

機能分化と「法の支配」

馬 場 靖 雄

概 要

ニクラス・ルーマンの社会システム理論を踏まえて、近代社会を機能的に分化した社会ととらえ、そこにおける「法の支配」の意味について論じる。法を初めとする機能分化したシステムは、それぞれ独自の二分コードを用いて、社会内のあらゆる事象をテーマとして扱う。システムの外にある社会的環境（法にとっての道德など）もまた、コードを通して、システム内において扱われる。この意味で機能システムはそれぞれ閉じられており、法が扱うのは法から見た社会的環境のみである。したがって法の支配が及ぶのは、法自身が投影した社会の範囲内ではない。しかしこのように閉じられたシステムが相互に影響しあうなかで、いくつかの制度は改変され難いものとして固定されるに至る。基本権はそのひとつである。

キーワード

機能分化、法の閉鎖性、否定と棄却、固有价值、基本権

1. 問題設定——「近代とはいかなる時代か」

本稿の目的は、ニクラス・ルーマンの社会システム理論を踏まえつつ、現代社会における「法の支配」の可能性と問題点を探ることにある。まずはこの理論から見て、そもそも現代社会とはどのような社会なのか、そこにおいて問題になっているのは何なのかを明らかにすることから始めよう。

われわれが今日生活しているこの社会が、良くも悪くも「西洋近代社会」の延長線上に位置していることは自明の理である。ではその西洋近代社会とはいかなる社会なのか。また、なぜ他の社会ではなく西洋近代社会が、現在の世界社会の雛形となるに至ったのか。ヴェバーの名を引くまでもなく常にくり返し提起されてきたこれらの問いへの答として、西洋中世においてローマ法が、ローカルな法慣習を超える普遍法として継受されたことを

挙げるのは、法学関係者にとっては自然な発想だろう。この継受によってもたらされた法の普遍的妥当性こそが西洋社会特有のメルクマールであり、そのような法が社会関係を合理化し、形式的に整備された組織形成を通して社会の潜在力を飛躍的に高めるための基礎となった。そしてその点で法こそが西洋近代社会の優位性をもたらしたと言える、と¹⁾。

このような発想から出発すれば、社会全体がある種の転換点を迎えているように思われる今日において、次のような課題が設定されるべきだと結論が自然に導かれてくるだろう。いわく、これまで普遍的な法による支配は、形式的に公正な社会秩序を確立するために大いに貢献してきた。しかしそこには同時に、法の形式的ディスクルスに乗らないマイノリティの声なき声を見捨て抑圧する暴力が孕まれてもいた。今や社会が流動化し多様化することによって、法のうちに孕まれるその種の構造的暴力がより明確になりつつある。それゆえに法が、ひいては法によって支えられている社会そのものが現在直面している課題は、「普遍的とされる法／権利の概念が何ら普遍的でないことをあばく」（堅田 [1999: 214]）点に、そして普遍性の暴力によって抑圧されてきた多様なもの・個別的なものの権利を回復することに求められるべきである。ただしその際、普遍的な法の支配によって得られた社会秩序の合理性と形式的公正さを放棄してはならない云々。

むろんこの問題設定は正当かつ重要なものであり、何らかの立場からこの問題について論じていくことは常に有益である。しかし本稿のテーマをそのように設定する前に、次の点に注目しておかねばならない。すなわち、同様の議論が法学以外の他の分野においても常に提起され続けてきている、ということにである。いわく、特殊な宗教倫理によって（ゾンバルトに従えば、むしろ複式簿記によって）可能になった合理的な経済活動こそが、近代西洋社会を他の社会から際立たせているメルクマールである。あるいは、実験および観察と、数学による形式化された記述様式との組み合わせこそが西洋近代社会において科学と技術の爆発的な進歩をもたらしたのであり、西洋近代はその成果を用いて世界に対する覇権を打ち立てたのだ云々。さらに政治に関して、教育に関して、家族（親密関係）に関して同様の議論を提起することもできる。またさらに芸術の進化こそが、すなわち既存の形式を引き受けつつ否定し、常に新奇さを求め、ありそうになさ（Unwahrscheinlichkeit）の上にありそうになさを積み重ねていく芸術の進化こそが、他の諸社会には見られない西洋近代の特徴であり、この芸術のあり方こそが、間接的なかたちにおいてではあれ、近代社会の雛形となったのだなどと論じることもできるだろう²⁾。そして先に法に関して述べたことと平行なかたちで、それぞれに対応する「現代社会が直面する課題」を設定す

1) むろんこれは法学者だけに見られる発想ではない。例えば、ルーマンによればパーソンズは口頭で、社会一般を考察対象とする社会学は、そもそも法社会学として成立したと主張していたという（Luhmann [1986 a: 8=4]）。

るのも可能である。例えば、ホモ・エコノミクスを前提とする抽象的・形式的な利害計算によってのみ考えられてきた経済の世界を、生活者の連帯や自然との共生といったこれまで無視され抑圧されてきた実質的価値を含むかたちで再編成しなければならない、そのために必用なのは地域通貨をめぐる試みであり、また環境経済学や経済倫理学の構想である云々というように（山脇 [2002]）。

このような「西洋近代社会のメルクマール」をめぐる候補者の乱立状態に直面して、われわれはいかなる態度を取ればよいのだろうか。可能な方策のひとつは、これら多様な主張は、単一の根本現象の、例えばヴェーバーが言う「合理化」というひとつの過程の多様な現れのそれぞれを踏まえたものであると考えることである。そうすれば個々の部分領域ではなくこの根本的過程そのものが孕む利点と欠陥に則して、われわれがそのなかで生きているところの西洋近代社会が直面する課題と、その行く末について論じることができる。あるいは逆に「神は細部に宿り給う」戦略に従って、法という個別領域を探求の対象としながら、近代社会そのものの運命へと思いをはせることもできるはずである。

しかしこの戦略を現実化していくにあたっては、「現れ」があまりにも多様であるがゆえに、何らかの区別を持ち込むことによって合理性を下位区分しなければならない。ヴェーバーにおける「目的合理性／価値合理性」を、あるいはハーバーマスの「用具的合理性／コミュニケーション合理性」を考えてみればよい。しかしそうすると近代社会そのもののメルクマールは、差異の統一性というパラドックスのうちにはしか求められえないということになる³⁾。

だとすればむしろ、このパラドックスを、つまり候補者が乱立・分立している状態そのものをこそ、近代社会のメルクマールと見なすべきではないだろうか。社会がそれぞれ作動様式・扱う問題・前提などを異にする複数の領域へと分化しており、それぞれにおいて「現在の社会が直面する緊要な問題」が想定され、解決が試みられている状態を、である。

- 2) ルーマンは中国の絵画やインドの音楽がきわめて洗練された成果をあげていることは認めながらも、そこでは「進化については語りえない、すなわちより高度なありそうになさの方向への構造変動が持続的に生じているとは言えない」（Luhmann [1995a: 381=612]）と主張している。そしてルーマンから見れば、ありそうになさの上にさらなるありそうになさが積み重なっていくという意味での進化は、近代社会のメルクマールのひとつなのである。それゆえにこのメルクマールは、芸術においてだけでなく、法・経済・政治などの西洋近代の全体社会の各領域に遍く（ただし特に芸術において明確に）見られるものであるとされている。
- 3) 複数の合理性を包摂する、いわば大文字の合理性を定義しその含意を考察しようとする試みには事欠かない。しかしその種の試みが特段の成果をあげているとは言い難いし、また複数の合理性を並列するだけで特にそれらの統一性については問われない場合も多い。おそらくその原因は、「合理性」が概念の自己言及を表す概念であり、それゆえに「合理性概念は自分自身を仮定しなければならない。この概念そのものが合理的に組み立てられていなければならないのである——暖かさの概念は暖かくはありえないし、エネルギーの概念はエネルギーに構築されエネルギーに扱われねばならないというわけではないのに」（Luhmann [1984: 640=863], 訳文は馬場による）というところに求められるのだろう。合理性について論じること自体が合理的だと見なされ、それ以上の問いが遮断されてしまうのである。

