

## 論 説

# 憲法的機能は国家のみに見出せるのか？ (1) シウリ、トイプナーの社会的立憲主義

見 崎 史 拓

### 【目次】

#### 序論

1. 社会的立憲主義の何が新しいのか
2. 社会的立憲主義の発展と展開
  2. 1. 没合理的行為類型の可能性——シウリの社会的立憲主義
    2. 1. 1. 魂なき合理化を超えるために
    2. 1. 2. 会社（法）による／おける権力分散機能
    2. 1. 3. 残された三つの課題（以上本号）
  2. 2. 機能分化したシステムの共存を目指して——トイプナーの社会的立憲主義
    2. 2. 1. シウリからの継承と発展
      2. 2. 1. 1. 第一グループ——「拡張」派
      2. 2. 1. 2. 第二グループ——グローバル憲法論
      2. 2. 1. 3. トイプナーによる再構成
    2. 2. 2. シウリの残した課題にどう答えられるか
    2. 2. 3. トイプナーに対する二つの批判
    2. 2. 4. 批判への応答
      2. 2. 4. 1. 諸理論の領分——学問の分業体制
      2. 2. 4. 2. オルタナティブの模索——システム内の民主的実験主義

結語にかえて

### 【凡例】

- ①外国語文献を引用する際、邦語訳があるものはそれを使用するが、断りなく訳を変更することがある
- ②既出文献は省略形で記載し（年号・副題・出版社・雑誌名の省略）、特別な省略を行う場合はその旨を示す
- ③引用文章中において、斜体による強調は原文、下線による強調は引用者のものを指す
- ④引用文章中の〔 〕は引用者による補足である
- ⑤引用文章中における脚注は、特に断りのない限り省略する

## 序論

……近代憲法の任務は、国家権力を法的に拘束し、人民の権利を保障するところにあるとされる。フランス人権宣言(1789年8月26日)が、「権利の保障が確かでなく、権力分立も定められていないような社会はすべて、憲法を有するものではない」(16条)と定めるのは、「近代立憲主義の核心的要請を最も古典的に定式化したもの」といわれる<sup>1)</sup>。

憲法を学んだことのある人ならば、フランス人権宣言第16条を近代立憲主義の典型・基礎をなすものだとした、以上のような説明に出会ったことがあるだろう<sup>2)</sup>。——ここで立ち止まって考えてみたい。上記の説明には、一見したところ、ある種の論理の飛躍があるように思われる。すなわち、フランス人権宣言第16条の規定は、「社会」について言及したもので

---

1) 尾形健(2016)「立憲主義」大林啓吾=見平典編『憲法用語の源泉をよむ』三省堂、p.10

2) 樋口陽一は、「ひろく憲法史を見わたして、一七八九年宣言ほど、後世に近代立憲主義のシンボルとしての影響をもちつづけてきているものはないといってよからう。実際、この宣言は、それに適合的な統治機構を定めた一七九一年憲法とともに、近代憲法の基礎的な諸観念、諸定式を提供するものであった」と述べる(樋口陽一(1992)『比較憲法【全訂第3版】』青林書院、p.57)。ただし、こうした「フランスの典型性」に異議を唱えるものもある(例として、阪本昌成(2008)『新・近代立憲主義を読み直す』成文堂、第6章)。

ある。しかしながら、上記の説明においては、「社会」から「国家権力を法的に拘束」するという話にすり替わっており、議論の射程がいつの間にか変化しているように思われる。

もちろんこうした論理の飛躍について、説明することは可能であるし、現に説明されてきた。たとえば、樋口陽一は次のような歴史的背景を挙げてこれに答えようとする。

フランス革命によってえがき出された構図によれば、その国家は、身分制を否定することによって、社会諸集団を解体する。諸個人と国家のあいだに介在するという意味での「中間集団」の正統性を否定する法理が、強調される。こうして、一方では、権力を集中することになった国家の「主権」が成立し、他方で、身分制から解放された個人が、まさに「人権」——身分制に由来する権利でなく——の主体となる。そしてそのことはまた、身分制という楯を失った個人が、「解放」されたと同時に、国家の前に放り出されることを、意味する<sup>3)</sup>。

すなわち、近代立憲主義の前提である個人の解放は、国家によって中間団体から権力が奪取された結果として用意されたものである。こうした前提を受け入れたとすれば、残る強力な権力主体は国家のみということになる。ゆえに、フランス人権宣言第16条の眼目である権利保障や権力分立は、「国家」と「個人」の対抗関係の問題として扱えばよく、「社会」を「国家権力」と読み替えて論じてしかるべきだと考えられよう、というわけである<sup>4)</sup>。

もちろん、こうした見解が現在の学界における不動のコンセンサスであるというわけではない。樋口のように中間団体を身分制と結び付けて一律

---

3) 樋口陽一(1999)『憲法と国家——同時代を問う』岩波新書、p.68

4) ただし、樋口はあらゆるところでこうした国家への権力集中が起きたとは考えず、たとえばムラ社会としての性質が強く残る日本では、「市民革命期の反団体的、『個人主義的憲法観』の立場にたちかえてみる」ことの重要性を強調する(樋口陽一(1994)『近代憲法学の論理と価値』日本評論社、p.184)。

に捉えてしまうことに問題はないのかといった批判や<sup>5)</sup>、巨大企業<sup>6)</sup>等の中間団体の再活性化等に鑑み、私的権力に対して憲法規範を適用していくべきではないのかといった議論（私人間効力論等）が精力的に展開されてきたことは、周知の事実である<sup>7)</sup>。

本稿は、こうした私人間効力論のように、憲法的現象として捉えるべき射程を非国家的領域にまで拡張しようという議論であるが、特殊な、部分的な論点としてそれをなそうとするものではない。現在のところ、「私人間効力論」と銘が打たれていることから察せられるように、私人間効力論といった議論はあくまで憲法学における一部の特殊な議論として扱われており、憲法学が国家を主たる対象として置いていることに変わりはない。そのことは、国家論へと吸い寄せられていく、冒頭で引用した立憲主義の説明にもよく表れているように思われる。本稿は、そのように特殊な問題として私人を扱うのではなく、権利保障や権力分立の観点からして、私的権力を理論上・実践上欠くことのできない、基礎的・一般的要素として扱うことが必要なのではないか、ということ論じてみたい。たとえば、企業等の中間団体を主たるアクターのひとつとして数え、権利保障と権力分立を次のような構図で考えることはできないだろうか。

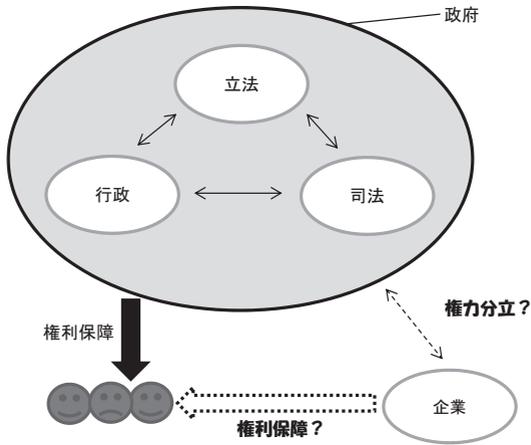
---

5) こうした批判として、森英樹（1994）「経済活動の自由と憲法」樋口陽一編『講座憲法学 4 権利の保障 2』日本評論社、pp.39-40、中島道男（2015）「デュルケムの『国家—中間集団—個人』プロブレマティーク」『日仏社会学年会報』第 26 号、pp.52-54

6) 「企業」と「会社」という用語について、法人格の有無等により両者を峻別する議論があるが（たとえば岩井克人（2005）『会社はだれのものか』平凡社、pp.9-10）、本稿では互換的に用いる。

7) たとえば曾我部真裕は、樋口等の論考に言及し、それらを「古典的な理解」としつつ、「上述のような近代の社会構造は、巨大な企業（社会的権力）が出現し、それが個人の自由を脅かすという 20 世紀以降の状況によって揺らいでおり、これに対応して憲法学も私人間効力という問題設定を行ってこうした状況に対応しようとしてきた」と述べている（曾我部真裕（2012）「自由権——情報社会におけるその変容」『法学セミナー』688 号、p.12）。なお、私人間効力論と、本稿で扱う社会的立憲主義の差異については、本稿 1. を参照されたい。

憲法的機能は国家のみに見出せるのか？ (1) (見崎)



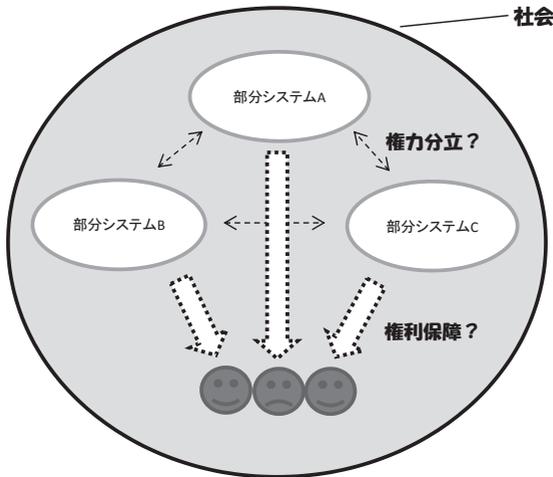
従来、基本書・教科書的な理解では、権力分立をいわゆる三権の分立として考えてきた<sup>8)</sup>。しかしながら、上図のように、企業その他の中間団体を権力の一つとして考えることにより、十分に認知されてこなかった、権力の暴走を抑止するような相互作用の在り方を発見できるかもしれない。また、企業等が掲げる理念や、提供するサービスが、国家と異なる形で人権規範を保障する（権利保障）ということに鑑みて、人権規範の多層的な実現の可能性、もしくは人権規範相互の相克について、より包括的な議論を提示することが可能となるかもしれない<sup>9)</sup>。

以上のように、憲法論を非国家的領域にまで拡張していくことによって、よりラディカルな議論が可能となるかもしれない。上図は国家を一つの総

8) あくまで基本書・教科書的には、であることに注意されたい。大林啓吾が述べるように「権力分立を採用するまでのプロセスは歴史的背景に大きく作用されることから、当然ながら国によってその内容は異なる」ものであるし（大林啓吾（2010）「権力分立」『憲法用語の源泉をよむ』p.198）、同国内の権力分立を論じるにあたっても複雑な問題が提起されることは免れず（さしあたり、片桐直人他編『別冊法学セミナー 憲法のこれから』日本評論社、第4部）、一律に簡略化して語ることは困難である。「権力分立」と「三権分立」を同視することについて批判的な立場をとるものとして、阿部照哉（1993）「権力分立——古典的な権力分立論とその現代的変容」『法学教室』151号、阪本昌成（2016）『権力分立——立憲国の条件』有信堂高文社。また、本稿 p.112 以下の記述も参照。

