

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—

浅 野 有 紀

概 要

グローバル化が法に及ぼす影響と変化は様々であろうが、本稿では法の多元化を理論化する試みとして法多元主義を論じる。その際、法多元主義は、経済、インターネット、福祉、スポーツ、先端技術などの活動領域に応じた自主規制の発展による機能的法多元主義と、従来の国家以外に、国際社会や EU などの国家を超えた共同体、スコットランドやバスク地方などのように国家内の民族共同体がそれぞれの法を有して、超国家法、国家法、国内共同体の法が重なった層を形成する共同体的多元主義に分けられる。前者は、後者のように、主に一定の場所を基礎とした人々の共同生活を全体的に秩序付けるものではなく、活動領域の特性に応じて、活動の目的・機能を促進・実現するために形成される。

本稿では、特に現代的な法現象として、機能的多元主義に焦点を当て、その基礎理論を人々の活動領域を分断することによって、そうでなければ価値対立などが過度に複雑で解決不能な問題を暫定的に解決する私法理論、国際私法的思考方法のうちに見出す。合わせて、そのような方法論の限界や、課題についても言及する。

キーワード

機能的法多元主義、私法の領域分断思考、公私協働、ネオリベラリズム、法の抵触

I. はじめに

グローバル化は、国家を超えた人々の活動を促進している。また、グローバル化は、国家の枠内で活動している人々に対しても、このような国家を超えた人々の活動の影響が及ぶことを余儀なくしている。婚姻や養子縁組、経済的取引、労働、インターネットにおけるコミュニケーションやスポーツなど、現代人の取り結ぶ社会関係や活動は、今や多様な涉外的要素を含み、従来にくらべて格段に短時間の内に国家の枠を超えた影響

を相互に及ぼし合うものと化している。

このようなグローバリゼーションが法に及ぼす影響と変化は様々であろうが、本稿では特に二つの影響と変化に焦点を絞りたい。第一は国家法の相対化であり、第二はその結果としての法の多元化である。

第一の国家法の相対化は、国境を越えた人々の活動やそれらの活動の影響がもはや国家法のみによっては規制され得なくなり、各活動領域の自主的・慣習的規範によって補完され、或いは代替されることを意味する。これらの補完的或いは代替的規範を、人々の活動を一定の方向に導き調整するものとして仮に法、或いは少なくとも法に近いものとして考えることができるとすれば、法の多元化が生じることになる。本稿では、こうした非国家法的規範を法として、或いは法に近似の機能を果たすものとして理解する法多元主義の理論を展開することとしたい¹⁾。

法多元主義は、国家法と非国家法の併存が招来する法の多元化を、単なる現状の記述ではなく、従来の国家法中心の法観に代わる、グローバル化時代の新しい法観として理論化しようとする試みである²⁾。それは、多元的な法状態が、法の本来的在り方に決して反するものではなく、人々の多様な活動から生じる紛争のそれぞれにふさわしい解決の場所を提供するものとして、むしろ法の機能を高めるものであることを論じようとする。

本稿では、このための論証の出発点を、私法の基礎理論に求め、私法理論から法多元主義へ至る道のりを辿ることとしたい(II 2)。ここでいう私法理論の特徴は、それが各国の民法や商法や商慣習法や各領域での自治的規範などの実質私法のみならず、国際私法＝抵触法も含むことである。本稿が依拠する論者の議論によれば、私法理論に内在する非国家法的要素と非国家法的思考は、実質私法とともに、他国の私法の適用を要求する国際私法＝抵触法において共通してみられる。特に、現在グローバル化によって拡大している、国境を越えた私的活動は、実質法的私法とともに、異なった私法間の抵触を処理する国際私法＝抵触法によって支えられており、この両者の一体性は実践的にも強まっている。

また、補助的な議論として、法多元主義と文化多元主義との関係についても確認しておきたい(II 3)。多元主義の概念は様々な文脈で使用され、特に法多元主義と文化多元主義の関係は、曖昧な直観としては想定されながら、それがどのような関係であるかが明確に論じられることは少ないように思われるからである。

このようにして、法多元主義の理論的根拠を検討した後に、この法観から捉えられる新

1) Ralf Michaels, "The State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism" 51 *THE WAYNE L. REV.* (2005) 1211.

2) Paul Schiff Berman, "Global Legal Pluralism" 80 *SOUTHRN CALIFORNIA L. REV.* (2007) 1196.

たな法の在り方における具体的な特徴を論じる。それは二つの点に分けて論じられる。一つは公法私法の協働であり、もう一つは法の抵触への対応である。

既に述べた通り、本稿では法多元主義の理論的由来を私法理論に求めるのであるが、そこで議論の視野から一端はぶかれた公法の位置づけが改めて問われなければならないであろう（Ⅲ 1）。公法は、本稿の視点からは特に国家法、国家との関係の深いものとして理解されるが、多くの非国家法の出現を見ている現代においても国家は消滅するわけではなく、その機能は変化しても重要性には変わるところがない。そこで法多元主義における公法の位置づけが問題となるが、私見によればこれについては、法化理論を主要な背景とした公私（≡公法私法）協働論が大きな示唆を与えてくれている³⁾。本稿における見通しは、私法の紛争解決手法は、現在では法多元主義に引き継がれ、そこにおける多元的な各法領域においては私法的な自主規制と、行政国家において培われた行政的規制のノウハウが混在して用いられるに至っているというものである。

次に法の抵触に関してであるが、法多元主義を積極的に評価することができるとしても、その場合における最も困難な問題の一つは、そのような法の多元的併存と断片化による法の抵触や欠缺である。本稿ではこの問題について、抵触法である国際私法の方法論と思考法の重要性が増してきていると考え、そこから導き出される問題緩和に対する示唆を論じたい（Ⅲ 2）。

II. 私法理論から法多元主義へ

1. 問題の整理

グローバル化は個人や企業や NGO などによる国境を越えた活動の活発化を伴い、これに対しては従来の国家法による規制が実効性をもたず、経済や福祉などの活動領域に応じた各集団活動における自主規制や当事者自治に委ねられる部分が拡大しており、特にこれらの活動領域が情報や先端技術に関わるなど高度な専門性と自律性を有する場合には公的な規制が追い付かず、自主規制の役割が増大することとなる⁴⁾。

3) 法化理論と公私協働論の関係については、拙稿「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頁以降において、本稿のための予備的考察といえるものを行っている。

4) 例えばインターネット上のコミュニケーションに対して諸国家がそれぞれの法規制を及ぼすことから生じる不都合については、Andrea Slane, “Tales, Techs, and Territories: Private International Law, Globalization, and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet” 71 *LAW & CONTEMP. PROB.* (2008) 133-140.

