

不確実性の法的制御・序説

戸部真澄*

目次

- 一．不確実な日常
- 二．リスク社会
 - 1．自然科学におけるパラダイム転換
 - 2．現代技術と人間の限界
 - 3．リスク社会
- 三．リスク社会における法的制御の困難性
 - 1．古典的制御モデル
 - 2．古典的制御モデルの困難性
 - 3．法的制御のディレンマ 法化（Verrechtlichung）論から
- 四．結びにかえて

一．不確実な日常

我々は今日、高度な科学技術と社会システムを発展させることによって、便利で快適な生活を享受している。現在では、1960～70年代に見られた激甚な公害はさしあたり姿を消し、我々を取り巻く環境は（未だ不十分ではあるとしても）少しずつ本来の姿に近づきつつある。

だがその一方で、現代社会は、日々新たに、複雑で解明しがたく、危険とも安全とも言い難い、きわめて不透明で不確実な状況を生みだしている。今我々が安全だと思っているこの空間が、数年後には危険なものとして判明するということが、決してありえないことではない。その可能性を現在の時点で確実に否定できないところに、まさに現代社会特有の危険性がある。

* とべ・ますみ 立命館大学准教授

例えば、いわゆる「杉並病」¹⁾の問題がある。「杉並病」とは、1996年4月以来、東京都清掃局杉並中継所とこれに隣接する杉並区立井草森公園の周辺住民から、喉・目・胸の痛み、皮膚のかぶれ、吐き気、頭痛、倦怠感をはじめとした様々な健康被害の訴えが相次いだことから、これら原因不明の症状を指しているものである。これらの症状の発生時期と中継所開設・公園開園の時期の一致等から、当初より特に中継所からの排気（排気塔及び換気塔から排出されるガス）に疑いの目が向けられ、それ以後、東京都と杉並区は各種の調査や検診等を繰り返し行ってきた。

原因究明作業は難航したが、ようやく2000年3月31日になって、東京都が一部の被害者の健康被害と中継所及び公園との因果関係を認めた報告書²⁾を提出し、杉並病をめぐる問題は一応の区切りを迎えた。東京都によれば、杉並病の原因は「中継所の排水」と「公園の添え木に用いられた防腐剤」にあるとされ、かねてより疑問視されていた「中継所の排気」については、排出基準値や作業基準値を下回っていたこと等から健康不調の原因として明確に説明しうるような濃度ではないとされ、杉並病との因果関係は否定されることとなった³⁾。そして、原因物質たる防腐剤は既に揮発し、排水についても適切な処理が施されたことから、杉並病の問題は解決したというのが東京都の見解である。

しかし、中継所から排出される化学物質は日々持ち込まれるゴミの組成に応じて様々に変化するものであり、東京都等によって調査された物質はそのうちの数十に過ぎない。また、排水や防腐剤が原因というだけでは説明できない被害も生じていた。このような理由で、2002年6月26日、公害

-
- 1) 杉並病についてはさしあたり、戸部真澄「ドイツ環境行政法におけるリスク規制(上)」自治研究78巻7号106頁以下を参照。
 - 2) 「杉並中継所周辺環境問題調査報告書」及び同「資料集」。なお、これに先立って、杉並区は1999年9月に中継所と杉並病との相関関係を認めた「井草森公園周辺環境問題に係る健康調査結果報告書」を提出している。
 - 3) 中継所からの排気に関する調査結果の考察については、東京都報告書12～13頁、同26～27頁、同29頁参照。

等調整委員会は、杉並病の原因が中継所からの「排気」を含めた化学物質にあるという裁定を下した⁴⁾。

もっとも、この裁定によっても、原因物質が特定されたわけではなく、排気を中心とした中継所からの化学物質全体が原因であるとの「推認」にとどまっている。つまり、真の原因が何であるかは依然不明なままなのであり、仮に今後原因究明を進めたとしても、結局のところ真相は、そのほとんどが未解明な無数の化学物質の間に消え入ることになる。その意味ではむしろ、東京都の明確な原因の指摘を覆すこの裁定によってその不明さはさらに増したと言えるかもしれない。現在のところ、換気塔へのフィルター設置等の対策により被害は鎮静化しているとされる。しかし、原因が不明である以上、またいつ何時同様の被害が生じるかもしれない、周辺住民が不確実な危険にさらされていることに変わりはない。

