

第6章

グローカリゼーションのなかの憲法

——デジタル憲法は可能か

西土彰一郎

はじめに

上杉富之は、グローカリゼーション概念を「グローバリゼーションとローカリゼーションが同時に、しかも相互に影響を及ぼしながら進行する現象ないし過程」として再定義している。上杉によると、従来のグローカリゼーション概念は、ローカル（周縁）をグローバル（中心）に対する「受動的」かつ「劣位」なものとして位置づけてきた。この「影響・作用の一方向性」と「力の不均衡」の問題を解消すべく、グローカリゼーション概念自体の再構築が試みられているのである¹⁾。

他方で、本稿筆者の専門とする憲法学は、国家を超えた憲法秩序の可能性を探究することに慎重であったように思える。とりわけ日本の憲法学は、グローバリゼーションが進むなかでも国家というローカルな憲法の優位を確保しようとする点で、上杉の指摘とは逆の意味において「影響・作用の一方向性」と「力の不均衡」の問題を自覚的に捉えてきたといえよう。

もちろん、憲法学内部でも、国際法の議論を参照しつつ、トランスナショナル憲法を深く分析する論者もいたし、近時、その傾向が強まりつつある。例えばグローバリゼーションを推し進める性格を内包し、それゆえにさまざまな法的問題を惹き起こしているインターネットにおいて、その規制のあり方と正当性をめぐる問題は、一国の憲法だけでは当然に答えられえない。ここでは、まさしく上杉が再定義したグローカリゼーションの構造に依拠して、憲法の役割と機能を再検討する必要性が生じている。

本稿は、以上の問題意識に立って、インターネット規制の問題を素材としつつ、グローカリゼーションのなかの憲法の位相を探ろうとするものである。まず第1節では、社会学の社会システム理論に依拠して、トランスナショナル憲法の理論的可能性を分析する。第2節では、イ

インターネット規制を例にして、トランスナショナル法 (Lex digitalis) とトランスナショナル・デジタル憲法をめぐる議論をみておく。以上の分析を踏まえて、最終節において、トランスナショナル憲法の体系化を図ることにしたい²⁾。

1. トランスナショナル憲法の可能性

(1) システム理論による視点の相対化

近年、ドイツではトイブナーの論文を嚆矢として³⁾、「民間憲法」(Zivilverfassung)をめぐる議論が盛んに行われている。こうした議論の特徴の一つは、社会理論であるシステム理論⁴⁾を用いて、トランスナショナルな法形成⁵⁾、さらには「憲法」形成プロセスを解明しようとしている点にある。

この学派に属するフィッシャー＝レスカーノによると、システム理論は社会理論の研究対象の複雑性を描き出し、それにより法における解放プロジェクトの再定式化を可能にするという⁶⁾。また、レナーは、法をコミュニケーション的实践として把握するルーマン説に倣うことにより、法の国家中心主義と法多元主義の認知理論上のジレンマを解消できると指摘している。なぜなら、システム理論に基づき、等価値のさまざまな観察地点、秩序の共存の可能性を想定することができるからである。システム理論は法を社会の機能システムの一つとして、すなわち、法/不法というコードによってのみ他の形式の社会的コミュニケーションから線引きされる作動的に閉じたコミュニケーション連関として理解することにより、法源の問題は二次的なランクを有しているにすぎなくなるのである(そもそも、法の視点も、多くの可能な視点のなかの一つである)。このことが、トランスナショナルな法プロセスの探求にとり、法概念を豊かにさせる⁷⁾。

では、以上のようにコミュニケーション連関として法を捉えるとして、トランスナショナルな「憲法」形成プロセスはどのように分析されるのであろうか。この分析を行う前に、まずはルーマンの社会システム理論における憲法の位置づけを確認しておこう。

(2) 政治システムと法システムの構造的カップリングとしての憲法

ルーマンは、憲法を近代における法と政治の分出の結果であるとして機能的に把握していた(進化の成果としての憲法)。すなわち、憲法は、法システムと政治システムの完全な分離とともに、結合の必要性にも対応するものであり、両システムの間構造的カップリングとして、記述される⁸⁾。

では、なぜ、法システムと政治システムは再び結合する必要があるのか。それは、一方で法の自己言及問題（自己の基礎づけの問題）を政治的に解決する必要があり、他方で政治の自己言及問題を法的に解決する必要があるからである。憲法はこの二つの解決をともに用意するのである⁹⁾。憲法は、法の自己言及問題を政治に向けて外部化し、政治の自己言及問題を法に向けて外部化するといえよう。

具体的に述べておこならば、前者について、憲法は、法の根拠づけの問いにおける無限後退を断ち切り、法を政治によって憲法適合的に定立されたものとして正当化する¹⁰⁾。後者について、憲法は政治システムの循環性の問題を解決する。第一に、憲法は、政治の自己・基礎づけの不足を補って、政治の自律を構築すると同時に制限する。政治システムは完全に自律的ではなく、常に他律の地点が存在する。この外部化が憲法の助けにより生ずるならば、他律の契機は、政治システムが法に言及するときに、もたらされる。政治システムの「自己」は、法規範により他律的に定義され、それにより自らを自律的に定義できるようになる。政治システムの統一性は、その独自の作動の連鎖を通して展開する一方、そのアイデンティティは外部の法的な記述を自身の自己記述へと再参入することにより、憲法のなかで創出される¹¹⁾。憲法が、権力プロセスの権力プロセスへの反省的適用を安定化する¹²⁾。第二に、憲法は、このような反省的権力プロセスがそのパラドックスにより麻痺してしまうことを防ぐ。憲法が、主権の自己・拘束というパラドックスを「法の支配」の確立により展開する¹³⁾¹⁴⁾。

以上のように、憲法は、政治システムの自律を構成すると同時に制限する機能を有しているが、「国家」という政治システムの自己記述もまた、こうした自律の構成・制限メカニズムの一つとして作動している。「政治システムが識別可能となるのは、自己を『国家』として記述するときのみである。制度化された政治の閉鎖は、集団的に拘束力のある主権行為へと限定しなければ、成し遂げられえない¹⁵⁾。そうであるならば、トイブナーも指摘しているように、領土は単なる地理的空間ではなく、権力関係のためのシンボリックな空間として理解されるべきであろう。トイブナーによると、「権力が、物理的暴力に基づき、政治のコミュニケーション・メディアとしていったん確立したら、権力は、支配者と服従者の間の現実の関係としてではなく、むしろ、人々のみならず物的資源と相互行為をも支配する、領土内部での権威に対する抽象的、非対称的な要求としての形をとる。このことは、翻って、他の自律的なサブシステムにも影響を与える。なぜなら、それらの自律を支える政治-法的インフラストラクチャーは、個々の領土に連結されたままであるからである¹⁶⁾。

このように見るならば、ルーマンが彼の機能的な憲法概念を近代国民国家の成立に関連づけのみ展開しているのには、理由がある。近代立憲主義の構造は、機能システムと国家の政治

-法の間の緊密な構造的カップリングを基礎にしているのである。

(3) 社会の機能分化とグローバル化

しかし、こうした近代立憲主義の構造がグローバル化の挑戦を受けているとの指摘は、しばしばなされている。制度化された政治、そして国家にのみ憲法を関連づける思考に反省が迫られているといえよう¹⁷⁾。

ただし、グローバル化が近代立憲主義の再構成を要請しているとの言説には注意を要する。トイブナーが指摘しているように、グローバル化は経済システムのみならず、科学、宗教といった他の社会システムの自律の、世界規模での展開を意味している。社会の分立化は国民国家の最盛期においてすでに進行しており、このようにして分立化したものの自律化こそが、国家（政治）憲法と区別される「民間憲法」問題——社会的立憲主義——の発生源なのであって、グローバル化はこの問題を加速化させたにすぎない¹⁸⁾。

もちろん、社会の分立化の帰結としての社会的立憲主義の現代的意義は、グローバル化現象を視野に入れておかなければ、正確に把握されえないのも確かである。この点で重要であるのは、「世界中ですべてのサブシステムが、同時にかつ同じ度合でグローバル化しているわけではない」¹⁹⁾とのトイブナーの指摘である。政治や法は領土に縛り付けられている一方、自己・基礎づけの長い歴史的プロセスのなかで展開してきた宗教、科学、経済といった自律的なサブシステムは、原理上、領土から独立しており、コミュニケーションの実効的な範囲にのみ依拠している。にもかかわらず、後者のサブシステムの制度化されたコミュニケーションの多くが国民国家内で生じたのは、政治的、法的な支えは国民国家内でのみ提供されたからである²⁰⁾。そうであるならば、トランスナショナル憲法の可能性は、国民国家の機能を前提にしつつ、そこからゆっくりと超え出ようとする（あるいは踏み止まろうとする）政治システム・法システムと、国家を軽々と飛び越えている経済、科学といったシステムとの個別の構造的カップリングがありえるのか、ありえるとして各システムの自律の構成・制限メカニズムが構築されうるのか、にかかっているといえよう。

(4) トランスナショナル法と憲法の契機

まず、トランスナショナル法の形成の可能性について一瞥しておこう。

確かに、ルーマンにより観察された政治と法の包括的な構造的カップリングは、世界社会のレベルではその機能的等価を見出せない²¹⁾。しかし、そもそもこの構造的カップリングは、憲法ではなく、法律において見出される一方²²⁾、（トランスナショナルな）社会の法は、法律

ではなく、契約に依拠しているとも指摘されている²³⁾。

前述の通り、社会システム理論は、法/不法というコードにより作動的に閉じたコミュニケーション連関として法を自己言及的に、すなわち実定性の観点から理解する。この実定法が成立するためには、行為予期の抗事実的安定化という法の機能と関連して、次の二つの条件を満たす必要がある。第一に、議論の余地のある失望により生ずる紛争が言葉で表現されうる場合、かつ、独立した第三者により決定される場合である。このとき、法的コミュニケーションのきっかけが与えられる。第二に、第三者の法的決定が「公的に記憶される」、つまり、文章化され、公的にアクセスされうる場合である。これにより、法的ディスクルスがセカンド・オーダーの観察という様式で、以前のコミュニケーションに関連づけられて、作動上閉じることになる²⁴⁾。

契約は、合意した内容を文書で確定したうえで、紛争解決を中立的な第三者に委ねる（外部化）のであれば、行為予期の安定性を保障する²⁵⁾²⁶⁾。その一方で、法システムの側からすれば、契約は法の自己言及の問題を、経済を中心とする他のシステムに外部化することを意味している。契約は法システムと経済その他のシステムの構造的カップリングなのであり、国家の枠組みを超え出るものである。

