

System und Kommunikation im <Recht>

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/17835

〈法〉におけるシステムとコミュニケーション

―ハーバマスの法理論の可能性をめぐって

仲正昌樹

一、はじめに…〈法システム〉と〈権利主体〉

ドイツの法哲学・法理論においては、ニクラス・ルーマン（一九二七―一九八）の「システムIIオート・ポイエシス」理論の出現によって、近代的な〈社会 *Gesellschaft*〉の部分システムとしての〈法〉は、〈外部〉からの干渉を受けないで、自己自身の〈妥当性 *Geltung*〉の根拠を自ら産出する〈自己完結〉した系であるという見方がかなり支配的になっている。ルーマンの議論によれば、新しい〈法〉が、立法や裁判過程の中で〈創造〉されるときも、それは既存の〈法〉的な意味体系を変質させることはなく、あくまでも、現に妥当している〈法〉を継続・再生産せしめるように機能する要因のみが、〈法〉的コミュニケーションの中に取り込まれるのである。⁽¹⁾

何が「(法的に)正しい *recht*」かという基準が、現に妥当している〈法 *Recht*〉のコードに合致しているか否かのみであり、そこに〈道徳〉や〈経済〉といった他の部分システムのコードも、ましてや個人の恣意的選択も絡んでこないとするれば、法的な判断主体の果たす役割は、「現に妥当しているもの」を承認するという形式的なものに留まらざるを得ない。これはある意味で、〈権利II主観的法 *das (subjektive) Recht*〉の主体としての自由な諸個人の間の相互関係を基礎に成立していたはずの近代法的前提を否定することに繋がりがかねない。

こうした法システム論的なアプローチに対抗する形で、システムに対する個別の権利主体の関与の余地を残すような法理論の枠組みを追求したのが、ユルゲン・ハーバマス（一九二九—）のコミュニケーション理論的アプローチであるということができよう。ルーマンの社会理論における「コミュニケーション」が、主体としての人間が関与することなく進行していく、社会的に妥当する「意味」の相関関係と自己再生産のプロセスとして捉えられているのに対し、ハーバマスの「コミュニケーション」はあくまでも、「主体」を起点とし、「主体」相互の間に成立する「了解 *Verständigung*」である。六〇年代末から七〇年代冒頭にかけて展開されたハーバマスⅡルーマン論争でも、ハーバマスにとつての「主体 *Subjekt*」が、間主観的 (*intersubjektiv*) なコミュニケーションの中で合理的な判断をなしうる存在であるのに対し、ルーマンにとつての「主体」は、システム構造の中における「不確定な選択性」の結節点にすぎないことが明らかになった。⁽²⁾

当然、両者の「法」の捉え方は、「コミュニケーション」を通しての「権利主体」の「法システム」への関与の可能性という点で際立った対照をなすことになる。ギバンティフが指摘するように、ハーバマスにとつて、法を産出するのはあくまでも（主体相互の）「コミュニケーション」であり、その意味で彼は（ルーマンのような）決定主義的な法理論を一貫して拒絶してきた。⁽³⁾ ハーバマスのな「主体」は、自由なコミュニケーションを通して、「法システム」によって支えられている社会秩序に変更を加えられる潜在的な可能性を備えているのである。亀本洋教授によれば、近代法思想における「法実証主義」とは、「国家と社会」の分離、「法と道徳」の分離を前提に、「本質的に便宜的な秩序の設定とその適用を通じた計算可能性の確保」を目指した運動であり、ルーマン理論はこの意味での「法実証主義」に繋がる「現状追認型」の思想系列に属すると言える。これに対してハーバマス理論は、そうした法実証主義的な傾向と対決する現状批判的な思想系列に属する。⁽⁴⁾ 現状批判的な法思想には、大きく分けて、伝統的な共同体の法秩序に回帰しようとする「有機体説・共同体主義」的な方向性と、その逆に、

主体としての個人の自由な活動の余地を拡大していこうとする「啓蒙主義的理性法論」の方向性があるが、ハーバマス理論は当然、後者の方向性を示している。

『コミュニケーション的行為の理論』（一九八一）の中でハーバマスは、ルーマンの議論も援用しながら、高度に合理化した近代社会では、形式的に組織化・機能化され、非人間的な様相を呈するに至ったヘシステムが、各人の（コミュニケーション的）行為に先立って「存在し、その「背景」を成しているヘ生活世界 *Lebenswelt*」から全面的に分離する傾向にあることを指摘している。別の言い方をすれば、ヘシステムにおける形式的に組織化された行為連関が、ヘ生活世界における日常的な行為連関とは無関係になり、ヘシステム独自のメカニズムが始動する。ヘ生活世界に基盤を置いた行為領域では、主体相互のコミュニケーションによって社会統合がなされてきたのに対し、自律化したヘシステムにおいては、ヘ貨幣（経済システム）やヘ権力（行政システム）といった制御メディア（*Steuerungsmedien*）がそれに取って替わり、統合の役割を担うようになる。つまり非人格的なメディアが、自らに固有のコードに基づいて——人格的なコミュニケーションを省略して——ヘ決定に至り、ヘシステム内の人々の行為を「自動的」に制御するようになるのである（vgl. TKH 455ff.）⁵⁾

こうしたヘシステムによって制御される領域が拡大していくと、人間の行為から次第に自由の余地が失われて、まるで「物」のように硬直化し（＝物象化（*Verdinglichung*））、ヘ生活世界の中での「日常的」かつ「対人的」なコミュニケーションまでも、ヘシステムの論理によって支配を受けるようになる。例えば、貨幣化（*Monetarisierung*）とか官僚制化（*Bürokratisierung*）といった現象は、システム化した組織形態が、その制御範囲とは直接的には関係のない領域までも含めて我々の生活形態を全般的に規制するようになる。それによって（伝統的なコンテクストの中で形成されてきた）人格的・文化的・社会的な諸要素によって構成されるヘ生活世界の象徴的な再生産過程の中に、ヘシステムが介入してくる。ハーバマスはこうした現象をヘ生活世界の〈内

的植民地化 *die innere Kolonialisierung* (TKH 489ff.) と呼んでいる。このように、*ヘシステム* に「先行」して存在していた *生活世界* が徐々に浸食されているという図式を描き出すことよってハーバマスは、*ルーマン* が *社会* の *機能的差異化 die funktionale Ausdifferenzierung* と呼んでいる事態を「批判的」に捉え返す。

西欧諸国に成立した *後期資本主義* 体制においては、そうした *内的植民地化* が極度に進展したため、諸主体間の *コミュニケーション* (相互了解) によって利益配分を行なう *メカニズム* が作動しなくなり、*経済システム* と *行政システム* の制御メディアを中心として自動的に配分がなされるようになった。そのため社会的な諸集団を相互に結び付けていた伝統的な絆、*コーポラティズム* (組合協同体主義) 的に構築されてきた信頼関係が弱まり、*利害対立* が前面に出てきた。それは、*社会* 統合を脅かす *危機* である。六〇年代後半以降に登場してきた、旧来の労働組合・社会主義運動とは異なる、反核・平和、環境保護、税制への異議申立、マイノリティー権利擁護、女性解放・・・など新しいタイプの社会運動の背景には、そうした *ヘシステム* の矛盾が生み出した *危機* がある。そうした新しい抵抗の多くは、*ヘシステム* と *生活世界* の狭間で生じていると見ることができ (vgl. TKH 576ff.)。ハーバマスは、こうした *危機* の根本的 *解決* のためには、国家が市場における利益 (再) 配分の *メカニズム* に関与する、いわゆる *干渉主義 (Interventionismus)* の手法ではもはや対応しきれないことを指摘したうえで (vgl. TKH 515ff.)、多様な利害関係を持つ諸集団の間の「普遍的」な *ヘコミュニケーション* の可能性を追求する。豊泉周治助教授も指摘するように、ハーバマスの社会理論は、「公共的 *コミュニケーション* における討議過程」の活性化を通じて、現代における *ヘラティカル・デモクラシー* を目指していると言えよう。⁽¹⁾

では、こうした *ヘシステム* による生活世界の植民地化傾向と、*公共的コミュニケーション* の復権を志向し

ている（ように見える）抵抗運動のせめぎ合いの中で、〈法〉はどのような役割を果たしているのだろうか。

二、〈システム〉と〈生活世界〉を繋ぐ〈法〉

『コミュニケーション的行為の理論』の中でハーバマスは、〈法 Rechts〉を、形式的に組織化された各システム（〈制御メディア〉を〈生活世界〉の中に係留（verankern）するための手段として定義している。分かりやすく言えば、〈システム〉の内部におけるシステム独自のコードに基づいて成される決定を、人間の具体的な行為に転化し、現実化していくための統制手段ということである。

ここで私が「形式的に組織化されている『formal organisiert』と言っているのは、媒体によって制御されるサブ・システムの中に登場してくる——実定法を通して初めて産出される——全ての社会的関係のことである。そうした諸関係の中には、組織の境界線を越えて広がる、私法・公法的に構成される交換・権力関係までもが含まれる。前近代社会においては、社会的労働と政治的支配は依然として、法によって単に形式的に表面を覆われ、保証されているだけの一次の制度に依拠していたのである。近代社会においては、それらの制度が、私有財産や合法的支配といった——直接的に実定法の形式で現れてくる——制度に取って替わられることになるのである。近代的な強制法は、人倫的な動機から離脱したものになる。私的な法的人格に対しては正当な恣意性の領域の境界線を、官職保持者（組織化された権力的地位の保持者一般）に対しては合法的な権限行使の余地の境界線を確定するよう機能するのである。このような行為領域では、それまでもつばらメタ制度として行為に関係付けられていた伝統的人倫という法以前の基層が、法規範に取って替わられることになる。法はもはや、予め与えられているコミュニケーション構造を手がかりとして始動するのではなく、

コミュニケーションのメディアに合った交通形式 (Verkehrsform) と指示の連鎖 (Weisungskette) を自ら産出し、それによって了解によって方向付けられた行為の伝統的に慣れ親しまれてきたコンテクストを、システムの環境世界へと追いついてしまふ。こうした判断基準に従えば、大雑把に言つて、システムと生活世界を隔てている境界線の一方には、経済と官僚化した国家行政というサブ・システムがあり、もう一方には (家族、隣近所関係、自由なアソシエーションによって担われている) 私的な生活領域と (私人及び国家公民から成る) 公共圏がある、ということになるだろう。(TKH 456)⁽⁸⁾

ここで言われている、近代の〈実定法〉を通して産出される社会関係というのは、私的な取引関係を例に取つて考えれば分かりやすいだろう。取引に関する法体系が整備されていない前近代社会においては、取引はもっぱら各当事者間の慣習や信用に基づいて行なわれ、領主や教会の〈法〉は、当事者たちが公正な取引を安心して行なえるよう「外」から保証を与える程度のものであった。〈法〉は、取引それ自体のやり方、中身には関与していなかったのである。しかし民法典が編纂されて、所有権、占有権、抵当権、賃貸権、地上権、留置権・・といった各種の物権と、それらを移転・変動する際の規則が細かく規定されるようになると、取引の当事者たちの関心は、当然「物」それ自体というよりも、その「物」に付属する様々の権利関係、更にそれから派生してくる各種債権の方に移っていく。「物」自体が現実に移動しているわけでもないのに、権利関係だけ移動し、関係者がそうした「権利のみ」の移動にかなり多くの時間を費やし、本格的に取り組んでいるという現象を我々はしばしば目の当たりにするが、それは明らかに〈実定法〉が創出した社会関係である。また、商人の間の特異な取引関係や、会社・事業体の組織・経理の仕組みを定めた商法が〈実定法〉として体系化されることによって、それに応じた商業の (再) 組織化が進行する。法的な規制の強化や緩和で、新しい商売が起こったり、逆に古い商売が成

立しなくなったりするのは、周知のことであろう。〈実定法〉が制定されることで、これまで慣れ親しんできた商慣習（〈生活世界〉の中に組み込まれた行為連関）とは本質的に無関係に、取引に際しての〈交通形式〉や〈指示の連鎖〉が新たに〈産出〉されてくるのである。国家や地方公共団体の行政については、実定法化された行政法などの規定に従って、業務、予算、人事関係などにおいて、独自の〈交通形式〉や〈指示の連鎖〉が産出されてくることは言うまでもなからう。

このように〈（実定）法〉が制定されることを通して、それぞれに固有の制御メディアを備えた〈経済〉や〈行政〉といった〈サブ・システム〉の領域が確定されてくる。各々の〈サブ・システム〉の中では、その制御メディアに対応した行為連関、コミュニケーション形態が産出され、それらは、〈生活世界〉の中で慣れ親しまれてきた日常コミュニケーション的な行為連関から次第に乖離していく。近代の〈法〉は、〈生活世界〉からの各〈サブ・システム〉の自律化を始動させる役割を担っているのである。〈法〉自体を、一つの自己準拠的な〈部分システム〉と見做すルーマン理論の場合とは異なっており、ハーバマスにとって、〈法〉はそれ自体としては〈部分システム〉ではなく、むしろ〈システム〉と〈生活世界〉の境界線上にあって、両者を分離しながら、同時に結び付けている。蝶番の役割を果たしているわけである。⁹⁾

