

グローバル化は法概念の改訂を求めているか？*

那 須 耕 介

概 要

グローバル化の進展とともに注目を集めるようになった法の多元的状况に直面して、法理論はその根本的な見直しを迫られている、といわれる。本稿はそこで前提とされている法ないし規範の多元性の特性を再検討した上で法理論上の課題を特定し、従来の法理論がどのような点で、どの程度国家法概念を相対化するかを考察する。特に、民間組織・団体諸規範が自律的に形成・運用している機能的な社会規範についてもその多くが何らかの形で国家法と接合されるか、その制度構造や手続において国家法のそれを模倣する傾向にあることを指摘し、他方で従来の主要な法理論も部分的な修正的再解釈さえ施せば今日の法状況に適用可能であること（したがって根本的な改訂を要するわけではないこと）を論じる。唯一の難関は規範的正統性の観点から法の資格要件を規定しようとする立場であることが最後に指摘される。

キーワード

法理論・法概念、グローバル化、国家法、社会規範、法の多元性

1. はじめに：グローバル化と社会規範の多元性

グローバル化の進行とともに民間組織・団体の形成する種々の社会規範の影響力が拡大し、他方で長く法実務と法学の中核を担ってきた国家法による規律が後退しつつある。またこれら“私的な”秩序形成過程と“公的な”秩序形成過程との融合が進み、両者の境界が各所でぼやけはじめている。このような認識のもと、一部の実定法学者は、この変化が

*本稿は2013年度日本法哲学学会学術大会ワークショップにおける「グローバル化と公法・私法の再編」での同名タイトルでのコメント報告（2013年11月16日、於駒沢大学）をもとにしている。本ワークショップの企画責任者・提題者の浅野有紀教授、報告者の横溝大教授、藤谷武史教授およびフロアとの応答からは多くの教示と刺激を受けた。また、京都大学の近藤圭介准教授からは内容・文献に関していくつかの重要な示唆を与えられた。深謝してここに記しておきたい。

従来の法学の基本的な枠組や概念自体の根本からの見直しを必要としているのではないかという疑いを抱きはじめていると聞く。本稿は、この問題提起を法理論的な観点から検討しようとするものである。

本稿が扱う問いは二つである。まず、グローバル化がこれまでと異なった形での法の多元的状况をうみだしている、とは近年頻繁に指摘されることであるが¹⁾、そもそもそこに生じているのはほんとうに“法”の多元性なのだろうか。事実的な効力をもつ規範が従来の国内法や国家間合意の枠組みとは独立に形成され運用されている、という規範多元的状况が加速しつつあることは確かだとして、これをあえて“法”の多元的状况として理解することには、今どんな意義が認められるのだろうか。

第二に、ここに生じているのが仮に“法”の多元的状况だとして、そのような捉え方は、従来の法概念の枠内に無理なく収まるものだろうか。それともその枠を大きくはみ出す側面をもつのだろうか。グローバル化の下での規範多元的状况に対する法理論的把握の可能性を検討すること、とりわけこれらの社会規範の“法”的性格を問うことは、翻ってその尺度としての法の資格要件そのものへの問い——とりわけ、法と国家と関係の必然性をめぐる問い——を呼び覚まさずにはおかないだろう。

今日、グローバル化はどのような点で法理論に自省をうながしており、またそこにはどんな意義が認められるのだろうか。それはほんとうに、今日の法概念に対して根本的な改訂を要求しているのだろうか。本稿はグローバル化がもたらした種々の規範多元的状况のなかでも、特に機能的な規範多元性の問題に焦点を絞り、近年の法実践や実定法学によるこの状況の把握と取り組みをふまえつつ、その理論的含意を探ることにしてみたい。

2. 社会規範の多元性とは何か

一般に社会規範の多元性、あるいは“法”多元的状况は、(1) 公式法・非公式社会規範の垂直的な多元性と、(2) 非公式社会規範の水平的な多元性の二種類に分類されてきた²⁾。(1) は同一の地域に複数の社会規範や公式法が重なり合いながら併存している状況を表しており、典型的には旧植民地地域における伝統的な非公式の社会規範や宗教的戒律と旧宗主国から移植された公式国家法との併存状態を挙げることができるだろう。グローバ

1) Ralf Michaels, “Global Legal Pluralism,” (http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2051)

2) この分類は、原田大樹「多元的システムにおける行政法学——日本法の観点から」『新世代法政策学研究』Vo.6, 2010年, 115-140頁における「多層化」「複線化」の区別、あるいは浅野有紀「グローバル・リーガル・プルーラリズムにおける法と道徳」『近畿大学法科大学院論集』第6号, 2010年, 39-71頁における「共同体的」

ル化が広く注目を集める以前から文化人類学が注目してきたのは、主にこのタイプの規範の多元性である³⁾。

これに対し本稿が取り上げる(2)は、医療や金融、スポーツや環境保護など特定の個別化された活動領域に規律対象を限定する規範とその体系が、もっぱらその活動を運営・組織化する民間企業やNPOなどの非政府機関によって形成され、しばしば国境をまたぐ形で運用されている、というグローバル化とともに加速してきた状況に注目するものである⁴⁾。これらの非公式的な規範の多くは、国家機関の直接的な規律を被ることなく実質的に人々の活動を規制しており、時には国家法や他の社会規範と衝突を起し、またその一部は国家法に接合されているのである。

