

[研究ノート]

行動主義的な法と経済学の展開可能性

—Cass Sunsteinによる近時の議論を中心に*

柳 瀬 昇

1 はじめに

合理的な個人を前提とする伝統的な経済学に対する批判理論として登場した行動経済学 (behavioral economy) が注目されるようになって久しい。わが国でも、一般向けの解説書が書店に数多く並び、また、2007年には行動経済学会が発足して、いよいよ本格的な研究が始まりつつある。

ところで、Harvard大学法科大学院Felix Frankfurter講座教授¹⁾であるCass R. Sunsteinは、わが国で最も有名な憲法学者の1人である。Sunsteinは、行政法や環境法に関する論文も多数発表しているが、その一方で、行動経済学を法分野へと応用すること (Sunstein自身は、behavioral law and economics (以下、「BLE」と略記する)、behavioral analysis of lawないし behavioral approach to law and economicsなどと呼称している)²⁾も精力的に行っている。

本稿では、SunsteinのBLEに関連する著作におけるいくつかの議論を紹介する。純然たる憲法解釈理論に関する研究や行政法・環境法関連の業績をも合わせて紹介しなければ、Sunsteinの思想世界全体を理解することはできない(また、法学研究者である筆者の関心も、それらのほうに重点がある)が、「行動経済学は経済政策に何をもたらすのか?」という筆者に与えられた問いに対して、生産的な討議のための情報提供をする責任を果たすべく、法理論プロパーの事項に深く立ち入るべきではないとの自制が必要になるだろう。そこで、本稿では、Sunsteinの数多くの著作のうち、伝統的な経済学への疑

問をまとめた*Free Markets and Social Justice* (1997)³⁾、BLEに関する論文のアンソロジーである編著*Behavioral Law and Economics* (2000)、行動経済学者として名高いRichard H. Thalerとの共著*Nudge* (2008)⁴⁾におけるいくつかの議論を、紙幅の許す限りで紹介することとする。

2 伝統的な経済学の基礎的概念に対する根源的疑問

まず、自由放任主義の神話、選好の形成と社会規範、選好のコンテクスチャルな特性、公正な分配の重要性、人間の財貨の多様性、法律による選好の形成可能性、人間の合理性のパズルという7つの基本的テーマを展開する著作である⁵⁾とSunstein自ら位置づけた*Free Markets and Social Justice*を取り上げる。同書が刊行された時点では、まだ、Sunsteinは、行動経済学ないしBLEという表現を明示的には用いていないが、ここにSunsteinのBLE研究の萌芽を見ることができると、筆者が考えているからである。

Sunsteinは、同書の冒頭で、次のような興味深い予告をしている。「私は、特に、合理性、社会規範と個人の価値判断に関する近時の実験的で理論的な研究が、法律上及び政策上もたらす結果に関心を抱いている。この研究は、人々の選択と判断が、伝統的な経済学者の予測とはまったく異なっていることを示唆している。人々の選択は、……独特の社会的役割による作用であり、そして、われわれは不合理ないし疑似合理的に行動しうる。とりわけ、この研究は、個人が選択を行う際の公正さ、互惠性、協力をはじめとする社会規範の重要な役割を示している。もし合理性と社会規範との関係性を明らかにしなければ、目標を達成するための政策を設計する際に、大きな過ちを犯すであろう」(傍点と中略は筆者による)⁶⁾。引用箇所のうち傍点部分などは、名指しこそしていないが、まさに行動経済学のことを指すのではなかろうか⁷⁾。

なお、Sunsteinが行動経済学ないしBLEという表現を初めて意識的に用いたのは、*University of Chicago Law Review*の64巻(秋季号)1175頁以下に掲載された“Behavioral Analysis of Law”であると思われる⁸⁾が、この論文の発表

は、*Free Markets and Social Justice*が刊行された1997年であった。図書として刊行されるタイムラグを考えれば、同書がまとめられた後にそこで抱いた問題意識を踏まえてこの論文が書かれたと考えるのが自然であろう。

*Free Markets and Social Justice*は3部から構成されるが、本稿では、具体的な内容に関する検討である第2部や第3部よりも、“Foundational Issues”と題する第1部に注目したい。ここで、Sunsteinは、伝統的な経済学の基礎的概念に対して、法学者の見地から、根源的な疑問を示しているからである⁹⁾。

(1) 選好概念に対する疑問

立憲民主主義 (constitutional democracy) が政治的選択の基礎として選好 (preference) を据えるべきか否かについて、こんにちの政治学、法律学、特に経済学の標準的な答えは肯定的である。現代経済学は、既存の選好の充足を基礎とする厚生 (welfare) の概念に支配されているし、政治学と法律学では、いわゆるパターナリズムと呼ばれるものが、公的領域においても私的領域においても両方で嫌悪されている¹⁰⁾。

しかしながら、そもそも、その基礎となるべき選好とは一体何を示すのか。Sunsteinは、選好の概念が不明瞭であることを指摘する。顕示選好という考え方が意図するように、選好を単なる選択としてとらえるとすれば、それは容易に理解しうるものであるが、ならば、選択の問題を考えればよいのであって、選好の概念を用いることは不必要である。選択自身ではなく、選択の背景にあるものであるとすれば、それはいったい何なのか。Sunsteinは、「固定した精神状態か、肉体的存在か。それはどのように認識され、または叙述されうるのか」と矢継ぎ早に問いかける¹¹⁾。

選好とは、選択そのものではなく、選択の背後にあって、選択よりも抽象的で一般的なものであると解すべきであろう。いずれにせよ、選好と選択との関係は、曖昧である。それは1つのもの (a thing) ではなくて、熱望、嗜好、身体的状態、既存の役割・規範への対応、評価、判断、感情、動因、信念、気まぐれといったものの手におえない混合物 (an unruly amalgam of things)

であり、これらの相互作用は個々の状況下において具体的な結果を生じうる。したがって、選好は、引き出される (elicited) ものというよりも、むしろ社会状態から作り上げられる (constructed) ものである¹²⁾。多くの選好は、(外在する) 社会規範や諸条件の所産であり、コンテクスチャルなものである。