近代において〈法〉の役割が次第に拡大し、主体相互の関係のかなりの部分が法の論理によって規制されるようになることは、一般的に〈法（制）化 Verrechtlichung〉と呼ばれているが、ハーバマスは、この〈法化〉の傾向を、〈生活世界の内的植民地化〉と不可分の関係にあるものと見なす。彼は、〈法化〉に伴って近代国家の在り方が変遷していく過程を、①絶対主義時代における市民的國家の形成②一九世紀のドイツの君主制の中に典型的に現れてくる法治國家③フランス革命の影響を受けて広まった民主的法治國家④ヨーロッパの労働者運動の成果として闢い取られた社会的・民主的法治國家——の四段階に区分したうえで、〈サブ・システム〉と〈生活世界〉

の間の競き合いを描き出すことを試みてゐる (vgl. TKH 524f.)。

①の段階において、個人的な商品所有者相互の取引は、私法秩序によって規範化されるようになった。この法秩序は実定性、普遍性、形式性といった特性を備えており、契約を締結し、財産の取得、譲渡、遺贈を行う主体としての法的人格 (Rechtsperson) を前提にしている。この秩序は、私人の自由と財産の保証、法律の前での全ての法的人格の形式的平等性などを目的とする (vgl. TKH 525-527)。この段階における私法的な諸規範は、まだ商取引に伴う副次的作用としての位置価値しか与えられていなかったが、②の段階になると、これが道徳的にも正当化された憲法Ⅱ国制規範 (Verfassungsnormen) としてのステータスを獲得し、支配構造の中に刻み込まれることになる (vgl. TKH 527-528)。この①②の段階の〈法化〉は主に、君主体制によって運営される国家の側が、〈生活世界〉の中で進展する私的生活合理化傾向と、それから発生してくる自由への要求に対応する形で遂行されたと言えるが、③は、そうした〈法秩序〉の形成に、私人Ⅱ市民自身が〈コミュニケーション〉(Ⅱ議会+公共的討論)を通じて参与するようになり、そのための手続きが〈憲法〉に組み込まれることを意味する (vgl. TKH 528-530)。そのようにした民主化された〈法治国家〉の憲法的秩序の枠内で、賃労働における「自由」を確保することを目指して、労働法や社会法が次第に整備され、それと並行して、経済的行為システムを社会政策的な側面から制御する「社会国家 Sozialstaat」が登場し、④へと繋がっていくという展開になる。

こうした〈法化〉の運動を通して、〈行政〉及び〈経済〉というサブ・システムの制御メディアである〈権力〉と〈貨幣〉が法的に制度化され、それによって主体間の行為連関が制御されるようになったわけであるから、その意味で〈法〉は、「権力や貨幣と結び付いた複合的なメディア」(TKH 537)であると言ふことができる。〈制御メディア〉としての〈法〉は、サブ・システム内部の行為領域をそれぞれの制御メディアが形式的に組織化するのを助けるだけであって、〈生活世界〉の再生産には直接的に関与しない。経済法・商法・企業法・行政法は、

主にそうしたメディア的な性質を持っている。しかしハーバマスは、〈法〉には〈制御メディア〉としての側面の他に、〈制度 Institution〉としての側面があると主張している。

ここで言う法制度 (Rechtsinstitution) とは、その手続を法実証主義的な視点から引き合いに出すだけでは、十分に正当化され得ないような法規範を指す。その典型的な例が憲法の基礎、刑法・刑事訴訟法の諸原理、道徳に近い犯罪構成要件 (殺人、墮胎、強姦など) の全て規定である。日常実践の中でこれらの法規範の妥当性 (Geltung) がいったん疑問に付されると、その合法性 (Legalität) を引き合い出すだけでは足りなくな。これらの法規範は、生活世界の正当な諸秩序それ自体に属するものであり、インフォーマルな行為規範と共に、コミュニケーションの行為の背景を形成するものであるため、実質的 (materiell) な正当化を必要とするのである。(TKH 536)

この記述から分かるように、ハーバマスの言う〈法制度〉とは、形式的な〈手続〉による正当化だけで、「一応」処理可能であるような法規範とは異なっており、必然的に日常的な道徳判断に繋がってしまうような法規範を指す。現在の日本のアクチュアルな文脈で言えば、脳死問題や「心身喪失」時の責任能力の問題、ストーカーやセクシュアル・ハラスメントの問題などを規制する法規範がこれに相当するだろう。このような法規範は、裁判や行政的な指示連関の枠内で「のみ」妥当性を有しているわけではなく、いったん〈法〉として妥当するようになると、我々が「法」を直接的に意識しないで、日常的に営んでいる行為にも影響を及ぼすようになる。生命、宗教、性、自由、プライバシーといった文化的・価値的・倫理的な問題に「内容的」に関わる事柄に、法が判断を下す場合には、〈生活世界〉の中でのコミュニケーション行為をも制御するようになるわけであり、その意味で、〈法制度〉

は「生活世界」の一部になっているのである。ルーマン理論では、「法」と「道徳」はそれぞれ異なった「部分システム」を形成しているわけであるが、ハーバマス理論では、「法制度」の領域において、「法」的規範と倫理・道徳を含むインフォーマルな諸規範が重なり合っているのである。

こうした「制度としての法」と「媒体としての法」は、いずれにしても相互に結び付いていたわけだが（vgl. TKH 536）、先に挙げた③の段階までは両者の間の暫定的な区分は維持されていたように思われる。⁽¹¹⁾既に述べたように、「媒体としての法」は、形式的に組織された「サブ・システム」の中の各主体の「自由」を保証すると同時に、行為を規範的に制御する機能を果たしていたわけであるが、「サブ・システム」を離れて、「生活世界」における日常的な規範の形成にまで関与することはなかった。「実質的な正当化」に対しては、基本的に無関心（indifferent）だったのである（TKH 538）。山口聡助教授の整理の仕方に従えば、「メディアとしての法」が「現に行為を調整する機能」のレベルに相当するのに対し、「制度としての法」は「その機能を根拠づける」レベルにある。⁽¹²⁾

しかし④の段階になって、社会国家が我々の社会生活を「保障」すべく、「メディアとしての法」を使って「介入」するようになってくると、事情は異なってくる。社会的な均衡＝補償（Ausgleich）の実現を目指す「社会法」は、賃金と俸給に関する団体労働協約を規制する「労働法」とは異なっており、形式的に組織化された行為領域（＝経済）にはなく、生活世界の中のコミュニケーション的な構造を備えた行為領域に介入するのである（vgl. TKH 539）。日本国憲法第二十五条第二項の「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」という条文は、明らかに「国家」の「生活世界」への関与を指示していると言えよう。「生活世界」に介入するという点では、「社会法」は単なる「メディアとしての法」ではなく、「制度としての法」の性格を帯びていると言える。ただし「社会権＝社会法 Sozialrecht」を根拠に国家が「生活世界」に干渉する場合は、先に挙げた本来の意味での「法制度」の場合とは違って、日常的なコミュニケーションの背

景になっているインフォーマルな規範の形成・変更にまで積極的に関与するとは言い切れない。〈社会法〉は、「健康で文化的な最低限度の生活」（日本国憲法二五条一項）の実質的な中身までは規定しない。むしろ、日常の実践においては既に「正当」と見做されているが、何らかの障害があって現実化するには至っていないことを実現するための、〈法〉的な意味での形式的枠組みを整えていると言うべきだろう。〈社会法〉は、それ自体としてはあくまでもヘメディアとしての法でありながら、〈制度としての法〉と同じレベルの目標を志向するという逆説的な性質を帯びている。この関係をハーバマスは、以下のようにかなり抽象的に定式化している。

メディアとしての法である社会法は、法的な組織形態を通して初めて構成され、システムのメカニズムを通してのみ一つにまとまっている行為領域に対応する。しかしそれと同時に社会法は、インフォーマルな生活世界のコンテクストに埋め込まれている行為状況にまで適用される。(TKH 539)

健康保険や雇用保険、介護保険、国民年金などの保険・年金制度に即して考えれば、次のように理解できるだろう。保険や年金といった制度は、明らかに〈法律〉によって作り出され、法規範に従って形式的に組織化された（経済）及び〈行政〉のサブ・システムの論理に従う）行為領域であるが、そうした形式的組織の中で自己完結しているわけではない。自らがメディアとして構成している形式的組織の側から見れば、「外部」（環境世界）に位置するはずの〈生活世界〉の日常的文脈に組み込まれた「インフォーマルな規範」（Ⅱ「健康的で文化的な生活」）の実現を援助する。言わば、「外」側から〈生活世界〉に介入しているのである。ハーバマスは、こうしたアンビヴァレントな性質を示す法規範の実例として、社会法と並んで〈家族法〉と〈学校教育法〉を挙げている。〈家族〉や〈学校〉それ自体はもともと形式的に組織化された領域ではなく、あらゆる〈法化〉に先立って、行

為調整のメカニズムとしての「了解」を志向する行為や規範の文脈が既に存在していた。これらの領域の「 legalization」においては、両親に対する子供の、夫に対する妻の、学校や両親に対する子供の、国家の教育行政に対する教師と生徒の基本権が保護されることが目指され、結果として「家族」や「学校」の中の生活世界的なコミュニケーション状況に変更が加えられることになっていく。その意味で、「家族法」や「学校教育法」は、「家族」と「学校」の中で道徳的に調整されてきた社会的行為の規則を補完する役割を果たしていると言える（vgl. TKH 540 ff.）。

無論、社会学、家族法、学校教育法が「制御メディア」となることによって、前近代的な支配関係を抑制する「権利」が創出され、それらの権利が保護されていく、というだけの話であるならば、「生活世界の内的植民地化」を殊更問題にする必要などない。問題なのは、「制御メディアとしての法」が、「経済」や「行政」のサブ・システムのメディアである「貨幣」及び「権力」と結びついており、「法」を介して、それらのサブ・システムが「生活世界」の中に介入してくる恐れがある。慣習化された日常実践の「 legalization」には、「経済」や「行政」のサブ・システム固有の論理が「生活世界」を浸食してしまう危険が伴うのである（vgl. TKH 541）。岩倉正博教授の定式によれば、「サブ・システムの肥大化に伴って、システム合理性を体現する媒体としての法がそれには適合しないコミュニケーション的構造もった領域にまで入り込み、コミュニケーション的¹³⁾了解過程を阻害するとともにそれを脱言語化された媒体によるシステム統合へと切り換えるように「働くのである。例えば、社会保障制度を「社会学」によって形式的に組織化すると、保障の事務が既成の行政システムに適するように規定され、具体的な給付は経済システムに適合するように金銭によって行なわれるようになってくる。¹⁴⁾最近では、介護保険法の施行によって、それまで主に「家族」という生活世界に属する領域で日常的に行なわれていた「介護」が、行政システムによって事務的に管理され、国や地方公共団体の財政事情（＝経済システム）によって提供されるサービスの

水準・形態が変動するようになったことが、具体的なケースとして挙げられるだろう。

一般的に言って、行政システムや経済システムが〈メディアとしての法〉を通して社会福祉、教育などに干渉してくると、これらの領域における生活世界的なコンテクストに根ざしたコミュニケーションには必ずしもそぐわない、〈効率化〉という基準が新しい「規範」として持ち込まれることがある。〈効率性〉という基準は、福祉や教育に関して生活世界レベルのコミュニケーションで成立しているインフォーマルな規範を〈補充〉し、現実化する可能性もあるが、その逆に、コミュニケーションを破壊して、了解に基づいて成立してきた諸規範に取って替わる恐れもある。「独立行政法人通則法」に基づく国立大学の「法人化」についての議論が現在進行しているが、その中でよく話題になるのが、〈効率性〉を確保するための「企業会計原則」「中期目標の設定」「評価委員会に対する報告」などの問題である。国立大学関係者から「独法化」に対して出されている法律論的視点からの懸念は、〈効率性〉という基準が、〈大学〉という領域の中で歴史的・慣習的に形成されてきた〈学問の自由〉〈大学の自治〉といった規範と両立するかという点に集中しているといっても過言ではない。⁽¹⁵⁾ 〈効率性〉に反対する議論は、経済システムの制御メディアである〈貨幣〉を尺度として持ち込めば、学問的な討論の積み重ね(＝コミュニケーション)によってその存在価値が認められてきた研究・教育分野が、収支の面で「非効率」として切り捨てられるという点に焦点を当てている。〈効率性〉という基準が、〈大学〉の中で形成されてきた生活世界的文脈を実際に破壊してしまうか否か、今の時点では結論を出すことはできないが、少なくとも「唯一の基準」になつてしまえば、コミュニケーションによる〈了解〉の余地をなくしてしまうのはたしかだろう。

