

社会制度としての法

江口, 厚仁
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/2547351>

出版情報 : 法政研究. 86 (3), pp.25-45, 2019-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

社会制度としての法

江口厚仁

- 一. はじめに
- 二. 他者という問題
- 三. 〈制度Ⅰ〉—— 暗黙の自明視された秩序
- 四. 〈制度Ⅱ〉—— 明示的に公式化された秩序
- 五. 法の社会理論の役割

一．はじめに

法とはひとつの社会制度である。この命題は、あまりに当然のことを言っているにすぎず、このままではその情報価値はゼロに等しい。だが、普段の私たちはこの定義でとりあえず満足し、法が社会制度であるということの意味を、それ以上は突き詰めて考えようとはしない。また、その必要性もさほど感じていない。これは、おそらくきわめてノーマルな事態である。それがノーマルな事態であるということ自体を通常は疑わない、という意味でも、そのノーマルさの水準はきわめて高い。

それゆえここでは、あえてこの命題の内実に分け入り、私たちが普段ノーマルだと考えている現実の背後に折りたたまれている不可思議さに光をあててみたい。よく考えてみればちょっと「ありそうもない」（そうである必然性などなく、単なる可能性／偶発性からの不確定な選択の結果にすぎない）社会秩序が、現に起動し、有効に作動し、それ自体を疑念の余地なき「自明の秩序」としてノーマル化するメカニズムについて、いまいちど原理的地点にまで遡って捉え直しておきたいのである。こうした特殊な観察レンズを通して眺めると、いつもは見慣れているはずの「現実」が、実はとても複雑かつ巧妙な「仕掛け」の上に成立していることが見えてくる。それをまずは率直な驚きとともに観察しよう。なにしろ、あらゆる情報価値は意外な驚きの上に生じるのだから。

社会のさまざまな場面で、自明性の構造が帯びる重力をいったん解除し、「非常識にならない地点まで常識を疑う」思考態度は、基礎法学、なかでも法理学や法社会学が属する「法文化学」^{〔1〕}あるいは「法の社会理論」に特有の観察スタンスと言えるだろう。方法的に明確な意図を持って、こうした「社会学的懐疑」とでも呼ぶべき観察点に立脚し、実定法解釈学や実務法学とは異なる視点、異なる方法論を駆使して、法現象／規範的コミュニケーションの現実を観察・分析・理論化する思考法。それは文字通り（原理的／根源的という意味で）ラディカルたらしとするが、その反面、通

常の法律学に期待されているような意味での実務的有用性を直ちに持つことはない。と言うより、そもそもそれを主たる目的とはしていない。

だとすれば、なぜわざわざ、そうした童話「裸の王様」に登場する子どものような「無邪気な問い」を立てなければならぬのか。

それは、私たちの社会が一筋縄ではいかない「多重構造」をもつことへの感度を高めるために、である。私たちが現に生きている社会は、決して「自明」でも、「単純」にできているわけでもない。もしもそれが単純明快に見えていたとすれば、それをそのように見せている「社会的仕掛け」こそが問われなくてはならない。ひよつとすると観察者自身のレンズの解析度が低い（単純にできている）可能性を含めて、である。こうした社会の複雑さに応答しうる柔軟な思考のスキル、目前の問題解決にあたって多様なオプシヨンの可能性をさぐる構想力、思考の抽斗のできる限りの多彩化、これらを法学を学ぶ人びとが主体的に育んでいくお手伝いをする事。 「法の社会理論」が一見現実離れた問いから出発する目的は、なによりもまずこの点に置かれている。

あえて「無邪気な問い」を立て、読者を「天の邪鬼の思考」へと誘うのは、決して机上の知的ゲームを意図しているからではない。だが、短期的な実用性・有用性とはひと味違う次元から、社会現象をよりラディカルに思考すること、あえて「どうしてそこまで考える必要があるのか」という地点まで思考を追い込んでみる事、そうした知的に贅沢な時間のことを言葉の真の意味でレジャーと呼ぶとすれば、「法の社会理論」は知的レジャーへの誘いという側面を併せ持っているだろう。その過程が、驚きと楽しみに溢れていることは、もちろん悪いことではあるまい。社会という壮大なパズルの一端を、その都度ひとつの知的レジャーとして真剣に読み解いていくこと、日々の知的基礎体力のトレーニングとして、これほど有用でスリリングな営みはまたとないはずだ。

二二 他者という問題

それでは冒頭の問いに立ち戻ろう。法とはひとつの社会制度である、この命題の意味するところを、ひとつひとつ解きほぐし、あるいは肉付けしていこう。

通常、「法とは社会制度である」という言い方をする場合、そこで念頭に置かれているのは、裁判所や警察や行政官庁のような、あるいは六法全書やそれを駆使する法曹たちのような、いわば明確に法制度の印が付いている実体的な組織やアクターだろう。それらが法という制度の中核的役割を担っていることは、もちろん言うまでもないが、法を「社会の制度」として考察する場合、理論的にも／現実的にも、もう少し遡ったところから議論を出発させた方がよい。

社会の法とは、それを最大限広義に、かつ抽象的にイメージするならば、私たちの日常的な対人関係を、ルールの形式において整理している社会的メカニズムの総体を指すものと捉えられる。国家権力によって公式化され、その実力（強制力）によって実効性を与えられていることが、法が法であるための最低限の条件だという理解もあるが、その場合でも法が社会のルールとして機能することは大前提であり、法の広義の定義はいわゆる「法の強制説」を排除しない。それゆえ、まずはこの「法とは社会のルールである」という広義のイメージを前提に議論を始めることにしたい。

