

法をめぐる二つの概念群の統合方法

——N・ルーマンの場合——

榎澤能生

序 法をめぐる二つの概念群

第一章 二つの予期様式と「法の進化」論

第一節 規範的予期と認知的予期

第二節 「法の進化」論

第二章 「実定法」概念における両予期様式の分化

第一節 法の実定性

第二節 条件プログラムと目的プログラム

第三節 紛争裁決手続と立法手続

第四節 立法手続の構造

第三章 法教義学における法の実定性への対応

第一節 法教義学における新しい概念形成の試み

第二節 権利 subjektives Recht 概念のコン

ストラ

法をめぐる二つの概念群の統合方法

序 法をめぐる二つの概念群

現代の法律学、法実務は、法現象の現代の変容と呼ばれる事態への対応において、一つの対立点を形成していると思われる。すなわち従来「法」の世界を構成してきた古典的カテゴリーをもってしては、新しい事態に対応しえないと判断し、新しい現象を法的に把握する新しい概念を提示しようとする考え方と、それとは逆にむしろ古典的法概念がなおもつ意義・価値を評価し、これに執着しつつ、この概念が想定していた社会関係の型からますます乖離していく現実に規範的対決をせまろうとする考え方との対立である。前者の例として挙げられるのは、アメリカの「法と経済研究」グループすなわちコース、カラブレイジ、ポズナーらの法の経済学的分析であろう。彼らは「司法制度の法理や制度の多くは、資源の効率的配分を促進するための努力とみなすことにより、最もよく理解できる」とし、経済政策上の原理を法的世界へ移入することによって新しい現実に対応しようとする。またプラグマティズム法学の流れをくむアメリカの法社会学者セルズニクとノネは、ルールモデル、手続的・形式的正義、法への忠実、法と政治の分離、権利中心の法律観等、法をめぐる古典的カテゴリーをもって性格づけられる自律的法に、目的志向的法思考、参加、政策、法の開放性・柔軟性等を内容とする応答的法のモデルを対置し、後者に積極的な評価を与えようとする。日本では平井宜雄教授が、法現象の現代の特色として、「紛争志向型」訴訟に対する「政策志向型」訴訟の抬頭・増大、「個別的Ⅱ正義」思考に対する「目的Ⅱ手段」思考の重要度の増大、「権利義務の法」から「資源配分の法」への変化、政策決定者としての裁判官の役割の増大を指摘し、このような現象に対して「裁判を中心とした『法』の概念

規定は、もはや現代的意味を有しない」と論じ、法政策学の構想を提示する。ここでは基本的に効率性概念が重視されている。

これに対してむしろ古典的法概念に相変らず依拠していく方向をとるものとして、例えばK・ラーレンツの「正法」論が挙げられよう。ここでは権利という社会関係がもつ主体者間の相互承認が最上位の法原理とされ、ここから例えば契約法における自己決定、自己拘束の原理が導出される。また古典的リベリズムの立場に立つロナルド・ドゥオーキンの権利論もここに位置づけることができるであろう。日本では効率性概念を批判し、権利を中心とする古典的概念の見直しを提起する議論が「市民法論」として展開されている。⁽⁶⁾

さて私は古典的法概念とか、新しい法類型といった用語を用いたが、この用語はいかなる内容を指示しているかが問題である。近年の法律学の理論動向の表層に現われている右の対立を、次のような、法に関する二つの概念群のうちいずれを重要視するかをめぐる対立であると、ひとまず仮説的に把えておくことにしたい。第一群は、古典的法概念と呼んだものである。中でも中心的位置を占めているのは「権利」概念である。この概念の背後にある社会関係を、「社会構成員のそれぞれが一定の専属利益の帰属を互いに承認し合っている、またはそのことにつき争っている利益主体者間の対向的意思関係」と定式化しておく。この社会関係において法の果たす役割は紛争解決である。紛争の解決を目的とする制度である裁判においては、過去に生じた紛争が、一般的ルールの形式的・画一的適用を通じて二者択一的判断(法的思考)により解決され、安定的社会関係の維持が図られる。ここでいくつかの概念が一定のつながりをもってまとまる。すなわちへ権利(私的利益)・裁判(紛争解決)・形式的正義・法的(準則志向的・規範的)

思考・法的安定性」——仮に $\langle \alpha \rangle$ 群と呼ぶ——である。これに対して新しい概念の背後にある社会関係を、「協同としての社会関係、例えば行政主体たる統治者が行政客体たる被統治者に一方的に下す命令指令関係、あるいは団体構成員が一定の目的実現のために協同し合う「方向的意思関係」とする。ここでの法の機能は、社会の共同的事務の処理・管理、協同的価値の実現、すなわち行政である。ここでは「公益実現能力・政策（計画）・参加・実質的正義・科学的（結果志向的・功利的）思考・合目的性」—— $\langle \beta \rangle$ 群と呼ぶ——という概念群がまとまるであろう。ここで注意しておきたいのは、古典的なものが $\langle \alpha \rangle$ で、新しいものが $\langle \beta \rangle$ という記述をとりあえず行ったが、これは両概念が歴史概念であることを意味しない。右の二つの型の社会関係は、どの時代にもいかなる社会にも存在するからである。古典的とか新しいという形容をしたのは次の意味においてである。社会関係をいづれの概念群を基調として規律するかは、社会に応じて、時代に応じて異なりうる。概念群 $\langle \alpha \rangle$ を基本とする社会編成、すなわち対向的意思関係に照応する概念群の、一方向的意思関係への転用が近代西欧社会の社会編成の基本原理であったとすれば、現大法においては「法の政策化現象」「権利義務の法から資源配分の法へ」という議論にみられるように、法に期待される役割・機能が、対向的意思関係の規律から一方向的意思関係の規律へとその重点を移している結果、右の基本原理解は動揺し、概念群 $\langle \beta \rangle$ の占める比重が相対的に大きくなるにいたっている。

この両概念群をどのように調整し、再編・統合するかということが、現代の法律学にとって重要な課題となっているのではなからうか。本稿はこのような問題関心から、西ドイツの法理論家ニクラス・ルーマンの所論を検討し、そこでの両概念群の位置、統合様式を明らかにしようとするものである。

- (1) R・A・ポズナー「法の経済分析」(季刊現代経済24、一九七六年)
- (2) セルズニック・ノネ／六本佳平訳『法の変動理論』(岩波書店)
- (3) 平井宜雄「現代法学の課題」(同編著『社会科学への招待—法律学』日本評論社、一九七六年)
- (4) K. Larenz, *Rechtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik* C. H. Beck 1979.
- (5) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977. 深田三徳『法実証主義論争——司法的裁量論批判』(法律文化社、一九八三年)
- (6) 柳澤能生「市民法論の整理と課題」(『法の科学』13号、一九八五年一〇月刊行予定) 参照。

第一章 二つの予期様式と「法の進化」論

ルーマンが法の形成のメカニズムを説明するやり方は、「人間と世界との関係が有意味に構成されている」という事態一般を想定し、このような事態の中で法と呼べるものがらを特定しようとするものである。すなわち社会構造の特定の型に着目し、それとの関連の中で法形成のメカニズムを説明するという方法は採られない。特定の歴史的社会的といかなる関係をも欠いた段階での法のこのような概念規定をルーマンは「原初的」elementarメカニズムと呼ぶ。この概念はしたがって歴史貫通的概念であり、高度に複雑な現代社会の法もこの概念を前提とする。後に見るように法の進化の過程は三段階に把握されるが、「原初的」メカニズムほどの段階においても、法を同定する概念として前提されつつ、進化的成果を受け取り、各段階に固有の性格を付与されるのである。そこで以下、法の形成のいわば原理論と法の進化論の中で、我々のテーマである二つの法概念の問題が、いかに処理されているかを中心に検討をすすめる。

第一節、規範的予期と認知的予期

人間は複雑で不確定的なもろもろの可能性に満ちた社会の中で生活しなければならぬ。ここでルーマンは、複雑性 *Komplexität* を「現実化されうる以上の可能性がいつねに存在すること」と定義づけ、不確定性 *Kontingenz* を「次に来る体験の可能性として指示されたことが予期されたのとは別様に生起しうること」と定義する。⁽¹⁾ 不確定性は知覚の場の単純な不確定性と社会的な世界における不確定性とに区別される。単純な不確定性とは、例えば、夜に続いて昼が来るとか、子供たちは大きくなるだろうという、一定の事実の予期に関するものである。他者の行動を既定の事実とみて予期する場合もこれに当るが、他者の行動は多くの可能性の中から選択されたものであり、この選択は他者の予期にかかっている。したがって他者の行動に關し違背に耐えうるような安定した予期構造を形成するには、結局他人の予期にまでさかのぼって予期しなければならぬ。これが二重の不確定性といわれている事態であり、この条件の下で行動予期の二つの地平が区別され、その統合に法の果たすべき機能が求められる。「すべての社会的な体験と行為は、二重の意義を有する。その一つは、直接的な行動予期の地平での意義、すなわち一方が他方に対してもつ予期がみたされるか、はずれるかという点にかかわる意義であり、もう一つは、別の地平で、自己の行動が他人の予期にとってどのような意味をもつかを推し測るといふ点にかかわる意義である。」⁽²⁾ そうしてルーマンは、パースンズの子期の相補性の概念を含む従来議論が、単なる行動の予期から出発し、次いでその予期に適合した行動の確保をめざすものであって、直接的な行動予期の地平しか視野に入れていないものとして批判する。この方法は具体的な予期と予期とのかみ合わせしか問題にならない。重要なのはあらゆる相互行為の不可欠の基礎である予期

の予期の確實性であり、これを担保する一つ的手段が予期の予期を規制する、非人格化された——すなわち誰が予期しているか、予期していないかということと無関係に妥当する——準則 *Regel* であるとされるのである。この準則は具体的予期の統合のための一種の抽象的略号として性格づけられ、複雑性と不確定性を軽減する機能を果たすものと位置づけられている。

ところでルーマンは、予期の違背 *Enttäuschung* に対する二つの対照的な対応方法を区別している。⁽³⁾ すなわち規範的予期 *normative Erwartung* と認知的予期 *kognitive Erwartung* の区別である。前者は予期を固定し、予期に反した現実にはさからってそのままやっていく方法であり、後者は違背された予期を変更して、現実に適応する方法である。前者の特徴は違背から学ばない決意であり、後者の特徴は学習の用意ができていくことである。この区別は存在と当為、事実と規範といった客体的、論理的な区別とは異なり、違背を受けたあとどのようにやっていくかについての戦略を提供するものとして機能的に認識されたものである。この二つは正反対の行動であるにも拘わらず、違背状況の克服という同一の機能を果たす（機能的等価）。社会はこの区別を用いて、すなわち状況に応じて予期を固持するか放棄するかを使い分けることによって、違背の危険を緩和する。この規範的予期と認知的予期の区別は、機能的観点からの構成という独特の性格をもつものだが、我々の二つの法概念群の区別に対応するものと考えられる。というよりもルーマン独自の二つの予期の区分を、二つの法概念群に照応するものとして読み替えていくことによって、ルーマンの議論を序で述べたような現代法をめぐる理論動向の中に位置づけることができる。すなわち規範的予期を $\langle \alpha \rangle$ 群に位置づけ、認知的予期を $\langle \beta \rangle$ 群に位置づけつつルーマンの所論を読んでいくわけである。

