

市場経済の世界化と法秩序の多元化*

— グローバル部分システムの形成とその立憲化をめぐる議論の動向 —

伊 藤 一 頼

概 要

現代社会では、世界規模での市場経済化の急速な進展に伴って、ルール形成や実施における私的主体の関与も活発化しており、各種の専門分野で公私協働の新たな規制形態が出現しつつある。そこでは、法秩序も多元的な部分システムへと機能分化を遂げているが、それが個々の部分システムの論理を超えた社会的な正統性を持つための条件として、部分システムの「立憲化」の必要性を説く研究が存在する。この立憲化概念の核心は、各々の部分システムが自己反省的に対外的な正統性を考慮することで、部分システム間に相互尊重・相互学習の気運が醸成されるという点にある。本稿は、WTOに関して提示されている様々な立憲化構想のうち、こうした「部分システム立憲化」の理念に最も適合する議論を選び出したうえで、この立場を基礎として、WTOの社会的正統性が問われる非貿易的関心事項などの問題に対処していくべきであると主張する。

キーワード

私的規範形成、グローバル部分システム、立憲化、自省的法、WTO

1. はじめに — 問題の背景と本稿の検討課題 —

1980年代以降の世界経済を貫く論理が、徹底した自由化の推進と、世界規模での市場経済的基盤の確立であったことは疑う余地のない事実であるが、それは三つの異なる文脈を内包していた。第一に、特に米国を中心とする先進資本主義諸国は、巨額の財政赤字による経済危機に直面して、戦後の政治経済体制の基本原則であった福祉国家政策を見直す

* 本論文の掲載に際して二名の査読者より審査を頂き貴重な御指摘を賜った。記して謝意を表す。

必要に迫られた。それは、産業政策や福祉事業を主導するために肥大化した政府部門を、規制緩和・民営化・分権化を通じて縮小していくという新自由主義的行政改革を生み出した。第二に、社会主義諸国においても、政府官僚による計画指令経済の非合理性が次第に明らかになる一方で、急速に拡大する国際貿易市場が外からの開放圧力を強めたことにより、順次、市場経済体制への移行が進められている。そして第三に、発展途上諸国も、世界銀行の開発援助や先進国からの二国間援助を通じて、基本的な市場経済法制的整備と、それらの制度を運営するための能力開発に取り組んでいる。ラテンアメリカ諸国が1960年代に採用していた輸入代替政策をはじめ、多くの途上国政府は独立後の産業育成を達成するために強度の経済統制と市場介入を実施していたが、石油危機に端を発した対外債務の急増と国内経済の破綻により、こうした開発政策への信頼は失墜した。今日ではほとんどの途上国が、市場介入規制の緩和と投資環境の整備によって先進国企業からの直接投資を呼び込むことに、経済発展への足掛かりを見出そうとしている。

こうした要因を背景として、今日では、各国家における政府規制の障壁が次第に縮小し、製品・資本・労働者などが国境に阻まれずに自在に移動することが可能な環境、すなわち「グローバル市場」が出現しつつあると言える。こうした状況は、各国が固有の市場法制や規制方針を持つことを前提とし、その相互調整を主要な任務としていた従来の国際経済法・国際取引法の論理体系にも重大な転換を迫るものである。そしてそれはすでに、経済規制の調和や統一取引法の作成といった、市場経済法の世界規模での収斂傾向に注目する研究動向となって現れている。

しかし他方で、こうした「市場経済（法）の世界化」が進行するほどに、様々な社会的問題領域ごとに法秩序が機能分化してしまうという逆説的な現象が、今日複雑な問題を提起し始めている。近時、法社会学者のトイプナーらを編者として刊行された『トランスナショナルな統治と立憲主義』なる論集¹⁾は、そうした「法秩序の多元化」を対象として、その問題性の解明と克服に向けた道筋を示そうとするものである。しかし、この論集の問題意識を共有するためには、「法秩序の多元化」の背景やその問題性の所在について、かなり幅広く関連研究の動向を把握する必要があると思われる。そこで本稿は、この論集の紹介をひとつの目的としながらも、その周辺部に拡がる、この論集のテーマと密接に関連するいくつかの問題群をも取り上げ、それぞれの近時の研究動向をレビューすることとしたい。

本稿は次の三つの主題を検討課題とする。第一に、市場経済制度の世界規模での統合が進みつつある反面で、現代社会における各問題領域を特徴付ける高度な専門技術化によっ

1) Christian Joerges, Inter-Johanne Sand and Gunther Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, 2004.

て、社会や法秩序が無数の部分システムへと機能分化するメカニズムを検討する。そしてそこで特徴的に現れる、私的規範形成や新たな公私関係といった現象につき、近時の研究動向を把握する（Ⅱ）。第二に、そうして出現した無数のグローバルな部分システムが、その相互関係において、あるいは社会全体に対して、部分システムの論理を超えた正統性を持ち得るための枠組みとして、各部分システムごとの「立憲化」の可能性を論ずる研究動向について検討する。これは上述の論集の中心的なテーマでもある（Ⅲ）。そして第三に、そうした部分システムのひとつとしての世界貿易機関（WTO）を対象として、WTOの立憲化の可能性や、その具体的な現われとしての「非貿易的関心事項」への対処の問題を取り上げ、近時なされている議論とその妥当性を、上述の「部分システムの立憲化」の理念と比較検討しつつ、整理してみることにしたい（Ⅳ）。

Ⅱ. グローバル部分システムの形成とその問題性

国際関係論・国際経済法研究において近時高い関心を集めている現象として、規範形成における「私的権威」の台頭を指摘することができる。冒頭で指摘した市場経済の世界規模の拡大は、特に多国籍企業を中心とする非国家主体にとって有利な環境を用意しているが、そこでは、私的に組織された団体による自律的・自治的な規範の形成と実施という活動が活発化している。それが現代社会のいかなる構造と結びついているのかを考えると、そこには高度な機能分化と専門的部分システムの出現という背景とその問題性が浮かび上がってくる。

1. 私的規範形成の台頭

(1) 国際商慣習法

私的規範形成の顕著な例として注目されているのが、国際商慣習法（*lex mercatoria*）である。周知のように、国際商慣習法の起源は中世欧州に求められる。遠距離交易の再生に伴って広域商業圏が形成される一方で、封建領主の割拠により商取引に関する規律の統一が困難であったことから、交易商人たちは商慣習に基礎を置く自己規律的な性格の共通法を発達させたのである。国際商慣習法に関する詳細な研究を行なったカトラーによれば、中世において商慣習法が最も色濃く影響力を発揮した分野は海上輸送に関連する諸原則であり、船荷証券・傭船契約・合弁協定や保険原則（海損額の均等分担など）は当初は商慣

習を通じてその形式や内容を整えていった²⁾。また金融分野でも、当時の宗教的規律によって融資による利潤取得が禁止されていたにもかかわらず、商業上の資本流動性の要請から、為替手形や信用状において券面額と融資額との差額として事実上の利子を生み出すなどの手法が考案され、やがては公的に承認されることとなった³⁾。

さらに、こうした商慣習法に依拠した自律的な紛争解決制度も広く普及していた。定期市や港町には商慣習法に精通した商人で構成される裁判所が設置され、他の公的な裁判所が取扱わないような商取引紛争を、商慣習法を適用して迅速に解決した。この裁判判決の実効性は、商人仲間からの排除や信用失墜というサンクションによって担保されていたが、何よりもこの裁判制度の名望を支えていたのは、訴訟手続や証拠規則の略式性と柔軟性によって迅速かつ低廉な紛争解決を可能にしていた点であった⁴⁾。

立法権と司法権を集中した近代国家の成立とともに、こうした自己規律的性格を持つ商慣習法の存在意義は薄れていったが、市場経済化が世界規模で加速する今日、商業上の自律的な規範形成が再び重要な意義を持ち始めている⁵⁾。例えば、民間企業を主体とする国際商業会議所 (International Chamber of Commerce ; ICC) は国際取引慣習に関する共通のルール作りを推進しており、「インコタームズ (貿易取引条件解釈の国際規則)」や「信用状統一規則」をはじめとする ICC の諸原則は、現在では多くの国際取引契約に取り込まれている。また紛争解決に関しても、私的団体が提供する商事仲裁への付託が急速に増大しており、ICC の国際商事仲裁裁判所 (ICC International Court of Arbitration) は年間 300 件を超える案件を処理している。

(2) 私的国際レジーム

もともと今日では、国際商慣習法は私的規範形成のごく一部分を構成するにすぎない。食品の安全基準、製品の技術的規格、インターネットのドメイン名の管理、会計基準⁶⁾など、広域的な統一基準形成を必要とする極めて多様な分野において、私的国際機関や業界

2) A. Claire Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003, p.126. なお、国際商慣習法に関する先行研究として、Cf. Paul Milgrom, Douglass North, and Barry Weingast, "The role of institutions in the revival of trade: The law merchant, private judges, and the Champagne fairs," *2 Economics and Politics*, 1990, pp.1-23.

3) Cutler, *supra*. n. 2, pp.127-132.

4) *Ibid.*, pp.136-7.

5) See, e.g., Norbert Horn and Clive Schmitthoff (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Kluwer, 1982; Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996; Hans-Joachim Mertens, "Lex-mercatoria: A self-applying system beyond national law?", Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, pp.31-44.

