speech_sc.htm).

<sup>5</sup> The Constitutional Council of Cambodia, the Constitutional Courts of Indonesia, the Republic of Korea, Mongolia and Thailand, and the Supreme Court of the Philippines.

<sup>6</sup> Conference of European Constitutional Courts, Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), Southern African Chief Justices Forum, Conference of Constitutional Control Organs of the Countries of New Democracy, Union of Arab Constitutional Councils and Courts, Conference of Constitutional Jurisdictions of the Portuguese-Speaking Countries, Ibero-American Conference of Constitutional Justice.

<sup>7</sup> [http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ\\_CapeTown\\_E.asp](http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_CapeTown_E.asp).

<sup>8</sup> Prepared at its meeting in Merida, Mexico, in April 2009, on the occasion of the VIth Ibero-American Conference of Constitutional Justice (<http://www.cijc.org/CONFERENCIAS/MEXICO/Paginas/default.aspx> - accessed 02/02/2015).

<sup>9</sup> <http://193.226.121.81/default.aspx?page=congres/congres> (accessed on 02/02/2015)

<sup>10</sup> Meetings of the Bureau took place in Venice on 12 December 2009 and 5 June 2010.

<sup>11</sup> Eighty-eight Constitutional Courts, Constitutional Councils and Supreme Courts as well as 10 regional and linguistic groups of courts from Africa, the Americas, Asia and Europe participated in this congress on the topic "Separation of Powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies".

meeting on 23 May 2011 in Bucharest during the XV<sup>th</sup> Congress of the Conference of European Constitutional Courts.

According to its Article 10, the Statute<sup>12</sup> entered into force on 24 September 2011 with the accession of 30 Constitutional Courts, Constitutional Councils or Supreme Courts exercising constitutional justice.

The World Conference has three organs, the General Assembly, the Bureau and the Secretariat. The General Assembly meets on the occasion of the congresses, which are held every three years. The Bureau, meets annually, is composed of representatives of the 10 regional and linguistic groups and three Courts elected by the General Assembly.

Article 1 of the Statute provides that the World Conference promotes constitutional justice – understood as constitutional review including human rights case-law – as a key element for democracy, the protection of human rights and the rule of law. The World Conference pursues its objectives through the organisation of regular congresses, by participating in regional conferences and seminars, by sharing experiences and case-law and by offering good services to members on their request.

The main purpose of the World Conference is to facilitate judicial dialogue between constitutional judges on a global scale. Due to the obligation of judicial restraint, constitutional judges sometimes have little occasion to conduct a constructive dialogue on constitutional principles in their countries. The exchange of information that take place between judges from various parts of the world in the World Conference further the reflection on arguments, which promote the basic goals inherent to national constitutions. Even if these texts often differ substantially, discussion on underlying constitutional concepts unites constitutional judges from various parts of the world who are committed to promoting constitutional justice in their own country.

These judges sometimes find themselves in situations of conflict with other state powers because of decisions they had to hand down. Their participation in the World Conference provides them with a forum that enables them to exchange information freely with their peers in a framework where judges from other countries can offer moral support. This support can be important in upholding constitutional principles, which the judges are called upon to defend in their line of work.

---

<sup>12</sup> <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ%282011%29001-e>.



Conversely, the Courts and Councils, members of the World Conference commit to the principles of the World Conference and they may see their membership suspended by the General Assembly of the World Conference in case of flagrant violations of these principles.<sup>13</sup>

## **II. 3<sup>rd</sup> Congress of the World Conference on Constitutional Justice – the Korean proposal to establish an Asian Court of Human Rights**

From 28 September to 1 October 2014, the World Conference on Constitutional Justice organised its 3<sup>rd</sup> Congress in Seoul upon invitation by the Constitutional Court of the Republic of Korea. At the time of the Congress, the World Conference on Constitutional Justice already united 94 Constitutional Courts and Councils and Supreme Courts in Africa, the Americas, Asia and Europe.<sup>14</sup>

While the first two congresses of the World Conference in Cape Town and in Rio de Janeiro were simple gatherings of constitutional courts and the groups uniting them, the 3<sup>rd</sup> Congress, hosted by the Constitutional Court of the Republic of Korea on 28 September to 1 October 2014, was the first one to be governed by the Statute.

Four sessions at the 3<sup>rd</sup> Congress in Seoul dealt with the main topic 'Constitutional Justice and Social Integration' whereas a fifth, closed session undertook a stock-taking of the independence of the courts.<sup>15</sup>

An important element of the 3<sup>rd</sup> Congress was the key-note speech for session II by the host, President Park Han-Chul of the Constitutional Court of the Republic of Korea. In this speech<sup>16</sup>, President Park proposed to establish such an Asian Court of Human Rights.

The Seoul Communiqué, which was adopted by the participants of the 3<sup>rd</sup> Congress, supported up this proposal stating:

*“Furthermore, the participants were informed about the initiative of the Constitutional Court of the Republic of Korea to promote discussions on human*

---

<sup>13</sup> Article 9 of the Statute.

<sup>14</sup> 95 Courts are members as of 02/02/2015: [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_WCCJ](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ).

<sup>15</sup> At its meeting in Venice in 2013, the Bureau had decided that the independence of the member courts should be a permanent topic for future congresses.

<sup>16</sup> [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ\\_key-note-session\\_2-Park\\_ENG.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ_key-note-session_2-Park_ENG.pdf).

*rights co-operation, including the possibility of establishing an Asian human rights court based on international human rights norms, in order to enhance human rights protection in the region. Recognising the great contribution by existing international human rights Courts in Europe, the Americas and Africa to the protection of human rights in the respective regions through the effective implementation of international human rights norms, the participants encourage participating Asian Courts to promote such discussions.”<sup>17</sup>*

While the Seoul Communiqué was an important step for President Park’s initiative, a concrete follow-up was of course necessary. The next step was the preparation of a ‘feasibility’ report. President Park charged the main organiser of the 3<sup>rd</sup> Congress, the Deputy Head of International Relations of the Court, Ms Lim Kook-Hee to prepare a report on the possibilities for establishing such a Court.

In this framework, Ms Lim Kook-Hee participated in the 101<sup>st</sup> plenary session of the Venice Commission (Venice, 12-13 December 2014) and visited Strasbourg on 15 December 2014 where she met with various resource persons: Mr Michael O’Boyle, the Deputy Registrar of the European Court of Human Rights, Mr Philippe Boillat, the Director General for Human Rights and the Rule of Law of the Council of Europe and Mr Jörg Polakiewicz, the Director of the Directorate of Legal Advice and Public International Law of the Council of Europe as well as with the Secretariat of the Venice Commission.

The Venice Commission was also able to assist in establishing contact between the Korean Court and the Inter-American Court of Human Rights. A Korean delegation visited the Inter-American Court in January 2015.

I am convinced that in order to get such a complex project moving, many actors on several levels have to work together. Knowing their interest in this topic from previous visits in Japan, I had the pleasure of suggesting to the Constitutional Court of Korea to contact Prof. Obata and Prof. Ejima. I am most grateful to the Centre for Asian Legal Exchange - CALE<sup>18</sup> for having taken the generous initiative of bringing us together here in Nagoya.

---

<sup>17</sup> [http://www.venice.coe.int/wccj/seoul/WCCJ\\_Seoul\\_Communique-E.pdf](http://www.venice.coe.int/wccj/seoul/WCCJ_Seoul_Communique-E.pdf).

<sup>18</sup> [http://cale.law.nagoya-u.ac.jp/index\\_eng.html](http://cale.law.nagoya-u.ac.jp/index_eng.html) (accessed 03/02/2015).

Let me give you a brief overview of the existing regional human rights protection systems before I turn to the various issues which should be addressed in such an endeavour.

### **III. Existing systems of Human Rights protection as a model**

There are major regional human rights protection systems in Europe, the Americas, Africa and the Arab countries. Due to restrictions of time, I can only refer to some of them.

#### **1. Europe**

In Europe, two major international organisations deal – at least partially – with human rights. The oldest and the organisation specialised in the field is the Council of Europe, which nearly covers the entire continent<sup>19</sup> with its 47 member States. The Council of Europe is the “mother” organisation for the European Court of Human Rights in Strasbourg. However, the Council of Europe not only hosts the Court, the contribution of the whole organisation is essential for the functioning of the Court. The Council's Committee of Ministers supervises the execution of the judgments and its various other parts assist the member States in living up to the Convention's commitments. The Council of Europe provides legislative support for drafting (including through the Venice Commission), provides human rights training for judges, prosecutors, police, prison guards and other categories of civil servants, promotes human rights education in schools, trains youth leaders and provides many more services that help the states in improving human rights.

At the same time, the Council of Europe also monitors the member States' performance in fulfilling their commitments.<sup>20</sup> Of course, the central body that monitors human rights protection is the European Court of Human Rights, which is the result of the merger of two

---

<sup>19</sup> With the exception of Belarus and Kosovo, which are not yet Council of Europe member States.

<sup>20</sup> For example the Anti-Torture Committee CPT (<http://www.cpt.coe.int/en/>), the Anti-Corruption body GRECO ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp)) but also many others (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=132237&Site=COE>, accessed 03/03/2015)

bodies – the European Court and the Commission for Human Rights – through Protocol 11 to the European Convention on Human Rights in Strasbourg<sup>21</sup>.

Following the exhaustion of national remedies, individuals can appeal to the European Court of Human Rights, which will first decide on admissibility (a high percentage of cases are inadmissible). The Court has 47 members (one for each party), but it decides in chambers of seven judges. Following the decision of a chamber, the parties may request a referral of the case to the Grand Chamber, which is composed of 18 Judges<sup>22</sup>.

Following the accession of many Eastern European States to the Council and Europe and their accession to the European Convention on Human Rights, the case-load of the Court increased dramatically, culminating in a delay of some 160.000 cases in 2011. However, the member States effectively reformed the Court, the most important element being the introduction of Protocol 14 to the Convention, which reduced the number of judges required for admissibility decisions from three to one. Together with procedural streamlining and an important enlargement of the Registry, these reforms resulted in a decrease of the number of pending cases to 69.900 in early 2015.<sup>23</sup> This reform was thus an enormous success.

On the other hand, the European Union, which has 28 member States, established the Court of Justice of the European Union in Luxembourg. This Court originally dealt with economic issues only but it was forced by a national court, the Constitutional Court of Germany, through the *Solange I* judgment<sup>24</sup>, to establish its own human rights jurisdiction. Without a specific legal basis for the protection of Human Rights, the Court of Justice first drew inspiration from “constitutional traditions common to the Member States”<sup>25</sup>. In practice, this meant that the Luxembourg Court followed the case-law of the Strasbourg Court.

A new element came in when the European Union proclaimed its Charter of Fundamental Rights in 2000 and, especially, when the Charter was transformed into binding law through the Lisbon treaty in 2009. With the Charter, new dynamics developed.

---

<sup>21</sup> Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, Strasbourg, 11.V.1994, Since its entry into force on 1 November 1998, this Protocol forms an integral part of the Convention (ETS No. 5).

<sup>22</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/FAQ\\_GC\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FAQ_GC_ENG.pdf) (accessed 03/02/2015)

<sup>23</sup> <http://www.humanrightseurope.org/2015/01/stat-attack-launch-of-the-european-court-of-human-rights-judicial-year/> (accessed 03/02/2015).

<sup>24</sup> *Solange I*, BVerfGE 37, 271 ff.

<sup>25</sup> Court of Justice of the European Communities, case Nold 4/73 [1974] ECR 491, §13.

It is not only the Court of Justice of the EU that interprets the Charter, but national Constitutional Courts also refer to it in their judgments<sup>26</sup>. This means that in Europe, in respect of the EU and its 28 member States, which are all parties to the European Convention on Human Rights as well, two European Courts deal with human rights and they apply two parallel human rights treaties.

The Charter contains a number of rights which do not exist in the Convention, for instance Article 8 on data protection. However, many of the fundamental rights contained in the Charter overlap with rights contained in the European Convention on Human Rights Convention, for example the right to a fair trial under Article 6 of the Convention is covered by Article 47 of the Charter. It is these overlapping rights that bring about the danger of divergent interpretation between the two texts.

The emergence of a human rights system with two basic texts, interpreted by two separate courts, could easily lead to a divergence in protection standards and this should be avoided.<sup>27</sup> It is also very important from the point of view of the individual to make it clear which human rights standards he or she can rely on and which Court will have the final say in human rights matters. The member States also insist that the EU, to which they have devolved many competences, is bound by the same standards as they are themselves and the EU needs to be coherent and credible in its relations with other States.<sup>28</sup> Even if the EU has developed a reasonably well-functioning system of internal control over its own

---

<sup>26</sup> A number of Constitutional Courts have referred to the Charter. Most active in this regard were the Constitutional Court of Austria (U466/11-18, U1836/11-13 of 14.03.2012, G 47/2012, G 59/2012, G62,70,71/2012 of 07.06.2014,66/2013 of 12.03.2014, U466/11-18, U1836/11-13 of 14.03.2012, KR 1-6, 8/00 of 12.12.2000) and the Constitutional Court of Belgium (146/2013 of 07.11.2013, 49/2011 of 06.04.2011, 103/2009 of 18.06.2009, 58/2009 of 19.03.2009, 167/2005 of 23.11.2005). Other examples are the Constitutional Courts Croatia (SuS-1/2013 of 14.11.2013), Poland (P 9/04 of 31.01.2005), Romania 967/2012 of 20.11.2012 ) or Spain 37/2011 or 28.03.2011, 292/2000 of 30.11.2000 ).

<sup>27</sup> There is already an example of a very wide interpretation of the Fundamental Rights Charter, that, if pursued could potentially lead to divergent interpretation. In the case the judgment in *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson* (Case C-617/10 REC, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*), the Court of Justice of the European Union used a very wide interpretation of the applicability of the Convention when it held that the EU Charter applied wherever a state acts "within the scope of European law"; see Polakiewicz, Jörg, Concluding remarks: Present Challenges and Future given at the Conference Fundamental Rights in Europe: A Matter for Two Courts, Oxford Brookes University, Strasbourg, 13 June 2014, available at [http://www.coe.int/en/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset\\_publisher/ja71RsfCQTP7/content/-fundamental-rights-in-europe-a-matter-for-two-courts-?](http://www.coe.int/en/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/-fundamental-rights-in-europe-a-matter-for-two-courts-?)

<sup>28</sup> Since *Solange I*, the European Union has taken up human rights as a key topic, not only within the Union – for instance with the establishment of the Fundamental Rights agency in Vienna – but also in its external relations, where often there is a conditionality between trade or accession agreements and human rights protection. In accession negotiations, now in the Balkans, with Albania, Montenegro and Serbia, the EU strongly insists on improvements in the human rights field (see conditions for EU membership at [http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/index_en.htm)).

activity, external control is necessary. This is why the Lisbon treaty obliges the European Union to become a party to the European Convention on Human Rights<sup>29</sup>.

The very idea of the European Union, an international organisation joining the European Convention on Human Rights, which only envisages the membership of individual States, is complicated<sup>30</sup>. Given that it has taken over certain competences from its member States, the European Union had already become a member of other international organisations in these fields, for instance the UN Food and Agriculture Organisation or the World Trade Organisation<sup>31</sup>. However, accession to the European Convention on Human Rights does not follow the same logic.

On the basis of Article 6.2 of the EU Treaty and Article 59.2 of the Convention<sup>32</sup>, which had opened the way for EU accession to the Convention, the Council of Europe and the European Union prepared a Draft Accession Agreement<sup>33</sup>, which was then submitted to the Court of Justice of the European Union for opinion.

Already in 2011 – before the end of the negotiations on the Draft Accession Agreement - the Presidents of the Strasbourg and the Luxembourg Courts had adopted a joint communication, welcoming accession.<sup>34</sup> However, in its Opinion 2/13 of 18 December 2014<sup>35</sup> the Court of Justice of the European Union brought the process of accession effectively to a halt.<sup>36</sup> The strong insistence by the Court in its Opinion on “preserving the

---

<sup>29</sup> Article 6.2: “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.” This second sentence was an indicator of a struggle between the EU and member states, which agree to the goal of an external control of acts of the Union but which do not wish give the EU a general competence in human rights matters, fearing that then the EU would exercise a general control of human rights also in the member states. Accession of the Union to the Convention had been envisaged before the Lisbon Treaty, but already in 1996, the Court of Justice of the European Communities had found that there was not a sufficient legal basis in the treaties (Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759). In order to pursue this goal, the Lisbon Treaty introduced such an explicit legal basis in Article 6.2 TEU, Odermatt, Jed, The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective, KU Leuven, Working Paper No. 136 – April 2014, [https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working\\_papers/new\\_series/wp131-140/wp136-odermatt.pdf](https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp131-140/wp136-odermatt.pdf) (accessed 10/2014).

<sup>30</sup> For criticism of this approach, see Schilling, Theodor, On Equal Footing: The Participation Rights Envisaged for the European Union After Its Accession to the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, p. 197–229.

<sup>31</sup> Odermatt, Jed, *ibid.*

<sup>32</sup> This paragraph had been introduced by Protocol 14 to the Convention.

<sup>33</sup> Available at [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting\\_reports/47\\_1\(2013\)008rev2\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf).

<sup>34</sup> Joint communication from Presidents Costa and Skouris, 24 January 2011, available at [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf).

<sup>35</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=138983>; press release <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180en.pdf> (accessed 03/02/2015).

<sup>36</sup> Odermatt, Jed, Court of Justice of the European Union finds Draft Agreement on EU Accession to ECHR is Incompatible with EU Law, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Post 20 December 2015,

specific characteristics of the EU and EU law<sup>37</sup> will make accession of the Union to the Convention hard to achieve.

Following a thorough analysis of the Opinion, negotiations are likely to resume. The negotiators have to satisfy not only the stringent demands of the Court of Justice, but they also have to remain acceptable for the 19 non EU members States, which are parties to the Convention, especially Russia and Switzerland. Without ratification of the accession agreement by all 47 member States of the Council of Europe (and the EU itself), no accession is possible. This means that each member State has a *de facto* veto power. Difficult negotiations therefore lie ahead.

It will also be interesting to see how European Constitutional Courts react to Opinion 2/13. The very strong insistence of the Luxembourg Court on the fully autonomous nature of EU law<sup>38</sup> puts into question the achievements of the Solange I process. It was the opening of EU law to external influences in the field of human rights which enabled the German Constitutional Court to come to the conclusion in the Solange II judgment that the EU provided a sufficient level of protection from the viewpoint of national constitutional law. Maybe Constitutional Courts will resume control of EU law according to national constitutional standards.

While the delay in the accession of the European Union is deplorable, not least from the viewpoint of the Union itself, the relations with some of its member States are a more serious challenge for the European Court of Human Rights.

Due to the conflict between the European Court of Human Rights and Russia, the entry into force of Protocol 14, simplifying the procedure of the Court, was considerably delayed. The reason for this conflict are judgments, which – it seems – displeased the Russian authorities, starting with *Ilaşcu v. Moldova and Russia*<sup>39</sup> where Russia was held responsible for the acts of the *de facto* authorities in the region of Transnistria in the Republic of Moldova.

---

<http://council.org.uk/2014/12/20/court-justice-european-union-finds-draft-agreement-eu-accession-echr-incompatible-eu-law> (accessed 03/02/2015).

<sup>37</sup> Paragraph 161 of Opinion 2/13.

<sup>38</sup> "...the Member States have, by reason of their membership of the EU, accepted that relations between them as regards the matters covered by the transfer of powers from the Member States to the EU are governed by EU law to the exclusion, if EU law so requires, of any other law", paragraph 193 of Opinion 2/13.

<sup>39</sup> ECtHR, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, no. 48787/99.

Even more resented was the *Kononov v. Latvia* judgment<sup>40</sup>. Russia was not even a party in these proceedings, but the European Court of Human Rights found no violation of the Convention when Latvia sentenced Mr Kononov for war crimes, which he committed as a communist partisan in 1944.

Another conflict opposes the United Kingdom to the European Court of Human Rights. In the case *Hirst v. UK*, the European Court held that the UK violated the Convention when it denied all prisoners without distinction the right to vote<sup>41</sup>. This judgment has not been implemented in the UK and – probably to avoid outright conflict – the Committee of Ministers postponed this judgment’s execution until 2015.<sup>42</sup> For the general public, another judgment was even more contentious, *Abu Qatader v. UK*, where the Court prevented the expulsion of an Islamist hate preacher to Jordan because of the danger that he might be tortured there. As a consequence, the UK Government wants to adopt a human rights bill, which would break the formal link between British courts and the European Court of Human Rights, which had been established by the Human Rights Act.<sup>43</sup> The question whether the United Kingdom should leave the European Convention on Human Rights is being seriously considered.<sup>44</sup>

Even in Switzerland a wave of resentment against the European Court of Human Rights has built up, especially on the right wing of the political spectrum. This may be related to the traditional Swiss insistence on its independence and the rejection of the idea of “foreign judges”. While it is unlikely that Switzerland will leave the European Convention on Human Rights, such discussions probably contributed to the insistence of Switzerland on ‘subsidiarity’ in the process of reform of the Court.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> ECtHR, *Kononov v. Latvia*, no. 36376/04; On this point see Vermin, J, *Crossing the line*, Russian Law Online, <http://www.russianlawonline.com/content/crossing-line>.

<sup>41</sup> For arguments for and against implementation, presented to the House of Lords, *European Court of Human Rights rulings: are there options for governments?*, Vaughne Miller, International Affairs and Defence Section, House of Lords Library, Standard Note SN/IA/5941.

<sup>42</sup> Decision adopted by the Committee of Ministers at the 1208th meeting (23 25 September 2014), [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/reports/pendingcases\\_EN.asp?CaseTitleOrNumber=hirst&StateCode=UK.&SectionCode](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/reports/pendingcases_EN.asp?CaseTitleOrNumber=hirst&StateCode=UK.&SectionCode).

<sup>43</sup> Conservatives plan to scrap Human Rights Act – read the full document <http://www.theguardian.com/politics/interactive/2014/oct/03/conservatives-human-rights-act-full-document>.

<sup>44</sup> Theresa May: Tories to consider leaving European Convention on Human Rights: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-21726612>; see also arguments presented by Vaughne Miller, International Affairs and Defence Section, House of Lords Library, Standard Note SN/IA/6577

<sup>45</sup> Swiss Parliament: 13.3237 – Interpellation, *Kündigung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20133237](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133237); *La Suisse sera plus isolée si elle dénonce la Convention*, interview with Prof. Walter Kälin, <http://www.tdg.ch/suisse/La-Suisse-sera-encore-plus-isolee-si-elle-denonce-la-Convention/story/22597456/print.html>; Bundesrat vehement gegen Kündigung



Notwithstanding these challenges, the European Court of Human Rights is an outstanding success. Human rights protection has become a key element of European legal culture and many Europeans are rightly proud of these achievements.

## 2. Americas

Like the European system until the entry into force of Protocol 11 to the Convention in 1998<sup>46</sup>, the Inter-American human rights protection system has two main components: the Inter-American Commission on Human Rights, established in 1959 and the Inter-American Court of Human Rights, established in 1979. Both organs now have their legal basis in the American Convention on Human Rights, which was ratified by 25 States.<sup>47</sup>

The Inter-American Commission has its seat in Washington D.C. It is composed of seven Commissioners who are elected by the General Assembly of the Organisation of American States. In addition to general country reports<sup>48</sup>, the Commission was authorised in 1965 to examine individual cases of human rights violations<sup>49</sup>.

Domestic remedies have to be exhausted before a petition can be filed. Once a case is found admissible, the Commission first tries to find a friendly settlement, but it will prepare a report on the merits with recommendations if this is not possible.

In respect of States which have made a declaration accepting the jurisdiction of the Inter-American Court<sup>50</sup>, the petitioner can request that the case be transferred by the Commission to the Inter-American Court of Human Rights if the State does not comply with the recommendations within two months. However, the applicants cannot bring cases to the Court themselves. Only the States and the Commission can refer a case to the Court.

The Court has its seat in San José, Costa Rica. Its seven Judges are elected by the General Assembly of the Organisation of American States for a period of six years. If none

---

der Menschenrechtskonvention, <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/bundesrat-vehement-gegen-kuendigung-der-menschenrechtskonvention-1.18082582>.

<sup>46</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm>.

<sup>47</sup> Trinidad and Tobago originally signed the Convention on 28 May 1991 but denounced it in 1998 referring to a constitutional obligation, established by the Judicial Committee of the Privy Council, to speedily execute persons convicted to the death penalty. An appeal to the Convention bodies would have delayed such executions

([http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_sign.htm#Trinidad%20and%20Tobago](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm#Trinidad%20and%20Tobago)).

<sup>48</sup> <http://www.cidh.oas.org/pais.eng.htm>.

<sup>49</sup> <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/functions.asp>.

<sup>50</sup> Article 62 of the Convention.

of the even judges is a national of the defendant State, the State can nominate an *ad hoc* judge.<sup>51</sup>

Like the European Court of Human Rights<sup>52</sup>, the Inter-American Court can adopt provisional measures “in cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons”.<sup>53</sup>

A unique aspect of the Inter-American system is the role of the *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)*.<sup>54</sup> CEJIL is a semi-official NGO which also brings cases on behalf of victims of human rights violations to the Inter-American Commission and supports them in the procedure before the Inter-American Court of Human Rights. This is particularly important for defending the rights of indigenous people or communities in Latin America who often are unable to present formal applications on their own. The establishment of a similar body might be of interest also for other regional mechanisms, notably in Asia.

