

日本の法整備支援 いま求められているもの： 良い統治および法の支配と 法整備支援戦略

松尾 弘(慶應義塾大学)
matsuo@ls.keio.ac.jp

1. はじめに

法整備支援をめぐる2つの理念とその関係

(1) 良い統治(good governance)

良い政府(good government)との関係は？

(2) 法の支配(the rule of law)

人権(human rights), 民主主義(democracy)
との関係は？

2. 法整備支援の歴史的文脈

(1) 第2次大戦後、旧植民地の独立後の国際開発援助政策の文脈

1960年代。輸入代替工業化, トリクル-ダウン理論

1970年代。Basic Human Needsの充足

1970年代後半から1980年代。構造調整政策

1990年代。非効率なインフォーマル制度への着目, 制度改革能力を備えた良い政府(good government), 市場・企業, 市民社会の均衡ある発展による良い統治(good governance)

脱植民地化における擬似国家(quasi-state)の問題等, 未解決の問題

(2) 法の継受(the reception of law)の文脈

法継受の原因

政治的目的(political purposes)

経済発展の要件(requirements of economic development)の充足

法理学的観点(the jurisprudential point of view)から見た継受法の学問的価値(the scientific value)

(3) 国家法の共通化の文脈
万民法(ius gentium)の形成と国家法(ius civile)への影響

3. 制度間競争と法整備支援戦争

助言戦争(war of advice)

制度間競争(institutional competition)

「助言戦争がロシアを襲撃：外国人アドバイザーは注意を引くために闘わなくてはならない」(*The Financial Times*, 21 Dec 1992)

ロシア民営化プログラム

旧ソ連「500日計画」(1990年10月), 守旧派クーデタ(1991年8月19日)失敗・旧ソ連邦解体(12月25日), 「ショック療法」(1992年1月)

ロシア側	外国政府, 財団, 企業等
大統領(エリツィン) 前首相代行(ガイダル)	WB USAID, ハーバード大学
新首相(チェルノムイルジン) 前大統領経済顧問	フォード財団 Credit Suisse First Boston
副首相(国家民営化委員会)	Goldman Sachs
副首相(国際協力開発庁) 経済改革委員会	LSE, BKHファンド

「2つのビジネス様式が東欧で優劣を競う
アメリカ人とドイツ人が彼らの法を刻印したがる
動機」(*Wall Street Journal*, 3 Apr 1995)

「ヨーロッパ大陸のナポレオン民法典の伝統が
アングロ・サクソンのコモン・ローと闘わされて
いる」グルジア等の民・商法典の立法をめぐる
攻防。敵対的企業買収に対する規制, 取締役
の権限強化等。CF, CGをめぐる制度間競争
「法律を書いた者が仕事を取る」(he who writes
the laws gets the business)説

ラ・ポルタらの報告「政府の質」

英米法系 …… 私人の財産権保障を重視
 スカンディナビア法系
 大陸法系(ドイツ型)
 大陸法系(フランス型)
 社会主義法系 …… 政府の介入裁量権行使の根拠
 「貧困で、赤道に近く、民族言語学的に異質の要素が混合し、フランス法もしくは社会主義法を用い、またはカトリックもしくはイスラム教徒の人口比率が高い諸国は、政府のパフォーマンスが劣る傾向を示している」(Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny, "The Quality of Government," *JLEO*, v. 15, 1999)

4. 共通理念としての良い統治と法の支配の主流化

(1) 良い統治(good governance)

世銀等の国際金融機関を中心に展開

政府(公共部門)について、管理能力と効率性、説明責任、発展のための法的枠組と予見可能性、透明性と情報(WB, *Governance and Development*, 1992; WB, *Governance*, 1994)

「良い統治」の概念は民間部門、市民社会へも拡大

- () 良い政府(good government)
- () 効率的な市場・企業、
- () 成熟した市民社会

(2) 良い政府の内在的ジレンマと法の支配

() 良い政府(*good government*)

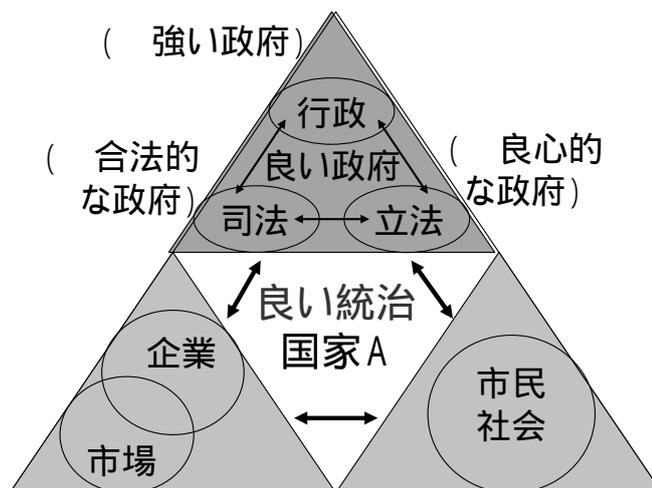
強い(*strong*)政府

合法的な(*legal*)政府

良心的な(*benign*)政府

良い政府の内在的ジレンマ

- 1) 社会秩序の維持と集会・結社, 表現の自由の保障
- 2) 政府の裁量権行使の柔軟性と権利保障の确实性
- 3) 市場化と民主化



良い統治と良い政府の関係

「第三者として行為し、合意を執行するために強制を用いる政治体による合意の監督と執行には、莫大な規模の経済が存在する。しかしながら、そこにはまた、経済発展の根本的なジレンマも存在する。われわれは国家なしで済ますことができないとしても、国家をうまく扱うこともできない。どのようにして国家を公平な第三者のように振る舞わせるのであろうか。・・・もし国家が強制力をもてば、そのとき国家を運営する人々はその力を社会の残りの人々の犠牲の上に彼ら自身の利益のために用いるであろう」(Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, pp. 58-59/ 竹下公視訳『制度・制度変化・経済成果』(晃洋書房, 1994) 78頁, 80頁。下線は引用者)

() 良い政府のジレンマの改善と法の支配への着目

法の支配の定義

(a) 形式的定義(formal definition)。法に関する客観的指標(形式的に独立した、公平な司法部の存在、公開された法律の存在、特定の個人・階級のみ適用される法律の不存在、遡及的法律の不存在、政府の行為に対する司法審査に関する規定の存在等) への適合性(conformity)

(b) 実質的(拡張的)定義(substantive definition)。形式的指標への適合性のみならず、正義(justice)、公正(fairness)、自由(freedom)、平等(equality)、民主的意思決定を介した実質的平等の実現等の社会的善への寄与 = 「良い法の支配」(the rule of good law)

(c)機能的定義(functional definition)。政府の恣意的な裁量権行使のコントロール, 法的決定の予見可能性等の機能を実際によく果たすこと

(a')「ルール・ブックとしての捉え方」(the rule-book conception)と(b')「権利と関連づけた捉え方」(the rights conception)

(a'')薄い理論(thin theory)と(b'')厚い理論(thick theory)

(d)法の支配の重層的・段階的・動態的定義

法の支配とは,

既存のルールとその遵守する態度の生成,
既存の承認されたルールに基づく形式化
(formalization)による法的ルールの形成,
法的ルールの裁判・執行メカニズムの形成,
法的ルールの内容の「良さ」とそれを検証するシステム
の形成

からなるが, その構築の順序とペースには多様な形態
がありうる

「諸国家は、投資家の〔所有権の〕保護と、政策形成の柔軟性...〔とりわけ〕民間投資に対する収益に影響を与える課税および規制活動を遂行するための政府の裁量権...の必要性とのバランスをとる必要がある。...法の支配は一連の厳格で不変のルールを意味するものではない」

Susan Rose-Ackerman, "Establishing the Rule of Law," in Robert I. Rotberg (ed.), *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004, p. 191 (下線は引用者).

() 法の支配の柔軟性と良い統治

開発政策形成の柔軟性(flexibility)と恣意性(arbitrariness)

例えば、金融危機、その他の経済危機、対内的・対外的要因による社会秩序の動揺、急速な変化の時など

(3) マルチレベルの法の支配と 法の支配の多次元化

() 国連総会の動向

ミレニアム宣言(2000)9節・13節:国内・国際両レベルにおける良い統治と法の支配の推進

ミレニアム開発目標(2000)目標8「開発のためのグローバルな連携の推進」・標的12

国際的な法の支配の推進に関する一連の事務総長報告

2005年世界サミット成果文書(134節):国内・国際両レベルにおける法の支配の推進,専門事務局の設置,国際司法裁判所の管轄拡大・機能強化

2006年国連総会決議:「国内・国際両レベルにおける法の支配」の推進(A/RES/61/39)

第6委員会(法律)における法の支配審議の開始(2007~)

法の支配資源・調整グループ(Rule of Law Coordination and Resource Group)設置(2007)

国連副事務総長・事務局内に法の支配支援ユニット(Rule of Law Assistance Unit)設置(2007)

法の支配セミナー開催(2008)等

第6委員会(法律)における審議

法の支配についての諸見解

「個人から国家に至るまで、すべての者が、公衆に対して公布され、平等に執行され、独立した機関によって裁判される法に対して説明責任を負っているという原理」の遍在化(Asha-Rose Migiro)

