

本ファイルは、民商法雑誌 136 巻 3 号 305-347 頁(2007.10)に掲載して頂いた「カール・ハインツ・ラデーア『リスク・社会国家』」の翻訳の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

## リスク・社会国家-憲法上の限界を欠いた社会国家の拡大？

カール・ハインツ・ラデーア(ハンブルグ大学)  
(訳) 角松生史(かどまつ・なるふみ)

### I. 国法学上の議論における社会国家:「ココニハ獅子ガイル？」

1 憲法学の議論において、社会国家に関しては驚くほどの沈黙が支配するようになってしまった<sup>1</sup>。他の学問領域でこそ、「福祉国家 (Wohlfahrtsstaat) <sup>ii</sup>の終焉」について概観困難なほど多数の業績が公表されている<sup>2</sup>し、政治経済論壇においてもこのような発展が波及し、あふれかえるほどの出版物が、このテーマについて多かれ少なかれ警世的な筆致でとりくんでいる<sup>3</sup>。2004 年のイェナ国法学者大会<sup>iii</sup>において、社会国家は確かに各報告の中心になってはいたが、社会国家の憲法的基礎について原理的に省察しようとしたものは Ch. Enders<sup>4</sup>の報告のみである。まとめの部分で報告者は、やや諦めがちに確認している。「自律思想の相対化に対して..... 個別基本権は、(保護されるべき者にとっても保護を義務付けられる者にとっても)、なんら対抗すべきよりどころにはならない」<sup>5</sup>。「福祉国家の原理」と規定されるところの「扶助(Fürsorge)や事前配慮(Vorsorge)思想が陥っている限界喪失」を、基本権も法治国原理も阻止し得ないのである。「事前配慮思想」には法的統制に対する免疫性を獲得させてしまうような作用がある。徹底した扶助<sup>iv</sup>や事前配慮は確固たる限界を知らない<sup>6</sup>。Enders がいうところのわずかな「憲法上の手がかり」はあまりに曖昧であり、結局は「社会国家原理は国家活動を動態化」し、また、同時に基本権的・法治国の限界を動態化することが簡潔に確認されるにとどまる。最後の部分で「包括的扶助・予防的配慮という福祉国家的関心事が、構成原理としてあらゆるものを規定するようになってはならない」<sup>7</sup>という要請が掲げられるのだが、国家の財政的余裕が小さくなっていかざるをえ

<sup>1</sup> 自由行使の前提を創出する国家の任務について全体的に参照、K.P. Sommermann, in: vMK, 4. Aufl. 2000, Art. 20 insbes. Rnr. 92ff., 106; H. Zacher, in: HbStR, Bd. 1, 3. Aufl., 2003, § 25 Rn. 41ff.; R. Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 2004, Art. 20 (Sozialstaat), Rnr. 20; F. Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., 2002, Art. 20 Rnr. 18.  
<sup>2</sup> さしあたり参照、W. Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000; W. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 2. Aufl., 1998, S. 517; 細分化した議論として、P. Rosanvallon, La nouvelle question sociale, Paris 1995, S. 163, 195ff.[ロザンバロン『連帯の新たな哲学—福祉国家再考』(勁草書房、2006 年)]; アメリカ合衆国では、クリントン政権時代に既に民主党も共和党も合意していた福祉国家改革をめぐる激しい議論がある。D. J. Besharov, Social Welfare's True Dilemmas: Universalism v. Targeting - Supporting v. Depending, WP 1998, Jan. 1998; vgl 連邦憲法裁判所の判例は、社会国家における「ほぼ正当な負担配分」について語っている BVerfGE 5, 85 (198); 22, 180 (204)。その具体化に関する法律の優位について、BVerfGE 1, 97 (105)。

<sup>3</sup> H.W. Sinn, Ist Deutschland noch zu retten?, 2003; G. Steingart, Abstieg eines Superstars, 2004。

<sup>4</sup> Ch. Enders, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), S. 7ff.

<sup>5</sup> Enders (注. 4), S. 43; また参照、Sommermann の注釈書 (注. 1), Rnr. 92ff., und Gröschner (注 1), Rnr. 20; 社会国家擁護論について、H.P. Bull, Sozialstaat - Krise oder Dissens?, in: FS Badura, 2004, S. 57ff.; früher H. Zacher, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 1970, S. 3ff.; P. Badura, Der Sozialstaat, DÖV 1989, S. 491ff.; 根本的には O. Depenheuer, Solidarität im Verfassungsstaat - Grundzüge einer Theorie der Verteilung (未公表教授資格論文), Mannheim 1991; Th. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003; U. Volkmann, Solidarität - Programm und Prinzip der Verfassung, 1998; 新たな側面を強調するものとして R. Pitschas, Der „neue“ Soziale Rechtsstaat, in: FS Zacher, 1998, S. 755ff.

<sup>6</sup> Enders (注 4), S. 45f.

<sup>7</sup> Enders (注 4), S. 46.

ないことに鑑みると、この要請は、社会国家の限界が失われていく過程に対して法的に歯止めをかけるような方向付けの機能を有するものではない<sup>8</sup>。

2 国法学のこのような懐疑的姿勢は、全くもってリアリスティックな評価ではあろうが、およそ我々を安心させるものではない。目的によって拘束されていない（あるいはごく一般的な目的による拘束しか伴わない）財産的負担が積み重なって、それが基本権によっても法治国によっても限定され得ないとなればなおさらである<sup>9</sup>。租税徴収は憲法自身によって、明文で原則的に正当化されている。使用者と労働者に社会保険拠出を課すことを法的に正当化することも比較的簡単である<sup>10</sup>。しかし、その上限額は憲法上どうやって規定されるのだろうか、特にそれぞれの拠出額がわずかであっても、プロセス的に・動態的に増大していることを考えるとどうなるだろうか？福祉国家財源として用いられる国家的な公課の[現在の]総額を考えるだけでも、この点の検討が必要となろう。「社会保障の解体」なる現在進行中のプロパガンダ<sup>11</sup>に反して、[実際には]社会的支出の縮減は問題にされていない<sup>12</sup>。より多くの者がより長い期間にわたり社会支出を要求するようになったため、個別の給付受給者にとっては「社会保障の解体」という観念が生じているだけのことである。比例原則は具体的な把握が困難なものであり<sup>13</sup>、社会支出の削減のために利用するのは難しい。社会国家的任務と個人の負担からの自由との間の比例性の吟味の難しさは既に経験的に明らかであるが、この難しさは、介入の対象となる「社会的状況」の複雑さや公課（特に租税）の正当化が一般的な形でなされていることによる。国家活動を基本権的・法治国的に限定するのに比例原則が適しているのは、何よりも、明確に輪郭づけられた法益が相互に衝突し、メリットとデメリットが法的な段階付けにより把握されうる場合である。決定の比例性の審査においてより多くの価値が投入されればされるほど、より多くの長期的・不確実な費用便益要素が「差引決算」に計上されればされるほど、比例性の尺度<sup>14</sup>によって評価基準を決定することはできなくなるのである。

3 Th. Kingreen<sup>15</sup>による「民主的配分参加請求権は、立法者の広範な社会国家的形成余地により生じた自由の空隙（を埋めるものである）」というテーゼは、上のような背景の下に理解されなければならない。民主政原理の助けによって、「与えるもの」と「受け取る者」の間の了解(Verständigung)が達成されなければならないと論者はいう。しかしこれは結局のところ、社会国家の無限界性を言い換えて、問題を政治的了解に委ねること<sup>16</sup>に過ぎない。社会国家の基礎付けに対して、民主政原理は、決定の手續以外は何も与えない。このような

<sup>8</sup> システム理論の観点から参照、R. Stichweh, Inklusion und Exklusion - Studien zur Gesellschaftstheorie, 2005, S. 195.

<sup>9</sup> 一般的に以下も参照、J. Hey, Saldierung von Vor- und Nachteilen in der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, AöR 128 (2003), S. 226ff.; 連邦憲法裁判所は、租税が一般財産に対して有する累積的負担をいわゆる「2分の1以下原則」で限定しようとする[BVerfGE 93, 121(注 20)以来の]立場を相対化ししている BVerfG 2 BvR 2194/99 v. 18.1.2006.[訳注: BVerfGE 115, 97 所得税・営業税の高額税率が問題となった事件に関して、当該事件における「2分の1以下原則」の適用を否定し、基本法 14 条に違反しないとした判決]

<sup>10</sup> Vgl. さしあたり BVerfG 1 BvR 347/98 v. 6.12.2005.[訳注: BVerfGE 115, 25 参照、注(23) デュシェンヌ型筋ジストロフィーの患者が代替医療への疾病保険の適用を求めた事案において、一定の条件が満たされた場合は、適用の全面排除は社会国家と結びついた基本法 2 条 1 項、基本法 2 条 2 項 1 文から導かれる基本権に違反するとした判決。]

<sup>11</sup> Vgl. これについては既に A. de Swaan, Der sorgende Staat, 1993.

<sup>12</sup> ドイツにおける社会支出は国家予算の 23% (1980 年、西ドイツ) から、27.4% (2001 年) にまで上昇している。P. Petit, Interventions publiques: Nouvelles contraintes, nouveaux enjeux, CEPREMAC Working Paper 2005/04, S. 19.

<sup>13</sup> Vgl. nur B. Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 405ff.; M. Kloepfer, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2003, S. 329ff.

<sup>14</sup> しかし参照、Kingreen (注 5), S. 126; 批判として K.H. Ladeur, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004.

<sup>15</sup> Kingreen (注 5), S. 146.

<sup>16</sup> 基本的文献として J. Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne, 1985, S. 377ff. [ユルゲン・ハーバマス(三島憲一他訳)『近代の哲学的ディスクリス II』(岩波書店、1999)562 頁以下]; 批判的なものとして Ch. Lumer, Habermas' Diskursethik, Zeitschrift für philosophische Forschung, 1997, S. 42ff.; 「開かれた討議」に何よりも信頼をおくことは、まさに民主的過程の自己ブロック化へと導くものである。

想定によってまた、自由権と民主政との関係規定という古くからの問題が素通りされてしまう<sup>17</sup>。この二律背反が、一方的に民主政優位の形で解消されるのだ。両者の関係規定は確かに困難である。しかし他方で、自由主義社会秩序における民主政原理の機能様式にとっては、合理的意思を民主的に形成する前にまず社会的な自己組織が存在するということが、常に前提になっている。そして基本権は、この社会的自己組織の差異化を保障するものなのである。個人あるいは個別の集団の特殊利益が民主的意思形成の対象になる程度が強くなればなるほど、議会において構造化された合理的意思形成を行うことが非常に難しくなる<sup>18</sup>。古典的自由主義法治国が法律の一般性を要請しているのは、この懸念に由来するところが大きい。法律の審議過程においてあれやこれやの個別利益はふるい落とされ、個人は自分がそれによってどのように影響を与えられるかを知らないことになる。古典的自由主義的法律概念それ自体が、社会的差別効果を一定程度薄めたのである。様々な理由から、この理想に立ち返ることはできない。新たな合理的「討議原理」によって民主政を新構成しようという抽象的な努力は、それ自体矛盾を孕んでいる。それは個別諸利益に配慮する介入国家をそれ以上背後に遡れないもの(Nicht-Hintergebarkeit)として前提とする一方で、それとは矛盾するのだが、さまざまな個別利益・個別問題に関する支出を議会が全て合理的＝公共的な手続で再び廃止することができるものと期待しているのである<sup>19</sup>。だとすれば、福祉国家の前に憲法は降伏したままなのであるか？

4 この問題を取り上げる前に、中間考察として、所有権者(憲法上の意味における)の租税負担に関する「2分の1以下原則」を要請した連邦憲法裁判所決定<sup>20</sup>に触れておくのがよいだろう。この原則は、租税負担の拡張に対して、福祉国家的なさまざまな目的追求との関係とは独立した、基本権による効果的な限界設定を、基本法14条<sup>vi</sup>の所有権保障に新たに立ち戻ることで獲得できないかと試みたのである。これにより連邦憲法裁判所は、租税負担は常に単に資産一般(Vermögen)―基本法2条1項<sup>vii</sup>によってしか保護されない―にのみ関わるものだという古典的な原則を破った<sup>21</sup>。全くもって説得的なこの第一歩は、とどのつまり、次のように説明することができよう。資産一般に対する長期間にわたりかつさまざまな形式を用いた負担累積は、相対的に明確な限界を有する所有権の利用制限と比べても、さらには収用―これはともかくも補償される―と比べてすら、基本権としての所有権に対してはるかに強い負担になるのである。基本法の下における侵害防御のドグマーティクは細分化されていくばかりである<sup>22</sup>。その状況に鑑みると、いっそう多様な、いっそう漠然とした目的のために広範に課される公課負担が、法治国の観点からも基本権の観点からも適切に理論的に構成されず、ましてや統制されることもないというのは、いらいらさせる話でしかあり得ない

<sup>17</sup> 最近の基本文献として参照、Ch. Möllers, Gewaltengliederung - Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005.

