

Title	国家の一般理論の後：グローバル・ロー？
Sub Title	Après les □Théories Générales de l'État: le Droit Global?
Author	Xifaras, Mikhail(Kanezuka, Ayano) 金塚, 彩乃
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.30 (2014. 10) ,p.333- 404
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20141006-0333

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国家の一般理論の後

——グローバル・ロー?——

ミカイル・クシファラス

金塚彩乃／訳

1. 第一のアイデア。国家の一般理論の中における理論と国家
2. 第二のアイデア：国家の一般理論の後——対象と理論としてのグローバル・ロー——
結論

私がここで論じようとしているものは、国家の一般理論（Théories Générales de l'Etat, TGE）の実定法的あるいは本質論的分析の産物ではない。また、（我が国の伝統的な）シンポジウムにおける発表で行われるような、補足的知識の寄せ集めでもない。私は、私たちの法に関する考え方が覆されることとなるような、新しい理論的状況の出現を告げる、現在の理論の構築の中に見出すことができると思われる傾向を見ていきたいと思う。その傾向を不満に思うことも、歓迎することもできるが、まずは、その輪郭をはっきりさせることから始めなければならない。私たちは、自分の生きる時代を愛することも愛せないこともあるし、時代に抗い、それを転覆しようとし、あるいは熱狂的に支持することもできる。しかし、いずれの場合においても、自分の時代を理解しようと努めることは望ましいという意味において、これは政治的な問題である。

本訳は、クシファラス教授が2012年9月13日に慶應義塾大学法科大学院で行った講演のもとになった原稿を訳出したものである。フランス語原稿は、<http://www.juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html> で読むことができる。

私がここで論じようとしているものは、予言でもないし、私の願望を語るものでもない。せいぜいが、特異な経験（私の経験）に基づく印象や直観である。したがって、この発表の中において私は、私の状況をよく表す口調、つまり、気取らない、あるいは無造作な口調を使うべきであると考えた。これは、私の話を聞きに来てくれている人々、あるいは主催者に対して敬意を払わないということではなく、むしろ彼らに対する敬意のゆえにである。客観的に語るかのようにしたところで、私の言おうとしていることの本質をごまかせるなどと思いがることなど私にはできない。少なくとも、客観的な語り口調だけは使わなかったつもりである。そして、このような口調は、友達の間でのおしゃべりにふさわしいものであり、この講演会もそのようなものとなっている¹⁾。私はこれから、私の二つのアイデアと三つの直観について話をしていきたいと思う。二つのアイデアは、TGE「以降」の認識一般に関する状況についてであり、三つの直観は、このような状況において、法学が今後どのようなようになっていくのか、ということについてのものである。

1. 第一のアイデア。国家の一般理論の中における理論と国家

それでは、TGE「以降」について。あるいは、「**ポ・ス・ト**—何々」。これは、少なくとも二つの方法によって理解していくことができる。つまり、TGEがどうなっていくか（対象の変化）、そして「一般理論」以降の理論において国家がどのようなものとなるかということ（理論化の方法の変化）からである。

a) 対象の変化—法理論における中心的あるいは独占的な対象としての

1) ここで私は、この講演会への厚情について Olivier Joanjan 及び Eric Maulin に、私の原稿を何度も検討してくれた Louis Assiser Andrieu, Frédéric Audren, Denis Baranger, Benoit Frydeman, Christophe Jamin, Duncan Kennedy, Horatia Muir Watt に対し、深く感謝する。研究の世界において、学識ある友人から注意深く、また厳しく自分の書いたものを読んでもらうこと以上に刺激的で嬉しいことはない。今回私はそのような機会を得ることができた。ここに深い感謝の念を記す。

国家はその歴史的正当性を徐々に失う。これは、理論化の恒常的方法の中においてすら、もっぱらあるいは国家の法だけに傾注することによって公法を理解することがもはやできなくなっていくためである。ポストは、ここでは「国家後」という表現と同じ意味を持ち、視野を広げる必要性を示唆する。

- b) 理論の変化—ここで問題とするポストの前の時代においては、一定の理論化の方法が支配的であった。それが「一般理論」であり、TGEは、その分野のうちの特殊な種類であった。ポストへの移行は、そのような理論的分野は、学問的価値を徐々に失いつつあることを示唆する。

ここで私が検討していきたいと考える第一のアイデアは、「TGE以降」という文言を理解するための二つの方法の一つのコインの両面であるということであり、それは、「TGE」の理論化の方法が、その対象物——国家——と完全に連動しているためである。TGEは、国家の「国家的な」あるいは国内的な理論であるが、それは、その名前のゆえに想起される一般性や普遍性を有するかのような理論の射程のゆえではなく、理論の構築の条件及びその意味という二つの視点のゆえである。

TGEは、国家を基礎づけ、法的に国家を構成し、その力の行使を法により制限することを目的としていた。こうした試みは、自らの国家の合理化を目指す法学者と、国内の法学者たちを組織的に用いることにより、政治的、実質的、法的に合理的な単位として自らを構成しようとする国家双方が不可分に目指すところのものであった。このような法学者たちは、自らの研究は、国の実定公法やフランス憲法、フランスの立法やコンセイユ・デタの裁判例の記述、説明、そしてときにはその改良に寄与するものであると考えてきた。そして、研究者たちは一般的に、自らの立場の上からも、その国家に結びつけられていた。フランスでは、TGEはフランス語で、フランス国家の公務員である、フランス公法の教授資格を持つ教員により記されてきたのであり、TGEは政治的にも、認識論的にも国家中心的（stato-centristes）なものなのである²⁾。

もちろん、このことは、法学史におけるのと同様、TGEの構築過程において重要な役割を担う比較法的観点を排除するものではない。TGEが本来的にそれぞれの国家に関わるものであるということ自体から、TGEの時間的地理的拡張が必要とされるとすら考えられるのである。しかし、まさしく、比較法学者や歴史家自身が繰り返し述べるように、比較や歴史が必要となるのは、それにより自らをよりよく知ることができるからである。したがって、ここにおける思考の認識論的範囲は、概して、その国の法と国家の理解の範囲にとどまる³⁾。

もちろん、このことはまた、国家間における主張、方法論、概念、理論の借用、移転、伝達を禁じるものではない。理論的枠組みをある国家が提供するからといって、独我論に陥るというものでもない。しかし、まさしく、この伝達、借用、移転は、それぞれの国の知的コミュニティ (communautés savantes nationales) を中心として構築される、彼らの国家という固定化された枠の中の概念的状況下において行われるがゆえに、伝達、借用、移転としての意味を持つのである。

このような状況は、何も普遍的なものではない。これは、「大陸的」と形容することのできる法文化に属するものであり、あるいは——婉曲的な言い方よりも、より隠喩的に言うとするれば——TGEは、最後にはドイツが勝つサッカーのようなものとも言える。このことは、「大陸」の外に、ときには世界各地にこのモデルを輸出することを妨げるものではないとしても、旅路の途中でこれら学説が、ドイツ的な色調をあまり失うことはなかったということも認識しておかなければならない。この第一のアイデアがあながち間違いではないとするれば、TGE「後」のことを、グローバル・ロー (Droit Global) という表

2) Uberto Scarpetti, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* trad. par Colette Clavreul, LGDJ, Paris, 1996. Benoit Frydeman は、「国家的な認識論」と言う。B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J-Y. Chérot et B. Frydeman (dir.) *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, 17-48. Référence, p. 6 参照のこと。

3) Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes, Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Presses Universitaires de Sciences Po, Paris, 2011.

現で表さなければならぬのかも知れない。これが、次に私がみなさんに示したいと考えているアイデアである。

2. 第二のアイデア：国家の一般理論の後 ——対象と理論としてのグローバル・ロー——

2. 1. 対象としてのグローバル・ロー

私は、「グローバル・ロー」という表現が好きだということを隠すつもりはないし、この言葉を頻繁に使っている。みなさんの中には、それは私が悪趣味だからであり、この表現は、おぞましいくらい不明瞭で、一つの 카테고리の下でとらえるにはあまりに異質過ぎる現象を指し示すものであり、また、イデオロギーの色が濃すぎる上に、しかもこの表現は、(禁欲主義的な理想論に支配されている世界においては重大な罪である) 流行語であると考えた人はきっと少なくないと思う。これらすべてを否定することはできない。「グローバル・ロー」という表現は、その言葉を使う人、あるいは使われる状況によって恐ろしく意味を変える、何でもありの言葉とも言える。しかし、学問的に合理化される前の「国家」という言葉もまさにこのようなものであり、それゆえにこそ、この言葉は大成功を収めた。グローバル・ローは漠然としたおしゃべり以外の何物でもないが、このおしゃべりこそが、雑多な様々な法的現象を説明し、統合するためのカテゴリとして「グローバル」という概念を承認させ、この「グローバル」を学問の対象及び学問的パラダイムとして構築するのである。これは浸透性の高いカテゴリであるがゆえに魅力的であり、また、広がりを持つものであることから、その多様な使用方法を真剣に検討していくことが必要となる。

グローバル・ローとは何か？

グローバル・ローという概念は、異質な法的現象を示すものであるため、混沌としている。ウィリアム・トワイニング教授などは、その「グローバリゼーションと法」という講義を聴講する榮譽に預かったロンドン大学の学生に、

「g-word」を口にすることを禁じるほどである。しかし、私たちは、自らの名誉を傷つけることなく、影響力や活動領域が国家を「超える (supra)」あるいは「国家横断的な (trans-)」法律制度あるいは組織を「グローバル」だということができる⁴⁾。この意味において、国際商事仲裁、国際商慣習法 (lex mercatoria)、人道法、憲法裁判所裁判官の間の対話、世界銀行、国際財務報告基準 (IFRS)、カトリック教会、FIFA など、「グローバル」な法的現象である。ここでは「グローバル」は、世界的規模——「ワールドワイド」を意味する。

ある法的体制あるいは組織が「世界的規模のもの」であるということは、それらが完全に世界的規模のものであるということの意味せず、(地域的な、あるいはある一国の、もしくはある地方の、といった)「サブ・グローバル」のレベルや、横断的なネットワーク、あるいはある特定の分野のフロー (flux sectoriel) 等から独立していることを意味しない。例えば、コモン・ローの広がり、明らかに世界的な規模の現象であるが、しかしその広がりがかつての大英帝国の言語圏と一致し、その範囲の理解なくして、コモン・ローを理解することはできない⁵⁾。トータル・ユノカル事件も、明らかに「グローバル」な事件であるが、ベルギー、フランス、アメリカにおいて、それぞれの国の法律に基づいて行われた訴訟を離れて理解できるものではない。しかし、この件に関しては、「グローバルな正義」が論じられた⁶⁾。国際的な対話の中で、全世界の憲法裁判所の裁判官たちはネットワークを構築したが、そのネットワークの中におい

4) W. Twining, *General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective*, CUP, 2009, p.14-15.

5) W. Twining, *op. cit.*, p. 15.

6) ミャンマーで、仏トータル社と米ユノカル社は、ガスパイプラインの建設に着手したが、その際に、「治安維持」の名の下に、ビルマ軍は周辺住民に対する収奪(強制移住、土地の没収、強制労働、強姦、拷問)行為を行った。かような犯罪行為を共同実行したとしてベルギー、フランス及びアメリカにおいてトータル社とユノカル社に対する訴訟が行われた。ここにおいて、国際的訴訟に関する管轄権が国内裁判所にあるのか、国際的私的企業に人権保障の責任があるのかという問題が提起された。この問題の全体については、Benoît Frydman, "Total et ses enjeux", in *Liber amicorum Paul Martens : L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 301-321.

ても、ある法域は他の国よりも積極的な役割を果たし、ある法域は他の法域よりもある別の法域により深くつながっている⁷⁾。したがって、「グローバル・ロー」は、世界的規模の普遍的な法のような、すでに存在する法秩序 (ordre juridique) を上から見下ろす独立した法秩序ではなく、むしろ「超国家的 (supra-nationalaux)」あるいは「国家横断的 (transi-nationalaux)」な法的現象 (phénomènes juridiques) の出現を意味する。この「超国家的」あるいは「国家横断的」な法的現象は、(欧州連合やメルコスール等の) 地域的な法秩序や、ある一国の法秩序または (連邦国家、都市、地方等の) 国家内の法秩序といった、様々な「サブ・グローバル」のレベル、及び (教会、マフィア、言語の共同体、旧植民地……といった) 横断的なネットワーク並びに (人の移転を伴うフロー、集中化された産業——自動車産業、インターネット等といった) セクターにおけるフローを密接不可分にするような濃密な法的関係性の中に存在する。世界的規模の法的現象はこのような様々な空間の有機的つながりの中においてこそ理解されなければならないのである⁸⁾。

2. 2. グローバル・ローについての簡単な歴史

グローバル・ローの起源を語る物語は数限りなくある。以下は、私が妥当だと思うものである。

グローバル・ローとは、西洋の法万能主義 (juridisme) の世界的規模での普遍化という歴史的なプロセスの到達点であり、言葉遊びなどではなく、これは民法の帝国の勝利という意味における、文明の勝利である⁹⁾。文明化、西洋化、近代化あるいは法化 (juridicisation) について論じるとしても、ここまで普遍化の度合いが高まった状況においては、これらの用語はほぼ同じ意味を持つものとしてさしつかえない。

7) Sujit Choudhry, *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2007.

8) W. Twining, *op. cit.*, p. 15.

9) « *La civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil* », Pierre Legendre, *L'Empire de la vérité : introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, p. 176.

このプロセスは、西洋の法万能主義の語彙や用語による個別的あるいは集团的アイデンティティの再構築にまで達することとなる、西洋の法万能主義の様々な規則、手続、制度、カテゴリーそして法的思考方法の採用を非西洋社会が命じられていくプロセスである。その結果として、これらの社会の象徴的領域や経験する世界 (*monde vécu*) の法化 (*juridicisation*) が生じた¹⁰⁾。このようなプロセスは、現在相当程度研究されてきている。「文明化された国民」の仲間入りをするためには、人の尊厳、所有権、契約の自由を保障する独立した司法制度や、社会の基礎的な機能を組織し、外交の基本的なルールの遵守を保証する独立した行政制度を備えること、そしてふさわしくないと判断された一定の慣行 (一夫多妻制や妻の殉死……) を根絶するなど¹¹⁾ の至上命題に従い、原則や条件を満たさなければならない。このような原則の実施過程は状況により異なり、ここに、植民地化と開国 (*ouverture*) とを区別をすることができる。植民地化する過程においては、「文明人 (*nation civilisée*)」が「文明化されるべき国民 (*nation à civiliser*)」に対し、(フランスのように直接的な方法により、あるいはイギリスのように間接的な方法により、あるいはその両極の間にある様々な方法で) 西洋風法万能主義を押し付ける。開国の過程においては、「文明化されるべき国民」は、「文明化する国民 (*nation civilisatrice*)」により、自ら西洋風法万能主義を採用するよう強要される (日本、トルコ等)。

このような過程の多様性の中に、未開人 (*sauvages*)、野蛮人 (*barbares*) 及び文明人 (*civilisés*) といった学問的分類方法を用いつつ、かようなプロセスを支配する操作方法の一般的な形を見出すことができる¹²⁾。野蛮人は、成文法に似た何かを既に有しているという観点から見分けることができ (マヌ法典、イスラム法、中国の律、日本の将軍の勅令等)、多かれ少なかれ法と似たところのあ

10) Cornelius Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.

11) Gerrit Gong, *The Standard of "civilization" in international society*, Oxford Clarendon Press, 1984. ここでは、本当に求められていた条件はこうしたものであったのか、あるいは、1895年に日本がそうであると思ったように、自ら「文明化する」国となるということではなかったのかということが問われている。

る了解可能なものをまったく有していない未開人とは区別される（これらが有名な「歴史を持たない社会」である。）。したがって、野蛮人はまずは法に似た何かを持っていることが前提となる。文明化を行う人々は、文明化された法システムの中に組み入れるにはあまりに原始的なものから、ときにはそれを変容させることを条件としつつ、文明化するにふさわしいと思われる土着の慣行や実践を峻別することから始める。その次に、彼らは、西洋の法万能主義の下における用語と文法の中で使用可能な要素を「慣習法」（「土着法」と呼ばれるが、こうした方法に何らの違いをもたらすものではない。）の名の下に翻訳することに着手する¹³⁾。そして、文明化を行う人々は、彼らが構築していく法秩序の中で、（所有権や契約といった）財産法や、（主権、権力分立、最近では人権や自由選挙などといった）公法などの普遍的なものとしてされるルール、手続そして制度を補充するものとして、このような「慣習法」に従属的、補充的あるいは例外的地位

12) この点に関し、James Lorimer は明確である。「政治的現象として、現在の条件化において人類は、文明化された人類、野蛮な人類、そして未開の人類という三つの同心円のゾーンあるいは領域に分断されている。文明化された国民にとっては、これらの者に対しては、三つの承認の段階がある。つまり、全面的政治的承認、部分的政治的承認、及び自然的あるいは純粹に人としての承認である。全面的政治的承認の領域は、ヨーロッパ人として生まれ、あるいはその子孫に限るアメリカ各州や植民地を有するヨーロッパ諸国及びかつての宗主国であったヨーロッパ諸国から独立を勝ち得た北アメリカ及び南アメリカである。部分的政治的承認の領域は、ヨーロッパとアジアに関してはトルコであり、ヨーロッパの属国とならなかったアジアの国であり、ペルシャ、その他の中央アジアの独立した国、中国、シヤム及び日本である。自然あるいは単純に人としての承認は、そこに進歩的なあるいはそうではない人種を認めたとしても、残りの人類の居住地である。国際的法律家が直接対応をしなくてはならないのは、第一の領域の人々である。しかし、法的進歩が政治的承認の領域の中で生じる関係を完全なものにするにとどまるものではなく、その段階的拡大に関するものであることから、国際的法律家は、その他の領域と関わりこととなり、部分的に文明化された集団に対する文明化された集団の関係を認識しなければならない。彼は未開人あるいは野蛮人に対して諸国民の実定法をそのものとして適用するのではない。彼は、野蛮人及び未開人が部分的承認範囲に入ってくるのがいつなのか、そしてどのようにしてなのかということを確認しなければならない。」James Lorimer, *The Institutes of Law of Nations, a treatise of the jural relations of separate political communities*, Reprint de l'édition d'Edinburgh, 1883, Scientia Verlag Aalen, 1980, vol. 1, pp. 101-103. (強調筆者)

を与える。サヴィニー以降、財産法よりも現地の民族の風習がより浸透しやすいと考えられている家族法は¹⁴⁾、適合と「文化の違い」¹⁵⁾の承認の名の下に、文明化を行う人の普遍的法と文明化される人の伝統との間の熾烈な駆け引きの場、境界域となっているが、ここにおける文明化される人の伝統と言われるものも、多くの場合、この駆け引きにおいて、その地域のエリート支配階層を最も資する形で作り出されるものである¹⁶⁾。

幾百年もの歴史ある古い文化を持つ文明化された国の住民は、このような崩壊をあまり経験しないで済むという幸運に恵まれた。文明化された国の住民が被ったトラウマの主なものは、自ら原因を作った、宗教戦争、南北戦争やその他の革命などに基づくものである。したがって、こうした人々には、西洋の法万能主義の用語といった、これまで知られていなかった構文や用語を用いて自らを表現し、また、自らを理解することを強制される社会が受ける、すさまじい象徴的な暴力を理解することは困難である。このような社会は、強制を徐々に内面化し、(それが「近代的」であるがゆえに)強制を正当なものだと考え、そして「かつてのように」自らを表現することや考えることが徐々にできなく

13) (西欧の法万能主義における文法や語彙の中で法と呼ぶものと関係のない慣行を翻訳するという)やり方は同じであるが、歴史的に繰り返されることにより、そのやり方は違った意味を持つようになった。人類学者が慣習を発明したとき、彼らは、法人類学の批判的著作を読まなかったということを弁解として用いることができると考えた。Cf. Louis Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996 et Gunther Teubner (with Andreas Fischer-Lescano), « Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions? », in Christoph Beat Graber and Mira Burri-Nenova (eds.), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: Legal Protection in a Digital Environment*, Edward Elgar Publishing, 2008, 17-45.

