



## Abstract

The aim of this paper is to examine the necessity of an Internet Constitution, which is a concept supposedly conceived by the second generation of the constitutional study on the Internet. As a beginning, I will overview the intellectual groundworks for the two leading scholars of the second generation, Lawrence Lessig and Cass Sunstein. In specialty, I will focus on the New Chicago School which the former has espoused and on the Madisonian Republicanism which has been one of the ideological backgrounds for the latter. Next, I will verify how they, the so-called Internet Constitutionalists, have evaluated the political properties of the Internet and how the concept of the Internet Constitution has been presented. In my view, they have a pessimistic outlook about the existing condition of the Internet because it has the probability of debilitating the collective values which we must hold in common; the purposes of the Internet Constitution are to guarantee these values over the Internet and to advance the democratic process where collective decisions are made in deference to these values. It seems to me that the concept of the Internet Constitution is worth reflecting; on the other hand, the necessity of it is insufficient at present. The main reasons are two. First, the probability that the present circumstances of the Internet undermine the essential collective values has been demonstrated inadequately. Second, the value of deliberation on which the Internet Constitutionalists place a premium has a proclivity to intensification of mainstream values inside a community or society. The Internet Constitutionalists can be seen to pay little attention to the Exit model of freedom and to emphasize the (deliberative) Voice model of freedom; on the contrary, I will esteem the Exit model which gives the Internet a political distinction.

[キーワード] 憲法、民主主義、インターネット、レッシグ、サンステイン

# Internet Constitutionは必要か 米国憲法学におけるインターネット研究第2世代の議論をめぐって

## We Need an Internet Constitution? A Critical Look into the Second Generation of the Constitutional Study on the Internet

大田 貴昭 / Takaaki Ohta (早稲田大学大学院 政治学研究科 博士後期課程)

1. はじめに
2. Internet Constitutionalistsの基盤
3. Internet Constitutionとは何か
4. Internet Constitutionは必要か
5. おわりに　憲法とインターネットと「我々」

### 1. はじめに

米国におけるインターネットの憲法学的研究は、90年代中葉までの第1世代と、90年代後半以降の第2世代とに類別可能である。かつての第1世代においては、ネットへの過大な期待を示し、情報社会の到来が自由と民主主義の活性化を導くものとする論調が顕著だった。この第1世代は、ネットに対する規制に消極的であり、またネットはそもそも規制不可能な空間だと規定する。例えば、デビッド・ジョンソン( David Johnson )<sup>1)</sup>及びデビッド・ポスト( David Post )<sup>2)</sup>が96年に発表した論文*Law and Border*<sup>3)</sup>においては、情報社会の到来に伴って、従来の法体系における地理的境界線の意義が縮減する一方で、ネット上で形成される境界線の意義が強まる傾向が指摘されているが、こうしたネット例外主義( Internet exceptionalism )に基づく見解<sup>4)</sup>は第1世代の典型例である。

しかし、90年代後半から現在にかけて、ネット研究は第2世代に突入し、そこではネットが民主主義社会に及ぼす負の影響が強調されるようになる。第2世代によると、ネットそれ自体は自由でも民主的でもない。ネットを第1世代が論じるような理想的空間にするには政策的見地からの合理的規制が必要とされるのである。図式的に整理すると、第1世代が主としてリバタリアン的論調の中で展開されていった一方で、現在の第2世代は主としてリベラル的論調の中で展開されているものと表現可能である<sup>5)</sup>。特に、第1世代はネットの政治的特性に関して楽観的であり、ネット規制に消極的であるのに対して、第2世代はネットの政治的特性に関して悲観的であり、ネット規制に積極的態度を示しているものと言及し得るのである。

重要なのは、第2世代は、単に個別対応的意味においてネットに対する法的規制を設定しようとしている

るのではなく、こうした諸規制の上部に一種の憲法原理を想定し、その原理に基づいてネットに新たな政治的特性を提供しようとしている点である。特に、第2世代の代表的論者であるローレンス・レッシグ (Lawrence Lessig)<sup>6)</sup>およびキャス・サンステイン (Cass Sunstein)<sup>7)</sup>には<sup>8)</sup>、こうした傾向が明白に読み取れる。本稿では、この考え方についてInternet Constitutionと概念規定を行い、その明示的 / 暗示的提唱者たちをInternet Constitutionalistsと呼ぶ。そして、Internet Constitutionalistsがいかなる思考基盤に立ち、既存のネットをいかに評価しているかを概観した上で、最終的にはInternet Constitutionの必要性に関する私見を提示していきたい。

## 2. Internet Constitutionalistsの基盤

---

### レッシグの場合

本論の導入にあたって、本稿の主たる考察対象であるレッシグ及びサンステインの思考基盤を概観しておきたい。まずレッシグである。彼は表向き憲法学者として分類されるが、その研究活動の内実を概観すると、従来の憲法学の範疇には收まりきらないことが理解し得る。特に、ネット関連の研究成果として3冊の著作が出版されているが、これらが法学のみならず多方面の学術領域から関心を寄せられる内容となっている点は周知の事実である。

その3冊とは、第1が*Code<sup>9)</sup>/Code 2.0<sup>10)</sup>*、第2が*The Future of Ideas<sup>11)</sup>*、そして第3が*Free Culture<sup>12)</sup>*である。まず、*Code/Code 2.0*においては、ネットが本質的に規制不可能な空間であるという従来のリバタリアン的な考え方が批判され、ネットは主として商業的動機から高度に規制可能な空間に変容する脅威に晒されている点が論じられている。次に、*The Future of Ideas*においては、今日の政治的・社会的諸制度の下にネットが質的に変容し、ネットあるいは現実社会におけるイノベーションが縮減しつつある点が論じられた。さらに、*Free Culture*においては、知的財産法制、メディア所有権の集中化、技術の発展に伴って、歴史的に米国社会が培ってきたフリーカルチャーが弱体化し、それに伴って創造性の環境が危機に晒されている点が論じられている。