要するに、選好という概念は非常に混乱を招くものであり、その用い方次第では、法の事実解明的な分析と規範的な分析の両方を損なうものであると、Sunstein は結論づける¹³⁾。

(2) 選好と民主政治

かりに選好が的確に定義されたとしても、政府がそれを単純に尊重すべきということにはならないと、Sunstein は述べている¹⁴⁾。選好をあるがままに政府が受け止めるべきか、それとも、選好を政治的成果に基づくものとして受け止めるべきかについて、別途の検討が必要となるからである。

ここでは、選好は、自然に発生するものではなく、政府によって何らかの形で影響されて形成されるものであるという理解を、Sunstein は前提にしている。人々がある選好をもつかどうかは、少なからず、政府が何らかの物や権利などを人々に与えたかどうかという作用次第である。選好が法的規制の1つの作用であるとすれば、政府は人々の選好に基づいて行動することはできないという¹⁵⁾。選好が政府による作為の所産ないし影響物ならば、それに基づき政府が政策決定を行うことに、なんら正当性を見出すことができないと Sunstein は解しているのであろう。

また、選好が内生的に形成されるものであることを前提にすれば、それを固定的なものとして扱うような民主政治は、福祉の増進に資するものとはいえず、むしろ不幸で困窮した生活へと人々を導くことになる。不当な背景的条件の結果生じた選好 (例えば、ヘロインなどの常用性の高いものへの嗜好) を尊重することは、リベラルな民主政治への正しい道ではない¹⁶⁾。

では、選好と民主政治との関係はどう位置づけられるのか。Sunstein は、単に選好を充足させることではなく、より根源的には選好の形成過程におい

て自律 (autonomy) を保障することも、民主政治の目標の1つであると考えている。政府の決定について、選好をそのまま参照して正当化する必要はないし、正当化されるべきでないことがあると Sunstein は考える¹⁷⁾。

そして、伝統的な経済学ではあまり強調されない(その一方で、我々法律学の世界では最も重要な)権利 (right) という概念が登場する。すなわち、民主的な政府は、個人の選好を熟慮・評価・規制の対象として受け入れるべきであって、過度な主張に対しては、権利という名の若干の抑制を行うべきである。そして、その権利とは、集合的自己決定の過程によって妥協されてはならないものである¹⁸⁾。

(3) 市民と消費者との行動の差異

テレビのホームコメディを好む人が、娯楽以外の放送を支持するかもしれない。絶滅危惧種を保護することによって物質的利益を得ない人が、そのような種を保護する厳しい法律を求めるかもしれない。貧しい人に対して施しをしない人が、社会保障・社会福祉を求める法律を是認するかもしれない。自分自身は人種や性別に中立的に行動しない人が、反差別的な法律を支持するかもしれない。これらの例を挙げたうえで、Sunstein は、市民 (citizen) の政治的な選択が消費者 (consumer) としての選択とは異なるものであることを指摘する¹⁹⁾。

筆者が思うに、これは、おそらく行動経済学という限定自己利益 (bounded self-interest) を意識した議論であろう。伝統的な経済学においては、政治の場面における人々の行動は、合理的な消費者としての行動から推論することができるとする。しかしながら、現実には、人々は、市場において行動する場合とまったく同様に、政治の場面において行動しているわけではないということが容易に想像できるし、観察されうる。

人々は、法律を通じて市場の選択とは異なる集合的願望を実現しようとするかもしれない²⁰⁾。伝統的な経済学を前提とする限り信じられないことであろうが、現実には、他人を尊重する利他的な願望を満足させようとするこ

もありうる。ここに、伝統的な経済学の限界を、法学者Sunsteinは見出している。

なお、市民と消費者の行動の差異という議論は、同書の他の章でも繰り返し論じられている²¹⁾。

(4) 人間の価値観の複数性と多様性

人間の価値観とは、単一ではなく複数であり、また、非常に多様である。例えば、愛情という概念についていえば、親への愛情は、子どもへの愛情とは異なり、さらには友人、配偶者、ペットまたは家屋への愛情とは異なる。我々は、無私の勇敢な行為に対して驚嘆の念を抱くとともに、音楽の演奏や美しい海浜に対しても同様の念を抱く。その一方で、例えば、友人に対して愛情と敬意とを同時にもつように、各種の価値観が1つの対象に向けられることもある²²⁾。

このように、異なる種類の価値観を、幸福、効用、快楽などといった1つの上位概念にまとめることは困難である。

例えば、友人と一緒に昼食をとる約束をしていたが、非常に忙しくなったため、キャンセルしたくなったと仮定しよう。昼食をキャンセルする失礼を補填するために、金銭の支払いを申し出るとすれば、実際には、それは絶望的に不適切な対応であろう。その友人が、一緒に食事することよりも、1ドル、10ドル、100ドルまたは1,000ドルをより好むとしても、現金の申し出は補償というよりも侮辱と考えられる²³⁾。

友人関係や家族関係が金銭で取引されるということは、伝統的な経済学の世界では、考えられるのだろうか。社命で家族と離別して生活すること、隣人に対価を払って芝刈りを頼むこと、性的交渉を金銭と引き換えに求めることなどは、かりにサービスの公正な価格が示されたとしても不適切さは残ると、Sunsteinは述べている²⁴⁾。

この価値観の多様性という観念は、再び権利概念が登場する舞台を用意する。すなわち、多様な種類の価値観を理解することは、ある事物が市場で取

引されるべきではなく、それゆえに市場での交換を禁止すべきであるという見解を説明しやすくすると Sunstein は主張する。例えば、性的能力・産児能力²⁶⁾を市場で取引すべきではない。なぜならば、市場がこれらの「もの」を経済的に評価することは、適切な種類(水準ではなくて)での評価とは矛盾するどころか、それを蝕みうるからである²⁷⁾。市場が性的能力を高すぎるまたは低すぎると評価しているのではなく、市場がこれらの活動を誤った方法で評価しているのである。例えば、動物が尊厳をもったものとして尊重されるべきであって、人間の消費と使用のためのみの存在として扱われるべきではないと考える動物愛護運動家の考えは、必ずしも動物の生命が無限の価値があるという主張を伴うものではない。それは、動物の評価の種類を変えようという理解である。市場で取引されるべきではないということは、価値が過大・過小・無限であるからというだけでなく、そもそも人々の価値観が多様であるからという根拠も合わせて考えるべきではないかと、Sunstein は主張する。

