

科学研究費補助金研究成果報告書

平成 24 年 6 月 5 日現在

機関番号：32606

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2009 ～ 2011

課題番号：21530017

研究課題名（和文） グローバル化における「私法」の変容

研究課題名（英文） The Transformation of Private Law in Globalization

研究代表者 浅野 有紀（Asano Yuki）
学習院大学・法務研究科・教授

研究者番号：70202937

研究成果の概要（和文）：グローバル化において、私法は国家の規制を脱して自律化を進めるように見えるが、その実態を検証すると、私法は様々な形で国家をも含む公的・公共的な規制や規範と協働していることが理解された。また、連繋ルールとしての私法の理念に辿り着いた。

研究成果の概要（英文）：In the context of globalization, private laws are seen to increase its autonomy from the state regulations at first glance. However, closer investigations into the practical situation revealed that private laws' extensions and developments cooperate with various kinds of public norms and regulations including states' ones. We also found the idea of private law as linkage rule is potential.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009 年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2010 年度	1,500,000	450,000	1,950,000
2011 年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	3,200,000	960,000	4160,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：グローバリゼーション、私法、抵触法、法多元主義

1. 研究開始当初の背景

研究代表者の浅野と分担者の横溝は、法哲学と国際私法の学際的研究において、私法の基礎理論、私法と国家との関係に関する理論的研究に取り組んできた。

グローバリゼーションの進展において、私法の超国家化がみられ、また金融やインターネットなどの新しい分野における私法的法創造も行われている。このような背景は私法にも国際私法にも様々な変容をもたらしているため、グローバリゼーションを視野に入れた新たな研究を開始するに至った。

2. 研究の目的

グローバル化においては、私法に関する二つの相反する傾向が指摘できる。一方では、経済のグローバル化に対処する形で、各国が市場秩序の保護や弱者保護の要請といった社会・経済政策を貫徹するため、自国の経済法・労働者保護規定・消費者保護規定を国際的に適用すべく私法領域に関する介入の度合いを強め、私法の自立性を失わせている。だが、他方では、民営化や規制緩和による私的自治の強化の傾向も各国において強まっている。また、国際的取引慣行や業界規則、

さらにインターネット上のルールの発展などの、当事者間や集団における「私法」の拡大も指摘されている。ここでは民法をも含めた国家法と、非国家法としての「私法」が対置されて論じられるまでに至っている。

こうしてみると、グローバル化の中で、私法は、縮減されつつもあり、拡大されつつもあるようにみえる。このような錯綜した議論状況において、グローバル化における私法の変容の実態を認識し、規範的評価を加えることが、本研究の目的であった。

3. 研究の方法

グローバル化における「私法」の変容について、規範的評価の基準や視点を獲得しようとするために、規範的評価と、経済的効率性の観点からの評価の違いを確認する必要があると考えた。このためには、経済的評価の理論の理解の上でその有効性と限界を確認することが必要になる。これを前提として、規範的評価の理論を探求する。

規範的評価の理論の候補として、私的自治が重視される私法との関係では、自由論の観点からの検討、国家と私法の関係の法思想的検討、国際法・私法・抵触法(国際私法)の各法分野における従来の法体系や理論との整合性の観点からの評価、及びこれらの各法分野においてどのような方向での発展が目指されるべきかを考察することとした。