ところでルーマンは法の進化、または近代法の性格づけという基本問題を、究極的にはこの二つの予期の区分に還元して考えていると思われる。ルーマンは、「社会の複雑性が増すにつれて、構造にとっての危険もまた増大する。そして、この危険に対処するためには、認知的予期と規範的予期との区別を強化することが必要である。存在と当為の区別や、真理と法の区別は、決してアプリオに与えられた世界構造ではなくて、一つの進化的成果⁽⁴⁾なのだ。」という仮説を立てる。法の進化は、二つの予期様式が未分化で混然一体をなしている基層から、両者が分化していく過程として把握される。両様式が分化した場合、両者の二つの組み合わせ方が可能である。その一つは、認知的予期様式においても規範的予期様式においても、反対の予期様式を一種の例外として密輸入することによって——すなわち認知的予期においては原則に反して学習しない可能性を、また規範的予期においては原則に反して学習する可能性を導入することによって——バランスをとりつつ危険を減少させるやり方である。例えば「裁判官による法創造」は規範的予期において学習を導入している例である。第二の組み合わせ方は、前述の予期の予期との関連におけるものである。つまり認知的または規範的予期を認知的または規範的に予期するという組み合わせである。これは一方の予期様式が他方の予期様式を自己のうちに吸収するのではなく、両者を引き離したまま相互を結合させ、学習および非学習の可能性をともに含む予期の連鎖を形成するものである。予期を規範的に予期することによって、予期様式の選択が初めて社会的に規制できるものとなり、逆に予期を認知的に予期することによって変化への学習が可能となる。ルーマンは、法⁽⁵⁾の概念規定を与えるに当って、「法の概念は、多かれ少なかれ分離された規範的予期に関するものであって、学問的な真理と方法とによって規制される認知的な認識の領域に関するものではない」としており、法

を規範的予期の地平に位置づけている。しかし他方、後に検討するように、ルーマンは近代法の特質をその実定性的うちにみている。実定的であるということは、認知的、可变的であるということにほかならないのだから、実定法体制の下では、規範構造に認知的・可变的な基礎を与えることが不可欠となる。こうしてルーマンにおいては、近代法をめぐる諸問題は、基本的に、規範的予期—予期の固持—一貫性と、認知的予期—学習—可変性という二つの概念群の分化と統合をめぐる問題に還元されうるのであり、その意味で両予期様式は、近代実定法体系の構造を分析する上で基本的視座をも提供する重要なカテゴリーとして位置づけられている。

第二節、「法の進化」論

ルーマンは社会の進化を複雑性の増大、すなわちありうる状況および起こりうる出来事の量と差異の増加であると理解する。このような進化を惹起するメカニズムの考察に当ってルーマンが留意するのは、システムの内と外（環境 Umwelt）の区分とその相互関係である。⁽⁷⁾あるシステムにおいて可能性を増大させる変化が生じると、それは他のシステムが適合する環境および全体社会の複雑性を変化させ、また後者は前者に反作用する。システムの進化は環境の複雑性すなわち状況 *Gegebenheit* と自己の複雑性すなわち内部分化の双方に依拠している。進化はシステム内部においては、三つの相違する機能が満たされることを前提とする。すなわち(1)新しい可能性の産出、(2)利用できる可能性の選択と利用できない可能性の排除、(3)利用できる可能性の安定化。進化を実現するのは、システム環境との対決において構造を変化させる「学習 *Lernen*」のための潜在能力であるが、この能力は右の三つの機能の分化から生み

出される。したがって学習能力の程度、システムが構造変化によって適応することのできる環境変化の範囲、全体システムの観点からみた進化の一般的なテンポは、この三つの機能が、独立に変化する環境に直面して構造的かつプロセス適合的に分化することのできる程度に左右されることになる。

ルーマンは、社会の進化に関する以上の一般的な仮説を法の領域に適用することによって、法の進化の内容を明らかにすることができると考える。法の領域において右の三つの機能に相当するのは、(1)規範的予期の豊富・その紛争内在线、(2)決定手続、(3)現行法の規制の定式化 *regulative Formulierung des geltenden Rechts* であり、法の進化はこれらの機能の分化と相互依存によって担われる⁽⁸⁾。

まず第一の規範的予期の増大について。規範性とは行動予期の形式であり、予期が違背に際しても固持されるべきであるということの意味する。規範は抗違背的な抗事実に安定化された予期として概念化される。このような規範の企図は、人は誰でも自己の予期を違背にも拘わらず確信することができ、他人の予期を自己の予期と結合させることができなければならないという構造上の要請から、社会生活において生じるものである。この要請は法以外の社会構造上の次のような誘因によって強められ法の発展を促す。すなわち時間的地平が拡大し計画されるべき開かれた未来が意識されるようになること、社会システムの規模と複雑性の増大、社会の部分システムへの機能的分化が、規範および紛争を増加させる誘因である。ルーマンはとりわけ機能的分化に着目し、これを分節的分化から区別する。

この区別は、全体社会がいかなる原理によって部分システムに分けられるか、という問題に関するものである⁽⁹⁾。分節的分化 *segmentäre Differenzierung* とは全体社会が、例えば家族や氏族から成るとした場合のように同一の部分シ

システムないし類似の部分システムに分けられている場合をいい、機能的分化とは、例えば政治と行政のためとか、経済のためとか、宗教的欲求をみたすため等々のように、全体社会が特別の機能をもった異質な部分システムからなる場合をいう。ルーマンは社会の発展を分節的分化から機能的分化への転換のうちにみる。もちろん発展した社会においても分節的分化が意味をもつ機能領域は残り機能的分化の領域と併存するが、全体社会の基本的な分化の様式は前者から後者へ移行するのであり、近代工業社会は機能的分化によって再編された社会として把握される。この機能的分化は、その都度すべての機能を考慮しなければならぬ機能的に不特定なシステムと比べて、はるかに多くの体験と行為の可能性を産出する。法の領域においてこのような事態は、規範の過剰生産として現われる。

機能的分化による規範の過剰生産は次に、相互の当てはずれ、法紛争を導き出す。ここに決定による選択のチャンスがあり、法はこのチャンスに抽象的に接合して規範の統合を試みることができる。しかしもちろん右の第一のメカニズムだけにかかる発展が保障される訳ではなく、法の進化のための第二のメカニズム、すなわち相互に矛盾し同時には貫徹不能な規範的予期群の中から法として妥当すべきものを選出する、選択メカニズムが必要となる。法の選択メカニズムは社会の発展段階に応じて区々であり、古代社会においてはもっぱら闘争的性格をもつものだったが、社会の複雑性の増大、純粹な規範的予期の分離、多様化の進展に際して、社会における実力の配置から独立した有能な選択メカニズムが必要となり、そのようなものとして、拘束的決定を作り出す機能を備えた特殊な種類の相互行為システムⅡ手続 Verfahren が形成されるにいたる。これによって、予期されたが当てのはずれた法生活が、なまの主張の形式にもちこまれ、手続の客体として対象化され、現存の基準にしたがって吟味される。

第三に、法における高度の複雑性を維持するため、そして手続にしたがってつくり出された問題解決を安定化させるために、「法」を過去の意味加工過程の沈澱物として保存し適合的なものとして保存する形式Ⅱ法の安定化メカニズムが分化する。これに応じて法は、第一のメカニズムにおいて、規範的予期の自己主張と貫徹の表現手段として具体的に存在するとすれば、このメカニズムにおいては、多かれ少なかれ体系化された決定規準として、また手続のための規範として機能する決定前提 *Entscheidungsprämisse* として存在する。法と呼ばれるものは命題形式に安定化された一群の意味内容に固定される。この意味内容は抽象的なものであることによって選択肢に富むものとなり、さらに特定の文脈を相対的に離れて利用できるものとなる。許された（良い）行為と禁じられた（悪い）行為という古くて具体的な、生活に密着した基本的区別は、有効な規定と無効な規定という区別に組み替えられる。

多様化、選択、安定化の以上の三つのメカニズムが相互にシステムと環境の關係に分かれ互いを変化させる条件となり、これによって進化は過程 *Prozess* となるが、この過程がシステムの維持にとって機能的な、安定化可能な状態となる限り、それは「進化的成果」として概念化され、進化によってありそうもないこと *Unwahrscheinliches* がありそうなこととなるという事実を意味するものとされる。¹⁹ 例えば単なる契約上の意思表示により将来履行されるべき義務が発生するということは、法思考が法侵害の問題と結合しているため意思表示がいかにして法的拘束力をもちうるかを認識しえない古代社会の法にとってありそうにないことである。しかし、意思表示を裁判所において客観的かつ批判的に吟味することができるような手続技術が発達すると、それはありそうなこととなり、進化的成果となる。ルーマンは三つのメカニズムの相互關係を、多様化↓選択↓安定化という直線的因果關係としてとらえず、互い

に他を前提とする関係としておさえ、法の進化の過程にこれを投影させる。これによれば、法の進化過程は三つに区分されることになる。⁽¹⁾第一は基本的に親族原理によって基礎づけられた、分節的に分化した社会の法である。この段階における進化の隘路は多様化のメカニズムにある。すなわちここでは時間体験、法体験は秩序づけられるべき未来ではなく、現在に集中する。決定技術や法概念は欠如しており、これらのメカニズムは、社会構造が親族や長老といった変化しない現状と結合しているため、発展する必要がない。こうした構造上の選択性欠如は、伝統への拘束、呪術的権力への依存として現われる。このように社会は、相対的に低い複雑性のレベルに固定されており、規範的予期を豊富なものとするにつき限界がある。

この隘路を突破するための条件は、社会の機能的分化である。不完全な形においては、この条件を満たし、規範的予期を増大させた社会の法を、ルーマンは前近代的高文化の法として把握する。ここでは政治的支配、経済的交換、宗教の個々の中心が分離することによってもたらされた社会の機能的分化が社会の複雑性と多様性を増大させる結果、システムは構造上更新されうるものとなる。親族秩序への依存をたち切ることによって多様性が開放され、それに伴ってより有効な決定技術と決定の意味を根拠づけ保存する抽象的な形式への要請が生ずるようになる。こうしてこの段階での進化の隘路は、次第に決定手続の能力の問題すなわち選択メカニズムへと移行していく。規範的性格を受け取った行動要求や希望表明が、あらゆる機能領域で対立を含みながら継続的に過剰に生産されることを前提として、このなかから一部を法として選択するメカニズムとしての裁判手続が制度化されるにいたる。この段階でのルーマンの分析で二点について確認しておきたい。一つは、高文化法における最大の進化的成果が、多種多

様な規範投射からの裁判手続の分化であるとされている点である。これによって法は他のもろもろの規範からの分離 *Ausdifferenzierung* を達成することになる。ところでこの裁判手続において、法は自由に選択され変更されうるかといえはそうではなく、むしろ法規範の根本的な部分是不変のものと考えられたとされる。すなわち、裁判手続の制度化は、違背の場合に予期を固持可能なものとするについて合意することの確実性を担保するものだったのであり、その意味でこの手続は、実務上規範的予期を分化させるものとして位置づけられている。この限りで裁判手続の分化は、規範的予期と認知的予期の未分離な状況から両者を分化させる重要な役割を果たすものと理解されている。しかし第二に、法はこの段階では基本的には、妥当根拠の点でも内容の点でも真実 *Wahrheit* から区別されていない。規範が事実からさかたって継続的に妥当することを保障するためには、法は同時に真実でなければならないと考えられた。この限りで法は認知的機能を分離しておらず、規範的予期と認知的予期は非可動的に融合していたと把握される。