<sup>18</sup> 団体相互の利益対立に鑑みて、発展途上国における民主的なテイク・オフがそもそも可能かという問題についての最近の基本文献として、U. Simson, Wirtschaftliche Entwicklung durch Demokratisierung?, Merkur 684 (2006), S. 359ff.

<sup>19</sup> 従って、Alain Minc (Le crépuscule des petits dieux, Paris 2005) が、現在のポストモダン社会には、循環的になってしまう個人の保護を超えた「共通のプロジェクト」が欠けていると述べているのは正当である。U. Volkmann, Wovon lebt der Staat?, FAZ v. 14.3.2006, S. 8, は、明らかにそれで十分と見なしているようだ。

<sup>20</sup> BVerfGE 93, 121, 138; 165ff. (訳注:財産税に関する統一税率の適用を違憲とした判決。同判決において連邦憲法裁判所は、財産税を期待収益に対する課税と理解した上で、基本法14条が所有権が私的効用と公共の福祉に両方に役立つべきものとしている以上、期待収益に対する租税総負担が概ね「私人と公的主体との間で半々程度」以内であることが憲法上要求されるとしている。参照、ドイツ憲法判例研究会『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999)289頁(中島茂樹)、中島茂樹/三木義一「所有権の保障と課税権の限界―ドイツ連邦憲法裁判所の財産税・相続税違憲決定」法律時報68巻9号47頁(1996)。これについて参照、H. Butzer, Freiheitsstaatliche Grenzen der Steuer- und Abgabenlast, 1999; 基本的にはP. Kirchhof, Der Grundrechtsschutz des Steuerpflichtigen, AöR 128 (2003), S. 1ff.; 連邦憲法裁判所はこの判示を最近の判決(2 BvR 2194/99 v. 18.1.2006[判決日訂正]で明らかに再び修正している。

<sup>21</sup> 租税法の資産一般への侵害について参照、O. Depenheuer, in: vMK, 4. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 164

<sup>22</sup> Vgl. 事後的侵害について、BVerfGE 108, 282[小学校の女性教師によるイスラムのスカーフ着用に関する判決。参照、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味」樋口陽一/森秀樹/高見勝利/辻村みよ子編『国家と自由』(日本評論社、2004)79頁)、同「ドイツ憲法判例研究(127)自治研究80巻10号141頁」, BVerfGE 93, 1(キリスト十字架像を教室に取り付ける学校規則に関する判決。『ドイツの最新憲法判例』98頁(石村修)および同所掲記の文献参照)。

<sup>23</sup>。本稿の以下の考察は、上に関する理論上の限界がどう展開したかについて熟考するきっかけを示すこととなろう。さしあたり確認しておこう。法治国や基本権の理論的基礎が発展したのは、議会多数派が国民の多数派でもありそれは国民多数派の利益を普遍的な形で適切に形作ることによって国家が遂行する任務を整流することができるのと未だに信じられていた時代においてだった。今となつては露わになった基本権保障や法治国原理の弱点はそれで説明できる<sup>24</sup>。その時代には、租税や社会保険拠出による支払負担 (Angabenbelastung) も、それに対応して小さいものだったのである<sup>25</sup>。何十年もかけて現実化した国家任務の増大およびその遂行に必要な財政需要の増大は、国家任務の決定的な量的な変容のみならず、それらの断片化をも伴う<sup>26</sup>。このことは、任務の定式化に必要なコンセンサスの基盤を揺るがすことになるのである。これにより、個別の任務遂行の正当性が弱まるだけでなく、これら断片化された任務<sup>27</sup>—それらはいっそう個別利益のみに奉仕することになる—の観察への民主的関心の縮小がもたらされる。

5 国家の古典的任務の実現も、常にコンフリクトを含んだものであったが、それらは少なくとも公衆の目の下で行われてきた。しかし今日、福祉国家的アジェンダの目的・手段・効果はどんどん不可視化されていく<sup>28</sup>。ここで新たな問題が生じる。国家はもはや、一般的に共有された価値・目標・知識の規則・蓋然性の想定の下に自らを方向付けることができず<sup>29</sup>、一般的な公共的規範や予期からは切り離された特別の「現実的・経験的作用連関」において思考するのである<sup>30</sup>。あまり気づかれないのだが、これも、一般性を有する議会法律の統合的な役割や公共性を創出する役割が減少したことの後遺症である。さまざまな特別法がもたらす多くの行政現象は、特別の(専門)知識のみに基盤をおくものであり、一般的な経験にもはや結びつくものではなく、また、立ち戻って一般公衆と関連を有することもない<sup>31</sup>。断片化された任務の遂行によって国家職員が[数的に]増加するのみならず、自らの任務を一般公共と対抗的に定義し、直接的利害を表現するような新たな種類の公務員を産み出すことになる。国家の古典的任務を超えた新たな国家任務を見出す、ないしは「でっちあげる」ことは、現実のあるいは潜在的な国家職員が自らの任務規定を貫徹しようとする、政治化されたプロセスなのである。

このような発展はまた、公行政におけるあらたな恩顧主義 (Klientelismus)<sup>32</sup>に反映される。労働組合・社会団体などの、行政の外にある組織されたグループ—それら自身、国家が福祉任務を遂行する態様と程度に対して利害関係を有している—によってそれが強化されるのである。

## II. 自由主義秩序の「社会的認識論」の社会国家による変容

<sup>23</sup> 連邦憲法裁判所の最近の判例 (1 BvR 347/98 v. 6.12.2005)[BVerfGE 115, 25, 前注(10)]は、疾病保険を拡張しない不作為が、一般的行動の自由にまで「影響する」(betreffen)とするが、明確にそれへの「侵害」と位置づけているわけでもない。

<sup>24</sup> 参照、G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

<sup>25</sup> 概観として参照、V. Tanzi/L. Schuknecht, Public Spending in the 20th Century, Cambridge 2000, 特に S. 6f.

<sup>26</sup> Volkmann (注 19), S.8.の原理的考察はこの点を無視している。

<sup>27</sup> 西洋諸国における国家への信頼の減少について参照、J.S. Nye/Ph.D. Zelikow/D.C. Kling (Hrsg.), Why People Don't Trust Government, Cambridge, Mass. 1997 (嶋本恵美訳『なぜ政府は信頼されないのか』英治出版、2002), M. Olson, The Rise and Decline of Nations, New York 1982. (加藤寛監訳『国家興亡論：「集合行為論」からみた盛衰の科学』(PHP 研究所、1991)

<sup>28</sup> 個人が公的なアジェンダの多くをもはや気かけないとき、彼は「合理的な愚か者」として振る舞っているのである。彼自身の利益が問題になっているときはもちろん別であるが。

<sup>29</sup> Minc (注 19).

<sup>30</sup> Enders (注 4), S. 43.

<sup>31</sup> この問題についてさしあたり参照、Ph.E. Tetlock, Expert Political Judgment. How good is it?, Princeton 2005, 特に. S. 215ff.

<sup>32</sup> これについて一般的に参照、de Swaan (注 11).

1. 社会国家が後見的福祉国家へと原理的に転換してしまったことが、法学文献ではほとんど正確に認識されていない<sup>33</sup>。福祉国家が、より一層、個別的「現実的・経験的作用連関」によって方向付けられ、もはや一般的規則・一般的知識のストックに方向付けられてはいないことの確認が一この確認自体は全く正当なものであるが—どれほどの射程を有するものであるか、ほとんど考えられていないのである。ここで生じているのは、知識秩序の「社会的認識論」、そして自由主義的社会秩序の根本的な変容である。社会国家の拡張は、自由主義な法秩序の基盤として書き込まれていた知識規則・証明規則を無効にしてしまう。ある社会が未来に開かれているとすれば、肯定的に評価された状態を維持しようとする、あるいはそのような状態をもたらそうとすることは、普遍的な目標とはなりえない。社会国家は常に、この限界を踏み越えて、自由主義秩序の規則とはたして両立しうるものかを問うことなしに、安全を直接的に保障しようとする傾向がある。自由主義秩序は、不確実性と共存し、またそれにパラドキシカルに適合するような作動を必然的に目指さなければならないものである。社会国家は、肯定的に評価される状態を志向し、制度的に思考することがないため、その固有のパラドックスを自らの決定システムへと再び帰着させることができない。制度というものは、行為モデル・予期・諸拘束の「長期持続」(longue durée)を安定化させることを試みるものである<sup>34</sup>。そのため制度は、重要な認知的機能を有する<sup>35</sup>。注意を構造化し、それを通じてコミュニケーションが有意味になるところの「共有された心理モデル」を維持するのである。中心を持たない社会において、このような情報調整システムの維持・獲得は、個人及び組織の方向付けと適応可能性にとって大きい意味を有する<sup>36</sup>。社会国家はそのような構造化をなしうる状態にはない。それは「規範的な理論背景」<sup>37</sup>を有しないのである。しかしだからといって、それが規範的想定から出発しないわけではない。「全ての問題は政策に関わっている<sup>38</sup>」とされるのである。[社会国家の]この知識問題と任務遂行のいっそうの不透明性を理論による空隙補充で克服しようとすることは、問題を更に先鋭化するだけであり、国家に「形成余地」<sup>39</sup>を与え、任務の定義・遂行のコントロールを最小限にまで縮減してしまうことになる。

2. 憲法学説においては、国家の「評価特権」に遡ることと並んで、原理的レベルにおける次のような規範的想定も存在する。基本権はもはや、「自らを支配する個人」<sup>40</sup>という想定の上に立った「消極的自由権」<sup>41</sup>、とみなされるべきではなく、「保護が必要な、欠けたところのある存在としての人間」という想定<sup>42</sup>の上に立つものでなければならないというものである。そこでは自由主義国家の伝統の中におけるパラダイム転換<sup>43</sup>なるものが喧伝される

<sup>33</sup> しかし現在では参照、Bull(注5)。

<sup>34</sup> M. Revault d'Allonnes, Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité, Paris 2006, S. 250.

