

グローバル化と公法・私法の再編

— グローバル化の下での法と統治の新たな関係？

藤谷 武史

概 要

「グローバル化」は法にいかなるインパクトをもたらすか。本稿は、近代以降の法および法学が前提として観念しえた〈国家〉と〈社会〉と〈法〉の結合が、国家の規範的地位によってではなく、国家という単位で行われる問題解決作用（統治／規制）を媒介とした再帰的プロセスによって実現していたとの認識に基づき、社会の諸領域が機能分化しつつ国境を越える結果、国家と社会の1対1対応が崩れ、これに伴い国家と法の結合の自明性も疑われるようになったことが、国家法の優位に対する非国家法規範の妥当性要求や、公法的統制が曖昧な超国家的統治の実効性が強調される状況をもたらすと理解し、これを法にとっての「グローバル化」と呼ぶ。この意味での「グローバル化」への法学の対応は様々であるが、その差異は、公法・私法のカテゴリー的区別ではなく、法の正統性と法の多元性に関する構想の対立に由来することを示す。その上で本稿は、グローバル化の下での法にとっての「国家」の機能的把握による再定位の可能性を示唆する。

キーワード

グローバル化、統治、公法と私法、法の正統性、機能的法多元主義

はじめに — 本稿の目的

本特集に寄稿された各論攷は、グローバル化と国内法秩序の交錯という共通の問題設定¹⁾に対して、国内公法、国際公法、国際私法、法哲学と私法理論、政治哲学の観点から、各分野に固有の議論の蓄積を踏まえた上で新たに議論を展開するものであり、それぞれが独

1) 藤谷武史「特集にあたって」社会科学研究 65 巻 2 号所収。

立した専門論文としての吟味に堪え得るものである²⁾。

これに対して、本稿は、本特集の各論攷に表れた議論の着眼点や力点の置き方の相違を一つの手がかりとして、「グローバル化と公法・私法の再編」という本特集の問題設定の解題を試みたい。「グローバル化と法」を巡っては、(最近になって漸く)我が国においても多様な議論が登場していることに鑑みても³⁾、敢えて「公法と私法」という分析視角を設定したことの意味を明らかにする必要がある。本稿の議論を通じて、「公法」「私法」という分類そのものが重要なのではなく(これらはいわば触媒に過ぎない)、その背後に明示的・默示的に存在する、——グローバル化の下で改めて認識されるべき——、法の認識枠組みを巡る緊張関係を析出することができれば、本稿の企図はひとまず成功することになる。

本稿の構成は以下の通りである。第1に、「グローバル化と公法・私法の再編」という問題設定が置かれた文脈——法にとっての「グローバル化」の意味——を再確認する。いわゆる「グローバル化」の諸現象については本特集冒頭でも略述したところであるが、それがいかなる意味でわれわれの法(学)にとって根本的な問いを提起するものであるか、を掘り下げる。考察の結果、近代以降の法学がひとまず前提として観念しえた、〈国家〉と〈社会〉と〈法〉の相互関係を相対化・流動化させることが、問題の本質であることが示されるであろう(第1節)。

次に、本特集の各論攷がそれぞれの関心から掘り下げた考察を踏まえ、法の〈正統性〉と〈多元性〉を鍵概念として析出し、第1節で確認した【〈国家〉と〈法〉と〈社会〉の相互関係】という構図の中に、これらを位置づける。ここで、〈統治/規制〉の手段としての法⁴⁾、という契機が改めて強調される。その上で、「公法・私法の再編」という問題が、法体系としての公法/私法という境界線ではなく、法の権威——人々が、それが〈法〉であるという理由で、それに従う(べきとされる)という意味での——の基礎を何に求めるか、

2) 勿論、相互の連携を欠くという趣旨ではない。本特集の実現に至る準備段階で、コア・メンバーとなる執筆者(浅野、那須、原田、横溝、藤谷)は意見交換を重ね、2013年11月16日開催の日本法哲学会学術大会ワークショップにおける報告等の機会を経てきた。既発表の成果の一端として、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88巻12号(2012年)80-100頁および横溝大「行政法と抵触法—グローバル化の中の行政法(2)」自治研究89巻1号(2013年)128-141頁がある。

3) 但し、過去20年以上、公法・私法ともにヨーロッパ化という大きな変動に直面してきた欧州各国とは異なり、日本においてこの問題がいかなる relevance を持つのかは、改めて立ち止まって考える必要があるように思われる。

4) 行政規制という意味での狭義の規制ではなく、私法をも含めた「規制」の語を用いている。例えば参照、松尾陽「規制形態論への前哨—規制の分散化と規制作用の静態的分析」近畿大学法学60巻1号(2012年)119頁、藤谷武史「《多元分散型統御》とは何か?—法(政策)学への貢献の可能性」新世代法政策学研究20号(2013年)113-170頁。

という問題に関わることが明らかとなる。もとよりこの問題は、法理論上の難問であるが、グローバル化は実定法秩序が暗黙の前提としてきた国家中心の実定法制度および規範構造を流動化・流動化させ、こうした法理論の問題を再考せざるを得ない状況を作り出しており、それが法理論のみならず、実定法上も無視できない重要性を有する、との認識が示されるであろう（第II節）。

I. 「グローバル化と公法・私法の再編」が置かれた文脈と課題

1. 「グローバル化」の捉え方

「グローバル化」の語は、それをを用いる者が持つ前提や関心によって、様々な意味を持ちうる。国内法に対する「グローバル化」のインパクトを論じる本稿においては、【国家の単位で仕切られた（＝国境と国籍によって外部とは区別された）〈社会〉と、当該社会に妥当しこれを規律する〈法〉秩序、の1対1対応が崩れる状況】を、狭義の「グローバル化」と捉えることにしたい。この定義は、（広義の）グローバル化と呼ばれる事象の多くとは区別される。例えば今日「国境の壁が低くなった」と比喩的に語られる現象は、交通手段の容易化・安価化、冷戦終結後の国際政治的・軍事的安定性の高まり（また、逆説的に、非国家的暴力組織による脅威の増大）、出入国管理法制の緩和（相互主義に基づく査証免除など）、国境を越えたサプライチェーンの発展、物流ネットワークの高度化・高速化、関税および非関税障壁の低減ないし撤廃、経済のサービス化・ヴァーチャル化（特にインターネットの展開およびそれに対応した経済構造の変化）など、物理的、経済的、政治的、法的その他の諸要因の複合的な帰結として現前している。しかし、国境を越えた人・モノ・情報・資本の移動がいくら活発になったとしても、それらが主権国家単位で形成・適用される各国法（の組み合わせ）および（主権国家を当事者とする）国際条約によって規律されているのであれば、近代以降の法にとっては殊更大きな変化とは言えない。例えば、クロスボーダー取引については当然のように複数国の法の適用が問題となるが、各国法平等の考え方にに基づき、法律関係ごとに適用される準拠法を選択・決定する各国国内法⁵⁾としての抵触法規範⁶⁾を媒介として、したがって国家法の枠内で、処理がなされてきた（グ

5) 国内法としての抵触法（国際私法）という考え方の成立については、横溝大「国際私法—国際社会における他の法秩序との調整」南野森編『法学の世界』（日本評論社、2013年）240頁（243-246頁）、および横溝・後掲注6法律時報論文を参照のこと。

6) （外国私法が準拠法とされうるのに対して）外国公法については属地主義の考え方にに基づき適用しない、という

ローバルな経済活動を国家法単位へと分節した上での規律)。また、伝統的な国際公法は、国家（および国際条約で明示的に法主体性を与えられた国際組織）のみを権利義務の主体とすることで、各国家単位の〈法〉が各々の〈社会〉を規律する構造と併存し、むしろこれを強化してきた。

ただし、広義の「グローバル化」が法にとって無関係というわけでは全くない。広義の「グローバル化」現象の結果、法が規律する対象である〈社会〉を、国境・国籍といった〈国家〉の単位で切り分けて規律することが困難ないし非現実的になることを意味するからである。例えば、国境を越えて濃密な取引ネットワークを形成する商人たちは、取引を繰り返す中で（広義のグローバル化）、相互に合理的と思われる慣習を形成し、実践の中で次第にこれに従うべきとの規範性を認めるようになるかもしれない。このとき、どの国家法も、この取引ネットワークの広がりやその利益状況と1対1に対応していない。この結果、この新たな（機能的）部分社会に（どの国家法よりも）適切に対応する自生的な法（*lex mercatoria*とも呼ばれる）が存在するのであるから、この非国家法が適用されるべきであるとの主張⁷⁾が、一定の説得力を以て認識される状況が生じている（狭義のグローバル化）。同様のことは、競技大会で世界中を転戦するアスリートとそれを取り巻く運営者・スポンサー等からなるスポーツ組織の規範（例：ドーピング検査とスポーツ仲裁裁判所）⁸⁾や、インターネット上の慣行から生じたルールなど、国境を越えた取引・活動が行われる様々な領域に見られる。また、本特集の大西論文⁹⁾が明快に描写するように、越境労働者という形での（国家単位の法によって規律された）人の移動という「事実」（広義のグローバル化）が、今度はその労働者が出身国に残してきた家族構成員との間に、「国境および移民法制によって分断された家族」という新たなカテゴリーを作り出し、国家法が規律対象とする〈社会〉（その構成要素の一つである「家族」）の広がりや整合しなくなる状況（狭

