

G. Teubner の「抵触法アプローチ」： 議論の整理を中心に

山 田 哲 史

はじめに：多元化するグローバル化時代の法秩序

1. 前提としての Teubner の法秩序構想
2. Teubner の抵触法アプローチ構想
3. 若干の検討

おわりに：今後の課題

はじめに：多元化するグローバル化時代の法秩序

筆者はこれまで、グローバル化にともない、多元化、多層化する法秩序において、従来(国内)公法学が蓄積してきた道具立ての活用可能性、発展可能性について、いくつかの論稿で検討してきた⁽¹⁾。もっとも、この議論の前提となっている、法秩序の多元化、多層化自体、そのように法秩序の現状を理解することが妥当であるかは問題としうるところではある⁽²⁾。すなわち、国際法の断片化が指摘されるが、この断片化とは国際法が様々な分野に対応して発展していることを示すものでもあり、それぞれの分野でフォーラムを形成し、あるいは、調整アクターとなっている組織は少なくともその創設に

(1) 拙稿「法秩序の多層化・多元化の下での憲法の意義と限界」片桐直人ほか編『別冊法学セミナー 真総合シリーズ 憲法のこれから』(日本評論社, 2017年)134頁以下, 拙稿「グローバル化時代に公法学の可能性は残されているか」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』(成文堂, 2018年)181頁以下 [拙稿(初宿古稀)], 拙稿「グローバル化時代における『憲法』の概念」神戸法学年報32号(2019年)[拙稿(神戸)]257頁以下。

(2) 2018年度の日本法哲学会学術大会では、「法多元主義——グローバル化の中の法」がテーマとされたが、その報告やコメントの中でも、一元主義との対比における法多元主義の意義、正当性が、なお議論の対象となっている(松尾陽「グローバル・ガバナンス

において、国家が国家間条約という形で関与していることが通例である。また、国家がそういったフォーラムや調整アクターの創設に関わっていない、純粹に非国家的な枠組みにおいて、何らかのルールが形成されているとしても、実際にそのルールを適用、少なくとも執行しようと思えば、強制的な執行の能力を有しているのは現状国家において他にない⁽³⁾。したがって、各国家において国家機関が、非国家的なものを含む、国際的、グローバルなフォーラムでの決定を当該国家において、執行するかを決定するかどうかが問題なのであって、結局は、国家を基準とした思考から離れる必要はないとも考えることも不可能ではないだろう。その意味では、少なくとも我が国における国際私法学が、グローバル化の時代において、各国の法廷において「非国家法」を抵触法の検討対象に取り込むことが可能かについては徐々に検討を深めてきている⁽⁴⁾が、逆に言えば、基本的にはそこに止まっており、非国家的枠組み相互の法(法かどうか自体争うところではあるが)の抵触を、各非国家的枠組みがどのように処理すべきかといった点にはほとんど検討を及ぼしていない⁽⁵⁾ことも理解できないことではない。また、後述の Teubner や本稿の

における多元的な秩序形成の在り方とその意義——原田報告へのコメント」法哲学年報2018(2019年)27-28頁、郭舜「法多元主義の問題提起をどう捉えるか——国際法からの眺め」法哲学年報2018(2019年)59頁以下)。併せて参照、浅野有紀「〔発題〕『法多元主義——グローバル化の中の法』提題趣旨」法哲学年報2018(2019年)1-3頁〔浅野(法哲学年報)〕。また、法多元主義についての、最近の邦語によるまとまった研究として、浅野有紀『法多元主義』(弘文堂、2018年)がある。

- (3) 関連して、国家の突出した執行能力に加えて、正統化における(民主政)国家の持つ一般性の利点にも着目し、「係留点としての国家」を強調する見解を説くものとして、原田大樹「行政法学から見た法多元主義」法哲学年報2018(2019年)17-18頁などを参照。
- (4) 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頁以下〔横溝(筑波)〕、同「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年)109頁以下〔横溝(公法・私法)〕、西谷祐子「グローバルな秩序形成のための課題——国際法と国際私法の協働をめざして」論究ジュリスト23号(2017年)48-49頁。さらに、実体私法学、とりわけ商法学の観点から、トランスナショナルな商慣習法である *lex mercatoria* なども視野に入れて非国家法の意義について検討したものとして、小塚壮一郎「私法・金融法における法多元主義」法哲学年報2018(2019年)33頁以下〔当該論文では、非国家法の国家法との結びつきの強さが指摘されている〕。
- (5) もっとも、西谷祐子「グローバル法多元主義と国際私法の現代的意義」法哲学年報2018(2019年)102頁、横溝(筑波)・同上13-15頁、横溝(公法・私法)・同上120頁註56など

基本的な視座が、国家から独立し多元化する法秩序において、その法秩序相互の関係を如何に処理すべきかに当たって、従来の国際私法⁽⁶⁾の考え方、技術を応用しようという発想と、法秩序の多元化を踏まえながら、近代以降あくまで国家中心の、あるいは公私二分論を前提として成立してきた国際私法(学)⁽⁷⁾を、現行法との接続にも配慮しつつ⁽⁸⁾、今後どう展開するかという、国際私法学者の視座との違いにも留意する必要がある。

上記の国際私法學説の関心にあらわれているように、何が法なのかということが現状必ずしも明らかではなくなっているのも確かである。そこでそれを踏まえて、とりわけ法というべきかどうかが不透明な非国家法を念頭に、改めて法の定義を問い直し、それに照らして法と呼ぶことができるのかを検

において、問題、議論の存在についての指摘はされている。法秩序相互の関係よりもプラグマティックな場面である、法的推論のありように焦点を当てて、国際私法が構築してきた思考枠組みの活用を検討する、近藤圭介「法多元主義における法的推論の問題——『関係性』を視野に収めた理論をめぐる試論」法哲学年報2018(2019年)83頁以下[とりわけ、87頁]は、本稿の立場から見れば、一歩踏み込んだものと評価され、本稿もここから大きな示唆を得ている。

- (6) 本稿において、「国際私法」とは、私法の法抵触を解決する規範としての抵触法(conflict of law)と基本的に同意の「内外私法の範囲を定める法規の総体」(櫻田嘉章『国際私法(第7版)』(有斐閣、2020年)14頁)としての狭義の国際私法に、国際民事手続法を含めた広い意味での国際私法を指している。これに対して、抵触法は、狭義の国際私法と同意の conflict of laws の訳語として用いる場合もあるものの(国際私法と抵触法の用語法については、櫻田・同上14-15頁などを参照)、とりわけ表題にある「抵触法アプローチ」の場合などを中心に、Kollisionsrecht(例えば、G. Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, S.232)や conflicts law (C. Joerges, P.F. Kjaer & T. Ralli, *A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation*, 2 TRANSNAT'L LEGAL THEORY 153, 157 (2011))は、大陸法流の国際私法(international private law)と英米法流の抵触法(conflict of laws)の双方とも自身のアプローチは異なるとし、単なる法の抵触状況を示すニュアンスのある conflict of laws ではなく、法抵触の調整を行うルールであることを示すために、conflicts law という用語を用いるとしている)と、ドイツ語あるいは英語で表される用語の日本語訳として基本的に用いることにする。なお、conflicts law を「抵触法」と日本語に訳すると、conflict of laws との区別がつかなくなってしまい、むしろ conflict of laws を「法抵触」と訳すべきかもしれないが、既に定着した訳語と異なった訳語を当てることも混乱を招きやすいので、conflict of laws の意味における抵触法は極力用いず、むしろ日本でより定着している「国際私法」を原則的には用いることとする。
- (7) 横溝(公法・私法)・同上109-112頁などを参照。
- (8) この点について、横溝大「グローバル法多元主義の下での抵触法」浅野有紀ほか編『政策実現過程のグローバル化』(弘文堂、2019年)350頁参照。

証した上で、国家の裁判所が国際私法の知見、技術を応用しつつ、多元化するグローバル社会のガバナンスに如何に寄与しうるかを論じること⁽⁹⁾には大きな意義がある。なお、このような意味において、非国家法をどの範囲で法として認識可能かに関心を寄せる、上記のような国際私法学の現状——門外漢からのこのような現状把握の妥当性自体は当然問われうるが——には十分故のあるところであって、国際私法学に対する批判を意図したものではない。

他方で、あくまで国家が関わっており、そこを基準に考えれば良いと強弁することがどこまで妥当なことなのか、筆者としては疑問なしとしない。国際機構を中心とする、国際的な組織、枠組みの多くにおいて、国家が少なくともその創設にあたって関与しているとしても、国家からはかなりの程度独立した存在として、各種機能を営んでいることは否定できない⁽¹⁰⁾し、強制的な執行を経ずして、そこで形成されたルールが、個人を含めた各種アクターの活動を實際上規定し、拘束性を有しているに等しいという現象の存在は否定すべきではない⁽¹¹⁾。そうすると、国家もその一つに位置付けられる、多元的、多層的な法秩序相互の関係性をどのように整理すべきかについて、正面から検討しておくべきであろう。少なくとも土地的に限界づけられる一方、問題領域においては一般性を有する国家と、土地的な限界はともかく、特定の問題領域について扱う法秩序との間に、とりわけ国境を跨ぐ、ヒト、モノ、カネの移動が激しいグローバル化の時代において、実際上の交渉が生じることは容易に想像できるところであり、その際、ルールの抵触が生じる可能性

(9) 横溝（公法・私法）・前掲註(4)121頁以下参照。

(10) 国家からの独立の程度も態様も様々ではありながらも、国際組織独自の構造の発展を描写するものとして、例えば、THE EXERCISE OF INTERNATIONAL PUBLIC AUTHORITY BY THE INTERNATIONAL INSTITUTIONS (A.v. Bogdandy et al, eds., 2010) [とりわけ、第2章 (II: 99頁以下)]を参照。

(11) いわゆるソフトローも含めて、その実際的な拘束性と(公)法的統制の必要性を説くものとして、M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015, S.241ff. u. 344ff.などを参照。

は大きい⁽¹²⁾。そうすると、このルール抵触をどのように処理すべきかを考える必要性が生じてくるわけである⁽¹³⁾。そこで本稿では、レジームの並立による、多元的な(法)秩序を構想し、レジーム相互のルール抵触についても、まとまった議論を展開している Teubner の構想⁽¹⁴⁾を検討し、その妥当性について考えてみることを通じて、グローバル化時代における多元的な法秩序認識とその帰結としての法秩序間関係や法適用のあり様に関する研究の端緒とすることを目論んでいる。

(12) このように認識する点において、伝統的な国際法・国内法二元論が、国際法と国内法という法秩序が互いに独立の法体系であり、相互に関係することはないとしていたこととは趣を異にする。ただし、二元論も多くは、事実上の抵触が生じうることについては認めていたことには留意しておく必要がある。

また、実際の例については枚挙にいとまがないが、ここでは、エイズ薬等の特許権保護をめぐる国際的な知的財産保護レジームと国際的な健康・保健法レジームの抵触について、今般の COVID-19 におけるワクチン開発における問題との関連も踏まえて挙げておく。この問題に関する邦語文献として、朴栄吉(李妍淑・訳)「医薬品特許と強制実施：HIV/AIDS 問題を中心に」知的財産法政策学研究 7号(2005年) 35頁以下がある。

(13) 関連して、公法学の分野においても、Kingsbury や von Bogdandy による公際法(inter public law)の構想が提唱されていること、我が国において公法抵触法としての国際行政法の重要性が再度強調されていることが注目される。以上については、拙稿(初宿古稀)・前掲註(1)191, 195-197頁とそこに引用の文献を参照。さらに、Kingsbury の公際法構想を、多元論を前提としたものであることを指摘する、近藤圭介「グローバルな公共空間の哲学——その構築の試み」論究ジュリスト23号(2017年) 37頁註6や、Teubner と同じく多元的な法秩序理解を前提に、そこにおける法秩序間の抵触を国際私法・抵触法的発想によって処理しようとする Joerges が、inter-public な緊張に規律を与えようとするものである点、そして、全ての関係者が受入可能な手続的法原理を示唆する点において、グローバル行政法と自身の構想の近接性を強調している、C. Joerges, *The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form*, RECON ONLINE WORKING PAPER SERIES 2010/05, 29-32, http://www.europeanrights.eu/public/comment/joerges_testo.pdf [Joerges(RECON)]; C. Joerges, *A New Type of Conflict of Law as Legal Paradigm of the Post-national Constellation*, in KARL POLANYI, GLOBALISATION AND THE POTENTIAL OF LAW IN TRANSNATIONAL MARKETS 496-497 (C. Joerges & J. Falke, eds., 2011) [Joerges(Polanyi)]も併せて参照。

(14) 邦語による簡潔にまとめられた紹介として、見崎史拓「憲法的機能は国家にのみ見出せるのか? (2・完) シウリ、トイブナーの社会的立憲主義」名古屋大学法政論集282号(2019年) 267頁註24。抵触法アプローチの有用性に目を向けた、Teubner の議論の紹介として、H.M. Watt, *Conflict of Laws Unbounded: the Case for a Legal-pluralist Revival*, 7 TRANSN'L LEGAL THEORY 313 (2016) も参照。