- (a)国際的な刑事司法を重視する見解
 - (b)平和構築・維持活動を重視する見解
 - (c)国内立法の技術支援、能力養成を重視する見解
 - (d)人権状況の進展を重視する見解
- 「国内秩序と国際秩序の批判的インターフェース」としての国連活動に対し、各国のオーナーシップの強調

法の支配調整・資源グループ

より「首尾一貫し、かつ効率的」な法の支配支援活動のための「調整の強化」

- 1) 「法の支配支援への国連のアプローチに関する覚書」(Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Rule of Law Assistance, 14 April 2008)
- 2) 「2009年～2011年期のための共同戦略計画」策定中

国連傘下の機関による法の支配支援に関する 目録(2008年3月12日)

64機関が国内・国際レベルの法の支配の促進支援

. 序論

. 国連システム内の様々な機関・団体・事務所・部
局・基金・プログラムによる国内・国際レベルにおけ
る法の支配の増進に向けられた現在の諸活動に関
する目録

-
- A . 国際レベルにおける法の支配の増進に関する諸活動
- 1 . 国際法の教授 , 普及および増進に関する諸活動
 - 2 . 国際法の国内実行の支援に関する諸活動
 - 3 . 国際レベルにおける紛争解決(dispute resolution)
に関する諸活動
 - 4 . 紛争解決(conflict resolution)および移行期におけ
る正義に関する諸活動
- B . 国家レベルにおける法の支配の増進に関する諸活動
- 1 . 行政機関(制度)および公法ならびに統治問題の増
進に関する諸活動
 - 2 . 司法行政および法執行に関する諸活動

() 国際NGO等の動向

IBA, ABA, WJP, HiIL等による法の支配の主流化, 法の支配の意義や構築方法に関する研究, 法の支配指標(the rule of law index)の開発, 法の支配プロジェクトの立上げ, 研修, 市民の法へのアクセスの充実に向けた諸活動の重視

() 法の支配のマルチレベル化から多次元化へ
法の支配のマルチレベル化

国家レベルの法の支配

- 1) 政府レベル(強い政府の確立と政府権力のコントロールの同時要請)
- 2) 市場・企業レベル(市場ルールの整備・運用, 合法的な企業活動)
- 3) 市民レベル(市民への法普及, 市民による法遵守, 人間の安全保障)

国際レベルの法の支配

- 1) 国際的な通商, 投資, 環境, 犯罪捜査, 平和構築, 安全保障に関する交渉とルール形成
- 2) 国際機関における法の支配

法の支配の多次元化

国家レベルの法形成(前頁 1)~3))への国際社会の関心の増大・関与形態の多様化

立法による法規定の共有

法解釈方法・判例法形成・慣習法との調和技術の共有

ウェブ・ベースの法情報の交換・共有

市民への法普及活動の拡大

…グローバル化(地球共同体化)に伴う国家法の一部要素の共通化

法の支配の多次元化はどこに向かっているか？

(4) 地球的統治と法の支配ユビキタス社会の展望

国内法秩序に対して国際社会が関与する頻度・程度・範囲が拡大

国内秩序と国際秩序の連動による新たな法形成

その最前線としての法整備支援の場？

国内法の共通化を通じて形成されるグローバルな共同体の法形成…その性質, 名称は？

「国家間の関係のみに関心をもっていた伝統的国際法は、世界共同体(the world community)および世界経済の新しい要求に対処するためには不十分であることが判明した。世界共同体の法構造は、伝統的でより単純な国家間の関係とは異なる活動を行う国際機関の創設、および国際法の主体としての個人とその人権の登場という2つの発展により、一層複雑で多次的(multidimensional)になった。ますます複雑な関係へと絡み合う様々な法的側面を表現するために、『超国家法』(transnational law) (Judge P. Jessup), 『世界法』(world law) (G. Clark and Professor L. Sohn), 『普遍法』(universal law) (Dr. W. Jenks)および『地球法』(global law)といった概念が提示されてきたことは、自然で合理的なことである。

「私は『世界法』(world law, droit mondial, Weltrecht)の用語を好んできた。…世界法は、共通の国家法(common national laws), 国際私法および国際公法から構成される。しかし、世界法はこれら三者の単純な寄せ集めではない。世界法は、世界共同体の進歩に応じ、これら3つの構成要素となる法領域を法的公分母(the juridical common denominator) それは自然法(natural law)にほかならない に基づいて統合させながら、段階的に発展させられなければならない。」(Kotaro Tanaka, “Some Observations on Peace, Law, and Human Rights,” in: Wolfgang Friedmann et al. (ed.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Phillip C. Jessup*, Columbia University Press, 1972, pp. 243-244)

世界法(world law)の概念

共通の国家法を中核に、国際私法、国際公法を「法的公分母 = 自然法」に基づいて統合させながら、世界共同体の進歩に応じ、段階的に発展させられるもの

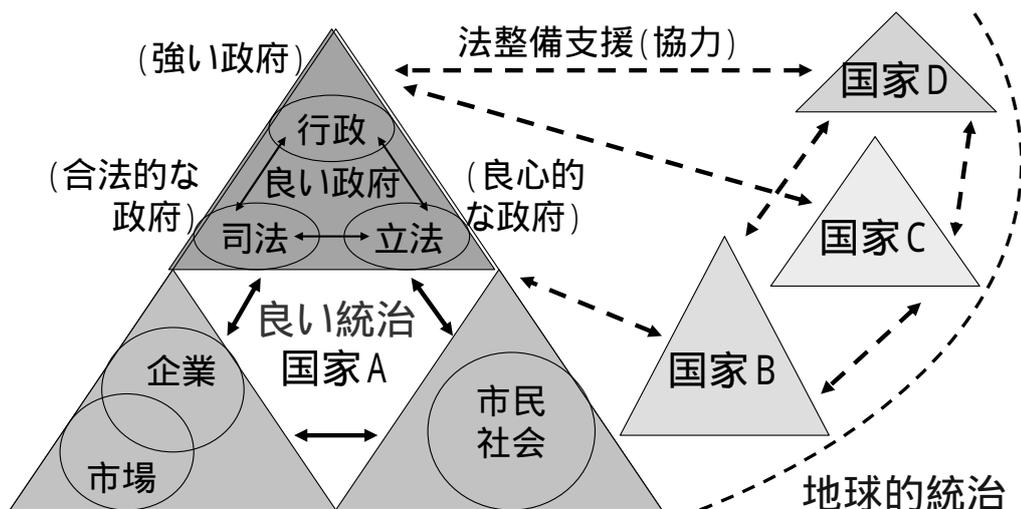
世界法 = 世界平和(world peace)の形成手段・・・「宗教と道徳に頼ることは理想主義に過ぎ、政治と経済に依存することは現実主義に過ぎる」。それらに代えて、「法の支配の重要性(the relevance of the rule of law)を強調するもの(Tanaka, op. cit. p. 242)

地球的統治の法構造

「世界共同体」・「世界経済」・・・「グローバル共同体」(global community)・「経済のグローバル化」と置換可能か？

「世界共同体の法構造」・・・「地球的統治」(global governance)の法構造といえるか

地球的統治の法構造: 各国の国内法整備・法の支配の増進により、良い統治を構築しようとする諸国家間の協力関係を通じ、世界政府なしに形成・維持されうる国際秩序



「良い政府」から「良い統治」, 「地球的統治」へ
 「世界共同体の法構造」と地球的統治の法構造

万民法(jus gentium, law of nations)から「国際法」(international law)への展開

万民法(jus gentium)に対するベンサム(Jeremy Bentham)の国際法(inter-national law)の含意:
 自然法(自然的理性から引き出され、すべての文明化された諸国民に共通のルール)の体系)は法でない、国境を越える商取引法および海事法のルールとしては国家法が適用される、主権者間の相互取引に基づく合意のみが「国際法」、
 国際法から「世界法」(world law), 「超国家法」(transnational law), 「普遍法」(universal law), 「地球法」(global law), 「万国民衆の法」(law of peoples) への展開?

「世界組織の法」, 「人権法」等、主権者間の相互取引を越える法の増大、法律関係の「多次元」化、...