その意味で近代社会とは機能的に分化した社会であり、近代社会の統一性は何らかの規範的統合などにおいてではなく、機能によるシステム分化という形式そのもののうちに求められねばならない (Luhmann [1990b: 423])。すなわち統一性が欠如していることそのもののうちに、統一性が求められねばならないのである⁴⁾。

したがって本稿において論じられるべき問題を、次のように定式化できるだろう。機能分化した社会において、「法の支配」とは何を意味するのか。法の支配は機能分化社会においていかなる意義を有しており、またいかなる問題に直面しているのか。その問題を、先に触れたような普遍性／個別性をめぐるいささか紋切り型の定式化とは別のかたちで、機能分化に、つまりは統一性の欠如に定位しつつ設定することは可能だろうか。

しかしこれらの問いに取り組む前に、まずはルーマンの機能分化に関する議論の概要とその含意を、かなり抽象的かつ断片的なかたちにおいてではあるが、一通り押さえておかねばならない。

2. 機能分化と閉鎖性

ルーマンの社会システム理論においては、システムの構成要素はコミュニケーションであるとされている。そしてコミュニケーションは、「情報／伝達／理解」という三つの選択の総合として定義される。ここではこれらのいささか唐突で馴染みにくいように思われる議論の含意を全面的に明らかにするのは放棄せざるをえない⁵⁾。ただ次の点のみを確認しておくことにしよう。われわれがコミュニケーションに関与している時、目の前で生じている出来事（相手の発話など）を、情報と伝達という二重の相において捉えていることになる。情報は言語行為論でいうコンスタティブ（事実確認的）な相に、伝達はパフォーマンスティブ（行為遂行的）な相に相当する。すなわち典型的なコミュニケーションとは、相手の発話の情報内容を、発話がなされた背景・文脈・意図・効果等を勘案しつつ把握すること（この作業が「理解」と呼ばれる）なのである。

社会がコミュニケーションからなるとすれば、社会分化とはそのコミュニケーションが

4) この定式化は、リオタール流の「ポストモダン」を想起させるかもしれない。確かにルーマンも、「ポストモダン」が示唆しているのは機能（分化した）システムの作動上の自律性ないし閉鎖性であると述べてはいる (Luhmann [1995b: 174])。しかしルーマンにとって機能分化は近代社会への移行（十八世紀）とともに生じた事態であり、それに対する「ポスト」は存在しえない (Luhmann [2000b: 197])。そもそも機能分化とは、特定の抽象的観点のもとで機能的等価性の原理に導かれつつ常に新たな代替物（「ポスト何々」）を求めていくような社会編成をも意味しており、したがって機能分化の「ポスト」を求めること自体が、機能分化の圏内に位置するからである。

5) この点に関しては、馬場 [2001a]、第二章を参照。

いくつかのセクションへと編成され相互に区別される様式だということになる。ルーマンは社会分化の様式を歴史的経緯に従って、環節分化（同質の諸部分よりなる社会）、階層および中心／周辺分化（優劣が付された異なる諸部分よりなる社会）、機能分化（特定の機能に集中しているという点では等しく、その機能の内容に関しては異なる諸部分よりなる社会）に区別している。ここでは機能分化の特質を明らかにすることが目的であるから、階層分化社会／機能分化社会の違いのみに着目しておく。

階層分化社会においてコミュニケーションは、発話内容よりもむしろパフォーマティブな相に則して、具体的にはコミュニケーションに関与する者が属している階層に従って区分され評価されていた。少なくとも後者を考慮せずには発話内容を評価することはできなかった。法においてもかつての貴族は他の階層に帰せられる法的地位や権利を主張できたし、貴族階級と市民階級の間に係争が生じており異論の余地がある場合には、疑わしくとも貴族のほうが正しいとされていたのである（Luhmann [1993: 59=59]）⁶⁾。一般的に言えば全体社会そのものが上層（ないし都市）においてその本質を表出すると見なされていた。だからこそ階層分化社会においては人間学は常に上層を念頭に置いて構築されていたわけだ。

ホッブズが例えば、「人間は最も気楽にしている時が一番トラブルをおこす」と述べる場合、これは明らかに階層特殊的な判断である。というのは、上層のみが「気楽に」暮らしているのだから。（Luhmann [1980: 90]）

それに対して機能分化社会においては、コミュニケーションはひとまずパフォーマティブな相から解き放たれて、あくまで情報内容に則して整序されるようになる。誰が、どんな状況において発話したものであろうと、法に関するコミュニケーションはあくまで法システムに属するものとして、法固有の論理に則して整序される。すなわち、「合法／不法」というコード（二分図式）を前提とすることを通して相互に結びつけられるのである。同様に経済に関するコミュニケーションは「支払い／不支払い」のコードによって相互に関係づけられる。学システム（Wissenschaftssystem）のコードは「真／非真」である。学的なコミュニケーションは、このコードを通して相互に結びつく。逆に言えば、学システムのコードである真／非真（wahr/unwahr）は、学的コミュニケーションのネットワークのなかで用いられることで、日常的な用法——「違いますか？」（Nicht wahr?）など——からは離脱する。学的な真理において問題となるのは、ルーマンがクワインの「ホーリズ

6) ルーマンは同所の註で十七世紀の文献を引いて、皇帝が、貴族階級と係争中であった市民を貴族に叙することにより訴訟に勝たせようとする例を挙げている（Luhmann [1993: 59-60=339]）。

ム」を援用しつつ主張しているように (Luhmann [1990a : 546]), 単独の言明と経験的事実との一対一対応ではなく「科学の全体」(Quine [1963 : 訳 63]), 学的コミュニケーション全体が相互に結びつくことによって閉じられた, 学的コミュニケーションのみからなるネットワークなのである⁷⁾。したがって学が経験的事実と接しうるのは, この閉じられたネットワークを通してだけである。この意味で, 機能分化したシステムにおいては, 閉鎖性が開放性の前提となっていると言える。

さらに機能分化とは, 当のシステムが当該のコードを前提にして生じるコミュニケーションだけからなるということのみならず, そのコードを前提とするコミュニケーションすべてが, 当該の機能システムに属するということを意味している。さもないと特定の働き(機能)を担うコミュニケーションがさまざまなシステムに散在していることになり, 「機能分化」しているとは言えないことになるだろうから。法に則して言えば, 「全体社会のなかで, 『これが合法であり, これが不法である』ということ述べる審級は, 法以外には存在していないのである」(Luhmann [1993 : 69=70])。内容的に何を扱ってしようと, 最終的に合法/不法が問題とされている以上, そのコミュニケーションは法システムに属する。換言すれば法システムは, コードというフィルターを通して, あらゆる現象をテーマとして扱う。「それは法とは無関係である」という判断もまた, 法のコードを介して, 法システムの内部においてのみ下されうるのである⁸⁾。したがって, 法システムに「外」は存在しない。むしろ「法/法でないもの(法外なもの)」という区別は可能であるが, この区別もまた法システムの内部において生じるしかない。この事態をルーマンは, スペンサー=ブラウンの用語を借用しつつ「再参入 re-entry」と呼んでいる。システム/環境という区別において, 「環境」とはもちろんシステムの外に位置するものに

