OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	法的パターナリズム論の新展開（二・完）：非強制的なリバタリアン・パターナリズム論の含意と法規制
Author(s)	瀬戸山, 晃一
Citation	阪大法学. 2014, 64(2), p. 73-97
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71501
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

法的パターナリズム論の新展開（二・完）

――非強制的なリバタリアン・パターナ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「リバタリアン・パターナリズム論」
二 リバタリアン・パターナリズム論の基本認識
三 リバタリアン・パターナリズム論の知的戦略
四 パターナリスティックな「ナッジ」
五 リバタリアン・パターナリズムの斬新性と意義（以上、六〇巻第四号）
六 リバタリアン・パターナリズム論への異論とそれに対する応答
（1）滑り坂論
（2）不道徳な選択アーキテクトと悪いナッジ
（3）間違いから学ぶ権利の剝奪
（4）罰則・再配分・選択
（5）線引きと公知性の原則
（6）中立性の限界

（阪大法学）64（2-73） 389 〔2014.7〕

（7）離脱のコストと非対称性パターナリズム
七　日本におけるリバタリアン法哲学者森村進教授によるコメント
（1）強制と選択の自由～定義に対する疑念
（2）政府に対する信頼性への疑念
（3）合理性概念に対する疑念
八　リバタリアン・パターナリズムの限界性～離脱を認めることでのシステム維持の困難性
九　公共政策の主導原理としてのリバタリアン・パターナリズムへの異議
（1）全体効用を増大させる功利主義としてのナッジ
（2）正義・公平性促進としてのナッジ
（3）臓器移植ドナー獲得のためのナッジの知的死角
十　免疫抑制剤としてのナッジとソフトローとしてのリバタリアン・パターナリズムの戦略
おわりに～リバタリアン・パターナリズムを超えて～（以上、本号）

六　リバタリアン・パターナリズム論への異論とそれに対する応答

伝統的な経済学が想定する、判断に必要な情報を入手し、その意味を客観的に解釈し、合理的なリスク・ベネフィット判断と選択をする**エコノ**というモデルとは異なり、現実の**ヒューマン**は、様々な認知バイアスや判断の近道を選ぶヒューリスティックなどの思考のパターン（クセ）があり、自分の利益にとって好ましくない判断や行動をすることは実験経済学や行動経済学によって、様々な場面で指摘されてきているところである。実際のところ自らの過去を振り返れば、誰でも多かれ少なかれ、そのような経験を有することであろう。このような現実の人々（ヒューマン）に対し、本人の福利を保護したり増進するためにデフォルト（初期設定）としてアレンジされたプラン

やルールからコスト負担なくして離脱する自由を保証することで、個人の選択の自由の余地を残す非強制的なパターナリズム戦略をとる**リバタリアン・パターナリズム**（Libertarian Paternalism）が提唱されて十年が経った。その主要論客の米国ハーバード・ロースクール教授でオバマ政権のブレインを三年間務めたサンステイン教授は、リバタリアン・パターナリズムにより様々な法政策や制度を提案してきており、日本においても二〇〇八年頃から行動経済学や法学の中で、リバタリアン・パターナリズム論は注目を浴び始め、翻訳書やいくつかの論文等が出されてきている。その基本認識や知的戦略、そしてリバタリアン・パターナリズムが規制戦略として提唱するナッジの具体例と、その斬新性と意義について、従来からのパターナリズムの観点から本稿の連載（一）で考察した(1)。

その後、現在も米国ローレビュー等において絶え間なく盛んに議論が展開されてきており、昨年は『パターナリズム〜その理論と実践〜』という十三の論考からなる著書が出版されている(2)。その編者のクリスチャン・クーンとマイケル・ウェーバーは、本書のイントロダクション「パターナリズム―諸問題と傾向」の冒頭において、近年のパターナリズムをめぐる理論と実践における注目すべき潮流として経済学者セイラー教授と法学者サンステイン教授によるリバタリアン・パターナリズムとそのナッジの議論を取り上げている(3)。

本稿では、リバタリアン・パターナリズム論とそのナッジ戦略に対して向けられる異論や批判に対して、サンステイン教授らがどのように反論し議論を展開しているかをレビューし考察を加えることによって、公共法政策や広い意味での法制度設計のあり方をめぐるこの新しいアプローチの意義と限界、そして射程と含意について検討することにしたい。

サンステイン教授は、リバタリアン・パターナリズムに対する予測される異論として、（1）**滑り坂論**、（2）**不道徳な選択アーキテクトと悪いナッジ**、（3）**間違いから学ぶ権利の剝奪**、（4）**罰則・再配分・選択**、（5）**線引**

きと公知性の原則、（6）**中立性の限界**、（7）**離脱のコストと非対称性パターナリズム**を挙げ、それぞれに対して応答している。[4]

（1）滑り坂論（Slippery Slope）

この異論は、特にリバタリアン・パターナリズムにのみに言えることではなく、何かを容認するときにしばしば持ち出される懸念である。既に設定されているルールから他の選択肢に乗り換える離脱の余地を残しておくことで、選択の自由を守り、ナッジするに過ぎないような緩やかなパターナリズムを一旦認めてしまうと、やがて滑りやすい坂を加速度的に下っていくことになり、操作、強制、罰則付きの禁止など非常に押し付け的なパターナリズムの介入に拡大して行くことになると主張されることがある。すなわち、一旦軽い形で、緩やかであっても坂を下りはじめると（条件付で認めてしまうと）、歯止めが利かなくなり、当初は想定していないレベルの規制にまで進んでしまい、ブレーキを踏んでも規制の坂をどんどん落ちていってしまうという懸念に基づく異論である。

