



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	《多元分散型統御》とは何か？：法(政策)学への貢献の可能性
Author(s)	藤谷, 武史
Citation	新世代法政策学研究, 20, 113-170
Issue Date	2013-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52488
Type	departmental bulletin paper
File Information	20_03.pdf



《多元分散型統御》とは何か？ —法(政策)学への貢献の可能性—

藤 谷 武 史*

I. 本論文の目的

2008年に採択された北海道大学法学研究科のグローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」（以下「本プログラム」と呼称する）は、伝統的な法学の特徴を〈二当事者間に関わる私法的規律と公衆に関わる公法的規律からなる二元的枠組み〉として（いささか強引に）定式化した上で、こうした枠組みに拠るのでは、現代社会の様々なフェーズで進行する複雑化（特に科学技術や金融市場が一般社会にもたらす影響の増大など）・多層化（政策実現過程のグローバル化・地方分権の進行など）・多元化（いわゆる公私協働の局面に限らず、伝統的な私法の下で二者間関係とされてきた問題が他者に影響を及ぼす場面（「外部性社会」）、公私諸アクターの戦略的相互作用、あるいは一つの問題を巡って複数のjurisdictionが水平的に交錯する場面などが想定される）が惹起する新たな諸課題に対応することが困難であること、従って《多元分散型統御》を鍵概念とする新たな法政策学の枠組みが必要であること、を宣言し、現在に至るまで活発な研究活動を行ってきた。実質的に活動がスタートした2008年秋以来、現在に至るまで、本プログラム名義で開催された研究会は322回、研究紀要に公刊された論攷は428本に上る¹。この数字が示すように、

* 東京大学社会科学研究所准教授。2012年3月末まで北海道大学大学院法学研究科准教授として在籍し、本グローバルCOE事業推進担当者を務めた。

¹ 本論文校正時（2013年2月中旬）による。研究会開催回数については北大法学研

学内外から、様々な専門の法学研究者や、経済学・政治学・心理学等、社会科学の諸分野の研究者を多数積極的に招聘し、その記録を公刊して学界の共有財産としたという面において、本プログラムは類例のない成果を挙げたものということは許されよう。

その一方で、内容もアプローチも多岐に亘るこれまでの公刊成果を通観しても、研究活動を包摂するはずの《多元分散型統御》という鍵概念が結局のところ何を意味するのかはなお明らかではない、との印象を持つ論者も多いと思われる²。実際、過去5年間にわたる本プログラム名義で開催された数多の研究会のために学外研究者を報告者として招聘するに際しても、多くの場合、招聘対象者に対して《多元分散型統御》の確定的な定義を提示することは困難であり、前述した大まかな問題意識（Ⅱ．A．で振り返る）を示して、論者が各自に触発された内容を自由に論じてもらう、というスタイルを採らざるを得なかった。実際の研究会の場でも、外部招聘者からは、本プログラムの問題意識に対する共感の表明と同時に、《多元分散型統御》という鍵概念への戸惑いがないし率直な疑問が、何度となく語られたところである。してみると、《多元分散型統御》とは、確たる指針を与える概念というよりは、むしろ思考の触媒として機能するに止まってきた、という評価が妥当であるようにも思われる。

本稿は、2012年11月に開催された本プログラムの総括シンポジウムを契機に、5年間の研究プロジェクトの総括を試みる数編の論文の一角を成す

究科グローバルCOEプログラムのウェブサイト、論攷数は『新世代法政策学研究』創刊号～19号、および『知的財産法政策学研究』21号～40号に拠った（他方、実質的には本プログラムの研究企画でありながら他誌に掲載されたものもあるが、これらについては除外した）。これら件数の確認に付き、グローバルCOE研究員の李妍淑氏のご助力を得た。記して感謝申し上げる。

² これを最も痛烈に指摘したのが、得津准教授による以下のボレーミッシュな言明であろう。本稿はこれを全く正当な指摘と受け止め、応答を試みるものである。

「多元分散型統御」というあいまいな題目からは何を具体的に考えているのかわからず、「ただ単に、北大法学部の全教員にお金をばらまく」目的で研究計画を立てているのではないかとの謗りを受けてもやむをえないタイトルになっている。」（得津晶「負け犬の遠吠え — 多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究創刊号（2009年）341（342）頁）

ものとして位置づけられる。知的財産法・経済法・消費者法・都市法・国際環境法という各論領域の成果については、既に公表済みまたは本誌本号掲載の諸論攷に譲ることとし、本稿は、繰り返して問われてきた《多元分散型統御》とは何か、について（暫定的にせよ）一定の解答を提示することを自らの課題とする。そして本稿は、これまでに本プログラムの研究成果として公にされた諸論攷を素材に、それらを筆者の視点から再配置・再構成することで、上記の問いに対する一つの解釈を提示する、というアプローチを採る（→Ⅱ）。このような方法を採用する理由は、以下の三点である。

第一に、既に述べたように、実態として《多元分散型統御》に固まった定義があるわけではなく、本プログラムの事業推進担当者・協力者の間で緩やかに共有された問題意識を結びつける概念として機能してきたに過ぎない以上、事業推進担当者の一人に過ぎなかった筆者が《多元分散型統御》の一義的な定義を与えることは、能力的にも困難であるばかりか、本プログラムの実態にもそぐわない。共有された素材を明示した上でそれに対する解釈として自らの考える《多元分散型統御》像を示すという方法は、他の分担者・参加者による異なる解釈を歓迎するものであり、異なる解釈との間の議論を通じて理解の深化を目指す上でも好都合であると言える。

第二に、《多元分散型統御》概念が曖昧であったことは、緩やかに問題意識を共有する多数・多分野の研究者が、各々の観点から切り取った現在の法が抱える諸課題の像を持ち寄ることを可能にした点で、むしろ有利に作用したと言える。そうでなければ、上述したように質量共に豊かな論攷の集積を得ることはおそらく不可能であったからである。かくも多様な内容・方向性を持つ諸論攷の集積が、何らの内的整合性も持たない単なる寄せ集めに過ぎないと考えることも、もちろん可能ではある。しかし、これら諸論攷が、ひとまずは《多元分散型統御》概念が触媒として作用することによって産出されたものであり、そうであるにも関わらず、外観上は容易に一般化を許さない多様性・拡散性を示すことに鑑みれば、「それぞれの論攷が意識した《多元分散型統御》とは何であったか」、そして、「各々の《多元分散型統御》像の間に何らかの関連性を見出すことができるか」を問い直す作業は、本プログラムが集積し得た豊かな諸論攷＝素材に立脚

し、これを活用する理論的総括の方法として有益であると言えよう。本プログラムが《多元分散型統御》を鍵概念として掲げることで意図せずして視野に収めていたものを、当初から予想していたものと照らし合わせることで、現代社会と法にとって《多元分散型統御》概念が有しうるポテンシャルを測ることが可能となる、とも言えようか。

第三に、「触媒」の比喻を用いたことから明らかなように、《多元分散型統御》概念の成否は、抽象理論としてのそれ自体の精緻さによってではなく、現代社会の法的諸課題への理論的対応を豊富化・容易化させるための契機をどれだけ提供し得たか、によってこそ測られよう。さらに言えば、各分野の研究者が、《多元分散型統御》概念に触発されて産出した諸論考には、他分野にも応用可能な思考枠組みが含まれている可能性はないか。本稿は、このような観点から、分野横断的な（その意味での「総論」としての）《多元分散型統御》が、具体的な問題を扱う各論領域の研究に対して、どの程度有益な示唆を与えることができたか、あるいは未だ取り組まれている課題として今後の成果が期待されうるか、を検討する。こうした観点からも、抽象理論として《多元分散型統御》概念を構築するのではなく、具体的な問題を論じた各論の論攷から帰納的に《多元分散型統御》像を描き出すことが、本稿の課題に適した方法であると考ええる。

以上の説明が示すように、本稿の考える《多元分散型統御》は、各分野から超越した抽象的な理論的枠組みとして、各論領域に画一的に適用されるものではない。むしろ、各論領域の作業を通じて浮かび上がってくる思考枠組み（そして、実際の問題への適用の中で不断に更新される）として、帰納的かつ遂行的に（*performatively*）把握されるべきものである。そうであれば、各論領域における作業として各自で独立に為される場合と比較して、かかる横断的な枠組み概念を立てることに何らかの付加価値があるのか、が問われなければならない。各論領域への照らし合わせを通じて、この問いに答えるのが、本論文の第二の課題である（→Ⅲ）。

本稿の構成は以下の通りである。第Ⅱ章では《多元分散型統御》とは何か、という問いに接近するために、本プログラムが《多元分散型統御》を鍵概念として設定した出発点に立ち返った上で（**A**）、本プログラムの活動成果である諸論攷を手がかりに、《多元分散型統御》概念が対象とした現代法現象の《多元分散性》を整理して提示する（**B**）。これを踏まえて《多

元分散型統御》の意味、特に論争提起的な《統御》概念の位置づけについて検討を行い、《多元分散型統御》とは何か、に対する本稿なりの解釈を提出し（C）、中間総括を行う（D）。続く第Ⅲ章では、本プログラムが各論領域として位置づけた5つの領域（知的財産法、競争法、消費者法、都市法、国際環境法）における議論状況を振り返り（B）、それらを横断的に比較し、総論としての多元分散型統御の意味について考察する（C）。これらの作業を通じて、《多元分散型統御》が法政策学にいかなる貢献を為し得るか、についての見通しを示す（D）ことで、第Ⅲ章を締めくくる。

Ⅱ. 《多元分散型統御》とは何か？

A. 出発点 — 法の規律対象の変容と、法学の《不安》

本プログラムの出発点をなす問題意識は、プログラムのウェブサイト³に示されている通りであり、ここで取立て繰り返す必要はない。そこに示された趣旨説明文からは、「社会における知識・価値の両面で多元化と不透明化が進み、『正解』が見えない時代」にあってもなお「強制力を以て社会関係を規律せざるを得ない法ないし法学」が「恣意的との謗りを免れて立脚しうる論拠なり論証の作法はあり得るのか」という《不安》を見て取ることができるように思われる。

「法化」⁴の概念が示唆するように、法が規律対象とする（すべきである）と法が自己主張する）範疇は拡大の一途を辿ってきた⁵が、そこで法の名

³ <http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/about.html>

⁴ 「法化」概念について参照、広渡清吾「日本社会の法化一主としてドイツとの対比で」『岩波講座現代の法15・現代法学の思想と方法』（岩波書店・1997年）。

⁵ 例えば、趣旨説明文は「外部性社会」というキーワードを挙げているが、法が社会を《二者間の権利義務関係》（ないしその複合体）へと分節化し、個別関係に着目して一義的な解決を与えてきた（これは公法規制においても同様である。もちろんそれゆえに近時の「三面関係論」の展開を見たわけであるが、それとて従来の二者関係と並行して存在していたが主題化されてこなかった新たな二者関係に対する注意喚起にほかならない）こととの関係では、「外部性」の取り込みを主張することは、従来は法の範疇になかったものをも取り込む（それによって「法」とそうでないものの区別は曖昧化する可能性がある）、ということを含意するであろう（な

の下に下される裁定や決定が「正しい」ものであることを何が担保してくれるのか（いかなる論拠 (arguments) と論証 (argumentation) が承認されるのか）。法概念の論理操作のみに依拠する閉じた法学方法論が方法論的にもイデオロギー的にも破産宣告された20世紀初頭以来、法学はこのディレンマに答えようとする過程で、（しばしば隣接諸学の知見を「雑食的に」取り入れることも通じて）理論的に分化し先鋭化した結果、いまや「法学」内部のコミュニケーションすら覚束ない状況に至っているように思われる。本プログラムの趣旨説明文が「伝統的な法ドグマティック」に対置するものとして「権利論的アプローチ」と「法と経済学（厚生主義）的アプローチ」を挙げているのは、もちろんこうした極めて多様かつ断片化した論争状況のごく一部分を代表例として取り上げたものに過ぎない。しかし、法学理論の各陣営が「正しさ」の判定基準（基礎づけ）を競い合う中で、そもそもわれわれが同じ言葉で（あるいは「法学」という同じ土俵で）語っているという前提は自明だろうか？あるいは、法学が理論的に精緻化・先鋭化する裏で、「法実務」ないし「法実践」との距離はかえって拡大しているのではないか？たしかに、日本法(学)の場合、歴史的にも大陸法系の法(学)と英米法系の法(学)の双方の影響を、かなりアドホックな形で受容してきた、という事情があるために、元來理論的雑居性・断片性が高い、という要素はあるものの、この問題はひとり日本法(学)の問題に限られず、欧米の法(学)「先進国」の法学もまた、「自らが何者であるか」という問いに揺らいでいるように見える⁶。

もちろん、法(学)は、過去にもこうした《不安》に苛まれる経験を繰り返

お、本論Ⅱ. B. 4. も参照)。

⁶ James Gordley, *The State's Private Law and Legal Academia*, 56 AM. J. COMP. L. 639 (2008) は、法学の自己認識が動揺しはじめた契機をデカルトに求める。それ以来、「法的推論をめぐる「デカルト的不安」」(船越資晶『批判法学の構図 — ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』(勁草書房・2011年) 19頁) から、法学者の多くは未だ解放されていない、ということになるのか。なお、これと密接に関連する問題系(法規範における帰結の位置づけ、法的論証における自然科学・社会科学的知見の位置づけ等)に関わるものとして、グンター・トイブナー(編)、村上淳一／小川浩三(訳)『結果志向の法思考：利益衡量と法律家的論証』(東京大学出版会・2011年(翻訳部分の原著は1995年公刊))を挙げておく。

返してきたのであり⁷、その意味で、本プログラムの問題意識は、何ら新規性を主張しうるものではない。皮肉な言い方をすれば、法(学)とそれ以外の discipline(s) との境界がますます曖昧になった時代背景を反映して、問題意識の側もますます混迷の度合いを深めたのが、本プログラム登場の背景、ということになるのかもしれない。

実際、こうした理論的な「寄る辺の無さ」を端的に示すのが、《多元分散型統御》というキーワードである。これは有り体に言えば「既存のアプローチがいずれもそれ単独ではうまく行かないので、複数のアプローチを組み合わせる先に何かが見いだされることに期待する」という態度表明であり（少なくとも本プログラムの発足時においては）、それ以上の明確な方向を含むものではない。むしろ、確たるコアを持たないがゆえに、（I で述べたように）現代の法理論に何らかの不满を持つ様々な問題意識・法理論が「相乗り」することを可能にした側面すらある。

したがって、《多元分散型統御》が何者かを知るためには、中核的な定義から出発するよりも、裏側の問い＝「克服されるべき対象として何が想定された（されうる）のか」から接近するのが近道である。本稿冒頭でも述べたように、《多元分散型統御》概念は、これに思考を喚起された様々な論者からのインプットを通じて、当初のわれわれの想定を超える範囲にまで及ぶ問題発見機能を発揮した。そこで、それらの成果を整理するところから、「《多元分散型統御》とは何か」の考察を始めよう。

B. 現代の法（学）が対応すべき《多元分散性》の諸相

元来、《多元分散型統御》概念は、その英語訳である “multi-agential

⁷ 周知の通り、この問いは、法(学)的思考の中核にある「解釈とは何か」というトポスで論じられてきた。戦後日本の文脈だけでも、参照すべき文献は夥しいが、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座別巻1』（有斐閣・1990年）、山本敬三「法的思考の構造と特質—自己理解の現況と課題」『岩波講座現代の法15・現代法学の思想と方法』（岩波書店・1997年）、村上淳一『〈法〉の歴史』（東京大学出版会・1997年）第三章、広渡清吾「法的判断論の構図：法の解釈・適用とは何か」同『比較法社会論研究』（日本評論社・2009年）、小川浩三「論証の論証—日本における法学的論証と結果志向」村上＝小川（編）・前掲注6書）のみを指摘するにとどめる。

governance”が示すように、「法規制⁸の形成・執行(実現)・フィードバック(変更)等の一連の過程に、様々な能力と行動原理を有する主体 (agents) が関与していること」を主題化することに力点を置くものであった。とりわけ、〈統御〉の訳語として社会科学の概念である“governance”が選択されたことが示唆するように、この概念には、法律家・法学者が通常はその内部の視点から観察し議論する「法」を、法律家・法学者をも含めた法のプロセス全体を一度相対化し外部から観察する視点に立つ、という意図が含まれており、かつ、このような視点を備えた法学は、そうでない(伝統的な?) 法学よりも現代社会の諸課題に対して優れた認識・対応能力を有する、という主張をも含意するものであった⁹ (もちろん、かかる主張の当否が、《多元分散型統御》概念の、ひいては本プログラムの理論的成果の、評価に関わることは当然である。なお《統御》概念については、本章C. 2. 参照)。

ところが興味深いことに、《多元分散型統御》概念に触発された本プログラムの下で集積された論攷の集積は、こうした法過程に関与する「主体」の多元性(→本節1.)を原イメージとしつつもそれに限られない、現代法過程に遍在する《「多元分散」性の多元性》を示すものとなったように思われる。以下ではそれら諸論攷が扱った素材を、主体 (agents) の多元性(1.)、法秩序の複層性(2.)、時間軸の視点(3.)、法を捉える視点の多元性(4.)の四点に整理することによって、いわば帰納的に《多元分散型統御》像を描き出すを試みる。