7) やや長くなるが, クワインの要約的記述を引いておこう。

一つの言明が再評価されたならば, 他の言明も再評価されねばならない。そうした他の言明は, はじめの言明と論理的に関連している言明であるかもしれない。だが, 場全体は, その境界条件, すなわち経験によっては, きわめて不十分にしか決定されないのだから, 対立する経験が一つでも生じたときに, どの言明を再評価すべきかについては広い選択の幅がある。どんな特定の経験も, 場の内部の特定の言明と結び付けられているということはない。特定の経験は, 場全体の均衡についての考慮を介して, 間接的な仕方のみ, 特定の言明と結びつくのである。(Quine [1963 : 訳 63])

ルーマンの次のテーゼは, この論述に対応するものである。

科学的認識の独自性は, 知を伝達するとの主張を掲げる観察を他ならぬこのコードを用いた第二の観察に服させること, その結果を科学システムの内部で可能な限り統合することのうちにある(ただしここでの統合とは, 相互の制限に服させるというだけの意味である)。(Luhmann [1992 : 34=19-20])

8) ルーマンは『社会の法』序言において, 社会学にとってはどんなトリヴィアルな出来事であっても, それは社会学的には重要でない云々というかたちで最初から除外しておくわけにはいかないと指摘している。「何が関連するかを選択するという仕事を担うのは, あくまで社会学理論でなければならない」(Luhmann [1993 : 7=vi]) から, と。これは法を初めとする機能システム一般に関しても妥当する。

他ならない。しかしシステム／環境というこの区別は、当の区別の一方の側、すなわちシステムの内部において引かれたものなのである。システムにとってシステム／環境のこの区別は、再参入によって自己言及／他者言及の区別となって現れてくる。自己言及とはシステムがシステム固有の作動を用いて自分自身を指し示すこと、他者言及とは同様にシステムが自分自身以外のものを指し示すことなのである。

言うまでもなくルーマンは以上の議論を展開するにあたって、近年のシステム理論の成果を参照したり、コミュニケーションに関する考察を展開したりしている。したがって本稿のようにそれらの補強材料抜きに結論的なテーゼのみを列挙した場合、いかにも唐突に聞こえるかもしれない。しかしこれらの論点とその実践的含意は、より具体的な問題に則しても十分理解できるはずである。

例えば法学においては周知の、概念法学／利益法学という対比を考えてみよう。通常の場合両者の区別は、概念法学が法を閉じられた自己完結的な体系として捉え、いわば法の内側にのみ目を向けてもっぱら観念的操作を事としているのに対して、利益法学のほうは法をより広い社会的文脈との繋がりにおいて捉え、法と多様な社会的利害との開かれた関係のなかで現実的な思考と活動に従事することをめざす云々というように考えられている。したがって前者から後者への重点の移動は、一種の「進歩」を意味しているのだ、と⁹⁾。

この区別が法にとって重要な意味をもっていることについては疑いの余地がない。しかしそれを、「法の内部への定位／外部への定位」とただちに同一視してはならない。というのは利益法学において問題となっているのは、法とは無関係なかたちであらかじめ社会のなかに存在している利害ではなく、あくまで法的に保護するに値する利害、すなわち法システムの内部に位置づけられた外部だからである¹⁰⁾。あるいはさらに踏み込んで言えば、利益法学がめざすのは合法／不法の区別を前提とした上でもうひとつ別の区別を、つまり

9) 法学の「外部」に位置する筆者にとっては、この種の議論が今なおアクチュアリティを有しているのか否かについては、測りがたいところがある。しかし少なくとも「概念法学」という言葉が、「閉じられた象牙の塔の中での空理空論」といういささか侮蔑的なニュアンスを込めて用いられ続けているのは確かなようだ。例えば司法制度改革審議会第十二回（2000/2/8）議事概要（<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai12/12gaiyou.html>）には、次のような発言記録が見られる。「大学における法学教育は事実を捨象した概念法学中心であり、それは司法官・行政官といった官僚を養成するためであるという断定をされたが……」「司法研修所の要件事実教育や事実認定に関する教育はまさに事実を中心とするものであって、概念法学とは異なるものである」。

10) ルーマンは、ロスコー・パウンドによる利益法学の網領的定式化を引用しつつ、そこに含まれる「法体系が承認する利害」という発想に関して、次のように問いかけている。

しかし、承認ないし非承認を法的に決定する基準を利害そのものから引き出すことができないのは明白である。全体社会が、あらかじめこの区別に基づいて分割されたかたちで利害を産出してくれるわけでもない。それゆえに法システムは、単なる利害の記録以上のことをなさねばならない。では、この《以上の》はどこから来るのか。（Luhmann [1992: 36=173]）

むろん答は「法システム自身から」ということになる。

法的に優先される利益と後回しにされる利益の区別を法的コミュニケーションの中に取り入れることなのである (Luhmann [1993 : 396=527]).

さらに明白に法が「外部」を参照しているように見える事例に関しても、事は同様である。それはすなわち、法的責任・可罰性・負担責任・損害賠償などの認定に際して、科学的に検証された言明が引き合いに出されるケースである。そこでは法とは無関係に「客観的」に存在する事態に基づいて判断が下されているように見える。しかしその場合、先に述べたような意味で日常的な感覚・語法からは乖離した学固有のコミュニケーションが参照されているのであり、

これはすなわち、事実に関する要求水準は、法から生じると見込まれる帰結によって、あらかじめ規制されているということに他ならない。したがって、知が用いられるコンテキストによって、学的用法と法的用法は異なってくるのである。それゆえにまた、描出形式も異なってくる。描出形式を決めるのは、知がどのような回帰的ネットワークのなかで、使用可能なものとしてアイデンティファイされるか、なのである。(Luhmann [1993 : 91-92=94-95])

さらに述べておくならば、法において道徳が引き合いに出される場合でも、生じている事態は同一である。つまり、外部が内的に参照されているのであり、どの程度、どのように道徳を参照するかを決定するのはやはり法自身なのである。この点で、通常考えられているのとは異なって、法が「テクノロジーを参照することと、公序良俗や道徳を参照することが構造的に類似している」(Luhmann [1993 : 87=348]) と言える。

利害や事実や道徳を法の外に位置する、法が依拠すべき手がかりと見なすか、それともあくまで法システム内部における参照の作動(他者言及)と見なすか。これは結局のところ後付けの解釈の問題にすぎず、さしたる意味をもたないように思われるかもしれない。せいぜいのところ、抽象的なルーマン理論の枠組みから見れば、法の営みを後者に則したかたちで解釈することもできるという点が示されているにすぎない、と。しかし私見ではそこからルーマンの法理論の性格づけに関して、ひいてはこの理論から見た「法の支配」の意味に関して、少なからぬ含意が導き出されてくるように思われる。

ルーマンの社会システム理論を、機能分化した各システムの自己完結的閉鎖性を称揚し、システムが直面すべき外部(法に関して言えば、社会一般で受容されている道徳、生活者の視点、改革・変革をめざす社会運動など)消去しようとする一面的な理論であると批判する議論は、七〇年代初頭のハーバーマス＝ルーマン論争以来現在に至るまで、常にくり返されてきた¹¹⁾。しかしここまでの議論を踏まえるならば、ルーマンが「機能分化したシステムの閉鎖性」ということで主張しようとしたのは、法がその種の外的要素との繋がり

