



|              |   |
|--------------|---|
| Title        | 法的パターンナリズム論の新展開（一）：リバタリアン・パターンナリズム論の含意と法規制                                  |
| Author(s)    | 瀬戸山, 晃一   |
| Citation     | 阪大法学. 2010, 60(4), p. 89-108  |
| Version Type | VoR   |
| URL          | <a href="https://doi.org/10.18910/55103">https://doi.org/10.18910/55103</a> |
| rights       |   |
| Note         |   |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 法的パターンリズム論の新展開（一）

——リベタリアン・パターンリズム論の含意と法規制——

瀬戸山晃一

はじめに

## 一 行動経済学が生んだ「リベタリアン・パターンリズム論」

### 二 リベタリアン・パターンリズム論の基本認識

（１）デフォルト設定とパターンリズムの不可避性

（２）リベタリアン・パターンリズム論の人間像

（３）非強制的パターンリズム（選択の自由とパターンリズムの両立可能性）

### 三 リベタリアン・パターンリズム論の知的戦略

（１）デフォルト・ルール（初期設定）からの離脱（オプト・アウト）の自由

（２）ワンクリック・パターンリズム（選ばない自由の保証戦略）

（３）現状維持バイアスと同調性

### 四 パターンリスティックな「ナッジ」

（１）ナッジ

（２）パターンリスティックなナッジが必要な場面

(3) ナッジの具体例

五 リバタリアン・パターナリズムの斬新性と意義(以上本号)

- (1) リバタリアン・パターナリズムの概念定義上の位置づけ
- (2) パターナリズム強要の回避(多様な個性と生き方の尊重)
- (3) 行き過ぎたパターナリズムへのセイフティネット
- (4) 新たな第三のリベラリズム(良き統治としてのリバタリアン・パターナリズム論)

はじめに

法学や政治学、あるいは生命倫理学などにおいて、対象とするテーマは異なれ、パターナリズムは、個人の自由(自己決定)や行動に対する規制や介入などの法政治政策の在り方や射程を考えるにあたって避けて通れない重要な主題のひとつである。本稿の目的は、法学政治学や経済学の周辺で近年議論を巻き起こしているリバタリアン・パターナリズム(Libertarian Paternalism)を取り上げ、その着想と戦略の主張内容を考察することによって、これまでのパターナリズム論への含意を探索することにある。

周知のように、パターナリズムは、人間の自己決定や行動が本人自身に危害を与えることを防止したり、本人自身の福利を増進するなど、被介入者「本人のため」という根拠や動機付けのもとに、個人の自由や自己決定に対する介入・干渉・規制・制約・配慮を指す原理である。その意味で公共の福祉や第三者に対する危害を防止したり、社会の健全な道德維持のために為される法的規制や介入とは区別される概念である。そのようなパターナリズムは、法学(主として法哲学・憲法学・医事法学・刑法学・少年法学・民法学・労働法学など)や政治哲学、そして社会

哲学や政策学、医療や生命倫理などの様々な文脈で議論されてきている<sup>(1)</sup>。その議論は、古くは一九世紀のジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) の『自由論』<sup>(2)</sup>での危害防止原理の主張にさかのぼることができるが、英米圏の法理論では一九七〇年代初め以降に<sup>(3)</sup>、国内ではそれらの議論を踏まえ一九八〇年代初頭以降、盛んに議論されるようになっていく<sup>(4)</sup>。その後、一九九〇年代後半より米国を中心に認知心理学の知見を経済学に導入した行動経済学の洞察を法学に応用した行動心理学的『法と経済学』という理論潮流が現れ、筆者は、そこにおけるパターンリズム論への含意について考察した一連の拙稿を二〇〇一年から二〇〇四年にかけて『阪大法学』その他にて発表した<sup>(5)</sup>。

本稿では、以下、その後のパターンリズム論の展開として「リバタリアン・パターンリズム」を取り上げ、まずその知的洞察と戦略のポイントを整理したうえで、それらの主張に対し提示されている疑問や反論、及びリバタリアン・パターンリズム陣営からの応答を検討し、リバタリアン・パターンリズム論が、規制の在り方にいかなる含意と意義を有しているか探求したいと考える。

## 一 行動経済学が生んだ「リバタリアン・パターンリズム論」

二〇〇三年一月に米国ワシントンDCで開催されたにアメリカ経済学会百十五回学術大会で、行動心理学的『法と経済学』(Behavioral Law and Economics)の主要論客である、キャス・R・サンステイン<sup>(6)</sup> (Cass R. Sunstein) とリチャード・セイラー<sup>(7)</sup> (Richard H. Thaler) は、「リバタリアン・パターンリズム」を発表する<sup>(8)</sup>。その短いペーパーを発展させた「リバタリアン・パターンリズムは撞着語法ではない<sup>(9)</sup>」というセンセーショナルな論考が二〇〇三年秋のシカゴ大学ローレビューにおいて世に問われ、米国を中心に大きな反響を呼びおこしている<sup>(10)</sup>。サンス

