

"Recht und Gerechtigkeit" in der Rechtssoziologie von Niklas Luhmann

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/2297/17889

ルーマンの法社会学における〈法〉と〈正義〉

仲 正 昌 樹

一 初めに…法システムの自己完結性

ニクラス・ルーマン（一九二七—一九八〇）のシステム理論は、狭い意味での社会学というディシプリンの枠組みを越えて、政治、経済、芸術、宗教、科学……といった各領域（II部分システム）へと高度に機能的に〈分化 differenzieren〉し、かつ〈制度化〉されている近代的な〈社会 Gesellschaft〉を分析するのに極めて有効な装置として様々な分野に応用されている。システム理論のメリットは、外部に対して〈自己〉を閉鎖した状態で自律的に運動している（部分）システムを、そのシステムが準拠する法則に則して内在的に記述しながら、同時に、そのシステムが〈社会〉全体の中で占めている機能を一義的に確定できることにある。逆に言えば、システム理論は、周囲の〈環境世界〉から自己を切り離して、自己自身の有り方を『自ら』制御している（自己言及的な）システムを、純粹な形で描き出すことを目指した理論なのである。無論、現実には、そのように自己完結した部分システムとして記述するのに適した社会領域もあれば、そうでない領域もあり、それによってシステム理論による記述の成功の度合いも異なってくるわけだが、私見では、最も適合しやすいのは〈法 Rechts〉の領域だと思われる。実際わが国でルーマン理論の研究が最も盛んな学問分野は、（基礎）法学であると言われている¹⁾。では、システム理論における〈法〉とは、何なのだろうか？本稿の目的は、ルーマンの〈法〉概念を、主に、近年英米の法哲学・倫理学でしきりと話題にされている〈正義〉の問題との関連で明らかにしながら、それを手掛か

りとして、「法と正義」という古典的テーマに対するシステム理論的なアプローチの可能性を探ることにある。

〈法〉についてのルーマンの初期の考え方を体系化した『法社会学』（一九七二）では、「完全に一致するところまで普遍化された規範的な行為期待」（RS 99）²として〈法〉が定義されている。人間相互の関係において、自分の行為に対する相手の出方が完全に予期できなければ、自らが取るべき行為の選択肢が無数に存在することになり、お互いに安心して振る舞えなくなる。そうした不確かさ（複雑性）を縮減するために、相互の行為期待を規範という形で「完全に一致 kongruent」させるべくなされている社会的選択の〈構造 Struktur〉が〈法〉なのである。当然〈社会システム〉には、〈法〉の他にも、認知的な諸構造やコミュニケーションのメディアなど、他の諸構造も含まれているが、〈法〉がなければ各人が相互関係において自らの行為を規範的に方向付けることができないという点で、〈法〉は絶対的に不可欠な〈構造〉である。「そしてこの構造は社会それ自体のレベルで制度化されなければならない。なぜなら、この領域においてしか、物事を無条件的に成り立たせることができず、他の社会システム（Sozialsysteme）³のために環境世界を制御する装置を創出することができないからである」（RS 134）。〈法〉が次第に〈制度化〉されていくのに従って、〈社会〉は規範的な安定性を得ることになる。裏を返して言えば、〈社会〉がより高度に複雑化すればするほど、その複雑性を縮減するための〈法〉の〈制度化〉が進行していくのである。

そして、〈社会〉における〈法〉の制度化がある一定のところまで進化してくると、相互に行為し合う際の具体的な〈行為予期〉という性質が薄れていき、抽象的に固定化された、中立的な〈法〉が生まれてくる。「法は今や、命題的に固定化された決定プログラムという形を取るようになる」（RS 178）言い換えれば、相互に行為し合う両当事者が、互いの行為をどのように認識し、受け止めるかに関わりなく、〈決定〉がなされるに際して、与えられている選択肢が「正しい」か「間違っている」かの基準になる客観的な〈妥当性 ≡ 効力 Geltung〉を提

供するものとして機能する〈法〉が成立するのである。近代社会における〈実定法 (das positive Recht) 〉
 〈指定された法 (Law) (das Gesetz) 〉は、そうした普遍的な妥当性を獲得した〈法〉なのである。

〈社会〉を構成する様々な部分システムが相互に分化・独立するプロセスが進行する中で、各部分システムは、「愛を愛する」(家族)とか、「探究の可能性を探究する」(学問)といった具合に、自己が準拠する基準を自己(のみ)の内で作り返す再帰的||自己回帰的(reflexiv)なメカニズムを形成するようになる。〈実定法〉の場合、「規範指定(のみ)を(あるいは規範指定をも)規範化し、それを通して初めて自らの最終目標に到達するような規範が指定される」(RS 217)という再帰的メカニズムが生じてくるというのである。例えば、ドイツ連邦共和国基本法は、その第一条に「人間の尊厳は不可侵である」という法命題を掲げて、この命題が全ての法的決定において——単なる宣言とか仮定ではなく——規範として扱われることが保証されねばならない、という構成になっている。つまりドイツ連邦共和国の法システムにおいては、「人間の尊厳は不可侵である」という命題を法規範として〈妥当 (galtend) 〉せしめる法律(のみ)が実定法として立法化されて〈妥当〉することになり、またそういう性質の〈判断〉(のみ)が判決(判例)として〈妥当〉するのである。そして、そのようにして形成された二次的な法規範を〈妥当〉させるような規範が、三次、四次…の法規範として形成される連鎖構造が成立するのである。この連鎖の中では、現に〈法的に妥当している〉もの(しか)妥当しない。別の言い方をすれば、法形成のプロセスは、純粹に規範的なペースベクトィヴの下に留まり続け、ある法命題の解釈は、真理とか確信から導き出されるものではなく、他の法命題の解釈との一致を唯一の基準とすることになる(RS 218)。

このような法規範の妥当性の連鎖構造が完成されてくると、当然のことながら〈法〉は〈道徳〉から切り離され、道徳・倫理的に見て正しいか否かは、(近代社会における)法命題の〈妥当性〉と無関係になってくる。その意味でルーマン社会学における〈法〉概念は、実定法の根拠として人間関係の中に実体的に存在する〈人倫〉

や〈道德〉を想定する伝統的な法哲学の議論の仕方とも、「法以前の社会」における人々の相互行為に関して成立している「一次的ルール」を承認・変更・裁定する際の「二次的ルール」として〈法〉を捉えるハートのアプローチとも決定的に異なっているとと言える。システム理論においては、高度に進化した法システムの領域から、道德的〈正義〉の問題が除外される。

こうした発展の帰結として、実定法はもはや、完全に一致するまで普遍化された規範的予期の全体と端的に同一ではない、というところまで分化されていく。法はその性格を変化させる。我々の法概念の定義は、存在論的なものではなく、もっぱら機能論的な性質のものでしかありえなくなる。それによって、実定法に対する不快感が広範に流布していること、法の正当化 (Rechtfertigung des Rechts) についての疑問が浮上してくることが説明されると言えよう。まさに、社会システムの複雑で急速に変化する構造条件の下での、完全に一致させる普遍化への機能的な関連付けによって、こうした非同一次性が余儀なくされるのである。つまり、法はもはや単純に、法が遂行 (leisten) すべきものでは有り (sein) えないのである。ここで自然法が崩壊する。そして今や倫理の原理としての〈正義 Gerechtigkeit〉は法の外部に位置することになる。(RS 226)

ドイツ語における〈Recht〉と〈Gerechtigkeit〉、あるいはラテン語における〈ius〉と〈iustitia〉の語形的連関からも分かるように、西欧においては伝統的に、〈法〉と〈正義〉は不可分の関係にあるとされ、〈正義〉は〈法〉が実現すべき目的であると考えられてきた⁵⁾。しかしルーマンの議論によれば、高度に分化し、自律性を得た法システムは、その目的として設定されていたはずの〈正義〉からも切り離されるのである。法命題の中に、『正義』というタームが登場してきたとしても、それは倫理システムにおける〈正義〉とは異なったものなので

ある。

『法社会学』の段階でのルーマンは、法システムにおける〈法的妥当性〉の創出をある程度まで、〈立法〉という側面において、〈決定〉を中心に機能する政治システムとの連関において考えていたところがあり、また法問題を解釈する専門家（人間）の判断をかなり重視しているが、八〇年代に入って、マトゥラーナとヴァレラによって提唱された生物学的なオートポイエシス概念をシステム理論の中に取り込んだ⁶のを契機にして、彼の法理解もよりオートポイエティック（自己産出的）な性格を強めていく。ルーマンの法システムは、外部からの作用（Operation）を受けることなく、自己（＝法）自身内での作用のみによって、次の段階の作用、そして自らの構造を形成する「閉じた系（システム）」へと発展していく。彼の晩年に執筆された『社会の法』（一九九三）では、オートポイエティックなシステムとして〈法〉を捉えるシステム理論のアプローチと、従来の法社会学の違いが以下のように説明されている。

法社会学は大抵、行動 (Handeln) あるいは振る舞い (Verhalten ≡ behaviour) という漠然とした概念で満足し、法に特有の内実を、行動する者の表象及び意図、行動の「念頭に置かれた意義」(マックス・ウェーバー) によって充足しようとしてきた。我々はそれでは満足しない。法に関連した作用の心理的な等価物が形成されること、そしてその等価物が経験的に調査可能であること——そういう調査は信頼できないことが知られているが——に異議を申し立てるわけではない。しかし意識的に法に則して自分を方向付けている者であれば、その際に自分が何を考えているのかを、既に知っているはずである。彼は、既に構成された社会システムとしての法、あるいは、このシステムのテキスト化された沈殿物に関係することができるとは異なる。いかなる作用が法を法として産出するのかという問いに対する答えが、前提されているはずである。心理的な様々のシステ

