

法のヒエラルヒーからヘテラルヒーへ

村上 淳 一

- 一 近代の法理解
- 二 法と権利のパラドクス
- 三 国家法による権利保護へ
- 四 非国家法としての世界法
- 五 サンクションからコミュニケーションへ
- 六 分野ごとのグローバル化と構造連結の可能性
- 七 非同時的なものの同時性
- 八 ヘコードとプログラムへからへ媒質と形式へ

一 近代の法理解

法は法則ゲゼツツの一種であるが、やはり法則の一種である自然法則とは性格を異にする。すなわち、これまで正しいと考

えられてきた自然法則によつて説明できない事実が確認されたときは、その自然法則を改訂せざるをえない。これに對して、法は、道徳とともに、規範的な法則（規則）である。すなわち、規範は、それに反する行為があつても原則として変更されず、かえつて違反者になんらかの制裁（道徳の場合は社会的非難、法の場合は刑罰や、望まれた法的効果を発生させることの拒否）を加える一方で、従来どおり規範として堅持されるのが普通である（ただし、違反者があまりにも多くなれば、守られない規範は意味を失つて、道徳が崩れたり法が改正されたりすることもある）。このように原則として堅持される規範のなかで、道徳が自発的な遵守を期待するものであり、違反に対する制裁も権力による強制という性格をもたないのに対して、法は、自発的に遵守されるときは権力によつて遵守を強制するものであることを特徴とする。——これが、現代においても或る程度の説得力を保っている法理解であろう。

法が権力による強制によつて裏打ちされた規範だとされる限りで、法の在り方は、権力の在り方と密接に関連する。一定地域の社会に對して統一的な支配を行う集権的権力が無いところ、十分に確立していないところでは、さまざまのレヴェルに散在する実力者たちがそれぞれ自己の支配を秩序づけるとともに、多少とも安定的な相互関係を保てるような政治的組織化を図ることが必要になる。その組織化に伴つて、ギリシャの都市国家ではまず刑事裁判の分野で、また共和制期のローマでは民事裁判の分野でも、形式ないし手続と結びついた規範が法として登場する。これに對して中世ヨーロッパでは、諸権力間の契約關係に基づく秩序が、法（レーン法¹封建法）として現れる。

しかし、契約關係はいつ破られても不思議ではない不安定な秩序である。それぞれの支配を支配対象についての權利だと言えるなら、權利をもつ者は、他人による權利侵害をいつでも実力行使によつて退けることのできる態勢をとる。それぞれの権力が最終的には実力行使によつて実現するさまざまな權利相互の緩やかな關係が、こうした状況における「法」の在り方であつた。諸権力から一段高くに位置づけられる上位の権力があるとしても、その上位者は、

下位者の権力を吸い上げ、集権化を達成するに至らないかぎり、安定した法秩序を形成し、維持することができない。せいぜい宗教的権威の力を借りることによって、頻繁な実力行使に若干のブレイキをかけることができるにすぎない。中世ヨーロッパでは、そのような立場にあった宗教的権威自体における集権的支配の形成（ほぼ一二世紀以降のローマ教会）をモデルとして、世俗の支配においても集権化が進行し、契約関係に依存しない安定的な政治秩序・法秩序が形成されはじめる。一三世紀初期のドイツにおける法書サクセンシュピエゲルは、「レーン法篇」と並ぶ「ラント法篇」において、人的結合としての帝国の内部で進行しつつあった領域単位の集権化に適合する法秩序の構想を提示している。それは、緩やかな契約関係としてのレーン法とは区別され、集権的な領域支配の形成を前提として定立されるべきラント法の設計であった。¹⁾

【注】

（1）領域的支配の形成に伴う新たな法に対する抵抗が「良き古き法」ないし「神の法」のための闘争として正当化されたことについては、村上『近代法の形成』（一九七九年）一七頁以下、同・書評「世良晃志郎 中世的法観念をめぐるところの問題——K・クレツシエルの考え方の検討——」（一九八八年、法制史研究三八）を見よ。他方で「慣習法」とされるものが、集権化によってもたらされるべき新たな法の構想に他ならない例もある。サクセンシュピエゲルのラント法にいわば集権的な法秩序を先取りしようとする著者アイケ・フォン・レプゴウの構想を見出す研究として、石川武の数多くの邦語論文、及びドイツ語で発表された Takeshi Ishikawa, *Das Gericht im Sachsenspiegel*, in: *Festschrift für Karl Kroeschell*, 1997 がある。

二 法と権利のパラドクス

緩やかな契約関係から集権的な支配へのこうした展開は、一六世紀はじめにマキアヴェッリが描いた権力国家像によつて媒介され、ヨーロッパにおける中世から近代への転轍をもたらしした。その法的な理論化を行ったのが、ホップズである。一六五一年に初版が刊行されたホップズの著作『リヴァイアサン』は、法を、もはやそれぞれの實力によつて裏打ちされた諸権利の、契約によつて結ばれたネットとしては理解しない。「自然権とは、誰もが自己保存のために自分の力を任意に用いる自由、つまり、そのために役立つと思われれることは何でもできるといふ自由である」(第一四章)。ホップズは、そのような自然権による「万人の万人に対する戦い」が当時のアメリカに残っていると述べているが、集権化以前のヨーロッパの秩序も、そうした自然権が相互の契約関係によつてネット化されたものにならなかつたのであり(集権化の過程においても、周知のように多くの血腥い殺戮が見られた)、アメリカの例は決して他人事ではなかつたであろう。

したがつて、「権利」という語と法という語はしばしば互いに支え合うものとして用いられるが、両者ははっきり区別されなければならない。すなわち、権利とは、何かをしたり、しなかつたりする自由である。これに対して、法は、何かをしたり、しなかつたりするように拘束するものだから、一つの事柄について権利と法が両立することはない(第二章)。集権化以前の諸権力の権利と、集権化によつて成立した国家(およびその「全体的代表者」、とりわけ君主)の命令としての法が、対立的にとらえられていることは明らかである。

ホップズはその「法」を英語版で「シヴィル・ロー」、ラテン語版で「レークス・キーウィーリス」と呼び、『リヴァイアサン』第二六章で論じている。従来の英語版による邦訳はこれを「市民法」と訳しているが、むしろ「国家法」と訳すべきではなからうか。そもそも「シヴィル・ソサイエティー」は、ギリシア語の「ポリテイケー・コイノーニア」に相当するラテン語の「ソキエタース・キーウィーリス」を英語にしたものであり、一八世紀末までの「旧ヨーロッパ的」

