

憲法とコンテキスト（2・完）

—初期ローレンス・レッシグの憲法理論—

The Constitution and its Context:
The Constitutional Theory of Lawrence Lessig

成原 慧*
Satoshi Narihara

目次

1. はじめに
2. 可塑性と変革
3. 憲法への忠節と翻訳

(以上、No.86に掲載)

4. 規制概念の再構成
5. 立憲主義と民主主義の連関
6. むすびにかえて

(以上、本号に掲載)

4. 規制概念の再構成

前章でみてきたように、レッシグは、憲法のコンテキストとして、法的なコンテキストのみならず、法の外のコンテキストも意識して、憲法の翻訳のあり方について論じてきた。かかる問題意識の延長線上に、レッシグは、経済学や社会学などの議論を参照しつつ、社会規範やアーキテクチャなどの法以外の規制についての

研究に取り組むことになる。本章では、1990年台半ばから後半におけるレッシグの規制研究に関する論文について検討することにより、レッシグにおける規制手段の多元性・重層性という認識とかかる認識を踏まえた価値選択の必要性というインプリケーションを明らかにする。

* 東京大学大学院情報学環助教

キーワード：憲法、コンテキスト、レッシグ、社会規範、アーキテクチャ、立憲主義、民主主義

4.1 法と経済学による規制研究

レッシグが各種の非法的規制について研究を行う上で土台となり批判的に承継することになったのが「法と経済学」(law and

economics)、特に「シカゴ学派」の法と経済学による規制研究である。

4.1.1. シカゴ学派の法と経済学

「法と経済学」は、「法の経済分析」と呼ばれることにも見て取れるように、法制度を経済学の観点から研究するアプローチの総称である。法と経済学は、一般に、ミクロ経済学の方法論を用いて、法制度に関する諸個人が合理的に選択を行うという前提に基づいて、人々の相互作用の均衡を分析することを通じて、法制度を説明ないし評価してきた。法と経済学には、法制度の経済学的説明に徹する記述的研究と法制度の評価を伴う規範的研究が含まれるが、後者においては、多くの場合、効率性の観点から法制度の評価が行われてきた。法と経済学は、当初は主に不法行為法や競争法を中心に適用されてきたが、今日では、契約法、刑事法、憲法など法分野の各領域において展開されるようになってきている¹。現代米国における法と経済学の中でも、ロナルド・

コース²らシカゴ大学の経済学者の方法論および規範的インプリケーションの影響を受けつつ³、リチャード・ボズナーらシカゴ大学ロースクールに關係する法学者や法実務家が形成してきた「シカゴ学派」は、最有力の学派の一つとなっている。同学派の代表的論者であるボズナーは、効率性の概念を「富の最大化」(wealth maximization)として再定式化した上で、「富の最大化」の観点からコモンローの体系を説明すると同時に、制定法による規制を批判的に説明ないし評価してきた⁴。レッシグも、1989年から1990年にかけて第7巡回区連邦控訴裁判所においてボズナーのもとでロークラークを務め、1991年から1997年までシカゴ大学ロースクールで教鞭をとるなど、シカゴ学派の法と経済学とは浅からぬ関係がある⁵。

4.1.2. 法的規制の代替手段の研究

シカゴ学派の法と経済学の論者は、効率性の観点から法制度を評価すると同時に、法以外の手段がより効率的に政策目的を達成する可能性を検討してきた。例えば、シカゴ学派の法と経済学に多大な影響を与えたコースは、1960年の論文「社会的費用の問題」において、取引費用(transaction cost)が無視できるほど低い場合には、法的規制等の政府による介入がなく

ても、市場における当事者の自主的な交渉によって外部性の解決が実現される可能性を提示した⁶。また、次節で詳しくみるように、1990年代以降のシカゴ学派の法と経済学では社会規範による法的規制の機能の代替可能性についても活発に研究が行われるようになってきている。このように、シカゴ学派の法と経済学の論者は、様々な領域において、効率性を基準に法制度

を評価し、市場メカニズムや社会規範などの法以外の規制手段が法的規制よりも効率的に紛争

や外部性を解決する可能性を示してきたのである。

4.2. 社会規範と社会的意味

レッシグが憲法を翻訳する際の法の外のコンテキストに対する関心をもとに、法以外の規制の研究に取り組む上で最初に着目した対象が社

会規範 (social norm) とそれを支えている社会的意味 (social meaning) に関する理論である。

4.2.1. 社会規範論の再構成

レッシグの社会規範論の意義を理解する上では、彼が対峙することになったシカゴ学派の法と経済学における社会規範論の性格を把握しておくことが求められよう。1990年代以降の法と経済学においては社会規範に関する研究が活発に行われるようになってきている⁷。社会規範については論者により様々な定義が提起されてきたが、さしあたり、「裁判所や議会のような公的機関によって定められるわけでも、法的サンクションの威嚇によってエンフォースされるわけでもないが、通常は遵守されているルール」というポズナーの定義⁸、あるいは、「国家機関以外の第三者によって社会的なサンクションを通じて分散的にエンフォースされる個人の行動を統制するルール」というロバート・エリクソンの定義⁹が参照に値しよう。法と経済学における社会規範研究には少なからぬ蓄積があるが、この分野の第一人者であるエリクソンは、カリフォルニア州シャスタ郡の農村地帯でのフィールドワークに基づき、1991年に『法なき秩序』を公刊し、農村地帯の人々が、迷い牛の処理やフェンスの設置費用の負担など近隣間の紛争問題を、しばしば法ではなく地域のインフォーマルな規範によって解決していることを

明らかにした上で、社会規範が一定の条件下で法よりも効率的に紛争解決しうることを経済学的に論証しようとした¹⁰。また、近年では、契約法、家族法、刑事法、人種差別などの様々な領域において評判、スティグマ、村八分などの社会的サンクションに支えられた社会規範による規制の機能について法的規制との関係を意識しつつ分析が行われるようになってきている¹¹。

従来の法と経済学における社会規範論と比べて、レッシグの社会規範論の性格はどのように位置づけられるのであろうか。この点について、1996年にペンシルバニア大学で開催されたシンポジウム「法、経済学、規範」での報告をもとにした論文「社会的意味と社会規範」に即してみたい¹²。レッシグは、経済学が理論の希薄性と単純性ゆえに少ない概念装置により多くの現象について説明することに成功してきたことを評価した上で、経済学がかかる理論の特性ゆえに見落としてきた重要な要素があると指摘している。経済学が見落としてきた重要な要素を補足するために近年ではいくつかの新たな概念装置が提起されるようになっており、社会規範もその一つということができよう。しかしながら、レッシグによれば、社会規範論も

従来の経済学への補足として十分なものではない。すなわち、経済学における社会規範論は、社会規範の規制する人々の行動 (behavior) に焦点を当て、それを外的に観察し、人々が規範から逸脱して行動することに伴うコストについて分析してきた。だが、社会規範が人々の行動に与える制約について十全に把握する

4.2.2. 社会的意味の探究

次に、社会的意味に着目したレッシグの社会規範論の内容とインプリケーションについて、1995年にシカゴ大学ローレビューに掲載された論文「社会的意味の規制」に即してみよう。この論文の前半部においてレッシグは、彼が社会思想の二つの伝統と位置づけるところの「解釈学的」(interpretive)な伝統(人類学、社会学)と「非解釈学的」な伝統(経済学)を結びつけることで、社会規範論に社会的意味の概念を導入することを試みている。すなわち、レッシグは、従来の経済学的ないし行動主義的な社会規範論の限界を意識して、バーガー&ルックマン、ブルデュー、デュルケムら社会学者の議論を参照しつつ、社会規範を支える社会的意味の構成について研究を行ったのである¹⁴。レッシグによれば、我々の生きる社会的現実 (social reality) は社会的意味によって構成されている。社会的意味とは、一定のコンテキストにおいて何らかの行為や地位に付着した記号論的内容 (semiotic content) であり、その例として、一定のコンテキストにおいてある種の行為が創出するスティグマやジャスチャーが含意する侮辱などがあげられる。社会的意味は個人や集団に制約を課したり力を与え

ためには、社会規範の規制する行動が何らかの具体的なコンテキストのもとで有する意味 (meaning) を理解することが求められるはずである。そこでレッシグは、社会規範論の「解釈学的転回」(interpretive turn)を説くことになるのである¹³。

一方で、個人や集団は自らの目的を促進するために社会的意味を利用している。政府も自らの目的を促進するために社会的意味を利用したり、社会的意味の再構成を試みることがある。例えば、政府は「家族の価値」の意味を利用することで同性愛者を社会生活から排除することがある。社会的意味が個人を拘束する力は、背景にある理解や期待の構造が人々によって自明視され不可視なものとなるほど強力なものとなる。例えば、人種間の優劣を自明視する理解の構造が存在する場合には、特定の人種を差別する社会的意味は自然で必然的なものと理解され、強力なものとなる¹⁵。

レッシグは、個人が人々に自明視されてきた社会的意味のコンテキストに挑戦することは困難であり、社会的意味を再構成するには集合行為 (collective action) が必要になると指摘した上で、この種の集合行為問題の解決を促す上で政府が果たしうる役割に着目している。政府は、個人が社会的意味と対峙する際のインセンティブの構造を変化させることなどにより、社会的意味の再構成を促すことができるのである¹⁶。例えば、かつての米国南部のエリート層においては自らの名誉を守るために決闘を

行うことが求められ、決闘を拒む者は臆病者とされる規範が支配していたが、かかるコンテキストにおいて、決闘を行った者に刑罰を科したとしても、決闘に伴うリスクを増大させることで、決闘を拒む者を臆病者と捉える意味付けをかえて強化することになってしまい、決闘を抑止することは期待しがたい。一方、政府は決闘を行った者を公職から不適格者として排除することで、共同体への公的な責務を果たすために決闘を拒むのだという理由を人々に提供することにより、決闘を拒む者は臆病者である

4.2.3. 社会的意味と憲法

上述のような社会的意味に関するレッシグの理論は、憲法学にも少なからぬインプリケーションを与えることになる¹⁹。レッシグによれば、従来の憲法学は、政府による社会的意味の構成を通じた正統の公定という問題を適切に考慮してこなかった。1943年のBarnette判決において法廷意見を執筆したジャクソンは「もし我々の憲法の星座の中に不変の恒星が存在するのであれば、それは、地位の高低にかかわらず公務員が、政治、ナショナリズム、宗教、その他の意見に関わる問題について何が正統（orthodox）であるのかを定めてはならず、また、市民に言葉や行為によって彼らの信条を告白するよう強いてはならないというものである」とのべ、憲法は政府に正統な思想を公定することを禁じていると判示した²⁰。だが、レッシグが論じているように、Barnette判決においてジャクソンが示した正統公定禁止原理にもかかわらず、政府は意見に関わる問題について何が正統であるのかを定めることを憲法上完

という従来の意味付けを曖昧化し、人々が決闘を拒む際に直面する社会的意味に伴うコストを低下させ、決闘の抑止を図ることができるという¹⁷。また、近年の刑事法学において提唱されるようになってきている罰金刑と短期の自由刑ないし羞恥刑（shaming punishment）との併科は、人々が、罰金刑を、金銭的成本としてではなく、犯罪に対する非難として理解するように促し、罰金刑の刑罰としての意味を明確化することを狙ったサンクションの構成手法として捉えることができるという¹⁸。

全に禁じられてきたわけではなかった。従来の憲法学は、社会的現実が社会的意味によって構成されているという社会理論において広く支持されている見解に目を背けることで、政府による社会的意味の構成を通じた正統の公定という問題を十分に考慮してこなかった。すなわち、何が正統であるかが社会的意味によって構成されているのであるとすれば、政府は社会的意味を規制することによって、思想に関する正統を定めることが可能になってしまうというのである²¹。そこでレッシグはBarnette判決の正統公定禁止原理を、社会的意味の規制に関するより完全な理解が獲得された世界へと翻訳することを試みる。そして、翻訳された原理は、公務員に正統に関する規制を一切禁じるものではなく、いかなる場合に正統に関する規制が許容されるのかについて基準を示すものでなければならないとされる²²。

社会的意味の構成を通じた思想に関する正統の公定という視点は、表現の自由論に2つの問

題を提起することになる。第1が、社会的意味のコンテキストの操作を通じた正統の公定という問題である。レッシングによれば、修正第1条の判例法理は、政府が個人の表現活動を規制することに対して様々な規律を課してきたが、表現活動を取り囲むコンテキストの操作に対しては十分な規律を行ってこなかった。だが、政府は、表現活動を規制する代わりに、それを取り囲むコンテキストを操作することで、社会的意味をコントロールし、正統を定めることが可能である。例えば、公共の場所において物乞い目的で歩き回ることを禁じたニューヨーク州法は修正第1条に違反するとして裁判所により違憲無効とされたが²³、代わりに、ニューヨーク州当局は、物乞いに応じることは物乞いする人のためにはならないという趣旨の公共広告を展開し、物乞いのコンテキストを変えることでその社会的意味を変えようとした。このことから見て取れるように、修正第1条をめぐる判例法理は、コンテキストの操作による社会的意味の構成を通じた正統の公定という問題を考慮することが求められるようになってきている²⁴。近年の米国憲法学における政府言論をめぐる活発な議論は、このような政府による社会的意味の操作を通じた正統の公定という問題に対する規律のあり方を探求する試みとしても理解することが可能であろう²⁵。