考え方も一つの抵触法規範とみることができる。この点、本特集の横溝論文（横溝大「グローバル化時代の抵触法」社会科学 65 巻 2 号所収）が示すように、グローバル化への対応は、抵触法における伝統的な公法／私法二元論の相対化ももたらさう。さらに参照、横溝大「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向－抵触法と国際法との合流について」法律時報 85 巻 11 号 26 頁（2013 年）、桜田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第 1 巻』（有斐閣、2011 年）27 頁以下〔横溝大〕。

7) あるいは取引社会のニーズを最も満たす国家法を自由に準拠法指定することを認めよ、という議論も有力に主張されるようになる。自生的非国家法の主張、自由な準拠法指定、等を、私法が国家法単位に分断されている現状に対する私的アクターの対抗策として位置づけるものとして、Florian Rödl, *Private Law Beyond the Democratic Order? On the Legitimacy Problem of Private Law "Beyond the State"*, in *BEYOND THE STATE: RETHINKING PRIVATE LAW* (NILS JANSEN AND RALF MICHAELS (EDS.)), 2008).

8) スポーツ法 (*lex sportiva*) は、グローバル化の下での法多元主義の重要な素材を提供している。参照、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 6 号（2009 年）3 頁。

9) 大西楠・テア「グローバル化時代の移民法制と家族の保護－家族呼び寄せ指令とドイツの新移民法制」社会科学 65 巻 2 号所収。

義の「グローバル化」)を作り出す。

このように、人々の活動や関係性（本稿ではそれらが織りなす複合体を極めて大雑把に〈社会〉と呼んでいる）のうちの重要な部分が国境単位で完結しなくなると、これら活動や関係性を規律する法が相変わらず国家単位で形成され適用され続けることの妥当性が自明視されにくくなる¹⁰⁾。とりわけ、既存の国家法の内容（それが適用された場合の帰結）に不満を持つ人々は、この法の権威を疑い、これに挑戦する動機を強めることになるだろう。

2. 国家・社会・法の関係？

以上のような変化は、法にとって重大な意味を持つものだろうか。そもそも近代国家成立以前にも「法」は存在したのであり、法の存立にとって国家の存在は必然ではない、とも言える。また、法理論的にも、国家と法の関係はかなりの程度相対化の余地がある¹¹⁾。しかし、少なくとも以下の2点において、近代法は国家と密接な関係を有する（有してきた）と考えられる。

(1) 法の規律対象／機能条件としての〈社会〉と国家

第一に、法が規律対象とする〈社会〉自体が、（統治機構としての）国家や法に先立つ実在として存在するとは限らず、むしろ国家の存在と活動（統治作用）を通じて一つの単位（共同体としての国家）として統合されるという側面を否定できないように思われる¹²⁾。もちろん、国家以前に存在する共通の言語や文化によって生じる自然的な単位もありうるが、共通の歴史や象徴という人為的な「物語」の助けも借りつつ、或る領域的・人的範囲が観念的なまとまりとして意識され、かつ、現実にも、その範囲が様々な利害調整や問題解決の単位（unit）として実際に機能する（例えば、領域や国籍は所得再分配制度の適用範囲を画する）という経験的事実によって、構成員間に共通の利害関係が生成・強化されるとともに、当該単位への帰属意識＝アイデンティティが再確認され、それがさらに、人々が当該単位を通じた問題解決への期待を強める、という再帰的なプロセスであるようにも

10) もちろん、従来から、国内社会の文化的・価値的多元性を念頭に、国家単位での統一的な法の妥当性に疑問を示す立場は存在した（本特集の浅野論文はこれを機能的法多元主義との対比で共同体的法多元主義と呼ぶ。浅野有紀「私法理論から法多元主義へ—法のグローバル化における公法私法の区分の再編成—」社会科学研究 65 巻 2 号所収）

11) 那須耕介「グローバル化は法概念の改訂を求めているか？」社会科学研究 65 巻 2 号所収。

12) なお参照、高橋信行『統合と国家—国家嚮導行為の諸相』（有斐閣・2012年）。

思われる¹³⁾。こうした領域的・人的範囲（社会）が集団的な〈問題把握—解決〉の単位として人々に認識されていることが、その範囲内における法の等しい適用を要請するとともに（法の下での平等）、法の一律的受容を促す契機としても働くと思われる¹⁴⁾。すなわち、少なくとも近代以降、国家は、〈法〉が規律対象とする〈社会〉として認識される領域を再帰的に構成し、〈法〉が安定的に機能する前提条件を提供することによって、（いわば社会を媒介項として）法と密接に結びついてきたと言えるのではないか¹⁵⁾。

(2) 法の正統性の淵源としての〈社会〉と国家

第二に、名宛人の同意に抛らない強制の契機を伴うことに法の重要な存在意義が存するところ¹⁶⁾、個人の尊厳や自由を前提とするならば¹⁷⁾、かかる強制が事実上受容され規範

13) これが再帰的（自己増幅的）プロセスであることの端的な例を、先進各国の税制（特に所得再分配的な累進所得税）の拡充が、国家単位での総力戦を支えるために正当化された戦時財政を契機として実現し、それが戦後の福祉国家を支えた、という経験に見出すことができる。仮に国家が問題解決の単位としての機能を著しく低下させてもなお、人々が「国家という単位」にアイデンティティを感じ、その単位での「社会」として統合されるかには、疑問の余地無しとしない（もっとも国家が実質的（実利的？）機能を低下させつつある現代にこそ、かえって国家の象徴的契機が過度に強調される、という逆説を、我々は目撃しつつあるのかもしれない）。

もちろん、本文の記述は、「社会」の在立にとっておよそ国家という装置が必要不可欠であるという主張ではないことに注意されたい（何らかの自律的秩序を（ゲームの均衡として）成り立たせるに足りる共通知識が構成員の間に存在する領域を「社会」と呼ぶこともできよう。この意味での「社会」の存立は国家の介入に必ずしも依存しない。なお参照、藤田友敬＝松村敏弘「自律的秩序の経済学」中山信弘編集代表、藤田友敬編『ソフトローの基礎理論＜ソフトロー研究叢書 第1巻＞』（有斐閣、2008年）13-41頁）。これは単に、近代以降、強力な財政基盤と行政機構に支えられた国家が他を圧倒する問題解決能力を示したことが、「国家」という単位で社会が統合された（と認識された）背景にあったというに過ぎない。これに対して、グローバル化の下、ある種の課題については国家という単位ではうまく対応できなくなっている（しかし別の多くの問題については引き続き国家が対応している）という状況があり、これは国家法の機能、ひいては法の権威や正統性にも関わる、というのが、以下の議論である。

14) 他方で、慣習法については国家法に従属しこれを補完する地位が認められるのが精々のところである。さしあたり参照、桜田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』（有斐閣、2011年）77-96頁〔石川博康〕。

15) 法典化の持つ政治的含意についても贅言を要しまい。例えば参照、大村敦志『法典・教育・民法学—民法総論研究』（有斐閣・1999年）、金山直樹『法典という近代—装置としての法』（勁草書房・2011年）。

16) 本文は規範的な側面から「強制」を論じているが、機能主義的な観点からは別の問題提起も可能である。すなわち、①法が「 α であるべき」ことを命じている（規範的に強制している）が人々はこれを殆ど遵守していない（事実状態としては強制されていない）という状況、逆に、②法は「 α 」を命じていない（精々が「勧奨」に留まる）のに人々がそれに沿った行動をとらざるを得ない（事実状態として α が実現する）という状況、は、「法が α を明示的に命令すること＝強制」という理解ではうまく捉えられないようにも思えるところ、「強制」はいかなる意味で法の本質的特徴なのか（サンクションなき法や、公的な「勧奨」「誘導」の意味は何か）、逆に個人の自由を制限するがゆえに正当化を要する「強制」とは何か、という問題は、（本稿の論題であるグローバル化をはじめとする）統治における法の位置を考える上では重要になると思われる。機能主義的観点からこれらの問題への手がかりを与える業績として参照、飯田高「フォーカルポイントと法（一）（二）——法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学63号275頁、65号421頁（2006-07年）、同「サンクションのない法の効果」『法社会学の新世界』（太田勝造＝ダニエル・フット＝濱野亮＝村山真維〔編著〕、有斐閣、2009年）。

17) リベラリズムの立場である。See, e.g., JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993).