9) こうした方向性は、とりわけグローバルな法理論において論じられてきたが、これと本稿の検討する社会的立憲主義との違いについては、本稿 1. を参照。

体として捉えているが、様々な国家機能を私的団体との相互作用性も含める形で機能的に分割することが可能となるのであれば、国家を特別視する必要はないのではないか。すなわち、国家を分割して捉え、経済システム・環境システム・法システム等の部分システムの一部として思考するという視点をとることで、真の権利保障・権力分立の問題を部分システム間の問題として考えることができるのではないか。この考え方が正しいとすれば、権利保障・権力分立の問題は社会システムの問題となるのである。イメージとして図示すると、以下のようになる。



無論、以上に示した二つの図は、あくまで大雑把なイメージに過ぎず、本稿の議論を十全に表現しているものではない。元より、権力分立という概念一つを取っても、たとえばここでいう「権力」とは何を指すのかも定かではなく<sup>10)</sup>、非常に多義的かつ曖昧なものであり、これについて様々な研究蓄積がある<sup>11)</sup>。赤坂幸一の言葉を借りれば、「単に権力分立を語るだけ

10) Maurice Vile (1998) *Constitutionalism and the Separation of Powers*, second edition, Liberty Fund, pp.13-14

11) 近年、整理を試みたものとして、瀧川裕英 (2007) 「権力分立原理は国家権力を実効的に統御しうるか」長谷部恭男他編『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題地平』岩波書店、鈴木陽子 (2014) 「権力分立 (三権分立) 論をめぐる研究と

では不十分なのであって、いかなる意味の権力分立か、という視点が重要になってくる」のであるが<sup>12)</sup>、そうした詳細については本論を参照願う他ない。また、図のシンプルさを保つため、本稿でも触れることになる、人々による憲法政治の可能性については図示していない。この内容についても、本論を参照願いたい<sup>13)</sup>。

以下、本稿では、デヴィッド・シウリ及びグンター・トイプナーによって展開されている「社会的立憲主義 (societal constitutionalism / gesellschaftlicher Konstitutionalismus)」を検討していく。なぜ社会的立憲主義を検討対象とするのか。理由は副次的なものを含めて三つある。

第一に、先に提示した構想 (図) は、他でもない彼ら二人によって既に描き出されたものだ、と本稿は考えるからである。以下で見ていくように、彼らは従来の国家的な憲法学のサブテーマとして、社会的立憲主義を提唱しているのではない。彼らは、憲法理論の刷新を企図しているのである。先の二つの構想は、社会的立憲主義がシウリからトイプナーへと受け継がれて発展していく過程として、本論で描かれることになるであろう。

なお、このように一部に焦点を当てて彼らのテキストの解釈を行う関係上、本稿での検討は、彼らの議論を完全に内在的な形で整理したものではないことを、ここで明記しておきたい。本稿は、権力分立と権利保障という観点から両者の議論を読み解いていくが、たとえばシウリは、シウリが峻拒するホモ・エコノミクスのな人間観及びその市場実践と親和的なものであること等を理由として、「権力分立」という考え方を峻拒している<sup>14)</sup>。しかしながら、後に見ていくように、彼の議論には、権力分立として整理可能な考え方が明らかに含まれており、それが彼の議論の中核をなしてい

---

問題の整理」『東洋法学』57巻2号等があるが、その整理の視点は当然ながら一様ではない。

12) 赤坂幸一 (2017) 「統治機構論探訪 (7) —— 権力分立と正統性」『法学セミナー』754号、p.76

13) 本稿 2.2.4.2.

14) David Sciulli (1992) *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, pp.59-60 (以下、「TSC」)。なお、シウリは separation of powers ではなく division of powers を一貫して用いている。両者を区別する主張が存在することから (たとえば Jeremy Waldron (2013) “Separation of Powers in Thought and Practice?”, 54 *Boston College Law Review* 433)、共に「権力分立」と訳してよいか問題となるが、そうした区別は必ずしも一般的なものではなく、区別する主張をシウリが参照した形跡もないため、本稿では訳し分けることはしない。

るのである。これは本稿の読解であり、シウリ本人からすれば異議のあるところかもしれない。完全に内在的でない、とはこのような意味においてであり、大きな誤読を取って犯している、という意味では無論ない。

続いて、第二の理由であるが、シウリとトイプナー両者が法学や政治哲学と一定の距離を置いていることを挙げておきたい。先に図示したような仮説が徹底されない形でしか論じられてこなかった理由の一つに、ディシプリン（学問分野・領域）の閉鎖性という問題があると考えられる。つまり、ディシプリン内部で議論が蓄積され、厚みを増していくことによって、そうした伝統・磁場から逃れ難くなっていることが、仮説形成の妨げになっている可能性がある。ゆえに、そうした硬直性を解きほぐすためにも、憲法学や政治哲学外の知見を参照することには、十分な意義があるといえるであろう。シウリは社会学を専門としており、トイプナーは「憲法は、憲法学者（constitutional lawyers）や道徳哲学者に任せておくにはあまりに重要なものだ」と述べ<sup>15)</sup>、自身の外部性を強調しており、こうした目的に十分に資する論者であると考えられる。

最後に、副次的な理由であるが、社会的立憲主義の世界的な知名度に比し<sup>16)</sup>、日本での紹介・検討が十分になされていないためである。確かに、その主要論者たるトイプナーを紹介した邦語文献は確かに少なくなく、トイプナーの憲法観について言及したものもある<sup>17)</sup>。しかしながら、社会的

15) Gunther Teubner (2013) "The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism", 4 *Transnational Legal Theory* 44, p.52. なお、あるインタビューでは、「憲法は、公法学者（public lawyers）や、政治学者（political scientists）に任せておくにはあまりに重要なものなのです」と答えている（Gunther Teubner (2009) "Intersections between Economic Sociology and Law: Interview with Gunther Teubner, Economic Sociology", 10 *European Electronic Newsletter* 26, p.26）。

16) 参考までに述べておけば、2018年11月時点での Google Scholar でのヒット数は約 1,340 件である。https://scholar.google.co.jp/scholar?hl=ja&as\_sdt=0%2C5&q=%22societal+constitutionalism%22&oq=so

17) トイプナーの社会的立憲主義について検討・紹介した邦語文献として、戒能通弘 (2002) 「G・トイプナーの『国家なきグローバル法 (global law without a state)』の概念について」『同志社法學』54 卷 1 号、同 (2003) 「G・トイプナーの法思想——『多元的社会 (polycontextural society)』の構想」『同志社法學』55 卷 2 号、伊藤一頼 (2005) 「市場経済の世界化と法秩序の多元化——グローバル部分システムの形成とその立憲化をめぐる議論の動向」『社会科学研究』57 卷 1 号、ハンス・ベーター・マルチュケ=村上淳一編 (2006) 『グローバル化と法』信山社、第 1 部（トイプナーの講演とそれに対する村上淳一によるコメント）、阿部信行 (2008) 「グローバリゼーション下のトランスナショナル法——自生的秩序と契約的秩序とのあいだ」今井弘道編『発展する東アジアと法学の課題』成文堂、西土彰一郎 (2016) 「グローカリゼーションのなかの憲法——デジタル憲法は可能か」阿部勘

立憲主義が他の憲法・立憲主義概念とどのように異なり、どのような背景から立論されるに至ったかを十分に明らかにした上で、検討・考察した文献は少なく、社会的立憲主義の最初の提唱者であるシウリの議論に至ってはほとんど無視されてしまっているのが現状である。

さて、ここで本論に入る前に、「社会的立憲主義」という訳語について少し述べておくことにしたい。憲法を論じるにあたり、ここ日本で「社会」という語句を用いることは、ある種の特殊な意味合いを持ってしまう。すなわち、社会主義やマルクス主義との関係性を示唆することになる。また、「社会権」と結び付けられ、社会権を強調する議論だと思わせてしまう可能性もある。しかしながら、社会的立憲主義は、社会主義やマルクス主義との直接の強い関連性があるものでも、社会権の重要性を取り立てて強調するものでもない。彼らがそのテキストで明示しているわけではないため推量となるが、社会的立憲主義の「社会的」が social/sozial ではなく societal/gesellschaftlich とされている理由もこうした点を考慮してのものだと考えられる。すなわち、societal/gesellschaftlich という形容詞を用いることで社会権 (social right/Sozialrecht) や社会主義 (socialism/Sozialismus) から距離を取ることを意図しているのだ、と推察される<sup>18)</sup>。本稿では、societal の訳として「社会的」を採用したが、ここでいう「社会」が、社会権や社会主義で表現される場所の「社会」とは距離があることはここで強調しておきたい。

「社会」に続いて constitutionalism/Konstitutionalismus に「立憲主義」という訳語を当ててしまうことの是非についても一言述べておく。立憲主義は、「本質的に論争的な概念 (Essentially Contested Concepts)」、すなわち、「使

---

一 = 岩田一正編『グローバル時代に見られる地域社会、文化創造の様相』成城大学グローバル研究センター、関連する邦訳として、グンター・トイブナー (2011) 「二値編成複合性の立憲化——国民国家を超えた社会的立憲主義について」綾部六郎 = 尾崎一郎訳『新世代法政策学研究』第 10 号、同 (2012) 「越境する企業の自己憲法化——企業行動指針の私的性格と国家的性格の統合について」榎澤能生監訳『企業法制と法創造』第 9 号

18) シウリが立憲主義について論じた主著の副題は、「非マルクス主義的批判理論の基礎 (Foundations of a Non-Marxist Critical Theory)」である (TSC)。ただし、トイブナーは、諸システムと人々の乖離状況をマルクスの疎外論に引きつけて論じたことがある (Gunther Teubner (2006) "The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors", 69 *Modern Law Review* 327, p.338)。しかし、これはあくまで部分的な参照にとどまっており、トイブナーが社会主義にコミットしていることを意味しないように思われる。

用者らの適切な使用方法について、際限のない論争を避けがたくもたす」概念<sup>19)</sup>となっていると言っても過言ではない状況にある。ジェレミー・ウォルドロンが指摘するように、いまや、「我々は皆、立憲主義を支持するし、そうすべきなのだと考えている」のであり、立憲主義者でない人々を探すほうが難しい<sup>20)</sup>。こうした混乱した状況下において、さらに立憲主義概念を拡張・拡散してしまうことは禁止してしかなるべきであり、あるべき使用法を限定していくことが必要なのではないか<sup>21)</sup>。このように考えるならば、シウリやトイプナーらは constitutionalism/Konstitutionalismus という用語を使用しているが、邦訳に際し、「立憲主義」とは別の訳語（たとえば「憲法論」、「構成主義」）を当てる等して、峻別することが求められるようにも思われる。