このような不確実な危険の例は他にもいくつか挙げることができる。例えば、高圧線等に由来する超低周波電磁波の健康リスク⁵⁾や、いわゆる「低周波音」⁶⁾の問題がそれに当たる。即ち、従来、騒音については、もっぱら音量に着目し一定デシベル以上のものにのみ有害性が認められたきたが、近年では、音量にすればきわめて小さい、聞こえるか聞こえないかという程度の低音の危険性が問題となり始めている。この問題について、環境省は、全国規模での調査結果において、騒音・振動に起因する頭痛・不快感等の心身に關する苦情が低周波音による可能性があることを示唆しているもの⁷⁾、

4) 公調委平成9年(ゲ)第1号杉並区における不燃ゴミ中継施設健康被害原因裁定申請事件。この事件は、被害者住民らが、杉並病の原因が中継所から大気中に排出された有害物質にあるとの裁定を求めた事件である。

5) 電磁波の健康リスクやそれに対する規制の動向については、戸部真澄「日独における電磁波規制の動向」一橋法学1巻1号139頁以下を参照。

6) 低周波音とは、100Hz以下の低周波数の可聴音及び20Hz以下の(聴覚で感じ取れない)低周波空気振動を指す。例えば、室内に響いてくるエアコンの室外機の作動音や、隣家から漏れ聞こえるオーディオのベース音等が典型である。低周波音については、「特集/低周波音」環境管理38巻7号605頁以下を参照。

7) 環境省報道発表資料「低周波音全国状況調査結果について」(2002年6月27日)

科学的な説明は十分にはなされていない。

このように、現代社会に生きる我々はもはや確実な安全・安心を手に入れることはできず、一見何事もなく平穏に見える日常が一夜のうちに危険な日常に転化するということもありうる不確実な日常に生きているのである。

二．リスク社会

1．自然科学におけるパラダイム転換

我々の日常がこのような不安定な地盤の上に成立しているということは、自然科学の世界では既に自明なことに属している。かつて数十年前までは、自然科学においても「ニュートンの」と言われる機械的・還元主義的な世界像が支配していた。即ち、この世界は全ての要素が均衡した秩序として存在し、秩序の変化は、そこに何らかの原因が生起し（例えば、風が吹いて）、それによって何らかの結果が生じる（例えば、リンゴが落ちる）という無数の因果の連鎖によって説明可能とされていた。

そこでは、過去から現在・未来へと至る均質な時間の流れの中で、全ての事象は過去の出来事に因果的に還元可能であり、かつ将来にわたってその因果性は反復されると確信されていた。人間は経験を通じて様々な事象の因果法則を発見し、それによって将来をより正確に予見できるようになる。予測がはずれた場合は、再び行為前の段階に戻るだけである。我々は、そこからまた再び別の経験を通して試行錯誤し、因果法則の精度をさらに高めていくことができる。

つまり、事象の線形性、不変の因果法則の記述可能性、経験の反復可能性、予測可能性、作用の可逆性、トライ・アンド・エラーの可能性といったキーワードによって形成される均衡した秩序がかつての自然科学の世界像に据えられていたのである⁸⁾。

8) 以上の点については、Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland (2000), S.92;

ところが、やがて、このような世界像はこの世界の真の実相とは必ずしも一致しないのではないかと疑念が自然科学を支配するようになる。自然科学における「パラダイム転換(Paradigmenwechsel)」と呼ばれるムーブメントがそれである⁹⁾。

ニュートン的な世界像においては、出発点において全てのパラメーターの均衡状態が想定されていた。しかし、科学技術の進歩による解析・分析能力の時間的・空間的拡大にも後押しされて、自然界においては諸要素が絶え間なく複雑に相互作用しあい、安定した均衡点を想定しえないということが明らかとなってきた。例えば、山や森は「いつも変わらずそこにあるもの」ではなく、生物間や生物と非生物的環境の絶え間ない食物連鎖や物質・エネルギー交換によって生成され続ける生態系システムであることが解明されてきた。そこでは、世界は静態的な均衡ではなく、複雑な関係のネットワークによる動的なプロセスとして捉え直される。

そのため、利用される科学技術の高度化も相まって、我々は事象間の因果関係を容易に語るができなくなる。例えば、ある物質の排出が、長い時間的スパン、広い空間的広がりの中でどのような環境影響を持つかを正確に予見することは困難である。ドイツでの森林枯死の原因が、きわめて遠方からの物質の飛来や多様な物質間の相乗効果にあったことは、その端的な例である。さらに、先端技術の持つ影響力の大きさと影響の不可逆性から、もはや我々は経験を通したトライ・アンド・エラーに頼ることもできない。

Köck, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, AöR 1996, 18; Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 1993, 493; Ritter, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit Ökologie, DÖV 1992, 643. を参照。