これに対してサンスティンは、三つの理由で反論している。ひとつは、良いナッジの政策提案自体の是非を議論するべきであって、滑り坂論の懸念は、その仮説のみで、賢明な政策を否定するのに充分な根拠になるものではない。二つ目に、低コストでのオプト・アウトを可能にして、選択の拒絶の余地を残しているので、滑り坂の傾斜は緩やかにでき、既にある現状の規制よりもより多くの選択の自由が生まれることになると反論する。三つ目の反論としては、アーキテクチャーのない建物など存在しないのと同じように、結婚や離婚その他、様々な制度が存在する限り、何らかの処理するルールを定める必要があり、何らかの種類の選択アーキテクチャーを設定することは不可避である点をあげている。すなわち、何らかのルール設定が避けられないのであれば、どのような手段で目的を達成することが望ましいかということが問題になっており、その処理の処方箋として選択の自由を残すナッジを提

案していると主張している。(5)

(2) 不道徳な選択アーキテクトと悪いナッジ

人々の選択や行動が、はじめの設定（デフォルト）や選択肢の提示の仕方によるフレーミング効果で強く影響を受けるのであれば、その思考傾向や行動パターンを利用して、規制主体側が自らの利益のために、ナッジすることが懸念される。例えば、企業が、はじめの一定期間特別価格を設定し、お試し期間が過ぎると高い値段で自動的に継続になり儲けようとするように、アーキテクト設計者側の経済的な利益など、何らかの利益達成を意図して、人々がナッジされて誘導され搾取される危険性がある。

これに対しての反論としては、このような可能性の存在に基づく異論は、建物の設計者がクライアントの利益と衝突することがあるからといって、建物の設計をやめるべきという結論にならないのと同じ理由で、ナッジ自体の否定にはならないとする。また、これらの規制側の悪しき意図の懸念に対しては、献金などの情報開示を義務付けるなどして、透明性を高め、計画者の健全性をチェック・監視する安全装置を組み込み、また選択の自由の余地が安全弁となり、好ましくない動機に基づくプランを排除できるとしている。(6)

(3) 間違いから学ぶ権利の剝奪

人々には、間違う権利があり、間違いから学び成長する存在であるため、それをナッジは奪ってしまうことになるという異論がある。

これに対しては、この主張は一理あるが、そのために選択肢を変えるオプト・アウト権を導入して離脱の余地も残していると反論している。また「子どもはプールで溺死する危険性を学ぶために、プールに落ちて死にそうな目に遭うべきだとは思わない」と主張する。すなわち、間違うことで学んでいくことが可能な領域のみではなく、人

生の稀でしかもその後の人生に決定的な影響を与える類の選択や決断からは、後悔はあっても学びを将来的に生かせることは本人にとってはないという場合もあり、そのような場合へのナッジの必要性までも否定する論拠にはならないと言える。また命を落としたり、事故で重度の後遺症が残ってしまっては、たとえ学ぶことがあっても、それは周りの者であって、本人の利益を不可逆的に損傷することになり、取り返しがつかない事態になることもあり得る。そのような場合に注意を促す標識を建てるなど、警告サインを出すナッジは必要であり、それを否定することの論拠として間違いから学ぶという議論は説得性を持たないと反論している(7)。

(4) 罰則・再分配・選択

次に検討されるのは、富の再分配を否定する論者や幸福よりも義務的な選択の優位を主張する熱烈なリバタリアンからの異論である。すなわち、ナッジが必要でない（恩恵を受けない）人々に、ナッジが必要な人々に対する政策のコスト負担を求めることになるので認められないとする議論が想定される。

これに対しては、禁煙や肥満解消を支援するキャンペーンを展開しても、タバコを吸わない人や痩せている人には不利益が生じないように、大抵の場合、ナッジは助けを必要としている人のみを助け、助けを必要としない人には最低限のコストしか課さないと反論している。また、助けを必要としている人が医療費の増大などの形で社会的コストを増やすことになるのであれば、助けを必要としていない人がナッジすることのコストを一定程度負担や共有することは、代償としては少ないとも言えると主張している。

また、予め選択プランを設定するナッジは好ましくなく、必要な情報を与えて本人に強制的に選択させようとする熱烈なリバタリアンの異論は、レストランでディナーの料理にあうワインを選んでほしいと頼んだら自分で選ぶべきだと言われるようなもので、受け入れがたいと反論している(8)。

（5）線引きと公知性の原則

リバタリアン・パターナリズムやある種のナッジに対するもうひとつの想定される批判は、人々が知らない間に作用して望ましい方向に巧みに誘導する力と手段を政府や規制当局者に与えてしまうことになるという懸念からくる異論である。無意識に作用すると言われる、目に見えない形でスクリーンに挿入されているサブリミナル広告や太って写ることを隠して加工した鏡を設置することなどを例としてあげて論じている。

これらの異論に対しては、ジョン・ロールズの「公知性の原則」、すなわち、政府が市民に対して正当性を公然と主張できなかったり、正当性のない政策を選択してはならないという指針によって、推奨目的を可視化し、監視できるようにすることで対応できるとしている(9)。

（6）中立性の限界

デフォルトを設定したり選択肢をアーキテクトする政府や役人は、完全に中立ではなく、また無能であったり私的利益のために行動するリスクがあるという異論があり得る。

これに対しては、確かにそのような場合もあり得るので、必要で有用なナッジかどうかを判断する基準として、次のことが検討されなければならないとしている。選択肢が沢山あり、ナッジする者が専門的知識を多く有しており、ナッジを受ける人々の個人の選好の違いが重要ではなく、簡単に推測できるときには、有用なナッジを与えられる可能性が高いとしている。そして、人々にとって複雑で稀にしか行わない意思決定で、フィードバックして学習する機会がなく、ナッジを与える者が、人々にとって何が最善かをうまく推測できる場合には、ナッジによってより良い選択をする手助けができると主張している。

