

# 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——

榎 澤 能 生

はじめに

資本の価値増殖過程は社会に対して無制限の影響をもたらすが、剰余価値の私的領有構造は意識的な社会制御のメカニズムを欠如させており、この影響をコントロールし、加工し、克服するシステム適合的な手段を持ち合わせない。かかる「私的」生産過程に内在する自己否定的傾向<sup>(1)</sup>資本主義の内部矛盾の激化に伴い、後期資本主義国家は法による社会規制を余儀無くされ、福祉国家（社会国家）的性格を与えられることになる。この場合の法とは、社会成員の自律を前提とし法的安定性を保障する形式法ではなく、福祉国家・社会国家の政治的介入要請のための道具として社会成員の行動を規制する実質法である。七〇年代以降西ドイツを中心に「法化 Verrechtlichung」<sup>(2)</sup>という用語が頻繁に用いられるようになるが、法化とは介入的社会国家がこの実質法を用いて社会を規制することにほかならない。法

化は、右の現象を記述する概念であると同時に、それへの否定的評価を含む。七〇年代における政治学の主要テーマの一つが、社会国家的配分要求と民主的参加要求の「過剰な拡大」と、国家の統御能力の低下を論議する「統治不能 [Unregierbarkeit]」であったとすれば、これに対応する法律学のテーマが「法化」論であった。それは六〇年代後半に始まり八〇年代の初めに終わるSPD政権下で展開された、社会国家による規制法を通じた社会介入・規制への多様な観点からの批判であったとすることができる。

社会国家・福祉国家の下で当然の前提とされていた「法による社会制御」の可能性と妥当性が法化論の中で疑問視されるに伴い、社会の自律性を前提とする自己決定、自己規制の可能性と正当性の論証、およびこれに基づく新たな法モデルの提示に法理論の動向はその重点を移動させているように思われる。そこではむしろ法の限界がテーマ化され、法の機能が限定的に捉えられているといつてよい。かかる動向をこの共通性において仮に「ポスト福祉国家の法理論<sup>(3)</sup>」として一つの枠組みに括れるとしても、福祉国家における法の矛盾をどう理解するかに応じて法理論が提起する課題は相異なる。社会システム論の理論フレームに依拠しつつ、社会的部分システムの分化の徹底に伴う部分システム間の関係調整の困難化の内に福祉国家における法の問題性を見る立場が、法は部分システムの自律性を保持しながらいかにしてその相互関係を調整できるのかを課題とするのに対し、社会を、認知的・道具的合理性が支配するシステム世界と、これとは異なる合理的（例えばコミュニケーション的合理性）に支えられる生活世界の二相において把握する立場は、前者の合理性に裏付けられた法が、後者の合理性を圧迫する過程で生ずる人間疎外に、福祉国家における法の矛盾の根源を見て、その克服を課題とする。

本稿は、ポスト福祉国家の法理論のうち、社会システム論に立脚し法と社会・政治との関係を分化した部分システム間の相互関係として把握する議論の整理を行うことを課題とするものである。<sup>(4)</sup> この視座からの理論構成も、福祉国家からポスト福祉国家への移行に伴って変化をとげている。すなわち開かれたシステムとしての法システムと、同様に開かれた他の部分システムとのインプット・アウトプット関係という見方から、閉ざされた自己準拠システムⅡオートポイエシスとしての部分システムは、自律性を保持しながら相互にいかに関係しあうかという視点からの、法システムによる他の部分システムの制御の可能性に関する考察へと理論の展開が遂げられている。「社会的部分システムの自律性に手をつけることなく、しかし同時に要素的機能条件を相互に考慮しあう方向へ部分システムを導く法形式を与え給へ！」法理論と法実務が唱える呪文<sup>(5)</sup>に、オートポイエシスの概念を用いてもかくも答えようとする試みを垣間見ることにする。

(1) Klaus Ofe, *Spätkapitalismus—Versuch einer Begriffsbestimmung*, in: ders., *Strukturprobleme des kapitalistischen States*, 1972, S. 7ff.

(2) 法化について文献『論文は枚挙に暇がなく。』(1)と(2) Rüdiger Vogt (Hrsg.) *Verrechtlichung*, 1980. Friedrich Kubler (Hrsg.) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1985. だけを挙げておく。邦語文献としては、西谷敏「現代法論の新たな展開に向けて」法の科学一五号、一九八七年、二〇七頁以下。榎澤能生「法化とポスト介入主義法モデル」法の科学一六号、一九八八年、一五九頁以下。G・トイプナー／榎沢秀木訳「法化」概念、特徴、限界、回避策」九大法学第五九号、一九九〇年、二三五頁以下。同「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、一九九〇年、一一七頁以下。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、一九九〇年

(3) 「ポスト福祉国家」といっても、これを唱える論者が福祉国家の枠組みを完全に撤去することを考えているというわけではない。特に西ドイツでは規制緩和を主張するいわゆる新自由主義論でさえ、福祉国家の枠組みを前提とした立論を行っていることされる。例えば解雇保護法は、雇用の側の雇用契約上の自由な意思決定、自己決定権の一部を剝奪し、企業政策上の戦略を人事政策に移すことを困難にさせるものである。危

危険負担を雇用に一方的に負わせるべきでなく、一般の私法関係が適用されるべきだと主張されるが、この主張の基礎にある考え方は、「実質的な生活基盤を被雇者に確保するために、労働関係の現状保護は全く必要ない。その目的には労働関係の社会保障の制度が適切に代替しうる」(Reuter)というものだ。つまり、解雇保護批判、規制緩和も、現に機能している失業保険金を前提に論じられる。Sprons Smiths, Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, in: F. Klabber (Hrsg.), a. a. O., S. 107ff. また福祉国家の歴史的成果を承認し、その発展を展望する立場の「ポスト福祉国家の法理論」も、福祉国家に存む内部矛盾の克服を、福祉国家の全面否定と結合させているわけではない。いずれにせよここでは「ポスト福祉国家の法理論」の用語を、「発達した資本主義は、福祉国家なくして生きられないにもかかわらず、その拡充によっても生きられない」というディレムマを多かれ少なかれ問題意識として共有する法理論として用いることにする。

(4) 西ドイツにおける、システム理論に立脚した法理論を分析するものとして、村上淳一「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―」法学協会雑誌一〇七巻一号、一九九〇年、一頁以下、江口厚仁「法システムの自己組織性―九大法学第六〇号、一九九〇年、一頁以下がある。またシステム論とは別の立場からの西ドイツにおける現代法分析につき、とりあえず榭澤能生「福祉国家における法のディレムマ」法の科学一八号、一九九〇年、八五頁以下、参照。

(5) Thomas Blanke, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, in: Kritische Justiz, Jg. 21, (1988) H. 2, S. 200.

## 第一章 社会システム論とオートポイエシス

法システムをオートポイエシスとして捉えようという試みを検討する前に、一般システム論の理論論史の中でオートポイエシス概念が占める位置を、ルーマンの概観に依拠しながら確認しておくことにしたい。

### 第一節 全体と部分の区別から、システムと環境 Umwelt の区別へ<sup>(1)</sup>

「システム」という発想よりも古く古代から受け継がれた思考伝統に、部分からなる全体という考え方があつた。この考え方において、全体は、二重に思考されねばならなかつた。統一性としての全体と諸部分の総体としての全体で

ある。この場合、全体は部分の単なる総計以上のものであると言うことができたとしても、これによって諸部分プログラマからなる全体が、いかにして部分のレベルで、統一体としてその有効性を発揮できるのかを説明したことにはならない。ここにこの思考伝統の問題性がある。社会関係の領域においてこの問題は次のように考えられた。社会（全体）は個々人（部分）により構成されるという理解が前提とされた上で、人は、その中で生活を遂行する全体を認識しなければならず、自分の生活をその認識に適合させなければならない。このことが、個人の部分としての条件、社会への参加の条件、したがって人間本性の条件とみなされた。しかし人は認識を誤る可能性を秘めている。かかる危険は、人間本性の一般的な墮落ないし不完全性として理解された。この危険を回避するため、危険を犯す部分を支配する部分の必要、すなわち支配する部分と支配される部分を分ける必要が生じた。ところが、支配する部分にとつても、全体において全体を代表できるために、正しい認識を持たなければならないという問題が残ったのである。

近代社会への移行において、世界全体もしくは人間性の全体は、人間における普遍的なるものとして存在しなければならぬとされるにいたつた。その存在形式の問題が、理性、人倫といった先天的概念、あるいは教育、国家の概念によって論じられ、現世における不完全性、墮落という古い考え方は、普遍的なるものが完璧であり、危険でなく補完を要しないものとして理想化されることにより克服された。人間におけるこのような普遍が妨げられることなく顕現するための基本条件として、現実社会から抽象された「支配からの自由」が要求されるようになり、精神ならびに物質は、個における普遍の実現の長い道のりを歩み始めたのである。

「個における普遍」という現在なお受け継がれている思考様式にかわる、新しい意味論を探究しようとする時、こ

の思考様式が、全体と部分のシエーマに条件づけられ動機づけられている限り、まずかかるシエーマの転換が図られねばならなかった。システム論はこれを、システムと環境の区別による全体と部分の伝統的区別の解消として遂行した。全体と部分の区別によって考えられていたことは、システム分化の理論として再構成され、システム内部にさらにシステムと環境の区別を導入するという新しいパラダイムのなかへ組み込まれた。これによって全体システムは、部分システムの環境ともなるのであり、単に部分ないし部分間の関係によって構成されるのではなく、むしろ操作的に使用可能な多数のシステム／環境区別から構成されるものとされる。様々な切り口におけるこの区別により、全体システムは、部分システムと環境の統一体として再構成されるのである。システムと環境の主要区別への以上の転換はいかなる利点をもたらしたか。全体と部分のシエーマにおいては、諸部分が全体との関係で同質のものでなければならぬという要請に対して、確実な理論をうちたてることができず、部分の単なる総計以上のものという全体の特性であれ、全体を代表する階層的頂点の特性であれ、説明不能の神秘的な属性が前提とされざるを得なかった。またここでの部分の区分は実在の区分であって、多くのその他の区分、例えば機能重点にしたがった区分を排除しているこれに対してシステム／環境分化の理論は、部分概念と要素概念Elementを区別することにより、同質性に関するより正確な理解を可能とし、またシステム分化に際しては多様な観点をを用いる可能性を開いた。

## 第二節 開放システムと自己準拠 Selbstreferenz システム<sup>(2)</sup>

システムと環境の分化理論は、開放システムと閉鎖システムを区別し、後者をそれにとって環境が意味を持たない

か、あるいは特定された経路を通じてしか意味を持たないようなシステムとして、すなわち限界事例として定義し、理論作業をむしろ開放システムに集中させた。分化理論を取り入れた社会学も例外でなく、とりわけ組織研究の分野で、環境に開放されたシステム概念が展開された。これは、社会関係の「現状」批判という社会背景と無関係ではなく、社会構造の「改革」、計画、管理、制御といった傾向と結びついて、環境との関係がインプット／アウトプット図式で把握され、構造は転換の規則として、機能はまさにこの転換として理解されたのである。

開放システムのパラダイムが、システム理論の中で地歩を占める一方、これを越えようとする理論が、ここ二十年の間に議論の対象となってきた。これが自己準拠システムの理論である。自己準拠システムの理論が主張するのは、システムの分化は、自己準拠によってのみ、すなわちシステムがその要素およびその操作の構成において、自己（当該システムの要素、操作、統一性）を引き合いに出すことよってのみ達成されうるということである。これを可能とするためにシステムは、自己自身を記述しこの記述を利用できなければならない。つまりシステムは、システムと環境の区別を、情報生産の方向付け・原理としてシステム内部に適用できなくてはならない。自己準拠操作は、唯我論の前提の下では進行しないから、環境概念は、自己準拠操作にとって不可欠の相関概念であり、自己準拠的閉鎖性は、したがって環境においてのみ可能ということになる。あるシステムが自己準拠的であるといえるのは、そのシステムが自己を構成する要素を機能統一体として自ら構成し、要素間のあらゆる関係づけに際して自己構成への指示を並行させ、こうして自己構成を絶え間なく再生産する場合である。したがって自己準拠システムが環境と接触する形式は、自己接触にほかならない。要素は他の要素を通じて自己自身と再帰的に関係することを可能にする(例

えば他の行為の予期を通じた行為決定)。ここにおいて従来の「開放」システムと「閉鎖」システムの区別は、自己準拠的閉鎖性はいかにして開放性を生み出さうかという問いに置き換えられるにいたった。自己準拠的に閉鎖的なシステムの観念は、システムの開放性と矛盾しないものとして措定される。すなわち、自己準拠的操作様式の閉鎖性は、それが決定能力のある要素を構成することを通じてシステムにとっての環境の複雑性を上昇させるので、むしろ環境との接触を拡大する一つの形式であるとされる。

### 第三節 オートポイエシス

以上のような基底的自己準拠を、「自己組織」に関する議論から区別するため、マトゥラーナとヴァレーラは「オートポイエシス」概念を提起した。ルーマンによれば、自己準拠理論の先駆けとして一九六〇年代に隆盛した自己組織の概念はもっぱらシステムの構造にのみ焦点をあて、固有の手段による構造の変化を課題として設定するものだったが、このような構造形成、構造変化のレベルでの自己連関から、システムを構成する要素 *Element* の統一性のレベルでの自己連関への課題意識の移動、理論的進展を明示しようとする概念がオートポイエシスである。それでは要素とは何か。システムを分解しようとするとき、そこには二つの可能性がある。その一つは、システムを部分システムに、つまり内的なシステム環境関係に分解する方法であり、たとえば家を構成する部屋にあたる。もう一つの分解方法が、要素と関係 *Relation* への分解であり、家を構成する石、角材、釘等にあたる。前者がシステム分化の理論へ繋がっていくのに対し、後者はシステム複雑性の理論に通じる。システムなくして環境が、また環境なくして



システムが存在しえないように、要素は関係を通じた結合なくして存在しえず、関係は要素なくして存在しえない。システムがそれに固有の要素を、要素間の関係によって生産、再生産するとき、このシステムはオートポイエシスシステムである。ある特定のシステムは、自律的秩序を作る能力があるだけでなく、それに固有の要素を生み出すことができる。この点にルーマンは、自己組織理論との対比におけるオートポイエシス理論の革新をみる。

オートポイエシスは、もともと神経生物学の分野でH・R・マトウラーナにより有機的生命体を分析する概念として提唱され、その概念内容をめぐって議論が展開されている。また他の学問分野でも、これを導入する試みがなされ、その際にオートポイエシスの定義をめぐって様々に議論されている。法システムへの適用においてはこの概念にいかなる内容が付与されるのか、が我々にとつての直接の関心事だが、その前提としてまず概念発祥の地である生物学の分野でのオートポイエシスをめぐる議論を必要限りで一瞥しておくことにする。

(1) 有機的生命体を記述する概念としてのオートポイエシス

生物とは何か、生物を一つのクラスとして定義する組織とはどのようなものか、この問いに対するマトウラーナとヴァレーラの命題は、「生物は絶えず自己を産出しつづけるということによって特徴づけられている」というものである。<sup>(3)</sup> 生物を定義するこのような組織が、オートポイエシス〔自己創出〕組織と命名される。オートポイエシスは、自律性の概念と深い関連をもたされている。「あるシステムがそれ自身の諸法則、なにより自分自身にとつて固有のものなのかを特定できるとき、そのシステムは自律的」であると定義されるが、生物を自律的システムとしているメカニズムがオートポイエシスであるとされる。以上のプロセスは細胞のレベルでもっともよくみることができ、外か

らの動因や力を必要とせずに細胞は、一つの単体が分割されそれとおなじクラスに属する二つの単体がえられる現象として定義されるところの自己再生産を行う。この細胞レベルのオートポイエシスが、ファースト・オーダーのオートポイエシスである。複数の細胞が集まって形成されるメタ細胞体においては、その構成要素である細胞群それぞれのオートポイエシスが維持され、単体自身の組織が維持されながら、メタ細胞体としての自律的単体が形成される。ファースト・オーダーのオートポイエシスシステムによってできあがっているこの集合体が、メタ細胞体という単位のレベルでもオートポイエシス単体といえるか否か、という問いに対して、マトウラーナとヴァレーラは厳密な解答を与えることを留保しつつも、ファースト・オーダーのオートポイエシスシステムに妥当することは、メタ細胞体にも妥当するとして、これをセカンド・オーダーのオートポイエシスシステムとする。彼らによればオートポイエシスシステムとはより厳密に、あらゆる要素が一つの組み立てられた統一体として、構成部分の生産のネットワークとして定義されるシステムであつて、(a)自己を生産した生産のネットワークを、構成部分の相互作用を通じて再帰的に作り出し実現し、(b)ネットワークの構成と実現に参加する構成部分としてネットワークの境界を形成し、(c)組み立てられた統一体としてのネットワークを、それが存在する空間で構成し実現するような、あるクラスのシステムである<sup>(4)</sup>。

G・ロートによれば、マトウラーナ理論の新しさは、従来もつばら独立に扱われていた、二つの理論分野を統合したことである<sup>(5)</sup>。すなわち生命体の組織に関する理論と、認知・認識に関する理論の統合、生物システム論と認識論の具体的結合であり、この点にロートは、マトウラーナ理論の独創と同時に内容上の困難の源泉をみる。マトウラーナは端的に「認識は生物学的現象であり、かかるものとしてのみ理解可能である。知の領域への認識論上のいかなる洞