トランスナショナル憲法は、社会システムと法システムの間長期に及ぶ緊密な構造的カップリング、それを前提にした法化と社会構造化を生み出し、またそこから生み出される。憲法というヒエラルヒー化は、下から上へと進み、上から下へと進む「奇妙な環」(strange loops)なのである²⁷⁾。具体的には、トランスナショナル憲法は次の三つのメルクマールを示す。第一に、トランスナショナル憲法規範は、長期に及ぶプロセスの中で成立する。第二に、トランスナショナルな文脈における憲法の発展では、法定立と法適用が相互に入り込む。第三に、トランスナショナル憲法規範は、それ以外の法規範の構造に隠れたままである²⁸⁾。

こうした「奇妙な環」が動く契機が、カタストロフィーという偶然の経験である。そもそも、契約に見出される法システムと社会システム（特に経済システム）の間の構造的カップリングは、社会システムの自己言及の外部化により、その部分的合理性を最大化するための「構成ルール」を伴っている。しかし、それに依拠した各システムの合理性の最大化、成長過剰により、①他の部分システムの合理性との衝突、②世界社会の包括的な合理性との衝突、③そしてシステム固有の自己・再生産に必要な内的資源の枯渇が生じ、社会のカタストロフィーを惹き起こす恐れがある。このカタストロフィーにより、システムの崩壊が切迫しているときのみ、システムは自己矯正を行うことになる。すなわち自己制約のためのルール（制限ルール）が創発する²⁹⁾。このように、「構成ルール」と「制限ルール」を併せ持ったグローバルな社会

領域に固有の憲法が、長期に及ぶ法システムとの構造的カップリングを通して立ち現れるのである³⁰⁾。

(5) 政治/法/サブシステムの新たな配置

しかし、システムの自己矯正は、いったいどのようなメカニズムで生ずるのであるだろうか。ここにおいて、政治システムを含む広義の「政治」の役割が重要となる。

国民国家における憲法制定に代わって各サブシステムの立憲化を進行させるような、政治/法/サブシステムの新たな配置³¹⁾について、トイブナーは一方で、各社会領域を自生的領域と組織的・職能的領域に二分化したうえで両者の相互作用による領域内の政治化（反省の政治）、そして民主化の可能性を見出している。民間憲法は職能的組織の支配要求に対抗する自生領域の異議申し立てを保護することにより、システムの成長過剰を防ぐべきである³²⁾。言い換えると、自生的領域は、職能的組織が（認知的に）学習するように圧力をかける必要がある。他方で、各社会システムの外にある国家や国際組織といった「制度化された政治」も、独立して、あるいは以上の自生的領域と協働して、職能的組織に学習圧力をかけることができる。いずれにせよ、世界社会の政治システムは各社会領域に「憲法的刺激」ともいえる学習圧力をかけうる。

学習プロセスは、企業に対してトランスナショナルな公共政策に指向するコードを策定するよう圧力をかける場合を例にとると、第一の経路として、①国家や国際組織、②異議申し立て運動、非政府組織、労働組合、非営利組織、職能、公論、③消費者、投資家による大規模な政治的、経済的圧力（経済的サンクション）により、企業はいかなる社会的・政治的期待が自己に向けられているかを読み取り、企業コードを策定することが考えられる³³⁾。第二の経路として、以上のアクターが法システムに向けて妥当要求を掲げ、法システムはこうした法システムの周辺における法コミュニケーションを観察したうえで、企業に対する法的決定（企業コードの策定の要請等）を下し、ひいては企業の認知構造に反省を迫ることも想定されうる³⁴⁾。

(6) トランスナショナル憲法の構造

以上のようにして創発するトランスナショナル憲法の構造は、どのようなものであろうか。

これについて、トイブナーは第一に、社会システムの反省と法システムの反省の構造的カップリング、すなわち「二重の反省」を挙げる。前述したように、社会システムの自己・基礎づけプロセスは、ファースト・オーダーの作動（社会システムが、自ら生み出した作動を相互に結び付け、それにより自己を環境から区別すること）とセカンド・オーダーの作動（社会シス

テムが、自己の作動を反省的に自己の作動に適用し、それにより自己のアイデンティティを定義すること)により、二重に閉鎖されてはじめて、自律を成し遂げる。しかし、こうした社会システムの反省メカニズムがうまく機能せず、自己・基礎づけプロセスが適切に閉鎖化されない場合、この反省メカニズムを法が支援する必要がある。しかし、法の支援だけでは「憲法」は生まれない。法システムの側も、その反省メカニズム、すなわち規範化の規範化（第二次規範）を社会システムの基本構造に依拠して適切に閉鎖化する必要がある。ここに、法の反省メカニズムと、関係する社会システムの反省メカニズムの間の構造的カップリングとしての民間憲法の構造が明確になる³⁵⁾。憲法は、法的現象だけでも、社会的現象だけでも還元されえない。「法の観点からは、憲法は第二次規範の産出であり、それは、社会システムの基本構造と絡み合っているプロセスである。構築された社会システムの観点からは、憲法は社会秩序の基本構造の創出であり、それは一度法を特徴づけたあと、それにより規律されるような構造である」³⁶⁾。

第二に、トランスナショナル憲法は、ハイブリッドなメタコード化という構造を示す。憲法のコードは合憲/違憲という二値的であり、法/不法という法システムの二値的コードと、関係する機能システムの二値的コードとともに優位して機能する。すなわち、憲法コードは、ハイブリッドなメタレベルで機能するのである。このハイブリッド性に関して、経済憲法を例に考えてみると、経済憲法コードは、法の二値的コードと経済の二値的コードの両者に対して階層上の優位を有している一方、経済のコードを統制しているのか、法のコードを統制しているのかに応じて、これら二つの側面のそれぞれにおいて異なる意味を持つ。すなわち、経済的側面において、憲法コードは公益の反省を促し、社会的、環境的に持続可能な経済活動の形式を探究する一方、法的側面においては、憲法コードは単純法と憲法の区別を導入し、法的行為が経済憲法における価値と一致しているのかどうかの観点から、この法的行為を判断する。このように、経済憲法コードは、合憲/違憲という一つの区別として表面上現れているけれども、実際には、経済的メタコードとして、あるいは法的メタコードとして、すなわち二つの様式において機能する。所有権や契約といった同じ言葉が、経済と法では異なるやり方で解釈されることになるのである³⁷⁾。

(7) トランスナショナル人権

以上、トランスナショナル憲法の創発の可能性、そしてトランスナショナル憲法の機能、それを取りまく新たな布置、トランスナショナル憲法の構造について、トイブナー説を中心に見てきた。最後に、本稿の問題意識に立ち返って、かかるトランスナショナル憲法における人権

の可能性について整理してみたい。

トイブナーとフィッシャー＝レスカーノは、デュルケームのいう「公的憤怒」(colère publique)が人権を生み出すと考えている。その際、彼らはルーマンの考えを下敷きにしている。ルーマンによれば、グローバルな世界では、基本権はまず法規範として定立され、その後には破られるのではなく、むしろ、その違反により妥当するようになる。ルーマンは、これを「現代のパラドックス」と呼んでいる³⁸⁾。

もちろん、パラドックスは自ら法的妥当を構築することはできない。脱パラドックス化によってのみ、スキャンダル化から人権が生ずる。自己の合理性の膨張という疑義のある実践に対する非難が、それ自体、法コードにより統御されている作動により反省的に観察され、法の作動の回帰性に編入される場合のみ、すなわち、トランスナショナルなレジームの決定実践(とりわけ仲裁裁判所による決定実践)の反省のなかでのみ、個別のレジームにおいて妥当する人権が生ずる。たとえば、NGOsの抗議運動が多国籍企業の疑義ある実践の覆いを取ってスキャンダル化し、メディアがこの実践を人権侵害として非難し、最終的に裁判所が人権侵害を認定するような場合である³⁹⁾。

このようにして創発する人権は、憲法の構成的機能と制約的機能を果たすことになる。前者は、先の学習圧力の第一の経路とも関係して、関係者をレジームへと包摂する保障を目的としている。すなわち、レジーム内の社会的制度へのアクセスを確保することにより、その民主的潜在力を強化することを目的としている。後者は、学習圧力の第一の経路との関係で、膨張レジームの自己制約ルールとして、第二の経路との関係で、膨張レジームから他のシステム、レジーム、個人の自律を保護するルールとして、システム(レジーム)間の境界を確保することに奉仕する⁴⁰⁾。

この最後の、システム、レジーム、個人の自律を保護するルールは、膨張レジームに直接適用されない。さまざまなレジーム憲法は、特定の機能を担う社会システムと法システムの二重の反省の結果である。レジーム憲法相互の関係はヘテラルヒー的なものとなる。他のレジームの(憲法を含む)法規範は、抵触しているレジーム憲法相互を脈絡化するシンボリックな *ordre public transnational* を通して再構成(反省)を受ける必要がある⁴¹⁾。膨張レジームを基礎とするレジーム憲法は、このようにして外のレジームの規範を編入することにより、実質法である「混成法」を展開し、レジームの認知構造の反省を促す。(憲法)抵触法に関する実質法的アプローチといえよう⁴²⁾。

なお、人権の社会的実定化に関し、以下の点に注意を払うべきである。

人権の構成的機能と制約的機能はシステム固有のコミュニケーション・メディアに向けられ

ている。そもそも国家憲法で規定されている基本権の名宛人は国家ではなく、権力という政治のコミュニケーション・メディアである。トランスナショナル憲法を分析するためには、国家憲法のメディア指向という構造を一般化したうえで、社会領域ごとのコミュニケーション・メディアの特性に合わせて再特殊化する必要がある⁴³⁾。法システムとその他の社会システムの二重の反省としての憲法構造はその顕れであり、憲法抵触法の実質法的アプローチが求められる理由でもある。

2. Lex digitalis からデジタル憲法へ

以上、主にトイブナー説に依拠して、トランスナショナル法とトランスナショナル憲法の可能性について見てきた。では、インターネットにおいてトランスナショナルな法的規範化とその憲法化の可能性は存在するのであろうか。