「世界法」(world law)の再提示

「われわれは『国際』経済の中で生きているだけでなく、相互依存的な国内経済の『世界』にも生きている。…国際的合意の採用とともに、異なる諸国の国家的立法における並行的発展が…世界法に実質的に寄与してきた」。世界貿易の法(商品取引、外国為替、金融取引、直接外国投資)、非営利世界組織の法(医療・健康・人権・科学・工学・旅行・市民的権利・政治的権利・慈善・福祉・環境保護・世界平和・スポーツ・レジャー等に関する)等々。「それらは『超国家法』とも呼ぶうるかも知れないが、その名称はその普遍性(universality)を示唆していない…。世界法は部分的には世界経済の法でもあるが、世界経済は『超国家的』経済のみならず、…一定の国内活動からも構成される」(Harold J. Berman, "World Law," *Fordam International Law Journal*, vol. 18, 1994/5, pp. 1617-1622)

「法の支配ユビキタス世界」(the rule of law ubiquitous world)の理念

法の支配の構築を手がかりとする国内の法整備を通じ、誰でも、何時でも、どこでも自己の権利の保護・実現のために法的保護を受けられる状態へ向けての漸進的制度改革

…法整備支援の目標として共有可能な理念か？

法の支配と法化(legalization, juridification)との関係。
手続、プロセスの重視

「ユビキタス」の含意。漸次的遍在化

「社会」でなく「世界」の意味。相互依存の深化

5. 法整備支援戦略の策定へ向けて むすびに代えて

(1) 法整備支援戦略の必要性

法整備支援競争の継続

法整備支援競争は自国法の導入を争うゼロ
サム・ゲームではない

関係者間の共通利益の模索

(2) 法整備支援戦略における2つの要素

() 理想主義(idealism)の徹底

究極目標の究明

各国の国内法の部分的共通化による「法の支配ユビキタス世界」の浸透を通じ、1つでも多くの国家において良い統治を推進し、それら諸国家間の協力関係からなる地球的統治への接近

() 現実主義(realism)の徹底

確実な実現手順の具体化

「法」整備における「手順」の決定的重要性：
ルールづくりのためのルール(メタ・ルール, 第
二次的ルール)づくり

…現在の法整備支援においては不十分？

メタ・ルール群の主要例

継受法と固有法(慣習法, 法文化等のイン
フォーマル・ルールとの融合モデル(ルール)

コモン・ロー的制度とシビル・ロー的制度との
融合モデル(ルール)

…法理学的観点(the jurisprudential point of
view)からみて学問的価値(the scientific
value)の高い法モデルの探求

法整備における法分野の順序づけに関するモ
デル(ルール)

「法改革はどこから始めるべきであろうか。これは抽象的な形では答えるのが難しい問題であるが、若干の考察は可能である。〔1〕国家は刑事的および民事的侵害(criminal and civil offences)を定義し、人格と財産に対する権利(rights to personhood and property)を確立する明確かつ透明なルールを必要としている。〔2〕それは国家の公務員に対して申立をするための簡明で効果的な手段を必要とする。〔3〕また、国家はそうしたルールを執行するための信頼できる制度を必要とする。いったんこれらの基本的建設単位がしかるべき所に据え付けられたならば、

〔4〕さらに国家は私人間の経済活動を監視し、公益の観点から社会を規制するためのより洗練された諸法を確立することができる。〔5〕また、それは内戦や新国家の創設に先立つ騒乱の時期に犯された犯罪をどのように処理すべきかを熟慮することができる」(下線、強調は引用者)Rose-Ackerman, op. cit., p. 209.

「法の支配プロジェクト自体の法の支配」(the rule-based rule of law project)の必要性

「法の支配構築ルール」(the rule of law construction rules)の国際標準化, 法的ルール化の必要性と可能性

日本の法整備支援——いま求められているもの：

良い統治および法の支配と法整備支援戦略

松尾 弘*

1.. はじめに

1980年代後半から体制移行国および発展途上国に対する法整備支援が活発化して以来、多くの法整備支援主体がその目標として、主に2つの理念を掲げてきた。すなわち、1990年代後半以降は良い統治(good governance)の理念が掲げられ、これと並んでとくに2000年以降は法の支配(the rule of law)が強調されている。しかし、良い統治と法の支配が相互にどのように関係しているかについては曖昧な部分が残されている。さらに、良い統治と密接に関わる良い政府(good government)や、法の支配と密接に関わる人権や民主主義との関係も含めて、法整備支援の目標を明確にするという点では分析が十分とはいえない。そうした目標の不明確さは、法整備支援戦略の策定を著しく困難にしている。

以下では、法整備支援の展開と現状を踏まえ、現在の国際情勢の中で様々な法整備支援主体の相違を越えて共有しうる目標、目指すべき理念が見出されるかどうかを確認する。そして、法整備支援が今後どこに向かおうとしているのか、また向かうべきなのか、その方向性を展望しながら、法整備支援戦略のあり方について、若干の提言を試みる。

2.. 法整備支援の歴史的文脈

法整備支援の目標を明確にするには、現在の法整備支援に至るまでの歴史的な文脈と現在の位置を確認することが不可欠である。1980年代後半以降に活発化した現在の法整備支援は、直接的・実践的には社会主義体制の改革に伴う市場化と民主化、東西冷戦構造の崩壊に伴う国内秩序の不安定化や内戦によって崩壊した国家への支援の必要性に求められている。しかし、その歴史的意義はもっと複雑で根深いものである可能性もある。

第1に、少なくとも現在の法整備支援は、第2次大戦後の復興、旧植民地の独立以降の国際開発援助政策の延長上にある。すなわち、ブレトン・ウッズ体制の下、1960年代における公的資金を用いた国内産業の保護・育成による途上国経済の輸入代替工業化、その果実のトリクル・ダウンを期待した経済発展段階論、それが効果的経済成長をもたらさなかったことに対し、1970年代における絶対的貧困の解決に向けたベーシック・ヒューマン・ニーズ(栄養・保健衛生・医療・教育など、基礎生活分野における人間としての最低

* 慶應義塾大学大学院法務研究科教授。matsuo@ls.keio.ac.jp

限の要求充足)等を通じた再配分への着目, それでも深刻化する累積債務問題に対し, 国際的な再配分の制度枠組の強化が主張される一方で, 1970年代後半から1980年代にかけて国内の市場制度を活性化させ, 政府の失敗からの脱却を図るべく採用された構造調整政策, そして, その機能不全に対する反省として, 1990年代からは, 経済発展の阻害要因としての非効率な制度, とりわけインフォーマルな制度, それを含めた国家の制度を現実的に改革する必要性が重視されるに至った。そのために, 制度改革プロセス全体を強力かつ効率的にコントロールできる能力を備えた良い政府(good government)の確立, その下で市場・企業, 市民社会の均衡ある発展を目指した良い統治(good governance)の重要性が強調され, そのために法整備支援が必要であると認識されている。こうした一連の試みの延長上にある現在の法整備支援は, 過去の成功と失敗の双方からその教訓を十分に活かす必要があると同時に, 脱植民地化の中で成立した擬似国家(quasi-state)の問題を含め, 未解決の問題を負い続けていることから目を逸らすことができない。

第2に, 視点を変えて, 法整備支援の淵源は, それが異文化間における法の継受(the reception of law)の1コマであるともみれば, その歴史はさらに遡って考える必要がある。それはヨーロッパ近代法のアジア, アフリカ, アメリカ等への自発的または非自発的継受到に必然的に伴った現象であり, さらに遡ればヨーロッパ諸国へのローマ法の継受にもすでに見出される現象である。これは, 法の継受という現象が何を意味するかという問題に通じる。すでにヴィノグラドフは, 中世ヨーロッパにおけるローマ法継受の原因として, 野心的君主等による政治的目的(political purposes), 商取引に法的枠組を提供することによる経済発展の要件(requirements of economic development)の充足と並び, 法理学的観点(the jurisprudential point of view)からみたローマ法の「学問的価値」(the scientific value)に注目し, 法継受の現象は「変転して止まない状況の中でさえも観念(ideas)がもつ潜在的な生命力と組織力を証明している」ことを指摘している¹。この学問的製造の力は, 18世紀末以降の法典編纂とその継受に対して近代自然法論(natural law theory)が与えた影響力にも引き継がれている。このことは, 法整備支援が実りあるものとなるか否かはその成果物の学問的価値にも大きく依存していることを示唆している。

第3に, 法整備支援に付随するもう1つの現象として, 国内法の(部分的な)共通化がみられることが注目される。この現象についても, すでに共和政末期のローマ法において, 法的共同体およびその構成員の拡大に伴い, 国家法(ius civile)と並んで万民法(ius

¹ Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, 3rd ed, with preface by F. DE Zulueta, Oxford University Press, 1961, pp. 143-144.

gentium)が形成され、その幾つかの原則が国家法に取り込まれていった歴史的事実が想起される。このことは、今日グローバル（共同体）化が進行する中で、様々な地域で進行する法整備支援の成果として生み出されようとしている法的形成物の実体は何かという問題に対しても、何がしかの示唆を与えている。

こうしてみると今日の法整備支援は、一方では法発展の歴史の1コマとしての側面をもっている可能性がある。それについてはすでに様々な先駆形態が存在し、その中には政府が果たすべき役割、市場が機能する条件、再配分の重要性、継受法と固有法との調和、法の普遍性と固有性、法体系間の分散と収斂、国家の役割と国家を越える法形成のあり方等に関して一定の議論の蓄積があり、そうした遺産を忘却すると大いなる堂々巡りや議論の矮小化に陥る危険もある。しかし、他方ではグローバル化の内容や広がり、グローバル・イシューの深刻化等、今日の法整備支援を取り巻く国際環境等には新しい要素もあるとすれば、それに相応しい対応も新たに考慮する必要がある。

何れにせよ、法整備支援という一見意図的(deliberate)で人為的(artificial)で政治性の高い(political)活動の背後にも、それに関与する人々を衝き動かしている大きな、しかし必ずしも目に見えない幾つもの力があることを予感させる。その意味で、法整備支援は決してフリーハンドではなく、そうした原動力にも虚心に目配りする必要がある。このことは、ある国に外国人が赴いて主権国家の作用である立法・司法・法執行に何らかの形で関与しようとするときに自他共に感じる違和感をどのように解消しうるかという問題にも通じている。それは、相手国政府の要請や合意があるからという形式的説明のレベルを超えて、関係者を真に動機づけるより説得的な理由の究明を求めている。