本稿はこれらの研究活動全体に関して詳細に分析するスペースを持たない。ここで焦点を合わせたいのは、こうしたレッシグの諸見解を支えている思考基盤である。この点、特に重要となるのが、彼自身が指摘するところの新シカゴ学派 (New Chicago School)<sup>13)</sup>という思考様式の存在である。通常、シカゴ学派とは新古典派経済学を基礎とする経済学派の1つであり、その基本的態度は自由放任主義を基調とし、経済市場に対する政府の介入を消極的に捉えるものである。このシカゴ学派の経済思想は法学領域にも応用され、独自の学派を形成されるに至っているが<sup>14)</sup>、その主たる特性は「法以外の規制要素」に焦点を当てて規制観念を理解する点である。すなわち、法学におけるシカゴ学派によると、人間行動に対する規制要素は、法 / 社会規範 / 市場 / アーキテクチャの4つに類型化される。そして、それら4類型の規制要素が総じて人間行動を規制するのである。シカゴ学派は、このように複合的規制観念を有し、人間行動と規制の関係について合理的選択理論を基礎に理解する<sup>15)</sup>。

ただし、レッシグによれば、こうした法学におけるシカゴ学派は、厳密には旧シカゴ学派と新シカゴ学派とに大別される。そして、彼は自らを新シカゴ学派に属する存在として規定するのである。では、両世代間の相違とは何か。それは法以外の規制要素に対する評価である。旧シカゴ学派は、法以外の規制要素の効率性を重視して法を軽視する傾向にある。当該学派は、他の規制要素と比較して非効率的なものとして法を捉え、それゆえに積極行動主義 (activism) に対して消極的態度を取る。

一方、新シカゴ学派は、むしろ他の規制要素が法に従属するものと捉える<sup>16)</sup>。例えば、広告キャンペー

ンを見れば分かるように、法は一定の割合で社会規範に影響を与えていた。また、法は、例えば建築規則を設定することで、アーキテクチャにも影響を与える。また、法は、課税や助成金という手段を通じて、市場にも影響を付与している。つまり、新シカゴ学派によると、法は人間行動に直接的影響を及ぼすのみならず、他の規制要素に直接的規制を賦課することで、人間行動に間接的影響を及ぼしている。法は規制要素としてもメタ規制要素としても機能する複合機能的存在なのである<sup>17)</sup>。新シカゴ学派においては、他の規制要素も組み入れる形で法を利用することで、より効率的な積極行動主義が可能とされる。こうした新シカゴ学派の思考様式を元に、レッシングは法という規制要素を重視する形でネットを論じていることになる。

### サンステインの場合

次にサンステインである。彼の研究テーマも多岐にわたっているが、本稿の文脈上注目したいのは、彼の自由言論に関する考え方である。米国社会の伝統において自由言論の概念を支えてきた中心的原理は思想の自由市場理論 すなわち、諸個人の思想・信条が社会内で自由に交換されることに自由言論の価値を見いだす考え方である。1919年に連邦最高裁ホームズ判事が少数意見として提示したこの思想の自由市場理論は<sup>18)</sup>、第2次大戦後、連邦最高裁の多数意見の中に組み込まれていくことになる。

しかし、そうした自由市場モデルに依拠するのみでは自由言論の概念は十分に評価し得ない、とサンステインは考える。彼によれば、憲法上保障されるべき対象となる言論物は、単に自由に交換されるのみではなく、所定の社会内で公共的に取り扱われるべき諸事項( public issues )を幅広く喚起し、最終的には公共善( public good )の発見に資する必要がある。そして、そのためには、言論市場は自由放任の状態に置かれるべきではない。社会内の多元的な思想・信条が可能な限り流通し、公共的事項をめぐる公共善の発見が促進されるよう、合理的規制が設定されることも許容されるのである。

サンステインは、こうした自由言論に対する態度をマディソン主義と呼ぶ。連邦憲法の父と称されるジェームス・マディソンは、その著書<sup>19)</sup>の中で社会内における党派利害の多様性を積極的に評価する思想を提示し、多元主義政治学の源流を作った人物として有名である。しかし、サンステインによれば、マディソンが党派利害の多様性を評価したのは、そうした状況がむしろ公共善の発見にとって望ましいという判断があったからである。すなわち、マディソンは社会内の多元的視点の発露が最終的には公共善に関する熟慮や討議に収斂していくところに民主主義の理想を見ているのである。サンステインはこうした考え方をマディソン主義的共和主義( Madisonian Republicanism )と呼び、現代社会の多元性を踏まえた新たな共和主義思想を模索していく。

こうした自由言論に対する共和主義的態度が現代の米国憲法学において一定の説得力を持つつつある背景には、修正1条を解釈する際の個人のイメージが大きく転換しているという事実がある。従来の憲法学においては、自律的個人が思想の自由市場の中で自由に見解を提示・交換していくというイメージが存在していた。しかし、現実の言論空間においては、資本力・動員力のある大企業・利益集団が巨大な発言権を有したり、公共善より個別の私的利害・価値観が優先された情報の流通が顕著となるといった弊害が表れてきた。すなわち、言論空間が自由放任であるがゆえの「市場の失敗」が散見されるようになったのである。

それゆえ、現代の憲法学者の多くは、従来の修正1条の価値前提にあった「独立した自律的個人」<sup>20)</sup>という牧歌的観念を遠ざける傾向にあり、それゆえに、自律的個人を主体とする思想の自由市場理論も従来通りに是認し難いという事情がある。むしろ修正1条は、何らかの社会的目標を遂行するための pragmatique なツールとして理解される傾向が強まっており、憲法学者同士の議論も、その社会的目標をい

かに設定するかという点を中心に展開されている。サンステインによる自由言論の共和主義的理論もこうした現代的文脈の1つなのである。この点、現在の米国憲法学は、かつてのリアリズム法学の余波の中にあると言つていよい<sup>21)</sup>。

### 両者の共通基盤

こうした両者の思考基盤に共通して見えてくるのは、社会秩序における法の重要性を認める事実認識であり、個人的自由を尊重する上でむしろ一定の法的規制を設定すべきだとする価値的態度である。