近代市民社会の〈 legalization 〉過程の第④段階においては、このように、〈メディアとしての法〉と〈生活世界〉の関係が極めてアンビヴァレントになり、自由なコミュニケーションの確保のために導入した〈法Ⅱ権利〉が、〈システム〉による〈生活世界の植民地化〉の誘因になる危険性が極めて高い。ハーバマスは、ドイツの〈社会国家〉

が推進する法政策は、事実上、後期資本主義社会における「生活世界の内的植民地化」を強化する役割を果たしているというベシミステイックな見解を取っている。彼は、「メデア」としての法規範が「生活世界」における日常的コミュニケーション行為を阻害することに異義を申し立て、「了解を志向する行為の構造に適した対立調整の手段」(TKH 54)、「つまり「討議的な意志形成プロセスと合意を志向する交渉・決定手段」(ibid.)が登場してこなければならぬ」と主張している。コミュニケーションを通しての「了解」もしくは「合意」が、メデアによる形式的な制御作用よりも優位に立たねばならないということである。では、そうしたコミュニケーション的な討議過程の形成において、「法」それ自体はどのような役割を果たすべきなのであろうか？

『コミュニケーション的行為の理論』の段階でのハーバマスは、「法」それ自体を通して、「メデア」としての「法」を媒介に進行しつつある「生活世界の内的植民地化」に抵抗するといったタイプの議論は展開していない。この時点までのハーバマスは、公共的討議を通じて「行政国家」の決定プロセスに批判的に関与していく回路を確立する必要性を論じてはいたが、⁽¹⁶⁾その中で法規範を戦略的に用いるという構想は示していなかったように思われる。しかし八〇年代から九〇年代初めにかけて、ハーバマスは内的植民地化に対する自らの抵抗の戦略の中に、「法」を明確に位置付けるようになる。

三、ハーバマス法理論の戦略転換…法的合理性の追求へ

ハーバマスが、「実定法の解釈をめぐる直接的に発言したケースとしてよく知られているのは、九〇年のドイツ(再)統一に際しての統一方式をめぐる議論である。ベルリンの壁崩壊以降、(旧)東ドイツ(ドイツ民主共和国)の国家としての存続が困難になり、「統一」が政治的に「規定の事実」と見做されるようになってくると、いかなる法形式に基づいて「統一」すべきかをめぐる議論が、ベッケンフェルデ、グリム、ブルーメンウィッツ

といった著名な法学者も巻き込んだ形で展開された。各ラント（州）の連邦への加入の要件を定めている基本法二三条の規定に従って、東ドイツを構成する各州が個別に〈連邦〉に加入する形にするのか、あるいは、一四六条の「この基本法は、ドイツの統一と自由の達成後は、全ドイツ国民に適用されるが、ドイツ国民が自由な決断で議決した憲法が施行されるその日に、効力を失う¹⁷⁾」という規定に従って、新しい〈憲法Ⅱ国家体制〉の下で（西）ドイツ国民が再発する形式を取るべきかが争点になった。¹⁸⁾ 憲法学者の間でも見解が大きく分れたこの論争でハーバマスは、一四六条に基づく統一を主張した。

当時リベラル左派の知識人の多くは、二三条の加入方式を取れば、西ドイツ（ドイツ連邦共和国）が東ドイツを事実上「吸収合併」することになり、西側の現体制がそのまま肯定されてしまうという理由から反対を表明したが、ハーバマスの「反対論」の文脈はそれとは少し異なっていた。彼は、むしろ政治学者ドルフ・シュテルンベルガー（一九〇七―八九）の〈憲法愛国主義 Verfassungspatriotismus〉論に依拠しながら、一四六条に従って新しい〈憲法Ⅱ国家体制〉を構築することを通して、伝統的な〈国民国家 Nationalstaat〉を基盤としたナショナルアイデンティティーから切り離された、〈国家公民から成る国民 Staatsbürgerinnern〉としての（ポスト国民国家的な）アイデンティティーを形成していくことの重要性を訴えた。伝統的・文化的な要素ではなく、〈憲法〉の精神への盟約を中心にして、〈国民を新たに形成していく可能性を、ハーバマスは一四六条の内に読み込もうとしたのである。彼はそれによって同時に、ドイツ的な行政国家の伝統の中で硬直化していた〈主権 Souveränität〉をコミュニケーション的に流動化し、主権者としての国民の「意志」が公共的討論を経由して〈国家体制〉により直接的に反映されるようにするための道筋を探ろうとしたのである。¹⁹⁾

この時のハーバマスの議論の立て方は、「コミュニケーション的行為の理論」の図式に当てはめて考えれば、（統一の〈形式〉を定めている）〈制御メディアとしての法〉を活用することによって、伝統的・文化的な文脈（Ⅱへ生

活世界」の中で培われてきたアイデンティティーを「実質的」に再編することを主張しているわけだから、彼自身の法理論の前提と矛盾しているように思われる。無論、統一に関しては、第二帝制以降のドイツ史の「負の遺産」の問題があるので、例外的な議論をしたと見ることもできるが、そこに至るまでの伏線として、ハーバマスの「法」に対する見解自体が変化したことにも留意しておかねばならないだろう。

中野敏男教授の指摘によれば、一九八六年にユタ大学でタナー・レクチャーズとして行なった講義「法と道徳」においてハーバマスは、『コミュニケーション的行為の理論』における「メディアとしての法」と「制度としての法」の区別を消滅させている。既に見たように、『コミュニケーション的行為の理論』における「メディアとしての法」の役割は、生活世界の中のインフォーマルなコンテクストにおける「実質的な正当化」に関与せず、形式的に組織化された領域における行為を「制御」することに限定されていた。ところが、(後に付属文献として『事実性と妥当性』の中に収められた)「法と道徳」ではその前提を覆して、「法化」が進んだ近代社会においては、形式的な「合法性Ⅱ法的合理性」が、道徳的なレベルでの「正当性」の構成要因になるという議論を展開している。

慣習的に外的なものとして表現されている法と内面化されている道徳が相互に補充し合うものであることを、私たちは明らかにした。しかし私たちにとってこうした補完的關係以上に興味をもたれるのは、それと同時に、道徳と法が交差していることである。こうした事態は、法治国家的な秩序の中で、実定法という手段を引き合いに出すことで、論証の持つ重みが擁護され、道徳的な論証に対しても開かれている根拠付けの道筋が制度化されるようになることを通して生まれてくるのである。ただしこの場合、道徳はもはや、諸規範の超実定的な命題としての理性法という構築物が示唆するように、法の上を漂っているわけではない。道

徳は、その中に吸収されることなく、実定法の中に入り込むのである。法に対峙するだけではなく、法の中に定着しさえする道徳性というのは、当然、純粹にプロセス的な性質のものである。こうした道徳性は、全ての特定化された規範内容を取り払い、可能なる規範内容の根拠付けと適用の手続へと昇華したものである。そのようにして、手続法とプロセス化した道徳は相互にコントロールし合う。法的な言説においては、道徳的・実践的な問いの論証的な扱いは、法的制度化という道筋を経て、言わば飼ひ馴らされたものになる。つまり道徳的論証は、方法的には妥当している法への拘束を通して、事柄的には主題、举证責任という点において、社会的には参加の前提、適用除外、役割配分という点において、時間的には決定期間という点において制限されている。しかし別の面から見れば、道徳的な論証は、自らに固有の論理に従い、自らの理性性をコントロールする開かれた手続として制度化される。法的体制は、論証が実定法の限界で行き詰まりになるような仕方では、論証の内部に干渉することはない。法は——妥当している法自体によって規定されない仕方——妥当している法を超越している根拠付けのダイナミズムを、許容し、刺激する。(FZ 568)⁽¹²⁾

この論述からはつきり分かるように、ハーバマスは、生活世界の中で形成されてきた〈道徳〉と結びついている〈制度としての法〉と、〈道徳〉には関わらず形式的に行為を制御するだけの〈メディアとしての法〉という區別を止めて、合法的な〈手続〉を通して道徳的な〈正当性〉を生み出す〈法〉という単一的な〈法〉の在り方を描き出している。この〈法〉は〈道徳〉と交差しており、相互に密接な影響関係にあるものの、古代ギリシアの自然法論や啓蒙主義時代の理性法論で言われているような、全ての現実的な行為連関を超えた超越論的な「法」ではない。また、自らを通して実現されるべき〈正義〉の具体的内容を予め規定するものでもない。ハーバマスが新にイメージした〈法〉は、もっぱら〈正当性〉を見出だし、それを根拠付けるための〈手続 Verfahren〉

として構造化されている。その場合、到達されるべき〈規範内容〉はあくまでも複数の可能性として仮想的に想定されているだけであって、実体化されているわけではない。〈手続としての法〉は、そうした規範内容の内の最も正当なものにたどり着くための合理的な論証 (Argumentation) のルールを制度化したものであるが、その際に適用されるルールは〈実定法〉によって (固定化されたものではない) 。〈法〉は自らが誘導する論証プロセスそれ自体の中で、より合理的なルールを論証的に追求し続ける (vgl. FZ 551f.) 。

周知のように、〈手続としての法〉という考え方は、現代の法理論において非常に大きなウェイトを占めており、初期ルーマン、H・L・A・ハート、ロールズなどの法理論も〈手続〉の問題をめぐって展開していると言つてよい。ハーバマスも、そうした法哲学的な議論の流れを意識しながら、〈法〉に対する新たなアプローチを模索しているわけだが (vgl. FZ 551) 、その中でも特に重要な参照項になっているのが、ハーバマス自身が提示した〈理想的対話状況 die ideale Sprechsituation〉のモデルに依拠しながら、合理的な討議 (言説としての) 合理的な法的論証のプロセスを理念化したロベルト・アレクシー (一九四五) の法理論である⁽²³⁾。主要著作である『法的論証の理論』(一九七八)においてアレクシーは、裁判などで行なわれる法的な論証 (Juristische Argumentation) は法解釈学や先例に拘束されるものであり、一般社会で通用しているのは異なる特殊な論証規則に従っているのではないかという見方を斥けて、法的論証が成立するには、(実践理性に導かれる) 一般的な実践的論証 allgemein praktische Argumentation) によって支持されている必要があることを論証してみせた。彼によれば、〈法的論証〉は、一般的な実践的論証の特殊なケースにすぎず、法の領域に対する後者の弱点、曖昧さを補うための特殊な規則を備えているが、常に後者に依存していることに変わりはない。〈法の賢慮 Jurisprudenz〉は〈実践理性〉の一領域であり、その意味で、〈法〉における合理的な論証の手続の練り上げは、社会一般における〈正義〉と〈秩序〉の実現に貢献することになるのである⁽²⁴⁾。

「法と道德」におけるハーバマスの戦略は、一般的な〈合理的な討議〉（＝理想的対話状況）の規則を〈法的論証〉の内に見出し、〈法的手続〉を「一般化」して「こうとするアレクシーの議論の延長線上にある」と言えよう。法的な〈手続〉における〈論証〉の合理性が、一般的な合理性を体现しているとすれば、その逆に、法的な論証形式によって合理的に選択された規範は、社会一般における合理的に正当される規範としての形式をある程度備えていると言うこともできよう。近代においては、〈法〉が論証的・手続的に形式化されるようになったことに對応して、社会の中での一般的な正当性の基準を提供する〈道德〉の側もその性質を根本的に変化させた。〈手続としての法〉と交差する〈道德〉はもはや、伝統的な哲学・倫理学で表象されてきたような、無制約的で、超越論的なものではなく、理想的な対話状況での討議を経て〈正当性〉に至る〈プロセス〉として表象されるようになる。

法の形式的な質が——多かれ少なかれ実体化された法類型への差異化よりも下位のレベルで——法的に制度化された手続のデモンストレーションにおいて見出だされるものとすれば、そしてまたこの手続が、道德的論証に對して透過的な法的討議を規制するものとすれば、以下のような仮説が立てられる。法的規範の生産に向けての手続が、道德的・実践的手続合理性という意味において理性的であり、理性的な仕方で実践される限りにおいて、合法性を通しての正当性は可能である、という仮定が。合法性の正当性は、法的手続と、自らに固有の手続合理性に従っている道德的論証との交差に基づいているのである。(FZ 552)

ハーバマスは、論証における〈手続合理性 Verfahrenstrationalität〉を共通の基盤にしているという点で、〈法〉と〈道德〉が相互に拘束し合う関係にあると見なしている。もともと〈実定法〉というのは、社会的に合意が成

立して、妥当性を持つに至った〈規範内容〉を〈実定化〉したものであるわけだから、これはある意味で当然のことだろう。ハーバマスの議論のポイントは、法的手続における合理性（＝合法性）は、社会的〈正当性〉に到達することを目指して議論を積み重ねていく道徳的な討議プロセスにおける論証のモデルになり得るし、また、現にそうなっているということである。実際、現代においては、合法的な〈手続〉を経て法的に妥当するようになった規範は、多くの場合、社会一般における討議的な論証に耐え得るものと見なされる。また、社会における実践的討議における論証を一切経ていないような特定の規範内容がいきなり立法化されたり、判例に現れたりすることは考えにくい。あらゆる局面で、討議における〈手続合理性〉が重視される現代の市民社会では、〈法〉と〈道徳〉の双方が、より合理的で、普遍化可能な論証・討議規則の創出を目指している点で協働しているのである。⁽²⁵⁾