14) Duncan Kennedy, « Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 811 sq.

15) ギリシャの例については、cf. Philomila Tsoukala, « *Marrying Family Law to the Nation* », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 873-910.

16) Gayatri Chakravorty Spivak, « *Can the Subaltern Speak?* » in Cary Nelson and Larry Grossberg, *Marxism and the interpretation of Culture*, University of Illinois Press, 1988.

なるため、(しかしまったく過去を持たないことなど不可能であり、また、新しい文明化された秩序へ従属する方法を取り入れるためには、そのための何らかの根拠を見つけなければならぬわけであるから) 新しい「かつて」を考え出さなければならなくなる一方、従属することの屈辱を感じつつも、同時に人々が羨望する新たな主人のものである象徴的世界につながることを誇りに思うようになり、そしてこのようなカオスから痛ましくも生じる、強く愛されるとともに強く憎まれ、しかし宿命的にふぞろいで不安定な混濁したアイデンティティを持つことを強く求められることとなる¹⁷⁾。

これは、**ポ・ス・ト**前期、狂乱の、かつ英雄的なウェストファリアの時代である。私たちは、ウェストファリア体制を、通常、国民国家と国家間の国際法という二項対立の世界としてとらえる。対立項のそれぞれの項目の中において、同じ構造上の分割が再現され得るということを前提とすれば、このように述べることは間違いではない¹⁸⁾。つまり、国家の主権は内部的であり外部的であり、国際法は文明化された国民同士を結び付ける国家間の法(国際公法)、及び——植民地、保護領、不平等条約等といった——文明化されるべき国民に文明化された国民を結び付ける名もない法的関係の錯綜体である¹⁹⁾。国際公法においては、主体は形式的に普遍的で、共通項を持った、可逆的な法的関係により相互に結び付けられた自由かつ平等な(主権)国家である²⁰⁾。これに対し、文明化を促進するための名もない錯綜体(entrelacs civilisateur sans nom)は、国家で

17) あまたある研究書の中では、Franz Fanon, *Peaux noires, masques blancs*, Paris, Seuil, 1952 や、より風刺的、繊細かつ絶望的なジャンルでは、谷崎潤一郎『陰翳礼讃』、*Œuvres*, Gallimard, Pleiade, 1997, vol. 1. がある。

18) Cf. Duncan Kennedy, « The semiotics of Legal Argument, *Syracuse Law Review*, 1991, vol. 42, p. 75 sq.

Duncan Kennedy は、nesting という表現を、対立する二つの項それぞれにおいて二項対立が繰り返される現象を意味する言葉として用いる。

19) 国際法と植民地化の関係については cf. Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005.

20) Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2006.

はない、あるいは国家としては未だ不十分な、もしくは法的能力を持たない存在に対する文明化された国家の一方的支配を確立することにより、力の不平等を確固たるものとする。国際公法と文明化を促進する錯綜体の間では、模倣すべきものとしての関係性が存在する。つまり、錯綜体に望まれる将来は、文明人が自らに課した文明化という任務が完了した際に、国際公法の中に吸収されていくことである²¹⁾。

それは、世界の文明化の完了を画する 1948 年の世界人権宣言を採択した際に生じた。今後は、すべての人は法的に能力を有し、基本権を与えられた尊重すべき「人 (personnes)」となる。すべての人の集団は (少なくとも形式的には) 国家あるいは国家の一部であり、その観点から憲法により統制されることとなる。西洋の法万能主義は、画一的に広められた表面的な人類学の言葉となるが、その下では、非西洋の歴史的世界の存在、あるいは西洋化の試練の中でそれら世界が獲得した姿を垣間見ることができる。文明が頑固なものであることは大いにあり得るのであって、西洋の法万能主義が人類の歴史の超えることのできない地平線、あるいは歴史の終焉であるなどと急いで決めるつけることはできない。いずれにしても、この新しい世界の中で、ウェストファリア的国際法の内的構造が崩壊したことに変わりはない。その「国際公法」という側面は、文明化を促進する錯綜体という自らの二重否定であった片割れを失い、何に対するモデルも正式に提供できなくなったがゆえに模範としての機能も失った。これまで国際公法を支えてきた歴史のダイナミズムは枯渇し、終焉を迎える²²⁾。そこから生じたものを、「グローバル・ロー」と便宜上呼ぶことができるが、少なくとも私たちが言えるのは、そこで生じたものはあまり明確なものではないということである。

21) Sur les ambivalences du droit international, cf. Nathaniel Berman, *Passions et ambivalences, le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Paris, Pédone, 2008.

22) Cf. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations : The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

曖昧さ 1：グローバル・ローとグローバル化された資本主義

グローバル・ローは、人間の尊厳、所有権及び契約の自由の普遍性の普及促進、コモン・ローが広まることによる世界の画一化、(モデル契約書等の形での) 国際的な巨大ロー・ファームによる法律実務の画一化、ロー・ショッピングという現象、国際商取引関係における私的裁判の利用(仲裁、調停、斡旋)、私的な活動体自体による法的ルールの策定などしばしば結び付けられる。こうした意味において、グローバル・ローは、ロー・ファームの商業的利益の勝利及び/または世界の経営者視点の勝利、及び/またはグローバル化された資本主義の法的構造の勝利、及び/または自由主義の勝利、及び/または帝国の勝利を意味するだろう。ある人々は、グローバル・ローの到来は、平和、人権、代表制民主主義、穏和な政府をすべての人に提供する人類の輝かしい未来、(持続可能な) 発展を保障する市場の開放と、(環境的な) 繁栄、習俗を隠やかなものにする商業を直ちに実現するものとして歓迎する。他の人々は、グローバル・ローを、不平等の激化、自然資源の略奪、自然災害、国家や国家の社会福祉政策及び民主主義的機構の崩壊、西洋文明の攻撃的及び傲慢な拡大、世界の文化の画一化及び終わらぬ戦争と結び付けてとらえ、グローバル・ローの到来を嘆く。

グローバル・ローが、これらすべてのものと関係するものであることは否定できない。そこで現れる支配的な利害関係は、国際的な企業の利益と無縁ではないだろうし、そこに表明される覇権主義的な試みは極めて帝国主義的なものであり、グローバル・ローを満たすイデオロギーが自由主義と異なるものであることは稀であり、そこで実践される統治性 (*gouvernementalité*) は、通常経営的観点に基づくものである²³⁾。そうであるとしても、あらゆる装置 (*dispositif*)、手続及び法的主張がそうであるように、グローバル・ローもそれ自体に固有のロジックにより広く統制された装置、手続法的主張を用いるものであり、これら装置は、それらを取り巻く利益、試みあるいはイデオロギーといったものだ

23) R. Shamir, "Corporate social responsibility: towards a new market-embedded morality?", *Theoretical inquiries in Law*, vol. 9, 2008, p. 371 sq. 9.

けに従うわけではない。グローバル・ローは、それを一つの塊としてとらえるには、あまりに複雑で、あまりに矛盾し、あまりに形而上学的繊細さに溢れた、様々な利益、試み、価値観、イデオロギーを受け入れる法的実務と形式の大海原を指し示すものである。

無体財産に関するグローバル・ローについての例を取り上げてみよう。無体財産に関するグローバル・ローは、それを支配するイデオロギーに従って定義し、1994年のTRIPS協定(知的財産の貿易的側面に関する協定)の調印に由来するグローバル・ローと同一視することができる。この協定は、著作権法と特許法に関する西欧的な、また自由主義的な概念を確立し、関連する国際的な企業²⁴⁾が求めていた無体財産の世界市場の法的基礎を提供した。しかしながら、公衆衛生上の懸念²⁵⁾を持つ南側諸国の圧力を受け、この協定は、強制ライセンスや並行輸入といった例外と保護的メカニズムも承認した。また、調印国の国内裁判所に適用されるこれら協定は、その国の公衆衛生政策や工業的發展を含むそれ自体極めて多様な利益に資するため、国により極めて異なる方法で解釈されることとなった。知的財産のグローバル・ローは、イデオロギーによる構築物であり、支配のための道具、商業的秩序の基礎であるが、それと同時に、戦いの場でもあり、それゆえに、一義的な政治的な目的を与えることは不可能となる。

とりわけ、無体財産のグローバル・ローをTRIPS協定バージョンの知的所有権のグローバル・ローに還元してしまうのは、事実として間違いであり、また知的な意味からもその意味するところを減殺してしまうこととなる。イニシアティブや共同体の世界(mondes d'initiatives et de communautés)、体制と学説の世界は、知的所有権に対する異議申立てに端を発する(無料のソフトウェア、オープン・ソース、クリエイティブ・コモンズ等)。これら世界が、知的所有権の体制から生じる世界と比べて、より法的でない、よりグローバルではないなどということはできない。無体財産のグローバル・ローは、確かにまず何よりも

24) とりわけ、ブランド、娯楽、製薬、ITの分野において。

25) 代表的な国として、南アフリカ、ブラジル、インドがある。

(TRIPS バージョンの) 知的所有権のグローバル・ローであるが、それは、破壊と代替手段 (alternatives) を生み出すこととなる、知的所有権に対する批判のグローバル・ローでもある²⁶⁾。

より一般的には、グローバル・ローは、グローバル化した資本主義の法的制度に容易に還元されるものではない。グローバル・ローは世界的な市場や国際的な企業を創設するだけのものではないからである。人権に関する国際的訴訟が確立されている現在、ガスパイプラインの建設の際にビルマ軍が行った収奪に関するトタル社 (Total) の責任は、それを裁くことを期待できないビルマの裁判所とは違った場所で追及されたが、このような動きが当該企業の利益に適ったものであると言うことはできないであろう²⁷⁾。また、グローバル・ローという言葉は、国家の行動力を強化するものと一部の人々が期待する、行政のカテゴリーと行政実務の世界的な規模での収斂をも意味する²⁸⁾。イスラム法は「グローバル化」の最中で、ある側面においては、グローバル化された資本主義の制度に対する文化的なもう一つの選択肢として立ち現れる (そしてそれ以外の側面においては、グローバル化された資本主義の制度とよく調和する)。人権の文化相対主義的アプローチは、人権のグローバル・ローのヨーロッパ中心の偏りや経営者的アプローチに対する痛烈な批判である²⁹⁾。TWAIL (第三世界国際法方法論) の試みは、明確かつ徹底した反資本主義的分析を取り込んでいる³⁰⁾。こうした試みは、それが批判するものと比べて「グローバル」

26) B. De Sousa Santos, C. A. Rodriguez-Garavito, *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*, Cambridge University Press, 2005.

27) 注6) を参照のこと。

28) Cf. Benedict Kingsbury, Nico Krisch, and Richard B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15 sq. ; Sabino Cassese, "Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, vol. 37, p. 663. Pour une critique de ce projet Bhopinder Singh Chimni, « Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 799.

29) Yasuaki Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010.

なものではないということではない。グローバル化された資本主義の制度も、その批判も、別の選択肢として提供されるものすべてがグローバル化する。この問題は政治的なものである。つまり、グローバル・ローが示す実践や法的形式がグローバル化された資本主義の構築のために決定的な役割を果たしているということを見ないのであれば、森も木も見失うこととなり、しかし、グローバル・ローの実践や法的形式をグローバル化された資本主義の構築のためのものとしてしか見ないことは、その中における矛盾を理解し、その重要性を評価する機会を失うことになってしまうのである。

曖昧さ 2：グローバル・ローと国家の陳腐化（obsolescence 旧式化、廃用）

第二の曖昧さは、グローバル・ローの発展の中における国家の役割に関するものである。少なくともフランスにおいては、グローバル・ローが国家の影響力の喪失と結び付けて考えられることがしばしばある。グローバル・ローは、世界的な規模において展開するという意味においてだけでなく、国家から独立して、その外で展開するという意味においても、超国家的あるいは国家横断的な大きな広がりをもたらすものであり、Non-State Law³¹⁾ という言い方には十分な理由がある。しかしながら、国家秩序と全く独立した法的現象を見つけ出せることは稀である。最も知られているものとしては、国家ではないところから生じる形式（formes）と実務であるが、その中においても、国家の占める地位やその役割が変容するとしても、消滅してしまうということはない³²⁾。国家間での税制の競争から生じるグローバルな税法という観点からは——ロー・

30) Cf. Bhupinder Chimni, James Gathii, Celestine Nyamu, Vasuki Nesiiah, Elchee Noworjee, Hani Sayed, *TWAIL, Vision Statement, working paper*, 1997. Ce texte est disponible dans James Thuo Gathii, « Alternative and Critical. The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory », *International Law Journal*, vol. 41, 2000, pp. 263-275. Cf. aussi B. S. Chimni, « The Past, Present and Future of International Law: A. Critical Third World Approach », *Melbourne Journal of International Law*, 2007, vol. 8/2, p. 499.

31) 特に、Gunther Teubner (eds.), *Global Law Without a State*, Dartmouth Pub Co, Aldershot, Brookfield, 1997.

ショッピングがそれを必然的なものとする——、国家の主権は法と政治的権威の源であり、租税体制と租税協定の複雑なネットワークであり、また、付加価値を高くつけることのできる商品でもある³³⁾。国際刑事法は（自らに普遍的な権限があると考え）「裁く国家」、（国際条約に署名しない）何の役割も担わない国家、さらには——これまで存在しなかったものであるが——「犯罪国家」を誕生させた。スポーツ法は、地域連盟、国際連盟、（スポンサーやメディアといった）私的当事者のみならず、直接的に介入するか、時には国家と深く結びついたその国の連盟、地域連盟及び国際連盟もしくは私的当事者を通して介入する国家などの当事者の複雑な働きの産物である。これらの現象すべてが「国家の死」を招来するものではなく、むしろ、新たな行動の手段を提供しつつも、国家の特権を相対化するといった、根本から覆された法的状況の中に国家を再配置するものなのである。

これらのことはかつてはなかったものである。ポストの前の世界の地図を描いたのはホップスであり、世界は、慣習、条約、一部においては、万民法（*ius gentium*）などにより、当事者が合意した限りにおいて相互に結ばれるいくつかの（国家の法秩序という）オアシスが出現する（哲学の用語で「自然状態」と言われる）ジャングルであった。ときには、ある国家が世界の支配者になろうと試

32) 例えば、環境法の分野において。国家は、国家による環境適合性認証が非関税障壁とみなされることを恐れ、経済活動への環境認証プログラムの策定を行ってこなかった（WTO内のTBT協定など）。とりわけ南のいくつかの国は、私的な環境認証プログラムを用いてきた（例えば森林会議協議会（Forest Stewardship Council）など）。私的な認証機関はWorld Standards Services Networkから国際的に認められた規準を策定する団体として認められたところもある（TBT協定2.5条）。規準策定への国家の参加がかかる認証取得のための条件の一つとされている。Cf. E. Meidinger, « Multi-Interest Self-Governance through Global Product Certification Programmes », in O. Dilling, M. Herberg et G. Winter, *Responsible business: self-governance and law in transnational economic transactions*, Hart Publishing, 2008, p. 259.

33) Jean-Philippe Robé, “Conflicting Sovereignties in the World Wide Web of Contracts - Property Rights and the Globalization of the Power System”, in Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbasen (eds.), *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin, De Gruyter Recht, 2009, pp. 691-703.

みることもあったが、その計画は頓挫してきた。主権は、国家がその他の国に対する関係において、自らを拘束するか否かを決定することのできる粗野で(少なくとも法においては)絶対的な自由を意味する言葉であった。このような国家は世界の中心、つまり西にまとまって存在していた。この大きなジャングルの中で、近世(1492年)、奇妙な(社会、国民、部族、氏族等の)集団が発見され、これらは、以降、当初強制された名もない法的つながりの錯綜体(植民地、保護領、不平等条約等)により、文明化された国家につながることになる。20世紀後半からは、こうした景色は膨張しつつ、変容する。国家は常に存在するが(今日では、これら奇妙な集団が、少なくとも文書上は、すべて国家の形を取っていることから、国家の数はより多くなっている。)、しかしこれら国家は、自ら法を作り出す、無数の集団により編まれた様々な法的拘束の厚い網の中に置かれている³⁴⁾。ある裁判官は普遍的な権限を得、別の裁判官(あるいはその裁判官自ら)は、同僚の判断を国内法の法源にまで高め、私的な国際仲裁人は法律体(*corps de droit*)を作り出し、それを編纂する。スポーツ連盟、慈善事業団体、国際的な企業³⁵⁾、宗教団体あるいは大学を含む国際的組織は、尊重されなければならないとする規則と基準を自ら生み出す³⁶⁾。博物学的暗喩を続けるのであれば、このような法的体制を織り上げたものは、古い時代に、ある

34) 「グローバル・ローにおいては、あらゆる人が自らを立法者であると宣言し得る。しかしそれだけではない。他人の行動を支配するために十分な手段を有しているような場合には、自らをグローバリゼーションの『憲兵』だと言いつける者も存在する。あるいは、実務では実際にはこちらの方が多いと思われるが、支配する立場にある人々は、それを必ずしも望むわけではない他の人々から、他の行為者の行動を監視し、場合によっては制裁を加えるような役を割り振られることとなる。支配するような立場にある人々に委ねられるこのような任務は、『責任』と称されるが、このフランス語の言葉は、道徳的責任(*responsibility*)、法的責任(*liability*)、あるいは説明責任(*accountability*)という様々な意味を持つ。」 Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », *art. cit.*, p. 17.

35) Cf. Claire A Cutler, *Private Power and Global Authority, Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003 ; Dan Danielsen, « How Corporations Govern : Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance », *Harvard International Law Journal*, 2005, vol. 46, p. 411.