近代主権国家の確立以前には、教会のカノン法、商人法など人々の異なった活動領域に応じた非国家法が国家法と併存競合する法多元主義的状况が存在していた。中世の再来ともいわれる現代の多元的「法」状況は、経済、インターネット、福祉、スポーツ、先端技術などの活動領域に応じた自主規制の発展としてみられ、これらの自主規制の実効性は、例えば、経済領域においては国際商業会議所（ICC）の活動、インターネット領域においては Internet Society によるインターネット・プロトコルの進化の管理、ICANN によるドメイン名と IP アドレスの管理、スポーツ領域においては国際サッカー連盟（FIFA）や国際オリンピック委員会（IOC）などの運営などによって担保され、その多くが民間団体であるとともに国家を超えた影響力を有している⁵⁾。

本稿では、このような、多様な活動領域ごとの、私人あるいは民間団体による自主規制の拡大に焦点を当て、これらの自主規制を、現代のグローバル社会における紛争解決のための必要かつ実効性のある手段であり、従来の国家法を補完し時にはそれに代替する役割を果たすものと見て、非国家「法」と考える立場に立ちたい。つまり、これらの自主規制は法あるいは法に準じた紛争解決の機能を果たすものとする。このように非国家法と国家法の併存を認め、非国家法の役割を肯定的に捉える立場はしばしば法多元主義と呼ばれている。

法多元主義は、植民地における宗主国法と固有法の併存・相互浸透の研究のための視点として文化人類学の一つの起源を有しているが⁶⁾、その理論的な基礎は、社会学における「生ける法」と「国家法」の対比や、法哲学における法実証主義と自然法論の対比にも見出すことができると言われている。法多元主義の歴史的背景はこのように様々であるが、現在これが注目を集めているのは、主に前述のようなグローバル化を背景とする非国家法の増大を記述し、理論づけるためである。

現在の法多元主義は、二つに分類可能である。垂直的法多元主義と水平的法多元主義とも表現され得るが⁷⁾、本稿では共同体的法多元主義と機能的法多元主義と呼ぶこととする⁸⁾。共同体的法多元主義とは、従来の国家以外に、国際社会や EU などの国家を超えた共同体、

5) 川村仁子「非国家主体による「規範」の形成と制度化の研究に向けて—国際法規範の重層化に関する予備的研究—」『東洋法学』56 巻 2 号（2013 年）237-240 頁。

6) Brian Tamanaha, "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism" 20 *J.L. & Soc'y* 2 (1993) 192.

7) Ex. Brian Tamanaha, "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development" 3 *HAGUE J. ON THE RULE OF LAW* (2011) 5.

8) この分類は、井上達夫『世界正義論』（筑摩書房、2013 年）334 頁以降における超国家体規範（＝国際法など）/ 脱国家体規範（私的団体の自主規制など）の区別とも重なるが、この分類においては、国家内の民族共同体の自治規範はいずれに含まれるのかは明らかではない。

スコットランドやバスク地方などのように国家内の民族共同体がそれぞれの法を有して、超国家法、国家法、国内共同体の法が重なった層を形成している場合をさす。これに対して、機能的法多元主義は、人々の活動領域に応じて形成されている非国家法に焦点をあてる。前述の経済、インターネット、福祉、スポーツ、先端技術などの活動領域に応じた自主規制の発展はこれに該当する⁹⁾。これらは、共同体的多元主義にみられる法のように、主に一定の場所を基礎とした人々の共同生活を全体的に秩序付けるものではなく、人々の各活動領域に応じて、活動の目的・機能を促進・実現するために形成される規範である¹⁰⁾。従来の植民地における法多元主義は、前者の共同体的多元主義に関わるものであり、EUや国際社会の重要性が増していることから、こちらも大きな関心の的ではあるが、現代のグローバル化社会における特徴はむしろ後者の機能的多元主義に強く表れており、本稿の検討も機能的多元主義を念頭に置く¹¹⁾。

法多元主義に対しては、第一に、非国家法には国家法のような民主主義的正統性がなく、また国家法のような透明性やアカウンタビリティが存在せず、当事者間や業界内での交渉力等の差が濫用される危険があるため、これらを法として扱うことには慎重でなければならないとの批判が存在する。また第二に、非国家法を認めてしまうと、多様な社会規範の中で、どこまでが法でどこからは法ではないただの社会規範であるのかが不明になり、法の概念が成り立たなくなるとの懸念が表明されている¹²⁾。第三に、法が多元的に併存しているとすれば、その間に法の抵触、齟齬が生じてくるのではないかという問題があるとされる。

第一の批判については、国家法においても常に国家による権力の濫用の危険は存在する。むしろ、発展途上国における多国籍企業の活動などにおいては、腐敗した国家法の適用を回避するために国際商事仲裁を利用することが有効である場合も考えられる¹³⁾。三権分立や民主主義などは国家権力による恣意的法利用の危険に備えるために編み出された制度である。法が人々の行為を律し、制約するものである限り、過度に自由を抑圧し不当な取り

9) 現代法の特徴として、各活動領域の規制手段として技術化、専門化することを意味する法の機能主義化が生じる原因を説明するものとして Peer Zumbansen, "Transnational Legal Pluralism" 6 *CLPE RESEARCH PAPER* 1 (2010) 25-30.

10) Paul Schiff Berman, *supra* note 2, at 1182.

11) このような動向は Ralf Michaels, *supra* note 1, at 1213 においては、'law in the world moves from segmentary differentiation between states to functional differentiation between regimes' と表されている。

12) Franz von Benda-Beckmann, "Who's Afraid of Legal Pluralism?" 47 *J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L.* (2002) 37.

これに対し、法多元主義においては「法」の概念や定義にこだわる必要はなく、人々の行為を導く規範としての実効性に着目すれば足りるとし、その基本的な記述的性質を指摘するのは Paul Schiff Berman, *supra* note 2, at 1166, 1177-1178.

13) Brian Tamanaha, *supra* note 7, at 12.

扱いを行う危険は常に避けられない。重要であるのは、これに対処する手段を見出す努力によって法に伴う危険を抑えることである。非国家法においては、もしそれが紛争解決のために有用な手段を現実に提供しているのであれば、これに国家法における正統性に代わるような恣意制限の有効な方法を伴わせることが必要であるが、非国家法の有用な在り方の可能性を最初から否定することは得策ではないと思われる。本稿では、非国家法の法理論上の基礎づけとその具体的在り方を検討する以降の議論において、その恣意制限の必要性を念頭におきつつ論じていく。

第二の批判については、別稿において、H.L.A Hart の「法の概念」を前提とし、その法理論を再構成する形でグローバル化時代の法多元主義における法の概念を論じる Detlef von Daniels の議論を検討した。ここでは、義務賦課ルールとしての法の本質の重視、法の制度化としての権能付与ルールの非国家法的解釈、Daniels によって加えられた新たな連携ルールという三つのルールによる非国家法の構造を分析し、非国家法においても法の概念が無限定になるものではないことを示すことを試みた¹⁴⁾。この別稿での議論の一部については、本稿のⅢ 2 において再度言及する。本稿では、これに加えて、次節で私法理論による法多元主義の基礎づけを試みたい。

第三の批判については、はじめにでも述べた通りに、法の抵触、齟齬は法多元主義に必然的に伴う困難である。これについては、Ⅲ 2 で改めて論じることとしたい。

2. 私法理論から法多元主義へ

国家法と非国家法の併存を認める法多元主義は、規範の分断化を招来し、法の概念を崩壊させると批判される。いわく、法の多元的併存は合法性の要件である「法の無矛盾性」を充たさず法の不存在を招来する、あるいは法の支配の条件であるインテグリティを備えていない、と。

しかし、機能的法多元主義における法の意味、その法的性質は私法理論によって十分に説明されると考える。

非国家法と私法が概念上親しいものであろうことは、私法が私的自治や契約の自由や任意規定や慣習法の容認などの要素を含むものであることから、また従来の公法私法の区分が国家法や国家権力の介入に対する私的自治領域の防波堤としての意義を有していると考えられてきたことから容易に理解されるものであるが¹⁵⁾、現代の機能的法多元主義にみら

14) 拙稿「法多元主義と私法」(平野仁彦, 亀本洋, 川濱昇編『現代法の変容』, 有斐閣, 2013 年所収) 127 頁。

15) David B. Goldman, *GLOBALISATION AND THE WESTERN LEGAL TRADITION*, (Cambridge university press, 2007) 288-292.

