



Title	トートロジーとしての法(学)? : 法のインテグリティと多元分散型統御
Author(s)	尾崎, 一郎
Citation	新世代法政策学研究, 3, 191-220
Issue Date	2009-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43692
Type	departmental bulletin paper
File Information	3_191-220.pdf



リレー連載：「多元分散型統御の基礎理論を目指して」

トートロジーとしての法(学)？ －法のインテグリティと多元分散型統御－

尾 崎 一 郎

0	はじめに	191
1	The Nature of the (Common) Law	194
2	法が法であると識別されること (インテグリティ①)	199
3	法が正統性を有している (とみなされている) こと (インテグリティ②)	202
	(1) 認知的正統性	202
	(2) 規範的正統性	208
4	法が実効的に社会的機能を果たしている (とみなされている) こと (インテグリティ③)	211
5	Pragmatism, Democratic Experimentalism, Daring System	213

「法学」はもう少し自分を説明できるようになるべきなのでしょう。」－匿名ブ
ロガー¹

「自己言及的システムは、それ自身の同一性をトートロジーとして観察する。…
システムの同一性のいかなる「基準」も、システムには存在しない。」－ルーマン²

0 はじめに

2008年10月30日の「新世代法政策学ワークショップ」(北海道大学 GCOE
プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学 (以下本 GCOE)」

¹ 得津(2009b)234頁、脚注5における引用の孫引き。

² ルーマン(2000)14頁。

の内部的勉強会)において提示された得津晶氏の2本の論考(後に、得津(2009a)、同(2009b))、ならびに2007年12月18日に行われた北海道大学法学研究科「法形成論ランチョン」における藤谷武史氏の報告「財の再分配における法制度と租税制度の役割分担～法的ルールは効率性のみを追求すべきか～」に触れて、とりわけ経済活動に密接に関わる分野の法律学において深刻なアイデンティティ・クライシスが発生していることを実感するに至った。得津氏の論考が紹介するように、「法と経済学」(あるいは経済学、「藤田=森田ライン」³)による法律学「ドグマ」への徹底的(潜在的、顕在的)批判は今や日本の法学界内部においても大きな相互批判の波を起しているようである。それは、狭義の経済学だけでなく、ゲーム理論や認知科学、脳科学など、関連する諸「科学」と法(律)学との関係をどのようにつけるかという、(後述するように)新しく古い問題を、改めて私たちに問いかけるものでもある。まさに得津(2009b)は、科学的検証可能性を有する知見に基づく「政策論」と「法ドグマーティク」との「乖離」という、依然として未解決な(そして、おそらく一部商法学者がいらだつように多くの民法学者が意識的にせよ無意識的にせよ鈍感を装っている)問題としてそれを提示するのである。

私はこれまで法と経済学を敬して遠ざけてきただけの典型的な法学部教員(しかも非実定法教員)の一人にすぎず、現在展開中の論争に参戦する資格や能力をほとんど持たないのであるが、藤谷、得津両氏の報告を反芻するうちに、何か次元の異なる問題が混然と論じられているのではないかと印象を得るに至った⁴。その結果、経済学的知(に代表される実証科学的知)が一定の領域において相当程度の「説得力」⁵ある知見を提示し

³ 得津(2009a)347頁。

⁴ 本稿は、元々は2008年10月30日の当該ワークショップで提示された得津氏の2本のワーキング・ペーパー(得津(2009a)、同(2009b)の原型となったペーパーだが、『新世代法政策学研究』に掲載されるにあたっては、かなり修正が施されている)に対するコメントを意図して執筆されたもので、同年12月22日の同ワークショップにおいて報告されたものである。

⁵ 得津(2009a)372頁。「説得力」については、後に3(1)で触れる。常木(2008)62頁では、経済学的モデルの「信頼性」という言い方をする。本稿がその社会システ

得ていることは事実であるとしても、それを過大評価し(法律学の危機ないし過小評価に短絡し)てしまっているのではないかとも思われた。得津(2009a)冒頭では、『共産党宣言』の有名なフレーズをもじって法と経済学を妖怪になぞらえているが、妖怪に過度に怯えたり万能視したりする(まさに妖怪!)必要もないのではないかと、思わなくもない。

とはいえ、法と経済学がつきつける問題は、まさに得津(2009b)も示唆するように、かつての法解釈方法論争や平井=星野論争などとも通底する根源的問題でもあるし、それはつまり「利益法学」や「自由法学」や「リアリズム法学」を揺籃として法社会学という鬼子を20世紀初頭に法律学が産んだもとの動機にも関わる問題である。しかし、それらについて正面から論じる気力も意欲も私にはない。そもそもすでに多くの論点は出尽くしているようでもある⁶。

そこで、本報告では、私自身の頭を整理するため、鬼子なりの構え方、つまり法学の内部的な正統化や外部に対する説明責任という課題からはさしあたり自由な社会学的視点から論点を整理し、今後の検討の手掛かりをつかむことにしたい。その主旨をあらかじめ約言しておく、第1に、

ム理論から多くの示唆を得ているルーマンは、「論証に関する理論」は、論証(Argumentation)を、(法的な)コミュニケーションの過程に対してもつ説得力、言い換えるならコミュニケーション過程のなかで持つ貫通力によって評価しようとする(ルーマン(2003)468-469頁)。関連して、法解釈論争において近時提示されている「議論」や「フィクション」や「包摂技術」といった「法律家の伝統的な論法」、すなわち「法解釈論」を、「政策論の尽きた先において、説得力を醸し出すある種のフィクション」として位置づけられるのではないかとする、得津(2009b)265頁も参照。

⁶ 得津(2009b)は、日本の民法学における法解釈論争を、川島、末弘、来栖、星野、平井といった主要論者の議論にいったん沈潜、精読し内在的に再構成した上で、先述した「政策論」と「法ドグマ」の「乖離」の問題の根源的な解が依然として与えられていないとする。広渡(2009)は、来栖フィクション論や原島法的判断論に至る、同じ法解釈論争の見取り図(「法的判断論についての理論フォーラム」がそこにはあるとする)を、ドイツ及びアメリカの20世紀以降現代に至る法学理論の展開と関連づけながら整理する。「法的論証(Juristische Argumentation)」についての(情報の「変異性」と「冗長性」、ないし「圧縮」と「再認」をキー概念とした)社会システム論的理解については、ルーマン(2003)第8章が精緻な分析である。

問題のいくつかの次元を分離して論じる必要があること、第2に、「法の領分はなにか」「法(学)になにができるか」「なぜ法は法たり得ているか」といった一群のアイデンティティ問題とはなにか、どう回答すべきかは、各次元ごとに異なること、第3に、いずれにしても、原理的に、法は法である限りトートロジカルな自己構築と自己正統化、「現実」認識の誤り(「現実」との「gap」)、さらには「統御」の機能的限界、を避けることはできず、これは必ず(すなわち構造的な問題として)、法「外」からの批判、さらには法システム内部者による自己批判を誘発するが、結局それをふまえた反省的法実践を積み重ねるしかないこと、となる。

1 The Nature of the (Common) Law

周知のようにアイゼンバーグは「コモン・ローの性質」と題する著書(アイゼンバーグ(2001)⁷)において、ハート=ドゥオーキン論争を念頭に置きつつ、現実のコモン・ローにおける裁定においては、法の教義命題(doctrinal proposition)以外に、道徳、政策、経験命題といった社会命題(social proposition)が一定の条件の下に少なからぬ役割を果たしていることを指摘する(第4章)。これをコモン・ローの「本質」と見るかどうかは立場が分かれるだろうが、現実の姿、リアルな性質としては、おそらく多くの論者が合意するところであろう。

これは‘the’コモン・ローに限られたことではない。仮にアメリカのコモン・ローにその傾向が強く見られるという相対的な差はあるにしても、大陸法系でも同様のことは言えるであろう⁸。社会学的に見ても、現実の

「法」ないし「裁判」とはこのような雑多な要素の組み合わせなのである。問題は、この現実の法(law)の姿(nature)が、法のインテグリティを脅かすかどうかということである。これは如上の、法律学のアイデンティティ・クライシスの根幹にある問題でもある。ドゥオーキンは、法のルール(アイゼンバーグの用語を用いるなら「教義命題」)では解を出せないハード・ケースにおける裁判官の(政策や社会規範を考慮した)司法裁量的判断(裁判官立法)をハートが認めてしまうことに反発し、政策論法と原理論法を対置し、原理によって貫徹された法のインテグリティを弁証しようとする⁹。その過程で、有名なハーキュリーズ裁判官や連作小説(訳書では連鎖小説)の比喩といった概念装置が繰り返されるのであるが、よく考えてみるならば、そのような奇矯な(と言って悪ければ、一面においてリアルではあるが現実離れして記述モデルとしての用に耐えない)概念を持ち出さねば守れない(そこまでして守らなければならないとドゥオーキンが考える)法の「インテグリティ」とはそもそも何なのだろうかという疑問が生じる。近時、日本の法律学者の間ではこれを「整合性」とか「一貫性」として理解するむきもあるようであるが¹⁰、それはアイゼンバーグなら consistency とか congruency といった言葉で表現しているものであり、

