

グンター・トイブナー（基調講演）

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

I. グローバルな法の分立化（Fragmentierung）

社会科学においては、将来の出来事の理論的予測はあまり流行らない。まして、予測どおりの出来事が起こるのは稀だというのが、普通である。その注目すべき例外が、1971年にニクラス・ルーマンが試みたグローバルな法についての予測であった。ルーマンは当時、世界社会という概念を社会理論的に基礎づけたのだが、そのさい、グローバルな法は極端な分立化に至るであろう、そのそれぞれの境界は領土を分かち国境ではなく、社会のさまざまな分野^{セクター}を分かちものになるであろうという「思考実験的な仮説」を、敢えて提示している。仮説の根拠として、ルーマンは、国民国家ごとに組織された社会が世界社会へと変貌するにつれて規範的な予期類型（政治、道徳、法）ではなく認知的な予期類型（経済、学術、テクノロジー）が主役を演ずるようになる、と説いた。

この仮説を、ルーマンは、システム理論的分析によって補足している。それは、こういう予言である。世界社会の法がそれぞれの社会分野ごとに形成されるということになるならば、全く新たな抵触法、「システム間の抵触法」が生まれるであろう、それが扱う抵触は国際私法のような国家法と国家法の抵触ではなくて、グローバルに伸びているさまざまな社会分野の間の抵触ということになるであろう。

それから四半世紀を経て、ルーマンの予言どおりに、互いに独立してグローバルに活動する分野ごとの裁判機構や準裁判機構、その他の紛争解決機構が、雨後の筍のように簇生する。「国際法廷/裁判所プロジェクト」が確認したところによれば、独立の判決機関が下す法的決定によって手続が完了する国際的な制度は、なんと125を数える。グローバルに活動する数々の紛争解決機関の無秩序な並存から、決定相互の矛盾や、規範の衝突や、一貫性を欠く解釈論や、さまざまな法原理の衝突にどう対処すべきかという問題が、ますます頻繁に、判例・学説のテーマになっている。そのさい解決を要するのは、伝統的な国民国家的思考形式は法的紛争を処理するために十分なのか、最広義の抵触法を新規に整備しない方がいいのか、という問題である。

けれども、守備範囲を広げずにすませたいという法学特有の態度が、ここに登場する。それは、規範の衝突を深刻に受けとめず、それを解決するために視野を広げようとはしない。法律家が気にかけるのは、原理的に、政治によって定められた地域単位の自律的な法〔とくに国家法〕や、自己充足的な管理体制〔たとえば企業という〈組織〉の法〕や、高度に専門化した裁判所だけである。法律家が国際的な法の統一性が脅かされていると見るのは、国民国家において形成されたような概念や解釈論の整合性、明確な規範ヒエラルヒー、裁判所の

厳格な審級制度が、世界法には欠けているからである。だから、法律家は、法内部の分立化現象と、法内部におけるその原因にしか注目しない。法律家がヒエラルヒッシュな問題解決ばかりを追求するのも、そのためである。新しい国際法廷が設置された暁にはハーグの国際司法裁判所はその下の第一審裁判所になるべきだ、とする提案もあるくらいだ。

これに対して、政治的な見方のなかには、分立化の原因をヒエラルヒッシュな審級制度の欠如に求めず、規範の衝突の基礎にはさまざまな独立した国際組織や調整体制によって追求されるそれぞれの「政策」の間の衝突が見て取れる、とするものがある。こうした政治的な見方によれば、法規範の衝突は、国際関係において権力を支えとして「特殊利益」を追求し、全体に関わる一般利益を度外視して思い切った「政策対立」に踏み切るような、新しい集団的アクターの戦略を反映しているということになる。

このように、法中心主義的なアプローチも政治中心主義的なアプローチも、さまざまな衝突の一次的な説明にとどまり、やはり一次的な解決を——法的なメタ・レヴェルまたは政治的なメタ・レヴェルで——求めるだけに終わっている。これに対して、私のテーゼは、こうである。グローバルな法多元主義は、政治的多元主義の反映にすぎないものではなく、世界社会の互いに衝突する諸分野間の根底にある全社会的矛盾の表現なのだ。世界法の分立化とは、さまざまな法規範の衝突にすぎないものでも、政策の対立にすぎないものでもない。ここには、世界社会の隅々まで及ぶさまざまな制度化された合理性の間の各種の矛盾が見られるのであって、法は到底それらの矛盾を解消できないが、それらの矛盾は法に対して、規範の衝突との新たな取り組み方を求めるのである。

このテーゼを、3つの論拠を挙げて敷衍しておこう。

- ① グローバルな法の分立化は、法的・政治的・経済的・文化的というように分けることのできる一体性という捉え方よりも、遙かに徹底したものである。法の分立化は、世界社会そのものの、もっと根本的な多元的分立化の、表面に現れた現象にすぎない。
- ② したがって、世界大の規範的な法統一に望みをかけることは、始めから無駄である。衝突を解消するメタ・レヴェルは、世界法にも世界社会にも見当たらない。将来予想されるのは、むしろ、社会におけるコンフリクトの結果としての、法の細分化である。
- ③ 法の分立化そのものは、克服できない。達成できるのは、せいぜい、諸規範の緩やかな両立性にすぎない。それも、新種の抵触法によって、衝突する諸単位の緩やかな連結に役立つような独特のネットワーク論理が可能になった場合に、限られる。衝突するさまざまな分野のそうしたネット化という形をとってのみ、世界法の〔民間〕憲法化(Konstitutionalisierung)は現実味を帯びてくる。

