

# 社会規範を設計する法システム

松島雪江

はじめに

一、従来型法 (Hard Law) による規範遵守

二、従来型法規範とは異なる社会統制様式とその効果

(1) ソフトロー Soft Law

(2) アーキテクチャ Architecture

(3) ナッジ Nudge

三、法的設計の実効性

おわりに

## はじめに

「生物の身体は遺伝子の乗り物に過ぎない」というリチャード・ドーキンスの言説は、私たちに大きな衝撃を与えた。<sup>(1)</sup> 利己的な遺伝子という彼の比喩は、主体の自己決定という近代以降の大前提に疑問を呈することとなった。その後、スーザン・ブラックモアは『ミームマシーンとしての私 (The Meme Machine)<sup>(2)</sup>』をものし、社会や文化の形成情報を伝達するいわば道具として人間を位置づけた。彼らの主張は生物としての種の存続や文化の継承という掌の上で、主体的な自我や自由な自己決定を行う個人という近代の構想を嘲笑い、弄んでいるかのようである。他方自然界に目を転じると、利他的とされるミツバチが、目下原因不明の「集団自殺 (蜂軍崩壊症候群 Colony Collapse Disorder)<sup>(3)</sup>」を行い、種の存続という最もプリミティヴな行動原理さえ放棄するという不可解な現象も見受けられる。<sup>(4)</sup> 少なくとも私たち人間は、自己の価値観に基づいて自己決定を行っていると勝手に考えているだけで、実のところ自由意思など存在しないのであろうか。一九五〇年代にデイヴィット・リースマンが産業社会における人間の特徴を「他者志向型」と名付けてから半世紀以上、<sup>(5)</sup> その間に人間意志に基づく自由や自己決定などというものは―他者を志向する、―というその意思さえも、自己の意思に基づくものでないのであれば―、ますます怪しくなっている。まるで得体の知れない何者かが、私たちの意思や行動を操っているかのようである。

得体の知れない何者かが意思や行動を牛耳るといふのは、なにも今に限った発想ではない。それにはトマス・ホッブズの Leviathan (一六五一年刊) やジョージ・オーウェルの Big Brother (『一九八四年』一九四九年刊) を想起するだけでも十分であろう。前者の場合、主権者に対して自然権を委ねるところにそれが成立するのに対し、後者は Big

Brotherとしての情報しか与えられていない「何者か」により監視され、行動が統制されている様が描かれている。あたかも人が、自己決定とは遠く離れた社会秩序形成システムの中に、それを良しとして自ら飛び込んでいくかのよう。これらの中に見られる自由意思や自己決定は、全く喪失されているか、極めて限定的である。

しかし、これら人間の自由意思や自己決定というものは、近代の、とりわけ法システムを形成する際に、当然の前提とされてきた必要不可欠な要素の一つであった。法律行為の際には意思能力や行為能力の有無が問われるので、意思能力を欠く人の法律行為は無効であり、制限行為能力者には後見人や保佐人が付されることとなる。ほかでもない自分自身の決定であるからこそ、その決定結果に責任が課せられるのであり、その自分自身の決定を行える土壌にこそ、民主主義的な価値の原点が置かれていたのではなからうか。もし、自ら進んで自己決定を行っているようで、それが操作された意思だとしたら、私たちはこの社会をいかに評価することが可能であろうか。

社会をデザインする、といえば聞こえは良いが、ローレンス・レッシングは自己決定の在り方を左右する潜在的な行動規準として、環境管理型権力たるアーキテクチャを挙げている<sup>6)</sup>。例えば駅前のコーヒーショップで、椅子の硬さや高さの調整により客の回転率をコントロールしたり、電車内の座席にちよつとした角度を付けて足を投げ出しにくくし、車内マナー遵守に一役買ったりとすることが、社会デザインとしての環境管理例に挙げられる。レッシングによればこのアーキテクチャは、法や規範(慣習)、市場と並び、人々の行動や社会秩序をコントロールする手段となりうる。その他にも、余りに多過ぎる選択肢の中から「おすすめ」を nudge (そつと突く・押す)する、という手法も現実には多用されている<sup>7)</sup>。健康のために、食堂でサラダや野菜の小鉢などを手の届きやすい最前列に並べ、脂っこいものや砂糖たっぷりのデザートなどを取りにくい場所に配置する、より売りたい商品を目のつきやすい場所に配置する

スーパーの陳列などといった nudge は、もはや至るところで用いられている。主体的選択を行っていると自負する者にとつてはなおさら、自己決定が誘導されたものとは考えたくないであろうから、誘導された自己決定さえ本来の自己決定であるかのように振舞ってしまうことも考えられる。見えないところで私たちは、あたかも自分のものであるかのような顔をした他者の決定を強いられている、とも言えるかも知れない。法のように可視的で比較的管理可能と考えられている作用に対して、このような「見えない権力」「見えないコントロール」の侵食は、ますます拡大しつつある。

ただ、一見可視的で管理可能なはずの法も、果たしてどこまでコントロールできているものかという疑義もある。立法・司法・行政作用は理念的に主権者のコントロール下に置かれているはずであるが、それとは異なる実感を持つ者も少なくないであろう。国民・市民の代表を決める選挙でさえ投票率は年々下がり、その正当性根拠も揺らいでくる。ましてや、その選挙行動さえ、アーキテクチャやナッジの働く余地がある。一体私たちは、何を正当な行為規範とすることが可能なのであろうか。

本稿では、従来型のコントロールとは異なる位相を示すに至った法の一断面を切り取り、そのあり方について検討することを目的とする。従来型の法的コントロールが、法外、もしくは法の周縁にある社会的コントロールの影響を受けつつ、その有り様を変化させていることに着目し、組織の中の規範に突きつけられた問題と可能性とを考察していく。<sup>(8)</sup>