こうした考え方には十分な理があるもことは確かであるが、本稿では、批判法学の泰斗であるロベルト・アンガー<sup>22)</sup>の次のような言語哲学に着目したい。アンガーによれば、特定の言語を忠実に使用しようとするればするほど、社会変革の可能性が失われ、保守化していくという。すなわち、「社

19) Walter Bryce Gallie (1956) "Essentially Contested Concepts", 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167, p.169

20) Jeremy Waldron (2016) *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, p.25. ここ日本においても状況は同じである。かねてより、立憲主義の支持者からすら、立憲主義の「意味内容は不明確なままであり」、「日本憲法学においては現在のところ、立憲主義の名の下に『新自由主義的改革』を正当化することもできれば、それを批判することもできるし、立憲主義と絶対的平和主義との緊張関係を主張することもできれば、『立憲民主平和主義』の三位一体の観点から絶対的平和主義の普遍性を主張することもできる」などと指摘されてきた（愛敬浩二 (2003) 『近代立憲主義思想の現像』法律文化社、p.3）。この帰結が、次の脚注のような努力へとつながっているが、決着はいまだついていないように思われる。

21) たとえば南野森は、立憲主義の用法を三つ、すなわち①政治権力を制限して正義の実現を図る思想（最広義の用法）、②近代主権国家の成立と公私の区別を前提とし、国家権力を憲法によって制限することで国民の権利・自由の確保を図る思想、③②の思想を前提に、その実効性確保のために違憲立法審査を設けるべきであるという思想（最狭義の用法）に分け、「権力制限の思想を過大に包摂し、かつ『憲法』（およびそれが前提とする近代国家）がそこでは存在しないにも関わらず『憲法主義』と呼称するという点において、現代では少なくともミス・リーディングと評すべき用語法である」として①を斥けている（南野森 (2009) 『近代立憲主義』『法学セミナー』659号、pp.12-13）。

22) アンガーの議論については、見崎史拓 (2018) 「批判法学の不確定テーゼとその可能性 (1) (2) (3・完) —— 法解釈とラディカルな社会変革はいかに結合するか」『名古屋大学法政論集』276・278・279号及びそこで言及されている諸研究を参照されたい。

会的生活における経験がどのようなものであるかを互いに伝えることができ、また、標準的な表現による応答の集積において理解可能なヴァリエーションによって伝えることができると信じている限り」、人々は、「社会の決定的に重要な、現実化されたドグマの幾分かを引き受け続けている」のであり、「社会についてのコードを十分忠実に用いようとすることによって、あなたはある特定の種類の人格となる」。その結果として、人々は知らず知らずの内に自らが生きる社会を疑問に思わなくなるのだ、とアンガーは主張する<sup>23)</sup>。それでは我々に抵抗の余地——社会変革の可能性——はないのか。——ある、とアンガーは言う。しかし、我々は無から言語を形成することはできない、ということをアンガーは強調する。というのも、我々は、生まれながらにある特定の言語の網の目の中に捉えられているからである。造語を作り出すとしても、それはある言語の中で意味付けが可能な限りにおいてに過ぎない。それゆえアンガーは次のように述べる。「既存の象徴記号のストックから、全ての表現は始めなければならない」と<sup>24)</sup>。ここに、アンガーの主張する「文化的革命 (cultural revolution)」が始まるのである<sup>25)</sup>。後に見ていくように、シウリ、トイプナーは共に敢えて constitutionalism/Konstitutionalismus という用語を自らの議論に当てているのであり、彼らの議論はこうした文化革命の考え方の延長線上にあると考えられる。

もちろん、こうした議論には危険が伴う。アンガーの文化的革命によって、立憲主義や憲法の意味が換骨奪胎され、権力の暴走を招いてしまうかもしれない。しかしながら、抑止力として立憲主義や憲法を考える者が、こうした文化的革命と敵対すると考えるのは早計である。なぜなら、既存の立憲主義の概念に固執し続けることによって、よりよい抑止の方法があるにも関わらず、そうした抑止へと向かう可能性を自ら閉ざしてしまっているかもしれないからである。結局のところ、佐藤幸治が指摘するように、「『憲法』 (『立憲主義』) を適切に捉えようとすれば……恣意的支配を避け

---

23) Roberto Unger (2001) *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics*, second edition, Verso, pp.564-565

24) Ibid., p.566

25) Ibid., pp.566-570. もちろん、こうした言語の多義性や不確定性に積極的意義を見出すのはアンガーのみではない。たとえば、最近のものとして、古田徹也 (2018) 『言葉の魂の哲学』 講談社

ようとして人類がそれぞれの時代環境において思考錯誤を重ねながら真剣に取り組んできた歴史的経験から」何を引き出すべきなのか、を考えることが肝要であろう<sup>26)</sup>。そうした真摯な姿勢がある限り、アンガーのような言語哲学は擁護されてしかるべきである。このように言語を揺さぶっていくことの重要性に鑑み、彼らの用いる constitutionalism/Konstitutionalismus に「立憲主義」と別の訳語を当てることは、本稿ではない。

以下、本稿は次のような構成で議論を進めていく。まず、既存の憲法・立憲主義概念と比較したとき、社会的立憲主義のどのような点が新しいのかを簡潔に見ていく (1)。続いて、そうした新しい議論が、どのような背景から生まれ、どのように発展してきたのかを見る (2)。具体的には、シウリ (2.1.) とタイプナー (2.2.) の議論を順に追っていくことになるが、まず、シウリがウェーバーの資本主義論に影響を受けつつ、そこから脱するための手段を模索した結果、社会的立憲主義の議論が生まれたことを確認する (2.1.1)。そして、シウリは、国家権力のみならず、市民社会における権力——その最も顕著なものとしての企業——の抑制が必要であり、それを可能とするような会社法の憲法的機能を探求したのだということを見ていく (2.1.2)。しかし、シウリのこうした議論にはいくつかの問題点があるため、それらを明らかにした上で (2.1.3)、シウリの議論を継承したタイプナーがそれをいかに克服しえたかを検証する (2.2.1~2.2.2)。続いて、タイプナーの議論に対し投げかけられている二つの批判を確認した後 (2.2.3.)、それに対するタイプナーの応答を検討し (2.2.4.)、社会学的・機能論的な観点に依拠して権利保障・権力分立を観察することの意義と限界や、諸システムの分化の進行した近代社会における新たな憲法政治の可能性を明らかにする (2.2.4.1~2.2.4.2.)。

## 1. 社会的立憲主義の何が新しいのか

まずは、社会的立憲主義の議論の何が新しいのか、概観していくことにしたい。ただし、本節での議論は、あくまで既存の議論とは異なることを強調するために、「既存の議論のような～でない」という形での消極的な

26) 佐藤幸治 (2015)『立憲主義について』左右社、p.14。ただし、もちろんであるが、本稿が引き出そうとするものは、佐藤のそれとは異なる。

記述が主となっている。より詳細・具体的な社会的立憲主義の内実については2.以降を参照願いたい。

それでは議論に入っていこう。社会的立憲主義は他の憲法論・立憲主義についての議論とどのように異なるのか。実際に、社会的立憲主義と同様に、立憲主義概念の担い手や名宛人を拡大しようとした試みは少なくない<sup>27)</sup>。その中でも急先鋒の一つである「人民立憲主義 (popular constitutionalism)」<sup>28)</sup>について簡単に見ておこう。代表的論者の一人であるマーク・タシュネットは、『裁判所から憲法を奪い去る *Taking the Constitution Away from the Courts*』という著作において、概ね次のような主張を展開した<sup>29)</sup>。憲法の担い手は裁判所でなく、人民と彼らに選挙で選ばれた議会であるべきだ。タシュネットがここで念頭に置いている憲法は、従来考えられてきたそれとは異なるものである。タシュネットは憲法を「厚い憲法」及び「薄い憲法」という二つに類型化する。前者は、統治機構についての規定の他に、判例や学説の蓄積も含む形で成立している、学者や法律家が一般にイメージする憲法概念である。こうした重厚さが憲法を専門的な訓練を受けた者——裁判官や法学者——にしか解読できないような避けがたいものになっているのだとタシュネットは主張する。しかし、タシュネットによれば、我々は別様の憲法概念を既に知っているという。それこそ後者、すなわち「薄い憲法」である。薄い憲法とは、アメリカ独立宣言や憲法前文に述べられているような諸価値——平等や表現の自由等——に対する人々のコミットメントであり、判例や学説による膨大な注解も必要でない。人民は既にこうした諸価値を実現する能力があるのであり、それゆえ、裁判所が特権的な

27) 以下で検討する人民立憲主義以外の議論に、(かなりの程度人民立憲主義と連続性があるが) デイパートメンタリズムが挙げられる。人民立憲主義とデイパートメンタリズムの連続性と差異については、大林啓吾 (2008) 「デイパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐって」『帝京法学』25巻2号、pp.127-131

28) ただし、人民立憲主義といっても一枚岩でなく、具体的に誰を「人民」とするか等により差異がある点には注意が必要である。人民立憲主義についての先行研究は少なくないが、さしあたり、松井茂記 (2007) 「『ポピュリスティック立憲主義』をめぐって」佐藤幸治他編『現代社会における国家と法——阿部照哉先生喜寿記念論文集』成文堂、大河内美紀 (2010) 「マーク・タシュネット——批判法学最後の雄？」駒村圭吾他編『アメリカ憲法の群像 理論家編』尚学社、木下智史 (2016) 「合衆国におけるポピュリスティック立憲主義の展開と民主主義の変容」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』日本評論社

29) Mark Tushnet (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press

地位につき、司法審査によって終局的な決定を行う理由はない。むしろ、裁判所が特権的に司法審査によって終局的な決定をなしてきたがゆえに、人民の憲法価値を実現していく能力は削がれてきたのである。もちろん、人民は間違ふことがあるだろう。恐ろしい差別が発生する可能性は否めない。しかし、そうした失敗の可能性は裁判所にもあるのであり、裁判所を無条件に称揚することはできないのである――。