れる、人々の各活動領域に応じた法規制および自主規制という考え方には、一段と深い私法的思考とのつながりが見出される。

私法はそもそも、政治的領域と市民の生活領域、近代私法においては中でも市民の経済活動の領域を他から分断する考えを前提とする。例えば民法においては、不法行為法で犯罪や事故などの被害者に対する損害賠償を認めるが、これは刑法における犯罪者の処罰とは区別されている。これは紛争の経済的側面に議論を限定し、他の、道徳的側面や政治的側面を一応切り離すことによって、解決を容易にする機能を有する。社会的紛争は多面的な要素を含んでいるのに対して、法は決して万能ではないため、紛争の局面を限定することが私法的思考の基本的な技術となる。国家や共同体を全体として統合し、秩序付けるような価値観や政策の追求と実現を担う公法と比べて、私法的思考にはそれが顕著に表れているのである。

人間の活動領域を分断し、紛争局面を限定することによって解決を見出すという私法の方法論は、社会的紛争の実態から乖離するという批判をしばしば生む。先の不法行為法の例を使えば、損害賠償方法を金銭賠償にほぼ限定するという手法は、特に我が国においては慰謝料の算定が概して低額にとどまるという事情と相俟って、責任を認め謝罪を求める被害者の感情とは合致しないことが指摘されてきた。また、不法行為法の過失責任主義は、一方では企業のような経済力や交渉力において優位な行為者の行為責任をも限定して不利な被害者の救済を放置することにつながり、他方では、過失さえあれば、善意であろうが相互扶助行為であろうが生じた損害に対して全責任を問われるおそれがあるために、ボランティアや学校の課外活動や近隣での子供の預け合いから医療・薬の開発行為までにわたる広範な人々の活動に対する萎縮効果を生むとされる¹⁶⁾。

しかし、経済的損害や過失行為への限定という方法は、社会に生じる全ての紛争の全面的解決が人間業では不可能なことを自覚しながら、法が自己に見合った機能を果たすために不可欠な方法でもある。

Knop, Michaels, Riles (以下 Knop ら) は、このような私法の紛争解決技術を「かのように (as if) の技術」と呼ぶ¹⁷⁾。ファイヒンガーの「かのように」の哲学から借用したこの理解は、法を、事実とは異なることをあえて意図する知識体系であり、だからこそ反駁ができないものであるとみる¹⁸⁾。幾何学において、我々は直線などの線を想定するが、そ

16) 拙稿「社会保障法の再構築」(井上達夫編『現代法哲学講義』信山社、2009年所収) 176頁。

17) この「かのように」法学的推論とは、フラーがファイヒンガーの哲学から借用して名づけたものである。Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, "From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style" 64 *STAN. L. REV.* (2012) 645.

18) ファイヒンガーの「かのように」の哲学と法学、特にケルゼンの法学との関係については中山竜一『20世紀の法思想』(岩波書店、2000年) 8、21-22頁。

のような無限に細い一次元の線というものは実在しない。にも関わらず、この線というものが「かのような」想定が幾何学の知識を可能にする。これと同じことが法的思考におけるフィクションについても言える。法のフィクションは科学仮説とは異なっており、事実に照らして証明されるものではない。「かのように」の思考は、真でも偽でもなく、むしろ真と偽の間の緊張関係を表現し、それをかいくぐるための微妙かつ両義的な技術なのである¹⁹⁾。不法行為法においては、人命を金銭に換算可能である「かのように」あえて扱い、過失の有無を責任の要件である「かのように」みなし、契約法においては、合意をする人々が対等で合理的である「かのように」みなす。これらは、紛争の道徳的な側面や情緒的な側面、心理的な側面や社会関係の実態の一部を法的紛争からあえて切り離すことによって、個別事例の判断を容易にし、紛争解決の実効性を確保するための思考技術なのである。

「かのように」の法思考は、我々がそれを用いることによって、複雑で価値対立を含む解決不可能な問題を、技術的に対処可能な特定の問題領域に限定する。しかし、それが「かのように」の思考技術であること、真と偽の緊張関係の表現形態であることを忘れれば、既存の法が適用される限り正義が実現されたとする盲目的な形式主義に陥ってしまうであろう。法における限定的思考、形式主義的思考は、もし異なった方法で扱われれば解決不可能な問題に対して、少なくともその特定の事例に限っては、定式化し、評価し、解決するための言語的ツールを与えることにその目的があり、それは価値観や政策の問題を無視しているのではなくむしろ明確に意識しているがための方法論でなければならないとKnopらは言う²⁰⁾。したがって、「かのように」の思考は、常に別の「かのように」の可能性に対しては開かれたものでなければならない。

以上のような「かのように」の思考は、実質私法のみならず国際私法においてもみられるものであるとKnopらは論じている。渉外的要素を含む私人間の紛争において、取引、婚姻、相続などの分野に分けて、適用される準拠法を選択する国際私法の方法論は、活動領域の分断による紛争解決という側面をより鮮明に打ち出すものである。ある社会的紛争を、取引、婚姻、相続などのどの私法領域に含まれるものと見るかの判断は性質決定と呼ばれる。

この国際私法上の性質決定について、Knopらは次のような、一部架空の事例を素材にして論じている。

それは、日本の同族会社の経営者であるToruが、カリフォルニアの子会社の株をカリ

19) Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, *supra* note 17, at 645-646.

20) *Ibid.*, 647.

フォルニア在住の娘である Yoshiko に、契約書作成の上、贈与したという事例である。Toru によれば、子会社の株の議決権は贈与後も Toru が行使し、贈与の意味は当面は名義のみを書き換え、Toru の死亡の際には、Yoshiko にその株を与えることであり、そのことは口頭で確認されていた。Toru の意図は、自らの死亡後に、日本の親会社を継ぐ息子と Yoshiko との間で争いが生じることを避けることや、税金対策のために贈与契約の方法を用いることにあった。他方 Yoshiko はそれを完全な贈与であるとし、子会社の経営権は自分にあることを主張している。彼女は、贈与契約締結後も、しばらくの間は経営への父親の介入を受け入れていたが、それは家族関係への配慮のためであって法律的な権利義務関係を認めていたわけではないとし、子会社の経営難を立て直すために会社所有の不動産を売却したり資金の借入れを行う必要があるが、そのためには投資銀行などの利害関係者に自らが権利者であることを明確にしなければならない状況にあるという。

この事例に適用される準拠法の候補としてはカリフォルニア法か日本法があげられる。カリフォルニア法においては、契約書に明記されていない条件つき贈与は認められない。贈与は贈与であり、渡したものを後で取り返すような行為に対して法は否定的である。しかし、一方的な贈与は経済的には非合理的であるため懐疑的にみられ、「引き渡し (delivery)」が行われなければ効果を生じない。他方、日本法においては、贈与契約も口頭で有効である。また、社会慣習上、相続人などへの株の譲渡において、経営者である被相続人などが議決権を留保することが広く認められており、判例でも、会社の代表取締役が新株発行の際に被用者の一部に引受の名義人となることを依頼し、払い込みなどを行った場合に、代表取締役が実質的な株主であることが認められている²¹⁾。このような場合、同族会社における親子間などの株の贈与契約は、相続時の遺言の代替物に帰着するとみなされ得る²²⁾。平成 17 年の会社法制定以前の商法第二編 201 条において、「仮設人の名義」による株式引き受けや「他人と通じて其の名義を以て株式を引き受けたる者」の存在が前提とされていたことは、Toru の主張するような「名義のみ」の株式譲渡が日本の会社経営の慣行として認められていたことを示唆するものである。Knop らは、このような日本法の背景として、同族会社が戦前の「イエ」の代替物であることを指摘する。GHQ がイエ制度を廃止した後の新商法で同族会社の法人化が劇的に増加したことがそれを物語っているとされる²³⁾。「イエ」である同族会社は、世代を超えて存続するべき「イエ」集団の所有物であり、その経営権は現在の家長にあたる年長の統率者が掌握し、その死亡や隠居

21) 最判昭和 42 年 11 月 17 日民集 21 卷 9 号 2448 頁。

22) Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, *supra* note 17, at 613-614.

23) *Ibid.*, 619.