このようにリバタリアン・パターナリズムに対する異論や懐疑は、仮説であったり一部の望ましくないナッジに

のみに当てはまることはあっても、全てのナッジ戦略自体を否定するものではなく、良いナッジと悪いナッジを識別することは必要であるとサンステイン教授らは捉えているのである。[10]

(7) 離脱のコストと非対称性パターナリズム

以上の異論は、主にリバタリアンや保守主義陣営からのものであるが、最後にサンステイン教授らは、積極的なパターナリズム論者から想定される批判を検討している。すなわち、ナッジでは充分ではなく、オプト・アウトを認めず選択の自由の余地を残さない強制的なパターナリズムを推進するべきであるとする立場からの異論に対する応答を行っている。

この文脈で主に検討されているのは、デフォルトとして設定されたアレンジから離脱するオプト・アウトのコストである。なぜならば、このコストが高ければ、事実上強制したのと同じことになってしまう可能性があるからである。サンステイン教授らによれば、リバタリアン・パターナリズムの立場にあっては、本人がデフォルト設定に納得しておらず、それから離脱したい場合には、**ワンクリック**（one-click）や一回考えるだけの**ワンソート**（one-thought）や一回まばたきするだけの**ワンブリンク**（one-blink）でコストを支払わずに簡単に行われる必要があるとしているが、実際には、自動加入プランをやめる場合には、書類に記入して返送するなどの多少なりともコストはかかるので、ここでの問題はどのような場合に、幸福を増進するために少なからぬコストを課すことが正当化されるのかを考察する必要があるとする。これに対するひとつの回答を「**非対称性パターナリズム**」、すなわち、社会でもっとも洗練されていない人々を助けながら、もっとも洗練された人々に最小限度のコストを課す政策をデザインするべきとするものである。

具体的には、日焼け用サンランプによる火傷を防ぐための自動オフタイマーや訪問販売の際のクーリングオフ制

度、カップルの結婚や離婚までの待機期間の義務付けなどが非対称性パターナリズムの例として挙げられている。非対称性パターナリズムの可否は、スイッチタイマーのコストが十分に低く、火傷を負うリスクが高い場合など、費用便益分析によるとしている。[11] ただ、コスト負担が増えることに対して、滑り坂の危険性も指摘している。

なおリバタリアンの立場からは、離脱の自由のためのコストがどこまで許容されるかは、リバタリアンとパターナリズムが両立するかどうかを議論する文脈では、重要になってくるが、本稿の問題関心は、リバタリアン・パターナリズムのリバタリアニズム陣営内における正当化可能性の検討にはない。[12] 特に日本においては、様々なパターナリスティックな規制が多く、オプト・アウト（離脱）の自由を認めることで選択の自由を保障するナッジ戦略によって自己決定を否定する強制的なパターナリズムが果たす目的がどれだけ達成できるのかを検証する必要がある。もし、非強制的なリバタリアン・パターナリズムのナッジ戦略によって、同様の目的がある程度達成することができるのであれば、ナッジによってデフォルト設定された選択肢を拒否したい人は離脱することができ、一律に規制によるコストを負担する弊害を避けることが可能になるので、法的規制の戦略として魅力的であると捉えるべきであり、規制戦略の転換を様々な領域で再検討すべきことが示唆されることになろう。

七　日本におけるリバタリアン法哲学者森村進教授によるコメント

サンステイン教授が来日し京都大学でのセミナーで講演を行った際に指定討論としてコメンテーターを務めた、日本の法哲学者でリバタリアンの代表的論客の森村進教授による反論を次に見ておくことにしたい。

森村教授は、リバタリアンとして、自由を古き良き消極的自由の意味で捉え、それは外的強制の欠如であって、影響は否定されるものではないとし、積極的な選択を行うように強制するものではないとしている。その意味で、

リバタリアン・パターナリズムの多くの主張は受け入れられるとしている。そして、リバタリアン・パターナリズムの功績として「人々を彼ら自身の福利の方向に強制なしに導くいくつもの種類の政府の活動――デフォルト・ルールやフレーミング――の重要さと正当化可能性を我々に意識させた」ところにあると評価している[13]。その上で、以下の疑念を投げかけている。

（1）強制と選択の自由～定義に対する疑念

まず、森村教授は、リバタリアン・パターナリズムの言うパターナリズムは、強制的な要素を伴う伝統的な意味でのパターナリズムではないと主張する。ジョエル・ファインバーグやジョン・スチュアート・ミル等の古典的議論を引用し、そこでは説得や勧告などの非強制的な行為や禁止は必ずしもパターナリズムとされていないからだとしている[14]。

もっとも、古典的論者の議論は、主に刑罰を用いた自由規制の正当化の是非が議論の焦点に置かれており、認められないパターナリズムの例としてのカテゴリーと限定すれば、森村教授の指摘は正しいかもしれない。しかし、刑法以外の領域でのパターナリズム論には、癌の告知をしないなどの情報隠匿や、情報を操作するものなども含めて論じられており、非強制的なパターナリズムの類型もパターナリズム論の中では定義として含まれるようになっている。現代ではむしろ非強制的な形でのパターナリスティックな法規制や介入を定義から除外する理由はなく、むしろ除外することで正当化されるパターナリズムとそうでないパターナリズムの議論をする余地が不可視化される危険性があると考える。パターナリズムを強制的なものに限定して捉えることは、認められないパターナリズムのみをパターナリズムであると定義することにもつながり、議論が錯綜するように思われる[15]。