3.. 制度間競争と法整備支援戦争

1980年代後半以降の法整備支援に視野を限定しても、多くの人々の労力や資金が投入されてきた。この約20年間の成果はどのように評価されるべきか、適切な評価基準がまだ確立されていない状況下では判断が難しい。また、法整備支援は法発展のプロセスであり、仮に現時点での失敗があっても将来に活かされるべきであり、すべてプラスに転換するための中間評価にすぎないかも知れない。しかし、そのことは、現在の様々な問題点を放置しておいてよい理由にはならない。

そうした問題点のうち、法整備支援の受入国と支援主体および国際社会の何れにとっても解決が望まれるものとして、すでに1990年代初頭から顕在化している法整備支援の競

争状況がある。例えば、ロシア経済の民営化プログラムをめぐっては、旧ソ連邦の解体（1991年12月25日）直後から、ショック療法（1992年1月）に象徴されるような急進的制度改革を推進しようとする支援主体と、より慎重な改革を提言する支援主体が、ロシア国内の急進派と慎重派の意見対立とも絡み合っ​​て錯綜した助言戦争(war of advice)を繰り広げてきた²。今やこのプロセスは、旧ソ連時代における市場化への「500日計画」(1990年10月)、共産党守旧派のクーデタ（1991年8月19日）とその失敗、旧ソ連邦の解体とロシア経済民営化のショック療法、それに対して制度改革の経路依存(path dependence)を強調する新制度派経済学(the New Institutional Economics)の批判等、より良い法整備支援のあり方を検証するための格好の分析材料を提供しているが、法整備支援体制の構造改革の提言には至っていないように思われる。

状況改善が困難な理由の1つには、競争の背後にある支援主体側の利害対立がある。旧ソ連・東欧の社会主義国の市場化をめぐっては、アメリカ型法改革とドイツ型法改革あるいは英米法制度の導入と大陸法制度の導入の間で制度間競争(institutional competition)が存在したとの指摘もある。これは時に「ヨーロッパ大陸のナポレオン民法典の伝統がアングロ・サクソンのコモン・ローと闘わされている」というようにやや誇張した形でも報道もされている³。この対立は、具体的には、敵対的企業買収に対する規制をどの程度厳格にすべきか、取締役会の権限をどの程度強力なものにし、株主の権利とどのように調整す

² 「助言戦争がロシアを襲撃：外国人アドバイザーは注意を引くために闘わなくてはならない」(*The Financial Times*, 21 Dec 1992)。ロシア側の当時の大統領（エリツィン）、前首相代行（ガイダル）、副首相（国家民営化委員会担当）らの急進改革派に対し、新首相（チェルノムイルジン）や前大統領（ゴルバチョフ）の経済顧問らはより慎重であったとされる。これらをカウンターパートとして、世界銀行、アメリカ国際開発庁(USAID)、ハーバード大学、フォード財団、Credit Suisse First Boston 等が積極的な改革提案を支援していた。それらとは別に、副首相（国際協力開発庁担当）に対して Goldman Sachs が、経済改革委員会に対して LSE、ブリティッシュ・ノウハウ・ファンド等が独自に法改革支援をしており、錯雑した状況にあった。

³ 「2つのビジネス様式が東欧で優劣を競う　アメリカ人とドイツ人が彼らの法を刻印したがる動機」(*Wall Street Journal*, 3 Apr 1995)。ベルリンの壁崩壊後のロシア・東欧の法状況は、民・商法典、総合銀行の設立を重視するドイツ型（ポーランド、ハンガリー、チェコ、スロバキア、スロベニア、クロアチア、ラトビア等）と、企業の株式会社化、証券取引法の整備を中心とするアメリカ型（ロシア等）の二大陣営に分割された。その「賭金」として「アメリカは1993年～1995年の間に40億ドル以上を中・東欧の法整備に費やし、ドイツは過去5年間に80億マルク（56.8億ドル）近くを費やした（EUへの拠出分を除く）」とされる。「アメリカは過度に複雑で、法律家の大量増殖を必要とする制度を売っている」(Rolf Knieper)との批判に対し、「ドイツは、ドイツ企業が英米企業と競争し、その行動様式に倣い始めている時に、〔自国の〕時代遅れの金融システムを推奨している」と反批判された。

べきか等々、コーポレート・ガバナンスをめぐる制度設計の相違等に表れている。それは、企業の資金調達方法として証券化を通じた市場からの直接金融と中央銀行による一定の統制下にある金融機関からの融資との関係をどう調整するか、コーポレート・ファイナンスをめぐる制度設計の相違を前提としている。そうした制度間の相違は、各国の経済システムの沿革と現状に照らしてどのような組合せが最も妥当かを考案する格好の素材を提供している点で、提案競争自体は悪くない。しかし、対立の動機が最良の法改革の模索ではなく、「法律を書いた者が仕事を取る」(he who writes the laws gets the business)という俗説に影響された目先の利益獲得手段へと矮小化されてしまうと、法整備支援の場はプロジェクトを受注するロー・ファーム、会計事務所、コンサルタント会社やその支援機関(大学等を含む)の利益、それを担当する個人の利益⁴、それらが属する(あるいはそれらをコントロールできる)国家の利益等の赤裸々でカオス的な争奪の場と化す危険がある。

さらに状況を複雑にしている要因として、支援者個人・支援機関・支援国の利害対立が、英米法・大陸法・社会主義法の優劣と安易に関連づけられて議論される傾向が挙げられる。例えば、R・ラ・ポルタらは、経済発展を促進しうる政府のパフォーマンスの様々な決定要因を比較分析する中で、政府が採用する法体系を英米法系、スカンディナヴィア法系、大陸法系(ドイツ型・フランス型)、社会主義法系に分類し、私人の財産権の保障を重視する英米法系に対し、政府による私的取引への介入や裁量的権限行使の正当化の傾向をもつフランス型大陸法と社会主義法を用いる諸国は、民族的異質性や宗教的指導者・組織の影響力が大きいカトリックまたはイスラム教徒の人口比率が高さと相俟って、政府のパフォーマンスが劣る傾向を示していると論じ、議論を引き起こした⁵。特定の法体系が経済・社会の発展に対して直接・間接に影響を及ぼす因果関係は複雑であり、ラ・ポルタ報告が図式的にすぎないか、批判的分析の余地がある⁶。もっとも、法整備支援をめぐる法体系間の調整方法は最重要問題の1つであり、その意味では建設的な批判と議論が不可欠である。

⁴ 例えば、ロシアにおける旧ソ連時代の民・商法改正、資本市場整備支援プロジェクト(1992-1997年)の資金として、USAIDからハーバード大学国際開発研究所へ5,700万ドルの供与が決定されたが、1997年、担当者によるプロジェクト資金の私的流用(ロシア債券購入、スタッフ・資金私用)を理由に、司法当局の捜査が行われ、同大学に対する民事訴訟の準備、未執行分1,400万ドルの提供がキャンセルされた等が報道された。「アメリカの陪審がハーバード大学によって運営されたロシアへの援助プロジェクトを徹底調査」(*Wall Street Journal*, 5 Feb 1999)。

⁵ Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny, "The Quality of Government," *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15, 1999, pp. 222-279.

⁶ Henrik Schmiegelow, "Why Legal Transformation Assistance from Germany and Japan," *Journal of Japanese Law*, Vol. 11, 2006, pp. 1 ff.

また、法整備支援の成果物としての法典草案の採否をめぐる支援国・支援機関の間の対立に加え、採用された法典案の「中心起草者」が誰かをめぐる論争さえ起きている⁷。

こうした混乱状況に改善の指針を与えうるような共通理念を探ることはどのようにして可能であろうか。

4. 共通理念としての良い統治と法の支配の主流化

(1) 良い統治

法制度改革の指針としての良い統治(good governance)の概念は、被支援国の政治問題への介入が制約されている世銀等の国際金融機関を中心に用いられるようになり、当初は、公共部門の管理能力と効率性、説明責任、発展を促す法的枠組と予見可能性の保障、透明性と情報など、改革を主導する政府が備えるべき性質として語られていた⁸。したがって、それは二国間レベルの法整備支援で主に用いられた良い政府(good government)の概念と広範にオーバーラップしていた⁹。しかし、良い統治の概念は企業、NGO から、地方公共団体、政府、国際機構、国際社会まで様々なレベルの組織に適用され¹⁰、様々な同レベル/別レベルの組織間の関係調整の視点も含んでいる。国家(state)レベルでも、政府(government)の活動のみならず、企業・市場等の民間部門(経済的組織)や様々な市民社会組織(非政府的・非経済的組織)の役割分担と均衡が重視され、それらを含む国家全体

⁷ 例えば、モルドバでは新民法典制定のためにモルドバの法律家と GTZ が中心になって作業グループが設立され、オランダ、ルーマニア、ロシア、ウクライナのコンサルタントの意見紹介も経た草案が、2001年に議会に提出された。議会の第1読会が同草案の採用を決定した後、選挙で共産党が勝利し、同党の新司法大臣に対して USAID が影響力行使に成功した結果、アメリカの法学者(イリノイ大学)がアメリカ法とロシア法を混合して起草した新草案が議会に提出された。これに対し、ヨーロッパ理事会等から疑義が出され、長期間の調整を要した後、「元の〔GTZの支援による〕モルドバ草案の約70%が議会プロセスを通じて生き残り」、2003年6月に成立した。しかし、2002年10月、某教授が「2002年6月にモルドバで成立した新民法典の中心起草者であった」とするウェブサイトの記事が掲載され、抗議の末に撤回された、との経緯が報告されている。Rolf Knieper, *Legal Co-operation: Universality and Context*, <http://www.cis-legal-reform.org/publication/articles-reports/judicial-co-operation-universality-context.en.html>, B. I. 2.