II. 社会理論から見た法衝突

グローバルに見られる法の細分化が世界社会の〔社会分野ごとの〕分立化による、という事態をもっと詳しく見るには、法のグローバル化に関するさまざまな社会理論的説明の試み

を手がかりとするに如くはない。スタンフォード学派の「グローバル・カルチャー」という制度理論、グローバルな法多元主義というポストモダン的な観念、^{ディスカス}討議の分析によって法と政治にグローバルな性格を認めようとする解釈、「グローバルな市民社会」のさまざまなヴァージョン、とりわけ、機能的分化を遂げた世界社会というシステム理論的な観念……これらの試みがそれぞれに、法の分立化に独自の光を当てる多中心的なグローバル化理解を打ち出しているのである。しかし、それには、全部で六つもある通俗的な社会理論的・法理論的前提を棄てて、なじみの薄い見方をとることが必要である。

1. 多中心的な世界社会における合理性の対立

まず放棄しなければならないのは、グローバルに見られる法の分立化は何よりも経済の国際化の結果だという、広く流布している見解である。それに代わるべきは、多中心的なグローバル化という観念なのだ。この交替を促すのは、社会というものを、いまや国境を超えて世界大に構築されるさまざまな自律的な部分社会システムへと加速的に分化させていくような、ダイナミズムである。このダイナミズムに従うのは経済ばかりではない。学術も、文化も、テクノロジーも、保健も、軍事も、運輸も、観光も、スポーツも、そして確かに立ち後れてはいるが政治や法や社会福祉も、それぞれの発展コースをたどりながら、いまや、それぞれが独自の世界システムになっているのだ [Fragmentierungを「断片化」ではなく「分立化」と訳す理由]。ところで、ここでの議論との関係で重要なのは、こうしたさまざまなグローバル・ヴィレッジの外部関係、すなわち相互の関係やその他の環境との関係である。それが調和的な関係だとは、とても言えない。「文明の衝突」という言い方は、ここにこそ当てはまる。さまざまなグローバルな機能システムは、〈作動の閉鎖性〉[ルーマンのシステム理論の基本概念の一つ]によって、自己固有の合理性を徹底的に貫くための、みずからの自由度を生み出す。その自由度を、それぞれの機能システムは、他の社会システムを顧慮せずに、また自己の自然環境や人間的環境をも顧慮せずに、余すところなく利用する。ここに潜む危険を、近代の多神論という観念を用いて解明し、それが合理性同士の物騒な抗争に至るということを分析したのは、マックス・ヴェーバーであった。今ではむしろ、^{ディスカス}討議同士の衝突について語られる。自分とは直接の関係がありそうもない高度に専門的なグローバルシステム、たとえば学術システムやテクノロジー・システムの、社会や人間や環境にとってのリスクが、広く一般に知られるようになっていたのである。ニクラス・ルーマンの主要なテーゼは、今日の危機の根底にあるのは世界大に構築されているさまざまな機能システムによる固有の合理性の極大化であり、そのおかげで人間と自然と社会は危殆に瀕しかねない、というものなのだ。

2. 世界法システムと法際性(Interlegalität) [internationalを国際的と訳すのに合わせた造語]

法の分立化と社会分化の関連をもっと詳しく理解するために次に必要なのは、厳密な意味の法システムは国民国家のレヴェルでのみ [国家法として、ないしは国民国家間の壁を前提とする国際法として] 存在するという前提を、棄てなければならない。法もまた、機能的分化の論理に従って、一体的な社会システムとしてグローバルに [国民国家の壁にとらわれることなく国

家を超えた世界社会の法として] 構築されうるのである。ただ、世界法の統一性は、もはや国民国家の場合のように構造的に、裁判所のヒエラルヒー〔審級制度〕によって確保される一貫した規範構造によって基礎づけられるのではなく、全く異質な法秩序にもく拘束力ある法的妥当^{ゲルトウング}を及ぼすための〔たとえば、経済のグローバルな法秩序に環境保護のグローバルな法秩序の要求を受けとめさせるための〕〈法的作動の連結モード〉によって、手続的にのみ基礎づけられる。これは、社会の諸セクターへの分化がグローバル化するに至ったことの間接的な結果に他ならない。グローバルなレベルでも法の統一性が達成されないわけではないが、それは数多くの根本的な規範対立を伴うということを考えておかなければならない。世界法において、法の統一性は、規範の一貫性から作動の「法際性」へと切り替わるのである。