察も、この理解を要求される。」とする。マトウラーナにおけるオートポイエシスシステムとは、その構成部分の生産を通じて自己を産出し維持するシステムにほかならない。このシステムは物質的エネルギー的に環境に対し開かれているにもかかわらず、自己産出を可能とする特殊な内的構造に依拠して自らその状態を決定する（構造決定性）。システムは外部からの作用を受けるが、この作用がいかなる帰結をシステムにもたらすかは、もっぱら自己産出システム自体に依存する（操作的閉鎖性）。マトウラーナにとってこの構造決定性と操作的閉鎖性は、オートポイエシスシステムの本質的標識である。

マトウラーナの理論によれば、神経システムはあらゆるニューロン（神経単位）の活動状態が、循環的・準拠的方法で新たなニューロンの活動状態を導くことによって閉鎖システムを形成する。すなわち認識の基礎としての神経システムは、操作的・構造決定的システムであって一つのオートポイエシスシステムにほかならない。自己産出と認識がここでは同一の概念によって規定される。「プロセスとしての生命は、認識のプロセスであるから、生命システムは認識システムである。この言明は、神経システムを備えたものであると否とを問わずあらゆる組織に妥当する。」マトウラーナは、物理的事象と「純粋な関係 pure relation」を区別する。動物（例えばネコ）の感覚器は光に反応する（物理的事象 $\parallel$ 光子の吸収）が、さらに動物（ネコ）は視覚の対象（鳥）に反応する（光子を吸収した感覚器との間に保たれる関係との相互作用 $\parallel$ 「純粋な関係」）。「神経システムは、『純粋な関係』との相互作用を可能とすることによって生命システムの認識領域を拡大するのであり、神経システムが認識を作るのではない。」

これに対してロートは、認識システムとしての脳の特異な能力は、それがオートポイエシスシステムのように機

能しないことが理解されて初めて了解される、と主張する。有機体のオートポイエシス過程と、神経システムにおけるニューロンの刺激の自己準拠的産出過程は、根本的に相違するものとして区別され、マトウラーナにおける両者の等置が批判される。

ロートは先ずオートポイエシスの概念を、自己産出と自己保持の両側面に区分する。前者は、複雑な生化学的あるいは物理的な非生命システムにおいても見出せるが故により一般的な現象であるのに対し、後者は生命体のみ見出すことのできる特殊な現象であるとされる。前生命システムはその構成要素の全てを自ら統合することはできず、例えば巨大分子の結合によつて強度に濃縮されている環境からその構成要素を受容する。自己産出から自己保持への決定的一步は、いわゆる「自律的周縁」の形成、例えば能動的に素材交換を規制し、有機体の物理的統一性と同一性を構成する膜の形成である。

有機体のオートポイエシスに直接参加しているプロセスに対して、神経システムのプロセスと構成要素（神経細胞）は、ニューロンの極めて多様な刺激状態を備えており、これが神経システムの根本的な機能原理となっている。この多様性は、オートポイエシスの構成要素とは異なり、神経細胞がニューロンの活動自体によつて必ず自己を保持しなければならないという点に根拠づけられている。脳の大部分のニューロンは、いわゆる認識機能すなわち認知、感情、記憶、思考プロセスに従事するが、これらはしばしば人の有機体の生存と全く関係をもたないか、あつても単に間接的な関係にとどまる。心臓の筋肉細胞と肝臓の腺細胞は、有機体の生存の維持に直接的影響をもつが、バッハの音楽の鑑賞とその複雑な構造についての思索にさいして働く何十億ものニューロンについてい

えば、このことは当てはまらない。脳の自律性は、生存保持の要請から解放されていることをその本質としているのであり、まさにこれが、人間が行う認識の特殊な能力、すなわち現実の構成の基礎にほかならず、また行為―計画を遂行するつまり有機体にとって役に立たないことを行う可能性にほかならない。

ロートは、固有の自己準拠性の複雑化と分化の増大に伴い、脳は進化の過程でその有機体のオートポイエシス組織から抜け出し、何か（相対的に）独自のものとなった、と考える。認識の現象領域をマトゥラーナは自己描写と名付けたが、ロートは認識システムが自己描写的でありうるのは、それがオートポイエシス的でなくしたがってその有機体のオートポイエシスの組織を超越しているからにほかならない、とする。つまり認識システムは、その構成要素の状態を自由に処理しうるがゆえに、自己描写的だということである。こうして認識システムは、常に自己―観察者として（このシステムは操作的に閉鎖的だから）の観察者を構成する。

操作的閉鎖性の概念についてもロートは、ネットワーク構造を広範囲に変更できるシステムとしての、学習能力ある認識システムにおいて完成されるとみる。オートポイエシスシステムは、構成要素の生産の厳格な循環性を実現するため構成要素間のきわめて精密な相互作用に依存する。また同時にこの循環的生産は、環境との物質的・エネルギー的カップリングによってのみ実現されうる。したがってオートポイエシス有機体としての生命体は、厳密な意味で「操作的に閉ざされている」わけではない。これに対して認識システムは、その状態をシステム自体によって自由に操縦できる。このシステムは、物理的・化学的に自己を維持する必要がないので、物理的・化学的な安定性の制約に服さない。認識システムがめざすのは、内的な意味付与、つまり我々が認識として経験するものの一貫性と連関性である。

認識する状態は、高度に複雑なニューロンシステムの自己描写の状態であり、システム外部には存在しない。したがって認識システムだけが「操作的に」閉ざされている、とされる。

要するに、自己産出、自己保持のオートポイエシスシステムが、その進化の過程で頭脳を發展させた。これは自己描写、認識の能力をもつものであり、これによって新しい存在様式が構成され、自律の全く新しい段階への飛躍が達成された、というのがロートの理解である。この考え方からすれば、非生物学的システム理論例えば社会的行為の理論も、オートポイエシス（自己産出、自己保持）と認識（自己描写）の叙上の区別から出発すべきだということになる。

## (2) オートポイエシス概念の社会システムへの導入

以上にみてきたように、オートポイエシスの概念は、生命体とりわけ細胞における分子過程と神経システムにおけるニューロン過程の科学的理解のために發展させられてきた。社会をシステムとして把握しようとする思考実験の中で、自己準拠の概念が重要な意味をもつようになってきたことは既述のとおりだが、ルーマンはオートポイエシスの概念を導入することによって自己連関性に関する理論的進展を図ることができると考える。しかしこの概念を社会現象に転用するにあたっては、困難を伴う。困難の原因は、とりわけ生命体のオートポイエシスから思考すべきか、それとも社会的なものに固有のオートポイエシスが思考可能かについてなお議論が分かれるからである。

この問題について生物学者は、前者の道を行く。オートポイエシスシステムは生物学と心理学に適用の場を限定され、社会現象に関しては「発生のメカニズム」としてのみ用いられるにすぎない。社会現象は、オートポイエシスシ

システムとして理解された個体間の相互行為として構成され、社会は結合された人間のシステムとして現れる。例えばマトウラーナとヴァレーラは、メタ細胞体（Ⅱセカンド・オーダーのオートポイエシシステムⅡ有機体）が再現的相互作用に参加するとき、サイドオーダーのカップリングが生じるとし、このサイド・オーダーのカップリングの自然発生的構成によって生じる現象を「社会」現象と呼び、このようにして構成されたサイド・オーダーの単体を「社会システム」と呼ぶ<sup>(8)</sup>。低次のオートポイエシシステムが、高次のオートポイエシシステムの構成要素となるというモデルである。有機体は細胞を構成要素とし、社会は有機体を構成要素とする。有機体と人間社会は、このようにメタシステムである点で共通しているが、それぞれの構成要素の自律性の程度の違いにより、両者はメタシステムとしての対極にある。すなわち有機体の構成要素は、最少の自律性しかもたず、独立した存在としての次元をもたないが、社会の構成要素である個人は、独立した存在として多くの次元をもっている。有機体の場合には、個々の構成要素は有機体全体のために存在するから、構成要素単体の個別の創造性は制限される。また構成要素間の関係Ⅱ相互作用の統一性と調和は、構成要素の構造的可塑性を制限する再生産・個体発生的ファクターによって生まれる。これに対して人間の社会システムにおいては、構成要素のためにシステムが存在するので、構成要素である個人の個別の創造性が増幅される。また社会システムにおけるメンバー間の関係Ⅱ相互作用の統一性と調和は、メンバーの成長の中から生まれる統一性と調和によってもたらされる。この成長は、メンバー自身の社会的（言語的）行動によって決定され、社会的学習としてなすとげられる。ここでは有機体の場合とは異なり再生産・個体発生的プロセスは、構成要素たるメンバーに対し構造的可塑性をあたえている。このように構成要素の自律性を制限する有機体との対極に社会を位置

づけるマトウラーナらの社会観には、有機体とのアナロジーで構成され、個人の自立性が否定される具体的社会への批判が込められているといつてよからう。しかしいずれにせよここで重要なのは、社会の構成要素が生命体≠生物システム（≠オートポイエシスシステム）として理解されており、社会は構成要素の自律性を制限するオートポイエシスシステムとしては理解されていないことである。他方ロートは、マトウラーナとは相違してオートポイエシスと認識を区別するが、オートポイエシスを生命体に限定する点ではマトウラーナと共通である。ロートは、オートポイエシスの概念を生物システムの記述にとつておき、グローバルな理論を自己準拠システムとして、つまり自己準拠性概念を上位概念として用いることにより、認知的社会的システムを、自己準拠的だが非オートポイエシスシステムと定義する。<sup>(9)</sup>

これに対してN・ルーマンは、生物システム、社会システムを問わずその構成要素を循環的に産出するシステム一般をオートポイエシスとして定義し、社会的オートポイエシス概念を構想する。この社会的オートポイエシスは、生命体のオートポイエシスのアナロジーとしてではなく、これとは独自のものとして定義される。社会システムは、自発的に自律的秩序を生産するという意味で自己組織的であるばかりでなく、その要素を要素自身のネットワークによつて産出することによつて自己産出的でもある。あらゆる社会システムの要素は、伝達、情報、理解の統一体としてのコミュニケーションであつて個々の人間ではない。コミュニケーションは、回帰的にコミュニケーションを再生産することにより社会システムを構成する。社会はしたがつて生物システムではなく、意味システムである。

既述のとおりオートポイエシス概念を社会システムに導入することの意義を、ルーマンはこれによつて自己準拠理



論を進展できる点に求めている。<sup>(10)</sup>「自己組織」から「オートポイエシス」への移行に伴って、理論が従事する基本問題も変化した。構造形成、構造変化の問題にシステムのダイナミズムをみる従来の議論は、学習理論に手掛かりを求め、いかなる条件の下で類似の行為の反復ないし類似の経験の反復の予期が蓋然的なものとなるかを問題とした。ここでは個人の学習を社会システムの構造変化の基礎過程とみなす議論さえあった。これに対してオートポイエシスシステムの理論は、ある要素の出来事からいかにして次の要素の出来事が生ずるかを課題とする。したがって理論が従事する基本問題は、反復の問題から接続能力 *Anschlussfähigkeit* の問題へ移行した、とされる。この接続能力によって不可欠なこととして示されたのが、自己準拠的に閉鎖的な再生産連関の分化であり、これによって形成されたシステムとの関連において初めて、構造形成と構造変化の問題を説明することができる<sup>(11)</sup>とされる。構造はその固有の存在基礎を放棄したくなければ、オートポイエシスの再生産の接続能力を可能としなければならない。

オートポイエシス理論の一つの重要な帰結は、一方的な制御 *Kontrolle* の可能性を放棄したことであり、ここにデザインと制御から自律へというシステム理論の転換が明瞭に読み取れる。システムのいかなる部分も、自ら制御に服することなく他を制御することはできない。どの制御も反対制御の予知の下で行われる、といえる。

一方的な制御の可能性を放棄したことの埋め合わせの一つが、自己観察 *Selbstbeobachtung* の強調である。ここで観察とは、差異を管理することにはかならない。自己観察とは、システムの中へシステムと環境の差異を導入することであり、システムはこの助けを借りて自己を構成する。システムにおける要素の生産にあたっては、それが他ならぬ当該システムの要素として再生産されていることが保証されねばならないから、自己観察はオートポイエシスの操

作的モメントでもある。システムの中にシステムと環境の差異を導入する自己観察という考え方によって、自己準拠的に閉鎖的なシステムのコンセプトとシステムの環境開放性とは両立可能なものと処理される。このテーゼは、閉鎖システムと開放システムを対置する古典的理論とも、システム／環境関係の産出のため他システムとしての観察者を要請するマトウラーナのオートポイエシス概念とも矛盾する。この点にルーマンは、有機体システムや神経生理システムから、意味を構成する社会システムを区別する可能性を見る。自己準拠の根本法則は、あらゆるシステム形成に妥当するが、有機体システムや神経生理システムの場合、法則の貫徹は、意味システムに比べて徹底している。意味システムも、意味だけが意味と関連し、意味だけが意味を変えられることができる限りで完全に閉鎖的だが、神経システムと違って意味システムの場合には、システム境界と環境が構造とプロセスの中に取り入れられ、意味を受け取ることによって、システムと環境の差異が形成され、システムが内的に作動可能となる。自己準拠性とこれによって与えられた、あらゆる意味要素の相互依存は維持されるが、環境との関係は相互依存の切断として内的に定立され、システムは自己を非対称化する。

- (1) Niklas Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 1984, S. 20ff
- (2) Ders., a. O., S. 60ff.
- (3) ウンベルト・マトウラーナ、フランシスコ・バレラ／菅 啓次郎訳『知恵の樹』朝日出版社、一九八七年
- (4) Humberto R. Maturana, *Kognition: Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, 1987, S. 94f. H. R. Maturana, F. J. Varela, *Autopoiesis and Cognition*, 1980, pp. 78-9.
- (5) Gerhard Roth, *Autopoiese und Kognition: Die Theorie H. R. Maturanas und die Notwendigkeit ihrer Weiterentwicklung*, in: Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), a. O., S. 256ff.

- (6) H. R. Maturana, *Biology of Cognition*, in: H. R. Maturana, F. J. Varela, *Autopoiesis and Cognition*, 1980, pp. 5-58.
- (7) *Ibid.*, p. 13.
- (8) ウンベルト・ペトゥラーナ、フランシスコ・バレラ、前掲書、一二七頁以下。
- (9) G. Roth, a. a. O., S. 283.
- (10) Niklas Luhmann, a. a. O., S. 60, ff.
- (11) *Ibid.*, a. a. O., S. 63.

## 第二章 オートポイエシスと法

ルーマンによる以上のような社会的オートポイエシスを承認するとして、それでは社会の機能的部分システムとしての法システムは、いかなる意味でオートポイエシスとして組織されているといえるのか。社会システムは、意味を持つコミュニケーションからだけなり、これによって要素的統一性を形成している。この要素形成は常に社会を前提とし、また常に社会を存続させているので、社会の外にはコミュニケーションは存在せず、したがって社会とその環境との間にもコミュニケーションは行われぬ。その限りで社会は、自己準拠システム理論の強い意味においてオートポイエシスシステムである。すなわち社会は、その固有の作動を環境から受け取ることができずまた環境に対して与えることもできない、循環的に閉鎖的なシステムである。ところで社会 *Gesellschaft* の中で形成されるあらゆる社会システム *soziale Systeme* も、その最終的要素をコミュニケーションとして形成することを通じて維持されている。これらの部分システムはすべてコミュニケーションシステムとして社会を再生産し、そうすることによってのみ社会

システムたりえている。しかしながらこのことだけでは、どの部分システムも自己準拠的閉鎖性を獲得することではきない。というのも部分システムは、同様にコミュニケーションを基礎としている社会内の環境に他の部分システムとの差異においてのみ自己準拠的閉鎖性を実現できるからである。社会 *Gesellschaft* のオートポイエシスへの単なる参加だけでは、部分システムは独自のオートポイエシスシステムとなりえない。問題は社会の部分システム、例えば法システムがそれにもかかわらず固有の循環的閉鎖性を組織しようとしたら、それはいかにしてか、社会的オートポイエシスを越えて法的オートポイエシスはいかにして存在するかということである。

## 第一節 特定機能への独占的志向によるオートポイエシスの実現

法システムの分化が規範的予期と認知的予期の区分に依拠していることから、法の機能という観点の下でのこの差異の利用に問題の解答を求める、ルーマンの試み<sup>(1)</sup>から見ていこう。

周知のとおりルーマンは、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<sup>(2)</sup>。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、違背を受けた後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。

法システムは、再帰的な自己生産の閉鎖性とその環境への開放性を結合するために、この区別を利用する<sup>(3)</sup>。換言すれば「法は、規範的には閉じられたシステムだが、認知的には開かれたシステムである」ということになる。法システムだけがその要素に法規範的質を付与し、こうして要素を統一体として構成することができる。法システムを構成する、それ以上分解できないいわば原子としての要素は何か。それは、法状況を変更し、法効果を生じさせ、これによつて新しい規範的予期を可能とする法律行為である。規範性をもつ機能は、ある時点から次の時点へ、ある出来事から次の出来事へ、ある事件から次の事件へと継起する自己実現であり、これを越えた意図された目的を持つわけではない。システムはその意味の質を法律行為を通じて次々と伝達しこれによつて常に新し要素に規範的妥当性を付与する。法的に重要ないかなるできごと、その規範性をシステムの環境から引き出すことはできない。