る法創造を承認して法と法源とを区別するアメリカ学説の立場にたつて、制定法を慣習(法)、判例、学説、条理とならぶ法源の1つとして来栖三郎教授が捉えたことが、法(判決)と法源(法律)に矛盾がないかのように行われる「擬制」の問題を導き、その後のフィクション論の展開の出発点となったことを指摘する。

⁹ ドゥオーキン(1986)、同(1995)。同(1995)では integrity は純一性と訳されている。彼は、法の観念に関して、慣例主義(conventionalism)、プラグマティズム法学(legal pragmatism)、インテグリティとしての法(law as integrity)を対置し、前二者を排除し純一性としての法を、「解釈的な理念」として擁護する(160-161頁)。ちなみに後にわかるように本稿が擁護するのは、「プラグマティズム」であるが、ドゥオーキンのこの対比が合意するような、歴史性を無視したオポチュニスティックで道具主義的なプラグマティズムではなくて(そもそも、吉田(2000)214-221頁も言うように、それは、ローティらの、基礎づけ主義に對置されるものとしてのネオプラグマティズムといった動きを前提にするならば、プラグマティズムの矮小化された理解と言わざるを得ないだろう)、まさに彼自身が言う法のインテグリティへのコミットメントを前提としたプラグマティズムである。

¹⁰ そのようなニュアンスが伺えるものとして、田村(2009)14-16頁、21頁。

⁷ 原題 The Nature of the Common Law。訳書では「コモンローの本質」と訳されている。

⁸ そもそも「慣習」や「条理」を「法源」として認める日本法においては、裁判において、政策はともかく道徳や経験命題が考慮に入れられることは、むしろ想定済みであると言えるかもしれない。また政策的考慮が一定程度寄与していることも常識的事実だろう。関連して、ややポイントは異なるが、広渡(2009)297-299頁は、裁判官の法律への拘束(裁判官の法創造の禁止)を前提にした立法者意思説と法律意思説の対立というドイツ流の立論に対して、その前提自体を採らず、裁判官によ

あえてインテグリティという含蓄に富んだ言葉を使う意味がよくわからなくなる¹¹。(後期)ルーマンのようなシステム理論家なら、そのような深いがあいまいな(あるいは実体的な統合原理を想定する)概念を持ち出すよりは、「環境(他のシステムを含む)」と区別される一つのコミュニケーション・システムとして存立していること、とあっさり言い切るかもしれないが、そのことはさしあたり措く。

とりあえず本稿が主張するのは、問題を次の3つの次元に分けるべきであろうということである。すなわち、①(実体的根拠は別にして)法が法であると識別されること自体[存在次元]、②法が法として(認知的・規範的)正統性を有している(とみなされている)こと(legitimacy)[正統性次元]、③法が法として社会に対して実効的に一定の機能を果たしている(≒法ならではの十全な社会統御機能(≒政策実現機能、紛争処理機能など)を実現している)(とみなされている)こと(responsiveness, effectiveness)[機能次元]の3つの次元である¹²。

¹¹ ドゥオーキン(1995)は、340頁以下で、「インテグリティ(純一性)」と「整合性」は同じ概念ではないことを指摘している。ちなみに、彼は自らの言う「インテグリティ」は「権利や原理を配慮する純一性」であることを強調している。つまり、単なる時間的一貫性や先行判断との整合性では足りず、一定の実体的原理によって統合されていることをも含めて指している概念のようである(関連して、原島=サヴィニー理論と関連づけて理解する広渡(2009)334-338頁参照)。なお、セルズニック=ノネ(1981)も法のインテグリティという概念を用いている。訳者の六本教授はそれを「完潔性」と訳し、「人ないし制度が、自己の同一性を規定する一定の原理をもろもろの外的な影響力によって乱されずに忠実に守ること。「廉潔性」はその特殊ケース」と解説している。ドゥオーキンと近似していよう。ちなみに、OEDによるintegrityの定義は以下の通り。1. The condition of having no part or element taken away or wanting; undivided or unbroken state; material wholeness, completeness, entirety. 2. The condition of not being marred or violated; unimpaired or uncorrupted condition; original perfect state; soundness. 3. In moral sense. a. Unimpaired moral state; freedom from moral corruption; innocence, sinlessness. b. Soundness of moral principle; the character of uncorrupted virtue, esp. in relation to truth and fair dealing; uprightness, honesty, sincerity.

¹² 日本の学界が産んだ法解釈方法論争、平井=星野論争、あるいは川島の「科学としての法律学」「経験法学」といった問題系、来栖の「フィクション」論、そして

前期ドゥオーキンが「権利」を重視したことはよく知られている(ドゥオーキン(1986))。これを、例えば、いわゆる帰結主義(consequentialism)と義務論(deontology)の対立としての功利主義(あるいは厚生経済学)対権利論という形において位置づけるなら¹³、そのどちらを優先するにしても、問題を②の次元(のうちの(2)規範的正統性次元(後述))において把握し、権利概念を捉えるものと言えよう。ところで、ドゥオーキンに教示されるまでもなく、法にとって権利という概念がきわめて本質的な存在価値を有することは、川島武宜が、日本人の伝統的な法意識と対比された「近代法」の基本要素として権利意識を強調していたところに、すでに見られていた¹⁴。そこでもまた、②の側面も多分に意識されていたことは無論否定できないが、同じように重要なのは①の側面、すなわち、わかりやすくいうなら、権利の論法という「形」をとることでなんらかの言説が法的なものとして認知されるということ自体であったと私は考えている¹⁵。ドゥオーキンの権利論もまた①の次元に引きつけて理解することでその含意を十分くみ取ることにはできないであろうか?(ドゥオーキンのテクス

目下我々を悩ませている法と経済学への応接問題、そして我々の「多元分散型統御」モデルは、いずれも、これら3つの次元の問題のうちの1つないし複数の次元に関して、法と法「外」のなにかとの関係づけをどのようにつけるかを論じているものであり、その結果、法の「インテグリティ」が問い直されたし今なお問い直されているのだと、理解することができるかもしれない。また、いわゆる法的「思考様式」とか「思惟」といった議論も、①と②の次元を一括して捉える概念と言ってよいかもしれない。

¹³ このような枠組みに沿っていると思われるキャブロー=シャヴェルによる自己規定とドゥオーキン批判について、常木(2008)34-36頁。なお、調書および田村(2009)を読むなら、GCOEリーダーの田村教授も基本的にこの基本権帰結主義かという枠組みをまずは採用した上で、そのいずれでもない第3の途(プロセス志向)を探るとされている。

¹⁴ 川島(1959)など。

¹⁵ 川島は①と②の間に存在するズレを、法の理念を内面化しないで形だけ「権利主張」を行うふるまいに見いだしていた(川島(1982)所収の「封建的契約とその解体」「官庁土建請負契約の「片務契約」的性質」など)。しかし、川島は①の次元を軽視していたわけではない。彼が、法の「ことば的技術」を重視したのは、①の次元に関わるであろう。

ト理解自体としては多分に牽強付会だが)¹⁶。

あるいは、ほかならぬ法が実現すべき「目的」とか「政策」といった常用される概念(得津(2009b)の中でも随所で用いられている)には、②の次元(例えば法の規範的正統性と不可分の原理・価値群)と③の次元(社会の様々なニーズへの実効的応答)との双方が関与しており、単純ではない。

これらは身近な例に過ぎないが、要するに、法=権利(Recht)(のインテグリティ)について考究するにあたって、考えるべき次元は複数あるということをここでは確認しておきたい。経済学的知がある次元において圧倒的優位性を誇るものが仮にあるとしても(後述するように、それもまた、結局は正しいと信じられているということに依存しているという意味において原理的には限定的優位性だと、実は考えているのだが)、そのことで法=権利がすべてなし崩しになるわけでは無論ない。