(5) 共通基準での通約不可能性

価値の多様性という議論と密接に関連することで、伝統的な経済学に対する根源的な疑問の1つの基礎をなす議論として、通約不可能性 (incommensurability) の問題にも若干触れておきたい。

功利主義者は、効用 (utility) こそがさまざまな財を評価するための単一の測定基準であり、少なくともその一部は、その単一の測定基準によって、実際に価値の序列化が可能であると考えている。しかし、Sunstein は、人間のさまざまな財 (goods) は単一の測定基準では計測することができないと主張する²⁸⁾。

では、単一の測定基準で通約不可能であれば、法学者は、さまざまな財を比較することはできないと考えるのか。もし比較可能でなければ、人々はそれを選択することができないのではないかとの批判が、直ちに経済学者から提起されるだろう。

Sunsteinの回答は、「いな、そうではない」である。すなわち、さまざまな財が共通基準で通約できる (commensurable) と考えなくても、比較可能ではある (comparable)²⁹⁾。したがって、共通の基準で通約できない財の中からの選択はできる。財は、単一の測定基準によって並べられると考えなくても、合理的な評価の対象にはなると考えられる。つまり、共通基準での通約不可能性は、必ずしも比較不可能性を伴わなくてもよい。

*Free Markets and Social Justice*には、そのほかにも、伝統的な経済学の基礎的概念に対するSunsteinの根源的疑問が数多く示されている³⁰⁾。ここでの検討などを通じて、伝統的な経済学が前提とする選好本位主義や通約可能性に対して疑問をもち、また、同様の疑問を共有する(ものと思われる)行動経済学という新たな潮流と接触して、その有用性を認識し、公共政策に関するさまざまな課題について、大胆な政策提言を行うようになる。

3 行動主義的な法と経済学の意義と基本概念

(1) 論文集 *Behavioral Law and Economics*

Sunsteinは、Chicago大学法科大学院教授だった2000年に、*Behavioral Law and Economics*と題する論文集の編者を務めた。同書は、さまざまな大学の法科大学院の紀要に掲載された既発表論文を集めたアンソロジーであるが、中には、*Behavioral Decision Making*誌、*Journal of Political Economy*誌、*Journal of Economics Perspective*誌に掲載されたものも含まれている。寄稿者の多くが法科大学院の教員であるが、経済学や心理学の研究者も論文を寄せている。Sunstein自身は、冒頭の“Introduction”、心理学者と経済学者との共著論文各1編(第7論文、第15論文)のほかに、Christine Jollsや後に共著書*Nudge*を執筆するThalerとの共著論文“A Behavioral Approach to Law and Economics”³¹⁾(第1論文)、2002年にノーベル経済学賞を受賞したDaniel Kahnemanとの共著論文(第9論文)を掲載している。

(2) 行動主義的な法と経済学の意義

Sunstein は、*Behavioral Law and Economics* の“Introduction”において、BLEの意義とその基本的な術語について、簡潔に解説している。Sunstein は、さまざまな著書・論文で、繰り返し、BLEの基本的な考え方について説明しているが、同書の“Introduction”における解説が最も簡潔にまとめられたものであると思われるので、本稿では、ここでの議論に基づき、必要に応じて前述の“Behavioral Analysis of Law”と“A Behavioral Approach to Law and Economics”で挙げられた説明を参照しつつ、BLEとは何かについて検討することとする。

要するに、BLEとは、法の分析に関して行動経済学を持ち込む、言い換えれば、法に関係する行動や選択についてのより正確で新たな理解をもたらすことである³²⁾。

標準的な経済学の原理を踏まえてこそ法規範は最もよく分析され理解されると法と経済学は断定している³³⁾が、伝統的な法と経済学がその基礎とする新古典主義経済学の標準的な仮定は、実用的ではあるが、しばしば誤っている。人々は、限定合理性(bounded rationality)を示し、限定的な意思力(bounded willpower)を有し、(幸運なことに)限定的な自己利益を求めている³⁴⁾。だからこそ、BLEの登場である。(1) 標準的なモデルの予測は単純に誤りであるものもあり、また、(2) (標準的な)経済学では予測できないこともある。(3) 法内容についての標準的な経済学理論は、自己利益的なログ・ローリングによって既定された裁判官やレント・シーキングする立法者によって作られた最適の(または、次善の)ルール、あるいは不当に限界を制限された潜在的説明に基づいている。(4) 法と経済学への行動主義的アプローチは、法システムをどのように作ればよりよく機能するかに関して、多くのいまだかつてない処方箋(a host of novel prescriptions)を提供する。(5) そして、このアプローチは、私的アクターや公的アクターによって引き起こされるありうべき誤りについての新たな問題を提起する³⁵⁾。

繰り返し述べられているとおり、人々の選好や価値観は、社会状態から引き出されるというよりも、むしろ作り上げられるものである。同書第2論文で示唆されているように、例えば、陪審員や裁判官の選好や価値観は、法システムによって引き出されるのではなく作り上げられるものである³⁶⁾。

ここでは、事実解明的課題 (positive task)、処方的課題 (prescriptive task)、規範的課題 (normative task) の異なる3つを区別して考えるべきである³⁷⁾。第一の事実解明的課題とは、予測に関するものである。法が人々の行動にどのように影響を与えているのか、ルールの変更に対して個人はどう反応するか、なぜ法はそのように作られているのかといった問題に答えるものであり、法の経済学的分析の中心的な課題である³⁸⁾。もし人々が同様の利得より同様の損失を回避しようとするならば(それは、伝統的な経済学の仮定に、明らかに反することであるが)、伝統的な経済学の仮定に基づく限り、予測は誤ることになる。Ronald H. Coaseにノーベル賞(1991年、経済学賞)を獲得させたコースの定理が多くの場合に誤りであるということを、BLEは示すことになる³⁹⁾。第二の処方的課題は、我々の共有すべき目標の実施に社会がどのように到達するかを示すことに関わるものである。社会的に望ましくない行動を抑制するなどといった特定の目的を達成するために、法はどのように利用されうるのか⁴⁰⁾。例えば、貧困や公害被害を減少させ、より多くの生命を守るためには、我々はどうすればよいか⁴¹⁾。第三の規範的課題は、法システムは何をすべきかという問いに関連する。法システムの目標の評価である。間違いへと導くヒューリスティック・デバイスを用いれば、その人のリスク判断は大変に見当違いなものになりうるし、非現実的なほど楽天的な人々は、平気で危険を冒す。行動主義的な理解によって近時修正されることは、法におけるパターンナリズムについての議論を動揺させる。もっとも、ここでの議論は、パターンナリズムを承認するものというよりも、反—反パターンナリズム (anti-anti-paternalism) である⁴²⁾。

