

2021/09/11

哲学若手研究者フォーラム

ワークショップ ナッジのある風景

「法の得手不得手とナッジ」

三浦基生¹

報告の目的

- ✓ ナッジと法の関係（の一端）を明らかにする
 - 1 選択アーキテクチャとしてのナッジ
 - ◆ アーキテクチャ（Lessig）との比較で確認
 - 2 強制は法にとって必須の要素か？
 - ◆ ナッジと法の接点、シャウアー『法の力』
 - 3 ナッジは法の力か？
 - ◆ シャウアー『法の力』の問題点とナッジ取扱いへの示唆
- ✓ ナッジは法（の概念）ではなく法の得手不得手の問題、より正確には「効率」の問題

1 選択アーキテクチャとしてのナッジ

- ✓ ナッジとは
 - 行動を制約するもの [regulation] としてのアーキテクチャ（Lessig, 1998）
 - ◇ 直接規制：法、社会規範、市場、アーキテクチャ *例示
 - ◆ 「最後に、“自然”のようにきこえるであろうが私は（あえて）“アーキテクチャ”とよぶところの制約がある。“アーキテクチャ”で私が意味するのは、私がみるとおりにこの世界の多くが作られてきたという前提のもと、私がみるままの世界のことである。（‘I mean by “architecture” the world as I find it, understanding that as I find it, much of this world has been made.’）」（Lessig, 1998, 663）
 - 「操作可能な物理性」（松尾、2008）
 - ◇ 間接規制：法規制により社会規範・市場・アーキテクチャを操作
 - ◆ 例）禁煙促進目的なら啓発運動・課税・ニコチン含有量規制
 - 「選択アーキテクチャ」としてのナッジ（サンステイーン、2021、20頁cf. Thaler&Sunstein, 2008）
 - ◇ 法的な命令・禁止（例・公共の場での禁煙）を補うもの（例・画像警告）
 - 間接規制におけるアーキテクチャの例と比較
 - ◇ レッシングのアーキテクチャ：
アーキテクトにより操作可能、脱コミュニケーション（松尾、2017、18-19）、オプトアウト不可能（困難）
 - ◆ 壁を破壊して突っ切るという選択肢は発生しない・しにくい

¹ 日本学術振興会特別研究員（受入：慶應義塾大学）。本研究はJSPS 科研費 JP21J01058 の助成を受けたものです。

- ◇ サンステーションの選択アーキテクチャ：
 - 意図された選択（非選択）場面におけるデフォルト状態、
 - オプトアウト可能
- ◇ 着目点の違い
 - ◆ 規制の様態としてのアーキテクチャ（大屋他、2017、235 頁 [大屋発言]
 - ◆ 「個人の選択肢を構成し、個人の自由を拡大するもの」（成原 2020、96 頁、注 2 [強調引用者]）としてのナッジ
 - 例・たばこパッケージの中に埋め込まれた画像警告

2 強制は法にとって必須の要素か？

- ✓ シャウアーの『法の力』（Schauer, *The Force of Law*, 2015）／三浦（2020a）に紹介
 - シャウアーとは誰か
 - ◇ アメリカの憲法学者・法哲学者、著作に *Free Speech*（1982）、*Playing by the Rules*（1991）など
 - なぜ『法の力』か
 - ◇ 長らく不評だった法の強制性を正面から論じた
 - ◇ 自由・財産の強制的なはく奪だけでなく、社会的名誉やアーキテクチャなどの間接的手法を法の得手不得手に応じて使い分けていけばいい
 - ◇ 書評特集 *Ratio Juris* 29(2)/29(3)（2016）& *Jurisprudence* 9(2)（2018）
 - ◇ 検討本（Bezemek and Ladavac, 2016）
 - 一見するとナッジなどの議論と相性がよさそうだがそれでいいか
- ✓ 『法の力』前史：『法の概念』から『法の力』まで
 - J. オースティン（Austin, 1995 [1832]）：
 - 法は主権者からの命令。逸脱への制裁。主権者は大半の人から服従を受ける。
 - H. L. A. ハート（Hart, 2012 [1961]）：
 - ◇ 法は命令ではない、内的視点（プレーヤーの視点）も重要
 - ◆ 公務員 [officials] の視点 典型的には裁判官
 - ◆ 一次ルール（義務）と二次ルール（改廃・変更・創設）の結合としての法体系
 - ◇ 契約などのように便宜をもたらす法的効果を作り出す
 - ◇ 反射的結論：法にとって制裁は不可欠ではない（Raz, 1999）
 - ◆ 制裁が不要な「いい人」[天使 angels] ばかりの社会にも立法や調整問題・過失を解決するための立法・司法は必要