第2のより困難な問題は、思想の自由市場の前提に関わる問題である。思想の自由市場論によれば、真理は思想の間の自由な競争により獲得されるものであり、誤った言論は政府による禁止ではなく対抗言論によってこそ是正されることになる²⁶。だが、レッシングによれば、思想

の自由市場は、Xに関して言明を行うこと自体がXの「真実性」に影響を与えない場合には十分に機能することになるが、Xに関して言明を行うこと自体がXの「真実性」に影響を与える場合には十分に機能しないおそれがある。すなわち、思想の自由市場においては、言説から一応独立に実在すると想定することができる「自然」(nature)に関する言明の場合には虚偽の言明の是正を期待することができる一方で、言説によって構成される社会的現実に関する言明の場合には「虚偽」の言明の是正を期待することが困難なときがあるというのである。例えば、「女性は男性よりも劣っている」という言明は、社会の中で繰り返し表明されることで、何が「真実」であるかをめぐると社会的現実を構成し、かかる言論に対抗しようとする人々の社会的地位を貶め、対抗言論によって当該言明が虚偽であることを明らかにすることを困難にしてしまうおそれがある。ヘイトスピーチやポルノグラフィをめぐる論争はかような論点をめぐって顕著な対立をみせることになる²⁷。例えば、マッキヤナンらフェミニストが制定にかかわったインディアナポリス市の反ポルノグラフィ公民権条例は、女性を性的に従属した仕方で描写するポルノグラフィを規制していたが、第7巡回区連邦控訴裁判所により違憲無効とされた²⁸。この判決の法廷意見でフランク・イースターブルックは、同条例を、修正第1条が求める政府の中立性に反するがゆえに違憲であると判示した。すなわち、同条例のもとでは、どれほど性的に露骨であっても女性を男性と平等な地位にあるものとして描写する表現は規制されず、一方で、女性を性的に従属的な存在と

して描く表現は、どれほど文学的、芸術的、政治的価値があったとしても規制される。イースターブルックは、Barnette判決においてジャクソンが示した正統公定禁止原理を引いて、かかる規制は、女性に関する公定された見解を定めるものであり、修正第1条の禁じる思想統制（thought control）にあたるとしたのである²⁹。だが、先にみたように、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

4.3. サイバー法の形成

レッシグは、社会規範と社会的意味に関する研究に続いて、1990年代後半に入ると、サイバースペースという新たなコンテクストを背景に、アーキテクチャとコードという概念を提示し、規制理論の対象を広げていくことになる。

4.3.1. サイバー法の黎明

インターネットに関する法的問題を論じる「サイバー法」（cyberlaw）は、当初、ネット上のコミュニケーションの領域をサイバースペースという新たな空間として表象した上で、この新たな空間に対して法はいかに関わるべきかという問題を論じていた。レッシグが1994年にイエール大学において開催されたシンポジウム「現れつつあるメディアと修正第1条」での報告を元に1995年に公表した論文「サイバー法の道のり」（The Path of Cyberlaw）³²を含め、この時期の米国のサイバー法の議論

いて完全な形で遵守されてきたとは言いがたく、ポルノグラフィの規制に対して上記の命題をことさらに厳格に適用することの正当性は自明ではない³⁰。この論文で、レッシグは、社会的意味の構成に対する認識を踏まえた正統公定禁止原理の翻訳について解答を示しているわけではないが³¹、上述のような問題提起を行うことで、ヘイトスピーチやポルノグラフィをはじめとする近年の表現の自由に関する困難な問題を再考するための手がかりを示すことを試みたということができよう。

本節では、アーキテクチャおよびコードの概念について検討する前に、これらの概念が提示されるコンテクストとなったサイバー法の形成過程についてみていこう。

は、発展途上のサイバースペースにおける新たな創造やコミュニケーションの実験の可能性を重視し、サイバースペースに対する政府の介入に慎重さを求め、コモンロー的な方法による漸進的な法の発展と、サイバースペースにおける自律的な秩序の形成に期待する志向が色濃くみられた³³。レッシグはその後、アーキテクチャおよびコードという概念を中核に据えたサイバー法理論を形成していくことになるが、その中で対峙することになった言説がサイバー・リバタリアニズムと「馬の法」論である。

4.3.2. サイバー・リバタリアニズム

1990年代後半の米国において、サイバースペースに対する政府の介入を否定ないし極力排除しようとする「サイバー・リバタリアニズム」は、先端的なインターネット利用者やサイバー法の研究者を中心に広く支持を集めていた。例えば、「電子フロンティア財団」(Electronic Frontier Foundation—EFF)の創設者の一人でありサイバー・アクティビストとして知られるジョン・ペリー・バーローは、通信品位法が成立した1996年に同法の制定に抗議した文書「サイバースペース独立宣言」を公表している。彼は、同宣言において、通信品位法をはじめとする政府によるサイバースペースに対する介入に強く抗議した上で、サイバースペースのリアルスペースからの「独立」を宣言し、今や「主権」を有したサイバースペースが独自の法秩序を形成すべきだとの立場を明確にしている³⁴。

また、デビッド・ジョンソンとデビッド・ポストは、1996年にスタンフォード・ロースクールで開催されたシンポジウム「法と境界」(Law and Borders)での報告をもとにした論文「法と境界—サイバースペースにおける法の発生」において、国境を越えてグローバルに展開されるインターネット上のコミュニケーションが地理的境界に依拠してきた既存の主権国家による法的規制の実効性と正統性を脅かすことになる」と指摘し、主権国家によるサイバースペース上の行為に対する法的規制の不可能ないし困難性を強調した上で、サイバースペース

において、従来の主権国家による法的規制に代わり、サイバースペースの利用者や管理者による自主的なルール形成とサンクション行使に基づく新たな法秩序が発展していく可能性を探究している³⁵。

これに対して、同じシンポジウムでの報告をもとにした論文「サイバースペースの諸領域」(The Zones of Cyberspace)においてレッシングは、サイバースペースの利用者は同時にリアルスペースの住民でもあり、サイバースペースをリアルスペースの規制から逃れた独立した領域として観念することはできないとして、ジョンソン&ポストの議論を批判した上で、政府がゾーニングを通じてサイバースペースに対する規制を強化する可能性について検討している。すなわち、現在のサイバースペースのアーキテクチャは開放的でゾーニングされておらず、集権的なコントロールを受けない構造になっている。だが、このような現在のサイバースペースのアーキテクチャは人為的な選択に基づくものであって、必然的なものではない。サイバースペースのアーキテクチャは変化しつつあり、政府はコードを通じてサイバースペースをゾーニングする試みを支援している。サイバースペースのアーキテクチャは原理上、完全なゾーニングを可能にするというのである³⁶。このような観点からサイバー・リバタリアニズムを批判するレッシングの姿勢は、主著『コード』へと引き継がれることになる。

4.3.3. サイバー法と「馬の法」

一方、同時代の米国の法学においては、サイバー法という新たな法分野の成立を認めることに対して懐疑的な見方も有力であった。例えば、イースターブルックは「サイバースペースと馬の法」と題された論文の中で、インターネット上の知的財産法に関する問題を中心に検討を行い、サイバー法という新たな法学領域を構築することに対して懐疑的な姿勢を示している。イースターブルックによれば、ロースクールの科目は「法の全体を照らし出す」ことのできる主題に限定されなければならない。だが、馬の売買や馬に蹴られた場合の不法行為責任など馬に関する法的問題を寄せ集めても、それらに共通の原理を見出すことができないのと同様に、サイバースペースにおける法的問題を寄せ集めても、それらに共通する一般的な原理を見出すことはできない。サイバースペースにおける法的問題に対しても、基本的には、リアルスペースにおける法的問題と同様に、知的財産法、契約法、不法行為法等の既存の法制度が適

用されるべきことには変わりはない。そうである以上、学際的ディレクタントに陥ることなく、従来の知的財産法等の法制度を健全に発展させていき、それらをサイバースペースに適切に適用していくことを通じて、サイバースペースの取引費用を低減していくべきだということである³⁷。

これに対してレッシグは、後に1999年の論文「馬の法—サイバー法は何を教えることができるか」において、イースターブルックの問題意識を共有しつつ、彼の議論への反論を試みている。すなわち、この論文において、レッシグは、サイバースペースにおける法とアーキテクチャの關係に着目して、サイバースペースの法的問題を考察することを通じて、法的規制と非法的規制の相互作用の解明という他の様々な法領域にも拡張可能な方法論の構築を試みることにより、サイバー法が「法の全体を照らし出す」主題となる可能性を示そうとしたのである³⁸。

4.4. アーキテクチャとコード

前節でみたような経緯で形成されてきたサイバー法のコンテキストのもとで、レッシグは「アーキテクチャ」および「コード」という概

念を提起し、それらが憲法との關係で有する問題について考察していくことになる。

4.4.1. コード・アーキテクチャ・自然

まず、レッシグにおけるアーキテクチャおよびコードの概念の定義を整理しておこう。1990年代後半のサイバー法に関する一連の論稿の中でレッシグはまず、「コード」を「ソフトウェアに組み込まれたルールないし法」³⁹、

あるいは、「サイバースペースにおける個人の行為可能性に対する制約の集合を構成するもの」⁴⁰という形で定義している。また、「アーキテクチャ」については、「一定の社会空間において何が可能となるのかを規定する」⁴¹

ものとして把握したり、「我々が接する物理的世界」として定義している⁴²。このように、「アーキテクチャ」と「コード」は、おおむね互換的な概念として用いられており、どちらも一定の空間における個人の行為可能性を規定する物理的・技術的条件として理解されているものの、「コード」は主にサイバースペースにおける規制を念頭に用いられた概念であるということができよう。また、レッシングは、一定の空間における行為可能性を規定する物理的条件について、「自然」(nature)という概念のもとに論じることもある。レッシングによれば、「自然」には、法や社会規範と同様に、個人の行動を規制する機能があるが、法学においては「自然」がもつ規制作用について論じられることは

4.4.2. コードと法

このように、サイバースペースにおいては、法に代わり、コードによって個人の行動を規制することが可能になりつつあるが、コードによる規制には、個人の自由や民主主義との関係で、法とは異なる新たな問題が含まれている。レッシングによれば、法的規制は、それを遵守するか、遵守せずにサンクションの可能性を引き受けるのかを自ら選択できる機会が規制の名宛人に与えられているという意味で、「自主的」(voluntary)なものであり、規制の名宛人にある種の「自由」(freedom)を与えているということすらできる。これに対して、コードによる規制は、規制を受ける個人の側に規制を遵守するか否かを選択する機会も、「市民的不服従」(civil disobedience)の余地も与えること

少なかった。我々は従来、「自然」を所与のものとして捉え、社会規範をコントロール不能なものと考えた上で、法による規制はいかにあるべきかについて論じてきた。だが、このような伝統的な秩序は変容しつつある。サイバースペースの登場によって、我々は、最も重要な問題が、法ではなく、「自然」によって規制される時代に突入しようとしている。サイバースペースにおける「自然」のあり方を規定するコードは、リアルスペースにおける「自然」に比べて可塑的であり、また、法に比べても可塑的である。それゆえ、サイバースペースにおいてコードは法に代わる現実的な選択肢となりうるというのである⁴³。

がないため、より完全な遵守を実現することができる。それゆえ、コードは、実効的かつ効率的な規制手段となりうるが、自由に対する新たな脅威ともなりうる⁴⁴。また、民主国家において法は民主的なプロセスを通じて形成されるのに対して、コードの設計に関しては一部の技術者が決定的な役割を果たしており、コードは民主的正統性の観点からも問題を抱えている。すなわち、サイバースペースのアーキテクチャは規範的な意義を有しており、コードの設計を通じたアーキテクチャの構築は価値選択を伴う政治的なものである以上、コードのあり方について技術者だけに任せるのではなくてサイバースペースの市民が決定に関わらなければならないというのである⁴⁵。

