

# リバタリアン・パターナリズムとその10年

## 那 須 耕 介

### 1. 十年後のリバタリアン・パターナリズム

「リバタリアン・パターナリズム Libertarian Paternalism」あるいは「ナッジ Nudge」という風変わりな思わせぶりな言葉が政治学・経済学・法学研究者の世界に登場し、アカデミズムの狭い垣根を越えて広く巷間の注目を集めてから十年あまりがたった。その真価について結論めいたことを述べるには時期尚早かもしれないが、その提唱と批判、そしてそれへの応答という一連の応酬はほぼ一巡しつつあるのではないだろうか。いま論争の全容を視野に収めるほどの用意はないが、以下では目にとまったかぎりでの中間報告を試みたい。

狙いは二つある。一つは、リバタリアン・パターナリズムをめぐる主要な論争点を整理した上で、この論争がリバタリアニズム論、パターナリズム論に及ぼした（あるいは、この先及ぼしうる）影響の計測である。管見のかぎりここまでの論争は、パターナリズム論に対し一定の興味深い成果をもたらしたものの、不思議なことにリバタリアニズム論には目立った寄与を残していない。以下ではまずこれら従来の議論の内容を検証するとともに、今後期待される成果についても、いくらかの見通しをたてておきたい。

しかし筆者の最終的な関心はもう一つの点、リバタリアン・パターナリズム論が法概念論、法の一般理論に対してもちうる含意にもある。この思想をめぐる従来の論争の主戦場は、圧倒的にパターナリズム論、あるいはせいぜいのところ、リベラルな正義論の文脈内におかれてきた。しかしながら、この立場の意義を評価するには、それが前提としている統治観や社会制度観、特にその法制度とその秩序原理の捉え方にまで視野を広げる必要があるのではないか。主唱者の一人、キャス・サンステーンの新著が示唆するのは、この立場が従来自明視されてきたリベラルな法概念とその秩序構想に対し、少なくとも潜在的には大幅な見直しと刷新を要求する可能性を秘めている、ということである。この方面での挑戦の射程と深度の測定なしには、この魅力ある思想の真価を正しく見積もることはできないだろう。本稿はその手掛かりを見出すことをも目論むものである。

このような視点に立つならば、筆者のリバタリアン・パターナリズムへの評価はきわめて両義的である。たしかにそれはパターナリズム論の視野と適用領域をめざましく拡大し、理論的な裏づけを興味深い仕方で掘り下げた。もはや法や公共政策の実務世界においてパターナリズムの是非そのものを論じることはほとんどナンセンスであり、なかでもリバタリアン・パターナリズムは、今後の統治理論・実務のなかで最も有望かつ強力な手法の一つとして評価され、採用されて

いくだろう。しかし他方、多少なりとも義務論的な観点にたつて個人の自由、自律性に固有の価値を認める立場からみるならば、それはパターナリズムのなかでも最悪のものの一つに数えられるかもしれない。それはおそらく、自由の体系としての市民社会を、(ある意味ではその実態にはほとんど手を触れることなく) まるごと統治の論理で刷新しようとする企てであり、そのことへの自制をいまだ十分には整えていない立場なのである。

## 2. リバタリアン・パターナリズム論おさらい

リバタリアン・パターナリズムという言葉が最初に人びとの耳目を集めたのは、いうまでもなくキャス・サンステーションとリチャード・セイラーの共著論文「リバタリアン・パターナリズムは撞着語ではない *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*」(以下、「撞着語」論文)<sup>1)</sup>と、共著書『ナッジ *Nudge*』(邦訳題『実践行動経済学』)<sup>2)</sup>の公刊だった。この二編によって、サンステーションとセイラーは、一躍この斬新な社会規律手法の主唱者として認められるようになったのである。

おそらくリバタリアン・パターナリズムという命名自体が、彼らの野心を最も直裁に表している。彼らの主張はまさに、権力的強制に頼ることなく、すなわち、行為者の選択の自由を狭めることなく(リバタリアン)、一定の有益な行動を促し、あるいは有害な行動を控えさせることで行為選択者当人の状況を改善させるべく働きかける(パターナリズム)手法が存在する、というものだった。つまりこの命名自体が、通常水と油とみなされてきた二つの立場を矛盾なく統合する可能性の発見を宣言するものだったのである。

このような芸当を可能にするために活用されたのが、九十年代に主流派経済学の主要前提への攻撃で注目を集めた行動経済学 *behavioral economics* の成果だった<sup>3)</sup>。それが数々の実験心理学的な観察を通じて明らかにしたところによると、人の日常の行動選択は、しばしば経済人仮説の想定するような合理性を示さず、むしろその基準に照らせば過誤・過失というほかない非合理性を示す。しかしそうした過誤・過失はまったくでたらめに生じているのではない。行動経済学の新味は、そこに一定の統計的な法則性を認めたところにあった。人びとは、つねにいくつかのパターンに沿って同じような過誤・過失を繰り返している。人は単に自己利益の最大化に失敗する非合理的な存在であるだけではない。同じ過ちを避けがたく体系的に反復する存在でもあるとされたのである。

リバタリアン・パターナリズムは、この発見を二重に活用した。第一にそれは、パターナリストティックな公共政策の正当化根拠を提供する。人が一様に可謬的な(同じパターンで自身の状態を自ら悪化させる)存在であるならば、不特定多数の人びとに包括的に働きかけるパターナリストティックな政策は、その限りで必要かつ有効だろう。犯されやすい過誤を正して当人にとって最善の選択をなすよう促すことは、政府が担うべき必要かつ望ましい——そして後述する通り、避けることのできない——干渉とみなされるのである。しかしこれだけなら決して目新しい主張と

はいえない。サンスティーンとセイラーの独創は、人びとの体系的可謬性を一種の能力ないし政策資源とみなしたところにあった。人を頻繁かつ反復的に誤らせる心理的機制（錯覚、バイアス、ヒューリスティックス）は、人の行動を強制なしに誘導するための梃子の役割をも担いうる。すなわち、パターナリスティックな干渉者は、権力的強制を通じて行為者の行動を制御するだけでなく、その行為環境（「選択アーキテクチャ choice architecture」と呼ばれる）の設計・操作を通じて、行為者が自発的により望ましい選択肢を選びとるよう、間接的に促すこともできる。人びとの無个性的な愚かさは、パターナリスティックな干渉の必要性を基礎づけるだけでなく、より賢明な干渉手法を構成する中核的な要素にもなりうるとされたのである。

### (1) いつナッジするか

こうしてサンスティーンとセイラーは、リバタリアン・パターナリズムを社会の運営に携わる者がつねにその道具箱に加えておくべき重宝な手法の一つとして提唱する。とはいえ、それはあらゆる場面でのべつまくなしに乱用されるべきものではない。それは、人が賢明とはいいがたい判断にとらわれ、あるいは合理性を欠いた選択に陥る場面において、そうした誤りを防ぎ、正すための手段として選びとられるべきものなのである。

サンスティーンとセイラーは、主に行動経済学の成果に拠りながら、いわゆる経済人仮説がさまざまな局面で人の判断と行動の説明に失敗していることを指摘する。人は、しばしば自分の利益に反する判断を下し、その厚生を損なう選択を行っている。その意味で、人は決して自己の厚生についての最善の判定者などではない。そもそも実際に、教科書経済学が想定するほど明確で安定した「選好」をもつ人はいないだろう。むしろ人の選好は、つねにあやふやで、流動的・可塑的な代物であり、当人の幸福追求の指針にはなりえないというのである<sup>4)</sup>。

もちろん、個々人の選択の自由を最大限に保障しさえすれば（外からの干渉を控えれば）おのずと人は自身を最善の状態へと導くはずだという想定を非現実的だとする見解は、リバタリアン・パターナリスト独自のものというより、あらゆるパターナリストに共通の見方だろう。行動経済学は、人の非合理的なふるまいがまれではないことを指摘するだけでなく、それが一定の法則性をもってほとんどすべての人に生じることを指摘し、その背後にある多様な機制を解き明かすことに力を注いできたのである。

いまその説明の詳細に立ち入る余裕はないが、その基本的な構図は、単純ながら誰にも思い当たる節のある二元論的図式に拠っている。それによると、人は通常二通りの判断系をそなえており、どちらが作動するかによって実際の判断と行動は大きく異なったものになるという。一方は一般に「システム1」と呼ばれる反射的・無意識的・習慣的なふるまいを導く自動システムであり、他方は「システム2」と呼ばれる反省的で自覚的、計画的な熟慮システムである<sup>5)</sup>。システム2に従う限り、人はかなりの程度“合理的”にふるまうことができる——自分の「選好」を充足し、自己の厚生を最大化できる——はずだが、実際にこの判断系が作動することはまれであり、むしろ人びとの日常の選択を支配するのはシステム1である。そしてシステム1はつねに多種多

様な認知バイアス（アンカリング、利用可能性、代表性、楽観性・自信過剰、現状維持、フレーミング<sup>6)</sup>）の影響下にあつてこれらを相対化できないために、人は深く考えもせずに安直な誤りに陥り、よく考えれば選ぶはずのない選択肢に固執してしまう。どんな人もつねに通常は意識することのないさまざまな環境の影響下で判断し、行動せざるをえないために、そうした認知バイアスからの影響を免れられないのである<sup>7)</sup>。

わかっているにもかかわらずこの種の判断と選択の誤りは、現実には大小さまざまな損害をもたらしている。それは反射・悪習・悪癖・偏見・不決断・惰性・自棄等々の形をとって行為者本人の中・長期的利益——その健康や所得・資産、幸福の保持や増進——に対し、ときに見過しがたい打撃を与えるだろう<sup>8)</sup>。また一つひとつの過誤は些細なものであっても、多数の人びとが長期にわたつてそれを反復するならば、やはりその被害は深甚なものになりかねない<sup>9)</sup>。それらはいずれも、個別には直接誰かの利益や権利を侵すものではないため、従来、政府による強制的な規律の対象とはみなされてこなかったものの、自己責任に委ねられるかぎりは克服できず、潜在的には社会問題として公共化されうる（されるべき？）課題でもある。これら些細で容易に克服できるはずなのに自力では回避しがたい損失が、実際に個人や社会の負担となっている<sup>10)</sup>。だからこそサンスティーンとセイラーは、人間の体系的可謬性の記述と解明だけに満足せず、バターナリスティックな介入・干渉の必要性を力説するのである<sup>11)</sup>。

## (2) どのようにナッジするか

リバタリアン・バターナリズムはこれらの過誤をどのようにして正していくのだろうか。危害原理に従うなら、それらは本来個人個人の自己責任、自助努力に帰せられるはずのものであり、強制を通じてこれを正すことは当人の自律性を損なうことになる。そこでサンスティーンとセイラーは、人びとの自発的な選択を「強制によらずに」——危害原理を堅持しようとするリバタリアンでも受容可能なやり方で——改善しようとする。「そっと肘で突く」「それとなく促す」というしぐさを意味する「ナッジ nudge」の名で呼ばれるのは、まさにこうした非強制的な（もしくは弱強制的な）誘導手法なのである。

しかし後述する通り、彼らが提示する手法にはかなりの多様性があり——著作中では概念的な分類・整理はあまり示されず、雑多な手法が無作為に列挙されているように見える——、そこにはほんとうにバターナリズムの範疇に加えるべきか疑わしいもの<sup>12)</sup>、あるいはもはやリバタリアン的とはいえない、介入度の高いもの<sup>13)</sup>も混在している。おそらく唯一の共通点は、それらがすべて行為環境＝選択アーキテクチャ<sup>14)</sup>の設計を通じて間接的に行為選択者の行為選択を促す／控えさせることをめざしている点だろう。そしてこの行為環境の整備・設計のなかでも、行動経済学の知見が全面的に活用されているのである。

筆者は、主なりリバタリアン・バターナリズム的介入・干渉の手法は大きく二種類に分けられると考えている。

まずは、放っておけばシステム1に従つて（誤つた）意思決定を下してしまう人に働きかけ、

自らシステム2に従うように仕向けるべく行為環境を整備する、というタイプのものである。これらを総称してさしあたり、「目覚まし型ナッジ *alarming nudge*」と呼ぶことにしよう。いわばこれらは、通常深く考えることなく反射的・習慣的な選択がなされやすい場面において、“一歩立ち止まって”ありうる選択肢について熟慮させ、自制を促す、という方針である。そのためには反省的熟慮に必要な時間を設定したり（商品購入者に「クーリング・オフ」期間を保障するなど）、見過ごされやすい情報を考慮に含めるよう強調したり（商品の「使用上の注意」をパッケージの目立つところに示すなど）、ある選択肢に伴うリスクを示して再考を促したり（ストーカー規制法における「警告」など）することが考えられるだろう。

しかしそれ以上に読者の目を引くのが、一定の行動を促す反射・錯覚・偏見を惹起ないし補強するべく行為環境を整備する、というタイプの干渉である。この場合はむしろシステム2が作動しないことが前提になっている。これは、人がシステム1に従って（熟慮なしに）行動を選ぶ際に示す傾向性、合理的とはいえない判断の誤りや反射的・習慣的なふるまいの傾向を利用して望ましい帰結を引き出そうとするものであり、上のタイプと対比して「幻惑型ナッジ *dazzling nudge*」と呼ぶことができるだろう。そのなかには、ある選択肢に関する習慣的な印象を操作するもの（喫煙への嫌悪感を助長する広告を流すなど）、陥りやすい錯覚やバイアスを利用して一定の選択肢を選びにくくさせるもの（車道に特殊な図柄を描いて自動車の速度を上げにくくさせるなど）、選択肢の提示の順序や配置に工夫を加えるもの（カフェテリア方式の食堂で高カロリーの菓子を果物の向こう側に並べるなど）、あらかじめ特定の選択を強いておいた上で、後に各人が随意にこれを解除できるようにしておくもの（特定の年金保険への加入を随意に解除可能なデフォルト・ルールとしておくなど）が含まれる。

