

## 論 説

# 憲法的機能は国家のみに見出せるのか? (2・完) 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 281 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 (以上本号)

【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（前号＝281号のものも含む）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

## 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

トイプナーは1944年生まれの法学者・法社会学者であり、エバーハルト・カール大学テュービンゲンで博士号を取得、後にカリフォルニア大学バークレー校でも修士号を取得している。現在ヨハン・ヴォルフガング・ゲーテ大学フランクフルト・アム・マインで教鞭を取る他、世界各地に招聘されレクチャーを行っており（来日経験あり）、著作・編著も多数ある<sup>1)</sup>。

序論でも触れたように、日本での紹介・検討も相当数あり、社会的立憲主義論に着目したもの他、オートポイエシス（*autopoiesis*）理論<sup>2)</sup>をいわゆる法化（*juridification* / *Verrechtlichung*）論に応用した議論とし

---

1) 以上、ゲーテ大学 HP を参照。<https://www.jura.uni-frankfurt.de/41076121/Teubner> (2019年3月1日アクセス)

2) *autopoiesis* についても邦語文献上の統一的な表記がないが（「オートポイエシス」の他、「オートポイエシス」、「自己創出」、「自己産出」等）、本稿では論文等の表題を引用する際を除き「オートポイエシス」で統一する。

て<sup>3)</sup>、後に、ネットワーク理論に基づく斬新な契約論の提唱者<sup>4)</sup>としても紹介されている<sup>5)</sup>。

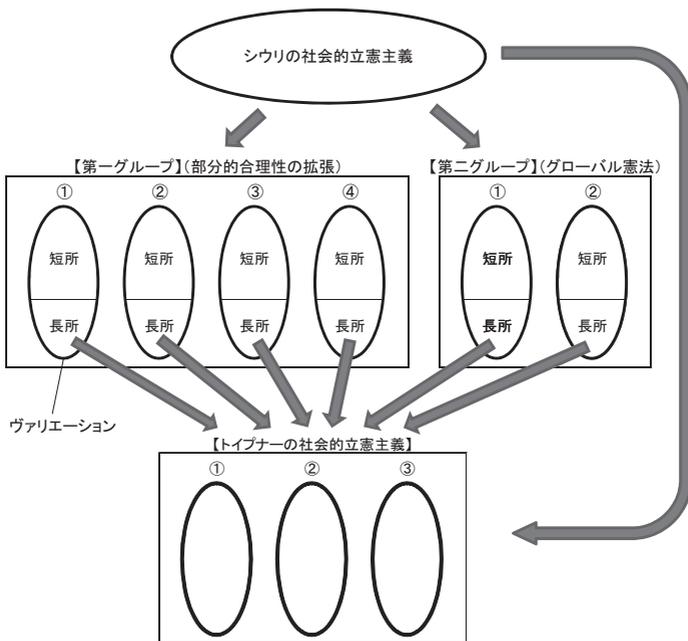
以下では、シウリの議論から刺激を受けたトイプナーが、シウリの議論に何を見出し、どのように改良を加えていったのかを概観し、若干の検討を加えていくことにしたい。

## 2. 2. 1. シウリからの継承と発展

トイプナーは、「確立されたテーマとしての社会的立憲主義は、アメリカの社会学者デヴィッド・シウリによって完成されたものである」とシウリを称揚した上で<sup>6)</sup>、シウリの議論から九つのヴァリエーションを導き出している。すなわち、まず、シウリの議論からはほぼ直接的に引き出しうるヴァリエーションとして二つのグループ（第一グループは四つ、第二グループ

- 
- 3) 榊澤能生（1987）「オートポイエシスと法理論——西ドイツにおける『ポスト福祉国家の法理論』の一潮流」『早稲田法学』66巻2号、山口聡（1990）「現代法の自己産出と自律性——ハーバマスとトイプナーの『法化』論を手がかりとして」『阪大法学』155号、山口聡（1992）「『法化』論における法思考枠組の転換——G. トイプナーの一般条項論を手がかりとして」『阪大法学』162号、伊藤周平（1992）「福祉国家における『法化』の社会学」『年報社会学論集』第5号、関連する邦訳として、グンター・トイプナー（1990）「法化——概念、特徴、限界、回避策」榎沢秀木訳『九大法学』59号、グンター・トイプナー（1994）『オートポイエシス・システムとしての法』土方透＝野崎和義訳、未来社
  - 4) 戒能通弘（2001）「契約における非法的要素の重要性について——H・コリンズとG・トイプナーの見解の検討」『同志社法学』53巻2号、藤原正則（2010）「ネット契約としてのフランチャイズ契約？（二・完）——最判平成二〇年七月四日判時二〇二八号三二頁を契機に」『北大法学論集』第61巻第1号、関連する邦訳として、グンター・トイプナー（2006）「別々のものの複合——契約でも組織でもないネットワークの法」村上淳一訳『同志社法学』57巻7号、グンター・トイプナー（2016）『契約結合としてのネットワーク——ヴァーチャル空間の企業、フランチャイズ、ジャスト・イン・タイムの社会科学的、および、法的研究』藤原正則訳、信山社
  - 5) トイプナーの議論全体の概観としては、多岐にわたる論文の翻訳及び訳者による批評を併せて単著化した、グンター・トイプナー（2012）『システム複合時代の法』瀬川信久編、尾崎一郎他訳、信山社が便利である。なお、上記のものが先行研究の全てではなく、日本において総体的に強い関心を集めているトピックに則って記載している。加えて、それぞれのトピックは便宜的に区分したもので、それぞれ独立し連関が存在しないということを意味しない。
  - 6) TV, S.665. 英訳が Gunter Teubner (2017) "Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli", in Paul Blokker and Chris Thornhill (eds.) *Sociological Constitutionalism*, Cambridge University Press として出版されており、こちらも適宜参照したことを予めお断りしておく。タイトルの他、内容も英訳にあたり部分的に改変されているが、以下では共通部分を括り出すような形で要約している。なお、本論文には仏訳も存在する (Gunther Teubner (2018) "Constitutionnalisme sociétal: Neuf variations sur un thème de David Sciulli", 19 *Jus Politicum* 71)。

ブは二つの下位類型を持つ)を挙げ、続いてそれらの問題点を指摘し、長所を引き継いだ上で、改善された類型として三つを提示するという議論をタイプナーは展開している。なお、個々のヴァリエーションは互いに排他的なものとは限らず、組合せ可能なものと不可能なものがあると解するべきである(タイプナーは自身の構想を三つのヴァリエーションの組合せと考えている)。タイプナーの議論の構造を予め図示しておくこと、以下の様になる。



ここで、第一グループと第二グループを社会的立憲主義として整理すべきか、という問題が生じる。というのも、これらのグループに属するとされる議論は必ずしもシウリの社会的立憲主義のみに着想を得て発展してきたものではなく、また自らを社会的立憲主義として同定してはいないからである。このとき、一つ一つのヴァリエーションを精査し、社会的立憲主義と呼びうる要素を十分に持つか否かを確認することも考えられる。しか

し、整理・類型化という作業の性質上、簡潔なものとするのが求められるため、本稿では第一・第二グループは社会的立憲主義の要素を分有すると述べるにとどめたい。本稿の考察の射程において、明確に社会的立憲主義として扱うのはシウリとトイプナーの議論のみであり、より詳細な検討については他日を期すことにしたい。

以上のような留保を付けつつ、以下ではトイプナーの整理を確認・検討することで、社会的立憲主義発展の到達点を明らかにしていく<sup>7)</sup>。

## 2. 2. 1. 1. 第一グループ——「拡張」派

トイプナーによれば、第一グループの共通項は「拡張 (Extensionen)」である。トイプナーの論旨は必ずしも明確ではないので、少し補っておこう。シウリを論じた箇所を確認したように、シウリは従来の国家的な立憲主義が私的領域における関係性——端的には企業と雇用者の関係——に無頓着であることを批判し、デラウェア州衡平法裁判所の法解釈に着目したのであった。しかし、シウリがこのように論じるとき、こうした関係性に適用される規範や原則は一体どこに由来すると考えられているのだろうか——。こうしたシウリの残した謎を受け、第一グループは次のような答を出す。すなわち、それは、ある特権的な合理性や規範を措定し、それらを拡張することによってである、と。その特権的な合理性や規範を何とするかによって、第一グループは以下の四つに区分されるとトイプナーは主張する。

### 第一グループ① 国家的憲法の拡大適用 (Der lange Arm der Staatsverfassung)<sup>8)</sup>

この見解によれば、国家的憲法の考え方や制度を何らかの形で拡張することによって、社会的な憲法についても説明することができるという。たとえば、昨今のグローバル化によってトランスナショナルな憲法が生まれつつあるという認識が正しいのだとしても、そうした憲法を理解し、もしくは、発生した問題を解決する際には、国家的な憲法で用いられてきた原

---

7) 以下、類型の紹介上で参照されている文献は、基本的にはトイプナー自身によって言及されているものの一部を抜粋したものである。ただし、表記は本稿の形式に合わせ、邦語訳がある場合はそれを記し、また明らかな表記ミス（出版年月日の間違い等）は修正してある。加えて、定義や主張を敷衍し明確化するために、適宜補足・解説を加える場合がある。

8) TV, S.666-668

理や思考法で足りる、と彼らは主張する<sup>9)</sup>。

しかし、トイプナーによれば、彼らは普遍的な原理によって上から統制するというアプローチに固執し過ぎており、下からの秩序形成、すなわちそれぞれの団体がそれぞれ独自に自己統制を実施するという能力を低く見積もってしまっているという弱点があるという。こうした看過し難い弱点ゆえに彼らの見解を受け入れるわけにはいかないが、最も歴史的に成功した立憲化のモデルとして国家的憲法を参考にし、学ぶべきことを見つけることは十分に可能であるとトイプナーは主張する。