ハーバマスは、一九八三年に刊行した『道徳意識とコミュニケーション行為』に収められている論文「討議倫理学。根拠付けのプログラムのためのノート」の中で、〈討議倫理学原則（D）〉と〈普遍化原則（U）〉を二本柱とする〈討議倫理学 Diskursethik〉の構想を打ち出しており、〈理想的なコミュニケーション共同体〉における実践的討議を通して〈道徳的規範〉に至る道筋を示すことを試みている。⁽²⁶⁾ 〈討議倫理学〉は、〈理想的コミュニケーション・シオン共同体〉における〈了解〉可能性を基準にして、普遍的な〈妥当性を要求し得る〈倫理〉〉を、（システム化が高度に進行し、様々な利害状況が複雑に交錯する）現代社会において、再建しようとするプロジェクトである。簡単に言えば、社会のあらゆる構成員にとって〈妥当＝有効 legitim〉な規範の確立を目標として、手続的な形式を備えた〈討議〉を積み重ねながら普遍的な〈合意〉を志向し続ける——コミュニケーション的にかかれた——「正義」へのプロセスを始動させることである。ハーバマスは、こうした討議倫理学と〈手続法としての法〉についての法の理論を接続することを通して、システムの合理性に対抗する〈コミュニケーション的合理性〉の

総合的理論を打ち立てようとしたと見ることができる。〈法的論証〉において確立されてきた〈手続合理性〉を参照することを通して〈実践的討論〉を合理化し、また〈実践的討論〉における開かれた普遍的了解可能性の基準を〈法的論証〉の内に浸透させることで、〈システム〉における非人格的決定からの離脱を目指す戦略である。

中岡成文教授の指摘によれば、ハーバマスが自らのコミュニケーション理論的な抵抗の戦略において〈法〉に特殊な位置を与えているのは、本論文でも既に述べたように、〈法〉が〈システム〉と〈生活世界〉の間にあり、両者の蝶番の役割を果たしているからである。⁽²⁷⁾ 〈道徳〉をめぐる実践的なコミュニケーションが基本的に〈生活世界〉に基盤を置いていなのに対し、メディアとしての性格を合わせ持つ〈法〉は、〈システム〉と〈生活世界〉の双方に対して妥当性を持ち得る。〈論証〉のための手続形式を備えた〈法〉を変換装置にすることで、〈生活世界〉の中の道徳をめぐるコミュニケーションが、各〈サブ・システム〉の領域にも浸透し、普遍的妥当性を獲得することができる。全体社会を統合することを目指すコミュニケーションのネットワークが〈サブ・システム〉の論理によって分断されないよう、〈サブ・システム〉をコミュニケーションによって包囲していこうとするハーバマスの戦略において、〈法〉は必然的に中心的な役割を付与されることになるのである。

このようにハーバマスは、〈法〉を〈普遍的な実践討論〉のための武器とすることで、〈システム〉からの強制に対抗する理論的戦略を新たに打ち立てたわけであるが、そうなってくると、当然、ルーマンの法システム論との再度の対決は不可避になる。ルーマンの「法IIオートポイエシス」論を有効に論駁しない限り、〈法〉を軸として社会全体を横断するコミュニケーション的な討議(II一般的な実践的討議)の可能性を開示しようとするハーバマスの議論は説得力を持たない。ルーマンの言うように、〈法〉と〈道徳〉が全く別個の〈部分システム〉であるとすれば、相互の意味体系が干渉し合うことはあり得ないからである。実際ハーバマスは「法と道徳」の中で、ルーマンが〈法システム〉の〈コード〉を〈法/不法〉に限定してしまい、それ以上の法の形式的規定について

論じようとしておらず、そのため〈法的論証〉を軽視することになっていると批判している⁽²⁸⁾。ルーマンがテーマにしている〈法のシステムの自律性 Systemautonomie des Rechts〉という現象は、ある意味でマックス・ウェーバー以降、多くの法理論家たちによって論じられており、それ自体はハーバースの視点から見ても必ずしも間違いだ議論の立て方ではない。ハーバースは、〈法の自律性〉の論理は、行政や道徳からの不当な介入を排除し、〈法的手続〉は恣意的に変更し得ないものであることを印象付けるうえで有効であることを認めるが、それは決して〈法〉の解釈が一義的に規定されていることを意味するわけではないと指摘する (vgl. F.G. 576f.)。素人の目(=外部)から観察すれば、〈法〉の論理は自己完結的に構成されており、そこに操作の余地はないように見えるが、法曹関係者にとっては、法の解釈は極めて常に多義的であり、裁判の結果がどのようになるか確実に予測することなど不可能である。多義的な解釈の可能性の中から形式的な〈手続〉を経て一つの結論に至るには、〈論証〉の合理性が重要になるが、ルーマンの議論には、そうした〈法的論証〉に定位して、「内」から〈法〉を観察する視点が抜け落ちているというのである。

ルーマンは当初、ウェーバーやフォレストホッフと同様に、抽象的・一般的法律という形式、つまり条件付けられた法のプログラムという形式が、法一般にとって構成的であると見做していた。しかしそうこうしている内にルーマンは、もはや実体的かつ再帰的な法 (materiales und reflexives Recht) を逸脱として殊更に軽視することができなくなった。そこで彼は、法のコードと法のプログラムの間に厳格な線引を行い、法システムの自律がもつばら、差異・自立化 (ausdifferenzieren) された法のコードの維持に依拠するような形にしたのである。無論、このコードが意味するのはもつばら、これによって法と不法という二項区分が可能になるということだけである。しかしこうしたトートロジカルな定式からは、より詳細な形式規定を獲得

することはできない。(・・・) ルーマンは、法的論証に対しては、法解釈的な労苦によって営まれる自己幻想化という位置柄しか与えていないため、自律的になった法の形式規定をもはや合理性として把握することはできないのだ。これらの論証が事案に関係付けられ、具体的であり続けることは、法システムの自律にとって不可欠な条件でさえあるのだ。こうした論証が、法哲学的にひとり歩きして、実定法の妥当根拠における不可避的な逆説へとテーマ化されるべきではないのだ。(FG 577)

ハーバマスは、ルーマンが論証の〈手続〉に内在する合理性の問題を単なる見せかけ＝仮象 (Schein) としか評価せず、全てを〈法／不法〉のコードの自己再生産の問題に還元しようとしていることに批判の論点を集中させている。現に〈妥当している法〉の基準だけでは、〈法／不法〉を判定し切れないような「新たな事態」が生じた場合は、〈実定法〉が自らの基盤になっている〈原理〉を反省的 (reflexiv) に捉え返し、自らのプログラムを再帰的 (reflexiv) に変化させていくのは一般的によく知られている現象であり、ハーバマスはそこに、論証の〈手続〉を通しての新たな〈合意＝合理性〉形成のプロセスを見ようとするが、ルーマンは、それをあくまでも〈システム〉を構成している〈意味〉の間で生じるオートポイエシスと見做し、〈手続〉を経由しての〈主体〉の関与を認めようとならない。それが、ハーバマスにとってどうしても受け入れがたい点である。ハーバマスに言わせれば、法的論証は〈法システム〉の自己完結性のみ依拠して、そこから単一的な論理を引き出しているわけではない。個々の事案に関連付けられながら、一般的な〈了解〉を志向する論証の形式が生成しているのであって、システムと結び付いた法解釈学が「結論」をアプリオリに規定しているわけではないのである。ハーバマスは、アメリカの批判的法学 (Critical Legal Studies) の運動によって引き起こされた論争や、法実証主義陣営の内部で展開された〈法の自律性〉のテーゼに対する内在的批判を引き合いに出しながら (vgl. FG 578f.)、ルーマンの

議論が「現実」に合わないことを強調している。

「法と道徳」の時点でのハーバマスのルーマン批判は、「法的手続の合理性」システムの自律性」という水準で行なわれており、「コミュニケーション的討議はシステムの限界を超えるか？」というハーバマス法理論にとっての最も核心的な問いにはまだ至っていない。この点での本格的なルーマン批判が試みられるのは、一九九二年に出された『事実性と妥当性』のメイン・テキストにおいてである。

四、〈事実性〉と〈妥当性〉の社会的媒介としての〈法〉

この著書の冒頭でハーバマスは、〈法〉が現代社会において、〈事実性〉の領域と、規範的な〈妥当性〉の領域をつなぐ役割を果たすことを指摘している。カントが定式化した〈実践理性〉の倫理学は、自律した行為主体としての理性的個人を基礎にしながらも、同時に、個々に判断している主体の行為が市民社会や国家といった〈全体〉の枠組みの中で目的論的に調和されていることを前提にしていた。カントーヘーゲルの歴史哲学は、個々人の自律的な行為が、究極的には〈全体〉における〈正義〉の実現に貢献することを根拠付けるための理論であったと言える。しかしながら、非常に巨大化・複雑化し、システムの分化している現代社会では、理性に基づく個人の行為と、全体的な「正義」を単純に結び付けることは許されない。個人的な〈道徳〉の基準と、社会的な現実の間のギャップが大きくなりすぎて、社会全体に対して〈妥当する〉規範を見出すことは極めて困難である。しかも、生活世界から分離した各部分システムは、固有の制御メデアによって作用しており、個人が関与する余地はほとんどない。ハーバマスは、こうした袋小路から脱出すべく、個人の理性に基礎を置いてきた〈実践理性〉の倫理学から、コミュニケーションのプロセスを通しての〈合意〉の達成を図る〈コミュニケーション的理性〉の倫理学へとパラダイム転換すべきことを主張する。既に見たように、〈コミュニケーション的理性〉に

基づく倫理学は、〈法〉と不可分に結び付いている。

コミュニケーションの理性が実践的理性と異なるのは、先ず第一に、前者がもはや個々のアクターや、国家的・社会的なマクロ主体に帰属させられないということにある。むしろ言語メディアを通して相互作用がネットワーク化され、生活形態が構造化され、それによって、コミュニケーション的理性が可能になるのである。この合理性は、了解という言語的テロスに書き込まれており、可能にすると同時に制約する条件の総体を形成しているのである。自然な言語を用いて、受取人との間で世界の中の何かについて了解し合う者は常に、パフォーマンスな態度を取り、特定の想定を受け入れられる必要を感じる。そういう立場にある者はとりわけ、参加者たちが発語内的 (Illokutionar) な目的を留保なく追求し、自らの了解を批判可能な妥当性要求の間主観的な承認と結び付け、合意から帰結してくる相互作用の帰結にレリヴァントな義務を引き受ける用意ができていて、という前提から出発することができる。このような形で発言の妥当性の基礎に含まれているものは、コミュニケーション的行為を通して再生産される生活形態にも伝達される。コミュニケーションの合理性は、超越論的に可能にし、構造形成し、かつ硬化させる諸条件の脱中心化された連関の中で表出されるが、これは、アクターに対して彼らが何をす「べき」か言いつける主観的な能力ではない。(FZ 17f.)