ルーマンは規範的予期と認知的予期のこのような不完全な区分を、社会の不完全な機能的分化に対応するものと考ええる。そしてこの隘路を打開したのが立法手続を分化させ法の実定化を成し遂げた近代法である。近代法は、選択メカニズムに関して立法手続を分化させることにより規範的予期と認知的予期の分化を徹底させ、法の可変性を飛躍的に高めた。これに応じて安定化メカニズムにおいても、言語によってプログラムに定式化された規範の意味は、選択肢に富むものとなると同時に、特定の文脈を離れて利用できるものとなり、抽象性を獲得するようになる。しかしながら法を定式化する際に用いられる概念や命題は、法適用手続に適合的に作られている。また法概念や法命題を再構

成し、それらの斉合性、一貫性をコントロールする法教義学も、法適用手続に照準を合わせている。そこで「多様な問題解決をその結果において比較し、批判的体験を形成し、多くの法領域での体験を比較する、換言すれば学習することに適合的な法政策上の概念が形成されないでいる。その結果現代立法は、具体的な、アド・ホックに意味づけられた規制の見わたしえない集積をもたらし⁽¹²⁾」ており、これらの規制を誘導して、改革の方向へ実質的にコントロールすることを可能とするような概念が欠如しているのである。ルーマンはこの点に近代法における進化の隘路を認めると、こうして進化の隘路は、選択メカニズムから、安定メカニズムへと移動したことになる。この問題はつきつめていくと、ルーマンの実定法概念そのもののうちにある根本矛盾に根ざすものであることがわかる。何故なら前述のとおりルーマンは、法を規範的予期様式に位置づけて考える一方、実定性を、かかる法の中に学習能力、すなわち認知的様式を組み込むことであるとしているのであり、⁽⁴⁾ 実定法概念は何らかの仕方での対立する予期様式を統合するものとして観念されているのである。それはいかにして可能なのだろうか。第三章でこの問題を検討する。

- (1) Niklas Luhmann, Rechtssoziologie 1972 S. 31 村上淳一・六本佳平訳『法社会学』(岩波書店、昭和五二年)三八頁。本文の訳語・引用は基本的に本書に依拠する。
- (2) A. a. O. S. 33 f. 邦訳・四〇頁
- (3) A. a. O. S. 40 ff. 邦訳・四七頁以下
- (4) A. a. O. S. 44. 邦訳・五一頁
- (5) A. a. O. S. 102 f. 邦訳・一一六頁
- (6) Luhmann, Evolution des Rechts, Rechtstheorie I (1970). In : Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträ-

ge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre. 1981 (法上 Ausdifferenzierung. と略記) S. 11-34. 引用は同書の頁数であ

る。 Rechtssoziologie 1, S. 132 ff. 邦訳・一四九頁

(7) Evolution des Rechts, S. 13 ff.

(8) A. a. O. S. 16 ff.

(9) Rechtssoziologie 1, S. 140 ff. 邦訳・一五七頁

(10) Evolution des Rechts, S. 22.

(11) A. a. O. S. 27 ff. Rechtssoziologie 1, S. 145. ff. 邦訳・一六四頁以下

(12) Evolution des Rechts, S. 31

第二章 「実定法」概念における両予期様式の分化

第一節 法の実定性

従来、「定立されており、かつ決定によって妥当している法が実定法である」と定義されてきたが、ルーマンはこの定義づけに関し二つの修正を加える。⁽¹⁾

第一は、「決定による妥当」をめぐる、法源論から生ずる誤解への修正である。すなわち、立法者の意思や命令、または制定法自体を法源とみる古い法律学的実証主義は、法の発生と妥当の根拠を結合させてしまっている。しかし、法は立法者の筆先から発生するのではなく、社会における豊富な規範的予期の中から生まれてくるのである。立法者の決定は、法の妥当根拠であるにすぎない。ここでルーマンは、この二者を区別することによって、「決定による妥当」の意味を、法の妥当が、立法者の責任において変化させることのできる決定に結合していることと確定して

いるのである。

第二の修正は、「定立された法」に関して、過去の法定立という単なる歴史的事実は、法の妥当を実証するに充分ではないとするものである。法が実定的であるのは、法生活において過去の立法行為が意識されているからではなく、法がこの決定によって妥当するものとして、すなわち複数の可能性の中から選択されたものとして、したがっていつでも変更可能なものとして体験されているからにはかならない。選択からはずれた他の可能性は、その時点で妥当している実定法によって排除されるが、しかし法生活の地平から除去される訳ではなく、法のありうるテーマとして、現行法の変更が時宜を得たものとなる場合に自由に用いることができるよう、維持される。法の変更可能性は日常的現実であるから、変更をしないことも弁明義務を伴なう行為となり、したがって現行法への執着もまた一つの決定の形式を受けとる。ルーマンは以上のような条件の下でのみ、法は決定に依存しこの意味で実定的に妥当するといふことができるとする⁽²⁾。

ところで法の実定化⁽¹⁾法の変動可能性は、前章で扱った二つの予期様式といかなる関係に立つのであろうか。前述のようにルーマンは、法的世界を規範的予期の世界に位置づけている。法は違背から学習しないという決意であると言ひ換えることも可能である。このような原則的態度は、法の変動可能性を排除するものであることは明らかであり、法の変動には、法的世界とは基本的に相入れない学習可能性を認めることが不可欠である。ここにおいて実定法概念は、「貫徹されがたく、制度化されがたい」要求、すなわち「学習しないということを学習する」⁽³⁾要求の実現を前提とせざるを得ない。すなわち法⁽¹⁾規範的予期の領域への学習可能性の導入が認められて初めて法は、可変的なも

のとして制度化されるのである。⁽⁴⁾「法の実定化は、帰するところ、同一の法秩序において学習と非学習の可能性がともに制度化されており、同一の規範に関して認知的態度と規範的態度とがともに制度化されていなければならぬ、ということの意味する。」⁽⁵⁾

第二節 条件プログラムと目的プログラム

ルーマンは実定法の特性として、法が条件プログラム化 *konditionale Programmierung* することを指摘する。⁽⁶⁾ 法はその構造上、もはや単なる行動の予期でも善い目的の定式化でもなく、その下で特定の決定がなされるべき条件を挙示した決定プログラムとして定立されるようになる。法は構成要件と法的効果を、AならばBという連関に持ち込む。プログラムはその名宛人に応じて別個の形をとる。すなわち行為者にとっては、もし条件Xが与えられているならばXのように行為してよい、となるが、裁判官にとっては、構成要件XおよびXが示された場合には、Yと決定せよ、構成要件Xおよび否Xが示された場合には、Zと決定せよという内容となる。何故このような仰山な形式が、善悪の行為に関する具体的観念にとってかわったのだろうか。ルーマンは次の三つの観点からその理由を説明する。

第一は、単純な行動予期を、二元的構造（条件と効果）に置き替えることによって、ヴァリエーションの可能性が開かれるという利点である。これによって状況への行為の拘束を緩和することができる。つまり予じめ規定されている行為（効果）を固持して、状況（条件）を変化させることも、また状況を固持して行為を変化させることもできることになる。こうして条件プログラムは、二つ以上の相互に独立で多様なシステムを結合し、その変化に適合するち

ようつがいの役割を果たすものとされる。

第二の利点は、技術化の可能性である。条件プログラムは決定者に単純化をもたらす。決定者はプログラムに記述されている情報だけを調べればよい。自己の決定が将来にもたらす結果を調査したり、比較検討したりする必要はない。「決定の主たる根拠はもろもろの結果の間の価値関係ではなく規範の妥当であり、規範はせいぜい自己が提供する解釈の余地の中で、その適用から一般的に予期される結果が理性的で支持しうるものと見えるように解釈されうるにすぎない。それによって裁判官は、自己の判決の重要な価値をもつ結果すべてを吟味する仕事から解放され、蓋然性の観点から将来のことを究明する仕事から解放され、自己が用いうる手段と別の手段とのどれが適切であるかを調べる仕事から解放され、その手段から生ずる副次的結果についての価値考量から解放される。要するに裁判官は、決定にさいして、現代の経済学における決定理論が複雑さと困難さと単純化の必要とを明らかにしているようなものもろもろの考慮から解放されるのである。ちなみに、こうして具体的な結果責任から解放されるという条件の下でのみ、裁判官の独立とか、法律の前の平等とかいう原則は意味をもつ。そして、これらの原則が維持されうるのは、法と裁判官とが、目的に関連した未来計画のシステムのなかにもあまりにも強く組み込まれていない場合だけである。」⁽⁷⁾

第三の利点は、伝達コストの節約である。条件プログラムは、適用状況の委細に関する十分な知識なしに一般的に定立され伝達されうる。

条件プログラムの形式は、実定化による法の複雑性の増大にとって不可欠な隘路打開策として以上の三つの利点を提供するものとされる。要するにこれらは、複雑性の増大によって課せられる過大な要求・負担を軽減し、容量の

増大に対応するメカニズムとして把握されているのである。結果責任からの裁判官の解放もこの文脈の中で位置づけられている。ところで結果の吟味、将来の究明、手段の比較衡量、副次的結果の価値考量等々から解放されているということは、認知的様式から遠ざかっているということに他ならない。したがって条件プログラムは認知的様式よりも規範の様式に位置づけられると思われる。とすれば条件プログラムだけでは、法的世界に学習可能性を組み入れていくという実定法の要請を満たしえないことになる。そこでこれとは別のプログラム、すなわち目的プログラム Zweckprogramm が導入される。システム理論的に表現すると、条件プログラムが、システムの環境からシステムへと入ってくる情報に関係し、この情報を決定の原因として扱うのに対し、目的プログラムは、システムが環境に対して果たすであろう効果（目的）と関係し、「効果Aがもたらされるべき場合、 B_1 か B_2 か B_3 か……が原因（手段）」として定立されねばならない」という形式をとる。⁽⁸⁾条件プログラムが結果責任の放棄において残した問題を、目的プログラムが処理するのであり、こうして決定過程に相対立する二種のプログラムが組み込まれることになる。

第三節、立法手続と紛争裁定手続

立法と裁判の区別は、近代社会においては自明のことであるが、ルーマンはこの区別が法の実定化といかなる関係に立つかを問題とする。ルーマンによれば両者の区別に関する古典的見解は「立法は裁判官の決定作用の一部を分離し、技術的に集中したものにすぎず、要約的な処理と法命題的な定式化とにたくに適している若干の決定前提についての一括的決定にすぎない」というものであって、これは両手続が基本的に同一であるという観念によるもので、両

