

研究ノート

## スマートな統治と統治の正統性： 『ナッジ化する』環境法という視点から

遠井 朗子\*

Smart governance and the legitimacy of governance, from a perspective of  
“Nudging” of Environmental Law

Akiko Tori\*

(Accepted 13 December 2022)

### はじめに — ナッジは、法学研究者にどのような関心と当惑を惹起しているか？

米国の法学者カス・サンスティン (Cass R. Sunstein) は、行動経済学者のリチャード・セイラー (Richard H. Thaler) と共に、個人の選択環境を構成する「選択アーキテクチャ」の設計を提唱し、特定の選択肢を排除したり、経済的インセンティブを大きく変えないで、選択当事者の利益にかなうよう個人の選択に影響を与える「ナッジ (Nudge)」を活用することは、個人の自由を尊重しつつ、その福利 (welfare) を改善するような介入を認める「リバタリアン・パターンリズム」により基礎づけられると主張した (Thaler and Sunstein 2008; サンスティン 2021, 19)。

ナッジはその独創的な着想により、多くの実務家及び研究者を魅了し、今日ではサンスティンの関心や思惑を超えて「巨大な議論プラットフォーム」と化していると評されている (那須・橋本 2020, 5-9)。「アーキテクチャと法の融合」は、規制戦略論及びガバナンス論としても論じられ (原田 2022, 6-9; 坂井 2022, 18-24; 松尾 2022, 54-55)、情報法学及び憲法学の新たな視座としても注目を集めている (松尾 2017)。

多元的で効率的な規制制度の設計という視点は環境法とも親和的である。典型的なナッジは生命・健康リスクの低減のように、個人の福利の改善を目的としているが、他者への危害を防ぐための利他的なナッジも認められ (坂井 2022, 21)、サンスティン自

身も環境問題を選択アーキテクチャの倫理性が特に問題となる分野として取り上げている (サンスティン 2020 : 236-237)。

気候変動については、現在、1.5℃目標を新たなグローバル目標と位置付けて、世界全体の排出量を2030年までに2010年比で45%削減し、2050年には実質ゼロとすることが合意され、社会経済システムの抜本変革が求められている。日本でも、2050年にカーボンニュートラルを実現するという政策目標が法定化され、エネルギー政策の転換、排出規制の強化、カーボン・プライシング、省エネ・ライフスタイルの転換の促進等、多様な政策手法を効果的に組み合わせて、目的を実現することが求められている。しかし、高い目標を実現するために必要となる革新的な政策手法の導入は政治的には容易ではなく、普及啓発や教育の効果は見えづらいという難点がある。この点において、選択アーキテクチャの設計により、政策目標の実現に寄与する効果が期待されるナッジには、抗いがたい魅力がある。日本では、2017年、日本版ナッジユニット (BEST) が発足し、社会実装を視野に入れた検討が進められているが (白岩、池本、荒川、森 2021)、市民生活における省エネの促進は、ナッジの効用が特に期待されている課題の一つである。

しかし、熟慮と熟議を迂回し、効率性を追及する「スマートな統治」に対しては、その有効性や倫理的妥当性について、当惑と躊躇が示されてきた。日本におけるナッジ研究の先駆者である法哲学者の那須耕介は、行為環境の設計は不可避であるというサン

\* 酪農学園大学農食環境学群環境共生学類環境法研究室  
〒069-8501 北海道江別市文京台緑町 582 番地

Laboratory of Environmental Law, Department of Environmental Sciences, College of Agriculture, Food and Environmental Sciences, Rakuno Gakuen University, 582 Bunkiyodai-Midorimachi, Ebetsu, Hokkaido 069-85