（2）政府に対する信頼性への疑念

次に森村教授は、サンステイン教授らほど、政府の人々の選択を助ける能力に信頼がもてないとする。また「人々の価値観の多様性への十分な感受性を持っていないように思われる」としている。なぜなら「確かにほとんど全ての人間にとって、長寿と健康は価値あるものだろう。しかし人生において大切なものはそれだけではない。健康によくないある種の料理のもたらす喜びは、美食家にとって少しくらい寿命が延びることよりも大きな価値があるかもしれない」からであるとしている(16)。

これに対しては、サンステイン教授らは、上記**六**（2）でみた不道徳な選択アーキテクトと悪いナッジでの反論によって応答することができよう。また彼らは、これまでいたるところで政府や規制当局もバイアスから免れず、誤った判断をする可能性にも言及してきている。それに気づいているがゆえに、森村教授が指摘するような美食家などは、政府が推奨するプランなどから脱退する自由を残し、お節介なナッジを押し返す力を行使する余地を残していると言えるのではなかろうか。

（3）合理性概念に対する疑念

より根本的な疑念として森村教授は、サンステイン教授らの「合理性」の捉え方に異議を申し立てている。遠い将来のことよりも近い未来のことを優先する時間的な割引、コミットメントや義務感により、たとえ行為者の利益に寄与しない行為も帰結主義的な観点からは不合理かもしれないが、義務論的な観点からは合理的でもあり得るとする。過剰な自信や楽観主義などのバイアスも合理的判断や行動を阻害するものとして捉えられることに対して、楽観主義に導かれて、実現の蓋然性が乏しい事業を成し遂げたりすることもあり、必ずしも合理的ではないと言い切れないと主張している(17)。

筆者もこの洞察や捉え方に非常に共鳴するところである。行動経済学が指摘する、人々が多かれ少なかれ有する様々な認知バイアスやヒューリスティックなどの思考パターンは、本来人間行動に必要な、**人間心理の免疫作用**として捉えることができるのではなかろうか。恋や愛は魔法のようなもので冷静な判断を狂わし、自分にとっての利益判断能力をブラインドにする場合があることは、多くの小説や現実の事例を引き合いに出すまでもないであろう。しかし、子孫を残したりするために、そのようなバイアスがＤＮＡに組み込まれているという捉え方も可能であろう。行動経済学の知見や洞察を研究し始めて約一五年経つが、人間が往々にしてもつバイアスとそれに基づく、伝統的な経済学が言うところのホモエコノミカスの行動からずれる判断や行動は、しばしば人間関係を修復したり、意志力の限界を補強したり、生きていくうえで有益であると思われることが多々あると感じることが少なくない。

しかし、このことによりリバタリアン・パターナリズムの洞察と戦略が誤った前提に立っていると言うことはできないように思われるし、その主張の意義が失われるとは考えない。風邪を引いて熱が出て咳込んだり、筋肉の痛みや下痢などの諸症状が健全な生理反応として起きるとしても、それらがひどい場合には薬によって和らげる必要があるのと同じように考えるからである。確かに人間が、過剰なる自信や非現実的な楽観主義などで、何かを成し遂げることもあることは否定できないが、他方で、それが原因で命を落としたり、不可逆的で修復不可能な損失を蒙るなどの取り返しのつかない結果になることも多々存在するからである。リバタリアン・パターナリズムは、離脱の自由、すなわち親切な配慮に基づくパターナリスティックなナッジを受け入れず拒絶する選択の余地を残していることで、誤る自由や、自らの価値観に基づき目的のために通常の合理性概念を取らない者には、パターナリズムを受け入れなくてすむ戦略をとっているところに、政策アーキテクトとしての斬新性と意義があるのではなかろうか。(18)

八　リバタリアン・パターナリズムの限界性～離脱を認めることでのシステム維持の困難性

従来からパターナリズム論は、本人の福利を増大するためのパターナリズムと危害（福利の減少）を防ぐパターナリズムとを区別して分類してきた。サンスティン教授らは、現状よりもより本人が幸福になる福祉増進的なパターナリズムと本人が誤った決断をして福利が減少して後悔することを防止するパターナリズム両方の正当化を主張しているが、より良い選択ができる方向にナッジする前者のパターナリズムは認められるべきではなく、後者のみ認められるべきだとする立場もあるであろう。サンスティン教授らがこの両者に違いを設けていないのは、離脱の自由を認めている点にあると考えられる。すなわち選択の自由の余地が残されており、強制的ではないので、幸福の増進を進めるような政策に対しても行き過ぎとはいえないという判断をしていると思われる。

しかし、この戦略の実効性を評価するためには、離脱の自由を認め、加入を任意にすることで、その制度基盤自体が成り立たなくなってしまう場合がないかということを検討する必要があろう。国民年金制度などのシステムは、離脱者が一定数以上になり、加入者が減っていくと、積み立て金額を上げたり、受給額を減少せざるを得なくなり、その結果魅力を感じなくなった者は、次々と離脱していく可能性があり、制度自体が成り立たなくなってしまうことが懸念される。そのような領域では、離脱の自由を認めるリバタリアン・パターナリズムの戦略では、制度自体が崩壊し目的を達成することができなくなる危惧があり、その意味で限界が露呈すると言えるのではないであろうか。もちろん、非強制的で任意に入る保険制度で成り立っているものも沢山あるが、所謂情報の非対称性やジレンマ構造があったりすると、ある種の目的を達成するための制度というのは、一定の強制がなければ、長期的に維持が難しくなるものもある。仮に日本で国民皆保険制度や国民年金制度を非強制的にして任意加入に変更したとした