をもたなくなっているとか、繋がりをもつ必用がなくなっているとか、その結果法は強固で安定した（物神化された？）ものとなったとかいったことではないのは明らかだろう。その種の繋がりに関しては常に考察され、コミュニケーションされ、学説や政策が立案され、実行される。ルーマンはこの点までをも否定しているわけではない——ただし本節で論じてきたように、それはすべて法システムの内部において生じるのだという保留付きで、である。この事態について、二点のコメントを加えておこう。

第一に、この種の法の内部における「法とその外部」の関係についての考察は、法が自分自身を観察するという法の自己観察として生じるのであり、したがって、すべての観察がそうであるように、単純化（複雑性の縮減）と盲点への依拠を免れることはできない。観察とは区別を（この場合なら、合法／不法の区別を）用いる作動であり、観察に際しては前提となる区別を多数のうちから選択しなければならず、なおかつ選ばれた区別はそのつど盲点として留まらねばならない。合法／不法の区別の統一性について、例えば「合法／不法の区別は合法か不法か」などと問うてはならないのである。

このように述べるとあたかも、自己観察とは複雑な事態を単純化して自己を正当化するための空疎な理念ないしイデオロギーにすぎないのであり、ルーマンの法理論の目的はそれら理念の虚構性を暴きつつ、法が実際に作動する際のメカニズムを冷徹に解き明かすことである云々と主張しているように聞こえるかもしれない。しかしルーマンによれば自己観察もまた法システムの内部において、判決や法解釈などと並んで生じる作動（コミュニケーション）のひとつであり、他の作動と同様に法システムを変化させる現実的な力をもつ。むしろこれは他のシステムに関しても同様である。

（適切な、あるいは不適切な）理念が全体社会の状況の発展にとってどれほどの意義をもつかについては、さまざまな評価が可能であろう。いずれにせよ問題となるのは〔マルクス主義が考えているような〕物質と精神の違いではない。むしろ理念そのものが、コミュニケーション過程の中で表現されるや否や、社会的な現実となる。（Luhmann [1988 : 170 = 167-168], 訳文および〔 〕内は馬場による）

社会的利害についての、また法と道德の関係に関する法理論は、さらには法の普遍性の仮象を脱構築することをめざしたり、あるべき法の姿を模索しようとする法理論も、コミュニケーションされることによって社会的な現実となる。理論も理念も、常に**ポジティブ**な

11) 近年における典型例として、井上 [2003 : 35-36] を挙げておこう。

法を生成・維持・発展させる主体を消去して、自己完結的・自己準拠的に自己を再生産するシステムとして法を描くシステム理論の言説などは、法の支配の理念が孕む実定法秩序の物神化を、まさに拡大再生産することで暴露しているのではないか。

——ただし、後述するように「棄却」に出会うがゆえにコントロール不可能な——力をもつ。この点を常に強調するルーマンの社会システム理論を、理念・理想の力を信じずに、ただ現実を操作し現状を固定しようと試みる「社会学」などと批判するのは、的外れとしか言いようがない¹²⁾。

第二に、法に関する考察は、法の／と外部をめぐる問題を扱うものも含めて、すべて法の内部で生じるというこの事態は、決して「自己完結的・自己準拠的に自己を再生産する」ことを意味しない。むしろ機能分化してコミュニケーションの閉じられたネットワークを形成するに至ったシステムは、外部に確固たる拠点をもちえなくなり、不安定化してしまう。機能分化・自律化・閉鎖性とは、「自分のことは自分で決めうる」というシステムにとって「ポジティブ」な事態ではなく、「自分のことは自分で決めるしかない」という欠如態（アリストテレスの言うステレーシス *sterêsis*）に他ならない。だからこそ分化した教育システムに関して、次のように述べられているのである。

教育が伝統社会から読み取っていた確かな基準は、とうに消えてしまった。いまや、教育の任務は、教育システム自身が決めるしかない。教育システムは、いわば自治へと追い込まれ、「自己組織化」の道を歩むしかなくなった。（Luhmann [2002: 18-19=11]）¹³⁾

しかしまさにそれゆえに自己観察・自己記述（自己観察がテキストへと結実したもの）は、その内容の真偽とは別に、コミュニケーションされることによって一定の事実的な力を持ちうることにもなる。外的な支えによるアイデンティティの欠如に直面して重要になるのは、「完全な真理を隠蔽しつつ十分なアイデンティティとして働く、単純化する自己記述を自分自身のうちで固定する」（Luhmann [1986b: 89]）ことなのだから。機能分化したシステムが閉鎖し自律化することでシステムが自身を不安定化させることと、システムが自己記

12) ルーマン初期を代表する論文集の一編が「理論の実践 Die Praxis der Theorie」と題されているのも（Luhmann [1970: 253-267]）、今述べた意味においてである。もっとも、ハーバーマスによればこのような態度もまた「テクノクラートのイデオログ」にふさわしい「理論と実践の誤てる統一」に基づくものであり、結果として理論から批判的性格を奪い取ってしまう云々ということになるのだが（Habermas/Luhmann [1971: 239-269=269-288]）。

13) この引用文の末尾に付けられた註では、他の機能システムでの同様の動向として、芸術におけるドイツ・ロマン派の登場と、法と政治を、法と政治自身が産出した憲法の上に基礎づけようとする試みとが挙げられている（Luhmann [2002: 19=47]）。前者においては、詩が至上視されたことからわかるように、語は何かを指し示す（他者言及）よりもまず他の語との関係（自己言及）において選択され組み合わせられる。また憲法によっては、君主制のような伝統的要素を自らのうちに取り込んでいる場合もある。しかしこれは単なる伝統の残存でも、伝統が憲法の基礎となっていることを示すものでもない。ここでも、先に述べた道徳およびテクノロジーの場合と同様に、伝統をそのようなかたちで取り入れることを決定するのは法システム自身なのである。この点については、馬場 [1996] で、ヘーゲル法哲学における君主の位置づけとの関係において論じておいた。

述によって自己を変容させていくこと（自己組織性）とは表裏一体の事態なのである。

3. ふたつの全体社会¹⁴⁾

われわれは法の「外部」を、結局のところは全体社会そのものを、法の内部に位置するものとして扱ってきた。しかしそれならば単に、「通常は〈法とその外〉を問うていると見なされている〈法と（全体）社会〉という問題設定は、常に法の立場からなされている」と述べればよいだけのことではないのか。しかし機能分化社会においては、この「法の他者言及としての全体社会」とはもうひとつ別の全体社会を考えねばならなくなる。というのは、問題設定の際にも示唆しておいたことだが、この種の「……〈と〉社会」という対置と、前者を後者に対して開くべき云々という問題設定は、機能分化した各システムにおいても、それぞれ異なるかたちで生じてくるからである。例えば政治について、環境破壊から生じたリスクが階級や国境を越えて遍在する現在においては、従来のように自己完結的で硬直した政党システムや官僚制の枠内での政治は限界に突き当たっている。今必用とされているのは、NPOを初めとするより広くより柔軟で開かれた社会的ネットワークに依拠する「サブ政治」である。また同様に科学も、専門化の閉ざされたサークルによって営まれる従来のかたちでは自らが産み出すリスクに対処しえないがゆえに、より広い社会的文脈への再埋め込みが、すなわち民主的手続きによるリスク配分のコントロールが必用になる云々 (Beck [1999])。