他方で法システムは、特定の前提条件が満たされているか否かの確認に頼りつつ、その要素の再生産を進行させざるを得ない。つまりある出来事あるいはある関係に規範的質を付与するための条件が満たされているか否かは、認知的な観点から評価されうるし、またされねばならない。例えばBGB第1条にしたがつて人の権利能力は出生に始まるとすれば、この条件は認知的に検証されねばならず、権利能力の有無の判断はこれに依存せざるを得ない。さらに例えば法システムは、違背の事実の圧力によりそのプログラムを変えることができる。こうして法におけるあらゆる作動は、規範的志向と認知的志向を同時に利用している。規範性はシステムのオートポイエシス、すなわち環境との差異における自己構成に寄与し、認知性はシステムの環境との同調に寄与する。

それではこの規範的アペクトと認知的アスペクトの共同作業は、いかにしてシステムとして実現されるのだろうか。

ルーマンは相互に補完しあう二つのメカニズムを指摘する。<sup>(4)</sup> その一つは、一般的なシステム形成技術としての条件化 *Konditionierung* であり、これなくして複雑ないかなるシステムも成立しえない。システムが最小規模を越えながらなお動的に維持されねばならないとしたら、要素間のあらゆる連関が一旦断ち切られ、一定の条件の下に置かれることによつて処理可能とされねばならないからである。法システムにおいては、かかる条件化は、規範的予期と認知的予期、閉鎖性と開放性を結合するという特殊な機能をもつ。すなわち法システムの構造は、それが決定プログラムの形式をとる限り、条件プログラムからなっているが、これは認知的に評価されるべき条件と規範性の付与を *Wenn-Dann* 関係で繋いでいるのである。

この法学的条件化の技術は、法システムが法、不法の二元的図式主義によつてコード化されると、普遍化される。このコード化は、規範的予期の質を、肯定的価値と否定的価値に二元化する。これによつて法システムにおいてコミュニケーションの対象となるあらゆる出来事と状態が、原則的にいかなる条件の下で合法的なものとして、あるいは非合法的なものとして取り扱われるか、が確認される。二つのコード価値は、単なる否定によつて転倒するという意味で、図式主義の技術化が形成されるのであり、かくして何かが合法的であると同時に非合法的でもあり得るといふ事態、は排除される。この図式主義は、考えられるあらゆる紛争事例に対する普遍主義的決定実務の発展の前提条件である。

法システムは、規範的閉鎖性と認知的開放性を基礎として循環、自己準拠を実現しているという以上の説明は、法システムが他の社会的部分システムに対して持つ独自性、差異についての問題を考える手掛かりではあるが、しかし

これだけで充分とはいえない。何故なら法以外にも規範的予期は存在するからである。道徳や宗教においてのみならず、あらゆる機能システムにおいて固有の機能への拘束が規範化される。ここでルーマンは、システムの機能論を導入することによって、自己準拠的閉鎖の理論的説明を補強する。<sup>(5)</sup>法システムは規範性の、ある特殊な使用に従事するすなわち（時間的、内容的、社会的に）整合的に一般化された行動予期の形成と再生産のため、紛争の観点を利用する点に法の機能が認められるのである。時間的次元における規範化は、ある予期の違背が生じるにもかかわらず予期に継続性を与え、社会的次元における制度化は、個々人が必ずしも一致しないという事実にもかかわらず、一般的な合意の想定を可能にし、内容的次元における同定は、予期の内容的多様性にもかかわらず、意味の単一性と連関とを保障する。予期違背への見込み、つまり紛争への見込みは、一般化がテストされる選択原理として役立つ。これらがあいまって一連の整合的に一般化された行動予期を生み出し、その予期が法学的技術、判例研究、概念、教義学によって体系化され、その成果が法として体験される。

行動予期の整合的一般化という、法システム以外のどこにも存在しない特殊な機能により、基底的作動としてのコミュニケーションの利用のレヴェルではなお存在するとはいえない、部分システムとしての法システムの自己準拠的閉鎖が実現される、というのがルーマンの説明の骨子と思われる。ここでは、自己準拠的閉鎖の理論と法の機能理論とが区別されつつ、後者が前者の理論に組み込まれている点、留意されてよい。社会の機能的分化が、社会的部分システムのオートポイエシスの自律の最適条件とされ、部分システムは、社会のオートポイエシスをいわばコピーするが、それは回帰的コミュニケーションの一般的基礎においてではなく、ある機能への独占的志向によってである、と

理解されていることが重要である。

## 第二節 超循環 Hyperzyklus としつての法

ルーマンの以上のような法的オートポイエシス理解を、なお不十分なものとし、法の段階的自律を提起することによって、法のオートポイエシスを超循環の概念により理解する、換言すれば法システムは、超循環を形成して初めて固有の循環的閉鎖性を組織しうると考えるのが、G・トイプナーの試みである。<sup>(6)</sup>

### (1) 基本概念の吟味

従来自己関連性を指示する様々な概念、例えば自己準拠、自己生産、自己組織化、自省、オートポイエシス等々が、論者によって多様に用いられ、概念相互間の関連がつけられることなく並列的に使用されている状況に対し、トイプナーは概念の整理から出発する。

まずおよそ自己自身との関連が統一性を生み出すようなあらゆる循環性、回帰性を意味する最も一般的な概念として、自己準拠 *Selbstreferenz* 概念が指定される。<sup>(7)</sup> あるシステムは、自己組織的でなく、自己操縦的でもなく、いわゆるオートポイエシス的でなくとも自己準拠的であり得る。その事例として挙げられているのは、教義学に従事する法学家が通常理解する法システム、すなわち規範の体系、より一般的に言えば象徴体系としての法システムである。この場合規範は、相互的な指示関係の下に置かれているので、それだけで自己準拠システムといえるが、自己操縦的でもオートポイエシスでもない。法の自己操縦、自己生産は、法が単なる象徴体系としてのみならず、行為体系とし



て把握される時（規範は規範をいかに操縦するか？ シンボルはシンボルをいかに生産するのか？）、初めて觀念されうるからである。

このように自己関連性を示すあらゆる現象を包括する上位概念として自己準拠が定義されている。それではこの概念の下にいかなる具体的な自己関連の諸相があるのか？ トイプナーは、自己準拠の言葉を二つに割ってこれを分類する。すなわち「自己」に関する分類と「準拠」に関する分類である。

(2) 「自己」の相違する形式としてのシステム構成要素 Systemkomponenten <sup>(8)</sup>

「自己」に関する分類は、システム構成要素に応じてなされる。すなわち、要素 Element、構造、プロセス、境界、環境、機能、全体としてのシステム等である。法システムに即してみれば、要素は法律行為であり、構造は法規範であり、プロセスは法手続きであり、境界は法教義学である。自己準拠は、これらのシステム構成要素に応じて、異なった現象を呈する。例えば構造の自己構成は、常に不安定で、境界の自己構成を伴わねばならない。したがって、準拠の諸相を見る場合、いかなる構成要素に関連するものが示されることが必要である。トイプナーは、この局面での概念分化を、自己準拠と社会的部分システムの自律 Autonomie の関係についてのテーゼを構成する際に役立つものとして位置づけている。後に再説するように、自律は存在するかしないかのいずれかであるとするルーマンの考え方に対し、トイプナーは自律の強弱の段階という発想の下に、サブシステムの自律性の量と質は、サブシステムのいかなるシステム構成要素が、またどれほど多くの構成要素が自己準拠的に構成されているかに従って決定される、というテーゼを提示する。様々なシステム構成要素における自己準拠関係が蓄積した時に、サブシステムの自律性が上昇

する。ここでのもう一つの想定は、社会的部分システムの発展の道筋が、いかなるシステム構成要素において自律性が形成されるかによって示されるということである。

(3) 「準拠」に即した分類<sup>(9)</sup>

次に「準拠」に関わる概念をどのように区別するか。ここではオートポイエシス論者の間で次の点をめぐって争いがある。相異なる複数の自己準拠的操作をそもそも仮定してよいのか、また生産、再生産といった「ハードな」システム操作は、観察、情報、コントロールといった「ソフトな」操作といかなる関係にたつか、という論点である。H・V・フェルスターがその「第二次秩序のサイバネティクス」で、システム再生産との関係をテーマ化することなく、計算の計算の計算というソフトな操作に集中したのに対し、マトウラーナは、要素とそのネットワークの循環的自己再生産の操作だけで構成される、最もハードなオートポイエシス概念を代表する。

システムにおける再生産と観察のかかる矛盾を「止揚」する試みが、いくつかなされている。既述のロートの議論も、システム操作を「ハードな」再生産操作と認識にかかわる「ソフトな」相互作用に分け、これを相異なるシステムタイプである、オートポイエシスシステム（細胞、有機体）と自己準拠システム（認識、社会システム）のそれぞれに帰着させることにより、矛盾の解決を図ろうとするものにほかならない。これに対してルーマンは、およそオートポイエシスの再生産が可能であるためには、ハードとソフトの操作が共同せねばならず、自己描写と自己再生産が一致してはじめてオートポイエシスが可能となる、と考える<sup>(10)</sup>。自己描写は、システムの中にシステム／環境の差異を導入し、このことを通じて自己再生産の操縦に寄与する。

トイプナーは、ルーマンによる、オートポイエシスと第二次秩序のサイバネティクスの統合を、きわめて有意義なものとして評価した上で、以下の修正を加える<sup>(1)</sup>。オートポイエシスにおいて自己描写と自己再生産は、必ずしも同時発生しなければならないわけではなく、むしろ社会的部分システムの段階的な自律化の過程を把握できるためには、自己観察、自己構成、オートポイエシスの間の内容的、時間的な明確な区別が重要である。全体社会システムに対し、反省的コミュニケーションにおいて独自の要素を構成することによって、部分システムがその特殊な機能の自己描写として環境関係を自己定義することは、自律の発展といえるが、この段階では社会的オートポイエシス（第一秩序）に対する第二次秩序のオートポイエシスはいまだ語りえない。第二次秩序のオートポイエシスは、自己準拠的に構成されたシステム構成要素が、超循環的に相互に結合されて初めて生じる。ルーマンのように、要素による要素の生産をオートポイエシスと記述するのは誤解を招きやすい。つまりシステム構成要素の自己準拠の程度が問題ではなく、相異なるシステム構成要素の循環的な横断的結合がオートポイエシスの成立にとって重要である。超循環とは、循環的に構成された統一体の再度の循環的結合であり、これによって本質的なメルクマールとしてオートポイエシスの概念に入り込む。トイプナーは以上の修正をもって、オートポイエシスと超循環の関係を次のように定式化する。

- 社会的部分システムが、上昇した自律性を獲得するのは、
- (a) サブシステムにおいて、システム構成要素（要素、構造、プロセス、同一性、境界、環境、能力、機能）が自己準拠的に定義されており（自己観察）、
  - (b) これに加えてこの自己観察がシステムにおいて操作的に使用されており（自己構成 Selbstkonstitution）、

(c) 超循環において、自己構成されたシステム構成要素が、相互に互換的に相互を生産するものとして連結されている（オートポイエシス）、場合である。

(4) 法の自律とオートポイエシス<sup>(12)</sup>

さて以上の部分システムの自律の諸相を、法に当てはめると、以下のような法の自律の三段階が得られることになる。

〈Ⅰ〉 社会的に拡散している法（社会によって産出されたシステム構成要素）…この段階の法は、他の規範化された社会的コミュニケーションと区別が困難である。制度化されたあらゆる紛争解決が法と一致するとは限らない。法律行為は一般社会的行為と、法規範は社会規範と、訴訟は一般的紛争解決と一体化しており、厳密な意味で法システムについて語ることはできない。

〈Ⅱ〉 部分的に自律的な法（自己準拠的に構成されたシステム構成要素）…法システムのいくつかの構成要素が、自己描写と自己構成によって、一般社会的相互行為から自立する時、社会に拡散している法から部分的に自律的な法への決定的な移行が達成される。法の自己描写によって法システムは、それに固有のシステム構成要素をコミュニケーション的に観察し、意味の人工物の形式へと持ち込む。この法の自己描写の有名な例として、トイプナーはH・L・A・ハートの「第二次規範」をあげる。ハートによれば法システムの核心は、義務の第一次ルールと承認、変更、裁定の第二次ルールの結合に由来する構造である。システム理論の言葉で表現すれば、法コミュニケーションに従事す

る法コミュニケーションの成立ということになる。ルーマンが、ハートの考察を法のオートポイエシスの説明の一環に取り入れておけるのに対し、トイプナーはこの第二次規範のメカニズムは、いまだ法のオートポイエシスと同一視することはできないとする。ここでは法構造の自己描写の形式における、多様な自己準拠の循環が見られるだけであり、法の自己構成、完全な自己再生産、オートポイエシスは問題とならない。

〈Ⅲ〉 オートポイエシス法（超循環的に連結されたシステム構成要素）…法のシステム構成要素の自己構成は、法におけるコミュニケーションを操縦するため自己描写が実際に操作的に使用されてはじめてみとめられる。第二次規範の思考構成を提案すること、ないしはその投入を要請すること（自己描写）と、それを決定実務において操作的に行われる教義学と、この自己描写を使用または無視する裁判実務および立法実務の分離において制度化されている。しかしたとえ法システムがそのシステム構成要素を自身で構成したとしても、それはなお、要素とそのネットワークによって新しい要素を再生産するという強い意味でのオートポイエシスシステムではない。法のオートポイエシスは、システム構成諸要素が自らを自己再生産的超循環に連結する方法で、システム構成諸要素の自己準拠の循環が整合的に構成されている場合にはじめて現象する。例えば法律行為と法規範の相互的生産としての、要素と構造の超循環的結合は、近代法の中心的メルクマールであり、構成要素間の連結が最も強い事例である。裁判官の行為があつてはじめて法律はその効力を獲得するが、裁判官はその効力を法律からのみ根拠づけることができる。これに対して他の構成要素間の結合の度合いはゆるいが、同様のことがそこでも妥当する。例えば教義学と訴訟の場合、訴訟での法概念

は、一方で法律行為と、他方で法規範と関連することにより構成されねばならない。子細にみると、訴訟にしても法教義学にしても、他のシステム構成要素と直接結合しているわけではなく、構成要素間の関係化 *Relationierung* とのみ結合しているにすぎない。手続きと教義学は、規範と決定の関係化の超循環的關係化であり、こうして法の自己再生産を操縦する。

### 第三節 第二世代のシステム理論と法

タイプナーとは違った角度からルーマンの理論に批判を加え、別個の法モデルを提示しようとするのが、K・H・ラドゥアの試みである<sup>(13)</sup>。

ラドゥアはまず、生物システムの自律と、一般システム理論におけるシステム概念の構成に関する、二つの相異なる見方を区別する。第一の見方は、システムを諸関係の有機複合として存在論的に捉え、その自律を進化的発展の中で相対的に安定的なものとして構成する傾向であり、第二の見方は、脳において、環境がニューロン結合を明確にするという示唆的性格をもつことから、自己組織の構想を放棄することなく、環境との関係を重視し、システムの機能変化を視野に取り込む理論動向である。

ラドゥアは、ルーマンの構想をこの第一のヴァリエーションに位置づけることができるものと把握し、第二の見方に立つ立場から、ルーマン批判を展開する。

- (1) システムと要素の関係について<sup>(14)</sup>

ルーマンのシステム論の新しさの一つは、システムの自己組織と要素（行為）の自己準拠を頑なに分離したことであり、そうして法システムの自己準拠的性格を個々の要素（法律行為）の再生産に関連させ、システムの統一性を、システム自体の統一性のみならず、システムを構成する最終要素の統一性に求めたことであった。ところで「要素」の再生産のレベルでシステムの自己準拠を強調することは、システムとその機能を安定的なものとみなすことができ、再生産が最終的には要素の再生産の過程における自己適用過程にほかならない、という場合にのみ可能である。ここでは機能は社会システムの分化の過程で発生したものであるから、他のサブシステムとの同調によって変化されることはない。

これに対して第二のシステム構想では、システムはむしろ他のサブシステムとの関係において機能を決定する<sup>(15)</sup>ので、多様なヴァリエーションの余地が与えられる。この考え方は、構造の自己変革としての自己組織のレベルと、要素のレベルにおける自己準拠を、ルーマンの場合よりもはるかに緊密に結合させ、システムの自律を、両レベルの交点で発生するものと理解する。このことが意味するのは、法システムの自己再生産は、要素から要素へと実現されるというよりは、むしろシステムの機能は初めは知覚されず、次には自省的に変わることがありとりわけ分化しうる、そういうものとして自己再生産が理解されねばならないということである。

(2) システム機能と観察者の地位<sup>(16)</sup>

ラドウアは、ルーマンのシステム理論が生物学的進化論と社会科学的進化論をあまりに強く重ね合わせすぎている点を批判する。社会システムの自己指示のメカニズムが、カオスへと崩壊することを回避できるのは、そのメカニズ

ムが内的諸関係の固有の状態ないし複合体を安定化させる場合のみである。このことは、生命体システムの場合のように、いわば存在論的機能を通じてではなく、特殊な記憶の形成を通じて生じる。社会システムの記憶構造は、「固有」の内的読解構造をもっており、これは循環的な自己指示、情報の「遮断」によって再生産される。しかしかかる構造は、非線形的平衡モデルの「散逸構造」の、一種の「収斂性」組織原理としての一面にすぎない。他の側面は、構造の結節点と進路の複雑なネットワークの内部で、外からやって来る障害（「ノイズ」）と一種の偶然性のゲームを演じ「新しいこと」を体験する、内的情報の分散的配分である。収斂と分散の二側面の併存という、自律にとって典型的なパラドクシカルな性格が意味していることは、変化の可能性は「遮断」によって安定化された機能と初めから一致しているわけではない、ということである。