<sup>35</sup> D. Dequech, The New Institutional Economics and the Theory of Behaviour under Uncertainty, Journal of Economic Behaviour and Organization 2006, S. 109 (113ff.).

<sup>36</sup> P. David, Why are Institutions the 'Carriers' of History?, Structural Change and Economic Dynamics 1994, S. 205ff.

<sup>37</sup> W. Kersting, Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 1; kritisch dazu Bull(注5), S. 67.

<sup>38</sup> N. Glazer, The Limits of Social Policy, Cambridge, Mass. 1990, S. 3.

<sup>39</sup> 典型的なものとして連邦憲法裁判所の共同決定判決を参照、BVerfG 50, 290 (332)[2000人以上の従業員を雇用する株式会社等に一定の従業員との共同決定手続を義務づける1976年の連邦法を合憲とした判決。さしあたり参照、ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例(第2版)』(2003, 信山社)302頁(栗城壽夫); これについては、近刊のI. Augsberg/St. Augsberg, VerwArch 97 (2006)参照。[Ino Augsberg/ Steffen Augsberg, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch 98(2007), SS.290-316]

<sup>40</sup> B. Pieroth/B. Schlink, Staatsrecht II. Die Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rnr. 77.(永田秀樹, 松本和彦, 倉田原志訳『現代ドイツ基本権』(原書15版(1999年)の翻訳)31頁(Rnr.85))

<sup>41</sup> 消極的自由の性質について、Q. Skinner, The Idea of Negative Liberty, in: R. Rorty/J.B. Schneewind/ders. (Hrsg.), Philosophy in History, Cambridge, Mass. 1984, S. 193ff.; St. Holmes, Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy, Chicago 1995, S. 13, 54. [注: 翻訳の都合上、注(40)(41)の番号が原論文と入れ替わっている]

<sup>42</sup> Enders(注4), S. 43; 逆に自由主義こそ人間を常に欠如した存在と見なしていたことについて参照、W. Kersting, Für einen Liberalismus mit Konturen, NZZ Nr. 23 v. 28./29.1.2006, S. 14.; M. Douglas, How Institutions Think, Syracuse, N. Y., 1986, S. 47.

<sup>43</sup> H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 54

のだが、それが一般的に表現されているだけに、国家任務のいっそうの増大を帰結する。のみならず、「防衛権」を主張する個人と[国家]の間の限界設定を、基本権的保護義務の表現として[逆説的に]聖化(nobilitieren)してしまう<sup>44</sup>。それにより、基本権の自由主義的法治国的内容が貧弱なものになるだけでなく、それがさまざまな前提の下に成り立っているということが見失われてしまう。自由主義的憲法は個人に自由の余地(強調原文)を書き割り当てるが、多くの個人はリソース不足からそもそもその余地を[現実に]利用することができない、といったよく見られる議論がある。だから社会国家では、「欠乏した人間」にまずは自由行使の現実の可能性を開くことが問題になる、というのである<sup>45</sup>。[しかし]社会国家は、社会をもはや観察できない。差異化された諸部分システム(例えば経済・教育)の選択性及びそれらの規則および知識ストックが有する「固有の合理性」<sup>46</sup>を再構成することも、選択性を種差的なものにすることもできないのである。社会国家はその代わりに、複雑な状況(「不利益待遇」)<sup>viii</sup>について、それを金銭または「教育」の支出によって直接に救済できるかという観点から記述するのみである。その際「教育」は、主体越境的(transsubjektiv)な社会的(自己)理解によってはもはや規定されない。社会が蓄積した知識ストックの習得を社会自身が要請するものとして規定されるのではなく、国家の仕事になってしまうのである<sup>47</sup>。何を教育の対象とすべきかは、個人的な「欠乏」に対する補償として、機能的にのみ定義される。社会国家は全ての「欠乏」に対して責任を負う「治療する国家」になってしまう<sup>48</sup>。教育努力の失敗は、よりよい方法、場合によっては、教育者の教育、いずれにしても多くの「資財」を要求することになるのである。

3 何よりも問題なのは、社会国家が、アンチテーゼとしての古典的な自由主義的基本権理解に焦点を合わせることによって、「夜警国家」なる観念—自由行使にとつての危険からの防御のみに自らを限定し自由の前提には心を配らない—を想起させようとすることである<sup>49</sup>。この「夜警国家」なるものは神話でしかない。それは、割当・分配する社会国家の弱点を全て見えなくさせるための引き立て役(Folie)として働くものなのである。19世紀の古典的自由主義国家は、それどころか、救貧立法(限定された財政基盤の枠内でだが)に<sup>50</sup>、また後には保険やその他の援助モデルの発展<sup>51</sup>に熱心に取り組んだ。このような努力の態様や程度についていまから振り返れば批判の余地があるかもしれないが、それに伴ってなされていた、社会的自己記述の問題に関する比較的高い水準の省察を見逃してはならない。まさにこれが現在と対照的な点なのである。あらゆる前近代産業国家、なかんずくドイツは、活動的

<sup>44</sup> これについては基本的に参照、R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553ff.; auch R. Wahl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Die Grundrechte. Handbuch, hg. v. D. Merten/H.J. Papier, 2003, S. 745.

<sup>45</sup> Vgl. nur Kingreen (注 5), S. 132.

<sup>46</sup> これについて参照、G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches und Völkerrecht 63 (2003), S. 1ff.

<sup>47</sup> ドイツでは、十分な省察も差異化も伴わない「より一層の教育」なる要請がなされているが、フランスにおける学位の価値の低下に関する最近の研究を知れば、少しは冷静になるのに役立つだろう。J.P. Guironnet, La suréducation en France: vers une dévalorisation des diplômes du Supérieur?, Economie Appliquée 2006, S. 93ff.

<sup>48</sup> J.L. Nolan jr., The Therapeutic State. Justifying Government at the Century's End, New York 1998. ここでは、「未解決の問題を解決可能なものに転換させる」という教育に関する神話がまだ生き残っている。N. Luhmann, Schriften zur Pädagogik, 2004, S. 235

<sup>49</sup> これに対して批判的なものとして、I. Katznelson, Knowledge about what? Policy Intellectuals and the new Liberalism, in: D. Rueschemeyer/Th. Skocpol (Hrsg.), States, Social Knowledge and the Origins of Modern Social Policy, Princeton 1996, S. 17, 20, 24, アメリカ合衆国については、Th. Skocpol, Social Policy in the U.S.: Future Possibilities in Historical Perspective, Princeton 1995, S. 143 も参照。

<sup>50</sup> Skocpol (注 48), S. 143.

<sup>51</sup> 「蓋然性」と保険の誕生について参照、F. Ewald, L'Etat providence, Paris 1986; ドイツについて M. Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 13ff.; E.S. Phelps, Rewarding Work. How to Restore Participation and Self-Support to Free Enterprise, Cambridge(Mass.) 1997, S. 36.

になった経済のためのインフラ及び知識基盤の整備<sup>52</sup>に強い関心を有していた。そこでは、現代風の言葉で言えば、契約法や会社法などのような、法が経済に「提供する機能」

(Bereitstellungsfunktion)<sup>53</sup>の遂行のみが問題になっていたのでなく、技術的側面においても社会的側面においても、経済と社会の自己変容に資するような知識基盤ないし「共通の知識」の創出が問題にされてきたのである<sup>54</sup>。このような国家機能なしには、資本主義経済がかくもダイナミックに展開することはできなかつたであろう。それは「夜警国家」なるものと無縁である。

4 近代の自由主義国家は、多数の「経験的／事的作用連関」に介入することを望まない一方で、「構想」を持っていた。そして構想というものは、必然的に選択的なのである。自由主義国家は規則[制定という形の]助成のみに自己限定したのではなく—そのように誤って主張されることがあるが—、何よりも技術的基準の発展と普及という知識基盤の助成に集中したのである。国家と社会の「分離」という自由主義的な構想は、相互無関心の関係ではない。それは制度を通じた媒介という関係なのであって、議会における社会の「代表」という構想に規範的一象徴的に表現されるのみならず、自由社会の現実のインフラを創出する任務を国家が遂行するということにも表出されている<sup>55</sup>。警察法・秩序法が危険概念を中心とすることにもこの発展が現われている。危険概念は、社会的な経験と密接に結びついているのだ<sup>56</sup>。

19世紀の社会国家思想<sup>57</sup>においても、「インフラ整備国家」が問題になっていた。それは基本権の行使の条件の発展を改善しようとしていたし、自由の純粹に規範的な枠組の創出に自己限定しようとはしていなかった。とにかく国家が制度的に思考する傾向がより強く<sup>58</sup>、この思考が、19世紀最後の三分の一における経済的飛躍を可能にしたのである。それは貧困層にも利益をもたらした。もし19世紀国家が、再配分に関する拡張的政策をとっていなければ、ドイツは経済的強国にはなっていなかったと主張することもできるだろう。

### III. 自由主義的秩序モデルと「社会的個人」

1. それ自身の主張に反して、社会国家モデルの基礎には「社会的個人」<sup>59</sup>の観念が不在である。これに対して、古典的自由主義の社会構想は、まさに、個性が教育の媒介によって間接的に構成されることとそれが社会に対して開かれていることを強調し<sup>60</sup>、それゆえに、この媒介関係を国家的介入によって置き換えることの限界を確認している。アダム・スミス<sup>61</sup>にとって、個性とは、個人がその胸中において、社会的な知識と予期のストックを反省的に代理するところの「内部の人」(man within)を構成し、それによって「他者という鏡」に反映した社会的環境を観察し、それによって初めて人格を発展させるということの中にある<sup>ix</sup>。一連の自由主義思想家の他方の極としてハイエクを位置づけることができようが<sup>62</sup>、彼は、社会の自己組織、多数の個人に分配された分散的経験知に注意を引きつけた。主体の意識に

<sup>52</sup> これについては全般的に参照、K.H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995; M. Vec, Recht und Normierung in der industriellen Revolution, 2006.

<sup>53</sup> さしあたり参照、G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 151; Reinhard (注 2), S. 462.

<sup>54</sup> 技術知について全般的に参照、R. Wolf, Der Stand der Technik, 1986; 建築規範について R. Strecke, Anfänge und Innovation des preußischen Baurechts, 2000; allg. Vec, a.a.O.

<sup>55</sup> インフラ発展に対する国家の責任について参照、G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

<sup>56</sup> K.H. Ladeur, Coping with Uncertainty: Ecological Risks and the Proceduralization of Environmental Law, in: G. Teubner/L. Farmer/D. Murphy (Hrsg.), Environmental Law and Ecological Responsibility, Chichester 1994, S. 299.

<sup>57</sup> 私法への影響について参照、T. Reppen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001.

<sup>58</sup> これについて参照、Reinhard (注 2), S. 462.

<sup>59</sup> M. Schroer, 2001 の著書の表題である。

<sup>60</sup> E.L. Khalil, Is Adam Smith Liberal?, JITE 2002, S. 664 (668).

<sup>61</sup> 参照、Khalil (注 60).

<sup>62</sup> 全般的に参照、F.A. v. Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, 2004 (ハイエク『法と立法と自由』西山千明他監修『ハイエク全集』8-10 巻); また Holmes (注 41), S. 175.