団体が重要な影響力を行使しているのである。こうした、非国家主体による自己規律的な規範形成・紛争解決の活性化は、従来は国家に集中していた法的権威の「脱中心化」を意味すると同時に、国家管轄権という領域的指標に縛られない「脱領域化」された規範形成の可能性をも示している⁷⁾。

このように、現代の私的規範形成において、組織的な基盤を背景としてトランスナショナルに通用する実体的・手続的なルールが体系的に整備されつつある事態を「私的国際レジーム (private international regime)」と名付けて分析する研究も見られる⁸⁾。カトラーは、企業間協力の形態を制度化の程度に従って6段階に分類し、当初は緩やかな業界慣行であったものが、業界団体による自律的な規範形成などの段階を経て、最も制度化が進んだ段階としての私的国際レジームに到達するという⁹⁾。私的国際レジームとは「経済的な問題領域全般に関する統治の源泉となるような公式・非公式の制度の複合体」であり、構成員である企業や業界団体のために規範形成や紛争解決を行なうのである¹⁰⁾。この意味では、前述のICCによる国際商慣習法の明確化や商事仲裁の実施は、私的国際レジームの一例と見ることができるであろう。

しかし、こうした私的主体による規範形成に関しては、その正統性に対する懸念も示されている。私的な規範形成や紛争解決の特質である柔軟性や略式性は、技術革新や新たなビジネス手法に敏感に対応でき、各業界の実情に見合ったルールの迅速な整備に役立つ反

6) 各国の会計士団体により構成される国際会計基準委員会 (IASC) が作成する国際会計基準は強い影響力を持ち、政府間国際機関である証券監督者国際機構 (IOSCO) によっても承認されている。参照、中谷和弘「企業間合意の国際法上の意義と限界」世界法年報第21号 (2001年), 54頁。

7) こうした、本来的に脱領域性を持つ私的規範形成を、「トランスナショナル・ロー」という概念で把握する立場もある。See, e.g., Lawrence M. Friedman, "Borders: On the emerging sociology of transnational law," 32 *Stanford Journal of International Law*, 1996, pp. 65-90. もちろん国際法学においても以前からトランスナショナル・ローの概念が提示されてきたが、それは規範形成における私的主体の自律的役割というよりも、私的主体が国家の裁判所を通じていかに国際法規範の明確化や実施に関与し得るかという点に関心があり、そこでは依然として私人は法の客体として把握されていたように思われる。Cf. Philip Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, 1956; Harold Hongju Koh, "Transnational legal process," 75 *Nebraska Law Review*, 1996, pp. 181-207. なお、参照、薬師寺公夫「トランスナショナル・ローの現代的意義——非国家主体と国際法の課題——」世界法年報第21号 (2001年), 3-37頁。

8) See, e.g., Virginia Haufler, "Private sector international regimes," Richard Higgott, Geoffrey Underhill, and Andreas Bieler (eds.), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Routledge, 2000, pp. 121-37; A. Claire Cutler, "Private international regimes and interfirm cooperation," Rodney Bruce Hall and Thomas J. Biersteker (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002, pp. 23-40; 山本吉宣「プライベート・レジーム (Private International Regime) 試論」国際法学会編『(日本と国際法の100年第7巻)国際取引』(三省堂, 2001年), 1-27頁。

9) Cutler, *supra.* n. 8, pp. 28-9.

10) A. Claire Cutler, Virginia Haufler, and Tony Porter, "Private authority and international affairs," A. Claire Cutler, Virginia Haufler, and Tony Porter (eds.), *Private Authority and International Affairs*, SUNY Press, 1999, pp. 13-14.

面、経済的・技術的な優位を持つ主体が自己に有利にルールを設定・解釈したり、事実上の影響力を恣意的に行使したりすることをも可能にしてしまう¹¹⁾。公的なルールが保障する交渉力の対等化や公正な手続などの「法の支配」メカニズムが、私的規範においては個別的価値判断や利己的意思決定に容易に置き換えられてしまうのである。しかしこの問題は、単に「私」的規範から「公」的規制へと回帰することで解決するものではない。次に見るように、私的規範形成の台頭は、伝統的な「公／私」の関係にすでに根本的な再編が迫られていることを意味しているからである。

2. グローバル部分システムの形成とその正統性問題

(1) 「公／私」関係の変質

特に国内行政においては、私的主体による効率的な事業管理能力に期待して、政府規制の実施や運営の権限を私企業等に委譲することが以前から行なわれてきたが、今日の私的規範形成の台頭は、それとは質的に異なる論理のもとに進行している現象である。公的統治における私的主体の役割を詳細に研究したフリーマンによれば、私的主体は公的規制の実施のみならず、「法定立」や「裁定」の機能をも幅広い文脈において担い、なおかつそうした自律的規範の実施監視や遵守管理までも行なっている¹²⁾。政策の立案・形成・実施のあらゆる局面において公私の主体の融合と協働が必要とされている今日では、規制の主体と客体として公私を分離する従来の枠組みではなく、むしろ非階層化された動的な公私の相互作用過程を一体として把握することが必要であるとされる¹³⁾。したがって、従来の公私二分論の枠組みから、私的主体の規範形成能力を単独で取り出してこれを危険視し、公的な統制に服させることで正統性を担保しようとするのではなく¹⁴⁾、むしろ公私の法的権力の結合から生じる危険性に焦点を当て、この複合的レジームの全体的・総合的な正統性を確保することが必要になると言う¹⁵⁾。

11) Cf. Cutler, *supra*. n. 2, ch. 6.

12) Jody Freeman, "The private role in public governance," 75 *New York University Law Review*, 2000, pp. 547-8.

13) *Ibid.*, p. 571. なお、公私の主体の協働による国際的な規制調和化プロセスに関する理論的研究として、参照、中川淳司「経済規制の国際的調和—総論—」社会科学研究第53巻4号(2002年), 1-21頁。

14) トイブナーも、私的規律における公共的利益の喪失というよりは、公／私の違いへの還元それ自体が問題の核心であると述べ、公的統制の強化は対応策として不十分であるという。Cf. Gunther Teubner, "After Privatisation?: The many autonomies of private law," Thomas Wilhelmsson and Samuli Hurri (eds.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Ashgate, 1999, pp. 51-82.

15) Freeman, *supra*. n. 12, pp. 592-4. なお、同様の問題を扱う研究として、Cf. Steven L. Schwarcz, "Private ordering," 97 *Northwestern University Law Review*, 2002, pp. 319-49.

フリーマンの議論は、今日の「公／私」関係の変質を的確に捉えている。私的規範形成の正統性問題は、それが「私」的であることそれ自体に由来するのではない。市場経済化が急速に進む今日の世界では、統一基準・共通規則の設定やその実施管理・紛争解決を必要とする分野が爆発的に拡大しつつあることに加え、そうした基準や規則の内容は極めて専門性が高く、当該分野の先端的事情に精通していなければ規範形成や紛争解決に実質的に関与することは難しい。私的規範形成の台頭という現象は、こうした専門的知識資源の保有に関して私的部門が優位を占めていることの帰結であり、公的な規制当局はこうした私的主体の保有する資源に依存し、これと協働することでしか、各分野における実効的な統治機能を果たすことができないのである¹⁶⁾。したがって、現代社会における高度な専門化と機能分化が、公私の主体の結合による複合的な規制システムの生成を不可避にする一方で、公的統制という従来の正統化原理を代替するメカニズムがいまだ未成熟であることが、今日の正統性危機の核心をなす問題なのである。

例えばカトラーは、国際商慣習法などの私的規範形成の背景として、商慣習法の統一や世界化に携わる公私の団体のエリート主義的な結合があると指摘し、こうした集団が世界規模の「商業エリート支配 (mercatorocracy)」を形成して専門的知識の独占による巨大な影響力を行使しているという¹⁷⁾。政府当局は、商慣習法の内容をチェックするというよりは、それを公的に取り込むことでさらなる権威を付与し、また私的な商事仲裁の判決を承認して自国内で執行可能にするための立法を行なうなど、みずから公的領域の権限と管轄権を狭めているのであり、これが公私の機能区分の相対化と複合的統治集団の形成をもたらしているとする¹⁸⁾。

また、山本吉宣教授は、私的国際レジームは純粹に「私的」な領域でのみ機能しているわけではなく、むしろ「公」的部門と様々な関係を取り結んでいると述べて、私的国際レジームと公的な規制当局との関係のあり方を、分業・共存・競合・委譲・取込みなどに分類する¹⁹⁾。こうした分類が示すように、私的規範形成は公的部門に対して必ずしも常に優位に立つわけでもなく、それぞれの規制分野の特質により公私の関係は多様な形態をとりうる。しかしそれは逆に、公的規制当局が私的規範形成を一方的に統制するという図式にはもはや依拠できない場合もあるということを示している。

16) ラデーアによれば、「政府当局はもはや私的主体に対して安定的な指導的規則を提示することができず、むしろ私的主体が提示する可能性こそが、公的規制の依拠すべき前提であり、また可能な選択肢の範囲なのである。」 See, Karl-Heinz Ladeur, "Globalization and public governance: A contradiction?" Karl-Heinz Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Ashgate, 2004, p. 17.

17) Cutler, *supra*. n. 2, pp. 180-1.

18) *Ibid.*, pp. 182-191.

19) 山本・前掲論文(註8), 18-25頁.

(2) グローバル部分システムの形成

今日の市場経済の世界化という状況において、私的規範形成の台頭は確かに特徴的な現象ではあるが、より正確に事態を把握しその問題性を析出するためには、法規制の体系が極めて高度な専門知識を要求する個別問題領域へと不可逆的に細分化しつつあるという視点を据えることが必要である。私的規範形成の活発化という事態は、この専門分化の進行がもたらす帰結のひとつであり、より正確には、それは公私の主体が複合的に協働する専門的規制システムの形成として把握されるべきものである。

トイプナーは、私的なイニシアチブによって形成されるトランスナショナルな規範を「国家なきグローバル法」という概念によって分析し、国際商慣習法はその顕著な成功例であるとする²⁰⁾。しかし他方で、経済分野のみならず、科学・文化・技術・保健・社会福祉・軍事・運輸交通・通信メディア・観光などの各分野も各々のグローバル法を発展させているのであり、「政治」部門が未だグローバル化の前段階にとどまっているのに対して、他の諸々の社会的部分システムはすでに真の意味でのグローバル社会を、否、より正確には、多様なグローバル諸社会の雑多な集合体を形成しつつあるという²¹⁾。

またリプシュッツとフォーゲルによれば、特定の社会的アクターが、世界大の知的ネットワークを活用して得られた専門性を通じて、他の誰もが引き受けようとしなない規制の責務を引き受けることで権威を獲得し、これにより規制権限は極めて特定のな問題領域へと分散することになる²²⁾。これは各々の問題領域ごとのグローバル化、すなわち地球規模の機能分化をもたらすのであって、そこには包括的な統合作用を営む政治部門のグローバル化は伴わない。

このように、私的な規範形成や公私協働の規制システムを通じたトランスナショナルな統一基準・共通規則の生成は、それぞれの専門的分野ごとに観察すれば、確かに地理的境界を越えた法の世界化を実現していると言えるが、それは同時に、各々の分野が外部からの理解や介入を許さないほどにその専門的な性格を高めていくプロセスでもある。こうした、法のグローバル化が逆説的に法の専門化・細分化・部分化をも伴うという事態²³⁾を、

20) Gunther Teubner, "Global Bukowina": Legal pluralism in the world society," Gunther Teubner (ed.), *supra*. n. 5, p. 3.