1. 前提としての Teubner の法秩序構想

早速、Teubner の抵触法アプローチについて議論を進めていきたいところではあるが、抵触法アプローチを展開する前提として、Teubner がグローバル時代の多元的な法秩序⁽¹⁵⁾をどのように構想しているかを把握しておく必要がある。そこで、Teubner の多元的法秩序構想については、邦語でも既に優れた紹介⁽¹⁶⁾があるところだが、以下では抵触法アプローチの理解に資する範囲で、Teubner の法秩序構想について紹介しておこう。

グローバル化時代における Teubner の法秩序構想を端的に言ってしまうと、基本的には⁽¹⁷⁾専門領域毎に成立するレジームが並立する多元的な法秩序である⁽¹⁸⁾。先にも少し触れたように⁽¹⁹⁾、Teubner はそれぞれのレジームが

(15) 後述するように、Teubner は主に「レジーム」の並立、抵触を論じており、横溝・前掲註(8)345頁も指摘している通り、「法秩序」への該当性を論じることについての関心は決して強くない。

(16) 最新かつ詳細なものとして、見崎・前掲註(14)があるほか、戒能通弘「G. トイブナーの『国家なきグローバル法(global law without a state)』の概念について」同志社法学54巻1号(2002年)65頁以下や、同「G. トイブナーの法思想：『多元的社会(polycontextural society)』の構想」同志社法学55巻2号(2003年)35頁以下、本稿筆者による簡潔な紹介である、拙稿(神戸)・前掲註(1)260-261頁などがある。また、Teubner 自身による講演原稿の翻訳として、グンター・トイブナー(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」新世代法政策学研究10号(2011年)181頁以下[基本的には、以下で主に参照する、Teubner a.a.O. (Anm. 6)のダイジェスト版と言って良い内容となっている。以下、逐次引用はしないが、訳者による解説・補足も充実しているので、併せて参照頂きたい]も参照。さらに、「私的規制主体」の自主的な制度展開について、Teubner の議論を参照するものとして、伊藤一頼「私的規範形成のグローバル化がもたらす正統性問題への対応——国内公法理論からの示唆に注目して」論究ジュリスト23号(2017年)12-13頁がある。

(17) ここで、「基本的には」という留保を付したのは、主題・機能による区別と領域的区分という点で、国家とグローバルなレジームは異なるものかどうかというものの、国民国家もレジームの一種として、Teubner が承認していると解されるからである。これについては、A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollision: Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006, S.37を参照。

(18) Fischer-Lescano/ Teubner, ebd., S.27ff. によれば、このレジームあるいは社会システム相互の抵触は、単なる政策レベルの抵触ではなく、それぞれのレジーム・社会システム固有の合理性をそれぞれが最大化しようとするために生じるものであり、これによって、レジーム・社会システムに対応する法分野への分化、すなわち法の断片化が進むとされる。

(19) 前掲註(15)参照。

「法」秩序であるかということにはあまり意を用いておらず、そもそも彼は、法システムとは別に経済システムをはじめとする社会システムの並立を想定し、基本的にはこの社会システムにレジームが対応するようなのである⁽²⁰⁾から、そのシステムの秩序を法秩序と呼ぶべきかは疑問も残るところである。もっとも、議論の先取りを含んでしまうが、Teubnerはこのレジームに憲法主体(Verfassungssubjekt)該当性を認めており、ここにいう憲法は、合法・違法の二元論から成り立つ法のコードと、経済など各問題領域のコード(例えば、経済合理性)を結びつけるハイブリットな存在であるとしている⁽²¹⁾ことから、少なくともレジームに並行する法秩序は存在すると見ても良いだろう。加えて、Teubnerは、①国家の世界の制度化された政治と、②社会システムあるいはレジーム内部における政治、すなわち、国家世界の制度化された政治的ダイナミズムからのレジームの防衛とレジーム内部のシステムの構築や正統化を担う政治、この二つの意味の政治が存在するという⁽²²⁾が、これは、法についても、国家の制度化された法に加えて、その法からのレジームの保護とレジーム内部の規律を成立させるところの法が存在する、あるいは必要となってくるというべきであって⁽²³⁾、その意味でも——従来の国家法とは異なった構造を持ちうる⁽²⁴⁾ので、国家法の側からみてこれを法と呼ぶべきかは論じうるところであるものの——、レジームの法秩序性を認めても一応は差し支えないように思われる。

そして、Teubnerは、そもそもこの憲法主体としてのレジームに該当する

(20) 例えば、Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.120ff.において、レジームの憲法主体該当性を論じるにあたって、その要件の一つである憲法機能の具備の検討において、社会システムの「憲法」のありようが論じられていることは、その一つの象徴である。

(21) Teubner, ebd., S.174.

(22) Teubner, ebd., S.175ff.

(23) 後述(後掲註53)とそれに対応する本文参照)のトランスナショナル(あるいはレジーム)基本権は、この政治に対応したものであると言えよう。

(24) Teubner, ebd., S.178 u. 187では、「政治」の文脈において、国民国家において要求されたのと同様の民主的正統性、代表性をグローバルな部分システムにおいて要求することはできないことが強調されている。なお、レジーム内、あるいは、部分システム内における民主政のあり方をめぐるTeubnerの議論の詳細については、見崎・前掲註(4)283頁以下[民主的実験主義に注目している]を参照。

ためには、単に、形式的な組織、つまり、国際的、トランスナショナル、あるいはグローバルな組織内部の構造、あるいはそれを決定する法、憲法 (constitution / Verfassung)⁽²⁵⁾が存在するだけではならず、外部、第三者すなわち、「環境」との関係性をも取り決める規律も存在しなくてはならない⁽²⁶⁾のであって、次のような能力、性質を備える必要があるという。すなわち、①憲法機能 (Verfassungsfunktionen)、②憲法領域 (Verfassungsbereiche)、③憲法手続 (Verfassungsprozesse)、④憲法構造 (Verfassungsstrukturen)の具備である⁽²⁷⁾。

ここに、①憲法機能とは、社会システム、あるいはレジームの自己形成・構成と自己制御・抑制という二つの機能を指す⁽²⁸⁾。これは、従来の国民国家の憲法においても、憲法が国家権力を生み出すと同時にそれを制限するものと位置づけられることとパラレルに考えることができる。まずは、国民国家の憲法のように、擬人化された憲法制定権力は必要とはされないし、それはむしろ誤りであるものの⁽²⁹⁾、一定の基礎づけ神話をもとに、集団内部のコミュニケーションが深化され、一つのレジームへとまとまっていくことを通じ

(25) v. BOGDANDY ET AL, *supra* note 10が描き出す、国際機構における独自の政策決定、権力行使のあり様は、ここにいう国際組織の内部的憲法の描写ということになる。なお、WTOやICANNなどを題材とした、Teubner自身による国際組織の内部憲法の描写は、Teubner, ebd., S.90ff.を参照。また、Teubner, ebd., S. 85は、グローバル行政法の議論を、規制当局の備えるべき内部憲法を追求するものであるとする(グローバル行政法論が制度内アカウントビリティの追求に軸足を置くものであると指摘する邦語文献として、興津征雄「グローバル行政法とアカウントビリティ——国家なき行政ははたして、またいかにして可能か」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂, 2015年)59頁)ほか、Kummの国際法を通じたグローバル立憲主義の実現論も、公法的性格の強いものであり、lex mercatoriaをはじめとする私的自治に基盤を置くグローバルな規範秩序を無視するものであるという意味において、その部分性を否定できないと指摘している (Teubner, ebd., S.84)。なお、従来の公法的な発想とTeubnerの議論との接続可能性、あるいは距離については、後にまた少し触れる予定である。

(26) Teubner, ebd., S.96f.

(27) Teubner, ebd., S.120 (siehe auch S.98)。なお、これについては、拙稿(神戸)・前掲註(1)261頁でも少し触れた。

(28) Teubner, ebd., S.120.

(29) Teubner, ebd., S.103.

て⁽³⁰⁾、レジームの成立、レジームの(権)力を実現化できる基礎が設けられなくてはならない⁽³¹⁾。しかし、自生的に生じてきたこのようなレジームの内部では一定の対立を抱え込むことになるし、レジームという機能システムの拡大傾向は内部に歪みを生み出し、機能システムそれ自体とその拡大を基礎付ける土台自体を脅かしかねない(自己破壊)こととなる⁽³²⁾。そこで、外部の「環境」からの刺激を発端とはしつつも、内部的な自省によって、レジームの拡大への圧力を自己制御する仕組みが生じてくることとなるし、またそれが求められるのである⁽³³⁾。

次に、②憲法領域の存在である。これは、組織化・専門化されたフォーマルな領域と、自生的・自律的な領域が併存していることを指す⁽³⁴⁾。つまり、国民国家の立憲民主政においても、立法府や執行府における、組織化・専門化された政治的決定を行う機構があるとともに、決定の圧力からは解放され

(30) *Teubner*, ebd., S.112ff. なお、*Teubner* はここ(S.113)で、R.M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983) を引用している。他方で、*G. Teubner*, *Transnationaler Verfassungsppluralismus: Neun Variationen über ein Thema von David Sciulli*, *ZaöRV* Bd. 76, 2016, S.681f. [*Teubner* (ZaöRV)]では、部分的な社会的システムを包摂する全体(社会)とその全体社会の憲法としてのメタ憲法に関する批判的な検討の文脈で、Coverのナラティブ論のフィクション性が強調されている。なお、国家が全体社会であり、国家の憲法が全体社会の憲法であるという見方(*Teubner* aa.O. (Anm. 6), S.33[本文のような見解を否定する部分である、以下この註において同じ]。全体社会の憲法とみなして全てを政治のロジックで処理することは全体主義につながるという(S.41))や、世界共和国の全体憲法、あるいはメタ憲法としての、世界憲法・グローバル憲法を目指す考え(*Teubner* aa.O. (Anm. 6), S.30f.)を否定することが*Teubner*の主張にとって、アルファでありオメガである。この点については、見崎・前掲註(14)268-269頁を参照。また、*Teubner* aa.O. (Anm. 6), S.228は、現状分析として、グローバルなメタ憲法の欠如を指摘する。加えて、Coverの議論を正面から取り扱った力作として、江藤祥平『近代立憲主義と他者』(岩波書店、2018年)がある。

(31) 以上の文章全体は、*Teubner*, ebd., S.100ff.を要約したものである。なお、*Teubner*にとって、このような憲法主体となるレジームは、あくまで想像上の共同体であり、その実在性を強調することは適切ではない(*Teubner*, ebd., S.112[ここで*Teubner*は、同じく法多元主義を採用するものの、人類学的な観点からアプローチし、様々な共同体の実在性を強調するBerman(see e.g. P.C. Berman, *Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism*, 51 WAYNE L. REV. 1105 (2005))を批判する])。

(32) *Teubner*, ebd., S.124ff.

(33) Siehe *Teubner*, ebd., S.129ff.

(34) *Teubner*, ebd., S.140.

た、自生的・自律的な公共圏 (Öffentlichkeit) が存在し、これによる組織化・専門化された政治決定へのコントロールが重要な意味を持つが、これと同様の構造が要求されるのである⁽³⁵⁾。国際組織の内部組織、憲法というのは、このうち、組織化・専門化された領域に関わるものであり⁽³⁶⁾、これに対抗する、レジームの問題領域毎のグローバルな自生的公共圏が想定できて初めて、レジームと認識可能なのである⁽³⁷⁾。

続いて、③憲法手続について見てみよう。憲法を有するレジームとして認められるためには、あるレジームが、それぞれのレジームに特有な媒体 (Media)⁽³⁸⁾を通じたコミュニケーション⁽³⁹⁾を通じて、自己形成されていることを前提として、そのレジーム、あるいは社会システムが、その自己形成について制約をかけるという意味において自省的な法システムとカップリングされていることが必要となる⁽⁴⁰⁾。法システムが自省的であるとはどういうことであろうか。H.L.A. Hart が、法には、法主体に義務を課す一次法に加えて、その義務の発生や変更のあり様について規律する二次法が存在することを指摘した⁽⁴¹⁾のは周知のことである。この二次法を通じて、ある法体系において法が法として承認され、あるいはその変更が確認され、一次法の制定やその委任についての権限が規律されることとなるが、従来の国民国家の憲法においては、ここで、立法府や執行府、あるいは裁判所による、政治シス

(35) Siehe *Teubner*, ebd., S.142.

(36) Siehe *Teubner*, ebd., S.145 [ここでは、グローバルな組織の内部憲法が、自生的な公共圏からの対抗に対応するメカニズムを有することも必要だと解かれる]。

(37) なお、Teubner は、第三の憲法領域として、さらに機能システムを動かす媒体 (Medium) であるところのコミュニケーション媒体それ自体が自己統制される領域というものも挙げており、貨幣というコミュニケーション媒体の自己統制として、プレーンマネー (Vollgeld) 改革を題材に挙げている。プレーンマネー改革については、トイブナー・前掲註①6) 204頁も参照。

(38) 例えば、経済システムであれば金銭、貨幣がこれに該当する。

(39) 言語コミュニケーションを連想しがちなコミュニケーションよりも、やりとりといった言葉で示した方が良いかもしれない。

(40) *Teubner* a.a.O. (Anm. 6), S.161.

