

包摂技術とコミュニケーション

村上 淳一

- 一 ドイツの法学教育と包摂技術
- 二 包摂技術と正当化
- 三 二分法的コードの機能
- 四 二分法的コードの限界

ドイツの大学における法学学習は平均して五年以上に及ぶが、その年月はほとんどすべて、包摂技術の習得に当てられると言われる。「包摂技術」エクスプレッティオン・テヒニクとは何だろうか。それは何の役に立つものなのだろうか。包摂技術を習得した法律家は、法的問題の処理にさいして正しい結論、少なくとも適切な結論を得ることができるのだろうか、それとも、包摂技術とは、むしろ法律家相互のコミュニケーションのために役立つものではないのか。

一 ドイツの法学教育と包摂技術

現代ドイツにおける法学教育が具体的な「ファルベアルバイトウング 事案処理」に重点を置いていることは、周知のとおりである。「事案処理」にさいしては、まず「ザツハニツアハルト 事実関係」の把握、すなわち当事者の陳述や提出書面から知られる事実の整理を行ない、それに基づいて「請求原因」を明らかにしなければならぬ（二つの事件で問題になる「請求原因」は、一つだけとは限らない）。「請求原因」が明らかにされた上で、それについて「包摂」が行なわれることになる。包摂技術とは「事実関係」を「クォーレンシユクト 法律要件」と照合し、「法律効果」が発生するかどうかを明らかにするための技術である。そのさい、すべての「請求原因」について「法律要件」を個々の「要件要素」に分け、各「要件要素」について、その内容をいけば演繹的に確定した上で「事実関係」をこれに「ズプスミレン 包摂」する作業、すなわち「要件要素」の予定する「要件事実」が「事実関係」に含まれており、したがって「事実関係」が「要件要素」に「包摂」される（＝服する）ことを明らかにする作業を、順序正しく——逐次的（＝論理的）に——繰り返していかなければならない。^②この手続が完了してはじめて「法律要件」の下に「事実関係」が「包摂」されたということになり、法規範の適用がなされたと言えることになる。

包摂は^{オイパサツツ}上位命題、^{デフイツイオン}定義、^{ズムツツイオン}包摂、^{エアクレンニス}結論という図式に従って行われる。この図式は、一つの「請求原因」について入り組んで現れることもある。ドイツの法学教育にさいして用いられる標準的なモデルを挙げよう。

上位命題 I

Aは殺人者かもしれない。

定義 I

殺人者とは、人間を殺害した者である。

包摂Ⅰ

〔上位命題(2)

殺害された者(B)は人間だったことを要する。〕

定義(2)

人間であることは、〔娩出のさいの〕共圧陣痛が始まるとともに肯定される。

包摂(2)

〔上位命題③

Cはすでに共圧陣痛に襲われていたことを要する。〕

定義③

共圧陣痛とは、子の娩出をもたらす陣痛である。

包摂③

子はすでに肩まで露出していた。

結論③

したがってCは共圧陣痛に襲われていた。

結論(2)

したがってBはすでに「人間」であった。

〔上位命題(4)

AがBを殺害したことを要する。〕

定義(4)

AがBの死を因果的にもたらしたことを要する。

包摂(4)

Aが枕でBの顔を覆ったので、Bは窒息によって死に至ったものである。

結論(4)

したがってAはBの死をもたらした。

結論Ⅰ

Aは殺人者である。

〔「」を付した上位命題(2)、③、(4)は、叙述の煩瑣を避けるために普通省略される。〕

この作業において、「要件要素」の演繹的な確定を省略し、直接「要件事実」の認定から始めることは、許されない。「要件要素」に見合った「要件事実」があると言えるためには、まずもって「要件要素」を定義づけ、それを明示しておかなければならない。そのさい定義の基礎になるのは、まず法律である。たとえば、履行遅滞に基づく損害賠償

請求が成り立つためには債務者が「遅滞」に陥っていなければならず、そのためには「遅滞」の定義が必要になるが、履行期にある債務について催告が遅滞をもたらす旨の条文(ドイツ民法二八四条)があるときは、それに従わなければならない(二八四条は何らかの権利を認める請求原因ではなく、定義規定にすぎない)。これに対して法律が定義を与えていない場合は、まさに定義によって「要件要素」を確定するための「解釈」が必要になる。解釈の方法に「文法的解釈」、「歴史的解釈」、「体系的解釈」、「目的論的解釈」(それに近時はヨーロッパ法を参照した解釈)の各種があることは周知のとおりだが、「確立した判例」または「争いなき学説」がいずれかの解釈方法によって定義を与えている場合は——改めてどの解釈方法によったかを明示せずに——その定義に従い、依拠した判例・学説の引用によってそのことを明らかにしておけば足りる。これに対して、定義が争われている場合、とくに複雑な定義の場合や新たに定義をすることが必要な場合には、その事情を明示した上で従来の諸説を引用しつつ自己の評価(利益衡量)を明らかにしなければならない。いずれにせよ、こうして「要件要素」が定義されてはじめて、「包摂」(その定義と「事実関係」の照合)が行なわれ、その上で——当該の「要件要素」が充たされているかどうか、ないし請求権が認められるかどうかについての——「結論」が出されることになる。³⁾もともと、経験豊かな法律家はこうした包摂図式に「奴隷的に従う」わけではない、とされる。

(1) 現代ドイツの法学教育において習得される「包摂技術」についての以下の叙述は、フランクフルト大学法学部のクリスティーナ・エツシャーヴァインガルト助手のご教示によるところが大きい。方法論についてのドイツの学者の著述は、ドイツで実際に教えられている包摂技術の内容を自明の前提としており、日本の読者は同じ包摂技術が日本の法学教育において訓練され、法実務においても重視されている——そして、判決理由中で展開されている——かのような錯覚に陥

