

# ニクラス・ルーマンの権力分立論

——グローバル・コンテクストにおける応用可能性——

大 森 貴 弘

はじめに——本稿の目的・対象領域および理論領域——

## I 「政治的憲法」における権力分立論

- 1 国家と社会の分離から全体社会の機能分化へ
  - 2 機能分化と権力分立
  - 3 政治システムの内部分化に伴う権力分立の新機能
- ## II オートポイエティック・ターン
- 1 オートポイエーシス
  - 2 構造的カップリング
  - 3 パラドックス

## III 「進化の成果としての憲法」における権力分立論

- 1 社会進化と憲法
- 2 法システムと政治システムの構造的カップリング
  - a 法システムのパラドックス
  - b 政治システムのパラドックス
  - c 憲法による構造的カップリングの規範化

3 権力分立における統一的ヒエラルヒーの放棄

IV ルーマン権力分立論への多角的考察

- 1 二論文の比較検討——同一性と差異——
  - 2 システム論的権力分立論が示唆するもの
  - 3 批判的考察——方法論的ナシヨナリズム?——
  - 4 グローバル化研究への応用可能性
- おわりに

はじめに——本稿の目的・対象領域および理論領域——

近時のドイツ国法学においては、社会学者であるニクラス・ルーマン(一九二七—一九九八)の社会システム論を導入または応用しようとする動向が見出される。もともと、ルーマンは『法社会学』(Rechtssoziologie)などの著作で知られるとおり、法社会学分野への影響が大きかったが、近年では『社会の法』(Recht der Gesellschaft)、『法の分出』(Ausdifferenzierung des Rechts)そして『社会の政治』(Politik der Gesellschaft)などの法や政治を扱った著作が続々と刊行されるにつれて、徐々に実定法分野への影響も増大してきている。とりわけ国法学において、この動向は有力な複数の国法学者によって担われている。例えばデーター・グリムが憲法の起源と変遷を歴史的に考察する文脈において、ライナー・ヴァールがヨーロッパ化・国際化する憲法現象の分析のために、そして、ウド・ディ・ファビオがヨーロッパ化の渦中にある国民国家の変容を考察する際に、それぞれルーマンの社会システム論にインスパイアされている<sup>(1)</sup>。それゆえ国法学(憲法学)にとって、ルーマンのシステム理論は今や重要な理論的バック・グラ

ウンドの一角を成していると言つても過言ではない。

もつとも、生前のルーマンが法または法学に關して提示した諸論点について、これまで十分な議論がなされてきたかと言えば、必ずしもそうとは言えない。例えば、ルーマンは社会システム論の立場から独自の権力分立論を提示しているが、この論点についても（デイーター・グリムが論文において何度か言及しているにもかかわらず）これまで目立った議論がなされてきたとは言い難い（日本においても、事情は同じである）。後に詳しく検討するように、ルーマン理論における権力分立は、法システムと政治システムの分化や内部分化という観点からシステム論的に把握される。これは、それ以前には見られなかった斬新な理解であり、憲法学の立場からしても非常に興味深い。

目下、憲法学における権力分立論は停滞しているわけではなく、新たな理論的成果が散見される。例えば、アメリカではブルース・アッカーマンが抑制的議会議主義という新たな権力分立を提唱しており、他方、ドイツではクリストフ・メラースが機能的権力分立論についての教授資格論文を完成させ、政治学者のアーロイス・リクリンが従来の権力分立論の見直しをも意図した浩瀚なモノグラフを出版している。<sup>(3)</sup>しかし、これらの成果にもかかわらず、ルーマンの権力分立論についてはほとんど論じられてはいない。<sup>(4)</sup>本稿では、この空隙を充填する意味でも、ルーマンの権力分立論に照準を合わせることにしたい。ルーマンは、ハーバーマスと並ぶドイツ社会学の大家として知られているが、若き日にはドイツの法学部の中でも屈指の名門であるフライブルク大学法学部に学んでおり、法律学に関する知識も極めて該博である。それゆえルーマンの権力分立論は、単なる門外漢の異説などではなく、真摯な検討に値するものだと思う。こうしたことから本稿の目的は、ルーマンの権力分立論の検討を通じて、その憲法学にとつての意味や示唆を明らかにすることにある。なお、ここで言う示唆とは、ルーマン理論の中に予め内包されているものを明示することのみに尽きるのではなく、この理論を現在の世界に適用ないし応用したときに引き出される諸帰結から得られ

る示唆をも意味している。したがってこの場合の示唆は、本稿筆者の問題意識にも規定されることになる。本稿筆者は、グローバル化における権力分立の変遷というテーマに関心を持っているため、特に本稿の後半ではグローバル化の文脈における権力分立概念について考察を加えたい。今日、権力分立概念は、国内の諸権力の分立という昔ながらの意味だけに留ってはいない。ヨーロッパ規模での権力分立やアジア・レベルでの権力分立、さらにはグローバルな権力分立という表現さえもが登場しており、権力分立概念はその射程を拡大する傾向にある。<sup>(5)</sup> 旧来の権力分立論は権力分立概念をあくまでも国家内部の諸権力の分立として把握したのであるから、こうした射程の拡大問題は議論にすらならなかった。しかし、グローバル化の時代とも呼ばれる現在、権力分立概念の射程の拡大を認めるのか否か、認めるとすればどこまで認めるべきかは、憲法学においても議論に値する問題である。本稿筆者は、このような権力分立概念の射程問題についてルーマン理論が重要な示唆を与えてくれると考えている。この点については、本稿の後半において詳しく論じることとしたい。

次に、本稿の対象領域(Gegenstandsbereich)すなわち検討の対象を明らかにしておきたい。既に述べた目的を達成するために、ルーマンの文献、具体的には以下の未邦訳文献を主な検討の対象とする。

Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems [「社会システムの文脈における政治的憲法」、以下「政治的憲法」と略記する。], Der Staat, 12. Band, 1973, S. 1-22 (1. Teil), S. 165-182 (2. Teil).

Verfassung als evolutionäre Errungenschaft [「進化の成果としての憲法」], Rechtshistorisches Journal, Band 9, 1990, S. 176-220.

必要に応じて、これ以外のルーマンの著作、さらには関連する(歴史的)事実や現実も検討の対象とする。

次に、社会学の理論を検討の対象とする本稿のような論文が、なお憲法学の論文でありうるのか、という根本的な

点が問題となりうる。場合によっては社会学（の一分科としてのシステム理論）を対象とする論文は社会学（ないし社会学の学説研究）であつて、憲法学の論文ではないとされ、本稿のような論文は頭から否定ないし拒否されてしまふかもしれない。また、ザインとゾレンの峻別という、日本憲法学においては今なお大きな影響力を保持する方法二元の立場からすれば、社会現象の経験的認識を任務とする社会学の理論を、規範理論としての憲法学に持ち込むことは、方法的混淆であると烙印されるかもしれない。加えて、社会学の学説を検討することで、憲法学への示唆を引き出すという方法は、ザインからゾレンを引き出す自然主義的誤謬だと断じられてしまふかもしれない。

そのような予想される方法論上の批判に対して、本稿筆者は憲法理論 *Verfassungstheorie* と、*理論領域 Theorieberreich* がありうることを確認することで答へたい。憲法理論とは、既に日本でも紹介されているように、かつてルドルフ・スメントが提示した、憲法学の一領域である。<sup>(6)</sup> 三宅雄彦の的確な紹介文を借りるなら「憲法理論とは、その都度の憲法解釈がその時々事情によつて支離滅裂とならないように、そして、憲法解釈学が、その時々で必要な社会的事実の探求によつて負担過重とならないように、しかも、一方では憲法それ自体に関連づけられ、もう一方では社会的事実に関連づけられながら、個別の憲法規範ではなく、憲法の本質、憲法の機能、憲法の理念といった憲法全体をヨリ根本的次元、ヨリ核心的視座から検討と考究を加え、それにより、憲法解釈のメタ理論として、憲法解釈学を方向づける学問領域である」。<sup>(7)</sup> この憲法理論という領域が存在することはドイツでは国法学者の間で一般的に承認されている。本稿筆者はスメントの哲学的・政治的立場を受け入れることはできないが、やはり憲法理論という理論領域はありうると思える。この領域が社会的事実に関わり合う以上、社会的事実を科学的に認識するための方法、すなわち社会科学の方法をも当該理論領域において適用することも許されることになる。<sup>(8)</sup> ゆえに、権力分立という憲法学の核心的概念をシステム理論の助けを借りつつ根本的に考究することも憲法理論上の方法として十分に成り立ち

うると考える。<sup>(9)</sup>

## I 「政治的憲法」における権力分立論

まず、一九七三年に書かれた論文「政治的憲法」を検討する。ただし不明確な部分は、他の論文・著作を手がかりにして読み解きながら検討を進めていきたい。

### 1 国家と社会の分離から全体社会の機能分化へ

ルーマンは、「政治的憲法」において国家と社会の区別という憲法学にとって周知のシエーマについて触れている。ルーマンにとって、社会分化に関するシステム論は、この古いシエーマを克服し、社会を機能主義的に把握する普遍理論として構想されている。<sup>(10)</sup> この国家と社会の区別論は、憲法学にとっても非常に馴染み深いものであるから、ここから話を始めるのが便宜であろう。<sup>(11)</sup> 周知のように、国家と社会の分離は、古典的な自由主義の理論に起源を持ち、憲法学だけではなく社会科学一般においても非常に広範に受け入れられてきたシエーマである。現在でもハーバーマスが提示する市民的公共圏の議論をはじめ、このシエーマを基礎とした議論が続けられていることを見ても、後の法学・社会科学分野に与えた影響の大きさがうかがえる。ルーマンによると、このシエーマには一見ただけでは気づきにくい一つの盲点が存在していたとされる。すなわち、分離させられた国家と社会の両者を含む全体は、どのような名で呼ばれるべきかという点である。ルーマンは、この問いが発せられることは、かねてより稀なことであったとし、「国家と社会の区別にはそのように分化したものの統一性をあらわす概念が欠けていた」と指摘している。<sup>(12)</sup> そして、この欠落した概念、すなわち国家と社会の両者を含む全体の統一性を、ルーマンは「全体社会(Gesamtgesellschaft)また

は単に[Gesellschaft]と呼ぶ。

ここでルーマンに依拠して若干歴史的な観点から敷衍するならば、近代社会が成立する前、つまり「身分制秩序」が支配的であった中世には、全体社会の内部には機能的に分化した諸々の社会システムは存在しておらず、社会は諸々の階層にヒエラルヒー的に分化していた。全体社会の分化形式を列挙するなら、①環節分化、②成層分化、③機能分化の三形式に区分されるが、ヨリ原始的な分化形式である環節分化とヒエラルヒー的な成層分化を経て、全体社会は近代的な機能分化に至ったとされる。原始的な部族的・氏族的社会の分化形式が環節分化であり、中世のように等族やカーストによって階層化された社会の分化形式が成層分化である。そして中世的な「身分秩序」の最後の崩壊と憲法国家の成立によって、社会の分化形式は、成層分化から機能分化 funktionale Differenzierung へと変遷する。機能分化とは、全体社会が政治・法・経済・宗教・学問など、さまざまな機能に特定化された社会システム群へと分化することを指す。この観点からすれば、国家と社会の分離とは「政治的国家と経済的社会の区別」というパラフレーズに明瞭に示されているように、全体社会を政治システムと経済システムの分化を主眼において把握したものだと言(13)うことができる。(14)

## 2 機能分化と権力分立

次に全体社会の機能分化と権力分立が、どのような関係に立つのかが問題となる。ルーマンは「政治的憲法」の中で権力分立に関して次のように述べている。

「憲法に予定された国家諸権力の分離、Trennung と均衡<sup>アウフヘーベン</sup>に関しては、かなり以前から多くの国々で、かなりの重点移動が観察され、予定された均衡の攪乱として感覚されている。とりわけ、立法院から執行府 Exekutive への諸機能および権力行使の移動

が問題となる。公法上の争訟において拡充された裁判権については、立法府および執行府から司法府の方向への移動が時として嘆かれる。憲法というスクリーン上に予定された計画からの逸脱として現れるそうした機能および権力の移動は、憲法学において十分には把握されていない。その移動は、はるかに広大な射程をもつ変化の付随現象である、すなわち権力分立 *Gewaltenteilung* というシエーマにおいて全く予定されなかった政治システム内部の二大システム、つまり政治のための、および行政、*Verwaltung* のための大システム発生の結果である。<sup>(15)</sup>

この箇所ではルーマンが述べている「憲法というスクリーン上に予定された計画」とは、詳細に説明されてはいないものの、差し当たりは立法府・行政府・裁判所という三機関がそれぞれ固有の機能と権限を持つとする従来の権力分立論として理解することができる。こうした前提に立つて初めて、「立法府から執行府 *Exekutive* への諸機能および権力行使の移動」や「立法府および執行府から司法府の方向への移動」が「憲法というスクリーン上に予定された計画」からの逸脱だ、と言っているのだからである。もつとも、若干論点先取り的に言うなら、後に検討する論文「進化の成果としての憲法」においては、立法と裁判という二つの部分システムへと内部分化した法システムおよび政治システム、というシエーマが明確に示されている。すなわち、法システムの内部に①立法システムと②裁判システムという二つのサブシステムが分化し、法システムの外部に③政治システムが分出する、というシステム論的把握が明示されている。これによって、権力分立という憲法学の古典的なシエーマは、システム論的に捉え返される。上にいう三システムの分化は言うまでもなく機能分化であるので、立法府・行政府・裁判所という三機関の分立と相互の抑制と均衡という把握とは視点が異なる。あくまでも立法・裁判・政治という三つの機能システムへの分化——より正確に言えば、法システム内部での立法と司法という二つのサブシステムへの分化と、法システムの外部における政治システムの分出——として、機能主義的かつシステム論的に捉え返されている。