Another particular feature of the American system is that the Court, which supervises the execution of its own judgments, often insists on highly symbolic forms of reparation, such as public apologies to victims.<sup>55</sup> This is very different from the European system, which focuses on compensation and on general (often legislative) measures, rather than symbolic measures.

In Asia, however, it might be difficult to request public apologies from the authorities if this would result in a ‘loss of face’.

Like the European Court, the American system faces some challenges. Venezuela denounced the American Convention on 10 September 2013 because the Court had allegedly given “political” judgments.

A recent issue relates to the Dominican Republic. Following a judgment of the Inter-American Court finding a violation of the Convention by the Dominican Republic because

---

<sup>51</sup> This is different from the Inter-American Commission where a national of the State concerned has to recuse him/herself.

<sup>52</sup> Rule 39 of the Rules of the Court ([http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Interim\\_measures\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf), accessed 03/02/2015).

<sup>53</sup> Article 63.2 of the Convention.

<sup>54</sup> <https://www.cejil.org/en>.

<sup>55</sup> For example, in the Barrios Altos case Peru agreed to disseminate the judgement, make a public expression of apology to the victims, to erect a memorial monument in Lima, to grant scholarships, school uniforms and educational materials to the victims ([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_87\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_87_ing.pdf)).

it refused citizenship to Haitian immigrants<sup>56</sup>, the Constitutional Court of the Dominican Republic found in its judgment TC/0256/14 that the instrument accepting the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in respect of the Dominican Republic had not been adopted in a constitutional manner. The effects of this judgment are still unclear.<sup>57</sup>

However, notwithstanding these difficulties, the Inter-American too is a highly successful and effective system of human rights protection, which also contains many elements of potential relevance for other regions.

### **3. Africa**

The African Charter on Human and People's Rights of 1981 establishes the African human rights protection system, which has two components: the African Commission on Human and People's Rights and the African Court on Human and People's Rights. The Commission was established in 1986 and has its seat in Banjul, Gambia. It is therefore often called the "Banjul Commission". The Commission has eleven members who have renewable six-year mandates.

The African Court on Human and People's Rights was established by Article 1 of the Protocol to the Charter, which was ratified by 27 States. The Court, which is composed of 11 judges, has its seat in Arusha, Tanzania. Seven States (Burkina Faso, Ghana, Malawi, Mali, Rwanda, Tanzania and Cote d'Ivoire) have accepted the jurisdiction of the Court including for complaints brought by non-governmental organisations with observer status with the African Commission and from individuals. Similar to the European system, the execution of the Court's judgments is monitored by the Committee of Ministers of the African Union.

Since its establishment, the Court has received 28 applications and has finalised 23 of them. It gave its first judgment against Senegal in 2009 (inadmissibility).<sup>58</sup> On 14 June 2013, it handed down its first judgment on the merits, finding a violation of the Charter

---

<sup>56</sup> Inter-American Court's press statement (in Spanish): [http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_28\\_14.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_28_14.pdf) (accessed 03/02/2015).

<sup>57</sup> See a press statement by the Inter American Commission on this issue: [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2014/130.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2014/130.asp) (accessed 03/02/2015).

<sup>58</sup> Application No 001/2008, Michelot Yogogombaye v. Senegal (<http://www.african-court.org/en/index.php/2-home/171-application-no-001-2008-michelot-yogogombaye-versus-the-republic-of-senegal>).

against Tanzania<sup>59</sup>. In 2014, Burkina Faso was condemned for failing to investigate the murder of a newspaper editor.<sup>60</sup>

In the light of this recent case-law, the African Court seems to be set on a promising course towards an effective human rights protection system.

A specific aspect of the African system is the inclusion of group rights and people's rights, notably family protection by the state<sup>61</sup>, the right to self-determination<sup>62</sup>, the right to development<sup>63</sup>, the right to peace and security<sup>64</sup> and to a general satisfactory environment<sup>65</sup>.

On the other hand, the Charter also sets out duties of individuals such as the duty towards ones family and society<sup>66</sup> and to cultural values<sup>67</sup>, or the duty of non-discrimination and tolerance.<sup>68</sup> There is a controversial discussion about the inclusion of duties in human rights catalogues.<sup>69</sup> While the inclusion of reference to duties would seem acceptable, it should be made very clear in the text that human rights cannot depend on the prior fulfilment of duties. The respect for human rights cannot be refused, even if a person has not fulfilled his or her duties.

#### 4. Arab League

The League of Arab States, usually referred to as the Arab League, unites 22 Arab States. In 1994, the League prepared the Arab Charter of Human Rights, but the text did not enter into force. A revised version of that text was however adopted by the Arab

---

<sup>59</sup> Applications No 009&011/2011 – Tanganyika Law Society and The Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila V. The United Republic of Tanzania (<http://www.african-court.org/en/index.php/2012-03-04-06-06-00/all-cases-and-decisions/2-home/161-applications-no-009-12-joint-case>), see also <http://jurist.org/forum/2013/07/roland-adjovi-tanzanian-candidates.php> (accessed 01/02/2015).

<sup>60</sup> Application Application 013/2011, Judgment in the matter of late Norbert Zongo and others v. Burkina Faso (<http://www.african-court.org/en/index.php/news/latest-news/524-judgment-in-the-matter-of-late-norbert-zongo-and-others-v-burkina-faso>); see also <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/killing-norbert-zongo-african-court-stresses-state-obligation-protect-journalists> (accessed 01/02/2015).

<sup>61</sup> Article 18.

<sup>62</sup> Article 20.

<sup>63</sup> Article 22.

<sup>64</sup> Article 23.

<sup>65</sup> Article 24.

<sup>66</sup> Article 27.

<sup>67</sup> Article 29.7.

<sup>68</sup> Article 28.

<sup>69</sup> Brems, Eva, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague (2001), p. 425 seq.

League in 2004 and entered into force in 2008.<sup>70</sup> The Arab Charter contains political, civil, economic, social and cultural rights and the right to development.<sup>71</sup>

The Arab Human Rights Committee is composed of seven experts elected by the member States. It monitors the implementation of the Charter by the member States through national reports from the parties and by issuing comments and recommendations.<sup>72</sup>

In September 2014, a ministerial meeting of the Arab League approved the statute of a future Arab Court for Human Rights. It will enter into force with seven ratifications. The seat of the Court is to be in Bahrain. An inter-state complaint procedure is foreseen, but unfortunately no individual complaint mechanism.<sup>73</sup>

## 5. Asia / Pacific

While the current initiative of the Constitutional Court of Korea carries much weight, it is not the first attempt to establish a Human Rights Court in the wider Asian region, in particular in the Pacific.<sup>74</sup>

In 1985, the non-governmental Law Association for Asia and the South Pacific (LAWASIA) tried to establish a regional human rights mechanism for the Pacific at a meeting in Fiji, which was attended by 63 governmental and NGO delegates.<sup>75</sup>

A draft Pacific Charter of Human Rights was elaborated at a further meeting in Samoa in 1989. The draft was inspired by the African Charter on Human and Peoples' Rights and provided for civil and political rights, and some economic, social and cultural rights. A

---

<sup>70</sup> <http://www.lasportal.org> (Charter available in Arabic only). English text available at: <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/loas2005.html> (accessed 03/02/2015).

<sup>71</sup> Article 2.

<sup>72</sup> <https://www.fidh.org/International-Federation-for-Human-Rights/north-africa-middle-east/league-of-arab-states/Human-Rights-organizations-and> (accessed 02/02/2015).

<sup>73</sup> NGOs have made proposals on how to improve the Statute: <http://www.hrw.org/news/2014/06/06/proposed-arab-court-human-rights-empty-vessel-without-substantial-changes-draft-stat> (accessed 02/02/2015)

<sup>74</sup> Hao Duy Phan, A Blueprint For a Southeast Asian Court Of Human Rights, Asian-Pacific Law & Policy Journal, Volume 10, Issue 2, pp. 384-433 ([http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ\\_10.2\\_phan.pdf](http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_10.2_phan.pdf)) and Hao Duy Phan, A Selective Approach to Establishing a Human Rights Mechanism in Southeast Asia - The Case for a Southeast Asian Court of Human Rights (2012); Imrana Jalal, P., Why do we need a Pacific Regional Human Rights Commission?, pp. 177 seq. (<http://www.victoria.ac.nz/law/nzapl/PDFS/SPECIAL%20ISSUES/HORS%20SERIE%20VOL%20VIII/09%20Jalal.pdf>).

<sup>75</sup> Secretariat of the Pacific Community, Pathways for the Pacific: Regional Human Rights Mechanisms <http://www.spc.int/rrrt/publications-media/publications/item/379-pathways-for-the-pacific-regional-human-rights-mechanisms>, p. 23.

commission supervising implementation was to be established. However, the Charter was not adopted at the inter-governmental level.<sup>76</sup>

A renewed call for a Pacific regional mechanism is being made under Strategic Objectives 12.1 and 12.5 of the Pacific Plan<sup>77</sup> and, with the support of the Office of the High Commissioner for Human Rights, the Secretariat of the Pacific Islands Community prepared an excellent report on the possibilities for establishing such a system in 2012.<sup>78</sup>

In continental Asia various potential fora exist: the Asia Co-operation Dialogue<sup>79</sup> is a rather loose grouping of 32 Asian countries, which promotes dialogue between its members and pursues various projects in fields such as energy, agriculture, biotechnology, tourism, poverty alleviation, IT development, e-education and financial co-operation. However, the Asia Co-operation Dialogue does not yet have a human rights dimension.

Conversely, as part of its “human dimension”, the Conference on Interaction and Confidence Building Measures in Asia (CICA) is a multi-national forum for enhancing co-operation towards promoting peace, security and stability in Asia<sup>80</sup>. CICA has, as one of its priorities, the promotion of respect for fundamental rights and freedoms. The relevant 2007 concept paper<sup>81</sup> refers to “protecting respect for fundamental rights and freedoms within the provisions of the UN Charter, the Almaty Act and other CICA documents” as one of the goals of CICA. The parallel action plan foresees *inter alia* the holding of CICA conferences on human rights.<sup>82</sup>

The initiative to establish an Asian human rights protection system could thus refer to work done in these fora and try to include them in discussions in order to obtain sufficient political weight.

In 2009, the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) established the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (AICHR)<sup>83</sup>. One of the main tasks of this Commission was to prepare the ASEAN Human Rights Declaration, which was

---

<sup>76</sup> Text of the Charter: [http://pacific.ohchr.org/docs/Draft\\_Pacific\\_Charter\\_Memoranda.pdf](http://pacific.ohchr.org/docs/Draft_Pacific_Charter_Memoranda.pdf) (accessed 03/02/2015).

<sup>77</sup> Pacific Regional Consultation for Members of Parliament on the Pacific Plan (Strategic Objective 12.5), Human Rights Conventions & Standards and their Application to Domestic Law Policy and Practice (29 October-2 November 2007).

<sup>78</sup> See above, footnote 76.

<sup>79</sup> <http://www.acddialogue.com/> (accessed 28/01/2015)

<sup>80</sup> <http://www.s-cica.org/page.php?lang=1> (accessed 28/01/2015).

<sup>81</sup> [http://www.s-cica.org/page.php?page\\_id=30&lang=1](http://www.s-cica.org/page.php?page_id=30&lang=1) (accessed 28/01/2015).

<sup>82</sup> See also point 18 of the Declaration of the 2010 of the Third Summit of the Conference on Interaction and Confidence Building Measures in Asia (<http://www.cicaistanbul.org/belgeler-8.tr.mfa>, accessed 28/01/2015).

<sup>83</sup> <http://aichr.org/about/>.

adopted 2012 in Phnom Penh<sup>84</sup>. The Declaration builds on the Universal Declaration of Human Rights of the United Nations and includes both rights civil and political rights as well as economic, social and cultural rights. The Declaration adds further rights, for instance the right to safe drinking water and sanitation (Article 28.e). However, there were also critical voices<sup>85</sup> which pointed to the danger that the reference to “corresponding duties” in Article 6 of the Declaration<sup>86</sup> might be used to withhold human rights from a person who is not considered to have fulfilled his or her duties towards society. Other clauses questioned were the references to “national security” and “public morality” in Article 8 of the Declaration as grounds for limiting the exercise of human rights and fundamental freedoms.

The establishment of the ASEAN system was certainly difficult because of the diversity of the ASEAN member States. Therefore, the adoption of the ASEAN Human Rights Declaration was a remarkable achievement and further work will be necessary to make the system more independent.

### **III. Issues to be addressed in the establishment of an Asian system for the protection of human rights**

The task of establishing an Asian system for the protection of human rights or even an Asian Court of Human Rights is daunting. Numerous questions need to be addressed. The replies to these questions will determine how efficient it can be from a human rights perspective. From the outset, we can identify obvious trade-offs between size (larger membership) and quality.

---

<sup>84</sup> <http://www.asean.org/news/asean-statement-communicues/item/asean-human-rights-declaration>

<sup>85</sup> Statement by the High Commissioner for Human Rights at the Bali Democracy Forum of 7 November 2012, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12752&LangID=E>.

<sup>86</sup> Article 6 of the Declaration reads : “The enjoyment of human rights and fundamental freedoms must be balanced with the performance of corresponding duties as every person has responsibilities to all other individuals, the community and the society where one lives.”

## 1. Scope *ratione loci*

### (1) Intergovernmental organisation as a basis

A major issue is that Asia lacks a continental international organisation. The European Court of Human Rights is an emanation of the Council of Europe. The Inter-American Court of Human Rights was established within the Organization of American States and the African Court of Human Rights is part of the African Union. The project to establish an Arab Court of Human Rights is set within the framework of the Arab League.

In Asia, if a continental human rights court or mechanism<sup>87</sup> was established such an international organisation would need to be created at the same time. Why is such a “framework organisation” necessary for a human rights court? Such a court or a human rights commission needs individuals as members and they in turn need to be appointed. In one way or another, the States, i.e. the Governments, need to be involved, first in the drafting of the founding treaty<sup>88</sup> or decision in establishing the mechanism. In the case of a treaty, there is also a need to have a depositary, a body which keeps the signatures and ratifications, as well as any declarations or reservations and notifies the parties to the treaty thereof. Usually, the “framework organisation” fulfils this task. It is true that this function, which resembles that of a notary, could be entrusted to the United Nations, whose treaty office is available also for regional treaties. However, the involvement of an international organisation can be essential in the appointment of judges or members of the human rights mechanisms.

Depending on the model chosen, an involvement of an intergovernmental organisation can also be necessary in the implementation of the decisions taken by the human rights body. This is the case of the European system, where the Committee of Ministers supervises the execution of the judgments of the European Court of Human Rights. In the Inter-American System, the Court itself has this task.

Admittedly, it could be imagined that such a human rights body be established by an international non-governmental body, but without the participation of States, it seems unlikely that the decisions of such a non-governmental body would be followed by the

---

<sup>87</sup> Prof Obata doubts whether a Court handing down legally binding decisions can be established: Obata, Kaoru, Perspectives for a Regional Human Rights Regime in East Asia; *How should Asians Interpret the History of European Regional Constitutionalization*, Nagoya University Journal of Law and Politics, No. 245 (2012), pp. 299–322 (in Japanese, English translation available).

<sup>88</sup> E.g. the European Convention on Human Rights.



States concerned. The involvement of the States is therefore indispensable if such a mechanism is to be effective.

## (2) Participating countries

A related question is the geographical scope for the establishment of an Asian human rights court or system. Asia is a vast continent; its countries are very diverse. They are probably less homogenous than European countries, even with all their differences.<sup>89</sup>

While there is a geographical definition of Asia, being separated from Europe by the Urals and the Caucasus and by the Suez Canal from Africa, there are also different references as concerns Asia as an entity. Often, the Middle East is seen as a region of its own. More importantly, Asia contains countries which differ widely not only in size, history and culture but – essentially – in the respect for human rights by their Governments. In Asia, we find genuinely democratic states but – sadly – also some of the worst dictatorships in the World; let me only mention North Korea. Including those in such a system would obviously defeat the purpose of protecting human rights. Therefore, the geographical scope will need to be limited to countries that share the genuine protection of human rights as a goal. Let us call them like-minded countries. In East and South-East Asia, there are some which could be candidates, let me only mention South Korea, Japan, Mongolia or Indonesia, but there are of course also others.<sup>90</sup>

We can compare the issue of including more or less Asian States to the discussion about widening or deepening the European Union. Some countries first wanted a more profound coherence between the member States of the EU whereas others wanted to take in new members more quickly. Of course, one element in this discussion was the need to “stabilise” some countries, for example democratic Greece after the end of the military dictatorship. However, it is probably true that some countries supported the enlargement of the EU in order to avoid its further deepening.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Obata, Kaoru, Perspectives for a Regional Human Rights Regime in East Asia; *How should Asians Interpret the History of European Regional Constitutionalization*, Nagoya University Journal of Law and Politics, No. 245 (2012), pp. 299–322 (in Japanese, English translation available).

<sup>90</sup> Taiwan would probably be an interesting partner but the question of its status in international law might complicate co-operation.

<sup>91</sup> A similar, albeit less known discussion took place in the Council of Europe after the fall of the iron curtain. The issue was how quickly the Council of Europe should accept new members. After having expanded to Central Europe (Hungary, Czechoslovakia and Poland), the Deputy Secretary General of the Council of Europe, Mr Leuprecht resigned from his post in 1997 in protest against the accession of Bosnia and Herzegovina, Croatia and Russia to the Council (<http://www.rferl.org/content/article/1085587.html>, accessed 27/01/2015), see also Bates, Ed, *The Evolution*

### (3) Relationship to the European system

Another territorial issue concerns the borders between Asia and Europe. The Council of Europe, and, as a consequence the European Court of Human Rights, have five members, which geographically are either partially or totally in Asia. Both Russia and Turkey have the larger part of their territory in Europe and Armenia, Azerbaijan and Georgia are – according to a geographical definition – totally in Asia because they are on the south rim of the Caucasus range, which is supposed to separate Europe from Asia. As a consequence, the question of their participation in an Asian system of human rights protection can be legitimately raised. The question is pertinent because the Constitutional Courts of three of these countries (Azerbaijan, Russia and Turkey<sup>92</sup>) are indeed members of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions and the Seoul *Communiqué* calls upon the participating Asian Courts to promote discussions on the establishment of an of an Asian Court of Human Rights.

The question that arises is whether countries already covered by the European Convention on Human Rights, should join another regional human rights protection mechanism. In 1998, the Venice Commission had the opportunity to pronounce itself on a similar issue when it was asked to give an opinion on the legal problems arising from the coexistence of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of the Commonwealth of Independent States (CIS) and the European Convention on Human Rights. Having established that the human rights protection resulting from the CIS Convention was more limited than that of the European Convention, the Venice Commission recommended for “those States which are members of the Council of Europe or candidates to become members, ratification of the ECHR is mandatory and the ECHR should have priority over other European systems for protection of human rights.”<sup>93</sup>

---

of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford (2010), p. 448.

<sup>92</sup> <http://www.aaccci.org/ccourt?act=members> (accessed 28/01/2015).

<sup>93</sup> CDL-INF(1998)008, Opinion on the legal problems arising from the coexistence of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of the Commonwealth of Independent States and the European Convention on Human Rights, p. 13.

#### (4) Seat

Whenever an international body is set up, the question of its seat needs to be decided. The problem may be that several founding members wish to have the seat in their country. However, unless this is a very complex body, a single seat should be chosen.<sup>94</sup>

Strasbourg was chosen as the seat of the Council of Europe and the European Court of Human Rights because of its symbolic value for the reconciliation between France and Germany after the war.<sup>95</sup>

Of course a special responsibility comes with the seat and hosting such a body can also entail significant costs for the host country.

#### (5) Variable Geometry

In Europe, we have numerous examples of so-called 'variable geometry'. This means that States co-operate with others in varying composition. Some States participate in all activities whereas others opt out of certain topics and others can opt-in by co-operating with an existing body or organisation even if they are not a member of it. Variable geometry exists in the European Union – in fact the term most often refers to the EU<sup>96</sup> – but there are also several forms of variable geometry in the Council of Europe.

For example, the Schengen area, which unites States with a common external visa regime, was first established outside the EU, but has been integrated into the EU legislation through the Amsterdam Treaty in 1997. The Schengen Agreement enables border-free travel between its participating States and is probably one of the most visible achievements of European integration. The Schengen area covers most EU members. Croatia, Bulgaria and Romania are not yet members, but the United Kingdom and Ireland, both EU members, have permanently opted out. On the other hand, it also includes Switzerland and Norway, which are not EU members.

The Euro area is also an element of variable geometry in the EU. Denmark and the United Kingdom have permanently opted out, whereas all other EU member States already

---

<sup>94</sup> The European Union still faces this challenge. Often specialised agencies are established in member states, which do not host the main seat, for example the Fundamental Rights Agency of the EU has its seat in Vienna, Austria. Unfortunately, the dispute over the seat of the European Parliament – Strasbourg or Brussels – still bogs down this institution.

<sup>95</sup> The proposal for Strasbourg was made by the then foreign minister of the United Kingdom, Sir Ernest Bevin ([http://en.strasbourg-europe.eu/history\\_127\\_en.html](http://en.strasbourg-europe.eu/history_127_en.html), accessed 02/02/2015).

<sup>96</sup> There was discussion about the concept of "concentric circles" whereby the EU would have an inner core and other countries would participate only in part of its activities. A similar concept is "Enhanced cooperation" introduced through the Treaty of Amsterdam and then the Lisbon Treaty, which enables at least 9 EU member States to establish co-operation.

have the Euro or are bound to introduce it. In another area, defence, Denmark has a specific opt out from foreign policy discussions with defence implications.

The Council of Europe has six partial agreements, seven enlarged partial agreements and two enlarged agreements.<sup>97</sup> Partial agreements unite some of the Council member States. Enlarged partial agreements link some members of the Council of Europe and some non-members of the Council. Enlarged agreements cover all 47 member States and some non-Council members. The Venice Commission is one of the two enlarged agreements. As an enlarged agreement, the Venice Commission includes all 47 member States of the Council of Europe as members and it has 13 more, mostly non-European members.<sup>98</sup>

A different variant of variable geometry in the Council of Europe is the (revised) European Social Charter<sup>99</sup>, which is a treaty of the Council of Europe.<sup>100</sup> It complements the European Convention on Human Rights in the field of social rights. Like any other multilateral treaty it is of course binding only on the parties, which have ratified it. However what makes it interesting from a structural point of view is that the parties can select the obligations which they wish to undertake. The parties have to accept common Part I of the Charter, but they can choose six out of nine Articles of Part II and an additional number of Articles from Part II which the parties “may select, provided that the total number of articles or numbered paragraphs by which it is bound is not less than sixteen articles or sixty-three numbered paragraphs.”<sup>101</sup>

Using similar elements of variable geometry might be useful in establishing an effective human rights protection system in Asia. One avenue which might be interesting to explore in this respect would be whether ASEAN would be interested in opening its – still embryonic – system of human rights protection to other Asian countries.

---

<sup>97</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTousAP.asp?CL=ENG> (accessed 27/01/2015).

<sup>98</sup> <http://www.venice.coe.int/WebForms/members/countries.aspx>.

<sup>99</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm>.

<sup>100</sup> Quesada, Luis Jimena, The European Social charter: the Committee and the protection of social rights in times of economic crisis - Conference on “Protecting economic and social rights in times of economic crisis: what role for the judges?” Ouro Preto, Brazil, 5-6 May 2014, CDL-LA(2014)003 ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA\(2014\)003-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA(2014)003-e)). The Social Charter of 1961 was revised in 1996.

<sup>101</sup> Article A of Part III of the revised Social Charter.

## **2. Scope *ratione personae* - the ultimate goal: individual access**

The highest level of human rights protection can be achieved through individual access, even this can lead to a serious overburdening of the commission/court concerned. In 2011, the European Court edged close to a collapse when it had around 160.000 cases pending. The European Convention had become a victim of its own success.

However, radical changes in its procedure enabled the Court to bring its case-load down to 69.900 cases<sup>102</sup>. It was necessary to reduce the number of judges deciding on admissibility from three judges to one.<sup>103</sup> However, these measures enabled the Court to considerably reducing its case-load. This is proof that a well-managed Court can deal with a very high case load.

The question is, however, not whether individual access is desirable, but whether it can be achieved from the outset. Originally, the European Convention provided for individual petitions only as an option for countries made a declaration of submission under the jurisdiction of the Court also for individual complaints under then Article 25 of the Convention. Protocol 11 to the Convention, which entered into force in 1998, removed this option and made the right of individual petition compulsory for all States parties to the Convention.

Like in Europe, it may be necessary to introduce individual access in Asia first as an option for States, which are willing to submit to such a jurisdiction. The result of such an option would be a system of variable geometry because not all States would have the same obligations. However, this may be the price to pay for establishing such a system in the first place.

## **3. Scope *ratione temporis***

From the outset, it will also be important to avoid misunderstandings. An Asian system of human rights should be geared towards the future. The history of Asia includes dire periods of war with unspeakable atrocities having been committed. The collective

---

<sup>102</sup> <http://www.humanrightseurope.org/2015/01/stat-attack-launch-of-the-european-court-of-human-rights-judicial-year/> and [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2014_ENG.pdf) (accessed 03/02/2015).

<sup>103</sup> Protocol No. 14 to the Convention on for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Strasbourg, 13 May 2004, ETS. No. 194.

memories of these crimes remain vivid and this history hampers dialogue in the region.<sup>104</sup> Unresolved territorial disputes add to these historic tensions.<sup>105</sup>

Dialogue about what has happened in the past is necessary and such dialogue should lead to more mutual understanding, but this may take time. However, past violations of human rights and the still open wounds should not prevent the establishment of a human rights protection system, which is directed towards a better future.