## 一、従来型法 (Hard law) による規範遵守

ハードローとは、憲法、法律、命令、政令、省令、規則、条例といった、いわゆる従来から「法規範」として認識されているもので、国家や地方自治体の権力作用を後盾とした強制力をもつ規範である。これは、ある実体的ルールについて、それを強制するための別のルールが成立、それらが結合しているルール<sup>(9)</sup>ともいえる。国家、地方自治体、企業、個人を対象とし、最終的に裁判所での履行が義務付けられた法的拘束力のある社会的規範ということになる。従来型の法規範においては、刑法での強制規範性はもちろん、民法領域に見られるような任意規範であっても、その実体法に実効性を持たせる仕組みが、手続法によって保証されている。

この種の法規範は、他の社会規範との比較の中で、強制的実行力の有無に関して特徴づけられることが多い。ただ実体法を強制する仕組みがあるとはいえ、法はその強制的実効力のみに依拠した規範のみに止まる訳ではない。むしろその法規範の存在を意識することで人々が自発的にルールを遵守し、その自由な活動領域を保護してきたことが、とりわけ近代の私的な市場において欠くべからざる要件であった。また、法機能を従来の紛争解決や市民活動の促進に見る場合と、現代的な資源配分を主眼とするのでは、その役割や強制の在り方も自ずと異なってくる。刑罰や損害賠償に現れるネガティブ・サンクションだけではなく、補助金給付や減税措置といったポジティブ・サンクションを伴う一定の政策実現には、従来の法役割では捉えきれない側面が含まれている<sup>(10)</sup>。

この資源配分的機能に注目すると、従来型ハードローとは異なる法規範への架橋を見て取ることができる。ポジティブ・サンクションは、かつて主流であった制裁と異なり、一定行為から逸脱した場合にサンクションを課すとい

う形を取らない。そうではなく、一定行動への選択を促すよう優遇措置によってその行為を誘導するという、柔軟かな方法を取る。しかしその効力としては、脱法行為への誘惑を残したネガティブ・サンクションよりも、主体的意思による選択の結果として一定の行為へ導くことが可能となり、より強力な行為への誘導性を持ちうるものと言えるだろう。

そもそも法遵守義務の理由は、①法規範それ自体に内包される価値の尊重、②サンクションによる外部的動機づけとに大別されよう。<sup>⑪</sup>①の法規範の場合であれば、法と道徳価値との合致やアリストテレスの一般的正義概念がこれに相当するであろう。<sup>⑫</sup>②に関しては、まずネガティブ・サンクションの回避という点からの把握が従来一般的であった。それは法規範のみならず、その他の社会規範や秩序からの逸脱による「村八分」によっても、規範遵守理由の説明が可能である。刑罰や損害賠償といったネガティブ・サンクションを回避する行動はもちろん、業界内の自主的ルールを遵守しないとその後取引上不利益を被ることがあったり、責任ある社会の一員として認めてもらいにくかったりといったラベリング効果を利用した行動規準も期待されることになる。次にポジティブ・サンクションによる法遵守だが、これはポジティブ・サンクションによって内心を①の法規範内在的価値の尊重へ向かうよう動機付ける効果と、補助金などの「うまみ」を得るための戦略の双方として想定することが可能となる。

法規範に内在する価値を自己の価値と同一視する場合、法遵守を自己の意志に基づく選択として評価できるし、一定の手続の下で制定された法規範によるネガティブなサンクションの回避という行動も、カント的な自発性に沿うものではないにせよ、その効果は受諾可能であろう。ここで着目すべきは、自己の内心における価値基準が外部要因により動機づけられているにも拘らず、それを自己内部から醸造された価値として認識している場合、つまり認識の原

因においてある種の錯誤がある場合に、その行為へと誘導した要因を規範的にどう評価しうるか、ということである。上の議論は基本的に従来型ハードローを念頭に置いていたが、先に挙げたように、一定の社会共同体内におけるネガティブ・サンクションの回避という点では、法規範以外の社会規範の方に、より強い効果が生じることもある。そして実社会では、そうした社会規範性に期待を寄せた社会統制が行われている。

## 二、従来型法規範とは異なる社会統制様式とその効果

### (一) ソフトロー Soft law

ソフトローとは、「国の法令（ハードロー）ではなく、最終的に裁判所による執行が担保されていないにもかかわらず、現実の経済社会で国や企業等が何かしらの拘束感を持ちつつ従っている規範」<sup>13</sup>を指す。ハードローに対して用いられる用語で、裁判規範となりうる法源とは異なり、裁判所による執行が担保されていないことから、国家権力を後盾にした強制的な効力を持たないにも関わらず、一定範囲で相当の効力を持つ規範である。事実上の合意や行動指針などはこれに相当すると考えられる。ソフトローには権力に基づく強制力がないものの、これに反することで経済的・道義的な不利益を受ける可能性がある。また、国連総会の決議や国際裁判所の判決にもみられるように、一般的な拘束力を持つ形式的法源とまでは言えなくとも、国家間合意などにより相当程度の影響力を有しているものも、ソフトローに数えられる。

国際法におけるソフトローには、①二〇世紀以前に遡りうる個別国家間の条約合意、②二〇世紀後半を中心とする国際組織の非拘束的決議・宣言、③二〇世紀末から急速な発展を遂げている国際規制の手段としての基準やガイドラ