〈コミュニケーション的理性〉はある意味で、コミュニケーションに関与している当事者にとつての〈妥当性〉を産出していると言えるが、それは、〈主体〉に対して無条件に「・・・すべし」と命ずる定言命法の形で現われてくるようなアプリアリな「妥当性」ではなく、〈了解〉を志向する言語的相互行為の中で〈発語内的⁽²⁹⁾〉に生成されてくる〈妥当性〉である。我々が言語を介して「何か」について〈了解〉し合う時には、単に、話題になって

いる「事実」を「確認」しているだけでなく、それに伴って、対話参加者の間でそれを事実として「認める」という約束をなし、その約束に対して相互に「拘束」し合うようになるのである。例えば、「この会社の経営状態は良好である」という文について「了解」が成立したとすれば、それは、当該の会社の経営状態に関する純粋に「客観的」な事実認識がなされたというだけではなく、対話に参加している当事者たちがその会社と何らかの関わりを持っている場合、彼らの会社に対する態度が「良好でない」時と比べて変化し、直接的な取引や株の相場の変動、社会的評価などといった点で、会社を取り巻く「現実」に影響を与えることが暗黙の内に前提になっている。無論、「1+1=2」のように客観度が高くて、当事者の行為にさほど影響を与えとは考えられない文もあれば、逆に、「彼は善人である」のように事実確認の要素はほとんど含まず、もっぱら当事者の態度の変更を求めていると見做される文もあるが、言語的相互行為は、常にそうした「事実性」の「認識」に関わる部分と共に、それを「事実」として通用 (general) せしめることを通して、お互いの行為を「拘束」し合うように仕向ける妥当性 (Geltung) に関わる部分が含まれている。こうした「言語」を通しての「了解」は、カントの定言命法のように、無条件的に「主体」の行為を拘束し得るものではないが、明示的あるいは暗示的な「合意」という形で、「主体」を「妥当と見なしうる行為」へと方向付けているのはたしかだろう。言語を介したコミュニケーション行為は、「事実性」を単に事後的に確認しているだけではなく、「妥当」と見なし得る「もの」を現実化するように対話参加者たちを方向付けているのである。コミュニケーション行為は、我々が意識すると否とにかかわらず、「事実性」の領域を「妥当性」の領域を結び付けているのである。

ただし、コミュニケーション的行為において「事実性」と「妥当性」が結合しているといっても、「妥当」である」と間主観的に「了解」されたものが、そのまま「事実」に転換される保証はない。コミュニケーション的な行為は基本的には「生活世界」の中で遂行されているわけであるから、「妥当なもの」が単に「妥当であると了解」

されているだけに留まり、〈システム〉に制御されている行為領域に対しては有効ではないかもしれない。逆に、ハーバース自身が指摘するように、〈システム〉によって〈生活世界〉が歪められることによって、「コミュニケーションの關係の物象化」(TKH 566)が生じる恐れもある。つまり、〈システム〉によって作り出された「現実」が、日常的なコミュニケーションにおいても、そのまま「妥当」であると見なされてしまう可能性である。〈コミュニケーションの物象化〉の可能性を全面的に除去することは原理的に不可能であるが、³⁰⁾少なくとも一般的に「妥当と見なされているもの」(「規範」を仮想的な〈合意〉のレベルに留めないで、何らかの形で「現実化」するには、〈システムの側にも影響を与え得る特殊な道具立てが必要になる。そこで登場してくるのが、論証における「手続的合理性」という基準を一般のコミュニケーションと共有しながら、同時に〈システム〉のメディアとしての性格も兼ね備えている〈法〉である。

コミュニケーション的行為の理論は、事実性と妥当性の間の緊張を、既にその基本概念の内に取り込んでいる。この危険な決定によってコミュニケーション的行為の理論は、社会と理性の間、つまりその下で社会的生活の再生産が遂行される場所の制約・強制と、意識化された生き方との間の——たとえ媒介されているにせよ——内的な連関についての古典的な理解に接続することになる。そこで当然のことながら、その代価として、社会の再生産が、超越する妥当性要求 (transzendierende Geltungsansprüche) というような脆い地盤の上で、一体いかにして可能であるのか説明しなければならぬという課題を背負い込むことになった。その説明のための候補として現れてくるのが、法というメディア、とりわけ実定法という近代的形態を取った法である。そうした法規範は、極めて人為的な共同体を可能にする。その場合の人為的共同体というのは、つまり平等で自由な法的同胞 (Rechtsgenosse) からなるアンシエーションであり、その結末は、外的なサン

クションと共に、合理的に動機付けられた了解という想定に依拠しているのである。(FZ 22f.)

この記述から分かるように、ハーバマスは、〈法〉が単に人々の行為をシステムの〈制御〉するだけではなく、〈手続〉的にプロセス化された〈了解〉を通して諸〈規範〉を産出し、それらの〈規範〉に基づいて、それに合意する自由な法的な人格(Ⅱ法的同胞)たちのアソシエーションを構成すると見ている。『事実性と妥当性』の副タイトルが、「法と民主的法治国家の討議的理論のための論稿」となっていることから窺えるように、ハーバマスは、〈手続〉的に開かれた〈法〉が、法的な人格相互の新たな「絆」を生み出し、それが最終的には〈法治国家〉という形態に統合されていくと見なしている。当然、〈法治国家〉を統合している絆(Ⅱメディアとしての法)は、理性的なコミュニケーションによって改編可能であり、また、恒常的に改編されているのである。〈法治国家〉は〈行政〉国家」という側面から見れば、権力をメディアとする〈政治〉の〈サブ・システム〉によって機能的に組織化された空間であるが、〈法〉という側面から見れば、〈合理的な手続〉を経て全当事者がコミュニケーション的討議に参加し、新たな〈合意〉を形成しながら、法的絆を常に再構築していく空間だと言える。このように見てくると、ハーバマスが、統一問題に際して〈法〉への盟約を基礎にした〈憲法愛国主義〉の議論を展開するに至ったのは、〈コミュニケーションとしての法〉という彼の新たなパラダイムから必然的に導き出される帰結だと言える。『事実性と妥当性』には、一九八八年十二月に行われた講演「手続としての人民主権」も付属文献として収められており(vgl. FZ 600-631)。この中で〈人民主権〉をコミュニケーション的に開かれたものにするべきことが主張されているが、この議論も、〈コミュニケーションとしての法〉論の一環であると見なすことができるだろう。

では、こうした〈コミュニケーションとしての法〉という前提に立つハーバマスは、どのような視角から、〈シ

システムとしての法」を体系化しているルーマン理論に対抗しようとするのだろうか。実は、ハーバマスが『道徳意識とコミュニケーション行為』以降、「討議的倫理学—討議的法理学」の構想を進めている間に、システム法理論の陣営内で、ハーバマスにとっては有利な理論的狀況が生まれていた。ルーマンの影響を受けながら、実定法、特に「契約」制度の研究にシステム理論を応用することを試みていたグンター・トイプナー（一九四四—）は予てから「再帰的法 reflexives Recht」概念を軸としてハーバマス理論とルーマン理論を接合することを試みていたが、⁽³¹⁾ 彼が一九八九年に出した『オートポイエティク・システムとしての法』は、「サブ・システム」の自己完結性を打ち破って、社会全体に通用する「コミュニケーション」の回路を確保しようとするハーバマスの議論に重要な論拠を提供することになった。⁽³²⁾ それは、「部分システム」相互の間で生じる「相互干渉 Interferenz」の概念である。

トイプナーによれば、「法システム」は、「情報」という面においては「環境世界」と接触することなく、「自律的な法的現実」を産出している一方で、システムを越えて作用する「相互干渉メカニズム」を有しており、このメカニズムによって「環境世界」と実在的に結び付いている。⁽³³⁾ トイプナーはこの例として、価格統制法を例に挙げている。価格統制法は、物価が一定の水準以上に上昇しないよう「介入」して、ストップをかけるよう作用する。その場合、「法」は経済システムそのものから「情報」を取り込んでいるのではなく、自らの法規範に定められた規定に応じて、自らが介入すべきであるという「情報」を得ているのである。また「法」の介入によって、異なった「情報」が経済システムに入り込み、そこで変更が生じるわけでもない。このようにそれぞれの「システム」が自らの「システム」に内在する「情報」に従い、自己完結的な運動を続けながら、ある特定の状況において、他の「システム」のメカニズムに外的影響を及ぼすことを、トイプナーは「相互干渉」と呼ぶ。⁽³⁴⁾

トイプナー自身は、「相互干渉」の問題をあくまで「オートポイエシス」理論の枠内で説明しようとするが、

ハーバマスは、むしろこれを「オートポイエシス」の原理からの逸脱を示す現象と見なす。ハーバマスに言わせれば、〈法的言説 Rechtsdiskurs〉が自己再生産を続け、自らの創り出した〈法的現実〉の内にのみ留まりながら、他のシステムに「影響を与える」というのは矛盾である (FZ 75f.)。そのような「影響」が認められる以上、各〈部分システム〉を横断する普遍的コミュニケーションが「法」をメディアとして成立していると思われるべきだ、というのがハーバマスの論法である。

端的に言えば、生活世界の機能的な特殊化は、生活世界の諸構成要因——文化、社会、人格構造——が多機能的な言語の境界線において、差異・自立化しながらも、このメディアを通して相互に交差し合うような形で遂行される。こうした特殊化は、それを通して生活世界の社会的構成要因から——そしてまさにそれのみから——貨幣によって制御される経済、権力によって制御される行政のような機能システムが生じてくる。この、システム形成的な——特殊なコードの導入を通して進行する——差異化とは区別されねばならない。こうした前提の下で、法はシステムと生活世界の間の蝶番機能を果たしていると言える。この機能は、「法システムがオートポイエシスの閉鎖、完結するというイメージとは両立しない。トイブナーが「相互干渉作用」として叙述しているものは、コミュニケーション的行為を通して再生産される生活世界と、相互に環境世界を形成している社会的機能システムの独特な、二重の位置と媒介機能が法に備わっていることから帰結してくる。生活世界的なコミュニケーションのサイクルは、日常言語的なメッセージを聞き取らないメディアである貨幣や行政的な権力に突き当たるところで、分断されてしまう。というのはこれらの特殊コードは、豊かに構造化された日常言語から単に差異・自立化しているだけではなく、排除されているからである。日常言語は理解の普遍的地平を形成している。日常言語は、原理的に、全ての言語から全てを翻訳でき

る。しかしその逆に、自らのメッセージを全ての受取手の振る舞いに効果を及ぼすように操作することはできない。特殊コードへの翻訳に際しては、貨幣や行政的権力といった制御メディアと交わっている(Kommunizieren)法に依存し続ける。法は、言わば、社会統合的な全社会的なコミュニケーションのネットワークが引き裂かれないことをまずもって保証する変換装置である。法の言語においてのみ、規範的な内容のあるメッセージが社会全般にわたって循環し得るのである。複合的で、生活世界とシステムの双方に対して開かれた法のコードへの翻訳がなければ、これらのメッセージはメディアに制御された行為領域の中で聞き取られな
いまま、雲散霧消することになる。(FZ 77f.)

ハーバマスのバースペクティヴから見れば、〈法〉が〈特殊コード〉によって制御されている〈経済〉や〈行政〉の〈サブ・システム〉に“干渉”し得るのは、〈法〉のコード自体が、そうした〈特殊コード〉の一種ではなく、〈生活世界〉と〈システム〉の双方に対して開かれた両義的な性格を有しているからに他ならない。〈経済〉や〈行政〉のコードとは異なって、〈法〉のコードは、〈法／不法〉の二項対立のみに限定されるわけではなく、〈手続〉を通して〈生活世界〉レベルでのコミュニケーションを取り込める流動性を持っているのである。

〈サブ・システム〉の差異・自立化に“先立って”存在する〈生活世界〉においては、我々の生活を構成する様々な要素が〈言語〉の多機能性を通していくつかの領域へと分化されながらも、それらの領域は相互に〈交差〉しており、最終的には〈了解〉の余地が確保されていたのである。〈経済〉や〈行政〉は、近代市民社会における複雑化した社会的諸関係に機能的に対応するため、日常的な言語によるコミュニケーションから自己を切り離し、非言語的・非人格的なメディアによって制御される閉鎖された行為領域を形成するに至ったが、その“根源”が〈生活世界〉であったことは間違いないなく、言語的なコミュニケーションを通しての生活世界の変動に全く無

反応であるはずはない。〈全体社会 Gesellschaft〉の中で〈サブ・システム〉が〈システム〉として機能するには、各〈サブ・システム〉相互、及び〈サブ・システム〉と〈生活世界〉の間に何らかの「コミュニケーション」があるはずであり、その点はトイブナーも認めているところである (vgl. FN 74)。そうした〈サブ・システム〉の特殊コードと〈生活世界〉の日常言語の間に残留している「コミュニケーション」が具体的な形を取って現れたものが、〈法〉であるということが出来る。〈サブ・システム〉の〈特殊コード〉と、〈生活世界〉の〈日常的言語〉の間の「中間的」な性質のコードを有する〈法〉は、〈コミュニケーション〉的に開かれた手続 を通して〈社会〉を(理念的かつ現実的に)再生産しながら、〈システム〉が〈生活世界〉から完全に離脱してしまうのを防いでいるのである。

ハーバマスはこのようにして、自らの論敵である〈システム〉理論内部の議論を利用しながら、〈法〉はその合理的な性格から見て、メディアによって制御される〈システム〉の閉鎖性 (Geschlossenheit) を突き破り、〈普遍的なコミュニケーション〉に向けての〈手続的合理性〉を産出する、という自分の主張を展開していく。無論、この場合の〈コミュニケーション〉には、日常的な言語による「コミュニケーション」だけではなく、〈生活世界〉と各〈サブ・システム〉を繋いでいる「非言語的なコミュニケーション」も含まれる。〈法〉は、自らに内在するコミュニケーションの合理性によって、高度に複雑化した現代社会に、「(全構成員にとって) 普遍的に妥当するもの」を産出することのできる特異なメディアなのである。

このように、社会の全構成員が〈了解〉し得るような〈正義〉の基準を志向しているという点で、ハーバマスの「討議倫理学—討議法理学」は、英米で現在でも強い影響力を持っているジョン・ロールズ(一九二一—)の正義論と類似しているようにも見える。田中成明教授が定式化しているように、ロールズの正義論も「対話的合理性基準」に依拠しながら「正義原理の正当化手続」を志向する法理論Ⅱ倫理学として特徴付けることができ