によって次世代が承継者となる。このように見れば、同族会社における株の贈与は、個人間の取引というよりはむしろ世代間の相続の問題と理解されるべきことになる。

この紛争の背景には、女性の社会的地位の日米における差異の問題も隠されているかもしれないと Knop らは指摘する。Toru が Yoshiko に議決権の行使を認めないのは、女性経営者に対する偏見が存在するからであるかもしれない。日本では女性経営者の比率は欧米に比べ少ないが、妻や母親が実権を握ることは多く認められている。しかし、それは「障子戸の後ろから」支配している場合であって、表立っての支配は好まれない。相続前の娘に対する経営権の譲渡は、息子に対する場合よりも一段と抵抗が強いが、そのような女性差別的な日本の慣習と父親の干渉の不当性についての憤りが Yoshiko の異議の中には含まれているかもしれない²⁴⁾。

このような状況において、国際私法のとり手段は、性質決定である。もし、この紛争が贈与と性質決定されれば、問題となるのは Toru が有効な贈与を行ったか否か、「引き渡し」があったか否か、そしてそこからいかなる権利義務関係が生じるか、である。そして、贈与契約であるならば、当事者の意思か契約締結地の確定により日本法かカリフォルニア法が準拠法として適用されることになるであろう。Knop らの事例では、Toru がカリフォルニアの裁判所に Yoshiko に対する訴えを提起しており、書面も明確に贈与契約の形式をとっていることから、贈与と性質決定され、カリフォルニア法が適用されれば Toru が敗訴となる可能性が大きいことが示唆されている²⁵⁾。もし、この紛争が会社法の問題と性質決定されれば、株式譲渡書面が、Yoshiko に完全な議決権を与えるのか、何らかのそれより限定された権利を与えるのが問題となる。この場合には日本の会社法が準拠法となるかもしれない。さらには、もし、この紛争が相続と性質決定されれば、Toru が Yoshiko の現在と将来の議決権と財産を左右するどのような権限を持っているのが問題となる²⁶⁾。相続であれば被相続人の国籍やドミサイルが準拠法選択の大きな要素となるであろう。

このような性質決定には、前述の「かのように」の思考が国際私法に固有の形で表れていると Knop らは指摘する。実際の紛争は、贈与でもあり、相続でもあり、日本の同族会社経営の手法でもあるという多面的な側面を有しているといえる。そしてそこには、イエ制度の歴史的変遷や女性の社会的地位という文化的、価値観的な要素が反映しており、欧米の個人主義的価値観との対照が見出される。しかし、国際私法においては、紛争を性質決定によって切り分ける (slice²⁷⁾) という方法によって、一定の準拠法を確定しそれを

24) Ibid., 621-622.

25) Ibid., 611-612.

26) Ibid., 634.

27) Ibid., 636.

適用することによって解決を導き出すのである。この性質決定は「自省的 (reflexive²⁸⁾)」な判断構造を持っているとされる。つまり、ある社会的紛争が相続の問題であるか贈与の問題であるか会社経営の問題であるかを定めるアルキメデスの視点は存在せず、判断者自身の視点をいさざるを得ないということである。ある問題が相続問題と判断されるか契約の問題と判断されるかは、カリフォルニアの裁判所と日本の裁判所では異なるかもしれないが、訴訟の係属した裁判所においては自己の視点から性質決定をせざるを得ない。この時、裁判所は、もし言葉にしたならば、「我々はこの交渉を相続と呼ぶが、にも関わらず、これを所有権の問題と構成することも完全に正当であるかもしれないことを認識している」という。それが国際私法の方法論である²⁹⁾。このとき性質決定は、真の言明を行っているのではなく、紛争の複雑さと価値観の対立を回避して暫定的な紛争解決を行うべく、まるで紛争が相続の事例である「かのよう」に、判断しているのである。

このような国際私法の手法は、併存する私法の背後にある各国の政治的対立や文化的価値観の対立を無視するものであると批判されてきた。しかし、Knop らは、国際私法は、私法の多元的併存状況の中で、その対立を全面に押し出せば紛争が激化し、解決が不可能であるからこそ、「各国私法が平等であるかのように」扱うという技術的知恵を生み出したのであることを強調する³⁰⁾。

以上で、複雑かつ多面的で価値観の対立を含む社会的紛争を、解決可能な局面に分断することにより個別的に解決するという法的思考が、私法と国際私法に顕著にみられるものであることを Knop らの議論に依拠して明らかにした。生活領域、経済的取引領域、その中でも物権行為、契約、不法行為などを区分し、家族関係においても婚姻、親子、相続などの領域に分けて法を適用する手法は、私法と国際私法の両者にみられる。人々の活動が国境を越えて拡大している今日において、新たに生じてくる問題を活動領域ごとに区分し、他の領域とは一応切り離し、そこで用いられている規範群をとりあえず利用することによって、個別的に暫定的な紛争解決を行おうとする機能的法多元主義は、このような私法の方法論の正統な継承者である。

国際的な企業活動の背後には、アメリカの覇権主義や、先進国と発展途上国の格差の問題が伏在している。自由貿易と保護貿易の価値対立の問題も伏在している。国際的な

28) Ibid., 634.

29) Ibid., 635.

30) 法多元主義の観点から国際私法の新たな理論化を試みる近時の動向については、Ralf Michaels, "After the Revolution-Divide and Return of U.S. Conflict of Laws" 11 *YEARBOOK OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW* (2009) 26-27 を参照。

NGOの救済活動や医療活動には、キリスト教的価値観や西欧優位主義が含意されているかもしれない。しかし、今の時点でそのような問題を全面的に解決することは不可能であり、かつ紛争を放置することもできないとすれば、手持ちの技術で解決可能な部分に個別的对処するしかなく、それ以外の広く複雑な問題群についてはあたかも存在しない「かのように」判断せざるを得ない。

国家法であれ、自主規制であれ、手持ちの紛争解決の基準を用いて、暫定的に人々の各活動領域を持続させていくこと、それが機能的法多元主義の方法論であり、実効性の源でもある³¹⁾。そのような法的思考は、共同体における秩序や価値観の影響が実際には存在しているにもかかわらず、紛争を私人間での活動の産物として当事者間の問題に切り詰め、さらに一定の活動領域に分断し、そこで適用される法を選択して個別的に解決するという、私法の方法論の嫡流として理解されるのである。

私法と機能的法多元主義の方法論の共通性は、そこにおける問題も共通であることを意味する。「かのように」の思考法が真実や完全な正義の実現ではない暫定的なものであることを忘れ、活動領域の分断が技術的なものであることを忘れ、これを実体化して固定化してしまえば、紛争の実態と法的解決の齟齬は拡大していき、法への信頼は失われることとなるであろう。法は万能ではないが、かといって無能であってはならず、そのためには、真実とフィクションの緊張関係を常に意識し続けなければならない、切り捨てられた問題の存在と、別様の「かのように」の思考の可能性に対して開かれたものでなければならない³²⁾。

以上、私法と法多元主義の法技術の同一性を示し、グローバル化による人々の活動領域の拡大と多様化に伴う、私法理論から法多元主義の理論への展開の道筋について説明した。最後に、私法と活動領域の分断思考との関係性を補足するように思われるプライバシーの概念について付け加えて本節を終えたい。

人々のプライバシーは、個人の生活領域において家庭などの最も私的な領域を他の領域から区別して遮断することで守られるものとされてきた。しかし、プライバシーは家庭生活の平穏のためにのみ必要とされるわけではない。プライバシーは、個人の活動領域の分断により初めて十分に保たれる。人は多くの活動に従事するが、職場での顔と趣味のサークルでの顔、別の趣味のサークルでの顔、家庭での顔、インターネット上の（見えない）顔が、各々他の顔から遮断されて、違う相貌を持ち得ることが現代のプライバシー