者の区別を二義的なものとみなしている点を批判する。両者の分離こそ法の実定化に利点をもたらすというのがルーマンの考え方である。

裁判官と立法者を比較してみた場合、そこには重要な差異がある。裁判官は自己の決定と決定前提とに拘束され、同一の前提条件の下で何度も同様の決定を下さねばならないが、立法者の場合はそうではない。ルーマンはこの差異を、窮極的には規範的予期様式と認知的予期様式の対立に基づくものと考え、「妥当している法の表出、選び取られた規範的予期の固持と制裁、法違反者から学習しないという決意の表明は、裁判の分野で行なわれる。法的に規範化された予期が侵害されたときは、裁判官はその予期を守るべきであって、予期を事実に適応させるべきではない。これに対して、立法者にとっては、規範と事実は別の光の下に、別の連関の下に現れる。立法者は、規範の実際の効果、その非遵守率、その貫徹コスト、その逆機能、それがもたらす行動衝突、それが生み出す代用行為を、認知的に、怒ることなく平静に知ることができる。立法者は、謀叛人や犯罪者の秘密の掟とか、法律の条文によって侵害される諸利益とかにも、門戸を開くことができる。かれは予期を修正する用意のあることを示すことができるし、むしろ示さなければならぬ。立法者は変更の願望の名宛人であり、法における制度化された学習の機関である。かれは自己修正の可能性を有しており、その可能性を利用するように、また、修正を怠ったり学習を拒否したりすることに⁽¹⁰⁾ ついても責任を取るように、期待されているのである。」裁判手続は規範的予期の地平に定位され、条件プログラムがもつ結果責任からの解放の利点を活用して、実定法の複雑性による圧力に対応するものであるから、法の実定化に伴う他の一面、すなわち「法は、法の変動が学習過程に服する場合にのみ、可変的なものとして制度化されうる」

という実定法の要請を満たすことはできない。もちろん裁判官は、前述したように規範の様式の中に認知的様式を密輸入することができ、「学習・適応・修正の隠れた技術」を心得てはいるが、それはあくまで規範の形式的同一性と矛盾しない限りでの補助的なものにはすぎない。そこで法を学習的に変更したりしなかったりする立法者の任務が、法適用の任務から切り離され、別個に組織されることになる。立法者は条件プログラムではなく、目的プログラムに従って活動し、自己のつくった法律の結果を保証しなければならない。ここでは、裁判手続の場合のような、規範化された弁明義務を伴う答責性は稀薄となり、そのかわりに新たな種類の、「政治的」な答責性が形成される。⁽¹¹⁾この「政治的」答責性が制度化されるやり方は、失敗という結果に関連づけられ、失敗者の交代が個人的運命をまき込まない形で、失敗者に「反対派」という独自の役割をとっておくようになされる。

さらにルーマンは両手続の分化の問題は、プログラム化する決定とプログラム化された決定の分離として把握すること、一層明瞭となると考える。⁽¹²⁾

プログラム化する決定のレヴェルでは、決定の正しさの証明は仮説的になされ、かつ変更の可能性によって流動的なものでなければならず、例えば特定の社会的利益、イデオロギー的価値判断、政治的味方―敵―図式への依拠による激烈な変更方法は不可避である。したがってここでの決定の合理性は、確固として存在する解釈可能な規範や目的によって保証されえず、むしろシステム構造上の諸条件に頼らざるを得ない。ルーマンはこの条件として、(1)社会に存在する非政治的な利害紛争を政治紛争化すること《Versäulung》の回避 (2)十分に可動的な、機会主義的な価値充足、(3)システムに適合するものとして許容され、限定、規制された日常的事態としての政治紛争の制度化をあげて

いる。

これに対してプログラム化された決定の領域においては、所与の判断基準との確定可能な、証明可能な一致という意味における合理性が存在する。これによって、プログラムの同一性により媒介される決定の一貫性が達成可能となる。これに応じて決定の発見と理由づけ、ならびに決定の批判の方法も、プログラム化する決定の場合とは異なり、プログラムは前提として受け入れられ問題化されない。疑わしい場合に必要なら、プログラム化する決定の追加は、解積という性格を受け取るのであり、立法者の決定を問題とすることは回避される。

要するに、規範的決定プログラムの意味は、プログラム化する立法者とプログラム化された決定を行う者との間で違いがあり、前者にとってそれは、問題の暫定的解決であるが、後者にとっては、プログラム自体が正しいか否かに関わりなく、正しい決定を発見し表明することのできる条件である。

第四節 立法手続の構造

プログラム化決定の合理性は、プログラム化された決定の合理性の基準によっては判断されえない。従って現に妥当している法自体は、立法手続における決定のために十分な構造を提供するものではない。立法手続はそれでは如何に基礎づけられるのだろうか。ルーマンは「実定法の運命は、全体社会における政治システムの運命と結びつけられている。なぜなら、そのようなしかたによってのみ、法は、全体社会内部の選択過程によって制御された高度の可変性を獲得しうるからである。もつとも、だからといって、たとえば純粹に政治的な法制定の完全な任意性に対して青

信号を出しているわけではなく、とくに、政治システムがいわば環境なしに、全く自己の内部から法について決定しているわけでもない。ただ、法選択の構造的條件と制約を探究すべき方向を示しているにすぎない⁽¹³⁾として、立法を政治システムに委ねている。つまり立法活動が規範の様式の下に服しては、その可変性は捉えられない。そこで立法過程は政治システムの影響下に置かれざるを得ない訳である。しかしだからといって立法が、政治の完全な恣意に左右されることのないような仕組が考えられなければならない。本節では、この仕組についてのルーマンの考え方を、立法手続の分析に則して明らかにする。

まず簡単に手続についてのルーマンの基本的な考え方をみておこう。⁽¹⁴⁾

決定発見に関する法的に秩序づけられた手続は、現代社会の政治システムの最も顕著なメルクマールの一つであり、自由主義的法・国家思想にとってそれは、国家と法の本質を成すものと考えられている。それにも拘らず手続に関する適切な理論は形成されておらず、手続の古典的概念と呼べる定式化もなされていないが、手続に関する共通の期待、先入見は従来から存在する。それは目的としての真実または真の正義への関連である。真実は自明視され、正義のほかに正当性の何らの問題も存在し得ないのと同様、真実のほかに認識に関する何らの問題も存在しえなかった。手続は真実の発見に奉仕する手段と考えられていたわけである。これに対してルーマンは、真実を単なる価値としてではなく、決定を下す社会メカニズムの一つとして把握し、手続が真実に奉仕することをアプリオリな前提とする態度を排除する。真実は、社会的交通において縮減された複雑性を伝達する役割を果たすものと位置づけられる。いかなる手続も、この特有の機能における真実を欠くことはできず、一定の認知、一定の結論が強行的なものとして確

保されなければならぬ。誰もが否定することのできない意味が存在するのであり、そうでなければ、特殊な意見にあらゆる社会的重要性が付与されることになったり、共同決定の可能性を失うことになる。しかし、この意味における真実は、間主観的に貫徹する確信においてあらゆる問題を解決するに充分であるとはいえない。ルーマンは縮減された複雑性の伝達のための他の機能的に等価なメカニズムとして権力 *Macht* をあげる。権力は決定によつてもたらされた選択の伝達メカニズムであり、権力を持つ者は、自己の決定を行動の前提として受け入れるように他者を動機づけることができる。こうしてルーマンにあつては、法的手続の目標はもはや真実の発見ではなく、真実によつてであれ、決定のための正当化された権力の形成によつてであれ、複雑性の縮減を間主観的に伝達可能なものとするにとされるのである。

さらに手続は、儀式と区別される。儀式においては、ある一定の行為だけが正しいものとされ、選択の余地なくその行為から他の行為が生じるものとされる。これによつて行為はステロタイプのに固定され、事実的な結果とは無関係に安定性がつくり出される。ルーマンは、今日の決定機構における手続を動かしているのは儀式、すなわち予め作られた形式——身振り、正しい言葉——ではなく、当事者の選択的決定であるとし、これが他の選択肢を排除し、複雑性を縮減し、不確定性を取り去り、あらゆる可能性の不特定の複雑性を特定可能な、把握可能な問題性へと転換させると考える。このような複雑性を縮減する行為連関は社会システムとして理解され、従つて手続は特別の機能、すなわち一回の拘束的決定を獲得する機能を満たす社会システムであると規定される⁽¹⁵⁾。

社会システムとしての手続の一般的な構造メルクマールとして、法規と組織による手続の準備、拘束的決定を目標

とする一定期間のシステムとしての手続の個別化、このシステムに固有の複雑性とその縮減のためのシステムの歴史 *Geschichte* があげられている。(システムの歴史とは、当該システムに固有の複雑性を縮減するための独自のテクニクの蓄積を意味していると思われる。)これらのメルクマールは、政治選挙、立法手続、行政手続、裁判手続のすべてに共通するものとされるが、メルクマールの後二者の内容の相違に応じて、すなわち当該手続が引き受けかつ処理する複雑性の容量と、複雑性の縮減技術に応じて、ルーマンは選挙・立法および行政・裁判の二つを大別する⁽¹⁶⁾。これによれば、裁判手続と行政手続の場合の複雑性は、決定前提のプログラム化によって減らされており、限定されている。したがって決定の産出と表出は保証されている。全手続への役割適合的な参加が当事者に開かれており、この参加を通じて当事者はその個別的利害へ関わることになる。

これに対して政治選挙と立法手続の場合には、複雑性は極めて高度であり、それに応じて合理化の程度はより低いものとなり、プログラム化されない決定によってのみ解決可能な問題が扱われる。法の実定化、すなわちプログラムとして役立つあらゆる決定前提の可変性ととも政治システムも複雑にならざるを得ない⁽¹⁷⁾。これはすなわち政治的支持がもはや前提とされえず、付与されねばならないということを意味する。決定前提の可動性と政治的支持の可動性は相互に条件づけあい、政治システムの構造的不確定性を惹起する。ルーマンは法が開いた変動のチャンスと、政治的支持の動揺の条件は、固定的・自動的に、例えば「真実」によって結合されているとはみない。両領域は固有のダイナミズムを持っており、併存可能であるように充分に開かれて不確定のままではなければならないとされる。このことから帰結する不確実性は、政治生活に宿命的な随伴現象、必要悪という性格のものではなく、高度に複雑で急速に変

化する環境への、システムの適応を保証するために構造的につくり出されているものと評価されている。

政治選挙は、具体的な紛争の解決に適しないのと同様、具体的利害の表明にも適さない⁽¹⁸⁾。選挙において許されているコミュニケーション行為は、候補者への投票、すなわち高度に一般化された形式に限定されており、この決定への動機は、利害領域から分離している。利害領域と政治的支持のコミュニケーションは切断されないが、ふるいにかける結果、きわめて抽象的なコミュニケーションだけが成就するにすぎず、当選人は特別の利害と結合しない。こうして政治選挙の制度によって、一方におけるリクルート、および政治的支持の承諾ないし拒絶のプロセスと、他方における利益表明・要求の申出のプロセスが分離される。ルーマンはこの構造上の分離を、政治システムにおける自律的な正当的権力の形成に決定的に寄与する制度として評価する。個別利害と政治的支持との具体的・直接的な結合が回避され、両者の抽象的・一般的レヴェルでの照応関係において相対的に自律的な決定の領域がつくり出される。要するに選挙は個人々人から多くの決定動機を排除することによって、政治システムを他の社会的役割への直接的な拘束から解放し、政治システムの分離、すなわちその高度の操作的自律性を確保する上で大きな寄与をなすものと把握されているのである。