(41) H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 81 (3rd ed., 2012).

テムと法システムのカップリング, すなわち, 特定の政治的決定, 行動を経ることを通じて, 法の存在, 変更等が確認されたのである⁽⁴²⁾。各社会システムも, このような二次法類似のルールを具備し, 社会システムにおける一定の事項の存在の確認を通じて法の存在, 変更等が確認される, 言い換えれば, それを通じた法システムとのカップリングがなされること(憲法手続)によって, 当該レジームが憲法を有するレジームであると認められることになるのである⁽⁴³⁾。

最後に, ④憲法構造についてである。これは, ハイブリッドなメタ・コード性という憲法特有の構造を持った, 「憲法」の存在を要求するものであるという⁽⁴⁴⁾。すなわち, まずは, 憲法とは, 合法・違法の二元コードのもとで下された決定について, 合憲・違憲という別の二元コードによる追加的な審査・判断を課すものであるから, 憲法, つまり, 合憲・違憲コードはメタレベルで機能するものであり, ここにはレジーム内部の法の階層構造が想定されている(メタ・コード性)⁽⁴⁵⁾。これに加えて, ハイブリッド性は, 先に少し触れたように, レジームの憲法というものが, 各レジームの領域に対応したシステムのコード⁽⁴⁶⁾と合法・違法の法コードとを媒介するものであるということを意味する⁽⁴⁷⁾。そして, このようなハイブリッド性は, まさに, 憲法コードが, 法コードに優位するメタ・コードである故に認められるものであり, 両者は密接に関連しているのである⁽⁴⁸⁾。

このように構想される Teubner のレジーム憲法は, 各レジーム⁽⁴⁹⁾が自生

(42) Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.162.

(43) Siehe Teubner, ebd., S.163f.

(44) Teubner, ebd., S.169f.

(45) Teubner, ebd., S.170.

(46) 例えば, 経済合理性に基づく経済コードが想定できる。

(47) Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.173.

(48) Siehe Teubner, ebd., S.173.

(49) 関連して, K.-H. Ladeur, Recht - Wissen Kultur: Die fragmentierte Ordnung, 2016, S.112ff. は, ネットワーク社会(これについては, 後掲註(74)を参照)に特有のシステムとして, トランスナショナルに展開される, ソーシャルメディア, あるいは情報プラットフォームを題材として, 独自のルール形成やサイバー裁判所とも呼ぶべき, データ保護等に関する紛争処理のための内部の組織の構築可能性(この構想が「実定化」されつ

的な秩序であることは前提とし、それを強調するものではあるものの、その構造化、制御の構想も取り込んだものであり、さらには、自生的領域と専門化・組織化された領域の接続の安定化のための、決定・参加プロセスも視野に入れている⁽⁵⁰⁾。これを踏まえると、従来、Teubnerの社会的立憲主義については、自由や平等と言った自然権への視点が欠けるという批判が寄せられてきたところである⁽⁵¹⁾が、変型的とはいえ、ある種の法治国的構造をレジ-

つあることとそのありようについては、E. Douek, *Facebook's "Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, 21 N.C.J.L. & TECH. 1 (2019)[当該文献については山本教授からご教示を受けた]などを参照)について触れており、ここにいう「レジーム」にソーシャルメディアあるいはプラットフォームを含むことも可能であるように思われる。関連して、山本龍彦「プラットフォームと戦略的關係を結べ」政策シンクタンク PHP 総研 Voice(ウェブ版) < <https://thinktank.php.co.jp/voice/6230/> > や、同「プラットフォームと消費者(下)」日本経済新聞2020年1月29日朝刊掲載 < https://www.nikkei.com/news/print-article/?R_FLG=0&bf=0&ng=DGXKZO54937690Y0A120C2KE8000 > は、中世ヨーロッパの荘園や教会とのアナロジーを通じて、プラットフォームの「立憲的統制」の可能性について検討する。ここでの山本の議論は、国家とプラットフォームの対立、あるいは二者の相互の關係に力点を置くものであるが、仮にレジームとして理解し得る場合、Teubnerの考え方に従えば、プラットフォーム内部の「立憲的統制」や、国家以外の多様なシステムとの關係性に広く目を向けていくべきこととなろう。

(50) Teubner, ebd., S.187. ここでは、国民国家における民主的正統性とは異なる、トランスナショナルな公共(Öffentlichkeit)のトランスナショナルな私的レジームの決定への関与の確保で良いとする文脈ではあるものの、①情報へのアクセス、②決定手続への公共の参加、③当該システムの外部(環境)にとって重大な関心事については裁判所へのアクセスを認めることを求めている。ここで参加が認められ、あるいは求められる「公共」とは、——とりわけドイツにおいてそうであるように、——国民国家の国民のような一般性が求められるのではなく、当該レジームにとってのステークホルダーであるかどうかで線引きされること(ステークホルダー民主政といっても良い[2020年2月6日に、Max Planck 比較公法・国際公法研究所で開催されたワークショップにおいて、Teubnerは、「ステークホルダー民主政」のグローバル時代、あるいはレジーム内における、許容性、適合性を強調していた])になろう。もっとも、実際には、「ステークホルダー」の設定、境界づけには困難も多からうし、ステークホルダーの関与の実務の実現可能性にも多くの問題はあろう。アカウントビリティにおける問責者の設定の文脈においてであるが、適正な判断の帰属主体の設定が重要だと指摘する、N. Krisch, *The Pluralism of Global Administrative Law*, 17 EURO J. INT'L L. 247, 253 (2006)も参照。この点に関連して、民主主義を「全被影響利害原理」として再構成することについて検討する、近藤圭介「デモスは国境を越える? ——グローバルの時代における国家の民主主義のあり方をめぐって」法学セミナー774号(2019年)18頁以下も参照。

(51) 見崎・前掲註(4)276-278頁と、見崎も引用する、M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*, 20 IND. J. GLOBAL STUD. 605, 609-610 Fn.10 (2013)[Kumm(Indiana)]などを参照。

ム憲法、社会憲法に求めるとまでいう Teubner⁽⁵²⁾の構想に対する批判として、果たして上記のような批判が妥当なのかは、大いに疑問があると言えよう。トランスナショナルな基本権、あるいは、レジーム内の基本権についても Teubner が構想を広げている⁽⁵³⁾ことに鑑みると、このような疑問は大きくなるどころであり、結局、国民国家的な、自由、平等、法治主義、民主的正統性といったものに固執するか、グローバル化の中でこれらの基礎概念にも変容を認め(つつ、そのエッセンスの保持を図)るかというところに根本的な相違があることの現れ以上のものを意味しないように思われる。別稿でも少し示唆した⁽⁵⁴⁾が、このような構造化、手続整備の重視は、グローバル化に伴う(憲)法の変容への公法的アプローチと親和性を改めて窺わせるものであり⁽⁵⁵⁾、結局、Teubner の議論もやはりグローバル時代における「公」を問い

(52) Siehe Teubner aa.O. (Anm. 6), S.122.

(53) Teubner, ebd., S.189ff. Teubner のトランスナショナルな基本権構想のエッセンスをまとめてしまえば、レジームにおける決定への参加、アクセスを保障する包摂的な基本権 (S.207ff.) のほか、Teubner が「匿名のマトリックス (die anonyme Matrix)」と呼ぶところの、各レジームのオートポイエーシスの軋みからの防御の役割を果たす基本権から構成され (S.216f.)、後者は、各レジームを他のレジームの全体化圧力から保護し、特定のレジームの統合性を保守する制度的基本権 (S.218f.) と、レジームの中の生身の人間を、各レジームの構造による圧力から保護するための、個人に対抗・反対を認める法的制度であるところの個人的基本権 (S.219) に細分化され、さらに、これに、社会的コミュニケーションのマトリックスの越境によって、個々の人間の肉体と精神の統合性が危険にさらされないようにするための、消極的な「遮断機」としての「人権 (Menschenrecht)」が付け加えられる (S.219) というものである。

(54) 拙稿(神戸)・前掲註(1)269頁。ここでは、本稿とはむしろ逆に、公法的アプローチにおける、「公」、「公法」の定義次第で、Teubner のいう憲法に接近する可能性を指摘することによって、その接合可能性を指摘した。なお、拙稿(初宿古稀)・前掲註(1)199頁では、後に述べる抵触法的発想と、グローバル行政法論者 Kingsbury の公法(inter-public law) 概念の親和性を指摘した。

(55) もっとも、Teubner 自身が、公法的な側面や国際組織の内部憲法にのみ関心を持つものとして、グローバル行政法論などの公法的アプローチ(拙稿(神戸)・前掲註(1)262頁以下等)という公法的アプローチ[国際的行政法論、グローバル行政法論、国際公権力論]と、Teubner の批判対象は完全には一致しないが、Kumm の構想も少なくとも、Teubner の整理・理解においては公法的アプローチと呼ぶにふさわしいものであると思われるので、ここで公法的アプローチとしてまとめている)に対して、距離をとっていることは、前掲註(25)で述べた通りである。しかし、変形的なものとはいえ、Teubner が、憲法レジームに、法治国的規律、あるいは、手続的関与の保障を求めているのは既に見た通りであり、B. Kingsbury, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, 20 EURO J.

INT'L. 23, 30ff. (2009) [ここでは、法として認知されるためには、一定の条件の充足が必要とされるところとして、Hartも援用される]が、Fullerを援用して求める (Teubnerに先んじる社会的立憲主義の理論とされる [この点については、Teubner (ZaôRV) aa.O. (Anm. 30) や、それを紹介する、見崎・前掲註(14)259頁以下で展開される詳しい検討のほか、Teubner aa.O. (Anm. 6), S.67ff. [なお、Teubnerは、Sciulliの議論を、政治と経済の二分論にとどまるネオコーポラティズムの一種であり、多種多様な部分システムの並立を理解できていないと指摘する]参照)、SciulliにおいてもFullerが援用されていることについては、見崎史拓「憲法的機能は国家にのみ見出せるのか? (1) シウリ、トイプナーの社会的立憲主義」名古屋大学法政論集281号(2019年)131頁)、グローバル行政法が(公)法として具備すべき「公的性格」との相違は相対的なものである。また、「制度内アカウントビリティ」に軸足を置くものでも、公際法をも視野に入れるグローバル行政法論が、Teubnerのいうように、国際的な組織内部の規律のみ関心を持つものであるかは疑問の余地もあり、Teubner自身、Teubner aa.O. (Anm. 6), S.230 Fn.22では、Joerges(RECON), *supra* note 13を引用しつつ、グローバル行政法論を、各レジーム内部における処理とは異なる、外部化された手続の整備によるレジーム相互の協力の方策整備を図るものとして発展させうる可能性を示唆している。なお、ここでTeubnerは具体的な引用箇所を示さないが、前掲註(13)でも指摘した、Joergesが自身の構想とグローバル行政法論との親和性について、公際法的性格と協働 (Co-operation) のための手続整備への志向を共通点として指摘していることに注目しているものと考えられる。なお、Joergesは、例えば、EU内部でのEU法を通じた加盟国法の調整 (Joerges(RECON), *id.*, at 15-18; Joerges(Polanyi), *supra* note 13, at 477-480) や、グローバル行政法論との類似性を認めるグローバルなレジーム相互の手続を通じた調整 (Joerges(RECON), *id.*, at 29-32; Joerges(Polanyi), *id.*, at 495-498) も、抵触法アプローチの内容とするなど、Teubnerのように、あるレジーム (あるいはシステム) 内部における処理を抵触法アプローチと整理し、レジーム間の調整のための手続をこれと切り分ける発想をJoergesはもっていない。整理の仕方の問題と言ってしまえばそれまでだが、ここには、TeubnerとJoergesの間にある、国際私法、抵触法に対する見方の微妙な相違が窺えよう。

ただし、Teubnerの構想に、公法的アプローチとの親和性が仮に認められるとすると、TeubnerがKummに向けた疑問、すなわち、関心からもれる私的なレジームをどのように扱うかという問題は、憲法レジームとはいえないレジームをどう扱うかという問題として、Teubnerにも降りかかってくることになる。これに関連して、Teubner自身、国家以外のレジームが一般性・代表性を具備した立法府というものを持っていない、あるいは、そもそも困難であるということも踏まえて、裁判所 (類似) の組織による法創造とそれと一体となった法適用を通じた自省的な統制を通じて憲法内容の創出・発展とその適用・運用がなされるという意味において (Fischer-Lescano/ Teubner aa.O. (Anm. 17), S.48では、Teubnerがレジームの構造を中心と周縁からなるものとした上で、その中心に裁判所を据えていることや、法を非法から分離する、法のオートポイエーシスの場としての裁判所あるいは、中立な第三者による紛争解決機関を強調する、G.-P. Calliess & M. Renner, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, 22 *RATIO JURIS* 260 (2009)[ただし、この論稿は紛争解決機関の意義を強調しすぎている嫌いもある]も参照)、自らの議論がコモン・ロー的な発想に立っていることを認めている (トランスナショナルな基本権についての文脈においてコモン・ロー的発想を詳しく説明するものとして、Teubner aa.O. (Anm. 6), S.197f.があるほか、(2での議論の先取りになってしまうが、)憲法抵触の処理の方法として、「コモン・ロー・アプローチ」を採用するこ