36) José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, 2006.

いは最近文明化された国家がその中でうごめくエコシステムを構成する、複雑かつ絶えず変容する環境のごときものを作り出すまでに十分な厚みを持っている。世界はもはや、独立したいいくつかの法的秩序が存在していた未開の森ではなく、体制、制度、権限、特典 (prérogative)、権力、特権、規範、ラベル、格付け、規格、恩典 (privilege)、学説、概念等が重なりあったものとなっている。言ってみれば、世界はジャングルであり、かつてと同じように混沌としているが、これは第二の自然であり、都市のジャングルであり、グローバル・ローは、世界規模の法的メトロポリス (*Métropolis juridique planétaire*) である³⁷⁾。したがって、グローバル・ローがポスト国家的であるというのは、国家が消滅し、あるいは国家が何の役にも立たなくなったからではなく (国家は消滅しておらず、また、何の役にも立っていないということもない)、グローバル・ローが、その中で国家がうごめくこととなる法的環境であるためである。国家の主権は、自然状態の国際的なレベルにおける粗野な自由などではなく、国家がその中に住まうこととなる複雑な法的関係の錯綜の中で、(国家的なものであれそうでないものであれ) その他の集団と相互に作用しあうという、より相対的でより拘束を伴う自由となる。これは、国家の粗野性が今日もはや想定できない、あるいは、それがあり得ないものとなったからなどということではなく、その舞台が今後、相対的に都市に移っていくことになるということである。

これらの考察は、グローバル・ローに伴う曖昧さを掃うことを目的とするものではなく、逆に曖昧さを維持しようとするものであるということを知っていただけるのではないかと思う。グローバル・ローは、国家の主権の相対化³⁸⁾とともにグローバル化された資本主義の発展と結びつく部分があるが、それだけに還元されるべきものではなく、一義的で単純な歴史的または政治的意味を漫然と付与されるようなことはない。それが、私がグローバル・ローという言葉を好む理由の一つである。グローバル・ローは、あらゆる投影や単純

37) François Schuiten, Benoît Peeters, *Les cités obscures*, Casterman, 1983.

38) S. Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, 1996.

化を必要とするが、私たちが思う以上に、試練を経ることにより、より暗くて複雑な現象を内包するものとなっていくと考えられる。

2. 3 法的思考におけるグローバルな転回

トワイニングは、慎重かつ批判的に、「グローバル」という用語は、世界的な規模の法的現象の姿全体を理解するために、法学が採用した視点である「グローバルな見地」という表現の中で使うことができるものであるとしている。フランス法秩序の研究を基本にして行政法を学ぶことはできるし（国内法）、二つあるいはそれ以上の国の国内法秩序を鏡として照らし合わせることもできるし（比較法）、あるいは全世界という用語の下に包摂されるすべてのものを理解しようと努めることもできる。ここでは同じ対象、同じ理論であるが、そのレベル（*échelle*）が異なる。一義的には、「ワールドワイド」な法的現象を扱うすべての法理論が「グローバル」となる。

このようなレベルの変化自体が、国内法秩序と国家間国際法の（トワイニングが皮肉っぽく呼ぶところの）「ウエストファリア・デュオ」などという、ポスト前の世界において支配的であった概念的構造を終焉させるものではない。この構造は既に、その全世界的な成功が示すように、自らが生み出した法的形式の普遍性からすでに「グローバル」なものとなっており、19世紀の西洋の法的思考の第一のグローバル化の波が、全世界にこの構造を広めた³⁹⁾。

グローバルという用語はしかしながら、単なるレベルの変化にとどまらない別の何かを意味することもあり得、あるいは変化が対象物の変化をもたらすことがある。もしグローバル・ローが「サブ・グローバル」な、そして横断的あるいは分野ごとのフローといった他のレベルからは独立した普遍的な法ではな

39) このような世界的な命運に関する理念のパラドキシカルな成功は、それが、国家がその独立を失うことなく世界の歴史に名を刻むことを可能にしたことによるものと言えるかも知れない。このような考え方は、Duncan Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in David Trubek, Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development, A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, p. 19 sq.に見られる。

く、むしろこのようなレベルとフローの相互作用であるとすれば、レベルの変化はこのような法的空間すべてとその有機的なつながりのあり方をともに考察することを促す。これは、国内法秩序の中で、様々なレベルの法的体制の有機的接続が知られていないということではないが、そこで生じる問題は一般的に国家により保障された制度の中に答えを見出すのであり、このような解決方法は、世界的メトロポリスにはないものである。

したがって、私たちは今でもウェストファリア的文法に基づいてあらゆる法的対象物を構築することができる。その観点からは、私たちは、ミャンマーでの人権侵害はビルマ法の問題であり、その他の私的当事者ではなくビルマ国家が人権を尊重させる義務を負うのであり、ある国の裁判機関は「普遍的管轄」を有するものではなく、したがって、「トタル・ユノカル事件」が存在することもない、などと言うことになるだろう⁴⁰⁾。メディアに対して行われたナイキの宣言は法でなく、かかる宣言は、宣言をした者をカリフォルニアの消費者保護法の下に置くものではなく、他の企業による東南アジアでの労働法侵害を罰するための根拠とすることはできず、したがって、ナイキ事件などは存在しない、などと言うことになるだろう⁴¹⁾。ただ国家だけが憲法を有し、WTOの権利の憲法化、あるいは（より悪いことには）自動車産業あるいはインターネット上の権利の憲法化はメタファーの間違った用法であるということになる

40) Cf. note n° 6.

41) ナイキの公的な宣言と異なり、ナイキの下請業者のいくつかが児童労働を行っていたことが判明した後、虚偽広告を理由とする消費法に基づくナイキに対する裁判がカリフォルニアの裁判所において提起された。カリフォルニア最高裁はこの宣言が商業的性格を持つもの、つまり法的意味を持つものであることを認めた。Nike, Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654, 663 (2003). Sur ce cas, cf. R. M. O'Neil, "Nike v. Kasky—What Might Have Been ...", *Case Western Reserve Law Review*, 2004, vol. 54, p. 1259; F.-G. Trebulle, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Revue des sociétés* 2004 p. 261; T. C. Goldstein, « Nike v. Kasky and the Definition of "Commercial Speech" », *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, p. 63. Benoît Frydman, « Stratégies de responsabilisation des Entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. Berns, P.-F. Docquir, Frydman, B. Frydman, L. Hennebel, G. Lewkowicz (eds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1 sq.

だろう⁴²⁾。大都市間の協力協定は地方自治体の(国内)行政法の一分野として理解されるだろう。したがって、ウェストファリア的思考から見ると、グローバルな法的現象は、それぞれ分離したものであり、分離した法及び法的思考の領域から生じるものとして現れる。しかしながら、それでもなおこれらの現象の間には関係があり、全世界的なレベルに移ることにより、これらをすべて一緒に考察し、これらをこれまで見たことのない法的対象として示し、その法的対象を構成する要素の関係性のダイナミズムに関心を向けることができるようになる⁴³⁾。レベルの変化は対象の変化を促すのである。私たちはこれを拒否することはできるが、しかし、多くの法学者がこうした変化を受け入れたとしても、驚くことではない。

「グローバル」という用語は、したがって、対象の変化をも意味する。対象を変えることによって、そのための新しい道具も必要となる。国家の法秩序の制度を比較するにとどまる比較法は国際的な動きを検討するには適していないということにもなるし、あるいは公的なものかあるいは私的なものかという制度の厳密な区別は、私的当事者による法的規範の生成といった現象を特定することを容易にするものではないということにもなる。あるいは、世界的規模のメトロポリスにおいては、国家以下のレベルの有機的つながりが国内の法秩序の統一力により保たれるものではないことから、法的知識に基づく研究対象とならない法的でないプロセスによりこのようなつながりは保障されるものとなるということにもなるだろう。対象の変化はしたがって視座の変化といったものを促進し、プロワ・フリードマンが述べるように、パラダイムの転換をも促進するものである。「言語論的転回」と言われたように、正しいフランス語で、「グローバルな転回 (Global Turn)」について語らなければならないだろう。

42) Gunther Teubner, « Societal Constitutionalism: Alternatives to State centred Constitutional theory? », in C. Joerges, I.-J. Sand and G. Teubner (eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Hart Publishing, 2004, p. 3.

43) Benoît Frydman parle d' "Objets Juridiques Non Identifiés", cf. *Comment penser le droit global ? art. cit.* Benoît Frydman は「特定されていない法的対象」という。

このことは特段驚くようなことではない。もしグローバル・ローが、異なる法的性質を持つ実体を世界的なレベルで結びつけるサブ・グローバルなレベル、及び国家横断的あるいは分野間のフローの間における法的関係の重なりであるとするれば、また、もしこの重なりあい、新しい実体が活動することのできる新しいエコシステムを構成するほどの重厚さを持つものであるとするれば、法について考える任務を負う法学者の集まり、大学及び研究機構とネットワークがこのエコシステムに属しないでいられるとは考えにくい。もしそうであるとするならば、グローバル・ローの考察と理論化の経験的な条件はそれ自体影響を受けることとなり、認識論的帰結をそこから引き出さなければならないだろう。グローバル・ローに関する「グローバルな視座」を取り入れるということは、単にレベルの変化や対象の変化にとどまらず、グローバル・ローに関する経験論的視点をグローバル・ローについて採用することを意味する。世界的な法的現象に関心を持つ理論の中からこのような視点を取り入れた理論を区別するためには、グローバル・ローに関するグローバルな理論（Théories Globales du Droit Global, TGDG）について論じることが必要となる。

過去数十年の間にグローバルな転回をとった法学者たちは今日数多い。このことは特段驚くことではない。これは、対象の出現とこうした対象を認識可能とする概念的枠組みの誕生、あるいは法的現象の登場とそれを考察可能なものとする学者の集団の誕生の間における卵か鶏かの話である。したがって、超国家的あるいは国家横断的な体制の出現が、メンバー自身が自らをその国の知識人の代表ともはや考えることなく、「グローバルな視点」を取り入れた、今姿を現しつつある法学者の集団に属していると考えられる超国家的あるいは国家横断的な知識人の誕生と結びついているとしても、何ら驚くべきことではない。したがって、世界的なレベルで様々な法的活動を行っているグローバル・ロイヤールの隣に、「グローバルな転回」後の中で、教育的、制度的及び知的活動を行うグローバル・プロフェッサーが存在したとしても驚くべきことではない。

グロ・バ・ル・な・転・回はグローバル・ローのイデオロギーか？

もし、TGEが国家の出現と不可分であったように、TGDGがグローバル・ローの出現と不可分のものであるとしても、その結びつき方は同じではない。TGEは、「彼ら」の国家の構築と合理化のための政治的プロジェクトの系譜の中にある一方で（ケルゼンの理論はそのジャンルの限界例であるとともに、それを超えるものでもあった⁴⁴⁾）、TGDGは、グローバル・ローの構築と合理化のための政治的プロジェクトの系譜の中にあるか、あるいはそうではないというものであり得る。こうした差異は、19世紀の最後及び21世紀初頭にかけて、法的思考がどのようなものとなったのかということに基づく。

「法的構築物」あるいは「一般理論」は、そしてその中におけるTGEもその例外をなすものではないが、その対象物を正当化し（基礎づける）、それを正しいものとする（構築し限界を設ける）といった意味における正当化を行い、それを構築することを目的とするがゆえに、19世紀後半の批判的と呼ぶことのできる学問的試み——カントまで遡ることができる伝統的系譜——から生まれたものである。そのためには、国家の「根本理念」を基礎づけ、そこから「法的構築物」を構築し、続いて、国家に対抗可能な権利を支配下にある人々に認めることをもして、国家の力の限界を画することとされた。これらの理論の一部は、国家の合理的知の構築と国家を合理化する政治的プロジェクトとを明示的に関連づけた。しかしながら、私が知る限り、国家の制度が不当なものである、あるいは、その法的構築物を強固なものとするべきではないと結論づけた理論は存在しない。これに対し、TGDGが、検討対象が存在しているのか否かを議論することもあり得るような、今まさに姿を現しつつあるものを検討の対象としているということから、TGDGの中には、研究対象とする法的体制や組織の正当性や妥当性について本気で疑うことをためらわず、これら体制等を基礎づけ、構築しそしてその限界を画するというのではなく、むしろその消滅を早めるために、その権威を覆すことを目的とするものも存在する⁴⁵⁾。こうし

44) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

た理論は TGE の中でも、最も批判的な一般理論が試みていた合理的正当化の試みを大きく超えているという意味において、批判的なものであるということができる。

このようなこれまでの試みを超えているということの理由を、それぞれが、それに続くもの（あるいはそれに近いもの）の意味を失わせるには十分な権威を獲得することなく、それに先立つもの（あるいはそれに近いもの）の批判として現れるといった、TGE の連続（あるいは並列）（Laband の後は、Jellinek、そして Kelsen、あるいは Hauriou の後は、Duguit そしてカレ・ド・マルベールなどというように）に特徴づけられた、20 世紀の法的思考の変遷に求めることができる。数十年間に及ぶこのような流れの後、法学者たちは、絢爛豪華な荒野を受け継ぐこととなり、最終的な TGE を構築するという希望に疑念を抱くようになった。20 世紀の中ごろから、法的思考は他の方向性を取り、他の思考作法、他の文学スタイル（genre littéraire）を構築し、その中には、TGE が（正当化する、正しいものとするという意味において）批判的とされるように批判的なだけではなく、その対象物に対抗して考えるという意味において批判的なものも存在した⁴⁶⁾。法の内側から浸食性のある、学問的批判が何世紀にもわたってなされた後、つまり、法的理性が自らの幻滅から脱却した後に現れた TGDG は、思考対象とする体制のためになることを必ずしも求めなくてもよいという政治的自由を獲得したのである。

TGDG は、——学術的だとされる他のすべての理論のように——それ自体の強固なイデオロギーの側面と恒常的に闘争関係にあるが、しかしながら、TGDG のすべてが必ずしもグローバル・ローを擁護し、正当化するものではないということができる。また、ある TGDG が他のものよりもよりイデオロギー的であり、TGDG の重要な一部はグローバル・ローを擁護し、正当化するものであ

45) 例えば、知的財産の分野においては、Brian Martin, "Against Intellectual Property", in Peter Drahos (ed.), *Intellectual Property*, Dartmouth, ILELLT, pp. 517-532. など。

46) この分野においては、Jerome Franck が第一人者である。 *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1950.

るとも言えるが、しかし、グローバル・ローに対するグローバルな視点を持つことが、グローバル・ローにとって好都合なものであると初めから断定することはできないと言える。グローバルな転回を取ることは、デュオ・ウエストファリアの概念枠組みのみの中に法的思考を組み込むことを拒否するといった意味で、政治的なジェスチャーであり、プレーの場所とルールを一度に変える決意を示すものであるが、しかし、それは、グローバル・ローのための（あるいはそれに対抗する）アンガージュマンやそれに関連づけられた思考様式や方法の採用（あるいは拒絶）を決定的にもたらすという意味におけるものではない。

2. 4 グローバルな転回の概要

TGDG の網羅的な地図を提示することは困難である。TGDG には、比較的孤立した人々によるものもあり、また、共同して、さらには制度的に構築されるものもある⁴⁷⁾。法的思考の伝統的な分野を「グローバル」なものへと高めるものもあり（グローバルな立憲主義⁴⁸⁾、グローバルな行政法⁴⁹⁾、グローバルなプライベート・ロー⁵⁰⁾ など）、世界規模のメトロポリスの中に生じたかつてない法的対象物に応じて急増したものもある（知的財産⁵¹⁾、環境責任⁵²⁾、公衆衛生⁵³⁾、都市⁵⁴⁾ 等）。おそらく国際公法は、非国家的主体がとりわけ人権の分野⁵⁵⁾

47) GAL プロジェクトにはニューヨーク大学が、TWAIL プロジェクトには少なくとも当初はハーバード・ロースクールが関与していた。

48) グローバル立憲主義については、J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (ed.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009 ; Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational. Constitutionalism - International and European. Perspectives*, Cambridge University Press, 2007 ou encore Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, Virginia Law Review 1997, vol. 83, p. 771.

49) Cf. note n° 28.

50) Harm Shepel, *The Constitution of Private Governance*, Hart Publishing 2005 ; Annelise Riles, "The Anti-Network : Global Private Law, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State » *American Journal of Comparative Law*, vol. 56/3, 2008.

51) Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, in *Intellectual Property and Human Rights*, WIPO, 1999. Suzan Sell, *Private power, public law — the Globalization of Intellectual Property rights*, Cambridge 2003.

で何をやっているのかということに関心を持つことにより、また、「グローバル・ガバナンス」や、自らの学問領域が占める地位について自問することにより⁵⁶⁾、国際私法についてもおそらくはそうであったように⁵⁷⁾、「グローバルな転回」を迎えた。比較法は、国家間の交流（伝播と受容）という現象と結びつくことにより、グローバルなものとなった⁵⁸⁾。

52) T. Yang, R. V. Percival, "The Emergence of Global Environmental Law", *Ecology Law Quarterly*, 2009, vol. 36, p. 615.

53) Taylor, A.L. 2002. « Global Governance, International Health Law and WHO: Looking Towards the Future », *Bulletin of the World Health Organization* vol. 2005, 80/12, pp. 975-980 ; L.O. Gostin « World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century », *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, 2005 vol. 5/1, pp. 413-424. ; L.O. Gostin and A.L. Taylor, « Global Health Law: a definition and grand challenges » *Public Health Ethics*, 2008, vol. 1/1, pp. 53-63.

54) G. Frug, D. Barron, "International Local Government Law", *Urban Lawyer*, 2006, vol. 38, pp. 1-62 ; Y. Blank, "Localism in the New Global Legal Order" *Harvard International Law Journal*, 2006 vol. 47/1, pp. 263-281; Y. Blank, "The city and the world", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006, vol. 44/3, pp. 875-939.

55) Cf. Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle, Anne-Marie Gardner, *The Globalization of Human Rights*, United Nations University Press, 2003 ; Mireille Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994.

56) David Kennedy, « The Forgotten Politics of International Governance », *European Human Rights Law Review*, 2001, vol. 2, p. 117 sq ; David Kennedy, « The Mystery of Global Governance », *Ohio Northern University Law Review*, 2008, vol. 34, pp. 827-860 ; Anne Marie Slaughter, A Global Community of Courts, *Harvard International Law Journal*, 2003, vol. 44, p. 191 ; Anne Marie Slaughter, *A New World Order: Government Networks and the Disaggregated State*, Princeton University Press, 2004 ; Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011.

57) 例えば、Robert Wai, "Transnational Private Litigation and Transnational Governance", in P. Mueller, M. Lederer (eds.), *Criticizing Global Governance*, London, Palgrave Macmillan, 2005, p. 243 sq. ; Christian Joerges, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in C. Joerges, E.-U. Petersmann (ed), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011 p.413 ; Ralf Michaels, « The Re-State-ment of Non-State Law : the State, Choice of Law and the Challenge of Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, 2005, vol. 51, p. 1209 sq.