21) *Ibid.*, p. 6.

22) Ronnie D. Lipschutz and Cathleen Fogel, "Regulation for the rest of us?": Global civil society and the privatization of transnational regulation," Rodney Bruce Hall and Thomas J. Biersteker (eds.), *supra*. n. 8, p. 124.

23) こうした事態を論じるものとして、Sol Picciotto, "Fragmented states and international rules of law," 6 *Social and Legal Studies*, 1997, p. 65; Kalypso Nicolaïdis and Joyce L. Tong, "Diversity or cacophony?": The continuing debate over new sources of international law," 25 *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 1349-75, なども参照。

本稿では「グローバル部分システム (global subsystem) の形成」と呼び、次にその問題性を検討することとしたい²⁴⁾。

(3) 部分システム間の調整原理の不在がもたらす正統性危機

グローバル部分システムは、字義通り、「グローバル性」と「部分性」という要素を内包しており、これらが結合することにより解決の困難な問題が生じることになる。第一に、「部分性」の卓越した状況においては、特定の専門的問題領域における固有の論理や合理性のみが各主体の行動原理を規定することになる。他の部分システムは自己にとって単なる外部環境にすぎず、そこで尊重されている価値や合理性と、自己の行動原理とを調整・調和させるという意識は極めて希薄になりやすい。そしてこうした性格は、各々の専門的部分システムにおいて規範形成の中心的役割を担っているのが、社会全体に対する責任を負わない私的主体であることによりさらに増幅される。本来、こうした「外部性」の問題に対処し、部分システム相互の価値や論理を全体的・包括的な見地から調整するのが公的部門の存在理由のひとつであるが、規制当局自身が各々の専門的部分システムに強く依存し、あるいはその一部を構成しているという状況では、相互に対立・競合する部分システムそれぞれの論理を正しく理解したうえで調整能力を発揮することは極めて困難である。一元的な政治的権威の存在する国内政治においてすら、例えばこうした問題の典型的な具現化である「省庁間対立」に対処する調整原理を見出すのは容易ではないが、ここに「グローバル性」という第二の要素が絡むと、困難はさらに深まる。専門的部分システムの内部的な論理や合理性が脱国境的な普遍化傾向を本来的に有するため、各々の部分システムはグローバルな妥当性を比較的容易に獲得していく反面、それら相互の包括的調整を行なうための有権的な政治プロセスは、グローバルなレベルではほとんど存在しないのであ

24) 「グローバル部分システム」は高度な専門的知識を中核とするシステムであり、その意味では、国際関係論において提示されてきた「認識共同体 (epistemic community)」の概念にも近い。認識共同体の概念は、知と権力との結託関係を論じたフーコーの枠組みに従って、ラギーが国際関係論に導入したものである (Cf. John Gerard Ruggie, "International responses to technology," 29 *International Organization*, 1975, pp. 569-70)。認識共同体の意義を詳細に論じたピーター・ハースによれば、認識共同体とは特定の問題領域において顕著な専門的能力を有する専門家ネットワークであり、その問題領域に関する知識の真偽を判定する基準を共有するほか、共通の政策的志向を持って行動する (Cf. Peter M. Haas, "Introduction: Epistemic communities and international policy coordination," 46 *International Organization*, 1992, p. 3.)。そして行政当局は、規律対象となる問題領域の専門性の深化と技術性の増大により、認識共同体という知的エリート層、特に科学者の専門知識に依拠せざるを得なくなっているとされる (*Ibid.*, pp. 7-12.)。

る²⁵⁾。

トイプナーによれば、部分的社会システムにおいては、各々の部分システムに固有の超専門化された合理性がひたすらに追求されるのであるが、それは当該の部分システムの内部では合理的であっても、社会全体に対しては盲目的・非調和的・利己的・攪乱的・侵食的な要素を持つことになる。そして他方で、社会を包括的に調整する「政治」的合理性は完全に欠如しているのが現状である。そこで、こうした現代世界の自己破壊的性格を抑制するためには、政治的主権の制約から、諸々の部分システムによる外部環境の支配・侵食の抑止へと焦点を移しかえた、新たな「立憲性」が必要であるとされる²⁶⁾。「立憲性」概念については次章で詳しく検討するが、トイプナーの問題関心は、各分野のグローバル法が可視的な領域的境界を乗り越えていく反面で、専門家共同体を単位とする不可視の境界を新たに生み出し、従来の国家管轄権の競合問題とは異なる、部分システム相互間の「抵触法」問題を発生させているという点にある²⁷⁾。

つまり、各々の部分システムが自足的・自閉的な性格を強めると、他の部分システムの価値に対する過度の干渉や悪影響が適切に考慮されず、結果として社会的に受容され得ない規範が形成されてしまい、各部分システムがそれぞれ正統性を失っていくことになる²⁸⁾。こうした問題状況は、国際法学においても、いわゆる国際法秩序の細分化 (fragmentation) の問題として議論がなされており²⁹⁾、実体的規範の抵触や紛争解決手続の管轄権の競合を解決するための全体的調整原理や、その他の解決手法が模索されているところである³⁰⁾。また、近時研究が急速に蓄積されている「グローバルな統治 (global gover-

25) サッセンは、グローバル化に伴って様々な局面で「私領域化 (privatization)」と「脱国家化 (denationalization)」が進行することが、今日の統治や規制のシステムが直面する困難の要因であるとするが、これは本稿の「部分化」と「グローバル化」にほぼ対応する。Cf. Saskia Sassen, *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press, 1996; *id.*, "De-nationalized state agendas and privatized norm-making," Ladeur (ed.), *supra*. n. 16, pp. 51-67.

26) Gunther Teubner, "The king's many bodies: The self-deconstruction of law's hierarchy," *31 Law & Society Review*, 1997, p. 783-4.

27) Teubner, *supra*. n. 20, pp. 7-8.

28) ピーター・ハースによれば、認識共同体の専門的知識はその構成員を他の社会的集団から隔絶するとともに、そうした他の社会的主体が当該認識共同体へと参入したり、そこでの政策形成に影響を及ぼしたりするのを不可能にしている。Cf. Peter Haas, *supra*. n. 24, pp. 17-8.

29) 国連国際法委員会でも研究が開始され、また大規模なシンポジウムも開催されている。Cf. Symposium Issue: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle, *31 New York University Journal of International Law and Politics*, 1999; Symposium Issue: Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law?, *25 Michigan Journal of International Law*, 2004.

30) 奥脇教授によれば、国際法の断片化現象をもたらす傾向のひとつは外交の技術官僚化 (technocratization) である。分野特定のレジームが外交交渉の場となることによって、他の関連分野との相互性や社会全体との体系的整合性を欠く専門技術的な用語や概念が導入され、当該レジームはその実効性を自己増殖的に強化する一方で、その社会的正当性を喪失していくことになる。奥脇直也「現代国際法と国際裁判の法機能——国際社会の法制度化と国際法の断片化——」法学教室第 281 号 (2004 年), 35 頁。

nance)」というテーマも、やはりグローバル部分システム相互の調整を可能にする包括的な原理やメカニズムの模索を一つの課題としていると言える。そして、冒頭で紹介した論集が書名として掲げる「トランスナショナルな統治」なる概念も、まさにこうしたグローバル部分システムの形成という事態を意味するのである。しかし他方でこの論集の意図は、そこで発生する正統性問題に対して、何らかの全体的な調整原理の発見による解決に期待するのではなく、次章に見るような「立憲主義」による解決の可能性を模索するという点にある。

III. グローバル部分システムの立憲化の可能性

1. 部分システムの立憲化の諸構想

(1) 立憲多元主義

グローバル部分システムの正統性危機という文脈における「立憲主義」概念の必要性を理解するための重要な先行研究として、ウォーカーの「立憲多元主義 (constitutional pluralism)」研究がある³¹⁾。国家以外の主体によっても法規範が形成されるという「法多元主義 (legal pluralism)」は、法社会学の基礎をなす枠組みであり³²⁾、前述の国際商慣習法などの私的規範形成も法多元主義のひとつの現われといえる³³⁾。他方、「立憲多元主義」は、法形成のみならず立憲主義すらも今日では国家の独占物ではなく、非国家的な政体や機能的システムにおいても立憲性が実現され得ると主張する³⁴⁾。

ウォーカーによれば、従来の立憲主義概念は、主権国家をモデルとして立憲性を公的制

31) Neil Walker, "The idea of constitutional pluralism," *65 The Modern Law Review*, 2002, pp. 317-59.

32) この枠組みを問い直す近時の試みとして, See, e.g., Brian Tamanaha, "A non-essentialist version of legal pluralism," *27 Journal of Law and Society*, 2000, pp. 296-321.

33) See, e.g., Teubner, *supra.* n. 20, p. 4; Jost Delbrück, "Prospects for a 'world (internal) law?': Legal development in a changing international system," *9 Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2002, p. 422.

34) 国際法学においても、例えばアロットは、社会的権力の行使に対して内在的な制約を課そうとする普遍的な思考様式として立憲主義を捉え、国際社会や国際組織における立憲主義を語ることも可能であるという。立憲主義の具体的な意義としては、①自己完結的に組織されている社会に適合的な社会理論を提示する、②社会内部における思想や価値観の多様性を許容し促進するような社会理論を提示する、③社会の「法的」組織化こそが思想や権力に関する対立を解決する主要な方策であると考えた社会理論を提示する、④政治権力の根拠とその行使の規制との関係(正統性の問題)に焦点を当てる、といった点が挙げられている。Cf. Philip Allott, "Intergovernmental societies and the idea of constitutionalism," Jean-Marc Coicaud and Veijo Heiskanen (eds.), *The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, 2001, pp. 69-103.