これらの議論においても常に「社会」が、そこへと「再埋め込み」されるべきより広い文脈として、あるいは外的な準拠点として登場してくる。しかし先に法に則して述べたのと同様にそれら「社会」が、常にそれぞれ問題になっているシステムの内部において、当該のコードを前提として、自律性・閉鎖性の代償として生じてくる不安定性を克服するために呼び込まれるのだとすれば、それぞれの「社会」はまったく交わることがないのではないか。くり返すことになるが、各々の社会は当該の機能システムの内部において引かれた「内／外」の線（内へと再参入した内／外の区別）を通して、当該システム内部に現れてくる「全体社会像」にすぎないからである。なるほど、法が投企する全体社会の像と、政治が投企する全体社会像を付き合わせて両者の異同を検討し、両者を総合して全体社会の全体像に迫るといった作業も可能かもしれない。しかしおそらくは学によって担われるはずのその種の作業もまた、先に論じたように独特のコードを前提とするコミュニケーション

14) 本節の論点について詳しくは馬場 [1996] [2001b] を参照。

ンのネットを前提とし、その内部に位置せざるをえない¹⁵⁾。つまりそこで登場してくるのは「学から見た法的全体社会像と政治的全体社会像の関係」にすぎず、いかなるコードからも自由な全体社会そのものではありえないのである。

そもそも全体社会とはあらゆるコミュニケーションの総体であり、したがって複数存在するはずがないものだった。では多様な全体社会像（学的なそれを含む）の総和として浮かび上がってくる全体社会「それ自体」を考えればよいのか。しかしその「総和」なるものもまた、いかなるコードからも無関係なかたちで、「自由に浮動する」ものとして生じるわけにはいかない¹⁶⁾。諸部分の総和は、当の部分のひとつにおいて想定されざるをえないのである。このパラドックスへの対処法は、すでに本稿の最初のところで示しておいた。すなわち全体社会像が複数存在すること、それらの間に統一性が欠落していることそのものをもって、全体社会のメルクマールとすればよいのである。したがって、参照すべき拠点としての全体社会像と、それらが交錯するところに生じる全体社会「そのもの」とを区別しなければならないことになる。

この区別について、もうひとつ別の区別を用いて補足しておこう。否定 (Negation) と棄却 (Rejektion) の区別である。

否定とは、コードの正の値 (合法) から負の値 (不法) へと境界を横断する作動 (および

15) ルーマンは、各機能システムの内部においてその機能システムの統一性を反省し、システムのあるべき姿を探ろうとする理論を反省理論 (Reflexionstheorie) と呼び、狭義の学的理論 (学システムにおいて生じるコミュニケーションとしての) から区別している。反省理論は当該システムのコードに拘束されており、したがって「当該の機能に対応するシステムを形成することにそもそも意味があるのかどうか」といったラディカルに懐疑的でニヒリスティックな問いを立てるわけにはいかない (Luhmann [1997: 965])。法理論や、ベックのようなかたちで政治と社会について問おうとする政治理論は、この反省理論の一種である。それに対してルーマンにとって法社会学は、学の立場から法を観察しようとする理論であり、そもそも法理論とは立脚点が異なると見なされている。だからこそ法社会学と法 (学) との関係について、次のように述べられているのである。法にとって法社会学はどのような点で有益なのかと問われることがあるが、

法社会学は有益である——それ自体として [すなわち、学的な営みとして]。法実践にとっての有益さを、社会学から期待すべきではない。…… [社会学の、法システムへの] 影響が、[用いられている] 観念が部分的に同一であることとして、あるいはパーソンズが言う意味での相互浸透として期待されている [が、それは誤りであり、両者の関係は別様に考えられねばならない]。 (Luhmann [1986a: 44-45=66-67], 訳文および [] 内は馬場による)。

もっともだからといって、法理論が学的基準と無関係に展開されてよいということにはならない。確かに前者は純粋な意味での学的理論ではないが、いわば学によって後援された (wissenschaftlich subventioniert) 理論であり、学と両立可能でなければならない。ただしそれは学的基準が普遍的だからではなく、そうすることで外的な (しかし内的に召喚された) 準拠点を獲得できるからである。また本文すぐ後で述べるように、これは学が無制約な「メタ理論」の立場に立っていることを意味するわけではない。

16) 現象学による、単なる技術的な知を突破して無制約的かつ確実な直接的体験へと遡行しようとする試みを、そのような「自由な」拠点の探求として捉えることもできる。しかし「現象学それ自身もまた、それが論理的な諸前提によって真理を探すものであるかぎりでは、技術として捉えられねばならないだろう」 (Luhmann [1975: 130=191])。

その逆)を意味する。ある行為を不法ではなく合法的なものとして指し示す、というようにである。否定を規制する理論や解釈図式(法システムのプログラム)は複数競合するかたちで存在しうるし、変化することも常に可能である。またあるプログラムを廃棄し別のプログラムを採用するに際しては、道徳や社会状態の変化などの「外部」を引き合いに出すこともできる。しかしいずれにせよコードが前提とされている以上、否定の作動は法システムの内部で生じる。それに対して棄却とは、普遍的な二分図式(例えば、合法/不法)に基づいて構築された問題状況を、別の二分図式(例えば、支払い/不支払い)を前提とするコミュニケーションにおいて観察することをいう。この場合、前者からみればそれ以外にはありえない選択肢そのものが受け入れられず、したがってその選択は留保され、代わりにまったく別の選択肢が登場してくる。それゆえにこの作動は「棄却」と呼ばれるのである¹⁷⁾。機能分化した社会においては、普遍的な二分図式が複数存在するがゆえに、常に棄却と出会わざるをえない。

例えば政治的支配者が、自身の執政所を建築としてどのように整えるかに関する一定の願望を有していたとしよう。それ〔に沿って立てられた宮殿〕は権力としての値〔=権力を誇示する政治的機能〕を有しているかもしれないし、〔財力を示す、経済的な値としての〕壮大さを有しているかもしれない。しかし〔ギュンターに依拠する〕われわれが扱う論理学においては、それらとは無関係に「美しい」ないし「醜い」という〔芸術システム内における〕判断が下されうるのである。(Luhmann [1988: 88=72-73], 訳文および〔 〕内は馬場による)

機能分化社会においては、もはやこれらの複数の区別を、支配者が上層に所属しているというパフォーマティブな要因によって統御することはできない。先にわれわれは、機能分化においてはコミュニケーションはパフォーマティブな相から「ひとまず」解放されて、コンスタティブな内容のみによって整序されると述べておいた。しかしそれは同時に、もはやパフォーマティブな相がコミュニケーションを秩序づける審級としては働かなくな

17) 「棄却値」および棄却値を含む選択肢からなる「超言 Transjunktion」は、多値論理学の提唱者ゴットハルト・ギュンター (Günther, G., 1900-1984) の用語である。Luhmann [1988: 86=82] より、ギュンター自身による定義を引いておく(訳文は馬場による)。

〈p〉および〈q〉(=結合関数、すなわち連言または選言を構成する変数)によって、値の選択がもたらされているところで、当の選択が拒絶される。これが、〈P〉(正)および〈N〉(負)の値を超える何らかの値を付加することが有している、ただひとつの形式論理上の意味である。求められている選択を受け入れられない値はすべて、棄却値である。この値は、それが登場する客体としての(二値的な)システムを超越する。それゆえに、ある形態図式(morphogramm)を満たすためにふたつ以上の値が必要とされる場合には、その図式を、選言および連言とのアナロジーで、〈超言的〉パターンと呼ぶことにしよう。この図式を用いてなされる作動は〈超言〉だということになる