ティンとセイラー両教授は、これらの論文を一般読者向けに豊富な具体例とともに分かりやすく論述した『ナッジ』を二〇〇八年に出版する<sup>(11)</sup>。そこでの議論は、サンスティン教授が、法哲学・社会哲学国際学会連合（IVR）日本支部並びに日本法哲学会が主催する『第九回神戸レクチャー』の講師として来日し、京都大学にて二〇〇八年六月九日のセミナー<sup>(12)</sup>が、「リバタリアン・パターナリズム」をテーマとしたものであったこともあり、日本の法哲学を中心とした法学研究者間で注目を集めるにいたっている。『ナッジ』は、出版翌年二〇〇九年七月には翻訳書が出版されている<sup>(13)</sup>。このように日本において、行動経済学の勃興<sup>(14)</sup>や法と行動経済学のパイオニアであり、リバタリアン・パターナリズムの主要論客であるキャス・サンスティン来日以来、法哲学者や憲法学者を中心にリバタリアン・パターナリズムをめぐる議論が俄かに広がり始めている<sup>(15)</sup>。リバタリアン・パターナリズム論は、以下にみていくように、行動経済学の様々な洞察や知見に基づいて議論や戦略が展開されている。

## 二 リバタリアン・パターナリズム論の基本認識

### （１）デフォルト設定とパターナリズムの不可避性

サンスティン教授らは、制度設計や法政策を考える政治家や役人や政府などの規制当局を「選択アーキテクト（設計者）」と呼び、そもそも完全に中立的な政策はあり得ないと認識している。そしてどのみちどれかの政策や制度を設定しなければならないのであれば、人々の福利や厚生を増進し、多くの人々が望むような選択肢をデフォルトとして用意し、望ましい方向へナッジするパターナリスティックな配慮や政策を実施することが望ましいとしている。また現実の人々は、そのような望ましい選択肢をデフォルトとして設定することを望んでいる場合も少なくないという（Nudge, 2009 Revised pp.40-104, 邦訳第二章―五章）。適切なデフォルトの設定の仕方（制度設計者の

選択アプローチ)としては、①もし明確な選択が要求されたり顯示された場合に大多数の人々が選択するであろう選択肢をデフォルトとする「市場模倣アプローチ」、②この市場模倣が難しい場合には、人々に自らの選択肢を明確にするように強いる「能動的選択要求アプローチ」、③デフォルトの設定からの離脱者が最小化されるような設定をデフォルトとして設定することをあげている。<sup>(19)</sup>

(2) リバタリアン・パターンナリズム論の人間像

リバタリアン・パターンナリズム論が想定する人間像は、行動経済学が想定する限定された、「合理性」と限定された、「意志力」と限定された、「自己利益」を有した「生きた人間(ヒューマン)」である。ヒューマンは、現状維持バイアス、錯覚、アンカリング、フレーミング効果(メニュー依存性)、ヒューリスティック(利用可能性や代表制)、樂觀主義や自信過剰、損失回避性などの傾向やバイアスにより、判断の誤りを犯したりする現実を直視する。そして自らが行うあらゆる選択について深く考える余裕のない複雑な世界に対処しようとする多忙な人間を想定している(NUDGE, 2009 Revised pp.17-39, 邦訳第一章「バイアスと誤謬」)。

(3) 非強制的パターンナリズム(選択の自由とパターンナリズムの両立可能性)

リバタリアン・パターンナリズム論が、議論を巻き起こし、センセーショナルである理由は、二〇〇三年に出された論文のタイトル「リバタリアン・パターンナリズムは撞着語法ではない」が示しているように、リバタリアン(自由至上主義)は、通常「選択の自由」の保証を理論の至上命題とし、パターンナリズムを最も拒絶する立場であると思われるからである。サンスティン教授とセイラー教授は、「パターンナリズムは必ず強制を伴う」という認識は誤解であるとし、リバタリアンの立場から選択の自由を保証する一定のパターンナリズムは、許容可能であるとしている。もちろん、パターンナリズムには、本人の意思に反して強制的に自己決定を否定したり、一定の行動を禁止する

強制的なバージョンもある。また何らかの理由で判断能力が欠如したり、任意性や自発性が阻害されている場合に介入するソフト・パターンリズムというバージョンもある。サンスティン教授らが主張するパターンリズムは、任意的な判断能力を有する場合であっても、限定的な合理性を有する現実の人間（ヒューマン）を想定した状況での非強制的なパターンリズムである。