ムは法を觀察するが、法を作り出すわけではない。だとすれば、法は、かつてヘーゲルが思想の「闇に包まれた内面性」と呼んだものの奥深くに閉じ込められてしまうことになるからである。従って心理的な様々のシステム、意識、あるいは人間全体を、法システムの一部、もしくは、その内的構成要因と見なすことさえ不可能である。法のオートポイエシスは、社会的作用を通してのみ現実化されるのである。(RG 48f.)⁹⁰

このようにルーマンは、〈法〉を規範として認識し、解釈し、それを意識して行為する〈人間〉の内面における心理的な作用は、あくまでも〈法システム〉の外で進行していると見なす。たとえ我々の意識が、現にオートポイエティックに作用している〈法システム〉のイメージを〈内面〉において形成することがあったとしても、それは〈法〉そのものとは関係ないのである。言わば、主体としての「人間」抜きで進行していく、法作用のネットワークとして〈法〉システムは構成されている。生物がDNAの中に組み込まれた情報を、自らの内部で伝達（コミュニケーション）することによって、自己を生産、増殖するのと同様に、法システムも自らの中に内蔵されている意味を伝達することによって、自己のアイデンティティーを保持しながら存続しているのである。

そういうわけでオートポイエティックなシステムは、自らの作用類型に拘束されているが、それはその後が続いて生じてくる作用の創出と、構造の形成に関して拘束されているということである。別の言い方をすれば、作用と構造には「本質的差異」「物質的差異」はないのである。たとえば細胞の生命プロセスでは、酵素は同時にデータ、生産因子、プログラムになっているのである。社会システムでは、同じことが言語に関して当てはまる。従って法システムの記述に当たっては、規範が（我々はコードとプログラムを区別する）、コミュニケーションとは異なる実体や質を有するという前提から出発することはできない。法システムの作用としての、

法に関連したコミュニケーションは、常に生産因子であると共に構造維持装置であるという二重の機能を持っている。こうしたコミュニケーションは、更なる作用のための接続条件を措定し、それと共に、それに基準を与える制約（構造）を確定、修正するのである。（RG 49）

ルーマンの法システムを構成している（社会的）コミュニケーションとは、〈規範〉という形で保存されているデータが、自己自身の中に組み込まれているプログラムに従って、自己をコード化し、そのコードに従って、自己のレプリカを産出していく、まさにオートポイエティックな作用である。コンピュータの中に保存されているデータが、自らのプログラムに従って、自己を維持・増殖していると考えると分かりやすい。このコミュニケーションは、〈言語〉を媒体にして進行するが、言語を語る主体としての人間の意向とは、本質的に無関係なのである。様々の問題に関してルーマンの論争相手であったユルゲン・ハーバマス（一九二九—）も、法システムの構成要因としてコミュニケーションを重視しているが、ハーバマスの言う〈コミュニケーション〉とは、理性的な主体相互の〈コミュニケーション的行為〉を通して成立する、「何が法である」かについての〈了解〉（*verständnis*）であって、主役はあくまでも〈法〉を理解・解釈する主体としての人間である。ルーマンの場合、〈人間〉は、法システムのオートポイエティックなコミュニケーションが進行するための環境の一部にすぎないのであって、コミュニケーションそのものの構成因子ではないのである。¹⁰⁾

二 法的コミュニケーションの二分法コード

では、法的コミュニケーションにおいては、基礎的データである法規範は、どのような形にコード化されているのであろうか。ルーマンによれば、社会システムを構成しているあらゆるオートポイエティックなコミュニケーションは、言語をメディアとしている。そしてその言語の本質的な機能は、ある物事をポジティブに把握するかネガティブに把握するか、つまりイエスかノーかの二分法コード (Der binäre Code) である。¹¹ 二項対立コードは、第三項、第四項…を排除して、二者択一に絞り込むことで、アナログ的な事態をデジタル化し、〈決定〉を明確化する性質を持つ。具体的には、〈真理／非真理〉(科学)、〈支配者／非支配者〉(権力)、〈支払う／支払わない〉(経済)、〈調和している／美しい／調和していない／美しくない〉(芸術) といった形を取る。法システムの場合は、〈法 Recht／不法 Unrecht〉というコードである。

他のシステムのコードもまたそうであるように、法システムを意味体系として成り立たしめている〈法Ⅱ正 Recht／不法Ⅱ不正 Unrecht〉というコードは、外部からの作用を受けることがなく、もっぱら自己自身の中でのオートポイエシスを通してのみその判定基準(規範)を作り出している。これを敷衍していけば、法システムがある事態の〈合法／違法〉を判定する際の基準は法システムの内であり、更に、その判定自体が「法に適合している」か否かを判定する基準はやはり法システムの中にあり、更にその高次の判定が「法に適合しているか」否かを判定する基準もまた法システムの中に…というようにどこまで行っても「法システム」の中に〈合法／不法〉の判定基準がある、ということになるのである。このことは、司法制度における〈法／不法〉の判定基準が、常に〈現に妥当している法Ⅱ現行法 Geltendes Recht〉の枠組みの中で産出されていることを考えれば分かりやすいだろう。法システムは、自らが〈正当であるⅡ法である Recht haben〉という判定の審級を、(どこまで遡及

して行っても)常に自己自身の中に持つ、自己準拠的なシステムを形成している。「法は法 \equiv 正当である (Recht ist Recht)」という等式が常に成立するのである。このように〈自(法)／他(不法)〉を区別する基準が、(他者の内にはなく)一方的に「自己」自身の内にのみ「再び」見出だされる構造を、ルーマンは数理哲学者ジョージ・スペンサー・ブラウンの概念を援用して〈再・参入 re-entry \equiv Wiedereintritt〉と呼んでゐる (RG 174ff., 205f.)。〈法／不法〉の二分法コードが、法システムの内部で無限に〈再・参入〉していく再帰的構造によって、法は法であり続けるのである。

二分法コードのおかげで存在する一つの正の価値があるとして、それを法と名付け、また同様にそのおかげで存在する負の価値を、不法と名付けることにしよう。ある事態 (Sachverhalt) がシステムの規範と一致する時には、正の価値が適用される。事態がシステムの規範に違反する時には、負の価値が適用される。この我々が「事態」と名付けたものは、システム自体によって構築されるのである。この事態という概念はシステム内の所与だけではなく、システム外の所与をも表示しうるものであるが、何が事態であるかシステムに予め指示を与えるような外部の審級は見出だしえない。法と不法という価値を付与することによって行使される「裁判権 Jurisdiction」は、システム内の事柄である。法の外部には、法と不法に関するいかなる処置も存在しない。因みにこれは、全くトリヴィアルな(無論、その理論的評価というコンテクストにおいては、トリヴィアルではない帰結をもたらす)言明である。このことはまた、法と不法についての作用がなされる時には常に、システムはその作用をシステム自体の操作として認識し、更なる作用への回帰的 (rekursiv) なネットワークへと挿入する、という言明としてまとめることができる。(RG 178)

〈社会システム〉の中のどこかで〈法／不法〉をめぐる処置が何らかの形でなされているとすると、法システムはそれを自らの『内部』に属する〈事態〉として認知し、法的コミュニケーションのネットワークの中に組み込んでいく。つまり、慣習的な法規範として妥当しているものも法システムによって〈法化 verrechtlichen〉され、実定法の意味体系の中に挿入されていくのである。法システムは、あらゆる〈規範〉の中に〈法／不法〉を判定している『自己』を再認することによって、〈自己〉を再生産しているのであり、逆に言えば、法システムの〈内部〉の視点から〈観察〉する限り、法システムの〈外部〉には法規範は見出だしえないのである。

このようにどこまで行っても、法システムの外部に、法に規範を与えている『外部審級』は見出だしえないのであるから、既に述べたように、いわゆる社会的『正義』は、法システムに関与しえないことになる。『外部』において、〈正義〉の言説による〈正義 Recht／不正義 Unrecht〉の判定が成されていたとしても、法システムはそれを、自らの二分法コードである〈法 Recht／不法 Unrecht〉へと書き替えてしまうので、法コミュニケーションの中に『法外』なコードが紛れ込むことはないのである。

そういうわけで法の正義に対する伝統的な問いは、あらゆる実践的な意義を喪失する。法と不法に並ぶ第三の価値として正義を付け足すことはできないし、正義がシステムのプログラムの一つを表示しているわけでもない——それはあたかも建築法と道路交通法、相続法と著作権法と並んで、公正な法 (gerechtes Recht) とも言おうべきものがあると言っているようなものである。結論として、法の正義への問いは、もっぱら倫理的な問い、つまり、道徳というメディアの中の法の根拠付けの問いと見なされる、ということになる。そして、法の中の倫理の場所を見つけようと大変な努力をすることになる。あるいは、正義というものは、全ての生活領域に妥当し、法の中では特殊な形式を取っているにすぎない、全社会的原理と見なすことになる。／た

え正義の道德的要求の持つ倫理的な質については疑いの余地がないものであり続けたとしても、法理論はそういう解決策では満足しえない。法理論は、言ってみれば、正義の観念を倫理に引き渡したことによって、今度倫理を取り込む必要に迫られているのである。我々は、法システムの中で道德規範が引用され、それによって裁判が行われることを全面的に認めてきた。しかしそのことは、法テキストに基づいて特殊な仕方では立証されねばならないのだ。道德規範が引用されたからといって、それによって法的決定が根拠付けられたということにはならないのである。口にするのも恐ろしいことだが、それは法システムの個別の規定の中で、工業規格とか、最高の専門知識を引用するのと同じレベルの問題なのである。(RG 216f.)