レッシグは、従来のシカゴ学派と異なり、個人的自由を規制する諸要素のうち法を特別視する。しかし、彼にとって、法は特別な地位を占めるのみならず、特別な地位を占める「べき」ものもある。例えば、アーキテクチャという規制要素は、不可視的で認識困難な存在である上に、その規制の在り方を民主的プロセスに従って調整するシステムも存在しない。他方、法という規制要素は可視的である上に、一定の民主的プロセスを経ないと設定し得ないのであり、諸個人はその決定プロセスに参与し得る。それゆえに、法は他の規制要素より優越的地位にあるべきものなのだ。

一方、サンステインは、従来の憲法学と異なり、自由言論を維持する上で法的規制が果たす役割を強調する。彼にとって、自由言論は介入の許されない神聖な領域ではない。思想の自由市場における市場の失敗を是正し、諸個人が可能な限り平等な立場で言論空間に参与し得る状況を積極的に形成する必要がある。そのために、政府が法というツールで以て一定の合理的規制を設定することは、むしろ自由言論を擁護するために不可欠なのである。

憲法学的に見れば、こうした考え方は言論をめぐる問題に留まるものではない。例えば、財産権は、国家が登場する前から諸個人が有していた前国家的権利であり、社会権などの後国家的権利と伝統的に区別されてきた。しかし、実際には、国家という強制装置が存在するからこそ、諸個人は自らの財産を侵害される危険性を大幅に回避し得るのであり、さらには、いかにして所定個人の財産を当該個人のものと特定するか、その最終的認識は国家の定める法制度に依拠せざるを得ない。つまり、いかなる原初的権利であっても、その実際的保持・行使の背後には、国家の設定する法制度が不可欠なのであり、憲法学的に捉えれば、その法制度をいかに民主的に運用するかという点に重点が置かれるべきなのである。第2世代が法という規制要素を重視する形でネットを批判的に捉えていく背景には、本節で記述した思考基盤が有力となりつつある米国憲法学の趨勢を鑑みる必要がある。

## 3. Internet Constitutionとは何か

---

### レッシグの場合

上述したような思考基盤に立った上で、両者はネットをいかに把握しているのか。主として憲法学的立場からその点を概観してみたい。まずレッシグは、ネットが第1世代の理想とするリバタリアン的状況にあった時代(Net95<sup>22)</sup>)と、ネットが高度に規制可能な空間となつていった時期(Net99<sup>23)</sup>)とを区別する。そうした変容の主たる要因はネットの商業主義化である。すなわち、ネットの大衆化に伴つて、その空間における商業的契機 特に電子商取引を展開することのメリットが増大する。レッシグによれば、Net99においては、電子商取引の仕組みを構築する上で重要なクレデンシャル、ラベル、ゾーンという3つの特性が顕著となる。それらの諸特性はネットを高度に規制可能にする要素であり、逆に言えば、Net95においては、それらの諸特性が顕著でなかったがゆえに、ネットは規制不可能な場であり得たのである<sup>24)</sup>。

レッシグによれば、前節で見た4つの規制要素のうち、ネットにおいてはアーキテクチャとしてのコード

が最も重要な規制要素となる。ネットを構築する素材はコードによって提供されるのであり、ネットはコードの存在なしには成立し得ない空間として規定し得るからである。ここで重要なのは、アーキテクチャとしてのコードが価値中立的存在ではなく特定の諸価値を誘因する存在である点だ。ネット上のある場所においては個人の自由が最大限に確保されているが、別の場所においては個人の自由が極度に統制可能なものとなる。そうした差異は、アーキテクチャの差異に基づくものであり、そのアーキテクチャの差異の基盤には、それを支える価値的差異が存在するのである。しかも、アーキテクチャという規制要素は、他の規制要素と比較して、不可視的な形で諸価値を誘因・促進する傾向が強い。問題は、こうしたアーキテクチャに付随する特定の諸価値が、AOLやマイクロソフトといったネット上で強力な影響力を有する企業によって規定される可能性。すなわち、商業セクターの選択した諸価値が我々の規範世界を規定する可能性である。

レッシングにとっても、第1世代にとっても、最も尊重されるべき集団的価値は個人的自由であるが、問題は、現在のネットが上述のような特性にある状況の中で、その個人的自由が弱体化する可能性を強めている点である。そして、それゆえに、レッシングはこうした現在のネットの政治的特性を実際的に転換させる必要性を説くのである。そこで注目されるのがオープンソースコード クローズドソースコードと対置される存在としての開かれたコードの存在である。レッシングによれば、多くの場合、ネットにおける有力なクローズドコードは巨大企業によって所有され<sup>25)</sup>、コードの作成・変更に関する権利は、当該企業が独占する。他方、オープンコードの場合、諸個人はそのアーキテクチャを可視的なものとして扱うことが可能になり、さらにはコードの改変プロセスに関して諸個人が一定の関与を為し得る。こうした理由から、レッシングは憲法上保障されるべき自由を構造的に保証<sup>26)</sup>する要素としてオープンコードを重視するのである。

レッシングがオープンコードといった仕組みに固執するのは、こうした開かれた環境を通じて、ネットにおいて一種の憲法原理を構築するという目的を有するからである<sup>27)</sup>。レッシングの主たる思考基盤たる新シカゴ学派の視点に立つと、個人的自由という集団的価値は、法を中心とした秩序の中で最も効果的に促進されるのであり、さらに言えば、近代的意味での憲法原理に依拠した秩序の中で、諸個人は自由を最大限に享受し得る。そして、こうした憲法に依拠した秩序が十分に有効なものとなるにはオープンコードの促進が不可欠なのである。ただし、レッシングは、その憲法原理の具体的な内容について明確な形で記述していない<sup>28)</sup>。例えば、コモンズ(commons)といった興味深いアイデアを部分的に提示しているものの、一方で彼の想定している憲法原理の全体像はまだ見えてこない。こうした意味では、現段階におけるレッシングの議論は、憲法制定の前段階 すなわち、ネットにおける憲法原理の必要性を広く認知させること自体にあるのだ。