次に立法手続に委ねられる問題は、政治システムの分化した構造から生じる統合問題であり、これをルーマンは(1)利害要求と政治的支持の再結合、(2)選挙の基礎にある個人または集団の「イメージ」と客観的な決定実務との統合、(3)政治と行政の協働の三点にまとめている⁽¹⁹⁾。

まず前述のように選挙によって、社会における諸利害から切り離された、自律的な決定の領域がつくり出される。

ところでこの決定領域は長期的な視野でみれば、大綱において一定の利益を満足させる決定を発見し、これによって政治的支持を維持・拡大するために利用されうる。このような決定実務を合意によって正当化するチャンスは、選択肢が多くなればなる程、また特別の決定が特定の利益集団によって予じめ操作されることが少なければ少ない程、増大する。ルーマンは、決定と特定の利益集団との結合が、とりわけ選挙メカニズムだけでは政治信用をつくり出すのに不十分な場合、常に生起することを指摘し、これを回避して決定の自律性を回復する機能を果たすものとして複数政党制を挙げている。いずれにせよ選挙メカニズムによって分離された利害と政治的支持を、特定の利益集団との結合を排除しつつ統合することが、立法手続に帰属する第一の問題である。

第二に、政治家は、自分が選挙で選出される基礎となつた人格的「イメージ」、政党「イメージ」の表出と、決定実務とをだいたいにおいて調和させていなければならない。政治イメージは、選挙と決定実務（とりわけ立法）を両者の関連において理解させる単純化手段である。

第三は、政治と行政の統合の問題である。現代の政治システムにおいては、政治と行政は機能的に分化している。政治は、政治的支持を享受する権力の産出や、正当化シンボルやイデオロギーの創出、指導的人物のリクルートと試験、合意可能なテーマやプログラムの完成、一定の企画に対する合意の形成とテスト等に関係する。他方行政は、ここでは立法と司法を含む広義の意味で用いられており、拘束的決定への権限を占め、正しい決定の作成と遂行に関わる。両領域は、それぞれに固有の機能に向けて作動すべき以上、人員や役割の上でのみならず、規範、価値、合理性基準に関しても分化されねばならない。このように分化した秩序においては、政治と行政の結合は組織の溢路とな

る。この溢路を打開するためには、両領域ともに従うことのできる手続が必要である。この手続は、それ自体としては拘束力も正当性も持ち得ない考量に基づいて、政治的に影響力をもちうる一方、他方ではしかし正式に拘束的な決定を産出できるものでなければならぬ。ルーマンはかかる要請を満たす手続こそ、立法手続であるとし、これを政治的な動機を一般化し合法化することに寄与するものと位置づける。

さて、以上三つの統合的機能には、きわめて高度で不確定的な複雑性の下での操作が要求されるが、限られた時間の中で決定をつくり上げるために立法手続は、決定状況の複雑性、見通しのきかない状態を縮減して、参加者の相補的な予期と有意な志向を可能とさせることに寄与する単純化構造を形成しなければならぬ⁽²⁰⁾。個々の国民代表による果てしない議論と自由な競争という制度の公式の目標・モデルは、複雑性を映し出しはするが、それがいかに克服されうるかを示すことはできない。そこで右の公式目標に照らすと本質的でない、それどころか背反しさえする性格をもった補助メカニズムが機能することになる。つまり、ルーマンは立法手続の公式の表出 *Darstellung* と、実際の立法作業すなわち法の産出 *Herstellung* とを区別し、両者の分化の構造によって立法手続における複雑性の克服が達成されると考えていると思われる。例えば、相争う意見をたたかわせることを通じて合意を形成するという理念は、単純なシステムにのみ適合するにすぎない。システムや決定のテーマが多様な意味をもち多様な関係をもつようになるや、理念の上では競争と協力が未分化のまま共存しているのに反し、実際には意見の不一致と一致、反対と賛成の分離は予じめ構造化されていなければならない。「政友」に対しては常に一致し、相違がある場合でも同意するのに対して、反対者に対しては常に反対者であり、実質的な相違が重大なものではない場合でさえ反対するという、

形式化された戦線として固定化された集団形成がなされる。これとならんでインフォーマルな人間関係が決定過程に介在することによって、複雑な決定の負担が縮減される。また法を条文ごとに細かく検討するのは各種の小委員会であつて本議会ではない。小委員会は一定の役割と情報をもち、競争を抑制され、意思疎通の失敗を恐れず単刀直入に要点を述べる可能性を有することによって、複雑な作業を完遂するための高度の能力を備えている。実際に法を作成するのはこの小委員会であり、議会はそれのおかげでもっぱら草案を採用するか否かを判断しさえすればよいのである。こうしてルーマンは、立法手続を表出と産出の二元的構造をもつものとして理解するのである。手続の公式的表出、すなわち徹底的に議論を尽し多数をもって決定する議会というモデルについては、従来考えられてきたように、それが正しい決定を導くもの、決定の合理化に資するものとは理解されていない。しかしだからといってそれは単なる題目だけのものと考えられているのでもない。政治選挙によって個別的利害との直接的結合から解放された場での、代表者による果てしない議論と自由競争は複雑性を反映させるものである。また形式的決定準則としての多数原理は、政治権力の変動の機能を果たす。多数原理により権力配分が可変的なものとなり、あらゆる政治権力は権力総数維持 *Machtsummenkonstanz* の原理に服さなければならない。これによって権力の源泉がきわめて複雑であるにも拘わらず権力関係を明瞭に読み取ることが可能となり、対立する議論の決着を予じめ計算することができるようになる。こうして多数原理は第一に、政治権力の担い手を固定化させず、多数を掌握するものであればいづれの勢力にも権力を配分することによって、権力の変動を可能とする機能を果たし、第二に、権力関係、その変動を明確に把握し計算することを可能とするものとして位置づけられているといえるであろう。総じて手続の公式的表出は、立法手

統による複雑性・可変性の引き受けを可能とするものと考えられている。他方この原理とは矛盾する実際の作業方法によって、引き受けられた複雑性が縮減され、拘束的決定が産み出される。立法手続は、表出と産出のこの二元構造を通じて、前述の統合問題へ対処しているというのがルーマンの分析の趣旨である。

次に以上のような構造をもつ手続と、決定の対象となる公衆との間にいかなる関係が形成されるのか。これについてルーマンは、まず公衆の法律への無知ないし無関心という経験的事実から出発する。世論と立法に関する古典的觀念の持主であれば、この事実を嘆くに違いない。しかしルーマンはこれを、法の可変性に関する最も重要な前提条件とみる。強度に分化した社会においては、人間性もそれに応じて多様化しており、心理的に同質の動機構造の形成や合理的な便益計算による行動の一致を当てることはできない。しかし文明社会における生活水準が確保されるためには、何らかの方法で貫徹されるべき基本的合意が存在しなければならぬ。そのためには諸関係の高度の複雑性と可変性に対する公衆の一括承諾が必要となる。この承諾は一般化されたシステム信頼 Systemvertrauen によって獲得される。システム信頼の原因や内容は多様であるため、その形成にあたっては十分に抽象的に機能する意味形成過程、換言すれば行為を単に形式的のみ拘束し、任意の行動をほぼ許容する意味媒介が必要となる。このような必要を満たすものとして、ルーマンは立法手続を位置づけているのである。当事者が直接手続に参加し、一定の役割を引き受けることによって自己表出に拘束される裁判手続とは異なり、立法手続にはかかる拘束はなく、公衆との距離（＝無関心）に基づいて象徴的な同一化（＝合意形成）、信頼形成のメカニズムが機能する。ここでの象徴的な同一化と信頼形成に關しその機能条件となるのが、公衆の無関心な態度である。これにより公衆にとっては、個々の手続実

務の詳細、雑多な事項が消失し、公衆の側での複雑性の縮減が容易となる。公衆において多様な利害が存在するにも拘わらず、複雑性に対する無関心な態度を条件として象徴的な同一化、信頼形成、換言すれば基本的合意の形成が成就されるのであり、ここにおいてルーマンは、一方における対立する多様な利害と、他方における基本的合意の形成の二元構造を析出するが、これは前述の立法手続における産出と表出の二元構造と結合するものと考えられている。

こうして立法手続は、一方で手続の公式の表出に従って、拘束力も正当性もたない多様な政治的主張・影響力を取り入れ、換言すれば高度の複雑性を受容し、この複雑性に対する公衆の無関心を媒介として基本的合意を形成する。他方、手続の公式の表出とは矛盾さえする実際の立法手続の補助メカニズムによって、複雑性を縮減し、政治行動の基礎としての事実上の合意、拘束力ある決定を産出する。立法手続はこのような二元構造を通じて、法システムと政治システムを媒介するものと位置づけられている。

ルーマンが理解する実定法体系は、規範的予期—条件プログラム—プログラム化された決定—裁判手続と、認知的予期—目的プログラム—プログラム化する決定—立法手続の概念対が徹底的に分化された上で、ますます増大する複雑性に対処すべく再編された法体系であるということが出来る。両概念群の分化は単に能力の専門化という利点を生んだだけではない。むしろ相互に矛盾し合うものを同時に生起させ、複雑性を増大した点に大きな意味が付与される。すなわちルーマンの考察の眼目は、裁判手続と立法手続の分化によって、違背処理と学習という矛盾する過程を同時に制度化することが可能となり、これにより法は可変性を獲得し実定化される、ということである。

(一) Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*. In: *Ausdifferenzierung* 122 ff.

- (2) A. a. O., S. 125
- (3) A. a. O., S. 140 ff. Rechtssoziologie 2, S. 227 ff. 邦訳・二五〇頁以下
- (4) A. a. O., S. 231 f. 邦訳・二五四頁
- (5) A. a. O., S. 238. 邦訳・二六一頁
- (6) Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, S. 136, S. 138
- (7) Rechtssoziologie 2, S. 238. 邦訳・二六一頁
- (8) Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. 1966 S. 36
- (9) Rechtssoziologie 2, S. 235. 邦訳・二六〇頁
- (10) A. a. O., S. 238 f. 邦訳・二六一―二三頁
- (11) A. a. O., S. 240 f. 邦訳・二六四頁
- (12) Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, S. 134 ff.
- (13) Rechtssoziologie 2, S. 244 f. 邦訳・二六九頁
- (14) Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978 S. 11 ff.
- (15) A. a. O., S. 40
- (16) A. a. O., S. 243
- (17) A. a. O., S. 151
- (18) A. a. O., S. 164 ff.
- (19) A. a. O., S. 181 ff.
- (20) A. a. O., S. 185 ff.
- (21) A. a. O., S. 191 ff.