ローレンス・レッシングの「コードが法である」という有名な言葉が示しているように、インターネットにおける電子コミュニケーションに構造を与えるのは、第一次的にはその技術的諸前提である。技術（コード）が国境を越え出ることを考えると、この限りで Lex digitalis の可能性は十分に考えられる。しかし、この文脈でも法形式は完全に意味がないわけではなく、「法がコードを覆す」という見方が浸透してきた。ただし、レナーによれば、国内法による規律も国際法による規律も依然としてきわめて穴の多いものであり、私人の自己組織化の枠組みで、古典的な法源論のいわば盲点である規範構造が形成されつつあることが看過されてはならない。そして注目すべきことに、この自己規律化プロセスは、明白な基本権上の含意を有しているという。なぜなら、個人的、制度的コミュニケーション基本権の実現は、ごく少数のほぼ独占的なアクターにより規定されるアクセス・参加条件に依存しているからである⁴⁴⁾。

このことは、ドメイン名の割り当てに際して、明確となる。

(1) ICANN モデル

① 契約のネットワーク

インターネット上のコンピュータは、数字の羅列である IP アドレスにより、お互いを識別し、通信を行っている。しかし、この数字の羅列を人間が記憶することは困難であるため、言語・文字等で構成される別名により、インターネット利用者はインターネットサイトの住所 (IP アドレス) にアクセスできるようになっている。この別名を、ドメイン名という。ドメイン名は、階層構造になっており、「.」で区切って表示する。一番右がトップレベルドメイン

(TLD)、以下、左に向かって、セカンドレベル、サードレベル等に区別される。トップレベルドメインは、さらに、分野別トップレベルドメイン (gTLD) と国コードトップレベルドメイン (ccTLD) に分けられる。

ドメイン名、IP アドレスといったインターネット上のアドレス資源の標準化、割り当てを行っているのが、ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) である。インターネット規制団体である ICANN は、カリフォルニア州法の下での民間の非営利法人として設立された。もっとも、ICANN の権限は、アメリカ商務省との契約に基づいており、ICANN は同商務省の監督に服している。

ICANN の規制機能を理解するためには、アメリカ商務省に加え、ICANN の作動において決定的な役割を果たしている三つのアクターを押さえておく必要がある。レジストリ、レジストラ (登録代行業者)、そしてレジストラント (ドメイン名登録者) である。レジストリとは、ドメイン名システムの安定的運用のために、各 TLD の登録管理業務を行う組織であり、契約に基づき ICANN から業務の認定を受けている。レジストリは、国家の組織の場合もあるし、私企業である場合もある。レジストラは、レジストリとレジストラントの間に入って、ドメイン名の登録申請を受け付け、その申請内容を審査し、ドメイン名のデータベースを管理する組織である。契約に基づき、gTLD の場合には ICANN から、ccTLD の場合には各レジストリから、業務の認定を受けている。そして、通常、私企業であるレジストラはレジストラントとの契約により、ドメイン名を割り当てる。

ICANN とレジストリの間の契約は、ICANN の「統一ドメイン名紛争処理方針」(UDRP) というインターネット規制を遵守することをレジストリに課しており、そして、レジストリがレジストラと契約する際には、レジストラによる同方針の遵守を義務づけるよう、レジストリに求めている。レジストラは、レジストラントとの標準契約のなかで、UDRP を参照している。

このように、ICANN は、契約の複合により、包括的な規制システムを創発させているといえよう⁴⁵⁾。

② ドメイン名紛争の仲裁

さて、ドメイン名の割り当ては、「早い者勝ち」(First Come, First Served) の原則によりなされるため、ICANN 設立当初から、多数の紛争を引き起こすことが予想された。とりわけ、企業名、商標名、著名人の名前などをドメイン名として登録し、それを転売する目的で保有する「サイバースクワッティング」が問題となった。そこで、世界知的所有権機構

(WIPO) の提案に基づき、ドメイン名の登録と利用をめぐる、レジストラントと第三者との間の紛争を解決するための法的枠組みを定めた前述の UDRP が 1999 年 ICANN 理事会により採択され、さらに同じ年に、紛争処理手続の各段階の手続や必要事項を定めた「統一ドメイン名紛争処理方針のための手続規則」(UDRP 手続規則) も採択された。この手続は、ICANN が認定した六つの紛争処理機関 (WIPO 仲裁センター、日本の工業所有権仲裁センターなど) が管理している。先ほどの契約の複合構造により、すべてのレジストラントは UDRP の定める条件に同意する必要がある、したがって、ICANN の認定した紛争処理機関による義務的紛争仲裁に服することになる。

本稿の問題意識から興味深いのは、紛争処理機関が手続において適用可能な実体法に対する抵触ルールを定めている UDRP 手続規則 15 条 (a) 項である。それによると、適用可能なのは、UDRP、UDRP 手続規則、そして紛争処理機関が適用可能と判断したあらゆる法の規則と原則である。レナーによると、この定式から三つのことが明らかになる。第一に、UDRP も UDRP 手続規則も、直接適用可能な規範として見なされている。第二に、それ以外に適用可能な規範の範囲は、広く把握されている。第三に、適用可能な規範の決定は、仲裁機関のみの責務である。以上まとめると、Lex digitalis の視点から重要であるのは、仲裁機関が、非国家的な、自律的な抵触ルールに依拠して判断していることである⁴⁶⁾。

ドメイン名の取消または移転という裁定が下された場合、この裁定は関連する登録機関により執行される。すなわち、他の国際仲裁との大きな違いは、UDRP 紛争処理手続の結果は、国家の裁判所による実施を必要としない点にある。

なお、UDRP4 条 (k) 項は、ドメイン名紛争における国内裁判管轄権を排除してはいない。すなわち、UDRP 紛争処理手続の開始前または終結後に、いずれかの当事者が裁判所に出訴することは、可能である。

③ 抵触法的方法と強行法規範の適用

以上、まず簡単に ICANN の構造と紛争処理手続について見てきた。Lex digitalis を分析するうえでポイントになる上述の「自律的な抵触ルール」、およびその基本権上の含意 (強行法規範の適用) に関して若干のドグマティック上の問題が提起されているので、ここで紹介しておきたい。

第一に「自律的な抵触ルール」について、レナーによれば、UDRP 手続規則 15 条 (a) 項は、一方で、国際通商仲裁裁判権の抵触ルールの伝統のなかにあり、それは国際私法上周知の抵触ルールの適用を容易に思い起こさせる。申立人の商標権の保護の範囲は、最終的には国内

法のみから生じることからも、そうである。このように、UDRP 手続規則 15 条 (a) 項は、さまざまな法源を挙げることにより、適用可能な法という問いに対して抵触法的方法により議論されなければならないことを求めているとはいえるものの、他方で、同条項は一定の私的なルール体系 (UDRP 等) の適用をも予定しており、以下の限り古典的な抵触法的方法と断絶している。国際通商仲裁機関による古典的な抵触法的方法は、国際私法に密に依拠して、通常、最密接関係地法の適用を定め、そうしてようやく徐々に Lex mercatoria という形態での非国家的法規範の適用に開き始める⁴⁷⁾。

詰まるところ、仲裁機関は国内法を抵触法上のルールに従って適用することも予定しているのか、それとも特に UDRP という非国家的法原則のみに依拠することを予定しているのか、明確にされていないのである。また、両者を適用するとしてもそれらの優先関係はどのようなものかも不明である⁴⁸⁾。

これと関連して第二に、UDRP 紛争処理手続上での強行法規範 (人権) の適用のあり方も問題になる。例えば、市民団体が環境を破壊している企業名と同一または類似のドメイン名を用いることにより、企業を告発する内容を記載した当該団体のサイトに一般市民の注目を集めようとする場合、団体の表現の自由と企業の商標権が対立している。では、この表現の自由は、どこから持ち出されるのであろうか。

まず、当事者の国籍に依拠して、表現の自由を保護している国内法規範を、UDRP 紛争処理手続において強行的に用いることが考えられる。しかし、レナーによれば、特にアメリカ合衆国においてこの問題は、大抵の場合、明確に抵触法上の問題としては論じられてはいないという。ICANN および UDRP 仲裁機関に対する憲法上の拘束の問題、すなわち私人に対する憲法上の権利の第三者効力の問題として見なされ、「ステイト・アクション」の法理により解決が試みられている。したがって、ICANN がアメリカ政府の委託による高権的任務を果たしていることを前提にできる場合にのみ、表現の自由を適用できるにすぎない⁴⁹⁾。

次に考えられるのが、第三国の憲法秩序の規定も UDRP 紛争処理手続上で適用することである。しかしこれは、国際私法の原則からすれば、正当化されない⁵⁰⁾。

そこで、強行法に関しては、UDRP 紛争処理手続に対するその固有の諸原則を、国内憲法に依拠することなく展開することが有望である。そもそも、国内憲法規定の適用は、国境を越えるインターネットの性格に合わない。なぜなら、それにより、Lex americana の一方的な拡大が生ずるか、多様な国内基準の適用により法の断片化が生まれるからである。したがって、UDRP 仲裁機関は、インターネット内部のすべての関係者に妥当する固有の基本権基準を展開しなければならない。もちろん、このような見解は、UDRP 紛争処理手続で展開する基本

権基準が国内憲法よりも低い水準にとどまる危険を内包している。レナーによれば、UDRP 紛争処理手続において中心となる表現の自由の問題に対する適切な保護基準が展開されるかどうかは、仲裁機関の裁定例により示されなければならない⁵¹⁾。

④ 裁定の傾向

では、UDRP 仲裁機関の諸裁定は、表現の自由をどのようにして、そしてどの程度、保護しているのだろうか。ここでは、WIPO 仲裁センターの裁定のごく大まかな傾向を確認しておきたい。

UDRP4 条 (a) 項によれば、UDRP 紛争処理手続は「サイバースクワッティング」をめぐる紛争のみを対象にしている。同条項は、ドメイン名の取消または移転を命ずるためには、次の三つの構成要件を充たしていることを申立人が証明する必要がある。

- (i) ドメイン名登録者が登録したドメイン名は、申立人が権利を有する商標または役務商標と同一または混同させるような類似性を有する。
- (ii) ドメイン名登録者は、当該ドメイン名について権利または正当な利益を有していない。
- (iii) 当該ドメイン名は、不正の目的で登録または使用されている。