#### 第一グループ② 政治的なものの拡張<sup>10)</sup>

この見解は、国家的憲法を拡大適用しようとするのではなく、政治と国家を分離した上で、政治的権力が拡張し、包摂と排除のプロセスの中で自己安定化していく過程を立憲化として考える。すなわち、「権力あるところに憲法あり (Ubi potestas, ibi constitutio)」という標語で表現可能な見解であり、包摂と排除といった、権力を介したコミュニケーションが存在するところに、その発動の在り方を定める憲法が生まれるのだと彼らは主張する<sup>11)</sup>。

しかしこの見解にも問題がある、とトイプナーは言う。すなわち、この見解は、政治的権力が発動する場にのみ焦点を合わせてしまっている。しかし、政治のみならず、経済、芸術、スポーツといった分野を司る部分システムをつぶさに見ていったとき、立憲化は政治的権力のプロセスにかかる規定のみを生成しているわけではなく、非政治的権力のコミュニケーション形式をも規定しているのである。結局のところ、トイプナーによれば、彼らの議論は部分システムの一つにすぎない政治システムの論理、合理性を不当に拡張してしまっているということになる。ただし、こうした欠点があるとしても、権力を一定の枠にはめ込むという発想は重要であるとトイプナーは評価する。

9) Karl-Heinz Ladeur und Lars Viellechner (2008) "Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes", 46 *Archiv des Völkerrechts* 42, Marcelo Neves (2013) *Transconstitutionalism*, Hart

10) TV, S.669-671

11) Chris Thornhill (2010) "Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions", 10 *Journal of Classical Sociology* 315, Jiří Příbáň (2015) "Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From 'Weak' Jurisprudence to 'Strong' Socio-Legal Theories of Constitutional Power Operations", 28 *Ratio Juris* 31

第一グループ③ 合理的選択の席卷<sup>12)</sup>

政治システムの論理を拡張した先の見解と同様に、この見解は経済システムの論理を拡張することで、憲法を説明しようとする。彼らによれば、憲法とは人々が自由に競争することができる秩序を形成し維持するものであり、ときには狭い意味での経済を離れ人々の合理的な選択一般を保護するものであるという<sup>13)</sup>。

トイプナーは、この見解も、先に見てきた見解と同様に部分システムを不当に拡張したものだとして斥ける。トイプナーによれば、芸術といった部分システムにおける憲法は、経済的合理性では説明できないものなのである。しかし、憲法が「法」にのみ関係するものではないということを明らかにした点は評価できる、とトイプナーは付け加えている。

なお、シウリが従来最も問題視していたのがこうしたホモ・エコノミクスの思考であったことを考えれば、この選択肢は当初から問題外であるということになる。

第一グループ④ 法の最高法則化（Summum ius）<sup>14)</sup>

上記二つの見解がそれぞれ政治システム、経済システムという部分システムの合理性を強調・拡張していたのと同様に、この見解も法システムとその合理性を強調・拡張しようとするものである。この見解は、制度を規範の集合として考えた上で、そうした制度が発展するにつれて国家以外の制度（群）もまた高位の規範を創出するようになり、国家法のように階層的に体系化されると主張する。そしてこれは、現に国際社会でも発生している現象であり、様々なセクターでの立憲化が進んでいるのだ、と彼らは言うのである<sup>15)</sup>。

---

12) TV, S.671-672

13) James Buchanan (1991) "Constitutional Economics", in John Eatwell et al. (ed.) *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Macmillan, Viktor Vanberg (2005) "Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy", *1 Journal of Institutional Economics* 23

14) TV, S.672-674. 著名な法諺である「Summum ius, summa iniuria（最厳正の法は最不正の法なり）」を意識したものと思われる。この法諺については、船田享二(1970)「Summum ius summa iniuria」『法哲学年報』1969

15) Jan Klabbbers et al. (2009) *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Neil Walker (2014) *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press

トイプナーによれば、こうしたセクターレベルでの立憲化が進んでいるという洞察は正しく、炯眼である。しかし、この議論もまた、先の見解と同じように還元主義的な傾向を免れていないのだという。すなわち、彼らの考察・検討は、あまりに規範を中心に論じてしまっている。ゆえに、憲法化を推進するような社会的諸力、つまり社会的な事実の研究が疎かになってしまっているのだ、とトイプナーはこの見解を批判する。

以上が第一グループに対するトイプナーの評価であるが、ここからトイプナーは、シウリによる合理化批判を第一グループよりも広く捉えていることが分かる。すなわち、市民社会を統制する規範や原則として、経済的合理性を特権化してはならないのはもちろんであるが、他の合理性も特権化してはならない、とトイプナーは主張するのである。別所ではあるが、トイプナーは、あるインタビューにおいて、シウリと同じくウェーバーの合理化論に依拠しつつ、次のように述べている。

法と経済は、共にマックス・ウェーバーが近代社会の形式的合理性と呼んだものの二つの潮流を表しています。……両者は、一つの社会的機能を最大化するのであって、両者は部分的な合理性を構成している〔にすぎない〕ということになります（法は社会構造を創造する機能を、経済は将来の社会的ニーズの充足に向けた潜在力を創造する機能を持つのです）。しかし同時に、それらは社会全体に関係することですから、普遍的なものです。より悪いことに、両者は、自らの部分的な合理性が、近代の生における唯一の合理性であるのだと主張します。その結果は、社会的生活の広範な法化・経済化であり、非常に破滅的な帰結をもたらします。それゆえに、社会的立憲主義が必要なのです<sup>16)</sup>。

---

16) Gunther Teubner (2009) "Intersections between Economic Sociology and Law: Interview with Gunther Teubner, Economic Sociology", 10 *European Electronic Newsletter* 26, pp.26-27. また、シウリの合理化批判についての解説を含む、Gunther Teubner (2004) "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?", in Christian Joerges et al. (eds.) *Constitutionalism and Transnational Governance*, Hart, pp.11-13 も参照されたい。

こうしてタイプナーはいかなる合理性も特権化することのない、多元的な規範秩序の定立を目指すことになる。この構想については、第二グループの議論を経た後に見ていくことになるだろう。

## 2. 2. 1. 2. 第二グループ——グローバル憲法論

さて、続いて第二グループの検討に移ろう。その公約数となるのは「グローバル憲法 (Globalverfassung)」という考え方である。ここでも少し文脈について補足しておこう。シウリは国家的な憲法論の不完全性を指摘し、社会全体を視野に入れた憲法論の重要性を説いた。こうしたシウリの議論をグローバルなレベルに拡張したとき、世界国家が存在せず、世界国家的な憲法が存在しないとしても、国際社会における憲法がありうるのではないか、という問いが成り立つと考えられる。こうした問いに答えるものとして、タイプナーは次の二つを挙げ、第二グループとしている。

### 第二グループ① 全体論的社会憲法 (holistische Gesellschaftsverfassung)<sup>17)</sup>

この見解は、まず社会全体の**統合機能**が憲法の中心的な機能だと主張されてきたことに着目し<sup>18)</sup>、「全体論的な」憲法論を展開する<sup>19)</sup>。彼らは、世界国家が誕生しその下で統一的な憲法が制定される、といった非現実的な議論は峻拒するものの、憲法の統合機能は国際社会全体においても適用可能なものであると考え、国際法の立憲化などのコスモポリタンの構想は可能であると主張する<sup>20)</sup>。

タイプナーはこうした主張はあまりに理想的であり、受け入れがたいと述べる。しかし同時に、憲法の統合機能についての問いは非常に重要であり、引き継ぐべきところがあるとタイプナーは評価する。すなわち、多様な憲法の多層的秩序が形成される中でどのような統合が可能であるのかを

---

17) TV, S.674-676

18) ルドルフ・スメント (2017) 『憲法体制と実定憲法——秩序と統合』永井健晴訳、風行社

19) Neil Walker (2010) “Beyond the Holistic Constitution?”, in Dobner and Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*

20) Bardo Fassbender (2007) “‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”, in Neil Walker and Martin Loughlin (eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press

問うべきだとタイプナーは主張するのである。

第二グループ② 集団的想像 (kollektive Imagination) としての憲法<sup>21)</sup>

この見解に与する論者らは、現実的な制度にはなく、憲法が規範的なシンボル (象徴) として果たしうる機能に着目する。彼らは、現実的には社会全体を統合性せしめるような全体論的な憲法を実現することは不可能だとしつつも、なおそうした構想に固執する。なぜなら、たとえ現実を反映していないとしても、世界全体を統括するような憲法の構想が目指すべきシンボル・理念として機能し、一定の統合を可能にするかもしれないからである<sup>22)</sup>。

タイプナーは、この議論について、現実的な制度をほとんど顧みないという点に難色を示すが、憲法のフィクション性を指摘した点は評価できるという。すなわち、この見解の主張するように、憲法は集団のアイデンティティ形成に資する可能性を持つことをタイプナーは認める。問題はいかにしてそれが可能となるのかである、とタイプナーは言う。

2. 2. 1. 3. タイプナーによる再構成

以上見てきたように、タイプナーは二つのグループに対し批判的ではあるが、同時に一定の評価を与えている。それぞれの欠点を排除し、優れた点を伸ばし発展させたのが、タイプナー自身が依拠する次のようなヴァリエーションである。

① メタ憲法 (Meta-Verfassung)<sup>23)</sup>

第一グループのように、ある特定の部分システムの合理性を全体に当てはめることはできない。であるならば、部分システムごとに憲法が生成されると考えるしかないタイプナーは言う。しかし、それらの憲法は互いに軋轢を生み攻撃し合うのだろうか。必ずしもそうはならず、諸部分システム憲法にとっての憲法、すなわち「メタ憲法」が生成されうるとい