社会学的なストーリーを説き起こす際の定番として、人びとの社会関係を論じる最小限の単位として、とりあえず「ワタシ」と「他者」というアクターを想定することから始めよう。ワタシとは具体的な私や貴方のことでもよいし、もっと抽象的な一人称の誰かのことでもよい。このワタシにとつて、ワタシ以外の誰かが他者である。もちろんイメージネーションを働かせて視点を逆に取れば、ワタシの目前にいる他者のワタシにとつては、このワタシが他ならぬ他者という

ことになる。人称の視点は常に立場相関的である。あるいはひよつとすると、このワタシにとつて「究極の他者」とは、他ならぬこのワタシ自身かもしれない。「ワタシのことをいちばん熟知しているのはワタシ自身である」という考えが強い自明性をもつ反面、「ワタシが何者であるか」は、ワタシにはその全てを知り得ない他者たちによる意味づけ作用を抜きにしては決められないからである。話がややこしくなるので、ここではこの論点にこれ以上踏み込まないが、社会関係を考える際の出発点となる「人称問題」は、実は相当に厄介な問題であること（通常思っているほどには自明ではないこと）は意識されていてもよい。

ともあれ、日常的にワタシは、他者との間に、そこそこ予測可能でそれなりに安定した関係（われわれ関係）を維持できなければならない。なにしろ他者は他者である。ワタシには計り知れない（究極的には不可知な）可能性や多様性をもつ存在として、それゆえ良くも悪くもワタシには還元できない固有の「かけがえのなさ（任意代替不能性）」をもつ存在として、他者はワタシの前にいる。しかもその出会いは、多くの場合「偶然」に左右されている。ワタシは私自身の好み（選好）のみにもとづいて、他者との関係を自在に選別／排除することなどできない。それは他者の側においても全く同様であり、かくして人間関係は概して「ままならぬもの」となる。⁽³⁾少し考えれば、これが相当に危うい事態であることがわかる。このワタシは、ワタシとは異質で、ついにはワタシの計算が及ばない（いつでもワタシにとって意外な／期待はずれなことをしでかす可能性を秘めた）他者を相手にしながら、その都度うまく折り合いをつけていかなければならないのだから。これは想像するだに厄介な問題である。

他者といつてもしよせん「X」なので、そんなにシリアスに考える必要などない、と割り切ってしまうのもひとつの方法である。この「X」には、われわれ関係の「同質性」を担保してくれそうなものであれば、何を持ってきても構わない。民族的アイデンティティや文化的伝統、地域共同体や家族関係、世間の常識や良識ある市民など、そのリストはどこまでも拡張することができる。しかし、少し考えれば解ることだが、かりに「わかり合えない存在」の極にエイリ

アンや敵対的異民族を据えるとして、その鏡像的対極に結晶する「わかり合っている存在」の範疇に属する者を、みな言葉の真の意味で同質者（その他者性をシリアスに考える必要がない存在）と位置づけるのは、どう考えても非現実的な想定である。当然のことをあらためて確認するよう気が引けるが、了解可能性／了解不能性の区別は常に程度問題である。これを前提に考えれば、〈われわれ関係〉の同質性を強調するレトリックは、一方で、ワタシ／他者関係がはらむ複雑性を過度に単純化することで安心したいという「怠惰な思考」の産物であり、また他方では、このワタシにとつて快適な関係性に異質な他者を暴力的に包摂する（あるいは暴力的に排除する）権力的コミュニケーションとして警戒されるべきだろう。

そうした乱暴な方法を採用しなくても、私たちの社会には、ワタシ／他者関係を過度にシリアスな問題として考える必要のない「安全なもの」へと加工する多様な仕掛けが張り巡らされている。これらもまた「怠惰な思考」の産物だと言え、まったくその通りなのだが、逆に言えばそれは「思考の経済」（私たちは全てを同時に考慮することができないので、日常的に熟考に値するものとそうでないものをあらかじめ弁別して、「思考の負担免除」を図る仕掛け）というメリットを備えてもいる。私たちが日常的に自明視しているあれこれは、実はこうした社会的メカニズムをつうじて生産された「意味的加工物」である、という視点を持ち込むことで、くだんの社会制度とは何かという問いに、少しかり原理的な説明を与えることが可能となる。またそれは「自明性の構造」が持つ権力性に対する感度を、社会制度を観察する私たちに強く意識させてもくれるだろう。

三．〈制度Ⅰ〉——暗黙の自明視された秩序

日常生活の自明の流れから意識的に少し距離を取って捉え直してみると、私たちの社会生活は、そのかなりの部分が

ルーティンで決まり切った約束事の上に成り立っていることに気づく。朝目を覚ますと、さしあたりテレビのスイッチを入れ、歯を磨き、今日の予定に合わせた身繕いをし、ドアにカギをかけ、たぶん道路の端の方を（ど真ん中を歩く人はあまりいない）最寄りの駅まで歩いて行き、バスや電車に乗り、所定の時間までにどこか目的地に到達して自分の椅子に腰掛ける。こうした一連の所作は、ほとんど自動的に生起する選択の余地なき行為のように受け止められていよう。少なくとも、これらの行為のひとつひとつを、その都度「重大な決意」をもって行う人は、あまりいないだろう（学校慣れた大学生が朝一時間目の授業に出席する場合や、いわゆる引きこもり気味の学生がなんとか学校まで出ていこうとする場合などは、これらの行為が「決断」として意識されているかもしれないが…）。

だが、これらの行為は、それでもなお一つひとつが選択である。少なくとも理論的には他行為可能性（他のオプション）がいくらでもありえたのに、あたかも必然的であるかのように半自動的に実現される行為の束、これが社会制度の原型である。リングが木から落ちるのは制度ではないが、朝の歯磨きは立派な制度である。人びとの行為選択を、一定のパターンへと誘導し、それを人びとがお互いに当然のこととして了解し合えるような意味の枠組みを提供すること、これが社会制度の最も基本的な働きである。