31) グローバル化に対応する近時の国際私法理論において、国際私法の対象となる法規範には非国家法が含まれるとする傾向については横溝大「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向—抵触法と国際法の合流について」『ジュリスト』85巻11号（2013年）30-31頁。

32) 多元分散型統御の観点からの同様の見解としては、藤谷武史「《多元分散型統御》—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）168-169頁。

の意義である。これらの各々の顔を使って、行為者は多くの異なった自己を演出するが、この演出には各々の領域での作法や暗黙のルールが制限を課している³³⁾。このようなプライバシーの理解は、個人がまるで服を取り換えるように、活動の場によって自己のアイデンティティーを変えることで、人格の統一性を重視しない側面があるといわれる³⁴⁾。しかし、人格や主体の統一性の概念もまた近代の法的フィクションであり、国家も個人も統一的人格である「かのように」扱う近代的自我のフィクションに対して、活動領域が拡大し多様化する現代世界にあつては、各活動領域に応じて人々が違う顔をもつ「かのように」扱う、別のフィクションの方が説得力を増してきているといえるのかもしれない。現代社会は、個人の在り方についても、社会関係の在り方についても、活動領域の分断思考による多機能化が進行しており、そこには統一的価値観や包括的視点の欠如というリスクが伴っている。しかし、それは自由な行動を可能にするプライバシーの確立の一つの方法であつたり、そうでなければ解決不可能な紛争に対する暫定的な解決を提供する方法であつたりもする。法多元主義は人々の活動領域とそこにおける価値観と紛争が多様化する新しい時代の法理論である。

3. 法多元主義と文化多元主義

Knop らの挙げた事例は、渉外的紛争が相続の問題とされるか贈与契約の問題とされるか会社法の問題とされるかという法的性質決定の背後に、日本におけるイエ制度の変遷に対する評価や女性の社会的地位の各国における差異の問題を伏在させているものであつた。

ここでは特に女性の社会的地位をめぐる問題に焦点を当てる。

フェミニズム法理論は現在行き詰まりを迎えていると Knop らは論じている。それはフェミニズム法理論が文化の問題に足を取られてしまっているからであるといわれる³⁵⁾。

フェミニズム法理論は、法における性的不平等を告発しその是正を図ることを目的としてきた。その対象範囲は、西欧社会における歴史的な性差別から、非西欧社会での性差別、またグローバル化に伴い、西欧社会に住む非西欧社会的出自を有する人々の間での性差別に広がってきた。しかし、西欧のフェミニストが性差別的であるとみなす、非西欧的な社会的規範や習俗は、非西欧的文化の産物であつて、文化の尊重はグローバル社会における

33) Cf. ERVING GOFFMAN, *THE PRESENTATION OF SELF IN EVERYDAY LIFE* (Anchor books, 1959) 106-140.

34) 長谷部恭男『憲法の円環』(岩波書店, 2013 年) 20 頁。

35) Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, *supra* note 17, at 596.

相互尊重の最も重要な要素の一つでもある。そこで、フェミニズム理論は、性的平等か文化の尊重かという二者択一の前でなす術なく立ち止まることになってしまっているというのである。

初期のフェミニズムは、文化よりも性的平等を優先する方法を採用してきた。しかし、これに対して、文化相対主義の立場からは、西洋の民主主義や性的自由も一つの文化に過ぎず、他の文化を優位な視点から批判することはできないと反論される。このような文化相対主義によれば、纏足とハイヒールは単なる文化の違いであって、いずれがより性差別的であるとはいえない、とされる³⁶⁾。

スカーフを着用するイスラム教徒の女性が、自らの意思で着用しているのか、男性や社会からの強制によって着用しているのかで対応を分けようとしても、それは容易なことではない。なぜなら、文化はアイデンティティの構成要素となっており、自由意思で文化に従うことを選択したり、そこから脱却したりすることはできないからである。

こうして、フェミニズム法理論は、女性を抑圧する差別とみえるものの中で、多文化主義の壁に阻まれて、問題を解決することができないでいる。

このフェミニズムが立たされた隘路において、国際私法的な法的思考が、意外な解決方法を提供すると Knop らは論じる。そもそも、他の文化の受容がどの範囲まで可能であるかという問題は、国際私法が直面する、外国の法がどのようにして、どの範囲まで受容可能であるかという問題設定と類似している。

前述の Toru と Yoshiko の親子間での株式譲渡の事例は、性差別対文化という価値の対立図式に取り込まれることなく、国際私法の手法によって解決される。それは事例が贈与か相続あるいは会社経営のいずれの問題とみなされるかという別の問題枠組みに移し替えられる。贈与とされ、カリフォルニア法が準拠法となれば、女性経営者に抵抗を示す日本のイエ制度的文化に対して Yoshiko は実質的に性的平等を達成できる。逆にこの問題が相続の問題とされ、日本法が準拠法となれば、日本の文化的慣行が有利に取り扱われることになるであろう。いずれにせよ、性的平等と文化の相互尊重という対立する価値観の前で、なす術もなく立ちすくむことは避けられるのである。

このような方法は、性差別の問題についての本質的な解決にはつながらないという反論がなされるかもしれない。しかし、二つのメリットを指摘できるであろう。一つには、裁判では、各当事者は自らの意図したところとその要求を性質決定の場において主張することができることである。Toru は経営権の維持と死後の株の譲渡、Yoshiko は完全な経営権の把握の必要性を主張できる。性差別か文化かという二者択一図式においては、女性が

36) Ibid., 599-601.

自由意思により性差別的文化に従っているのか、彼女が本当に望んでいるのは何かを知ることは、文化のアイデンティティ規定的性質から困難であるとされた。しかし、国際私法の枠組みにおいては、問題を別の法律問題の形で具体化することにより、当事者の意思と要求を確定することが容易になる。

二つ目には、国際私法の営みこそ、多文化交流の実例の積み重ねとなることである。人々は、国際私法の法的思考を目の当たりにし、準拠法選択の結果、時には自らの予想とは異なった法的結論が出る場に立ち会うことによって、世界における異なった価値観の併存をおのずと知ることになる³⁷⁾。また、このような異文化との接触は、自文化の変化やその解釈の変更をもたらすものである。

フェミニズム法理論が挙げる性差別対文化の対立問題の事例の中に、インディアン³⁸⁾の Maliseet 族の女性が、非インディアンの男性と結婚したことにより、Maliseet 族としての権利と地位を喪失したことが問題となったものがある。部族の一員としての権利は、インディアン男性が非インディアンの女性と結婚した場合には保持できるとされていた。このような部族的権利の得喪は、カナダのインディアン法により認められていたが、女性は、この国家法による部族法の内容理解が誤っていることを主張した。その主張によれば、もともとは母系社会的であった部族法が、植民地化以降西欧社会との接触によって父系社会的に変更されたというのである。したがって、もともとの部族法は女性差別的ではなかったというのである³⁸⁾。

これは性差別的な他文化との接触により、そうではない文化が差別的になったという事例であるが、文化が決して固定的なものではなく、作り上げられるものであって、外からの影響を受けるものであることを示しているとされる。

国際私法の法実践は、性差別か文化か、人権か文化かという困難な二者択一を迫ることなく、価値対立の問題を「解決し」、おのずと異なった文化の間の交流と、相互の文化の変容をもたらすものである。

このようにみると、法多元主義と文化的多元主義の関係は、次のように論じることができのではないだろうか。法多元主義は、文化的多元主義において時には先鋭化する価値対立を回避し、あたかも多様な文化が世界に共存し得る「かのように」扱う技術をその内に備えている。そして、その「かのように」の実践を継続していくことによって、接触し合う相互の文化の変容による摺り合わせの希望がないわけでもないということである。その意味で、法多元主義は文化多元主義の緊張緩和策であり、文化多元主義の維持策でもあ

37) このような交流は、例えば同性婚の有効性に関する外国の法、他州の法の承認などにおいて、仮に承認を拒否する場合でも裁判手続の進行の中で生じることについては、Ralf Michaels, *supra* note 30, at 28.

38) Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, "*supra* note 17, at 602.

る。他方、文化多元主義は、法多元主義に対して、その理論的対象が国家法のみならずより文化的、慣習的な自治的規範を含むものであることを示唆する。すなわち、文化多元主義と法多元主義の関係性は、そこで念頭に置かれる法が国家法に限定される理由はなく、非国家法をも含むことを示している。

さらには、文化的多元主義を共同体的法多元主義の一表現としてみることもできるかもしれない。この時、本稿の依拠する機能的法多元主義は、共同体的法多元主義における価値対立の緊張を、機能的法多元主義の問題枠組みに置き直すことによって、緩和し暫定的な解決をもたらす役割を果たすものといえるであろう。

III. 法多元主義における法の具体的在り方

1. 公法の位置づけ

機能的法多元主義は、グローバリゼーションによる国家法の相対化および国家法 / 非国家法の併存状況において、人間の活動領域を分断化してその活動領域に適用される法によって個別的に紛争解決することを主張し、その法的思考と方法論の源を私法理論に見出すものであった。そこでは、法多元主義と非国家法、私法の関係が強調された。実際、このような形での法の多元化は非国家法化であり、自主規制の拡大であり、その意味で一種の私法化ともいうことができる。

グローバリゼーションにおける法の私法化は、各国の政治と政策におけるネオリベリズムの導入と密接な関わりを有している³⁹⁾。グローバル化の政治的な要因は、冷戦の終了とアメリカの覇権、そしてネオリベリズムの出現であるといわれている。ネオリベリズムは、国家の市場への介入、福祉国家、官民共同という、先進諸国でおよそ三〇年続いた国家政策を、自由市場の自主規制メカニズムに国家が合わせていくという方向に変えた、とされる⁴⁰⁾。したがって、機能的法多元主義における公法の位置づけを考察する際には、ネオリベリズムにおいて論じられている公法の在り方を参照することが有益であろうと思われる。

まず、重要であるのは、グローバル化においてネオリベリズムを少なくとも部分的に採用した諸国においても、国家や公法の役割が減少しているわけでは決していないことが指

39) JOHN GLENN, GLOBALIZATION:NORTH-SOUTH PERSPECTIVE (Routledge, 2007)2-3.

40) Ibid., 12, 17-21.

摘されている点である。ネオリベリズムへの動きが生じて以降も、先進国の GDP に対する比率での国家支出は増加していると言われている。そもそも、従来市場介入を継続的に行ない続けてきた国家は、既に経済の構成要因に組み込まれているため、ネオリベリズムの政策をその反対者に抗しても遂行する際には、その道具として法を用いる必要があり、例えば労働組合を弱体化させるなどの国家の権限を強化する必要があるとされる⁴¹⁾。

また、ネオリベリズムは、実際の政策においては、福祉国家の再編という課題を掲げていた従来の法化論と微妙な関係を有するものであることが指摘されている。

法化論は、福祉国家における行政国家化現象に対して、「生活世界の植民地化」「官僚制による民主主義の侵食」という懸念を表明しつつ、しかしながら福祉国家の理念である市民の実質的平等や生存権の保障を手放すことなく、進むべき道を模索するものであった。

しかし、このような福祉国家の見直しを目的として一九七〇年代、八〇年代に盛んに議論された法化論は、グローバル化が急速に進展しだした九〇年代ころから、福祉国家の縮小をアジェンダとして掲げるネオリベリズムの論調に取り込まれ、埋没するに至ったといわれている⁴²⁾。グローバル化によって、財政赤字と国際的競争力の観点から福祉国家の維持が困難になった各国は、国家の縮小と自由市場の活用というネオリベリズムの処方箋を受け入れることによって、行政国家の拡大とそれによる人々の自立の喪失という法化論の問題意識に対処する代替的方法を見出した。

では、ネオリベリズムにおける統治や福祉の方法論とはどのようなものか。江口はこれについて、以下のように分析している。

まず、ネオリベリズムが支持する、市場競争を通じて活力を向上させている社会とは、雇用と生活環境の流動化した社会であり、それは構造的な雇用不安と生活不安を伴う。また、ネオリベリズムの受容においては、経済や災害や治安の問題に対して、政府は包括的で有効な対策を打ち出せないというイメージが社会に拡大する。こうした不安の高まりは、格差社会における体感治安の悪化を招き、正常者と異質者の区別、そして後者の監視・排除の要請へと高まっていく。

このような状況に対応して、ネオリベリズムにおいては「福祉国家的介入主義のツールとしての法＝法の政策化を後退させつつ、それに代わって国家の負担を軽減する（しかし統治能力は後退させない）新たな法の作動形式が探求されていく」と江口はいう⁴³⁾。そ

41) Ibid., 19.

42) 江口厚仁「序章 法化論—未完のプロジェクト」(『圏外に立つ法 / 理論—法の領分を考える』ナカニシヤ書店、2012 年所収) 6-9 頁。

43) 同 24 頁。

れは、具体的には、福祉の局面では生活支援型給付を削減する一方で、自立支援型給付に資源を振り向け、職業訓練、資格取得の支援などを行う。治安の局面では監視と予防を主軸とするセキュリティ国家/セキュリティ社会への転換が図られる。しかしここでは従来の警察行政の拡充ではなく、監視カメラなどのテクノロジーや、地域社会における住民パトロールや通報システム、防犯アーキテクチャーの整備による官民協働型の体制整備が図られる。統治の局面においては、政府、行政による直接的な社会介入の非効率性、財政や実効性の限界を理由として、官民協働型の統治システムが模索される。民営化、NPOとの連携、環境・都市計画などの政策課題における市民参加の促進などがその方法論である、とされる⁴⁴⁾。

江口は、ネオリベリズムの、「自立した市民たち（政府の統制—保護主義から自己決定—自己責任主義へ）による、法の支配の原理（事前規制から事後規制へ）に準拠した、自発的な公共空間の創出（ガバメントからガバナンスへ）という物語は、括弧書きの部分を外して読めば、左派リベラルの福祉国家見直し論とほとんど重なる論調」であるが、その内実是对極的であるとする⁴⁵⁾。ネオリベリズムの方法論は、自立型支援を受けても自立できないような異質者への不寛容と排除、競争に参加し勝たねばならないという自己責任論の脅迫性、効率的な監視と統治の追求をもたらし、法化論が本来追求しようとしていた、人々の共同生活の再建という理念に逆行し、掘り崩しかねないと懸念する。そして、法化論の本来の問題意識を取り戻すべきことを主張する。

以上の議論において、本稿の観点からは、次の二つの点が重要である。

第一に、ネオリベリズムと法化論との間での問題意識と方法論の微妙な重なりが指摘されていることである。それは、国家とその行政のみが法と秩序の主役ではなく、人々が自ら法的営為の主体となることを積極的に評価する姿勢であり、その方法論としては、自主的な秩序形成や官民協働が挙げられていることである。また、ネオリベリズムにおいても福祉は異なった形であれ存続せざるを得ない。しかし、江口の指摘するように、新たな福祉の在り方を考察し続けるためには、現代行政国家の行く末を案じる法化論の課題を部分的に引き継いだことをネオリベリズムがより自覚的に認識する必要があるであろう。

方法論に関しては、ネオリベリズムの支持する民営化によっても、現代の国家は、近代の夜警国家に逆戻りするのではなく、民間の活用や市民参加を重視しつつ、行政のノウハウや専門的知識を織り込む手法を模索する。そこには、福祉や環境や治安などの生活に直接かわる領域において、人々の側からの国家に対する要請が依然強く存在することを