4. 研究成果

(1) 経済的評価の検討

規範的評価の観点を探る前提として、経済的評価の議論の有効性と限界を研究した。分野として、国際的に重要性を増している知的財産権の議論をとりあげた。これは、知的財産権が私的所有権の無体物への自然な延長とも考えられる一方で、所有に自然的な排他性がないために、すなわち複製物の作成が容易に行われるために、保護のための様々な規制が行われる必要があるという性質を有し、このような規制の正当化や制度設計の在り方をめぐって、経済的効率性の観点からの議論が活発になされているからである。知的財産に私的所有権を認めることが、生産活動にインセンティブを与え、経済的効率性を高めることや、国際的競争力の観点からの経済的議論は、知的財産法制の設計に対して、重要な示唆を与えることが理解された。また、法と経済的思考には、自由市場の重視において自由主義とも軌を一にする側面も存在する。しかし、ロックの私的所有権理論における二つの解釈(個人がそこから労働により私的所有権を手に入れる共有物についてのネガティブ・コミュニティー的解釈とポジティブ・コミュニティー的解釈)の可能性や、南北問題や薬剤の特許権などに関する分配的正義は、やはり共同体の価値観や人権などの法的なタームに沿ってよりよく理解される

こと、知的財産権における属地主義の原則についても、各国の経済的・社会状況が異なることを前提に、それに見合った制度構築の余地を各国に与える方策であると理解されるべきことなどが考えられた。(Yuki Asano, *Economic Analysis and Theories of Rights on Intellectual Property*, AIPPI, 査読有、35 - 3, 2010, 131-139; Dai Yokomizo, *Intellectual Property and Conflict of Laws: Between State Policies and Private Interests*, AIPPI, 査読有、35 - 3, 2010, 119-130)

(2) 規範的評価の観点としての法多元主義への辿り着き

経済的評価についての以上のような検討を前提として、グローバル化する私法の在り方に関する規範的評価のための視点を探求したのであるが、思想史的検討や自由論や法社会学などの議論を研究した結果、われわれは法多元主義の立場に重要性を見出すに至った。

法多元主義は法人類学や法社会学における一つのテーマとして長らく論じられてきたものである。現在この多元主義が新たに脚光を浴びるに至っており、その主要な理由はグローバル化にあるとされる。グローバル化によって、従来の国家法の役割が減少し、国家を超えた商慣習法や、インターネットにおける自律的法、国家内の諸社会集団の法や、国際法や国際私法(自国法以外の法を適用するという意味において)など、多かれ少なかれ非国家法的要素を内包している多元的な「法」の役割が重視されるようになりつつあるというのである。そこで、このような新たな多元的法現象に注目する立場は、グローバル・リーガル・pluralismと呼ばれている。

機能的法多元主義と共同体的法多元主義の区別

しかし、この概念には従来の法多元主義に由来するものと、法のグローバル化を論じる、より実定法学的な観点に由来するものの両者が混在しているようであった。われわれは、これを共同体的法多元主義と機能的法多元主義と呼んで区別することにした。

共同体的多元主義は、人類学や社会学を基礎として、ある社会的領域にいくつかの法が並存していることを論じる。1970年代80年代における多元主義の隆盛においては、旧植民地国における宗主国の西欧法とローカルな非西欧法の並存が主要なテーマとなっていた。しかし、ある社会の中に公式な法と非公式な法が並存しており、その対立関係や優劣関係は様々であるものの、人々が一元的ではない多元的な法に従って生活しているという法多元主義的現象は、歴史的にも場所的にも広くみられたものであり、現在でもまた

そうであるといわれる。中世のヨーロッパの多元的法状態や、コモン・ローにおける慣習法や、エールリッヒの「生ける法」など、そこでは国家法に掬い取れない共同体やエスニック集団の道徳や生活文化に根ざした、多くは不文の「法」の存在が指摘されている。グローバリズムはこのような従来の多元的法状況に、少なくとも拍車をかけるものとして捉えられている。そもそも、70年代の多元主義隆盛のテーマであった、旧植民地における西欧法と非西欧法の邂逅自体が14世紀以来のグローバル化の所産でもあったわけである。