⁸ ここでは、公法・私法の区別は相対化される。私法をも含めた「規制」の用語法としては、例えば参照、松尾陽「規制形態論への前哨—規制の分散化と規制作用の静態的分析」近畿大学法学60巻1号(2012年)119頁。また、欧州における私法の機能変遷(自律から競争及び規制における機能主義へのシフト)を指摘するHans-W. MICKLITZ/会沢恒(訳)「ヨーロッパ規制私法の目的的手法—ヨーロッパ私法の、競争と規制における自律から機能主義への変容—」新世代法政策学研究12号(2011年)17頁も参照。

⁹ その端的な例として、拠点リーダーである田村善之教授による、知的財産法の形成過程(立法プロセス)の特性(バイアス)を踏まえた、知的財産法の解釈方法論の提案が挙げられる。参照、田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010年)。

1. 法過程に関与する主体の多元性 — 立法・行政・司法、そして市場

既述の通り、《多元分散型統御》の第一の「論敵」は、伝統的な法思考における、立法—行政—司法の権力分立的関係理解、および公法と私法の二元的把握、である。前者は、法が規律対象とする人的集団（しばしば「国民」として抽象的に把握される）に由来する民主的正統性を備えた議会のみが始原的な法規範を定立する立法権を有し、行政は法律の命令と授權の下で法の意思を具体化する執行に携わり、司法は中立的第三者の立場から法を忠実に適用して法的紛争を解決する、という古典的な権力分立観¹⁰であり、後者は権力関係を背景とした政策（公益実現）の領域としての公法と、個々の法人格間の対等な関係を前提に、個別の権利利益の保護と秩序の領域としての私法を峻別するという古典的な公私二元論である。

もちろんこれらの伝統的法思考が、客観性・論理性の装いの背後にイデオロギー性を隠蔽したものであったことはすでに繰り返し指摘されてきたのであり、「行政や司法は法律の機械的執行者ではなく立法的・政策判断的決定を行っている」、「公法と私法の区別は自明ではなく私法にも公益実現の側面があり公法にも私的利益促進の面がある」、「国家法のみならず私的な規範やソフトローも秩序形成に重要な役割を果たしている」、といった指摘を改めて繰り返すことにあまり意味は無かろう¹¹。ここで問われるべきはむしろ、《多元分散型統御》は、従来の法思考の何を相対化しよ

¹⁰ 公法学の観点から、類似する問題を論じるものとして参照、中川丈久「議会と行政」磯部力/小早川光郎/芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣・2011年）115頁。

¹¹ 公法の観点からの議論の整理として、大橋洋一「制度的理解としての「公法と私法」」『阿部泰隆先生古稀記念・行政法学の未来に向けて』（有斐閣・2012年）1頁。また当然のことながら、近時の「公私協働」論の進展が挙げられる（文献は膨大であるが、これまでの議論を総括しつつ、「多元的協働」と「分担的協働」という有益な区分を提示する大久保規子「協働の進展と行政法学の課題」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣・2011年）を挙げておく）。本プログラムとの関係でも、例えば山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究 2号（2009年）277頁を挙げることができる。本文ではむしろ本プログラムの枠組みが「公私協働」論と異なる力点を置くと思われる点に絞って指摘した。

うとしたのか（あるいは、何は相対化すべきではないのか¹²⁾）、その法学理論上の意味は何か、である。この観点から、以下の三点を指摘できるように思われる。

第一に、「法規範命題の根源をなす民主的正統性を有する立法者と法律」像の相対化である¹³⁾。これは、①立法過程は「公益」を発見・選択する過程として適切に機能しているのか、という疑問¹⁴⁾、②公益発見にとって、立法過程以外の回路（行政手続や司法過程）からの情報入力が重要であることの指摘¹⁵⁾、という形で現れ、実践的には、行政過程の整備（手続化）と、裁判所の役割の再定義を促す方向に作用する。

第二に、現代法における、「私的権利の実現」が有する（正・負両面での）外部性の側面を無視できない局面が増大する傾向が指摘される。特に、私法は、私的「権利」とされた活動領域における自由を保障することで私人間の線引きを行い秩序を与える法とされてきたが、ある私人の自由が他

¹²⁾ 例えば、近代国家が、公法と私法の分離・国家と教会の分離・軍と民の分離という「分離主義」によって、「民間人の自由な空間を確保」する側面を有したとの指摘（石川健治「ラオコオンとトロヤの木馬」論座145号（2007年）67（71）頁）をどう捉えるか。また、山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨＝亘理格編『行政法の思考様式』（青林書院・2008年）171（173）頁は、「公」と「私」の区別の意味を相対化させることは重要であるが、区別自体を相対化してしまうこととは区別すべきであると指摘し、両者を無媒介に相対化することには警戒を示す。

¹³⁾ この問題意識の一端については、「特集：相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」新世代法政策学研究7号（2010年）所収の拙稿「特集にあたって」を参照されたい。

¹⁴⁾ 少数者バイアスのために知的財産の利用を制限しようとする権利者の意見が過度に立法過程に反映されやすい知的財産法の問題状況について参照、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）、同「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号（2010年）。また、会社法の文脈で、誰がルール形成に影響しているのかを実証的に検証した重要な先駆的業績として参照、松中学「わが国の敵対的企業買収と防衛策をめぐるルール形成」新世代法政策学研究2号（2009年）363頁。

¹⁵⁾ この点は特に、伝統的な意味での公法＝公益実現の法と私法＝私的権利保護の法の狭間に落ちるような「集合的利益」を巡る法的取扱いの問題（環境法、消費者法）において顕著である（→Ⅲ.B.4.～6.）。

者の活動の制約に直結することが強く意識されるにつれ、その（秩序維持の観点からは極めて有意義な）線引きの恣意性が意識されるようになる¹⁶。現代法の文脈で重要な素材を提供するのは知的財産法であり、とりわけ知的「財産権」の付与が、「財産権」というメタファーのゆえに本来の政策的な根拠を超えて拡張し、イノベーションと所得分配に負の影響を及ぼす危険性が指摘される¹⁷。また、環境法や消費者法における、私的主体のイニシアティブによる拡散的な利益の法的実現は、実際に法的行動を起こす者にとどまらない波及効果を持つが、それが規制当局による執行の欠缺を補って望ましい結果をもたらす場合と、司法過程への偏った情報の入力による「ノイズ」を生じさせる場合の両面が考えられる。「権利」という法概念によって私的主体が法過程を利用する回路が開かれると、法定立・法適用機関に対する働きかけも含めた戦略的行動をも誘発することになる。多元分散型「統御」の語が示唆する、私的主体の資源制約やバイアスまでも視野に入れた適切な制度設計論が特に重要なものとして意識される所以である。

第三に、法過程が規律対象ないし客体と捉える「市場」が、法制度の機能・作動に対して有する内在的な重要性が指摘される。「市場」は私的主体の分権的な行動が相互に作用し合った結果の均衡として成立する一定の秩序であり、立法・行政・司法と並列しうる「主体」ではない¹⁸が、市

¹⁶ これも新しい話ではない。19世紀末～20世紀前半にかけての社会法の台頭は、財産権の排他性というドグマに対する懐疑（例えば、ホーフエルトの図式）と表裏一体であった。ドラホス教授による知的財産権の哲学的基礎の問い直しがこうした歴史を踏まえていることは、当然のことである（参照、Peter DRAHOS/山根崇邦（訳）「A Philosophy of Intellectual Property (1)」知的財産法政策学研究34号（2011年）1頁）。

¹⁷ 前掲注9に掲げた田村論文を参照。

¹⁸ 「市場」については様々な定義が可能である。法学者は規律の対象として実体的な存在としての「市場」を想定する傾向が強いように思われるが、非権力的・非組織的な交換関係全般を市場と捉えることも可能であり、その意味での市場は至る所に（例えば政治過程の中にも）存在すると言えよう。なお、神田秀樹「市場と法」新世代法政策学研究13号（2011年）1（6-7）頁は、取引コストの問題を解決しようとするのが取引法、エージェンシー問題を解決しようとするのが組織法、インフォメーション問題を解決しようとするのが市場法、という整理を行う。ここでのインフ

場に固有の合理性・作動メカニズムが形成した均衡状態を法が所与とせざるを得ない場面が存在し¹⁹、法が専ら市場を統御の客体として捉える視点のみでは不十分であることが示唆される（なお、本節4.も参照）。もちろん、《多元分散型統御》がこの意味での「市場」をも《統御》の手段として用いることができるのか²⁰は、別途検討を要する問題である。

2. 法システムの多層性と相互干渉

前項で扱った《多元分散性》の第一の側面を「法(形成・実現)の担い手の多元性」と要約するとすれば、これと区別されるべき第二の側面として、「(法の形成・実現過程の総体としての)法システムの多層性」という現象を指摘することができる。伝統的な法思考が、主権国家という障壁（「憲法という濾過層」²¹）によって国内法秩序と国際法秩序を截然と区別してきたとされるのに対して、（ヨーロッパ統合を一つの範型としつつもそれに限らず）経済社会の（したがって政策課題の）グローバル化の下で、国家を超えたレベルでのフォーラム（国際機構やインフォーマルなネットワーク）で実質的な政策決定が行われ、それが国内法秩序に対して事実上および法規範上の影響を及ぼすという現象が増大する現象に着目した議論

ォメーション問題は、経済学という資源配分上の効率性に関連するものではなく、「市場が情報をどの程度自己反映しているか」という問題として把握されている（例えば、上場会社についての情報が株価＝株式市場にどの程度反映しているか、という問いの立て方）。

¹⁹ 法制度の機能が市場構造に依存する例として、例えば、家電産業における大手の家電業者同士は、自ら権利行使をすると報復を受けるため、過度な権利行使は出来ないようなシステムが自制的に形成されているのに対して、バイオ創業のように、分業体制が採られ地位が対称的でない（一方のみが特許権を握る）状況では、報復の可能性がほとんどないので、特許権者が過度な権利行使を行う可能性が指摘される（参照、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (3)」知的財産法政策学研究39号（2012年）293(306)頁）。

²⁰ See, e.g., IAN AYERS & JOHN BRAITHSWAITE, RESPONSIVE REGULATION (Oxford, 1992).

²¹ 斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力他編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』（有斐閣・2011年）339(372)頁。

（「国際法と国内法の相互浸透」、「多層的システム」^{22）}が、近年急速に発展しつつある^{23 24）}。

^{22）} ここでは以下の文献のみを挙げるに留める。齋藤・前掲注21論文、新世代法政策学研究6号の特集「多元的システムにおける行政法学」、原田大樹「多元的システムにおける正統性概念——適合性評価を手がかりとして」行政法研究1号（2012年）49頁、同「政策実現過程のグローバル化と公法理論」、同「国際的行政法の発展可能性——グローバル化の中の行政法（1）」自治研究88巻12号（2012年）80頁、横溝大「行政法と抵触法——グローバル化の中の行政法（2）」自治研究89巻1号（2012年）128頁、中村民雄・山元一（編）『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』（信山社・2012年）所収の諸論文（特に林知更「ドイツにおけるヨーロッパ憲法論——EUと憲法理論」177-207頁）、奥脇直也「現代の国際法過程における国家、私人、国際制度——本特集の趣旨（特集・国際制度と国内制度の交錯と相互浸透）」ジュリスト1299号（2005年）2頁。

^{23）} 本文で述べた超国家的な法過程と国内法秩序の関係（垂直関係）のみならず、外国法秩序・行政活動が国内法秩序においてどのような位置づけを与えられるか、という問題（水平関係）の検討も、伝統的には国際私法が扱ってきた領域であるが、行政法規の域外適用や行政基準の相互承認などの事例の増大に伴って、伝統的な公法領域にも波及しつつある。その先には、国内法において公法・私法二元論（峻別論）から公法と私法の協働と役割分担の議論へと展開したことが同様の、グローバルな文脈における公法・私法の協働という理論展開も期待される（前掲・原田自治研究論文、横溝論文を参照のこと）。

なお、本文では「法秩序」という概念を無造作に用いているが、これが「法」そのものの捉え方に関わる問題を含んでいることは言うまでもない（さしあたりここでは、国家単位で編成される法体系を基本的なイメージとして描きつつ、固有の裁判管轄を有し自生的に法規範に関する拘束的言明を産出できる単位（従って、米国の各州法や、ヨーロッパ共同体法も、各々が一つの法秩序となる）を想定している）。なお、トランスナショナルな私的組織が形成した規範を「外国法」として抵触法の参照の対象となり得るかという問題につき、「法秩序」概念を閾値として用いる見解を指摘するものとして参照、横溝大「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察——序説的検討——」筑波ロー・ジャーナル6号（2009年）3頁。

^{24）} とはいえ、このような「政策実現過程のグローバル化」を単に自然発生的な経済社会のグローバル化に対する受動的な変化として捉えるのは不十分であり、当然に政治的・戦略的な要因が関わっている。特にこうした傾向を先導するEUを「規制力」の概念で捉える注目すべき分析として参照、遠藤乾・鈴木一人『EUの規制力』（日本経済評論社・2012年）。

これらの理論動向が着目する現象は、前項 1. の意味での多元性を出発点とした《多元分散型統御》の問題意識にも密接に関わる。必ずしも法的拘束力を持たないインフォーマルな各国行政機関のネットワーク (Transnational Regulatory Network) や、ISO 等の私的組織の形成する基準や規範が、国内公法規制に直接・間接に取り込まれ²⁵、あるいは私人間でデファクトスタンダードとして事実上の拘束力を獲得する²⁶、という事例の増加は、法の形成・実現に関与する主体の多元性がグローバルな文脈でも同様に重要な意味を持つことを意味する。また、国際的なフォーラムにおける多国籍企業のロビイングによる政治的影響力が、上記の回路を経由して国内法秩序へと波及する懸念は、特に知的財産法において顕著に指摘されている²⁷が、政治的なダイナミズムを踏まえた法形成過程の制度設計および、そのアウトプットたる規範を適用場面でどのように「中立化」するか、という思考枠組み (前項 1. で示した第一の視点) の重要性は、グローバル化の下で一層強く認識される。こうした構造は、他の法領域でも今後ますます顕著となろう。例えば、GMO を巡る米欧の対立に見られるような食品安全規制や環境基準を巡る各国法秩序間の関ぎ合いは、(WTO＝国際経済法レジームと環境法秩序・消費者法秩序等の間の衝突という要素も絡んで) 極めて複雑な様相を呈している^{28 29}。

また、「多層的システム」として法を捉えることは、グローバルな層に

²⁵ 参照、山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨＝亘理格編『行政法の思考様式』(青林書院・2008年) 171(194-195)頁、原田・前掲注22(行政法研究1号)論文。

²⁶ 参照、中山信弘編集代表・神田秀樹編『市場取引とソフトロー<ソフトロー研究叢書 第2巻>』(有斐閣・2009年)。

²⁷ 後掲注91に挙げた諸文献を参照。

²⁸ なお、この問題はさらに、法規範と自然科学のインターフェースという別の緊張関係 (→本節 4. 参照) も内包している。例えば参照、城山英明「食品安全規制の差異化と調和化—科学的知識、経済的利益と政策判断の交錯」城山英明・山本隆司(編)『融ける境超える法 5 環境と生命』(東京大学出版会・2005年)。

²⁹ さらに、投資協定のように、仲裁の仕組みによってエンフォースされる規範が、国内政策 (例えば消費者保護) と抵触する場面がある。例えば参照、横溝大「知的財産の国際的保護と公衆の健康保護のための国家政策—ブレーン・パッケージ規制と国際投資仲裁」同志社法学64巻4号(2012年) 29頁。

加えて、ローカルな層にも目配りする必要を示唆する。地方公共団体は、法の執行（実現）の最前線として機能する（例えば環境保護行政³⁰）のみならず、法が規律しようとする対象との相対的近接性を活かして、法の形成（政策）における中心的な役割を果たす場面が増えている（特に都市法領域）。地方分権というトポスにおいて、国と地方の適切な役割分担という問題が論じられてきたことは、ここに繰り返すまでもないであろう³¹。

他方、第一の意味での《多元分散性》との異質性にも留意すべきである。前項 1. での議論は、一国の法秩序の内部における諸機関・諸主体の役割分担に関わるものであり、権力分立論の再検討³²が示すように、様々な解釈を容れつつも、最終的には一元的な秩序（国政 *Verfassung/constitution*）が議論の前提となっていたと見ることはできない。それに対して、第二の意味での多元分散性＝多層性については、多層的（垂直関係）・多元的（水平関係）システムとしての法の一元的秩序への収斂は全く自明ではない³³。国際法学の側から見ればこれは「断片化」³⁴の問題であるが、上に指摘した WTO 法と他の法領域の緊張関係のように、国内法秩序からもその影響は軽視できない³⁵。残念ながらこの点は本プログラムでは必ずしも掘り下げられなかったところであり、本稿筆者の能力の限界もあるため、論点の指摘に止めたい。

