

法的思考様式のアイデンティティをめぐって(一)

江口, 厚仁
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1953>

出版情報 : 法政研究. 58 (4), pp.255-294, 1992-03-26. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

法的思考様式のアイデンティティをめぐって（一）

江口厚仁

はじめに

第一章 法化論の視角から

第一節 法と社会の自律性

第二節 自己言及的システムとしての法

第三節 多様化する法思考（以上本号）

第二章 法的思考様式の自律性と手続化

第三章 法的思考様式の現代的課題

おわりに

はじめに

論 説

一般に「法的なものの方・考え方」が意識される場合、それは他のコミュニケーション領域で営まれている思考

法とは異なる固有の特性をもつものとして理解されるのが通例であろう。言い換えるなら、「人は法的論理とか法的推論とか法解釈とかを語る時、ごく常識的な仕方、他の領域とは異なる法独自のイメージを画いている⁽¹⁾」という認識それ自体が「常識的」に受け入れられているのである。そうした意識のあり方は、おそらく漠然と市民一般の間にも浸透していき、法の解釈・適用に直接的に携わる法律専門家たちにとっては、より積極的な意味合いを込めて、彼らが等しく準拠すべき一種の「パラダイム⁽²⁾」にも似た機能を果たしていると考えても差し支えあるまい。少なくとも理念的には、「法的思考様式」と呼びうるものが何らかの意味で自律性・独自性・固有性をもつことを自明または暗黙の前提としつつ、法学はそれを縦横無尽に利用することによって発展してきたというのが実際のところではないだろうか。

しかしながら、こうした「自明性の構造」から少しだけ距離をとって観察すれば、この「法的思考様式」なるものの中身は、思ったほど明瞭ではないことが直ちに理解されるであろう。本題からは若干外れるが、手始めに法学教育の場でしばしば推奨されている「リーガル・マインド」について考えてみよう。ごく一般的な言い方をすれば、これには熟練した法律専門家の職人芸的な思考技術という意味あいに加えて、「法律家志望の学生はもとよりとして、それ以外のいかなる職種の人々の社会行動や社会生活にとっても必要な法学的思考能力であり、同時に法律家精神でもある⁽³⁾」という位置づけが与えられているようである。その内容とおぼしきものを任意に羅列すれば、常に客観的かつ公平な立場から事実関係や当事者の言い分を理解し、一定のルールや手続に従いながら物事を論理的かつ体系的に考え、説得力のある議論を展開し、適切なバランス感覚を働かせながら問題を処理する能力とでも言えようか。これが法律家一般にとって不可欠の思考態度だとすれば、彼らには法律運営のエキスパートとしての活動に加えて、社会運営のジェネラリストとしての役割も期待されていることになろう。しかしながら、こうした観点から問題処理を行う能力は、必ずしも法律家に固有のものとは言えない。例えば、政治家や科学者や宗教家や教師たちが、法学的素養の

ないままにこうした思考態度をとることは十分にありうるからである。さらに観点を移動させて、近代社会を機能的分化の進展した社会として捉える立場から見れば、法律家は法的に構成された意味—言説空間においてのみジェネラリストたりうるという逆説的な見解を導くこともできよう⁴⁾。いずれにせよ、以下の考察で主要な関心が向けられるのは、《あらゆる場面で合理的かつ信頼に足る問題処理を可能にするような思考法》という広範な意味を与えられた「法的思考様式」ではなく、まずは法システム内部で働く限定された意味でのそれだということを確認しておきたい。法律家の判断が一定の社会的信頼や妥当性を獲得しうるのは、彼／彼女のパーソナリティや問題処理能力や職業倫理に対する信頼度に依存する部分もあろうが、視点を全体社会のレベルに転じるとき、その問題を法システムの内部で構造化されている法固有の思考様式というモメントを抜きにして論じることはいはざだからである。

このように、法システムを「法的思考様式」を媒介とする法的コミュニケーションの場として把握するならば、そもそもこれらの概念に「法的」という修飾語を付与することを可能にしているメカニズムが明らかにされねばなるまい。あるコミュニケーションが法的／非法的という区別において同定され、同時に法的なものが合法／不法という区別において同定されるのは、いかなるメカニズムによってなのか。これまで漠然と「法的思考様式」と呼ばれてきたものが、このプロセスにおいて決定的な役割を果たしていることは言うまでもあるまい。このような分析は、従来の法運営において暗黙のうちに前提とされてきた思考法の足場を、いま一度ボーリングしなおす試みとして位置づけられよう⁵⁾。こうした問題位相の転換は、具体的な法的判断の可否をめぐる問題に対して直接的に寄与するものではないが、そうであるがゆえに、これまで法の名の下に営まれてきたにもかかわらず、通常は当事者たちにも意識されることとのなかった法的活動の現実的機能の一端に、新たな視点からアプローチするための可能性が開かれるのである⁶⁾。

さらに「法的」という限定の付与された思考法・コミュニケーション・問題処理方法が、高度に機能的分化を遂げた現代社会において果たしている役割が問われねばなるまい。社会には多様な思考法・コミュニケーション・問題処

理方法が存在するにもかかわらず、我々がある問題に直面したときに、他の選択肢を選ぶのではなく法的なプロセスに訴える場合のメリット／デメリットはどこにあり、そのとき法システムにかけられている期待はどのようなものなのだろうか。また、法的コミュニケーションを用いてなされる問題処理はいかなる限定を受け、そうすることで他のプロセスと比較して何が可能となり、また何が不可能になるのだろうか。

加えて、法的決定が当事者や社会によって受容されるメカニズムにも注意がはられる必要があるだろう。通常、この問題は「正当化―正統化論」という名のもとに主題化されているが、それはこれまでのところ、もっぱら決定内容や決定基準の正しさ、あるいは正しさへの信念と結び付けて論じられてきた。しかし近年の理論動向を概観すれば、そこには実践的討議との関連であくまでも法的判断の内容的正しさを問題とするものから、手続のもつ交渉説得のルール・作法という側面に注目するものや、決定内容の学習促進機能に着目するものまで様々なヴァリエーションが見られるとはいえ、包括的な枠組みで考えれば、「手続的正当化―正統化論」の台頭と呼びうる状況が生まれていることに気付くだろう。⁽⁷⁾ こうした手続論による法運営・法制度の動態化の試みを参照しながら、それが従来の「法的」な思考法や問題処理方法に対してどのような、またどの程度の変更を迫るものであるかが早急に画定されねばならない。この問題は、現在の法理論の領域における最もホットな課題だと言えよう。

他方、現代の法システムに目を向ければ、そこでは社会全体の流動化と並行するかのよう⁽⁸⁾に、法を対象とする思考法の多様化が進行しているように見える。すなわち、法的言説を同定しうる境界が曖昧なものになり、いまや古典的な「法的思考様式」は様々な思考法のアマルガムへと変容しているのである。これを法思考の現実社会への適応とみなして、法運営のハイブリッド化をさらに推進するための技術論が関心を集める一方で、そうした雰囲気蔓延しているがゆえに、よりいっそう法的思考の独自性を強調し、それをもって法システムのアイデンティティを擁護することへの要請も高まりをみせている。さらに新たな潮流として、ここ数年、現代法における形式性と実質性のジレンマ

を法運営の手續化によって克服しようとする動きが活発化しつつあることも見逃せない⁽⁸⁾。いまや法理論は、それ自身を反省することによって、《法にとって可能なものは何か》という問いを原理的な次元から再考すべき段階に到っているのではないかと思われる。

以上のような観点から、《きわめて多様な側面をもつ法的意味―言説空間の特性を、その動的再生産の相において把握するとともに、これらのコメントを束ねて、まがりなりにも法的一体性をもつコミュニケーションの場を開くことに成功している法システムの現実を説明すること》、これが我々の掲げる「法的自己組織性理論」の課題なのである。とはいえ本稿では、これらすべての問題を論じることはできない。ここでの我々の関心は、おもに「法的思考様式」の核心とも言うべき「ルール」と「手續」の関係に向けられる。しかしその際に、上述の問題関心は棚上げされるわけではなく、常に分析の背後にあってそれを導く見えざる指針としての役割を期待されているのである。

それでは本稿の構成を簡単に説明しておこう。現代の社会理論を俯瞰するとき、そこには社会や法をコミュニケーションの相において捉え、その各々を自律的な意味―言説領域として理論化しようとする試みを数多く見出すことができる。そうしたパラダイム転換の中で、法はいかなる特性をもつ意味―言説空間として描き出されることになるだろうか。我々はルーマンのオートポイエシス・システム理論を参照しつつ、「法化」論の枠組みに引きつけながら、現代の法理論に見られる、しばしば対立的とも言うべき複数の思考法に一応の整理を与える(第一章)。このように法が一定の自律性をもつ意味―言説空間であることを前提とするとき、そこで利用される思考法はどのような構造的特性をもつだろうか。まずは、従来の議論を振り返り、そこで「法的思考様式」のエッセンスとみなされていたコメントを抽出する。続いて、そうした思考法が現代日本の法理論の中でいかなる位置づけ、ないしは変容を受けつつあるかを見るために、近年、盛んに論じられている「手續化」論を手掛かりにして考察を進める(第二章)。さらに、こうした議論をふまえつつ、現代の「法的思考様式」をとりまく問題状況を肯定的／否定的に捉えなおし、その動態化の試

みが、しばしば話題にのぼる現代型紛争ばかりではなく、伝統的な法的問題処理の場面とみなされてきた領域においても、いかなる意義と射程をもちうるかを、若干の事例を参照しつつ検討していくことにする(第三章)。これらは「法システムの自己」組織的再生産」という言明に僅かなりとも肉づけしていくための準備作業なのである。

- (1) 小林直樹「法と法的思考——その特徴と限界」日本法哲学会編『法的思考の現在』(一九九一、有斐閣)三五頁。
- (2) Kuhn, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, (1962, University of Chicago Press), 『科学革命の構造』(中山茂訳、一九七二、みすず書房)参照。ただしクーンの分析は主に自然科学の歴史を念頭においたものであり、法的思考様式の固有性を問題とする本稿の立場からすれば、彼の議論がうまく法理論へと接合されうるかどうかは別に検討されるべき問題である。
- (3) 渡辺洋三『法律学への旅立ち——リール・マインドを求めて』(一九九〇、岩波書店)一四二頁。
- (4) 例えび、Luhmann, N., *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, (1988, Alfred Metzner) S.18.
- (5) 常識的かつ自明視された概念・知識・行為態度の問いなおしに着手した先駆的な試みとして現象学的社会学や知識社会学の研究を指摘することができるが、そこには同時に、イデオロギー批判や意味概念の主観化を越えて「常識的なもの」を問うことの困難性も示されているように思われる。この問題との関連では、Berger, P. L. & Luckmann, T., *The Social Construction of Reality*, (1966, New York), 『日常世界の構成』(山口節郎訳、一九七二、新曜社)・Schutz, A., *On Phenomenology and Social Relations*, (Wagner, H. R. (ed.), 1970, University of Chicago Press), 『現象学的社会学』(森川眞規雄・浜日出夫訳、一九八〇、紀伊国屋書店)・ピエール・ブルデュー『実践感覚』1(今村仁司・港道隆訳、一九八八、みすず書房)・山口節郎『社会と意味——メタ社会学的アプローチ』(一九八二、勁草書房)などが参考になる。
- (6) 例えび、Luhmann, N., a. a. O., S.44ff., Ders., "The Sociological Observation of the Theory and Practice of Law", in: *European Yearbook in the Sociology of Law*, (1988, Giuffrè) pp.25f..
- (7) 田中成明「裁判の正統性——実体的正義と手続保障」『講座・民事訴訟法』第一卷(一九八四、弘文堂)、同「法哲学・法学・法実務——法的議論と裁判手続の理解をめぐって」『現代法哲学』第三卷(一九八三、東京大学出版会)、同『現代法理論』(一九八四、有斐閣)一五八頁以下、などを参照。