3. 世界法の〈一斉進化的な〔国家の如何を問わない〕内部分化〉

何世紀もの間、この内部分化は国民国家の政治の文法に従って、〈それぞれが領域単位の通用^{ゲルトウング}を要求する多数の国家法秩序〉という形をとってきた。ようやくこの百年、当初は国際条約によって生まれながら独自の法秩序として自立性を獲得するに至ったさまざまな国際組織〔たとえばWTOやWHO〕や規律レジーム〔たとえばISO〕が加速度的に広がり、時代を画することになった。国家単位の法への分化は、いまや分野ごとの分立によって覆われてしまう。

4. 自律的な「民間の」法レジーム

しかし、それだけではまだ、法の分立化を完全に理解したとは言えない。なぜなら、グローバルな規律体制と言うだけでは、世界法の領域ごとの分化から分野ごとの分化へという基本的変化をとらえることはできるものの、その変化はまだ、国民国家間の国際法的合意に基づく各種の法レジームから導かれるにすぎないからである。こうした変化と同時に非国家的な「民間の」法レジームが急激に成長していることが、全く視野の外に置かれているのだ。それが「国家なきグローバルな法」を生み出してはじめて、グローバルな法多元主義の〔国家法の多元性とどまらない社会分野ごとの〕^{マルチディメンシヨナリティー}多元性が基礎づけられるのである。そのことを正しく理解するには、グローバルな法ももっぱら国家による定立と強制を——国内法の法源によると、〔国家によって〕公式に承認された国際法上の法源によるとを問わずに——^{ゲルトウング}妥当の条件とする、という通念を棄てなければならない。ここで、われわれは、グローバルな社会の分立化が法に及ぼすもう一つの劇的な作用に直面するわけだ。その作用とは、国家法及び国際法の法源よりももっと広い法源概念をとらざるをえなくなる、ということである。さまざまな「トランスナショナルなコミュニティ」、たとえば経済とか学術とかテクノロジーとかマスメディアとか医療とか教育とか運輸とかいった、それぞれに〔国境を超えて広がる〕自律的な^{ゲゼルシャフトフラグメンテ}部分社会が、国家制度や国家間制度によっては満たされない龐大な規範需要を生み出す。それらのグローバルな部分社会は、国家制度や国家間制度を当てにせず、その需要を自分で満たすのである。グローバルな民間レジームがみずから実体法を定立する傾向が強まる。さまざまな民間レジームが、国家中心的な法定立、すなわち国家法の定立や国際法の定立の枠外で、独自の法源をもつことになる。

今日最も顕著な自律的レジームは、国際経済のレークス・メルカトリーアと、インターネットのレークス・ディギタリス [デジタル法] である。しかし、この関連では、その他にも数え切れない民間または半官半民の規制機関や仲裁機関が、グローバルな妥当要求を掲げる自律的な法を定めていることを、指摘しておかなければなるまい。それらは、「民間の」^{プラットフォーム}レジーム（「社会的な」^{ゲゼルシャフトリヒ}レジームと言った方がいいかもしれない [訳文ではprivatを「私的」ではなく「民間の」と訳すことによって、「社会的」というニュアンスを含めている]）として、国際関係の理論において流布しているレジーム概念から明確に区別されるものである。後者は、レジームを「所与の問題領域においてアクターたちのさまざまな期待を収斂させていく原理・規範・規則・決定手続」として定義することにより、法的要素と政治的要素を混同してしまっているが、そこに見られる政治中心主義は、民間の自律的レジームにとって適切ではない。適切な表現を採るとすれば、「ポストナショナルなフォーメーション」ということになる。古典的なレジームとの種差は、「民間のレジーム」が、きわめて多様な部分社会それぞれの自己-法化の成果だという点にある。

5. 中心／周縁

これによって同時に、古典的な〈法規のヒエラルヒー〉の破産がプログラミングされる。しかし、法規のヒエラルヒーに代わって登場するのは、何だろう？ それは、中心と周縁の差異である。法の中心には裁判所が位置するのに対して、自律的な法レジームの周縁にあるのは、政治的・経済的・組織的・宗教的な諸レジームである。法の周縁がこれらの自律的社会分野に接するところで、いろいろな法形成メカニズムが形成される。標準化された契約、専門職団体の協定、形式を整えた組織の手順、技術的・学術的な標準化、習慣的な規格化、NGOの非公式的合意、メディアや一般世論、等々。これらのレジームは、国家法や国際法の二次規範 [法形成メカニズム] とは根本的に異なる独自の二次規範をもっており、全く^{セルフ・コンテインド}自足的なレジームを成しているのである。

このようなレジームと、それぞれに対応する社会分野固有の論理との間には、構造連結の関係があるので、別々の社会分野に関連するレジームとレジームが、法システムの内部で社会分野の対立を再生産することは避けられない。レークス・メルカトリーアの標準契約は世界市場の経済的合理性を反映しており、とりわけ、保健システムの合理性に従うWHOの規制と衝突する。世界的に組織化された技術者団体の^{レークス・コンストラクティオーニス}建設法は、国際環境法と衝突する。WTOの紛争処理機関に持ち込まれた事件においては、しばしば人権レジームと環境レジームと経済レジームが衝突する。それどころか、社会における合理性の対立はきわめて激烈なので、グローバルな法の中心部としての裁判所まで持ち出されることもある。その場合、さまざまなレジームごとの法廷をヒエラルヒッシュに統一することも、さまざまなグローバルなレジームの概念的・解釈論的統一を図ることも、対立の激しさからして、およそ期待できない。グローバルであるかのように描かれる裁判所は、法の周縁の特殊化したレジームときわめて緊密に結びついているので、グローバルな法の——随所で批判される——分立化をもたらすしかないのだ。