このように、ルーマンの法システムにおいては、〈正義〉という価値は〈倫理〉という別のシステムに属するものであって、法的コミュニケーションの中に直接的に登場して行くことはない。判決文の中に、〈正義〉を中心に構築される倫理の意味体系に属するタームが見出されたとしても、それは、医療や科学技術の専門家による鑑定が、法的手続きに媒介されて引用されるのと同じレベルのことであって、〈法規範〉そのものの『正しさ』を判定する外部審級になっているわけではないのである。そしてまた、そうした「引用する」という行為の法的正当性を検証するのは、あくまでも法システム自体である。〈正義〉が『もう一つの』規範、現行法の枠では捉え切れない「公正な法」として実定法の体系の中に参入して来るようなことがあったとすれば、法システムが自律したシステムとして機能していないという矛盾した事態になる。

このことを別の角度から見れば、現に妥当している〈法〉が『正しい』公正 *rechts* か否かという判断自体が、現に機能している法システムの中でのみ産出されるというトートロジカルな構造によって、〈法〉が成立しているということでもある。つまり、「正しい」公正なものが法である」はずであったのが、いつの間にか「法であ

るものが正しい、公正である」という事態へと転化したわけである。オートポイエティックな自己準拠（言及）システムとして自律化した法システムは、自らが「法である、正しい」という根拠を、自らの内にしか見出しえないというパラドックスを根源的に抱えてしまったのである。

三 「閉じられた」法システムのパラドックス

一九八八年三月に京都で行われた、ルーマンを招いてのシンポジウム「社会システム論と法の歴史と現在」での報告で、棚瀬孝雄教授は、近代的な法システムの自己言及性から生じてくるパラドックスを、裁判制度における「決定」の『根拠付け』の問題と関連付けながら、以下のように整理している。

この法の作用に本質的なパラドックスをもう一度整理してみると、それは基本的に、法システムが法の言説をその要素としており、しかもその法言説が法システム全体を対象にしているという自己言及性から生じてくるものである。この「法」についての言説が「法」そのものであるということのパラドックスは、法学の中では、裁判における法創造の問題として古くから議論されて来たものである。今、言説の内容を「何が法であるか」（法と不法の差異化）に、その言説の主体を裁判官にとってみると、この裁判官が主観的には、裁判とは独立に存在する法を認識し、具体的な事件にそれを忠実に当てはめようとしているにもかかわらず、客観的には、その「これが法である」と宣言したものが、事後「法」として通用していくという現象が見られるのである。言い換えれば、法の適用がそのまま法を生産するのである。これがなぜ法学で問題にされて来たかといえ、そうした裁判による法の創造が、近代社会に普遍的な「法による裁判」の理念と矛盾するからである。

そのさい本当の意味でパラドキシカルなのは、裁判官が法による裁判の理念に忠実に「法を適用する」からこそ、その適用されたものが法として認められる、つまり法が創造されるということであって、最初から裁判官が法など適用しない、自分が好きなように裁判を行うのだと言ってしまえば、裁判官による法創造は行われないのである。／こうした法の適用に志向すればするほど法創造が行われる、しかも法が創造されたということは、裁判が実際には法以外の要因によって決められたことを意味するという、この法システムの自己言及性から必然的に生じてくるパラドックスには、原理的な解決はない。¹⁰⁾

ポストモダンニズム的な視座に立てば、ここで棚瀬教授が指摘している〈法創造／法適用〉の逆説的關係は、裁判官がその都度訴求している『法』が、それ自体としては現前していないことに起因すると見ることができ。つまり、裁判官は『法』が実体として目の前にあり、それに対しては一義的な解釈しかありえない『かのように』法的判断を下すわけだが、実際には、そのように実体化された『法』が、万人にとって共通の理解が可能であるような仕方では存在しているわけではない。現前していない『法』に、実体としての〈妥当性〉を付与しようとすれば、『法』を扱っている主体『が』、「これ』が法である」と宣言するしかない。「これは『法』である」と宣言する言語行為によって、不在の『法』が、実定法として(再)現前化するのである。そうした『法』宣言が、事後的に見ると、新たな〈法創造〉になっているのだ。法宣言＝法的決定が妥当するようになった瞬間、〈法適用〉が〈法創造〉に転化する。そしてそのように適用＝創造された『法』が、次の段階での『法適用』においては、法源として参照されることになるのである。

ポストモダンの代表的な哲学者であるデリダ(一九三〇―)は、〈法〉の問題を集中的に論じた著作『法の力』(一九九四)の中で、裁判官は〈決定〉を下すに際しては、自らの決定が単に法に則ったものであることを示すだ

けでなく、「それ以前には法は実在していなかったかのように、裁判官自身がその都度法を發明しているかのように」¹⁵「極限まで突きつめた強い拘束力を持った言葉によって、法指定 (Rechtsetzung) 的な性質を持った法解釈を行わねばならないことを指摘している。裁判における判決は、原理的に現前化不可能な「法」をその都度再・正統化¹⁶再・法化 (re-justifier) する (暴力的な) 言語行為と見なすことができる。『法¹⁷正しさ』それ自体を抜きにしたままで、言語をメディアとする〈法創造¹⁸法指定〉が限りなく続いているのである。無論、デリダの〈法〉論は、〈法〉を新たに根拠付けるためのものではなく、普遍的な人権の名の下に西欧的な尺度を、〈他者〉たちに押し付けてきた〈法〉(の思想)を〈脱構築〉することを目指すものだが、結果的に見ると、彼が(再)発見した法指定のパラドックスは、ルーマンのシステム理論の中で浮上してくる法の自己言及性のパラドックスと繋がっているのである。法システムの自己完結的な循環・連鎖構造は、その連鎖の鎖を構成する個々の〈決定〉の場面を抽出して考察の対象にする時、システムを内部から〈脱構築〉する契機へと反転するのである。

ルーマン自身も、現に妥当している法規範からの一義的な論理的演繹によって(いるかのように)〈決定〉に至ることのできない、「ハード・ケース(難解な事案)」の問題に則して、個別の〈決定〉の瞬間に、(判断主体としての)裁判官が直面せざるをえないパラドックスを指摘している。そのようなケースでは、「疑いの余地なく妥当している法」によって〈法/不法〉の決定を下すという論理は成り立たない。にもかかわらず、裁判官は〈決定〉することを強いられるわけであるから、「その妥当性に疑いの余地がなく、またそうであり続けることが可能な決定のための規則 (Entscheidungsregeln) を展開することによって、自らの決定を固定化し、根拠付けねばならない」(RG 314) ことになる。そうなると、彼はもはや「疑いの余地なく妥当している法」に依拠する、通常の法適用の範囲に留まることはできず、自ら「そのような法を創造 (schaffen) し、公準として掲げ (postulieren)」、前提 (voraussetzen) (ebd.) せざるを得ない立場に立たされる。そうした場合の

〈決定〉も、「決定における合理性 *ratio decidendi*」に従ってなされるべきであるという議論をしてみたところで、今度は、「では、『決定における合理性』とは何か？」という別の問題が出てきて、結局、問題をシフトすることにしかならない。〈道徳〉や〈宗教〉といった外部審級から切り離された近代的な〈法システム〉の内部に身を置いている限り、R・ドゥウオーキンが主張するような「唯一の正しい決定」へと導く「原理」(＝「平等な配慮と尊重を求める権利」)を見出だすことはできないのである (vgl. ebd.)¹⁷⁾。無論そうした問題が生じてくるのは、いわゆる「ハード・ケース」に限ったことではない。程度の差こそあれ、(自らの)〈妥当性〉を自ら産出する(近代的な司法制度の中に身を置く裁判官は、〈決定〉が成されるべきあらゆる局面で「法適用」法創造(?)というパラドックスと、不可避的に関わっている)のである。

裁判所は、決定できないところ——あるいは、いずれにせよ、支持しうる合理性の基準の範囲内では決定できないところ——でも決定しなければならない。そしてもし決定できないのであるとすれば、そうすることができるよう自己を強制しなければならない。もし法を見出す (*finden*) ことができないとすれば、考案し (*erfinden*) なければならないのだ。(RG 317)

最終審級としての『法』正しさ¹⁸⁾が見出せないため、決定不可能な状況の中で置かれていながら〈決定〉せざるを得ない(裁判所)正義(法)の場 *Gericht* は、自ら『法』を考案しなければならない矛盾した立場に置かれる。このような状態で法的判断を下すことには、カール・シュミット流の決断主義 (*Decisionismus*) につながりかねない危険がある。環境世界における複雑性を縮減して、システムとしての自己完結性を生み出そうとするオートポイエティックな運動は、個々の局面での〈決断〉と表裏一体の関係にあるのである。¹⁹⁾ ハーバマスも、