これに対して、機能的法多元主義は、lex mercatoria への関心にみられるように、国際的な範囲を有する諸活動をそれぞれ規律する法の多元性に注目するものである。この場合、国際的な企業活動は、ローカルエスニック集団のような社会的紐帯を有しているのではないが、一定のルールとそれを適用する仲裁や裁判所などの制度的基盤を備えている点に特徴がある。トイプナーのシステム理論はこのような機能的法多元主義の一例とされており、ここでは法は国家により作られるのではなく、例えば経済という一つの合目的な機能的システムの中で、そのシステム参加者である企業などによってオートポイエティックに形成されていくといわれている。人々の活動の諸領域をトイプナーは、経済、親密圏、保健、教育、科学（研究）、宗教、芸術、メディアなどに区別しているが、これらの諸活動における異なった目的を達成するのに合理的な規準・準則が自ずから取捨選択されて自律的な法領域が形成されることが論じられている。具体的な例としては、lex mercatoria の他に、スポーツ法や建築法やインターネット法や教会法が挙げられている。これらの人々の諸活動がグローバル化するのに伴い、従来の国家法では対応が不可能となり、あるいは新たな活動領域の出現により法の欠缺が生じ、そこに法の多元的現象が生じている。(1)で論じた経済学的手法の一定程度の有効性も、法多元主義の進展により基礎づけられる。

このように、同じグローバル・ブルーリズムといわれる概念の中にも二つの異なった態様がある。Michaelsはこの違いを、共同体的多元主義はローカルなものに、機能的多元主義はグローバルなものに焦点を当てており、また、機能的多元主義は法的構造や制度に注目するが、共同体的多元主義は、法秩序を形成しそれによって生きる共同体の文化に注目していると述べている。その結果、共同体的多元主義は、非国家法の特定の形態の多様性を論じるのに対して、機能的多元主義は多かれ少なかれ国家に基づいた法秩序における多元的かつ多様な要素を分析して

いるとも述べている。というのは、人々の活動の諸領域は自律的な規範形成を行うとされるが、例えば国際取引の領域では企業にとって有利である限り、既存の国家法や国家の裁判所を利用することが合目的であるからである。

(3)法多元主義における私法と公法の協働
機能的多元主義の観点からは、この動きが私法の中に限られないことが明らかになった。

近代法における形式と実質の区別や公法私法の区別は、市場に国家が積極的に介入し、人々の実質的平等の実現を目指す福祉国家によって曖昧になってしまったが、福祉国家がその役割を果たすために用いた手段は行政法規制であり、この規制は機能主義に基づいていた。

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

法がこのように、分化された領域における機能主義的なものになると、機能が効率的に果たせない場合には別の手段が用いられるべきことになる。代替的手段としては、主に二つのものが現在表れてきているように思われる。第一は、福祉国家による実質的な介入に代えて、より手続的な、例えば情報公開法のような手段で改革を行うことである。Zumbansen は、このような段階の国家を、人々に自ら改革を行う手段を付与していくという意味で、授権国家(Enabling State)と呼んでいる。第二は、福祉国家における市場の規制が上手く機能しないという「国家の失敗」が指摘されるようになるにつれて、市場の規制は国家ではなく市場自体に委ねる方がよいという議論である。つまり、ネオリベリズムは、法の機能主義の延長上にあられるものとなり、単に福祉国家の行き詰まりに対する古典的な自由論の復活ではないと考えられることになる。

このように、福祉国家の諸規制に端を発し、今やより効率的な規制手段を見出す方向を探るか、ネオリベリズムの提唱する市場の

自主規制に委ねる方向を探るかの二方向に分かれてみられる機能主義は、グローバリゼーションにおいても顕著な特徴となっている。グローバル化においては、対処すべき問題は、気候変動、移民問題、金融、インターネットなどの技術的要素を含む機能的諸領域に分かれており、それに対する何らかの規制が必要であることは理解されているが、どのような組織のイニシアティブによる、どのような内容の規制が望ましいのかが常に議論となっているからである。組織に関しては、一方では各国家、国家連合、国際機関が役割を果たしており、他方では取引業界やインターネットのプロヴァイダーや NGO などによる自治的な制度化が役割を果たしている。内容に関しては、人権が基準となる場合、何らかの目標値の設定が行われる場合、強制のある場合、自主規制に委ねられる場合など実質的規制も手続的規制もさまざまである。ただ、全体として、環境や市場などの機能的な領域はその性質上、一国内に留まるものではなく国境を越えて拡大しているため、従来の国家法のみによる規制では十分に役割を果たせないことが多いことが認識されている。