6. 法の衝突は、憲法によって確認されることにより本格的に増加する。憲法規範の実定化は、グローバルなレベルでは、政治システムからさまざまな社会分野に広がり、これらの分野が政治的憲法規範と並行しての民間社会的憲法規範を生み出す。憲法的多元主義という観念によって、国民国家の域外の公共体^{ツィヴァールゲゼルシャフト}について語ることもできよう。公共体は、むしろ制度化された政治という狭い意味で理解されてはならず、まさに「非政治的」・民間社会的なフォーメーションをも意味する。たとえば経済や学術や教育や保健制度や芸術やスポーツにおいて、グローバルな立憲化プロセスが進行する。こうしたプロセスにおいて、自足的なレジーム^{セルフ・コンテインド}は自己立憲的レジーム^{オートコンステイテューショナル}として確立される。自足的レジームは、政治的憲法（それは、単に上位の法規範が実定化されたものというだけではなく法のリフレクシヴなメカニズムと政治のリフレクシヴなメカニズムとの構造連結として理解すべきものである）と、文字どおり肩を並べられるようになってはじめて、厳密な意味で憲法的規範になったと言えるのである〔注：「リフレクシヴなメカニズム」とは、たとえばサーモスタットのように不断のフィードバックによって外部からの刺激に反応していくメカニズム。「構造連結」とはそのようなメカニズムをもつシステム同士が緩やかに、または緊密に連結している状態〕。自己立憲的レジームを定義すれば、こうなる。それは、法のリフレクシヴなプロセスを（政治に限らず）他の社会領域のリフレクシヴなプロセスと結びつけるものである。言い換えれば、それは、システム間の連結制度として、二次的法規範化〔法形成のメカニズム〕を經由して法をさまざまな自律的な社会領域におけるさまざまな基本的合理性の原理と関係づけるものなのだ。これ〔法と他の社会分野の区別から出発する「自己立憲的レジーム」〕に対して、さまざまな民間憲法^{ツィヴァールフエアファツスゲン}においては、〔法と他の社会分野との構造連結ではなく〕それぞれの社会的分野ごとに、二次的法規範化〔法形成のメカニズム〕とリフレクシヴなメカニズムとの構造連結が実現される。すなわち、自律的レジームの非国家的・非政治的・民間社会的な立憲化が実現されるのは、リフレクシヴな社会プロセスがその自己適用〔みずからのリフレクション〕によって自律的に社会的合理性を成立させ、それがさらに、自己のリフレクシヴな法プロセス〔自前の二次的法規範化＝法形成メカニズム〕と結びつけられること（規範化の規範化〔社会的合理性という規範の法規範化〕）によって法化するに至る場合である。こうした条件の下ではじめて、厳密な意味で世界経済の憲法や、教育・学術システムのグローバルな憲法や、インターネットのデジタル憲法の、諸要素について語ることもできるのだ。社会諸分野の自律的な法化という機能から、憲法の典型的な構成要素が導かれる。それは、決定過程の設営と実行（組織規則と手続規則）、個人の自由・社会的自律とシステムとの間に引かれる境界の定め（基本権）である。

こうしたさまざまな前提——多中心的なグローバル化、世界法システムの諸分野への分化、政治をバックにしたレジームと民間社会のレジーム、世界法における中心と周縁の区別、レジームの立憲化——をたどってきて初めて、法の分立化についてどうにか理解したとすることができる。グローバルな法の分立化は正真正銘の憲法紛争を伴っているのだが、それはつまるところ、さまざまな自律的な法レジームによって媒介されてはいる、そして

遡れば世界社会において制度化されているさまざまな合理性の衝突に、起因するのである。

Ⅲ. 衝突する諸レジームを結び目とするネット化

そういうわけで、あらゆる希望を棄てよ(Lasciate ogni speranza.)。ヒエラルヒッシュな組織による統一や、概念の駆使による法解釈論的統一に希望をかけても、すべて無駄であろう。世界社会が、分立化によって特徴づけられる「頂点も中心もない社会」だという社会理論的見方によれば、そうなるのである。政治に中心がなくなって以後、社会の分立状態を調整する役目を引き受ける社会機関はもはや見当たらない。まして法は——世界法の分立化を前提としてそれをまとめるという間接的なやり方によっても——そんな任務を引き受けられない。法のヒエラルヒーが崩れてしまって以後、現実的なのは、完全にヘテラルヒッシュな〔上下の位置づけではなく横の連携による〕法にとってのチャンスだけなのだ。それは、分立化したさまざまな部分的法秩序の間に緩やかな連関を作り出すような、法である。