りやすい。

(2)「タートベシユタント」は、各「要件要素」の全体から成る「法律要件」を意味するほかに、わが国でいう「要件事実」の全体をも意味する。そのさい、ドイツでは二つの意味が区別されているからこそ、「法律要件」への「要件事実」の「包摂」が重視されるのである。これに対して日本のいわゆる「要件事実論」においては、両者の区別が明らかでない。伊藤滋夫「要件事実と実体法」(『ジュリスト』八六九号、一九八六年)は次のように言う。「権利の発生、障害、消滅の各法律効果の生じることを定めた法律要件に該当する具体的事実が存在すると右の各法律効果が現実を生じることになるわけであるが、この具体的事実を要件事実という。右要件そのものは、法律の定めそのものであり、これは、法律要件と呼べばよく、この法律要件に該当する具体的事実を要件事実と呼ぶのが正しい」。そのかぎりでは、「法律要件」と「要件事実」の区別は明確であるように見える。しかし、伊藤は、同じ論文で、こうも言っている。「裁判規範としての民法の規定が、Aという事実が存在したときは、Bという権利が発生する」という形式で定められているときは(例えば、民法五六五条の規定がそのまま裁判規範としての民法の規定であると仮定すると、A物ノ一部ヲ契約ノ当時既ニ滅失シタル場合ニ於テ)という定めは、A物の一部が契約の当時既に滅失していたという事実が存在した場合に於て」という定めと同義である)、Bという権利の発生を裁判所が肯定するためには、Aという事実が存在したものであると訴訟上扱うことができることが必要である」。

ここでは、「法律要件」が「要件事実」から区別されていない。「物の一部が契約の当時既に滅失していた」というのは、「事実」ではなく「法律要件」(の一部)であろう。「物ノ一部」も「契約ノ当時」も「滅失」もそれぞれ「要件要素」であつて、だからこそ、まずその「定義」を明らかにした上で、具体的な事実の「包摂」——具体的な事実を「要件事実」として扱えるかどうか——を考えるべきだというのが、ドイツ的な考えの筋道である。日本の判決が、通常「法律要件」の演繹的な明確化を省略して直ちに事実と取り組むのは、一つには、規範と事実の無意識的混同の結果なのである(「要件事実」の認定によって、実際には「法律要件」が「解釈」される)。誤解を避けるために一言しておけば、後に述べるように、ここでは包摂の「演繹的部分」の省略を非難しようというのではない。日本の法思考の一つの顕著な、ドイツと

は対照的な特徴をここに見出し、比較法の手がかりとしようというのが、本稿の意図である。

(3) 「包摂」に関する本文の説明は、つねに「問題」に始まり「結論」に終る「鑑定形式」^{クワタイル・シユヴァール}についてなされているが、

「結論」に続いて「理由」が述べられる「判決形式」^{クワタイル・シユヴァール}においてもむろん「包摂」が行なわれる。「判決形式」における「包摂」はたとえばこういう形をとる。

結論 I A は殺人者である。

定義 / 包摂 I なぜなら、A は人間を殺害した。

結論 B はすでに人間であった。

定義 なぜなら、人間と言えるようになるのは共圧陣痛が始まってからである。

包摂 B がすでに一部娩出されていた以上、C の共圧陣痛はすでに始まっていた。

このように「判決形式」においては「上位命題」としての「問題」がない。また、「定義 / 包摂 I」のように通常は両者を分けずに論ぜられる。一般に、大学におけるレポートや筆記試験、それに第一回国家試験(司法試験)にさいしては「鑑定形式」の解答が求められ、修習終了のための第二回国家試験では「判決形式」の解答が求められるが、包摂技術が審査されることには変りがない。

二 包摂技術と正当化

「包摂技術」は、ドイツでは法学教育においてのみならず法実務においても重視されている。ドイツの判決も日本のそれと同様、「主文」に引き続いて「理由」を記すが、その「理由」は、とりも直さず「包摂」なのである。これに対して、日本の判決には包摂が欠けているとドイツ人は考える。ここでは、一九九一年の日独シンポジウム「日本法の日本の特色」におけるアクセル・シユヴァルツの報告から、ドイツの法律家の思考の「ドイツ的特色」が端的に示

されている箇所を引用しよう。

「われわれ(ドイツの法律家)が議論の演繹的な部分を不可欠と考えるのに対し、私が日本の裁判官と話して知りえたところでは、日本の裁判官は、なぜそのような演繹的議論によつて事案の正しい解決への道を狭めなければならぬのか、理解に苦しむようだ。逆に、われわれは、まさに議論の演繹的な、法律に関わる部分によつて——そしてそのお蔭で議論が限定されるからこそ——合理的なディスカルスに至ることができると考える。この演繹的部分なしに、予見可能性・検証可能性という学問的要請に少しでも応えることができるとは思われない。われわれは、相互理解のために、議論のこの——法律に関わる——部分をどうしても欠かせない。そして、それは法的確実性と法治国家性にも役立つと考えるのである」(傍点村上。傍点を付した理由は後述)。

シュヴァルツも、事実関係の丹念な検討から適切な結論を導き出す——日本の裁判においてしばしば観察される——帰納的プロセスにおいては、「既存の法規範の普遍的妥当性を考え直し、いろいろな事例や新たな問題状況に照らして再吟味することが容易である」と認めている。「包摂」の欠如は、必ずしも欠陥として批判されているわけではない。それにもかかわらず、ドイツ人にとっては、法律から出発する演繹的論理が「相互理解のために」、そして「法的確実性」および「法治国家性」のために、必要とされると言うのである。以下ではまず、後者の吟味から始めよう。それには、ユルゲン・ハーバーマースの一九九二年の著作「事実性と妥当」⁽³⁾に対するニクラス・ルーマンの書評論文「万人に関わることは……」⁽⁴⁾(一九九三年)が、よい手がかりとなる。

ハーバーマースの対話的論証の理論によれば、「関わりをもつことになりうる者すべてが合理的な対話的論証の参加者として同意しうるであろう行為規範こそが、有効である」⁽⁵⁾、とされる。このテーゼは本来、ハーバーマースが道徳規範の「正しさ」(ギユルティヒカイト)について提示するものだが(しかし、批判に曝されたこのテーゼ自体、いま

や 'Konten' という接続法第二式の使用によつて弱々しいものになっている)、「法と民主的國家のディスクルス理論」の展開をめざす「事実性と妥当」においては、このテーゼの法規範への適用が試みられるのである。すなわちハーバースは、実定法に、関係者全員の同意という正当性を与え、実定法が単なる事実性を超えた「妥当要求」^{ガルトウングス・アংশニユツル}をもちうることを主張しようとする。しかし、ハーバースも、道徳的な正しさから区別された実定法の正当化が——実定法の「事実性」のゆえに——道徳規範の正当化よりもさらに困難であることを認めざるをえないから、実定法の正当化のために、「関わりをもつことになりうるすべての者が同意しうるであろう決定を見出すのにふさわしい手続」、^{レガリテイト}「関係者を参加させて全員の了解を実現するための手続を要請するにとどめるほかはない。しかしながら、ルーマンによれば、それは実現不可能である。