ルーマンが「憲法というスクリーン上に予定された計画」<sup>17</sup>と表現している権力分立の原型は、「立法府から執行府 Exekutive への諸機能および権力行使の移動」や「立法府および執行府から司法府の方向への移動」が生じることによって逸脱されることになる。つまり、憲法学において行政国家現象ないし司法国家現象と言われる諸々の事態によって、立法府・執行府・司法府といった各国家機関と機能の間にズレが生じてしまうわけである。さらに、政治システムの内部において政治と行政という部分システムが分化することによって、権力分立の原型と現実との乖離はさらに拡大することになる。すなわち、権力分立の典型においては、立法と裁判という二つの部分システムへと内部分化した法システムおよび政治システム、というシェーマが前提とされていた。このシェーマの基礎となっていた機能分化が、行政と政治への政治システムの内部分化<sup>18</sup>によってさらなる変化を蒙ったというのである。すなわち、簡潔に定式化すれば

法システム（立法―裁判）―政治システム

という初期の機能分化の様相が

法システム（立法―裁判）―政治システム（行政―政治）

という態様へと変遷したと表現することができよう。<sup>17</sup>ルーマンは、こうした変化が権力分立を時代遅れの概念として廃棄してしまうと述べているのではなく、むしろこの変化を「権力分立の事実上の機能変遷」<sup>18</sup>として把握している。さらに、この変遷は権力分立に「政治と行政の調整のための新種の機能」<sup>19</sup>を付加するという。では、既に言及された政治システムにおける行政と政治への内部分化と、それに伴う権力分立の「新種の機能」とは、具体的には何を意味しているのか？ この点が次に問題となる。

## 3 政治システムの内部分化に伴う権力分立の新機能

これについて、まずは政治システムにおける行政と政治への内部分化が何を意味しているのかを理解する必要がある。この点について、ルーマンは次のように述べている。

「一方では「国家諸機関」の法学的に把握しうる行為の半ば内側で半ば外側で、政党および利益団体の助けを借りて独自の機能を有する一システムへと凝縮される政治的諸過程の網が形成されており、ここでは状況の政治的性格とそのつど政治的に可能なことの諸条件が確定される。他方で（緊密な相互依存、境界踰越そして境界移動を排除せず、むしろまさに必然的なものとする）それ「政治」とは明瞭に区別されて存在しているのが、行政に特定化された部分システムであり、そこでは正しさと有益性という所与の諸条件のもとで諸々の決定が準備され生産される。その詳細は国家ごとに著しく異なっている。しかしながら、一貫して記録されるべきことは、諸々の政治システムの複雑性が大きさ・多様さおよび相互依存にに応じて著しく増大していることであり、権力分立図式の構想に際して目のあたりにしていた大きさの等級は粉碎されているということである。」<sup>(20)</sup>

もともと政治システムの機能は、集団的に拘束する諸決定を産出し貫徹するところに存する。政治システムの内部分化の進展につれてその機能はサブシステムである「行政」が発揮することとなり、他方のサブシステムである「政治」は、集団的に拘束する決定の許容力を準備する機能を果たすとされる。ヨリ具体的には、ルーマンが言う「政治」とは、政党や利益団体の助けを借りてさまざまな意見を集約していく一連の過程であると言える。サブシステムである「行政」の機能の担い手は、ルーマン自身が「常任の官吏によって占められた」行政<sup>(22)</sup>と書いていることから明らかかなように常任の官吏である。ルーマンは、政治システムにおける政治と行政への内部分化に基づいて権力分立が「政治と行政の関係のための調整という新種の機能を獲得する」として次のように述べている。<sup>(23)</sup>

「政治と行政の分化は、新しいタイプの権力増大において、すなわち共通の価値観と合理性諸基準の最小化のもとで権力に権力<sup>(24)</sup>

を行使するというより長い不均質な Heterogene 連鎖において可能となる。それと結びついているリスク——権力の「乱用」のリスクだけでなく、さらになお連鎖の切断、部分システム群におけるブロックキング、決定の諸前提の非移送性、メタコミュニケーションのレベルにおける対抗権力の産出といったリスク——は、権力のコードにおける諸々の予防措置によって統制されなければならない。したがって権力分立によって、権力コードは原理的に法と結合される。決定プロセスは、法という手段によって遂行される。」<sup>(26)</sup>

アメリカとフランスにおいて初期の憲法が制定されたころ、憲法は政党について何も言及していなかった。その後、政党組織は著しい発達を遂げ、また利益団体などの政党以外の政治団体も発達した。これに伴って、政治という部分領域は、常任の官吏からなる行政から分化した。政治は、プランニングやプログラミングという形で、行政に対して「出力」を行なう。しかし「政治は、それがプランを立てプログラムするときに、諸決定について決定するが、これらの諸決定を下すのではない」<sup>(26)</sup>。つまり、実際に諸決定を下すのは行政なのである。ところが、政治と行政は、互いに依拠する合理性基準が異なっているため、政治が出力したプランやプログラムが行政によってその意図どおりに決定され、執行されるとは限らない。政治から行政へと権力連鎖が伸びたことは、行政による権力の乱用、権力連鎖の切断、決定の諸前提の非移送性などのリスクに纏わり付かれることを意味する。また、権力行使の名宛人である部分システム群からはブロックキングによる抵抗を受けるかもしれない。ルーマンは、こうした事態に対処するため、政治のプランニングないしプログラミングを法によってコントロールする必要があると説く。

さらにルーマンは権力分立の新機能について、次のように述べている。

「権力分立の新たに成長した両機能——政治と行政との間の濾過機能 Filterfunktion と権力連鎖の延長——は、それ自身で憲法における保障を必要としている。政治と行政の差異の媒介はそれ自身、日常的政治化から免れていなければならないが、したがって

憲法によって支えられていなければならない。法形式による権力連鎖の延長は、憲法における根拠を要求する。なぜなら、権力連鎖の延長は可変的な法を前提とするからであり、また、それは日常の諸プロセスにおける権力行使のための諸観点にだけではなくコード、したがって権力の可能性の諸条件に該当するからである。その結果、それに基づいて、権力分立原理の憲法リンクは争われえないし、新たに確認されるのである——もつとも、それ自体、憲法においては規律されていない主導的諸構造や基本的諸問題へと方向づけることよってであるか。<sup>(27)</sup>

まず、引用文中で述べられている濾過機能とは何かが問題となる。フィルターというからには、何らかのものを透過させると同時に、他の或るものを除去しようという趣旨であろうが、具体的には何を透過させ、何を除去しようというのか？ ルーマンは「政治的憲法」において、濾過機能について十分な説明をしていないため、この点が極めて不明確である。それゆえ、この点については他の著作を参照しなければならない。「政治的憲法」発表の八年前、一九六五年に発刊された『制度としての基本権』では次のように述べられている。

「政治と行政の分離の恐らく最も重要な機能は、行政上の決定の公衆からの独立性を確保する点にある。政治ゲームは官僚機構の権力基礎を組織化し、この基盤に立脚することによって官僚機構は、人格としての声望がなくとも、普遍的に妥当する抽象的で特定化された仕方では形成されたプログラムに従って決定を下すことができ、しかもその際に公衆の様々な希望や特別に提供される報酬に左右されることもない。政治と行政の分離は、次章で考察する平等原則の実践的適用を可能にする。このような分離を欠く場合には、つまり政治的領域が社会の要求を情報として吸収し、決定権力へと転換させえない場合には、行政と公衆との間の境界線上に、交換的性格を伴う個別的な接触システムが発展する。ここでも再び発展途上国の例を引き合いに出すことができる。これらの諸国は、政治権力のコミュニケーション・システムを個別的な条件から解放し一般化する制度を形成するという点において困難に陥っているのである」<sup>(28)</sup>

ここでルーマンは、官僚機構が「特別に提供される報酬」すなわち賄賂に左右されずに決定を下すべきだと論じているが、この点には異論が出ないであろう。問題となるのは、公衆の希望に左右されずに決定を下すべきだとかなり露骨に論じている点である。「行政の民主化」を掲げる論者からは、官僚主義であるとか、「テクノクラートのイデオロギー」(ハーバーマスがルーマンに貼り付けた有名なレッテル)として非難されるかもしれない。<sup>(29)</sup>かつて行政官として働いたことのあるルーマンが、公衆と行政の区分論を平等原則と関連させて論じている点は興味深い。この点、後ほど再度触れることにする。

このように、『制度としての基本権』では、若干露骨な形でルーマンの当初の意図が示されているが、この本の発刊から一年後の一九六六年に発表された論文「政治的プランニング」においては、以下のように若干緩和された記述が見出される。

「プラン遂行 *Planführung* が他の種類の政治的に濾過されていない社会的影響を免れるうるのはいかにしてか、またそれは可能かどうか、という問題が提起される。人は、今日とりわけ発展途上国に関する諸研究から、そのことがどれくらい難しいか、そして、プログラムされていない諸影響、つまり個々の人格間の特定の関係または行政の内部および外部の役割・血縁関係および氏族共同体・社会的従属・友人関係および交換関係などの間の特定の諸関係がプログラム遂行をいかに強烈に歪めることができるかを知っている。そうした行政への直接かつ人格的な介入が全体社会の政治的影響力のある諸力にとって可能であればあるほど、元来の政治過程は利益を失う。権力を一般化し、かつ正統化するその機能は、要求されずに低下する。政治を通じた迂回路に基づく利益貫徹の間接的形式は、短絡によって崩壊する。<sup>(30)</sup>」

もはや明らかなように濾過機能とは、行政が政治的影響にさらされることで、その公正さや「客観性」を喪失しないように、社会的諸勢力の強烈な政治的影響力が直接行政に及ばないように、濾過するという意味である。このため

にも、ルーマンは「行政と公衆との間の十分な役割分離およびコミュニケーション制限が構築」<sup>(31)</sup>されるべきだと論じている。

なお、ここでは公衆の要望や政治勢力の影響を完全にシャット・アウトしようというのではなく、あくまでも一定程度、濾過すべきだと論じられている。このことは「政治的憲法」の一年前(一九七二年)に発表された論文「政治概念と行政の『政治化』」を読むと明瞭となる。この論文でルーマンは、過剰な中央集権化が中央政治に決定の過剰負担を強いることを批判しながら「現場の」政治的諸力との脱中央集権化された妥協<sup>(32)</sup>を肯定しているのだからである。したがって、ルーマンが言う濾過機能<sup>(33)</sup>というのは、政治勢力および公衆と行政がある程度交流し協力・妥協するのを肯定しながら、その過剰な政治的影響力を防止しようという趣旨<sup>(34)</sup>であろうと理解しうる。それゆえに、障壁機能ではなく、「濾過機能」という用語が使われているのだろう。なお、ルーマンは、後に書かれた『民主制における権力循環と法』(Machtkreislauf und Recht in Demokratien) および『社会の政治』(Politik der Gesellschaft) など、政治システムの内部に「行政」「政治」「公衆」の三つのサブシステムが分化し、これらのサブシステムを巡る権力の循環が成立すると論じている。ルーマンによると、この民主的循環が正常に機能するためには、発展途上国に見られるように「行政」「政治」「公衆」が癒着してはならず、これらの分化が権力分立の新機能として規範化されねばならないという。ルーマンが権力分立の新機能を論じている意義はこの点に存するのであり、ルーマンにあっては民主的権力循環と権力分立が親和的に把握られている。

## II オートポイエティック・ターン

既に検討した論文「政治的憲法」が発表された一九七三年と、後に検討する論文「進化の成果としての憲法」が公

にされた一九九〇年との間には、オートポイエティック・ターン *autopoietische Wende* と呼ばれるルーマン自身の思想転回が介在している。ルーマンは、一九八〇年代のはじめに生物学者マトウラーナが提唱した「オートポイエーシス」の概念に言及し、一九八二年の論文「オートポイエーシス・行為およびコミュニケーション的意志疎通」(Autopoiesis, Handlung und Kommunikative Verständigung) では、オートポイエーシス概念を——その意味内容を改作したうえで——社会システム論へと導入し、社会システムを「オートポイエティックなシステム」として特徴づけることによって、以後の社会システム論の性格を内容的にも用語上でも大きく変化させた。このようなルーマンの生涯で最大の思想転回は「オートポイエティック・ターン」と呼ばれ、これ以後のルーマン理論は「後期」として区分される。<sup>(34)</sup>ここでは「進化の成果としての憲法」を検討する前の間奏曲として、以下の考察に必要な範囲内でオートポイエティック・ターン以降に導入されたいくつかの用語ついて解説しておきたい。そうすることは、この思想転回が後に及ぼした影響を認識するためにも、またオートポイエーシス概念を始めとする後期ルーマンの一連の用語を理解するためにも、有益なことであろう。