³⁰ 参照、北村喜宣『分権政策法務と環境・景観行政』（日本評論社・2008年）。

³¹ 参照、人見剛「条例による地域環境制御 ―上乗せ条例と横出し条例再論」新世代法政策学研究 6 号（2010年）285頁。

³² 逐一文献を挙げることは控えるが、中川・前掲注10論文のほか、公法学における「執政」論や「司法権」論を想起されたい。

³³ むしろ、複数の法秩序が併存することを前提とした上でその抵触関係の調整を図ってきた抵触法の視点が有益と思われる。国際統一法との関係での示唆に富む論攷として参照、桜田嘉章「国際私法から見た統一法」日本国際経済法学会年報14号（2005年）163頁。公法における抵触法的視点の意義を強調するものとして、斎藤・前掲注21論文と原田・前掲注22自治研究論文も参照。

³⁴ 参照、奥脇直也「現代国際法と国際裁判の法機能」法学教室281号（2004年）29（33）頁。

³⁵ 序説的な考察として参照、藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力―公法学の課題」新世代法政策学研究18号（2012年）267（275-76）頁。

3. 法制度と時間軸

本節の冒頭でも指摘したように、法の規律する対象の不透明化は、現代法過程の多元化と並んで、本プログラムの問題意識を形成している。例えば、原発問題に象徴的に現れた科学技術や環境の問題は、自然科学・工学的知見に依拠するところが大きく、かつ専門家の間でも何が正解かについて意見の一致を見ない状況にある。同様に、多様な価値が承認されるにつれて、それらの価値相互が衝突する場合、何を尺度として裁定するかという問題が前景化する。技術の進歩や多様性の承認は、それら自体としては望ましい方向への変化であると考えられるが（もちろん、そう考えない人々も多数存在するが）、対象（社会）の複雑化（あるいは元来存在した複雑性が新たに承認されること）に伴って、法の対処方法も複雑で繊細なものにならざるを得ない。本プログラムが各論領域とする分野（知的財産法・環境法・安全法）は、こうした現代法の特徴が特に色濃く表れる領域である。この特徴を、情報・手続・時間軸の観点から整理してみよう。

第一に、不確実性・不透明性に直面した法は、ある一時点に形成された法を機械的に適用するのではなく、時間的な広がりをもって行われる多段階的な決定を通じて情報を発見・生成・加工する過程を手続的に整序することで、漸進的に対象（社会）を制御しようとする。その最も顕著な例は科学技術・環境リスク制御の行政法³⁶に見いだされるが、都市法における計画手続を巡る議論（→Ⅲ. 4.）にもこうした考慮は顕著である。そこでは情報は単に法執行者によって「発見」³⁷されるのみならず、法が整備した手続の中で生成・加工されるものとして捉えられている。

第二に、法原則の中には、根源的な不確実性を織り込んだ上でのデフォ

³⁶ 山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明・山本隆司（編）『融ける境超える法5 環境と生命』（東京大学出版会・2005年）。

³⁷ 法と経済学においても、一方当事者が保有し他方には観察不可能な情報（私的情報）の重要性は強調されてきた（例えば、法執行者（裁判所・行政）に利用可能な情報は、法的介入の適切な構造（損害賠償・差止め・事前規制等）を選択する上で不可欠の考慮要素である。参照、スティーブン・シャベル（田中亘・飯田高（訳））『法と経済学』（日本経済新聞出版社・2009年）第25章）が、この「情報」は法制度にとっては既に存在する与件であり、本文で述べる「情報の生成・加工」の要素は重視されていないように思われる。

ルト・ルールの設定を指示すると理解できるものも見られる。環境法における予防原則（事前配慮原則）が端的な例である³⁸が、他にも、知的「財産権」を「他者の行動の自由に対する制約」と再解釈した上で、イノベーション促進効果などが不確実な局面では極力謙抑的に解釈すべきと説く田村教授の議論³⁹も、同様の性質を帯びたものと位置づけられよう。自由主義・法治国原理から要請される規制の謙抑性との緊張関係を孕みつつ⁴⁰、不可逆的な損害が生じることを避けるために、不確実性を伴いつつ法的制御を及ぼすことを肯定する考え方は、環境問題の時間的スケール（数十年前の温室効果ガスの排出が今日に影響する、というように）への認識が広まるにつれ、直感的な訴求力を以て受け止められてきたように思われる。もちろん、不確実性の下での決定は、その後も継続的に環境を観察し科学的知見の進歩に応じて規制のあり方を変更すること（継続的な監督）を前提とする⁴¹が、これ自体、法制度が環境制御の時間軸的な広がりに対応した手続的な構造を備えることを要請するという意味で、第一の点と連絡することになる。

第三に、法及びその制御対象の「意味」自体が、時間的な広がりを持ったコミュニケーション（を枠付ける手続・制度）の中で変容する、という現象が観察される。これは大きくは熟議民主政論が想定する「熟議」のプロセス⁴²であり、より個別のレベルでも、都市法などの分野における利害

³⁸ 例えば参照、大塚直『環境法〔第3版〕』（有斐閣・2010年）51頁以下。

³⁹ 参照、前掲注9論文、本誌掲載の田村論文、および田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究36号（2011年）153頁。

⁴⁰ ただし、「規制がない状態」がベースラインと言えるかは、規範理論（政策論）としては直ちに自明とは言えない（参照、得津・前掲注3論文359頁以下）。もっとも、「何がベースラインか」という問題は、法的には、公権力（不）発動の正当化を要請する法規範である実定憲法の解釈問題として処理されると思われる。

⁴¹ 参照、戸部真澄『不確実性の法的制御』（信山社・2009年）242頁。

⁴² なお参照、藤谷武史「プロセス・時間・制度 — 新世代法政策学研究のための一試論」新世代法政策学研究創刊号（2009年）29頁（特に「知識問題」と対比される「価値問題」の存在と、Cass Sunsteinの議論の関係に関する指摘）。もちろん、group polarizationの問題が示すように、「議論すれば常にもうまく行く」というものでは全

関係者間のコミュニケーションの重要性が指摘されている⁴³。立法者が理論的・政治的対立の深い論点について決定を行わず「判例・学説の蓄積に待つ」という先送りを行うことは法学者にはなじみ深い⁴⁴が、判例・学説の蓄積は単に情報量の増大という意味ではなく、論争参加者が当該事象（データ）に与える意味づけの収斂という要素⁴⁵も帯びているように思われる⁴⁶。

このように、現代法は、「ある決定の正しさ」を覆う不透明性に対して、時間軸の中で情報と意味づけを更新し、それに応じて規範（制御）の内容を変更する、という方策でかろうじて対処していると理解できるが、これは第一の意味での《多元分散性》（本節 1.）とも無関係ではない。例えば、当初の法的決定（立法）に対して、後続する手続の中での利害関係者からの情報フィードバックやそれに対する応答責任、それらの前提としての手続の透明性と適正手続などが、当初決定を支える民主的正統性の連鎖と並行して重要な意味を帯びるようになるが、これは第 1 項で指摘した「民主的正統性を有する立法者と法律」像の相対化、の一側面といえることができる。

くない。参照、キャス・サンスティーン著（那須耕介編・監訳）『熟議が壊れるとき——民主政と憲法解釈の統治理論』（勁草書房・2012年）第 1 章。

⁴³ 後掲注135の倉阪論文を参照のこと。

⁴⁴ 例えば、国家賠償法をめぐる代位責任説と自己責任説の対立について、立法過程ではコンセンサスが得られず、学説に委ねられた経緯がある（参照、宇賀克也『国家賠償法』（有斐閣・1997年）22頁）。

⁴⁵ いわゆる判例による「相場」の形成も、その領域の専門家の間でのフィードバック・プロセスなしには理解できないように思われる。例えば、不法行為法における交通事故事件の判例の蓄積によって、一定の予測可能性・法的安定性が生じたことは夙に知られている（例えば参照、長谷川貴陽史「景観利益の測定」太田勝造ほか編『法社会学の新世代』（有斐閣・2009年）183頁）。

⁴⁶ いわゆる「ルールとスタンダード」の問題も、規範形成（立法）コスト（ex ante）と事案への適用（解釈）コスト（ex post）のみから捉える（see, e.g., Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE LAW JOURNAL 557-629 (1992).）のでは不十分かもしれない（なお、ヴィンシー・フォン、フランチェスコ・パリシィ（和久井理子（訳））「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15号（2012年）319頁は、法典の影響や規律内容の陳腐化の要素を導入してモデルを拡張しているが、基本的には同じ発想に立つと解される）。

る。また、景観訴訟における差止や「都市計画訴訟」の提案が端的に示すように、司法の役割の再定義も、こうした時間的広がりを持つプロセスの一部として位置づけることで、より明確に理解されるようになるかもしれない。

4. 法を把握する視点の多元化・断片化

ここまで、本プログラムが鍵概念とする《多元分散型統御》の内容を明らかにするために、それが対象とする現代法現象を特徴付ける《多元分散》性について検討を加えてきた。「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」はこうした現代の法状況に対応する方法論のはず、であるが、「寄る辺の無さ」という形容で示したように（→本章A）、現代法の諸課題に応答すべく現れた様々な法理論陣営の分布の中に自らをどう定位するかもまた、当初からの課題であった。

こうした問いに対する、本プログラムの事業推進担当者による応答の試みは、『新世代法政策学研究』2号から10号までに断続的に掲載されたリレー連載「多元分散型統御の基礎理論を目指して」において既に示されたところであるが⁴⁷、ここではその理解の補助線として、法に対するアプローチの多元性とその課題についてごく簡単に整理しておくこととしたい。

議論の前提として、極めて大雑把な理解であるが、法学は伝統的に、学

⁴⁷ もっとも、厳密には2系統の議論が看取される。第1の系統は、(システムとしての)法(学)がその外部(例えば経済学的思考)からのインパクトにどう向き合うか、という問題群であり、本誌2号の得津論文の問題提起を嚆矢に、同3号尾崎論文、同7号瀬川論文、同9号藤谷論文へと連なる(さらに、実質的に関連する論攷として、会沢恒「(効率性)は、如何なる意味で〈法的〉か」新世代法政策学研究6号(2010年)、加賀見一彰「無駄ヅモ無き「法と経済学」改革」新世代法政策学研究6号(2010年)、尾崎一郎「トイブナーの社会理論と法律学」(瀬川編・後掲注55書129頁以下)第4節)。第2の系統は、これとは距離を取り、むしろ「多元分散型統御」の記述理論と規範的基礎を正面から問うた論攷であり、本誌5号の町野論文と同6号の長谷川論文がこれに属する。第1の系統の議論に関しては、上記論文において筆者自身の不完全な考えを示したところであるが、これについては後掲注85において簡単に再訪するに止め、本稿ではむしろ第2の系統の議論に連なる検討を試みたいと考える(→Ⅱ.C.)。

問的考察の対象としての法の体系性と自律性、および学問としての法学の自律性、を前提としてきた、と述べることは、一応許されるものと思われる。もちろん、概念法学に対する「生ける法」からの批判や、形式主義法学に対するリアリズム法学の批判など、近代以降の法学内部において、この思考枠組み自体が常に問い直され続けてきたことは知られているが、法(学)が完全に他の何かによって置き換えられる／基礎付けられる(例えば、「法は政治に他ならない」⁴⁸⁾)という状況には至っていない。たしかに法学は、一方では政治理論や価値理論から、他方では社会科学から、それらの知的成果を摂取してきたのであるが、それでもなお、法を語るのは法学に固有の責務であるとの立場を堅持してきたように思われる(例えば、政策論・立法論⁴⁹⁾・解釈論を区別する思考法)。社会科学・道徳哲学等が「法」を対象として語ることは当然あるが、それは当該学問内部における認識の問題であって、法実践そのものには無関係である(それら学問的命題は法規範命題には接続されない)、というわけである。また、以上の点からは必ずしも導かれないものの、法学が、法規範体系の自律性に議論を定位することは、法と社会の関係についても、「法が」社会(あるいは市場、科学)を規律するという一方向的関係(法による社会の制御可能性)を、少なくとも規範のレベルにおいては想定することに寄与してきたと言うこ

⁴⁸ しばしば批判法学に結びつけられるこの思考方法が、「「法適用か司法的立法か」という二項対立図式を法実証主義と共有する、いわば裏返しにされた法実証主義になってしまっている」という注目すべき指摘につき参照、船越・前掲注6書19頁。「政治」の代わりに社会厚生 の最大化(をもたらさうような(多くの場合は「市場」に親和的な)ルールの採用)を法の一元的な評価基準とする法と経済学からの議論(例えば、LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (Harvard, 2002))も、法を法外の根拠によって基礎付けようとする限りで、これに通底するものがあると言えよう。

⁴⁹ ここにいう「立法論」は、政策論そのものではなく、それを法システムに媒介する言語的思考作用を意味しており、かつて拙稿(藤谷武史「「より良き立法」の制度論的基礎・序説—アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号(2010年)149頁(204頁以下))で述べた「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」を踏まえたものとなっている。

とも可能ではないかと思われる⁵⁰。

すでに繰り返し述べたように、こうした「法(学)の自律性」への疑念は、法学の内部からすら（まして法(学)の外部からはさらに）繰り返し指摘されてきたところである。とはいえ、本節 1. ～ 3. に述べた《多元分散性》に特徴付けられる現代の法状況は、より強いインパクトを以て、法(学)の自律性に対する挑戦を突きつけるように思える（その余波が、法学が何度も繰り返した問いを、一層混迷を深めた形で再演することとなった本プログラムの登場である、とも言えようか）。これはいくつかの局面に整理できる。

①第一に、法が一段と政治化／道具化（政策手段化）することによって、法学内部で重視されてきた論拠や論証の作法がもはや顧みられなくなる、という現象を指摘できる。

この現象に属する近年の顕著な例としては、刑事法における「ペナル・ポピュリズム (penal populism)」の台頭による厳罰化傾向を挙げることができる⁵¹。また、企業・市場に関連する法(学)分野では、「市場の失敗の法による補完」という法の道具主義的把握が広く受容されてきた⁵²。このような法の外側（政治・市場・社会）からの圧力が強まれば、（立法論・解釈論を問わず）「あるべき法」を語る者は、従来の法的論証とは異なる、外部の価値規範（効率性・分配の公平・自由等）とそれを支える論証の作法（経済学・政治哲学等）によって自らの立論を正当化する必要がある、という方向に傾くこととなる。法学は従来から他の学問分野の成果を自らの観点から（＝都合良く）摂取してきたものの、論証の作法といういわば核心部分に踏み込まれることには拒否反応も強かった（「法と経済学」を巡

⁵⁰ もちろんこれに対しては、法が自律的なシステムであるがゆえに社会の他の諸領域（システム）を直接的に把握・統御することなどできない、というルーマン理論からの厳しい批判があるのだが。

⁵¹ 参照、伊東研祐「刑法の社会的機能論—再訪：現代社会の統制手段としての刑法の適性と位置付け」新世代法政策学研究10号（2011年）1頁、佐伯仁志「刑法の社会的機能の変容」新世代法政策学研究11号（2011年）1頁。

⁵² 参照、得津晶「民商の壁 — 一商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号（2009年）233頁（234頁注6）。

ってかつて見られた感情的な対立・行き違いをそのような観点から読み解くことも可能であろう)。しかし、例えば法と経済学の浸透は、「何が適切な論証か」についての認識を確実に変容させつつある⁵³。

②第二に、社会科学の側での知見の深化に伴い、法と社会や市場との関係についても、前者が後者を規律し制御するという一方向的な関係では捉えられず、むしろ各要素が相互作用して全体として均衡が成立するという「制度」の観点が、説得力ある像を示すようになっている。例えば「ソフトロー」概念は、法が、市場や社会の均衡を形成する（重要ではあるが、一つの）要素として把握されうること示している⁵⁴（また、こうした捉え方は、上述した「法の道具主義的把握」との親和性も高い）。また、このコロラリーとして、「法が社会の全ての局面を規律することができるわけではない（法が α という状態を規範的に命じたとしても、社会において状態 α が実現することは全く担保されない）⁵⁵」ことが広く理解されるようになる。こうした文脈にあって、近時の「〈法化〉社会」現象は、一方では法の領域を拡大しながら、他方ではまさにその帰結として、法が社会と

⁵³ 船越・前掲注6書81頁は、法的議論の場において提出される「断片 (bite)」が織りなす記号学的秩序に、経済学的な「断片」が新たに持ち込まれたことによって、例えば従来の「断片」の説得力が低下するなど断片全体の新たな布置をもたらしている、とのダンカン・ケネディの議論を紹介する。

⁵⁴ 例えば参照、中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論＜ソフトロー研究叢書 第1巻＞』（有斐閣・2008年）。「制度」の観点から見た法の位置づけについて参照、青木昌彦（藤谷武史（訳））「戦略的相互作用と個人予想を媒介する認知的メディアとしての制度」新世代法政策学研究9号（2010年）1頁。

⁵⁵ G・トイブナー教授の一連の業績は、ルーマンのシステム理論を応用（ないし逸脱的に拡張）しつつ、この問題意識を先鋭化させるものと位置づけられよう（参照、グンター・トイブナー著／瀬川信久（編）『システム複合時代の法』（信山社・2012年）；新世代法政策学研究10号の特集「社会システム理論と法律学」）。