こうして、機能主義的であることを特徴とする法規制は、国家における福祉政策や行政面で増大し、またグローバリゼーションへの対応としても多種多様な組織によって用いられている手段であるということができ、その実態を検討した結果、消費者法、インターネット、金融、コーポレート・ガバナンスなどの様々な分野における法創造において、私法と公法、企業と専門家と市民団体の協働がみられることと、その具体的な姿が理解された。

(4) 連繋ルールとしての私法

更に、本研究で得られた成果として、連繋ルールとしての私法という分析視点がある。Detlef von Daniels は、Hart の法概念を再構成し、法多元主義における法の概念として用いることを試みる。その再構成は三段階にまとめて説明することができる。まず、第一段階としては、Hart 理論の分析により、法を一次的ルールと二次的ルールの結合として定義する Hart の主張とは異なり、一次的ルールのレベルで法が他の社会規範からは区別できることを論じる。Hart は一次的ルールすなわち社会規範が義務賦課ルールとしてのみ現れている次元では、法を道徳やエチケットなどの他の社会規範から区別することは出来ないとして論じているが、Daniels はこれに反対する。次に、第二段階として、二次的ルールの意義が再構成される。第一段階で論じられるように、一次的ルールの次元で法の定義が既に可能であるとすると、法にとって二次的ルールを備えることは Hart の言うほど必須のものではなくなる。しかし、Daniels

は二次的ルールの重要性を否定しはしない。二次的ルールは法の制度化として、その実効性や明確性を高めることに役立つものであることを論じる。しかし、ここで興味深いことは、Daniels によれば二次的ルールは必ずしも Hart の論じるような変更・裁定・承認の三内容である必要はなく、一次的ルールにおける不十分を補うための何らかの制度化につながるものでありさえすればよいという点である。この点が法多元主義の積極的受容につながる点である。Hart のいわゆる公的権能付与ルールが法の constitution 化に過ぎないとすれば、法実証主義の伝統からはこの constitution 化は法の国家化と同一視されることになるが、Daniels によれば、現代の超国家化する法現象においては、それらを説明するためにより多様な制度化の実践が考えられるからである。

以上の二段階は、主に Hart 理論の読み直しとして論じられるものであるが、最後の三段階目は Daniels の独自性がより強く発揮される展開となっている。一段階目において、基本的には義務賦課ルールとしての法の定義が採用され、二段階目でその多様な制度化の可能性が論じられ、そのように多様に構成された法の併存と非国家法の存在を認めることによって法多元主義が是認されるが、その時に生じる問題は多元的な法の衝突・矛盾の場合への対処である。Daniels はこれに対して、Hart の一次的ルール、二次的ルールに加えて、新たに三次的ルールを法のルールの構成要素と考えるべきことを提唱する。この三次的ルールは連繋ルール (Linkage rules) と名付けられている。ある法システムには自己を同定するルールとともに他の法システムを認知し、それに対する優先、調和、否定などの関係を定める連繋ルールが少なくとも潜在的に含まれていると考えることができるというのである。

では、連繋ルールの具体的な内容は何であるか。これについて、Robert Wai は私法の連繋ルールとしての性質を論じている。

グローバル化についての論調の一つとして、取引世界の一元化が進行しているという見立てがあるが、Wai によれば、国際取引の世界では国家法、非国家法が混在する法多元的状况が生じているのが現状である。そして、私法はこれらの異なった法システム間をつなぐ役割を果たしているという。ここでいう私法とは、契約法や不法行為法や所有権法などの国内実定私法と、国際私法の両者を指している。Wai によれば、この二つの私法は、国家法と共に存在している国際契約慣行や商事仲裁や国際取引訴訟などの非国家法の間を媒介する役割を一体となって果たしているのである。

