慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	統治技法としての社会規範： 「間接規制」の憲法的統制のための視座構築
Sub Title	Social norms as an art of government : a perspective to the constitutional control of "indirect regulations"
Author	瑞慶山, 広大(Zukeyama, Kodai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2017
Jtitle	慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 (Proceedings of Keio University Graduate School of Law Studies in Law and Politics). No.57 (2017.) ,p.91- 142
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00069591-00000057-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

統治技法としての社会規範

――「間接規制」の憲法的統制のための視座構築――

瑞慶山広大

一　序
(一)　問題意識と考察の射程
(二)　本稿の構成
二　問題意識の敷衍
(一)　シカゴ学派
(二)　間接規制への統制論の必要性
三　社会規範論の展開
(一)　レッシグ
(二)　サンスティン
四　統制論の過少
(一)　レッシグ
(二)　サンスティン
五　社会規範の遵守と社会規範論
(一)　社会規範の遵守モデル
(二)　社会規範論との接続
六　結

一　序

㈠　問題意識と考察の射程

1　間接規制の展開

法規制の典型は法によって私人の行動が禁止または義務付けられていることだ、と考えるのは普通のことだろう。その禁止・義務付けに違反したとき、多くの場合には法的制裁が伴うと考えることは、これまた普通である。法に基づく国家の統治はこうした法規制を主要な手段として行なわれている。そして、憲法学は不当な法規制を排除するために人権論や統治機構論を整備してきた。ところが、比較的最近になって、国家が法規制以外の手段によっても私人の行動を制約しているのではないか、という指摘がなされるようになった。それが真実だとすれば、憲法学は従来の法規制を対象にしてきた自らの理論の更なる拡大や再考を迫られるのではないか。一人の学者の主張を見ることを通してこの疑問を考えていくことから、本稿を始めたい。(1)

ローレンス・レッシグは我々の行動を規制する規制装置（regulator）として、法、市場、（社会）規範(2)、アーキテクチャの四つを例示した。(3) 法が我々の行動を規制しているのは当然として、その他三つも同様であることは深く考えなくても分かるだろう。我々は、市場価格を見て商品を購入するか否かを決定するし、公共マナーは普通守るべきだと考えているし、また、鍵のかかったドアを――壊すなどして無理矢理開けることは別として――そもそも開けることができない。これら三つの規制装置によっても我々の行動は制約を受けているのであり、この点でレッシグの指摘に際立った特色はない。彼の主張の重要なところは、法以外の規制装置に対して法が無視できない影響を与えているこ

とを指摘している部分である。即ち、法が市場の姿を変え、社会規範を作出し、アーキテクチャを統御する能力を有しており、現にその能力を行使していると言うのである。レッシグは、この事態を法が我々に対して「間接規制indirect regulation」を及ぼしている、と表現する[4]。法が禁止や義務付けといった法効果を我々に直接発生させる「直接規制」は国家統治において依然として主要な役割を担っているが、近時は間接規制もその比重を増大させている。レッシグは間接規制の存在を認めた上で、それと直接規制との適切な混成を図ることにより、より良い統治の実現を目指している。

新たな統治手法としての間接規制を活用する一例として、リバタリアンパターナリズムを挙げることができよう。この思想は行動経済学や心理学の知見を摂取して人間の不合理性を暴き出し、それに基づいて私人の行動に対する国家介入を一定限度許すものである。即ち、人間は合理的に行動することが可能であるが、いついかなる場合もそうであるとは限らない。目先の利益に囚われ長期的な利得の計算を怠ったり、自分の能力を過大評価したりすることで、自らの人生に結果として負の影響を及ぼしてしまうことがある。そこで、通常人にとって合理的に行動することが難しい領域に限って国家介入を認め、より良い生活や人生を送ってもらおうというのである。しかし、ここで言う国家介入は私人の行動を禁止したり義務付けたりするものではなく、選択の最終決定権は飽くまで私人に委ねられる。国家介入とは、例えば、情報提供（や意図的な不提供）、選択肢の提示方法や初期設定（default）の工夫等を意味しており、そのような仕方――これを「選択アーキテクチャ choice architecture」[5]と呼ぶ――を用いることで私人が選ぶべき選択を行なうよう誘導するのである[6]。この思想は人間の合理性を限定的に捉え、人間が間違いを犯しやすい領域における国家介入を許す点でパターナリスティックであるが、その一方で最終的に選択の自由を個人に保障する点でリバタリアンなのである。こうした国家介入のあり方が先程紹介したレッシグの主張におけるアーキテクチャによる間接規制であることは見易いだろう。国家はある選択をするよう強制してはいない。だが、選択アーキテクチャを操作する

ことによって多くの人の行動を国家の望む方へと向かわせているのである。

こうした規制のあり方は理論家達の仮想事例であるとか、現実に存在しても無視できる程度のものであると考える者がいるかも知れない。しかし、理論を現実の統治活動に積極的に利用しようとする動きは確かに存在している。セイラー＝サンスティンの掲げた幾つもの事例は現実のものである。更に、二〇一五年九月、アメリカのオバマ前大統領は「アメリカ国民により良く仕えるための行動科学の知見の利用」と題する大統領令に署名した。[7] そこでは、上記の行動経済学等の知見を利用すれば、アメリカ国民の求職、教育、健康増進といった分野でより良い政府活動が可能となるとの前提に立ち、政府諸部門にその知見の積極的な利用、研究を促している。

このような状況を踏まえた上でレッシグの主張に戻れば、彼が提唱した間接規制に対する理論的探究の要請は今後増大しこそすれ、減少することはないと思われる。それはより良い統治を実現するためだけではない。それが新たな規制のあり方である以上、我々の自由を侵害する契機をそこに見ることもまた可能だからである。大屋雄裕はリバタリアンパターナリズムを評する文脈で次のように指摘する。「「積極的に選んだときだけ、そうなる」環境を「積極的に拒否しない限り、そうなる」ように操作することによって、我々の行動は柔らかく、確率的に操作されることになる。それが直接的で完全な法的強制と異なるのは一方で事実だろう。だが、だから我々が操作されていないとか、自由は侵害されていないと言い切れるものだろうか。／法や暴力のような硬い支配から、柔らかく確率的な支配へ。我々が自分自身の自由や自己決定を確保しようとする時に考慮しなければならない対象は、このように見えにくく巧妙なものへと進化しているのである」。[8] そしてそうである以上、国家権力を枠付け、以て私人の自由を保障するための理論を提供することを大きな役割の一つとしてきた憲法学もまた、この問題から逃れることはできないはずである。[9]

2 「統治技法としての社会規範」という問い

とは言え、論ずべき問題は余りに多い。レッシグの主張に依拠するだけでも、市場、社会規範、アーキテクチャそ

れぞれにおける、またそれらの相互関係における、間接規制を論ずる必要がある。更には、規制とはそもそも何か、それに対抗する自由とは何かという抽象的な問題も生ずるだろう。本稿がこれら全てを論じ尽くすのは土台無理である。そこで本稿は考察の対象を社会規範に限定する。そうするのには大要次の三点の理由がある。

第一にして最大の理由は、人の自由との関係で社会規範らしきものを論ずるという主題が実は古くから存在し、かつ最近になってもその重要性が失われていないように思われるからである。ここでは古い例としてJ・S・ミルとトクヴィルを、最近の例として奥平康弘をそれぞれ挙げる。

ミルと言えば、『自由論』、そしてそこで提示したリベラリズムの源流をなす一つの考え方である他者危害原理が有名である。ここでミルの考察の射程に社会規範らしきものが含まれていたことは注目されて良い。長文になるが、重要な箇所なので煩を厭わず引用しよう。

> 考えの深い人々は、社会自らが暴君であるときには、……暴虐遂行の手段は、社会がその政治上の公務員の手によって行ないうる行為のみには限られていない、ということを覚知した。社会は自己の命令を自ら執行することができ、また実際に執行しているのである。そして、もしも社会が、正しい命令を発せずに誤った命令を発し、またいやしくも社会の干渉してはならない事項について命令を発するならば、社会は、さまざまな政治的圧制よりもさらに恐るべき社会的暴虐を遂行することになる。なぜならば、社会は深く生活の細部にまで浸透し、霊魂そのものを奴隷化するものであって、これを逃れる方法はむしろ、より少なくなるからである。……法律上の刑罰以外の方法によって、自己の意思と慣習とを、その思想と慣習とに反対する市民に対しても、行為の準則として強制しようとし、また、自己の慣行と調和しないあらゆる個性の発展を妨害し、できうればこのような個性の形成そのものを阻止し、あらゆる人々の性格が社会の性格を範として形成せらるべきことを強制しようとすると

ころの、社会の傾向そのものに対して、保護を必要とするのである。[10]

ミルに多大な影響を与えたとされるトクヴィルもまた、社会規範らしきものへの注意を怠らない。民主政における「多数者の専制」という有名な主張の中で、彼は次のように言う。

国王のもつ力は物理的な力にすぎず、臣民の行為を規制しても、その意志に働きかけることはできない。ところが多数者には物理的かつ精神的な力があり、これが国民の行為と同様、意志にも働きかけ、行動を妨げるだけでなく、行動の意欲を奪ってしまうのである。[11]

ミルやトクヴィルの示した社会規範らしきものは「慣行」であったり「世論」であったりするが、ここで重要なのは、そうした非－法的な事実もまた、時には法的規制・制裁よりも過酷な形で我々の行動を制約する、ということである。

打って変わって、最近の例として奥平を挙げるのは、近時日本においてもその問題性が顕在化しているヘイトスピーチに対する彼の考え方に注目すべき点があるからである。最期の最期まで表現の自由の強力な擁護者であり続けた奥平は、ヘイトスピーチ規制を簡単には許さなかった。しかし、蔓延するヘイトスピーチをただ傍観し放置することもまた良しとしなかった。最晩年のインタビューにおいて、彼は次のように言う。

【質問者】事実に基づかない……内容を「事実」として語り、特定の人々を誹謗中傷する個人や団体に対して、はたして「表現の自由」が適用されるべきなのか、……何らかの対策が必要だ……という指摘をよく聞きま

すが。

【奥平】ただ、ではどうしたらいいのかという問題ですが、便利な言葉で、それ自体が多義的な問題ではあるけれども、やはり「文化力」の問題が問われる段階なのではないかと思います。／つまり、僕たち市民の側に任されている問題であり、市民が取り組むべき課題だということです。[12]

「文化力」という言葉は奥平本人が自覚するように極めて多義的な言葉であり、その意味しようとするところも判然としない。けれども、それが市民の側に任された問題であるという文脈で出てきた発言であることを考えると、それは社会規範らしきものを含むと解釈することができるかも知れない。[13] 即ち、市民社会の中でヘイトスピーチを許さない雰囲気が醸成され、それに対する対抗言論が行なわれる中で、ヘイトスピーチを行なってはならないという社会規範が創出または強化される。奥平はこうした意味を含んで文化力という語を使用していた可能性がある。

時代も文脈も異にしながら、しかし、三人の論者はいずれも社会にあって、人の行動に影響を与える何らかの存在を摑んでいた。そして、ミルやトクヴィルはそれに強い警戒を抱き、奥平はそれに期待を込めたのである。本稿は彼らと問題意識を共有しながら、この何らかの社会的な存在を「社会規範」として主題化し、憲法学的に分析する。

第二に、社会規範を法学の観点から分析する研究が、筆者の見るところ、その重要性に比してやや減少してきているからである。後に本稿が依拠する先行研究を見れば分かるように、こうした研究は一九九〇年代のアメリカにおいて活発になされていた。だが、二〇〇〇年代に入ると、新たな技術の進展に合わせて多くの論者の関心もその技術を通した規制のあり方へと移り、それに比べれば古めかしい社会規範に対する考究は相対的に減少してきたように見受けられる。例えば、冒頭で紹介したレッシグも、現在はサイバー法の研究者としてインターネット上の規制のあり方を素材にアーキテクチャに関する論攷を意欲的に発表している。けれども、社会規範による規制の重要性が低下した

わけではないし、それに対する考察が十分な成果を得たわけでもない。取り分け憲法学的観点から言えば、後に見るように、こうした規制が不正・不当な場合にそれをいかに統制するかに関する論究は極めて不十分な水準に留まっている。この論点は未だに論ずべき多くの課題を残しているのである。