2000 年の *Bridgestone Firestone, Inc v. Jack Myers* 事件における WIPO 仲裁センターの裁定によると、UDRP では表現の自由はドメイン名について権利または正当な利益の一例として挙げられてはいないけれども、批判または評論目的の言論の自由の行使はドメイン名について権利または正当な利益を構成する⁵²⁾。「正当な利益」といった不確定法概念が表現の自由という基本権の受け皿として機能することになるのである。しかし、WIPO 仲裁センターは、表現の自由をいったいどこから持ってきたのであろうか。*Bridgestone Firestone* 事件では、当事者がアメリカ合衆国の国籍を有していたこともあって、アメリカ合衆国憲法修正第 1 条の表現の自由が言及されている⁵³⁾。この事件後、各仲裁機関は当事者の国籍に依拠して、当該国の憲法規範や欧州人権条約により手続を処理する例が確立したといわれている⁵⁴⁾。

当事者の国籍に依拠して国内憲法規範を適用する手法は、しかし前述の通り、基本権保護の水準のばらつきをもたらしてしまう。一般に、欧州よりもアメリカ合衆国の方が、表現の自由を厚く保障しているからである。そこで、既に 2000 年代はじめに、表現の自由の保護を慎重に国内憲法秩序による論証から離れる若干の裁定があり、2000 年代後半には世界人権宣言と欧州人権条約に依拠して表現の自由を考慮する裁定⁵⁵⁾、UDRP 手続規則 15 条 (a) 項の一般的な「法の規則と原則」に意識的に依拠する裁定⁵⁶⁾、そして先例の蓄積を前に、こうした先例にのみ依拠する裁定⁵⁷⁾が現れた。こうしたアプローチに立って、とりわけ先例の彫琢によ

り、表現の自由の保護のための独自の強行的法原則を打ち立てたのが、2007年の *Fundación Calvin Ayre Foundation v. Erik Deutsch* 事件である。この裁定は、以下の要件を充たせば、ドメイン登録者は、申立人が権利を有する商標と同一または混同させるような類似性を有するドメイン名について権利または正当な利益を持つという。すなわち「(a) ドメイン名が、真に商標権者を批判する目的で登録され、または使用されていること、(b) ドメイン名登録者は、当該批判が十分に根拠づけられていると信じていること、(c) ドメイン名登録者は、営利目的を有していないこと、(d) ドメイン名を付したウェブサイトを訪れるインターネット利用者は、それが商標権者のウェブサイトではないことを直ちに理解できること、(e) 被申立人は、誰が見ても商標権者に相応しい考えられうるすべての、または大抵のドメイン名を登録していないこと、(f) ドメイン名が、誰が見ても商標権者に相応しい考えられうるものの一つである場合、商標権者のウェブサイトへのリンクを適切かつ目立つ方法で提供していること、(g) 当該ドメイン名を用いることにより、申立人に宛てたEメールが送信される見込みがある場合、送信者に対して適切な方法で速やかに、メールの送信先が誤りである旨の注意喚起がなされること」、である⁵⁸⁾。

以上のように、UDRP 仲裁機関において独自の強行法規範、「表現の自由による防禦」の諸原則が展開している。しかし、仲裁機関の間で意見が分かれている論点もある。例えば、商標名に批判的内容を有する接頭辞または接尾辞を加えたドメイン名は、「混同させるような類似性」に該当し、したがって表現の自由による正当化を必要とするのかどうか、争いがある⁵⁹⁾。また、商標をそのままドメイン名として用いて、インターネット上で批判を展開できるのかについても意見の統一を見ていない⁶⁰⁾。こうした意見の不一致の背景には、UDRP 紛争処理手続において上告審が存在しないことがある。

前述の通り、ドメイン名紛争における国内裁判管轄権は排除されてはいない。とりわけ「反サイバースクワッティング消費者保護法」を有しているアメリカ合衆国の裁判所において、UDRP 仲裁機関の判定が覆される可能性があり、実際にそのような判例⁶¹⁾もある。UDRP 仲裁機関の判定は、特別な裁判官の敬譲でもって対応される必要はないのである。アメリカ合衆国の裁判所は、UDRP 紛争処理手続における上告審の欠如に対する機能的代替へと発展していると結論づけることもできよう。ただし、レナーによれば、実際には、UDRP 紛争処理手続と国家の裁判権の間で紛争が生ずることは稀であり、ごく少数のUDRP 仲裁機関の裁定が国家の裁判所により攻撃されているにすぎない⁶²⁾。したがって、UDRP 紛争処理手続は完全に非国家的な紛争仲裁メカニズムとして見ることはできないとしても、私的な仲裁による紛争解決という伝統の上に立って、これを国家裁判所との公私協働システム、あるいはネットワー

クへと発展していると結論づけることはできよう⁶³⁾。

(2) ICANN モデルに対する評価

① 進化的憲法化のテーゼの確証

さて、以上瞥見してきた契約のネットワークとしての ICANN の構造、ドメイン名紛争の仲裁のあり方を、Lex digitalis、ひいてはその憲法化の可能性の観点からどのように評価できるであろうか。この論点につき、肯定的に評価しているのが、レナーとフィールレヒナーである。

レナーによれば、ICANN モデルは、その核心において、アメリカ商務省による契約を用いての国家権限の委譲に基づいており、したがって UDRP 仲裁機関の裁定に対するアメリカ合衆国の裁判所の大きな影響力を可能にしている。しかしその一方で、ICANN モデルの際立った特徴は、さまざまな規律機能が私人の掌中にあることに認められる。とりわけ UDRP 紛争処理手続において、契約当事者でない第三者（商標権者）の申し立てが許容されており、また、仲裁機関の裁定は私人により実施される。私人による契約ネットワークは独自の仲裁機関を創出するのみならず、国家の法実施プロセスへと接近しているのである。もちろん前述の通り、私人による秩序形成機能は、アメリカ商務省の監督、国家の裁判所の影響力により相対化されているけれども、ICANN モデルは、少なくとも、私人の自己規律と国家の規律のネットワーク、ハイブリッドなものとして位置づけられよう⁶⁴⁾。

自律的な法原則の創出という点で重要であるのは、UDRP 仲裁機関において独自の強行法規範、「表現の自由による防禦」の諸原則が展開していることである。もっとも、これが可能となったのは、UDRP 紛争処理手続の二つの特性からきている。第一に、UDRP 紛争処理手続の対象は、サイバースクワッティングに限定されている。第二に、仲裁機関の裁定は公表されるため、仲裁機関は膨大な先例に依拠することができる。以上により、Fundación Calvin Ayre Foundation v. Erik Deutsch 事件は表現の自由の保護のための独自の強行的法原則を打ち立てることができたのである⁶⁵⁾。

フィールレヒナーによると、UDRP 仲裁機関の裁定例は、トランスナショナルな規律の布置の進化的憲法化のテーゼを確証するものであるという。そこでは、トイブナーにより挙げられた民間憲法化の三つのメルクマールが明確に顕れている。すなわち、第一に、民間憲法規範は、長期に及ぶプロセスの中で成立する。第二に、トランスナショナルな文脈における憲法の発展では、法定立と法適用が相互に入り込む。第三に、民間憲法規範は、それ以外の法規範の構造に隠れたままである⁶⁶⁾。前述の通り、ドグマーティク上不明確な点もあるが、UDRP 仲

裁機関は UDRP 手続規則 15 条 (a) 項の自律的な抵触ルールに従って、UDRP と UDRP 手続規則はもとより、紛争処理機関が適用可能と判断したあらゆる非国家的な法の規則と原則を選択、適用し、とりわけ非国家的法原則の適用の集積により、表現の自由の内容が創発しているといえよう。

② 条約法

もっともフィールレヒナーは、以上のようにして創発する表現の自由の内容は、ICANN という契約ネットワークの外部にある多様な利益を反映しているのか、確実ではないと指摘している⁶⁷⁾。この点を突き詰めて、ICANN モデルを仮借なく批判しているのが、コウキアディスである。

前節で述べたように、法システムと経済システムの構造的カップリングは、契約、したがって社会のコンベンション（暗黙の知）を仲立ちとしている。そして、このコンベンションという認知的資源の助けを借りて、トランスナショナルな文脈でのコミュニケーションで現れる典型的な失望事例を整理して、人が速やかに、そして確実に新しい予期を形成できるようにする点に、トランスナショナル法の機能と規範性がある。しかし、膨大な数のインターネット利用者、利害関係者、ウェブサイトに照らして、インターネットにおいてコンベンションを内包する「社会」は果たして考えられるのであろうか。Lex digitalis の前提条件を欠くのではないか⁶⁸⁾。ヴェスティンゲも、インターネットは「自律的なコミュニケーションシステム」、つまり明確な境界を有している形式ではなく、したがって少なくとも「デジタル憲法」の可能性はないと指摘している⁶⁹⁾。

こうした状況にもかかわらず、契約による Lex digitalis、ひいては「デジタル憲法」の創発を主張するのであれば、そこには特定のコンベンションと社会モデルが据えられているといえよう。このことは、契約の構造から読み取れる。ドメイン名システムにおける ICANN の独占的地位により、ICANN は一方的に標準契約を関係者に押し付けることができる。ICANN の理事会は、公益に関わる問題について規制の選択の責務を負う規制者としてではなく、団体の利益を管理する者として思考し、標準契約を通して私益を関係者に飲ませることが可能になっているのである（アメリカ商務省と契約により、一国の利益を実現することもできるといえよう⁷⁰⁾）。

この構造は、ICANN モデルの支持者が指摘している「ヘラルヒー的、脱中心的」なものというより、むしろ「ヒエラルヒー的、中心的」構造である。そして、当事者は自由な選択を有していないという点で、正当性の欠如を指摘することもできる⁷¹⁾。

ICANN モデルの以上のようなイデオロギー性と正当性の欠如を踏まえるならば、インターネット規制においては、(暴力的に)多様な利益、コンベンション、社会像の対立を調整することのできる国家の役割の再評価が起こる。もちろん、インターネットの規範的基準と原則を形成するうえで私人の役割を放棄することはできない。なぜなら、私人の技術的専門知と投資がなければ、インターネットの進化は考えられないからである⁷²⁾。そこでコウキアディスは、条約に基づくインターネット法レジームの構築を提案する。それは、諸国家とさまざまな非国家の実在(科学共同体、技術専門家、非政府組織、政府間組織、市場関係者、利益団体)からなるネットワーク、交渉と同意に基づくネットワークである⁷³⁾。

条約に基づく法レジームは、すべての利害関係者に同等の法形成力を与えない。コウキアディスによれば、こうしたネットワーク型の規制モデルが成功するためには、明確な役割に基づく、そして国家・政府、私人、市民社会、政府間組織の間の明確なヒエラルヒー構造に基づく協働スキームにより、組織化されなければならない。具体的には、利害関係者による議題設定、利害関係者間の交渉による起草、国家・政府代表者による起草案、最終的な条約の採択という段階を踏むが、最終段階において国家・政府の役割が重視されているのは、技術的、テクノロジー的、認知的、経済的「体制」の構築を避けるためである。法形成の基礎は、「認知」ではなく、「政治的、価値的」なものだからであるという⁷⁴⁾。