これら選択アーキテクチャは、行為当事者にとっての「選択費用 *choice cost*」<sup>15)</sup>の多寡という観点から構想、設計される。ある行動を促進し、別の行動を抑制したいのであれば、前者の選択費用を相対的に軽減し、後者の選択費用を加重するように行為環境を整備構築すればいいだろう。行為環境の設計者（選択アーキテクト）からみれば、軽微なナッジから嚴重な刑罰に至るまで、あるいは風評・印象から物理的構造物に至るまで、人びとの行動を左右する環境的諸要因はすべて人びとの選択費用を加減するための（再）設計の対象とみなされるのである。

このような見方のなかでは、強制と非強制の境界は限りなく曖昧化するだろう。後述の通り、サンスティーンとセイラーにとって、強制と自由、干渉と放任の区別は観念上のものでしかない。むしろ事実上両者は連続的であり、行為者にとっての選択費用を加減するための調整つまみの両端のようなものにすぎない<sup>16)</sup>。ある行為を規制するにあたり具体的にどんな手法を用いるべきなのかは、規制を通じて見込まれる利益と規制を通じて課せられる負担とのあいだの費用便益計算によって決まる。罰則を伴う行為規範を用いるべきか、あるいは強制加入＝退出選択 *opt-out* 方式の任意規範を用いるかの選択も、この考慮を通じてなされる必要があるのである<sup>17)</sup>。

### (3) なぜナッジするか

最後に、リバタリアン・パターナリズムがなぜ必要とされ、どのような観点から正当化されると考えられているのかについて、整理しておく。

まずサンスティーンとセイラーが再々強調することの一つは、そもそも行為環境の設計は不可避だということである<sup>18)</sup>。仮に現在の行為環境をそのままにして、その構築や操作を一切控えた場合でも、現行の行為環境は必ず選択当事者の選択に影響を及ぼすだろう。その意味で“中立的”な行為環境など存在しない。まったくの不作为すなわち自由放任の選択もまた、選択アーキテクトにとってはパターナリスティックな干渉の一種である。したがって、パターナリズムそのものの是非はもはや真面目な議論の主題ではない。行為環境の人為的構築は不可避の前提であり、ほんとうに望ましい環境構築の方法とその内容をこそ探求すべきなのである。

政府によるパターナリズムが不可避ならば、それが強制的性格を免れることは、その規範的正当化にとってきわめて有利にはたらくだろう。従来パターナリズムがリベラルな法・政治思想のなかで批判にさらされてきたのは、それが個人の自由・自律に対する侵害・侮蔑とみなされたからである。もしその手法が、権力的強制に依存せず、行為者本人の自由を一切ないしほとんど制約する恐れがないのであれば、最も徹底したリバタリアンでさえ、これに異を唱える余地はないはずだ。“リバタリアン”・パターナリズムは、個人の選択の自由、自律性を最大限に尊重することで、パターナリズムに対する最大の懸念を払拭できると主張するのである。

また同時に、リバタリアン・パターナリズムは、それが“パターナリズム”である以上、あくまでも行為者本人の判断と選択の改善を通し、その厚生改善をめざすものである。そもそも日常生活上のあらゆる選択に関して、行為者本人がつねに最善の判断を下すべく熟慮するというのは不可能であり、不合理だろう。その意味で人がシステム1に従って反射的、習慣的にふるまうことは、それなりに理にかなっている。リバタリアン・パターナリズムはこうした自動化された人びとの行動選択に関し、要所要所で熟慮を促し、あるいは一定の行動選択を促すことで、それが陥りがちな誤りを回避させ、最終的にはその状況を改善する。それは直接的には本人の個人的厚生を改善し、ひいては社会的な厚生改善にもつながるだろう。リバタリアン・パターナリズムは、選択当事者としての個人の過誤の回避と選択費用の効率的な配分を可能にするだけでなく、個人の過誤の反復・累積がもたらす社会問題の解消・軽減と効率的かつ有能な政府の構築にも貢献するとされたのである。

## 3. 論 争

理論的にも実践的にも意表をつく、しかし説得的で魅力あるこの提案は、まもなく多方面からの反応を引き起こした。ここではサンスティーンとセイラーの敷いた路線に沿った具体的な政策の検討は脇におき、リバタリアン・パターナリズムの理論上の含意、可能性に関するいくつかの再解釈・整理と批判的検討<sup>19)</sup>、およびそれらに対するサンスティーンからの反論<sup>20)</sup>を整理してみ

たい。

## A. 諸批判

### (1) 定義をめぐって

リバタリアン・パターナリズムの明確な定義は、その主唱者の側からはこれまで与えられてこなかった。批判のためには明確な定義が必須というわけではないが、適切な定義をめぐる議論が重要な論点をあぶり出すことはありそうなことである。リカルド・レボナートは、「撞着語」論文と『ナッジ』から抽出できるリバタリアン・パターナリズムの定義を、次のように定式化してみせた。

リバタリアン・パターナリズムとは、個人には避けがたい一連の認知的バイアスと意思決定上の能力不足を克服するための諸介入である。そのためにこの手法は、これらのバイアスや能力不足を逆手にとることで本人の決定に（容易に解除できるやり方で）影響を与え、もし本人に合理的意思決定者（より厳密には経済人）としての無限の時間、情報と分析能力があれば自らとっていたと思われる選択を促す<sup>21)</sup>。

この定義には、すでにいくつかの注目すべき論点が含まれている（各々詳細は後述する）。一つはこの手法が認知上のバイアス、意思決定の欠陥を「逆手にとる exploit」という表現である。サンステューンはこの言い回しを拒絶しており、その解釈はリバタリアン・パターナリズム理解をめぐると一つの焦点と考えることができるだろう。また「容易に解除できる easily reversible」という表現の解釈は、この手法のリバタリアン性（選択当事者の自由がどの程度尊重されるのか）をはかる鍵であると同時に、パターナリズムとしての有効性（選択当事者の状況が実際に改善されるのか）を検討する際の鍵でもある。さらにレボナート自身は、この立場が想定する合理性の尺度が経済人の完全合理性であることを指摘し、その狭さ、厳格さがはらむ問題を彼のリバタリアン・パターナリズム批判の中心に据えることになるのである。

### (2) 成立条件

リバタリアン・パターナリズムの成立条件をめぐっても数多の批判が提起されてきた。レボナートの整理<sup>22)</sup>をいくらか修正しつつその諸想定を概観してみると、大きくは三つの項目に分けることができ、その各々にさらに複数の論点が含まれていることに気づかされる。

まず、リバタリアン・パターナリズムは行為選択当事者の認知・意思決定能力に対する懐疑をその出発点においている。したがってその主張が成立するには、改善されるべき非合理的な意思決定（過誤、失敗）が実際に広範に存在する——これは当然、それを判定する合理性基準への問いを誘発する——だけでなく、その発生が規則的であること——その発生の機制についての説明の妥当性が問われる——、その帰結が実際に劣悪であること、さらにその非合理性自体を逆に活

## リバタリアン・パターナリズムの成立条件

- |   |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 非合理的意思決定について             <ol style="list-style-type: none"> <li>1a. 広範な存在／1b. 発生の規則性／1c. 帰結の劣悪性／</li> <li>1d. その利用による判断・行動の改善可能性</li> </ol> </li> <li>2. 選択アーキテクト（設計者）について             <ol style="list-style-type: none"> <li>2a. 行為当事者の「究極的選好」の認識可能性</li> <li>2b. 「究極的選好」の充足への志向性</li> </ol> </li> <li>3. パターナリスティックな干渉について             <ol style="list-style-type: none"> <li>3a. 帰結を改善する可能性</li> <li>3b. 行為当事者による解除・回避可能性</li> </ol> </li> </ol> |
|---|

用することによってその欠陥が克服可能であることが示されなければならないだろう。

第二に、選択当事者の能力への執拗な疑いとは対照的に、リバタリアン・パターナリズムは選択アーキテクトの能力や誠実さに対する信頼に深く依存している。行為環境の設計者は、少なくとも選択当事者の「究極的選好 ultimate preference」を認識できるはずであるし、また自身の私的な利害関心や政治的圧力に影響されることなく、選択当事者の厚生改善のみを任務として活動することが期待できなければならない。

最後に、干渉についても二つのことが想定されている。一つは干渉が実際に行為当事者の状態を改善するだろうという見通しであり、もう一つは選択当事者の自由に対する制約にはならない可能性、すなわちパターナリスティックな誘導、介入が選択当事者によって自発的に受容されるか、そうでないときにはその指示からいつでも容易に離脱できる可能性である。

### (3) 過誤の存在と合理性の基準

これらの諸論点に関して示されてきた批判を順に見てみよう。

まず、非合理的な意思決定が実際に広く存在し（1a）、それが体系的に反復される（1b）ことで当人／社会に対して悪影響を与える（1c）ため、それを脱するにはパターナリスティックな干渉が必要だ（1d）と主張するには、それを判定する合理性の基準が存在しなければならないが、リバタリアン・パターナリズムはこの点について固有の困難を抱えている。というのもそれは、人びとの行動の大半がシステム1に支配されているという想定をとるため、理論上、人びとの現実の行動の観察からは当人の究極的選好——システム2の選択を導くもの——の歪められた像しか得られないことになるはずだからである<sup>23)</sup>。真の選好の表出がシステム1によって妨げられていると想定するならば、何を根拠に人びとの現実の選択を非合理と判定できるのか。こうしてリバタリアン・パターナリズムは、経験世界の外に合理性の基準を求めざるをえない。レボナートによると、サンスティーンとセイラーは、完全情報と完全合理性を仮定してその下での最適解が



一意的に特定できると考え、これのみを当人の究極的選好とみなしてこの困難を切り抜けようとしている。その結果、この仮想上の経済人の選択からの逸脱はすべて合理性を欠いた過誤、失敗であり、パターナリスティックな干渉の対象だとみなされるに至るのである<sup>24)</sup>。

このような想定に対しては、合理性基準があまりに狭隘かつ厳格に過ぎ、潜在的にはすべての人びとのほとんどあらゆる行動が干渉の対象とみなされてしまうのではないか、現実の諸個人の選好の多様性をないがしろにしてしまうのではないか、という危惧が生じうるだろう<sup>25)</sup>。またレボナートは、人間の判断系をシステム1とシステム2の対比でとらえて前者に非合理性、後者に合理性を割り振る行動経済学の理論図式の単純さに異を唱え、これに一種の進化論的な合理性の概念を対置する。それによると、情報と合理性に限界があるなかでの——行動経済学がシステム1に支配されているとみなした——判断と行動も、その反復と試行錯誤を通じて一定の合理性を獲得しうるものであり、パターナリスティックな干渉はむしろこの経験を通じた自律的な学習と成長の過程を妨げてしまう可能性があるのである<sup>26)</sup>。

#### (4) 設計者としての官僚に対する信頼

行為環境の設計者、選択アーキテクトの能力や道徳性に対する疑いは、パターナリズム一般に対する批判として最もありふれたものだろう。リバタリアン・パターナリズムについてももちろんこの種の批判が向けられうる。

公的な行為環境の設計と執行を担う官僚たちが、選択当事者本人よりもその「究極的選好」を的確に把握し(2a)、市民一般よりも高い合理性をもって外圧や私利に左右されることなくこれを最大化する(2b)という高い道徳性を発揮する、という期待は、無条件に満たされるわけではないだろう。前者については、なぜ選択アーキテクトとしての官僚が選択当事者の「究極的選好」への特権的なアクセスをもつのがまったく明らかではない<sup>27)</sup>。また後者の想定についても、合理的選択理論の主張を持ち出すまでもなく、リバタリアン・パターナリズムが足場にしてきた行動主義経済学の知見にさえ反するのではないか、というもっともな疑いが生じる<sup>28)</sup>。たしかに、選択アーキテクト自身が選択当事者の「究極的選好」を見誤り(あるいは無視し)、システム1に支配される非合理的な行為者として数々の過誤を体系的に反復し、行為選択者の利益よりも自己利益を優先する傾向をもち、種々の利益団体からの圧力によるその判断を左右される存在だと考えるならば(これらはいずれも大いにありそうなことだ)、リバタリアン・パターナリズムの足場は深刻に脅かされることになるはずである。

もちろん、パターナリスティックな政策の立案や実施に際し、官僚個人々の意欲や徳性に期待するのは素朴に過ぎる。むしろ「慈悲深い哲人王 benevolent philosopher-king」としての政府は、政府に対して民主的な監視と制御を加える制度的環境の下でのみ可能になるのかもしれない。しかしレボナートはこの期待についても否定的な見方を示している。それによると、リバタリアン・パターナリズムは、人びとが投票の際にも非合理的なシステム1に支配されて行動すると考えており、政府への適切な監視と制御を通じて自分たちの利益を考慮するように促すことはでき

ない、と考えざるをえないからである<sup>29)</sup>。

#### (5) 干渉の正当性①：目的／手段パターナリズム

リバタリアン・パターナリズムの主張は、パターナリズム全般に懐疑的な個人主義的リベラルないしリバタリアンの立場からだけではなく、従来パターナリズムの必要性、正当性を限定的に認めてきた穏健な立場からも批判を受けてきた。