「実際にそうした了解を達成することはできない話であり、裁判手続においては裁判官の決定、立法手続においては多数による決定が必要になるのだから、それ〔関係者全員の了解をもたらずような手続〕は一つの法的フィクションにすぎない。結局のところそれは、例の隠されたパラドクシー〔抗事実的な仮想を現実化しようというハーバースの夢想〕が、別のコンテキストにおける〔現実の現実〕と〔現実化された仮想〕との区別として現れているというだけのことである。つまり、合法性と正当性の区別が合法性内部の区別としてコピーされ、〔現実化された仮想が〕法的フィクションの形で描き出されているのである。〔手続的〕正当性は、実はこの〔合法性内部の〕区別に基づく合法性にほかならない」⁽⁵⁾ (傍点村上)。

それにもかかわらず、本来実質的な「最終的根拠づけ」^{レツトバグリンツフツング}としての正当性をめざしていたはずのハーバースが合法性の一種にすぎない「手続的正当性」で満足できるのは、ルーマンの指摘するように、ハーバースが合法性と正当性のパラドクシーを政治的デモクラシーの問題へと「外部化」することにより、別の解決を与えているからであ

ろう。

「その結果ハーバーマースは、きわめて伝統的な立法重視の立場、裁判官による法創造を軽視する立場をとることになる。ハーバーマースはメルクル／ケルゼン流の法秩序段階説の遅ればせの追隨者だ、とさえ言いたくなる。

この立場は、立法者が裁判官とは異なり決定を回避しうる限りで、了解志向の司法を求める議論（了解なければ決定なし）にとって有利である（裁判官が適用するのは了解に基づく法律である）。しかし裁判官には、（関係者の了解が得られない決定を回避するという）逃げ道がない。裁判の拒否は禁ぜられている。この禁止は、伝統的に、法律への拘束という理念によって正当化されてきた。裁判官は法律に従わなければならない反面、法律に従いさえすればよいと考えられてきたのである。しかし、今日では、コモン・ロー諸国においてのみならず大陸法諸国においても、こうした伝統を少なくとも疑問とする見方が有力になっている。そればかりでなく、社会的に見れば、大多数の法的紛争が法規範の解釈によってではなく事実認定ないし証明の問題として解決されていることが、注目される」。

ハーバーマースを念頭に置いたこのような指摘は、ルーマンが右の書評論文と同年に刊行した著作『社会の法』（これも、実際にはハーバーマースの『事実性と妥当』に対する批判としての性格をもっている）の詳細な論述を背景としている。ルーマンはむしろ、規範テキストの存在意義を認めないわけではない。規範テキストから得られる「概念」は法システムの自己準拠性^{セルフ・レギュレーション}を担保するものであり、法システムの他者準拠性を意味する「利益衡量」がシステムの自己塑性^{オートポイエシス}そのものを破壊することを防いでいるからである。「規範テキストは、複雑なコンピューター・プログラムと同様、具体的に進行する作動^{オペラティオン}の内容を見せてくれるわけではないし、すべての観察者（規範テキストを解釈によって具体化する者）の観察の結果が同じになることを保証するものでもない。しかし、規範テキストをある程度特定化

して、テキストそのもの変更を考えた方がよい場合にはそのことが判るようになっておくことはできよう。規範テキストは、法システムが——自己の作動を（システムの外部から）全面的にコントロールされることなしに——「外部からの」適切な刺激に（法システムの自己準拠性を脅かさない程度の利益衡量によつて）反応することを可能にするであろう^②。このようにシステムの自己準拠性というシステム理論的前提から規範テキストの存在意義を認めるルーマンは、しかし同時に、規範テキストへの依存が限界をもつこと、「法律プロフェッションが（規範テキストの）解釈や（規範テキストについての）議論の意義を過大評価している」（「！」ことを指摘する）。

「法システムが二分法的（二価的）にコード化されており、最終的に物を言う作動はへ妥当するか妥当しないかの決定だ、ということを変更して想起しなければならない。一方では確かに、法律家がテキストからテキストを生み出す能力、解釈したり議論したりする能力には瞠目すべきものがある。事実認定や立証についてさえその能力が発揮される^③。しかし他方で、当事者のそれぞれの側が議論するわけだから、法律家（弁護士）は事件の半分で敗れることになる。医療のシステムにおいて生き残る患者もあれば死んでしまう者もあり、それこそが医療プロフェッションのリスクだと言えるのと同様に、法律家もまた、どんなに考え抜かれた議論も最後の決定的な決め手になるとは限らないという前提の下でやっていかなければならない。法律プロフェッションが時として理念や議論方法といった事柄に対しアイロニカルで冷たい態度をとり、決定の最終的な決め手となるもの（たとえば裁判慣行や伝統）を重視することがあるのは、そのためである。最後の理由は、つねに最後から一つ前の理由なのだ^④」（傍点村上）。

そうだとすれば、ドイツの法学教育と法実務においてそれほど重視される包摂技術は、畢竟、法システムの自己準拠性を維持する（法システムが自己の外界としての経済システムや政治システムに完全に依存してしまうことを避ける）という消極的な意味しかもたないということになる。しかも、その自己準拠性が「裁判慣行や伝統」によつても

維持されるとすれば、包摂技術の自己準拠性維持効果は、その分だけ割引して考えられなければならない。ドイツ的に厳格な包摂技術の習得に重きを置かない日本の法学教育、包摂の過程を明示しない日本の判決も、だからといって法システムの自己準拠性を放棄し、もっぱら一般人の常識に従って判断を下すべきものとしているわけではないのであって、その程度の緩やかな自己準拠性であれば包摂技術を駆使せずとも十分に維持できると思われる。演繹的な包摂技術が法的確実性・法治国家性にとって必要だという主張には、少なくとも疑問があると云わざるをえない。¹⁰⁾

(1) クリスティーナ・エッシャーヴァインガルト。村上淳「〈宴のあと〉事件と〈ヘメフィスト〉事件——ドイツから見た日本の裁判」(『UP』一九九四年六月八月号)。エッシャーヴァインガルトは、日本の判決においても「法条を挙げることによって、包摂がなされているという印象は与えられるが、それはドイツの法律家が行うような包摂ではない。法益衡量・利益衡量の結果として法条が適用されるのであって、法条がその適用範囲のなかで順を追って具体化されてゆくということがない」と指摘する。もっと厳密に言えば、そもそも利益衡量の展開される場が、ドイツと日本で違うのかもしれない。ドイツでは「法律要件」ないし「要件要素」の解釈のために衡量(できれば単なる利益衡量ではなく、法益衡量)がなされ、それを前提にして事実の包摂が行なわれるのに対して、日本では、「要件要素」の確認と区別されない。「要件事実」の認定にさいして利益衡量が行なわれる——そのことを通じて、実は「要件要素」ないし「法律要件」が解釈される——ことが多いのではなからうか。