らどうなるのであろうか。強制は制度をデフォルトとして定着させる作用があり、また現状維持バイアスやサンクコスト（埋没費用）による現状維持傾向を考えれば、非強制的な任意加入に切り替えても制度は維持できるかもしれない。このように、一定の期間強制にして、それをデフォルトにしておいて、保険料を支払わせて、離脱しにくい状況を創設しておいて、任意に脱退自由にするというやり方もひとつの処方箋としてあり得るのではないかと思われる。このような政策は、リバタリアン・パターナリズムでは、受け入れ難いかもしれないが、トム・ギンズバーグ、ジョナサン・マシュー、リチャード・マッカアダムらは、レストランや様々な公共の場所での期限付きの一時的な禁煙規制をナッジの例として論じている。(19)

九　公共政策の主導原理としてのリバタリアン・パターナリズムへの異議

パターナリズムとは、本来もっぱら被介入者自身への危害防止や福利の増進のための介入や規制や配慮等を動機として有するものである。しかし、リバタリアン・パターナリズムの議論には、例えばデフォルトをオプト・アウト式に設定することで、臓器のドナーを増やすなど、臓器が必要な患者への利益や、肥満の数を減らすことによる医療費削減などの社会全体の幸福増進に対する強いコミットメントが感じられる。本来被介入者の個人的な利益を問題にするパターナリズムに公共負担論や公共の福祉などの考慮が混入されているように見受けられる。第三者や社会全体のために、人々に働きかけるのは、本来は、パターナリズムの問題ではないのではなかろうか。長期的な社会への利益増進という理由が、パターナリズム的な介入の正当性の補強、すなわち自己決定への規制に対する正当性を補強するという議論はあり得るかもしれないが、それは規制動機や目的がブレンドされていることを明示化して、その正当性を検証しなければならない。以下では、パターナリズム以外の目的のためのナッジについて論じ

ている議論をみてみたい。

（1）全体効用を増大させる功利主義としてのナッジ

昨年刊行された『パターナリズム～その理論と実践～』においてリバタリアン・パターナリズムを批判的に考察した論考を寄稿しているジェミー・ケリーが興味深い議論を展開している。[20] サンステイン教授らは、陳列から消費者が食べ物を選ぶビュッフェ式のカフェテリアで、肥満を防ぎ人々の健康に良いメニューを目につき易い位置に陳列することをパターナリズムによる典型的なひとつのナッジの例として挙げているが、ケリーは必ずしもそのような陳列をするとは限らないナッジもあるという。すなわち、あるメニューは、より健康にいいのであるが、遠方から輸送されてくる食材は、環境には悪いので、全体の社会の効用を優先し、必ずしも客本人の健康にとってより良い食べ物を選んでもらうようにナッジするのではなく、功利主義的な目的に資する、健康という観点では劣ることになる別のメニューを多く消費してもらうようにナッジする場合もあることを指摘する。[21]

この指摘のように、実際には、店の経営者は、原価率の低い儲けのあがるほうを選んでもらうように消費者行動をナッジすると考えるのが合理的な見方かもしれない。野菜が多く含まれて健康にいいですよという謳い文句で宣伝しているお勧め品が、必ずしも本当に客の健康に資する保証はなく、営業利益を上げるために、人々を誘導するようにナッジされている可能性もあるのではなかろうか。

人々の選好や決定が、デフォルトに強く影響を受けるのであれば、人々を特定の方向に政府当局が誘導することができるので、必ずしも本人のためにならず、虚偽意識を植え付けたり、他の目的に手段として利用されるときに本人がそのことに気づくことなく誘導される危険性が同時にあることになる。例えば、ある企業が、営利目的で、より不健康な人が多く出てくる方が商売上都合良いとか、はじめの一定期間は無料や安い契約料にしておいて、そ

の後、高い支払いをしなければならなくなるプランにしておいて、契約を解除して離脱する自由は認めるが、その場合には解約金を要求する場合なども考えられる。そうであるならば、離脱の自由を制限するコストをどの程度以上課す場合、そのシステムが不当であり規制していくべきなのか、という文脈で行動経済学やリバタリアン・パターナリズムの洞察を活用することができるのではなかろうか。

またサンステイン教授らが挙げている、空港の男子トイレで便器にしるしをつけるなどして、トイレを清潔に使うように促すことは、公共のためであって本人のためではないので、リバタリアン・パターナリズムの目的ではなく、リバタリアン功利主義と捉えるべきであるとしている(22)。

(2) 正義・公平性促進としてのナッジ

同様に、例えば財産税を増税する法案の起草者の仮想例を挙げ、最も恵まれない人への富の再分配を要求するジョン・ロールズの正義・社会的公平性の価値にコミットしている場合、法案の文案の承認を得やすいようにナッジする場合も考えられ、それはパターナリズムではないとしている。すなわち、パターナリズム以外の目的に資するようにナッジをデザインし政策に組み込むことが可能である。たまたま影響を受ける者の利益と社会全体の利益や正義が両立する場合もあるが、逆に鋭く対立する場合も少なくなく、全体社会の利益や正義追求のために、特定の者の利益が犠牲になる場合も現実社会では少なくない。その意味で公共政策の唯一の主導原理は、リバタリアン・パターナリズムに限定されるものではない点を指摘している(23)。

サンステイン教授らの洞察や主張が正しければ正しいほど、人々は現状のルール設定というデフォルトに影響されたり、警告や選択肢の提示の仕方で、選好がフレーミングされていったりすることになるはずであるので、人々を無意識のレベルで規制当局が良き市民と考える存在へと、本当にそれが良きものなのかについて批判的な議論が

なされないままに「調教」されていってしまう危険性があると言える。強制的な干渉や、ネガティブなサンクションを課すことは、可視化されそれに我々は自覚的でいることができるが、ナッジのように知らず知らずのうちに誘導されていくとなると抵抗し異議申し立てをすることが難しくなる。そのような影響の不可視化に対する直感的な懸念を共有する論者は、リバタリアン・パターナリズムの戦略に対して、ネガティブな感覚を持つのではないだろうか。

