

自由への規制か、 規制による自由か

大屋雄裕 慶應義塾大学法学部 教授

自然の制約は我々を怒らせないと、かつてリバタリアンは言った。政府の役割を最小化し、それによって我々の享受する自由を最大化しようとする立場から考えても、たとえば我々に空を飛ぶ自由がないというのはこの世界の自然な性質であり、やむを得ない。政治思想の課題になるのはあくまで世界の物理的な特性の範囲内で我々の為し得ることを広げることであり、世界自体の性格は所与のものとして受け入れられなければならないというのである。

だがたとえば人通りの陰になった地下道のデッドスペースを「芸術的オブジェ」で埋め尽くすことによって、我々はそこで寝ようとするホームレスを排除することができるだろう。人々と取り巻く環境を物理的に操作することで、自主的・自発的だと当事者には思われる選択の内容を変えることができる」と指摘したのが、アメリカの憲法学者ローレンス・レッシングであった（『CODE：インターネットの合法・違法・プライバシー』山形・柏木訳、翔泳社、2001

年）。長椅子の座面をひじ掛けで仕切れば、寝転がる可能性を物理的に消し去ることができる。椅子を固くすれば、客の滞在時間を確率的には短くすることができる。レッシングはこのような権力のあり方を「アーキテクチャ」と呼び、さまざまな私的主体によってその権力が濫用される危険性に注意を促した。国家が基本的に独占している法とは異なり、空間のあり方を操作する能力を支える権利——所有権の持ち主であれば誰でも、他者の行為の可能性を奪うためにその力を使うだろうというわけだ（このようなアーキテクチャ論と自由の関係については、大屋雄裕『自由とは何か：監視社会と「個人」の消滅』ちくま新書、筑摩書房、2007年を参照）。

しかし、だからこそ開ける可能性がある」とキャス・サンスティーン（シカゴ大学ロースクールでレッシングの同僚だった憲法学者・政治哲学者）は近年主張するようになった（『実践 行動経済学：健康・富・幸福への聡明な選択』（リチャード・セイラー

との共著) 遠藤真美訳、日経BP、2009年)。たとえば、ハンバーガーにフライドポテトかサラダがセットにできるとする。両者を完全に平等な選択肢として提示する場合と、顧客があえてサラダを頼まない限り原則としてポテトを提供する場合(既定の選択肢＝デフォルト)、あるいはその逆とでは、ポテトを食べることになる顧客の割合が変わってくるのではないだろうか。あるいは食べたいメニューを選んでいくカフェテリアで、通路の早い段階にサラダやフルーツを並べた場合とケーキやクッキーを揃えた場合とでは、結果的に利用者が野菜を食べる量が変わってくるということは、実際のデータでも示されているらしい。

我々が自由だと思っている意思決定は、実のところさまざまな発想法(ヒューリスティック)に影響されている。我々は経済学の想定するような合理的主体(ホモ・エコノミクス)ではない。事前に問題に関する完全な情報を集め、あり得る選択肢すべての帰結を予想し、比較してもっとも自己に有利な選択をすることができるような主体ではなく、単に面倒だという理由で「これまでと同じ」選択を取ったり、情報収集をサボって手持ちの印象で何とかしたり、経験に基づいて近いケースを当てはめたりすることによって、有限の時間と資源の範

囲で必ずしも合理的ではない決断を行なっているというのである。だがそれこそが現実の「人間」のあり方なのだ。

そして、だからこそ選択肢の並べ方や既定の選択肢を操作することで、我々は人々をより幸福な選択へと「緩やかに押しやる」(ナッジ)ことができる。現実の我々が判断能力の不足や意思の弱さによって為し得ない「本当に自分のためになる選択」へと、選択の環境を整えることによって誘導するのだ。たとえばサラダをデフォルトにし、カフェテリアでは目に入りやすい高さの棚にフルーツを並べよう。野菜や果物は体にいいと頭ではわかっているもつつい揚げ物の誘惑に負けてしまう我々の視線をそこからそらし、仮に合理的主体としての私が登場したならば実現したであろう理想の選択を実現するのだ。

この「理想の選択」が、あくまで理想の私のものであることに注意しよう。サンステーションは、客観的に正しい食生活のあり方や社会的権威と認められた専門家の考え方を、我々に強制しようとしているわけではない。あくまでも本人が冷静な状態でさまざまな誘惑に負けずに考えたならばそうするであろうという判断へと、人々を誘うだけなのだ。さらに言えば、そこで何かが不可能になっているわけでもない(これは