同時に時間は、もはや諸行為の接続可能性の地平ではなく、創造性、実験の一瞬となる。進化的ネットワークとしての記憶の構造は、時間の中で変化し、内的構造のみならずシステムの外的機能をも変えることができる。個々の要素はその結合可能性の規則を変える。こうして社会システムの記憶は、一方で解釈構造を安定化するが、他方である種の偶然発生機をつねに取り巻き、多かれ少なかれ有用なものを産出する出来事のいわば足跡を包摂している。これは構造や要素の特性ではない、創発特性との関係のネットワークとして社会システムが構成されることの帰結である。その限りで記憶は、ルーマンが想定するように、出来事の構造形成特性の蓄積に照準を合わせているわけではない。

このような新しいシステムの見方は、行動制御についても従来とは違った視点を形成する。これによれば定常性



Homeostase モデル、すなわち線形平衡モデル——ここでは個々人は市場やその他の「正常状態」の平衡機能の単に抽象的な構成要素にすぎない——における行動制御は、もはや問題にならない。それに代わって提示されるのが非線形モデルであり、このモデルにしたがって相互作用の行動ネットワークの非線形的平衡の機能条件が構成される。

(3) 法システムの内部分化——機能の変化可能性<sup>(16)</sup>

ラドゥアは、神経生理学がたてたモデルとのアナロジーで、オートポイエシスシステムの中に三つの段階を区別する。

〈Ⅰ〉 組織された水準（古典的な意味における構造）。

〈Ⅱ〉 「組織する機能」の水準（〈Ⅰ〉における変化を、〈Ⅰ〉に潜在する機能の活性化を通じてコントロールし制御する）。

〈Ⅲ〉 構造と機能の「潜在化 [Virtualisierung]」の水準。

この第三水準において、記憶の不安定化のポテンシャルが解放され、第二水準によって排除されるか閉じ込められていた第一水準の拡散が実験的に導入され変化させられる。この実験の水準では、いわばヒエラルヒーは存在せず、「奇妙な循環」があるだけである。これは、第一水準に現れた揺らぎが第二水準で緩和され、次に第三水準で強化され、もどって第二水準での機能の変化を導くという循環であり、こうして実際に自律的システムにおいて異なる水準が相互に結合される。

以上のモデル化が想定しているのは、社会システムが、もはや確実性の追求（例えば法システムの場合には、整合

的预期の一般化）に向かうのではなく、システムの脱構造化、再構造化に関する学習過程に基づいて、不確実性を操作すること、すなわち一つの現実ではなく複数の可能性の操作に指向する事態である。

この観点からラドゥアは、行為の地平（第一水準）におけるルーマンの自己準拠理解を有意義に批判できると考える。ルーマンの場合法システムの行為は、法システムと、人格システムならびに他の社会システムとの間のコミュニケーションの対称性を非対称化する選択として把握されている。この選択によって将来の他の行為の接合可能性が作り出され、「整合的な予期」の一般化という法システムの機能の現実化が可能となり、またこれによる複雑性の縮減を通じて、意味の伝達が可能となる。

こうしてルーマンにおいては(a)法システムの機能は固定され、観察者はシステム構成の固定的、統一的な前提条件にしたがう主体としての性格を付与される。マクロな主体としての国家の伝統的（理念型としての）統一性の消失が認識されている反面、部分システムとしての統一性が前提されており、主体の分解の徹底がくいとめられている。また(b)システムにおける認識は、システム分化の最初の行為に制約されている。すなわち（言語）行為の定立も結合関係の進化的ネットワークの進行への組み込みを意味する限り、差異化の最初の恣意的契機が永遠に維持されることになる。

これに対してラドゥアは、次のように批判する。(a)主体の喪失は、システムの観察者にも妥当せざるをえず、観察者は主体としての性格を持たず、システムと結合された可変的な地位にすぎない。(b)言語行為は時間性の生産的モメントにより構成される。つまり時間は、「行為点」の順序付けの継続ではなく、内的操作の不可逆のプロジェクト

トの地平にある。複雑性は、システム構成の歴史的可能性を指示する一つの要因にすぎず、その意味で相対的で、位的なものにすぎない。分化された、一般化に定位されたシステムの条件化を強調することによって、別個のシステム構成を要求する一般化しえない局所的で多様な意味の可能性の歴史的認知に、枠がはめられてしまう。

(4) 法システムの媒体的志向から戦略的志向へ<sup>17)</sup>

ラドゥアは、言語を第一義的に「記号システム」、伝達媒体として捉える言語理論を想起させる、ルーマンの構想を以上のように批判した上で、別個のモデルを構想する。進化を分化にのみ固定せず、システムを情報の処理と行為の方向付けのための構成物とみなすなら、戦略的意図的行為によって成立するシステムが、戦略によって常に循環的に変化させられるということが受容されねばならない。意味システムは一個の「散逸構造」であり、その揺らぎは時間への従属において、秩序と無秩序の関係が新たに決定される段階移行を導く。とすれば、ルーマンのように接続能力をもった行為要素の自己準拠的再生産を通じて、規範的意味の統一性を、システム機能上打ち立てることが果たして可能なのか、また必要なことなのかという疑問が生じてくる。既述のように、主体の統一性の喪失を部分システムの観察者にまで徹底すれば、不変の意味の統一性に代わる、新しい段階移行と自己変換に狙いを定めた複雑な非線形モデルへの移行を考えざるをえない。このモデルは、異質な価値間の交渉と均衡化に関する多元的論理においてのみ構成される。自己固有の成立条件をも同時にテーマ化する法の新しい機能は、まさにこのような交渉と両立化の論理のために、予期の一般化に代わって、豊富な選択肢、開放性、柔軟性、時間のパススペクティブの次元化による検証を実現することに存する、とされる。

このモデルを前述の法システム内部の三つの水準に則してみると、どうなるか。ルーマンのいう、決定による意味の選択的伝達は、後続行為への接続が明確であることを前提にしている。しかし、個人や小組織の場合と違って、大組織やグループは決定を無視することもしばしばであり、その場合には交渉と調整プロセスだけが可能である。このことは、まさしく法システムの行為のパスpekティブに決定的な反作用を及ぼす。問題は第一水準では解決されえない。そこで法システムは、相互行為の編目状の結合のための「同意された領域」を作ることにより、他の部分システムとの固有の機能調整を戦略的に多様化しなければならない。社会システムとしての法システムは、生命システムとは異なり空間的境界をもつわけではない。したがって第三水準の不安定化潜在力に基づき、第一水準Ⅰを、特定の場で行為する者と部分的に共同で構成される第一水準Ⅰで補完することが可能となる。これは行為の場が、行為者との共同で形づくられ、共通の「観察者」が創出されることを意味する。この「同意された領域」で、だからといって部分的にすら法システムの自律性が消失するわけではない。自律性は、固有の評価水準Ⅱによって媒介され、共通の第三水準Ⅲを通じて「同意された領域」においても維持される。法システムは、外部で定立された基準への単なる適合によって変形を受けない、システムの閉鎖性によって創出された強制の使用という同一性を指示されつづけるのである。ラドゥアはこうして、新しいモデルは、他のシステムとの交換への開放によるオートポイエシスの終焉を意味しないことを強調する。

- (一) N Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtslehre 14, 1983, S. 129-154.
- (二) Ders., Rechtssoziologie, 1972, S. 40ff. 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。

- (30) Ders., Die Einheit des Rechtssystems, S. 138ff.
- (4) Ders., a. a. O., S. 143ff.
- (32) Ders., a. a. O., S. 146ff.
- (9) G. Teubner, Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese, in: Häferkamp/Schmid (Hrsg.) Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung, 1987, S. 89-128; Ders., Recht als autopoietisches System, 1989, S. 36. ff.
- (7) Ders., Hyperzyklus in Recht und Organisation, S. 94ff.
- (8) Ders., a. a. O., S. 98.
- (6) Ders., a. a. O., S. 103ff.; Ders., Recht als autopoietisches System, S. 28ff.
- (10) Luhmann, Soziale Systeme, 227ff.
- (11) Teubner, Hyperzyklus in Recht und Organisation, S. 100ff.; Ders., Recht als autopoietisches System, S. 43ff.
- (31) Ders., Hyperzyklus, S. 106ff.; Ders., Recht als autopoietisches System, S. 48ff.
- (33) Karl-Henz Ladeur, Perspektiven einer Post-Modernen Rechtstheorie, Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der "Einheit des Rechtssystems", Rechtstheorie 16 (1985), S. 383-427.
- (14) Ders., a. a. O., S. 405ff.
- (15) Ders., a. a. O., S. 409ff. ルーマンはシステムの機能を、'全体社会に対するシステム固有の機能 Funktion' と、'システム固有の機能とは必ずしも言えない'。他の部分システムに対する機能 *leistung* の二つに分ける。法システムに即して見ると、前者は規範的予期の整合的一般化であり、後者は、例えば経済システムとの関係における資本形成の可能性の確保、教育システムとの関係における国民の義務教育の保証、政治システムとの関係における政治に対する憲法上の制約の確保等である。Luhmann, Selbstreflexion des Rechtssystems, Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: Ders., Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 440. シュトゥルが依拠する第二のシステム構想は、'システムの機能をルーマンの意味における Funktion として固定しつづけるべきを避け、むしろ Leistung に固定するべきにより、機能の多様性・可変性を確保しようとする' である。
- (16) Ladeur, a. a. O., S. 409ff.
- (17) Ders., a. a. O., S. 414ff.
- (34) Ders., a. a. O., S. 418ff.

### 第三章 法の超循環的閉鎖と法による社会制御をめぐる理論問題

#### 第一節 問題の所在

##### (1) 規制法の失敗

現代資本主義は、「組織された資本主義」あるいは「国家的に規制される資本主義」として特徴づけられている。これはそれぞれ企業の集中過程、資本・労働市場の組織化と、市場機能の欠陥の増大（市場の失敗）に伴う国家の市場への介入という現象に則した性格づけである。<sup>(1)</sup> 市場活動がもたらした、健康、消費、環境等に関する問題につき、国家は法を用いて規制を行う（社会規制 Sozialregulierung、規制法 Regulatorisches Recht）。六〇年代以降特に社会民主的改良運動の下で、国家規制は特定産業部門での競争制限をめぐる古典的規制から、この社会規制へと重点を移していった。しかし七〇年代に入ると今度は「政府の失敗」が唱えられるようになる。規制の効果は上がらず、規制法の実効性の欠如が指摘されることになった。この規制法の機能不全については、西ドイツでは環境保護の領域等を中心に多くの法社会学的、実証的研究がある。<sup>(2)</sup> これらの研究で指摘されている現象のひとつに、行政官庁が法適用に際して法を執行せず、法を盾にして規制対象と取引をする実態があり、無視しえない傾向として重視されている。行政学者のG・ヴィンターは、この現象を「交換合理性」として性格づけ、官庁と規制対象（多くの場合大企業）の交換関係を四つの類型にパターン化している。<sup>(3)</sup> 第一は、官庁が企業活動の障害となる手続を軽減することを約すもので

ある。第二は、官庁が、企業に対して法・規制違反を止めるよう強制する権限を授権されているにもかかわらずこれをしていない類型。第三は、企業が一定の営業活動を開始するにあたって官庁の許可を必要とする場合であつて、官庁が許可を下さないよう命令されているにもかかわらず許可するケース。最後に規制法制定段階で、法を制定しないことを約するタイプ。官庁はいずれの場合も、一定の見返りを受け取る。規制法はもはや介入のための道具ではなく、交渉のための盾として象徴的にしか機能していない。

規制法の失敗は、右のような法の実効性の低下としてのみ現れるわけではない。逆に法が十全に機能する結果としてひきおこされる社会的矛盾も、同様の深刻さをもつて現れる。これは特にハーバマスによつて「生活世界の植民地化」として定式化された現象であり、社会国家の目的とその実現手段<sup>(4)</sup>の間の矛盾が引き起こす事態と把握されている。

以上のような規制法の失敗は、何が原因で生じるのだろうか。法の実効性の低下については、基本的には資本主義（法治国家）と民主主義（社会国家）の和解可能性の限界の問題として理解されている。<sup>(5)</sup> すなわち両者の関係は、平衡関係ではなく非対称の従属関係である。社会国家のメカニズムが機能する能力は、市場と、市場を操作する資本主義的成長過程のアナーキーに、換言すれば社会国家がまさに介入し、その欠陥を埋め合わせようとする動態それ自体に依存しているのであり、この動態が社会国家のメカニズムの効果を決定し、限定する関係に立っている。したがつて国家は市場の失敗に対処するが、社会規制を単純に引き受けようとはせず不十分な程度に抑えようとする。<sup>(6)</sup> またG・ヴィンターは、社会における権力関係の変化という視点からこの原因を説明する。<sup>(7)</sup> 近代民主主義における立法過程は、

有産階級の内部すなわち基本的には利益対立のないグループ内部における意見相違の調整様式として出発した。ここでは法の完全な執行は、達成可能な目標だった。選挙権が拡大された後も、しばらくこの状況に変化はなかった。新たに選挙権を付与されたグループは、立法過程に影響力を行使する程に組織化されていなかったからだ。しかし、労働者、消費者、環境保護者等々のグループの組織化が進むにつれて事情は変化した。今やこれらのグループの利益は、立法によく反映され、資本家的利益とまともに対立する立法を通すことができる。こうして例えば七〇年代前半の厳しい内容の環境保護立法が生まれた。ところが立法過程における資本家側のこの敗北は、法の執行過程ではねかえされることになる。官庁と企業との交換関係において、法は非拘束的なものとされ、骨抜きにされる。

(2) 法のオートポイエシスと法による社会制御

前章でみた法のオートポイエシス理論からは、「規制法の失敗」は別様に説明される。社会 Gezellshaft はオートポイエシス的コミュニケーションとして理解される。社会のこの一般的コミュニケーション循環から、特殊化されたコミュニケーション循環が分化する。その中には、第二水準のオートポイエシスシステムとみなされる程に自立化したものもある。かかる第二水準のオートポイエシスシステムは、社会的コミュニケーションに対して、自己再生産される要素としての独自のコミュニケーション統一体を構成する。要素としての特異コミュニケーション、構造としての予期、独自のプロセス、テーマとして定義された境界、自己構成されたシステム環境、といった自己準拠的に構成されたシステム構成要素は、超循環を通じて相互に結合されている。近代の法システムも、この第二次秩序のオートポイエシスシステムの条件を満たしている。すなわちその要素は法／不法に関するコミュニケーションであり、これ



は法律行為として法律行為を通じて再生産され、法固有のプロセスにおいて特殊化された法的予期を通じて制御され、また規範性へのテーマ的特化によりシステムの境界を定義づける。法と同様に他のコミュニケーション循環にもオートポイエシスの閉鎖性に達しているものがある。例えば操作的に閉鎖的な決定循環としての形式的組織、政治や経済といった機能的部分システムである。法のオートポイエシスと他の社会的部分システムのオートポイエシスという二重の自律の内に、法定立の近代的問題が潜んでいる。

以上のオートポイエシスシステム理論からすれば、「規制法の失敗」も、近代法がかかえる基本的矛盾の一つのラディカルな表現形態として説明されるであろう。すなわち、自律を自己規制と定義できるとすれば、法とそれが対象とする社会的部分システムの二重の自律の中で、他者規制としての立法は困難に陥らざるをえない。法による社会紛争の解決が高度にシステム内在的に、法による自己規制として構成されるのに対して、個々の事例を越えて体系的に環境に影響を及ぼすこと、つまり有効な規制、制御が要求される規制法の場合、困難は倍化される。閉じられた法システム内で法律行為は常に法律行為だけを生産し、規範的性質だけが他の行為やできごとに移転される。部分システム、例えば形式的組織においては、組織決定が組織決定によって産出され、経済システムにあつては、支払いが支払いによって産出される。いずれの場合も、外部からの直接的制御は不可能である。法の実効性の低下は、このような二重の作動閉域の存在から説明される。また法による生活世界の植民地化の問題は、外部からの直接的規制による部分システムの破壊として理解される。

それでは一体法による社会制御は、そもそも不可能なのだろうか。法はいかにして法の閉鎖的循環の壁をくり抜き、

部分システムの閉鎖的循環の中に侵入すべきなのか。本章ではこの基本問題をめぐる議論を、G・トイプナーの自省法 Reflexives Recht による社会制御の構想を中心に整理する。

## 第二節 自省法による社会制御

### (1) オートポイエシスと自律<sup>9)</sup>

トイプナーは、規制法の失敗に関する従来の説明に対し、オートポイエシスモデルによる説明が理論的に優れている点を以下の三点にまとめる。

第一は、オートポイエシスモデルによってシステムの閉鎖性が強く把握される点である。従来の議論では、法と社会的現実とは相互に近親性をもっていることが論証なしに前提されていたが、オートポイエシスの観念がこれを初めて問題視した。立法モデルはもはや単純にインプット→アウトプット図式にしたがって、あるいは法と社会の情報交換として理解することはできない。同一の法規範は同一の社会変化をもたらすという直線の因果関係の観念は、放棄されねばならない。社会の部分システムにおいて秩序を形成するのは、立法ではなく、むしろ立法と高度に選択的に関わり、立法を自らの独自の秩序の樹立のために恣意的に用いる部分システムである。

第二は、規制される社会領域の自律は、従来規範的メカニズムか非規範的メカニズムを通じてなされる自己規制として理解されてきた。これに対してオートポイエシスモデルは一層正確な自律概念を提起する。すなわち自律とは循環性である。その場合二つの理解が区別される。一つは、自律をシステムの要素の自己生産の循環性に限定してみる