スティンらの主張に理解を示しつつ、自らのリバタリアン・パターンリズムへの評価は両義的であると述べ、その当惑と警戒の源泉を慎重に見極めている(那須 2016)。

加えて、気候変動への対応や生物多様性保全といった問題群は、地球環境の物理的限界の中で、長期的な視野に立って、全ての個人の福利の実現を求める持続可能な開発目標の中に位置づけられており、そもそもリバタリアンとは相性が悪く、人類の存続及び地球環境の持続可能性を確保するために、個人の自由の制約は不可避であるとの議論に傾きがちである。しかし、熟慮と熟議を迂回して、特定の政策を拙速に導入すれば、不確定な将来の利益と引き換えに個人の負担が増大することにより、政府に対する市民の信頼は失墜し、政策の実効性が損なわれるおそれも生じ得る。それゆえ、これらの政策課題にナッジを適用するにあたっては、それは本当に望ましいことか、不都合な帰結をもたらすことはないか等について、予め検討を行っておく必要がある。

以上を踏まえ、本稿は、環境法政策の規制手法としてナッジを活用する可能性を念頭に置きながら、「法とアーキテクチャ」研究の着想を借りて、ナッジの正当性と正統性について論点整理を試みる。環境法という具体的な法分野の政策手法としてナッジを位置づけるに先立って、ナッジの意義と限界を明らかにし、ネガティブ・チェックリストを作成しておくことが目的である。1. では、選択アーキテクチャとナッジを定義し、環境法の規制手法との関連性を検討する。2. では、ナッジの正当性を検討し、3. ではナッジの正統性について検討を行う。

尚、サンステインの主要著作の多くは邦訳が刊行され、日本の研究者らによる学際的で充実したナッジ研究も行われている(那須・橋本 2020)。本稿の検討はこれらの先行研究の成果に基づくものであるが、原著及び先行研究を精査し、サンステインらの業績を体系的に評価することを目的とするものではないことを予めお断りしておく。

## 1. 選択アーキテクチャとナッジ

### (1) アーキテクチャと法

アーキテクチャとは、人為的に変更可能な物理的構築物や OS 等の技術的な基本設計を指す。物理的構築物や構造が人の行動に影響を及ぼすことは、物理的暴力に至らない限り、本来、法の関心事とはならないが、米国ではアーキテクチャが凶悪犯罪の予防手段として用いられるようになり、規制手法の一つとして注目を集めるようになった(松尾 2017, 5-11)。

米国の憲法学者で、インターネット法学者でもあるローレンス・レッシグ(Lawrence Lessig)は、「法とアーキテクチャ」研究の生成に貢献した第一人者であるが、その著書『コード』(Lessig 1999, *Code and Other Laws of Cyberspace*)において、サイバー・スペースにおいてユーザーが事実上、従わざるを得ない仕様(de facto standard)を企業が構築し、法にとってかわる危険性に警鐘を鳴らして、コードをいかに統制するか、という点に関心を傾注した。

これに対して、サンステインは、個人がより良い選択を行うための「選択アーキテクチャ」の設計と、それを用いた個人の選択へのソフトな介入である「ナッジ」を提唱し、アーキテクチャを積極的に用いた社会設計の方法を提示している。このように、アーキテクチャには個人の自由を制限するという規制の側面と、個人の行動の選択肢を拡げ、活動を促進するという構成的側面がある。レッシグとサンステインはアーキテクチャの異なる側面に焦点をあてているが、どちらもアーキテクチャを統治の手法と位置づけて、アーキテクチャによる統治が個人の自律とそれに基づく民主的討議を阻害せず、促進するよう統御することが目指されている(成原 2017, 33-63)。

### (2) ナッジ論が興隆した背景

サンステインがセイラーと共に提唱した「ナッジ」が広く関心を集めた背景には、三つの要因がある。

第一に、認知科学と行動経済学の発展により、人間の認知の歪みが明らかにされ、その活用が提唱されるようになったことがあげられる。すなわち、ナッジは長年にわたる「行動科学革命」の成果であり(サンステイン 2020, 11-34; サンステイン 2021, 13-24; 吉良 2022, 13-14)、主流派経済学への対抗理論として示されたものであるが、サンステインとセイラーの独創は、人びとの誤り易さを一種の能力ないし政策ニーズを満たす資源とみなしたところにあると指摘されている(那須 2016, 3)。

