

《論説》

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

田 中 久 智

目次

I 序論

- (1) ヤコブスの積極的一般予防論
- (2) ルーマン『法社会学』初版における法システム理論
- (3) ルーマン理論の発展—自己準拠的オートポイエシスのシステム理論とその法システム理論
- (4) 自己準拠的オートポイエシスのシステム理論における「複合性の縮減」概念をめぐる論争
- (5) 本稿の目的

II 自己準拠的オートポイエシスのシステム理論における規範的期待と認知的期待

- (1) 『社会システム理論』における期待構造と規範概念
- (2) 『法社会学』第2版「終章」における期待の機能

III 自己準拠的オートポイエシスのシステム理論における「複合性の縮減」

- (1) 『社会システム理論』における複合性の縮減概念—村中知子教授の見解に依拠しつつ
- (2) 『法社会学』第2版「終章」における複合性の縮減
- (3) ルーマンシンポジウムにおけるルーマンの回答
- (4) クニールとナセヒの見解に対する批判

IV ヤコブスの積極的一般予防論の発展—『刑法総論』初版と第2版の比較検討

I 序論

- (1) ヤコブスの積極的一般予防論
 - (a) 1983年ギュンター・ヤコブスがその著書『刑法総論』(Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnun-

gslehre, Walter de Gruyter・Berlin・New York, 1983)において、積極的一般予防論を最も本格的かつ体系的に主張し、刑法総論の全領域で積極的一般予防論に基づく理論を展開した。ヤコブスはこの立場から刑法総論ならびに各論の諸問題についてその考察を深めており、次第にその影響を強めている。

既に田中久智・田中りつ子（里見理都香）「積極的一般予防論に関する一考察」（名城法学37巻別冊・西山富夫教授還暦祝賀論文集〔1988年〕115頁以下とくに135頁以下参照）において、ヤコブスの積極的一般予防論の主張内容、その理論がルーマン社会システム理論に依拠するものであること、ヤコブスならびにルーマンの理論の長所・欠点、そして、その欠点をどのように克服すべきか等について詳細に論じてきた。

その後、ルーマンはその理論を発展させ自己準拠的オートポイエンス的システム理論を主張するに至った。この社会システム理論の立場からもなお依然として積極的一般予防論を主張し得るものかどうか（この点については、なお「(5)本稿の目的」を参照）。本稿は、この問題について詳細に考察するものである。

ここでは、まず、ヤコブスの『刑法総論』初版における積極的一般予防論の主張内容の要点を紹介しておきたい。」

(b) ヤコブスは、彼の積極的一般予防論を次のように主張する。「社会的接触（つながり）を可能とするためには」「安定した規範的期待（予期）」が必要であると⁽²⁾し、「積極的一般予防モデルによると、刑罰は社会的接触の際の期待確実性を保障し、それによって社会を可能にする⁽³⁾」とする。そこから、「刑法の任務は、本質的な社会形態の維持のために、その一般的な遵守が放棄され得ない、そのような社会規範の保障にある⁽⁴⁾」とし、この任務を刑法は、「規範違反に対する」「反作用（否定）によって違反された規範が堅持されるべきことを表明する⁽⁵⁾」刑罰によって果たすのである。「このような行為者の負担で実行される規範違反の否定が刑罰である⁽⁶⁾。」このように、「刑罰の任務は規範妥当の確認である⁽⁷⁾」。（ヤコブスは、その注でルーマンの『法社会学』第1巻43頁（「認知的期待（予期）と規範的期待（予期）」）を引用してい

る)。「要約すると、刑罰の任務は、社会的接触のための方向付けモデルとしての規範の維持である。刑罰の内容は、規範違反者の負担で行われる、規範の否認に対する反作用（否定）である。」⁽⁸⁾

(c) ここでヤコブスは、彼の積極的一般予防論の内容を次のように述べている。

「刑罰による規範違反に対する反作用（否定）は、それ自体のために行われるのではなく、社会生活において保障された方向づけが放棄され得ないがゆえに行われるのである。従って、刑罰は、最終的にまさに社会的相互作用が行われる水準で影響を及ぼすべき任務を有するのであり、その任務は何かを意味することに尽きるものではない。すなわち、刑罰は、そのような相互作用の条件を保護し、それゆえ、『予防的な』任務を有するのである。」⁽⁹⁾

「その保護は、規範を信頼する者の信頼の確認により行われる。その確認は、刑罰が潜在的犯罪者を威嚇するであろうから、以後誰ももはや規範に違反しないであろうということを内容としない。しかし、特に、行為者の将来の態度に対する何らかの予測は、さらに問題にならない。」

「刑罰の名宛人は第1次的にそもそも、潜在的な行為者（犯罪者）としての幾人かの人間ではなく、全ての人間である。というのは、全て皆、社会的相互作用なくしてやっていくことはできないのであり、従って、全ての人間が、その際、何を予期し得るのかを知らなければならないからである。その限りで、刑罰は『規範信頼の訓練』のために行われる。

さらに刑罰は、規範に違反する態度に負担効果を負わせるのであり、それゆえに、この態度が一般に論ずる価値のない態度選択肢（選択可能性）として学習される機会を高めるのである。その限りで、刑罰は『法への忠誠の訓練（習得）』のために行われる。

しかし、たとえ規範が学習されたにもかかわらず、また違反された場合には、少なくとも刑罰により、態度と負担を負う義務との関連が学習（習慣）されるであろう。すなわち、その限りで『帰結甘受の訓練』が問題となる。

— 上述した3つの効果は、規範認知の訓練と要約され得る。これらの学習・訓練は、あらゆる者に生じ得るのであるから、国家的刑罰の任務の記述されたモデルでは、『規範認知の訓練による一般予防』が問題になる（いわゆる、積極的な、あるいは、一般的な—すなわち、単に威嚇的であるだけではない—⁽¹⁰⁾一般予防。』

「副次的に、刑罰は、処罰された者あるいは第3者に、これらの者が将来の犯罪行為を思い止まるような印象（効果）を与えるかもしれない。しかし、これらの効果を生ぜしめることは、刑法の任務ではない。もっとも、最低限、規範の認知的な確証（強固な基礎づけ）が、規範の妥当の安定化のために、絶対必要であることが、なお述べられるべきであろう。⁽¹¹⁾」

(d) 「ヤコブスの積極的一般予防論が、ルーマンの社会システム理論に依拠するものであることは、以上のヤコブスの論述自体から、また、彼自身が『刑法総論』第1章第1節の注(8)(11)(12)で、ルーマンの『法社会学』を引用していることから明らかである。すなわち、ヤコブスは、『刑法総論』初版5頁の注(8)で、ルーマン『法社会学』第1巻40頁以下（『認知的期待（予期）と規範的期待（予期）』）、53頁以下（『違背（期待はずれ）の処理』）、106頁以下（『法と物理的実力』）を、7頁の注(11)で同書43頁（『認知的期待と規範的期待』）、注(12)で106頁以下（『法と物理的実力』）を参照と述べているのである。⁽¹²⁾」

アリサンドロ・バラッタ⁽¹³⁾やエルンスト・アマデウス・ヴォルフ⁽¹⁴⁾等もまた明確にそのことを指摘している。例えば、バラッタは、次のように主張している。「この理論によれば、刑法システムの主要な機能は、違背された規範的予期を抗事実に固持することによって、規範違反者の負担において、法への信頼を強固にし、それによって、全システムを安定化させる点にある。」

(1) ヤコブスの積極的一般予防論については、田中久智・田中りつ子（里見理都香）『積極的一般予防論に関する一考察』名城法学37巻別冊（1988年）115頁以下のほか、田中久智『一般予防論の研究』（研究課題番号60520030）昭和62年度科

- 学研究費補助金(一般研究C)研究成果報告書 熊本大学法学部1988年, 田中久智「積極的一般予防論ならびに結果無価値論に関する一考察」熊本法学57号(1988年)250頁, 田中久智「ヤコブスの機能的責任概念に基づく量刑論」(1), (2)熊本法学79号59頁, 80号111頁(1994年), 田中希世子「積極的一般予防論の最近の動向」(平成4年度熊本大学大学院法学研究科修士論文49頁以下)(1992年)等において詳細に論じている。
- (2) Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1. Aufl., Walter de Gruyter Berlin, New York, 1983, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 1/7. なお a. a. O., Rdnr. 1/4., 1/5, 1/6. も参照。
- (3) a. a. O., Rdnr. 1/18.
- (4) a. a. O., Rdnr. 1/8.
- (5) a. a. O., Rdnr. 1/2.
- (6) a. a. O., Rdnr. 1/10.
- (7) a. a. O., Rdnr. 1/11. ヤコブスは, その注で Luhmann, Rechtssoziologie Bd. I S. 43; Neumann und Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S.105. を引用している。
- (8) a. a. O.
- (9) a. a. O., Rdnr. 1/14.
- (10) a. a. O., Rdnr. 1/15.
- (11) a. a. O., Rdnr. 1/16.
- (12) ルーマンの『法社会学』初版(Luhmann, Rechtssoziologie, 1972)は, 村上淳一・六本佳平教授の翻訳によって1977年に岩波書店から出版されている。初版原書(1972)は第1巻(第3章「社会構造としての法」まで), 第2巻(第4章「実定法」より後の部分)の分冊で1972年に出版された。第2版は全1冊の合本である。因なみにヤコブスは『刑法総論』初版(1983年), 第2版(1991年)とも第1巻のみを引用していることに注目したい。
- (13) Alessandro Baratta, Integration-Prvention, Kriminologisches Journal 1984, S. 132 ff. バラッタの理論については, 田中久智・田中りつ子・前掲論文168頁以下, 宮本弘典「総合予防理論の意義と限界」中央大学大学院研究年報16号I-2, 194頁以下, 同「社会学による刑法の正当化—システム理論的刑法理論の問題性」中央大学大学院研究年報17号I-2, 155頁以下, 同「刑法システム正当化の新局面」犯罪と刑罰第7号103頁以下等参照。
- (14) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 801. この論文の翻訳・紹介として, 田中久智「エルンスト・アマデウス・ヴォルフの一般予防論(1)(2)(3)」熊本法学49号285頁以下, 52号73頁以下, 53号93頁以下がある。田中・前掲論文文(1)306頁等参照。

(2) ルーマンの『法社会学』初版におけるシステム理論

ヤコブスの積極的一般予防論は、ルーマンの『法社会学』初版（1972年）（Luhmann, Rechtssoziologie, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbeck bei Hamburg, 1972）の社会システム理論に依拠するものであった。いわばルーマンの初期の社会システム理論に依拠していたともいえよう。なお、この点も田中久智・田中りつ子（里見理都香）「積極的一般予防論に関する一考察」152頁以下を参照。

1 ルーマンの問題設定

ルーマンは従来の法社会学を次のように批判する。⁽¹⁾ 従来の法社会学は第1に「法を離れて法律家の職業的役割を研究し、第2に「法的決定にたずさわる小集団の行動、すなわち合議制の裁判官の行動を解明しようとする。」⁽²⁾ 第3の可能性としては、法の代わりに法についての意見を研究課題と⁽³⁾する。これらの研究には法そのものが欠落しており、したがって、これらの研究のさまざまな問題設定は相互に内的な関連をもっていない。⁽⁴⁾ そこでルーマンは、『法社会学』において法自体を問題とする。法はまずその原初的メカニズムが問われる。「この概念は、それゆえ、あらゆる法形成にとって必要な普遍的・恒常的な前提条件を意味するとともに、それを構成する過程を意味している。⁽⁵⁾

2 複合性（複雑性）・コンティンジェンシー（不確定性）による社会的世界の把握

(a) ルーマンは、機能一構造主義の立場から、その考察を、「まず、意味を志向する人間共同生活において設定されている問題を、（存在の観点からではなく）不確定性および複雑性という概念によってとらえ、そこに存する過重負担が期待（予期）構造の形成によって除かれる、ことを示す⁽⁷⁾」ことから始める。

(b) ルーマンは、次のように論じている。「人間は意味的に構成された世界に生きている。」「それゆえに、世界は、人間に体験と行為のきわめて多数の可能性を示す」が、「現実を意識的に知覚し、情報を処理し、行為する能

力はきわめて限られている。すなわち、「われわれの「体験内容のなかには複合的（複雑）かつコンティンジェンシー（不確定）なもろもろの可能性の示唆が含まれている。⁽⁸⁾」平易に言えば、人間は複合的（複雑）でコンティンジェンシー（不確定）なもろもろの可能性に満ちた世界に生きているということである。ルーマンは、「ここで、『複合性』（複雑性）(Komplexität) ⁽⁹⁾というのは、現実化されうる以上の可能性が常に存在することと解し、「また、コンティンジェンシー（不確定性）(Kontingenz) ⁽⁹⁾というのは、次に来る体験の可能性として指示されたことが期待されたのとは別様に生起し得ることと解する⁽¹⁰⁾」のである。

(c) 「複合性」の故に、「選択の強制が」、「コンティンジェンシー」の故に、「期待がはずれる危険性」があり、期待がはずれる事態「に対応する」「幻滅処理」が必要となる。⁽¹¹⁾「このような存在状況において、それに対応した体験加工の構造が発展する。すなわち、次に来る体験の複合性およびコンティンジェンシーという二重の問題に対処して、それを制御するような体験加工の構造である。すぐれた選択作用を可能にするような体験および行動の一定の諸前提が結合してシステムとなり、抗違背的なシステムとして安定化する。」
「その選択作用は、不可欠であるとともに利益をもたらすものであるから、人々は期待はずれ（予期の違背）に出あってもなおそのような構造を固持しようとする。人は、一度滑ってころんだからといって、その地面が堅固で完全に通れるはずだという期待を棄てるものではない！」⁽¹²⁾

3 期待の期待

このような複合的（複雑）かつコンティンジェンシー（不確定）な社会状況の中で、自我と他者との間に安定した期待構造が形成されていく過程⁽¹³⁾を、ルーマンは次のように述べている。

「コンティンジェンシー（不確定性）は、知覚の場の単純なコンティンジェンシーと社会的な世界におけるコンティンジェンシーとに区別される。」⁽¹⁴⁾「単純なコンティンジェンシーに対しては、多かれ少なかれ違背に耐え得るよう⁽¹⁴⁾に安定した期待構造が形成される。それは、たとえば、夜に続いて昼が来る

とか,」「子どもたちは大きくなるだろうとかの予期を生み出す。」「しかしながら, 複合的(複雑)かつコンティンジェンシー(不確定的)でありながら, しかも期待可能的に構造化されたこのような世界の中には, 他の意味と並んで他の人間が存在する。他の人間は, 自己と同様に, 独自の体験と行為との源泉にほかならぬものとして, すなわち, 「他我」(alter ego)として, 自我の視野に入ってくる。」「他の人間によって現実化された可能性は, 私にとってもまた可能性であり, 私の可能性でもある。」「私の可能性が他人によって眼前に示される。それによって, 私は他人の視座をとり, それを私自身の視座の代りに利用する機会を獲得する。」「このことによって, 知覚の直接的選択性の飛躍的な発展が得られるのである。」

「他者の視座を自己の視座にもなり得るものとして認め, 受け取ることが私にできるのは, 私が他者をもう1人の私として認めるからにほかならない。このことが我々の体験の同一性を保障するのであるが, しかしそれと同時に, 私は, 他者が私自身と同様に自由にその行動を変化させることができるということを認めなければならない。他者にとっても世界は複雑であり, 不確定であるのだ。」「他人の視座をとることに對する代償は, 誇張して言うならば, 他人の視座が少しもあてにならないということにある。」「知覚の場の単純な不確定性が, 社会的な世界におけるダブル・コンティンジェンシーへと高められることにある。」⁽¹⁵⁾

「ダブル・コンティンジェンシーに対しては, これとは別種の, はるかに複雑で, はるかに多くの前提の上にたてられた期待構造, すなわち, 期待の期待が必要である。」⁽¹⁶⁾「他者の行動は他者自身における可能性の選択として他者自身の期待構造によって操縦されるのであるから, 相互行為が破綻なく進行するためには, 我々は,」⁽¹⁷⁾「他者の行動のみでなく, 他者の期待をも期待できなくてはならない。」⁽¹⁸⁾