見解である。これは狭義のオートポイエシスである。例えば経済システムの自律は、支払い行為の自己生産に存在するとみる。もう一つの理解は、自律を社会的自己準拠一般の循環性の内にみる見解である。経済システムの自律は、その要素（支払い）のみならず構造（価格）においても、また自己観察の形式（経済理論、経済政策）においても存在するとみる。つまり社会的現実において、操作、過程、システムが自己自身に関連しているところではどこでも、外部からは決定されえない自己決定の連関 $\parallel$ 自律が発生すると考える立場である。前者に与するのがマトウラーナやルーマンであり、女性は妊娠しているかしていないかのどちらかだ、とされる時、オートポイエシスにまげることのできない堅さが付与される。これに対してトイプナーは後者の立場に立つ。社会システムは、自律的かそうでないかのいづれかというよりは、自律の程度が区別されねばならず、社会システムが操作や観察においていかなる程度で自己準拠的循環を形成しているかに応じて、立法が直面する問題も異なってくる、と理解される。

最後に、立法およびその他の外的介入に対する社会の自律の抵抗がどこにあるのかということの正確な説明が与えられる。例えば社会規範と法規範の紛争という視点からの説明に対し、小さな自己準拠操作から全システムのオートポイエシスにいたる循環の維持の観点が重視される。外部からの制御に対する社会的部分システムの抵抗は、①部分システムの環境適合への無関心、②この無関心に反応する政治的制御措置への部分システムの免疫性、という二つの異なる現象において出現する。

以上のようにオートポイエシス概念によって正確に捉えられた部分システムの自律の現象に直面して、立法は自省法の思考手段を使いながらこのハードルをいかに越えることができるのか。法と社会の高度の自律性にかかわらず、

社会に対して法を定立することがな可能なのか。トイプナーの解答は、慎重である。ハードルを越えることはできない。回り道、抜け道、回避戦略だけが可能であり、自省も、せいぜいハードルのありかを一層明瞭に可視的なものとし、おそらく若干の迂回道をつけることができる程度だとされる。この控え目な評価は、繰り返しになるが、オートポイエシス理論によって従来の考え方より厳しく法と他の部分システムの自律を認識することからきているものと思われる。しかしながらルーマンとは違い、自律の程度を認める立場から、右の理論問題を解明困難なディレムマとは考えず、法による社会制御を基本的には、法の操作的閉鎖性と環境開放性を媒介する情報と干渉 *Interferenz* を通じて遂行可能なものと捉える。但し立法者による直接的介入は不可能であり、間接的介入のみが可能である。トイプナーは三つの解決策を分類しつつ検討する。

(2) 解決策 I：相互観察 *wechselseitige Beobachtung* <sup>(10)</sup>

認識論上の構成主義<sup>(11)</sup>によれば、環境は実在するが、認識するシステムは環境への直接的通路をもたず、ただ観察するだけである。観察とは、一般的な意味とは相違し、厳密にシステム内の事象として理解されるべきものである。システムが内的操作に差異を導入し、この差異によって何かを表示すること、これが観察の意味である。

さて右の構成主義の基本線にしたがって法操作を再構成するとどうなるか。法的コミュニケーションは、「法的現実」をいわゆる「法命題」の構成要件において構成する。構成要件メルクマールは、法固有の表示を許す法固有の差異付けである。法的包摂過程においては、情報が環境から法へと移転され、これが法において蓄積された情報と付き合わされる、と一般には理解されているがそうではない。むしろ二つの別様に構造化された内的操作過程、すなわち規範

的要件に関する解釈的解明と、事実に関する事実産出的解明が相互に関連させられる過程である。証明方法に結合された「硬い事実」の収集である事実の確定は、まさしく強度に法システム内在的な事実構成として理解される。現実の外的世界からの影響は、内的選択過程（法固有の概念的区別、法固有の検証手続等）を刺激するだけで、それ以上のものではない。価格統制法を例にとってみよう。法は経済に対して価格凍結を命令する。かような価格統制法は一般には経済への明確な直接介入と理解される。しかし構成主義の見方からすれば、これは単なる観察行為にすぎない。法は価格統制規範によって自身の固有の操作だけを観察し、経済が機能するありようを思い描くにすぎない。システム準拠を逆にしても事態は同じだ。経済システムは、法規範を経済的計算の画面で観察し、費用便益計算内部の地位として取り扱う。かかる「経済実務的」法意識は、この間「効率的契約不履行」および「最善サンクション」の標語の下で、経済理論に入り込んだ。「経営者は、経済規制法に、まさにそれが存在しているがゆえに服する倫理的義務を持たない。彼らはこの法の重要性を決定しなければならぬ。——最善サンクションの考え方は、経営者は、そうすることが利益になる場合には、法を破っていいというよりは、破るべきだという想定に立っている。」<sup>(12)</sup>

こうして構成主義の観点からすると、法の経済への介入は、二つの閉ざされた自律的なコミュニケーションシステムの相互観察とみなすことができ、ここでは直接的接触の可能性はなく、自己規制による他者規制として立法を見ることができるだけである。

(2) 解決策Ⅱ：干渉 Interferenz による接続<sup>(13)</sup>

さてルーマンは、自身を自分だけが規制できるオートポイエシスシステムが他のシステムをいかに規制することが

できるのかという問題を、理論的にはなお充分に解明されていない問題とみる<sup>(14)</sup>。一方でいかなるシステムもその環境において操作を行うことはできないという事実が、システムは外の現実へ何らかの仕方で接近でき、環境はシステムの構造を特定できるのではないかとする伝統的観念をぶち壊しており、他方で複雑なシステムの構造が形成されればされるほど、構造化された環境がシステムを制約するという想定が要求される<sup>(15)</sup>。このディレマはいかに解決されるのか。

第二章一節でみたように、ルーマンはオートポイエシスシステムに組み込まれた操作的閉鎖性と情報の環境開放性の分化を利用して、間システム関係を直接結合に持ち込もうと試みる。すなわち法システムは、規範的に閉じられており、認知的に開かれている。法システムは「認知的質」<sup>(16)</sup>に關し環境と調整する。この方法についてトイブナーは、自己準拠システム理論の中心的想定と矛盾をひきおこすものとみる。すなわち、環境から物質とエネルギーを引き出し、現実的な交換関係をその環境との間で形成する有機体と違って、認識システムは、その認識の環境開放性にかかわらず直接的な環境とのコンタクトを意のままにすることはできない。認識によって情報が密輸入されるわけではなく、コミュニケーションシステムは、自身で作り上げた現実とのみ相互行為を行うのである。

その後ルーマンは右のディレマを別の方法で解決しようと試みて<sup>(17)</sup>いる。二つの環境連結のメカニズムが区別される。一つは物質性連続 materiality continuum と名付けられたメカニズムである。社会システムは、原子によって固められた物質の構造、有機体の生命、精神による認識をその物質性連続として前提としており、意味システムとしての社会システムにとってこれらの環境は物質的・エネルギー的基礎であり、社会システムに対して大きな影響を行使

する。あらゆる社会生活はこの環境と両立しなければならぬ。その限りで環境は単にシステムに固有の構成であるにとどまらず、作用力をもった現実である。この物質性連続によって社会的コミュニケーションは法コミュニケーションを担い、社会の一般的構造とりわけ言語を法に媒介し、社会の現実的構造への法の参加を保証する。第二のメカニズムは、いくつかの意味システムにおける出来事の同時発生である。これによって自律的に作動するメカニズムの相互浸透 interpenetration が可能となる。つまりいくつかの部分システムにまたがる社会的出来事は、法およびその環境である部分システムのそれぞれで選択的に（当該システムの固有の観点から）処理されるが、この同一の社会的出来事によって、法は社会の他の分野と結合されている。ルーマンはこのように二つのメカニズムを用意することにより、自ら提示した自己準拠システムとしての法システムが抱える基本問題解決の筋道を提起する。

トイプナーは、ルーマンが物質性連続の構成を、社会とその部分システムの関係に適用する点に異議を唱える。もともと物質性連続も、物理学、化学、生物学、心理学の分野で用いられる概念であり、ここではシステムが連続性から、創発的なシステム構成要素（操作、構造）を形成すること、すなわちシステムと連続性は、共通の操作や構造を持ちえないことが前提とされている。ルーマンはそのことを一般的には承認しているが、法システムに則しては、社会の一般的構造（言語、現実構成）が法に媒介されるとしており、物質性連続の理論的理想と矛盾をきたしている。もちろんトイプナーは、法と社会の一般的構造が、ルーマンの指摘する関係に立つという事実それ自体を否定するわけではない。法とその社会的「下部構造」の関係が、極めて特殊なものであるがゆえに、かかる関係はシステムと物質性連続の一般的関係に包摂することができず、独自の概念形成が必要だ、というのがトイプナーの批判の骨子であ

る。ルーマンの提示になる法とその社会的「下部構造」の関連の視点に依拠しつつ、しかしこれを物質性連続によってではなく、別の理論装置で説明を試みる点が、トイプナーの独自性といえるであろう。それでは別の理論装置とはいかなるものか。ここで第二章で紹介した法の超循環、あるいは自律性の段階的把握の観点が生きてくる。

トイプナーは、閉ざされた自己観察循環から抜け出す道を、包括的なオートポイエシスシステムの内部で自己を分化させた同種のオートポイエシスシステム間の相互干渉 *Interferenz* に求める。社会的部分システムの場合、環境との接触は二つの局面が区別されねばならない。社会内的環境（他の社会的部分システム）と社会外的環境であり、後者との接触にあつては、認知的な観察関係だけが可能であるのに対して、前者との間では一種の直接的環境接触が可能である。相互干渉による橋渡しによつて社会システムは、観察するだけでなく、同一のコミュニケーション的出来事を通じて相互に接合されている。それは次の三つの理由からである。①社会システムは同一の基本素材である「意味」を用いている。②それはいかに特殊な形態であれ、コミュニケーションをそれぞれのシステム形成の要素としている。③任意の社会的部分システムー相互行為、組織、機能的部分システムーにおけるいかなる特殊コミュニケーションも常に同時に一般社会的コミュニケーションである。

あるオートポイエシスシステムが内的に部分を次のように分化させた時、すなわち部分は部分で自己準拠的閉鎖性の意味における自律を獲得するように分化させた時、高次秩序のオートポイエシスシステムが発生する（超循環）。この部分システムはなるほど創発的進化的要素を構成するが、かかる要素は第一次秩序のオートポイエシスシステムの「素材」と同一の素材からなる。これは確かに新しい要素（法律行為、支払い等々）だが、しかしそれらは社会的



コミュニケーションにとどまり、同一の現象領域（社会）に属する。社会的部分システムは、社会的コミュニケーションの流れを利用し、この流れから特殊コミュニケーションを新しい要素として引き出す。例えば法システムは社会構造（予期）を法規範樹立のために用い、社会的な現実構成を「法的現実」のために利用する。なるほどコミュニケーション上の統一性、構造、プロセスが新しく構成され、循環的に相互に結合されるが、しかしそれはなお社会的コミュニケーションにとどまるのであり、まさしくこのことが、法の超循環の意味するところである。

以上のことからトイブナーは次の結論を導出する。すなわち社会的部分システムのコミュニケーションは、少なくとも同時に二つの循環過程、一般社会的コミュニケーションと機能的部分システムの個別循環過程に参加している。部分システムの要素と社会の要素は個々のコミュニケーションにおいて一致し、こうして法と社会は相互に結合可能となる。

一般社会的コミュニケーションに関するルーマンの分析を借りれば、以上のことは次のようにより正確に構成できる。一般社会的コミュニケーションは情報、伝達 *Mitteilung*、了解 *Verstehen* の統一体からなる。<sup>(18)</sup> 法コミュニケーションはこの内の情報部分において法／不法に特殊化されている点、および法システムがコミュニケーションの流れから、社会とは違った基準にしたがってシステム統一性——法変更を引き起こす行為——を構成する点においてのみ、法システムの特異性が示される。換言すれば、コミュニケーションの了解部分と情報部分はそれぞれのシステム準拠にしたがって異なるが、伝達部分は法においても社会においても同一である。

### (3) 選択策 Optionspolitik<sup>(19)</sup>

相互干渉は以上のとおり閉鎖的部分システム間を繋ぐ長所をもち、自己準拠システムがかかえるディレムマを克服する道を示すものだが、同時に、動機問題という短所をも生み出す。法システムにおいては規範は妥当するか否かであるが、法規範の社会的実効性には実際には程度の差がある。法コミュニケーションの動機価値は、生活世界のコミュニケーションにとっては周知の通り極めて低い。それは例えば道徳的強要や、法の真実に対する確信、暴力によって支えられた権力の投入にサンクションといった他のコミュニケーション媒体を通じて強化されねばならない。したがって法と生活世界の相互干渉は、脱分化効果を代償とする。この動機問題は、法が生活世界を植民地化するだけでなく、他の機能的部分システムや形式的組織へと膨張する時、一層深刻なものなる。

トイプナーは、右の問題に極めてスマートな解決を与えるものとして、契約と権利という古くからの制度に着目する。契約においては三つの行為——法律行為、生活世界行為、経済行為、——が一度に生じる。契約は、処理としては支払い行為であり、義務としては支払い行為を拘束的に表示するものだから常に経済コミュニケーションであり、またそれは法状態を変更するのみならず、新しい法規範を生み出すから常に法コミュニケーションである。さらに契約は、常に生活世界における交換の一般社会的コミュニケーションにとどまる。この観点からすれば契約は、個人の契約自由の意味における古くから知られた私的自治というよりも、むしろ法と経済それぞれのシステム自律の結合ということになる。つまり法による経済の拘束は、裁判や行政の場合と違い、その都度生産される必要はなく、法拘束はむしろ経済システム自身のプロセスによって誘発される。経済システムにおいて構造的に誘発された自己拘束により、システムは同時に外部で定立された拘束に編み込まれることになる。以上のことは権利にも妥当する。また契約

と権利は「命令・制御」規制とは異なり、単なる選択 Option を経済の自由に任せるメカニズムでもある。この選択権を行使するかしないかは各人の自由だが、選択した場合にはその条件に拘束される。両者は、法の環境システムにおいてコミュニケーション的連結行為を作動させるためにシステム相互干渉を用いるのではなく、反対にコミュニケーション的連結の必然性を放棄することによって動機問題を回避する。

トイブナーが考える戦略は、この契約と権利が持つメカニズムを一般化し、観察と相互干渉を結合することにより自省法概念を一步進めようというものである。法は「選択策」を發展させ、同時にこれを規制対象である部分システムによる法の他者観察において修正することにより、規制のチャンスが高めることができる。すなわち法は特定の状態においては、包括的規制を放棄し関係者が使用することができる秩序付け機能だけを設計することに後退する。そうした場合、いかなる結果が生じるだろうか。

ここで狙われるのは、柔軟で適合能力のある法政策である。法は社会的要請に適合していれば使用されるし、そうでなければ使用されない。その結果権威ある行動予期の意味における行為の真の規範化が放棄され、法規範の理解に対する重大な帰結をもたらす。このような法は行為の制御には適合するが、予期を確保し紛争を規制する力を失う。また法が部分領域で社会的環境規制の要請を放棄し、関係者による利用に任される秩序設計に満足する場合、法は規制されるシステムに全てを委ね、そこでの進化に賭けざるをえない。これに対しては、このような法は現状を固定するもの、あるいは権力者にその権力を増強させる可能性を与えるものにはかならないという非難<sup>20</sup>が生ずる。かかる批判に対してトイブナーは、右のような秩序の供給に条件を付すこと、あるいは別の介入メカニズムと結合させ

ることによって、指摘される弱点を相対化できると考える。第一に、「一つの選択がなされねばならない」という一般的な規制を同時に行いながら、秩序選択を提供する。第二に、魅力的な権限を規制と結合させる。例えば、団体に対して特権を付与すると同時に団体の内部秩序の規制を行う。第三に、別個のシステム論理に属する制御刺激を結合させる。例えば法的負担の下での補助金の支給。

(4) 解決策Ⅲ・組織を通じたシステム接合<sup>(2)</sup>

社会の大きな部分システムー政治・法・経済・学問ーは、それ自体としては行為能力をもたない。部分システムはコミュニケーション能力を作るために行為能力ある組織を必要とする。この形式的組織は、集団的行為者として機能的部分システムの境界を越えて相互にコミュニケーションすることによって初めて可能となる。ここでトイプナーがインターステム関係として念頭に置いているのは、団体交渉や協調行動といった、ネオ・コーポラティズムと称される現象である。形式的組織もコミュニケーションを要素（組織決定）として利用している。組織決定と法コミュニケーションとが重なる場合にのみ、両者は結合しうる（相互干渉）。この意味で両者の結合も相互干渉を通じるものであり、動機欠陥も当然生ずる。しかしトイプナーは「命令・コントロール」規制に対するかかるコミュニケーション迂回策（交渉システムを通じた制御）がもつ魅力を、それが間接的ではあるが、個々の部分システムにおける中心的自己制御メカニズムへの干渉の道を開いている点に求めている。ネオ・コーポラティズムの交渉をどう理解するかについてはさまたまに議論があるが、右の評価は、次のような理解を前提としている。すなわち、ネオ・コーポラティズムの交渉

とは、それぞれの部分システムの中心的制御機関の内部的な外的世界モデルを相互にすりあわせることであり、それによって他のシステムの機能を顧慮しつつシステム本来の可能性を制約する側面を強調するものである。

