

## 解 説

大屋雄裕（慶應義塾大学教授）

二〇〇七年、アメリカの法律雑誌『グリーンバック』に掲載された論文は、数学における「エルデシュ数」と同様の概念として法学における「サンステイーン数」の導入を提唱した（Paul H. Edelman & Tracey E. George, “Six Degrees of Cass Sunstein”, *The Green Bag*, vol. 11, no. 1, 2007, pp. 19-36）。ハンガリー生まれの数学者ポール・エルデシュは生涯にわたって一五〇〇篇以上の論文を書いたが、その大半がさまざまな数学者との共同研究の成果だったことで知られている（ポール・ホフマン『放浪の天才数学者エルデシュ』平石律子訳、草思社文庫、二〇一一年）。エルデシュ数はそこで形成された数学者のコラボレーション・ネットワークにおける中心エルデシュとの距離を示すもので、エルデシュと直接の共著がある研究者をエルデシュ数1、その研究者と共著のある研究者をエルデシュ数2……とする形で定義される。その存在との距離を通じてある学の構造が可視化されるという意味において、エルデシュに相当するアメリカ法学の中心はキャス・サンステイーンであるというのが、論文の筆者たちの結論であった。彼らによれば、その時点でサンステイーンには五八人の異なる論者との

共著八〇本以上を含む五〇〇本以上の業績があり、二〇〇三年にはその著作が年間三〇〇回以上引用されるなどアメリカの法学者としてトップクラスの影響力を持ち、そのカバーする領域も本来の専門であった憲法・行政法から（しばしば他分野の研究者とのコラボレーションを通じて）動物の権利、法と経済学、行動経済学など広範囲に及んでいる。さまざまの意味においてサンステイーンが現代アメリカ法学を代表する存在であるということは、たとえばこのような議論が成立するところにも現れているということができるだけだろう。

\* \* \*

著者であるキャス・R・サンステイーンは一九五四年生まれ、ハーバード大学ロースクール（LS）を最優等の成績で修了し、その後二年間ロー・クラークを務めた。これは主に連邦裁判所の特定の裁判官のもとで秘書官・書記官的な役割を務めるもので、将来アメリカ法曹界の中心を担うような優秀なロースクール修了者にしか認められない、きわめて競争率の高いポストである。後半一年を当時の連邦最高裁判事サージェント・マーシャルのもとで務めていること、その後司法省での短期間の勤務を経て八一年（二七歳）にはシカゴ大学ロースクールの助教授、その後政治学のポストも兼ねて八年にはロースクールと政治学部双方の正教授に就いていることから、まさにアメリカを代表する早熟のエリートと見ることができるだろう。二〇〇八年にハーバード・ロースクールに移籍したのち、〇九年から一二年まで発足当初のオバマ政権で連邦政府行政管理予算局の情報政策及び規制政策担当官を務めていることも、アメリカの統治エリートらしいキャリアの一環と評価することができる（オ

バマ大統領はかつてシカゴ大学ロースクールで非常勤講師を務めていた。つまりサンスティーンの「元同僚」である。同局の局長は閣僚ポストと理解されているので、それに準ずる身分でオバマ政権の目玉の一つであった情報化を担当する立場だったと言つてよい。それはメディアによって「規制の皇帝」(regulatory czar)とも表現されるほど、特定分野の政策に絶対的な影響を持つ地位だったのである。

多様なサンスティーンの仕事のうち、本書 (*Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*, Oxford University Press, 2015) は経済学者リチャード・セイラーとの共著『実践行動経済学——健康、富、幸福への聡明な選択』(遠藤真実訳、日経BP、二〇〇九年) 以来のリバタリアン・パターナリズムの系列に属するものと言つていいだろう。サンスティーンは一方で、行為者たる個々の市民の利益が保護されよりよく実現するために、典型的には国家などの公的主体やサービス提供者がその意思決定に介入するというパターナリズムの必要性を認めている。だがそれが一方的な制約や強制にならないように、あくまで選択環境の操作を通じて一定の傾向を作り出すこと——柔らかく押しやる(ナッジ)——ことにその強度をとどめ、各主体がその影響を逃れて自分自身の本来の嗜好を実現する可能性を保障しようというのがその基本的な提案であった。それにより、最大限の自由を実現しようとするリバタリアニズムと、相手の利益のための干渉というパターナリズムとを両立させることができるというのである。

本書でもたとえば、個々人の選択に環境が及ぼすさまざまな影響に関する経験的・実証的な研究の紹介を通じて、リバタリアン・パターナリズムの有用性とありうべき問題への応答が示されている。