## 1 オートポイエーシス

オートポイエーシスという概念は、生物学者のマトウラーナによってギリシア語の *autos* (自己) および *poiesis* (つくる) から合成された造語であり、自己産出または自己制作を意味する。マトウラーナは、ヴァレラとともに、生命体組織の特性を記述するためにこの概念を用いたのであり、オートポイエーシスとは、すべての生命体に妥当する組織原理だとされる。オートポイエティックなシステム、つまり生命体は、「自らを存続させる構成要素や構成部分のみならずから生産し制作する」のであり、「自らの働きによって、自分自身の組織を継続的に産出する」<sup>(35)</sup>とされる。

ルーマンは、こうした生物学由来のオートポイエーシス概念を——その内容を抽象化し、ヨリ一般化したうえで——社会システム論へと導入した。すなわち、ある区別に基づいた独自の作動を持つ社会システムを、オートポイエティック・システムとみる理論を構想したのである(例えば、法システムは、法/不法のバイナリー・コードを使用する独自の作動を持つ、つまり「絶え間のない作動において法と不法を区別する」<sup>(36)</sup>)のであり、この作動において閉鎖しているオートポイエティック・システムである。また、政治システムは、権力/無権力を区別する独自の作動を行なうオートポイエティック・システムである)。ルーマンはこのように一般化されたオートポイエーシス概念を以下のように定義している。

「われわれは、システムを成り立たせる要素を、そのシステムを成り立たせる要素そのものによって生産し再生産するシステムを、オートポイエティックと呼ぶことにする。そうしたシステムが統一体として用いるすべてのもの、すなわち、そのシステムの要素、過程、システムそのものは、まさにそうした統一体によってシステムのなかではじめて規定される。別の言い方をすれば、システムのなかへ統一体をインプットすることも、システムから統一体をアウトプットすることもない。<sup>(37)</sup>」

このようにルーマンは、オートポイエーシス概念をシステムの構成要素の回帰的生産を媒介とするシステムの「自己」産出と自己保存として一般的・抽象的に捉え、これを諸々の社会システムへと適用しようとする。

## 2 構造的カップリング

「構造的カップリングという言葉も生物学者のマトウラーナに由来している。彼はもちろん、システムと環境との一般的な関係の特徴づけるために、この概念を用いている<sup>(38)</sup>」。ルーマンは、生物学由来のこの概念を改作した上で社会システム間の関係にも(場合によっては心的システムと社会システムの関係にも)適用している。オートポイエティック



な社会システム（経済・法・政治・宗教など）は、各々独自の作動を持ち、それによって閉鎖している（作動的閉鎖）。ある社会システムにとっては、他の社会システムはシステムの外部つまり環境である。システムの閉鎖という言葉から、閉鎖したシステムと環境が没交渉であるかのように思われがちであるが、閉鎖しているのはあくまでもシステム独自の作動に関してのみであり、それ以外に関しては何らかの關係、場合によつては緊密な關係をも有する。こうした結合關係が構造的カップリングと呼ばれるものであり、カップリングされたシステムは相互依存の關係にあり、他のシステムのような自己の環境に対しても開かれているが、システム独自の作動に関しては、あくまで自律し閉鎖している。システムは独自の作動に関して閉鎖しているが、同時に環境からの刺激に開かれている。

### 3 パラドックス

パラドックスという概念も後期ルーマンの著作に頻繁に登場する概念である。パラドックスは矛盾を孕んだ命題として忌み嫌われ、排除されるべきだとするのが伝統的な考え方である。ところが、ルーマンの社会システム論においては、パラドックスとその展開（脱パラドックス化）に重要な意義が与えられている。

パラドックスの例として人口に膾炙しているのが「クレタ島の人は嘘つきだ」とクレタ人エピメニデスが語ったという故事である。このパラドックスは次のように表現しよう。

A クレタ島の人は嘘つきだ。

B 発言者エピメニデスもクレタ島人であるがゆえに、エピメニデス自身も嘘つきとなり、彼の発言である命題Aも嘘として否定される。したがって、

C クレタ島の人は嘘つきではない。

この命題Aと命題Cは明確に矛盾しているが、にもかかわらずAからCが導出されている。そして以下のように、逆の導出も可能である。

C クレタ島の人は嘘つきではない。

B ゆえにクレタ島人エピメニデスの発言「クレタ島の人は嘘つきだ」も嘘ではないことになり、肯定される。したがって、

A クレタ島人は嘘つきである。

この場合でも、命題Cと命題Aは同じく矛盾しているが、今度は逆に命題Cから命題Aが導出される。まとめると、命題Aからは命題Cが導出され、命題Cからは命題Aが導出される。したがって、命題Aと命題Cには循環的な揺らぎ（AからC、CからA）が発生しており、いずれの命題が真であるかを決定することができない。このような決定不可能性がパラドックスには内包されている。パラドックスは（1）自己言及（クレタ人がクレタ人に言及する）と（2）対立項（嘘つき／嘘つきでない者）からなる区別という二つの条件、すなわち自己言及と区別の利用という条件に基づいている。<sup>39</sup>ところで、オートポイエティックな社会システムは自己言及的であり、区別を使用するのであった。ゆえに、オートポイエティックな社会システムは、パラドックスの問題を孕んでおり、このパラドックスをいかに展開していくかという腕パラドックス化の問題が、それぞれの社会システムにおいて浮上してくることになる。したがって法システムもまた、パラドックスの問題を孕んでいる。法システムは自己言及的なシステムであると同時に、合法／不法という対立項からなる区別を用いるのだからである。<sup>40</sup>この点には、後に再び触れることにする。

### III 「進化の成果としての憲法」における権力分立論

次に一九九〇年の論文「進化の成果としての憲法」を検討する。この論文はオートポイエティック・ターンの後に書かれたものであるので、一九七三年の「政治的憲法」においては見られなかった「オートポイエーシス」[「パドックス」]「構造的カップリング」などの諸概念が見出される。憲法概念もこれらの諸概念によつて捉え返され、権力分立概念も構造的カップリングの概念から説明される。「権力分立を持たないいかなる社会も憲法を持つものではない」という類纂に引用されるフランス人権宣言一六条に示されているように、権力分立と憲法は不可分の関係にあるとされ、しばしば前者は後者の不可欠の構成要素だとされる。それゆえルーマンの権力分立概念も、まずは憲法概念との関連において検討しなければならない。

#### 1 社会進化と憲法

ルーマンは「進化の成果としての憲法」の冒頭において次のように問題提起をしている。「近代文明には多くの成果があるが、一八世紀末から近代国家に付与されている憲法ほど顕著に意図的なプランニングの結果であるものはほとんどない。こうした事情を知らながら進化について、どのように言及することができるか？」<sup>(41)</sup>と。この論文のタイトルからしても明らかのように、意図的なプランニングの成果に見える憲法が、実は社会進化の成果であった、というのがルーマンの趣旨である。ルーマンは、続いて「プランニングか、それとも進化か——この二者択一における決定は、まず第一に憲法という法形式において実現しようとした諸々のコンセプトにおいて、一体何か新しかったのかということを一度問うてみるなら、容易となる」<sup>(42)</sup>と述べ、憲法がプランニングの結果か、進化の成果か、という問題を

解明するためには、憲法概念において何が新しかったのかを明らかにする必要があるとする。一般的に憲法は個人の基本権を保障するところに本質があると説かれることが多いが、それに対してルーマンは、個人権の保障が憲法の新しさではないとし、ポレーミツシュにコメントしている。

「権利章典は、現存する法状態を記述しているのであり、それを超えるものを導入してはいない。ゲラルト・シュトウルツ Gerad Storz によって提案された用語法では、次のように言うことさえできる。すなわち一七世紀のイギリスで始まった個人権のファンダメンタル化の後に、それらの憲法化が続いたにすぎない、と。それゆえ憲法的な規律の内容における革新を、そうしたテーマの中に、例えば国家権力の制限による個人権の保護の中に探し求めてもほとんど先へ進むことはできない。」

もともと憲法という概念の原語、すなわち *constitutio/constitution/Verfassung* は、いずれも体の状態ないし具合を意味する単語であった。これが政治体制の状態を表す言葉となり、やがて「法的条文、テキスト、それも国家の政治的状态を固定する法的条文」という近代的な意味を獲得することになる。憲法概念の新しさが既述のように個人の権利保障にあるのであれば、一体何が憲法概念の新しさなのか、この点が問題となるだろう。これつき、ルーマンは次のように述べている。

「一体何が新しい意味の必要性を生み出し説明することのできる社会的変化であるのか、なぜ・どのように憲法 *constitution* や根本法に関する周知の諸概念が変遷するのを知ろうと欲するなら事態は難しくなる。以下、われわれは、この問いを追及してみたい。私のテーゼは、憲法 *Verfassung* という概念がその最初の外観にもかかわらず法と政治の分化に対応している、いや、さらに強く言えば、これら両方の機能システムの完全な分離および、それによって与えられた結合の必要性に対応している、というものである。」<sup>(43)</sup>

この文章は、法システムと政治システムが完全に分離しているが、それにもかかわらず両者は結合する必要性があり、

これに対応するのが憲法だと述べており、一見したところ矛盾しているようにも見えるが、ルーマンのシステム論を念頭に置いて読み解けば、矛盾しているのではない。つまり、ルーマンは憲法を、互いに分化した政治システムと法システムの構造的カップリングの必要性に対応するものとして把握しているのである。政治システムと法システムは互いに独自の作動を持つシステムとして分出しており、それぞれ作動的に閉鎖したシステムとなつている。とは言え、閉鎖しているのは独自の作動に関してのみであり、それ以外の点で両システムは関連しており互いに結合される（構造的にカップリングされる）必要性が存している。この必要性に応じるものこそ憲法であつたのである。こうした憲法概念は「政治的憲法」で示された憲法概念とは相違があることにも留意すべきである。オートポイエティク・タインを経た「進化の成果としての憲法」においてルーマンは、憲法概念を新しいパースペクティブのもとに位置づけ直している。全体社会は進化の過程で機能分化に至り、そして憲法はこの機能分化の必要性に対応するものであるがゆえに「進化の成果」だと言おうというのがその趣旨である。

## 2 法システムと政治システムの構造的カップリング

では、法システムと政治システムの構造的カップリングの必要性とは、何を意味しているのか？ ここで言われている両システムの構造的カップリングの必要性とは、端的に言えば、各々のシステムを脱パラドックス化する必要性ということである。各々のパラドックスから順に見ていくことにしよう。

### a 法システムのパラドックス

ルーマンによると、法システムとはオートポイエティックな、すなわち自己言及的なシステムである。法システムは、法／不法のバイナリー・コードを使用する独自の作動を行なうのであり、「絶え間のない作動において法と不法を

「区別する」<sup>(46)</sup>。その場合、この法／不法の「コードそれ自体が法か不法かという問題を投げかける自己記述は許されてはならない」<sup>(47)</sup>とされ、「そこに横たわっているパラドックスは不可視のままではなければならない」<sup>(48)</sup>とされる。しかも、法／不法のコードを定めている法それ自体が法か不法かという問いは「社会システムのラディカルな変化に際して表面化させられる疑問」<sup>(49)</sup>だという。

では、(合)法／不法のコードそれ自体が(合)法か不法かと問うことは、どのようなパラドックスを生じさせるのであろうか？ ルーマン自身は「進化の成果としての憲法」においてこの点を十分に明確に論じておらず、それが分かりにくさの一因をなしている。そのため、決定不可能性というパラドックスの特徴を手がかりに若干敷衍してみたい。

まず(合)法／不法のコードを定める法それ自体が(合)法か不法かという問いに対しては、二つの答え方がありうる。つまり法自体が不法であるという答えと、法自体が(合)法であるという答えである。手始めに前者の答え方から出発してみよう。

A 法自体が不法である。

B 法／不法のコードを定めるのは常に法であるため、命題A自体も法である。そして、「法自体が不法である」(命題A)のだから命題A自体も不法であるとして否定される。したがって、

C 法自体は不法ではない。

このように、命題Aからは矛盾する命題Cが導かれることが分かるだろう。また、以下のように、命題Cから逆に命題Aを導き出すことも可能である。

C 法自体は不法ではない。

B 法／不法のコードを定めるのは常に法であるため、「法自体が不法である」という命題Aも法である。そして、「法自体は不法ではない」（命題C）ことが前提とされているであるから、この命題A自体も不法ではないとして肯定される。したがって、

A 法自体が不法である。

既に明らかのように、命題Aからは命題Cが導かれ、命題Cからは命題Aが導かれる。AからCへ、そしてCからAへと循環的な揺らぎが発生しており、Aが正しいのかCが正しいのかは決定不可能である。パラドックスの特徴である決定不可能性が明瞭に確認しうる。