ルーマンとの社会科学の論争の際に、法規範の妥当性をめぐるルーマンの議論が決断主義のそれに接近していることを指摘している。¹⁹⁾

少し別の角度から見れば、そうした〈決定〉が成される瞬間は、法システムの中で、その時点まで作用してきた〈過去〉の意味体系と、その時点以降に現れてくる〈未来〉の意味体系の間の『断絶』が生じる瞬間でもある。〈決定〉がなされる〈現在 Gegenwart〉において、システムの中の時間のシークエンスが一旦停止するのである。それは社会システム全体にとって、極めて危険な瞬間である (vgl. RG 325)。無論、システムの『断絶』が表面に出してしまえば、社会システムの連続性を保証している法規範の連鎖構造が崩壊してしまうわけであるから、そうしたシステムに対するヘリスク Risko を回避しようとするれば、裁判所の〈決定〉は、『断絶』が顕在化せず、法規範の妥当性には時間的な切れ目がないかのような外観を装わざるを得ないのである。²⁰⁾ 〈裁判所〉は、自らの〈決定〉によって瞬間的に寸断されることになる〈過去〉と〈未来〉を再び結合させ、システムの連続性を維持する責任を負わされているのである。そのようにシステムの『連続性』を(再)保証する社会的役割を課せられている〈裁判所〉での〈決定〉は、〈過去〉から〈現在〉にかけて普遍的に妥当してきた(そしてこれからも妥当し続けるであろう)〈法〉から必然的に導き出される論理的帰結という形式を取らざるを得ないのである。

裁判所は、本件のフォーマットの中で過去を再構築する。事案の決定に必要とされるものが考慮に入れられる——それ以上のことではない。情報の必要が制約され、妥当している法が裁判所の判断を助けることになる。妥当している法が与件 (Datum) として、また過去の産物として前提される。法から事案の決定を導き出せるという理想的イメージは、実践においては、過去だけでやって行くこと、そして未来を論理的必然性／不可

能性に委ねてしまうことを意味する。未来というものは算定に基づいて予測することができるとは、決定する必要は一切ないということになる。しかし実際はそういうわけには行かないことが知られている。裁判所は事実上、未来を設計する (entwerfen) ように仕向けられている。それは、裁判所が将来の事案においても依拠し続けることになる決定の規則の策定 (Entwurf) という形で起こってくる。それは、法律の解釈の規則でもありうるが、とりわけロモン・ローの場合にそうであるように、事案の抽象化 (Fallabstraktion) を通して直接的に獲得される規則であるかもしれない。その際に問題になるのは常に、未来に対しても拘束力を持つべき制約を考案することである。つまり、(いずれにしても決定と共に過ぎ去り行く) 現在が、将来の未来にとつての過去として構築されることを通して、システムは時間的に閉じられるのである。決定は、完成された未来の相づ (modo futuri exacti) 規則の下に置かれ、それによって規律化 (disziplinieren) されるのである。

(RG326)

裁判所における〈決定〉は、『自ら』が過去において妥当した〈決定〉に拘束されているという形を整えている(Ⅱ先例拘束の原理)が、その〈過去〉はあくまでも〈現在〉において、目の前にある事案Ⅱ本件 (der vorliegende Fall) に対して法的決定を当てはめるために再構築された『過去』であって、『過去それ自体』ではない。そのようにして再構築された〈過去〉に基づいてなされた〈現在〉の〈決定〉は、〈未来〉における『現在の事案』に対して〈先例〉として拘束力を持つものとして、『予め』構成されているのである。このように見てくると、再帰的な性質を持った〈法システム〉は、(厳密に見れば〈現在〉の瞬間においてしか成立しない) 〈決定〉を通して、〈過去〉において妥当していた法規範から、〈未来〉において妥当することになる法規範を導き出すように作用していることが分かる。逆に言えば、〈現在〉という「閉じられた」時間において、〈法システ

ムは、〈決定〉を通しての〈法創造〉を行っているのである。この瞬間的な〈決定〉を通して、未来に対して拘束力を持つ法的な意味体系が立ち現れてくるのだ。こうした瞬間における、(法的)意味産出のメカニズムは、フッサールの超越論的現象学において〈生き生きした現在 die lebendige Gegenwart〉から、我々の意識の志向性を与える〈意味〉が産出されてくる構図とかなり類似していると言える。ただしフッサールの場合、〈生き生きした現在〉は、(意識の)内部を越えて、我々の生を根底で支えている〈外部〉(≡生活世界)を指し示すが、ルーマンの(法)システム論における〈決定〉の瞬間としての〈現在〉は、システムの〈外部〉(≡環境世界)から完全に切り離されている。²¹⁾〈決定〉が成される〈現在〉は、あらゆる外部審級に対して閉じられており、それによって、法システムの自己完結性が成立しているのである。〈現在〉とは、過去の法的意味体系の妥当性が中断された、いわば、*無*の状態の中から、〈法〉が創造される瞬間なのである。

こうした、*無*からの(法)創造の行われる〈現在〉というパラドックスは、法システムをその内部から〈脱構築〉する契機に十分なりうるわけだが、ルーマンに言わせれば、法社会学は、そうしたパラドックスの発見を通しての〈脱構築〉で満足するのではなく、むしろ、「閉じられたシステム」の中でそうしたパラドックスがいかにポジティブに機能しているか(≡脱パラドックス化)記述することを試みるべきなのである。²²⁾ルーマンの社会学の基本的着想は、パラドックスをシステムの破壊要因としてではなく、システムを起動させる出発点として捉えるところにあると言える。システム理論家ルーマンの視点から見れば、〈社会〉全体の構造の中にパラドックスがあるからこそ、それに対する解決策として(法を含めて)様々な部分システムが生まれてくるのである。

恣意性の秘密を暴露することによって、そうした解決策を脱構築することは可能であろう。しかしながらその後で、そのようなステップは、あらゆるシステムに常に潜んでいる根源、あるいは始まりのパラドックスに

遡及するだけである、ということを示すことを通して、脱構築自体を脱構築することも可能である。そこで我々としては、パラドックスが展開する形式を、パラドックスを非視覚化するための形式として——システムがそうした形式を全面的に手に入れることはできないのは承知のうえで——呈示することを選択したい。(FD 546-547)

「法命題の首尾一貫した連鎖」(法的意味体系)として構成される「閉じられたシステム」という形式を取る近代的な法システムは、『無』の中での「法創造＝法適用」というパラドクシカルな構造を非視覚化すべく生じてきたのであり、恒常的な〈オートポイエシス〉を通して、このパラドックスを先送りしているのである。〈現在〉において成された法的〈決定〉の〈法Ⅱ正／不法Ⅱ不正〉についての判定の基準は、『現在の法システム』の内に見出だされず、〈未来〉の法システムにおける〈決定〉に際して初めてその基準が(再)指定されることになる。そしてそこで(再)指定された判定基準(法規範)についての〈法／不法〉の判定基準は、更にその先の〈未来〉における法システムの〈決定〉を通して(再)再指定され、またその判定基準は…と無限に続く遅延効果——デリダの用語で言えば〈差延 difference〉——によって、パラドックスがシステムの〈矛盾〉として露呈されることが回避されているのである。

四 脱パラドックス化の限界と〈正義〉の余地

ルーマンは、システムを構成している法的コミュニケーションを機能させる要因として〈決定〉の瞬間におけるパラドックスを捉え直したわけであるが、「決定の瞬間それ自体は、〈法〉に基づいていると言えるのか？」と

いう問いは依然として残る。システム全体としてうまく機能するとしても、個別の法的判断が依拠する「法」が実体的に把握できないとすれば、(法システムの「外部」に立つ観察者の視点から見た場合)裁判所において具体的になされる個々の「決定」を、「合法的」なものとして信頼することができなくなる。そうなると、規範として「社会」の安定性を確保するという「法」本来の機能が損なわれて、「法的」に決定されたのだから「法」である」という転倒した論理を、各行為者に強制的に押し付けることになりかねない。自らの「見えない根拠」を自らの「内部」にしか持ちえない自己言及的な法システムは、他のシステムによるコントロールを受け付けなければかりか、自分自身のオートポイエシスをコントロールすることもできないのである。当然ここから、法規範に関する全ての事象を、専ら「閉ざされた法システム」の「内部」問題として捉えようとするルーマンの純粹に機能主義的なやり方に問題があるのではないか、という批判が生まれてくる。棚瀬教授は、先に引用した報告の締めくくりのコメントとして、以下のように述べている。

一つには、超実証主義とも言うべき、システムの合理性への信頼である。ルーマン教授のたとえば『手続きによる正当化』の議論を法学の側から読んでもっとも違和感を感じるのは、裁判が当事者に文句を言わせず自らを貫徹していくそのメカニズムについて精緻な分析をしている反面、そのどこにも裁判のあり方が人々の批判にさらされ、また手続きがそうした批判を受けてよりよいものに作りかえられていくといった側面の分析を受け入れる余地がないことである。このシステムへの信頼、あるいは割り切りは、パラドックス解消へのベジミズムと一見結論は逆のように見えるが、実は、法システムの自律性を過大視している点で同じ根を持つていると言えるのである。法の正当性の問題もひっくり返るめて何もかも法システムの内部で解決していこうとするから破綻するのであって、もっと最初から法システムの機能しうる限界について突きつめた認識を持つならばそ