### 三 リバタリアン・パターンリズム論の知的戦略

（１）デフォルト・ルール（初期設定）からの離脱（オプト・アウト）の自由

リバタリアン・パターンリズム論が、戦略として導入するのが、「デフォルト・ルール（初期設定）」や「オプト・アウト」と言った概念装置である。介入者側で何かを強制するのではなく、スタート地点で望ましいと思われる選択肢を初期値として用意し、人々が様々な情報を手手して検討を加え、自らの価値観と選好に基づき、自分にとって最も合理的で適切な判断、すなわち選択肢を選ぶ（オプト・イン）する必要のないようにアレンジしておく。その既に初期値として提示された選択肢（プランなど）が嫌で納得がいかなければ、そのプラン（選択肢）から離脱することや別のプラン（選択肢）に移行するオプト・アウトの自由を保証する。その際に、一定期間内にオプト・アウトすると解約金や違反金などが課されたり、離脱する手続きが煩雑で時間的コストが大きくかかるようでは、強制的色彩が強くなり選択の自由の保証にセンシティブなリバタリアンは、納得しないであろう。

（２）ワンクリック・パターンリズム（選ばない自由の保証戦略）

パターンリスティックなナッジに基づいたデフォルト・ルール（初期設定）からの離脱（オプト・アウト）を、金銭的・時間的コスト負担をかけずに、あたかもパソコンの画面上でマウスのワンクリックで可能にするように制度

設計すれば、選択の自由が保証され、リバタリアンからでも許容可能であるとする。<sup>(17)</sup> 平等主義的なリベラルの立場からは、離脱する際に何らかのコストを課す政策も正当化されることもあり得るであろうが、リバタリアンを標榜する限りは、離脱の自由へのコストは最小限にとどめておくことが要求される。したがって、リバタリアン・パターンリズム論にあつては、罰金などの否定的なサンクションや、あるいは税制優遇などのポジティブ・サンクションにより何らかのインセンティブを与えて人々の行動や選択を個人の厚生を増進するようにナッジするのではなく、あくまで望ましいデフォルト・ルールを予め設定することを主張している。これらの主張が展開される前に、私はかつて発表した拙稿の中で、リベラリズムからも許容される「バイアス矯正としてのリベラル・パターンリズム」を試論的に提示した。<sup>(18)</sup> そこでは、現実の人間（ヒューマン）が多かれ少なかれ有する様々な認知的バイアスにより正確なリスク判断ができない場合などに、それらのバイアスを取り除いたり、軽減するために、教育的な配慮で自己決定を一定程度制約したり規制することが正当化できると主張したが、リバタリアン・パターンリズム論にあつては、これらの介入は許容されないことになる。

自ら選択や判断のために情報を入力分析し、最も適切な決定をするためには、労力が必要であり、人々は自ら決めることを避けたり、他人の判断にゆだねる選好もしばしば有し、また他人の行動に同調する傾向がある。したがって、このような人々に対しては、好ましい一定の選択肢を用意してあげるパターンリスティックな配慮は、必ずしも非難されるものではなく、推奨される場合もある。日本社会では、自立できないでいる市民のために、あたかも母親に甘えるように行政に規制や介入を求める母親的包容主義的傾向を揶揄してマターナリスティックな文化を有する社会であると指摘されることがある。そのような日本社会にあつては、リバタリアン・パターンリズム論によるデフォルト・ルールとして初期設定を用意することが望まれる度合いが、米国よりは強い土壤にあるとい



えよう。

### (3) 現状維持バイアスと同調性

人間が、伝統的な経済学が想定するような「ホモ・エコノミカス」であれば、人々は自らの選好を把握しており、自己利益にとって最も望ましい選択と判断ができるのであるから、どのようにデフォルト・ルールを設定しても結果は同じになると考えられることになる。しかし、行動経済学が産んだリバイアソン・パターンリズム論は、様々な実証データに基づき人々は、多かれ少なかれ現状維持バイアス(惰性)や他人の行動への同調性を有していることで、デフォルトに固執する傾向にあり、オプト・アウト(離脱)せず与えられた選択肢に留まる率が高まると主張する。この主張の説得性は、臓器提供の承諾要件をオプト・インからオプト・アウトに変えることで、提供者数が増えていることなどからも伺えよう。

## 四 パターナリスティックな「ナッジ」

### (1) ナッジ (Nudge)

著書名になっている「ナッジ」とは、「注意や合図のために人の横腹を特にひじでやさしく押したり、軽く突いたりすること」や「他人に注意を喚起させたり、気づかせたり、控えめに警告したりすることである(邦訳書「扉」)。

ナッジは、「選択を禁じること、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ーのあらゆる要素を意味する。純粹なナッジとみなすには、介入を低コストで容易に避けられなければならない。ナッジは命令ではない。果物を目の高さに置くことはナッジであり、ジャンクフードを禁止することはナッジではない」としている (Nudge, 2009 Revised p.6, 翻訳書一七頁)。

ナッジは、「誘導」という訳語が与えられることがあるが、<sup>(19)</sup>「誘導」というと介入者側の都合がよいように誘導し、「本人のため」というパターンリズムの概念定義に欠かすことができない理念(介入の理由)に必ずしもあたらない隠された意図や思惑のために誘導するといったバイアスが用語に付与され、サンステイン教授らの主張のニュアンスを正確に捉えることを妨げる懸念が生じるので、「パターンリズム」の表記がそうであるように、ナッジもそのままカタカナ表記するようにナッジしたいと考える。