そこで、以下ではこの3つの次元ごとに、法律学のアイデンティティ・

¹⁶ なお、法の規範や法的判断が、先行するそれを参照しつつ歴史的に蓄積されてきたこと自体(法の歴史性)は、②の規範的正統性の文脈でしばしば論じられてきた。ヴェーバーが伝統的支配の正統性として論じた問題でもある。これに対し、得津(2009b)271頁は、ある制度が伝統的に一定の機能を果たしてきたことがその規範的望ましきにはつながらないと、事実と規範の方法二元論に基づくもっともな批判をしている。そうであるなら、なおのこと、法の歴史性は①の次元の問題と理解した方が明快である。ドゥオーキンのいう連作小説とはまさにその形式的構造の謂いであるし、法システムを自律的なコミュニケーション・システムとして理解するルーマンが、当該システムをオートポイエティックな、作動の上で閉鎖したシステムたらしめている重要な要素として強調する、システム内部における「セカンド・オーダーの観察」とは、メタレベル(二階のレベル)からの言及という非時間的概念として狭く捉えるべきでなく、時間的に先行する観察を観察するという、時間的要素を内包した概念として理解すべきである(ルーマン(2003)71-72頁、121頁、553-554頁：特に121頁では、「同じシステムの以前の決定と後の決定が、回帰的ネットワークによって結びつけられている」事態を、まさに「作動上の閉鎖性」と呼ぶとしている)。ハイラーキー(階層)によって法の妥当を説明することの難点を克服しようとしたハートの《一次ルールと二次ルールの結合》の理論に関連づけて、セカンド・オーダーの観察のレベルでは循環的な定義が避けられず、「可能なのは、時間的な非対称化」(強調原文)であるとする同115頁も参照。

クライシスの基底にある法のインテグリティなるものの現代的実相ないし帰趨を、本当にクライシスがあるのかどうかに対する懐疑を個人的に抱きつつ、整理し、若干の考察を加えることにする。

2 法が法であると識別されること(インテグリティ①)

先にも若干示唆したように、これは、あるモードによってコミュニケーションがなされることであることにつきるのだと、後期ルーマンは言う¹⁷。彼が指摘するのは、観察の観察、すなわちセカンドオーダーの観察の回帰的ネットワーク(循環的推論)による閉鎖的な作動である¹⁸。私はこれは傾聴に値する見解だと考える。先に述べたように、何らかの実体的根拠がなくても、権利の言葉を繰り返したり、一定の条文を引用したり等すれば、それは法的な問題として、提示されたことになるのである。もちろんそれを承ける側が無視することも十分可能だしそのようなことはしばしば見られるのだが、他方で、そのモードに乗って応答的コミュニケーションをしていくことも可能性としてはある。あるコミュニケーションの連鎖が法的であるかどうかという観点に(つまり先の①の次元に)限定して考えるなら、法とはそのような、限定された枠組みに沿った相互コミュニケーションの謂いであり、それ以上でもそれ以下でもないと言ええる¹⁹。

前期ルーマンは、もう少し穏当な議論をしている。そこでは法は、規範的予期の社会的次元・時間的次元・内容的次元での整合的一般化として捉えられ、具体的には手続・プログラム・制裁の三幅対によって構成された(社会システムの)構造とされる(ルーマン(1977))。ここでもまた、法の実質的ないし価値的ないし機能的根拠は法の定義において一顧だにされ

¹⁷ 周知のように、Recht か Unrecht かのバイナリ・コード。ここでの Recht か Unrecht かという区分においては、Recht なるものの実体的価値の要素は極小化されている。

¹⁸ 前掲注16参照。

¹⁹ 尾崎(2009)は、紛争当事者間のコミュニケーションにおいて、法の「主題化」という事態が成立するためには、多数ある意味づけの枠組みの中から法的なそれを意識的、自覚的に選択する面がなければならないことを重視し、その成立ないし阻害条件を検討する。

ていない(従って、実際にしばしば起こることであるが、自己目的化した手続が機械的・自動的に運用されているからといってただちにそれが法として欠格であるということにはならないし、むしろ逆である)。

このような議論の含意はなにか。それは、法のインテグリティという言葉、最も形式的に理解し、あたかも十全たる(whole)法実践が存立しているかのように見える(社会がそのように見えず)外形的事態はなにかと問うならば、それは一定のモードのコミュニケーションがなされていることであるということである。そして、事実としてそのようなコミュニケーションは社会に確かに存在し続けており、一定の歴史性を有しており²⁰、それはひょっとしたらドゥオーキンが言うような解釈的な統合性に支えられており(あるいは、少なくとも内部者にはそう信じられており)、我々はそれを「法」と呼んでおり、そのこと自体に特段のゆらぎや危機があるようには思えないということである(むしろ横溢している=いわゆる法化論)。これは決して開き直りや思考停止(法がなぜあるかという問いに対して、なんら実体的根拠を示さず、あるからある、という不毛なトートロジーで答えているから)なのではなくて、ルーマン流のシステム理論からすれば、構造的機能分化によって自律的な各機能システムを分離、存立させることで、世界の一層の複雑化への対処可能性を社会がかろうじて調達し(「複雑性の縮減」機能の実現)、自壊を免れてきた、近代以降においては、言わば必然の展開(進化?)ということになる。外界と自らを区別し、自己言及的なオートポイエーシス・システムとして自存することで、法システム(全体社会システムの部分システムとしての)は、破綻なく存立し続けることが可能になっているのである²¹。もし、法システムが自己と環

²⁰ 歴史性については前掲注16参照。

²¹ 次のようにも言われる。「…妥当する法を、論理的に閉じられたシステムとして把握することはできない。…論理のシステムは、自己の無矛盾性を根拠づけることができないからだ。しかしだからといって、不完全性というこの問題に対する解答を、外的な妥当の保証のうちを求めるわけにはいかない。むしろその解答は、法のテキストを継続的に産出することのうちにある。何が法として妥当し何がそうでないかを、そのつど認識できるようなテキストの産出に、である。」(ルーマン(2003)303頁)。

境との区別に失敗し、外界の諸要素が直接的に法システム内のコミュニケーションに介入したり接続したり書き換えたりすることになれば、もはやそれは法システムの「インテグリティ」の崩壊そのものである。だから、例えば「建前」の民法ドグマと「本音」の政策論が分離している(=別々のコミュニケーションになってしまっている)のは、森田果氏の批判(得津(2009b)233頁)にも拘わらず、少なくともコミュニケーション・システムの存否の次元においては(つまり法的コミュニケーションのシステムが存在していると言えるためには)、むしろ不可避のことなのである²²。

もちろん、このような「社会学的観察」²³は、法学者にとってはまるで満足のいく回答ではないだろう。システム理論家から見れば法システムなるものが存立していることの必要条件でも十分条件でもないかもしれないにしても、なお、同システムが、「複雑性の縮減」とは別種のある種の機能を果たしていると我々は考えており²⁴、しかもそうした機能こそが法を法たらしめている根拠(つまりは法のインテグリティの根拠)であると、考えているからである(だからこそ冒頭の「法学」はもう少し自分を説

²² なお、私自身は、行為者の間で「法的コミュニケーション」が成立していると呼び得るためには、外形的な行為(発話)に着目すれば「十分」だとは考えていない。それは、後述する法の正統性や実効性を問題にしているからではなく、ハートがいう、内的視点と外的視点の区別を重視しているからであり、川島が理念的に提示した近代的法主体の概念の含意を汲むべきであると考えているからである。つまりは、法というフィクションに関わる行為者の自己欺瞞的コミットメントという主体的条件が不可欠であると考えているからであるが、ここでは割愛する(尾崎(2006)参照)。

²³ ルーマンはこのような議論は、法システム内部の「観察」ではなく、法システムにとっては環境に含まれるところの「学システム(Wissenschaftssystem)」における、法システムについての観察であるとしている。他方で法理学や法哲学、その他の「法理論」は法システム内部の観察である(ルーマン(2003)27-34頁)。

²⁴ 厳密には、ルーマンのシステム理論においては、法の「機能(Funktion)」とは規範的行動予期の抗事実的安定化(による複雑性の縮減)ただひとつであるとされる。行動の制御や紛争の解決といったはたらきは「遂行(Leistung)」と位置づけられる。前者については法のオルタナティブはほとんど存在しないが、後者については多数存在するからである(ルーマン(2003)167-172頁)。本稿はもっと緩やかに法の「機能」を論じている(4参照)。

明できるべきだ」という些かナイーブな感想もプログラマー(法学者?)から出てくるわけである)。加えて、それらは、グローバル化する経済、流動化する世界、法化する社会といったものにおいて、一層重要性を増しているのかもしれない。であるならば、本当はナンセンスな問いなのかもしれないにしても、我々はそうした法の機能について考察しなければならないだろう(無論インテグリティの問題に係留させつつ)。そして、それは法の正統性(インテグリティ②)と法の機能(インテグリティ③)という2つの次元にわけてさらに考察しなければならない。

3 法が正統性を有している(とみなされている)こと(インテグリティ②)

これは、法(の規範)が、無時間的な相において論証(定位)されるようななんらかの意味での「正当性」を有している(べきである)という意味ではなくて、時間的に継続する法実践の連なりにおいて、それがまさに法としての一貫した、有意味な、まとまった実践としての存在価値(「正統性」)を有している(とみなされている)ということ、を、意味している。