---

21) TV, S.676-677

22) Thomas Vesting (2011) "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne", in Thomas Vesting und Stefan Koriath (Hrsg.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen

23) TV, S.678-681

がトイプナーの主張である。この憲法は、それぞれのシステムにおける合理性の是非、すなわち実体的規範の議論には立ち入らず、手続的規範によって構成され、また、非階層的なものである。そして、このメタ憲法は全てのシステムにおいて共通なものではなく、それぞれが自らのシステムの一部としてそれぞれ異なった形で発展させるものである<sup>24)</sup>。

こうしたメタ憲法は、EU 所属国の裁判所と欧州司法裁判所による「裁判官対話（judicial dialogue）」<sup>25)</sup> の実践の中や、国際私法（抵触法）の領域で発展し、また発見することができる<sup>26)</sup>。トイプナーは、国際私法のグローバル・ガバナンスにおける適用・応用可能性を探求する研究者であるホラティア・ミュール・ワットの次のような主張を長く引用している。

抵触法の貢献は、正統性の問題にアプローチするに際した出発点と

- 
- 24) この点につき、トイプナーが念頭に置くモデルである国際私法を考えると理解しやすい。国際私法は、「世界には多数の異なる法秩序が存在しているという多元主義的状况を前提とし、それを調整する仕組みを提供する法分野」であり、「国際民事紛争の解決につき、国際的な法の統一によって対応するのではなく、関連する複数の法秩序の中からその一つを選択して当該法秩序の法にその判断を委ねる」準拠法選択というメタ的な法技術を用いる法分野である（横溝大（2014）「グローバル化時代の抵触法」『社会科学研究』第 65 巻第 2 号、pp.129-130）。そして現状、世界的に統一された国際私法は存在せず、各国がそれぞれの国際私法を制定し、それに基づいて紛争解決を図っている。こうした不統一の弊害はもちろんあるが、しかし法秩序同士の全面紛争に陥ることは多くなく、一定の平和が保たれている。このような認識が以下で引用したワット、そしてトイプナーの前提にある。ただし、従来の国際私法が基本的に国家法を対象としてきた点につき、トイプナーは批判的であり、次のように述べている。「グローバル社会の法はセクターの相互独立〔という問題〕に取り組むものであるべきであり、まったく新しい抵触法の形態が現れることになろう。すなわち、『システム間抵触法（intersystemic conflicts law）』〔とも呼ぶべきもの〕である。これは、国際私法上個々の国家が衝突することに由来するものではなく、グローバル社会の諸セクターが衝突することに由来するものなのだ。」（Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner（2004）“Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity and the Fragmentation of Global Law”, 25 *Michigan Journal of International Law* 999, p.1000）
- 25) 寺西広司は、裁判官対話について「確立した定義がない」としつつも、さしあたるものとして次のような定義を試みている。すなわち、裁判官対話とは、「裁判官同士の実際の意見交換や仕事の成果である判決文・意見の相互参照を指す。ここにいう『裁判官』は司法機関のみならず、例えば自由権規約委員会のような準司法機関で法的判断を示すものを含む」とされる（寺西広司（2017）「国際法における『裁判官対話』」『法律時報』2017年2月号、p.63）。
- 26) Ralf Michaels and Joost Pauwelyn（2012）“Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law”, 22 *Duke Journal of Comparative & International Law* 349, Jacco Bomhoff（2015）“The Constitution of the Conflict of Laws”, in Horatia Muir Watt and Diego Arroyo (eds.) *Private International Law as Global Governance*, Oxford University Press

して、これらの〔秩序間の〕相互作用それ自体を提示することである。これは、正統性の問題の決め打ちを放棄するという、言い換えれば、並行する諸々の主張を事前に選別することをやめるということの意味するだろう。代わって、そうした主張を事後的に、〔絶対的な基準ではなく〕相対的な語彙によって処理するのである。この考え方は、グローバルな法の不安定な反省性 (reflexivity) に完全に即したものであるように思われる。この考え方は次のようなことを示している。すなわち、正統性問題は、他の法システムに対してなされる主張のタイプ (協調的、挑戦的、一致的) に従って、異なった語彙によって提起されるのである<sup>27)</sup>。

このようにメタ憲法は、従来の憲法とは異なり、絶対的な上位規範から出発して事例を判断するのではなく、事例ごとに相対的な解決を図っていくものなのである。

② ノモスとナラティブ<sup>28)</sup>

メタ憲法の議論において見たように、それぞれのシステムは自身の中に他のシステムとの共存を可能にするメタ規範、すなわちメタ憲法を形成していく必要がある。このメタ憲法は部分システムを超えた社会全体のものでなければならないが、しかしこれは同時にフィクションである——つまり現実のものとならない——とトイプナーは主張する。なぜなら、それぞれの部分システムがそれぞれの仕方で自身の考えるメタ憲法を社会全体のものと勘違いしているだけだからである。裁判官対話などにより、相互参照を続けることで想像上の統一に至るとしても、現実としては、メタ憲法は完全に統一されていない。こうした事態は、ロバート・カバーのナラティブ論と多くの部分を共有するものである<sup>29)</sup>。すなわち、秩序 (ノモス) と

27) Horatia Muir Watt (2016) “Conflict of Laws Unbounded: the Case for a Legal-Pluralist Revival”, 7 *Transnational Legal Theory* 313, p.331

28) TV, S.681-682

29) Robert Cover (1983) “The Supreme Court, 1982 Term — Foreword: Nomos and Narrative”, 97 *Harvard Law Review* 4, Thomas Vesting (2015) *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Velbrück. 当該ヴァリエーションの名前は、カバーの本著作を意識したものと思われる。カバーを最も精力的に紹介・応用したものとして、江藤祥平 (2018) 『近代立憲主義と他者』岩波書店。ナラティブ論の見地は、日本

しては一つであるとしても、現実には、その中に複数のナラティブが常に存在しているのである<sup>30)</sup>。

### ③ 自己転覆的なコミュニケーション<sup>31)</sup>

最後に、トイプナーは立憲化をクリス・ソーンヒルの議論に従って「コミュニケーション・メディアの形成」<sup>32)</sup>として捉えることが必要であると主張する。この形成が歴史的に最もうまくいったのが国家的憲法なのであり、その限りで国家的憲法は参考にする対象となる。

ここでいうコミュニケーション・メディアとは、ニクラス・ルーマンの議論から借用されてきた概念であり、かなり特殊な用語であるため、若干の解説が必要だろう<sup>33)</sup>。我々は何か物を見るとき、物それ自体を知覚することはなく、光によって伝達される像を知覚する。ここでいう光のように、物それ自体ではなく、それを媒介し運ぶものをメディアという。これによ

---

の憲法学の間でも注目されており、たとえば佐藤幸治や奥平康弘の議論がナラティブ論として整理されることがある（佐藤幸治（2003）『憲法とその“物語”性』有斐閣、奥平康弘（2003）『憲法の想像力』日本評論社）。両者を比較し、佐藤のそれは国民の単一性といった方向へと流れやすく、奥平のそれはそうした単一性に対する抵抗としてのナラティブを喚起すると評価・整理するものとして、巻美矢紀（2011）「日本国憲法に『物語（narrative）』はあるか——主権と人権・再訪」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』日本評論社、愛敬『立憲主義の復権と憲法理論』第5章。ただし、憲法学におけるナラティブ論の意味するところは必ずしも明確ではなく、「憲法学における『物語り論』〔ナラティブ論〕の近年の興隆を容易に確認できるが、翻ってみれば、各人がバラバラに『物語り論』を提唱している分だけ『物語り』概念が拡散したことはいなめない」と言われる（阪本尚文（2015）「訳者はしがき」ローレンス・ストーン「物語りの復活——新たな古い歴史学についての考察（1）」阪本尚文＝霜田洋祐訳『行政社会論集』第27巻第4号、p.152）。

30) 理解の補助のために、国内憲法についての議論だが、石川健治の次のような発言を引用しておく。「たとえば、日本を美しい国だ、と語る narrative はあってよいが、またそれが単一の narrative として支配してはならない、ということがあると思う。また、戦後、八月革命によって日本の新しい体制ができたんだ、という narrative はあってよいし、なくてはならないんですが、それが単一の narrative として他を制圧するということがあってはならない、ということになる。つまり、同じ国の constitution を語る際に、さまざまな解釈コミュニティがありえて当然だろう、ということです。」笹倉秀夫他（2009）「自由概念の比較史とその現代的位相【全体討論】」『比較法学』42巻2号、pp.189-190〔石川健治発言〕

31) TV, S.683-685

32) Chris Thornhill (2010) “Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions”, 10 *Journal of Classical Sociology* 1, p.18

33) 以下の解説については、クラウディオ・バラルディ他（2013）『GLU——ニクラス・ルーマン社会システム理論用語集』土方透他訳、国文社、pp.82-84, 123-129を参考にした。

り、はじめて知覚は可能となるが、これは法システムを含む様々な部分システムについても同様である。法システムも何らかに独自のメディアによって環境を認識し、自らにとって理解可能なものとする。こうしたメディアの発展なくして、部分システムとして分化することはできない。法システムにとってのメディアとは法規範であり、それは合法／不法というコードによって峻別されることになる。そして、峻別の実践が繰り返されることで、法システムの分化はより進行し、また変化がもたらされることになる。