これらは、当の行為者たちには明確に意識されていない行為選択という意味で「暗黙の秩序」であるとともに、いちいち疑われない限りにおいて有効に機能している「自明の秩序」でもある。こうした暗黙の／自明視された秩序（便宜的にこれを「制度Ⅰ」と名づけておこう）は、私たちの日常生活の圧倒的部分を現に整序している⁽⁴⁾。そのひとつひとつについて「何故そうするのか」という理由を問い詰めれば、いちおうそれなりの説明をつけることは可能だろう。黄色い歯はあまり見栄えのよいものではないし、車社会において道路の真ん中を歩くのは危険である。このように意識的に意味づければ、これらはみな社会関係を円滑なものにする社会的約束事、すなわち一種のルールだということが明らか

になる。だが繰り返し言えば、普段はそんな理屈は意識の底に沈んでおり、むしろあたかも必然的な営みであるかのように事実として遂行されているという点が、〈制度Ⅰ〉の強みになっていることを確認しておこう（その「磁場」はあまりに強力であるため、しばしば社会改革にとっての桎梏となるというアポリアを抱えてもいるのだが）。

日常生活空間において、ワタシ／他者の関係は、こうした〈秩序Ⅰ〉の仮想的（だが同時にきわめて現実的）な共有という広大な裾野（暗黙の了解）の上に乗っている。この事態を「文化の共有」という、より一般的な表現で指示してもよさそうに思えるが、あえてこの言い回しは採用しない。なぜなら文化という用語法には、どこか実体的で、それを根拠に一切を説明し尽くそうとする暴力的ニュアンスが貼り付いているからである。〈制度Ⅰ〉には、実体的な一体性も、根拠としての中心性も仮定されていない。その都度の反復の中で、偶発的に蓄積されてきた定型的な思考／行動パターンの集合体、それ以上の含意を〈制度Ⅰ〉に付与するのは、社会制度を無根拠に神話化するリスクを冒すことになり危険である。もちろん筆者は、「文化」概念の使用を全否定しているわけではない。問題となるのは、特定の価値観・道徳観・世界観を文化概念のコアに設定し、それを不動の原点であるかのように現実社会を説明／批判しようとする倒錯した態度である。そうした権力的仮定なしでも〈制度Ⅰ〉は現にその効力をうまく発揮できており、それを可能にしているのは、〈制度Ⅰ〉がワタシ／他者関係に、さしあたり予見可能で安定した共通了解という足場を提供し、その意味が当面疑われていない、というネガティブな意味においてである。いわば、上手く言葉にはできないが、やり方はよく知っている、そうした暗黙知のような働きをつうじて、〈制度Ⅰ〉は私たちの社会関係の「負担免除」に寄与しているのである。

このあたりの事情を、挨拶（という制度）を例に考えてみよう。私たちは、おおむね午前中に知り合いに出会おうと、とりあえず「おはよう」という挨拶を交わす（テレビ局や二十四時間稼働の職場といった例外はあるが）。この「おはよう」には、古典を繙けば然るべき原義があるのかもしれないが、そんなことはもはや問題ではない。「おはよう」は挨拶という制度における一つの記号にすぎず、それで一向に構わない。むしろ「おはようとはどういう意味か」「厳密

にはいつまでがおはようなのか」などという問いは、挨拶という制度を否定する不適切な発話となる。その種の問いは、通常は封印されていなければならない。まさにそうすることで、挨拶は挨拶としての固有の意味と、固有の社会関係調整機能を発揮することができる。一般に挨拶は、コンテクスト（TPO）に応じて使い分けがなされる。相手が親しい友人であれば「おは〜」で十分だが、相手が目上の誰かであれば「おはようございます」という少し丁寧な表現が適切な発話となる。状況次第では意図的に挨拶をしない／返さないことに、特殊な意味を込めることもできる。挨拶は比較的身近な他者との（日常的に反復される）ファーストコンタクトにおいて、そのつど第一声の内容を考慮する手間を省いてくれるし（無言のままやりすごすのはお互いに気まずいだろう）、その日の相手との距離感（間の取り方）を測定する検査棒のような役割を担っていてもいる。挨拶をつうじていつもと変わらぬ関係性が確認できれば、いつも通りの気楽さでいられるし、もしも機嫌の悪い人を探知したなら、その日はそういうものとして対応するのが安全である。おそらく私たちは、あまり意識せずとも、現にこうした対応をやれている。「おはよう」それ自体にはたいした意味はなくても、社会制度としての挨拶には相応の意味があり、その自明性がワタシ／他者間の日々流動する関係性をうまく調整する機能を果たしているのである。

ただし（制度Ⅰ）には、それを通じて維持／産出される社会関係の品質（何を基準に測定するかという大問題は残るが、その社会関係の善さ／正しさ）を判定したり、その改善を企てたりするための審級が存在しない。人々による日々の反復的な期待と事実上の遂行をつうじて再生産されている以上、（制度Ⅰ）をめぐるトラブルは社会的に分散した形でしか出現せず、またその現れ方も多様な外観をとることになるため、問題を「制度の機能不全」として集約的に主題化することがそもそも難しい。また仮にそうした主題化に成功した場合でも、社会全体で一斉にそれを修正するための回路が存在しないため、状況変化には時間を含む大きなコストがかかる（現状維持に向けた慣性力が働く）場合が少なくない。しかし他方では、人々のその都度の具体的な選択における多様な再編集の蓄積をつうじて、それとは明確に意

識されないままに、いつのまにかその内容が変化していることに気づかされる、という場合もありうる。(制度Ⅰ)のもつこうした特性は、その強みであると同時に弱点でもある。こうした事情が、次に述べる(制度Ⅱ)の分出を促すことになるのである。