度の存在に還元するものであり、この見方では、グローバルなレベルでの立憲主義も世界連邦的な公的制度の形成としてしか構想され得ない。しかし、統治機能や法形成の脱国家化が進んでいる今日では、立憲性は、プロセス・関係性・ネットワークといった非制度的な局面、あるいは公私複合的な規範形成の場面において見出される規範的秩序の一種であると考えられるべきだと言う³⁵⁾。これにより、立憲性は国家においてだけでなく、非国家的な政体や、政体すら構成しない越境的規範形成活動などの機能的システムにも見出すことが可能になるとされる³⁶⁾。

各々の政体や機能的システムにおける立憲性の度合いを測るためにウォーカーは7つの指標を設定する。例えば、その第2の指標は「主権性」である。主権性とは終局的な権威を保有することの主張であり、それは近代主権国家においては一定領域に対する一律かつ排他的な権威の主張として現れていたが、今日の立憲性の主体は領域的政体には限られないため、終局的権威の主張は機能的・分野的に限定された事項に対しても行なわれ、厳格な相互排他性は主権性の必然的な要素ではなくなると言う³⁷⁾。このことは、立憲性の第3の指標である「管轄権の射程」にも関わる。各々の機能的システムの主権性が必ずしも相互に排他的でないとするれば、管轄権の競合する問題領域における終局的な裁定や解釈の権限も排他的である必然性はなく、むしろ管轄権に関する主張の応酬により各々の自律的な管轄権の射程が徐々に確定され、あるいは不断に書き換えられていくのである³⁸⁾。ウォーカーによれば、そもそも機能的システムのアイデンティティや存在意義は、他の機能的システムとの相互関係においてのみ明確化されるのであるから、管轄権や規律事項の競合は例外ではなく通常の事態であり、こうした相互関係や競合の問題に対処するために「立憲的プロセス」が展開されるのである³⁹⁾。

こうした新たな立憲的プロセスを特徴付けるのは開放性である。機能的システムは常に他の機能的システムから主権性や管轄権の競合の挑戦にさらされており、そこで生き残ってみずからの管轄権を確保するためには、排他的主権性によって相互関係を静態的に処理している国家よりも、格段に入念な規範的正統化の議論を対外的に展開するようになる⁴⁰⁾。各々の機能的システムはみずからの権威的意思決定の正統性を不断に自己反省し、システムの内と外からの批判や挑戦に開かれているのであり、そうしたシステム間の動的な交渉と調整が行なわれることで、「規制競争」⁴¹⁾や「対話による経験の交換」を通じた相互

35) Walker, *supran.* 31, pp. 323-4.

36) *Ibid.*, p. 341.

37) *Ibid.*, pp. 345-6.

38) *Ibid.*, pp. 347-9.

39) *Ibid.*, pp. 355-6.

40) *Ibid.*, p. 356.

学習の機会が生まれ、全体として統治の豊饒化につながる可能性すら期待できると言う⁴²⁾。

(2) グローバル部分システムの立憲化

冒頭で紹介した論集において、トイプナーは上述のウォーカーの議論に類似した枠組みを提示している。まずトイプナーによれば、国連憲章を媒介とした「国家間立憲主義」や、カント的伝統に従った「世界社会立憲主義」などの構想は、主権国家における立憲主義をモデルとする点で支持できず、代わって今日では「国家なき立憲化」の可能性が模索されねばならない。あらゆる社会領域にまたがる単一の世界憲法は実現不可能であり、むしろ、世界社会における多数の自律的な部分システムにおいてそれぞれ漸進的に立憲化が進行すると言う⁴³⁾。

こうした主張の背景をなすのは、機能分化の進行とともに多数の自律的領域が固有の論理を展開させて多中心的なグローバル化をもたらしている一方で、包括的調整を担う政治部門はグローバル化から取り残されているという状況認識である⁴⁴⁾。そして、各々の部分システムにおいては法規範が自律的に形成されるが、そこでは同時に「立憲的」な性質を持つ規範も生み出されると言う⁴⁵⁾。そうした立憲的規範の役割は、部分システムにおける法規範の形成に関する「第二次ルール」を明らかにしたり、自律的な規範形成過程が私的利害の影響を受けて構造的腐敗に陥ることを抑止したりすることであるとされる⁴⁶⁾。また、立憲化の重要な一側面は、各部分システムの内部において、規範の形成や適用、紛争の解決などのために機構化が発達する点であり、国家という法的権威の中心に対してその周辺に発生したはずの各部分システムの内部で、再び機構的／自生的部門（中心／周辺）の機能分化が生じると言う⁴⁷⁾。各々の部分システムの機構的部門は、当該部分システムが自律

41) 規制競争とは、自由市場において規制の優劣を競い、最終的に多くの規制客体によって選ばれた規制が競争を生き残るというモデルであり、通常は国家間の規制競争として議論されるが、ここでは機能的システム間の規制競争の可能性が示されている。なお、規制競争について、See, esp., Roger Van den Bergh, "Towards an institutional legal framework for regulatory competition in Europe," 53 *Kyklos*, 2000, pp. 435-66.

42) Walker, *supra*. n. 31, pp. 358-9. なおウォーカーの立憲多元主義については次の文献も参照。Neil Walker, "Late Sovereignty in the European Union," Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, pp. 3-32.

43) Gunther Teubner, "Societal constitutionalism: Alternatives to state-centred constitutional theory?" Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, pp. 3-28.

44) *Ibid.*, pp. 13-5.

45) *Ibid.*, pp. 15-8.

46) *Ibid.*, pp. 20-4.

47) *Ibid.*, pp. 27-8. この点を、国際商慣習法について敷衍した記述として、Cf. Gunther Teubner, "Breaking frames: The global interplay of legal and social systems," 45 *American Journal of Comparative Law*, 1997, pp. 149-169.

的に設定した立憲的基準に即して、自生的部門で不断に形成され更新されていく規範や基準を審査し、部分システム内の立憲性の維持のために貢献するとされる⁴⁸⁾。

(3) 自省的法による立憲化

ショイアーマンは、立憲化という概念こそ用いていないが、グローバル部分システムの正統性問題に関する興味深い議論を提示している。トイプナーの議論を援用した彼の主張によれば、自由主義国家における「形式的法」と、福祉国家における「実質的法」とは、市民社会の各問題領域に対する国家介入の姿勢においては対極的ではあるものの、国家法による社会の一元的統制が可能であると前提している点では共通している⁴⁹⁾。しかし、現代社会において進行する極めて高度な機能分化は、固有の内的な論理と合理性を有する無数の部分システムを生み出しているものであり、こうした複雑性・専門性を高めた社会を国家が一元的に統制することは不可能になりつつあるとされる⁵⁰⁾。それゆえ、規制の実効性・有意性を確保するためには、各社会領域における実質的・具体的な決定は各々の部分システムの自己規律に委ねるほかなく、国家法はそれを促進・整流するような手続や組織規範を抽象的かつ間接的な形で提示することに自己限定しなければならないと言う⁵¹⁾。これが「自省的法」のモデルであり、それは、国家が各社会領域の直接的統制から退く代わりに、各々の部分システムが、みずからの内的な目標や合理性を最大限に追求するにあたり、外部環境に対して及ぼしうる悪影響に敏感になり、外部的な価値や利益も適切に代表され考慮されるような制度設計に独力で到達できる、ということをも前提としている⁵²⁾。したがって、結局、中央規制当局が果たすべき役割は、規制政策の大体の方向性を決定するとともに、各々の特定社会領域における自省的性格が高められるような手続を制度化することにほぼ限定されると言う⁵³⁾。

ショイアーマンによれば、こうした自省的法のモデルは、グローバル化の進行によって

48) Gunther Teubner, "Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors?" Ladeur (ed.), *supra.* n. 16, pp. 71-87.

49) William E. Scheuerman, "Reflexive law and the challenges of globalization," 9 *The Journal of Political Philosophy*, 2001, pp. 82-4.

50) *Ibid.* なおショイアーマンが依拠するトイプナーの議論については、*See*, Gunther Teubner, "Substantive and reflexive elements in modern law," 17 *Law and Society Review*, 1983, pp. 415-61; *id.*, "Juridification: Concepts, aspects, limits, solutions," Gunther Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Walter de Gruyter, 1987, pp. 3-48.

51) Scheuerman, *supra.* n. 49, p. 84.

52) *Ibid.*, pp. 85-6. トイプナーも「自省的法」の核心を同様の「組織的自覚 (organizational conscience)」に求める。Cf. Teubner, "Juridification: Concepts, aspects, limits, solutions," *supra.* n. 50, p. 38.

53) Scheuerman, *supra.* n. 49, pp. 93-4.

従来よりもはるかに複雑性を増したトランスナショナルな規制という課題（「グローバル部分システム」への対処）において特に重要な意義を持つ。第一に、グローバルなレベルでは一元的規制当局の形成が当面は期待できず、また仮にそれが実現しても複雑化・専門化した社会には結局対応できないから、各々のグローバル部分システムの自己規律を促進する戦略のみが規制の実効性を保障し得ると言う⁵⁴⁾。さらに第二に、あらゆるグローバル統治の試みが抱える「民主主義の赤字」の問題も、各々のグローバル部分システムが、みずからの内的な必要性和外部環境に及ぼしうる悪影響とを比較衡量し釣り合いを取るといって自己規律を実践することができれば、少なくとも部分的には解消され得ると主張する⁵⁵⁾。

もっともショイアーマンは、グローバル部分システムに関してこうした自省的法モデルが実際に機能しうるかについて疑念も示しており、国際的な金融・銀行規制や国際商事仲裁などの分野における自己規律の実践は、秘密主義であるうえに社会的感性を欠き、自省的性格がほとんど示されていないと言う⁵⁶⁾。各々のグローバル部分システムが実際に社会的感性や自省的性格を示し得るか否かは、グローバルな規模での民主主義的圧力の高まりに依存しているとされる⁵⁷⁾。また、各々の部分システムの自己規律は、知的・経済的資源を有する一部の特権層に無制約の権限を与えて、事実上の支配関係を強化することになる危険性もあるため、形式的法における伝統的な「法の支配」の要素（明確かつ説得的な手続など）が部分的に呼び戻される必要があるとも述べ⁵⁸⁾、自省的法と形式的法の併用、つまり部分システムの自己規律と規制当局による監視との適切なバランスが必要であるとの見解を示している。

2. 立憲化モデルの有効性とその示唆

(1) 立憲化モデルの理論的・実証的な有効性

上述の三者の立憲化モデルはいずれも、現代社会の部分システムへの細分化によって発生する、公的規制の非実効性や部分システムの社会的正統性の欠如といった困難な問題の

54) *Ibid.*, pp. 87-8.

55) *Ibid.*, pp. 88-9.

56) *Ibid.*, pp. 94-7.

57) *Ibid.*, pp. 101-2.