## (2) パターンリスティックなナッジが必要な場面

それではどのような場合に、ナッジが必要であるとしているのか。サンステイン教授らによれば、「判断が難しくてまれにしか起こらず、フィードバックがすぐに得られず、状況の文脈を簡単に理解できる言葉に置き換えるのが難しい意思決定をするときに、ナッジが必要になる」としている (Nudge, 2009 Revised p.74, 邦訳書 一一二頁)。

リバタリアン・パターンリズム論が黄金則と呼んでいるのは「役に立つ可能性が最も高く、害を加える可能性が最も低いナッジを与える」というものであり、「知的に洗練されていない人々を助けると同時に、それ以外の全員に与える不利益を最小限にする方法をとる」非対称性パターンリズムの戦略と同様なスタンスであるとされる。

(Nudge, 2009 Revised p.74, 邦訳 一一二頁)。そして「良いナッジが求められているのは、選択の結果が遅れて現れる場合、選択するのが難しく、まれにしか起こらず、フィードバックが乏しい場合、選択と経験の関係が不明瞭な場合ではないかと思われる」としている。(Nudge, 2009 Revised pp.78-79, 邦訳 一一九頁)。

## (3) ナッジの具体例

具体的な例として挙げられているのは、人々が食べ物を選ぶ際に心臓病や糖尿病のリスクを高める肥満を防止するために、健康に良い食べ物を目立つところや手の届きやすいところに配置し、健康に悪いデザートなどを陳列の

奥の目立たないところに並べるカフェテリアの例から始まり、注意を促す道路標識その他、以下のようなものがあげられている。空港の男性用トイレ利用者が汚すことを少なくするために便器の中につけられた目印になるハエマークなどの些細な配慮、既に制度化されているクーリング・オフ制度や自動加入の医療保険プランや退職貯蓄プランなどが紹介されている。また、信用市場（第七章）、強制したり臓器売買に訴えずに臓器提供者を増やす方法（第十一章）、環境保護に対するナッジにもとづく政策（第十二章）、社会保障制度（第九章）や結婚の民営化（第十三章）などが提案されている。

このようにみると、ナッジのアイデアは既に現行の立法や社会制度や日常生活のなかで少なからず実践されているといえる。実際のところ、森村進教授が指摘されているように、契約法の任意規定の意義の多くは、デフォルト・ルールを定式化している点にあるとして<sup>(20)</sup>いる。

その他『ナッジ』では、日常的で身近な制度や試みのなかにもナッジと捉えられるさまざまなアイデアが既に実践されていると言う。本書では、それらの中で二二のミニナッジがあげられている（Nudge, 2009 Revised pp. 231-238, 邦訳三三二―三四二頁<sup>(21)</sup>）。

なお、二〇〇九年に出版された『ナッジ』の増補改訂版では、初版以降、日本を含む世界各地からブログに寄せられたナッジの具体例の中から、エネルギーを保存し、環境を保護したり、自動車の安全や交通規制、そして食べ物に関する、興味深いナッジの具体例が二〇例紹介されている（Nudge, 2009 Revised pp. 257-268）。

## 五 リバタリアン・パターナリズムの斬新性と意義

サンスティン教授は、一九九七年に「行動主義的法分析」を発表して以降、精力的に行動経済学を法に応用し、

ア priori な反パターンナリズムという伝統的な「法と経済学」の知的スタンスを批判し、認知心理学の知見によって生まれた行動経済学を法に取り入れた「行動心理学的『法と経済学』」の反パターンナリズムという主張を展開してきた。この主張は、パターンナリズムが必要な場面があると同時に、政府などの規制当局も様々なバイアスなどから自由ではなく、積極的にパターンナリズムを正当化するものではないとしている。そしてパターンナリズムの是非は、個別事例ごとに経験的なデータなどに基づいて、どの程度人々がバイアスによって本人自身にとって合理的でよい判断が阻害されているかや、規制側の判断のバイアスなどを検証して個別に評価されるものとし、具体的な正当化論を展開してはいなかった。それに対するサンステイン教授の答えが他ならぬ「リバタリアン・パターンナリズム」と位置づけることができる。

# (1) リバタリアン・パターンナリズムの概念定義上の位置づけ

サンステイン教授らによれば、人々(リバタリアン)は、一般にパターンナリズムが、人々の自由を規制し強制が伴うものであるという誤解をしていることを指摘している(Nudge 2009 Revised p. 11, 邦訳「二五頁」)。この状況認識は、あながち間違っていないと思われるが、従来のパターンナリズム論が、非強制的なパターンナリズムを概念定義の射程に納めていなかったかと言え、そうではない。筆者はかつて英米の文献に見られる主要なパターンナリズムの概念定義を七〇年代から九〇年代まで分析し、パターンナリズムの手段や方法が、真実を隠匿(不開示)するなど情報を操作したり、何らかの理由で一時的に任意性(自発性)が欠如した者や判断能力のないものに対するソフト・パターンナリズムなど非強制的なものも多くあり、パターンナリズムを論じる主要な論者の定義では、強制を伴うことを定義とした初期のパターンナリズム論が批判されていることをみた。<sup>(22)</sup> したがって、リバタリアン・パターンナリズム論がはじめて非強制的なパターンナリズムを指摘したのではなく、その意味においてパターンナリズムの概念に