更に、付随的な理由になるが第三に、日本においては、広く法学の領域で社会規範に着目した研究が、二〇〇〇年代に入って絶対数は少ないものの増加してきているからである。実定法学における研究は乏しいが、法と経済学や法哲学の分野において成果が提出されている。[14] 本稿が依拠するアメリカの研究成果を日本におけるこれらの先行研究は参照している。それ故、この論点を憲法学的に考察するに際して、そうした邦語研究が有益な知見を提供するだろう。

㈡　本稿の構成

以上の問題意識を踏まえて、本編は四つの章から構成される。

先ず、第二章において上記問題意識を敷衍する。間接規制問題の一つとしての社会規範による規制が、いかなる目的の下で理論化されてきたのか、そうした規制を統制する際に憲法がなぜ関わるのか、がここで明らかになるだろう。続く、第三、四章では社会規範による規制論とその統制論を展開した二人の論者の主張が概観される。ここでは、こうした規制が効果的な統治の企てとして魅力的である一方、それを統制する理論的説明の考究が手薄であることが論ぜられる。こうした統制論を発展させていくことが今後の憲法学にとって喫緊の課題であることが以上から判明するだろう。

第五章ではこれまでの流れとはやや異なり、なぜ人は社会規範に従うのかという問いをある経済学のモデルから説明することを試みる。第四章までは多くの人々は社会規範に従う傾向を見せることを所与として扱っているけれども、これは論証されるべき事柄である。社会規範を統治に用いることなど可能なのかという懐疑に、限定的ながら応答を

試みるのがこの章の目的である。

二　問題意識の敷衍

㈠　シカゴ学派

本稿が依拠する主要な論者はシカゴ大学ロースクールに所属していた、または現に所属する者が多い。これは偶然ではない。このロースクールこそ、アメリカにおける「法と経済学」に関する研究の主な拠点の一つである。そして、社会規範による規制を含む、国家の間接規制の展開についての研究は、そうした法と経済学の研究の一分野として発展してきた。本論に入る前に、彼らの問題意識がいかなるものであるのかをもう少し詳細に見ていくことにしたい。法と社会規範との関係を巡る議論がどのような問題を解決しようとして試みられてきたのかを確認することが、当該議論をより良く理解するための基礎を提供してくれると考えるからである。

彼らまたは彼らの方法論的主張は一般に「シカゴ学派」と呼ばれている。自身もその学派の一員であり、先にも登場したローレンス・レッシグによる整理に依拠して、その主張の基本を確認しよう。

レッシグによれば、シカゴ学派に共通する問題意識とは「制約の多様性の強調と合理的選択の観点からのその理解」[15]である。前者は序章で述べた通り、法規制[16]以外にも様々な仕方で我々の行動は制約を受けていることを指摘するものである。この「規制」には通常想定される以上に多様なものが含まれている。例えば、レッシグはアーキテクチャによる規制の一つに「重力」を挙げる[17]。自然法則もまた我々の世界を形作る一つのアーキテクチャだというわけである。こうしたアプローチは、従来の規制が法との関係でのみ言及されていたことと対極をなす。我々の自由な行

動を妨げるものは一先ず全て規制として理解した上で、その規制の強度やそれが実現する利益、それへの国家の関わり合いの程度等を考察していくのが、この学派に特徴的な研究方法なのである。[18] そして、後者はそうした多様な規制装置を合理的選択理論の道具立てを利用して考察していくことを表している。合理的選択理論とは近代経済学の主流の方法論の一つであり、個人や企業といった経済主体が行動を選択する際に、当該行動によって齎される便益と費用を正しく計算し、その計算結果から最も利益を得られると判断される行動を実際に選択するとの前提の下に構築された社会理論である。人間は感情に流されることなく、飽くまで計算に基づき自らの得る利益が最大となる選択をいつでもなすという「合理的」な人間像がそこでは想定されている。その前提を共有しながら、シカゴ学派の研究者たちは経済学の知見を積極的に摂取し、自然人や団体の行動を分析し、それら行動と法との関係を解き明かしてきたのである。

けれども、こうした共通の学問的特徴を持つシカゴ学派の中でも、種々の規制の取り扱い方によって大きく二つのグループに分けることができると言う。法規制をどれだけ重要視するかにつき二つのグループは袂を分かっている。この区別は時期的な区分ともある程度対応しているため、レッシグはそれらを「新／旧シカゴ学派」と名付ける。

先行する旧シカゴ学派の特徴は法規制を重要視しない姿勢である。法規制は他の規制に比べて優越的な地位にあるわけではない。寧ろ、その規制は荒削り（crude）で、それに対する人々の反応も遅く、介入は扱いづらく（clumsy）、しばしば予想に反した効果を齎す。故に、他の規制の方が法規制よりも良いのであり、後者は前者に道を譲るべきであると主張される。[19]

これに対して、新シカゴ学派は法規制の重要性を認める。彼らは法が他に代替可能であるとは考えず、依然として効果的な規制装置として機能していることを承認する。更に、彼らは法が他の規制装置に対して影響を与えているとも主張する。簡単な例を挙げるだけでも、政府による広告キャンペーンの展開によって特定の事柄に対する我々の認

識が変わり（社会規範への影響）、建築基準法によって建物の設計は制約を蒙り（アーキテクチャへの影響）、助成金や税制によって商品の価格は大きく変動する（市場への影響）。法以外の規制装置は法から独立して存在するわけではなく、むしろ法の創造物の一部なのである。ならば、問われるべきは「法かその他か」ではなく、ある制約はどの程度法によって齎されたものなのか、あるいは、法はどの程度他の規制装置に影響を与えうるのか、ということになろう。[20] このように、彼らは多様な規制装置の相互関係について、法が他の規制装置に優越する可能性があるという視座から研究を遂行しているのである。彼らの最終目的は、法と他の規制装置とのベストミックスを探ることにあると言って良いだろう。レッシグを始め、本稿が依拠するシカゴ学派の論者たちはこの新派に属している。

(二) 間接規制への統制論の必要性

法規制以外のものを新たに「規制」と捉えることは、我々の「自由」という概念にも少なからず影響を与える。規制とは典型的には自由を制約するものと考えられているからである。実は、法以外の存在が我々の自由を制約しうること、また、そうした存在が一定程度あるからこそ我々の自由が実効的に保障されていることを指摘する研究がある。井上達夫の「自由の秩序」論である。

井上は国家なき秩序の構想としてのアナキズムを「醒めたアナキズム」と呼び、批判的検討を試みる。[21] その結果、その構想が国家より真面な秩序構想たりうることを否定するものの、アナキズムからの国家による秩序形成の不効率性・暴力性批判についても一理あるとする。その上で、自由を保障する秩序にとって、「結局、必要なのは国家・市場・共同体という三つの秩序形成装置を併存させて、相互の「抑制と均衡（checks and balances）」を保持することです」[22]と結論付ける。これら三つの秩序形成装置を通じた自由の秩序構想を井上は「秩序のトゥリアーデ」と命名した。その意義は次の引用文に要約される。

国家の組織的暴力と集権化が孕む脅威に対しては、分散的決定システムとしての市場と分権的秩序としての共同体が自由の保護膜となります。共同体の社会的専制に対しては、国家は人権保障と法の支配の貫徹によって、市場は共同体外での生活機会の提供によって自由を救済します。市場における経済権力の専制や搾取に対しては、国家は独占規制や社会保障によって、共同体は契約とは異質な互酬性原理に基づく相互扶助によって、自由を賃金奴隷になる自由や餓死する自由以上のものへと高めます。(23)

井上による秩序のトゥリアーデ論を紹介したのは、今見た三つの秩序がレッシグの提示した新しい規制装置の一部と同じだと考えられるからである。即ち、国家・市場・共同体による秩序構想をそれぞれ法・市場・社会規範による規制に対応させることができる。法が他の規制装置に影響を与えうるとの主張が自由の問題と密接に関わることがここから読み取れる。井上の見立てが正しいとすれば、法以外の規制装置を顕在化させて分析を試みることは、自由の実効的保障のための具体的条件がいかなるものであるか、その条件は満たされているか等について、有益な視点を与えてくれる可能性がある。

けれども他方で、規制は自由を制約する性格を有することを忘れてはならない。新シカゴ学派の主要な研究目的も自由を制約する「規制」が法以外にも存在することを捕捉・分析することであった。過度な規制は我々の自由を強く脅かすことを、井上の議論を更に参照して確認しよう。井上は先の三つの秩序形成装置の内一つが過剰に肥大してその他を圧迫する状況を「専制のトゥリアーデ」と呼んで警戒する。このような専制状況を反面教師として考えれば、自由にとって重要なのはやはり三つの秩序維持装置が併存することであり、上記引用文に示された相互の抑制と均衡によってそれは達成されることになる。

ここでのポイントは、三つの秩序維持装置がある程度独立に機能していなければ、自由の秩序は達成できないとい

うことである。この指摘を新シカゴ学派の問題意識に接続すれば、井上が指摘する第一の専制、即ち全体主義的専制への警戒を我々は抱くべきであるということになる。これは、強大な国家が法を用いて、または場合によっては法の根拠なくして、統制経済や計画経済により市場を破壊し、様々な中間団体を破壊するか国家組織の末端に置く状態を指す。[24] 国家の行為は法を通じてなされることが基本である。そして、法が他の規制装置に影響を与えうるのだとすれば、本来過大な法規制からの逃避地であったはずの市場や共同体（社会規範）が法と一体化して我々の自由を制約することになるだろう。しかも、ここで問題なのは、こうした間接規制がまさに間接的であるが故に、従来考えられてきた法規制の統制に必ずしも服さないことである。法規制とその統制という法の直接規制に対応してきた従来の枠組みのままでは、社会規範等を媒介した法の影響力行使を精確に捕捉できず、その影響力行使を統制することもできないだろう。井上の言うような自由の実効的保障のための秩序の構築と同程度に、諸規制装置に対する法の影響力行使を統制する理論の構築も必要とされているのであり、新シカゴ学派の研究はこの観点からも有益な知見を与えてくれるのである。

ここまで見てきたように、新シカゴ学派の問題意識は、従来の法による直接規制とは異なる新たな規制の形態を類型立てて整理し、諸規制装置への影響力を有するとされる法の側面を暴き出すものであった。その上で、効果的な規制の実行のために法以外による規制の有効性が吟味される一方で、そうした法以外の規制が過度なものとならないように適切な統制が図られることになる。[25] 仰々しく言えば、彼らの研究は国家統治に関する壮大な構想なのである。[26]

本稿の問題意識は、法と他の規制装置が一体をなして行なう規制が不正・不当な場合に、それを跳ね除けるための理論もまた必要とされている、という点にある。では、その理論的説明の役割を負わせるべきなのは何か。現代国家において、国家の不正・不当な自由への介入を排除する役割を最終的に担っているのは憲法のはずである。それは、統治機構の設計において諸国家組織への権限配分を定めることでそれらの権限逸脱行為を禁止し、一見権限に含まれ

る行為であっても内容的に私人への介入が禁止される事項について列挙することによって、我々の自由を保障している。[27] ならば、新たな規制の形態についても憲法学的考察、そしてその統制の一つとしての憲法的統制が試みられて然るべきはずである。憲法の権力制限の役割を直接規制に留め置くことは、国家権力がそれの言わば抜け道を通じて規制活動を活発化させることに繋がるだろう。特に、間接規制が統治技法の一つになっている現代においては、そうした規制を統制するための理論的説明が求められていると言うべきである。レッシグの次の指摘は極めて重要である。「市場、［社会］規範またはアーキテクチャを通じて間接的に齎されるそうした［法規制と］同様の制約もまた違憲だと判断されるべきか否かについてのより良い理解を、我々は必要としている」。[28]

そこで以下では、社会規範による私人の規制、及びそうした規制に対する法の影響に、憲法理論の光を当てるための最低限の考察を行なう。

三　社会規範論の展開

新シカゴ学派の学者たちによって展開された法と社会規範との関係に関する議論を、本稿では「社会規範論」と呼ぶことにする。彼らは主に九〇年代中盤にこの議論を活発に展開した。以下で紹介する論攷もこの時期に発表されたものである。[29] 本章では代表的な論者として、ローレンス・レッシグとキャス・サンスティンの二人の議論を紹介する。社会規範論とはいかなる試みなのかを確認することがここでの目的である。