文脈では市民たち（実は家長たち）によって構成される「政治社会」を意味した。したがって、旧ヨーロッパの文献に現れる「ソキエタース・キーウィリス」は「ポリス」ないし「キーウィタース」（国）と同義であり、「レース・プーブリカ」（および、それに相当するフランス語の「レピュブリック」や英語の「コモンウェルス」、ドイツ語の「ゲマインヴェーゼン」）ともども、「市民共同体としての国」というニュアンスをもった「国家」と訳すこともできる。ところが一七世紀中葉、このような歴史的意味論を覆し、市民たちのための支配機構としての国家像（その意味でのコモンウェルス＝リヴァイアサン）の原型を描き出したのが、ホッブズであった。したがって、ホッブズの言う「シヴィル・ロー」を「市民法」と訳すにしても、それは、市民たちがみずから形成した法という古典古代的觀念ではなく、「国家キークイタースによって……市民各人に与えられた規則」（第二章）に他ならないのであり、その意味でむしろ「国家法」を指すであろう。¹

ホッブズによれば、「権利ユリスとは自由である。すなわち、レックス・キークイタース国家法の「適用を免れた」例外である。これに対して、国家法は義務づけであり、それによって自然的自由は廃棄ないし制限される。人間は誰でも、自然によって、自分の力と能力を思うままに用いる権利を持っている。しかし、そのような権利は——あえて国家法による保護に身をゆだねなかった人々の場合は例外であるが——国家法によって廃棄された」（第二章）。

では、人々はどうのようにして、自然的自由ないし自然権を廃棄または制限する国家の創設に至ったのか？ 自然的自由ないし権利をもつ「人々が自発的にまとまり、かれらの全体的代表者たる権利を多数決によって一人または複数の者に委譲しこれに服従するという契約を、全員で結ぶことによって」（第十八章）、というのがホッブズの回答である。こうして、ホッブズは、集権的権力の形成という歴史的過程の論理的正当化を試みた。しかし、ニクラス・ルーマンが指摘するように、この論理は循環論法にならないか？ 「真理ではなく権威が法をつくる」（第二章）という場合、その「権威」は天から降ってきたものでも実力によってのみ確立されたものでもなく、各人が「全体的代表者」

の支配を「オーソライズ」し、それぞれの権利を与えることにしようという契約によってはじめて基礎づけられる（第一七章）。しかし、こうして「法をつくる」権威を創出するための契約が守られるのは、契約違反を許さない法があるからではないか？⁽²⁾ 既存の諸権利の総和としての法という中世末期に普及した観念を否定するホッブズの立場からすれば、諸権利以前に何らかの法があったという前提をとらざるをえないであろう。

ホッブズにおいて「自然法」とは、こうしたパラドクスを避けるために要請されたフィクショナルな観念であった。「万人の万人に対する戦い」の下で、「平和を実現する希望があるかぎり平和を求めよ」（第一四章）という命題が、自然法の筆頭に挙げるべきものとされる。しかしながら、ホッブズによれば「自然法は本来の法ではなく、人々の性質にすぎない。それは、国家が遵守を命じてはじめて法（国家法）になる」とされる（第二六章）。法は基本的に、国家法に他ならない。これが、法の中世から近代への転轍であった。

【注】

(1) ホッブズからの引用にさいして、一六六八年にアムステルダムで刊行された全篇ラテン語の全集に八〇歳のホッブズがいわば確定稿として収めたラテン語版と、その Jacob Peter Mayer による独訳（ただし第一部及び第二部のみ。レクラム文庫、一九七〇年）を参照した。ホッブズは英語版の「コモンウェルスについて」という第二部表題をラテン語版で「キーウイタースないしレースプーブリカについて」としながら、ラテン語版の本文では（コモンウェルスの元になったラテン語の）レースプーブリカを使わずにもっぱらキーウイタースという語を用いているので、独訳本ではレースプーブリカに当たるドイツ語のゲマインヴェーゼンを持ち出すまでもなく、キーウイタースが素直に国家と訳されている（英語版からの邦訳では、水田訳も永井／宗片訳も、コモンウェルスという語に対するこだわりを見せている）。尤も、レークス・キーウイタースは、独訳本でも国家法ではなく、やはり市民法と訳されている。しかし、「市民法」と訳

されるラテン語は——ホッブズの場合レークス・キウウィーリスであるが——古代ローマでは通常ユース・キウウィーリスであった(そして、ユースは法ばかりでなく権利を意味することもあった。詳細は、Max Kaser, *Das altrömische Jus: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, 1949)。ところがホッブズにおいては、ユース・キウウィーリスはもっぱら「市民の権利」を指すものと解され、法(レークスロー)と権利(ユースライト)を対立的にとらえる独自の構図(第一四章)に従って、ユース・キウウィーリスは法を指すものとしては受け入れ難い用語だとされている(第二六章)。このようにレークス・キウウィーリスを「市民の権利」から明確に遮断するホッブズの場合には、「国家法」という訳語が適切ではなからうか(なお、キウウィーリスというラテン語にも、シヴィルという英語にも、「市民の」という語義と並んで「国家の」という語義もある)。

(2)「オーソライゼーションを論拠としてみても、それは自然による根拠づけを循環論法によって置き換えるだけのことである。なぜなら、オーソライゼーションは、それによって初めて根拠づけられる法の妥当^{レヒゲルトツグ}をすでに前提としているからだ」(Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S.412, Anm. 11)。

三 国家法による権利保護へ

ホッブズによる理論化にもかかわらず、集権化以前の権利観念、上位の権力といえども無視することのできない下位の権力の権利という観念は、直ちに消滅しなかったばかりか、国家の実定法から導き出される(権利者の実力の有無にかかわらず)権利という新たな観念と重なり合って、西洋近代の権利観念を形づくっていくことになる。『リヴァイアサン』に四〇年近く遅れて刊行されたジョン・ロックの『統治二論』は、「ポリティカル・オア・シヴィル・ソサイエティー」(すなわち「国家」)の成立について基本的にホッブズの構成に従いながらも、国家において権利は「国家法の例外」にすぎないとするホッブズの見解をとらず、国家といえども恣意的な法を定めて権利の全部または一部

を同意なしに取り上げることができないことを力説する。こうして、西洋における現実の近代法は、中世と近代の重層性（強い権利意識と、法の可変性の認識）によって特徴づけられることになる。

しかし、それは、異質な二要素の重層性である。法は、あくまでも国家法であり、したがって、権利関係についての私人の取り決めとしての具体的な契約は、当事者を規範的に拘束するにもかかわらず法源として認められない。一八〇四年のフランス民法典一―三四条は、「適法に形成された合意は、それをなした者たちにとって法律に代わる」としているが、「法律に代わる (tenir lieu de loi)」という表現は、国家法に対抗する「意思自治の原則」の（部分的な）勝利というよりは、むしろ国家法の優越にもかかわらず辛うじて生き延びた旧来の契約的秩序観の残照として読むべきものであろう（注2を見よ）。その三六年後、近代法体系の樹立者サヴィニーは、かれが意思の合致として構成する「契約」の法源としての性格を、分析的な議論によって否認する。