- ✓ シャウアーの『法の力』(Schauer, 2015 [以下 FL])
 - 内面化された internalized 法的義務 [規範性] は道徳的義務と違いがない
 - ◇ 「困惑した人 puzzled person[man] 」という前提の経験的ありえなさ、過度な単純さ
 - ◆ 「悪人 bad man ばかりではなく「どのように行動するよう要求されているのか、教えてくれさえすればそうしたいと考えている『困惑している人 puzzled man』や『無知な人 ignorant man』にとっても、『悪人』以上には言えないまでも、法は同様に大事ではないだろうか。」(Hart, 2012, 40/81)
 - ◇ 法の概念を理解するにはその本質的・必然的性質だけで足りる、という本質主義 (FL, 35-37)
 - 法の顕著な (not 本質的) 特徴としての強制 (FL, 47-41)
 - ◆ 中心・周縁思考 (飛ぶ鳥と飛ばない鳥)、家族的類似、クラスタ概念*
 - * 「オックスフォード生まれではなかった」チャーチルもチャーチル
 - ◆ Black (1971, 28) のクラスタ概念に着目した同様の主張として加藤 (1976)
 - 日本の法哲学者の再評価の機会・・・？
 - 法の強制の武器庫にあるものは制裁だけではない (FL, 124-139)
 - ◇ 罰金と税の区別の実益のなさ (FL, 130-132)
 - ◆ 制裁=費用と捉えても、道徳的計算 [moral calculus] ・公吏の政策判断には影響しない
 - ◇ (人々が回避しようとする限り) 名誉刑と自由刑、罰金などを区別しない
 - ◆ 「定義上、ナッジには刑事罰、民事罰、税金、補助金は含まれない。」(サンスティーン、2021、19) との違い
- ✓ まとめ
 - ①制裁は法概念に必須の要素か？
 - ◇ この問いが前提とする本質主義は事実に反する行為者像を前提とする。制裁は必須の要素ではないが顕著な性質である
 - ②なぜ制裁があるか？
 - ◇ なぜあるかではなくどう役立つか。経験的問題として、制裁、あるいはもっと広く報酬のような利益を用いて人々の行動への影響を考慮に入れて制度設計をするべき (FL, 167-168; Schauer, 2018, 387-388)
 - ◆ 得手不得手を経験的に切り分ける
- 3 ナッジは法の力か？
- ✓ シャウアーは何の話をしているのか？
 - コストとしての法的制裁・罰金 etc…法学、それも法哲学においてすら、経済学は標準的ツールになった (Rasmusen, 2017, 1888; Schauer の書評) のか？

- 法の得手不得手問題としての『法の力』
 - ✧ 法の内容そのものを変えるのではなく、制度設計・**実効性**の問題
(Lamond, 2018, 388; Schauer 2018)
 - ◆ シャウアーの言葉では ‘causal efficacy’
 - ◆ (参考) 妥当性・効力 [validity, Geltung] / 実効性 [efficacy, Wirksamkeit] の区別 (例えばケルゼン、2014、12-13 頁)
 - あるルールが法的に妥当するか: 定められている、権限がある、法的に有効である
 - あるルールが実効的: 実際に適用されている、従われている、用いられている、支配的である
- 法による強制、評判と社会的制裁への相乗り、エンジンイモビライザー
 - ✧ コストのかかる道具としての強制 (Poscher, 2016)、他方で法の拡散の問題
- ✓ ナッジは実効性の問題か?
 - 二重の追い込みとしての法の強制 (三浦、2020b)
 - ✧ 法には一定の視点があり、反したときには結果が伴う (FL, 131)
 - ※権限付与したりする規範もあるので、強制がすべてではない
 - ✧ 法的ルール / アーキテクチャ
 - ◆ ルール通り or ルール違反対応のどちらかに追い込み
 - ✧ ナッジ違反はありえるか?
 - ◆ カフェで甘味をむさぼる私?…オプトアウトにはおとがめがない
- ✓ ありうる置き所を求めて
 - 妥当性でも実効性でもない、**効率性**のツールとして
 - 強制でなくナッジ的手段で代替できるならば常にそうすべきか?
 - ✧ 正義論: 限られた資源、世代間正義
 - ✧ 法内道徳 (Fuller, 1969, 33-94; 瀧川他、2014、236-239)
 - 一般性、公開性、遡及立法禁止、明確性、無矛盾性、遵守可能性、頻繁な改正
 - 自制、公布・運用一致 + α ?
- ✓ ナッジが法の強制性理解に与える示唆
 - なぜ強制が広範に観察されるか
 - ✧ 自然法の最小限の内容 (Hart, 2012, 193-200/302-311)
 - ◆ 法も道徳も、可傷性 / おおまかな能力的平等 / 限られた利他性 / 限られた資源 / 限られた理解と意志の弱さに条件づけられる。
 - ◆ おそらくナッジにも通底する発想
 - ✧ 法は人を幸福にするとは限らない (森村、2021)
 - ◆ 幸福以外の価値…権利、功績、責任