(一) レッシグ

1 社会的意味

レッシグの展開した社会規範論は実は社会規範に注目するものではない。それに代わって彼が分析の中心概念として掲げるのは「社会的意味 social meaning」である。[30] レッシグが展開した議論を「社会的意味論」と名付けることとし、この語の意味を明らかにすることからそれを紐解いていこう。

社会的意味とは、「特定のコンテクストにおいて、様々な作為、不作為、地位に付着する記号論的内容」[31]と定義される。難解な定義だが、次のことを意味していると考えれば良い。即ち、ある人が何らかの行動をとる際に、その行動に対して社会が付す評価のこと、もっと簡単に言えば、社会からの見られ方のことである。普通、人々は自らの行動や地位が社会からどのように見られるかを意識するだろう。例えば、行列においては順番を守らなければならないとされる。そこで順番抜かしをしたらどうなるだろうか。行列を構成していた他の人々から冷たい視線を向けられることはほぼ間違いない。場合によっては、その中の誰かから明確に注意を受けるだろう。更には、順番抜かしをする人間だという評価が広まり、社会生活が送りにくくなるかも知れない。行列に並ぶルールは法によって強制されることが普通はないが、[32] それでも多くの人々はそれを守る。それは社会の他の構成員から自分の行為がどのように見られているかが、その人の行動にとって少なくない影響を及ぼしているからである。自分の行為が周囲から見てなるべく良い評価になるように、またはなるべく悪い評価にならないように、多くの人は行動するはずである。このように、社会的意味は人々の行動を制約したり助長したりする機能を果たしているのである。[33]

付け加えれば、レッシグの定義のポイントは「特定のコンテクストにおいて」である。社会の評価は、何らかの社会的ルール（非社会規範）の遵守・逸脱から機械的に導かれるわけではなく、それに具体的状況を掛け合わせること

で初めて明らかになる。この考え方はこの時期のレッシグの研究方法がそうしたコンテクストに着目したものであることに影響を受けている。[34] レッシグによれば、ある物事の意味はその物事それ自体のみから構成されるわけではない。ここでその意味を発する基点となる物事を「トークン token」[35]と呼ぼう。そのトークンが置かれた状況、即ちコンテクストと掛け合わせて初めて、その物事の意味が了解できる。社会的意味論でも事情は同じである。人の行為をトークン、その行為がなされた状況をコンテクストと考えて、それら双方を併せて考えることで、当該行為の社会的意味が把握可能になるというわけである。

さて、人々の行動が社会的意味から影響を受けるとすると、その社会的意味を利用しようと考える者が出てくるだろう。ある行為が恥ずべき行為であると批判することは、当該行為に付着した社会的意味を利用することで、その行為がこれ以上なされることを抑止したり、そうした行為をとった人の社会的信用性を貶めたりする効果を有する。そして、そうした利用者の中に政府[36]も含まれているというのがレッシグの見立てである。[37]

では、政府はどのようにして社会的意味に影響を与え、以て我々の行動をコントロールしているのだろうか。一般論を見る前に具体例を提示した方が理解しやすいだろう。そこで、政府の社会的意味のコントロールがどのようになされるかを、レッシグが示す実際にあった具体的事例を素材に見ていくことにする。

2　具体例――アメリカ南部における決闘の慣行

レッシグが出す幾つもの例の中から、アメリカ南部で行われた決闘の慣行を廃止するために州政府が取り組んだ社会規範の改変についての事例[38]を取り上げる。

当該地域には長期に亘って決闘の伝統が存在していた。これは公の場で不名誉を被った者がそれをなした者に対して銃の早撃ち形式の決闘を申し込み、その結果によってどちらが正しかったかを見極めるというものであった。一般庶民の間では廃れていたものの、紳士階級（gentlemen）つまりはエリート層の間では根強く残存していたようである。

そこでは決闘に参加すること自体に高い価値が置かれていた。「決闘行為」というトークンに、「アメリカ南部のエリート層」というコンテクストを掛け合わせて導かれる社会的意味は、「自らを守る、賞賛されるべき行為をなしている」というものであった。決闘は彼らにとって名誉の源泉だったのである。

こうした伝統は最悪の場合当事者の死を招くことから、州政府は当該行為をやめさせようと考えていた。州政府が先ず行なったのは決闘行為を法的に禁止することである。しかし、エリート層の間での決闘行為は依然として続いた。なぜなら、決闘は「自らを守る、賞賛されるべき行為である」という社会的意味が根強く残存していたからである。またそれとは逆に「決闘の拒否」というトークンに、「アメリカ南部のエリート層」というコンテクストを掛け合わせて求められる社会的意味は、「臆病者」であった。法が禁止しているという理由で申し込まれた決闘を拒否する行為は、エリート層たちの間で軽蔑の目に晒されることとなり、耐え難い精神的苦痛を齎すものだったのである。法による決闘の禁止は決闘行為を抑制するどころか、むしろ強化してしまった面が大きい。

そこで次に、州政府は決闘に参加した者の公職就任を認めないという手を打った。実は、彼らエリート層は公職に就くこと、あるいはより広く公に奉ずることを自らの義務と考えていた。決闘に参加すれば、自らの身分の義務とされている公職に就くことができない。これは彼らにとって大きな痛手であった。この公職からの排除という規制はエリート層たちに「臆病者」と評価されることなしに決闘を断る理由を提供した。「私が決闘を拒否するのは臆病者だからではなく、自らの義務とするところの公職での働きができなくなってしまうからである」。こうして、決闘の拒否という行為に付着していた「臆病者」という従来の社会的意味が緩和・消滅し、結果として決闘の発生は減少していった。州政府の試みは成功したのである。

このように、政府は社会的意味をコントロールすることがあり、それを通じて私人の行動を望ましい方向へと導くことができる。社会的意味は国家によって一つの統治技法として利用されうるのである。

3　社会的意味の構築の態様・方法

レッシグは政府が社会的意味に影響を与えることを、社会的意味の「構築 construction」と呼ぶ。これには二つの態様がある。一つは攻撃的構築（offensive construction）であり、社会規範を新たに作出したり、既存の社会規範の内容を変更することである。もう一つは防御的構築（defensive construction）であり、既存の社会規範の内容を維持・強化することである。[39]

こうした社会規範の構築をなすにあたって、四つの方法がある。[40] それらは先ず、記号論的技法（semiotic techniques）と行動的技法（behavioral techniques）の二つに大別される。前者はキャンペーンの展開といった方法により行為に付着する意味そのものの構築を狙うものであり、後者は私人の行動を禁止・義務付け等によって規制する結果、社会的意味の構築が付随的に起こるというものである。

記号論的技法には、①関連付け（tying）と②曖昧化（ambiguation）がある。①はある行為Aに特定の内容の社会的意味Xを結びつけることによって行なわれる。②は特定の社会的意味Xが既に付着している行為Aに、別の社会的意味Yをぶつけることで、AとXとの繋がりを絶つことによってなされる。行動的技法には、③抑制（inhibition）と④儀式（ritual）がある。[41] ③は、ある行為を制限・禁止することによって、当該行為によって維持・助長されていた社会規範を変えるものである。この例として、アメリカにおける人種分離政策の禁止が挙げられる。④は、ある行為を行なうことを強制し、繰り返していく結果、その行為に付着した社会的意味を強化するものである。公立学校における国歌斉唱がその例とされる。[42]

(二) サンスティン

1 定義

もう一人の代表的論者であるキャス・サンスティンの主張を見ていく。サンスティンはレッシグと異なり、学説の大半と同様、「社会規範」に注目して論を展開した。先ずは彼による諸概念の定義を確認しよう。

彼の論文では、社会規範の他に、社会的役割（social role）、社会的意味（social meaning）が定義される。社会規範とは、「何をすべきか、または何をすべきでないかを明らかにする社会的態度」[43]である。食事のマナーから人種間関係におけるタブーまで、社会規範は人間の行動の殆ど全ての局面に関連して存在している。この社会規範に違反した者に対しては社会的なサンクションが課されることがある。食事のマナーが悪い者は、その場で注意されるかも知れないし、次回から食事の場に呼ばれないかも知れない。この社会規範は当然ながら共同体によって異なる。ある共同体では望ましいとされる食事方法が、他の共同体では忌避されるべきものであるということは、よくある話である。

社会的役割とは、「特定の役割に付されたあるべき姿」である。[44]社会規範の中でも、特定の身分や地位、職業等に関連している規範をこう呼ぶ。例えば、同じ共同体の構成員でも、医者と学生に求められる行動準則は異なるし、同一の人間であっても、医者としての自分と配偶者としての自分に求められる行動準則はやはり異なる。

社会的意味とは、「特定の共同体において、社会規範から人間の行動に割り当てられた、当該行動の発する態度やコミットメント」である。[45]サンスティンによれば、あらゆる行為には表示的次元（expressive dimension）が存在する。国旗を焼却する行為が単にモノを燃やしたと評価されるのではなく、その国家に対する反発・抗議を示しているのと同じ仕方で、全ての行為についてそれが言えるという。こうした行為の表示が、関連する社会規範や行為者に付着している社会的役割から見て評価された結果が社会的意味となるわけである。

社会的意味については、社会的意味論を展開したレッシグのそれと簡単に比較しておく。[46] 結論から言えば、両者の定義に実質的な違いはない。レッシグがコンテクスト性に重きを置くのに対して、サンスティンは社会規範の適用という側面が強調されているように見える。けれども、サンスティンも人間の行動と社会規範の繋がりを見る際に実際はコンテクストを見ているのであり、他方レッシグも社会的意味の定義に「作為、不作為、地位」を挙げてサンスティンの言う社会規範や社会的役割へ注意を払っている。両者の定義は異なるものではなく、強調点の置き方に違いがあると見るべきだろう。

2　選好と社会規範

サンスティンは人がなぜ社会規範に従うのかを考察するために、従前の「選好」概念の解体を試みる。彼曰く、選好には二つの理解があるという。

一つは、選好とは選択に現れた結果であるとする見方である。[47] 人がある選択をしたのは、それがその人の選好を満足させるものであったからだとする考え方である。しかし、この考え方には難点がある。選択のみを選好の基準に据える場合、「選択」にのみ着目すれば良いのであって、それは結局「選好」という概念の不要性を意味する。また、選好と選択を本当に同一視していいのか疑問視される。ある選択は必ずしも当人が望んだものではなく、嫌々ながらあるいは仕方なしに行なったのかも知れない。選好と選択を同一視してしまうと、その選択が形成された背景を考察することができなくなってしまう。社会規範と行動との関係を探るサンスティンにとっては、ある人の選択が何を望んでなされたのかを具体的に分析する必要があるため、選好と選択を同一視することができない。

そこでもう一つの考え方として、選好と選択を別概念とし、後者を支え説明するものが前者であるとするものがある。[48] この考え方の長所は、選好概念を用いて実証的な分析をすることで、人の選択の背景にある動機を説明することができる点にある。しかし、この考え方にも短所があると言う。それは、行動の動機の分析に用いるには、「選好」

という概念は荒削りだというものである。ある選択をなす動機は多くの要素から構成されているため、それを「選好」という一つの概念で表すことは不可能で、より具体的な概念を用いないと動機を正しく分析できない。

結局、サンスティンにとって、選好という概念は曖昧に過ぎ不要な概念である。彼は「選好」という概念を廃棄し、その代わりに具体的な分析に必要ないくつかの概念を提示する。[49] その新たな概念として、彼は「固有価値 intrinsic value」、「世評価値 reputational value」、「自己像 self-conception」の三つを提示する。[50] 固有価値とは、ある選択肢が「面白く、解明的で（illuminating）、愉快で（pleasant）、興味深い」[51] 等々なものであることを指している。ある選択肢の固有価値が他の選択肢のそれよりも高い場合、人はその選択肢を選んで行動するだろう。ところが、行動は固有価値によってのみ決定されるわけではない。その選択肢が周囲の人々からどのように評価されているか（世評価値）や、そういった選択肢を選ぶことにより自分がより良い存在になれるかどうか（自己像）にも依存している。テレビを見るとき、人はそのテレビ番組が面白いから見るのかも知れない。けれども、それとは別に、その番組を視聴していることが周囲から高く評価されるとか、その視聴行為が自己像を強化するという観点から有益であるという理由でそうすることもあるだろう。[52] ある選択をなす際の動機とはこのように複合的なものであり、「選好」の語だけでは片付けられない。細かく分けられた分析概念によって初めて行動の動機は実証的に分析することができるのである。