サヴィニーは言う。「普遍的な法」「フォルクの全成員に共通して通用する法」には発生根拠があるが、われわれはその発生根拠を——もろもろの法制度「たとえば契約という法制度」と、法制度からの抽象「演繹」によって形成された個々の法規則「たとえば契約法」を含む——法源と名付ける。法源という概念には二つの類似物があるので、それらとの混同を避けなければならない。一、個々の法関係「法規則によって規定された人格と人格との関係。たとえば契約法に従って成り立った具体的な契約関係」もそれぞれの発生根拠をもつ。それらの発生根拠は、法関係と法制度の間に見られる類似性のおかげで、法規則の発生根拠と混同され易い。たとえば、ある法関係が生ずるための諸条件をすべて挙げようとするとき、一個の法規則と、その規則に対応する事実——たとえば、さまざまの契約を認める一つの法律「法規則。この場合は契約法」と、締結された契約そのもの「規則に対応する事実。この場合は具体的な内容をもつものとして締結された現実の契約」——がそこに含まれることは疑いない。それにもかかわらず、両者にとつての諸条件「契約法によつ

て課される条件(意思の合致)と、現実の契約が成立するための条件(両当事者の具体的な意思内容)は別物なのであって、「現実」に成立した「契約と法律」「契約法」を同じように法源として扱うならば、それは概念の混乱をもたらすことになる。「二は省略」。

したがって、サヴィニーにおいても、法は原理的に国家法なのである。かれの歴史法学を特徴づける「民族精神」の観念も、そのことと矛盾するものではない。「法は共通の民族精神において存在を示す。この民族精神は全体の意思であり、したがって各個人の意思でもある。ただ、個人はかれの自由のおかげで、かれが個人として欲することに、かれが全体の成員として思考し欲するところに逆らうことがある。この矛盾が不法ないし違法行為であって、それは、法が存立し支配するために除去されなければならない。その除去が偶然によらず、規則的な確実さを以て行われるべきだとすれば、それは国家においてのみ可能である。国家においてのみ、法規則は外的・客観的なものとして個人に対するからである」。²⁾「規則的な確実さ」を保証すべく、やがて憲法を最高法規とするヒエラルヒーとして整序されていく国家法の傍らで、契約が独自の法源たりえないことは、いわば自明だということになった。

【注】

(1) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S.11 f.

(2) Savigny, a.a.O., S.24. なお、村上『ドイツ市民法史』(一九八五年)四八頁以下参照。すでにプファタの「慣習法論」(一八二八年)が、契約を法源として認めていない。これについても村上・前掲三九頁以下参照。ニクラス・ルーマンは、サヴィニーが「現代ローマ法体系」において契約を法源と認めていないのは古代ローマの市民法に反する、と指摘する。「まさしくローマ人が、契約による法(Ex contractu)について述べており、それを、契約による(内容的な)妥当の確定」[契約内容に法律の内容なみの拘束力を生じさせること]としてとらえていた(デイーター・ジューモンの教示による)。こ

のような広義の契約概念を自然的に再構成したものにも依然として、〈合意は法律に代わる〉(Les conventions tiennent lieu des loix.)と云った言ひ方が見られる(Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 2. Aufg. Paris 1697, Bd. 1, S. 72) 一七世紀初頭のフランス民法典一三四条の、フランス慣習法の統一を目指した一七世紀以降の慣習法学派に見られる原形)」。法律実証主義が圧倒的になってはじめて、法律による対処と契約による対処の相互補完的な関連が見失われたと思われる。これ「契約を法源と認めない態度」は、現在まで——他ならぬ労働法の分野で「労働協約を法源と認めるべきだと主張する立場から」反対の議論が見られはするもの——全く変わっていない」(Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 100 Anm. 117)。なお、ドマの議論の身分制的特点に言及するものとして、日本学士院紀要に掲載予定の村上「グローバル化と法」がある。

四 非国家法としての世界法

このような近代の「国家的法観念」に対する批判は、すでに二〇世紀初頭、オイゲン・エーアリヒによって展開された。エーアリヒは、国家的な裁判規範以前の、(国家を含む)社会的諸団体の内部秩序としての「生ける法」⁽¹⁾が、法曹法として彫琢されることによって国家法と並ぶ裁判規範になる、と主張した。エーアリヒは、「生ける法」の源泉である「法の事実」として、慣行・支配・占有と並んで(契約を含む)意思表示を挙げており、現実に見られる契約の内容も法曹法の一部として彫琢される場合には裁判規範たりうるものとされる。エーアリヒが「生ける法」研究の対象としたのはオーストリア・ハンガリー帝国東部のブコヴィーナ地方であるが、対象を現代の「世界社会」に広げて一九九六年に「グローバルなブコヴィーナ」を論じたのが、経済法学者のグンター・トイブナーである。

九六年の論文^②において、トイブナーは、「世界市場のトランスナショナルな法秩序としてのレークス・メルカートリア」がインタール・ナショナルな（つまり主権国家間の取り決めにすぎない）政治秩序を超える「世界法」の、「今までで最も成功したケース」であること、しかも、「グローバルなプロヴィーナ」は、すでにいろいろと指摘されているように、商取引法の分野をはるかに超える広がりをもつことを、まず概観する。すなわち、多国籍コンツェルンの内部的法秩序、企業と労働組合の協力による法定立、技術的な規格設定やプロフェッションの自己規制における——政治の介入を最低限度に抑えた——世界規模の共通化が、「国家なき世界法」を形成している。他方、世界的に展開される人権論議は、国家法秩序の枠を超えるばかりでなく人権問題の国家的処理の現実なきびしい批判を向ける。環境保護の分野でも、相対的に完結していた国家制度が環境法のグローバル化によって崩れていく。このように国家法の限界が明らかだとすれば、それに代わる役割を、エーアリヒが重視した法曹法に期待できるものであろうか。トイブナーは否定的である。

「世界規模で自立した法制度が他に依存することなく力強く発展していくという徴候は、ほとんどない。強力な国際裁判権を確立するのも一案だが、ハーグの国際司法裁判所の現状を見るかぎり、あまり期待はできない。ニユルンベルク法廷をもう一度手がかりにしようとする近年の試み「国際刑事法廷」も、政治的・財政的な混乱しかもたらさないことが目に見えている。世界大の立法を行うことも、「諸国家の主権を前提とする」国際法による制約と、政治の地域主義のおかげで、ひどく時間がかかる。国際組織はたくさんあるが、一個の国際行政があるなどは、まず言えない」。このように、司法にも立法にも行政にも法曹法形成の期待をかけることができないとすれば、エーアリヒのいう「生ける法」に遡るしかないということになる。ただし、エーアリヒの「生ける法」の観念をそのまま現代に甦らせることはできない。