通常の法と区別された憲法を設けることは「法自体が（台）法か不法か」という問いを「法自体が合憲か違憲か」という問いへと転換し、パラドックスを不可視化するための一戦略であった。<sup>(50)</sup> もつとも、憲法自体が合憲か違憲かという問いを発することもできるのであるからパラドックスの問題が完全に解決されたのではない。また、このパラドックスを不可視化するために、自然法や理性法に遡及して「憲法自体が自然法適合的か／自然法違反か」と問うこともできるし、「憲法自体が理性法適合的か／理性法違反か」と問うこともできる。それゆえ既に述べた法システムのパラドックスの問題は、法あるいは憲法の妥当根拠を問う問題とつながっている。つまり、法が合憲であるがゆえに妥当するということは、法の妥当根拠が憲法に存することを意味する。この問いは次に「憲法の妥当根拠はどこに存するのか」という問いへとつながる。憲法の妥当根拠を何らかの憲法外的な「或る物」（例えば自然法や根本規範）に求めたとしても、今度はその「或る物」の妥当根拠が問われることになり、問いは無限後退となる。ゆえに「擬似学的にモデル化された根本規範の仮説的妥当性（ケルゼン）も、ほとんど満足なものとはならない」とルーマンは言う。そして、この無限後退を切除するためには、法の実定性という条件が満たされなければならず、憲法は自己論

理的なテクストにならねばならないとされる。ルーマンは次のように述べている。<sup>(32)</sup>

「実定性は、法の統一性を自分自身に基づかせる唯一の可能性である（そしてその可能性を現す一概念以外の何ものでもない）。「法の実定化への移行は、それ自体、法として評価された——さしあたりまだ自然法や理性法の保護のもとではあつたにせよ。その後かなりの時間が経つはへじめて——立法の実定化が裁判権の統一化に続き、それらなしにはもはや意味のないものとなった——自由裁量不可能性へのこうした言及は憲法律によって取つて代わられた。その限りで、法システムから見ると、革命によって創造された憲法概念の新しさを、すべての法および立法や政府さえも基礎づける一法律の実定性に見出すことに正当性がある。したがって、憲法は法システムが自身の自律性に対応する形式である。別の言葉で言えば、憲法は——それが自然法を要求したように——外部への依拠の代用とならねばならない。憲法は、古い宇宙論的意味における自然法に対しても、自分で自分を判断する理性における自己言及の先験論的エッセンスを持った理性法に対しても、代用となる。そのかわり、部分的に自己論理的なテクストが登場する。すなわち、憲法は法システムを、憲法自身が再登場する一領域として規律することによって、閉じるのである。」<sup>(33)</sup>

このように憲法は、憲法の法律に対する優位を規定した条項や憲法改正規定などによって、自分自身に言及する自己論理的テクストとなるのであり、もはや妥当根拠としての自然法や根本規範などへ遡及することはない。こうして、憲法学者や法哲学者を悩ませてきた法の妥当根拠の無限後退は自己論理テクストである憲法によって切除される。それゆえ「憲法の妥当性は、今ではもはや根拠づけることができないが、もはや特に根拠づける必要さえもない」とされる。<sup>(34)</sup>この主張には、自然法主義者が法実証主義者へ放った批判がそのまま妥当しそうである。その批判を予想するかのようには、ルーマンは「このような〔法の妥当根拠に関する〕問題設定を止めるならば、このことは決して恣意に對して、または——ドイツではよく懸念されるように——ナチオナルソシヤリズム国民社会主義の再来に対して門扉を開けることには決し



てならない。むしろ自己言及的で作動的に閉鎖したシステムにおける部分的に自己論理的なテキストがどのような要求を満たさなければならぬかということ、ヨリ正確に分析する可能性を獲得するのである<sup>(55)</sup>と述べている。自然法のような後ろ盾が無くなるからこそ、憲法が自己論理的テキストとして満たすべき要求を、ヨリ正確に分析しうるのだとしてその長所を強調している<sup>(56)</sup>。

こうして憲法は「すべての法が適法か違法でありうるという、たしかにありうる洞察を、すべての法が憲法に適合するか憲法に違反するかどちらかだという洞察へと変型する<sup>(57)</sup>」。この変型によって、取り扱い不能のパラドックスは取り扱い可能な区別へと展開される。そして法の妥当根拠である憲法の妥当根拠は憲法自身が言及することになり、法システムは憲法によって脱パラドックス化される。「憲法というイデーは、そのこと〔法それ自体が（合）法か不法かという問い〕に答える脱パラドックス化のコンセプト<sup>(58)</sup>」となる。

ルーマンによると「憲法は人民・選挙人・政党・国家のような諸概念を使用し、それによって政治を指示する。しかし、そのことは憲法テキストの諸概念として法的概念でありうるにすぎず、場合によっては裁判の対象となりうる内容へと縮減される<sup>(59)</sup>」という。このような政治システムへの指示は、法システムと政治システムとの構造的カップリングを安定化させる働きがあるとされる。こうして「憲法は法と政治の社会的カップリングを構成すると同時に不可視にする<sup>(61)</sup>」ものとして把握される。

#### b 政治システムのパラドックス

ルーマンによると、憲法とは法システムの制度であるだけでなく、政治システムの制度としても意義を持つ<sup>(62)</sup>。そこで次に、政治システムにおいて憲法がどのような機能を果たしているかが問題となる。ここでも、憲法は法システムにおけるのと同様に脱パラドックス化の機能を果たす。政治システムのパラドックスとは、主権概念に関して発生

するとされ「主権のパラドックス」と呼ばれる。ルーマンは主権の概念について次のように言う。

「主権の概念——依然として影響力を保持している・独立(＝自由)と関連した(主権の)中世的意味をここでは省略しよう——は、システムの統一性を決定問題として指し示す。システムのどこかで——と、その学説は言う——拘束されない(＝独立した)自由な(＝恣意的な)決定の可能性がなければならず、そのような一決定機関のみが存在しており、かつ、必ずしもあらゆる貴族やあらゆる労働組合が自分たちのためにそれへの関与を要求しない場合にのみ、そのシステムはコンフリクトのない(＝平穏な)統一として自己を主張する。」<sup>(65)</sup>

ここでルーマンが論じているとおり、主権とはもともと国内的にも最高独立の権力として主張されたものであり、何らの拘束に服しないときのみ当該権力は主権的だと言いうるのである。主権概念は帝国や教会に対してのみならず、等族的社会秩序の諸権力、すなわち独自に武装した諸々の中間団体からも独立であることが重要であった。それゆえ近代初期においては、野党や権力分立は許容されなかった。<sup>(64)</sup>

主権とは、何ものにも拘束されない権力として構想されたものであるが「拘束されない自己拘束権力という形式へともたらされ」、それによって主権のパラドックスは先鋭化されるに至る。この主権のパラドックスをルーマンは次のように表現している。すなわち、「私(主権者)は自分自身システムに属するがゆえに、万人に対して、したがって私自身に対しても拘束的效果を持って・拘束されずに決定する。つまり、私は私自身を拘束し、かつ、拘束から解き放つ」<sup>(65)</sup>。すなわち、主権者が万人(＝全員)に対して拘束的效果を持って決定しうるのなら——主権者も万人の中に含まれるがゆえに(……そうでなければ万人＝全員とは言えない!)、主権者自身も拘束されることになり——パラドックスに陥るのである。<sup>(66)</sup> こうした主権のパラドックスは国民主権のもとでも存続し、否、国民主権のもとで国民すべてが主権者であるとされることによってヨリ先鋭化されるといえる。<sup>(67)</sup>

ルーマンによると、一八世紀末葉の憲法の登場に至るまで、こうした事情は本質的には何も変わらなかった。<sup>(68)</sup>だが、一方で法システム内部で立法と裁判（司法）との内部分化が進む。「イギリスにおいて議会の主権の承認へと至り、大陸においては統一的な、法律と裁判を通して働く君主の裁判権 *ius iudicis* の觀念の空洞化へと至る。次に当然にも裁判は立法の下位に位置づけられることになり、法システムは立法院と司法部という非対称的に把握された差異へと縮減された。<sup>(69)</sup> イギリスにおける議會主権の確立や、フランスの裁判所がかつては法解釈権を保持しなかったこと（法を解釈するときは議会の判断を仰ぐべきとされたこと）などを念頭におきつつ、立法と裁判の分化が把握されている。さらにルーマンは、主権の所在が何処にあるのかという憲法学にとって周知の論点に関しても、注目すべき・多分にボレーミツシユなコメントを記している。

「法システムと政治システムの統一」という觀念に固執したときにのみ「法の主権」はどこでも最終審的に——人民とか議會とか君主とかに——集中しなければならないという理念へと至ることができ、その結果、他の国家諸機関の行為の合憲性を裁判所によって統制する<sup>コントロール</sup>という觀念が今度は拒否されなければならないことになる。こうした前提のもとでのみ、諸々の裁判の機能は「いわば無」となる。しかしながら、事実、作動的に閉鎖した法システムにおいては独自の複雑性が発展するのであり、そしてこの独自の複雑性は裁判と立法の分化を放棄することが全くできず、政治システムにおいて形成された「政治的意志」によつてコントロールされることさえない（ただし、政治的意志があらかじめ法的に可能なことに適合させられる場合は別として<sup>(70)</sup>）。

このようにルーマンは、法システムと政治システムの統一という觀念を前提するのではなく、両システムの分化を前提とすることによつて、主権のパラドックスを解決しようとする。主権のパラドックスは、法システムと政治システムとの分化とそれに基づく権力分立を前提として、かつ、憲法に依拠することによつて脱パラドックス化される。す

なわち一八世紀以降の憲法国家においては「権力分立が組織化され」「諸官庁間の交流の統合は、それらの諸決定が適法であることに依存させられる。このことは、最終的な帰結において官庁、すなわち憲法裁判所<sup>(1)</sup>」を必要とする。決定者は自己を拘束できなければならないが、同時に拘束を解き、自己の拘束状態を変更できなければならないという主権のパラドックスは、憲法を念頭に置いてみるなら、もはや不可視となる。憲法は政治システムに内在する主権のパラドックスを脱パラドックス化するためにも、必要とされたのである。

### c 憲法による構造的カップリングの規範化

法システムは法自体が(合)法か不法かを問うことで発生する自己言及パラドックスを展開するために、そして政治システムは主権のパラドックスを展開するために、各々憲法を必要とした。「一八世紀の憲法概念の新しさは、憲法が政治システムの自己言及問題の法的解決と同時に、法システムの自己言及問題の政治的解決を可能としたことにある<sup>(2)</sup>」。

政治システムも法システムも、それぞれ独自の作動を有しており、作動的には閉鎖しているが、にもかかわらず両者は没交渉なのではないし、よく言われるように、法システムと政治システムは統一的に(分化を否定した形で)理解しうるでもない。「政治システムと法システムの関係はシャム双生児の関係ではなく、むしろ相互にしばしば狙いすまして衝突するけれども、まさにそれゆえに次に別々の道を転がるビリヤード球の関係である。近代的意味の憲法の現実の基礎は全体システムの機能分化にある<sup>(3)</sup>」。ここでルーマンがシャム双生児の比喩を用いて否定しているのは、政治システムと法システムを機能分化ではなく統一性<sup>(4)</sup>の見地から把握することであり、ビリヤード球の比喩を用いて論じている関係こそ構造的カップリングの関係である。法システムと政治システムは互いに分化して独自の作動を持ち、各々が作動的に閉鎖し、かつ自律している。法システムにとって政治システムは環境であり、逆に政治システム

にとつては法システムは環境である。構造的カップリングとは常にシステムと環境との相互的な関係を意味する。このとき、一見すると両システムのそれぞれの作動的閉鎖性と、相互関係や相互依存を意味する構造的カップリングの存在は、矛盾しているようにも見える。この見かけ上の矛盾ゆえに、二つのシステムが作動的に閉鎖し自律しているにもかかわらず、構造的にカップリングされている、すなわち相互関係や相互依存にあるというのは、矛盾しているではないか、という批判がしばしばなされる。こうした批判に対して、ルーマンは次のように返答している。

「システムと環境（または具体的に言えば、システムと環境における諸システム）との間の構造的カップリングは、カップリングされた諸システムの作動的閉鎖性と完全に両立する。その理由は、構造的カップリングによっては何らの出来事も特定化されず、このことをカップリングされた諸システムへと委ねたままにするからである。このことは、構造的カップリングという概念がシステムと環境の同時性の関係を指し示す一方で、因果性の関係が原因と効果の並存を要求することから引き出される。

構造的カップリングは、二つの側面をもつ区別というスペンサー・ブラウンの意味における特別な形式である。内面においては交互的な影響が容易にされる、すなわち憲法によって「合法化」される。外面においては、交互的な影響が可能なかぎり排除され、いずれにせよ非合法化される。政治と司法 *Rechtsplege* は、それに応じて「憲法適合的のみに」相互につきあうべきであつて、別様にはつきあうべきではない。例えば諸政党、または腐敗した幹部、または他方で重要な政治的活動家の法的感覚の麻痺による司法の個別事例への直接的な政治的干渉のように、例えば外交のように（マーベリー対マディソン事件に始まる、いわゆる「政治問題」ドクトリン）、他のものが排除されるという条件のもとで、交互の影響は巨大に亢進されうる。人は、そのときどきに該当するシステムのオートポイエーシスへの干渉を排除し、それに基づいてますます交互的となる刺激を許容するのである。<sup>(74)</sup>