他方、法規範の受容・定着について、社会心理学が解明を試みる「心のメカニズム」の側からアプローチするという方向性も興味深く指摘される。山岸俊男「集団内協力と評判心理」新世代法政策学研究10号（2011年）109頁・尾崎一郎「コメントー「本質的社会性」から「法」へと至る条件」新世代法政策学研究10号（2011年）145頁。なお参照、内藤淳「人間科学と自然法論と法実証主義—法規範はいかなる内容をも持ちうるか—」新世代法政策学研究8号（2010年）309頁。

の関係で元来内包していた制御困難性を一層明白なものにするように思われる⁵⁶。

この一方で、法が社会に対する制御能力を維持しようとするれば、規律対象を伝統的な法概念によって画定（分節）することを断念し、社会科学に直接開かれた概念を法規範の中に取り込まざるをえない場面も増えている⁵⁷。この意味でも、法（学）は外部社会や、「社会」を認識する道具を持つ社会科学的思考に対していっそう「開かれ」ざるを得なくなっていると言えよう。

これらの傾向は、法と社会の関係（に関する法学の自己認識）に見直しを迫り、法が生命線としてきた分節のあり方（あるいは、「何が法的な問題であるか／ではないか」という共通了解）にも動揺を生じさせるものである。

③第三に、前二者を反映して、法（学）が、従来は法学にとって「外部」であった諸学や諸原理の貫入を（ある場合にはむしろ積極的に）受容する結果、法学の内部で、あるいは法学と法実務との間で、コミュニケーションの困難性が高まる可能性がある。

⁵⁶ この文脈において、法（学）という営為について述べた以下の指摘がきわめて示唆的である。

「古代ローマ以来、ヨーロッパのさまざまな思想潮流の中で鍛えあげられてきた「法」的な関係の特徴は、無限の多様性を包含する具体的人間関係・社会関係を人為的に細分化・分節化し、それぞれ独自の構造原則を有する「法的関係」として構成する点にある。法律家の活動は、「ナマの」現実との矛盾・緊張関係を鋭く感じながら、たゆまぬ法的分節化を進めるという営為であった。

非西欧諸国にも導入されたこの法の思考の中核には、「峻別」・「境界づけ」がある。「公法」と「私法」の峻別、諸「契約」類型の峻別、「主権国家」内部関係と「国際関係」の峻別など、無数の「境界（ボーダ）」が引かれ、社会関係が法的に分節化された。…」(『融ける境 超える法』(編集代表 渡辺浩／江頭憲治郎)「刊行に当たって」<http://www.utp.or.jp/series/tokerusakai.html>)

⁵⁷ こうした動きが最も顕著なのが経済法の分野である（参照、川濱昇「独禁法における『法と経済学』」国際経済法学会年報15号(2006年)97頁）。詳しくはⅢ. B. 3. を参照）。また、租税法における経済学の受容につき、参照、藤谷武史「公法における「法と経済学」の可能性？—租税法学の経験を手がかりに」法学教室365号(2011年)16頁）。

これは、一方において、法学の各方法論が、より洗練された形で隣接諸科学の知見を取り込み、方法論的に深化・先鋭化する（ピア・レビューの専門研究誌や学会が形成されることも大きな要因である⁵⁸⁾）につれて、異なる方法論をとる論者の間での問題意識の共有は困難になる、という形で出現する（法学内部での学説対立とは異なり、もはや議論自体が成立しない⁵⁹⁾。

また、他方において、法実務の側でも、判例・実務例が蓄積するにつれて、それ自体で「閉じた」論理で問題を処理する傾向を強め、理論的に先鋭化し「社会科学化」する法学との対話の必要性を感じなくなる可能性がある。この点は、日本では未だ（あるいは理論的先鋭化が進んでいないためか）目立った問題とはなっていないが、米国においては理論と実務の乖離の問題として夙に指摘されてきたところである⁶⁰⁾。

もちろん、こうした変化は法（学）の全領域に一律に生じるわけではない（或る法学分野はむしろ法実践に接近し同一化するかもしれない）。要点は、もはや定冠詞つき・単数形の「法学」を観念することも、「法」を語るのは法学に固有の責務であるということも、自明とは言えなくなっている、ということに過ぎない。

5. 四つの《多元分散性》と複合関係 — 「複合的な多元分散性 (Complex Multiplicity)」としての《多元分散型統御》

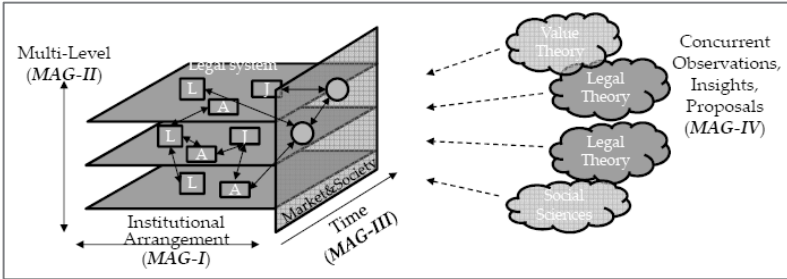
以上、《多元分散型統御》を鍵概念とする本プログラムが対象としてき

⁵⁸⁾ 参照、藤垣裕子『専門知と公共性 科学技術社会論の構築へ向けて』（東京大学出版会・2003年）。

⁵⁹⁾ この点で、あくまでも法学の一方法論として法学内部の変革を迫る law and economics と、外的視点から法を観察する economic analysis of law の間には、本質的な差異があるものと思われる。

⁶⁰⁾ See, e.g., Stephen G. Breyer, *Response of Justice Stephen G. Breyer*, 64 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 33, 33 (2008) [criticizing some modern legal scholarship as decreasingly relevant to the legal profession]; see in general, Brent E. Newton, *Preaching What They Don't Practice: Why Law Faculties' Preoccupation with Impractical Scholarship and Devaluation of Practical Competencies Obstruct Reform in the Legal Academy*, 62 S. C. L. REV. 105 (2010) [harsh criticism from practitioners' viewpoint].

た現代の法現象を、四つの《多元分散性》という形で整理した。これを、多元分散型統御(Multi-Agential Governance)の4類型（Ⅰ～Ⅳ）として表現したのが下の概念図⁶¹である。



前項までの検討は、本プログラムの活動の中で《多元分散型統御》概念に触発される形で検討の俎上に載せられた、現代法に含まれる《多元分散性》を整理したものにはすぎない。しかし、興味深いことに、これらの《多元分散性》は、別個独立の事象というよりも、むしろしばしば相互作用的・輻輳的に観察されることが指摘される。

例えば、①法律制度設計における「ルールとスタンダード」や行政機関への授権、利害関係者の法過程への参加（情報入力）は、第Ⅰ類型と第Ⅲ類型が複合的に作用する場面として理解できるし、②加えて第Ⅱ類型の多元分散性（多層性）が関係する場面として、国際環境法においてみられる枠組条約方式や、国際レジームにおける二次法定立過程⁶²を指摘することができる。また、③これらの法現象の認識枠組みに関する第Ⅳ類型の多元分散性が、単に外的な認識（観察）の枠組みに留まらず、法実践の評価・意味づけを与えるという形で、第Ⅰ～Ⅲ類型の多元分散性のあり方にも影響を及ぼす（例えば、法解釈方法論の制度論的転回⁶³）ことも少なくない。

⁶¹ 図中の略号はそれぞれ[L]egislature（立法者）、[A]dministrative Agencies（行政）、[J]udiciary（司法）を意味しており、○は私的主体を意味している。

⁶² 参照、原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」新世代法政策学研究 18号（2012年）241（252-253）頁。

⁶³ 参照、藤谷・前掲本誌7号論文（179頁以下）。See also, Cass R. Sunstein & Adrian

他方で、④一国の法秩序が第Ⅱ類型の多元性・多層性に晒されるようになると、その衝突の局面においては、当該法秩序＝解釈共同体において妥当なものとされてきた論証の方法よりも、「科学的な」証拠に基づく議論⁶⁴や、効率性⁶⁵・人権といった当該法秩序にとっては「外部」の論拠による正当化の方が有効なものとされる場面が少なくない。これは上記③の場面とは逆に、法実践の側から法の認識枠組み（理論）間の競争に影響を及ぼす場面ということができよう。

以上のように、現代の法現象の様々な場面で観察される《多元分散性》は、しばしば複合的な形で表れる。そこでこれを《複合的な多元分散性（Complex Multiplicity⁶⁶）》と呼ぶこととしよう。本プログラムが《多元分散型統御》概念によってアプローチしようとしてきた現代法の多元性は、《複合的な多元分散性》として理解される、というのが、ここでの中間的な総括である。

C. 《多元分散性》と《統御》の関係

1. 認識枠組みとしての《複合的な多元分散性》が有する意味？

前節の《多元分散性》の各局面で登場した議論の多くは、既に先行する理論の枠組みに依拠するものであり、本プログラムに独自の貢献とは言えないであろう。《多元分散性》という言葉を使わずとも、伝統的な法理解

Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 MICH. L. REV. 885 (2002); NEIL MACCORMICK, *RHETORIC AND THE RULE OF LAW: A THEORY OF LEGAL REASONING* (Oxford, 2005).

⁶⁴ その問題点の指摘も含めて参照、城山・前掲注28論文。

⁶⁵ 例えば参照、小塚荘一郎「国際機関による担保法改革の論理」『前田重行先生古稀記念：企業法・金融法の新潮流』（商事法務・2013年）（国際機関による法制度の提案が、既存の法制度よりも、効率性の観点から「より良い」という政策判断を伴って為されている状況を描写し、法の機能主義的理解に与する立場から、その効率性改善について各国の市場・経済構造を踏まえた検証が必要であることを示唆する。）。

⁶⁶ 総括シンポジウムにおける拙報告ではMulti-Multiplicityという語を充てていたが、各々の多元分散性が複合的・輻輳的に関連するという側面を重視して、Complex（複合的）という形容詞を用いることにした。なお、この語の選択については、長谷川晃教授のご示唆に負う。記して感謝申し上げる。

を、法の実像との対比で相対化し、代替的な法理解のあり方を示唆するやり方は、例えば「自律的法」の限界と社会への「応答性 (responsiveness)」の確保の重要性⁶⁷、規制者と被規制者の間での柔軟で双方向的なコミュニケーションの意義⁶⁸など、様々な形で提示されてきた。ここまでの議論から既に「応答的法」や「応答的規制」を想起した読者も多いであろう⁶⁹。となれば、本プログラムがなぜあえて《複合的な多元分散性》として現代の法現象を捉えようとするのか、その意味が問われなければならない。

言うまでもなく、複雑な現代の法現象を把握し記述するやり方は無数に想定しうる。その中で敢えて《多元分散性》を分析視角として採用し、その中で捕捉された現代法の諸事象を《複合的な多元分散性》として整理する作業は、純粋な記述ではありえず、構成的な性格を帯びざるを得ない⁷⁰。凡そ地図が用途に応じて作られるように、現代法の「鳥瞰図（の一つ）」としての《複合的な多元分散性》にも、目的がなければならない。ではそこに如何なる目的がありうるか。実にこの文脈においてこそ、ここまで検討を留保してきた《統御》概念の意味が問われる必要がある。そこで、若干回り道ではあるが、まずは《統御》概念を巡る本プログラムの議論を振り返っておこう。

2. 《統御》の含意？

「統御」（またはその訳語としての“governance”）概念一般を巡る膨大な議論（あるいは混迷）に立ち入る余裕も能力も本稿にはない。以下はあくまでも本プログラム内部での《統御》概念を巡る議論の概観と若干のコメントにとどまる。

⁶⁷ P. ノネ=P. セルズニック（六本佳平訳）『法と社会の変動理論』（岩波書店・1981年）。

⁶⁸ See, AYERS & BRAITHSWAITE, *supra* note 20.

⁶⁹ とりわけ、英語圏の読者にはこのように説明すると《多元分散型統御》が理解（誤解？）されやすいように思われる。例えば参照、Luke NOTTAGE/新堂明子（訳）「応答的規制と消費者製品の安全性」新世代法政策学研究13号（2011年）211頁。

⁷⁰ ここにいう「記述的」と「構成的」の区別は、長谷川・後掲注87論文257頁（注5）に負う。

(1)「使い分け」と設計主義

本プログラムの出発点においては、「多元分散型統御」という合成語が示すように、力点は明らかに「統御」に置かれていた。本稿冒頭（Ⅰ・Ⅱ．A．）で述べたように、この合成語に込められた当初の意図は、①法解釈の局面に集中しがちな実定法学者の視点を、〈立法・行政・私法、そして市場（あるいは社会）〉という法過程全般を通じた主体間の機能分担の文脈へと拡張させるとともに、②これに応答する「法政策学」の分析道具として、伝統的な法ドグマティックに加えて、権利論や経済分析という実体的判断と手続的な正統化を並べ、これら多元的な方法の「使い分け」の理論（あるいは技法？）を設計し提示する、という点にあった。両者は、法政策学の対象の認識（＝①）がその方法（＝②）を要請し、その方法（＝②）が対象の認識（＝①）の（他の認識枠組みに対する）優越性を論証する、という相補的關係に立つ。ここでは「多元分散」と「統御」がそれぞれ二重の意味で使われていたことは興味深い。すなわち、「多元分散的」な諸主体が法による社会の「統御」に関わる（①）が、その作動を評価し指導（「統御」する）方法論もまた「多元分散」的である（②）、というわけである。

このうち①に関しては、「統御」の意味に留保が付される（→本章B．4．②）ことを除けば、特段の批判は提出されていないように思われる（もちろん、そこからどのような処方箋（prescription）を導くか — これが前項1．で提示したまま留保されている問題であることに注意 — には、大いに異論がありうる）。他方で、②に対しては、本プログラム内部からも強い疑問が提起されたところである⁷¹。本稿の見るところ、この（極めて重要な）

⁷¹ 尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号（2009年）191頁は、設計主義的統御が不可能なまでに複雑化・多様化した現代のガバナンス状況を指摘した上で、「このような、GCOEなりの言い方で言えば、「多極的、双方向的、動態的なガバナンス構造」は、まさに多元的な声の交錯とそれへの応答を真骨頂とするものであり、その構造を、当該ガバナンスの一翼を担う法学者が、経済分析さもなければ正義論、あるいは一定の一義的な基準に基づく両者の適切な使い分け、といった特定のスキームによって事前に設計することができるというのは、自家撞着というものだろう」（215-216頁）と

批判は、以下の三つの側面に分けられる。

[α] 《多元分散型統御》が示す法理解（→①）が正しいとすれば法学者もその多元的分散的な構造に組み込まれた一部分に過ぎないのであるから、[α-1] 記述理論の問題として、「法学者」が多元分散型統御のあり方を指図し影響を与えるに至る経路が説明されていない⁷²、[α-2] そもそも法学者（あるいは何らかの法学以外の知的装備を備えた法政策学者⁷³）が他の主体のバイアスを指弾し矯正する超越的な地位を主張しうる規範論的な根拠が示されていないのではないか。

[β] 上記 [α-2] に応答することなく、なお「使い分け」を駆使した「統御」を語ることは、論者自身のバイアスやイデオロギーを隠蔽する自己欺瞞そのものではないのか。

[γ] 上記 [α], [β] に反論できず、それでもなお「複雑化した社会の多元分散型制御＝社会への多元分散型応答を本気で考える」とすれば、それは「法領域と歴史的・社会的文脈に応じた個別的で非構造的な応答を、さしあたりはプラグマティックに志向するしかない」⁷⁴であり、上記①の意味での《多元分散型統御》の下では、上記②の意味（「使い分け」の理論）のそれは放棄せざるを得ないのではないか。

喝破する。

⁷² むしろこの問いは、法学者に特権的な地位を与えるのではない形で、《多元分散型統御》の成立および変革の条件は何か、という形で真剣に問われるべきである。本プログラムでは、町野和夫「法政策と経済学—法政策の目的に関するゲーム理論的考察」新世代法政策学研究 5 号 (2010年) 287頁、青木・前掲54論文、奥野正寛「自発的継続四人のジレンマと多元主義的行動」新世代法政策学研究16号 (2012年) 23頁などがこれに連なる試みとして位置づけられる。法学者がそこに参画しうるか、参画する必要があるのか、参画するものはもはや法学者ではないのではないかと、いった疑問に答える必要はなかろう。

⁷³ 「法政策学」の持つ二重の意味について参照、藤谷武史「「法政策学」の再定位・試論—「新世代法政策学」の基礎理論の探求—」新世代法政策学研究 9 号 (2010年) 181頁。