この現象は、しばしばあたかも西欧先進諸国による非西欧地域の植民地化の過程やグローバル化の過程のなかで初めて出現してきたものであるかのように語られてきたが、その構造だけを取り出せばきわめて古く強固な伝統をもっている。そもそも複数の源泉や適用機関をもつ社会規範(もしくは規範体系)間の衝突と調整という課題は、法思想にとって決して目新しいものではない。その意味ではむしろ、この種の問題を包括的かつ一元的に処理できる仕組みとして、主権国家体制という仕組みをあてにすることのできたこの数百年の方が、人類史上きわめて例外的な時代だったというべきだろう。たがいに競合・衝突しあう規範の多元的状况という問題は、明確に区切られた領土と主権をもつ近代的な意味での国家が成立する以前にはとりわけ、複数の共同体間の接触や包含、あるいは共同体内部での活動領域の機能分化の生じる場所では繰り返し認識されてきたものなのである。

とはいえ、今日の状況に何ら特殊なところがないわけではない。何よりもまず、今日の非公式的な社会規範の影響には、これまでにない速度と広がりがある。これがもたらすのは単なる量的な変化だけではないはずである。特にその影響を被る側からみたとき

多元性と「機能的」多元性の区別に拠った。以下の「機能的な多元性」の表現は後者に倣うものである。また、Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism," *Sydney Law Review*, Vol.30, 2008, pp.375-411 も参照のこと。

3) John Griffiths, "What is Legal Pluralism?" *Journal of Legal Pluralism*, Vol.24, 1986, pp.1-55.

4) 具体的にはFIFAやIOCなど種々の国際的なスポーツ団体とその団体が定めるゲームのルール、選手の資格や地位、倫理に関する取り決め、そして運営機関の構成や活動に関する諸規定を考えるとよいだろう(FIFAの組織とサッカーの国際ルール、倫理規定等については<http://www.fifa.com/>を、IOCとオリンピック憲章については<http://www.olympic.org/about-ioc-institution>をみよ)。あるいは、工業分野におけるさまざまな活動に関してISO(国際標準化機構 The International Organization for Standardization; <http://www.iso.org/iso/home.html>)が定める諸規格、インターネット上のドメイン名やIPアドレスの割当てに関してICANN(アイキャン The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers; <http://www.icann.org/>)が下す諸決定、労働環境に関する企業の社会的責任に関してSAI(Social Accountability International; <http://www.sa-intl.org/>)の定める就労環境評価基準等々をみよ。

には、決定の不透明性や参加の困難、公正な救済手段の欠如といった規範秩序の質（とりわけその正統性）が新たに問いただされるだろう。一定の規範が共有されて行為調整に成功しているという事実だけから、それが正統に服従を要求できるという規範的判断を導くことはできないのである。

また、主権国家体制の成立以前と以後とでは、この問題のもつ意味やその対応策にも根本的な違いが生じうる。今日、多元的な社会規範の形成と衝突は、主権国家体制を前提とした法制度の構築や政策構想の必要性ではなく（あるいはそれ以上に）、その限界、すなわち国家を軸とした統治機構の相対的な機能低下が進行しつつあることを示唆するものとして受け止められている。西欧の中世末期から近代初期にかけて領域主権国家が誕生したのは、まさに規範体系の多元性が引き起こす種々の困難を克服するためだった。これに対し、今日の社会規範の多元性は、国家法がそれらを包括的に制御する機能性や正統性を失いつつあることの反映なのである。

3. 課題と処方

グローバルな規模での機能的な社会規範の多元性（あるいは“法”多元的状况）に関する近年の研究が明らかにしてきたのは、個別化された活動領域を規律対象とする非公式的な社会規範が、一方では国家法、公式法の規律を免れたまま国境横断的な実効性を獲得して広範な人々の活動に実質的な影響を与え、他方では国家法を含む他の規範とのあいだで摩擦や衝突を引き起こしてその機能障害や正統性に関する疑義や批判を招いている、という事態である。

ここに生じている緊張を緩和ないし克服するためには、どのような手段がありうるだろうか。まず近年の国際私法学や行政法学は、国家法の機能・正統性の相対的な低下に歯止めをかけるために、(1) 機能性（その専門性や実効性、効率性⁵⁾）の高い非公式規範を従来の国家法・公式法の枠組みのなかに接合する方法を検討してきた。おそらくこの方法はさらに、(1-a) 既存の法教義学上の概念枠組みや制度上の手続に乗るものだけを国家法・公式法の体系の一部に組み込み、それ以外を検討の埒外におくものと、(1-b) 新たな概念

5) 筆者には、法ないし社会規範の機能的多元性が論じられるとき、しばしば「機能 function」という語にこれら複数の意味が十分に区別されることなく含まれているように思われる。実際には、ある規範・基準に高度な専門的知識や技術が反映されていること、それが実効的な拘束力をもつこと、そしてその作用が種々の行為調整において「公益」もしくは社会全体の厚生改善をもたらすこととは、別のことだろう。この多義性が触発する問題点については後述する。