4 縮減作用

(a) ルーマンは, このように, 「社会的世界を『複合性』(複雑性)とコンティンジェンシー(不確定性)として捉えながら, 同時に, 行為者に課せら

れる過重な負担は『縮減作用』によって取り除かれると主張する。⁽¹⁹⁾「『複合性』と『コンティンジェンシー』の世界に投げ出された行為者を想定してみると、彼は、あらゆる生起しうる可能性への配慮と期待が裏切られた場合への全面的対応をせまられることによって疲弊されつくしてしまう存在でしかない。だが実際には、行為者は期待の他の期待への無限の連鎖を断り切り、彼の前に示された規範的諸形式に依拠すればよいようになっている。ルーマンに言わせれば、『複合性』『コンティンジェンシー』の世界は、『縮減作用』によって、体験自体においては1つの構造化された世界となる。行為者にとって行動期待が可能となるのは『縮減作用』が前提になるからだ。逆に『縮減作用』は、論理必然的に生み出されるものではなく、期待が可能であるために想定されたメカニズムである。この期待と『縮減作用』との目的論的に閉じた連関がルーマンの世界を形成する⁽²⁰⁾」のである。

「換言すれば、『複合性』を有する世界が『縮減作用』によって制度化され、そしてその制度化が世界に新たな『複合性』を付与するというメカニズムである。『縮減作用』とは、限られた知覚能力と行為能力しかもたない行為者が『複合性』と『コンティンジェンシー』の世界を生きるために不可欠なものである。そしてそれは、ルーマンにあって、法をもっとも広義に示す言葉⁽²¹⁾なのである。」

(b) ルーマン自身次のように述べている。

「期待の複合性および相互関連性が増すとともに、コンティンジェンシーおよび過誤の危険もまた増大する」ことになり、このために「対応の単純化が不可欠となる。」それは心理的システムにおいてもおこなわれる。「他人の期待は自己自身のシステムの同一性を乱さず強化するようなしかたで、他人に対し期待するようになる。」社会システムにおいてもおこなわれ、「『人々』が従う客観的で有効な期待を安定化させる。」そこでは、「期待は当為のかたちで言語化されうる。「決定的なのは、単純化が一般化を可能にする縮減⁽²²⁾によって達せられる」ということである。』『当為』の発生がこの段階で語⁽²³⁾られていることに注意を要する。」

5 認知的期待と規範的期待

(a) 「体験の場の複合性およびコンティンジェンシーに関係づけることによって、具体的期待が」「1つの構造としての機能を与えられる。」この「構造は、通常、ある特性、すなわち、相対的な恒常性という特性によって定義され、」「構造によって機能が説かれるのであるが、」「そのような定義の仕方は誤りではないが、不確であり、また不毛でもある」ので、これについては、⁽²⁴⁾「機能によって構造を定義す」べきことが主張される。

(b) 「ルーマンの理論が、その多くを負っているT・パーソンズの構造－機能分析に対して機能－構造分析と呼ばれるゆえんである。」

「すなわち、彼の説くところは、『ここで設定されるのは、環境の複合性の克服という窮極課題であって、システムは自己の複合性を高めるような（または、環境との無関連性を強めるような）構造変化によって、環境の複合性の増大に対処しなければならない』⁽²⁵⁾ということである。」

ところで、以上のような性質をもつ「構造は、世界の真の複合性を人々の目から隠しているのであり、したがってつねに違背（期待はずれ）の危険にさらされている」「それゆえあらゆる構造には、違背の問題が内在している⁽²⁶⁾のであり、」そこに「違背処理の問題が」不可避的に生ずることになる。

(c) そこで、違背（期待はずれ）処理の方法であるが、ルーマンによると、「とくに複合性とコンティンジェンシーとがますます増大しつつある世界においては、社会システムが違背（期待はずれ）処理に対して次のような2つの対照的な対応方法を提供し」ているという。すなわち、その一方は『認知的期待』であり、これは「違背された期待を変更して、期待に反した現実⁽²⁷⁾に適合する方法」で、「いわば違背行為をそのまま学習していくしかた」である。他方は『規範的期待』であり、「期待を固持し、期待に反した現実⁽²⁷⁾にさからってそのままや⁽²⁷⁾ってゆく方法」である。「従って、認知的期待の特徴は、必ずしも意識されているとは限らないが、学習の用意ができていること⁽²⁸⁾あり、規範的期待の特徴は、違背から学ばないという決意⁽²⁸⁾にある。」

(d) 「これら両期待は、期待の確定性を高める（違背行為の克服）という

点では機能的に等価である⁽²⁹⁾」が、「規範的期待は認知的期待に比して、未来を確実にし複合性を減少させるという点で、より強力な選択強化作用を営むものである。従って、複合性を縮減し選択を強化すべく創出される規制・制度という観点からの下ではこれがより重要⁽³⁰⁾となる。」

(e) 「このような立場からすると、規範とは、抗事実に安定化された行動期待 (Kontrafaktisch Stabilisierte Verhaltenserwartungen) であるといえる。規範というものは、規範が事実として遵守されるか否かにかかわらずなものとしてその妥当が体験されるのであり、「従ってまた制度化される限りで、無条件に妥当するものである。『当為』というシンボルは、この期待たる性質そのものを問題とすることなしに、なによりもまず、抗事実に妥当を表現しているのであって、それが『当為』の意味と機能なのである。」⁽³¹⁾

6 整合的一般化としての法

(a) 「さて違背 (期待はずれ) 処理の方法の1つである規範的行動期待は一般化の過程を辿る。」「一般化 (期待をめぐる複合性の縮減) は、時間的・社会的・内容的の3つの次元において進行する。」換言すると、「ルーマンの法形成の『原初的メカニズム』は、3つの次元から構成されている。第1は、規範的行動期待の存続可能性および時間的安定化にかかわる時間的次元、第2は、期待の一般化の社会的条件にかかわる次元、第3は、期待相互の連関を可能ならしめるシンボルにかかわる内容的次元である。」「高度に複合的でコンティンジェンシーな世界における社会行動は、縮減作用を必要ならしめる。その縮減作用は、相互的なもろもろの行動期待を可能にするとともに、それらの期待を期待することによって操縦されるものである。時間の次元においては、これらの期待構造は、規範化によって抗違背的に安定化される。社会的複合性の増大という条件の下で、そのような安定化は、認知的な期待と規範的な期待とが分化し、さらに違背処理の効果的なメカニズムが利用可能になることを前提とするものである。」⁽³²⁾ 「発展の進んだ社会では、ある規範が法規範であることは、制裁すなわち期待の実行的貫徹による違背処理の規

範が付加されていることによって示されるにすぎない。」「そこで、法違反者に向けられた制裁というものが、規範維持のための明確な手段として、制度的に優位に置かれるようになる。こうして、時間の次元にとっては、整合的な一般化への関心とは、制裁による違背処理を優先的に選ぶことを意味するのである。」⁽³³⁾「社会的次元においては、これらの期待構造は制度化される。つまり、第三者の期待された合意によって支えられたものとなりうる。」「制度化とは、まず制度化のための手続の制度化を意味するのであり、その次にはじめて、規範の制度化が問題になる。」「内容的次元においては、これらの期待構造は同一の意味によって外面的に固定され、相互的な確認と限界づけの連関に組み込まれる」⁽³⁴⁾のであり、それ「を可能にするシンボルのメカニズムが主題とされている。」「シンボルとして、『具体的人物』、『役割』、『価値』、『プログラム』の4つを指摘するが、内容的次元は、メカニズムの進展を通じて、自らの機能中心を『プログラム』へと移行させるのである。プログラムとは、『言葉によって確定された決定準則の適用条件が特定されている場合』をいうのであり、プログラムの機能は、決定—具体的には立法者の規範定立および裁判官の規範運用—を助けることと、期待を助けることである。」⁽³⁵⁾

(b) 行動期待はこのように時間的次元、社会的次元、内容的次元の一般化過程を経て、「制裁—手続—プログラム」の結合構造として純化される。⁽³⁶⁾「こうして、我々は、法とは、社会システムの、規範的な行動期待の整合的一般化に依拠せる構造である、と定義することができる。」⁽³⁷⁾

7 法と物理的实力

次いで、ルーマンは、「法を上記の3次元における一般化の整合とみるのみではなお充分ではない」とし、「すべての一般化が依拠しうるような違背処理を優先させねばならない」とし、「この要請の結果、法違反の処理において物理的实力（Physische Gewalt）が優位に立つことになる。」⁽³⁸⁾「『制裁』『手続』『プログラム』という規範的なものが、法とは本来無関係な『物理的实力』⁽³⁹⁾によって媒介され、『整合的』となった時、それが法と呼ばれる。」

要するに、「法の諸メカニズムの整合性は、法が物理的実力によって担保されていることを人々が期待する、という期待に基礎を有するのである。」⁽⁴⁰⁾

8 法の発展—実定法

(a) 以上のような分析を基礎に、ルーマンは、社会の構造としての法の発展の歴史を、すなわち、整合的一般化が、歴史の各時代においてどのように展開していったかを考察する。⁽⁴¹⁾「実定法が形成される過程は、ルーマンによれば、法的メカニズムが機能的に分離されてくる歴史である。原始的な社会にも法を認めるルーマンは、そこから実定法に至る過程を『原始的な法』『前近代的高文化の法』『法の実定化』の3段階に区別し、その指標を(1)法的な決定手続が未分離、(2)法の適用に関してのみ法的な決定手続が分離、(3)法の適用のみならず法の制定についても法的な決定手続が分離、として提示する。⁽⁴²⁾つまり、法適用(裁判過程)と法制定(立法過程)とが分離されてそれぞれ独立の機能をもつ段階が実定法というのである。⁽⁴³⁾「そして、これらの各段階の法を規定するのは、複雑性の増大であって、また、それゆえ、体験と行為の可能性と不確定性の増大である。」⁽⁴⁴⁾

「実定法の眼目は選択性と法の変更可能性に置かれている。『すなわち、法は、決定によって定立される(選び出される)だけでなく、決定によって(つまり不確定的・可变的に)妥当する』⁽⁴⁵⁾のである。」⁽⁴⁶⁾

(b) ただ、ここで、「決定手続の分化に注目したい。決定手続き分化とは立法手続と裁判官による紛争裁決手続との分化に他ならない。」それは、「『裁判官が自己の決定とその中に示された決定前提とにみずから拘束されるのに対して、立法者の場合はそうではない』⁽⁴⁷⁾という差異である。これをふまえて、規範的期待から出発した法、この法の変更、つまり、学習を欲しないという法の基本線に対する学習可能性の並存という精妙な機制構造はいかに示されているのか。『法は、法の変動が学習過程に服する場合にのみ可变的なものとして制度化される。』⁽⁴⁸⁾前提として規範的態度と認知的態度が区別されていなくてはならない。『2つの手続きが制度的に切り離されていることによって一方にとって構造であるものが、他方において問題として取り上

げることが可能となる。⁽⁴⁹⁾『法の実定化は、帰するところ、同一の法秩序において学習と非学習の可能性がともに制度化されており、同一の規範に関して認知的態度と規範的態度とがともに制度化されていなければならない、という⁽⁵⁰⁾ことを意味する。』

- (1) Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 1. Aufl., Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbeck bei Hamburg, 1972, S. 3 f., 2. Aufl., 3. Aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, 1987, S. 3 ff. ルーマン著・村上淳一・六本佳平訳「法社会学」岩波書店 1977年, 3頁以下。
- (2) Vgl. a. a. O., S.3 ff. 村上・六本訳 3-4頁参照。
- (3) a. a. O., S. 5. 村上・六本訳 4頁以下。
- (4) a. a. O., S. 6. 村上・六本訳 5頁以下。
- (5) a. a. O., S. 30. 村上・六本訳 35頁以下
- (6) 一般に「複雑性」と訳され、私も従来は、「複雑性」と訳してきた(田中久智・田中りつ子(里見理都香)『積極的一般予防論に関する一考察』名城法学37巻別冊1988年)が、長岡克行、村中知子両教授に従い、「複合性」と訳することにしたい。村中知子教授は次のように主張されている。「長岡克行は、Komplexitätの訳語として「複合性」を採用している。その理由は、システム理論では、システムを構成している要素の数(ないしは異質性の程度)を複雑性(Kompliziertheit)と呼び、要素間の関係の数(ないし種類)を複合性(Komplexität)と呼んでいるが、ルーマンの使用方法は後者に属するからである。N・ルーマン、長岡克行訳、『権力』勁草書房、1986年、201頁参照。またルーマンも、Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie—Was leistet die Systemforschung?, Suhrkamp, 1971, S. 226. 佐藤嘉一他訳、『批判理論と社会システム理論(下)』木鐸社、484頁において、KomplexitätとKompliziertheitの区別に言及している。わたしも「複合性」を採用する。その追加的理由は、複雑性は、中立的でそのものとして客観的な複雑な状態をイメージしてしまうからであり、また少なくともKompliziertheitとKomplexitätは区別して使用しなければならないと考えられるからである。この点で、上記の翻訳である『批判理論と社会システム理論(下)』においては、この区別が度外視されている。」(村中知子『ルーマン理論の可能性』恒星社厚生閣1996年、54頁)。
- (7) a. a. O., S. 30. 村上・六本訳 35頁参照。
- (8) a. a. O. 村上・六本訳 37-38頁参照。
- (9) 石村善助『法社会学序説』(岩波書店、1983年) 276頁、棚澤能生「法をめぐる2つの概念群の統合方法—N・ルーマンの場合—」早稲田法学60巻4号108頁参照。
- (10) a. a. O. 村上・六本訳 38頁参照。

- (11) Vgl. a. a. O., S. 53 f. 村上・六本訳38頁, 63頁以下参照。
- (12) a. a. O., S. 31 f. 村上・六本訳38頁。
- (13) 石村・前掲書277頁参照。
- (14) 棚澤・前掲論文108頁。
- (15) Lumann, a. a. O., S. 31 f. 村上・六本訳38頁以下。
- (16) a. a. O., S.32; 村上・六本訳39頁。
- (17) 青山治城「N・ルーマン」長尾龍一編著『現代の法哲学者たち』（日本評論社, 1987年）137頁。Vgl. a. a. O., S.32 f. 村上・六本訳39頁参照。
- (18) a. a. O. 村上・六本訳39頁。
- (19) 奥谷泰雄「社会学的意味の次元と法制度」明治大学大学院紀要18集(1)法学篇48頁。Vgl. a. a. O., S.40. 村上・六本訳48頁参照。
- (20) 奥谷泰雄・前掲論文48—49頁。
- (21) 奥谷泰雄「ニクラス・ルーマンの法概念について—法社会学の基本問題(1)—」明治大学大学院紀要17集(1)30頁。
- (22) a. a. O., S.38. 村上・六本訳42頁, 43頁。石村・前掲書277—278頁参照。
- (23) 石村・前掲書277頁。
- (24) Luhmann, a. a. O., S.44. 村上・六本訳47—48頁。
- (25) 村上・六本訳396—397頁（訳者あとがき）。なお, 石村・前掲書278頁参照。
- (26) a. a. O., S.41. 村上・六本訳49頁。
- (27) a. a. O., S.42. 村上・六本訳49頁。
- (28) a. a. O., S.43. 村上・六本訳50頁。
- (29) a. a. O., S.44. 村上・六本訳51頁。
- (30) 宮本弘典「統合予防理論の意義と限界」中央大学大学院研究年報16号—2 法学研究科篇（下）192頁参照。
- (31) a. a. O., S.43. 村上・六本訳50頁。
- (32) a. a. O., S.94. 村上・六本訳108頁。
- (33) a. a. O., S.100. f. 村上・六本訳113—114頁。
- (34) a. a. O., S.94. 村上・六本訳108頁。
- (35) Vgl. a. a. O., S.85. ff. 村上・六本訳98頁以下参照。
- (36) 奥谷泰雄「ニクラス・ルーマンの法概念について—法社会学の基本問題(1)—」明治大学大学院紀要17集(1)32頁。
- (37) a. a. O., S.105. 村上・六本訳117—118頁。
- (38) a. a. O., S.106. f. 村上・六本訳121頁。
- (39) 奥谷・前掲明治大学大学院紀要17集(1)36—37頁。
- (40) a. a. O., S.114. 村上・六本訳128頁。
- (41) 石村・前掲書284頁参照。Vgl. a. a. O., S.147. 村上・六本訳166頁参照。
- (42) 奥谷・前掲明治大学大学院紀要18集49頁。Vgl. Luhmann, a. a. O., S.147. 村上・六本訳165—166頁参照。
- (43) 前掲論文。

- (44) 大橋憲広「実定法と社会システム—ニクラス・ルーマンの法社会学—」早稲田大学大学院法研論集36号74頁。Vgl. a. a. O., S.147. 村上・六本訳179頁参照。
- (45) a. a. O., S.210. 村上・六本訳231頁。
- (46) 大橋・前掲論文75頁。
- (47) 前掲論文75—77頁。
- (48) a. a. O., S.236. 村上・六本訳260頁。
- (49) a. a. O., S.238. 村上・六本訳262頁。
- (50) a. a. O. 村上・六本訳262頁。大橋・前掲論文76—77頁参照。