4.4.3. コードと憲法

レッシグは、1996年の論文「サイバースペースにおける憲法の解釈」において、アーキテクチャやコードによる規制が、憲法解釈、さらには、立憲主義に対して困難な問題を提起することになると論じている。サイバースペースの憲法問題に直面した場合、裁判官は、Olmstead判決の反対意見においてブランダイスが行ったように、憲法の価値を現代の技術的コンテクストを踏まえて翻訳することが求められる。だが、技術変化の激しい今日のサイバースペースにおいて裁判官が憲法の翻訳を行うことには限界が伴い、結果として司法は憲法判断に消極的な姿勢をとるようになる⁴⁶。というのも、サイバースペースがもたらす憲法問題は、しばしば論争的なものであり、その争いについて憲法制定者がいずれの立場をとっていたのか明確ではないことから、憲法の翻訳が政治的なものとして捉えられるおそれがあり、裁判官は憲法の翻訳を躊躇することになるというのである⁴⁷。

1996年の通信品位法違憲訴訟における2件の連邦地裁判決⁴⁸についてもレッシグは同様の問題意識から懐疑的な評価を示している。レッシグによれば、2件の判決は「裁判所はあたかもサイバースペースの性質(nature)についての事実を『認定』(finding)しているかのよう」に語っている」。たしかに、両判決の事実認定は、1996年当時のサイバースペースの描写としてはおおむね正確であった。だが、サイバースペースには本来備わっている不変の性質は存在せず、サイバースペースの性質は設計に

よって変更可能である。「サイバースペースをゾーニング化する議会の立法を違憲無効とすることによって裁判所は、サイバースペースはどのようなものであるのかを語ったのではなく、むしろ、サイバースペースはどうあるべきかを語ったのである」。すなわち、「裁判所はサイバースペースの性質を認定したのではなく、創造(making)したのである」。時の経過とともに、「裁判所は自らの事実認定が認定されることになる事実に影響を与えるということを感じることになるだろう」。レッシグはかかる現象を「憲法に適用されたハイゼンベルク」と評している。かかる観測者効果的な現象を把握することによって、裁判所は、自らの憲法判断が事実認定よりも政策判断に依拠したものであることを認識し、本来の政策決定者である議会に対して敬讓を払うようになるだろうとレッシグは予測している⁴⁹。

このような技術的コンテクストの根本的な変化と司法審査の観測者効果に対する認識は、裁判所による憲法判断を困難にし、人民自身に憲法の価値についての再考と選択を迫ることになる。かかる認識を踏まえレッシグは、アッカーマンの二元的民主政論を参照しつつ、憲法が守るべき価値について人民が再考し選択することの意義を説くと同時に、今日の米国において憲法政治の機会が忘却されるようになっており、人民による憲法的価値の選択を実現することもまた困難になっていると認めるのである⁵⁰。かかるジレンマの解決は『コード』へと持ち越されることになる。

4.5. 学際的な規制研究としての新シカゴ学派

本節では、レッシングが自身や同世代の研究者による社会規範論やサイバー法研究を踏まえ、学際的な規制研究を試みる新たなプロジェクト

を体系的に示した論文「新シカゴ学派」を中心に検討することにより、レッシングの規制理論の全体像を明らかにしたい。

4.5.1. シカゴ学派から新シカゴ学派へ

1997年にシカゴ大学ロースクールにおいてレッシングと刑事法学者のダン・カーンがオーガナイザーとなり「社会規範、社会的意味、法の経済分析」と題されたシンポジウムが開催された。このシンポジウムには、ポズナーやエリクソンらシカゴ学派の法と経済学の第一世代の論者に加え、ロバート・クーター、エリック・ポズナー、キャス・サンスティンら新しい世代の研究者が参加し、法学における社会規範や社会的意味に対する学際的アプローチの意義と課題について議論が行われた⁵¹。レッシングは、このシンポジウムでの報告をもとに、1998年の論文「新シカゴ学派」において、同シンポジウムに参加したシカゴ学派の新しい世代の研究者を中心に取られるようになっていく規制の研究に対する新たなアプローチを主題化し、その課題を整理している⁵²。

「新シカゴ学派」とは、規制に関する経済的および規範的な捉え方を統合することを志向する近年の新たな研究アプローチに対してレッシングが与えた総称であり、その主たる担い手として上記のシンポジウムに集ったシカゴ学派の新しい世代の研究者が念頭に置かれている。レッシングによれば、新シカゴ学派には、彼が「旧シ

カゴ学派」と呼ぶところの従来のシカゴ学派の法と経済学を継承している面と立場を異にする面の両方を有している。まず、新シカゴ学派は、旧シカゴ学派から、個人の行動を規制する手段として法のみに焦点を当てるのではなく、社会規範や市場などの法以外の規制手段の機能にも着目するアプローチを承継している。だが、旧シカゴ学派と新シカゴ学派の間には結論として導かれる政策的インプリケーションにおいて重要な立場の相違が存在する。社会規範や市場などが法に代わり規制手段としての機能を果たすことができるという認識に基づいて、旧シカゴ学派が国家や法の機能の縮小を説いてきたのに対して、新シカゴ学派は、社会規範や市場などの代替的な規制手段が国家による法的規制の道具となりうるという認識に基づき、国家や法がより積極的な役割を果たす可能性を探求するのである⁵³。法以外の規制手段に着目するという共通の方法論的前提に立ちながら、旧シカゴ学派と新シカゴ学派が導き出す政策的インプリケーションが分かれるのはなぜなのか。以下ではこの問いを意識しながら、新シカゴ学派の議論の特徴を順に検討していくことにする。

4.5.2. 規制手段の多元性と代替可能性

レッシングは、「規制」(regulation)を「何らかの作用または政策が有する制約効果」として定義した上で、個人の行動を規制する作用の例として、法、社会規範、市場、アーキテクチャを挙げている。法は、国家による制裁の威嚇を裏づけとした命令であり、社会規範は、共同体の社会的サンクションを通じた制約である。また、市場は、価格による個人の行動に対する制約である。レッシングが指摘しているように、新シカゴ学派は、社会規範や市場が個人の行動を規制する点で法と等価な機能を果たするという認識を旧シカゴ学派から引き継いでいる。レッシングは、以上の3種類の規制手段に加

えて、自らのサイバー法研究を踏まえ、「アーキテクチャ」という概念を4番目の規制手段として付け加えている。アーキテクチャとは、「我々の接する世界」であり、個人の行動を物理的に制約したり可能にしたりする世界の特性である。新シカゴ学派は、法が個人の行動を事後的に規制するのに対してアーキテクチャが個人の行動を事前に抑制するといったように、各々の規制の間に様々な性質の相違があることを認めつつも、異なる規制の間の代替が可能であるという観点から、各種の規制を比較検討してきた⁵⁴。

4.5.3. 直接規制と間接規制

レッシングによれば、新シカゴ学派は、他の規制手段に対して法が有する特別な地位を強調し、法の機能の拡張可能性を支持している。つまり、法は、社会規範、市場、アーキテクチャなどの法以外の規制手段を規制することができるというのである。例えば、社会規範は政府言論によって変容しうる。市場は税金や補助金を通じてコントロールを受ける。そして、リアルスペースにおけるアーキテクチャの典型である建築物は、建築法規による規制を受ける。したがって、法以外の規制手段は、国家が個人の行動を規制する上で、新たな道具を与えることになる。法は、個人の行動を自ら規制するのみならず、社会規範や市場、アーキテクチャなどの法以外の規制手段を規制することを通じて個人の行動を規制することもできるとい

うのである。すなわち、法的規制は、個人に義務やサンクションを課すことで当該個人の行動を規制する直接規制(direct regulation)という態様のみならず、社会規範、市場、アーキテクチャなどの法以外の規制手段を規制することを通じて個人の行動を規制する「間接規制」(indirect regulation)という態様をとることもでき、後者において法は「メタ規制手段」(meta-regulator)としての役割を果たすことになる。このような新シカゴ学派の考え方の背景には、社会規範、市場、アーキテクチャなどの非法的規制は、法から独立に所与のものとして存在するのではなく、作為によるか不作為によるかはともかく、部分的には法の産物であるという認識がある⁵⁵。

4.5.4. 価値の多元性

以上でみてきたように、新シカゴ学派の論者は、複数の規制手段を比較検討し、それらの相互関係について分析しているが、さらに特筆すべきは、この学派の論者が、規制手段を評価する基準となる価値についても、多元性を認めるようになっている点である。法と経済学、とりわけシカゴ学派の法と経済学の論者の多くは、伝統的に効率性を規制手段の唯一の価値基準として位置づけてきた⁵⁶。すなわち、規制主体は、規制の便益がその費用を上回るか、また、どの規制手段が最も効率的に規制目的を達成するのかという観点から、規制のあり方を選択すべきだとされてきたのである⁵⁷。

しかし、近年のシカゴ学派の法と経済学の論者は、規制手段の効率性を評価する際に考慮する要素を拡大すると同時に、規制手段の選択において効率性以外の価値を参照することにより、規制のあり方を多元的に評価することを試みるようになってきている。まず、規制手段の効率性を評価する際に考慮する要素の拡大について、レッシングは、基礎研究の成果に財産権を認める政策を例に検討を行っている。単純化された経済学的視点からすれば、基礎研究の成果に財産権を認める政策は、基礎研究に金銭的インセンティブを与えることで、研究成果の増大に寄与することになると考えられるかもしれない。だが、より洗練された経済学的見地から

は、かかる政策が研究者共同体において重要な役割を果たしてきた基礎研究に対する名声や評判といった非金銭的インセンティブの基盤にもたらす負の影響を考慮して、政策の効率性を総合的に評価することが求められるという⁵⁸。

次に、規制手段を選択する際の価値の多元性についてみていこう。レッシングが論じているように、規制手段の選択は価値の選択に関わる問題を提起することになる。というのも、複数の規制手段を評価し選択する際の基準は効率性以外にも自由や平等など多様な価値を想定することができるからである。それゆえ、何が最適な規制手段にあたるのかという判断は、評価基準を効率性に求めるのか、それとも他の価値に求めるのかによって変わりうることになる⁵⁹。例えば、ポズナーは、社会規範が個人により内面化され思考を経ることなく遵守されるようになることで、規範を遵守させるためのコストが削減され効率的に規制を行うことができる一方で、選択の機会という意味での「自由」が縮減される可能性を示した上で、「自由」に価値を置く場合には、社会規範の内面化に消極的な姿勢がとられることになるかもしれないと指摘している⁶⁰。かかるポズナーの議論などを踏まえ、レッシングは、近年のシカゴ学派の論者における価値の多元性の承認という方向性を読み取るのである。

4.5.5. 直接的立憲主義から間接的立憲主義へ

レッシグによれば、米国の憲法は直接規制による侵害から個人の権利を保護することを想定して制定されたものであり、間接規制による権利侵害に対する憲法上の規律は十分なものではなかった。だが、政府による規制が直接的なものから間接的なものへと移行しつつある中で、間接規制に対する憲法的規律が求められるようになってきている。かかるコンテキストにおいて、新シカゴ学派の知見は、伝統的な「直接的立憲主義」(direct constitutionalism)に等価な「間接的立憲主義」(indirect constitutionalism)の形成に寄与しうる。すなわち、新シカゴ学派は、直接規制のコンテキストにおいて強固に存在してきた憲法上の制

約を、間接規制のコンテキストにおいても適切に機能するものへと翻訳する方法の発展に寄与することができるというのである⁶¹。間接規制に対する憲法的規律を考える上でとりわけ重大な問題が、間接規制による規制の迂回(indirection)の危険性である。すなわち、1991年のRust判決⁶²で合憲とされた公的助成を受ける医院に中絶に関する助言の提供を禁じる規制において、政府が中絶を抑制する手段として医療現場における社会規範を隠れ蓑として用いたように、間接規制は、規制の構造を不透明化することにより、政府が自らの政治的責任を回避して規制目的を達成するために濫用されるおそれがあるというのである⁶³。

4.5.6. 新シカゴ学派・フーコー・ハーバーマス

最後に見落とされるべきではないのは、レッシグが新シカゴ学派の立場を無批判に肯定しているわけではないということである。この論文の結論部においてレッシグは、同学派がもつ「陰の側面」に目を向けるよう読者に促すことを忘れていない。レッシグによれば、新シカゴ学派における規制のあり方は社会の「全体化」(totalizing)を志向するものである。すなわち、あらゆる空間をコントロールしうる潜在的な能力が、この学派の目的だということである。レッシグは、新シカゴ学派が有する陰の目的を、知と権力の相互作用を告発するフーコーの議論を参照しつつ、「文化を権力に従属させる企て」として捉えると同時に、ハーバーマスのいう「生活世界の植民地化」にあたるものでもあるとのべた上で、新シカゴ学派の企てに「抵