こうしたメディアの作用によって、それぞれの部分システムはときに自己転覆されることがあることをトイプナーは強調する。すなわち、諸システムの分化が進行し、環境からあまりに自閉的になってしまった結果として、個々の部分システムの合理性が不当に拡張されてしまうことがある。このとき、社会全体に大きな打撃を与え、システム自身の存立基盤を危うくしてしまうのであるが、立憲化を果たしたシステムにはメディアを介して他の環境を考慮する反省性が備わっており、自己自身を大きく変容させることでこうした危機を脱しうるのである。そしてこれこそが、ブルース・アッカーマンが言うところの「憲法機会 (constitutional moments)」<sup>34)</sup>の機能的な本質なのだ、とトイプナーは主張する。ただし、このとき主役となるのは「我ら人民 (We the People)」ではなく、それぞれのシステムが持つ反省性そのものであり、個々の主体はあくまでシステムに対するプレッシャーとして機能するのみなのであることに、トイプナーは注意を促している<sup>35)</sup>。

さてここで、以上①～③で説明されたイメージを明確にするために、トイプナーが別所で論じている企業憲法の例を見ておこう。

企業コードは、実際に第一次規範と第二次規範の共同作用を観察することができる三つの異なる段階の規範ヒエラルヒーを、典型的に明らかにしている。上階を占めているのは、企業憲法の原則であり、中間階はその執行と監督を規範化し、下の階を占めているのは、具

---

34) Bruce Ackerman (1998) *We the People, Volume 2: Transformations*, Harvard University Press

35) この議論については、2.2.4.2.にて再訪する。

体的な行動指針である。企業コードの上階及び中間階において、数多くの第二次規範が見出される。この二次規範は、厳格な意味での憲法上の規範に接近する。というのも、二次的な規範は、高位にランクづけられるメタ規範として、企業内部の法の自省〔反省〕を生み出すからである。……〔反省性のプロセスは、〕一定の制度上の措置を要求する。特に第一次規範化の設定、変更、解釈、執行に権限を有する手続き〔＝第二次規範〕を作り上げることを要求する。すなわちこれはとくに、抽象的な企業原則と具体的な企業決定との間を媒介する、内部制御機関と執行機関という中間的企業レベルを作り上げることである。これによって私的コードは、私的秩序としての自律的な法だけではなく、国家コードによる規範的な権限委譲に依拠することなく同時に、その憲法上の基礎を独自に作り上げる。それは文字通り国家なき憲法を形成するのである<sup>36)</sup>。

より具体的な例を使って敷衍すればこういうことである。「お客様の満足を最大化する」とか「顧客に対する説明のときには重要事項を二度説明する」といった、抽象的レベルの高いものから具体性の高いものまで、多くの一次規範がある。それでは、こうした一次規範を誰がどのように設定し、具体的な社員の行動の是非を判断するのか（例：二度説明することの意義は顧客意思確認の徹底であり、お年寄りの方には二回を超えて説明すべき場合があるのではないか、等）。これを決定するのが二次規範であり、具体的には内部制御機関や執行機関に設定や解釈にかかる権限を付与する。このような機構は、疑似的な（国家で言うところの）統治機構と類比することができ、よって権力分立論の枠組みによって捉えることが可能である。これによって、環境（顧客からの声や官僚からの要求等）に対して反応するための設定の追加や解釈の変更（反省性のプロセス）が可能となるのであり、単なる「私的秩序としての自律的な法」ではない反省的な法たる憲法が形成され、ときに自己を大きく変革することが説明される（自己転覆的なコミュニケーション）。

---

36) グンター・トイブナー（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『企業と法創造』第8号、p.144

また、憲法を定立する団体は、当該企業にとどまらず、他の企業や NGO 等の団体も含まれるのであり、自らの規範を絶対化するわけにはいかない。たとえば、顧客満足を絶対化し、そのために森林を大規模に伐採するということになれば、環境団体（環境システム）との衝突は避けられない、といった場合を想起すればよい。こうした事態を避けるため、「内部制御機関」が発達し、外部的な規範（この例の場合は環境的な規範）の適用の場合に応じて優先するようになるのである（メタ憲法）。これによって、諸憲法の調和が図られるようになるが、こうした調和はそれぞれが個別的事例への対処の中で発展させていくものであり、特権的な機関が特権的なマスタープランを提示するといったものではないことから、常に淀みが発生する可能性を内包している（ノモスとナラティブ）。

以上、一企業を例に挙げて検討したが、このような立憲化は、個別のアクターのレベルでのみ行われるというわけではない。自主的な人権の保護を、あらゆる団体が実施するということは明らかに現実的ではない。立憲化は多様なレベルで行われ、外部からのプレッシャーがあるからこそ、自己転覆的なコミュニケーションは発生するのである。

トイプナーは、「デジタル憲法（digital constitution）」の可能性を論じるにあたって、ある環境保護団体がある石油会社を批判するためのサイトを開設し、当該会社の名前に類似するドメイン名を利用した、という事例を挙げている<sup>37)</sup>。こうしたドメイン名にかかる紛争を解決するに際し、最もよく利用されているのが、ICANN（The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers）というグローバルに展開した私的組織による仲裁である。ICANN は、企業側の利益を認める場合もあるが、「表現の自由」に言及し、企業に対する批判可能性を担保するためにそうしたドメイン名の利用を認める場合もある<sup>38)</sup>。こうした事例をトイプナーが挙げていることから、企業憲法への彼の信頼が全面的ものでないことは明らかであり、他の私的団体との相互監視が必要だとトイプナーが主張していることがわかる。

37) Gunther Teubner (2017) "Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution", 3 *Italian Law Journal* 193

38) トイプナーの議論も大いに参照しつつ、こうしたデジタル憲法の可能性を追求したものととして、西土「グローカリゼーションのなかの憲法」

念のため述べておくが、トイブナーは、ICANNの活動の危険性についても指摘している。すなわち、ICANNの仲裁の利用は、平等な私的合意に基づくものとされているが、事実上は一方的な権力の行使ではないのか、とトイブナーは懸念を述べる。この文脈においては、トイブナーは、より積極的な国内外の裁判所の介入が必要であると主張する。曰く、私的な「標準契約の審査を介して、裁判所は、トランスナショナルな平面における、デジタル憲法上の権利を確立せねばならなくなるであろう。その名に値するような、トランスナショナルなデジタル憲法の出現に決定的な役割を果たすであろうもの、それは裁判所なのである」<sup>39)</sup>。

もちろん、企業憲法の例で見たとおり、トイブナーが主張したいのは裁判所一元主義ではない。それぞれのアクターがそれぞれの文脈において、権力を均衡させるようにあるべき役割を果たすこと、これこそトイブナーの求めるものである。このような反省性のプロセスや内部統制の結果、人々の権利は多様な形で保護されることになる。

## 2. 2. 2. シウリの残した課題にどう答えられるか

以上、トイブナーの提示する見取り図を若干詳しく概観した。このように、トイブナーの主張する社会的立憲主義は、かなりの程度国際社会の文脈を踏まえて展開されているものであるが、憲法における反省性の議論や機能性についての議論のように、必ずしも国際立憲主義の領域のみに収まるものではなく、むしろ国際立憲主義の議論を内包する広大な構想であることが分かる。

さて、このようにシウリの議論から継承・発展・展開されたトイブナーの社会的立憲主義は、先に見たようなシウリの難点を克服できているだろうか。順に見ていこう。

まず、第一の点、すなわち、なぜ国家的な立憲主義に希望を見出しえなかったのか不明確であるという問題について検討しよう。（国家的な）憲法の私人間効力といった議論によって、十分に統制を図ることができるのではないか。しかし、トイブナーからすれば、こうした見解は、第一グループ①そのものである。つまり、こうした見解は、上からの規範によって全

---

39) Teubner, “Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet”, p.205

てを統制しようという発想からなされた議論であり、下からの、すなわち私的アクターの自主的な秩序形成の可能性を見過ごしてしまっているという、大きな問題点があるということになろう。

さらに、こうした下からの自己規律的な憲法形成という事象に着目したとき、国家的な憲法は、あくまで多数ある内の憲法の一つということになる<sup>40)</sup>。こうした一つの憲法によって他の部分システムを抑圧することは、部分システムの瓦解と機能不全を生みかねず、さらに言えば、憲法のメルクマールである反省性を完全に欠く議論であると、トイプナーの見地からは評価されざるを得ない。トイプナーからすれば、私人間効力論が十分に実現してこなかったのは理由のあることである。もし私人間効力論が十全に実現するとしても、企業等にとって国家的な憲法及び裁判所の判決は環境の一種であるから、それぞれのメディアによって透過されて内部化されることになり、同床異夢、すなわち②で見たように想像上の（現実ではない）統一がなされるだけである。

次に、第二の点、伝統や文化といった実体的規範なくして社会的立憲主義の構想は可能なのか、という問題について見ていこう。トイプナーの提示する枠組みにおいては、もはや伝統や文化は中心的な概念ではありえない。機能分出が進行した現在においては、中心的な概念となるのは諸々のシステムが個々に持つ合理性であり、伝統や文化といった分析概念は、機能分出が十分に進んでいない旧来の共同体にしか適用可能でない。国際社会といったものが問題とされるのは確かであるが、このときに重要なのは諸々のシステムがいかに上手くカップリングしうるかであるとトイプナーは考える。トイプナーは、法多元主義（legal pluralism）について論じた著作の中で次のように言う。

法多元主義の理論は、集団や共同体から、言説とコミュニケーションのネットワークに焦点を移して中核となる諸概念を再定式していかねばならないだろう。グローバル法の社会的淵源となるのはグローバル化した人的ネットワークの生活世界ではなく、専門化・組織化・機能化された諸ネットワークの原法（proto-law）なのだ。