れほど極端なベシニズムに陥らなくても済むと思われるのである。²⁴⁾

棚瀬教授の議論の要点は、「閉じられた法システム」を〈法〉が産出される唯一の場と見なすのではなく、システムの〈外部〉、他の社会システムとの相互関係を視野に入れるべきだということである。これは、〈決定〉に対する〈外部〉の介入を問題系に組み入れることで、「無からの法創造」の瞬間というパラドックスを回避しようとする戦略である。棚瀬教授は別の論文でも、裁判の「拘束性」を「正当性」と単純に同一視するルーマンの議論を批判したうえで、「裁判の実質的な不当性」に対する「異議申し立て」(＝裁判の妥当性の否定)の運動が、「裁判の正当性」を変動させうる点を重視すべきだ、という見解を示している。²⁵⁾ そうした「正当性」をめぐる社会的コミュニケーションの拡大は、当然何らかの回路を通して、裁判それ自体にフィードバックし、裁判を通しての「法創造＝法適用」にも影響を及ぼしているはずである。これは、〈外部〉において形成される『法的』な規範が、いかなるプロセスを経て、「閉じられた法システム」の中のコミュニケーションに組み込まれていくのか、という問題である。ルーマンのシステム論は、システムの〈外部〉と〈内部〉の間に明確な境界線を引くことによって、システムの自己言及的な意味産出の構造を記述することを第一の目標としているので、〈内部／外部〉の境界線上の中間領域で生じる現象は、盲点になりがちである。

無論、ルーマンも法システムと、他の部分システムとの相互依存関係を全く度外視しているわけではない。他のシステムと完全に切り離されてしまえば、法はもはや社会的システムとして機能しえなくなるはずだからである。重要なのは、どのように外部と繋がっているかである。『法の分化』(一九八〇)に含まれている論文「相互作用システムにおける法についてのコミュニケーション」では、〈外部〉との相互依存関係について以下のように述べられている。

当然のことながら、法システムもまた、他のあらゆる社会の低位システム以上に、他の方向性を持った機能との相互作用から刺激を受けるように指定されている。この指定 (Angewiesenhait) は、十分に複雑なものとして把握されねばならない。即ち、これは独立性を基礎とした上で、初めて帰結してくるものである。決定が規則によって方向付けられるシステムとしての法システムそれ自体は、何時、そしてまた何故、法を要請するコミュニケーション・プロセスが発動するのに関与していない。まさにそれこそが、規則によって方向付けられる機能の特質であり、その特質のおかげでこのシステムは任意の始まりと適合できるのである (通常の論争では、「誰が始めたのか」が非常に重要になる傾向があるのだが)。こうした独立性 (Unabhängigkeit) から、複数の相互作用の凝集した効果に対する一般化された (そしてそれだけ制御困難な) 従属性 (Abhängigkeit) の形式が生じてくるのである。「後からスイッチが入る」紛争調整のシステムとしての法システムは、自らイニシアティブを取ることはない。法システムには——刑法を度外視すれば——自発的に事案、テーマを求める組織形態はないのである。立法でさえ、政治プロセスの後にスイッチが入るのである。(AR 66f.)⁽⁴⁾

この箇所留意しなければならないのは、ルーマンが話題にしている「法についてのコミュニケーション」とは、他の諸システムで生じた〈対立〉をめぐる社会的相互作用を通して、〈法システム〉の起動が要請されるということであって、他のシステムと法システムが直接的にコミュニケーションしているわけではないことである。法システムは、外部でのコミュニケーションに誘発されて、スイッチが入るわけだが、それはあくまで、法システムが他のシステムから〈独立〉しているという前提の上でのことである。法システムが対立関係を法的に処理するに際しては、他の部分システムのコードではなく、もっぱら〈法／不法〉の二分法コードが用いられ、法シ

システムが動き出す「以前」の相互作用システムにおいて作用していた意味体系がそこに介入してくるわけではないのである。法システムは、〈外部〉で生じた紛争状況を法的事案、テーマとして引き受け、その処理に当たることが、その際に、外部におけるコミュニケーションでその問題がどのように扱われていたかには、法システム自体としては一切関知しない。与えられた課題を純粹にシステム内部で処理するだけである。また逆に、外部のコミュニケーションに影響を与えて、他のシステムを変動させることもない。「何が法的問題として処理されるべきか」について、法システムの側がイニシアティブを取ることではないのである。境目 (Schwelle) を越えて法システムの〈内部〉に取り込まれて、テーマ化される瞬間に、あらゆる社会的問題は、〈法／不法〉のコードに則して処理されることになり、それ以外の判定基準がシステムの内部に入り込む余地はありえないのである。

このように、ルーマンのシステム理論の基本的枠組みにおいては、〈法〉システムは、〈外部〉から持ち込まれてくる〈事案〉を、〈内部〉での規則に従って情報処理するコンピューターのようなものとして叙述されている。このコンピューターは、入力と出力のところでは外部（＝環境世界）と繋がっているわけだが、内部における処理のメカニズムには外から介入できないかのような印象を受ける。しかしながら棚瀬教授の問題設定から言えば、この処理のためのプログラムは、無から生まれてくるわけではなく、外部における相互作用を受けて形成されているはずであり、筆者としてもこの点を問題にしたいところである。残念ながらルーマン自身は、法のプログラムがどのように〈外部〉と相互作用しているかについては直接的・明示的に語っていない（あるいは、語ること避けている）ので、この部分については、他の文脈での議論からの類推によって補うしかない。

その際にカギになるのは、〈法システム〉の二分法コードからいったん排除されたはずの〈正義〉の問題だろう。既に述べたように、第三項に相当するものとしての〈正義〉という価値は法的な〈決定〉に際して直接的に現前化することはなく、〈法／不法〉のいずれかに回収されてしまう。しかしながら、そうした法的決定によっ

はどうしても、割り切れないもの⁶⁾が有る、という評価がしばしば(法システムの外部で)生じてくるものたしかである。法的システムが全てを自らの内部コードに従って処理している傍ら(≡法システムの環境世界)で、⁷⁾より公正(正義)なる法⁸⁾とでも言うべき、(実定法を越えた)より上位の法的判断基準を求める運動が常に浮上してくる。ルーマンも、法システムの周辺に、そうした意味での〈正義〉の余地が残されていることまで否定しているわけではない。「近代社会の法システムにおける正義」(一九七九)でルーマンは、社会全体の秩序の〈完全性 Perfection〉を表象する概念としての〈正義〉は、近代社会における各部分システムの分化・独立プロセスにおいて既に崩壊し(vgl. AR 375ff.)、法システムも、法の〈完全性〉という意味で〈正義〉を解釈することはできなくなった(vgl. AR 387)としているが、その一方で、形を変えて法システムの中に〈正義〉の概念が残留していることを指摘している。それは、「法システムの適度な複雑性 adäquate Komplexität des Rechtssystem[s]」(AR 388)としての〈正義〉である。⁹⁾では、「システムの適度な複雑性」とは一体何を意味するのだろうか。

五 適度な複雑性としての〈正義〉

ルーマンは、この「適度な複雑性」としての〈正義〉概念が、倫理(学)的な正義概念、「行動規範」とも、自然法的な意味での「正当化の規則」、「個別の規範の批判」とも異なること(AR 388)を断ったうえで、以下のような定義を与えている。

我々としては、法システムの複雑性が、システム内での首尾一貫した決定の仕方 (konsistentes

Entscheiden)と一致しうる時、そして一致しうる範囲内で、適度であると呼ぶこととしておこう。従ってこの概念は、法システム内における決定の首尾一貫性に対して立てられる要求との順応性(Konformität)を示す一応の定式として用いることができる。首尾一貫して決定される——それが論理的あるいは賢慮的にとりいうことを意味するのであれ——程度に依じて、またもつばらその程度に依じて、同様の事案が同様に、同様の事案は同様にないよう決定されることが保証されるのである。従ってこの原理の機能的方向性は、単に法システムの環境への適応のみを目指すのではなく、むしろ、そうした、システム自体内において固定化されるべき要求を充足するような決定を全体的に可能にすることを目指すものだとと言える。(AR 390f.)

この定義の仕方はかなり抽象的で分かりにくいだが、まず法システムの中の「複雑性」とは、簡単に言えば、様々な要因が絡んでいて〈法／不法〉を一義的に確定しにくい状態のことである。法システムは、そうした『確定できないもの』を敢えて〈法／不法〉のいずれかに〈決定〉しなければならないわけであるから、〈決定〉に際しては『割り切れなさ』が残る。しかしそのような『割り切れない』ものを残してしまふ〈決定〉であったとしても、その〈決定の仕方〉は事案ごとに異なるものではなく、同様の事案が同様に決定され、異なった事案が同様に決定されることがないよう〈首尾一貫した〉ものになっている必要がある。そうでなければ、その〈決定の仕方〉は〈公正 Recht〉ではなく、結果として社会的な均衡を乱すことになる。その場合、均衡を回復すべく、〈決定の仕方〉を首尾一貫したものと正すよう働きかける〈要求 Anspruch〉が法システムを取り巻く環境世界から生じてくる。ルーマンが問題にしているのは、そうした〈決定の仕方〉の首尾一貫性(＝公正)を求める社会全体の〈要求〉と、それに対する法システムとの対応関係として定義される〈正義〉である。「適度な複雑性」とは、法システムにおける全ての〈決定〉を不可能にしてしまふような過度な複雑性ではなく、〈決定

の仕方」を首尾一貫したものにすべく調節するのに、『適度』な『複雑性』ということである。

このように『公正』という側面に焦点を当てているルーマンの定義は、一見すると、最近英語圏で強い影響力を発揮しているロールズの「公正としての正義 justice as fairness」論²⁸に近いようにも思えるが、ロールズが「公正としての正義」を実現されるべき「実質的正義」と見なし、社会構成の中心的な原理として復権しようとしているのに対し、ここでルーマンの言っている『正義』はそうした原理的性格は一切帯びていない。²⁹むしろ、機能的に分化された（法）システムの二分法コードによる『決定』には収まり切らない、『余剰』として事後的に生じてくるのが、『適度な複雑性としての正義』である。複雑性としての『正義』は、既に作用している法的な意味体系が『首尾一貫』して、『公正』なものになるよう調整する機能を『事実上』担っているだけであって、ドゥウウォーキンやロールズが問題にしているような社会の中にアブリオリに組み込まれた構成原理とは程遠いのである。ルーマンの議論においては、法システムに先立つ究極的な目的としての『正義』が予め設定されているわけではないのだ。