トイブナーは、エアリヒが「生ける法」を観察したオーストリア・ハンガリー帝国東部の辺境プロヴィーナ³と、現代の「グローバルなプロヴィーナ」との違いを、以下のように論ずる。「もとより、エアリヒは、農村的共同体における習俗・慣習・仕来りを美化している。しかし、現代のグローバル化に伴う諸工程^{プロセス}においては、〈生ける法〉はそれとは別の、多少ともドラマチックな意味をもつことになる。それは、居心地の良い共同体的結束に基づくものではなく、冷徹で技術的な社会的諸工程に基づくものである。民間社会^{ツィヴィルゼリシャフト}のさまざまな断片的な言説を先に進めるのは政治ではなく民間社会自体なのだから、法のグローバル化も、「民間の活動が」溢れ出るといふ「多少ともドラマチックな」仕方で、この「生ける法の」発展に寄与するのである」。

トイブナーの当該論文が「グローバルなプロヴィーナ」という標題を掲げる所以は、こうである。「世界法は、「国家的・国際的な政治ないし制度によって裏打ちされた」^{ゲゼルシャフト}社会の、いわば「かつての辺境プロヴィーナとは違うが、ある意味ではプロヴィーナ的な」周縁部、すなわち「(伝統的な)法システムが」他のもろもろの社会システム^{ソシヤル}「たとえばトランスナショナルな経済システム」と接触するゾーンから発展するのであって、国民国家的ないし国際的な諸制度という中心部から発展を開始するのではない。社会のもろもろの自律的な部分領域のグローバル・ヴィレッジが世界社会の〈新たなプロヴィーナ〉になっており、オイゲン・エアリヒの〈生ける法〉は、いまやその〈新たなプロヴィーナ〉に新しく成立しているのである。法の政治理論も制度理論も法のグローバル化について十分な説明ができず、法多元主義論の蒸し返しにとどまっていることの根本的な理由は、ここにある。……さまざまな集団や共同体の〈生活世界〉から世界法の泉が湧き出るのではない。法多元主義の理論は、そのコンセプトを切り替えなければなるまい。それは、「エアリヒのプロヴィーナにも比すべき」集団や共同体ではなく、言説とコミュニケーション・ネットワークに照準を合わせなければなるまい」⁴。

ところで、社会の周縁部でさまざまな社会システムと接触しながら、接触相手となった社会システムごとに言説とコミュニケーションによって成立する多元的な世界法は、国家の裏打ちを欠くにもかかわらず、いかなる意味で「法」であることを主張しうるのか？

【注】

(一) エーアリヒは言う。「従来の法律学によって——形式はともかくとして内容的に——固持されてきた法概念、すなわち法を国家的な強制秩序としてとらえる法概念から、少なくとも三つの標識を除去しなければならない。すなわち、法は国家に由来するとか、裁判所やその他の官庁が下す決定の基礎であるとか、その決定に基づく法的強制「刑罰や強制執行」をもたらすとか言われるが、そんなことが法概念から必然的に導かれるわけではない。法概念にはその他に第四の標識があり、われわれはそこから出発しなければならない。すなわち、法とは一個の秩序オルドラングなのだ。ギールケは、かれのいうゲノツセンシャフトなる形象（国家もそうだ、とされる）について、法が秩序としての性質をもつという認識に達し、詳細な研究によってそのことを示したが、それはギールケの不朽の功績である。……決定規範「裁判所の決定の場合には裁判規範」は、法規範の——限られた任務と目的をもつ——一つの変種にすぎない」(Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, S.17f.)。エーアリヒ（一八六〇—一九二二）は、プロヴィーナ公国の首都チェルノヴィツツに生まれ、チェルノヴィツツ大学の教授として法社会学の先駆的業績を挙げるとともに「自由法運動」の主唱者の一人になった。わが国のエーアリヒ論としては、一九五三年に刊行された磯村哲「エールリッヒの法社会学」(同「社会法学の展開と構造」一九七八年にも所収)を挙げなければならないが、「世界法」の観念にとつてのエーアリヒの意義に着目したのは、すでに一九三三年から三四にかけて「世界法の理論」全三巻を刊行した(商法学者にしてカトリック思想家の)田中耕太郎であった。田中は言う。「エールリッヒの名著 *Grundlegung*……の法律学界への貢献には大なるものがあり、而して此の意味に於て私は本著を世界法の理論の重要な文献の一つに数ふことを得るものと認める」(「世界法の理論」第一巻一一六頁)。「法律思想史上に於て国家が法律として制定する法を以て唯一の法と認むる思想は

……オースチンの分析法学派及び独逸のエリネック、ラーバントの学派が支配したる以外には他のいかなる時代に於ても存在しなかつたことエールリツヒも洞察してゐる如くである」(同一一七頁以下)。「唯だエールリツヒは此の点に關し第十七世紀の自然法のみを眼中に置き、希臘、羅馬に發し中世以來現代に至るまで根強い伝統を持っているスコラ的自然法を無視してゐるのは、遺憾なことと云はなければならぬ」(同一一八頁註一)。

(2) Gunter Teubner, *Globale Bukovina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996. 掲載誌上のトイブナー論文に続けて、「これを *Rabals Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* に掲載することを拒否したハイン・ケッツからトイブナーへの一九九六年一月二九日付の断り状が、囲み記事として載せられている。それによれば、拒否の理由は、「ドイツ語を使う読者の大多数にとっては要求水準が高すぎ、ドイツ語を使わない読者にとっては……全然理解できないこうした論文によって、本誌の読者を苛立たせるわけにはいかない」からであった。しかし、その三年後にはドイツ連邦議会が経済のグローバル化に関する調査委員会を設置しており、さらにその三年後に発表された A 4 二段組み四五頁に上る調査委員会最終報告書では、第一〇章「グローバル・ガヴァナンス」の第三節「国家的アクターと非国家的アクターのトランスナショナルな協力を強化するグローバル・ガヴァナンス」の末尾で「民間の合意による規律(ヘソフトロー)」の問題が論じられている。ケッツの断り状つきでトイブナー論文を掲載した「法制史ジャーナル」の方が、断り状を出した「外国私法・国際私法雑誌」よりも、すぐに国民的討議の主題となるグローバル化を先取りしていた、ということになる。

(3) プコヴィーナは第一次大戦後ルーマニア領になり、第二次大戦末期の一九四四年、北半分はソ連(ウクライナ)領、南半分はルーマニア領になった。現在、チュエルノヴィッツ(チュエルノフツイ)はウクライナの町になっている。

(4) トイブナーは、むしろニクラス・ルーマンのシステム理論を下敷きにしてゐる。周知のように、ルーマンのシステム理論においては、近代社会はさまざまな機能システム(政治システム、経済システム、法システム、学術システム等々)に分化したものととらえられており、各機能システム及びそれらから成る全体社会は、コミュニケーション・システムとして理解されている。ルーマン、村上訳『社会の教育システム』の第一章における、システム理論の基本概念の