なおギュンターの論理学については、速川 [1994: 74-75] に簡潔な解説がある。

るということでもある。

ここにおいてわれわれは、法の普遍性を「脱構築」する二つの可能性を手に入れたことになる。第一は本稿最初に述べたように、普遍性に対して、それが抑圧する個別的な声を、利害を対置すること。「[ルールズらが提唱する、万人が受け入れ可能な普遍的なルールに基づいた] 一見、寛容な振る舞いは、実際の政治の場面においてはきわめつきの抑圧的な〈排除〉となってあらわれるのだ」(酒井 [2000: 37], [] 内は馬場による), だからこそ法は「構造的に正義に反する『不利な立場』におかれ続けている人々の“声”に耳を傾けるべきである (小畑 [2002: 240]), と、普遍的合法性を個別的な声によって「否定」するわけだ。しかしスラヴォイ・ジジエクが述べているように、この種の「個別性」の強調は問題を孕んでいる。個別性についてのいかなる語りも、およそ語りである以上、普遍性を内包せざるをえない。すなわち、「普遍／個別」という区別自体が普遍的なものとして登場してきてしまうのである。したがってむしろ「なすべきことは……他ならぬ〈普遍〉のどうしようもない複数性を認めることなのだ」(Žižek [1996: 91=375])。普遍に個別を対置するのではなく、普遍に普遍を対置すること。この複数の普遍性の衝突によって生じる「棄却」こそが、機能分化によって可能になると同時に強いられもする、第二の脱構築可能性なのである。そしてこの第二の脱構築が生じる場が、各機能システム内部に位置する全体社会像とは異なる、全体社会「それ自体」に他ならない。したがってラクラウとムフとともに、「(全体) 社会は存在しない」と述べることもできる。「『社会』は、言説の妥当な対象ではない。さまざまな差異からなる場全体を固定する……単一の基礎原理などないのである」(Laclau/Mouffe [1985: 訳 178])。棄却において開示される亀裂こそが全体社会の場なのであって、「言説の妥当な対象」となるのは、つまりポジティブに捉えられうるのは、いずれかの機能システム内部で結ばれた全体社会像にすぎない。

この意味での脱構築は、ことさら「批判」や「権利回復」などと呼ばれるまでもなく、もっと日常的な形態において常に生じているはずである。あるコミュニケーションが固有の区別を用いて、別の区別を用いているコミュニケーションを観察する場合(セカンド・オーダーの観察¹⁸⁾), そこには常に脱構築がなされている。

言語を用いる観察者を観察することは、確かに脱構築的である。というのは、このレベルにおいては、超言的な(transjunktional) 作動を投入しうるからだ。つまり、観察されている観察者の観察を制御するための区別を、拒絶したり受け入れたりできるのである。セカンド・オーダーの観

18) 先にも述べたように、観察とはある区別を用いて、その区別を構成する一項目を(他の項目ではなく)指し示すことであり、コミュニケーションにおいては常に生じている。しかし観察はコミュニケーションとしてだけ生じるわけではない。意識の作動としても、あるいは有機体レベルにおける作動としても、生じうるのである。

察のレベルでは、すべてのものが（セカンド・オーダーの観察そのものを含めて）偶発的になるのである。（Luhmann [1995c : 18]）

事実、ルーマンは大著『社会の法』の末尾近くで、現代社会において法が棄却に出会う場面を列挙しているが（Luhmann [1993 : 569 = 720-721]）、それらはいずれもきわめてトリヴィアルなものばかりである。家主が入居者に対する義務を果たすために闇労働（Schwarzarbeit, 税金・社会保険費用を払わない仕事）を利用すること、イタリア沿岸部で密輸が雇用を創出していること、タイのスラムでは票の買収がなければ選挙自体が成立しないこと、労働組合の「遵法闘争」、刑務所では、規則をある程度恣意的に適用することが管理運営の不可欠の手段となっていること、等々。むろんこれらの現象が生じているからといって、法の普遍的妥当性が揺らいだり、法が根本的な改変を求められているなどということはありません。それらはせいぜい局所的な病理現象だと、あるいは適用・運用の問題だと見なされる程度だろう。しかしむしろそのトリヴィアルさにこそ意味があると考えねばならない。

仮にそれらが法の妥当性を揺るがす根本的問題と見なされ、何らかの対処策が（むろん、法によって）取られたとしよう。その時にはそれらの現象は法が固有のコードを用いて扱うべき対象となっている。つまり法の内部において扱われる「内における外」と化しているのである。もちろんさまざまな有効な（あくまで、法にとって有効な）対処法が考えられるだろうが、同時にいかなる対策が取られようと、法による対策であるという性格を免れることはできない。それゆえにまた異なるかたちで棄却が生じてくるだろう。先の諸現象は、法の不備や遵法意識の欠如などによってだけでなく、常に複数の普遍的コードが存在しており、そのつどそのどれかを踏まえて他のコードを棄却できるという、機能分化社会の根本的構造にも由来しているからである¹⁹⁾。

19) 社団法人・中央調査社が2004年6月に実施した「裁判員制度に関する世論調査」によれば（<http://www.crs.or.jp/56221.htm>）、一年前の同趣旨調査の結果と比較して裁判員制度の認知は上昇しているが、必要性の認識や自身の参加意向は減少傾向にある。むろんこのような傾向の背後には日本独特の法意識・法文化があるのだろうし、その点を考慮しつつ制度をさらに整備し、制度の意義と必要性をアナウンスすることによってある程度対処はできるだろう。しかし同時にそこには根本的な、ある意味で解決不可能な問題が含まれているようにも思われる。というのは、「法を一部の専門家の手に独占させておいてはならず、広く市民に開かれたものにしなければならない」という声が、当の法システムの内部において、他ならぬ法の専門家の口から発せられているからである。この事実自体が、発話の内容とは無関係に、棄却を招き寄せざるをえないだろう。周知の度合いと必要性意識の逆行という現象の背後には、この要因も存しているのではないだろうか。

4. 普遍性から不動性へ

われわれは、法を外部に対して開かれた、より（真に？）普遍的に妥当する、ないしはより現状に適合的なものへと改善しようとする試みが、あくまで法の内部で法にとってのみ意義をもつものにすぎず、他のシステムと相互的な観察／被観察関係を取り結ぶなかで棄却に晒されざるをえないということを確認した。もちろんこれは法だけでなく、他の機能システムに関しても妥当する。

あらゆる機能システムは、普遍性要求を提起する——しかしそれは自身の領域に関してのみのことである。……したがって全体社会のゼマンティック〔すなわち、全体社会のなかで全体社会を観察・記述する際に用いられる語彙〕にとっては、主題化のポテンシャル〔つまり、当該の機能システムに属するコミュニケーションが何をテーマとして取り上げうるかというその可能性〕の普遍性と、システム言及の特殊性〔そのような普遍的ポテンシャルは、あくまで特定のシステムとの関係のなかで生じるということ〕とが必然的に組み合わせられねばならないのである。（Luhmann [1997: 893], []内は馬場による）

ここでとりあえず、機能分化社会における「法の支配」に関する本稿の主張を、次のように要約しておくこともできる。機能分化した社会においても法の支配は普遍的に妥当し、その妥当性は社会全域に及ぶ。ただしその「全体社会」とは法自身が投影した像であり、法の似姿 (simulacrum) なのである、と。