Therefore, in the process of establishing such a system, it may be necessary to set out clear rules that this system is applicable to future cases only. Otherwise, unresolved conflicts from the past might doom the common goal of establishing a regional human rights protection system.

#### 4. Asian values

In the past, the concept of Asian values has been advanced in order to contest the idea of universal human rights and to justify authoritarian rule.<sup>106</sup> When I refer to Asian values, I do so by insisting on universal human rights as a minimum standard. Based on these universal standards, national and regional systems should provide additional rights but cannot derogate from the minimum standard. In this sense, Asian values can provide specific features of an Asian system of human rights protection and they can facilitate the acceptance and support of such a system by the people which it is to protect. In the process of establishing the system care should be taken that Asian values are understood as concept which is open to further development of human rights.

As seen above, each regional human rights mechanism has its specific characteristics. For example, when we compare judgments of the European and the Inter-American Courts, the European Court is certainly much more sober in its decisions, focusing on monetary

---

<sup>104</sup> Obata, Kaoru, Perspectives for a Regional Human Rights Regime in East Asia; *How should Asians Interpret the History of European Regional Constitutionalization*, Nagoya University Journal of Law and Politics, No. 245 (2012), pp. 299–322 (in Japanese, English translation available).

<sup>105</sup> E.g. disputes relating to the Senkaku Islands or the Spratly Islands.

<sup>106</sup> Sen, Amartya, Human Rights and Asian Values, Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture on Ethics & Foreign Policy, New York (1997) ([https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/morgenthau/254.html/\\_res/id=sa\\_File1/254\\_sen.pdf](https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/morgenthau/254.html/_res/id=sa_File1/254_sen.pdf)); Boll, Alfred M., The Asian values debate and its relevance to international humanitarian law, 31-03-2001 Article, International Review of the Red Cross, No. 841, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqzl.htm>; Inoguchi, Takashi / Newman, Edward, Introduction: "Asian Values" and Democracy In Asia, Proceedings of a Conference held on 28 March 1997 at Hamamatsu, Shizuoka, Japan, as Part of the First Shizuoka Asia-Pacific Forum: The Future of the Asia-Pacific Region: <http://archive.unu.edu/unupress/asian-values.html>.

compensation and general measures, which often involve legislative amendments. By contrast, the Inter-American Court often goes further and calls for symbolic measures like a public apology by the Government or the construction of a monument in memory of the victims.<sup>107</sup>

In Africa, especially in South Africa, the complex notion of *ubuntu* has been developed in the field of constitutional law and human rights. The *ubuntu* understanding of justice is the restoration of equilibrium.<sup>108</sup> Justice Mokgoro of the Constitutional Court of South Africa explains that generally “ubuntu translates as ‘humaneness’. In its most fundamental sense it translates as personhood and ‘morality’. Metaphorically, it expresses itself in *umuntu ngumuntu ngabantu*, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities. While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation.”<sup>109</sup>

In Asia, reference is often made to the Confucian notion of harmony: ‘the exemplary person pursues harmony (*ho*), not sameness’<sup>110</sup>. I do not know this concept, but for an outsider this might also provide a useful basis for human rights protection. Reference to such specific Asian values might facilitate the emergence of a regional consensus in the preparation of an Asian system of human rights protection, while building on universal standards.

## 5. Networking

In order to achieve the necessary impetus in the prospective participating (like-minded) countries, it is essential to ‘weave’ an effective multi-level network for the promotion of the establishment of an Asian human rights mechanism or court.

On the international level, it would seem essential to seek the support of the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), which already supported the

---

<sup>107</sup> For example in the Barrios Altos case, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_87\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_87_ing.pdf) (accessed 01/02/2015).

<sup>108</sup> Mogobe B. Ramose, An African perspective on justice and race, <http://them.polylog.org/3/frm-en.htm> (accessed 25/01/2015).

<sup>109</sup> Constitutional Court of South Africa, *S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC), CCT 3/94 of 06/06/1995 [308], CODICES RSA-1995-3-002.

<sup>110</sup> Confucius, *Analects* 13.23.

establishment of a human rights mechanism for the Pacific.<sup>111</sup> Other Asian fora referred to in section II.5 above might be usefully included in the discussions.

On the governmental level, this networking exercise should include Constitutional and Supreme Courts, Ministries of Justice, Ministries of Foreign Affairs and interested Members of Parliament.

On the non-governmental level, it would be important to include human rights NGOs, universities and interested journalists, who can amplify the call for such a system.

There may even be commercial actors who are interested in a human rights mechanism in Asia, law firms or other private companies, and they may be willing to invest money in this project. Such contributions can make a difference but, of course, the other actors have to be on their guard to avoid that these commercial interests do not interfere with the goal of human rights protection.

Even if this may not be usual practice in all countries concerned, the success of this endeavour will also depend on an effective dialogue between the governmental and non-governmental actors. Our seminar here in Nagoya is an excellent example of such a dialogue and I am grateful to Prof. Obata and CALE for having taken this initiative!

## **V. Conclusion**

We have seen that establishing an Asian human rights protection system is a complex issue where many players need to interact. Various models exist, which all have advantages and disadvantages.

We have seen that a number of questions are relevant. In Asia, you have the advantage of being able to find answers to these questions before setting up such a system. This may enable you to avoid the pitfalls of your predecessors.

I presented examples of variable geometry to show that it is possible to conceive a human rights protection system where not all members have the same degree of obligations. Some States can go ahead and accept more stringent conditions, whereas others can join in, but accept these conditions at a later stage. Such a system of variable geometry may indeed allow including States, which otherwise might refuse to participate

---

<sup>111</sup> <http://www.spc.int/rrrt/publications-media/publications/item/379-pathways-for-the-pacific-regional-human-rights-mechanisms> (accessed 02/02/2015).



in a human-rights system. However, I insist that in order to get the process going, it is important to first have a consensus within a smaller group of like-minded core States able to make substantial commitments.

Partial opt-ins could be envisaged once the system has been set up and should be introduced by this core group. Otherwise, the hesitant countries could slow down or even completely stop the progress of the more advanced ones.

You should build impetus in various fora and you will need a flexible concept, which can be adapted as you go along.

Believe me, the goal is worth it! It feels good to live in a country where human rights are protected at a high level, but it is also good to know that there is a regional body to which one can turn if national authorities do not provide these rights.

【Special Features : Article】

## **Constitutional Court of Korea and its Contribution to Asian Network of Constitutional Justice\***

Kookhee LIM \*\*

### Abstract

This paper deals with the historic background that led to the foundation of the Constitutional Court of Korea and its major achievements so far. While faithfully fulfilling its prime duty to deliver constitutional justice at home within its capacity as the guardian of the Constitutional order and protector of basic rights of the people, Constitutional Court of Korea has been placing a particular emphasis on enhancing cooperation and discussing common issues with the Constitutional Courts and equivalent institutions in Asia and beyond. In this respect, the Court has been active in carrying out the activities of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions and others through various international frameworks. Most notably, the Constitutional Court of Korea has proposed to explore the possibility of a human rights mechanism in Asia. This idea was well reflected in “Seoul Communique”, a final outcome of the World Conference on Constitutional Justice held on September 28 to October 1 in Seoul last year, which attracted 305 delegates from constitutional courts and equivalent institutions in 92 countries and international courts. The basic idea of the initiative is to start discussions on this issue in terms of necessity, feasibility as well as case studies of similar mechanisms already in existence in other regions. With this idea being in its infancy, research and discussions among interested researchers and judicial experts will be necessary to further develop it.

### Contents

- I. Introduction
- II. About Constitutional Court of Korea
- III. International Cooperation and Activities of the Korean Constitutional Court
- IV. Background on the Initiative to Lay the Foundation for Establish an Asian Human Rights Court

---

\* This article was submitted to the ALB editors for publication on September 30, 2015.

\*\* Atty., Deputy Director of International Cooperation at the Constitutional Court of Korea. This presentation was made in a strictly personal capacity and does not necessarily reflect the official position of the Constitutional Court of Korea.

## **I. Introduction**

Let me begin by thanking Professor Obata Kaoru and the staff of CALE (Center for Asian Legal Assistance) for inviting me here and for the wonderful organization of this conference.

It is my true pleasure to be given this opportunity to address this distinguished audience today.

I will deliver my presentation in three parts: I will first briefly introduce the Constitutional Court of Korea, then about the efforts our Court has made for the development of constitutional justice in the Asian region, and lastly brief you on the background behind our Court's President Park Han-Chul's proposal for the Asian Courts to work together to lay the foundation for a Asian Court of Human Rights.

## **II. About Constitutional Court of Korea**

The Constitutional Court of Korea<sup>1</sup> was founded in September 1, 1988 as a result of the constitutional amendment in 1987, which captured the Korean people's strong desire for a true democracy.

Our Court has nine Justices appointed by the President of the Republic; three are elected by the National Assembly, other three are nominated by the Chief Justice of the Supreme Court, and the remaining three are directly appointed by the President.

The President of the Court, who is appointed by the President of the Republic with the consent of the National Assembly, represents the Court and serves as the presiding Justice of the full bench.

All the Justices are appointed pending the approval of the National Assembly with the purpose of securing democratic legitimacy, and they hold their office for the term of six years. At present, Justice Park Han-Chul is leading the Court as its fifth President.

Our Court has jurisdiction in five areas as provided by the Constitutional Court Act. 1) judicial review of laws as to whether laws enacted by the legislature is

---

<sup>1</sup> <http://english.court.go.kr/cckhome/eng/introduction/aboutTheCourt/aboutTheCourt.do>

consistent with the constitution, which is done at the request of ordinary courts, 2) impeachment of high-ranking officials including the President of the Republic, 3) dissolution of political parties when the purpose or activities of a political party contradict the basic democratic order as provided in the Constitution, 4) competence disputes between government institutions or those between local governments, and 5) the constitutional complaint directly filed by individuals who claim that their fundamental rights guaranteed under the Constitution have been violated by governmental powers.

It is remarkable to see what our Court has accomplished over the past 27 years. First, judging by the figures, as of August 2015, the Court disposed of 27,300 cases out of the 28,000 cases filed, and in around 700 cases, the Court struck down statutes or government actions by ruling them unconstitutional or constitutionally incompatible. Furthermore, the Court upheld the constitutional complaints filed by individuals in around 530 cases, acknowledging that their fundamental rights had been infringed by public authority and thereby faithfully fulfilling its duty to safeguard the Constitution and protect peoples' fundamental rights.<sup>2</sup>

According to the recent opinion poll conducted on the occasion of the 26th anniversary of our Court, in some of the most prominent cases cited by the citizens, the Court struck down the "presidential emergency decrees based on the Yushin Constitution," "online real-name system," "minimum age requirement for holding public office," "male-oriented family head system," and "prohibition of communication restricting the freedom of expression in cyberspace."<sup>3</sup>

Besides, our Court has also handed down very important decisions that had a great impact on the society and are very rare and unprecedented even in international terms. A case involving the impeachment of an incumbent President of the Republic in 2004, a case where the Court ruled constitutionally incompatible the law allowing as much as three-fold population gap between electoral districts last year, and one in which the Court decided to dissolve a political party.

This shows that our Court is substantially exercising its powers over five areas

---

<sup>2</sup> <http://english.ccourt.go.kr/cckhome/eng/decisions/caseLoadStatic/caseLoadStatic.do>

<sup>3</sup> <http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/ccourt/news/selectNewNews.do?statusCRUD=R&searchClassCode=HPNOTICE&searchClassSeq=1351#>

vested by law, and that it stands as the final interpreter of the Constitution based on its decisions holding laws or actions unconstitutional, conditionally unconstitutional, and so forth. Consequently, our Court has enjoyed the honor of being voted by the public as the most trusted government institution for the past few years<sup>4</sup>.

Yet, there are a considerable number of people who warn about the possible dangers of readily handing over issues to the Constitutional Court instead of addressing them in the political arena, the issues that in fact should have been resolved through consensus between the ruling and opposition parties in the National Assembly.

### **III. International Cooperation and Activities of the Korean Constitutional Court**

So far, I have focused on telling what the Korean Constitutional Court has done domestically to fulfill its duties, including safeguarding the Constitution and protecting the fundamental rights of individuals. Now, let me turn to the international activities our Court has been involved in.

Starting with our Court's activities within the Venice Commission<sup>5</sup>, the Republic of Korea joined the Venice Commission initially as an observer in 1999 and later became a member state in 2006. Currently, one member and one substitute member serve to represent Korea. Last year, we successfully hosted the 3rd Congress of the Word Conference<sup>6</sup> on Constitutional Justice by working in close cooperation with the Venice Commission. And we believe that not just the existing activities within the Venice Commission, but this close cooperation with the Commission will also continue in many areas including the initiative to establish an Asian human rights court, which is reflected in the Seoul Communiqué<sup>7</sup>. In this context, it is very meaningful that Justice Kang Ilwon<sup>8</sup> of our Court, who currently serves as an individual member of the Venice Commission, was elected as the Co-President of the Joint Council on Constitutional Justice in December last year.

Our Court considers the Venice Commission as a major avenue for sharing

---

<sup>4</sup> <http://news.joins.com/article/12401877>, <http://news.joins.com/article/6855663>

<sup>5</sup> <http://www.venice.coe.int/webforms/events/>

<sup>6</sup> <http://en.wccj2014.kr/eng/index.do>

<sup>7</sup> [http://www.venice.coe.int/wccj/seoul/WCCJ\\_Seoul\\_Communique-E.pdf](http://www.venice.coe.int/wccj/seoul/WCCJ_Seoul_Communique-E.pdf)

<sup>8</sup> <http://english.court.go.kr/cckhome/eng/introduction/organization/justices.do#none>

experience and wisdom between countries around the world on current constitutional issues, and we plan to reinforce our activities within the Commission through close cooperation.

Next, I will explain about our work in creating the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions<sup>9</sup>.

Starting from the 3rd Conference of Asian Constitutional Court Judges in 2005, the participants began discussing the need to establish an association composed of constitutional courts and other such courts exercising constitutional jurisdiction in Asia. From then on, the preparatory committee organized for the purpose of setting up such an association convened four meetings from 2008 to 2010, and the Korean Constitutional Court held the first three meetings except for the final one, playing a leading role in launching the association.

As a result of active work of participating members to the preparatory committee<sup>10</sup> and continuing support from the Konrad-Adenauer-Stiftung, the member states, within three years of setting up the preparatory committee, specifically at its final meeting in July 2010, adopted the Jakarta Declaration that officially declared the establishment of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, also known as the AACC, and pledged to hold the Association's inaugural congress in Korea in two years. Thus, the historic Inaugural Congress of the AACC was held in Seoul in May 2012.

The foundation of the Association has a great significance in that it offers an official mechanism for mutual cooperation and permanent channel for cooperation between constitutional courts and equivalent institutions in the Asian region.

Our Court continued to build on this achievement, as we hosted the 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice in Seoul, September last year. Under the topic of "Constitutional Justice and Social Integration," the Congress was attended by 306 participants representing 93 countries and 109 institutions. Not only the heads of constitutional courts, supreme courts, and constitutional councils around the world took part, but representatives of regional human rights courts as well as prominent leaders

---

<sup>9</sup> <http://www.aaccei.org/ccourt?act=index>

<sup>10</sup> <http://www.aaccei.org/ccourt?act=history>

from home and abroad including the Korean President<sup>11</sup> and UN Secretary-General Ban Ki-moon<sup>12</sup> showed great interest.

If there is one thing we regret, it is that the Chief Justice of the Japanese Supreme Court was unable to participate in that Congress due to inevitable circumstances, although the President of our Court had sent a special message through his letter extending a cordial invitation.

Maybe I could briefly go over the gist of what the participants intensely discussed at the Congress. As I mentioned, the main topic was "Constitutional Justice and Social Integration,"<sup>13</sup> and the four sub-topics were: "Challenges of Social Integration in a Globalised World," "International Standards for Social Integration," "Constitutional Instruments Enhancing/Dealing with/for Social Integration," and "The Role of Constitutional Justice in Social Integration." Aside from the main topic, "Independence of Constitutional Courts-Stocktaking" was also extensively discussed, in a separate session, as a big challenge facing constitutional courts across the world.

In the sessions, the keynote speaker first presented a summary of replies submitted by the participating Courts to the previously distributed questionnaire, and this was followed by a general discussion.

Notably, in the second session, President Park Han-Chul<sup>14</sup> proposed the need to work for establishing a human rights court in Asia in his keynote speech, and many Courts welcomed and expressed support for this idea.

After all the discussions following each session, rapporteurs of each session presented their respective summaries of discussions before closing of the Congress. The participants were very much impressed about the liveliness and high-level in which the discussion was conducted and expressed great satisfaction.

#### **IV. Background on the Initiative to Lay the Foundation for Establish an Asian Human Rights Court**

---

<sup>11</sup> [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ\\_opening\\_speech\\_ParkGeunHye\\_ENG.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ_opening_speech_ParkGeunHye_ENG.pdf)

<sup>12</sup> [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ\\_opening\\_speech\\_Ban\\_ENG.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ_opening_speech_Ban_ENG.pdf)

<sup>13</sup> <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1282>

<sup>14</sup> [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ\\_key-note-session\\_2-Park\\_ENG.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ_key-note-session_2-Park_ENG.pdf)

Now, I will turn to the last part of my speech, about the background behind our Court's initiative for the Asian Courts to engage in close cooperation and joint research to explore the possibility of a human rights court in the Asian region.

His proposal was welcomed by all participants of the 3rd Congress and was also reflected in the outcome document, the Seoul Communiqué.

It is known that human rights are soundly protected through various mechanisms, including national systems based on democratic constitutions, regional systems at the international level (by continent), and global systems such as the United Nations. As you may know well, continents such as Europe, America, and Africa already have regional human rights courts in operation, and Asia is the only region without one. In other words, this means that Asians still do not have a regional human rights system that goes beyond the national level.

We believe that it is time that Asia, as a region that has 60 percent of the world's population and is emerging as the center of world's production and consumption, get started with the talks to create a human rights system of its own.

As you know, the European Court of Human Rights was established on the basis of reflection on the Second World War. True, the UK, France and a few other major countries took the initiative, but it is also well known that post-war Germany was also actively involved in the establishment and operation of the European Human Rights Court.

The Inter-American Court of Human Rights<sup>15</sup> runs somewhat loosely compared to the European Court of Human Rights, but it is to be noted that the American region also has established a regional implementation system to live up to international standards of protecting human rights.

In this respect, it is regrettable that Asia nevertheless has not yet developed its own human rights system. The Asian region still has causes for conflict attributable to the scars of war as well as ethnic and religious diversity. Establishing an international human rights court will provide an effective means to enhance the level of human rights protection based on the universal value of humanity, namely "human rights" and peacefully addressing potential conflicts in the region.

---

<sup>15</sup> <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en>



A number of countries are experiencing difficulties due to the recent economic slowdown and polarization. And this situation could be more dangerous for Asia where the state and people could easily come before human rights protection when seen from its past experience. For this reason, having national human rights issues linked and incorporated into the framework of international human rights system would be all the more important.

As part of the follow-up to the Seoul Communiqué, the Korean Constitutional Court is collecting information through interactions with human rights courts in other regions. It is very inspiring that the Venice Commission has expressed full support in this initiative, and many courts of constitutional jurisdiction in Asia have also shown positive response.

In fact, we at our Court are expecting the Japanese Supreme Court to also take interest and join in our initiative as well as the AACC. And we believe that the interest and attention of all of you here at this conference is crucial to that end. I hope to work together closely with you in the future and, with that, this concludes my presentation.





## 個別論題

## Thematic Papers



【研究ノート】

植民地期カンボジアにおける大臣の称号・職名  
——大臣会議の構成員を規定する王令を中心に——

**Honorary titles and job titles of Ministers in French colonial Cambodia:**

**A study based on the Royal Ordinances regulating membership of the Council of Ministers**

傘谷 祐之\*

KASAYA, Yushi

Abstract

This paper tries to organize honorary titles and job titles of ministers in French Colonial Cambodia according to provisions of a series of the Royal Ordinances (*les Ordonnances Royales*) that prescribed the composition of the Council of Ministers (*le Conseil des Ministres*).

The Council of Ministers was the most important organization in colonial politics. It exercised the executive power, served as a legislative body by drafting Royal Ordinances and proposing the King to promulgate them, and was also the supreme court before the court of cassation (*le Cour de Cassation*) was established in 1911.

The Council, which consisted of five ministers and was presided over by the French Resident Superior (*le Résident supérieur*), was re-organized and provided legal basis by the Royal Ordinance No. 54 dated July 11, 1897. The Ordinance referred to the ministers not by their job titles such as the Minister of Interior and Religion, but by their honorary titles like “Akha Moha Sena”, except for the Minister of Justice mentioned in article 6. It was the Royal Ordinance No. 33 dated July 3, 1905 that provided for membership of the Council by use of job titles at the first time. The Royal Ordinances No. 28 dated February 20, 1912 and No. 112 dated December 31, 1926 revised the former ordinance, and job titles were changed in association with them.

Through this study, we can recognize the connection between honorary titles and job titles of ministers and the variation of job titles from 1897 to 1940.

目次

- I. はじめに
- II. 大臣らの称号および職名の変遷
  - 1. 1897年7月11日王令下
  - 2. 1905年7月3日王令下
  - 3. 1912年2月20日王令下
  - 4. 1926年12月31日王令下
- III. おわりに

---

\* 名古屋大学大学院法学研究科研究生

## I. はじめに

本稿は、フランス植民地期カンボジアの大臣会議 (le Conseil des Ministres) の構成員である大臣らの称号および職名を整理することを目的とする<sup>1</sup>。

大臣会議は、フランス植民地期のカンボジアにおける国政上の最重要機関であった。名目上の統治権者であるカンボジア国王の下で、実際に行政権を行使するのは大臣会議であったし、立法権についても、王令 (le Ordonnance Royale) を布告するのは国王であったが、王令案を起草し、国王に提案するのは大臣会議の権限であった。また、司法権についても、司法行政権は大臣会議の構成員である司法大臣の手中にあったし、1902年から1911年の間には大臣会議自体が破毀審の権限を持つ最高の裁判機関でもあった。大臣会議の主宰者はフランス人の理事長官 (le Résident supérieur) であり、フランス植民地当局は大臣会議を通じて各種の政策を実行することが可能であった。

この大臣会議の構成員については、カンボジア史研究者のアラン・フォレスト (FOREST, Alain) が1900年から1910年代にかけての大臣の名前を整理して示した他 [Forest 1980: 85]、近年では高橋宏明による一連の研究があり [高橋 2008; 高橋 2009]、徐々にその全貌が明らかになりつつある (表1参照)。

表1 1900～1940年代前半の大臣一覧

	1900	1910	1920	1930	1940		
第一大臣 (内務・宗教大臣)	1903 ウム	1908 モンテイロ	1909/3/11 ノロドム・サタヴォン	1918 ノロドム・パスヴォン	1928/12/29 スパスヴォン	1933/1/5 ケオ・チア	1940/7/19 ウン・ヒー
王宮大臣	1902 コン	チュオン				1941 ウン・ヒー	
法務大臣	1903 ボック	1908 モンテイロ	1911/12/4 メン	1922/4/15 チュン	1927 ソン・ディエップ	1933/1/5 ケオ・チア	ベン
海軍大臣	1903 モンテイロ	1908/1/1 メン	ソン・ディエップ	1922/4/15 シソワット・スパスヴォン	1929/1/5 ノロドム・スラムリット		1942/5/1 ノロドム・モンタナ
軍務大臣	1903 メイ	ビツ・ボン			1933/1/5 スパスヴォン		1942/5/1 ノロドム・モンタナ

注) 年/月/日は、王令の発令日を示す。モンテイロはコル・デ・モンテイロ、チュンはアレクシス・ルイ・チュンの略。

(出典) 高橋 2009: 124.