9) 以下の点については、Franzius, a.a.O. (Fn. 8), S. 92; Wittkämper, Abschied vom Staat in der Umweltpolitik, in: Voigt (Hrsg.) Abschied vom Staat (1993), S. 296f.; Waechter, Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten, Der Staat 1999, 283f.; Köck, AöR 1996, 5ff. und 18; Scherzberg, VerwArch 1993, 493ff.; Ritter, DÖV 1992, 641ff.; ラデーア「危険の予防とリスク処理」土方透=アルミン・ナセヒ編著『リスク』(新泉社, 2002年)99頁以下を参照。

かくして、かつての世界像とは対照的に、現代の自然科学が想定する世界像は、非線形性、恒常的な変化、諸要素の複雑・多様な相互関係、作用の非連続性、時間・空間的拡大、予測不可能性、作用の不可逆性等の「不確実性」によって特徴づけられることになる。つまり、この世界はその常態において「不確実性」に満ちた「カオス」なのであり¹⁰⁾、我々が発見した自然法則や確立した秩序は、そこに浮かぶ「小島」のようなものとして捉えられるのである¹¹⁾。

2. 現代技術と人間の限界

現代の科学技術社会にとっては、上記のような自然科学におけるパラダイム転換だけでなく、科学技術を取り扱う人間側の問題も大きな不安定要因となる。

先端科学技術は人間の能力の限界領域にある。遺伝子工学が既に数十年の歴史を持つとしても、例えば遺伝子組換え生物の環境影響の問題のように、まだ現在の時点では広大な未知・不知の領域がその先に広がっている。先端科学技術が先端的であるのは、まさに人間の能力の先端に位置しているからである。

そのため、それを取り扱う人間は、実験、測定、評価、利用等に際して常に手探りを強いられる。しかし、既述のごとく多くの現代技術は人や環境に対し大きな不可逆的な影響を及ぼしうるために、実地でのトライ・アンド・エラーを繰り返すことはできない。他方で、現代技術の危険は究極的には当該技術を実地に投入してはじめて明らかになるものでもある¹²⁾。したがって、我々は、当該技術が我々自身に大きな問題をもたらすかもしれないにもかかわらず、常に「不完全な知」に基づく実験やシミュレー

10) Vgl. Köck, AöR 1996, 18; Scherzberg, VerwArch 1993, 493f.; Ritter, DÖV 1992, 643.

11) Vgl. Scherzberg, VerwArch 1993, 493.

12) Vgl. Richter, Gentechnologie als Regelungsgegenstand des technischen Sicherheitsrechts (1989), S. 251; Scherzberg, VerwArch 1993, 486ff.

ションからの「予測」に頼らざるをえないのである¹³⁾。

理論的な実験やシミュレーションによって予測の要素が増大するにつれ、そこにはそれを判断・評価する者の「主観」が入り込む余地が広がる。往々にして、科学者は自己の知的判断を過大評価する傾向にあるとされる。もしそうであるなら、現代科学の方向性、つまりは我々の社会の方向性は、決定者(科学者、官僚等)の主観という不安定な要因によって左右されるということになる¹⁴⁾。

加えて、このような人間の「理性的な能力」の限界だけでなく、人間の非理性的な「悪意」も高度な技術を手にした現代社会にとっては大きな脅威となる¹⁵⁾。例えば、チェルノブイリの原発事故では意図的な安全装置の停止が惨事をより大きなものにしたのであり¹⁶⁾、日本での株式会社 JCO による臨界事故も取扱者の純然たる怠慢によるものであった¹⁷⁾。

3. リスク社会

以上を要すれば、我々は、現代社会において、科学技術の発展・利用等によって自身を取り巻く状況を自らますます不確実かつカオス的なものにしていくと同時に、人間の能力という不完全な道具によってその中に何とかして「秩序の小島」を見いだし、そこに自身を繋ぎとめておこうとしているということになる。つまり、我々は、わざわざ困難な状況に身を投じ、それに苦しめられながらも同時にその苦境を克服しようとしているのである。

13) Vgl. Richter, aa.O. (Fn. 12), S. 250; Ritter, DÖV 1992, 642f.; Nicklisch, Das Recht im Umgang mit dem Ungewissen in Wissenschaft und Technik, NJW 1986, 2288.

14) Vgl. Richter, aa.O. (Fn. 12), S. 252; Scherzberg, VerwArch 1993, 504f.