58) *Ibid.*, pp. 97-100. ショイアーマンによれば、一般性・明確性・公開性・安定性といった、経済活動の促進に寄与する伝統的な「法の支配」の要素は、柔軟性・特殊性・動態性を要請する今日のグローバル化経済においてはむしろ障害とみなされている。他方で今日では、経済的弱者たる人々にとっての民主主義的要請に応えるためにこそ、こうした伝統的な「法の支配」の要素が必要とされている。Cf. William E. Scheuerman, "Economic globalization and the rule of law," 6 *Constellations*, 1999, pp. 3-25.

解決策を、各々の部分システムが自己規律的・自己反省的に、当該部分システムの内部において、また他の部分システムあるいは社会全体との関係において、正統とみなされ受容されるような統治のあり方を追求する点に求めるものと言えよう。そして、グローバル部分システム（トランスナショナルな統治）において、そうした意味での立憲的な思弁・制度の構築が可能か否かを検討することが、冒頭に掲げた論集の中心的な課題なのである。

この論集の理論編では、グローバル部分システムの立憲化に対して否定的な見解をとる論文もある。例えばサンドによれば、立憲主義は、地理的・文化的に範囲を限定された主権的政体と論理的に切り離せない理念であり、国家がグローバルな機能分化に直面する今日では立憲主義の理念そのものが拡散・曖昧化せざるを得ない。それゆえ、トランスナショナルな統治の正統性を論じるうえで立憲主義というモデルは不適切であり、多中心性・多文脈性という枠組みにおいてのみ把握・検討することが可能であるという⁵⁹⁾。これは、特に保護すべき価値や利益に関するコンセンサスという、立憲主義が成立するための前提的要素が、国民国家を典型とする限定的な文化的共同体でなければ得られないという見地からの批判である。これに対しては、国家と部分システムとの政体としての質的差異は決定的なものではなく、トランスナショナルな統治における立憲化の可能性を論ずることも可能であるという反論もなされているが⁶⁰⁾、この点は、具体的なグローバル部分システムの実践の実証的分析を媒介としなければ、水掛け論になってしまうであろう。

この論集では実証分析編として、私的な標準設定機関、食品安全基準の作成、貿易と環境、インターネットのドメイン名管理、企業行動といった分野における、トランスナショナルな統治や規範形成のあり方と、その立憲化の可能性が分析されている。そして例えば、食品安全基準やインターネットのドメイン名管理に関しては、Codex 委員会や ICANN において適切な関係者聴聞手続が整備されていないことなどから、その立憲的性格を疑問視する論者もある⁶¹⁾。しかし、トランスナショナルな統治の立憲性や正統性を判断するための指標が論者によって異なる印象もあり、この点は、今後の立憲化研究が取り組むべき重

59) Inger-Johanne Sand, "Polycontextuality as an alternative to constitutionalism," Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, pp. 41-65. 同様に、立憲主義理念が国民国家の政治的文脈や歴史と不可分の関係にあるとして、そのトランスナショナルな統治への援用可能性を否定するのは、Thomas Vesting, "Constitutionalism or legal theory: Comments on Gunther Teubner," Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, pp. 29-39.

60) Andreas Fischer-Lescano, "Themis sapiens: Comments on Inger-Johanne Sand," Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, pp. 67-80; Christian Joerges, "Constitutionalism and transnational governance: Exploring a magic triangle," Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, p. 354.

61) See, Alexia Herwig, "Transnational governance regime for foods derived from bio-technology and their legitimacy," Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, pp. 199-222; Jochen von Bernstorff, "The structural limitations of network governance: ICANN as a case in point," Joerges, Sand and Teubner (eds.), *supra*. n. 1, pp. 257-82.

要な理論的課題を浮き彫りにするものと言えよう⁶²⁾。

なお、こうしたグローバル部分システムの立憲化モデルを、国際法学の文脈で論ずる研究もすでに存在する。例えばヴァルターは、グローバル部分システムの出現を前提としたうえで、従来の国際法学や国際関係論が提示してきた「立憲化」の概念は、近代国家をモデルとして、国際法や国際共同体を全体として立憲化する構想であり、支持できないとする⁶³⁾。国際的な諸規範の間の価値序列に関する「強行規範」や「対世的義務」の観念では、部分システム間の水平的調整にとまなう複雑な問題に対応するには未だ不十分であり、当面は、国際共同体全体における単一の立憲性を語ることはできないと言う⁶⁴⁾。今日の複雑化・細分化した社会構造における立憲主義の内容は、国内的レベルであれ国際的レベルであれ、公共的権威の行使に対する包括的な枠組みとしてではなく、関連する部分システムにあわせた「部分的立憲主義」として構想されねばならず、立憲化プロセスは多様な部分システムの内部においてのみ起こり得るとされる⁶⁵⁾。

(2) グローバル部分システムの正統性問題に対する示唆

トランスナショナルな統治の正統性に対する批判は、しばしば「民主主義の赤字」の問題として議論される。しかし、国民国家を前提とした包括的・全体的な立憲主義モデルが今日もはや維持できず、グローバル部分システムごとの部分的立憲主義を基本的枠組みとすべきであるならば、国民主権に基づく一般意思の表示という形で国民国家における包括的立憲主義の正統性の源泉となっていた民主主義という仕組みも、そのままの形ではトランスナショナルな統治の正統化原理として機能することができないであろう。例えばラデーアによれば、グローバル化批判論者が経済のグローバル化に対応するグローバル民主政

62) この論集の他にも、トランスナショナルな統治の立憲性や自省的性格を分析しようとする試みがいくつか存在するが、そこでもやはり各論者が独自の指標に依拠しており、立憲化研究の非体系性への対処が緊急の課題であるといえる。See, e.g., Graf-Peter Calliess, "Reflexive transnational law: The privatisation of civil law and the civilisation of private law," *23 Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2002, pp.185-216; Reza Banakar, "Reflexive legitimacy in international arbitration," Volkmar Gessner, Ali C. Budak, and Ali Cem Budak (eds.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Dartmouth, 1998, pp.347-98; Ralf Rogowski and Tom Wilthagen (eds.), *Reflexive Labor Law: Studies in Industrial Relations and Employment Regulation*, Kluwer, 1994.

63) Christian Walter, "Constitutionalizing (inter) national governance: Possibilities for and limits to the development of an international constitutional law," *44 German Yearbook of International Law*, 2001, p.191. これに対して国際法の全体的な立憲化構想としては、See, e.g., Stefan Kirchner, "Relative normativity and the constitutional dimension of international law: A place for values in the international legal system?" *5 German Law Journal*, 2004, pp.47-64.

64) Walter, *supra*. n. 63, p. 201. なお、システム論的視点から国際法を捉える試みとして、See also, Stefan Oeter, "International law and general systems theory," *44 German Yearbook of International Law*, 2001, pp.72-95.

65) Walter, *supra*. n. 63, pp.194-5.

府の必要性を主張するのは、主権国家モデルの民主主義をそのまま世界化しようとする不適切な議論である⁶⁶⁾。多元的に機能分化した現代社会においては、民主主義は、社会的規制システムを垂直的に基礎付けて普遍的合理性を与える原理としてではなく、多様な機能的システム間の水平的な接触において相互的合理性を保障する原理として再構成されねばならないと言う⁶⁷⁾。つまり、そこでは意思決定の正統性は、一元的な一般意思の集約によってではなく、各部分システムの自己反省、あるいは部分システム相互のチェックによって担保され、この相互チェックを機能させるためには、部分システムをまたいだ参加の保障と透明性の確保が何よりも重要な要素になると主張する⁶⁸⁾。

またトイプナーとフィッシャー＝レスカノも、ラデーアの見解に依拠しつつ、一元的法秩序の下での集合的意思決定を欠く状況では、部分システム間の「相互観察 (mutual observation)」を通じて規範の分野横断的な通用性を高めていくことが必要であるという⁶⁹⁾。そこでは、実質的規範に関する終局的決定が集合的になされるのではなく、各々の部分システムが行なう決定が互いに交換され連鎖するプロセスが中心となるため、部分システム相互の働きかけと対話を促進する仕組み、つまり透明性の向上と相互参加の保障が最も重要な要請になると述べる⁷⁰⁾。

グローバル部分システムを「クラブ」モデルとして分析するコヘインとナイも、それぞれの機能的システムが私人や NGO も参加する公私協働によって成立していることから、その正統性危機は「民主主義の赤字」よりも専門技術性・部分性に由来すると指摘する⁷¹⁾。それゆえ各々の国際レジームは、専門合理性の追求よりも政治性の回復によって正統性の向上を図るべきであり、そのためには部分システム間の接触を活性化させるとともに、市

66) Karl-Heinz Ladeur, "Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks : Can democracy survive the end of the nation state?" Ladeur (ed.), *supra*. n. 16, pp. 96-9.

67) *Ibid.*, p. 104. なお、普遍的合理性と相互的合理性の概念については、*Cf.* Ladeur, *supra*. n. 16, pp. 5-7.

68) Ladeur, *supra*. n. 66, pp. 113-4.

69) Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, "Regime-collisions : The vain search for legal unity in the fragmentation of global law," *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 999-1058.

70) *Ibid.*, pp. 1017-19. これに対してパウルスは、部分システムによる自己規律は専門家支配 (technocracy) を招き「民主主義の赤字」を免れないと批判し、国家による最低限の公的な統制や全体的な正統化の仕組みが不可欠であると主張するが、トイプナーらは、部分システムの「立憲化」を通じて民主的契機を導入することも十分に可能であると反論する。See, Andreas L. Paulus, "Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner : The legitimacy of international law and the role of the state," *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 1047-58 ; Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, "Reply to Andreas L. Paulus : Consensus as fiction of global law" *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 1059-73.

71) Robert O. Keohane and Joseph S. Nye Jr., "The club model of multilateral cooperation and problems of democratic legitimacy," Roger B. Porter, Pierre Sauvé, Arvind Subramanian, and Americo Beviglia Zampetti (eds.), *Efficiency, Equity, and Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millennium*, Brookings, 2001, pp. 264-307.