### サンスティンの場合

次にサンスティンの議論を見てみたい。彼はまず、ネットが有する高度な情報フィルタリング( information filtering )の機能に着目する<sup>29)</sup>。ネットは広大な情報に満ちあふれた世界だが、それゆえに諸個人は自らにとって必要な情報を篩にかけて選別する必要に迫られる。その際、最も有用なのは、検索エンジンやディレクトリサービスなどのインフォメディアリ( infomediary )である。インフォメディアリはネットにおける個人の行動を経済合理的なものにする。その高度な情報フィルタリング機能を利用して、諸個人は、時間的コストを費やすことなく、自らの関心・価値に適合する情報を容易に入手可能となる。つまり、常に自らにとって必要な情報がフィルタリングされて提示されるDaily Me<sup>30)</sup>という情報環境が構築されるわけである。こうした側面は情報供給サイドにとっても有益である。例えば、電子商取引業者は、情報フィルタリング技術を活用することで、ユーザ各々の個別的関心・価値に合わせた財・サービスを自社

サイト内で隨時提示可能となる。その結果として、顧客満足度が高まり、顧客の囲い込みが促進され、結果として収益率が増大可能となるのだ。

しかし他方で、こうした情報フィルタリングが高度に作用すると、自らの既存の関心・価値に適合しない異質な情報にアクセスする機会が縮減することになる。そうした環境は、サンステインのような共和主義者にとって消極的に評価せざるを得ない。諸個人が既存の関心・価値に適合した情報のみを享受するような世界においては、個人間の共有的社会経験( shared social experiences )が弱体化し、社会全体にとって公共的に熟慮・討議すべき事項が軽視されてしまうからだ。

サンステインがさらに懸念するのは、このように情報フィルタリングが強度に作用する状況における集団形成の在り方である。すなわち、諸個人は、自らの既存の選好・価値に適合した情報環境に囲まれるがゆえに、自らの関心・価値に適合する同質的集団にアクセスする傾向が高まる。重要なのは、こうした同質的集団においては集団極化( group polarization )<sup>31)</sup>の現象が生成しやすい点である<sup>32)</sup>。すなわち、同質的集団の中で討議が展開されると、討議前と比較して、参加者たちの見解が穩健なものから極端なものに変容し、集団的決定自体も極端な方向に収斂していくのである。ネットにおいて、こうした集団極化が生成しやすくなると、諸個人は異質な情報に触れる機会をさらに遞減させ、既存の関心・価値をさらに先鋭化されることになる。

この点、サンステインは、New York TimesやNewsweekが有する総合的関心媒介項( general interest intermediary )<sup>33)</sup>としての機能を評価する。こうした媒介項は、個人がなるべく多くのテーマの情報に触れることに資することになり、社会経験の共有化を促進させる機能を有するからである。彼は、現代社会における総合的関心媒介項の影響力の低下を指摘し、共有的社会経験の縮減によって社会的結びつきが弱体化することを警戒する。そして、既存のネットの在り方が、こうした傾向をさらに加速させるのではないかと懸念するのである。

そこで彼が提示するのが6条から構成されるネット規制原理である<sup>34)</sup>。第1に市民間で公共的事項に関する討議を行う熟議ドメイン( deliberative domains )を創設すること<sup>35)</sup>、第2に公共的に見て重要なサイトの運営者に対してコンテンツに関する情報公開を求める事、第3にサイトの運営者に対して公共的事項を幅広く取り扱うようコンテンツに関する自主規制を求める事、第4に公共的役割を果たしているサイトに対して政府が補助金を給付すること、第5に社会的影響力の強いサイトに対して公共的事項の喚起を促すために特定のリンク付けを義務づける事、第6に党派性の強いサイトに対して対立する立場にあるサイトへのリンク付けを義務づけることである。

サンステインのネット改革案から見て取れるのは、ネットを地上波放送メディアに準じた存在として取り扱おうとしている点である。特に、第5案および第6案は一種のネット版マストキャリー政策と解釈可能である。いわば、サンステインはネットにおいて閉鎖的・同質的な偏向空間( polarized places )が生成し続けている現状を考慮し、公共善の発見に資する言論空間の在り方をネットに求め、そのための憲法原理を考案しようとしているのである。

#### Internet Constitutionの提起

このように、ネットに関する両者の憲法学的考察を概観してみると、共通して指摘し得るのが、ネットに向けた憲法原理の必要性を明示的／暗示的に提示している点である。この両者共通の発想について、本稿ではInternet Constitutionと概念付けたい。振り返ってみれば、これまで何らかの形でネットを規制する様々な法規が制定されてきたが、それらは概して個別的問題に対処するものに過ぎなかった。彼らが提起しているのは、こうした個別準則ではなく、こうした法規の上部に位置する一般原理なのである。

ただし、両者ともその憲法原理の内容を具体化しているわけではない。上述したように、レッシグは'constitution in cyberspace'<sup>36)</sup>の必要性を説いているものの、その詳細は明確でない。また、サンステインは6条から構成される規制原理を提唱しているが、これはあくまで試論の段階に過ぎないものであり、今後のさらなる議論が必要となることは本人も認めている<sup>37)</sup>。こうした意味ではInternet Constitutionの概念はまだ抽象的段階にある。

ただし、その基本的目標は明確だ。それは、既存の憲法原理が従来取り扱ってきた集団的諸価値( collective values )の保障にあり、集団的決定における民主的プロセス( democratic process )の促進にある。米国社会において想定されている主たる集団的諸価値とは個人的自由であり、その個人的自由を最大限平等に保障するための諸原理である。レッシグやサンステインは、Internet Constitutionを通して、ネット上の諸主体が共有すべき集団的諸価値を規定し、さらにはネット上の集団的決定がそうした諸価値を尊重したものとなるよう、個人間の熟慮と討議に基づく民主的プロセスが促進される仕組みを提案しているのである。

この点、Internet Constitutionと混合される可能性のあるものとしてInternet Governanceの概念がある。これはIPアドレスやドメインネームといったネット資源の管理などを通じてネット全体の包括的統制を行うことに意義がある。統制主体がバラバラであれば、あるいは統制範囲がネット全体に及ばないのであれば、例えば、同一のドメイン名が複数のネットワーク組織に割り当てられ「ネット上の住所」が事実上機能しなくなる危険が発生し得るからだ。その意味でInternet Governanceはグローバルな次元の概念である。しかし、本稿が示すところのInternet Constitutionは、こうした包括的管理統制を目的とするのではなく、むしろ既存の国家・地域が伝統的に熟成させてきた憲法原理をネットに適用しようとする試みであり、比較的ナショナルな次元の概念である。それゆえInternet Constitutionにおいては、例えば、米国国民にとって影響力の強い幾つかのサイトに対して網羅的に規制を賦課する可能性があるが<sup>38)</sup>、こうした規制の努力をネット全体にまで包括的に及ぼす必要性は薄いと言える。