第二に、行政実務においては、EBPM(Evidence-based policy making: 証拠に基づく政策立案)への関心が興隆し、政策オプションの選定に際し、公平性だけでなく、信頼性の高い証拠に基づく有効性及び効率性の証明が求められるようになったことがあげられる。日本でも、2002年に政策評価法が成立し、国民への説明責任を果たすとの観点から(第1条)、EBPMの考え方が導入され、総務省及び各省庁による政策評価が行われている。この過程で行政の適正化・合理化を図るための政策手法として、行

動科学から得られた洞察全般を指す「行動インサイト」が注目を集め（白岩、池本、荒川、森 2021, 4-9）、ナッジを含む行動インサイトを用いたアプローチは、法律、税、補助金に次ぐ第4の政策手法とみなされるようになった。OECD（経済協力開発機構）によれば、現在、行動インサイトを活用している政府及び自治体の数は全世界で202にのぼり（OECD, 2017）、日本でも、2017年に日本版ナッジユニットが活動を開始し、市民の行動変容が求められる社会課題について、社会実装を視野に入れた検討が進められている。

第三に、1980年代以降の規制緩和及び行政改革の進展により、個人の権利を実質的に保障し、その社会基盤を支えるべく拡大してきた社会国家の機能が再編され、多様化し、複雑化する社会のニーズに応えるため、多様な主体の協働による公益実現が志向されるようになったことがあげられる。アーキテクチャによる規制の台頭は、このように、政府の役割が相対化され、規制手法の多様化、複雑化が進む状況を描写するガバナンス論の枠組みで捉えられ（松尾 2017, 26）、日本版ナッジユニットも“open space for open discussion”を掲げ、官民パートナーシップ体制としてその活動を開始している。公共政策の担い手の多元化は、重層的かつ多元的で双方向的な「相互ナッジのネットワーク」の着想を促進し、日本のナッジ研究における特色ある着眼点の一つとなっている（那須 2020, 62-66）。

このように、学際的な行動科学の発展と行政の合理化の要請に基づいて、ナッジは実践的な政策手法として発展を遂げ、多様で複雑な社会のニーズに応えることが期待されている。さらに、ICT技術とビッグデータ解析技術の発展に伴って、サイバー・スペースにおけるアーキテクチャの設計と活用への機会は飛躍的に拡大し、政策への活用への期待が高まると共に、その弊害も多角的に論じられるようになった。

### （3）ナッジとは何か

#### （i）定義

サンステインらは、ナッジとは「あらゆる選択肢を閉ざさず、また人々の経済的インセンティブを大きく変えず、その行動を予測可能な範囲に改める選択アーキテクチャの全様相」と定義する（Thaler and Sunstein 2008, 6）。選択アーキテクチャとは、利用者中心の選択環境の構築を試みるもので、それに従わない、オプトアウトの自由が保障されている点で、危害原理を堅持しようとするリバタリアンで

も受け入れ可能なソフトな介入により、個人の福利のパターンリスティックな改善を試みるものである（那須 2016, 4）。

行動経済学は、人間の意思決定には、伝統的な経済学から系統的にずれるバイアスが存在することを明らかにしたが、このような行動経済学の知見を用いて人々の行動をより良いものにするよう誘導することがナッジであり、人々の福利を損なうような悪い誘導であるスラッジとは区別されている。

ナッジの基本的技法としては、「インセンティブ」、「マッピングを理解する」、「デフォルト」、「フィードバックを与える」、「エラーを予測する」、「複雑な選択肢を体系化する」という6原則があげられているが（*ibid.*, 102）、現状維持に陥りがちな人間の傾向を用いた「デフォルト（初期設定）」が最も多く用いられ、例えば、年金プランへの自動加入をデフォルトとして設定し、そこから離脱するために手続きを要するプログラムにより、年金加入率の引き上げに成功した事例があげられている（サンステイン 2021, 59-60）。この他にも情報開示、手続きの簡素化、生々しい画像を含む警告、支払い期限が迫っていることの催促、使いやすさ・利便性の向上、フレーミングとタイミング、目立たせる努力、他者のふるまいを準拠枠とする社会規範の理論の活用、能動的選択の促進等、選択環境の設計者（アーキテクト）の創意工夫により、様々なナッジが提言されている。