さらに、私たちは、TGDG が動員する思考様式及び思考方法により TGDG を説明することができる。あるものはリアリズム法学の伝統の中にあり⁵⁹⁾、他のものは、法の経済的分析⁶⁰⁾、他のものは、人権に関する用語⁶¹⁾、他のものはさらには、最も伝統的な学理的解釈⁶²⁾、体系的理論⁶³⁾ また、植民地時代以降の研究⁶⁴⁾、その他を多用するものであるが、ここでこのような指摘をすることの唯一の意味は、TGDG の文学的スタイルは、ある一つの学説、動き、方法などに還元されるものではないということを示すところにある。したがって、ここでは、TGDG の生成と広がりのための条件を概略的に描きだしてみることとしたい。

58) Alan Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimbourg, Scottish Academic Press, 1974 ; Ugo Mattei, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System" *The American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45 ; Pier Guiseppe Monateri, "Eléments de comparaisons des études comparatives", in Pierre Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolutions*, Paris, PUF, 2009, p. 69 ; Pierre Legrand, Roderick Munday, *Traditions and transitions*, Cambridge University Press, 2003.

59) 例えば、Peer Zumbansen, "Transnational law, evolving", Osgoode CLPE Research Paper, No. 27/2011.

60) 国際法に関して例えば、Joel Trachtman, *The Economic Structure of International Law* Harvard University Press 2008, ou en matière de droit commercial Jens Dammann & Henry Hansmann, « Globalizing Commercial Litigation », *Cornell Law Review*, Vol. 94, No. 1, 2008, ou encore, à propos de droit de la concurrence, Einer Elhauge, Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007. Pour des vues critiques sur la globalisation, du point de vue du Law and Economics, Eric Posner, *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, 2009.

61) 例えば、Lawrence M. Friedman, *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, New Orleans, Quid Pro Books, 2011. Ou encore Mireille Delmas Marty, *Pour un droit commun, op. cit.*

62) Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003 ou encore Armin Von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany" *Harvard International Law Journal*, 2006, 47/1, pp. 223-242.

63) G. Teubner, Alberto Febbrajo, *State, Law and Economy as Autopietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Guiffè, Milano 1992 ; G. Teubner, Andreas Fischer-Lescano, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, pp. 999-1046.

64) Cf. le projet collectif TWAIL, note infra n° 30.

ウェストファリア体制は、中心、あるいはより正確には、中心の中心と、周辺と、準周辺 (sémi-périphérie) からなっていた⁶⁵⁾。中心の中心は、文明化された国民の国の学者の共同体の会合 (Conférence) により構成され、それは少なくとも、それを進めている人々の意識の中では、文芸共和国 (Républiques des lettres)⁶⁶⁾ の法的バージョンのようなものであった。中心と周辺の関係の力学は、ヨーロッパの世界生成 (devenir-monde) や、西欧の (様々な形における) 法万能主義の中心の中心から (ヨーロッパあるいはヨーロッパ以外の) 周辺と準周辺への伝播の力学であるが、ここに、準周辺とは、中心にとっては周辺部であるが、それよりも周辺にある周辺部にとっては中心となっているものである⁶⁷⁾。ポストの世界においても、常に中心と周辺があるが、しかしそれはもはやかつてとは同じ地図ではない。

グローバルな転回を採るということは、世界的なレベルにおいて考察されるグローバルな法的対象についてグローバルな認識論的視点を採用することを意味する。このような認識論的視点は、彼ら自身グローバル化された専門家や法学者からなる大学、制度、ネットワークによる理論生成の視点である。最初期のグローバルな法学者のアカデミックなコミュニティ (communautés académiques) 及びネットワークは、ポスト前の国内の学者の集まりの中から生まれてきた。この集まりは、あるいは、この集まりの中の一部は、様々な理由から、このような転回を採るよう導いた学術的活動に取り組んでいた。国家横断的、あるいは超国家的な、ときにはまったく地理的な縛りのない、アカデ

65) 中心/周縁の分析については、Immanuel Wallerstein, *Geopolitics and Geoculture: Essays on the Changing World-System*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 丸山勝訳『ポスト・アメリカー世界システムにおける地政学と地政文化』藤原書店、1991年。

66) Raymond Saleilles, dans le sillage de Jhering et Savigny, a de jolies formules sur le sujet. Cf. Mikhail Xifaras, « La Veritas Iuris selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme » *Droits*, vol. 47, 2008, p. 77 sq.

67) このように、19世紀後半において日本は西洋列強の周辺であったが、中国や台湾等への法万能主義の伝播の中心であった。ロシアについても、コーカサス地方や中央アジアに関し同様である。

ミックなネットワークが誕生し、大学⁶⁸⁾、雑誌⁶⁹⁾、教育と研究プログラム検討のための研究機関⁷⁰⁾は、今後、明示的に、「グローバル」と自らを定義づけることになるであろう。新しい研究者のコミュニティは、世界規模のメトロポリスの知的側面に、今まさに生まれ出でつつあるところである。

このような新しい集まりが、ウェストファリア体制において、自らを周辺にあり、支配されている側にあると認識している国の研究者の集まりの中で生じたということは十分にあり得ることである。彼らは、前の世界において、中心的な地位を占めている国家的あるいは地位的権力に対し、「グローバル」を標榜することにより、多くのものを得る一方で、失うものはほとんどなかった⁷¹⁾。また、アメリカの研究者の集まりや大学機構が、世界の中心になろうという希望の中で、「グローバルな領域」というカードを早い段階から切ったであろうことは十分にあり得る⁷²⁾。おそらくは中間的な法的権威——とりわけ、かつて中心的であったもの——が、今生じている変化の新規性と重要性を理解するのに最も遅れをとっているということも言っておきたい。これら権威はこのように、消滅したヘゲモニーへの無力なノスタルジーの高い代償を払っているのである。

グローバルな研究者のコミュニティは、それぞれの国の研究者のコミュニティの中の、特に「前」の世界において、すでに超国家的あるいは国家横断的

68) Singapour, Jindal, UCL, Tilburg, etc.

69) Global Studies Law Review, Global Constitutionalism, Global Jurist, Global Business Law Review, Indiana Journal of Global Legal Studies, etc.

70) いくつか引用するとすれば、タイトルの中にグローバルという用語を用いているものとして、The Hauser Global Law School Program, The Institut for Global Law and Governance à Harvard Law School, L'Institut of Global Law de UCL, en France, le réseau "Global Legal Studies Network — mondialisation du droit " de la MSH ou le cycle d'enseignement Global Studies à l'Ecole de droit de sciences po.

71) ベルギーの法哲学者やラテンアメリカの憲法学者がそうである。

72) 例えば、M. Shapiro, "The globalization of law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, 1993 p. 37-64 R. B. Stewart, " US administrative law: a model for global administrative law ? ", *Law and contemporary problems*, vol. 68, n° 3, 2005, p. 63.

な現象に関心を示していた人々の中から新しいメンバーを補給している。それは、国際法学者や比較法学者はもちろんのこと、多くの場合、理論家ではあるが、それだけでなく、仲裁、経済法、人権、開発、環境等の極めて「グローバル化」された分野の専門家たちである。

おそらくは、こうしたコミュニティは、「アヴァンギャルド」のうっとりするような孤独をまず味わった。このコミュニティは、今日 TGDG が構築する知的文化的空間の生成や拡散の中心にある一方で、グローバルな転回を採らなかつた、あるいはそれを深くは取り入れなかつた、もしくは、緩慢にしか取り込まなかつた各国の研究者のコミュニティは、現在自分が構築することをしない（あるいはするとしても少しだけ）TGDG の「輸入先」となっている⁷³⁾。

ここから、世界的規模のメトロポリスはそれ自体、中心（中心の会合）と、周辺とその準周辺からなっているということが出来る（世界規模のメトロポリスの観点からは、各国の研究者のコミュニティも、今日、中心と周辺とに分かれているといえる。）。法的思考の世界におけるこのような新しい流れの地図には、ウェストファリアの情景と共通するものはほとんどない。おそらくはシンガポール国立大学あるいは昨日までは名も知られていなかった、地理的制約を受けない研究機関が今日では極めて中心的であり、日本やフランスの著名な学術機関や学会は、世界的規模のメトロポリスの観点からは、暗くて遠い周辺となる。

ある学問分野に新しいパラダイムが現れる場合と同様、グローバルな転回は、私たちが取り入れるか否か、あるいはより多くもしくはより少なく取り入れるといった転回である。こうして、世界的規模のメトロポリスを構成する新しいヒエラルキーの中で各国の研究者のコミュニティ（あるいはその一部）が占める地位がどのようなものであれ、最も「周地的」なものであっても、今日、法

73) このような TGDG の「輸入」をするコミュニティが TGDG をこれまでの文化的伝統とは「異質」な生成物であり、このような輸入を暴力としてとらえるということも生じる。このことは、一定程度、西洋の法万能主義に非西洋社会が強制的に変容（acculturation）された際の脱中心化の暴力を想起させる。

や法的思考のグローバリゼーションの直接あるいは間接の影響を受けている。法学者は、中心にある者であれ、その集まりの周縁にある者であれ、議論の余地のない超国家的あるいは国家横断的な現象にさらされる度合いがどのような者であれ、その国のより「国内的」とされる分野の専門家であれ、今日、グローバル・ローの出現を考慮に入れなければならないという義務を負うこととなる。そして、法の変容が法的思考の変容を伴うものである以上、彼らのすべてはTGDCに直面し、何かを考えることを強制され、そして、自分自身グローバルな転回を取り入れる少なくとも抽象的な可能性に直面しなければならないこととなる。

このような状況において、法学者は、国内法に携わる者であれ、グローバルな者であれ、(世界的規模のメトロポリスにおいては) 中心的あるいは周辺的な位置にいる者であれ、自分自身あるいはその研究や教育のために、グローバルな視点がその中で占める地位がどのようなものであるか、グローバルな視点を自らの母体である国の視点とどのように関連づけていくのか(あるいはいかないか)ということ、その対象物の定義に関することや、自らが採用する認識一般に関する視点及び彼らが議論を希望する討論の場を選ぶことに関連して、議論していかなければならないということとなる⁷⁴⁾。毅然として完全にグローバルな転回を採ろうとする者と、こうした可能性を真剣に検討することを拒絶する人々の両極の間に、無数の取組み方が存在する。もちろん、法的グローバリゼーションの初期においては、拒絶は、ポスト前の世界を支える政治的選択であり、ウェストファリアにとどまるという合理的な選択である。しかし、継続的かつ(おそらくは)不可逆的なグローバル・ローの発展と、国内法に常に与える強い衝撃は、このような拒絶の政治的正当性を徐々に失わせ、あたかも現実の否認であるかのように見せることとなる。

グローバルな転回を採ることは、これまでと相当程度違った方法で、研究者としての、そして教育者としての職業を実践することを意味する。まず、そし

74) Cf. W. Twining, *op.cit.*

て、まだ当分の間は（しかしおそらくはそこまで長い期間ではない）、まったく同じ法的教育を受けたことがなく、コンセイユ・デタの貴重な判例が遠まわしに想起されたときに感じるような喜びを感じない、同じ本を必ずしも読んできたわけではない、そして、必ずしも、実務的な関心事項が同じではない学生や同業者に英語で語りかけることもあるだろう。公契約を締結し、その所有物を収用されることになる所有者や、行政装置として理解される国家を法的に構築するために、一貫した行政法体系を構築することを目指す学者は公契約及び強制収用に関する各国の規律に関心を持つだろう。しかし、グローバルな場面においては、「私の国」の行政法に関する事項は、それ自体としては、非常に限られた意味しか持たず、公契約や強制収用に関する規律の200分の1にあたるものという程度にしか理解されない（もし世界の中でこのような規律を持つ国が200あるとした場合のことであるが、これは連邦国家の中の各国家を数に入れるかどうかにより異なる。）。TGDGの観点からは、このような対象に関する研究が決定的にすべての意味を失うということにはならないとしても、その意味があらかじめ理解されるということはなく、グローバルな転回を採った法学者の課題は、グローバルな場面において、いかにそのような質問を興味深いものとするか、というものとなる。このような状況において法学を学ぶということは、グローバルな研究者の様々なコミュニティの中の同業者の関心を呼ぶのは何であるかということをも真剣に考えることである（もし私たちが、ある人の関心を呼ぶのが何であるのかを理解するためには、その人自身をよりよく知るべきであると考えるのであれば、そこで必要とされる努力は大変大きなものとなり得る。）。

このような問題は、グローバル・プロフェッサーが、普遍的な法的文化の均質的だとされる世界の中から動かない（少なくとも全員は動かない）ということや、そしてそれは単にそのような普遍的な法的文化がおそらくは存在していないということから、より難しいものとなっている。普遍的という意味においてグローバルということではなく、様々なレベルや流れを構成する法的関係の複雑な織物を世界的なレベルで引き入れていくグローバル・ローがそうであるように、グローバルな法的思考は伝統、文化や各国それぞれの状況（あるいは地

域の、国家内的な、あるいは横断的などの状況）から独立した均質的な概念的空間ではない。「グローバル」な雑誌、大学あるいは研究機関であって、最も地域的に開放されたものであったとしても、グローバル・ローについて採る視点を定めるにあたり重要となるある国、あるいはある地域の一つあるいは複数の法的伝統に基づいている。グローバルな転回を採った場合であったとしても、グローバルな研究者はその国（あるいは地域等）の枠内にとどまる研究者のコミュニティの中で法学教育を受け、そのキャリアを築くのが一般的である。グローバル・プロフェッサーになったからといって、私たちが、フランス人やインド人や中国人であることをやめるわけではない。別の言い方をすれば、TGDGを構築する知的空間は、極めて細分化され、研究対象と伝播の流れを共通にすることを別とすれば、ポスト前の「歴史的世界」⁷⁵⁾の重要性がその存在を露わにする。このような世界は、西欧的法万能主義を基礎とする制度、規則そして法的カテゴリーに、その跡を記し、世界的規模のメトロポリスの中にさえ、かつてない雑多な法的文化を発生させる。

様々な段階で、グローバルな転回に取り組む法学者が、自分の国の研究者のコミュニティに属しているという気持ちを持たなくなることは避けられない（あるいは、以前に比べそのように感じなくなり、また、これまでとは違った方法でしか帰属意識を感じなくなる。）。背景事情や伝統、法的文化といった彼らが基礎とするものに彼らは大幅に依存しているとしても、彼らを受け入れる新しいコミュニティの中において、彼らは自らの伝統等を代表するものではない。彼らは、フランスやインドや中国に祖先を持つグローバル・プロフェッサーとなる。グローバル・ローの討論の場所には、新しい移民が住むが、彼らは、もともとの法的コミュニティから引き離されることと、そうしたコミュニティとグローバル・ローのコミュニティそれぞれ同時に属するといった状況に折り合いをつけていかななくてはならないという、すべての新しい移民が抱える条件と問題を共有する。したがって、グローバル・プロフェッサーになることは、複数の職業

75) フェルナン・ブローデルの表現による。

的アイデンティティを持つこととなり、法的多言語主義のかつてない形を生じさせ、研究者同士の交流の中だけでなく、このような交流の中に身を置く研究者自身の内面でも、言語及び概念の翻訳という困難な問題を生じさせることとなる。

ワールドワイドなものや彼らが考える自分の国の法的コミュニティを持つ変わることはない視点をあちこちで紹介するだけであるにもかかわらず、世界をたくさん回っているからというだけの理由で、グローバル・プロフェッサーだと信じている人々には、このようなことは当てはまらないということを示唆しておきたい。私が間違っているかも知れないが、このような賛賞は、栄えあるアメリカやヨーロッパのいくつかの機関の教員にしか許されず、また、周りから嘲笑されるという徐々に大きくなるリスクの中でしか許されないもののように思われる（メトロポリスの中では他の場所と同じように破滅させられることは少ないにしろ）。しかし、グローバルな転回においては、より多くあるいはより少なくということが常に問題であり、また、自分自身やこれまで受けてきた教育やその当初の経験から逃れることは不可能であるから、完全にグローバルな理論と、自国の経験に根を張る概念的構図と思考方法をグローバルな対象に投影するのみの理論とを確実に区別する客観的な基準を構築しようとすることは無意味である。このようなグレーゾーンにおいては、すべては（より多いか、より少ないかという）ニュアンスの問題であり、（これはこの観点から、こちらは別の観点からという）両義的な問題であり、TGDGのほとんどすべてが、近年の完全にグローバルな視点の採用と、世界的レベルで具象化された各国の視点という、多かれ少なかれ無意識的な残滓との間に位置している⁷⁶⁾。

「完全なグローバル性」というラベルの提供は、したがって、空しい取り組みに過ぎない。（「それが何であるか分からないが、見たときにはそれが何であるか認識できる」といった形で）TGDGの一部は、その形式や内容から、他のものよりも、驚くほどにグローバルでないものもある。自らグローバルであるとする理論のグローバル性は、自らそうだと名乗らない議論の余地のある資質であるが、学術的論争の厳しさ及び適切さの中で消滅し、あるいは生き残っていく

ものである⁷⁷⁾。

いずれにせよ、グローバルな転回は、今日すべての人に開かれた理論の可能性である。それを受け入れることも受け入れないこともできるし、受け入れるとしてもどれだけ率直に受け入れるのか、どれだけうまく受け入れることができるのかということがあるとしても、しかし、ここで本当に新しく、おおよそすべてのものを変えるものは、私たちがそれを取り入れるという可能性をもはや頭から否定することはできないというところにある。私はこれから、3つの直観を説明していくことにより、このことの輪郭をはっきりさせていきたい。TGE から、TGDG になったことにより、私たちはもはや同じことに関心を寄せるのではなく(直観Ⅰ)、理論の美学ももはや同じものではなく(直観Ⅱ)、考え方も同様に同じものではない(直観Ⅲ)ということである。

76) 「グローバル立憲主義」あるいは「社会立憲主義」はウェストファリアモデルとの明らかな断絶を画するものであると評価することができる。ウェストファリアモデルにおいては、憲法は国家のものであった。しかし、この点については、あらゆる法的・政治的問題への最良の解決策は立憲主義を導入することであるという、西洋列強諸国の国民国家の歴史に深く根ざす思想を世界規模に発展させるものであるともいうことができる。例えば、*The mystery of Global Governance, art. cit.*。同様に、上記で引用した文献において、Bruce Ackerman は次のような言葉で「彼の」グローバル・ターンについて以下のように述べる。「アメリカの実務及び理論は地方主義の方向へと進んでいった。(中略) 私たちは、アメリカの経験を、プラグマティックなケースではなく、特別なケースとしてとらえなくてはならない。(中略) 私はこの後に続いた思想における指針に対し忠実であろうとした。アメリカの2世紀の歴史を反芻するよりも、私は世界の20世紀後半の歴史を凝視し、アメリカのストーリーは補足的な知見の源としてのみとらえることとした。」Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism, art. cit.* グローバルな現象を検討するための、厳密に国家の枠組みの中に置かれた視点からの脱却についてこれよりも明確に表現することはできない。しかし、それでもなお、著者が語る「世界史」は誰の歴史なのだろうか？