解説を参照されたい。

五 サンクションからコミュニケーションへ

トイブナーによれば、現代のレークス・メルカートリーアは「グローバルな規模において自己を再生産していく法的言説である。それは、法／不法の二分法的コードバイナリを用いるものとして自己を外部分から区別する一方、「国家的ではなく」グローバルに妥当するシンボルゲルテンを扱うことによって自己自身を再生産するのである。第一の標識すなわち二分法的コード化が、グローバルな法を経済やその他の諸工程から区別する。第二の標識すなわちグローバルな妥当が、グローバルな法を国家的または国際的な法現象から区別する」。ここでトイブナーは、二つの標識を並列的に取り上げているが、実は、国家によって裏打ちされた国家法でも国際法でもないグローバルな法がそれでも法を名乗れるためには、国家によるサンクションを断念して、「国家法も用いる、そしてとりわけ、十分なサンクションをもたない国際法も用いている」法／不法の二分法的コードの使用によってのみ自己の法的性格を打ち出さざるをえない、ということであろう。これによって、「諸規範」とか「サンクション」とか「ソーシャルコントロール」とかいった古典的社会学のキイ概念は後景に退く。それに代わる現在の論争のキイ概念は、「言語行為」であり、「言表」であり、「コード化」であり、「文法」であり、「差異の変換」であり、「パラドクス」である」。

まず、「規範」の種別による法の定義は可能か？ 法規範を社会規範から区別するのは規範に内在する特徴ではなく、「言表」が法／不法のコードによるコミュニケーションに関係づけられ法的文化の微細な変化をもたらすか否かの違いにすぎない、とされる（トイブナーの理解によれば、「言表」とは「構造」が「過程」に変化するのに対応して「法規」

に取って代わる、「コミュニケーション上の出来事ないし法行為^{レヒツブアキ}」である。「ソーシャルコントロール」もまた、法的言説の独自性を示すのに十分な概念ではない。現代の法多元主義の下で、独自の法的要素によってではなく単に経済的ないし政治的なソーシャルコントロールによって法を定義する傾向が見られるからである。それでは、「サンクション」が法を定義するための要素として適切だと言えるか? 「サンクション」は、法を定義したり、法の領域を社会領域から区別したり、国家的な事項をグローバルな事項から区別したりするための中心的概念としての役割を、昔から演じてきた。……しかし、最近の論争において、サンクションは、むしろ規範化を「コミュニケーション」シンボルによって支える役目を果たすものと見られている。¹⁾ レークス・メルカートリアをめぐる議論においてもこの種の法が独自の法的サンクションを欠き、国家の裁判所に依存しているという事実が、その独自のグローバルな役割を否定する論拠として絶えず挙げられてきたが、そうした論拠は、サンクションの重要性を過大評価するものである。決定的なのは、具体的な法的言説が自己の妥当要求をどのようにしてコミュニケーションに乗せるかということなのだ。権力による制裁が、コミュニケーションによる遵守^{コンプライアンス}によって置き換えられつつあるということであろう。

問題は、「グローバルな政治システムもグローバルな法制度もないところで、「法／不法の」二分法的コード化に立脚してグローバルな妥当要求を掲げるグローバルな法的言説なるものが、いったいどのようにして可能なのか「非国家法的な法的コミュニケーションを可能にする非国家法的な法／不法のコード」が、どのようにして成り立つのか?」ということである。トイブナーはこれに答えて、「グローバルな経済法はへ契約の自己有効化というパラドクスによって自己の妥当を根拠づける」と主張する。「レークス・メルカートリアにおいて、国家法の境界を超越し純粋に国家的な法創造をグローバルな法創造へと転化させたのは、契約実務であった」。デュルクム以来の社会学者も法律家と一緒にあって、「法なき契約」を攻撃したが、「社会の実務は法律論や社会学理論の観念的論議よりも創造的」であ

り、グローバルな契約がみずから自己の非契約的基礎を生み出すことよってパラドクスの解消を実現した。具体的には、第一に、一般的に通用する上位の規則を契約によつて生み出すヒエラルヒー化によつて。第二に、契約の積み重ねによる時間的過程化によつて。第三に、契約によつて仲裁制度を創設する外部化によつて。

グローバルな契約の効力を基礎づける既存の法秩序が見当たらない状況においては、契約を——国家の制定法や判例法と並ぶ——法源と認めざるをえない。「われわれがここに見て取るのは一個の「自己正統化」の状況であり、それと肩を並べられるのは、やはり「最初の区別」という暴力が法創造的に作用する「法創造者としてのリヴァイアサン」を登場させる「本物の革命だけなのだ」。

【注】

(一) Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 134f. 「今日、サンクションによつて脅すものとして、まして実際にサンクションを科すものとして規範概念を定義することは不可能だという、一致した理解があると云つてよい。それでも、サンクションに訴えることができるという見通しの有無は、自分の予期が法的なものであるか否かを知るためのシボル手段の一つなのだ」。ルーマンのシステム理論によれば、法システムを法システムたらしめるのはサンクション自体ではなく法/不法のコードによる法的コミュニケーションなのであって、サンクションはそのコミュニケーションのための「シボルの手段」として位置づけられるのである。それにもかかわらず、「サンクションに訴えることができる」という見通し」が国家法において大きいことは否定できまい。だからこそ、非国家的なレークス・メルカートリアは、現実には国家や国際機関による政治化によつて補完されることにもなる。ただし、政治化は、サンクションに対する期待のみを意味するわけではない。「すべての重要な機能システムのグローバル化」に関する以下のようなルーマンの指摘を参照。

「〔国際〕政治もまた、もはや国家間の「諸関係」のみに関する事柄でなくなつて久しい。それどころか、国家は、み

ずから政治的機能を果たすべき世界社会が必要とする、リゾゾナル地域的アドレスなのである。そのことは、世界社会のエコロジーの問題についても、人権という問題領域についても、人道的介入を促すものとして今日また議論されている事態についても、明白である。……そのさい、地域国家の代役をどのようにして立てられるか、どんな代役を立てられるかは、見当がつかない。地域国家は不可欠である。それは、地域ごとに大きく異なるそれぞれの条件に適合しないような政治システムの（民主化）（コンセンサスを目指すこと）が不可能であるからだ。しかし、新しい世界社会の問題状況によって、従来の国家的な問題処理方式、とりわけ集団的拘束力をもつ決定の源泉としての国家主権を持ち出す方式は、崩れてしまった。……地域的な自治の構想なしでやっていくことはできない。しかしそれは、従来とは別の仕方、たとえば、世界社会という枠組みを条件とする地域ごとの政治責任という観念によって、正当化されるであろう（Niklas Luhmann, *Metamorphosen des Staates, Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.4, 1995, S.117 f.）。

六 分野ごとのグローバル化と構造連結の可能性

しかし、暴力がヒエラルヒッシュな法統一をもたらしうるのに対して、契約による法秩序はグローバルな反面、多元的・多構造的ポリコンテクスチュアルであり、異種並立的ヘテラルヒツシユである。それでは、さまざまな異質な契約的秩序「たとえばレークス・メルカートーリアと環境NGO」の相互関係、そもそも非国家的な契約的秩序と国家法との関係は、どのようにして調整されるのか？