(3) ルーマン理論の発展—ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論とその法システム理論

(a) ルーマンは、その後社会システム理論を発展させ、自己準拠的オートポイエシスのシステム理論（オートポイエシス・システム理論，オートポイエシスを組み込んだ自己準拠的システム理論，自己準拠に基づくオートポイエシスのシステム理論ともいわれる）を主張するに至った。ルーマンは、1984年にそのような理論を集大成した『社会システム理論』(Niklas Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1984⁽¹⁾)を出版し、その理論を体系的かつ詳細に展開したのである。

ルーマンのオートポイエシスを組み込んだ自己準拠的システム理論を最も詳細、緻密に論じておられる村中知子教授の著書『ルーマン理論の可能性』(恒星社厚生閣, 1996年)のなかにルーマン理論形成についての適格でよくまとまった説明(同書34頁)があるので、参考にしながら述べてみたい。

「システムは、これまでルーマンによって、種々に定義されてきている。たとえば,」「複合性との関連においては、システムは環境との複合性の落差として、すなわち、システム/環境の(複合性の)差異として定義可能である。だが、以上の定義は、まだシステムの要素のレベルにまで踏み込んだ定義にはなっていない。」「この要素とシステムとの関係について、まだつめられていない諸点を残していた。」そのためと考えられるが、1975年前後から「ルーマンは自己準拠を中心に考察を進めていたが,」1980年代に入って、ルー

マンは「マトゥラーナとヴァレラによって生体に関して適用されたオートポイエシスの考え方⁽²⁾をかれ自身のシステム理論に取り込み、」その理論を発展させたのである。ルーマンは自己準拠的システム理論に「うまくオートポイエシス（Autopoiesis）というコンセプトを取り込み、それにより自己準拠⁽³⁾（Selbstreferenz）を実質的にシステム概念に盛り込むことに成功したとみられる。ルーマンは社会科学にも適用可能なオートポイエシス概念を鍛え上げた⁽⁴⁾のである。」

「オートポイエシス概念は、ルーマンのシステム概念より深化させるものであった。その第1は、自己準拠にもとづいたシステムの要素の再生産と観察に関してであり、その第2はシステムの閉鎖性と開放性に関するものであった。」この2点をふまえて、ルーマンは次のようなシステム概念を主張している。

「あるシステムを自己準拠的システムと言い表すことができるのは、そのシステムが、そのシステムを成り立たせている諸要素をしかるべき機能をはたしている統一体としてそのシステム自体で構成しており、と同時に、こうした諸要素間のすべての関係が、こうしたシステムによる要素の自己構成をてがかりとして作り上げられており、したがって、こうした方法により、そのシステムがみずからの自己構成を継続的に再生産⁽⁵⁾している⁽⁶⁾ばあいである。」

(b) なお、ルーマンは、土方透訳「システム理論の最近の展開」という論文（土方透編『ルーマン／来るべき知』勁草書房、1990年、16—30頁、とくに20—23ページ参照）においても、オートポイエシス概念について簡潔に述べているので引用しておきたい。その際、ルーマンが、オートポイエシスという概念は自己組織化という概念の考え方を越えて出たためのものであったとも述べており、この点も注目される。

「オートポイエシスという概念は、マトゥラーナによるものであるが、」
「オートポイエシスは—まず生きている細胞の内部において、さらに有機体そのものの内部において、そのうえシステムがそれ相応のメルクマールを有していることを示すことが可能であれば、最終的には他のシステムにおいて—

自己再生産の循環を意味するものとされている。」

「すでに1960年頃には、自己組織化という概念が論議された。しかし、そこではシステムにおける構造生成のみが引合いに出された。それが意味するのは、ある種のシステム（機械、たとえばコンピューターも含む）は、自らの構造をそれ自体で構成できる、あるいは、さらに生物の場合、生物自体が生み出した構造によってのみその活動が可能であるということであった。オートポイエシスという概念は、本質的な点において、以上の考えを越えて出るものである。」「オートポイエシスという概念は、構造の自己生産という考え方をシステムの要素へと転用したものである。」「オートポイエシス・システムとは、その作動の継続に不可欠なすべてを、自ら生み出す必要があるシステムといえる。当然このシステムは、世界のなかで作動する。世界が無ければ、システム自身存在しえないであろう。また、その作動すべてが、あらゆる契機において、この世界との構造上の連絡を前提としている。しかし、この連絡は独自の作動のレベルにあるわけではない。たとえば脳の場合、神経物理学的な過程のレベルにあるのではなく、単にその過程を刺激するにすぎない化学のうちに、その連絡は存するのである。次のようにもいえるであろう。統一体としてのオートポイエシス・システムに働きかけるものは、システムにとってこれ以上分解不可能なシステム作動の究極的要素も含め、すべてシステム自身をとおしてみずから作り出されるのであり、周囲の環境世界からのインプットとして取り込まれるものではない、と。どの生物システムも環境世界からの生命の供給によって生存しているわけではない。これは非常に革新的なテーゼであるが、同様に情報処理システムにもあてはまるのである。情報処理システムが、環境世界からの情報を取入れることはありえない。情報は常に内部的に構成されたものである。それは、この情報が、可能性と比べて選択を、予想と比べて驚きを提供することからも理解できる。こうした投射の地平は、常にシステム自身の構成であり、究極的には世界構成である。この地平はシステムからシステムへと分出する。それが、環境世界からもち込まれるということはある。」(21-22頁)。

なお、ルーマンは、『社会システム理論』において、オートポイエシス概念を「そのシステムの諸統一の再生産の統一」あるいは「自己創出」、「自己産出」などとも説明している。

ルーマンは、前掲論文「システム理論の最近の展開」の中で「閉鎖性にもとづく開放性」についても次のように述べている。

「脳の研究において、脳が環境と接触をほとんどもたずにやっていくということが、知られるようになって久しい。脳は、電気的な基礎づけによる操作言語を用いており、環境に、その言語と同等のものが存することはけっしてない。それは、いわば無差別にコード化されている。すなわち、視覚、聴覚、感覚および嗅覚には同一の操作方法を用いる。まず、これに対応する質的な相違が、脳で生み出される。加えて脳の働きは、人間のもとでなおも増幅する膨大な量の相違に依拠する。10万にも及ぶ内的諸操作が環境との1つの接点に相応するのである。結局、脳の活動の固有時（Eigenzeit）もまた環境の経過速度から独立しているといえる。（このことは、脳はしばしば十分な速度をもたず、それゆえ変化を優先的に知覚し、それに傾注しなければならないということの意味する。）それどころか、環境の動きは、ヴァリエーションによってではなく、一定の表現、たとえば「動き」という言葉によって、言語の中で示されることも、またわれわれの知るところである。」「たしかにこの帰結には驚くべきものがある。認識するシステムは、すべてに現実世界において実在するシステムとして活動する。単純な有機体、意識、また人間社会のコミュニケーションも、このように見なされている。しかし、その認識活動、観察およびその知覚もまたもちろんのこと、まさにこの現実との連絡遮断にもとづいているのだ。われわれは、外界へのアプローチが閉ざされているがゆえに、外界を認識するのである。認識は、環境世界をシステムの中でコピーするようなことではない。むしろ認識は、単に刺激が与えられるにすぎない独自の構成や複雑性—これらは、環境世界によって構造化されるのでもなければ、またそれこそ決定されるのでもないが—を、構築することである。環境世界の情報が、直接この規模で、あるいはまた1つ1つ組み込

まれるという方式で、得られることは決してないであろう。その場合、環境世界指向に取って代わるものは、より高度になる認知的複雑性というまったくの内部的諸条件のもとでの実効である。われわれは現実を、ちょうどわれわれがエデンの園から締め出されたように、現実から締め出されているがゆえに認識するのである。あるいは再度パラドキシカルに表現すれば、認知的システムは、それが自己言及的に閉じて作動するがゆえに、またそのかぎりで環境世界に開いたシステムとして作動する、ということになる。開放性は閉鎖性にもとづくのだ」(20-21頁)。

(c) このオートポイエシス概念を基礎にして、ルーマンが自己準拠的オートポイエシスのシステムについて論じている基本的な要素について考察しておくことにしたい。この点についても村中知子教授の論述がよくまとまっております、大変参考になった。

まず第1に、「システムの要素は、システムの中で自己構成がされているということである。したがって、システムの構成と要素の構成は同時構成的であって、システムが先にあるのでも、要素が先にあるのでもない。このことは、システム形成の前提となるシステム環境の差異に続く第2の差異、すなわち要素と関係の差異 (Differenz von Element und Relation)⁽⁷⁾) に関わってくる。システムによって構成される要素は、関係づけのための要素としての要素を必要にしているシステムによって、はじめてそれ以上分解できない統一体として構成されている。『それ以上に分解できない』ということ」「は、もっぱらそうした諸要素の間の関係の形成によって、そのシステムが構成されることができ、また変化することができるということである。すなわち、要素の質は関係の構成によって付与されている。あらかじめなんらかの要素があって、それらが関係づけられるのではなく、逆になんらかの関係が前提されて、要素が産出されるわけでもない。要素と関係は同時的であり、差異の統一を構成している。

そこから導き出せるのは、こうした要素はシステムが異なれば当然異なるということである。それゆえ、ルーマンからすれば、システムは従来のよう

に、要素の集合としては定義されえないのであって、諸要素の間の諸関係の集合とみなされなければならない。「この点はシステムと構造の区別に対するルーマンの最大の貢献になっている。すなわち、この区別から、システムの構造は関係の限定として把握されることになる。システムと構造とは」「厳密に区別されないで使われてきており、混乱を招いているが、そういった状況がこのシステム概念によって克服されることになる。⁽⁸⁾システムと構造は当然のことながら別個のものであり、システムであり続けることは変わりはないとしても、構造は変化しうる。」「ルーマンも指摘するように、システムと構造の厳格な区別は、自己組織性をシステムの構造からシステムの要素にまで拡張して考える途を拓いている。⁽⁹⁾」

第2は、「自己準拠的システムとは、要素の産出に関しては、要素にもとづいて要素をつくり出すオートポイエティック・システム（自己産出システム）であり、それぞれの要素は、それ以外の要素を介してその要素それ自体に立ち帰るという回帰性（Rekurrenz）が組み込まれていることである。したがって、システム自体の再生産は、そのシステム内部でしか進められない。⁽¹⁰⁾こうした再生産過程によって、システムと環境を結びつけるわけにはいかないし、他のシステムの要素を別のシステムへ移し変えることはできない。つまり、どんなシステムも環境から要素を調達することができず、そのかぎり⁽¹¹⁾で、不可避免的に閉じられたシステム（システムの閉鎖性）であると言うことができる。さらに、オートポイエシスという用語で言い表されている事態は、そうした要素の産出が継続的であるということ、すなわちある要素には次なる要素が次々と接続してゆき、そうした接続が途切れることなくおこなわれ、もし途切れるとしたら、それはシステムの終焉を意味することになるということである。要素の再生産のないところにはシステムはない。つまり、システムの再生産は、外部からの観察がどのようなものであろうとも、そうした観察に影響を受けるものではなく、システムであるかぎり要素の再生産は続行されることになる。したがって、システムは従来のように他との比較による安定性（相対的不変性）によって定義されえないのであり、みずからで

みずからを支えるオートポイエシスをその根幹としている。ルーマンによって、システムは分析概念ではなく、『システムは実在している』のだと言われる事態がこれである。⁽¹²⁾

第3に、そうであるのなら、要素の連続的生産であるオートポイエシスのいとなみと観察のいとなみとは区別されなければならない。オートポイエシスとは、要素の再生産が意味されているのだが、この再生産の核心は、同じ要素の生産の繰り返しではなく、要素の接続能力の確保に依拠している。⁽¹³⁾つまり、コミュニケーションを例にとれば、話題は次々に移ってゆかざるをえず、それに応じてこのことばにはあのことばというふうに会話は前に話された内容を受けて展開されてゆく。このように異なったコミュニケーションの接続がオートポイエシスを成立させることになる。そうであるからこそ、諸要素の水準での「オートポイエシス的な」再生産は、要素の接続性の確保であるがゆえに、まったく同一の要素を排除せざるをえないのである。すなわち、システムの要素は、システムによって規定される諸要素の類型に依拠しなければならないとしても、まったく同じ要素の繰り返しはコミュニケーションとしての意味を失うのである。「まったく同一の要素の産出は原則として再生産たりえない。時間に定位した出来事を要素とする再生産は、不可避免的に時間を考慮せざるをえず、複合性の縮減は時間化されて、時間化された要素として、つまりはシステムの要素としては同一であっても異なる要素として再生産されなければならないのである。⁽¹⁴⁾時間化された要素（出来事）の宿命は、ある時間間隔はもつにしてもかならず消滅するということ、かつ、そうであるがゆえに、異なる要素として、それ以前の要素との接続性を確保しなければならない、いわば前の要素の崩壊から次ぎなる新たな要素が産出されなければならない。そうであるからこそ、そうした要素の再生産には、システム／環境-差異をたえず導入しつづけること、すなわちシステムによる自己観察が不可避とされる。この意味で自己観察は、オートポイエシスを実行性のあるものにする要因となっている。⁽¹⁵⁾というのも、システムの要素の再生産にさいして、諸要素は、そうしたシステムの要素以外のなにものかとし

てではなく、まさにそのシステムの要素として再生産されることが保証されなければならないからである。繰り返して言えば、自己観察は、オートポイエシスの再生産の不可欠の構成要素となっている。⁽¹⁶⁾したがって、システムは要素の産出とそれをコントロールする観察という2つのオペレーションにおいて、自己準拠的である。

第4に、どんなシステムもそのシステム内で要素を再生産せざるをえない閉鎖的システムであるということから導きだされるのは、それぞれのシステムで統一対としての機能をいとなんでいるものについては、外部から精確に見定めえないがゆえに、推論するほかない、という帰結である。⁽¹⁷⁾たとえば、外部からいくら影響を与えようとしても、その影響を考慮するかどうかは、そのシステムの特権的な管轄事項であり、かつそれがどう処理されたのかをわれわれは十全には知りえない。できることはと言えば、さまざまなデータからそれを推定するのみである。このことは、システムの外部からなされる観察がつねに遭遇せざるをえない、1つのアポリアを浮き彫りにする。すなわち、そのアポリアとは、外部からの観察は、観察されるシステムの差異図式ではなく、観察するシステムの差異図式にもとづいていること、その結果、観察する側の観察と観察される側の観察とはつねにいちがいうること、これである。少なくとも社会科学がこうした観察に依拠している以上、自己準拠概念の自覚とその理論への採り入れが一種の爆薬であることはみやすい事実であろう。⁽¹⁸⁾社会科学の認識がよって立つその基盤に自己準拠概念は揺さぶりをかけている。それは、科学的認識は、他の認識と比べてなにゆえ正しいのかという素朴な疑問である。社会科学は、科学認識のそのものとしての客観性を標榜してきた自然科学を範とし、自然科学的な手法を採り入れることに情熱をもやしてきた。だが、現代は、自然科学の最前線ですら、因果法則をめぐる疑義が噴出している時代だ。数学的な手法による説明が科学的言明であることの証明になると素朴に信じる理由はもはやない。これまでの科学のありかたの総体が、自己準拠概念によって問い返されているのである。

人間のすべてが共通の理性にもとづいて、自然や社会についての普遍的に

正当なありかたを見つけ出せるとする信頼，すなわち理性による啓蒙を無邪気に称揚しえないというルーマンの自覚は，ものごとの根拠づけに対して，あらかじめ理性による根拠づけ（その1部は科学的認識）に優位性を付与しえないという以上の認識に依拠している。そうであるからこそ，われわれはあらゆる先験的な根拠づけが解体した時代を「根拠なき時代」と特徴づけているはずだ。⁽¹⁹⁾ そもそもコンティンジェンシーを考量するということは，すべてのものに形式的に等しく別様でもありうることを確保させうることを，言うなれば，コンティンジェンシーの機会均等性に依拠しているはずだからである。コンティンジェンシーとは，この意味ですべての事態に自己準拠が作動していることを前提にすることにつながっているといっても過言ではない。自己準拠の問題をどう理論化するのであれ，この自己準拠問題が提起する問題性を，科学はないものとして不問に付すことがもはやできないのである。⁽²⁰⁾