77) 確固たる根拠をもとに、この文書の一部は、フランス法理論の国家中心主義の典型であると指摘する友人がいる。

I. 第一の直観：TGDGは何に関心を持つのか？

基礎、成立ち、限界

私のこの講演の初めに、TGEは国家を法的に構築し合理化し、正当なものとし（*légitimer*）、正しいものとする（*rendre juste*）という二つの意味において国家を正当化（*justifier*）することを目的とするものであったと述べた。

正当化の意味は、国家の「基礎」の構築、つまり、「基礎的原理」を発見し、示すというところにある。基礎的原理とされるものはあまりに有名で（人民の意識、統治者の権威、一般意思、政治的自由、公的役務等）、議論され尽くされ、そのリストに触れるだけで倦怠感に襲われるほど、私たちはこの基礎的原理をあまりによく知りすぎている。

国家に関する理論は、どのような理論であってもいいというものではないことから、構築は重要なものとなる。これら理論は、「一般理論」あるいは「法的構築物」という表現が、主にヨーロッパ大陸において19世紀後半から20世紀前半までの間に持つこととなった明確な意味における、法的理論である。理論としてのTGEは、それ自体として契約の一般理論や取得時効に関する一般理論と異なるものではない。これらのものは、とりわけ、その対象物を作り出すという特性や、あるいは「基本的原理」から、ある特定の「法的秩序」を構成するために十分に具体的かつ一貫した法的基準と規則の総体を導き出すといった特性を共有する。したがって、TGEは、行政法と憲法が関係し合うものとして理解される公法のモデル（生成の原理と理想の反映）となっているという意味において、ドグマティックである⁷⁸⁾。

このような理論はまた、国家の主権的機関に与えられる特権や権限の拡張と行使に対する法的限界を示す理論の政治的意味とたびたび混同される批判的な意味合いを持つ。確かに、TGEの構築にかかわるすべての研究者は、避けがたい、過去の傷を疼かせる専制主義といった問題について自問しなければならず、そしてそれは、研究者たちがこの問題に対して、法の緩和的傾向（もちろ

78) Cf. M. Xifaras, "La veritas iuris selon Raymond Saleilles ..." *art. cit.*

んそれに例外はあり、例外は広く知られ、その例外に伴う名前は、「卑劣な者」として歴史に刻まれている⁷⁹⁾。)を模索することにより回答しようとしたためである。つまり、研究者たちは法により制限をし、冷酷な怪物を法化することにより飼いならそうとしてきたのである。

これまで見てきたように、**ポ**・**ス**・**ト**以前に有効であった概念に基づき、世界規模の法的現象をとらえようとすることは今日でも可能である。それは現実にも行われており、グローバル・ローに関するディスクールは、普遍的原理や、世界的憲法の基礎、国家横断的な法的秩序の構築、世界的主権の制限に関する言説で飽和状態にある。このような議論の中に、TGDG というグローバルな転回を採った後の理論をも見つけ出すことができる。以下で私が論じようとするのは、TGDG のみについてであり、グローバルな場面で存在する理論の全体についてではない。

TGDG がグローバル・ローについてのグローバルな視点を求めるものであることから、TGDG は、基礎や構築、制限にはあまり関心を示さず、それよりも、後述する理由により、TGDG が**か**・**つ**・**て**・**な**・**い**・**も**・**の**ととらえる法的制度や体制の存在の生成や効果に関心を示す。**グ**・**ロ**・**ー**・**バ**・**ル**・**な**・**転**・**回**において私たちが関心を寄せるのは、新しい物、今生じているもの、つまり、今姿を現し、今伝播していくものである。

姿を現すもの

グローバル・ローは、これまで確かだと思っていたもの、確立された観念、支配的理論を揺るがす**か**・**つ**・**て**・**な**・**い**・**も**・**の**、驚くべき現象の総体として現れる。**ポ**・**ス**・**ト**の世界では、国家を持たない法があり⁸⁰⁾、国家の外に国際公法があり⁸¹⁾、国家のない憲法があり⁸²⁾、強制方法のない法があり⁸³⁾、おそらくは法規範のな

79) Cf. M. Xifaras, "La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles ..." *art. cit.*

80) G. Teubner, *Global Law without a State*, *op. cit.*

81) B. Frydman et L. Hennebel, "Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 77, 2009 p. 73.

い法があり⁸⁴⁾、さらには、少なくともその用語が持つ一定の意味においては、法律家のいない法が存在する⁸⁵⁾。ここでは、国内法と国際法、もしくは公法と私法という区別は、その正当性の多くを失う⁸⁶⁾。したがってグローバル・ローは、ラカンの現実界のようなものとして現れ、伝統的に受け入れられてきたカテゴリーや分類方法に当てはまらない、私たちの象徴化の能力を凌駕するものとなっている。

それゆえにグローバル・ローの中の真にグローバルなものは、それが生まれながら姿を現すという特徴を持つ。それゆえに数十年来、グローバル・ローのグローバルな理論は、——グ・ロ・バ・ルな理論として自らを構築するため——それが対象とするものはウェストファリア的概念の枠組みの中に還元され得ないということを主張し、かような枠組みを超越しつつ生まれ出るものの重要性を強調してきた。国連憲章は本当に憲法 (constitution) なのか⁸⁷⁾？ ナイキの公的宣言は法的意味を本当に持つのか⁸⁸⁾？ 国際商慣習法 (*lex mercatoria*) は本当に法なのか⁸⁹⁾？ 格付会社の格付け⁹⁰⁾あるいは大学のランキング⁹¹⁾についてはどうなのか？ 国際的な合意枠組みは本当に国際労働法を広めていく新しい方法なのか⁹²⁾？ TGDG は、これらの質問に答えるために多くのエネルギーを注いでいる。

かつてないものとされる法的現象の発現に関する研究は、TGE の最盛期の、

82) Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the World ? op. cit.* ; P. Dobner et M. Loughlin, *The twilight of constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010.

83) Cf. T. Berns et L. Blesin, Le devenir contractuel du Global Compact in Gregory Lewkowicz et Mikhail Xifaras (eds.), *Repenser le Contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 245 sq.

84) 上海交通大学のCWCUにより作成された世界の大学トップ500は法と言い得るのか？

85) Cf. W. Twining, *op.cit.*

86) 国際法における公／私の区別については、Horatia Muir Watt, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2/3, pp. 347-427 et A Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009.

87) Michael W. Doyle, "The UN Charter - A Global Constitution ? ", in J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (ed.), *Ruling the World, op. cit.*, p.113-132.

ポスト以前の世界の中における法的制度の起源に関する研究と大きく異なる。TGEは、国家を構成する法的制度とつながり、国家を一貫した制度として理解する。サヴィニー以降、法制度の本質（あるいは「法的本質」）を理解するに

-
- 88) ナイキの公的な宣言と異なり、ナイキの下請業者のいくつかが児童労働を行っていたことが判明した後、虚偽広告を理由とする消費法に基づくナイキに対する裁判がカリフォルニアの裁判所において提起された。カリフォルニア最高裁はこの宣言が商業的性格を持つもの、つまり法的意味を持つものであることを認めた。Nike, Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654, 663 (2003). Sur ce cas, cf. R. M. O'Neil, "Nike v. Kasky—What Might Have Been ...", *Case Western Reserve Law Review*, 2004, vol. 54, p. 1259 ; F.-G. Trebulle, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Revue des sociétés*, 2004, p. 261 ; T. C. Goldstein, « Nike v. Kasky and the Definition of "Commercial Speech" », *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, p. 63. Benoît Frydman, « Stratégies de responsabilisation des Entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. Berns, P.-F. Docquir, Frydman, B. Frydman, L. Hennebel, G. Lewkowicz (eds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1 sq.
- 89) G. Teubner, "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society" in G. Teubner (ed.), *Global Law without a State, op.cit.*, pp. 3-28.
- 90) T. Sinclair, *The New Masters of Capital. American Bond rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*, Cornell University Press, 2005.
- 91) 「チェックポイント」あるいは「踏切保安係」の探求と特定は規範の内容の特定に先んじる。別の言い方をすれば、法制史家や国家の歴史を研究する者にとっては特段驚くようなことではないが、憲兵も裁判官も立法者に先行するものともいえる。多くの分野において、様々な形態で監視、評価、統制のための装置が現れ、発展していくことを見ることができる。これら装置は、「準調整機能」あるいは「グローバルなモニタリング」の任務を遂行しあるいはその役割を割り当てられる。これには金融市場における格付け機関や、大学の評価から国家による人権保障の程度、あるいは法治国家の到達度合いを測るものまで、様々な評価機関がある。Benoît Frydman, Comment penser le droit global, référence, p. 18.
- 92) A. Sobzak, « La responsabilité sociale de l'entreprise : menace ou opportunité pour le droit du travail », *Relations industrielles/Industrial Relations*, 2004, p. 26 ; A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541 ; I. Daugareilh, « La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : observations sur une normativité à vocation transnationale », in M.A. Moreau, F. Caffagi et F. Francioni, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale d'entreprise*, éd. PUAM, Aix-Marseille, 2007, p. 275.

は、必ずしもローマに限られるものでないとしても、その初期の新鮮な状態の中に存在するはずだとされる基本的な構成原理を発見するため、法制度の起源まで遡ることが望ましいとされた⁹³⁾。これは、法制度の進化を原初の萌芽の有機的発展として解釈することを目指すものであり、かかる進化の本質的特徴は、発展しながらも同じ原理を保持し続けるというところにあった。それゆえに、比較法とともに、法学史はTGEの補助的知識だったのである。歴史の中にこそ、後世がつけた不純物や改竄を取り除いた、現在の制度の原理を見つけることができることとされ、そして起源は基本理念としての価値も持つとされることから、起源のうちに、当該法的制度の十全な正当化要素を見つけ出すこともできるとされた。ここに、TGEが歴史に関する壮大なプロジェクト (grand projet historien) と同時代のものであること、そして、独占的でないにせよ、もっぱらドイツの理論であったということを理解することができる。

これに対し、法的現象の発現に関する探知と研究は、ニーチェの愛読者だったフーコーが現代の起源と呼んだものに近い、かなり異なったジャンルに属するものであるように思われる⁹⁴⁾。つまり、そこにおいては、記念碑的歴史が問題となるのではなく、起源が基本理念を提供することはない。系譜の検討においては、私たちは、法的制度の本質の特性と継続性をその進化の様々な段階の中に基礎づけるために、法的制度の誕生から今日までの継続性を辿るのではない。そこでは私たちは断続性や分岐点、新たな考えを生み出す出合いの偶然性を強調し、そして、出現するものを事件 (événement) として構築することを重視する⁹⁵⁾。

しかしだからといって、私たちの概念的枠組み (もしこのような表現に何らかの意味があるのであれば) を超えて姿を現すものが必ずしも新しいものであるというわけではない。これまで隠されていた、古いもの、回帰するもの、永続

93) Savigny, *Traité de droit romain*, trad. fr. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1855-1860.

94) Michel Foucault, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, P. U.F., 1971, pp. 145-172.

95) 出来事概念については、Gilles Deleuze, *Différence et répétition*, Paris, PUF, 1968.

するもの、永遠のものも姿を現しながら立ち現れる。しかし、新しいものであれ、古いものであれ、発現するグローバルな法的現象は、それを観察する者の目には、かつてないもの、理解できないもの、驚愕すべきものとして現れる。法学者はグローバルな法的現象を記念碑的歴史の中に書き込むこともできるし、そのために、それぞれの好みに応じてリベラリズムの勝利、資本主義の拡大、民主主義の深化、あるいは人権の文化の普遍化という壮大な武勲 (Grande Geste) を用いることもできる。しかし、出現するものを事件 (événement) として構築しようとする者は、系譜学者が担当するところの、時的偶然性、分岐点そして断続性の正当性を認めるに適した立場にある。もしある選択が強制されるものでないとしても、原初的な形而上学的前提を取り去ったあとであっても、記念碑的歴史は、相対的に均質な歴史性の体制を前提とするだろう。しかしながら、世界的規模のメトロポリスにおける世界に関する視点及び時間性の細分化により、そのような体制の信憑性は、揺らいでいるということも付け加えておきたい⁹⁶⁾。私が間違っているかも知れないが、それゆえに、今日法的グローバル化に関する限られた歴史家からしか主張されていない系譜学的アプローチは、開かれた未来を持ち得ると私には思われるのである。

系譜学的な観点から見たとき、グローバル・ローの対象物の発現に関する物語は、偶然性、断絶及び分岐点に満ちており、その起源を語ろうとする者に、無限の物語を提供する⁹⁷⁾。私たちは、ナイキのケースについて、法的規範の実践における評判というものの役割を検討し、法人の擬人化のメタファーの今後を語り、初期の商事会社の法的特質はどのようなものであったかということを考え、あるいは第三世界における子供の労働条件の変容に関心を寄せながら論じることができる。こうした系譜学的物語は確かにナイキのケースについて

96) 「歴史の体制」の概念については、François Hartog, *Régimes d'historicité. Présentisme et expérience du temps*, Paris, Le Seuil, 2003.

97) Duncan Kennedy は幹のない木という比喩を使う。この木の後裔は系統の常により多多数の交配の無限の連続に基づくものであり、系譜学者は自由にこれを遡ることができる。Cf. Duncan Kennedy, "Savigny's Family/Patrimony Distinction ...", *art. cit.*, p. 831.

の何かを語る。

系譜学的試みの中におけるのと同様、記念碑的歴史の中でも、出発点は、事件が生じている現在であり、私たちはその生成を描き出そうとする。しかし、起源の探求は、ただ一つの必然的な歴史のプロセスを描き、真の創設的起源まで遡ろうとするものであり、それは、現在の中に過去の場所を作る。系譜学は現在を、系譜学者のペンのみが物語としての意味を与えることのできる様々な将来の収斂点とすることにより、過去を同時代的なものとするに力を注ぐ。過去を同時代的なものとするこのような方法は、グローバル化の初期の段階である18世紀後期の、歴史が今私たちが知るような科目となる前の時代の哲学的歴史を想起させる。この歴史は、モンテスキューからレナルあるいはディドロといったフレンチ・フィロソフが哲学的とされたのと同じ意味で哲学的であり⁹⁸⁾、神学者の普遍的な世界史に対して書かれたものであり、単純な因果関係を見つけ出すことを目的とするのではなく、道徳的逸話 (exempla) やトポス (topoi) を多く用いるものであり、そして、ポール・ヴェーヌの言葉を借りれば、より多く説明をすることは、よりよく語ることでありとらえていたものである⁹⁹⁾。TG DG は、典型的なケース (ナイキ、ピノチェト、ボパール化学工場事故 (ユニオンカーバイド社) (Union Carbide)、Yahoo!、シェブロン社 (Chevron)、Trafigura 社……) とありふれた出来事のリストはすでに構築していて、世界の歴史でも、人類の歴史でもない、様々な力や権威が世界的規模で作り出す重要かつ興味深い法的関係に関する教訓的な物語としての法的グローバリゼーションの歴史を提供する。これは私の直観に過ぎないが、TG DG が独自の歴史性のレジームを持つのであれば、それはまさにこのレジームであると考えすることは魅力的である。

これらの物語は、理性よりも精神を豊かにすることを重視し、学識への崇拜をできる限り行わないようにするものであるとしても、必ずしも、記念碑的歴

98) Cf. Kenta Ohji, « Civilisation et naissance de l'histoire mondiale dans l'*Histoire des deux Indes* de Raynal » in *Revue de synthèse*, 2008, tome 129, 6e série, n° 1, pp. 57-83.

99) Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, p. 111.

史により提供された物語よりも、より情報が少なく、あるいは、学識に欠けたものではないということを付け加えておきたい。これら物語は、自らの偶然性を引き受け、存在するすべての系譜の中からその系譜を選択した理由を説明しなければならず、真の歴史的必然性の忠実な反映としてではなく、発言（intervention）あるいはパフォーマンス（performance）として立ち現れなければならないものである。

伝播するもの

グローバル・ローは、概念、技術、議論、規則、方法、そして法学者の交流が深まったことの結果である。法的現象を研究することは、必ずしもその基礎や過去に立ち戻って深く掘り下げるだけでなく、その表面の変動を学び、その軌道、交流、模倣や移植を描き出すことでもある。TGDG が重視する分野の一つとして、ある法的対象の伝播及び受容の条件と方法及びそれに付随する翻訳の問題の検討というもあり、それは使われた道のりを地図に落としこみ、伝播の道と広がり記録し、また、この種の旅にありがちな誤解や裏切りを記録することでもある。もはや私たちは、現代の私たちの政治的制度の真実を示すのがどの古代の法的制度であったのかということ¹⁰⁰⁾ や、その本質はローマ法に起源を持つのか、教会法に起源を持つのか、あるいはゲルマン法に起源を持つのかなどということを検討するのではなく¹⁰¹⁾、むしろ、日本語ではうま

100) 例：le mandat civil, vérité du gouvernement représentatif (Pierre Legendre, “ Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques ”, *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons*, vol. 30 (1973) p. 7-35) ; la gestion d'affaire, vérité du rapport constitutif des organisations (Maurice Hauriou, *La gestion administrative: étude théorique de droit administratif*, Paris : L. Larose, 1899) ; la personnalité morale vérité de la constitution juridique des Etats, et plus généralement des groupes (E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies : A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957).

101) よりよい説明については、la Grandeあるいは所有と占有の起源に関する Vaine Querelle の論考、Paul Ourliac et Jehan De Malafosse, *Histoire du Droit privé*, tome 2 : les biens, Paris, PUF, 1971 を参照。

く翻訳されず、台湾にはそのままの形で輸出されたにもかかわらず異なったものとなってしまった制度が、中国で現在取っている形となるために辿った道について検討をすることになるだろう。つまりこれは、表面的な動きに関する知識、水平かつ国家横断的な流れ、あるいは、国家横断的系譜学と呼ぶこともできる伝播の地図に関する知識である¹⁰²⁾。

私たちは、これらすべてのものを、歴史に対する地理学の復讐として解釈することもでき、グローバル・ローは歴史の後に来るものなのではないかと考えることもできる。これは、もはやこれ以降何が起きることはない（歴史の終わり）ということ、あるいは、歴史の主体としての人類の構築の歴史のプロセスが完成するという意味ではなく、むしろかようなプロセスを真実だとする信仰、そしてより正確には世界の歴史物語に対する信仰の枯渇したという意味において理解される。「法学史」は、今日の私たちが知っているような特徴を与える一般的な学問ではなくなり、法学は「補助的学問」の中の最も身近なものを失うこととなる。そのとき、法学は、世界の表面を移動する、規則、カテゴリー及び考え方の伝播の動きに関する概念的力学的地理学の助力を求めることとなる。

TGEの国家は進化し、変化し、発展したが、その進化が遅すぎたため、あるいは、その裏の継続性が見え続けるために、私たちが国家の変化をもはやあまり信じないという習慣をトクヴィル以降身につけてしまったために、国家は常に同じ場所にとどまるという顕著な特殊性を見せ、国家の歴史を語ることを任務とする研究者のコミュニティが出来上がるまでに十分に永続的で固定的な枠組みを提供するまでとなった。グローバル・ローは、グローバルな転回の観点から考察されるときは、進化し、発展するものではなく、突然現れ、拡散し、変化するものとなる。古い賢人たちは、この表面上の運動は表面上の運動に過ぎず、あらゆる変化は循環の存在を示し、人々の目にかつてないものとして現

102) Duncan Kennedy, "A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law", in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill, *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 185 sq.