では、『適度な複雑性としての正義』は具体的にはどのような場面で、またどのような形で発動するのだろうか？この点に関してルーマンは、『法』に必然的に含まれる『否定』否認 Negation』という要因に着目する（vgl. AR 388ff.）³⁰『法』が『実定』肯定化 positivieren』するということは、ある特定の判断の可能性だけを『正しい』と見なして、『法』として固定化し、結果的にそれ以外の可能性を『法外』なものとして排除することを意味する。例えば、民事裁判において一方の当事者の『権利 Beach』を認める判決が下されることは、何等かの形で相手方の『権利』要求が法的に妥当しないものとして『否定』されることでもある。無論、一方の当事者の権利のみが排除されることのないよう、利益衡量したうえで判決が下される事例も多いわけだが、いずれにしても、『誰かの権利』（の全体または一部）を何等かの形で制約、排除することを前提としなければ、法的決

定は成しえないのである。法的決定は、〈法〉を現実化すると同時に、『否定された法』を潜在的に生み出すのである。

〈実定法 das positive Recht〉という制度は、そうした他の可能性を否定するための規則として成り立っており、裁判においては、その〈否定〉が実行されている。そして、その〈否定〉の仕方は〈首尾一貫〉したものでなければならぬのである。ただし個々の決定の局面では、そうした〈否定〉の仕方が自動的に決まってくるわけではない。〈否定〉の規則としての〈法〉が適用されるに際しては、過去における〈否定〉の仕方をそのまま継続すべきか、それとも、過去の〈否定〉を〈否定〉することによって、それまで〈否定〉されていた『法外』のものを〈法〉として（再）措定するのが〈決定〉されることになる。つまり、過去の〈決定〉において〈否定Ⅱ否認〉されたものが、事後的に〈法〉として〈肯定〉される可能性が常に留保されているのである。法システムをシステムとして機能させている〈決定〉は、必然的にそうした〈否定〉の〈否定〉の可能性を含んでいるのだ。「法は法である」という命題が、未来の時点においては、「法」は『不法』である」へと転化しているかもしれない。そのように、自らの〈否定〉をも〈否定〉する可能性を秘めている〈法〉システムの〈決定Ⅱ否定〉に、〈首尾一貫性〉を保証しようとするれば、事態はかなり『複雑』なことになってくる。自己自身の〈否定〉を潜在的に含意している〈法〉システムに内在し、〈決定〉相互の〈首尾一貫性〉を与えるように調整する働きをしているのが、システムの複雑性としての〈正義〉である。

というのは、実定法の妥当性の根拠はもっぱら、その変更可能性それ自体、その否定性の内にあるからである。実定法は——否定それ自体と同様に——遡及して否定し得る可能性によって保持されており、その否定の可能性が現実化するか否かについては、システムと環境世界の間で進行している対決において決定されるのである。

る。法のような自己代替的な秩序は、その秩序が自らの否定・変更の可能性の条件を予め構造化している度合いに応じて、否定可能・変更可能なのである。こうした否定・変更は、法変更の権限を設定するのに要求される最低限の条件のみによって生じるわけではない。そうした最低限の条件によって、システムの正義に、無規定・任意の可能性としてのゼロ価が与えられることになる。それ以外に必要なのは、個別の事案、法規範、解釈学的な概念と理論のレベルで、更なる選択遂行への接続可能性を保證する範疇的な構造である。しかしながら、法の実定化が、歴史的に比類のないまでに法システムの複雑性を上昇させてしまったことによって、まさにこの予め構造化されていること自体が問題になってきたのである。複雑性の上昇は、首尾一貫性に関しての要求水準を引き下げることに繋がった。にもかかわらず、首尾一貫性に関しての到達可能な要求水準は、法システムを性格付ける変数であり続ける。法秩序としてのシステムは、それに含まれている残りの変数が、首尾一貫した決定の仕方を可能にする方向に働いている度合いに応じて、適度な複雑性を有する、⁽⁴⁾と云える。(AR 400f.)

近代の〈実定法〉は、自らの〈選択〉によって遂行される〈否定〉を事後的に変更・否定する可能性の条件を〈予め構造化 vorstrukturiert〉する性質を有していることから、「否定の可能性の条件」の「否定の可能性の条件」の「否定の可能性の条件」の「否定の可能性の条件」……という形で、様々に入り組んだ法関係、法適用の諸規則を生み出し、全体としてかなり複雑なシステムを形成するに至った。実定化された〈法規範〉それ自体の妥当性を保持しながら、その〈法〉の効果を否定・変更する可能性を持つ、別の法規範をそれと並行して措定していく構造が形成されているわけだから、事態はますます複雑になっていく。そのため、〈決定の仕方〉を〈首尾一貫〉したものにしよう、諸々の法適用関係を更に相互に関係付ける役割を担っている法解釈学 (Rechtsdogmatik) は過剰なまでの課題を背負い込むことになり、システムの複雑性に対応しきれなくなっている。〈実定法〉に潜在する

〈否定性〉から不可避的に帰結してくる〈複雑性〉が増大するに従って、〈首尾一貫性〉に関する到達可能な要求の水準は引き下げられていくが、〈法システム〉が〈秩序〉である以上、〈首尾一貫性〉が完全に放棄されることは原理的にありえない。環境世界は、法システムが〈首尾一貫性〉を維持して、〈公正〉、言い換えれば、〈法の下での平等〉を可能な限り実現するよう〈要求〉し続ける。〈首尾一貫性〉はシステムとしての〈法〉を性格付ける重要な〈変数〉の一つとして留まり続けざるを得ないのである。複雑性への対応と、首尾一貫性の間で法システムはジレンマに陥っていく。このジレンマの中で、法システムを性格付けている他の〈変数〉との相關関係において、〈首尾一貫性〉に対する要求が一定の水準で保持されている状態が、システムにとっての〈適度な複雑性〉、つまり〈正義〉が成立している状態だというわけである。

ルーマンは、法システムを性格付ける他の重要な変数として、①下される、あるいは下されるべき決定の数という意味でのシステムの大きさ②下される、あるいは下されるべき決定が種々異なっているという意味でのシステムの多様性③個別の決定の間の依存性という意味でのシステムの相互依存性④システムの構造、言い換えれば、決定の仕方のプログラムの、組織的、人的な前提の普遍化の度合い——システムにおいて可能な決定の数、多様性、相互依存性はこれに依存しており、更にそれに、システムの自己選択性の度合いが依存している⑤決定の前提の変化の頻度とテンポ (AR 404) ——の五つを挙げている。これらの変数が全て同時に最大値を取りえないのは、明らかである。例えば、④の値が大きくなれば、システムの〈決定のされ方〉がより普遍化されていくわけであるから、②と⑤は必然的に小さくなり、また①と②が同時に大きくなると、より大きなシステムの中で多様性が増していくわけであるから、③は相対的に小さくなる傾向を示すと考えられる。これらの変数は、相互の取り得る値の幅を制約し合う関係にあるのである。これらの変数の間の関係が調整されて、もう一つの変数である〈首尾一貫性〉が可能な限り高い値を示している状態が、法システムにとっての〈正義〉なのである。

これらの変数、あるいはそれに加えて他の変数の相関関係の空間において、私たちの正義の概念に則して、正義の要求水準が確定されるはずである。つまり、正義はシステムの中で「交渉で取り決められ」ねばならない、そして場合によっては、他の変数の上昇を放棄するという代償、例えば、大きさや変化のテンポの上昇を放棄するという代償を伴わざるを得ないのである。いかなる価値の形態において、これらの変数が互いに適合し、かつ、社会的な環境に適応しているのか突き止めるだけで、問題が汲み尽くされてしまうわけではない。そのような価値が何であるのか確定するのは、システム理論的には興味深いことではあるが、それだけでは法に特有の問題とは言えない。社会における法に特有な機能——別の箇所では私はそれを、完全に一致するところまで普遍化された規範的な行為期待、と性格付けている——は、もっぱらその適合性 (Kompatibilität) と適応性 (Angepasstheit) に対する付随的な要請という形式においてのみ表現されるからである。そうした要請を精密化し、異なった特性をもった環境からの圧力と峻別したうえで、それを社会的機能として妥当させられる可能性のおかげで、法律家は、社会的、政治的に自らの独自性を主張し得るチャンスを与えられているのである。(AR 404f.)