⁸ World Bank, *Governance and Development*, 1992; id., *Governance*, 1994.

⁹ また、良い政府という場合は、民主化、言論・出版の自由化、刑事法改革、社会的権利の増進等に力点を置いて語られる傾向も看守される。関連文献を含め、松尾弘「善良な政府と法の支配(1)」横浜国際経済法学7巻2号(1999)94-96頁参照。

¹⁰ 横田洋三「良い統治 共通の課題になりうるのか?」高橋一生編『21世紀への国際開発のパラダイムシフト』(国際開発高等教育機構, 1999)83-84頁参照。

の統治を問題にしうる点で、法整備支援の目標として主流化していったように思われる¹¹。この観点からとりわけ重要な点は、良い政府が陥る内在的ジレンマを解決するために、より上位の理念としての良い統治が援用されるようになったことである。

（２）良い政府の内在的ジレンマと法の支配

（i）良い政府とその内在的ジレンマ 開発のコンテキストでは、良い政府(good government)とは、市民の権利を保護し、契約を実現し、取引や投資を促すような法をつくり(立法)、それを個別事件に適用するためにその意味内容を解釈によって明らかにし(裁判)、その結果を強制的に執行できる強い政府を構築することが不可欠である。しかし、開発においては同時に、そうした強い政府の権限行使の逸脱や濫用によって市民の権利が侵害されないよう内部的にコントロールするために、法治主義や法の支配の原理に則った合法的な政府が要請され、さらに、政府を外部からコントロールできる市民社会を育成するために、民主化にも積極的な良心的な政府であることも求められる。しかし、このと・との同時追及は本質的に両立困難である。

とりわけ、1) 政府による社会秩序の維持と市民の集会・結社、表現の自由とはつねに緊張関係にあり、政府が秩序維持のために民衆の活動を制限することも珍しくない。また、2) 経済・社会事情、国際情勢に応じた政府の裁量権行使(の柔軟性)と市民や国内企業・外国企業の財産権等の権利保障も緊張関係に立つ。さらに、3) 政府による市場・企業の育成(市場化)と市民社会の養成(民主化)も緊張関係に立ち、一定の条件の下では両立困難であるとみられている¹²。

D・ノースは、契約当事者が合意どおりの履行を確保するために私的な監視・執行システムを構築するには法外な費用がかかるのに対し、「第三者として行為し、合意を執行するために強制を用いる政治体による合意の監督と執行には、莫大な規模の経済が存在する」ことを認める。「しかし、」とただちにそれに続けてノースは「そこにはまた、経済発展の根本的ジレンマも存在する。われわれは国家なしで済ますことができないとしても、国家をうまく扱うこともできない。どのようにして国家を公平な第三者のように振る舞わせるのであろうか」という問題を提起する。なぜなら、「もし国家が強制力をもてば、そのとき国家を運営する人々はその力を社会の残りの人々の犠牲の上に彼ら自身の利益のために用

¹¹ また、国際秩序に関しては、(世界)政府なき統治(governance without government)を構想しうるメリットもある。松尾弘「開発法学への招待(2)」法学セミナー623号(2006)61-62頁。

¹² 関連文献も含め、松尾弘「開発法学への招待(15)」法学セミナー636号(2007)74-78頁、同「開発法学への招待(21)」法学セミナー642号(2008)60-64頁参照。

いるであろう」からである（この文脈では「国家」を「政府」に置き換えて読むことができよう）¹³。この「経済発展の根本的ジレンマ」(the fundamental dilemma of economic development)を人為的に解決する方法をノース自身は提示しておらず、むしろ、「所有権を監視し、契約を効果的に執行できる強制力としての国家」を「どのようにして創造するかは誰にも分からない」とする。そして、政治権力の専制的行使を制約する立憲的形態 (constitutional forms)の成功の原因は、17世紀イングランドにみられたような「法の尊重」と「裁判官の正直さおよび誠実さ」の伝統に基づく自発的な行動制約を通じて歴史的に進化してきた政治状況であり、それは「長い時間を要するゆっくりとした過程」であるが、「部族社会から市場経済への急速な転換」を経験している社会には著しく欠如している条件であるとみる¹⁴。しかし、根本的な「解決」は困難でも、何もしないという選択をしない以上、可能な範囲の「改善」策を模索する必要がある。

（ii）良い政府のジレンマの改善と法の支配への着目　良い政府のジレンマの原因となる諸側面のうち、所有権を保護し、契約を執行できる強い政府の側面と、そうした強力な権限行使の逸脱や濫用によって市民の権利が侵害されないようにコントロールする合法性の側面の双方において、法の支配(the rule of law)の確立が焦点になっている。したがって、良い政府のジレンマを改善する鍵は、法の支配の要求をどのように扱うかという問題に集約されうる。その前に、法の支配とは何かを確認する必要がある。

法の支配の定義については¹⁵、(a)形式的定義(formal definition)　法に関する特定の、観察可能な客観的・明示的指標に対するある国家の法システムの適合性(conformity)として法の支配を定義し、測定する。例えば、形式的に独立した、公平な司法部の存在、公開された法律の存在、特定の個人または階級にのみ適用される法律の不存在、遡及的法律の不存在、政府の行為に対する司法審査に関する規定の存在などの指標への適合性である。形式的指標の決定的リストは存在しないが、法の支配の最小限の内容を含むものとされる、(b)実質的（ないし拡張的）定義(substantive definition)　法システムが形式的指標への適合性のみならず、正義(justice)、公正(fairness)、自由(freedom)、平等(equality)、あるいは民主的意思決定を介した実質的平等の実現といった実体的帰結(実質

¹³ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, pp. 58, 59 (竹下公視訳『制度・制度変化・経済成果』[晃洋書房, 1994] 78頁, 80頁)。

¹⁴ North, op. cit. (n. 13), pp. 59-60 (竹下訳 80-81頁)。

¹⁵ 以下については、関連文献も含め、松尾弘「国際開発援助と『法の支配』」社会科学研究 56巻5=6号(2005) 111-118頁参照。

的正義や社会的善)にどの程度寄与しているかによって定義し、測定する。「良い法システム」(the good legal system)とは何かについての道徳的見解に規定され、「法の支配」はすなわち「良い法の支配」(the rule of good law)を意味し、形式的定義の背後に隠された規範的要素ないし究極的価値を含むものとして、肯定的意味づけを与える、(c)機能的定義(functional definition) 法システムが政府の裁量権行使をコントロールすること、法的決定を予見可能なものとするなどのある一定の機能を実際にどの程度よく果たすかによって法の支配を定義し、測定する。とりわけ、政府の権限行使の恣意性を排除する機能に着目し、「人の支配」(the rule of man)との相違を強調する一方、そうした機能がもたらす社会的帰結の道徳的評価までは要求しない¹⁶ が提示されている。

(a)形式的定義と(b)実質的定義は、(a)「ルール・ブックとしての捉え方」(the rule-book conception) 政府および一般市民が、すべての者にとって利用可能なものとされた公的なルール・ブックに定められたルールに厳格に従って行動することを求める。当該ルールの妥当性の根拠は、その承認・裁判(内容確定)・変更という行為自体がどのように行われるべきかを予め定めた手続ルールに従って行われたことに求められ、ルールの内容が実体的正義に合致しているかどうかの問題は法の支配の理念の一部とはみなされない¹⁷ と、(b)「権利と関連づけた捉え方」(the rights conception) 法の支配は実体的正義の問題を含み、ルール・ブックに示されたルールは実体的権利を取り込んでいるとみる。当該ルールの妥当性の根拠は、当該ルールが実体的権利の定義と保護・実現に合致しているかというルールの内容に求められる¹⁶ とも表現されている¹⁶。

さらに、(a)形式的定義と(b)実質的定義を両極とする認識枠組は、後者の中に多様な文化的価値を包含する方向へと展開した結果、(a)薄い理論(thin theory)と(b)厚い理論(thick theory)という枠組に置き換えられつつある¹⁷。

しかし、(d)「開発」のコンテキストでは、「法の支配とは何か」を問うだけでは不十分で、「法の支配をどのようにして構築しうるか」という動態論も取り込んで定義する必要がある。また、それが最終的に何を目指しているかについても、それ自体を法の支配に含めるか否かは措いても、法の支配との関連で議論する必要がある。この観点からは、法の支配を重層的・段階的なものとして捉えることにより、その確立プロセスに柔軟性をもたせた定義が現実的であろう。このような観点から、ここでは、法の支配とは、既存のルー

¹⁶ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, pp. 11-14.

¹⁷ Randall Peerenboom, "Varieties of Rule of Law," in: Randall Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law*, Routledge Curzon, 2004, pp. 13-38.