民社会の各方面との交流回路を制度化することが必要であるとされる⁷²⁾。そして、部分システムがこうした開放性や調整能力を醸成するまでの間は、繊細な調整が必要な課題への対処は国内政治過程に委ねられるべきであり、グローバル部分システムは補完的な役割に限定されるべきであると言う⁷³⁾。

このように、立憲主義モデルの転換とともに民主主義という正統化原理のあり方も根本的な変化を迫られるのであるが、私見では、民主主義概念は、立憲主義概念にもまして、国内政治における包括的・全体的な正統化原理としての印象があまりに強く定着しており、トランスナショナルな統治の文脈で援用するのは困難ではないかと思われる。部分システムの自己反省性や社会的敏感性、あるいは部分システム相互の参加や透明性の確保といった今日的な正統化要素を、(新たな)民主主義という概念によって表現するのは、かえって事態の正確な把握を難しくする恐れがあり、むしろ端的に、部分システムの立憲化という概念を新たな正統化原理として直接用いるべきであろう⁷⁴⁾。

IV. WTO の立憲化をめぐる議論の動向

ここまでは、グローバル部分システムの形成とその立憲化の可能性をめぐる総論的な研究動向を検討してきたが、これを基礎として、以下では特に世界貿易機関 (WTO) の立憲化に関する研究動向を検討することとしたい。WTO は、自由市場経済における論理や合理性を象徴するグローバル部分システムとして、その対社会的な正統性の欠如が厳しく批判されており、WTO の立憲化の必要性を論ずる研究も近時活発である。ここでは、そうした WTO の立憲化をめぐる議論を、上述の研究動向との異同に留意しつつ検討していきたい⁷⁵⁾。

72) *Ibid.*, pp. 287-91.

73) *Ibid.*; Robert O. Keohane and Joseph S. Nye Jr., "Introduction," Joseph S. Nye Jr. and John D. Donahue (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Brookings, 2000, pp. 1-41. なお、グローバル統治におけるクラブモデルの諸類型と、そのそれぞれにおける民主的正統性のあり方について論じたものとして、*Cf.* Anne-Marie Slaughter, "Global government networks, global information agencies, and disaggregated democracy," Ladeur (ed.), *supra.* n. 16, pp. 121-155.

74) *Cf.* Joerges, *supra.* n. 60, pp. 374-5. なお、トランスナショナルな統治に関して、民主主義に代わる新たな正統化原理を模索する研究として、*Cf.* Oren Perez, "Normative creativity and global legal pluralism: Reflections on the democratic critique of transnational law," *10 Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, pp. 25-64, も参照。

75) WTO の立憲化に関する議論については、西元宏治「国際関係の法制度化現象と WTO における立憲化議論の射程」ジュリスト 1254 号 (2003 年), 114-22 頁を参照。

1. WTO の立憲化の諸構想

(1) 個人的基本権の保障としての立憲化

ペータースマンは国際通商レジームにおける立憲性概念に最も早くから注目してきた論者である。ペータースマンにとっての WTO の立憲化とは、自由貿易原則を、最優先に尊重すべき不可侵の価値として確立することを意味する。特に、政府は国内産業の圧力を受けて保護主義的政策に傾きやすいため、自由化ルールの変更に関する処分権を予め政治的プロセスから奪っておく必要がある⁷⁶⁾。言い換えれば、国内立憲主義が基本的人権を個人に保障しているように、自由貿易は立憲的権利として私人に対して直接に保障されているのであり、時々の政治的権威によって左右されてはならない基本的価値なのである⁷⁷⁾。そして、その帰結として、個人が国内裁判所において WTO 法を直接に援用して政府行為の WTO 整合性を問うことができるという、いわゆる「直接的効果 (direct effect)」論も支持されることになる⁷⁸⁾。

こうした立憲主義概念は、もちろん伝統的な国内立憲主義の図式と非常に親和的ではあるが、まさにそれゆえに、本稿で検討した部分システム立憲化の理念とは対照的な位置にある。つまり、部分システムとしての WTO が外部環境に対する自省的な配慮や調整を試みるという「部分的立憲性」の要素ではなく、個人的基本権があらゆる局面において卓越的地位を与えられるという「包括的立憲性」に依拠した議論であるといえる⁷⁹⁾。

またジャクソンは、WTO の設立によって、多数国間通商システムを規律するための制度やルールが明確に確立した点に立憲性を見出している⁸⁰⁾。ジャクソンは、ペータースマンのように自由貿易原則を立憲的基本権として特別視するわけではないが、ルールの体系

76) Ernst-Ulrich Petersmann, "Human rights and international economic law in the 21st century: The need to clarify their interrelationships," *4 Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 3-39. なお、貿易自由化が個人権的性格を獲得しつつあることから、「貿易と人権」の接近が見られるとするのは、Thomas Cottier, "Trade and human rights: A relationship to discover," *5 Journal of International Economic Law*, 2002, pp. 111-32.

77) Ernst-Ulrich Petersmann, "Time for a United Nations 'Global Compact' for integrating human rights into the law of worldwide organizations: Lessons from European integration," *13 European Journal of International Law*, 2002, pp. 621-50. なお、ペータースマンの議論とそれに対する反論について、佐分晴夫「WTO と人権—序論—」名古屋大学法政論集第 202 号 (2004 年), 293-322 頁を参照。

78) Petersmann, *supra*. n. 76, pp. 33-4.

79) ただし、ペータースマンは個人的基本権のなかに、自由貿易諸原則を中心とする経済的自由権だけでなく、環境権や健康権、さらには社会的正義や民主的統治に対する権利など、あらゆる種類の「人権的価値 (human rights values)」を含めているため、そうした個人権相互の比較衡量によって自省的な調整が結果的に達成されることはあり得る。Cf. Ernst-Ulrich Petersmann, "Human rights and the law of the World Trade Organization," *37 Journal of World Trade*, 2003, pp. 241-81.

性・明確性の向上や、紛争解決手続の整備など、伝統的な「法の支配」の要素の確立を重視する点では、やはり国内立憲主義をモデルとした見方であると言える。

(2) 包括的調整機能としての立憲化

WTO が部分システムの性格を持ち、他の部分システムや社会全体との相互調整が必要であることを強く意識した立憲化論も存在する。例えばコティエによれば、WTO は市場アクセスの確保を他の価値に優先させているという批判があるが、貿易自由化は、それが他の価値に対してもたらす悪影響を調整する論理を本来的に備えており、それは今後のWTO 研究を立憲主義の枠組みで行なうことを要請する。立憲主義とは、ある政体において民主的に決定され等しく正統性を有する多様な基本的価値と政策目標を、合理的に調整・比較衡量することのできる態度や枠組みを指し、これがWTO の活動や紛争解決において実践されねばならないと主張する⁸¹⁾。

このような立憲化論は、自由貿易と他の社会的価値との調整の必要性を基調とする点で、本稿で検討した部分システム立憲化の理念ときわめて近い位置にあるといえる。しかし実は、部分的立憲化を通じた部分システムの正統化にとって必要不可欠な要素が、この議論には欠けている。つまりこの議論では、WTO が多様な価値や利益の調整・衡量を担うべきと前提されており、それゆえ、他の部分システムの射程や管轄権を尊重するという自己抑制的・自己限定的態度や、他の部分システムと相互に参加・接触を保障しようという相互学習・相互観察の態度が希薄なのである。機能分化により専門性・複雑性が高まった社会においては、こうした自己抑制と相互尊重の精神が、各社会領域における規律の実効性を確保するうえで必要とされるのであり、部分的立憲性あるいは自省性の重要な要素を構成している。先に述べたように、経済的自由権の保障のみに特化しようとする自閉的な態度は、他の部分システムにおける価値との関係を考慮しない点で正統化され得ないが、逆にあらゆる多様な価値をみずから全能的に調整しようという態度も、やはり包括的・全体的な統治原理の構想に他ならず、部分的立憲性とは相容れないのである⁸²⁾。必要とされるのは、みずからの部分システムとしての性格を認識したうえで、他の部分システムを無視

80) John H. Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, 1998; *id.*, "The WTO 'constitution' and proposed reforms: Seven 'mantras' revisited," 4 *Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 67-78.

81) Thomas Cottier, "Limits to international trade: The Constitutional Challenge," 94 *American Society of International Law Proceedings*, 2000, pp. 220-1.

82) ハウズとニコライディスも、こうした態度はWTOの世界連邦的役割を想定するものであるとして批判する。Robert Howse and Kalypso Nicolaidis, "Legitimacy and global governance: Why constitutionalizing the WTO is a step too far?" Porter, Sauvé, Subramanian, and Zampetti (eds.), *supra*. n. 71, p. 239.

するのでも支配するのでもなく、相互に交流し対話する姿勢である。この違いは具体的実践や制度設計においては極めて微妙な差異としてしか現れないであろうが、それがまさに正統性の有無の分水嶺となる⁸³⁾。

(3) 自己抑制と相互尊重としての立憲化

部分システム立憲化のこうした指標を満足する WTO 立憲化論としては、ブロンカースが、立憲化という表現は用いていないものの、興味深い議論を提示している。ブロンカースは、WTO の紛争解決機関が複数の問題領域にまたがる事案を扱うのは困難なので、WTO (加盟国) は、そうした事案が WTO に持ち込まれないよう自制すべきであると言う。そして、仮にそうした事案を処理することになった場合でも、紛争解決機関は、他の社会領域の国際法規範を自由貿易のバイアスに従って解釈しないよう留意し、WTO 法と他の実体的な国際法ルールとの間で抵触が生じた場合には、後者を優先することも決して妨げられないとされる⁸⁴⁾。ここには、部分的立憲化に必要な自己抑制的態度が示されているが、他方でブロンカースは、WTO は通商のみならず他の多様な問題領域も取り込むべきであり、名称も世界経済機関 (the World Economic Organization) と変更すべきことなども提案しており⁸⁵⁾、包括的調整能力への志向も見受けられる。

他方、ハウズとニコライディスは、WTO の立憲化論議において見られる、個人的基本権の保障や包括的調整能力への志向という構想を退けたうえで、WTO とくに紛争解決機関は、貿易以外の価値を扱う他の国際制度や国際規範に対して十分な敬讓 (deference) を示すという、水平的補完性 (horizontal subsidiarity) の意識を持つことが必要であるとす⁸⁶⁾。例えば、実質的価値の相克を内包するような国内措置を WTO が審査する際には、

83) グスマンは、WTO の内部に、関連問題領域に特化した部門 (department) を設け、そうした部門ごとにラウンド交渉を開催しルール形成を行なうことで、複雑性を縮減し専門性を高めることができると提案する。ただし各部門は他部門に関係するルールを形成することはできず、そうした相互調整の必要な問題は「全体ラウンド (mega-round)」において対処される。興味深い提案ではあるが、やはりここにも、WTO の包括的調整能力に対する過度の期待があるように思われる。See, Andrew T. Guzman, "Global governance and the WTO," 45 *Harvard International Law Journal*, 2004, pp. 303-51. またゲアハートは、WTO が、部分システム間ではなく国家間の多様な価値や利害を調整しうる点に WTO の「立憲性」を見出しているが、やはり WTO の包括的調整能力を志向する議論であると言えよう。See, Peter M. Gerhart, "The two constitutional visions of the World Trade Organization," 24 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2003, pp. 1-75.