枠組みや正統性規準を構想し、従来以上に広く接合の可能性を見出そうとするものに分けることができるだろう。後者の例には、抵触法の準拠法の枠を拡張しようとする動きや、公法理論における従来の国家法の正統性調達手続によらない新たな正統性構想の試みなどを含めることができるのである。

他方、非公式的な社会規範の側からみたとき、機能性や正統性の保障はどのような方向に求められてきたか。おそらくこの観点からは、(2) 国家法との連結・融合、(3) 国家法諸制度の模倣、(4) 独自の自律性の探求、という三通りの方策が模索されてきた。(2) は国家法・公式法から何らかの承認を受け、その体系の一端に組み込まれることで、他の諸規範に対する優位性を確保しようとするものである。(3) は国家法体系に直接組み込まれるわけではないが、その構造や過程を(部分的に)模倣することでその不備を補おうとするものである。模倣の対象には、運営組織の構成や財政の透明性・答責性の保障、規範形成過程における利害関係者の参加保障、権利義務関係の調整や損害補償の制度、あるいはそのための適正手続の整備等が考えられるだろう。また(4) としておそらく(2) と(3) のいずれにも含まれない、独自の機能性・正統性確保の手法がありうると思われるが⁶⁾、その具体的なあり方については今後の研究を待つ必要があるだろう。

言うまでもなく(1) と(2) とは同じ現象の二つの側面である。この企てが双方の目論見通りに実現するならば、社会規範と国家法とはある種の相互依存的・相互補強的な連携を形成することになる。ここにわれわれは、近年国内統治の水準でしばしば言及されてきた「公私協働」の構造が国際的・国家横断的な局面でも生じつつあることの一例を認めることができるのである。

4. グローバル・ガバナンスの可能性と課題

(1) ～ (4) の諸方策(の組合せ)は、今日のグローバル・ガバナンスの主要な構成契機としてとらえなおすこともできる。すなわちここでは、従来の公式の国内／国家間統治機構から相対的に自律した形で多元的に形成されてきた諸規範の体系が、一部では国家法・公式法と融合・協調しつつ、一部ではそれとは独立に——ときにはそれとの緊張・対立関係を形成しつつ——、国境を横断しながら個人・組織のふるまいを規律しているのである。

6) 物理的・情報的環境の構築を通じて人々の行為選択肢自体を制御しようとするアーキテクチャ的な規制は、非国家的な規制主体にも開かれた新たな機能性(実効性)保障の手法に含めることができるかもしれない。

おそらくこの事態は、国家法を軸とする旧来のウェストファリア・システムの補強的発展の過程としてみることもできるし、逆にその溶融と解体の過程としてみることもできるだろう。前者の解釈によると、国家法・公式法と政府は、政府機関の目や手の届きにくい諸領域に対する制御の能力を、これら非公式的な規範体系を利用することで新たに獲得している。この場合、非公式的な社会規範は直接・間接に公式法とその統治機構に従属し、これを補うものとして位置づけられることになるだろう。他方、後者の見方をとるならば、公式法とその統治機構は他の非公式的な社会規範と協働的ないし競争的に併存しながら一つの非集権的・多元的な世界統治の過程を織りあげていくことになる。この場合には、国家法が非公式的な社会規範に対して一方的に優位にたつのではなく、各々が必要に応じて他の規範体系を活用しあう、相互依存的なネットワークを形作っているのである。

もちろんこれらはいずれも、かなり多幸症的な事態の受け止め方である。現実には、このようなグローバル・ガバナンスの過程は個々の規範形成やそれに規律された活動、もしくはそうした規範間、活動間の競合・衝突とその調整の断片化を引き起こし、深刻な機能不全や正統性危機を抱え込まざるをえない。これらの規範と活動の、また規範間・活動間の調整の実効性や公正性は何によって保障されるのか。それは局面ごとに個別的・断片的な仕方を探求していくほかないのだろうか。それともわれわれは、個別の判断に先立ってこのグローバル・ガバナンスの全過程を包摂する単一の公共空間、国際公益や国際正義の理念を構想し、その共有を通じて各々の規範や活動の正統性保障をはかる道を探るべきなのだろうか。しかしこの場合、そのような公共空間における決定を規範的に基礎づける共通理念はいかにして見出されるのか。あるいは、そこでの民主的な討議の機会は、どこに、どのようにして創り出されるのだろうか。

5. “法”多元主義が提起する問い

多くの研究者は、しばしばこれらの社会規範の脱中心的な形成と運用の過程を「法多元主義 legal pluralism」の名で呼んできたが⁷⁾、ここまで筆者はそれをあえて避けてきた。これは決して、国家法・公式法のみを“法”とみなす旧来の慣例を墨守したいからではない。むしろ、今日通用している数多くの非政府組織の規範や業界慣行を無条件に“法”の範疇に含めることに対し、抗いがたい躊躇と抵抗を感じるからである⁸⁾。しかし実際のと