トイブナーは、二〇〇三年の論文「さまざまな分野ごとのグローバルな民間憲法——ツィヴィルフェアファクシオン国家中心的な憲法理論に對置されるもの」¹において、以下のように指摘する。「さまざまな分野ごとのグローバルな民間憲法が、公的／私的の二分法にも公法／私法という専門分野の区別にも馴染まないことは、明らかである。それ「分野別にグローバルな展開を見せる民間の（法レジーム）ごとの憲法（法を形成し認識・遵守させる手続を定める二次ルール）。なお、ヘレジーム」

という語は、ヘシステムへの分野ごとの下位概念として用いられているようである」は、国際法とトランスナショナルな私法の協働を不可欠にする。しかし、分業と協働の関係をどのように定めることができるのか？ 問題となるレジームごとに「国家の持分」の大小によって公法と私法に振り分けるやり方は、「分野ごとにグローバルに妥当する」憲法的関係を恣意的に引き裂いてしまうであろう。だが、インターナショナル・コミュニティとか、諸国民から成る共同体とかいうコンセプトに、理論的なりーダーシップを期待することもできない。そんな期待は、グローバルな一体性を——集団的な行為能力さえも——望むことになりかねないが、それは、分野ごとのグローバル化という現状にそぐわないからである」。

トイブナーによれば、現代の世界社会には頂点も中心もなく、世界法は分野ごとの断片的な形でのみ存在する。それらを一個の政治的全体憲法によつて統合することは不可能だが、分野ごとのさまざまな民間憲法の衝突にさいしては、それらの憲法のネットワーク的連結が生ずるであろう、とされる。私法はそれぞれの民間憲法の独自性と自律性の形成に役立ち、公法は純然たる政治的憲法の発展と、民間憲法のための政治的な枠組の整備と、さまざまな民間憲法のネットワーク的連結に寄与する、と説かれる。トイブナーはこうした発展を、ルーマンのシステム理論における「ストラクチャル・カウリング構造連結」の観念を手がかりとして説明する。そのさい、トイブナーは、スペンサー・ブラウンが用いた「リ・エントリー (re-entry)」概念の、ルーマンによる「読み」を参照している。そのことをよく示す箇所を、トイブナーの最近の論文(フィッシャー・レスカーノとの共著)「レジームの衝突——法の一体性ではなく、ネット化による共存可能性を求めて」²⁾から引用しておこう。

この論文が挙げるいくつもの実例のなかでとくに「リ・エントリー」概念に言及しているのは、アメリカとブラジルがWTOを舞台として展開した抗HIV薬の特許権をめぐる紛争を紹介する箇所である。自国におけるエイズの蔓

延に対処すべく、アメリカとスイスの製薬会社が特許権を有することを無視して抗 HIV 薬の国内生産に踏み切ったブラジルに対して、アメリカ政府は二〇〇一年一月、WTO にパネル設置を申請したが、同年七月にはブラジルの妥協が成立したとして申請が取り下げられる結果になり、さらに同年十一月には、TRIPS 協定（知的財産権の貿易関連側面に関する協定）を後発的な開発途上国における公衆の健康維持のために修正する「ドーハ宣言」が成立した。「経済的性格をもつ WTO レジームが、保健政策的原理によって自己の論理の限界を内部で引き直したわけである。それは、決定システムが自身の経済合理的な視野の内部に外部への応答を組み込み、外部の合理性を自身の論理の枠として立てていく共存術を示している。自己と衝突する法の、自己の法へのこのようなヘリ・エントリー」〔内部転写〕によって、システム間の衝突を——自己のレジームの失敗に懲りてようやく周囲に目を向けるのではなく——法の問題に翻訳していくことが可能になるのだ」。

ルーマンがスペンサー・ブラウンに示唆を得て活用したヘリ・エントリー概念がトイブナーに受け継がれていることは明らかであろう。晩年のルーマンは、自己参照的に作動するシステムの内部に「システムと環境の区別」を転写し、自己参照と外部参照のオツシレーションを——システム内部の作動として——続けていく「パラドクスの展開」を重視した。システム内部における「パラドクスの展開」が、システム間の「構造連結」を可能にし、ときには「構造呼応」に至ることもある、とされる。それはあくまでもシステム自身の作動によるものであるから、システムの自己参照性という基本が否定されるわけではない。「決定的に重要なのは、区別の一方の側面「区別の内側」を接続可能性のために利用する限り、他方の側面「区別の外側」が失われないこと、無視されたり消去されたりしないということである。……神はすべてを知り、何でもできる。しかし、全能であるにもかかわらず、神は世界を、未決定で決定不能の、閉じられていない不確定性としては創造しなかった。神は、創造にさいして世界に特定の諸形式

を与え、人々が経験と行為に関してそれに頼れるようにした。神は、自分がそのように創った秩序を破って奇跡を行うことができる。しかし、少なくとも今では、神はこの点に関して控えめになっている⁽³⁾。それにもかかわらず、現代の非国家的な契約的秩序が「控えめではない神」の法と接触するときは、どういふことになるであろうか？ 機能的分化以前の「神の法」との間でも、構造連結が成り立ちうるのか？

【注】

- (1) Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 66, 2003, S.1 ff. insbes. S.27. この論文は、*Teubner, Social Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory*, in: Christian Joerges / Inger-Johanne Sand / Gunther Teubner (ed.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford and Portland Ore. 2004 に先立って発表されたドイツ語版である。ドイツ語版のタイトルで *Zivilverfassungen* となっていたものが英語版では *Social Constitutionalism* となっているのは、ドイツ語の *sozial* が社会国家的ニヒュアンスを伴うためかもしれない。
- (2) Andreas Fischer-Lescano / Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen: Kompatibilität durch Vernetzung statt Rechseinheit*, 2004.
- (3) Luhmann, *Das Erziehungssystem der Gesellschaft*, 2002, S.183 f. ルーマン、村上訳『社会の教育システム』(二〇〇四年)、一五三頁。

七 非同時的なものの同時性

経済法学者トイブナーのフランクフルト(アム・マイン)大学法学部における同僚クラウス・ギュンターはハーバマー

スの衣鉢を継ぐ法哲学者であるが、「法の多元性と合法性のユニヴァーサル・コード」と題する二〇〇一年の論文¹⁾において、法人類学の最近の業績を引きながら、こう述べている。「法は、互いに拘束しあう諸々の規範についてアクターたちが協議する一つのフィールドになる。それらのアクターたちは、一方ではそれぞれ別のフィールドにいて、それぞれのフィールドで通用している概念的解釈モデルの枠に従って自分の意図や利害を解釈しているが、そうした解釈モデルが、法のフィールドにおける交渉プロセスで得た印象によって変化することになる」。