この三つの概念の後二者は社会規範と密接に関係する。ある行動の選択肢がどのような世評価値を持つかは、当該行動に関する社会規範に依るところが大きい。社会的に賞賛される行動であれば、人がそれをなすインセンティブになるだろうし、逆に社会的に恥をかく行動であれば、人がそれをなすことについての抑止力になる。社会規範が世評価値を作り出し、世評価値が個人の行動の選択に影響しているのだとすれば、社会規範は人の行動を規制していることになるだろう。また、自己像は世評価値に影響を受ける側面を持っている。どのような自分でありたいかという構想は、他者からどのように見られ評価されたいかということと密接な関連を有する。ならば、自己像もまた社会規範

から影響を受けているのであり、行動の選択について社会規範が少なくない影響を齎していることがこの点からも明らかになる。[53] 私人の行動に影響を及ぼす社会規範という規制装置がここに発見されたのである。

3　国家の影響力行使の根拠

では、国家あるいは法は社会規範とどのような関係に立つのか。即ち、サンスティンの言葉遣いを借りれば、国家が社会規範を変える役割を担う「規範仕掛人 norm entrepreneur」[54] となるのはどのようなときか。

一例として、国家が人々のリスクを軽減し、自律や福利（well-being）を促進させる役割を担っている場合が挙げられる。人は世評価値に多大な影響を受けて本来なら望ましくない行動をとることがある。先に挙げたレッシグの決闘の例はその典型であろう。サンスティンは、こうした危険を防ぐために、政府が情報提供や説得、場合によっては経済的インセンティブの付与や行為強制によって、行動を抑止しなければならないと言う。このような政府の活動を通じて、無益で危険な世評価値を産出している社会規範を変える必要があるのである。[55]

別の例としては、カースト（caste）問題の解決がある。アメリカにおいては、アフリカ系アメリカ人、女性、障碍者などに対して根強い差別が残存している。これは当該社会における社会規範による影響が大きい。差別の横行は、被差別者が何らかの行動を起こす際に、その行動が差別を更に悪化させるかも知れないという世評価値を彼らが気にするために、その行動の幅を狭める。しかし、本来彼らができた行動をとらないことは飽くまで彼らがそう望んだから、即ち彼らの選好なのであると片付けられてしまう恐れがある。そして差別行為が定着すると、被差別者に劣等の烙印（stigma）が押されることとなり、当該社会において彼らは下級の存在として扱われることになるだろう。一定の差別行為が法的に禁止されていることもある。けれども、それだけでは不十分であり、問題の真の解決のためには差別する人の意識から根本的に変えていく必要がある。それは法による差別行為の直接規制のみでは難しいだろう。寧ろ求められているのはそうした差別の背景をなす社会規範や社会的意味の変革である。そうした変革があってこそ

平等な社会が実現可能なのである。ここに国家が社会規範への影響力行使に乗り出す根拠がある。そうした差別を助長する社会規範を変える活動を国家が行なうことにより、差別の慣行を根本から解決していく必要があるのである。[56]

そして、サンスティンが最も重きを置くのが「法の表示機能 expressive function of law」である。彼によると、「それら［法］は善と悪をどれくらい、そしてどのように評価すべきなのかについての「言明を作り出す」。……最も簡潔に言えば、それらは、既存の規範［社会規範、社会的役割、社会的意味のこと］を変え、そうすることによって行動に影響を与えるために作られているのだ」。[57] サンスティンによれば、法には何らかのメッセージを発する表示的側面があり、これが社会規範に影響を与えている。このように法が、即ちそれを作り出し運用する国家が、社会規範を変えうるのならば、上記のような問題に対処することが求められているはずだ、と彼は考えている。「表示的な正当化の伴う法は、それが実際に社会規範に影響し、それを適切な方向へと動かすだろうという理由によって、最も説得的に擁護される」。[58]

四　統制論の過少

前章で見たように、二人の論者は社会規範を現代国家の統治に積極的に用いようとしていた。だがそれと同時に、そうした国家の統治が不正・不当な場合の統制論の必要性も認識していた。本章ではその統制論を見るけれども、残念なことに、彼らはこの問題に真剣に回答しているとは言えない。ここでは、有効な統制論を作り上げるための手始めとして、彼らの統制論の過少を指摘する。

㈠　レッシグ

1　統制の必要性――物乞い規制を例に

レッシグは二㈡で紹介したように、国家による社会規範の構築を憲法的に統制する理論を発明しなければならないと考えていた。そこで依拠したのは一九九八年の論文であったが、それ以前から彼は同様の指摘を行なっていた。彼の主張をより良く理解するために、論文で例示された物乞い規制の事例を先ずは紹介したい。[59]

以前、ニューヨーク州では物乞い行為に刑事罰が科されていた。[60] 裁判所はこの規定がアメリカ合衆国憲法修正一条に反するとした。[61] 曰く、物乞い行為は情報伝達活動を構成しており、伝統的パブリックフォーラムである道路におけるそうした活動の禁止は、種々のテスト（やむにやまれぬ政府利益に必要等）をパスしない限り違憲であるが、本件規制はこれらのテストをパスできない。物乞い行為が修正一条の言論の自由によって保護された行為となったことで、ニューヨーク州は当該行為を法規制することができなくなった。

しかし、州は物乞い規制を諦めなかった。別の手段を使ってそれを抑えようとしたのである。州が考えたのは、物乞い行為自体を禁止するのではなく、物乞いに応ずる人を減らせばいいという発想に立脚するものであり、その実施方法は物乞いへの対応に関する大規模なキャンペーンを展開することだった。地下鉄の乗客を狙って次のような提言をしたのである。「物乞いに応ずることは彼らを助けることになりません」。物乞い行為に応ずることは一見彼らを助けているように見えるけれども、実はそうではない。助けることによって彼らは物乞いを繰り返しその生活に慣れてしまう。彼らを真に助ける行動は物乞いを拒否し、彼らがそのような状況から抜け出すインセンティブを与えることなのだ。このようなキャンペーンが実行されたのである。

このキャンペーンの効果は絶大だったようで、人々の物乞い行為に対する考え方が変わった。再びレッシグの使う、

トークンとコンテクストの掛け合わせによって社会的意味を考えてみよう。「物乞いに応じないこと」というトークンに、「キャンペーン前のニューヨーク州」というコンテクストと掛け合わせて導かれる社会的意味は、冷たく、ケチで気配りに欠けるというものであった。物乞いをされると多くの人はその人に対して同情の気持ちや罪の意識を禁じえず、何かをする責任や義務を感じ、物乞いに応じていたのである。ところが、州のキャンペーンによってその社会的意味は変わった。同じトークンに「キャンペーン後のニューヨーク州」というコンテクストを掛け合わせて導かれる社会的意味は、物乞い行為を行なう人々を手助けしているというものである。こうした社会的意味が新しく形成されると、物乞いを拒否する際に所謂周囲の目を気にする必要がなくなり、堂々とそれができるようになる。更には、以前とは正反対に、物乞いに応ずる行為に対する社会的意味がマイナスなものとなる可能性もある。

このような州のキャンペーンによって、物乞いに応ずる人の数は減少した。物乞いがしにくい環境が醸成されたので、当然そこで物乞い行為をしようとする者は少なくなる。直接規制を禁ぜられた州の第二の施策は見事に成功したのである。

レッシグはこの物乞い規制の事例を持ち出して、政府による社会的意味構築の危険な側面を指摘し、それに法学的な考察を与えてこなかった従前の学説を批判する。物乞い行為は、その当否は置くとしても、判例で認められた憲法上保護された行為である。そして、物乞いを直接禁止する刑法の規定も、物乞いに応ずる人を減らそうと試みた州のキャンペーンも、狙っているのは同じ物乞い行為である。にも拘らず、前者は憲法上の、しかも言論の自由というアメリカにおいては強力な保護が与えられた権利を侵害するという理由で排除される一方、後者はそうした検討すらなされずに法学の考察の対象外とされている。この不均衡にレッシグは注意を向けるべきであると言う[62]。

間接規制が広がる現代国家においては、こうしたいわば迂回的に私人の行動を制約する手法が編み出されている。仮に、これは法規制ではないから法学の議論の俎上にすら載らないとするならば、国家が法的統制の枠を掻い潜って、

我々の自由を容易く制約できるようになるだろう。そうした国家の過度な介入を抑止するために、従来非－法的と思われていた制約態様についても、我々は法学的考察を及ぼし、それを実体的に統制する原理を作り上げる必要があるのである。

2　正統公定禁止原理違反？

では、どのように統制すればいいのだろうか。レッシグは上記問題を、国家がある事象についての正統（orthodox）を定め、それを人々に押し付けているものとして理解している節がある。

彼は先ず、有名なバーネット判決において法廷意見が提示した、次の正統公定禁止原理に言及する。

> もし我々の憲法という星座の中に恒星があるとすれば、それは、公務員が、その地位の高低を問わず、政治、ナショナリズム、宗教、その他意見に関する事柄（matters of opinion）につき、何かを正統なものであると定め［る］……ことはできない、というものである。[63]

そして、政府による社会規範の構築はこの正統公定禁止原理との関係で問題となることがあると考える。「社会的意味の規制の技法が明らかにしたのは、何が正統で何が異端なのかを政府が確立する多くの方法があるということである」。[64] 社会的意味を政府が望む方向へと構築することによって、ある行為が好ましいものなのかそうでないのかを政府が決定でき、それによって人々の行動を法的制裁なしにコントロールできるようになる。これは一種の思想上の正統を肯定していることと同じではないか、とレッシグは考えているようである。

とは言え、この主張をそのまま受け取ることはできない。なぜなら、彼は政府による社会的意味の構築を積極的に評価していたからである。再び決闘の例を思い出せば分かるように、社会的意味の構築は効果的な統治技法として

我々の福利を増大させることもある。このような場合にまで政府は正統を公定していると評価し、それは禁ぜられていると考えるのだろうか。レッシグはそうは考えない。政府が社会的意味に働きかけること、即ち正統を公定することの全てが禁ぜられているわけではない。「この原理［正統公定禁止原理］は政府が正統とは何かを修正することができないことを意味しているのではない。むしろ、その原理は正統に関する規制（regulation of the orthodox）が適切である場所へと導くものでなければならない」[65]。つまり、レッシグにとっては政府が公定して良い正統とそうではない正統があるということになる[66]。

3　検討――「正統」の問題なのか？

しかし、レッシグのこの考察は問題の解決に殆ど益するところがない。先ず、「正統」の中でも公定して良いものとそうではないものの二つがあるという主張は、少なくともバーネット判決の上記判示部分の強力な主張の牙を抜いて役立たないものにしてしまうだろう。これは、政府による社会的意味の構築を全て禁止することは不可能であるというレッシグの認識が背景にあるものと思われるが、ならばこの判示をわざわざ援用する必要はない。そもそも、レッシグの主張においては、この原理の射程が曖昧なままにされている。「政治、ナショナリズム、宗教、その他意見に関する事柄」の公定禁止というのは、仮にこれに何らかの効果が認められるとすれば、公定された見解以外の見解を私人が有することすら禁止するという強力な規制に対してのみ効果を発揮するものではないか。そのように適用される射程を限定しているからこそ、こうした強力な主張が可能になるのではないかと思われる。それ故、レッシグが政府の社会的意味の構築の問題とこの原理とを結びつけたこと自体が、出発点において誤りを犯していると言える。法と社会的意味との関係を巡る問題は、この原理とは別の方法によって処理されるべきだろう。

次に、仮にこの原理との結び付きが正しいとしても、正統の許される公定とそうではない公定とを区別する基準が設定されて然るべきである。けれども、レッシグはこの点について答えていない。もし憲法上の他の規定との関係で

許されない社会規範の構築だと言えるのであれば、――憲法理論として筋が通るかどうかはともかく――端的に当該規定との関係で違憲を宣言すればいいのであって、正統公定禁止原理を持ち出してくる必要はない。他方で、正統公定禁止原理から実体的統制に役立つ更なる下位原理が導出できるのであれば、そうした主張がなされなければならない。いずれの可能性にもレッシグは言及しておらず、結局このことは正統公定禁止原理から始めた彼の統制論が初動において誤っていたことを更に裏付けるように思われる。