ここでの条約は、通常、多数国間条約を特徴とし、国家の意思が共通の目的の実現のために同一方向に向いている「立法条約」である。そして、コウキアディスによれば、こうした立法条約は二国間条約を特徴とし、相互間の利害調整のための「契約条約」を覆すことのできる強行規範(ius cogens)、「憲法規範」としての性格を有する⁷⁵⁾。

3. トランスナショナル・デジタル憲法の可能性

以上のように、ICANN モデルを分析する論者は、Lex digitalis とその憲法化の可能性の評価をめぐり、大きく分けて、二つの陣営に分かれる。一方で、仲裁機関を含む裁判所を法システムの中心に据えたうえで、契約に依拠するトランスナショナルな社会の法、そこから創発するトランスナショナル憲法の可能性を基本的に肯定するレナーのような見解がある。それは、トイブナー説に対してある程度肯定的な評価を下すものである。他方で、ICANN モデルの正当性を批判し、Lex digitalis とその憲法化の可能性を否定する、そのうえでius cogens の性格を有する条約に基づく法レジームを強調するコウキアディスのような所説がある。

では、こうした対立をどのように考えるべきであろうか。ここでは、まず、トランスナシ

ナル・デジタル憲法の骨格をなす基本権（いわゆるデジタル基本権）のあり方を中心にして、以上の対立を検討しておきたい。

(1) 客観法としてのデジタル基本権

最初に、ICANN モデルの中枢を担う UDRP 紛争処理手続の対象は、サイバースクワッティングに限定されていることを確認しておきたい。これにより、前述の通り、UDRP 仲裁機関は表現の自由の保護のための独自の強行的法原則を打ち立てることに集中できたのである。しかし、当然のことながら、インターネット規制の問題は、商標権と表現の自由の対立に限定されるわけではない。通信の秘密、個人情報保護、プライバシー権、「忘れられる権利」など、さまざまな基本権が関係している。それに加えて、インターネット規制の文脈では、基本権の客観法的側面がきわめて重要な役割を果たしている。この客観法的側面がとりわけ、一般論としていえば、条約に基づく法レジームを求めているように考えられる。

では、インターネット規制の文脈で重要な働きをしている基本権の客観法的側面とはどのようなもので、それがなぜ条約に基づく法レジームを求めているのか。この点を検討するにあたり、まずは、基本権一般の機能ついて見ておく必要がある。

① 社会的認知と基本権

基本権の基本は「自由権」であり、この自由権は、一般に、個別具体的な規範目的を含まない「消極的」な構造を有するといわれている。この消極的自由権の意義は、社会の共有信念の形成を可能にする点にあるといえよう。

個人がそれぞれ自由を行使することにより、外的利害状況を共鳴板としながら⁷⁶⁾、彼らなりの「自由の構想」の擦り合わせが行われる。それを通して自由のあり方についての社会の共有信念（コンベンション）が形成、集約される。個人はその実現に向けて行動するよう仕向けられ、その結果として自生的な社会秩序（ルール）が顕在化する。このルールを踏まえて各人がさらに具体的な行為を実践し、社会の消極的、積極的外部効果が顕れる一方、各人はそれを反省、学習することにより社会秩序に対し再帰的に影響を及ぼすことができる。

消極的自由権は、以上のように、行為の自由と状態の保障の二局面から順次構成されるメカニズムを介することにより、社会の自己組織化、秩序形成に奉仕するといえよう。しかし、共有信念ひいては社会秩序の質を保証するのは、あくまで個人の自由（＝行為）の実践である。

自由の構想は、その共有信念の枠組みに対応して、生活・社会関係ごとに信教の自由、学問の自由、芸術の自由、経済的自由などの保障として具体化する。そこでは、当該生活・社会関

係の自己規律のルールそれ自体の保障（秩序構造規範としての人権規範）とこのルールの枠組みを提供する行為の自由の保障（構造規範としての人権規範）が問題となる。それらの実現のため、一方で生活・社会関係相互の自律の確保が要請される。そこから防御権的作用を導き出すことができる。他方で、生活・社会関係内部での各人の自由の機会にかかわる歪みの是正も求められる。この観点に立って、防御権的作用を超えた給付請求権、組織・手続的要請といったいわゆる客観法的作用を根拠づけることができる。これら二つの基本権作用の射程は、生活・社会関係ごとの所与の共有信念を析出したうえで、それと問題の国家措置との距離をはかることにより見極めることができよう⁷⁷⁾。

② デジタル認知と基本権

以上の洞察は、「社会世界において行動する個人こそが常に、脱中心的な決定権の帰属に対する準拠点として機能してきた」⁷⁸⁾ことに注目する自由主義的基本権理論を、共有信念の形成・反省プロセスの保障という社会的認知論の観点から再構成するものである⁷⁹⁾。しかし、人間とコンピュータの関係は、このような社会的認知に基づくものではない。この関係は、次のようなハイブリッドな結合連関としての性格を有しているように考えられるからである。

利用者は、主観的意図としては、行為の自由の実践としてコンピュータ（情報技術システム）を「道具」として扱うであろう。しかし、この利用行為とともに、情報技術システムは「自己の活動により数多くのさらなるデータ」を創出する⁸⁰⁾。利用者と情報技術システムとの動的で交互の運動、それによる二つの行為プログラムから一つの包括的な行為プログラムの構築により「ハイブリッドなもの」が生ずる。このような「ハイブリッドなもの」は、相互に接続することにより、メディア性を帯びる。インターネットは、ソフトウェアによる制御を通して、利用者の意識作用の発現する方法を共同主観化する⁸¹⁾（＝デジタル認知）。そして、この「デジタル認知」が「社会的認知」に多様な作用を及ぼすことになる。

このように、デジタル認知は、個人利用者と情報技術システムの間での動的で交互の運動、それによる二つの行為プログラムから一つの包括的な行為プログラムの構築、「ハイブリッドなもの」の相互接続という順に生ずる。基本権を認知理論により再構成する以上、こうしたデジタル認知の形成・反省プロセスの保障としても基本権を考察する必要が出てくる。今日の社会は、社会的認知のみならず、デジタル認知に基づいて構成されており、後者の前者に対する影響が問題になっているのである。

以上の構造を踏まえるならば、デジタル基本権の機能は、「ハイブリッドなもの」に即した側面と「メディア性」に沿った側面に分けることができる。前者に関しては、オンライン搜索

のように第三者による情報技術システムへの秘密裏の介入からの防衛という防御権的作用を考
えることができる。後者は、デジタル認知が社会的認知を枠づける可能性に着目する。この枠
づけ作用（または物象化）は、デジタルデータの伝送プロセスの機能性から出てくる。した
がって、ここでのデジタル基本権の意義は、①社会的認知の適正な自己組織化プロセスの保障
のため、②「ネットワークの技術的機能条件の安全性保障」⁸²⁾という公共的機能へと指向す
る、③インターネットにおける「行為プログラム」および「デジタル認知」の形成の反省プロ
セスを保障するという客観法的作用に認められる。

このデジタル基本権の意義は、社会的認知を基礎とする基本権と比較することにより、明確
なものとなる。

前述の通り、後者は、各個人の行為による共有信念の形成・修正プロセスの展開を前提にし
ている。基本権は、共有信念の形成・修正プロセスに伴う副作用をその都度取り除くことによ
り、このプロセスを保障することを規範目的とする。これに対して、たとえばソフトウェア等
のコードの形成・修正は、それを担う企業文化、それらのビジネス・ネットワーク、および
ネット・コミュニティ等により規定されている⁸³⁾。インターネット上の情報の獲得を目的と
する個々の利用者は、彼らの利用活動を通してコードの修正プロセスに直接参加することは、
ほとんど不可能である。なぜなら、コードは厳格な条件プログラムであり、コード自体の学習
の余地をなくしているからである⁸⁴⁾。この意味で、インターネット利用者は、コード作成・
修正に際して疎外されているといえる。確かに、情報社会のインフラを担う企業が利用者に対
して過剰な規制を行ったとしても、市場によりかかる企業は淘汰される可能性はある⁸⁵⁾。し
かし、この可能性は限定的な範囲にとどまるであろう。その理由として、以下の二点が挙げら
れる。第一に、情報財の利用者はネットワーク技術の「消費者」ではない⁸⁶⁾。第二に、収獲
増の法則が支配する知識主導型の経済において、情報処理・交換という中枢的な機能を担う
ネットワーク規格のようなものは、技術的・制度的な経路依存性を生み出し、それは、多くの
市場参加者によって変更されがたい⁸⁷⁾。

以上のように考えると、デジタル基本権の機能は、個々のインターネット利用者がコードの
形成・修正に直接参加できない状況を踏まえた以下の点にあることになろう。すなわち、経済
的、教育（政治）的環境の諸要求にさらされているコードの作者がデジタルデータの伝送プロ
セスの機能性に向けて反省するように促す規律を国家に要請することにより、コード形成・修
正の学習能力を高めるという機能である⁸⁸⁾。

ここで客観法としてのデジタル基本権が国家による規律を要請しているのは、デジタル認知
が社会的認知に対して及ぼす（悪）影響を踏まえてのことである。前述した通り、ICANNモ

デルに肯定的なトイブナー説などは、社会の共有信念（コンベンション）を媒介にして法の規範性と機能を再構成しようと試みているように思える。しかし、インターネットの文脈では、（歪みのない）共有信念を前提にすることはできない。したがって、「認知的」ではない「政治的、価値的」な法形成を包括的に担う国家の役割が前面に出てくるのである。そして、デジタル基本権のトランスナショナルな次元では、コウキアディスの主張するように、条約に基づく法レジームが求められることになるだろう。

(2) トランスナショナル憲法の体系化

① 適用優先ルール

実は、ICANNモデルに肯定的な評価を下していたレナーも、トイブナーの民間憲法論に対しては、さまざまな社会領域の法化に対してアプリアリに正当性が付与される一方、実際の権力化プロセスが視野の外に置かれてしまうと批判していた⁸⁹⁾。この批判は、とりわけデジタル認知による社会的認知の物象化を考えれば、きわめて説得的である。しかし、ICANNモデルを分析したうえで、契約に依拠するトランスナショナルな社会の法、そこから創発するトランスナショナル憲法の可能性を基本的に肯定するレナーの見解は、以上のような彼の批判と矛盾しないのであろうか。この疑問を解消するためには、レナーにより提案されたトランスナショナル憲法の構造上の体系を見ておく必要がある。