- (8) 櫻沢秀木「介入主義法の限界とその手続化——『法化』研究序説」『法の理論』一〇号(一九九〇) Teubner, G., "Verrechtlichung—Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in: Kubler, F. (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, (1984, Baden-Baden), 「法化——概念・特徴・限界・回避策」『九大法学』五九号(櫻沢秀木訳一九九〇) Teubner, G., "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in: *Law & Society Review* Vol.17, No.2, (1983), Teubner, G. u. Wilke, H., "Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* Jg.5, Heft 1, (1984), Goritz, A u Voigt, R. (Hrsg.), *Postinterventionistisches Recht. Jahresschrift für Rechtspolitik* 4 (1990, Centaurus), など参照。

第一章 法化論の視角から

第一節 法と社会の自律性

ここ数年、日本をとりまく内外の社会情勢が急速に変貌を遂げつつあることは、誰もが認める事実であろう。あらゆる領域で従来の社会関係は流動化を余儀なくされ、先行きの不透明感が広範に意識され始めている。こうした状況に見取図(あるいは処方箋)を与えるべく、わが国でも様々な論者によって、例えば情報化社会・ハイテク社会の進展であるとか、産業社会の論理の「ゆらぎ」に起因する問題として、あるいは転換期の福祉国家、ポスト・フォードイズムの時代、ポスト・モダン社会といった固有の時代認識・社会観を梃子として、現代社会の構造的特性を解明する作業が進められている⁽¹⁾。こうした理論動向の背景には、近年、社会理論の領域で活発に論じられてきたパラダイム革新の動きが密接に関連していることは疑いない。社会の不透明性は、それを記述・説明する社会理論の不透明性と連動しているのである⁽²⁾。

思えば、戦後の高度経済成長を牽引した産業社会の論理が社会理論の主要な関心事とされた時代にあつては、一方では、アメリカ産のシステム・パラダイム（あるいは近代化論）と、他方では、それとの対決を企てるマルクス主義パラダイム（例えば国独資論）という、いわば「メイン・パラダイム」同士の対抗図式を主軸として社会理論は展開されてきた。ところが高度成長の終焉とともに産業社会路線への懐疑が浸透するにつれて、遅くとも八〇年代に入る頃には、これら両パラダイムは次第にその影響力を低下させていき、同時に、社会理論は様々な研究領域に応じて細分化を遂げ、ついには相互のコミュニケーションもままならぬという事態が一般化した³⁾。加えて、八〇年代末以降、社会主義諸国の体制が次々に崩壊し、資本主義システムの勝利が高らかに宣言されるに到った時代状況の中で、西側諸国の優等生である筈の日本社会に目を向ければ、そこには表層的な繁栄や自由の謳歌とは裏腹に、ますます増大する不確定要因に翻弄され確たる生きがいを見出せぬままに、不可視の「動員主体なき動員」へと駆り立てられていく「浮遊する群衆⁴⁾」の姿が浮かび上がってくるかもしれない。いまや社会理論は、社会と理論の両面で進行する流動化の煙幕によって挟撃されていると言えよう。とりわけモデルとなりうる社会像の拡散（ないしは喪失）状態は、言わば理論と実践という区別を越えた大問題であり、こうした事態に対応するためにも、「現代社会を的確に描写しうる性能を備えた社会理論⁵⁾」の再構築が各方面から緊急の課題として提唱され、現在も内外の論者による多彩な研究が進められているところである。

例えば、近年熱い注目を集めているハーバーマス（J. Habermas）のコミュニケーション行為論、今田高俊の自省的機能主義、橋爪大三郎の言語ゲーム論、ハイエク（F. A. Hayek）の自生的秩序論、ギデンズ（A. Giddens）の構造化の理論、そしてルーマン（N. Luhmann）のオートポイエシス・システム理論といった、いわゆる「新しい社会理論⁶⁾」は、各々の理論的出自や背景を大いに異にするものの、どこかでこうした同時代的関心を共有しているように思われる。この推測が的外れではないとすれば、これらの諸理論を包摂しうる緩やかな思考枠組みを設定し、そこを共通の

土俵として相互比較の作業を進めることができそうである。⁽⁷⁾単純化をおそれず、あえてこれらのアプローチに共通する問題意識を抽出するならば、その一つとして、従来の社会制御論的な視角からは明確に意識されることのなかった「社会の自己組織的再生産」という側面に照準し、それを記述・説明しうる理論モデルを構想している点を指摘できるのではないかと思われる。⁽⁸⁾

我々が考察の対象とする自己組織性理論の課題は、様々な社会理論モデルの相互比較をつうじて「社会内発的な秩序形成・自生的なルール形成」というモメントを理論化し、それをもって現代社会のダイナミズムを正確に描写することにある。そこでは、戦後社会を強力に規定するとともに、従来のシステム理論の一般的特性でもあった社会管理や社会制御を重視する「他律型」の発想を相対化し、むしろ諸要素の自律的な相互関係の中から内発的に秩序が形成されてくるような「自律型」の社会観を念頭におきつつ、諸個人や各社会領域の自律性・自己決定性、環境との共生といった側面を重視する社会理論の構築が目指されているのである。言うまでもなく法現象も現代社会の一領域を構成する以上、これからの法理論は、こうした理論動向と無縁であるわけにはいくまい。とりわけ従来の法理論にあっては、法的権威を付与された裁定者を頂点に置くトリアディックなコミュニケーション・モデルを前提としつつ、どちらかと言えば垂直的な視点から、法を社会制御のメディアとして理解する傾向が強かったように思われる。しかしそうした見方は、法現象の一面を過度に強調するものであり、例えば同時に、法的ルールを一つの資源として展開されるダイアディックなコミュニケーション過程にも相応の位置づけが与えられて良いはずである。⁽⁹⁾法システムの総体をより動態的な視角から再構成するにあたって、自己組織性理論が意義をもちうるとすれば、それはまずこうした視角を提供しうる点においてであろう。

ところで、自己組織性理論の提起する社会内発的なルール形成という論点それ自体は、周知のように、とりたてて目新しいものではない。すなわち、その創設期にエールリッヒの「生ける法」概念から多大の影響を受けた日本法社

会学は、当初から国家法に限定されない広義の法概念を取り扱ってきたからである。例えば、資本主義的商品交換関係に規定される近代法の秩序原理と行為規範とのズレを問題としたり、そこに階級的対抗関係が反映されていく現実的メカニズムを析出・批判するようなアプローチに加えて、社会内発的に生成されるルールそれ自体に着目し、その種のルールが既存の法制度に与えるインパクトを理論化しようとするものまで、そこには多様かつ豊富な理論的蓄積が存在している¹⁰。しかしそのことによって、これらのアプローチと表裏一体をなすもう一方の論点が見落とされはならない。すなわち、ルールを自己組織的なものとみる分析視角の射程が、非公式のルール形成という局面に限定される理由はないのである。自己組織性理論を参照することによって、従来より国家法や法曹法などと定義されてきた公式の法的ルールの局面についても、それをルールの自己組織的再生産のプロセスとして理論化する可能性が開かれることになる。法システムはこれら二つの契機を固有の概念装置や制度をつうじて自己内在的に接合しているのである。それゆえ本稿の主要な関心は、行為規範そのものの社会的な生成過程にとどまらず、むしろ法システムの内部で遂行される自己言及的なコミュニケーション過程をつうじて、より包括的な意味で法固有の自律的な意味——言説空間が再生産されるメカニズムを解明することに向けられる。いたるところで不断に生成され、誰にも——法システム自身にも——見通せないほど多様な規範的要求の圧力を受けながら、なおも法システムが一定のアイデンティティを調達しうる秘密は一体どこにあるのだろうか。あるいは法システムに固有の思考様式とみなされているものは、実際にいかなる特性をもち、またいかなる機能を果たしているのだろうか。

ここで最近の理論動向に目を向けると、以上の問題設定は、わが国では八〇年代初頭に本格化した「実践哲学の復権」という思想潮流の中で、田中成明らを中心に展開された法哲学上の研究において、他方では、法学教育を念頭におきつつ戦後の法解釈論への包括的批判を試みた平井宜雄の問題提起を承けて始められた「新・法解釈論¹²」をつうじて、近年にわかに関心の高まりをみせている「法的思考」論¹³とも密接な関係をもつことが理解されよう。とりわけ

「法的思考様式の自律性」を前提とする推論形式への信頼は、少なくとも理念的には、法律学が伝統的に重視してきた学問的スタンスに外なるまい。このように法律専門家が従事する法の解釈・適用の場で、また程度の差こそあれ市民一般の法意識の中でも、明示的あるいは暗黙のうちに前提とされている思考法、例えば、法的論証がまさに法的な論証として認知されるために要求する固有の思考パターン、法に固有の現実構成、それらがアド・ホックなものにならないための条件、法的決定の正当化メカニズムといった問題群を、自己組織性理論を参照しつつ再定式化するとき、そこから浮かび上がってくる法のイメージは、一体どのようなものになるだろうか。このような研究はようやく端緒についたばかりの段階にある。しかしそうであるがゆえに、かかるアプローチの意義と射程をめぐって、さらに詳細な検討を加えることは価値ある試みなのである。

それでは次に、これまで述べてきた諸問題を、近年わが国でも議論をよんでいる「法化」論に引きつけながら再考してみることにしよう。⁽¹⁴⁾ 現代の日本社会は、アト・ランダムに列举すれば、産業構造・雇用形態・勤労者意識・消費行動などの変化を念頭において説明される産業社会のゆらぎ、高度情報化を梃子とする高度消費社会への再編、テクノロジーの進展にもなうライフ・スタイルの変容、国家財政の逼迫や国際環境の変化を理由とする福祉国家政策の見直し、さらに新保守主義路線に対する再度の見直し、ますます進行する経済・社会のボウダーレス化などに起因する様々な法律問題にみまわれている。こうした状況への批判的検討をつうじて、より民主的・合理的な法制度を構築すべく、これまで様々な提言が積み重ねられてきたのは周知のとおりである。具体的には、憲法原理を基礎に据えつつ社会のニーズに応答した個別的権利を充実させること、特定の政策目標や社会的利益の実現に向けて合理的な法的设计・運営を行うことなどが目指されてきた。しかし他方では、とりわけ社会理論の領域において、近代主義的なコントロール本位の思考法そのものの限界を指摘することで現状批判を企てる論者も現れている。⁽¹⁵⁾ すなわち、法に依拠した紛争の権威的解決、目的合理性・効率性の追求といった観点から法をもっぱら社会制御や社会設計の道具として

理解する立場は相対化されるべきだというのである。とりわけ、社会の個別的・集合的な利益要求に応答する形で、あるいは当局の政策的判断に従って、いわゆる「法の実質化」¹⁶——もっぱら個別的状况への適合性や結果の適切性を志向する法運営——が進行するとき、そうした傾向はどこまで「法的思考様式の自律性」への要請と両立していけるかが問題となるからである。言い換えれば、政治システムや経済システムから発信される、時として過剰とも言うべき要求に対して、法システムはいかなる方法で、またどの程度まで応えていけるのが原理的に問われねばならぬのである。こうした局面は「法システムの自律性」をめぐらる問題として定式化されよう。