しかし、当時の大臣らはカンボジア語の称号とフランス語の職名を持っており<sup>2</sup>、その称

<sup>1</sup> 本稿の執筆に利用した資料を収集するに際し、財団法人日東学術振興財団による助成 (2008年度)、日本学術振興会「若手インターナショナル・トレーニング・プログラム (ITP)」(名古屋大学大学院法学研究科「国際的発信のできるアジア諸国法研究者・アジア法整備支援研究者の育成プログラム」)による助成 (2010年度)、文部科学省「卓越した大学院拠点形成支援補助金」による助成 (2012年度)を得た。

<sup>2</sup> たとえば、官報1902年版に掲載された同年4月2日理事長官令 (arrête) 第75号は、「次の王令に執行力を与える」と規定した上で (第1条)、「一、オクニャー・アケアー・モハー・セナー (Oknha Akâmoha Sêna) のウム (Um) に、ソムダチ (Somdach)・アケアー・モハー・セナーの称号を与え、王国首相 (Premier Ministre du Royaume) に任命する王令第19号。(後略)」を挙げている [BAC 1902: 91-92]。このうち「首相」が職名であり、「オクニャー (またはソム

号と職名はしばしば変更されているのだが、フォレストおよび高橋による研究ではその変遷は明らかにされておらず、称号と職名との対応関係も十分に整理されていない。

当時の官報 (*Bulletin administratif du Cambodge: BAC*)<sup>3</sup>や大臣会議議事録には、大臣の称号または職名のいずれか一方しか記載されないことがある<sup>4</sup>。同資料は、植民地期における行政・司法改革の成果と課題や、改革が今日に及ぼした影響を明らかにするためには必須の資料といえるが、同資料を利用した研究を行うためには、どの称号とどの職名とが対応するのかを確定する作業が不可欠である。そのため、行政・司法改革についての本格的な研究に取り組む前に、大臣らの称号と職名を整理しておくことには意義があると思われる。

そこで、本稿では、まず、大臣会議の構成員について規定する王令に基づき、大臣らの称号および職名を整理したい。ただし、紙幅の都合上、1897年の大臣会議制度の成立から1953年にカンボジアが独立するまでの時期を一度に扱うことができない。大臣会議制度は、1905年、1912年、1926年の各王令によって若干変更された後、1940年代に大きく改革された。そのため、1940年代以降については別途検討することにし、本稿では、1897年から1940年までの時期に限定して論じることとしたい。

## II. 大臣らの称号および職名の変遷

### 1. 1897年7月11日王令下

#### (1) 王令の規定する称号および職名

1897年7月11日王令第54号は、全12カ条であり、政府(第1条ないし第3条)、裁判(第4条ないし第10条)、奴隷制の廃止(第11条)、公有地(第12条)について規定した<sup>5</sup>。

---

ダチ)・アケアー・モハー・セナー」が称号である。「オクニャー」「ソムダチ」については、脚注16も参照のこと。

<sup>3</sup> 『*Bulletin administratif du Cambodge*』は、直訳すると『カンボジア行政報告』であるが、カンボジア研究者の間では慣例的に単に「官報」とされているので、本稿でもその慣例に従う。

<sup>4</sup> たとえば、官報1902年版に掲載された同年5月5日理事長官令第113号は、「第1条 次の王令に執行力を与える。一、大臣会議の構成員であるオクニャー・トミア・ニコウ (Oknha Thoméa nikâr) のコン (Kong) が、その退職年金の権利を行使することを許可する王令第30号。(後略)」と規定した。ここでは、称号のみが記され、職名は記載されていない。

<sup>5</sup> 1897年7月11日王令については、筆者の手元には次の4つの資料がある。第1に、カンボジア国立文書館が所蔵する、1897年から翌1898年にかけて布告された王令を収録した王令集に収録されているものである [ANC RSC 31072] (以下、「文書館版」という)。文書館版は、他の版がフランス語のみで記述されているのに対してフランス語とカンボジア語の双方で記述されており、また、他の版には無い法令番号や副署名つまり理事長官名も記載されている点でもっとも詳細な版といえる。第2に、カンボジア保護領政府が発行した『カンボジア年報 (*Annuaire du Cambodge*)』1897年版に収録されているものである [AC 1897: II-V] (以下、「年報版」という)。第3に、仏領インドシナ政府が発行した『仏領インドシナ公報 (*Bulletin officiel de l'Indochine française*)』に収録されているものである [BOI 1897, première partie, n° 7: 709-711] (以下、「公報版」という)。年報版と公報版とはほぼ同一であり、両者ともにフランス語のみで記述されており、また、法令番号や副署名を欠いている。第4に、インドシナ総督府が1912年に発行した法令集『*Recueil des actes du Gouvernement cambodgien*』に収録されているものである [Gouvernement Général de l'Indochine 1912: 7-8] (以下、「法令集版」という)。法令集版は、法令番号や副署名に加えて参照法令や署名者すなわち国王名も無い、もっとも簡易な版である。また、法令集版には他の版と表現が異なる箇所が多数あり、たとえば、他の版はカンボジア国王のことを条文中では「国王 (Le Roi)」あるいは「陛下 (Notre Majesté)」と記すのに対し、法令集版では一人称で「朕 (Nous)」と記している。このような差異が生じた原因は不明だが、各資料が発行された年代から考えると、1897年に王令が布告されてから1912年に法令集版が発行されるまでの間に改正があったことも考えられる。本稿では、

同王令第1条は、大臣会議の構成員について、次のように規定した。

第1条 会議 (un Conseil) は、位の最も高い官人 5 人 ([les] cinq plus grands mandarins) でこれを構成し、法律を監督すること及び執行すること、並びに法律に対してなされうる改革又は改正について検討することを任務とする。この会議は、次の 5 人の大臣でこれを構成する。

アケアー・モハー・セナー (Akhamohaséna)<sup>6</sup>

ヨマリアチ (Youmréach)

クロラーハオム (Kralahom)

チャクレイ (Châcrey)

ヴェアン (Veang)

同王令は、このように大臣らの称号を規定しているが、職名については、第6条で「司法大臣」と明記されているヨマリアチを除き<sup>7</sup>、規定しなかった。

## (2) 実際の称号および職名

そこで、大臣会議議事録を用いて大臣の称号と職名を確認する。1897年7月11日王令の公布から約1ヵ月後の1897年8月17日に行われた第4回会議の議事録によれば、会議の出席者は、アケアー・モハー・セナーの称号を持つ「首相 (1<sup>er</sup> Ministre)」、ヨマリアチの称号を持つ司法大臣、「ロットナハ・ティペト (Rotthanac Thibét)」の称号を持つ「陸軍大臣 (ministre de la guerre)」、「ヴィボル・リアチセナー (Vibol Réachséna)」の称号を持つ「海軍大臣代行 (ff<sup>ns</sup> ministre de la marine)」<sup>8</sup>、「トミア・ニコー (Thoméa Nikar)」の称号を持つ「第2群宮内大臣 (ministre du Palais du 2<sup>e</sup> rang)」<sup>9</sup>、の5人であった [ANC RSC 32300 : 88, 107] (写真1・2参照)。

もっとも詳細で、かつ、王令が布告された当時の形に近いと思われる文書館版に拠った。

<sup>6</sup> 「Akhamohaséna」以下は、いずれも官人の称号であり、カンボジア語をローマ字に翻字したものである。当時のフランス語の文書では、カンボジア語のローマ字翻字がよく用いられた。しかし、翻字の規則が確立していないため、同じカンボジア語に対して複数のローマ字翻字が存在する。ここでは、1897年7月11日王令の表記にしたがった。

<sup>7</sup> 1897年7月11日王令は、ヨマリアチについて、死刑囚への恩赦について規定する第6条において、「陛下 (Notre Majesté) は、死刑に対しては、ヨマリアチすなわち司法大臣 (Youmréach, Ministre de la Justice) の報告に基づき、恩赦を行う権限を行使する。」と規定した。

<sup>8</sup> 大臣会議議事録では、「S. E. Le Vibol Réachséna ff<sup>ns</sup> de ministre de la marine」と記されている [ANC RSC 32300: 88]。「ff<sup>ns</sup> de...」は「faisant fonction de...」の略であり、本稿では「代行」と訳す。

<sup>9</sup> 大臣会議議事録では、「S. E. Le Thoméa Nikar, ministre du Palais du 2<sup>e</sup> rang」と記されている [ANC RSC 32300: 88]。「ministre du Palais du 2<sup>e</sup> rang」とは、「譲位した王」の指揮下にある官人組織の宮内大臣を意味すると思われる。19世紀後半のカンボジアでは、官人組織は4つに分かれており、王の他に、「譲位した王」、「王族男性のうちの第一人者 (Premier Prince du sang)」、「王族女性のうちの第一人者 (Première Princesse du sang)」のそれぞれが、その指揮下に独自の官人組織を持っていた。王の指揮下にある官人組織は、「ソムラップ・アエク (sâmrap êk)」（「第一群」の意）と呼ばれており、譲位した王の官人組織は「ソムラップ・トー (tou)」（「第二群」）、王子のうちの第一人者の官人組織は「ソムラップ・トレイ (trei)」（「第三群」）、王女のうちの第一人者の官人組織は「ソムラップ・チェトヴァー (chetva)」（「第四群」）であった。もっとも、ノロドム王の治世下では譲位した王はいなかったため、第二群の官人組織は第一群に編入されていた、という [Aymonier 1875: 23-24, Fourès 1882: 168-170]。大臣会議議事録では、譲位した王の指揮下にある「ソムラップ・トー、第二群」のことを「2<sup>e</sup> rang」と表記したのであろう。

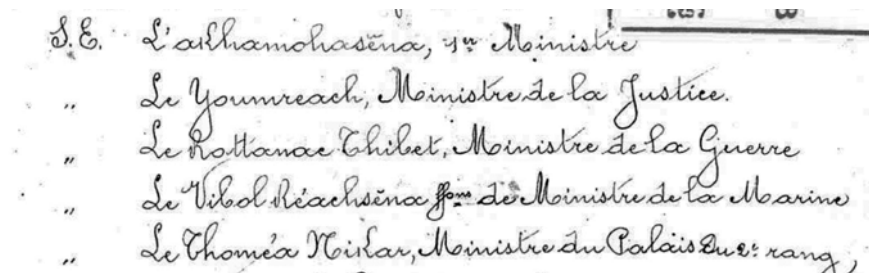


写真 1 大臣会議議事録（フランス語版）

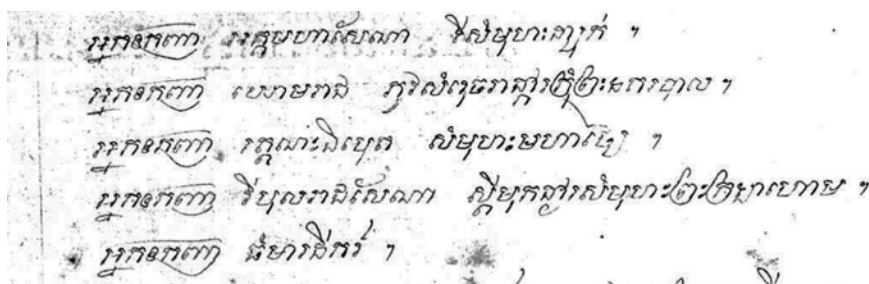


写真 2 大臣会議議事録（カンボジア語版）

1897年7月11日王令が規定しているチャクレイ、クロラーハオム、ヴェアンの称号を持つ官人はおらず、代わって、同王令の規定していない称号を持つ官人3人が会議に出席している。このように、同王令の規定する大臣の称号と、実際に会議に出席している官人の称号とは、一致していなかった。この不一致状態は10年間にわたって続き<sup>10</sup>、1907年によろやく解消した<sup>11</sup>。

<sup>10</sup> 1897年7月11日王令の規定する大臣の称号と実際に会議に出席している官人の称号との不一致が長らく解消されなかった一つの理由として、フランス植民地当局とノロドム王(Norodom、在位1860-1904年)との対立が考えられる。当時、フランス植民地当局とノロドム王とは、人事の主導権を巡って争っていた。たとえば、大臣会議は、1898年3月、海軍大臣代行でありヴィボル・リアチセナーの称号を持っていたコル・デ・モンテイロ(DE MONTEIRO, Col)を正規の海軍大臣に昇格させ、クロラーハオムの称号を与えるようノロドム王に提案することを決定した[ANC RSC 32300: 433-434]。しかし、ノロドム王は、この提案を1年近く放置した上、翌1899年1月10日付の手紙により拒否することを明らかにした[ANC RSC 32301: 252-256]。この点につき、[Osborne 1997: 241-245, 345]も参照のこと。その後、この人事は、1897年7月11日王令第2条の規定によれば官人の任免は王令によって行わなければならないにもかかわらず、1899年2月9日理事長官令(arrêté)(法令番号不明)によって発令された[ANC RSC 32303: 340-341]。  
<sup>11</sup> 大臣の称号の不一致は、王令と一致しない称号を保持していた官人たちが、あるいは退職し、あるいは新たに王令の規定する称号を授けられたことによって解消した。ヴィボル・リアチセナーの称号を持っていた官人については、脚注10を参照のこと。次に、トミア・ニコウの称号を持っていた官人はコン(Kong)であったが[AC 1897: 83]、コンは1902年に退職した[BAC 1902: 131]。代わってチュオン(Thiounn)が宮内大臣に就任し、「オクニャー・ヴェアン」の称号を授けられた[BAC 1902: 135]。また、「ロットナハ・ティペト」の称号を保持していた官人はメイ(Méy)であったが[AC 1897: 83]、メイは1903年に退職した[BAC 1903: 333]。代わってペッチ・ボン(Peich Ponn)が、同年、「陸軍大臣代理(ministre de la guerre par intérim)」となり、「オクニャー・リアチ・デチェア(Oknhá Réach Dêchèas)」の称号を与えられた[BAC 1903: 386-387]。ボンは、1907年に正規の陸軍大臣に昇格し、新たにチャクレイの称号を授けられた。ボンの陸軍大臣昇格については、ボンの「個人ファイル(dossier personnelle)」中の、1907年7月16日王令第23号の写しを参照[ANC RSC 17938]。「個人ファイル」とは、植民地期に在職したカンボジア人官吏らの「勤務成績個人票(bulletin individuel de note)」「公知証書(acte de notoriété)」「出生証明(acte de naissance)」等の書類、その官吏の人事に関する王令の写し、手紙等を、個人ごとに集成したものであり、カンボジア国立文書館(Archives Nationales du Cambodge)が多数所蔵している。



## 2. 1905年7月3日王令下

続いて、1905年7月3日王令第33号〔BAC 1905: 351-354〕が、大臣らの職名や職掌を初めて規定した<sup>12</sup>。同王令第1条は、各大臣の称号と職名を次のように規定した。

第1条 大臣会議を構成する位の最も高い官人5人は、次の者とする。

1. オクニャー・アケアー・モハー・セナー、すなわち内務・宗教大臣 (Ministre de l'Intérieur et des Cultes)、常任委員会<sup>13</sup>として開催する大臣会議の議長 (président du Conseil des Ministres siégeant en Commission permanente)
2. オクニャー・ヨマリアチ、すなわち司法・公教育大臣 (Ministre de la Justice et de l'Instruction publique)
3. オクニャー・ヴェアン、すなわち宮内・財務・芸術大臣 (Ministre du Palais, des Finances et des Beaux-Arts)
4. オクニャー・クロラーハオム、すなわち海軍・商業・工業・農業大臣 (Ministre de la Marine, du Commerce, de l'Industrie et de l'Agriculture)
5. オクニャー・チャクレイ、すなわち陸軍・公共事業大臣 (Ministre de la Guerre et des Travaux publics)

アケアー・モハー・セナーは、1897年7月11日王令下では「首相」と見なされていたが、ここでは首相ではなく「内務・宗教大臣」とされた。しかし、同条は、続けて次のように規定する。

これらの大臣は、位階第10階 (dix pans de dignité)<sup>14</sup>にある。

首相 (le premier Ministre)<sup>15</sup>は、特別の功労のある場合は、ソムダチ

<sup>12</sup> 1905年7月3日王令は、官報1905年版の他、法令集『Recueil des actes du Gouvernement cambodgien』にも収録されている〔Gouvernement Général de l'Indochine 1912: 9-10〕。しかし、官報に収録された王令と法令集に収録された王令では、細部の表現に差異がある他、条文数さえ異なる。おそらくは、1905年に王令を布告してから1912年に法令集を発行するまでの間に改正があったのではないかとと思われるが、詳細は不明である。本稿では、王令が布告された時点での形により近いと思われる官報1905年版に拠った。

<sup>13</sup> 大臣会議の「常任委員会 (Commission permanente)」については、1905年7月3日王令は、次のように規定する。「(前略)〔各大臣からの：筆者注〕提案は、理事長官殿の要求に基づき、事前に、アケアー・モハー・セナーの主宰する会議常任委員会において検討することができる。その場合には、提案は報告の対象となり、その報告は、保護領代表 (Représentant du Protectorat) の出席する正式の会議 (séance officielle) において再度審議する。(後略)」(第2条)。ここでいう「保護領代表」とは理事長官のことであろう。常任委員会は、理事長官が主宰する正式の会議に提案を諮る前に、カンボジア側の大臣らの意見を事前調整する場だったと考えられる。

<sup>14</sup> フランス人植民地官僚エティエンヌ・エイモニエ (AYMONIER, Etienne) によれば、カンボジアの官人は、上から下まで10の位階に分かたれ、その位階の上下は「ポアン (pahn)」(1905年7月3日王令上の表記は「pan[s]」) という単位で区別される。カンボジア語の「ポアン」は、本来は数字の「1,000」を意味するが、官人の位階について述べるときは位階の上下を示すための「一種の特殊な単位」になる、という。「10ポアン」がもっとも位が高い〔Aymonier 1875: 24〕。本稿では、「ポアン」を「位階第何階」と訳す。

<sup>15</sup> 1905年7月3日王令第1条では、「le premier Ministre」というように「p」が小文字で表記されている。何らかの意

(Somdach)<sup>16</sup>・アケアー・モハー・セナーの位階に昇る。首相 (il) は、その場合には、他の大臣よりも1つ高い位階にある。

大臣会議構成員の席次は、常に首席の地位 (le premier rang) にあり、慣例に従って大臣会議の構成員の中からしか選ばれないオクニャー・アケアー・モハー・セナーを除き、各自の占める職の先任順とする。

このように、同条は「首相」についても規定している。この「首相」とは、特別の功労があった場合に授けられる称号の後半部分が、第1条で内務・宗教大臣とされたオクニャー・アケアー・モハー・セナーと同じであること、次の一文においてオクニャー・アケアー・モハー・セナーすなわち内務・宗教大臣が大臣会議構成員の「常に首席の地位にあ」と規定していることから、オクニャー・アケアー・モハー・セナーすなわち内務・宗教大臣を指すと思われる。そうすると、1905年7月3日王令下では、アケアー・モハー・セナーの称号を持つ官人は、内務・宗教大臣でもあり、大臣会議常任委員会の議長でもあり、首相でもあった、ということになるだろう。

### 3. 1912年2月20日王令下

次いで、1912年2月20日王令第28号 [BAC 1912: 139-140] は、1905年7月3日王令第3条の大臣の職掌に関する規定を改め、司法・公教育大臣の担当する事務のうち公教育に関する事務を陸軍・公共事業大臣の担当に移した。それにともない、司法・公教育大臣と陸軍・公共事業大臣の職名を、それぞれ「司法大臣 (Ministre de la Justice)」「陸軍・公共事業・公教育大臣 (Ministre de la Guerre, des Travaux publics et de l'Instruction publique)」に変更した<sup>17</sup>。この変更の理由は、提案者である理事長官エルネスト・ウトレイ (OUTREY, Ernest) が大臣会議で述べたところによれば、各省が担当する事務の量に不均衡があり、特に司法省の負担を軽減する必要があったこと、当時は教育制度改革を準備中であり、公

---

図があってこのような表記をした可能性もあるが、次の理由で、特に意味はないと判断した。第1に、仏領インドシナ総督府やカンボジア保護領政府の発行する公報でも、大文字であったり小文字であったりと表記に揺れがある。第2に、王令を見てみると、同一の王令中でも異なる表記が混在している場合がある。たとえば、大臣らの領地 (les apanages) を廃止することを定めた1905年5月5日王令第18号には「premier ministre」「premier Ministre」という2種類の表記がある (第2条) [BAC 1905: 227-228]。また、脚注19も参照のこと。当時は、表記法が統一されていなかったのではないかとと思われる。

<sup>16</sup> 「ソムダチ」「オクニャー」とともに称号の一部だが、「ソムダチ」の方が「オクニャー」よりも上位の称号である。エイモニエによれば、「ソムダチ」「オクニャー」の称号を持つ者が上級官人であり、それ以外は下級官人である、とし、さらに、「ソムダチ」は主に最上位の位階第10階の官人のみに与えられる称号であり、「オクニャー」は位階第6階から第10階までの官人に与えられる称号である、という [Aymonier 1875: 24]。

<sup>17</sup> 1912年2月20日王令による職名の変更には、次のような立法上の誤りがあると思われる。先の1905年7月3日王令は、第1条で大臣らの職名を規定し、第3条で大臣らの職掌を規定した。ところが、1912年2月20日王令は、「大臣らの権限に関する1905年7月3日王令第3条を、次のように改正する」(下線は筆者による)と規定し、続けて司法大臣の職掌と、陸軍・公共事業・公教育大臣の職掌を規定した。したがって、厳密に言えば、1905年7月3日王令第1条の大臣らの職名に関する規定は、法の上では引き続き有効であったように思われる。しかし、実務上は、1912年2月20日王令布告以後は「司法大臣」「陸軍・公共事業・公教育大臣」という職名が用いられた。

教育を担当する大臣はその改革の趣旨を関係者に周知するために全国各地に出張することが望ましいが、司法・公教育大臣がしばしば省を離れては司法行政に支障があること、他方で、当時の陸軍・公共事業大臣ペッチ・ボン（Peich Ponn）は教育に関する委員会の委員を務めており、かつ、ボンには新たに公教育に関する事務を負担する余力があったこと、である [ANC RSC 32306: 159-161]。

#### 4. 1926年12月31日王令下

最後に、1926年12月31日王令第112号 [BAC 1927: 727-733] は、1905年7月3日王令および1912年2月20日王令を廃止し（1926年12月31日王令第12条）、大臣らの称号、職名を改めて規定した他、各省の部局の構成を初めて規定した。同王令は、全12カ条である。大臣会議の構成員について規定していた1905年7月3日王令第1条は、1926年12月31日王令では第1条と第6条との2カ条に分割された。第1条は、次のように規定する。

第1条 朕の大臣会議は、カンボジア駐劄フランス共和国理事長官殿の主宰する全体会議（séance plénière）に参集し、次の者でこれを構成する。

- 一、首相（premier Ministre）であるオクニャー・アケアー・モハー・セナー、すなわち内務・宗教大臣
- 二、オクニャー・ヴェアン、すなわち宮内・財務・芸術大臣
- 三、オクニャー・ヨマリアチ、すなわち司法大臣
- 四、オクニャー・チャクレイ、すなわち陸軍・公教育・公共事業大臣
- 五、オクニャー・クロラーハオム、すなわち海軍・農業・工業・商業大臣

同王令では、大臣会議の構成員を規定する第1条に「首相（premier Ministre）」という文言が挿入され、内務・宗教大臣が首相であることがより明確になった。また、同王令では、海軍・農業・工業・商業大臣と陸軍・公教育・公共事業大臣の職名が若干変更された<sup>18</sup>。

同条は、1905年7月3日王令第1条とは異なり、内務・宗教大臣が大臣会議常任委員会の議長であるとは明定していない。しかし、第4条では、内務・宗教大臣（同条の文言では「内務大臣」）が常任委員会を主宰すると規定されており、内務・宗教大臣は引き続き大臣会議常任委員会の議長であったと考えられる。

一方、第6条は、次のように規定する。

<sup>18</sup> 1905年7月3日王令下の海軍・商業・工業・農業大臣は、1926年12月31日王令下では海軍・農業・工業・商業大臣となり、「農業」と「商業」との語順が逆転している。また、1912年2月20日王令下の陸軍・公共事業・公教育大臣は、1926年12月31日王令下では陸軍・公教育・公共事業大臣となり、「公教育」と「公共事業」との語順が逆転している。

第6条 朕の大臣は、位階第10階にある。

首相 (le Premier Ministre)<sup>19</sup>は、特別の功労のある場合は、ソムダチ・アケアー・モハー・セナーの位階に昇る。首相 (il) は、その場合には、他の大臣よりも1つ高い位階にある。

大臣会議構成員の席次は、常に首席の地位にあるオクニャー・アケアー・モハー・セナーを除き、各自の占める職の先任順とする。

第1条、第4条、そして第6条の規定から、アケアー・モハー・セナーの称号を持つ官人は、1926年12月31日王令下でも引き続き、内務・宗教大臣でもあり、大臣会議常任委員会の議長でもあり、首相でもあったと考えられる。ただし、後に、アケアー・モハー・セナーの称号を持つ官人以外の者が大臣会議常任委員会の議長および首相に就任した例がある<sup>20</sup>。

### III. おわりに

本稿では、大臣会議の構成員を規定する王令に基づいて、大臣の称号と職名を整理した<sup>21</sup>。以上に述べたことを、次表に示す (表2参照)。

<sup>19</sup> 1926年12月31日王令第6条は、「Premier Ministre」と「P」を大文字で表記している。しかし、第1条では「premier Ministre」と小文字で表記されており、同一の王令中に2種類の表記が混在していることになる。おそらく、大文字と小文字との表記の違いには、重要な意味はないのであろう。

<sup>20</sup> 1929年3月15日王令第24号は、宮内・財務・芸術大臣チュオンを「首相、大臣会議常任委員会の議長 (premier Ministre, président de la Commission permanente du Conseil des Ministres)」に任命し、宮内・財務・芸術省を担当させる、と規定した [BAC 1929: 434]。1926年12月31日王令は、アケアー・モハー・セナーが大臣会議常任委員会の議長であり (第4条)、首相であると規定していたので (第1条、第6条)、チュオンの大臣会議常任委員会の議長および首相への任命は、同王令の規定と矛盾する。しかし、チュオンの任命も、1926年12月31日王令と同じ「王令」の形式で行われているので、「後法が前法に優先する」という原則にしたがえば、このような任命も可能であると思われる。1926年12月31日王令第1条、第4条、第6条の規定は、チュオンを任命する王令によって、明示的に改廃されることのないまま死文化したのであろう。

<sup>21</sup> しかし、本稿でも幾度か指摘したように、本稿で検討した大臣会議の構成を規定する諸王令の規定と、実際の制度の運用とは、しばしば一致していなかった。大臣らの称号と職名を明らかにするためには、大臣を任命し、または罷免する個別の王令多数も合わせて検討する必要がある。

表 2 大臣会議の構成員を規定する王令上の大臣の称号・職名

1897年7月11日王令	1905年7月3日王令	1912年2月20日王令	1926年12月31日王令
アケアー・モハー・セナー	(変更無し)	(変更無し)	(変更無し)
—— (首相)	内務・宗教大臣 大臣会議常任委員会議長 首相	(変更無し)	(変更無し)
ヨマリアチ	(変更無し)	(変更無し)	(変更無し)
司法大臣	司法・公教育大臣	司法大臣	(変更無し)
クロラー・ハオム	(変更無し)	(変更無し)	(変更無し)
—— (海軍大臣)	海軍・商業・工業・農業大臣	(変更無し)	海軍・農業・工業・商業大臣
チャクレイ	(変更無し)	(変更無し)	(変更無し)
—— (陸軍大臣)	陸軍・公共事業大臣	陸軍・公共事業・公教育大臣	陸軍・公教育・公共事業大臣
ヴェアン	(変更無し)	(変更無し)	(変更無し)
—— (宮内大臣)	宮内・財務・芸術大臣	(変更無し)	(変更無し)

注) 破線の上段は称号、下段は職名。

(出典) 各王令より筆者作成。

大臣会議は、フランスによる植民地支配に非協力的であったノロドム王が1904年に死去した後、フランスに協調的なシソワット王 (Sisowath、在位 1904-1927年) の下で、活動を活発化させてゆく。保護領政府は、理事長官が大臣会議を主宰することにより、大臣会議を通じて各種の政策を王令の形で立法化し、政策を実現していった。しかし、これらの王令は、全てが理事長官の発案によるものではなく、大臣からの提案も王令の中に具体化されている。各種改革において大臣らがどのような役割を果たしたのかを論じるためには、大臣会議議事録等の資料を参照する必要があるが、本稿で検討した大臣の称号および職名は、当該資料を利用するに際して有益であると思われる。

#### <参考文献>

- Aymonier, Etienne. 1875. *Notice sur le Cambodge*. Paris : Ernest Leroux.
- Chandler, David. 2008. *A History of Cambodia (Fourth Edition)*. Chaing Mai: Silkworm books (First Published by Westview Press in 2008).
- Forest, Alain. 1980. *Le Cambodge et la Colonisation Française : histoire d'une colonisation sans heurts (1897-1920)*. Paris : L'Harmattan.
- Fourès. 1882. Royaume du Cambodge: organisation politique, *Excursions et Reconnaissances* 13: 168-211.
- Gouvernement Général de l'Indochine, Protectorat du Cambodge. 1912. *Recueil des actes du gouvernement Cambodgien*. Phnom Penh: Imprimerie du Protectorat.
- Osborne, Milton E. 1997. *The French Presence in Cochinchina and Cambodia*. Bangkok: White Lotus (Frist published by Cornell University in 1969.).