その後レッシグはこのテーマを扱っていない。よく知られているように、彼は二〇〇〇年代に入ると、サイバー法の研究者として名声を獲得していく。[67] 彼の関心はアーキテクチャによる規制へと移っていったのである。そのため、社会的意味論を扱った論攷は少なく、現在のところ彼の統制論は不明瞭なままである。

㈡ サンスティン

1 実体的統制原理？

サンスティンの統制論にはあまり見るべきものがないと言って良い。彼のそうした態度は、社会規範論を新しい統治技法として使うために、それがどれほど役立つものかを主張することに力点を置いていたがためかも知れない。けれどもその結果、サンスティンの理論枠組みでは国家に新しい規制を用いた権力の放縦を許す余地を与えてしまっている。

彼は国家による社会規範の構築の限界として、二つの原理を明示し、一つの原理を暗示する。これらを紹介した後、批判的検討に移ろう。

明示原理の第一は、国家は無駄で非効率的な社会規範の構築をしてはならないというものである。[68] 例えば、未成年者の喫煙にスティグマを与えるよう社会規範を変えたとしても、逆に喫煙行為が大胆で魅力的なものに見えてしまい、

当初の目的に反して未成年者喫煙を助長してしまう場合がある。その場合、政府の試みは失敗に終わるだろう。社会規範の構築は、目的に適う効果が本当に得られるかを吟味して行なわなければならない。

明示原理の第二は、社会規範の構築の際に個人の権利を侵害してはならないというものである。[69] 例えば、人種的少数者を二級市民（second-class citizenship）に格下げするような社会規範を作ってはならない。これは市民間の平等を侵害するものだからである。国家が行なって良いのは、より良い社会の実現のための社会規範の管理（norm management）であって、権利侵害ではない。

これら二つに加え、明示はしていないものの、もう一つの統制原理があるように見える。それは、個人の自律や福利（well-being）を侵害するような社会規範の構築をしてはならないというものである。サンスティンは個人の自律や幸福を促進することが政府の役割の一つであり、そのための有効な手段として社会規範を使った統治を掲げていた。[70] 逆に言えば、そうした個人の自律や福利を抑圧しこそすれ促進しない社会規範を構築することは政府の目的に反している。こうした論をサンスティンは明示的に展開しないけれども、社会規範構築の趣旨に照らすと、暗黙の原理として個人の自律・福利を侵害する形の構築もまた禁止されていると思われる。

2　検討——法的統制の原理として具体的か？

サンスティンの議論を検討するにあたっては、政府の社会規範構築の限界を定めているこれらの原理が、政策上の当／不当の問題なのか、合法／違法の問題なのかをはっきり分けておく必要がある。

明示原理の第一は当／不当の問題として捉えるべきだと思われる。目的に適った手段を採るべきだというのは、政策形成の場面でも、憲法上の権利の制約を判断する場面でも、重要な指針として機能する。だが、ここで言っているのは構築対象となる社会規範が問題を解決できるか、あるいは逆に悪化してしまわないかを吟味せよということである。非生産的なあるいは無意味な社会規範の構築は政府資源を無駄に使うことになり望ましくない。けれども、無駄

なまたは非生産的な法政策が直ちに違法ではないのと同様に、そのような社会規範の構築が直ちに違法だとは言えないだろう。

明示原理の第二については、合法／違法（合憲／違憲）の問題だと考えられる。権利を制約するような社会規範を作り出すことは、実質的に政府が法以外の手段を用いて我々に法的に保障された自由を奪うことになるからである。この第二原理は二つの捉え方が可能であるように思う。一つは、社会規範構築の手段として用いた法規制が権利を侵害してはならない、という主張として捉えるものである。しかし、これは社会規範論独自の統制論を作り上げたことにはならない。なぜなら、もしその法規制が権利を侵害しているのなら、当該法規制を端的に違法・違憲と処理すれば足りるからである。社会規範論が独自の見解を出せるのは、法による何らかの影響力行使がそれ自体としては違法だあるいはそもそも法規制だとは考えられないけれども、それによって作り上げられた新しい社会規範が権利を侵害するような形で機能しているという場合だろう。第二明示原理もこれを意味するものとして捉えるべきである。しかし、この原理は問題の所在を確認したに過ぎない。社会規範が我々の権利を侵害するようなものであってはならないとしても、その社会規範を作り上げた法にまで権利侵害の咎を負わせることができるかどうかがポイントなのである。サンスティンはこの法への帰責をいかなるメカニズムで行なうかについて述べるところがない。彼がここで提示した原理は統制の問題を解決したのではなく、その問題を考察する出発点を設定したに留まる。

暗示原理についてはどちらにも解釈することが可能である。個人の自律や福利は憲法上保護された権利ないし利益であり、それに反するような社会規範を構築することは違憲となるとする道筋がありうる。また、そこまで踏み込まずに、社会規範を構築するときには自律や福利に資するようなものが望ましいという指針を与えているだけかも知れない。仮に前者のような合法／違法の問題として語っているとしよう。だが、これは実体的統制論として曖昧に過ぎる。個人の自律や福利に反する社会規範が存在するとしても、それが自律や福利のどのような側面をどの程度侵害し

ているのかが明らかにされる必要がある。そのためには、自律や福利を具体化する下位の原理が措定される必要があるが、サンスティンはそれをしていない。彼には抽象的な自律や福利という概念からそれに適う社会規範構築の方法が導かれると楽観視する嫌いがある。更に言えば、そうした抽象的概念から違憲的な社会規範が発見可能であるとしても、そうした社会規範を構築した法に違憲性を帰責する方途は依然明らかでない。結局、問題は明示の第二原理で取り上げた、法と社会規範とを繋ぐメカニズムの解明に還元されるのである。

3　リバタリアンパターナリズム論での継続と躊躇

社会規範論を展開したサンスティンであったが、間接規制の多様化という文脈ではその後、序章で紹介したリバタリアンパターナリズムの研究に進んだ[71]。そのため、社会規範に関する言及は後景に退いている。だが、サンスティンの統制論に対する不十分かつ曖昧な態度はその後も継続しているように見える。合理的選択理論に立脚する従来の社会規範論と、行動経済学に立脚するリバタリアンパターナリズムとでは、前提とする個人の合理性の理解に違いがあり、安易な比較を許さない。しかし、次の点で両者には、従ってサンスティンの議論には連続性があると思われる。即ち、前者は社会規範を、後者は選択アーキテクチャをそれぞれ利用して、私人の行動のコントロールを企図しているという点で、両者とも法以外の規制装置を用いた間接規制の問題なのである。この把握の仕方は両者が依って立つ経済理論を異にしていることから影響を受けないと思われる。ならば、リバタリアンパターナリズムにおいても、国家による選択アーキテクチャの規制をどのように統制していくかが重要な論点として立ち現われてくるはずである。

しかしながら、ここでのサンスティンの態度は社会規範論におけるそれと殆ど変わらない。リバタリアンパターナリズムに対しては、不当な介入が行われる危険性がある、個人の「間違う権利」を侵害している、事実上個人から決定権を奪うものであり自律の侵害である等、いくつかの批判が寄せられている[72]。これらに対する応答は、介入の公知性を確保するといった介入プロセスの透明性や監視を確保するという手続面に着目したものが多い。実体的な統制原

理としては、介入は個人の自律を真に保障するためのものであるから、そうした真の自律を侵害する形では介入できないと言うくらいである。[73] 介入の正当性を判断するための実質的根拠が殆ど示されていないと言って良く、何が不当な介入なのかさえ不分明である。況してや、その介入が違法・違憲と評価される事態については想定してさえいないのではないかと疑われる。

このように、サンスティンは、自身の社会規範論を著してから約二〇年経過した現在においても、統制論について多くを語らないのである。尤も、サンスティンが統制の問題を全く無視しているというわけではない。リバタリアンパターナリズムの文脈での次のような記述は、自らの論をそのまま推し進めてよいのかどうかについての彼の躊躇いを表しているように思える。「脱退することが簡単なときでさえ多くの人々はそうしないだろうという事実から判断すれば、利己的で悪意ある政府は初期設定（default）のルールを用いて簡単に人を自らが好む方向へと動かすことができるだろう」。[74] また、別の箇所での記述は自らの主張が抱える問題性に迫っている。「本当の問題は、……人々が実際に望む、あるいは望むであろうことを識別し、いかなる選択アーキテクチャが信頼できるかどうかを決めることである」。[75] だが、サンスティンは現在のところ、ここから先に進んではいないのである。

五　社会規範の遵守と社会規範論

ここまでで、社会規範を通じた規制が理論化され現に実行されつつあること、にも拘らずこうした規制を統制する理論構築が極めて不十分であることが確認できた。本編の最後では、やや趣を変えて、なぜ人は社会規範に従うのか、という問いを考えたい。前章まで、多くの人が社会規範を遵守する傾向を見せることは所与として扱われていた。だが、それが真でないとすると、「統治技法としての社会規範」という主題は非問題となり、統制論を彫琢すべきと考

える本稿の問題設定そのものが失われる。ここでは、紙幅の都合から詳細な議論は諦めざるをえないものの、一つの経済学的モデルを用いてそうした傾向性が説明可能であること、また、それがこれまでに紹介した社会規範論に接続可能であることを示す。

(一) 社会規範の遵守モデル

1 社会規範の意義

人がなぜ社会規範に従うのかの説明を始める前に、「社会規範」の一般的意義を明らかにしておこう。とは言え、これは簡単なことではない。社会規範の語に込める意味は論者によって様々だからである。先に見たサンスティンの定義以外にも、類似しつつも微妙に異なるいくつかの定義が存在している。[76] しかし、エリクソンによれば「個人の行動を統制し、社会的サンクションを通じて国家機関以外の第三者により分散的に強制されるルール」[77]という点で大体一致しているという。この共通性の括り出しに見られる三つの要素、即ち、①人々の行動を統制（規制）していること、②社会的サンクションを通じて強制されること、③そのサンクションは国家機関以外の主体によるものであること、が法とは異なる規制装置としての社会規範の特質を上手く捉えている。本稿はこの共通要素を括り出したエリクソンの定義で満足することにしたい。法と社会規範との関係を巡る問題を扱うためには、上の三要素が満たされている社会的なルールを措定するだけで十分だと考えるからである。

なお付言すると、この共通要素による定義は一般的に合意されているわけではなく、この共通性に含まれない社会規範の定義も存在している。そうしたものには社会学や心理学等、他の領域のアプローチによるものが多い。「社会規範」の語は何らかの核心を持ちながらも、取り扱う問題に応じてその定義を柔軟に変えているようである。

2　社会規範に従う理由

社会規範の定義が定まったところで、ではなぜ人はその社会規範に従うのかという問題に答えていきたいが、これも簡単ではない。多くの人々が社会規範に従っている事実は観察できても、その理由を考えるのは存外難しい。ここでも、社会学、心理学、経済学等、学問領域ごとに異なる説明が与えられているようである。その全てを概観するのは土台無理である。本稿では、その中でも有力な説明の一つである、エリック・ポズナーが提唱する「シグナリングモデル」に基づいて、人々の社会規範の遵守のメカニズムを描く。[78]

(1)　シグナリングとは何か？

シグナリング（signaling）とは、「市場において当事者間に情報の非対称性が存在する場合、情報を保有している側が、保有していない側に対して情報を開示し、その情報に基づいて取引が行［なわれる］[79]」ことである。ここでは定義中の「市場」を「社会」に置き換えれば良い。社会との関係で述べれば、自分が当該社会にとってどのような人間であるのかを示す合図（signal）を、他の構成員に対して様々な行動を通して送っていることを指している。

人間は二つのタイプのいずれかに属していると仮定し、一方を「良いタイプ」、他方を「悪いタイプ」と呼ぶことにする。前者は割引率[80]が低く（協力的）、後者はそれが高い（機会主義的）タイプの人間である。[81]人は自分がどのタイプの人間であるか知っているが、他者がどうかについては知らない。人は普通単独では生きていけず、他者との交流の中で暮らしていくため、相手がどのタイプに属しているかを把握することは重要なことである。自分が良いタイプであるとすると、将来の利得を現時点でも高く評価するから、私はそのような傾向性を持つ同じ良いタイプと協力関係を築きたいと考えるだろう。他方、自分が悪いタイプだとすると、将来の利得よりも現在の利得を優先するから、私は長期的な協力関係を結ぼうとする良いタイプと付き合って、現時点での利益が一定程度確保できたらそうした関係を破棄するという行動をとるだろう。こうして、良いタイプの人間も悪いタイプの人間も、良いタイプと関係を結ぼ