(3) ヒューリスティクスとバイアスと法システム

同書の第1部は、ヒューリスティクスとバイアスに関するものである。人々

は、ヒューリスティック・デバイスのバイアス(あるいは、親指の法則)に基づき意思決定を行うが、それは、多くの場合うまくいかず、それどころか、システムティックに過ちへと導かれる。誤った認識へと導くさまざまなバイアスやアヴァージョンに人々は悩まされるが、そのバイアスやヒューリスティクスは、法と特定の関連を有するものである。

バイアスについては、次の4つを考える。

- (1) 極端なものへのアヴァージョン (Extremeness Aversion) 人々は極端なものを嫌うものであり、このアヴァージョンは妥協効果 (compromise effects) を引き起こす。例えば、小型ラジオAと中型ラジオBとでは多くの人はAを選ぶが、大型ラジオCを見せられれば、多くの人は、代わりにBを選ぶ。3つの選択肢が示されれば、選ばれなかったオプションによって、2つの中からの選択が変化する。妥協効果は、どんな選択肢が利用可能であるか次第である。法分野との関連では、裁判官や陪審員の判断、選挙、医師の診療、政策形成において、このアヴァージョンは機能している。
- (2) あと知恵バイアス (Hindsight Bias) 人々は、偶然に起きたことをあと知恵的に必然に起きたことであると考えてしまうことが多い。あと知恵バイアスの結果は、陪審員の法的判断を非常に歪めうる。過失があったか否かの判断は、このバイアスに非常に影響を受けやすい。
- (3) 楽観主義的バイアス (Optimistic Bias) 人々は楽観的になりやすく、これは大きな過ちを引き起こしうる。事実をよく知っている人であっても、他者よりも自分に現れるリスクを低く考えてしまいがちである。自動車事故、エイズ感染、心臓発作、喘息、その他の多くの健康リスクについて、実に多くの人々が、自分は他者よりもその対象になりにくいと確信している。リスク判断について、システムティックに自信過剰になっており、それは、非現実的な楽観主義である。
- (4) 現状維持バイアス (Status Quo Bias) 人々は現状を維持しがちであり、そこから離れようとすることについては、正当化が強く求められる。こ

れは、プロスペクト理論の中心的な発見である。法の世界では、現状こそが判断基準となり、それが法にとって重要な現象である現状維持バイアスを生じさせる。同書では、このバイアスと契約法との関係も論じられている⁴³⁾。

行動経済学と認知心理学は、人々が自分のすべきことを単純化するために用いる多くのヒューリスティック・デバイスを明らかにしてきた。ヒューリスティクスについては、次のとおりである。

- (5) 利用可能性 (Availability) 人々は、ある出来事が容易に思い浮かぶときなどに、リスクをより深刻にとらえがちである。そして、この利用可能性ヒューリスティクスは、システムティックな過ちを引き起こす。リスク評価にはこのバイアスがかかっており、原子力事故のリスクを高く、脳梗塞のリスクをそれよりも低いと評価してしまう。この利用可能性ヒューリスティクスは、法対応を求めることに関して影響を与える。
- (6) アンカーリング (Anchoring) 人々は、初期値やアンカーとなるもののバイアスに基づき起こりそうなことを判断してしまうことが多い。初期値は気まぐれや非合理的なものであるかもしれないのに、それに基づき起こりうるだろうと評価してしまえば、きわめて誤った評価となりうる。例えば、陪審員の損害賠償についての判断は、アンカーに基づき行われやすいが、これは広汎な裁量をもたらさう。
- (7) 先例に基づく決定 (Case-based Decisions) 代替案の見込まれる費用と便益を計算することは多くの場合難しいので、その負担ゆえに、人々は、過去の事例から推論して物事を単純化しがちである。この先例に基づく決定という形が、裁判所では重要な役割を果たす⁴⁴⁾。

(4) さまざまなものへの評価と法システム

同書の第2部は、人々が利得や損失に対してどのように反応しているかといった評価について扱われている。法システムにおいてはしばしば金銭が扱われるが、はたして人々は金銭について十分に考えることができるのか、

人々の思考の特徴とは何だろうかということが、ここで取り組むべき課題である。

- (8) 損失へのアヴァージョン (Loss Aversion) 人々は、特に損失を嫌う。同じ利得のものを得るよりも失うほうが残念に感じる。経済学理論に逆らって、人々は、自分の負担する費用と機会費用とについて、等価であるとは解していない。この損失へのアヴァージョンは、法の実証的分析にとって、重要な含意を持つ。このことは、コースの定理は誤りであることを意味する。また、権利を付与されたという事実によってより高い価値を引き起こすという権利付与効果 (endowment effect) が示される。「クレジットカードだとサーチャージする」ではなく「現金だと値引きする」と言うことや、親が子どもに対して「あることをすれば罰を与える」ではなく「別のことをすれば褒美を与える」と言うことなどを考えてみよう。損失へのアヴァージョンは、不法行為に関する民事訴訟で何を求めるべきかについて、深刻な問題を引き起こす。原告は、損害発生以前の状態への回復を求めるべきなのか、それとも、現実の被害の賠償を要求すべきなのだろうか。
- (9) メンタル・アカウンティング (Mental Accounting) 金銭は代替可能であるというのが、多くの経済学者の単純で明白な争いのない前提であるが、現実には、この前提は誤りである。人々は心の中で計算した結果として枠組みを作っており、例えば、このお金は退職後のため、このお金は休暇のためなどというように、金銭は区画に入っていくものである。メンタル・アカウンティングは、法と政策にとって、一連の含意を持つ。例えば、政府は政策を形成することによって、ある種の心の中の計算を作らせることができるかもしれない。例えば、社会保障制度や、他の明らかにパターナリスティックなプログラムとともに、個人の自己コントロール戦略として、心の中で計算をさせるよう要求できるかもしれない。
- (10) 市場外の規範的な判断を金銭で位置づけることの困難性 (The Difficulty, Outside of Markets, of Mapping Normative Judgments Onto Dollars)