さらに、「法の支配」の普遍性を追求する試みが直面するもうひとつ別の問題についても触れておこう。現代社会の変容とそこにおいて浮上してきている何らかの問題にスポットライトを当て、それとの関連で法において必用とされている変革を、あるいは法が担うべき新たな任務を指摘したとする。例えばカール＝ハインツ・ラドゥーアは、ルーマンと同様に、現代社会を機能的に分化し、閉じられ自律化した下位システムよりなるものとして捉えつつ、そこにおいて法の課題はもはや人々の行動を直接方向付けたり規制したりすることではなく、自律的な諸システムが学習能力とフレキシビリティを維持しうるようなかたちで相互に関係を取り結べるよう、調整すること (adjustment) に限定されねばならないと主張する (Ladeur [1987: 272])。しかしルーマンによれば、そのような働きを担いうるのは法ばかりでなく、企業において流動資産を確保しておくこと、言語に習熟すること、科学における基礎研究などもそうである (Luhmann [1993: 155=368])。機能分化社会においてはコミュニケーションは抽象的な観点に則して整序されるため、その観点におい

て機能的に等価な代替選択肢が常に視野に入ってくる。あらゆるものは他でもありうる、つまり「必然的でも不可能でもない」という意味での偶発的 (kontingent) なものとして現れてこざるをえなくなる。法を何かによって根拠づければ、まさにそのことによって、その根拠に関して機能的に等価な他の選択肢が浮上してくる結果になる。

先のラドゥーアのケースに加えて、もうひとつ例を取り上げておこう。ルーマンは、基本権を、国家の統合に貢献する実体的内実を有するものとして精神科学の立場から根拠づけようとするルドルフ・スメントの議論に対して、次のような揶揄めいたコメントを付けている。

この学説では〔統合の母体となるはずの〕全体性が未分化なものとして想定されているが、このアプローチでは必然的にそうならざるをえない。というのは統合をより精確に、たいていの場合実際にそうであるように、必用な機能〔部分——この場合は、基本権——が全体=国家に対してなす貢献〕として、あるいは遂行〔部分が、他の部分に対してなす貢献〕として理解するや否や、災厄に満ちた帰結をもはや回避できなくなってしまうからだ。すなわち統合を行う複数の要因は〔それぞれ〕効果的で機能的に等価な手段であるということになり、したがって、これは実際に〔国家社会主義の下で〕起こったことだが、基本権はパレードによって代替されうるという話になるのである。(Luhmann [1965: 45=69-70], 訳および〔 〕内は馬場による)

「国家の統合のために基本権が必要である」という議論は、その意図に反して、基本権を代替可能な手段のひとつと見なす結果になる。基本権などなくても、派手派手しい示威行進によって国民の統一感が高められるなら、それでかまわないではないか、と。スメント流の考察を前提としつつこの事態を回避するためには、基本権によってもたらされる「国家の統合」を、それ以上分析不可能な絶対的必用物として前提とするしかない。しかしそれでは「基本権はとにかく必用だ」と断言しているのと何ら変わらないことになってしまう。

基本権は他の何かによっては代替不可能な、かけがえのないものである——これは現代社会のなかで暮らす大半の人間にとって自明の理だろう。またルーマンもこの点には同意している。しかし彼の見解に従うならば、この「かけがえのなさ」は何か特定の根拠によって支えられているのではなく、現代社会の基本構造のなかに、つまりは機能分化そのもののなかに位置づけられねばならないのである。

例えば法の下での平等の原理、平等権を取り上げてみよう。平等の原理は、人間は本来平等である(べき)だという事実ないし価値によって根拠づけられるものではない(先にも述べたようにそのような根拠づけは、それはそれで事実的なコミュニケーションとして生じた場合には力をもつわけだが)。平等は、法システムにおいて常にドグマティックな考慮の素

材・対象となると同時に、政治システムの社会からの分化、そしてそれに伴う政治システムの内的分化と関わっている。今日でも「政治」という言葉は、しばしば社会全体を代表し統御する審級という含意付きで語られている。しかし政治もまた特定の機能（集散的に拘束力ある決定の産出）に集中し²⁰⁾、特定のコード（与党／野党）を前提として分化したシステムであり、閉じられ自律化した存在である。政治システムは社会的環境と、主として二つの「窓口」を介して接触している。すなわち選挙を介して世論と、そして行政機構による政策実行を介して受益者と、である。どちらにおいても政治システムの閉鎖性のゆえに、境界には特有の濾過装置が備え付けられている。それによって、環境の事象が直接政治システムに影響を及ぼしたり、政治が環境を直接コントロールしたりすることはなくなる。

前者に関しては、普通／平等／秘密という投票原則のゆえに、有権者は投票時において複雑な社会的文脈から切断され、匿名の「有権者」という固有役割のなかで一票を投じるしかなくなるという点が重要である。その分、体系的な利害関心や政策判断よりも、むしろ偶然的な要因が投票結果を左右することになる²¹⁾。なるほど政治は選挙によって、偶然的な、自身にとって未知の未来に晒されはする。しかしそれは「システム自身の内部において産出された不確実性」(Luhmann [2000a: 104])なのである。この点で選挙は、また選挙によって代表＝表出(repräsentieren)される「世論」もまた、政治システム内部に位置する事象なのである。かくして政治が、環境の側の利害関心に過度に拘束され、環境と融合するという事態は回避される。

そしてもうひとつの境界において同様に分離壁の役割を果たすのが、平等の原理に他ならない。政治が(あるいは、政治システムの自己記述の焦点としての国家が)自身が設定した特殊な結果を目標として追求することだけに専念すれば、政治は自己を限定する契機を失ってしまう。しかし実際には、政治的決定を下し、行政機構を通してそれを実現する際には、法システムにおいて確立されている平等原則を前提にしなければならず、その点で制限が課せられる。

…… [平等な扱いは自明の理として、根拠づけなしに通用する一方で] 不平等な扱いを行う場合には必ずそれを根拠づけねばならないという義務によって、政治は [全体社会に対して] 距離を取らざるをえなくなる。特別な種類の決定の自律性を求めざるをえなくなるのである。国家は自身の直接的決定を規律づけて、一貫した性格をもちうるようにしなければならない。一貫してい

20) 分化した各機能システムに割り当てられる機能は、これまで述べてきた理由により、実際にはおよそ代替物を考ええないほど包括的かつ抽象的に定式化されねばならない。この定式化がその要件を満たしているか否かについては議論の余地があろうが、そう企図されているという点は確認できるだろう。

21) アルチュセールの「重層的決定」との関連においてこの点について論じた、馬場 [1996] を参照。

ることによって、距離が取られるのである。(Luhmann [1965:176=291], 訳文および〔 〕内は馬場による)

平等の原理は、法システムにおいて原理として確立されていると同時に、政治システムが自身の閉鎖性を維持するために利用されてもいる。この多分派的な働きのゆえに、平等の原理は容易に代替しがたくなっているのである。

しかし以上のように基本権を記述することもやはり、それが果たしている機能において根拠づけをおこなうことに他ならず、したがって機能的等価物を浮かび上がらせ、その必然性を掘り崩す結果になるのではないか。ある意味ではそのとおりである。ただし先に述べた多文脈性に加えて、基本権を代替しがたくさせているもうひとつの要因がある。というのはここでは問題の「機能」とは、当の機能的考察を可能にする体制そのもの、すなわちコミュニケーションをそのコンスタティブな内容のみによって、つまり特殊な(機能的比較の準拠点となる)機能とコードに従って区別し分類する、機能分化という形式そのものに結びつけられているからである。そして機能分化そのものは、註4)で述べたような理由によって、容易に代替できるものではなくなっている。

むしろ機能分化社会は「歴史の終わり」であり、その成立後においてはもはやいかなる変化も生じえない云々と考えるわけにはいかない。機能分化が崩壊し、再び階層分化や環節分化社会が登場することもありえない話ではない。だからこそ『社会の法』はこう結ばれているのである。