レボナートは、ジュリアン・ルグランとビル・ニューによる手段パターナリズム means (-related) paternalism と目的パターナリズム ends (-related) paternalism の区別を用いてその問題点を分析している<sup>30)</sup>。それによると、従来、リベラルな立場から支持されてきた穏健なパターナリズムとは、あくまでも手段パターナリズムであった。それは行為選択者みずから支持する目的達成の補助・援助だけに介入の範囲と程度を限定することによって、個人の自律性尊重との両立が可能だと考えてきたのである。他方、選択当事者に対して何らかの行為目的そのものを（本人の厚生改善の名の下に）強いる目的パターナリズムは、選択当事者の自由、自律性、目的の多様性に対する制約・侵害を伴う点で、許容可能なパターナリズムの範囲を越えている。パターナリスティックな干渉が正当化されるのは、それがあくまでも選択当事者の目的を所与の前提とした上で、これをより有効に達成しうる手段だけを（本人の意に反しても）提示し、ときには強制するものである場合に限られる、というのである<sup>31)</sup>。

リバタリアン・パターナリズムは手段パターナリズムの枠内にとどまれるだろうか。レボナートは悲観的である。上述の通りリバタリアン・パターナリズムは、選択当事者の真の目的・最善の利益（究極的選好）を経験的には（選択当事者自身にさえ）不明確・流動的・不可知のものとする立場をとりながら、完全情報・完全合理性の仮定の下でこれを理論的に再構成できると考えている（2a）。現実はこの作業を担うのは選択アーキテクトだが、このとき、構築される行為環境は、最善でも選択アーキテクトが選択当事者本人のために—— 本人以上に本人の利害を理解し、これに配慮することで—— 構成したものとならざるをえないだろう。そうだとすれば行為当事者は、実質的には行為環境の設計者（政府）が独善的に設定した目的の受容を強いられることになるのではないか。これは当然、介入が選択当事者の状態を改善する（3a）という、パターナリズムの主張の本質部分にかかわる疑いである。

サンスティーンとセイラーが好んで用いてきた、カフェテリア式の食堂でのデザート配置の例を考えてみよう。高カロリーのスナック・バーを低カロリーのリンゴの向こう側に並べれば、多くの客は無意識のうちに低カロリーのデザートを選ぶだろう。そのかぎりでは、このささやかな選択アーキテクチャは食堂利用者の健康状態を（ほんの少しだけ）改善するのである。しかしこの例の説得力は、各個人の健康の維持改善という自明の目的を掲げていることに依存しており、この行為環境の構築が手段パターナリズムであるのか目的パターナリズムであるのかについての議論は、この自明性ゆえに不要となっているにすぎない。現実の選択当事者自身が、自己の選好を明瞭に把握できていない場合、あるいは端的にそのようなものが存在しない場合には—— この場

合の方がパターンリスティックな介入の必要性は高まると考えられるし、またサンスティーンとセイラーはそもそもそれが人間の常態だと考えている<sup>32)</sup>——、選択アーキテクチャの設計は、それ自体が行為の手段だけでなくその目的をも与える（強要する）ものにならざるをえないのではないだろうか。

目覚まし型ナッジの場合であれば、これは本来追求すべき目的の想起（あるいは熟慮）を当人に促すことを意味するだけかもしれないが、幻惑型ナッジの場合には、あえて当人には目的・手段について考えさせないようにしながら、その選択だけを（選択アーキテクトからみて合理的と思える方向に）誘導することにほかならない。これが“リバタリアン”的な意味での自律性の尊重だと強弁することには、かなりの無理があると言わざるをえない<sup>33)</sup>。

さらにリバタリアン・パターンリズムは、行動経済学の知見に全面的に依拠することで、幼児や未成年者、薬物中毒患者、昏睡状態にある人といった人たちだけでなく、あらゆる一般の人びとにとって、真の自己利益は当人とらえきれないものだと考える。このことによって、リバタリアン・パターンリズムはその対象領域を拡大するだけでなく、目的パターンリズムとしての性格を強めてきたのではないか。ここでもまた、リバタリアン・パターンリズムは行為当事者の自律的な選択そのものの価値を軽んじ、その手段のみならず目的の選択をも暗黙裡に先取りしているのではないかという疑いを生じさせているのである<sup>34)</sup>。

また他方、手段／目的パターンリズムの区別はかなりの部分で文脈依存的であり、手段パターンリズムとして目論まれた手法が実態としては目的パターンリズムとして作用してしまう危険も指摘されている。特に法制度や公共政策を通じて不特定多数の人びとの選択への干渉が企てられる際、人びとの目的が多様である程度に応じて、手段パターンリズムとして構想された干渉も、多くの人びとにとっては目的そのものへの干渉と受け取られることになるだろう。リバタリアン・パターンリズムの目的パターンリズム化を回避するには、介入目的について選択アーキテクトと選択当事者たちとの間にあらかじめ合意が存在している必要がある。そのための条件は、やはり民主的説明責任が果たされていることに求められるだろう。

#### (6) 干渉の正当性②：「欺き」と選択当事者の自律性

リバタリアン・パターンリズムが成功を収めるためには、理論上いつでも解除、無視できるはずの干渉が、実際には多くの人びとの行動を変えなければならない。人びとが目覚まし型ナッジを無視して（システム1に支配されたまま）みずからの行動を選択しつづけるならば、その介入は失敗である。また逆に、人びとが幻惑型ナッジの存在とその意図に気づき、これを相対化して（しかし結局はシステム1の指示に従い）行動した場合にも、その介入は失敗である。だとすれば、リバタリアン・パターンリズムの成功は、はじめからそのリバタリアンの側面が名目化することにかかっているのではないか。リバタリアン・パターンリズムが標榜する自由・自律性の尊重が画餅化することなしには、どうやらその成功はおぼつかないのである<sup>35)</sup>。

レボナートによると、リバタリアン・パターンリズムはその介入の有効性（3a）と、その解除

可能性の保障による自律性尊重（3b）との間で明白な矛盾に陥っている<sup>36)</sup>。もし選択当事者たちがほんとうに意のままにふるまうことを許されるならば、（その大多数はシステム1の犯す過誤の犠牲となって）その目的は達成できないはずである。リバタリアン・パターナリズムが標榜するそのリバタリアン性は、あくまでも罰則をとまなう義務づけ規範に頼らない、という点に絞られており、それ以外の方法で選択当事者に選択費用を負わせることはむしろ積極的に推奨されているのである。その意味で、現実の選択場面における選択当事者に対し、選択の自由を十全な形では行使させないことにこそリバタリアン・パターナリズムの眼目があることは否定できないだろう。

グレゴリー・ミッチェルは、その虚偽のリバタリアン性を次のように指摘する。明確で安定した選好を欠いた選択当事者に対し、退出選択式のデフォルト・ルールをナッジとして用いた場合、それは通常、熟慮を促す刺激とはならず、むしろ大半の人はデフォルト・ルールに盲目的に従うのみだろう。実際このとき選択アーキテクトはそうなること——熟慮の上で退出を選ぶ人よりも、深く考えないで与えられたルールに従う人の方が多いこと——を期待してデフォルト・ルールを設定しているはずである<sup>37)</sup>。その結果、人びとの厚生は確かに改善されるかもしれないが、かれらの自由な選択が保障され、あるいは促進されているとは言いがたいのではないか。ミッチェルは、それでは単なる（非リバタリアン的な）パターナリズムにすぎないではないか、と批判するのである<sup>38)</sup>。

幻惑型ナッジの場合にはとりわけ、介入がなされている事実そのものが選択当事者から隠されている（意識されない）ことこそがその有効性の前提である。この点についてレボナートやルグランとニューは、サンスティーンとセイラーの推奨するナッジが従来のパターナリズム的手法にはない「ステルス的な」介入・誘導であり、行為当事者の自律的な選択を阻むためのサブリミナル的手法、心理的欺きに依拠している点に危惧を抱いている<sup>39)</sup>。レボナートによると、本来追求されるべきパターナリズムは、選択当事者を欺くことで目的を達する幻惑型パターナリズムではなく、介入の目的を常に当事者に告知し、可能な選択肢と各々の長所・短所への自覚を促した上で選択を求める、より「ユーザー・フレンドリー」な目覚まし型のパターナリズム（インフォームド・コンセントはその典型）なのである<sup>40)</sup>。

また他方では、リバタリアン・パターナリズムの誘導的な手法そのものに物足りなさを示す逆方向からの批判も存在する。サラ・コンリーは、より強権的なパターナリズム<sup>41)</sup>を推奨する立場から、リバタリアン・パターナリズムの効果の低さを批判している。コンリーは、過誤の発生を抑制、防止するのであれば、選択当事者に選択の余地を残した上で特定の選択を促すのではなく、端的に選択の余地をなくし、その行為を“禁止”した方がはるかに効果的ではないか、とその迂遠さを批判する。彼女は、自分の推奨する強権的なパターナリズムは、リバタリアン・パターナリズムと選択当事者の自律性、自己決定そのものの価値を認めない点、そして選択当事者の現実の選択とは独立に追求すべき政策目標を特定できると考える点で出発点を共有している、と考える。しかしそうであるならば、強制的手法に頼らない、という体裁になぜ固執する必要が

あるのか。リバタリアン・パターナリズムは、リバタリアンからの賛同を得ようとするあまり、パターナリズムとしての機能を自ら放棄してしまっているのである<sup>42)</sup>。

## B. 応 答

これらの批判に対して、サンスティーンは先年、『なぜナッジするのか？ *Why Nudge?*』<sup>43)</sup>と題された著書を発表し、批判への反批判と自説の擁護論を展開した。必ずしも上記批判のすべてに応じるものではないが、なるべく対応させながらその趣旨を確かめておこう。

### (1) 定義とパターナリズムの分類をめぐって

まずレポナートが提起したリバタリアン・パターナリズムの定義については、前述の通り、これを大筋では受け入れながらも、人びとの認知的バイアスや意思決定上の能力不足を「逆手にとる」という表現については異を唱えている。サンスティーンによると、リバタリアン・パターナリズムはつねにそれらを逆手にとり、人びとを欺く形で利用するわけではない。目覚まし型ナッジのように、その影響を解除して人びとに合理的な熟慮と判断を促すことをめざすものも含まれているからである。この点に鑑みるならば「逆手にとる exploit」は不正確かつ誤解を招く表現であり、リバタリアン・パターナリズムは認知バイアスに対し「阻止（緩和）counteract」的に作用する、と述べるのがより適切だろう。また、ナッジの中には刑罰的強制を伴わない多様な誘導手法（例えば少額の民事的懲罰）が含まれるので、これを「容易に解除できる」ものに限定する必要はない<sup>44)</sup>。

サンスティーンはまた、強権的なパターナリズムと誘導的なパターナリズムの区別を相対化し、両者を連続的にとらえなおした上で、パターナリズム全体のなかでのリバタリアン・パターナリズムの再定位を試みている<sup>45)</sup>。彼によると、そのなかでは強制と自由放任の対比さえ程度の違いとして相対化され、あらゆる規制の誘導はすべて選択アーキテクチャの設計問題として一元的に理解できるのである。

このようなラディカルな再構成はどのようにしてなされているのか。彼の説明によると、厚生主義の立場を徹底するならば、他人の行動の制御はつねに、相手の選択肢の幅と各々の重みづけ（の変更）の問題として理解できる。すなわち、選択当事者に一定の行動を選ばせたり控えさせたりする際には、どんな手法をとるにせよ、必ず選択当事者に示される選択肢の広狭と軽重を調節することで各々の選択肢の選択費用・選択便益を加減することになるはずである。具体的な調節手法はきわめて多様であるが、それらはすべて個々の行動に対してどの程度の選択費用を負わせることになるか、という観点から一元的に序列化できるだろう<sup>46)</sup>。すなわち、一方の極には単に諸選択肢に関する情報を付加・明確化するのみの弱い干渉があり、他方の極には特定の選択肢を物理的ないし情報的に消去してしまうような強力な干渉が考えられる<sup>47)</sup>。

前者の例にはGPSの提供が挙げられている——GPSを与えられた人は、目的地までの移動経路やその方法に関し所要時間や道路状況、乗換えの多寡や休憩所の有無など、より正確な情報を

得て、目標地点までの経路をより合理的に選択できるようになるだろう、というのである<sup>48)</sup>。後者の例には、駅のプラットフォームにスクリーン・ドアを設けて転落を防止する、インターネット・ブラウザにフィルタリングの設定を組み込んで有害情報や機密情報へのアクセスをブロックする、といったものが考えられるだろう（筆者の考えた例である）。

これらはすべて、選択当事者の行為環境を再設計することによって各行動選択肢に関する費用便益計算の内実を塗り替えようとする企てである。政府官僚が選択アーキテクトとしての任務を果たす際にも、その目的や状況に応じてこれら多様な手法が使い分けられるべきであり、また実際に使い分けられている。特定の行動を規制する際には、これを犯罪として禁止し、刑事的処罰の対象にするだけが唯一の手段ではない。民事的な損害賠償の請求原因として認定すること、課税あるいは報奨金・助成金の対象に含めること、教育・訓練、治療やコンサルティングを強制したり、希望者だけに提供したりすること、ある行動に必須の商品・サービス提供者の業務に行政的規制（原材料や品質の表示、届出・許認可申請や資格取得、立入検査・会計監査等の義務づけ）を設けること、特定の情報の（事前／事後の、あるいは未編集／編集後の）開示・提供、広告等を通じたフレーミング等を通じた印象操作、物理的・情動的環境の構築・操作に至るまで、強弱広狭さまざまな手法を挙げることができる<sup>49)</sup>。

ここから見ると、物理的な強制は多数ある「選択肢の消去」のなかの一方法に過ぎず、法的な強制・威嚇（制裁とその提示による選択費用の加重＝象徴的強制）はそれよりも弱い選択アーキテクト設計手法の一つにすぎない。選択アーキテクトには、これら多様な規制手法を同等に視野に入れ、状況に応じて最適な手法を選び取っていくことが求められているのであり、その意味では「強制か放任か」という問題設定は、もはやあまりにも粗雑かつ硬直的にすぎる。むしろ行為環境の設計にあたっては、特定のふるまいの示唆誘導の手法をその費用の寡多と効果の強弱に応じて柔軟に使い分けていく姿勢が必要なのである。