的に許容される根拠を与える、法の権威や正統性はいかにして調達されるか、という問題が生じる。ここで、近代法の主要部分が、社会が政治的に統合された単位としての国家の統治機構を通じて、その社会の集団的自己決定を擬制することが許されるような手続（民主政）を通じた政治的決定（立法）という形で産出されており、それが前段落で述べた国家の統治作用の基礎となってきたことは言うまでもない。すなわち、国家およびそれが産出する法は、社会から直接的に正統性を調達している。後述するように、この意味での国家法が、グローバル化の下で相対化されることは、見やすい道理である。

しかし、上記の民主的正統性のみに、法の権威ないし正統性が依存するかは、全く別の問題である。むしろ興味深いのは、実質的には司法作用によって形成される私法規範が、必ずしも民主的正統性に拠ることなく、法としての権威を以て受け止められてきたという経験的事実であり¹⁸⁾、国家と法の必然的結合を疑う法多元主義は、こうした認識を自らの論拠の一つとする¹⁹⁾。本稿も、国家や民主的手続は、法の正統性にとって重要かつ主要な回路ではあるものの、必然的なものとまでは考えない（後述 II.2.）。ただし、上記（1）に述べた意味での国家の統治作用が介在することで或る領域的・人的範囲が〈社会〉として統合され、その内部では利益状況が均質化している（と人々に認識される²⁰⁾）のであれば、「その社会に適用されるべき法とは、当該国家において（民主的に正統化された立法者か、少なくとも国家機関としての裁判所によって）形成された法であって、それ以外の法（当事者が任意に選択した外国準拠法や非国家法規範）ではない」という議論が、一定の説得力を持つことは否定しがたいように思われる。ここでは、共通の利益状況にある社会に等しく適用されるべき問題解決手段（司法²¹⁾）としての法は、その正統性を社会から調達している。そして、かかる〈社会〉が一つの単位として存在する（と認識される）背後には、上記（1）に述べた国家の統治作用を通じた〈社会〉統合の契機がある。このような意味で、司法作用の局面においても、法（の正統性）は間接的に国家の存在と結びついていることになる。

18) See, e.g., Ralf Michaels & Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in JANSEN & MICHAELS, SUPRA NOTE 7, pp.69-118; also, Nils Jansen & Ralf Michaels, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, JANSEN & MICHAELS, SUPRA NOTE 7, pp.15-67.

19) その明瞭な表現を、われわれは本特集の浅野論文（前掲註 10、特に II 節 2 項）に見出すことができる。

20) 我々がある関係や紛争を規律する法規範の内容（誰がいかなる権利や義務を有するか）を問題にする際には、その当事者のみならず、当事者と同様の状況にある者にも同じ法規範が適用されたとしてその結果が（各論者の評価基準に照らして）正当か、という評価を行うのが普通であると思われるところ、かかる評価の前提知識としての共通の文脈・状況が妥当する一定の領域的・人的範囲（本稿にいう〈社会〉）を想定せざるを得ない、というのがここでの議論である。

21) 公式の裁判所の判決のみならず、その影の下での和解や交渉など、広く、法の紛争解決作用全般を念頭に置く。これらの作用が社会秩序を保ち、統治作用の一翼を担うことは言うまでもない。See, Daniel Markovits, *Adversary Advocacy and the Authority of Adjudication*, 75 FORDHAM L. REV. 1367 (2006).

(3) 小括

以上の考察から導かれることは、①法の存立・機能や正統性にとって、国家の存在は論理必然的要請ではない（少なくとも本稿は、規範理論として「国家に依らない法」が成り立つ可能性を排除するものではない）ものの、②法の規律対象たる〈社会〉の形成——法が機能する前提条件の提供——について国家が事実上大きな役割を果たしていること、③直接的な民主的正統性の契機（立法）のみならず、国家の統治作用を通じて、司法が機能する前提となる共通の社会的利害状況が生成・強化され、これが（司法作用を通じて「解釈適用」の名の下に形成される）法規範の正統性の契機を、間接的に提供していること、の2点を踏まえれば、④近代以降の時代において、国家と法は、単なる偶然的な関係性を超えた結びつきを有すると考えられる、ということである。

そして、上記①～④の論理からは、⑤国家の統治作用が、問題解決能力（機能性・実効性）を低下させ、〈社会〉を一つの単位として統合する働きを弱めれば、【国家≒社会≒法】の結合²²⁾も弱まり、国家と法の結びつきも相対化される、ということが示唆される。これが、法にとっての「(狭義の) グローバル化」の本質である。

3. グローバル化による【国家≒社会≒法】連関へのインパクト

既に様々な論者が指摘するように、人・モノ・情報・資本の移動、さらにはそれらを組み合わせた活動のクロスボーダー化は、個々の国家の統治作用単独での問題解決の可能性を著しく限定しつつある。同時に、地球温暖化や（いわゆる失敗国家の領域を温床とする）海賊行為や国際テロ活動のように、ある国家の管轄内での統治作用の成否が他の国々にも不可避的に波及する程度が高まりつつある。これらは、かつては国家の領域と概ね一致して（させられて）いた〈共通の問題把握—解決〉の単位（unit）としての「社会」が、国境を越えた広がりを持つようになった（あるいは、実態との乖離が覆い隠せなくなってきた）ことを意味する。「政策実現過程のグローバル化」は、かかる状況を前にした国家や利害関係者たる私的諸主体が、統治作用の実効性を担保するために選択した不可避的な対応であったと理解できる²³⁾。しかしこの動きは、上記2(1)で述べた〈国家—社会〉の

22) 繰り返しになるが、この結合関係は論理的・規範的なものというよりは、国家の統治作用が人々にとって実効性を以て受容され認識されることを媒介として成立する事實的・機能的なものである。

23) 以上につき、藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力 — 公法学の課題」新世代法政策学研究 18号（2012年）267頁。ただし、例えば1980年代以降の国際的な資本移動の自由は、ブレトン・ウッズ体制の終焉と各国の通貨法的規制の緩和・後退がもたらしたものであり（参照、曾野和明「国際経済秩序と外国為替—公的規律の弛緩と通貨法の後退」ジュリ 1254号 80頁（2003年））、ここでも社会のグローバル化が国家に先行するというよりは、国家と社会の再帰的な関係が指摘できる。

再帰のプロセスが弱まることを意味し、その上に成り立っていた国家と法の結合関係を動揺させる。

但し、グローバル化は、国家と区別された社会が一体性を保ちつつ国家の領域を超えていく状況ではなく、むしろ従来は国家ごとの「縦割り」で統合されていた社会が、「縦割り」内部に包含されていた多様な活動領域が固有のダイナミズムに従って展開する中で機能分化²⁴⁾して生じた各々の「(機能的)部分社会」²⁵⁾として、各々に異なる速度と深度でボーダレス化してゆく状況として認識されるべきである。したがって、急速に「グローバル化」が進む機能領域がある一方で、相変わらず国家の単位に従う(従わざるを得ない)機能領域も存在する。例えば我々が生きる多次元的な生²⁶⁾のうち、かつては共同体的社会によって支えられ、今日ではそれを肩代わりした国家財政という単位に依存する社会保障制度によって支えられる側面は、今となっては国家から切り離されては在し得ない²⁷⁾。

さて、機能分化されボーダレス化する各領域(部分社会)の内部では、国家の単位とは必ずしも関わりなく利害状況が共有され、それに対応する何らかの「統治」作用を発展させることになる。その受け皿としては、国際経済法や国際環境法のように、国際条約を基礎としつつ派生的な法規範・決定(二次法の形成)をなし得る国際レジームや、国家の規制当局者間のネットワークを通じたグローバルな政策決定(例:金融の領域におけるバーゼル銀行監督委員会やIOSCOの役割)、私的主体による規形成(例えばIASCやISDAの役割)など、多様な存在形態があることが知られている²⁸⁾が、本稿の関心から指摘すべきは、機能領域ごとの〈問題把握-解決〉の仕組み(及びそれと共進化(coevolution))

24) Teubnerによれば、こうしたサブシステムへの分化(と国家法システムによる統御の限界)は、グローバル化を待つまでもなく、経済・技術等のサブシステムの性質上、必然的な趨勢であるとされる(例えば参照、グンター・トイブナー(村上淳一訳)「グローバル化時代における法の役割変化-各種のグローバルな法レジームの分立化・民間憲法化・ネット化」ハンス・ペーター・マルチュケ=村上淳一編『グローバル化と法』(2006年)所収)。こうした見解に対して「国民国家が持つ認識論的な文脈付与機能」を指摘するのがMöllersであるが(Christoph Möllers, *Transnational Governance without a Public Law?*, in: C. JOERGES/I.-J. SAND/G. TEUBNER (ED.), *CONSTITUTIONALISM AND TRANSNATIONAL GOVERNANCE*, 2004, 329-337), 本稿は、国家がそのような認識論的機能を有してきたことを承認しつつ、その機能は国家という単位で行われる統治作用の実効性(およびそれによる再帰のプロセス)に依存する(国家に論理必然的に備わったものではない)、という考え方に立つ。