私法は、伝統的に非国家法的要素を持つものとして理解されて来た。例えばエールリッヒは商法を「生ける法」の一つとみて、実定法命題に書かれていずとも生活を規律し、行為実践によって支えられた法の一分野と考えた。このような「生ける法」としての商法の動態は、立法者や裁判官によって作られた商法の改編や調整を常に超えて発展していく。当時においてさえ、商法の重要な源泉は判例ではなく、「現代の商取引書類」の中にあると彼は論じていた。

しかし、商法は単に非国家法的であるだけではない、とWaiはいう。確かに商法は、従来から私的秩序や慣習、商人達が形成した取引のスタンダード等から多くをとりこんでいるが、その一方で、近代国家の成立以降、立法者や裁判官はこれらの商法を国家利益や政策上の関心に沿うように修正する努力を続けてきた。商慣習はコモン・ロー裁判所を通じてコモン・ローとなる際に、あるいは商法典の作成においてただ取り込まれるだけではなく修正を受けもした。このような国家化の過程は、当事者間での紛争解決を超えて、第三者による執行を求める人々に民事訴訟という国家的手続を与えたと同時に、違法であったり公共の政策に反する私的合意の実行に対する制限をもたらしたのである。私法を特徴づけるのはこのような私的慣習や実践と国家政策との間の媒介であること、その微妙で難しいバランスである。

このような私法の媒介性は、グローバル化する現代の商取引においてはより顕著なものとなっている、といわれる。国境を越えて行われる物品の売買、船荷証券や海上保険を含む運送契約、証券や信用状を含む支払や金融などの分野において、多くの重要な規範が非国家的源泉から生じているが、WTOなどの国際機関がこれらの分野を十分統括するような状態ではなく、依然として各国家の裁判や法形成の役割は大きい。この状況において取引当事者達は国家法と非国家法、紛争解決に関する国家的手続と非国家的手続の混在を望んでいる。私法はこのような非国家法と国家法の多元的併存を前提とし、両者の間あるいは多様な非国家法の間を、裁判や立法を通じて相互媒介する仕組みとして理解される。

このようなWaiの「媒介としての私法」の理解は、二つの前提となる考え方に基づいている。一つは、法システムが、ある国家法システム、あるいはある非国家法システムと言われるときにも、これらの中に完全な分離があるのではない、ということである。国家法システムと非国家法システムの間には影響関係があり、相互浸透がみられるからである。この意味で、一つの法システムも少なくとも潜在的には規範多元的なものであるとされ

る。また、法が多元的になればなるほど、ある法システムの構成員となる者には様々な他の法システムの構成員が含まれることになり、その法システム内で他の法システムにおける思考法や行動が影響を持つ可能性が高まる、とされる。

二つめは、法における論争(contestation)の重要性の認識である。法における価値観や見解の相違は、単に消失させるべきものではない、といわれる。これは、昨今の国際取引において判決の調和や効率性を追求した簡易化による一元化、統一化をめざす方向には反対する考えである。このような閉じた一体としての法システムの理解は、システム理論にはよく見られる特徴であると言われる。Waiによれば、このようなシステム理論は確かに多元的な法の併存を説明するのに適しているが、そのシステムのオートポイエティックな作用が個人の合理的選択を基にするという説明される傾向については、間主観的な価値の共有や関係性理解のための規範や手続が度外視される点が問題である。これに対して、例え一つの法システムの中でも、その個々の法やルールに関する論争があることは、深い社会的なコミットメントから生じるもので、このような対立があることは社会生活の通常の側面である。法システムにおいて、このような論争の余地が存在することは、目的の達成、例えば第三者への外部性の問題を是正するための、非常に重要な方法である。より大きい文脈でいえば、異なった価値観の間での対立が表現され、規範的な批判がなされ得ることが法の正統性を支える、とされる。そしてグローバル化した現代社会では、法システムの内に規制上のギャップやガヴァナンスにおけるギャップが存在しているから、論争はより重要なのである。例えば、国際的民事訴訟が、多国籍企業などの国境を越えて活動する私人に対して、賠償を請求し、問題点を指摘し、その非行を公表して是非を問うことは、諸国の法や業界の内部論理にギャップが存在している場合に不可欠な法的営為であるといえる、とされる。