他方、法による社会的生活領域への過度の介入は、社会自身が内蔵する自律的・自生的な再生産プロセスにとって脅威になりうるとの認識から、法を手段とする社会設計や社会的な生活領域へのパターンリスティックな介入を問題視する論者も現れている。社会理論の領域でこうした事態を指摘した具体例として、我々は「設計主義的合理主義によるノモスの浸食」¹⁷とか、「システムによる生活世界の植民地化」¹⁸といったテーゼを引き合いに出すことができるだろう。法に対して、社会のあらゆる領域を制御する管制塔としての役割を期待するような発想は、あるいは法システムの内部でならば、ある種の法律家的世界観の表明として通用するかもしれないが、社会の側がそうした論理を受容してくれる保証はないのである。政策的な配慮にもとづく立法措置が常態化している現代社会において、こうした視点が極めて重要な意味あいをもつことは容易に理解されるだろう。法が固有かつ自律的な意味空間をもつとすれば、社会もまた同様であることを法は前提とせねばならないのである。先程との対比でいえば、こちらの局面は「社会的生活領域の自律性」をめぐらる問題として定式化されよう。

ここ数年、ドイツを中心に議論されてきた「法化」論は、このような問題意識に立脚しつつ、ケインズ主義／反ケインズ主義、新保守主義／社会民主主義といった政治的・経済的対抗図式とは別の位相から、あらためて福祉国家の功罪を問い直そうとする試みとして理解されるべきものである。言い換えれば、「それは福祉国家がもたらした歴史

的成果を正当に評価する側からの『権利からの解放』論、『法の限界』論であり、権利化、法化を通じた福祉国家化そのものがもたらす病理の告発¹⁹⁾という性格をもっている。そこには大別すると、あくまでも行為主体との接点を維持しつつ、それを梃子に公共的意味空間を再構築していこうとする「主体論的アプローチ」と、社会の再生産過程を行なう主体の意図的な介入によっては決定されない次元に設定する「非主体論的アプローチ」という二つの潮流が見られるわけだが、我々の当面の課題は、両者を自己組織性理論という共通の土俵にのせて比較検討することにより、各々の論理構造の特性を見極めておくことであろう。本稿の主題である「法的思考様式」の特性や現代的課題を考えていく際にも、それを現代の法システムが巻き込まれている問題状況の理解と切り離して論じることはできないはずだからである。

さらに「法化」問題を具体的に論じる場合、外来の理論を日本に応用するには、それなりの慎重さが要求されることは言うまでもあるまい。例えば、法的パターンリズム批判の文脈においては、その前提として、日本とドイツの社会状況や法文化の相違が明確に意識される必要があるだろう。法を媒介とするパターンリスティックな介入の幅が縮小されたとき、社会がそれに代わる受皿としての市民的法文化・社会内発的なルール形成能力・共生の作法を持ちうるか否かという点において、両国はかなり様相を異にするとと思われるからである²¹⁾。日本の場合を考えてみると、国家的保護の後退は「新現代法論」でも大きく取り上げられた「企業社会²²⁾」のいっそうの進展という結果をもたらしかねないようにも思われる。現代法状況を「法化」論に依拠して考察する場合、「法化」現象一般を悪しきものとして批判するのではなく、具体的事実即して《現実に法化しつつある領域／法化すべき領域》、あるいは《現実に非法化しつつある領域／非法化すべき領域》の錯綜状態に分け入り、こうした二極分化状況を整理するための見取図を描いてみるのも有意義ではないかと思われる。しかし、これらは実証研究をつうじて明らかにされるべきテーマでもあり、ここでは問題提起にとどめて議論を先に進めることにしよう。

第二節 自己言及的システムとしての法

先ほど「自己組織性理論」という共通の枠組みに包摂した理論家たちのうち、今田高俊、ハーバーマス、ハイエク、ルーマンらの理論モデルを、本稿の問題関心に則して極限まで単純化しながら説明しておくことにしよう。本来ならば、各々の論者について、相互の類似点や相違点を確認しつつ詳細に解説すべきところだが、その作業は本稿の直接のテーマではない。ここでの関心は、法的な問題処理の対象となる領域が拡張しつつある現在、そもそも「法的な」という修飾語を付加しうるコミュニケーションの形式、あるいはコミュニケーションの場合は、一体どのような特性をもち、またいかなる機能を担うのか、という問いに向けられている。我々はこの問題を考えていく手掛かりを得るためにルーマンの法システム論を参照することから始めてみたい。それゆえ、ここでは「自己組織性理論」それ自体についての検討は留保⁽²³⁾し、さしあたりルーマン理論のスタンスを知るのに必要な範囲内の、きわめて概略的な説明を加えておくことにしよう。

既に述べたように、彼らの理論が共有する特徴は、自律的かつ社会内発的に形成される意味—言説空間を様々な概念装置——例えば、生活世界、コスモス、オートポイエシス・システムなど——を用いて析出し、それを足掛かりに社会の自己組織的再生産のメカニズムを記述・説明することにある。議論を単純化するために、ここでも便宜的に「主体論的アプローチ」と「非主体論的アプローチ」という区別を利用しながら考えていくことにする⁽²⁴⁾。

前者の立場に属するものとしては、各人の自省的行為に媒介された意味の問い直しが社会の「ゆらぎ」と共鳴するとき、それが引き金となって社会構造の組み換えが生じる動的過程を理論化しようとする今田高俊の「自省的機能主義」⁽²⁵⁾がある。これは産業社会の論理を越える意味—差異化の運動に期待しつつ、それを梃子に「近代の脱構築」を展望する点で、きわめて実践的な理論戦略を志向するものだと言えよう。このモデルを法現象に適用すれば、既存の法構造からはみ出す意味—差異の発生を抑圧するのではなく、むしろ自省的行為を媒介とするルールの複合螺旋運動

の中で、それらが新たな法構造へと変換されていくプロセスの解明に向けて有意義な手掛かりを提供してくれそうである。ここでは近代の機能—管理制御—目標達成を中軸とする思考法を、意味—差異化による不断の問い直しによって乗り越えていくことが重視されるわけだが、彼の提唱する「管理社会から支援社会へ」というテーゼもまた、こうした視点を具体化したものに外ならない。もとより今田理論には「法化」問題への明示的な言及はないが、この「支援社会」のモデルは、ドイツの代表的な「法化」論者トイプナーらが提唱する「自省的法 (reflexives Rechts)」——直接的制御や指令ではなく、コンテキスト制御や手続的調整という位相で新たなタイプの法的介入を理論化しようとするもの——とも接点をもちうるだろうし、他方、わが国の法理論の領域でも、裁判官の自省的行為を経由する法的ルールの自己組織化という観点から、今田の議論に刺激された研究が早くも登場していることは注目に値しよう。⁽²⁸⁾

主体論的潮流に属する理論のもう一つの例としては、機能システムの論理を適用できないシンボルの再生産の領域を画定し、そこでの理性的—実践的討議に基礎づけられた規範的統合過程——「社会統合」に依拠しつつ、生活世界のシステム化に抵抗するハーバーマスの「コミュニケーション行為論—生活世界論」⁽²⁹⁾を挙げることができる。社会には機能システムとは別の次元に、より正確に言えば、機能システムとは表裏一体だが統合原理の質を異にする次元に、意味的再生産によって自己組織化する領域があることを、彼は積極的に位置づけようとする。ところが、社会国家的介入が本格化するにつれて、本来は「生活世界」への奉仕を目的としていたはずの法制度は貨幣や権力といった機能システムのメディアと結合し、法自体も制御メディアとしての役割を担うようになる。このように「社会的に統合された関係を法制度で補完するだけでなく、それがメディアとしての法に合わせて組み換えられるようになると、機能障害が生じてくる」⁽³⁰⁾のである。ハーバーマスはこの点を「法化」問題の核心と見ている。それゆえ彼は、こうした状況への対応策として次のように主張する。「コミュニケーション的構造をとった行為領域を法化するにしても、その狙いは法治国家原理の徹底化にあり、家族であれ学校であれ、その外的な構造を法的に制度化する以上のことをすべき

ではない。メディアとして利用された法の代わりに、了解を志向する行為の構造にふさわしい対立調整の手續こそが登場してこなければならぬ⁽³¹⁾と。問題の核心は実践的討議やコンセンサスを志向するフォーラムとしての手續に向けられる⁽³²⁾。このように自己組織性理論と手續論との接点を、さらにまた自己組織性理論と社会運動論——とりわけ八〇年代以降に活性化した「新しい社会運動」——との接点を示唆しうる点でも、彼のアプローチは大いに参照される価値があるように思われる。

他方、「非主体論的アプローチ」の代表格としては、まずハイエクの名を挙げるべきであろう。彼は自由に行為する諸個人の暗黙的なルール遂行の結果として生成される「自生的秩序」の意義を強調しつつ、そこへの人為的・計画的な介入を悪しき合理主義——設計主義的合理主義 (constructivist rationalism)⁽³³⁾——として徹底的に批判していく。それゆえ、法も本来は人工的に設計されるべきものではなく、既に社会によって遂行されている暗黙のルールを明示化したものに過ぎないと主張するのである。ところが現代社会にあっては、こうした暗黙のルール⁽³⁴⁾ノモス⁽³⁵⁾裁判官の法は、政治的・行政的な理由から設計された法⁽³⁶⁾ノモスの復権⁽³⁵⁾というテーゼに要約されていく。なお、こうした暗黙のルールが純然たる市場ルールと同一視されるとき、それはフリードマン流の新自由主義イデオロギーと重なり合うことになり、ハイエクの議論は、必ずしもそのように割り切って考えることのできない多重構造をなしているようにも思われる⁽³⁶⁾。

また、現代社会を高度に機能分化を遂げた社会として理解するルーマンは、他の論者とは異なり、全体社会を背後で支えるような有意性領域の想定をしりぞけ、自己組織的に再生産されるのは機能的に分化した複数のオートポイエシス・システムそれ自身だと主張するのである。なお本稿では、これ以上、各々の論者の理論モデルに深入りするとは避け、以下では、もっぱらニクラス・ルーマンの提唱するオートポイエシス・システム理論を中心に議論を進め

ることにはしたい。

ルーマンが理論的起点に据える現代社会のイメージは、《高度に機能的分化を遂げ、それゆえに相互に共約不能な多様な世界像が併存する複雑かつ不確定な社会》である。すなわち、全体社会を貫通するような共通価値や有意性領域はもはや存在せず、世界には中心も頂点もない。こうした観点から出発するとき、例えば、今田高俊やハーバースが依拠する「生活世界」や、ハイエクの言う「コスモス」のように、全体社会の背後で作用する「見えざる一体性」を想定するような概念装置の有効性は疑わしいものになるとルーマンは主張する。現代社会を記述するには、「機能的に分化した様々なオートポイエシス・システムの併存³⁷⁾」という視点に立つことで十分だといっているのである。

それでは、このオートポイエシス・システムとは、どのような性格のシステムなのだろうか。法現象＝法システムを例に、その概要を説明していくことにしよう。ルーマンによれば、オートポイエシス・システムとは、「自己自身を構成する諸要素を、自己自身を構成する諸要素のはたらきをつうじて自己言及的に再生産するシステム」と定義される³⁸⁾。すなわち、法システムの一体性——法システムと環境との差異、規範構造の選択的安定化——と、法システムの要素の一体性——法的コミュニケーションと他のコミュニケーションとの差異、法的に有意な行為連鎖の産出——とは、法的コミュニケーションのネットワークとも言うべき法システム自身の内側でのみ、自律的・自己言及的に再生産されるといっているのである。言い換えれば、ある出来事に法的な意味が付与されるのは、それを法的なコミュニケーションへと翻訳する法システム自身の作動をつうじてであり、さらに実定法の定義から、いまや法の変更も法に準拠しつつ行われねばならない³⁹⁾。そうした意味では、法システムは高度に閉鎖的なシステムとみなされるのである⁴⁰⁾。