- 高橋宏明. 1997. 「フランス植民地時代前半期のカンボジアにおける政治社会変化 —— 伝統的政治社会体制の変革過程を中心に ——」『アジア史研究』 21: 28-54.
- 2008. 「フランス植民地期カンボジアの高級官僚像 中央官僚機構における主要閣僚の政治経歴とその特質を中心に」『アジア史研究』 32: 571-593.
- 2009. 「フランス統治期カンボジア王国の中央官僚機構における閣僚人事の変遷と特徴 1897-1940年の中央政府の大臣の経歴分析を中心にして」『アジア史研究』 33: 108-128.

<公文書等>

- ANC RSC 17938 "Dossier personnel de M. Peich Ponn, anouc montrey".
- ANC RSC 31072 "Registre d'ordonnances royales, 1897-1898 (en cambodgien et français)."
- ANC RSC 32300 "Procès verbaux des séances du conseil des ministres (en français et en khmer).  
Séance 1 à 13 (01/07/1897-06/04/1898)."
- ANC RSC 32301 "Procès verbaux des séances du conseil des ministres (en français et en khmer).  
Séance 14 à 24 (12/05/1898-26/04/1899)."
- ANC RSC 32303 "Procès verbaux des séances du conseil des ministres (en français). Séance 42 à 84 (25/07/1901-21/11/1902)."
- ANC RSC 32306 "Procès verbaux des séances du conseil des ministres (en français). Séance 148 à 172 (08/03/1910-15/01/1913)".

文献略語表

- AC *Annuaire du Cambodge*
- AGI *Annuaire général (administratif, commercial et industriel) de l'Indo-Chine française*
- ANC Archives Nationales du Cambodge, Phnom Penh
- BAC *Bulletin administratif du Cambodge*
- BOI *Bulletin officiel de l'Indochine française*
- RSC Résident Supérieur au Cambodge

[Research Notes]

## **Development of Legal Norms on Marriage and Divorce in Cambodia – The Civil Code Between Foreign Inputs and Local Growth (I)\***

KUONG Teilee\*\*

### Abstract

This research examines the development of Cambodian legislation on marriage and divorce from the early 20th century to the latest codification of the family law under the 2007 Civil Code. The development is examined in three different legislative periods, namely the codification of the early 20th century, the legislation in the late 1980s and most recently the 2007 codification. The analyses are mainly based on literal comparisons of the relevant legal provisions and some contextual readings of these provisions taking into account the social, cultural and political backgrounds against which these provisions were enacted. The research will also seek to make distinctions between new standards introduced by foreign inputs and local practices sustained by conservative efforts, during these legislative phases in the history of developing a modern legal regime on family relations in Cambodia.

The research points to the nature of this one-century old revolution as a process which started with limited introduction of western values in the early 20th century into the substantive parts of the traditional marriage system, resulting in the insertion of a new concept of legal legitimacy in addition to the traditional respects for social legitimacy of the institution of marriage. More radical changes emerged only in the late 1980s with the promulgation of the Law on Marriage and Family, which rebutted male domination and polygamy in defining the family relationship in a socialist ideological context. Cambodia further incorporated international norms with regard to decisions on child custody based on the principles of “gender equality” and “the best interests of the child” into the new Civil Code of 2007, thus inviting broader local reception of these new concepts and values as the emerging roots of Cambodia’s family legal thoughts in the 21st century.

### Contents

#### Introduction

#### Part 1 – Marriage

##### I . Overview of the Contemporary Law on Marriage in Cambodia

##### II . Some Essential Features of the Civil Code in the Legal Historical Context

##### 1. Voluntariness

---

\* Part II of this research is scheduled to appear in the next volume of the ALB.

\*\* Associate Professor, Centre for Asian Legal Exchange, Nagoya University.

2. Marriageable Age

3. The Principle of Monogamy and Conditions for Remarriage

III. Concluding Remarks

## **Introduction**

Codification of the civil law in Cambodia started during the French colonial period and has since gone through changes for almost one century. Throughout these changes, there has been obvious reception of foreign legal thoughts and normative standards, the latest being through the drafting of the new Civil Code in 2007 with technical assistance from Japan. It is generally argued that the joint working group methodology and continuous technical dialogues between Japanese and Cambodian working group members involved in the drafting work helped secure the necessary local inputs into the draft Code.<sup>1</sup> However, this statement only tells us the process in which local inputs could be implanted into the drafting work despite its being technically led by foreign experts. It does not tell us anything about the substance of these inputs. What parts of the codification are derived from foreign knowledge and what represents the local inputs? Neither does it tell us much about the origins of these local inputs. How are these changes local in nature? How did they come about? Is there any legal basis for their claim of being local as opposed to being just a different form of foreign transplants funneled through local experts at the latest drafting of the 2007 Civil Code?

This research explores possible answers to these questions. It looks into some provisions of the 2007 Code and compares them to the previous related laws to identify the pre-2007 Cambodian norms and practices that finally found their way back to the new Civil Code, with or without readjustments. The comparison will suggest how the old elements have developed, or grown mature over time, to be accepted as locally rooted concepts and practices in the civil law of the country in this 21<sup>st</sup> century. However, the research is limited to provisions related to marriage and divorce of the Civil Code. This choice of topic is indeed both the weakness and the strength of the

---

<sup>1</sup> Homma Yoshiko & Teilee Kuong, "Chapter 3 - Drafting the Civil and Civil Procedure Codes in Cambodia: History, Achievements and Challenges", Junseo Lee, et. al., *Reforming the Private and Property Laws and Setting up the Securities Market in Cambodia*, KLRI, Seoul, Korea, pp.43-60.



research. The narrow focus limits the representativeness of the research and does not enable it to claim a generalization of the trends in the development of civil law in Cambodia. But it does enable a more straightforward answer to the questions of local inputs posed above for two reasons. First, family matters remain more domestic than other issues covered by the Civil Code. Drafters are therefore presumed to have stronger incentive to incorporate long-standing social and historical practices in family legal relations than they would otherwise wish to do with provisions related to property or contracts which might have been difficult areas to refuse external inputs, particularly in the context of Cambodia, where market transformation and the take of globalization had already taken place for more than one decades before the 2007 Civil Code was promulgated. It is natural to presume that discontinuity of the past socialist or Cambodian national economic system was inevitable as the best way to move the marketization process forward. Local experiences of the past had to give in to foreign knowledge and guidance in market related legal technicalities. But the incentive to do so might have been less in designing legal provisions regulating family relations. Any termination of long-standing social norms and practices in these relations might better testify to the strong commitment of the local experts to discontinue local values or practices that were considered no longer desirable. Second, the area of family law is not completely isolated from global standard either. The development of international human rights norms on women's rights and the rights of the child in the second half of the last century has been pushing many traditional legal norms and practices to change. A focused review on the topic of woman's legal position in the family and the society and the topic of the best interests of the child, as they developed through different historical phases, will clarify with vivid illustrations the ultimate level of interaction between the conservative desire to preserve local custom and practices and the more progressive willingness to accept global normative and legal challenges to some time-honored family legal traditions.

For reasons mentioned above, this research will therefore mainly focus on the situation of legal development in Cambodia regarding the regulation of marriage and divorce, since the promulgation of the old Civil Code up till that of the 2007 Civil Code. The paper will be divided into two parts – first on marriage and second on divorce. General concluding remarks will appear at the end of the second part. With regard to the

referential materials, the old Civil Code in particular is not available in English, whereas the subsequent laws have been translated and published in unofficial English versions. This research uses the Khmer version of the old Civil Code, as it was reproduced and published by the Cambodian Ministry of Justice in 1967. The English translation of selected provisions in the footnotes is made by the author for this research. However, provisions in English of the 1989 Law on Marriage and Family are taken from the work prepared by the Community Legal Education Center in Cambodia;<sup>2</sup> and those of the 2007 Civil Code are taken from the unofficial translation by JICA, with a few modifications or revisions being included as the author thinks necessary.

The first part will mainly be about the law of marriage. It will be organized into three sections, starting with a brief introduction of the 2007 Civil Code chapter on marriage and its current status of implementation. The second section will examine some essential features of the new Code as they have been transformed historically from the earlier laws. It consists of four themes: voluntariness, marriageable age, the principle of monogamy and conditions for remarriage; and, registration of marriage. The last section is the conclusion of this part.

## **Part 1 – Marriage**

### **I. Overview of the Contemporary Law on Marriage in Cambodia**

The new Civil Code has a whole Chapter 3 in its Book 7 dealing with the issue of marriage. It is divided into sections on formation of marriage, validity of marriage, the matrimonial property system and divorce. They contain rather liberal provisions in the Cambodian social context, paying much attention to the principle of private autonomy of the parties in a marriage and the constitutional principle of equality before the law and the principle of monogamy. Some of these features are new in the history of Cambodian law in comparison with the old Civil Code and the 1989 Law on Family and Marriage, and are products of gradual efforts to move towards more liberal standards in defining family and social relationships. This part of the research will review these

---

<sup>2</sup> Lindsay Harris & Phyllis Cox, *Cambodian Marriage and Family Law*, Cambodian Legal Textbook Series, Community Legal Education Center, University of San Francisco School of Law, Cambodian Law and Democracy Project, September 1996, pp-129-146.

provisions, by comparing them with the previous laws to identify the extent to which changes have taken place at the latest codification process in the early 2000s. However, it is necessary to emphasize here that although the new Code has been enforced since 2011 by the promulgation of the Law on Implementation of the Civil Code, no data is available yet to evaluate the actual situation of its application and enforcement.<sup>3</sup> The analyses are mainly based on the promulgated provisions, its innovative features in the actual social context in which the current Civil Code has been drafted and is expected to be applied.

To understand the previous laws, it is necessary to have a general view of the historical and legal contexts related to formation of marriage in Cambodia. Although the historical context can be traced back to many years or centuries before colonization of the country by France in the second half of the 19<sup>th</sup> century, the review here will be limited to the different legislative periods after a modern legal regime on marriage and divorce had started with the promulgation of the old Civil Code. Codified under the French colonial rule in 1920,<sup>4</sup> the old Civil Code reflected a certain aspects of Cambodian society under the monarchical regimes up until the early 20<sup>th</sup> century.<sup>5</sup> Marriage was not a matter to be all decided by the potential couples. Parents or guardians had a very dominant role to play in determining the marriage of their children or persons under their guardianship. The following section will sum up the historical evolution of the concepts of voluntariness, legal age for marriage and the principle of monopoly and the institution of a marriage registrar in three stages, namely the law under the 20<sup>th</sup> century monarchical regime, the socialist law which was technically in force during the late 1980s, 1990s and 2000s, and the current system pursuant to the entry into force of the new Civil Code.

---

<sup>3</sup> At the time of publishing this research, court cases in Cambodia have not been systematically compiled or used as precedents in any recognizable form.

<sup>4</sup> The old Civil Code was promulgated in different stages. The first Book related to “Person” was promulgated in 1912 by a Royal Decree signed on November 20, 1911, whereas the remaining parts were promulgated in 1915 but did not come into force until the issuance of a Royal Decree to that effect on February 25, 1920. For some details, see Jean Imbert “Histoire des Institutions Khmeres”, *Annales de la Faculte de Droit de Phnom-Penh*, vol.2, Phnom-Penh, 1961, p.173.

<sup>5</sup> It is generally argued that evidence of social and legal practices in pre-modern Cambodian society is weak and under-documented. This research does not intend to argue otherwise but will mainly be based on findings reported by French and other researchers since the 1960s. See Jean Imbert, “Histoire des Institutions Khmeres”, p.26; Jean Morice, “Le Mariage et le statut familial de la femme au Cambodge”, *Annales de la Faculte de Droit et des Sciences Economiques de Phnom-Penh*, vol.4, 1962, pp.137-138.

## II. Some Essential Features of the Civil Code in the Legal Historical Context

### 1. Voluntariness

Although the old Civil Code stated that “marriage is a solemn contract between a man and a woman...which they cannot arbitrarily dissolve”,<sup>6</sup> consents by the parents of the man and the woman were required.<sup>7</sup> At the objections of the parents, the man and the woman had to ask for the intervention of the head of the local commune to mediate for a compromise.<sup>8</sup> If the parents retained their objections three months after the intervention by the head of the local commune, the marriage could proceed even without the consent of the parents.<sup>9</sup>

The provision that “marriage is a solemn contract between a man and a woman... which they cannot arbitrarily dissolve” found its way into the 1989 Law on Marriage and the Family. However, the requisite consent by the parents was not repeated in this latter law. The autonomy of the potential couple to enter into a marital relationship was therefore assured further in practice under this law,<sup>10</sup> but the prohibition of arbitrariness in dissolving the relationship as a matter of “contract” reflected a certain level of restriction in terms of private autonomy in a normal “contractual relationship”.

The new Civil Code removes this legal implication, by not reintroducing this provision into the chapter on marriage.<sup>11</sup> The relevant section only defines the conditions under which a “marriage” can be lawfully established.<sup>12</sup> Parental consent is not included in these conditions. A normal contractual relationship between the potential couple governs the provision on engagement. Article 944 of the new Code provides that “engagement is established by the promise between a man and a woman of a future

---

<sup>6</sup> Article 114 of the old Civil Code. English translation by author.

<sup>7</sup> Article 133 of the old Civil Code.

<sup>8</sup> Article 134 of the old Civil Code.

<sup>9</sup> Article 135 of the old Civil Code.

<sup>10</sup> Article 4 provided for the right of a man and woman reaching legal age to self-determine the marriage. No compulsion or prevention was permitted as long as the marriage is in compliance with standards provided by the Law, which provided for complaints against a marriage to be filed to the local authorities on certain grounds, such as a same sex marriage, lack of legal age, insanity or marriage between relatives by blood, etc. See Articles 15-20 under Section II of the 1989 Law.

<sup>11</sup> However, as will be further analyzed in (II) below, this does not mean that the new Civil Code does not consider a legally registered marriage a form of contractual relationship between a man and a woman. It is a special contractual relationship which requires lawful conditions and State recognition, and cannot be concluded in the same way as the normal contractual relationship which is based on personal will and consented rights and obligations of the parties.

<sup>12</sup> Articles 948-957 of the new Civil Code.

marriage and performance of the engagement ceremony”.<sup>13</sup> Dissolution of the engagement may be at will of the party but the other party may claim for loss or damage within one year after the dissolution.

## 2. Marriageable Age

Definition of marriageable age has also changed along the three historical periods under review here. The old Civil Code separated age of majority from marriageable age, the former being set at 21<sup>14</sup> whereas the latter was set at 17 for man and 14 for woman.<sup>15</sup>

The 1989 Law did not have an explicit provision on the age of majority but set the legal age for marriage at 20 for man and 18 for woman.<sup>16</sup> It is not clear why man and woman remained to have different marriageable age under the 1989 Law. It was probably an attempt to follow the practice established by the old Civil Code, but with a redefinition of higher marriageable ages.<sup>17</sup>

The new Civil Code gets rid of this difference between man and woman in reaching ages of majority and marriage. A minor is defined as anybody under the age of 18, thereby setting the age of majority at 18 for all individuals.<sup>18</sup> Then Article 948 of the Code prohibits a man and a woman to get married before reaching the age of majority, except for the case of a marriage in which one of the couple is a minor. When one of the potential couple is a minor, the minor shall not be less than 16 years old and the consent by at least one of his/her parents or guardian(s) is required.<sup>19</sup> If none of the parents or the guardians consents to the marriage without justifiable ground, the minor may request the court to issue a decision as an alternative.<sup>20</sup> This is a clear deviation from the old Civil Code, which gave recognition to the father’s dominant position in

<sup>13</sup> Article 944 of the new Civil Code. English translation by author. Provision on engagement existed in the old Civil Code (Articles 106-113) but not in the 1989 Law.

<sup>14</sup> Article 358 of the old Civil Code.

<sup>15</sup> Article 116 of the old Civil Code.

<sup>16</sup> Articles 4 and 5 of the 1989 Law on Marriage and the Family.

<sup>17</sup> Article 144 of the French Civil Code, before the 2006 amendment, defined the marriageable age for man at 18 and for woman at 15. The Old Civil Code of Cambodia seemed to have simply adopted the same definitional approach as the French Code in the early 20<sup>th</sup> century. However, its choice to confer Cambodian man and woman a one-year earlier marriageable age than their French counterparts might have reflected the Cambodian choice of the time.

<sup>18</sup> Article 17 of the new Civil Code. Article 144 of the French Civil Code was also amended to adopt the same single marriageable age by Law # 2006-399 of 4 April 2006.

<sup>19</sup> Articles 948 and 953(1)(2) of the new Civil Code.

<sup>20</sup> Article 953(3) of the new Civil Code.

authorizing marriage of a minor, not under 15 in the case of man and not under 12 in the case of woman,<sup>21</sup> if no consent could be reached between the father and the mother.<sup>22</sup> No state institution had the right to authorize minor marriage under the old Civil Code without the consent of the parent(s) or the guardian. The 1989 Law contained no provision on the intervention by the state institutions either, regarding the parent's prohibition of children's marriage. However, a complaint against minor couple's marriage could be sent to the local People's Committee and further appealed to the local People's Court, which would also have the right to review the protests by potential minor couples against such complaints.<sup>23</sup> The implication here was that a minor had the right to challenge any official complaints against their marriage at the local People's Committee or the local court. It opened up a window for state institution to intervene. The 2007 Code moves one step further in this direction.

### 3. The Principle of Monogamy and Conditions for Remarriage

The old Civil Code adopted the practice of polygamy wherein woman was allowed to have only one husband<sup>24</sup> but man was allowed to have several wives.<sup>25</sup> This apparently was local resistance to the normative provision on monogamy of the French Civil Code during that time. Although it is not clear whether polygamy was the norm governing the ancient Khmer society in general, it has been found that the monarchs were polygamous partly for the purpose of uniting different powerful families and different parts of the kingdom, "thereby binding together outlying parts of the empire".<sup>26</sup>

Polygamy was then denounced by the 1989 Law, which prohibited a person (man or woman) who was bound by a not-yet-dissolved prior marriage from entering into

---

<sup>21</sup> Article 125-126 of the old Civil Code.

<sup>22</sup> This provision was also similar to Article 148 of the French Code at that time, before the latter was amended in 1933 to provide for presumed consent in case of disagreement between the father and the mother. See *Le Code civil français – Evolution des textes depuis 1804*, Dalloz, Paris, 2000, p.68. The amendment was arguably to ensure that consent by either the father or the mother would suffice for the minor to get married. See F.H. Lawson, A.E. Anton, L.Neville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford, 1967 (reprinted 1969), p.60, also at footnote # 4.

<sup>23</sup> Articles 16-18 of the 1989 Law.

<sup>24</sup> Article 140 of the old Civil Code.

<sup>25</sup> Article 141 of the old Civil Code.

<sup>26</sup> Judy L. Ledgerwood, "Khmer Kinship: The Matriline/Matriarchy Myth", *Journal of Anthropological Research*, vol.51, 1995, p.250; Sachchidanand Sahai, *Les Institutions Politiques et L'Organisation Administrative du Cambodge Ancien*, Ecole Francaise d'Extreme-Orient, Paris, 1970, pp.48-49.

another new marriage.<sup>27</sup> The new Civil Code continues to adopt the principle of monogamy by stating that a person who has a spouse shall not marry again. The person having a spouse can only marry again after the prior marriage has been dissolved or a divorce with the previous spouse has been completed. However, a woman is not allowed to remarry before the passage of 120 days after the previous marriage has been dissolved or void. This is a much shorter period comparing to the previous provisions of the old Civil Code and the 1989 Law.<sup>28</sup> This restriction would be lifted if the woman had been pregnant before the previous marriage became dissolved or void and has delivered the baby; or, if she has obtained a medical certification to testify that she was not pregnant.<sup>29</sup>

#### 4. Registration of Marriage

Article 955 of the new Civil Code provides that “a marriage shall come into effect by virtue of notification, public notice, conclusion of marriage contract in the presence of the registrar and marriage registration”.<sup>30</sup> It is presumed that any marriage not going through this process will have no legal effect under the present Code. The notification is submitted to, and public notice is posted at, the local administrative office having jurisdiction over the area where the bride resides. This has become a serious conceptual challenge for the traditional Cambodian society, as most of married couples during the previous regimes did not go through this legalization process.<sup>31</sup> What defined a socially legitimate marriage was a wedding ceremony to be organized under the name of the

<sup>27</sup> Article 6 and 24 of the 1989 Law. A similar provision already existed in Article 147 of the French Civil Code.

<sup>28</sup> Article 245 of the old Civil Code set the period at 10 months whereas Article 9 of the 1989 Law redefined that period to be 300 days.

<sup>29</sup> Article 950 of the new Civil Code.

<sup>30</sup> The detail procedures are stipulated in a Sub-Decree No.103 on Civil Status (Civil Registration) issued by the Royal Government of Cambodia on December 29, 2000.

<sup>31</sup> This is particular serious for couples married under the Khmer Rouge regime between 1975 and 1979. There was no registration process during those days, but their *de facto* relationship as husbands and wives continued afterwards. In addition, the legal requirement of marriage registration was ambiguous between the subsequent period of 1979 and 1989 when the Law on Marriage and Family was adopted to require legitimization of marriage by registration with the local authority. However, it has also been frequently reported that many men and women living in the rural areas continued to get married without taking into serious account the legal requirement of registration, but mainly with approvals from the parents or guardians, including in cases of international marriage. See for example the Cambodian NGO Committee on CEDAW, *Shadow Report 2013 Assessing Government of Cambodia's Progress in Implementing the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, pp.37-39; Dorine Van Der Keur, “Legal and Gender Issues of Marriage and Divorce in Cambodia”, *Cambodian Law and Policy Journal*, Vol2, July 2014, p.16.

parents, guardians or elderly persons standing as the patron(s) of the couple, and the subsequent *de facto* cohabitation of the couple. But now, the mere organization of a wedding ceremony to be followed by *de facto* cohabitation of a couple does not result in sufficient legal effect for the purpose of application of the Civil Code. *De facto* cohabitation of a couple is now referred to as illegitimate marital relationship of which the legal effect is explicitly denied as a result of the provisions of Articles 958(2), which states that a marriage shall be treated as void “where the parties do not effect notification, public notice, conclusion of the contract of marriage or registration thereof”.<sup>32</sup>

Provisions on registration of marriage also existed in the old Civil Code, but in a more complicated form due to the parallel elements of a legitimation system by means of marriage registration and a legally sanctioned polygamy value. Legitimacy of marriage was therefore divided into two classes.<sup>33</sup> Class one legitimacy was recognized for the marriage with the first wife, whereas the subsequent marriages with the second and other wives were considered legitimate only under the second class.<sup>34</sup> The different classes of legitimacy implied different legal effects.<sup>35</sup> Despite the fact that socially or in a family, a marriage could take place only with the blessing and approval of the parents or guardians of the potential couple, the old Civil Code attempted to draw a technical line separating this social or cultural legitimacy of a marriage from the concept of legal legitimacy. Any marriage which had not been notified to the public and not been filed to the local registrar for registration was considered invalid under Articles 138 and 159.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Article 958(2) of the new Civil Code. See also *The Civil Code Part 6*, a textbook in Khmer prepared in March 2012, by the working group of legal professionals including potential trainers at the Royal Academic for Training of Judges, supported by JICA and the Japanese Ministry of Justice, p.26.