レナーは、レジームごとに断片化したトランスナショナル法の構造を分析したトイブナー説を支持したうえで、この構造に「グローバルな政治」を関連づけようと試みている。このグローバルな政治は多面的であるため、レナーは以上の関連づけを整理、体系化し、この体系から出てくる様々な形式の強行法の協働こそが、強行的トランスナショナル法、すなわちトランスナショナル憲法概念を正当化すると指摘している。

強行的トランスナショナル法は、同じ対象を規律する強行規範の適用についての優先ルールの形をとる。優先して適用されるべきなのが、自動執行力のある国際条約法と国際慣習法、そして法比較により突き止められる法の一般原則である。しかし、以上の規範の欠缺により補完が必要となる場合、国内法の強行法規を適用せざるをえず、それを指示参照する抵触規範が求められることになる。レナーは、国際私法の特別連結理論（第三国の絶対的強行法規の特別連結の可否に関する理論）を参照しつつ、国内法の強行法規の適用のための三つの一般的な原則を展開している。第一は、国内法の強行規範の普遍化可能性を問う「関連性基準」である。国内法の強行法規は、国際的に承認された法的基準の表現であるほど、それだけに考慮に値する。第二は、実態に対する関係法秩序の近接関係を問う基準である。問題の法秩序が実態と近

い関係にあるほど、それだけにいっそう、この法秩序の強行法規の適用が正当化される。この近接関係を判断するための重要なファクターは、履行地、当事者の通常の居住地、および可能な執行地である。第三に、ルール違反の重大性を問う基準である。当事者の自律に基づくルールが強行法規から逸脱する程度が低いほど、それだけに後者の適用は正当化されがたい⁹⁰⁾。

② トランスナショナル・デジタル憲法の位置づけ

さて、以上のような強行規範適用の優先関係は、政治は、世界規模の次元を有する自己言及的な社会的機能システムである一方、国民国家という領域的なセグメントが実効的なままであるという二重構造を前提にしている⁹¹⁾。

優先して適用される国際条約法、国際慣習法、法の一般原則は、国際法の法源として国際司法裁判所規程第38条で定められているものである。コウキアディス説の強調する法レジームは、このうちの国際条約法として整理されることは言うまでもない。

レナーによれば、この国際条約法は国際政治のコンセンサスを反映させたものである必要があるという。しかし、こうしたコンセンサスは直ちに想定されがたいため、トランスナショナル強行法としての国際条約法の適用は、伝統的な国際法の法理に一致させて、規範それ自体において自動執行力を有していなければならない。すなわち、かかる規範は、内国の執行行為を要求する必要はなく、十分明確に規定されていなければならない、そして個人の行為を正当化または義務づけることができなければならない。加えて、特定の国家機関ではない国際仲裁機関による法適用が問題になっているため、普遍的な構成資格に基づく法規範である必要がある。レナーは、以上の条件を満たすのは、個人保護規範を有している人権条約くらいであると指摘している。

このように、トランスナショナル強行法としての国際条約法の数は限られているのではあるが、その成立はいわゆる「国際法の憲法化」（個人保護機能の獲得、*ius cogens* と *erga omnes* な義務の形成による国家意思の制限）の流れの中で把握されよう⁹²⁾。レナーはこの傾向を、包括的な主権概念の限定化を目的とする個人の主観的権利の強化、権利侵害に対する個人の国際法上の責任の拡大をめぐる議論として把握することにより、「国際法の民間化」としても特徴づけている⁹³⁾。仮に、デジタル基本権をトランスナショナルな次元で現実化する立法条約が、デジタルデータの伝送プロセスの機能性の阻害を禁止するために、情報の流れを形作るアルゴリズムの文脈において「ブロッキング」を禁止する規定を置いているとしよう。この規定は、国家（およびサービスプロバイダ等の私人）を拘束して、個人の「知る権利」あるいは「インターネットの自由」を強化するものであるため、トランスナショナル強行法として位置

づけられうるように思われる。

もっとも、この種の立法条約が存在しない場合には、まずは日本国憲法第21条2項の「通信の秘密」などの解釈によりデジタル基本権を承認し、電気通信事業者に対して通信検閲の禁止（第3条）と通信の秘密の保護（第4条）を課している電気通信事業法をかかるとしてデジタル基本権を具体化した法律として位置づける必要がある。そうすれば、少なくとも強行的トランスナショナル法の第二ランクにある抵触法により、国際仲裁機関等が以上の国内強行法を適用する可能性が開かれる。また、この適用を様々な国の裁判所や国際仲裁機関が観察することにより、日本のデジタル基本権、電気通信事業法がそうした国々やレジームの法状況に影響を及ぼすことも考えられ、ひいては第一ランクにある国際法の法源としての「法の一般原則」の解釈の中に取り込まれることもありえよう。加えて、政府レベルの相互観察により、立法条約の制定の契機になるかもしれない。

他方で、レナーは、コウキアディス説とは異なり、強行的トランスナショナル法を第一次的に規定するのは国際条約法ではなく、いま述べた「法の一般原則」であると指摘する。レナーは、次のように分析している。

法の一般原則は、すべての国家の法秩序の基礎にある強行的な原則であり、法比較の手法により突き止められなければならない。しかし、比較の基礎をさまざまな法域にとって代表的な法秩序に限定せざるをえないという選択の契機により、国際仲裁機関は、法の一般原則の探求において、法を発見するのではなく、法を定立している。したがって、国際仲裁機関は、グローバルな市民社会の圧力のもと政治的構造決定を行っているものの、それは法的論証の強制に結び付けられている。法の一般原則は、決定の根拠づけのための法的論証の準拠点を提示する原理としての性格を有している、換言すれば、政治的ディスクルスと法的ディスクルスの構造的カップリングを果たしているのである。法的ディスクルスにおいて、原理は衡量の視点として機能し、論証上の考慮義務を確立する。それに基づく衡量プロセスにおいて、包摂能力のある事例規範が発展し、強行法として適用されることになる⁹⁴⁾。

UDRPモデルに即していうと、先に指摘したように、UDRP手続規則15条(a)項の自律的な抵触ルールに従って、UDRP紛争処理機関は、それが適用可能と判断したあらゆる「法の規則と原則」を選択、適用し、表現の自由の内容を彫琢してきた。この「法の規則と原則」は、第一レベルの「法の一般原則」と同じ機能を果たしていることは、もはや論を俟たない。

以上のように、レナーにより提案されたトランスナショナル憲法の構造上の体系を踏まえるならば、優先して適用される国際条約法、国際慣習法、法の一般原則のうち、コウキアディスは国際条約法を、レナーは法の一般原則をトランスナショナル憲法の核心として把握している

という違いが認められる。とりわけレナー説は、UDRP モデルを視野に入れつつ、国際仲裁機関等は法の一般原則に依拠しつつ、グローバルな市民社会の圧力を考慮して政治的構造決定を行っていることを真正面から承認しており、この点で市民社会の学習圧力による人権の創発を指摘するトイブナー説と接続しうる。ただし、UDRP 紛争処理手続に関しては、その対象が限定されているため、市民社会による異議申し立てが効果を発揮するともいえる。トランスナショナル憲法の体系上、インターネットを包括的に規律する場合には立法条約、それが機能しない場合には第二ランクに属する抵触法が焦点となる一方、法の一般原則により市民社会の学習圧力による人権の創発の可能性を残しておく。こうした比重化が、インターネットの文脈では妥当であるように思われる。

おわりに

グローカリゼーションの構造上の特長の一つは、さまざまな国の裁判所や政府、さまざまなレジームとその仲裁機関、そして市民社会が、多様な法とその適用状況、法妥当要求を相互に観察することを可能にしている点にあるように思える。民間憲法の可能性を過大評価せず、また、国家憲法の機能を過小評価せず、さまざまなレベルの相互観察を可能にする枠組みを提供することが、グローカリゼーションのなかにあるトランスナショナル憲法の役割であるといえよう。

注

- 1) 上杉富之「グローカリゼーションと越境——グローバル研究で読み解く社会と文化——」上杉富之編『グローカリゼーションと越境』（成城大学民俗学研究所グローバル研究センター、2011年）9頁以下。
- 2) 第1節の記述は、西土彰一郎「トランスナショナル憲法の可能性」井上典之・門田孝編『浦部法穂先生古稀記念 憲法理論の展開』（信山社、近刊）を、第3節の記述は、同上論文および西土彰一郎「デジタル基本権の位相」鈴木秀美編『憲法の規範力とメディア法』（信山社、2015年）239頁以下を下敷きしている。
- 3) *Gunther Teubner*, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *ZaöRV* 63, 2003, S.1ff.
- 4) 動的連関の中で差異に基づき思考する社会システム理論を法理論プログラムとして用いることの意味については、トーマス・ヴェスティンク〔毛利透＝福井康太＝西土彰一郎＝川島惟・訳〕『法理論の再興』（成文堂、2015年）Rn.6-18を参照。それによると、システム理論の法理論プログラムとしての意義は、法理論と社会理論の連関を打ち立てたこと、つまり、普遍的な社会理論としてのシステム理論による法の啓蒙、法の実践の法学的反省のためのメタ理論にある。法学的反省、換言すれば法の反省理論は、解釈学の盲点を明るみに出し、概念規定の偶然性を指摘する。ルーマンは、この反省理論を法システム内での自己記述として位置づけているが、作動において閉鎖的な法システムの分出化は持続的なセカンド・オーダーの観