法システムの下で、裁判官や陪審員は、ある種のことを判断したうえで、金銭で置き換えればいくらになるか計算するよう求められることが多い。しかしながら、はたして金銭への置き換えはどのように行われ、それはうまく行われているだろうか。2,000羽の野鳥を保護するためにいくらなら喜んで支払うか、あるいは、傷害を引き起こす危険を顧みない行為に対して被告人はいくらの罰金を科されるべきかと尋ねられれば、見当がつかない。法システムの下で、名誉毀損やセクシャルハラスメントなどへの慰謝料はこのような困難なことに影響されているし、懲罰的損害賠償についても同様である。

(5) バイアス・ヒューリスティクスや評価と法システムの設計

第3部は、法に対する需要の問題を扱っている。なぜ法はそのように作られているのかについて、BLEは特有の答えを示す。

- (11) 利己主義バイアス (Self-serving Bias) 公正さについての人々の判断は利己主義的であり、人々は、非現実的なまでに楽観主義的で、かつ、自分の判断に自信過剰でありがちである。家事を何%しているかと夫婦それぞれに尋ねたら、その答えの和は100%を超えてしまう。この点は、交渉の行き詰まりという不可解な現象に影響を与える。なぜ和解は進まず、法システムが紛争解決に多くを費やすことになるのか。その答えは、他人が考えるよりも多くを自分が受け取るにふさわしいとの信念をもつというこの利己主義バイアスが、交渉に着こうとする両当事者に影響を与え、同意を非常に困難にしているからである。
- (12) 協調・公正・恨みと互恵人 (Cooperation, Fairness, Spite, and Homo Reciprocans) 人間は、自己本位的であり、他者の厚生よりも自己のそれを追求し、物質的厚生に最も関心を寄せると経済学者は仮定する。この便利な単純化された仮定は、正しいこともある。しかしながら、人々は、公正に扱われることを望み、公正に行動し、公正に行動していると見られることを望む。法律学の観点からは、人は、経済人 (homo

economics)であるというよりもむしろ、互恵人(homo reciprocans)である。例えば、最後通牒ゲームで、先手番のプレイヤーは1ペニーを提案し、後手番はそれを承諾すると経済学者は予測するが、実際には、そんなことは起こらない。決まって全体の30から40%の額が提案されるし、20%よりも少ない提案はたいてい拒絶される。半々の分け前ということも多い。このゲームの結果は、非常に示唆的である。人々は、公正という規範を犯すことが経済的な自己利益であるときでさえも、それを犯すことはない。囚人のディレンマの状況を実験すると、高い度合いで協力が見られる。峻烈さないし恨みは、法的結果を決めるにあたって、重要な役割を果たしうるということである。

(13) 利用可能性と社会的影響(Availability Again and Social Influences)

人々は、利用可能性ないしは容易に検索しうる事例についての判断に基づき、発生可能性について判断するということが見られる。さらに、利用可能性ヒューリスティクスは、社会的環境においてはつきりと作用する。他者が考え行うように、人々は、いつも思考し行動する。農薬ががんを引き起こすかどうか、あるいは、有害な廃棄物の投棄が深刻な社会問題であるかどうかについて知らなくても、他者が考えるであろうことに従えばよい。もし有害な廃棄物の投棄が深刻な社会問題であると、あるいは法律によってそれを憎むべき犯罪として禁止すべきだと、多くの人が考えるならば、それに同調すればよく、そうしていれば無教養で悪意に満ちた無神経な人だとは思われないだろう。これは、政府による規制の需要と供給を説明するのに役立つ。利用可能性カスケードは、良い方向にも悪い方向にも両方において、法と政策を運用するのに役立つ。

4 リバタリアン・パターナリスティックな選択アーキテクチャ

(1) パターナリズムとリバタリアニズムとが結びつく不思議

以下は、法律学の世界における語用法である。

パターナリズム (paternalism) とは、リベラリズムの観点からは、その必要性は十分に理解されつつも、必ずしも好意的には評価されないアンビバレントなものである。例えば、未成年者その他十分な判断能力を有しない者などを保護するための民法上の制限行為能力者の財産上の保護制度は、処分を希望する本人の意思に反しても、国家が干渉して、本人の意思どおりの法的効果を生じさせないようにするものである。青少年の健全育成という観点から、地方公共団体が条例を制定して、未成年者に対して一定の行為規制を行うことも、公権力としては、彼らのためによかれと考えて行うパターナリスティックな介入であるが、規制を受ける本人としては、望まない干渉である。パターナリズムは、リベラリズムが最も尊重すべきと主張する個人の自己決定を阻害するものである⁴⁷⁾。

リバタリアニズム (libertarianism) とは、個人の自由を最大限に尊重し、それと対立しうる国家の干渉を最小限にとどめるべきであるという政治思想であり、社会的公正をより志向するリベラリズムと区別するために意識的に用いられるようになった術語である。したがって、リベラリズムよりも強く個人の自律と自己決定を重視すべきと主張する一方、自ら努力を怠り弱者となり貧困にあえぐようになるとしても、それは本人の自己責任であり、福祉的な措置を講じて救済する必要性は乏しいと考える点で、リベラリズムとは異なる道を歩む。

このように記述すれば、自己決定を阻害するパターナリズムと、自己決定を最大限尊重すべきとするリバタリアニズムとは永遠に相結び付かない存在のように思われるが、Sunsteinらの手によれば、リバタリアンという形容詞とパターナリスティックという形容詞は矛盾なく共存しうる。その点を論じ