引き入れられた象徴体系を安定化させるものとしての制度的思考とその点で接続されることができたのである<sup>63</sup>。社会国家に対する懸念は、「自らを支配する個人」という想定からではなく、国家の認知的可能性に関する疑念<sup>64</sup>から生じるものである。社会的効果とそこに書き込まれている接続強制が顕在的な国家給付によって覆されてしまうことが、過小評価されているかもしれないという疑念があるのだ<sup>65</sup>。多くの社会給付は、同時に、社会的強制への適応なしにやっつけていけないのではないかというシグナルを送ることになる。自由主義国家が社会給付に際して制度化された形式をとること—「貧困行政」<sup>66</sup>を客観的に義務付けるのみで受給者の請求権には対応させない—も、この懸念に対応している。他方で社会の側には、他者に対して気前がよく、共感的でなければならないという道徳的要請が存在するのである<sup>67</sup>。

2 これに対して、現在、国家任務を引き受け、遂行する際の制約として、そのために必要な国家の専門知のストックが断片化され、恩顧主義的利益が貫徹され、そのため公衆にとって広範に不透明なものとなるという問題がある。国家と社会の分離がどんどん覆されていることの裏面として、国家は、もはや社会を観察し記述するための固有の準拠枠組をもたなくなっている。これは、国家が、もはや制度によって媒介されて介入するのではなく、国家に服従する「欠けたところのある存在」の窮状に対する「援助」という形で直接に介入するようになり、それが進歩と認識されるようになって以来のことである。古典的自由主義的国家モデルとポストモダンの福祉国家との間の対立の位置づけは、目的の相違—「夜警国家」対「配慮国家」<sup>68</sup>—ではなく、むしろ、一方では自由主義的法治国家の媒介性と選択性、他方では財政的制約以外の選択性に服しないような対個人「供給」の直接性との間の関係にあるとみることができる。自由主義国家は、「私法社会」(F. Böhm)<sup>69</sup>の制度を原理的に問い返すことはしないようにしていた。社会国家としての国家が、その行為において統合される場所の「社会的認識論」による方向付けを失ってしまうのではないかという危険性は、自由主義国家の主唱者達について容易に思いつくものであった<sup>69</sup>。[国家介入に]「限界[があるという]思想」は「自らを支配する個人」への盲目的信仰に根拠づけられているのではなく、個人の相互作用の開放性—分離ではなく—が社会の自己組織を動かしつつ、進歩を約束していることに基づいているのである<sup>70</sup>。そのことから逆に、第三者の行為に現実的あるいは潜在的に影響を受ける者は、変化する社会的環境条件に適応しなければならないということになる<sup>71</sup>。これに対して、かかる適応強制を社会的に免除すると、社会的な予期の矛盾へと導く。この衝突は、古典的自由主義の時期においては宗教的・道徳的拘束によって限界づけられていた。社会扶助(扶助給付)は、もはや避けがたいときに限って要求され、その場合体面の喪失の危険を伴うことになった。意識により内面化された自由主義社会の規範と予期こそが、なお支配的であり続けたのである<sup>72</sup>。

3. これに対して、(ポスト)モダンの「配慮国家」の特徴は、国家の社会的給付の拡大の帰結としての脱制度化をもはや問題とみなさない、いやそもそも現象として認識すること

<sup>63</sup> Revault d'Allonnes (注 34), S. 251.

<sup>64</sup> 人間についても国家についても「限定的合理性」を一般的に想定することについて参照、Douglas (注 42), S. 47.

<sup>65</sup> 一般的に参照、J.S. Scott, Seeing Like a State, New Haven 1998.

<sup>66</sup> これについて参照、Stolleis (注 50), S. 13ff.; Skocpol (注 48).

<sup>67</sup> T.R. Machan, Generosity: Virtue in Civil Society, Washington D.C. 1998.

<sup>68</sup> de Swaan (注 .11).

<sup>69</sup> 参照、Kersting (注 42), S. 14; 一般的に、K.H. Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft., 2006

<sup>70</sup> M. Gauchet, La condition politique, Paris 2005, S. 277, 300ff.

<sup>71</sup> H. A. Simon, Homo rationalis, 1983.

<sup>72</sup> M. Rojas, Sweden after the Swedish Model, Stockholm 2005, S. 70; アメリカ合衆国については Glazer (注 38), S. 12, 43; 正当な権利を有さない場合でも「場合によっては」社会給付を受け取るということについて、スカンジナビア諸国では文化的に規定された拒否感が強い[訳注: 著者との協議により原文修正] (例: デンマーク90%)。これに対してドイツ(60%)やフランス(40%)ではこのような傾向が十分には見いだせない。Y. Algan/P. Cahu, Civic Attitudes and the Design of Labor Market Institutions, CEPREMAP- WP 2005, 14.

すらないということである<sup>73</sup>。配慮国家は、「法的に秩序づけられた政治制度」と「それを支配する民主的産業社会・労働社会の諸潮流・諸利益」とを結びつけることにまさに自らの強さを見出している<sup>74</sup>。それは「自由主義においては誇張されていた自由・自律思想からの転換」と呼ばれる。そのため社会国家原理は、「個人的生活状況あるいは社会的不利益によってその人格的・社会的発展を妨げられた」個別のグループへの予防的配慮と扶助」を要求する。国家は「産業社会・労働社会のリスクに鑑みて」社会的安定化を引き受けるのである<sup>75</sup>。

しかしこれでは、自由主義的社会モデルが社会国家に対してつけた留保に対する解答にはなっていない。自由主義社会の**制度**とその法システムの選択性を維持するという問題が無視されているのである。社会国家の社会は、相互に競合する二つの要請によって規定される。一方は依然として市民社会の抽象的規則性の内面化を要求し、他方は、それにとまなうリスクが現実化した場合に公的援助を要求することを可能にする<sup>76</sup>。これにより「レジーム間衝突」(G. Teubner)の問題が生じること<sup>77</sup>は容易に見て取れるだろう。社会国家的秩序の規則は、自由主義が含意する社会秩序とその帰責モデルとがもたらす帰結を部分的に無効にしてしまうのである。他方で、一方のレジームがもう一つのレジームに影響を及ぼすことから、自らを自由主義秩序の適応強制から免れさせようという誘因<sup>78</sup>(Anreiz)が発生してしまう。場合によっては、新たなリスクを産み出すような生活形態・行動形態を選択した上で、責任を国家に押しつけることすらできるのである<sup>79</sup>。国家と社会との間の「責任分配」<sup>80</sup>に関して、もはやルールは存在しない。P. Baduraが「自由主義における自由・自律思想の誇張」と呼ぶところのもの<sup>81</sup>を放棄するとすれば、それは代償を伴うことを、社会国家の主唱者は見過ごしている。これこそが彼らとその自由主義的批判者との間の論争の根本問題なのである。

4 上述のように、近代自由主義国家とその法は、普遍的な形式の下における人々のパラドキシカルな結びつきを必然的に想定している。それにより人々は、「形式の内容を形作るところの実体的な利害から不可逆に切り離され、その結果、その社会性と統御不能の非社会性との均衡を保ち、前者は後者によって論駁されることになる」<sup>82</sup>。伝統、すなわち一定の状態の所与性に基礎をおいていた<sup>83</sup>「共同体」はもはや「達成不能の目標」となる<sup>84</sup>。人は理想に漸進的に接近することしかできないという人間に関する一般的な責任解除を持ち出すことによって、この逆説を否定することはできない。[社会国家の場合]資源の浪費を伴い、そしてその資源は他者に対して連帯義務の名の下に要求されたところのものだからである。ま

<sup>73</sup> 社会国家における脱制度化の効果、特に防御権と給付権の相違の消失は、公法上の疾病保険に加入する被保険者の「療法(選択)の自由」に関する連邦憲法裁判所の最近の判決(1 BvR 347/98 v. 6.12.2006) (訳注: BVerfGE 115, 25, 参照、注(23))

<sup>74</sup> Badura (注 4), S. 492; Bull (注 5), S. 57ff.

<sup>75</sup> Badura (注 4), S. 493; BVerfGE 21, 243 (251).

<sup>76</sup> この関係について参照、Kingreen (注 4), S. 134ff.

<sup>77</sup> この概念については最近の A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006.

<sup>78</sup> インセンティブの経済学について参照、A. Suchanek, Ökonomische Ethik, 2001, S. 43ff., 63ff.; D.C. North, Poverty in the Midst of Plenty, Hoover Institution Weekly Essays, 2.10.2000, [www.hoover-institution.org](http://www.hoover-institution.org)

<sup>79</sup> インセンティブ概念を皮相的に金銭的インセンティブのみに縮減してはならない。むしろ規範形成過程への影響が重要なのであり、それは経済心理学の対象である。例えば参照、E. Fehr/A. Falk, Psychological Foundations of Incentives, CESIFO 714 (2002), S. 33f.

<sup>80</sup> G.F. Schuppert(Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat. Schlüsselbegriffe eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999

<sup>81</sup> Badura (注 4), S.492.

<sup>82</sup> R. Esposito, Communitas, 2004, S. 110.

<sup>83</sup> R. Sugden, The Theory of Rights, in: H. Siebert (Hrsg.), The Ethical Foundations of Market Economy, Heidelberg 1994, S. 31ff.

<sup>84</sup> Esposito (注 81), S. 110.

た、積極的目標が達成されないというだけの問題にとどまてはいない。「プログラム」の破綻は、しばしば、保護されるべき人々の状態を[かえって]悪化させてしまうのである<sup>85</sup>。

自由主義的諸制度の知覚可能領域(Wahrnehmungsbereich)に、実体的利害の特殊性を再導入することは、逆説的な形式を伴う。それら実体的利害は、将来もたらされるべきと肯定的に評価される状態や生の可能性によって規定される。形式的抽象的法の未来に対する開放性と、伝統の状態志向性(もっとも、[伝統は現在の状態を志向するものであるが、]ここではそれに替えて将来の状態が問題にされている)とを結合させることになってしまう。この対立の解消がそもそも不可能な目標だということではない。自由主義制度はそれ自体適応能力を有しているからである(新たな制度として保険が発展したことは、この適応能力を示すものである)。しかし、社会国家の拡張(特に新たな「実体的権利」)は、自由主義制度の秩序形成機能の間接性やその背後にある社会の自己組織の尊重との間でコンフリクトを産み出す。近代法が社会の自己変化に焦点を合わせたものである以上、無造作に状態に手を出すことはできないのである<sup>86</sup>。

#### IV. 市民的権利と自由主義国家のパラドックス

1. 社会への「制御的」介入を正当化するために、国家は、その「形成余地」をよりいっそう主張し、ハイエクが言うところの「知識の詐称」(pretence of knowledge)を行うようになる<sup>87</sup>。「自らを支配する個人」なる観念は、その際、いわば国家が自らを投影する際の透明シート(Folie)として使われているに過ぎない。自由主義的秩序モデルは決して社会に敵対的なわけではない。それどころか、社会における行為の一般的規則が、伝統を超えて、常に更新される実際的な経験によって支えられていなければならないということを受け入れているのである<sup>88</sup>。その第一次の支えは、一般的に承認された「根拠」<sup>89</sup>—それは社会的関係ネットワークと結びついた知識のストックを離れた合理的手続によって見出されるものとされる—ではない。個人の権利に基づいて構成される自由主義的集団秩序は、封建的秩序を離れて全く新たに構成されうるものではない。[むしろ]それは古い秩序のコードを書き換えるのである。例えば封建的な領地支配は、解体可能な公法的な特権(租税免除・家父長的裁判権)と私法的な(物的)財産的権利(土地を通じて人間に対して持続的に割り当てられていた身分関係の除去がその反面である)<sup>90</sup>に転換される。市民的所有権が、それによって「各人の行動が万人の行動と関係する」<sup>91</sup>制度であって、まさに、個人に固定的に帰属した自己決定の空間ではないことは、この歴史に対応するものである。所有権が各人の行動と万人の行動を関係させることは、意見表明の自由が、ある者の意見を他の者の意見と結合させることであること<sup>92</sup>と変わりがない。

市民的所有権秩序は、その差異化された秩序が「始まりの前の始まり」<sup>93</sup>、を知らないということ、つまり「ゼロ地点」としての所有権の分配に焦点を合わせることができないという点でも逆説的に構成されている。歴史的にはそれは次のことを意味する。所有権は18世紀頃から、土地に対する封建的諸権利の一部は除去し(爾後家父長裁判権、租税免除などの公

<sup>85</sup> Glazer (注 38), S. 68ff.