この箇所から分かるように、法システムにとっての〈正義〉とは、外部(＝環境)から加わる〈付随的な要請 zusätzliche Anforderungen〉に²応える形で、システムを性格付けている重要な変数の相関関係を操作して、〈首尾一貫性〉を高める方向に誘導することである。無論、環境世界から法システムに加わってくる圧力には、様々な種類のものがあって、その全てが〈首尾一貫性〉を高めるように働きかけるわけではなく、単にシステムを乱してしまっただけのものもある。様々な攪乱要因の中から、〈首尾一貫性〉を高めるような圧力だけをシステムの

社会的機能を適度に調整するための〈要請〉として選り分けることが必要である。そのようにしてフィルターにかけられた〈要請〉が、実際に、システム内の〈首尾一貫性〉を高める効果をもたらす時、実定法秩序の中に〈正義〉の余地が生まれてくるのである。(法秩序の中で)〈正義〉を志向する法律家は、様々な法規範・規則の間の錯綜とした関係の中で、環境世界からの要請に適應する形で、〈首尾一貫〉した〈決定の仕方〉を導き出すことを試みなければならない。それこそが、恒常的なオートポイエシスによって高度に複雑化した法システムの中で、法律家が發揮しうる自主性なのである。

このように見えてくると、法律家が通常実践している〈法解釈〉あるいは、その学理的根拠を提供する〈法解釈学〉が、純粹に法システム〈内部〉の視点から、法的判断相互の〈首尾一貫性〉を追究する営みであるのに対し、〈正義〉というのは、〈外部〉からの要請に対応する形で、〈外部〉に対しての〈首尾一貫性〉をシステムの中に確立しようとする営みであり、相互に補い合う関係であることが分かるだろう。更に言えば、〈法解釈(学)〉が現に妥当している法規範の間の整合性というレベルでの首尾一貫性に定位しているのに対し、〈正義〉は、法システムを性格付けている変数の相互依存関係を変動させながら、法的決定プログラムそのものを、〈公正〉や〈平等〉といった見地から組み替えていく性質を持っているのだ。³³このように外部の要求に応じて、〈正義〉がシステムの中に関与してくる余地が残されている限り、法システムは作用面では環境に対して「閉鎖 geschlossen」されていたとしても、「没交渉 abgeschlossen」になっているわけではない(RG 43f.)³⁴と云えるのである。

六 〈法〉の内なる〈正義〉

少なくとも「近代社会の法システムにおける正義」の段階でのルーマンは、法システムの中に〈正義〉の問題をある程度積極的に位置付けることを試みているわけであるが、これ以降の法システム論の発展においては、〈法〉の中で〈正義〉が占める余地は、次第に狭まって行ったとされている。その傾向が顕著に読み取れるのは、十三年後に刊行された『法の社会学的観察』（一九八六）であろう。前年にヴェルツブルク大学で行われた講演を元にしたこの論文では、「システムの適度な複雑性」という定義は維持されているものの、前後の文脈はかなり悲観的になっており、むしろ近代法システムにおける〈正義〉の不可能性が強調されているという印象を受ける。ルーマンは、まず「正義」をめぐる伝統的な意味体系が、社会システムの進化に伴って引き起こされた様々な変化に、これまで適応してこなかったことを指摘している。

正義論は、伝統の遺産として硬直化してしまいかもしれない。理想論的な定式としての正義論は、正義への道はもはや見出だし得ないのだ、という距離感を再生産するだけかもしれない。政治的野心に従風して、裝飾概念あるいは抵抗概念としての二次的な機能を引き受けることになるのかもしれない。また理論的な再定式化を考えたり、正義の概念を、（良き論証と正しい決定への法に特有の探究の仕方の問題になる）決定関係の調整に関係付けることができるかもしれない。その場合、一つの決定は、他の決定に適應する度合いに応じて、公正だということになるだろう。／システムのより高度な、社会的に適度な複雑性、及び、より高度な変化の力学が問題になる場合、こうした種類の決定と決定の間の調整を貫徹するのがより困難になってくる。法的解釈学という相対的に自立化した概念を經由することが不可避になる。この問題を度外視することは許されない。

従って、正義は付随的に、「困難さの次元」によって定義されねばならないだろう——例えば、法システムの適度な複雑性の下での決定の仕方の首尾一貫性として。³⁵⁾

この箇所から分かるように、ルーマンは、複雑化した法システムの中で、法的な〈決定〉の間の〈首尾一貫性〉を追究すること自体が極めて困難になっている点を強調している。厳密な意味での法解釈学でさえ成立が困難になっているわけであるから、それが〈外部〉からの要求と対応するところで初めて成り立つ〈正義〉を追究するのは、一層困難であろう。「システムの適度な複雑性」としての〈正義〉の概念を理論的に想定することが可能であったとしても、その概念を、複雑に何重にも連鎖する現実の法的な決定関係の中に反映させていく道筋を見出だすのは容易なことではなからう。また、〈社会〉から〈法〉に対して向けられる諸〈要求〉もかなり多様化・分散化しており、その内のどれを法的意味体系の中に組み込むのが、システム内の〈首尾一貫性〉の確立に繋がるのか判定するのは難しい。内部においても、また外部との対応においても、高度に複雑化している法システムにとっての〈正義〉を見出だすのは不可能に近いと言えよう。自律化したシステムのオートポイエシス運動を軸に記述されている後期ルーマンの法システム論には、「正義論」の入り込む余地はほとんどなくなっており、〈正義〉は専ら、法システムとは異なる別のシステム（＝倫理システム）に属する価値としてのみ扱われるようになったのである。

更に言えば、ルーマンの法システム理論がオートポイエシスの性格を強めているというよりも、現実の社会における法体系の方が、理論以上にそうした傾向を示していると言った方が適切かもしれない。現代社会における実定法は、憲法、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、商法、労働法、社会保障法、行政法、経済法、教育法、……といった各個別領域（あるいは更にその下位領域）ごとに、それぞれ独自の法理（法解釈学）を、独自の法創

造・法適用の規則に従って発展させている。細かく差異化している各法領域の全てをカバーする〈首尾一貫性〉を想定したうえで、それを外部からの〈公正〉さへの要求に対応する形で変動させるための回路を確立しない限り、「システム（全体）の適度な複雑性としての正義」は机上の空論に終わらざるを得ない。

無論、ロールズのように、〈公正としての〉正義の原理に基づいて社会全体を再構成することこそ正義論の課題であると主張するのであれば、論理的にはかなり簡潔になるかもしれないが、そういう方向に話しを進めていくことは、〈政治〉〈経済〉〈倫理〉〈宗教〉などから分立し、自律化した社会システムとしての〈法〉を記述しようとするルーマンの問題設定とは根本的に相入れない。法の妥当性の根拠は「法」自体の内にはかない、という法の自己準拠性を前提としている法システム理論においては、〈実定法〉を超越した〈正義〉が、新しい法創造の「根拠」になることはありえないのである。そもそも、ロールズ、ドゥウオーキンやノージック等によって展開されている英米の正義論では、自然状態における〈主体の権利Ⅱ主観的法 das subjektive Recht〉があらゆる法規範の源泉（権源）として実体的に想定されており、それらの〈主体の権利〉の相互関係上の決まりごととして客観的な〈法〉が規定されているので、権利主体の間の〈公正としての正義〉を法関係に反映させる論理を導き出すのは比較的容易であると言える。それに対して、ルーマンの法システム論における〈主体的な権利〉は、近代的な法システムの形成過程において、普遍的な法を根拠付けるための〈比喻形象 33, 34〉として（事後的に）発明されたものにすぎず、〈実定法〉の秩序に先行して〈主観的な法Ⅱ主体の権利〉が成立しているわけではない。ルーマンの法社会学にとって、〈客観的な法〉を根拠付ける〈主体の権利〉は、法関係を論理的に再構成するための擬制にすぎないのである。従って〈主体の権利〉の間の〈利益衡量〉が、法システム内の解枳学的なレベルでの首尾一貫性と一致せず、むしろ、かけ離れてしまうことも十分ありうる。〈実定法〉自体が、〈権利Ⅱ法〉の〈否定〉に首尾一貫性を与えようとする構造的性質を持っている以上、〈利益衡量〉が成立しえなく

なる可能性は排除できないのである。そして「法Ⅱシステム」論の立場に立つルーマンは常に、アブリオリに与えられる〈主体の権利〉の側ではなく、システムの中で自己言及的に再生産される法的〈妥当性〉（≡客観性）の側に定位して議論を進めるため、〈法〉の中に〈公正としての正義〉を位置付けることに困難を来してしまうのだ。

ここまで見てきたように、実定法の妥当性を法自体の内に見出だそうとする近代的な法システムの論理に定位して考察を進めていく限り、外部からの要求に応える形で「システムの適度な複雑性としての正義」を、具体的にイメージするのは非常に困難である。ルーマン理論の前提である法システムの自己準拠的な性質を認めたいうえで、(法的)正義論を復権しようとするれば、現在のところ、以下の二つの戦略が考えられる。一つは、中野敏男教授が試みているように、〈正義〉をめぐるコミュニケーションを、〈法〉をめぐるコミュニケーション、及び〈道徳〉をめぐるコミュニケーションと相互に独立でありながら、規制し合う関係にあると見なして、³⁷⁾もっぱら間接的に〈法〉に影響を与えていこうとするやり方である。この場合は、〈正義〉が法解釈学のレベルでの〈首尾一貫性〉を直接調整することを目指すのではなく、外部からの〈要求〉を出し続けることで、〈法〉の中に変化が生じることが期待するという迂回的な形になる。

もう一つは、デリダによる〈法〉の脱構築の場合のように、〈法〉の確定された意味体系では把握し切れず零れ落ちてしまうもの、言い換えれば、〈法〉の本来の目的であ(るはずであ)りながら、実定法の意味体系には回収し切れないものを、〈正義〉と名付けるといふ戦略である。³⁸⁾〈法〉の〈否定〉作用によって切り捨てられたものの中に、実現されるべき本来の『法Ⅱ正義』の理想状態の残余を見ることを通して、現時点で〈妥当〉している〈法〉が、依然として不完全な『状態に留まり続けていることを想起させる役割を、〈正義〉の概念に担わせるわけである。その場合、〈正義〉は、〈法〉の〈外部〉へと排除されているが、将来〈法〉として認められる可