25) 尤も、グローバルな価値・秩序を観念する側からすれば、国家単位の区切りこそ「部分社会」だと評価されるであろう。

26) 浅野論文(II節2項)がGoffmanを引用しつつ指摘する、個々人の生の多次元性を保障するプライベートの機能は、多くの論者(See, e.g., Christoph Möllers, *Multi-Level Democracy*, *Ratio Juris*, 24 (3), September 2011, pp. 247-266)が示唆するように、デモクラシーを支える我々のアイデンティティの多元性と通底すると思われる。

27) ただし、本特集の原田論文(後掲注30)が指摘するように、社会保険に関する二国間協定の動きはある。社会保険に内在する保険原理と扶助原理のうち、前者は国境を越えた地位の互恵的承認に馴染みやすいが、後者についてはどうであろうか。

28) 参照、原田大樹「政策実現過程のグローバル化と国民国家の将来」公法研究74号(2012年)87-99頁。

する、当該領域において公／私を横断する形で形成される専門家集団による認識共同体 (epistemic community) の存在) が、かかる「単位」への求心力 (及び、問題解決の単位としての国家の相対的地位低下) をもたらす²⁹⁾、ということである。すなわち、本特集において原田論文³⁰⁾が検討した「政策実現過程のグローバル化」と、浅野論文が検討した「グローバル化の下での機能的法多元主義の進展」は、単に「法のグローバル化」現象の2つの側面 (公法的側面と私法的側面?) として同時進行しているのみならず、相互補強的なプロセスとして作用していることに注意すべきである。

かくして、法以外の領域におけるグローバル化の諸現象は、それに伴い生起する諸課題の解決という不可避的な対応を通じて、法にとっての「グローバル化」をもたらす (繰り返しになるが、両者は一方向的関係ではなく、再帰的共進化の関係にある)。すなわち、統治 / 規制の単位としての【国家≒社会≒法】という結合関係が弛緩し、一方には従前どおりの【国家≒ (国家) 法】連関がなお存在し、他方には多元的な【(機能的) 部分社会≒ (機能的・自生的) 非国家法】連関が存在し、両者が併存・拮抗・衝突する状況が (領域ごとの濃淡を伴ってモザイク状に) 生じる、ということである。この状況を、法 (に準拠して行われる統治作用) をもたらす決定の〈単位〉という観点から捉えれば「政策実現過程のグローバル化」ということになるし、〈規範〉の側面から捉えれば、「国家法秩序と非国家法規範の間での多元的な抵触関係の発生」(機能的法多元主義論の問題設定) ということになる。

このような意味での「グローバル化」を、法学はどのように把握し、いかなる処方箋を用意しうるであろうか。次節では、「公法・私法の再編」という分析視角から得られた知見を手がかりに、暫定的な見通しを示すこととしたい。

29) こうして機能領域ごとに規範・価値が再帰的なプロセスを以て発展するとともに自己準拠性を強める状況は、国際法理論の側からは「国際法の断片化」として把握されることになる。参照、小森光夫「国際法秩序の断片化問題と統合への理論課題」世界法年報28号(2009年)3頁、佐俣紀仁「国際法における「断片化」概念の多様性に関する一考察—「断片化」概念の現状とその問題点—」植木俊哉編『グローバル化時代の国際法』(2012年)99頁。

30) 原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論—ドイツ「国際的行政法」論を手がかりとして」社会科学研究65巻2号所収。

II. 「公法・私法の再編」という問題枠組みからの知見

1. 「グローバル化」を法的に認識する方法？

(1) 「グローバル化」は法学が扱うべき問題か？

元来、法システム（実定法秩序およびそれを対象とする法学）は、法システムの外部と内部を峻別する傾向がある³¹⁾。法実証主義の立場からは、上述した「(狭義の)グローバル化」も、法にとっては単なる「事実」に過ぎない、という醒めた評価を受けるであろう。例えば、クロスボーダーの経済取引に対応して私的に形成された規範は、国家法秩序の観点からはせいぜい慣習法として国家法を補完する地位を認められるか、事実たる慣習として契約解釈等の参考資料とされるかに過ぎない。あるいは、バーゼル合意のような各国規制当局者の超国家的 (transnational) ネットワークで合意形成された政策は、国際法的拘束力のない事実上の存在に過ぎず、国家法秩序に取り込まれて法的効果を持ちうるのは、専ら国内法秩序が各当局者に与えた権限（必要に応じて立法措置がなされる）の賜物に過ぎない。このような見方を徹底すれば、グローバル化は国家法秩序の実践および認識に何ら影響を及ぼすものではない、ということになる³²⁾。

しかし、このような見方にはいくつかの問題点がある。

第1に、法学が、法の機能や帰結を全く度外視して法論理的整合性のみを問題とすべきであるとの極端な立場を採るのでない限り、法がそれ以外のシステム（市場、企業組織、家族、環境…）との相互作用の中で作動していることを視野に入れざるを得ず³³⁾、実定法律と判例以外の規範をも連続的に把握する視点は、むしろ実定法学が現実社会との relevance を保つ上で不可欠と言える³⁴⁾。重要な政策決定がますますグローバルなレベル

31) 本稿の依拠する理解としては、以下の拙稿を参照されたい。藤谷武史「法政策学」の再定位・試論—「新世代法政策学」の基礎理論の探求」新世代法政策学研究 9号 (2010年) 181-215頁、同・前掲注4論文、さらに、青木昌彦 (藤谷武史訳)「相互作用と個人予想を媒介する認知的メディアとしての制度」新世代法政策学研究 (北海道大学) 9号 (2010年) 1-48頁 (40-42頁)。

32) これに対して、本特集の小畑論文 (小畑郁「グローバル化による近代的国際／国内法秩序枠組みの再編—成—カディ事件を契機とした試論的考察—」社会科学研究 65巻2号所収) が扱う、公法規制的な国際法規範と国内法秩序 (特に憲法秩序) の衝突は、法実証主義者にとってもこうした黙殺が許されない、真正の規範抵触である。

33) このような理解については、拙稿・前掲注31の新世代法政策学研究 20号掲載の論文 (特に134-136頁および165-166頁) において示した。

34) こうした問題意識に立つものとして、東京大学の「ソフトロー」プロジェクトを挙げることができよう。参照、藤田友敬「はじめに」藤田編・前掲注13書1頁 (「伝統的な実定法学では視野に入れられてこなかった現象…を広く分析の対象としてとりあげ、実定法学の考察対象を広げることを目指す研究プロジェクト」)。

で行われ、国家の枠組みを超えた機能的部分社会で形成される私的規範にますます多くの人が従う状況を踏まえれば、(仮に引き続きこれらが法理論上は「法」としての規範的ステータスを認められないとの立場を採るにせよ) 国家法のあり方に影響を与える存在として少なくとも考察の対象に含める必要がある。

第2に、上記I.3で論じたように、狭義のグローバル化現象の進展は、或る取引や関係性を規律する法としての国家法の自明性を(まさに法を論じる人々の間で)失わせるという意味で、法の規範的地位にも間接的に影響を及ぼす。その端的な例として、抵触法学における当事者自治原則の影響力の広がり³⁵⁾を挙げることができよう。何らかの客観的連結点を基礎におくはずの抵触法において、「当事者の意思」を連結点として認めることは、(契約自由の延長では説明できないはずの³⁶⁾) ドラスティックな変化である。勿論、任意の外国法の準拠法選択を認めることは、非国家法規範の準拠法適格性とは論理的に独立の問題であり区別されなければならないが、当事者の自由意思や予測可能性、規範内容の合理性(機能性)といった観点が、客観的に連結されるはずの或る国家法から離れる論拠とされ得る点で両者は共通の基盤を有すると思われる。法がシステムである以上、〈法規範〉と〈法外の規範〉の境界は常に存在しなければならないが、その境界線がどこに引かれるかは、それを論じる人々(法律家・法学者等)の間での支配的な認識と実践の変遷に伴い、変動しうるものなのである³⁷⁾。

(2) 「グローバル化」への感受性 — 各法分野の問題枠組みとの不可分性

以上の論述と表裏をなすのが、「(狭義の)グローバル化」が法学の側でいかなる論点として認識され、位置づけられるか、という問題である。以下に述べるように、公法と私法が、ともにグローバル化の影響を受けつつも、その異なる側面に着目して議論を発展させてきた理由は、まさにこの点に関わる。

①本稿にいう「(狭義の)グローバル化」が最も明白な形で認識されてきたのが、抵触法の理論及び実務における、前述した準拠法選択における非国家法規範の地位や、外国国家行為承認執行の局面において、国家以外の共同体ないし組織(例: ICANN, WIPO 仲裁センター等)が下した判断を国内裁判所が承認執行するか否か、の問題であった³⁸⁾。こ

35) 参照、中野俊一郎「当事者自治の正当化根拠」『立命館法学』2011年5・6号(339・340号)301頁。

36) 桜田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』(有斐閣, 2011年)179-180頁〔中西康〕。

37) 横溝・前掲中8論文7頁は、エルリッヒを引用しつつ「抵触法は時代毎に、国家と法の性質についての支配的見解に沿う形で存在して来たということが出来る」と指摘する。論旨は抵触法以外の法にも当てはまるであろう。なお参照、Peer Zumbansen, *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law*, in JANSEN & MICHAELS, SUPRA NOTE 7.