#### 4. Internet Constitutionは必要か

---

ネットは本当に我々の敵なのか

こうしたInternet Constitutionの必要性に関する是非を検討する上でまず考察すべきなのは、こうした発想が導出される前提としての事実認識の問題である。すなわち、Internet Constitutionalistsが強調するほどに、既存のネットは憲法的問題点を内包しているのだろうか。新たな法的規制を賦課するほどに、修復不可能な害悪( irreparable harm )がネットに存在しているのだろうか。

例えばクレジットカードだ。我々は、カード決済による電子商取引に参加することによって、自らの購入履歴・趣味嗜好から思想信条に至るまで、潜在的には閲覧可能な状態に置かれる。しかし、我々の多くはそれでもなおカード決済を好んで選択する。それは、こうした個人情報の露出という潜在的デメリットを考慮に入れても、決済の簡便性や支出履歴管理可能性などの顕在化されたメリットをそれ以上に評価しているからである。そして、こうしたメリットを選択するかデメリット回避を選択するかを決定すること自体が個人的自由なのではないか。

同様のことはHTTPクッキーに関しても言える。ブラウザ上のクッキーは、各ユーザの行動をネットサービス企業サイドで把握可能とするものだが、こうした負の側面を上回る利便性を考慮して、我々はクッキーを承認している。一定の個別データを提供しないと、魅力的なネットサービスは享受し得ない。そして、こうしたサービスに実際に参加するか、こうしたサービスの享受を放棄してもなお、自らの情報を守

るかは、個人的自由に任せられるべき問題である。もちろん、アーキテクチャとしての規制要素は不可視的なケースが多く、諸個人が自覚しないままにその自由を侵害されている場合もあり得るだろう。しかし、他方でネットにおける個人は、そうした商業主義的仕組みに参加するか否か自体に関する選択の契機を有しているはずである<sup>39)</sup>。こうした意味では、商業主義的動機から誘導されるネットの規制可能性と個人的自由とは、必ずしも反比例的関係にあるとは言い切れない。

同様の事実認識に関わる疑問点は、情報フィルタリングや集団極化の論点にも当てはまる。確かに、我々は、あるオンラインモールではCRM技術によるフィルターを受け、ある時事ニュースサイトでは協調フィルタリング技術によるフィルターを受けている。しかし、こうしたフィルタリング技術は、個人の関心・価値を固定化・極端化させるほどに精緻なものだろうか。例えば、オンライン書店Amazonはフィルタリング技術の見本市のようなサイトの1つだが、そこにおけるフィルターの精度はかなり粗雑である<sup>40)</sup>。特定の書籍を購入したところ、次回にAmazonにアクセスすると、自らの関心事とは若干ズレた商品をいきなり「あなたへのオススメ」として提示された経験は誰にでもあるはずだ。

そもそも、個人の関心・価値を正確に推測するには、その個人が過去に示した購入品や関心アイテムに関する動機を知る必要がある。例えば、私が毛沢東に関する書籍を購入したとしても、その動機が「中共独裁の歴史を批判したいから」か「マオカラー・ファッショニ歴史を知りたいから」か「ネットを使えないマオイストな友人の代わりに購入してあげた」かによって、私に対するフィルターのかけ方は異なってくる。そして、こうした動機を他者が知ることは非常に困難であるし、場合によってはその動機はテキスト化の不可能なものである。

重要なのは、そのような粗雑なフィルタリングが作用する結果、各個人には本人の関心・価値と「若干ズレた情報」が提供される傾向が強いという点である。我々は「既存の関心事と全く外れた情報」を提示されても興味を示しにくいが「既存の関心事とは若干ズレた情報」には積極的に反応する可能性が高い。法学徒に対して天文学の情報を与えてもそれに目を通す可能性は薄いが、経済学の情報を与えた場合、法学と経済学との間には一定の近接性が存在するため、法学徒はその経済学情報を熟読する可能性がある。つまり、ネットにおける情報フィルタリングは、諸個人に「若干ズレた情報」を絶えず送り届ける機能を果たしているのであり、そして、こうした機能は諸個人が社会内の異質な関心・価値に遭遇する機会とも言えるのである。それは、サンステインのような共和主義者にとって、それほど不都合な事態と言えるだろうか。

また、ネットにおける集団形成の問題についても、こうした極端な収斂が真に成立可能か否かは疑問である。まず言及すべきなのは、ネットでは、現実空間と比較して、集団参加も集団離脱も容易であり、さらには複数の集団に同時参加することが極めて容易な点である。こうした状況における個人は「単一の極端な見解」に収斂するのではなく「複数の極端な見解」に影響されるに過ぎないものと指摘可能である。この点、CMC<sup>41)</sup>の分析に関する社会心理学上の先行研究を概観してみると、CMCにおける高度な匿名性は既存の社会的立場を超えた平等化を促進する作用があり、それゆえに、現実世界におけるFtF<sup>42)</sup>と比較しても意見の集約が困難となる、とする結論が示されている<sup>43)</sup>。また、心理学においては、事前に自己の見解を文字にして書き留める行為があると、他者の見解への同調が困難になることが知られている。それゆえ、文字情報による見解提示が原則となるCMCにおいては、自己の態度が固定化する傾向が強固になるものと考えられる<sup>44)</sup>。つまり、CMCの特性をこのように心理学的に分析しても、集団極化は成立しにくいという結論が導き出されるのである。

このように、Internet Constitutionalistsが強調するネットの憲法的諸問題は、ある種の誇張が入り交じったものとなっている。もちろん、こうした誇張を取り除いてもなお、彼らのネット批判には説得力ある部