このように、人民立憲主義の議論は、憲法概念を変化させ、その担い手や名宛人の交代を意図した非常にラディカルなものである。社会的立憲主義も、こうした方向性に賛同を示すものといえる<sup>30)</sup>。しかしながら、裁判所による司法審査や議會を分析・批判の念頭に置き、そもそも人民の範囲をほぼ無批判に措定していることから分かるように、人民立憲主義の議論は、従来のように国民国家の根本的規範として憲法を考えているように思われる。社会的立憲主義の論者らが目指すのはその先である。すなわち、彼らは憲法概念を国家から解放することを目指しているのである。

これに関連し、憲法社会学<sup>31)</sup>の議論とも、社会的立憲主義は区別される。シウリヤトイブナーは社会学的な視点から憲法を論じており、ここから憲法社会学との親和性を見出すことは可能であろう<sup>32)</sup>。しかしながら、憲法社会学の代表的論者である上野裕久が述べるように、「憲法社会学は憲法という国家の基本法に関する法現象を研究する法社会学」なのである<sup>33)</sup>。憲法社会学の基点は、社会学的観点を取り入れていることは確かであるとしても、国家法を中心とした憲法学、より広くは法学にある。それに対し、

30) 本稿2以下、とりわけ2.2.4.1～2.2.4.2

31) さしあたり、渡辺洋三(1974)『憲法と法社会学』岩波書店、上野裕久(1981)『憲法社会学』勁草書房

32) たとえば、トイブナーに類似した議論を展開するクリス・ソーンヒルに焦点を当てたある邦語研究は、ソーンヒルの議論を憲法社会学の一つとして整理している(西土彰一郎(2017)「グローバル憲法についての覚書」工藤達朗他編『憲法学の創造的展開上巻』信山社)。なお、ソーンヒル自身の整理によれば、トイブナーは、「立憲主義における社会学的転回」もしくは「社会学における憲法的転回」の例の一つであるとされている(Chris Thornhill and Paul Blokker (2017) "Sociological Constitutionalism: An Introduction", in Thornhill and Blokker (eds.) *Sociological Constitutionalism*, Cambridge University Press, p.6)。両者の違いについては、本稿2.2.1.1.を参照の他、トイブナーとソーンヒルの議論をより詳細に比較検討した、Jiří Příbáň (2012) "Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions", 39 *Journal of Law and Society* 441 を挙げておく。

33) 上野『憲法社会学』p.3

法学の専門教育ではなく社会学の専門教育を受けてきたシウリを嚆矢とする社会的立憲主義は、国家法中心主義的な法学の磁場から離れた場所から議論を展開することができたのである<sup>34)</sup>。また、日本独自の事情として、憲法社会学は社会主義やマルクス主義の影響が強いが<sup>35)</sup>、社会的立憲主義はマルクス主義の伝統とは異なる潮流に属するものであることも、誤解のないように改めて指摘しておきたい。

続いて、従来の私人間効力論<sup>36)</sup>及び基本権保護義務論<sup>37)</sup>や、民法の憲法化論・憲法の民法化論（「憲法と民法」関係論<sup>38)</sup><sup>39)</sup>）とも、社会的立憲主義は峻別されることを確認しておこう。確かに、後に見ていくように、シウリはこれらの議論を十分に検討していないために、これらの議論と自らの議論を差別化することができているかには疑問があるし、一方のトイブナーは、ときにこれらの議論に関連する *Drittwirkung* / *third party effect* と

---

34) こうした性質から、社会的立憲主義は国家法中心主義を批判する法多元主義の議論と親和性が高いということが出来る。現にトイブナーは、社会的立憲主義の論考に先立ち、法多元主義に与する論考を発表している (Gunther Teubner (1997) "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society", in Teubner (ed.) *Global Law without a State*, Dartmouth, p.7)。法多元主義については、さしあたり、千葉正士(2007)『世界の法思想入門』講談社学術文庫、浅野有紀(2018)『法多元主義——交錯する国家法と非国家法』弘文堂

35) たとえば上野は次のように述べている。「憲法は、法一般がそうであるように、いなむしろ、ほかの法よりももっと明瞭に、階級闘争の所産である。」(上野『憲法社会学』p.9)

36) 参照すべき文献は多いが、議論の状況を俯瞰できるものとして、君塚正臣(2008)『憲法の私人間効力論』悠々社を挙げておく。

37) 先行研究は膨大な数があるが、参考になったものとして、小山剛(1998)『基本権保護の法理』成文堂、篠原永明(2016)「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」『甲南法学』56巻1・2号

38) 先行研究は非常に多いが、とりわけ参考になったものとして、星野英一(2006)『民法のもう一つの学び方【補訂版】』有斐閣、第2講、山本敬三(2008)「憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から(1)(2)」『法学セミナー』646号・647号

39) 本稿では、便宜的に私人間効力論と基本権保護義務論、「憲法と民法」関係論を並列したが、三者は入り混じるようにして論じられ、区分できないことも多い。しかしながら、たとえば、私人間効力論と基本権保護義務論を別個のものとして論じるべきだという見解もあり(三並敏克(2006)「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」『政策科学』13巻3号、pp.192-195)、また、私人間効力論や基本権保護義務論で問題とされるような解釈論の問題から切り離す形で「憲法・民法」関係論を論じることも可能である(高見勝利(2010)「『憲法と私法』論におけるミッシング・リングの再定位」『憲法問題』21号)。こうした諸議論の錯綜状況の整理を試みたものとして、宮澤俊昭(2015)「民法と憲法の関係の法的構成の整理と分析——共通の視座の構築をめざして」『横浜法学』第24巻第1号。本稿ではこれ以上この点について踏み込まない。

いった語を用いて主張の一部を展開していることも事実である<sup>40)</sup>。加えて、宍戸常寿の言葉を借りれば、「私人間効力は学界でも最も『燃える』テーマとなっており、現在では次々と論文が登場して百家争鳴の情勢」であり<sup>41)</sup>、今後、議論が展開されていく中で、社会的立憲主義の議論と重なっていくことは完全には否定し難い。しかし、シウリの議論からトイプナーのそれへと発展するに至り、社会的立憲主義で想定されている憲法・民法のイメージが、従来の議論とは大きく異なったものとなったことは見逃せない。社会的立憲主義によれば、憲法は国家のみを形作るものではなく、様々なシステムをそれぞれ構成し、統制するものである。ゆえに、社会的立憲主義からすれば、国家を名宛人とした憲法の規範をいかに適用するかといった意味での私的効力論の論点はナンセンスであり、それぞれのシステムごとに異なった憲法規範が存在することを正面から認めるべきだということになる。もちろん、いわゆる無適用説（無効力説）<sup>42)</sup>や間接適用説<sup>43)</sup>は私法領域の独自性・自律性を認め、国家憲法の規範を直接的には適用しないのであるが、これらの説を採用するとき、民法が単一であり、体系的に確固たるものとして持続的に存在していることは前提とされているように思われる<sup>44)</sup>。だからこそ、「憲法と民法」関係論の文脈において、星野英一らは、基本秩序ないし社会構成原理としての民法を謳うことができるのである<sup>45)</sup>。しかしながら、後に見ていくように、シウリの議論においては曖昧な部分があるものの、トイプナーに至れば明確に、社会的立憲主義は

40) たとえば、Gunther Teubner und Vaios Karavas (2003) “http://www.CompanyNameSucks.com: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber ‘Privaten’ im autonomen Recht des Internet?”, in Karl-Heinz Ladeur und Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet: Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Nomos

41) 宍戸常寿 (2008) 「憲法 解釈論の応用と展開 9 人権総論 (3) 憲法の私人間効力」『法学セミナー』648号、p.70

42) 基本権は、「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつばら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁)とする説。

43) 「民法90条の公序良俗規定のような私法的一般条項を媒介として私人間の紛争に対して基本権が間接的に適用されるとする」説 (小山剛 (2018) 「憲法上の権利の私人間効力」『法学教室』2018年5月号、p.30)。

44) ただし、無適用説に国家的な近代立憲主義からの乖離を読み取る、棟居快行 (2018) 「グローバル化社会と憲法」山元一他編『グローバル化と法の変容』日本評論社、p.67

45) 大村敦志 (1996) 「民法と民法典を考える」『民法研究』1巻、星野英一 (2006) 『民法のもう一つの学び方【補訂版】』有斐閣、第二講

そうした見解を認めなくなる。すなわち、社会的立憲主義は、民法領域においても、経済・政治その他のシステム、セクターごとに、それぞれ独自の規範秩序（憲法）を形成し、衝突するということを強調するのである。

このように、社会的立憲主義は憲法の多元性・複数性を強調する議論であるから、部分社会論<sup>46)</sup>や「京都派『法の支配』」<sup>47)</sup>、樋口自身が依拠するフランス型のモデル（「ルソー＝ジャコバン型」）に対抗するモデルとして抽出した「トクヴィル＝アメリカ型」の構想<sup>48)</sup>とも異なると考えられる。確かにこれらの議論は、共に非国家主体（団体）に一定の正統性と自治権を与えるものであるが、それらの秩序が機能的に憲法と呼ぶべきものを発展させるという見解にまでは至っていない。あくまで、彼らの念頭にあるのは国家的な憲法であるように思われる。

加えて、阪本昌成の主張するスコットランド啓蒙思想<sup>49)</sup>や、嶋津格がフリードリヒ・ハイエクの議論から描き出した自生的秩序論<sup>50)</sup>とも異なる。両者は共に、憲法規範が私法的秩序に由来している（下からの秩序形成が行われている）ことを指摘する等<sup>51)</sup>、私法の重要性を強調する点で社会的立憲主義

46) 「一般市民社会の中であってこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならない」とする富山大学単位不認定事件における最高裁の立場に代表される見解である（最三小判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）。なお、類似する論点として特別権力関係があるが、特別権力関係がもつばら公的主体の内部の権力関係を問題とする点などに違いがある（松本和彦（2008）「特別権力関係と人権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』有斐閣、p.78）。先行研究として、さしあたり、甲斐素直（1994）「いわゆる『部分社会の法理』について」『法学紀要』36巻、渡邊互（2015）「いわゆる『部分社会の法理』の再構成」『法政治研究』創刊号

47) 渡辺康行の命名であり、佐藤幸治らが「司法制度改革」時に提唱していた議論が念頭に置かれている。いくつかの特徴があるが、社会的立憲主義との関係で類似する特徴としては、私人間相互の権利実現も重視した「民事的な『法の支配』論」を採用していることが挙げられる（渡辺康行（2007）「『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官の支配』を超えうるか」長谷部他編『立憲主義の哲学的問題地平』p.74）。