抗」し、その射程を「制限」する十分な理由があることを認めている⁶⁴。ここでレッシグがフーコーの知=権力論⁶⁵とハーバーマスの「生活世界の植民地化」概念⁶⁶を援用していることは、レッシグと新シカゴ学派の間の距離を測定する上で手がかりを与えているように思われる。フーコーは、権力を無数の力関係からなる錯綜した戦略的状况として捉えた上で、社会における権力の遍在を説いて、権力から自由な知の領域を否定する一方で、権力のあるところには抵抗があるとして、権力に対する諸個人による分散的で多様な抵抗の可能性を認めている⁶⁷。かかるフーコーの権力論に鑑みると、彼の議論を参照するレッシグにおいても、間接規制という新たな権力に対して個人による永続的な「抵抗」という戦略が想定されていると考え

ることは不可能ではないだろう。一方、ハーバーマスは、生活世界に根ざした公共圏における討議を通じて政治システムに影響力を行使し、政治システムを制限に服せしめるという戦略を示すようになっている⁶⁸。このようなハーバーマスの議論に鑑みると、新シカゴ学派による「生活世界の植民地化」を懸念するレッシングも、民主的な討議のプロセスを通じて政治システムによる間接的支配の「制限」を試みること

4.6. 権力のモードの変容と概念の再構成

本章でこれまで見てきたように、レッシングは1990年代中盤に、法と経済学における社会規範論を批判的に承継しつつ、社会学の議論などを参照することにより、社会規範を支える社会的意味に関する研究に取り組み、90年代後半になると、サイバー法というコンテクストを意識しつつ、アーキテクチャやコードという新たな規制手段の研究に取り組むことになる。このようなレッシングの規制研究における対象の変化は、同時代の権力のモードの変化を反映したものであるということができよう。すなわち、伝統的に規制手段として重要な役割を果たしてきた社会規範や社会的意味の力が相対的に低下し、代わりに、サイバースペースを中心にアーキテクチャやコードが重要な役割を果たすようになっていった当時の時代状況を反映する形でレッシングの規制理論は展開していったという側面を認めることができる。だが、レッシングの規制研究は、社会規範や社会的意味からアーキテクチャやコードへの権力の移行を単純に説くものでもなければ、技術決定論を主張するものでもない。先にみたように、レッシングは通信品位法

を企図している側面があると理解することが可能であろう。すなわち、レッシングの姿勢は、フーコー流の分散的で多様な抵抗という小文字の政治とハーバーマス流の討議民主主義という大文字の政治の両面から⁶⁹新シカゴ学派による「全体化」のプログラムを困い込もうとする戦略を示唆したものとして理解することができるように思われる⁷⁰。

違憲訴訟を題材に、司法の場でサイバースペースのアーキテクチャの性質がどのように理解され、語られるかによって、その後のアーキテクチャのあり方が規定されるという観測者効果的な現象を主題化していた。この点からも、レッシングが、アーキテクチャやコードの構成において意味や言説が持つ力を無視することはできないと考えていたということが窺い知れよう。また前章でみたように、レッシングが憲法解釈方法論としての翻訳を研究する中で、新たな概念の提起による法実践の変化に着目していたという事実を踏まえると⁷¹、彼による「アーキテクチャ」や「コード」という概念の提起自体も、新たな概念の提起が法実践に与えるインパクトに対する認識を踏まえて行われた自覚的な戦略として理解することが可能であるように思われる。

このような自身の研究の変遷を踏まえ、レッシングは論文「新シカゴ学派」において、シカゴ学派の法と経済学における新たな潮流を総括し、規制手段の多元化と重層化を明らかにした上で、規制手段を評価する際の価値の多元性を

主題化することになったのである。レッシグが示した規制手段を評価する際の価値の多元性は、規制手段の選択が単なる専門技術的な判断には収まらず、価値の選択を伴う政治的な判断であるということ、それゆえ、価値選択を行う

ための政治の契機を要請するということを示唆しているように思われる⁷²。かかる政治の契機の必要性を意識しつつ、次章ではレッシグにおける立憲主義と民主主義の構想について検討していくことにしたい。

5. 立憲主義と民主主義の連関

本章では、これまで検討してきたレッシグの憲法理論の形成過程を踏まえ、彼の書評論文や東欧における憲法理論の展開を検討することにより、レッシグの憲法理論に対する基本姿勢を

明らかにした上で、主著『コード』⁷³において論じられている立憲主義と民主主義の連関構造を分析する。

5.1. 書評としての憲法理論

レッシグが、翻訳という憲法解釈方法論の枠を越えて、自らの憲法理論の全体像や基本原理について体系的に論じる機会は少ない。だが、レッシグの憲法理論に対する基本的な姿勢は、彼が書

いた3本の書評論文の中から読み取ることができる。レッシグは、書評という特定の他者のテキストをコンテキストとして据える媒体を借りて、自らの憲法理論を展開してきたのである。

5.1.1. 基礎づけなき憲法理論

マイケル・ドルフの論文「規範的な憲法理論と記述的な憲法理論の統合—原意の場合」⁷⁴に対する応答論文（response）においてレッシグは、ドルフが原意主義の政治哲学的基盤を社会契約論に求めている点で、憲法上の実践の基底に一定の理論を見出すという誤りをおかしていると批判している。レッシグは、理論と実践の間の関係とは、床とテーブルの間の関係のようなものではなくて、ハンマーやノコギリとテーブルの間の関係のようなものであると喩えている。すなわち、憲法理論は、憲法に関する実践を基礎づけたり、憲法が仕える価値や一般

的な公式を明らかにする基盤ではなく、実践を理解した上で、その問題点を解明し是正するための道具だというのである。このような憲法理論観を踏まえ、レッシグは自らの翻訳理論についても、忠節という目的を掲げる裁判官による憲法上の実践を理解し再構築することを目指すものとして捉えている⁷⁵。それでは、レッシグは憲法理論を用いてどのように実践を理解し、再構築しようとしているのであろうか。以下では、その点を2本の書評に即してみていきたい。

5.1.2. ポスト立憲主義

ロバート・ポストの名著『憲法の諸領域—民主政、共同体、管理』⁷⁶の書評において、レッシグはポストの憲法理論を、個別のコンテクストに即した憲法上の原理を明らかにすることを試みる理論として評価した上で、ポストの議論から従来の立憲主義に代わる新たな憲法理論が導きだされる可能性を示している⁷⁷。レッシグが整理しているとおおり⁷⁸、ポストは、いかなるコンテクストにも適用可能な修正第1条の一般原理を探求する代わりに、修正第1条が適用される3種類の社会生活の領域、すなわち、「民主政」(democracy)、「共同体」(community)、「管理」(management)に内在した修正第1条の諸原理を明らかにすることを試みている⁷⁹。レッシグは個別の社会生活の領域に則した憲法上の原理を探求しようとするポストの議論を評価しつつも、裁判所による領域間の境界の画定は価値を巡る論争に立ち入ることになるがゆえに容易ではなく、裁判所による憲法判断を躊躇させることになるとの見通しをもとに⁸⁰、ポストの理論は裁判所による憲法解釈に伴う問題を容易にすることを約束する

5.1.3. 法文化の背後にある前提の探求

サンフォード・レヴィンソンの編著『不完全性への対応—憲法改正に関する理論と実践』⁸²の書評においてレッシグは、同書に収録された米国および諸外国の憲法の改正(amendment)に関する諸論稿を批評しながら、憲法の改正について比較法的考察を行っている⁸³。まず、レッシグは、憲法解釈と憲法改正を区別する基準を探求するレヴィンソンの

ものではなく、むしろその困難さを明らかにするものであると指摘する。かかる認識を踏まえレッシグは、ポストの議論が読者を「ポスト立憲主義」(Post Constitutionalism)へと導く可能性があるとのべる。レッシグは立憲主義を憲法上の原理の名のもとに権力を制限する実践として捉え、米国では裁判所により立憲主義のエンフォースメントが行われてきたことを確認した上で、裁判所が憲法の番人として行為する意欲や情熱はかなりの程度、裁判所が単に憲法の命じるものを執行しているかのようにみえる程度に依存してきたと指摘している。すなわち、米国において立憲主義は、憲法の意味の明確性、単純性、直接性に支えられた裁判所の活力を求めてきたという。だが、ポスト立憲主義においてはこのような活力は衰えることになる。すなわち、憲法の命じているものが明確ではない場合、あるいは、憲法の命じているものが論争的な言説に依拠している場合には、裁判所は、論争を解決することに対して慎重な姿勢を示し、論争の解決は民主政に委ねられることになるというのである⁸¹。

論文⁸⁴などを検討することにより、いかなる場合に憲法の改正が行われたとみなされるかは、既存の憲法から何が導出可能(derivable)であるかに依存すると論じている⁸⁵。次に、憲法の修正手続について定めた米国憲法第5条について論じたアッカーマンやアキル・アマーの論文⁸⁶などを検討しつつ、レッシグは、既存の憲法から何が導出可能であり、憲法改正にいかな

る実体的・手続的制約が課せられるかは、法文化 (legal culture) の背後にある諸前提に依存しているとのべる⁸⁷。最後にレッシグは、冷戦終結後の東欧における憲法改正の機能について論じたスティーブン・ホームズとサンスティンによる共著論文⁸⁸などを検討することにより、米国のような成熟した立憲民主政と東欧諸国のような発展途上の立憲民主政における憲法改正の機能の相違を指摘した上で、法文化の背後に

5.2. 東欧・立憲主義・サイバースペース

レッシグは共産主義体制崩壊後の東欧において立憲主義の導入のための研究と実務に携わった経験をもつが、東欧における経験はレッシグ

5.2.1. 東欧における立憲主義

レッシグは、1990年代前半、シカゴ大学の「東欧における立憲主義の研究センター」(Center for the Study of Constitutionalism in Eastern Europe)において共同ディレクターとして、共産主義体制崩壊後の東欧への立憲主義の導入に関する研究と実務に携わり、ロシア等における司法の役割について研究を行うと同時に、グルジアの憲法の起草の支援に携わった⁹¹。同センターは、1989年にシカゴ大学のロースクール教授であった政治哲学者のホームズらによって設立され、シカゴに加え、モスクワとブダペストに事務所を置き、レッシグ、サンスティン、ヤン・エルスターらを共同ディレクターに迎え、東欧における立憲主義に関する研究と支援活動を行ってきた⁹²。レッシグによれば、同センターは、当時の少なからぬ米国の憲法学者が米国の憲法ないし憲法典を東欧に

ある諸前提は各々の法文化の中で構成されたものであり可変的なものであると論じている⁸⁹。レッシグは、同書に収録された諸論稿が、通常の憲法解釈の背景にあり憲法の導出可能性を構成している法文化の諸前提を理解する必要性を明らかにする点で、憲法改正にとどまらず、立憲主義全体に関わる洞察を示していると評価するのである⁹⁰。

のサイバー法理論にも少なからぬ影響を与えることになる。

輸出しようとしていた姿勢から距離をとり、東欧に立憲主義を根付かせるためにまず、東欧における立憲主義のコンテクストとなる共産主義体制崩壊後の東欧における政治、経済、社会の移行 (transition) について研究することを重視していた⁹³。すなわち、東欧におけるレッシグらのプロジェクトは、憲法典のコンテクストとなる法文化に着目し、東欧の法文化を構成する規範の変更可能性を模索してきたのである⁹⁴。立憲主義への移行期にある東欧諸国において求められるのは、議会や裁判所等の立憲主義的な諸制度を創出することよりもむしろ、それらの制度に対する公務員を含む人々の理解、すなわち社会的意味を立憲主義的なものへと再構成していくことである。例えば、裁判所は、国家や党の道具ではなく、国家権力の恣意的な行使を抑制する独立した機関であるという人々

の理解を育むことが求められるという⁹⁵。このような法文化を重視する研究を踏まえ、レッシグは、自らがシカゴ大学においてグルジアの代表者らによる憲法の起草作業に関わった際も、

5.2.2. 積極的立憲主義

「東欧における立憲主義の研究センター」を設立しディレクターを務めたホームズは「積極的立憲主義」(positive constitutionalism)の提唱者としても知られる。ホームズは主著『情念と制約—リベラル・デモクラシーの理論』において、立憲主義と民主主義ないし主権の間の密接な相互関係を明らかにしている⁹⁷。ホームズによれば、リベラルな立憲主義の中核には、国家権力は憲法により制限されることでより強力なものになるという逆説的な洞察がある。かかる意味で、憲法により政治権力を制限するリベラリズムは、政治権力を忌諱するものではなく、むしろ、「これまで考案されてきた国家建設 (state building) の哲学の中で最も実効的なものの一つ」であるとされる⁹⁸。自由と国家権力は相互依存적であり、権利は国家によって画定され執行されることなくしては保障され

5.2.3. サイバースペースにおける立憲主義

『コード』の冒頭部において、レッシグは、自身の東欧での経験を踏まえ、サイバースペースにおける自由を国家の不在と結びつけるサイバー・リバタリアニズムを批判した上で、「最大にして最も信頼しうる人権機構 (human rights organization) はリベラルな国家である」と説くホームズの論稿「ロシアは我々にいま何を教えるか—弱い国家はいかに自由の脅