38) 横溝・前掲注8論文。

これは、抵触法が元来、国家法システムが外部（外国法・国家行為）に対して開かれた「窓」としての仕組みであり、こうした問題を認識する感受性を備えていたということに起因すると思われる。

②これに対して、本特集の横溝論文が「抵触法における新たなアプローチ」として紹介したグローバルな統治の一翼を担う抵触法という構想は、統治／規制作用を媒介とした【国家≒社会≒法】の結合関係を一段と相対化・流動化させる契機を含む。と同時に、政治的＝公的領域から区別された私的領域の法としての私法³⁹⁾、という観念にも相対化を迫る。さらに、この構想に与する論者が国際法と（国内法としての）抵触法の峻別を批判していることが示すように⁴⁰⁾、国際公法における立憲化（constitutionalization）を志向する理論動向⁴¹⁾とも親和性が高い。すなわち、公法／私法、国内法／国際法、という伝統的な区分自体を相対化する、超国家的法（Transnational Law）の構想へと連なるものである。

③他方、公法の観点からは、本特集の原田論文が詳細に紹介するドイツの「国際的行政法」論、興津論文⁴²⁾が考察を加える「グローバル行政法」論が、各々異なる枠組みに立脚しつつ「グローバル化」を主題化してきた。その詳細は両論文による検討に譲るが、本稿の関心からは特に、【グローバルに展開する各機能領域の下で（しばしば公私の境界を越えて）発展した様々な〈問題把握－解決〉のメカニズムが、一方では伝統的に国家が担ってきた統治／規制作用の実質的部分を部分的に代替し、他方では国家を機能領域へと断片

39) もちろんこうした見解（形式主義 formalism）に対しては、リアリズム法学／機能主義（functionalism）からの批判もあり、今日では純粹な意味での「私法＝公共政策から自律的な領域」を信奉する論者は少ないであろう。とはいえ、「私法とは単に私人にイニシアティブを与えるという設計を施された政策＝規制法（public law in disguise）に過ぎない」と言い切ることにも躊躇を覚える向きは多いのではないかと。Formalism の側から私法の独自性を擁護するものとして、ERNEST J. WEIBRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (revised ed., 2012)。なお、Hanoch Dagan, *The Limited Autonomy of Private Law*, in JANSEN & MICHAELS, SUPRA NOTE 18, pp. 387-410 は、両極を斥けた中庸（middle-ground）を志向する。これに対する Teubner のコメントは、公的領域（国家）／私的領域（社会）や公法／私法という二元的構成自体が不十分であり、社会が複数のセグメントへと断片化し、法に反映されるべき観点も多数性（multiplicity）を帯びることを踏まえた二値編成複合性（polycontextuality）に置き換えられるべき、と主張する（Gunther Teubner, *State Policies in Private Law?*, in JANSEN & MICHAELS, SUPRA NOTE 7, pp. 411-419）。なお、policontextuality の訳語については、Gunther Teubner / 綾部六郎・尾崎一郎（訳）「二値編成複合性の立憲化：国民国家を超えた社会的立憲主義について」新世代法政策学 10 号（2011 年）181 頁脚注 1 を参照のこと。

40) 横溝・前掲注 6 法律時報論文。

41) 特に人権が統合原理として挙げられる。例えば参照、寺谷広司「断片化問題の応答としての個人基底的立憲主義—国際人権法と国際人道法の関係を中心に—」世界法年報 28 号 42 頁（2009 年）[個人権を基軸とする立憲主義の立場から、国家をも法関係と捉え直す視点を示す]、福永有夏「世界銀行の開発政策と「立憲化」」世界法年報 30 号 81 頁（2011 年）[世界銀行による「人権」の立憲化アプローチに懐疑的な姿勢を示す]。国内公法の側から国際人権法と国内憲法の一元的理解を示唆する議論として参照、山元一「グローバル化世界における公法学の再構築—国際人権法が憲法学に提起する問いかけ」法律時報 84 巻 5 号（2012 年）9～16 頁。

42) 興津征雄「グローバル行政法とアカウンタビリティ—国家なき行政法ははたして、またいかにして可能か—」社会科学研究 65 巻 2 号所収。

化 (disaggregate) しつつ「グローバルな政策実現過程」の一部として取り込みつつある、という状況】を、(国内公法・国際公法を融合した) 公法理論が取り組むべき課題⁴³⁾として認識する点において、2つの議論動向の共通性を指摘することができる。本稿I.3.でも触れたように、グローバル化を前にした統治/規制作用のダイナミズムの下で、国家の〈相対化〉と〈断片化〉は相補的に進行する。「主権国家 対 グローバル市場」の二項対立論が喚起するイメージとは異なり、国家は決して〈退場〉せず、依然として重要な存在であり続ける。ただし、そこでいう国家は、もはや統一性を持った単位としてではなく、機能領域ごとに(公/私、国内/国際を横断する形で)作動する統治/規制のメカニズムに組み込まれた構成要素としての存在に甘んじるのであるが⁴⁴⁾。

さて、このように国家の中心的位置づけが揺らぐと、国家の概念を基軸とする体系を構築してきた大陸法系の公法学⁴⁵⁾は、原理的なレベルからの再構築を迫られることは容易に想像できる。また、英米法系のように「国家」概念に依存しない法(学)においても、行政権力の民主的統制と法の支配という立憲主義(constitutionalism)の理念が、国家機構(司法審査制度や行政手続法制)を前提とした制度構想にその具体化を負うことから、やはりグローバル化への対応を迫られることになる。各々の公法学の体系に応じて異なる対応策が志向されることは、原田論文・興津論文が詳細に論じるところである。論者ごとの多様なニュアンスがあることを念頭に置きつつ、敢えて図式的に示すならば、国家中心の公法=立憲主義の成果を重視し可能な限り国家中心の枠組みを維持する方向で対応策を模索する陣営⁴⁶⁾と、超国家的なレベルにおける公法的価値(国家レベルでの人権保障・民主政の機能的等価物)の実現を探究する陣営⁴⁷⁾とが、将来構想を競い合う構図が浮かび上がる。

43) 国際公法からも、人や物や資本や情報の流れのグローバル化の下で国際関係と国内関係の区別が曖昧化し、「従来国家単位で形成されてきた国内社会が相互に浸透し始めるとともに、そこに国際制度が様々な形で介在するようになってきている」上に、個人や企業、NGOといった非国家主体が国際法の形成・実現過程に関与するようになり、そうしたイニシアティブを反映した「国家間の正式の合意以外の様々な自生的な規範が国際社会の秩序を創造しまたそれを支えるようになっていく」結果、伝統的な国際法の存立基盤自体が問われうる状況として認識される(奥脇直也「グローバル化・法制度化・国際法—国際法はグローバリゼーションを生き残れるか」(マルチュケ=村上編・前掲注24書所収))。「グローバル行政法」論の中心的な論者であるCasseseも、国家レベルの規制者とグローバルな規制レジームが連続的に存在し作動する点にグローバル行政の特徴があると指摘する(Sabino Cassese, *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, 37 NYU J. INT'L L. & POL. 663 (2005), at 680).

44) See, ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW GLOBAL ORDER* (Princeton, 2004), at 5 ["States still exist in this world; indeed, they are crucial actors. But they are "disaggregated.""]

45) 参照, 石川健治「承認と自己拘束—流動する国家像・市民像と憲法学—」『岩波講座現代の法1 現代国家と法』(岩波書店, 1997年) 31-64頁, 駒村圭吾「国家なき立憲主義は可能か」ジュリスト1422号(2011年)21-28頁。

46) See, e.g., Dieter Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in PETRA DOBNER & MARTIN LOUGHLIN (EDS.), *THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM?* (Oxford, 2010), pp. 1-22.