(d) 「自己準拠的システムの閉鎖性の帰結は，システムの開放性の解釈にも変更を迫ることになった。」この点について，ルーマンは，「システムの閉鎖性による開放性」という提言をし⁽²¹⁾，また，「自己準拠の一閉鎖的システムの考え方は，システム的环境に対する開放性と矛盾してはいない。言い換えれば，むしろ自己準拠的なオペレーション様式の閉鎖性は，環境との考えられる接触を拡張するための一形式なのである⁽²²⁾」と述べている。「いかにして自己準拠に基づく閉鎖性が開放性を生み出しうるか。⁽²³⁾」

「システムの統一性は，外部との境界維持を少なくとも前提にせざるを得ない。」「統一性として閉鎖しているものが，いかにして開放的でありうるのか。」「閉鎖しているシステムは，その閉鎖系に適合してのみ，その開放性を獲得しているというのがその答えとなる。つまり，システムは，そのシステムがよってたつシステム／環境一差異にもとづいてしか環境から情報を入力しえない⁽²⁴⁾。」「自己準拠的システムのオペレーションは，不可避的に自己接触によっておこなわれており，こうしたシステムには，環境接触のための形式として，自己接触以外の形式はない⁽²⁵⁾。」「だが，差異図式のないところには複合性の縮減はありえないのであるから，これは止揚されえない，すべてのシ

システムの制約条件とみななければならない。⁽²⁶⁾

「ルーマンによると、閉鎖性による開放性とは、閉鎖（差異としての統一性）のないところにはいかなる開放性もないことを意味している。ことばを替えるなら、いかなる開放性も閉鎖性を拠り所に行っていると言えよう。システムはシステムに準拠してのみ情報を把握するのであり（システムの環境開放性）、またシステムに準拠してのみ、そうした情報に依拠して、システム内部でその要素を産出するのである（システムの閉鎖性）。

以上のことからして、システムがシステムでありうるのは、その固有の同一性、すなわちシステム／環境-差異による閉鎖性であることが再確認されえよう。そして、このことから、じつは人間は1つのシステムではありえないという帰結が導出される。人間はいくつかのシステムからなる複合であるということはできるが、その要素の産出、情報の入手のいずれの観点からしても、1つの統一化されたシステムと考えることはできない。⁽²⁷⁾

(e) ルーマンは、『社会システム理論』（1984年）を出版した前年の1983年にも、自己準拠的オートポイエシスのシステム理論の立場から法のシステム論的考察を『法社会学』第2版（Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983）の「第2版への序」（VORWORT ZUR 2. AUFLAGE）ならびに初版への終章「法理論への問い」を書き改めた終章「法システムと法理論」⁽²⁸⁾（SCHLUSS: RECHTSSYSTEM UND RECHTSTHEORIE）において発表しており、注目しなくてはならない。自己準拠的オートポイエシスのシステム理論の内容、ならびにその立場での法システム理論がわかりやすくまとめられているので、これも次に引用しておきたい。その際、黒木三郎・大橋憲広・斎藤秀夫共訳「ニクラス・ルーマン『法社会学（第2版）』第2版への序、終章 法システムと法理論」比較法学20巻2号3頁以下が大変参考になった。

「一般システム理論ならびにその重要応用領域、たとえばサイバネティックス、生体システム理論、認識論における研究は、四方にその光彩を放つ程に進んだ。その最も重要な革新は、自己準拠概念をシステム理論に導入し、組

み込んだことと関係している。今日自己準拠ということでは、
もはや、単に自己組織化の諸問題に限られない（コンピューターのセルフ
プログラミングとか法についていえば法の実定化がそれにあたるであろう）。
換言すれば、自己準拠の問題はシステム構造上のものに限られないのである。
自己準拠システムということではむしろ問題となるのは、それが必要とし、用
いる〈あらゆる種類の統一を自ら創り出す〉ということであり、また、シス
テムそれ自体の統一およびシステムがそれによって構成される諸要素（たと
えば諸々の行為）の統一も自ら創り出すということである。そのようなシス
テムをマトゥラーナの提言に従って「オートポイエシス的」システムと呼ぶ
ことができよう。その特徴は、それ自らの要素（従って、我々の分野につ
いていえば、法的に意味のある出来事とか法的決定）の操作的（機能して
いる）統一をそれらの諸要素のオペレーションを通して自ら創り出し、他から
区別するということであり、また、まさにこのオートポイエシスのプロセス
こそ、システムにその固有の統一を与えるものであるということである。

オートポイエシス的システムは、その自己継続性（連続性）に関して言
えば、回帰的に閉じたシステムとみなければならない。そのようなシステム内
で統一の機能を果たすものはシステム外に帰することはできない。この意味
で、例えば生命、意識、そして社会的コミュニケーションはそれぞれ閉じた
システムである。それぞれのシステム内で操作的（機能している）要素とし
て（細胞、表象、コミュニケーションとして）機能するものは、その統一を
このシステム内でのみ、そしてこのシステムによってのみ獲得できる。すべ
てのそのような統一は、環境世界との関連では、どれも常に集積的な機能と
選択機能をあわせている。これらの諸機能は環境世界から取り出され得るの
ではなくて、環境世界の複合性（複雑性）をまさに縮減しなければならない。
他方、この回帰的で自己準拠的なオペレーションがまさに環境世界を前提と
しているのである。純粋に〈独在論的には〉このようなことは可能ではない
であろう。というのは、いかなるオペレーションも差異を前提にしなければ
ならないし、従って、システムの統一は環境世界に対する差異からのみ創生

されるからである。そのようなシステムは諸々の差異に自己を方向づけることが可能でなければならない。それは、他のシステムとの関係で、観察されることができなければならない。それは自己をその環境世界にさらすのである。

この理論の発展は、従って閉鎖的システムと開放的システムとの古い対置を放棄することを余儀なくさせる。閉鎖性と開放性との差異は決して対立したものとしてではなく、増進関係として特徴づけられる。開放性は、閉鎖的自己再生産を前提とし、まさに閉鎖性に依拠しているとすれば、問題は、このような関係ではどのような条件の下で複合性（複雑性）の把握が増進され得るのかということである。この意味で、閉鎖性と開放性の組み合わせという点で自己準拠的システムは進化の検証にさらされているのである。

社会システムの領域では、社会自体のみが機能的（操作的）に閉じたシステムであり、すなわち、コミュニケーションのみから成り、すべてのコミュニケーションから成り立っているのである。従って、社会とその環境世界との間にはいかなるコミュニケーションも存在しない。コミュニケーションとして何かが実現されると、まさにそのことによってそれは社会的な事象なのである。そのようなものでも外部からの条件と、外部への効果とを有するかもしれない（例えば、社会的構成員の意識状態の変化）。しかし、それはオートポイエシスのシステムのオペレーションとしての過去から継続している同種のオペレーションによってのみ意味的に同定（確認）され得るのである。社会は、従って、確かにその環境世界についてはコミュニケーションすることができるが、その環境とはコミュニケーションしない。社会は1つの開放システムであるが、回帰的コミュニケーションの閉鎖性に基づいているのである。

社会のすべての部分システムについて、従って法システムについても、全く同様の厳密さをもってではないが、このことは認められるのである。全ての部分システムは、既に社会的に整序された環境世界の内部においてのみ分化され得る。それらの社会内の環境世界においてもまたコミュニケーションが成立するのである。そして、システムにおけるコミュニケーションと環境

世界におけるコミュニケーションとを結びつけることもまた可能となるのである。それは例えば判決によって経済的支払行為を惹起するというようなことである。従って、全ての部分システムには、システムが開放されながら同時に自己準拠的に閉鎖されることを可能にする。それぞれに固有の観点が用意されなければならない。そのような観点の選択から社会分化の原理が確定する。伝統的社会においては自然法によって保障された階層原理がそれであったし、近代の機能的に分化した社会のそれは、部分システムの機能、すなわち部分社会が社会の特定の問題の解決に寄与する機能なのである。

この社会学の一般理論は法システムの例によってその正しさが示される。法システムは〈規範的に閉じたシステム〉である。法システムがその諸要素を法的に意味のある統一として生産するのは、法システムが要素にその当の要素を通じて規範的性能を付与することによってである。そのような諸要素として物理的、化学的、有機体的、意識体的というような種々の自然的文脈において生起するあらゆる種類の出来事（例えば出生、死、事故、行為、決定）が問題となり得る。法システムにとってのみ意味のある特別の地位がそれらの出来事に与えられるのは、それらの出来事が、他の要素もそれに依存する1つの要素として機能する規範的文脈に基づいてである。この地位は既に40頁以下で厳密に説明した意味の規範的性能を有する。すなわち、それは抗事実に安定した期待を創出する権限をもつものである。

同時に、法システムは〈認知的に開いたシステム〉でもある。このシステムは、閉鎖性にもかかわらず、いやそれどころか、その閉鎖性によって、環境世界を志向し続ける。従って、このシステムはまた学習脳力を、しかも大いに発揮することができるが、常に規範的に閉じた自己再生産の統一の関係づけられている。例えば、出生（従って権利能力）に関していえば、認知的な立場で検討され得るのは、「人が生まれたか否か」ということであり、この問いに当為判断をもって答えることは意味がない。また、我々が出生の時点を任意に決定できるまでに（例えば、週末に誕生日を祝福するために必ず金曜日というように）医学技術が発達しているとしても、我々は、再び認

知的立場で、このような医学の発達に対して、出生と権利能力の規範的な関係は維持されるべきか、それとも維持されるべきでないか、を検討し得るのである。

規範的には閉じ、認知的には開いている期待（予期）構造の差異は、同時にシステムへの準拠とその環境世界への準拠の分化に寄与するとともに、同時的プロセス化にも寄与する。システムはこのようにしてその機能に同調することによって区別され得るのであり、それ故に、システムの再生産を環境世界に委ねることはないのである。システムは規範的妥当性を要素に与えることができるのであるが、それはただ要素の固有の性能においてのみ可能なのである。しかし、まさしくこのオートポイエシスの閉鎖性は、環境世界に関して認知的態度（立場）に高度の要求をする。システムの閉鎖性を保障するのは、そのすべてのオペレーションにおいて自己準拠性を伴い、しかもその自己準拠を、その時々生産された要素が規範的な性能を要求できるのか、それともできないのかに依存せしめることによってである。また、システムはその開放性を、この要素の再生産の意味論を環境世界の条件にあわせることにより、保障するのである。

そして、ルーマンが「この理論提言を受け入れると、長らく法理論において議論されてきた諸問題に対する一連の帰結が得られる」としている点が注目される。

「①（法的性能—田中注）環境世界からシステムへはいかなる規範性能も導入されない。つまり、環境世界一般（自然）からも社会内部の環境世界（たとえば宗教・道徳）からも導入されない。いかなる環境世界の意味も、そのようなものとして法システムに対して規範的拘束力をも持たない。（もちろん、法システム外部でも規範的期待が形成され得ることを排除するものではないが法システムが法外部の規範、つまり、信義とか誠実とか良俗に関係づけられるとすれば、これらの規範は、これらの関係づけによってはじめて法的性能を獲得するのである。）

②（整合的に一般化された期待—田中注）この境界づけの問題は特殊に

法的な規範性能の精確化を余儀なくする。法規範の性能は整合的一般化の機能の中にある。より精確に言えば、紛争の利用と、そのために整合的に一般化された期待のネットワークを首尾よく構築する見込みの利用の中にあるのである。このようにして、閉鎖性と開放性の、すなわち、ともに進行する自己準拠と学習による環境適応性との結合が法の社会的機能を志向し、法システム社会が社会システムの機能的分化との関連の状況の中に組み入れられる。

③（法の統一—田中注） 法システムの統一はシステムのオートポイエシスの再生産として実現している。それは外側から与えられるものではない。それは法システムそれ自体の自己準拠的再生産の閉鎖性以外の何ものでもないのである。

④（法の妥当性—田中注） 法の〈妥当性〉がしたがって法の本性の中にあるわけではない。それは何かある〈根拠〉から生じるようなものではない。何故なら妥当性というのはどのようなものであれ根拠づけるという行為に常に前提されるものなのだから。妥当性と言うのは実際のところ法の回帰的自己準拠以外のものではない、或いは次から次へと継起する再生産を展望しつつ次々と遂行される再生産の継起以外のものではないのである。

⑤（法システムの階層構造—田中注） 階層構造をシステムに与えることはできる。そしてそれは規範性能の階層としても組織化的な基準に基づいてもできる。しかしそのような構造は2次的なものにすぎず、それ自体諸事象を通じての法の自己継続性に依存する。従って最高の規範あるいは最高の審級が法の性能を生み出すと考えることはできない。むしろオートポイエシスは「厳密に対称的回帰的な出来事」であり、この意味ですべての階層は循環的構造なのである。法的決定は決定ルールの基づいて妥当するのだが、いまやまさにそうであるためにルールは決定に基づいて妥当するのである。ルールの定立とその適用は妥当性を相互に付与するものとして前提しあっている。導入される「全ての非対称性は単に認知的な機能をもつ」にすぎず、結局システムへの環境世界の影響の伝達路を開くのに役立っている。制定法と裁判官の判決の関係においても、そしてまさにその関係においてこのことがいえ

るのである。

⑥（規範的な閉鎖性と認知的な開放性の継続的な結合—条件化—法と不法の二元図式—田中注）この理論に従えば、あらゆるものが規範的な閉鎖性と認知的な開放性の継続的な結合に依存していることになるが、この結合は任意に可能といったものではない。それどころかこの結合には特別な形式を必要とする。そして、法システムの複合性（複雑性）が高まり、分出がより尖鋭化し、そして社会的自律がより高度化するのに従って、その形式がますます強く要求されるのである。この結合は法の「条件性」の内に、また「法と不法」の二元的な図式主義の内に存在しているのである。条件化はシステム形成にとっていかなる場合にも不可欠な一般的秩序化テクニクである。このテクニクの働きによって一定の要素間の（観察者にとっては変更間の）関連が特定の条件のもとでのみ現実化されるのである。法システムはこのような一般的なテクニクを条件プログラムの特殊な形式へともたらずのであり、このことによって規範的期待の妥当性の解除条件を認知的に吟味することを可能にする。ここで条件性は閉鎖性と開放性の結合の補助機能を獲得するが、すべての目的志向はこのような状況においてシステムを個々の環境世界の条件に依存せしめ、不安定化させることになるのである。

⑦（全体システムのコード化—田中注）以上に加えて相關的に法と不法との差異による全体システムのコード化が生ずる。評価の可能性は、あらゆる法的事象を、適法か違法として捉えられるように技術的に二重化され得る。法と不法との振り分けはそのような all or nothing の原則によってむしろ困難にされる紛争の裁定にも、目的の達成にも奉仕することはない。この振り分けは、そのような目的をまさに越えて、個別的な事例の処理を越え、それによって無限の回帰的な法のオートポイエシスを完成させるのである。このような考察方法においては以下のことを承認しなければならない。すなわち、適法な事象もそして同じく違法な事象もまた、法システム自身の、法の性能を与えられた要素として生産されるということである。これはデュルケムの法意識の維持に対する不法の機能の分析においても、またいわゆる

〈labeling approach〉においても先取りされていた見解である。ただ、要素の統一を構成するこれらの問題は動機の問題や因果性の問題と混同されてはならないのであるが。」

- (1) その邦訳として、ニクラス・ルーマン・佐藤勉監訳『社会システム理論』(上),(下), 恒星社厚生閣 1993年, 1995年がある(以下邦訳と略称する)。
- (2) H. R. Maturana/F. J. Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, D. Reidel Publishing Company, 1980. H. R. マトゥラーナ/F. J. ヴァレラ, 河本英夫訳『オートポイエシス生命システムとは何か』国文社, 1991年。
- (3) Selbstreferenz は, 村中知子教授に従って「自己準拠」と訳することにする。「Selbstreferenz はこれまで、『自己参照』『自己言及』『自己指示』『自己準拠』と翻訳されてきているが, 本書では, 自己準拠を採用している。その理由は, Selbstreferenz 概念が自己自身を問題(言及)するにとどまらず, 要素の再生産と観察の双方を含むシステムのオペレーションのすべてに関わる概念であるからである。ルーマンも, 後述するように, もともと Referenz (準拠) と Beobachtung (観察) とを区別しているように, 準拠の方が語感として, 言及や参照に限定されない産出の意味が組み込まれていることが伝わるように思われる。」(村中知子『ルーマンの理論の可能性』恒星社厚生閣 1996年, 59頁(32))。
- (4) Luhmann, *Soziale Systeme*, S. 359. 邦訳(下) 498頁, 950頁注(23)。
- (5) a. a. O., S.59. 邦訳(上) 52頁。
- (6) 村中・前掲書1996年, 34-35頁。
- (7) a. a. O., S.41. 邦訳(上) 31頁。
- (8) 長岡克行「社会システムと自己生産と構造」『エピステーメー』1号, 朝日出版社, 1985年, 299頁参照。
- (9) a. a. O., S.24-25. 邦訳(上) 12頁。
- (10) a. a. O., S.64. 邦訳(上) 53頁。
- (11) a. a. O., S.59. 邦訳(上) 52頁。
- (12) a. a. O., S.16. 邦訳(上) 3頁。
- (13) a. a. O., S.66. 邦訳(上) 56頁。
- (14) a. a. O., S.79. 邦訳(上) 77頁。
- (15) a. a. O., S.63. 邦訳(上) 57頁。
- (16) a. a. O., S.64. 邦訳(上) 57頁。
- (17) a. a. O., S.61. 邦訳(上) 54頁。
- (18) a. a. O., S.656. 邦訳(下) 656頁。
- (19) 中野敏雄「近代法システム批判」弘文堂, 1993年, 123-124頁。
- (20) 村中・前掲書35-39頁。
- (21) 村中・前掲書40頁。なお, Vgl. a. a. O., S. 25. 邦訳(上) 13頁参照。