そして、この点において、法は主として次の二つの、相互に密接に関連するが分析的には別の側面において、正統性の調達を行ってきたし、行うべきだと考えられているし、行おうとしてきている。すなわち、認知的正統性と規範的正統性である。

それぞれについて見ていこう。いずれにしても、法が、環境と区別される自律的システムとして他から分離し存立するようになったがゆえに、また、社会そのものの複雑化(現代的構造変動)がゆえに、これらの正統性の調達は、その原理的限界をより深刻に認識(自他共に)せざるを得なくなっているのである。

(1) 認知的正統性

法がその統御対象(≒社会)の「実態」について正確かつ客観的に把握できていることでもたらされる正統性である。

経済学の理論が認知的・記述的命題からなる社会学的理論の1つの洗練

された姿だとすれば、法は、決して、そのような意味での社会の理論化そのものを第一義的な目的とはしていない。しかし、実際には社会の姿の認知的把握を行う知の枠組みでもあるという意味において、広い意味での社会理論でもある²⁵。そして、法が社会をより正確かつ客観的に把握できていること(そのような枠組みを自ら構築し得ていること)は、法が法として作動することの基本条件という意味で²⁶、法の正統性の根拠となっている。アカデミックな法学は、こうした側面における「理論」の彫琢の最も基本的な場であることはもっと意識されてよいであろうし²⁷、法社会学を法学の婢(社会についての記述命題からなる知見を収集、提供し法的推論に資するための)と位置づける一部見解は、このことに関わる。

しかし今、法(律学の)このような認知的能力の旗色が悪い。むしろ、すでに述べたように、法(律学)は、社会への正確な理解を欠いたドグマ

²⁵ 法という社会理論の1つの特徴は、法が制度を設計、構築するという機制を通じて、言わば、「理論」を「現実化」しているという再帰的側面が、おそらく他の分野の理論よりも強く、存在することである。この点についてはすぐ後で触れる。

²⁶ 存在と当為の二分論についての哲学的態度の如何に拘わらず、少なくとも、「…記述的命題をしっかり打ち立てていくことが将来の規範的命題の提示につながるのではないかと思われる。」(得津2009a, 371頁)というのは、法律家、法学者の常識的な理解であろう。問題は、その記述命題を法システムの外部から調達するのかどうか、調達するとしてそれは法システム内部のコミュニケーションにどのように接合できるのかということである。ルーマンはこの問題を法システムにおける他者言及(事態≒利益状況の把握)と自己言及(法的論証)との組み合わせの問題と位置づけ、ポイントとなるのは結局のところこの異なる言及が異なるものとして区別されることであるとみる(ルーマン(2003)527-531頁)。つまりは、両者を直接結合したり媒介したりすることはできないのである。「概念とは、法的実案を扱った経験が蓄積されたものである。…一方、利益の役割は、環境の有意性を自己組織化するための触媒となることである。いうまでもなく、この二重の言及にもかかわらず、論証は常にシステム内の作動であり続ける。…したがって法システム内では利益は、法システムの作動に合わせて加工され、叙述されなければならない。そこでは利益は、根拠づけ可能な決定をもたらさなければならないからである—しかも、他ならぬコンフリクト事例において、である。」(同524-525頁)

²⁷ 吉田邦彦教授の年来の主張の眼目の1つはこの点であると思われる。関連して、常木(2008)49-50頁。

にすぎないかのような批判が声高に唱えられている。背景には2つあるだろう。1つは、経済学やゲーム理論といった洗練された理論が法学外において急速に発展し、圧倒的な認知的把握能力の高さを誇示するだけでなく、法の統御対象に関する知見を次々と生んでいること。もう1つは、現代の社会変動に直面して、既存の法(律学)の認知枠組みの有効性が劣化している可能性があることである。

一部法領域における法と経済学の隆盛(?)は、後者の問題を一気に解決する途として、前者の理論群の導入を図るもののように、私には映る。しかし、ここには何か奇妙な既視感がないだろうか? …かつて、「科学としての法律学」や「経験法学」が潮流となり、法学の教義学的=ドグマ的性質を払拭する普遍的で客観的な(すなわち「科学的」な)理論が(伝統的な法律学の外の)どこかにあるかのように幻想したあの時代の感覚が甦らないだろうか? あのと、主導者たる川島武宜は、(おそらく「民主化」や「自由」と重ね合わせになっていた)「科学」への憧憬と幻想を最後まで捨て去ることなく、歴史的発展法則から心理学、行動予測モデルに至るまで、可能な限りの法学「外」的理論を試し(現在行われつつある行動経済学やゲーム理論の法社会学者による援用はまさにその正統な継承である)²⁸、法学に無理矢理接合しては、かえって法学の持ち味を破壊するということを繰り返したのではなかったか?²⁹ その結果想到した裁判官の判

²⁸ 得津(2009b)は、川島理論の変遷を内在的に読み解く。また川島法学、経験法学にじかに関わった碩学の証言として、淡路(2008)(とそれに続く討論)も参照。

²⁹ 法的判断過程についてのそうした「科学的」探究が、いわゆる法解釈論争に対する端的な解となることを川島教授が意図していたかどうかは私には不明である。仮に意図していたとしても、それは失敗に終わることを運命づけられていたであろう。そもそも、法解釈の科学的客観性を希求するのに、法解釈過程(法的判断過程)の科学的モデル化(客観的構造分析)をするというのは、問題がずれているからである(広渡(2009)309-310頁)。それは、まさに法システムと(科)学システムの相互の自律性ということでもある。すなわち、ある実践を「科学化」するということが当該実践が服している科学的法則性を明らかにすることは、さしあたり別の事柄である。独特な判例研究の方法論(川島(1962))などを振り返っても、川島教授の志向性は結局のところ常に後者の側にふれていたように思われる。ちなみに、判決予測ということに関しては、その問題に限定してのことではないが、ルーマンの「経験

決予測と統制という「科学」的理論の目的は、(裁判官の質にばらつきがあり、政治プロセスと近接し、かつ判決の社会への直接的影響力が大きい)アメリカの文脈においてならまだしも、日本の当時の状況においては、いかにもアクチュアリティを欠いた、科学的理論の構築自体が自己目的化した triviality に陥っていたように私には思えるが。科学への憧憬はいつしか科学の自己目的化に墮したかのようだ。

そもそも、当時から、科学的認知モデルの構築には限界があることは気づかれていたのではなかったろうか? すなわち、第1に、理論によって社会を知り尽くすことはできないという不可知性、不可測性の問題、第2に、理論自体が対象を構築し変化させる不確定性の問題、第3に、「理論」(の前提)が孕み込んでいるバイアスやイデオロギー(あからさまには偏見)といった中立性の問題である。

第1点は、ルーマンが、法学を席卷しつつある帰結主義的論証に対して、改めて指摘する問題でもある。ルーマンが強調するのは未来の可知性(予測可能性、測定可能性)への信頼の問題である。すなわち、彼は、「どのようにしたら、未来を知るといふことにたいし、法律家はこれほど信頼をおいていられるのだろうか、通常の決定論的な考察方法や、また同様に経験的-社会学的考察の方法からはまったく理解できない。」(ルーマン(2000)39頁)と疑問を呈する。彼は、法の経済学的分析に関して、帰結という未来を算定することはできない以上、それは、<にも拘わらず>法の妥当を貫徹するというパラドキシカルな営為そのものであると、真剣に皮肉る³⁰。他方、ルーマンの理論の影響を強く受けているボルツは、端的に

的に確かめられた予測を行うことなど、それに関する科学の基準を踏まえるならば、ほとんど不可能であるか、あるいはたいして重要ではない帰結に甘んじるしかないのである。」(ルーマン(2003)511-512頁)というシニシズムに共感する。

³⁰ 「効用計算の結果に基づいて、ある法を妥当だと判断したとしよう。後になってその計算が正しかったことが、あるいは誤っていたことが判明しても、それはもはや同じことである。なんらかの形式を用いて、…法の統一性を法自身のなかに導入しようとするあらゆる試みと同様に、法の経済的分析もパラドックの解決(展開、不可視化、文明化、非対称化)に依拠しているのである。…未来における予期の実証が正しかろうが誤っていようが最終的には無関係であるというこの点こそ、リスクを孕んだ行為の典型的なメルクマールなのである。したがって法の経済学的分析

世界の見通しのきかなさ(「無視界性」)を指摘し、日常のカオスをどうにか生きていく「無視界飛行」を行う勇気の必要性へも言及する(ボルツ(1998)25-29頁)が、これは、本GCOEが課題とする多元分散型統御を要請するような社会の構造変動の効果の問題そのものである。モデルが精緻化するのをあざ笑うかのよう、社会そのものの複雑化、多元化、流動化は不可逆的に進行しているようにも思われる。³¹