47) See, e.g., Ulrich K. Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable*

(3) グローバル化への対応における公法／私法の相違？

かくして、グローバル化への法学の対応は、公法／私法という体系上のカテゴリーに依らず、むしろ国家と法の関係の捉え方によって、その相違を生じることが理解される。しかし、〈法〉の存立にとって〈国家〉は論理必然的な前提ではなく、統治／規制作用によって構成される〈社会〉を媒介項として結びつく、というのが本稿Iで示した理解であった。となれば、グローバル化への法学の対応を分ける上で、国家がいかなる意味を持つのか—言い換えれば、各々の議論は〈国家〉という単位に何を期待しているのか、あるいは従来〈国家〉に結びつけられてきた機能や属性のうちの何を救い出すことで「国家に特別な地位を認めない法秩序構想」が可能となる、と考えているのかという問いが、意味を持つことが予想される。以下では、〈法の正統性〉と〈法の多元性〉という2つの契機に着目しつつ、法にとっての〈国家〉の役割を巡る（公法／私法を横断する）対立軸を明らかにしたい⁴⁸⁾。

2. 法の正統性と実効性

国家による統治／規制作用が民主的正統性に基礎付けられなければならないという発想は、公法においては（抽象的レベルでは）ほぼ異論の余地なく受け入れられているように見える。ドイツ公法学の影響を受けた日本の行政法学における法律による行政の原理は、その端的な表現として理解される。もっとも、「民主的正統化」の概念によって何がどの程度要求されるかは、公法学の内部ですら様々な考え方があり得る⁴⁹⁾し、そもそも民主

Concept?, in DOBNER & LOUGHLIN, SUPRA, pp.23-46; see also, Gráinne de Búrca, *Developing Democracy Beyond the State*, 46 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 102 (2008); Joshua Cohen & Charles F. Sabel, *Global Democracy?*, 37 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 763 (2006); Daniel C. Esty, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, 115 YALE L. J. 1490 (2006).

48) この2つの契機は、本特集の原田論文（「国際的行政法論の課題」として「連携問題」と「正統性問題」を挙げ、各々への対応策を詳しく検討する）、浅野論文（機能的法多元主義への疑問として非国家法の民主的正統性の欠如と法の抵触／齟齬の懸念が挙げられることを指摘した上で、私法理論を発展させることで両者に応答している）、横溝論文（非国家法規範の判断基準の一つの可能性として「民主的プロセスあるいはその代替物」による一定の正統性の要素を挙げる一方、公法規範も含めてますます多元化する抵触の処理方法が課題であるとする）、那須論文（多元的に叢生する非公式法ないし規範についての「法の資格要件」を巡る「法と国家と関係の必然性」を問い直す過程で、これら非公式的「規範秩序の質（とりわけその正統性）」を問う）に共通して見出すことができる。さらに興津論文は、国家レベルの民主政とは異なり単一の公衆（本稿の言葉でいえば「政治的側面における）社会」と言えよう）を前提にできないグローバル行政法における正統性調達の試みを、グローバル行政に関心を持つ公的主体（公衆）ないし構成母体の多元性を踏まえつつ、法秩序相互の抵触法的調整（Kingsbury）、各構成母体の動態的な秩序形成としての多元主義（Krisch）と結びつけて論じている。

49) 米国連邦法における行政への委任の許容性に関する議論につき参照、藤谷武史「「より良き立法」の制度論的基礎・序説—アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号（2010年）

政がいかなる根拠で／どのような場合に正統性を主張しうるのかは、(例えば立憲主義と民主主義の緊張関係というトポスにおいて) 激論が闘わされてきたところである。実定憲法上の原理としての「民主政」(及びそれに基礎付けられた解釈論上の道具概念としての「民主的正統性」)は、こうした政治哲学的／内容的正当性に関する論争を棚上げする機能を持つ⁵⁰⁾。ただし、「国民」という単位に力点を置くこの思考様式の文脈依存性には注意を要するし⁵¹⁾、上記 I.3. および II.1. (1) で述べたように、いわば国家中心の実定法秩序の自明性を疑う議論に対しては十分な応答を提示できない⁵²⁾。さらに、私法においては(それが統治／規制作用を担うことは現在では否定されないにもかかわらず⁵³⁾) 法律形式での民主的正統化の意義はさらに相対化される⁵⁴⁾。

加えて、従来、国家という単位が民主的正統性の調達において特権的な地位を享受し得た背景には、I.2. (2) で述べたように、国家による統治作用が問題解決手段としての実効性を持つことによってある領域的・人的範囲に共通の利益状況を創出し、民主政の基体となるべき「社会」を構成するという再帰的プロセスが作動していたことにも注意が必要である(仮に国家以外の単位がより優れた問題解決能力を示す場合には、その単位の下に新

149-213 頁。また、「上からの民主化」と「下からの民主化」を対比して論じる毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一他編『国家と自由・再論』(日本評論社・2012年) 327-344 頁も参照。「下からの民主化」については、本特集の興津論文が詳細に検討を加えるアカウントビリティの概念とも交錯する。See also, Phillip Dann & Marie von Engelhardt, *Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority, and Global Administrative Law Compared*, in *INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING* (JOOST PAUWELYN, RAMSES A. WESSEL & JAN WOUTERS, EDs., 2012).

50) 林知更「憲法原理としての民主政—ドイツにおける展開を手がかりに」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相(高橋和之古稀)』1頁, 28頁は、民主政原理の「内容的契機を捨象したその形式的構造を法学的に抽出する試み」として、ドイツ連邦憲法裁判所の「民主的正統化」論の基礎となったベッケンフェルデの民主政論を理解する。

51) 参照、林・前掲論文 11 頁以下(さらに参照、林知更「国家論の時代の終焉?—戦後ドイツ憲法学史に関する若干の覚え書き(二・完)」法律時報 77 卷 11 号 61 頁(2005年) [特に 66-69 頁], 毛利透「行政権開放の諸形態とその法理」『法哲学年報 2010 (市民/社会の役割と国家の責任)』61-73 頁(64 頁)。なお、Möllers, *supra note 28* はこうした思考様式に批判的である。

52) この点で興味深いのが、Markovits が主張する〈民主的政治過程の実践自体が、それに参加する市民に集合的決定に対する自己決定の感覚(authorship)を与え、彼らに間に政治的決定が正統性を有するとの認識を醸成することで、価値対立の中での共生を可能にする〉という、民主的正統性の実践理論(practical theory of democratic political legitimacy)である(Markovits, *supra note 21*, p.1377-1378)。この考え方によれば、正統性の淵源は「国民」その他の社会的実在と政治共同体の範囲の一致などではなく、民主的参加と呼ばれるある種の態様の実践そのものに求められることになる。Markovits はこの考え方を応用し、両当事者が敢えて対決的に主張をぶつけ合う訴訟に、法秩序の正統性(ここでも、哲学理論的な正統性ではなく、社会に安定をもたらす実践的なそれである)の源泉を見出すことができる、と主張する。

53) 前掲注 39 における議論を参照。

54) Rödl, *supra note 7* は私法にも民主的正統化要求が及ぶとするが、Jansen と Michaels は、コモンロー諸国に限らず、私法の発展は公衆の意思ではなく法曹によって主導されてきた(法典化は多くの場合、既存の法の Restatement であるとする)として、私法と民主的正統性の結びつきは相対的なものに過ぎないとする(Michaels & Jansen, *supra note 18*, at 108.)。

たな「社会」が統合されることも、理論的には排除されない)。この点、欧州統合に伴う「民主主義の赤字」の文脈で提唱された「機能主義的な正統化論」「アウトプット正統性」の概念⁵⁵⁾は、これが民主的正統性を代替するという主張であれば乱暴に過ぎる議論と評さざるを得ないが⁵⁶⁾、上記の再帰のプロセスの本質を突くものであるとすれば、これを全く無視することは適切ではない⁵⁷⁾。実際、国家は、政策課題のグローバル化に対応して自らの統治能力を維持するために、上記II.1.(2)の③で述べたような地位の相対化を受け入れている。また、例えば「政策実現過程のグローバル化」の典型例として挙げられるバーゼル銀行監督委員会における政策形成は、これを国内法化し実効性を持たせる段階では国内行政における委任立法と大差ない仕組みであり、これを殊更に問題視する必要はないのではないか、との議論も聞かれる⁵⁸⁾。

こうした一筋縄ではいかない状況を踏まえて、本特集の原田論文は、正統性概念を国家活動に限定せず「ある社会的システムやその活動が正当なものと認識され、通用力を有する性質」と再定義し、「正統性を論証するための手段であり過程」として正統化論を位置づけた上で、〈自律的で個別的な意思形成とその集積による方法〉と〈制度的で集団的な意思形成による方法＝民主政的正統化〉を両極に、様々な回路による正統化を包摂し整序するための「開かれた正統性」概念を提唱する。この枠組みの下では、裁判所による解決も正統化の回路として位置づけられるが、これは、対審構造を本質とする訴訟による法秩序の正統性創出機能を指摘する議論⁵⁹⁾や、非国家法の正統性を「恣意制限の必要性」から検証する議論⁶⁰⁾など、私法における（国家の民主政的正統化の回路によらない）考え