分が存在する。90年代末を境にして、ネットがかつての啓蒙主義的なものから商業主義的なものへと変容していった点は否定し得ないし、その結果として質的に変容したネットにおいて、諸規制を容易にするアーキテクチャ、あるいは異質な価値を受け付けない偏向空間が増大しつつある可能性は否めない。しかし、こうした視点から提示されるInternet Constitutionという発想が、現実のネットで行動する我々にとっていかなる必要性を帯びるのだろうか。換言すれば、Internet Constitutionがもたらす新たなネットの中で、我々はいかなる個人的自由を享受し得るのか。

#### Exit-Voice-Deliberation

こうした点を整理する上で有用なのが、かつてハーシュマン( Albert O. Hirschman )が提唱したExit-Voice-Loyalty理論である<sup>45)</sup>。レッシグの言説に基づくと、我々は、AOLやマイクロソフトの構築するアーキテクチャ、そしてこうしたアーキテクチャが形成する共同体の中で、かろうじてネット上の言論活動を確保された状態にある。AOLは、自社ウェブサーバ上でコード作成の全面的自由を有しており、結果として強大な規制権限を有する共同体を形成している。その世界においてルールを作り出すのは、民主的に選出された立法者ではなく、AOLによって雇用されたコード作成者である。立法者の場合、我々は民主的プロセスに基づくチェック機能を使えども、コード作成者の場合はこうしたチェックが不可能となる。それがレッシグの問題意識の発端だった。

しかし、実際には、彼らコード作成者もチェックを受けているのである。それはExitという名のチェックである。我々はネットにおいて、ある共同体から別の共同体に移動する自由を有しているし、その移動に負荷されるコストは現実空間と比較して非常に安価である。AOLの構築する共同体に異議があれば、その世界からexitして別の共同体に移動することで、AOLが雇用したコード作成者に対して実質的なチェック機能を使っているのである。かつての第1世代がネットの規制不可能性を説いた裏側には、こうしたExitモデルに基づく社会の在り方が想定されている。

しかし、Internet Constitutionalistsは、このExitモデルという社会像に満足しないだろう。なぜなら、彼らの視点に基づくと、集団的価値としての個人的自由は、単なる経済的意味の自由ではなく、政治的意味を伴った自由であるべきだからだ。Exitモデルとは「ここは自分の関心・価値に合わないから別の場所に行く」という行動様式が繰り返されることで成立するものであり、単なる個人的選好が集積されたものに過ぎない。すなわち、Exitモデルに基づく社会では、自らの所属する共同体における集団的決定に対して諸個人が民主的プロセスに沿って関与し得るという政治的意味における自由が軽視される可能性があるわけだ。例えば、レッシグは、共同体において単に消費者( consumer )としてだけでなくメンバー( member )としても活動することの必要性を指摘する<sup>46)</sup>。また、サンステインは、憲法学上の主権概念について消費者主権 / 政治的主権という区分を提示する<sup>47)</sup>。消費者主権とは自由市場下の権利であり、消費者による財・サービスの選択を重視する。一方、政治的主権とは自由国家下の権利であり、民主的自己統治への関与を重視するものである。そして、ネットにおける政治的主権者としての個人の在り方を積極的に評価するのである。

こうした論理展開から言えば、Internet Constitutionalistsが想定している個人的自由とは、ExitモデルよりむしろVoiceモデルに近いものであるように見える。すなわち、諸個人が自らの所属する共同体に向けてその問題点を訴えたり改善策を提案したりすること。すなわちVoiceを用いることで、諸個人が自らの所属する共同体をより良きものにしようと努めている社会像である。こうしたVoiceモデルは、レッシグの言う「メンバー」やサンステインの言う「政治的主権」に適合し得るように見える。

ただし、この点に関しては、さらに複雑な視点が必要である。確かに、Exitモデルという社会の在り方

は、Internet Constitutionalistsにとって消極的に評価せざるを得ないものだが、他方で、彼らがVoiceモデルを単純に是認するには思えない。なぜなら、単なるVoiceの積み重ねは、Exitモデルと同じく個人的選好の集積に留まる可能性があるからだ。単純な直接民主主義が大衆の素朴な偏見・私益などを反映させた「むき出しの人民意思」による政治的決定となる傾向が強いように、Voiceモデルは「メンバー」「政治的主権者」の声を数量的に積み重ねることで集団的決定を求めていく傾向が強いのである。

そこで注目されるのが、Voiceが発せられる前段階において、個人間で一定の熟慮と討議が図られることすなわち熟議( deliberation )の概念である。かつて、ジョセフ・ベセット( Joseph M. Bessette )は、米国憲法の統治構造に熟議概念が価値的に組み込まれている点を強調し、連邦議会における複雑な審議過程の在り方、あるいは大統領と連邦議会との妥協的駆け引きなどを積極的に評価した<sup>48)</sup>。考えてみれば、代表民主主義というものは、単純な直接民主主義とは異なり、多数決原理であらゆる決定が行われるわけではない。議会においては、議員同士が顔をつきあわせて議論するため、何らかの政治的主張を提示する際にも、その合理的正当化に向けた作業が必要となる。また、議会内の少数派は、各種のバーゲニングを行うことで議会内の政策決定プロセスに参与可能であり、その結果として、議会における決定の在り方は一定のインテンシティ<sup>49)</sup>が考慮された傾向を有する。こうした側面は、投票ブースにおいて匿名で政治的態度を表明し、単純に数量的計算によって集団的決定を下す直接民主主義とは大きく異なる点だ。

いわゆる熟議民主主義の提唱者たちは、このように熟議という価値が組み込まれた民主的プロセスの在り方を市民社会全体に求めようとしている。諸個人が民主的プロセスに積極的に参与するという民主主義の基本理念を肯定しつつも、その参与の在り方が熟議を踏まえたものであることを要求するのである。そして、Internet Constitutionalistsは、こうした熟議民主主義論をネットに組み込もうとしている。レッシグは、アーキテクチャによって不可視的に規制されるネットから、ユーザ間の熟議に基づいて形成されるルールによって法的に規制されるネットへの転換を模索しているように見えるし<sup>50)</sup>、サンステインは、ネットを放送メディアに準ずる対象と解釈した上で、そのネットにおいて、諸個人が公共的事項をめぐる熟議を自発的に展開可能となるよう政策的見地からの改革を志向しているように見える。そうした意味では、本稿で概念規定したInternet Constitutionとは、ある側面においてはInternet Deliberationとも表現可能である。