新たなカテゴリーが加わったわけではない。しかし、従来の議論では、情報が正確でなかったり不足しているため、合理的な判断ができない場合に、その情報を提供するパターナリズムであるとか、不治の病や悪い予後を患者に伝えないという情報隠匿など、情報操作によるパターナリズムが非強制的なパターナリズムの主要なケースであった。これに対しリバタリアン・パターナリズム論は、正確な情報を十分与えられても、必ずしも自らの福利を促進せず、選好（目標）を達成しない判断をしたり選択肢を選ぶ現実の人間行動に着目し、情報の提供の仕方（フレーミング）、すなわち選択肢（メニュー）の提示や、好ましい選択肢をデフォルトとして設定し、それを強制するのではなく、離脱の道（自由）を残している点などが非強制的なパターナリズムのメニューのバージョンを追加していると言えよう。リバタリアン・パターナリズム論の斬新さは、現状維持バイアスやヒューリスティックやフレーミング効果などの現実の人間（ヒューマン）一般が多かれ少なかれ有する特性や傾向に着目し、デフォルト・ルールなどを上手くアーキテクト（設定）するとともにその設定から離脱する自由を保証しておくことで、非強制的パターナリズムが、人々を自らの福祉を減少させる行動を抑制したり、厚生を促進する行動へナッジする余地が、これまで我々が考えている以上にありえることを、行動経済学の知見や洞察に基づき示している点にあると言える。

## （２）パターナリズム強要の回避（多様な個性と生き方の尊重）

法制度や法規制は、法適用や運用の公平性や安定性・予測可能性の要請などから、通常年齢要件などの基準によって一律になされることが多い。そのため、ある者にとっては必要なパターナリスティックな配慮や介入も、ある者にとっては、余計なお節介で不必要であったりする場合が考えられる。リバタリアン・パターナリズム論は、パターナリスティックにナッジするが、そのパターナリズムが余計なお世話で、どうしても嫌だという者にはオプト・アウトの選択肢を残しており、一律にパターナリズムを強要することを回避している点が、自らの価値観に基

づいて多様な生き方を追求する個々人のニーズに応えられるリベラルな知的態度を有していると言えよう。またここで重要なことは、行為を禁止したり規制して罰則などの否定的サンクションを課したり、意に反して自由を制限することなく、少なからず人々の厚生を増進させる効果が期待できるという点がナッジの知的戦略の画期的な意義であると言える。

### (3) 行き過ぎたパターンリズムへのセイフティ・ネット

行動経済学の洞察によれば、規制当局や介入者側も様々なバイアスの影響から免れず、そのため限定合理性から完全には免れない。したがって、被規制者の福利などの評価において適切でない政策判断をする可能性が残されている。そのような不適切な政策判断を行ったり、あるいは時代の変遷とともに規制や禁止が意義を失い、現実と齟齬を生じさせ、過剰に自由へ干渉する場合もあるであろう。そのような場合であっても、政策判断者が誤った場合の矯正の安全装置(セイフティ・ネット)として離脱の自由を保証しておくことで、政府の過ちを最小限に自浄する装置を組み込んでおく戦略であると言えるのではないだろうか。

### (4) 新たな第三のリベラリズム(良き統治としてのリベタリアン・パターンリズム論)

サンステイン教授とセイラー教授は、リベタリアン・パターンリズム論に基づいてナッジする政策を展開する立場を『ナッジ』のイントロダクションの見出しのところで「自由放任」でも「押しつけ」でもなくという表現で示している。これらのサンステイン教授らの主張は、現在の米国の政治状況を強く念頭に置いたものとなっている。彼らは、リベタリアン・パターンリズムは、「共和、民主両党の協調路線を実現する礎になると期待される。本書では、環境保護や家族法など、様々な領域で統治能力を高めるには、政府による強制や制約を減らし、選択の自由を増やす必要があることを論じていく。インセンティブとナッジが要求と禁止にとって代われば、政府は小さくなる

と同時に、より穏当になるだろう」とし、「我々はより大きな政府を求めているのではない。より良い統治 (better Governance) を求めているだけである」と主張している。<sup>(25)</sup>そしてリバタリアン・パターナリズムは「右でも左でもなく、民主党よりも共和党よりでもない」とし、「民主、共和両党が路線の対立を乗り越えて歩み寄り、緩やかなナッジを支持するようになることを願っている」としている (Nudge 2009 revised p.14, 邦訳二一頁)。リベラル派と保守派の路線対立を超えて、両陣営から支持される新たな第三の道として、リバタリアン・パターナリズム論は提唱されている。