四. (制度Ⅱ) —— 明示的に公式化された秩序

こうした(制度Ⅰ)とは対照的に、私たちの社会には、それと明示され、然るべき手続をつうじて公式化され、人為的に設計され、意識的に制御された秩序(少なくとも「公式ストーリー」においてはそういうものとして説明される秩序)の位相が存在する。一般に司法制度、政治制度、会社制度・学校制度などと呼ばれる社会制度は、この位相に属している。これらの明示的で公式化された秩序は、日常生活においてはあまり頻繁に、かつ正面から参照・言及されることは少ないのが普通だが、ワタシ／他者関係を、形式合理的に、あるいは目的—手段合理的に予測・計算可能な関係として再定義し、これをコントロールしようという意図が前面に出てくるような場面では、こうした制度が意識的に呼び出されることになる。上述した(制度Ⅰ)との対比において、こちら側の秩序を便宜的に(制度Ⅱ)と呼んでおこう。

(制度Ⅱ)の特性としては、おおむね以下の点において(制度Ⅰ)との異同を確認することができる。

まず第一に、(制度Ⅰ) (制度Ⅱ)はともに、社会制度としてワタシ／他者関係を整序する機能を担い、とりわけ「匿名的其他者」との関係でその強みを発揮する、という点で強い同質性をもつ。たとえば、私たちが混雑する繁華街を、特別に神経過敏にならずにうまく歩けるのは(制度Ⅰ)のおかげである。混雑する交差点で自動車⁶⁾が衝突もせず円滑に流れるのは(制度Ⅱ)の果たす役割が大きいだろう(とはいえ、通常の運転動作においてドライバーは、なかば身体化し

た（制度Ⅰ）的行動調整において安全運転を実現しているとも言えそうである。雑踏の中をすれ違う歩行人も、渋滞する交差点を行き交う対向車線のドライバーも、ともにワタシにとっては匿名的他者である。そうした匿名的他者の人となりやいちいち正確に確認できない限り、とても安心して道路など通行できないということになれば、私たちはどこにも行けなくなってしまうだろう。歩行者はいきなり想定外の動きをしないという暗黙のルールに従って、前後の人もとの流れや、すれ違う他者の動きを瞬時に予測することで、またドライバーは交通法規に加え、それぞれの地域で自生的に生まれるローカル・ルールを相互に意識し合うことで、匿名的他者の不可知性を括弧に括り、必要以上の警戒心とダブル・コンティンジェンシー^⑦（自己の行為を相手方の行為選択に応じて選びたい状況下で、相手方の次の手を読む計算が相互に無限ループに陥り、お互いに次の行為を選ばなくなるジレンマ状況）に陥り込むリスクを、相互に解除（負担免除）しあうのである。そうした意味で、社会制度が制度であることの最大の意義は、匿名的他者との間の「合意」をフィクショナルな次元で想定することができる、という点にある。かくして私たちは、比較的親密で対面的関係にあるリアルな他者の次元を越えて、潜在的に社会関係を共有している圧倒的多数の匿名的他者（generalized other）^⑧との関係を円滑に整序できるようになる。社会制度が実現するこの可能性は、その規模と流動性をますます高めつつある現代社会において決定的に重要である。

第二に、〈制度Ⅱ〉は、特殊な専門知と専門家を生み出し、そのプロフェSSION性と独自の養成システムをつうじて、一般の社会関係からの自律性を主張し始める。もともとは〈制度Ⅰ〉と同様に、ワタシ／他者関係をつなぐ自生的秩序を母体とするものであったにもかかわらず、それが技術的に細分化し、高度に専門化し、固有の思考枠組みと専門的なスキルを必要とするものへと発展／分出するにつれて、〈制度Ⅱ〉は広大な裾野を持つ社会制度の一部が意識的な制御可能性を獲得し、公式空間へと浮上した「氷山の一角」にすぎない、という自己の出自が忘却されていく。かくして〈制度Ⅱ〉は、あたかも専門家による合理的設計の産物であり、もっぱらかれらの手で管理される自動機械のような自律性、

あるいは一般社会からの専門技術的な独立性を身に纏うようになる。もちろんこの運動が、すべて誤りだったと主張しているわけではない。〈制度Ⅱ〉が専門分化し、システムとしての自律性を獲得していったことには、言うまでもなく功罪の両面がある。変化することが常態化し、ますます複合性の度合いを高めていく現代社会にあつては、それに呼応した専門知の技術向上が「適応戦略」として不可欠であつたことは疑いない。また法システムを例にとれば、「法の支配」を旗印に、政治・経済・社会権力からの専門的自律性を守っていくことは「歴史の教訓」でもあるだろう。だが他方では、〈制度Ⅱ〉は〈制度Ⅰ〉とは対照的に、その仕組みの大半が明文化・公示されているにもかかわらず、大多数の人びとはその内容を知らない／理解できない／日常的にはそれでも困らない、という事態が一般化した。人びとは専門家のクライアントとしてのみ〈制度Ⅱ〉にコミットメントできる存在となり、結果として制度管理者の専横・専門家への問題の丸投げ・漠たる諦念がはびこる事態を招いてもいる。〈制度Ⅱ〉の生命線は、なにより人びとの利用ニーズと信頼にもとづく積極的コミットメントなのだが、それを支える社会的リソースが次第に枯渇しつつあるのだとすれば、〈制度Ⅱ〉はその発展と引き替えに、自己の存立基盤を掘り崩していくのかもしれない。