また、反射的・習慣的な選択がなされやすい場面において、ありうる選択肢について熟慮させ、自制を促す「目覚まし型ナッジ alarming nudge」と、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や、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「幻惑型ナッジ dazzling nudge」とに区別され、後述する通り、サンステインはナッジの正当性を論じる際、しばしばこの区別に言及している。

#### （ii）ナッジと法規制

ナッジは「強制」を伴わないソフトな「誘導／介入」であり、禁止、命令、税金、補助金などはナッジではないが、法規制がア priori に排除されるわけではない。第一に、サンステインが年金プランの事例で示したように、任意法規は現状維持バイアスにより、個人の選択に影響を及ぼすデフォルト機能を有し、情報提供義務や計画策定義務も、被規制者に選択の自由を認めている点で、「ナッジ的」規制と捉えられている（正木 2015, 152-162；坂井 2022,



21-22)。例えば、たばこの有害性表示は事業者情報提供を義務づけて、消費者の行動の誘導を図るのであり(たばこ事業法 39 条, 規則 36 条), 特に消費者に誤解を生じさせないよう事業者の表示を制限する規則(同法施行規則第 36 条の 2 第 1 項)は、悪しきナッジを防止するための配慮規定と捉えることができる(正木 2015, 160)。また、ダイオキシン類対策措置法及び PRTR 法の下で、有害物質の排出量や廃棄物の移動量等の情報を行政に提出し、行政が開示する制度においては、情報自体は価値中立的であるとしても、事業活動の透明性を高めることが、環境リスク低減へ向けた事業活動改善のインセンティブとなることが期待されている<sup>1</sup>。同様に、環境・社会・ガバナンスを重視する ESG 投資市場の拡大を背景として、地球温暖化対策推進法の 2021 年改正では、事業者の排出量情報のデジタル化・オープンデータ化が導入され(第 29 条, 第 32 条), 情報開示による事業活動の透明化が、脱炭素経営への転換を促進する効果が期待されている。

一方、エネルギーの使用の合理化に関する法律(省エネ法)においては、特定事業者、特定貨物輸送事業者、特定荷主、特定旅客輸送事業者に計画策定・提出義務を課し(第 14 条, 15 条, 55 条, 56 条, 62 条, 63 条, 69 条), 事業内容の自主的な見直しによる省エネへの誘導が図られている。また、生物多様性基本法における生物多様性地域戦略策定の努力義務(第 13 条)は、地方公共団体による地域戦略策定と生物多様性政策を促進するために導入され、その後の運用状況からも「ナッジ的」規定と捉えられる<sup>2</sup>。

第二に、監督行政における表示・標識手法も情報提供による誘導を図る点でナッジ的規制であり(正木 2015, 161), 消防法, 建築基準法等の法令に適合する旅館・ホテルの適マーク表示がこれにあたる。また、廃棄物の処理及び清掃に関する法律(廃掃法), 及び資源の有効な利用の促進に関する法律における違反事実の公表や(廃掃法第 13 条の 11 第 2 項, 資源有効利用促進法第 13 条第 2 項), 優良産廃処理業者認定制度も(廃掃法第 14 条第 2 項及び第 7 項, 第

14 条の 2 第 2 項及び第 7 項), 事業者に「名誉・不名誉」を意識させ、自発的な行動変容を促す点において、「ナッジ的」規制といえよう<sup>3</sup>。