れるものは、実際は、古くから（少なくとも古い賢人たちからは）知られているものであると言うだろう。彼らの言うことは間違っていないかも知れず、これまでに見てきたとおり、今現れてきているすべてのものが新しいものであると考えることはできない。しかし、より古くもなく、より賢くないかも知れないが、循環や進化の継続性を遮断する亀裂や障害物を過小評価することにためらいを覚え、斬新さを趣味の悪さであるとは考えず、物事が生じることに喜びを感じ、新鮮な驚きの中で、物事がそれ自体として考察される価値があるものと考える人々もいるのである¹⁰³⁾。

II. 直観 2 グローバル・ローのグローバルな理論の美学

TGE と TGDG を区別するものは、何よりも、スタイルの問題ということが理解できたことと思う。法学者たちは美的問題をあまり重視しないのが常であるが、放置しておくには忍びないほどこの問題は重要性を持っている。この二つ目の直観について語るために、ピエール・シュラグの素晴らしい論文である「法の美学」¹⁰⁴⁾ に全面的に拠りたいと思う。私の論文の残りの部分と同程度に主観的な方法でこの論文の解釈を行う前に、ここに簡単に要約しておく¹⁰⁵⁾。

2. 1. シュラグによる法の美学

シュラグは、「美学」という言葉を、単なる芸術的活動のみを意味するのではなく、外的物象の把握の感覚的方法という広い意味で用いる。彼によれば、法的理論や議論が世界やその対象物の感覚的知覚の方法を必要としているがゆえに、法は「美的な試み」である。あまり細かいところまでは立ち入らないが、

103) 法の研究の新鮮さについては、à Louis Assier Andrieu glosant Karl Llewellyn, cf. Louis Assier Andrieu, Introduction à H. Adamson et K. Llewellyn, *La voie Cheyenne, Conflict et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Bruylant/LGDJ, 1999 を参照。

104) Pierre Schlag, “The Aesthetics of American Law”, *Harvard Law Review*, 2001-2002, vol. 115, p. 1048 sq.

105) 私が自由に解釈をしている論文について議論をさせてくれた Pierre Schlag に深い感謝の念を表す。

シュラグの研究は、アメリカ法の理論や議論に基づくものであり、彼によれば、その理論や議論は、四つの異なる美学と密接不可分であるという。

第一の美学は、法を、隣接した明確に限定されたエリアに分割された二次元空間において説明する、格子の美学（grid aesthetic）である¹⁰⁶⁾。この美学は、法的体制、行為、機構、機能を厳密に区別し、この区別の特定期可能な基準を構築することを常に重視し、明確な線と、明確に限定された空間により構成される法のイメージを提示する。

二つ目の美学は、エネルギーの美学である（energy aesthetic）。これは、関係性及び対立が生み出す力、関係、対立運動、力学及びフローを考察対象とする¹⁰⁷⁾。この美学においては、法は、常に動くもの、前進するもの、進化するものであり¹⁰⁸⁾、この動き、前進、進化は、計測され、計量され、比較検討され得るものとされる。シュラグは、この美学を、「常に動く」国家という概念が登場したニューディールの航跡に生まれた学派に結びつける。エネルギーの美学は、永続する改革のマネジメントの美学であり、そのマグニチュードを

106) 「格子の美学においては、法は、隣接し、よく結合した法的空間として分割された二次元のエリアからなる。これらの空間は学説、規則などに分割されている。これら学説、規則などは他の要素に分割され、その要素も以後同様である。テーマ、学説、要素などは object-form としてあらわされる。これらは、対象物の特色をよりよく示す。例えば、永続性、及び実在性などである。これらは内部と外部を持ち、内部と外部は明確な境界線により画される。そこから生じる構造——網目——は、堅固な、健全な、決定的なものであると感ぜられる。法は石に刻まれる。格子の美学は明確な規則のルール、絶対主義的アプローチ及びカテゴリーカルな定義の美学である。」 p. 1051.

107) 「エネルギーの美学においては、法はエネルギーのイメージとしてあらわされる。原理、ポリシー、価値及び政治的な矛盾し相対立する力がぶつかり合い、雑多な方法で組み合わせる。法的ルール、原理、ポリシーおよび価値は、定量され、計量され、比較されるべき力を持つ。動き及びフローがその特徴である。」 p. 1051.

108) 「エネルギーとしての法というアプローチは、何かが起こっているという感覚である。法は動いている。法は前進している。富は最大化している。不幸な出来事は抑制されている。改革は実行されている。やかんは沸騰している。法律家はどこかに向かい、何かを行う試みの一部を構成していると感じている。法は力であり、力がチャージされている。」 pp. 1071-1072.

計量することができるという可能性の上に成り立っている。

三つ目の美学は、遠近法的美学 (perspectivist aesthetic) である。これは、観察する人の立場により法は異なるものと考えられるものである¹⁰⁹⁾。遠近法主義は全能の語り手の視点を採用することを拒絶し、自らが試みとして解釈する法理論には一定の偏りがあることを容認し、法理論の政治的性質を認め、構成主義的前提を承認し、懐疑主義を受容する。この美学の先駆者は、Robert Hale もしくは Charles Reich であるが、しかし、これはむしろフェミニズムの再構築及び法のアイデンティティ・アプローチにより展開されたものであると言える¹¹⁰⁾。遠近法的美学は、関係の美学であり、その関係の固定性 (例えば、男性は女性とは異なる、男性は常に女性を支配する、その問題の救済は法によるべきであること、など) を前提とする¹¹¹⁾。

四つ目にして最後の美学は、分裂の美学と呼ばれるものである (dissociative aesthetics)。この美学は、遠近法主義を先鋭化 (あるいは分散) したもののといえ、法的現象は、それを観察する法学者が採る唯一の視点のみから考察されるのではなく、行為者及び理論を構築する法学者自身を含む法を考察するすべての人々が採る無数の視点から考察されるものとなる¹¹²⁾。このような視点の増大は、法的現象に一定した定義あるいは明確な形を与えることすら不可能にし、法的現象は常に、「あれ」でもあり「これ」でもあり、ときには、「少しだけこれです少しだけあれ」というものになる¹¹³⁾。分裂の美学は懐疑主義を理論提唱

109) 「遠近法的美学においては、法のアイデンティティは、見方により姿を変える。行為者あるいは観察者の枠組み、文脈、展望、位置関係が変化するため、事実も法も異なるアイデンティティを有するにいたる。それに応じて、行為者あるいは観察者の社会的政治的アイデンティティは法あるいは法的要求の決定的な要素となる。」 p. 1052.

110) このように、法的フェミニズムは法における女性の解放という視点を取り、法的システムは家父長的な制度であると理解し、とりわけ家族法及びセクシュアリティに関する法における男性支配の構造的効果を明らかにしようとする。その上で、法的フェミニズムは、フェミニズムの観点から見た法という、フェミニズムの観点からの一般的な法を描きだそうとする。

111) 法的フェミニズムの最低限の定義として、Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton University Press, 2008.

の根拠にまで及ぼし、部分的なものであれ、一定の偏りを持ったものであれ、いずれの形においても法の再構築を行うことを放棄する。これは法の流動的な理解を提案する多様性と変化の美学であり¹¹⁴⁾、批判法学 (*Critical Legal Studies*) のポストモダンのバージョンの中で、とりわけ際立つものである。

2. 2. グローバル・ローの一般理論の美学

ここで私の第二の直観について語ろうと思う。ここまでのものは形式主義からリアリズム、リアリズムからアイデンティティ・ポリティクス (*identity politics*)、アイデンティティ・ポリティクスから批判法学のポストモダン・

112) 分裂の美学は遠近法主義の先鋭化したものである。その脆弱な形態において、遠近法主義は、個々人の視点によって異なる意味を持つものとして法的人工物を描き出す——例えば法——である。したがって、それは弱い遠近法主義であり、法は、裁判官の、訴訟当事者の、クライアントの、法律執行者などの誰によって感得されるかということにより異なるものを意味することとなる。この遠近法主義を脆弱な」ものとするのは、パースペクティブにより法の意味が異なるとしても、法のアイデンティティは同一のものであり続けるという事実である。より強固な遠近法主義においては、法それ自体も様々なパースペクティブの構築物となる——パースペクティブのそれぞれは、他のパースペクティブの反映である。この強固な遠近法主義においては、ある当事者にとっての法の意味は（例えば裁判官）、少なくとも、他の当事者（例えば弁護士）にとって法が意味するところのものの一部であり、またその逆も然りである。よりラディカルな遠近法主義は（それが分裂の美学に道を開くものであるが）、固定的なアイデンティティを解消する。パースペクティブの独立した固定的なアイデンティティのイメージがなくなるだけでなく（強固な遠近法主義）、様々なパースペクティブは、固定的なアイデンティティを創出するために十分に結合したものではなくなる。このような分断の美学の到来により、形式からの解放とアイデンティティの解消を問のあたりにする。」 pp. 1092-1093.

113) P. Schlag, *art. cit.*, p. 1096.

114) 「分裂の美学においては、アイデンティティ自体が崩壊する。何もそれまでのものであり続けることはなく、常に何か異なるものになっていく。Xを参照するという試みは常に満たされず、Xというものは、他のものに包摂され、固定され得ない多くのものによる不安定な混沌としたものであるということとは最低限の調査によって明らかになる。これまでの美学——網目（及びその固定的なアイデンティティ）、エネルギー（及びその計量可能な力）及び遠近法（及びその特定可能な関係性）——の決定的な貢献はすべて崩壊した。特定可能なアイデンティティ、関係性あるいはパースペクティブはいずれも存続しない。」 p. 1052.

バージョンという、前世紀にアメリカで支配的であった法理論の美学の歴史についてであった。これらのものはアメリカの法的思考の歴史を描くためには非常に興味深い材料を提供するものではあるが、私はそのためにこれまで述べてきたことを使おうと思っているのではない。

シュラグが言うところのものではないが、この四つの美学は、それぞれ一つの構造を形成する二つずつの組み合わせとしてとらえることができるように思われる¹¹⁵⁾。エネルギーの美学は、それが運動、境界線の移動、分裂の連続の美学であることから、格子の美学の内在的批判として現れる。分裂の美学は明らかに、遠近法的美学が先鋭化したものである。第一の組み合わせは、静/動の組み合わせであり、第二の組み合わせは、全体性/多様性の組み合わせである。この組み合わせの中では、第二の組み合わせが第一の組み合わせに対する内在的批判となっており、前者に対する相対的なヘゲモニーを前提とする。

私の直観からは、TGEの美学は、ど・ち・ら・か・と・言・え・ば、一つ目の組み合わせに関するものであり(格子/エネルギー)、TGDGの美学は、ど・ち・ら・か・と・言・え・ば、二つ目(遠近法/分裂的)の組み合わせに関するものであるというものである。したがって、ポ・ス・トへの移行は、美学の変化をもたらすものであり、TGDGはTGEと同様、その時代における(単一の美学ではない)美的構造に密接に結びつけられている。

格子/エネルギーの組み合わせがTGEの構築に際し有していた魅力を理解することはできる。TGEは国家と混同してしまいそうになるものの大海原の中から国家を識別することにより対象物(国家)を構築しなければならず、その対象物(国家)のイメージを提供するが、そのイメージの提供は、枠組みの基礎自体がその対象物(国家)により提供される固定的な枠組み(その国の研究者のコミュニティ)の存在に依存している。TGEの内在的批判は、これらすべてのものを変えていこうとする。TGDGが今姿を現しつつあるもの、今伝播するものを対象とし、そうした流れの中に存在するものである以上、理論がど

115) Claude Levi Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, nouv. éd. revue, La Haye-Paris, Mouton, 1968.

こから生まれたのかということとは前提問題となり、多くの場合政治的あるいは認識論的な試みと関連づけられた特定の視点を選択することが要求される。それゆえに、TGDGの内在的批判は、TGDGが相対的なものであること、及び多くの考え方が対立しお互いを滅殺するという点に関して行われることとなる。

これらのことを別の観点から考えてみると、自らの学問的取組を一つの国の中の研究者のコミュニティという固定化された枠組みの中に位置づけるときには、私たちはどこから、そして誰に対して語りかけるのかということを考える必要はない。なぜなら、この枠組みにおいては、私たちは学問の普遍性及び国家の合理性の名の下に議論をしているのだと主張することができるし、私たちは同じ仲間同士で話をし、同じ図書館の中での付き合いで学んだおおよそ同じ言葉を使う人々に語りかけるものであるし、対話の相手方自身もこのような話し方が唯一のもの、あるいは唯一用いることができるもの、そうでないとしても、最も素晴らしいものであると考えていることが多いからである。

世界的規模のメトロポリスにおいては、全く別である。そこでは、私たちは、グローバル・プロフェッサーを相手に議論をしなければならない。このグローバル・プロフェッサーたちは、出身母体である自分の国の研究者のコミュニティからの（少なくとも部分的）別離を獲得しなければならなかった人々であり、その先達たちの記憶を未だ残している、日の浅い移住者である人々である。とはいえ、こうした別離の意味やそれを獲得する方法が、自ら別れを告げたコミュニティや別離の度合いにより著しく異なるものである以上、実験的なコミュニティはまだ彼らに対し、文化的土台を提供するものではない。グローバル・プロフェッサーとなるための方法は、西洋的法万能主義の様々なバージョンの伝播方法や文化的あるいは特別な歴史的背景の中における法万能主義の受容の方法と同じ数だけ存在する。このような経験の多様性を認めることは遠近法主義（及びその内在的批判である分離主義）に基礎を提供し、発展を促す。

世界的規模のメトロポリスは、中心（あるいは中心の集まり）、周辺と準周辺を持ち、このメトロポリスの中心に近づくほど、私たちは自らの置かれた状況を忘れ、あたかも自分の固有の状況などは、自分はそのことから超然としていられ

るような、余分なものであるかのように思ってしまうがちである。世界的なメトロポリスの中心（あるいは中心のうちの一つの中心）に近づくほど、グローバル・ローは、あたかも境界線のない領域のように、その構築の条件とその背景とは無関係な均一的普遍的な法であるかのように立ち現れる。ポストの時代においても民族中心主義は消滅せず、それは民族中心主義の形式と頑迷さを忠実に再現するグローバル中心主義といったものに姿を変える。ポスト以前は、理論にかかわる民族中心主義は、「自分のもの」以外の象徴的世界や考え方の存在及び価値を示唆するすべてのものを隠蔽するために大変な努力をしなければならなかった。ポストにおいては、グローバル中心主義は、自らがグローバルな領域と呼ぶところの領域は細分化し、もはや一つの領域とは言えないほどに境界線や亀裂に切り裂かれているという事実を忘却するために、さらなるエネルギーを消費する。そしてこの境界線や亀裂はあまりに深いものであるため、遠近法主義（及び分裂主義的批判）は、中心部においてすら、TGDGの支配的な美学を提供する理想的な候補となる。

Ⅲ. 直観3 グローバル・ローの合理性

はるかなる視線

TGDGが地球規模で法的現象をとらえようとするものである以上、TGDGが扱う対象物は、離れたところから検討されなければならない。これはおそらくレベルの変化がもたらす効果であるかも知れないが、TGEがある国の法的秩序を細部にわたって理解するために十分に包括的な明確かつ綿密な法解釈論の構築に力を注ぐものである一方で、TGDGは、時には技術的緻密さを必要としないほどに一般的な度合いで、物事を「大掴み」でとらえようとする傾向がある。その理由は明らかである。グローバル・ローにおいては、物事は、遠くからとらえられたときのみ興味深いものとなるからである。中国から見たとき、デューギーは、トゥールーズやボルドーから見たときよりも、オーリウに似ている。スーダンから見たとき、フランス憲法院の構成はアメリカの連邦最高裁の構成と大きく異ならない。はるかなる視線から、私たちは類似性を見出し、洗

練さと正確さを失う——これは、大きな総括と、戦略的省略の支配である。

私たちは、完全性も失う。強制収用に関するコンセイユ・デタの判例を検討する際には、私たちは読者に対し、完全な参考文献や関連する決定を網羅的に提示することができると考えているが、強制収用に関するグローバルな行政法について学ぶに際して、日本語や中国語を読めないということは、そのテーマに関する興味深い研究やケースへのアクセスを阻む。そうだからといって、こうした問題を扱うことをあきらめなければならないのだろうか。膨大なテキストや言語的障害は、網羅的研究という理想を手の届かない夢、あるいは神経症的症状に変えてしまった。私たちは、そのようになってしまったことを悔やみ、そこに曖昧なもの、ジャーナリズム及び漠然とした思想の勝利を見るかも知れない。(後に触れるが) TGE の理論化の方法の中で尊重されていた技術の役割は低減するが、技術はある国の研究者のコミュニティの多く(ただしそのすべてではないが)の中において、法的理論の崇高さ及び堅牢性を支えるものであり続けることは確かである。ポストへの移行は、その名にそぐう法的思考にふさわしい厳格さと真摯さの衰弱と同義語となり得る。

しかしながら、グローバルな転回の中で生じるものは、厳格さと真摯さの衰弱というよりもその変化であると考えることができる。TGDG は、戦略的な鋭さ、主張の独自性、まとめ方の明確さ、状況を見通す強み、今後の研究分野の広さ、検討可能となったプロジェクトの利点の上に成り立つ新しい考え方の標準と基準を提供する。私たちは、グローバルな転回とは、法的思考の中における厳格さと真摯さの新たな形の出現であると考えられるのである。

「法的ロジック」が存在するのか、この「法的ロジック」が法学に特有のものであるのか、あるいは、それは、法的現象に対する普遍的なロジックの適用に過ぎないのか、または、「新しいロジック」という思想は、ロジックのモンスターであるのかないのか、といったことを論じる能力を私は有してはいない。しかしながら、ここにおいては、TGE と TGDG とにおいては、私たちは、同じ方法で考え、検討をするものではないということに触れておきたい。このテーマは壮大なものであり、私の能力をはるかに超えるものであるから、ここ

ではこのことを考えるための手掛かりを述べるにとどめたい。

規範的多元主義

法の自律性、その自己目的性（autotélique）あるいは、自己生成性（autopoïétique）の基礎を規範的多元性に求める方法によるにせよ、密閉された円環を想起するにせよ、通常私たちは、法を、主張がそれ自体法的であると認められて初めて適切なものであるとされるような、多かれ少なかれ閉ざされたシステムであると考えているという点においては一致している。私たちは政治的な理由や正義の価値についての主張を行うことができるとしても、これらは法的に翻訳されなければならない¹¹⁶⁾。裁判官を前にして、自らの社会的地位の優越性や対立当事者の無礼を主張することはできず、最後の言葉は法的主張にこそある。その結果として、法学者は、問題となる権限、事実、規則、概念あるいは主張を法的なものとする法的システムの承認を通じて、法の内在的観点から、法と非法との区別を行う¹¹⁷⁾。それゆえに、TGEが国家の法的理論であろうと欲したときに、TGEは、法的規範のシステムとしての国家と、社会学的あるいは心理学的現象、あるいは政治的権力としてとらえられる国家との境界線をできる限り明確に画することを目指した。そのために、TGEは、様々なやり方で、その慧眼の前に現れた現象を文字通り法的な現象に還元すること、及びこのような現象に、特別に法的な形を与えることにこだわってきた。このような理論化の方法が主に行う二つのことは、法の生命のカオス（chaos de la vie du droit）（もちろん規範であるが、ときには、採用される存在論に応じ、概念、強い思想、行為、機関等）を明確に特定される対象物のいくつかのタイプへと単純化すること、及び、法的に重要なものと認められたカテゴリーにしたがって法的に性質づけられ、法的に適切なものと認められた分類方法にしたがいシステムチックに整理されたこれら対象物を形式化することである。私は

116) Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit.