(2) Axel Schwarz, "Vom Wert des Lebens und der Normen", in: Heinrich Menkhaus(Hg.), Das Japanische im japanischen Recht (Monographien aus dem Deutschen Institut für Japanstudien in Tokyo, Bd.5), 1994. シェヴァルトは、ドイツ人の思考が直線の上を一步一步進んでいくのに対して、日本人は行きつ戻りつしながら幾重にも、「螺旋状に」考える(ドイツ人は逐次的に考えるのに対して日本人は例証的に考える)とも指摘している。これを、二分法的なデジタル・コミュニケーションと、アナログ・コミュニケーションとの差異に関連させることもで

きよう (なお、右の論集は九四年八月現在、未刊)。

- (3) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992.
- (4) Niklas Luhmann, "Quod omnes tangit... Anmerkungen zur Rechtslehre von Jürgen Habermas", *Rechtshistorisches Journal* 1993, S.36 ff.
- (5) もちろん、ルーマン自身にとつては、合法性以外に正当性はない(法システムの自己準拠性)。ルーマンは、ハーバーマースが合法性(事実性)の外にそれを正当化する「関係者全員の同意」を求めながら結局は合法性(事実性)の枠内でフィクティヴな手続を想定するに終っていることを、皮肉っているのである。
- (6) 村上「ポストモダンの法理論」、『社会変動のなかの法』(一九九三年、岩波講座「社会科学の方法」VI)二七〇頁も、ハーバーマースの驥尾に付して方法論を展開することにより逆にハーバーマースの『事実性と妥当』に影響を及ぼしているクラウス・ギュンターの所説について、「適用される規範の正しさは世論ないし議会における〈根拠づけのための論証〉により保証されるものと考えられているのであろう」と指摘している。
- (7) Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S.405. 同じ方法論を展開するドイツの学者として、ルーマンは、フリードリヒ・ミュラー、およびとりわけカール・ハイントツ・ラデアを挙げている。ミュラーの「構築法学」とラデアの認知主義的法理論については——クラウス・ギュンターへの言及と並んで——村上「ポストモダンの法理論」で触れた。
- (8) しかし、ルーマンも引用するゲーアハルト・シュトルックは、すでに一九七五年に、「利益衡量」が「事実関係」の整理に役立つものであることを指摘しつつは (Gerhard Struck, "Interessenabwägung als Methode", in: *Dogmatik als Methode*: Josef Esser Zum 65. Geburtstag, 1975, S.171 ff., 183, 185.)。日本では事実認定にさいして利益衡量が行なわれているのではないかと疑われるのに対して、ドイツでは法規範の解釈が利益衡量の展開される場とされているはずだが、そのドイツでも、利益衡量と事実認定の関連を指摘する見解があることは注目に値する。ルーマンはこの見

解を、利益衡量は他者準拠性を示す概念だという自説に合致するものとして援用している(Luhmann, a.a.O., S.398)。
 (9) Luhmann, a.a.O., S.406. 「最後の理由」云々は、むしろハーバーマースのいう「最終的根拠づけ」に当たつたものであつて、ルーマンの愛好する洒落の一つである。それはともかく、ルーマンの批判が、議論に最後の決め手を求めようとする傾向に向けられていること、ルーマンもまた——法システムの自己準拠性を保つために——議論が果たすべき役割を軽視しているわけではないことに、留意する必要がある。なお、法/不法の二分法と妥当/非妥当の二分法の関係は、ルーマンにおいて必ずしも明確でない (Vgl. Luhmann, Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie, 1991, S.273 ff.)。

(10) すでに一九七〇年、ヨーゼフ・エッサーは、「大学で教える方法論は裁判官の役に立たず、裁判官をコントロールすることにもなっていない」と指摘している。Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S.8. エッサーは言う。「いかなる要件要素も、それが(事案の特殊性に応じた規範目的の意味での)正しい利益衡量の基準として果たす役割を理解しないでは役に立たないし、理解することさえできない。包摂が簡単に片づく〔演繹的に処理できる〕というのを見せかけにはかならない。それは、〔難しい〕判断の問題を、要件要素が当該規範のなかで占める役割を心得たり解釈したりする簡単な仕事にすぎないと見せかけることを意味する」(Esser, a.a.O., S.54)。もとより、裁判官の任務が「包摂自動機械」たることに存しないという認識は、すでに一九世紀のドイツにおいて広く見られたところである (Regina Ogorek, Richterking oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986, S.259)。

三 二分法的コードの機能

それにもかかわらずドイツの法学教育と法実務において包摂技術を重視せざるをえないのは、まさに、「法システムが二分法的にコード化されている」(ルーマン)ことを強く意識するからではなからうか。裁判が結局のところ「妥当

させるか、させないか」の決定にほかならず、その決定を解釈や議論によつて最終的に根拠づけることはできないとしても、それが法規範の妥当についての決定だとされるかぎり、法規範（テキスト）への言及を省略するわけにいかないことは当然であろう。

しかしそもそも、法システムが法規範の妥当／非妥当という二分法的コードによつて成り立っているという前提自体、果たして自明であろうか？ この問題について、ルーマンは次のように論ずる。

「法システムの法システムたる所以が法と不法〔規範的予期が充たされたか破られたかによる區別〕の二分法的図式に存するゆえに、この図式が論理的にはすべてに優越するとしても、歴史的にはそれは遅れて獲得されたものであり、すでに一定量の法規範が存在することを前提としている。二分法的なコード化というこの解決が選ばれ、進化の過程で実現されたのは、決して自明のことではなかった。それは、あまりにも危険だとして回避されても不思議はなかったし、法規範の提示を控えるべきだと説き、法にこだわるのは良くないとする高文化も現に存在するのである。そこでは、政治的に妥協が好まれ、社会の一体性は「差異」〔の二分法的コードによる技術的処理〕としてではなく、「無媒介の」〔調和〕として記述される。そこでは、法システムは、言つて聞かせても判らない場合を最終的に解決する技術的装置でしかなく、独自の機能システムとして分離されるに至らない。法システムの重点は、刑法と、官吏支配の組織法および行政法に置かれる。一般の社会成員にとつては、法との接触を避け、法との接触を不運として受けとめるのが得策だということになるであろう。したがって、規範的紛争が生ずること、その有害な結果を防止するために紛争解決が図られることだけから、厳格な二分法的コード化の成立を説き明かすことはできないのである。……それにもかかわらず（そのような高文化において）進化によつて二分法的コード化が貫徹されるとすれば、その進化は——そう珍しいことでもないのだが——蓋然性に逆らつて遂行されるということに