- (22) a. a. O., S.63. 邦訳（上）57頁。
- (23) a. a. O., S.25. 邦訳（上）13頁。
- (24) 村中・前掲書41頁。
- (25) a. a. O., S.59—60. 邦訳（上）52頁。
- (26) 村中・前掲書41頁。
- (27) 村中・前掲書42頁。
- (28) 黒木三郎，大橋憲広，斎藤秀夫「(資料) ニクラス・ルーマン『法社会学

（第2版）』第2版の序，終章法システムと法理論」比較法学20巻2号（1986年）1頁以下は，Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983（『法社会学』第2版）のVORWORT ZUR 2. AUFLAGE（「第2版への序」）ならびにSCHLUSS: RECHTSSYSTEM UND RECHTSTHEORIE（終章「法システムと法理論」の翻訳で，解説も付されている。

なお，大野純一「ニクラス・ルーマンはどう変貌したのか—現代のウェーバーはヘーゲルの亡霊なのか?—」も参照。

(4) 自己準拠的オートポイエシスのシステム理論における「複合性の縮減」概念をめぐる論争

(a) ところが，社会学では，ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論では，複雑性の縮減という定式はもはやその支配的な位置を失ったとか，その理論を特徴づけるような概念はなくなった，あるいは，それほど重要な役割りを果たしていない趣旨の発言が主張されるに至っている。

例えば，馬場靖雄教授は，「ルーマン理論が1970年代半ばに自己準拠概念を取り込むことによって大きな変貌を遂げた。」「この変貌は多くの場合見逃されてしまっているようだ。現在でも散見される『複合性の縮減』を中心とするルーマン理解（例えば今田高俊『自己組織性—社会学理論の復活—』創文社，1986年，82頁）はすべて変貌を看過していると考えてよいだろう。」⁽¹⁾と主張されている。

そして，今田高俊教授もその後「ハーバーマスの論争を契機として，ルーマンは自己言及性を彼の社会学システム論のキーワードに追加した。自己言及図式を取り込むことで，意味を区別（差異）と指示の自己言及的な差異化のループの中に位置づける。意味は差異によるプロセッシングであり，自分自身

を変動へと強いるメカニズムを有するものとされている (Luhmann, 1984, p.98)。意味を自己差異化する運動体とみなす見解は、意味を複雑性の縮減とその保存とみなすかつての立場とは大きく異なる⁽²⁾」と述べ、ルーマンにおける意味の変化を指摘している。

さらに、ゴオルク・クニールならびにアルミン・ナセヒは、彼ら自身が『ルーマンの社会システム理論』(Georg Kneer/armin Nassehi, Niklas Luhmann, Soziale Systeme, 1993. 館野受男・池田貞夫・野崎和義訳『ルーマン社会システム理論』新泉社1995年)において、「ルーマンは、後に彼の社会システム理論に広範囲な変容を加えてもいる。ルーマンが60年代と70年代に定式化したシステム理論の基本概念の大部分は、いまでも引き続いて用いられているが、その構想の多くは、後に新たに定義しなおされているか、さもなければ、理論の内部で別の位置づけを与えられている。これはとくに複雑性の縮減という定義についていえることであって、この定式は社会システム理論の内部においてその支配的な地位を失っている。」(前掲邦訳53頁)と述べているのである。

これに対し、村中知子教授は、「わたしは、ルーマン理論の展開が自己準拠概念によってもたらされていることを十分認めつつも、複合性の縮減は、システムにとって基底的ないとなみであるがゆえに、ルーマン理論において一貫してキー・タームであり続けていると見なければならないし、その限りで、複合性の縮減を基軸にしてルーマン理論は解釈されなければならないと考えている。したがって、ルーマン理論の変化も、つねに複合性の縮減との関連を見失わずに、位置づけられねばならない。複合性の縮減という概念がルーマン理論から消失しているわけでは断じてない。なぜなら、意味は社会システムと心理システムの双方にとって、それぞれの複合性と自己準拠のための不可欠で不可避の形式として拘束力を有している、とルーマンによって捉えられているからである。さらに言えば、今田の指摘する意味の自己差異化も、システムによって意味が複合性として捉えられているから顕在化するのである。ルーマンにおいては、世界相関的なシステム概念が構想されてい

ることからもそれが明かである⁽³⁾」と主張される。

- (1) 馬場晴雄夫「ダイアログのために－ハーバーマス＝ルーマン論争・再考－」ソシオロジ32巻3号1989年、43頁。
- (2) 今田高俊「自己組織性の社会学－ポストモダニズムの社会学をめざして－」厚東洋輔，今田高俊，友枝敏雄編『社会理論の新領域』東京大学出版会，1993年，7頁。
- (3) 村中知子『ルーマン理論の可能性』恒星社厚生閣1996年，55頁。

(5) 本稿の目的

既に考察してきたように、ヤコブスの積極的一般予防論は、次のように考える。社会的接触（つながり）を可能とするためには、安定した規範的期待が必要であるとし、刑罰は社会的接触の際の期待確実性を保障する規範を維持し、社会を可能にするのである。刑罰の任務は、そのような社会相互作用の条件を保護し、それゆえ『予防的な』任務を有する。刑罰は規範認知の訓練（規範信頼の訓練，法への忠誠の訓練，帰結甘受の訓練）による一般予防である。このヤコブスの積極的一般予防論は、ルーマンが初期の理論で、規範的期待と認知的期待を区別し、整合的一般化された規範的行動期待を法であると考えていることに基づいている。すなわち、ルーマンは、規範的期待と認知的期待を複合性（複雑性）とコンティンジェンシー（不確実性）とがますます増大しつつある世界において、社会システムが提供する期待はずれに対する2つの対象的な方法である。規範的期待は認知的期待に比して、未来を確実にし、複合性を減少させるという点で、より強力な選択強化作用を営む。したがって、複合性を縮減し選択を強化すべく創出される規範・制度という観点の下では、これがより重要となる。ルーマンは、整合的に一般化された規範的行動期待を、ある社会システムの法と呼ぶ。

もしルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論では、「複合性の縮減」はもはやその支配的地位を失ったとか、それほど重要な役割を果たしていないということが正しいとすれば、安定した規範的期待とか、期待

確実性とか、抗事実的な安定化した行動期待を保障する規範（法）というような考え方はもはや維持できないのであろうか。ヤコブスの積極的一般予防論はその基礎を失い、主張し得ないということになるのであろうか。そうではなく、「複合性の縮減は、システムにとって基底的ないとなみであるがゆえに、ルーマン理論において一貫したキー・タームであり続けていると見るのが正しい」とすれば、ヤコブスの積極的一般予防論を依然として主張し得るであろう。もっともその場合にも、ルーマンが自己準拠的オートポイエシスのシステム理論を展開していることから、ヤコブスの積極的一般予防論の基礎づけならびにその理論内容になんらかの変更もしくは修正を必要とすることになるのではなかろうか。この点の確認が迫られる。本稿は、そのような考察を試みるものであるが、時間と紙幅の関係もあり、ここではただ、その点の確認を行うにとどめたい。

ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論、それとの関係でのヤコブスの積極的一般予防論の詳細な検討は、今後の課題として近い機会に行うことにしたい。

ところで、本稿では、議論の順序として、ルーマンの自己準拠システム理論でも規範的期待と認知的期待の概念は維持されているのかどうか、その内容はどのように考えられているか、をまず論ずることとする。そのような考察から、ルーマンの自己準拠的システム理論では複合性の縮減が依然としてキー・タームをなしているのかどうかも当然に明らかになるはずだからである。それに、ルーマンの法理論ならびにヤコブスの積極的一般予防論では、安定した規範的期待を保障する規範の維持が最重要とされるのであり、それが期待はずれ（違背）に対する対応の方法すなわち複合性の縮減方法とされるからである。

II 自己準拠的オートポイエシスのシステム理論における規範的期待と認知的期待

(1) 『社会システム理論』における期待構造と規範概念

(a) ルーマンの『社会システム理論』においても、規範的期待と認知的期待の概念は一貫して維持されている。⁽¹⁾初期の見解（特に『法社会学』初版における見解）よりも詳細・緻密に次のように論じられている。そして、規範の考え方について機能—構造主義の立場をさらに徹底させようとする点も見られる。

(b) 「期待が社会システムにおいて構造としての地位（適性）を獲得するためには、期待が期待されること」を必要とする。「そのようにしてしか、⁽²⁾ダブル・コンティンジェンシーを伴う状況は製序されえない。」「なぜなら、期待することは、相手から期待されていることをみずからが期待することを前提にしてはじめて成り立ち得るからである。そうでなければ、⁽³⁾「個々の関係者は、（自分自身に対しての、また相手に対しての）関係者自身の期待を妨げてしまうことになる一定の行動を容認しないことが」可能にならないからである。「期待は、再帰性の水準でのみ、期待に対する人びとの敏感さとか期待を基軸とする特別の種類のコントロール問題を生じ」させることができる。⁽⁴⁾

「期待の期待をてがかりとしてはじめて、そのすべての関係者は、しかるべき期間にわたって通用しているオリエンテーション、したがって構造的なオリエンテーションに互いにしがっていると想定することになる。」その意味で、「みずからと同様に行動することのできる誰かについてのみ期待を期待することができる。この水準で整序の可能な規制領域は、行動期待に限られている。」そうであるからこそ、「期待それ自体の水準では、期待の再帰性によって、期待そのものを軌道修正すること、さらにはどのように軌道修正すべきかが考慮されうることになる。」このようにして、「社会システムの構造が変更されうることになる。」「期待の期待という再帰性の水準で形成され

る構造、つまり期待の期待をとおしてのみ規定される構造が、原則として可能性のチャンスを保証する。⁽⁵⁾」

次に、「受け入れられる不確かさが強まる可能性、それとともに、より多くの期待を期待しうると同時に、実現される確率のより低い期待が、社会システムの構造を形成する機能を果たすことになる可能性について、考察しなければならぬ。そのためには2つの形式が用いられている。」規範的期待（期待の規範的な様式化）と認知的期待（期待の認知的な様式化）である。「この様式化は、確かさ不確かさの問題に直接かかっている。つまり、期待はずれの場合にどのよに振る舞いうるのかの問題にかかっている。」「期待のなかに、期待はずれのあらかじめの処理方法が組み込まれている。そうすることによって、期待はずれのさいにどのように対応しうるかについてあわせてきた期待可能になり、期待に対して付加的な安定性を与えている。そして、もっとも重要なのは、期待するさいの様式化を通して、期待はずれに関するあらかじめの処理方法が、見てとれるようになり、期待はずれに対する対処の仕方がその時点で十分にコミュニケーションしうるようになる、ということである。

「期待はずれのケースに依拠して期待を方向づけることは、差異を基軸として期待を進めることにほかならない。」「したがって、その差異の核心は、」期待が成就するのかはずれるのかにあるのではなく、「期待はずれが起りうることを予想した上で、期待はずれの場合に、期待を放棄したり、変えたりするのかが問われることになる。期待はずれを学習するのかわしないのか、が問題となる。」「期待はずれを学習する態勢にある期待」が、認知的期待である。つまり、認知的期待は、期待はずれの場合には、その期待を変えるように態勢が整えられることになる。」「これに対して、期待はずれを学習しようとする期待は、」規範的期待として様式化される。この規範的期待は、⁽⁶⁾「期待はずれの場合でも、その事実にかからって、保持される。」

「そうすると、期待の構成は3つの差異にもとづいた3段階のプロセスとして⁽⁷⁾把握されることになる。」すなわち、「期待の成就／期待はずれの差異は、

規範的期待／認知的期待の差異の中に組み込まれ、ついでそのことに依拠した上で、同調するのか／離反するのかの差異、または知／無知の差異となることによって再構成されるのである。」肝要な点は、いかなる出来事が生じようとも(1)期待の形成が促進され、(2)期待の保持をするのか、それとも放棄するのかの二者択一に照らして期待をテストすることが推進されているということなのである。⁽⁹⁾

(c) 但し、ルーマン『社会システム理論』では、「規範概念は理論上2次ので派生的な位置を有しているとかんがえられる⁽¹⁰⁾」ことに注意したい。

「規範概念についてのこのような考え方は、「自然法の伝統」や「重要な社会学理論とも著しく相違している。」「われわれは規範を基軸とするという根本前提から出発しているのではない。」「社会秩序そのものが現実に存在していることの、あるいは社会秩序それ自体が可能であることの、最終的な根拠が、規範概念の中に見いだされるとは考えない。」「規範を中軸にすえた理論を疑問とし、否定しようとしているからといって、当然のことながら、社会生活が規範なしに可能であるといっているのではない。人々がみずからを価値や規範に拘束しているということは、社会生活の全面にわたってみられる。しかしながら、そうした拘束が成立するのは、」社会システムがその有意味的—自己準拠的（オートポイエシスの）再生産の不可避性によって作動し、それに応じて、構造として機能している期待には、意味内在的な一般化の不可避性、および、そうした一般化が危うくなり、期待はずれに対して抵抗力がなくなる場合には、それを支えることの不可避性が生じているからである。⁽¹¹⁾」
 「このようにして規範が理論上は派生的な位置にあり、もはや『基礎的』ではない位置にあるものとして捉えられてはじめて、人々の行動が規範に従うことの機能について適切に捉えられる。規範のそうした機能は必要であり、規範は、事実抗して守り抜かれる一般化が必要になる度合いに応じて発展するだろう。

このように社会学理論における規範概念の位置づけを変えたからといって、規範の社会的重要性ないし社会における規範の重要性については何の変化も

ない。そのことが要請しているのはひとえに、社会学理論であるからには、規範的なものを可変的なものとみなし、この規範的なものをシステム類型や社会構造のさまざまな発展と関係づけることができないなければならない、ということなのである。さらに、(たとえば、『契約はまもられるべきである』と
いった) 規範に内在している純然たる一般化によってではなく、また、社会の基礎であると主張されている規範や価値の内容を切り崩すことによってではなく、規範に関する機能分析によって、こうした要請に応えることが企てられる。いま素描した理論的アプローチによると、たとえば、社会というシステムや社会の個々の領域(たとえば、経済とか科学)のなかに、規範的期待という様式から認知的期待という様式へその構造が移行する趨勢が存在しているのかどうかの間われうるし、そうした趨勢が部分システムのなかに存している場合のみ、この変化がいかにしてシステム全体に影響を及ぼすのかが問われることになる。「それとともに、その根本問題は、規範概念から一般化の概念に移っている。」⁽¹²⁾

期待が構造としての機能をいとなみうるためには、「出来事のいかんとある程度に関わりなしに妥当する必要があり、こうした期待は一般化されているとみてよい。」⁽¹³⁾「したがって、類型的なものや規準的なものにもとづいた期待の一般化は、二重の機能を果たしている。一方では、指示される可能性の総体から選択をおこなっており、意味に基礎をおいている複合性を破壊せずにそれを再生産し、他方で、3つの意味次元の非連続を架け橋している。」⁽¹⁴⁾

「この第1の機能は、3つの意味次元における一般化をとおしての不確かさの吸収である。期待は、その期待内容の細部を未決定にしうる(事象的一般化)。また、期待は、期待されることがらの生じる時点について、さらに生じるかいなかについては未決定のままでよい(時間的一般化)。そしてまた、期待は、同一の期待を抱いている人とそうでない人の差異を未決定にしておくこともできる。(社会的一般化)。こうした3つの次元での一般化によって、期待の不確かさは、その期待が受け入れられると同時に吸収されているのであり、そうであるがゆえに、期待は一般化されている必要がある。すなわち、