15) Vgl. Richter, aa.O. (Fn. 12), S. 249f.; Scherzberg, VerwArch 1993, 485f.; Denninger, Technologische Rationalität, ethische Verantwortung und postmodernes Recht, KritV 1992, 131.

16) Vgl. Scherzberg, VerwArch 1993, 501.

17) 高橋滋「安全確保における資格制度の機能に関する考察」日本エネルギー法研究所『原子力安全確保のための法のあり方に関する総合的検討』(2001年)3頁以下参照。

我々はこのような自己分裂的な振る舞いを止めることはできない。なぜなら、よりよい生活を求める人間の欲望には限りがなく、それを可能にする科学技術の進歩を止めることはもはや誰にもできないからである。今や、宇宙から遺伝子に至るまで、人間の科学技術による研究・利用の手から免れた領域はほとんど存在しない。

その意味では、今日の我々を取り巻く危険は、自然災害のような黙って甘受する他はない運命ではなく、多かれ少なかれ我々自身の決定に帰せられる「リスク」なのである¹⁸⁾。つまり、我々は、自分の尻尾を追いかけてまわす犬のようにリスクの発生と克服を不断に繰り返す「リスク社会（Risikogesellschaft）」に生きているのである¹⁹⁾。

同様の意味において、現代の国家もまた「リスク国家（Risiko-Staat）」であると言われる²⁰⁾。即ち、国家が研究・経済的利益の追求・自己決定等の様々な自由を保障してはじめてリスク社会を可能にしたのであり、さらには国家自身も、積極的な技術振興等によりリスクの発生を後押ししているからである²¹⁾。

リスク社会・リスク国家においては、日々の無数の決定に無数の危険が結びつき、我々が今いる一見安定した「小島」も絶えず不確実性の波に足下を洗われている。このような「リスク社会」、「リスク国家」という言い回しが単なる理論上の不気味でシニカルな警句にとどまらないということは、上記の杉並病等に例示された我々の「不確実な日常」がよく示すところである。

18) Vgl. Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit (1994), S. 199f.; Pitschas, Öffentlich-rechtliche Risikokommunikation, UTR 1996, 179; Wolf, Zur Antiquiertheit des Recht in der Risikogesellschaft, Leviathan 1987, 377.

19) 「リスク社会」という用語は、Beck, Risikogesellschaft (1986) を嚆矢とする。

20) Köck, AoR 1996, 15.

21) Vgl. Neumann, aa.O. (Fn. 18), S. 201; Köck, AöR 1996, 15.

三．リスク社会における法的制御の困難性

1．古典的制御モデル

かくして、我々の日常を取り巻く危険が人為的なリスクとしての性格を持つとすれば、我々はその回避を「神頼み」するのではなく、様々な手段によって人為的にそれを「制御」していかなければならない²²⁾。

「国家 (Staat)」と「社会 (Gesellschaft)」の区別によるならば、ここではその制御手段として社会の側での自己制御も考えられる。だが、自由主義的法治国家原理からすれば、基本的に社会は自由であり、社会活動から生じる諸問題の予防や除去は、第一次的には国家の任務である。国家は、そのために権力を与えられ、法によるコントロールを受けつつ、それを行使する。19世紀以降の消極的な危険防御 (Gefahrenabwehr) に限定された意味での「警察 (Polizei)」概念の構成は、その反映である²³⁾。

自由主義的法治国家原理から要請される、社会に対する消極的な枠組み設定を主眼とする法的制御をここで「古典的制御モデル」と呼ぶとすれば、このモデルにはいくつかの特徴を見いだすことができる。

自由主義的法治国家原理は、権力分立、法律の優位・留保、法的安定性、基本権保障、介入の比例性、裁判上の権利保護等を基本要素とする²⁴⁾。即ち、まず、社会に対する国家の介入は事前に予見可能でなければならない²⁵⁾。そのために、国家には原則として法に介入の要件と効果を明示して

22) Vgl. Roßnagel, Ansätze zu einer rechtlichen Steuerung des technischen Wandels, UTR 1994, 426f.

23) Vgl. DiFabio, Risikosteuerung im öffentlichen Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrechts als wechselseitige Auffangordnungen (1995), S. 147.

24) Vgl. Hennecke, Zur Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft im Umweltrecht, UTR 1999, 14ff.; Püttner, Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme, DÖV 1989, 138.

25) Vgl. Neumann, aa.O. (Fn. 18), S. 202ff.; Ritter, DÖV 1992, 643.