そこで暗黙のうちに否定され乗り越えられるべき対象と想定されているのは近代的な個人・社会像、すなわち各個人は何が自分にとっての利益でありどのようなようにすればそれが実現可能かを理解・選択できるような自律的存在であり、彼らの自己決定を通じて形成されるのが社会だとする考え方である。

ここでは、個々人の自律的自己決定にできるだけ介入しない（あるいはそれを妨害するような暴力などの排除にとどめる）のが国家の正しいあり方だということになるだろう。だが複雑化した現代社会において人々はつねに多様な選択肢にさらされており、それらすべてについて十分に考慮したうえで選択することを個々人に求めることは——時間的にも能力的にも——非現実的である。自分にとってそれほど重要ではなかったり、十分な判断能力を備えていない問題については自分の利益が相当程度に守られることを前提として、他者に委ね、それによって生じた余裕を本当に関心のあること・重要なことに注ぐほうが合理的だし、個々人を幸福にするだろう。「選択しないという選択」の価値はその点にあると、サンステイーンは主張する。

われわれはこれを、やはりサンステイーンのシカゴ時代の同僚であつた憲法学者ローレンス・レッシグ（サンステイーン数1）のアーキテクチャー論に対する応答だと考えることができるかもしれない（『CODE——インターネットの合法・違法・プライバシー——山形浩生・柏木亮二訳、翔泳社、二〇〇一年）。経済・法・道徳などを個々人を規制するものとして連続的に理解する「新シカゴ学派」と自らを位置づけるレッシグは、その新たな様式として、空間の物理的構造を操作することによって可能な選択肢それ自体を制約するアーキテクチャーに注目したのであつた。たとえばファーストフード店の堅い椅子は客を長居させないための、駅のホームドアは鉄道自殺を防止するための、アー

キテクチャーだと理解することができる。この例からもわかるようにアーキテクチャーは適切な目的のために利用されることも十分にありうるのだが、制約される個人から意識されることなく・不服従や違反の可能性を物理的に消し去った完全な支配をしばしば実現するという意味において危険性を秘めた存在であり、悪用されないよう社会的に統制されなくてはならないというのがレッシグの主張であった。

だが、どうすればそれを実現することができるだろう。われわれが制約に気づかないとすれば、制約に対する反感や評価を購買行動によって市場へ反映させることは期待できない——客を追い出すために椅子の座り心地を悪くしているのだと正面から言われれば客も気を悪くするだろうが、そのような意図を告げる必要がないのがアーキテクチャーの特徴である。行政や司法はしばしば適切な能力を持たず、民主的な正統性を欠いている。政治は本来「われら人民」の意見を反映する重要な経路だが、現実には利益集団化することによって腐敗している。結局この状況は「出口なし」なのではないかというの、レッシグの焦燥であった。裁判に出口を求めて著作権存続期間の延長法に反対する勝ち目のない法廷闘争に挑み (*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003))、あるいは自らの手で政治改革を実現しようと大統領選挙の民主党予備選に出馬する (二〇一五年九月。一二月に撤退) などレッシグの「迷走」の背景にあるのは彼のそのような社会認識だ、と言うことも許されるだろう。

だがそれに対してサンスティーンは、アーキテクチャーの威力を利用して個々人の利益・幸福を守りながら、その副作用を避けて善用していくことは可能なのだと主張しているように思える。デフォルト・ルールは悪用されうるが、たとえば暖房温度のデフォルト設定を引き下げすぎれば寒気を感じ

た人々が積極的に設定を変更してしまうように、アーキテクチャーが人々の利益を損なえばそれに反する行動を人々が能動的にとるようになり、デフォルト・ルールとしての意味を自動的に失ってしまう。問題が生じる場合には、簡略な能動的選択を用いればよい。これまでの選択に合致するような「おすすめ」が自動的に提示されるようになるとその傾向に一致しないものを見る機会が減っていく、趣味や選好が自己言及的に強化されてしまうこと（共鳴室<sup>コウメイシヤウ</sup>）も懸念される。しかしそれを防ぐために、多様な偶然の出会いを保障するようなセレンディピティ・アーキテクチャーを構築することもできる……。