私のテーゼは、こうである。この〈緩やかな連関〉は、事実としてすでに存在するさまざまなネット化を規範的に強化するような、さまざまな法レジームを結び目とするネット化によってのみ形成しうるものである。法の外部ではそれぞれの社会的自律領域をそれぞれのレジームとネット化することによって、また、法の内部ではさまざまな社会的にネット化されたレジームを相互にネット化することによって。これに関しては、国際法はネットワーク理論の最近の発展に手がかりを求めることができよう。ネットワーク理論は、ヘテラルヒッシュな連携関係を見せる諸要素の行為論理、^{ウーニタス・マルチプレクス}多様性のまとまりを、詳細に論じているからである。それは、自律的な行為論理を、相互の境界を超えて結びつけるのに役立つ。

さまざまな法レジームのヘテラルヒッシュなネット化の、三つの指針を挙げておこう。

- ①法の完全にヒエラルヒッシュな一体性に代えて、さまざまな法秩序の、単に規範的な両立性を
- ②自律的な部分的法秩序相互の刺激と観察とリフレクションによる法形成を。
- ③世界法を民間憲法化する方法としての非中心的〔相互関係調整的〕な紛争解決を。

1. 国際紛争〔国家間の紛争〕からレジーム間紛争へ

ここで出されるのは、二つの典型的な問いである。第一に、ヒエラルヒーの条件（全体を拘束する決定、集中された権限、ヒエラルヒッシュに重ねられた事項という観点〔下級審は事実問題、最上級審は法律問題という区別〕）が欠けている場合、どう対応すればいいのか？ 答えを抽象的に言えば、ネットワークの結び目の相互的観察によって、である。拘束力ある最終決定に代わるのは社会における観察の立場の多数性なのだ。それらの立場は互いに再構築をもたらし、結び付き合い、影響し合い、制約し合い、管理し合い、改革へと誘い合うが、実体的な規範について集団に共通する決定を下すことはない。第二に、たとえば著

著作権とかサイバーローとか人権とか環境法とかいったトランスナショナルな規律対象について、どのように決定すればいいのか？ 答えを抽象的に言えば、国家法として定立された規範をできるだけ有権的に再現する態度を棄てることによって、である。領域的な秩序づけモデルによらずに、各分野のレジームごとに分けて考えることが必要である。これら二つの対応を、著作権を例にとって概観しよう。

第一の実例：トランスナショナルな著作権

国際的な著作権法の抵触法判決は、伝統的に、領域性原理に従っている。この原理は、何よりも、1886年のベルン条約に示されている。しかし、この条約の規律方法は、サイバー革命やメディア技術の革新や学術・芸術のトランスナショナル化がもたらしたものに、対応できなくなっている。だが、それらによって示された調整努力にもかかわらず、統一的な国際著作権法は未だに存在しないのである。基準となるのは依然として、領域ごとの、国によって異なる著作権保護なのだ。

それでは、上述の「ニュー・アプローチ」によればどうなるのだろうか？ このケースにおいては、伝統的な国際手続法と国際抵触法を、国家法秩序間の衝突から、(WIPO [世界知的所有権機関] やWTO [世界貿易機関] やEG [ヨーロッパ共同体] と、さまざまな国家法との衝突にさいして見られるような) 分野ごとのレジーム間の衝突に移して考えるということになる。領域性から「機能ごとのレジームへの帰属」へのこうした切り替えは、さらに、この機能的連結という論理が〈適用すべき抵触規範〉にも適用される〔抵触法ももはや国家法ではなく分野ごとのレジームの法である〕ということの意味する。裁判所がトランスナショナルな法的問題を処理するにさいして国家的法圏を認め合うことから生ずる問題〔いわゆる連結点によってどの国家法を適用すべきかを決めるという問題〕は、適用すべき領域単位の法〔とくに国家法〕を求めるのではなく当該の法的問題がどのレジームに属するかを問う抵触法によって取って代わられる。そのさい、この〔新たな〕抵触法は、当該のレジームと他のレジームとの抵触状況を調べる一方、本質的に国家的、国際的、またはトランスナショナルな法形成メカニズムの並存に逆らう〔さまざまな非国家的なレジームを含むレジーム間の抵触として一元的に処理する〕のである。

もっとドラマティックなのは、抵触規範から実質規範への切り替えという、次の一歩である。国際私法がそのような「実質法アプローチ(substantive law approach)」をとるのは、係争事件のトランスナショナルな性格からして何らかの〔国家的〕法秩序の法的問題としてのみ扱うことができないような、きわめて例外的な場合だけである。しかし、レジーム間の抵触という場合は、原則と例外の関係が逆転する。主として一つの〔非国家的〕レジームにのみ属するような紛争は、むしろ稀な例外なのだ。通常見られるのは二つのレジームに関わる紛争であって、それが両レジームによって重視される場合である。その場合、レジーム間の抵触法自体が実質法を生み出すしかない。しかも、それは上位の機関なしに行われるのである。その結果生ずるのは、それぞれのレジームの法機関が、自身、法的衝突の当事者でありながら、両レジームに共通する実質規範を生み出さなければならないという、