この局面では法の役割は、組織形式、手続、組織内の関係、組織間の関係を処理することに限定される。法規範が、かかる交渉システムの前提条件の準備に特に照準を合わせる時、ここでも反省的思考の強化を観察することができる。トイプナーは、ネオ・コーポラティズムの制度的分析を「反省的」立法政策の観点から行うことの意義を高く評価し、この立法政策の目的が「内容的規範形成プロセスの領域における社会的自律を、……交渉地位の法による付与を通じて、すなわち民主的コントロールと同時に一般的公的監視の下に置かれた国家的制御の最も間接的な形式を通じて確保」することにあるとする、I・マウス<sup>(22)</sup>の見解に賛意を表す。

### 第三節 自省法モデルの若干の事例

トイプナーは、実質的規制法による社会制御の限界という事態の中で、これにかわる社会制御の戦略としての自省法をモデル化しようと試みているといつてよいが、そのモデル化の発想の根拠を既に存在するいくつかの法現象、あるいは法的論議の内に求めている。本節では、自省法の具体的イメージを得るためにも、発想の出所となっている事実との関連を探ることにしたい。

#### (1) 企業責任に関する議論

自省法モデルを帰納することのできる法現象の一つとしてトイプナーが注目するテーマに、企業制度 Unter-

nehmensverfassung」のモデルに関する学術議論がある。

ドイツにおいては企業の社会的存在意義がはやくから認識され、株主と会社債権者の利益保護を目的とする古典的株式会社法ではとらえきれない社会的存在たる企業をそれ自体として認識する、企業制度論が展開されてきた。<sup>(23)</sup>特に一九七六年に制定された共同決定法は、これらの議論の制度的実現を図るものとして極めて重要な意味をもつ。しかしトイプナーは、企業制度のモデルに関する議論があまりに共同決定に傾斜しすぎている点を批判し、企業制度の法をむしろ共同決定のパスpekティヴから解き放ち、体系的に企業の社会的責任に準拠させるべきだと主張する。<sup>(24)</sup> 何故なら、共同決定が想定する経済民主主義は、当事者（被用者）の参加に照準を据えるものであって、企業とその構成員の内部的パスpekティヴに限定されており狭すぎるからである。それは経済組織の社会的機能の観点を欠落させている。共同決定を正当化する根拠の一つは、資源提供者が平等に企業制御に参加できるという論理である。その古典的モデルは、いうまでもなく私的所有権であり、支払う者が制御するという原則だったが、これが労働組合運動に攻撃され、労働資源にも企業制御の正当化の論理が適用されるようになった。すなわち企業における制御権への資本と労働の同権的参加は、労働と資本という要素が均等に企業成績に貢献していることよって正当化されると主張されるのである。これに対してトイプナーは、生産に関わる決定を、資源提供者（資本家、被用者、経営者）にのみ帰着させることは、正当性をもたないと批判する。共同決定運動によつて極めて有効に批判された、（所有と経営の分離という周知の傾向によつて既に緩んでいた）資源と制御の連結が、ほかならぬ共同決定自体によつて再び固定されることになるからである。特権的な資源所有と排他的な制御権の分離こそが必要だとされる。トイプナーはこのよ

うな共同決定制度が孕む限界を越えようとする試みとして、P・ウルリヒの「大企業—準公的的制度」論<sup>(25)</sup>とCh.スト  
ウンの企業構造改変に関する提案に注目する。

ウルリヒは企業秩序の古典的自由主義による正当化の根拠を、資本所有者の意思の内ではなく、国民の福祉および集团的利益に対して果たす企業の機能の内<sup>(26)</sup>にみる。そこで企業への批判も、企業の現実がこの古典的モデルから乖離している点に焦点が合わされ、企業制度に関する規範的提案もしたがってかかる乖離の克服に向けられる。そのためには、企業構成員のための組織的民主主義確立の要請だけでは十分でなく、むしろ重視されるべきは「社会関連指標」すなわち「被用者・資本家・国家に対する、国民経済上の分配機能、雇用機能、収益・所得機能、構成員とその環境へのエコロジー上の影響、社会文化的効果等々」ということになる。このようにウルリヒの企業制度論は、企業外的観点すなわち企業の社会的機能から構想されている点で、共同決定にみられる企業内的視点の偏狭さを乗り越える方向を示しているというのがトイプナーの評価といつていい。ウルリヒは多元主義的な企業制度の機能を、それが初めから（企業）外的利益として理解されている利益、動機、目的を制度的に経営の中に内部化することと見ており、これを実現する具体的な企業制度法上の機構として、単に利益代表・監査機関（監査役会システム）においてのみならず決定・執行機関（ボードシステム）において直接設置されるべき四者システム（資本、経営、公共、被用者）の必要性を説く。その際企業の社会的関連は、公共の代表において最も明瞭となるが、この公共の代表は、経済・社会・環境・消費者保護官庁によって共同で形成される特別委員会から（企業の）管理委員会へ送り込まれるものとされる。公共の代表が果たすべき機能は、管理委員会の決定基準へ企業活動の社会的影響を組み込むことと、国家の経

済コントロール機関と個々の企業を繋ぐ「連結ピン」としての機能である。

ここで注意しなければならないのは、ウルリヒにおいては企業の社会的機能に視点を置いた以上のような多元主義的企業内の構造化の具体的提案も、国家による経済コントロールの下で、外的な経済制御の有効性を担保する補助的メカニズムとして位置づけられているにすぎないことである。介入の必要性和操縦の方向性のための基準選択の困難性が、国家的経済操縦の難事として認識されているにもかかわらず、この困難を打開する方途として示されているのは、外的操縦機関の学習に志向した注意深い政治的措置ということだけである。

これとの関連で企業の社会的責任も限定的に理解されている。すなわち企業責任とは、企業、経営者の道徳的に動機づけられた任意の責任であり、私的経済活動がもたらす望ましくない影響が、責任を持つ者の個人的で道徳的な努力によって妨げられ得ることとされる。その非現実性、イデオロギー性がウルリヒにおいては比較的単純に前提とされており、全社会的な構造への影響に関する、政治的に行為する経営者の個人的な信条決定に依存することは、経済的には非効率的、政治的にはエリート主義、法的には制御不可能と批判される。したがって企業が果たすべき社会的課題の充足は、企業家や経営者の任意に道徳的に動機づけられた責任によるよりも、主要には国家・法による措置によって確保されうると考えられている。こうしてウルリヒの準公的企業論を構成する三要素―企業制度、経済制御、社会的責任―は統合されておらず、国家による経済制御が第一義的機能を果たすものとされるのに対し、多元主義的企業制度は、支援メカニズムとして二義的役割しか与えられておらず、企業の社会的責任はさらにその下位に経営者の職業エリートスとして位置づけられているにすぎない。



トイプナーは以上のようにウルリヒの議論を整理しつつ、そこにおける国家による経済制御の安易な優越性の強調を排すことにより、多元主義的企業制度の提案を救い、これを発展させる方向性を探ろうとする。それは自律的で学習能力のある社会システムの制度としての企業制度である。かかる社会システムは、その具体的な行為結果ではなく一般的な構造が社会との関連で規範化される。問題は、国家の行為を実質的規範化の負担から解放し、社会的責任を経済システム自身に、とりわけ企業の決定構造に内在化するような、内的自己規制の外的規制が考えられるか否かであり、そのために必要なことは「道徳か法か」の選択ではなく、企業に対しその活動の社会的帰結を顧慮するよう促すために、法を熟考しながら投入することだとされる。換言すれば、問題なのは社会的責任を単なる倫理的要請としてではなく、また外的官僚的なコントロールを通じてでもなく、直接的に決定過程、目的形成過程に統合させることである。トイプナーは、このように問題を定式化することによって、社会的責任の機能問題を事実上、ウルリヒとは逆に、企業制度の構造上の解決をもって第一義的に対処する方向を選択する。

さてまさしくこの方向での内的組織構造変更の提案をしているのが、C.F. ストーン<sup>(26)</sup>の研究である。ストーンは、内的組織構造を外的に規範化することによって間接的に操縦するために法を投入することを考える。法の機能はしたがってウルリヒの場合のように企業の外的な行為制御として考えられてはおらず、内的な自己コントロールに対する外的刺激として理解されている。具体的な改革提案としては、新しい種類のコントロール権限、決定権限の法的制度化、すなわち「一般的公共取締役と個別的公共取締役」が提唱される。これが果たす機能は、①「超利己機能」…経済行為がもたらす社会的結果に対する反省、②「法的監査」…企業における国家法の執行をコントロールするプログ

ラムの監督、③立法との結合・法律および経済的諸基準の提案、④重要な内部システムの効率性コントロール、⑤「ホットライン機能」・企業領域からの批判的情報の収集、⑥「インパクト研究」・生産の社会的作用に関する情報収集、⑦企業とその環境間の情報の交換、⑧企業指導の代表構造の監督、⑨長期的な企業利益の確認、である。このように複雑で多元的な「公共の利益」を組織の唯一の官僚的機能機関に管理させるという難点に対しストーンは、内部分化、個別化によって対処しようとする。すなわち経済行為が慢性的に生み出す問題（例えば技術革新、安全性、環境汚染、国際関係）については、個別的公共取締役としての独立の専門家を投入することが提案される。これは法によって役割間紛争を意識的に導入するものであり、企業外の利益保護を企業内の権力と情報に結合させることが狙われている。しかしこれには役割紛争の限界、企業内部の矛盾といった問題が付きまとう。「個別公共取締役」に最大限の情報と権力を与えること、つまり企業ヒエラルヒーにおける可能な限り高い地位を付与することによってこの問題への対処が考えられている。さらには経営組織のヒエラルヒーの諸段階に、特定の社会問題に関する種々の行為プログラムの作成や内部的コントロール権限の設置を法、判決、行政行為によって要求すること、あるいは情報システム設置の強要等が提案される。

以上のようにストーンは、企業の内的構造改革案を、ウルリヒのそれよりも徹底した形で発展させている。改革は、社会的利益・要請を企業の構造に取り込むためだが、それでは一体いかなる社会的要請が正当なものとして選択されるべきなのか、また選択された正当な要請の内いかなる要請が、組織内にまた場合によっては法形式に持ち込まれるべきなのか。トイプナーの評価によれば、多元主義的思考に常に伴うこの中心問題にストーンは明確に答えてはいな

い。これに関しては、社会の要請を例えば市場に媒介された消費需要に限定する議論もあるが、それでは狭すぎる。むしろ「ゴライザー」による企業概念の二元的構成——企業の最終的的目的は、企業固有の観点すなわち株主、経営者、従業員の観点と、社会的生産と国民の福祉の増進のための全経済的観点の二つの観点から決定される——が示唆に富む<sup>27)</sup>。法的企業概念は、二つの観点からの目標定立に関して中立でなければならず、最終的にどちらの観点が優先されるかは、経済政策上の決定にかかわる問題であり、国家の経済政策が私的な利潤追求と公共に対する経済的配慮のバランスを形成するものとされる。しかし現実には国家の経済政策は両者のバランスを作り出すことはできず、それは経済システムにおける参加集団のコミュニケーションによってのみ自ら形成されねばならない。その場合国家の経済政策、法的規範化の役割は、間接的、抽象的構造条件によって経済内的なバランス形成に外部から刺激を与えることに限定される。

トイプナーはかかるテーゼをシステム理論とりわけルーマンによる三つのシステム関連、すなわち全体システムに對する機能 Funktion、他の部分システムに對する機能 Leistung、自己に對する關係としての反省 Reflexion を用いて補強する。まず社会の要請を市場に媒介された消費に限定する既述の議論は、消費に對する企業の關係の局面すなわち部分システムに對する機能としてのシステム関連しか視野にいれておらず、経済の全体システムに對する機能の構造連動が欠如している。経済の全体システムに對する機能を將來の需要充足の確保として定義すれば、企業の機能遂行は、消費に對する最大限の需要充足ではなく、生産過程からの可能な限り多くの収益を、將來の需要充足の確保に運用することである。しかしだからといってこのことは、機能の遂行が、消費需要の充足の犠牲の下で一方的に強調

されうるといふことを意味するわけではない。企業の全体システムに対する機能の正義と、部分システムに対する機能の正義の調整の過程が必要だといふことである。

ここでトイブナーはライザーによる企業の二元的構成を、Funktion と Leistung というシステム理論上の用語に翻訳しているのだが、そうすることの意味は一体どこにあるのだろうか。それは、システム理論を用いることによって企業の公共に対する経済的配慮と私的利潤追求、つまり Funktion と Leistung の「バランス」調整が、何故国家による経済政策や法的規制によって外部からなされえないかが明瞭に説明できる、という点にあるとされる。すなわち機能的分化が一定の程度に達すると（ここでは経済システムの、政治と法に対する分化）、Funktion と Leistung の分離が徹底し、その結合は部分システムの内部においてのみ可能であるとするシステム理論のテーゼが、上述の「企業責任」の新しい理論化を促した「市場の失敗」と「政策の失敗」現象を説明する、理論的基礎だといふことになる。したがって Funktion と Leistung を仲介する課題は、新自由主義の教義である「基本決定」や介入主義における国家の計画決定などの、先行する政策の決定によって遂行されえず、機能システム自身における、外部からの刺激を受けた反省能力によってのみ達成される。両者の同調においてシステム内の反省は、環境の利益のためにシステム固有の可能性を制約する課題を引き受けなければならない。企業制度の社会的制約は、したがって矛盾する二つの要請によって表示されるのであり、この要請は外的刺激を受けた内的反省によってのみ媒介され、調整される。企業利益というキー概念も、この二重の要請に向けられねばならない。すなわち企業利益は、単なる内部の論議による合意プロセス（例えば共同決定）でもなければ、消費者の利益に経済活動の照準を合わせることもなく、また生産性の向上でも

利潤の最大化でもない。企業利益は、企業の Funktion と企業の Leistung の最善の同調を可能にするような合意プロセスのための組織構造をつくることに注意をむける。こうしてトイプナーは、企業の具体的行為を直接規制するのではなく、私的利潤追求と公共に対する配慮を企業内部で調整する反省メカニズムとしての企業制度Ⅱ構造を規制する法の構想に、自省法の一つのモデルを見出している。

(2) 団体行為者 corporate actor としての企業

自己準拠——超循環——オートポイエシスの視点からは右の企業構造をめぐる問題にいかなる接近が可能だろうか。企業の社会的責任論は、企業の全参加者（所有者、経営者、被用者）による合意・利害調整の制度がもつ限界を乗り越えようという問題意識に裏打ちされている。そこで企業それ自体を、その構成員から切り離して観念できる理論が求められることになる。トイプナーは、それをオートポイエシス理論に求める。<sup>(28)</sup> 企業は形式的組織の一つだが、トイプナーはこの形式的組織の形成を、法システムの形成と同様に自律の三段階（相互行為、集団、組織）を区分しながら説明する。まず単なる相互行為から集団を区別するのは、システム構成要素の一つの自己準拠的構成、すなわち行為システムの境界の構成である。相互行為においてはシステム境界は参加者がその場にいあわせることによって、いわば自然発生的に形成されるのに対し、集団においてはそれは、システムにおける成員資格として、反省的コミュニケーションにおいて定義される。行為システムの境界としての成員資格の自己描写が、実際に操作的に使用される場合、集団は自らを自律的な行為システムとして自ら構成し、この成員資格基準の操作的使用によって自身を他の連関から区別することになる。さらに集団の自律は、境界だけでなく他のシステム構成要素を反省的コミュニケーションによつ

て新たに構成することによって強化される。「我々―意識」やその他の集団イデオロギーがシステム同一性の自己構成に貢献し、内的に確定された集団規範を通じて集団は、自己組織的にその構造を生み出す。また集団儀式においては自律的なシステム手続が構成される。しかしこれらの構成要素の自己進捗的循環は、第二義的なもので集団の自律の程度を上昇させるに止まる。構造上主要な契機は成員資格による境界設定である。

― 集団はその成員の変動に左右される (BGB §727 組合は組合員の死によって解散される)。また集団の行為と個人の行為が相互に融合しているため、行為システムの境界は流動的にならざるをえない。集団がもつこれらの未熟さを脱しているのが形式的組織であり、システム構成要素間の超循環的結合のモデルである。形式的組織は、境界と構造の間、要素と同一性との間で超循環的結合を樹立している点で、集団とは異なっている。形式的組織は具体的成員から独立し、システム環境への指示 (例えば目の色) ではなくシステム内の構造、形式的に妥当するシステム規範に依拠することによって、環境ではなくシステム自身が成員資格をコントロールする。逆に組織規範は成員によって変更され、新たに生産される。こうして成員資格は、組織規範と帰属性、より抽象的にはシステム構造とシステム境界の超循環を象徴している。成員資格と組織規範のかかる超循環的關係によってのみ、成員の変動にかかわりなく具体的行為システムの同一性が保証される。

組織によるもう一つの革新を、トイブナーは団体化 *Kollektivierung* であるとし、これによって組織は、集団が実現できない、オートポイエシス組織に必要なコミュニケーション的閉鎖の課題を解決するとみる。<sup>(29)</sup> 集団の場合個々の成員の行為がいつ集団の合意に履われたかに関する、信頼できる標識が充分に発達していない。そこで成員の個人的