その際にサンスティーンが強調するのは、すでに中立的な場所などないということである——「人が気づいているかどうかに関係なくデフォルト・ルールはいたるところにあり、デフォルト・ルールなしに生活するのは不可能である」。デフォルト・ルールを設定する場合としない場合とは人々の選択行動に違いが生じるということを、すでにわれわれは知ってしまっている。その状況において一定の利益をもたらすようなデフォルト・ルールをあえて採用しないことは中立的な選択ではなく、なんらかの価値（たとえばそれは本書でハクスリーに言及しながら「行為主体性および重要な意味での尊厳」と表現されているものかもしれない）のためにその利益を断念するという価値判断を意味しているだろう。

サンスティーンがかつて行った「現状中立性」(status quo neutrality) 批判を、ここでわれわれは想起すべきかもしれない (*The Partial Constitution*, Harvard University Press, 1993)。市場や社会を国家・法に先行して存在するものと位置づけ、それゆえに国家がそれに介入せず「そのまま何もしな

「い」ことが憲法の求める中立的な立場だとする考え方が広く存在している。しかしサンステイーンによれば、たとえば市場も法によって作り出された権利や義務の上に立って現在の状態に到達しているのであり、政府はその現状が憲法の求める理念にかなっているかどうかをつねに検討する必要があるというのだ。

「能動的選択を主張するのはパターナリズムの代案ではなく、多くの場合、パターナリズムの一種」なのだという指摘も、これと軌を一にしている。個々人の選択に委ねることは、一定の干渉を加えれば彼が得られたかもしれない利益を放棄させるという積極的な意味を持つてしまう。何もしないという選択肢は、実は中立や公正を意味していない。だとすればわれわれにできるのは、さまざまな処方箋の特性、たとえば個人の利益や幸福を保障するかわりに自主性を損なってしまうとか、プライバシーを守るために利用可能な情報が制約されて一定の不利益が放置されるとか、そのような長短を考慮し、間違った場合の被害が大きかったり判断が難しい場合には自主性よりも利益を重視するといったように「判断のコストと誤りのコスト」を調整していくことだけなのだというのが、アーキテクチャー論に対する彼の反応だということになるのではないだろうか。同様にサンステイーンが「完全には理論化されていない合意」(incompletely theorized agreement)の重要性を主張したことを想起しよう (cf. “Incompletely Theorized Agreements”, *Harvard Law Review*, vol. 108, no. 7, pp. 1733-1772)。社会的な論点について、議論に関与するわれわれ全員が心からの同意に達し、動機や理由づけも含めて一致することなどはしない。いま、ここで次になにをなすべきかという外見的な行為の次元でありあえずの合意が形成できれば十分だというのが、その主張であった。アーキテクチャーの統制とい

う問題の論理的な「出口」、完全な解決を約束する処方箋を模索し続けるレッシグに対して、現実社会を動かすのにそのような結論は必要ないと、サンスティーンは微笑んでいるのかもしれない。

\* \* \*

サンスティーンは二〇〇八年に、日本法哲学会・法哲学社会哲学国際学会連合（IVR）日本支部の招きによって来日し、公開講演「神戸レクチャー」と二つの関連ワークショップを行った（この間の経緯は、後掲『熟議が壊れるとき』の解説に詳しい）。筆者自身、このうち南山大学でのワークショップでコメントータの一人を務め、サンスティーン自身からの応答を受けるとともに会食の機会を得たのだが、それを通じて得た印象はまさに典型的な（あるいは模範的な）アメリカン・ロイヤードというものであった。すなわち、第一に理論的な洗練や整合性よりも現実的な問題解決に関心を持ち、どれだけ適切な問題処理が可能かというプラグマティックな志向を持つ点、第二にその際念頭に置かれているのは現存するアメリカ社会であって、ほかの国家・社会の状況は必ずしも視野に入っていないということである（たとえば民主的正統性や利用可能な情報量の面で制約のある司法府は個々の事件の論点を超えた一般的判断を積極的に示すべきではないという彼の「司法ミニマリズム」(judicial minimalism) は、あくまでアメリカにおける三権分立の状況を前提に展開されている)。

本書の至るところで、読者もそのようなサンスティーンの姿を感じるのはないだろうか。たとえばデフォルト・ルールの設定が問題解決のために有用であることを主張する一方、それが悪質な事業者利用される危険性も指摘し、一般的な市場においてはその問題が自然に除去されることを主張し



つつ、そうならない分野が存在しうることも見逃さない。だが、広い目配りを欠かさない一方で、結論的には適切な規制が必要だという主張のみが提示されることになり、たとえばそこで言う適切性の基準は何か、それは民主政や官僚機構・市場原理などによって解決可能な問題なのかという（とくに理論家が立ち止まるような）疑問は放置されるのだ。