パラドクシカルな状況である。

2. 政策対立から合理性の衝突へ

抵触法において展開された「政治的利益アプローチ(governmental interest approach)」は、関係国の政策対立を法的利益衡量に服させることによって、単なる規範対立の形式主義の克服に成功したが、それだけでは不十分である。衝突するレジームには、上述のように、国際条約によって構築された、明示的に政策実現を追求する政治的・規制的なレジームもあるが、さまざまな社会分野から出てきた自律的な民間管理レジーム（国家なきグローバルロー）もあるからだ。そうである以上、いま生み出すべき抵触法を、衝突状況において異なる政策を再構成し調整するものとして限定するわけにはいかない。法は、基礎にある社会的対立を念頭に置かなければならない。

それは、まず、次のことを意味する。衝突するのは何か？ 関係するレジームの——すなわち政治的規律を行うものも民間社会の枠内にとどまるものもあるさまざまな国際組織や、関係諸国の——諸規範が衝突するというだけのことではない。さまざまな社会システムの基本的組織原理が互いに衝突するのである。機能的な[さまざまな機能の分化に対処する]抵触法は、世界社会において衝突するさまざまな機能システムを、それぞれが法との構造連結関係にあるという側面をとらえて法的に両立させる。それは、世界社会の学術や技術や経済や教育や宗教等々の各分野においてそれぞれの規範的予期が生まれ、それぞれの法秩序ごとに法化されるということである。こうして、[国家法ないし国際法が立脚する]領域的分化が機能的分化に基づくレジームへの帰属に切り替わるかどうかは、機能的分化を前提とするレジームの論理がそれぞれの主要なフォーラムにおいてどこまで理解されるかに懸かっている。「トランスナショナルな著作権」の分野においてはW I P OやW T OやE Uやさまざまな国家法の間に見られる潜在的な衝突状況が、その限りで回避の方向に導かれなければならない。それ自体としてヘテラルヒッシュなこの政治モデルを再ヒエラルヒー化しようと試みるべきではなく、基礎にある合理性の対立に遡って考えるべきである。結論として、対立が生じた場合には学術の合理性、技術の合理性、芸術の合理性、経済の合理性等々を両立させること、さまざまな組織や国家の政策に対応するだけですませないことが、肝心なのだ。その両立化技術を、医薬品の特許権保護という問題を例にとって説明しよう。

第二の実例：医薬品の特許権保護

2001年、アメリカ合衆国は、ブラジルにおける特許権保護の状況を審査するためのW T Oパネルの設置を申請した。ブラジルは、特許権者がブラジルの領域に限定された薬品生産を行う場合を除いてライセンス強制を行っていた。すなわち、ブラジル特許法68条以下は、国内におけるジェネリック薬の生産を許していたが、それを、とりわけ住民の健康が疫病によって脅かされ、有効な薬品の世界市場価格が高すぎる場合に限っていたのである。この紛争の基礎には、二つの国際組織の政策対立よりもはるかに深い合理性対立がある。抗H I V薬の特許権保護という問題で衝突したのは、世界社会の二つの行為分野、すなわち経済と保健それぞれの基本原理であった。

- * これは、二つの領域国家的または制度的な特許法的解決のどちらを選ぶかという問題ではなく、グローバルな特許法の実質規範を準・裁判官法的に形成するという問題である。
- * これは、WTOとWHOのような国際組織の現時の政策を参照すればすむ問題ではなく、紛争解決機関が最終的に、基礎にある合理性対立に遡ってその両立化を試みなければならない。
- * この紛争は、決着をつける上位の機関がない以上、対立するレジームの一方（この場合WTO）によって解決される他はない。しかし、それと競合する行為論理（この場合保健政策の原理）が限界を引くものとして、経済法の文脈に導入されなければならない。

つまり、保健措置が一定の状況においては経済の圧力を免れるということになる。特許権保護の定めは経済的合理性に従うものであっても、保健システムの文脈内で生み出される社会的規範に違反するというのが、その理由であった。国連人権委員会決議2001/33は、そのような紛争解決を指示している。したがって、ブラジルのエイズ対策プログラムのような措置は、特許法の保護基準がそのようなケースに適用不能とされる限りで、経済の論理に従わない例外とされる。要するに、経済分野と保健分野の関係における抽象的・一般的な非両立的規範を〔具体的に〕展開してWTO法とUN法をトランスナショナルな特許権法の一部とし、相容れない行為論理の間の破滅的な対立を防ぐことになったわけである。