しかし、それは同時に、環境に対して開放的なシステムでもある。このことは、法システムが環境からのインプット——例えば政治的・経済的な圧力——によって直接的に操縦されることを意味するのではなく、法システムは自己自身の内部スクリーンに環境を投影し、自己に固有の論理構造を用いて、つまり対象を法的問題へと変換することに

よって、環境を言わば「自己学習」しているのである。⁽⁴¹⁾ 言い換えれば、法システムは、環境での様々な出来事のシーケンスを、法的ルールに言及しつつ法的事実として切り取り、それを再び法的ルールに言及しつつ評価し……といった一連のコミュニケーション連鎖そのものの中で、自己自身のアイデンティティを再生産し続けている。それゆえ法システムが自己の存続を確保するためには、環境に対してと言うよりも、むしろ自己自身が抱える多様化へのポテンシャルに不断に「自己適応」せねばならず、法システムがどの程度の環境学習能力をもちうるかは、もっぱらそれ自身の内部構造の複合性の度合いに依存しているのである。しかしながら、こうしたシステム観を前提とすれば、そこから直ちに「法システムと他のシステムとの整合性はいかにして担保されるのか」という困難な問題が浮上してくることになる。⁽⁴²⁾ ルーマン自身もこの点については、今のところ決定的な解答を提示していないように思われる。

さらに法システムは、諸個人の主観的な意識からも自立自律したものともみなされる。あえて比喩的な言い方をすれば、それは言語のシステムのように、各人が実際に利用していながら、誰一人として直接それに接触したり、その総体を思い通りに改変したりはできないものなのである。法システムの決定は、普段は明確に意識されないが必要とあらば何時でも参照しうる「一般ルール」への言及を背景として、さしあたり一括的な承認を受けているのが常である。ただし注意を要するのは、それは「決定内容」についての明示的・価値的合意を意味するのではなく、そうした合意が社会的に「想定」されること、決定に対する個別的抵抗が社会的に中和されること、つまり原則的にはシステム決定を受容する「かまえ」が一般的に存在することを意味している。⁽⁴³⁾ ルーマンはこれを「システム信頼」と呼んでいる。このように現代の法システムは、「法的決定手続の制度化」をつうじて、一方では、合意形成コストを節約し、各人を見知らぬ他者との不確定的かつ煩雑な関係から解放する機能、負担免除機能を担うとともに、他方では、多様な価値観をもつ当事者に特定の価値判断の受容を強要することなく、それでもなお、ある時点でなされた決定を当事者の事後の行動前提として学習可能なものにする機能、学習促進機能を果たしているというのである。⁽⁴⁴⁾

オートポイエシス概念をめぐるこれらの議論は、伝統的に法律学が重視し、かつまた尊重すべき前提と考えてきた「法的意味—言説空間の自律性」という命題を、システム論的な観点から再構成するものだと言えよう。

それでは次に、法に固有の機能について考えてみよう。ルーマンの定義によれば、「法とは(時間的次元||制裁、内容的次元||プログラム化、社会的次元||手続として)整合的に一般化された規範的予期の形成・再生産のために、紛争パースペクティブを利用すること」と定式化される⁽⁴⁵⁾。自己と同様に他者もまた独自の観点から選択をなしうるダブル・コンティンジェンシー状況を生きる人間にとって、ある期待が期待外れに終わった時の違反処理のメカニズムとして、あくまでも当初の期待に固執する||規範的予期か、それとも期待外れに学習して期待を変更する||認知的予期か、という選択肢のどちらを採用するかを「事前に」決定しておくことが、不確定性への備えとして不可欠の条件となる。それゆえ法の機能は、固持されるべき期待とそうでないものを、法/不法という固有の二項コードに準拠する一般ルールの形式で区別する点にあり、それは直接的に同調行為を命じるものではなく、その時点では不確定性を無視できる——仮に期待外れがあったとしても依然としてその期待は維持される——という判断の一致を担保するものである。かくして法的コミュニケーションの場では、暫定的にはあれ不確定性は潜在化され、期待外れのリスクを相手方に帰属させるための条件が明確化され、ひいては諸行為の法的に有意義な接続が保障されることになる。法的ルールは規範命題の体系というよりも、むしろそれに言及しつつ再生産されるコミュニケーション連鎖そのものの中で同定されるものなのである。それは法的コミュニケーションが交わされる各々の時点・場面において、常に選択的かつ動態的に再構築され続けていることが見失われてはならない。かかる機能を担う法的ルールは、各人の日常的な行為をつうじて、とりわけ紛争のチャンスをつうじて不断にテストを受けており、それゆえ法システムの進化は、紛争処理をつうじた漸進的なプロセスに従うものとみなされるのである⁽⁴⁶⁾。

しかし実定法段階の法システムは、速効的な法変更の可能性を制度化することにも成功している。実定法とは「法

変更の合法化」を意味しており、そうした操作を実行するために、法システムは自己の内部に、規範的閉鎖性のため
の機関⇨裁判と、認知的開放性のための機関⇨立法とを分化させ、両者を適切にカップリングさせているのである。
こうした法システムの内部分化は、「法は法的決定によって妥当する」という実定法のトートロジーを、「実定法の提
供（立法⇨司法）」と「政治的決定の合法化（司法⇨立法）」という相互交換関係に引き延ばすことで非対称化⇨隠蔽⁽⁴⁷⁾
することにも役立っていると説明される。

ただし、決定によって何時でも変更されうるのが実定法の特長とはいえず、そこには一定の限界が存在するのも事実
であろう。法システムの内部では、法的決定相互の「首尾一貫性」が問題となり、一般ルールを志向しないアド・
ホックな決定や過剰変更は、予期の保証機能を果たせなくなる虞れが大きく、結果的に法システムのオートポイエシ
スを危険に晒しかねない⁽⁴⁸⁾。また外部的には、法システム以外の様々なシステムも、それぞれ独自の機能に準拠する
オートポイエシス・システムであることを前提とすれば、法による他の社会領域への設計ないし介入の試みは、必ず
しも法システムの思うような成果を挙げられないばかりか、一歩まちがえば、環境に対して破壊的な効果を及ぼす危
険性を孕んでいると言わねばならない⁽⁴⁹⁾。法システムの開放性は、環境への学習という側面から見れば不可欠のメン
トなのだが、それが適正な水準を越えて過剰利用される場合には、法による社会設計へのニーズを肥大化させると
もに、結果志向的・目的志向的・倫理的な思考法を際限なく法システムへと持ち込む窓口にもなりうるのである。ひ
いてはそれは、法システムに固有のコード（法／不法）の操作不能状況を引き起こすことになるかもしれない。法シ
ステムはこうした複雑性に耐えていけるのか。ルーマンにとっての「法化」問題の核心は、この点に存するのである。
なお以上の議論との関連で、ルーマンがシステムの自己描写と外部描写とを明確に区別している点には注意を喚起
しておきたい。ルーマンによれば、法システムの外部観察者⇨社会学は、法システムの自己描写⇨法学が通常は与
件とみなしている事象についても、それを分析対象に含めて記述しうる利点をもつが、他方では、例えば法学が「法

化」問題に対して、いかなる対応をとるべきかという問いについては直接的に答えることができないとされる。それは端的に法システム自身の問題であり、社会学に可能なことは、法的事象も社会的には全く別様に描写されうるといふ事実をつうじて、きわめて間接的・蓋然的な仕方では法システムの透明度を高めることだけなのである。⁵⁰⁾こうした独特の視角設定は、ルーマンがオートポイエシス・システム理論を自己自身の理論的立場に適用したことの必然的な帰結といえよう。しかし法理論に与する我々は、かかる限定を施されたルーマン理論を手掛かりとして、なおも「法化」問題をめぐってポジティブな主張をなすことができるし、またそうせねばならないのである。

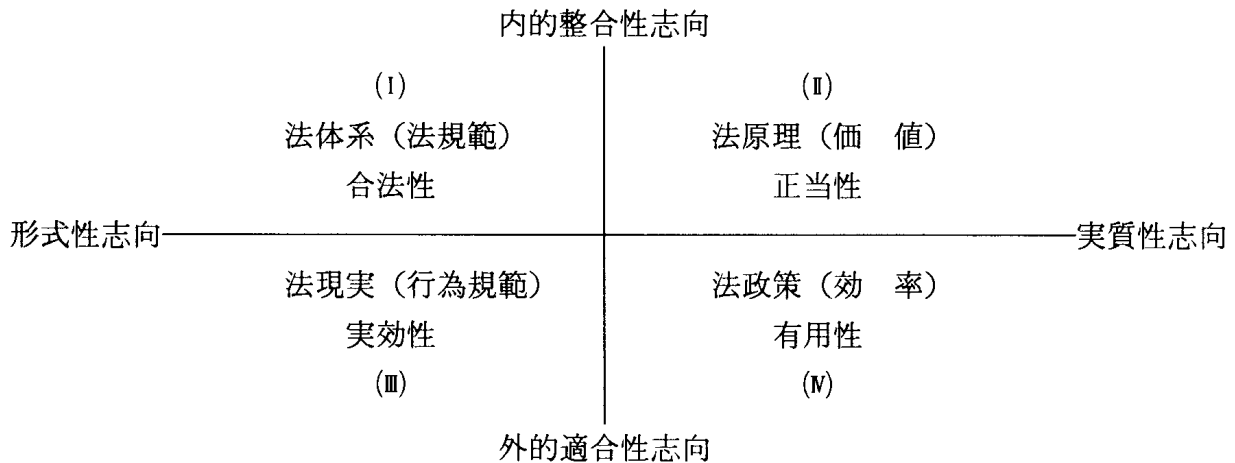
一例を挙げよう。ルーマンによれば、自己言及的に再生産されるオートポイエシス・システムは、自己のコードを自己自身に適用するとき、不可避免的にパラドクスやトートロジーを生み出すことになるという——果たして法／不法の区別は法的に設定されているのか否か？ それゆえ法システムは、自己の脱パラドクス化、脱トートロジー化戦略を時代とともに変更させながら、これらを何とか隠蔽し、自己の操作可能性を維持してきたというのである。⁵¹⁾それは現代の法システムで有効に作動している脱パラドクス化、脱トートロジー化戦略とは何だろうか。ルーマンは様々な事例に言及しているが、中でも興味深いのは、《法システムが準拠する「第一次コード」法／不法」を守るために、システム内部で「第二次コード」立法／裁判、条件プログラム／目的プログラム、一般法／特別法、規則／例外……」を次々に分化させ、自己言及的な対称性を非対称化していくこと》という指摘である。『「区別を守れ」——これこそがパラドクスを解決するための処方箋である。⁵²⁾』ところが現代の法状況を一瞥すれば、従来の法律学が守ってきた区別の境界線が極めて曖昧になっていることに気付くであろう。しかしルーマンのスタンスからは、法システムが守るべき区別を、また区別の優劣を論証することはできないし、また彼自身そうした意図を持っているわけでもない。問題は法理論へと投げ返されているのである。かくして我々の次なる課題は、ルーマンが放った一撃を意識しつつ再び法理論のフィールドへと帰還して、様々な形態をとる「法的思考」を腑分けしてみることに向けられねばならない。

第三節 多様化する法思考

既に何度か述べたように、現代の法理論・法律学の領域を概観するとき、より円滑かつ合理的な問題処理を求めて、あるいは、よりいっそう市民のニーズに応答した法運営をめざして、いわゆる普遍主義型法Ⅱ形式法を理念型とする「法的思考」——例えば近代市民法モデルを典型とするような思考法——を流動化する動きが活発化していることに気付くだろう。詳細は後述することにし、とりあえず議論の見通しを良くするために、ここでは現代の多様化する法思考を対象として、いささか乱暴な——つまり極度の単純化とデフォルメを施した——類型化を試み、こうした錯綜状況に一応の見取図を与えておくことにしたい。