⁷⁴ 尾崎・前掲71論文215頁。ただし、尾崎教授はこれをむしろ肯定的に捉えていることに注意。

(2)「使い分け」から“muddling through”へ

本プログラム内部で上記の批判は痛切に受け止められ、以後、「使い分け」理論(②)は、本プログラムから影を潜めた。そして、『新世代法政策学研究』誌のリレー連載の総括と本プログラムの中間報告を兼ねた田村論文⁷⁵において、新たな指針としての“muddling through”という概念が示されるに至る。詳細は田村論文⁷⁶を参照されたいが、この概念の最大の特徴は、「経済学等の「実証に基礎を置く社会科学」からの影響力を法学がどう受け止めるか」のあり方に関する理論モデルとして構想されている点にある。法概念がその記述＝規律対象とする現実の事象(なるもの)との間に必ずズレを伴い、そこに操作可能性が生じることを「メタファー」の語で把握し、法学者・法律家の営為をこの《メタファーの作成と操作》と再定義した上で、そこに政策形成過程のバイアス、法の表出力やフレーミング効果等の考慮を持ち込む⁷⁷、という構えである⁷⁸。ここでの関心は専ら、法学(お

⁷⁵ 田村善之「muddling throughとしての法政策学―「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」中間報告―」新世代法政策学研究10号(2011年)277頁。

⁷⁶ さらに、本誌掲載の総括論文(田村善之「メタファの力による“muddling through”―多元分散型統御を目指す新世代法政策学・総括報告」)も参照のこと。

⁷⁷ これと同一の要素に、逆方向(社会科学的観点)から関心を示す指摘として参照、高村学人「オストロム・コモンズ理論の応用による都市内地域共用資源の分析方法と法概念論」新世代法政策学12号(2011年)347(362)頁(「むしろ法の機能は、行為をめぐる状況の意味付けを、法制定を通じて変更できるという点に強みがあると言えます(略)。所与のサンクショナルルールに人がどう反応するかということだけでは、いろいろな社会科学の分野で行われているゲーム理論研究と異なりません。むしろ法の社会科学的研究は法特有の表出機能やシンボリックな機能も分析に取り込んでいく必要があるでしょう。」)。もちろん、どのような条件が整えば法がそのような機能を持ちうるのか、についての問いが関連する(前掲55・72)。

また、本プログラムの初期において示唆されながら、その後十分に深められなかった視点として、政策転換におけるアイデアや言説が持つ構成主義的な機能、という問題がある(参照、加藤雅俊『福祉国家再編の政治学的分析―オーストラリアを事例として―』(御茶の水書房・2012年)。なお参照、同書所収の加藤雅俊「オーストラリア型福祉国家の再編分析・序説―二つの新自由主義的改革?―」新世代法政策学研究6号(2010年)203(236)頁)。

⁷⁸ もう一つ、muddling throughという語には、「不確実性に対する漸進的アプローチ」

そらくはより狭く、実定法学）の側にある⁷⁹。

戦線をこのように再構築することで、[1]での批判[α]に対しては、“muddling through”としての多元分散型統御は、専ら法学者内部で展開される理論間闘争に列するものであり、超越性を僭称するとの批判は当たらない、と応じることができよう。次に、批判[γ]に対しては、「漸進的」「試行錯誤」をむしろ是とすることによってその批判の大半を受け入れつつ、しかし全くのアドホックな対応ではなく⁸⁰、一定の指針なり技法なりを示すことまでは放棄したくない、と頑張ることになろう。となると結局、問題は、そのような指針を語ろうとする《多元分散型統御の法学者》は、そのコミュニケーションの相手（さしあたっては他の法学者や法律家 — 法システムの内部者 — が想定されていることは、先に述べたとおりである）に対して、如何なる規範的地位に立つか、という批判[β]の問題系に収斂する。ここでわれわれは、C. 1.の末尾で指摘し棚上げにしていた、現代法現象を《複合的な多元分散性》として提示することの意味如何の問題と再び合流することになる。

という側面が含まれている。これは本章B. 3.で述べた時間軸の要素であり、そこでも指摘したように様々な捉え方がありうところである。

⁷⁹ 注意深い読者は、この一文が、尾崎・前掲注47論文（「トイブナーの社会理論と法律学」）131頁からの借用であることに気づくだろう。本稿の目論見は、田村理論を、ひいては本プログラムの《多元分散型統御》を、トイブナー理論と同様の志向性（→詳しくは後掲C. 3.）に位置づけようとするにある。

⁸⁰ もちろん、批判[γ]の想定するプラグマティックな対応は、それが法システム内部のコミュニケーションとしての法的論証である（として受容される）限り、インテグリティへの志向を内包したものであり、従って場当たりの論証の蓄積とはならない、と考えられている（尾崎・前掲注71論文（「トートロジーとしての法」）215頁）。しかし、この意味での「インテグリティ」は（ドゥウオーキンのそれとは異なつて）、法内容の正当性（正統性ではなく）や「より良き法」を保証しないばかりか、それらに対するコミットメントも含まないようにも見える。過剰包摂の誤謬を避けることが法律家のせめてもの良心、ということであろうか。もっとも、「法とはせいぜいそのようなものでしかあり得ず、むしろそれこそが法の生命線であるにも関わらず、妙な野心をおこしてその線を危険にさらすことの方が問題である」という形で、さらに撤退した位置に堅固な防衛線を構築しようとする議論としてこれを読むべきかもしれない。

3. 論争参加者が用いる実践理論としての《多元分散型統御》

前節B.で展開した《複合的な多元分散性》の図式は、法学者／法律家が法システム内部のコミュニケーションにおいて用いる法的推論および法概念が置かれた文脈を可視化したものである。この「可視化」の意味は、法的コミュニケーションの一参加者としての《多元分散型統御》論者が、既存の法的推論の構造を転換し、新たなタイプの論拠の動員を可能にし、以て自らの望む方向へと法的推論の帰結を誘導しようとする（＝反対者を説得しようとする）試みを容易ならしめる（facilitate）ことにある。抽象理論の高みに立つのではなく、論争参加者が実践のための道具として現代法現象を構成的に解釈し、提示し、他者を説得する助けとなることにその本分がある。これこそが、《多元分散型統御》概念を触媒として蓄積された諸事例・諸論攷を（再）構成した《複合的な多元分散性》という認識枠組みを持つこと意味である。

もう少し具体的に述べよう。例えば、特許権という「権利」＝分節を所与としつつ（そうでなければ他の法学者／法律家とのコミュニケーションが成立しない）、この分節を法形成過程における多元分散性（→第Ⅰ類型）の文脈に接続することで、「特許権」概念を巡る具体的な法的推論において、「少数派パイアス」という論拠⁸¹を持ち出すことが的外でないどころかむしろ要請される、という主張が可能になる。もちろんその主張が成功するかは不確実である⁸²が、ともかくも「法的な（ものとして受容される）論証の構造⁸³自体を変化させること」を企図し説得を試みるという意味で、

⁸¹ もちろん、この論拠自体が果たして眼前の具体的問題において客観的に妥当するのか（この文脈では少数派パイアスは存在しないのではないか）という批判に晒されうるが、そのことと「そのカテゴリーの論拠を持ち出すことが妥当か」というレベルの問題は区別されなければならない（例えば「立法事実」を論拠とする場面を想起せよ）。後者は法的論証の構造（として何が受け入れられるか）の問題であり、前者はその論証の巧拙の問題である。

⁸² これが他の法実践者への働きかけ、あるいは「提案」（参照、小川・前掲注7「論証の論証」論文223頁）以上のものであり得ない、との筆者の理解は、藤谷・本誌7号論文208頁以下、および同・本誌9号論文212頁以下で示したものから、基本的には変わっていない。

⁸³ ここで「論証の構造」という語を用いる際に筆者が想定するのは、船越・前掲注

《多元分散型統御》は紛れもなく一つの法学理論であるところ、《複合的な多元分散性》はそのための仕掛けとして用意された、現代法現象の構成的解釈である。

本稿の冒頭において、《多元分散型統御》とは、帰納的かつ遂行的に把握される思考枠組みである、と述べた。いまやその含意は明らかになったと考える。法学理論としての《多元分散型統御》—「法的な論証構造を、《複合的な多元分散性》という文脈を踏まえて、(再)構築することを主張する言明およびその実践」—は、論者自身がそれを用いて法実践に参加するところにしか存在し得ない(遂行的にのみ把握可能な)思考枠組みである⁸⁴。その実践的試みの成否は、①そもそも論証構造に影響すべきと主張している「文脈」が既存の法現象の解釈としてどれだけ説得的に構成さ

6 書の第1章第6節の「法的思考の記号学」、及び第2章の「法的思考の現象学」が示す法的推論構造の理解である。より直感的な説明として、山本敬三・前掲注7論文(法的思考の構造と特質)258頁以下の「法的知識の構造(「スキーマ」)論」を挙げることができる。山本論文の言葉を借りれば、「法的スキーマ」群が形成するネットワークの総体としての法的知識を前提として法的思考がなされているところに、《複合的な多元分散性》が示す文脈を持ち込むことである法的スキーマのネットワーク内部での位置づけ(したがって構造それ自体)を変動させ、結果として異なる法的推論結果(例:「特許権については極力制限的に解釈する」)が導かれる、ということになる。

⁸⁴ 従って、抽象的な理論として取り出してしまうと、《多元分散型統御》とはせいぜい法的推論を行う者にとっての一般的な「心構え」ということになってしまう。Ayers & Braithwaite, *supra* note 20, at 5 における以下の記述は、そのまま《多元分散型統御》にも妥当するものである。

“Responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather an attitude that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches...” “Our attempt to sensitize readers to innovative regulatory possibilities thrown up by thinking responsively is devoid of any grand theoretical aspirations.” “Responsiveness, like interactivity, is not one of those notions such that if two people know what responsiveness is, they will come up with the same solution for the responsive regulator to implement in a particular situation.”

れているか、②それを法的推論に接続する方法に説得力があるか、の二点に依存する。そして、法学／法的不コミュニケーションのシステムとしての閉鎖性を考慮すれば、従来の法的議論のコードとの接続可能性（いわば「せいぜいズレの範囲に収まっておりコミュニケーションは可能」）を示すことが、そもそも法学内部の論証たる地位を獲得する上での必要条件となるが⁸⁵、その際には帰納的なアプローチが有効である可能性が高い⁸⁶。認識枠

⁸⁵ この点に関連して、前掲注47で指摘した「本誌リレー連載における第1の系統」に関して一言しておく。筆者の理解では、この議論は、得津「民商の壁」論文による法学の「アイデンティティ・クライシス」への警鐘（さらに、そもそも法学にコミットしない可能性すら示唆する会沢・前掲注47論文も参照）に端を発し、法学のシステムとしての閉鎖性、社会科学的知見という論拠の直輸入の不可能性を確認する尾崎「トイブナーの社会理論と法律学」論文で閉じたものである。本稿筆者も、法外部の社会科学的知見が直ちに法内部での優越性を示す論拠となりうるという考え方は誤りであると考えており、尾崎教授の主張には大筋で賛成する。

ただし、「法（システム）とはこのようなものである（このようなものでしかありえない）」ことは、「法学者にとってそこに問題が存在しない」ということを意味しない（もちろん、尾崎教授は「問題がない」とは論じていない）。法学者／法律家は「システムの限界を自覚しながら、しかしそれを維持しなければならない」（小川・前掲注7論文・223頁）のであり、「法システムは、社会や経済といった環境に対して開かれていなければならない」ために、「内部転写」の回路（理論）を持つことが必要となり、同時に「既存の法概念との整合性が確保されなければならない」（同・209頁）。となれば、「外部からの刺激者と刺激を受けての新解釈提案者の一人二役」（尾崎・150頁）を演じることは、むしろ法学者（の一定割合）が担うしかないのではないか。ただし、その「媒介者」（なお参照、藤谷・本誌9号論文204頁以下）の仕事の善し悪しを客観的に判定する超越的な基準は存在しない。ただその都度、システム外部の認知的刺激を法学内部の論証に接続する試みがなされ、既存の法学に受容されたか否かの結果のみが明らかとなるに過ぎない。本稿の理解する《多元分散型統御》とはそのような実践理論（あるいは思考の枠組み／作法）である。

⁸⁶ 法と経済学が米国法学（学）において一定の成功を収めた（なお、前掲注53も参照）のは、社会科学としての経済学の認知的優越性によるものではなく、むしろ既存の法実践を「効率性」等の鍵概念によって説得的に再構成し得た（本稿の言葉でいえば、それによって法的論証構造の変更に成功した）ことに求められるというのが、筆者の理解である（参照、藤谷・本誌7号論文188-194頁）。

組みとしての《複合的な多元分散性》の図式はそのための（それ自体批判に晒されうる）試みである。

D. 中間総括

本章の検討は、《多元分散型統御》とは何か？という問いから出発し、この概念が、いかなる法現象に触発され、いかなる法的論攷の契機となったか、を跡づけることで、《複合的な多元分散性》という現代法理解を定式化した。この定式化は、純粋な記述理論ではなく、むしろ「現代法はこのような像で最も良く捉えられる」という解釈を示すことで、既存の法的論証構造を（再）構築することを提案する法学者にその論拠を提供する手段的なものとして位置づけられる。そして、《多元分散型統御》とは、このような認識作用と、実践的な働きかけ＝法学的コミュニケーションが、反復的・回帰的に行われるというひとまとまりの思考枠組みのあり方を意味すると考えるべきである。この意味での《多元分散型統御》概念は、多元分散化した法の動態を超越的に統御することを企図しないし、そのための規範的基礎を提供するものでもない⁸⁷。あくまでも、現代法における法

⁸⁷ これはそうした規範理論に意味がないということを言うわけではなく、それは個々の実践者が、《多元分散型統御》とは別のレベルで向き合う必要がある問題であるというに過ぎない（例えば、前掲注84でその議論を紹介した Ayers & Braithwaite は、自分たちの理論枠組みは読者の政治信条に関わりなく一定程度受容可能であるような道具として構想されているとした上で、自らは共和主義 (republicanism) にコミットすることを明言している (p. 17)）。

もちろん、《複合的な多元分散性》状況に対応して法的論証構造の組み替えを図る際に、法実践者が様々な価値原理に訴えかけ、あるいは新しく創造することは大いにあり得る（長谷川晃「<リーガル・ガバニング>の観念 ―多元分散型統御の法的条件に関する法哲学的スケッチ―」新世代法政策学研究 6 号 (2010年) 255頁が探求する「動的な統合」(273頁)を支える規範的条件や、田中成明「法の三類型（自立型法と管理型法・自治型法）モデル再考―その問題関心と多元的調整フォーラムとの関連を中心に―」新世代法政策学研究 4 号 (2009年) 59頁の「多元的調整フォーラム」などが、そうした試みとして位置づけられる）。ただ、特定の価値に基礎付けたうえでその価値の規範論的論証を試みるという作業は、本プログラムではほとんど行われてこなかったし、本稿が自らに設定した課題（→ I.）からも外れることになる。

的推論・論争に参加する法実践者⁸⁸が、その都度の実践において遂行的に内容を与えるものである。このように解することが、本プログラムの期間を通じて《多元分散型統御》概念が発揮し得た機能を最も正確に理解できる、というのが、冒頭に設定した問いに対する本稿の解答である。

しかし、そのように理解された《多元分散型統御》は、いったい何の役に立つのか。これが、次章の課題である。

Ⅲ. 《多元分散型統御》は法政策学に貢献しうるか？

A. 本章の目的

前章での検討で、「《多元分散型統御》とは何か？」という問いに対する、本稿なりの解釈を提示した。しかし、普遍理論であることを放棄して「実践」の側に逃げ込んだ以上、「それが具体的にどう役に立つのか？」という問いから免れることはできない。また、本プログラムの中間総括論文⁸⁹でも、各論について実作を重ねることで、再び総論にフィードバックする、という見通しが示されていた。そこで以下では、本プログラムの五つの各論領域（知的財産法、経済法、消費者法、都市法、国際環境法）において、《多元分散型統御》という思考枠組みを持つことでどのように各論研究が深化し、また、各論の成果が総論的な枠組みとしての《多元分散型統御》にどのようにフィードバックされうるか、についての鳥瞰図を提供することを試みる。

当然ながら、筆者の能力の限界のため、以下の鳥瞰図は網羅的なものとはなり得ず、筆者による稚拙な「読書メモ」の域を出るものではない。そのような中途半端なものを晒す目的は、あくまでも、前章で提示した意味

⁸⁸ 念のために確認しておく、「法実践者」は法学者や法律家といった「専門家」には本来は限られない。とはいえ、法的コミュニケーションを遂行しうるという時点で、法学者・法律家であることがほぼ必要条件になってしまうことは否めない。非専門家からの法への異議申立を専門家は真摯に受け止めつつ、それを翻訳（法概念へと加工）し、法的コミュニケーションに乗せる必要がある。さもなければ、法は作動しない。法とはそのようなものなのである。

⁸⁹ 田村・前掲注75論文294頁。

での《多元分散型統御》がどのように実践的な効用を発揮しうるか、の例証を試みる、という一点に尽きる。

B. 《多元分散型統御》の各論研究 ― 概観

1. 分野横断的比較のための視点の設定

以下、各論領域の検討のうちに見いだされる様々な多元分散型統御の要素を、II. B. で整理された、第I～IV類型の多元分散性に従って整理し指摘する。本プログラムにおける各論領域の研究は、多元分散型統御という枠組みを緩やかな共通の問題意識としつつも、基本的にはそれぞれの各論領域において重要と認識されている課題を内面的関心に従って論じたものであるから、そこから多元分散型統御の要素を抽出することができれば、II. C. 3. で述べたように、《複合的な多元分散性》という認識枠組みが帰納的に基礎付けられたものであることが一応は示されるであろう。