48) トクヴィル＝アメリカ型モデルとは、「国家権力だけが正統のものとされる」ルソー＝ジャコバン型モデルとは異なり、「結社の存在を積極的に容認し、社会的権力もまた正統性をもちうるという前提」に基づく「多元モデル」であるとされる（樋口陽一（1994）『近代国民国家の憲法構造』東京大学出版会、p.59）。

49) 阪本『新・近代立憲主義を読み直す』

50) 嶋津格（1985）『自生的秩序——F.A. ハイエクの法理論とその基礎』木鐸社

51) 彼らの基本的発想は、端的に述べれば次のようなものである。「ヒュームは、“人権とか自由は、コンスティテューションによって創設されたものではなく、自然法によって保障されたものでもなく、商業交易が進むとともに、徐々に人びとが事実上手中に納めたもので、そのことをコンスティテューションが確認したのだ”

と親和性が高い。しかしながら、彼らもまた、憲法の多元性という議論を受容しておらず、また、国家的な憲法論から抜け出ているかについて疑問が残る<sup>52)</sup>。さらに重要な違いとして、彼らは主として経済的秩序＝市場と法秩序の関連性を強調するが、社会的立憲主義は、このように経済的秩序＝市場を称揚し特権化しかねない議論とは、明確に距離を置くものである<sup>53)</sup>。

さて、以上では脱国家性を強調したが、このときいくつかの誤解を生むように思われる。ここでその誤解を解いておきたい。第一の誤解は、グローバル化に伴う国家の相対化を背景として論じられている、憲法概念の変容論<sup>54)</sup>と、社会的立憲主義は同じである、というものである。

日本において最も精力的にこうした変容論の研究をしている一人である山元一は、グローバル化を「トランスナショナルな諸関係の急速な広がりや強まりに伴う、多種多様な政策課題に対するガヴァナンスのあり方の多層化がひきおこす、領域的主権概念を核心的要素とする《近代主権国家＝古典的国家モデル》の決定的地位低下」と定義し、従来の国家中心主義的な憲法概念を再検討する必要性を指摘する<sup>55)</sup>。グローバル化により、憲法構成の主体（憲法制定権力）たる「我ら人民（We the People）」はいまやトランスナショナルに捉えられるべきものだという主張や<sup>56)</sup>、また We the People 論の射程を超えた憲法概念が必要だという議論もあり<sup>57)</sup>、「一人称複数数の‘We’は誰なのか、ということが深刻な設問として登場している」のである<sup>58)</sup>。国内における議会や裁判所の実践も、もはや国際社会の規範・

と言いました。そのように考えることが必要でしょう。」（阪本昌成（1999）「立憲主義の展開と国家の役割」『北大法学論集』第50巻第4号、p.306）

52) たとえば阪本は、「憲法学の基礎概念」として「国民国家」を挙げた上で、「世界市民」を「装飾性に満ちた偽善的な言葉」であるとしている（阪本『新・近代立憲主義を読み直す』pp.8-9）。

53) 本稿 2.1.1 及び 2.2.1.1

54) このトピックについても言及すべき文献は多いが、最近の議論動向を概観できるものとして、山元他編『グローバル化と法の変容』、非常に簡潔に国際法側からまとめたものとして、伊藤一頼（2018）「国際法と立憲主義——グローバルな公法秩序を語ることは可能か」『法学セミナー』765号

55) 山元一（2007）「＜グローバル化＞の中の憲法」阪口正二郎編『岩波講座・憲法5 グローバル化と憲法』岩波書店、p.227

56) Seyla Benhabib（2016）“The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism”, 51 *Global Constitutionalism* 109

57) Mattias Kumm（2016）“Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-positivist Law”, 14 *International Journal of Constitutional Law* 697

58) 山元一（2011）「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』日本評論社、p.98

動向に無縁ではいられず、その正統性の基盤が改めて問われる必要がある、とこの議論の主張者たちは言う<sup>59)</sup>。いまや「国際立憲主義の時代」<sup>60)</sup>が唱えられるようになって久しい<sup>61)</sup>。社会的立憲主義なるものは、憲法学において既に十分に意識されるに至っており、新規性に欠けるのではないか、と考える者がいても不思議ではない。たとえば赤坂幸一は、実質的意味の憲法が国家にのみ適用される概念ではないことを指摘した上で、非公開の国際仲裁裁判が急増している事実に触れて、「この国際仲裁裁判で個別的に生み出された判例が蓄積・模倣されて、トランスナショナルな法秩序が形成されてゆくのであって、このような法秩序の形成プロセス（その中心に各国国際仲裁裁判の仲裁規則がある）と、その各国司法制度に及ぼす影響は、まさしく、憲法学の新たな検討課題となっている」と述べているが<sup>62)</sup>、こうした主張はいまや珍しくない。

確かに、社会的立憲主義は、グローバルな憲法概念の一つとして論じられることが多く<sup>63)</sup>、またトイプナーがそうした議論において積極的に発言していることも事実である<sup>64)</sup>。しかしながら、社会的立憲主義の議論は、必ずしもグローバル化を前提とした概念ではない。トイプナーは「社会的立憲主義をめぐる問題構成は、グローバル化によってではなく、むしろもっ

59) とりわけ国内法秩序と国際社会規範との相克につき、山田哲史 (2017) 『グローバル化と憲法——超国家的法秩序との緊張と調整』弘文堂

60) 最上敏樹 (2007) 『国際立憲主義の時代』岩波書店。ただし、最上は「国際法学の中にその潮流が顕在化しているのは確かだが、国際立憲主義が何を意味するかの一義的概念規定はいまなお存在しない」と述べている (最上俊樹 (2014) 「国際立憲主義批判と批判的国際立憲主義」『世界法年報』33 巻、p.1)。

61) 勃興の背景・主張等について簡潔に概観できるものとして、須網隆夫 (2014) 「グローバル立憲主義とヨーロッパ法秩序の多元性——EU の憲法多元主義からグローバル立憲主義へ」『国際法外交雑誌』113 巻 1 号、マティアス・クム (2018) 「グローバル立憲主義の歴史と理論について」根岸陽太訳『憲法研究』第 3 号、より詳細なものとして、篠田英朗 (2012) 「『国家主権』という思想——国際立憲主義への軌跡」勁草書房。ただし、これらの文献が必ずしも同じ歴史観・視座を共有しているわけではない。

62) 赤坂幸一 (2017) 「統治機構論探訪 (1) ——秩序形成プロセスと憲法」『法学セミナー』748 号、p.71

63) Christine Schwobel (2010) “Situating the Debate on Global Constitutionalism”, 8 *International Journal of Constitutional Law* 611, Gregory Shaffer (2015) “Law, Constitutionalism, and World Society: Kjaer, Kratochwil, and Global (Dis) Order”, 13 *International Journal of Constitutional Law* 1063, Aydin Atilgan (2017) *Global Constitutionalism: A Socio-legal Perspective*, Springer, pp.98-102

64) たとえばトイプナーの著書の一つの副題は「グローバル化における社会的立憲主義」である (Gunther Teubner (2012) *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Suhrkamp)。本稿 2.2.1.2 ~ 2.2.1.3 も参照。

と以前の、国民国家の最盛期においてすでに進行していた社会全体の分立化と、このようにして分立化したものの自律化によって引き起こされた」と主張する。「グローバル化は当該問題を劇的に変化させた」ことをトイプナーは認めるが、彼によれば、グローバル化はあくまで社会的立憲主義の問題系の後に発生した現象なのである<sup>65)</sup>。それは次章で見ていくシウリの議論においても同様だ<sup>66)</sup>。社会的立憲主義は、その源流からして、グローバル化とは無関係なものであった。あくまで、国際立憲主義の議論は、社会的立憲主義の適用例、カバーする領域の一つとして考えるべきである。

続いて生じうる第二の誤解についても、簡単に述べておきたい。その誤解とは、社会的立憲主義は、国家廃止論や（日本国憲法のような）「憲法」の不要論だ、というものである。確かに、社会的立憲主義は脱国家性を強調するが、しかしこのことは、国家の統制を全く考えなくてよいとか、公法はもはや不要であり私法一元論でよい、といった主張であることを意味しない。むしろ、社会的立憲主義は、公法・私法の混合的状況を背景に、公法・私法双方向の影響関係を問題とし、国家機能も十分に射程に入れた憲法論を展開しているのである<sup>67)</sup>。

## 2. 社会的立憲主義の発展と展開

以上、従来日本で論じられてきた議論を念頭に、社会的立憲主義の新規性を素描した。以下では、こうした社会的立憲主義がどのような背景から生まれ、どのように展開しており、具体的にどのような理論構成をとっているのか、シウリとトイプナーという二人の論者に沿って見ていく<sup>68)</sup>。

65) トイプナー「二値編成複合性の立憲化」 pp.186-187

66) ただし、シウリがグローバル化を全く念頭に置いていないというわけではない。たとえば、David Sciulli (2001) *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, chapter 13 (以下「CPCS」)

67) とりわけ本稿 2.2.4.2 を参照されたい。

68) 社会的立憲主義と類しうる議論はこの二人のものに限られない。たとえばトイプナーはフィリップ・セルズニックの名を挙げている (Gunther Teubner (2010) "Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State", in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, p.328)。

## 2. 1. 没合理的行為類型の可能性——シウリの社会的立憲主義

社会的立憲主義の嚆矢とされるのは、シウリである<sup>69)</sup>。シウリは1950年生まれのアメリカの社会学者で、コロンビア大学で博士号取得し、テキサスA&M大学等で教鞭をとったが、2010年に急逝している。パーソンズ研究、アマタイ・エツィオーニの共同体主義分析等、関心は多岐に亘り、編者として関わった著書・雑誌も多い。国際社会学会 (International Sociological Association) では理事を務めた<sup>70)</sup>。

以下で見えていくように——ここで再度強調しておくが——シウリの議論は、必ずしもグローバル化を前提としたものではない。シウリの問題意識は、資本主義に基づく経済的合理性がもたらす弊害一般にあり、アメリカ国内における企業統制・規制の議論へと接近する主張をシウリは展開するのである。

### 2. 1. 1. 魂なき合理化を超えるために

それではシウリが社会的立憲主義の構想を導き出すことになるヒントやきっかけはどのようなものであったのか。シウリの出発点は、ウェーバーの合理化論=近代資本主義<sup>71)</sup> 発展論である。若干長くなるが、ウェーバーのよく知られた一節を引いておこう。

ピューリタンたちは職業人であろうと欲した。しかしわたしたちは職業人でなければならないのである。かつては修道院の小さな房のうちで行われていた禁欲が、現世の職業生活のうちに持ち込まれ、世俗内的な倫理を支配するようになった。そしてこの禁欲は、自動的で機械的な生産を可能にするようになった。そしてこの禁欲は、