Further Readings

- ・瑞慶山広大 (2018) 『法の表示理論』の憲法論的意義と論点：アドラーとアンダーソン＝ピルディスとの応酬を手掛かりに」法学政治学論究, 116号, 103-138頁
 - 法が表示する内容とそれがもたらしうる害悪に着目する憲法理論を「法の表示理論」として概括した論文。紹介される「法の表示」理論を、レッシングの The New Chicago School の4様態のうちの「法→社会規範」のルートに接続できるかを試みている。
- ・Rasmusen, Eric. (2017). 'Review: Law, Coercion, and Expression: A Review Essay on Frederick Schauer's "The Force of Law" and Richard McAdams's "The Expressive Powers of Law"', *Journal of Economic Literature*, 55(3), pp. 1098-1121
 - シャウアーの『法の力』と、瑞慶山 (2018) でも一部言及されている論者を法と経済学の視点から評したもの。
- ・田中成明 (1993) 『法的空間』東京大学出版会
 - 特に第4章、法哲学における法と強制の関係についての議論の状況がつかめる。

参考文献

- 大屋雄裕・松尾陽・栗田昌裕・成原慧 (2017) 「法学におけるアーキテクチャ論の受容と近未来の法」、松尾陽 (編) 『アーキテクチャと法：法学のアーキテクチュアルな転回? (225-264頁)』弘文堂
- 加藤新平 (1976) 『法哲学概論』有斐閣
- ケルゼン、ハンス (2014) 『純粹法学 (第二版：長尾龍一訳)』岩波書店
- サンステューン、キャス (2021) 『入門・行動科学と公共政策 (吉良貴之訳)』勁草書房
- 瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕 (2014) 『法哲学』有斐閣
- 松尾陽 (2008) 「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」、『法哲学年報 2007 (241-250頁)』有斐閣
- 松尾陽 (2017) 「『法とアーキテクチャ』研究のインターフェース：代替性・正当性・正統性という三つの課題」、松尾陽 (編) 『アーキテクチャと法：法学のアーキテクチュアルな転回? (1-31頁)』弘文堂
- 三浦基生 (2020a) 「強制性と法の概念：フレデリック・シャウアーの *The Force of Law*」, 一橋法学, 19巻1号, 131-159頁
- 三浦基生 (2020b) 「達成語としての強制概念は法の強制性を説明できるか」一橋法学, 19巻3号, 301-328頁
- 森村進 (2021) 「法は幸福を部分的にしか実現しない、そしてそれには理由がある」, 『自由と正義と幸福と (279-303頁)』信山社
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Wilfrid E. Rumble (ed.).

- Cambridge, UK: Cambridge University Press. Originally published in 1832.
- Bezemek, C, and N. Ladavac (eds.). (2016). *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics*. Springer.
- Black, M. (1971). *Problems of Analysis* (Reprinted ed.). Greenwood Press.
*First edition published in 1954.
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (revised ed.). Yale University Press.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3rd ed.). Oxford University Press.
First edition published in 1961.
[長谷部恭男 (訳) (2014) 『法の概念 (第3版)』 筑摩書房]
- Lamond, G. (2018). Everything in Its Right Place. *Jurisprudence*, 9(2), 353-360.
- Lessig, Lawrence. (1998). The New Chicago School. *Journal of Legal Studies*, 27(2), 661-691
- Poscher, Ralf. (2016). The Ultimate Force of the Law: On the Essence and Precariousness of the Monopoly on Legitimate Force. *Ratio Juris*, 29(3), 311-322.
- Rasmusen, Eric. (2017). 'Review: Law, Coercion, and Expression: A Review Essay on Frederick Schauer's "The Force of Law" and Richard McAdams's "The Expressive Powers of Law"', *Journal of Economic Literature*, 55(3), pp. 1098-1121
- Raz, Joseph. (1999). *Practical Reason and Norms* (2nd ed.). Oxford University Press.
*First edition published in 1975.
- Schauer, F. (1982). *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press.
- Schauer, F. (2015). *The Force of Law*. Harvard University Press.
- Schauer, F. (2018). Response: A Continuing Conversation. *Jurisprudence*, 9(2), 385-393.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press.
[J・R・サール (1986) 『言語行為：言語哲学への試論 (坂本百大・土屋俊訳)』 勁草書房.]
- Thaler, R. H., and C. R. Sunstein. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. Yale University Press. [リチャード・セイラー, キャス・サンステイン (2009) 『実践行動経済学：健康、富、幸福への聡明な選択 (遠藤真美訳)』 日経 BP 社.]