7) 前掲注3をみよ。

8) 具体例として、前掲注4をみよ。

ころ、これらの諸規範を“法”と呼ぶべきか否かは重要な問題ではない。ここで問われるべきなのはあくまでも、現に看過しがたい実効性をもって人びとの活動を規律し、またさまざまな局面で衝突を引き起こしているこれらの諸規範を実際にどう理解し、どう扱うべきか、なのである。これらに“法”としての地位を付与するか否かという問題は、あくまでも今日のグローバル・ガバナンス上の意義に照らしつつ、この観点から検討するべきだろう。

国家法への統合

多様な非公式的な行為調整・紛争処理と規範形成・制度化の過程のうち、われわれは実際には何をどのような根拠で“法”とみなすべきなのか。これらの非公式的規範と公式法とのあいだに結ばれる関係の強弱・疎密に即して考えてみることにしよう。

非公式規範が国家法に直接接合・統合された場合（上述の（1）＝（2）方式）、公式法に接合された社会規範が法的地位をもつ（獲得する）こと自体について議論の余地はないだろう。ただしこの場合、規範が元々どこでどのように形成されたのであれ、権利上の法源は政府機関の公式決定に求められることになる。つまりそこでは国家法体系の一元的な支配が回復されて、いわゆる法多元的な状況は解消されてしまうのである。

むしろこのとき問われるべきは、どの規範（体系）をどのような根拠・基準に基づいて選びとるべきか、また実際にどのような手法で公式法体系に接合するべきか、という問題である。規範（体系）の選択については、おそらく以下のような事情が考慮されることになるだろう。すなわち、当該社会規範を形成・運用してきた私人・民間団体ら当事者の自律性をどこまで尊重するか、当該社会規範にどの程度の機能性が認められ、これを公式法に組み入れた場合どの程度のガバナンスの改善が期待できるか（政府の負担が軽減され、正統性が補強されうるか）、そして既存の公式法体系との整合性が見込めるか等である。また、接合・統合の手法についても、具体的な規範衝突や被害が生じたあとの個別的・事後的処理を通じて社会規範の法的評価と位置づけをはかる司法的手法、当該社会規範を一般的準則として公式の実定法体系の一部に組み入れてしまう立法的手法、そして一般的で固定された基準を設けることなく文脈に応じた柔軟な介入手法を用いて被害の事前抑制を企てる行政的手法など、複数の選択肢が考えられる。どの手法がふさわしいかは、非公式規範の規律対象や生じている問題の性質、それに対する政府機関側の規律能力（情報と技術的手法）の多寡、公式法体系と非公式規範体系とのあいだの規律理念に関する一致・不一致の程度といった諸事情に応じて判断されることになるだろう。

なおここでは、非公式的な社会規範の国家法・公式法への一元的統合の企てが、いつでも政府主導で円滑に進められるとはかぎらないことに留意しておく必要がある。当該社会

規範が国家法からの承認を得てその機能を補強し、または正統性を証示する必要に迫られている場面であれば、そのような形での接合・統合も広く支持され、積極的に進められるかもしれない。しかしそもそもそのような関心が弱い場合や、政府からの機能性・正統性の補填を期待しにくい場合には、社会規範の担い手側が国家法への統合を受け入れず、政府の活動とは一定の距離をとりながら規範の形成と適用の自律性を維持しようとするのではないだろうか⁹⁾。社会規範の国家法への統合は、必ずしも政府の意向通りに誘導することはできないし、またそれがつねに望ましいともかぎらないのである。

多元的・断片的併存とその“法”的資格

筆者が特に注目したいのは後者の状況である。そこでは、まさに国家法と（複数の）社会規範体系が多元的・断片的に併存し、競合や衝突が生じるたびに個別的に規範間・行為間の調整が模索されることになるだろう。ここに規範形成の透明性や答責性、紛争処理の公正性が保障されず、なおかつ国家法・公式法の規律が及びにくい、最もあからさまな規範多元的状況が生じることになる。これらの規範はすでに一定の活動領域において排他的な実効性をもち、一定の秩序状態を形成・維持しているものであり、これを無視ないし排除してなお有効なガバナンスを構想することにはかなり無理があるといわざるをえない。

しかしこのような場面で、無条件にこれらの社会規範に対して“法”としての地位を認めてその規範性を追認することは、「勝てば官軍」（または「長いものには巻かれろ」）式の発想に与することなのではないか。ある規範（体系）が実効性をもつという事実は、ただちにそれが高度な専門的知見を反映していることを意味しないし、ましてその順守によって当人や社会全体の厚生が改善されることを保障してくれるわけではない。またもちろん、理論上の権威から規範上の権威を無条件に導出することはできないのだから、たとえこれら三種の機能性が十分に満たされたとしても、そのことだけからこの規範（体系）の政治的正統性を導けるわけでもない。その意味で、規範の機能性を根拠にその法的地位を検討しようとする者は、“機能性”の内実や正統性の評価に関わるいつそう踏み込んだ基準を用意する必要があるはずである。

しかしそもそも、ある規範（体系）の機能性の実質を、事実上の実効性・拘束力以外の観点から——専門性の反映や効率性保障としての機能性を——誰がどのようにして判定するのだろうか。その測定や評価が政府によっていつでも適切になされるとは考えにくい（だからこそ各種の専門機関・組織の自律的な規範創造と運用とがしばしば崩壊的に追認されているのだろう）。その意味で、これら二種の意味での機能性を“法”の規範性の要