イン等、という系譜が見られる<sup>14</sup>。これらはいわゆる「紳士協定」であるが、ソフトローという用語の下で議論されるようになったのは、第二次世界大戦後の国連総会決議を中心とする国際機関の決議や宣言文書であり、国連総会で多数を占めるようになった第三世界諸国によって、伝統的国際秩序や伝統的国際法に挑戦する主張が打ち出されるようになった六〇〜七〇年代の動きが重要性を持つという。また、人権や環境問題といった、従来の国家間秩序に収まらない諸問題について、国際社会の動向を左右するような理念を宣言しながらも、形式的な意味で法的拘束力を持たない公式文書が打ち出されたことも影響していると指摘されている<sup>15</sup>。ここでは従来のハードロー体系では説明しつけない対象をソフトローで捉えるという対概念として双方を捉え、国際関係における法化の分析概念とされている<sup>16</sup>。

他方、自律的秩序の理論モデル理解としては、藤田友敬が定式化した以下のような規範の四分類に基づくことが有益であろう<sup>17</sup>。

国家がエンフォースしない

国家がエンフォースする

国家以外が作成

カテゴリー 1

カテゴリー 3

社会規範、企業倫理、CSR等

会計基準、商慣習法等

国家が作成

カテゴリー 2

カテゴリー 4

労働法上の努力義務規定、

ハードロー

各種通達・ガイドライン等



カテゴリー1は国家以外が作成し、国家がエンフォースすることも予定されていない、純然たる私的な規範である。社会規範、企業責任、企業の社会的責任(CSR)等がこれに該当する。カテゴリー2は国家が作成したもの、エンフォースはしていないものを指す<sup>18</sup>。ハードローの存在があるにもかかわらず、その法が罰則など何ら法的効果とは結び付けられていない法規範を定めているもので、例えば努力義務などがこれに相当する。カテゴリー3は国家以外が形成し、国家がエンフォースする規範で、会計基準や商慣習法がその例である。カテゴリー4の国家が作成し国家がエンフォースするというのが、典型的なハードローである。ここでは特にカテゴリー1、2に注目したい。

藤田友敬によると、ソフトローとは、国家法の存在を前提としてそれと併存し、かつそれに代替しうるような現代的私法秩序の形成現象を指す<sup>19</sup>。ハードローと異なり、ソフトローには冷遇措置のような形態をとるサンクションがあるものの、そもそもなぜそのソフトローのルールが守られているのか、また守られなくてはならないのか、守られているルールに合理性はあるか、国家はそのルールに対してどういったスタンスを取るべきか、といったことは所与の前提ではなく、これらを検討することもソフトローの課題とされる<sup>20</sup>。また、各人の合理的な行動結果として一定のソフトローが遵守されることと、その規範が社会的に望ましいかということとは、別問題である<sup>21</sup>。国家がエンフォースしないカテゴリー1、2において、こうした問題がとりわけ重要視される必要がある。というのも、ソフトローが存在していることによる社会的効果がフォローされないまま、その規範性が独り歩きする恐れがあるからだ。

例えば、自発的に従っているルールが合理的でないにもかかわらず、それが慣行として通用している一例として差別的な雇用形態が挙げられる。このような雇用形態は非効率的なソフトローである。経済学者のアカロフは、以下のような非効率的ソフトローの問題性を示唆する<sup>22</sup>。人種A、人種Bが共存する社会で、双方の平均的生産性に差がな

かつたとしても、雇用者に人種Aの方が人種Bより高い生産性を示すとの偏見があった場合、一種の自己実現的予言状況が生じて、それが給与格差となって現れてしまう。そうした事実上の結果は人種A、Bの職業選択に影響を与え、実際の生産性にも差を作り出してしまふ、というものである。こうした慣行は、社会全体の利益を考慮した場合、効率的状況とは言えない。もし雇用主が両人種を平等に扱うならば、給与も生産性も上がるにもかかわらず、ひとたびこのような偏見に基づく雇用慣行が生まれてしまうと、多くの者が自発的にその慣行に従った行動をとり、それで安定した状態になってしまうことが示唆される。しかも、誰一人この非効率性に気付いていないとすると、ハードローによつて強力な国家規制が導入されることはもちろん、状況が改善する見込みさえ得られることはない。

ここに見られる無意識的な行動統制は、認識枠組みによる選択肢の「不可視化による統制」であり、ソフトローの特性と考えられる<sup>(23)</sup>。木村草太によると、ハードロー的エンフォースメントによらない行動統制には二種類あり、一つが制裁・褒賞の予期によるもの、もうひとつが認識枠組みによる選択肢の不可視化によるものである<sup>(24)</sup>。ハードローの規律に関しては、「意識された複数の選択肢のうち、いかなる選択を行うか」に留意すればよいが、そもそもいかなる行動を選択肢として想定するかという規律は、無意識的に前提とされた認識枠組みからもたらされる「不可視化による統制」である。ソフトローは、不可視化による統制という、見えない、しかし強力な作用に牽引されていることに留意せねばならない。

他方、ソフトローの不十分さを認識した上で、それをハードローで補完するという方策も考えられる。託児所に子どもを預けるときには、「予定時刻までに子供を迎えに行くべきである」という規範(ソフトロー)がある。これは共同体的な関係に基づく非金銭的なサンクションである。しかし子供の引き取りが遅い親に対して金銭的ペナルティー

を課したところ、結果としてそれが一種の「延長料金」と受け止められ、本来の予定時刻よりも遅く子供を迎えに行く親が増えた、ということである。元来は「時刻通りに迎えに行くべき」であり、そうしなかつた場合に非難されるという非金銭的サンクションがあり、それに加えて更に金銭的サンクションを課して規範の効力を高めようとしたものであったが、ここでは交換関係に基づく金銭的サンクションの選択が、共同体的な非金銭的サンクションに代替してしまっている。しかも託児所が金銭的ペナルティーを廃止した後も、以前の遵守率は回復しなかつたという。ハードローがソフトローを補完できないばかりか、ソフトローがハードローによりいつたん弱められてしまうと、容易に回復されないことを、この例は示唆している。<sup>25)</sup>