うとする。悪いタイプ同士では関係を結ぼうとはしない。

このように考えると、人は、目の前で関係を取り結ぼうとしている人間がどちらのタイプに属しているかを判断する必要に迫られる。もし相手が悪いタイプであったとすると、自分がどのタイプであれ関係を取り結ぼうとはしないからである。逆に言えば、自分がある他人と関係を取り結びたいと考えているとき、相手にそうしてもらうためには、自分が良いタイプであることを知らせる必要がある。ここで人は自分が良いタイプの人間であるという合図（signal）を出す必要に迫られるのである。[82]

そうした合図とはどんなものだろうか。「私は良いタイプです」と発言してもあまり効果はなさそうである。口だけの人間は信じてもらえない。合図を発するとは、自らの意思に基づいた、外部的に観察可能で、かつある程度のコストを負担した行動をとることである。[83] モノをプレゼントとして贈る行為を例にとって考えてみよう。人はなぜモノを贈るのだろうか。相手の利益を考えて、つまり利他的な動機からのみそうするのだとすれば、実は相手の得る利得の最大化という観点からは説明がつかない。相手が得られる利益を最大化するプレゼントは何よりも現金であるはずだからである。モノを贈るとなると、それが相手の好みに沿わないモノかも知れないというリスクを抱え込むことになる。相手の利益にとって一番なのは、現金を渡され、相手が自分の好きなモノを購入したり、何も購入せず貯蓄したりすることになるはずである。しかし、普通そうは考えない。プレゼントには贈る側の〝気持ち〟が込められているはずである。シグナリングはこの気持ちを経済学的に説明してくれる。即ち、モノを贈るという行為は、自分はあなたとの関係を取り結び、維持していきたいという気持ちを相手に対して合図しているのである。それは、私が相手との関係では良いタイプであると合図していることと同視できる。なぜなら、それが外部的に観察可能であることは勿論、自発的になされた一定のコストを負担した行為だからである。[84] プレゼントは道端に落ちている石ころでは――相手が無類の石好きでもない限り――駄目である。相手が今欲しているモノを調査し、そのモノを入手すべく店を探

し、訪れ、金銭を支払って入手する必要がある。あるいは、市場で調達できないものであれば、わざわざ手作りするかも知れない。これらのコスト負担に裏付けられたプレゼントだからこそ、気持ちが込もっているのであり、強力な合図として機能するのである。プレゼントに見られるこのような行為を通じて、人は他者との関係を取り結ぶに際して自分が良いタイプであることを合図しているというのが、シグナリングの考え方である。

(2) シグナリングモデル

シグナリングモデルは社会規範の遵守もプレゼントと同様の機能を果たすと主張する。社会規範に従っているということは当該社会に対する構成員への協力の意思、即ち自分は良いタイプであることを合図していると考えるのである。[85] 社会規範に従って行動することは外部から観察可能であるし、自分の意思に基づいてそうしたと推定されるだろう。また、社会規範に従うことは一定のコストを負担する行為でもある。老人や妊婦には電車の座席を譲るべしという社会規範が存在すると仮定しよう。座っている方が立っているより楽であれば、一度確保した席を手放すとその分身体的負担が増えることになる。けれども、自らの意思で、あるいは他者に説得されて、席を譲るということは、当該社会規範に従うことによって自分がこの社会の構成員と協力関係を築き、維持しようという意思を有していることを周囲の人々に合図していることになる。人は社会的関係なくして日々の生活を送ることができないのが普通だとすれば、目の前の利益に反してでも社会規範に従うことには、当人にとって実はメリットがあるということになる。人が社会生活を送る上で不可欠な他者との関係という面に着目することによって、シグナリングモデルは人が社会規範に従う一般的な理由を説明してくれるのである。

シグナリングモデルは社会規範に従わない理由も同時に説明してくれる。ポズナーによれば、その理由は四つに分けられる。第一に、その人が悪いタイプの場合である。悪いタイプ、即ち割引率が高い人間は、将来の利益よりも目先の利益に応じて行動する傾向性を有している。社会規範を守る理由が社会における長期的な協力関係によって齎さ

れる利益だとすれば、悪いタイプの人間にとってそれを遵守する理由はない。老人や妊婦に席を譲るよりも、今自分が楽に電車を使った移動をすることの方がその人にとっては高い利益を得られるのである。第二に、その人が優越的地位にある（high-status）ために、たとえ社会規範を破ったとしても協力関係を断ち切ることができないという場合である。良いタイプであるという合図を発しなくても他者との協力関係を維持できるのであるから、その人は自分の短期的な利益を捨てる必要がない。事実上の地域独占ガス会社の態度がいかに横柄であったとしても、人々がそれとの関係を断ち切ることは容易ではないだろう。第三に、社会規範がある人の共同体とは異なるそれに属している、あるいは社会規範が急激に変化した場合である。例えば言葉遣いのpolitical correctnessのように、当初は何の問題もなかった言葉の使用法が数年の間で急激に不適切とされるようになったところ、未だその変化についていけないという場合である。あるいは、ある地域では特段問題のない言葉遣いが、別の地域に移った途端不適切と評されるような場合もこれに当たる。[86]

以上の三つの理由は、合図を発する必要がない（第一、第二）か、そもそもできない場合（第三）であった。いずれもシグナリングモデルの枠内で説明がつく。これらに対して、ポズナーは第四の理由を別のモデルとして捉えている。

(3) コミットメントモデル

社会規範から逸脱する第四の理由は逸脱者が主流派の社会規範に対して嫌悪・反発を抱いており、敢えてそれを破っているというものである。そうした人々は当該社会規範をこれ見よがしに破ることで、別の集団の間での紐帯を逆に強めている。ポズナーはアメリカの若者についての人類学的研究からこのことを導く。薬物を乱用してはならないという社会規範が存在する場合を考えてみよう。この場合に社会規範を破る理由として、そうした社会規範を持つ社会に対して反発しているからというものがあるだろう。薬物の乱用によってその人は社会の多数派からの協力を受けることができなくなる。しかし、そうであるからこそ、薬物を乱用する人々の間では強い協力関係が結ばれることに

なる。このとき、そうした人々は主流派の社会規範に対して高割引率だから、あるいはそこでの協力関係を取り結ばなくても生きていけるほど優越的地位にあるから、そうしているのではない。反主流派の社会へのコミットメントを表明するために、敢えて主流派の社会規範を破っているのである。このようなモデルをシグナリングモデルとは区別して「コミットメントモデル」と呼ぶ。[87]

これは部分社会における一種のシグナリングモデルと捉えることも可能なように思われるが、やはり別のモデルとして捉えた方が有益である。仮にそうだとすると、その部分社会の社会規範に従わない、つまり自分が良いタイプであることを合図しない全体社会の多数者が、なぜそうしないのかの説明がつかないからである。多数者は当然ながら部分社会の社会規範に高割引率であるわけではないし、良いタイプであることを知らせなくても部分社会の人々が自分たちと協力関係を取り結んでくれると思っているわけでもない。更に、この部分社会が多数者の社会と最早異なる社会となったと説明するわけにもいかない。今想定している状況の解釈として、日本とアメリカとで社会規範が違うように多数派の社会と楽物乱用者の社会もまた違う、とは言えないだろう。ここでは一つの社会の中に支配的な社会規範が存在し、それに反発する一部の人々がその社会に含まれる下位集団を作り上げていると見るべきである。

㈡　社会規範論との接続

1　社会規範と社会的意味

ここで、「社会的意味」と「社会規範」との関係について、シグナリングモデルとコミットメントモデルを用いながら説明しよう。

レッシグとサンスティンは社会に存在する何らかのルールと人間行動との関係についての考察に際して、若干異なるアプローチを採っていた。レッシグは個別の行為に付された社会の評価に着目して社会における非－法的ルール

（ここでは便宜的に「社会的ルール」と言う）を考察する姿勢をとる。その結果、そのような個別行為とそれに付される社会的評価の積み重ねが、より一般的・抽象的な社会的ルールを作り上げていくという理解をとっているように思われる。これに対して、サンスティンは社会的ルールが人の選好にどのような影響を及ぼすかについての分析を通じて、その社会的ルールの構築・変容を考察する態度をとる。彼はより一般的なモデルの構築を志向しているようである。両者の相違は言わば、下からの構築か、上からの構築かという点にある。

実は、レッシグは社会規範のみに着目する議論を批判している。規範は社会に存在する抽象的なルールであるが、具体的に適用された文脈を見なければ、それがどのような機能を果たしているか適切に評価できないと彼は言う。[88] 先に紹介した決闘を禁止するための社会規範がその例である。社会規範において決闘が禁ぜられていても、エリート層という「文脈」を無視していては、当該社会規範がどのように機能したのか、人々の行動はどの方向に向かったのかを精確に認識することができないのである。[89]

レッシグの社会的意味に重きを置く考え方は、ポズナーが提示したシグナリングモデル／コミットメントモデルの区別に適合的である。決闘の例がそれをよく示している。エリート層が決闘をしてはならないという社会規範を守らなかった理由はコミットメントモデルに当て嵌まる。即ち、多数派の間では確立した社会規範たる決闘禁止に反発し、エリート層という当該社会の下位集団（部分社会）へのコミットメントを合図するものとして決闘の慣行が存続していたのである。文脈を把握していなければ、エリート集団が社会規範に従わなかった理由を別に求めていた可能性がある――例えば、第二の理由、即ちエリート層は社会構成員に対して自分が良いタイプであることを合図しなくても、彼らからの協力を十分取り付けることができるから、というように――。この文脈分析がなければ、エリート層の決闘慣行を廃止するためのより良い解決策（公務就任禁止）を発見することもできなかっただろう。

ある事案を社会規範遵守の理由を示す二つのモデルのいずれに割り当てるべきかを解釈するにあたっては、レッシ

グの言うように個別の文脈に応じた分析が不可欠になる。更に、法による社会規範への影響力行使の場面でも、どのような方策が最も効果的かを考える上でこの文脈分析が極めて有効な道具になる。この点から、社会的意味にまで着目する議論の方が、社会規範に従う理由を示すモデルに適合的で、効果的な社会規範の変容にとって有益であると言え、統治技法としての社会規範論として優れていると考えられる。

但し、この結論はサンスティンの論を無に帰するわけではない。一般的・抽象的な社会規範を前提に考察を進める彼の議論の長所は、法と社会規範との関係の一般的な説明モデルを提供してくれる点にある。政府による社会規範の構築への統制論を作り上げるためには、法と社会規範との一般的関係が明らかにされている必要がある。社会規範の構築に際しての法の主導的な役割を明らかにした彼の業績は、統制論に優れた手掛かりを提供していることを忘れてはならない。

2　法の影響力行使に対するポズナーの否定的評価の検討

シグナリングモデルを提唱したポズナーはレッシグらと同様に新シカゴ学派に属する学者と見做されている。ところが、彼は三つの理由から国家・法による社会規範への影響力行使に否定的である。この否定論はレッシグの社会的意味論を批判する文脈で行なわれたものであるけれども、彼の批判は社会規範論一般に向けられていると見て良いだろう。

第一の理由は、社会的意味を変更したり維持したりしようとする政府の努力の結果は予測不能だというものである。[90] 政府が望む方向に社会的意味を変更できるかどうかは多分に偶然に依存している。社会的意味を変えようと試みた法が当該意味をより強化する方向へと働くかも知れないし、その逆もまた然りというわけである。クリントン元米大統領による軍隊への同性愛者の受容促進に向けた一連の動きがこれに当たる可能性があるとポズナーは指摘している。クリントンの試みは軍隊における同性愛者への寛容を導くどころか逆に保守派の強烈な反対を招いた。軍隊における

同性愛者に付着した既存の社会的意味は寧ろ強化されてしまったのである。[91]

第二は、国民との関係で社会規範をより良い方向へと変えるインセンティブを政府は持たないというものである。[92]ポズナーは次のような仮想事例を出す。ある国家では悪いタイプであると思われることを防ぐために、人々が皆自己検閲をしている。表現の自由は保障されており、国家がそれに対する法規制を行なっているわけではないものの、人々は自由な意見を表明しようとしない。この場合、政府は表現を活発に行なうよう既存の社会規範を変容させていくインセンティブを持つだろうか。答えは否である。政府には自己を批判する言論を増大化させるような社会規範の変更を行なうインセンティブがない。更には、表現活動を活発化させるための政府の諸政策に向けた動きも社会的意味を持つ。当該社会ではその動きもまた悪いタイプであることを合図することになるから、政府構成員や政府それ自体に対する他の構成員からの協力が失われると言う。強力な社会規範が存在するところでは、政府によるその変更が期待できない。結局政府と雖も規範仕掛人の一人に過ぎないというわけである。