9) 前述の通り、今日機能的な“法”の多元性として注目を集めているのはむしろこちらの方である。

件とすることに、実質的な意味は乏しいように思われる。また他方で、規範形成過程への利害関係者の実質的な参加保障という意味での民主的正統性をこれらの規範に要求することにも、当該社会規範の名宛人の範囲が国境を越えて拡大するにつれて、大きな困難が伴うことは容易に想像がつく。これらの障害を考えあわせるかぎり、これら非公式的規範の“法”的規範性の判定は、多少なりとも形式的ないし手続的な考慮によらざるをえないのではないだろうか。

この点で示唆を与えてくれそうなのが、前述の(3)または(4)の手法である。非公式的な規範体系が国家の統治機関とは独立に規範の形成と実施、紛争処理の仕組みを発展させ、その機能性や正統性を拡充していくならば、たとえこれら個々の規範が直接国家法体系に統合されておらず、その内容に対する規律が期待できない場合でも、それらは実質的にはより“法”に近い体裁を獲得する、と考えられるのではないか。仮に法と非法との差異を絶対的なものではなく相対的なものとしてとらえる視点をとるならば、ここには、国家の統治機関とは独立に形成され運用されてきた社会規範が、“法”に準じる扱いを受けべきものへと進化する中間的な状態を認めることができるのではないだろうか。国際私法における準拠法の選択対象の拡大の企て¹⁰⁾、行政法学上の「開かれた正統性」や「グローバル行政法」(Global Administrative Law: 以下 GAL と表記)の概念¹¹⁾は、この問題関心に先鞭をつけるもののように思われる。

6. 法の資格要件の再検証

以上の考察は、翻って法理論上の反省をもわれわれにうながしている。

グローバル化の進展とともに多元的に形成されてきた機能的な非国家的社会規範のなかには、それ自体国家法の体系に組み込まれることなく“法”としての(少なくともそれに準じる)地位を認められるべきものが含まれている。そのような見方を支える法理論が必要なのだとしたら、既存の法理論はこの要請に応えることができるだろうか。それとも、そのためには従来理論に対し根本的な改訂を施すか、まったく新しい法理論を構想しなければならないのだろうか。従来法理論は、国家法か否かという問題とは独立に、法と

10) 横溝大「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察——序説的検討——」『筑波ロー・ジャーナル』第6号、2009年、3-30頁。

11) 藤谷武史「多元的システムにおける行政法学——アメリカ法の観点から」『新世代法政策学研究』第6号、2010年、141-160頁、原田大樹「国際的行政法の発展可能性——グローバル化の中の行政法(1)」『自治研究』第88巻第12号、2012年、88-90頁。

非法との識別方法を提供できるのだろうか。政府機関による公式の政治的決定だけに法源を限定する従来のわれわれの“常識”は、その限界を指摘されながらも今日までわれわれの法理解と法実践とを深く規定してきた。しかしここまでの考察が示唆しているのは、国家の役割をこれまでになく限定的・相対的にとらえなおす法理論の必要性なのである。

国家法によって漠然と表象される法のとらえ方が行き詰まる一方、世界政府や「国家なきグローバル・ガヴァナンス」の確立もまた今日明日には期待できそうにない。このような状況のなか、今日の法理論が引き受けるべき課題の一つは、法にとって「国家」の何が必然的であり、何がそうではなかったのかを、これまで以上に慎重に見極めることだろう。ここでその詳細に立ち入る用意はないが、探求の糸口と見通しを概観することで本稿を締めくくることにしたい。

制度的自律性、機能的有用性、規範的正統性

筆者の理解では、従来の法理論は法の資格要件 *legality* を問うにあたり、法の制度的自律性、機能的有用性、規範的正統性のいずれを重視するかに応じて、大きく三つに分けることができる¹²⁾。たとえば、H.L.A. ハートの法概念の構想は、国家法がそれ以外の社会規範からの自律性をどのようにして確保しているのかという関心から、一次ルールと二次ルールの結合という制度構造に着目することになった¹³⁾。またロン・L. フラーの合法性原則の構想は、法の中心的機能が中央政府からの統制的指令の伝達にではなく、人々の自発的で多元的な相互調整活動のための安定した規範環境を提供することにあるという洞察を足場に築かれてきた¹⁴⁾。またさらに、司法的裁定の正当化論を法学の中心課題として掲げるロナルド・ドゥオーキンの理論は、強制的な統治権力の行使を個別具体的な事例に即して基礎づける道徳的理由の源泉として、法の可能性を描き尽くすことを目指してきた¹⁵⁾。これら法理論への三つの接近手法は、各々が他に置き換えられない固有の意義をもっており、いずれかが他よりも基礎的であるとか、また他を優越的に包摂するということはない。「どんな規範を法として認めるか」を問うに際し、その構造的特徴に着目するか、社会的役割を強調するか、あるいはそれを支える価値理念を重視するかは、本来権利的に同等であるというべきだろう。