ソフトローが一種の「法の政策化」役割を担うことで、規範内容を不明確にしていることも、問題視される。和田肇は、労働立法における努力義務規定や配慮義務規定といったソフトローが抱える問題点を指摘している。<sup>26)</sup>労働立法に見られる努力義務規定には二タイプあり、ひとつは法の目的や理念を示し、その方向で努力を促す訓示的・抽象的努力義務規定である。もう一つは、強行的な規制も可能であるが、その立法化の合意が得られないために努力義務に留められている規定で、その内容はかなり具体的に特定されており、最近はこちらが多用されているという。<sup>27)</sup>このタイプの努力義務では、私法上の効果は否定的に解されるものの、行政指導の根拠にはなり、法律のあり方として適正か、またソフトロー・アプローチが立法過程論として妥当かといった問題を投げかけることになる。

この種の努力義務規定は、雇用の平等の分野で多用されている。具体例を挙げよう。男女雇用機会均等法では、「労働者の職業生活の充実が図られるように努め（二条二項）」、「国は…事業主に対し…援助を行うことができ（一四條）」、紛争に際して事業主は「自主的な解決を図るように努めなければならない（一五條）」とある。パートタイム労

働法では、短時間労働者に対する事業者等の責務を「当該短時間労働者がその有する能力を有効に発揮することができるように努めるものとする(三条)」と規定し、育児介護休業法でも「事業主は、育児休業及び介護休業に関してこれを労働者に周知させるための(二一条一項)、また「休業後における就業が円滑に行われるよう(二三条)」措置を講ずるよう努めなければならない(二一条一項・二三条)」。これを踏まえ、労働者の配置に関しては、「事業主は…当該労働者の子の養育又は家族の介護の状況に配慮しなければならない(二六条)」。

しかし、使用者に対して明確な実施義務を求めているとは言えない努力義務や配慮義務は、それが事実上の実施義務に近いものから、訓示的・倫理的意味しか持たないものまでさまざまである。努力義務とは言うものの、何を行えば努力義務を尽くしたことになるのか明確ではなく、仮に努力義務違反があったとしても、労働者にはどのような請求が可能なのか、義務違反に対する損害賠償請求を行うのであれば、労働者に課される過大な立証責任をどう考慮するのかといった視点が欠落していることが指摘される<sup>28)</sup>。

このような努力義務規定は、法の政策化や、行政主導型の権利実現法制と関係することが指摘される<sup>29)</sup>。一方では私的自治原則の確認や後々予想される紛争予防のために、当事者の納得性や書面性を求めた結果としての努力義務規定があり、他方で、行政指導や行政指針に委ねるための根拠としての努力義務規定がある。多くの努力義務規定は後者に該当しているが、強制を伴わない行政指導という手法には限界がある上、法を権威主義的で非民主的な性格へと変質させることで、逆に法の希薄化さえも懸念される<sup>30)</sup>。当初は関係者の合意ができなかったためにとりあえず努力義務として導入し、その後に禁止規定や実施義務規定に移行するということもありうるが、常にそうなる訳ではない<sup>31)</sup>。

ソフトウェアからハードローへと移行することで法的正義に適うという訳でもないが、ソフトウェアによる規範形成は、

市場の規制力に依存する側面が多く、不合理な差別の禁止という面からは、実効性に疑問がある。また、人権保障としての性格を担保するには、いささか基盤が脆弱と言わざるを得ない。<sup>(32)</sup>

規範には何らかの合理性や効率性があるからこそ、それを遵守するという見方が一般的にはある。しかし、ある一定の規範にこそ合理性や効率性があると信じ、それとは違った形の、もしくは高次の合理性や効率性の存在に無自覚である以上、ルール変更の前提さえ失っていることになる。ハードローと比べ、ソフトローにはそうした懸念が強く表れることとなろう。ルールを変更させるルールを持たないルールは、ハートによると法ではないことになるが、ソフトローはまさにこうした規範性を持つルールということになるだろう。

## (2) アーキテクチャ Architecture

建築学で「構造」を指すアーキテクチャという用語は、情報技術の世界ではコンピュータの基本設計を指す。これに対して、インターネット上での設計（アーキテクチャ）によって規制の可能性が高まると警告したのがローレンス・レッシングである。<sup>(33)</sup> レッシングによると、人々の行動を制約する要素として、法、社会規範、市場、そしてアーキテクチャがある。法による規制は、サンクションによる威嚇を背景とした命令である。法規制が国家法を中心に想定されるのに対して、社会規範は、ある共同体内で課される規範である。時には法以上の力を発揮する社会規範であるが、法のように組織化・集権化されているわけではない。市場は価格を通じた統制の場である。法規範と社会規範が事後的なサンクションを課すのに対して、市場は同時的な制約がある。最後がアーキテクチャによる規制であり、これによる社会統制のあり方が目下の課題となる。<sup>(34)</sup> 法はサンクションによって直接人々を規制する効果を持つが、その法

は、同時に社会規範や市場、アーキテクチャを規制するという間接規制も可能である。ただし法による規制がアーキテクチャそのものを形成するわけではないので、法が期待するような直接の効果が得られるかは不明である。