行為と集団の行為が不必要に制約されることになる。この問題に解決を与えたのが団体 Kollektiv であり、組織は自らを行為能力のある団体、法人に自立化する。システム論によつて換言すれば、帰責メカニズムを通じた行為と同一性の超循環的結合である。相互行為や集団においても、コミュニケーションがその参加者や成員を「人格」として観察すること、すなわち個人が社会的に構成されたものとみなされ、こうして自己産出されたコミュニケーション的実体に行為としての特定の出来事が帰責されることによつて初めて、出来事がシステムにおける行為となる。したがつて相互行為、集団のレヴェルで既に、環境における出来事との区別においてシステム行為を構成することが、帰責メカニズムとなっているのだが、ただしここでシステム行為は、システムにおける（人格の）行為であつて、（団体行為者としての）システムの行為ではない。後者のように構成されて初めて団体化のプロセスが理解される。団体化とは、ある社会構成から他の社会構成への、つまり自然人から法人への行為帰責の移動にほかならないのである。全体としてのシステムの自己描写が産出され、この構成物にシステムの行為としての行為の責任が帰属する。集団行為と帰責主体<sup>11</sup>行為者は、互いに他を生み出しつつ循環的に結合されている。

以上トイブナーは、団体行為者がその構成員から自立した構造を備える企業組織の進化的特性を、オートポイエシスの概念で捉えることにより、企業がその社会的責任を内在化させる条件を備えていることを論証しようとして試みている、と考えられる。システムとしての企業<sup>12</sup>団体は、個人（所有者、経営者、被用者）によつて構成されているのではない。企業は、その構成要素である境界（構成員資格）と構造（団体規範）および要素（行為）と同一性（帰責主体）の間の超循環的結合を達成していることにより、完全な操作的閉鎖性、したがつて同時にシステムの新しい環境

結合、つまり競合する個別目的の妥協を越える組織目的の定式化を通じた環境の内的構成（全社会的コミュニティへの志向）、換言すればオートポイエシスシステムに典型的な閉鎖性と開放性の結合を獲得している。この特性が次のような法政策上の方向性をささえる条件を作り出している。<sup>(30)</sup> 資源提供者（資本、経営、労働、国家によるコントロール）のいずれも「団体主権」への当然の権利を持たず、原理的に資源所有と団体制御権は切断され、全資源に関する全制御権が、非個人的行為連関の自立化としての「団体行為者」に帰属されることを前提とし、この団体行為者を制度的に強化する法政策である。ここでは効果的な行為強制が、全社会的観点から定義付けられた組織利益において、参加する個別利益に対して付加される。すなわち利潤動機が、持分所有者から「企業それ自体」へと移動する可能性が団体構造の内に読み取られ、そのことが後期資本主義における企業集積への道を開くとともに、それが公益へと志向する期待をも展望させるものと評価されているのである。<sup>(31)</sup>

(3) 環境保護のための経営内授託委員 Betriebsbeauftragte の事例

自省法の発想の根拠は、法的議論のみならず、現実の法制度にも求められる。主要な連邦環境法（イミシオン保護法、水質管理法、廃棄物処理法<sup>(32)</sup>）に導入されているイミシオン保護、水質保持、廃棄物処理のための経営内授託委員制度を、その代表例としてあげることができる。

この制度の導入を準備した一人である、E・レービンダーによれば<sup>(33)</sup>、立法者の目的は、伝統的な介入主義的規制を補完すべく、環境に志向した企業の行為変更を惹起するため、「協力モデル」として構想される新しい制度を創設することであり、経営内受託委員を経営体の人間として、すなわち経営体の環境保護のコントロール機関として制度化



することが、立法者によって決定された。委員の役割は、①監視機能（法律遵守の監視、特に規則的なコントロール、測定、欠陥除去のための提案）②改良機能（環境親和的工程と生産物の発展、導入、適用、環境に重要な投資決定についての立場決定）③コミュニケーション機能（経営構成員の教育、啓蒙）④代表機能（官庁との接触）である。委員の権限は企業内での助言にとどまり、決定権限をもたない。委員の法的責任も弱いものにとどまり、任務懈怠は、特別の刑罰・罰金の構成要件とはならない。委員は、所轄官庁の直接の干渉なく、取締役会によって任命される。法は、委員の資格要件を規定しており、その維持は官庁のコントロールに服する。不利益処分禁止の規定は、委員としての活動を理由とする解雇等からの保護を内容としており、企業内における地位の確保は対象とされていない。

かかる制度が実務においていかに機能しているかにつき、レービンダーは経験的調査報告に基づき、次のようにまとめている<sup>(34)</sup>。まず制度の導入については、法の目的が達成されたと評価される。大部分の該当企業が法律の施行後直ちに委員を任命した。委員は、総じて企業ヒエラルヒーの中心、すなわち直接取締役会の下に置かれた。委員に指図権が認められた例も少なくない。大企業では、全企業・経営レビューの委員と、個別事業所レビューの委員が分化し、またコンツェルンレビューの委員も導入された。

委員の任務については、法律では間接的な規定にとどまっていた代表機能（官庁・世論とのコンタクト）と監視機能が、実務では前面に出た。経営内で環境保護に責任をもつ委員に、官庁に対する企業の利益をも代表させることが合目的であることが実証され、官庁もこれに関心をもった。また企業実務のなかで最も高い地位を占めたのは、監視機能であった。これに対して立法者の法政策的観念と、自省法論者の期待からして前面にでるべき改良機能は、実

務上は成果をあげなかった。更に投資決定や施設変更の決定に当たって委員は、しばしば無視された。

実務においては、取締役会と委員の間の紛争が、厄介な問題と受けとめられている。ある調査によれば、大企業の三分の二、その他の企業の四三パーセントにおいて環境負荷・投資の軽減、環境保護措置への融資、生産技術、委員の権限につき、取締役と委員の間で意見の不一致がある。また（特に小企業における）委員の従属性の問題についての内部告発や、委員の企業内の地位保全に関する法的保証の要求も、このことを物語っている。

経営上の環境保護の領域で、委員は企業決定にどれほどの影響を与えることができるかについては、委員は組織上の地位を占めておらず、また環境保護につき取締役から委任されているわけでもないことから、積極的評価は与えられない。むしろ経営上の環境問題の日常処理、官庁からの要請の緩和といった役割にとどまっている。

社会とりわけ力をもった経済システムの自律性が上昇している現状においては、基本的な構造上の変革がない限り、特に環境保護の領域において、国家による経済の外的規制の実効性を即座に高めることは難しい。そこで威嚇的国家規制にかわって、企業内部に、環境保護に必要な内的制御に寄与する人員を強化することが、環境問題の解決にとつてますます重要となる。このような認識に基づいて導入された、環境保護のための経営内受託委員制度は、まさに国家による直接規制にかえて社会の自己規制を制度化する法としての自省法の格好のモデルであるといえる。この制度が実務においていかに機能しているかについてのさしあたりの評価は、右のとおりであり、基本的には環境保護に志向した企業行動を導くことに成功していない、と総括できよう。その原因はレービンダーの分析によれば、受託委員が企業内で十分な権限、とりわけ決定権限をもっていないこと、また環境保護は「非生産的」投資であり、「当然の」

資源ではなく、したがって資本、労働と異なり、企業内に人的な権力基盤が全くないこと、さらには利潤追求に志向する企業利益と、環境保護への二重のロイヤリティーを要求される中で、後者への従事は、兼業的なものとしてしか意識されないこと等である。

しかし逆に官庁や労働組合の代表が要求するように、受託委員に法律上の決定権限を与え、官庁に対する報告義務を課し、解任に対する法的保護を与えることをつうじて、そのフォーマルな権力を強化するとすれば、柔軟で反省的な介入が、ハードで規制的な介入へと変容し、自由意思に基づく自省が、強制による自己介入に解消される危険が生じかねない。この事例から自省法のモデルが実務でその実効性をあげるには、克服すべき困難な課題が多いことがわかる。だからといって自省法のプログラムを拒絶する前に、その可能性についての公正な評価こそ求められている、というのがレービンダーの主張である。

- (1) Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, S. 50 細谷貞雄訳『晩期資本主義における正統化の諸問題』一九七九年 五二頁。
- (2) 堀之内 Eberhard Bohne, *Der informale Rechtsstaat, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstatistikforschung*, Bd. 49, 1981, 等。
- (3) Gerd Winter, *Bartering Rationality in Regulation*, in: *Law and Society Review*, vol. 19 No. 2 (1985), pp. 219-250.
- (4) J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, 3. Aufl 1985, S. 471. Ders., *Die Krise des Wohlfahrtsstaat und die Erschöpfung utopischer Energien*, in: *ders.*, *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985, S. 150ff.
- (5) Claus Offe, *Sozialstaat und politische Legitimation*, in: *Albrecht Randelshofer/Werner Süss (Hrsg.) Konsens und Konflikts. 35 Jahre Grundgesetz*, 1986, S. 127ff.
- (6) Norbert Reich, *Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen*, S. 14f.

- (7) G. Wintler, a. a. O., S. 20.
- (8) G. Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 87ff.
- (9) Ders., a. a. O., S. 93ff.
- (10) Ders., a. a. O., S. 96ff.
- (11) 堀之内 Ernst von Glasersfeld, Einführung in den radikalen Konstruktivismus, in: Paul Watzlawick (Hrsg.), Die Erfundene Wirklichkeit, 1984, S. 19. 堀之内「構成主義の新しい形」は「知識と現実との関係の内にも」として「認識様式や心理等における伝統的理解が、この関係を常に多かれ少なかれ造形的に一致・符合として考察するのに対し、リネイカ的な構成主義は、これを機能的な意味における適合とみなす点に両者の違いがある」と説明する。
- (12) Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, Antitrust Suits by Targets of Tender Offers, in: Michigan Law Review, 80 (1982), p. 1155.
- (13) G. Teubner, a. a. O., S. 102ff.
- (14) N. Luhmann, Einige Probleme mit "reflexivem Recht", in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 6 (1985), H. 1, S. 2.
- (15) Ders., Closure and Openness: On Reality in the World of Law, in: G. Teubner (Hrsg.), Autopoietic Law A New Approach to law and Society, 1987, p. 338.
- (16) Ders., Die Einheit des Rechtssystem, S. 147.
- (17) Ders., Closure and Openness, pp. 333-348.
- (18) Ders., Soziale Systeme, S. 195ff.
- (19) G. Teubner, a. a. O. S. 112ff.
- (20) 堀之内 N. Reich, Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen Theorie von Gunther Teubner, in: Festschrift für Rudolf Wassermann, 1984, S. 151.
- (21) G. Teubner, a. a. O. S. 117ff.
- (22) Ingeborg Maus, Perspektiven ) reflexiven Rechts (im Kontext gegenwertiger Derregulierungstendenzen, in: Kritische Justiz, Jg. 19 (1986), H. 4, S. 404.
- (23) 広渡清吾「社会国家と会社主義」『法の科学』一八号、一九九〇年、七二頁以下。正井章作『西ドイツ企業法の基本問題』一九八九年、参照。
- (24) G. Teubner, Corporate Responsibility als Problem der Unternehmensverfassung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1983, S. 34ff.
- (25) Peter Ulrich, Die Grossunternehmung als quasi-offentliche Institution, Eine politische Theorie der Unternehmung, 1977.

- (26) Christopher Stone, Where the Law Ends, The Social Control of Corporate Behavior, 1975.
- (27) Th. Raiser, Unternehmensziele und Unternehmensbegriff, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 144 (1980), S. 206ff.
- (28) Teubner, Hyperzyklus in Recht und Organisation, S. 113ff.
- (29) Ders., a. a. o., S. 118ff.
- (30) Ders., Recht als autopoietisches System, S. 167f.
- (31) Ders., hyperzyklus in Recht und Organisation, S. 121.
- (32) Bundes-Jammisschutzgesetz 1974, 3. Novelle zum Wasserhaushaltsgesetz 1976, Novelle zum Abfallbeseitigungsgesetz 1976.
- (33) Eckhard Rehlinger, Reflexives Recht und Praxis, Der Betriebsbeauftragte für Umweltschutz als Beispiel, in D. Grimm und W. Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13, 1988, S. 117ff.
- (34) Ders., a. a. o., S. 120ff.

#### 第四章 不確実性の法理論

法をオートポイエシスシステムとして捉える一つのヴァリエーションとして、R.H. ラドウアの戦略的法モデルをラドウアのルーマン批判に則して二章三節で紹介した。本章ではこのモデルについて、それがいかなる法の歴史認識に立脚し、いかなる現代的課題の解決に照準を合わせつつ提起されているものなのか、という点に留意しつつ、さらに検討してみたい。

#### 第一節 法の変容に関する歴史認識——「個人社会」の法から「組織社会」の法へ<sup>(1)</sup>

- (1) 「個人社会」における法——法律の執行モデル

ラドゥアは、一九世紀の法を「個人社会」のパラダイムによつて性格づけられていたとする。そこでは等価交換の市場論理が、一方で伝統的な目的と組織形態からの個人の分離と抽象の上に、他方で法に対し手段（貨幣）と規則の安定化だけを要求する交換の媒体における調整の上に樹立された。もつとも国家の機能は、自由主義の国家モデルの念頭にあつたような、侵害と乱用に対する規制と手段の安定性の維持を保証することに尽きていたわけではない。一方で伝統的なヒエラルヒー的社会モデルとそれに固有の行動様式が残存し、他方で市場自身景気循環による変動を被る。国家の中心的機能は、具体的な歴史的な行為モデルと象徴的な認識構造（市場の行為モデル）の相補的關係を、自ら変化する市場のネットワークに同調させることにあるとラドゥアはみる。このように市場の論理の貫徹が様々な制約に服することを考慮にいれても、制度化された主体的行為類型の多様な「間接的モデル化」が市場を通じた需要発見と需要充足の調整可能性に依拠している限り、「個人社会」の行為モデルと構造モデルのパラダイムについて語る事が可能だ、とされる。

この段階における法は、ヒエラルヒー的執行モデルとして特徴づけることができる。このモデルは、確かに高度の社会変化を可能としたが、しかし次のような仮定の上に立つものだった。すなわち変化は、制度化された法要素のコンピネーションの内部で、将来法典化されうることに、したがって新しいことも「特殊なもの」として一般的法モデルの下に包摂されえ、常にこのモデルの「適用」として表現されうるといふ前提である。

自然科学と同様法律学においても、この社会発展の段階に照応する学問方法論は、分析主義的、還元主義的理論モデルである。国家と社会、知識と行為、科学と実践、規範と現実、モデルと適用といった照応関係の安定化が、分離

図式において表現される。

(2) 「組織社会」における法——戦略的法形成モデル

個人主義的合理性モデルは、二十世紀における複雑性圧力の増大の下で、断片化され部分化された（集団）行為者（政治市場）の体系的統合の持続きモデルにとって代わられた。ここでは部分システムないし要素としてのこれらの集団の、中心を欠く複雑なシステムへの統合は、もはや合理的な普遍的文化的価値の内面化に基づく市民的主体の洞察によってなされるのではない。システムの複雑性のために、戦略的状况によって規定された「接合強制」（ルーマン）への機会主義的な、協調主義的な適合だけが可能だからである。

この社会状況における法的戦略は、「衡量」法、手続モデルとして特徴づけられる。「社会問題」の急増、構造転換のテーマ化の公認、決定問題の複雑性、同意と権限の分裂等々により、法・政治システム内部における調整要請が高度化され、断片化された実務・理論装置の多様性が増大することによって、ヒエラルヒー的法律・知識モデルの、局所的手続的調整形式への転換（演繹的体系的思考から、状況的帰納的思考への転換）が余儀なくされる。すなわち、決定を個別事例に適用されるべき一般的規範性、規範モデルから導出することよりも、諸利益を「相当性の原則にしたがった」協調によって両立させることが目標とされる。ところで手続といっても、それは多義的に用いられている概念である。例えば紛争処理制度としての手続、実体法に対する手続法、法の実定化によって必然的にもたらされる法変化の規制という意味での手続、あるいはまた決定を基礎づける手続。しかしラドゥアが組織社会の法現象の特質として掲げる手続化とは、そのいづれの意味でもない。これによってテーマ化されているのは、法システムの情報量

があまりに上昇したため、情報が、その適用が判例と法律学に任されるところの一般的法命題(実体法)によってはもはや処理されえなくなつた事態である。手続化として表示される現象の新しさは、したがつて規制対象たる社会的実体への、法の状況に応じた同調が、社会的行為者が例えば「憲法解釈者の開かれた社会」の一員になることによつて行われるという点にある。この展開の担い手である連邦憲法裁判所は、行為戦略と常に転変する異質な価値を両立せんと試みる触媒、「社会裁判所」となる。法的規制の社会実体は、ますます個人的行為から戦略的に機能する「組織単位」間の多元的な行為ネットワークへと移行する。かかる展開がみられる場面として、ラドゥアは集团的労働法の発展、一般取引約款に関する連邦最高裁判決、計画法における「衡量コントロール」に関する行政判例等々をあげている。

手続化のもう一つのヴァリエーションは、決定の時間的地平の柔軟化を狙うものである。例えばモデル試行(カールコムニケーション、大学等)の形式でその効果を評価する法律や、判例では、決定の修正可能性を、既判力の限界に関する一般的規制によるのではなく、時間の経過につれて変化する決定対象に鑑みて既判力の限界の評価手続自体を一緒に決めてしまうものがあげられる。このような判決の代表例は、連邦憲法裁判所の共同決定判決である。<sup>3)</sup>

また古い「分離」「境界」は、恒常的な同調要請によつて問題視されることになる。十九世紀の立法の正当性は、私的利益から分離された公的利益の一般性との関連で根拠づけられていたのに対し、「組織社会」の立法のパラダイムは、断片化された政治領域において進行する、特殊主義的な、開かれた同意・両立化プロセスによつて決定されるのであり、このプロセスにおいては、形式的権限(議会、行政)と、私と公的一般性の境界を越える社会的合意プロ