サンスティーン（二〇一二年）の論文を集めた『熟議が壊れるとき——民主政と憲法解釈の統治理論』（勁草書房、示することを、とくに熟議民主政の問題点を指摘するようになった時期以降はサンスティーンが避けるようになってい

る点、第三にそれらのあいだの優先性などを判断する基準については沈黙して答えなくなっている点を指摘している。那須はその理由を、そのような基準は具体的問題の解決を通じて自ずから示されるものだとサンスティーンが考えていることに求めている。そうかもしれない。あるいはサンスティーンは自らの位置をあくまで代理人（エイジェント）兼護士（ロイヤリ）だと考えており、そのような判断は各政治共同体における民主政を通じて国民がなすべきことなのだ、と考えて沈黙を保っているのかもしれない。

だがサンスティーンの沈黙が意味するものがどちらであれ、選ばないためには選ばないことを誰かが選ばなくてはならないということだけは間違いない——『選択しないという選択』という本書の題名からすれば皮肉なことではあるが、積極的な能動的選択、デフォルト・ルールの設定、簡略な能動的選択、個別化したデフォルト・ルールという異なるレベルのパターナリズムの使い分けや、それぞれにおいてどのような選択肢を用意するか、どの程度のゆらぎ（偶然の出会いとしてのセレンディピ

テイ)を用意するかといったことは、現実の選<sub>レ</sub>択者<sub>と</sub>区別された選<sub>レ</sub>択<sub>ア</sub>、<sub>キ</sub>、<sub>テ</sub>、<sub>ク</sub>トの仕事として位置づけられている。だがその権限を誰に・どの程度委ねるのかというメタレベルの決定は、誰かがあらかじめしておかなければならない。選<sub>レ</sub>ば<sub>な</sub>い<sub>こ</sub>とを能動的に選<sub>レ</sub>択<sub>す</sub>ることと、単に何も選<sub>レ</sub>択<sub>し</sub>ないこととは異なるのだ。

サンスティーン自身は、それを選<sub>レ</sub>択者が行うことを想定しているように思われる(そうでなければ単なるパターンリズムであり、リバタリアンではなくなってしまう)。たとえばさまざまなタイプの購入方法についてその難易度と選<sub>レ</sub>択<sub>自</sub>体<sub>の</sub>楽<sub>し</sub>さ<sub>を</sub>考<sub>え</sub>て分<sub>類</sub>しながら、「どの欄に何が該当するかは人によって違う」と指摘する。あるいは「デフォルトを隠す必要はないし、また隠すべきではない。操作は回避しなければならず、何事も人の背後で起こるべきではない」として、「選<sub>レ</sub>択<sub>し</sub>ないという選<sub>レ</sub>択」自体が選<sub>レ</sub>択者によって明示的・意識的に行われるべきことを強調している。だが、その際の基礎となるはずの何を選<sub>レ</sub>びたいかという選<sub>好</sub>は、ナッジとは無関係に中立的なものとして形成されるのだろうか。何を選<sub>レ</sub>ばないことにするかという選<sub>レ</sub>択は、リバタリアン・パターンリズムの影響抜きに行われうるのだろうか。

「最もうまく機能している民主制度においても知識の問題と公共選<sub>レ</sub>択の問題は現実に存在する」と、サンスティーンは強調している。民主的アカウンタビリティと市場圧力は問題がある程度除去するだろうが、完全な解決に至るわけではない。メタレベルの決定もまた決定である以上そこに中立的な場所はないし、デフォルト・ルールが存在や機能が隠されるべきではないという決定がそこで遵守されることを保障するものもないのではないだろうか。あるいは、メタレベルにおいてわれわれが現実の

選択者としてつねに能動的な選択を行い、通常レベルにおける選択アーキテクトへの権限付与が適切なものか、メタレベルの決定を逸脱していかを検討し続けられない限り、「選択しないという選択」が約束していたはずの価値を維持することはできないのではないだろうか。

あるいは、そうではないのかもしれない。メタレベルにおける選択者としてのわれわれに必要なのは、メタレベルにおける選択アーキテクトを選び、われわれの選択を適切に設計することを彼に期待すること、なのかもしれない。そしてその有力な候補は、アメリカにおける統治エリートとしてのサンステイン自身、なのかもしれない。

複数の選択原理の優先性に関するサンステインの沈黙をどのように評価するのか、その微笑みを信頼するのか。「選択しないという選択」を通じて本書がわれわれに問いかけるのは、われわれはこの社会の統治において現実の選択者としてあり続けたいのか、それは可能なのかという問題なのである。