アーキテクチャそれ自体による規制の特徴を見ておこう。<sup>35</sup> まずは、これが操作可能な物理性に基づいているということである。前述の例のように、物理的に事物を設置するか、プログラミングするという形式を取るのか、いったんこの機能が設置されれば、壊れない限りアーキテクチャによる規制は機能し続ける。いったん施行されたアーキテクチャには、自動執行性が伴うからである。法はそれ自体が規制として認識されないと遵守されないのに対して、アーキテクチャはそれが規制と認知されていなくても、有効に機能しうる。それゆえに、その規制の妥当性を吟味することなく、所与の環境として受け入れられてしまうことが多い。アーキテクチャによる規制が、脱コミュニケーション型規制とも呼ばれる所以である。<sup>36</sup>

アーキテクチャによる操作可能な物理性に基づいて、以下のような特徴が表れる。すなわち、アーキテクチャによる規制は、物理的条件の設定であるから、それは行為者に選好のオプションを示すものではなく、選択する機会それ自体を操作するものである(機会操作性)。次にその規制のあり方が物理的条件の設定であるがゆえに、それを無視することができない(無視不可能性)。法規範や社会規範が、人々の自覚的な意識の介在によって機能するのに対し、アーキテクチャによる規制は、制約される者が制約と意識しないままに規制されうる(意識不要性)。規制を無視することができず、無意識のうちに規制に従っていることから、その規制の遵守をチェックし、遵守を促す執行機関を必要としない(執行機関の不要性)。こうして制約を課す側からは、非常に「効率的な」行動規制を行えるシステムがアーキテクチャということになる。

レッシングによると、インターネットにおけるアーキテクチャはコードであり、そのコードが法のように機能するという。このコードは変更可能なのだが、それにもかかわらず現在設定されている設定を「変更不可能な自然」と捉えてしまう過ちを指摘している<sup>(37)</sup>。規制の一種としてのアーキテクチャは、法や社会規範、市場と同様に、人々の行動を統制する力があるので、その効力は情報技術に限定されるものではなく、公園ベンチの中ほどにひじ掛けを付けて寝そべることができないようにしたり、道路を意図的にカーブさせて車が自動的に減速する仕組みを作ったり、会議室から椅子を無くして会議時間を短縮させたりと、社会の様々な領域で多用されている。いわば一つの「社会デザイン」であり、効果的に働くと、スマートな統制が可能である。しかし、否応なく規制に晒されるアーキテクチャに対しては、むしろ懐疑的な見方が強い。それは自分たちの意識の及ばないところで行動統制されている気持ち悪さへの反感に加え、法がアーキテクチャをどのようにコントロールしようかという正当性の問題とに、大きく関係している。

### (3) ナッジ Nudge

ただし、こうしたアーキテクチャの特徴を逆手にとって、むしろそれを積極的に利用することも考えられる<sup>(38)</sup>。人々が本来望んでいながら、何らかの要因でその願望が叶えられないようなケースにおいて、望むべき行動へと踏み出す一歩の後押しをする Nudge がそれである。ナッジとは「望ましい方向へ向けた軽い一突き」であり、一定行為への誘導である。個人の選択を禁じることも、経済的なインセンティブを大きく変えることもなく、人々の行動を予測可能な形で変える、選択アーキテクチャの要素である<sup>(39)</sup>。リチャード・セイラーとキャス・サンステイーンは、リバタリアン・パターンリズムⅡ穏やかな介入主義という撞着語法とも考えられる構想の中で、選択者の自由意思に影響

を与えることなく、しかし合理的な判断へと導くための制御や提案枠組みであるナッジを推奨している。<sup>(40)</sup>

例えば、道路で速度制限を行う際、スピードカメラによる時速表示だと、制限速度を超過した場合には抑制効果があるが、それを下回った場合には、まだスピードを上げてても良いとのインセンティブを与えてしまうことがある。そこで、制限速度を超過した場合には困り顔マークを、制限速度内であればスマイルマークを点灯させる仕組みを作ったところ、まだスピードを出せるという負のインセンティブを与えることなく、制限速度内走行という目的が達しやすくなるという。また、カフェやレストランでサラダバーを中央で手の届きやすい場所に配置したり、レジの横にはスナックの代わりにフルーツを置いたりすることで、野菜や果物の摂取量が増加するので、食生活の改善効果が期待できるという。<sup>(41)</sup>

本来リバタリアニズムでは、人間は自分で正しい判断をし、それを実行することができるという、合理的人間像を前提としている。個人とは自己の責任において合理的な判断を自由に行いうる主体であり、他者から制限されるのは、他者に危害を与えうる行為に留まるというミルの危害原理が、この思想の根源にある。しかし現実の人々は、たとえば自身の選好が確定していたとしても、それが十分な情報に基づくものでないことも多い。そこで十分な情報に基づいた政府が、人々の行動それ自体を強制することなく、行為者自身の福利を実現するような仕方では誘導を行うことに問題はない、とりバタリアン・パターナリストは主張する。政府をはじめとするナッジの計画者は、人々に対してその利益になるような影響の付与を推奨するが、人々から選択の自由を奪おうとはしておらず、常にオプトアウトできる選択肢を残しておく。それによって、一定のデフォルト設定に基づくナッジが正当化されるといえる。

けれども、たとえば政府が人々の福利と称されるものに向けて影響を与える「柔らかなパターナリズム」を行使する



ものであっても、常にそれが許容されるわけではない<sup>(42)</sup>。法やその他の公的制度は、たとえ強制力を行使しなくても、権威をもってある活動を非難又は称揚するときには、重大な象徴的機能や宣伝的機能を持つからである。ゆえに政府によるパターナリズムを決して不可避と考えるのではなく、むしろ何もしないという政府の中立性が要求される、という批判が成り立つ<sup>(43)</sup>。ナッジによって、積極的にオプトアウトを選択するという自覚的少数者を除いては、自らの過ちを以って自らを自律的な人格に成長させるという機会が奪われると危惧されるからである。