なる」。

この種の高文化では本来、各自の生のなま（非自省ウシレフレクティブルト的な）規範的主張が生そのまま——しばしば上位の第三者によつて——調停されるのに対し、「ヨーロッパの伝統」においては生の主張を離れて「第ツヴァイテ・オルトメンク二段の観察」が行なわれ、規範的主張の衝突がいわば技術的に、法／不法のコードによつて解決されてきたというのが、ルーマンの所見である。ここでは、「世間を知らず人間を知らなくとも、具体的なケースについての決め手を知ることができる。……法システム自体が重要だとして定めている条件に留意し、世間と人間についての知識のうちでこの条件に対応する部分だけを利用できればよいのである」。こうした技術的限定から、「司法的合理性ユリーティッシェ・ラツィオナリテート」というべきものもたらされる。

「それは全体社会の合理性を意味するわけではないから、ここで理性フュエヌフトという語を使うのは問題である。しかし、この司法的合理性は、境界が明確でないにせよ一定の枠内で、何が法、何が不法とされるかについて間違つた判断をしなかつたかどうかの判定を可能にする。それは、誤謬点検のヒエラルヒー、すなわち誤謬点検をこととする審級制度を、システムに組みこむための前提になる。また、そうした前提があればこそ、多くの訴訟が同時並行的に処理されるにもかかわらず同趣旨の決定が下され、担当裁判所・担当部・担当判事の如何によつて結論が変わらない——または僅かしか変わらない——と考えることもできるのである。これは実務家や法社会学者の大きな注目を集めた問題であつて、裁判担当者の違いによつて異なる結論が出されることがあることは明白だが、それでも、そうしたケースを変則と看做せる限りで、そして法と事実関係に関わる知識があれば、裁判担当者の如何が意味をもつたかどうか、どの点で意味をもつたかを突きとめられる限りで、技術化されたコードのもつ意義は失われていないと言える」。

ルーマンはここでは、二分法的コード化が決定を要請するとした前出箇所とは重点の置き方を変えているように見

える。すなわち、前出箇所では二分法的コード化を論拠として規範テキストへの依存に限界があることが力説されたのに対し、ここでは——その二分法的コード化を論拠として——規範テキストのもつ決定拘束力が強調されているように見える。しかし、ルーマンがここで言う「司法的合理性」は法システムの自己準拠性と関わる觀念にほかならないから、技術化された法／不法のコードの重視が直ちにプログラム（とくに、具体的な要件・効果を定める条件プログラム）としてのテキストの拘束力の重視、テキストによる法的確実性の保証に結びつけられているわけではない。³ テキストに対置される「裁判慣行や伝統」も、むしろ法／不法のコードに従ったプログラムの源泉にほかならず、前出箇所ではそれが「決定の最終的な決め手」となることが多いと指摘されているのであろう。そして右の引用では、そもそも法／不法のコードを無視することによって法システムの自己準拠性を崩すような裁判、経済的考慮や政治的配慮を直接持ち込むこと⁴によって法システムのアイデンティティを失わせかねない裁判が、「変則」^{アンヴァーリヒ}とされているのであろう。

むしろルーマンも、法システムが立法や契約を通じて外部に向かって開かれていることを認めないわけではない。しかしルーマンは、立法や契約は法システムの「周縁部」であり、「中心部」としての裁判については自己準拠性を堅持すべきだと考える。⁵ そのさい、裁判官は「新たな法準則^{レヒツェルゲル}を産み出すに当たって通常用いられる方法的・内容的スタンダードを守る」という制約に服する、と説かれるのであるが、おそらく、「法準則」が「プログラム」に、「スタンダード」が「コード」に当たるのであろう。法／不法のコードに従うということは、要するに、法律家の「組織とプロフィール⁶」の「スタンダード」を逸脱しないということを意味するのである。プロフィールが法律家の「レスティージ⁷ばかりでなく「法律家相互の形式的、平和なコンタクトの能力」を基礎づけているとの指摘に続いて、ルーマンは言う。

「法システムの自己塑成性の制度的側面よりも〔自己塑成的な〕^{オベラツイオーン}作 動の側面に注目するならば、コミュニケーショントされるもの／されないもの（一応法律家の理屈として通用するかどうか）に対する組織とプロフェッションの影響は、本来の裁判活動の緩衝地帯を成すように思われる。裁判所はこの緩衝地帯に守られて、法の妥当状況を変更する自己の決定を、現行法の解釈・適用として示すことができるのである」。

そのさいルーマンが論じていないことだが、まさに本稿で取り上げている包摂技術が、法／不法のコードを用いるという了解として、「スタンダード」を形成しているのではあるまいか（これに対して、「現行法の解釈・適用」は、具体的なプログラムに関わる）。ルーマンも法／不法のコードはさまざまのプログラムへの具体化を予定する媒質^{メディアイウム}だと述べているが、その「媒質」が「組織とプロフェッション」の「スタンダード」に存するとすれば、まさにその「スタンダード」を形成し、法律家のコミュニケーションを成り立たせるものが、二分法的な包摂技術そのものなのである。だからこそ、包摂の過程は裁判官の内面において、または合議において履まれるだけでは足りず、判決文に明示されなければならないということになるわけである。

しかし、適切な結論を獲得すること、その結論を二分法的コードによつてコミュニケーションすることは、なぜ区別できるのか？ 区別できるとして、およそコミュニケーションはすべて二分法的コードによらざるをえないのか？ かりに二分法的コードによらないコミュニケーションがありうるとすれば（ルーマンも上述のように、紛争解決の必要が直ちに二分法的コード化の成立をもたらすわけではないと指摘している）、ここでは包摂技術を明示的に使用する必要は少ないのではないか？ また、二分法的でないコミュニケーションは、適切な結論を得る過程と明確に区別できないのではないか？

(1) Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S.166 ff. ルーマンはそのような高文化の例として、コリアと日本を挙げている。各種の機能システムの文化を「進化的成果」として理解するルーマンのシステム理論によれば、こうした文化はやはり「遅れた高文化」として位置づけられることになる。そして、日本やコリアにおける西欧法の継受は、「蓋然性に逆らった進化」、ありそうもない進化だったということになる。日本の法学教育において包摂技術が重視されていず、法実務においても包摂過程の明示が要求されていないことは、「蓋然性に逆らった進化」の問題と関連するであろう。

(2) Luhmann, a.a.O., S.184.