## (2) 手段／目的パターナリズム

手段／目的パターナリズムの区別と後者の問題性の指摘については、サンステイーンは明確に目的パターナリズムを拒絶し、リバタリアン・パターナリズムはあくまでも手段パターナリズムであることを志向している、と主張する。それはあくまでも各人の目的達成のための合理的手段の提供に専念する。生の目的は各個人が決めるべき事柄であり、それは常に諸個人間で多様な形をとる、というミル以来の思想は堅持されている。確かに手段パターナリズムと目的パターナリズムの区別はしばしば曖昧であり、特定の手段選択を促す選択アーキテクト設計は特定の目的の強要を含意してしまうだろう<sup>50)</sup>。それでも相対的には手段に重点をおき、目的の強要を極力避ける選択アーキテクト設計は可能であり、それを目指すべきなのである<sup>51)</sup>。

リバタリアン・パターナリズムが目的強要的なのではないかという嫌疑は、政府が人びとの厚生について一体どの程度正確に認識できるのか、という疑いをその源泉の一つとしている。サンステイーンは、ここで考慮されるべき「厚生 welfare」が厚生経済学の想定するような厳密な効

用概念として理解される必要はなく、かなり広範で漠然とした概念として理解すれば十分であると強調することでこれに込めている。選択アーキテクトにとっての厚生は、「自分の生を良好な状態にすると選択者みずからが考えている（とパターナリストが認識するもの）すべて」を指すのであり、そこには一般人の観点からは「幸福」とみなされない特異なものも含まれうるだろう<sup>52)</sup>。このような広範かつ緩やかな厚生概念をとるならば、リバタリアン・パターナリズムは目的のパターナリズムの危険を避けることができるはずなのである。

### (3) 設計者への信頼

選択アーキテクトとしての官僚の信頼性に対する疑義については、サンステューンはさらにいくつかの反論を追加している。まず、政府官僚が邪悪な動機からリバタリアン・パターナリズム的手法を用いる可能性はもちろん否定できないが、その責をこれに負わせるのは見当違いである。政府が市民の厚生を低下させる政策を選択した際に問いただされるべきはその政策目的の正統性そのものであり、その目的に奉仕する手段、技術ではない。リバタリアン・パターナリズムはもっぱら目的達成手段の設計に関わる政策技術であり、それ自体がそのまま官僚たち自身の道徳性の改善につながると考えるべきではないのである<sup>53)</sup>。

また、官僚の合理性に対する疑義についても、これを否定する必要はない。合理性の限界に関して行動主義経済学がもたらした洞察は、選択アーキテクトとしての官僚にも当然あてはまるだろう。官僚も人間である以上、必ず何らかの認知的バイアスの影響下で考え、行動せざるをえないのであり、かれらがシステム1による過誤を完全に免れるということはありません。しかしながら、選択アーキテクトとしての官僚の判断と選択が一般の選択当事者（市民）のそれとまったく同一の傾向を示し、同様の過誤を犯すと考える必要もない。サンステューンは、かれらがシステム2を優越的に作動させることを主要な任務としており、その期待に応える能力こそがその職業上の美德とみなされていることを強調する。この点に鑑みれば、官僚たちは少なくとも選択アーキテクトとして判断を下し、選択を行う際には、一般の人びとの習慣的な日常行動よりも相対的に高い合理性を示すことを期待できるのである<sup>54)</sup>。

そもそも、設計者の道徳性や合理性を無条件に信頼できないのは当然だが、行為環境の設計を全面的に放棄するという選択肢が政府に残されていない以上、これをただあげつらうだけでは済ませるわけにはいかない。選択アーキテクトとしての能力や道徳性を改善するための具体的な方策が探られるべきだろう。「……われわれは計画立案者が人間であり、合理性の限界を抱えると同時に好ましくない圧力の影響を受ける存在であることを喜んで認めよう。しかしながら、ここまで強調してきた通り、この人間としての計画立案者が選択を強いられることがあるのであり、彼らに人びとの厚生を促進する努力をさせる方が、その逆よりも間違いなく望ましいのである」<sup>55)</sup>。リバタリアン・パターナリズムは、まさに官僚の設計能力の改善をその目的の一つとしている。まだ端緒についたばかりとはいえ、行動的合理的選択理論 behavioral rational choice theory による官僚行動の再定式化の試みなど、利益団体からの圧力、官僚自身のバイアスによる誤謬の問題

は今後のリバタリアン・パターナリズムの重要な課題なのである<sup>56)</sup>。

#### (4) 多様性の尊重、個人の自律性と尊厳の保障

公共政策としてのリバタリアン・パターナリズムが実際には個人の自律性、選択の自由を十分に尊重しておらず、その社会では個々人の目的の多様性も軽んじられてしまうとの見方に対しては、入念な反論が試みられている。それによると、まず、リバタリアン・パターナリズムが必ず人びとに対し一律の目的を強いる抑圧的社会をもたらすという見方は端的に誤解である。むしろそれが手段パターナリズムすなわち個々人が自ら掲げる諸目的の実現手段の提供に徹するかぎり、また干渉の解除可能性が確保されているかぎり、そのようなことはありえないだろう。これに加えサンスティーンは、リバタリアン・パターナリズムの究極の形態として、各個人の目的の多様性に合わせてカスタマイズされた純粋な手段パターナリズムの構想（「個別化されたパターナリズム personalized paternalism」）を提示する<sup>57)</sup>。彼によると、少なくとも理論上は、これこそが人びとの掲げる多様な目的追求を最も広範に許容する、最もリバタリアン寄りのパターナリズムなのである。

リバタリアン・パターナリズムが人びとの目的の多元性を犠牲にする（理論上の）可能性については全否定してみせたサンスティーンだが、選択の自由、自律性軽視との批判に対しては、いくらか慎重な構えをみせている<sup>58)</sup>。彼にとって、個人の自律性は必ずしも無条件に尊重されるべき価値ではない。むしろ尊重されるべき自律性は、その行使が当人の厚生の一部を構成するものとしての自律性に限られるのである（この場合、選択の自由の制限は選択当事者の厚生の低下をも意味する）。このような自律性の「薄い」理解をとるならば、これはリバタリアン・パターナリズムと両立するはずである。おそらくこの場合、選択当事者は当人にとっては大した意味をもたない多くの選択を（深く考えることもなく）選択アーキテクチャに委ねてしまうだろうが、むしろそのことによって、自分の厚生にとってより本質的な意味をもつ選択の自由の保持・拡大が現実的に可能になるだろう。選択アーキテクチャの設計はあくまでも当人の厚生の最大化の観点からなされるが、それを通じて間接的に選択当事者の自律性も十分に保障されることが見込まれるのである。

他方、自律性についてのより「厚い」理解をとり、当人の厚生の改善と無関係に——他の厚生の構成要素との衡量を許さない形で——これに独立の価値を認めるならば、これと両立しうるリバタリアン・パターナリズム的手法の幅はかなり限定されてしまうだろう。例えば、情報や時間を追加的に提供することで習慣的・自動的な選択を阻んでより熟慮的・自覚的な選択を促す干渉（目覚まし型ナッジ）は自律促進的だとみなされて許容・奨励されるかもしれないが、退出選択型のデフォルト・ルールによって先取りされた特定の選択を促す干渉（幻惑型ナッジ）は自律的な選択を制約するものとして忌避されるだろう。しかしながら、この厚い自律性構想が極端な形をとるならば、厚生を完全に度外視し、当人がどれだけ自己破壊的な選択をなすとしてもこれを尊重すべきだと主張することにもなりかねない<sup>59)</sup>。帰結への考慮を拒んで義務論的リバタリアニズム



ムの立場を徹底すれば、どれだけ介入度の低いパターナリズムも定義上自律性制約的のみなされてしまうのである。

リバタリアン・パターナリズムは、システム1による（現実の）選択ではなく、システム2による（理想的な）選択にこそ本人の真の利害が表現されると想定し、後者の実現に照準を合わせることで、少なくとも個人の自律性を穏当な水準で尊重できると主張する。個人の自律性は絶対不可侵の切り札的価値、それ自体を最大化すべき目的というよりも、本人の厚生を改善するためのヒューリスティックな手段と理解するべきなのである。

この観点からすれば、レボナートがより高く評価する自律的な試行錯誤や学習の価値も、無条件に是認されるべきものではない。リバタリアン・パターナリズムはもちろん、そのような過程の意義を一切認めないわけではない。むしろ能動的選択の要求によるその促進もリバタリアン・パターナリズムの射程の範囲内である。しかし試行錯誤的な学習の過程も、その“授業料”が高くつきすぎる場合にまで推奨されるわけではないだろう。それが抑制しようとするのは野放途な試行錯誤が本人に過大な選択費用・過誤費用を課す場合のことなのである<sup>60</sup>。

他方、レボナートやルグランとニューが最も厳しく批判していたリバタリアン・パターナリズム的介入の不可視・不透明性と欺罔的傾向については、その含意をいくつかに分けてつた応答を試みている。第一に、実務の水準では可視性・透明性も無条件に肯定できるとは限らない。政治的透明性と民主制の意義を過大評価して無警戒に個々の政策とその目的の周知を図るならば、利益団体からの圧力を不必要に惹起するというリスクを犯しかねないからである<sup>61</sup>。第二に、それでもなおリバタリアン・パターナリズムとナッジは、その有効性を損なうことなく適切な水準で透明性を保障する。多くの場合、それが「欺き」と批判されてきたのは、選択当事者の現実の選択の場面において選択アーキテクチャが本質的に目立ちにくく、意識されにくいものであるほかないからだろう。しかしこの機能上の要件と、法・政策としての公開性の問題とを混同してはならない。特定の政策の目的や手法がその策定・実施の過程において“秘密”とされることと、個々の行為選択の場面でそれが明確に自覚されているかどうかとは別のことというべきである。リバタリアン・パターナリズムが公共政策の手法として採用される際、その内容や意図が公知のものでなければならないのは、通常の法や政策と同様である<sup>62</sup>。

またさらに、選択アーキテクチャのなかには選択当事者に対し意識的熟慮を促すものとそうでないものがあり（それぞれ「目覚ましナッジ」「幻惑ナッジ」のこと）、後者の場合には、これがあたかも選択当事者を“欺く”ようにも見えるため、そのこと自体が警戒や批判を招くかもしれない。しかしサンステーションによると、これに反対すべき理由はそれほど明確ではない。第一に、システム1に影響を与えない選択アーキテクチャは皆無であり、なおかつ政府はその構築を避けられないからであり、第二に、高い費用をかけずに望ましい効果をもたらしてくれる政策を、我々はみすみす手放すべきではないからである<sup>63</sup>。

最後に、リバタリアン・パターナリズムが有効な政策手法であるためには、解除可能性による選択の自由の保障という謳い文句は空手形に墮するほかない、という指摘について。これは有効

性と自律性保障とを全か無かという二者択一式で天秤にかけようとする、粗雑な批判である。リバタリアン・パターナリズム的干渉の有効性は、たしかに形式的には解除可能な干渉が実際の選択の現場においては解除される可能性が低いことに依存しているが、それでもなお、個々の選択当事者はいつでもその気になれば苦もなくその干渉を解除できるのであり、他の“ハード”な干渉に比べればその介入性の弱さは明白である。リバタリアン・パターナリズムが自由への制約を一切行わないと考えるのも間違いだが、それはなお、旧来のパターナリズム的手法よりもはるかに謙抑的であり、有効性を一部犠牲にしても選択当事者の自律性を尊重しようとするものである。その意味では、統治権力の濫用の危険性に対し、一定の自己抑制として機能している点を見逃してはならない<sup>64)</sup>。

#### 4. 考 察

##### A. 概観およびリバタリアニズム思想への含意

以上を概観してまず強く印象に残るのが、これらの議論のほとんどすべてがパターナリズム論の舞台上で——リバタリアン・パターナリズムのパターナリズムとしての特性とその正当化可能性、もしくは有効性をめぐる議論として——展開されてきたことである。対照的に、リバタリアン・パターナリズム論をリバタリアニズム論への自省を促す契機として用いたものはほぼ皆無であった。この傾向は、議論を先導したサンスティーン本人の関心の反映であり、またリバタリアン側の無関心の反映でもあるのだろう。「撞着語」論文や『ナッジ』において説き起こされた時点から、サンスティーンがリバタリアニズム論に対して真剣に考察を加えた気配はなく、その軸足はあくまでもパターナリズム論の拡充におかれてきたようにみえる。彼の関心はリバタリアンでさえ支持せざるをえないパターナリズム像の提示——つまりはこれまでで最も広範な支持を集めうるパターナリズムの正当化論の提示——にあるのであって、その逆ではない。その意味で彼は徹頭徹尾パターナリストなのであり、議論の便宜上、リバタリアンを装っているにすぎないのである。

しかしそれでもなお、リバタリアン・パターナリズムがリバタリアニズム論に対して何の含意ももちえないわけではない。むしろ筆者には、その主張は、リバタリアニズムの政治理論に対するあからさまな挑戦を含んでおり、これを真剣に受け止めるならば、リバタリアニズムはそのいくつかの理論的足場への自省を迫られるように思える。紙幅の都合で深追いする余裕はないが、論点をいくつか指摘しておこう。

まず注目すべきは、「個人の選択の自由の尊重」と「統治権力の抑制・最小化」との連関の切断である。従来のリバタリアニズムは両者の一致を前提にその徹底を志向してきたが、リバタリアン・パターナリズムは、まさに前者を犠牲にすることなく、後者の手綱を緩める方途があることを指摘したと言えるだろう。この発想に従えば、選択の自由の尊重は必ずしも政府の縮小を要しないし、政府権力の抑制のみが選択の自由の十全な保障をもたらすわけでもない。リバタリア