第三に、〈制度Ⅱ〉の専門的自律化と公式制度化にともない、〈制度Ⅱ〉の規範内容を意識的に、公式化された決定を つうじて変更する可能性が生み出される。これが「法の実定化」である。〈制度Ⅰ〉の秩序については、権威ある機関がその内容変更を決定したところで、ただちにそれが社会に浸透する保障はない。むしろ、暗黙の了解にもとづく日常的な反復を つうじて事実遂行的に構築されている〈制度Ⅰ〉は、権威的決定による変更命令に対して、さしあたりはそれを無視／回避することの方が、よほどありそうな事態である。これに対して〈制度Ⅱ〉の場合、たとえば合法的に授権された機関が行つた決定は、その内容如何にかかわらず、ただちにその決定が法的効力をもつものとみなされ、それ以降は決定によつて変更された規範こそが法的妥当性を持つ規範として通用することになる。もちろん実際の法適用の場面では、事態はそうすんなりとはいかないが、少なくとも議論の前提としては変更決定を無視することができなくなる。

極端な場合は、そうした変更決定を社会の側が十分に認識していなくても、あるいは社会の側に強力な抵抗があっても、ルールの変更は貫徹される（変更されたルールに準拠して行為した人が、さしあたり法の名の下に保護されることとなる）。言い換えれば、人びとが現実になたな規範を学習するか否かにかかわらず、社会全体がそれを即時学習したものとみなして行為してもかまわない、というフィクショナルな「合意」が起動するわけだ。¹⁰ こうした人為的／計画的な規範内容の変更可能性をそなえていることが、〈制度Ⅱ〉にとって最大の強みである。

第四に、こうした社会全体にわたる決定権を握った〈制度Ⅱ〉は、人びとのモラル判断からの自律性と技術的中立性を原則とするようになる。〈制度Ⅰ〉における秩序は、その社会の歴史的／地域的コンテクストに埋め込まれており、特定の価値観や世界観と未分化なままに、あるいはそれらと一定の結びつきをもつことで、人びとの行動パターンをその都度の状況に応じて整序している場合が多い。たとえば、〈制度Ⅰ〉の空間でしばしば引き合いに出される「世間」「常識」「普通」といった概念は、その正確な内容を誰も確認できない「空虚な概念」であるがゆえに、かえって強力な行為制御能力／権力を発揮することができる。たとえば「そんなことは世間では通用しない」という発言の持つ、問答無用の威力を想起してみればよい。このワタシが考えているように、他者もみな同様に考えているだろうと、みなと考えているだろう・・・という予期の無限連鎖が、どこにも明確な根拠のないままに、とりあえずそれが明確に否定されていない限りにおいて（それが事実として明確に否定される事態はほとんど起こりえないのだが）、圧倒的な通用力を獲得するのである。そうした予期の内容には、しばしば社会的多数派と目される人びとの道徳的判断が忍び込む。実際にそれが多数派の判断である必要はない。みながある特定の判断を社会的多数派の判断だとみなしさえすれば、この予期の連鎖はあたかもそれが実在的なものであるかのように作動しうるのである。こうした〈制度Ⅰ〉のもつ威力は、社会関係の安定性にとって有力な資源となるが、他方でそれは、ある特定の価値観を暗黙のうちに社会全体に強要する権力ともなりうる諸刃の剣である。これに対して〈制度Ⅱ〉は、社会的に公式化された秩序形成メカニズムであり、法制度

は特にそうだが国家権力によって強制可能な秩序であるがゆえに、こうした特定の道徳的価値観からの自由／中立性が強く確保されていなければならない。さもないとそれは、道徳的多数派による（国家の暴力を背景とした）価値観の強要や、道徳的異質者であることを理由に制度への自由な参入を排除する差別的正当化につながりかねないからである。近代社会の〈制度Ⅱ〉の多くが、たとえば法や行政や市場や科学が、原則として道徳的中立性をその制度理念として掲げているのはこのためである。

五、法の社会理論の役割

法学や政治学などの制度の学は、通常、当然のことながら〈制度Ⅱ〉を「制度」と呼び慣わし、それを自己の研究対象の中心に据えている。これに対して、本稿が依拠する法の社会理論／法社会学的観察は、〈制度Ⅱ〉と同等に、むしろそれ以上に〈制度Ⅰ〉の次元に注目する。ここでは〈制度Ⅱ〉の次元は、社会に現存する多種多様な制度の中の「きわめて有力だが、ひとつの特殊な事例」という限定的な位置づけが与えられる。あえて強い言い方をすれば、私たちの日常生活を支える秩序の本丸は〈制度Ⅰ〉の次元にある。意識的な制御可能性を表看板に掲げる〈制度Ⅱ〉だが、それは実際には〈制度Ⅰ〉というインフラなしに単独で作動することができず、またそうした自己の支えを意のままに産出することもできないという点で、むしろ副次的／特例的な意味を担うにすぎない、という見方すら可能である。

もちろん法学が、〈制度Ⅱ〉の次元を軸に、現行法の合理性・正当性・実効性を主たる問題関心に据えるのは当然である。いわば制度の「内側」から（H・L・A・ハートに倣って言えば、現行法秩序の妥当性を承認した「内的視点」に立って）、当該制度の適切な運用に欠かせない客観的で厳密な理論やスキルを蓄積し、あるいは社会の動向に適合した適切な改革オプシオンを提示することで、当該制度の制御能力と精度を高めていく知的営為として、〈制度Ⅱ〉の学

は決定的に重要である。そこでは制度の安定的運用と諸概念の明晰化が重視され、客観的で厳密な理論体系こそが現実利用可能なオプションを豊かなものにしていく、と理解されている。安定性・予見可能性・厳密性・客観性・一貫性などの理念に高い価値が付与されるのもそのためである。

しかし他方で、高度な安定性をもつかのように見える（制度Ⅱ）が、実は（制度Ⅰ）と同様の不確定性／偶発性／事實的遂行性を免れてはいないという事実を、いわば公式制度の「外側」から（ハートの用語法では「外的視点」から）分析していく外部観察の意義も決して小さくはない。（制度Ⅱ）もまた、その都度のいま／このコミュニケーションの現場に呼び出され、具体的なコンテキストの中で不断にエディットされていく、きわめて不確定な秩序であることへの感度を、法の社会理論／法社会学的観察は重視する。法制度は（議論がここまで進むと「法システムは」と表記したくなるが）、決して堅牢な石造りの建築物ではなく、代謝をつうじて刻々と自己の構成要素を更新しながら、全体としての一体性を再生産していく生命体のイメージに近い。¹¹