第2点は、自然現象についての理論においてさえ指摘され得ることだが(ハイゼンベルグの不確定性原理)、対象の中に理論構築そのものが含まれる再帰的な理論である社会理論であるならば、当然留意すべき事柄である。まして、前掲注25でも述べたように、社会行為を枠づける制度の設計そのものを行う法であるなら当然、その影響は大きい。

第3点は、(2)の「規範的正統性」に関わるので後述する³²。

たとえ、客観的で普遍的な認知的把握能力によって圧倒的優位を誇る経済学的知であっても、これらの原理的限界そのものを免れているわけではない。得津(2009a)がいうように、確かにそこで示される知見の多くは、既存の法学において示されてきた認知に比べて圧倒的な「説得力」がある。しかし、問題はまさにそれが(おそらく法学共同体内部者にとっての)「説得力」でしかないということである。経済学モデルが明らかにする「現実」が現実そのものであることは-極端な構成(築)主義によって問題を解消してしまうのなら別であるが-証明できない(というか、数学や理論物理学のモデルだってそれは証明できない^{33 34})。つまるところ、それはそのモデ

は、法的決定を、リスクの引き受けとして正当化しようとしていることになる。」(ルーマン(2003)17頁)

³¹ とはいえ、他方で、全てが不可知なわけではなく必要な実証的知識が「概ね」出揃っている領域も確かに存在すること、また100パーセントの確度を以て事実であると証明できなければ全て価値判断の問題であるとするのは生産的な態度とは言えずどこかで割り切る必要があること、を指摘する藤谷(2009)51頁の主張は尤もだし、法律家の言明として傾聴に値する。

³² 第2, 3点(再帰性と価値バイアス)については、藤谷(2009)51-52頁も参照。

³³ 2008年11月25日放送「爆問学問」(NHK)において、数学の信頼性に疑問を呈した番組ホストに対する、ロボット工学者高西淳夫教授のコメントは以下のようなものであった。①正しいとわかっていても証明できないことが無数にある、②理論=実

ルが正しいと人々が信じているという「確からしさ」に依存した話なのであって、経済学モデルに比べると法学モデルが著しくそれに欠けている(と一部論者により強く言われている)という程度の差にすぎない。いずれにしてもモデルと現実にgapが存在するとの批判を原理的に免れ得るモデルはないのである。

このように考えてくると、次の2点について、より踏み込んだ考慮を必要がでてくるかもしれない。

1つは、認知能力がいかに高くなっても、そうであるがゆえにただちに他の次元での正統性((2)規範的正統性)、さらにはインテグリティそのものの危機(4のインテグリティ③)が改善、克服されることは自明ではない、ということである。

そしてもう1つは、理論の「正しさ」(確からしさ)という点でいうなら、法の「ドグマ」によって現実が書き換えられるということもまた起こ

在であることを数学的に証明することはできない。おそらく、①は、ゲーデルの不完全性定理の問題、②は、いまだ決着のついていないらしい数学的実在論における素朴実在論(プラトン主義)と反実在論(直観主義)の対立の問題のことであろう。いずれにしても、私なりに理解するところでは、数学的厳密性を極限まで要求されるはずの自然科学の理論でも、究極的には、理論をどれだけ正しいと人々が受け入れているかという問題、広義のプラグマティズムがそれを支えているのであり、「説得力」の問題に最後は帰着するということである。近代において全体社会構造に対する視野の生成と複雑性の意識の成立によって、世界という問題を論理的、理論的にのみ処理できるとする考え方が排除され、プラグマティズムが誕生したことにつき、ルーマン(2003)435頁。

³⁴ よりつきつめて考えるなら、世界が普遍的な法則によって確かに支配されているということ自体を証明することはできない、という問題もあろう。それは、神の存在同様、信念の問題であるとしか言えないのではないか。神の存在よりは確からしいにしても、ちなみに、ルーマンは、「神」は宗教システムにおける、「正義」は法システムにおける、「偶発性定式(Kontingenzformel)」、すなわち、本来「パラドキシカルないしトートロジカルにしか記述し得ない統一性を区別によって置き換えることを通して観察不能なものを観察可能にする」、根拠や価値を探究するための図式にすぎないと決めつける(ルーマン(2003)241-247頁)。つまりは、そのような概念を持ち込むことで、さしあたりシステム内の視点から世界を把握することを可能にする、実体的根拠のない図式ということであろう。

り得るという特性を、おそらく強く有していること（経済学モデルより強く、そして自然界を対象にする物理学モデルにはそもそもそのような力はない）が、法学と経済学との優劣を逆転させてしまう可能性を秘めているということである。対象をうまく捉えられないのなら自分の理論にあわせて対象を書き換えてしまえというわけである。経済学をとりいれる（つもりがとりこまれてしまう）のと対象を書き換えてしまう（あるいは書き換わったかのように認知する）のと、どちらが手っ取り早いのだろう？

（２）規範的正統性

なんらかの価値ないし原理によって一貫して支えられ、またそれらを具現し実現してきた（と見なされている）ことによって得られる正統性である。それは、具体的には「基本権」（のようにカタログ化されたもの）かもしれないし、ドゥオーキンの「平等な尊重と配慮への権利」（ドゥオーキン(1986)）のような統合的な基本原理かもしれないし、フラーが重視するような制度内在的なモラルティ (internal morality) かもしれないし、一定の決定手法を他のそれに優位させることかもしれないし、ある種の厚生関数をルール設計における基本指針として優先的に採用することに現れる価値的コミットメント（常木(2008)24頁）かもしれないし、（１）でいう客観的認知モデルや制度を規範的に評価するための基礎モデルの構築にあたって一定の前提（個人とか市場とか競争といった）を採用していることが持つ規範的ないし価値的含意³⁵かもしれない³⁶。すなわち、狭い意味での、

³⁵ これは、理論モデル構築にあたって、例えば自然権の存在とか個人という準拠枠といったものを想定するように、究極では「実証」しようのないベースライン（基準点）を措定することが、必然的に規範的ないし価値的含意を有するということである。基準点問題について、得津(2008b)8-11頁、およびそこで引用されている文献参照。そして、このことをさらにつきつめるなら、「認知的」ないし「記述的」自然科学の理論ですら、一定のコミットメントによる「ドグマ」であるということになる。関連して、ルーマンによれば、これは、法システムや学システムに共通にあてはまることとして、「パラドックスは、システムのなかで、これまた観察されえない世界というものを代弁しているのである…。パラドックスは、不可視に留まらなければならない根拠である。それゆえに、あらゆる根拠づけは、ドグマとしての性格を持つことになる。…」として説明される（ルーマン(2003)189頁）。

実定規範の規範性に限定されない。

いかなるレベルで表象するにしても、ともあれ法実践に内在することは確かなこうした規範的正統性は、そこで想定される正統な規範ないし価値自体を究極的に根拠づける（あるいは基礎づける）規範ないし価値をめぐるアポリアに直面することはよく知られている。それが象徴的に現れているのは、自然法という不自然な想定を排した上で、では法規範を根拠づける規範はなにかをめぐって生じたケルゼンとハートの有名な議論である（ハート(1990)325-388頁）。ケルゼンが、基礎付けの基礎付けの階梯を極限まで高階化した果てに想定する根本規範の理論などを武器に「規範は規範である」ことに執着するのに対し、ハートは、「承認のルール」を承認するルールという無限のメタ化を排し、承認のルールが承認のルールであることにつき、「…裁判所、公機関官吏、私人が特定の基準を参照しながら法を特定する際の、複雑ではあるが、通常は調和のとれた実践としてのみ存在する」（ハート(1976)120頁）と、つまりは社会实践の事実問題に解消した。問題はどちらが正しいかではなくて、どちらもがあえて問題を避けたということである。すなわち、法システムが有する規範的正統性のトートロジカルな³⁷、あるいは自己正統化的な性質である。

³⁶ 長谷川（2008）は、田村知財法論をつぶさに検討して、それが、「＜創造的実効性の＞の保障」という「根本的秩序理念」（あるいは「価値」）によって支えられていること（その下で、「＜市場活用の原理＞-＜成果と開発の前提＞、＜目的論的制度化の原理＞-＜規制手法の実効性の前提＞、＜インセンティブ最大化と自由の補完性原理＞-＜目標基底的倫理の前提＞」という三つの「原理的セット」によって成立していること）を指摘する（110頁）。なお、田村知財法論と対置されているのは、1つは自然権論的アプローチであり、もう1つはドラホス教授流の＜情報の正義＞論アプローチである。それらもまた一定の規範的コミットメントを前提としていることは言うまでもない。