おくことが求められる。これに法律の優位が加わることによって、行政による恣意的な権力行使が妨げられ、介入の平等性も確保されることになる²⁶⁾。さらに、国家介入は合理的に説明可能でなければならない。即ち、第一に、介入の正当性に関しては、問題となっている現象、それをもたらしている原因（者）、両者をつなぐ因果関係という三要素が確実に同定可能であるということが要請される²⁷⁾。しかも、この因果関係は、単に理論的にのみ説明されるというのでは足りず、日常的な経験則や自然法則により高度な蓋然性をもって証明されなければならない²⁸⁾。第二に、介入の程度が目的に照らして過剰であってはならない。そして第三に、これらの要請に反する国家介入に対しては、基本権への違法な侵害として司法上の保護が与えられなければならない。

以上が大まかな古典的制御モデルのスケッチであるが、ここで注意しておかなければならないのは、このモデルにおける国家と社会の関係である。即ち、このモデルにおいて国家と社会は一定の「距離（Distanz）」をもって鋭く「対向」している²⁹⁾。国家は制御の主体として常に社会を監視し、介入しようとする。これに対して、社会はあくまで自由な活動領域を守り、権力行使のあり方に目を光らせている。ここで国家による社会への過度な侵入が妨げられるのは、両者の間に基本権が明確な境界線を引いているからである³⁰⁾。逆に言えば、国家と社会が明確な対向関係にあるからこそ、基本権による保護領域が明確な輪郭を持って浮かび上がってくるのである。その意味では、国家と社会との区別を明確にする理論的・制度的構成をしてはじめて、社会領域への国家の侵入に対して上記のような厳格な制約を

26) Vgl. König/Dose, Handlungsleitende Formen staatlicher Steuerung, in: dies. (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns (1993), S. 157f.

27) Vgl. Köck, AöR 1996, 17; Ritter, DÖV 1992, 643; DiFabio, Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, NuR 1991, 354; Wolf, Leviathan 1987, 362.

28) Vgl. Neumann, aa.O. (Fn. 18), S. 80f.; Scherzberg, VerwArch 1993, 490ff.; Wolf, Leviathan 1987, 365.

29) Vgl. Hennecke, UTR 1999, 28.

30) Vgl. Hennecke, UTR 1999, 15ff.

課すことができ、自由の領域を確保することが可能となると言えるであろう³¹⁾。

2. 古典的制御モデルの困難性

以上に描写した古典的制御モデルの特徴を見て気づくのは、それが自然科学におけるパラダイム転換以前の世界観に対応しているということである。即ち、事前に要件・効果を設定し予見可能性や法的安定性を確保するという要請には、過去の経験を通して得られた法則が今後も反復的に適用可能であるということが前提とされている。また、原因・結果・因果性という三要素の確実な同定という要請は、ある現象がどのようなメカニズムで発生し、どのような作用を持つかということについて既に知っているか、又は経験的に知りうるという想定を背景としている。このような、経験志向性、リスクの事前の発見可能性、線形的因果性、リスクの個別的帰責可能性、規制対象の直接的な観察可能性等にまとめられる古典的制御モデルのメルクマールは、まさにニュートンのな還元主義的世界観を背景としたものと言えるであろう³²⁾。

しかし、我々を取り巻く世界はもはやこのように単純に把握できるものではなく、それによって自然科学の世界観が180度転換したということは、既に見たとおりである。これに対応して、法的制御モデルもまたその転換を迫られる。なぜなら、非線形性、諸要素の複雑・多様な相互関係、予測不可能性、作用の不可逆性等によって特徴づけられる現代の世界のあり方は、古典的制御モデルに以下のような一連の問題を突きつけることになる

31) Vgl. Depenheuer, Der Gedanke der Kooperation von Staat und Gesellschaft, in: Huber (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht (1999), S. 29f.; Hennecke, UTR 1999, 7f.; Waechter, Der Staat 1999, 291; DiFabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56(1997), 237 und 253.

32) Vgl. Gawel, Steigerung der Kosteneffizienz im Umweltordnungsrecht, Verw 1999, 193f.; Deckert, Steuerung durch Recht, ZRP 1995, 65; Ladeur, Risikowissen und Risikoentscheidung, KritV 1991, 242.