2. 知的財産法

本プログラム成立の経緯が示すように、《多元分散型統御》の原像は、知的財産法政策学研究の中から得られたものであり⁹⁰、当然ながら本稿で示された《多元分散型統御》像とも最も高い親和性を示している。

詳細については本誌本号掲載の田村教授による総括論文の参照を乞うが、本稿の整理の観点から注目される点をごく簡潔に指摘しておく。

①知的財産法の形成過程は、立法過程における少数派バイアスの問題の影響を受けやすく、それを踏まえて当事者（特に企業）の戦略的な訴訟利用行動（パテント・トロール等）にも晒されやすい（第I類型の多元分散性）。

②また、TRIPS協定のように、国内の私的アクターが国際的なフォーラムに影響力を及ぼし、そこで形成されたルールが国内法秩序を掣肘する、という第II類型の多元分散性の問題も指摘されている⁹¹。

⁹⁰ 参照、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）1頁、同「知的財産法政策学の成果と課題―多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望」新世代法政策学研究創刊号（2009年）1頁。

⁹¹ 田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through (2)」知

③さらに、不完全な市場を前提に知的財産権を設定してインセンティブを与えるという知的財産法の性質ゆえに、法政策評価のベースラインも「正解」も見えにくい、時間の経過の中で弾力的に規範内容を修正する必要もある（第Ⅲ類型の多元分散性）ことは、田村教授が強調する“muddling through”の語感が示すとおりである。

④最後に、（例えば特許法が採用する）千差万別なイノベーションを「発明」という一つの法概念（分節）で認識し⁹²、「財産権」というラベル＝法的地位を与える仕組みは、法とそれが規律する社会の間に意図せざるズレ（gap）を不可避的に生じさせる。しかし、これに変わる最適な分節方法が見つからない限りは、一方では「財産権」のメタファー性に常に注意を喚起して⁹³法的推論における謙抑的な運用を図るとともに、他方では多元的な制度的な仕掛けを工夫することで、ズレがもたらす悪影響を相殺する⁹⁴

的財産法政策学研究36号153頁（2011年）、遠矢浩規「通商国家と知的財産権—国際政治経済学による知的財産権原論」知的財産法政策学研究34巻（2011年）177頁、西村もも子「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程（1）（2・完）—WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究34号201頁・35号169頁（2011年）、Antonina Bakardjieva ENGELBREKT/渡部俊英（訳）「WTO 紛争解決システムと国際知的財産法の展開（1）～（3・完）：制度的観点からの分析」知的財産法政策学研究33号169頁・34号251頁・35巻217頁（2011年）、Rochelle C. DREYFUSS/田村善之・劉曉倩（訳）「ネオフェデラリストの視点からTRIPS 協定を展望する（1）（2・完）—弾力性を持つ国際知的財産制度の構築に向けて—」知的財産法政策学研究37号37頁・38号269頁（2012年）。

⁹² 参照、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through（3）」知的財産法政策学研究39号（2012年）293頁。

⁹³ この文脈に、知的財産権の規範的基礎を問い直す作業が位置づけられようか。参照、Peter Drahos/山根崇邦（訳）「A Philosophy of Intellectual Property（1）～（6・未完）」知的財産法政策学研究34号～39号、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（1）～（8・未完）」知的財産法政策学研究28号、30～34号、37号、39号。

⁹⁴ 例えば、本プログラムの総括シンポジウムにおいて、無効特許の行使を脅しとして使う行為を不正競争防止法の枠内で対処することが難しい、との報告に対して、Peter Drahos 教授が行った指摘（特許申請者が特許の真正性について信じるについての合理的な基礎を要求し、特許権者が事後的に（紛争になった時に）その証明に失敗した場合には巨額の金銭的ペナルティを課すオーストラリアの製薬特許規制の

ことを試みる、という対応が構想されることとなる。これらは第Ⅳ類型の多元分散性（特に②）として整理した問題に包含されよう。

3. 競争法

本プログラムの研究成果として現れたものを拾い上げるだけでも、①競争法につき複線的なエンフォースメント体制を持つ意味⁹⁵（→第Ⅰ類型）、②グローバル化（あるいは国際政治経済的な側面）による国内競争法秩序への影響⁹⁶（→第Ⅱ類型）、③規律対象（「市場」）を、法がどのように分節化し法的推論として操作可能にするか、「自由」「競争」「権利」という（経済学的な観点からみた結果 *consequence* との関係では中間概念に過ぎない）概念を立てることをどう捉えるか⁹⁷、経済学的知見に開かれた条文を設定せざるを得ないとして、経済学的知見に基づく論拠を法廷における法的推論にどう接続するか（法廷経済学 (*forensic economics*)⁹⁸）、という問題群（→第Ⅳ類型）が議論されてきた。これらの詳細については、本誌本号に掲載される中川晶比兒准教授による総括論攷に譲りたい。

ように、多角的な制度的対応が可能である）が示唆的である。

⁹⁵ Daniel A. Crane, *Enforcing Competition Law with Multiple Agencies and Private Enforcers*, 10 Hokkaido Journal of New Global Law and Policy 45 (2011); Akihiko Nakagawa, *Incrementally Redesigning Antitrust Enforcement: A Response to Professors Crane and Kurita*, 10 Hokkaido Journal of New Global Law and Policy 97 (2011).

⁹⁶ 栗田誠「国際的脈絡における日本の独占禁止法 ―日米構造問題協議以降の発展の功罪―」新世代法政策学研究17号(2012年) 239頁。

⁹⁷ 川濱昇「市場をめぐる法と政策―競争法の視点から―」新世代法政策学創刊号(2009年) 65頁、さらに参照、鈴木興太郎＝後藤晃『日本の競争政策』（東京大学出版会1999年）9頁（「公正で自由な競争の促進を目的とする競争政策は、公正で自由な競争の場を的確に整備・維持することによって、自立的な経済単位が個性的な目標を自己責任の原則に則って自由に追求する機会を公平・透明に提供する政策なのであって、なんらかの目標関数の制約条件付き最大化というシナリオになじむ政策ではないというべきである。」）。

⁹⁸ 総括シンポジウムにおける Ioannis Lianos 教授 (University College London, UK) の報告（“Economic evidence and economists in EU competition law with particular emphasis on econometric evidence”）による。

4. 消費者法

本プログラムにおいて、競争法と並んで市場秩序法を形成するものと位置づけられる消費者法は、近時の消費者庁の創設、適格消費者団体訴訟制度の創設など、制度的変革期にある。本稿の視点からまず特に目に付くのは、複線的なエンフォースメント制度の組み替えという、《第Ⅰ類型の多元分散性》の問題群である。具体的には、①消費者保護分野における行政法的規制の再定義、②(①に連動して)公私の役割分担の再設定、③民事法における対応、の3点である。

まず、消費者庁の設置は従来「事業者行政」に付随するものとなっていた消費者保護を「消費者行政」として再定義する契機となり⁹⁹、さらに理論的にも、私人間紛争への行政介入を限界づける原理として従来漠然と想定されてきた「民事(＝私的利益)不介入の原則」に再検討の目が向けられている¹⁰⁰。もちろん、明示的な行政規制に限定せず、行政が実質的に主導し事業者団体を通じて行わせる「自主規制」の側面¹⁰¹を視野に収めれば、必ずしも行政の活動が不活性であったとまでは言えないが、法的なエンフォースメントの回路に乗らない形であることは、一つの特徴と言えよう。同様に、1970年代以来、「消費者行政」の窓口となった国民生活センターや地方自治体の担当部局での対応も、訴訟外での事業者との交渉が主であった。

消費者保護の問題は本来的には私法(契約法・不法行為法)の問題であり、民事実体法の改正(1994年製造物責任法、2000年消費者契約法)による対応もなされてきたが、拡散的な損害と資源制約に直面した合理的な私人の訴訟行動の結果、エンフォースメントは過少になりがちである、との考慮が、適格消費者団体差止訴訟という新たな制度の創設を促してきた¹⁰²。

⁹⁹ 参照、中川丈久「消費者行政——消費者庁の設置と今後の法制展開」ジュリスト1414号(2011年)51頁、Takehisa Nakagawa, *Roles of Public Law in Consumer Redress*, 16 *Hokkaido Journal of New Global Law and Policy* 109 (2012)。

¹⁰⁰ 斎藤誠「消費者保護における行政法・地方自治法の役割—紛争解決に定位して」新世代法政策学研究16号(2012年)1頁。

¹⁰¹ 参照、原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣・2007年)34頁以下。

¹⁰² 概観を与えるものとして参照、松本恒雄「消費者法における公私協働とソフト

差止は行政処分と機能的には近似するが、主観的権利を私人に割り当てることによって「社会現象の敏感なセンサー」¹⁰³として機能させる私法的エンフォースメントの利点を重視したものと言える。もっとも、この仕組みは、私的執行でありつつ同時に「公」的要素も含むことには、注意が必要である¹⁰⁴。また、現在検討が進められている「集团的消費者被害回復に係る訴訟制度」が実現すれば、公的主体と私的主体がエンフォースメントにおいて一層密接に関与し合う仕組みとなるだろう¹⁰⁵。

もっとも、《多元分散型統御》の枠組みからすれば、行政・司法・私人（消費者・企業）という「目に見える」主体のみならず、市場の機能にも注目する必要があることは指摘されよう。もとより、消費者法の議論は、財・サービス市場における競争・淘汰では十分な規律が働かないとの判断から出発しているので、こうした判断は織り込み済みとの反論は考えられるが、法執行の過少を是正すると同時に、過剰規制の危険性への目配りも必要である¹⁰⁶。行政規制や私的執行とならんで事故調査による情報産出

ロー ― 消費者市民社会の実現における法の役割」新世代法政策学研究 2 号 (2009 年) 81 頁、中川・前掲注 99「消費者行政」論文。

¹⁰³ 参照、ムスタファ・メキ/大澤彩(訳)「消費法——一般理論の試み——」新世代法政策学研究 15 号 (2012 年) 129 (165) 頁。

¹⁰⁴ Nobuhisa Segawa, *Comment*, 16 *Hokkaido Journal of New Global Law and Policy* 127 (2012) は、適格消費者団体制度における適格要件の縛り、報告義務、地方団体や警察との緊密な連携が想定されていること、処分権主義の例外（和解や取り下げの禁止を、その要素としてあげる。現実にも、適格消費者団体の数はようやく 10 団体を数えるにとどまり、これは行政のオンブズマン的機能をアウトソースしたに過ぎないのではないか、とも指摘する（128 頁）。

¹⁰⁵ 団体訴訟制度の設計に関する論点につき参照、三木浩一「集团的消費者被害救済制度の展望」新世代法政策学研究 11 号 (2011 年) 239 頁、池田清治「消費者法における私人によるエンフォースメントとしての団体訴訟」新世代法政策学研究 15 号 (2012 年) 241 頁。

¹⁰⁶ この点で極めて重要と思われるのが、森田果「消費者法を作る人々——法形成におけるインセンティブ構造の解明に向けての一試論——」新世代法政策学研究 15 号 (2012 年) 259 頁が示した冷静な分析である。本稿と同様、こうした「私的執行の影の側面」に注意喚起するものとして、Hiroo Sono, *Private Enforcement of Consumer Law: A Sketch of the Japanese Landscape*, 16 *Hokkaido Journal of New Global Law and*

や、メディア等による（適切な）情報伝播も含めて適切なエンフォースメント水準が探求される必要があり、その際には経済学等の知見の参照がやはり必要となろう¹⁰⁷。

以上のように、消費者法の領域では、制度変革の時期であることを反映して《第Ⅰ類型の多元分散性》の問題が多く指摘されるが、他の側面も皆無ではない。例えば、先述した集団的消費者被害救済のための法制度の検討は、消費者庁設置時の附帯決議に基づいて開始されたが、さらにその背景として、OECD理事会が2007年に採択した「消費者の紛争解決及び救済に関する理事会勧告」の存在が指摘されている¹⁰⁸。消費者法の領域にも、複数の法形成の場が輻輳的に関与する時代が到来しないとも限らない¹⁰⁹。これらは、いまだ萌芽的とはいえ、消費者法領域における《第Ⅱ類型の多元分散性》の課題の存在を示唆するものと言えるのではないか。

また、「消費者」あるいは「消費者利益」という概念を既存の法概念の

Policy 63, 80 (2012).

¹⁰⁷ なお、松本・前掲注102論文86頁以下は、「消費者政策の第3の波」として「市場の活用」を位置づける。

¹⁰⁸ 中川・前掲注99「消費者行政」論文57頁。なお、坂東俊矢「消費者法のエンフォースメント」法教329号(2008年)117頁は、この勧告（OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress）の位置づけについて、「法的拘束力はないが、わが国を含むOECD加盟国は、5年以内にこの勧告の実施状況を理事会に報告する必要がある。この勧告が、OECD消費者政策委員会（CCP）での2004年から2年半以上に渡る調査と議論の成果であることを考慮すれば、その意義は過小評価されてはならない。インターネット時代を迎えて、消費者被害の救済にも国際的に共通な枠組みが求められているのである。」と述べている。国際的な規範形成を国内法秩序の側でどう受け止めるべきかについては、なお検討すべき課題が多い。関連する論攷として、前掲注22で挙げた文献に加えて、法律時報84巻10号（2012年）特集「国際社会におけるルール形成と国内法」を挙げておく。

¹⁰⁹ なお、メキ・前掲注103論文200頁は、ヨーロッパ共同体法を念頭に、消費法（droit consummare）の法源が多元化することに伴う法源の抵触が生じることを指摘する。日本の文脈でも、今後、国内消費者保護法制と国際経済法（通商法・投資法）が抵触する場面は生じうであろう（例えば、WTOにおける農産物安全基準（概要につき城山・前掲注28論文参照）は、消費者保護に関わる問題と捉えることも可能である）。

体系にうまく接続できるか、という問題は、依然として熱心に議論されている¹¹⁰。これはⅡ．C．3．に論じた意味（法(学)システム内部と外部のコミュニケーション(不)可能性）において重要であるのみならず、機能主義／道具主義的な観点からも、「果たしてそのような分節が実効性を発揮するのか」という問いを提起する。これらがあくまでもエンフォースメントの入口要件の問題として論じられているとしても、それが法概念の体系に組み込まれることによって、当該分野の法的推論の構造もまた変容を被らざるを得ない（この新たな要素を利用・濫用しようとする私的当事者の戦略的行動がこれを増幅する）。となれば、知的財産法における『『財産権』というメタファー』の暴走に対すると同様の警戒が必要ではないか、という問いは、全く無意味なものとも思われない。一方で、社会科学・行動科学的な知見を消化した上で法的推論の分節構造に接続する注目すべき試み¹¹¹もなされているが、そうしたアプローチとの関係はどう考えられるか。《第Ⅳ類型の多元分散性》の視点でこれらを把握することには、こうした論点発見的な機能がある。

5. 都市法

「都市法」の捉え方には広狭様々あり得るが、本プログラムでは概ね「都市計画法を中心に、都市、さらにはより広く国土の土地利用を中心とする空間利用のコントロールの法」¹¹²として把握した上で、都市法領域での《多元分散型統御》の現状と課題が検討されてきた。この意味で把握された都市法は、空間制御のあり方を通じて農地規制・農業規制とも踵を接し、都

¹¹⁰ 吉田克己(編著)『競争秩序と公私協働』(北海道大学出版会・2010年)、後藤巻則「民法改正と消費者法」新世代法政策学研究2号(2009年)59頁、現代消費者法12号(2011年)特集・消費者法4号(2012年)シンポジウム「集团的消費者利益の実現と実体法の役割」、メキ・前掲注103論文、大村敦志「コメント(特集：消費者法における規制とエンフォースメントの多元性)」新世代法政策学研究15号(2012年)。

¹¹¹ 参照、山本顯治「法と行動経済学の出会—投資行動における消費者の合理性：投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」新世代法政策学研究5号(2010年)201頁。

¹¹² 参照、吉田克己「シンポジウム開始に当たって—企画趣旨説明(特集：持続的発展と都市法)」新世代法政策学研究16号(2012年)131頁。

市生活基盤整備の観点から公益事業法・公物法にも関連するほか、地方公共団体の役割や財政の問題にも隣接するなど、それ自体としても多面的な性質を有しているが¹¹³、本プロジェクトが特に《多元分散型統御》の各論分野として都市法を選択したのは、現代社会における都市法が、政策理念の根本的転換（すなわち、「人口と産業の右肩上がりを前提とした規制法と事業法」から「（環境面での規制強化も含めた¹¹⁴）人口減少局面における都市の持続的発展の法」への転換）と、それに対応して主要アクターも変容を被りつつある、という特徴に求められる。このうち後者については特に《多元分散型統御》のうち、第Ⅰ類型の多元分散性に密接に関連すると言えるが、このような法制度・法実践の側での変化を要請した社会経済構造の変化に留意する必要がある。以下、各論分野の比較の観点から、特徴的な要素を拾い上げてみよう。