55) See, e.g., FRITZ W. SCHARPF, GOVERNING IN EUROPE: EFFECTIVE AND DEMOCRATIC? (Oxford, 1999). 他方, Jens Steffek, "The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach" *European Journal of International Relations*, 9(2), 2003, pp.249-275 は、超国家的な統治がその影響を受ける人々に対してその統治の合理性を説明できること、に正統性の淵源を求めようとする。

56) なお、本特集の原田論文も補完的正統化要素の一つに「成果・結果」を挙げているが(III.1.(2))、専門家による「討議」や基本法の客観法的側面に導かれた(望ましい結果を導くような)制度設計の指針としての「正統性」であるとされており、単に「人々の要求を充たす」という意味での直接的な「帰結」とは異質のものであると思われる。

57) See, Johan Olson, Alberta Sbragia, and Fritz W. Scharpf, "Symposium: Governing in Europe: Effective and Democratic?" *Journal of European Public Policy* 7 (2), June 2000, 310-24. その反面で、統治作用が正統性に欠けると認識されると、人々の自発的遵守を損ない実効性を低下させる。グローバル・ガバナンスにおける「実効性と正当性(本稿における正統性の意味と思われる)」の関係について参照、城山英明『国際行政論』(有斐閣、2013年)第11章。

58) 神田秀樹「金融危機後の金融規制に関する国際的なルール形成」法律時報84巻10号(2012年)24頁,30頁。むしろ問題は「ルールがその目的を達成したか」(29頁)であるが、「金融危機後であっても、一般的にはバーゼル委員会の評判はそう悪くはない」(30頁)とされる。

59) 前掲注52参照。

60) 本特集・浅野論文II.1.参照。

方との架橋を可能にするものと思われる⁶¹⁾。

法の正統性は確かに重要ではあるものの手続規範的概念であり、実質的価値の実現（公共善への到達や、恣意的な権利侵害からの防御）のための手段として位置づけられる。とすれば、原田論文が行っているように、（公法規制のみならず、私法による紛争解決や非国家的法規範の形成・適用など）様々な態様での統治/規制作用の特性に応じた正統性の回路が構想される必要がある⁶²⁾。特に、「上からの（民主的）正統化」が困難な場面において、本特集の浅野論文が指摘する、取えて局面を限定された紛争の個別的解決という（司法/私法に結びつき易いが、行政/公法にも応用不可能ではない）法的決定のモードの持つポテンシャルが注目されることになる。ただし、この方法は意図的に ad hoc な法形成を志向する面もあり、法規範の個別化・非体系化・相互衝突を促進する面もある。かくして、正統性の問題は、次項に検討する多元性の問題と連絡することになる。

3. 法の機能的多元性とその統合/調停の契機の意味

本稿はここまで、「（狭義の）グローバル化」現象として、法の非国家化と機能的分化が相互促進的に進行する状況を指摘してきた。ただし、これがグローバル化に特有の現象であるとは限らない。むしろ、20世紀の行政国家現象の文脈において、国家がその任務領域を絶えず拡大し続ける中で、古典的な法以外の様々な規制手段（例えば情報伝達や市場設計）が法制度に取り込まれ動員された結果（「法化」現象の一側面）、福祉国家内部において既に、専門領域ごとに公/私、法/非法が入り混じる、法多元主義的状况が生じていたとの重要な指摘⁶³⁾に留意する必要がある。その意味では、本特集の興津論文が検討を加えた「グローバル行政法」論が、行政国家の法的統制のための概念を再構成して（国内行政と超国家的行政の連続体として観念される）グローバル行政の法的統制を試みていることには、一定の合理性があるとも言える。

現代の法がそのような性質を帯びざるを得ないとすると、統治/規制作用が扱う問題が

61) この枠組みの下では、司法過程における法形成（前掲注 54 と対応する本文参照）は、おそらくは国家立法者の「不介入オプション」の行使の結果として許容されていると位置づけられると思われる。

62) See, e.g., Eyal Benvenisti, *Towards a Typology of Informal International Lawmaking Mechanisms and their Distinct Accountability Gap*, in *INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING* (SUPRA NOTE 49). 逆に、常に国家の側が正統性において優れるとも限らず（立法者の能力や質に対する懐疑的な議論については参照、藤谷・前掲注 49 論文）、むしろグローバルな審級があることによって国内法過程の透明性を高めるというシナリオも考え得る（Cohen & Sabel, supra note 47 は、グローバルなレベルにおけるアカウントビリティ確保のメカニズムが、かえって国内行政過程に対する規律づけとして働き（他国との比較に晒され、説明を求められる）、国内レベルでの民主的プロセスを活性化する可能性（democratizing destabilization effect）があり得ることを指摘する）。

63) 浅野有紀「法多元主義における公私協働」学習院大学法学会雑誌 48 巻 2 号（2013 年）45 頁。

複雑・多面的な価値対立を含む性格のものであることを認識し、敢えて（問題の切り取り方自体が暫定的かつ仮構的なものであることを自覚しつつ）限定的な紛争解決を与えるという、浅野論文が示唆する法的決定のモードは、魅力的に映る。こうした決定のモードは、本稿Iで用いた枠組みによれば、最小限の単位での【社会=法】連関（同じ当事者が同時に幾重にも重なる多元的な連関の中にあることをむしろ前提とする）を観念し、その内部で暫定的な解決を与えるものとして理解できる。この場合に要請される正統性は、最小限のもの（例：対審構造の中で当事者が争点設定し主張立証を尽くし、裁定を受け入れる）になると思われ、国家的な民主政という大がかりな装置に依存する必要性も小さくなる（従って、超国家的・非国家的文脈でも応用可能となる）。敢えて一般的な規範体系へと統合せず、社会の機能分化に反映した暫定的決定を併存させ続ける（抵触法的アプローチがその切り分けを行って多元性を維持するインフラとして位置づけられる）ことに、その妙味がある。ただしその場合にも、裁定の公正さを確保し実力行使の排除を可能にする最小限の「公」的要素は必要である⁶⁴⁾。

では、同じ発想を公的規制の側にも応用できるであろうか。機能主義的に法と規制の関係を捉えるならば、公法関係においてもア prioriにこれを排除する理由はないように思われる。しかし、①（個別紛争の事後的解決を行う裁判所とは異なり）行政は事前に一般的抽象的な規範を定立する権限を有すること（しかも必ずしも事後的に救済が与えられる保障はない）、②私人との関係において平等取扱原則に拘束されること、の2点において、公的組織と私人の区別はなお維持されるべき⁶⁵⁾と考えるのが適切であろう。したがって、一般的・対世的に適用されることを趣旨とする公法的規制においては、公共的課題について（文言に不可避的に伴う解釈の余地を残しつつも基本的には）一義的な選択が行われ、その結果、他にあり得べき諸々の問題把握や価値選択の可能性は、予め捨象される。となれば、その決定によって「単純化」「圧縮」される多元性を、何らかの形で「調停」する方策が必要となる。

従来、この「調停」機能を担ってきたのが、民主的政治過程、特に公開の議会における討議を経て法律が議決されるという手続である。勿論、これは現実の議会審議が「特殊利益から中立的な」「熟議」によって「質の高い」決定を行っていたなどと主張するもので

64) このような要素は憲法に拘束された国家でなければ提供し得ないと考えるか、それとも国家以外の（現在は「私的」と呼ばれる）組織や秩序がこれを備えうると考えるかは、一つの分かれ目である。後者に立つ論者として参照、Gunther Teubner, *Fragmented Foundations: Social Constitutionalism beyond the Nation State*, in DOBNER & LOUGHLIN, 46, pp.327-341.