(3) 「システムは、そのコードという構造形式においてのみ不変であり、つねにこれに従っている。しかし、プログラムのレヴェルでは、システムはアイデンティティの喪失を恐れることなく可変性を容認することができる」(Luhmann, a.a.O., S. 193.)。「裁判慣行や伝統」も、むしろ法／不法のコードに従ったプログラムの源泉として位置づけられよう。

(4) もっとも、「裁判担当者の如何が意味をもったかどうか、どの点で意味をもったかを突きとめる」ためには、実はプログラムのレヴェルまで下りて、裁判担当者が法／不法のコードを維持しながらも独自のプログラムに従ったのではないかを吟味する必要がある。したがって、コードとプログラムの区別の必要を強調するルーマン自身がここでは両者を混同している、と解する余地がある。しかし、ルーマンの念頭にあるのは、本来、法／不法のコードによる法システムの自己進捗性の維持なのである。「現代における法の機能は社会のサブシステムと組織化された関係ネットワークに学習能力と柔軟性を保たせることにある」と説くカール・ハインツ・ラデアに対して、ルーマンは次のような論評を加えている。「法の機能が変化したと考えることは、普通は法の衰退現象と診断される現象がもつポジティブに捉えられるということの意味する。ラデアには、少なくともそのことを指摘した功績がある。その反面、ラデアが上記のように定式化する法の新たな機能は——企業の支払い能力や、言葉を使いこなす能力や、基礎研究の推進まで法が配慮してやらなければならないとするなら——あまりにも広範すぎて、法が一個のシステムとして分離されていると考えることはもはや不可能になってしまうだろう」(a.a.O., S.195.)。『社会の法』は、ハーバーマース批判の書であると同時に、ラデアのルーマン批判に対する応答の書でもあり、この二正面作戦が同書の叙述を入り組んだものになっている。

(5) Luhmann, a.a.O., S.321 ff., 333 ff. ラデアは確かに、とりわけ連邦憲法裁判所の大胆な利益衡量を手がかりとして、法の機能変化を論じている。これに対してルーマンは、ラデアもその一人であるポストモダン論者を、「近代社会の構造的連続性を過小評価している」(S.338) と批判する。ただしルーマンは、むしろハーバーマース的な「立法重視」に立ち返ろうというのではない。「決定を求める事案は具体的かつ多様な形で現れる。それは、この多様性を顧慮するよううに、法システムを刺激する。そこで議論がその刺激に反応して、これを〔法の〕備蓄性〔守備範囲の余裕。情報科学という冗長性〕という形で受けとめる。……手持ちの備蓄性でやっていこうとするシステムは、外部からの刺激や不意打ちに反応する可能性を放棄することになってしまいうから、可変性がシステムを助けて旧套墨守を防止するわけである。……しかし、法的事案とその具体的問題をきつかけとする数多くの多様なコミュニケーション自体、システムの外界から来るものではない。法的事案とそれに関するコミュニケーションは、システムのなかでのみ、そしてシステムのためにのみ生ずる。備蓄性と同様に可変性も、〔システムの外部から直接もたらされるものではなく〕システム自身の変数にほかならない。備蓄性と可変性の使い分けは、システムがへ外界のなかの〔自己準拠的な〕システムとしてやっていくための形式なのである」(S.374 ff. 傍点村上)。

(6) Luhmann, a.a.O., S.329 ff.

(7) Luhmann, a.a.O., S.332.

(8) Luhmann, a.a.O., S.193.

(9) ルーマンは別のコンテキストでこう言っている。「すべての法的議論は現行法との一貫性を示さなければならぬのであり、そのために適した(ないし適するように操作され、解釈された)テキストに基づいてはじめて、議論の論拠に物を言わせ、結論を包摂の論理によって提示することが可能になる。……〔法律家は概念からの演繹をこととする〕などというのは、この複雑な過程をあまりにも単純化したものである」(a.a.O., S.384)。これを、「(テキスト解釈に関する)議論(コミュニケーション)なければ包摂なし」という一句に要約することもできる(ただし、前述のように、ルーマンは他方で、テキストから出発する議論の過大評価を戒めているから、厳密に言えば「包摂を意図するかぎり議論が必

要だ」ということであろう。しかし、問題は、なぜテキストに手を加えてまで包摂を達成しなければならないかということである。その意味ではむしろ、「包摂なければ議論(コミュニケーション)なし」と言うべきであつて、少なくともドイツでは包摂技術そのものが法律家にとつてのコミュニケーション・メディアなのであろう。

(10) ここでは、さしあたり、「コミュニケーション」の概念を——ハーバーマースとは異なり——コンセンサスに関連させないルーマンの意味で用いる。ルーマンによれば、コミュニケーションは、多様な情報が送り手による選択の節にかけられた上で一定のコードに乗せて伝達され、それが受け手によつて再び選択的に理解される自己準拠的な過程、すなわち、外部からの情報に対し独自の作動によつてのみ対処するという意味で、送り手の側でも受け手の側でも「作動に関しては自足的な」過程なのである。(Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984, S.193 ff.; Ders., *Das Recht der Gesellschaft*, S.51)。法律家のコミュニケーションについて言えば、規範テキストへの言及は、当該規範の正しい解釈と事実関係の正しい包摂についてのコンセンサスを達成するためというよりは、決定についての選択的な情報が二分法的コードに乗せて伝達され(そのさい、決定の重要な理由であつても法/不法の二分法的コードに乗らないものはノイズにすぎず、伝達されない)、受け手がそれをさらに選択的に理解するというコミュニケーション過程のために不可欠とされるのであろう。

四 二分法的コードの限界

ルーマンのシステム理論によれば、法システムばかりでなく経済システム、政治システム、科学システム、芸術システム等々のすべての機能システムが、それぞれ独自の二分法的コードをもつものとされる。法/不法、支払/非支払、権力/無権力等々の二分法的コードによつてのみ、社会の機能的分化が実現するものとされるのである(ただし、芸術システムにおいて美/醜のコードが通用している¹⁾と見ることは、少なくとも今日では困難である)。しかし、記号

によるコミュニケーション（とくに言語によるコミュニケーション）そのものを、二進法的（二分法的）なデジタル・コンピュータと同様の逐次処理の機能をもつものとして把握することもできる。周知のように人間の脳は、複雑な神経回路網ニューラルネットワークによってアナログ的に作動するにもかかわらず、進化の過程において言語によるコミュニケーションの能力をも獲得することになったのである。非専門家として啓蒙書に依拠することが許されるなら、ゼーレン・ブルナク／ベニー・ラウトルプの著作『神経回路網——次のコンピュータ革命』（一九九三年）はわれわれの考察の参考にならう。