たものが、*Nudge*である。

リバタリアン・パターンリズムとは、選択の自由を維持しながらも人々を望ましい方向へ導くこと(そのような選択アーキテクチャが、ナッジ(*nudge*)である)を重視する考え方である⁴⁸⁾。人々には、自分がしたいと思うことをして、望ましくない取決めを拒否したいのなら拒否する自由を与えられるべきである。選択の自由を重視し、それを維持し高める政策を設計しようと努力している点で、リバタリアンである。それと同時に、人々が自分たちの暮らしがよくなるような選択をするよう、民間であろうと政府であろうと、人々の行動に影響を与えるよう誘導すべきだと考える。人々を望ましい方向へ導くという点で、パターンリストである。そして、Sunsteinらによれば、リバタリアンもパターンリズムも、いずれも常識的な考え方であり、そして、それらを組み合わせたほうがより魅力的であるという⁴⁹⁾。

(2) リバタリアン・パターンリスティックな選択アーキテクチャ

*Nudge*は4部構成で、その第1部の前半では、経済学者が示す教科書的な合理的人間モデル(*homo economicus*、同書では、略してイーコン(*Econs*)と呼ぶ)ではない限定合理的なヒューマン(*homo sapiens, Humans*)の特性が示され、後半では、人間が完璧に合理的ではないからこそ、ナッジが必要であると述べられている。まず、アンカーリング、利用可能性、代表性⁵⁰⁾、楽観主義・自信過剰⁵¹⁾、獲得・損失⁵²⁾、現状維持バイアス⁵³⁾、フレイミング⁵⁴⁾などのヒューリスティクスとバイアスに我々がとらわれていることが確認される(第1章)。次に、わかっていながら先に出されたナッツを食べ過ぎてディナーが食べられなくなるヒューマンの事例⁵⁵⁾などを通じて、限定意思力やメンタル・アカウンティングが説明される(第2章)。第3章では、社会的影響力がなぜ・どのように作用するか⁵⁶⁾が検討されており、具体的には、人は他人から強く影響を受けるものであり、人の行動を変えるにはその社会的影響力を利用するとよいということが示唆されている。そのうえで、第1部後半では、選択アーキテクトが何を考慮すべきかが示される。ヒューマンに選択

をさせる場合、デフォルトルールをどうするかが重要である。選択者が自分自身の判断で選択しなければならない義務的選択 (required choice) は、自分で最善の選択ができるイーコンには歓迎されるが、よいデフォルトがあるほうを望むヒューマンには迷惑なものに見える。義務的選択については、ヒューマンがまったく選択できなくなることすらある。したがって、義務的選択は、選択が複雑なときには採られるべきではない⁵⁷⁾。

第2部と第3部では、貯蓄(第6章)、投資(第7章)、ローン(第8章)、年金保険(第9章)、医療保険(第10章)、臓器移植(第11章)、環境保護(第12章)、婚姻制度(第13章)の各分野で、具体的な興味深いナッジの提案が示されている。以下では、そのうち、第9章と第13章の事例を紹介することとする。

年金制度の設計に関しては、スウェーデンの民営化の事例が紹介される。これは、要するに、人々にできるだけ多くの選択肢を与え、好きなように選ぶことを認める単純選択肢最大化戦略 (Just Maximize Choices strategy) である⁵⁸⁾。ファンドは自由に参入できるものとされていたため、制度開始時点で456ものファンドが加入者に提供され、加入者は、この中から最大5種類を選び、独自のポートフォリオを組むことができた。デフォルトファンドも設定されていたが、加入者にはそれに頼らず自分でポートフォリオを作るよう推奨されていた。

Sunsteinらによれば、加入者にまったく選択肢が与えられないのはナッジとはいえず(リバタリアン的要素がないからであろう)、その一方、加入者に自分自身で強制的に選択させる義務的選択方式は、政府が国民に困難な選択を強要するものであり(パターンナリスティックではないといえよう)、いずれも、すぐれた選択アーキテクトは採るべきではないという。したがって、デフォルトオプションを設定すべきであるが、問題は、それを選択することを推奨すべきか、反対すべきかである(スウェーデンの方法は、後者を採用した)。スウェーデンの事例は、結果的には成功しなかった。そこで、Sunsteinらは次のように主張する。選択肢を増やすことにこだわるべきではない。選択肢が増えれば増えるほど、意思決定を援助する必要がある。デフォ

ルトオプションを設定し、簡易選択プロセスに誘導すべきである。問題が複雑であれば、良識ある選択アーキテクチャを構築することによって、人々を正しい方向へ導くことができる⁵⁹⁾。

また、婚姻制度については、次のような提案がなされる。婚姻を民営化し、デフォルトルールと刑事上の禁止規定を定めることを条件に、宗教団体などの民間組織の望むようにさせることを認める。国は、婚姻制度そのものを廃止し、シビルユニオン形態を導入すべきである。宗教団体が結婚を異性カップルに限定したければ、それを認めるべきであるし、離婚を制限したいのならば、それも認めるべきである⁶⁰⁾。

なぜこのような提案をするのか。米国において、婚姻には、租税の控除と負担、(休暇などの)権利保障、相続その他死亡に関する給付、所有権、意思決定の代理、(裁判における)証言についての特権という6つの便益が考えられるが、それ以外にも、結婚しているという状態に関連した象徴的・表出的な便益があり、これこそが多くの人にとっての婚姻の大きな意味である⁶¹⁾。しかしながら、国が係わる範囲においては、婚姻というパートナーシップを他のビジネス上のパートナーシップと同様に扱っても問題はない。したがって、Sunsteinらは、婚姻制度を民営化してもよいと主張する⁶²⁾。公的な婚姻制度は、子どもの利益や弱い立場の配偶者(多くの場合、女性)の利益になるので、それを存続させるべきではないかとの意見もあるだろう。しかしながら、婚姻制度は子どもを守るにはあまりにも不完全であり、もっとよい方法が考えられる。むしろ、異性間の結婚を支持するコンセンサスが崩壊している世界的な潮流を踏まれば、性別に中立的なシビルユニオンを導入しない点で、リバタリアン的な要素が十分に確保されているとはいえない⁶³⁾。そこで、弱い立場にある当事者を援助するような結果に導くことと、子どもの主たる養育者だった者に特別な支援が提供されることをデフォルトルールにしたうえで、上述の提案が妥当であるとSunsteinらは主張する。この提案を実現するならば、個人の自由と宗教団体の自由を増進しながら同時に(同性婚の可否などをめぐる)醜く激烈な社会的論争を軽減できると、Sunsteinら