る。⁽³⁵⁾ 基本的にリベラル左派のスタンスを取りながら、市民社会の枠内でのラディカル・デモクラシーを志向している点で、同じようなイメージで見られる傾向がある。しかしながら「事実性と妥当性」の中でハーバマスは、システム理論批判に続けて、それとは全く異なる論点からロールズに対する批判も展開している。⁽³⁶⁾

前年に当たる九一年に出した「討議倫理学への注解」の段階のハーバマスは、ロールズの正義論が伝統的な理性法の枠組みから、〈手続〉を通しての合意形成（＝原初状態における契約）という方向へとパラダイム・シフトを遂げようとしている点に着目し、これを自らのコミュニケーション理論の文脈に取り込むことを試みている。⁽³⁷⁾ 「事実性と妥当性」でもこの点ではロールズを一応評価しているものの、ロールズの議論における〈原理〉と〈制度〉のギャップを指摘している。〈原初状態〉における〈無知のヴェール〉の下での、理性に基づく〈正義 Gerechtigkeits〉原理についての〈合意〉というロールズの理論的設定を仮に認めるとしても、現実の社会に生きている市民たちが自らの個人的欲望を抑えて、その〈正義〉の原理に従って〈正しく＝公正に gerecht〉振る舞うという保証はない。そこでロールズは、各人が他者に対しても〈公正に〉振る舞うことが、行為主体自身にとっての利益に繋がるような〈公正な＝正しい制度 gerechte Institutionen〉を想定する。これに対して、ハーバマスはそのような〈制度〉の樹立がそもそも可能であるのかを疑問に付し、更には、そのような〈制度〉が果たして〈反照的均衡〉の法則に従って現存の政治文化に定着し得るのかという問いを発する（vgl. FG 80ff.）。リチャード・ローティ（一九三一年）は、こうしたロールズの理論的前提は、アメリカにおいて歴史的に形成されてきた固有の政治文化には対応するとして、「ロールズ正義論」を自らの文脈主義（Kontextualismus）の倫理学の中に取り込むようとしているが（38）、そのような文化相対主義的な解釈は、コミュニケーションによる〈普遍的合意〉を目指すハーバマスにとっては、到底受け入れがたいものであるうえ、普遍的な理性に基づく〈合意〉というロールズ自身の前提と明らかに矛盾してしまふ（vgl. FG 84ff.）。

ハーバマスに言わせれば、ロールズの議論において、〈正義〉を既存の政治文化の日常的な文脈に組み込みながら、現実化していくための社会的〈制度〉に対する問題意識が欠落しているのは、ロールズが〈事実性〉と〈妥当性〉の間の緊張関係を見誤っているからに他ならない。〈事実性〉と〈妥当性〉の間を架橋するには、〈法〉の社会的機能を正義論の中に位置付けておくことが必要なのである。

理論構築の最初の第一段階において、ロールズは、最初に抽象的に根拠付けられた正義の原則の法治国家的な制度化の問題とも取り組んでいる。彼はまた、強制する法が——正義感にしか訴えることのできない道徳とは異なって——外的な形で、受け手の振る舞いと結び付いている国家のサンクションという側面も見誤ってはいない。しかし実定法と政治的正義の関係は、解明されないままである。ロールズは法の正当性についての問いに集中しているが、その際に、法形式それ自体を、そしてそれに伴って、法の制度的なディメンションをテーマ化することはしていない。法の妥当性において特殊なもの、法自体に内在する事実性と妥当性の緊張は、視野に入っていない。従って、法の正当性要求と社会的事実性の間の外的な緊張の認識も、どうしても短絡的になってしまうのである。規範に対峙する現実には、彼の考察の再帰的第二段階において、正義論の受容の文化的条件へと還元されてしまう。(FZ 88)

このようにしてハーバマスは、〈法〉との関係付けを省略したまま、〈正義〉の原理を半ば“実在的”に想定するロールズの議論の“欠落”を指摘することによって、〈法〉の〈コミュニケーション的性情〉を中心にした自らの理論の優位を間接的に証明しようとする¹⁹。ハーバマスの理論においては、〈正義〉の原理は——〈手続〉に先行して——“予め”理論的に設定できるようなものではなく、あくまでも、コミュニケーション的に開かれた〈手

統〕を通して産出されてくるべきものである。〈妥当性〉と〈事実性〉の間を媒介しているのは、抽象的に措定された〈正義〉の原理ではなく、コミュニケーション的な〈手続〉を備えた〈法〉なのである。

五、〈統合性としての法〉とコミュニケーション：ドゥウオーキンとの対決

『事実性と妥当性』においてハーバマスが、ルーマンのシステム理論やロールズの正義論以上に重視している法理論は、実定法の解釈に〈道徳〉を明確に位置付けようとするドゥウオーキン（一九三二—）の理論である。⁴⁰ 周知のようにドゥウオーキンは、過去の判断との整合性のみを重視する〈慣例主義 conventionalism〉と、共同体の将来にとっての利益のみを重視する〈法的プラグマティズム〉の双方を批判したうえで、過去の判断が自らの〈正当化〉のために展開してきた論理の中に内在する〈道徳性 morality〉の原理を見出しながら、それらの原理を新たな判断の基準として（再）構成する〈統合性としての法 law as integrity〉の立場を提唱する。⁴¹ この立場からの法解釈においては、裁判官は法的な義務や権利をあたかもそれらが、一人の著者＝創造主（Author）によって創られたものであるかのごとくに、同定するよう試みなければならない。「統合性としての法」によれば、法の諸命題が真であるのは、それらが共同体の法実践の最善の構成的解釈を提供する正義、公正、手続におけるデュー・プロセスの諸原理の中に現われてくる、あるいはそれらに従っている場合である。⁴² ハーバマスは、ドゥウオーキンの理論が、〈道徳〉の問題を実定法の中に読み込んでいる点を評価し、これが自らの〈法の討議理論〉の前提とも合致していることを認めている（vgl. FZ 250）。ハーバマスの視点から見れば、単純に先例（＝現に妥当している法）に拘束されるのではなく、その中に含まれている道徳的内容を再構成していくようにするドゥウオーキンの方法によって、法の中立性と自律的自己完結性を頑強に主張し続けた法実証主義の閉鎖性が打破されたのである。

ドゥウオーキンはまずもって、単なる法措定の手続の合法性による法の正当化という仮定に異議を申し立てる。法的言説が道徳と政治から独立であるというのは、もっぱら、道徳的原則と政治的目標設定も法の中立的言語に翻訳され、法のコードに接続されねばならない、という意味においてである。こうしたコードの統一性の背後には、正当な法の妥当性の複雑な意味が隠されている。そういうわけで、原則の決定に際して、法の外部に由来する根拠、つまりプラグマティズム的、倫理的、道徳的な仕方での考察が法的言説の中に許容され、法的論議に取り込まれるのである。ドゥウオーキンは、アングロサクソン法、とりわけアメリカ法における有名な先例を基にして、裁判官たちが、政治的目標設定や道徳的原則へのシステマ的な関係を通して、不確定な法状況を克服する様を分析している。彼らは、目標設定・原則論議の法的加工によって、よく根拠付けられた決定に至る。そのような外的正当化が可能であるのは、妥当している法自体が目的論的内容と道徳的原則を取り込み、とりわけでも政治的立法者の決定根拠を同化しているからである。これらの要素は、上級裁判所による原則の決定において、再び現われてくると言えよう。もちろん、裁判官の決定実践において原理的論議は、目標設定の論議よりも優位に立つ。目標設定の論議の真正な場は立法プロセスにあり、このプロセスを通して、目的設定論議が法的言説に討議の中に入り込むのである。(FZ 253f.)

このまとめ方から分かるように、ハーバマスは、統一的な形式を備えている法的コードの背後に、道徳的原則や政治的目標設定を積極的に読み取ろうとするドゥウオーキンの「構成的解釈 constructive interpretation」の方法を、「法的論証」を「普遍的な実践的論証」の一部と見做して、「法」を「生活世界」レベルのコミュニケーションと繋いでいこうとする自らの「討議的法理論」と補完関係にあると見ている。社会哲学者であるハーバマ

ス自身の議論が、生活世界の日常的文脈に組み込まれている道德・倫理をめぐるコミュニケーションを（「システム」への）メディアとしての〈法〉に繰り込む形を取っているとすれば、法理学者であるドゥウォーキンの議論が、〈法〉の内在的論理の側から「外部」の道德的・政治的要因に繋がる〈原理〉を再構成していく方向を取っているわけであるから、両者は表裏一体の関係にあるように——少なくともハーバマスの視点からは——見えるのである。

〈法〉が形而上学的・宗教的な埋め込みの文脈(Einbettungskontext)から解き放たれ、〈実定化した法 das positiv gewordene Recht〉に根拠付けの責任が担わされているポスト形而上学社会において、現に妥当している法システムの中に高次の規範を見いだしていく方法を確立しようとしている点で、ハーバマスはドゥウォーキンを評価している。『法外』の規範を一切排除しようとする法実証主義においては、法的決定の根拠付けの論理が失われてしまふ、つまるところ、〈法〉の妥当性は偶然的(Kontingent)なものになってしまふ。逆に、法に固有の内的構造を認めようとしないうりアリズム法学の立場に立てば、政治的な要因によって簡単に左右されてしまうことになり、法の一貫性を保つことが困難になる。また、法的解釈学(die juristische Hermeneutik)の立場では、伝統的な解釈実践の連関に閉じ込められてしまふ、慣れ親しんだ法の伝統を越えることができなくなる。そうした意味で、「その都度妥当している法を合理的に再構成し、概念化していく」(FG 256) ドゥウォーキンの〈構成的解釈〉は、〈法〉の内的一貫性を保ちつつ、変化する〈現実〉に対して公正に対処するという点で有効なのである。

ハーバマスは、ドゥウォーキンの方法のメリットとして、「〈原理 principle = Prinzip〉と〈規則 Regel = rule〉の区別を挙げている (vgl. FZ 255f.)。ドゥウォーキンによれば、〈規則〉は——例外はあるもの——基本的に「オール・オア・ナッシング(全か無か)」の決定を下す基準であるのに対し、〈原理〉は、「一つの方向へと議論を導く論拠を言明するものの、必ずしも特定の判断を指定するわけではない」⁽⁴⁾。ある事案では、原理Aが原理B

より重み (weight) を持っていたとしても、別の事案では、逆に Bの方が重みを持つということがしばしば起こってくるが、これは当然のことであり、法的判断を下す者は、適応し得る諸原理の重みを比較衡量しなければならぬ。⁴⁵ ハーバマスは、この区別によって、法の自律性テーゼを掲げる法実証主義が陥っていたアポリアを解決することができると考える。ドゥウォーキンの区別に従えば、個別の事案の判断において二律背反的に〈衝突〉し合うのは〈規則〉であって、〈原理〉ではない。規則 A と規則 B が相互に排除し合う関係にある場合、A を適用すれば、必然的に B の妥当性を否定することになる。B を完全に否定するつもりでないならば、適応除外に際しての例外条項を設けなければならない。これに対して、原理 A を原理 B に対しても優先しても、その事案により該当する原理を選んだだけのことであるから、B の妥当性を否定したことはない。ドゥウォーキンの判断者は、その事案に該当する〈原理〉を (道徳的・政治的な視点を含めて) 再構成したうえで、それに従って具体的に適用すべき〈規則〉を決定することになる (vgl. FG 258)。法システムの自己完結性を前提にする理論においては、こうした意味での「原理」が設定されていないため、規則同士が衝突した場合、決定不可能状況になり、最終的には裁判官が〈オール・オア・ナッシング〉の決定を行わざるを得ない決断主義に陥ってしまう。⁴⁶ 〈原理〉を法的言説の正常規範的 (normal) 構成要素として認めるドゥウォーキンの方法によって、「法システムの閉鎖性と規則間の対立の解決不可能性」 (FG 256) と二つの問題が消滅したのである。

このようにハーバマスは、ドゥウォーキンの解釈の方法を、厳格な法実証主義に対抗するための有力な武器と見なしているわけであるから、それほど批判する余地はないように思われる。しかしハーバマスは、ドゥウォーキン理論のメリットを列挙したうえで、彼の論述に登場してくる〈ヘラクレス〉という比喩形象に批判を加えている (vgl. FG 261)。〈ヘラクレス〉は、政治的・道徳的な問題が前面に出てくる〈ハード・ケース (難解な事案)〉の解決に当たって、法適用のための理論を自ら論理的に構築することのできるスーパーマンとして想定されてい

る。⁴⁷ヘラクレスは、正当化のために必要な全ての有効な原理と目標設定を知っており、同時に、論証的な導きの糸によって結び付けられた妥当している法の諸要素の連関を見渡すことができる。そのような能力を持ったヘラクレスは、過去になされてきた判断（先例）の諸原理の中から当該の事案に対して重みを持つものを選択し、合理的に「再構成」しながら、それを現在における合理的な受入れ可能性と結び付けることができるというのである。