ルとそれを遵守する態度の生成，既存の承認されたルールに基づく形式化 (formalization) による法的ルールの形成，法的ルールの裁判・執行メカニズムの形成，法的ルールの内容の「良さ」とそれを検証するシステムの形成からなる。この意味での法の支配を最初からフルセットで導入することは困難であるから，その形成プロセスについては各国の歴史と現状に照らして，多様な順序とペースを許容しうる。その一方で，「法」の支配というためには，最低限の内容として，前記 4 要素の と ，すなわち，既存の承認されたルールに基づくルールの形式化の存在は欠きえない。このことは，法の支配についての何れの定義においても当然の前提とされていると考えられる。

このように開発のプロセスを考慮に入れた重層的で段階的な定義は，法の支配の概念を柔軟化し，良い政府のジレンマへの改善方法を提示しうるかも知れない。例えば，R・アッカーマンは，開発プロセスにある国家の政府には，投資家の所有権の保護と「民間投資に対する収益に影響を与える課税および規制活動を遂行するための…裁量権」の行使とのバランスをとった「政策形成の柔軟性」が必要があり，その際に「法の支配は一連の厳格で不変のルールを意味するものではない」ことを承認する¹⁸。

((iii)) 法の支配の柔軟性と良い統治 では，そうした「政策形成の柔軟性」は何によって，どの範囲で正当化されるであろうか。ここに良い統治の理念の存在意義が見出される。開発プロセスでは法の支配（とくに の段階）ないし良い政府（とくに の側面）を構築することの要請は，良い統治の他の側面，例えば，市場システムを構築して経済成長を促すために迅速かつ効率的に経済政策を遂行したり変更したりすることを困難にし，この側面と緊張関係に立つ。例えば，独立した憲法裁判所の制度の厳格な運用は，行政府が恣意的に財産を没収しないことを確実にすることによって外国からの投資を促進する。しかし，それが金融危機，その他の経済危機，対内的・対外的要因による社会秩序の動揺，急速な変化の時などに必要な政策を迅速に採用し，効果的に対応する能力の発揮を大きく妨げるとすれば国内経済と投資環境を悪化させることもありうる。厳格な法の支配に照らせば，政府（の公務員）の裁量は一般的に「恣意的」(arbitrary)と非難されるが，時には「柔軟」(flexible)と肯定されることもある。その何れと評価されるかは，当該国家の開発プロセスの現段階に照らして「良い統治」の確立に必要なか，それに通じているかどうか依存する¹⁹。もっとも，人間が万能でない以上，何れの選択が良い統治の観点から「正し

¹⁸ Susan Rose-Ackerman, "Establishing the Rule of Law," in Robert I. Rotberg (ed.), *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004, p. 191.

¹⁹ 松尾・前掲（注 15）130-133 頁。

い」か、多くの場合は明確でないから、一般的には法の支配に則った権限行使による信頼性の維持の方が柔軟性の追求を上回るであろう。しかし、良い統治の構築プロセスで、法の支配を柔軟に捉える余地を残しておくことは、かえって法の支配を着実に根づかせることに通じ、そのための国際協力を促進するためにも有用であると思われる。

（３）マルチレベルの法の支配と法の支配の多次元化

（i）国連総会の動向 国内における法の支配の柔軟化の動きに対し、国際社会は各国の国内における法の支配の構築への関心を深めている。とりわけ、国連総会を中心に、法整備支援の理念として法の支配を強調することが顕著になっている。これは何を意味するであろうか。

すでに、ミレニアム宣言（2000年）は、国内・国際両レベルにおける良い統治および法の支配の推進の必要性を提言し（9節・13節）、その具体化をモニターするための指標は、ミレニアム開発目標（2000年）の「開発のためのグローバルな連携の推進」の中に取り入れられた（目標8・標的12）。その後、国際的な法の支配の推進に関する一連の事務総長報告を受け（S/2004/616; A/60/224-S/2005/525; S/2005/533等）、2005年世界サミット成果文書（A/RES/60/1）は、人権・民主主義の促進と並んで、国内・国際両レベルにおける法の支配の現実的推進の必要性を再び強調し、法の支配を専門に推進する事務局の設置、国際司法裁判所の管轄拡大と機能強化等、若干の具体化策に踏み込んだ（134節）。それは、2006年国連総会決議「国内・国際両レベルにおける法の支配」によって確認され（A/RES/61/39）、さらなる具体化策として、法の支配に関する加盟国の見解およびその構築支援の有効性に関する報告書および法の支配プロジェクトに関する目録の提出等を事務総長に義務づけ、両レベルの法の支配の進捗状況をモニターするための準備作業を第6委員会（法律）に委ねること等を提案した。これに基づき、第6委員会（法律）における法の支配審議が開始され（2007年10月）、その実現に向けた戦略を策定・遂行するために、法の支配の推進に関与する主な国連8機関（後に9機関）が人員を出し合い、法の支配資源・調整グループ（Rule of Law Coordination and Resource Group: RLCRG）が設置された（2007年）。さらに、国連副事務総長・事務局内に法の支配支援ユニット（Rule of Law Assistant Unit: RLAU）が設置され（2007年）、RLCRGの活動をサポートしている。また、前記決議に基づき、国連傘下の法の支配プロジェクトに関する目録の作成（2008年3月12日）、法の支配セミナーの開催（2008年6月）等が行われている²⁰。

²⁰ 以上の一連の経緯に関しては、松尾弘「『法の支配』をめぐる国際的動向と『法の支配

このうち、前記 第6委員会(法律)の審議では、法の支配についての特定の所与の定義から出発するのではなく、ひとまず「個人から国家に至るまで、すべての者が、公衆に対して公布され、平等に執行され、独立した機関によって裁判される法に対して説明責任を負っているという原理」の遍在化(国連副事務総長 Asha-Rose Migiro)といった緩い理解のうえで、むしろ各国が法の支配として何を中心に考えるかを表明することから出発した。その結果、法の支配の具体的な意味内容として多様な意見が提示された。それらは主として、(a)国際的な刑事司法を重視する見解、(b)国際的な平和構築・維持活動を重視する見解、(c)国内立法の技術支援、能力養成を重視する見解、(d)人権状況の進展を重視する見解に大別されうる。また、「国内秩序と国際秩序の批判的インターフェース」としての国連活動の重要性を認識しつつも、あくまでも各国のオーナーシップなしには法の支配の確立は困難であることが強調されている点も注目される。

また、前記 RLCRG は、より「首尾一貫し、かつ効率的」な法の支配支援活動のための「調整の強化」を目的に、1)「法の支配支援への国連のアプローチに関する覚書」(Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Rule of Law Assistance, 14 April 2008)を策定し、2)「2009年～2011年期のための共同戦略計画」策定中とされている²¹。

さらに、前記 に関しては、国連傘下の機関による法の支配支援に関する目録(2008年3月12日)が作成された。それによれば、国連システム内の様々な機関・団体・事務所・部局・基金・プログラムの中で、国内または国際レベルにおける法の支配の増進に関する活動に現在携わるものは64主体に及ぶ。そのうち、A)国際レベルにおける法の支配の増進に関する諸活動としては、1)国際法の教授、普及および増進に関する諸活動、2)国際法の国内実行の支援に関する諸活動、3)国際レベルにおける紛争解決(dispute resolution)に関する諸活動、4)紛争解決(conflict resolution)および移行期における正義に関する諸活動がある。また、B)国家レベルにおける法の支配の増進に関する諸活動としては、1)行政機関(制度)および公法ならびに統治問題の増進に関する諸活動、2)司法行政および法執行に関する諸活動が行われている。

((ii))国際 NGO 等の動向 他方で、国際法律家協会(IBA)、アメリカ法律家協会(ABA)、それらが中心になって設立した世界正義プロジェクト(WJP)、国際開発法機構(IDLO)、ハーグ法国際化機構(HiiL)等々の国際 NGO ないし政府間組織(intergovernmental

ユビキタス世界』への展望」慶應法学 12号(2009)刊行予定参照。

²¹ 2008年10月13日現在(GA/L/3326)。

organization)も、法の支配を主流化するための様々なレベルの会議の開催、法の支配の意義や構築方法に関する研究、法の支配指標(the rule of law index)の開発、法の支配を具体化し、普及させるための研修やプロジェクトの立上げ、市民社会の法的能力強化・法律扶助等の法へのアクセスの充実に向けた諸活動を強化している。

(iii) 法の支配のマルチレベル化から多次元化へ こうした法の支配をめぐる国際的動向において注目されるのは、第1に、法の支配の増進のマルチレベル化である。すなわち、国家レベルの法の支配の中でも、1) 政府レベル(強い政府の確立と政府権力のコントロールの同時要請)および2) 市場・企業レベル(市場ルールの整備・運用, 合法的な企業活動)だけでなく、3) 市民レベルでも法の支配の普及の試み(市民への法普及, 市民による法遵守, 人間の安全保障の具体化)が進められている。さらに、国家レベルを超えて、国際レベルの法の支配も進展している。ここには、1) 国際的な通商, 投資, 環境, 犯罪捜査, 平和構築(和平合意, 選挙支援, 法執行機能・司法機能への支援等を含む), 安全保障に関する交渉とルール形成, 2) 国連や国際金融機関等の国際機関内部における法の支配の増進も含まれている。