は展望する⁶⁴⁾。

5 まとめに代えて

BLEの顕著な功績を1つ挙げるとすれば、国家によるパターナリズムを積極的に肯定することを可能にしたことであると筆者は考えている。

すなわち、従前の法律学の世界では、パターナリズムの対象は、未成年者、精神障害者、自殺志願者、一時的な破滅的衝動にとらわれた者など、十分な判断能力を必ずしも持ち合わせていない特異な者であった。そして、パターナリズムとは、彼ら正常な自己決定ができない者に対して、健全な判断能力を有する多数の個人によって構成される国家が、彼ら本人自身の利害のために、父権的に行うものであるとされてきた。

しかし、行動経済学は、その前提を根底から覆すものであった。行動経済学は、我々に、合理的な個人という幻想を打ち破り、どんな個人でもバイアスにとらわれ、イーコンのような選択を必ず行えるとは限らないということを示した。合理的な個人など現実には存在しておらず、実際には、人々は、限定合理的で、限定的な意思力を有し、限定的な自己利益を求めて行動するものである。そして、人々がヒューリスティクスなどで誤ってしまうとき、政府がパターナリスティックな選択アーキテクチャを採用することは、むしろ推奨されるのである。要するに、パターナリズムは、十分な判断能力を有しない弱者だけに必要な保護ではない。我々ふつうの人々にも、パターナリズムが必要である。

法律学の世界では、パターナリズムを進んで肯定的に評価し、パターナリズムの射程を通常人にまで拡張しようとは考えることは少ない。パターナリズムは弱者のためのものであるという偏見を払拭した点において、行動経済学は、法の領域に確実に影響を及ぼしうるものであると筆者は考える。

もとより、パターナリズムの再定位以外にも、BLEの所産としては、さまざまなものがあるかと思われるが、限られた紙幅で網羅的に論及するこ

とは困難であるため、最も顕著な(と筆者が考える)1つの例として、これを挙げるにとどめた。

この1点について考えるだけでも、行動経済学の進展と、それを母体とする法理論への応用形たるBLEの展開は、公共政策の制度設計者に多くの示唆を与えうるものであることは明らかである。そして、行動経済学とその応用は、単に現状を描写し分析する叙述的な学問にとどまらず、現実の政治へ影響を与えうる実践的な(あるいは、文字どおり、行動的な)学問としての可能性を秘めているといえよう。

*本稿は、日本公共政策学会2010年度研究大会(2010年6月5日、於 静岡文化芸術大学)のテーマセッション「行動経済学は経済政策に何をもたらすのか?」での報告のために書き下ろした論文「Cass Sunsteinと法の行動経済学的分析理論」を改題し、加筆・修正したものである。司会者の小澤太郎慶應義塾大学教授、報告者兼討論者の奥井克美追手門学院大学教授及び塚原康博明治大学教授ならびに当日のセッションにご参加いただいた方から賜った多数の有益なコメントに対して、記して感謝を申し上げる。なお、本稿は、平成22年度文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業(慶應義塾大学グローバルセキュリティ研究所、「わが国のバイオセキュリティ・バイオディフェンス準備・対応策策定についての医学・人文社会科学融合研究」)による研究成果の一部である。

- 1) ただし、オバマ(Barack Hussein Obama, Jr.)政権では、米国の行政管理・予算局(Office of Management and Budget)の情報・規制問題室(Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA)長官を務めることになったため、現在は休職中である。なお、Sunsteinは、本稿で取り上げる*Free Markets and Social Justice*で、この機関について、職務を拡大し、総合的なリスクの削減を主要任務の1つとすべきと主張していた(Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, 1997, p. 299)。
- 2) BLEについては、わが国では、ようやく理論が紹介されつつある段階であり

(この理論を紹介する邦語文献としては、瀬戸山晃一「法的パターンリズムと人間の合理性(1)」*阪大法学*51巻3号(2001年)33-57頁、同「同(2・完)」同51巻4号(2001年)55-77頁、同「自己決定の合理性と人間の選好」*日本法哲学学会編『宗教と法(法哲学年報2002)』*(有斐閣、2003年)131-140頁、同「法的パターンリズムと選好」*阪大法学*54巻4号(2004年)54-73頁などがある)、現時点では、まだ具体的事例への応用段階には至っていないものと思われる(この評価は、行動経済学そのものではなくて、その法分野への応用形であるBLEに対するものであることを念のため注記しておく)。なお、BLEを意識した本稿筆者による試論的考察として、Noboru YANASE, “The Meaning of the Peremptory Challenge in the *Saiban-in* (Lay Judges) Selection System in Japan: Legal Interpretation and Game Theoretical Analysis,” Yoshiaki Kobayashi and Seung Jong Lee eds, *Government and Participation in Japanese and Korean Civil Society*, Bokutakusha, 2010, pp. 221-241。

- 3) 邦訳は、有松晃・紙谷雅子・柳澤和夫訳『自由市場と社会正義』(財団法人食料・農業政策研究センター、2002年)。
- 4) 邦訳は、遠藤真美訳『実践行動経済学』(日経BP社、2009年)。
- 5) Sunstein, *supra* note (1), pp. 5-7.
- 6) *Ibid.*, p. 7.
- 7) 同書では、例えば、後述する極端なものへのアヴァージョン (*ibid.*, p. 16) やメンタル・アカウンティング (*ibid.*, p. 77) などにも触れられているが、私見では、同書における議論の中心は、あくまで合理的個人を前提としたモデルについてであると思われる。
- 8) より厳密に言えば、紀要に掲載される前に、同名の論文がChicago Working Papers in Law and Economics (Second Series) にワーキングペーパーとして公開されたのは、1997年4月のことである。一方、*Free Markets and Social Justice* は、すでに同年2月に刊行されている。
- 9) なお、筆者のここでの関心は、次のような点にある。すなわち、法学者Sunsteinによる経済学の諸概念に対する問題提起が、的を射たものであるのか。