このようにして、異なる価値を包含し、その論争と競合の上に成り立っていることは法のむしろ本質的な要素であるとWaiは論じているのであるが、私法は裁判における論争や新たな私的規範の取り込みによって、この論争と競合を促進する媒介的な役割を果たしていると考えられているのである。

以上は商法や民法などの私法についての議論であったが、これに加えて国際私法も、私法の連繋ルール性を表している。Waiによればこれは三つの点に表されている。第一に、国際私法の管轄権の理論においては、それぞれ国の、特に自国の裁判権の限界を定めることによって、他の法システムの存在を認め、

尊重する姿勢がみられる。またこの場合、裁判権の限界は、連邦法などによる限界とは異なり、権限のヒエラルキーを理由とするのではなく、同じレベルの権威に対する移譲を意味している。第二に、準拠法選択理論においては、管轄を認めても自国の裁判所で他国の法を適用することは、まさに他の法システムの存在を認め、受け入れることである。このとき、私法の国家主権的な偏狭な見方は雲散霧消してしまう。このような観点からすれば、発達した体系であれば外国法のみではなく特定の取引集団の非国家法の適用も是認できるであろうし、複雑な事例において異なった論点に異なった法システムの法を複数適用するデプサージュ (dépçage) の方法も肯定できるであろう。第三に、当事者による準拠法選択や裁判管轄や仲裁の合意が広く認められるようになってきたことについても、等価的な法システムの多元的な併存が認められるようになった結果である。

このように、私法と国際私法は一体として、国家法と非国家法の間、異なった国家法と国家法の間をつなぎ、相互に制約を加えたり、内容に影響を与えたり、適用を承認する連繋ルールの役割を果たすものであると考えられるとの視点が得られた。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 11 件)

浅野有紀、グローバル・リーガル・pluralismにおける法と道徳、近畿大学法科大学院論集、査読無、6号、2010、39-71

浅野有紀、社会保障システムの再構想、ジュリスト、査読無、No.1422、2011、58 - 66

横溝大、抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察 序説的検討、筑波ロー・ジャーナル、査読無、6号、2009、3 - 30

Dai Yokomizo, Intellectual Property Infringement on the Internet and Conflict of Laws, AIPPI, 査読有、Vol. 36, No. 3, 2011,104-114

〔学会発表〕(計 14 件)

浅野有紀、リスク社会における私法の変容、日本法哲学会、2009.11.15

横溝大、抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察 序説的検討、国際私法フォーラム、2009.6.20

Yuki Asano, Pluralism and Private Law, 18th International Congress of Comparative Law, Workshop on Private Law Theory, July 28,2010

Dai Yokomizo, What is 'Law' in Conflict of Laws? 18th International

Congress of Comparative Law, Workshop on Private Law Theory, July 28,2010

Yuki Asano, Private Law and Legal Pluralism, 25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, August 18, 2011

Dai Yokomizo, Technological Evolution and the Method of Conflict of Laws, 25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, August 18, 2011

〔図書〕(計 4 件)

横溝大、有斐閣、共著、効率性と法 - 損害概念の変容、2010、第七章

浅野有紀、信山社、共著、現代法哲学講義、2009、165-188

〔産業財産権〕

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

浅野 有紀 (Asano Yuki)

学習院大学・法務研究科・教授

研究者番号：70272937

(2) 研究分担者

横溝 大 (Yokomizo Dai)

名古屋大学・法学研究科・教授

研究者番号：00293332