しかし、第2に、より注目すべきは、国家レベルの法形成(前記 1)~3)参照)への国際社会の様々な主体の関与が増大し、関与形態も多様化している現象である。これはたんに国家レベルの法の支配が国際レベル(国家間レベル)または国際機関内部へと類推的に拡大されるだけでなく、国内における法の支配の構築に国際社会が関与するという意味でそれらと異なる次元の現象とみることができる(法の支配の多次元化)。例えば、立法支援を通じた法規定の共有、法解釈方法・判例法形成・慣習法との調和の技術の共有、ウェブ・ベースの法情報の交換・共有、市民への法普及活動に対する国際的関与の拡大である。この現象は何を意味し、どこに向かっているのだろうか。

(4) 地球的統治と法の支配ユビキタス世界の展望

ここで暫定的に考えられる1つの可能性は、グローバル化または地球共同体化の進展に伴い、国内法秩序に対して国際社会が関与する頻度・程度・範囲が拡大することにより、従来の国家法の一部要素の共通化が起こりつつあり、その重要なインターフェースの1つが法整備支援なのではないかということである。この現象は、国際刑事法, 国際人権法, 紛争後平和構築等の限られた分野ではすでにみられたが、今や法整備支援の現場は、関係者が意識する/しないにかかわらず、様々な国内法分野にわたってより一般的・包括的に国内秩序(慣習法や伝統的法文化を含む)と国際秩序(国際法, 各法分野で形成されつつ

ある国際標準，国連決議の蓄積等）が連動することによって生じる新たな形態の法形成の最前線になっているのかも知れない。それは国内法の共通化を通じて形成されるグローバルな共同体の法形成であり，国際法とは異なるものとみられる。

このような法形成の性質と名前について，すでに田中耕太郎は，「国家間の関係のみに関心をもっていた伝統的国際法は，世界共同体(the world community)および世界経済(the world economy)の新しい要求に対処するためには不十分であることが判明した。世界共同体の法構造(the legal structure of the world community)は，伝統的でより単純な国家間の関係とは異なる活動を行う国際機関の創設，および国際法の主体としての個人とその人権の登場という2つの発展により，一層複雑で多次的(multidimensional)になった。／ますます複雑な関係へと絡み合う様々な法的側面を表現するために，『超国家法』(transnational law) (Judge P. Jessup)，『世界法』(world law) (G. Clark and Professor L. Sohn)，『普遍法』(universal law) (Dr. W. Jenks)および『地球法』(global law)といった概念が提示されてきたことは，自然で合理的なことである」とする。そのうえで，「私は『世界法』(world law, droit mondial, Weltrecht)の用語を好んできた。…世界法は，共通の国家法(common national laws)，国際私法および国際公法から構成される。しかし，世界法はこれら三者の単純な寄せ集めではない。世界法は，世界共同体の進歩に応じ，これら3つの構成要素となる法領域を法的公分母(the juridical common denominator) それは自然法(natural law)にほかならない に基づいて統合させながら，段階的に発展させられなければならない」(下線は引用者)と述べていた²²。

ここでは国家間のみならず個人との関係も含めて「ますます複雑な関係へと絡み合う」意味で「多次元」(multidimensional)化する「世界共同体の法構造」が「世界法」(world law)，「超国家法」(transnational law)，「普遍法」(universal law)，あるいは「地球法」(global law)の概念によって表現されようとしている。その際，世界法は，共通の国家法を中心軸に，国際私法および国際公法を自然法の法理に基づいて統合させながら，世界共同体の進歩に応じて段階的に発展させられるものと観念されている。それは，世界平和(world peace)の構築手段として，「宗教と道徳に頼ることは理想主義に過ぎ，政治と経済に依存することは現実主義に過ぎる」ことから，それらに代えて世界レベルの「法の支配の重要性」

²² Kotaro Tanaka, "Some Observations on Peace, Law, and Human Rights," in: Wolfgang Friedmann et al. (ed.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Phillip C. Jessup*, Columbia University Press, 1972, pp. 243-244.

(the relevance of the rule of law)を強調することを意味する²³。

ここで提示された「世界共同体」・「世界経済」が今日の「グローバル共同体」(global community)・「経済のグローバル化」と置換可能とすれば、「世界共同体の法構造」の構想は、今日の言葉で表現すれば、「地球的統治」(global governance)の構想とほとんど重なっているように思われる。なぜなら、地球的統治は、各国の国内法整備と法の支配の増進により、良い統治を構築しようとする諸国家間の協力関係を通じ、世界政府なしに形成・維持されうる国際秩序を意味するからである。

その後、世界法(the world law)の概念は、H・バーマン等によっても支持されている²⁴。名前の問題は後回しにして、まず内容的に重要なことは、こうした法形成がかつてJ・ベンサムが万民法(jus gentium, law of nations)の概念に代えて、「国際法」(international law)の概念を提示した時の問題状況に立ち戻る必要がある点である。ベンサムは伝統的な万民法概念に含まれていた諸要素を批判的に分析し、自然法(自然的理性から引き出され、すべての文明化された諸国民に共通のルール)の体系)は法でないこと、国境を越える商取引法および海事法のルールとしてはある主権国家の国家法が適用されること、主権者自身の間の相互取引に基づく合意のみが「国際」・「法」(inter-national law)と呼ばれうるという限定の下で国際法(international law)を定義した²⁵。したがって、主権者間の相互取引を越え、国際機関、外国政府、NGO、個人等の様々な主体が他国の国内法形成に関与するプロセスの法、それによって(部分的に)達成される国内法の共通化には、元来の国際法とは別の名前が必要になる。

ではつぎに、その名前として「超国家法」(transnational law)、「世界法」(world law)、「地球法」(global law)、「万国民衆の法」(law of peoples)、「普遍法」(universal law)等の何れが相応しいか、遠くない将来に何らかの収斂が見出されるかは、今のところ定かでないように思われる。ちなみに、H・バーマンは「世界法」を支持する理由として、つぎのように述べている。「われわれは『国際』経済の中で生きているだけでなく、相互依存的な国内経済の『世界』にも生きている」とし、「国際的合意の採用とともに、異なる諸国の国家的立法における並行的発展が...世界法に実質的に寄与してきた」とみる。例えば、世界貿易の法(商品取引、金融取引、外国為替、直接外国投資の法)、非営利世界組織の法(医

²³ Tanaka, op. cit. (n. 22), p. 242.

²⁴ Harold J. Berman, "World Law," *Fordam International Law Journal*, vol. 18, 1994/5, pp. 1617-1622.

²⁵ Jeremy Bentham (J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.)), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Methuen, 1970, pp. 293-296.

療・健康・人権・科学・工学・旅行・市民的権利・政治的権利・慈善・福祉・環境保護・世界平和・スポーツ・レジャー等に関する法),航空管制ルール,普遍的に承認された権利・義務等々である。「それらは『超国家法』(transnational law)とも呼びうるかも知れないが,その名称はその普遍性(universality)を示唆していない」とし,「世界法は部分的には世界経済の法でもあるが,世界経済は『超国家的』経済のみならず,...一定の国内活動からも構成される(下線は引用者)という理由で,超国家法よりは世界法が適切であるという²⁶。

私見としても,今やグローバル化が進む中で,ますます多くの人々が「相互依存的な国内の『世界』」に生きていること,「異なる諸国の国家的立法における並行的発展」が進展していること,そのような身近で具体的で現実的な共通の国家法を中核に,国際私法および国際公法からなる法的ルール群を法理的に首尾一貫させる方向へ向けて,グローバルな共同体の進展度に応じて段階的に発展させるという「世界法」のコンセプトには共感を覚える。もっとも,「世界法」の語が何ら説明なしにそのような意味で理解されるかどうか,とりわけ,それが国家法よりも上位の法であるとか,主権国家の権限の制約を含むと受け取られないか,グローバル化の進展がまだ世界共同体を実感させるほどには成熟していないと感じている者には現実離れした理想と受け取られないか,法整備支援を通じて達成されうる国内法の部分的共通化は世界法というには断片的にすぎないか,あまりに壮大なものと感じられて法整備支援の現場では敬遠されないか,確信がもてない。今後の議論の展開に委ねるほかない。

むしろ,現段階で可能なことは,国際秩序と国内秩序の連動が強まる中で,1つでも多くの主権国家において法の支配を段階的かつ柔軟に,しかし着実に根づかせることを手がかりにして良い統治の構築に努め,それを通じて地球的統治の実現へと少しでも接近することにより,より多くの市民が財産や人格についての基本的権利を保護・実現するための法的保護をより確実に受けられるよう,たとえ部分的,断片的な改革であっても,現状を1歩でも前進させることである。この意味で,ここでは「世界法」の概念に代えて,「法の支配ユビキタス世界」(the rule of law ubiquitous world)という理念を提示したい。これは「法の支配の構築を手がかりとする国内の法整備を通じ,誰でも,何時でも,どこでも自己の権利の保護・実現のために法的保護を受けられる状態」へ向けての漸進的制度改革を意味するものである。それが法整備支援の受入側と(複数の)支援側の間で共有されうる目標となりうるか定かでないが,それは以下の3つの含意をもっている。

²⁶ Berman, op. cit. (n. 24), pp. 1620-1621.