期待が一般化されているという点で、その適用範囲が拡大されているとみる
ことができるのである。

もう1つの一般化の機能は、複合性埋め合わせとして生じている。一方で、システムは、環境の多種多様さに関して、同一の反応でこたえることによって、環境の複合性を縮減している。他方で、システムは、一定であり続ける事態に対して、さまざまな反応をしめしている。システムは、みずからでその自体を条件づけることが可能なのである。そうできるからこそ、システムは環境との複合性の落差を埋め合わせることができる。そのことは、3つの意味次元を架橋することによってなされている。その結果として、状況が変化した場合でも、期待は期待として役立ちうるのである。

「不確かさの吸収と複合性の埋め合わせという2つの機能により、システムは十分に規定されないものの不確かさを引き受けるのであり、一システムと環境における問題状況のいかんに応じて同一でないものを同一に扱い、同一のものを別様に扱う可能性を手に入れている。」⁽¹⁵⁾「一般化という場合には、この概念を用いなければ獲得しえない特定の認識が明確にされざるをえない。その点からすれば、一般化は、再特定化のための拠り所を提供しているがゆえに、再特定化されなければならない。この再特定化が先に述べた認知的期待と規範的期待という期待の様式化によっておこなわれている。」⁽¹⁶⁾

「以上のことを勘案すると、さらに一般化によって特定の認識がもたらされる。それは、期待の一般化が学習の前提条件となっているということにある。」⁽¹⁷⁾学習の前提ということからすれば、期待は知識とみなされる。なぜなら、一般化をとおしての事前の処置がいっさいなければ、学習は心理システムにおいても社会システムにおいても不可能だからである。学習のためには、維持される知識と改められる知識が未決定であることが必要である。すなわち、知識状態の確かさは、それが変化しうることに依存している。この意味で、知識（期待）は、学習の前提条件であり、規制要因となっている。」⁽¹⁸⁾

「もう1つの学習の要因は、いかなる前提条件のもとで期待が変えられなければならないか、またいかなる意味の方向でそうすべきかが知られる場合の

み、学習の用意が整えられうるということにある。ただ漠然と学習するわけにはいかない。学習のためには、代替選択肢、そのおかれた状況、既存の知識が要求される。要するに、学習するために依拠しうる知識の必要最小限の量が不可欠である。⁽¹⁹⁾

「そうしてみると、学習の度合いからして、知識をとおして認知的期待に関わる機能システムが科学システムであり、規範をもっぱら遵守する規範的期待に関わるのが法システムであるということが出来る。⁽²⁰⁾」「つまり、抵抗が見込まれる場合に、要求、要請、拒否を支えるのが法なのである。時間的にも、社会的にも、事象的にも、同一の一般化が特別に要求されるということから、法が成立するのである。⁽²¹⁾」「なぜなら、時間的に一定であり、だれかれの別なく、またどの出来事にも適用されるのでなければ、法は法としての意味をなさないからである。⁽²²⁾」

「以上のことから、構造の働きの強化が期待の一般化をとおして可能にされていることが納得されよう。その場合、期待の一般化は、考えられうる期待の一部だけが選択的に把握されており、認知的期待と規範的期待の差異にもとづいてそうした選択が進められているとうことである。⁽²³⁾」「したがって、認知的期待と規範的期待の差異は、学習のされたかによる相違であり、それ自体が善悪の基準となるものでないことは指摘するまでもない。その差異は、これまでの規範の維持か変更かの度合いがはかれる基準なのであり、学習の必要性は、社会の進化に応じて変化しうものと考えられ、また、機能システムに応じてその差異が認められうるものでもある。⁽²⁴⁾」

(1) この点については、とくに Luhmann, Soziale Systeme, S. 411 ff. 邦訳(下) 566頁以下。村中知子・前掲書163頁以下参照。

(2) a. a. O., S. 412. 邦訳(下) 566頁。

(3) 村中・前掲書163頁。Vgl. a. a. O. 邦訳(下)。

(4) a. a. O. 邦訳(下) 566頁以下参照。

(5) Vgl. a. a. O., S. 414 f. 邦訳(下) 569-570頁参照。なお、村中・前掲書163頁参照。

(6) Vgl. a. a. O., S. 436 f. 邦訳(下) 593-595頁参照。なお、村中・前掲書164頁

参照。

- (7) 村中・前掲書164頁。Vgl. a. a. O., S. 439 f. 邦訳 (下) 597頁参照。
- (8) a. a. O., 邦訳 (下) 597-580頁
- (9) a. a. O., S. 443. 邦訳 (下) 601頁。
- (10) a. a. O., S. 444. 邦訳 (下) 602頁。
- (11) Vgl. a. a. O.邦訳 (下) 603頁。村中・前掲書167頁参照。
- (12) a. a. O., S. 444 f. 邦訳 (下) 603-604頁。
- (13) Vgl. a. a. O., S. 445 f. 邦訳 (下) 604頁。村中・前掲書参照。
- (14) a. a. O., S. 140. 邦訳 (上) 148頁。
- (15) 村中・前掲書167-168頁。Vgl. a. a. O., S. 445 f. 邦訳 (下) 604-605頁。
- (16) 村中・前掲書168頁。Vgl. a. a. O., S. 447. 邦訳 (下) 606頁。
- (17) a. a. O., S. 447. 邦訳 (下) 607頁。
- (18) a. a. O., S. 448. 邦訳 (下) 607頁。
- (19) a. a. O., S.448 f. 邦訳 (下) 608-609頁。
- (20) 村中・前掲書169頁。
- (21) 村中・前掲書。Vgl. a. a. O., S. 451. 邦訳 (下) 611頁参照。
- (22) 村中・前掲書。
- (23) a. a. O., S. 452. 邦訳 (下) 612頁。
- (24) 村中・前掲書。

(2) 『法社会学』第2版「終章」における期待の機能

(a) 規範的期待と認知的期待の区別は、既に考察したように、ルーマンの『法社会学』第2版でも維持されている。

ルーマンは、自己準拠的オートポイエシスの法システム理論では、規範的期待と認知的期待の機能は次のように考えられるとする。

まず、「第2版への序」で、次のように述べている。

「この自己準拠によってシステムの開放性と閉鎖性とを結びつけることが可能になる。こうして得られる洞察から、法システムの社会学的理論にも新たな可能性がもたらされるのである。はじめに、本書の中核を成す規範的期待と認知的期待が区別され用いられているのは、法システムが規範的に閉じたシステムとして働くと同時に、認知的に開いたシステムとしても働くことによってその自立性を保持すること、及びそれはいかにしてか、を示すためなのである。」⁽¹⁾

ルーマンは、「終章法システムと法理論」でも、次のように論じている。「法システムは規範的に閉じたシステムである。法システムがその諸要素を法的に意味のある統一として生産するのは、法システムが要素にその当の要素を通じて規範的性能を付加することによってである。」社会システムの法は整合的に一般化された規範的行動期待である。「それは抗事実に安定した期待を創出する権限を持つのであり」、その権限に基づき、「環境世界の複合性を縮減する」ことによって、「法システムの統一を創り出す」のである。このようにして規範的期待は、閉じた法システムの構造として、法システムの統一を創り出すものと考えられるのである。「同時に、法システムは、認知的に開いたシステムでもある。このシステムは、その閉鎖性にもかかわらず、いやそれどころかその閉鎖性によって、環境世界を志向し続ける。従って、このシステムはまだ学習能力を、しかも大いに発揮することができるが、常に規範的に閉じた自己再生産の統一に関係づけられている。」

「規範的には閉じた、認知的には開いている期待（予期）構造の差異は、同時にシステムへの準拠となる環境世界への準拠の分化に寄与するとともに、同時的プロセス化にも寄与する。システムはこのようにしてその機能に同調することによって区別され得るのであり、それ故に、システムの再生産を環境世界に委ねることはないのである。システムは規範的妥当性を要素に与えることができるのであるが、それはただ要素固有の性能においてのみ可能なのである。しかし、まさしくこのオートポイエシスの閉鎖性は、環境世界に関して認知的態度（立場）に高度の要求をする。システムの閉鎖性を保障するのは、そのすべてのオペレーションにおいて自己準拠性を伴い、しかもその自己準拠を、その時々生産された要素が規範的な性能を要求できるのか、それとも、できないのかに依存せしめることによってである。また、システムはその閉鎖性を、この要素の再生産の意味論を環境世界の条件にあわせてることにより、保障するのである。」⁽²⁾

(1) Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl., 1983, 3. Aufl., 1987, Westdeutscher Ve

-rlag, Opladen, VORWORT ZUR 2.AUFLAGE. 黒木三郎・大橋憲広・斉藤秀夫
訳「ニクラス・ルーマン『法社会学（第2版）』第2版への序，終章法システム
と法理論」比較法学20巻2号1986年，3頁参照。

(2) a. a. O., S. 356- 357. 邦訳7-8頁参照。

III 自己準拠的オートポイエシスのシステム理論に おける「複合性の縮減」

(1) 『社会システム理論』における複合性の縮減概念—村中知子教授の見解に依拠しつつ

(a) 既に考察したように、村中知子教授は、『社会システム理論』をはじめルーマンの多くの多くの著書，論文を翻訳し，詳細に研究されることによって，ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論においても，「複合性の縮減は，基底のないとなみであるが故に，一貫してキータームであり続けていると見なければならぬ」とされる。そして，「そのかぎりでは，複合性の縮減を基軸にしてルーマン理論は解釈されなければならぬ」と主張されるのである。「したがって，ルーマン理論の変化も，つねに複合性の縮減との連関を見失わずに，位置づけられねばならない。複合性の縮減という概念がルーマン理論から消失しているわけでは断じてない。なぜなら，意味は社会システムと心理システムの双方にとって，それぞれの複合性と自己準拠のための不可欠で不可避の形式として拘束力を有している，とルーマンによって捉えられているからである。さらに言えば，今田の指摘する意味の自己差異化も，システムによって意味が複合性として捉えられているから顕在化するのである。ルーマンにおいては，世界相関的なシステム概念が構想されていることからそれは明かである。⁽¹⁾」

(b) 教授は，そのことを，著書『ルーマン理論の可能性』において，さらに詳細に論じておられる。極めて正しい見解であると考えてるので，同書に依拠しながら，考察したい。

「複合性 (Komplexität) ないし複雑性の概念は、⁽²⁾ルーマンが初期の段階から使い続けている重要な概念の1つであるが、システムの存立のために不可欠なシステムのいとなみ (オペレーション) としての複合性の縮減 (Reduktion von Komplexität) は、わかりにくさとともに、しばしば誤解されて捉えられてきている。ルーマンによって、システムのもっとも基礎的なオペレーションを把握するための前提となる概念として位置づけられている。ここでは、複合性の縮減というルーマンの考え方は、その理論発展とともに廃棄されうるような概念ではなく、いずれのシステムにおいても、その基底にあるシステムの根本的ないとなみを支える概念であり、そのかぎりでは必須不可欠な基幹的な概念であることを可能なかぎり明示することにした。複合性の縮減とは、⁽³⁾いったいどのような自体を言い表しているのだろうか。」

「われわれ人間は、世界のなかで起こっていることのすべてに自己の行為をとおして関与しえないし、またそのすべてに関心を持てるわけではない。」
 「もし時間が無制限に使用可能であれば、そのすべてを追いかけることもできようが、⁽⁴⁾そうした想定は事実に反する。」「問題となる出発点は、われわれが多くの出来事⁽⁵⁾にかかわる可能性にさらされているにもかかわらず、現実にはそのなかのごくわずかのものにしか接近できないという原理的制約のもとにおかれているということにある。可能なものは時間の経過にしたがい、そのなかのあるものだけが現実的なものとなる。」「さらにくわえて、出来事とは、ある一定の時間においてのみ生起するものであり、必ずや消滅するものである。⁽⁶⁾そうした出来事から成り立つわれわれの生活営為は、つねに時間を前提にせざるをえず、なりよりも『あらゆることがらは現にみられるようにあり続けることはない』⁽⁷⁾ということを起点にしなければならない。」

「したがって、出来事は、第1に、いかにそれが確実なものにみえようとも、それ自体が多くの可能性のなかからの選択に依拠して生じている。」「現に存在するものはかならずそうした選択に基づいている。」「第2に、出来事はいかに確実にみえようとも、そのまま持続することをもくろむのであれば、たえず新たにそのようなものとして再生産され続けなければならない。」「そ

の場合にも、厳密にはまったく同じ出来事はあり得ず、実際には時間とともに変化しており、同じようなものとして再生産されているにすぎない⁽⁸⁾。ルーマンは、こうしたものごとの不確実性（背後にある多様性と変化可能性）を基礎にして現実を捉えようとしている。ルーマン自身これを『不確実性の公理』⁽⁹⁾と表現している。

したがって、ルーマンにあたっては、社会秩序の問題は、不確実なものがいかにして確実なものになっているかを問うことなのであり、あるもの（たとえば制度）が不変なままでありうることの基盤の探求をめざしているのではない。「ルーマンにあたっては、最初から時間に基礎をおいて変化を組み入れた理論の構築が前提とされている。時間の制約により、すべてのものに関わることができないがゆえに、ものごとは選択として生じている。そのさいの基底にあるとみなされなければならないのが複合性の縮減である。つまり、複合性の縮減は何人も逃れることができない事態なのである。」

「ところで、ものごとの不確実性を捉えることは、ものごとのコンティンジェンシー（Kontingenz. それ以外の可能性⁽¹¹⁾）の考察へと強要される。すなわち、ものごとの生起が選択であるなら、ものごとは現にみられるものとは別様でもありえたのであり（もちろん条件依存的ではあるが）、今後起こるであろうことがらも予期するものとは違って生じうる可能性（期待はずれ）を原理的に排除しえないことになる。時間的制約をもつ出来事には、過去、現在、未来にわたって選択から生じるコンティンジェンシーがつねに随伴しているとみななければならない。したがって、複合性の縮減という概念にはコンティンジェンシーという概念が相即的に組み込まれている。複合性の縮減とコンティンジェンシーとは、表裏一体のものであり、それゆえ、コンティンジェンシーも、ルーマンにあたっては、基幹的な概念となっている。

以上のことから、ものごとのありようがコンティンジェンシーと直接かわっていることを理論構成に組み込もうとすることは、現に存立しているものを無批判的に追認する態度とはまさにその方法において逆のベクトルをもつものと言わねばならない。

『ノーマルな状態の仮象を打破すること、現行の経験や習慣について批判的に考察してその正体を見破ること、この意味においての（超越論的意味あいにおいてではないが）現象学的還元が重要なのである。』⁽¹²⁾

現にみられる存在的なものの仮象をはぐことを可能にするのが、コンティンジェンシーについての考察である。現に存在するものだけを分析の焦点にしては、現実的なものの維持の条件へと問いが限定されてしまう。現にみられるものの背後にあるコンティンジェンシーにも分析の射程を広げることによって、ものごとの別様のあり方と可変性を問題にしうるというわけである。ルーマンは、従来のシステム理論が現行の秩序維持に貢献してきたとする批判を以上の『不確実性の公理』によって乗り越えようとしている。」

「ところで、以上のように把握される出来事の総体は、自分で直接に関わることのできる行為と、他者の行為に関わるもの、すなわち体験とに分岐している。⁽¹³⁾この両者に対して、すでに時間の制約によって、接近が限定されている。」「われわれは、自己の興味や関心、あるいは利害や必要性といったさまざまな要請から、つねに自己にとって関連のあるものだけを、多くの可能的な出来事のなかから選び出して関与していると言えよう。すなわち、ある選び出しによって複合性は捕捉されているのである。」

「だがその場合、ある観点（特定の準拠点）からのみ捕捉されるものだけが複合性であると考えわけにはいかない。この『わたし』だけでなく、他の多くの『わたし』が複合性を捕捉し、複合性を縮減している。そうであるがゆえに、複合性は、可能な出来事（世界もしくはあるシステム）の総体で⁽¹⁴⁾あると表現されなければならない。われわれは、こうした複合性に選択をおして関与している。これをごく一般的に表現すると、複合性の縮減となる。つまり、複合性の縮減とは、「いかなる複合性であるにせよ、そのすべてを把握することはできず、何らかの選び出し（選択）によって、複合性の一部が捕捉されざるをえないということに基礎を置いている。すべての選択にはかならずなんらかの複合性の縮減が不可避的に取り込まれているとみられる。したがって、複合性の縮減それ自体は、行為や体験が出来事であるかぎりは