12) ここでは *legality* に法と非法とを識別する基準、という最も広い意味をもたせ、法（として）の資格要件という訳語をあてることにする。

13) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd edition), Clarendon Press, 1997 (矢崎光圀訳『法の概念』みすず書房、1976年)。

14) Lon L. Fuller, *The Morality of Law, revised edition*, Yale University Press, 1969 (稲垣良典訳『法と道徳』有斐閣、1968年)。

15) Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1996 (小林公訳『法の帝国』未来社、1995年)。

法の資格要件から“国家”を切り離す？

以上三つの法理論上の着眼点に即して考えるならば、法と国家の関係はこれら代表的な法理論家たちがみずから想定していた以上に（？）緩やかなものとして相対化できるのではないか。

たとえばハートの法理論は、国家法が他の社会規範や制度からどのように識別されてその制度的自律性を保障されているのか、という関心を出発点にしていた。承認・変更・裁定のルールという統治機構内部の授権構造を連想させる二次ルールが一般的行為規範としての一次ルールを規律する、という公法的な構造を“法”の要件としたことにもその関心が反映されている。

しかししばしば指摘されてきた通り、一次ルールと二次ルールの制度的構造化自体は国家法固有の特徴ではなく、一定の規模と継続性をもって活動する組織や機構（宗教組織や大学、業界団体など）の内部規範にも広く認められる。これを国家法の模倣と見るべきかどうかはともかく、組織内のガバナンス能力を高め、内外への答責性を高めるためにこうした構造化が進むことは決して不自然なことではない。もちろん即座にこれらの社会規範を“法”とみなすべき理由にはならないが、国家法と構造的に類似した内部規律の仕組みを整えた組織や機構は、それを欠いた団体に比べれば、国家法との接合や調整の可能性をより広くそなえているといえるのではないか。言い換えれば、自律的に形成・運用されてきた機能的な社会規範の体系であっても、その構造上の類似性が国家法との接合や直接的・間接的な調整を進めるための重要な足がかりになる可能性があるように思われるのである（「開かれた正統性」論の一部、または GAL はここに関心を向けている）¹⁶⁾。

またフラーの法理論についても、彼の合法性原理の八要件——一般性、公知性、遡及法の禁止、明確性、無矛盾性、実行可能性、安定性、公権力行使との合致——は、『法の道徳』第二章におけるレックス王の寓話にみられる通り、法による国家統治を成功させるための基本条件として提示されていた。したがって、これがもともと国家法の理論として構想されていたこと自体に疑いの余地はないだろう。しかし個々の要件の内容をみれば、「公権力行使との合致」を除く他の七要件は国家的な統治機構の存在をはじめから前提にしておらず、社会規範一般の機能要件として解釈しなおすことにそれほど無理があるわけではな

16) またデトレフ・フォン・ダニエルズは、ハートの法理論の再解釈を通じて非国家的社会規範システム間の関係を調整する抵触法的な機能を法の概念に組み込むことができると論じている。Detlef von Daniels, *The Concept of Law from Transnational Perspective*, Ashgate, 2012 をみよ。なおその紹介と検討は、浅野有紀「法多元主義と私法」（平野仁彦、亀本洋、川濱昇編『現代法の変容』有斐閣、2013年、127-151頁）に詳しい。

17) 「公権力の行使との合致」要件についても、これを団体の運営活動に関わる一種の“言行一致”の要請、あるいはその要請の実効性を保障する団体内外の手続（内部監査や内部告発、異議申し立ておよび紛争処理の諸制度）と解釈しなおせるのであれば、必ずしも除外しなくてもよいかもしれない。

い¹⁷⁾。また、フラーの法理論がもともと中央統制的な社会制御ではなく、多様な社会的行為者間の自発的な相互行為を通じた多中心的で動態的な秩序形成を志向するものだったことを考えあわせるならば、機能的な社会規範の“法”的性格を測定する尺度として彼の合法性原理を参照することは、必ずしもその核心部分を大きく損なうものではないだろう。この見方は、フラーの示した合法性要件（の一部）を、非政府的組織・機関が自身の創造・運用する規範体系の機能要件として自覚的に受容する可能性、あるいは政府がこれらの組織・機関にその受容を求める可能性を開くことにつながるのではないだろうか。

たとえばベネディクト・キングズバリーは、GALの範疇に従来の国家法・公式法には含まれなかった非公式的社会規範が多く含まれていることを強調し、主にハートの法理論を参照しながらその法的性格とその限界をとらえるための法理論の必要性と可能性について論じている¹⁸⁾。それによると、GALの法としての資格要件をハート的な観点から検討する場合、すべてのGAL規範を包括的に視野におさめてその法的地位を確定する統一的な承認のルールが欠けていることは争えず——多くの規範が国家をはじめとする公的機関によって定められているにもかかわらず——、その点では国家法・公式法と同等の制度的自律性をこれらに認めることはできないだろう。しかしながら、GALに制度的構造化の契機が完全に欠落しているとまで断言することはできない。むしろそこには多様な団体・組織がそれぞれ独自の規範認定の慣行を発達させており、ここに未統合ながら承認のルールの萌芽を認められるのである¹⁹⁾。

しかし従来、GALを論じる研究者たちはこうしたハート的な制度的構造化の問題以上に、国家法としての公法特有の属性、制約、規範的加担が非国家的・国際的／国家横断的な諸規範のなかで模倣されていることの方に注目してきた²⁰⁾。キングズバリーはこうした模倣を通じて社会規範が帯びることになる「公共性 publicness」こそが、GALに法的な資質と地位とを与えるものだと考えている。彼の説明によると、法の「公共性」は、それが社会全体によって構想・整備され、またその利害関心に応答するものであることを表している²¹⁾。この要請は、場当たりのな決定を除外しないという意味ではルールの存在を前提に

18) Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law,” *The European Journal of International Law*, Vol.20, No.1, 2009, pp.23-57 をみよ。

19) 同 29-30.