直す作業と整理することが可能なのかもしれない⁽⁵⁶⁾。

2. Teubner の抵触法アプローチの構想

1で見たように、Teubner は、属地的な国民国家の並立する国際社会像ではなく、それぞれが「憲法」を有する、機能的な社会システムであるところのレジームが併存する多元的なグローバルな世界像を描き出す。Teubner によれば、このレジームが多元的に併存する世界では、レジーム相互は無関係に存在するわけではなく、相互の交渉、抵触が生じている⁽⁵⁷⁾。それでも、それぞれのレジームに優位し、その関係を調整する存在として機能する、第三者としての上位の審級は存在せず、頂点も中心もない世界社会となっているとされる⁽⁵⁸⁾。そこで、レジーム相互の抵触、対立をいかに処理すべきかが問題となるわけであるが、Teubner は、①国際私法に倣う形で、抵触処理をそ

とを述べる、*Teubner, ebd., S.256*も参照)。そうすると、少なくとも大陸法、ドイツ法的な意味での公法的議論とは違うという意味において、私法的性格を有するものであるということが言える。Teubner はレジーム外の国内裁判所の寄与も重視している（siehe *Teubner, ebd., S.197*）とはいえ、裁判所類似の紛争処理機関の具備までをレジームの成立に求める場合、憲法を有するレジームの範囲はかなり限られることともなろう。なお、国際組織、私的規制主体における、裁判所類似、あるいはそこまでいかないまでも、不服申立制度などの整備の進展とその重要性については、トイブナー・前掲註(16)196-197頁、伊藤・前掲註(16)13頁などを参照。

(56) このように理解可能であるということは、逆にいえば、Teubner の上記のようなレジーム憲法の構想が、国民国家の憲法の構造にひきずられすぎたものであり、彼自身によるレジームの自生的秩序（なお、Teubner に所謂自生的秩序とは、Hayek のいう市場と競争に基盤を置くものではなく、調整と協働が肝となるものであるとされる [*Fischer-Lescano/ Teubner, ebd., S.61*]) としての性格の強調と果たして矛盾するものではないのかについては疑義も呈されていること (*Ladewig a.a.O. (Anm. 49), S.163f.*) が故なきことではないことを示唆するものである。

(57) *Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.225f.* では、具体的な抵触・対立のありようとして、同じ事案に対して、(1)複数の法レジームの規範が適用可能で抵触・対立を抱えている場合、(2)あるレジームの裁判機関において他のレジームの規範の適用可能性が争われている場合、(3)同一の法問題が複数のレジームの紛争解決機関に提起されている場合、(4)いくつかの国際裁判所が同一の法規範について異なって解釈している場合が挙げられている。

(58) *Teubner, ebd., S.228.*

それぞれのレジーム内部において処理する方法（内部化）と、②法的に手続を整備することによって、レジーム相互の協働の可能性を創出する方法（外部化）の二つの方法があるとす⁽⁵⁹⁾。Teubnerは明確に②の可能性を否定するわけではないが、その実現可能性については、懐疑的であるようで⁽⁶⁰⁾、①の具体的なありようについて検討を深めている。

上述したように、①は、基本的には国際私法をモデルとするものの、Teubnerはレジーム間抵触と、国際私法が想定する国民国家間の法の抵触との間は、根本的な相違が存在することについては十分認識しており、レジーム抵触法を構想するにあたっては、伝統的な国際私法との相違を踏まえた国際私法からの変容が必要であると説く⁽⁶¹⁾。すなわち、伝統的に国際私法が対象としてきたのは、包括性、全体性を標榜する国民国家の法の抵触であるのに対して、レジーム抵触法が扱うのは、自己完結的で、独自の合理性を有しており、視野は包括的なものではなく、政治体にとっての包括的、一般的な共通善（Gemeinwohl）を目標とする存在ではないレジーム間の抵触・対立である⁽⁶²⁾。したがって、国際私法とのアナロジーは、上位の審級の不在の中で、各国がそれぞれの法秩序の内部において、抵触を処理するという点において生じるのであって、国民国家の法の抵触とレジーム（の法）の抵触は異質なものであるため、レジーム抵触法においては、国民国家間のような（少なくとも建前としては存在した）同質性、あるいは、抵触・対立の水平性を前

(59) Teubner, ebd., S.229.

(60) Teubner, ebd., S.230f. では、疑問文が並ぶ。ただし、Fischer-Lescano/ Teubner aa.O. (Ann. 17) では、マルチラテラルな協力の制度化の重要性を説き、裁判所の上訴システムによる処理への依存を否定する(S.64)とともに、ネットワークの中での、各レジームの決定の透明性と相互のアクセス可能性が重要であり、参加と熟議が新たな位置価値を得ている(S.66)とも指摘しており、これらの記述は②の重要性を認めたものであると解し得よう（ただし、ここでもそれ以上に深入りして検討を行ってはいない）。また、Teubner, ebd., S.230f. ではグローバル行政法論が②の方策として機能する可能性を示唆しているが、これについても Teubner の態度には煮え切らないところがあることについては、前掲註⁽⁵⁹⁾参照。

(61) Teubner, ebd., S.231f.

(62) Teubner, ebd., S.234.

提とした処理は不可能である⁽⁶³⁾。

そうであるとして、どのように抵触・対立を解決すれば良いのか。Teubnerの答えは、「トランスナショナル公序(ordre public transnational)」を想定することである⁽⁶⁴⁾。しかし、Teubnerは、レジーム憲法に優位する、全体憲法であるところのメタ憲法を否定しているはずである⁽⁶⁵⁾。しかも、トランスナショナルな公序を想定するというのは、伝統的に国際私法が各国私法の併存を前提としつつも、国際的私法交通の円滑と安全を図るべく、私法の国際的統一を目標としてきたところ⁽⁶⁶⁾にむしろ重なるようにも思われ、伝統的国際私法とレジーム抵触法の根本的相違という、先に強調した点⁽⁶⁷⁾と矛盾するものではないかという疑問も生じてこよう。しかし、ここで注意しなくてはならないのは、ここにいうトランスナショナル公序を、実在するものとしてTeubnerは構想していないということである。つまり、あくまで、そのようなものが存在すると想定して、各レジームが他のレジームの法を自らのレジームへの取り込みの可否を決定するためのものである⁽⁶⁸⁾。ここでは、他の

(63) Teubner, ebd., S.235. Fischer-Lescano/ Teubner a.a.O. (Anm. 17), S.72f. でも、均質的な国家の間における合理性の抵触・対立が生じているのではなく、独自の合理性の抵触・対立が起こっているのだと強調し、階層的、統一的な法秩序を再構成しようとするのではなく、共約不可能性を踏まえて抵触の処理を目指さなくてはならないとする。

さらに、Fischer-Lescano/ Teubner, ebd., S.69f. は、属地性に特徴づけられる国家とは異なり、機能によって分化しているレジーム間の抵触法において、管轄権設定の基準は、機能的観点からどの社会セクターとこのレジームが構造上つながっているのかによって決定されることとなり、法の実体的な内容を見る必要があるため、抵触法は実質法へと転換することとなると指摘する。

(64) Teubner, ebd., S.235f.

(65) 前掲註(30)参照。

(66) 櫻田・前掲註(6)15-16頁などを参照。

(67) 前掲註(61)ないし(63)と対応する本文を参照。

(68) Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.236. なお、抵触を生じさせる、レジームなり共同体の実在性については対立のあったTeubnerとBermanである(前掲註(31)参照)が、Bermanもメタな共同体を想定するのではなく、それぞれの共同体が世界的な法形成のプロセスに従事しているかのように振る舞い(このような意味において、Bermanは自身の構想をコスモポリタンな多元主義だと位置付ける)、その結果出された各々の判断の提示を通じた対話を深めるべきであるとしており(Berman, *supra* note 31, at 1145)、この結論部分での距離は大きくない。

レジームの法も、このトランスナショナル公序をそれぞれのレジームにおいて解釈した結果として生み出されたものであり、基本的にはレジームのなかに取り入れられるべきであって、トランスナショナル公序に沿ったものではないと判定される特別な事情がある場合に限って、取り込みが拒絶される⁽⁶⁹⁾。なお、伝統的な国際私法において登場する「公序」は、各国の公序であり、これに添わないものは取り込み(適用,あるいは外国における判断の承認,執行)を拒絶する⁽⁷⁰⁾という、調整的な道具として機能したのに対して、トランスナショナル公序は、レジーム抵触法の考え方の基調を構成する重要な役割を担うものである⁽⁷¹⁾。また、このトランスナショナル公序は、それに反するものを無効とするという意味において優位(Vorrat)する規範ではなく、各レジームの架橋するような(übergreifend)規範として想定されるということ⁽⁷²⁾にも留意しておくべきである⁽⁷³⁾。

しかし、なぜ、そもそもこのようなトランスナショナル公序を想定して、抵触を処理する必要があるのであろう。そして、あくまでフィクションとはいえ、どうして共通の公共善を想定して原則的には他のレジームの法を取り込むというデフォルト・ルールを用意しなくてはならないのだろうか。Teubnerはこういった問いの立て方をするわけでも、ましてやその問いに答えるという形で説明するのではないが、多元的、併存的に存在するレジーム

(69) Teubner, ebd., S.236.

(70) 櫻田・前掲註(6)135, 399-401頁などを参照。

(71) Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.236.

(72) Teubner, ebd., S.236.

(73) したがって、Fischer-Lescano/ Teubner a.a.O. (Anm. 17), S.111 u. 122ff.によれば、上級審による先例拘束を通じた判断の統一によって法的安定性を獲得するのでもなく、相互敬讓的な処理、すなわち、デフォルト・ルールとして、他のレジームの規範の拘束性の推定がなされることになるという、その例として、国内法についてEU法上の指令(Richtlinie)に適合的な解釈を行う、指令適合的解釈などが挙げられている(S.122)。これに関連して、国際法適合的解釈が国家法秩序と非国家法秩序の間の調整の場として機能する可能性について述べた、拙稿「国内法の国際法適合的解釈の意義」論究ジュリスト23号(2017年)23頁以下も参照。なお、この拙稿では、各国憲法の国際法に対する協調的な原則を、国内法の国際法への適合推定の根拠として描き出したが、ここでのTeubnerの議論(これについては、後掲註(7)ないし(8)と、それらに対応する本文も参照)は、より外在的、一般的な理由を提示するものと整理することができよう。

相互にあって、必ずレジーム同士の結び目が存在し、レジームはネットワーク⁽⁷⁴⁾を形成しているため、レジーム相互の抵触・対立を処理する枠組みを用意する必要があるからと推測されよう。Teubner は、EU のように、ネットワークに中心が存在し、階層構造は持たない(nicht hierarchisch)ものの、垂直的な(vertikal)構造をも含むネットワーク⁽⁷⁵⁾のほか、グローバルな場面においても、レジーム同士の結節点は各レジームの周縁に生じるとはいえ、レジーム同士には重なり合いが生じるのだという⁽⁷⁶⁾。そして、各レジームは先に1でも見たように、システム理論に従えば、独自の合理性を有するものとして自律への力と、脱集権的な自省を持つことが必要である反面、他方で、外部の環境からの刺激がなければオートポイエシスは生じず、環境との共通の参照点がないことには、そもそも脱集権的な自省も生じ得ないのである⁽⁷⁷⁾。したがって、各レジームの存在と発展のためには、ネットワークが必要であり⁽⁷⁸⁾、また逆に、各レジームが存在する以上は、ネットワークが存在するのである。このネットワーク形成にあたっては、象徴的ロジックであるところの、ナラティブ上の想像の共同体としての国際共同体、あるいはそれを象徴

(74) 「ネットワーク」の意義をめぐっては、Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.238や Fischer-Lescano/Teubner, ebd., S.61のほか、19世紀以降、社会を個人によって構成される「個人の社会」から、個人が組織に取り込まれ、組織によって構成される「組織の社会」を経て、現在は、組織化、専門技術化された知が独立性を強め、固有の合理性を持ちつつ、ヘテラルヒッシュに結ばれるネットワークを形成する、「ネットワークの社会」へと移行していると説く、Ladour a.a.O. (Anm. 49), S.76f. [「ネットワーク」の意義について、併せて S.88ff.] 参照。

(75) これについては、Teubner, ebd., S.237ff. を参照。ここでは、国民国家の法同士のような水平的抵触、同一問題についてのEU法と加盟国法、連邦法と支邦法の優劣問題のような垂直的抵触に加えて、規律主体のレベルも規範の素材も異なる、対角線的(diagonal)抵触の存在を説く Joerges の見解が、ここで Joerges 自身はEUにおける法状況を主として想定しているものではあるが、グローバル、トランスナショナルな場面にも応用可能であるとして、引用されている。この三種の抵触のありようについては、ここで Teubner が引用しているものとは異なるが、Joerges, Kjaer & Ralli, *supra* note 6, at 155 にも整理されている。

(76) Teubner, ebd., S.240は、この点を強調している。

(77) Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.241.