ルーマンが言う「政治問題」ドクトリンとは、民主的に選挙された国家の政治部門が決めるべき重要事項に関して

司法が判断すべきではないということであり、権力分立原理からも導出される政治と司法の権限配分を意味する。司法部門にとって異質な政治問題が司法部門から排除され、政治部門にとって異質な法的紛争が政治部門から排除されるといふこの条件下でのみ、両部門は交互の影響力を高めるとされる。こうしてみると、政治問題をもその一環とする権力分立原理は、両システムの構造的カップリングを規範化し安定化するものであると言つてもよいだろう。<sup>(75)</sup>憲法、とりわけそこに定められた権力分立が、このようなものであるなら、憲法規範上に憲法創造当時の両システムの分化に関する規定が盛り込まれるのは必然的なことだろう。権力分立原理は、憲法が登場した当時の全体社会の機能分化、とりわけ法システム（立法―裁判）―政治システムとして定式化しうる機能分化を反映していたと言える。このような把握は、既にI章で見たように、全体社会の機能分化が法システム（立法―裁判）―政治システム（行政―政治）へと変化するにつれて憲法に定められた権力分立の有り方も変化すべきだとする主張へとつながってゆく。

もはや明らかなように、ルーマンは「進化の成果としての憲法」において、憲法およびそこに表された権力分立を構造的カップリングの観点から把握している。構造的カップリングなどのシステム論的用語を使わずに憲法学の言葉に翻訳するなら、実定化された権力分立こそが憲法概念の新しさだったとパラフレーズすることも可能ではないだろうか。ルーマン自身が明確には述べているわけではないが、憲法に実定化された権力分立が、政治システムと法システム（立法―裁判）との機能分化および構造的カップリングに対応するものであったということが前提として理解されているかぎり、このように表現することも可能なように思われる。

ここで「実定化された」という表現をあえて使うのは、権力分立という観念や学説自体が憲法が歴史に登場する以前から存在していたからであり、またシステム論的に把握された権力分立も、法システム（立法―裁判）と政治システムの構造的カップリングとして憲法成立以前に存在していたとされているからである。これは言わば、憲法として

実定化される前の、憲法に礎を下ろす前の権力分立と言えらるだろう。そのような権力分立は、いつごろ成立したのだろうか？ ルーマンは、この点について、後の一九九三年に出版された『社会の法』において言及している。

「一八世紀に君主の『裁判権 iudicatio』という統一性のコンセプトが解体して権力分立の諸学説へと移行したことによつて、この傾向はさらに推し進められ、法システム内のフィードバック・ループが立法と裁判との間に新たに組織される。」<sup>(76)</sup>

立法と裁判〔司法〕を統一した形で存在していた君主裁判権 iudicatio が一八世紀に立法と裁判へと解体・分化し、この法システム内部の二つのサブシステム（立法―裁判）間にフィードバック・ループが形成される。それゆえ憲法発生前の権力分立が成立したのは一八世紀ということになる。その後、構造的カップリングとしての（前憲法的な）権力分立が憲法の中に実定化されることで憲法上の権力分立原理すなわち憲法に礎を下ろした権力分立原理が成立したのであった。憲法は社会進化の成果として成立した構造的カップリングを実定化したものであるがゆえに「進化の成果」だとされる。

### 3 権力分立における統一的ヒエラルヒーの放棄

既に明らかなように、権力分立の諸学説への移行は、君主裁判権という統一性コンセプトの解体と並行して起こった。それゆえ一八世紀に成立した権力分立の諸学説は、なお統一性コンセプトの残滓にまわりつかれていた。これが次の問題である。この点について、ルーマンは次のように述べている。

「無制限の主権」という新たな観念と並行して個人権の評価が高められ、権力分立を通じて保護された。一方は他方——政治と法を  
もはや同一視できないが、その区別をなお統一的なヒエラルヒーへと内部構成しようとするための一指標——から生じた。」<sup>(77)</sup>

憲法に礎を下ろした権力分立、すなわち権力分立原理は、全体社会の機能分化とそれに基づく構造的カップリングを

反映するものであるにしても、なお統一的ヒエラルヒーという見地に纏わりつかれていた。ゆえに古典的・典型的な権力分立概念は、機能分化とそれに基づく構造的カップリングをなお歪曲された形で——統一的ヒエラルヒーという形で——反映するものであったと言つてよい。では、統一的ヒエラルヒーとは何を意味するのか？ 統一性についてルーマンは次のように言う。

「フランスでも、憲法制定のために不可欠な法違反は政治的にのみ行なわれることができたのであり、これも統一性の見地を前提とする。法システムと政治システムを一致させようとするラディカリストの試みは、一九世紀の(両方に対して効果のなかつた)分析的法学、特にベンタムに続くジョン・オースチンにおいて見出される。」<sup>(78)</sup>

このように、統一性の観点とは、政治システムと法システムとの分化を認めず、両システムを一体のものとする見方であると了解できる。だが「統一的ヒエラルヒー」という場合のヒエラルヒーとは何を意味しているのかは、なお不明確である。この点につき、ルーマンは別の箇所で「ヒエラルヒー的に保障された最高機関の観念」<sup>(79)</sup>について言及している。この言葉をヒントに敷衍するなら、権力分立になお纏わり付いているヒエラルヒー構造とは、最高機関を頂点とするヒエラルヒー構造を指していることが分かる。そしてルーマンは、こうした統一的ヒエラルヒー構造を放棄すべきことを訴える。

「憲法国家の既に設立された秩序を実効的なものとすることから結果される複雑性の増大は、ヒエラルヒー的建築から、上/下——記述を放棄して全体社会の限定的にカップリングされた部分システム群のみを頼るにすぎないヘテラルヒー的な構造への移行を必要とする。」<sup>(80)</sup>

ここでルーマンが言っていることは、具体的かつ明確な形で理解するのは困難であるけれども、要するに法システムと政治システムの分化を否定する統一性コンセプトを放棄し、ヒエラルヒー的構造からヘテラルヒー的な(いわば自



律分散型の)構造へと移行することが必要だということである。統一性コンセプトの放棄が、法システムと政治システムの機能分化を承認することを意味するのであるから、ヘテラルヒー的な構造とは、機能分化をふまえて構造を案出するということになるのであろう。しかし、ヘテラルヒー的な建築とは具体的には何を意味するのか。この点については、次のIV章においてさらに検討したい。

#### IV ルーマン権力分立論への多角的考察

以下では、ルーマンの権力分立論が憲法学に対して示唆するものを考察し、若干の批判的考察を加えたい。その後、グローバル化研究への応用の可能性をさぐる。

##### 1 二論文の比較検討——同一性と差異——

これまでの検討で既に明らかのように、一九九〇年の論文「進化の成果としての憲法」においては、オートポイエティック・ターンによって取り入れられた用語が盛んに使用されている点が一九七三年の「政治的憲法」とは著しく異なっている。オートポイエシス、自己論理、パラドックス、構造的カップリングなどのオートポイエティック・ターン以後にルーマンが使用するようになった用語は、一九七三年の論文では全く使用されていない。ただし、「構造的諸条件」や「構造的両立性」といった、やや類似した概念は見出される。

また、憲法概念の把握の仕方が、両論文ではかなり相違していると思われる。まず、「政治的憲法」においてルーマンは「憲法が社会的両立性の諸条件を全体社会の政治システムのために再定式化する」と規定し、同じように「政治システムのために憲法は、社会的両立可能性のそうした諸条件を内部の使用のために——すなわち決定可能なよう

に、「――再定式化する機能を持つている」<sup>(82)</sup>とも述べている。一見して明らかのように、憲法概念は政治システムのために憲法が有する機能と言う観点から規定されていた。他方、「進化の成果としての憲法」においては「憲法という概念がその最初の外観にもかかわらず法と政治の分化に対応している、いや、さらに強く言えば、これら両方の機能システムの完全な分離および、それによって与えられた結合の必要性に対応している」と述べられている。「政治的憲法」において言及されていた「構造的両立性」や「社会的両立性」という概念は、オートポイエティック・ターン後の「進化の成果としての憲法」においては全く見出すことができないが、これらの概念と入れ替わるかのように「構造的カップリング」概念が導入されている。そして憲法は単に政治システムのためだけに存在しているのではなく、政治システムと法システムとの構造的カップリングを規範化し、安定化する装置として捉え返されたのである。また「政治的憲法」では、憲法が社会進化に対応するものだと把握されてはいたが、まだ憲法が進化の成果であるとは断言されていないかった。あくまで社会の進化に憲法が対応するという理解であった。ところが「進化の成果としての憲法」では、題名が示すとおり、憲法を進化の成果として把握するところまで認識が徹底化された。もつとも、「政治的憲法」においても「憲法は、あらゆる点に照らしてプランニングの構想ではないし、ましてや社会が発展するさに従うべき規範的な計画<sup>プラン</sup>ではない」という文章がある<sup>(83)</sup>。ここでは憲法は進化の成果だとは断言されてはいないものの、そのような結論とそれほど径庭ないように思える。「政治的憲法」において潜在していた考えが「進化の成果としての憲法」という形で顕在化されたと見ることも可能なように思える。

既にI章においてみたように、「政治的憲法」には政治システムの行政と政治への内部分化に対応して権力分立を變化させるべきだとする主張がみられる。だが、政治システムの政治と行政への内部分化というこの主張は「進化の成果としての憲法」には全く見出すことができない。しかし、この主張は後期ルーマンにおいて決して放棄されたので

はない。というのも、この論点は、後期ルーマンの他の著作、例えば『社会の政治』などの著作において再論されているのだからである。<sup>(84)</sup>このように、オートポイエティック・ターンの前と後では、問題意識や発想において多くの共通点が見られる。ターン後にはオートポイエーシスなどの諸概念が導入されたのは確かであるにしても、それによって全く別の理論へとドラスティックに変化したと見る見方は若干誇張があるように思える。

## 2 システム論的権力分立論が示唆するもの

I章において、ルーマンが公衆と行政の区分論を平等原則との関連で論じている点について触れた。そこでルーマンは、公衆と行政との区分論を、権力分立の新機能として論じ、それを平等原則を強化するものとして提示している。公衆と行政の濾過機能<sup>フィルタ</sup>が平等原則に奉仕するとはどういうことであろうか。ここでは、簡単な事例を想定して考えてみたい。ある街に同種・同額の社会給付を受給している市民Aと市民Bがいたとする。そして、両者の子どもがそれぞれ同時に同じ流行病にかかったとする。市民Aが役所に行つて子どもの症状を訴え、社会給付の増額を申し出たところ、親切な公務員Cは市民Aの申し出を容れ、社会給付の増額を認めた。それを聞いた市民Bは、翌日役所を訪れ、公務員Cに同じく社会給付の増額を申し出た。ところが、市民Aの社会給付を増額したことで既に公務員Cが支出しうる金額は尽きており、市民Bの増額の申し出を拒否せざるを得なかった。親切な公務員Cは、市民Aの要望を容れたがゆえに、市民Bを不平等に扱うことになってしまった。だが逆に、公務員Cが市民Aの要望を最初から拒否した場合には、官僚主義であるとか、行政の民主化が必要だとして批判されるかもしれない。この簡単な想定から理解されるように、公衆の要望を容れることと、平等原則を貫徹することは緊張関係に立ちうる。ルーマンは、公務員が公衆の要望に左右されずに決定を下し、平等原則を貫徹しうるように公衆と行政の区分を権力分立の一環として強化

すべきだとする。ルーマンの主張は平等原則の貫徹という観点からすれば、全く理解できないわけではないが、今日では、こうした調整問題は協同的政党国家への移行に伴ってヨリ複雑なものとなりうるだろう。<sup>(85)</sup>

さて次に、Ⅲ章では、ルーマンが権力分立に纏わり付いている統一的ヒエラルヒーを放棄すべきだと主張している点について触れた。このことの意味について、さらに検討したい。まず、統一的でヒエラルヒー構造を放棄すべきだと主張される場合、ルーマンがイメージしているあるべき権力分立とは、非統一的かつ非ヒエラルヒー的構造をもつものであろう。「統一的」ということの意味は、全体社会の機能分化を踏まえ、あたかも政治システムや法システムなどの社会システムが一体のものであるかのように捉えるということであった。それに対して現代の機能分化においては、政治システムの内部において行政―政治という形のサブシステムが分化するに至っており、こうした機能分化を反映すべきだというのがルーマンの主張の一つの柱であった。このことは、政治システムのサブシステムである「政治」や「行政」も他のシステム（またはサブシステム）と構造的にカップリングされたものとして、権力分立図式に反映されるべきだということを意味すると思われる。また、ヒエラルヒーとは「ヒエラルヒー的に保障された最高機関の観念」<sup>(86)</sup>というルーマンの言葉からも明らかのように、最高機関を頂点とする階層構造を意味する。日本の憲法解釈学との関連で言えば、国会の最高機関性という概念と関りを持つことになろう。ルーマン理論によるならば、最高機関という概念もヒエラルヒー的観念の残滓ということになる。とすれば、ヒエラルヒー構造の放棄のためには、特定の機関（例えば国会）が最高機関性を放棄（ないし形式化）しなければならぬということになる。

ルーマンは、統一的ヒエラルヒー構造の放棄によって、ヘテラルヒー的な（自律分散型の）構造へと移行すべきだとするが、このヘテラルヒー的構造とは、どのように具体化されるのだろうか。ルーマンは抽象的にしか述べていないため、その具体的な姿を実証的に明示するのは難しい。しかし、既に見たように、ルーマンは憲法裁判所の必要性