40) 一方のシウリは、トイプナーが社会的な憲法とするものを「社会的構成体（societal constituents）」と呼ぶにとどまる（Sciulli, “Societal Constitutionalism”, p.104）。

それらのネットワークは、グローバルな、しかし極めて限定されたアイデンティティを形成しているのである<sup>41)</sup>。

ここで述べられている「コミュニケーション」は先に見たコミュニケーション・メディアと直接的に繋がる議論であり、「専門化・組織化・機能化された諸ネットワークの原法」が発展・展開されたものが社会的立憲主義であるということと言うまでもない。トイプナーはルーマンのシステム論を摂取することによって、分化・機能へと論点をずらしたのである。

こうしたトイプナーによるシステム論的な転回は、第三の点、すなわち組織間の独立（回転ドア式の人的交流）についても一定の答えを示しているといえる。それぞれのシステムにおいて、コミュニケーションの形式が決まっている以上、そこで具体的に誰が活動をしようが、個人に与えられた選択肢はそれぞれのシステムのコミュニケーション・メディアによって限定されているため、大きな問題とならないはずである。第三の問題点として指摘したことは、トイプナーの枠組みからすれば、実は論理が転倒している。つまり、回転ドア式の人的交流によって、分立が妨げられ腐敗が進行しているのではなく、既にシステムとしての分立が不十分となっているからこそ、回転ドア式の人的交流の発生が腐敗しているように見えるのである。よって、問題とすべきは人的な交換等にかかる組織規範ではなく、それぞれのシステムのコミュニケーション・メディアが十分に独立しているか否か、ということになる。

### 2. 2. 3. トイプナーに対する二つの批判

さて、トイプナーの社会的立憲主義は、このようにシウリのそれに内包されていた難点を克服しているように思える。しかしながら、これらの難点に続いて次のような疑問が提起可能だろう。

第一に、下からの秩序形成を称揚することから、上からの統制論となる従来の憲法論を斥けることは理解できるとしても、トイプナーの憲法概念には重要な要素がやはり欠けているのではないか、という疑問について見ていきたい。その欠けている要素とは、自由や平等といった用語で表され

---

41) Teubner, "Global Bukowina", p.7

るところの自然権の問題である。

標準的な憲法の教科書においては、憲法の淵源として、たとえば次のような説明がなされる。

……中世の根本法は、貴族の特権の擁護を内容とする封建的性格の強いものであり、それが広く国民の権利・自由の保障とそのための統治の基本原則を内容とする近代的な憲法へ発展するためには、ロック（John Locke, 1632-1704）やルソー（Jean-Jacques Rousseau, 1712-78）などの説いた近代自然法ないし自然権（natural rights）の思想によって新たに基礎づけられる必要があった。この思想によれば①人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の権利（自然権）をもっている、②その自然権を確実なものとするために社会契約（social contract）を結び、政府に権力の行使を委任する、そして、政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗する権利を有する。

このような思想に支えられて、一七七六年から八九年にかけてのアメリカ諸州の憲法、一七八八年のアメリカ合衆国憲法、一七八九年のフランス人権宣言、九一年のフランス第一共和制憲法などが制定された<sup>42)</sup>。

こうした歴史が記載されるのは、言うまでもなくこうした自然権の思想が憲法にとって本質的な要素であるからである。しかし、ここで翻ってトイプナーの社会的立憲主義を見たとき、諸システムが定立する憲法に果たしてこうした自然権的な要素、すなわち自由や平等といった概念が含まれる保証はあるのだろうか。トイプナーの社会的立憲主義を評し、マティアス・クムは、様々な憲法概念が氾濫しているが、しかしそれらの多くに共通点——法の支配へのコミットメント等——があると述べた上で、社会的立憲主義を例外視し、次のように述べている。

……自由と平等という観念に対する共有された規範的なコミットメ

---

42) 芦部『憲法』p.6

ントが示唆するところのものを、法によって自身を統治することにより実現せんとするプロジェクトに、社会的立憲主義者は加わることはない。彼らは、……フランス革命とアメリカ独立革命の遺産を、我々の法世界についてのよりよい規範的な理解を得るために解釈するような立憲主義理解を提供しない。社会学者として、社会的立憲主義者は正義の問題を覆い隠してしまうのである<sup>43)</sup>。

もちろん、少なくともトイプナーは正義概念を字義的には捨てておらず、③で見た自己転覆的なコミュニケーションは、別所においては正義概念との関連で論じられており、「正義とは、支配的な法理論と法解釈学ではほとんど顧みられることのない法の自己超越という破壊的实践」であり、「その実践過程においてつねに不正義を創り出すことによって自らを阻害する法的自己記述」であると定義されている<sup>44)</sup>。しかしながら、こうした自己転覆性としての正義概念は必ずしも自由と平等といったものを保障しない。諸々のシステムが環境から偶然的に取り入れるに過ぎず、取り入れられたとしてもシステムの自己保存が可能な限りで用いられるだけであり、根本的な価値になる可能性はさらに低い。このように、トイプナーの憲法概念が、他の憲法概念からあまりに遠く離れてしまうのだとすれば、やはり憲法概念を用い続けることには疑問を呈さざるを得ないのではないか。

第二に、トイプナーの社会的立憲主義は、シウリの社会的立憲主義が解決しようとした経済的合理性の席卷を再び呼び寄せてしまうのではないか、という疑問を挙げることができよう。トイプナーが「社会的」立憲主義というとき、社会とは具体的に何であるのか。それは、先に見てきたように、部分システムの共存状況であるわけだが、果たしてこの共存状況はいかに維持されるのか。トイプナーと同じく、ルーマンのシステム論を継受して自説を展開するエミリオ・クリストドゥリデイスは、「私は、国家的な形式への結びつきから憲法の形式を解放することに何ら反対しないし、そうした解放が認識論的について問題があるという批判者の懸念も全

43) Mattias Kumm (2013) "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law", 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 605, pp.609-610

44) グンター・トイプナー (2014) 「自己破壊的正義——法の偶発性定式あるいは超越形式」同編『デリダ、ルーマン後の正義論——正義は<不>可能か』土方透監訳、新泉社、p.22

く共有しない」とトイプナーにある程度賛意を示しつつも、「立憲化と多元主義が道具的に何に結び付けられてきたか」に注意を促す。すなわち、「グローバル化という経済の論理」、これに結び付けられてきたのではないかとクリストドゥリディスは懸念するのである<sup>45)</sup>。社会的立憲主義というと聞こえがよいが、実質的には経済的合理性の支配へと墮していくのではないかと。クリストドゥリディスは言う。

私の社会的立憲主義に対する懸念、そしてトイプナーと私の根本的な違いは次のとおりである。もしも機能的分化が、行為領域準じて自由領域の自律性を保証することに他ならないゆえに、あらゆる状況下においてまったく交渉不能〔であるという意味〕なのだと考えられるのであれば、当然視されている外的な政治問題化（external politicization）と内的な政治問題化（internal politicization）の対話が、急速に後者の極みへと墮してしまうのではないかと<sup>46)</sup>。

このようにそれぞれのシステム間の交渉が失われていってしまうのであれば、現在において最も力が強いと考えられるシステムの合理性、すなわち経済システムの合理性が他のシステムの合理性を押し潰してしまうのではないかと、クリストドゥリディスは主張するのである。

こうした懸念は正当なものだといえよう。グローバル化の文脈において、真っ先に問題とされたのはグローバル資本の問題であった。もちろん、こうした経済的側面をあまりに中心的に論じてしまうことには多くの批判が寄せられてきたが、そうした批判を提起せねばならないという状況が、グローバル化における経済的要素の強さを裏書きしていると考えてよいだろう。社会的立憲主義をグローバルな文脈で論じるにあたり、この問題は避けては通れないのではないかと。

---

45) Emiliós Christodoulidis (2016) "New Understandings of Constitutionalism", 2 *Derecho y Crítica Social* 255, p.260

46) Emiliós Christodoulidis (2013) "On the Politics of Societal Constitutionalism", 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 629, p.633

## 2. 2. 4. 批判への応答

以上のような二つの批判に対して、トイプナーはどのような応答をしようであろうか。以下、議論が多少複雑なものとなり、紙幅が必要となるため、二つの節に分けて検討していくこととしたい。

### 2. 2. 4. 1. 諸理論の領分——学問の分業体制

第一の批判については、次のように答えることができる。自由や平等という概念は、確かに憲法学の中では重要なのであろう。しかし、そもそも「自由」や「平等」とは一体何を意味し、何故に憲法学で論じられてきたそれに従わなければならないのだろうか。「憲法」を論じることができるのは、憲法学者だけなのだろうか。トイプナーは次のように述べる。

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。至って様々な学問領域において、国民国家に立憲主義を縛りつけることを批判し、社会の様々なセクターのものとして憲法の問題を提起する学問的伝統が存在するのである<sup>47)</sup>。

クムのような定義は、あくまで憲法を観察・考察するための一つの視座（既存の憲法学、あるいはより広く公法学）からのものだ。クムの批判は、複数ある視座の内、一つを特権化することによってはじめて可能となるものである。これは、サントスが「定義の政治」と呼んだものと重なる。サントスは、法多元主義を擁護して次のように言う。

次のように問うことができよう。つまり、なぜこれらの競合し、もしくは相補し合う社会的秩序化の形態が法とされるべきで……「ルール体系」や「私的統治」等とされるべきではないのか。……

---

47) Gunther Teubner (2013) "The Project of Constitutional Sociology", 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）。

この問いは別の問いによってのみ答えることができる。つまり、なぜ法としないのか、という問いである<sup>48)</sup>。

つまり、トイプナーが呼ぶところの「憲法」がなぜ憲法でないのか、とクムに対して問い返すことが可能になる。これは痛烈な法学批判でもある。どうということか。ここで、トイプナーの次のような発言に注目したい。