69) Gunther Teubner (2016) “Transnationaler Verfassungsppluralismus: Neun Variationen über ein Thema von David Sciulli”, 76 *ZaöRV* 661, S.665 (以下「TV」)

70) 以上の経歴については、Masamichi Sasaki and Marti Huetink (2010) “In Memoriam-David Sciulli, Ph.D.”, 9 *Comparative Sociology* 723 及び <http://www.legacy.com/obituaries/morningjournal/obituary.aspx?n=david-sciulli&pid=145536814> (2018年12月1日アクセス)

71) ウェーバーの議論は、資本主義一般を対象としたものではなく、あくまで近代資本主義を対象としたものである (マックス・ウェーバー (2010) 『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』中山元訳、日経BP社、p. 51)。以下、本稿で「資本主義」を用いるときは、断りのない限り近代資本主義を指すものとする。

自動的で機械的な生産を可能にする技術的および経済的な条件と結びついて、近代的な経済秩序のあの強力な宇宙を構築するために貢献したのである。このコスモスは今や、直接に経済的な営利活動に携わる人々だけではなく、その機構のうちに生まれてくるすべての個人の生活のスタイルを、圧倒的な威力によって決定しているのである。そして化石燃料の最後の一塊が燃え尽きるまで、今後も決定しつづけるだろう<sup>72)</sup>。

こうしてピューリタンの禁欲が資本主義を可能にしたのであるが、こうした宗教的精神は次第に失われ、資本主義はある種のゲームとなっていく。

「職業の遂行」が、もはや文化の最高の価値と結びつけて考えることができなくなっても、そしてある意味ではそれが個人の主観にとって経済的な強制としてしか感じられなくなっても、今日では誰もその意味を解釈する試みすら放棄してしまっている。営利活動がもっとも自由に解放されている場所であるアメリカ合衆国においても、営利活動は宗教的な意味も倫理的な意味も奪われて、今では純粹な競争の情熱と結びつく傾向がある<sup>73)</sup>。

ウェーバーはこうして完成された資本主義の世界を「鋼鉄の檻 (eine stahlhartes Gehäuse)」という比喩で表現し<sup>74)</sup>、そこに生きる人々は「精神のない専門家、魂のない享乐的な人間」となると主張した<sup>75)</sup>。こうした効率性（合理化）追求の行く果てが、いわゆる官僚制化現象であり、私企業を

72) 同上 p. 492

73) 同上 p. 493

74) ただし、このように「檻」と訳してしまうことにつき、表現上問題があるという指摘もある（荒川敏彦（2007）「殻の中に住むものは誰か——『鉄の檻』的ヴェーバー像からの解放」『現代思想』2007年11月臨時増刊号、Peter Baehr（2001）“The ‘Iron Cage’ and the ‘Shell as Hard as Steel’: Parsons, Weber, and the Stahlhartes Gehäuse Metaphor in the Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism”, 40 *History and Theory* 153）。これが誤訳となるか否かについての判断はここで差し控えたいが、「檻」という邦訳の原因となったパーソンズの英訳（iron cage と訳している）を介して（Max Weber（1930）*The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, translated by Talcott Parsons, Allen & Unwin, p.181）、シウリはウェーバーの議論を理解・摂取していると思われるので、ここでは「鋼鉄の檻」とした。

75) ウェーバー『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』pp.493-494

含め組織の在り方が再編されるのである<sup>76)</sup>。

我々はそうした運命から逃れていくことができるのだろうか。できるのだとすれば、それはどのようにしてか——。これこそが、シウリが『社会的立憲主義の理論——非マルクス主義的批判理論の基礎 *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*』の中で答えようとする問題である。彼は、副題からも看取しうるように、資本主義の席卷による弊害をマルクス主義に依拠することなく批判しようとしたのである。

さて、まずはシウリが本書冒頭に挙げているシンプルな仮想事例から見えていくのがよいただろう<sup>77)</sup>。ウィリアムは、巨大な製薬会社に勤務する科学者である。ウィリアムはある芳しくない実験結果を上司であるスコットに報告するが、スコットは不満を露わにする。「このような結果のままでは、会社全体で動いている大きなプロジェクトが止まってしまう。君はチームの一員なのだよ。やるべきことはわかるね？」とスコットは述べ、実験結果の改竄を促す。さてこのとき、ウィリアムはどのような手段に出ることができるだろうか。スコットの上司に報告すればよいただろうか。しかし、報告された上司はスコットに相談するだろう。その後のウィリアムの被ることになる不利益は想像に難くない。では、同僚に相談するか。どこに聞き耳が立てられているか分からない。ならば、行政官庁に申告するか。一人の告発で行政官庁が動くかは定かでないし、動いたとしてもその結果として社内での魔女狩りが発生する可能性は否めない。それではいっそ辞職してしまうか。しかしこの狭い業界で果たして再就職先が決まるかは分からない。結局のところ、ここで最も合理的なのは、倫理規範や道徳規範を度外視し、ただ機械的に上司の言うことを聞く機械となることである。こうして今日も「精神のない専門家」たちによる企業犯罪が繰り返される——。

このように私企業の事例を念頭に置いていることから、なぜシウリが自らの議論を「社会的」立憲主義と呼ぶ理由が理解できるだろう。「結局のところ、〔国家的な立憲主義を含む〕欧米の政治制度や市場実践は、歴史的にも今日的にも、*市民社会における『私的な』企業のリーダーたちによ*

---

76) 官僚制概念に私企業を含むという見解はシウリに特殊なものではない。例として、中野剛志 (2012) 『官僚制の反逆』 幻冬舎新書

77) TSC, pp.11-13

る、集团的権力の合理的な行使を柔軟に抑止するには決して設計されてはいない」ことがシウリの最大の不満なのである<sup>78)</sup>。

さて、以上の事例において、一つの間人像が前提とされていることに注意する必要がある。その人間像とは、いわゆるホモ・エコノミクスである。「ウェーバーにとって『合理化』とは……即時的な自己利益が、異質なアクターと競争する諸集団が認識し理解することのできる、唯一の理性基準となる」ことであるから、ホモ・エコノミクスの人間像が多くの人々に受け入れられていることはある意味自然なことだ、とシウリは主張する<sup>79)</sup>。しかし、こうした人間像を前提とする限り、スコットらの行為を抑止されることはない。

ではどうするのか。ホモ・エコノミクスの人間像を脱出するヒントは、ウェーバーの議論において既に示されている、とシウリは考える。周知のようにウェーバーは、人間の行為を目的合理的行為、価値合理的行為、感情的行為、伝統的行為に区分した<sup>80)</sup>。ここで重要となるのは、目的合理的行為と価値合理的行為の差異である。目的合理的行為とは、「(主観的に)一義的に把えられた目的に対して適合的なものであると(主観的に)考えられた手段を、もっぱら基準にして行われる行動」のことであり<sup>81)</sup>、利益追求が目的となっている限り、上記事例の発生を十分に止めることはできない。しかし、人間の行為は目的合理的にのみ説明できるものではない。ウェーバーは、「或る行動の独自の絶対的価値——倫理的、美的、宗教的、その他の——そのものへの、結果を度外視した、意識的な信仰による行為」として価値合理的行為を定義した<sup>82)</sup>。シウリが光明を見出すのはこの点である。シウリはこうした二つの行為類型を、ユルゲン・ハーバーマスやタルコット・パーソンズの議論などを通じて発展させ、社会的立憲主義の理論枠組みを導出し、次のような図を提示する(先に述べておけば、社会的立憲主義がコミットするのは四角で囲まれた「手続的規範・制度」の部分である)<sup>83)</sup>。

78) Ibid., p.57

79) Ibid., pp.45-46

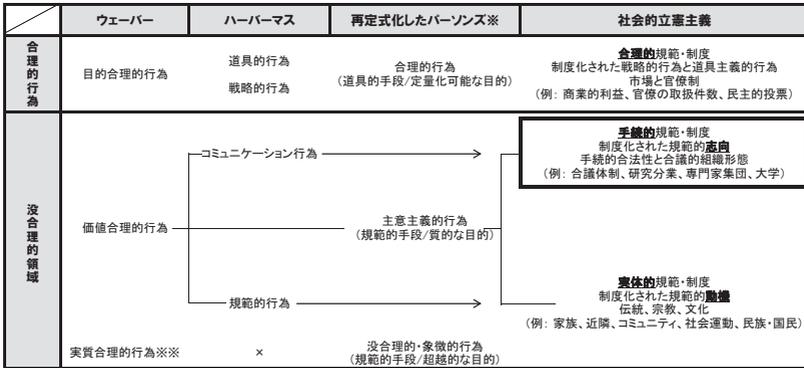
80) 清水幾太郎(1972)『社会学の根本概念』岩波文庫、pp.39-42

81) 同上 p.39

82) 同上

83) TSC, p.155. ただし、レイアウト等について若干の変更を行っている

憲法的機能は国家のみに見出せるのか？ (1) (見崎)



※パーソンズの理論について、シウリが再解釈・改良を施している  
 ※※通常、ウェーバーの行為類型に基づけば、無意識的行為である伝統的行為と感情的行為が位置付けられるはずであり、誤種の可能性が高い

ウェーバーの価値合理的行為からハーバーマスのコミュニケーション行為やパーソンズの主意主義的行為の理論へと発展していくという図式に違和感を覚える者も少なくないだろうが<sup>84)</sup>、ここで重要なのはそうした系譜学的な正しさではなく、シウリが何を引き出そうとしたかである。

上図の最右列を見れば分かるように、社会的立憲主義は、人間の行為を大きく三つに分類している（合理的行為、没合理的（non-rational）領域の内二重括弧で括られたもの、括られていないもの）<sup>85)</sup>。この内、社会的立憲主義が希望を見出すのは二重括弧部分のみである。

なるほど、確かに、選挙制度を上手く設計してアクターを競い合わせることで等によって、公平性を実現することができるかもしれない。しかし、それぞれのアクターが目的合理的思考に基づいて行為した結果、ルールを悪用し、もしくは隠れてルールを破ることが蔓延し、制度が骨抜きにされる可能性は否めない、とシウリは主張する。すなわち、シウリによれば、目的合理的行為を前提とした解決策（合理的選択論）では、「諸個人や集

84) シウリのパーソンズ理解を検討したものとして、橋本和幸（1988）「行為の理論の今日的展開——ネオ・ファンクショナリズムとの関連で」『金沢大学文学部論集 行動科学科篇』第8号、pp.43-50、大黒正伸（2007）「パーソンズにおける『主意主義』の構想力——デイヴィッド・シウリの解釈を中心に」『ソシオロジカ』第31巻第1・2号