を説いているのであるから、ルーマンの権力分立には憲法裁判権が組み込まれていることは間違いない。さらに、ルーマンの権力分立論がドイツの機能的権力分立論と親和性を持つてゐることを指摘できよう。例えば、コンラート・ヘッセは権力分立を、始めから存在する統一的国家権力の制限のための手段としてのみ見る伝統的な考え方からの訣別が必要であると説いている。<sup>(87)</sup> また、データー・グリムは、一九九四年の論文でルーマンの「政治的憲法」を引用しながら、放送局や連邦銀行をも含む多元的な分散型の権力分立の編成を提唱している。<sup>(88)</sup> 放送局は政治システムと構造的にカップリングされたマスメディア（これ自体が一つの機能システムである）にかかわることであり、中央銀行は経済システムの中枢である。権力分立をあくまで統一的国家権力内部の抑制と均衡として捉える古い見解からすれば、統一的国家権力の外に存するアクターは権力分立から排除される。しかし、統一性図式を前提とせず、憲法上の権力分立原理を、全体社会の機能分化に基づく構造的カップリングの抗事実的な規範化・安定化として把握するならば、マスメディア・システムにおいて重要な機関である放送局も権力分立の一要素として取り込むことが理論的に可能となる。このように、ルーマンがヘテラルヒー的な（自律分散型の）構造として示唆するものは、ドイツの機能的権力分立論と対比して見れば、いくぶん具体的にイメージすることができよう。

### 3 批判的考察——方法論的ナシヨナリズム？——

グローバル化研究で知られる社会学者ウルリッヒ・ベックは、旧来の国民国家の枠組みに囚われた社会科学の方法、すなわち「方法論的ナシヨナリズム」に対して、コスモポリタンな社会科学のあり方を提唱し、これを「方法論的コスモポリタニズム」と名づけている。<sup>(90)</sup> ベックによれば、旧来の方法論的ナシヨナリズムは克服されねばならず、グローバルな社会現象を鋭利に分析・把握するためにもコスモポリタンな視点、すなわち方法論的コスモポリタニズ

ムが推奨されると言う。もともと方法論的ナシヨナリズムはスミスに由来する言葉であるから、方法論的ナシヨナリズムか、方法論的コスモポリタニズムか、というベック式の二者択一は妥当ではないが、ひとまず国民国家の枠組みに縛られた旧来の方法を方法論的ナシヨナリズムと呼ぶ用法にしたがって思惟を巡らせてみよう。

既にI章で見たように、ルーマンは権力分立の新機能として、政治システムのサブシステムである政治と行政との間の濾過機能と権力連鎖の延長を挙げている。これらの機能はもちろん検討に値するものであるし、その重要性を否定はしないが、両機能とも差し当たりは方法論的ナシヨナリズムの枠内で把握できるものではある。グローバル化やヨーロッパ化の進展の中で変化する国民国家を論じる中で、ファビオは「権力分立のラインが、もはや立法府・行政府および司法府の間に水平的かつ国内的に引かれているだけではなく、垂直的・超国家的ラインをも保持しているということが決定的である<sup>(92)</sup>」と述べている。しかし、ルーマンは権力分立の新機能に言及していながら、欧州レベルの諸権力との垂直的権力分立やグローバル化における権力分立の変遷についてはついで論じることがなかった。一九七三年の「政治的憲法」においてルーマンは「市民的憲法国家の創設のプロセスと比肩される、憲法状況や憲法諸制度の制度的・作動的理解の根本的大変革は、二度と再び起こらなかった<sup>(93)</sup>」と書いた。時代的制約のゆえに仕方がなかったとは言え、この段階ではルーマンは今日のグローバル化に伴う国民国家の変遷や憲法の包括的妥当性要求の喪失、ヨーロッパ化に伴う超国家組織の出現などを十分に見通せなかったと言えらるだろう。

もつとも、一九九三年に刊行された『社会の法』(Das Recht der Gesellschaft)の第二章では「グローバル・システム<sup>(94)</sup>」や「世界社会的な法システム<sup>(95)</sup>」などが言及されていることも確かなことである。そこでルーマンは「今日の実況の下では、全体社会システムはたったひとつしか存在しない。すなわち、世界社会である」と述べ、さらに「大部分の社会学者はグローバル・システムに《全体社会》というタイトルを付与することを拒否するが、それにもまし

てナショナル・システム（ここではシステム概念一般が言及されているのだが）を全体社会システムと呼ぶことは不可能である<sup>(96)</sup>とも述べている。さらに「世界社会が中央的な立法および裁判権なしでも法秩序を有していることについては、ほとんど異論を唱えることができないだろう<sup>(97)</sup>」と論じている。ここでは、世界法システムが従来論じられていた法システム——立法と裁判へと内部分化したそれ——とは異なり、中心的な立法も裁判権もない多元的なシステムであると把握されている。この直後で、ルーマンは「世界社会的な法システムのもっとも重要な指標のひとつとして、人権侵害への注目度が増大しつつあるということが挙げられよう」と延べている。では、こうした世界社会的な法システムはどのような構造を成しているのか。これについては、ルーマンは次のように示唆的なことを述べているにすぎない。

「要するに世界法のこうした修復によつては、地域的に異なつた法発展が除去されることはないだろう。世界政治システムの〈諸国家〉への——言い換えれば集団的に拘束する諸決定を下す国家的機関に特定化された諸政治システムへの——環節的な二次分化は、地域的法発展の最重要の作動装置に属している。そこから次のような帰結が生じてくる。政治システムと法システムとの憲法を通じた構造的カップリングは、世界社会レベルに対応物を有していない。しかしこれだけではまだ、法における方向づけの機能能力および分出が疑問視されるほどにまで進行しうる、地域ごとと異なつた発展が生じるのはなぜなのか、説明されてはいない<sup>(98)</sup>。」

ここでルーマンが言う「世界社会的法システム」の全貌はなお不明確であるが、これを明確化しようとする試みは他の論者によつてなされている。例えば、ルーマンからも示唆を受けつつ、グローバル化における法現象の分析のために多層システムとしての三層モデル<sup>(99)</sup>を提示しているのが国法学者のライナー・ヴァールである。この三層モデルは、国連諸機関やWTOなどからなる国際<sup>インターナショナル</sup>レベル、国民国家からなるナショナル・レベル、その中間に介在する世界地

域レベルの三層から成っている。ヴァールは、世界地域レベルとして論じられるのはEUだけだし、アジア・アフリカおよびアメリカを世界地域レベルから排除している。この排除の理由としてヴァールは、EU以外の世界地域には欧州議会のような立法機関が欠如していることを挙げている。世界的法システムにおいては、地域格差による法の分出への懐疑があるとの、既に引用したルーマンの言葉を想起させる。

また、「法システム自体は、まずもって自身の統一性（法は法である）における方向づけを、ポジティブ／ネガティブのバイナリー・コード、すなわちすべての作動にとつて拘束力のある法と不法の区別における方向づけで代替する<sup>(10)</sup>」というルーマンの考えを厳格に適用するなら、「ソフト・ロー」と呼ばれるテクストのかなりの部分が法的コミュニケーションでは無いとして、「世界的法的法システム」から排除されてしまうことになる。だが、これではグローバル化する法現象をダイナミックに分析しえないのではないか、との疑問を禁じえない。また、裁判類似のWTO紛争調停機関が決定を下した場合、それは法的コミュニケーションとして法システムに属するの否か、こうした問題も発生すると思われる<sup>(10)</sup>。その際、システムの作動的閉鎖を緩やかに把握することで対応しようとするなら、ルーマン理論の後継者の一人であり批判者でもあるグンター・トイプナーの考えに近づくことになる<sup>(10)</sup>。

ルーマンはたしかに世界的法的法システムに言及してはいるが、世界的法秩序には中心的な司法も立法もなく、また世界政治システムは国民国家ごとに環節的に分化していると言うのであるから、法システムと政治システムの分化や法システムにおける立法と裁判の内部分化といった記述は、すべて国民国家を中心に思考したときの話ではないかとも思えるのである。全体社会システムを世界社会として把握するという、既に引用した言葉から分かるとおり、ルーマンは「世界社会」概念によつてグローバル化する世界へと対応しようとしていたあしもある。それゆえ、ルーマン自身はグローバル化する世界への変化を敏感に嗅ぎ取り、これに対応しようという志向は有していたと言える<sup>(10)</sup>。



それにもかかわらず、ルーマン理論それ自体は、やはり国民国家の枠を無意識にはあれ前提し重視していたと見える展開がかなりの部分を占めているように思われる。世界社会的法システムや世界的法秩序について言及している『社会の法』第二二章の既に引用した言葉も、当該著作の末尾に取って付けたように論じられているだけであり、世界法システムがいかなる構造にあるのかについては全く不明確なままに終わっている（法システムについての著作であるにもかかわらず！）。したがって、ルーマンの理論は、無意識にはあれ国民国家の枠を中心としたシステム分化に焦点が当てられているのであり、この点で、ルーマン理論もまた方法論的ナショナリズムを完全には脱却できていないと言えるだろう。グローバル・システムや世界社会を論じ、グローバル化する世界へ対応しようとする志向を有していたにもかかわらず、方法論的ナショナリズムを完全には脱却できなかったという意味で、ルーマン理論はグローバル化時代への過渡期の理論と言えようか。

#### 4 グローバル化研究への応用可能性

これまでの検討を踏まえて、グローバル化研究への若干の応用的論及を試みたい。今日では、グローバル化としてヨーロッパ化の進展に伴って、従来は国家と不可分とされた種々の概念が、国家から分離され国家から離れた文脈で使用される傾向が増大している。例えば「ヨーロッパ憲法」という言葉に象徴されるように、憲法という概念も国家憲法 Staatsverfassung という意味から離れて使用されている<sup>(105)</sup>。また、本稿の主題である「権力分立」概念も国家から離れた使用が提唱され、かつ実際にも使用されている<sup>(106)</sup>。また、世界的な権力（例えば、EUの立法・行政・司法）や国家以外の「準公権力」<sup>(106)</sup>（例えばWTOやIMF、国際商事仲裁など）が発生している。こうしたことを考え合わせると、国際レベルにおいて——ヨリ平易な言葉で言うなら世界規模で——非国家的「権力」から成る「権力分立」

を觀念することも可能であるかのようにも思える。実際、気の早いドイツの新聞には「グローバルな権力分立 *globale Gewaltenteilung*」という言葉までもが登場しており、UNESCOやWTOなどの諸国家機構間の権力分立という意味で使用されている<sup>(10)</sup>。また、日本においてもグローバルな権力分立を演繹しうるような議論が見出される。既に一九九〇年に江橋崇は、アジアにおける権力分立を論じる文脈で「アジア諸国の場合、今後最も重要視されるであろう権力分立の考え方は、やはり、国際的な規模でのそれ<sup>(10)</sup>」であると述べ、これを「国内、国外の両方にまたがる権力抑制システム(国際経済活動監視システム、国際人権監視システムも含む)」と特徴づけている<sup>(10)</sup>。国際的監視システムを権力分立とすることを考えた考えは、一九九〇年代を通じて、アジアを超えた「国際的な規模で」ある程度実現されてきたように思う。例えばIMFによる韓国や発展途上国の経済活動への監視と干渉、セルビアのエスニック・クレンジングに対するNGOによる監視活動やNATO軍による介入(空爆)などが想起される。だが、国際監視体制を以って権力分立だと肯定的に呼ぶのなら、それこそグローバルな権力分立が既に確立していることになる。国民国家のくびきを解かれた権力分立の意味法は、世界地域に、そして国際規模へとその射程を拡大していくのであるのか? 権力分立概念を国家権力の分立として捉える従来の見方からすれば言下に否定されたであろうこうした問題も、グローバル化の時代においては一定の検討を必要とする。

ジャーナリズムなどの一部に「グローバルな権力分立」を論じる言説が見出されるにしても、法学の分野では国際レベルにおいて世界規模の権力分立が成立しているとする学説はほとんど見出せない。ただし、ヨーロッパ地域レベルでの権力分立を論じる憲法学の文献は存在する。ここで私見を結論的に述べるならば、ヨーロッパ地域レベルにおいては既に超国家的な権力分立が成立しているが、国際レベルや他の世界地域レベル(アジア・アフリカそしてアメリカ)には国家を超えた権力分立は成立していないと考える。

この結論に対して、ルーマン理論が説得力ある根拠を与えてくれる。ルーマンは先の『社会の法』からの引用において、「世界政治システム」に言及しているが、それは各国政治システムの集合体のようなものとして観念されており、世界レベルで集团的に拘束する決定の許容力を準備する中央集権的な政治システムが分出していると言っているわけではない。世界社会には、まだ世界規模での官僚制や議会、そのための選挙制度のような政治システムは存在していない。<sup>(10)</sup> また、世界社会には法秩序は存在するにしても、中央的な法システムが分出しているわけではない。<sup>(11)</sup> したがって、現在の世界社会（ヴァール風）に国際レベルと言ひ換えても良い）には、憲法に規律される世界規模の対象は非存在であり、構造的カップリングとしての権力分立は成立していない。<sup>(12)</sup> 一方、ヨーロッパ地域レベルには、国家複合 *Staatenverbund* として把握されるEUの内部に欧州議会や欧州裁判所、ブリュッセルの官僚機構が存するなど、既に政治システムと法システムが分出しており、それらの間の構造的カップリングも成立していると思われることができる。他方、アフリカやアメリカには地域的人権保障機関が存在するものの、EUにおけるような世界地域規模の政治システムは未分出であり、アジアでは政治および法システムの分出も構造的カップリングも未成立である。ルーマンによれば、権力分立とは法システム（およびそのサブシステム）と政治システムとの構造的カップリングをその成立の条件としているのであるから、各憲法国家内部とEU内部には権力分立が成立しており、他の世界地域や国際レベルにおいては権力分立が成立していないという結論が説得力を以って根拠づけられる。残る問題は、各憲法国家内部とヨーロッパ地域レベルで成立している権力分立との垂直的関係やグローバル化に伴って新たに発生した「準公権力」との関係をいかに把握するかということである。したがって現状では、「グローバルな権力分立」ではなく、グローバル・コンテキストにおける権力分立こそが問題となるのである。