第三章 法教義学における実定性への対応

前章では、規範的予期の地平と認知的予期の地平が分離しつつも相互依存的関係をとって結んでいる事態についてのルーマンの議論を検討したが、本章では、規範的世界の内部で、すなわち基本的には学習の用意のない法教義学の世界において、法の実定性への対応はいかなるものであるべきかということについてのルーマンの所論をみてみることにする。

第一節 法教義学における新しい概念形成の試み

(1) 法教義学の機能

ルーマンは近代、ヨーロッパの法システムの特性を次の点にみる⁽¹⁾。第一に、それは一定の行動予期の抗事実的安定化、抗違背的安定化に重点を置く規範主義を特徴とする。第二に、規範主義の重視に法 *Recht* と不法 *Unrecht* の明確な二元的図式化が結合している。法と不法以外の第三の可能性は排除されており、あらゆる行動は法または不法のいずれかに分類される。この図式主義は、考えられうるあらゆる紛争のための普遍主義的決定実務に奉仕しており、これが第三の特徴である。概念分類的法教義学により、普遍主義的決定のための道具が提供される。第四に、図式主義と普遍主義は、平等な決定のために自律的な能力をもった特別の社会システムとしての法システムの分離を可能とした。図式主義により一方で法と不法は緊密に結合されるが、逆に法と社会的交際、法と愛、法と真実、法と階

級、法と権力、法と貨幣の結合は可能な限り解消される。

こうしてルーマンは、規範主義、二元的図式主義、普遍主義的決定実務、法の分離の四つのメルクマールの結合を近代ヨーロッパの法文化の特質とみるが、その基礎を担っているものとして強行的な規範主義をあげ、他の三つのメルクマールもこの規範主義、すなわち予期違背の場合において予期を訂正せず貫徹される決断に依存しているとす。法システムの特徴がこのように把握されている限り、法が果たす機能も、行為予期の一般化、固定化に重点が置かれ、とりわけ紛争解決の事後処理システムによる紛争規制が法の主たる機能として理解されているといえよう。

社会における法システムの右のような位置により、法教義学の性格も規定されることになる。法教義学の性格規定に関するルーマンの所論に先立って、そもそも法教義学とは何かについてのルーマンの考え方をみておこう。⁽²⁾まず教義学一般は通常理解されているところによれば、否定禁止 *Negationsverbot* ないし批判阻止 *Kritikunterbindung* を重要な特徴としている。「ある即自的に恣意的な命題をあらゆる批判を超越して存在するものとみなし、独立の探究の要求を拒絶する場合、その学科を教義学という。」(Julius Kraft) しかしルーマンは単に否定禁止の指摘だけでは教義学の性格づけに充分ではないとし、教義学の実定的機能を指摘する。この機能は、否定禁止を調整することによって、テキストの利用に当たり、柔軟性を必要な水準まで持ち込む点にある。この機能は、神学、法学の両教義学の歴史にみられる、テキストとの交渉における自由の増大という事態からも明らかだとされる。すなわち教義学的思考や解釈は、例えば規範、テキスト、黙示録等の素材に拘束されるが、この拘束自体教義学的解釈に服するのである。こうして教義学は素材への自己拘束自体を操作することにより、素材との距離を調整し、これを通じて選択性す

なわち不確定性と関連をもつことになる。教義学は、否定禁止を原則としつつも、複雑な社会において不確定性への寛容を増大させており、これに応じて、峻巡や疑念の解消と同時に耐えられる不確定性の導入という二重の機能を果たすものと理解されていると思われる。これを法教義学についてみれば、一般的に妥当する決定プログラムと個別的决定との間に生じる関係Ⅱ法の適用を制御することがそれに要請される機能である。この場合相互に関係づけられる両要素が不確定的である場合、つまり法規範が多様に解釈される（さらには法規範が多様に定立される）場合、関係は両面的に可変的であり、要素の一つにおける確実な拠り所が失なわれる。失なわれた拠点は、法適用関係を関係づける関係化の基準によって置き換えられねばならず、この基準を提示するのが法教義学であり、したがってその機能は拠点としての規範への包摂機能に限定されず、関係が二面的に可変的な状況、すなわち個別事件 *Falle* が規範に従うのみならず、同時に規範適用が事件に従うべき状況において、可能な変化の任意性を制約すること、換言すれば、別のケースでの決定を顧慮した一貫性コントロール *Konsistenzkontrolle* のうちにある。このようにルーマンは、法教義学の機能を法的構成の多様性の制約として捉えるが、これは他面で別様の決定可能性、つまり法規制の不確定性の導入を前提としている。不確定性の許容と制約を同時に満足させる、法の抽象的意味決定を担うのが法教義学の仕事である。

(2) インプットからアウトプットへ

以上のような機能を担うものとされる法教義学の性格について、ルーマンはさらに一般システム理論のモデルを用いて分析する。⁽³⁾ 情報を加工するシステムは、その社会的環境と二重の意味で、すなわち *Input* と *Output* において

結合する。一般的には両者の分化は、時間的観点におけるシステム分化の一帰結である。システムにおける出来事は、環境における出来事と一致せず、環境での出来事以前に存在するか、あるいはその結果として生じ、システムにとっては特殊に過去と未来の時間的次元が分離する。InputとOutput、過去と未来の両地平は、環境からの情報の加工における関心の重点を異にする。

・ Input-Grenze における主要点

システムは主として、与えられた情報の注意深い採用と加工を通じてその機能を果たし、それがもたらす結果には比較的無関心である。

・ Output-Grenze における主要点

システムは、環境における一定の効果の実現にその主要問題をみるのであり、この目的のための手段としての情報を、効果実現の特殊な基準にしたがって提供する。

法教義学はその古典的形態においては、法システムの Input-Grenze に定位されていた、というのがルーマンの理解である。法教義学は、過去に生じた法的紛争に対する情報の加工に奉仕し、そのことよって紛争規制の事後処理システムの機能的要請に応える。その諸概念は、個別事件の規格化、分類のための準則を提供するのであって、効果を発生させるための処方を与えるものではない。インプット情報の分類と加工に関連しているのが、同一—不同シエームによる正義観念である。個別事件を「人物を考慮せず」同一に取り扱うような決定実務が正義と考えられる。これは、決定者と当事者との間にケースごとに関わられる特別な関係に依拠した個別実務との対比で、普遍主義的決定

実務と評価できる。この普遍主義的志向は見知らぬ人間や状況に対する予期形成を可能ならしめる点で、より複雑な社会の発展のために決定的な意味をもつ。

右のようにルーマンは、法教義学を基本的に Input-Grenze に定位するものと把握するが、この位置づけが今日でも不動のものであるとは考えない。法学学の内部で Input-Grenze から Output-Grenze への志向転換の試みが、すでに一〇〇年来行なわれてきている。ルーマンによれば志向転換を想起させる徴候は、既に市民革命の法問題に対するカントの立場に看取できるといふ⁽⁴⁾。革命においては、法の存在以前に政治的独裁を要求する権力がまず樹立されねばならない。ここでは法と時間の固定的関係は放棄される。つまり革命の中で行動する者は、自己の予期の合法性にもはや依拠しえず、革命の成功か失敗かに賭けざるを得ない。このような結果依存性が革命という極限事例の中ですでに意識されていた。

そうするうちにこの結果依存の問題は、長い間に法技術や法教義学に取り入れられ、その限りで規範化されてきて⁽⁵⁾。そして今日法的问题解決は結果によって比較され評価されるべきであるということが、法律家の通常の間感となつている。このことは法政策的論議のみならず、法教義学的構成の判断や単なる規範解釈についても妥当する。ドイツにおいてはこの傾向が、利益法学や目的論的ないし機能的解釈方法の隆盛とともに貫徹された。「あらゆる評価は最終的にはその結果によって正当化されねばならない」(Adalbert Podlech) というのが、この傾向を代表するものである。疑わしい事例において結果が唯一の法の判断基準 Rechtskriterium である場合には、法が不法かを決するのはまたしても未来——我々が知ることはできず、ただつくり出すことができる未来である。革命はヘーゲルが予

見た如く市民社会の日常となる。自己の予期が法か不法かを知りたいと思う者は、ここにおいて絶望的な状況におかれるのである。

しかし、そもそも結果は法の判断基準たりうるのだろうか。Input から Output への転換は、法の機能および法システムの分離と一致し得るのだろうか。ルーマンは、法教義学における右の転換を事実として認識しつつも、このような傾向に対し根本的な疑問を投げかける。⁽⁶⁾

前述のように Input-G と Output-G では、それぞれシステムの過去と未来を規定するという違いがあり、そこからシステムの決定実務に対する相異なる要請が生じる。ルーマンによればあらゆる決定システムは、非常に複雑な環境との関係において、相互依存の切断を導入しなければならない。それは過去における方が、未来におけるよりはるかに容易である。Input-G では、決定問題は個別事件の形式をとって現象するが、ここでは考慮に入れるべき相互依存関係は限定される。この利点に基づいて事件は教義学的に構成され、同一または類似の事件における決定可能性の反復が確保され、その意味で正義が実現される。教義学は事件の論究を自己の義務とし、事件をより普遍的な一般概念の下にのみ把握するが、機能的に等価な種々の構想を集積する必要はない。離婚訴訟においては、離婚か否かが問題であって、夫婦生活に関する教育を受けるか、あるいは南海の小島に二人で滞在することによって解決できるかもしれない問題は教義学の関知する必要のないことである。環境との相互依存関係の切断の容易さと課題限定という利点は、教義学の分類的抽象技術、概念や能力の型の条件である。しかし Output-G においては、この条件は実現されない。また個々のケースにおける目的の追求は、平等の衡量の余地を与えるにはあまりに当該状況に依拠している

ため、一定の効果の追求と同一事件に対する同一の決定とを同時に合理的に行なうことはできない。目的追求（Ⅱ結果支配）と正義（Ⅱ決定の恒常性）とは論理的に排除し合うわけではないが、両者を同時に最大化すること、同時に改善することはできない。このようにルーマンは、結果Ⅱ未来の地平の複雑性、法の特異な観点（Ⅱ平等志向）からして、結果志向は法教義学上の概念形成および理論形成にとって本質構成的機能を獲得する可能性を持たないと結論づける。紛争解決は Input-G に、結果コントロールは Output-G に位置づけられ、システム理論のモデルによっても両者は分化されていなければならない。法教義学は本質的に紛争解決を課題とするから、別の地平ⅡOutput-G における結果志向とは相入れないというのがルーマンの基本的な考え方であるといっていいていいであろう。

それにも拘わらず、行為結果への志向、したがっていまだ知り得ぬ未来への志向は現代社会の支配的な傾向である。法教義学は結果のコントロール、社会計画の機能そのものを引き受けずにしても、これと適合的な概念形成が必要となるのではないか。第一章でみたように、近代法における発展の隘路は、法の実定化に伴う認知的思考様式が適合的な概念形成の問題だとルーマンは把握している。⁽⁷⁾ 規範的思考様式が支配する教義学の中へ、認知的様式が入り込んできているのが法実務における現実である。しかしそれは教義学によるコントロールに服するものではない。結果志向を判断基準に用いることができないとすれば、いかなる概念形成が必要か。次にこの問題に関するルーマンの考察をみてみよう。