第三は、政府資源を無駄な競争に晒してしまうというものである。[93]政府が社会規範を変化させる力を持つとすると、人々が自ら望む社会規範の実現のために政府を利用するようになる。例えば、ある宗教団体が自らを指し示すシンボルを街の至る所に掲示するよう政府に働きかけ、実現したとしよう。このシンボルが街中に溢れていることは当該宗教団体の信者が大量に存在しているとか、その政治力が強大であることを人々に思い込ませることになる。このことから、多くの人はその宗教団体を協力の相手方と見るようになり、一私的団体が国家規模の強大な権力を持つようになるだろう。アメリカ合衆国憲法の国教樹立禁止条項や平等保護条項はこうした事態を防ぐために設けられていると彼は言う。

ポズナーの以上の議論はこれだけでは説得的とは言えない。順番を前後して、第三の論拠から第二、第一と移る形で批判的に検討していく。第三の論拠はそのまま受け取ると、彼の議論そのものを掘り崩す。本稿が依拠した彼の著

作は、まさに法や政府行為がいかに社会規範に影響を与えるかを考察したものである。ならば、彼は法・政府行為が社会規範に影響を与える可能性を承認しているに違いない。それ故、彼の第三の否定論は、政府は社会規範への積極的な影響力行使をしてはならない、という主張として受け取る必要がある。そうすると次に、その積極的な影響力行使とはいかなる事態を指し示しているのかという疑問が湧く。これについて彼は答えるところがない。法の社会規範に対する影響力行使の余地を認める以上、何が積極的か消極的かの違いは有益な区別とは思えない。レッシグやサンスティンの言うように、望ましい結果を導くために社会規範を通じた統治が役立つのであれば、立てるべき問いは何が許される影響力行使なのかである。そのような問いを立てるからこそ、具体例として出された宗教団体の影響力行使が憲法上否認されうるのである。

第二の否定論は二つの解釈可能性がある。一つは、政府が影響力を行使するインセンティブがないというものだが、これは政府の影響力行使に反対する理由にはならない。政府はそういう行動をとらないだろうという見立ては、影響力行使に賛成・反対以前の問題だからである。もう一つの解釈は、社会規範による統治をなす政府は社会規範の内容に中立的ではありえず、自己の都合のいい、つまりは人々にとって不利益になりうるような社会規範の変容しか行わないから、影響力行使に反対するというものである。けれども、先程の第三の否定論で見たように、私人の側から政府資源を利用した社会規範への影響力行使が行なえる可能性を認めるのであれば、その否定論は採れない。政府それ自体が社会規範の変容に否定的であったとしても、その背後に存在する人民の要請によって影響力を行使することもありうるだろう。[94] ポズナーの見立ては政府の行動に対して悲観的に過ぎる。

最後に、第一の否定論を見ていくが、恐らくこれが最も説得力のある批判である。確かに、法の影響力行使が必ず社会規範の変容に繋がるとは限らないし、場合によっては望ましくない方向へと進んでしまう場合もあるだろう。だが、この想定は法が社会規範に影響を与えるメカニズムをより詳細に分析してみて初めて正誤が分かるはずである。

どういった内容を持った法であれば、あるいはどういったプロセスで成立した法であれば、より効果的にそして高い確度で社会規範に影響を与えうるのか。この疑問に回答するためには、社会規範論者たちが提唱する法と社会規範との関係について、更に立ち入った検討をなす必要がある。

六　結

本稿は次の点を明らかにすることができた。即ち、①間接規制の一種として社会規範を用いた規制がなされていること、②それを効果的な統治に利用すべく理論化が図られる一方でその統制論は手薄になっていること、③社会規範の遵守行動をモデル化して説明し社会規範論をより詳細に描こうとする試みがあること、である。

最早繰り返すまでもないが、憲法学が社会規範による間接規制問題を考える上で極めて重要なのは、それをいかに統制するかである。その統制方法を理論化するために重要な役割を演ずると思われるのが、「法の表示理論 expressive theories of law」である。これは、法には一般に法効果と呼ばれる側面の他に、私人にメッセージを発する側面があることを指摘する理論である。有効な統制論を殆ど述べていないと本稿が評したサンスティンが社会規範論を展開する中で最も重要視した法理論こそ、この法の表示理論（機能）であった。[95] 従来余り注目されてこなかった法のこうした側面[96]こそが、社会規範に影響を与え、以て人々の行動を規制しているのではないか。ならば、このメカニズムを解明することが、効果的な統治理論とその統制論としての社会規範論にとって重要であろう。今後は、この理論を詳細に検討することで、社会規範論の、延いては間接規制問題の、更なる憲法学的な研究に取り組みたい。

（1）本稿は筆者が慶應義塾大学大学院法学研究科に提出した修士論文「社会規範による統治――法との関係を巡って」の一部を再構成した上で加筆・修正したものである。

（2）レッシグは多くの場合、単に「規範 norm」と表現するが、具体的説明を見れば、それが共同体における非－法的な制裁（社会的サンクション）に裏付けられた規範、即ち社会規範を主要な要素として含むことが分かる。事実、レッシグは「規範」と「社会規範」の両語を何の断りもなく互換的に使用している。宗教規範等もここで言う「規範」には含まれるものの、以下ではレッシグに倣い「社会規範」を「規範」と互換的に使用する。尚、指摘するまでもなく、ここで言う社会規範に法規範は含まれていない。

（3）LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, Ch. 7（2006）. レッシグはこれら以外が規制装置として使用される可能性を排除していない。

（4）日本の憲法学には「間接的制約」という語が存在するが、当然ながらここで言う間接規制とは異なる概念である。後者は、法が私人に対して禁止や義務付けのように直接の法効果を生ずる規制とは異なる規制を行なっている事態を意味しており、前者のように行動の結果として生ずる弊害を予防するために致し方なく行動そのものが規制されてしまう（参照、宍戸常寿『憲法 解釈の応用と展開〔第二版〕』〔日本評論社、二〇一四〕三九頁）ことではない。レッシグの用法に当て嵌めれば、間接的制約は直接規制の一種である。

（5）リチャード・セイラー＝キャス・サンスティン（遠藤真美訳）『実践 行動経済学――健康、富、幸福への聡明な選択』（日経ＢＰ社、二〇〇九）一三五～一四一頁。

（6）ある人が保険に加入しようとしている場面を考えてみよう。保険の組み合わせは膨大に存在する。その中から自分にあったプランを選択する作業は困難を極めるだろう。そこで保険会社や代理店は、専門的アドバイスの傍ら、プランを一定数に抑えて提示するかも知れない。例えば、おすすめプランという形で重要項目だけが載った幾つかの選択肢のみが提示されるとしよう。勿論、これら以外のプランも存在するし、特約オプションも多数ある。しかし、そうしたおすすめプラン以外の情報は保険を選んでいる者から尋ねない限り提示されないものとする。このとき、その者は確かにどのプランもどのオプションも選ぶことができる自由を有している。けれども、多くの人は目の前に提示されたおすすめプランの内のどれかを選ぶことになるだろう。

（7）Exec. Order No. 13,707, 80 Fed. Reg. 56365（Sep. 18, 2015）. この大統領令に書かれた知見利用の具体例が、セイラー

＝サンスティン・前掲注（5）の目次に挙げられた事柄と多くの点で類似していることは興味深い。

（8）大屋雄裕「柔らかく確率的な支配」ビシネス・ロー・ジャーナル八九号（二〇一五）一三頁。引用文中のスラッシュは原文での改行を意味する（以下、引用文中にて同様）。大屋のより詳細な議論については、同『自由か、さもなくば幸福か？――二一世紀の〈あり得べき社会〉を問う』（筑摩書房、二〇一四）を見よ。

（9）同様の問題意識を持ちつつ、表現の自由領域における間接的な規制の展開とそれに対する憲法的統制を、アメリカの判例・学説を素材に試みる論攷として、横大道聡『現代国家における表現の自由――言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、二〇一三）、特に序章を参照されたい。

（10）J・S・ミル（塩尻公明＝木村健康訳）『自由論』（岩波書店、一九七一）一五頁。『自由論』の殆ど同じ件りを引用し、それに続けて、国家による社会を通じた自由への規制を「意味の秩序論」を用いて考察する論攷として、駒村圭吾「「意味の秩序」と自由」曽我部真裕＝赤坂幸一編『憲法改革の理念と展開（下）――大石眞先生還暦記念』（信山社、二〇一二）一七一頁以下。

（11）トクヴィル（松本礼二訳）『アメリカのデモクラシー（第一巻・下）』（岩波書店、二〇〇五）一五三頁。

（12）奥平康弘「《インタビュー》法規制はできるだけ慎重に　むしろ市民の「文化力」で対抗すべきだろう」Journalism二〇一三年一一月号一〇二頁。インタビュー形式であることを示すため、記述を一部改めた。

（13）尤も、奥平は続く発言で、ここに言う文化力には「権力にかかわる法律のありようや、法適用のありようというものも当然入らざるを得ない」（同前）と述べており、純粋に国家から独立した文化力を想定しているわけではない。尚、この発言を導いた質問は「あくまで文化力、つまりは言論で対抗すべきだというお考えでしょうか。」というものであったが、「文化力」という言葉には「言論」という言葉に換言できない、より多様な意味が含まれるはずである。

（14）比較的最近のモノグラフとして、前者は、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』（勁草書房、二〇〇四）、後者は、鳥澤円「社会規範の探究――法の企ての基点」一橋大学博士論文（未公刊、二〇〇二）。

（15）Lawrence Lessig, *New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661, 665 (1998).

（16）本稿で「法」と言うとき、文脈上明らかに意味が通じない場合を除いては、単なる法文や規範の他に、政府行為も含まれる。

（17）Lessig, *supra* note 15, at 679 (n. 68).

(18) とは言え、何から何まで「規制」としてしまうと考察の範囲は限りなく広がってしまう。実際の研究においては、種々の規制を「規制装置 regulator」として一定の類型に整理した上で、個々の類型ごとに考察が深められている。その中で多くの研究成果が公表されているのが、先に紹介したレッシグの四つの規制装置である。

(19) Lessig, *supra* note 15, at 665. 旧シカゴ学派の代表的研究として、*see* ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991).

(20) Lessig, *id.* at 672. この記述から分かるように、レッシグの主張は法以外の規制装置が完全に法の従属物であるというものではない。例えば、社会規範は法とは無関係に生成・維持されることがあるだろう。

(21) 井上達夫『自由論』（岩波書店、二〇〇八）一六頁、四五～五八頁。

(22) 同前五八頁。

(23) 同前五八～五九頁。

(24) 同前六三頁。現実の事例では、ナチズムやスターリニズムがこれに当たると言う。

(25) 我々の行動を制約するものを全て規制として把握する新シカゴ学派の立場には疑問を投げかけることができる。法が他の規制に影響を及ぼす可能性を前提に考察を展開していくのであれば、法が全く影響を及ぼすことができないものまで「規制」に含める実益はない。この点、先に見たような、重力を一種の規制と見るレッシグの見解は、規制概念を無益に広げ過ぎている。重力は今後の技術進展があれば兎も角、現時点では人為的にコントロールできない。このように、規制概念を拡張するにしても、法が影響を与える可能性があるものに留めれば良いと指摘するものとして、松尾陽「規制形態論への前哨――規制の分散化と規制作用の静態的分析」近畿大学法学六〇巻一号（二〇一二）一三九頁。

(26) 尤も、こうした間接規制による統治の構想が登場したのは決して最近ではない。例えば、功利主義の祖ジェレミー・ベンサムは、〈禁止・義務付け→サンクション〉という直接規制以外に、教示・教育等を通じて間接的に人々の行動を指導する立法構想（間接立法）を示していたという。参照、安藤馨「功利主義者の立法理論」井上達夫編『立法学の哲学的再編』〈立法学のフロンティア㈠〉（ナカニシヤ出版、二〇一四）八九～九七頁。

(27) 当然ながら、憲法の役割がこれだけに限られるわけではない。例えば、一定の制度設営を要求する規定も憲法に書き込まれることがある。

(28) Lessig, *supra* note 15, at 668. 引用文中の［　］は筆者による補足、以下同じ。

(29) 社会規範をテーマとして二つのシンポジウムがこの時期に開催されている。*See* Symposium, *Law, Economics, and Norms*, 144 U. PA L. REV. 1643 (1996); Symposium, *Social Norms, Social Meaning and the Economic Analysis of Law*, 27 J. LEGAL STUD. 537 (1998). 法と経済学と、社会規範論との関係を巡る議論動向の概略を示すものとして、参照、川浜昇「法と経済学の限界と可能性——合理的選択と社会規範をめぐって」井上達夫＝島津格＝松浦好治編『法の臨界［Ⅱ］秩序像の転換』（東京大学出版会、一九九九）二〇九頁以下。

(30) *See* Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995).