44) 同 26-27 頁。

45) 同 38-39 頁。

前提に、それに対する行政や立法府の新たな応答が見出される。

実は、このような行政や立法府の応答の手段は、ネオリベラリズムの以前から、行政国家化現象において既に培われてきたものを前提としたものである。

近代立憲主義国家は、憲法を頂点とし、国民の代表である立法府が一般的な法を制定し、行政はそれに基づいて行われ、裁判所は個別事例においてそれを適用するという、段階的には立法府を第一段階とする三権分立を理念型とした。また、法の一般性は、形式的平等と国家の非介入の領域としての自由市場を想定していた。しかし、このような自由主義的近代国家観は、実質的平等の実現をもその役割とし、市場への介入も行う現代福祉国家においては既に通用しなくなっていた。

現代国家がその役割を果たすために用いる手段は行政法的規制である。このような規制としての法は、三権分立による立法とは異なった姿をとる。法は社会工学の技術であるという新たな考え方によって、従来法の範疇の外に置かれていた社会領域を法化するために用いられた法規制は、機能主義的なものである⁴⁶⁾。

法が労働政策や食品の安全対策などの、対象とする一定領域に関わる社会改革の手段として用いられるとき、それは改革される社会の様々な具体的条件を前提とし、試行錯誤も含めてその条件に適合した手段を選択しなければならないことを意味する。それは単に、行為が合法か違法かを判断し、一定の定められた権利を擁護するのとは異なり、社会関係や人々の行動パターン全体を視野に入れた複雑で制度的な、技術的な判断を必要とする。これは法における各領域での専門的要素の増大につながると同時に、断片化をももたらすこととなる。断片化された各法領域では、導入された法規制と社会関係とが一体化しつつ、状況に応じて刻々と変化していく。その変化に応じて、また新たな法規制がなされ、新たな一体化が生じる⁴⁷⁾。

つまり、行政国家化においては、法の機能的多元主義化が生じる。そして行政国家の規制は、「国家」法ではあるが、その法的在り方は、立法府による一般的法定立とは異なったものである。

このように、国家は、特に行政は、福祉国家運営や行政国家の発展において多様な規制手段を培った。その規制手段は、領域ごとの断片化という、機能的法多元主義に共通する要素を有している。グローバル化に直面し、国家は一部ネオリベラリズム的な政策を導入し、国家の役割を自ら限定し、民営化を行い、あるいは自主規制に委ねたが、それでもなお、その役割は公私協働に形を変えて存続している。

46) Peer Zumbansen, *supra* note 9, at 26.

47) *Ibid.*, 36.

グローバル化における機能的法多元主義においては、人々の活動領域ごとの法が形成される。それが国家の手を離れて非国家法による時、その在り方は私的自治を支持するネオリベラリズムの方法論とも重なり得る。しかしネオリベラリズムにおいても、その各法領域の内では、自主規制や慣習のような私法的なものと、国家の行政規制あるいはそれを支える立法的影响が必要に応じて出会い、混在する。機能的法多元主義にあっても、私法理論を理論的出発点としたが、具体的な現象としてそこに公法的なものが読み込まれてくることについて、ドグマティックに否定する根拠が主張されるものではない。むしろ、私法の活動領域分断的な解決手法は、現在では機能的法多元主義に引き継がれ、そこでの各活動領域の規制においては私法的な自主規制と、行政的規制のノウハウに表される公法的規制が組み合わされて用いられることの可能性と問題点を個別具体的に示していくことが課題となろう。

さらに、我々の行く末は、まだネオリベラリズムの示すルール上にのみあると決まったわけではない。ネオリベラリズムと法化論が共有する、時代の問題状況への処方箋は、まだ多様であり得るはずである。法化論における熟議の理念を、公私協働の具体的在り方において反映する方法が探求されるべきであるかもしれない。

あるいは次のように言えるかもしれない。グローバル化において、機能的法多元主義は、法適用については私法的方法論を用いるが、法定立については私法的なものと公法的・行政規制的なものが協働する。また、これは法関与主体の多元化と法領域の多元化が同時進行するという現代法の描写である⁴⁸⁾。

第二に、江口が論じるように、このような重なりにもかかわらず、ネオリベラリズムの異質者排除や自己責任論は、法化論における人々の共同体への包摂という理念を裏切る面があるということである。このことが意味するのは、ネオリベラリズムと連携した機能的多元主義の採用のみでは解決しない問題領域が存在するということである。このような問題領域とは、人々の共同体への包摂や価値観の共有や連帯の領域であろう。これは、機能的法多元主義が念頭におく問題領域とは異なり、共同体的法多元主義の関心領域であり、また、人々の共同体である国家の、全体としての行く末を決定すべき公法の独自の問題領域であろう⁴⁹⁾。

以上より、機能的法多元主義における公法の位置づけについては、機能的法多元主義に

48) このような主体の多元化と法領域の多元化の同時進行における連動と差異については藤谷武史、前掲註 32、127 頁。ここでは、主体の多元化はそれでも国内的一元的秩序を想定するのではないか、これに対し、法領域の多元化はそうではないと論じられている。

49) 多元的システムにおける公法の係留点としての国家の独自性を論じるものとして原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」『新世代法政策学研究』第 6 号（2010 年）120-121、139-140 頁。

においても、国家や公法の位置づけが視野から放逐されるわけでは決してないこと、その理由と公私協働の時代的必然性を論じた。このような公私協働の具体的な在り方については多様であろうし、ネオリベラリズムの手法には論者も指摘するような問題点であろう。本稿ではこれらの具体的な方法論については能力不足により論じることができず⁵⁰⁾、単にネオリベラリズムと法化論の微妙な問題意識の重なりにおける公私協働の必要性を論じたのみである。

また、機能的法多元主義の視野には収まらない政治選択や価値選択の問題については、私法的、機能的多元主義的方法論は相応しい解決方法ではなく、公法の独自の役割が存在していることを確認した⁵¹⁾。

2. 法の抵触問題への対処

機能的法多元主義であれ、共同体的法多元主義であれ、法多元主義の立場に立つ場合には、併存する法間での抵触が問題となる。

ここでは別稿で論じたことのある、Daniels の理論について再度確認をしておきたい。Daniels は、Hart の『法の概念』を、グローバル化における多元主義的法の在り方を説明するために再構成することを試みた。そこでは、義務賦課ルールとしての一次的ルール、制度化としての二次的ルールの結合により、法システムが成立する。Daniels の議論の特徴は、二次的ルールによる制度化が、国家法化に限られないことである。法の制度化は、法を用いる際の実践的必要から、裁判類似の制度であったり、インターネット上のコミュニケーションによる緩やかな立法類似の制度であったり、それ以外の何らかの機関の存在であったりと多様な形を取り得る。そしてそのような何らかの制度化を経て成立した法システムは、その性質上、自己以外にも他の法システムが存在することを前提とし、認識せざるを得ないという。なぜか。

Daniels によれば、それは制度化における承認のルールの確立に伴う結果である。

一次的ルールとしての義務賦課ルールは、人々に、遵守すべきルールを直接的に指示する。これに対して、承認のルールは、ルールの源泉を問うことにより、法システムの適

50) 拙稿「法多元主義における公私協働」前掲註3においては、具体的な方法論の例としてコーポレート・ガバナンスの事例を検討した。

51) 現代の国家においては、グローバル化によって国家の市民に対する統治能力が揺らいでいると同時に、現実には国家の市民生活に対する関与の拡大現象がみられることを指摘し、リベラリズム的な「国家からの自由」を唱えるだけでは問題に対処できないこと、社会国家化における国家権力の法的統制の方法を新たに考察していく必要があることを論じるものとして、塩津徹「国家と法哲学」『創価法学』42巻1・2号(2012年)135頁。