## おわりに

本稿では憲法をタイトルに含むルーマンの二論文、「社会システムの文脈における政治的憲法」および「進化の成果としての憲法」における権力分立論について検討し、両論文の示唆・問題点および応用可能性について論じてきた。<sup>⑭</sup>ルーマンの権力分立論は、これまであまり論じられてこなかったテーマであり、本稿で扱った二つの論文は、その重要性にもかかわらず未邦訳である。この空隙を少しでも埋めようと、本稿では意図的に長めの翻訳・引用を行なった。これによってルーマンの権力分立論の一端を明らかにすることができたと信じる。（ただし、本稿で扱った二論文は、I章末尾で言及した民主的権力循環<sup>マハト</sup>について明確には論及していないため、本稿もこの点について十分な紙幅をとって論じてはいない。この論点をさらに深く掘り下げて論じることは他日を期すことにしたい。）

なお本稿で扱ったルーマンの二論文は、憲法学者だけではなく、法哲学者にも注目に値するのではないかと思われる。ルーマン初期の著作『制度としての基本権』を訳した法哲学者の今井弘道は、法の妥当根拠をめぐる法哲学の議論にルーマンの理論が何らかの示唆を与えるのではないか、という問題意識からこの著書の翻訳に踏み切ったと述べている。<sup>⑮</sup>だが、この本は法の妥当根拠の問題に必ずしも明確な解答を与えていないように思われる。むしろ本稿で扱った「進化の成果としての憲法」においてこそ、明確な答えが与えられている。もともと、その解答は、憲法が自己論理的なテキストであるがゆえに、妥当根拠を憲法の外に（自然法や根本規範などを想定して）捜し求めても無駄であるという、法の妥当を根拠づけようと苦心してきた者にとっては多分にアイロニカルなものではあるのだが。

ちなみに、従来なら認識論において扱われたような認識の問題について、ルーマンは作動的構成主義と称する独自の見解を展開している。しかし、ルーマンはその立論において、認識するシステムが外部世界（環境）に対して作動

上で閉鎖していることをあまりにも強調しているため、実証的な歴史研究との親和性を失い、歴史修正主義の言説に対して耐性を持ってなくなっているのではないか、との疑念を禁じえない<sup>(15)</sup>。目下のところ、ルーマンの作動的構成主義について本稿筆者は大いに違和感を覚えており、懐疑的なスタンスを取っていることを付言しておきたい。また、パラドックス論に関して、法システムのパラドックスと政治システムのパラドックスの両者を展開するために憲法が必要とされたというルーマンの説明はたしかに面白いが、規範的意味の憲法が革命や憲法闘争などを通じて獲得されきたという歴史的現実と比較するとき、ルーマンのパラドックス論は多分にレトリックにはしり過ぎてしまうように思われる。問題索出の手段として補助的に言及するならともかく、こうしたレトリカルな論拠を憲法登場の唯一の原因として論じるなら、革命や憲法闘争などの歴史的現実が隠蔽されてしまい、パラドックスではなく現実のほうが不可視化されてしまうことになるだろう。さらに言えば、憲法解釈学とルーマン理論との親和性という問題も指摘できよう。周知のように従来の憲法解釈学は個人の尊重や個人の権利を中心に組み立てられているのであるから、方法的個人主義や主体概念をラディカルに批判するルーマン理論を完全かつ全面的に導入することは不可能に近いのではないか。もつとも、既に論じたように、ルーマンのシステム論がグローバル化時代の憲法理論に応用しうるポテンシャルを秘めている点は強調されてよい。複数の社会システム間の構造的カップリングとして権力分立を把握するルーマンの理論は、権力分立を国家権力の分立としてのみ理解する旧い理論を克服し、EUなどの超国家組織にも権力分立が成立することを理論的に根拠づけうる可能性を宿している。ルーマンのシステム論に様々な問題点があるにしても、それを以って全面否定をするなら、産湯とともに赤ん坊を流すことにもなりかねない。ルーマン理論の何が憲法学に有益であり、何が有益でないのかを詳細かつ批判的に吟味したうえで、有用な部分を摂取していくことが憲法学、とりわけ憲法理論の発展に多くの成果をもたらすのではないかと思われるのである。

- (1) 例えに Dieter Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1, Dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., 2003. その邦訳としてティーター・グリム(百波江一監訳／大森貴弘訳)「憲法の起源と変遷」比較法学第三三巻第二号(二〇〇五年)。また、グリムの論文「国家の文化委託」(Kulturtrauf des Staates)を、「システム論的思考が比較的にくっきりと現れている論文であり、興味深い」と評するものとして、参照：小貫幸浩「Verfassungsstaatの今日的条件 D・グリムの比較憲法史研究に寄せる研究」高岡法学第一巻第一号七頁(一九九九年)。ルーマン理論にインスパイアされた国法学者の文献として、参考に参照：Rainer Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003. ルーメンのシステム理論に言及する最近の国法学の文献としては、Johannes Masing, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat, 44. Band, Heft 1, 2005, S. 8. そのほか、ルーマン理論を取り入れつつ執筆された刑法総論の教科書として参照 Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2., neubearb. u. erw. Aufl. (Studienausgabe), 1993. 参考に「法哲学の立場からルーメンの思考法を批判する」(以下「批判」)参照：Karl Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, 229 ff.
- (2) Bruce Ackerman, The New Separation of Powers, Harvard Law Review 113, 2000, S. 633 ff.
- (3) Christoph Möllers, Gewaltenteilung, 2005; Alos Riklin, Machtteilung; Geschichte der Mischverfassung, 2006. なお、リクリンはスイスの大衆を退官した政治学者であるが、この本はドイツのダルムシュタットで出版されている。
- (4) ただしグリムは、この論点につき注意を促してきた。Vgl. Grimm (N 1), FN 70. なお、民主制の権力循環という角度から関連する論点を扱った文献として、日比野勤「国家における自己正当化と市民宗教」樋口陽一／高橋和之編「現代立憲主義の展開―吉部信喜先生古稀祝賀 下」(有斐閣、一九九三年)七九七頁以下。さらに、毛利透「民主政の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か」(勁草書房、二〇〇二年)とりわけ第二章参照。
- (5) ヨーロッパ化における権力分立について論じたものとして、Paul Kirchhof, Gewaltenteilung zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Organen, in: Josef Isensee (Hg.), Gewaltenteilung heute, 2000. 参考に「Christoph Möllers (N 3)は、権力編成 Gewaltenteilung」という新概念のもとにEU(および国際機構)をも射程にいたれた独自の理論を構築している。グローバル化における権力分立の変遷について簡潔に言及したのも「批判」参照：Takahiro OHMORI, Die Rolle der Staaten in einer globalisierten Welt (Teil 2), The Graduate School Law Review, No.112, 2004, S. 238 ff.
- (6) Dazu vgl. Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungstheorie, 1928.
- (7) 三七七雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法(一)——スメント憲法理論再構成の試み——」早稲田法学第七四巻第二号二五〇―二五一頁(一九九九年)。
- (8) 国法学者であり元連邦憲法裁判所裁判官でもあるティーター・グリムは二〇〇五年六月六日にフンボルト大学にて「Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht」と題する講演を行い、憲法学において社会科学の方法を応用することは許されると主張した。

(9) 憲法理論については、ルーマンは次のように述べている。「社会的で政治学的なシステム分析の発展状態に対応する憲法理論は、なお満たされていない欠落である」。*Luhmann, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems* (1. Teil), *Der Staat*, 12. Band, 1973, S. 2. システム分析の手法を憲法理論に取り入れることは是非はともかく、社会科学の最新の成果を摂取した憲法理論という領域は、本稿筆者にとって魅力的なものに思える。

(10) ルーマンの次の言葉を参照。「ヨリ新しい社会学的理論の発展との連携を獲得し、国家と社会の区別をシステム分化として考えようとするあらゆる試みは、その伝統的な理解を必然的に揚棄する」。*Luhmann* (N 9), 1. Teil, S. 5. 国家と社会の区別については、さらに参照 *ders.*, *Die Unterscheidung von „Staat und Gesellschaft“*, in: S. Panou/G. Bozonis/D. Georgas/P. Trappe (Hg.), *Contemporary conceptions of social philosophy*, 1985, S. 61 ff.

(11) 国家と社会の分離について論じた憲法学(国法学)の文献は多いが、「一例として」*Dieter Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 13 f.

(12) *Luhmann* (N 9), 1. Teil, S. 5.

(13) ルーマン自身によるパラフレーズ。A. a. O., 2. Teil, S. 170. もっとも類似のパラフレーズは古くからあった。例えばカール・マルクスの初期の論文「ユダヤ人問題によせて」においては「政治的、国家と市民社会の現世的な分裂」という表現が見られる。同(城塚登訳)「ユダヤ人問題によせて」ヘーゲル法哲学批判序説(岩波文庫、一九七四年)一五頁。

(14) この点について、ルーマンは次のように述べている。「政治と経済の急速に強まる分化によって、今度はまた公民と市民とが区別しえたのであり、「市民社会」というコンセプトが発展する。そして、そのコンセプトは経済に限定されたままであり、国家を、自らの制限のもとに制御しうる常造物として把握することができた」。*Luhmann*, *Politik der Gesellschaft*, 2002 (erstmalig veröffentlicht 2000), S. 116.

(15) *Luhmann* (N 9), 1. Teil, S. 7 f. (傍点部分は原文ではイタリック体。以下同。)

(16) 「システム理論の一般的な準拠枠において政治と行政の分離は「政治システムの機能的内部分化として把握せらる」というルーマンの言葉からすると、政治システムの内部分化もやはり機能分化である」。*Luhmann*, *Politische Planung*, in: *ders.*, *Politische Planung*, 4. Aufl., 1994 (erstmalig veröffentlicht in: *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* 17, 1966), S. 74.

(17) もっとも、一九八一年の論文「民主制における権力循環と法」では、政治システムの内部には「行政」と「政治」だけではなく、「公衆」というサブシステムも分化していると論じられている。すなわち、政治システムの「民主化」が進み内部分化のプロセスが進行するにつれて、政治システムの内にはさらに「公衆」というサブシステムが分化すると思われるのである。Vgl. *Luhmann*, *Machtkreislauf und Recht in Demokratien*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2, Heft 2, 1981, S. 164. なお「行政」「政治」「公衆」という三つのサブシステムへの政治システムの内部分化という考えは、ルーマンの死後に出版された「社会の政治」(*ders.* (N 14), S. 116)においても繰り返し返されている。なお、本稿で主に扱っている「政治的憲法」においては、「公衆」には全く言及されず、「行政」と「政治」が政治システム内の二大システムとされている。また、「政

治的憲法』の一年前に発表された論文「政治概念と行政の『政治化』」(ders., Politikbegriffe und die „Politisierung“ der Verwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1972, S. 211 ff.)に於いて「公衆(Publikum)の概念が見られるが、「公衆」が政治システム内部で「政治」や「行政」と並ぶ部分システムであるとは明言されていない。なお、「政治」「行政」「公衆」を巡る政治システム内の権力循環に言及する文献として参照、高橋徹「意味の歴史社会論——ルーマンのゼマンティック論——」(世界思想社、二〇〇二年)一九九頁以下。

- (18) Luhmann (N 9), 1. Teil, S. 8, FN 21.  
 (19) A. a. O., S. 10.  
 (20) A. a. O., S. 8 f. 括弧〔〕による挿入は引用者。以下同。  
 (21) Luhmann (N 14), S. 84 ff.  
 (22) Luhmann (N 9), 1. Teil, S. 13.  
 (23) ただし後の一九八一年に書かれた論文「民主制における権力循環と法」においては、「行政官僚」と並んで「議会・政府」も「拘束的諸決定の産出に従事する」とされ、こうした部分システムを「簡潔に（広義の）行政と呼びたい」と書かれており、議会や政府をもその担い手とする広義の行政概念が提示されている点に留意する必要がある。Vgl. Luhmann, Machtkreislauf und Recht in Demokratien (N 17), S. 164. とは言え、少なくとも「政治的憲法」においては、この点には全く触れられていないため「行政」の担い手は常任の官吏によって占められた公的部門であると簡潔に理解して良いだろう。なおこれに関連して、ニクラス・ルーマン(今井弘道・大野達司訳)『制度としての基本権』(木鐸社、一九八九年)一四六頁も参照。
- (24) Luhmann (N 9), 1. Teil, S. 10.  
 (25) A. a. O., S. 11.  
 (26) Luhmann (N 16), S. 76.  
 (27) Luhmann (N 9), 1. Teil, S. 11.  
 (28) ニクラス・ルーマン(今井弘道・大野達司訳)前掲邦訳書(注23)二四八頁。  
 (29) 「行政の民主化」とその意味転換については参照: Luhmann, Politikbegriffe und die „Politisierung“ der Verwaltung (N 17), S. 77.  
 (30) Luhmann (N 16), S. 77.  
 (31) A. a. O.  
 (32) Luhmann, Politikbegriffe und die „Politisierung“ der Verwaltung, in: ders. (N 17), S. 214.  
 (33) 行政と公衆との交流については、やはり参照: A. a. O., S. 226 f.  
 (34) 馬場靖雄「ルーマンの社会学論」(勁草書房、第二版第三刷、二〇〇二年〔初版第一刷、二〇〇一年発行〕)二頁参照。