からである³³⁾。

例えば、新種の化学物質の複雑かつ長期的な作用が問題となる場合、そもそも制御に必要な知見はいかにして収集可能なのであろうか。個別に帰責しえない拡散した源を持つ集団的リスクはどのようにして制御可能なのであろうか。また、トライ・アンド・エラーが効かず理論的なシミュレーションに頼らざるをえないとすると、その推測的な根拠に基づく国家の介入は果たして正当なものと言えるのであろうか。知見が日々更新され、国家の決定基盤が刻々と変化するとき、介入の予見可能性・法的安定性の要請はいかにして確保されるのであろうか。そもそも、消極的な害悪の除去という守備的な対応だけで制御を全うできるのであろうか。

これらの問題に対し古典的制御モデルがあくまで確実性や予見可能性に固執するとすれば、それはただちに制御の不全をもたらすことになる。しかし、だからといって古典的制御モデルの発想から完全に別れを告げることもできない。なぜなら、それは自由主義や法治国家原理等、法の基本原理に根ざしたものである。つまり、これら法の基本原理を踏まえつつ、リスク社会において必然的な「不確実性」という条件においても可能となる法的制御を構成することによって、このような制御の困難性を打破することが要請されるのである³⁴⁾。

他方で、これらの古典的制御モデルにおいて生じる問題は、制御「主体」としての国家の地位も動揺させている。社会の自由な諸活動を制御するためには、制御を意図する国家がその根拠を提示しなければならないという自由主義の出発点からすれば、国家は社会に生起する様々な現象につ

33) 以下の問題の指摘については、Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip (1999), S. 4; Neumann, a.a.O. (Fn. 18), S. 206ff.; DiFabio, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann(Hrsg.), a.a.O. (Fn. 23), S. 148f.; Köck, AöR 1996, 18ff.; Deckert, ZRP 1995, 65; Roßnagel, UTR 1994, 427f.; Scherzberg, VerwArch 1993, 496; Denninger, KritV 1992, 131ff.; Ritter, DÖV 1992, 643f.; Wolf, Leviathan 1987, 385ff.; Nicklisch, NJW 1986, 2288f. を参照。

34) Vgl. Richter, a.a.O. (Fn. 12), S. 253f.; Kock, AöR 1996, 7 und 18f.; Schneider, Öko-Audit als Scharnier in einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie, Verw 1995, 361ff.; Scherzberg, VerwArch 1993, 497; ラデーア・前掲論文(注8) S. 102f.

いての複雑で膨大な情報を自ら収集し、適切に評価・判断し、決定を下さなければならないことになる。また、日々の新たな展開のフォロー、状況変化への対応も怠ることはできない。社会国家化に伴い国家に課せられた任務の量的・質的拡大も考慮すれば、これは国家にとって過大な任務となる³⁵⁾。このようなことから、国家には、過剰負担を回避すべく、制御主体としての地位から降り、社会との分業・協力関係の中で目的を達成していくという道が魅力的なオルタナティブとなる³⁶⁾。しかし、それは同時に、自由が生成する場としての国家と社会の「対向関係」を鈍化・解消させる危険も伴う³⁷⁾。

3. 法的制御のディレンマ 法化 (Verrechtlichung) 論から

かくして、リスク社会は、自由主義や法治国家原理といった法秩序の根本に触れる問題を法に突きつける³⁸⁾。では、法はこの苦境をどのように克服しうるのであろうか。今まで以上に国家に制御資源を集中させ、あくまで「国家」が制御主体として社会を強固にコントロールしていくべきなのであろうか。それとも反対に、国家と社会との対向関係を解消し、「社会」との協調に新たな活路が見いだされるべきなのであろうか³⁹⁾。その方向性について一つの指針を提示するのが、Teubnerの「法化論」である。法化論は、リスク社会における法的制御に特有のあるディレンマ状況を示唆しているからである。

35) Vgl. Voßkuhle, a.a.O. (Fn. 33), S. 3f.; ders., ›Schlüsselbegriffe‹ der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 2001, 187; Schneider, Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 1996, 46; Horn, Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus, Verw 1993, 558.

36) Vgl. DiFabio, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 23), S. 149ff.; Wahl, Privatisierung im Umweltrecht, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben (1998), S. 276ff.; Wolf, Leviathan 1987, 357f. und 364f.

37) Vgl. Horn, Verw 1993, 558f.

38) Vgl. Ritter, DÖV 1992, 644.