<sup>86</sup> Sugden (注 82), S. 31ff.

<sup>87</sup> Schnapp (注 1), Rnr. 31.

<sup>88</sup> P. Kirchhof, Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen, Die Grundrechte. Handbuch, hg. v. D. Merten/H.J. Papier, 2003, § 21 Rnr. 4,

<sup>89</sup> 参照、E.L. Khalil, Is Justice the Primary Feature of the State?, European Journal of Law and Economics 1998, 215 (216); aber Habermas (注 16), S. 377f.(訳書 562 頁以下)

<sup>90</sup> H. D. Kittsteiner, Naturabsicht und unsichtbare Hand - Zur Kritik des geschichtsphilosophischen Denkens, 1980, S. 193ff., 210ff.

<sup>91</sup> G. Deleuze, David Hume, Frankfurt /New York 1996[ドイツ語版], S. 37. [ジル ドゥルーズ(木田元, 財津理訳)『経験論と主体性: ヒュームにおける人間的な自然についての試論』(河出書房新社, 2000)43 頁](著者との協議の上修正)

<sup>92</sup> Revault d'Allonnes (注 34), S. 123.

<sup>93</sup> これについて参照、H.v. Foerster, Der Anfang von Himmel und Erde hat keinen Namen, 2002, S. 29f. 44ff.

法的なものとすることによって)、一部は私法的な所有権に置き換えるという形で、経済システムと接続してきた<sup>94</sup>。市民的所有権の生成によって「均衡の破壊」が行われたのである。それは伝統的な硬直した地位への拘束を解消した。コンセンサスを先取りすることによって新たな統一性を根拠づけることはできない。市民的所有権の生成がまさにコンセンサスの必要を破壊したのだから<sup>95</sup>。具体的・人格的な封建的権利に換えて、抽象的法関係が登場するが、それは財の具体的な帰属について決定することはできない<sup>96</sup>。このような抽象的法関係こそが、主権の現象形態であって、それは法秩序の内部にありかつ外部にある<sup>97</sup>。

2. 以上のような背景の下に、ヒュームの要請は理解されなければならない。すなわちヒュームは、所有権の逆説的な始原を黙約 (Convention) (強調原文)に求める一方で、未来に向かっては、所有権は一般的規則によってのみ処理されなければならない、その取得や使用が、回顧的にみて個別に正当なものかどうかを考慮してはならない<sup>98</sup>というのである。個人的諸権利は「始まりの前の始まり」を与えることができないから、社会の「根拠」ではない<sup>99</sup>。何らかの黙約を先行的に設定する [= 前提とする] (Voraus-Setzung) ことなしには社会は存在し得ない。個人は母語によって自らを了解するものであるが、その母語を個人が自由に選択できないのと同様である。自由主義的立場とはむしろ、社会の根拠づけのこのような限界<sup>100</sup>、従って法の限界を受け入れることである。自由主義的立場はその代わりに、そこに書き込まれたさまざまな可能性を生産的に作動させようとする。なぜなら、現実世界は、普遍的な「計画」の基礎の下に構成されるにはあまりに複雑だからである<sup>101</sup>。

権利それ自体も、自由主義的理論においては、第一義的には、私的な行動空間の割り当てという意味の排除権として取り扱われるべきではない。権利は協力のネットワークの中での「結び目」を形作るものなのである。過去の経験がそこに結晶化され、新たな決定へと接続されうる<sup>102</sup>。その限りでむしろ、主体越境的接続可能性・接続強制—それは、非階層的 (heterarchisch) 社会において、中心的観察者の視点なしに生成されるものである—とともに作動する「接続権」と特徴づけられるべきものである。これは、知識と社会的なオプション空間が、一方ではかつての伝統的關係の「所与性」から、他方では単なる個人的なネットワーク—たとえば相互に知りあいの商人やツunft構成員など—から切り離されたという展開の反映である<sup>103</sup>。それによって、非所有権者にとっても新たな行動の可能性を与えるような動態的過程が解放されることになる。社会的知識が絶えず拡大され、知識へのアクセスが私的に限定されるのは例外でしかないからである。しかし、コミュニケーションのプロセス化を可能にするところの「共有された知識」なしに自由主義社会が存続しようと信ずるとしたら、それは幻想でしかない<sup>104</sup>。

従って、自由社会における国家は、原理的疑いにさらされるような存在ではないが、それは無から産出されるものではなく、どのように民主化されたところで主権的支配を継続させ、

<sup>94</sup>例えば 17—18 世紀イングランドにおいて入会地が暴力的形態によって私的に取得されたことに対して新たな法秩序が無関心だったことも、このことから説明できる。これについて参照、Kittsteiner (注 89)。

<sup>95</sup> N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 454. [ニクラス・ルーマン (馬場 靖雄 / 上村 隆広 / 江口 厚仁訳) 『社会の法2』(法政大学出版局、2003)593 頁]

<sup>96</sup> 一般的に参照、J.M. Apostolides, *Le roi-machine. Spectacle et politique au siècle de Louis XIV*, Paris 1981, S. 50.

<sup>97</sup>これについて参照、W. Rasch, *Sovereignty and its Discontents*, London 2004.

<sup>98</sup> D. Hume, *A Treatise of Human Nature* (1739), Mineola 2003, S. 344ff. (大槻春彦訳『人性論(4)』(岩波文庫、1952)55 頁以下)(著者との協議の上修正)

<sup>99</sup> v. Foerster (注 92), S. 29f., 44ff.

<sup>100</sup> Kirchof (注 87), § 21 Rnr. 4.

<sup>101</sup> J.L. Pollock, *Plans and Decisions, Theory and Decision* .2004, S. 79 (84); U. Di Fabio, *Die Kultur der Freiheit*, 2005, S.270; vgl. auch Khalil (注 89), S. 215 (218); Ph. Nemo, *Qu'est-ce que l'occident?*, Paris 2005, S. 41.

<sup>102</sup> H. Baetjer, *Capital as Embodied Knowledge: Some Implications for the Theory of Economic Growth*, *Review of Austrian Economics* 2000, S. 147 (154); J.St. Metcalfe, *Knowledge, Understanding the Epistemology of Innovative Firms*, in: S. Rizzello (Hrsg.), *Cognitive Developments in Economics*, London/New York 2003, S. 193 (203).

<sup>103</sup> Gauchet (注 59), S. 277, 300ff.

<sup>104</sup> Revault d'Allonnes (注 34), S. 124.

従って、その「固有の」意志を貫徹する時には潜在的に危険な存在なのである。バンジャマン・コンスタンにとって、国家は必然的に「停滞的な」(stationär)存在であって、社会の発展にとっての障害であった<sup>105</sup>。しかしだからこそ国家は、共有の知識基盤—自由主義社会においてこれは、価値と規則の安定した存続から生じえない—の維持にとって重要なのである。市民社会の知識の中心は、経験である。経験は、匿名かつ恒常的な持続的変化に服する規則集であって、諸個人と「実践の共同体」の関係ネットワークにおいて過程的に産出される(prozessiert)<sup>106</sup>。

3. 「他者という鏡」(A. スミス)としての個人の自己表象との関係で言えば、国家はそれ自身「複雑な自己を移す拡大された鏡」である。この鏡は共同の目標という像を映し出すが、そのような像こそが、個人が自らの目標を追求し同時に行動可能性を拡大することを初めて可能にするのである<sup>107</sup>。自由社会における個人は決して「自らを支配するもの」ではない。伝統による保障から離れ、他者の観察を媒介としてのみ可能な恒常的な自己変容に適応しているのである。J. ロックにとって、社会的交際において相互に信頼に値することおよび信用性が市民的徳目の中心をなすのはそのためである<sup>108</sup>。他者拘束を参照するこのような自己拘束は、制度による媒介に頼らざるを得ないものであり、共同体を直接に設立することを許さない。

自由主義モデルによる集団的秩序への拘束は、個人による社会の自己組織的観察を超えて、国家を媒介とした良い教育システムの助けによっても支えられている。良い教育システムは、個人が継続的に自己超越することを強制するものである。スコットランド啓蒙主義が、自省的(reflektiert)教育、特に子供の合理性と自己規律の発達に強い関心を寄せたのは偶然ではない<sup>109</sup>。J. ロックは、法治国構想のみならず教育に対しても重要な寄与をなしたが、彼以前には子供の意識的教育という観念がそもそもなかったのである<sup>110</sup>。「内部の人」の形成によって個性が集団的に発展する自省的形式として教育の任務が位置づけられていたことは、自由主義国家の任務が個人間の秩序の維持に限定されていたとする見方が不十分であることを示している。

## V. 社会国家の人間像・社会像

1. 自由主義秩序は、起業家の存在を自明の前提として想定してはいない。高いリスクが存在する以上、起業家活動を引き受ける用意への誘因が必要である<sup>111</sup>。これに対して、社会国家は常に人間を「自由のリスク」から保護し<sup>112</sup>、自由行使の現実の前提を創出しようとするが、その任務の複雑性、そして「自由のリスク」から保護すること自体のリスクについての決算報告を提出することはない。それに代え、自由主義の批判者は、ある種の創造神話、

<sup>105</sup> *Revault d'Allonnes* (注 34), S. 124.

<sup>106</sup> C. *Österland/P. Carlile*, *Relations in Practice*, The Information Society 2005, S. 81 (94). また参照、*Revault d'Allonnes* (注 34), S. 222; V. *Descombes*, *Complément de sujet*, Paris 2004, S. 449. 一般的に E. *Anscombe*, *Ethics, Religion and Politics*, Oxford 1981, S. 19ff.

<sup>107</sup> *Khalil* (注 59), S. 689.

<sup>108</sup> J. *Dunn*, *The Concept of 'Trust' in the Politics of John Locke*, in: R. Rorty/JB. Schneewind/Q. Skinner (Hrsg.), *Philosophy in History*, Cambridge, Mass. 1984, S. 279, 286f.

<sup>109</sup> P. *Gay*, *Introduction*, in: ders. (Hrsg.), *John Locke on Education*, New York 1964, S. 2.

<sup>110</sup> N. *Tarcov*, *Locke's Education for Liberty*, Chicago/London 1984.

<sup>111</sup> North (注 78); M. *Henrekson*, *Entrepreneurship: A Weak Link in the Welfarestate?*, *Industrial and Corporate Change* 2005, S. 437 (442); スウェーデン社会国家では、企業活動への関心が明らかに減退している。スウェーデン経済は大企業によって支配され、これに対して、来るべきネットワーク社会において重要な新たな中小企業の数が増加している。*ders.*, *Notes and Comments*, *Industrial and Corporate Change* 2006, S. 579ff. このことは将来に向けてのリスクたりうる

<sup>112</sup> U. *Volkman*, *Veränderungen in der Grundrechtsdogmatik*, *JZ* 2005, S. 261ff.