84) Marco C.E.J. Bronckers, "More power to the WTO?" 4 *Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 56-9.

85) *Ibid.*, pp. 53-5.

86) Howse and Nicolaïdis, *supra*. n. 82, pp. 229-30. なお、これとほぼ同一の論文として、Robert Howse and Kalypso Nicolaïdis, "Enhancing WTO legitimacy: Constitutionalization or global subsidiarity?" 16 *Governance*, 2003, pp. 73-94, がある。

そうした問題への対応にいつそう相応しい他の統治制度（当該国家や他の国際レジーム）が存在しうる可能性に常に敏感でなければならない。ただし、この敏感性とは単純な敬讓を意味するのではなく、WTOは、無差別原則のような貿易ルールや、政策決定の透明性や適正手続といった手続的規範に関しては、やはり厳格な整合性審査を自ら実施する必要がある、この範囲では依然としてWTOが適切なフォーラムになると言う⁸⁷⁾。

また、他の多様な問題領域の専門家・NGOなどに参加の機会を提供することも重要であるが、それは他の立憲化論議が主張するようにWTOを包括的調整機関へと発展させるためではなく、あくまでも、アミカス・ブリーフや聴聞出席権といった形での参加機会の相互保障を目指すものでなければならないと指摘する⁸⁸⁾。そして、こうした部分システム相互の参加・学習の機会は、国際的レベルにおいてだけでなく、各国の国内規制当局における政策形成の段階から適正手続として保障される必要がある、WTOはこうした国内政治過程の正統性をも審査し促進すべきであるとされる⁸⁹⁾。

このハウズとニコライデイスの議論は、部分システム立憲化の理念を極めてよく体現しており、自己抑制的・自己反省的態度と、部分システム間の相互尊重・相互学習、そして意思決定過程における透明性と参加の確保という、部分的立憲主義の中核をなす要素が適切に表現されている⁹⁰⁾。もっともハウズらは、こうした要素を自ら「非立憲的」と形容するのであるが⁹¹⁾、それは、他のWTO立憲化論議と平仄をあわせた結果である。WTOによる個人的基本権の保障や、多様な価値の包括的調整能力といった他の論者の構想は、伝統的な国内モデルにおける「包括的立憲性」の延長線上にあるため、確かに「立憲的」と形容するのに違和感はなく、他方、特定の価値の卓越性を否定し全体的調整原理の不在を基調とするハウズ・ニコライデイスの議論は「非立憲的」と呼ぶのが自然であるかもしれない。しかし本稿が検討したように、グローバル部分システムの登場に対応した新たな立憲主義理念を構築することが可能であり、また妥当であるとすれば、まさにハウズ・ニコライデイスの提示する構想こそがWTOの「立憲化」プロジェクトの名に相応しく、今

87) Howse and Nicolaïdis, *supra*. n. 82, pp. 243-5.

88) *Ibid.*, p. 246.

89) *Ibid.*

90) またスローターらも、主に国家間の局面を念頭に置く議論ではあるが、裁判管轄権が競合する場合には裁判所相互の敬讓・対話・相互学習が重要性を持つと論じている。Cf. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, ch. 2; *id.*, "A global community of courts," *44 Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191-219; William W. Burke-White, "International legal pluralism," *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 963-979.

91) Howse and Nicolaïdis, *supra*. n. 82, pp. 230, 248-9.

後の WTO 立憲化論議はこれを出発点として展開されていくべきであろう⁹²⁾。

2. 非貿易的関心事項と WTO

(1) 異なる問題領域の「連結」

部分システムとしての WTO がその立憲的正統性を具体的に問われる場面として、いわゆる非貿易的関心事項への対処があり、WTO において貿易とそれ以外の問題領域とが連結 (linkage) されるべきかを否かをめぐって、賛否両論の論争が展開されている。しかし、そもそも複数の問題領域の「連結」とはいかなる事態を指すのかを厳密に概念化しなければ、共通の基盤が形成されずに議論がすれ違う恐れがある。リーブロンは連結の概念じたいに関する研究を行っており、これが連結問題研究の出発点となるであろう。

連結問題は、当然に、連結の対象となる問題領域特定レジームが多数並存する状況を前提とするが、各々のレジームの射程は客観的に定まるわけではなく、当該レジームの進化や他のレジームとの交渉・紛争などによって、しばしば人為的に射程が書き換えられると言う⁹³⁾。そして、①ある課題 x がレジーム X に属する課題として処理されるべきか (レジームの射程) という問題と、②そもそもレジーム X と射程を異にするレジーム Y に属する課題 y がレジーム X と連結されるべきか (レジーム間の連結) という問題とは、厳密に区別されねばならないと主張する⁹⁴⁾。ただし、レジームの射程そのものが可変的であるため、しばしばこの両者の区別は流動化するとも述べる⁹⁵⁾。

レジーム間の連結が主張される動機に関しては、①実質的連結 (連結される問題の間に内容的な関連性がある場合)、②戦略的連結 (内容的な関連性とは関係なく、交渉に幅をもたせるための純粋な戦術として連結される場合)、③サンクション連結 (相手方レジームの実効的な履行メカニズムの借用が目的である場合)、の区別⁹⁶⁾ が重要であろう。そして連結に関与するレジーム相互の関係のあり方としては、①敬讓的 (deferential) (連結された問題に関する相手方レジームの決定を尊重)、②協働的 (collaborative) (連結された問題を共同メカニズムによって

92) なおハウズは別稿において、部分システム間の相互交流・相互学習を保障するための透明性や参加といった要素を「民主主義」的価値と形容しているが、前述のように、伝統的な立憲主義・民主主義の国内モデルとの混同や誤解を避けるために、これは (新たな) 立憲主義的価値として表現されるべきであろう。See, Robert Howse, "How to begin to think about the 'democratic deficit' at the WTO," Stefan Griller (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenges for the International Legal Order*, Springer-Verlag, 2003, pp. 79-101.

93) David W. Leebron, "Linkages," *96 American Journal of International Law*, 2002, p. 7.

94) *Ibid.*, pp. 8-10.

95) *Ibid.*

96) *Ibid.*, pp. 11-15.

解決), ③自律的 (autonomous) (連結された問題を相手方レジームに関係なく一方的に解決), といった区別がなされる⁹⁷⁾.

こうした概念的区分を前提とすれば, 単に WTO における連結の可否を争うのではなく, さらに厳密化された問いを立てる必要があるだろう. 例えば, 第一に, そもそもそれは連結の問題なのか. 各々のレジームの射程は, 社会発展や知識の進歩による認識枠組みの変化, あるいはレジーム間の交渉や対話による相互学習の進展などにより, 不断に見直され書き換えられている. それゆえ, WTO と他の関連レジームとの相互接触を通じて各々の射程が塗り替えられれば, 同じ課題であっても, 連結の問題から射程の問題へと (あるいはその逆方向に) その位置付けが変わり得る. そして, 連結の問題である場合には, 互いに異なる論理や合理性に従うレジームの間で各々の部分的立憲性を最大限に発揮して当該課題を処理することが, すなわち射程の問題の場合とは本質的に異なる対応が要請される. したがって, WTO にとって当該課題が現在いかなる位置にあるのかを常に意識して対応を議論する必要がある, ある課題に対する WTO の妥当な対処方針を一義的かつア・プリオリに措定しようとする態度は避けねばならない.

そして, 当該課題が異なるレジーム間の連結の問題である場合には, 第二に, いかなる連結のあり方が望ましいのかを問うことができる. 連結に関与するレジームが, 敬讓的・協働的・自律的な態度のいずれを相手方レジームに対して示すべきかという点は, 部分システム立憲化の成否を左右する最も重要な選択である. ここまでの検討からすれば, 敬讓的・協働的な態度が自律的な態度よりも望ましいように見えるが, ここでもやはり一義的な措定は回避すべきである. 例えば, 連結の動機が, 実質的連結・戦略的連結・サンクション連結のいずれであるかによって, 望ましい態度も異なるかもしれない. また, 関与するレジームのその時々相互の関係や, それを取り巻く社会状況によって, 各々のレジームが立憲的正統性を最大化し得るための態度は異なる可能性があり, それゆえ, 場合によっては自律的な態度をとって一方的解決を行なうことが最も望ましい選択であり得る⁹⁸⁾. 結局, 連結問題におけるレジーム相互の望ましい関係のあり方は, 各々のレジームがその時々相互の状況を勘案しながら, 幅広い目配りと全人的な賢慮を働かせてその都度選び取っていくしかないのである.

97) *Ibid.*, p. 16.

98) また敬讓的な態度を取る場合であっても, さらにいくつかの選択肢があり得るだろう. 例えば, 国際法廷の判決に対して国内裁判所が示しうる敬讓の程度を7段階に分類する試みとして, Cf. Roger P. Alford, "Federal courts, international tribunals, and the continuum of deference," *43 Virginia Journal of International Law*, 2003, pp. 675-796.