³⁷ 冒頭のルーマンの引用参照。ルーマンは自己言及システムとしての法システムが有するトートロジー以外に、パラドックスの問題も指摘している。すなわち、「自己言及的システムは、それが自己言及と否定の使用とを作動上結合するとき、内部のパラドックスを生じさせる。」（ルーマン(2000)15頁）というのである。パラドックスや内部矛盾の問題、さらには規範的不確定性の問題については、本稿では触れる余裕がない。

デリダが指摘するように、そもそも法を例えば主権者の措定した規範と位置づけること自体に、規範の循環的自己正統化が存在し、かつそれが巧妙に隠蔽されている(デリダ(1999)30-36頁)³⁸。規範的正統性のトートロジーを隠蔽するのは主権者概念だけではない。恐らく、手続きによる正統化だとか、連作小説になぞらえられる歴史的統一的な社会実践だとか、熟議による民主主義だとか、「市場、立法、行政、司法の役割分担というプロセス」(本GCOE調書)とか、あるいはもっと抽象的に原初状態における社会契約だとかいった、一見、実体的な価値へのコミットメントの正統性問題を回避し得ているかのような(希望的)Deus ex machina群は、いずれもまさにそのような隠蔽機能を果たしているし、果たさなければ、Deus ex machinaになり得ないということが重要なのである³⁹。

つまりトートロジカルな、あるいは自己循環的な、自己構築と自己正統化を法は行っているわけだが、本稿の目的にとって重要なのは、それは法が「ドグマ」や「フィクション」だからそうなのではなくて(あるいはそのようなことを法は行っているから法は「ドグマ」ないし「フィクション」

³⁸ デリダが強調するのは、「正義や法/権利が出現するというまさしくこのこと、つまり法/権利を創出し、基礎付け、正義にかなうようにする瞬間には、行為遂行の力が含まれている」ということであり、「掟を作る/場を支配することになる作用を成り立たせる」ものとしての「実力行使、つまり行為遂行的でありそれゆえ解釈をする暴力」という問題である。そして、「権威の起源、掟を基礎づける作用または掟の基礎になるもの、掟を定立する作用、の最後の拠り所になるのは、定義によって自分自身しかないのであるから、これら事態は基礎をもたない暴力である。…それらは、それらが基礎づけをなす瞬間には、合法的でも非合法的でもない。」とする(30-33頁)。

³⁹ ルーマン(2003)は、法的論証における「根拠」とは、情報と意外性とを節約する(504頁)ことでオートポイエティックで回帰的なコミュニケーションのネットワークを可能にする「冗長性」(アンリ・アトラン由来の概念(786頁))を表すシンボルに過ぎないとする(503頁)。そのような「根拠」としてしばしば用いられる「原理」を信じることはアナクロニズムに他ならず、また、手続きの規定へ逃避しようとしてもその不完全さのゆえに実行不能性に直面するともいう(475頁)。「立派な根拠」は常に「テキスト」の可能な解釈として提起されるのである(514頁)。さらに、「根拠の根拠」として、旧来のヨーロッパの法では、神の叡智と意思や自然や理性が想定されていた(508頁)が、無論それらはもはや信憑性を持たないのである。

なのだというのではなくて)、およそそのインテグリティの一翼を規範的正統性によって担われている以上は原理的に避け得ないということである。つまり、例えばより精緻化した経済学的知見を根拠に一定の論証や制度設計を行って(その意味でドグマ性やフィクション性を可能な限り緩和して)も、この原理的問題は解消されない。しかも、むしろ、自らの非「ドグマ」性を標榜する者ほど、この問題に無自覚である可能性があると言え言えるわけで、もしそうだとすると、ある種の「社会学的法律学」が持つ欺瞞性と同じ過ちを、意気軒昂たる現代のネオ社会学的法律学群もまた繰り返そうとしているのではないかということである。

4 法が実効的に社会的機能を果たしている(とみなされている)こと(インテグリティ③)

法が、まさに法であるが故に、果たし得ている社会的機能⁴⁰は、法のインテグリティの重要な構成次元である。具体的には、「よりよい社会を実現するための道具」(得津(2009b)237頁⁴¹)としての機能はまさにそれにあたるし、本GCOEが探求する多元分散型「統御」、あるいは、より一般的に、社会のニーズへの応答、政策の実現、秩序の実現、紛争処理といったものはいずれもこの系に属する。

しかし、近代以降、法は、まさに法であるが故に、こうした社会的機能において根源的な限界に直面してきたのでもある。元々近代社会において

⁴⁰ 法の「機能」の概念について、前掲注24参照。

⁴¹ 得津氏は同箇所での考え方を「絶対的前提」とし、少なくとも氏と同世代の商法学者には共有されている価値観なのではないかとし、得津(2009a)372頁では、「法律を機能的に捉えていこうという方向性自体は本[GCOE]プロジェクトの多くのメンバーも共有している」とするが、私は、同世代でなく、商法学者でもなく、プロジェクトにおける少数派だから、共有していない(ことは、これまでの論述からも明らかだろう)。このような古典的な米国の法道具主義は、批判法学の論客たちも共有していないだろう。すぐ後で述べることから明らかかもしれないが、そのような道具主義的前提に立脚してしまうと、多元分散型統御の必要性和そのリアリティ(それは現代社会の法秩序のリアリティでもある)をかえって掌握し損ねる可能性があるのではないかと、私は考えている。

法は自らの実効性の限界に自覚的であり、だからこそ、「生ける法」(Ehrlich)のようななにかに関心を有し続けてきた。ここではないどこかにより実効的な統制メカニズムがあるのではないかということである。今なら、ソフトローとかアーキテクチャ⁴²とかいったものがそうした夢の対象か。

法の限界をめぐってはすでに多様な議論が存在し、法社会学の1つの基本モチーフでもあるが、さしあたり、本GCOEとの関係において重要だと思われるのは、以下の2点である。

第1に、社会の流動化、多元化が加速度的に進行し、既存の(近代法的、ないし、形式的合理的)枠組み(境界線)では把握できない諸現象、諸問題が簇生している。これは、本GCOEの現代法政策学班の問題関心と対象領域選定(競争、環境)を説明するにあたってリーダーの吉田克己教授が折に触れ強調されていることである。

第2に、ノネ＝セルズニックが、「自律的法」の限界として示した、社会への応答性の欠落現象が、近代法の特徴として存在する。ルーマンのシステム理論においては、この問題は、自己言及的なオートポイエーシス・システムとしての法は、環境、すなわち他のシステム(例えば経済システム)に対して間接的な統御(外界に対する認知に基づく自己組織的、自己言及的「応答」)をすることしかできない(外界を直接統御することはできないし、逆に外界の論理がそのまま法の論理になるわけでもない)ということとして、理解されている⁴³。この問題は、例えば、経済社会の諸論

理に対して、法的統制(統御)が、法的であるがゆえに持つ困難(つまりは法をすっかり経済的な論理で書き換えてしまうのではない限りは存在し続ける困難⁴⁴)として、具体的に理解できるであろう。

ノネ＝セルズニックが、第2の問題に対する解として提示した「応答的法(responsive law)」(ここでは、自律的法にとっては命取りになりかねない積極主義、開放性、認知的能力への大胆な希望と期待がある(ノネ＝セルズニック(1981)116頁))にあたるものを、本GCOEでは、第1、2双方の問題に絡めて、「多極的、双方向的、動態的なガバナンス構造」によって成り立つ「開かれた法治主義」の構想として探究しようとしている。しかし、これはセルズニック自身が「応答的法」について認めているように、「1つのあやふやな理想であって、それが達成されるかどうかそれが望ましいかどうかとも歴史的に不確定的であり、特にその時々に対処しなければならぬ緊要事や、新たに試してみることでできる資源に依存している。」(ノネ＝セルズニック(1981)184頁：傍点引用者)と述べたら、悲観的に過ぎるであろうか。彼自身がいうように、それは、そもそも、法がその「固有の同一性[アイデンティティ]」を喪失して、政治や経済と未分離なにか(圧力装置?)に墮すという意味での、「法の死」に至る途なのかもしれない(同185頁)。結局のところ、「環境からの圧力の下で、法的目的の権威と法秩序のインテグリティを維持しうるかどうかは、より一層能力のある法の諸制度を設計することにかかっている。」(同121頁)と抽象的に述べることもできないのかもしれない。

5 Pragmatism, Democratic Experimentalism, Daring System

以上、私なりに問題を整理した。つまり、最初に述べたとおり、原理的に、また、現代社会のコンテキストにおいて、法はトートロジカルな自己構築と自己正統化、「現実」認識の誤り(「現実」との「gap」)、さらには「統御」の機能的限界、を避けることはできず、これは必ず、法「外」の観察者による批判、さらには法システム内部者による自己批判を断続的に

⁴² 2008年秋の法哲学会で、松尾陽氏がレッシングらの議論を援用しながら「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」という報告を行っている。参加しなかったので詳細は不明(レジュメは手元にある)。