ニズムは、この主張を受け入れ、個人の選択の自由さえ適切に尊重されていれば、政府の規制的な活動領域が拡大することを可とするのだろうか。それともあくまでも政府権力の最小化を要求するのだろうか<sup>65)</sup>。

もちろん、この挑発を退けて旧来の想定を維持するという選択肢も残されている。この場合には、リバタリアニズムが加担すべき自由概念の再検討が必要となるだろう。徹底した帰結主義の立場をとるリバタリアン・パターナリズムは、あらゆる自由が手段的かつ政治的作為の産物であることを強調し、これに先立つ自然的自由観、あるいは自由、自律を他の価値との比較衡量を拒む固有の価値として扱う義務論的発想をきわめて明確に退けている<sup>66)</sup>。たしかにいかなる帰結も顧みない純粋な義務論的観点からの自由の擁護には少なからず問題があるが、他方、保護されるべき個人の自由は帰結の重大さに応じて随意に伸縮する——とりわけ、当人にしか害悪・危害をもたらさない自由の行使であっても、それが深甚な場合には政府の干渉が許される／要請される——とするサンステーションらの主張についても、まだ相当議論の余地があるだろう。これらリバタリアン・パターナリズムからの挑戦に対し、リバタリアニズムはまだ十分に答えていないように思われるのである。

## B. パターナリズム論への含意

とはいえ、リバタリアン・パターナリズムをめぐる論争が最も大きな成果をもたらしたのは、何とんでもパターナリズム論の領域である。それは必ずしも議論の構図そのものを刷新したわけでも、またまったく新たな視角を持ち込んだわけでもないが<sup>67)</sup>、なお従来の議論図式に揺さぶりをかけ、重要な争点を追加したという点では、パターナリズム理解に対して興味深い貢献をもたらしつつあると言えるだろう。ここでは二点に絞って考えてみたい。

### (1) ハード／ソフトから目的／手段へ、そして法モラリズムへの滑り坂

第一に、ハード・パターナリズムとソフト・パターナリズムの区別の相対化、その中心争点からの後退を挙げることができる<sup>68)</sup>。従来、判断能力と行為任意性が例外的に欠如・低下した場合に限って当人の自律を補助・支援するための介入・干渉を認めるソフト・パターナリズムは、そのような顧慮を排したハード・パターナリズムよりも相対的に自己抑制的であり、またリベラリズムにも親和的である、と理解されてきたのは周知の通りである<sup>69)</sup>。しかしながらリバタリアン・パターナリズムは、そもそも人間の判断・行為の合理性が支援を要しないほど高いことはほとんど稀だという洞察から出発している。自身の判断や行動がシステム1に支配されているのが人間の常態である以上、干渉・介入の対象は未成年者や病気・障害を抱えた人など一部の特殊な状態にある人びとに限定される必要はなく、むしろつねにすべての人がその射程内におかれねばならない。その意味では、たしかにリバタリアン・パターナリズムは選択当事者＝被介入者の自律への補助・支援を標榜する点では謙抑的なソフト・パターナリズムの一種といえるかもしれないが、同時に従来とは比較にならないほど広範な対象を想定しており、その自己抑制も事実上は

るかに緩やかなものになっている。その結果、リバタリアン・パターナリズムにとってハード／ソフトの区別は従来ほどの意義をもたなくなっているように見える。

それに代わって重要性が増したのが、目的パターナリズムと手段パターナリズムの区別である。リバタリアン・パターナリズムは、規制対象の拡大と非強制的手法の採用による正当性確保とにより、パターナリズムの実践的な適用射程を飛躍的に拡大させたものの、なお多くの論者がこれに懐疑的・批判的な態度を崩さなかった。その最大の理由は、これが目的パターナリズムである（少なくともそれに容易に転化しうる）との嫌疑を払拭しきれないからだろう。選択当事者の目的選択には干渉せずにその達成の補助だけに専念する手段パターナリズムと、目的選択そのものに干渉してその改善を図る目的パターナリズムとの間に概念上の区別を設けうる（設けるべき）こと、および個人の自律性尊重の観点からみて後者は支持しがたいことについては、サンステイーンとその批判者との間にほとんど見解の相違はない。問題は、リバタリアン・パターナリズムがサンステイーンの強弁する通りに手段パターナリズムの範疇にとどまりうるかどうか、その理論的ないし実践的可能性である。

上述の通り複数の論者がその可能性については懐疑的であり、筆者も概ねこれに賛成である。サンステイーン自身、人の行為目的とその手段との関係は何重もの入れ子構造をなすのが通常である以上、手段パターナリズムとして構想された干渉であってもしばしば目的パターナリズムに転化しうることを認めてしまっており<sup>70)</sup>、この点からもリバタリアン・パターナリズムの目的強要性の嫌疑は容易には晴れないだろう。しかしながら、この“滑り坂”は、ほんとうにここで止まるのだろうか。仮にリバタリアン・パターナリズムが目的パターナリズムに陥る危険性を避けられないのならば、筆者には、それがさらにパターナリズムの枠組みさえ踏み外し、「本人の最善の利益」を顧慮することなく一定の道徳的規範に基づく行動を強いる、法モラリズムに転化する危険性さえ潜んでいるように思われるのである<sup>71)</sup>。

レボナートらが指摘する通り、この嫌疑の発端は、リバタリアン・パターナリズムの理論の構造上——選択当事者の「真の利害関心」が経験的には特定できず（本人にも自覚されにくく）、つねに選択アーキテクトによって再構成・再設定される必要があることから——、「選択当事者の目的」と「設計者の目的」の区別がつねに曖昧化せざるをえないところにあった。高カロリー食品の摂取を避けさせて生活習慣病を予防すること、自動車の速度超過を抑えて交通事故を防ぐこと、刹那的な浪費と享楽を控えさせて貯蓄を促すことは、果たして選択当事者の厚生を改善するから擁護されるのか、それとも社会全体の厚生を改善させるから擁護されるのか<sup>72)</sup>。両者が一致する場合にはどちらでもいいだろうが、現実的には、社会全体の効用に結びつかない（またはそれを低下させる）純粋に個人の厚生改善のためにパターナリスティックな政策が採用されるとは考えにくい。ここには、「本人の利益のため」とはレトリック上の偽装に過ぎず、実際にはそれとは独立に設計者が設定した政策目的こそが行為環境の設計に指針を与えているのではないか、という強い嫌疑が生じるのである<sup>73)</sup>。

この隠された（モラリスティックな）干渉目的は、全体効用の増進という功利主義的観点から

選ばれる場合もあるだろうし、それ以外の正義構想に基づいて設定される場合もあるだろう<sup>74)</sup>。しかしさらに悪質な場合には、統治者の独断的な利害関心や諸々の政治的・経済的圧力に屈してこれが定められる可能性も考えられる。また統治者自身が自らの独善性を自覚できず、自分たちにとって都合のいい干渉目的をあたかも選択当事者の利益であるかのように信じ込んでしまう可能性も否定できないのではないか。いずれにせよ、リバタリアン・パターナリズムが他のパターナリズム以上に悪質でありうるのは、(幻惑型のナッジが採用される場合にはとりわけ)これらの隠された干渉目的が、少なくとも選択当事者の選択の現場では批判的吟味にさらされることなく不可視のままにおかれる可能性が高い点である。このような干渉と誘導が成功裏に遂行されれば、人びとは自覚のないまま、“自発的”に政府の望み通りの行動を選びとることになるだろう。このようにしてリバタリアン・パターナリズムは、政府に対し最も安価で確実な(行動の? 思想の?) 統制技術を提供しうるのである<sup>75)</sup>。

これがある意味で最悪のパターナリズムでありうるのは、単に(正体の露見しにくい)パターナリズムの皮を被った法モラリズムであるからだけではない。選択アーキテクトの判断の権力性、その統治者としての責任とその自覚とを、二重の意味で曖昧化してしまうからでもある。それは第一に、「手段パターナリズムへの専念」を偽装・強弁することで、干渉目的の不適切さが事後的に判明した場合の責任を選択当事者に転嫁できる。第二に、行為当事者の選択の自由の尊重を強調することで、この政策のもとで選択された各個別行為があくまでも個々の選択当事者の自発的選択によるものであり、その帰結はもっぱら(利益だけでなく損害も)当人に属するものだと主張できることになるだろう<sup>76)</sup>。これらの疑念を払拭しないかぎり、政府によるリバタリアン・パターナリズムはその自覚を欠いた法モラリズムへの滑り坂を踏みとどまれないのではないか、という危惧は残るのである。

## (2) 何が「欺き」なのか、そのどこが問題なのか?

筆者のみるところ、ここがパターナリズム論としてのリバタリアン・パターナリズムの最大の難所であり、擁護者による擁護、批判者による批判、いずれの側にもまだかなりの修正と展開の余地があるように思われる。

まず擁護者側については、リバタリアン・パターナリズムあるいはナッジとして紹介された諸手法をもう少し精密に分類する必要がある。従来の議論は、あまりに多様なものを雑多に詰め込みすぎていたのではないか。なかんずく、選択当事者の自己統制能力の回復をめざす目覚ましい的干渉と、その無自覚的誘導を企てる幻惑的干渉とが、各々の長所・短所に即した適切な使い分けに関する考察ぬきに提示されてきたために、論争の中に小さくないすれ違いが生じてしまったように思える。一般的には、目覚ましい的干渉についてはリバタリアンも含めた広範な合意が成り立ちうるのに対し、幻惑的干渉については上述の目的パターナリズムの嫌疑と相まって、選択当事者に対する卑劣なかつ侵害性の強い「欺き」への懸念がどうしてもつきまとう。この批判に対するサンステューアの対応も、ある時はリバタリアン・パターナリズムを目覚まし型干渉に引き

つけて論じることで批判をかわし、またある時は制度設計時に社会的合意を調達するのは当然であることを強調し、さらには少々の「欺き」も帰結によって正当化されうると示唆するなど、やや一貫性に欠ける。ここではむしろ、各々の手法の課題や状況に応じた適否をつぶさに解明し、とりわけ幻惑的な目的パターンリズムについてはその正当化の理路を明確にするとともに、適用条件を限定して濫用の可能性がないことを示す必要があるだろう。

他方批判者側には、まず選択アーキテクトがその意図・選択を開示し、選択当事者の合意を確保すべきだとする論調が顕著だが、これも十分に説得力ある対案とはいいがたい。第一に、擁護者側にとってもこの対案は検討済みである<sup>77)</sup>。かれらは、能動的選択要求をはじめとする目覚ましの干渉を通じて選択当事者からの合意を調達するという手法を考慮し、その限界をふまえて種々の幻惑的手法を推奨してきたのである。第二に、パターンリスティックな介入が求められるのは往々にして選択当事者からその場での合意を得にくい場面だということを、この批判は忘失しているようにみえる。選択の現場で本人から合意を調達すべし、という要請は、パターンリズムにとってしばしばほとんど現実味の乏しい要請ではないのか。批判者の多くは「欺き」批判に依拠してリバタリアン・パターンリズムを攻撃することの含意を十分に理解しているようにはみえないのである。

またさらに、レポナートが強調する自律的な学習過程の合理性についても、手放しにこれを信用するわけにもいかない。もし人びとの実験的な試行錯誤の過程が常に一定の合理性を示しうるのだとしたら、本人も自覚している悪習悪癖の結果健康を深刻に損ねたり生活を破綻させたりする人がいることを、どう説明できるというのだろうか。少なくとも学習の失敗とその損害を許容範囲内に収めるためには、学習過程の合理性を保障する環境的諸条件——例えば失敗の認識を促すフィードバックの仕組みなど（これも行為環境のパターンリスティックな設計の一種だろう）——の整備が不可欠となるはずである。

### C. 統治の理論、法理論への含意について

最後に、パターンリズム論の文脈からは少し距離をおき、統治の理論、あるいは法の一般理論に対するリバタリアン・パターンリズムの含意に視点を移してみたい。冒頭に述べた通り、この側面からの検討は管見の限りほぼ未開拓であり、検討すべき課題がほとんど手つかずのまま残されているように思われる。本稿もこれらについて十分な考察を示す用意はない。いくつかの問題を提起するにとどめ、個々の論点の掘り下げは他日を期すことにしたい。

#### (1) 人当たりのいい、軽快で確実な統治へ

サンスティーンは近著『なぜナッジするのか?』のなかで、いわゆる危害原理 harm principle に対する全面的な批判をその中心的論点の一つに据えている<sup>78)</sup>。考えてみればこれは奇妙なことではないか。リバタリアン・パターンリズムは選択当事者の自由侵害を皆無ないし最小限に抑えることを標榜してきたのだから、パターンリズムのなかでは危害原理と最も適合的な、侵害性の

低い手法であることを誇ってもいいはずである。にもかかわらずサンスティーンは、この原理の認識論上の前提——選択当事者こそが当人の利益の最善の判断者だという見解——を執拗に、徹底的に退けている<sup>79)</sup>。振り返ってみれば、最も初期の著作から今日まで、一貫して彼は外的な束縛のないところで下される自己決定こそが常に当人にとって最善の判断であるという発想を目の敵にしてきた<sup>80)</sup>。彼のみるところ、この認識論的前提こそが素朴で教条的な自律性擁護論のアキレス腱なのである。

彼の堅固なパターンリスト志向は、この洞察に支えられているのだろう。サンスティーンは結局のところ、自由侵害への厳格な抑制を解除して、パターンリズム全般の包括的擁護論を展開したいと考えているのかもしれない。しかし筆者にとっていっそう興味深いのは、彼の危害原理批判がパターンリズム擁護論以上の含意をもつ可能性である。この見方を徹底するならば、彼は自由を基底的価値とする統治の理論および法体系の理解全体に対し、大幅な見直しを迫ることになるのではないだろうか。