まず図1だが、これは法解釈・適用・策定などに際して、法律専門家を中心とする関係者たちが重視するファクターにはどのようなものがあるかを分類したものである。マトリクスの一方の軸は《形式性志向／実質性志向》、もう一方の軸は《内的整合性志向／外的適合性志向》と設定する。前者の区別は、さしあたり現実に妥当している法的ルールを前提にして、それを固有の論理操作や実態分析をつうじて予測可能性の高いものへと精緻化・体系化することをめざすか（形式合理的アプローチ）、それとも既存の法的ルールの妥当性そのものを問題にして、価値的・目的・手段的・功利的・状況依存的な思考法への傾斜を強めるか（実質合理的アプローチ）という相違に対応している。また後者の区別は、法システムの内的視点から法的ルールの規範的整合性・正当性を根拠づけようとするアプローチ（内的整合性志向）と、法システムの外的視点から法的ルールの社会的効果に着目するアプローチ（外的適合性志向）とを対比させたものである。この両者を交差させて得られる四つの次元に、それぞれ(I)「狭義の」法体系、(II)「法原理」、(III)「法現実」、(IV)「法政策」を配置する。各々の内容は図の下に列挙した簡単な説明を参照して頂くこととして、以下ではルーマンの議論を手掛かりにしながら、各々のファクターを重視する思考法の特徴を「法化」論の文脈に関連づけつつ検討することにした。

〔図1〕



- (I) 法の規範学——包摂モデル・合法性原理・権利—義務規範・条件プログラム
- (II) 法の正義論——実質的正義・目的プログラム (価値・原理) による法体系の吟味
- (III) 法の実証科学——裁判プロセス・行為規範・法意識などの経験科学的研究
- (IV) 法の社会工学——効率性・目的プログラム (効率・結果) による法制度の設計

ルーマンの用語法に倣えば、(I)次元は法システムの自己言及的再生産の核心とも言うべき領域であり、ここでは法的ルール相互の内的整合性が、法規範の適用過程を意識した法解釈をつうじて不断に再生産されている。つまり法規範の体系的把握を志向する思考様式——法解釈学を軸とする——は、規範の適用や変更を法的ルールに言及しつつ規範的に基礎づける部門——法システムの「反省メカニズム」⁽⁵³⁾として、法システムの作動様式を、ハートの用語を借用すれば「内的視点」から描写する役割を担っているのである。この点に関してルーマンは、社会学的に見れば、規範を規範によって基礎づけるという命題はトートロジーに他ならないが、法システムは規範の体系化をつうじて、その相互言及関係を非対称化し、法的決定に一定の予測可能性と正当化根拠を提供することに成功していると主張する⁽⁵⁴⁾。こうした脱トートロジー化戦略が自明視されている限りにおいて、法解釈は有効に作動しうるというのである。いずれにしても、合法性原理に依拠しつつ法規範の体系化に寄与する法解釈学的思考法が、法システムの再生産にとって中心的な役割を果たしていることは疑いあるまい。

そうした作業は、実際には(III)次元の法現実への参照をつうじて実行されている。すなわち、裁判を始めとする様々な紛争処理の

メカニズムを媒介として、法規範の妥当性・実効性は常にテストを受けており、それが(1)次元の法解釈にフィードバックされているからである。裁判は法現実を覗く窓口としての役割を果たしているわけである。しかしながら、裁判がどのような方法で、またどの程度まで法現実を汲み上げることができるか、という論点については今のところ見解の一致をみていない。例えば、裁判の一次的機能は何かという問題についても、それを紛争のチャンスを利用して法的ルールを一般に表明することと捉える立場から、裁判に一種の政策形成機能を期待したり、それを実質的な利益や価値を争う公的フォーラムとして再構成していこうとするものまで、きわめて多彩な見解が主張されている⁵⁵⁾。そもそも現実の法的構成とは、非常に特殊な視点から出来事を観察する思考様式を前提としており、裁判手続はそれに固有の制度的制約と利点とを併せ持っている。裁判システムに対して過剰負担を強いることなく、その可能性を最大限に利用するためには、どのような方策が考えられるだろうか。その具体的な内容については「手続化」論との関連で後ほど検討を加えるつもりであるが、これをルーマン的な見地から記述すれば、法システムが自己自身の構成する法現実に対して、いかにして「自己適応」するのかわかるといって自己言及構造を念頭において考察されるべき問題ということになるであろう。

法システムの過剰負担という視点から見れば、(M)次元の法政策をストレートに法システムへ導入することにも慎重な態度が求められることになる。条件プログラム(要件—効果図式)こそが法規範の核心であり、そこに安易に目的プログラム(目的—手段図式)を持ち込むのは、一般ルールの再生産という観点から見るとリスクが大きすぎるからである。さらに、ある法的判断の当否が、そのもたらすべき結果によって評価される場合には、法システムは決定不能のパラドクスに陥るだろう——「好ましい結果が生じる限りに於いて当該判決は正当だ」とは言えないのだから⁵⁶⁾。加えて、法の政策的道具化の進行は、司法と立法との区別による脱トートロジー化戦略を危険にさらし、広範な領域で法の正統性問題を発生させる可能性をはらんでいる——例えば、法とは結局のところ政治的利害関係の産物にすぎな

いというルール懷疑主義が流布する場合を思い浮かべてみればよい。このように、法律学が伝統的に重視してきた思考様式に異質な要素を導入する場合、それが条件プログラムへと接合される限りは良いとしても、もしも包括的な「システム信頼」が問題化し、個別的な決定ごとに、あらゆる方面から正統性を調達せねばならない事態が生じたとき、法システムがそうした過重負担に耐えていけるかどうかは、現在のところ未知数だと言わねばならない。

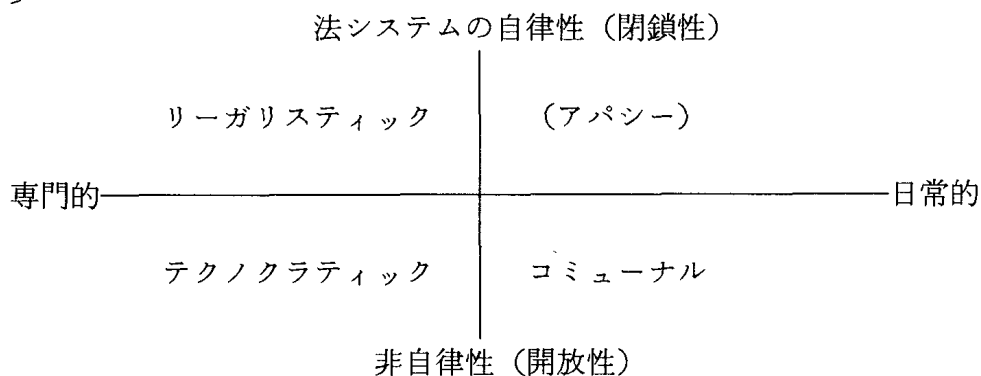
最後に(Ⅱ)次元の法原理についてだが、ルーマンはシステムを特定することなく普遍的に妥当するような実体概念によってシステムを基礎づける一切の試みを拒否するので、法システムの正義性についても、それを純然たる価値問題や社会的承認から導出するのではなく、法システムの内部問題として再定式化する。すなわち、高度に複雑な社会環境への対応力(社会適合的複雑性)をもつ法概念を開発・洗練することによって、言い換えれば問題を(Ⅰ)次元へと送り込むことによって、法的決定相互の「一貫性」を保証していくことが、法システムにおける「正義」の機能だと主張するのである。⁵⁷⁾もとより最近の法理論の領域では、法原理の形而上学的基礎づけというよりも、むしろそれを実定法内在的なものとして理解するのが通例であり、この問題はおもに法実証主義と裁判官による法創造との関連において活発に論じられているようである。⁵⁸⁾さらに最近の動向としては、手続的正義という観点を前面に掲げて法制度の再検討を要求したり、正義を確保するためのコストを問題とする論者も現れている。このように法システムが価値―正義問題をどのように処理すれば良いかは依然として未解決の問題なのだが、社会的な価値の多様化や価値対立の激化が進行するにつれて、法システムはそれに敏感であることを要求される反面、そこから十分に防御されていなければならないというジレンマを抱え込むことになる。これは現代の法的正義論の根幹に関わる問題だと言えよう。

このように、法システムの内的視点からの観察を法システムの外的視点から観察するという、言わば「法律学を対象とする社会学的観察」というスタンスは、⁵⁹⁾ルーマンによれば、法社会学という学問領域に対して、一つの有意義な研究テーマを提示するものと見なされていることを付け加えておこう。

〔図 2〕

	リーガリスティック	テクノクラティック	コミュニーナル
ルール	法解釈 (法適用の一貫性)	法政策学 (効率性+正義性)	行為規範 (慣行・法意識)
手 続	裁判 / 議論 (法解釈のテスト)	手続的正統化 (合意調達手段)	交 渉 (調停・和解)
結 果	利益衡量 (裁判の実質化)	規制立法 (資源配分法)	社会運動 (要求・理念)
法化問題への 対応策	・法的思考様式の 再生	・実効性の向上 (法の科 学化=効率的法化) ・問題転移 (規制緩和)	・脱法化 (非公式の紛争処理 との接合)

〔図 3〕



さて、先程の図式とは別の視角から、多様化する法思考の類型化を試みたのが図2である。図2における縦方向の《ルール／手続／結果》という区分は、法システムの運営にあたって相対的に重視される側面を表し、横方向の《リーガリスティック／テクノクラティック／コミュニーナル》という区分は、法システムへのコミットメントの形式を表している。また、後者の区分を説明するための図式が図3である。⁶⁰ 例え、我々がリーガリスティックなスタンスをとる場合には、法システムへのコミットメントの形態は、専門的な視点に立ちつつ、法的意味空間の他の領域からの自律性を要求するものになるということを表している。他の項目についても同様の方法で理解して頂きたい。

なお、この図で「アパシー」と表記されている部分——日常的な視点から法システムの自律性を要求する——に該当するようなスタンスは、通常は法的問題には無関心で、法システムへの

コミットメントをできるだけ回避するような態度を示している。ここには従来から指摘されてきた日本型法意識のプレ・モダンの要因と、法的ルールを含めて全てを手段化していく実利主義、言わばウルトラ・モダンの要因との混在という、日本的法文化論との関連でも興味深い論点が含まれているように思われるが、こうした特殊なコミットメントの形態については、ここではさしあたり留保して議論を先に進めることにしよう。

図2はこれらの区分をクロスさせることで、様々な法思考の布置関係を整理しようとする試みである。この図式をもとにして伝統的な「法的思考様式」を単純化すれば、そこではリーガリスティックな観点から「法的ルールの体系的整合性」や「合法性原理に依拠した法適用」を志向する「法解釈」が中心的な役割を果たし、それは裁判手続をつうじた現実との擦り合わせの中で不断にテストを受けていると要約されそうである。こうした定義では、裁判官によって経験的・帰納的に形成されたルールと、法学者によって理念的・演繹的に形成されたそれとの区別が明確にならないという問題は残るが、いずれにせよ、二重線で括られた領域が、その核心部分をなすことは間違いない。しかしながら、こうしたルール志向型の問題処理方法は、周知のように産業社会化、とりわけ福祉国家の進展とともに、実質性や効率性といった観点から動揺を余儀なくされてきた。それゆえ、リーガリスティックな立場の内部では、法的判断のもたらす「結果」を重視する「利益衡量」⁽⁶²⁾的な手法が影響力を強めるとともに、他方では、テクノクラティックな思考法⁽⁶³⁾目的—手段的思考法へと越境していくことで、法システムの効率的な運営を担保しようとする動きが強まったのである。例えば、法政策学のスタンスは、「経済的効率性」と「法的正義性」のトレード・オフ関係を念頭に置きつつ、公共選択論／意思決定論的な視角から合理的・効率的な「法的ルール設計のためのルール」を問題とするものであり、⁽⁶³⁾他方、資源配分法を典型とする規制立法は、社会のニーズに応答するために、あるいは政策的目標を実現するために、法を国家介入の道具として活用し、その当否⁽⁶⁴⁾正当性を結果志向的な規制の「効果」によって測定するという発想に立つものだと言えよう。⁽⁶⁴⁾こうした視点から考えるとき、現代の法運営において「目的志向／結