(3) 社会適合的法概念

ルーマンは、法システムが社会計画との両立性を図るためには、法教義学の概念装置が一層高度の抽象性を備えな

ければならないとし、法律学に抽象力を強要するものとして次の二つの変数を指摘する⁽⁸⁾。第一は、社会が一般に問題を法的観点の下で構成し、紛争を訴訟にもち込む程度である。法は過去に拘束され、社会の変化に拘わらず継続性の確保に務める。法は自己補充的秩序 *selbstsubstantive Ordnung* であるから法は法によって補充されるのであって、例えばよい目的によって補充されるのではない。従ってあらゆる新規制にはある種の継続強制が存在する。急激に変動する社会関係を反映して、「規範的予期はいかなる違背にも拘わらず将来に向って継続する」ということがもはや自明でなくなった程度において、またこれに応じて社会が問題を法的観点の下で構成する程度が変化するにつれて規範補充コントロールのより抽象的な基準が発展させられねばならない。第二は、法システムそれ自体が、決定可能性を相互に調和させようとする程度である。第一の変数が、時間における継続性の程度であるとすれば、第二の変数は、決定の社会的・一貫性の程度であるといつていい。等しい事例は等しく決定されなければならない。これはなお正義の要求である。しかし、法をその概念構造において、高度に分化する社会関係に適合させるために、一貫性 *Konstanz* への要求水準は変化しうるし、等しいか等しくないかの基準は抽象化され特殊化されうる。要するに法は、時間的継続性と社会的貫徹力の両面で一貫性を保持していることが原則であるが、しかし社会の複雑化と分化は、この一貫性に圧力をかけ、一定程度においてこれを否定しようとする。ここにおいて法の一貫性、規範性と、柔軟性、可変性の対立が生じ、この対立を吸収するために法教義学は概念の抽象度を高めることで対応しなければならぬ。法システムは、その環境である社会からの可変性要求と、法システムに内在する一貫性要求の二重の不確定性の中で、環境としての社会と適合的な関係をとり結ばなければならず、法教義学は、この観点を社会適合的法概念 *sozial-*

lischafsnadäquate Rechtsbegriffe に定式化することができなければならない。ルーマンはこの局面で正義を論ずる。正義はもはや美德や価値として形而上学的に理解されるのではなく、法システムの適合的複雑性 *adäquate Komplexität* として把握される。この概念においてこそ法教義学は、結果志向からは得られなかった支柱を獲得するとされている。そこでルーマンの正義論に触れておかなければならない。⁽⁹⁾

右のとおりルーマンは、正義を法システムの適合的複雑性として定義する。第一に、正義を複雑性との関連で論じることの意味について。法が、実定化されることによって極度に複雑となつて以来、法の適用に照準を合わせていた、教義学的、解釈学的な性格をもつ法律学が進化の隘路に陥ったことについては第一章二節でみたとおりである。ルーマンは複雑性によって生じた法律学におけるこの困難性を、法の正義の問題として採り入れ、テーマとすることによって、法理論を今日の社会システムの中心問題にひきつけようとしていると思われる。また、正義を複雑性として把握する前提には、正義思想が、正義を充分具体的かつ普遍的に行動の質（徳性）として、または少なくとも近似的に実現されうる理念として、あるいは決定のための規範として確定する可能性をもちや失っているという認識がある。したがって、適合的複雑性の観点は、もはや行動や決定に直接関わるのではなく、法システムそれ自体に関連するものとされる。正義の判断基準は、構造分析および構造批判のための規制であつて、直接適用可能な決定規範ではない。

第二に、適合性について。⁽¹⁰⁾ルーマンは、法システムの複雑性を、それがシステムにおける一貫した決定と合致する限りにおいてのみ適合的なものとみなす。つまり適合的複雑性の概念は、法システムにおける決定の一貫性要求との

一致のための保護形式として機能すべきことが予定されており、法システムの環境への適応だけに照準を合わせているわけではない。社会が法システムに対して要求する複雑性は、法システム内で担うことのできる適合的な複雑性よりも高度であるが、システム内部には、システムの複雑性の上昇可能性にとつての制約があり、法システムの複雑性の上昇に対する要求、換言すればシステムにおけるより多くの事実と規範の「投入 *Unterbringen*」への要求は、任意の仕方では引き受けられえない。一方における複雑性と他方における一貫性がより高い水準で統合されるか否かが、法理論上再考されるべき問題として把握される。

第三に、「一貫した決定」の意味について⁽¹²⁾。ルーマンは一貫性の問題の前提として、否定の契機について論ずる。前述のとおり、古典的教義学像は否定禁止を基本とするが、一貫性が問題となるのは、体験や行為において否定が行される場合だけであつて、そうでない場合にはそもそも一貫性は問題とならない。法の場合には特に規範投影の否定が重要である。したがつて一貫性の問題は、規範にかかわる否定の実行の一貫性として読み替へることもできる。具体的には、次のような問いに変形される。否定が実行された場合、次の状況においてその否定は取り消されるべきか、それとも最初の否定が基礎とされるべきか。否定されたものを否定において揚棄した成果が重要なのか。次の状況において除去される必要のない否定によつて、確定性が獲得されているのか。このような一貫性をめぐらる問題につきルーマンは二つのレベルを区別して論じる。第一は、条件関係のメタレベルでなされる一貫性規制である。これは前述した、ルーマンによる法教義学の機能の分析と内容的には重なるが、重複をいとわず紹介すれば、以下の通りである。法教義学は、法命題を個別事件の決定に置き替へることが可能な条件をコントロールするものと特徴づ

けられるが、その場合教義学は、条件プログラムの形式に依拠する。条件プログラムによって、一定の法効果は一定の要件メルクマールに結合される。ルーマンは伝統的法哲学が、この条件プログラムの構造を顧慮して、正義を同一要件に対する同一の規制として規定した点を評価しつつ、同一性概念 *Gleichheitsbegriff* を再構成する。すなわち、同一性概念は、「目には目」の古い応報規制の意味における事実関係の具体的同一性や、規範適用の際の事実と要件の「対照」を意味するのではなく、規範と事実関係の両面が可変的であり、したがってその固有の不確定性の中で、決定技術上対照することが困難な関係を関係づけることに関する概念として構成される。これに伴ない一貫性の規制は、不確定的な規範を不確定的な事実に結合させる条件関係を関係づけるといふメタレベルに位置づけられる。要するに一貫性の要請に対して法教義学は、条件的関係を内容とする同一性概念を用いて対処するが、ルーマンはこの法教義学の役割の中に、関係づけられる要素の可変性の事態を反映させ、同一性概念を関係づけるといふメタレベルに定位させることによって、一貫性の問題もこの抽象度の高いレベルで論ずべきことを主張していると思われる。

第二は、時間のレベルにおける一貫性の問題についてである。教義学は過去に志向しており、未来に関しては、同一の個別決定の繰り返しを保証することで、その実務を遂行している。しかし、異種の決定すなわち予め固定しない決定への前進の一貫性、規制可能性に対する要請を満たすことは、従来の技術では不可能である。教義学の否定技術は、狭い範囲内でのみ否定の一貫性をコントロールし、その範囲外では決定テーマの非連続性から出発することによって、テーマのより小さな相互依存関係を前提としている。ルーマンは、実定法の妥当根拠が、その可変性、

否定可能性自体のうちに存在することから、右の前提を批判し、法規範と教義学的概念・理論の個々のレベルにおいて、より多くの選択肢の連繋可能性を確保するカテゴリー構造が必要であると主張する。かかる構造化が行なわれない内に、法の実定化が法システムの複雑性を上昇させてしまい、一貫性への要求水準が切り下げられるにいたった。しかしなお一貫性は、法システムを特徴づける変数の一つであり続けている。ルーマンはこの点に、法システムの基本的な矛盾、法学が直面している困難性を把握するのである。

以上の内容を含意された適合的複雑性の観点を、法教義学は社会適合的法概念として定式化しなければならない。この概念は、可変的な環境と可変的なシステムを関係づける実用的な指標であり、さらにインプット加工過程とアウトプット生産過程を統合する準則としての役割を果たすものと位置づけられている。その場合法概念の社会適合的構成は、それだけで社会の要請を満たす保証を与えるわけではなく、法システムが、インプット、アウトプットの双方を伴って、社会全体が産み出した決定要請に対処するための条件を保証するにとどまるとされる⁽¹³⁾。

第二節 権利 *subjectives Recht* 概念⁽¹⁴⁾

前節の社会適合的法概念の一例としてルーマンは、権利概念について論及している⁽¹⁴⁾。

(1) 「主体」概念批判⁽¹⁵⁾

ルーマンはまず、権利 *subjectives Recht* の意味を解明する従来の試みが、往々にして主観性 *Subjekt* に着目する傾向にあることを指摘し、これを三つに分類して批判する。

法をめぐる二つの概念群の統合方法

第一は、主観性のうちに権利の妥当根拠を置くものであり、サレイユの「欲するゆえに権利あり」という定式がその典型である。この理解においては、権利の間主観的妥当は要求されるだけで解明されないし、権利の機能についても解明されない。

第二は、個人的処分を土台とする権利を主観的なものと考え、これを *subjektives Recht* とするもの。一般に、人間の尊厳を主体が処分できるということは認められていない。したがってこのような把握は、例えば基本権のような権利について妥当性を欠く難点をもつ。また処分自由が制限されてくればくほど、処分自由の帰結を法制度の本質とはみなし難くなってくる。

第三は、個人的利益に奉仕する権利は、その点で主観的であり、*subjektives Recht* であるとする考え方。一方で *subjektives Recht* と表示されない法律制度——婚姻、行政裁判権——も個人的利益に奉仕するし、他方、権利は社会的機能も果たすから、このような理解も妥当ではない。

ルーマンは以上の議論が、権利を主観性の観点から理解しようとしている点に権利の機能を説明しえない原因があるとし、機能の問題を社会学的パースペクティヴから解明しようとする。

(2) 相補性 *Komplementarität* と相互性 *Reziprozität*⁽⁹⁾

考察の出発点として社会関係の二つの型が区別される。

「AがBからの一定の給付を予期する。Bもこの自己の給付を予期し、したがってAの予期を承認し相応に行動する場合」社会関係は相補性をもつ。相互の予期は一致するが、これに反し給付はBからAへの一方的給付で差しつか

えなく、給付関係は非対称であり、アンバランスである。何故BがAの子期を承認しこれを満足させるかという問題に對する答はさし当り欠如している。

これに對して相互的な関係とは、右の關係において給付についても對称的に構成されており、調整されている社會關係である。AはBからの一定の給付を、BはAからの他の給付を予期する。相互性にとって特徴的なことは、別種の給付が一つの對向的關係へと總括されるということである。

ルーマンはこの二つの概念を用いて旧ヨーロッパ的法思考と、權利の近代的法姿の特質を説明しようとする。まず、ローマ契約法の發展において見い出されることは、法的義務の發生のためには、当事者間で現実の給付が必要だったということすなわち債務の根拠は單なる意思表示ではなく給付の相互性に見い出されたということである。旧ヨーロッパにおいては、法が法として理解される基礎は時間的に引き延ばされた相互性であり、一方が權利だけを、他方が義務だけを有するような單に相補的な種類の社會關係は、法關係として把握されなかつた。これに對して近代においては、權利の正當化および保証のためには、もはや相互性は不要であり、パートナーに對する並行的義務によつて評価されず、また抑制されない權限を思考することが可能となつた。こうしてルーマンは、社會關係が法的性格をもつには予期の相補性だけで充分であるとし、これを決定的な進化とみる。

この新しい權利は、二つの性格をもつことが指摘される。第一は、抽象性である。權利は相互性をもはや前提としないから、相互性に基づく法制度より抽象的である。この基本形に奉仕する法秩序は、したがつて多くの社會關係に對して法的性格を付与することができる。それは複雑性に對して高い容力を有している。第二は、危険性である。い