「我々は憲法典を自ら起草するためにはなく、コンテキストを提示し、起草を手助けするために存在しているのだ」という姿勢を貫いたと自己評価している⁹⁶。

えない。「主権の存在しない状況では、権利は想像されることはあったとしても体験されることはない」⁹⁹。ホームズは、ジャン・ボダンの思想を再検討することなどを通じて、強力な国家の主権があってはじめて個人の自由が可能となり、また、主権者が自己制限を課すことによって国家権力が可能になり強化されるという、主権と自由の間の相互関係を明らかにしている¹⁰⁰。かかる認識を踏まえ、ホームズは、現代の民主国家においても主権者である人民がプレコミットメントを行い、自己制限を課すことで、民主主義は可能になり強化されると論じ、憲法は権力を制限し専制を抑止するのみならず、権力を構成し秩序を創出する機能も有しているとして、憲法の権力構成的な側面に着目する「積極的立憲主義」を提唱するのである¹⁰¹。

威となるか」¹⁰²を参照しつつ、「サイバースペースにおける自由は国家の不在から生じることはない。そこでの自由は、他の場所と同様に、ある種の国家から生じるのである」と説いている。かかる認識を踏まえレッシグは、自由を可能にする条件としての国家を構成する上で憲法が果たす役割について次のようにのべている。「我々は、社会からあらゆる自覚的なコン

トロールを取り除くことによってではなく、社会を一定の種類の自覚的なコントロールが生きながらえるような場に置くことによって、自由が開花する世界を構築することができる。すな

5.3. レッシグにおける憲法概念と政治概念

本節では、『コード』におけるレッシグの憲法理論を検討する前提として、彼の憲法理論の

5.3.1. レッシグにおける憲法概念

レッシグは自由を構築するための不可欠の条件とされる憲法の概念をいかに理解しているのであろうか。『コード』の前掲引用部分に続いてレッシグは、憲法を、「通常政治（ordinary politics）の妥協を越えたところにある原理と理念からなる根本的な価値を保護するために社会のおよび法的な権力を構造化し制約」する「アーキテクチャ」ないし「生活の様式」として定義している。その上で、かかる意味での憲法は、発見されたり、自然に生成されるものではなく、構築（built）されるものであるとのべている¹⁰⁴。憲法の定義の中で「通常政治」

5.3.2. レッシグにおける政治概念

それでは、レッシグは究極的には憲法的な価値を選択する権力も有している政治という概念をどのように構想しているのであろうか。『コード』におけるレッシグによる政治の規定の仕方は二面性を有している。レッシグは一方で、「通常、我々は、競合する価値の集合とそれらの中から我々がなす選択について記述するとき、我々はいかかを選択を「政治的な」（political）ものと呼ぶ。かかる選択は、

わち、我々は、米国の建国者が行ったように、社会を一定の憲法の上に築くことによって自由を構築するのである」¹⁰³。

核となる憲法および政治の概念を明らかにしておきたい。

という概念が用いられていることからわかるように、『コード』においてもレッシグの憲法概念はアッカーマンの二元的民主政論の枠組みに少なからず依拠しているということができよう。レッシグは、憲法を通常政治から根本的な価値を保護するものとして理解しているが、先にみたようにレッシグは、憲法が保護する根本的な価値について、理論的に基礎付ける可能性に懐疑的であり、究極的には憲法政治の場面で政治的に選択されるべきものであると理解しているように思われる。

世界がどのように秩序づけられるのか、いかなる価値が優先されることになるのかに関する選択なのである」とのべた上で、「政治とは、我々の生活がいかにあるべきかについて我々が集合的に決定するプロセスである」と規定している。レッシグは他方で、「政治とは、物事がいかにあるべきかについて我々が理性的に思考（reason）するプロセスである」とも規定している。その上で、レッシグは、

「すべては政治だ」(it's all politics) というアンガールのテーゼ¹⁰⁵を引いて、その意味するところを「我々は、いかなる社会秩序についても、それが真に必然的なものであるのか問いただし、それが命じる権力を正当化するものであることを要求しなければならない」と主張するものであると解している。さらにレッシグは、アッカーマンの『リベラル国家における社会正義』の議論¹⁰⁶を援用して、「ブルース・アッカーマンがいうように、我々はあら

5.4. サイバースペースの憲法構造

前節で明らかにした憲法および政治の概念を踏まえ、本節では、サイバースペースにおける

5.4.1. 憲法の実体的価値と構造的価値

レッシグは、憲法について語ることは空間が保護すべき価値を明らかにすることであり、サイバースペースにおいて憲法を語ることは、サイバースペースにいかなる価値が組み込まれるべきなのか問うことであるとのべた上で、憲法上の価値には、表現の自由やプライバシーのような「実体的」な価値のみならず、権力分立や抑制と均衡 (checks and balances) のような「構造的」な価値も含まれると読者に注意を促している。憲法の起草者が当初、政府の構造に焦点を当て、権利章典を含めずに憲法を制定したように、米国憲法の伝統においては、実体的な価値よりも先に構造的な価値に関心が寄せられてきた。実体的な価値と構造的な価値は相互に依存しており、一方を欠いては他方も守り抜くことができない。レッシグは、サイバースペースにおいても我々は、実体的な価値

ゆる権力の行使について「なぜ」(Why?) と問わなければならない」とのべるのである¹⁰⁷。以上から明らかなように、『コード』においても、レッシグは自らの憲法理論の核となる政治概念を、アンガーとアッカーマンの理論を踏まえつつ、個人による理性の行使と人民による熟議を踏まえた世界ないし社会秩序に関する価値選択として構成していることが見て取れよう。

憲法的価値についてレッシグが重視する構造的価値を中心に検討することにしたい。

のみならず、構造的な価値にも目を向ける必要があると説く。すなわち、サイバースペースにおいても、いかに権力を分立し、相互の抑制と均衡を図るか、また、恣意的な規制権力の抑止をいかに空間の設計に組み込むか検討しなければならないというのである。レッシグがサイバースペースの構造的な価値の鍵として重視するのが、アーキテクチャの「所有」(ownership) の構造である。コードが何者かによって「所有」されている場合には、政府によるコントロールが容易に行われることになるのに対して、フリーソフトウェアやオープンソースソフトウェアのように、コードが特定の主体によって「所有」されていない場合には、政府による恣意的な規制権力の行使に対する抑制が働きやすくなるというのである¹⁰⁸。

5.4.2. サイバースペースにおける国家と私的権力

レッシグは、サイバースペースにおける「コントロール」は、政府の後ろ盾を受けた商業（commerce）によってコードを通じて行われる」と指摘している。あるいは、「未来のコントロールの大部分は、法の支配の支援を受けつつ、商業を主体として技術を用いて行使されることになる」というのである¹⁰⁹。すなわち『コード』においては、「新シカゴ学派」で提起された「間接規制」という概念が、政府の後押しを受けた私企業によるコードを用いた規制として敷衍されているということができよう。一方で、レッシグは、「商業的利益はアーキテクチャのあり方を決定することで、ある種の私化された法（privatized law）を創り出している」として、アーキテクチャを用いた私的コントロールを問題視し、政府による介入の必要性を示唆している¹¹⁰。このように、『コード』におけるレッシグの議論は、国家がコードを管理・製造する私企業を通じて間接的に規制を行うことが問題なのか、それとも、私企業が

コードを用いて規制を行うこと自体が問題なのか、どちらとも理解しうる側面があり、この点に関するレッシグの姿勢は両義的かつ曖昧である。前章でみたとおり、レッシグは、論文「新シカゴ学派」では、前者に近い問題意識に基づいて、「直接的立憲主義」から「間接的立憲主義」への翻訳の可能性を提起し、間接規制に対する憲法的規律のあり方を探究していた。一方、『コード』においてレッシグは、私企業によるアーキテクチャを用いたコントロールは、私人の行為であり、憲法が適用されることはないとする通説的な立場に疑問を呈し、ステイト・アクションの法理の射程を拡大する可能性を検討しているものの、ステイト・アクションの法理に関する原意は明確ではなく、裁判所が従来のステイト・アクションの射程を突破するような解釈を行うことは米国の憲法の伝統に鑑みると革命に匹敵するとして、司法がかかる方向性をとることの困難さを認めている¹¹¹。

5.4.3. サイバースペースにおける主権と憲法政治

レッシグは『コード』の14章において、サイバースペースにおける「主権」（sovereignty）のあり方について考察している。レッシグは、主権を「自らの領域内において人民の行動を正当に統治するルールを制定する主権者（sovereign）の権力」と定義した上で、米国の建国が伝統的な主権理論に二重主権（dual sovereignty）という新たな概念をもたらしたと評価している。すなわち、伝統的には、主権の観念に内在する論理上の問題とし

て、人は同時に複数の主権者に統治されることはないと考えられてきたが、米国（the United States）においては、市民は連邦政府と州という2つの主権者に同時に統治されることになったというのである。米国のような二重主権の国家においては、権威の競合という問題が生じうるが、米国では、連邦法の州法に対する優越（supremacy）という原理によって、かかる問題が解決されてきた。一方、サイバースペースにおいては、従来は例外的な事象であった国

境を越えた権威の競合が常態化し、人々の行動は複数の法域 (jurisdiction) によって統治されるようになってきているが、かかる問題を解決しようとする国際的な憲法制定の機会 (founding international constitutional moment) はこれまで存在してこなかった¹¹²。サイバースペースのアーキテクチャが人々の行動を統治するルールである限りにおいて、サイバースペースは主権を有するようになってきているが、サイバースペースのアーキテクチャは商業によってコントロールされるようになっており、アーキテクチャのあり方を選択するための自己統治 (self-government) は確立していない。ここでレッシグは再び米国の憲法史を参照する。憲法制定時の米国においてヴァージニア州における奴隷制の存在はメイン州の市民には無関係であるということができたかもしれないが、19世紀に入り経済的・社会的な統合が進展すると、南部の諸州における奴隷制は米国全体にとって無関係な問題とはいえなくなっていく。同様に、1990年代初頭にはシンガポールにおける言論統制は米国の市民には無関係だということができたかもしれないが、インターネットの発展した今日においては他国における言論統制が自分たちに無関係であるとはいい難くなっている。

5.5. 司法・立法・コード

レッシグは、『コード』の後半部において、再び米国の憲法問題に回帰し、サイバースペースにおける新たな憲法問題に対処する上で米国

このような認識を踏まえ、レッシグは、国際的な共同体 (international community) としてのサイバースペースには解決されるべき憲法問題が存在しており、我々は単なる消費者としてではなく共同体の成員 (member) として、サイバースペースのアーキテクチャの構築をめぐるグローバルな政治に責任を持たなければならないと説くのである¹¹³。このような問題意識からレッシグが注視するのがグローバルな規模で表現の自由を構築するアーキテクチャをめぐる憲法政治である。サイバースペースのアーキテクチャは、分散的な情報流通や匿名性を可能にすることなどにより、表現活動のコントロールを困難にしているという意味で、「現実の『サイバースペースにおける修正第1条』」であり、米国憲法の修正第1条とは異なり、国境を越えて効力をもつようになってきている。すなわち、米国は、インターネットのアーキテクチャを通じて、コードに実装された「修正第1条」を世界に輸出してきたというのである。かかる認識を踏まえ、レッシグは、グローバルな規模で表現の自由を構築する「サイバースペースのアーキテクチャにおける憲法政治」を理解するよう読者に促している¹¹⁴。

の統治構造が抱える課題を司法、立法府ないし政治、コードの3つの領域に即して明らかにし、問題への対応策を提案している。

5.5.1. 裁判所の課題と対応策

『コード』においてもレッシグは、サイバースペースによって提起された新たな憲法上の問題を原意の翻訳によって解決することと試みる一方で、その限界を確認している。サイバースペースのコンテキストへの憲法の翻訳は、憲法の原意が何であるのかに関する「潜在的な曖昧性」(latent ambiguity)を顕にすることが少なくない¹¹⁵。このように翻訳の限界が露になった場合には、価値の選択が求められる。我々はサイバースペースの価値に関する憲法上の選択を必要としているが、このような選択を行うのに適した制度や実践を手にしていないとは言い難い。すなわち、裁判所が憲法をサイバースペースのコンテキストへと翻訳することを試みた結果、潜在的な曖昧性が明らかと

5.5.2. 立法府ないし民主政の課題と対応策

レッシグによれば、憲法的な価値の選択を委ねる上で立法府もまた大きな問題を抱えている。我々の多くは、政府による介入を原理的に否定するリバタリアンではなく、政治により集合的な価値を実現することの意義を認めているが、その担い手として今日の代表民主政を信頼できなくなっている。代表民主政のプロセスは、私的利害に支配されており、その産物である立法が公益を実現するということを信頼できなくなっているというのである¹¹⁸。レッシグは、今日の代表民主政の抱える問題を、私的