ハーバマスに言わせれば、このような理想的な裁判官を想定して、「彼」の理性に全てを委ねてしまうような理論形成は、あまりにも理念的であり、現実中存在する裁判官像からかけ離れている。ドウウォーキンが「統合性としての法」というパラダイムに拘って、あたかも一人の著者＝創造主によって「構成」された「法」を、一人の（創造主に近い）英雄が「再構成」するかのような形を整えているが、ハーバマスはそうにして形成される理論は、「モノローグ（独話）的」(E2272)になっってしまうのではないかとの疑念を表明している。ハーバマスのコミュニケーション的法理論の立場からすれば、〈法治国家〉の理念の表現である〈統合性としての法〉は、超越論的な著者の意図によって一元的に構築されるような性質のものではなく、全ての市民がコミュニケーション的に参加している憲法プロセスを通して生成されつつあるものである。⁴⁸ドウウォーキンは、必ずしも法の創造主とヘラクレスを実体的に捉えているわけではなく、それらがフィクションであることは念頭に置いているが、分析者である彼の視点は、裁判官の義務に正当性を与える市民の視点と、最終的には自己自身の理性にしか頼ることのできない裁判官の視点の間を揺れ動いて一定していない。ハーバマスは、ドウウォーキンの視点のふれを示す例として以下の箇所を挙げている。この箇所ドウウォーキンは、ヘラクレスによる「統合性としての法」解釈は、モノローグに陥っているのではないかという一般的に予測される批判に対して、そのような「解釈」を求める「我々」の視点を設定している。

私たちは、私たちの公吏たちが、私たちを、原理に基づくアソシエーションの中で密に結合した集合体として扱ってくれることを望む。そして私たちがこのことを望む根拠は、これらの公吏たちの——解釈に用いられる適切な原理についてであれ、あるいはより実体的原理についてであれ——信念の同一性に依拠しているわけではない。共同体の政治的秩序の最善の解釈をめぐる裁判官たちの意見が——少なくとも細部において——一致していない場合でも、このことを望む私たちの根拠が揺らぐことはない。なぜなら各々の裁判官は、相互の不一致にもかかわらず、通常はより簡単な仕事であるはずの新たな立法という方向には向かわず、自己自身の見解に到達しようとする点で、私たちのアソシエーションが原理化された性質を有していることを依然として確信し、補強し続けていると言えるからである。⁽⁴⁹⁾

“統合性としての法”を「再構成」しようとする裁判官の見解が相互に一致しないのは現実にはしばしば起ることであるが、「解釈」が複数並立することを認めてしまえば、それはもはやドウウォーキン⁽⁵⁰⁾の主張する「統合性としての法」ではなくなり、事実上リアリズムの立場に屈したことになる。「ラクレスの「解釈」した「法」のみが「統合性」を示している」とあえて主張したとしても、それは、あくまでも「ラクレス自身の視点から見た」統合性⁽⁵¹⁾であって、彼の視点のみを特権化し得る外在的な根拠はないはずである。外部との繋がりなしに、最善の判断⁽⁵²⁾を自らのパースペクティヴからのみ選び取っているとすれば、裁判官自身が「法創造」を行なっていることになり、結局、ルーマンが指摘したアポリアに陥ることになる⁽⁵³⁾。

そこでドウウォーキンは、個々の裁判官が、共同体の秩序を最善の仕方⁽⁵⁴⁾で保持し得るような「構成的解釈」を行なうよう要求する「我々」の視点を導入しているわけである。裁判官の判断に正当性を与える外部番級として

の〈我々〉は、個々の裁判官が抱いている〈確信〉が相互に一致しているか否かに関わらず、「我々の共同体」を、〈原理〉によつて結合したアソシエーションとして公正に扱うことを要求する。〈我々〉は、「統合性としての法」という視点から〈我々〉を扱ってくれることを求めているのである。ただし、そうした〈我々〉の要求している「統合性としての法（X）」が、ヘラクレスが〈再構成〉しようとしている「統合性としての法（A）」と合致している保証はない。他の裁判官が〈再構成〉しようとしている「統合性としての法（B、C、D、E、・・・）」についても同様である。つまり、政治的共同体を間主観的に構成している〈我々〉は、ヘラクレス（たち）が〈統合性としての法〉を〈再構成〉することを要求し、正当化するが、その具体的な内容に関してはニュートラルなのである。A、B、C、D、E、・・・の内、いずれが「X」に等しいのかという「解答」は、最終的には、個々のヘラクレスにかかってくる。

このように、ドウウォーキンの理論においては、〈市民としての我々〉は〈統合性としての法〉の〈再構成的解釈〉の営みに直接的に関与せず、もっぱら「外側」から裁判官のそうした立場からの解釈行為に正当性を与えることになる。ハーバマスは、そうした〈我々〉と〈ヘラクレス〉の間を隔てているものを取り除いて、もっぱらヘラクレスが担当してきたA、B、C、D、E、・・・の再構成に、〈我々〉がより直接的に参与できるような理論的枠組みを求めようとする。

まさに統合性という視点がヘラクレスを、モノロギ的に企てられた理論構成の孤独さから解放してくれるはずである。パーソンズがそうであるように、ドウウォーキンもまた、法を社会的統合の手段として、つまり連帯した共同体の自己理解を——極めて抽象的な形においてであれ——保持していくことを可能にするメディアとして把握している。具体的な生活形態において、コミュニケーション的行為を通して産出される

相互承認のあらゆる関係は、複雑な社会においては、もっぱら法を通して、抽象的に一般化される。(・・・)
具体的な承認関係を、法形式的に抽象化された相互承認の連関へと拡張するメカニズムとして機能するのは、コミュニケーション的行為の反省的形式、つまり、各参加者が他の全員のパスベクトイヴを取ることを要求する論証実践である。ドウウォーキン は、主体の行為の自由への平等な権利が、平等なコミュニケーションの自由への権利の内に根拠付けられていると見ている点で、法的に保証された統合性の原理のプロセスの核心部を認識していると言える。このことから、法理論に対する理想的要求は、美德、及び真理に対する特権的なアクセスという点で傑出している裁判官の人格の理念に係留するのではなく、むしろ「憲法解釈者たちの開かれた共同体」という政治的理念に係留すべきである、という結論が導き出されてくるのである。

(FG 273f.)

ハーバマスのドウウォーキン読解に従えば、ドウウォーキンもまた「統合性としての法」がヘラクレス的な裁判官のモノロギ的な判断によって「構成」されると見ているわけではなく、一般的な市民の「参加」を前提にしている。しかしながら、ドウウォーキンの理論には、コミュニケーション・プロセスを通して産出される「合理性」という視点が欠けているため、法的言説と普遍的な実践的言説の間の関係が不明確なままになっている。それに対してハーバマスは、個々の事案での決定を正当化するための「法理論」の産出過程を、狭い意味での「法」の領域に限定するのではなく、論証手続の面で開かれたプロセスへと拡張していこうとする。ハーバマスは、自らのコミュニケーション論的な「討議法理学」の枠組みの中に、ドウウォーキンの「構成的解釈」の概念装置を取り込むことで、「法解釈」の過程それ自体をコミュニケーション的に流動化することを試みたのである。

六、終りに…法的コミュニケーションと〈公共性〉

ハーバマスは〈法〉を、〈生活世界〉と〈システム〉を連結する特殊なメディアを備えた領域と見なし、〈法〉を通してのコミュニケーション的な社会統合という壮大な構想を打ち立てた。ハーバマスの理解に従う限り、〈統合性としての法〉を掲げるドゥウオーキンの法解釈方法論も、一定の修正を加えたうえで、この構想の中に組み込むことが可能であると思われる。こうしたグラント・セオリーのな広がりを持つ彼の法理論は、〈法〉を自律化した（自己完結的）システム見るルーマン的な立場とまさに対極をなしている。

しかしながら、こうしたハーバマスの構想が現実の社会において有効性を持つためには、〈理想的対話状況〉を志向する〈市民〉たちから構成される〈市民的公共性 die bürgerliche Öffentlichkeit〉が実質的に機能している必要がある。〈開かれた討議〉を實踐する市民たちの意見を集約していくための場が成立していなければ、〈法〉へとコード化されるべき普遍的コミュニケーション自体が中身の無い空虚なものになってしまう。市民たちが自らの置かれている物質的利害状況に囚われることなく〈自由〉に討論し合える場としての〈市民的公共性〉が正常に機能していなければ、討論プロセスを通してのみ産出される〈手続的合理性〉は存立し得ないはずである。

ハーバマスは、彼の教授資格論文である『市民的公共性の構造転換』（一九六二）で、近代ヨーロッパにおいて〈市民的公共性〉が成立した要因として、〈世（公）論 public opinion = öffentliche Meinung〉形成の媒体となる新聞を始めとする活字メディアの発達を挙げている。マス・メディアを通して、直接的には面識のない不特定多数の人間がコミュニケーションすることが可能になったのである。しかし、ハーバマスはそれと同時に、現代社会においては、商業化の度合いを強めているマス・メディアが、〈世論〉をステレオタイプ的に画一化し、むしろ市民的な言論活動を後退させつつあることを指摘している。メディアが権力による操作の道具として奉仕する

危険が生じてきたわけである。⁽⁵¹⁾ 『事実性と妥当性』では、マス・メディアに媒介される「公共性」に内在するより根本的な問題として、アリーナ（闘技場）に自ら登場して、討論できるアクター（主体Ⅱ役者）と、イエス／ノーの二者択一しかできない観客の「差別化（Differenzierung）」がテーマ化されている。公共性の領域により多くの、より多様な人々が参加するほど、この「差別化」は進行していく。しかも「アクター」たちの中には、実際に自らが代表している「公（聴）衆（Publikum）」の間から出てきた者ばかりではなく、特定の組織、党派、資金的なスポンサーなどを背景として持っている者たちが数多くいる。後者は、「公共性」の領域の中で討論しているというよりも、むしろ自らの組織のために「公共性」を利用して言うべきであろう（vgl. FZ 453f.）。ハーバマスは、こうした既成の権力組織による「公共性」の侵蝕の問題に対しては、何ら解決法を呈示していない。更に言えば、たとえ特定の権力集団による「公共性」のアリーナの支配が終焉し、「真に開かれた討論」が可能になったとしても、全ての人間が無条件にアリーナに入って討論できるわけではない。アリーナでの開かれた討論を達成するためには、そこに参加する各人が「理想的対話」のための「合理的な語り方」の規則を身に付けていなければならない。システムの高度に機能分化している現代社会で、誰にでも「了解」可能であるような「合理的な語り方」というのはなかなか想像しにくい。それに加えて、ハーバマスはもともと一定の教養・文化的背景を備えた市民層（教養市民層）から成る近代市民社会をモデルとして理想的な「公共性」を考えているので、様々なマイノリティー集団を含んだ多文化社会（multicultural society）には現実的に当てはまりにくいという問題が、社会哲学者トーマス・マッカーシー（一九四〇—）等によってかなり以前から指摘されている。様々な異なった「合理性」の基準を持つ人々が生きている巨大な社会では、「討論」を通しての「合意」に到達するのは極めて困難である。時間的な制約の中で「決定」を出さねばならない場合、「多数決」の原理によって、事実上、少数派の主張を抑下することになってしまう。

ハーバマスは一九九二年にカードーン・ロースクールで行われたシンポジウムでのマッカーシーからの批判に
応える文脈で、多数決によって〈論証プロセス〉が断絶されることがあっても、それによって少数派が自らの見
解を変化させる必要はなく、逆に、そうした断絶こそが少数派の意見を論証の中により直接的に反映させる契機
になるのではないか、という論を展開している。⁽⁵²⁾ハーバマスは、(多数決の原理を含む)〈手続的正義 Verfahrens-
gerechtigkeit〉と道徳的な〈善 das Gute〉を明確に区分していれば、少数派の見解を抑圧することにはならない
という立場を取っているが、現実には、少数派にとって不利になるような帰結を伴う多数決による〈決定〉が繰
り返し行われれば、少数派が自らの価値観や生活スタイルを維持するのが困難になるのは必至である。ハーバマス
の法コミュニケーション論は、法的拘束力を持った〈決定〉が、〈生活世界〉に及ぼす現実的影響を十分に考慮に
入れているとは言いがたい。〈事実性〉と〈妥当性〉の二つの世界を媒介している〈法〉は、〈事実性〉の世界を、
〈現に妥当している法〉の尺度によって植民地化し、均質化してしまう危険をも秘めているのである。

ハーバマス自身にはもはや、〈生活世界〉における価値・生活形態の多様性を保持していく方向での新たな法理
論を展開することは無理かもしれないが、フランクフルト学派第三世代のアクセル・ホーネット(一九四九—)
たちは、〈他者〉の社会的存在の〈承認〉をめぐるミクロな問題に焦点を当てた、もう一つの“法化論を構築しつ
つある。フランクフルト学派第三世代と、アメリカの多文化主義的社會理論との“対話”を通して、「法とコミュニ
ケーション」という問題に対する新たな切り口が見えてくるかもしれない。

(注)