以上のような戦略と主張は、どのように評価できるのであろうか。連載(二)では、リバタリアン・パターナリズム論に対するリバタリアンを中心とした懐疑や批判的見解とサンステインらによる応答・反駁を検討する予定である。そして、リバタリアンが日本に比べ強い米国において展開されているリバタリアン・パターナリズム論を巡る論争から今後の日本の法政策のありかたや従来からのパターナリズム論自体に対する知的洞察を探索していくこととする。

- (1) 拙稿「現代法におけるパターナリズムの概念——その現代的変遷と法理論的含意——」『阪大法学』第四七巻第二号(一九九七年六月) 三九七—四二五頁。
- (2) J.S. MILL, ON LIBERTY (Cambridge University Press 1989) (First Published 1859). 早坂忠訳『自由論』関嘉彦編『世界の名著四九・ヘンサム、J・S・ミル』(中央公論社、一九七九年)。
- (3) 先駆的な論文として Gerald Dworkin, *Paternalism*, in RICHARD A. WASSERSTROM, ed., *MORALITY AND THE LAW* (Wadsworth Publishing Company 1971) 七〇年代から八〇年代初め頃までの議論を踏まえた著作として J. John KLEINIG, *PATERNALISM* (Manchester University Press Oxford Road, 1983).

- (4) 法哲学者による一連のパターンリズムに関する研究は、中村直美教授によって精力的に発表され、それらの一連の論考(一九八一年—二〇〇三年)は、中村直美『パターンリズムの研究』(成文堂、二〇〇七年)に収録されている。本書の書評として、参照、若松良樹「書評・中村直美著『パターンリズムの研究』」(成文堂、二〇〇七年)「日本法哲学会編『法哲学年報二〇〇七』」(有斐閣二〇〇八年)一五四—一六〇頁。なお、國學院大學法学部で20年以上も伝統を有するパターンリズム研究会も二〇〇八年度春季研究会で百回目の節目を迎えた。パターンリズム研究会の近年の記録については、現在の研究会幹事の一人の花岡明正先生の以下のURLを参照頂きたい。<<http://www.nit.ac.jp/fasc/hanaoka/kenkyukaipage.html>>
- (5) 拙稿「法的パターンリズムと人間の合理性——行動心理学的「法と経済学」の反—反パターンリズム論——」(一)『阪大法学』第五一卷第三号(二〇〇一年九月)五八九—六一三頁、拙稿「法的パターンリズムと人間の合理性——行動心理学的「法と経済学」の反—反パターンリズム論——」(二完)『阪大法学』第五一卷第四号(二〇〇一年十一月)七五三—七七五頁、拙稿「自己決定の合理性と人間の選好——Behavioral Law & Economicsの知的洞察と法的パターンリズム——」日本法哲学会編『宗教と法—生と俗の比較法文化(法哲学年報二〇〇一)』(有斐閣、二〇〇三年)一三一—一四〇頁、拙稿「法的パターンリズムと選好——パターンリテックな法介入の効率性——」『阪大法学』第五四巻第四号(二〇〇四年十一月)五四—七三頁。
- (6) サンステイン教授は、二〇〇八年にシカゴ大学ロー・スクールから母校のハーバード大学ロー・スクール(Felix Frankfurter Professor of Law)に移り、二〇〇九年九月には、オバマ政権のAdministrator of the Office of Information and Regulatory Affairs at the Office of Management and Budgetに就任した。<sup>80</sup> <[http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg\\_administrator/](http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=552)>
- (7) セイラー教授は、シカゴ大学ビジネス・スクールのRalph and Dorothy Keller Distinguished Service Professor of Behavioral Science and Economicsで、同スクールの決定理論研究センター長を務めた。<sup>81</sup> <<http://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/vita/rt.pdf>>
- (8) Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, Vol. 93, No. 2 American Economic Review pp. 175-179 (May, 2003), Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic



Association, Washington, DC, January 3-5, 2003.

- (9) Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, University of Chicago Law Review Volume 70, Number 4, pp.1159-1202 (Fall 2003). 中林良純訳「リバタリアン・パターナリズムは撞着語法ではなく」『科学研究費補助金・学術創生研究費 ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成—自由と共同性の法システム—ワークインベース―第三号』二〇〇八年六月。

- (10) Gregory Mitchell, Review Essay: *Libertarian Paternalism Is An Oxymoron*, 99 Northwestern University Law Review 1245 (2005); Dru Stevenson, Article: *Libertarian Paternalism: the Cocaine Vaccine as a Test Case for the Sunstein/Thaler Model*, 3 Rutgers University Rutgers Journal of Law & Public Policy 4 (2006); On Amir and Orly Lobel, *Book Review Essay: Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy*; *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. By Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. New Haven: Yale University Press, 2008. \$ 26.00.: *Predictably Irrational: the Hidden Forces That Shape our Decisions*, 108 Columbia Law Review 2098 (2008); Mario J. Rizzo and Douglas Glen, Article: *The Knowledge Problem of New Paternalism*, 2009 Brigham Young University Law Review 905 (2009); Mario J. Rizzo and Douglas Glen Whitman, *Themed Issue: Perspectives On The New Regulatory Era: Little Brother Is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes*, 51 Arizona Law Review 685 (2009); Pierre Schlag, Review: *Nudge, Choice Architecture, and Libertarian Paternalism*, 108 Michigan Law Review 913 (2010).