「[人間の] 非言語的だが知的な活動を巨大な氷山（の本体）に例えるなら、言語的・シンボルの思考は海上に姿を見せた氷山の一角にすぎない。脳は、進化がかなり進んでから高度の言語能力を発達させることになったのだが、それからというもの、言語的コミュニケーションが、無数の人間の社会的相互作用の触媒として働いてきたのである。……[しかし] シンボルの使用は、人間を途轍もないお喋りにしたばかりでなく、脳のなかでシンボル処理に携わる部分がすべての情報処理に当たっているかのごとき錯覚を生むことにもなった」。

言語的・シンボルの思考は、非シンボルの直観インスティンクティブ的な思考の「上部構造」としてコミュニケーションを媒介する役割を果たすものとされるのである。他方で、シンボルの思考は——デジタル・コンピュータの例に見られるように——逐次処理セクシユアル的な作動を特徴とするから、その速度は、並列処理パラレル的に作動する非シンボルの直観的な思考（アナログ思考）に劣る。シンボルによる処理がほぼ聴覚のそれに対応して緩慢であるのに対し、直観のスピードは視覚による画像処理の速さに対応する、と説かれる。これに続く次の指摘は、裁判における包摂技術の位置づけにとっても、示唆的である。

「ユルバーメン熟考は、通常、プログレッシブ逐次処理的になされる。論理的証明や数学的証明は、一歩ずつ進められるこうした逐次処理の

最適例である。この過程を通じて「不要な」情報は棄てられていくのであって、その過程を逆にたどることは困難である。答えから問いを知ることが不可能なのだ。「しかし」人間の日常は、そうでないことが多い。われわれは、われわれが遭遇する出来事（たとえば、われわれが下す決定）の理由を知らなければならぬ。多くの場合われわれは無数の可能性を「理由とするに足る情報かどうかという観点から」考えなければならないが、そのさい、原因〔たるべき情報〕を逐次に熟考することは、時間がかかりすぎる。そこで、われわれの直観が働き、可能な原因を限定する多数の条件を「パラレルに」顧慮することを可能にする。このように、解決への正しい道筋は、多くの要素を逐次に熟考することによってではなく同時に顧慮することによって見出される。直観なしには、われわれの思考はデジタル・コンピューターの働きと同様に不毛であろう。その反面、シンボルによる熟考なしには、われわれは思考を精密に伝達できないであろう³⁾。

裁判について言えば、裁判官は直観的に重要な情報を選択し、それを理由として決定を下すのであって、決定を二分法的コードによる逐次的処理の結果として示すこと（包摂）は、実質的に下された決定を「精密に伝達する」ために必要とされるのである。むしろ、直観的な決定といっても、そのさい顧慮される多くの条件のなかには伝達可能性および受け手によって理解される可能性も含まれるから、言語的コミュニケーションが決定を制約するという側面があることは否定できない。しかし、決定を制約するのは言語的コミュニケーションの可能性だけではないのであって、言語的コミュニケーション、とりわけ二分法的コード化の役割は、第一義的にはコミュニケーションそのものにあると考えるべきであろう。そうだとすれば、包摂技術に重きを置かない日本の法学教育、包摂の演繹的な過程を明示しない日本の法実務は、コミュニケーションの意義を軽視するものだということにならないか。「逐次処理的」な包摂過程を明示しない日本の「判決理由」は、「並列処理的」な直観による決定の過程を反映するだけで、法律家相互の

コミュニケーションに役立つていないのではないか？ この疑問を解くためには、言語—記号によるコミュニケーションが——記号による以上デジタル・コミュニケーションであるにしても——当然には二分法的コード化と結びつかず、非言語的なアナログ型のコミュニケーション、逐次的ではなく例証的な、聴覚的ではなく視覚的（画像処理的）なコミュニケーションとの境界が曖昧な場合があることに留意する必要がある。⁴⁾

ペーター・フックスは、近著『近代のコミュニケーション』（一九九三年）において、インフォルマティオン・ミツタイルング・フュア・シュテアテ情報・伝達・理解の三要素から成るコミュニケーションを、「伝達」の自己準拠性（「伝達」にとつて「情報」および「理解」との関係は他者準拠性の問題となる）を中心として再構成しようとして試みた。再構成の手がかりになったのは、芸術システムであり、そこではかつての美／醜の基準に代つて「芸術と命名されるか否か」が伝達のコードになっている（これが芸術だ）と主張されるものが芸術として通用する）、と指摘される。

「芸術システムのこのコード（これが芸術だ）と命名されるか否か）が二分法的コードでありうるのはなぜか？ それは、「伝達内部の」作動による「情報の」変形ディラレスメント（「コードへの乗せかた」）が——われわれがすでにロマン主義的コミュニケーションについて見たように——伝達内部のこれまでの作動に結びつくばかりでなく外部の一つの情報（伝達システムそのものから区別される心的システムとしての「送り手」の「これが芸術だ」という主張）にも結びつくことによって、発話本来の情報度が恣意的・多義的な揺らぎを伴う可能性を（ある程度まで事前適応的に）生んでいからである。問題は、コードの二分法の成り立つ条件が〔芸術家各自の主観的な主張に依存する〕非二分法的な作動モードに存するという点にある。ここから推測されるのは、情報と伝達の区別が円環的・アナログ的にできているということである。その区別は（命名による）一方的な区別であり、それは（二つの側をもつ）一つの線引きによつて、一旦は区別されたものが線を越えて移動できる——そして、線のこちら側またはあちら側

に多かれ少なかれ近い場所を占めることによって作動の手がかりを得る——「一個の《次元》を開くものである。開かれるのは、区別されたものの変容の可能性であり、次元の《ぼけ味》^{あじ}であり、コミュニケーションの作動がどんなに豊かなものかをはじめて判らせてくれる《スライドする論理》である」^⑤。

芸術システムに関するこの考察を法システムに当てはめることは、不可能であるように思えるかもしれない。法的コミュニケーションは、共通の基準によって選択された情報を二分法的コードによって伝達する「啓蒙主義的コミュニケーション」^⑥に属するものとされてきたのだから。たしかに、法／不法のコードは、「命名されるか否か」のコードほど変幻自在にスライドするものではないであろう。しかし、「啓蒙主義的ディスプレイメント」は、すべての機能システムにおいて風化しつつある、とフックスは指摘する。