<sup>33</sup> Article 139: “There are two kinds of marriage. They are marriage of first (class) legitimacy and marriage of second (class) legitimacy”.

<sup>34</sup> Article 142: “Legal cohabitation which a man enters into for the first time shall be considered having first (class) legitimacy. Other cohabitations shall be considered having second (class) legitimacy”.

<sup>35</sup> One of these differences was reflected in the portion of property to be given to the wives as a result of divorce not caused by their own faults. The first wife could be given one half of the properties acquired through joint efforts between the husband and the wife. Those included property acquired through work, management of family assets, or profits in the forms of interests or returns from an investment using the capital of the husband or the wife. However, the second wife could only claim back her original assets, but not any portion of the common assets. Cf. Articles 252 and 254 of the old Civil Code. The other differential treatment existed with regard to succession of the assets from the deceased husband. The first wife would enjoy priority over the subsequent wives. Cf. Articles 497-498.

<sup>36</sup> Article 138: “Marriage is not the ceremony in conformity with religious rules or tradition, but the only fact of a man and a woman declaring in public that they both agree to conclude a contract of husband and wife”.  
Article 159: “Any marriage which has not been filed to a registrar to register in the marriage registration shall be considered invalid. This means there has not been a marriage or that the marriage will not need to be filed to the court for revocation”.



Public notification in this context meant notification of the information on the would-be-marriage to the public. The notification had to be done in front of the registrar at the place where the bride resided and the marriage had to be registered as determined by the provisions of the old Civil Code.<sup>37</sup> The legitimization process therefore consisted of at least two important components - notification in public and registration at the registrar's. Article 183 stipulated that, although a marriage which had not been notified to the public in advance could not be revoked, the registrar who allowed the marriage to take place shall be fined an amount of 20 to 100 riels by the court.<sup>38</sup> The provision was apparently quite ambiguous. It was not clear whether "posting of notification" here referred literally to the act of notification, or it meant something beyond notification so as to include also the component of registration of a marriage into the official record. Would the registrar be fined only when he/she had failed to post the notice or when he/she had failed both to post the notice and to register the marriage. The related question would then also be why Article 183 emphasized on the issue of irrevocability of an unnotified marriage. Could it have meant that the unnotified marriage, either registered or unregistered, could not be revoked because it had been invalid from the very beginning under Article 159. Or, could it have meant that a registered marriage which had not been notified in advance to the public would be valid and could not be revoked, since the fault was the registrar's. Hence the disciplinary fines of 20-100 riels regardless of any other conditions such as negligence or intention. However, it would sound a bit mysterious to conclude that a registrar would be subjected to administrative discipline for his/her failure to notify in public a potential marriage but not for his/her failure to register the marriage in the official record. Any answers to these questions related to the old Civil Code apparently do not serve practical purpose, but they would be essential for understanding more accurately the concept of legal legitimacy that the old Civil Code attempted to introduce into the Cambodian society with regard to marriage and family-building during the early 20<sup>th</sup> century.

A child born out of the illegitimate marriage was accordingly considered

---

<sup>37</sup> The second paragraph of Article 138 (sic) (it should have been Article 137) and the second paragraph of Article 138.

<sup>38</sup> Article 183 of the old Civil Code: "A marriage that took place without prior posting of notification in conformity with the law may not be revoked. But the registrar who let this marriage take place shall be fined by the misdemeanor court from 20 to 100 riels".

illegitimate child.<sup>39</sup> The couple would then need to claim their parenthood in front of the registrar at the time of the child-birth certification. If only one of the parents did so, the child would be considered having only a single parent.<sup>40</sup> However, there was no differentiation as to the right of legitimate and illegitimate children to succession. The effect of an illegitimate marriage would therefore have real impacts mainly upon the couple concerned, particularly the wife when she had to confront any other wife/wives who could be married legitimately by the husband under the polygamy system.

### III. Concluding Summary

Modernization of law on marriage introduced during the colonial period in Cambodia initiated some changes that have important social and cultural implications until today. But it was far from being radical in many aspects. On issues of substance, such as voluntariness, marriageable age and polygamy vs. monogamy, the old Civil Code took a rather cautious approach. The change only became radical after the havocs of the destructions in the 1970s and 1980s, when traditional sense of morality and social values up till the Khmer Rouge period, such as polygamy and male domination, were subject to denial and contempt. But on the issue of institutional legitimization of marriage, the approach taken by the old Civil Code was more resolute with a view to importing a westernized concept of legal legitimacy as opposed to the pre-existing concept of social and cultural legitimacy sanctioned by the hierarchical order of a paternalistic family structure. Disciplinary measures were introduced presumably to pressure the state agents to promote this new legal legitimation but it has been quite unclear as to the real impacts of these measures. However, the legitimization procedures of the early 20<sup>th</sup> century, consisting of public notification and official registration, also became irrelevant at the peak of the civil war when the ordinary administrative function of the state was seriously hampered. They only came back after the 1989 Law on

---

<sup>39</sup> Article 279: “An illegitimate child is one born by a father and a mother who built a family tie together without being married in conformity with the law”.

<sup>40</sup> Articles 280 and 281 of the old Civil Code.

Article 280: “When the father and the mother who did not married in conformity with the law claim any child to be theirs with certainty in front of the registrar at the time of birth certification, the father and the mother shall be considered the parents of the child”.

Article 281: “If only the mother or the father makes the claim alone, the illegitimate child shall be considered the child of the claimant alone”.

Marriage and the Family and the Sub-decree no.103 of December 2000<sup>41</sup> were enacted, and further found their way into the new Civil Code in 2007.

---

<sup>41</sup> Subdecree #103 on Registrar issued by the Royal Government on December 29, 2000, defining the competent authorities and the basic procedures in registering birth, marriage and death in the Kingdom of Cambodia.

【研究ノート】

日本法教育研究センターで学ぶ学生たちのライティングをどう評価するか  
—法学講師の評価プロトコルから見えてくるもの—

**Methodics for evaluating CJL students' Japanese writing skills  
- for Japanese instructors**

宮島 良子\*

MIYAJIMA Ryoko

Abstract

This research paper aims to shed further light on the education methods which are used while assessing the Japanese language writing skills of foreign students enrolled in the Research and Education Center for Japanese Law (CJL). The present study is based on qualitative analysis of how two law lecturers with different backgrounds (one, a researcher with a theory based background, and the other a practicing lawyer) rated short essay responses for the Examination for Japanese University Admission for International Students by three Cambodian students who had studied in CJL for one and a half years. The law lecturers were firstly asked to conduct an assessment of the essays while thinking out loud. After this evaluation had been carried out, a stimulated recall method was used in combination with a semi-structured interview and the speech protocols were collected. The speech protocols were analyzed though the Steps for Coding and Theorization (SCAT) approach. The results were coded into seven common categories: relative evaluation, conscious division of labor based on difference of expertise, suitability of written response, importance of structure, logical consistency, authenticity of information, and self-meta-assessment. Through this experimental study, it has been possible to gain some insight from an analysis of the story lines and theoretical description of what is sought from a Japanese language instructor when working with law lecturers.

目次

- I. 背景と目的
- II. 方法
  - 1. 調査対象者
  - 2. 評価素材文
  - 3. 調査方法
  - 4. 分析方法
- III. 結果と考察
  - 1. 共通したコード

---

\* 名古屋大学大学院法学研究科特任講師

2. 評価者としての法学講師
  3. その他の示唆
- IV. 今後の課題

## I. 背景と目的

名古屋大学日本法教育研究センター（以下、センター）は2015年現在、ウズベキスタン、モンゴル、ベトナム（ハノイ、ホーチミン）、カンボジア、ラオスの5カ国6カ所に名古屋大学と現地の大学との共同で設立<sup>1</sup>・運営されている。センターでは、市場経済の導入など経済的・社会的改革を進め、体制を移行しようとするアジア諸国への法整備支援の一環として、日本語で日本法が研究でき、自国の法整備に貢献し得る人材の育成に取り組んできている。

センターの学生は、各現地大学において現地の法学や行政学などの専門教育を現地語で学んでいる。彼らは、いわゆるダブルスクールのような形で、センターで日本語を4年間<sup>2</sup>、日本語で日本法を2年間学ぶ。そして、センター内やセンター間で、日本語講師と法学講師とが協働して、教育にあたっている。

日本の大学・大学院において日本語で行われる勉学・研究を目的とした日本語はアカデミック・ジャパニーズと呼ばれる。センターでは、アカデミック・ジャパニーズの教育を中心に行っているが、中でも学習言語<sup>3</sup>として特に習得が困難で特別な教育が必要とされる、「論理的・批判的思考力」を基礎とした論理的記述能力、つまり、アカデミック・ライティング能力の育成に注力している。川森（2001）が指摘しているように日本語で法学を学ぶためには「法的思考法の中核をなす論理的思考を必要とする運用機会の提供によって、日本語力を高める教育」が必要である。センターの学生の多くが名古屋大学をはじめとした日本の大学院への進学を希望していることから、センターにおいてもそれに応える形でカリキュラムや教材が開発されてきている。

センターにおける日本語のカリキュラムは、今後の見直しが検討されてはいるものの、2015年現在、1年次は市販の総合教科書を主教材としており、一般的な日本語教育のカリキュラムと大きな相違はない。但し、その進度は、各国で日本語を主専攻として学んでいる学科のものと同様である。加えて、初年次よりプロジェクトワーク<sup>4</sup>という言語活動を取り

<sup>1</sup> センターはウズベキスタンのタシケント法科大学に2005年、モンゴルのモンゴル国立大学に2006年、ベトナムのハノイ法科大学に2007年、ホーチミン市法科大学に2012年、カンボジアの王立法経大学に2008年、ラオスのラオス国立大学に2014年に開設された。このセンター修了後、優秀な学生の一部は名古屋大学等の日本の大学院に進学する。

<sup>2</sup> モンゴルのみ、モンゴル国立大学の法学部が5年制であるため、5年間である。

<sup>3</sup> 「学習言語」は、学習言語能力または認知学習言語能力（Cognitive Academic Language Proficiency）とも呼ばれ、言語のうち学習に必要な抽象的なもの、概念的なものなどを理解するために用いるものを指す。生活言語などと異なり、自然習得は困難とされている。

<sup>4</sup> 「プロジェクトワーク」とは、学習者が自分達で話し合って計画をたて、実際に教室の外で日本語を使ってインタ

入れており、アカデミックスキルの滋養にも取り組んでいる。また、2年次には日本事情<sup>5</sup>、日本史<sup>6</sup>、公民<sup>7</sup>といった、日本語で法学を学ぶための橋渡しとなる科目があり、それらの内容を理解するための日本語の支援も行っている。3年次には入門レベルの日本法教育が始まるため、その支援となる法学に特化した専門日本語教育の科目が用意されている。さらに、3年次には、卒業論文とレポートの中間的なものとして位置づけられる、「学年論文」と呼ばれるものを執筆する機会を提供し、法学面からも日本語面からも指導にあたっている。そして、最終年次には、民法を中心とした日本法教育と、時事ニュース等を素材とした総合的なアカデミック・ジャパニーズの教育にあたっている。また、日本の大学院への進学を希望する学生には、研究計画作成指導も行っている。

なお、いずれのセンターにおいても学生の大多数は、日本語は未習の状態センターに入学する。そのような中、全員ではないが、在籍する4年の間に、概ね日本語能力試験<sup>8</sup>N2からN1レベルに到達する。ただし、日本語能力試験は、マークシート形式の四肢択一の試験問題であり、大学院での研究に必要な先行研究等の文献を読む能力や論文を執筆する能力、論文について口頭発表したりする能力を測ってはいない。そのため、名古屋大学大学院法学研究科への留学者を決定する4年次に実施される選抜試験においては、法学の知識を問うもの以外に、日本語による論理的記述能力を測る問題も課せられており、口頭能力を確認する面接も実施している。

そもそも、ライティングには、母語の修辞構造、教育などによって違いがあると指摘されており、さらに、その評価結果も評価者の価値観によって大きく異なると言われている。このような評価者の価値観の違いをもたらず変数としては、学習経験、職業、性別、母語の言語圏・文化圏など（中西・赤堀2004）があげられている。このことから、アカデミック・ライティング教育を担当する教員はそれらの影響を考慮して臨む必要があると言える。

日本語によるアカデミック・ライティング評価の研究は進んでいるとは言いがたい状況にあるが、日本語によるライティング研究は、いくつか行われてきている。たとえば、坂井（2005）は、よりよいライティング指導を行うために、評価者の属性に着目し、現実に日本語学習者が書いた物を読んで評価する、学部教員による留学生の奨学金応募作文の評価を分析している。坂井は、学部教員は、日本語講師による基本評価尺度4因子の中の「正しさ」と「構成」よりも「内容」と「豊かさ」を重視しており、専門用語を使った詳細な説明が高い得点に、自己否定的な表現は低い得点に繋がっていると述べている。一方で、田中・坪根（2011）は、日本語講師はどの要素を優先させて評価するかの共通認識がないと報告している。

---

ビューや資料集め、情報集めなどの作業を行い、作業の結果を持ち寄って一つの制作品(報告書、発表、ビデオなど)にまとめる学習活動である（田中他 1998）。

<sup>5</sup> センターの「日本事情」の授業では、日本の地理や社会についての理解を促進・支援するような内容を取り扱っている。

<sup>6</sup> センターの「日本史」の授業では、日本の法制史の入門になるような内容を取り扱っている。

<sup>7</sup> センターの「公民」の授業では、民主政治・日本国憲法に関する内容を取り扱っている。

<sup>8</sup> 日本語能力試験については、以下の URL を参照されたい。 <http://www.jlpt.jp/about/levelsummary.html>

センターのように、到達目標の一つとして法学分野の学術論文を書くということが掲げられている環境において、読み手である法学専門家がどのようにライティングを評価するのかについて知っておくことは、法学講師と協働でアカデミック・ライティングの教育にあたる日本語講師にとっても重要なことであると考えられる。

このようなセンターの存在は新規性が高く、多くのことがわかっていない中で挑戦的な教育を実施しているわけであるが、法学分野の日本語ライティングにはどのようなものが求められているのかを明らかにし、よりよい教育・指導に還元しうる研究を進める必要がある。

そこで、本稿では、センターの学生が書いた、日本留学試験の記述問題<sup>9</sup>の回答を、法学講師がどのように評価しているのかについて明らかにするために実験・調査を行い、得られたプロトコルデータを質的に分析することによって、法学分野の日本語ライティングにはどのようなものが求められているのかを明らかにする。

## II. 方法

### 1. 調査対象者

調査は、2010年～2011年の間にセンターの法学講師2名に実験およびインタビュー調査を行った。いずれも国籍は日本で、内訳は研究者1名、実務家1名である。以下、研究者をRとし、実務家をLとする。

### 2. 評価素材文

まず、評価素材文として、カンボジアのセンターの学生が書いたものの中から日本語作文3編を選んだ。これらは学部の2年次に在籍し、日本語学習期間が1年6ヶ月の時点で書かれたものである。

3編を選ぶにあたって、いわゆる「日本語能力」、「母語でもともと有していたライティング能力」、その他の知識等を測ってしまう要因を極力抑え、「日本語で論理的にライティングできる能力」を測ることができるようにした。具体的にはセンター内のクラスルームテストの結果や日本語能力試験の結果から、この時点における書き手らの日本語能力がほぼ同レベルであると判断可能なものとした。かつ、同じ課題についてセンター入学前の選抜試験時に実施した、母語であるクメール語で書いた作文の評価得点<sup>10</sup>が同じものを選び、母語による作文能力もほぼ同レベルと判断可能であると考えた。この3名は同時期に日本

<sup>9</sup> 日本留学試験は、外国人留学生として日本の大学に学部留学を希望する者に対して行われる。

詳細については、以下のURLを参照されたい。[http://www.jasso.go.jp/eju/whats\\_eju.html](http://www.jasso.go.jp/eju/whats_eju.html)

<sup>10</sup> この評価得点は評価者3名（全てカンボジア人、2名は日本語学習者、1名は法学教員）が総合的評価を行い、採点したものである。

語を学び始めており、来日経験は無い。それぞれは、日本語作文A:440字、10行、日本語作文B:394字、10行、日本語作文C:348字、8行である。なお、渡部・曹(1992)が述べているように、これまでの研究で字の美醜などが評価に影響を与えることはわかっており、その要因を排除するため、元々は手書きであったものをタイピングし直して使用した。

カンボジアのものを選んだ理由は二つある。一つは彼らの母語であるクメール語が言語学的に日本語と距離がある<sup>11</sup>ためである。もう一つは歴史的な理由で教育水準が低いと懸念されているためである。そのような厳しい学習・教育環境の中にいる学生によって書かれたものが、どのように評価されるのかを見ることで有用な多くの知見を得ることができるのではないかと考えた。

また、この時期の学生のものである日本語作文として選定した理由は二つある。一つは、センターでは、この時期が一般日本語教育から専門日本語教育へと移行する日本法準備教育段階にあり、この後、学生は日本語で論述文を書く機会が増えてゆくからである。もう一つは、通常はこのレベルの学生が専門分野に関してライティングをすることはないため、このレベルの学生にどのような問題点があり、どのような指導が求められるのかが明らかになっていないことから、法学講師がどのように評価するのかを知ることは、日本語講師にとって有益であると考えたためである。

### 3. 調査方法

調査方法として分析結果の信頼性を高めるために方法論的複眼<sup>12</sup>の立場を取った。まずは、評価の際、発話思考法<sup>13</sup>を用いて、プロトコルデータを収集した。思考をスムーズに発話できるかについては個人差があるため、十分に発話ができなかった場合には、採点後に録画したものを確認しながら、そのときに何をどう考えていたのかを思い出してもらう、再生刺激法を併用した。さらにライティングに対する意識や教えている学生へのライティング指導などについて半構造化インタビューを実施した。

作文の課題は、日本留学試験 2002 年(2 回目)「記述問題」で、「野菜や穀物などを育てる時に、害虫を殺すための農薬を使うことがあります。ある人は、〈A〉農薬は人間の体によくはないから使わないほうがいい、と言います。またある人は、〈B〉農薬を使わなければ十分な収穫が得られないので、少量なら使ってもいい、と言います。あなたは〈A〉と〈B〉どちらの意見に賛成しますか。〈A〉か〈B〉のどちらかの立場にたって、その賛成理由を書

<sup>11</sup> モンゴル語、ウズベク語は日本語と語順がほぼ同じで構文的類似性が高い。ベトナム語は漢越語と呼ばれる、漢語を起源とした語彙を数多く有しており、韓国語・日本語と同様に漢字文化圏に属する。

<sup>12</sup> 方法論的複眼はトライアングレーション (triangulation) とも呼ばれる。もともとは三角測量という意味で、複数の研究技法を組み合わせて行うものである。

<sup>13</sup> 発話思考法とは、課題遂行時の認知過程をその都度発話してもらう手法。思考発話法、think aloud 法とも呼ばれる。被験者に課題を実行してもらいながら考えていることを発話してもらう方法で、その行動と発話を観察、記録、分析する実験法のことである。



いてください（句読点を含み、400 字程度）。」というものである。この問題は、いくつかある日本留学試験の「記述問題」の中で、カンボジア人 2 名と筆者とで相談し、どのカンボジア人学生にとっても具体的に問題を理解でき、学生の既有知識にも大きな差がなく、あくまでも論理的に書けるかどうかを測ることができる課題であると判断し選定した。

今回の実験調査は、以下の手順で実施した。①評価者は、思考を発話しながら、自由に評価する。②評価者は、思考を発話しながら、平成 22 年度に改訂され、公表されている、日本留学試験の評価基準<sup>14</sup>を使用して評価する。③評価者は発話が止まった部分の録画データを確認し、その場面で何を考えていたのかを答える。④評価者はライティングに関する半構造化インタビューに答える。

#### 4. 分析方法

プロトコルデータからコードを抽出する方法として、分析方法に SCAT (Steps for Coding and Theorization) を用いた。これは四つのステップでテキストの抽象度を高め、テーマの構成概念、いわゆるコードを作成するものである。具体的な分析手順は、①まず文字化されたデータから注目すべき語句の切り出しを行い、②次にその語句についてデータで使われていない語句を用いて表現を言い換えるように表し、③さらにそれを説明するための概念を追記し、④それら全体を表すテーマ・構成概念（コード）を割り当てた。そして、そのコードを用いて、ストーリーラインおよび理論を構成した。

### Ⅲ. 結果と考察

SCAT を用いて分析した結果、R と L、2 名に共通したコードとして、「相対評価」、「専門性による分業意識」、「論述文に適した書き方」、「構成（段落構成、論理展開）重視」、「論理の一貫性」、「情報の真偽性」、「メタ評価」という 7 つのコードが抽出された。

#### 1. 共通したコード

##### (1) 相対評価

R は、「いつも、たくさん一気に読んで、それから何回も見直して、点数をつけ直すんですけど」と述べており、基準を定めて、それと照合してどのレベルにあるかを決める絶対評価ではなく、他と比較し、どちらがよりよいかを決める相対評価をしていると認識している。そして、観察の結果からも相対評価であるため、評価結果は固定的なものではなく、

<sup>14</sup> 平成 22 年度に改訂された評価基準については、以下の URL を参照されたい。  
[http://www.jasso.go.jp/eju/description\\_q.html](http://www.jasso.go.jp/eju/description_q.html)

よりよいもの、或いはより問題のあるものがあれば、それによって、評価が途中で何度も変動していることが確認された。

## (2) 専門性による分業意識

R は「いつも学生のやつを読んで苦労するのは、あの、日本語の評価を私の方でしてい  
いのかなというのは、えー、悩みどころですね。(中略)ただ、日本語の表現があまりに稚  
拙なので、ついつい、えー、点数が低くなってしまうと思います。そのときに日本語は私  
の評価の対象ではないはずだから、困ったなと思いますね。」と述べている。ここから、日  
本語については重視しないと考えていながらも、日本語ネイティブとして、自然に日本語  
の誤用に気付いており、同時に日本語教育の部分は自分の専門ではないという意識が働き、  
葛藤していたり、迷ったりしているということを読み取ることができる。

## (3) 論述文に適した書き方

R も L も構成等の形式や語彙や文法等が書き言葉として適切であるか、論理的記述とし  
て適当であるかを意識しながら評価していることが確認された。例えば、R からは「絶対  
に」という語彙の使用に対して、実証可能でないことを断定的に表現することに対する否  
定的プロトコルが得られた。

## (4) 構成（段落構成、論理展開）重視

R は「最初見るときは、うちの学生にしてもそうなんですけど、あまり日本語の表現が  
悪い、よくないというのはそんなに辛くつけません。構成を重視して点数をつけると  
いうふうにしています。(中略)まず構成点があつて、ただ、構成は本当は誰でもできてな  
いといけないと思う」と述べており、構成を重視しているビリーフ<sup>15</sup>が確認された。

## (5) 論理の一貫性

書き手が論理を一貫させるためには、その論を説得的に伝えるために必要な情報を取捨  
選択する必要がある。R も L も、関係のない話題を入れ込まないようにする必要性を感じ  
ており、情報の選択力を書き手に求めていることが確認された。採点中の評価プロトコル  
からもインタビューの回答からも法学講師が論理の飛躍や矛盾がないことを重視し、論理  
の一貫性、公平性、整合性を担保するために書き手の主張と批判的対話をしながら評価を

---

<sup>15</sup> ビリーフは「信念」とも訳され、たとえば「外国語学習にとって一番大切なのは文法である」「外国語学習にとつ  
て一番大切なものは語彙である」といった質問に対して、非常に賛成という回答をする場合、正確さ志向が強いと判断  
される。代表的なものとして De Garcia et al. (1976) や Horwitz (1985) が作成した語学教師向けのビリーフ調査票、  
Horwitz (1987) が作成した学習者向けのビリーフ調査票 BALLI= Beliefs About Language Learning Inventory がある。

進めている様子が確認された。

#### (6) 情報の真偽性

R からも L からも課題に関して書き手が持っている情報の真偽性の取扱についての言及がなされた。たとえば、L はインタビューの回答として「普通のというか、私が今まで経験したようなのだと、それぞれちょっとある程度のリソースというか、なんか新聞記事とか、グラフとかなんかその情報源があって、それを参照しつつ書きなさいという方が、うん、書きやすいし、そっちの方がその、ちゃんと表、情報を使って読みとれて、ちゃんとそれを使って書けるかっていう方が、なんとなく客観的な判断がしやすい」と述べており、日本留学試験の記述問題の課題の出し方に対して、L は抵抗があり、情報の真偽性を問わない形での課題提示が必要であると考えていることが伺われた。

#### (7) メタ評価

R からも L からも自分の評価が厳しいか、甘いか、自分の理想とするものと学習者のレベルとの差など、自分自身の評価を内省しながら評価を進めている様子が確認された。つまり、どちらの法学講師も自身の評価を第三者的な視点で客観的に評価する、メタ評価を行っていた。