- (11) RICHARD H. THALER AND CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (Yale University Press 2008).本書は「エロニック・フライング・チャイルド」のベストブック・オブザイヤーを受賞している。

- (12) 科学研究費補助金・学術創生研究費「ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成—自由と共同性の法システム—」が主催した。

- (13) セイラー、サンスティン『実践 行動経済学…健康、富、幸福への聡明な選択』（遠藤真美訳、日経BP出版センター 二〇〇九年七月）。Nudge 2009 revised and expanded edition.

(14) 日本においても近年「行動経済学」が盛んに論じられるようになってきていることは、二〇〇七年に学会が設立され、同年一二月第一回大会が開催されていることや、翻訳書や文献が多く出版されてきていることが実証している。例えば、多田洋介『行動経済学入門』(日本経済新聞社、二〇〇三年二月)、友野典男『行動経済学―経済は「感情」で動いている』(光文社新書、二〇〇六年五月)、依田高典・後藤励・西村周三『行動健康経済学』(日本評論社、二〇〇九年三月)、真壁昭夫『行動経済学入門』(ダイヤモンド社、二〇一〇年四月)、翻訳書としてリチャード・セイラー『セイラー教授の行動経済学入門』(篠原勝訳、ダイヤモンド社、二〇〇七年一月)、マッテオ・モッテルリーニ『経済は感情で動く―行動経済学からの行動経済学―』(泉典子訳、紀伊国屋書店、二〇〇八年)、マッテオ・モッテルリーニ『世界は感情で動く―行動経済学からみる脳のトラップ―』(泉典子訳、紀伊国屋書店、二〇〇九年)、ダン・アリエリー(熊谷淳子訳)『予想どおりに不合理―行動経済学が明かす「あなたがそれを選ぶわけ」』(早川書房、二〇〇八年)、ウヴェ・ジャン・ホイザー(柴田さとみ訳)『感情が経済を動かす―新しい経済学「ヒューマノミクス」の革命的挑戦』(PHP出版社、二〇一〇年五月)などがある。

(15) 森村進「研究ノート『キャス・サンステインとリチャード・セイラーの「リバタリアン・パターンナリズム」』」『一橋法学』第七卷三号一〇八七―一〇九七頁(二〇〇八年十一月)四二七―四三七頁、井上嘉仁「ソフトなパターンナリズムは自由と両立するか―リバタリアン・パターンナリズム論の影」『姫路法学』五〇号(二〇〇九年一月)四一―九五頁、インタビュ、瀬戸山晃「人間の合理性とパターンナリズム」『談』NO八三 特集「パターンナリズムと公共性」一〇―三五頁(たばこ総合研究センター、二〇〇九年二月)、東京法哲学研究会二〇一〇年五月例会での福原明雄報告「リバタリアニズムにとってリバタリアン・パターンナリズムとは何か」(二〇一〇年五月二九日、成城大学)、関西法理学研究会二〇一〇年六月例会での中林良純報告「認知能力と法規制―心理学的パターンナリズムをもとに」(同志社大学、二〇一〇年六月二六日)。

(16) Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, op. cit., *Libertarian Paternalism* (2003) pp.178-179, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron* (2003) pp.1194-1195.

(17) ワンクリックパターンナリズムについては、二〇〇八年三月三十一日のシカゴ大学ロースクールの教員ブログにおいてサンステインが提唱している。One-Click Paternalism <http://chicagolaw.typepad.com/faculty/2008/03/one-click-pater.html>

〈<http://nudges.wordpress.com/one-click-paternalism/>〉

(18) 前掲「拙稿『自己決定の合理性と人間の選好——Behavioral Law & Economicsの知的洞察と法的パターンリズム——』(二〇〇三年) 一三七—一三八頁。

(19) 例えば、前掲『行動健康経済学』第二章一五二頁や前掲井上嘉仁論文など。

(20) 森村進、前掲論文一〇九頁。

(21) ① GMT (Give More Tomorrow) プログラム

このプログラムは、間もなく始まる好きなチャリティーに小額を寄付し、寄付の額を毎年増やすことを約束したいかどうか人々に尋ねるもので、オプト・アウトするには、電話するか、電子メールを送るだけでよいというものである。このようなプログラムは、実験によって、寄付はしたいと思っているが一度もしたことがない人や、善意はあるが、忘れっぽかったり、タイミングを逃してしまふ者からの寄付を募りやすくして、寄付金が大幅に増えることを可能にする。