(2) WTO 紛争処理制度における非貿易的関心事項の扱い

以上の分析を踏まえて、WTO 紛争処理手続における非貿易的関心事項の扱いをめぐる議論を概観したい。まずダノフによれば、経済効率性の向上や集合行為問題の解消といった、WTO 法を根拠付ける従来の論理は、非貿易的価値の本来の意義を正しく把握することができず、むしろこれらの価値を損なう恐れがある⁹⁹⁾。そこで WTO は、非貿易的価値に対する本格的な対応を迫られるのであるが、他方で、紛争解決機関はルールの忠実な適用を任務としているから、こうしたすぐれて政治的な問題に関与して司法の政治化あるいは非・法化を招くべきではないとされる¹⁰⁰⁾。仮にこうした問題が持ち込まれた場合でも、政治問題の法理などによって司法判断を回避し、民主的政治プロセスによる解決に委ねるべきであり、それによって司法機関の正統性は維持されるという¹⁰¹⁾。

ここでダノフは、紛争解決制度の司法機関としての正統性を、法の厳密な適用と政治化の回避に求めるのであるが、自由貿易原則を柱とする部分システムである WTO のルールを忠実に適用することは、それ自体が一つの政治的立場の選択に他ならない。特別法規の適用を第一義的な任務とする部分システムの司法機関は、対社会的に見れば決して中立的な存在ではなく、いわば「部分的司法システム」としての立憲的正統性を問われる立場にある。もちろんその場合にも、立憲的正統性を高める最善の方針を、部分システムのルールの忠実な適用に見出すことはあり得よう。しかしそれは、個別の案件ごとに可能な選択肢を比較した結果として自覚的に選び取られるべき立場の一つにすぎず、ア・プリオリにその妥当性を措定するべきではない¹⁰²⁾。

ダノフとは対照的な議論を展開するのはハウズである。ハウズによれば、戦後の国際貿易体制が本来有していた政治的調整能力 (embedded liberalism ; 「社会に埋め込まれた自由主義」) が、自由貿易原則を中核とした専門技術化・官僚化の傾向とともに失われていき、今日では非貿易的価値からの挑戦に対処することが困難になっている¹⁰³⁾。しかし、紛争

99) Jeffrey Dunoff, "The death of the trade regime," *10 European Journal of International Law*, 1999, pp. 736-52.

100) *Ibid.*, pp. 754-7.

101) *Ibid.*, pp. 757-60.

102) アルバレスは、WTO の紛争解決手続が国際人権規範を考慮すべきだとする「貿易と人権」の議論に対して、多くの国際人権規範が未だその権利内容や強行規範性についての国際的コンセンサスを得られていない以上、現段階で紛争解決機関が人権規範を考慮するのは困難であるという (See, José E. Alvarez, "How not to link: Institutional conundrums of an expanded trade regime," *7 Widener Law Symposium Journal*, 2001, pp. 1-19.). これは、紛争解決手続は非貿易的価値の判断を一律かつ原理的に控えねばならないというのではなく、国際人権規範の未発達性という事情を考慮した結果としての主張であり、ダノフの議論とは似て非なるものである。

103) Robert Howse, "From politics to technocracy - and back again: The fate of the multilateral trading regime," *96 American Journal of International Law*, 2002, pp. 96-108.

解決機関に関しては、小委員会が自由貿易原則を至上の価値として内輪向けのルール解釈を行なう傾向を持つのに対し、上級委員会は、貿易システムの内外の諸価値を考慮した、対社会的に説得性のあるルール解釈に積極的であると言う¹⁰⁴⁾。とくに、エビ・海亀事件やホルモン牛肉事件において、上級委員会は貿易以外の環境や食品安全といった価値に十分な配慮を示したルール解釈を行なったのであり¹⁰⁵⁾、WTOにおいて従来は周辺化され隔離されていた非貿易的価値を内部化することに貢献したと指摘する¹⁰⁶⁾。ただし、全体として現在のWTOの制度設計は、他のレジームや市民社会に対する透明性の確保や参加の保障を欠いているので、WTOの正統性と実効性をより高めるためにはこの点を改善することが必要であると述べる¹⁰⁷⁾。

ハウズの議論は、他の部分システムとの関係におけるWTOの部分的立憲化の可能性を、上級委員会を中心とする司法機関の、自省的な賢慮に導かれたルール解釈に見出す点

104) *Ibid.*, p. 109.

105) エビ・海亀事件においてはGATT第20条柱書の要件が、ホルモン牛肉事件においてはSPS協定第3条1項の「国際基準に基づく(based on) 検疫措置」という文言が、それぞれ上級委員会において小委員会よりも寛容に解釈されている。Cf. *Ibid.*, pp. 109-112; Howse and Nicolaidis, *supra.* n. 82, pp. 244-5. なお、WTOの紛争解決手続における「貿易と環境」問題への対処方針の変遷については、中川淳司「WTO体制における貿易自由化と環境保護の調整」小寺彰編『転換期のWTO——非貿易的関心事項の分析——』（東洋経済新報社、2003年）、175-97頁を参照。

106) なお、WTOの紛争処理手続が非貿易的価値に関わる規範を「適用」しうるか否かについては、より精緻な議論が展開されている。一方ではパウリンが、たとえ非WTO法であっても、紛争当事国を拘束する国際法はWTOにおいて全面的に適用可能であるとの立場をとり、そこでWTO法と非WTO法との抵触が生じた場合には、原則として後法優位などの規則に従って処理がなされるという(Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, ch. 7-8; *id.*, "Bridging fragmentation and unity: International law as a universe of inter-connected islands," *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 903-916). この立場ではWTOの自閉性は克服されるものの、非WTO法の全面適用は逆の意味で硬直的な方針であり、また貿易的／非貿易的価値の相克を法規の抵触として技術的に処理することも、自省的な賢慮の働く余地を奪う可能性がある。他方、岩沢教授やマルソーの見解によれば、非WTO法の適用可能性は原則的に排除されるものの、WTO法の解釈の幅は相当に広く、また解釈基準として非WTO法を「参照」してその趣旨を取り込むことも可能であるから、実際にはほとんどの場合に適切な調整を行ない得る(岩沢雄司「WTO法と非WTO法の交錯」ジュリスト1254号(2003年)20-27頁; Gabrielle Marceau, "WTO dispute settlement and human rights," *13 European Journal of International Law*, 2002, pp. 753-814). この立場はWTOの実行にも即し、またWTO法の枠内で柔軟な自省的配慮を一定程度可能にする点で妥当と考えられる。

107) Howse, *supra.* n. 103, pp. 114-6. 同旨の議論として、Armin von Bogdandy, "Legitimacy of international economic governance: Interpretative approaches to WTO law and the prospects of its proceduralization," Griller (ed.), *supra.* n. 92, pp. 103-148.

で、ダノフの議論とは対照をなす¹⁰⁸⁾。そして、上級委員会がこれまでに行なった解釈や裁定が、実際にある程度まで価値の相互調整問題に対応し得ているという一般的な評価の存在が、この議論の最大の強みである。しかし、例えば小寺教授によれば、上級委員会はエビ・海亀事件では貿易と環境それぞれの価値を適切に調整しえたが、ホルモン牛肉事件では、食品の安全性に関する EC の規制権限を可能な限り尊重する解釈を示したものの、結果的に EC は裁定に満足せず実施を拒んだのであり、紛争解決機関のルール解釈を通じた諸価値の相互調整の可能性にも限界があり得る¹⁰⁹⁾。それは、紛争解決手続は本来的に法の解釈適用という技法の許容範囲内でしか自省的な賢慮を表現し得ない、という点に由来する限界であり、WTO 以外の部分システムにおける紛争解決制度にも共通する問題であろう。しかし、それにより直ちに当該部分システムの立憲化プロジェクトが暗礁に乗り上げるわけでは必ずしもなく、むしろ、そうした限界を克服するための新たな論理や仕組みを臨機応変に模索し編み出していく自己反省的な姿勢そのものが、立憲的正統性を醸成する重要な母胎であると言えよう。

V. 結びにかえて

以上本稿では、近時の研究動向を素材として、世界規模の市場経済化が急速にすすむ現代社会において、グローバル部分システムが形成され、それが困難な正統性問題を生み出すことを確認した。そして、その困難を克服しうる原理として、部分システムの立憲化という構想を紹介し、その有効性と理論的示唆を検討した。そして最後に、そうした部分システム立憲化の枠組みとの比較において、WTO に関する様々な立憲化構想の位置付けを明らかにし、また非貿易的関心事項への対処の問題についても議論の整理を試みた。言うまでもなく、本稿が示した分析枠組みは一つの試論であり、グローバル部分システム及びその立憲化という視座の妥当性・有用性の検証も含め、今後さらなる研究の深化が必要である。特に、法規制における公私協働理論や自省的法モデルは、後期福祉国家の段階にある成熟した国内法を主に念頭に置いた議論であるが、これを国際法へと投影する際に必要な考慮や変更についても、より精密な考察が求められよう。

108) キャスも、司法機関の実践を通じて立憲性が発展し非貿易的価値の適切な考慮がなされうるとするが、他方で彼女の立憲性概念は、本稿で論じた自省的な性格の要素を欠いているように思われる。Deborah Z. Cass, "The 'constitutionalization' of international trade law: Judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade," *12 European Journal of International Law*, 2001, pp. 39-75.

109) 小寺彰『WTO 体制の法構造』(東京大学出版会, 2000年), 137-42, 172-3, 176頁。

また、レビュー論文という性格上、本稿の射程はごく最近の研究動向の二次的な整理にとどまる。したがって第一に、部分システム立憲化の概念を、現実の国際組織や紛争解決手続のルールとして制度化することの可能性につき、実証的・具体的な検討や提言を行なうことは出来なかった。自省的な賢慮の働く余地を高める制度設計や組織法規範のあり方を、諸分野の国際組織等の実践を比較分析することで解明する作業が必要と思われるが、これについては他日を期することとしたい。また第二に、従来の国際法学の分析枠組みと本稿の議論との関連性についても、十分な考察をなし得なかった。国際社会の立憲化に関しては国際法学も伝統的な研究の系譜を持ち、近年でも強行規範論に代表される規範階層化や公秩序化の議論が提起されている。さらに、国際行政法、トランスナショナル・ロー、自己完結的制度など、本稿のグローバル部分システムの概念と密接に関連する重要な先行研究も蓄積されている。こうした先行研究との比較において本稿の議論の位置付けを明らかにする作業についても、やはり別稿に譲らざるを得ない。

このように、積み残した課題の方がむしろ多いのであるが、とはいえ、本稿が検討の対象とした、私的規範形成・トランスナショナルな統治・立憲多元主義・部分的立憲化などの諸概念は、それぞれが未だ萌芽的な研究段階にとどまっており、これらを有機的に結び付ける試みもこれまで不十分であった。その意味で、本稿がこうした複雑な研究課題群を見通すための一つ概念図を描き得ているならば、今後の研究に向けた議論の材料を提供するという程度の意義は持つのかもしれないし、それが本稿の目的でもある。