85) ただし、図に表記されていない行為として、シウリは「非合理的行為（irrational action）」、すなわち単に無知や誤謬に基づく行為を別に観念している（TSC, pp.281-282）。

団がそれぞれにシステムのプレッシャーに対応するやり方を、弾性的に制限することができない」のである<sup>86)</sup>。

それでは、伝統や宗教、文化といったものに基づいた実体的規範 (substantive norms) に訴えかけるアプローチに見込みがないとされるのはなぜなのか。なぜ、ウィリアムの勤めている会社を十分に制約することができないのか——。その答えはこうである。シウリによれば、こうしたアプローチは「日々の生活において、何が良き何が悪く、何が正しく何が間違っているかについての、広範かつ揺るぎないコンセンサスを人々が何らかの形で維持しているときにのみ」可能となるが、「現代の社会においては、これは稀なこと」である<sup>87)</sup>。よって、前近代ならばともかく、現代においては、そうした方向性はほとんど不可能なのだとしウリは主張する。シウリは、内面化された実体的規範である「動機 (motivation)」と、外部的に行動から観察可能なものである「志向 (orientation)」を区別するが、前者の統一はもはや不可能だと考えているのである。

こうした現代社会の特質、すなわち人々が伝統や宗教等によって均一化されていないことを前提としつつ、しかも合理的選択論が提示したのとは異なる形で、共存・協調を可能にする方法が模索しなければならない。すなわち、志向にこそ可能性があるとシウリは考える。ここでシウリが選択するのは、専門分化した自律的な団体内・団体間での「熟議 (deliberation)」への着目である。この方向性を体現するものとして、シウリは「合議的組織形態 (collegial formations)」と自身が呼ぶ、パーソンズから強く影響を受けた組織概念を提示する<sup>88)</sup>。シウリは、これを次のように定義している。

合議的組織形態とは、熟議的な専門家集団である。そこでは、多様な主体と互いに競い合う集団が、社会的生活や自然現象における質 (qualities) を記述し説明しよう (もしくは創り出し維持しよう) と

86) TSC, p.64

87) Ibid., p.78

88) シウリがパーソンズの社会システム理論の研究者でもあること、またネーミングの類似性から、パーソンズの「合議的アソシエーション (collegial association)」論からとりわけ強く影響を受けていることは間違いなく思われる。パーソンズからの影響についてはここでは詳述しないが、Ibid., chapter 8を参照。また、「合議的アソシエーション」論については、沢田善太郎 (1997)『組織の社会学——官僚制・アソシエーション・合議制』ミネルヴァ書房、第6章を参照。

するよう、共通の社会的義務を判断できるような閾値 (threshold) を維持している<sup>89)</sup>。

ただし、ここでいう社会的義務について、伝統や宗教、文化といったものに基づいた厚い実体的規範を望むことはできない。人々の多様性や自律性が発展してきた現在、手続的規範 (procedural norms)こそが重要なのであり、これこそが「社会的立憲主義の核」であるとシウリは主張する<sup>90)</sup>。すなわち、政策を実施する側から見れば、公共政策はそれぞれの集団の実体的規範に対して積極的に介入していくのではなく、それぞれの集団が健全に自己統治していける環境を整備すべき、ないしは、それぞれの集団内のルールが、集団内や集団間での熟議を可能にするような手続的要件を備えているかどうかを審査すべきだ、ということになる<sup>91)</sup>。その具体的要件としては、フラーがその著『法と道徳 *The Morality of Law*』<sup>92)</sup>等において展開した「法の内在道徳 (internal morality of law)」(一般性、公布、遡及効の禁止、明確性、無矛盾性、不可能を命じないこと、恒常性、定立されたルールと公権力の行動の一致)を、シウリは念頭に置いている<sup>93)</sup>。すなわち、シウリは、国家一個人間のみならず、私的アクター同士のレベル (企業一個人間等) でも、こうした手続的道徳が完備されていることが必要だと主張するのである。

なお、こうした合議的組織形態は、研究機関や専門家集団の中に見出しうるが<sup>94)</sup>、自動的・必然的に生成されるようなものではなく、「偶然的なものにとどまる」とシウリはいう<sup>95)</sup>。それゆえ「共通の社会的義務を判断できるような閾値」も常に問い直しの可能性にさらされているのであり、「ハーバーマス (ら) による真理の模写説 (copy theories of truth) 批判と、それに続く、真理 (及び理性) の合意説に向けた『手続的転回 (procedural

---

89) TSC, p.80

90) Ibid., p.79

91) Ibid., pp.205-213,

92) ロン・フラー (1968)『法と道徳』稲垣良典訳、有斐閣 (なお、邦訳の後、初版に対する批判への応答を追加した新版が出版されている。Lon Fuller (1969) *The Morality of Law*, revised edition, Yale University Press)

93) シウリのフラー理解については、TSC, chapter 6

94) Ibid., p.80

95) Ibid., p.156

turn)』と一貫して理解可能なものである<sup>96)</sup>。こうした熟議的な実践が確保されてこそ集団は規範的に擁護されうるのであり、社会的立憲主義は、全ての集団を放置せよ、という議論ではない<sup>97)</sup>。

## 2. 1. 2. 会社（法）による／おける権力分散機能

ここで強調しておくが、多様な中間団体がある中で、シウリが第一に着目し、問題視するのが企業であることは、決して偶然ではない<sup>98)</sup>。資本主義を最もよく体現する団体が企業であるということについては、多言を要しないであろう。資本主義批判は、企業を批判し、企業を別様に捉え、作り変えることによってなされる、とシウリは考えているのである。

それでは、シウリは企業をどのように見るのか。企業を作り変えるヒントは、既にアメリカ会社法の実践において、既に示されているとシウリは考える。すなわち、シウリによれば、経済合理性に基づいて企業を観察し、規定・同定することは一見もっともらしいが、重要な点を見逃し、少なくともアメリカ社会における会社法の実践に合致するものではない。企業の存在意義は、企業が経済活動を行うことによって富の生産が効率的に行われることには還元されないのである。では、アメリカ社会において、企業の存在意義はどのように考えられてきたと、シウリは主張するのか。シウリは次のように述べる。

企業は集团的権力を政府から市民社会へと分散させる。それによって企業は政府に制限をかけておくための一助となるのである。……〔この機能ゆえに、〕たとえ企業が財とサービスを非効率にしか生産できないのだと明らかにされたとしても、アメリカの会社法は企業の存在を奨励すると、我々は考える。集团的権力を分散することは何であれ公共善であるがゆえに、アメリカ会社法はこれを奨励するのである。翻って、たとえ企業が非常に効率的なものだと明らかになったとしても、アメリカ会社法は、市民社会において企業が集団

---

96) Ibid., p.159

97) CPCS, p.244

98) ただし、後にシウリの研究対象は専門家集団一般へと拡がっていくことになる (David Sciulli (2009) *Professions in Civil Society and the State: Invariant Foundations and Consequences*, Brill)。

の権力をどのように行使するかを監視するだろう。市民社会における構造化された状況において、私的権力が一方的に行使されることの防止もまた、何であれ公共善なのである<sup>99)</sup>。

つまり、企業の存在意義は、政府の束縛論を超えた社会全体における権力分立にあるのであり、資本主義的な論理——効率性——に吸収されることはないのである。

もし権力の分立とそのための制約が憲法の本質的な機能であるとするならば、会社法はまさに憲法と呼ぶにふさわしい機能を果たしている。会社法分野においてアメリカ全体に強い影響力を持つデラウェア会社法及びデラウェア州衡平法裁判所 (Court of Chancery)<sup>100)</sup> を念頭に置きつつ、シウリは次のように述べる。

デラウェアの裁判官たちの応答如何により、デラウェアの裁判官たちは、会社の執行役員たちがその地位に基づく権力を正統に発揮する方法の範囲を維持し、広げ、狭めている。このような意味で、市民社会において会社法とは、〔企業といった〕中間団体にとっての、構造化されたあらゆる状況にとっての憲法なのである<sup>101)</sup>。

このように、シウリはデラウェア州衡平法裁判所の判断の重要性を強調するのであるが、裁判所の判断が社会的立憲主義の実践そのものというわけではなく、本来踏み越えるべきでない実体的規範を判断する領域にまで、裁判所がしばしば伝統的に手を伸ばしていることを問題視している<sup>102)</sup>。こ

---

99) Ibid., p.26

100) 州法ながらその影響力は連邦全体に及ぶものであり、たとえばアメリカに留学経験のある尾崎安史は、「筆者が経験したアメリカのロー・スクールにおける企業法の講義・ゼミナルでも、デラウェア州の判例は必須であった」と回顧している (尾崎安史 (2005) 「日米欧会社法制度における企業統治——収斂と分化」今泉慎也=安倍誠編『東アジアの企業統治と企業法制改革』日本貿易振興機構アジア経済研究所、p.340)。

101) CPCS, p.24

102) Ibid., pp247-249. なお、ここではデラウェア州の裁判所を念頭に置いた批判として述べられているが、別の論考では堕胎や賃金にかかる実体的規範を裁判所が疑似的に立法しているという問題にシウリは言及し、「あらゆる民主制において、今日の手続的合法性に対する最も大きな脅威の一つは皮肉にもその国の最高裁からもたらされている」と苦言を呈している (David Sciulli (2010) “Societal

れはまさに、分立された権力（司法権）が、許された権限の範囲を超えて他の権力に影響を及ぼし、あるべきバランス（理想的な権力分立の形態）を崩してしまっているということの意味する。

そのような悪しき典型例として、シウリはQVC事件を挙げている<sup>103)</sup>。簡略化して述べれば、これは次のような事件である。パラマウント・コミュニケーション社がバイアコム社との合併を画策していたところ、QVCネットワーク社が敵対的買収を開始した。パラマウント・コミュニケーション社の取締役会は、QVCネットワーク社が買付資金に充てようとしている融資が確実でないことなどから、QVCネットワーク社による買付は株主の最善の利益にはならないと判断し、ポイズンピル等の防御措置を用いて拒絶した。パラマウント・コミュニケーション社及びQVCネットワーク社の株主は、これを不服とし、こうした防御措置と、バイアコム社の公開買付の暫定的差止を求めて提訴した。これに対し裁判所は、「株主にとって合理的に達成可能な最善の価値」を取締役会が追求したのかどうかを裁判所が「高度な精査（enhanced scrutiny）」によって判断する必要があり、この基準に照らすと取締役会は信任義務違反に当たると判示した。高度な精査の内容は、「(a) 取締役が判断の際に依拠した情報を含む、取締役による意思決定プロセスの十分性に関する司法的判断。(b) 当時の状況に照らし、取締役の行為の合理性を司法的に検討する。取締役はよく情報を取得し、合理的に行動したことを証明しなければならない」というものである<sup>104)</sup>。この枠組みは、裁判所は考慮すべき情報の内容や合理性の中身にまで相当踏み込んで判断し、また、「株主にとって合理的に達成可能な最善の価値」を裁判所がかなりの程度判断できるという前提に立っており、ひいては裁判所の実体的規範に基づく判断を押し付ける結果になりかねない、とシウリは批判する。

