

キヤス・サンスティンの公法構想を探る

——近時のナッジ論からの示唆——

瑞慶山 広大 (九州産業大学)

zukeyama@mail.kyusan-u.ac.jp

5 【質疑応答の概要】

イレギュラーな報告方式かつ、不十分な報告内容にもかかわらず、以下のように、報告者の意図を徹底的に読み取った上での多角的な質問・コメントを頂戴した。質問者（及びすべての読者会員に）感謝申し上げます。

なお、便宜のため、「完全には理論化されていない合意 *incompletely theorized agreement*」を以下では「ITA」と略記する。

10 [Q1] 近時サンスティンが提示している「各人が判断するように *as judged by themselves*」定式や、「誘導性 *navigability*」の概念は、彼の立論の中でどのように位置付けられているか？

15 (A1) いずれもナッジによい印象を持たせるためのイメージ戦略のひとつであり、批判を然したる根拠もなく回避するリップサービスに過ぎないと考えている。前者の定式は、「4つの実体的統制原理（厚生、自律、尊厳、自己統治）が ITA を調達できること」のわかりやすい言い換えでしかないものである。後者の概念も、ナッジはあくまで補助的なもの（アシスト機能）にとどまるという印象を読者に持たせつつ、実際は、ナッジアーキテクトが望む方向への私人の誘導という側面をこっそりと入れ込んでいるのではないだろうか。なお、*navigability* の語義に「航続可能性」という *sustainability* のニュアンスがあることは、報告原稿の脚注 2 で述べた通りである。

20 [Q2] 「社会厚生主義」と「功利主義」は同義で用いているか？

(A2) サンスティンが自らを「功利主義者」と名乗ることを注意深く避けているため、報告中では功利主義者であるとは断定せず「社会厚生主義者」とした。しかし、彼は功利主義者（かそれに極めて近い立場）とみてよいと考えている。功利主義はしばしば①帰結主義、②厚生主義、③集計主義の 3 要素で特徴付けられるが、サンスティンは厚生

25 厚生の取扱いについて③を採用するし、単純な義務論に否定的な見解を述べることもあって①にもコミットしていると思われるからである。

[Q3] ITA の根拠はロールズのような理性的多元性への対処か、サイモンのような限定合理性にあった。報告中の「社会厚生主義単独では起こしていたかもしれないエラー・リスクの低減にある」との位置付けはこれらとは異なる

30 ものか？

(A3) ITA の根拠に新しいものを追加する意図はなかったが、ご質問を受けて、次のように別の種類のものを持ち込んでいたことが明瞭になった。本報告で主張したかったのは、個別のナッジ（＝個々の政策）の当否だけではなく、そうしたナッジを行う国家の統治構造（誰がナッジをするのか？等）の構想の当否についても、ITA の適用対象ではないかということであった。そこでの誤りには、依拠する理論を正しく適用できていないという誤りと、当該理論自体が誤っているというものがあり、後者の誤りについては、ITA の従来の根拠からは出てこない。サンスティンは理論家というよりも、自らの理論が実践に直接的に結び付くことを前提に議論している節がある。そ

35

のため、ある政策や統治構造を社会厚生主義から判断すること自体のミスをもリスクヘッジする必要がある、それゆえ ITA を持ち出しているのではないかと考えた。

[Q4] 報告のように、社会厚生主義による統治リスクを回避するために ITA が採用されているとして、サンスティンは、社会厚生主義よりも ITA のほうがその点で優れていることを示す具体的な議論を展開しているか？

(A4) そのような論証は私の知る限り見当たらない。ただ、彼が司法ミニマリズムにおいて ITA を擁護する際に提示する 4 つの機能：①社会の安定性にとって不可欠、②人々の共生の確保、互恵性と相互尊重の涵養、③社会的論争の長期化による政治的費用の削減、④道徳的進化・進歩への適応（キャス・サンスティーン〔那須耕介編・監訳〕『熟議が壊れるとき』〔勁草書房、2012〕 158-61 頁）が彼の本音であろう。つまり、政治・道徳理論どうしの専門性の高い対立・論争に足を踏み入れるよりも、それらの中で同意が調達できる政策を進めていく方が、よっぽど役立つと彼は考えているのだろう。

[Q5] 仮にサンスティンが可謬主義者であるとして、可謬主義というのは、それ自体としては科学の方法論であり、思想や哲学の立場を選ぶ手段にはならない。思想を実行に移す場合の個々の政策について、その実効性がないことが証明された場合に、思想が棄却されるわけではなく、政策が棄却される。この点で、社会的厚生主義に基づく個々の政策が、反証されるリスクを事前に避ける必要はあるだろうか？ そのようなリスクヘッジの考え方はむしろ、そうした政策の正当化への反証を困難にするもので、可謬主義から導くことができないのではないか？

(A5) サンスティンは「可謬主義」という科学の方法論を採用しているというよりも、自らの理論が実践に直接的に結び付くことを前提に、「可謬性」リスクの散在を統御する方法として、個人の選択の自由の保障や、ITA 論を提示しているのではないと思われる。しかし、そのようなサンスティンの態度が、自らの可謬性に誠実に向き合っているとは思われない。自らの理論的誤りを自覚する者こそ、その理論に基づく私見を徹底的に論証し、批判に開くべきだからである。反証されることをネガティブな意味でのリスクとして捉えるのは、理論的探求の場においては忌避すべきことであり、サンスティンが自ら依拠する特定の理論的前提を前面に出さず、諸理論からの合意が調達できるから問題ないと消極的態度を採ることは、不当なものである。