典型的なアーキテクチャ論との大きな違いである)。たとえサラダがデフォルトになっただとしても、ポテトを食べようという明確な意思を持っている顧客は、ポテトを選ぶことができる。多少探しにくい場所に置かれていたとしても、揚げ物をレジに持っていくことができないわけではない。人々に可能な行為の範囲を狭めてしまうのではなく、選択肢の選びやすさにいわば人為的な傾斜を付けてやることによって確率的に・集合的に、人々の行為に一定の傾向を与えようとしているのだ。

サンスティーンは自らのこのような立場を、リバタリアン・パターナリズムと呼んでいる。人々が享受できる自由を狭めることなく最大化しようとする点において、それは(彼によれば)リバタリアニズムである。だが同時に、人々の利益に配慮し、その選択環境に干渉することによって当人の利益を実現しようとする点において、それはパターナリズムの一形態である。他者への干渉という基本的な性質を持つパターナリズムと、自由の最大化としてのリバタリアニズム。通常は相矛盾するように思われるこの二つの思想が、ナッジという技術において結合するというのがサンスティーンのビジョンなのだ。

ここで重要なポイントが二つある。第一

にサンスティーンは、もはや中立的な地点などないと主張している。リバタリアン・パターナリズム、あるいはナッジという手法に反感を覚える人がいたとして、彼はたとえばポテトとサラダを完全に平等にメニューに並べ、あるいはカフェテリアでさまざまな料理を無作為な順序で並べることを提案するかもしれない。しかしデフォルトの設定や選択肢の配列が個々人の意思決定に影響することをすでに知ってしまった我々にとって、それはそのような情報を利用しないという特殊な選択(人々が脂の多い食品を確率的に多く摂取して健康を損なうことを受容する)を採用したことを意味すると、サンスティーンは指摘するのだ。いずれの選択も一定の環境を作ることによって人々の選択に影響しているという点では同一であり、そのような影響のない中立的な地点は存在しない。「これまではそうだった」からそれと同じようにするという決断(現状中立性)も、そこで現実には生じていた人々の選択への影響を肯定するという意味を持ってしまっただろう。だとすれば我々に為し得るのは、せめてより良い影響を社会に与えようとするだけではないか、というわけだ。

第二に、人々の選択環境を整えるという仕事——「選択の設計者」(choice architect)

は、レッシングのアーキテクチャ論と同様に国家に限られるわけではなく、むしろさまざまなサービスや商品を社会に提供することによって人々の選択の対象となるような事業者が中心になるだろう。もちろん学校給食を提供したり納税申告の方法を設定するような局面（デフォルトは源泉徴収なのか、申告納税なのか？）では、国家や自治体などの公的主体も「選択の設計者」になることが考えられる。しかしそれは、それらの公共団体も社会にサービスを提供するという意味で民間事業者と同じ顔を持っているからであり、国家や政府に固有の性質ではない。事業者が国家のようにふるまうのではなく、むしろ公共団体が民間事業者と同じカテゴリーに属しているのであり、我々の自由はそれら事業者の設計によって左右されるのである。

そしてそれはいいことだと、しかしサンステーションは考えている。法を通じた国家による統治は、最終的には暴力の独占とそれによって支えられた強制力に訴える手段であり、社会的に良いとされた特定の価値や政策を被治者に押し付ける性格を持っている。そのような強い権力が悪用されることによって生じるさまざまな副作用も懸念されるだろうし、仮にそのような事態が生じなかったとしても、社会の一部の人々

が冷静な状態で合理的に選択するものが多数派の支配する集団的意思決定によって禁止されてしまうという危険性が常につきまとうことになるだろう。このような意味での「国家の失敗」を懸念する点において確かにリバタリアン的であるサンステーションは、より緩やかで分散的な弱い権力を活用し、人々の行為を一定の範囲・方向性へと誘導することで維持可能になる社会の可能性を、ナッジという手段に見ているのだ。

さらに言えば、すでにこのような手法は実際に社会において——意識的であれ無意識的であれ——活用され、さまざまな局面で人々の選択を「緩やかに押しやる」ようになっているだろう。たとえばファーストフード店で飲み放題のソフトドリンクを注ぐコップのサイズを規制しようという提案は、実際に行なわれた。「飲もう」という明確な意思があればどれだけでも飲むことができるのだが、コップを小さくして同じ量を飲むためにドリンクバーに行く回数が増えるようになると、統計的な消費量は明確に減るのだという。学校給食で子供たちが食べる野菜の量を増やすためにも、確定拠出年金への給与からの天引額を人々が指定し忘れないようにするためにも、デフォルトの適切な設定と選択肢の配列という手法が利用されるようになってきている。そし

てアーキテクチャの場合と同じく、その多くの場合において「選択の設計者」たちの目的が我々の幸福の実現にあることは、否定できないのだ。規制により自由が損なわれ、我々の幸福が遠ざかるという古典的自由主義の構図は、さまざまな意味で過去のものになろうとしている。