---

Constitutionalism: Procedural Legality and Legitimation in Global and Civil Society”, in Chris Thornhill and Samantha Ashenden (eds.) *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Nomos, p.105)。

103) CPCS, pp.248-249. 本事件の紹介として、清水忠之（1996）「Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc., 637 A.2d 34 (Del.1993) ——被買収会社が買収会社のために対抗的買収会社に対する防御的手段を規定した場合に、対抗的買収会社の申込を排除したのは取締役の信認義務に反するとされた事例」『アメリカ法』1996-1

104) 637 A.2d 34, 45

一方で、シウリが手続的規範の顕れとして最も明確なものとして挙げるのは、Macmillan 事件である<sup>105)</sup>。マクミラン社の取締役会は、自社株の売却を含めた再編計画を評価するにあたり独立の特別委員会を設置したが、取締役は当該委員会のメンバーと事前の接触を行い、自らの望む方向へと裏で誘導していた。このとき、特別委員会に独立性があるのか、独立性がないとしても何らかの合理性に基づく反論が可能か、といった点が争点となった。デラウェア州衡平法裁判所は、以上のような取締役会の行動に、株主に短期的でない長期的な利益を自覚させるといった狙いや合理性 (rationales) があるのだとしても、取締役らは、「受託者として押し付けることを自由にしてはならない」のであり、「再編にかかる選択を株主から奪っているため、当該再編は明白に不合理 (unreasonable) なものである」と判示した<sup>106)</sup>。つまり、デラウェア州衡平法裁判は、その再編計画の内実 (実体) ではなく、株主の決定への参画が実質的に奪われていること (手続) を問題にしたのである。合議的組織形態の維持は、こうした参画の可能性によって担保されることを、シウリは強調する。裁判所は、こうしたレベルにとどまって諸組織の統制を実施すべきなのである。

さて、以上から分かるように、シウリは社会の統合機能を主として司るのは裁判所であると考えている。それゆえに、シウリが「社会」として想定するところの範囲は、裁判所の統制の及ぶ範囲、すなわち主として一国内内であるといえよう。これは、トイプナーの社会的立憲主義との大きな違いとなる。すなわち、後に見ていくように、トイプナーは、こうした機能は必ずしも裁判所が担う必要性はなく、私的な団体もこうした機能を担いうと考えている。ゆえに、トイプナーの考える「社会」のイメージは、シウリよりも広いものとなり、グローバルな議論へと接近する。この違いは、シウリの研究の背景にパーソンズの影響が強くあり、トイプナーには

---

105) CPCS, p.246. 本稿において Macmillan 事件とは、次の連続した事件を指す。Robert M. Bass Group, Inc. v. Evans, 552 A.2d 1227 (Del.Ch. 1988) (通称 Macmillan I)、Mills Acquisition Co. v. Macmillan, C.A. No. 10168 (Del.Ch. 1988) (通称 Macmillan II)。本事件も同様に州最高裁まで争われたが (Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc., 559 A.2d 1261 (Del. 1989))、シウリの考察はデラウェア州衡平法裁判所を対象としていることに注意されたい。本事件の紹介として、楠元純一郎 (1992) 「企業買収者の差別的取扱いにおける取締役の行為基準——Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc., 559 A.2d 1261 (Del. 1989)」『商事法務』1293号  
106) 552 A.2d 1227, 1243-44

ルーマンの影響があることに起因すると考えられる。すなわち、「一意の機能的説明を与えるパーソンズ的な構造機能主義から、偶発的な等価領域についての機能的記述を与えるルーマン的な機能構造主義へ」<sup>107)</sup>という社会学における教科書的な整理に並行するものとして、理解することが可能であろう。

### 2. 1. 3. 残された三つの課題

以上、シウリの社会的立憲主義を概観したが、トイプナーの社会的立憲主義を本格的に検討する前に、シウリの議論の不明確な点や問題点を示しておこう。というのも、これらの不明確な点や問題点を解消する試みとして、トイプナーの社会的立憲主義は位置付けられると、本稿は考えるからである。

第一に、シウリがなぜに国家的な立憲主義に希望を見出すことができなかつたのかが不明確であることを挙げたい。シウリは伝統的な共同体や強力な宗教が分解・解体し、実体的規範を全体で共有することの不可能性から、手続的規範を中心とした統合へと向かうべきだと論じるが、これは多くの（国家の憲法を主たる検討対象としている）憲法学者も共有する前提ではないか。憲法学者である長谷部恭男は、『比較不能な価値の迷路』という著作を叙しているが<sup>108)</sup>、その名が内容を示すように、背景（伝統的な共同体や強力な宗教の分解・解体）はほとんど共有しているといってよい。シウリとしては、こうした憲法論は結局シウリが言うところの実体的規範を輸入しているのであって、手続的規範を核とする社会立憲主義とは異なると反論するであろう<sup>109)</sup>。しかしながら、憲法の中でどれほど実体的規範を重視するかは大きく幅のある問題なのであり、ジョン・ハート・イリイのように手続的価値を重んじた憲法論を展開することは可能である<sup>110)</sup>。こうした憲法観の延長線上で、企業（会社法）を対象とした私人間効力論が採用されうるのであれば、国家的憲法論の一部としてシウリと同様の議論

107) 宮台真司 (2012) 「機能主義」大澤真幸他編『現代社会学事典』弘文堂、p.255

108) 長谷部恭男 (2018) 『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論【増補新装版】』東京大学出版会

109) TSC, p.57

110) ジョン・ハート・イリイ (1990) 『民主主義と司法審査』佐藤幸治＝松井茂記訳、成文堂

は展開可能であるように思われる。もちろん、こうした私人間効力論の是非については、そもそも採用するかその他、適用の方法等について様々な見解がある<sup>111)</sup>。しかし、少なくともシウリはこうした議論について十分な検討を行っているとは言い難く、自身の議論の差別化を十分にできていない<sup>112)</sup>。

第二に、果たして文化や伝統といった実体的規範なくして、シウリの構想は実行可能かという問題がある。ここで、シウリが社会的立憲主義を論じる際に参照したハーバーマスの「憲法愛国主義 (Verfassungspatriotismus)」の代表的論者として知られていることは特筆に値する<sup>113)</sup>。ハーバーマスは、憲法愛国主義「の本当の意味は、市民たちが、憲法の抽象的な内容を体得するというだけのことでなく、それぞれのナショナルな歴史のコンテクストに即して憲法を身につけるということ」であり、「基本権の道徳的内実がメンタリティに定着するためには、知的学習過程だけでは足りない」という。そして、「連帯が成立するためには、まずは正義の諸原則が、文化的な価値志向の濃密な網の目のなかに根づく必要がある」ということを強調する<sup>114)</sup>。コミュニケーション的行為に着目したハーバーマスがなぜこうした主張を行うかといえば、それはコミュニケーション的行為を持続する前提として、連帯を生成し維持する必要があるからである。連帯なくして人々が自らの時間を割いてまで公共的な問題についての熟議に参加するとは考えにくく、話し合いが行われたとしても不誠実なものになる可能性は低くない。結局、「知的学習過程」だけでは、コミュニケーション的行為の重要性を理解するには足りても、それを現実に持続して実行するには足りない。持続性を持つためには、長い歴史の中で行われてきた実践、つまりは文化や伝統の中に位置付けられる必要があるとハーバーマスは考えたのである。

---

111) 私人間効力論を含め、企業法制と憲法の関係について有益な検討を行った文献として、戸波江二編 (2010) 『企業の憲法的基礎』日本評論社

112) ただし、最終的に私人間効力論と差別化可能だと本稿は考える。本稿1及び2.2.2を参照。

113) 憲法愛国主義については、さしあたり、毛利透 (2002) 『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、ヤン＝ヴェルナー・ミュラー (2017) 『憲法パトリオティズム』斎藤一久他訳、法政大学出版局

114) ユルゲン・ハーバーマス (2007) 『ポスト世俗化時代の哲学と宗教』三島憲一訳、岩波書店、pp.11-12

翻ってシウリの議論を見るに、結局シウリの合議的組織形態も如何にしてそれが実現し、維持されるのか不明確なままである。こうした欠点を補おうとしたとき、ハーバーマスと同じ憲法愛国主義へと進んでいかない保証がどこにあるかは定かでない<sup>115)</sup>。

第三に、**組織間の癒着**の問題について、シウリは十分に考察できていないように思われる。シウリの主張するように、企業の存在が権力分立に資するためには、企業とその他の権力が十分に独立していることが必要である。しかしながら、夙に指摘されるように、企業と政府機関が癒着し、ほぼ一体となってしまうということは十分に考えられる。現にアメリカでは、ウォール街と重要な政府機関の間で回転ドア式の人事が行われており、それが大きな危機を呼び込むとして強く批判されている<sup>116)</sup>。こうした人的なつながりについて、シウリはより深く考えるべきだったのではないだろうか。

以上、シウリの議論で不十分に思われる点を確認してきた。しかし、シウリのそれは、社会的立憲主義にとっていわば黎明期の議論であり、十分に洗練されていないことはある意味で当然のことといえる。以下では、シウリの社会的立憲主義がどのような形で継受・発展され、どのようにして以上で検討した欠点を克服していったかを見ていくことにしたい。

---

115) 実際、シウリはこうした方向に足を踏み出しかけていたように思われる。たとえばシウリは、後年次のように述べている。「西洋とアングロ・アメリカンの伝統は**間接的に**特権化することが可能かもしれない。すなわち、西洋とアングロ・アメリカンの伝統が、他の伝統よりも、合議的組織形態と手続の合法性を確立し、またそれらに対する尊敬を維持することがはるかにありえそうだということを証明することによって、特権化することが可能かもしれないのである。」(David Sciulli (2011) *Etzioni's Critical Functionalism: Communitarian Origins and Principles*, Brill, p.484)

116) 著名なものとして、サイモン・ジョンソン＝ジェームズ・クワック (2011) 『国家対巨大銀行——金融の肥大化による新たな危機』村井章子訳、ダイヤモンド社