社会外的な生活状態と「アイデンティティ」の平等の優位を主張しようとする。開かれた、また不確実性の克服に対応した個別権利の参照枠組—それは歴史的継続性を完全に破ることはできないものである—に対して、そのような創造神話の方が勝っているというのである。

2. 重大な社会的リスクに対する限定的な保護—これはより多くの行動可能性を創出するものである—だけでなく、個人による社会的適応強制の引き受けを、個人と国家との独自の給付関係の創出によって置き換えることがかなり以前から問題になってしまっている。そのような関係から「アイデンティティ」の公的な「承認」への請求権およびその反面としての社会的強制への適応強制からの免除が導かれる。それにより、個人と社会との関係、その規則、行動モデル、予期が変容する。失業保険の例をみてみよう。その利点、特に賃金労働者の生活関係の安定化を見逃すことはできない。しかし仔細にみれば、ここでも二律背反を見出すことができる<sup>113</sup>。熟練労働者は、失業手当を（自己負担が限定された）保険として実際に利用する傾向がある。彼らは、不況の時に市場が労働者解雇という形で発するシグナルを観察することによって、新たな雇用の場を求める際に自らの俸給に対するイメージを柔軟に下方修正し、現実に適応させる。これに対して、非熟練労働者には、正循環的にリスクが高い非適応的な反応をとる傾向が、明らかに平均以上にしばしば見られる。彼らはしばしば、非熟練労働者への需要が低下しているにもかかわらず、以前よりも高い俸給を要求するのである。

3. ここで再び、冒頭で提示した問題、すなわち社会国家的援助と、それを通じて自由主義的集団秩序が間接的に産出されるところの予期・行為モデル・価値・知識ストックなどとの調整の必要性に立ち戻ることになる。社会国家レジームと自由主義的法治国家レジームとは両立しないわけではないが、それぞれのシステムが設定するシグナルと誘因の調節を可能にし、自己ブロック化が生じないようにするための「衝突規則」が必要である。自由主義的理論は、扶助の正当性を疑うわけではない。少なくとも一般的な蓋然性基準に照らして、不利益を受けている人を社会の部分システムのダイナミズムに組み入れることに寄与するような扶助であれば。早期の（ともかくも成功したと見なされるべき）社会保険が全く基本的な扶助のみを提供し、それに対応するわずかな拠出のみを徴収したということは無視されてはならない。この数十年において初めてそれは根本的な変容を蒙ったのである。今日では給付水準が（そして負担も）あまりに高いので、たとえば労働市場への反作用の形で扶助が副作用をもたらしていることが、社会のダイナミズムへの深刻な脅威とみなされなければならない

---

<sup>113</sup> B. Christensen, Die Lohnansprüche deutscher Arbeitsloser, 2005; 非熟練労働力が労働市場から排除されていることについて参照、H. Siebert, Jenseits des sozialen Marktes, 2005, S. 120f.

いほどである<sup>114</sup>。公的目的への支出が高ければ高いほど、収益の逡減・マイナス収益の危険も増大する<sup>115</sup>。従って、かつての社会システムの成功の因果関係を引き合いに出して、福祉が増大すれば社会的給付も増大し、それに対応した効率性が達成されるだろうと想定するのは誤っている。至る所で、高度に複雑な最適化問題が生じているのである<sup>116</sup>。

## VI. 社会国家の「社会的認識論」は何か？

1. 社会国家モデルが「社会的個人」(M. Schroer)<sup>xi</sup>の形成をどう考えているかは曖昧であり、社会国家の法学的解釈においては、それはほとんど存在しないほどである。現在の社会哲学は、その空隙を、個人性の源泉としての「承認」<sup>117</sup>の強調によって埋めようとしている。この概念をめぐる議論を逐一検討することはできない。両親・教師・同年代の者らの寄与なしに個人性が発達しえないという事実は、いかなる社会構想によっても否定されたことがない些事ではないが、[承認の社会哲学は]決定的な重点の移動をそれと結びつけている。すなわち、承認における主体と客体が、スミスのなバージョンと入れ替わっているのである。自由主義的構想においては、「他者の承認」の「他者」は目的語的属格であったのに対して、ポストモダンの構想においては主語的属格になってしまっている、つまり社会が個人を承認すべきものとされている。それによって密かに、個人間の家族の関係が社会的関係へと一般化されてしまう。同時に、承認の対象も、同義反復的循環的モメントを受け入れることになり、「経験的・事実的作用連関」という記述がそれと結びつく。個人は、あるがままの形で承認される。ポストモダン社会国家において初めて「『私』が王になった」<sup>118</sup>のである。かくして、個人の社会に対する関係は、個人の相互承認へと転換されなければならない。人は他者に対して、その個人的自己表現請求権、自己同一性、その他者性を承認しなければならない責任を負う<sup>119</sup>。内面化を要求するような主体越境的(transsubjektiv)集団的秩序のモメント<sup>120</sup>は、相互主観的關係(Intersubjektivität)へと蒸発してしまう。政治的バージョンにおいてそれは、「討議」という民主的手続における「了解」へと再生産されるのである<sup>121</sup>。いかなる「集団的プロジェクト」ももはや見いだされない。社会国家

<sup>114</sup> D.J. Besharov, Social Welfare's True Dilemmas: Universalism or Targeting?, Working Paper, Januar 1998; スウェーデンについて参照、Rojas (注 72),特に S. 43.

<sup>115</sup> 公教育について参照、A. Wolf, Does Education Matter?, London 2002, S. 243ff.;

<sup>116</sup> 国家による人的資本発展政策について参照、J.J. Heckman/A.B. Krueger/B.M. Friedman, Inequality in America, Cambridge, Mass. 2004.

<sup>117</sup> さしあたり参照、A.Honneth, Anerkennung und moralische Verpflichtung, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1997, S.1ff. 批判的見解として V.Gerhardt, Kein Kampf um Anerkennung, Merkur 645 (2003), S.24ff.

<sup>118</sup> Minc (注 19), S. 76.

<sup>119</sup> Honneth (注.117), S. 1ff.; ders., Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie, 2005.

<sup>120</sup> U.K.Preuß, Die Belagerung des Verfassungsstaates durch die multikulturelle Gesellschaft, Leviathan 1998, S.60ff.

<sup>121</sup> 全般的に参照、J. Habermas, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1999. (高野昌行訳『他者の受容：多文化社会の政治理論に関する研究』(法政大学出版局、2004)

こそが、その主唱者が自由主義国家について喧伝していたところの個人の原子化を初めてもたらしたのであり<sup>122</sup>、市民社会の自己超越化のダイナミズムを麻痺させたのである。

2. このことは我々を、国家が社会国家的任務を法的に処理する際の「形成余地」の問題<sup>123</sup>に立ち戻らせることになる。その正当性は断固として否定されなければならない。ポストモダン社会における社会国家は複雑性の条件の下での行為を強いられている<sup>124</sup>。誤って構想された社会プログラムが重大な損害をもたらすことを、社会国家の主唱者は受け入れなければならない。これが受け入れられれば、将来の社会国家に対する新たなコンセンサスが得られるかもしれない。かつて、自由主義国家は、知識問題を社会的経験に立ち戻ることによって解決した<sup>125</sup>。古典的な社会保険原理は、「私法社会」(F. Böhm)の法関係に対して従属的なものとして明確に関係づけられる限りにおいて、(自由主義国家と)もはや矛盾するものではなくなった。このことがもはや当てはまらず、不確実性の条件の下における複雑な行動戦略を正当化するためにいっそう専門知が動員されるようになると<sup>126</sup>、それと結びついた「社会的認識論」<sup>127</sup>、すなわち知識の獲得・利用・統制・事後的評価が、法システムの知覚可能領域に再び引き入れられなければならない<sup>128</sup>。たとえば他の行動領域、特に環境法において<sup>129</sup>、損害発生閾値を下回るところの分散された、しかし[定量]評価可能な作用連関を問題とすることができたことを考えれば、これは可能なことである。国家行為にとって、このような状況はもはや例外ではなく常態といえる。環境法や計画法においては、不確実性の条件の下における対立する諸利益の衡量と決定に関して、見当もつかないほど様々な難問が存在する。しかしそれらは部分的には「リスク法」という新たな形態で処理されてはいる<sup>130</sup>。「扶助」のみが問題となるような行動連関においても、リスク法から学ぶことはできるし、そうすべきである。あらゆる扶助は、そのために負担金を給付せねばならない第三者の権利への侵害と結びつく。各種抛出や租税による負担が加速的に累積していること<sup>131</sup>、それらの社会国家的投入が多様な目的のために行われていることは、かかる高い負担を負わなければならない一方で自分たちから調達された資金がいかにか非効率的に使われているかを知らない

<sup>122</sup> *Minc* (注 19), S. 98.

<sup>123</sup> さしあたり参照、共同決定判決(BVerfGE 50, 290, 332)[注 39];批判的なものとして、Ino Augsberg/ St. Augsberg(注 39),

<sup>124</sup> *Pollock* (注 101), 79, 87; vgl. auch *M. Crozier/E. Friedberg*, *Die Zwänge kollektiven Handelns*, 1993, S. 254f.

<sup>125</sup> *Khalil* (注 89), 215, 220

<sup>126</sup> *Minc* (注 19), S. 69 によれば、これは「国家の解体」の兆候である。

<sup>127</sup> この概念について一般的に、St.Fuller, *Social Epistemology*, Bloomington, Ind. 1988[訳注:別の図書でフルーは、「社会的認識論」を「探求の組織をめぐる規範的な問いに対する反省的かつ自然主義的なアプローチのことである」と説明している(小林傳司 他 訳『科学が問われている: ソーシャル・エピステモロジー』(産業図書、2000)3 頁(日本語版への序論)]。

<sup>128</sup> *Crozier/Friedberg*(注 124),S.254f.

<sup>129</sup> U.Di.Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994;全般的に参照、K.H.Ladeur, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, 1995.

<sup>130</sup> *W. Hoppe/Ch. Bönker/S. Grottel*, *Öffentliches Baurecht*, 2001, § 7.

<sup>131</sup> (資産評価基準も考慮した)企業の租税負担は、ドイツ(及びスペイン)において36%とヨーロッパ最高である。これに対してスウェーデンは24.8%である。NZZ v. 18.4.2006 ([http://www.nzz.ch/2006/04/18/wi/newzzem60r34d-12\\_1.26114.html](http://www.nzz.ch/2006/04/18/wi/newzzem60r34d-12_1.26114.html)).