[Q6] 自説のリスクを、ITA を通じて他の理論にヘッジするという考え方は、「リスクヘッジ」になっているのだろうか？ 例えば、社会厚生主義を避けて、「自律や尊厳の価値に含まれる自由の内在的善さ」を認める立場からの政策提案も、同時にリスクがあって心配ということになるはずである。実際には、自由の内在的な善さが社会的厚生主義のリスクをヘッジしているのではなく、ある政策を実施する場合に、まず小さな範囲で実験してみる、という実験科学的な政策アプローチが、社会的厚生主義に基づく大きな政策の大きなリスクを避けるために機能しているのではないか？

(A6) リスクヘッジ先の理論も誤っている可能性があるのはその通りである。ITA への訴えは、特定の理論へのコミットメントを避け、広範に理論的正当化を調達することで、「可謬リスクの最小化」を図るものと言った方がよいかもしれない。当然、ITA の下で正当化できるナッジ政策の範囲は限定的になるから、その意味で実験科学的政策アプローチを採用しているとみることもできよう。尤も、近時のサンスティンは、社会厚生主義のみから正当化

される（少なくとも伝統的な自律原理からは正当化できない）ナッジ例を肯定的に提示するようになっており、慎重に政策を実行するという上記のアプローチが貫かれるのかどうかは予断を許さない。

[Q7] 自らの可謬性を ITA によってリスクヘッジするというサンスティンの立場を支持するか？

- 5 (A7) 従って、サンスティンが自らの理論的前提の誤りに対するリスクヘッジとして、ITA に依拠していると解釈できるとしても、このような考え方は支持できない。むしろ、ナッジを正当化する特定の理論を全面的に展開する方が、その限界を可視化し、誤った実践を犯すリスクを低減することにつながるだろう。

[Q8] 報告中の「公法構想」や「公法的統制論」が意味しているのは何か？

- 10 (A8) 「公法構想」の語でイメージするのは、権力構成原理及び権力制限原理からなる法治国家の理論、という非常にラフなものである。「公法的統制論」とは、あるナッジが憲法や行政法の規定に違反するのはどのような場合か、違反しうるとしてどのような是正・救済プロセスが準備されているのか、といった論点を扱う議論をイメージしていた。この点、ナッジは「選択の自由を保障している」として、サンスティンは、憲法上の権利に代表される（少なくとも実体的な）公法的統制の議論を丸ごと回避できると考えているようである。しかし、ナッジが有する
- 15 私人の誘導性・行為指導性を認めながら、「強制がない」という性質だけをもって公法的統制から逃れられるとするのは、国民と国家との間の権力の非対称性が依然として残ること、テクノクラートとされる公務員もしばしば誤ることなどに鑑みると、極めてバランスを欠く議論である。そもそも、従来の公法理論が法強制に権利侵害性を認めていた理由を突き詰めれば、それが私人に対する強い行為指導性を有するからである。ナッジ時代においては、強制／非強制という二分論を用いてナッジを後者に分類し、公法的統制の契機をバツサリ切り落とすの
- 20 ではなく、むしろ国家行為が持つ行為指導性に注目し、強制とナッジの間の連続性を認めた上でその公法的統制論の再構築を図るべきではないかと考える。

[Q9] 報告者は「違法・違憲なナッジ」があると考えているのか。

- 25 (A9) 「違法・違憲なナッジ」はありえ、それが論証可能となるように公法的統制論を再検討する必要があると考えている。包括的な応答は現時点でかなわないが、一例として、非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定が考察の手掛かりになるのではないかと考えている。サンスティンは法律上の任意規定をナッジの一種としている。法定相続分規定は任意・補充規定であり、遺言を書けばオプトアウトが可能である。しかし、最高裁はさまざまな事情を挙げつつ「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼす」ことが合理的な根拠のない区別であるとして、当該差別規定を憲法 14 条違反とした。
- 30 この決定を、「デフォルトの合理性」に対する公法上の実体的統制の一場面として捉えることができるのではないかと考えている。

[Q10] ナッジの主体は必ずしも政府でなくともよい場合、公法的な規律だけでなく、私法的な規律（消費者契約法など）を考える方がよいのではないかと考える方がよいのではないかと考えるのか？

〈A10〉 私法的統制が試みられるべきこと、こちらの方がより効果的である可能性が高いことについて否定しない。が、上述のように、報告者は公法的統制の契機を捨て去ることに私は慎重であり、それらと並行して議論が進められるべきだと考える。

5 [Q11] 報告中、大屋論文を引きながら、サンスティーンが為政者の能力を可謬的に捉え切れていない可能性を指摘している。ならば、適切な「可謬性リスクの配分」さえできておらず、従って権力構成原理としても失敗している結論付けるべきではないだろうか？

10 〈A11〉 権力構成原理としてのサンスティーンの構想についても、ご指摘の通り、適切な可謬性リスクの配分ができていないという見方は可能である。報告で試みたのは、辛うじてそれができているとすれば、それは、ITA にサンスティーンによる厚生主義に基づく（国民を含めた）権力分立構想もまた服せしめられていると解釈することによってのみであろうということであった。

15 [Q12] 権力制限原理がないという点について、近時サンスティーンがエイドリアン・ヴァーミュールと共著で発表した著作やその元になった *Harvard Law Review* 誌に公表した「Morality of Administrative Law」は、権力制限の話ではないのか？

〈A12〉 ご指摘の論文や、それが所収された二人の共著書『*Law and Leviathan*』については、把握していたものの検討する余裕がなかった。こちらにより具体的な権力制限の議論が展開されている可能性は十分にある。以降の研究課題とさせていただけると幸いです。