われわれは機能分化を、行為概念の分析の論理的帰結としてではなく、進化上の産物と見なしている。したがって次のこともまったくありうる話なのである。確かに現在のところ法システムが優越している。そしてまた全体社会そのものも、大半の機能システムも、法のコードが機能していることに依拠しているのである。しかしそれはヨーロッパのアノーマリーにすぎないのかもしれない。したがって世界社会の進化のなかで、消滅していくかもしれないのである。(Luhmann [1993:585-586=757-758])

ただしそれはカストロフィないし崩壊として生じるのであって、現在のわれわれの思考習慣となっている機能的比較と、改善をもたらす代替の試みによってではない。その意味では機能分化そのものは、そして機能分化の体制の一環として組み込まれている基本権は、機能分化社会における一種の不動点を形成しているのである。あるいはそれは、ルーマンがしばしばハインツ・フォン・フェルスターの用語を借用して言うように、固有价值(Eigenwert)として、すなわち複数の作動が回帰的に結びつくなかで形成される、暫定的安定状態としての位置を占めている。固有价值はそれ自体の内容において普遍的妥当性を有

しているわけではない。しかし後続する作動が固有値を手がかりとして積み重ねられ、複雑な秩序を形成してしまった後では、容易に改変・代替しがたくなるのである²²⁾。

5. 結 語

本稿で提起した論点は以下のとおりであった。

- (1)法システムを初めとして機能分化した諸システムは、それぞれ独自のコードを通して閉じられ自律化している。
- (2)自律化したシステムにおいては、普遍的な「外」を参照しようとするあらゆる試みは内的作動として生じざるをえない。機能分化社会においても「法の支配」は普遍的に妥当し続けるが、法が支配する対象はあくまで法自身なのである。
- (3)それら「外」への参照において取り結ばれる全体社会像と、複数の全体社会像が衝突し相互に棄却しあうことにおいて生じる全体社会とを区別すべきである。
- (4)機能分化社会においてはあらゆる事柄が代替可能であると同時に、棄却の集積の結果、固有値としての不動点が生じてくる。

あるいは以上の議論は、ペシミスティックとまでは言わないにしても、やはりネガティブなものに聞こえるかもしれない。法がいくら「外部」を、「声なき声」を参照して脱構築を（あるいは、やや古い言葉で言えば「自己批判」を）試みたとしても、それはしよせん法の内部における、ナルシシスティックな試みにすぎない云々と言っているようにみえるからだ。しかし逆に考えれば、法に関するいかに大胆な考察や提言であろうと、それらはあくまで法の内部において、法を再生産し継続するかたちで生じる以上、法を破壊する恐れなどないのである。したがって不断に、大胆に法に関する新たな考察を提起し、改善しようと試みてよいのではないか（たとえそれが改「善」に見えるのは法自身だけにだとしても）。何もしないこともまた法を存続させることにしかならず、またおそらくそのような態度は、法から変異・進化（註2で述べた意味での）のチャンスを奪ってしまうことになるからだ。

かくして本稿の立場は、晩年のフーコーが述べていた、「ハイパーでペシミスティック

22) リチャード・ローティは、人権を哲学的に根拠づけようとする試みを放棄して、人権が寛容と共感という感情によって支えられていると考えるだけで満足すべきだと主張している（Shute/Hurley [1993: =137-166]）。この「感情」を、近代社会のなかで事実的な作動の積み重ねによって形成されてきた固有値と考えるならば、ローティの議論はわれわれとはさほど遠くないところに位置していることになる。

なアクティヴィズム」へと接近していくことになる。あるいはルーマンが『社会の法』序言で言及していた、「ユダヤ的律法解釈の流儀」を持ち出してもよい。

すなわち、ある程度意見の相違が存在するのは望ましいことであり、そのような相違自体が伝統として保護されるべきである、と。(Luhmann [1993: 8=viii])

参考文献

- 馬場靖雄 (1996) 「正義の門前」, 長崎大学教養部紀要 (人文科学編) 37 卷 2 号.
 — (2001a) 『ルーマンの社会理論』勁草書房
 — (2001b) 「二つの批判, 二つの『社会』」, 馬場靖雄 (編) 『反=理論のアクチュアリティー』ナカニシヤ出版.
- Beck, U. (1999) *World Risk Society*, Polity = 東廉/伊藤美登里訳『危険社会』法政大学出版局.
 Habermas, J./Luhmann, N. (1971) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?*, Suhrkamp = 佐藤嘉一/他訳『批判理論と社会システム理論』木鐸社.
 速川治郎 (1994) 『反照論理学』北樹出版.
 井上達夫 (2003) 『法という企て』東京大学出版会.
 堅田研一 (1999) 「脱構築と正義——訳者解説」, デリダ (堅田研一訳) 『法の力』法政大学出版局.
 Laclau, E./Mouffe, C. (1985) *Hegemony and Socialist Strategy*, Verso = 山崎カヲル/他訳『ポスト・マルクス主義と政治』大村書店.
 Ladeur, K. H. (1987) "Perspective on a Postmodern Theory of Law", Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic law*, W. de Gruyter.
 Luhmann, N. (1965) *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot = 今井弘道/大野達司訳『制度としての基本権』木鐸社.
 — (1970) *Soziologische Aufklärung*, Westdeutscher.
 — (1975) *Macht*, Enke = 長岡克行訳『権力』勁草書房.
 — (1980) *Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 1*, Suhrkamp.
 — (1984) *Soziale Systeme*, Suhrkamp = 佐藤勉監訳『社会システム理論 (下)』恒星社厚生閣.
 — (1986a) *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Alfred Metzner = 土方透訳 (2000) 『法の社会学的観察』ミネルヴァ書房.
 — (1986b) "Systeme verstehen Systeme", Luhmann, N./Schorr, K. E., *Zwischen Intransparenz und Verstehen*, Suhrkamp.
 — (1988) *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp = 春日淳一訳『社会の経済』文真堂.
 — (1990a) *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp.
 — (1990b) "The Paradox of System Differentiation and the Evolution of Society", Alexander, J. C./Colomy P. (eds.), *Differential Theory and Social Change*, Columbia University Press.
 — (1992) *Beobachtungen der Moderne*, Westdeutscher = 馬場靖雄訳『近代の観察』法政大学出版局.
 — (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp = 馬場靖雄/他訳『社会の法』法政大学出版局.
 — (1995a) *Die Kunst der Gesellschaft*, Suhrkamp = 馬場靖雄訳『社会の芸術』法政大学出版局.
 — (1995b) *Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 4*, Suhrkamp.
 — (1995c) "Dekonstruktion als Beobachtung zweiter Ordnung", Berg, H./Prangel, M., *Differenzen*, Francke.
 — (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp.
 — (2000a) *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp.

特集 「法の支配」の現代的位相

- (2000b) “Ansering the Question: What is Modernity?”, Rasch W., *Niklas Luhman's Modernity*, Stanford University Press.
- (2002) *Die Erziehungssystem der Gesellschaft*, Suhrkamp = 村上淳一訳『社会の教育システム』東京大学出版会.
- 小畑清剛 (2002) 『法の道徳性 (下)』勁草書房.
- Quine, W. O. (1963) *From a Logical Point of View*. 2nd ed., Harvard University Press = 飯田隆訳『論理的観点から』勁草書房.
- 酒井隆史 (2001) 『自由論』青土社.
- Shute, S./Hurley, S. (eds.) *On Human Rights*, Basic Books = 中島吉弘/松田まゆみ訳『人権について』みすず書房.
- 山脇直司 (2002) 『経済の倫理学』丸善.
- Žižek, S. (1996) *The Indivisible Remainder*, Verso = 松浦俊輔訳『仮想化しきれない残余』青土社.