(78) Teubner, ebd., S.257も、同書全体のまとめとして、社会的立憲主義にとって、システムの持続性が重要なポイントとなることを強調している。

するトランスナショナル公序が要求される⁽⁷⁹⁾。しかし、逆にいえば、その限りで必要な想定に過ぎないのであって、レジームを超えた合意や共通点であるなどと考えるはず、無理やり共約可能性を偽装した上で、個別事案における合意形成が可能となるよう努めるよりほかないのだとされる⁽⁸⁰⁾。

なお、ここまでの整理では、Teubnerは、レジーム間抵触の法的な処理に力点を置いて論じているように見受けられるが、Teubnerは法的な問題の処理は、レジーム間の抵触・対立において、唯一の手法ではなく、むしろ周縁的なものに過ぎないということを強調している⁽⁸¹⁾ことに留意しておく必要がある。

最後に、Teubnerは、以上のようなグローバル、あるいはトランスナショナルな機能的レジーム間の抵触・対立問題における基本的な考え方⁽⁸²⁾は、法多元主義にとっての古典的な問題であった⁽⁸³⁾、土着の文化⁽⁸⁴⁾との、間文化的(interkulturell) 抵触・対立にも応用可能である、別の言い方をすれば、間文化的抵触・対立もレジーム抵触・対立の一種として位置づけられるとしてい

(79) Teubner, ebd., S.240.

(80) Fischer-Lescano/ Teubner aa.O. (Anm. 17), S.109f. したがって、ここでは、それに反することが無効を招くような強行規範(ius cogens)が想定されるのではなく、あくまで、トランスナショナル公序が想定されなくてはならないのである(これについては、S.99f. 参照)。

(81) Fischer-Lescano/ Teubner, ebd., S.127f. u. 170. Teubnerは、いわゆる「政治問題の法理」とは、一定の場合に、法による解決ではなく、政治による解決を求める議論として再構成可能だとする(S.128ff.)。ただし、政治問題の法理は、裁判所による法的解決に対する自制であり、ある種の司法権の行使であって、法的、手続的に枠付けをすることが可能であるとし、政治的な学習プロセスを手続法化する可能性にも言及する(S.132)。さらに、具体的実践として、アルゼンチン債務危機の処理を挙げているが、これについては、Fischer-Lescano/ Teubner, ebd., S.133ff. を参照。

(82) ただし、Teubnerも、トランスナショナルなレジーム、国民国家、土着集団というそれぞれの「憲法秩序」の、社会への埋め込まれ(einbetett) 具合によって、抵触法の性格は当然変わることを強調している。この点については、Teubner aa.O. (Anm. 6), S.255 参照。

(83) 浅野(法哲学年報)・前掲註(2)2頁などを参照。

(84) ここでTeubnerは主に、土着文化の伝統知(traditionelle Wissen)とグローバルな知的財産法レジームなどとの抵触・対立に関心を向けている。Siehe Teubner aa.O. (Anm. 6), S.243.

る⁽⁸⁵⁾。本稿の関心は、主としてグローバル、トランスナショナルな機能的レジーム相互の抵触・対立問題にあるため、これ以上間文化的抵触・対立には立ち入らないが、Teubnerは大要以下のような趣旨を述べている。すなわち、ここでも相互の自己抑制と尊重・礼讓が重要であり、他者を自己の内部で再構成することが求められる⁽⁸⁶⁾のであり、近代国民国家など近代的レジームについてみれば、①個人に還元できないコミユナルな集団の権利を認めること⁽⁸⁷⁾、②伝統的な土着文化の知に他者がアクセスすることを認めるかどうかの決定権限を土着的文化集団に認めること⁽⁸⁸⁾、③金銭的な補償を確保すること⁽⁸⁹⁾が要求されるという。

3. 若干の検討

ここまで、Teubnerの多元的な法秩序理解(1)と、それを背景とした、法秩序あるいはレジーム相互の抵触・対立の処理に対する基本的な見方(2)を簡単に確認してきた。いずれもその背景にあるシステム理論の難解さから、理解に困難を伴うところがないわけではない。それでも、現状の多元化・多層化した法秩序像の理解は、本稿筆者の目から見て基本的に妥当であると思われる。つまり、属地的・領域的に限定されつつ、一般性を保持あるいは、少なくとも標榜する国民国家もなお一定の機能を維持することを前提としながらも、基本的には機能的なシステムの分立と国家とそれらのネットワーク

(85) Siehe Teubner, ebd., S.242f. したがって、西洋と非西洋というような対立の構図を描くことはもはや適切ではなく、土着文化の伝統的システムと当該問題に関わる機能システムの抵触・対立として理解する必要があると指摘される (siehe S.246)。

なお、このようなTeubnerの議論とは対照的に、文化間の抵触、対立として構成することによって、問題を大きくするのではなく、従来の国際私法におけるテクニカルな問題処理に徹することにより、問題が解消されるかのように(as if)扱うべきだとする、K. Knop, R. Michaels & A. Riles, *From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style*, 64 STAN. L. REV. 589, 645-648 (2012)も参照。

(86) Teubner, ebd., S.247ff.

(87) Teubner, ebd., S.252ff.

(88) Teubner, ebd., S.254.

(89) Teubner, ebd., S.255.

から構築される世界を前提に、その規律を語るよりほかないということである。他方で、このような見方、そしてTeubnerがそれに対して提示した対応策については、批判や指摘も存在しているほか、疑問点も生じてくる場所である。以下では、その一端を紹介し、若干の検討を加えることとしたい。

3.1. 民主的正統性をめぐる問題

3.1.1. 国民国家の民主的正統性にこだわる議論の検討

まず、Teubnerも自覚しているように、機能的システム、あるいはレジームへの分化という現状分析の強調とそれを踏まえたレジーム内外でのレジーム間抵触の処理の仕組みの整備という発想は、覇権的レジームによる支配の問題性を隠蔽し、現状肯定に墮するものとなる危険性と隣り合わせであること⁽⁹⁰⁾については、常に留意しておかなくてはならない。とりわけ民主的正統性の観点から、やはり国民国家を基調とする国際社会構想と国際問題の処理の必要性を説く議論もなお一定数みられる。

例えばMausは、世界憲法やグローバルな民主主義の構想⁽⁹¹⁾を批判する文脈において、Kantに依拠して⁽⁹²⁾、Kantの理論は個人を出発点とした人民主権(Volkssouveränität)に基礎を置くものであると理解しつつ、ただ、その人民主権すなわち人民の自己決定を可能とする範囲として、一定の領域を伴う国民国家を重視したのだとする⁽⁹³⁾。すなわち、Kantにおいて人民主権と

⁽⁹⁰⁾ Teubner, ebd., S.231; Fischer-Lescano/ Teubner a.a.O. (Anm. 17), S.168.

⁽⁹¹⁾ ここで主に批判の対象とされているのは、Habermasの議論である。これについては、I. Maus, *Verfassung oder Vertrag: Zur Verrechtlichung globaler Politik*, in: P. Niesen/ B. Herborth (Hrsg.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit: Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*, 2007, S.357などを、そこで引用されるHabermasの論稿とともに参照。

⁽⁹²⁾ MausがKantに依拠するのは、彼女の民主政論が基本的にKantに依拠したものである(この点について詳細な全体像は、I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*, 2. Aufl., 2015において描かれている)のと同時に、HabermasがKantに依拠していると言いながら、Kantによる世界国家の否定を無視するような議論を展開していることへの批判という側面がある。この点については、Maus a.a.O. (Anm. 91), S.359を参照。

⁽⁹³⁾ I. Maus (translated into English by J. Ingram), *From Nation-State to Global State, or*

は人民に立法権限が帰属し、それが議会にのみ保持 (innehaben) されることを指す⁽⁹⁴⁾ところ、国家あるいは単位政治体の領域、規模が大きくなればなるだけ、効率性を確保するため、議会ではなく執行府が肥大せざるを得ず、人民主権の否定へとつながるといふ⁽⁹⁵⁾。したがって、カントの議論を踏まえれば、近時のグローバル国家、グローバル民主政論は、人民主権を否定し、ヘゲモニー化⁽⁹⁶⁾を招くものに他ならないのであって、否定されるべきものなのである⁽⁹⁷⁾。このような理解、すなわち、世界国家やグローバルな民主政を否定するという意味においては、Teubner との間に見解の一致が見られるのであるが、グローバルな代表制の困難という点も Teubner と共有しつつ、あくまで国民国家に止まることを選択する議論である。こうしてMausが提示する処方箋は、民主的な国民国家において、民主的な立法機関において制定された法の域外適用を拡大、強化すること、そして、民主的な国内議会による統制を受けることとなる、国家間条約による処理を基調とする、スープレナショナルな問題への対応である⁽⁹⁸⁾。このうち、民主的国民国家の法律の域外適用を促進する枠組みとして、Mausも国際私法への関心を持つことになる⁽⁹⁹⁾。なお、その意味では、Mausの議論も「抵触法アプローチ」の側面を持たないわけではないが、伝統的な国際私法への依拠、活用を説くものであって、非国家主体であるレジームを単位に、そのレジーム相互の抵触・対立の処理

the Decline of Democracy, 13 CONSTELLATIONS 465, 467 (2006). Siehe auch *Maus* a.a.O. (Anm. 91), S.362 [比較的狭い領域を伴う国民国家の維持の条件として、文化的同質性を要求するが、これは魂のない独裁へと陥ることを避け、人民主権と立法の一体化を維持するためのものであったと説明する].

⁽⁹⁴⁾ *Maus* a.a.O. (Anm. 91), S.361.

⁽⁹⁵⁾ *Maus*, *supra* note 93, at 472.

⁽⁹⁶⁾ *Maus* は、*Maus*, *id.*, at 474-475や *Maus* a.a.O. (Anm. 91), S.379ff. において、国連の現状がヘゲモニー化の危険をはらむものであることについて指摘している。

⁽⁹⁷⁾ *Maus*, *supra* note 93, at 472.

⁽⁹⁸⁾ *Maus* a.a.O. (Anm. 91), S.381f.; *Maus*, *supra* note 93, at 481.

⁽⁹⁹⁾ *Maus*, *supra* note 93, at 460 u. 481. See also F. Rödl, *Democratic Juridification without Statisation: Law of Conflict of Laws Instead of a World State*, 2 TRANS'L LEGAL THEORY 193, 199-200 (2011).

に焦点を当てる、Teubnerの「抵触法アプローチ」とは全く異なるものであることは論を俟たない。

他方、Rödlは、こういったMausの議論を引いて、世界憲法、グローバル民主主義を批判し、民主的な国民国家、なかでも国内議会における立法の重要性を主張する⁽¹⁰⁰⁾。それでもRödlは、国内法として位置付けられ国内の民主的立法によって規律される、20世紀型の国際私法ならばともかく⁽¹⁰¹⁾、現代の国際私法が、国際仲裁を中心として、準拠法や法廷地選択などの面で私人であるところの当事者の選択の余地を広く認めるものに変容しており、民主的立法者による決定から「逃れる」ことを可能にしているなどといった点を指摘して、ヘゲモニーに陥る危険性を説き、Mausのいうところに忠実であろうとすれば、むしろ(現代の)国際私法への過度な期待は否定されるべきだという⁽¹⁰²⁾。そうであるならば、Rödlが20世紀型の国際私法への立ち戻りを主張するかといえばそうではなく、国内の法律が外国人やその権利義務についても規律する一方で、外国人は立法にかかる政治過程に参加できないのであるから、各国の議会制定法であるところの国際私法による処理も正統なものとは言えない状況が、人の動きが国際化した現在において生じているという⁽¹⁰³⁾。また、各国の民主的な立法者の決定に委ねられるといっても、国際交流が緊密になる中で、それがどこまで現実に可能なのかは問題であり、力を有する国や企業の意向に支配されることにもなりかねない⁽¹⁰⁴⁾。こうして、Rödlは結局、各国の民主政に敏感な普遍主義に従った、コスモポリタン国際私法を国際私法は志向すべきだとして、Kantのコスモポリタン法思想に注目することとなり、国家間条約による処理を重視する前述のMausの議論へと接続されるのである⁽¹⁰⁵⁾。

⁽¹⁰⁰⁾ Rödl, *id.*, at 196-199.

⁽¹⁰¹⁾ Rödl, *id.*, at 208.

⁽¹⁰²⁾ Rödl, *id.*, at 209-211.