### 3 法的設計の実効性

アーキテクチャやナッジの仕組みを法的に取り入れると、どのような問題が考えられるであろうか。作成において国家がエンフォースしながら、その効果は必ずしも国家によってエンフォースされないような努力義務規定に見られるソフトローは、不平等な雇用の領域に多く存在しているが、ことジェンダーに関わる規定には、法的アーキテクチャが窺われるものがある。例えば、国民年金制度では、会社員や公務員など国民年金の第二号被保険者に扶養される二〇歳以上六〇歳未満の配偶者で、年間一三〇万円未満の収入であれば、第三号被保険者となり、自ら年金を納付しなくとも将来的に年金を受給できる仕組みとなっている<sup>(44)</sup>。第三号被保険者の約九九%は女性<sup>(44)</sup>なので、法的アーキテクチャが事実上女性の生き方を選択させている、とも言える。短時間労働に従事する労働者の約八割が女性<sup>(45)</sup>であり、そのうち約二五%は就労調整をしているが、就労調整を行っている短時間労働者の三七%が第三号被保険者制度に見られるいわゆる一三〇万円の壁を、約四八%が自分の所得税の非課税限度内である一〇三万円の壁を意識している<sup>(46)</sup>。この例は、法そのものが特定対象に対して限定的な働き方を課しているわけではないので、法規制そのものによる

統制ではない。しかし、国民年金法という法システムの選択肢から、より現実的かつ有利なあり方へと事実上の行動を誘導している。従ってこれは法を媒介にしたシステムによる統制であり、アーキテクチャの一例と考えられる。しかしここで留意すべきは、法システムによってアーキテクチャが遂行された場合、その特質上、オプトアウトの可能性が非常に限定されてしまうのである。第三号被保険者制度の例では、年齢の他には第二号被保険者の配偶者でなくなる（離婚）か、年間一二〇万円を超えるような働き方をするかである。第三号被保険者という制度に乗らないための離婚は非現実的であるし、年間一三〇万円を超える働き方をするのであれば、同一価値労働同一賃金の原則を徹底した上で、家庭内でのアンペイドワークをいかに配分するかという問題と切り離して考えることはできない<sup>47</sup>。

次の問題として考えられるのが、設計される「望ましき」の不確定性である。自分の望ましい選択をどのような主体が、どのようなプロセスで決定しているのか、かつそれが本当の望ましきであるのかは、検証不可能である。アーキテクチャの設計主体を民主的過程に沿って決定することで、その社会構造決定の正当性を保つという方法であったとしても、依然として問題は残る<sup>48</sup>。また、様々な考えられうる「望ましき」のうち、どの要素をよりエンフォースするのかという場面で、リバタリアンであれば、それさえも市場の選択に委ねるべきということになるが、それが貨幣的指標では測ることのできない価値であればこそ、それを市場で判断することもまた困難になる<sup>49</sup>。

けれども、それが故にアーキテクチャの可能性を葬り去ってしまうには些かの躊躇も禁じえない。多様なアーキテクチャのあり方に、選択余地の拡大を見ることも、また人権擁護のシステムを作ること、可能だと思われるからである<sup>50</sup>。大沢真理は開発とジェンダー問題に関するキャロライン・モーザの「実際のジェンダー・ニーズ」と「戦略的ジェンダー・ニーズ」の区別を受け、社会で性別役割や責任を果たすべき「実際のジェンダー課題」と、ジェンダー

不平等な関係性を変革するための「戦略的ジェンダー課題」とがあることを指摘し、とりわけ後者の戦略的ジェンダー課題には、ジェンダー不平等の是正のために戦略的ニーズを設定する重要性を指摘する<sup>51</sup>。こうしたニーズの設定は、市場論理とは異なるアーキテクチャによる設計が有効に働くものと思われるし、そうしなくてはならない領域と云えるであろう。ポジティブ・アクションなどは、こうしたアーキテクチャの一つとして考えられる。

ただ、ポジティブ・アクションなどに見られるようなジェンダー平等を担うタイプのアーキテクチャは、ソフトローにおける努力義務と同様、その効力において目覚ましい成果を上げるとは必ずしも言えない。割当制のような厳格なポジティブ・アクションには一定の効果があるものの、それは選択アーキテクチャではない。ポジティブ・アクションはむしろ一定の行為選択にインセンティブを与えるものと考えられるが、そのインセンティブがポジティブなものとして受け入れられない以上、選択の余地は広がりにくい<sup>52</sup>。しかし、アーキテクチャの可能性を、その負の側面も認識した上で積極的に受け入れるのであれば、ポジティブ・アクションの社会的正当性をより高めて、市場論理とは異なるレベルで活用できるのではないだろうか。

たとえ努力義務のようなソフトローであっても、存在しているというただそれだけで、それが実態と異なっていることもあるにせよ、象徴的意味合いを持つことが指摘されている。法による直接介入がパターンリスティックであるとして忌避されやすい中で、選択アーキテクチャの設定には、従来の法的問題解決とは異なる気づきを与え、従来の法システムでは解消しきれない問題に対応しうる可能性が有するのではないかと考える。