（3）臓器移植ドナー獲得のためのナッジの知的死角

ここで臓器移植におけるドナーになることの同意という具体的な事例でこの問題を若干検討してみたい。

『ナッジ』十一章で、デフォルトをオプト・アウト方式に設定（明示的同意方式ではなく推定同意方式に）することで臓器提供者を劇的に増やすことが可能となることが論じられている。日本でも通称「臓器移植法」が改正され、一定の条件はついているが、オプト・イン方式からアウト方式に、提供意思の認定方法を変えることによって、提供者が増えてきていることは周知の事実である。これにより臓器が必要な患者のより多くの命を救うことができ、社会全体の効用が上がっていることは、否定しがたいことである。過去には、家族のサインも含め臓器提供意思表明をするという明示的なオプト・イン方式が面倒であったり、この社会問題に対する意識が低いためサインしたドナーカードを持っていなかったりする人が多く存在した。臓器提供に否定的ではなく、善意を持っている人の選好を実現しやすく制度設計をすることになるので、そのような善意を現実的なものとして汲み上げることが、オプト・アウト（推定同意）方式では可能になるので、脳死状態になったドナーにとっても良いことになるとする。これは、善意を有する潜在的なドナーの希望にも沿うことになるので、あなたのためにもなるというパターナリスティックな側面も見出すことは可能である。

しかし、ここでサンステイン教授らが問題にしていないと思われる側面がある。明示的同意を示していない人の中の一定数の人々は、医療制度に対する不信が原因であったり、まだこの問題に対する態度決定に関し、自分の考え（選好）が安定していないなどの諸理由で、脳死や死後の臓器提供についてまだ自らの中で結論が出ず悩んでいる人や、まだ結論を表明したくない人も存在するであろう。恐らく日本ではそのような人は少なくなく一定数以上存在すると思われる。これらの人々にとっては、推定同意の制度のもとでは、デフォルトにとどまる傾向があるので、提供意思が確定していない人や悩んでいる人の臓器もこのデフォルトへの人々の粘着性（惰性傾向）によって、同意があると推定されてしまうことになってしまう。

この点に関し、サンステイン教授らが取上げている例で考えると、米国イリノイ州のように車の免許の更新の際に、臓器提供に同意するかしないかを選択しなければ更新できないような、「選択を強制する命令的選択方式」を導入することが考えられる(24)。彼らの洞察にあるように人々の選好や態度が容易に変わるものであるならば、免許証の更新は頻繁にあるものではないので、交付後に意見が変わった後では、実際の意見を反映していないことになる。もちろん、いつでも変更可能なような制度にしたとしても、変更手続きにかかる時間的コストや手続きに手数料等の費用がかかるのであれば、通常人は楽観性向バイアスも影響し脳死の事態になる確率は実際そうであるよりもきわめて低いと考えることも想定されるので、オプト・アウトする変更の手続きをわざわざとらない可能性があると考えられる。またウェブ上でパスワードを入力し、いつでも変更できるようなシステムを導入したとしても、変更が反映された新しい免許証を携帯しなければ、同意していないのに提供意思が存在すると勘違いされてしまう可能性がある。米国であれば提供意思の有無をソーシャル・セキュリティーナンバーに反映できるようにして権限を持つ人のみが確認できるようにするなどのシステムを導入することが可能になれば、この問題は解決されるかもしれ

ないが、今度は情報セキュリティーの問題からプライバシー保護の問題が生じることになる。

いずれにしても、ここで指摘しておきたいことは、推定同意方式のシステムでは、一定数の人が脳死になった時点での本当の意思が反映されず、臓器摘出が行われてしまうケースが、そのデフォルトへの粘着性傾向故に一定数出てくる可能性があるということである。死後の身体の処分権という重大な問題を、このような真の同意の有無が検証できない、形式的な推定同意で判断してよいのかという問題がここにある。この問題は、本人にとって重要な影響を及ぼすことになる決定や判断を本人に強いる義務論的な自己決定と、判断を先送りしたり、行わない自由を認める許容的自己決定権のどちらの立場をとるかという議論にもつながる。熟慮に基づく決断や自己決定を強いることが本人のためになることもあるが、リバタリアン・パターナリズムは、深く考えずにデフォルトのままで離脱しない傾向のある人々の行動に口を出すことはしない。これらの問題がナッジにおける議論では、知的死角になっているのか、十分論じられておらず、サンステイン教授らはあまり重要な問題と捉えていないのではないかと思われる。

十　免疫抑制剤としてのナッジとソフトローとしてのリバタリアン・パターナリズムの戦略

リバタリアン・パターナリズムのナッジによる非強制的なパターナリズムの位置づけとして、私は次のように捉えるのが妥当であると考えている。現実ヒューマンの人間行動に見合った合理性概念を導入しようとする行動経済学は、人間行動が不合理であると言っているのではないことは拙稿で詳しく論じた(25)。伝統的な合理性概念からの逸脱が一定の傾向を持って見受けられることを指摘しているのである。その逸脱を引き起こす認知バイアスや思考過程におけるヒューリスティックに由来する限定合理性は、本来生物体である人間を外的な異物が入ってきた際に防

御する免疫のような存在として捉えることはできないであろうか。人間の免疫機構は生にとって不可欠なものであるが、本来守るべき自己の内臓などを攻撃し始める場合がある。アレルギーもその一種として捉えられている。サンステイン教授らのナッジは、離脱を認める選択の自由を残している点で副作用が少ないこのような不都合な免疫作用を和らげる免疫抑制薬としての公共政策の処方箋として位置づけるのが最も良くその意義の理解として正当な評価であるように考える。免疫抑制剤も投与が多すぎると、感染症にかかりやすくなったりする。そのように、あまり多用すると、本稿で取り上げたように、間違いから学んだりする機会を奪われ、自律的な人間へと成長できなくなってしまう可能性もあり、場合によっては強制的なパターナリズムの処方の方が望ましい場合も存在すると思われる。この問題は、リバタリアン・パターナリズムの射程を超えた議論展開になるので、別の機会に論じることとしたい。