第一に、都市法におけるアクターに関しては、都市法政策の主要な担い手が国か地方公共団体か、という従来の枠組み¹¹⁵から、私的主体が都市法の規制対象であるのみならず、能動的な役割を担う主体として登場してき

¹¹³ 石井喜三郎「これからの都市政策の課題と都市計画法の抜本改正」新世代法政策学研究3号(2009年)221頁は、現代の都市法政策が直面する様々な問題(例えば、世界大の都市間競争や、地球環境問題と都市の関係など、実に多様な問題領域に関係する)を描き出している。

¹¹⁴ さらにこの関連で、フランスにおける都市環境に関わる利害関係者による円卓会議(「環境グルネル」)の結論を建築・都市計画に反映させる仕組みが紹介されている。参照、鳥海基樹「フランスの都市計画の広域化と地方分権 一機能不全、策定組織、補完措置を軸に」新世代法政策学研究7号(2010年)249(286)頁、ユーグ・ペリネ=マルケ(Hugues PÉRINET-MARQUET)/山城一真(訳)「都市計画法における環境への配慮とフランス民法へのインパクト」新世代法政策学研究16号(2012年)135(154～)頁(特に、新たな環境規制に違反した場合の建築業者の契約責任が生じることが指摘される。ただし、ペリネ=マルケ教授は環境グルネルとプロジェクト型都市計画という近時の展開にはむしろ問題点が多いと指摘する。)

¹¹⁵ もちろん、この点は引き続き重要な含意を有する。参照、人見剛「条例による地域環境制御 ー上乗せ条例と横出し条例再論」6号(2010年)285頁(国・都道府県・市町村の三層システムにおいて、地域に近い団体が地域環境制御の取り組みを先導する状況を実証的に論じている)。

た、という変容によって特徴付けられる¹¹⁶。もちろん、私的主体の中に、個々の住民、地域の利益を代表する組織・団体、あるいは企業など、多様な性格を有するアクターが含まれることは言うまでもない。また、法が利用可能な仕組みの面からも、従来の「行政規制＋公的主体による事業実施」という公法的な枠組みを代替・補完するものとして、契約的手法¹¹⁷や、私人のイニシアティブや参画を可能にする仕組み¹¹⁸といった多様な法的手段が登場しつつある、と指摘されている¹¹⁹。これらは従来型の「公」的規整との対比で「私的」「市民社会的」と言われることが多いが、必ずしも一枚岩ではないことにも注意が必要である。第Ⅰ類型の多元分散型統御の中心を占める行政と司法の役割分担のあり方に関しては、都市法の文脈では特に日本の裁判所実務に顕著な司法消極主義を克服すべく、利益論を梃子にする議論の展開が見られるところである¹²⁰。訴訟は（差止めの訴えも

¹¹⁶ 参照、吉田克己「日本都市法の新たな展開と都市法のパラダイム転換」新世代法政策学研究16号（2012年）173（182-184）頁。

¹¹⁷ 例えば、大村謙二郎「ドイツの都市計画契約 ―公民連携時代の都市計画を考える」新世代法政策学研究 7 号（2010年）239頁は、ドイツ建築法典への都市計画契約の組み込み（1998年）の背景として、旧東ドイツ地域において、自治体の資源制約を補うために民間活力を活かしたプランニングが志向されたことが嚆矢となり、西側へも拡大していった事情を指摘する。

¹¹⁸ 例えば、都市計画提案制度や市民政策提案手続のような仕組みが挙げられる。参照、角松・後掲注124論文（本誌）20頁以下。

¹¹⁹ 参照、吉田・前掲注116論文。

¹²⁰ 本グローバルCOEプログラムの前駆をなす研究プロジェクトにおいて、都市法という各論領域において公法（行政法）と私法（民事法）が併存する際に、それらがどう相互作用するか（例えば、亘理格「環境行政法における公益、個別的利益、共同利益」北大法学論集56巻3号（2005年）1277頁は、訴訟における「公益への個別的利益の組み込み」と「公益達成のための手段としての個別的利益の法的保護利益性」という類型を抽出する）が論じられてきた。なお、民事法解釈において公法規定の存在を考慮する考え方（※亘理教授による二分類のうち後者に対応する）は、都市法の分野に限られない。例えば参照、大橋・前掲注11論文13頁（医師の応招義務と不法行為責任）。

これはさらに、建築基準法制の機能不全を民事法がどのように補完することができるか、という問題意識に連絡する。その際の基礎的基礎となるのが、行政法＝公

含めて) 紛争が生じた後の事後的な処理に関わるものであるが、その局面で個人的利益と公共的利益の中間領域にある共同的利益を抽出・具体化する手がかりとして、上に指摘した諸アクターの適切な位置づけが問題になることは言うまでもない¹²¹。

こうしたアクターの多様化に関連して、都市環境・地域環境制御に関わる法的仕組みとしても、一方では行政を中心とする手続における透明性・参加の契機の改善が、他方では民事訴訟を通じて公法規制の機能不全を監視・矯正しようとする契機が、指摘されることになる。加えて、行政の資源制約に加えて、人口減少による開発圧力の低下は、従来型の誘導措置の効果を薄めるため、既存市街地・コミュニティの再生を側面支援する法の役割が重要にならざるを得ない。この観点から、国家法に隣接しつつも自立した形で行われる地域環境の自主管理(公園整備や都市景観の維持)のメカニズムに関する興味深い指摘もなされている¹²²。

第二に、都市計画が、長期間に亘って、多数かつ多様な利害と関係するものであること¹²³から、時間軸の要素(第Ⅲ類型の多元分散性)が特に重

共的利益、民法＝私的利益間の調整、という二元論の克服である。都市環境秩序においてはとりわけ私的利益と公共的利益が複合的に交錯する場面が多く見られるが、この問題の構造は例えば消費者法(「集団的消費者利益」)にも通じるところがある。都市法における公法と私法の交錯(特に、民事訴訟の対象となる個人的な権利利益と、行政訴訟の対象となる公共性の中間領域)に関しては、北大法学論集59巻6号のシンポジウム「都市環境法における公私協働」・同論集56巻3号のシンポジウム「環境秩序への多元的アプローチ—実定法学のクロスロード—」に所収の諸論文が有益である。消費者法における議論状況については、「消費者法」4号(日本消費者法学会・2012年)、現代消費者法12号「＜特集＞集団的消費者利益の実現と実体法の役割」を参照。

¹²¹ この点で一つの範型を提供するのが、「景観利益」をめぐる議論である。参照、角松生史「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法律時報79巻9号(2007年)28頁。

¹²² 高村学人「オストロム・コモンズ理論の応用による都市内地域共用資源の分析方法と法概念論」新世代法政策学12号(2011年)347(362)頁、さらに参照、同『コモンズからの都市再生』(ミネルヴァ書房・2012年)。

¹²³ ただし、事業計画のように将来像が比較的明確な形で提示されるもの(これが「目的の設定と手段の総合性により性格付けられる行政計画の典型と言えよう」と、

要となる。この点に関して最も明快に論じている角松教授は、土地利用規制と建築紛争を「空間をめぐる利害関係者間の『権利配分』の動態的具体化過程」として把握し、「私法的な側面から見た空間利用権限の体系（権利配分Ⅰ）からはじめ、地域指定型都市計画における一般ルールによる再調整（権利配分Ⅱ）、個別建築計画の権利配分Ⅱへの適合性判断（権利配分Ⅲ）、紛争と訴訟の結果としての確定的権利配分（権利配分Ⅳ）の4段階」¹²⁴へとモデル化する。法と経済学はしばしば「初期権利配分」と「その後の（コース的）交渉」の二段階で考える傾向があるが¹²⁵、現実の法動態をつぶさに観察すれば、各段階で問題状況が異なる、との指摘は極めて有益である（なお、経済分析の観点からも、都市法が直面する複雑な利害構造を勘案すれば「初期権利配分」の段階で全ての要素を書き込むことは不可能であり¹²⁶、行政行為（権利配分Ⅲ）、裁判所の判断（権利配分Ⅳ）において内容を充填・具体化されるべきスタンダードを含んだものとならざるを得ない（その方が全過程を通じた決定コストと過誤コストの総和¹²⁷を最小化できる）、と説明できそうである）。行政・事業者・住民・裁判所という各主体が、それぞれに固有のインセンティブ構造と利用可能な情

ゾーニングのようにその地域環境の将来像は必ずしも示されず、長期的に用途ごとの純化を促すという「地域的ルール」として、むしろ法規命令に近い性質を有するものがあることに注意を要する。参照、角松生史「都市計画の構造転換と市民参加」新世代法政策学研究15号（2012年）1頁（3頁・13頁）。

¹²⁴ 角松生史「決定・参加・協働—市民／住民参加の位置づけをめぐる」新世代法政策学4号（2009年）1（4）頁。さらに参照、角松生史「建築紛争と土地利用規制の制度設計—情報構造の観点から」日本不動産学会誌19巻4号（2006年）58頁。

¹²⁵ 例えば参照、福井秀夫「景観利益の法と経済分析」判タ1146号（2004年）67頁。

¹²⁶ あるいは、「権利という独占的な利益割当て」（参照、吉田克己「環境秩序と民法」北大法学論集4号（2005年）1786（1788）頁）を行うことが困難、ということもできよう。

¹²⁷ このような発想については、例えば藤谷武史「「より良き立法」の制度論的基礎・序説—アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号（2010年7月）149頁、同「プロセス・時間・制度：新世代法政策学研究のための一試論」新世代法政策学研究創刊号（2009年）29頁で紹介した Vermeule の所説を参照。

報¹²⁸を有していることを前提に、各段階で相互作用を重ねていく状況は、まさしく現代法の《多元分散型統御》としての側面をよく表していると言えよう¹²⁹。

この点に密接に関連して、都市法における顕著な特徴をなすのが、「参加」の要素である。「参加」は極めて多様な意味・文脈で用いられる概念¹³⁰であるが、最も広く捉えれば、どの範囲の「利益」¹³¹を、どのような回路（法的仕組み）で、先に述べた多段階的な都市法規形成（決定）に反映させるか¹³²、という問題であると理解することができようか¹³³。利害関係

¹²⁸ 本稿Ⅱ．B．3．でも指摘したように、時間軸の問題は情報の問題と表裏一体である。この点についても的確に指摘するものとして参照、角松生史『公私協働』の位相と行政法理論への示唆」公法研究65号（2003年）200頁（「情報産出能力と情報コスト負担に着目した制度設計」「様々な社会的立場・利害・能力を有する市民を、ひとしなみに『民間』『市民』と一括するのではなく、実際の属性（立場・利害・能力）に応じた各種情報との『距離』や産出コストの相違に着目すべき」と指摘する。）。

¹²⁹ こうした観点から、司法による事後チェックの意義（→第Ⅰ類型の多元分散性）も再定位されることになる。参照、大橋洋一「都市計画訴訟の法構造—規範審査訴訟と計画維持原則の関係を中心として—」、同「行政法理論と裁判—都市計画訴訟を中心として」（いずれも大橋洋一『都市空間制御の法理論』（有斐閣・2008年）所収）。

¹³⁰ 参照、角松・前掲注124論文。

¹³¹ 従って、課題の文脈ごとに、「空間に対するステークホルダー」の確定が必要になる（参照、角松生史「縮小都市と法」新世代法政策学研究16号243（259）頁、同「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法律時報79巻9号（2007年）28（29-31）頁）。

¹³² この点で、「公的決定に向けた何らかの意思形成過程において、私人に、個別的・一般的情報の「入力」あるいは「処理・加工」に関する何らかの権限が与えられている制度」（角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力/小早川光郎/芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）289（290）頁）という切り取り方も参考になる。

¹³³ ただしこのように広く捉えると、例えば選挙や訴訟も全て「参加」ということになってしまい、著しく希釈化してしまう（もとより、意図的にそのように拡張的な意味で「参加」概念を設定することはありうる。例えば、Neil Komesarの「参加中心の比較制度アプローチ」は、市場・政治・訴訟等を全て決定プロセスとして代替可能なものと捉えた上で、各決定プロセスから影響を被るアクターの参加に関わ

者や住民の「参加」を組み込むことは、分散した私的情報のインプット回路であるにとどまらず、多様な価値¹³⁴・アイディアへの開放性、行政・専門家を中心とした伝統的プロセスの機能不全を補うことによる正統性の確保¹³⁵、実質的な討議過程における選好の変容の契機、としても重視される¹³⁶。行政・専門家が媒介者となって多様な参加¹³⁷の場を制度化することには、合理的な政策形成に必要な情報の調達に限定されない、「情報加工過程」¹³⁸としての意義があることに留意する必要があるだろう。言うまでもなく、都市法政策は、都市計画学や建築学といった専門分野とも、あるいは

るインセンティブ構造を、制度選択の指標として用いている。参照、Antonia Bakardjieva ENGELBREK/田村善之（訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（1）（2・完）」知的財産法政策学研究22号31頁・23号29頁（2009年）。しかし、本文のコンテキストに直接適用できるものではない。）。

「参加」概念の不定型性を踏まえつつ、角松教授は「むしろ代表民主政という従来の決定システムでは「何かうまくいっていない」と感じてそれを相対化しようとする場面でこそ、我々は「参加」という言葉を使うのではないのでしょうか」「参加」という言葉は、必然的に、現状の制度に対する批判や抵抗のモーメントを持っているように思います」「参加という言葉自身に、必然的に過渡期的な性格が結びついている」（角松・新世代15号10-11頁）と指摘する。ここでの「過渡的な」性質は、《多元分散型統御》が負わざるを得ない不断の動態性（→第Ⅲ類型）を別の形で表現したものと言えるのではないか。

¹³⁴ この点で、大久保・前掲注11論文が指摘する「多元的協働」の契機が重要である。

¹³⁵ 参照、倉阪秀史「政策における政策過程論－市民参加と政策実現条件－」新世代法政策学研究14号（2012年）1頁。

¹³⁶ 参照、角松・新世代15号9頁は、実例を挙げつつ、参加者の立場（「当事者」「市民」「専門家」）は固定的でなく、「市民参加のプロセスの中で構成される」側面があることを指摘する。

¹³⁷ すなわち、しばしば「1往復半のコミュニケーション」としてその不十分さが指摘される意見公募手続（パブリック・コメント制度）の説明責任を梃子にした実質化、無作為抽出＋熟議の仕組みや熟議世論調査、ドイツに範をとった計画細胞、まちづくりラウンドテーブル論、コンセンサス・ビルディング、裁判員制度など、様々な双方向的参加の仕組みが紹介されている。

¹³⁸ この語は、山本隆司「日本における公私協働」前掲注12論文（藤田退職）189頁のそれを転用したものである（本文の意味で山本教授がこの語を使っているわけでは必ずしもない）。さらに参照、角松・前掲注132論文。

市場システムとも密接に関わるものであるが、機能する参加プロセスの本質は、専門家が各自の分野の知見を備えつつも一度は素人と対等の土俵で議論の場に参加し（自分の専門のコードでしか話せない人は、この参加のプロセスに貢献できない）、その（暫定的な）成果を再び「媒介者」として自分の専門領域に持ち帰り伝播させる、というフィードバックの繰り返しののではないと思われる。となればこれは、多様な主体の関与という《第Ⅰ類型の多元分散性》と、システム間コミュニケーションの問題《第Ⅳ類型の多元分散性》が複合的に現れている局面ということができる。

6. 国際環境法

国際環境法政策の領域では、「グローバル化した現代の環境問題に対処するためには、国際・国内的平面での環境規律的確な連関が不可欠であるとの認識」¹³⁹に立ち、特に国際環境条約が国内法にどのように取り込まれ、実現しているか（条約の国内実施）に焦点を絞った実証的研究が行われてきた。本稿が示した《複合的な多元分散性》の認識枠組み及び他の各論領域との比較において、以下の四点が興味深く指摘できる。

第一に、この問題設定自体、法秩序間の競合の存在を認識した上で、その調整が具体的にどのようなになされるか（なされていないか）を実証的に解明しようとする点で、まさに本プログラムにおける《第Ⅱ類型の多元分散性》の課題に対する中心的な取り組みとして位置づけることができる。国際法と国内法の一元論・二元論の理論的対立は古くから知られているが、現実の文脈に即して、何が理論的に整理され、何が整理されていないかを明らかにすることは、同じ第Ⅱ類型の課題に直面する他の各論領域にも実践的経験に根ざした有用な示唆を提供する可能性がある。

またこの点で注意すべきは、「国際法→国内法」という垂直的な問題設定（国際条約の遵守という要請から出発して、これを締約国の国内法秩序とどう調和させるかを問う）のみならず¹⁴⁰、国際条約と国内担保法の不一

¹³⁹ 児矢野マリ「特集にあたって（特集・有害廃棄物の国境を越える移動及びその処分の規制に関するパレル条約の国内実施）」新世代法政策学研究 9 号（2010年）75(76)頁。