用範囲と、権限の範囲に限界があることを認識させる。適用範囲の限界とは、例えば「議会における女王が制定した」という承認のルールが、自ずから「Great Britainにおいて」という適用範囲を意識させることである。法は常に集団のものであるから、義務賦課ルールの段階でも適用範囲は集団に限定されているが、承認のルールはそれを意識化する作用を伴う。次に権限の範囲の限界は、承認のルールが機関の権限を認めると同時に権限逾越（ultra virus）の事例についても定めることから生じる。機関を作れば反動のターゲットが絞られることから、権限の限界が意識されるようになるのである⁵²⁾。

このような法システムによって意識される二つの限界は、承認のルールが「何ものかが常に、与えられた承認のルールの外に、あるいはそれを超えて存在している⁵³⁾」ことを意味することに由来する。システム論としてより一般的に言うならば、システムの性質として、その自己言及性は、環境としての他のシステムの認知を前提とする。

そこで、他のシステムとの関係を意識して、その関係を調整しようとする、いわば第三次的ルールの契機が生じる。この第三次的ルールの発想こそ、本稿で既に言及した国際私法的法思考に通じるものである。

既に論じた通り、国際私法は、私法の多元的併存状況の中で、その対立を全面に押し出せば紛争が激化し、解決が不可能であるからこそ、「各国私法が平等であるかのように」扱うという技術的知恵である、と論じた。ここでは、法の抵触に対して、性質決定による準拠法選択という、一見価値中立的である「かのような」技術を用いることによって対処する。それは、抵触があるにもかかわらず、併存する法が互換的である「かのように」見立て、いずれかの法を選択する技術である。

機能的な法多元状態においても、このような国際私法的な法抵触への対処法が基本的に可能かつ重要であろう。

機能的法多元主義による人々の活動領域の分断により、紛争解決は容易とはなるが、その分断は紛争の多面的実態を正確に反映するものではないために、正義の実現は常に不十分となる危険を孕むこととなる。しかし、機能的法多元主義は、人々の活動領域を分断するものであるというその方法論の明確な自覚は、分断されてしまった他の領域が存在することを意識させる。その思考方法においては、裁判者は「われわれの判断としてはこの問題をAの活動領域の問題としてそこでの法を適用するが、別の判断者がこれをBの活動領域の問題としてそこでの法を適用する可能性は否定されない」と、暫定的な解決の提案をすることになる。勿論、このような判断の暫定性を強調しすぎれば、判断の説得力は失

52) DETLEF VON DANIELS, *THE CONCEPT OF LAW FROM A TRANSNATIONAL PERSPECTIVE* (Ashgate 2010) 132.

53) Ibid.

われ、実効性も失われることになるため、それは暗黙の前提であらざるを得ない。すなわち、法の抵触問題においては、常にこのような不確実性が存在し、しかも個別事例を解決するためには、このような不確実性が存在しない「かのように」判断しなければならないという難しい技が要求されることとなる。

このような判断技術が利用され得る場は裁判の場である。そのため、機能的法多元主義においては、裁判あるいは仲裁など何らかの第三者の判断に基づく紛争解決のための場所の存在が決定的に重要であろう⁵⁴⁾。従来の国家の裁判所であれ、商事仲裁であれ、スポーツ仲裁であれ、ICANNの異議申し立て手続であれ、多様な紛争解決機関が存在する必要がある⁵⁵⁾。そして、そのような紛争解決機関においては、スポーツやインターネットなど一見その活動領域の分断が自明で恣意性がないように見え、紛争解決においては自らの領域の規範を適用すればよいだけに思われる場合でも、活動領域の分断の偏向性、一面性を常に意識するという、本稿で強調した私法的・国際私法的思考法が意識されるべきである。

勿論、このように論じても、他の可能性を意識するだけで実際には特定領域の法を選択的に適用せざるを得ないのだから、実際には無意味であるとの反論がなされるであろう。しかし、前述のように、活動領域の技術的分断の意義を意識し続けることは、伝統的な文化が他の文化との接触の中で変化するように、長期的には異なった活動領域における規範の相互変容をもたらす可能性がある。また、多元的法領域の併存という事実それ自体が、特定の活動領域における法の暴走を抑制する可能性もある。視野に存在する法が、特定の国家の、全活動領域にわたる法しかないのであれば、それを別の観点から考察する可能性自体が存在しない。

以上のように、機能的法多元主義における法の抵触への対処としては、国際私法の方法論にみられる活動領域の分断による表面上の価値中立性の装いと、紛争解決のために分断を維持しつつその意味を問い続ける反省的思考、その方法論が発揮される場所としての紛争解決の場の必要性を挙げることができる。

IV. おわりに

本稿では、ひとびとの活動領域の分断による個別的紛争解決の追求という法的思考が、

54) Paul Schiff Berman, *supra* note 2, at 1197-1201 における dialectical legal intercourse や jurisdictional redundancy は、主に裁判を念頭に置いたものである。

55) 国際法の分野においても、国際経済紛争、海洋紛争、人権紛争、環境紛争などの個別分野ごとに相対的に独立した紛争解決制度の多様化がみられることについては宮野洋一「国際紛争処理制度の多様化と紛争処理概念の変容」国際法外交雑誌第 97 巻 2 号 (1998 年) 112 頁。

私法と国際私法の基本にあること、グローバル化における、従来の一元的な国家法の相対化とその結果としての法多元主義、特に、経済、インターネット、福祉、スポーツ、先端技術などの活動領域の分断に基づく機能的法多元主義は、この私法的法思考の正統な嫡流であることを論じた。これは、法が共同体や人生の問題における価値観や世界観を含む多様な問題の一義的解決に対しては無力である場合が多いことから、問題を分断し、紛争の局面を絞ることによって、そうでなければ不可能な解決を可能にすることを目的とする。他面、国家や共同体における価値観や政策の統合を図り、進むべき方向を明示していく役割の多くは、従来の公法に独自に残された仕事といえるのかもしれない。

ドゥオーキンは、グローバリゼーションに直面する現代社会において、もはや国家法のみを中心に語ることが不可能であると論じた。いまや世界には国家を超えた法や秩序が多く存在するに至っている。とはいえ、それらは隙間だらけ、穴だらけである。そこで彼が提唱した方法論は、紛争が生じ、それに対する確立した国際法などが存在しない場合には「世界裁判所があると想定して、そこでの正しい答えが何であるかを考えよ」というものであった⁵⁶⁾。周知のように、これは、彼が、国内法秩序において法の欠けや不確定要素が存在する場合に、法の前提する価値観、政治哲学も含めた全法的知識を総動員して、賢明な裁判官が正しい答えを導き出すとしたものを、国際的法秩序の場に置き換えたものである。

このドゥオーキンの方法論もある意味では「かのように」の思考といえるかもしれない。あたかも、世界裁判所がある「かのように」思考せよ、と。しかし、この「かのように」思考の欠点は、他の「かのように」の思考の可能性に対して開かれていない点にある。世界裁判所が正しい答えを導出するならば、それ以外の答えの可能性は存在しないであろう。本稿で論じた機能的法多元主義の思考は、実際には紛争をある特定の活動領域における法へと係属して一定の判断を導き出すための技術であるが、理論の前提としては常に別の法システムへの係属の可能性を否定しないものであった。グローバリゼーションの進む未来の世界像は不確実さに充ちている。多様な問題解決方法が併存することはその不確実性を増大させるかもしれない。しかし、その不確実さが、多様な価値観を有する人々の現時点での共存を可能にし、活動領域の多様性を促進する要因でもある。未来が存在するということは、未来が不確実であるということとほぼ同義であり、そこでは問題の解決も不確実であるが、かといって思考停止もできずにわれわれは進まざるを得ないというのが、本稿の理解する機能的法多元主義の信条である。

56) Ronald Dworkin, "A New Philosophy for International Law" 41 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 1 (2013) 14.