私 [=トイプナー] は批判的アプローチに共感を覚えているのですが、〔ここでいう「批判」は、〕たとえば1920年から1930年にかけてフランクフルト学派によって洗練された意味での「批判」というよりは、むしろカント的伝統における「批判」を意図しています。……法は、社会における多様な種類の合理性の総体、これらの衝突に晒されているものである、と考えるほうがより生産的です。唯一の「解決策」ではなく（〔解決策と見ることは〕法のポテンシャルをあまりに過大評価しすぎています）、これらの多様な合理性に対処する一つの方法として、そしてそのような多様な合理性の関係において法的正義を実現する一つの方法として、法は試みられるべきなのです<sup>49)</sup>。

トイプナーが試みようとしているのはカント的な批判である。それでは、カント的な批判とは何であろうか。周知のように、カントはいわゆる三批判書（『純粋理性批判』『実践理性批判』『判断力批判』）を通じ、その批判哲学を展開している<sup>50)</sup>。ここでその詳細を述べることは、議論の流れを断ち切ることになるため省くが、熊野純彦の言葉を借りれば、カントの批判哲学は「<境界>をめぐる思考」である。「世界の境界じたいは経験と独立には存在せず、したがってまた、経験をはなれた世界そのものは存在し

48) Boaventura de Sousa Santos (2002) *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, second edition, Butterworths, p.91

49) Mauro Zamboni (2012) "Interview with Gunther Teubner Frankfurt (Germany)", December 2010", 35 *Retfærd Årgang 3*, pp.12-13

50) 邦訳は多いが、さしあたり熊野純彦訳のものを挙げておく。イマヌエル・カント (2012) 『純粋理性批判』熊野純彦訳、作品社、イマヌエル・カント (2013) 『実践理性批判』熊野純彦訳、作品社、イマヌエル・カント (2015) 『判断力批判』熊野純彦訳、作品社

ない」のであり、そうした境界線を超えて理性を用いること——たとえば神の存在を証明しようとする——は、越権行為にすぎない<sup>51)</sup>。カントの批判は、批判対象を全否定するようなそれではなく、それぞれの領分にかかる境界をめぐる批判である。

カントのこうした主張や解釈が正しいかどうかはさておき、トイプナーが試みようとしている批判はここでのカントのそれと同じだということが、ここでは重要である。すなわち、法（学）で処理できる範囲に限界があること（境界線の存在）を示して法（学）の能力に見合った役割を与えること、これこそがトイプナーの企図＝批判である。

まさに社会を形作る（constitute）ものである憲法は、こうしたトイプナーの世界観に立ったとき、法学者や道徳哲学者の専有物であることをやめる。現在まで、彼らに憲法の定義が一任されていたことこそ、問題とされなければならない。ここにトイプナーは、「憲法的社会学（constitutional sociology）」<sup>52)</sup>の可能性を高らかに宣言する。トイプナーは、法学者として扱われることが多いが、少なくとも社会学者としての面を相当に持つ論者として、考える必要がある。

しかし、ここで注意が必要なのは、トイプナーは憲法的社会学の視点を他の視点（法学、道徳哲学）に対して特権化しないという点である。

憲法学はトランスナショナルな立憲主義についての社会学的分析を受け入れるべきであるが、同時に、隣接学問領域からの十分な距離を維持することが必要である。憲法的社会学は、法原理を先んじて決するものではないし、ましてや個々の憲法規範を定めるものではない。そうではなく、憲法学は学際的な分業に焦点を当てるべきである。そこでは、それぞれの学問領域がそれぞれの視点から独自の貢献を行うのだ<sup>53)</sup>。

カントは理性を批判したが、理性を完全に捨て去ったのではもちろんな

51) 熊野純彦（2002）『カント——世界の限界を経験することは可能か』日本放送出版会、pp.112-113

52) 本邦で研究されてきた「憲法社会学」とは異なることを強調するため、「憲法的社会学」とした。憲法社会学との差異については、本稿 1. を参照。

53) Teubner, “The Project of Constitutional Sociology”, p.56

かった。それと同様に、トイプナーも既存の憲法学を全て無に帰そうとしているわけではないのである。それでは既存の憲法学にトイプナーが求めるものは何か。トイプナーは次のように述べる。

……憲法学は、〔憲法的社会学によって提示される〕こうした攪乱的要因に対応する。そして、トランスナショナルな憲法の構成・制限に係る諸問題に対する適切な法的解決として適用可能な、トランスナショナルな憲法のための独立した概念・原理・準則を、憲法学は、自らの知的伝統から発展させていくのである<sup>54)</sup>。

トイプナーの憲法概念が、憲法学が言うところの自由や平等を必ずしも含意しないとしても、トイプナーからすれば、それはトイプナーに帰せられるべき責ではない。憲法的社会学による憲法の分析には限界があり、そうした要素を含める必要がない。自由や平等をいかにして実現していくか、そのためにどのような概念や原理、準則が求められるかについての具体的な検討は、憲法的社会学ではなく、憲法学の任務であり、憲法学にとっての憲法概念に関わる問題なのである。

さらに、この引用部分から分かるのは、トイプナーは憲法学を静態的なものとして見ていないということである。憲法的社会学による刺激に反応して、憲法学が自身を変容させていくことをトイプナーは称揚している。そしてそうした変容は、とりわけグローバルな憲法論の文脈においてトイプナーが言及されていることから分かるように、既に始まっていると考えるべきである<sup>55)</sup>。また、憲法学に刺激を与えるものは、憲法的社会学以外にもあるということも考慮するのであれば<sup>56)</sup>、トイプナーが批判的に言及するところの憲法学は、カッコ付きの、あるいは理念型としての<憲法学>であるということができるだろう。

なお、憲法的社会学の憲法概念に自由や平等といった要素が含まれることが必然でない、ということが、トイプナー自身が自由や平等について全

54) Ibid., p.57

55) 見崎史拓 (2019)「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」『名古屋大学法政論集』281号、注63

56) 宍戸常寿他編 (2016)『憲法学のゆくえ——諸法との対話で切り拓く新たな地平』日本評論社

く無関心であるということを含意しない、ということには注意が必要である。これは次節（2.2.4.2.）の議論にも関わることであるが、たとえば、トイプナーは次のように述べている。

〔民主化を欠いた立憲化は可能であるが、〕民主化なき立憲化にどんな価値があるだろうか。ほとんどない。社会制度の立憲化は、内的な民主化が実現されてのみ、意味を持つのである。……社会的立憲主義は、制度化された政治とは相対的に距離を保ち、一般的な政治プロセスによる、より強固な正統性における規模の大きな民主化の潜在力を認めない一方で、経済その他のセクター自身による政治家と民主化を議論の中心に据えるのだ<sup>57)</sup>。

社会的立憲主義の理論上、実証的に、内的な民主化が実現されていない憲法というものは認めうる。しかし、そうした憲法を規範的に高く評価するか否かは別問題である、とトイプナーは主張するのである。民主主義に自由と平等という要素が総じて不可欠であることに鑑みるならば<sup>58)</sup>、トイプナーは自由と平等が憲法に不可欠の要素であることを否定しつつも、自由と平等を欠く憲法を規範的に批判していると解することも可能であろう。この意味で、クムの批判とトイプナーの主張はすれ違ったものになっていると評価することもできよう。

## 2. 2. 4. 2. オルタナティブの模索——システム内における民主的実験主義

続いて、第二の批判に対して、トイプナーがどのような応答が可能か、検討していくことにしよう。トイプナーの社会的立憲主義は、結局のところ現状の資本主義に基づく経済的合理性の席卷を肯定するだけではないのか。こうした批判に対するトイプナーの答えは、端的にそれは杞憂である

---

57) Gunter Teubner and Antonio Negri (2010) "The Law of the Common: Globalization, Property and New Horizons of Liberation", 21 *Finnish Yearbook of International Law* 1, p.12

58) たとえばウィリアム・ライカーによれば、民主主義概念は現在多義的に解釈されているが、民主主義に関する文献でサンプル抽出を取ったところ、ほぼ共通して「参加」の他、「自由」、「平等」を民主主義の主要な要素としてあげているという（ウィリアム・ライカー（1991）『民主的決定の政治学——リベラリズムとポピュリズム』森脇俊雅訳、芦書房、p.17）。

というものである。

……グローバルな立憲主義を「ネオリベラル」的な構成機能へと一方的に還元することは、長期的には維持不可能なのである。システムの解放されたエネルギーが破壊的な結果を招くのは時間の問題だが、それと同時に確かな生産的効果ももたらされるのだ。早晩、社会的紛争の噴出に対応するために、憲法政治の根本的な再調整が必要とされるようになるであろう<sup>59)</sup>。

こうした社会的紛争の噴出を看取することができること、これこそ法学の議論に固執し過ぎることのない社会的立憲主義の利点なのだとトイブナーは主張する。

社会的立憲主義は、法学内における動向に限定されるものではない。むしろ、社会的立憲主義は、機能的分化の破壊的な面へと向けられた、一連の社会的な対抗運動を指し示すものなのである。こうした対抗運動が、拡張しようとする社会システムに自己抑制を強制するのである<sup>60)</sup>。

先にトイブナーが、アッカーマンの憲法機会論を社会的立憲主義流に再解釈したことを確認したが、これは多様な憲法の内の一つである経済システムの憲法に対しても適用可能である。クリストドリデイスのような懸念、つまり社会的立憲主義が諸システム間の没交渉を生み、経済的合理性の支配に墮していくという事態が発生するとしても、「根本的な再調整」が結果としてなされるはずであり、永続することはない。結局のところ、現状のネオリベラルな経済システムの憲法にそれほどの力はないとトイブナーは考えている。

ここに垣間見えるのは、ある論者が指摘するように「根拠なき楽観主

---

59) Teubner, *Verfassungsfragmente*, S.124-125.