20) 「たしかに、グローバルな空間内で公的権威が行使される際には公法規範に随順すべしという主張には、ハートよりもフラー的な色彩が強いようにみえるかもしれない。しかしながら、むしろ潜在的にはハートの法概念中の上述の諸要素の方がはるかに近いものがある。承認のルールを、公法に内在する（また対照素材の例証する）公共性要求を満たす規則や制度だけが法として認められうるのだ、という約定を含むものとして理解すればよいのだ」[同 30]。ただし、「模倣」という語法は筆者の解釈によるものであり、キングズバリー自身のものではない。

21) 同 31, 40-41.

した一般性 *generality* の要請よりも緩やかな基準だが、(狭義の) 合法性 *legality* や合理性 *rationality*, 比例性 *proportionality*, 法の支配 *rule of law* ²²⁾, 人権 *human rights* といった公法上の諸原則への準拠を求めることになるだろう。

彼は GAL の法的資格を組織規範, 実体規範, 手続規範の諸側面に分けて検討するなかで, フラーの合法性原則 (法の内在道徳 *the inner morality of law*) が国内公法において果たしている規律機能と似た役割を, GAL のなかでは「公共性」の概念が果たしていると論じている ²³⁾。それによると, 規範の明確性や事前の公布などの要求を GAL が忠実に守ることには相当な困難がともなうものの, 同様に法内在的な「公共性」原則への志向がこれを補う役割を担っているのである。キングズバリーは, 民間の組織・機構が自律的に進展させてきた国際的な規範や基準の創出と運用 (「私的な秩序形成 *private ordering*」) と総称される) についても, それらが地球規模での政治的・制度的基盤を欠きながらも高度な専門的言説と社会経済的ネットワークによって高い機能性を付与されていること (ただしここでも「機能」の意味は不明確である), またつねに公式的な秩序形成過程と相互依存的な仕方で行われていることを指摘し, そのかぎり「公共性」の要請に服する可能性が生み出されていると論じているのである ²⁴⁾。

規範的正統性保障という難問

これらの議論と比較して, 非国家的社会規範への適用に最も困難を抱えているのが規範的正統性の側面からみた法概念である。従来, 法の規範的正統性への関心は, 統治権力の強制的性質・服従要求にその根拠があると考えられてきた。法が規範的権威性を主張して服従を要求し, それを拒む者には権力的な強制で応える存在ではなかったならば, そもそもその正統性が問われる必要もなかっただろう。他方, 本稿が目撃してきたのは, 国家の統治権力とは無関係に形成され, その強制力には原則として依存することなく適用範囲と実効性を拡大してきた諸規範 (の体系) である。このような規範秩序について, 国家法・公式法と同様の仕方で行うことは, ほとんど範疇上の誤謬を犯すことになるのではないだろうか。

しかしながら, 「私的領域において形成されてきた諸規範はすべて関係当事者の合意があったと推定されるのだから, これに公権力が強権的に介入・干渉することは許されない」

22) キングズバリーは主に手続的・形式的に理解された原則——規範形成機関による規範適用／執行機関の制御——を念頭においており, 本稿での用法とは異なる。同, 33。

23) 同 38-41。なお, フラーの合法性原則が国内公法において果たしている役割について, キングズバリーは全面的にデイヴィッド・ディーゼンハウスの理解に依拠している。David Dyzenhaus, “The Concept of (Global) Administrative Law,” *Acta Juridica*, 2009 をみよ。

24) 同, 52-55。

という旧態依然の公私区分に依拠して、その正統性を問う可能性そのものを放棄してしまうわけにいかないことは、(もはや国内法の領域においてさえ)明らかだろう。今日のグローバル化、情報化の進展にともなって発展してきた機能的な非国家規範のなかには、一般の人々の活動に選択の余地を残さない形で——したがって市場的な淘汰圧を被ることなく——影響を与えるものや、きわめて公益性の高い活動を規律しようとするものが増えつつある。これらの規範を“法”の名で呼ぶべきかどうかはともかく、これらに対して法に準じる規範的正統化を要求すること、あるいはそれらの形成や運用の過程を正統性保障の観点から規律する何らかの法的技術を考案し適用していくことを、頭から拒絶するわけにはいなくなっているのではないだろうか。