- 察により可能となる以上、学問的観察から完全に切り離すことはできない。法の反省理論は、法学的法理論なのであり、そこから学問システムの全般的発展との接触を保ち、その発展の法システムへの移行可能性について反省・審査すること、つまり、法システムと学問システム間の「国境往来者」であり続けることが求められることになる。システム理論による法の啓蒙とは、法の反省理論に対して、「国境往来者」であることの自覚を促す点にある。Vgl. auch *Lars Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 204.
- 5) 国境を越える法は、世界法、グローバル法、トランスナショナル法などと多様に呼称されている。ここで、*L. Viellechner* (Fn. 4), S. 159ff. の検討と結論に従って概念を整理しておきたい。まず、(1) 世界法とは、①国家間の法(国際法)、②「国際法の憲法化」、「国際法の民間化」として転換しつつある国際法、③自律的なトランスナショナル法、からなる複合的な全体法秩序を指す。(2) 世界法を構成する自律的なトランスナショナル法とは、次のような法として理解される。①国境を越える実態に関わる、②個人的利益、公益のいずれをも規律する法である。その際、この法は個別の実態領域に限定される。③主として、非国家的アクターにより、契約形式で定立される法である。この法は、多くの法秩序が有している法の一般原則により補完されるとともに、独自の紛争解決メカニズムの設定により、他の法秩序からの相対的な独立を得る。(3) グローバル法は、世界法と同様、国際法の転換を特徴づけるために用いられるものの、後者と異なり、世界規模での統一的な法として理解されている。ただし、この法は、西洋の法伝統の内部でのみ生じている現象にすぎないと批判されている。
 - 6) *Andreas Fischer-Lescano*, *Globalverfassung-Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, 2005, S.16.
 - 7) *Moritz Renner*, *Zwingendes transnationales Recht-Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, 2011, S.206ff. 法国家主義と法多元主義の対立を、前述の脚注4) で示した「システム理論による法の啓蒙」の観点から捉え直すと、次のようになろう。学問システムによる法の多元化現象の観察を、法システムが再参入、反省することが重要である。その際、各法秩序の内的(参加者)視点から、すべての法秩序が(国際法を含む)国家法に収斂されるのか、あるいはそれに収斂されないものを含むのか判断し、前者の場合であれば法国家主義、後者の場合には法多元主義を主張することになる。Vgl. auch *L. Viellechner* (Fn. 4), S.190f.
 - 8) *Niklas Luhmann*, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 9, 1990, 202. 構造的カップリングとは、相互に自律的で閉鎖的でありながら、相互のシステムの環境条件をつくり出しているようなシステム間の関係を意味する。N. ルーマン〔馬場靖雄=上村隆広=江口厚仁・訳〕『社会の法2』(法政大学出版局、2003年)578頁を参照。
 - 9) *A. Fischer-Lescano* (Fn. 6), S.211.
 - 10) *M. Renner* (Fn. 7), S.232.
 - 11) *Gunther Teubner*, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, p.65.
 - 12) *G. Teubner*, supra note 11, p.107. 同133頁によると、政治的憲法は、反省的権力プロセスを安定化するために、権力的地位を「権限」、「主観的権利」、「人権」として法化する。この三つの構造的構成要素において、権力メディアの形式は脱中心化する。権力コミュニケーションは、近代の政治では、法的地位という形式での権力ゲームとして上演される。政治プロセスの作動は、権力の構造的要素である権利の形式において実行される。権力というコンパクトなメディアは、その個々の構成要素としての権利へと溶解する。権利は、権力編成プロセスにおいてブロックを形成するために用いられる。
 - 13) *G. Teubner*, supra note 11, p.107.
 - 14) *G. Teubner*, supra note 11, pp.105-107によると、法が社会システムの自己・基礎づけプロセスに入り込むのは、社会システムがその自律を完全に成し遂げることができないときである。こうした事態が生ずるのは、①社会システムが、それ固有のファースト・オーダーの作動とセカンド・オーダーの作動により適切に閉鎖されえないとき、あるいは②反省的な社会プロセスが自己を安定化できないとき、あるいは③反省的な社会プロセスがそのパラドックスにより麻痺してしまうとき、である。本文で述べた、政治システム

の循環性の問題の第一は②、第二は③に対応する。なお、①のいうファースト・オーダーの閉鎖とは、「社会システムが、自ら生み出した作動を相互に結び付け、それにより自己を環境から区別すること」、セカンド・オーダーの閉鎖とは、「社会システムが、自己の作動を反省的に自己の作動に適用すること」を意味している。

- 15) *G. Teubner*, supra note 11, p.107.
- 16) *G. Teubner*, supra note 11, p.43.
- 17) Vgl. *A. Fischer-Lescano* (Fn. 6), S.212. もっとも、フィッシャー＝レスカーノも指摘しているように、国家は、現在の世界政治システムにおける集団的拘束力のある決定という世界社会にとって不可欠な機能を、文化、気候、経済、そしてエコロジー上、地域的に多様な諸条件に向けさせる点で、その重要性を維持したままである。ただし、いずれにせよ国家は、世界政治システムの部分システムに他ならない。国家は世界社会の政治システムに依存するようになるのである。Vgl. *ders.*, S.101.
- 18) ゲンター・トイブナー〔瀬川信久・編〕『システム複合時代の法』（信山社、2012年）7頁以下（尾崎一郎・綾部六郎・訳）。社会システムの根本要素であるコミュニケーションのメディアの差異（権力、貨幣、真実など）により社会システムの機能分化が進展すると現在の現状認識のもと、基本権の機能をメディアの相違に着目して各コミュニケーションの機能性を保護し、現代社会の機能分化それ自体を保障する点に見出したルーマンの『制度としての基本権』論も、法と政治の構造的カップリングに彼の憲法概念を限定しているとはいえ、「民間憲法」問題を正確に捉えているといえよう。ニクラス・ルーマン〔今井弘道＝大野達司・訳〕『制度としての基本権』（木鐸社、1989年）を参照。
- 19) トイブナー・前掲注（18）13頁。
- 20) *G. Teubner*, supra note 11, pp.43-44.
- 21) トイブナー・前掲注（18）14頁以下。
- 22) *L. Viellechner* (Fn. 4), S. 63.
- 23) *L. Viellechner* (Fn. 4), S. 124, S.204
- 24) *M. Renner* (Fn. 7), S. 211f.
- 25) ただし、トランスナショナルの文脈では、規範的予期の確保という法システムの機能を反省しておく必要がある。*L. Viellechner* (Fn. 4), S.108f, S.125f. は、ルーマンの見解を参照して、まず次のように述べている。過去において社会は、失望の場合にも維持される規範的形式の予期形成を、学習の用意があり適応能力もある認知的形式よりも、優遇してきた。誰も好んで、まだ不確かな変化に同意を与えようとせず、失望の場合にも学習しようとしないので、規範的形式の予期形成についてのコンセンサスは得られうる。ゆえに、不自然で非蓋然的な行為態様は、常に失望とはかわりなく制度化された。宗教、政治、法のような規範に指向する社会システムは、以上に対応して社会的進化のための最重要なリスクの担い手に数え上げられよう。これに対して、経済、学問、技術のように世界規模のコンタクトを可能にする社会システムは、認知的な予期様式を特徴づける。したがって、世界社会は、機能ごとに構造化されたきわめて高度な複雑性は、既存の予期の抗事実的な執着よりも、学習プロセスによってより良く対応されることに照準を合わせている。失望に対処する唯一の形式に執着することは、社会にとって負担できないリスクを背負い込むため、認知的予期は規範的予期に取って代わることはないものの、前者が支配的なトランスナショナルな文脈での法は、その機能と規範性を変化させつつある。トランスナショナル法の機能とは、すべての部分システムの学習能力の構造的条件を規範化で支えることであり、その規範性とは、認識された問題の解決のために構想され、効力をもたされ、試行され、経験上の基準により修正される行為モデルの形式を帯びる、つまり、予期の恒常性を、それが有意義であるように思える限りで確保するという性格を意味するにすぎなくなる。

規範的閉鎖性（＝予期に従ったことにより消極的外部性といった失望が発生したとしても、この予期を修正してはならないことを意味する）を維持するとしても、*Marc Amstutz/Vagias Karavas*, *Weltrecht: Ein Derridasches Monster*, in: *G. -P. Calliess/A. Fischer-Lescano/D. Wielsch/P. Zumbansen* (Hg.),

Soziologische Jurisprudenz, 2009, S.665 は、認知的資源の助けを借りて、トランスナショナルな文脈でのコミュニケーションで現れる典型的な失望事例を整理して、人が速やかに、そして確実に新しい予期を形成できるようにする点に、トランスナショナル法の機能と規範性を見て取っている。これは、ルーマン説における認知的開放性と規範的閉鎖性の関係をさらに進めて、認知的予期（コンベンション）をプログラムのレベルで取り入れるだけでなく、積極的に新しい認知的予期の形成を制御する考え方であるといえよう。ここに、トランスナショナル法の「憲法化」の要素がある。さらに参照、ヴェスティン・前掲注(4) Rn. 126 以下、Rn.190.

- 26) レナーによれば、法システムの内部構造は、中心と周辺の違いとして記述される。法ディスクルスの中心にあるのが、裁判所である。なぜなら、裁判所は、決定強制のもと、法/不法コードに依拠して拘束力のある言明を行うからである。これに対して、同意に基づく法産出形式は、法律であれ契約であれ、決定強制のもとにない。その機能は、法システムの周辺として意識的に開かれたままにして、法システムにおいて重要となるような法外の実態を選択する点にある。Vgl. *M. Renner* (Fn. 7), S. 209. トランスナショナル法では、裁判所と契約の関係が中心になるといえよう。
- 27) Vgl. *A. Fischer-Lescano* (Fn. 6), S.220.
- 28) *G. Teubner* (Fn 3), 14f.
- 29) *G. Teubner*, supra note 11, pp.81-82. *Poul F Kjaer*, Law and Order Within and Beyond National Configurations, in: *P. F Kjaer, G. Teubner and A. Febrajo* (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*, 2011, pp.398-403. によれば、社会システムの自己「反省」、他の社会システムに対する「給付」、そして社会全体に対する「機能」の間の比重が、システムで異なることにより、社会システム間の衝突、危機の現れ方に違いが生まれるという。

例えば、まず、芸術、学問、宗教といったシステムは、これらが依拠しているコミュニケーション・メディアの浸透性と流動性のため、他のシステムと比べて「反省」の比重が強い。したがって、こうしたシステムのコミュニケーション形式は、社会環境において攪乱として現れる傾向にあり、このことはこうしたシステム内部で、一時的であるとはいえ独創的な脱・分化の形式をシステム命令にまで高める傾向にある（真実の愛はあらゆる障害をものともしなくと想定されるように、芸術はシステムの障壁を壊そうと試みる）。