（制度Ⅰ）のもつ「自明性の構造」に光をあてて、その作動様式を分析的に解明することが「外部観察者」たる社会理論の役割だとすれば、その投光器の照準は（制度Ⅱ）に対しても等しく向けられるべきである。こうした外的視点に立つことで、通常（制度Ⅱ）の学（法律学）の議論空間では「自明の背後仮説」とみなされているため主題化されにくい論点を提示したり、既存の制度枠組みからすれば無関係に見える諸制度を比較して、それらの相互連携／代替の可能性を模索したりするチャンスが開かれることになる。観察点の相違に応じて、同じ観察対象が異なる相貌を持って立ち現れてくる。それらはみな有意味な観察であり、コンテキストに応じた軽重はあるにせよ（たとえば具体的な制度改革を論じている場面で、過度に先例に固執する主張や、外的視点からその不確実性を強調するような主張を掲げて、その影響力が限定されるのはやむを得ない）、それらの間に初めから本質的な優劣が存在しているわけではない。重要なのは、異質な観察点相互のコミュニケーションを活性化させ、相互に学習する構えを維持しておくことである。

法社会学の分野には law in books / law in action という有名な区別がある。通常前者は、法律家の専門言語を駆使して法典・判例集・注釈書（コンメンタール）などのかたちに明文化されたルールの体系を指し、法の本体はこうした厳密な法テキストの中に埋め込まれている（正しい裁判規範は法テキストの客観的な解釈をつうじて発見される）というスタンスをとる。これに対して後者は、法の本体はルールブックのかたちに固定化されたテキストの中にはなく、法運用の現場で人びとが現に法を援用する生き生きとした行為や発話の中にこそ探求されるべきものだと思える。裁判官が法廷で個別事案に適用すべき有効な法として宣明した法解釈こそが法の本体と説くプラグマティズム法学やリアリズム法学の立場、社会の中間団体や職能集団の内部で現に作動している社会規範を国家法との対比で「生ける法」と名づけて重視した E・ユールリッヒの立場、あるいはこれらの視点を導入して日本法社会学の黎明期を切り開いた末弘徹太郎に連なる先学たちの立場、これらの法社会学的思考のルーツを形成した立場に共通するのは、前者のスタンスを「仮想敵」は概してデイフォルメされるといふ点は割り引くとしても）権威主義的／概念法学的な悪しき法律観として批判し、社会に息づくビッドな法の姿をすくい取ろうとする点にあった、と説明されるのが一般的である。Law in action が法社会学のいわば旗印とされているのは、こうした文脈においてである。

この区別をこれまでの議論といささか乱暴にリンクさせれば、〈制度Ⅰ〉の社会内発的秩序観を徹底させたところに結晶するのが law in books であり、〈制度Ⅱ〉の社会内発的秩序観を前提に、その都度の具体的なコンテキストの中で刻々と再生産／再編集されていくルールの社会的現実態をイメージさせる概念が law in action だと、とりあえずは言えそうである（あくまでも「とりあえずは」であることに注意されたし）。とはいえこの区別に準拠すると、ひとつの興味ある捻れの構図が見えてくる。law in books に通じた法専門家ほど、法とは実際には law in action の次元（運用の次元）で作動するものだということを知っている。おそらく法実務が law in books の次元で完結するなどと考えている実務家は皆無であろう。これに対して、普段はあまり法の世界に触れることのない世間一般の人びとは、実際

には日常的に law in action を生きていながら、法とは law in books のことだと素朴に確信していたりするのである。法に対するイメージは、一般に法と疎遠な人ほど、いっそう硬質なものになる傾向がある（余談ながら、大学の全学会議や市民集会などに出席すると、しばしばこのことを実感させられる場面に遭遇する。この態度は責任問題を回避するために官僚がとりがちな条文主義とはおそらく異質なものである）。こうした捻れの構図は、法システムのセルフ・アピールがあまり上手ではない、ということに由来するのかもしれないが、もしも〈制度Ⅰ〉から独立したリーガリスティックな特殊専門領域として〈制度Ⅱ〉を捉える「法の公式ストーリー」が、こういう逆説的なたちで社会に浸透しているのだとすれば、それは法と社会の双方にとって相当に不幸な関係ではないかと思われる。言うまでもなく「*law in books* / *law in action*」は、ともに法という社会制度にとって不可欠の作動形式である。繰り返しになるが、異質な観察点相互のコミュニケーションを活性化させ、相互に学習する構えを維持しておくことの重要性が、ここでもあらためて確認されなければならない。

かくして法の社会理論／法社会学的観察者は、個別具体的な関係調整・紛争交渉の空間に双方が参照すべきルールとして呼び出されてくるもの（それは〈制度Ⅱ〉次元の実定法ルールに限られず、それと未分化なたちで〈制度Ⅰ〉の次元の多種多様なルールが援用されるだろう）、あるいは〈制度Ⅰ〉と〈制度Ⅱ〉が交錯するコミュニケーション・プロセスの渦中からルールの形式をとって立ち上がってくるもの、こうした人びとの社会関係を現実に整理している「折り返しの技法」に注目する。law in books / law in action の区別をもじって law in text / law in context という区別を立てるなら、まずは法／制度の作動を具体的なコンテキストにおいて観察するところから始めてみよう。そこで見えてきた光景を外部観察者の視点から理論的に組み立て直し、〈制度Ⅱ〉の内部観察者に投げ返したとき何が起こるかを観察してみよう。こうしたいささか迂遠なルートをつうじて、外部観察者は現実の諸制度にコミットするのである。それゆえ筆者は、社会の些細な出来事への愛着を公言する。日常のさりげない風景の背後に、軽い驚きと違和感を覚える出