ドゥオーキンをはじめとする法の規範性に力点をおく今日の法理論には、この問いに答える用意があるだろうか。現状においてはどれほど非現実的であっても、多元的に形成されてきた非国家的規範(のうちの主要なもの)とそれに規律された諸活動のあいだに整合性と一貫性を見出していこうとする試み(グローバル憲法・グローバル民主政への志向)が基本理念として掲げられる必要があるのだろうか。それともそれは、ようやく端緒についたばかりのグローバル・ガバナンスの企てをかえって妨げてしまうことになるのだろうか。あるいは、多元的に形成されてきた非国家的規範が、国家的規律の及ばないまま実質的な強制力をともなって種々の活動領域を規律していくことを受容し、むしろ促進していくべき積極的な理由を探求するべき時期にさしかかっているのだろうか。

たとえばマティアス・クム²⁵⁾によると、国際公法学におけるグローバル憲法学は、国際公法実務の(外見上の)多元性のなかに整合性を見出そうとする解釈的な企てであり、その核心は確定された憲法規範の解釈ではなく、断片的に与えられた多様な規範群を解釈する際の前提となる認識上の枠組を提供することにある。言い換えれば、法源も多様であり、内容的にも整合性を欠いているようにみえる規範群を前にしてもなお、「そこにも憲法的規律が作用している」という想定をもってそれらを整合的に理解するための枠組みを提供するのがグローバル憲法学の役割なのである²⁶⁾。この能動的な解釈作業を通じて見出される憲法秩序——政治秩序の基礎をなす「正統な公的権威の全体論的構成を可能にする

25) Matias Kumm, "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State," in: Dunoff and Trachtman, ed., *Ruling the World: International Law, Global Governance, Constitutionalism*, CUP, 2009.

26) クムは国内法の文脈で前提にされてきた立憲主義(大文字の立憲主義 Constitutionalism)と国際法における立憲主義(小文字の立憲主義 constitutionalism)——彼はこれを「コスモポリタン立憲主義」と呼ぶ——とを区別し、後者の企てをこう描写している。「国際法またはその一部を整合的な法体系として記述し、そこに一定の国内憲法的な構造的特性があることを示す一方で、最終的な権威、国家機構の強制力、人民による自己統治実践とは接点をもたないものとする試み」[同 260]。

概念構造」²⁷⁾ —は、国内憲法のように「我ら人民 We the People」の意思による裏書きを必要としない。それに代わって、その形式、管轄権、手続、実体に関する諸原則（これが国際法上の合法性原則を構成する）こそが多元的な秩序形成過程を構造化し、嚮導する権威をこの国際的な憲法秩序に付与する、とされるのである²⁸⁾。

クムは、国民国家と人民の意思という観念にとらわれた国家主義的な立憲主義思想を脱却し、このコスモポリタンな立憲主義思想を採用したときに、はじめて国家法と国際法とを継ぎ目のない単一の正統かつ権威ある法として理解し実践できると主張する。このときその解釈的な方法の基礎におかれているのは、ドゥオーキンの「適合性 fit」の要請である²⁹⁾。しかしながら、彼が解釈的に統合できると考えているのは、あくまでも既存の国家法秩序（国内憲法秩序）と国際公法秩序からなるグローバルな公式法秩序の多元性である。本稿が注目した、非国家的・非公式的な社会規範の多元性まではどうやらその視野に含まれていない。このことが示すのは、クム＝ドゥオーキン流の方法によって正統性を付与できるのはあくまでも国家・公式法体系内部の法・規範であって、その体系外で形成・運用されている非国家的・非公式的な規範ではない、ということなのだろうか³⁰⁾。

7. 小括

ここまでみてきたように、今日のグローバル化の進行にともなう機能的な規範の多元性は、それらの規範を“法”とみなすべきか否か——この状況を“法”の多元性としてとらえるべきかどうか——という問いをめぐり、その前提となるべき法の資格要件をめぐる法理論上の考察をうながしている。この事態のなかで従来とはまったく異なる新たな法概念が要請されている、という見方には筆者は必ずしも与しないが、それでも法の資格を国家法的性質から独立に検討するためには、法の制度的自律性要件、機能的有用性要件、規範的正統性要件のいずれの観点からも従来 of 法理論の成果を再検討し、修正を加えていく余

27) 同, 322.

28) 同, 268, 269.

29) 同, 262 (注10).

30) ドゥオーキン自身、国際法の法的資格について論じた最晩年の論考のなかでも徹底して現在の主権国家体制の枠内にその議論を限定している（ただし彼の議論はクムの包括的な主張と異なり、あくまでも国内法秩序における国際公法の規範的地位の検討に力点がある）。これは明らかに、ドゥオーキンにとって法の資格要件と規範の権力的強制の正統性とが分ちがたく結びついていることの反映だろう。Ronald Dworkin, “A New Philosophy of International Law,” *Philosophy & Public Affairs*, Vol.41, 2013, pp.2-30 をみよ。

地があることは認めざるをえないだろう。特に、規範的正統性への問いを通じて法の概念を構想しようとする試みは、少なくとも“強制”という契機についてのより開かれた接近手法の採用を（つまり“強制”概念を従来よりも拡張的にとらえる見方をとった上での考察を）、あるいは強制という契機そのものを相対化した新たな規範的正統性の理念の構想を（“強制”をともなわない規範をも視野におさめた正統性の概念の探求を）、求められているように思われるのである。