な場合、裁判所の翻訳は政治的な選択として捉えられることになり、裁判所は価値選択を伴う翻訳を躊躇することになるというのである¹¹⁶。そこでレッシグは、このような状況に対する司法の対応策として、憲法の原意に潜在的な曖昧性が存在し、翻訳が困難な場合に、下級審の判事を中心とする裁判官に、コンテキストの変化がもたらした問題を提示し、そこにおいて争われている競合する価値を明らかにすることで、人民が憲法的価値について議論し選択することを手助けすることを求めた上で、ガイド・カラブレイジの議論を参照しつつ、連邦最高裁にも政治部門ないし人民に憲法的価値の再考(second look)を促すような形で司法審査を行うことを求めている¹¹⁷。

利害による腐敗に加えて、世論調査などを通じて人民の一時的な衝動が政策に反映されやすくなっている点に見出した上で、民主政がとるべき対応策として、ジェイムズ・フィッシュキンの提唱する熟議世論調査(deliberative poll)¹¹⁹を導入することなどにより、人民の一時的な衝動ではなく、理性の行使を通じて形成される熟議のプロセスを尊重するという、米国の建国者が元来想定していた民主政のあり方を回復することを求めている¹²⁰。

5.5.3. コードの課題と対応策

レッシグは、裁判所および立法府という統治機構と併せて、コードという新たな社会的権力をも憲法構造を構成する担い手として位置づけ、その課題と対応策について検討している。サイバースペースにおいてコードは、法と同様に規制手段としての役割を果たすようになってきているが、法の場合とは異なり、誰がコードのあり方を決定すべきか、いかにコードを規律するのか、コードにどのような公共的な価値を組み

込むべきかについて十分な議論は行われてこなかった¹²¹。レッシグは、コードの改善策として、コードが法と同じように我々の行動を規制する手段としての役割を担うようになっていることを踏まえ、コードの設計においても、フリーソフトウェアのようなオープンコードを採用することなどにより、立法の場合と同様に、透明性という憲法的な価値を実装していくことを求めている¹²²。

5.6. 立憲主義と民主主義の再定位

レッシグの憲法理論は、究極的には、立憲主義よりも民主主義を優先させる議論なのであろうか。たしかに、レッシグの憲法理論においては、通常政治の産物である立法に対する司法審査に向けて憲法の原意の翻訳という方法論が提示されつつも、裁判所による憲法の翻訳の限界が意識され、憲法政治を通じた人民による憲法的価値の選択が重視されている。だが、レッシグの構想する憲法政治は何らの枠組みももたない無定形の民主主義ではありえないだろう。レッシグとともに東欧における立憲主義の研究と実践に携わったホームズが指摘しているように、人民が集合的に意思を表明するためには、それを可能にする「構成的ルール」(constitutive rules)、すなわち、集合的な意思決定の процедуруを創出する法的枠組みが求められるはずだからである¹²³。レッシグがロバート・ポストの憲法理論を批評する中で提示した「ポスト立憲主義」という構想も、司法審査を中心とする従来の米国型の立憲主義に代わるオルタナティブとして提示されているものの、

立憲主義という概念自体を否定するものではなく、むしろ、憲法政治を規律するより高次の立憲主義の枠組みとして理解することが可能であるように思われる。

それでは、レッシグが想定する憲法政治を構成する立憲主義的な枠組みはいかなるものなのであろうか。先にみたようにレッシグは、政治を、我々が集合的に価値について選択・決定するプロセスとして規定すると同時に、我々が理性を行使するプロセスとして捉えていた。レッシグが構想する政治秩序において、理性を行使することは、集合的に価値を選択・決定することに論理的に先行する契機といえる。というのも、集合的な価値選択・決定は、理性を行使して秩序の必然性を疑い、権力の正当性を問い、競合する諸々の価値について熟議を行うことが先行してはじめて意味と正統性をもつことができるはずだからである。また、レッシグは、政治において理性を行使する主体を、「我々」(we)に求めているが、この意味での「我々」は「個人」の概念に立脚するもので

なければならないだろう。というのも、理性を行使して社会秩序の必然性を疑い権力の正当性を問うことは、究極的には個人の思考においてのみ可能なはずだからである¹²⁴。実際、レッシグは『コード』の結論部においてあるべき民主主義の姿について論じる中で、その担い手として、トクヴィルが描き出した建国期の米国における陪審員像と、少年時代のレッシグにおじが語った法律家像をモデルにして、理性により他者を説得しうる主体という個人像を描き出している¹²⁵。このように個人による理性の行使と人民による熟議を踏まえた価値選択のプロセスを政治と捉えるのであれば、政治の前提として、個人による理性の行使と人民による熟議や価値選択を可能にし、規律するための立憲主義的な枠組みが求められることになるだろう。

これまで明らかにしてきたように、レッシグの憲法理論においては、通常政治の産物である立法が司法による憲法の翻訳により規律され、司法が憲法を翻訳する際に依拠すべき価値が憲

6. むすびにかえて

本稿で明らかにしてきたように、「可塑性」と「変革」という概念の分析から出発したレッシグの憲法理論は、憲法改正の手續を容易にすることを要求するものでもなければ、憲法のたえざる変更可能性をことさら強調するものでもなかった。むしろ、レッシグの憲法理論は、法、社会規範、市場、アーキテクチャを含めた社会的世界を構成するあらゆる構造が原理的に変更可能性に開かれているという事実を人々に啓発し、個人が自らを取り巻く社会構造の必然

法政治により選択され、憲法政治が立憲主義的枠組みにより規律されるというように、立憲主義と民主主義の間の連関構造を認めることができる。さらに、レッシグは、米国憲法における立憲主義と民主主義の連関構造を踏まえ、アーキテクチャのレベルで胎動し始めているグローバルな規模での憲法政治に着目し、新たな形の憲法政治を通じてサイバースペースにおける立憲主義を構築していく可能性を模索しているということができよう。しかしながら、グローバルな規模での憲法政治を語るためにも、誰がその主体となり、いかなるプロセスで意思決定が行われ、そこにおいて熟議はいかに確保されるのかといった問いに解答を与えるための一定の枠組みが求められるはずであるが、そのようなグローバルな規模での憲法政治を可能にするための構成的ルールが明らかにされていないなど、サイバースペースの立憲主義を構想するレッシグの憲法理論にはなお課題や難点も多いと言わなければならない。

性と正当性を問い直すことを可能にすると同時に、人民が社会構造の再構成について熟議と選択を行うことを可能にするような立憲主義と民主主義のあり方を構想するものであったということができよう。そして、レッシグの構想する憲法政治の枠組みにおいては、憲法の原意の翻訳に関して不確定性ないし潜在的な曖昧性が明らかになったとしても、直ちに人民による憲法的価値の選択が求められるというわけではなく、司法による多様な憲法の翻訳の提示や、人

民の熟議を通じて、憲法が保護すべき価値とは何なのかについて議論を深めていくことがまずは期待されており、かかる動態的なプロセスの先に、最終的な契機として人民による憲法的価値の選択が求められることになるといえよう。

このようなレッシグの憲法理論はわが国の憲法学にどのような示唆を与えるのだろうか。本稿でもみてきたとおり、レッシグの憲法理論が依拠している原意主義的な解釈方法論やアカマン的な憲法政治論に対しては、米国の憲法学においても批判が少なくなく、レッシグの憲法理論もそれらが抱える難点を十分解決しているとは言い難い側面をもっている。さらに、わが国においては、米国と比べて、憲法解釈において原意が重視される局面は限られており¹²⁶、また、国民の名により憲法的価値の決定を語ることに對する警戒も強い¹²⁷。レッシグの憲法理論もまたコンテクストを越えて普遍的に妥当するものではない以上、レッシグの憲法理論をわが国に輸入する際には、日米のコンテクストの相違を踏まえた翻訳が求められることになるだろう。レッシグの憲法理論をわが国のコンテクストを踏まえいかに翻訳すべきか、本稿において解答を示すことはできないが、仮に日米の憲法を取り巻くコンテクストの相違を踏まえた適切な翻訳が可能であるとすれば、学際的な方法論を用いて様々なコンテクストの変容を分析することで、憲法の意味を問い直すと同時に、かかる問い直しの過程における司法や政治の役割を再定位するレッシグの憲法理論は、日本の憲法学にとっても一定の示唆を与える可能性があるように思われる。

また、レッシグの憲法理論からは、サイバー

スペースにおける憲法問題の研究を含む情報法のあり方を再考する上でも少なからぬインプリケーションを読み取ることができるようと思われる。従来わが国では、レッシグの議論は、ともすれば、アーキテクチャによる法的規制の代替可能性や、インターネット上の法的問題に関する個別の論点が注目される形で受容されることが多く、レッシグの憲法理論の問題意識や思考形式から読み取りうるインプリケーションがわが国の情報法学において十分に汲み尽くされてきたとは言い難い。本稿で検討してきたレッシグの初期の憲法理論から読み取りうる情報法へのインプリケーションは、さしあたり以下の4点に整理することができよう。第1に、情報法における歴史研究の意義である。原意主義のように憲法制定時を特権化することの適否はあくとしても、レッシグの示した翻訳という方法論は、インターネット上の表現の自由、プライバシー、知的財産権のような先端的な法的問題に適切に対処するためには、それらの権利が形成された過去の歴史上のコンテクストを明らかにし、それらの権利がそもそもいかなる価値を守ろうとしていたのか、コンテクストの変化を踏まえ権利保障のあり方をいかに再構成すべきか考察することが求められるということ、したがって、情報社会の先端的な法的問題を研究する情報法にとっても歴史研究は少なからぬ実践的意義を有しているということを示しているように思われる。第2に、情報法における学際的研究の意義である。レッシグが行ってきた学際的な規制研究は、今日の情報社会における複雑化する規制のあり方を分析するためには、経済学や社会学等の社会科学の各領域の知見を参照

することが求められるということと同時に、隣接社会科学の方法論の採用は法的問題を直ちに解決する決定打となることは期待しがたく、法的な価値判断の契機は依然として必要となるということを示唆しているように思われる。第3に、表現の自由論の問い直しの可能性である。レッシグの憲法理論は、表現の自由を中心的な主題とすることは少ないものの、言説の変化が法的・社会的実践に与えるインパクトを論じることにより、言説の再編成を促すことを通じて法的・社会的実践の変化を可能にするという表現の自由の新たな機能を示唆する一方で、ある種の表現活動の産物ともいえる社会的意味やコードによる他者の自由の制約という問題を提起することにより、表現の自由の意義と限界を考察する上で新たな視点を提供しているように思われる。第4に、サイバースペースにおけ

るグローバルな立憲主義と憲法政治の可能性である。レッシグの憲法理論からは、国境を越えてコミュニケーションが展開されるサイバースペースにおいても、依然として従来の主権国家を単位とする立憲主義が重要な役割を果たし続けることは疑いない一方で、グローバルにビジネスを展開するIT企業によるアーキテクチャを用いた規制などの新たな問題に対処するためには、中長期的にみてグローバルな立憲主義とそれを創出する憲法政治が求められることになるというインプリケーションを読み取ることが可能であるように思われる。レッシグの憲法理論から読み取れるサイバースペースにおけるグローバルな立憲主義と憲法政治の構想は萌芽的で具体性を欠いたものにとどまっているが、かかる構想を吟味し具体化していくことは今後の情報法にとって重要な課題といえよう。

註

- 1 法と経済学の展開について概観を示したものとして、see Richard Posner, *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*, in ERIC POSNER (ed), CHICAGO LECTURES IN LAW AND ECONOMICS (2000); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS Ch. 1 (6th 2010). 林田清明『〈法と経済学〉の法理論』（北海道大学図書刊行会、1996年）1章、川浜昇「法と経済学の限界と可能性」井上達夫他編『法の臨界Ⅱ 秩序像の転換』（東京大学出版会、1999年）、川浜昇「法と経済学の現状と課題」『岩波講座 現代法の動態6 法と科学の交錯』（岩波書店、2014年）、細江守紀・太田勝造編著『法の経済分析—契約、企業、政策』（勁草書房、2001年）1章等も参照。
- 2 シカゴ学派の法と経済学に多大な影響を与えた論文「社会的費用の問題」などを収録したコースの論文集として、see R. H. COASE, THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW (1988) [ロナルド・H・コース（宮沢健一他訳）『企業・市場・法』（東洋経済新報社、1992年）]。
- 3 シカゴ学派の法と経済学はシカゴ学派の経済学から、方法論および規範論の両面で影響を受けている。まず、方法論に関して、シカゴ学派の経済学者は、従来経済学の対象と考えられてこなかった市場外における人々の様々な行動にまで経済学的分析の対象を広げ、犯罪、差別、結婚などの経済分析を試みてきた。かかる志向は「経済学帝国主義」と呼ばれることがあるが、シカゴ学派の法と経済学も、この流れの延長線上に位置するものであるということが出来る。シカゴ学派の経済学における「帝国主義的」アプローチと法と経済学への影響につき、see POSNER, *infra* note 4, at 1-3 [邦訳17-19頁]、川濱前掲注(1) 226-227頁も参照)。次に、規範論に関して、シカゴ学派の経済学者は、一般に政府による市場に対する介入に懐疑的であり、新古典派経済学の理論に依拠して、市場の自動調整機能を重視するリバタリアン的な経済政策を支持する傾向がある。シカゴ学派の法と経済学の論者の多くも、政府による規制ないし介入には懐疑的であり、市場の自動調整機能を重視する立場をとっている（林田前掲注(1) 12-13頁参照）。
- 4 RICHARD A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE (1983) [リチャード・A・ポズナー（馬場孝一・國武輝久監訳）『正義の経