セスが併存する。

「個人社会」の法が、普遍的な行為基準の法典化に依拠したのに対し、「組織社会」の法は、組織による行為類型の内部化に志向する。しかし同時に「組織社会」の調整要請も法に対して、社会的合意の再生産の機能を付与している。したがって政策は現行システムとの接合強制の下で定立されねばならず、非継続的な「一面的な」政策は法により濾過されねばならない。かかる前提条件の下で価値の機会主義が基本原理となる点に、ラドゥアは「組織社会」の法のパラドキシカルな事態をみる。

## 第二節 衡量法の限界<sup>(4)</sup>

ラドゥアは、現代の法現象の特徴を以上のように衡量法、手続化として記述し説明する。したがって衡量法は、現象記述の概念であって価値的に捉えられた概念、あるいは戦略として提示されるモデルではないということができよう。新しく提起される多くの諸問題への法的対処において、衡量法はむしろ限界を露呈しており、これにかわる新たな法モデルの構想が必要だ、というのがラドゥアの基本認識といつてよい。

ラドゥアは、「組織社会」に組み込まれた「衡量法」の自省能力の限界を、核エネルギー利用の合憲性に関する判例、学説を例にとつて分析する。

組織社会の衡量法の機能問題は、経済成長の基礎の上で交渉システムの形式において内部化されることになった。一つは、経済的・社会的零落化（失業）による集団からの排除傾向であり、もう一つは、環境負荷による将来的不安

である。特に後者の問題は、社会的な「環境運動」を発生せしめ、「ポスト物質的」生活モデルの提唱を促した。組織社会の法の正当性問題に特徴的なのは、社会主義的あるいは急進民主主義的政治モデルとは違って、新しい価値紛争が、社会的富の分配と、消費、生産、文化的再生産における富の処分をめぐって生じるのではなく、むしろ成長の限界をめぐって発生し、さらに社会的な「価値転換」に関する問題へと発展することである。この問題に対して、法システムは衡量法で対処することはできない。

核エネルギーの経済的利用の憲法上の保障は、決定問題を本質的には「科学」へ先送りすることによってなされている、とラドウアはみる。科学的認識の支配は、決定のあらゆる段階に及んでおり、それは行政にのみならず、立法者にも妥当する。何故なら、「基本権展開の経済的前提条件と社会的租税国家の給付能力」の創出による「成長への配慮」、ならびに研究の自由と職業の自由は、核エネルギーの利用と技術進歩の基本権上の基礎だ（*Senssee*）とされるからである。この権利は、危険にさらされる市民の、基本権により保護される安全の利益と調和されねばならないことが前提とされている。したがってここでも「衡量モデル」に組み込まれた認識範囲が基本的に維持されている。さてこの衡量のヴァリエーションに特異なことは、一方で研究の自由が衡量されるべき法益とされ、他方で衡量の対衡となるべき市民の安全の利益がほかならぬ（組織された）科学それ自体によって評価されることとなっている点である。行政裁判所での判決でも、危険評価は自然科学の仕事とされ、また危険評価に際して顧慮されねばならない事例の価値的選択も同様とされている。カルカー判決で原子力法の合憲性について見解を表明した連邦憲法裁判所の理解によれば、「実践理性の敷居の向こう側の不確実性」の原因は「人間の認識能力の限界」の内にあり、それは、「不

可避であつてその限りで社会的に妥当な負担としてあらゆる市民によつて担われるべきものである。<sup>(5)</sup> すなわち「科学と技術の現水準 Stand von Wissenschaft und Technik」<sup>(6)</sup>において不確実な危険は衡量されないとしたことであり、したがつて核エネルギー利用に反対する基本決定を行うとすれば、それは当然「一面的」「恣意的」であり、科学的敵対的とならざるをえない。この見解を言葉どおり受け止めれば、科学技術は自分を自分で評価し、自らを憲法地位を付与された事実強制として構成することになる。ある裁判官は、判断基準は裁判官自身よつて解明されるべき科学的真実ではなく、科学と技術の多数意見の「権威」であると明言する。「部外者」の関与は不可能とされる。以上の「科学的認識の支配」は、しかしながら問題となつて新しい大技術のより広範な世論による受容に寄与することはできなかつた。何故「真実」の媒体としての「科学」への依拠が、核エネルギー支持の法律上、行政上の決定に対して期待された受容を得られなかつたのか、この問題をラドゥアは、個人社会と組織社会における法、法理論、科学、科学理論の参照関連の類型分析をする中で解明しようとする。

個人社会においては、ある「位相点」が樹立され、そこから法則性と法律、知識と規範が構成された。ところが組織社会では、規範と社会的知識が断片化され、「観察されるシステム」の法則性は、「観察するシステム」の関係付けの多様な手続へと移行した。こうして新しい手続志向モデルにより、個人社会における構成原理は堀り崩されてきた。すなわち観察者／立法者はもはやシステムの外に在るのではなく、観察それ自体が個々の部分システムのそれぞれの組織原理によつて構成され、もはや客観的現実の「総体観察」へと組立てられなくなる。観察と行為の可能性が相互に結合され、行為を何らかの普遍的モデルから導出することは排除される。知識モデルが関係、システム、構造の上

に構築されるのに対し、行為モデルは戦略的・手続的となる。一般的法則へ整序されうる事実にはや存在しない。さて右の観点から、核エネルギー政策の道具としての法と、「科学」によるその正当性の問題はどのようにみることができるか。組織社会における決定は、手続に志向する知識のタイプが自分自身を超越し、知識の構造原理によって排除された不確実性に敏感になることを要請する。この知識モデルの実践は、新しい進化の一步を押し進めるが、その一步とは、知識の社会的基質への歴史的に変化しうる従属のモメントを、制度上自省的に承認することであらざるをえない。何故なら、行為する科学者もはや観察対象であるシステムの外に立つことはできず、その歴史的コンテクストにまきこまれていくからである。以上の仮説は、核技術の危険は克服可能であるという専門科学の主張によって論駁されない。専門科学は、自分自身をその固有の方法によって自ら評価することはできないのである。科学に對する国家法の関連をラドゥアは次のように分析する。法が関係の対象としているのは、「科学」一般ではなく、実践的な、応用に志向した自然科学である。ところで手続モデル内部での科学の分化によって、哲学の抽象性の下に位置づけられる自省的な「科学における科学の理論」としての科学理論が可能となった。ところが科学のかかる自己テーマ化と、他の部分システムへのその関係の自省は、立法、行政、司法のどのレベルでも顧慮されていない。したがって科学、法、技術政策の三者間の支持・指示関係は、法が、専門科学の「実践的理性」をその自省（科学理論）から切離し、いわば法によって前者を後者から保護することに利用されている、と定式化できる。

要するに、組織社会における社会的知識のあり方が、自省的であることを要求されているにもかかわらず、法律学や法実務が、自省能力をもたない応用科学に問題解決をおしつけている点に、ラドゥアは衡量法の限界をみている。

とりわけ将来社会形成の問題の複雑性の増大は、現時点での社会的知識の価値をますます低下させておき、これを自覚しない科学のあり方は克服されねばならず、このことは法の機能にも影響を与えずにはいない。それでは自省的な科学のモデルとはいかなるものであり、それに応じた法のモデルはどのようなものとして構成されるのか。

### 第三節 エコロジー法のモデル<sup>(7)</sup>

ラドゥアが依拠する科学モデルは、安定・秩序・均質・平衡を強調しつつ、すべてのものは外部の観察者によつて発見可能な普遍法則に支配されていると考える「古典科学」のパラダイムに対し、無秩序・不安定性・多様性・非平衡・非線形関係・時間性・ゆらぎ等を強調することを通じてこれに挑戦する新しい科学である。例えば無秩序とカオスの中から「自己組織化」の過程を通して、秩序と組織が自発的に生じてくることを主張する、プリゴジンのモデル<sup>(8)</sup>が下敷きにされているといつてよい。このモデルからラドゥアが引き出している基本的な考え方は、自己を安定的に維持する構造モデルの枠組みにおける平衡モデルが、構造と「揺らぎ」の過程との対話によつて置き換えられねばならないということである。これは自然科学のみならず、社会科学、政治、文化、哲学に妥当する新しいパラダイムである。個別を超越した普遍的知識という抽象的ヒエラルヒー的モデルが、これとは別の知のありかたへ、すなわち確立されたシステムを、歴史的文化的に可変の・状況に応じた・異質な発見と対話させる知識へと移行しなければならぬ。

組織社会を再構成する新自由主義による転換は、国民の多くを排除する危険（失業）と、費用便益計算により正当

化された、環境破壊による将来の安売りをもたらしている。これへのアルタナティブをラドゥアは、右のパラダイムを基礎として構想しようとする。まず一致した社会的価値、および制度化された蓋然性仮説(市場法則、成長、生産性等々)の確実性は失われた、ということを受容し、これを「実験する社会」の基礎とする。「実験する社会」に含意されていることは、全社会の再構成という統一的モデルの放棄が前提とされていることである。不確実性と不均一性が戦略的な法形成過程として受け入れられ、高度の柔軟性によって処理されねばならない。学習の手続が法の中に法によって制度化されることが重要であり、新しい実体的法と社会モデルの構成がめざされるのではない。複雑な環境問題への長期的な対処をめぐる多数の可能性を獲得するために、自己評価能力を過信せず、無秩序と創造的カオスを備えた時限システムを植えつけようと努力する開かれた学習システムにおいて、手続モデルを過激なものとすることがめざされる。これは試行錯誤としてのみ展開されるものであり、個別の進行からの体系的な「導出」は不可能である。

既述のように、組織社会にあっては観察それ自体が個々の部分システムのそれぞれの組織原理によって構成されるため、もはや客観的現実の「総体的観察」が不可能となり、こうして断片化された「観察するシステム」相互の関係付けが不可避となる、と理解されている。したがってここで法としてイメージされているのは、相互行為の関係付けと再構成による社会の進化を動態化する媒体ということになる。人(自然人、組織の法人)において觀念された伝統的権利の狭い視野は、特に長期の時間的地平と広範な問題領域を伴う「大プロジェクト」にあっては放棄されねばならない。これに代わって、行為の潜在力を、代替案、中間的解決、持続措置等々のスペクトルによって拡大し、時間

のペースペクティヴを可能な限り多様化できるように現実と行為を繋げるような媒体としての法が構想される。情報処理の拡大ということだけでなく、同時に国家による行為能力の独占を排し、参加の過程および自己組織化される過程における評価の多様性を増大させることが重要である。参加はこの観点からすれば、単に民主主義原理を行政手続へ拡張することのみ求められるのではない新しい次元を内包している。それは混沌とした行為領域でいかなる行為の結果が生じるかについての、不確実性の意識の高まりによって、新しい反省機能とより多くの可能性の生産をめざすことを要請された参加である。伝統的な基本権の構造は、個人の行為がもたらす環境への作用を、「経験できるもの」と定義される危険の限度を越えない範囲で無視することができたが、混沌とした環境条件への、組織による高度に集約された作用はこれとは別様に評価されねばならない。危険は基本的には大組織の発生とともに生じているから、行政は、「エコロジ的」効果をテーマ化することによって組織に内在する合理性をはぎ取る「調査システム」とならなければならぬ。不確実性は、分化した部分システムとしての科学技術によって解決されるべき情報問題ではなく、危険の評価の問題だからである。

それでは組織社会の法としてラドゥアが類型化する衡量法と、新しい法のモデルはどこが違うのだろうか。近代の進歩要請、合理性要請は、価値の機会主義的調整を行う高度に複雑な組織間プロセスと相いれない。エコロジ的諸関係における不確実性の柔軟な処理のための一層大きな可能性は、制度化されていない異質の価値（例えば自治への情緒的な要請）のために法形成が開かれていることよってのみ生み出される。複雑な社会は、異質性を受容しなければならぬのである。これに応じて、従来の衡量法が確実性仮説（成長、平衡）を基礎としつつ組織によつて形成

される「合意」に志向したのに対し、新しい法様式は、不確実性を基礎としつつ「相違」のための抵触法の形成に集中する。それは衡量法より一層包括的な意味で自己超越を許さねばならないとされる。

- (1) K. H. Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, in : Leviathan, 1979, 339f, S.
- (2) Ders., "Prozedurale Rationalität" — Steigerung der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems? in : Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1986, H. 2, S. 265ff. 特17 S. 269f.
- (3) BVerfGE, 50, S. 290-381. 1) の判決に最初注目して法概念の変容を読み取ったのは、R・ヴァーントヘルターである。Rudolf Wiethöler, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in : G. Bruggemeier/C. Joerges (Hrsg.)
- (4) Ladeur, Politische Ökonomie verwaltungsgerichtlicher Planungskontrolle, in : R. Voigt (Hrsg.) Gegen Tendenzen zur Verrechtlichung, 1983, S. 102ff. Ders., Die Akzeptanz von Ungewissheit—Ein Schritt auf dem Weg zu einem "ökologischen" Rechtskonzept, in : R. Voigt (Hrsg.) Recht als Instrument der Politik, 1986, S. 60ff.
- (5) BVerfGE, 49, S. 89, 143.
- (6) Atomgesetz § 7 Abs. 2 Nr. 3.
- (7) Ladeur, Flexibilisierungsstrategien—Alternativen zum "Steuerungsstrat"—"Reflexives Recht"—"Prozeduralisierung"—"ökologisches Recht", G. Bruggemeier/C. Joerges (Hrsg.) S. 311ff. Ders., Akzeptanz von Ungewissheit S. 79ff. Ders., Vom universalistischen Recht zum Recht der Ungewissheit, 1986, MS, S. 28ff.
- (8) I・プリゴジン／I・スタンジュール／伏見康治他訳『混沌からの秩序』（みすず書房）一九八七年参照。

## 結びにかえて

U・K・プロイスは法および法学の展開を端的に、主観的自由の構成から外化の規制を経て相互依存の形成へ、と跡付ける。すなわち自由主義的發展段階においては、学問・研究、営業、職業、所有権、市場といった主観的自由が



法的に構成され、これによって技術とその進歩のダイナミズムが解放された。次にこの主観的自由がもたらす帰結Ⅱ外化が発見され規制される段階が来る。経済成長に不可避免的に付随する技術発展がもたらす危険、損害、生産性を意識的にコントロールし分配する必要が認識されるようになった。しかしここで、コントロールの対象領域の複雑性、自律性のゆえに規制の失敗が体験される。今日我々は、次の新しい発展段階に在るといえるのがプロセスの認識である。この段階における問題認識は、技術がもたらす帰結の評価に限定されえず、相互依存の樹立のダイナミズムを法が媒介するという要請に答えることである。

本稿でとりあげた法理論は、かかる法の展開過程の最後の段階に位置づけられるものであり、この段階に共通の特徴的傾向を共有しているといつてよい。それは、社会的部分システムの自己再生産、自律、閉鎖性総じてオートポイエシスの認識に基づき、もはや社会一般に共有されている統一的な価値・目的、主観的権利の認識に従事するのではなく、自己自身に関係して自己を再生産するプロセス、手続の認識をめざす。手続化 *Prozeduralisierung* がこのキーワードになっているといつてよい。トイプナーの自省法も、例えば企業活動の外化の規制問題を、内化（社会的影響の自己処理）の手続・構造規制によって処理することを構想するものであった。またラドゥアの不確実性の観念も手続の一つのメルクマールである。法による紛争規制は、伝統的には法的決定による法の不確実性の除去であり、その理論的前提は、法規範に包摂される社会的現象の静態性と、法、国家、公共の利益の統一性の仮定であった。しかし今日経済、行政、科学等の社会的部分システムは、その行為の資源・構造を、特定の価値の実現の原理によってではなく、可能性空間の公開、維持、コントロールにしたがって組織し、そうすることによって自己変化のプロセス

を制御しようとする傾向をもつ。これらの社会領域は、目的・価値実現という意味での確実性によってではなく、不確実性との関係によって構造化されるが、法はその際、規制力だけではなく、必要な知識の重要度の基準をそのために用意しなければならず、これらはすべて手続の領域に含まれる。

近年の法理論において法の役割が、システム間の関係化、調整、総じて手続に位置づけられる根拠は、基本的には資本主義に内在する根本矛盾——生産の社会的性格と私的領有の矛盾、両者の関係を意識的に制御するメカニズムの欠如——の激化に求められるべきであろう。<sup>(2)</sup> 矛盾の先鋭化に伴い、私的領有のシステムを支えてきた古典的法カテゴリーは動揺を余儀無くされ、他の原理との衝突・抵触に際しての調整が図られねばならなくなる。かかる背景の下で、規制法から手続化への変容を読み取り、法律学の課題のありかをこの変化に応じた法モデルの提示の必要として理解する法理論の動向を仮に「ポスト福祉国家の法理論」として一つの枠組みに括りつつ、その内システム論に依拠する理論動向の一端をみてきた。これらの法理論は、後期資本主義における右の根本矛盾の解決を回避し、むしろこれを緩和することを通じて現状の固定化を図る機能をもつものだ、という批判もありうる。しかしこれらの議論からすれば、まさにかかる断定を排除するシステムこそ必要だ、ということになろう。

(1) Ulrich K. Preuß, Entwicklungsperspektiven der Rechtswissenschaft, in . Kritische Justiz, H. 4, 1988, S. 372f.

(2) C. Offe, a. a. o., S. 14.

〈付記〉

本稿は一九九〇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。