## 2. 評価者としての法学講師

さらに細かく見ていくために、SCAT にしたがって構成された、2 名の法学講師のそれぞれのストーリーライン、理論記述を紹介する。

#### (1) R のストーリーライン

R は、課題に適した主張が、論理の流れが一貫した構成のもとになされているかどうかを重視しており、反対説への言及や過不足のない文章量を有していることが望ましいと考えている。学生の書いた情報の真偽性については疑問を持っており、論理の一貫性のためにも、学生には、情報の選択力が必要だと考えている。相対評価を採用しており、まず通読し、書き手のレベルに応じて評価を変化させている。また、メタ評価とでもいふべき、自分自身の評価に対して自覚的である姿勢が見え、評価の公平性を担保しようという意識がある。これは、自分自身が偏っている可能性があると感じることで、公平性を保とうとし、自分の評価に一貫性、整合性を持たせようという意識である。批判的な視点を持ちながら評価しており、減点主義である。一方で、学生に対して甘い評価をしていると感じている。日本留学試験の評価基準への理解を示し、自分独自の信念は有しているものの、それ以外の視点を取り入れる意識も持ち合わせている。話し言葉と書き言葉の使い分けや誤用の重み付けに対する意識があり、文字表記の誤用などのローカルな誤用と全体的な意

味理解に影響するグローバルな誤用を分類しており、ローカルな誤用の量は重視しない態度を表明している。また、学生の高度な日本語を使用しようとする努力をどう評価するかについては、専門性による分業意識から、その判断を保留している。留学生に対するライティング支援の経験から、日本語が母語でない学生によって書かれた文章に対する慣れがあり、成長過程にある学習者への寛容性がある。学生の受けてきた教育背景への理解を示しており、日本と現地では、論理的とは何かということへの考え方の違いや書き方の違いがあると考えている。また、論理的記述の能力は生来的なものというよりは、教育が重要な役目を果たしていると考えており、経験に基づいた、成長過程にある学習者への肯定的評価が見られる。論理的記述ができるようになるための、客観的な視点を養わせるには、議論や討論を経験させることが重要だと考えており、学生へそのような機会を提供しようと考えている。できる学生、できない学生というような個人差要因よりも、同じ学生でもできる状況とできない状況があるというように、学生の多面性への意識がある。

## (2) Lのストーリーライン

Lの理想とする論述文は、その目的に合った構成や書き方をしている、論理に一貫性があり、説得力のあるものである。そのために、書き手は反対説を述べたり、批判的視点を持ったり情報の選択力を身につけることが重要であると感じている。相対評価を採用して、書かれたものすべてを読んでから評価対象のレベルを定め、そのレベルによって評価は変容する。また評価に対して内省的である。書き手の意図を推測しながら読んでおり、書き手の母語が日本語でないことや、専門性による分業意識のため、日本語に誤用があっても、重視しないという態度を取っている。課題文に理由が含まれていることや、課題の解釈の難しさに対して批判的であり、学生がこれにどう答えるべきなのかが理解できない。日本留学試験の評価基準は解釈に主観が入るため、最初から自分で評価基準を作成したいと考えている。しかし、そもそもこの課題に対しては批判的であるため、評価基準の作成も困難であると感じている。論理的記述については、初学者への配慮が見られ、学生が過去に受けた教育については気にしておらず、大学での教育が重要であると考えている。現地人の書いた報告書や論文を読んだ経験から日本語と異なるレトリックの存在を意識している。学生の論理的記述能力の育成のために、易から難へと段階を踏んだ教育、訓練の重要性を感じている。

## (3) RとLの理論記述比較

RとLのストーリーラインから、いくつかの共通性が確認された。それらを理論記述し、以下にまとめる。

	R	L
法学分野のライティングに必要な条件	高い評価を得るためには、課題に沿った主張が、論理の流れの一貫した構成のもと記述されていることが重要である。さらに、反対説への言及および、適度な文章量も必要である。論理の逸脱を感じさせないためには、書き手に情報の選択力が求められる。	論述文は、その目的に合った構成や書き方をしている、論理に一貫性があり、説得力が必要であり、そのためには、反対説に言及したり、批判的視点を持ったり、情報の選択力を身につけたりする必要がある。
課題に求めること	情報の真偽性については問わないか、或は、真偽性が問われないような課題が必要である。	課題文の中に既に理由が含まれていることは課題として不適切であり、課題は書き手が十分に理解のできる形で出題すべきものである。
評価方法	法学の分野では、相対評価が一般的であり、書かれたものの全体を見て、柔軟に判断する。	法学の分野では、相対評価が一般的であり、すべてを読んでから書かれた物のレベルによって評価は変容する。
日本語の誤用に対する態度	日本語の誤用については、気にはなるものの、専門性の違いから評価対象について分業意識が働いている。経験を通じて学生への寛容性を身につけている。	書き手の母語が日本語でないことや、専門性による分業意識のため、日本語に誤用があっても、重視しない。
論理的記述及び論理的記述能力の養成に対する考え	国によって、論理的とは何かということへの考え方の違いや書き方の違いがあると考えているが、それらは教育によって乗り越えられると考えている。 論理的記述能力の育成には、教育が重要であり、客観的な視点を養わせるために議論や討論を経験させることが必要である。論理的記述ができるかどうかは、学生の個人の能力要因よりも、状況要因が影響している。	論理的記述の難しさは、母語の違いによるものではなく、その書き方についての訓練の有無による部分が大きく、それは、易から難に段階的に進める必要がある。 国によって論述文の書き方は日本語と異なる可能性があるが、それは、高等教育段階でどのように教育するかによる。

上記、法学講師の評価に対する理論記述の共通点から、法学分野のライティングでは、

論理的であること、反対説にも配慮すること、情報の取捨選択ができることが必要であることが示唆された。そして、ライティングの課題として、そういった能力が測れるような課題であること、情報の真偽性が確認できないものなどが混じらないような課題を設定することが求められることがわかった。評価方法としては、法学分野においては、ある一定の基準を明確に定めて行うような絶対評価は一般的ではなく、相対評価を実施することが多いようである。しかし、そうであっても、法学講師との対話を通して押さえておくべき点等を整理するような支援を日本語講師としてできるのではないかと考えられる。また、日本語の誤用に対する態度からは、誤用の重み付け等の点が日本語講師側に期待されると考えられ、日本語講師は習得研究の結果等を踏まえて、その解説を行う役割を担っており、指導についてもより専門性を高めておく必要があると言える。論理的記述能力の養成に対する考え、論理的記述に対する考えからは、日本の法学分野における論理性は、教育によって養成できるという姿勢から、現地の学生にどのように伝えてゆくことができるのか、日本語講師と法学講師とが、ともに専門性を活かしながら考えていける可能性を有している。

### 3. その他の示唆

日本留学試験の評価基準については、Rは比較的スムーズに理解を示したが、Lは理解に困難を生じさせていた。特に、Lは課題の形式そのものに疑問を持っていることから、その評価基準に記されている、「課題に沿って」いるとは、いったいどういうことであるのかが理解できないといった問題が生じていた。このことから、日本語講師が慣れ親しんでいるような課題について、法学講師から拒否反応を示される可能性があり、留意する必要があることがわかった。

## IV. 今後の課題

以上、今回の実験・調査によって、法学講師がどのように作文を評価しているのか、その一端が見えてきた。2名のデータからは、坂井(2005)が指摘したものとは異なる結果が確認された。「正しさ」、「内容」、「豊かさ」はそれほど重視されないものの、論理的であるかどうかに影響する、「構成」は重視されていた。また、専門用語を使った詳細な説明がなされているかどうか、また、自己否定的な表現が低い得点に繋がっているかどうかについては、そのレジスター<sup>16</sup>の違いから確認することはできなかった。

田中・坪根(2011)は、日本語講師はどの要素を優先させて評価するかの共通認識がないと述べているが、今回のデータからは、法学講師は共通して段落構成や論理展開を含ん

---

<sup>16</sup> レジスターとは、言語使用域のことで、Halliday(2004)はこのレジスターを以下の3つに分類している。(1)目的と主題に関わる「フィールド(言語活動領域)」(Field of Discourse)(2)手段に関わる「モード(伝達様式)」(Mode of Discourse)(3)伝達相手との関係に関わる「テナー(役割関係)」(Tenor of Discourse)

だ、「構成」を優先して評価していることが確認され、そのビリーフや経験によって個人差はあるものの、法学分野特有の一定の共通認識を有している可能性が示唆された。しかしながら、果たして本当に法学講師特有のものであるのかについては、質的にも量的にも更なる検証が必要である。また、法学講師は、評価基準を用いた評価そのものに慣れていない可能性が高く、センターの日本語講師は、法学分野のライティングの評価にも有用な評価基準を整理し、作成する支援をする役割を担っていると考える。

今後は、データを更に詳細に分析し、他の法学講師や日本語講師のデータと比較、検証を重ねていき、法学分野のライティング評価にも有用な評価基準の作成を目指したい。

謝辞：本研究は科研費（課題番号 22720201）の助成を受けたものである。

#### <参考文献>

- 1) 大谷尚（2007）4 ステップコーディングによる質的データ分析手法 SCAT の提案—着手しやすく小規模にも適用可能な理論化の手引き—,名古屋大学大学院教育発達科学研究科紀要,54 巻 2 号,pp.27-44.
- 2) 川森めぐみ（2001）法学専攻学部留学生の抱える問題点,専門日本語教育研究,3 号,pp.29-34.
- 3) 坂井美恵子（2005）学部教員による留学生の作文評価—総合的評価の分析—,大分大学留学生センター紀要,2 号,pp.19-30.
- 4) 田中真理・坪根由香里（2011）第二言語としての日本語小論文における good writing 評価,社会言語科学,第 14 巻,1 号,pp.210-222.
- 5) 田中幸子・井野崎康子・工藤節子（1998）『コミュニケーション重視の学習活動 1 プロジェクトワーク』凡人社
- 6) 中西千春・赤堀侃司（2004）日本人英語教師とネイティブ英語教師のライティング評価の相違,日本教育工学会論文誌,28 号,pp.229-232.
- 7) 渡辺洋・曹亦薇（1992）論文評価における字の美しさの影響について,東京大学教育学部紀要,第 32 巻,pp.253-256.
- 8) De Garcia, Rebecca, Sue Reynolds & Sandra J. Savignon (1976) Foreign-language attitude survey. *The Canadian Modern Language Review* 32,pp.302-304.
- 9) Halliday M.A.K. and C.M.I.M. Matthiessen (2004) *An Introduction to Functional Grammar*. 3rd ed.London: Arnold.
- 10) Horwitz, Elaine K. (1985) Using student beliefs about language learning and teaching in the foreign language methods course. *Foreign Language Annals* 18(4),pp. 333-340.

- 11) Horwitz, Elaine K. (1987) Surveying student beliefs about language learning. In: Anita Wenden & Joan Rubin (eds.) *Learner strategies in language learning*, London: Prentice-Hall, pp.119–129.



【研究ノート】

インドネシア改正著作権法とその課題  
Indonesia's New Copyright Law and its problem

新地 真之\*  
SHINCHI Masayuki

Abstract

On 16 October 2014, to improve and update the copyright regime, Indonesia implemented a new Copyright Law, i.e. Law No.28 of 2014 on Copyright (*undang-undang No. 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta*). It is the amendment of the old one, i.e. Law No.19 of 2002 on Copyright (*undang-undang No. 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta*). The new copyright law seeks to improve the effectiveness of Indonesia's copyright system comprehensively.

The new legislation provides a range of new provisions including; the rearrangement of concepts of 'copyrights', the clarification of the scope of the economic rights of an author or copyright holder, introducing 'landlord liability', extending the duration of copyright protection, the establishment of the collective management organization, the protection of traditional and cultural expressions, the establishment of the online application system, and so on. The changes introduced by the new copyright law are generally favorable to an author or copyright holder.

But at the same time, there are still some problems about the new law and the intellectual property law system in indonesia. The first is the problem of the law enforcement. The second is the lack of public awareness of the protection of copyright in indonesia. The third is the slowness of implementing detailed regulations (*peraturan pelaksanaan*).

目次

I. はじめに

II. 概要と構成

III. 主な改正点

1. 権利構成の整理
2. 用語の定義
3. 保護期間
4. 施設管理者責任の導入
5. 著作権管理団体（Lembaga Manajemen Kolektif）制度の導入
6. 商標ロゴの著作権登録禁止
7. 著作権登録の電子出願制度
8. オンライン侵害対策
9. その他、著作者の権利保護

---

\* 名古屋大学大学院法学研究科特任講師、日本法教育研究センター（インドネシア）勤務。

10. 信託担保の対象
11. 保護対象の拡大
12. 罰則等
13. 産業意匠目的の図面の著作権
14. 伝統的文化的表現 (Ekspresi Budaya Tradisional: EBT) 保護

#### IV. 評価と課題

### I. はじめに

2014年9月16日、インドネシア国民議会(DPR)は、著作権改正法案を可決した。その結果、2014年法律第28号(以下、「改正法」という)が成立し、10月16日付で施行された。前回2002年から12年ぶりの法改正となる<sup>1</sup>。前回改正時は、TRIPS協定発効を契機として、同協定の内容に整合させるべく、インドネシア知的財産諸法の整備が進められ、特許法、商標法、産業意匠法などに続いて実施されたものであったが、今回は、同じく改正法案が審議中の特許法、商標法に先んじて改正が行われた。

本稿は、今般改正されたインドネシア著作権法について、その概要と改正のポイント、また今後の著作権保護に関する課題等について紹介することを目的とする。

### II. 概要と構成

まず、改正法全体の構成を見てみよう。著作権に関する2002年法律第19号(以下「旧法」という)では、15章全78条であったのに対し、改正法では19章全126条から構成され、大幅に条文数が増加した。

次に、新旧の章構成を比較してみると、旧法では、第1章「総則」、第2章「著作権の範囲」、第3章「著作権の有効期間」、第4章「著作物の登録」、第5章「強制許諾」、第6章「著作権審議会」、第7章「著作隣接権」、第8章「著作権管理」、第9章「費用」、第10章「紛争解決」、第11章「仮処分」、第12章「捜査」、第13章「罰則」、第14章「経過規定」、第15章「附則」となっていた。

一方、改正法では、第1章「総則」、第2章「著作権」、第3章「著作隣接権」、第4章「著作者」、第5章「保護される伝統的文化的表現及び著作物」、第6章「著作権の制限」、第7章「技術的制限手段」、第8章「情報通信技術における著作権及び著作隣接権コンテンツ」、

---

<sup>1</sup>インドネシアでは、植民地時代の著作権法 *Auteurswet* を1982年に廃止、同年、新著作権法(法律第6号)を制定した。その後1987年(法律第7号)、1997年(法律第12号)、2002年(法律第19号)と改正を行ってきた歴史がある。Eddy Damian, “Hukum Hak Cipta”, p.25, Penerbit P.T.ALUMNI (2004)

第9章「著作権及び著作隣接権の有効期間」、第10章「著作物及び著作隣接権の成果物の登録」、第11章「利用許諾及び強制許諾」、第12章「著作権管理団体」、第13章「費用」、第14章「紛争解決」、第15章「仮処分」、第16章「捜査」、第17章「罰則」、第18章「経過規定」、第19章「附則」となっている。

以上のように、旧法に存在した第6章「著作権審議会」と第8章「著作権管理」が改正法では削除され、一方、第5章「保護される伝統的文化的表現及び著作物」、第7章「技術的制限手段」、第8章「情報通信技術における著作権及び著作隣接権コンテンツ」、第12章「著作権管理団体」が新たに設けられた。全体的に見ると、改正法では、著作者やその他権利者にとって有利な内容のものになっており、また技術の発展に伴う各用語の定義の変更等、旧法では曖昧であった部分がより明確になっていると言えるだろう。

### III. 主な改正点

今回の改正による主な変更点を順次挙げていく。

#### 1. 権利構成の整理

旧法では、著作権は「著作者の排他的権利で、著作物を公表し、又は複製する権利…」とされ、公定注釈に公表権又は複製権の具体的な行為態様が示されていたが（旧法第2条第1項及び同公定注釈）、改正法では、財産権（hak ekonomi）という概念が初めて採用され、旧法よりも権利構成が明確となった<sup>2</sup>。

例えば、第8条で「財産権とは、著作物に対する財産的利益を得る著作者又は著作権者の排他的権利をいう」とされ、続く第9条第1項で「…著作者又は著作権者は、次に掲げる行為を行う財産権を有する」と規定されている。すなわち、a.著作物の出版、b.あらゆる形態での著作物の複製、c.著作物の翻訳、d.著作物の翻案、編曲又は変形、e.著作物又は複製物の頒布、f.著作物の実演、g.著作物の公表、h.著作物の送信、i.著作物の貸与といった財産権の具体的な行為態様が提示された<sup>3</sup>。

人格権（hak moral）については、「一身に恒久的に専属する権利」（第5条第1項）とされ、著作者の場合、次のa～eが挙げられている。すなわち、a.その著作物の利用に関して、複製物に著作者名を常に表示し、又は表示しない。b.その変名又は筆名を用いる。c.世相に合わせて著作物の変更を行う。d.著作物の題及び副題の変更を行う。そして、今回の改

<sup>2</sup> インドネシア独特の法形式である公定注釈（Penjelasan）は、法令の一部として同時に公布され、条文を明白に解説する役割を果たすものである。

<sup>3</sup> 一方、旧法では輸入（impor）も権利として認められていたが（旧法第2条公定注釈、第25条公定注釈、第27条公定注釈、第67条a公定注釈）、改正法では削除された。

正で新たに e. 「著作物の歪曲、著作物の切除、著作物の改変が生じた場合又は自己の名誉若しくは声望を損なうような事案が生じた場合、その保持を主張する」権利が加わった。

また、隣接権 (*hak terkait*) については、実演家、レコード製作者、放送事業者が隣接権者として保護され、実演家には人格権と財産権 (第 20 条、第 21 条、第 22 条、第 23 条) が認められ、レコード製作者、放送事業者には財産権が認められている (第 20 条、第 24 条、第 25 条)。

## 2. 用語の定義

第 1 条では、条文中で用いられる各語の定義が若干変更されると共に、定義の追加がいくつか行われた。まず、第 1 条では著作権の定義が改められている。旧法では、「著作権とは、現行法令の制限に影響を及ぼすことなく、著作物を公表若しくは複製し、又はその許可を与える著作者又は権利を受けた者の排他的権利をいう」とされていたのに対し、改正法では、「著作権とは、法令の規定に則った制約に影響を及ぼすことなく、著作物が明確な形態で具現化された後、表明の原則 (*prinsip deklaratif*) に基づいて自動的に生じる著作者の排他的権利」とより詳細な定義となった。

一方、著作物について、旧法では「著作物とは、学術、芸術又は文学の分野において獨創性を示す著作者の各作品の成果をいう」とされていたのに対し、「著作物とは、発想、才能、思考、想像、熟練、技能又は専門性に基づいて創作された学術、芸術及び文学の分野の創作物で、明白な形態で表現されたものをいう」と、こちらもより詳細な定義に改められた。

また、今回、第 1 条で新たに追加された用語に、「Fiksasi (固定)」、「Royalti (使用料)」、「Lembaga Manajemen Kolektif (著作権管理団体)」、「Pembajakan (海賊行為)」、「Penggunaan Secara Komersial (商用利用)」、「Ganti rugi (損害賠償)」等がある<sup>4</sup>。

## 3. 保護期間

財産権の保護期間については、書籍や音楽等、多くの著作物が著作者の死後 50 年から 70 年へと延長された。一方、写真や映画等の著作物については、旧法と同じく 50 年である (第 59 条第 1 項)。また、法人が有する作品の場合は、最初の公開日から 50 年間存続することとされ (第 58 条第 3 項)、こちらも旧法から変化はなかった。

これら財産権の保護期間を保護対象ごとにまとめると以下の様になる。

<sup>4</sup> その他、「複製」を表す用語が、旧法で使用されていた *perbanyakan* から *penggandaan* に代わった。

著作物の種類	保護期間
a.書籍、パンフレット及びその他すべての書き表された作品 b.講演、講義、演説及びその他これらに類する著作物 c.教育及び学術のために作成された教材 d.譜面を有し、若しくは有しない歌又は音楽 e.演劇、ミュージカル、踊り、舞踊（振り付け）、影絵芝居、パントマイム f.絵画、図画、彫刻細工、書、彫刻、彫像、コラージュ等、あらゆる形態の芸術作品 g.建築作品 h.地図 j.パティック芸術又はその他モチーフ芸術の作品	著作者が生存中、及び、著作者が死亡した翌年の1月1日から起算して70年間（第58条第1項） ※以上の著作物が2人以上の者によって所有される場合、著作権保護は、最終に死亡した著作者の生存中及びその著作者が死亡した翌年の1月1日から起算して70年間継続してその効力を有する。（第58条第2項） ※法人が所有し、又は保有する場合は、最初に公表されてから50年間、その効力を有する。（第58条第3項）
a.写真の作品 b.肖像写真 c.映像作品 d.ビデオゲーム e.コンピュータプログラム f.印刷用書体 g.翻訳、解説、脚色、作品集、データベース、翻案、編曲、修正及びその他変形の結果生じる作品 h.伝統的文化的表現の翻訳、翻案、編曲、変形又は修正 i.コンピュータプログラム若しくはその他の媒体で読み取り可能な書式の著作物の編集物又はデータの編集物 j. 伝統的文化的表現の編集物で、その編集物が原作品となっているもの k.国家が保有する著作者不明の著作物	最初の公表から50年間（第59条第1項） ※応用美術の形態の著作物は、最初の公表から25年間（第59条第2項）
国家が保有する伝統的文化的表現	無期限の保護期間（第60条第1項）
国家が保有する著作者不明の著作物	最初に公表されてから50年間（第60条第2項）
公表を行った者によって権利行使される著作物	最初に公表されてから50年間（第60条第3項）

#### 4. 施設管理者責任の導入

改正法では施設管理者責任に関する条項が追加された。ショッピングセンター等で蔓延る海賊製品について施設管理者の責任を問う声は、インドネシア国内で、過去にも高まった時期があったが、今回ようやく実現の運びとなった<sup>5</sup>。その背景には、ショッピングモールなどに海賊版 DVD を売る店舗が入居し、モールの管理者が黙認しているケースが多数存在していたことがある。この点について、当局はモール等の施設管理者に対し、改善を要求する通達を繰り返し出してきたものの、旧法下ではこれに従わなくても罰則はなく、ほとんど効果は出ていなかった。

本改正によって、海賊版販売取締強化のため、ショッピングモールやショッピングセンター等の商業施設管理者（家主）が、その管理している商業施設において、著作権や著作隣接権を侵害する製品の販売、複製を放置することを禁じられることとなった（第10条）。当該行為については罰則が定められており、管理者が故意にかつ情を知って侵害製品を放置した場合は、最高1億ルピアの罰金が科される（第114条）。

施設管理者責任については、罰金刑のみだが、同規定の導入によって、未だインドネシアに存在する海賊版販売行為を、ある程度、牽制する効果はあるものと推定される。また、当該規定が導入されたことによって、現在改正準備中の特許法、商標法等、他の知的財産法にも、同様の規定が導入される可能性が高くなったと考えられる。

#### 5. 著作権管理団体（Lembaga Manajemen Kolektif）制度の導入

改正法は、第 87 条から第 93 条まで、著作権管理団体の規定を設け、著作権管理及び使用料徴収制度の整備を図っており、著作者、著作権者、及び／又は著作隣接権者が、使用者からの使用料の徴収及び分配という方式でその財産権を管理するために、著作権管理団体制度を採用し、その便宜を図った（第 1 条他）。また著作権管理団体は、法務人権省による認可を得ることで、非営利法人の形態をとって活動することができる（第 88 条第 2 項）。

活動が認可されるために、当該著作権管理団体は、一定数以上の著作者、著作権者の代理を務めるという要件を満たさなければならない、活動に際しては、政府の管理下に置かれることになっている。今回の規定では、最少構成員の数は、音楽関連の管理団体で 200 名、それ以外の管理団体で 50 名となった（第 88 条第 2 項 c）。

---

<sup>5</sup> <http://inet.detik.com/read/2007/04/27/100250/773392/399/jual-cd-bajakan-mal-bakal-didenda-rp-5-miliar>  
“Jual CD Bajakan, Mal Bakal Didenda Rp 5 Miliar.” (2015.5.30 アクセス)

## 6. 商標ロゴの著作権登録禁止

インドネシア著作権法は、原則として創作時に著作権が自動的に発生するという無方式主義にたっている（第 1 条）。従って、登録は著作権及び著作隣接権を得るための要件ではないが（第 64 条第 2 項）、著作者又は著作権者が第三者に対抗するために、著作物を登録することができる。また登録に関して、改正法は、商品／役務の取引上の商標として用いられるロゴ又は識別力のある標章の形をした図案を著作権登録することができないと規定した（第 65 条）。しかし、このようなロゴ又は標章が、著作権の保護対象外の著作物として列挙されていないため（第 41 条、第 42 条）、著作物として保護されるか否かについては明らかではない。

## 7. 著作権登録の電子出願制度

改正法は、電子出願システム（*secara elektronik*）を通じた著作権登録を認めている（第 66 条第 2 項）。この電子出願システムは、法務人権省知的財産総局により、2014 年 4 月に導入されたものである<sup>6</sup>。同局ウェブサイトによれば、電子出願システムが導入された目的は、国民が著作物と隣接権の成果物の登録の便宜を図ることであるとされており、また、著作権登録費用については、主要銀行と連携したオンライン納付システムも整備されているとのことである<sup>7</sup>。この電子出願システムは、今後、特許、商標等他の知的財産権の登録申請にも採用されるものと予想される。

## 8. オンライン侵害対策

オンライン侵害に関して、インターネット上の侵害コンテンツサイトへのアクセスをブロックする権限をインドネシア通信情報省に対して付与する条項が追加された（第 55 条第 3 項）。しかし、アクセスをブロックする方法等については、改正法では明らかになっていないため、細則の成立を待たねばならない。また我が国著作権法では、2012 年、既に違法ダウンロードの刑罰化が実施されているが、今回の改正法では、インターネットでのダウンロード規制等に関する規定は設けられなかった。