果志向的」思考法の果たしている役割は相当に拡大していると言わねばならない。

しかし、こうした「形式法の実質化」傾向は、個別的状況や役割に応じた莫大な量の規制立法を生み出すとともに、定義の曖昧な一般条項や倫理規定や行動プログラムの便宜主義的な利用への依存度を高めることに繋がっていく。また、成果を求めていたずらに法規の数量を増大させること自体が、かえって当初の目的達成を阻害しているという批判にも晒されるのである。⁽⁶⁵⁾ 場合によっては、こうした傾向は法システムへの信頼を傷つけ、法システムの正当性―正統性の危機を招来するかもしれない。このような事態に対するテクノクラティックな思考法からの問題回避策としては、例えば、合意調達手段という観点から一定の手続的参加を保障する「手続的正統化」⁽⁶⁶⁾ のための制度を開発する方が考えられる。この戦略が成功すれば、それは一種のコーポラティズム的利益配分―意思決定手続として機能することになり、法はその制度的枠組みを保障、ないしは強制するという役割を期待されることになろう。しかしいずれにしても、規制立法による直接的な社会制御効果は不透明になっていくのである。

法の政策化を支持する立場に立つとき、こうした問題は規制立法の「実効性の欠如」⁽⁶⁷⁾ として主題化される。かくしてそれを解決する手段としては、法運営のますますの「科学化」⁽⁶⁸⁾ ――実態調査や計量化モデルを使った因果連関分析、費用―便益分析、アセスメントの導入など――が要請されるか、さもなければ一次的な決定責任を他のシステム（例えば市場システム）に「問題転移」⁽⁶⁹⁾ させて、効率的な決定を間接的に制御するといった方法がとられることになる。これは政策的にコントロールされた「非法化」戦略とでも呼ぶべき現象である。八〇年代に推進されたいわゆる「規制緩和」政策はその典型的な例だと言えよう。

そうした立場とは別の潮流として、コミュニティナな視点から法運営の動態化をめざす思考法を指摘することができ。社会的現実のダイナミズムは、ほとんど常に法システムの規範構造に先行していることを承認しつつ、日常的な「行為規範」の中から現代的な意義をもつルールを発見し、それを法規範に繋いでいこうとするアプローチ――いわゆ

る「新しい人権」や消費者保護などの分野に典型的に見られる——や、特定の要求を掲げて活動する「社会運動」と法との関係に着目するアプローチ——政策形成型訴訟の母体としての市民運動、各種の利益団体、コミュニティの自治的運営等を研究対象とする——などは、これまでもその重要性が繰り返して指摘されてきたところである。これらの社会運動が掲げる要求は、裁判手続や立法手続を経由して法的ルール形成へと至るポテンシャルを秘めていることは言うまでもなく、法学は実際にそうした動きを支援してきたわけだが、他方では、各々の運動の現場で展開される社会的プロセスそれ自体の研究をつうじて、従来の法的規制とは異なる新たなタイプの社会形成メカニズムを展望しつつ「脱法化」戦略を構想する論者も現れている。⁽¹⁰⁾ さらに最新の理論動向としては、手続的な観点から紛争処理プロセスにおける当事者相互の「交渉—対話」の意義を重視し、裁判をも広い意味での紛争処理プロセスの一契機として再構成していこうとする方法論が提唱されている——民事訴訟における「第三の波」派。⁽¹¹⁾ これらの主張には、裁定者を頂点に置くトリアドイックなコミュニケーション・モデル（伝統的な法律観）を、対抗する二者間のダイアドイックなコミュニケーション・モデルによって批判していこうとする意図が込められているようにも思われる。

さらに第三の道として、「ルール＋手続」を中核とする「法的思考様式の再生」をめざす理論動向を指摘することができよう。ここには性格の異なる様々な理論を包摂できそうだが、例えば、市民法原理を理念型としつつ現代法状況の下で進行する権利侵害を批判し、同時に法思考の無原則的拡散に歯止めをかけようとする市民法学、悪しき「設計主義的合理主義」の支配に代えて「ノモス」の復権を説くハイエクの自生的秩序論、法的「議論」に固有の思考枠組みを析出し、法解釈の優劣をそれによって基礎づけようとする平井理論——二重線の内側が「正当化のプロセス」に該当し、それ以外の部分は「発見のプロセス」として区別される——⁽¹²⁾などは、基本的には、この潮流に属するものとして理解されるであろう。なお、法システムの外部観察者というスタンスをとるルーマンは、上述の対応策（法システムの自己観察）のいずれにも直接的にコミットしているわけではないが、強いて言えば第三の立場に近いところか

ら、法システムの構造変動の可能性と限界を見極めようとしているのではないかと思われる⁽⁷³⁾。とりわけ彼の理論モデルは、その中心概念として「自己言及的なルール」を置くことにより、先程述べた法的コミュニケーションのトリアディック・モデル（法規範による裁定）とダイアディック・モデル（交渉による紛争処理）とを媒介していく可能性を提示している点でも注目に値しよう。

これまでの考察によって、きわめて概括的にはあるが、現代の「法的思考様式」をとりまく問題状況についての見取図を入手することができた。加えて、こうした交通整理を行う際に、ひとつの尺度として「法化」論の枠組みが一定の有効性をもつことも示されたように思われる。検討が加えられるべき問題は多方面にわたるが、以下では主に次のような論点に焦点を合わせて考察を進めることにしたい。まず第一に、「ルール＋手続」を中核とする「法的思考様式」が、なおも自己のアイデンティティを保持しつつ法的意味—言説空間の核心部分を担いようとすれば、それを可能にしているメカニズムはどのように理論構成されるか。第二に、公的フォーラムとしての裁判、議論による正当化／手続による正統化、公式／非公式の紛争処理における交渉過程、法的決定過程への参加保障といった論点をめぐって、近年、「手続化」論への関心が高まりをみせているが、そうした問題設定のもつ法理論上の意味は何か。第三に、法的ルールと事実に遂行されているコミュニケーションルールの相互関係は、両者の整合／不整合を含めていかなる形で理論化されうるか。これらの問題を考察するにあたって、手始めになされるべき作業は「法的思考様式」の内容を特定することであろう。そのためには、法以外の思考法との対比をつうじて「法的思考様式」に固有の特性を定式化しようと試みているオウベール (V. Aubert)、ペレルマン (C. Perelman)、フィーヴェック (Th. Viehweg)、田中成明らの類型論的方法を、他方では、構成主義的認識論の立場から法システムを描写するタイプナー (G. Teubner) のオートポイエシス・システム理論を参照することが極めて有益だと思われる。これらの問題については章を改めて検討していくことにしよう。

- (1) 情報化・消費社会論との関連では、ジャック・アタリ『情報とエネルギーの人間科学——言葉と道具』(平田清明・斉藤日出治訳、一九八三、日本評論社)、内田隆三『消費社会と権力』(一九八七、岩波書店)、佐伯啓思『隠された思考——市場経済のメタフィジックス』(一九八五、筑摩書房)、同『産業社会とポスト・モダン』(一九八九、筑摩書房)、斉藤日出治『物象化世界のオルタナティブ——現代資本主義と言語・情報・記号』(一九九〇、昭和堂)など、ポスト・モダン論との関連では、ジャン・フランソワ・リオタール『ポスト・モダンの条件——知・社会・言語ゲーム』(小林康夫訳、一九八六、風の薔薇)、今田高俊『モダンの脱構築——産業社会のゆくえ』(一九八七、中央公論社)、広岡守穂『ポストモダン保守主義』(一九八八、有信堂)など、レギュラシオン理論との関連では、R・ボワイエ『レギュラシオン理論——危機に挑む経済学』(山田鋭夫訳、一九八九、新評社)、M・アグリエッタ、A・ブレンデル『勤労者社会の転換』(斉藤日出治他訳、一九九〇、日本評論社)、平田清明・山田鋭夫・八木紀一郎編『現代市民社会の旋回』(一九八七、昭和堂)、海老塚明・小倉利丸編『レギュラシオン・パラダイム』(一九九一、青弓社)、山田鋭夫『レギュラシオン・アプローチ』(一九九一、藤原書店)などが参考になる。
- (2) 認識＝理論と現実の循環的な構成連関をもつ。つまり、第一に、裸の現実というものは認識不能であり、一切の出来事は何らかの思考枠組みに依拠する限りで現実としての意味をもち、コミュニケーション可能になる。第二に、理論は現実を外側から裁断する物差しではなく、有意義に構成された社会的現実の一部として、その再生産プロセスに参加している。なお関連として、Teubner, G., "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", in: *Law & Society Review*, Vol.23, No.5, (1989).
- (3) 例えば、Teubner, G., *ibid.*, pp.727-30, 今田高俊『自己組織性——社会理論の復活』(一九八六、創文社)一四一―七三頁など。
- (4) 高橋洋児『浮遊する群衆——管理社会から『動員』社会へ』(一九九一、有斐閣選書)。
- (5) Luhmann, N., "Der Ursprung des Eigentums und seine Legitimation, Ein historischer Bericht", Ms., (1987) S.1, 今田高俊『モダンの脱構築——産業社会のゆくえ』四五一―七頁。
- (6) 我々が構想する「自己組織性理論」との接点を持つ限りで「新しい」と位置づけているのであり、必ずしも最新の理論という意味ではない。なお、本稿との関連で各々の論者の代表作を挙げれば、Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bde.1-2, (1981, Suhrkamp), 『コミュニケーション的行為の理論』上・中・下(河上・フーブリヒト他訳、一九八五・八六・八七、未来社)、今田高俊『自己組織性——社会理論の復活』、橋爪大三郎『言語ゲームと社会理論』(一九八

五、勁草書房) Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1-3 (1973-79, University of Chicago Press), 『法と立
法と自由』I—III (矢島・水吉・篠塚・渡部訳、一九八七・八八、春秋社) Giddens, A., *The Constitution of Society*,
(1984, Polity Press). なお、ルーマンの著作については該当箇所でも適宜指示するが、その総体を知るには土方透編『ルー
マン／来るべき知』(一九九〇、勁草書房)の巻末に付された「N・ルーマン著作目録」が役に立つ。

- (7) 馬場靖雄「劇場から戦場へ——否定性なき社会理論のために」『ソシオロジ』第三五巻・二号(一九九〇)では、社会シ
ステムの存立根拠をめぐる問いの枠組みを越え出た点にルーマンの固有性を見て取り、他の論者とルーマンとの差異が強
調されている。また、Teubner, G., "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law" pp.736-8, ぞ
は、自己言及性のパラドクスを理論的欠陥として回避するのではなく、むしろそれをシステム形成にとって不可欠のモ
メントとして認知した点で、ルーマンはハーバースマスやフーコーらとは異なる地点に到達したと主張される。さらにこの点
について、馬場靖雄「多様体としての法——ニクラス・ルーマンの法システム理論」(一九九一、日本法社会学会報告レ
ジュメ)におけるタイプナー批判を参照。