それでは、「法のフィールド」とは何か？ ギュンターによれば、法は「宗教的規範やローカルな慣行のような他のフィールドと並ぶ^{セミ・オートノミクス}半自律的なフィールド」にすぎず、法と宗教の間にも「ダイナミックな交流プロセスと相互作用」がありうる、とされる。しかし、たとえば、法がいまなお宗教に従属し、倫理や政治から区別されていないように見える社会が、現に存在する。その現状を前提として、法と宗教の間に「ダイナミックな交流プロセスと相互作用」を展開することが可能であろうか？ 実定的な法——つまり神の指図ないし神の代役を務める単一の「理性」の指図に服するのではなく絶えず人間の手によって形づくられてゆく法——のオートノミーが、「ダイナミックな交流プロセスと相互作用」の前提となるのではあるまいか。

ギュンターは言う。「法と不法」という主要な区別、社会システム論の用語によれば^{バイナリ}二分法的コードなるものがしばしば言及されるが、へ合法性のユニヴァーサル・コードには、いろいろなコンセプトやプリンシプルやルールや法制度が含まれる。個人に属して自律的に行使される権利とか、そうした権利に見合う義務とか、何を一次ルールとして認めるかを定めるための二次ルールとかいったコンセプト、過失責任や厳格責任といったコンセプト、それと関連して自然人や法人を行為主体と認め、行為の結果を帰責させる基本的ルール、問われるべき責任や科されるべき制裁の予見可能性といったプリンシプル、原告と被告の立証責任分配のルール、無罪の推定、中立の第

三者という役割の制度化(判決に対する上訴権を含む)、へ双方の言い分を聴け」というプリンシプル、等々」。

この他にも、ギウンターは「トランスナショナルな法的コミュニケーションに共通する、むしろ内容的・プログラムのな諸要素」を、「合法性のユニヴァーサル・コード」に属するものとして挙げているが、それに触れる必要はあるまい。右に引用した箇所に出てくる「いろいろなコンセプトやプリンシプルや法制度」からしてすでに、ニクラス・ルーマンのいうコーディングではなくプログラミングの領分に属するのだから、まして「内容的・プログラムのな諸要素」がプログラミングの領分に含まれることは疑問の余地がない。コードとプログラムのこうした混淆のおかげで、「合法性のユニヴァーサル・コード」は、「極端な不確かさ」(ギウンター)によつて特徴づけられざるをえなくなる。

ギウンターがハーバマースに倣つて、これらすべてを、もともと可変的な性格をもつプログラムとしてではなく「合法性のユニヴァーサル・コード」の諸要素としてとらえたがるのは、なぜか? それは、ハーバマースもギウンターも、法のフィールドを——日常用語で討議しながら「自分たちの共生を法によつて正しく規律しようと決意した」——世界市民たちにゆだねようとするからに違いない。しかし、重要と思われる法的プログラムをユニヴァーサルな法的コードに組み込むことはヘコードとプログラムの概念規定に反すると思われるばかりでなく、拡張された法的コードによらない法的コミュニケーションが不可能になる——「合法性のユニヴァーサルコード」を受け容れない相手との法的コミュニケーションを断念する——ということを意味しないか。モールス・コードを知らない相手と無線通信ができなかつたように。相手も法/不法の二分法的コードに従つて議論する限り、法的コミュニケーションによるプログラムの組み替えを期待してよいのではないか。そもそも、たとえば法と機能的分化以前の宗教との間に「ダイナミックな交流プロセスと相互作用」を期待しようというなら、そのようなユートピアの実現はおよそ期待可能なのだ

ろうか。「非同時的なものの同時性」(ラインハルト・コゼレック)を少しでも解消するには、神から解放されて世俗化した法の可変性(二分法的コードに従った法システムの分離)が前提条件となるであろう。そのためには、「合法的のユニヴァーサル・コード」の一方的な輸出ないし強制を目指すのではなく、「意味」を媒介とするコミュニケーションを重ねることによってシステム分化へのテイクオフを促す以外に、道はないのではあるまいか。

【注】

(1) Klaus Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas, 2001.

(2) Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S.163. ルーマンのシステム理論に立脚するトイブナーは、法が有する「権威の神秘的な基礎(fondation mystique de l'autorité)」の脱構築を目指すデリダに対して、その「神秘的な基礎」とは「法の自己自身による循環的な基礎づけ」を意味するというシステム理論的な解答を与える(Teubner, Des Königs viele Leiber: Die Selbstkonstruktion der Hierarchie des Rechts, in: Hauke Brunkhorst/Mathias Kettner (Hrsg.), Globalisierung und Demokratie, 2000. これに対して「ギンターは、右の論文において以下のように反応する。「一個の合法的のユニヴァーサル・コード」が確立され、それが、さまざまなアクター、とりわけ社会のなかの NGO をはじめとするさまざまな運動によって、トランスナショナルな法のすべてのレベルで、民主的な意見形成・意思形成の循環的な法形式により一次ルールとしての法規範を闘い取るために役立てられるならば、法のラディカルな自己・脱構築が多少穏やかな姿をとることも、むしろありえよう。……それは、権威の神秘的な基礎ではなく、人々が一つの法共同体へと集結するということの意味がたえず活性化されるということであろう」。

ギンターが民主的な意見形成・意思形成の「循環的な法形式」という言い方でトイブナーの所論を顧慮しているこ

とは、明らかである。しかし、トイブナーのいう「法の自己自身による循環的な基礎づけ」が機能システムとしての法の分アウスダイエレンツ離ツァイルンツと同義だということ、ギウンターは見落としている。ギウンターは、ハーバマスと同様、機能的分化以前の「生活世界」から、「民主的な意見形成・意思形成」によって、「合法性のユニヴァーサル・コード」を受け容れる「法共同体」が形成されてくると考えるのであろう。

八 〈コードとプログラム〉から〈媒質と形式〉へ

コードとプログラムの区別は、ニクラス・ルーマンのシステム理論において重要な役割を果たす概念装置であった。コミュニケーションの具体的内容に関わるプログラムに対して、コードは、当該システムにおけるコミュニケーションをそもそも可能にする信号法であり、たとえば「原告と被告の立証責任分配のルール」が確立していないところでも、法／不法の区別という二分法的コードを用いる法システムアウスゲワエレンツの分アウスダイエレンツ離ツァイルンツが達成されているところでは法的コミュニケーションが可能なのであって、その具体的な内容をさまざまのプログラムによって満たしていくことができ。それにもかかわらず特に重要だと思われるプログラムを「ユニヴァーサル・コード」として固定しようとする短兵急な試みは、民主化を標榜しながらシステム分化以前の状態への退行を招くことになりかねない。