117) Mikhail Xifaras, "Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes" *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2011, vol. 3, pp. 451 sq.

少し先走り過ぎたかも知れないが、ここで何が問題になっているか¹¹⁸⁾ということ、みなさんには大体お分かりのことと思う。

これは直観に過ぎないが、私には、グローバル・ローの特徴の一つは、ある一定の意味においては法であるが、以上で述べた単純化及び形式化という意味で厳密に法的なものであろうとする認識論的枠組みの中では、正確に描き、ましてや説明することのできない現象を私たちに提示するということにあると思われる。巨大国際企業の行動基準は、それがウェブサイト上でのマーケティングの方法として用いられる場合には、規範的意味を持つ法的文書ではないが、そこに法的義務付けの基礎を見出す裁判官の前で主張されるときは、規範的意味を持つ法的文書となる。私的当事者により任意に構築され、採用された座標軸は法ではないが、しかし、これらの座標軸 (référentiels) は、契約の相手方の事業がその基準を満たすものであり、今後も基準を満たすものであることを買主が契約締結の条件とするときに、法となる。私たちは、このような難しい状況を、ソフト・ローを語ることにより、説明しようとした。グローバル・ローは、規範性をどのように扱うかということやその規範性をどのような視点から検討するかということにより、法となりあるいは法ではなくなるという規範により構築されるが、ソフト・ローのソフトさはまさにこのようなグローバル・ローの特徴の一つであると思われる¹¹⁹⁾。

私たちは、法人類学の研究に着想を得て、「法的多元性」¹²⁰⁾ という概念を用いることにより、このような雑多な規範を理解しようと努めた。法的多元性

118) 「一般理論」が取り扱ったことについてのより詳しい検討は、M. Xifaras, *La veritas iuris selon Raymond Saleilles, art. cit.* を参照のこと。

119) ハイブリッドな規範についての素晴らしい分析については、Karl Marx, *articles sur les vols de bois*, édités en français par P. Lascoumes et H. Zander : *Marx, du vol de bois à la critique du droit*, Paris, P.U.F., 1984. を参照のこと。

120) 例えば、B. De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, London, Butterworths, 2002 ; Paul Schiff Berman “Global Legal Pluralism”, *Southern California Review*, Vol. 80, p. 1155, 2007. Cf. aussi G. Teubner, « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, 1992, vol. 13, p. 1443.

という表現は通常、（国家の法という意味での）実定的規範と、生ける法（エーリッヒ）あるいは社会の法（Gurvitch）に由来する、非実定法との共存という意味において用いられる¹²¹⁾。この多元性は、これらの理論が、法が国家の実定法に単純化されてしまうことを拒否するために、国家のものではない規則に法としての性質（*juridicité*）を認めることを目指すという意味において、法的とされる。とはいえ、最も中央集権化された国家の法秩序でさえも、法的システムの中に、国家を源としない規則（慣習やある職業上の慣行など）の存在を認め、実際上も、国家は、これまでも規範生成の厳格な独占権を持っていると本気で主張することなく、むしろ、生ける法（あるいは社会の法）に対する国家の法の優位性を主張してきた¹²²⁾。この意味において、グローバル・ローの多元性は、「法的多元性」という表現が通常持つ意味を大幅に超えることとなる。国家以外の制度が生成した規則を「生ける法」あるいは「社会の法」として語る時、私たちは、国家の法から法を分離し、非国家法の存在を認め、実定法／社会の法という混合体（*hybrides*）を理解しようとするが、法／非法の混合体の中における法的規範と非法的規範の有機的關係性についての検討は行っていない。

国家を源泉としない隣人間の規則について「社会の法」を語ることは、実定法が優位性を持つ制度的状況の中においてこのような規則が実定法による承認を待つ潜在的法のようなものである限りにおいてしか意味を持たない。おそらくは、ある特定の社会状況における国家の法の優位性が、国家が伝播するものと同様の思考スキームとカテゴリーにより社会的規範が理解され、潜在的な法として観念されるということを説明する。法的分析は、離婚の際の和解的交渉のルールに関心を寄せ、このルールを行動する法（*droit en action*）としてとらえるが、これはこの交渉が法の陰¹²³⁾で行われるということ、つまりこの交渉に失敗して生じた紛争は実定家族法の条項に基づき裁判官により解決されるという制度的状況の中で行われるためである。この多元性は、考察の対象となる

121) John Griffiths, "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, p. 1 sq.

122) Cf. le dernier chapitre de H. Adamson et K. Llewellyn, *La voie Cheyenne*, *op. cit.*

行動を実際に規律する規範が、特定の社会状況の中で、かかる規範を形作り、終局的に規律することができるほどに支配的な紛争可決のための法的方法を存続させ、補完するという意味において法的である。隣人間の礼儀作法あるいは婚姻したカップル間の交渉におけるルールは、法及び法的思考のものである、思考の働き方 (mode de fonctionnement)、手続き (procédure)、カテゴリー (catégorie) 及び方法 (protocole) により規律される。法との近さと法万能主義の優位性がこれらルールを、補助的規範あるいは準法律的秩序として構成する。法的多元性という概念は、法万能主義からの脱却を意味するものではなく、また法万能主義が危機に瀕していることを意味するのでもなく、むしろ法万能主義の広がり、国家の二重の逆転 (en double inversé) としての、社会と法の構築を意味する。法的多元性の概念は、法の優位性に根差す。そして、この法の優位性は、法万能主義及び (規範的秩序はすべて法であり、私たちのものと同様の所有権がシャイアン族にも存在し、もし存在しないのであればそれはそれでより面白いというような) 法万能主義のカテゴリーの人類学的普遍性に対する絶対的な信仰をよく物語る議論の余地のない公理として理解され、あるいは、法の優位性は「特定の状況下における優位な規範秩序」として理解される法の定義自体に刻み込まれている。したがって、西洋の法万能主義におけるもののように機能する規範的秩序は「私たちの」法であり、他で優位な規範秩序は「彼らの」法であり、これらは異なる方法で機能する (したがって、シャイアン族においては所有権は存在しないが、彼らの法的秩序は、それがそこで優位であるがゆえに法である)。このようなケースにおいて私たちは、それぞれの状況において優位する規範秩序の中で、西洋の法万能主義の下の規範秩序及びその他を区別する言葉を持たない。

しかしながら、そのような言葉は必要である。なぜなら、グローバル・ローの中にあふれる規範の混合体の中においては、法の占める地位は常に優位なものではないこともあり、法は、(社会法についてそうしてきたように) 補助的な

123) Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, "Bargaining in the *Shadow of the Law*: The Case of Divorce", *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, p. 950 sq.

あるいは準法的な規範秩序を伴う規範性を構築するのに適しておらず、その反対に、法、法の規則、法の手続、法のカテゴリーが、法万能主義にとっては未知の作用の仕方をする他の規範により規律されるということもあり得るからである。

隣人間の紛争に関し日本民法により示される規範は、日本の全国に適用があり、実際に用いられることもあるが、多くの農村の共同体においては、民法の規範の意味と用法は、その共同体の中で優位な、紛争解決の方法を通常決めるものである常識によって規律され、この常識は、必要に応じてその規範秩序の中に民法の規定を取り入れる。

オークションサイトでナチスの記章の売買がなされたことに関し、フランスの裁判所は Yahoo! を人種的憎悪の扇動の罪で有罪としたが、かかるサイトの運営主体がフランスに置かれていないために、裁判所の判決は、紙切れに過ぎないものと考えられた。しかし、Yahoo! は、そのサイトから問題となった商品を削除した。それは、同社に対し強制力を持たない義務を履行するためというよりも、評判こそが価値である強い規範性を持つ世界的コミュニケーション装置の中で、そのイメージを保つためであった¹²⁴⁾。

中国国際経済貿易仲裁委員会 (CIETAC) は、調停と仲裁とを含む「Med-Arb」という手続を通じた紛争解決の可能性を当事者に与える。裁定者は、担当する事件に事前に関与してはならないということを含む、他の場所で一般的に認められる公平性の原則とは異なり¹²⁵⁾、CIETAC (及び香港の仲裁センター)

124) Benoît Frydman and Isabelle Rorive, « Regulating Internet Content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A. », *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, vol. 23, Heft 1, pp. 41-59.

125) UNICITRAL、国際商業会議所 (ICC)、投資紛争解決国際センター (ICSID)、ロンドン国際仲裁裁判所 (LCIA) により作成された規則については、Alan Redfern et Martin Hunter, *Law and practice of International commercial arbitration*, Thomson, 3e édition, 1999, p. 211-12.12 を参照のこと。「当事者双方が調停を望む場合、又は一方の当事者が調停を望み、かつ仲裁廷を通じて他方当事者の同意を得た場合、仲裁廷は、仲裁手続きの進行の過程において、その審理する事件について調停を行うことができる。」(中国国際経済貿易仲裁委員会仲裁規則 45 条)。

は、調停員が調停に失敗した際に、仲裁判断を下すことを禁じていない¹²⁶⁾。このことは、調停の段階でやり取りされた情報が、仲裁手続の中で使われることになるのではないかという、デリケートな問題を生じさせる¹²⁷⁾。もし、国際仲裁委員が、私的だが公平な裁判官に近いのではなく、当事者の「和解的妥協」を強く求める調停員であるとすれば（CIETAC 規則 48-49 条）、これは法の支配の原則に比較的忠実な法的手続の中国版ではなく、律の原則により支配された紛争解決の方法の中における法的手続（仲裁）というものになるのではないだろうか¹²⁸⁾。

国家の法的秩序の中においても、法、法的ルール、法的手続及び法的概念が非合法的な規範的秩序（常識、広告宣伝、律など）の中に滑り込んでいくという例を見つけ出すことができる。上述の日本法の例はまさにこのようなものである。しかしながら、このような例は、その形成において国家機構の影響がより限定的である一方、より商業主義的ロジックに親和的で、また、非西洋的な宇宙論にふれる超国家的あるいは国家横断的な混合体の中でより数多く、重要なものとなる。こうした混合体の多元性は、もっぱらあるいは主に法的ではないものとなり得る。したがって、「規範的多元性」¹²⁹⁾を論じるほうがより適切であり、それは、法は優位ではない場合でも法であり続けるのかということや、法という言葉に対し通常与えられる意味においてグローバル・ローは法であり続ける

126) Cf. Dejun Cheng, Michael J. Moser, Shengchang Wang, *International arbitration in the People's Republic of China*, Butterworths Asia, 1995.

127) Carlos de Vera, "Arbitrating Harmony: 'Med Arb' and the Confluence of Culture and Rule of Law in The Resolution of International Commercial Disputes in China", *Columbia Journal of Asian Law*, 2004, vol. 18/1, pp. 149-194.

128) Tiwining の論考の中にこの表現を見つけることができる。 *Normative and legal pluralism: a global perspective*, the Seventh Annual Herbert I. Bernstein Memorial Lecture in International and Comparative Law, as held at Duke University School of Law, April 7, 2009. しかしながら、私はこの表現をかなり異なる趣旨で使っている。いずれにしても、この問題には別の理論的な検討が必要であるが、その議論は別稿に譲りたいと思う。

129) Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant/LGDJ, 2007.

のかということを検討することにつながっていく。

学問的折衷主義

TGEの観点からは、これらのことはいずれも新しいものでもなく、興味深いものでもない。誰も国家を法に還元すると主張したことはなく、国家の作用の中における他の規範について研究することの重要性については誰もが一致していた。国家の行動に結びつけられたすべての法的事実、行為、規範及び概念は、ある一定の角度からは、法的であり、法的であったが、他の角度から見ればまったく別のものであった。デュボン氏をある公的機関の頭に据えるというデクレは、行政行為理論の角度からは法的行為であるが、それは心理的行動（大統領はデュボン氏を気に入っている。）、政治的行動（デュボン氏は右派である。）、社会学的行動（デュボン氏と大統領は小さいころ同じ柔道場に通っていた。）等でもある。しかし、まさにそれだからこそ、国家の法的理論にとって重要であるのは、大統領が行うことの法的側面である¹³⁰⁾。同様に、グローバル・ローの存在論的に異質な性質の中で、グローバル・ローの法的理論を構築することを妨げるものは何もない。これらについて特段の異論はない。グローバル・ローは、それ自体が異質な規範をもたらすものではなく、グローバル・ローについてグローバルな視点を採用することにより、私たちはグローバル・ローの単に法的な理論を構築することをやめ、検討対象とする現象の純粋に法的側面についてしか関心を抱かないことは、視野を狭めるものであり、あるいは形式的に過ぎると考えるようになり、それだけで満足することができなくなってしまうのである。

別の言い方をすれば、TGEは、法的知識の装置を、独自のかつ相互補完的な社会科学における学問的知識と並列するものと見る（社会学者は、デュボン氏と大統領は柔道を一緒に習っていたと私たちに教え、政治学者はデュボン氏は右派であると私たちに教え、心理学者は、大統領がデュボン氏のことを好きだと私た

130) Christophe Jamin, *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso.

ちに教える等)。社会科学の共働の中では、法律家には、検討される現象の法的性質に関する知識の提供が求められる（デュボン氏は閣議決定により任命されたが、その決定は、ある一定の方法で署名がなされなければ効力を生じず、一定の条件下において異議の申出も許される等）。逆に、グローバルな転回は、そのために用いる理論的方法がどの分野のものであるのかということや、学問的一貫性をあまり重視することなく、研究対象とする現象の様々な側面を、まとめて考えること（そしてその関係性も）を追求する折衷的知の生成を要請する。TGEの構築に力を注いだ研究者のコミュニティは、「法律家」の集団であろうとし、お互いにそのように認識してきた。確かに、グローバルなレベルにおける研究者のコミュニティを築くことを目指す法学者も数多く存在するが、しかしそのような試みは、ある一国において、あるいはある地域レベルで行われてきていることを、世界レベルに引き移すだけのことに過ぎないものであると考えられる。他の研究者は、より素直にグローバルな転回を受け入れ、自分の知見を、研究対象とするものの斬新さに適合させようとする。これは、一つあるいは二つ（あるいは三つ）の（必ずしも法学とは限らない）学問を学ぶ一方、法的対象についての一定の知識を何らかの方法で得た（このことは法学教育の将来を考える材料を提供する）¹³¹⁾者にとってはやりやすい作業となっている。こうしたグローバル・プロフェッサーは、「法律家」としての立場を必ずしも求めるものではなく、単に「法的」な知見を生み出そうとはしない。実際のところ、彼らは、学問的区別は退屈なものであって、それはポスト前の世界を彷彿とさせるものであると考えている。彼らにとって重要なのは、理論的な道具を用いるときの適切さと真摯さである。彼らはフーコーについて語ることもあるのだが、彼らがフーコーについて語る時、哲学を論じることが重要なのではなく、フーコーについて興味深いことを語れる程度に、フーコーを十分に読み込んでいるということが重要となる。より頻繁に、グローバル・プロフェッサーは、経済的分析を行うが、彼らが経済的分析を行うときは、多くの場合基本的概念

131) Christophe Jamin, *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso, 2012.