39) このような二つの方向性があることにつき, König/Dose, in: dies. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 26), S. 153f. を参照。

Teubner の法化論は、その理論的な着想を Luhmann の社会システム理論から得ている。社会システム理論によれば、現代社会は法、経済、宗教等の相互に代替しえない社会的機能を持つ各部分システム（Teilsystem）に分化した社会、即ち「機能分化した（funktional ausdifferenziert）」社会として捉えられる⁴⁰⁾。機能分化した社会において、各部分システムはオートポイエシス・システム（autopoiesisches System）として、独自の作動論理に基づき閉鎖的な自己準拠的循環を繰り返す⁴¹⁾。例えば、法システムにおいて、法は法システム内の立法手続に基づいて定立され、行政機関や裁判所等の法制度によって解釈・適用され、同じく法システム内の改廃手続に従って廃止される。

もっとも、法外部の社会運動を契機として立法が促されることもあるように、自己準拠性は決してシステムの完全に閉じた自給自足的な作動を意味するわけではない。だが、このような外部からのほたらきかけは、システムの「独自の選択性の基準」⁴²⁾を通してのみシステムに影響を及ぼす。例えば、立法を求める社会運動への対応として、法システムは既存の法体系に照らして、ある時にはその要求を全面的に受け入れ新規の立法を行い、ある時には既存の法令の運用で対応しようとし、またある時にはその要求を無視するというように、外的な干渉をそのつど独自の透過性を持ったフィルターにかけていくのである。

このように、機能分化した社会における各システムは、外界からの影響を自己の論理に基づいて処理するという点で自己準拠的な閉鎖性を持ち、同時に、そのような閉じた論理を通して外界からの影響に対応するという意味で開放性を持つのである⁴³⁾。

このような自己準拠性ゆえに、あるシステムは他のシステムにとっては

40) Vgl. Depenheuer, in: Huber (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 31), S. 29f.; Teubner, Reflexives Recht, ARSP 1982, 37ff.

41) Vgl. Teubner/Willke, Kontext und Autonomie, ZRSoz 1984, 30ff.

42) Teubner, ARSP 1982, 21.

43) Vgl. Teubner, ARSP 1982, 20f.

ブラック・ボックスとなる。即ち、あるシステムがその内部にどのような自己論理を築きあげ、外からの影響に(リアクションしないことも含めて)どのようなリアクションをするかを他のシステムが正確に知り予見することはできないのである⁴⁴⁾。

Teubnerによれば、以上のような機能分化した社会におけるシステムの作動のあり方は、他のシステムを外部から制御しようとする法のはたらしに大きな困難をもたらすという。即ち、Teubnerはまず、民法を典型とする各システムの自律性を保証することを主眼とした「自律的法 (autonomes Recht)」と、他のシステムの制御を意図する「実質的法 (materiales Recht)」とを区別し、実質的法による他のシステムの支配を「法化」と定義する⁴⁵⁾。そして、機能分化した社会における実質的法の機能不全を「規制のトリレンマ (regulatorisches Trilemma)」として定式化した⁴⁶⁾。

まず、トリレンマの第一として、制御を企図する法システムと制御される他の部分システムの「相互無視 (Inkongruenz)」が指摘される。例えば、法が「努力義務」を規定しても、その違反によって経済システムは何ら経済的な不利益を負わないことから、努力義務の存在は経済システムによって無視されることがある。この場合、法の企図は無視されることになるが、同時に、「努力義務」という手段の選択からしてそれが遵守されな

44) トイブナー(土方透ら訳)『オートポイエーシスシステムとしての法』(未来社, 1994年)120頁参照。

45) Vgl. Teubner/Willke, ZRSoz 1984, 19ff.; 広渡清吾「日本社会の法化」『岩波講座現代の法15』(岩波書店, 1997年)146頁; トイブナー(榎沢秀木訳)「法化」九大法学59号243頁以下。

46) 以下の「規制のトリレンマ」についての記述は、Teubner, After Legal Instrumentalism?, in: ders. (ed), Dilemmas of Law in the Welfare State (1986), S. 309ff.; ders., Das regulatorische Trilemma, Quaderni Fiorentini 1984, 125ff.; 広渡・前掲論文(注45)147頁; 榎沢秀木「介入主義法の限界とその手続化」ホセ・ヨンバルトら編『法の理論10』(成文堂, 1990年)142頁以下; 佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項」法学53巻6号724頁以下; 山口聡「現代法の自己産出と自律性」阪大法学40巻1号119頁以下; トイブナー・九大法学59号252頁以下; 榎澤能生「法化とポスト介入主義法モデル」法の科学16号166頁以下を参照。

いことは法システム自身にとっても既に織り込み済みであり、経済システムの無視によって、法システムの自己論理（例えば規範性）が動揺を受けることもない。つまり、この場合、両システムは相互に無傷であるが、法的制御という点においては空振りに終わることになる。