人々に対して、扶助を新たな形で正当化することを要求している。負担の量的増大は質的变化へと転化し、正当化へのより高い圧力の下に社会国家をおくのである。

## VII. 社会国家の『リスク法』

1 不確実性の条件の下における国家行為の複雑性の増大から、単に「評価特権」を要請するのではなく、それを越えた帰結を導かなければならない。古典的な法律の一般性を正当にも要請した論拠として、自己構成的な市民の議会が、特殊利益を超えて、熟慮による公共的合理性の適切なフォーラムたり得るといったものがあった。社会国家的規範は、多くの行動を相互に結びつけ、行動可能性を開く（例：失業手当は、雇用機会が失われた後も受給者の生活維持を一定の時間安定化させ、家族の生活設計を支える）ための戦略的デザインを要求する限りで、異なった形での計画的モメントを有している。しかし失業者には同時に、新たな雇用機会を求めるための誘因が維持されていなければならない。この努力が成功するかどうかは、さまざまな要素に依存するため、事前に確定することは困難である<sup>132</sup>。すべての社会給付の意義は、それがどの程度頻繁に要求されるかにもかかっている。その頻度はたとえば負担額に反作用を及ぼすのみならず、長期失業者の固定的な層の発生を招き、さらなる社会的な帰結を助長するかもしれない。また、社会給付（たとえば定年前退職！）は、労組の戦略とも相互的關係にある。失業保険額が十分な補償を約束するのであれば、賃金（交渉）政策において失業の要素を考慮する必要がないのである。社会的扶助のリスクはこれに止まるものではない。直接的効果を越えた問題として、「社会的個人」を「内部の人」の内面化から「外なる国家」への期待に転換させてしまうというリスクがある<sup>xii</sup>。社会扶助・青少年扶助においては、個別関係者に対するその効果と対抗文化環境を意図せずして強化してしまうリスク[の双方]を事前に評価することが困難だということから出発しなければならない。ここでは行動と決定の連関が多層的に構想されねばならず、その展開は公的決定者のみに左右されるのではなく、その都度の関係者によっても左右される。本来適応能力を高めるべき社会給付が、扶助の受け手の戦略的ふるまいによって、適応[行動をとらなくてもすむような]代償物に変わってしまう。安定的と想定されていた行為モデルを、国家が、意図せずして変えてしまったからである。これによって国家の制御可能性も損なわれる。

むしろ決定者は、インクリメンタルな関係化の過程—省察の上での過程も、自生的過程も含まれる—に直面する。この過程には結局、蓋然性の想定とモデルの想定に基づいてしか影響を与えることができない<sup>133</sup>。ここではむしろ創発的な、合理的に事前に制御されることのない行動の連鎖とネットワークが問題になるが、それは予想困難な進化的プロセスによって予期・

<sup>132</sup> 社会国家の複雑な要求に、問題に即した形の対応ができていないヨーロッパ唯一の国は、おそらくデンマークだろう。参照、*J. Torfing*, , Towards a Schumpeterian Workfare Postnational Regime: Path-Dependency in Danish Welfare State Reform, *Economy and Society* 1999, S. 3ff.; *T.M. Andersen*, The Danish Labor Market - From Excess to Shortage, in: M. Werding (Hrsg.), *Structural Unemployment in Europe: Reasons and Remedies*, Cambridge 2005, S. 75ff.

<sup>133</sup> *Pollock* (注 101), S. 79 (99, 103).

方向付け・行為のモデルの形成へと導くものである。それを規範的に最適化することはできない。「社会的個人」に対する公共的作用のこのような新たなバリエーションは—ここではまさにそれが問題なのだ—従来の自由主義法治国モデルが慣れ親しんできたものとは異なった法的な規律形式によって作動する新たなプロセス的合理性を要求する。そのためには、「扶助」<sup>134</sup>は複雑性の程度が低すぎるのである。

2 むしろ、社会国家の介入がいかなる場合にもっとも生産的な効果を生み出すことができるか、いかなる場合に異常な副作用の蓋然性があるかについて十分注意しなければならない。連邦憲法裁判所は、技術法分野に限られないいくつもの判決において、不確実性の条件の下における立法行為の観察・改善義務を要求している<sup>135</sup>。これら判決はともかくも生産的ではあるが、理論的に実り多いとはいえない。「高い恒常性を備えた状況と比べて、より急速な変化にさらされるような状況」に関わる立法行為には観察・改善義務が課される。その場合法律は、「信頼性の高い評価を逃れてしまう」「複雑でありまた概観困難な連関の一断面」を視野に入れなければならない<sup>136</sup>。立法者はその場合でも行動し、評価特権を利用しなければならないが、法律をよりよい知識に照らして「改善すべき」義務を負っているのである。[とはいえ]複雑性は、事象相互の関連を観察し記述することも困難にする。たとえば企業レベルの共同決定の事例において、決定過程に法律が与える影響を認識することがどのようにしたらできるだろうか？社会国家的法律の事例において、生涯教育や雇用機会創出措置の有効性をどのように観察することができるだろうか？両方の場合とも、体系的・有機的な記述によれば、可能ではあるだろう。

以上を背景として、一見逆説的な法治国原理の再定式化を検討しなければならない。法治国原理の原初の自由主義バージョンは、法の特定性と安定性の原則をその核心的構成要素として示している。「複雑かつ概観困難な連関」に鑑みると、法的規律が、専ら規則それ自体において信頼を保障するということはもはやできない。法治国原理の抽象性の水準をより高く設定しなければ<sup>137</sup>、その意義は完全に失われてしまう。不確実性の増大という条件の下においては、社会国家原理の媒介のもとに支えられた立法者の実験の自由を統制するためにも、法治国原理が投入されなければならないのである。つまり、法律の適用の結果がそれ自体説明になっているような場合を別にすれば、評価特権を「回顧的事後評価」によって補わなければならない。この要請を憲法上自己執行的なものとみなすことはできないだろう。事後評価の態様・程度・数がなお具体化を要するものであるからである<sup>138</sup>。むしろ、連邦憲法裁判所が財政調整について要請した「基準

<sup>134</sup> D. Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, ZfSoz 1994, S. 93.

<sup>135</sup> さしあたり参照、BVerfGE 49, 89 (132)[カルカー決定。原子力法7条1項・2項が、高速増殖炉の設置許可を許容するものであるとしても法律の留保には違反せず合憲であるとした判決。『ドイツの憲法判例(第二版)』369-376頁(高田敏)および同所掲記の文献参照]BVerfGE 50, 290 (332) [前注39]

<sup>136</sup> BVerfGE 50, 290 (333f.) [前注39]

<sup>137</sup> D. Merten, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Ziel und Methode der Gesetzgebung im modernen Sozialstaat, in: B. v. Maydell (Hrsg.), Probleme sozialpolitischer Gesetzgebung, 1991, S. 51 (62); 法律の憲法適合性に関する手続的要素を高めようとする近時の議論について一般的に参照、J. Ennuschat, Wege zu besserer Gesetzgebung, DVBl 2004, 986; G.F. Schuppert, Gute Gesetzgebung, KritV 2003 (Sonderheft).

<sup>138</sup> 事後的な評価手法について参照、Heckman/Krueger/Friedman (注116); A. Lindbeck, Changing Tides fort he Welfare State. An Essay, CESIFO DP 647 (2002).

法」<sup>139</sup>のモデルにそって、一般的な・範例的なやり方の導入を許すような形の事後評価法を制定することが考えられよう。財政調整法をモデルにすることは、さしあたり十分説得的でないと思われるかもしれない。まさにこの分野は、目標を事前に確定するためにはあまりに政治的なものであるからだ<sup>140</sup>。しかし社会法律についてはこのことは同じ程度には当てはまらない。財政調整の場合とは異なり、実体的基準ではなくプロセス的・事後的な法律の査定が問題になっているからだ。いずれにせよ、学習を非構造的に行うことはできず、制度的枠組<sup>141</sup>が法律によって創出されることが必要である。社会国家的戦略は、常に「発展的プラン」<sup>142</sup>に埋め込まれたものとしてしか構想され得ず、事前の最適化決定ではない。「制度は行動にフィードバックするし、またその逆もある」<sup>143</sup>。体系的な評価戦略の一部として、不確実性ととも生産的に作動し、望ましくない副次効果を計算に入れるものとして、国際的な「ベンチマーキング」が考えられる。他の国で生成された知識を活用しようとする方法である。これは既に長い間テレコミュニケーション法において試みられていたが、社会法においても、過去の他国の経験が、仮にアネクドットにすぎないものであっても、参考として聴取されねばならない。方法的反省に基づくさまざまな制度の検討ももちろん可能である。特に観察されなければならないのは、賢明に組織された社会国家は、経済的ダイナミズムの維持と矛盾するものとは限らないということである。たとえばフィンランド、スウェーデン、デンマークの「経済全体の成長ポテンシャル」はそれぞれ1, 3, 4位と、ドイツの15位よりも遙かに高く評価されている<sup>144</sup>。成功している、あるいはあまり成功していない社会国家モデル相互の比較は、多くの政治的問題が今日でも経験的観察よりはむしろイデオロギーによって処理されるドイツ<sup>145</sup>にとって、とても啓発的であるはずだ。ドイツにおける社会移転は国家支出の26.5%に至り、スカンジナビア諸国（デンマーク 18.4% フィンランド 19.1% スウェーデン 21.1%）よりもずっと高い<sup>146</sup>。その代わりにスカンジナビア諸国の研究開発への支出（スウェーデン 3.98% フィンランド 3.48%）はドイツ（2.49% --いずれもGDPに対する比率）よりもずっと高い。スカンジナビア諸国は、経済的ダイナミズムのない社会国家は存続し得ないということをとくに理解していたのに対して、ドイツのような国—フランスも—では、ダ

<sup>139</sup> BVerfGE 93,121(138) [前注 20]

<sup>140</sup> 批判として、J. Wieland, Das Konzept eines Maßstäbengesetzes zum Finanzausgleich, DVBl 2000, S.1310f

<sup>141</sup> P.L. Porta/R. Scazzieri, Accounting for Social Knowledge in Economic Analysis: The relevance of A. Smith's Framework, in: Rizzello (注 101), S. 107 (109).

<sup>142</sup> これについて参照、Pollock (注 101), S. 79 (105).

<sup>143</sup> Henrekson (注 111), S. 587.

<sup>144</sup> World Economic Forum, Global Competitiveness Report, 2005, zit. Nach Wirtschaftswoche Nr. 35, v. 28.8.2006, S. 24.

<sup>145</sup> 数年前になされた「活性化国家 („aktivierender Staat“ )」をめぐる論争(訳注:1998年赤緑政権発足時の連立協定の項目の一つであり、1999年12月の連邦政府プログラム「現代国家-現代行政」にも盛り込まれる)はその一例である。参照、gl. G.F. Schuppert, Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft. Versuch einer verhältnisbestimmung, in: „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“, in Enquête-Kommission, Deutschen Bundestag (Hrsg.), Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft, 2000, S. 185ff.; B. Blanke, Aktivierender Staat - aktive Bürgergesellschaft, [www.aktivierender-staat.de](http://www.aktivierender-staat.de); ここではむしろ、新たな国家的「プログラム」による「活性化」の自己反省的理解こそが課題であろう。そのようなプログラムは、あらたな改革に道を空けるためにまもなく「棚上げ」されるのが常であったのである。これについて一般的に参照、C. Corsi, Sistemi che apprendono, 1998.