めまぐるしく変動する現代社会では、従来の法では対応できない、あるいは想定していない問題が次々と生じてきており、ソフトローによる法政策やアーキテクトが注目されている。刑法などのように法的拘束力の強いハードローに対して、ソフトローは、ガイドライン（指針）や自主規制で、状況変化に応じて柔軟に変更が可能である。しかし、ソフトローの中にも、抑圧的で強制的で法的拘束力のあるものも存在する(26)。リバタリアン・パターナリズムは、本稿でみてきたように、非強制的で離脱の自由の余地を残しており、ソフトローの中のソフトローとして位置づけることが可能かと思われる。法規制を社会問題に対して処方される薬にたとえるならば、リバタリアン・パターナリズムは、副作用の少ない個々人の選択の自由を残すことによるテーラーメイドの規制を可能にする薬と捉えることができるのではなかろうか。

おわりに〜リバタリアン・パターナリズムを超えて〜

本稿では、主にリバタリアン・パターナリズムの主張、そしてナッジによる法制度設計のアーキテクトに対して提示される疑念や異論についてレビューし、それに対するサンステイン教授らによる反論や応答について考察してきた。そして、リバタリアン・パターナリズム論が提唱するナッジの処方箋は、合理性を逸脱するバイアスという免疫を抑制するマイルドなテーラーメイドを可能にする薬のように捉えるのが適切ではないかと論じた。

また本稿でみたように、ナッジ戦略とその着想や効果は、必ずしもリバタリアン・パターナリズムという政策に限定して用いる必要はないように考える。社会改革や公正などの社会的正義の追求にも利用することは可能であり、サンステイン教授らの議論には、そのように社会をより良き方向に変革するツールとして法をとらえる、社会工学的・リアリズム的知的態度が強くあるように感じられる。本稿では、リバタリアン・パターナリズムをめぐる論争を中心に考察してきたが、過去約一年を振り返っても米国のローレビューなどに掲載され、サンステイン教授も講演や論文やそれに基づく書物を刊行し、注で紹介したようにパターナリズム一般についての考察や議論も展開してきており、その射程はリバタリアンをめぐる議論を超えて、より広い意味での法規制のあり方を探究する議論へ展開できる可能性があるように見受けられる(27)。

リバタリアンから許容可能なパターナリズムの射程を超えて、離脱の自由にどれだけのコストをかけることが必要なのかということなど、紙幅の関係で論じることができなかった論点は、別の機会に考察を加えることとし、本稿では、上記のようにリバタリアン・パターナリズムのナッジ戦略は、テーラーメイド的ソフトローとしての規制アプローチと特徴づけることで、その理論的方法論の実践的含意を明確化し、その公共法政策の主導原理としての

射程とオプト・アウト（推定同意）に関し指摘した知的死角を確認することで、ひとまず本連載を締めくくることとしたい。

（1）拙稿「法的パターナリズム論の新展開（一）――リバタリアン・パターナリズム論の含意と法規制――」『阪大法学』第六〇巻第四号（二〇一〇年一一月）八九―一〇八頁。

（2）Christian Coons and Michael Weber, Paternalism: Theory and Practice (Cambridge University Press, 2013) viii+283 p.

（3）Christian Coons and Michael Weber, *Introduction: Paternalism—Issues and Trend*, in *Id.* pp. 1-24. 日本においては、九の論考を収めた、宮台真司監修『統治・自律・民主主義～パターナリズムの政治社会学～』現代位相研究所編（ＮＴＴ出版、二〇一二年九月）が刊行されている。

（4）Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness (Revised and Expanded Edition, Penguin Books, 2009), pp. 239-254. 遠藤真美訳『実践行動経済学～健康、富、幸福への聡明な選択～』（日経ＢＰ出版センター、二〇〇九年七月）三四三―三六八頁。

（5）Nudge, pp. 239-241. 前掲翻訳書『実践行動経済学』、三四三―三四七頁。

（6）Nudge, pp. 242-244. 前掲翻訳書、三四七―三五一頁。

（7）Nudge, p. 244. 前掲翻訳書、三五一―三五二頁。

（8）Nudge, pp. 244-246. 前掲翻訳書、三五二―三五五頁。

（9）Nudge, pp. 246-249. 前掲翻訳書、三五五―三五九頁。

（10）Nudge, pp. 249-251. 前掲翻訳書、三五九―三六二頁。

（11）Nudge, pp. 251-254. 前掲翻訳書、三六三―三六八頁。

（12）このような問題関心から論じた邦語文献として、例えば、福原明雄「リバタリアニズムにとってリバタリアン・パターナリズムとは何か」仲正昌樹編『自由と自律』（御茶ノ水書房、二〇一〇年九月）所収、七七―一〇二頁。

（13）森村進「研究ノート『キャス・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』第七巻三号（二〇〇八年一一月）四三六（一〇九六）頁。