ミル本人の意図はともかく、危害原理はこれまで一般に、政府による権力的強制の正当化根拠を提供すると同時に、それを限界づける抑制原理としての役割を担ってきた。自由は自由のためにのみ制約されうる、という明快な教説は、数々の批判と留保を加えられながらもリベラルな統治のための最も基礎的な規律原理の一つ——とりわけ、法による道徳の強制に対する最も強固な障壁——として広く認められてきたといえるだろう。それは単に政府によるパターンリスティックな介入・干渉に一定の歯止めをかけるだけでなく、個々人の行動に対する刑法的統制全般に対する抑制の原理としての役割を与えられてきたのである<sup>81)</sup>。

サンスティーンによる危害原理批判は、この観点から検討する必要がある。危害原理を放棄したとき、統治の理論はどのようなものとして再構想されうるのだろうか。少なくとも潜在的には、彼の見解は、選択当事者の利益の保護促進のためのパターンリスティックな干渉の余地を広げるだけでなく、刑法的統制全般を危害原理という軛から解放し、個人間相互の他害行為の抑止と処罰（個人法益の保障）という目的からは正当化できないモラリスティックな関心に立つ社会規律の可能性を幅広く認める可能性をもつ<sup>82)</sup>。危害原理の放棄と一元的な厚生主義的帰結主義の徹底——しかも各人の「真の利益」は選択アーキテクトたる官僚が先取的に規定できると考えられている——は、政府の社会統制下におかれる領域を、従来よりも大幅に拡張することは間違いないだろう。サンスティーンはほんとうに個々の選択当事者の厚生改善を干渉の中心的な目的と考えているのだろうか。実際『ナッジ』で検討される政策課題の中には、必ずしも選択当事者の利益には直接結びつかない、臓器提供や環境保護の推進といった主題までもが含まれているのである<sup>83)</sup>。

また先述の通り、ナッジ的手法の採用は単に政府の規制領域を広げるだけでなく、規制の強権性を軽減・回避することにより、統治権力の行使に伴う責任と負担を大幅に縮小する可能性も秘めている。サンスティーンにとって、権力的強制は社会統制のための唯一の手法でも最善の手法でもない。それは他の非強制的な働きかけと常に代替的であり、ある選択肢の選択費用を加重す

るために行為環境に加える要素の一つでしかないのである。飲酒運転は犯罪として取り締まるよりもナッジの規律の対象とした方が確実にその発生を抑止できるかもしれないし、がん検診の受診者を増やすのも行政的な強権力の発動ではなく、当事者たちが自ら進んで望ましい行動を選ぶよう促す種々の環境整備かもしれない。サンステーションの独創性は、社会統制の手法が直接的な権力的強制という強面のやり口に限定される必要はなく、より人当たりのいい間接的・非強制的の手法を通じて同様の目的を、より安価かつ確実な仕方でも達成しうる、ということを見抜いた上で、この洞察が統治者にもたらすメリットを最大限に活用しようとしたところに発揮されているのではないか。統治者の任務はもっぱら、政府が最も安価かつ確実に多数の望ましい政策目的を達成できる複合的な選択アーキテクチャの構想と実施なのである。

ナッジ的手法による政府の責任・負担の軽減は、社会統制の主体の多様化、分散化というもう一つの経路を通じても追求されるだろう。社会統制の手法を強制的方法に限定しないのであれば、その担い手も政府機関に限定する必要はない。社会統制のために強制力を行使しうるのは政府だけだが、非強制的な行為環境であれば民間企業やNPO、NGOなどがその構築に乗り出すことには何の問題もないだろう。リバタリアン・パターナリズムが示唆してきた諸手法は、非政府組織・団体・個人による多元的な社会秩序形成・規律統制の可能性を示唆している<sup>84)</sup>。これらの非強制的・非公式法的な規制手法は、一方では公式法秩序、行政行為と順接的な相補関係を結び、いわゆる“公私協働”的なガバナンスを支えるかもしれないが、他方ではそれらと（あるいは他の非公式法的規制と）と競合・競争を引き起こしながら独自に実効的支配を確立しようとするかもしれない。これらの場合、これらの非公式的で非強制的な諸規制は、公式法と同等か、それに準じた規範的規律（憲法上の権利の尊重や説明責任など）に服さねばならないのだろうか。そうだとしたらその根拠は何か。またこの規律は現実にはどのような形をとるのだろうか。

政府が採用する社会統制手法が多様な非強制的な手法を組み込んでそのヴァリエーションを拡大するにせよ、政府外の個人や組織がこれらの手法を活用して社会統制の一翼を受け持つにせよ<sup>85)</sup>、リバタリアン・パターナリズムの示唆する統治の理論は、人当たりのいい（あるいは知らないうちに作用する）、安価で軽快な、しかも確実な達成を見込める統治のあり方を志向していると言えそうである。

## (2) 公法的視点の全面化と意思決定権限の配分理論

他方、リバタリアン・パターナリズムが開拓した（あるいは前提としていた）視点を通して法体系全体を見渡すならば、現行法体系の内容を特に書き換えることなく、これに従来とはかなり異なる眺望を与えることができそうである。

ここまでの整理からも明らかのように、サンステーションにとって、法は人びとの行為環境、選択アーキテクチャの主要な構成要素の一つである<sup>86)</sup>。それらはすべて何らかの仕方でも選択当事者の選択費用を増減させ、その行為選択を左右するための手段として統一的に理解できるだろう。例えば、この観点の下ではもはや義務賦課規範 mandatory rule、構成的規範 constitutive rule あ



るいは権能付与規範 power-conferring rule の間に質的区別を設ける必要はない<sup>87)</sup>。罰則を示して一定の行為を命令／禁止する法規範も、ある行為を通じて一定の権利義務関係を形成・変更することを可能にする法規範も、あるいはある地位を占める者に一定の法的判断・行為をなす権限を与える法規範も、すべては選択当事者の行為選択を直接・間接に嚮導するための道具として連続的・一元的に理解できるのである。

このような見方の下では伝統的な私法と公法の区別も意味を失う。サンスティーンはおそらくかなり自覚的に、刑法的な社会統制機能、私法的な活動促進機能、あるいは手続法的な紛争解決機能をすべて行政法的な権限配分機能の中に溶かし込むような<sup>88)</sup>、きわめて急進的な公法一元論の立場をとろうとしているのではないか（その意味で、ここで生じているのは公法と私法の融合というより、私法秩序の公法秩序への吸収である）。いわば彼は、社会の総体を一つの自己統治体とみなした上で、（公私の区別を問わず）社会内で下されるあらゆる意思決定の権限に関し、その理想的な配分を包括的に確定するための装置として、公式法体系の総体をとらえなおそうとしているのである。

この野心的な法構想の骨格を理解するには、サンスティーンと哲学者エドナ・ウルマン＝マルガリート＝の共著論文「第二回の決定」を下敷きにするのがよいだろう<sup>89)</sup>。ここでサンスティーンとウルマン＝マルガリートが企てているのは、あらゆる制度構想が前提にすべきメタ理論の提示である。それによると、制度設計作業の核心は、制度の設計者とその制度下で意思決定を行う者との間での意思決定権限の割当て問題に集約できる。制度設計者は制度を構成するルールの抽象度や適用規定の粗密を決めることを通じ、設計者により多くの決定権限を与えて個々の意思決定者の裁量を控えさせることもできるし（「計画」）、逆に設計者はごく大雑把な活動の枠組みだけを定め、活動内容の細部は現場での意思決定に幅広く委ねてしまうこともできる（「委任」<sup>90)</sup>）。この意味で制度設計は、誰にどの範囲、どの程度の意思決定を認めるかについての決定、すなわち「第二階の決定 second-order decision」なのである。

制度設計作業の中で裁量抑制の厳格さ＝委任の幅を特定するために参照すべき指標としてサンスティーンとウルマン＝マルガリートが指示するのは、第一階・第二階の意思決定にそれぞれ要すると見込まれる決定費用 decision cost（情報収集・解釈・判断の費用、関係者間の交渉費用）と過誤費用 error cost（意思決定を誤った際に被る費用）である。設計者は常にその総額が最小となるように制度を設計しなければならない。“現場”での第一階の意思決定に多くの決定費用・過誤費用が見込まれ、第二階の意思決定にそれほど多くの費用が生じない場合には、綿密な計画を立てて裁量の余地をなくしておくべきだろうし、その逆であれば抽象的で柔軟な方針のみを示して現場での決定に多くを委ねるのが賢明だろう<sup>91)</sup>。

このような観点に立てば、サンスティーンにとっての法体系が、決定費用と過誤費用を参照しながら個々の行為当事者に許されるべき裁量・委任の幅を加減するための道具の一種であることは、容易に理解できる。もちろん、対象となる活動の規模や性質に応じて第一階の決定権限を広く認めるべき場合もあれば、第二階の決定権限を広くとって第一階には裁量の余地を残さない方

がよい場合もあるだろう。例えば高速道路のような巨大な建造物を建設する場合には、関係者にそれぞれの担当部署で随意に振る舞うことを許さず、ある程度明確で具体性のある計画を定めて単一の機関が多数の現場の判断と行動を統制した方が賢明である。逆に経済活動のように設計者には収集しきれない膨大かつ多様な情報が生産・消費・取引の現場に分散している領域では、綿密な計画に従って中央統制的にこれを制御しようとするよりも、個々の行為当事者間の自発的な相互調整の可能性を幅広く認めたほうが総体としての決定費用・過誤費用を抑制できるだろう。ここでは、公法であれ私法であれ、すべてが“設計”の産物としてとらえられている点を見逃してはならない。たとえ後者のように一見自由放任主義的にみえる行為環境でも、選択アーキテクトから見れば「第二回の決定」の産物である。サンスティーンが、政府は行為環境の設計は避けられない、と繰り返し強調していたのは、どんな法も社会内の決定権限の配分に影響を与えざるをえないことを強く意識してのことでもあったのである。

ここまでくれば、リバタリアン・パターンリズムもまた、社会の総体を網羅する意思決定機構の設計の一翼を担う手法であることは明らかだろう。それはまさに、選択当事者による第一階の決定に多額の決定費用・過誤費用が見込まれ——システム1の口出しを抑えてシステム2を起動させ続けることはどんな人にとってもたいへんな負担である——、他方で第二階の制度設計には必要な情報と判断能力、道徳性が十分に見込まれている——不思議なことにサンスティーンはこの点についてきわめて楽観的である——場合には、それが選択当事者の私事にわたる事柄であったとしても、第二階の決定者としての選択アーキテクトの判断が、選択当事者のそれよりも優先されるべきだ、という判断を下敷きにしている。この帰結主義からのパターンリズムの正当化を前提に、この意思決定権限の配分方針をなるべく広範な社会的合意に根づかせようとしたのが、少なくとも外見上は個人の自由・自律性に配慮した“リバタリアン”・パターンリズムだということになるだろう。

## 5. おわりに：抗いがたい魅力と潜在的代償

いささかの過ぎた難癖が多くなったかもしれないが、筆者はなおリバタリアン・パターンリズムが今日の統治理論（とりわけ立法学・公共政策学）にとって群を抜いた魅力と有望さをそなえた思想であることをいささかも疑っていない。その強みについてはすでに本文中に明かかだと思いが、最後にこの思想の今日的意義について一言、二言述べておこう。

まずリバタリアン・パターンリズム（あるいはそれが示唆する統治の理論）は、ポスト規制国家の統治上の課題に的確に答えるものである。それは一方で二十世紀末の規制緩和の潮流の中で現代国家が手放した（と見せかけた）——にもかかわらず何か問題が生じれば常に有効な対応を要求される——社会の諸領域に対する統制技術を確実に拡充するものである。また他方、この手法は市民＝選択当事者の自発的な行動傾向をいわば政策資源として活用すると同時に政府外の個人・組織をも行為環境の設計・執行者に引き込むことで、政府の介入費用と責任の軽減を可能に

した。その結果、少なくとも理論上は従来以上に人当たりのよい、面倒見のよい政府をより低費用・低負担で提供できる可能性が開かれたのである。

第二にこの思想は、現代社会に生きる（選択当事者としての）一般の人びとに対しても、快適でなおかつ危険の少ない生活の可能性を示唆している。前世紀末以降、日常的に接する情報の量が爆発的に増大し、処理しきれないほど多様な生活上の選択肢にさらされ続けている先進諸社会の住人にとって、他人の自由な選択はリスクの源であり、自分の自由な選択は（自己責任原理による）負担の源である。このような感覚が広く共有されているとき、あらかじめ自分の利益を慮って調整された多様なナッジから構成される行為環境に「自由な選択」の大半を委ねることは、確実な安心・安全を帰結の不確かな自由よりも重んじる多くの人びとにとって、魅力的に響くことは間違いないことのように思う<sup>92)</sup>。情報と選択の過剰な現代社会において、サンスティーンの唱える標語、「選ばないことを選ぶ choosing not to choose」は一つの福音となるのではないだろうか。

とはいえこれによって多くの批判者が示した懸念がすっかり解消するわけではない。難点の詳細を繰り返すことはしないが、リバタリアン・パターナリズムは、パターナリズム論、あるいはより広く統治の理論として見たとき、あまりに政府の能力と善良さに対して楽観的に過ぎ、またそれが認める規律的介入の範囲と深度においてしっかりとした歯止めをそなえているようには見えない。特に、強制性を抑制排除することによって、統制的規律の手段や目的に関する合意調達の手を省くことができるとみなされがち傾向は、統治者にとってはきわめて好都合だろうが、政府というもの一般に頑迷な疑いを保つ人びとに対しては、むしろその警戒心を強く刺激することになるだろう。