60) Gunther Teubner (2008) "Justice under Global Capitalism", 19 *Law & Critique* 329, p.331

義」<sup>61)</sup>なのだろうか。しかし、トイプナーの憲法機会論の枠組みは一見したほど楽観的なものではない。なぜなら、「根本的な再調整」が、良い結果をもたらすという保障を、トイプナーはしていないからである。たとえば次の記述を見てみよう。

歴史的観点から見れば、1929年の大恐慌がそのような機会〔＝憲法機会〕であったことは明白である。そのとき、国民国家は次のような選択を迫られた。すなわち、社会主義的・ファシスト的性向を持つ全体主義的な政治を介して経済の自律性を排してしまうか、もしくは国民経済の制限的な立憲化として「ニューディール」と福祉国家を採用するか、という選択である<sup>62)</sup>。

トイプナーの見るところ、1929年の大恐慌は、福祉国家を生んだ一方で、全体主義を生み出して経済システムを完全に破壊することにもなったのである。良き結果を生むか、悪しき結果を生むか。この点に、人々が想像力を働かせる余地が出てくるのだ、とトイプナーは主張する。人権という言葉に付託して語られるのは、こうした想像力なのである。

我々はチョムスキーの変形文法……に取り組んでいるのではなく、暴力と権力すら伴う高度な偶然性に対処しているのである。……ドイツ語の表現である *Gewalt* は、野蛮な力〔という意味〕と、世界の形成とでも訳しうる *Walten*〔という意味〕の両方を含んでいる。これこそ社会の文脈における人権にとっての課題なのである。つまり、課題は、政治的なものから経済的なものへの、〔もしくは〕医療的・科学的語彙への機械的な翻訳を見つけ出すことではなく、むしろアンガーが「制度的想像力 (institutional imagination)」と呼んだものの役割を認識することなのだ<sup>63)</sup>。

61) Marco Goldoni (2017) "The Pluralist Turn and Its Political Discontents", in Jiří Příbáň (ed.) *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, Routledge, p.132

62) Gunther Teubner (2011) "A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom'", in Poul Kjaer et al. (ed.) *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, p.42

63) Gunther Teubner (2011) "Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments", 40

ここに、トイプナーと、ラディカルな社会変革を目指した批判法学の結節点を見出すことができる（念のため述べておくが、アンガーは、本稿冒頭でも述べたように批判法学の代表的論者の一人である）<sup>64)</sup>。

さて、トイプナーの意図を十全に理解するに際し、トイプナーが引用しているアンガーの制度的想像力が、どのようなものであるのかを確認しておくことが有用であろう。アンガーの議論については別稿で論じたことがあるので<sup>65)</sup>、ここでは簡潔に述べておくことにしたい。

まず、制度的想像力と対立する概念を明らかにしておくことが、理解への近道となろう。アンガーは、現在の法学に共通して見られる手法を「合理化法分析 (rationalizing legal analysis)」と呼び、それが制度的想像力を抑圧しているのだという。合理化法分析は、制度的想像力の敵である。

合理化法分析とは、広範な法の断片を政策及び原理の一連の総体の表出として——それが誤った表出であるとしても——表現する方法である。合理化法分析は、自覚的に目的論的な言説の形態をとるものであり、帰属させる目的が法の解釈による発展を形作るということを認識している。しかしながら、その主たる特徴は、集団的な福祉にかかる諸政策と、道徳的・政治的権利の原理が、これらの導きとなる諸目的に固有の内容物であると見做している点である。<sup>66)</sup>

なかなか晦渋な説明であるが、思い切って図示してみよう。

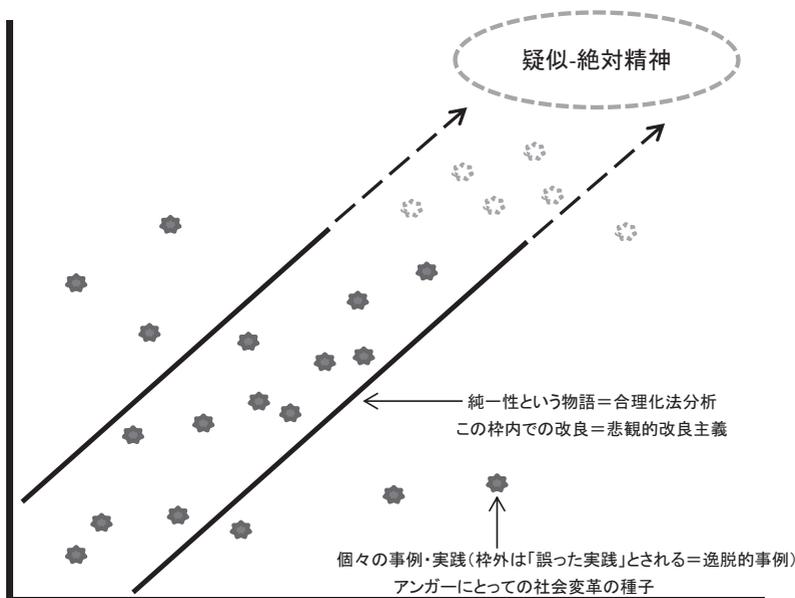
---

*Netherlands Journal of Legal Philosophy* 275, p.284

64) なお、従来トイプナーは、アンガーをはじめとする批判法学に対しては非常に批判的であった。たとえば、Gunther Teubner (1989) “‘And God Laughed...’: Indeterminacy, Self-reference and Paradox in Law”, in Christian Joerges and David Trubek (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlag, Gunter Teubner (1997) “The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy”, 31 *Law and Society Review* 763

65) 見崎「批判法学の不確定テーゼとその可能性 (1) (2) (3・完)」

66) Roberto Unger (1996) *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, p.36



合理化法分析の根底にあるものとして、①類推に抗する偏見<sup>67)</sup>、②権利レジームの堅持<sup>68)</sup>、③悲観的な改良主義<sup>69)</sup>、④裁判官の指令的・主導的な地位<sup>70)</sup>の四つをアンガーは挙げている。端的に言えば、法の目的や利益について問い直されることがほとんどなく、その目的や利益は完全でないにせよ客観的なものとして普遍的に妥当するものとされており、その十全な実現（純一性・収斂の実現）へ向けて歴史は進行しているし、進行させるべきだ、と合理化法分析は考える（破線部分は将来の方向性・予測を指す）。そして合理化法分析は、法の解釈の担い手は主として裁判官であると想定しており、人々（民主主義）の力を法から引き離し、疎外している。

アンガーはこうした合理化法分析の考え方に抗し、「地図作成 (mapping)」と「批判的展開 (criticism)」という二つの方法を提示する<sup>71)</sup>。これも簡潔

67) Ibid., pp.59-63

68) Ibid., pp.63-78

69) Ibid., pp.78-106

70) Ibid., pp.106-119

71) Ibid., pp.130-134. なお訳語については、吾妻聡のものを借用した（さしあたり、

に言ってしまうと、法実践の中に右派ヘーゲル主義の物語に回収されない逸脱的な事例を発見し、その事例を中心に据えて社会の構想を練り直すことによって、様々な秩序形態の可能性を発見することである。そして、我々はそうした可能性を実際に実験していくべきなのだ、とアンガーは主張する（「民主的実験主義（democratic experimentalism）」<sup>72)</sup>。

さて、以上がアンガーの制度的想像力の概要であるが、トイプナーの議論もこの延長線上に考えることができるのではないかと。すなわち、トイプナーの議論は、「ネオリベラル」的な経済憲法には回収されない逸脱的な事例を探し出すことで、「ネオリベラリズム」と異なるモデルについての構想を想像し、民主的な実験を加速していくことを目指すものではないか。

現にトイプナーは、クリストドゥリディスの見解に対し、どうして政治システムにおいては民主主義によるオルタナティブの模索が可能であるのに、経済システムにおいてはそれが不可能となるのか、と反問している<sup>73)</sup>。確かに、選挙や議会をメルクマールとするような民主主義は不可能であるかもしれないが、そうした民主主義を特権化する必要はなく、たとえば熟議をメルクマールとすることは十分に可能であるはずだ、とトイプナーは主張する<sup>74)</sup>。トイプナーは、ネオリベラルではない、別様の経済システムの在り方を可能とするような民主主義の形態を模索しているのである。

そしてトイプナーは、既にいくつかの論文において、経済システムの取りうる資本主義の形態が一つであることに反対し、経済システム内の多様な立憲化の可能性について論じている<sup>75)</sup>。トイプナーがこれらの論文で基

吾妻聡 (2017) 「批判法学制度派の研究プログラム——Roberto Unger は法をどのようなものとして視るのか」『法社会学』第 83 号)。

72) アンガーの民主的実験主義については、Ibid., pp.6-8, 180-181 の他、まとまった記述として、Roberto Unger (1998) *Democracy Realized: The Progressive Alternative*, Verso, pp.5-29, 簡潔な紹介として、亀本洋 (1999) 「アンガーの民主的実験主義の法学——『八九年体制』以後の左翼法学の一つの可能性」『法律時報』71 卷 9 号

73) Gunther Teubner (2018) “Quod Omnes Tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?”, 45 *Journal of Law and Society* S5, pp.S9-S10