（14）同、四二九（一〇八九）頁。

（15）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、三九七―四二五頁（一九九七年六月）。

（16）森村前掲書、四三二―四三三（一〇九二―一〇九三）頁。

（17）同、四三四―四三五（一〇九四―一〇九五）頁。

（18）サンスティン教授は、本務校であるハーバード・ロースクールを離れ、二〇〇九年九月から三年間に亘り合衆国政府ホワイトハウスの行政管理予算局の責任者を務め、オバマ大統領の現実の様々な政策に影響を与えている。サンスティン教授は、それら実際の政府当局での経験をもとに、全米ランキングトップのロースクールであるイエール・ロースクールの伝統あるストーズ・レクチャーにおいて「行動経済学とパターナリズム」と題する講演を二〇一二年一一月に行っている。それを基にした七〇頁以上に及ぶ論文がイエール・ロージャーナルに二〇一三年五月に掲載されている。Cass R. Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, 122 Yale Law Journal pp. 1826-1899 (May 2013) <http://www.yalelawjournal.org/pdf/1164_j5m12m5y.pdf.> それによれば、行動経済学の洞察に基づくナッジなどの戦略は米国の現実の政策のみならず、英国のキャメロン首相の政策にも、リバタリアン・パターナリズムのナッジの発想は取り入れられているという。本論文では、リバタリアン・パターナリズムに限定するのではなく、行動経済学の洞察によるヒューマンのエラーとパターナリズム一般についての関係が論じられている。サンスティン教授は、パターナリズムの定義として、死刑や終身刑などの刑罰のように選択を奪うのではなく、民事的制裁や、教育キャンペーンや事実の警告や離脱の自由の余地を残した自動加入などのデフォルト（初期設定）など、選択の余地を残す規制があり得るので、パターナリスティックな政策が必ずしも選択を奪うものとはいえないとしている。そして、パターナリズムを手段・方法的パターナリズムと目的パターナリズムやソフト・パターナリズムとハード・パターナリズムに分け論じており、ここでリバタリアンに限定しないパターナリズムが取り上げられている。*Id.* pp. 1852-1866. そして反パターナリズムの議論を「福利」に基づくものと、「自律」に基づくものに分けて考察している。福利に基づく反論として、①公務員は個人の目

的や福利についての情報を欠いて間違った判断をする、②「競争」多様な個人の選好にあわないものは淘汰される自由経済をパターナリズムは阻害する、③「学習」人々は失敗から学ぶ存在だが、パターナリズムはその機会を奪う、④「異質性」(heterogeneity)：one-size-fits-all approaches 個人の多様性を無視し福利を減少させるものとして定式化している。これに対しては、年齢層によってなど、個別化したデフォルト・ルールの設定で対応可能であるとしている。また強い私的利益団体によって公共的な選択は歪められる。また政策立案者も人間であるバイアスからフリーではないとしている。人々は福利を増大させるための手段として間違った選択をすることが無視しがたくある。福利主義からの反論は、経験的な検証が必要であり、規則帰結主義者の描く見解は非現実的であると主張している。*Id.* pp. 1867–1881.「自律」に基づく反論は、選択の自由は、福利の構成要素とみなす薄いバージョンの自律と、選択の自由は、それ自体として価値を持つので尊重されるべきとする厚いバージョンの自律に分けて考察し、それへの反論を行っている。*Id.* pp. 1881–1890. そして導き出される結論として、以下の五点を挙げている。①行動主義的な洞察が示す市場の失敗は、政府のパターナリズムを正当化する。②選択のアーキテクチャーは不可避であり、一定の選択への影響は避けることができない。③パターナリズムに対する自律にもとづく反論は説得的ではない。自律を阻害しない方法のパターナリスティックな対応は可能であり、むしろ自律を促進する場合もある。④パターナリズムに対する最も有力な反論は、個人学習と政府の失敗のリスクを強調する厚生主義者（welfarist）によるものであるが、間違った規範的主張と経験的主張に基づいている。⑤ナッジは不可避である。規則帰結主義者の反パターナリズムの主張は、市場に対する極端な楽観主義と、役人に対する極端な悲観論に依拠していて支持しがたい。選択の自由を侵害することなく福利を増大させるパターナリズムが多々あり得るからである。

Id. pp. 1836–1837, 1898–1899.

(19) Tom Ginsburg, Jonathan S. Masur, Richard H. McAdams, *Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law*, 81 University of Chicago Law Review pp. 291–359 (winter 2014).

(20) Jamie Kelly, *Libertarian Paternalism, Utilitarianism, and Justice*, in C. Coons and M. Weber, Paternalism: Theory and Practice (Cambridge University Press 2013).

(21) *Id.*pp. 222–223.

(22) *Id.* p. 228.

(23) *Id.* pp. 222-225.

(24) Nudge, pp. 182-184. 前掲翻訳書、二八〇―二八二頁。

(25) 拙稿「法的パターナリズムと人間の合理性――行動心理学的「法と経済学」の反・反パターナリズム論――（二・完）」『阪大法学』第五一巻第三号（二〇〇一年九月）五八九―六一三頁、第五一巻第四号（二〇〇一年一一月）七五三―七七五頁。

(26) ソフトローについては、さしあたり遠藤直哉『ソフトロー・デモクラシーによる法改革』（アートデイズ、二〇一四年五月）、同『ソフトローによる社会改革』（幻冬舎、二〇一二年一〇月）、同『ソフトローによる医療改革』（幻冬舎、二〇一二年七月）参照。

(27) 本稿で取り上げてきたもの以外のものとして、例えば Cass R. Sunstein, Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism (Yale University Press 2014) 208p.; Cass R. Sunstein, *Nudges vs. Shoves*, 127 Harvard Law Review Forum 210 (April, 2014); Brian Galle, *Article: Tax, Command ... or Nudge?: Evaluating the New Regulation*, 92 Texas Law Review 837 (March, 2014); Lauren E. Willis, *When Nudges Fail: Slippery Defaults*, 80 University of Chicago Law Review 1155 (Summer, 2013); Tom Ginsburg, Jonathan S. Masur, Richard H. McAdams, *Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law*, 81 University of Chicago Law Review 291 (winter 2014).