また、あらゆるパターナリスティックな干渉、あらゆる社会統制的な規制を一つの包括的な理論と原理で説明し切ってしまう傾向は、理論的なわかりやすさの代償として、従来のパターナリズム論や統治の理論、法概念論が築き上げてきた煩雑な概念上の区別を押し流してしまうが、そのことにも筆者はかすかな危惧を覚えないでもない。心身ともに健全な状態にあると一応みなされる人に対するパターナリスティックな干渉と、そうとは言いがたい不幸な状態にある人へのパターナリスティックな干渉とを同列に扱うこと、危害や損害を抑止するための干渉と便益や能力を増進するための干渉とを同列に扱うことは、パターナリズムの手法や意義を事象の多様性に即して考える繊細な手つきを理論家から奪うことにならないか。たとえ同様の帰結が期待できるとしても、刑法的な規律と不法行為法による規律、あるいは司法的な紛争解決と行政的な規制との間には質的な差異が残るのであり、扱う課題の性質に応じてそれらを適切に使い分ける必要があるのだ、という保守的な法学的発想にも、切れ味には乏しいものの、なお捨てがたい知恵が残されているように思えるのである。

またとりわけ、リベラルな統治の理論にとっては「最悪の統治者がそれを採用したときに何が起るか」をすべての統治手法の試金石とすることは依然として必須のことのように思う。リバタリアン・パターナリズムの理論を最も高い水準で習得し、なおかつ並外れて独善的な（あるいは

は極端に政治的圧力に屈しやすい) 権力者が、リバタリアン・パターナリズムとその統治理論を用いて統治を行った場合、どんな事態が生じるか。その擁護者も批判者も、まだその可能性を調べつくしたとは言えない。特に、この手法が請け合う安価できめの細かい統治がどのような暴走の可能性を潜在させており、それが社会にどのような損害をもたらすのかについての算定は(ちょうど原子力発電所がそうであったのと同様に)、まだ十分になされているとは言えないのである。

### 注

- 1) Cass R. Sunstein and Richard Thaler, "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron", *The University of Chicago Law Review* Vol. 70, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 1159-1202.
- 2) Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness (Revised and Expanded Edition)*, Penguin Books, 2009 [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社、2009(第1版の翻訳)].
- 3) Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011 [村井章子訳『ファスト&スロー：あなたの意志はどのように決まるか？(上)(下)』早川書房、2012]をみよ。また併せて、川濱昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦、亀本洋、川濱昇編『現代法の変容』有斐閣(2013)および若松良樹「行動経済学とパターナリズム」平野・亀本・川濱編『現代法の変容』有斐閣(2013)も参照した。
- 4) サンスティーンは従来から経済的選好のみならず政治的選好についても同様の批判的態度をとっている。彼の経済的自由放任主義批判、熟議的民主主義擁護の背後にはつねにこの選好概念批判があった。那須耕介「可謬性と統治の統治」平野・亀本・川濱昇編『現代法の変容』有斐閣(2013) pp. 287-288をみよ。
- 5) Cf. Kahneman, *Fast and Slow*, esp. Ch.1-3.『ナッジ』では、前者に「ヒューマン Human」、後者に「イーコン(邦訳ではエコノ) Econ」の愛称が与えられている。
- 6) これら代表的な認知バイアスの例と説明については、*Nudge*, Pt. 1および川濱「行動経済学の規範的意義」前掲注3 pp. 408-413をみよ。
- 7) 明確に区別されているわけではないが、ここには個々の行為主体が単独で思考する際にも作用するタイプの非合理性(錯覚、偏見、習慣、意志の弱さ等)と、集団の中での相互作用を通じて初めて発生するタイプの非合理性(バンドワゴン、カスケード、集団極化等)の両方が含まれていると考えられる。
- 8) 喫煙や暴飲暴食、中毒や依存症とそれらの累積が招く生活習慣病、中長期的な視野の欠如または弱さに由来する貯蓄や保険の不足などが想定されている。
- 9) 交通渋滞、環境破壊、エネルギー枯渇、貧困などの他、(著者は挙げていないものの)治安の悪化やインターネット上の流言、「炎上」現象などを考えることができるだろう。
- 10) 結局のところサンスティーンとセイラーにとって問題なのは選択当事者本人の自己危害なのか、それが累積して生じる社会全体の損失なのか。この点については後述、第4節のB(1)をみよ。
- 11) もちろんこのことだけから、パターナリスティックな介入の主体が「政府」であるべきとの主張は導けない。第4節C(1)で後述する。
- 12) パターナリズムというよりはモラリズムの疑いがもたれるものがある。第4節B(1)で検討する。

- 13) これについては本人たちも認めている。“Oxymoron,” pp. 1189-1190. をみよ。
- 14) 行為当事者にとってその選択の前提となるような環境的要因全般（選択肢、規範、時間資源、物理的諸制約、選択当事者の能力、知識、健康状態等）を指す。サンステーションとセイラーは、行為当事者はその大半を自覚のないまま所与のものとして受け取りつていることを強調し、他方でこの環境の一部を操作・制御あるいは設計することでその行為選択に何らかの影響を与えることができることに着目したのである。この行為環境の設計者は「選択アーキテクト choice architect」と呼ばれる。
- 15) これは別の文脈では「決定費用 decision cost」と呼ばれる。後述、第4節B(2)をみよ。
- 16) 「いまやリバタリアン・パターンリズムと非リバタリアン・パターンリズムとの違いがそれほど単純でも確固としたものでもないことは明らかだろう。リバタリアン・パターンリストは選択の維持に固執するが、非リバタリアン・パターンリストはすすんで選択の幅を狭めようとする。しかしどの場合でも、本当の問題は選択を実行する際の費用であり、ここにあるのは截然とした二項図式ではなく、一つの連続性である」[“Oxymoron,” pp. 1185]。「撞着語」論文では、パターンリズムの干渉をその干渉の度合いの弱いものから順に、「ミニマル・パターンリズム」「能動的選択要求 required active choices」「手続的制約」「実質的制約」に分類している。Cf. *Ibid.*, pp. 1188-1190.
- 17) こうした発想の先鞭は、例えば Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982, pp. 116-119 に見出される。それによると、狭義の強制によらずに同等の効果（本書では「自由な言論への一定の制約」）を得られる複数の手法を比較検討して、それらが本質的には強制と区別がないことを論じている。同書には、準則一般を権限配分と手続規定の手段とみなす見解も示されており、サンステーションへの影響が推測される。なお、後述の Cass R. Sunstein and Edna Ullman-Margalit, “Second-Order Decisions,” *Ethics*, vol. 110, pp. 5-31 (1999) [松尾陽訳「第二階の決定」、那須耕介編訳『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（2012）]の冒頭箇所には、サンステーションがシャウアーから受けた影響への言及が見られる。
- 18) “Oxymoron,” pp. 1164, 1180-1183.
- 19) ここでは主に Gregory Mitchell, “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, No. 3 (2005), pp.1245-1277, Ricardo Rebonato, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan (2012), Sarah Conly, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge U.P. (2013), Julian Le Grand and Bill New, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?* Princeton U.P. (2015)、瀬戸山晃一「法的パターンリズム論の新展開（一／二・完）——リバタリアン・パターンリズム論の含意と法規制——」*阪大法学*第60巻4号（2010）pp. 807-826／同第64巻2号（2014）pp. 389-413を参照した。またサンステーションは、2008年の来日時にもリバタリアン・パターンリズムとナッジに関する講演を行い、日本の討論者とのあいだで議論を交わしている。その記録として、Yasutomo Morigiwa and Hirohide Takikawa (eds.), *Judicial Minimalism - For and Against: Proceedings of the 9th Kobe Lectures. Tokyo, Nagoya, and Kyoto, June 2008*, *Archiv für Rechts- und Socialphilosophie*, Franz Steiner Verlag (2012)。
- 20) Cass R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press (2014)。本書のもとになったのは、2012年のイェール・ロースクールでの講演である。Cf. Sunstein, “The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism,” 122 *Yale Law Journal*, pp. 1826-1899 (2013)。
- 21) “Libertarian paternalism is the set of interventions aimed at overcoming the unavoidable cognitive biases and decisional inadequacies of an individual by exploiting them in such a way as to influence her decisions (in an easily reversible manner) towards choices that she herself would make if she had at her disposal unlimited time and information, and the analytic abilities of a rational decision-maker (more precisely, of *Homo Economics*).” [Rebonato, *Taking Liberties*, p. 6]

- 22) *Ibid.*, 32-33.
- 23) *Ibid.*, p. 37, 41.
- 24) *Ibid.*, pp. 38, 41, 56, 195-196.
- 25) *Ibid.*, pp. 129, 200-208.
- 26) *Ibid.*, pp. 41-42.
- 27) *Ibid.*, pp. 48-50, ch. 8.
- 28) *Ibid.*, ch. 9.
- 29) *Ibid.*, ch. 10.
- 30) Rebonato, *Taking Liberties*, pp. 232-247, Le Grand & New, *Government Paternalism*, *supra* note 19, pp. 28-30.
- 31) ルグランとニューが示した手段／目的パターナリズムの概念は、各々ソフト／ハード・パターナリズムの概念に重なるようにみえるが、別物と考えるべきである。この点は後に第4節のB(1)で検討する。
- 32) “Oxymoron,” pp. 1161, 1181-1182; *Nudge*, pp. 77-78.
- 33) Rebonato, *Taking Liberties*, pp. 200-207.
- 34) *Ibid.*, pp. 141-147.
- 35) *Ibid.*, 8-9, 132-133.
- 36) *Ibid.*, pp. 132-134.
- 37) Mitchell, “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron,” *supra* note 19, pp. 1253-1254. また瀬戸山「法的パターナリズム論の新展開(二・完)」前掲注19 pp. 405-407 もみよ。
- 38) Mitchell *op cit.*, 1260ff.
- 39) Rebonato, *Taking Liberties*, pp. 130-131, 141-147, Le Grand & New, *Government Paternalism*, pp. 142-145.
- 40) Mitchell, “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron,” pp. 1255-1258.
- 41) コンリー自身は“強権的／誘導的”パターナリズムにそれぞれ“ハード／ソフト”・パターナリズムの語をあてているが、本稿はこれに従わない。後掲注45参照。
- 42) Conly, *Against Autonomy*, *supra* note 19, pp. 29-32.
- 43) Sunstein, *Why Nudge?* *supra* note 20.
- 44) *Ibid.*, p. 59.
- 45) サンステーン自身は前出のコンリー同様、強権的／誘導的パターナリズムにそれぞれハード／ソフト・パターナリズムの表現をあてている。この区別は、介入手法の強度（選択当事者がこれを覆すのに要する負担の重さ）による。しかし一般的には、選択当事者（干渉を受ける側）の判断能力や行動の任意性の有無・適否に関わりなく加えられるパターナリスティックな干渉を“ハード”・パターナリズム、そうした能力・任意性が欠けているか不十分であるときにのみその意思決定・行動選択への援助として与えられる干渉を“ソフト”・パターナリズムと呼ぶのが慣例だろう。本稿では慣例的な語法に従う。
- 46) ここではもはや「強制か自由放任か」という馴染みの対項自体が消滅していることに留意されたい。少なくとも法的な強制が意味するのは、通常、物理的に一定の行動を強いるのではなく、強制的サンクションの可能性を提示しながらの象徴的な威嚇に他ならないからである。
- 47) 前掲注16をみよ。
- 48) *Why Nudge?* pp. 61-62. それでもなお、GPSが提供する情報はしばしば選択的・限定的であり——移手段として徒歩・自動車・公共交通機関のみを示して自転車や車椅子は含まれない、各

ルートの所要時間や金銭的費用は示すが各々の勾配の厳しさや風景の美しさまではわからない、など——、提供されるべき情報の取捨選択は選択当事者の行為環境を有意に再設計することになるだろう。

- 49) サンスティーンはその具体例として、喫煙抑制政策に14の方法がありうること（実際にその多くが採用されていること）に注意を促している。それによると、政府が人びとの喫煙行動を抑制する際には以下のような手法があり、それらが適宜組み合わせられているのである。すなわち、(1) 禁止と厳重な過料、(2) 禁止と軽微な過料、(3) 禁止と厳重な民事制裁、(4) 禁止と軽微な民事制裁、(5) 課税、(6) 禁煙支援プログラムの提供、(7) 禁煙成功者への報奨金、(8) 有害性広告の展開、(9) 包装紙上の有害性広告掲載の義務づけ、(10) 印象操作的教育の展開、(11) 事実提供的教育の展開、(12) 包装紙上の有害性情報開示の義務づけ、(13) 販売所の制約、(14) 1箱あたりの本数の制約。Cf. *ibid.*, 82-86.
- 50) *Ibid.*, pp. 19-20, 66-68.
- 51) 選好が時間的に一貫しない行為当事者に対する介入は一層やっかいである。目的を極限まで抽象的に定式化してしまえば、どんなパターンリスティックな介入も手段的となるが、逆に目的を極限まで具体的に定式化してしまえば、どんな介入も目的強要的となってしまうからである。サンスティーンはこの問題の存在を認めた上でこれには直接答えず、一定期間内の厚生を最大化を当人の真の目的とみなしてその総計の最大化につとめるべきだ、という見解を示している。Cf. *ibid.*, pp. 72-75.
- 52) *Ibid.*, pp. 18-19, 72, 74-75.
- 53) *Ibid.*, pp. 159-161.
- 54) *Ibid.*, 100-102.
- 55) “Oxymoron,” p. 1200.
- 56) *Why Nudge?* p. 102. また最近著の Sunstein, *Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*, Oxford U.P. (2015) pp. 42, 57 では、選択当事者からのフィードバック（ナッジに反する行動を取るなど）が選択アーキテクトとしての官僚に対する制御として機能しうることを指摘している。ここからは当然、「選択アーキテクトのための選択アーキテクトチャ」の可能性が検討されることになる。そこで想定されているのは主に民主的説明責任である。cf. *ibid.*, p. 100.