他方で、制御される側のシステムにあまりに強く影響を与えるような制御は、そのシステムの自己産出プロセスの循環を破壊してしまう。これがトリレンマの第二、「社会の過剰な法化（Überlegalisierung der Gesellschaft）」である。例えば、社会国家の究極的な実現を意図した包括的な計画と厳しいサンクションを背景とした強力な規制は、やがて市場原理という経済システムの自己産出プロセスの基盤さえも破壊することになる。

トリレンマの第三、「法の過剰な社会化（Übersozialisierung des Rechts）」はこの逆である。即ち、法が、制御されるシステムの論理をあまりに汲み取りすぎると、今度は法の固有の論理が破壊されることになる。例えば、法の仕組みを過剰に経済化すると、その反面として人権保障等の法の論理が後退することになる⁴⁷⁾。

このような現代社会における法的制御が直面する「規制のトリレンマ」の指摘は、まさにリスク社会において不断にリスクの「制御」を課された法にとっては冷酷な診断である。これを回避する戦略は、上記2.の末尾で触れた二つの方向において考えることができる。一つは、社会国家化の進展という所与に鑑み、社会に対する法的制御の強度を上げていく戦略である⁴⁸⁾。しかし、Teubnerによれば、機能的に分化した社会というモデルを前提とすれば、このような野心的な試みが成功する公算は乏しいとされる⁴⁹⁾。制

47) この点については、戸部真澄「環境リスク規制における経済的手法の機能性と限界」山形大学法政論叢29号33頁以下参照。

48) Vgl. Teubner, in: ders. (ed.), a.a.O. (Fn. 46), S. 305f.; ders., Quaderni Fiorentini 1984, 120f. この戦略の代表的な主張として、Mayntz, Die Implementation politischer Programme, in: Mayntz (ed.), Implementation politischer Programme (1980) が挙げられている。

49) Vgl. Deppenheuer, in: Huber (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 33), S. 31; Voßkuhle, VerwArch 2001, 186; Teubner, Quaderni Fiorentini 1984, 125f.

御されるシステムは今や高度に自律化したブラック・ボックスと化しているものであり、動的な自己準拠的循環に対して単純な因果性モデルをもって対処するのは「おそらく原理的に不可能」だからである⁵⁰⁾。

他方、第二の戦略として、法による積極的な制御からの後退も考えられる⁵¹⁾。即ち、この戦略は、法による社会制御という方向性に見切りをつけ、法は社会の自由な活動の枠組みを保証するだけでよいとする。しかし、Teubner は、このような様々な政策目標との関わりを排除された法のあり方は憲法に反するだけでなく、社会国家の成立という歴史的事実から目を逸らすものであると批判する。即ち、社会国家への進展が不可逆であるとすれば、法の任務はまさに「経済に対して他の諸々の社会的部分システムの合理性を妥当させること」、より一般化すれば「様々な自己規制的システムの持つ偏った合理性を互いに調和させること」に見いだされねばならないからである⁵²⁾。

四．結びにかえて

科学技術の進歩やそれに伴う世界観の転換によって、現代社会は日常的に不確実性にさらされるリスク社会となった。その問題の複雑性・動態性は、法治国家原理に代表される安定性・静態性を志向した法のあり方に根本的な内的転換を迫り、さらに法による社会制御（法的制御）にも大きな困難性を突きつけている。即ち、現代社会において、法は従来の「古典的制御モデル」の限界に行き当たりながらも、他方で「機能分化した社会」と「社会国家化」の板挟みにあって、単純な介入の強化も介入からの安易な後退も選択しえないというディレンマ状況に陥っているのである。

50) トイブナー・九大法学59号262頁以下参照。

51) Vgl. Teubner, in: ders. (ed.), a.a.O. (Fn. 46), S. 306f.; ders., Quaderni Fiorentini 1984, 121f.; トイブナー・九大法学59号264頁以下。この戦略の最も洗練された主張として、Hayek, Die Theorie komplexer Phänomene (1972) が挙げられている。

52) トイブナー・九大法学59号267～8頁参照。

かくして、ここに、現代のリスク社会における法的制御が直面するきわめて困難な状況が素描された。以上を踏まえ、「（国家による）法の社会政策的道具化の必然性、及び（社会における）自己規制的な生活領域との構造的接合の必然性の双方を前提に置き」た法的制御のあり方が論じられなければならない（丸括弧内、筆者記す）⁵³⁾。本稿は、そのための準備作業を行ったにとどまる。詳論には別書を予定している。

（本稿は、平成20年度文部科学省科学研究費補助金（若手（B））「行政と市民の『協働』に対する法的統制のあり方」の助成による研究成果の一部である。）

53) トイブナー・九大法学59号268頁。