もし焦点がずれているとすれば、どのような点についての理解がどのように不十分なのか。Sunsteinによる伝統的な経済学の基本的概念に対する根源的疑問は、行動経済学者によって共有されるものなのか。共有される／されないとするれば、それはどのような点においてか。

- 10) Sunstein, *supra* note (1), pp. 14-15. 基本的には、Sunsteinは(そして、筆者も)、民主政治過程では個人の選好の集計に努めるべきとする政治観に結びつく主観的厚生主義に懐疑的な立場にあり、むしろ、討議民主主義(*deliberative democracy*)という民主主義理論の擁護者である(*ibid.*, pp. 13-14; Cass R. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, 2007, pp. 11-12)。
- 11) Sunstein, *supra* note (1), p. 16.
- 12) Sunsteinの別の著作における「人々の選好は、自然からもたらされたものでも空から降ってきたものでもない……。それは、少なくとも部分的には、既存の制度、採りうる選択肢、過去になされた選択をはじめとする社会環境の産物である」(Sunstein, *Republic.com 2.0*, p. 120)という記述も、同趣旨であろう。
- 13) Sunstein, *supra* note (1), p. 38.
- 14) *Ibid.*, p. 17.
- 15) *Ibid.*
- 16) *Ibid.*, p. 18.
- 17) *Ibid.*, p. 20.
- 18) *Ibid.*
- 19) *Ibid.*, p. 21.
- 20) *Ibid.*, p. 23.
- 21) 例えば、*ibid.*, pp. 44-45など。
- 22) *Ibid.*, pp. 72-73.
- 23) *Ibid.*, pp. 73-74.
- 24) *Ibid.*, p. 75.
- 25) *Ibid.*, p. 76.
- 26) ここで、Sunsteinは、「乳児市場(*baby market*)」の創設を説くRichard A. Pos-

ner 判事の見解が、価値の多様性をめぐる問題を十分に検討するものではないとして批判している。なお、Posner は、Chicago 大学法科大学院准教授などを経て、Ronald W. Reagan 大統領の任命により、第7巡回区連邦控訴裁判所判事に就任した学級肌の裁判官である。法と経済学 (law and economics) 研究の先導者の1人として、わが国でも有名である。

- 27) *Ibid.*, pp. 76-77.
- 28) *Ibid.*, pp. 80-81.
- 29) *Ibid.*, p. 81.
- 30) もっとも、そもそも Sunstein が論難する対象としての伝統的な経済学についての彼の理解が、不十分であったり、一面的にとらえすぎであったり、あるいは、過度にステレオタイプなものであるのかもしれない。経済学の見地からのご批判を乞いたい。
- 31) これは、本稿で紹介する“Introduction”と並び、Sunstein らの BLE を理解するうえで非常に重要な論文の1つである。
- 32) このことこそが、同書の目的でもあるという (Cass R. Sunstein, “Introduction,” Cass R. Sunstein ed., *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000, p. 1)。
- 33) Christine Jolls, Cass R. Sunstein, and Richard H. Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics,” Sunstein ed., *Behavioral Law and Economics*, pp. 13-14.
- 34) *Ibid.*, pp. 49-50.
- 35) *Ibid.*, pp. 50-51.
- 36) Sunstein, *supra* note (32), pp. 1-2.
- 37) *Ibid.*, p. 2; Jolls, Sunstein, and Thaler, *supra* note (33), p. 13.
- 38) Jolls, Sunstein, and Thaler, *supra* note (33), p. 13.
- 39) Sunstein, *supra* note (32), p. 2.
- 40) Jolls, Sunstein, and Thaler, *supra* note (33), p. 13.
- 41) Sunstein, *supra* note (32), p. 2.
- 42) *Ibid.*, p. 3.

- 43) *Ibid.*, pp. 3-4.
- 44) *Ibid.*, p. 5.
- 45) *Ibid.*, pp. 5-7.
- 46) *Ibid.*, pp. 7-9.
- 47) もっとも、パターンリズムと自己決定の自由を両立させるような説明は不可能ではない。自殺を望む者に対してそれを思いとどめさせる行為は、本人が正常な判断能力を有していない状態にあるとして、正常な自己決定をなしえない本人に代わって、正常な能力を有していれば当然に本人が望むべき行動(自殺の中止)を他者が行わせしめるものであり、また、それが完遂してしまえば、将来におけるさまざまな可能性がすべて失われるのだから、後悔できない状態になる本人自身の利益(将来の自己決定の可能性)を重視するという意味で、(正常な/将来の)本人の自己決定のためであると説明することはできる。とはいえ、それでも、異常な/現在の本人の明示的な自己決定を阻害していることは明白である。
- 48) Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, revised and expanded edition, Penguin Books, 2009, pp. 223-224.
- 49) *Ibid.*, p.5.
- 50) *Ibid.*, pp. 23-31.
- 51) *Ibid.*, pp. 31-33.
- 52) *Ibid.*, pp. 33-34.
- 53) *Ibid.*, pp. 34-35.
- 54) *Ibid.*, pp. 36-37.
- 55) ナッツを片づけるということは、人々が(ナッツを食べるという)いつでも拒否できる選択肢を減らすことであり、選択肢が増えて状況が悪化することはないとする伝統的な経済学の見地からは、否定的に評価される。一方、自制心のないヒューマンは、ナッツという誘惑の食べ過ぎを回避させてくれたことを、ありがたいと感謝する(*ibid.*, p. 40)。

56) *Ibid.*, p. 54.

57) *Ibid.*, pp. 88-89.

58) *Ibid.*, pp. 147-148.

59) *Ibid.*, p. 158.

60) *Ibid.*, p. 228.

61) *Ibid.*, pp. 218-219.

62) *Ibid.*, p. 220.

63) *Ibid.*, pp. 223-225.

64) *Ibid.*, p. 228.