きわめてありふれた日常的な営為であると考えざるをえない。」

「行為と体験の双方が複合性の縮減である。行為と体験の区別は、したがって複合性の有意味的な二重の縮減の区別であると考えられる。その区別は、世界それ自体の縮減か、それとも世界における特定の準拠点（たとえばある人間）による縮減かの差異として現出している。いいかえると、ある個人を起点にして考えるなら、縮減はあらかじめ与えられたものとして扱われるか（体験）、特定の観点をもつその人自身によっておこなわれるか（行為）のいずれかであり、その双方が人間の行動である。そうすると、複合性の縮減といっても、行為による複合性の縮減、他者の行為（複合性の縮減）を体験するという複合性の縮減、他者の体験（複合性の縮減）を体験するという複合性の縮減というように、現実の世界では、複合性の縮減による複合性の縮減が充ちあふれていることになる。しかも、他者の体験はすでにその他者以外の他者による行為もしくは体験によって複合性の縮減がなされている。個人を起点としても、これだけ錯綜した複合性の縮減が重なりあうわけであるのだから、複数の個人の織りなす複合性の縮減は級数的に増大してゆくのは見やすい事実であろう。この意味でまさしく、われわれは複合性の縮減から逃れることはできないのである。しかも、ある個人からみれば、そのつどごくわずかな選択のはたらきのみが行為として帰属されるにすぎず、世界は圧倒的にすでに規定されたものとして体験される。この点から、ルーマンは意味構成のさいの行為に対する体験の優位性を主張する。『縮減の負担はしたがって重点的に、けっして不変的というわけではないけれども体験におかれる。それとともに意味構成もまた基本的には体験を経て進展するのでなければならぬ⁽¹⁵⁾』』

「そうしてみると、複合性の縮減といういとなみをよくよく考えれば、複合性の縮減とは、人間がおこなう意味づけ一般と重なるものであり、場合によっては、意味づけ（ないしは情報処理）と読み変え可能である。場合によっては、という留保がつくのは、一つには、複合性の縮減はかならずしも意味にもとづいておこなわれるわけではなく、機械などのように意味から離れた

複合性の縮減がありうること、二つには、意味づけという場合、これまでつねに主体を前提にしてきたという伝統の制約があると考えられるからである。これまでのところ、主体はつねに個人であったが、ルーマンはこの主体概念を採用しない。これまでの主体概念は社会システムにも拡張されて、つまりは複合性の縮減は、社会システムにも用いられることができるとし、またそうしなければならないことが提唱されている。

行為と体験の区別は、ある個人を起点にすると、複合性の縮減が自他のいずれかに帰属されるかによる区別となるのであるが、社会システムにおける行為と体験の関係は、関与者が複数であるかぎりにおいて複数の主体を前提としなければならないがゆえに、錯綜したものとなる。諸主体間の関係が主体（個人）の複合的な関係として捉えられざるをえない。その場合、わたしだけでなく、またあなただけでなく、わたしとあなたの共同作業による意味づけ、つまり諸主体のそれぞれに還元しえない社会的なものの複合性の縮減は、どのように理論化されるか、という問題が提起される。それゆえ、意味にもとづく複合性の縮減のみを意味づけと規定することは可能ではあるが、主体をつねに個人として前提にする従来の考え方を連想させる意味づけではなく、また意味以外の複合性の縮減を捉えるために、一般システム理論に依拠したより広い上位概念として複合性の縮減という用語が位置づけられるとみてよい。その場合、主体か主体でないかがじつは問題なのではなく、ルーマンのねらいは、社会的なものの複合性の縮減をも捉えることにある。⁽¹⁶⁾

「ルーマンによれば、意味にもとづいて複合性の縮減を行うものだけが、意味システムであり、意味システムは、意味を用いて、体験処理や情報処理をおこなっているものである。」

「より分かりやすくいえば次のようになる。縮減はある人間にとっての可能的なものからの選択によってなされている。地平はこの可能性に照らして現れており、そうした地平から選択がおこなわれる。その場合、地平は選択肢の数ではなく、可能性の総体として現れている。この意味で、地平には終わりが無い。肝要な点は、『システム形成のあらゆる次元で世界は、選択によ

ってはじめでつくりだされるということにある。そうした選択の出所（世界）は、選択過程それ自体のなかで、いわば選択過程の沈澱物として成立する。されが地平として、個々の選択に対してあらかじめ与えられた秩序となる。』そしてまた、選択は準拠点をもつかぎりて非任意的に選ばれている。そうした選択は、意味によっておこなわれているがゆえに、意味のもつ否定と潜在化作用によって、複合性の縮減と複合性の上昇が同時的になされる。なぜなら、複合性は意味システムにとって引き続き保持され、それどころか増大して新しい選択や別様に可能な地平として世界を提示するからである。⁽¹⁷⁾つまり、選択にさいしては、規定と縮減との複合性の上昇が同時になされている。とはいえ、複合性の縮減と増大にはいかなる排除関係もなく、むしろ選択をとおして両者にある条件づけの関係が成立する。ある選択がなされたからといって、複合性がなくなるわけではなく、そうした選択にまつわる新たな複合性が生じることになる。しかし、ある選択をするかぎりて、一時的にもせよ、選択前提の複合性は縮減されている。つまりは、複合性の縮減とその増大とは選択を経由することにより、条件づけられているのである。そうであるがゆえに、固定的な可能性が前もって構成されているのではなく、選択によって形成されると把握可能になる。なぜなら、どんな人間にも規定不能な事態がつねに随伴しており、そうした規定不能な事態が選択の出所としての世界の複合性によって、確保されていなければならないからである。世界は現にみられる選択にのみ規定されて現れる複合性のみならず、規定不能な複合性を担保するものとしてある。意味は内部のみならず、外部（世界）をも指示しているのであり、だからこそ選択によって意味境界が形成される。ルーマンによれば、このことが意味のもつ否定と潜在化作用によって可能となるのであり、それが意味システムの特異性である。意味システムであるからこそ、複合性概念をシステム以外のもの（環境、世界）にも使用可能にさせている。ところで、意味づけをふくむ広義の複合性の縮減が、意味の価値づけ、ないしは意味の序列づけを前提にしているのは当然のことである。つまり、ある人間はその人間の特定の観点にもとづいて複合性の縮減を

おこなう。また、そうした特定の観点がなければ、そもそも複合性の縮減は生じえない。したがって、複合性の縮減には、特定の観点、あれではなくこれを選ぶのだという選択の基準となる図式が不可避免的に含意されている。これは、当然のことながら人間が異なれば、異なることを避けえない。「それぞれの人が依拠する図式には基本的に差異がある。」「おのおのの人間は、その特有の観点にしたがって、コミュニケーションし、行為し、体験する。これが従来主観性とか個性（個性）といわれてきたものの中身をなしていると考えられる。複合性そのものは、したがって、世界における可能な出来事（体験と行為）の総体と言い表すことができるが、複合性それ自体は、なんらかの縮減をつねに前提にしている。つまり、複合性が縮減されないままであれば、未規定性そのものであり、行為も体験も生起することがない。この事態をさして、ルーマンは、複合性は選択を強制していると表現している。

また、この複合性の縮減は、ある観点にもとづいてなされるものであるからには、つねに現におこなわれた複合性の縮減以外の他の複合性の縮減がありうる。そうでなければ、自我と他我における意見の不一致は生じえない。したがって、より精確には、複合性は選択の強制を、また選択の強制はコンティンジェンシー（それ以外の可能性）をコンティンジェンシーは期待はずれというリスクをつねに含意しているとさらに精細に規定されなければなら⁽¹⁸⁾ない。

だが、このルーマンの複合性の縮減は、ゲーレンの人間学が要請する負担免除（Entlastung）にひきよせられて、システムの存立の機能性のみを求める技術的関心であり、テクノクラートの意識と親和的であると論難されてきた。しかしながら、そうした論難は、システムをなんらかの制度化されて現に存在するものとしてのみ捉える存在論的発想法に呪縛されている。もし、現に存在する制度のためだけに、複合性の縮減が適用されるのであれば、その批判は当たっていると言える。その制度から利益を受けるテクノクラートの意識と親和的だとも考えられる。だが、複合性の縮減が意味しているのは、あらゆる人間のいとなみすべてに必ず伴うはずのものだということにある。

ルーマンはハーバーマスの先の批判にこう答えている。

『世界問題が諸システムに依存するということはそもそもまだ特定のシステムとか特定のシステム構造に依存することを意味していない。たしかに世界複合性は可能なシステム構造と無関係には把握されないが、しかしいずれかの特定のシステム構造に依拠して把握されるわけではない。したがって、いずれの個別システムにもくシステム形成によって構造された世界複合性>のようなものが機能的分析の可能な準拠問題として予め与えられてしまっている。したがって世界相関的な機能主義を、そのみかけだけにすぎないといったり、これを存立問題に解消したり、またさらに技術論であると規定することは⁽¹⁹⁾いづれもできない。』

あるものにとっての複合性の縮減が機能的に優位であるのなら、そうした複合性の縮減とそれ以外の複合性の縮減との関係こそが問われなければならないだろう。システム相関的な世界概念は、形式的には、あらゆるシステムに複合性の縮減が確保されていることを意味するのであり、特定のシステムの複合性の縮減に優位性を与えているのではない。ルーマンが問題としているのは、むしろある観点と無関係に複合性の縮減がおこなわれるということではなく、ある観点からしか複合性の縮減はなされえないということを中心とし、そのことからものごとの把握は出発しなければならないということなのである。

当然のことながら、ものごとの変化のさいにも複合性の縮減は生起している。あるものよりも別のものがよりよいと考えられる場合、そのよりよいと考える観点が、すなわち差異図式がかならず介在しているはずだからである。よりよい観点をめぐる争いは生じる可能性はあるが、最初からテクノクラートの観点が貫徹すると少なくとも仮定できない。この問題は、ルーマンが言うように、異なった差異図式をもつ人間の相互関係において、支配という関係が成り立つかどうかについての別の考察を必要とする。⁽²⁰⁾

したがって、より抽象化して言えば、差異のあるところにはかならず複合性の縮減あり、とみななければならない。しかも、差異はまた新たな複合性を

誘発する。それは、1つには、差異は差異をつくるものだからであり、2つには、すでに指摘したとおり、システムはシステムであるがゆえにすべての複合性を把握することはできない。(システムは必然的な限界をもつ)からである。

以上のような、複合性から生じる縮減の不可避性と複合性の完全な把握の不可能とから、第2の複合性概念が構築されているとルーマンはみている。それによると、複合性とは、複合性が不明確であること(つまり、これは捕捉しえない複合性がみえないこととみなせよう)、ないしは複合性を規定するさいの情報が不足していることの尺度ともなるのである。⁽²¹⁾

いずれにせよ、複合性の縮減とは、人間の介在するすべての出来事にならず伴われる事態と広く理解されなければならぬ。それゆえ、ルーマンの理論が展開されるにつれて、複合性という概念が重要でなくなるということはまず考え難い。ルーマン理論が発展するにせよ、衰退するにせよ、その変化の中身は、複合性概念を離れてはありえない。むしろ、その変化の内実はつねに複合性概念と関係づけられて提示されざるをえないだろう。⁽²²⁾

(1) 村中知子『ルーマン理論の可能性』恒星社厚生閣、1996年、55頁。

(2) 「長岡克行は、(Komplexität)の訳語として<複合性>」を採用している。その理由は、システム理論では、システムを構成している要素の数(ないしは異質性の程度)を複雑性(Kompliziertheit)と呼び、要素間の関係の数(ないし種類)を複合性(Komplexität)と呼んでいるが、ルーマンの使用方法は後者に属するからである。M.ルーマン、長岡克行訳、『権力』勁草書房、1986年、201頁参照。またルーマンも、J. Habermas/N. Luhmann, Theorie-Diskussion Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leistet die Systemforschung?, Suhrkamp, 1971, S. 296. ハーバマス/ルーマン著・佐藤嘉一他訳『批判理論と社会システム理論(下)』木鐸社、484頁において、KompliziertheitとKomplexitätの区別に言及して。わたしも<複合性>を採用する。その追加的理由は複雑性は、中立的でそのものとして客観的な複雑な状態をイメージしてしまうからであり、また少なくともKompliziertheitとKomplexitätは区別して使用しなければならないと考えられるからである。この点で、上記の翻訳である『批判理論と社会システム理論(下)』においては、その区別が度外視されている(村中・前掲書54頁(1))。正しい見解であると考えるので、これに従う。

- (3) 村中・前掲書19頁。
- (4) 村中・前掲書19-20頁。Vgl. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1984. S. 70. ニコラス・ルーマン, 佐藤勉監訳『社会システム理論』1993年, 65頁。
- (5) Vgl. a. a. O., S. 389 f. 邦訳(下)1995年, 537-538頁参照。村中・前掲書20頁。
- (6) a. a. O., S. 70. 邦訳(上)64-65頁。
- (7) a. a. O., S. 162. 邦訳(上)176頁
- (8) Vgl. a. a. O., S. 79. 邦訳(上)76-77頁参照。
- (9) a. a. O., S. 162 ff., 邦訳(上)176頁参照。
- (10) a. a. O., S.164. 邦訳(上)178頁。
- (11) Vgl. a. a. O., S. 166 ff.,187 ff. 邦訳(上)181頁, 209頁。
- (12) a. a. O., S. 162. 邦訳176-177頁。
- (13) N. Luhmann, "Erleben und Handeln," *Soziologische Aufklärung* 3, Westdeutscher Verlag, 1981, S 67-80.
- (14) J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie- Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp, 1971, S. 312. 佐藤嘉一他訳『批判理論と社会システム理論(下)』木鐸社, 1987年, 398頁。
- (15) a. a. O., S. 306. 邦訳(下)393-394頁。
- (16) Vgl. Luhmann, *Soziale Systeme*. S. 594 ff. 邦訳(下)799-801頁参照。なお, 村中・前掲書56-57頁(15)(16)参照。
- (17) Vgl. J. Habermas/N. Luhmann, a. a. O., S. 308. 邦訳(下)395-396頁参照。
- (18) Luhmann, *Soziale Systeme*, S.47. 邦訳(上)38頁。
- (19) J. Habermas/N. Luhmann, a. a. O., S. 298-299. 邦訳(下)387頁。
- (20) Luhmann, *Soziale Systeme*, S.37. 邦訳26頁。
- (21) a. a. O., S. 50 邦訳42頁。
- (22) 村中・前掲書20-30頁。

(2) 『法社会学』第2版「終章」における「複合性の縮減」

ルーマンは、『法社会学』第2版終章においても、オートポイエシスの法システムは、規範的、回帰的に閉じたシステムであり、その統一は環境世界の複合性を縮減することによって創生されると述べていることに注目したい。このように、ルーマンでは依然として複合性の縮減は法システムの統一ために重要な機能を果たしているのである。「オートポイエシスの法システムは、その自己継続性(連続性)に関していえば、回帰的に閉じたシステムとみな

なければならない。そのようなシステム内で統一の機能を果たすものはシステム外に帰すことはできない。この意味で、例えば生命、意識、そして社会的コミュニケーションはそれぞれ閉じたシステムである。それぞれのシステム内で操作的（機能している）要素として（細胞、表象、コミュニケーションとして）機能するものは、その統一をこのシステム内でのみ、そしてこのシステムによってのみ獲得できる。すべてのそのような統一は、環境世界との関連では、どれもつねに集積的な機能と選択的な機能を持ち合わせている。これらの諸機能は環境世界から取り出され得るのではなくて、環境世界の複合性をまさに縮減しなければならぬ⁽¹⁾。」

(1) Juhmann, Rechtssoziologie, 3. Auff., 1987, S. 355. 邦訳5頁参照。

(3) ルーマンシンポジウム（1991年）におけるルーマンの回答

なお、河上倫逸編『[ルーマンシンポジウム] 社会システム論と法の歴史と現在』未来社、1991年、118-119頁においても、ルーマンが、岩倉正博教授の質問に答えて、彼の「複合性の縮減」概念の正当性を強調していることも参照されるべきであろう。

(4) クニールとナセヒの見解に対する批判

既に考察してきたように、ゲオルク・クニールならびにアルミン・ナセヒは、その著書『ルーマン社会システム理論』（館野受男・池田貞夫・野崎和義訳、新泉社、1995年、53頁）において、「ルーマンは、のちに彼の社会システム理論に広範囲な変容を加えている。」そこでは、「複雑性の縮減という」「この定式は社会システム理論の内部におけるその支配的な位置を失っている」と結論づけている。

しかし、クニールとナセヒは、『社会システムによる世界の複雑性の縮減』として、ルーマンの著書『社会学的啓蒙』第1巻（Luhmann, Soziologische Aufklärung, Bd. 1, 1. Aufl., 1970.）に基づく説明を行っているだけで