## おわりに

「外的世界のもろもろの事象、すなわち客体の間にある原因と結果の諸連鎖をまず認識し、そこに存在する規則性や法則性を明らかにする。そして、主体として自由意思でもってそれを参照しつつ、外的世界への働きかけを行うこと。こうして、事物の因果関係に関する知識の増大が行為結果の予測可能性を拡大させ、それと同時に自由意思の理念が人間の行為能力の適用範囲を外的世界全体へと拡大させることとなる。<sup>53</sup>」近代法の拠って立つ前提は、ここに見られる自由意思を前提としている。しかし、現実の問題原因が不明確で、行為結果が予測できず、予測のための探求がさらなる不知や問題をもたらし、知の高度化により無知が相対的に増大していくことを考えれば、近代法の前提は極めて危うい場所に立っていると言わざるを得ない。<sup>54</sup>近代化の生み出した不確実性に加え、現代社会の制御不可能性・困難性を鑑みるならば、個人の自由意思に専ら依拠したシステムが、結果として個人に課すことになる過酷な責任はあまりに甚大であろう。そうであるならば、むしろ社会システム全体として、そのあり方を制御していく方法を模索せざるを得ないことになる。ハードローのみに頼らないシステム統御のあり方は、そうした賢慮の一つと言えるかもしれない。

そのシステム統御の方法にはますますの配慮が必要であるが、それをいかにコントロールしうるかが次の課題となる。トイプナーは現代社会が機能分化しており、その各部分システムはオートポイエーシス・システムとして自己準拠的な循環を繰り返しているので、各部分システムを外部から法によって統御しようとする、規制のトリレンマと言われる各システムの相互無視・社会の法化・法の社会化規制という機能不全をきたすことを示した。<sup>55</sup>例えばソフト

ローの一つである努力義務を法が課しても、その努力義務違反には何ら経済的不利益が負わされないので、結果的に努力義務規範は無視されて法的制御としては成功しないけれども、それによって法・経済双方の各システムの自己論理が損なわれるわけではない、というものである。ただ、労働法上の不平等是正に関する努力義務規定について見ると、関係者の合意が困難であったがゆえの努力義務規定で、将来的には制裁の伴うハードローへと変わっていく可能性もいくらかはあり、努力義務であっても、法的制御は不完全なもの、象徴的意味合いに基づく影響力を行使することは可能である。

以上、従来型ハードローとは異なる社会統制規範として、ソフトロー、アーキテクチャ、ナッジを取り上げ、それぞれの特徴や問題、また可能性について概観してきた。自由意思による自己決定および自己責任という従来型法レジームの前提が不確定さを増すにつれ、従来型の法規制のあり方も再考されなければならない。Trial and errorの繰り返しによって自己陶冶を目指す可能性を開きつつも、それだけに依らない行動選択の可能性を、市場論理のみに基づくものとしてではなく、いかに構成しうるかが、次なる課題となろう。

(1) Clinton Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, Oxford University Press, 1976. 日高敏隆他訳『利己的な遺伝子』紀伊國屋書店、一九九一年。

(2) Susan Blackmore, *The Meme Machine*, Oxford University Press, 2000. 垂水雄二訳『ミームマシンとしての私』草思社、二〇〇〇年。

(3) 蜂軍崩壊症候群とは、ミツバチが突然大量に失踪するという世界的な現象で、二〇〇〇年辺りから各国で対策が取られるようになった。ウイルスや殺虫剤、ストレス等諸説が原因として挙げられているが、決定的要因は不明。養蜂家にとっては蜂

の全滅被害があり、ミツバチの媒介によって結実する果実など、農作物への影響も懸念されている。

(4) これは、自然や社会を取り囲む不確定性に対するリスク社会論として展開される問題である。環境ホルモンや地球温暖化のように、原因、結果、そしてその因果関係が依然として明確ではない要素に対し、どのような態度で臨むことが可能か、という問を投げかけている。

(5) David Riesman, *The Lonely Crowd*, Yale University Press, 1950. 加藤秀俊訳『孤独な群衆』みすず書房、一九六四年。

(6) Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000. 山形浩生訳『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』翔泳社、二〇〇一年。

(7) Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge, Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, 2008.

(8) トイプナーの法化論では、こうした法の様態は乗り越えられないトリレンマとして措定された。しかし、これを乗り越えなければならぬ現状で、いかなる方向性がありうるかを検討するものである。

(9) 木村草太「ハードローの存立基盤—選好順位・予期・一般化の枠組み—」COEソフトローディスカッション・ペーパー・シリーズ COESOFTLAW-2007-2、二〇〇七年、二一―六頁。

(10) ポジティブ・サンクションの一例として、屋上緑化に伴う補助金の給付や、エコカーに乗り換える際の減税措置などが挙げられる。

(11) 主権者命令説をとるオースティンが、法を遵守しない場合のネガティブ・サンクションによる恐れを法の拘束力の源と考えるのに対し、ハートは法が守られなければならないものとして人の中で内部化されること *internalize* に法拘束力を見出している。

(12) 「法に適う」という遵法的正義には徳が内在しているが、その徳の中で最高のもので、かつ他者とのかわりの中で現れるのが正義である。アリストテレス『ニコマコス倫理学』岩波文庫、一九七一年。

(13) 岩村正彦「ソフトロー・プロジェクトの一〇年」ソフトロー研究第二二号、東京大学大学院法学政治学研究科付属ビジネス

スロー・比較法制研究センター、二〇一四年八月、四一頁。なお中山信弘は『ソフトローの基礎理論』有斐閣、二〇〇八年の  
中で「裁判所その他の国の権力によってエンフォースされていないような規範であつて、私人（自然人および法人）や国の行  
動に影響を及ぼしているもの」と定義している。