能性のあるものを暗示する否定概念、あるいは抵抗概念としての機能することになる。〈正義〉と〈法〉の食い違いを露呈することを通して、〈法〉を変動させていく契機を積極的に作り出していく、という考え方だ。

ただし、いずれの戦略を取るにしても、正義論は、法の論理をシステムの内側から変えていくのではなく、外からの働きかけに徹することになる。〈法〉の妥当性を作り出す場が、法システム内のコミュニケーションに限定されているとすれば、そうなってしまふのはやむをえないことではないか、と筆者自身も考えている。あるいは、ルーマンのシステム理論から全く別の帰結を導き出すことができるのかもしれないが、ルーマンが亡くなった今となっては、彼自身から解答を期待することはできない。ルーマンが定式化したシステムの自己言及性のパドックスを承知したうえで、未解決のままになっている「法と正義」の関係の問題をどう解いていくかは、我々に残された大きな課題である。

注

- (1) 社会学基礎理論の村中知子教授は、わが国においてルーマン研究が最も盛んなのは法学の分野であると指摘している。村中知子『ルーマン理論の可能性』恒星社厚生閣、一九九六、一頁、及び一五一―一六頁参照。なお実定法学の分野でも、佐上善和教授（民事訴訟法）や田中久智教授（刑法）が、ルーマン理論の応用を試みている。佐上善和「裁判の正当性についての一試論。ルーマンの『手続きによる正当性』をめぐって」立命館法学一八三・一八四号四〇五―四三〇頁（一九八五）、田中久智「ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論」比較法制研究一九号一―一六五頁（一九九六）参照。
- (2) Niklas Luhmann: Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen, 1987, S.99以下、同書からの引用・参照に際しては、RSと略記する。
- (3) ルーマンは、様々な領域に機能分化されている「近代社会」の全体を指す時、「Gesellschaft (system)」というタームを用い、その中の部分システムを指す時に、「Sozialsystem(e)」というタームを用いている。
- (4) ハートとルーマンの〈法〉の捉え方の違いに関しては、橋爪大三郎教授が以下の著作で詳しく論じている。「言語ゲームと社会

- 理論。ウィトゲンシュタイン・ハート・ルーマン』勁草書房、一九八五。ただし橋爪教授は、〈法〉形成における「規範予期」の問題を、ハートの「法」二次的ルール」論と比較しているのであって、ルーマンにおける「法の再帰性」の問題に重点を置いていない。
- (5) 「法と正義」についての論考は枚挙にいとまがないが、コンパクトに概説したものとしては以下を参照。田中成明『法理学講義』有斐閣、一九九四、第二編「法の目的と正義」(一七三頁以下)。
- (6) ルーマンのオートポイエシス概念受容に関して詳しくは、村中知子、前掲書、三四頁以下参照。
- (7) オートポイエシス概念の受容を契機とした、ルーマンの〈法〉概念の変化については、以下を参照。中野敏男『近代法システムと批判。ウーバーからルーマンを超えて』弘文堂、一九九三、一三四頁以下。及び Pierre Guibentif et al.; Niklas Luhmann observateur du droit, Paris, 1993, p.41-49.
- (8) Niklas Luhmann: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M., 1995, S.99以下、同書からの引用・参照に際しては、FGと略記する。
- (9) ハーバースのコミュニケーション行為的な法理論は、以下の著作で体系的に叙述されている。Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M., 1998.
- (10) ルーマンの法システム理論においては、〈人間〉が法的コミュニケーションから排除されている問題は、以下の論文でも指摘されている。池田貞夫「ルーマン理論の限界。人間不在の社会理論」『法の理論』16『成文堂』一九九七、一六四—一八四頁、特に、一八〇頁。
- (11) この点に関するルーマンの基本的見解は以下を参照。Vgl. Niklas Luhmann: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M., 1997, S.221f, S.359ff.
- (12) ジョージ・スペンサー・ブラウンの〈再・参入〉概念については以下を参照。George Spencer-Brown: Laws of Form. 2nd ed., New York 1972 (J・スペンサー・ブラウン著、大澤真幸・宮台真司訳『形式の法則』朝日出版社、一九八七年)
- (13) 〈法〉の問題に対するルーマンの基本的メタメタスについては、以下を参照。Niklas Luhmann: The Self-Repoduction of the Law and Its Limits, in: Gunther Teubner (Hrsg.): Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin-New York, 1986, S.111-127.
- (14) 柳瀬孝雄「法の自己言及性——脱パラダイマツクス化の戦略」:河上倫逸編『社会システム論と法の歴史と現在』(未来社、一九九一)五四—一五五頁。

- (15) Jacques Derrida: *Force de loi*, Paris, 1994, p.50. / なおデリダの〈法〉理論については、以下の拙稿で詳しく論じた。「暴カニ權力」の綴を「力」に訂正。——「シニヤミン」デリダの法哲学とポスト・モダンの〈正義〉」『月刊 情況』九八年十月号、九六—一一頁。
- (16) 〈法〉の根拠付けという視点から、デリダとルーマンの關係に触れた論稿として以下のものを挙げる事ができる。大野純一「オートポイエシスとデイクンストラクション。法の自己言及か、それとも正義の脱構築か」『生と死の法理 法哲学年報一九九三年』有斐閣、一九九四年、一五三頁以下。
- (17) 「ハード・ケース」に関するドゥウウォーキンの見解については、以下を参照。Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, pp.81-130 (ロナルド・ドゥウウォーキン著、木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論』木鐸社、一九八六年、九七—一六八頁)
- (18) この問題については、以下を参照。中野敏男、前掲書、一三三頁以下。
- (19) Vgl. Jürgen Habermas: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, in: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Habermas/Luhmann (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1984, S.244 (ヘルゲン・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『ハーバーマスマスリル：マン論争。批判理論と社会システム理論』木鐸社、一九八七年、二九五頁)
- (20) ルーマンの法システム理論における、法的決定に際してのリスタ回避の問題については以下の論文を参照。福井康人「リスタの社会理論と法。ニクラス・ルーマンの『Soziologie des Risikos』を手がかりとして」『九大法学七二号』、一四—四五頁、特に二四—二七頁(一九九六)。
- (21) 〈意味〉の産出をめぐるフッサールとルーマンの議論の類似性については、池田貞夫教授も指摘している。池田、前掲論文、一七—一七九頁を参照。
- (22) 江口厚仁助教も以下の論文でこの点を指摘している。江口厚仁「法システムの自己組織性」『九大法学六〇号』、九四頁以下。
- (23) この点については、以下を参照。馬場靖雄「多様体としての法」『法の社会理論と法社会学 法社会学第四号』有斐閣、一九九二、一六八頁。
- (24) 棚瀬孝雄、前掲書、六一頁。
- (25) 棚瀬孝雄「裁判受容過程の構造分析」『法學論叢一〇八巻二号』、一—三一頁、特に、二〇—二九頁(一九八〇)
- (26) Niklas Luhmann, *Kommunikation über Recht in Interaktionssysteme*, in: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt

- a.M.: 1998, S.65/以下、同書からの引用・参照に際しては、ARと略記する。
- (27) 近代以降の〈正義〉概念の歴史の変貌については、以下の論文を参照。駒城鎮一「N・ルーマンのシステム理論と正義問題」『法の理論5』、四三頁以下（一九八五）、服部高弘「システム理論と法・法的思考（二）。「法の射程」研究序説」国学院法学二九巻四号、七頁以下（一九九二）。
- (28) ロールズの「公正としての正義論」については、以下を参照。川本隆史『ロールズ。正義の原理』講談社、一九九七、五八―九〇頁。
- (29) ロールズ等の実質的な正義論と、ルーマンの正義論の問題の立て方の違いについては、以下を参照。中野、前掲書、一七四―一八〇頁。
- (30) 〈否定〉の問題については、以下の論文でも触れられている。糊澤能生「法をめぐる二つの概念群の統合。N・ルーマンの場合」早稲田法学六〇巻四号、一四五頁以下（一九八五）。
- (31) 近代法システムの中で、法解釈学が果たしている役割に関するルーマンの基本的見解は、以下の著作で展開されている。Niklas Luhmann: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974（ニコラス・ルーマン著、土方透訳『法システムと法解釈学』日本評論社、一九八八年）／また服部教授の論文では、「正義」と「法解釈学」の関係が簡潔に説明されている。服部、前掲論文、一四頁以下。
- (32) この区別については、服部、前掲論文、一六頁以下を参照。
- (33) 中野、前掲書、一九六頁以下を参照。
- (34) 中野、前掲書、一八六頁以下を参照。
- (35) Niklas Luhmann: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, 1986, Frankfurt a.M., S.42f.
- (36) 〈主体の権利＝主観的法〉と〈主観的見解は、以ての著作で展開されている。Niklas Luhmann: *Die Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, 1983, Frankfurt a.M.: Kapitel 2. Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, S.45-104, bes. S.68ff.／また「この問題は、以下の論文で解説されている。野崎和義「主体の権利」について」『法の理論16』、二二五―二四三頁。
- (37) 中野敏男「法のシステム化と「主体」の責任」『法の理論16』、一〇二―一二四頁、特に一一六頁以下。
- (38) デリダにおける〈法〉と〈正義〉の関係については、以下を参照。高橋哲哉『デリダ。脱構築』講談社、一九九八、一七九―二二〇頁。