ある（館野・池田・野崎訳46頁以下）。その説明自体は簡潔かつ要領よくまとめられていて、理解し易い。なお、ルーマン同書第3版の邦訳として、土方昭監訳『改訂版 法と社会システム—社会学的啓蒙』がある。そのうちの特に「社会システム理論としての社会学」（Soziologie als Theorie sozialer Systeme）の第3章「複雑性の把握と縮減」（大里巖訳）133-136頁も参照。

その根拠も何一つ述べていない。その点に関する限り、ルーマンの『社会システム理論』を詳細に考察した上での結論であることを推察させる説明は何もない。なお、同書では、本稿がより重視する規範的期待（予期）と認知的期待（予期）についてもまったく触れられていないのである。

IV ヤコブスの積極的一般予防論の発展 — 『刑法総論』初版と第2版の比較検討

(a) ヤコブスの積極的一般予防論の内容部分（本稿2-3頁）については、『刑法総論』初版（1983年）と第2版（1991年）で全く同一で、何らの変更もないことをまず確認しておきたい。ヤコブスの積極的一般予防論は、ルーマンの『法社会学』初版（1972年）の法システム理論に依拠するものであった。ところが、ルーマンは、その後『法社会学』第2版（1983年）や『社会システム理論』（1984年）等においてその理論を発展させ、自己準拠的オートポイエシスのシステム理論を主張するに至った。にもかかわらず、ヤコブスの積極的一般予防論の内容は、その後の『刑法総論』第2版においても全く変わっていないのである。

ルーマンは、自己準拠的オートポイエシスのシステムを既に考察してきたように次のように定義している。

「あるシステムを自己準拠的システムと言い表すことができるのは、そのシステムが、そのシステムを成り立たせている諸要素をしかるべき機能をはたしている統一体としてそのシステム自体で構成しており、と同時に、こうした諸要素間のすべての関係が、こうしたシステムによる要素の自己構成をて

がかりとして作り上げられており、したがって、こうした方法により、そのシステムがみずからの自己構成を継続的に再生産しているばあいである。」また、「その作動の継続に不可欠なものすべてを、みずから生み出す必要があるシステム」あるいは、「それが必要としているあらゆる種類の統一（システム自身の統一およびシステムを構成している諸要素の統一）を自ら創り出すシステム」、さらには「そのシステムの諸統一の再生産の統一」とか「自己創生」、「自己産出」とか定義している。

ルーマンは法システムについても、システム自らが自己の統一を創り出していると考える。そして、ルーマンは一貫して、法とは整合的に一般化された規範的行動期待が法であるとし、この規範的期待が環境世界の複合性をまさに縮減しながら、法システムを統一し、法の妥当性を創り出していると考えているのである。

ヤコブスは、彼の積極的一般予防論を次のように主張する。「社会的接触を可能とするためには」、「安定した規範的期待」が必要であるとし、「積極的一般予防モデルによると、刑罰は社会的接触の際の期待確実性を保障し、それによって社会を可能にする」とする。従って、「刑法の任務は、本質的な社会形態の維持のために、その一般的な遵守が放棄され得ない、そのような社会規範の保障にある」とし、この任務を規範認知の訓練（規範の信頼の訓練、法への忠誠の訓練、帰結甘受の訓練）による一般予防によって行おうとするのである。刑罰の任務は、規範違反に対する反作用（否定）によって違反された規範が堅持されるべきことを表明するのであり、規範妥当の確認である。積極的一般予防論は、ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論、その立場の法システム理論と何等矛盾しないものとする。ヤコブス自身もそのように考えるものと思われるが、ヤコブスは『刑法総論』第2版でも、ルーマンの『法社会学』初版を引用するのみであり、ルーマンの同書の第2版ならびに『社会システム理論』等については何も触れていない。ヤコブスがこの点についてどのように考えているかを今後さらに明確にしたい。

(b) ところで、ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論では、システムみずからが自己の統一を創り出し、回帰的閉鎖性と開放性をあわせ持つことが強調されている。法システムは、規範的には閉じ、認知的には開いたシステムであるとされている。開放性は閉鎖的な自己再生産を前提とし、まさに閉鎖性に依存しているのである。

ヤコブスの『刑法総論』第2版で、積極的一般予防論について大幅に手を加えられ、追加部分が多いのは「刑罰によらない紛争解決」部分である。それは、ルーマンが、システムは回帰的閉鎖性と開放性をあわせ持つことを強調し、法システムは規範的には閉じ、認知的には開いたシステムであると主張していることが、ヤコブスの積極的一般予防論に影響を及ぼしているのではないかと考えている。

そこで、ヤコブスの『刑法総論』第2版の「刑罰によらない紛争解決」については後で詳細に紹介することにして、ここでは次のことを述べておきたい。

『刑法総論』初版では（田中久智・田中りつ子（里見理都香）「積極的一般予防論に関する一考察」139-140頁等を参照して頂きたいが）、「刑罰によらない紛争解決」は、ヤコブスは例外的、遠慮がちに認めていた感じがする。刑罰なき紛争解決は、まず、規範の否定が取るに足らないとされる場合、反作用はもはや必要ではなくなるからとされた（1/12）。それ以外には狭い範囲で認められたにすぎない（1/13 2）。第一に、違背された期待を安定化することが事実上不可能で、期待を放棄することがあるとされた（初版1/13 2 (a)。第2版でも1/13 2 (b bb)に残されている）。第二に、紛争を知らない場合で軽微な事件の場合は、反作用は加えられない、とされた（初版では、1/13 2 (B)。第2版では1/13 2. b cc)。第三に規範的期待を認知的期待に解釈し直して、それに応じて反応する場合があると述べられているだけである（1/13 2 (C)）。しかし、『刑法総論』第2版では、前述のように、ルーマンの自己準拠的オートポイエシスのシステム理論に基づき、「刑罰によらない紛争解決」の範囲が従来よりさらに広く認められており、論述も詳細で、

緻密になり、体系的に論じられ、積極的一般予防論の考え方がさらに進められているように思われる。損害賠償や慰謝料も、違反された規範の妥当を確証するものと説明されているし、損害の程度にだけは依存しないとされている点も注目される。次に、その点について詳細に考察することにする。

「『刑法総論』第2版の『D. 刑罰によらない紛争解決』」

(1/12) 1. あらゆる(知れわたった)規範違反に対し刑罰が科されるわけではない。

この説明は初版も第2版も同じである。しかし、初版のそのあとの説明が「規範の否定」が「取るに足りないとされている」場合、「反作用はもはや必要でなくなる」という趣旨であるのに対し、第2版では、次ようになっている。

「規範を否認する行為者の能力が否定され得る場合(例えば、行為者が子供であるとか精神病者であり、いずれにしても標準的でない場合)、あるいは、行為者が行為する状況が、特別の状況と定義され得る場合(例えば、生命の危険のある苦境での行為で、これについて責任を負う必要のない場合)には、刑罰は科され得ない。」

(1/13) 2 a) それとともに、(初版では「狭い領域で」とされていたが、第2版では削除)別の反作用可能性がある。(以下第2版で追加)「刑罰は機能的等価物によって代替されることができる。その上さらに、紛争事例の発生を無条件に待つ必要はない。すなわち、紛争の回避は刑罰を不必要とする。しかし—いずれにせよ—あたりは—ユートピア的秩序が成立するまでは、刑罰の機能的等価物のためにも、また紛争回避のためにも(何かある損失という意味での)コストが生ずるのであり、分担しなければならない(Rdnr. 2/26以下の「刑罰の補充性について」を参照)。

強制的に生ずるあらゆる不利な反作用は、非公式の帰結を有する。すなわち、このようなコストを負担する者は、自己管理能力のなさを示し、従って能力の欠如を証明するものである。さまざまな形のあらゆる強制的な解決は、従って行為者の地位を危うくする。

模範的な（紛争）解決の可能性として、次のようなものがある。

（1/13 2 b aa）例えば、被害者自身が攻撃的な状況形成に寄与していることが指摘され得るような場合（刑法第33条過剰防衛，自招侵害；刑法第213条（故殺の比較的重くない事態—田中注）の列举部分に基づく刑の軽減，刑法第199条；第233条の仕返しの場合）には，紛争は被害者に責任が押しつけられるのである。」

bb）（初版では1/13 2 a）（変更のない部分）（期待はずれの事実に適合すべく—筆者注）人は違背された期待を放棄することがある。しかも，期待の正当性の欠如（根拠の欠陥）を理解したからではなく，それを安定化することが事実上不可能であるからである。その実例としては，第3次刑法改正法によるいわゆるデモ犯罪に関する処罰規定の取り下げ，（以下第2版で追加）「表向き刑法第218条2第2項第3号によって適応とされた妊娠中絶の多くの事例，所有権犯罪における実務での不起訴の領域（たとえば自転車窃盗）がある。—最後の事例のように—認知的（犯罪—非行を実際に予防する）保障（自衛）が可能でない限り（以下変更なし）放棄は繰り返され得るから，それはそれ自体，規範的方付けの安定を脅かしている。」

cc）（初版では1/13 2 b）（以下書き直し）「人は紛争について知り得るが，しかし，紛争を知らなかったから，そのように振る舞うことができる。」（以下変更なし。）このような拒否も一つの反作用である。」「非公式の領域では，過誤の大量の見落としは周知のことである。刑法規範の場合，その例は大抵軽微な違反の領域にある。」

dd）（以下第2版で追加）「犯罪から保護するための最良で，私的な認知的方法は，高い費用がかかる。例えば，保護財が回収されなければならないとするならば，たいていはその機能を失う（埋めて隠した金は利息を生まない）か，あるいは管理する必要がある，（検査官やガードマンを完全にやっつけることのできる者が果しているだろうか？）。私的保護の欠点は，保護の任務を国家に委ねていることによるのである（ホブズ）。国家は勿論その任務を最良の方法で配慮はするであろうが，破壊される前に保護しなけ

ればならないシステム（個人）を破壊してしまうのである（その国家は全体主義国家になるのである）。このように最良で、私的、なならびに公の保護に対して異議を申し立てたからといって、紛争解決のための次善の策の保護でよいというようなことを言っているわけではない。従って、被害者の軽率さや警察による統制が適切に行われなかったことは、単に刑の軽減の根拠になるだけではなく、また特に改善処分や保安処分がかなり限定されたものである限りで、適法とされるのである。

すべての認知的保護が、一時的な事柄でない場合には、それは規範的な側面に立つのである。（それは義務になるのである。）社会の歴史権力的な第一形態が当為形態に影響を及ぼすことは、事実的なものの規範的な力と称される。」

（1/13 c ee）（以下追加）「多くの別の非刑罰的反作用がいわば認知的期待装置と規範的期待装置との間で行われている若干のものと同じように光彩を放っているのである。

1）そのことは、処分による犯罪の保安的あるいは教育的影響にも妥当する（1/53以下）。処分は、行為者における行為の欠点の認定（確定）の後で行われるのである。すなわち、それは、人々が、帰責上の欠陥がなく、このような誤った態度を有責であるとして帰責させるであろうという意味において、厳格な不承認の告知を含むのである。」

2）（初版では1/13 cにあった文章） 行為者の負担においてこの不承認を強化するという予告としての公の不承認（刑法第56条の刑の延期，刑法第59条の刑を留保して行う警告）では、（常に公的に有罪判決が言い渡されなければならない）という部分的な規範的解決とともに、（将来の良い態度が具体的な科刑によって強いられなくてはならない）という部分的な認知的解決が問題になる。なお、刑事訴訟法第153条による調整が行われる。

3）（以下第2版で追加）「刑法による有罪宣告の後で、民法による反作用が不承認を繰り返す。民法上の反作用は、また刑法による有罪判決に代わって行うことができる。特に、犯罪の結果の除去としての損害賠償、（しかも、

より強力になお慰謝料）が違反された規範の妥当を確証（確認）するのである。その上、その費用はたいていの場合賠償義務者が見せしめとして支払われ得るのである。

被害者の承認を得るために、また損害賠償責任を負わされる性質は、ケースバイケースで実現される。この結果は、しかし、必ずしも無理強いされたわけではない。一規範違反の意義は賠償されるべき損害の程度に基づくわけではない。（損害の程度は、結果の発生しない謀殺未遂では、同じく0であり、刑罰制裁を科さない規範では一例えば、過失器物損壊の禁止では一物を破壊しつくしてしまう程度にまで達し得るのである）。にもかかわらず、ケースバイケースで犯罪結果としての賠償義務はそれで十分である。その上に、多くの犯罪において、被害者にとっては刑罰よりも賠償義務を優先させることになるのであろう。さらに一民法の範囲を越えた一包括的な行為者一被害者一清算が考慮されることになる。」

4）（以下第2版で追加）「少年刑法は、2つの処罰的反作用を知っている。すなわち、少年刑罰と一群の懲戒手段である。それとともに、非処罰的（行為の『ゆえに』ではなく、ただ行為『を機として』のみ科される）一群の教育措置という反作用がある（少年裁判所法第5条第1項ならびに第2項）。未成年者に対する特別の取り扱いが存在し、最近では、勿論その取り扱いがさらに進められ、開かれている限りで、刑事訴訟法ならびに少年裁判所法で意図されていた『標準的』刑事訴訟を放棄して、それに代って軽微な、および重大とはいえない中間的犯罪行為と少年犯罪に対する迅速な反作用を、烙印を押す効果をもたらすことなく、許容する非公式な訴訟形式および反作用方法を発展させる試みがなされている（刑法的解決の迂回）。その多様性は、軽微事件における警察の無為（怠惰）（何もしないディパージョン）から徹底した教育的プログラムまでであるのである。

5）（以下第2版で追加）「まさしく自然的刑罰は、それによって『悪徳は自らを処罰することになるが、それは不承認の効果を有する。何かある態度の帰結（それは単純な不幸であろう）が問題なのではなく、特別の誤った態

様が問題なのである。損害を自然的刑罰と定義する者は、損害の根拠を承認しない。一過失における自然的刑罰の危険については、以下の8/5を参照。」

6) (以下追加)「自然的刑罰の逆のものは、犯罪の利益である。従って、その『利潤の吸い上げ』が処罰する反作用である。」

(付記)

1, これまで「自己準拠」概念を厳密に定義することなく用いてきたので、ここで定義しておきたい。

ルーマンは次のように述べている。

「準拠の概念で、区別という要素と表示という要素からなるオペレーションを言い表わすことにしたい。」「準拠とは、あるものを、それ以外のものと区別したうで、そのあるものを表示するということである。⁽¹⁾」従って、自己準拠とは、「基本的に自己そのものに準拠することを言い表わしている。そのゆえ自己準拠も」「自己にもとづいて自己を表示することになる。⁽²⁾」「自己準拠概念の基本的特徴は、そのさいの準拠というオペレーションが、その準拠というオペレーションによって言い表されることがらの一要因となっていることにある。つまり、自己準拠のさいのオペレーションは、そのオペレーションそれ自体がその一部となっているなにかあるものを表示している。」「ルーマンによれば、この自己に対して、なにが割り当てられるかによって、三つの自己準拠が区別される。その三つとは、基底的自己準拠、再帰性(過程的自己準拠)、再帰(システムの自己準拠)である。⁽³⁾」

「基底的自己準拠とは、自己として指示されるものがシステムの要素である⁽⁴⁾ばあいである。」「要素と関係の区別が自己準拠の基盤となっているばあいである。」「過程的自己準拠は、要素としての出来事の事前と事後の区別が自己準拠の基盤になっているばあいである。」「再帰とは、システムと環境の区別が自己準拠の基盤となっている場合である。⁽⁵⁾」

「準拠概念は、観察概念に関係づけて規定されなければならない。」「あるもの

とそれ以外のものとが区別され、そのことを手がかりとして表示されるものについての情報が獲得されるばあいにはいつでも、準拠することは、観察することになる。⁽⁶⁾」

- (1) Luhmann, Soziale Systeme, S. 596. 邦訳（下）801頁。なお、村中知子『ルーマン理論の可能性』74頁以下参照。
- (2) 村中・前掲書75頁。
- (3) a. a. O., S. 600. 邦訳（下）807頁。
- (4) 村中・前掲書76頁。
- (5) a. a. O., S. 600 ff. 邦訳（下）807頁以下。
- (6) a. a. O., S. 600 f. 邦訳（下）801-802頁。

2 本稿の登載を快くお認め頂いた編集委員上原由起夫教授には、心から感謝申し上げる次第である。上原教授の御好意なくしては、本稿の公刊は勿論、完成も望めなかったと考えている。また、株式会社敬文堂阿久津信也専務取締役にも、編集・印刷の過程で大変お世話になった。厚く御礼申し上げる。国土館大学大学院の池田恵さん、渡辺純一君からも論文作成にあたって献身的な協力を得た。感謝の意を表したい。