まや自由でさえが法でありうる点に高度の危険が認識される。自由の限界が、個々のパートナーに対する義務として具体化される必要はない。基本権は租税を支払わない者から消失しはしない。権利の主体が、その権利をただ一般的にのみ、従って広く定義しうる限界までほしのままに利用することのできる状況をもたらす。そうしてルーマンは、「権利は、それ自身のうちには釣合をもたない不公平な権利である」と極論する。

(4) 権利の機能⁽¹⁷⁾

前述のとおりルーマンは、社会発展の重要なメルクマールを、社会の構造原理としての機能的分化の意義の増大にみるが、機能分化による社会の構造変化がもたらす重要な帰結と、権利の機能との相即的關係を次のように整理する。

第一は、他の役割の切断を支える権利の機能である。機能的分化によって社会関係の抽象性と専門性に対する要求が生じるが、これは役割分化の形をとって表現される。当事者はますます特殊化された役割の中で関係し合うのであるが、ここでは自己およびパートナーの他の役割の顧慮は排除される。労働者を雇用する際、彼がカトリック教徒であるか否か、地元のサッカークラブに加入しているかどうか、父親であるか否かは、通常どうでもよいことである。これらの他の役割が顧慮された場合、法秩序はこれを平等原則の侵害として批難し、これらの無関連性を支える。権利の新しい形姿はこれに適合的である。

第二は、法関係の締結と解除における可動性機能である。機能的専門化の關係は、負担の調整のための操作空間を失っている。AはBとの關係においては主としてまたはもっぱら権利をもち、Cとの關係においてはこれとは逆に義

務を負っており、両関係が相互に独立で可變的でなければならぬという社会關係が増大する。權利はこの社会關係を媒介する。

第三は、間接的結果調整機能である。高度に専門化された問題解決技術への機能分化により、問題發生の原因が生じた場所で問題を解決するしたら馬鹿げたこととなるといふ狀況が生まれた。広範圍にわたつて問題転嫁と間接的結果調整のメカニズムが与えられねばならず、これは權利の形姿なくして組織されえない。

第四は、構造變動への対応機能である。機能的に分化した社会においては、構造變動に対する予期可能なほとんど日常的な要求が生ずる。ここでも抽象的に同定可能な權利の法姿は變更したくない他の構造をとにも変えることなく構造變動を惹き起こすことができ、相互性によって固定された制度における古い思考に比べすぐれた利点を提供する。例えば国家は、国民に特權や自由のような相応の利益を付与することなしに、換言すれば国民との總關係を新たに引き起こすことなしに税率を變更できる。

以上の分析によつてルーマンは、權利概念が、一方的に權利だけを持ち、あるいは一方的に義務のみを負うという、その局面だけをとつてみれば明らかに不当な非對稱的社会關係の、法の世界への導入を可能とすることによつて、近代社会の要請に答える社会適合的法概念となつてゐることを論証しようとしている。しかしながら權利の教義学的構成は、ルーマンが批判するように、意思説か、利益説か、あるいはその結合という形をとつており、社会關係の非對稱性を權利の定義の中へ組み込むにいたつていない。したがつて權利概念の社会構造適合性は、定義概念Ⅱ記述にはなく、その背後にある意味Ⅱ機能に存在することになる。この例からも判るように、教義学上の概念は社会

構造を反映する能力の点で限界があり、ここに社会適合的法概念を実現する際の一つの困難がある、とレーマンは考
(82)
えてゐる。

- (一) Luhmann, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, in: Die Funktion des Rechts: Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie Madrid 7 IX-12. IX. 1923, Beihft Nr. 8 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1974. In: Ausdifferenzierung, S. 78 ff.
- (二) Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, S. 15 ff.
- (三) A. a. O. S. 24 ff.
- (四) Die Funktion des Rechts, S. 75
- (五) A. a. O. S. 76
- (六) Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 31 ff.
- (七) Evolution des Rechts, S. 31
- (八) Die Funktion des Rechts, S. 87 f. Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 49.
- (九) Luhmann, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 4 (1973). In: Ausdifferenzierung, S. 374 ff.
- (10) A. a. O. S. 388 f.
- (11) A. a. O. S. 390 f.
- (12) A. a. O. S. 394 ff.
- (13) Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 58
- (14) Luhmann, Zur Funktion der »subjektiven Rechte« Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I (1970). In: Ausdifferenzierung, S. 360 ff.

(15) A. a. O. S. 360 f.

(16) A. a. O. S. 362 ff. ノーテンはこの二概念を Alvin W. Gouldner, *The Norm of Reciprocity*, *American Sociological Review* 25 (1960) S. 161-178 におけるグールドナーの complementarity と reciprocity の概念に依拠して構成してゐる。ここでグールドナーは「従来社会学者達が用いてきた complementarity の概念が、明確な定義を欠くあいまいなものであり、しばしば reciprocity と混同をされてきたことを指摘し、両者を区別すべきことを主張している。それによれば complementarity は四つの意味がある。第一は、他者に対する自己の権利 (x) が、自己に対する他者の義務 (1-x) を含意することであり、第二は、自己に対する他者の義務 (1-x) が、他者に対する自己の権利 (x) を含意することであり、第三は、自己に対する他者の権利 (x) が、自己に対する他者の義務 (1-x) を含意することであり、第四は、他者に対する自己の義務 (1-x) が、他者に対する自己の権利 (x) を含意することである。第一、第二の意味と、第三、第四の意味の間には基本的な相違がある。グールドナーは、前者のみを complementarity とし、後者を reciprocity と規定する。要するに、complementarity とは、ある者の権利は他者の義務であることを意味し、reciprocity とは、両当事者とも権利および義務を持つてゐることを意味する」として両概念を峻別する。

(17) Luhmann, a. a. O., S. 366 ff.

(18) Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 55 f.

わすび

ルーマンは、法を「整合的に一般化された規範的行動予期」と定義する。この定義は、いかなる人間社会においても貫徹されるべき歴史貫通的性格をもつものとされ、法概念の恒常的要素と考えられている。したがってルーマンにおける法概念は、基本的に規範的予期の世界に位置づけられているといつてよい。ところが、特定の歴史社会すなわ

ち近代以降の機能的に分化した社会は、法の実定化 \parallel 法の変更可能性による法の不確定性、複雑性の増大を要求する。法の実定性・可変性は、予期の違背を学習し、違背された予期を変更して、現実に適応する態度 \parallel 認知的予期を前提とする。そこで、一方における規範的予期 \parallel 予期の固持 \parallel 恒常性と、他方における認知的予期 \parallel 学習 \parallel 可変性の相対立する要請が同時に生ずることになる。実定法として特徴づけられる近代法の全体系はこの根本矛盾をいかに解決しており、また解決すべきなのか——この問題は、規範的予期を規範的・法的思考様式と、また認知的予期を功利的・科学的思考様式と読み替えることによって、序で述べた二つの法概念をめぐり現代法律学が直面している課題に接続する。

ルーマンは、法の進化の過程を、多様化メカニズム \downarrow 選択メカニズム \downarrow 安定化メカニズムの三段階に区分しているが、二つの予期様式の関係もこの三段階に依じて、未分化 \downarrow 分化 \downarrow 統合の三様式に分類していると思われる。まず選択メカニズムのレヴェルで近代法は、立法手続を分化させることにより、規範的予期と認知的予期の分化を徹底させ、法の可変性を飛躍的に高めた。すなわち、裁判手続は条件プログラムがもつ結果責任からの解放の利点を活用して、実定法の複雑性による圧力に対応するものであって、学習という実定法のもう一つの要請を満たすものではない。そこで法を学習的に変更したりしなかったりする立法者の任務が、法適用の任務から切り離され、別個に組織されることになる。立法者は目的プログラムに従って活動し、自己のつくった法律の結果を保証しなければならない。立法者に課せられるのは、裁判官におけるとは異なる「政治的」な答責性である。ここで立法過程は政治システムとの接点に置かれることになる。立法手続は、政治的主張・政治的影響力（政治の世界）と、公式の拘束的決定（法の世界）

という別個の領域を、手続の表出と産出の二元構造を媒介として結合する。こうして実定法は、 \wedge 規範的予期—条件プログラム—プログラム化された決定—裁判手続 \wedge と、 \wedge 認知的予期—目的プログラム—プログラム化する決定—立法手続 \wedge の概念対を徹底的に分化することによって、矛盾する二つの契機を同時に制度化することに成功している。ここで注意しておくべきことは、ルーマンは、伝統的な権力分立論における立法手続と裁判手続の区分とは質的に異なる區別を行っていることである。両者は法の定立と法の適用という別個の作業を分担し、相互に監視し合うだけではない。立法手続が認知的予期を中核とする概念群をもって構成されることにより、両手続は基本的な対立関係に立たされる。本来非法的世界に属する諸概念が、立法手続を通じて法的世界に導入されているのである。ルーマンはこの局面では、ラディカルに概念群 $\langle\beta\rangle$ を規範的世界に組み入れようとしていることが理解できるであろう。

次に安定化メカニズムにおける両予期様式の関係をめぐって近代法は隘路に陥っているというのが、ルーマンの理解であった。立法メカニズムの分化によって法は高度に可変的性格を付与されたが、法教義学はこの事態に対応できる概念、すなわち学習することに適合的な法政策上の概念を形成することができないでいる。計画概念が重要となり、裁判官はますます結果志向的判断を下すことが多くなってきたが、ルーマンのこの傾向についての評価は消極的である。法教義学は法の紛争解決機能に照準を合わせており、システム理論上は Input-Grenze に位置するものであって、結果判断を内容とする Output-Grenze とは基本的に相入れないことがまず確認される。しかし、法の進化のペースペクティヴからすれば、右の発展の隘路は打開されねばならない。そこで提起されているのが、結果志向的判断にかわる、社会適合的法概念である。その環境である社会からの複雑性、可変性要求と、法システム自体に内

在する一貫性要求の二重の不確定性の中で、環境としての社会と適合的な関係をとり結ばねばならず、法教義学はその媒体として右の概念を形成しなければならぬ。この概念は、法システムに内在する一貫性要求の単純な切り下げを容認するものではなく、一貫性要求の抽象度の操作により、社会の複雑性・可変性要求に対応すべく構想されており、その意味で規範的予期の観点が堅持されているといえるであろう。いずれにせよ規範的予期の領域である法教義学の中へ、認知的予期様式を無造作に導入することに対し、ルーマンは強く批判し、両者の統合の方途を社会適合的
法概念の中で模索しているのである。

このようにみると、ルーマンは、予期の違背への対処という独自の観点から、法をめぐる二つの概念群の分化と統合をめぐる問題を課題として設定し、二つのレヴェルでこれを検討しているとみることができると思われる。ルーマンの場合には、いずれかの概念群へ一方的に傾斜してはいない。むしろ違背への対処の可能性は複数であった方が戦略上も有利である。ルーマンにおける概念対は正反対、逆方向に向うものであるにも拘らず危険への対処の観点からすれば、機能的等価である。両概念の分化と統合の方法は、システム理論上のシステムの機能的分化と相互依存関係に依拠するものということができるであろう。この議論は、規範的世界の中に安易に認知的様式を取り込もうとする議論に比べて、考え抜かれたものであり、精練された議論であるといえる。それは、システムの機能的分化の視点からすれば、法システムを基底的には規範的予期の領域に定位せざるを得ないからだと思われる。

（付記） 本稿は、「昭和五九年度早稲田大学特定課題研究助成費」による研究成果の一部である。