#### 複数のアーキテクチャ、複数の偏向空間

しかし、ここで我々は再度立ち止まらなくてはならない。果たして「熟議とはそれほどまでに素晴らしいものなのだろうか」<sup>51)</sup>。まず指摘したいのは、諸個人が熟議を通じた集団的決定を下すには、一定以上の教養と合理性が必要となる点であり、自己の利益よりも公共の利益を優先する冷静な態度が必要となる点である。つまり、熟議民主主義の世界においては、公共的事項をめぐる熟議に長けた人間と不慣れな人間との相違が現れ、後者は政治参加を行う上で「より好ましくない層」に見られこととなる<sup>52)</sup>。そして、そうした層は、概して低学歴層や低所得層であるわけだ<sup>53)</sup>。こうした見方に対しては「確かに公共的な熟慮や討議に不慣れな個人は多いだろうが、熟議への参加を通じて、そういう人々も理性的で賢明な判断を為し得るようになる」という熟議の教育的效果を主張する者もいる<sup>54)</sup>。しかし、そうした効果がどこまで保証されたものかは疑問であるし、そもそも、熟議に不慣れな人々は率先して熟議に参加しようしないだろう。この点、熟議民主主義の代表的提唱者フィシュキン( James S. Fishkin )の唱えた<sup>55)</sup>熟議型世論調査の試みが、事実上の失敗を続けているという事実は興味深い<sup>56)</sup>。

そもそも、熟議においては、公共的に取り扱われるべき諸事項に関して、私益とは区別された公益の実現が追求されるわけだが、問題は、こうした公共的事項あるいは公益というものが、結局のところ、社

会内のメインストリームの関心・価値を基準として規定される傾向が否めない点である。例えば、米国において、こうした公共的事項を提示し続けているのは、上述した総合的関心媒介項だった。こうした媒介項は、政治・経済・社会・国際・文化・スポーツなど、公共的事項を満遍なく取り扱うという国民的役割を担ってきたものとして評価し得る。しかし一方で、白人弁護士が米建国の理念を語る法廷ドラマ、WASPの若者たちがニューヨークで自由社会を謳歌するシットコム、良識的知識人が米国市民の従うべき社会規範を説く新聞コラム こうしたコンテンツを通して、総合的関心媒介項が米国社会を支配するメインストリームの関心・価値を維持する装置として作用してきたことも事実である。こうした意味では、ネットが提供する情報を "Daily Me" と表現すれば、既存の総合メディアが提供する情報は、メインストリームの関心・価値を共有する人々にとっては "Daily Us" だが、そのメインストリームから逸脱した人々にとっては "Daily Them" でしかない<sup>57)</sup>。

憲法が保障すべき個人的自由を取り扱う上で重要なのは、多様な関心・価値に基づく言論が可能な限り自由に表明される状況が確保されている点である。その意味で、高度なExitモデルとしてのネットの在り方は、決して消極的に評価されるものではない。むしろ、既存メディアからこぼれ落ちた非メインストリームの価値を補うという観点から、十分に棲み分けられるべき空間として価値付けられる。一方で前項で見たように、Internet Constitutionという形で積極的介入を図る必要が生じるほどの修復不可能な害悪が既存のネットに存在することを Internet Constitutionalists は十分に論証し得ていないのである。

仮に、Internet Constitutionalists が指摘するように、ネットが商業的動機から規制可能なアーキテクチャが形成されるようになり、一方では偏向空間が生成しやすくなる傾向を強めているとしよう。しかし、それに対して、実体的な目標・価値を志向する "Internet Constitution" を組み込むことによって、今度は、政治的動機によって産み出されるアーキテクチャや偏向空間が幅をきかせることになる。我々が現実に必要としているのは、商業的動機から生み出されるアーキテクチャや偏向空間を逐一是正していることではなく、こうしたアーキテクチャや偏向空間が常に複数存在する状況ではないか<sup>58)</sup>。市場プレイヤーが相当数存在し、市場提供物が相当数存在し、その市場における消費行動に負荷されるコストが可能な限り低減された状態 こうした高度なExitモデルに基づいた情報環境こそ、我々が必要としているネットの在り方であるはずだ。

## 5. おわりに 憲法とインターネットと「我々」

---

Internet Constitution は必要か この場合の「必要」とは、もちろん我々にとっての必要性を指す。しかし、問題はその「我々」が誰なのかという点である。レッシグやサンスティンの言説を概観する限り、それは米国国民であるように見える<sup>59)</sup>。換言すれば、米国社会が憲法上共有すべきものとして集団的諸価値をネットにおいても擁護し、米国民間の熟議に基づく集団的決定プロセスをネット上に生み出すべきとする考え方が Internet Constitution という発想の背景に存在する。しかし、こうした熟議が、時として Daily Us と Daily Them との隔絶を生むことは上述した通りである。我々は時として「我々」であり続けるが、時としては「彼ら」になる。そして「彼ら」になった時に「我々」が負荷してくる諸価値こそ、まさに「彼ら」を不自由にさせるものとなり得る。ネットが、経済活動のみならず政治的・社会的にも魅力ある場として隆盛を極めている理由の一つには、こうした「我々」の諸価値から容易にexitし得る政治的特性があるように捉えられるのである。

このように、本稿においては、第2世代の志向する Internet Constitution について、その意義を大きく認めつつも、最終的結論としては消極的見解を提示せざるを得ないものとなった。しかし、それは Internet

Constitutionという発想自体を否定することにはつながらないし、ネットの在り方を規定する上で法が果たす役割を軽視するわけでもない。Internet Constitutionは、レッシグやサンステインとは若干異なる方向性において、考慮する価値を有している。それは、上述した高度なExitモデルとしてのネットを維持するための諸ルールである。そして、包括的ネット検閲がいくつかの国々で行われつつある現状を鑑みれば、そうした方向性におけるInternet Constitutionの模索が近い将来に始まるものとも予想され得るのである。

---

[注]