② チャリティー・デビットカードと税控除

寄付の記録を保存して納税申告書に記入するのは面倒な作業であるので、寄付が自動的に税控除されるようにするために「チャリティー・デビットカード」を銀行が発行し、寄付金は全て普通預金から引き落とされ、取引銀行が年末に寄付の明細と総額が記された書類を送ってくる制度を導入することで、寄付が簡単にできるようになり、寄付の魅力が増し、寄付行為へナッジすることが可能になる。

③ 自動納税申告

世界の多くの国で導入されはじめているように、自動納税申告の制度は、納税者の多くの納税準備時間と納税準備費用を節約できるとしている。

④ スティック・ドットコム (Stick.com)

これはダイエットや禁煙や成績向上などの目標や大きな夢を達成するのを手助けするというアイデアで、スティック・ドットコムに誓いを立ててお金を預けて、一定期間内に目標を達成すると、その預けたお金が返却され、達成されなかった場合にはお金は寄付されるというシステムである。またグループ全員のお金をプールして、目標

を達成できなかった人のお金は、達成した人の間で分け合ったり、嫌いな相手や対立する政党や宿敵関係にあるスポーツチームに寄付されるというシステムもある。また、家族や友人などに達成できたかどうかをメールで周知するようにして仲間内のプレッシャーに晒すことでナッジする非金銭型のものもある。

⑤ ニコチンパッチを使わない禁煙

フィリピン支援プログラムでは、禁煙したい人は、一ドルを預けて口座を開き、六ヶ月間、たばこ代金相当額を預金していき、六ヶ月後に尿検査などにより禁煙の達成が証明されると、預金した金額は返却されるが、達成されないとお金は寄付されるシステムである。実際の実験では、目標達成率が五三パーセント高くなったという報告がある。

⑥ バイクのヘルメット

ヘルメットを着用したくないライダーは、特別な講習を受けて、健康保険証を提出して、特別な免許を取得しなければならぬような制度を導入すれば、着用へナッジでき、必ずしも違反者に法的サンクションを課するような押しつけ政策をとらなくとも、大きな便益をもたらすとしている。

⑦ ギャンブルの自主禁止

過去一〇年間にアメリカのいくつかの州で、自制心に問題のあるギャンブル中毒者が自己申告して、カジノへの出入り、ギャンブルの賞金の受け取りなどができない禁止者リストに自分の名前が載せられるようにする法律が制定され、自主禁止というパターンナリズムを促すナッジとして機能している。

⑧ デステイニー・ヘルスプラン

アメリカ中西部のいくつかの州で導入されている「デステイニー・ヘルスプラン」の柱となる「ヘルスバイタリティー・プログラム」は、特定の週にヘルスクラブで運動したり、血圧測定結果が正常であったりすると、保険加入者は、「バイタリティー・バック」を獲得し、それは、航空チケットの購入やホテルでの宿泊、雑誌購読、電子機器の購入に使うことができるというものである。このアイディアは、保険会社と保険加入者が協力して、より健康的な生活を送れるようにするためのナッジを組み合わせ、医療費を抑制する独創的な取組であるとしている。

⑨ 一日一ドル

これは一〇代の少女の妊娠問題を解決するために、ノースカロライナ州のいくつかの都市で子どものいる一〇代の少女の再度望まない妊娠を減らすために、妊娠していない日一日につき一ドル受け取るというもので、非常によい結果が出ているという。

⑩ エアコンのフィルター交換を知らせる赤ランプ

故障を防ぎ、高額な修理費の出費を抑制するために、エアコンのフィルター交換時期や冷蔵庫の浄水フィルターの交換時期を知らせる警告ランプを点灯させるというナッジである。

⑪ 苦いマニキュアとジスフィルム

爪をかむ癖をやめたい人に苦いマニキュアを勧めたり、アルコール中毒者にジスフィルムという、服用してアルコールを摂取すると嘔吐して二日酔いになる薬を提供することで、慢性アルコール中毒患者の治療プログラムとして強力な効果をあげているという。

⑫ シビリティ・チェック

一定の人々は、かっとなって怒りにまかせて行動するときがあるので、いわゆる侮辱的な四文字語などを察知して、「これは礼節(シビリティ)に欠ける電子メールのようです。このメールをどうしても送りたいですか?」という警告を自動的に発したり、「あなたが二四時間以内に再送するように要求しない限り、このメールは送信されません」などの冷静さを取り戻す時間を要求するようなパターンリスティックなシステムがシビリティ・チェック機能である。

- (22) Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, 1 Canadian Journal of Philosophy, pp.105-124 (1971), reproduced in JOEL FEINBERG, *HARM TO SELF: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW* (Oxford University Press 1986).
- (23) 前掲「拙稿「現代におけるパターンリズムの概念」『阪大法学』(一九九七年)。
- (24) A. E. Buchanan, *Medical Paternalism* (R.SAKTORUS ed, PATERNALISM, University of Minnesota Press, 1983).
- (25) NUDGE, Revised and expanded edition 2009, p.14. 『ナッジ』邦訳書二〇頁。