もつとも、流動的側面を持つソフトローに対して明確に一致した定義をしにくい側面があり、論者により微妙に異なつた論  
調で用いられることも多い。

- (14) 齊藤民徒「ソフトロー論の系譜」法律時報七七卷八号、一〇六頁。
- (15) 齊藤前掲書、一〇八頁。
- (16) 齊藤前掲書、一〇九頁。
- (17) 藤田友敬『ソフトローの基礎理論』有斐閣、二〇〇八年、五頁。
- (18) ただし、「国家」による「エンフォース」が何を指すのかについては、留意が必要であろう。
- (19) 藤田友敬「ソフトローの基礎理論」ソフトロー研究第三号、二頁。
- (20) 藤田前掲書、四〜六頁。
- (21) 例えば、個々人が収穫量を上げようとして海産物を根こそぎ捕獲した結果、全体としては資源が枯渇して継続的収穫が見  
込めなくなる場合や、焼畑農業で森林が喪失することによって土壌の流出が進み、農業が継続できなくなる場合などが想定さ  
れる。
- (22) George A. Akerlof, *A Theory of Social Custom, of Which Unemployment May be one Consequence*, Quarterly Journal of  
Economics, vol. 94, 1980, p.749.
- (23) 木村草太「無限に連なる3LDK—ソフトローの研究第一号、二〇〇八年三月、一二七頁。ここで  
は住居選択に際し、それが合理的か否かとは無関係に、3LDKという暗黙の定型ルールに統制されていることが示されてい  
る。3LDK構造は、一つのアーキテクチャとして、人々の生活スタイルを規定することになる。
- (24) 木村前掲書、一二八〜一二九頁。

- (25) 藤田前掲書、一〇頁。
- (26) 和田肇「労働法におけるソフトロー・アプローチについて」『日本社会と法律学―歴史、現状、展望』日本評論社、二〇〇九年。
- (27) 和田前掲書、七二四頁。
- (28) 和田前掲書、七二六頁。
- (29) 和田前掲書、七二六頁。
- (30) 和田前掲書、七二七頁。
- (31) 和田前掲書、七二八頁。
- (32) 和田前掲書、七三〇～七三六頁。なお和田は、判例法上の雇用平等法理の発展が、努力義務の実定法化によってかえって押しとどめられている可能性を示唆し、立法政策論の点からも努力義務に疑問を投げかけている。
- (33) 二〇〇〇年に出版された問題意識をより展開したものとして、Lawrence Lessig, CODE version 2.0, Basic Books, 2006. 山本浩生訳『CODE VERSION 2.0』翔泳社、二〇〇七年。
- (34) レッシグのアーキテクチャに関する説明として、松尾陽「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」法哲学年報二〇〇七年『法思想史学にとって近代とは何か』に詳しい。
- (35) 松尾前掲書二四六頁以下。
- (36) 松尾陽「アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題」法学時報八七巻四号、日本評論社、二〇一五年四月、八五頁。
- (37) Lessig, 2006, op. cit, chapter 1.
- (38) 濱野智史『アーキテクチャの生態系―情報環境はいかに設計されてきたか―』NTT出版、二〇〇八年、二二頁以下。ただしここでの議論はインターネット上の情報技術に限定されている。濱野はアーキテクチャによる不当な支配の可能性にも触れつつ、多様なアーキテクチャのあり方に期待を寄せている。
- (39) Richard H. Thaler and Cass. Sunstein, op cit. pp.269-271.



- (40) リバタリアン・パターナリズムについては Richard H. Thaler and Cass. Sunstein, *Libertarian Paternalism In Not an Oxymoron*, The University of Chicago Law Review, Vol. 70, 2003, P.1159.
- (41) 山根承子「ナッジする仕掛け」人工知能学会誌二八巻四号、二〇一三年七月、五九八頁。
- (42) 森村進「キヤス・サンスティーンとリチャード・セイラーの「リバタリアン・パターナリズム」」一橋法学七巻三号、二〇〇八年一月、一〇九一頁。
- (43) 森村前掲書一〇九二頁。
- (44) 厚生労働省年金局発表の平成二五年度厚生年金保険・国民年金事業の概況によると、第三号被保険者の総数九四五万人のうち、九三四万人が女性である。 <http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/nenkin/nenkin/toukei/dl/h25a.pdf>
- (45) 短時間労働従事者の八割が女性であることにも、アーキテクチャの関わりが指摘されるであろう。
- (46) 労働政策研究・研修機構が平成二二年一月に発表した短時間労働者実態調査。  
<http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000011q6n-att/2r9852000011wk3.pdf>
- (47) 第三号被保険者制度には、家庭内でのアンペイドワークは女性が担うものという前提が暗黙裡に含まれており、そのこと自体が女性全体の働き方を限定的にするという循環的アーキテクチャを発揮している。
- (48) 民主的な決定過程とされるものが、「合理的な愚か者」の選択をしていないとは限らないからである。
- (49) 例えば、GNI (GNP) で所得や生産に関する指標を得ることはできるが、ここに家事労働やボランティアなどは含まれていない。
- (50) 注三五参照。
- (51) 大沢真理『生活保障のガバナンス』有斐閣、二〇一四年、七〇頁以下。
- (52) 次世代育成支援対策推進法に基づいて行動計画を策定した企業のうち、行動計画に定めた目標を達成し、一定の基準を満たした企業には、厚生労働大臣の認定（くるみん認定）を受けられるが、「くるみん」自体が一般に普及していないため、取得のインセンティブにはなりにくい。

- (53) 中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望』有斐閣、二〇〇四年、二五八頁。
- (54) 戸部真澄「リスク、法、市民・市民社会」大阪経大論集第六五卷第一号、二〇〇四年五月、三九頁。
- (55) Gunther Teubner, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, Dilemmas of Law in the Welfare State, 1986, P.299.