⁴³ ルーマン(2000)90-122頁、同8(2003)131-176、715-719頁。それらの箇所では、免疫系の比喩などを持ち出しつつ、法が環境に対して一定の実効的制御を行い得なかった場合でも法システム自体は規範的予期の抗事実的貫徹を行うこと、その意味で法システムは作動上の閉鎖性を有していること、法システムは他のオートポイエーシス・システムである政治システムや経済システムと構造的なカップリングのもとで作動していること、そのようなカップリングの下で環境(他のシステム)からもたらされる刺激や動揺は、予期に対する違背としてのみ現れる、純粹に内部的な構成物であることを、指摘する。

⁴⁴ 当然、この困難は法システムが法システムとして存在し続けられていることとコインの裏表である。

誘発するが(法と経済学の隆盛はまさにそれだし、法律家集団内で通用してきたトートロジカルなフィクションに対して、社会へのより一層の説明責任を求める得津(2009b)の結論もそれである⁴⁵⁾、結局それを一気に解決する万能解はありそうもなく、あるとしたらそれは「法」の「死」を意味しかねない。結局、まずはこうした原理的特性をふまえた科学的で反省的な法実践を積み重ねるしかないし、そこでは時間的に先行して蓄積された判断や論証を無視できない、ということである。批判者が(法ドグマに耽溺していると罵倒される被批判者に対し)なにか原理的に優越しているわけではない⁴⁶⁾。

⁴⁵⁾ 皮肉な言い方をするなら、得津氏のこのような要求は、法が法である限り原理的に完全には満たし得ないものであるがゆえに、成り立っている要求なのである。法律学者が外部からの批判に謙虚になり、社会に対してより応答的であることを目指すのは無論よいことであるが、仮にその背後に、社会統制や改革の道具として法が果たし得ている(あるいは果たすであろう)役割を過大評価するという、内部者特有のバイアスがあるとしたら、それは行為遂行的に撞着に陥っている(か、少なくとも過剰反応になっている)と言えるだろう。

⁴⁶⁾ 改めて、日本の法解釈論争、そしてその再燃とも言える近時の法と経済学からの法ドグマ批判(得津氏のいう「民商の壁」問題)を考えるに当たって、ルーマンの次のような記述が示唆に富むだろう。彼は、「他者言及的な(道具的な、実質的な、利益に関連した)法実践と、自己言及的な(形式的な、分析的な、概念的な)法実践の対立」(言い換えれば、ベーコン型の経験主義とデカルト型の合理主義との間で戦わされ、苦心の末に、学システムの事実的な作動においてはこの区別の両方の側が用いられるという結論にたどり着いた、古い科学理論上の論争と多くの類似点を持つ、利益法学と概念法学の論争)について、歴史的にこのうちのどちらか一方に重きが置かれていくというはっきりとした傾向が存在するかは詳細な研究に委ねられねばならないが、重要なのは、このような他者/自己という形式が存在し、その形式において、常に他の側を視野のうちに保っておくこと(つまり区別しつつ視野に納めること)で法システムは作動しているのであるということであると。そして、このことが示唆するのは単にシステムが存在するというだけであり、システムが優先されるべきであるということではないとする(ルーマン(2003)527頁、530-531頁)。逆に言えば、システムの外の論理が優先すべきだということにもならないであろう。広渡(2009)も示唆するように、日米独いずれの法律学においても、20世紀以降、ルーマンの指摘するこの自己言及的法実践と他者言及的法実践の拮抗が、手を代え品を変えて方法論争を惹起してきたのである。本稿冒

もし、複雑化した社会の多元分散型統御=社会への多元分散型応答を本気で考えるなら、結局は、法領域と歴史的・社会的文脈に応じた個別的で非構造的な応答を、さしあたりはプラグマティックに志向するしかない。存在することがきわめて疑わしく、存在するとしても法律家が特権的に知り得るということがやはり相当疑わしい「価値のヒエラルヒア」を想定しない、その場その場の状況に応じた暫定的な判断としての利益衡量⁴⁷⁾も、有力な武器になるだろう⁴⁸⁾。平井式「議論」と非・星野式「利益衡量」はその意味では法実践にとって等価である。しかし、これは、法をオポチュニスティックで道具主義的な観点からのみ眺めるということでは全くない⁴⁹⁾。法のインテグリティはフィクションとしての正統性と意味を有しており、そのことを軽視すべきではない。繰り返しになるが、ルーマンが言うように、法システム内部のコミュニケーションとしての法的論証は「部分から部分」への「回帰的ネットワーク」である(ルーマン(2003)477頁)。これは、場当たりの論証の集積ではない。「セカンド・オーダーの観察は、法システムをその作動様式において(作動を、その根拠、目的、正しさの条件においてというだけでなく)テーマ化しようとする。この観察から見れば問題は、多数の決定相互の関係において、十分な一貫性を確立することなのである。ただしその際、どの決定も、他の決定の集合全体を定義したり、境界づけたり、ましてや内容を認識したりすることはできない、

頭で「新しく古い論争」と呼んだのはこれがゆえである。

⁴⁷⁾ かつて(1989年から94年にかけて)筆者が受講した複数の講義ないしセミナーにおいて、村上淳一教授は、カール=ハインツ・ラドゥーアの議論などに依拠しながら、利益衡量とは本来そのような暫定的なものであることを強調された。平井=星野論争において想定されている利益衡量概念がそもそもおかしいという文脈においてである。筆者はその主張に影響を受けている。ただし本稿の責任は当然筆者にある。

⁴⁸⁾ ルーマンは、利益衡量は認知の次元の問題であり、妥当している法ではないので、決定を法的に根拠づけることはできないとし(星野法学との鋭い対比)、実務においては、ヴェーバーがカーディー裁判と呼んだもの(つまりは実質的で非合理的な裁判)への前口上として役立つに過ぎないとする(ルーマン(2003)528-529頁)。

⁴⁹⁾ 前掲注9参照。

という条件がつく。」(485頁)のである⁵⁰。すべてを見通せるハーキュリーズはいない。されどインテグリティはある(あるいは志向される)ということであろう。

Martha Minow, *Partners, Not Rivals*. は、教育、福祉、医療、科刑の各領域に関し、バウチャー方式や民間化のような形で市場原理が浸透(privatization)するとともに、私企業、NPOや宗教団体といった多様なアクターが、複雑に交錯するようになった、現代の米国のガバナンス状況を批判的に考察するものである。そこでは、国家と市場、そして各種団体を截然と分けていた権限や責任の境界線が不分明となり、流動化が進んでいる。その結果、政教分離等に関わる基本権の問題が発生したり、富の効率的で公正な再配分が疑わしくなってきたり、これら公共性の高い営為についてのアカウントビリティの曖昧化をもたらしたりもしている。他方で、自由な選択という別の価値に関しては一定の進展が見られもする。ミノウは、(性差別や障害者差別、あるいは大規模暴力や戦争犯罪などを扱ってきたこれまでの論考でもそうであるが)、こうした状況に対して、一義的

⁵⁰ このような立論するにあたって、ルーマンがしばしば参照するのが、tortを主たる素材として、米国のコモン・ローにおける法的推論の事案に定位した歴史的発展を、丹念にたどる古典的研究として名高い、Edward H. Levi, 'An Introduction to Legal Reasoning,' *University of Chicago Law Review* Vol.15 No.3 (1948), pp.501-574 (本論文はThe University of Chicago Pressから同名の書籍として翌年発行されている)である(同405頁、757頁)。なお、事案に則した法的な知の発展ということで言えば、藤谷(2009)が、ex anteな発想にもとづく機能主義的な法制度設計論が成り立つ条件として、個別の問題領域ごとに知識問題が克服されねばならないとし、その克服へと段階的に至る前進的な過程において、「具体的な紛争が発生し、ex postに「発見」された価値や利益を、ひとまず従来の概念体系によって受け止め、あれこれと事例ごとの推論を重ねていく中で次第に見通しをつけていく、という営みとして法ドグマーティクを位置づけることができるのでは」ないかとする(54-55頁)のが注目値する。そこでは、法ドグマーティクが情報を機能的に集積・整序することへの楽観がある(61頁)。しかし、法ドグマによってフィルタリングされた「情報」に存在する歪みが、如上の意味での「知識問題」を克服するような形で中和されるというのは、リアリスティックな想定だろうか? 藤谷氏自身は、事案の蓄積を「学習」のプロセスとして有効に活用することを可能にするような法ドグマーティクのあり方が「求められる」(56頁)と、規範的要請として提示するのでもあるが…。