その一方で、このような手法が活用されすぎることへの懸念が残ることも間違いない。たとえば野菜の消費量については、一定以上に増えることが正しいという結論が栄養学という科学の客観性によって支えられているだろう。それは科学的に合理的な結論だから、自分の人生に配慮する合理的な個人の冷静な判断によれば、その実現を自分の利益だと考えるだろうというわけだ。このような理解は、権利の利益説と呼ばれる考え方に属している（古典的な利益説は本人の利益が実現すれば選択したという事実も不要だと考えるので、あくまで個人がナッジに逆らう可能性を残そうとするリバタリアン・パターンリズムはその弱いバージョンということになる）。だが人々は本当にそれを自分の利益だと認めるのだろうか。アーキテクチャのように完全に行為可能性が閉ざされるのでなく傾斜が付けられるだけだとしても、特定の選択肢（群）は個々人の目から遠ざけられ、事実として選びにくく

され、実際にも多くの場合選択されないだろう。あるいはデフォルトに覆い隠されて、そもそも選択する時点での脳裏にさえ浮かばないかもしれない。それでもなお、それら隠された選択肢よりもナッジされた結論を選ぶ方が本人の利益にかなっているということが明らかだと、サンスティーンはどのような理由で言うことができるだろうか。

判断能力の弱い子供たちが対象である場合（カフェテリア方式の学校給食だったと想定してみよう）には、それでも本人の利益を他者が配慮できる、あるいは少なくとも本人自身に決めさせるよりも適切に配慮できると言えるかもしれない（それは古典的なパターンリズムの正当化根拠であり、我々は子供自身がどれだけイヤがろうが取っ捕まえて歯を磨くのだ）。だがたとえば死の避けられない末期がん患者にどのような治療を選択させるかという場面においても同様のことが言えるだろうか。増大する医療費負担を抑制するために、苦痛の少ない（と同時に必要となる薬剤や治療器具の経費も少ない）緩和治療を多くの人が選択するようデフォルトとして設定するという事例には、一定の客観的正当性もあり（カネがなくなれば健康保険制度が破綻するというのは否めない事実である）、選択者が十分な判断能力を持たない（医療知識も専

門性も乏しい) という要件も兼ね備えているように思われる。しかし、ここでカフェテリアと同様にナッジを活用することに、我々は何らかの不安を覚えないだろうか。

我々の判断能力に多くの問題があり、しばしば適切な判断やそれに基づく自己の行動のコントロールが十分に行なえないのは、間違いないだろう。そのような場合に自分の利益を適切に実現するため我々が他者の支援を必要とすることも、やはり正しいだろう。しかし専門家のアドバイスを受けているという事実とその内容を意識しつつ自分の選択をすること(たとえば遺産相続の処理方法について弁護士の意見を聞く)と、我々が自覚していないところで操作された環境で選択することは、やはり異なるのではないだろうか。前者のように「専門家の配慮」が可視的であり我々にもその存在が意識されている環境と、ナッジがしばしば意識されない(むしろ意識されないことによって有効に機能する)後者の状況を、同じ選択という言葉では呼べないのではないだろうか。

現実に活用が進む一方でさまざまな懸念を抱えるナッジという手法、あるいはリバタリアン・パターナリズムという発想を、どのような場合に・どの範囲で・どのような制限のもとで活用すべきかという問題に

ついては、これから議論されるべきさまざまな論点が含まれているだろう。たとえば(監視カメラと同じような発想で)「ここではナッジが活用されています」という告知を行なうことによって、少なくとも意思決定の環境という問題に関心のある消費者がそこで権力が行使されているということを意識するチャンスを保障するというような対策も、あるいは提案されるかもしれない。だとしても、すでに述べたように多くは民間事業者が活用する手法を現実的にはどのように規制することができるかという指摘もあるだろう。しかし一つ明らかになったのは、もはや制約の不在としての自由という議論の構図が完全に現代の問題を捉え損ねていること、特に国家による制約を減らすことのみを考える見方があまりにも多くのものを見逃す結果になるということだろう。現代社会における我々の自由は、制約に対する制約としてしか実現され得ないのである。

プロフィール.....
おおや・たけひろ 慶應義塾大学法学部教授。1974年福井県生まれ。東京大学法学部卒業。名古屋大学大学院法学研究科教授を経て現職。法哲学専攻。著書に『自由か、さもなければ幸福か?: 二一世紀の〈あり得べき社会〉を問う』筑摩選書、2014、『自由とは何か: 監視社会と「個人」の消滅』ちくま新書、2007、『法解釈の言語哲学: クリプキから根元的規約主義へ』勁草書房、2006、他。