<sup>146</sup> OECD, 2004, (Wirtschaftswoche, Nr. 35 v. 28.8.2006, S. 26 から引用)

イナミズムの欠乏をよりいっそうの再配分で補うことができるという信念がきわめて普及しているのである。

3. 社会国家はもともと、[現在と]全く異なった、より安定した経済環境の下に構想されたものである。だからといって社会国家が時代遅れになるものではないが、非常に急速に変化する社会にあって、多額の資金が投入されている[社会国家的]プログラムを正確に観察し修正することは、最高次の優先性を有する。変化した条件の下で、社会国家の高度の給付水準を市場における労働提供によって実現することがしばしば容易でないことを考えると、複雑な社会の適応能力を社会国家が麻痺させる可能性も一つのリスクとみなされなければならない。社会政策・社会法は、このリスクに対してシステムティックな自己調整を行わなければならないのである。人口学的変化がもたらすリスクに対しても同様なのはいうまでもない。この深刻性—より動的で、社会負担がより少ない社会へと若い熟練労働力が移住する誘因を創出するリスクに至るまで—に対して、社会政策は全く反応していない。この点に関する確実な知見が既に利用可能であるにもかかわらず。

4 限界を指し示すものとしての法律という古典的自由主義的概念は、「損害発生閾値」につよく方向付けられている。それは、立法および行政の適用による具体化において、広範な経験知が利用可能であることを前提とすることができた。現代の介入的立法については、それに対応する知識のプールの社会的産出と維持の確実性をもはや想定することができない。それゆえに、社会を変化させるような立法は、認知に関する制度的インフラ—法律の効果を事後的に記述するのに必要な知識の生産に体系的にねらいを定めたそれ<sup>147</sup>—をはるかに強く必要とする。リスク概念<sup>148</sup>が示しているのは、直線的な原因—作用の連鎖は我々にもはや無縁であるということである。事態の経過が限界を超えること（「妨害」）を国家的決定によって逐一阻止するということはもはやあり得ない。それに替えて、多数の要素によって規定された複雑な作用連鎖と関わり合わねばならず、それは開かれた戦略的マネジメントを必要とする。社会問題は、「うまく構造化されていない」。社会国家的法律は、その結果として、予期されていないもの予期という逆説、そして自らが実現される過程において参照枠組が変化することの観察により強く焦点をあわせなければならない<sup>149</sup>。国家内部においても経済においても、「失敗を通じ

<sup>147</sup> 例えば金融市場コントロールにおいて、私的セクター・公的セクターともに越境的「集合知」を利用することの重要性が増していることについて、*T. Strulik/M. Kussin*, Finanzmarktregulierung und Wissenspolitik - Basel II Die aufsichtsrechtliche Konstitution kollektiver Intelligenz?, ZRSoz 2005, S. 101 (112); *C.C. Lichtenstein*, The Fed's New Model of Supervision of „Large Complex Bank Organizations“, Boston College Law School Faculty Papers 2006/No. 129; allg. *K.H. Ladeur* (注 129).

<sup>148</sup> *N. Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991; *Di Fabio* (注 129).; *Ladeur* (注 129).

<sup>149</sup> 認識困難なリスクの観察のために考えられる方法として、国際比較と、それから導かれる「ベスト・プラクティス」の探求がある。ECではそのために「開かれた政策協調手法」(offenen Methode der Koordinierung)の手続がとられている。社会政策について参照、*H. Obinger/St. Leibfried/F. G. Castles*, Beipässe für ein „soziales Europa“, *Der Staat* 2005, S. 505 (538).

た成功」<sup>150</sup>を期待することによってはじめて生産的に作動されうるような政治デザインという構成が受け入れられなければならない。ここでまた重要なのは、たとえば教育システムなどの社会的部分システムの固有合理性をより強く尊重し、（たとえば法システムによる）他者観察においてもそれを考慮することである。「観察知の道德化」あるいはその政治化は、全体化的傾向があるモデルを採用することで、意図せずして、当該テーマ全体のタブー化を推し進めるだけである<sup>151</sup>。現在でも、「連帯」を前面に出すことによって現象記述それ自体が規定されているのである。

社会においては、フォーマルな諸制度（法律、権利）とインフォーマルな強制・誘因・慣習的秩序の協働において、集団的効果が発生するものである<sup>152</sup>。それがうまくいくと、社会的自己組織の生産的ダイナミズムを始動させる。うまくいかないと、破壊的な自己ブロック化、学習の拒否、非構造的な信頼喪失、受動性へとはまりこんでしまう<sup>153</sup>。このどちらのバリエーションが起こるか、事前に認識することは容易でないのである。

---

<sup>150</sup> H. Petrowski, Success Through Failure. The Paradox of Design, 2006, S. 3, 5f.

<sup>151</sup> H.E. Tenorth, Theorie und Praxis-Vorbemerkung, Statement zur Tagung „Zur Lage der Erziehungswissenschaft“, Berlin 20.1.2006, [www.mpg.de/archiv/20060628/docs/tenorth](http://www.mpg.de/archiv/20060628/docs/tenorth)

<sup>152</sup> North (注 78).

<sup>153</sup> ドイツ型の社会国家は、ドイツ経済の適応能力と労働者の柔軟な対応に重大な否定的作用を及ぼすことによって、このような危険を生み出していると言える。参照、J.J. Heckman, Flexibility and Job Creation. Lessons from Germany, NBER WP 9194 (2002); vgl. demgegenüber zu Dänemark, das starker auf die Verbesserung der Flexibilität der Arbeitnehmer setzt, Andersen (注 132); Torfing (注 132).

\* 本稿は、「Risiko Sozialstaat. Expansion des Sozialstaats ohne verfassungsrechtliche Schranken?」(Der Staat 2007 S.67-94)の翻訳である。著者及び著者を通じて出版社(Duncker & Humblot)の許諾を得て訳出した。ただし、明らかに誤植と思えるもの、同論文公表後公刊の参考文献の補充の他、著者と協議の上若干の訂正を行った部分がある。

著者カール・ハインツ・ラデーア教授は1943年生まれ。ケルン大学およびボン大学で学び、ギーゼン大学助手を経て、1983年からブレーメン大学教授。1994年からハンブルグ大学教授。(1994-1996年はヨーロッパ大学研究所(フレンツェ)教授を兼任)。主な著書として、Postmoderne Rechtstheorie(2. Auflage, 1995) Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft(1995), Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation(2000), Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik(2000), Der Staat gegen die Gesellschaft(2006), Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit(2007)など多数。ドイツにおけるポストモダン法学の潮流を代表する論者として知られ、幅広い領域における活発な研究活動を繰り返している。既に日本語に翻訳された論考として、「規制主義と経済分析主義を超えて—環境法の新しい課題」(村上淳一訳、『岩波講座社会科学の方法第VI巻 社会変動の中の法』(1993年)89-128頁)、「環境行政における秩序法の限界と新しい経済的および計画的手法の投入の可能性：循環型経済および廃棄物に関する新法の例」(山本隆司訳、法政研究64巻4号,797-820頁)、「行政行為の将来：行為形式論は「インフォーマルな行政活動」の興隆から学習できるか?」(ドイツ行政法理論研究会訳、法政研究66巻3号1131-1157頁(1999))、「危険の予防とリスク処理—環境法におけるリスク管理」土方透, アルミン・ナセヒ編著『リスク制御のパラドクス』(新泉社, 2002)99-125頁、「自己言及的ラクダー近代の自律的法の創成」(G.トイプナー編・土方透監訳『ルーマン 法と正義のパラドクス—12頭目のラクダの返還をめぐって』(ミネルヴァ書房, 2006, 247-264頁)

2007年3月末、ラデーア教授は、神戸大学COEプログラム『市場化社会の法動態学』研究センター(CDAMS)の招聘により来日し、神戸及び東京(後者は東京大学比較行政法研究会と共催)で連続セミナーを行った([http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/koukyo\\_seminar.htm](http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/koukyo_seminar.htm))。神戸における第一回講演テーマ(3月23日)が本論文の抜粋であり、同セミナーにおいてはラデーア教授の講演、それを受けた中山竜一教授(大阪大学)の講演を受けて活発な議論が展開された。関係各位のご協力に改めて感謝する次

---

第である。また、関係資料の一部を、2005年度科学研究費補助金によるドイツ出張(基盤研究(c)「情報処理システムとしての都市法に関する比較公法学的研究(課題番号 17601006)の際に収集した。

なお、文中の括弧( )はそれに相当する原文が存在する場合であり、[ ]は翻訳に際して訳者が補ったものである。

<訳注>

<sup>i</sup> 古代ローマの地図において、アフリカ・アジアなどの未開拓地域に、未知の危険への注意を示す意味で書き加えられた言葉に由来する比喩である。なお、“Aufgaben der Neueren Rechtsgeschichte, oder: hic sunt leones“( Rechtshistorisches Journal 4 (1985), SS.251-264)と題する Michael Stolleis の論文がある(守矢健一准教授(大阪市立大学)の教示による)。ちなみに同 Stolleis 論文の脚注にもあるが参照、ウンベルト・エーコ(河島英昭訳)『薔薇の名前 下』(東京創元社、1990)、97-98 頁、352 頁。

<sup>ii</sup> 福祉国家を表す „Wohlfahrtsstaat“ 概念は、ドイツでは広範な後見的干渉を行った近代法治主義以前の国家を指すものとして「社会国家 (Sozialstaat)」と対比的に用いられることがある。文脈上そのようなニュアンスが強いと思われる場合のみ、「後見的福祉国家」と訳している。

<sup>iii</sup> 2004 年 10 月 6 日 - 9 日開催。統一テーマは „Der Sozialstaat in Deutschland und Europa“。記録は VVDStRL 64 (2005) に掲載されている。

<sup>iv</sup> 引用元を確認して原文を修正。

<sup>v</sup> 註9で引用されている BVerfGE 115, 97 は、所得税・営業税の総額の合憲性については、「2 分の1以下原則」(参照、註 20)は妥当しないとしている。なお、判決日時を訂正。

<sup>vi</sup> 基本法 14 条 1 項「所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。」(高橋和之編『新版世界憲法集』(岩波文庫、2007)176 頁(石川健治訳))

<sup>vii</sup> 基本法 2 条 1 項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、合憲的秩序又は人倫法則に反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」(同上、167 頁)

<sup>viii</sup> いわゆる反差別法である、一般平等待遇法 (Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) 1 条において使用されている用語である。同法 (法案段階) に対するラデーアの批判として参照、“The German Proposal of an “Anti-Discrimination”-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann „ 3 German Law Journal No. 5 (1 May 2002)(<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=152>) なお参照、網谷龍介「社会規範の『ヨーロッパ化』の政治過程——ドイツとオーストリアにおける反差別指令の国内法制化——」社会科学研究 57 巻 2 号(2006)67-91 頁(77 頁)

<sup>ix</sup> 「もし、人間という被造物が、ある孤独な場所で、かれ自身の種との何の交通もなしに成長して、成年に達することが可能であったとすれば、かれは、彼自身の顔の美醜についてとおなじく、かれ自身の性格について、かれ自身の諸感情と行動の適宜性または欠陥について、かれ自身の精神の美醜について、考えることができないだろう。これらすべては、かれが容易にみることができず、自然に中止することがなく、それらにたいしてかれが目をもくることができるようにする鏡をあたえられてもいない、諸対象なのである。かれを社会のなかにつれてこよう。そうすればかれは、ただちに、かれがまえにもたなかった鏡をあたえられる。それは、かれがともに生活する人びとの、顔つきと態度のなかにおかれるのであって、その顔つきと態度はつねに、かれらがいつかれの諸感情のなかにはいりこむか、いつかれの諸感情を否認するかを、表示するのである。そして、ここにおいてかれははじめて、かれ自身の諸情念の適宜性と不適宜性、かれ自身の精神の美醜を、眺めるのである。アダム・スミス(水田洋訳)『道徳感情論上』(岩波文庫、2003)293-294 頁)

<sup>x</sup> Böhm, Franz: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: ders., Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden, 1980

<sup>xi</sup> Markus Schroer „Das Individuum der Gesellschaft : synchrone und diachrone Theorieperspektiven (Frankfurt am Main, 2001)

<sup>xii</sup> 著者との協議の上原文修正