第 1 に、たんなる「法ユビキタス」ではなく、「法の支配ユビキタス」の含意である。法の支配は法化(legalization, juridification)²⁷とオーバーラップする部分も少なくない。しかし、実効的な法システムの機能としての法の支配は、その最も狭義のもの(形式的定義、ルール・ブックとしての捉え方、薄い理論)も、その形成段階から一貫してルールに基づいていることを要求する点に特色がある(前述(2)()参照)。その結果、それは法形成の手續自体がルールをつくためのルール(メタ・ルール)に基づいていることを重視する。それはまた、ルールの適用対象となる市民がどれだけルール形成に主体的関与し、意図的努力を払ったかが、形成されたルールの遵守意識や実効性に影響することも重視する。このように法の支配はルールをつくるためのルールづくりから着手してはじめて構築される首尾一貫したシステムである。それゆえにまた、法の支配は必ずしも完成した法体系をただちに要求するものではなく、その形成に向けた動的プロセスを重視する。

この点は、第 2 の「ユビキタス」の含意に通じる。これは誰でも、何時でも、どこでも自己の権利の保護・実現のために法にアクセスできるという意味で、法の支配が遍在し(omnipresent)、それによって人の支配による恣意性や不安定性が排除されることを意味する。もっとも、その遍在は強制執行力によって担保された良い法の支配が完成してはじめて現れるという意味ではない。むしろ、良い法の制定や強制権力の確立以前の段階から、どの社会も「法的真空状態」ではなく、固有法を出発点に、グローバル化が進む国際社会の法的標準を考慮した立法により、法の支配の遍在化プロセスがすでに始まっているとみるものである。その含意は、僅かな権利保護を前進させるルールの導入から、1 市民の救済といった小さな実践まで、あらゆる地道な努力の価値を評価する一方で、それを足場に一層の充実が求められるべきことを示す点にある。

このことは、第 3 に、ユビキタス「社会」ではなくて「世界」とする意味に通じている。なぜなら、グローバル化が進む中で、われわれは国内の生活や取引においても相互依存を深める「世界」に生きており、法の支配の確立も各国家を 1 つの孤立した社会として捉えることでは完結しなくなっているからである。それはまた、ある国家の法の支配の構築方

²⁷ 「権利」、「義務」、「正義」、「法」といった法的な言語と思考に従って行われるコミュニケーションの増大。例えば、裁判利用率の上昇、個人破産制度利用の上昇、犯罪被害者の救済、知的財産の法的保護の増大、家族の介護における任意後見制度利用の活性化、教育・医療等の当事者関係の権利・義務化、弁護士過疎地域における法律相談等のサービスの充実、企業や行政のコンプライアンスの強調、情報公開制度、その他の行政手續の充実、都市計画策定プロセスへの参加や行政訴訟の範囲の拡大、国民の司法参加等が挙げられる。日本法社会学会編『「法化」社会のゆくえ(法社会学 67号)』(有斐閣、2007)参照。

法や内容に対して世界各国が多様な関心と関与をもつに至っている現実を反映している。

5. 法整備支援戦略の策定へ向けて——むすびに代えて——

(1) 法整備支援戦略の必要性

法整備支援をめぐる競争状況（前述3）が生み出す非効率や不合理がどれほど繰り返されようとも、それだけの理由でその状況がただちに止む保障はない。それは戦争の悲惨な結果が繰り返されても、それが止まないこととある程度類比可能かも知れない。われわれは法整備支援競争の調停者も調停システムももっていないし、国連、その他の国際機関や国際 NGO が近い将来そうした活動に乗り出すことも容易でない。非常に多くの地域で、多くの支援主体が、多様な法分野や法システムを対象に展開している法整備支援について、統一的機関が調整や紛争解決を行うには、膨大な人員と費用を要するからである。限られた地域と関する国際刑事法廷（ICTY, ICTR, ICC 等）のようなシステムを²⁸、他の分野にも一般化することはさらに難しい。法整備支援競争や多様な支援主体が交錯するカオスの状況が当面不可避であるとすれば、より洗練された法整備支援戦略が必要になる。

もっとも、法整備支援競争は単純に自国法の導入を争うゼロサム・ゲームではなく、被支援国と複数の支援国、その他の支援者がともに利益を獲得し、あるいは不利益を回避する共通利益が存在しうる。なぜなら、被支援国にどのような制度を構築するかによってその国の経済成長、その他の社会発展が異なるとすれば、競争者間の利益の総和は一定ではないからである²⁹。そうであるとすれば、そうした共通利益をどのように認識し、関係者を説得しうるかが法整備支援戦略の焦点になる。

(2) 法整備支援戦略における2つの要素

目的 - 手段関係の連鎖からなる「戦略」(strategy)は2つの方向性をもっている。一方は目的の連鎖をより上位へと遡って究極の目標を究明する点で理想主義の徹底であり、他方は目的を達成するための手段の連鎖を下ってより確実に目的を実現するための現実主義の徹底である³⁰。戦略には徹底した理想主義と徹底した現実主義の双方が欠かせない。本報告ではその何れも中途半端なものに止めざるをえないが、最後に幾つかの点を付言する。

() まず、法整備支援の目標としては、ひとまず前述した法の支配ユビキタス世界へ

²⁸ 藤原広人「紛争後社会の『法の支配』確立における国際刑事法廷の役割と限界」日本平和学会編『国際機構と平和[平和研究 33号]』(早稲田大学出版部, 2008) 41-59頁参照。

²⁹ T・シェリング/河野勝監訳/広瀬健太郎=山口総一郎訳『紛争の戦略』(勁草書房, 2008) 5頁参照。

³⁰ 野中郁次郎ほか『戦略の本質』(日本経済新聞社, 2005) ii-iii頁, 333-365頁参照。

向けての国内法の整備（法規定のみならず，関連組織の設立，法曹養成，法学教育，市民の法アクセスの改善等も含む）による良い統治の確立，それを通じた地球的統治への接近がある。おそらくそれは様々な法整備支援主体の間で共有しうる利益獲得（または不利益回避）を可能にしうる。それはまた，国内の諸組織間でも共有しうる。例えば，企業にとっては商取引の相手方との納得できる標準に従った円滑で公正な交渉促進や，対外進出先での財産権の保護強化，政府にとっては被支援国の信頼獲得と関係強化，市民社会にとっては市民の権利保護・実現の推進として，何れも共有可能といえる。

（ ）つぎに，法整備支援の手段に関しては，格段の工夫が求められる。とりわけ，法の支配を実現する手段としては，法整備における「手順」が決定的に重要であり，ルールづくりのためのルール（メタ・ルール，第二次的ルール）づくりから始める必要がある。これは従来の法整備支援ではとくに不十分なものであったとみられる。そうしたメタ・ルールにも，より実体的要素の濃いものから，より手続的要素の濃いものまで，多様なレベルと内容が存在する。法整備支援の場でとくに重要なものとして，以下のものが考えられる。

まず，継受法と固有法（慣習法，法文化，その他のインフォーマル・ルール）との融合に関するモデル・ルール，コモン・ロー的制度とシビル・ロー的制度の融合に関するモデル・ルールが有用である。ここでは，法理学的観点(the jurisprudential point of view)からみて学問的価値(the scientific value)の高い法モデル(前述2)を構築することが焦点になる。

つぎに，法整備における法分野の順序づけ(sequencing)に関するモデル・ルールも重要である。これも展開途上であるが，すでにR・アッカーマンはこの点を意識している。すなわち，「法改革はどこから始めるべきであろうか」という問いを設定し，「これは抽象的な形では答えるのが難しい問題であるが，若干の考察は可能である」として，最初に，1) 刑事的および民事的侵害(criminal and civil offences)を定義し，人格と財産に対する権利(rights to personhood and property)を確立する明確かつ透明なルール，2) 国家の公務員に対して申立をするための簡明で効果的な手段に関するルール，3) そうしたルールを執行するための信頼できる制度の3つを挙げる。これら1)～3)は「基本的建設単位」と呼ばれる。ついで，4) 私人間の経済活動を監視し，公益の観点から社会を規制するためのより洗練された諸法，5) 内戦や新国家の創設に先立つ騒乱の時期に犯された犯罪を

どのように処理すべきかに関するルールを挙げる³¹。こうした議論も視野に入れ、各国に固有の事情に応じて変形可能なメタ・ルールの構築が期待される。

さらに、より手続的なメタ・ルールとして、「法の支配プロジェクト自体の法の支配」(the rule-based rule of law project)が必要である。例えば、ある支援主体がある対象国で法整備支援プロジェクトを開始する場合には必ずその最初期の段階で、当該対象国で関連プロジェクトを展開しているすべての主体が参加可能な会議体を設定し、その中で当該プロジェクトの構想を説明し、一定の審議を得ることを義務づけるルールの創設が考えられる。とりわけ、法整備支援競争の主体間の利害を調整する機関やシステムの設立が当面は期待できない以上、この意味でのメタ・ルールが様々な法整備支援主体間の標準ルールとして共有されるべきであり、それに向けた積極的働きかけが不可欠である。私見としては、そうしたいわば「法の支配構築ルール」(the rule of law construction rules)について国連決議等を通じた国際標準化あるいは法的ルール化をまずは可能な第1歩として真剣に検討すべきことを提言したい。

³¹ Rose-Ackerman, op. cit. (n. 18), p. 209.