- (35) ゲオルク・クニール／アルミン・ナセヒ(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、二〇〇二年) 五七頁
- (36) *Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal, Band 9, 1990, S. 185.* 傍点による強調は引用者。
- (37) *Luhmann, Die Autopoiesis des Bewusstseins. Soziale Welt, 36, 1985, S. 403.* 引用にあたり、クニール／ナセヒ前掲邦訳書(注35) 六八頁の引用をベースに多少修正した。
- (38) 同邦訳書七三頁。傍点による強調は引用者。
- (39) 同邦訳書一三三頁。なお、現代論理学においては本文で論じたエビメニデス・パラドックスには矛盾が含まれていないと説かれることもある。この言説も検討の余地があるが、本稿ではクニールとナセヒの概説書の記述に依拠して、エビメニデス・パラドックスには矛盾があるという前提で話を進める。まずは内在的理解が重要だと考えるからである。
- (40) Dazu vgl. etwa *Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, Journal of Law and Society, Vol.15, No.2, 1998, S. 162-163.* 以下に参照 ニクラス・ルーマン「法の歴史とパラドックス」河上倫逸編『社会システム論と法の歴史と現在』(未來社、一九九一年) 一〇頁以下。
- (41) *Luhmann (N 36), S. 176.*
- (42) A. a. O., S. 176.
- (43) A. a. O., S. 177 f.
- (44) A. a. O., S. 178.
- (45) A. a. O., S. 179 f.
- (46) A. a. O., S. 185. 法のバイナリー・コード化については、以下に参照 *Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, Rechtslehre 17, 1986, S. 171 ff.*
- (47) *Luhmann (N 36), S. 185.*
- (48) A. a. O.
- (49) A. a. O.
- (50) A. a. O., S. 188.
- (51) A. a. O., S. 187.
- (52) この「自己論理」概念について、ルーマンは、「自分自身に関してもあてはまるような言明は自己論理的なのだ」と述べている。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、二〇〇三年) 四四〇頁。
- (53) *Luhmann (N 36), S. 186 f.*

- (75) A. a. O., S. 187.  
(76) A. a. O., S. 187 f.  
(77) 上の註(1)の「ケ」ケリムの要求多き憲法概念を参照。Dieter Grimm (N 1), Rdnr. 57 f.  
(78) Luhmann (N 36), S. 188  
(79) A. a. O., S. 185, 括弧〔 〕による挿入は引用者。  
(80) A. a. O., S. 193.  
(81) A. a. O.  
(82) A. a. O.  
(83) A. a. O., S. 194, 括弧〔 〕による挿入は引用者。  
(84) A. a. O., S. 195.  
(85) A. a. O., S. 197.  
(86) 別の著作でルーマンは、次のように述べている。「国家組織には、集团的に拘束する決定を産出するという仕事が行わされている。そのためには、主権のパラドックスが解決されなければならない。それはすなわち、主権者の決定は、決定者自身をも拘束するはずだとの予期から生じるパラドックスである(この予期は《集团的》という言葉のうちに含意されているはずである)。決定者は自己を拘束できなければならない。しかしまた同時に、拘束を解きうる、すなわち自己の拘束状態を変更できなければならないのである。」ニクラス・ルーマン『社会の法2』前掲邦訳書(注52)「四六一頁より若干補正して引用。Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1995 (erstmalig veröffentlicht 1998), S. 335.  
(79) Luhmann (N 36), S. 198.  
(80) A. a. O., S. 196.  
(81) A. a. O.  
(82) A. a. O.  
(83) A. a. O., S. 198.  
(84) A. a. O., S. 202.  
(85) A. a. O., S. 204.  
(86) A. a. O., S. 204 f.  
(75) 政治システムと法システムの構造的カップリングについて言及している邦語文献として参照、福井康太「法理論のルーマン」一四九頁以下(二〇〇二年、勁草書房)。

- (76) *Luhmann* (N 66), S. 289. [邦訳「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』(法政大学出版局、初版第1刷、二〇〇三年)三三三頁。なお、この邦訳書では原文の「Gewaltenteilungslehren (つまり「権力分立の諸学説」と訳すべきところ)が単に「権力分立」と訳されているが訳文には従わない。』 Vgl. *Luhmann* (N 66), S. 289.
- (77) *Luhmann* (N 36), S. 180. Zur Einheit des Rechts vgl. *Luhmann*, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtslehre 14, 1983, S. 129 ff.
- (78) A. a. O., S. 181.
- (79) A. a. O., S. 215.
- (80) A. a. O., S. 203 ff.
- (81) *Luhmann* (N 9), S. 171.
- (82) A. a. O., S. 6. [引用文中の傍点部分は原文ではイタリック体。]
- (83) A. a. O., S. 21.
- (84) *Luhmann* (N 14), S. 116.
- (85) 徳国憲政論家「グリュゼ」*Grimm* (N 11), Rdnr. 73 ff.
- (86) *Luhmann* (N 36), S. 215.
- (87) *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Rdnr. 482. このヘッセの権力分立論を含めて一九八〇年代末までのドイツの機能的権力分立論を扱ったものとして参照。栗城壽夫「ドイツの権力分立——権力分立の機能的理解——」比較法研究五二号(一九九〇年)三五頁以下。
- (88) *Dieter Grimm*, Politische Parteien, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., 1994, insbesondere Rdnr. 11, 22. なお、一九七〇年以降のフランスでも社会的権力が権力分立の担い手として位置づけられる傾向が見出される。参照：樋口陽一「フランス——「権力分立」の復権」比較法研究五二号(一九九〇年)三〇頁。
- (89) マスメディアは情報・非情報のコードによって作動する独自の機能システムであり、政治とは構造的カップリングの関係にある。Vgl. *Luhmann* (N 14), S. 304, S. 311; మరి నూజువెడ దేవ్, Die Realität der Massenmedien, 2., erw. Aufl., 1996.
- (90) *Ulrich Beck*, Verwurzelter Kosmopolitismus: Entwicklung eines Konzepts aus rivalisierenden Begriffsoptionen, in: ders./Natan Sznaider/Rainer Winter (Hg.), Globales Amerika, 2005, S. 28.
- (91) *Ulrich Beck*, Was ist Globalisierung?, 1997, S. 46.
- (92) *Udo Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 37.
- (93) *Luhmann* (N 9), S. 4.

- (55) Luhmann (N 66), S. 571. [前掲邦訳書(注66)七三三頁。]
- (56) A. a. O., S. 574. [邦訳書七三六頁。]
- (57) A. a. O., S. 571. [邦訳書七三三頁。ただし訳文には従っていない。以下同。]
- (58) A. a. O., S. 574. [邦訳書七三六頁。]
- (59) A. a. O., S. 582. [邦訳書七三三～七三四頁。]
- (60) *Raher Wahl* (N 1), S. 45 ff. (の二層モデルへの批判として参照: *Takahiro OHMORI*, Die Rolle der Staaten in einer globalisierten Welt (Teil 1), The Graduate School Law Review, No.111, 2004, S. 39 ff.
- (61) *Luhmann* (N 36), S. 185.
- (62) WTO紛争調停機関の決定や、いわゆる「ソフト・ロー」、国際商事仲裁の仲裁決定などもグローバルな法現象の分析に際しては、十分に考慮されるべきであろう。国際商事仲裁の仲裁決定は国家憲法の包括的妥当性要求を握り崩す効果を持つ点に留意する必要がある。参照: *Takahiro OHMORI* (N 5), S. 23. なお、包括的妥当性要求とは、公権力の憲法外的な保持者または行使形式が許容されなことを意味している。Vgl. *Dieter Grimm*, Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 227.
- (63) 参照: グンター・トイブナー(土方遼・野崎和義訳)『オートポイエシスとしての法』(未來社、一九九四年)。
- (64) ルーマンの「世界社会」概念とグローバル化との関連を示唆するものとして参照: 春日淳「貨幣論のルーマン」(勁草書房、二〇〇三年)一四三頁。ルーマン自身が世界社会について論じたものとして参照 *Luhmann*, Die Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57, 1971, S. 1 ff. ルーマンを引用しながら、世界社会概念を発展させたとする著作として *Rudolf Stichweh*, Die Weltgesellschaft, 2000; *Theresa Wohbe*, Weltgesellschaft, 2000, 世界社会をタイトルに含む憲法学の著作として *Fabio* (N 92).
- (65) もっとも「ヨーロッパ憲法」概念は、フランスとオランダで批准が否決された、かのヨーロッパ憲法条約のみを意味するとは限らない。インホルフ・ベルニスは「ヨーロッパ憲法」を、国内レベルとヨーロッパレベルの二層から成る多層システム Mehrnennensystem として概念的に把握している。Vgl. *Ingolf Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60, 2001, insbesondere S. 173. それに対してテーター・クリムは「EUが憲法にあって規律される対象である」とを認めつつも「要求多層憲法概念を提示する」として「ヨーロッパ憲法」がなお憲法のメルクマールを満たしていないとする。Vgl. *Dieter Grimm* (N 1), Rdnr. 58 ff.
- (66) 山本一も、今後は権力分立などの憲法上の鍵概念が国家の枠外で考察されなければならぬのではないかと論じている。同「ヨーロッパ憲法制定権力」(樋口陽一ほか編『国家と自由』(日本評論社、二〇〇四年)一八四頁。ヨーロッパ地域レベルでの権力分立に言及するものとして「概え括」*Andreas Haratsch*, Der Grundsatz der Gewaltenteilung als rechtsordnungsübergreifender Rechtsatz - Ansätze einer einheitlichen Europäischen Rechtsordnung -, in: Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2000, insbesondere S. 204 ff.
- (67) *Dieter Grimm*, Die Verfassung vor den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, Schrift zum Vortrag gehalten in Japan, 2002, S. 18. 本邦訳

も参照、ディーター・グリム(三宅雄彦訳)「21世紀の挑戦に直面する憲法」比較法学第三六巻第二号、二〇〇三年、一三六頁。

- (107) Vgl. Mark Sadows, Vom Geist der Kulturen: Der Kampf der Unesco um globale Gewaltenteilung, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 1. 2. 2005, S. 35.

(108) 江橋崇「アジア——権力分立論・アジアからの視点」比較法研究五二号(一九九〇年)八四頁以下。

(109) 同七六頁。

(110) もっとも、世界議会はグローバル・ガバナンス論者によって提唱されている。例えば、デヴィッド・ヘルドは民主的に選挙された世界議会を差し当たり国連の「第二院」の形で創設することを提案している。同(佐々木寛ほか訳)『デモクラシーと世界秩序——地球市民の政治学』(N T T出版、二〇〇二年)二二〇頁以下。

(111) 国際刑事裁判権の存在が指摘されるかもしれないが、目下のところ、アメリカ・中国・日本・ロシアなどの重要な国々が未加盟であり、今後の見通しもなお流動的である。

(112) 全体社会Ⅱ世界社会という見地からすれば、世界社会における構造的カップリングも権力分立として規範化し安定化すべきだとして、世界規模での権力分立や世界憲法の必要性を主張することも理論上では可能かもしれない。もっとも、現状では憲法に規律されうる世界規模の対象は未成立である。Vgl. Grimm (N 1), Rdnr. 101.

(113) 既に引用した箇所以外では、例えば、ニクラス・ルーマン(今井弘道・大野達司訳)前掲邦訳書(注23)三〇九頁、注31。ニクラス・ルーマン(大庭健/正村俊之訳)『信頼』(勁草書房、第一版第六刷、二〇〇二年)六二頁。同(馬場靖雄/上村隆広訳)『目的概念とシステム合理性』(勁草書房、第一版第三刷、二〇〇三年)六四頁、二五二頁、二八九頁。なお、『目的概念とシステム合理性』の邦訳書では、原書の「Gewaltenteilung」という用語が、すべて「三権分立」と訳されている。しかし、ルーマン理論における「Gewaltenteilung」は「三権分立」とは限らないのであるから、やはり「権力分立」と訳すべきである。Vgl. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Suhrkamp, 1. Aufl., 1973 (ersiemalig veröffentlicht von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968), S. 93, S. 94, S. 328.

(114) ニクラス・ルーマン(今井弘道・大野達司訳)前掲邦訳書(注23)の訳者あとがきを参照。なお、この本によると、政治と行政の区別を重視するルーマンの着想は、フランク・グッドナウに由来するようである。同邦訳書、三二頁および第一章注24参照。

(115) Luhmann (N 89), S. 17; ders., Erkenntnis als Konstruktion, in: ders., Aufsätze und Reden, 2001, S. 223 ff.

(二〇〇六年二月一五日脱稿)