説
論
来事をどのくらい発見できるか、またそれを手がかりにどこまで思考を広げていくことができるかが、外部観察者にとっての試金石である。

身近で些末な出来事の中に社会全体が折り畳まれている、この観察態度こそがすべての出発点であることを確認することで、ひとまず本稿の締め括りとしたい。

(1)九州大学法学研究院の組織図では、基礎法学部門の下に「法文化学」「法史学」「法動態学」の三大講座が置かれ、法理学や法社会学会は「法文化学」大講座に所属している。筆者は学部開講科目として「法社会学」（三・四年生向け）と「法文化学基礎」（二年生向け）という講義科目を担当してきたが、本講はその講義ノートの冒頭部分をベースに執筆されたものである。大教室講義を前提にした雑駁なマニフェストもどきの文章で恐縮だが、酒匂先生を中心に当該専攻教育の一端を担ってきた筆者としては、日々の対話をつうじて受けた学恩に報いるささやかな感謝の辞のつもりで記した小論であり、この点ご寛恕いただければ幸いである。

(2)ただし、ルールの妥当性、すなわちルールが学習される形式にみられる二つの異なるパターンは区別されねばならない。一方は「ルールの規範的学習」であり、ルールが指示する行為の「規範的正しさ」にコミットする形で、すなわち「正当な義務」としてルール遵守に動機づけられるタイプのルール学習である。他方は、「ルールの認知的学習」であり、ルール遵守／違反の結果を事実として予測し、現時点で最適な行為選択を行うための情報源として道具的にルールを参照するタイプのルール学習である。後者の場合は、ルールの規範的内容へのコミットメントなしに、言い換えればルールの内容的正しさにまったく納得できない者であっても、たとえば単にサンクションという不利益が高い確率で予測されるという事実のみもとづいて、戦略的に現行ルールの指図に沿った行為を選択する／させることが可能となる。法的ルールの学習にあたって、われわれがどこまでの規範的動機づけを要求／期待する（できる）かは、それ自身が大問題であり、ここでは立ち入って論じることができないが、いずれか一方の学習形式のみ依拠した形で法的ルールの妥当を語ることにはやはり無理があり、問題は個別領域ごとに両者の最適な制度的組み合わせを考えることにあるといえそうである。筆者はかつてこの区別について、「新世紀エヴァンゲリオン」を題材に「CINEMA法学入門―正義の行方・ワタシの在処」（一九九七年・法学教室二〇二号）で言及したことがある。

(3)だからこそ個々人の選好にもとづいて自在に対人関係を乗り換えていける社会を目指すべきだという考えもあり得るが（契約・職業選択・移転の自由の水準を引き上げるべし、と）、それは市場におけるワンショット取引のイメージを社会関係全般に拡張し

ようにするものであり、多様な社会関係の形式的な差異（システム理論的には「システム分化」の境界）を越えて、単純化された単一の社会形式に優越性を与えることの根拠や、社会モデルとしての現実性という点で、大きな問題を抱えているように思われる。この点について、筆者は「法システムと市場の論理—システム制御の問題を中心に」『法哲学年報一九九四 市場の法哲学』（一九九五年・有斐閣）というテーマで、概括的な報告を行ったことがある。

(4) このネーミングからはカール・ポパーの「三世界論」が連想されるかもしれないが、本稿が問題とするのはポパーが「世界三」に位置づけた社会制度の「内部区分」であり、むしろD・ヒューム以来のコンベンション、M・ポランニーの暗黙知、P・ブルデューのハビトゥスといった社会哲学的概念との関連でイメージしていただく方がよい。

(5) H・L・A・ハートの用語法を借りれば、「二次ルール」が社会的な一般性を備えた公式な制度として分出していない、いわば裸の／未分化な「一次ルール」だけの世界ということになるか。法と社会規範・習俗・慣習などを区別するメルクマールとして、この区別は相対的に高い記述力を備えているように思われる。H・L・A・ハート（長谷部恭男訳）『法 concepts』（二〇一四年・筑摩書房）参照。

(6) 福岡市天神地下街では、特段の指示がないにもかかわらず、左側通行＋本通り優先（流れを横断する側がタイムিংを計る）という慣行が定着しているように見える。後者については、衝突回避にはそれが最も自然な行動だと思われる理由もあるが、前者については、もともとどちらか一方に決まっていればどちらでもかまわない「調整問題」とはいえ、左側通行が自生的に発生した理由は判然としない（事実遂行的にそうなっているから、としか言いようがない）。近年、海外観光客の急増によりこの慣行はゆらいているが、それでも通勤通学の時間帯には、左側通行が高い頻度で維持されているようである。面白いのは、そのことを学生たちに尋ねてみると、左側通行の慣行を明確に意識していた者が、意外なほど少ないという事実である。また、昨今話題となつていいるエスカレーターの左乗り／右乗り問題（右乗りの代表は大阪、福岡は左乗り）も、当初はそれを推奨するような働きかけもあつたようだが、現在では危険だからやめるようにとの再三の注意喚起が行われているにもかかわらず、この制度に利益を感じる層が一定数いることもあり、ひとたび起動した慣行ルールは簡単には終息しないことの実例といえるだろう。