なお一般には、官僚の信頼性への批判の多くは、「選択アーキテクトは人びとの最善の利益を慮り、かつそれを実現できる最善の判断者だ」とする想定への疑いに根ざしている。この批判は言うまでもなく J. S. ミルのパターンリズム批判に端を発する。逆にサンスティーンらは「当人こそが自己の利益の最善の判断者である」という見解自体に対し、異議を示してきたと言えるだろう（「危害原理の認識論的論拠」；後述第4節C(1)）。

他方、若松良樹「パターンリズム批判の因数分解」亀本編『高等研報告書1003 スンマとシステム——知のあり方——』財団法人国際高等研究所（2011）は、「最善の判断者」は誰か、という視点からなされる論争そのものを批判している。それによると、そもそもミルがパターンリズム批判の根拠としたのは選択当事者本人の自己利益に関する判断の能力ではなく、その判断を下すべき権威の所在なのである。この場合、問われるべきは、誰に当人の利益について最善の判断を下す能力があるかという（可謬性をめぐる）事実問題ではなく、その最終判断を誰に担わせるべきかという（権限配分をめぐる）規範問題だということになるだろう。選択アーキテクトは必ずしも選択当事者の最善の利益を実際に認識し促進する存在でなくてもかまわない。むしろそれはそのしかるべき最終的な判断者あるいは唯一の判断者であればよいのである。もちろんこの場合には、政府官僚がそのような権威を認められるべき存在であるのかどうか、またこの判定はどのような基準に拠るべきなのかといった問いに答える必要が生じてくるだろう。

- 57) *Why Nudge?* pp. 98-99, *Choosing Not to Choose*, *supra* note 56, pp. xii-xiii, 17, 19-21, 157-173.
- 58) *Why Nudge?* pp. 123-138.
- 59) サンスティーンは *Choosing Not to Choose*, pp. 108-109 において「決定効用 decision utility」（意思決定時に期待された効用）と「経験効用 experienced utility」（決定後に実際に得られた効用）とを対比し、自律擁護者がしばしば前者を偏重しがちであること、むしろ後者をこそ効用計算の対象とすべきことを論じている。
- 60) *Ibid.*, pp. 94-95.
- 61) *Ibid.*, pp. 144-146.
- 62) *Ibid.*, pp. 147-148.
- 63) *Ibid.*, pp. 149-151.
- 64) *Ibid.*, pp. 151-154.
- 65) ミッチェルは、リバタリアン・パターナリズム的政策（例えば退出選択型の確定拠出年金制度）が再分配的機能をそなえていること——合理的に行動して富を得た者から非合理的に行動してこれを得られなかった者への移転——を指摘し、サンスティーンの厚生最大化的パターナリズムではなく、こうした再分配機能をもたない、自由・自律最大化的なパターナリズムこそが真のリバタリアン・パターナリズムだと論じている（その意味では彼の主張はその論文のタイトル「リバタリアン・パターナリズムは撞着語である」を裏切っている）。ただし、そこで彼が容認・推奨するパターナリズムの手法は、サンスティーン自身が能動的選択要求 required active choosing 等の名で提示しているものとかかなりの程度重合するように思われる。Cf. Mitchell, “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron,” *supra* note 19, pp. 1269-1275.
- 66) 松尾陽「アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題」法律時報 87 巻 4 号 84-91 頁（2015）は、「自然的」自由観と「政治的」自由観とを対比しつつ、政治的作為を通じて創出される「非支配としての自由」を意味する後者が共和主義者のいう自由であることを指摘している。ここでサンスティーンがとるのも、自由はすべて「政府による自由」である、という観点であり、後者に属する。
- 67) 瀬戸山によると、「強制によらないパターナリズム」という発想自体、それまでに皆無であったわけではない。瀬戸山「法的パターナリズム論の新展開（一）」、前掲注 19、817-818。
- 68) 前掲注 45 をみよ。
- 69) Joel Feinberg, *Harm to Self: the Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford U.P. (1986), pp. 12-16.
- 70) *Why Nudge?* pp. 65-71.
- 71) パターナリズム全般がこの種の危険を抱えていることの指摘として、田中成明『現代法理学』有斐閣（2011）、pp. 185-187。
- 72) Rebonato, *Taking Liberties*, pp. 232-247.
- 73) ルグランとニューは、個々の社会構成員の道徳的改善をめざす干渉を道徳的パターナリズム Moral Paternalism、社会総体の道徳性の維持改善をめざすものを法モラリズム Legal Moralism と呼んで区別している。個人の道徳的改善が社会総体の道徳的改善に結びつかない例が見出されない限り、前者は後者に含まれるように思えるが。Cf. Le Grand & New, *supra* note 19, 35-36.
- 74) 瀬戸山 2014 前掲注 19, 402-405。
- 75) この点に関し、瀬戸山は次のように指摘している。「サンスティーン教授らの洞察や主張が正しければ正しいほど、人は現場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、嗜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という危険があると言える」（同 404-405、強調は原著者）。



- 76) 類似の指摘として、Hiroshi Kamemoto, “Responsibility of the Planner”, in: Morigiwa & Takikawa (eds.) *Judicial Minimalism - For and Against* (2012), pp. 73-74 をみよ。
- 77) その例として、「市場模倣的手法 market-mimicking approach」(選択当事者の大多数の現実の選択を踏まえた上で、その選択を誘導する行為環境を整備するもの) [Sunstein & Thaler, “Oxymoron,” pp. 1193-1194] や、「能動的選択要求 required active choosing」(選択当事者に選択肢と選択に必要な情報を開示した上でその中からの選択を強制し、これにより選択肢の不知や選択の放棄を抑制するもの) [*Ibid.*, pp. 1173-74, 1188-1189, 1194-1195] 等がある。
- 78) *Why Nudge?* Introduction and Epilogue.
- 79) *Ibid.*, p. 21. なお、前掲注 56 の若松の議論を参照のこと。
- 80) Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford U.P. (1997), ch.1, Sunstein, *Choosing Not to Choose*, *supra* note 56, pp. 53, 94-95, 181.
- 81) この点に関する近年の危害原理批判論を検討したものとして、宮崎真由「「法による道徳の強制」再考(一/二・完) — 刑罰の正当化における道徳原理の意義 —」法学論叢 165 巻 4 号/166 巻 1 号 (2009)。
- 82) あるいは、従来もっぱら個人法益保護の観点から理解されてきた諸々の法規範も、常に何らかの社会的・国家的な“公益”保障への関心を潜在させていたのだ、と考えるなら、サンスティーンの議論はそのような正当化根拠の二重性を取り払い、厚生最大化主義に一元化しようとするものであるようにも思える。
- 83) *Nudge*, Ch. 11, 12.
- 84) サンスティーンらの構想とは独立にこの種の課題について考察した例として、大村敦志『生活のための制度を創る シビル・ローエンジニアリングにむけて』有斐閣 (2005) がある。また、近年ソフトローや(機能的)法多元主義の標語のもとに論じられている諸現象も、この観点からとらえなおすことができるかもしれない。浅野有紀「法多元主義における公私協働」学習院大学法学学会雑誌 48 巻 2 号 (2013) をみよ。
- 85) サンスティーン自身は、ナッジ的な働きかけが従来政府よりも民間において広く用いられてきたことを認めつつも、政府だけを選択アーキテクチャの設計の担い手に想定している。彼自身はリバタリアン・パターンリズム論を公私協働的なガヴァナンス論に接続することに関心はないのだろう。以下で見る通り、一元的な意思決定システムが社会全体を包括する、という公法的な秩序観をとるためには、複数の行為環境設計間の競争・競争と調整といういっそう複雑な問題を避ける必要があるからだろうか。
- 86) 個々の市民を名宛人とする行為規範はもちろんのことだが、政府組織の構成員のみを名宛人とする裁決規範もまた、それが規定する政府の行動が市民の行為環境を形作るという意味で、(間接的な)選択アーキテクチャの一部だといえる。
- 87) 義務賦課規範は規制規範 regulative rule と呼ぶ場合もある。これらの規範(準則)の種別についてはさしあたり Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Clarendon Press (1991), pp. 3-7 をみよ。
- 88) これら法の社会的諸機能の区別と特性については、田中『現代法理論』71-78 をみよ。
- 89) Cf. Sunstein & Ullman-Margalit, “Second-Order Decisions,” *supra* note 17. おそらくこの論文が、サンスティーン統治理論(リバタリアン・パターンリズムのみならず、司法ミニマリズム論や熟議民主政論など)全体を包括する背景理論の位置を占めている。その要約的紹介として、松尾陽「規制形態論への前哨 — 規制の分散化と規制作用の静態的分析 —」近畿大学法学第 60 巻 1 号 (2012) pp. 143-146、那須「可謬性と統治の統治」前掲注 4 pp. 294-297 もみよ。

- 90) Sunstein & Ullman-Margalit, "Second-Order Decisions," *supra note* 17, pp. 13-16.  
 91) *Ibid.*, pp. 11-13.  
 92) Sunstein, *Choosing Not to Choose*, *supra note* 56 の主題はまさにこの点に照準するものであった。

### 参考文献

#### [Sunstein 関連]

- Sunstein, Cass R., *Free Markets and Social Justice*, Oxford U.P. (1997) [有松晃、神谷匡子、柳澤和夫訳『自由市場と社会正義』農文協 (2002)]  
 Sunstein, Cass R., "On Fallibility: A Reply," in: Morigiwa and Takikawa (eds.), *Judicial Minimalism - For and Against*, Archiv für Rechts- und Socialphilosophie, Franz Steiner Verlag (2012)  
 Sunstein, Cass R., *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale U.P. (2014)  
 Sunstein, Cass R., *Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*, Oxford U.P. (2015)  
 Sunstein, Cass R. and Thaler, Richard H., "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron", *The University of Chicago Law Review* Vol. 70, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 1159-1202  
 Sunstein, Cass R. and Thaler, Richard H., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness (Revised and Expanded Edition)*, Penguin Books (2009) [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 社 (2009) (第1版の翻訳)]  
 Sunstein, Cass R. and Ullman-Margalit, Edna, "Second-Order Decisions," *Ethics*, vol. 110, pp. 5-31 (1999) [松尾陽訳「第二階の決定」、那須耕介編訳『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 (2012) pp. 203-243]

#### [その他]

- Conly, Sarah, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge U.P. (2013)  
 Coons, Christian and Weber, Michael, *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge University Press (2013)  
 Feinberg, Joel, *Harm to Self: the Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford U.P. (1986), pp. 12-16  
 Le Grand, Julian and New, Bill, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?*, Princeton U.P. (2015)  
 Kamemoto, Hiroshi, "Responsibility of the Planner", in: Morigiwa & Takikawa (eds.) *Judicial Minimalism - For and Against* (2012) pp. 73-74  
 Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast & Slow*, Farrar, Straus and Giroux (2011) [村井章子訳『ファスト&スロー あなたの意思はどのように決まるか? (上・下)』早川書房 (2012)]  
 Mitchell, Gregory, "Libertarian Paternalism Is an Oxymoron", *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, No. 3 (2005) pp. 1245-1277  
 Morigiwa, Yasutomo and Takikawa, Hirohide (eds.), *Judicial Minimalism - For and Against: Proceedings of the 9th Kobe Lectures. Tokyo, Nagoya, and Kyoto, June 2008*, Archiv für Rechts- und Socialphilosophie, Franz Steiner Verlag (2012)  
 Rebonato, Ricardo, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan (2012)  
 Schauer, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge U.P. (1982)  
 Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Clarendon Press (1991)

- 浅野有紀「法多元主義における公私協働」学習院大学法学会雑誌 48 巻 2 号 45-71 頁 (2013)
- 大村敦志『生活のための制度を創る シビル・ローエンジニアリングにむけて』有斐閣 (2005)
- 川濱昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦、亀本洋、川濱昇編『現代法の変容』有斐閣 405-442 頁 (2013)
- 瀬戸山晃一「法的パターナリズム論の新展開 (一/二・完) — 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 60 巻 4 号 (2010) pp. 807-826/同第 64 巻 2 号、389-413 頁 (2014)
- 田中成明『現代法理学』有斐閣 (2011)
- 中村直美『パターナリズムの研究』成文堂 (2007)
- 那須耕介「可謬性と統治の統治 — サンステイーン思想の変容と一貫性について」平野仁彦、亀本洋、川濱昇編『現代法の変容』有斐閣 285-310 頁 (2013)
- 松尾陽「規制形態論への前哨 — 規制の分散化と規制作用の静態的分析 —」近畿大学法学第 60 巻 1 号 119-160 頁 (2012)
- 松尾陽「アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題」法律時報 87 巻 4 号 84-91 頁 (2015)
- 松尾陽、宍戸常寿、曾我部真裕、山本龍彦「[[座談] アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題 (前編/後編)」法律時報 87 巻 5 号 107-115 頁/87 巻 6 号 92-100 頁 (2015)
- 宮崎真由「[法による道徳の強制] 再考 (一/二・完) — 刑罰の正当化における道徳原理の意義 —」法学論叢 165 巻 4 号/166 巻 1 号 (2009)
- 森村進「キャス・サンステイーンとリチャード・セイラーの「リバタリアン・パターナリズム」」一橋法学 7 巻第 3 号 1087-1097 頁 (2008)
- 若松良樹「パターナリズム批判の因数分解」亀本編『高等研報告書 1003 スンマとシステム — 知のあり方 —』財団法人国際高等研究所 105-122 頁 (2011)
- 若松良樹「行動経済学とパターナリズム」平野仁彦、亀本洋、川濱昇編『現代法の変容』有斐閣 445-467 頁 (2013)