- 1) 現在、ニューヨーク・ロースクール客員教授。
- 2) 現在、テンプル大学教授。
- 3) See David Johnson & David Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, Stanford Law Review 48 (1996).
- 4) この点、レッシグのCodeは従来のネット例外主義を批判する著作として位置づけられるが、次作の*The Future of Ideas*では、ネットは現実空間と異なるコモンズ( commons )であるという主張を全面に押し出し、一転してネット例外主義の立場に転換している。See Randy E. Barnett, *Reds in Suits*, Regulation 25 (2002).
- 5) See Thomas Ulen, *Democracy and Internet*, Journal of Law, Technology and Policy 2 (2001), p.2.
- 6) 現在、スタンフォード大学教授。
- 7) 現在、シカゴ大学教授。
- 8) この他、Andrew L. Shapiro & Richard C. Leone, *The Control Revolution: How The Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know* (1999)も第2世代の代表作として位置づけられる場合がある。
- 9) See Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999).
- 10) See Lessig, *Code: Version 2.0* (2006).
- 11) See Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* (2001).
- 12) See Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (2004).
- 13) See Lessig, *The New Chicago School*, 27 Journal of Legal Studies 661 (1998).
- 14) いわゆる法と経済学( law and economics )にはシカゴ学派の影響が明瞭に見て取れる。
- 15) See *New Chicago School*, p.665.
- 16) See *New Chicago School*, p.666.
- 17) See *New Chicago School*, p.672.
- 18) See Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
- 19) See James Madison, *The Federalist No.10* (1787).
- 20) この点に関連して、サンステインは、経済学における「利潤最大化を求める合理的個人」という考え方を批判する。See Sunstein, *Free Markets and Social Justice* (1999).
- 21) See Robert Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community and Management* (1995), p.1.
- 22) See *Code*, pp.25-27.
- 23) See Steven Hetcher, *Climbing the Walls of Your Electronic Cage*, Michigan Law Review vol.98 no.6 (2000), p.1925.
- 24) See *Climbing*, p.1926. 厳密に言えば、ネットの規制要素としては、コード・アーキテクチャというハイテクな側面と、

法制度というローテクな側面がある。そして、ローテクな側面によってネットを規制することは95年当時でも可能だった点には注意が必要である。

25 )See *Climbing*, p.1939. オープンコードもまた、多くの場合、営利企業によって提供されている点を注意すべきである。

26 )See *Code*, p.7.

27 )See *Code* 2.0, p.6.

28 )この点、レッシグが言及する時の「憲法」とは、成文憲法というよりは不文憲法のイメージが強く、しかも国家行為のみならず私的行為にまでその規制対象を広げているように見える。See *Code* 2.0, p.4.

29 )See *Republic.com*, p.7.

30 )See Nicholas Negroponte, *Being Digital* ( 1995 ).

31 )See David G. Myers & Helmut Lamm, *The Group Polarization Phenomenon*, *Psychological Bulletin* 83 ( 1976 ); Irving L. Janis, *Victims of Groupthink: A Psychological Study of Foreign Policy Decisions and Fiascoes* ( 1972 ).

32 )See *Republic.com*, p.65.

33 )See *Republic.com*, p.11.

34 )See *Republic.com*, p.169.

35 )See *Control Revolution*, pp.204-7. 同じ第2世代に属すると見られているアンドリュー・シャピロもまた、"Public.net"というアイデアを提示している。

36 )See *Code* 2.0, p.6.

37 )See *Republic.com Videoconference Discussion*, <<http://www.law.uiuc.edu/i-auditorium/presentation.asp?id=20>>.

38 )こうした点を鑑みると、近年、いくつかの国で行われている包括的ネット検閲は、レッシグやサンステインの志向とは全く異なる方向性でInternet Constitutionが創設されているものとも解釈し得る。そして、こうした包括的検閲がある程度の成功を収めている現状を鑑みると、Internet Constitutionの法的実効性は比較的高いものと推察可能である。

39 )See *Climbing*, p.1933.

40 )See Dan Hunter, *Philippic.com*, *California Law Review* 90 ( 2002 ).

41 )Computer-Mediated Communicationの略。

42 )Face to Face Communicationの略。

43 )白石崇・沿道公久・吉田富二雄「コンピュータネットワーク上における意思決定—集団成極化効果を用いて」心理学研究73巻4号( 2002 )前掲p.353左段を参照。

44 )前掲論文p.353右段を参照。

45 )See Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* ( 1970 ).

46 )See *Code*, p.203; *Code* 2.0, p.287.

47 )See *Republic.com*, p.142.

48 )See Joseph M. Bessette, *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government, in How Democratic is the Constitution?* ( 1980 ).

49 )諸個人は、あらゆる政治的テーマに同等の関心を持っているわけではなく、テーマAについては10ポイントの関心がある一方で、テーマBについては3ポイントの関心しかない。民主主義社会におけるこうしたインテンシティ(intensity)の問題を初めて指摘したのはダールである。See Robert Alan Dahl, *A Preface to Democratic Theory* ( 1956 ).

50 )See *Code* 2.0, p.334.

51 )See Mark Tushnet, *Fear of Voting: Differential Standards of Judicial Review of Direct Legislation*, 1996 ANN. SURV. AM. L. 373, 382.

52 )See Lynn M. Sanders, *Against Deliberation*, Political Theory 25 ( 1997 ).

53 )この点、サンステインも、熟議が黒人や低所得層を排除する危険性を認めている。See Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 98 Yale Law Journal ( 1988 ).

54 )See Bernard Manin, *On Legitimacy and Political Deliberation*, Political Theory 15 ( 1987 ).

55 )James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation* ( 1991 ).

56 )See Dan Merkle, *The Polls - Review: The National Issues Convention Deliberative Poll*, Public Opinion Quarterly 60 ( 1996 ).

57 )See Anupam Chander, *Whose Republic?*, The University of Chicago Law Review 69 ( 2002 ).

58 )See David G. Post, *What Larry Doesn't Get*, 52 Stanford Law Review 1439 ( 2000 ). ポストは、レッシングがCodeの中で商業の有害な諸効果を考察する際、an architectureとアーキテクチャを単数形として記述している点に疑義を呈している。

59 )See *Climbing*, p.1938.