済学』（木鐸社、1991年）]。経済学で用いられる「効率性」概念は、パレート効率性を意味して用いられることが一般的である。しかし、ポズナーは、資源配分の変化によって誰の状態も悪化しないことを要求するパレート優位原則が、外部性を伴う事案を扱うことの多い現実の政策判断の場面においては成立しがたいことなどを理由に、パレート効率性を実践的な評価基準として用いることを断念し（*Id.* at 88-99 [邦訳94-102頁]）、代わりに、人々の支払い意思（willingness to pay）によって財の価値を評価し、社会における財の価値の総計である富を最大化することを目指す原理である「富の最大化」を法制度の評価基準として採用している（*Id.* at 60-65 [邦訳pp.69-74]）。「富の最大化」基準に依拠したポズナーの法と経済学を批判的に検討したものとして、常木淳『法理学と経済学—規範的「法と経済学」の再定位』（勁草書房、2008年）1章参照。

- 5 レッシグの経歴については、ウェブ上で公表されているcurriculum vitaeを参照（Lawrence Lessig, CV, <http://lessigwpcache.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2012/06/cv-current.pdf> (last visited Jul. 31, 2014)）。
- 6 Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960). *reprinted in* COASE, *supra* note 2, Ch. 5.
- 7 法と経済学における社会規範論に関して体系的に検討したものとして、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』（勁草書房、2004年）参照。
- 8 Richard Posner, *Social Norms and the Law: An Economic Approach*, 87 AM. ECON. REV. 365, 365 (1997).
- 9 Robert Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in MICHAEL HEGHTER & KARL-DIETER OPP (ed.), SOCIAL NORMS 35 (2001). エリックソンは、レッシグら「『新たな』規範学派」ないし「新シカゴ学派」による社会規範の再定式化の試みを踏まえ上記の定義を示している。社会規範のサンクションには悪評や村八分などの負のサンクションのみならず、評判や名声などの正のサンクションも含まれる。また、主体が社会規範を内面化している場合には、自身による内面的サンクションも含まれる（*Id.* at 35-36）。
- 10 ROBERT ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTE (1991).
- 11 See, e.g., ERIC POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS (2000) [エリック・ポズナー（太田勝造監訳）『法と社会規範—制度と分科の経済分析—』（木鐸社、2002年）]。
- 12 Lawrence Lessig, *Social Meaning and Social Norms*, 144 U. PA. L. REV. 2181 (1996).
- 13 *Id.* at 2181-2184.
- 14 Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943, 949-951 (1995) [hereinafter *Social Meaning*]。レッシグは、アンガーの『社会理論』における議論を参照しつつ、近代の社会理論を根本的に規定する立場を現実が社会的に構成されていることを主張する構成主義に求めた上で、その源流の一つをデュルケムの社会学に見いだしている。レッシグによれば現代において構成主義は、社会学ではバーガー&ルックマンやブルデューらによって、法学においてはアンガーの一連の著作によって発展を遂げている（*Id.* at 949-950 n.19）。同論文においてレッシグが参照している構成主義の文献として、see e.g., PETER BERGER & THOMAS LUCKMAN, THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY (1966) [P・バーガー、T・ルックマン（山口節郎訳）『現実の社会的構成』（新曜社、2003年）]; PIERRE BOURDIEU, LANGUAGE AND SYMBOLIC POWER (1991); ROBERTO M. UNGER, SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND TASK (1987).
- 15 *Social Meaning*, *supra* note 14, at 951-962.
- 16 *Id.* at 991-1016.
- 17 *Id.* at 968-972; Lessig, *supra* note 12, at 2186-2187.
- 18 Lessig, *supra* note 12, at 2187-2188. 犯罪に対する非難としての意味を明確にするために、罰金刑と短期の自由刑ないし羞恥刑との併科を提案する刑事法学者の議論として、see Dan Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591 (1996).
- 19 わが国の憲法学において社会的意味に着目した研究として、駒村圭吾「『意味の秩序』と平等」憲法理論研究会編『憲法理論叢書20 危機的状況と憲法』（敬文堂、2012年）等を参照。駒村は、自由の秩序を構成するものとして、（1）身分の秩序、（2）権利義務の秩序、（3）意味の秩序の3類型をあげた上で、意味の秩序は、社会通念、世間一般の見解、道徳秩序、文化等として語られてきたものを包含し、早くから法思想史上の課題として取り上げられてきたが、憲法学的考察は深められてこなかったと指摘している（前掲129-132頁参照）。
- 20 West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 642 (1943).
- 21 *Social Meaning*, *supra* note 14, at 945-947.
- 22 *Id.* at 1036.

- ²³ Loper v New York City Police Department, 999 F.2d 699 (2nd Cir. 1993).
- ²⁴ *Social Meaning*, *supra* note 14, at 1039-1042.
- ²⁵ 政府言論については、MARK YUDOF, WHEN GOVERNMENT SPEAKS: POLITICS, LAW, AND GOVERNMENT EXPRESSION IN AMERICA(1983). 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号91頁以下（2003年）も参照。
- ²⁶ 米国の判例における思想の自由市場論の起源として、Abrams v United States, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes dissenting). フェミニズム法学や批判的法学研究による思想の自由市場批判などを踏まえ、思想の自由市場論の再構築の可能性について検討したものと、山口いつ子「『思想の自由市場理論』の再構築——『言論の害悪』および『言論と行為の区別』を分析視座として」マス・コミュニケーション研究43号146頁以下（1993年）。
- ²⁷ *Social Meaning*, *supra* note 14, at 1036-1039. レッシグは、「自然」と「社会的現実」の区別は、ルールから独立に存在する「生の事実」（brute fact）と何らかのルールによって構成される「制度的事実」（institutional fact）を区別するジョン・サールの議論（JOHN SEARLE, THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY 31-57 (1995)）によって最も良く説明できるとのべている。その上で、レッシグは、「自然」と「社会的現実」の区別は絶対的なものではなく、「自然」も構成の可能性に開かれているものの、「社会的現実」に比べ可塑性が低いと補足している（Lessig, *supra* note 14, at 1037, n.321）。
- ²⁸ American Booksellers Ass'n, Inc. v Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985). 同判決で違憲とされたインディアナポリス市公民権条例の制定にかかわったマッキヤナンとアンドレア・ドウォーキンによるポルノグラフィ規制論として、ANDREA DWORKIN & CATHARINE MACKINNON, PORNOGRAPHY AND CIVIL RIGHTS: A NEW DAY FOR WOMEN'S EQUALITY (1988) [キャサリン・マッキノン、アンドレア・ドウォーキン（中里見博・森田成也訳）『ポルノグラフィと性差別』（青木書店、2002年）] .
- ²⁹ 771 F. 2d 327-328.
- ³⁰ *Social Meaning*, *supra* note 14, at 945-948.
- ³¹ *Id.* at 1042-1044.
- ³² Lawrence Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 YALE L. J. 1743 (1995).
- ³³ 山口いつ子『情報法の構造 - 情報の自由・規制・保護』（東京大学出版会、2010年）146-152頁等を参照。
- ³⁴ A Declaration of the Independence of Cyberspace by John Perry Barlow, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (last visited Jul. 31, 2014).
- ³⁵ David R. Johnson & David Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996).
- ³⁶ Lawrence Lessig, *The Zones of Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1403, 1408-1409 (1996).
- ³⁷ Frank Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL. F. 207(1996).
- ³⁸ Lawrence Lessig, *The Law of Horse*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999).
- ³⁹ Lawrence Lessig, *Reading the Constitution in Cyberspace*, 45 EMORY L. J. 869, 896 (1996).
- ⁴⁰ Lawrence Lessig, *The Constitution of Code: Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation*, 5 COMMLAW CONSPPECTUS 181, 183 (1997).
- ⁴¹ Lessig, *supra* note 36, at 1410.
- ⁴² Lessig, *supra* note 38, at 507.
- ⁴³ Lessig, *supra* note 40, at 181-184.
- ⁴⁴ Lawrence Lessig, *Constitution and Code*, 27 CUMBERLAND L. REV. 1, 3-4 (1997); Lessig, *supra* note 36, at 1408.
- ⁴⁵ Lessig, *supra* note 44, at 14-15; Lessig, *supra* note 36, at 1410.
- ⁴⁶ Lessig, *supra* note 39, at 872-874.
- ⁴⁷ *Id.* at 902-904.
- ⁴⁸ Shea v. Reno, 930 F. Supp. 916 (S.D.N.Y. 1996); ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa. 1996).
- ⁴⁹ Lessig, *supra* note 39, at 904-905.
- ⁵⁰ *Id.* at 906-910. *See also*, Lessig, *supra* note 44, at 15.
- ⁵¹ Dan Khan & Lawrence Lessig, *Introduction*, 27 J. LEGAL STUD. v (1998).
- ⁵² Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661 (1998) [hereinafter *New Chicago*]. 社会規範に関する論点を中心に「新シカゴ学派」の主張を批判的に検討したものと、飯田前掲注（7）142-152頁参照。飯田は、「新シカゴ学派」

は、法による社会的意味のコントロールの可能性を強調する一方で、コントロールの失敗が生ずる可能性が高いことをほとんど無視していると批判している（前掲書152頁参照）。

⁵³ *Id.* at 661.

⁵⁴ *Id.* at 662-664.

⁵⁵ *Id.* at 665-672. 新シカゴ学派の代表的論者の一人であるサンステインも、市場メカニズムは、自然の秩序ではなく、一定の法的規制を前提にして構成されたものであると論じている（Cass Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873 (1987)）。

⁵⁶ *New Chicago*, *supra* note 52, at 686.

⁵⁷ *Id.* at 668-669.

⁵⁸ *Id.* at 686. このように効率性の判断において考慮する要素を拡張するアプローチは、シカゴ学派の法と経済学の代表的論者であるポズナーが近年提唱しているプラグマティズム法学の中にも見いだすことができる。プラグマティズム法学を提唱する近年のポズナーは、個々のケース限りの短期的な帰結にのみ基づいてアド・ホックに法的判断を行うアプローチについて、法的判断が長期に渡り及ぼすことになる体系的な帰結（systematic consequence）を考慮していない点でプラグマティックなものであると言い難いと評した上で、長期に渡り及ぼすことになる体系的な帰結を考慮に入れて法的判断を行うアプローチを提唱している。ポズナーは、法的判断が長期に渡り及ぼすことになる体系的な帰結を考慮する観点から、「法の支配」の価値を評価し、法的実践における継続性、整合性、一般性、不偏性などの価値に一定の尊重を払うことを支持している（RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 59-64 (2003)）。

⁵⁹ *New Chicago*, *supra* note 52, at 686-687.

⁶⁰ Posner, *supra* note 8, at 366-367.

⁶¹ *New Chicago*, *supra* note 52, at 687-690.

⁶² *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

⁶³ *New Chicago*, *supra* note 52, at 690-691.

⁶⁴ *Id.* at 691.

⁶⁵ MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 27-28 (ALAN SHERIDAN trans. 1979) [ミシェル・フーコー（田村俊訳）『監獄の誕生—監視と処罰—』（新潮社、1977年）31-32頁] .

⁶⁶ JURGEN HABERMAS, THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION: REASON AND RATIONALIZATION OF SOCIETY 339-44 (1981) (THOMAS MCCARTHY trans. 1984) [ユルゲン・ハーバーマス（藤沢賢一郎他訳）『コミュニケーション的行為の理論（中）』（未来社、1986年）95-100頁] .