を扱う際に間違いを起さないこと、計算間違いをしないこと、悪い統計結果を用いないことで足りる。そしてもちろん、彼らがいつも行っている、ある現象が法的であるか否かの研究にあたっては、現行の法文を混同せず、おおよそ信頼される程度に事実の法的性質づけを行い、そこに法の存在を認めることができるような法的カテゴリーや法的思考を動員する、というようなことが重要となる。

法に関する批判的知識の構築という観点からは、このような学問的折衷主義は退行であると考えられるかも知れない。もし(カントのように)自らの可能性の条件を検討し、検討する対象物の構築方法をその条件から演繹する知見を批判的と言うのであれば、学問的知見を構成する方法こそが、知識の対象を決定する。ポスト以前、とりわけこうした批判哲学を標榜する TGE においては、法学は法学として知ることのできるものに関心を寄せてきた。これに対し、世界的規模のメトロポリスにおいては、「対象」は、実生活の中で重要なものにより決定される。つまり、メトロポリスにおける「対象」は、アクター及び専門家の様々な集団が争点を理解し構築する方法、あるいは、これらの行為者あるいは専門家が追求する試みや企画により決定される。だからといってこのような試みや企画のすべてが「法的」なものではなく、それらが生成する知識の可能性の条件という問題を検討することは稀である。開発のグローバル・ローは、アクターや開発に関する専門家が開発のグローバルな問題に対する回答として準備するものの法的側面である。環境のグローバル・ローは、アクターや環境に関する専門家が、環境のグローバルな問題に対する回答として準備するものである、というように。

このようなアクターや専門家のコミュニティの多様性や、これらのコミュニティからもたらされる試みやアイデアの多様性のゆえに、グローバルな法的現象は、法学者のものとは異なる、知識、思考の方法、学問的プロジェクトの形を取って描かれることが多いとすることができる。法学が国内レベルにおいて実践されていた際にも同じような状況はあったにせよ、しかし、レベルが変わったこと、アクターと専門家が増えたこと、また目が眩むような問題点の複

雑さ（例えば、どのように地球温暖化を止めることができるのか？）が、グローバルな問題を理解し解決するために唯一の優越する認識論的観点が存在するなどという信仰を揺るがした。このような状況から生じる様々なタイプの専門性と知識の開かれた競争は、一般的な学問的知識の権威の相対化をもたらす（世界の飢餓の問題を扱うためには、経済学者、農学者あるいは気象学者に話を聞くべきなのか？あるいは、このような質問の仕方は適切なのか？）。また、初期のグローバル化を進展させた具体的な状況は、おそらくは法学者ではない他の者を優遇した（しかし、これもまた卵と鶏の話である。法学者は商売人やエンジニアの後に続き、しかし、商業やエンジニアリングが存在するためには、何らかの法的なものが必要である）。いずれにせよ、グローバルなフォーラムは、法の孤立化（Isolierung）を促進するわけではなく、むしろ、グローバルなフォーラムにおいては、多くの場合政治的立場も織り込まれた、異質な知識を構わず混ぜ合わせるような認識論的視野が重視される。そこでは、知識／権力はありのままの姿を現す¹³²⁾。

すべてからたくさんへ……

TGE と最も著しい対比をなすものであるが、グローバル・ローにおいては、法的機構や機関が行うことを、唯一のかつ本来の政治的主体性（subjectivité）——私たちが人民（People）、国民（Nation）、あるいは制憲権力と呼ぶところのもの——に帰せしめることはできない。ここに現れる主体性が必ずしも政治的なものではなくなくなったということではないが、主体性は、アクターや専門家のネットワークという形を取る。法と政治の相互作用という問題は場違いな問題となる。TGE においては、政治的権力は国家の最上位（統治的機構）にあり、

132) 「知の分野の相関的な構築や、権力関係を前提とし、構築する知なくしては、権力関係は存在しない。（中略）この『権力－知』の関係は権力のシステムから自由であるか否かということにかかわる知識に基づき分析されるものではない。しかし、逆に、対象を知っている主体が権力－知の根源的な含意の結果であると認識しなければならない。」 Michel Foucault, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard, 1997, ou *Michel Foucault, Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 36. Vérifier.

ときには、その基礎（市民）にあった。この意味において、TGEは、（君主、時として民衆の専制として理解される）政治を（技術的である）法のルール及び手続に服させることを目的とする（政治的）試みであると解釈することができる。したがって、こうした試みの本質は、法的アクター及び彼らの行動を主権的政治的主体性から生じるものとしつつも、アクターと彼らの行動の中から、政治的なものと法的なものとの峻別することであり、法的なものは、技術的なものであるがゆえに、政治的に中立なものであるとされた。政治（主権的機構の意思と権力）は法の源であったが、法が行うことは、技術的、つまり中立的なルールとテクニクに服するものであるがゆえに、脱政治化された。したがって、法的アクター（及びその行動）は、主権の本来的主体性の実現のための受動的な代理人となる一方、（20世紀になりますます強くなってきた）自らが主人たる技術的ルール及び手続に政治的機関を服せしめるという主張を行うことにより、政治的に中立的なものとされた。ここでは、私は、この試みが理論以外においても実現したのかということ、それがそもそも実現可能なのかどうかということを議論するつもりはない。私としては、グローバル・ローの中では、グローバル・ローがそこから生ずるはずの本来的政治的主体が欠如しているために、今後、全く異なった形で問題が提起されるということを指摘するにとどめる。

法と政治の関係という視点からは、グローバル・ローは、ときとして純粋に技術的、ときとして、明らかに政治的、ときとしてその双方として現れる、体制、装置及び機構の絡まり合いとして登場する。市場法則、コンピュータ・システム、技術基準あるいは会計基準は、意思や制約すべき専制的な政治を声高に求めるのではなく、客観的で政治的に中立な知識に関係する技術的装置として現れる。これが、法的グローバリゼーションが専門家の勝利を認め、これまで私たちが知っていたような政治（主権）の終焉を画するものという意味において、法的グローバリゼーションは「ポスト政治的」なものであると考えられる所以である。（しかし）このような見方は、政治的試みの実現としての他の超国家的、国家横断的な法的体制、組織、装置に関する検討により中和されなければならない。すなわち、環境法はまず環境保護を目指す人々から求めら

れ、国際人権法は、人権の尊重を政治的優先課題としていた人々から求められ、開発法はまず、発展の遅れの問題に対する回答があると信じていた人々により求められた、ということである。作用においては技術的だとされないものの、その目的においては非政治的であると説明される制度、組織及び装置もある（人権を守るためには、それが客観的で中立的なものであるとした方がやりやすい。）。

したがって、グローバル・ローは、技術と政治の厳密な分離を無意味なものとしてしまう技術及び政治の法的混合体として現れ、様々なレベルにおいて、技術と政治の継続的な緊張関係について考察することを促す¹³³⁾。国の枠組みの超越は、したがって、法における政治の死を意味するものではなく、あらゆる交差の場、国境、混乱の中の亀裂の中への政治の分散を意味する¹³⁴⁾。政治的なものは、仲裁人の両義性、官僚の現実否認、専門家の倫理的対立の中といった、法が生じ、法が考察されるあらゆる場所にある。これらすべてのことは、ある一国内のレベルにおいて、あるいはポストの前の世界においても同様であったかも知れないが、その時点においては、国家の頂点（そしてときにはその基礎部分）から政治的なものを分離することにより、より容易に状況を単純化することができ、そうであるからこそ、私たちはその世界を信じてきたのである。

こうした政治の分散は、より深い変化の兆候であるかも知れない。グローバル・ローの起源をある一つの主体性に帰することが不可能であることは、その総体の構築をより困難にする（主体性となり得る唯一の候補は、人類それ自体になるかも知れないが、グローバル・ローは、人類の普遍法とは似ても似つかない。）。私にとっては例外なく、TGEは、国家を有機的に関連した、一貫した、またダイナミックなすべて（Tout）として理解することを目指すものである。このような考え方は、グローバル・ローに関する議論の中においても多く存在する。しかし、グローバルな転回を素直に受け入れることは、このような類いの憧れ

133) Pour le droit international, cf. Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, op. cit.

134) G. Barzilai, "Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism?", *Theoretical Inquiries in Law*, 2008, vol. 9, p. 395.

を拒否することを要請する。それは、提供される資料が、不均質で、あまりにばらばらで、あるいはあまりに不安定なものであるというからだけではなく（これらすべてのことが物事を単純にするわけではないが）、全体性に対する憧れは、法を主権的・原初的主体性に包摂させることにより法の政治的統一を図ろうとする試みと関係するものであるが、このような主体性はグローバル・ローにおいては存在しないからである。もう一度言おう。世界的規模のメトロポリスは、一つの領域ではなく、グローバル・ローは「すべて (Tout)」ではなく「たぐさんのもの (Tas)」に近く、「たぐさんのもの」であるグローバル・ローはやがて一つにまとまる宿命にあるとするものではない。グローバルな場面においては、コスモポリタンな世界の試み (projet cosmopolitique) は多くの試みの中の一つに過ぎず、その試みを支持する者は、帝国 (Empires) となることを夢見る国家あるいは地域のコミュニティの中に存在するが、コスモポリタンな世界に到達するために扱わなければならないものがどれだけ不均質なものであるかを必ずしも見定められているわけではない。

本質、形式とモデル

これまで見てきたように、TGE は、19 世紀の終わりに大流行していた「一般理論」というジャンルの中の一つの特殊な形態である。これら一般理論は、その中で TGE も極めて大きな方法論的多様性を有していたが、いずれも、法的制度に関し、観察される事実（有効なルール）を、法的思考（当該制度の法的本質あるいは性質）の中に取り込んでいくことを共通して目指していた。この法的思考からは、一般原則が生じ、この一般原則からは、権限ある機関が採用すれば、観察された事実を徐々に合理化することができるルール（有効な法）を導き出すことができるものとされた。

直接的に政治的な側面においては、TGE の構築という試みは、国家の一般原則を提示するために学問的威信がもたらす権威を用いながら、自らを学問の中核とし、自らの国家コミュニティの実質的な立法者の地位に就かんとする法学者の願望により支えられてきた（ここにおいては、ケルゼンの TGE はその限界

例もしくは分野から突出したものであるだけでなく、まさにその逆の例となるものである)¹³⁵⁾。この理論的装置の効力は主に次の二つの条件によっていた。まず、学問的活動に内在する対立を通して法学者たちの間で共通的確信を見つけ出すことが可能でなければならないということ、さらにこのような法的確信は、法規範を作り出す役割を担う組織や機関が用いる用語に似通った用語によって表現されるということである。もし用いられる言語が異なっていれば、法規範を作り出す機関は、このような法的確信から着想を得ることは困難であろう。

私には TGE の実際の影響力を評価することはできないが、これらの条件がかつて一度も満たされたことはなく、あるいは、条件は満たされたものの、他の何かが欠けていたということは十分にあり得ることであり、その結果、国家の法的構築におけるドグマティックの役割——有名な学者に対して払う敬意を除けば——が二義的なもの、あるいはまったく意味のないものとなる¹³⁶⁾。確かなことは、グローバル・ローにおいては、この条件は実現不可能であるということであり、それゆえに、グローバル・ローの「一般理論」を構築するというプロジェクトは政治的に意味のないものとなる。法学者はその政治的コミュニティの学問的中枢となることはできない。なぜなら、原初的なそして全体的な主体性が欠如するため、そのようなコミュニティは、世界的規模のメトロポリスの中には存在しないからである。

世界的な政治的コミュニティの欠如は、ある一つの全体へ私たちが帰属していると考えることを不可能にするだけでなく、グローバル・ローのアクター、

135) これらの理論は、これらの理論を主張する者たちから、表現が豊かなもの（これら理論は、検討された事実を通じて社会的現実を表現する。）、複雑なもの（これら理論は社会的現実の矛盾した側面を論理的に構成する。）、システマチックなもの（これら理論は、理論的観点から、法的観念には矛盾が存在しないことを保障し、実務的観点からは、一般理論から導き出される規則が一貫しているものであることを保障する。）及びエレガントなもの（これら理論は、これら理論が方向付けたがっている法化の要式で描かれている。）という価値を与えられている。

136) これがドイツに関する James Q. Whitman pour l'Allemagne の見解である。Cf. sa conclusion dans *The Legacy of Roman law in the German Romantic era. — historical vision and legal change*, Princeton University Press, 1990.

専門家及び研究者に対し、世界に対する共通の視点が欠如していることや、様々なグローバルな議論の場面においてもお互い同じことを議論しているという確信を得ることを可能にするはずの感覚的世界の共有すらも欠如していることを認識させる。このような多元主義は、意見、価値観、試み、文化及び理論的取組の驚くべき多様性すらも凌駕するものであり、共通の現実に関する認識にかかわるものとなる¹³⁷⁾。これは、私にとっては、人間の条件 (humaine condition) であるが、しかし、グローバル・ローにおいては、このような人間の条件を忘れさせるほどに十分に支配的な存在論を見出すことはなかなか困難である。

共通した現実の中で共有する信仰心の上に自らの学問的確信を打ち立てることができないために、個人がそれぞれ、自らの信仰の上に築かれた自らの確信を優れたものであるとし、あるいはその確信を強制する力を持っていると考え、あるいは——病的だが広まってしまっている考え方だが——相手方は同じ考えを共有していないということを感じないがゆえに自らの確信を普遍的なものだと思い、一方的に自らの確信を強要しようとすることがある（例えば、90年代の法と経済のポズナー流解釈のワールドワイドな伝播のプロジェクト）。また、私たちはグローバルな討論の場を細分化する信仰、イデオロギー、世界及びこれまで経験してきた世界に関する視点の不均質性の重要性を理解し、試行錯誤しながらも、同じ言語で表現することができなくなるほどに異質な提案や試みを実践的な方法で有機的につなげていこうとすることもできる（憲法学会に参加する英語があまりうまくない日本の同業者を前に、あなたはなぜ彼がそこにいる、何を考えているか本当に理解できたか？ 薬を作るために、その植物に触れることを拒むインド人を前に、その植物が彼らにとってどのような意味を持つものであるのか、あなたは本当に理解したのか？）。私たちは、真実理解し合うことが困難な場合には、自然と、具体的な事象に取り組み、説得を試みることなく議論し、たわいもない話をする。したがって、私たちは、法的理論の真理よりも實際上

137) Cf. Mikhail Xifaras, "Fictions juridiques ...", *art. cit.*

の帰結、物事の本質よりも物事が作り出すことに関心を持つ傾向を有するようになる¹³⁸⁾。

おそらくこれが、真理の探究よりも、納得できる解決方法の実践的形成、あるいは正当なものとされる政治的プロジェクトを促進させるものとして現れる限り、一般的な意味でプラグマティックと評価される政策分析や比例性 (proportionnalité)¹³⁹⁾ といった考え方が、グローバルな転回とともに、人気を博することとなる理由である。このような転回期は、法的思考の中に、概念的演繹や法的三段論法の代わりに利益の計測と均衡あるいは分配的分析¹⁴⁰⁾ を据える。

それはまた、私たちが、主張が明らかにプラグマティックである「一般理論」の構築よりも、構成主義的前提を受け入れるモデル化を好むことを説明する。そこに、私たちは一般的な形式主義の没落を見るのではない。ここで問題となっているモデル化は、形式主義の厳しい基準に従うこともある（法と経済学、様々な決定理論や実証研究を考えよ）。むしろ、私たちは、より確実に一般理論の構築に関連した形式主義の没落を見ることとなる（しかし、必ずしも、私たちは新形式主義の勝利をそこに見るのではない。TG DG は、反形式主義的なもしくは、非合理主義的な知的傾向をも含むものだからである。）¹⁴¹⁾。

おそらく、グローバルな転回を取り巻くプラグマティックな環境は、法（とりわけ人権であるがその他一般の主観的権利も）に関する議論の発展を促進する状況を生み出している。このプラグマティックな環境は、政治的・イデオロギー的切望がアイデンティティの承認の試み——アイデンティティ政治——の

138) Félix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, 1935, vol. 35, p. 809 sq.

139) この点に関し、cf. Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", *art. cit.*

140) 例えば、食料品に関する法律の分野に関して、Olivier De Schutter, Kaitlin Y. Cordes, *Accounting for Hunger: The Right to Food in the Era of Globalisation*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

141) Duncan Kennedy によれば、新形式主義 (le néo-formalisme) はグローバル・ターンを構成する特徴の一つである。Cf. "Three Globalization ...", *art. cit.*

中で記述される時にこそ、政治的・イデオロギーの切望の表現にとって好都合なものとなる。こうした法に関する議論は、法／アイデンティティという組み合わせが、グローバルな議論の場面において、グローバルな転回の法的文法の指標となったと言えるほど成功を収めた¹⁴²⁾。グローバルな転回が、方式あるいはグローバルな法的思考の支配的な文法を見分けることを可能にするものであるか私には分からない。むしろ、グローバル・ローの研究者のコミュニティにおいては、方法の多様性及び法的言語の多様性が支配しているように私には思われる(法的議論だけではなく、経済的効率性、憲法化〔constitutionnalisation〕、法典化の議論など)。法の言葉は、もちろんその中では重要な地位を占めるものであるが、主導権を握ることや、変容を加えられることから効果的に自らを守るほどの重要性を持ち得ない。法の言葉は、相互に浸食し合い、相互に植民地化し合い、相互に重なりあい、アクターの意のままになるものであり、アクターに個人的な好みがあるとしても、彼らは同じ法的思考の中で、これらの言語を用いることができる。私には、グローバルな転回は、ある法的理論あるいは法的方法を示すというよりも、方法や理論を動かす様々なやり方を示すものであるように思われる。私にはこのやり方は、一つの法的言語によって語られるものではなく、気質や、ときとして「法的意識」として表現される雰囲気のようなものに近いように思われる¹⁴³⁾。

結論

私はここまで、グローバルな転回を採った後の法的思考というものに関する三つの直観について述べてきた。それがどれだけの意味を持つものであるのか私には分からないし、この直観が斬新なものであると言うつもりはない。自分のまわりを見渡すと、10人ほどの、自ら喜んでグローバル・プロフェッサー

142) Cf. Duncan Kennedy, "Three Globalizations ...", *art. cit.*

143) Cf. Duncan Kennedy, "Three Globalizations ...", *art. cit.* 構造、言語・言葉、法的意識の関係は本稿で行ったものよりもより深い検討を要するものであると思われる。

と名乗る同僚の名前を挙げることができる。おそらくは、私がここまで述べてきたことは、私の国の研究者のコミュニティへの帰属とグローバルな研究者のコミュニティへの帰属との間に生じる緊張関係について、私自身がどのように考えているかということとあまりにも密接に結びついてしまっているかも知れない。もしかしたら、こうした緊張関係を検討するための他の方法は他の直観を生み出したかも知れない。したがって、ここまで述べてきたことは一つの経験談であるとして読んでいただきたい。

これまで見てきたとおり、この直観はある命題に基づく。TGEの時代は終焉し、国家及び法的環境と国家との間の関係を理論化する新しいやり方が台頭し、グローバル・ローは、このような新しい環境とともに、新しい環境を理解する方法をも意味するという命題である。この命題は脆弱なものである。それは間違っているかも知れないし、ある過渡期を映し出すに過ぎないものかも知れない。歴史は極めて狡猾であり、グローバル・ローの出現の歴史的意味は均質的な世界国家の出現のための準備にあり、世界国家とともに、グローバルなメガ国家に適用されるTGEが凱旋し、コスモポリタンな（包活的）団体（totalité cosmopolitique）がようやく実現するということになるのかも知れない。私自身としてはあまり歴史を信じておらず、このようなシナリオは他の明らかに異なるシナリオとは同程度に、もっともらしくみえ、また他のシナリオに比べればやや劣って見えるとすれば、もしこのシナリオが他のシナリオよりもっともらしく思えないということがあるとするれば、その実現が、私には非常に強いものと思われる試みや利益と対立するものであるからである。歴史の狡猾さを非難することはできない。ただ、現時点においては、こうした仮定はあまり便利なものではないとだけ言っておこう。この仮定は、ネットワークやフローの重なり、規範の多元性、あるいは世界的規模のメトロポリスにおける世界及び経験された世界に対する視点の細分化について考えることを可能としない。均質的な世界国家がある日勝利を収めるかも知れないが¹⁴⁴⁾、しかし、今

144) Alexandre Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, Gallimard, 1947, p. 284 et suivante.

日このような考えはあまりに時代遅れで、あるいはあまりに時期尚早で、何の役に立つものではない。TGE の後に来るのは、TG DG であり、グローバルなメガ国家の一般理論などではない。グローバル・ローから均質な世界国家が生じるまでの間に、TGE を忘れ、そして来たるべき時が来て、必要あらば TGE に新たな価値を見出すための十分な時間が私たちにはある。