## 9. その他、著作者の権利保護

改正法は、書籍、出版関係、音楽関連の著作権を、著作者又は著作権者が売切（*jual putus*）

<sup>6</sup> <http://www.dgip.go.id/hak-cipta> (2015.5.25 アクセス)

<sup>7</sup> <https://e-hakcipta.dgip.go.id/peringatan> (2015.5.25 アクセス)

形式で他者に譲渡する契約について、契約成立から 25 年経過した時点で、当該著作権が著作者に戻される旨の規定を行い、著作者等の権利保護を図った<sup>8</sup>。また期限を定めずに譲渡契約に及んだ場合も、同様に 25 年経過した時点で、当該著作権が著作者に戻されることとなった（第 18 条）。

## 10. 信託担保の対象

改正法では、著作物が信託担保（jaminan fidusia）の対象となることができると明文化された（第 16 条第 3 項、第 4 項）。信託化は、著作権をライセンスなどのために活用できる制度であると考えられるが、今回の改正では条文にも公定註釈にも、その詳細な説明はなかった。また、信託化できる著作物の範囲に制限はあるのかについても同様に明らかではない。

著作権の信託担保に関しては、信託担保法（Undang-undang No.42 tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia）が適用されると考えられるが、信託化に際しての価値評価など、まだ多くの課題も残っている。信託担保法における知財会計の運用等については、今後の法整備を待たねばならない。

## 11. 保護対象の拡大

保護される著作物が拡大され、著作物にバティック芸術又はその他モチーフ芸術作品（第 40 条第 1 項 j）<sup>9</sup>、伝統的文化的表現の翻訳、翻案、編曲、変形又は修正（第 40 条第 1 項 o）、伝統的文化的表現のオリジナル作品の編集物（第 40 条第 1 項 q）、ビデオゲーム（第 40 条第 1 項 r）が含まれるようになった。

一方、保護されない著作物として、「技術上の問題解決の用に供するためだけに創作され、若しくは機能上の必要を目的とするだけの形態を有する器具、物又は製品」（第 41 条 c）、「経典又は宗教的シンボル」（第 41 条 e）が新たに加わった。

## 12. 罰則等

権利侵害に対する罰則について、新たに「著作権海賊行為」に関する罰則規定が登場し（第 113 条第 4 項、第 116 条第 4 項、第 117 条第 3 項、第 118 条第 2 項）、最大 10 年の懲

<sup>8</sup> 例えば、インドネシアの出版業界における原稿料に関する契約形態は、通常、印税方式と買取方式の 2 種類から選択されているが、この後者の形式が本条文の典型的なケースであると考えられる。

<sup>9</sup> バティックとは、ジャワにおける伝統的な蠟けつ染めのことであり、ジャワ更紗とも呼ばれる。旧法でも、バティックは著作権の保護対象であったが（旧法第 12 条 i）、旧法では、慣習的な様式化されたバティック（Batik yang dibuat secara konvensional）であったのに対して、改正法では、現代風バティックのモチーフが保護対象となっている点が異なる（第 40 条 j 公定註釈）。



役及び/又は最高 40 億ルピアの罰金が科されることとなった。

また、著作権侵害は、今回の改正で他の知的財産権同様、親告罪となり、捜査には権利者からの被害届が必要となった（第 120 条）<sup>10</sup>。

### 13. 産業意匠目的の図面の著作権

旧著作権法下では、産業意匠目的 (*tujuan desain industri*) で用いられる図面 (*gambar*) は著作権保護の対象から除外されていたが（旧法第 12 条第 1 項 f 公定註釈）、改正法では明文化されていない。従って、産業意匠目的で用いる図面に関して著作権保護を主張することが可能であると推定される。

### 14. 伝統的文化的表現 (*Ekspresi Budaya Tradisional: EBT*) 保護

インドネシアは、国内に多様な伝統文化を有しており、その法的保護にあたっては、従前より著作権法にその規定がなされてきた。旧法では、第3節「著作者不明の著作物」において第10条第1項から第4項に規定されていたが、改正法では、独立した章（第5章「保護される伝統的文化的表現及び著作物」）が設けられた。

ただし、旧法では「遺跡」「文化財」も著作権法による保護の対象となっていたが（旧法第 10 条第 1 項）、改正法では削除されている。用語に関しては、旧法では「フォークロア (*folklore*) 及び国民の文化資産 (*Hasil Kebudayaan Rakyat*)」と表現されていたが、これらに変え、現在 WIPO 等、国際フォーラムで用いられている「伝統的文化的表現 (*ekspresi budaya tradisional*)」に改められた<sup>11</sup>。

また、旧法では、「フォークロア (*folklore*) 及び国民の文化資産 (*Hasil Kebudayaan Rakyat*)」については、明確な定義がなく、具体例が挙げられているにすぎなかったが<sup>12</sup>、改正法においても同様であり、条文中及び同公定註釈にその明白な定義は存在せず、ただ「伝統的文化的表現」の具体例が挙げられているだけであった。従って、実際の運用面で問題が生じる可能性もある<sup>13</sup>。

<sup>10</sup> 商標法（第 95 条）、産業意匠法（第 54 条第 3 項）、特許法（第 133 条）、営業秘密法（第 17 条第 2 項）、集積回路配置設計法（第 42 条第 3 項）。

<sup>11</sup> 伝統的文化的表現は、旧法のフォークロア (*folklore*) と、ほぼ同義で用いられている。しかし、フォークロアとは過ぎ去ったもの、時代遅れのものをイメージさせるということで、近年では国際フォーラムにおいても、「フォークロアの表現 (*Expressions of Folklore*)」又は「伝統的文化的表現 (*Traditional cultural expressions*)」という用語が用いられており、それに従ったものであると考えられる。

<sup>12</sup> 旧法では具体例として、a. 民話、国民の詞、b. 国民の歌及び伝統的楽器による音楽、c. 国民の踊り及び伝統的遊戯、d. 絵画、図画、彫刻、モザイク、飾り、手工芸品、衣類、伝統的楽器及び伝統的織物などの芸術作品が挙げられていた。

<sup>13</sup> なお、改正法における伝統的文化的表現に関する具体例の分類は、WIPO 等、国際フォーラムで用いられているものに類似している。例えば、WIPO におけるフォークロアの表現の具体例は、大きく 4 つに分類されており、①言葉による表現 *verbal expressions* (民話、伝統的な詩やなどなど)、②音楽の表現 *musical expressions* (民話、楽曲等)、③行動による表現 *expressions by action* (伝統舞踊、演劇、祭式の芸術的形態等)、④有形の表現 *tangible expressions*

その他、第 38 条第 3 項では、「伝統的文化的表現を管理する社会 (masyarakat pengembannya)」の存在を前提としているが、果たして、それがどのような共同体または集団を指すのか、公定注釈でも明らかにされてはいない。これら伝統的文化的表現の保護に関しては、第 38 条第 4 項で「詳細は政令で定める」とされており、今後の迅速な法整備が待たれる。

#### IV. 評価と課題

ここ数年、インドネシアは順調な経済成長を遂げてきたが、一方で著作権法をはじめとする知的財産法制の更なる整備と、市場における海賊製品対策が急務とされてきた。というのも、国内においては DVD をはじめとする巨大な海賊版市場があり、このような状況では、外国企業のインドネシアへの投資にも影響があるためだ。その意味で、諸外国の投資環境改善の一環として、今回の法改正は大きな意義を有していると言えよう。

一方、海賊製品による国内経済への影響も、看過できないほど大きい。例えば、海賊版 DVD による損失が既に年間 6 兆ルピアに達し、経済成長の阻害要因であることも指摘されている<sup>14</sup>。と同時に、海賊製品の蔓延は、国内産業、ソフト産業の育成にもマイナスの影響を与えており、海賊製品を削減させることで、これら関連産業の振興を図り、国内経済の成長や税収の増加を期待するという意味でも、今回の改正は意義を有しているであろう<sup>15</sup>。

今般の改正では、概して、著作者、著作権者等の保護を重視した条文が整備されたと言えるが、今後の著作権保護、法整備をめぐっては、いくつか課題も見えてくる。各個別の課題については、既に前節で触れているので、最後に大きく同分野での課題について触れておきたい。

第 1 に、著作権侵害に対するエンフォースメント上の課題がある。たとえ法が整備されたとしても、法の実施の段階で効果的に実現されなければ意味がないに等しい。インドネシアの知的財産権に関して、法のエンフォースメントに問題があることは、諸外国から長年に亘って指摘されてきたところである。

数か月に 1 度の頻度で警察の摘発が行われても、効果は一時的なもので数日後にはまた海賊版が販売されている状況が、長年繰り返されてきた。摘発の効果を上げるためには、ただ単に、音楽、映画、ソフトウェアの違法コピー販売拠点の取締を行うだけではなく、

---

(描画、絵、彫刻、陶器、テラコッタ、モザイク、木工品、金属具、宝石、カゴ、刺繍、テキスタイル、カーペット、衣装、音楽器、建築物等)となっている。

<sup>14</sup> <http://bisnis.liputan6.com/read/2235263/negara-rugi-rp-6-triliun-gara-gara-mafia-dvd-bajakan> “Negara Rugi Rp 6 Triliun Gara-gara Mafia DVD Bajakan” (2015.5.31 アクセス)

<sup>15</sup> <http://www.republika.co.id/berita/trendtek/elektronika/13/06/19/mon6ti-pembajakan-software-semakin-mengkawatirkan> (2015.5.31 アクセス)

製造拠点の摘発、流通ルートへの遮断等の対策も重要である。そのためには警察や、検察、裁判所、税関といったエンフォースメントに関わる機関と、知的財産総局や関連省庁との連携を強化していく必要があるだろう<sup>16</sup>。

第2の課題として、国民の間に著作権保護の意識が未だ十分育っていないことが指摘できよう。海賊製品の氾濫は、これら国民の著作権保護に対する意識の欠如に起因するところも大きい。近年、好調なインドネシア経済のおかげで、中産階級が増加しつつあり、国全体が経済的に豊かになってきた感もあるが、改正法施行後も、音楽、映画、ゲームソフト、コンピュータソフトなどの海賊版が、依然として露店やショッピングモールなどで販売されている。これは言い換えれば、それだけの需要があるということであり、国内消費者にとってみれば、未だに正規品の品質、安全性が最優先事項にはなっていないということでもある。

従って、著作権の保護が結局は消費者の利益に繋がるのだということを根気強く啓発し続け、著作権に対する国民の意識を向上させることが重要である。そのためには、著作権普及啓発イベントなどを通じて、国民には摘発への協力を呼びかけ、販売業者には著作権法違反に関する罪の意識を高めるという地道な啓発活動を、インドネシア反海賊版協会（IAP）など関係団体とも協力して、政府が取り組み続けていくことが必要であろう。

第3の課題として、迅速な細則の整備が挙げられる。政令（Peraturan Pemerintah）、大統領令（Keputusan Presiden）、省令（Keputusan Menteri）など、施行規則（Peraturan Pelaksanaan）が制定されない場合、当該条文の規定は実際上機能しない。「省庁間の調整がうまく進まない」、「立法段階での調整・審議が不足している」等の理由で、インドネシアでは細則が発布されず、法が機能不全となり、実際の運用をめぐって混乱をきたすケースが多い。本改正法においても、多くの規定について詳細は施行規則で定めるとされている（第44条第4項、第53条第2項、第56条第2項、第73条、第75条、第77条、第79条、第86条第6項、第93条）。改正法の施行規則は2年以内に決定されることになっているが（第125条）、とりわけ第5章「伝統的文化的表現」に関する細則については、利害関係も錯綜しており、その制定には相当な困難が予想される。本改正法が実効性を伴い、導入されたすべての仕組みが適切に機能するか否かは、この施行規則の完成にかかっているといても過言ではない。

いずれにせよ、本改正法が上で挙げた課題を克服し、インドネシアにおける知的財産権保護の環境改善に向けての効果的な措置となり、現在改正作業が進んでいる特許法や商標法など他の法律にも、この流れが引き継がれることを期待したい。なお、本稿は、改正法の規定の概要を簡潔に紹介するにとどめたが、今回の改正に至った経緯、改正の背景にある政策等に関しては、稿を改めて執筆する予定である。

---

<sup>16</sup> 当局と業者間に癒着関係があることもしばしば指摘される場所である。エンフォースメントに関わる人材の育成、彼らへの教育活動も肝要である。

## 1. 目的

本誌は、アジア諸国の法律・政治、法整備支援、および社会科学領域における日本語教育に関する学術研究に寄与することを目的とし、これらの分野における研究発表および情報提供の機会を提供する。

## 2. 投稿資格

以下に掲げる者は、本誌に投稿することができる。

- ①法学研究科および法政国際教育協力研究センターの専任教員、特任教員、研究員
- ②CALE 外国人研究員、CALE 院生・ポストドク研究協力員
- ③法学研究科の大学院生（指導教員による掲載の承認を要する。）
- ④その他編集委員会が認めた者

## 3. 掲載の種類

本誌には、第1項の分野に関する「論説」、「研究ノート」、「判例評釈」、「書評」、「資料」および「紹介」等の研究成果を掲載する。

その他、名古屋大学「法整備支援の研究」全体会議等の記録を掲載する。

## 4. 使用言語

本文の使用言語は、日本語または英語とする。

## 5. 字数

- (1) 和文原稿の場合、「論説」は2万字程度、「研究ノート」等その他の場合は1万字程度とする。英文原稿の場合、「論説」は8千語程度、「研究ノート」等その他の場合は4千語程度とする。（図表、注、参考文献を含む。）
- (2) 「研究ノート」等その他の場合であっても、貴重な資料を紹介する等の理由により、内容の性質上必要であると編集委員会が認める場合は、和文原稿は2万字程度まで、英文原稿は8千語程度まで掲載できるものとする。
- (3) 研究報告等の記録については、字数制限を設けない。

## 6. 英文要旨

「論説」および「研究ノート」には、本文の使用言語に関わらず、300語程度の英文要旨を添付する。

## 7. 執筆要領

原稿の執筆に関わる事項については、執筆要領を別途定める。

## 8. 投稿

- (1) 投稿希望者は、発行3ヶ月前までに、編集委員会にメールで原稿を送付する。  
（送付先：cale-publication@law.nagoya-u.ac.jp）
- (2) 投稿の2週間前までに、原稿のタイトル、掲載の種類（論説・研究ノート等）および字数について、編集委員会に連絡をしなければならない。
- (3) 投稿原稿は、完成原稿であること、未発表であることを要する。

## 9. 審査

- (1) 原稿は、編集委員会における一定の審査をおこなったうえで掲載する。
- (2) 投稿原稿については、内容・テーマ等を考慮し、編集委員会が1名または2名の査読者を選任することができる。
- (3) 編集委員会は、査読者の意見をふまえて、掲載の可否を決定する。掲載の可否は、メールで投稿者に通知する。

## 10. 校正

初校のみを著者校正とし、その時点での大幅な加筆・修正は原則として認められない。

## 11. 発行

- (1) 本誌は、原則として年2回発行する。創刊号は2016年6月1日発行とする。
- (2) 本誌は、PDF版を法政国際教育協力研究センター（CALE）ホームページに掲載する。

以上

## Nagoya University Asian Law Bulletin 執筆要領

2015年7月1日  
編集委員会

1. 本文の使用言語は、日本語または英語とする。それ以外の言語、特殊な文字・記号を使用する場合は、編集委員会に相談のこと。
2. 本誌は原則として、掲載時にはすべて横組みとする。
3. 文字数は、「論説」の場合は、和文 20,000 字程度、英文 8,000 語程度とする。その他の場合（「研究ノート」、「書評」等）は、和文 10,000 字程度、英文 4,000 語程度とする。いずれの場合も図表、脚注、文献表示を含む。半角英数字は 0.5 字と換算する。
4. 第 1 ページには、表題、氏名、所属を記載する。本文は第 2 ページから始める。
5. 見出し番号は、以下に統一する。  
章 I、II、III、……  
節 1、2、3、……  
項 (1)、(2)、(3)、……  
目 (a)、(b)、(c)、……
6. 原稿は、原則として、Microsoft Word で作成する。それ以外のソフトを使用する場合は、事前に編集委員会に問い合わせること。
7. フォーマットは、以下の通りとする。
  - (1) 用紙サイズ：A4
  - (2) 余白：上 35mm、下 30mm、左 30mm、右 30mm
  - (3) 1 ページの文字数：横 40 字、縦 35 行（日本語）、縦 32 行（英語）
  - (4) 文字の大きさ：10.5 ポイント（日本語）、12 ポイント（英語）
  - (5) 文字の種類：MS 明朝（日本語）、Times New Roman（英数字）
8. 注は、以下の通りとする。
  - (1) 脚注はページの末尾に挿入する。（文末脚注ではない。）
  - (2) 文字の大きさ：8 ポイント（日本語）、9 ポイント（英語）とする。
  - (3) 文字の種類：本文と同様
9. 参考文献の表記方法については、著者の使い慣れたスタイルが良い。ただし、編集の過程で、編集委員会が調整を行う場合がある。
10. 図および表を挿入するときは、別紙に記載して提出する。図および表の見出しには通し番号を付し、挿入場所を指定する。
11. 「論説」および「研究ノート」の場合は、別紙にて 300 語程度の英文要旨（Abstract）を提出する。

以上

# Nagoya University Asian Law Bulletin – Rules for Paper Submissions

July 1, 2015  
Revision, June 1, 2016  
Editorial Board

## 1. Objectives of the Bulletin

The Bulletin aims to contribute to the development of academic research on topics related to law and politics of countries in Asia, legal and rule of law development assistance, and Japanese language for social sciences, creating opportunities for publishing research and sharing information in the relevant fields.

## 2. Eligible Submitters

Eligible submitters are confined to the following:

- Faculty members and researchers of the Nagoya University Graduate School of Law and Center for Asian Legal Exchange
- CALE visiting scholars, CALE post-doctoral researchers, and CALE graduate affiliates
- Graduate students affiliated to the Graduate School of Law (publication approval by the academic advisor is required)
- Others as qualified by the editorial board

## 3. Categories of Articles

The Bulletin publishes research findings related to the fields listed in section 1 above, in the forms of research articles, research notes, case analyses, book reviews, documentation and book introductions.

In addition, proceedings of annual conference on “Legal Assistance Studies” will also be published in designated columns.

## 4. Language

Articles may be published either in Japanese or English.

## 5. Length

- (1) For submission in Japanese, a research article shall be of about 20,000 characters. A research note or other types of articles shall be of about 10,000 characters. For submission in English, a research article shall be of about 8,000 words. A research note or other types of articles shall be of about 4,000 words. (These lengths are inclusive of graphics, footnotes and bibliography)
- (2) For reasons deemed by the editorial board to be substantively relevant to the revelation of valuable data or documents, a research note etc. may be published up to the length of 20,000 characters in Japanese or 8,000 words in English.
- (3) There is no length limits for records or proceedings related to a research report.

## 6. Abstract in English

Notwithstanding the language of the submission, a research article or a research note must be accompanied by a 300 words abstract in English.

## 7. Instructions to Authors

Instructions to authors regarding the preparation of the manuscript are detailed in a separate notice.

## 8. Submission Process

- (1) Authors are requested to submit the full paper to the editorial board (email address [cale-publication@law.nagoya-u.ac.jp](mailto:cale-publication@law.nagoya-u.ac.jp)) three months before the publication date;
- (2) Authors must notify the editorial board of the title and category of article (i.e., research article or research note, etc.) and the approximate number of characters/words two weeks before submission of the full paper;
- (3) The full paper is required to be complete and not-yet published elsewhere.

## 9. Peer-Review Process

- (1) The full paper will be published only after having gone through deliberations by the editorial board.
- (2) The editorial board may decide to appoint either one or two referees to review the submitted paper, taking into consideration its contents and theme(s) etc.
- (3) The editorial board will decide on acceptance or rejection of the submission based on any comments made by the referee(s). The final decision will be notified to the author by email.

## 10. Revisions

The author is allowed to revise only the first draft of the full paper. However, as a matter of principle, any major revisions or additions even to the first draft are not acceptable.

## 11. Publication

- (1) The Bulletin is published twice every year (end of September and end of March). The first volume will be published on September 30, 2015.
- (2) The Bulletin is published in PDF form on the website of the Center for Asian Legal Exchange.

## Nagoya University Asian Law Bulletin – Instructions to Authors

July 1, 2015  
Editorial Board

1. The articles must be written either in Japanese or English. In case other languages, characters or phonetic symbols need to be used, the author is advised to consult with the editorial board in advance.
2. In principle, the scripts to be published are written in horizontal alignment.
3. A research article must be of about 20,000 characters in Japanese or about 8,000 words in English, whereas other types of articles (such as a research note or book review, etc.) shall be of about 10,000 characters in Japanese or about 4,000 words in English. These lengths are inclusive of graphics, footnotes and bibliography. Numbers written in half-width alphanumeric form will be counted as 0.5 character or word.
4. The title of the paper, the full name and affiliation of the author should be written on the first page of the submission. The text should start from the second page.
5. Heading and subheadings are expected to adopt the following orders:  
  
Chapter – I, II, III, ...  
Section – 1, 2, 3, ...  
Paragraph – (1), (2), (3), ...  
Clause – (a), (b), (c), ...
6. The paper should be in principle written in Microsoft Word. In case of different software being used, the author must consult with the editorial board in advance.
7. The page layout of the article must conform with the following details:
  - (1) Paper size: A4
  - (2) Margins: 35mm (top) and 30mm (bottom, left and right)
  - (3) Number of characters and lines: (For Japanese) horizontally 40 characters on each line and vertically 35 lines; (For English) 32 lines.
  - (4) Word size: 10.5 pt (Japanese); 12 pt (English).
  - (5) Word font: MS Mincho (Japanese); Times New Roman (English).
8. Notes should be set as follows:
  - (1) Footnotes at the end of the relevant pages, not endnotes.
  - (2) Word size: 8 pt (Japanese); 9 pt (English).
  - (3) Word font: Consistent with the main text.
9. Authors should feel free to prepare the bibliography following the style which they are familiar with. However, the editorial board reserves the right to do adjustments as may be necessary in editing.
10. Graphics, pictures or tables should be submitted in a separate file. Captions for these graphics, pictures or tables should be properly numbered with specific indication of the place to which they are expected to belong in the final published version.
11. Authors are required to submit a 300-word abstract in English, in case the submission is a research article or a research note.

～ 編集後記 ～

近代以降つねに世界史の矛盾を背負わされてきたアジアは、いまや激動のアジアから躍動するアジア、さらに躍進するアジアへと変貌し、2015年12月31日には「ASEAN 経済共同体」が設立されました。このような世界史の現段階において、ALB (Asian Law Bulletin)の創刊を迎えることができましたのは、これまでの20有余年にわたる名古屋大学アジア法整備プロジェクトを支えていただきました国内外の諸機関の皆さまのご支援の賜物であり、ここに改めて感謝の意を表する次第であります。

法整備プロジェクトの拠点たる法政国際教育協力研究センター(CALE)は、アジアにおける法学教育・研究両面での有為なる人材の養成、学問的な発展に力を注いできました。名古屋大学法整備事業の先達である鮎京正訓名誉教授は、本創刊号の巻頭において、「アジアは本来的に、法学研究にとって宝石のような輝きを持った地域」と述べておられます。欧米社会がリードしてきた時代は、今日アジアを要とするグローバルな時代へと展開しています。私たちはALBがこうした時代の要請に的確に応え、アジアが秘める法学研究の豊かな鉱石、鉱脈を掘り起こし、世界において光を放つ「電子ジャーナル」とすべく努力を続けていきたいと考えています。

現在 CALE 棟の東側には、日本庭園・茶室を備えた「アジア法交流館」が完成し、3月には内外から多くの来賓の皆様の御出席を賜り、落成記念式典が挙行されました。ALB は、この新棟に象徴されるアジア法における「知的フロンティア」の拡大、豊かなるアジアの「知の共同体」発展の一翼を担うべく、今後とも読者諸氏の皆さまのさらなるご支援、ご協力をお願い申しあげる次第であります。

ALB 編集委員長

定形 衛(名古屋大学大学院法学研究科教授)



Nagoya University Asian Law Bulletin 創刊号

編集委員会 定形 衛（委員長）／小畑 郁／國分 典子／コン・テイリ

編集補助 曾根 加奈子

表紙デザイン 傘谷 祐之

発行 名古屋大学法政国際教育協力研究センター（CALE）

〒464-8601 名古屋市千種区不老町

電話：+81(0)52-789-2325 Fax：+81(0)52-789-4902

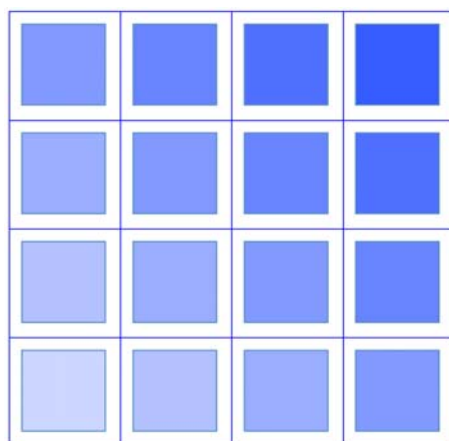
Email：cale-publication@law.nagoya-u.ac.jp

URL：http://cale.law.nagoya-u.ac.jp

発行日 2016年6月1日

ISSN 2188-1952

# Nagoya University Asian Law Bulletin



Center for Asian Legal Exchange