⁽¹⁰³⁾ Rödl, *id.*, at 212.

⁽¹⁰⁴⁾ Rödl, *id.*, at 212-213.

⁽¹⁰⁵⁾ Rödl, *id.*, at 213 & 200-201.

以上のような、国民国家中心的な見方については、例えば、Amstutz からの現状認識に対する鋭い批判が存在している⁽¹⁰⁶⁾し、とりわけ、国家間条約でスーパナショナルな問題の解決が可能であるというような Maus の認識は、もはや困難なものとなっているといわざるを得ないだろう。他方で、Rödl が重視する、国際私法と Kant の Maus による接続⁽¹⁰⁷⁾によって描かれる、コスモポリタン国際私法⁽¹⁰⁸⁾も、普遍主義にコミットしつつ、国民国家の併存を前提として、原則的に各国法の域外効を想定するというのであれば、レジーム単位とするか、国家単位とするかといった違いがあるほか、法の普遍的統一性への志向性の強弱は当然異なるであろうが、Teubner のレジーム抵触法との基本的な発想は似ているということもあながち誤りとも言えないだろう。

ところで、先に、グローバルな代表制が困難であるということでは、Teubner と Maus の見解は一致していることを指摘した。その先で、Maus は Locke にも依拠しつつ⁽¹⁰⁹⁾、「人民→議会→執行府」という形での民主的正統性の連鎖を重視する見解から、国家の処理能力についての前述のような認識も手伝って、国民国家にとどまったのに対して、Teubner は国家以外のレジームにおいて、一般性を重視した、国民国家におけるのと同様の民主的正統性を要求するのは無理であるとして、レジーム内部の決定へのアクセスなどを重視するステークホルダー民主主義の議論を展開しているのは先に見た通りである⁽¹¹⁰⁾。もちろん、システム理論に依拠した多元的なレジーム並立論を採用するかどうかという根本的な問題⁽¹¹¹⁾は存在するが、ここには、代表制的な民

(106) M. Amstutz, *The Opium of Democracy: A Comment on Florian Rödl's Democratic Jurisdiction without Statisation*, 2 *TRANS'L LEGAL THEORY* 215, 220 & 223-225 (2011) [Amstutz の批判は、直接は Rödl に向けられているが、Rödl の議論について、グローバル化を単に空間的な人の動きとのみ捉えているが、グローバル化により非（物理的）領域化が進んでいること、民主政の概念について、認識的ではなく規範的な18世紀の Kant の古典的な民主政概念に依拠していることの2点を特に批判している]。

(107) Maus, *supra* note 93, at 460.

(108) Rödl, *supra* note 99, at 200 & 211-213.

(109) Maus, *supra* note 93, at 478.

(110) 前掲註(50)と、それに対応する本文参照。

(111) Maus の依拠する Kant の議論は、今日にいうところの民主政を狭い領域を有する国民国家に限定し、憲法概念を国家のためにだけ留保するとともに、国家間のグローバルな

主的正統化論を墨守するかというもう一つの大きく重要な問題も存在していると言えるよう。

3.1.2. 法秩序・レジーム間の熟議による補完に関する議論の検討

次に、この他の民主的正統化を試みる議論として、Joergesの議論に少しだけ触れておきたい。Joergesは、ポストナショナル、あるいは、とりわけトランスナショナルな市場の時代と位置付けられる現代において、法は、条件プログラムから目的プログラムへと変容し、内外の専門知を取り込む余地を設けなくてはならなくなっているとの認識⁽¹¹²⁾のもと、その取り込みは、

法化については条約を通じてなされるとしている (*Maus* a.a.O. (Anm. 91), S.370)。この背景として、Kantの憲法概念がフランス革命における憲法概念に規定されており、憲法による国家の基礎づけよりも国家権力の制限に関心が集中していたことや、主権の不可分性概念を採用していたことにも関連し、連邦形成などには意を用いていなかった(か、むしろ、大きな共和国を否定する点において、米国のアンチ・フェデラリストの主張に共感していた [*Maus*, *supra* note 93, at 472]) こととの関連性も指摘されている [*Maus* a.a.O. (Anm. 91), S.361ff.] ところ、Teubnerの主張は、1で見たように、憲法の概念を国民国家から解放する見解であることを踏まえれば、根本的な憲法観の相違の存在を指摘できよう。

さらに、Teubnerのシステム理論に依拠するのではなく、Foucaultの権力論に依拠することによって、他のシステムとの比較の場として抵触法の活用を主張する、M. Herberg, *Global Governance and Conflict of Laws from a Foucauldian Perspective: The Power/Knowledge Nexus Revisited*, 2 *TRANSNAT'L LEGAL THEORY* 243 (2011) のような議論もある。

- (112) See Joerges(RECON), *supra* note 13, at 7-12. こういった観点から、Joergesの抵触法アプローチは、国際的な民主主義の赤字への対策ではなく、国民国家における民主主義の赤字を補うものであると強調される (Joerges(RECON), *id.*, at 12 & 14; Joerges(Polanyi), *supra* note 13, at 470 & 479)。このような点に着目して、Joerges流の抵触法アプローチをグローバルな立憲主義を志向するものであるとして、人民民主主義の伝統に根差した憲法観を維持し、グローバルな立憲主義に懐疑的なグローバル行政法論と対照的なものとして扱う、M. Kuo, *On the Constitutional Question in Global Governance: Global Administrative Law and the Conflicts-law Approach in Comparison*, 2 *GLOBAL CONSTITUTIONALISM* 437, 464-465 (2013) がある。このような指摘を踏まえると、前掲註(13)や(55)で触れた、グローバル行政法論と(特にJoerges流の)抵触法アプローチとの親和性をめぐる議論については慎重となることが求められよう。なお、「抵触法アプローチ」内部の相違に関して、Joerges(Polanyi), *id.*, at 474-476では、PolityとしてのEconomyが強調されており、公私二分論の批判や現代における否定を行うという点においてTeubnerとの親和性が認められる一方、あくまで経済システムの政治システムの二つのシステムの並立性が解かれるにとどまっているという点で、さらなる様々なシステムの並立を説くTeubnerとの間には隔りがあると解される。

制度化された手続を通じて法的に正統化されなくてはならないという⁽¹¹³⁾。そして、その場面において、ナショナリスティックな性格が排除されたという意味で、従来の国際私法からの変容を経た、新しい抵触法的な処理が活用されるという⁽¹¹⁴⁾。こうして、抵触法アプローチは、討議理論の意味において(民主的)正統性を提供すると説明される⁽¹¹⁵⁾。もっとも、討議理論上、正統性を獲得するのに必要な、利害関係を持ちうる者に開かれた正統な意思決定と、利害関係者における合理的な受け入れ可能性⁽¹¹⁶⁾が、Joerges が抵触法的処理の具体例とする、EUにおけるコミトロジー手続⁽¹¹⁷⁾であるとか、国際的レジーム間の対立処理の手続整備⁽¹¹⁸⁾、準法的規律に対する国際私法における「承認」のアナロジーでのアプローチ⁽¹¹⁹⁾によっていかに確保されるのかは、本稿筆者には判然としない。Joerges も以下のような問題については自覚している⁽¹²⁰⁾ものの、Joerges のあげる抵触法的処理がテクノクラティックな調整⁽¹²¹⁾にとどまるのではないかという批判⁽¹²²⁾をかわすことに成功したと言え

(113) Joerges(RECON), *id.*, at 9-10.

(114) See Joerges(RECON), *id.*, at 3-6; Joerges(Polanyi), *supra* note 13, at 477-479 & 489.

(115) Joerges の抵触法アプローチの彼自身による要約として、Joerges(Polanyi), *id.*, at 500-501も参照。加えて、Joerges の議論を、抵触法の発想と討議理論を織り込んだスーブナショナリズムを組み合わせた、民主的包摂 (democratic inclusion) の議論であると要約するものとして、M. Everson, *The Limits of the 'Conflicts Approach': Law in Times of Political Turmoil*, 2 TRANSNT'L LEGAL THEORY 271, 271-273 (2011)も注目される。

(116) Siehe J. Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 7. Aufl. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft), 2019, S.169. Joerges(Polanyi), *id.*, at 478では、Joerges 自身も、Habermas のこのような言明を引用する。

(117) See Joerges(RECON), *supra* note 13, at 19; Joerges(Polanyi), *id.*, at 481-482.

(118) See Joerges(RECON), *id.*, at 29-32; Joerges(Polanyi), *id.*, at 495-497.

(119) Joerges(RECON), *id.*, at 32-33.

(120) Joerges(RECON), *id.*, at 19.

(121) エリートによる狭い「熟議」に過ぎないといっても良い。See e.g. N. KRISCH, BEYOND CONSTITUTIONALISM: THE PLURALIST STRUCTURE OF POSTNATIONAL LAW 56 (2010). また、少なくとも国内の文脈においては熟議の民主主義が、選挙を軸にする代表民主政と併存し、それを補完するものであること (see e.g. *id.*, at 266)にも留意しておくべきであろう。

(122) これについては、Everson, *supra* note 115, at 278 & 282-283などを参照。もっとも、同論文は、討議理論に依拠する熟議の民主主義自体、多かれ少なかれ政治的な情熱を、共約可能性を無理にでも想定し、法的な枠組みで封じ込める側面があり、その意味で、反民主的な性格は避けられないという。

るだけの説明はなされていないように見受けられる⁽¹²³⁾。

3.1.3. まとめ

このように多元化、多様化するグローバル化時代における民主的正統化のありようについては、複雑な問題が残されている。詳細な検討は、今後の課題とせざるを得ないが、現時点での筆者の見立ては以下のようなものである。すなわち、国民国家内部においては、一般性を重視した、議会中心的な民主的正統化の連鎖を基調とするべきであり⁽¹²⁴⁾、そういった民主的正統性を手にできる国家のプレゼンスは今後も重視されるべきであるが、その一方で、機能分化したグローバルな社会においては、機能分化した単位をレジームと呼ぶかどうかはともかく、この単位に一般性のある代表制を要求することは困難であり、関係者に参加手続を確保する形での、民主主義的な仕組みを導入するよりほかないということになる。

3.2. トランスナショナル公序構想の意義

3.2.1. グローバル立憲主義との関係

続いて、Teubner が提示した、「抵触法アプローチ」の要点の一つであるところの、「トランスナショナル公序」の意義を巡って、若干の検討を行っておきたい。この「トランスナショナル公序」とは、法秩序の多層性・多元性、あるいはレジームの並立を前提としつつ、それらの抵触・対立の解消にあたって、共通するトランスナショナルな公序を想定するというものであり、先にも述べたように、レジーム憲法に優位するメタ憲法を想定しないという

(123) これに対して、Everson, *id.*, 279-282 & 285は、インフォーマルな処理手続を含めた政治的プロセスによる決定、解決を許しつつ、比例原則、透明性、アカウントビリティと言った手続原理による統制を通じた法的統制を図るものであるとして、政治的、民主的なダイナミズムと法の支配のバランスをとったものであると評価している。もっとも、このEversonの補足を踏まえても、Habermasの（少なくとも法治国内についての）議論にはある、利害関係者の参加可能性、理性的な同意可能性についての説明につながる制度設計の説明は、管見の限りJoergesの議論の中に見つけられないように思われる。

(124) なお、拙著『グローバル化と憲法：超国家的秩序との緊張と調整』（弘文堂、2017年）が扱っているのは、あくまで議会民主政を採用する国家の内部における民主的正統性追求のあるべき姿の検討である。

Teubner の基本的な立場とも一見矛盾しているように見えかねないところもあり⁽¹²⁵⁾、ややわかりづらいところがある。

グローバルな立憲主義の存在を強調する見解にあっても、統一的な世界憲法に基づく世界国家を構想するものは現代においては基本的にないと言ってもよく⁽¹²⁶⁾、多元的な法秩序、法秩序相互の競合を前提とし、あるいは許容する見解もむしろ一般的であると言っても良い⁽¹²⁷⁾。グローバル立憲主義と一口にいても、様々な構想が提示されている⁽¹²⁸⁾が、その代表的な論者の一人と目される Kumm も、まさに上述のように法秩序の多元性を許容する、柔らかなグローバル立憲主義論を展開する⁽¹²⁹⁾。彼のいうグローバル立憲主義は、認識枠組み、あるいは、マインド・セットであり、一定の法的実践が、法的な秩序に含まれるものとして整理するに耐えうるものか、説得性を有するものであるか、一貫性や明確性などがそこに確保されているかを判断するため

(125) 前掲註(65)ないし(67)とそれらに対応する本文参照。

(126) なお、Maus などによって、グローバル憲法論者とされ、批判される Habermas も、基本的には、欧州憲法の可能性を論じるにとどまっている。この点については、前掲註(9)や拙著・前掲註(24)2-3頁を参照。

(127) ただし、M. Kumm, Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus. Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus, in: J. Nida-Rümelin/ N. Wloka (Hrsg.), Internationale Gerechtigkeit und institutionelle Verantwortung, 2019, S.107f. [Kumm(Gesichte)]は、自身がこのような見解であるとしつつ、A. Peters をはじめとする他の幾人かのグローバル立憲主義の論者と自身の見解が分かれるところであるという。

また、Kumm の構想が法多元主義的なものであることについて詳しくは、M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in RULING THE WORLD? : CONSTITUTIONALISM, INTERNATIONAL LAW, AND GLOBAL GOVERNANCE 273ff. (J.L. Dunoff & J.P. Trachtman eds., 2009) [Kumm(RtW?)]を参照。

(128) これについては、Kumm(Indiana), *supra* note 51, at 606-607; Kumm(RtW?), *id.*, at 258-259などを参照。なお、このような議論、さらには、後に紹介する Krisch のように、立憲主義的発想を嫌いそこから離れながら、多元的な法体系のありようを構想する見解は、EU 法の構造分析から生まれている。この辺りの経緯や、EU 法体系の理解に関する議論については、本稿では扱わないが、これに関する邦語文献として、近藤圭介「憲法多元主義——ヨーロッパ法秩序をめぐる議論の構図」濱本正太郎・興津征雄編『ヨーロッパという秩序』(勁草書房、2013年) 5頁以下を参照。

(129) Kumm(Gesichte) a.a.O. (Anm. 127), S.107f.