「社会システムの暫定化^{テンポラリーシステム}（換言すれば超複雑性・多文脈性・不均質性）によって啓蒙主義的ディスプレイメントは空洞化しはじめた。想定された安定性は随所で崩壊し（それにもかかわらず、想定されざるをえない）、履歴現象^{ヒュステレシス}（慣性）は作動にとつて幻想にすぎないものとなる。社会に関する問題、というよりはむしろ社会の問題は———というタイトルを掲げて論ずるにせよ———慣性の崩壊の問題であり、観察者たちを傍らに置くことによつて安定的な準拠世界（それに照らしてシステムの作動が良好か劣悪か、機能的か逆機能的か、判定される）を維持することがますます困難になっていく、という問題である。現代社会においては、特異な観察の可能性が、そしてもはや単なる異端として無視したり排除したりすることのできないものが、ますます増加する。現代社会はますます、コミュニケーションの自己準拠的要素（伝達）を（他者準拠的に）情報として扱わざるをえず、発話の情報度を不確定化^{コンタインメント}せざるをえない」^⑧。

それに代替するディスプレイメント、慣性を維持しながら異端を排除せず、観察者を傍らに置きながら同時に無

視するデイスプレースメントの可能性は、少なくとも西欧では未だに見えていないようである。⁹⁾ それでも、法システムについて言えば法／不法の二分法的コードは、実は不法を法的コミュニケーションから完全に排除するものではなかつた。¹⁰⁾ これに対して、そもそも慣性を維持するために二分法的コードに訴えるという伝統をもたない日本では、慣性を維持しながら異端を排除することのないアナログ的コミュニケーションへの道が西欧よりも平坦だと言えるであろうか？ むしろ、アナログ的コミュニケーションは、日本の伝統においてはやはり異端の排除に基づく調和の上になり立っていたのではあるまいか？ 日本の法学教育と法実務における包摂技術の軽視（例証的な利益衡量の重視）に今後ポジティブな意味を認めることができるか否かは、アナログ的コミュニケーションを異質なものにまで拡大する可能性如何にかかっているのである。

(1) ペーター・フックスはまさにこの問題を手がかりとして、機能システム一般についてコードの風化の問題を論じている。Peter Fuchs, *Moderne Kommunikation. Zur Theorie des operativen Displacements*, 1993.

(2) Søren Brunak/Benny Lautrup, *Neuronale Netze: Die nächste Computer-Revolution*, 1993. S.135, 141. この本の初版(*Neurale Netze*)は一九八八年にコペンハーゲンで刊行されているが、それに補筆したものが九三年のドイツ語版である。

(3) Brunak/Lautrup, a.a.O., S.143 f.

(4) ブルナク／ラウトルプも、アナログ・コンピュータの可能性を論ずるにさいし、ここでは所与の原理からの逐次的演繹によって妥当／非妥当が決まるのではなく、多くの例証からの帰納＝学習による一般化が行われることを指摘する。

「われわれの西欧的文化においては、膨大な量の事例によってではなく基礎にある体系によって、相互に説明しようとする伝統があると言つてよい。これに対して日本の教育においては、一般化を各個人に委ねるのが普通である。ヨーロッパの人間にとって、日本の書を本から学ぶことがきわめて難しいのは、基礎にある原理の説明なしにいろいろな例が次から次へと際限なく挙げられるように見えるのに耐えられないからである。それでもいつかは、多くの例から理論を理解でき

るようになるものだ。ニューラル・ネットワーク（に做ったアナログ的コンピュータ）、とくにパーセプトロンの背後にあるのは、与えられた多くの例から一般化することを学ぶように自己自身を訓練させようという発想である」（a.a.O., S.116）。

(5) コミュニケーションの類型論については、Fuchs, a.a.O., S.79 ff. 啓蒙主義的コミュニケーションにとって言語が情報交換の媒体であり、聴覚的・逐次処理的な機能を果たしたのに対して（a.a.O., S.110 f.）、ロマン主義的コミュニケーションにあつては、文字が一種の画像、視覚的媒体であつた（a.a.O., S.97 ff.）。

(6) Fuchs, a.a.O., S.79 ff.

(7) 「啓蒙された〔送り手の〕意識が一個の《模範意識》に向けて紀律化されることによつて、〔送り手内部の〕コミュニケーションによる自己了解が可能になり、《理性的に伝達できるもの》が（単独の、または他人の面前での）内面的対話において突きとめられ、実際に伝達されるということになる。ここには二重の既成観念がある。第一に、意識は内面的コミュニケーションによつて自己了解をもたらさうという既成観念。第二に、《外部的》コミュニケーションにおいて交換される情報は、原理的に《均質化》された観察者たちによつて「かれらの基準と」比較され、かれらの合意に照らして、共通の世界のなかでの有効／無効（正しさ）が吟味されうるといふ既成観念。これらの既成観念は、コミュニケーション理論の立場から見れば間違つてゐる。にもかかわらず、それは効果的なフィクションとして、一世を風靡した《コミュニケーション文化》——啓蒙主義のディスクルス——に寄与したのである。このディスクルスは、既成観念の間違いによつて傷つくどころか、かえつてその間違いを利用してきたように見える」（Fuchs, a.a.O., S.118）。

(8) Fuchs, a.a.O., S.223.

(9) Fuchs, a.a.O., S.225 ff.

(10) ルーマンの次の指摘は重要である。「正／誤、容認可能／容認不能、正常／異常、そして法／不法の（二分法的）図式化は、区別の両側面を含めて社会秩序の内部に位置するのである。区別のネガティブに判断された側面も、理解可能な領域にとどまるのであつて、それについてのコミュニケーションは可能であり、実際にもコミュニケーションがなされる。

規範があつてはじめて生ずる逸脱可能性に対する否定的評価は、規範を一定期間(一)維持することの社会的コストの指標であり、そのコストを負担すべき者がある場合にはそれを命ずるといふ趣旨である。そのコストはシステムの内部で明示されるのであつて、システムの環境に転嫁され、無視されてしまうわけではない(Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S.128)。これが、「社会の一体性を差異として記述する」(上述)といふことの意味であるとすれば、「二分法的コード化は本来ネガティブからポジティブへの転化をも予定しているものであり(一種の「スライドする論理」)、これを単純に「排除の論理」とみなすことはできない。

本稿と関連して、別に発表する拙稿「文字文化の衰弱と法の変容——高度情報化への展望」をも参照されたい。

(むらかみ じゅんいち・本学法学部教授)