65) 法治国原理の観点から規範的に要請されるのみならず、そのような区別を維持しておいた方が統治にとっても好都合であるという機能主義的説明も可能ではないかと思われる。後者（公法原理の機能主義的な正当化(justification)）については、別稿を期したい。

はない。むしろ、法案が審議され、議決を経て初めて法律としての効力を与えられるという過程において、公開の場で、提案者と価値観を共有しない反対者からの異論・批判に晒されうるという可能性が緊張関係をもたらす、という点が肝要である。「民主政原理＝自己統治」という理念が民主的手続のアウトプットを「聖化」するのではなく、異論を持つ相手を公共的言語に基づき説得しようと努めなければならないこのプロセスの性質そのものが、その成果物たる法律に、かろうじて正統性を付与していると考えらるべきであろう⁶⁶⁾。そうなると、超国家的な行政ネットワークにおける事実上の規範形成が統治単位としての国家の実質的な機能的分化をもたらす状況は、たとえそれが多くの場合に当該機能領域の公私の専門家による優れた意思決定を可能にするとしても⁶⁷⁾、あるいはグローバル行政法が提唱する様々なアカウンタビリティ確保の仕組みが担保されたとしても、機能的分化が公的言説による批判の契機からの遮断を意味する限りにおいて、なお問題を孕むと言わざるを得ない⁶⁸⁾。

またこのように考えると、本特集の横溝論文も指摘するように、「抵触法における新しいアプローチ」における裁判官の役割への期待はやや過剰なのではないか、との疑問も生じる。確かに裁判官は、特定の政策領域にコミットするわけではないから、機能領域ごとのバイアスという問題からはさしあたり自由であろう。しかし、国内以上に価値や利益の多元的併存状況が特徴付けるグローバル「社会」におけるガバナンスの一翼を担うためには、(仮にそれが事案ごとの ad hoc な救済にとどまり、従って要求される正統化の水準が低下するとしてもなお) 裁判という決定のモードは適格性を欠くのではないか、というこ

66) このような観点から興味深く指摘されるのが、医薬品ネット販売規制を定める厚労省令の違法を宣言した最高裁判決(最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁)である。同判決は、規制の実体的当否は問わず、官僚機構による「閉じた」政策決定を公開の民主的政治過程へと投げ返す役割を果たしたと理解できる。これは、複雑な現代社会の課題に対応する上で実質的立法作用が議会以外の専門家の手任せにされざるを得ない現実を踏まえつつ、なお議会に固有の(狭義の)「立法」作用の規範的意味を再確認するものと言えよう。

67) 官僚機構の民主的統制と同じ問題である。前掲注43で指摘した行政過程がグローバルなレベルと一体化する現象は、脱国家化である以上に、脱民主化という側面が強い。また、超国家的なレベルの方が利益団体の影響力が(一層不透明な形で)働きやすいという指摘もある(See, e.g., Benvenisti, supra note 62)。

68) Pierre-Hugues Verdier, *Transnational Regulatory Networks and Their Limits*, 34 YALE J. INT'L L. 113 (2009) は、Transnational Regulatory Network (TRN) の機能的な利点を承認しつつも、機能分化した TRN 自体のバイアスを指摘する。また、Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17 EUR. J. INT'L L. 187 (2006) も、グローバル行政法の手続化・専門化・司法化の戦略は、多元性の否定と政治の矮小化の危険を孕む、と警鐘を鳴らす。これに対して、(準)司法的な手続による権利救済のメカニズムに、本文に述べた批判的契機の最小限の要素を見出そうとすると読めるのが、Kingsbury と Stewart の議論である(Benedict Kingsbury & Richard Stewart, *Legitimacy and Accountability in Global Regulatory Governance: The Emerging Global Administrative Law and the Design and Operation of Administrative Tribunals of International Organizations*, in INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE TRIBUNALS IN A CHANGING WORLD (SPYRIDON FLOGAITIS, ED., Esperia, 2008))。同論文では、Legitimacy の概念と Accountability の概念がほとんど互換的に用いられている。

とが懸念される。もっとも、国内法秩序において、司法プロセスが受け皿となり（半ば意図的に）不完全な決定を行うことで硬直化した立法プロセスを動かすという側面もあるところ、グローバルな側面でも同様の考え方が直ちに排除されるべきではない、との異論も想定し得るところである⁶⁹⁾。

おわりに— 国家の機能的把握の可能性

以上、本稿の検討は、「グローバル化の下での公法・私法の再編」が、法の〈正統性〉と〈多元性〉という2つの契機によって、公法・私法を横断する形で構想されることを示すものであった。この構想の下では、国家は、規範的・論理的に正当化される特権的地位を享受するのではなく、法における正統性の調達および多元性の調停という両契機にとって鍵になる属性を（少なくとも従来は）備えてきたという経験的事実に基づいて、特殊な地位を与えられるに過ぎない。

法の〈正統性〉の契機に関しては、法を（民主的に）正統化する機能は国家に特有のものと考えられてきたが、実は【国家≒社会≒法】連関を媒介する統治/規制作用に依存したものであり、社会が機能分化しつつ国家が管轄しうる領域的・人的範囲を超える場合には、正統性の事実的基盤を失うことが指摘される。もちろん、それに代わる機能的部分社会の側に十分な正統化メカニズムが備わっていないことが多い以上、曲がりなりにも民主政的正統化の仕組みに立脚することができ⁷⁰⁾、多様な法的決定のモードの性質に応じた正統化の回路を用意することが期待しうるのは少なくとも当面は国家のみ、ということになりそうである。

この場合、国家の側では、機能分化した部分社会に対応して形成され実効性を持つ非国家的法規範を、正統化要件を課しつつ自らに接続することを許容するか（この場合、国家も統治の実効性を高めることができる）、一定の要件が満たされない場合には自らの統治の実効性を犠牲にしつつも当該非国家法規範の自国法秩序への接続を拒否する、という選択肢を有している。特に基本的人権に関わる問題については、後者の選択肢を採らざるを得ない場面もあると思われる（防壁としての憲法の機能⁷¹⁾）。また、国家が敢えて「頑

69) 国内法秩序の文脈における検討として参照、拙稿・前掲注49論文。

70) 城山・前掲注57, 245頁は、グローバル・ガバナンスにおける最終的なアカウントビリティ確保メカニズムとして、選挙による民主的正統性を備えた国家が結局は登場せざるをえない場面があると指摘する。

71) ただし、本特集の小畑論文が示唆するように、国家の憲法が常に優位に立つと考えるのも妥当性を欠く場合がある。その意味では、この「防壁」も暫定的でありその後の検証・調停に開かれたものと考えられる必要がある。

固に」振る舞い、統治の実効性と引替えに安易に正統性要求の水準を引き下げないことが、超国家的／公私混合的な「単位」における規範形成に対して牽制的に作用し、国家が担ってきた公法的要素をこれらの単位が備えるように誘導するというシナリオもありうる。

法の〈多元性〉の契機に関しては、広義のグローバル化現象を前にした統治／規制作用の実効性の要請が、法の機能分化を不可避の趨勢とすることを踏まえつつ、法多元主義的アプローチの利点と難点が示された。多元性をもたらす規範抵触の問題は多くの論者が指摘しており、広義の抵触法的処理の有用性が説かれている⁷²⁾。これに対して本稿は、多元性を所与とした場合の「調停」の契機 — 特に、国家の公的手続を媒介としたそれ — の重要性を指摘した。ただし、この「調停」は、国家法の妥当性を終局的に宣言するものではなく、一定の手続を経た決定にその限りでの法規範としての地位を与えるものに過ぎない。その過程で、法となるべき提案が、公的言説による批判の契機に晒され、それを通過するという手続自体が、その成果物たる法（律）に、多元的価値が拮抗する世界において強制を主張するための、最小限の正統性を付与する。グローバル化する政策実現過程においては「アカウントビリティ」の概念が現実的な解として提案されることが多いが、それが代替しようとしている国家法秩序には、利害関係人の意見の単なる反映を超える要素が含まれていたことは看過されてはならない⁷³⁾。

その構成員が従うべき特定の価値秩序を提示するものではなく、その内部における多元的で多様な価値の追求を可能にする共生の場を提供するものである、というリベラルな「国家」像は、（その限界に対する正当な指摘にもかかわらず）今なおその役割を終えていないと言うべきであろう。相互に拮抗・矛盾し容易に決着を見ない諸価値間の対立は、容易に「力こそ正義」という状況に転じうる。こうした価値のいずれからも距離を保障された議論と（暫定的な）決定の場としての国家、という像⁷⁴⁾には、なお棄てがたい魅力がある。もちろん、現実の国家がその期待に応えているかは全く別の問題であるし、かかる機能が国家以外の仕組みによって担い得るか否かも、開かれた問題である。ともあれ、法のグローバル化の下で我々がなお固執すべきは、「国家」そのものではなく、それが果たしてきた機能の方であるということはいえそうである。

72) 本特集の浅野論文のほか、公法においても「公際法 (inter-public law) としてのグローバル行政法」という Kingsbury の構想（興津論文参照）を指摘できる。

73) Ming-Sung Kuo, *Taming governance with legality? Critical reflections upon global administrative law as small-c global constitutionalism*, 44 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 55 (2011) は、Kingsbury の「公際法」構想が、個々に機能分化されたグローバル行政領域ごとの利害関係人や当事者に対する「公」的性質を掲げるところ、これは実は「正統性概念の私化 (privatization of legitimacy)」を意味するものであるとしてその問題点を指摘する。

74) Martti Koskeniemi "The Wonderful Artificiality of States", *Proceedings of the American Society of International Law* (1994), 22-29.

【付記】 本稿は、基盤研究（B）（平成 24 - 27 年度）「グローバル化に対応した公法・私法協働の理論構築－消費者法・社会保障領域を中心に」（代表 藤谷武史）の研究成果の一部である。