(7) 二重の条件依存性／不確定性などと翻訳されるこの概念は、T・パーションズが二者間の相互行為状況を出発点に社会秩序の成立を論証するにあたって、解決されるべき重要問題として提起したことで有名である。パーションズの与えた解法は、社会的に構造化された役割期待や価値観を行為者双方が規範体系として学習するというものであつたが、この解法は過度に静態的／現状肯定的との批判を受けた。初期ルーマンもダブル・コンティンジェンシー状況をふまえて、期待外れが生じても抗事実に維持される「規範的予期／期待の整合的一般化」を担う法システムが、予見可能な行為選択の指針を関係当事者に開示する機能について言及している。ニクラス・ルーマン（村上淳一・六本佳平訳）『法社会学』（一九七七年・岩波書店）参照。

(8) ルールの社会的共有／一般化を説明するにあたって、仮想的／理念的な「第三者」の視点を經由する概念的仕掛けは、A・センが再評価して注目を集めたA・スミスの「公平／中立な観察者」(impartial spectator)が有名だが、G・H・ミードの「一般化された他者」(generalized other)もまた自我の形成という行動心理学的文脈ではあるが、社会のルールが社会構成員に共有されたものとなるメカニズムを説明している。スミスもミードも、このプロセスを純粹に経験的なものと考えていたようだが、実際にはこの「第三者」は経験的実在ではないので(社会の擬人化という怪しげなフェティシズムを支持するのではない限り)、それは「事実遂行的」に成立するルール秩序を「反実仮想」(あたかも…であるかのよう)にを媒介にして記述したものとならざるをえない。もちろん「反実仮想」だから「幻想」だと言いたいわけではない。実際に二人称／三人称の他者の視点に仮想的に身を置き入れて考え、いま／ここで自己のとるべき態度を調整・評価するという経験が、ルールの一般化にとって重要な役割を果たすことは疑いないからである。理念的であり、かつきわめて経験的でもあるこうした「第三者」の概念は、手垢のついた議論として投げ捨ててしまおうわけにはいかないポテンシャルをいままなお秘めている。アダム・スミス(水田洋訳)『道徳感情論』(一九七三年・筑摩書房)、アマルティア・セン(池本幸生訳)『正義のアイディア』(二〇一一年・明石書店)、G・H・ミード(植木豊訳)『G・H・ミード著作集成—プラグマティズム・社会・歴史』(二〇一八年・作品社)などを参照。

(9) こうした状況をシステム合理性による「生活世界の植民地化」ととらえ、その弊害に対抗する戦略として、コミュニケーション的合理性に基礎づけられた「生活世界の規範的潜勢力」の活性化を目指すというのが、J・ハーバースの後期資本主義社会に対する診断と処方箋であった。こうした「技術的合理性」の支配にたいして両義的態度をとりながらも、それがもたらす人間疎外や社会関係の物象化には何とかして対抗しようとするスタンスは、フランクフルト学派全体に通底するモチーフだったと言ってもよい。没価値的な技術理性／規範的な実践理性を二項的に対比させる思考枠組みは、それだけではあまりに荒削りだが(もちろんハーバースもそんな乱暴な議論はしていないが)、人びとのニーズを梃子に「技術的合理性」への依存度を加速度的かつ不均等に肥大化させてきた現代社会と対峙する問題関心としては、いままなおその意義を失ってはいないと筆者は考える。ユルゲン・ハーバース(細谷貞雄訳)『晚期資本主義における正統化の諸問題』(一九七九年・岩波書店)、(三島憲一訳)『近代—未完のプロジェクト』(二〇〇〇年・岩波書店)などを参照。

(10) このことから、「法はそれが法であることだけを理由に機械的に妥当する」という、いわば戯画化されたリーガリズムが導かれるわけではない、ことには注意を要する。公式になされた変更決定は、たしかに当該ルールにとりあえず法的効力を付与するが、それはその後の法運用／法適用の場面で、既存の法体系・法原理・法現実との整合性チェックにさらされ、それをうまくパスできない場合には、解釈を通じた修正や適用回避が図られるからである。制定法の機械的妥当というイメージは、注(2)でふれたルールの二つの学習モードが、表層的に極端な形でショートした形式にすぎないと言っべきである。

(11) 誤解を避けるために直ちに付言するが、これは直感的イメージを喚起するための単なる比喩であり、怪しげな「社会有機体説」とは何の関係もない。社会は「頭脳」と「手足」といった階層的区別を自然に持つわけではなく、本性的に「均衡」に向かうわけでもなく、「適者生存」の自然淘汰メカニズムによって進化するわけでもない。

(12) 制度論の文脈で社会学理論の可能性と射程を論じた研究として、盛山和夫「制度論の構図」（一九九五年・創文社）がある。ここでは、制度の理念的実在性に内属する日常生活者たちの共通了解を制度に関する「一次理論」と呼び、これを社会学理論家による科学的／分析的制度理解である「二次理論」と対比させる構図がとられている。この二つの次元が不用意に混同されたため、従来の制度論のすべてが袋小路に陥ってしまった、というのが同書の基本的なテーゼである。この区別は、ハートの「内的視点／外的視点」や、ルーマンの「システムの自己観察／他者観察」「一階の観察／二階の観察」といった区別を想起させるものだが（正確に言えば、これらはみな異なる意味を与えられた区別なのだが、ここでは立ち入らない）、この盛山の区別に照らせば、本稿の〈制度Ⅰ〉／〈制度Ⅱ〉という区別も二次理論における区別（制度に内属しない外部観察者による区別）にすぎず、相変わらず理論次元の混同に陥ったものと判定されるかもしれない。筆者からすれば、社会学理論が外部観察者の視点（二次理論）ではなく、制度に内属する日常生活者たちの共通了解を内部観察する視点（一次理論）に立つことが果たして可能なのか（制度に内属する人びとにとっては、これまでの社会学理論が問題としてきた「秩序問題」など初めから問題ではなかった、というある種のプラグマティックな観察を盛山はどこから行っているのか？）という疑念は残るが、異なる観察点からなされる観察をクロスさせる可能性／不可能性という問題を考えるにあたって、同書がマイルストーンの一つであることは間違いない。