3. 一般的な強行法からレジーム独自のトランスナショナルな公序へ

レジーム間の抵触法にはヒレラルヒッシュな上位の機関などないという現実認識から出発するならば、自律的な諸レジームから成る原理的にヘテラルヒッシュな秩序における抽象的法原理の^{ゲルトウング}妥当は如何にして可能か、という問題に直面することになる。トランスナショナルな法における強行法の妥当は、国際法的基礎の上に樹立された政治的・規律的レジームにとっての問題であるばかりでなく、何よりも、自律的な民間管理レジームの問題なのである。これについては、二つの極端な見方に走らないようにしなければならない。多中心的な世界法にとっては、さまざまな法秩序をヒエラルヒッシュな上下の序列として位置づけることも、世界法とは世界社会の真空状態において作動するさまざまな自足的システムと共に出現し機能するレジームだと考えることも、不適當である。中心的機関による調整や、閉ざされたレジームの自足性ではなく、対立する二つの要請を組み合わせるネットワーク論理が重要なのだ。一方では、ネットの結び目の自律的・非中心的なりフレクションと、その人間的・自然的な環境との両立化を、目指さなければならない。他方では、こうした非中心的リフレクションを互いにネット化して、すべてのレジームが共通の基準点と、抽象的ながらも共通の意味地平とを前提として、それを参照しながら規範を作り出せるようにしなければならない。任意に変えられないものとして想定された意味地平には、共通の基礎とされる所与のテキストはない。共通の用語規則も見当たらない。〔それがあつたように論じられる〕別の社会的文脈では、「国際的公序」とか、「命令的ルール」とか「トラ

ンスナショナルな公序」とかいう語が用いられているのだが。

これらの概念はすべて、法的にいう^{ゲマインザール}公共善の、それぞれの関連を示している。これらの定式の統一性は、明らかに、グローバルな^{ユース・ノン・デイスボジトゥム}非任意法が共通のテキスト化された意味地平をもたないこと、しかし言葉の多様性が共通の^{ゲルトウングスケルン}妥当核心という想定（正確に言えばフィクション）を可能にしていることに、認められる。だから、多様なレジームの文脈において公共善のさまざまな定式が基準とされているとすれば、決定的に重要なのはそれらの基準点を合致させることなどではなく、さまざまなレジームの自己組織化プロセスを刺激してグローバルな非任意法のためのそれぞれ独自の言語規則を形成させることである。そのように刺激する役割は、部分的な世論によるスキャンダル化、国際政治による圧力、さまざまな自律的な法レジームの相互協力といった、多種多様なプロセスによって果たされる。

第三の実例：建設法(Lex Constructionis)

レークス・コンストルクティオーニスと、それによる——トランスナショナルな建設プロジェクトについての——標準契約は、少数のしっかり組織された団体、すなわち国際コンサルティング・エンジニア連盟(FIDIC)とヨーロッパ建設業連盟(FIEC)、それにレークス・コンストルクティオーニスの法規充実を目指す若干の国際法律事務所によって、支配されている。自律的レジームのこの実例が投ずる多数の法的問題から、ここではグローバルな非任意法の問題を取り上げよう。分立化したグローバルな法をグローバルにヒエラルヒー化するという非現実的な構想に代わって、その人間的・自然的環境に対するレジーム内部の答責性の構築が、広く要請される。すなわち、機能ごとのレジームが、それぞれ独自の非任意法を作り出さなければならない。

経済レジーム、学術レジーム、技術レジーム、保健レジーム、文化レジーム、宗教レジームは、それぞれ〈手をつけるべきでないもの〉のための基準点を形成しなければならない。このプロセスは、レークス・コンストルクティオーニスがそこから分かれてきたレークス・メルカトリーアにも見られるところである。レークス・コンストルクティオーニスによって結ばれる契約がいかなる法を適用するかに関わりなく、また、いわゆる特殊連結理論の主張者が契約以外の場合についても顧慮すべきだとする特殊的国家利益にも関わりなく、もはや領域に結ばれた政治構想を念頭に置かないレークス・メルカトリーア独自の、^{エルガ・オムネス}万人にとっての法生成が認められるのである。レークス・メルカトリーアは独自の〈手をつけるべきでないもの〉を生み出し、仲裁裁判は独自の公序を適用せざるをえなくなる。

4. ^{ステア・ディサイシス}先例の拘束力から ^{デیفォルト・デフアランス}一応の敬意へ

トランスナショナルな法のネットワーク論理は、最上級審の判決の拘束力に代わってさまざまな自律的レジームが相互観察関係に入ることを要請する。このような多中心的システムにおいて、法的安定性は、法の中心にある裁判のヒエラルヒッシュな審級制度によって得られるのではないのであって、不確実性の吸収は、法的決定と法的決定の接続が反復されていくことによってのみ、或る程度まで実際に期待される。それは裁判における先例

の拘束力という伝統を受け継ぐものではあるが、重要な点で伝統との差異を見せるものである。

第四の実例：行方不明化(desaparición)

アルゼンチンの軍事独裁時代(1976 – 1983)、行方不明者として消されてしまった人々は、約三万人に上る。その後の転換期に、アルゼンチンはまず大赦法を制定し、犯人たちの刑事責任を問わないことにした。しかし、2003年8月、アルゼンチン国民議会は、転換期のアルフォンシン政権の二つの大赦法の無効を宣言した。

われわれの関心を惹くのは、世界法システムがアルゼンチンの行方不明化ケースをどう受けとめたかということである。法律家に突きつけられたこの問題を簡単に言えば、どのような管轄権によって、どのような法制によるどのような犯罪が、内政干渉の非難をどのように躲して、裁かれるかということである。「行方不明化」ケースは、二度と繰り返さないようにするためにも不安を解消するためにも、国際刑法が不測の事件に対処するための教訓になる事例なのだ。