こうした事態を予想したか否かは別として、ルーマンは、一九九〇年代に入って、「コードとプログラム」の区別と並んで次第に「媒質メディアウムと形式フォルム」の区別を用いるようになる。この展開の意義について、ルーマンの諸著作を参照しながら若干の解説を加えておこう。^①ドイツ語のメディアウムが英語ではメディアムであり、それぞれの複数形がドイツ語ではメディアエン、英語のミーディアになるのだから、メディアウムとミーディア(メディア)との違いは単数

／複数の違いにすぎないように見えるにもかかわらず、ルーマンは、かれの言うメディアウムが新聞やテレビのようないわゆるマスメディア、あるいはケーブルや放送波のような送信技術的媒体を指すものではないことを、強調する。ルーマンによれば、「媒質と形式」の区別は、「エフスタン アクワイゼンツ実体と偶有性」、「物と属性」等々の伝統的・存在論的な区別、ないしその影響を残す「客体と主体」の区別に代わるべきシステム理論的な区別なのである。遡ればすでにアリストテレスが、「何でも刻印したり消したりできる蠟の塊」を学習の条件としての「記憶」の隠喩としたプラトンの所論を補足して、蠟において保存されるのは形相に他ならない刻印であって質料ではないことを指摘した。

ルーマンがシステム理論に導入した連結カフリンクの観念を用いて構成すると、蠟は存在論的に把握される「質料」ないし「客体」ではなく諸要素の「緩やかな連結」であり、「客体」の受動性と「主体」の能動性の双方に関わる「メーティウム中間物」＝「媒質」であって、諸要素が「緊密な連結」状態に入ることにより「形式」を獲得し、その形式（蠟の隠喩の場合は蠟に刻まれた印しもと）を知覚させる、ということになる。ルーマンは、こうした発想によって、在るとおりの世界においてまだ実現されていない可能性を見いだす論理的困難、存在論的発想の難点の、解消を試みる。

「媒質と形式」の区別は、まず、時間を捨象し、へまだの問題を解消するという利点をもつ。媒質と形式は、つねに手を携えて、つまり同時に、再生産される。媒質とは、未来のさまざまの可能性を未定のままにするものではなく、何らかの形式と手を携えて示されるものである。「以下、意味という「一般的な媒質」の次に出てくる「機能システムの媒質」をコードとして、その形式をプログラムとして読んでみてほしい」。たとえば金銭という媒質は、量的に確定された金額の支払「という形式」と手を携えて示される。そこから判るのは、とりわけ、媒質を形式として濃縮しうるためには——右の例で言えば、それ自体としては使い道のない「紙切れにすぎない」紙幣を受け取ってもらえろと考えることができるためには——過去のいろいろな形式形成を振り返る必要がある、つまり、記憶が必要とされる。したがって、媒

質と形式の区別はつねに、歴史的に効能を示してきた区別である。しかし、それだけでは、将来どのような形式が形成されるかは、まだ確定されない。別の言い方をすれば、媒質と形式の区別自体が、意味^{メン}という一般的な媒質にとつての一つの形式「緩やかな連結」をへ緊密な連結へと展開するための区別^{メン}なのである。社会は、意味「という一般的な媒質」によつて、「その形式としての」へ既定性（形式）と不定性（媒質）の区別を再生産し、区別自体がもたらした不確かさに耐えていくことができる。「媒質の不定性から形式の既定性への展開を繰り返していくことができる」。

無意味から区別された意味という一般的な媒質は、さまざまの形式をとりうるが、それらの形式の一つが不法から区別された法という媒質（法／不法のコード）であり、それが次々と形式を得ては「媒質↓形式⇄媒質↓形式……」の展開を見せることにより法的なプログラミングが遂行される。これは、ヘコードとプログラムのスタティクな区別と対照的な、動的なプロセスとして理解されるものである。同時に、この展開は、脚本（たとえばクラウス・ギュンターの言う「合法性のユニヴァーサル・コード」）として外部から（たとえば被支援国に対して支援国から）与えられるものではなく、外部からの刺激を参照しながらも自己^{セルフ}参照ないし自照^{リフレクション}（ルーマンの言う「プロセスとしての自己参照」）によつてみずからの未来のために推進されるものであろう。そのような展開が軌道に乗るには、神々が「控えめ」になつてもヘテラルヒツシユな秩序が可能であることを実証していく各レジームの努力が、不可欠なのである。^②

【注】

（１）ルーマン、村上訳「社会の教育システム」第三章を参照。

（２）ルーマンは言う。「国家もまた、へ特殊の組織として普遍主義的に振舞う」という要請に服する。……国家が機能的分化と特殊の普遍性の論理に従わないときは（従うことを強制する自然法則があるわけではない）、それは構造上の帰結

を伴うことになる。この論理を拒否する国家は、自業自得で差別を甘受するしかない。同時に、そのような国家は、世界政治のアドレスとしての適性をみずから減少させることになる。そういう国家は「人権」に関して、またおそらく——マスメディアによる世界規模のコミュニケーションのおかげで——自国の国内政治に向けられる要請のアドレスとしての適性に関しても、問題を抱えることであろう。そのような国家は今日、比較による判断に曝されるをええない。そのさい、普遍主義的で開かれた「何でもカヴァーする」システムが無条件で有利だということではない。……特殊の普遍主義とは、システムは作動における閉鎖性に基づいてのみ開かれたものでありうるということである。同時に、へ作動における閉鎖性」は、システムと環境の差異についてシステム内部で自照すること、その自照に基づいて或る一つの意思を——すなわち作動の範囲外の環境とのアクティヴな関係を——もつことを、システムに強いるものでもある」(Luhmann, *Metamorphosen des Staates; Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.4, 1995, S.134 ff.〈自照〉とどう訳語については、ルーマン、村上訳『社会の教育システム』の四頁、その意味については二七一頁以下参照)。

ルーマンはまた、文化の概念についての所論によって、ヘテラルヒーにおける秩序形成についての示唆を与えている。ルーマンによれば、文化とは「社会システムとくに「機能的に分化したさまざまな社会システムから成る」社会というシステムの記憶」だとされるが、「たえず現在によつて励起されるへ想起」と忘却の差別」は、へいま」から出発し、現在は活性化されていない時間地平である過去と未来にへいま」の諸要素を振り撒く。この差別は、歴史の結果を自己のシステムのアウトプットであるかのように再びインプットとして取り入れることによって、再帰的に働く。それは、自己をヒエラルヒーの高みに置くことをやめる。それぞれの作動が見られる動的でヘテラルヒッシュなレヴェルでは、定点「高みにある実在」はもはや必要でない。普遍化のための制御はなされるが、その普遍化は、広範な比較の意味を認める限りで「つまり、右の引用にいうへ作動の範囲外の環境とのアクティヴな関係」をもつ限りで」達成されるのである。「ヒエラルヒーの高みにあつた」神聖なものは、時代別・地域別に整理され、芸術として博物館に陳列される」(Luhmann, *Kultur als historischer Begriff; Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.4, S.50)。

(むらかみ じゅんいち・本学法学部教授)