⁶⁷ ミシェル・フーコー（渡辺守章訳）『性の歴史 I 知への遺志』（新潮社、1986年）119-132頁参照。杉田敦『権力の系譜学——フーコー以後の政治理論に向けて』（岩波書店、1998年）2章も参照。

⁶⁸ ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実性と妥当性（下）』（未来社、2003年）89-119頁参照。

⁶⁹ 政治学者の杉田敦は、フーコーとハーバーマスはともに、普遍的な道徳をアプリアリに信じることはなく、批判の「自己言及性」に直面せざるをえないという共通点を有しているものの、両者の間には、フーコーが個人の自由な倫理の実践をより前面に押し出す一方で、ハーバーマスは道徳についての普遍的な合意をより強調するというアプローチの相違を認めることもできると指摘している（杉田前掲注（67）125-126頁）。

⁷⁰ レッシグの新シカゴ学派に対するフーコーの戦略とハーバーマスの戦略の二正面作戦は、レッシグが第一論文においてイエールのコンテクストを意識しつつ対比させたアンガーの変革論とアッカーマンの変革論の布置連関を西欧の現代思想のコンテクストに「翻訳」したものとすることができるように思われる。

⁷¹ レッシグは、マッキヤナンらにより「セクシュアル・ハラスメント」という概念が提起され、法システムがそれを受容したことによって、世界のあり方が変化することになったプロセスに着目していた（本稿3.6.2参照）。

⁷² ローマ法学者の木庭顕は、法律学におけるサイエンスの構築に関して経済学や社会学に「特効薬」を求める試みについて、その価値を評価した上で、特に経済政策的アプローチについて、以下のように意義と問題点を指摘している。すなわち、「追求する目標についての省察は通常欠ける。その部分を所与とし、それを追求する手段として当該ツールが適しないではないか、という批判を向けるための装備がもっぱら工夫される。これは「政治的決定における前提的批判」というデモクラシーの思考の一部である（中略）。したがってそれ自体高く評価されるべきであるが、第一に政治的役割たる目標自体に関する議論が希薄であるた

めに空虚であり、第二にデモクラシーの他の半面であると同時に法的な思考の核心であるところの、他がどうであれ守らなければならない最後の一人の最後の砦については全く冷淡である」(木庭頭『ローマ法案内——現代の法律家のために』(羽鳥書店、2010年)1-2頁参照)。論文「新シカゴ学派」において示されたレッシグの姿勢は、規制手段の選択において考慮されるべき価値ないし目標の複数性について論じる点で第一の問題点を乗り越えることを試みており、また、個人の自由の観点から「全体化」に対する抵抗と制約の必要性を示唆することで、第二の問題点についても少なからぬ関心を払っているように思われる。

- 73 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999) [hereinafter CODE] [ローレンス・レッシグ(山形浩生・柏木亮二訳)『コード—インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社、2001年)]。
- 74 Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85 GEO. L.J. 1765 (1997).
- 75 Lawrence Lessig, *The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be*, 85 GEO. L.J. 1837 (1997).
- 76 ROBERT POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT (1995).
- 77 Lawrence Lessig, *Post-Constitutionalism*, 94 MICH. L. REV. 1422 (1996).
- 78 *Id.* at 1422-1423.
- 79 POST, *supra* note 76, at 1-18.
- 80 Lessig, *supra* note 77, at 1445-1450.
- 81 *Id.* at 1424.
- 82 SANFORD LEVINSON (ed), RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (1995).
- 83 Lawrence Lessig, *What Drives Derivability: Responses to "Responding to Imperfection"*, 74 TEX. L. REV. 839 (1996).
- 84 Sanford Levinson, *How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) <26; (B) 26; (C) 27: Accounting for Constitutional Change*, in *supra* note 82.
- 85 Lessig, *supra* note 83, at 840-851.
- 86 Bruce Ackerman, *Higher Lawmaking*; Akhil Read Amar, *Popular Sovereignty and Constitutional Amendment*, in *supra* note 82.
- 87 Lessig, *supra* note 83, at 852-871.
- 88 Stephen Holmes & Cass Suinsein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in *supra* note 82.
- 89 Lessig, *supra* note 83, at 871-880.
- 90 *Id.* at 880.
- 91 レッシグによる東欧に関する研究として、*see, e.g.*, Lawrence Lessig, *Redesigning the Russian Court*, 3 E. EUR. CONST. REV. 72 (1994); *Making Sense of the Hague Tribunal*, 5 E. EUR. CONST. REV. 73 (1996).
- 92 「東欧における立憲主義の研究センター」が果たした役割について、*see* The University of Chicago Chronicle Vol. 15, No. 7 (1995), <http://chronicle.uchicago.edu/951207/georgia.shtml> (last visited Jul. 31, 2014).
- 93 CODE, *supra* note 73, at 3.
- 94 *New Chicago*, *supra* note 52, at 699-690.
- 95 Lessig, *supra* note 83, at 875-877.
- 96 *Supra* note 92.
- 97 STEPHEN HOLMES, PASSIONS & CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY (1995). ホームズの議論を批判的に検討したものとして、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(2001年、日本評論社)6章参照。
- 98 *Id.* at xi.
- 99 *Id.* at 19.
- 100 *Id.* at 100-133.
- 101 *Id.* at 6-8, 134-177.
- 102 Stephen Holmes, *What Russia Teaches Us Now: How Weak States Threaten Freedom*, AMERICAN PROSPECT No.33, at 30 (July-August 1997).

- 103 CODE, *supra* note 73, at 5.
- 104 *Id.* 言うまでもなく、この箇所での「アーキテクチャ」の用法は比喩的なものであろう。
- 105 ROBERTO M. UNGER, *SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND TASK* (1987).
- 106 BRUCE ACKERMAN, *SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE* (1980).
- 107 CODE, *supra* note 73, at 59.
- 108 *Id.* at 6-8. レッシグは、論文「馬の法」において、おそらくは共和主義の伝統を意識して、「政治哲学においては、財産権 (property) は政府に対する抑制となると論じられているが、サイバースペースのコンテキストにおいては、財産権はむしろ政府に対する抑制を困難にするというのが私の主張である」とのべている (Lessig, *supra* note 38, at 533)。
- 109 CODE, *supra* note 73, at x.
- 110 *Id.* at 59.
- 111 *Id.* at 217-218.
- 112 *Id.* at 192-194. レッシグの参照する主権理論として、see Akihl Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 YALE L.J. 1425, 1430-1431 (1987).
- 113 CODE, *supra* note 73, at 198-206.
- 114 *Id.* at 166-167.
- 115 *Id.* at 119.
- 116 *Id.* at 213-218.
- 117 *Id.* at 222-223. レッシグが参照するカラブレージの議論として、see GUIDO CALABRESI, *A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES* 16-32 (1982); Guido Calabresi, *The Supreme Court 1990 Term Foreword: Antidiscrimination And Constitutional Accountability (What The Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. REV. 80, 83, 103-107, 119-120 (1991).
- 118 CODE, *supra* note 73, at 218-220.
- 119 熟識世論調査については、see JAMES FISHKIN, *WHEN THE PEOPLE SPEAK: DELIBERATIVE DEMOCRACY AND PUBLIC CONSULTATION* (2009) [ジェイムズ・S・フィッシュキン (岩木貴子訳) 『人々の声が響き合うとき—熟識空間と民主主義』 (早川書房、2011年)] .
- 120 CODE, *supra* note 73, at 225-230.
- 121 *Id.* at 220-221.
- 122 *Id.* at 223-225. オープンコードと透明性の関係については、see *Id.* Ch.8. See also, *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, available at <http://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>.
- 123 Holmes, *supra* note 97, at 148, 163, 167. 関連して長谷部恭男『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』 (東京大学出版会、2000年) 139-141頁も参照。
- 124 蟻川恒正がBarnett判決の法廷意見を執筆したジャクソンの言説の分析を踏まえ論じているように、権威や秩序を疑うこと、自ら思考することを意味する動詞reasonの主体は、集団ではなく個人に求められなければならない。というのも、思考 (thinking) とは、つねに個人の頭脳の内にしか宿るものではないからである (蟻川恒正『憲法的思惟』 (創文社、1994年) 117, 122頁参照)。
- 125 CODE, *supra* note 73, at 228-230.
- 126 わが国の憲法判例や憲法学において憲法の「原意」が有している実践的意義は米国と比べるときわめて限られているように思われる。日本国憲法の解釈に関して憲法制定者の理解を採求することの意義を検討し、包括的基本権条項に関する憲法制定者の理解を採求したものと、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義 (三) - 幸福追求権解釈への予備的考察をかねて -」法学論叢131巻5号 (1992年) 参照。憲法21条2項の定める「通信の秘密」に関する原意を画定することを試みる議論として、高橋郁夫・吉田一雄「『通信の秘密』の数奇な 運命(憲法) 情報ネットワーク・ローレビュー 5巻44頁以下 (2006年)、高橋・吉田論文の方法論的な問題点を指摘したものと、宍戸常寿「通信の秘密に関する覚書」『現代立憲主義の諸相』 (有斐閣、2013年) 494-496頁参照。
- 127 長谷部恭男は、憲法政治における人民の決定を重視し、憲法改正の内容的限界を認めないアッカーマン流の二元的民主政論と憲法改正の内容的限界を強調するわが国の憲法学の通説的立場との距離を指摘した上で、日本国憲法は、究極的な憲法改正権者で

ある国民をも完全には信頼しえないという立場を前提に、基本的人権を含む一定の根本原理を憲法政治における国民自身の決定からも保障しているとの見方を示している。長谷部は、憲法改正の内容的限界を認めない米国憲法と憲法改正の限界を明示するボン基本法を対比するアッカーマンの議論について、「改正の限界の存否が、それを定める憲法規定の存否によって決まるといふ安易な論法としてではなく、基本原則の変更をも国民に委ねうとする国民の公民意識への信頼の存否が、憲法規定の形で現れるという議論として受け取るべきである」と論じている（長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュリスト1037号107頁（1994年）参照）。レッグの憲法理論を日本に輸入する際にも、米国と日本における国民の公民意識への信頼の存否を含めたコンテキストの相違を踏まえた翻訳が求められよう。国民による憲法改正の決定の契機を強調することへの懸念は、今日のわが国の憲法状況も踏まえ、わが国の憲法学において一層強まっているようにみえる。例えば、樋口陽一『いま、「憲法改正」をどう考えるか—「戦後日本」を「保守」することの意味』（岩波書店、2013年）参照）。近代憲法における社会の構造の基本を個人概念に求めた上で（前掲書26-31頁）、「その社会の構造（constitution）を支える「保守」の基盤がなければ社会の安定はない。容易に崩れない構造があつてこそ、それにぶつかってゆく変革は新しいものを築き上げることができる」（前掲書134頁）とのべる樋口の議論は、本稿の問題意識からも重要な指摘といえよう。

*本論文は、日本学術振興会科学研究費助成事業（学術研究基金助成金）（基盤研究（C））「情報社会における規制の重層化に関する比較制度研究」の研究成果の一部である。



成原 慧（なりはら・さとし）

〔生年月〕 1982年12月6日生まれ

〔出身大学または最終学歴〕 東京大学大学院学際情報学府博士課程単位取得退学

〔専攻領域〕 情報法

〔主たる著書・論文〕

「多元化・重層化する表現規制とその規律—表現の自由・アーキテクチャ・パブリックフォーラム」

憲法理論研究会編『憲法理論叢書21 変動する社会と憲法』（敬文堂、2013年）

「代理人を介した表現規制とその変容」マス・コミュニケーション研究 80号 249頁以下（2012年）

「情報社会における法とアーキテクチャの関係についての試論的考察—アーキテクチャを介した間接

規制に関する問題と規律の検討を中心に—」情報学環紀要情報学研究 No.81・55頁以下（2011年）

〔所属〕 東京大学大学院情報学環助教

〔所属学会〕 日本マス・コミュニケーション学会、日本社会情報学会、日本公法学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会、情報ネットワーク法学会、情報通信学会、日本法哲学会

The Constitution and its Context: The Constitutional Theory of Lawrence Lessig

Satoshi Narihara*

Abstract

Lawrence Lessig is a distinguished scholar of constitutional law in the United States. Furthermore, he is well known as the pioneer in the foundation of cyberlaw, who presented the key concepts of “architecture” and “code” in this field. He has reconsidered meaning of the Constitution from the standpoint of emerging contexts, especially in cyberspace.

I explore the relationship between the Constitution and its context in Lessig’s constitutional theory, considering his earlier works. This article is the latter half of my monograph on his constitutional theory. In ch.4, I explore the reconstruction of the concepts of regulation by Lessig, examining his interdisciplinary approach to law, social norm, and architecture. In ch.5, I discuss the relationship between constitutionalism and democracy in his constitutional theory, considering his book reviews on constitutional theory, his experience in Eastern Europe, and his landmark book of cyberlaw, *Code and other laws of Cyberspace*. Finally, I show values and problems of his constitutional theory, and suggest its implications for constitutional law and information law in Japan.

Assistant Professor, Interfaculty Initiative in Information Studies, the University of Tokyo

Key Words : Constitution, Context, Lawrence Lessig, Social Norm, Architecture, Constitutionalism, Democracy