- (8) 自己組織性論関連の著作としては、今田高俊につき、前掲書の他に「社会理論の復活を——自己組織性と社会」『現代社
会学』二二号(一九八六)、「自己組織性と進化」『組織科学』第二二巻四号(一九八八)、「自己組織する情報社会」『組織
科学』第二二巻三号(一九八八)、「リフレクシオン思想——近代の超出」『現代社会学』二五号(一九八九)など。それへ
の批判として、佐藤慶幸「オルタナティブ社会の構想——自己組織性とネットワーク」『生活世界と対話の理論』(一九九
一、文眞堂)がある。あるいは、自己組織性理論を機能主義の精緻化によって構築する試みとして、吉田民人「情報と自
己組織性の理論」(一九九〇、東京大学出版会)、同「自己組織性の情報科学」(一九九〇、新曜社)。またシステム理論か
らの概説書としては、Wilke, H., *Systemtheorie entwickelter Gesellschaften*, (1989, Juventa)がある。自然科学の領域で
は、H・R・マトゥラーナ、F・J・ヴァレラ『オートポイエーシス——生命システムとはなにか』(河本英夫訳、一九九
一、国文社)、エリッヒ・ヤンツ『自己組織化する宇宙——自然・生命・社会の創発的パラダイム』(芹沢・内田訳、一九
八六、工作舎)が興味深い。

- (9) 例えば、和田仁孝『民事紛争交渉過程論』(一九九一、信山社)、特に「交渉行動と規範の役割——裁判外交渉過程の構
造と制御(第一章)」を参照。

- (10) 周知のように、これらは時代の流れとともにニュアンスを変化させながらも日本法社会学の中心的課題として繰り返し
議論されてきたテーマである。それゆえ関連文献も多数あるが、さしあたり、藤田勇・江守五夫編『文献研究・日本の法

- 社会学——法社会学論争』(一九六九、日本評論社)、潮見俊隆編『法学文献選集2・法社会学』(一九七三、学陽書房)、日本法社会学会編『日本の法社会学』(一九七九、有斐閣)、同会編『法社会学への期待』(一九八九、有斐閣)などに所収の論文を参照のこと。
- (11) こうした理論動向はコミュニケーション行為論・コミュニケーション倫理学・ヘルメノイティク・レトリック論・トピク論などとの接触を通じて展開されたものである。例えば、田中成明『現代法理論』(一九八四、有斐閣)、同『法的思考とはどのようなものか』(一九八九、有斐閣)、同『法の考え方と用い方』(大蔵省印刷局、一九九〇)、同『法的空間』長尾・田中編『現代法哲学・1』(一九八三、東京大学出版会)、亀本洋『法的議論における実践理性の役割と限界』(一)〜(四)、『判例タイムズ』五五〇―五五五号(一九八五)、同『法解釈の理論』大橋・三島・田中編『法哲学要綱』(一九九〇、青林書院)、岩倉正博『法的議論——ハーバマスにおける議論と合理性』『現代法哲学・1』、松浦好治『法的推論——模範例による法思考』『現代法哲学・1』、植松秀夫『法思考の特徴』『法哲学要綱』などを参照。
- (12) これは当初『ジュリスト』誌上に連載の形で発表されたが、後に合本が編集刊行されたこともあり本稿ではもっぱらそちらを参照文献として掲げる(あわせて頁数の表記も合本のものを用いる)。平井宜雄『法律学基礎論覚書』(一九八九、有斐閣) Ⅱ『ジュリスト』九一六〜九二八号(一九八八―八九)、ジュリスト編集部編『法解釈論と法学教育——平井宜雄『法律学基礎論覚書』をめぐって』(一九九〇、有斐閣) Ⅱ『ジュリスト』九四〇〜九四三号(一九八九)、平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』(一九九一、有斐閣) Ⅱ『法解釈論の合理的基礎づけ』『法学協会雑誌』一〇七巻五号(一九九〇)、『判例研究方法論の再検討』『ジュリスト』九五六・九六〇・九六二号(一九九〇)。あわせて、瀬川信久『民法の解釈』『民法講座』別巻1(一九九〇、有斐閣)、今村与一『戦後法解釈論批判』の批判的検討』『法の科学』一九号(一九九一)も参照されたし。
- (13) さしあたり、日本法哲学会編『法的思考の現在』(一九九〇、有斐閣)所収の諸論考、松岡誠『法哲学的思考論——法の独自性をめぐって』『創価法学』第二〇巻一・二合併号(一九九〇)、田中成明前掲著作などを参照。
- (14) 「法化」論関係の著作はきわめて多数存在するが、いくつか例示すれば、Voigt, R. (Hrsg.), *Verrechtlichung*, (1980, Athenaum), Ders., *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, (1983, Westdeutscher), Teubner, G., *Rechts als autopoietisches System*, (1989, Suhrkamp), *Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bde. 6, 9, (1980, 1983), *Jahresschrift fur Rechtspolologie 1-4* (1987-1990, Centaurus), Jeorges, Ch. & Trubek, D. M. (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, (1989, Nomos) pp.399ff., Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of Law in the*

- Welfare State*, (1985, Gruyter), Ders. (ed.), *Juridification of Social Spheres*, (1987, Gruyter), Ders. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (1988, Gruyter) などが、また邦語文献としては、村上淳「現代法分析の視角——西ドイツ法学におけるシステム理論の展開」『法学協会雑誌』第一〇七巻一号（一九九〇）、棚澤能生「法化とポスト介入主義法モデル」『法の科学』一六号（一九八八）、同「福祉国家における法のディレムマ」『法の科学』一八号（一九九〇）、同「オートポイエシスと法理論——西ドイツにおける『ポスト福祉国家の法理論』の一潮流」『早稲田法学』第六六巻二号（一九九一）、檜沢秀木「介入主義法の限界とその手続化——『法化』研究序説」『法の理論』一〇号（一九九〇）、佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項——トイプナーのシステム論的アプローチの検討」『法学』第五十三巻六号（一九九〇）、山口聡「現代法の自己産出と自律性——ハーバマスとトイプナーの『法化』論を手がかりとして」『阪大法学』第四〇巻一号（一九九〇）、江口厚仁「法システムの自己組織性」『九大法学』第六〇号（一九九〇）などがある。
- (15) 例えば、今田高俊「リフレクション思想——近代の超出」、今田とは視点が異なるが科学主義の社会理論への誤適用を論じたものとして、F・A・ハイエク『科学による反革命——理性の濫用』（佐藤茂行訳、一九七九、木鐸社）。
- (16) 田中成明『現代法理論』四〇—五五頁、P・ノネ、P・セルズニック『法と社会の変動理論』（六本佳平訳、一九八一、岩波書店）、Teubner, G., "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", Galanter, M., "Legality and Its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization", in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 6. (1980), など、議論をなす法の三類型モデルを参照せよ。
- (17) Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, Vol.1, (1973, University of Chicago Press) pp.94ff., 『法と立法と自由』I（矢島・水吉訳、一九八七、春秋社）一二四頁以下。
- (18) Habermas, J., *Theorie der kommunikativen Handlung*, Bd. 2, (1981, Suhrkamp) S.229ff., S.489ff., 『コンニケーション的行為の理論』（下）（丸山・馬場・脇他訳、一九八七、未来社）六五頁以下、三二七頁以下。
- (19) 棚澤能生「福祉国家における法のディレムマ」八六頁。
- (20) 檜沢秀木「介入主義法の限界とその手続化」一二二頁以下では、システムの自律性を強調する「システム論的考察」（N・ルーマン、H・ヴィルケ、G・トイプナー）と、生活世界のシステムからの自律性を強調する「行為論的考察」（J・ハーバーマス、K・エダー、R・ヴィートヘルター、N・ライヒ）という区別を用いながら「法化」論の整理が試みられている。
- (21) 例えば、「座談会・法哲学と実定法学の対話」星野・田中編『法哲学と実定法学の対話』（一九八九、有斐閣）三八九頁以下。

- (22) 渡辺治『企業支配と国家』(一九九一、青木書店)、同「現代日本国家の特殊な構造」および馬場宏二「現代世界と日本会社主義」、『現代日本社会・1』(一九九一、東京大学出版会)、金子勝「企業社会の形成と日本社会——『資産所有民主主義』の帰結」、『現代日本社会・5』(一九九一、東京大学出版会)、深谷信夫「企業社会論と法律学の課題」、『法の科学』一九九号(一九九一)などを参照。
- (23) 江口厚仁「法システムの自己組織性」一八—五六頁において、そのための準備作業を試みているので、そちらを参照して頂きたい。
- (24) 例えばシステムの自己言及性を意識しているか否か、という観点から区別すればルーマン・今田／ハーバーマス・ハイエクという分類も可能である。また「非主体論」に振り当てられたハイエクが、彼らの中では最も近代的自由主体観にコミットしているのも事実である。それゆえ、ここでの区別(社会の再生産への諸個人の意図的な介入可能性の有無)は、あくまでも想定しうる一つの基準を前提としたものにすぎない。
- (25) 今田前掲論文の他に、「討論／意味・ルール・自己言及」『理論と方法』Vol.3, No.2, (一九八八)、「共同討議・社会理論のフロンティア」『現代社会学』二五号(一九八九)などを参照。
- (26) 今田高俊『モダンの脱構築』はこのテーマの応用編である。
- (27) Teubner, G., "Verrechtlichung—Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", S.289ff., 邦訳二六八頁以下、Gorlitz, A. u. Voigt, R. (Hrsg.), *Postinterventionistisches Recht: Jahresschrift für Rechtssoziologie* 4 (1990, Centaurus) などを参照。
- (28) 小畑清剛『言語行為としての判決——法的自己組織性理論——』(一九九一、昭和堂)において、小畑はハイエクの言う「ノモス」と「テシス」の間に、裁判官の自省的行為を媒介として開かれる「第三範疇」——コンベンショナルでありつつも理性的にコントロール可能な領域——を設定し、そこを法的自己組織性の場として位置づけている。ただし、その場合には、法システムの自己言及的再生産を裁判官という役割・人格に帰属させることのメリット／デメリットが十分に測定されねばなるまい。
- (29) Habermas, J., *a.a.O.*, S.11ff., S.445ff., 前掲邦訳一七頁以下、二八四頁以下を参照。
- (30) *A.a.O.*, S.542, 前掲邦訳三七六頁。
- (31) *A.a.O.*, S.544, 前掲邦訳三七八頁。
- (32) 田中成明『現代法理論』一七三頁以下、二六四頁以下、また関連として、旗手俊彦『正義のフォーラム』の法哲学』

(一九九一、風行社)、さらにリベリズムの立場から「会話としての正義」を掲げ、コンセンサス原理の正義概念への適用が規制的理念として働く危険性を指摘するものとして、井上達夫『共生の作法』(一九八六、創文社)を参照。