で設計主義的な解を与えることはしない(できないしするべきでないからであろう)。宗教的基本権を根拠に教育におけるバウチャー制度を一刀両断に棄却することも、逆に効率性を金科玉条として制度設計を論じることもしない。彼女は、①個人の信条と表現の自由、②政府の宗教的中立性、③法の支配、④人種、民族的出自、言語、ジェンダー、障害、宗教、性志向に基づく差別や排除等からの自由、⑤人間の基本的ニーズへの応答、⑥多様性の尊重、⑦デモクラシーという「公共的価値」が共有されるべきだとは言う(144-150頁)。しかし、まさに多様性を尊重するデモクラシーであるがゆえに、この言明自体は確定的なものではない(そうなることはできないし、そうすべきではないと言う)と留保し、重要なのは、関連アクター間で情報が共有され、それぞれの声が汲み取られ応答され[討議に組み込まれ]るような意味での、アカウントビリティが実現されることであるとする(150-156頁)⁵¹。個人が基本権の保護を求める声かもしれないし、より「効率的」な事業を求めるアドボカシー・グループの声かもしれない。特定のアクターがあるいは特定の内容の声が原理的に優先されるわけではない。重要なのは、そのような、文脈に応じて提示される、分散的、多元的、個別的な声に対して、公共空間がいかに応答的であり得るかということであろう。そして、そのような声が伝達される場として、訴訟や行政への参加手続などが位置づけられることは言うまでもない⁵²。

このような、GCOEなりの言い方でいえば「多極的、双方向的、動態的なガバナンス構造」は、まさに多元的な声の交錯とそれへの応答を真骨頂とするものであり、その構造を、当該ガバナンスの一翼を担う法学者が、

⁵¹ このことが、ガバナンスの「科学的」な設計(仮にそのようなものが可能だとした)に勝るとも劣らぬ「説得力」性を当事者に対して持つことは当然である。

⁵² ミノウ理論に対しては、声をあげることすらかなわないような最弱者をどう位置づけるかという批判が考えられる。また、ケイガン(2007)は、米国社会で、法的な異議申し立てや要求が延々と行われることによって統治の効率性や統一性が著しく阻害される深刻な弊害が存在することを、当事者対抗的リーガリズム(adversarial legalism)という言葉によって表現する。他方藤谷(2009)は、「…市場ないし市民社会の側から新たな知識や価値のインプットを可能にする(しかしあらゆる価値や言説の野放図な流入を許すわけでもない)仕組みとして法制度を意識的に位置づけそのあり方を検討する必要がある」とする(58頁、傍点引用者)。

経済分析さもなければ正義論、あるいは一定の一義的な基準に基づく両者の適切な使い分け、といった特定のスキームによって事前に設計することができるとするのは、自家撞着というものだろう⁵³。ミノウは、この2つとは異なる第3の途として、経済学者 Charles Sabel と Michael Dorf のいう ‘democratic experimentalism’ を標榜する(170頁)。それは、研究者、ジャーナリスト、運動家(advocates)らが、社会に存在する緊張や対立をさらけ出して俎上に載せ公共的な討議に付すことを辞さない ‘daring system’ (Robert Cover) でもあるとする。人々の声がきちんと聞き届けられ反映されることを担保するものとしてのデモクラシーによって支えられた、試行錯誤を繰り返しながらたえず反省的实践を継続していく experimentalism。特定の基準によって国家による介入の正統性の是非を一義的に確定するといった類の姿勢はここにはない。理論的厳密性を欠いた実践論にすぎないという批判もあろう。しかし、第1に、例えば、立法的に解決するのが望ましいということが仮に非文脈的に言える問題領域があるとして、当の立法過程は、決して理念的に想定された姿そのものではなく、経済的・政治的強者によるロビイングが誘発され現に行われているようなもの

⁵³ 常木(2008)は、「結局、どの程度まで、いかなる原理論的制約が有効であるか、それとも目的論的な厚生経済学のアプローチが有効であるかは、個々の案件に即して検討してゆくほかはないということではないかと思われる。」(46頁)としながら、「経済モデルの信頼性が高ければ高いほど、法ルールは厚生経済学的手法に則って精密に構成され、司法の役割が縮小する方が望ましい。なぜなら、それによって人々の行為規範は明確化され、行動に対する予見可能性が確保されるために、個人の選択の自由が保護されるとともに、効果的に社会目的を達成できるからである。これに対して、モデルの信頼性に疑問があるならば、法ルールを一般条項の形で設計・記述し、それによって、人々の行動の帰結に対する司法的な事後救済の余地を広くとっておくことが望ましくなる。これによって社会目的を達成する効率性は削減されるため、両者のトレード・オフが生ずる。」(62頁)と、あらかじめ使い分けの基準が見出せているかのような論述もする。ただし、その直後に、「この点を念頭に置いて、経済学者による事前分析と法律家による事後的処理技術との間で、いずれの使用の比重を高めることがより適切かについて、個別事案に即した法律家と経済学者との冷静な対話が求められる。」と、「対話」による動的判断を強調もしている。しかし、「対話」に参加する資格があるのは、なぜ「経済学者」と「法律家」というプロだけなのだろうか。

のなのだということは、まさにこのGCOEがリアリスティックな課題として認知しているところである。第2に、吉田邦彦教授が寺田逸郎氏の発言を引きながら昨今の「民法改正」論議に対してやんわりと指摘しているように(吉田2008年、108頁)、「包括的改正」を困難にするような現代社会の構造的変動があることも、プラグマティックな個別実践の積み重ね以上のスキームを理論的に提示することを躊躇わせるものがあるだろう。それが、現代社会における法の位置づけを希求する我々の率直なリアリズムなのではないだろうか。

【参考文献】

- アイゼンバーク, M・A・(2001)『コモンローの本質』(石田裕敏訳、木鐸社)
 淡路剛久(2008)「淡路民法学・公害環境法学の40余年 私の研究史断章:川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法」『北大法学論集』第59巻4号所収
 尾崎一郎(2006)「都市の公共性と法主体」『北大法学論集』第56巻5号所収
 尾崎一郎(2009)「紛争行動と法の主題化」太田勝造他編『法社会学の新世代』(有斐閣)所収
 川島武宜(1959)『近代社会と法』(岩波書店)
 川島武宜(1962)「判例研究の方法」『法律時報』第34巻1・2号所収
 川島武宜(1982)『川島武宜著作集第1巻法社会学1』(岩波書店)
 ケイガン, ロバート・A・(2007)『アメリカ社会の法動態-多元社会アメリカと当事者対抗的リーガリズム-』(北村喜宣他訳、慈学社出版)
 田村善之(2009)「知的財産法政策学の成果と課題」『新世代法政策学研究』Vol.1所収
 常木淳(2008)『法理学と経済学-規範的「法と経済学」の再定位-』(勁草書房)
 デリダ, ジャック(1999)『法の力』(堅田研一訳、法政大学出版局)
 ドウオーキン, ロナルド・(1986)『権利論』(木下毅=小林公=野坂泰司訳、木鐸社)
 ドウオーキン, ロナルド・(1995)『法の帝国』(小林公訳、未来社)
 得津晶(2009a)「負け犬の遠吠え:多元的法政策学の必要性またはその不要性」『新世代法政策学研究』Vol.1所収
 得津晶(2009b)「民商の壁:商法学者からみた法解釈方法論争」『新世代法政策学研究』Vol.2所収
 ノネ, P.=セルズニック, P.(1981)『法と社会の変動理論』(六本佳平訳、岩波書店)

リレー連載：「多元分散型統御の基礎理論を目指して」

ハート, H.L.A.(1976) 『法の概念』(矢崎光圀監訳、みすず書房)

ハート, H.L.A.(1990) 『法学・哲学論集』(矢崎光圀他訳、みすず書房)

長谷川晃 (2008) 「<競争的繁栄>と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討—」 田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』所収(有斐閣)

広渡清吾 (2009) 「法的判断論の構図：法の解釈・適用とは何か」 広渡清吾『比較法社会論研究』(日本評論社)所収

藤谷武史 (2009) 「プロセス・時間・制度：新世代法政策学研究のための一試論」『新世代法政策学研究』Vol.1 所収

ボルツ, ノルベルト (1998) 『意味に餓える社会』(村上淳一訳、東京大学出版会)

吉田邦彦 (2000) 『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣)

吉田邦彦 (2008) 「近時の「民法改正」論議における方法的・理論的問題点」『ジュリスト』1368号所収。

ルーマン, N・(1977) 『法社会学』(村上淳一＝六本佳平訳、岩波書店)

ルーマン, N・(2000) 『法の社会学的観察』(土方透訳、ミネルヴァ書房)

ルーマン, ニクラス (2003) 『社会の法 1, 2』(馬場靖雄＝上村隆広＝江口厚仁訳、法政大学出版局)

Minow, Martha(2002), *Partners, Not Rivals: Privatization and the Public Good*, Beacon Press.