行方不明化という犯罪については、数多くの判決が下されてきた。この問題は、さまざまな事件について、さまざまな裁判所（各国の裁判所、米州人権裁判所、欧州人権裁判所、ボスニア-ヘルツェゴヴィナ人権委員会）によって扱われた。そのさい、トランスナショナルな禁止規範が——[南アフリカの]真実・和解委員会(WVK)最終報告53項では強行法としてさえ——登場し、また、それらの判決がアルゼンチンの裁判所によって受け継がれたが、注目されるのはそればかりでなく、とりわけ、いろいろなレジームに属するさまざまな裁判所が互いに観察し合ったという事実である。それらの裁判所が明示的にネット化されたわけではないが、現に生じている転換状況へのインフォーマルな言及はしばしば見られ、そのことによって、先行する諸判決により打ち出された見方が採用されたのである

したがって、分立化をめぐって国際法学者が展開している議論は、問題のヒエラルヒックな解決を探るかぎりでは、的はずれなのだ。そこで、ネットワーク論が提供するものは、ネットのさまざまな結び目の相互観察はネット全体の集団的意思形成として行われるのではなく、結び目の決定が他の結び目の決定の前提としてその一部になるような継起的関係に立つにすぎない、という洞察である。だから、決定的に重要なのは、単なる外部観察をネット内部の観察たらしめる拘束効果がどのようにして生ずるのか、という問題なのだ[スペンサー-ブラウンからルーマンに受け継がれたリ-エントリーないし内部転写の問題]。これは、法律学における〈先例の拘束力〉の問題である。先例によるグローバルな法的拘束というスキラと、単なる説得力、まして調和をめざす方法に依拠するだけの先例観念というカリブディスとの間に、水路があるのだろうか？ 実際、「一応の敬意」は、国際的なレジーム裁判所の判決が互いに先例として性格をもつものと推定されることを、示している。〈一応の敬意〉は、拘束力を推定させるにとどまる限りで、フォーマルな〈先例の拘束力〉よりも弱いけれども、先例から逸れるにはしっかりした根拠を挙げなければならない限りで、単に説得的な先例というよりは強い観念だと言える。これは、ネットワークとフォーマルな組織が

それぞれどれだけ不確実性を吸収するかという、よく議論されたテーマ、すなわち説得力ある根拠による先例からの逸脱が例外的に認められるようなケースは減少傾向を見せているのではないかというテーマに、連なる問題である。この推定は反論可能であって減少傾向など認められない。そうだからこそ、先例の事案との違いを指摘したり先例を覆したりするさいに、根拠づけや正統化が必要とされるのだ。

IV. 法の統一性からレジームの規範的な両立可能性へ

以上に論じてきたことは、さまざまな自律的レジームとしてトランスナショナルに分立する法の、新しい自己理解にとって何を意味するであろうか？ こうした状況において、世界法の立憲化という理念はなお維持されるであろうか？ 結論はこうである。法の分立化との取り組みに向けられた要求の高すぎる水準を、大幅に低めなければならない。法の分立化は法自体に由来するのではなく、社会的環境に由来するのだから。国際法の統一を達成しようなどとは思わずに、分立するさまざまな法分野の単なる両立性を達成するにとどめなければなるまい。法は、分化した世界社会の統合という幻想ではなく、せいぜい損失の限定を実現できるにすぎない。法的手段によっていろいろな社会的合理性の矛盾を調和させることはできないのであって、法はせめて——国際法についての適切な言い方を少し変えて用いるなら——「さまざまな社会システムの穏やかな教化者^{シヴィライザー}」として働くことしかできないのだ。さまざまな矛盾は避けられないが、「いろいろな〈法アリーナ〉の両立性を保つこと、互いにとって透明なものにするということが、法システムの新たな自己観察形式・自己記述形式の任務に他ならない」。分立化した世界法を立憲化するチャンスは、そこにある。現実的に見るなら、法にできるのは、さまざまな合理性の衝突の自己破壊的傾向を法的「形式化」によって阻止することだけである。法が社会におけるさまざまな合理性の衝突そのものと取り組んで成果を挙げることなど、どうしてできよう？ うまくいくのは、上記の実例に見られるように、そうした合理性の衝突の限定された一部だけでも^{クワエステイオー・ユールス}法律問題に翻訳し、それによって平和的解決のフォーラムを提供する場合なのだ。しかも、その場合も、法は上位の調整者として働くのではない。全面的支配の傾向や一方的な圧政に抗して、相互的な自律を法的形式によって保証できればそれだけでも、たいしたことである。社会の分立化がもたらしうる危険に対しては、法は相互の損害を埋め合わせる一方で人間的・自然的な環境に対する加害を阻止するという任務への、自己限定をせざるをえない。その意味で、さまざまな衝突するレジームをネット化すること、中心をもたない紛争解決を実現していくことは、世界法を立憲化する一つの現実的なチャンスなのである。

(村上淳一訳)