- (33) Hayek, F. A., *ibid.*, pp.8-34, 94, 117.
- (34) *Ibid.*, pp.94ff..
- (35) *Ibid.*, pp.124-44, 173-80.
- (36) 落合仁司『保守主義の社会理論——ハイエク・ハート・オースティン』(一九八七、勁草書房)一三六頁以下、島津格『自生的秩序——ハイエクの法理論とその基礎』(一九八五、木鐸社)などを参照。
- (37) この視点は、ルーマンにとっては、特にオートポイエシス概念を用いた八〇年代以降の基本的モチーフであるため、参考文献は彼のその後の全著作に及ぶことになる。なお、オートポイエシス概念の採用によって、彼の基本的な理論枠組みが根本的な変更を被ったのか、それともなお一貫性を保持しているのかという問題については、これから議論が深められるべきテーマである。なお、この論点については、馬場靖雄「ルーマンの変貌——社会学的オートノミーの原理のために」『社会学評論』第三九巻一号(一九八八)、大野純一「ニクラス・ルーマンはどう変貌したのか——現代のウェーバーはヘーゲルの亡霊なのか?」『法哲学年報・法的思考の現在』(一九九〇)を参照。
- (38) Luhmann, N., *Rechtssoziologie 2.* Aufl., (1983, Westdeutscher) S.354ff., Ders., *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, (1988, Alfred Metzner) S.11-13., Ders., "Die Einheit des Rechtssystems", in: *Rechtstheorie 14*, (1983, Duncker & Humblot) S.131-34.
- (39) Luhmann, N., *Rechtssoziologie 2.* Aufl., S.207ff., Ders., *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, S.24ff..
- (40) Luhmann, N., *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, S.14, Ders., "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", in: Teubner, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (1988, Gruyter) pp.336f., 339.
- (41) Luhmann, N., "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", pp.339-44, Ders., "The Self-Reproduction of Law and Its Limits", in: Teubner, G.(ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, (1985, Gruyter) pp.113-15.
- (42) Teubner, G., "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law" P.738. 以上した問題意識にたって、トイプナーは様々なシステム相互の構造的カップリングを間接的・手続的に制御する機能を法システムに期待するのである(自省的法)。*カウジン* Jessop, B., *State Theory*, (1990, Polity press) pp.320ff. などについて、ジュネップはオートポイ

- エシス・システム理論への共感を表明しながらも、ルーマンにならって部分システム相互の「盲目的カップリング」モデルを採用することには躊躇をおぼえ、それに代えて、システム相互の調整に社会的諸力の戦略的な介入を承認する「戦略的カップリング」モデルを提示している。他方、ルーマンは、Luhmann, N., "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", pp.339ff. において、各々の部分システムは、全体社会のオートポイエシスの再生産に関与しているため、社会的に可能なコミュニケーション上の制約に従っていること、さらに各々のシステムは同一の出来事を共有していること（もちろん各々のシステムに応じて意味づけは異なるだろうが）、という事実において相互浸透可能だと主張している。しかし、そうしたレベルを越えて、部分システム相互の関係を調整するような上位システムを想定することは、オートポイエシス・システム理論の開いた可能性を捨て去ることに繋がると批判するのである。
- (43) Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, (1969-1983, Suhrkamp) 『手続を通しての正統化』(今井弘道訳、一九九〇、風行社)、あわせて、馬場靖雄「正当性問題再考——アイロニーを『超えて』」土方透編『ルーマン／来るべき知』(一九九〇、勁草書房) 参照。
- (44) 価値対立を争うことは常に実りのあることではなく、しばしば不毛な結果をもたらす場合がある。人は価値的に合意せねば行わないわけではないし、万人に価値闘争の遂行を要求することも現実的ではない。ルーマンの主張するシステム決定の「動機づけなき受容」テーゼは、このような社会認識を前提としながら、(本来ありうべき)価値的合意の断念の代償として手続に依拠するというのではなく、(本来ありうべき)価値的合意を当面の問題から解除し、一定の条件の下でシステムの決定を学習可能なものに変換するための装置を念頭においている。当事者は、ある段階での決定を自己の置かれた状況に対する情報として認知し、(必ずしも常に可能というわけではないが)必要とあらば、それを資源として二回戦を戦う準備に取りかかることもできるのだから。なお、この点については、田中成明『現代法理論』一七五—一六頁、『法的思考とは何ぞのちよなきものか』二六—七頁、および、Luhmann, N., *a.a.O.*, S.1-7, 前掲邦訳 vi-xiv 頁。
- (45) Luhmann, N., "Die Einheit des Rechtssystems", S.147-48.
- (46) Luhmann, N., "The Self-Reproduction of Law and Its Limits", p.119.
- (47) Luhmann, N., "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", in: *Journal of Law and Society* Vol.15, No.2 (1988) pp.159f. Ders., "The Sociological Observation of the Theory and Practice of Law", in: *European Yearbook in the Sociology of Law*, (1988, Giuffrè) pp.29f..
- (48) Luhmann, N., *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, S.26f, Teubner, G., "Verrechtlichung—Begriffe, Merkmale,

- Grenzen, Auswege”, S.322ff., 前掲邦訳二五九—六一頁。
- (49) Teubner, G., a.a.O., S.321f., 前掲邦訳二五八—九頁。
- (50) Luhmann, N., a.a.O., S.44-47. あるいは、ニクラス・ルーマン「基調報告・社会システムとしての法」河上倫逸編「ルーマン・シンポジウム／社会システム論と法の歴史と現在」(一九九一、未来社)一四一—四六頁。
- (51) Luhmann, N., “The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History”, pp.155-60. あるいは、ニクラス・ルーマン「基調報告・法の歴史とパラドックス」『社会システム論と法の歴史と現在』二八—四三頁。
- (52) Ibid., p.162.
- (53) Luhmann, N., *Rechtssoziologie 2. Aufl.*, S.360f.
- (54) ルーマンは情報理論の用語である「冗長性 (Redundanz)」概念を用いて法解釈の機能を定義する。つまり、論証をつうじて法解釈の網の目が形成される時、ある命題の情報価値を人々を驚かせる効果は、他の命題が既に知られているという事実によって縮減されることになる。それゆえ論証が中心集約的な形式で整序される場合には、その程度に応じて、論証が導く結果の予測可能性も高まっていく。このように法規範の体系化は、双方向に作用する「冗長性」を非対称化する機能を担っているというのである。この点については、Luhmann, N., *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, S.34-7, Ders., “The Sociological Observation of the Theory and Practice of Law”, pp.30-32, などを参照。
- (55) 田中成明「裁判による法形成」鈴木・三ヶ月編『新・実務民事訴訟講座Ⅰ』(一九八一、日本評論社)、同「裁判の正統性——実体的正義と手続保障」『講座・民事訴訟Ⅰ』(一九八四、弘文堂)、棚瀬孝雄「法化社会と裁判——国際化時代の日本の裁判」『ジュリスト』九七一号(一九九一)、六本佳平『法社会学』(一九八六、有斐閣)三四五頁以下、などが参考になる。
- (56) 法システムが結果志向性を高めることの問題点を指摘したものととして、Luhmann, N., a.a.O., S.28-31, Ders., “The Self-Reproduction of Law and Its Limits”, pp.122f., などを参照。
- (57) Luhmann, N., a.a.O., S.41-3. ルーマンの主張のうち、わが国の法理論の領域で最もホレミックな反応を呼びおこしたのは、こうした「正義」概念の位置づけをめぐるのではないかと思われる。関連として、駒城鎮一「ニクラス・ルーマンのシステム理論と正義問題」『法の理論』五号(一九八五)、同「自然法の復権」阿南・水浪・稲垣編『自然法の復権』(一九八九、創文社)、青山治城「人間と社会——システム論的正義論をめぐる」土方編『ルーマン／来るべき知』(一九九〇、勁草書房)などを参照。

- (58) 例えば、深田三徳『法実証主義論争——司法的裁量論批判』(一九八三、法律文化社)、P・S・アティア「原理からプラグマティズムへ——裁判と法の機能の変化」『法学新報』第九二巻五・六号(新井正男他訳、一九八六)。
- (59) ルーマンは観察者のスタンスに応じて、システムの自己観察をファースト・オーダーの観察、それをシステム外部から観察することをセカンド・オーダーの観察と定義して両者を区別している。この区別は、パラドクスの隠蔽による自己再生産の維持／パラドクスの開示による明晰性の確保、というオートポイエシス・システムの記述をめぐるディレンマにも対応している。Luhmann, N., *Ökologische Kommunikation* 3 Aufl. (1990) S.51ff., ニクラス・ルーマン「システム理論の最近の展開」『ルーマン／来るべき知』二四—二六頁、などを参照。
- (60) これについてはGalanter, M., "Legality and Its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization", S.13. の図式を参考にした。
- (61) これとの関連では、田中成明「現代日本における法制化の問題」河上フーブリヒト編『ハーバース・シンポジウム／法制化とコミュニケーション的行為』(一九八七、未来社)が参考になる。
- (62) 加藤一郎『民法における論理と利益衡量』(一九七四、有斐閣)、星野英一「民法学の方法に関する覚書」星野『民法論集』第五巻(一九八六、有斐閣)、同「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」『民法・信託法理論の展開』(一九八七、弘文堂)などを参照。
- (63) 平井宜雄『法政策学——法的意思決定および法律制度設計の理論と技法』(一九八七、有斐閣)を参照。
- (64) Teubner, G., "Verrechtlichung—Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", S.304ff., 前掲邦訳二四—二五—二六頁。
- (65) もちろん、これは各国の立法政策上の基本姿勢とも関連しており、例えば、日本ではドイツのような「規範の爆発」現象は生じておらず、むしろ権利拡大という意味での「法化」が求められているという見方もありうる。しかしながら、福祉国家下での「形式法の実質化」に伴う問題群は、程度の差こそあれ日本でも見られる現象であり、仮にそれが「規範の爆発」に至らないとすれば、まさにその理由こそが探究されねばならない問題だとも言えよう。この点につき、西独連邦司法省資料「法規の過剰化現象にいかに対処すべきか——西独連邦司法省の資料の解題と翻訳」『法学研究』第六〇巻一—号(石川・出口訳、一九八七)、棚澤能生「法化とポスト介入主義法モデル」『法の科学』一六号(一九八八)を参照。
- (66) これは決定内容の正当性をコンセンサス原理によって、あるいは外見的なコンセンサスの捏造によって補完する制度という観点から「手続」を捉える点で、ルーマンの主張する「手続による正統化」論とは問題の位相を異にしている。ちなみに、臨調方式による政策決定プロセス・公聴会・ヒアリング制度などの問題点が指摘される場合には、こうした意味で

の手續批判が念頭におかれているケースが多いように思われる。

- (67) Teubner, G., a.a.O., S.326, 前掲邦訳二六二頁。
- (68) A.a.O., S.327, 前掲邦訳二六二頁。
- (69) A.a.O., S.329-33, 前掲邦訳二六四—六八頁、Galanter, M., a.a.O., S.15.
- (70) 例えば、名和田是彦「現代社会における『法的なもの』の動揺と拡散」日本法哲学会編『法秩序の生成と変動』（一九八八、有斐閣）、P・ノネ、P・セルズニック『法と社会の変動理論』（六本佳平訳、一九八一、岩波書店）における「応答的法の概念」、Galanter, M., a.a.O., S.15, などを参照。
- (71) この呼称の下には、実際には幅のある多様な議論が包摂されているようだが、さしあたり、井上治典「手續保障の第三の波」『特別講義・民事訴訟法』（一九八八、有斐閣）、水谷暢「紛争当事者の役割」『講座・民事訴訟三』（一九八四、弘文堂）、シンポジウム「訴訟機能と手續保障」『民事訴訟雑誌』二七号（一九八一）、このシンポジウム報告のうち、井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分担——多様化した紛争解決手續の相互関係」などを参照。
- (72) 平井宜雄『法律学基礎論覚書』二〇頁以下。
- (73) ルーマンによれば、高度に機能分化を遂げた現代社会の法システムは自己更新的なシステムであり、法システムの機能（または法／不法コードの操作）を他の機能領域で代替することはできなくなっていると主張される。こうした視角から、彼は非法化・脱法化戦略や結果志向性への傾斜を擁護する論者に対して根本的な疑問を提起している。Luhmann, N., "The Self-Reproduction of Law and Its Limits", pp.119ff.

(未完)