の基準として働くという⁽¹³⁰⁾。少なくともこのような説明だけを見た場合、「トランスナショナルな公序」を想定する Teubner との距離がどこまであるのか一見よくわからない。

もちろん、Kumm の議論を読み進めれば、彼のいうグローバル立憲主義とは、公権力を創設し、公権力の行使を嚮導し、かつ、それに制限を与える公法が、国家の内外を問わず備えるべき、形式面での適正な手続の要求⁽¹³¹⁾、具体的には、人権あるいは憲法上の権利という形をとることになる実体的要求⁽¹³²⁾を満たさなければならないという、「公法」の理論である⁽¹³³⁾。その意味では、私法理論に基盤を起きつつ、私的レジームにも視野を及ぼす、Teubner の議論とは、その射程が異なる。

(130) *Kumm(Gesichte)*, ebd., S.108.

(131) この要求の中には、狭い意味での適正手続要求 (siehe *Kumm(RtW?)*, *supra* note 127, at 301ff.) に加えて、Kumm が(憲)法多元主義の理論であることを標榜することとも関連して、国家のレベルで決定することによる負の外部性が生じる場合のみ、コスモポリタンな処理を認める補充性の原則も含まれる (*Kumm(RtW?)*, *id.*, at 290ff. 負の外部性が生じる場合の具体例については、*Kumm(Indiana)*, *supra* note 51, at 617ff. を参照)。

(132) なお、本稿筆者としては、(国際)人権法も一種の法体系、レジームなのであって、当該法体系、レジーム内における決定への関与の機会保障や法的救済の確保など、ある意味法体系を法体系とならしめる制度的な側面を有するものとはともかく (なお、Teubner のいうレジーム基本権はこれに相当すると考えられる)、それを越えた実体的に踏み込んだ内容を持つ人権、あるいは憲法上の権利といったものについて、あらゆる(公)法体系が備えるべき規範内容とするには若干の抵抗を覚えるところである。むしろ、各法体系に共通する権利や実体的な等価性に焦点を当てると、価値の同一性が確保されていない現実を覆い隠すことになり、適切な管轄配分ができなくなるとする、KRISCH, *supra* note 121, at 295の指摘の方に説得性を感じさせられる。

(133) ここでは差し当たり、総括的な記述として、*Kumm(RtW?)*, *supra* note 127, at 322-323 を挙げておく。なお、こういった統一的な要請が導けるとすることについて、一般的・抽象的レベルでは、もっともらしく聞こえるとしても、その要請はどこから導かれるのかは判然としないように思われる。これは、厳格な規則というよりは、指導原理という性格上、法源を厳格に問う必要はないのかもしれないし、さらに言えば適切ではないのかもしれないが、法源は何かと言い換えても良いだろう。Kumm は帰納的に自由民主主義諸国の憲法や国際人権法に共通して見られる内容から、国内外の公法が満たすべき内容を導いている (siehe *Kumm(RtW?)*, *id.*, at 289ff.) が、とりわけ詳細な具体的な共通内容を見出すことができるのか、帰納的な内容抽出が成功しているのか、あるいは恣意的なものになってはいないかについて、本稿筆者は疑問を持っている。この点については、西洋的な公法概念の押し付けでないかという問題も関連してようが、それについての Kumm の回答として、*Kumm(Gesichte)*, ebd., S.126ff. [結論として、立憲主義と西洋との結びつきは一般に想定されるほどに強くはないと結論づける (S.135)] を参照。

すなわち、Teubner から見れば、Kumm の視野は狭いものとなる⁽¹³⁴⁾し、逆に Kumm から見れば、Teubner の議論は自由や平等という、「憲法」あるいは公法が有するべき基本的価値が抜け落ちたものと映ってしまう⁽¹³⁵⁾。ある意味でこれは、結局「憲法」という言葉が持つ独特の意義の緩和をどこまで許容するかという問題に転換されるように思われる⁽¹³⁶⁾。

3.2.2. グローバル行政法論、ラディカル多元主義との関係

ところで、憲法や立憲主義の持つ独特のニュアンスをトランスナショナル、グローバルな場面に持ち込むことを嫌い、立憲主義の標榜を避けるグローバル行政法論が、ある意味、国民国家と結びついた人民民主主義的憲法観に止まるものであるという、Kuo の指摘を先に見た⁽¹³⁷⁾。この指摘が正しいのであれば、グローバル行政法論との関係において、グローバル立憲主義は、憲法概念を国内民主政から解放する可能性を認め、憲法の言葉の持つ独特の意味を緩和したものであるといえる。しかし、なお、公的なものにこだわるという意味において Kumm は、従来の憲法概念からの離脱の程度が、Teubner との関係で見ると小さなものとどまったのである。

関連して、他方で、グローバル行政法論の主唱者の一人でもある Krisch が、同時にラディカル多元主義を提示し、多様な法秩序、あるいはレジーム

⁽¹³⁴⁾ Teubner a.a.O. (Anm. 6), S.84. Siehe auch Kumm(Indiana), *supra* note 51, at 626. さらに、前掲註(25)及び(55)も併せて参照。

⁽¹³⁵⁾ Kumm(Indiana), *id.*, at 609-610 Fn.10. 加えて、前掲註(61)とそれに対応する本文参照。もっとも、Teubner の議論がかなりの程度、公法的思考に接近しているとみることも可能であり、その差は相対的なものであると解する余地については、前掲註(53)ないし(56)と、それらに対応する本文を参照。

⁽¹³⁶⁾ なお、それでも Teubner が、トランスナショナルな公序を想定するのは、レジームなり、憲法主体になるかという観点からではなく、あくまで、システム理論に則って、オートポイエーシスの端緒となるカップリングを可能とするためのものであることには、留意しておく必要があろう。この点については、前掲註(74)ないし(80)と、それらに対応する本文も参照。

⁽¹³⁷⁾ 前掲註(12)参照。これに対して、KRISCH, *supra* note 121, at 24は、グローバルな場面に立憲主義を持ち込む見解は、国家のレベルでの立憲主義との継続性を有する見解であり、(グローバル行政法論の主唱者でもある)自身の見解は、立憲主義とグローバルな構想との間を切断する多元主義であるとする。もっとも、これは、立憲主義を国家レベルのものにとどめるという趣旨に理解すべきであり、Kuo の見立てと矛盾するものではないと言えよう。

に共通な法的価値あるいは規範の存在を極力否定し、法秩序間の抵触・対立の解消は、法に基礎を置くプロセスではなく、政治⁽¹³⁸⁾的なプロセスによる解決に委ねられるとしていること⁽¹³⁹⁾については、どのように考えるべきであろうか。Kummとの対比で言えば、先の指摘⁽¹⁴⁰⁾に従うと、グローバル行政法論者でもあるKrischが国家的な民主主義にこだわることによって、トランスナショナルな場面、あるいは、法体系間の調整において、「憲法」概念をきっかけとする規範的内容要求をすることを拒絶したからと推測することができよう⁽¹⁴¹⁾。他方、Teubnerは憲法概念を緩めることによって、トランスナショナル、かつ、私的なレジームについても憲法を語ることを可能とし、憲法を有するレジームと認められるに際して、一定の規範的要求を行うとともに、それとは別に、システム理論によって、レジーム間の抵触調整において、想像上の「公序」を想定することを要求しうることを基礎付けた⁽¹⁴²⁾。こうして、TeubnerはKrischと対比してみた場合、Krischとは異なり、法秩序間、あるいはレジーム間の抵触調整において、一定の規範的要求を行えることとなったのである⁽¹⁴³⁾。もっとも、グローバル行政法論も、法体系間の調整につ

(138) ここでいう「政治」は、Teubnerのいう、前提社会についてのシステムや各レジーム内の制度的枠組みの構築や正統化という意味での「政治」（これについては、前掲註(2)と対応する本文を参照）ではなく、非法的というくらいの意味で理解しておけば良いものと思われる。

(139) この点については、加藤陽「国連法とEU法の相克——ラディカル多元主義の理論構造とその実践的意義——」国際法外交雑誌116巻4号（2018年）480頁以下（ラディカル多元主義の概要については486-489頁、なかでも政治的な処理の強調については、488-489頁）を参照。Krischによる自身の見解の要約として、KRISCH, *supra* note 121, at 23-26も参照。なお、加藤によれば、Krischは裁判所による法的な抵触処理を嫌うが、Teubnerの議論において、裁判所中心主義が窺われることについては、前掲註(5)でも指摘したところであり、この点において、Krischのラディカル多元主義とTeubner理論との距離は大きいということが指摘できよう。

(140) 前掲註(37)と対応する本文参照。

(141) なお、Krischによる、Kummの評価について、KRISCH, *supra* note 121, at 74-75[仕組みとしては自身と同じく多元主義であるが、各法体系を包括するような(overarching)、密度の濃い(thick)規範に基盤づけられている点から、憲法的ルールというハード・ローの支配を志向する立憲主義の見解であるとする]を参照。

(142) 前掲註(34)ないし(36)と、それらに対応する本文参照。

(143) Krischは、Teubnerの見解もまた、様々なシステムにおける社会的権力全てに適用されるべき枠組みを想定している点で、問題があると見ているようである (see KRISCH,

いて、手続的要求を行うものであることは先に触れた通りである⁽¹⁴⁴⁾し、Teubnerの「トランスナショナル公序」は各レジーム内部での抵触処理をする際に想定されるものであり⁽¹⁴⁵⁾、レジーム外部でレジーム相互の調整する際には、グローバル行政法が機能する余地を認めているように解しうるのであった⁽¹⁴⁶⁾。これについては、Teubnerも、レジーム外での調整にあたっては、基本的に規範的な規律はなく、そこを規律しようとすれば、せいぜいグローバル行政法論などに依存するしかないと考えていると解することもできよう。さらに、ラディカル多元主義が現状分析であり⁽¹⁴⁷⁾、グローバル行政法による手続的な規範的規律要請の議論、あるいは、ラディカル多元主義は、現状において各法体系あるいはレジームの裁判所等の判断主体の行為を規範的に規制する規範は存在しないことを指す一方、そのような状況の中で、判断主体が行った判断を分析、整理、評価するための規範的指針となるのが、グローバル行政法論と整理することも不可能ではないかもしれない⁽¹⁴⁸⁾。しかし、グ

supra note 121, at 76-77) し、他方で、Teubnerが、レジーム対立を政策の対立にとどまらず、合理性の対立であると指摘する点については、プラグマティックな抵触・対立の調整プロセスを困難にしてしまうものと否定的である(*id.*, at 232)。また、Krischは自身の多元主義を公的自治(public autonomy)の並立を構想するものとし、私的な基準は公的プロセスとの繋がりが審査されなくてはならないとするなど、あくまで、公的なものにこだわる議論を展開しているという点でも、Teubnerとの間に差異を見出すことができる(see KRISCH, *id.*, at 102)。さらに、Krisch(*id.*, at 76)はJoergesの抵触法アプローチについても、抵触処理に関する実体的な枠組みを提示している点で、立憲主義的な考え方にとどまっていると評価している。

(144) 前掲註(13)、(54)及び(55)を参照。

(145) 前掲註(59)、(60)及び(64)、並びにそれらに対応する本文参照。

(146) 前掲註(55)を参照。

(147) なお、加藤・前掲註(39)486頁も指摘する通り、KRISCH, *supra* note 121, at 103は、自らのラディカル多元主義が現状を分析するための理論であると同時に、そのあるべき形を示す規範的理論であるとしているが、ここでの規範的議論とは、統一かつ法的な規律に従うと考えるのではなく、政治的過程を通じたプラグマティックな抵触・対立処理が行われるべきであるというものにとどまるのであって、抵触・対立の処理のプラグマティックな処理ための指導原理のようなものについて語ることは少ない。ただし、Krischは、自分は純粋な政治的競合に興味があるわけでもなければ、共有された法的フレームのもとにある制度化された多元主義にも興味はないとしているとも述べており(*id.*, at 226)、何らかの法的・規範的枠組みを構想しようとはしている点には留意しておく必要がある。