(31) *Id.* at 951. 当初の定義はこれとは異なり、言語、身振り、法概念、制度等のあらゆる社会的人工物（social artifacts）が持つ、一定のコンテクストの下での意味とされる。Lawrence Lessig, *Plastics: Unger and Ackerman on Transformation*, 98 YALE L. J. 1173, 1174–75 (n. 10) (1989).

(32) 日本では、一定の場合、順番抜かしは軽犯罪法一条一三号の構成要件に該当するが、この法律があるから（処罰される恐れがあるから）順番抜かしをしないと考えている者は皆無に近いだろう。

(33) Lessig, *supra* note 30, at 958–62.

(34) 二〇〇〇年頃までのレッシグの議論を「初期レッシグ」と時期区分した上で、そこに「文脈性」（コンテクスト性）と「構成主義 constructivism」の影響が読み取れることを指摘する論攷として、成原慧『表現の自由とアーキテクチャ——情報社会における自由と規制の再構成』（勁草書房、二〇一六）二六～二八頁がある。そうした総論的理解を元に、レッシグの社会的意味論を読み解く、同五五～六一頁をも参照。

(35) トークンとは、意味の象徴のことであり、言明、目配せ、制度、実践、行為等がある。Lessig, *supra* note 31, at 1176 (n. 15).「コンテクスト」と対比させる点では、広い意味での「テクスト」と考えてもいいかも知れない。

(36) 本稿においては、「政府」という語を「国家」と同義に扱う。本稿の問題意識に従えば、「国家」の方が精確な表現だが、「政府 government」を原則として使用する論者も多い。ここで「政府」を使ったのは、レッシグがgovernmentの語を使用するからである。

(37) Lessig, *supra* note 30, at 957.

(38) *Id.* at 968–72.

(39) *Id.* at Part II に挙げられた諸事例を参照。レッシグは攻撃的構築だけ政治的なものとそうでないものを区別するが、

その意図は明らかでない。

(40) *Id.* at 1008–14.

(41) 両者を区別する実益はあまりないとの指摘がある。参照、飯田高「フォーカルポイントと法㈠――法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学六三巻（二〇〇六）七八頁（注三六）。

(42) 尤も、ある行為の強制がこのような社会的意味の強化を生まず、寧ろその逆の効果を発生させることもあることが指摘されている。エリック・ポズナー（太田勝造監訳）『法と社会規範――制度と文化の経済分析』（木鐸社、二〇〇二）一七一～一七二頁は、強制された国歌斉唱行為が繰り返され定着することは、その行為の象徴的な意味を消失させうるとする。

(43) Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903, 914 (1996).

(44) *Id.* at 921–22. 社会的役割を独自の類型として区別する実益はないように思われる。身分・地位・職業に付着した行動準則があるとすれば、社会規範にそれを含めればいいし、抽象的な行動準則を定めた社会規範が身分等に付着することによってその内容が具体化されるというのであれば、社会的意味の問題として処理すれば良い。

(45) *Id.* at 925.

(46) 両者の主張の詳細な比較検討は五㈡1を見よ。

(47) Sunstein, *supra* note 43, at 932–35. 経済学で「顕示選好概念」と呼ばれるものである。

(48) *Id.* at 935–38.

(49) *Id.* at 938–39.

(50) 選好概念がこの三つに再編されたわけではない。これ以外にも分析概念は存在しうるが、サンスティンは主要なものとしてこれらを挙げている。

(51) Sunstein, *supra* note 43, at 916.

(52) *See id.*

(53) 以上の議論は、*id.* at 939–41.

(54) この翻訳は、鳥澤・後掲注（82）一一〇頁によるものである。

(55) Sunstein, *supra* note 43, at 961–62. こうした考え方は後にリバタリアンパターナリズムとして開花していったように

思われる。

(56) *Id.* at 962–64.

(57) *Id.* at 964.

(58) *Id.*

(59) Lessig, *supra* note 30, at 1039–40.

(60) 「物乞いをする目的で公共の場に留まったり、歩き回ったりした場合、その者はぶらついた行為につき有罪である。」N.Y. Penal Law § 240. 35 (1) (McKinney 1989). ちなみに、日本でも乞食行為は軽犯罪法一条二二号により処罰の対象になっている。

(61) Loper v. New York City Police Department, 999 F2d 699 (2d Cir. 1993).

(62) Lessig, *supra* note 30, at 1040–41.

(63) West Virginia St. Bd. of Educ. v. Bernette, 319 U.S. 624, 642 (1943).

(64) Lessig, *supra* note 30, at 1039.

(65) *Id.* at 1036.

(66) 成原・前掲注（34）六一頁は、「社会的意味の操作を通じた正統の公定にあたる事例が少なからず許容されてきたことを踏まえると、Barnette判決の正統公定禁止原理は米国の憲法判例において完全に遵守されてきたとは言いがた[い]」と述べ、正統公定禁止原理がそのままの形で妥当しないことを指摘している。

(67) その代表的論攷が序章で掲げたLESSIG, *supra* note 3である。

(68) Sunstein, *supra* note 43, at 965–66.

(69) *Id.* at 966–67.

(70) *See id.* at 947–952.

(71) 参照、セイラー＝サンスティン・前掲注（5）。サンスティンの単著としては、CASS R. SUNSTEIN, WHY NUDGE?: THE POLITICS OF LIBERTARIAN PATERNALISM (2014) [hereinafter WHY NUDGE?]; *do.*, CHOOSING NOT TO CHOOSE: UNDERSTANDING THE VALUE OF CHOICE (2015) 等がある。

(72) さしあたり、リバタリアンからの批判として、森村進「サンスティーンとセイラーのリバタリアン・パターナリズ

ム」同『リバタリアンはこう考える――法哲学論集』（信山社、二〇一三）三五八頁以下を参照。リバタリアンパターナリズムの最近の展開を概観するものとしては、例えば、大林啓吾「パターナリズムの蔓延」千葉大学法学論集二九巻一＝二号（二〇一四）一四一頁以下（同『憲法とリスク』〔弘文堂、二〇一五〕第二章Ⅲとして所収）、那須耕介「リバタリアン・パターナリズムとその十年」社会システム研究一九号（二〇一六）一頁以下を参照。

(73) セイラー＝サンスティン・前掲注（5）第一五章、及びSunstein, Why Nudge?, *supra* note 71, at Part Fiveを参照。尤も、サンスティンは近著において、具体的な統制論を提示しているかに見える。Cass R. Sunstein, The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science（2016）. そのため本文の記述は訂正される必要があるかも知れないが、本書の検討は他日を期す。

(74) Sunstein, Why Nudge?, *id.* at 153.

(75) *Id.* at 158.

(76) 様々な社会規範の定義の紹介及びその定義の難しさについて、参照、飯田・前掲注（14）六〇～六三頁。

(77) Robert C. Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in Social Norms 35（Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001）.

(78) シグナリングモデル以外の経済学的な説明の概観として、参照、藤田友敬＝松村敏弘「社会規範の法と経済――その理論的展望」ソフトロー研究一号（二〇〇五）五九頁以下。

(79) 金森久雄＝荒憲治郎＝森口親司編『有斐閣経済辞典〔第五版〕』（有斐閣、二〇一三）五〇三頁。

(80) 割引率（discount rate）とは、「将来の価値が現在どれだけの価値に相当するかを計算する時に適用される利子率」のことである（同前一三四〇頁）。例えば、一年後に一万円を貰えることが約束された人がいる。今即金で五千円支払うから、一年後の一万円を諦めてくれという取引が持ちかけられたとき、その人はどのように応ずるだろうか。ここで登場するのが割引率である。その人の割引率が〇・二であったとすると、一年後の一万円は〇・二の割合だけ減じて現在価値に換算される――換言すれば、将来利得が〇・八倍される――から、その人にとって、未来の一万円は現在の八千円と等価である。持ちかけられた五千円に比べると将来利得の現在価値の方が高いので、経済的合理性のみを考慮すれば、その人は取引に応じないだろう。

(81) ここでの「良い／悪い」は何らかの道徳的価値に照らして善悪や当不当が判断された結果ではないことに注意された

い。飽くまで割引率の高低を良い・悪いという言葉に置き換えただけであり、例えば「割引率が高い人間は道徳的に悪い」ということを意味しない。

(82) ポズナー・前掲注（42）三八頁、飯田・前掲注（14）三六～四一頁。ポズナーの著者の書評として、鳥澤円「《書評》シグナリングとしての規範遵守――Eric A. Posner, Law and Social Norms」アメリカ法二〇〇一―一号（二〇〇一）一〇八頁以下。

(83) ポズナー・同前三八頁。

(84) 自発的にというのは、「他者から強制されずに」という意味である。面倒だけれども、あるいは嫌々ながらモノを贈ったという場合も、ここでは自発的な行為に含まれる。

(85) ポズナー・前掲注（42）四一～四九頁。

(86) 以上、同前四九～五一頁。

(87) 同前五一～五二頁。

(88) Lawrence Lessig, *Social Meaning and Social Norms*, 144 U. PA. L. REV. 2181, 2182–85 (1996).

(89) *Id.* at 2186–87.

(90) ポズナー・前掲注（42）一八九～一九〇頁。

(91) ここで妥協案として示されたのが、所謂「訊かざる言わざる Don't ask, Don't tell」規定である。本規定はオバマ政権によって二〇一〇年に廃止された。参照、井樋三枝子「【アメリカ】同性愛者の軍務禁止法の廃止」外国の立法二四六―二号〈http://www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/legis/pdf/02460202.pdf〉（二〇一七年二月二日確認）。レッシグも軍隊における同性愛者の存在は、強く、訓律された、感情なき異性愛者としての男性の集団、というイメージから逸脱するが故に、既存の社会的意味が維持される方向で政府の影響力行使（防御的構築）が行なわれうる余地があると見ていた。Lessig, *supra* note 30, at 987–89.

(92) ポズナー・前掲注（42）一九〇～一九一頁。

(93) 同前一九一～一九二頁。

(94) 法の間接規制への影響力行使に対する民主的統制を及ぼすための理論構築を企図するものとして、松尾・前掲注(25)を参照。

(95) 前掲注（57）及び（58）に対応する本文を参照。法の表示理論という言い方はサンスティンの用語法とはやや異なるが、ここでは殆ど同義と考えて良い。

(96) 尤も、日本においてこれが全く注目されていなかったわけではない。憲法学では例えば、参照、安西文雄「平等保護および政教分離の領域における「メッセージの害悪」」立教法学四四巻（一九九六）八一頁以下、福嶋敏明「法・政府行為の表現的次元とその問題性に関する一考察――アメリカ合衆国における「法の表現理論」をめぐる議論状況」早稲田法学会誌五四巻（二〇〇四）二一五頁以下、小泉良幸「立憲主義の土壌を侵すもの」同『個人として尊重――「われら国民」のゆくえ』（勁草書房、二〇一六）一一二～一一四頁。文脈を異にするが、蟻川恒正「「命令」と「強制」の間――最高裁判例に潜在する「個人の尊厳」」同『尊厳と身分――憲法的思惟と「日本」という問題』（岩波書店、二〇一六）二〇〇頁をも見よ。

〔附記〕本稿脱稿後に次の文献に接した。松尾陽編『アーキテクチャと法――法学のアーキテクチュアルな転回？』（弘文堂、二〇一七）、井上達夫『自由の秩序――リベラリズムの法哲学講義』（岩波書店、二〇一七）。

瑞慶山広大（ずけやま　こうだい）
所　属　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程一年
専攻領域　憲法