次に、政治システムは、領土の（再）構築と拘束力ある集団的決定の生産という社会的「機能」の比重が大きい。政治システムが再生産する任務はきわめて基本的なものであるけれども、社会全体に対する機能の再生産に比較的強く焦点を合わせることは、政治システムが国家の形式で扱っている任務の範囲を同様に強く縮減することに反映されている。政治システムは、反省を強調するシステムと比べて、より緊密な意味生産を可能にするが、政治的言語の到達範囲の限定性という代償を払うことになる。こうした性格が、政治システムが生み出す危機の形態にも現れている。すなわち、多くの政治的危機は、政治プレイヤーの小さなサークルに影響を与えるにすぎないものの、全体主義国家が示しているように、一定の条件のもと、突然の膨張による予期できない進化的飛躍を遂げることもある。この場合、他のシステムの意味生産の縮減を惹き起こす。しかし、このような膨張は、システムの過剰な拡大であるため、後に内破する。

最後に、法システムと経済システムでは、他の社会システムに対する「給付」の比重が大きい。社会システムは、その作動において、そして環境の反省のなかで、法の枠組みや法的道具に依拠しているため、法システムはそれ以外の社会システムに対して深いインパクトを有している一方、法システムは包括的な枠組みを提供するにすぎず、深刻なコンフリクトの場合に発動されるだけの「バックアップ・システム」にとどまるため、政治的作動と比較して、法化という法の作動により惹き起こされる副次的ダメージの程度は小さい。また、機能システムの多くは、経済資源の恒常的な流れに依拠することがなければ作動できないため、経済システムと緊密にカップリングしている（したがって経済システムのグローバル化が他の機能システムのグローバル化を促す傾向にある）。経済システムの貨幣メディアは社会システムの日常的

作動において広く用いられるため、恐慌といった経済的危機は頻繁に疫病のように広がってしまう。しかし、社会システムの、経済的合理性への適応は、予算の文脈で明らかなように、各社会システムの機能的合理性が依拠している組織という枠組みで生じるため、社会システムの固有の機能的合理性を消滅させず、選択されるべき可能な作動の領野を間接的に縮減するにすぎない。したがって、経済システム内の危機は、他の社会システムの完全性の崩壊に至ることはめったにない。

- 30) *G. Teubner* (Fn. 3), 10. したがって、「憲法定権力」は、「コミュニケーション的潜在力」として理解される。*G. Teubner*, supra note 11, pp.61-65.
- 31) トイブナー・前掲注 (18) 14 頁。
- 32) *G. Teubner*, supra note 11, pp.88-94.
- 33) *G. Teubner*, supra note 11, pp.94-101. トイブナーは「認知的なものから規範的なものへと飛躍するためには、『政治的』議論と決定が必要なのではないか」という問題意識から、社会領域の政治化を主張している。「我々は、もちろん、この政治的要素を性急に国家の政治への連結と同視することを控えなければならない。(中略) 広義の政治的決定、つまり公益に関する決定は、政府だけではなく、社会における多くの場所で、とりわけ経済においてなされている。ここに民間憲法の潜在性がある。なぜなら、民間憲法は、政治の外にある政治のための基礎を提供するからである。社会体制の自律は、科学的根拠や競争メカニズムに基づいているのではなく、経済内部での政治的憲法化に基づいている」。 *G. Teubner*, supra note 11, p.32.
- 34) *G. Teubner*, supra note 11, p.117.; vgl. *A. Fischer-Lescano* (Fn. 6), S.151f. ルーマン・前掲注 (8) 445 頁以下によると、法システムの中には裁判権を担当する組織が位置している。なぜなら、裁判拒絶の禁止の原則により、裁判権を担当する組織は、法に関するあらゆる問題に対して決定をくださなければならないという作動の強制を受けるからである。これに対して、契約の締結や立法といった「周辺部においては、作動が強制されるようなことはない。そこでは、あらゆる利害を持ち出すこともできるし、力でそれを貫徹することも可能である。適法な/不適法なという区別を問題にしなくてすらいいかもしれない。まさにそれゆえに周辺部は、全体社会の他の機能システムとの（たとえば、経済、家庭での家族生活、政治などとの）コンタクト・ゾーンとして役立つのである」。
- 35) *G. Teubner*, supra note 11, pp.105-107.
- 36) *G. Teubner*, supra note 11, p.106. 言い換えると、法の観点からは、社会システムにおける歴史的に変化する反省の結果である基本原理を、法システムに再参入し、実体的憲法原理として再構成する（ゆえに、憲法は、決定手続に縮減されえない）一方、社会システムの観点からは、これまた歴史上の反省の結果である法原理を、社会システムに再参入し、社会の構成原理として再構成する。*G. Teubner*, supra note 11, p.112. したがって、憲法を法的現象に還元するケルゼンも、社会的現象に還元するシュミットも、ともに批判されることになる。
- 37) *G. Teubner*, supra note 11, pp.110-113.
- 38) *G. Teubner*, supra note 11, pp.127-128; *A. Fischer-Lescano* (Fn. 6), S. 24f.; ルーマン・前掲注 (8) 733 頁。
- 39) *G. Teubner*, supra note 11, pp.128-129.
- 40) See *G. Teubner*, supra note 11, pp.133-145.
- 41) *G. Teubner*, supra note 11, pp.157-158 によれば、ヴェスティングの主張する、一つの包括的な憲法というシンボリックな次元が意味をもつのは、統一的な *ordre public transnational* がある「かのように」という様式である。「憲法の『統一性』は、文化領域のなかでの『想像上の作り事』の産物として、そして『フィクションたる現実』としてのみ理解されうる。各レジームは、その想像上の世界憲法をホログラフィーかのように（すなわち、見る地点によって公益が違って見える透視図かのように）展開する。レジームはこの世界憲法に向けて作動するとともに、そのオプションを制限する」。
- 42) See *G. Teubner*, supra note 11, pp.150-162.
- 43) *G. Teubner* (Fn. 3), 7; *G. Teubner*, supra note 11, p.10, 60, pp.132-134.

- 44) *M. Renner* (Fn.7), S.170.
- 45) トイブナー・前掲注(18) 18頁。
- 46) *M. Renner* (Fn.7), S.176f.
- 47) *M. Renner* (Fn.7), S.183f. 同様に、国際仲裁裁判所により、Lex informatica (Lex digitalis) として実体的ルールの安定したストックが電子商取引の分野で形成されてきた。UDRPはこのようなLex informaticaの表現であるという。
- 48) *M. Renner* (Fn.7), S. 184, S.186.
- 49) *M. Renner* (Fn.7), S.185f.
- 50) *M. Renner* (Fn.7), S.186.
- 51) *M. Renner* (Fn.7), S.185f.
- 52) WIPO D2000-0190.
- 53) WIPO D2000-0190.
- 54) *L. Viellechner* (Fn. 4), S. 258.
- 55) WIPO D2007-1379.
- 56) WIPO D2007-1461.
- 57) WIPO D2004-0206.
- 58) WIPO D2007-1947.
- 59) 「混乱させるような類似性」に該当することは排除されないため、問題を「正当な利益」、「不正な目的」というそれ以外の構成要件で処理するものとして、例えばWIPO D2008-0253など、他方で「混乱させるような類似性」に該当しないと判断するものとして、例えばWIPO D2000-1015などがある。
- 60) 否定するものとして、例えばWIPO D2004-0206など、正当化理由があれば肯定するものとして、例えばWIPO D2000-1647など。
- 61) *Barcelona.com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona*, 330 F. 3d. 617 (4th Cir. 2003)
- 62) *M. Renner* (Fn.7), S. 180f.
- 63) *M. Renner* (Fn.7), S. 183.
- 64) *M. Renner* (Fn.7), S. 181ff.
- 65) *M. Renner* (Fn.7), S. 197.
- 66) *L. Viellechner* (Fn. 4), S. 262ff.
- 67) *L. Viellechner* (Fn. 4), S. 264.
- 68) *Dimitrios Koukiadis*, *Reconstituting Internet Normativity*, 2015, p.289.
- 69) *Thomas Vesting*, *Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner*, in: *C. Joerges, I.-J Sand, T. Teubner* (Ed.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, p.38.
- 70) *D. Koukiadis*, *supra* note 68, p.292.
- 71) *D. Koukiadis*, *supra* note 68, pp.263-264, p.266.
- 72) *D. Koukiadis*, *supra* note 68, p.292.
- 73) *D. Koukiadis*, *supra* note 68, p.308.
- 74) *D. Koukiadis*, *supra* note 68, pp.309-310.
- 75) *D. Koukiadis*, *supra* note 68, pp.313-314.
- 76) 大塚久雄『社会科学における人間』(岩波新書、1977年) 150頁。
- 77) 以上につき、西土彰一郎『放送の自由の基層』(信山社、2011年) 284頁以下を参照。
- 78) *Vagias Karavas*, *Grundrechtsschutz im Web 2.0: Ein Beitrag zur Verankerung des Grundrechtsschutzes in einer Epistemologie hybrider Assoziationes zwischen Mensch und Computer*, in: *C. Bieber/M.Eifert/T. Groß/J.Lamla* (Hg.), *Soziale Netze in der digitalen Welt*, 2009, S.315.
- 79) *V. Karavas* (FN 78), S.315.; *Vagias Karavas*, *Das Computer-Grundrecht*, in: *WestEnd* 2010, 100.

- 80) Vgl. BVerfGE 120, 274, 305.
- 81) 参照、廣松渉『世界の共同主観的存在構造』（勁草書房、1972年）32頁。
- 82) *Thomas Vesting*, Die innere Seite des Gesetzes, in: *I. Augsburg* (Hg.), *Ungewissenheit als Chance*, 2009, S. 55f.
- 83) *Thomas Vesting*, The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards, *German Law Journal* Vol.5 No.6, 2004, pp.655.
- 84) *G. Teubner* (Fn. 3), 16.
- 85) 曾我部真裕「自由権——情報社会におけるその変容」法学セミナー 688号（2012年5月）14頁。
- 86) *Julie. E. Cohen*, *Configuring the Networked Self*, 2012, p.179.
- 87) *J. Cohen*, p.181.; *T. Vesting*, *supra* note 83, pp.660.
- 88) *Vagias Karavas*, *Digitale Grundrechte*, 2007, S.191. 規律の具体的内容については、参照、西土彰一郎「デジタル基本権の位相」鈴木秀美編『憲法の規範力とメディア法』（信山社、2015年）243頁以下。
- 89) *M. Renner* (Fn.7), S.239f.
- 90) *M. Renner* (Fn.7), S. 248ff.
- 91) *M. Renner* (Fn. 7), S. 241ff.
- 92) *L. Viellechner* (Fn.4), S.85ff., 255ff.
- 93) *M. Renner* (Fn. 7), S. 226.
- 94) *M. Renner* (Fn. 7), S. 259ff.