(148) もっとも、興津・前掲註(25)80頁の分析によれば、グローバル行政法論の中でも、法体

ローバル行政法を名乗る以上、規範的要求を伴っているというべきであるところ、憲法概念によることも、また、システム理論によることもなく、主として手続的なものに止まるとはいえ、グローバル行政法論は、なぜ、どこからそのような規範的要求を導けるのかという疑問を抱えることとなろう⁽¹⁴⁹⁾。

系間の抵触の処理へのグローバル行政法の活用に関心を寄せるのはKingsburyであり(前掲註13も参照)、Krischはそれよりも、法体系内部におけるアカウントビリティの向上に関心があるとしており、この分析に従えば、Krischのラディカル多元主義と彼のグローバル行政法論の接続も特に問題なく行うことが可能となり、法体系間の抵触処理の問題へのグローバル行政法論の活用論との整合性・関係性を論じる必要性はないことにもなりうる。この点に関連して、Krisch, *supra* note 50, at 260, 263 & 269は、各法体系において、適切な帰属主体を設定し、そこへのアカウントビリティを確保した上で、各法体系における判断の相互影響とプラグマティックな調整による適切なバランスの確保が可能となるとする(see also KRISCH, *supra* note 121, at 25-26 & 265)。しかし、プラグマティックな調整に委ねられると言えば、聞こえはいいかもしれないが、何かしらの指導原理を示さないことには、プラグマティックな調整の統制はもちろぬ、そもそも調整自体不可能ではないかという疑問がある。Krischもこのような問題を自覚している(KRISCH, *id.*, at 26)が、他の立憲主義的見解等がより適切な回答を示していないとして、自身の見解を擁護している(KRISCH, *supra* note 50, at 275-277)。このほか、Krischは立憲主義が多かれ少なかれ、特定の価値を押し付け、また過去の先例の固定化による現在との対立を生む側面があるとしており(KRISCH, *supra* note 121, at 67-68 & 78-79)、そのような弊害を減らすべく、立憲主義に比べればまだ控え目な要求にとどまるグローバル行政法の方がより適切であるとする(*id.*, at 57)し、柔軟な調整を可能とする、自身の見解の柔軟性と開放性(openness)の利点を繰り返し強調する(*id.*, at 237, 275, 285 & 303)。なお、Krischは自身の見解が法の支配の発想と対立的なことは認めているが、法の支配という法も曖昧な開かれたものを含んでおり、また、一貫した価値や秩序を想定することがポストナショナルな場面においては対立や不安定性を助長する危険性が高く、個別の法的・政治的システム内部における制度デザインやあるべき意思決定のあり方を設定する上で、法の支配はなお機能すべきものである一方で、そういったシステムの相互作用の場面では、むしろ柔軟性と開放性を通じて、競合する多様なシステムの考え方が反映されるようにする方が望ましいという(*id.*, at 277ff.[結論部分として、特に285頁参照])。また、興津・同上80頁註179も指摘するように、法体系間の調整について規範的な要求が生じうることは、Krischも認めており(KRISCH, *id.*, at 296)、法体系を跨ぐ包摂的な規範が欠けらる中でそれぞれの秩序の中でそれぞれ規律されるよりほかないとする点(*id.*, at 286)ではTeubnerの議論と基本的に一致する上、法体系間の相互作用を通じたアカウントビリティ向上の可能性にも言及している(*id.*, at 272f.)。

(149) 国内民主政も含めて、民主政は意思決定の影響を受ける部外者の包摂という問題など様々な欠損を抱えており、多様な利害を踏まえてパレート最適の創出を目指そうにも、結局、公正な意思決定手続の確保が必要となるというところから、熟議の民主主義の発想への接続や意思決定の透明性と開放性、参加の機会の確保のほか、決定に関与する者の専門性、不偏性の確保を基礎付けている(KRISCH, *id.*, at 264ff.)ほか、前註でも触れたように、異なる法体系(原文では層[layer])の相互作用(interplay)が、アカウントビ

3.2.3. まとめ

グローバルな法秩序像の整理を模索する諸見解は、今日において多元主義的な性格を有しており、これは Teubner の構想に特有のことではない。しかし、そうであっても、何かしら、包摂的な統一的要求を想定したり、少なくとも多元的に構想される個別法秩序の間の調整について規範的な要請を構想したりするのが一般的である。そのような構想にも温度差が見られるところ、Teubner のグローバル公序構想、あるいはその背景にある多元主義構想が、他の構想との関係でどのように位置付けられるのかを本節では簡単に見た。

まず、Kumm のグローバル立憲主義との関係でいえば、Kumm が、法、さらには公法として具備することが求められる規範的内容を設定したため、そもそも公法への限定を行わず、法の概念の相対化も視野に入る Teubner の構想との間で相違が見られることを確認した。すなわち、グローバル公序構想は、あくまで個別の法体系あるいはレジーム内で、他のレジームの法との抵触が問題となった際に、どのように対応すべきかということであり、各法体系の法が統一的に満たすべき条件を念頭におく Kumm のグローバル立憲主義とは視点が異なるものである。もっとも、Teubner も、とりわけ近時は、「憲法」概念を軸にレジームとして認められるに足る条件の設定を行っており、その点を捉えれば、Kumm との距離は大きくないということになる。

次に、本節では、各法秩序に共通して求められる規範的要求の存在を否定する Krisch の議論との対比も行った。そこでは、問題となる法体系のレベルを含む性質によって具体的な要求は異なるとするとはいえ、Krisch も手続的

リティ確保のメカニズムとして機能する余地を認めており (*id.*, at 272f.), Krisch も法体系間の調整規範としての意味でのグローバル行政法も含む、グローバル行政法論の規範的基盤を提供するような議論も展開している。ただし、Krisch は、具体的な手続的要求は問題となる事項の内容や問題となっているレベル(国内レベルかなど)に依存するとするほか、開放性が要求されるがゆえに自らの多元主義の下では、こういった手続を制度的に確保することができないとしている (*id.*, at 274)。

また、他方で、Kingsbury, *supra* note 55, at 30ff. は、Hart の承認のルール論、Fuller の法の内在的道德論に依拠して、グローバル行政法が法として認められるための条件として、一定の実体的、手続的内容を具備することが求められると説明している。これについては、併せて、興津・同上73頁や前掲註55)の他の部分も参照。

な要求の存在については認めているし、各法体系の間の調整についても規範的規律が要求されること自体は、彼も認めているのであった。Teubnerの議論は各法体系を包摂するような規範がないことを強調する点では、Krischと一致するものの、それでも各法体系の抵触・対立は避けがたいし、また必要なものであることから、システム理論に依拠しながら、グローバル公序構想を導入するものと評価されると整理した。そして、このように整理されるTeubnerのグローバル公序構想は、Krischの議論にあってはプラグマティックな調整がされると言われるだけで、その指導原理も導けないところに、一定の指導原理、あるいはその規範的基礎づけを与えうる議論と評価しうるのである。そのほか、本節では、グローバル行政法論による、法体系あるいはレジーム間の外部化された調整論による、TeubnerとKrischの接続可能性にも言及した。

もっとも、トランスナショナル公序構想の規範的内容にしても、具体的な問題処理にとっては極めて抽象的な方向性を示すだけであり、グローバル行政法論の手続的要求の規範的基礎付けも含めて、なお詰めていかなければならないことが多く残されていることも確認されたところである。

3.3. 小括

このように見てくると、多元的な法秩序に関する構想が持つ、法体系やレジームとして認められるための規範的要件や指導原理、さらには、法体系あるいはレジーム間の抵触・対立を調整するための指導原理の内容の基礎づけには、どれも詳細な点を詰めるとその説明に窮するところがあることがわかる。トランスナショナル公序は、その背景にある、多元的レジーム並立論もこのような、規範的指導原理の一つとして位置付けられるが、システム理論を前提とする限りは、一定の説明づけに成功しているように思われる。もっとも、それも、抽象的なレベルでの問題であり、具体的には各レジームの判断権者に委ねられるトランスナショナル公序についても、その想定や判断をいかに規律、評価しうることについては、疑問や難点も残っており、現状どのようなレジーム間調整がなされているのかという実証研究も踏まえなが

ら、理論の再検証、深化を進めることが必要となってこよう。

おわりに：今後の課題

以上本稿では、Teubnerの「抵触法アプローチ」のあらましを、関連する議論にも目を配りながら紹介し、検討を加えてきた。Teubnerの議論は、多元的な法秩序における、法秩序間の抵触・対立について、国際私法、あるいは抵触法のアプローチを参照するという意味において、「抵触法アプローチ」の一つとして整理されているところであり、Teubner自身、国際私法の発想の参照を明言する。しかし、本稿での検討を踏まえると、その国際私法からの類推は、かなり限定的なものである⁽¹⁵⁰⁾。むしろ、従来の国際私法との基本的な状況の違いが強調されていたのも事実である⁽¹⁵¹⁾。そして、国際私法との対比を通じてTeubnerが示した、レジーム間の抵触・対立の調整における解決策は、各々のレジーム内で「トランスナショナル公序」を想定し、他レジームの規律の原則的な受け入れと、逆に、トランスナショナル公序を害する、あるいは、その解釈として妥当ではないと思われる場合に限っての、排除、排斥であった。このようなトランスナショナル公序の想定の本拠をシステム理論によって基礎付けるという点は、抵触調整ルールや、法体系として満たすべき規範的内容について、その本拠を必ずしもうまく提示できていない他的見解と比べてときに、その点に長所を見出しうるところである。もっとも、そもそもの(とりわけTeubner流の)システム理論の妥当性については論じ

(150) すでに指摘したように(前掲註73参照)、外来法の適合的解釈など、国際私法とは必ずしも結びつかない手法も、具体的な調整の手段として挙げられていた。こういった、手法と国際私法との関わり、そういった手法の運用において国際私法の発想が活用される余地についても、検討する余地があろう。

(151) 前掲註(61)ないし(63)と、それらに対応する本文参照。さらに関連して、Joergesの抵触法アプローチに対する指摘であるが、KRISCH, *supra* note 121, at 288が、国際私法がア prioriに相互に接続されない秩序がパラレルな自立を主張しているモデルに立っているから、相互に繋がっており、互いの結びつきや共同での意思決定を模索するポストナショナルな多元的場面との間の相違は大きいし、法体系間の抵触・対立(collision)というよりも、接触(interface)という言葉を用いた方が良いとしている点も注目される。

られるべきであり、本稿ではこれを十分に扱っていないので、今後の課題として残されることとなる。本稿では、システム理論に依拠しない、もう一つの抵触法アプローチである、Joergesの議論についても、簡単な紹介をすることとどまった。システム理論の妥当性を検討する意味でも、Joergesの議論の検討を深め、Teubnerの議論との対比を通じて、抵触法アプローチの可能性についてさらに研究を進めることが必要となろう。また、本稿では、抵触法アプローチと、他の多元的法秩序像や多元的な法秩序間の調整をめぐる議論との対置も試みたが、この比較はいくつかの限られた見解について概観したにとどまっており、より包括的な検討も残された課題である。

さらに、トランスナショナル公序を想定して、上記のような抵触調整を行えといったところで、具体的な判断を、誰がどのように行いうるのかははっきりしない。Teubnerを含む法多元主義のもとにおける法秩序や抵触調整に関する基本構想を説く論者が、いずれも同様の具体的事案を挙げながら、それぞれ自身の理論に引付けて援用しているところでもあり、指導原理の精緻化とともに、実証的な検討の深化もまた、今後の課題となる。

このように本稿には、残された課題も多く、国際私法については、全くの門外漢である筆者が、結局は国際私法との結びつきは限定的なものであると指摘することとなった見解について素描したにとどまる。我が国の国際私法学を牽引する佐野教授のご退職をお祝いするにあたって、このような文字通りの拙稿を献呈するのは、蛮勇を振るう以外の何物でもないことは弁えているつもりである。それでも、百家争鳴ともいえる、グローバル化時代における多元的な法秩序間の関係をめぐる議論の整理に、僅かばかりは貢献するものとなっているのではないかと思う。今後の課題も改めて確認されたことを以て、ひとまず筆を擱くこととする。

【付記】

本稿は、JSPS 科研費「基盤研究(A)グローバル法・国家法・ローカル法秩序の多層的構造とその調整法理の分析」(課題番号19H00568a1)の助成を受けて行った研究の成果の一部である。また、本稿は在外研究中に執筆したものであり、文献の収集にあたって、

福島淑子（岡山大学法学部資料室助手），河合慶一郎（京都大学大学院法学研究科院生）の両氏にお世話になった。ただし，邦語文献について十分に検討できていないところは残っており，この点に関する責は全て本稿筆者に帰することは言うまでもない。