¹⁴⁰ すぐ後に述べる逆向きの視点をも視野に入れつつ、このような問題設定からの

致をそれ自体において克服されるべき対象と捉えるのではなく、むしろ条約とのズレを生じている国内法実践を締約国会議等の場において継続的に回収・検討することで、条約定立後の多様な条約実践から「学習」し、条約の現実適合性を確保するための自己修正プロセスとして位置づける（いわば上向きのインプットの可能性に着目する）視点¹⁴¹も提示されており、両契機を踏まえた理論の提示がなされれば、複層的な法規範形成／実現を捉える我々の理論的見通しを豊かなものにすることが期待できよう。

第二に、上記の規範形成フォーラムの複層性は、時間軸（第Ⅲ類型）の観点からも分析可能である。すなわち、国際環境条約の多くが、枠組条約＋議定書方式という複層的な規範構造を採用し、定期的に開催される締約国会議における継続的な討議と不断の見直し作業、および附属書改正手続の簡素化と、国内担保法における附属書の直接参照方式により、国際交渉

検討を行ったものとして参照、島村健「国際環境条約の国内実施－バーゼル条約の場合」新世代法政策学研究 9 号（2010年）139頁。同論文において特に興味深い指摘として、①条約附属書の改正（締約国会議における3/4以上の多数決による改正がありうる）により規制対象が追加・変更された場合、法律が規制対象を定める附属書名を直接引用しているため、官報による告示により国内での適用が可能となるが、この手続には国会承認は必要とされていない。国内環境法令の場合にも実質的な規律内容が政令以下の法規命令に委ねられることは珍しくないが、その場合には審議会・意見公募手続・閣議決定等の手続が踏まれることと比較しても、手続が簡素に過ぎ均衡を欠くのではないかと、②オゾン層保護のためのウィーン条約及びモントリオール議定書の担保法であるオゾン層保護法においては、附属書改定に伴う新規の規制物質は同法施行令において「特定物資」として逐一列挙される仕組みとなっている（ただし条約自体も黙示的な受諾方式を採っていない）ことの相違（但し、同論文152頁（注25）は、バーゼル条約とモントリオール議定書との間で、規制対象物（質）の指定がもたらす法的効果の違い（後者の方が重い）があることも指摘する）、③バーゼル条約の義務を完全に満たすような国内担保法上の措置は、他の国内規制法とのバランスおよび比例原則との間で疑義があるために、条約上の義務と担保法の不一致を意図的に放置する現状となっていること、の三点を挙げることができる。さらに、重要な先行業績として参照、成田頼明「国際化と行政法の課題」成田ほか編『行政法の諸問題（下）』雄川一郎先生献呈論集（有斐閣・1990年）77頁。

¹⁴¹ 鶴田順「国際環境枠組条約における条約実践の動態過程」城山英明＝山本隆司編『環境と生命』（東大出版会・2005年）207（210）頁。

の内容を簡易・迅速に受容できる仕組みとしている¹⁴²。もちろんこれは、国内の民主的正統性調達の要請とのトレードオフ問題を惹起するが、これは、一方に「統治の質」に関する現実的な要請があり、他方に（様々な理由により）古典的な議会制定法律による民主的正統性の連鎖のみに依拠できない状況がある場合に、どのような対応が可能か、という、《多元分散型統御》にとっての一般的な課題に属するものである。その際に、上記の国際環境法の実例とそこでの議論が、有益な示唆を与えることになるのではないか。

第三に、規範形成フォーラムの複層性の議論に埋没しがちであるが、国際法においても、規範形成・実現に関与する主体の多元化（国家以外の主体の重要性）が意識されるようになってきている¹⁴³《第Ⅰ類型の多元分散性》。すなわち、この分野においても、（条約実施法を授權規範とした）国内行政措置が中核的なエンフォースメント手段であるとされてきたが、根拠規定の不十分性（但し、国内法秩序との抵触可能性につき前述）および行政の資源不足に鑑みて、他の手法（例えば司法的執行）の可能性も視野に入れた検討が行われている¹⁴⁴。加えて、国際人権法における個人、投資協定

¹⁴² 島村・前掲論文152頁。また、増沢陽子「ストックホルム条約の国内実施—国内環境法の視点から」新世代法政策学研究 9号（2010年）217頁は、国内法であった「化学物質の審査及び製造等の規制に関する法律」が「残留性有機汚染物質に関するストックホルム条約」の実施法として位置づけられていることの意義の一つとして、「国内法は、法改正が行われない場合であっても法の解釈・運用において条約の論理を受容し、併せて法の実施のための新たな行政資源を獲得する場合がある」点を指摘するが、これも本文に指摘した時間軸の観点に位置づけることが可能であるように思われる。

¹⁴³ この点で極めて興味深い事例が、越境環境損害における国家責任と（環境損害はほとんどの場合企業活動から生じることから）民事責任（国際賠償責任）の関係調整の問題である。参照、遠井朗子「越境環境損害に関する国際的な責任制度の現状と課題—カルタヘナ議定書「責任と救済に関する名古屋—クアラランブール補足議定書」の評価を中心として—」新世代法政策学研究14号（2012年）271頁。

¹⁴⁴ 鶴田順「日本におけるバーゼル条約の実施とその課題」新世代法政策学研究 9号（2010年）105頁（118頁以下）。行政法の枠内に留まらない（刑事法等とも連携した）実効性確保の諸方策に関する検討としてさらに参照、北村喜宣『行政の実効性確保』（有斐閣、2008年）、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）。

法における企業など、裁判所等への提訴権を認められた主体に加えて、NGO等の国際法過程（国際規範形成の場）への「参加」が重要な位置を占めつつある¹⁴⁵。国際環境法の文脈でも、市民に対して情報アクセス権、政策決定への参加権、訴訟の権利という3つの権利を一体的に保障すべき旨を定めたオーフス条約（日本は未加盟¹⁴⁶）が重要な位置を占めている¹⁴⁷。「参加」や「協働」の契機の強調は都市法においても見られたところであり、相互の比較が有益な知見をもたらす可能性がある。

第四に、環境法政策は自然環境・科学技術・市場という、法システムにとっての「外界」に作用すべき使命を帯びており、先に指摘した異なるシステム間のコミュニケーションの問題（第Ⅳ類型の多元分散性）に直面する。例えば国内の廃棄物処理法および越境廃棄物移動に関するバーゼル条約は、いずれも資源循環に関わる制度の一部を構成しているものと理解できるが、これら法規範が廃棄物の国内処理原則を謳っているにもかかわらず、いわゆる動脈物流が国際化されている中で静脈物流のみ国内に完結させる、ということが本質的に不可能であることが指摘されているが、こ

¹⁴⁵ なお、本プログラムではあまり重視されてこなかったが、他の分野と同様、国際環境法の領域においても、グローバル企業の存在も無視できない。多くの場合、グローバル企業は国際環境問題の元凶として、専ら規律の客体として位置づけられる（一国のみの規制強化が規制対象活動の国外逃避（“leakage”）をもたらすことが、グローバルな環境法規範が要請される最大の理由である）が、グローバル企業が自ら戦略的に国際環境条約の形成に関与し、ある場面ではむしろ積極的に（国内実施措置を待たずに）環境条約義務の「私的な」実施を行い、これをアピールする、という行動をとる場面も指摘される。See, Affolder, Natasha, *The Market for Treaties* (November 25, 2010). Chicago Journal of International Law, Vol. 11, No. 1, p. 160, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1715123>.

¹⁴⁶ ただし、倉阪秀史「政策における政策過程論—市民参加と政策実現条件—」新世代法政策学研究14号（2012年）1（10）頁は、オーフス条約で書かれている内容について、日本では1990年代以降、国内法で徐々に制度化が進められつつある（開示請求権に関する情報公開法、環境アセスメント制度、パブリックコメント制度）、と指摘する。

¹⁴⁷ この詳細については本誌掲載の久保論文を参照。さらに、久保規子「欧州における環境行政訴訟の展開—司法アクセスの保障を中心として—」『阿部泰隆先生古稀記念・行政法学の未来に向けて』（有斐閣・2012年）459頁。

れはまさに¹⁴⁸、法(学)が、規範命題の法的推論のレベルでは自己完結的であっても、(まさにそうであるがゆえに)社会を完全に統御することはできない、という命題の一つの具体例である。となれば、この場合には、法概念の側が変容を迫られることになる(しかしそれが当該領域の法的推論の構造に波及的に影響する可能性を伴う)、ということになるであろう。

C. 各論分野の比較による問題発見の契機

以上に概観してきたように、本プログラムの各論領域でそれぞれ現代的課題として論じられている論点の多くに、本稿が整理した四類型の多元分散性が、それもしばしば複合的な形をとって、現れていることが確認された。その意味で、《複合的な多元分散性》の図式は、一定の説明力を持っているということではできよう。

もともと、これに対しては、「どのみち各論領域で各々の関心から内在的に議論されているものを、ただ横断的に整理することにどのような意味があるのか」という当然の反論が考えられる。《多元分散型統御》という総論構築にとっては都合が良いかもしれないが、各論の実践的課題の役には立たないではないか、というわけである。総論たる《多元分散型統御》が抽象的な一般理論を志向するものではない、との立場を採る本稿は、これに応答しなければならない。

現代法を《複合的な多元分散性》として捉え、それに応答するために法実践者が装備すべき思考枠組みとして《多元分散型統御》概念を持つことの意義の一つは、各論領域における様々な試みや課題を、相互に比較可能にすることに求められる、というのが、本稿の反論である(行政法学における参照領域論のイメージ)。前節における検討は、次頁の表のような形に整理することができるが、《多元分散型統御》が各論間の相互参照を可能にする枠組みとして機能することで、①自らの各論領域で検討されている課題の本質が《第x類型の多元分散性》であるとすれば、他の各論領域における解決方法が参考になるのではないかと、②他の各論領域で問題になる課題を未然に察知して備えておくことができるのではないかと、③いまだ

¹⁴⁸ 寺園淳「循環資源の越境移動の実態と中古家電・金属スクラップの事例にみる適正管理方策」新世代法政策学研究 9 号(2010年) 77頁。

論点としては自覚されていないが、他の各論領域の議論を参照しながら、新たな法学研究のアジェンダを発見する契機になるのではないかと、といった問いかけが可能となる。つまり、各論の分析を豊富化し、反省の契機を与える、問題発見的な機能を、この総論の枠組みに見出すことができる。

例えば、消費者法における「消費者利益」の法概念化を進める上で、「メタファー」の融通無碍性を濫用する私的主体の戦略的行動によって難題を抱える知的財産法の経験から学べることはないか（第Ⅰ類型・第Ⅳ類型に関連）、あるいは「消費者利益」は、環境法における「景観利益」や「自然環境への利益」とどの程度異なるのか¹⁴⁹、経済法における法的推論への経済学的知見の導入のあり方は、環境法における自然科学的知見の取扱いとの対比においてどのような示唆を引き出しうるか（第Ⅳ類型＋第Ⅱ類型）、等々、通常は結びつけて考えられない各論領域相互の比較から、興味深い研究課題をいくつも発見することができるように思われる。とりわけ、筆者の関心からは、複雑化を続ける現代社会（それをある側面から切り取ったのが《複合的な多元分散性》である）に対する法の対応力を維持するためにいかなる方策がありうるか、という問題が重要であると思われる、第Ⅳ類型の多元分散性に対する各論領域の対応を比較する意義が大きいと考えているが、各自の問題関心によって自ずとどの部分にフォーカスするかも異なってくるであろう。理論的には、《多元分散型統御》は、そうした多様な問題関心・実践的企図を包含しうる共通のプラットフォームである（当然、各論領域はこの五つに限られない）、として位置づけられよう。もちろん、このような理論の存在意義は、各論における実践を支援し得て初めて肯定されること、既に述べた通りである。

¹⁴⁹ この問題について、法ドグマエティクの観点からは夙に吉田（編）・前掲注110書が取り組んでいるが、これに加えて、法適用機関の制度配置の異同（第Ⅰ類型）、トランスナショナルな法形成過程からの影響の強弱（第Ⅱ類型）、時間構造の違い（第Ⅲ類型）なども考察対象となり得よう。

【多元分散性の第Ⅰ～Ⅳ類型と各論領域のマトリクス】(斜体は可能的なトピック)

	知的財産法	競争法	消費者法	都市法	国際環境法
I	政策形成過程の バイアスを考慮した 制度的・解釈 論的対応	複線的な法執行 メカニズム(行政 機関・司法・私 人)	公法規制と私法 ルールの複線的 制度設計	行政規制の機能 不全 → 司法の 積極的役割承 認・利害関係者 の参加手続	国際機関・企 業、NGO等、多 元的主体の関与 国家責任と民事 責任 <i>国際的な裁判体 の位置づけ?</i>
II	TRIPS 協定等の 国際取極の政治 経済学	合併規制の国際 的な伝播 日米構造協議と 独禁政策	<i>OECD 勧告等の 性質?</i> <i>他国の動向の影 響?</i>	地方分権	国際条約の国内 実施
III	政策効果の不確 実性と“mud- dling through”		<i>規制における実 験 (experimental- ism)?</i>	都市計画の時間 的構造に即した 手続・訴訟制度 の整備	枠組条約+議定 書方式
IV	「財産権」:メタ ファーの機能と危 険性への着目	経済分析の位置 づけ 「競争」か「厚生」 か?	「集団的消費者 利益」の法概念 化	「景観利益」の法 概念化	自然科学的知見 の参照 「予防原則」

※問題発見の手段としての性質に鑑み、空欄が生じることもありうる。

D. 法実践における《多元分散型統御》の意味

最後に、《多元分散型統御》によりこのような複眼的な視点を持つことが、各論領域内部で、法的推論構造の変革(法的コミュニケーションのコードの修正)を企図する法実践者にとっても有利に働きうる、ということを述べておく。

本稿Ⅱ.C.で述べたシステムとしての法(学)の閉鎖性は、実は各論領域についても一定程度は妥当する。一例を挙げれば、筆者が専攻するである租税法は、元来は憲法・行政法・民商法・会計学・財政学・政治学等が交錯する領域であったが、独自の法領域として確立し、固有の言語での議論が蓄積されるにつれ、徐々に他分野とのコミュニケーションが疎かになる、という傾向が見受けられる¹⁵⁰。現代社会の複雑化に伴いシステムが分化し自律化していくことは、システム理論の示唆通りである(例えば、租税制度と市場経済の高度な発展に対応するには、租税法に固有の研究手法の開発は不可欠である)が、これは一歩間違うとシステムに自己閉塞してかえ

¹⁵⁰ こうした問題意識からの筆者自身の検討として参照、藤谷武史「租税法と行政法—歴史と展望」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣・2010年)71頁。

って問題解決能力を低下させることにもなりかねない。さりとて、単に「他の法領域では…」という論法を持ち出しても、そのサブシステムにおいて受容される保証はない。こうした閉塞状況において、前節に見た《多元分散型統御》の領域横断的な思考枠組みは、他の法領域と自己の法領域が、どのように構造的に類似・相違するかを分析することで、法の外部を意識しつつも法の内部に接続された代替案の提示（これによる受容可能性の向上）を可能にすることが期待される。これは当該法システム内部の他者を説得することを試みる法実践者にとって有用な武器を提供するものと言えないか。

さらに、このような思考枠組みは、法学教育のあり方にも影響を与えうるであろう。各法領域は孤立して存在するのではなく、相互に関連し合った体系を成している、さらに、法は社会から自律したシステムではあるが、切り離されて存続できるものでもない、ということは、優れた法学教師であればみな意識して教育に当たっている事柄であるが、《多元分散型統御》は、これをより自覚的・構造的に伝達するための一つの手がかりを提供しようと思われる。残念ながら、本プログラムは未だその段階には至っていないが、この文脈では、グローバルCOEプログラムが教育研究拠点形成を謳っていることが肯定的に想起されるべきであろう。法学教育に携わる者はみな法という「システムの限界を自覚しながら、しかしそれを維持しなければならない」¹⁵¹、という両義性を、どれだけの確に伝えられるか、という問いに向き合わざるを得ない。《多元分散型統御》という思考枠組みは、未だ発展途上ではあるけれども、この問題意識を正面から受け止めるものとしても、意義を有するものと思われる。

IV. 結語

本稿は、「《多元分散型統御》とは何か」、「それは何の役に立つのか」、これら二つの問いを立て、筆者なりの解釈を示すことを試みた。冒頭で述べたように、これは本プログラムの下に集積された豊富な素材に対する一つの「読み解き方」にすぎず、その評価は読者の手に委ねるほかはない。

¹⁵¹ 小川・前掲注7 論文223頁。

筆者の能力の乏しさに鑑みれば、本稿の企図がそもそも無謀極まりないものであったことは明白である。ただ、文系の学問においてすら、次から次へと大型の共同研究プロジェクトの立ち上げを要求され続ける外的環境が当面改善の見込みがないとすれば — 真に意味のある研究は個別の研究者の真摯な問題関心に根ざしたところからしか生まれないにもかかわらず — 共同研究のための大がかりな「看板」を大真面目に受け止め、これを従来の学問的蓄積へと連なりつつ新たなものを付け加える試みへと「読み替える」、という知的抵抗のあり方もあり得るのではないかと考える。筆者としては、本稿がそのようなものとして（のみ）読まれることを希望するものであるが、それもまた、読者に委ねられた問題である。