(1) ルーマンの法システム論のオート・ポイエシスの性格については、以下の拙論でまとめた。「ルーマンの法社会学における
〈法〉と〈正義〉」『金沢法学』第四二巻第一号(一九九九)、九九—一三七頁。

- (2) Cf. Jürgen Habermas/Niklas Luhmann: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?*, Frankfurt a.M., 1971, S.326 f. (トルマン・ハーバーマス/ニクラス・ルーマン著、佐藤嘉一・山口節郎・藤沢賢一郎訳「ハーバーマスとルーマン論争」批判理論と社会システム理論、木鐸社、一九八七、四一―頁以下)
- (3) Cf. Pierre Guibentif: *Communicative Action and Production of law*, in: Habermas, *Modernity and Law*, ed. by Mathieu Delfem, London/Thousand Oaks/New Delhi, 1996, p.60.
- (4) 田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野日仁彦「法思想史」[第二版]、有斐閣、一九九七、二二―八頁。
- (5) Jürgen Habermas: *Theorie des kommunikativen Handelns* Bd.2 = *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 4. durchgesehene Auflage, Frankfurt a.M., 1987, S.455 f. / 以下「同書からの引用・参照に際しては、本文中のTKHと略記する。
- (6) ハーバーマスは、既に一九七三年に出した『後期資本主義における正当化の諸問題』で、構想した〈危機〉の問題を論じている。Jürgen Habermas: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M., 1973, bes. S.153-162.
- (7) 豊泉周治「ハーバーマスの社会理論」世界思想社、二〇〇〇、二〇―頁以下。
- (8) ここでハーバーマスが〈サブ・システム Subsystem〉と呼んでいるものは、ルーマン社会学においてより一般的に〈部分 Teilsystem〉と名付けられているものとは同義である。〈社会〉全体という〈システム〉に対して、〈政治〉〈経済〉といった個別のシステムを指す。この関係については、以下を参照。中岡成文「ハーバーマス。コミュニケーション的行為」講談社、一九九六、九〇―九七頁。
- (9) このことから、ハーバーマスには〈法〉をシステムのようなものとして全体的に捉える視点が欠如しているとの議論もある。以下を参照。山口聡「現代法の自己産出と自律性。ハーバーマスとトイブナーの「法化」論を手がかりとして」『阪大法学』第四〇巻第一号(一九九〇)、一一六頁以下。
- (10) ルーマン理論における〈法〉と〈道徳〉の関係については、中野敏男教授の以下の著作で詳しく論じられている。中野敏男『近代法システムと批判。ウェーバーからルーマンを超えて』弘文堂、一九九三、第二章「法システムの分立化とシステム論的正義の射程」(二二―二四頁)。
- (11) 中野敏男教授は、ハーバーマスによるこの区分は理論的に維持するのが困難ではないかと指摘している。中野敏男「法の法」と討議の手続」『法の社会学論と法社会学法社会学第四四号』、有斐閣、一九九二、五二頁以下。
- (12) 山口聡、前掲論文、一一五頁。

- (13) 岩倉正博「ハーバースにおける法制化の概念」河上倫逸／M・ワープリヒト編『法制下とコミュニケーション的行為』、未來社、一九八七、六八一―六九頁。
- (14) 山口聡、前掲論文、一一五頁参照。
- (15) 「独立行政法人通則法」に掲げられた「効率化」の目標と、「大学の自治」「学問の自由」の関係をめぐる法律論的論争は、「ジュリスト」一一五六号（一九九九）に掲載された藤田宙緒教授の論文「国立大学と独立行政法人制度」に端を発して様々な局面で展開されたが、同論文を含めて代表的な議論を集めた資料として、以下の書籍を挙げる事ができよう。岩崎稔／小沢弘明編『激震／国立大学。独立行政法人化のゆくえ』、未來社、一九九九。また国立大学のステータスを含めて、「独立行政法人」の問題全般を法律論的に整理したものととして、以下の論集がある。福家俊朗／浜川清／暗山一穂編『独立行政法人。その概要と問題点』、日本評論社、一九九九。
- (16) ハーバースのこうしたスタンスが明確に現れているのは、『公共性の構造転換』（一九六二）の第六章「公共性の政治的機能転換 Politischer Strukturwandel der Öffentlichkeit」である。Vgl. Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuauflage, Frankfurt a.M. 1990, S.275-342.
- (17) 樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集 第三版』（三省堂、一九九四）より引用。
- (18) この論議の概略については、以下を参照。広渡清吾「統一ドイツの法変動。統一の一つの決算」有信堂、一九九六、第一章「ドイツ統一の法的過程」（三二―六一頁）及び第六章「憲法秩序の新形成」（二九七―三四八頁）。
- (19) 「憲法愛国主義」の理念に基づいて一四六条を支持するハーバースの議論は主に以下の論文で展開されている。Jürgen Habermas, *Nochmals. Zur Identität der Deutschen. Ein einzig Volk von aufgebracht Wirtschaftsbürgern?*, in: ders., *Die nachholende Revolution*, Frankfurt a.M. 1990. / またハーバースを含むドイツの代表的な知識人たちの統一論議については、以下の拙論でまとめた。「ドイツ統一後のナショナル・アイデンティティ論争の行方。国民国家をめぐるグラス・vs. ホーラー・vs. ハーバースの論争」（『地域文化研究』（東京大学地域文化研究会）第八号（一九九五）、二九―五三頁）。
- (20) 中野敏男、前掲論文、五四頁以下。
- (21) Jürgen Habermas, *Moral and Recht* (Tamer Lectures 1986), in: ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., 1998. / 以下、同書からの引用・参照に際しては、本文中にFGと略記する。
- (22) ハーバースの「真理＝合意」論は、主に以下の論文で展開されている。Jürgen Habermas, *Wahrheitstheorien*, in: *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für W. Schulz, hrsg. v. H. Fahrenbach, Pfullingen 1973, S.211-265.

- (23) 他本洋教授は、アレクシーとハーバマスが「討議」という点で相互に影響を与え合っていることを指摘している。前掲書、二二六頁以下参照。
- (24) Vgl. Robert Alexy; Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie des juristischen Begründung. Frankfurt a.M.,1983, S.349-359.
- (25) ハーバマスにおける「法的論証＝実践的論証＝合理性」の相關関係については、以下の論文を参照。岩倉正博「法的論証。ハーバマスにおける議論と合理性」長尾龍一／田中成明編「現代法哲学 第一巻」法理論、東京大学出版会、一九八三、二二七―二六六頁（なお、この論文では、「Argumentation」が「議論」と訳されている）
- (26) Jürgen Habermas; Diskursethik. Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders. Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a.M., 1983, S.53-125. /ハーバマスの討議倫理学の概略については、以下を参照。中岡成文、前掲書、二二二―二四七頁、／なおロールズの正義論との対比で討議倫理学を性格付けながら、総合的に評価した研究書として、以下のものを挙げる事ができる。Vgl.William Rehg; Insight & Solidarity. The Discourse Ethics of Jürgen Habermas, Berkeley/Los Angeles/London, 1997.
- (27) 中岡成文、前掲書、二四七頁以下参照。／クルンハルト・ベーターズはこのことをハーバマスに対してやや批判的な立場から指摘している。Vgl.Bernhard Peters; On reconstructive and political theory, in: Habermas, Modernity and Law, pp. 120-126.
- (28) ルーマンの「法・オートポイエシス」論を集大成した『社会の法 Recht der Gesellschaft』（一九九五）はこの時点ではまだ刊行されておらず、ハーバマスが批判の対象にしているルーマンの法社会学関係の著作は以下の四点である：① Legitimation durch Verfahren, 1969 ② Ausdifferenzierung des Rechts, 1981 ③ Rechtssoziologie, 1983 ④ Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986.
- (29) 引用文中に出てくる「発語内行為」という表現は、哲学者オースティンの言語行為論の用語で、「文」を発することによって、その文（あるいはその文を明示的な遂行文へとパラフレースしたもの）と結び付いている言語規約的な力（force）によって行われる行為。ハーバマスは「コミュニケーションの行為の理論」で、自らのコミュニケーション的行為の理論を定式化するに当たって、オースティンの議論を採用している。ハーバマスと言語行為論の関わりについては、以下の論文を参照。① 西阪仰「普遍語用論の周縁。発話行為論とハーバマス」藤原保信／三島憲二／木前利秋編著「ハーバマスと現代」、新評論、一九八七、一六一―一八一頁② 遠藤克彦「ハーバマスにおける語用論と討議論の出發」、愛媛大学法文学論集 総合政策学

- 科編)第六号(一九九九)、二七―五〇頁③遠藤克彦「ハーバーマースにおける語用論の成立と展開」(二)二、愛媛大学法文学論集(総合政策学科編)第七号(一九九九)、三二―五九頁、第八号(二〇〇〇)、四三―八九頁。
- (30) この点については、以下の拙論で論じた。「同一性」の起源をめぐって。アドルノの認識論批判とゾーン・レーテルの「貨幣」存在論」、『フランクフルト学派の今を読む』情況出版、一九九九年、一一八―一三三頁、特に一三〇頁以下。
- (31) 「ハーバーマース・ルーマン・トイブナー」関係を軸とする、八〇年代の西ドイツの法学におけるシステム理論の展開については、以下の論文を参照。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二号(一九九〇)、一―三三頁。
- (32) 中岡成文、前掲書、二四九頁以下参照。
- (33) Gunter Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M., 1989, S.82.
- (34) Vgl. *ibid.*, S.96f.
- (35) 田中成明「法理学講義」有斐閣、一九九四、二二―三―三五頁。／なおロールズの正義論の総合的な解説書としては、以下の二点を挙げる事ができる：①川本隆史「ロールズ。正義の原理」講談社、一九九七②渡辺幹雄「ロールズ正義論の行方。その全体系の批判的考察」春秋社、一九九八。
- (36) ハーバマースのルーマン批判とロールズ批判の相関関係については、以下を参照。David M. Rasmussen, *How is valid law possible?*, in: Habermas, *Modernity and Law*, pp.26-27.
- (37) Vgl. Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a.M., 1991, S.125-131, u. S.204-208.
- (38) ロールズとローティイの関係について詳しくは、以下を参照。渡辺幹雄「リチャード・ローティイ。ポスト・モダンの魔術師」春秋社、一九九九年、七一―七頁。
- (39) ハーバマースはこの後、「ジャーナル・オブ・フィロソフィー」一九九五年三月号にもロールズの正義論を批判する論文を発表している。この論文のドイツ語版は、後にハーバマースの論文集「他者を取り入れること」に収められている。Vgl. Jürgen Habermas, *Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch*, in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., 1999. ロールズの側は「ジャーナル・オブ・フィロソフィー」の同じ号で「この論文と『事実性と妥当性』でのロールズ批判に対する反論を展開している。この反論は、『政治的リベラリズム』のペーパーバック(増補版)に収められている。Vgl. John Rawls, *Reply to Habermas*, in: ders., *Political Liberalism*, New York/Chichester/West Sussex, 1995, pp.372-434.」

論争の概略については、以下を参照。川本隆史、前掲書、二三〇—二四〇頁。

- (40) ハーバマスによるドゥウオーキン批判に関しては、以下の研究論文がある。植木一幹「R・ドゥウオーキンの「インテグリティ」としての法」の理論に関する一考察、J・ハーバーマスによる批判を手がかりに(一)(二)「法學論叢」三五卷四号(一九九四)・六七—九二頁、一三六卷三号(一九九四)・一九—三七頁。
- (41) Vgl. Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts), 1986, pp.94-96.
- (42) *Ibid.*, p.225.
- (43) Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), 1977, p.24.
- (44) *Ibid.*, p.26.
- (45) Vgl. *Ibid.*, pp.26-27.
- (46) ルーマンの法システム論に代表される法の自己完結性テーゼが、こうした意味での「決断主義」の問題に突き当たってしまったことは、様々な方面で指摘されている。ハーバマス自身もルーマンとの「批判理論」システム理論」論争において、この問題を指摘している。Vgl. Habermas/Luhmann, a.a.O., S.244 (邦訳、二九五頁)
- (47) Vgl. Dworkin, a.a.O., pp.105-130.
- (48) この点については、以下を参照。植木一幹、前掲論文(二)・二四頁以下。
- (49) Dworkin: *Law's Empire*, p.264.
- (50) ルーマンは、システム論的な立場から、ハート・ケースンにおける「解釈」は「法創造」に繋がるとして、ドゥウオーキンの「ラクス」を批判する議論を展開している。Vgl. Niklas Luhmann: *Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1995, S. 314 ff.
- (51) Vgl. Jürgen Habermas: *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt a.M., 1990, S.257 ff. なおこの問題については、以下の拙論で論じた。「公共圏」の(脱)構築に向けて。アーレントからハーバマス。そしてニュー・メディア空間へ」『マンハイム』三号(二〇〇〇)・三三—五〇頁。
- (52) Vgl. Jürgen Habermas: *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, in: *Die Einbeziehung des Anderen*, S.318-336.