74) Ibid., p.S27

75) Gunther Teubner (2014) “Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates”, 74 *ZaöRV* 773, Gunther Teubner (2017) “Corporate Codes in the Varieties of Capitalism: How Their Enforcement Depends on the Differences among Production Regimes”, 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 81

調とするのは、ピーター・ホールらを中心に展開された、いわゆる「資本主義の多様性（varieties of capitalism）」論である<sup>76)</sup>。ホールとデヴィッド・ソスキスは、その共著において、資本主義を比較検討し、ドイツに代表される「コーディネートされた市場経済」（coordinated market economies: CMEs）とアメリカに代表される「リベラルな市場経済」（liberal market economies: LMEs）の二つの類型を導出する<sup>77)</sup>。経済学者である遠山弘徳の要約・図示を以下に転載しておこう<sup>78)</sup>。

	コーディネートされた市場経済	リベラルな市場経済
労使関係	協調的で安定的な労使関係：労使双方の、関係への長期的コミットメント	非協調的な、流動的な労使関係
労使交渉主体	全国もしくは産業レベルに組織された強力な労働組合	個々の使用者と労働者、もしくは企業レベルでの労使組合と使用者との交渉
労働移動（雇用調整）	企業横断的な職業市場での移動	企業内での移動（低い雇用調整の自由度） 企業外への移動（高い雇用調整の自由度）
賃金決定制度	労使間交渉制度をつうじた賃金決定：安定的な所得の保障	市場競争をつうじた賃金決定
技 能	転用可能性の低い技能（産業特殊の技能）	転用可能性が高い技能（一般的技能）
技能形成・訓練	実習訓練と職業学校制度（デュアルシステム）	企業内での仕事に就きながらの訓練（OJT） 学校教育
職務編成	厳格に区分された深い職務編成	曖昧な、広い職務範囲：柔軟な職務編成 厳格な、狭い職務範囲：硬直的な職務編成
賃金と職務	熟練にもとづく賃金	職務と分離した賃金 職務に基づく賃金
企業統治	株主からの経営の相対的自律	株主による経営の支配
資金調達	銀行借入：銀行との長期的関係に依存	資本市場から調達（株式、社債の発行）
企業間関係	他企業との長期的関係の形成	他企業と長期的関係を形成しない

トイプナーからすれば、経済的合理性がネオリベラルのそれ（上図の「リベラルな市場経済」）に結び付く、もしくは結び付いていくと短絡的に考

76) ピーター・ホール＝デヴィッド・ソスキス編（2007）『資本主義の多様性——比較優位の制度的基礎』遠山弘徳他訳、ナカニシヤ出版（なおトイプナーは執筆者の一人であるが、邦訳からは外されている。）

77) ピーター・ホール＝デヴィッド・ソスキス（2007）「資本主義の多様性論・序説」同編『資本主義の多様性』

78) 遠山弘徳（2010）「企業と労使関係」同他『入門 社会経済学【第2版】——資本主義を理解する』ナカニシヤ出版、p.189（ただし若干レイアウトを変更している。）

えることは誤りであり、現にオルタナティブとなる資本主義像が提示されているのである<sup>79)</sup>。

こうした資本主義の多様性に従って、経済システムの立憲化の在り方も多様化する。世界で十分に拘束力のある統一的な企業行動規範が実現されておらず、ソフト・ローのレベルにとどまっているのはそのためである。ここに見られるのは、ソフト・ローとハード・ローの逆転現象である、とトイプナーは主張する。すなわち、トイプナーによれば、こうした世界の現状からすれば、普遍性を一手に担う公的な上位機関によって経済憲法が定立されるということは望むべくもなく、下からの、すなわち諸企業の自主的な定立こそが実体規範として効力を持つのである<sup>80)</sup>。

そしてここで重要なのは、ドイツ的な「コーディネートされた市場経済」は、経済システムの中に民主主義をもたらすという利点があることを、トイプナーが強調している点である。すなわち、トイプナーによれば、ヨーロッパ、とりわけドイツにおいては、労使協調によって労働組合が積極的に決定に参加してきたのであり、その精神がトランスナショナルな規範として拡充するのであれば、経済憲法はより反省性を増すと考えられる。そしてこの精神が深められていけば、NGO 団体等による市民運動に対する反省性も高まり、基本権の水平的な保護（企業の自主的な権利保護）が行われるようになる可能性がある<sup>81)</sup>。いまや我々の眼前に、既にオルタナティブなモデル——「コーディネートされた市場経済」下における立憲化——が示されているのである。

こうしたトイプナーの見解に対し、疑義を呈することは容易であろう<sup>82)</sup>。たとえば、資本主義の多様性といっても、二つのモデルに結局のところ収斂させてしまっており、過剰な単純化なのではないかといった批判

79) シウリの考えもこれに類似するものである。「[福祉国家の解体をはじめとした]こうした分散化は、多次元的なシステムの圧力の下で急速に進行しているのであり、『ネオリベラル』的強欲やアメリカの『文化帝国主義』[の力]が一方的に解き放たれたこと (unleashing) の結果ではないのである。」(Sciulli, "Societal Constitutionalism", p.110)

80) Teubner, "Corporate Codes in the Varieties of Capitalism", pp.89-91

81) Ibid., pp.95-97

82) 経済システムにおける民主主義に対し、懐疑的な態度をとるものとして、Cesare Pinelli (2018) "Financial Markets and Societal Constitutionalism", 45 *Journal of Law and Society* S204

が挙げられ<sup>83)</sup>、アンガーもこの批判を共有する<sup>84)</sup>。しかし、たとえ限られた形でも、トイプナーが別様の可能性を提起しようとしていることは評価すべきであり、トイプナーの構想とは別にどのような経済憲法がありうるかについての検証は、トイプナーのみならず、トイプナーの議論を踏まえて我々が取り組んでいくべき課題であろう。

また、より一般的な問題として、トイプナーとアンガーが想定するところの制度的想像力と、その帰結である民主的実験主義が、より具体的にどのようなメカニズムを採用し、他の類似する議論とどう異なるかは、現在のところ十分に明らかではない<sup>85)</sup>。本稿に残された課題として、今後検討していくことにしたい。

## 結語にかえて

以上、社会的立憲主義がどういった点で既存の議論と異なり、どのような背景からどうした主張を展開するに至ったかを、シウリとトイプナーの議論に焦点を当てて概観してきた。二人の議論を権利保障と権力分立という観点から改めて図示すれば、次のようになるであろう。

	権利保障	権力分立
シウリ	裁判所の会社法解釈を通じた手続的権利保障	企業等私的団体の権力分散機能 (国家への権力集中を防ぐ)
トイプナー	国家のみならず、企業等の自主的な憲法に期待 動態性及び実効性確保のための憲法機会論・民主的実験 主義	システム間の均衡 私的機関内における組織の分化

もちろん、権力が分立されることによって権利が保障されるという側面があるため、上図の区分は相対的なものである。そのことを踏まえた上で、改めて彼らの議論を要約的に述べておこう。シウリは企業等の中間団体もまた、国家の機関に劣らぬ権力の主体であることを強調する。それゆえに、

83) トイプナーの依拠するホールらの議論に対する批判をまとめたものとして、山田鋭夫（2008）『さまざまな資本主義——比較資本主義分析』藤原書店、pp.118-129

84) Roberto Unger (2019) *The Knowledge Economy*, Verso, p.179, 228

85) Jiří Příbáň (2018) “Constitutional Imaginaries and Legitimation: On Potentia, Potestas, and Auctoritas in Societal Constitutionalism”, 45 *Journal of Law and Society* S30, p.S48

シウリは、そうした企業の権力性が国家への権力集中を防ぐ機能を果たしていることに着目し、それらの存在を称揚する一方で、企業内における腐敗にも着目し、それをいかにして排除することができるかを思考したのである。このように、企業を国家に類比されるような権力主体として考えるならば、企業の組織や権限を決定する会社法は、まさに憲法として考えることができるのではないか、というのがシウリの結論であった。

一方、トイプナーは、国家以外の主体の自主性により着目し、企業等が自主的な憲法を定立することを強調する。そこには、表現の自由のような人権規範が含まれる他、執行機関（部門）と解釈機関（部門）の分離のように、統治機構論的な論点も含まれているとされる。さらに、ルーマンの議論に影響を受けつつ、その背後に経済システム・政治システム・法システムといった諸システム間の衝突を読み込み、システム間のバランスをいかにとるか、といった関心からメタ憲法論やナラティブ論をトイプナーは展開する。そして、そうした衝突や接触は不確定性と動態性を生むのだが、トイプナーは、それらの積極的価値を見出す理論枠組みとして、アッカーマンの憲法機会論やアンガーの民主的実験主義に着想を得た議論を提唱するに至ったのであった。

最後に、今後の展望を述べて、結語に代えることにしたい。本稿の構成からも分かるように、本稿はトイプナーを社会的立憲主義の一つの到達点と考えている。しかしながら、前節の最後にも述べたように、こうして示された一般理論としての社会的立憲主義が、いかにして実験の可能性を担保し、またどのような実験を可能にするかは十分に明らかになっていない。昨今、様々な民主的実験主義が主張されているが<sup>86)</sup>、社会的立憲主義におけるそれは他のそれとどのように異なりどのような意義があるのか。こうした問いについての検討・考察をするにあたり、この議論の背景にあるプラグマティズムの思想についても見ていく必要があるだろう。これらの点についての研究は、他日を期すことにしたい。

---

86) さしあたり、松尾陽（2009）「法解釈方法論における制度論的転回（二・完）——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として」『民商法雑誌』140巻2号、pp.218-227、木下昌彦（2015）「民主的実験としての地方分権——現代社会における統治機構の新たな展望」佐々木弘通＝宍戸常寿編『現代社会と憲法学』弘文堂