第三に、「基本法」にみられるように、非強制的・メッセージ伝達的な法のあり方も「ナッジらしい」と評されている(吉良 2022, 14)。例えば、1993 年に制定された環境基本法は国の環境配慮義務を規定し(第 19 条), 開発と環境保全という異なる目的を法的に紐づけたことで、1997 年の河川法改正を嚆矢として、様々な開発法が環境保全や持続可能な資源利用という観点を反映するよう改正され、横断的な施策の推進が進展した(「開発法の環境法化」)(及川, 武田 2014)。また、生物多様性基本法第 25 条に基づいて、環境影響評価法においては、事業計画段階の配慮書手続が導入され(第 3 条の 2～第 3 条の 10), 同法の附則第 2 条に基づいて、自然公園法, 自然環境保全法等の自然保護法令に生物多様性の観点が反映されるようになった。とりわけ、種の保存法は近時の改正により、指定種の拡大や国民提案制度の導入等、国内稀少種保全については目覚ましい発展を遂げている。これらは規制当局を名宛人とする点で、サステインらが想定している典型的なナッジとは異なるが、基本法により政策の枠組みが定められることで、関連省庁及び地方公共団体の裁量行使のあり方に方向づけが行われ、法目的の実現へ向けた施策が積極的に推進されている点で、「ナッジ的」規制と評価することができる。

### (iii) ナッジとインセンティブ

環境基本法(第 22 条第 2 項)及び循環型社会形成推進基本法(第 23 条)は「適正かつ公平な経済的負担を課すこと」を規定し、補助金・助成金の支給, 又は賦課金や税による誘導は、環境法政策における政策手法の一つと位置付けられている。ナッジはこれらの経済的インセンティブとは区別されるが、「経済的なインセンティブを大きく変えない」と定式化されているため、経済的インセンティブを「小さく変えること」は許容されると解され、インセンティブの程度によっては、ナッジ的規制とみなすことができる。例えば、レジ袋有料化は大規模事業者(指定容器包装利用事業者)にとっては義務づけであるが(容器包装リサイクル法第 7 条の 3～7 条の 7,

<sup>1</sup> この点については、上智大学の北村喜宣先生にご教示を頂いた。

<sup>2</sup> 同法の起草過程において、NGO は種の保存法には地域計画に関する規定がないため、稀少種条例の策定が進展しなかったと指摘し、条文化を強く求めた結果、地域戦略策定の努力義務が入れられた(草刈 2009, 76-77)。その後、2012-2020 年の生物多様性国家戦略で地域戦略策定の促進方針が確認され、国はマニュアル作成等の情報提供を行って、さらなる「誘導」を図っている。

<sup>3</sup> 上智大学の北村喜宣先生にご教示を頂いた。参議院法制局「法律の窓」「企業名の公表」(2020 年 4 月)も参照された。 <https://houseikyoku.sangiin.go.jp/column/column012.htm> (2022 年 12 月 9 日最終アクセス)

46条)、小規模事業者及び消費者にとっては、ナッジ的「誘導」である(2019年改正省令2条1項柱書)<sup>4</sup>。

以上のように、ナッジは環境法の多様な規制手法の中に既に取り込まれており、サンスティンらの着想は、「ナッジ」という旗を立てることで、これをより良く活用するための「設計」の思想を持ち込んだ点に積極的な意義がある。また、気候変動対策のように、長期的な観点からリスク削減のための行動変容が求められる規制領域については、各主体の資源や能力の相違を考慮せず、一律の行為基準を法的義務として課すよりも、それぞれの状況に応じた行動の選択を各主体の判断に委ねつつ、継続的な改善を促す「ナッジ的規制」の方が、効率性だけでなく、実効性の観点からも望ましいであろう。「選択アーキテクチャと法の融合」は、情報開示や計画策定等について明文の根拠がある場合には、統治の正統性についても、特段の問題を生じそうにはない(正木2015, 160)。

しかし、ナッジはあらゆる場面で有効な万能薬となり得るのか。そうではないとすれば、どのような場面で用いることが望ましく、どのような場合には用いるべきではないのか。また、ナッジは強制ではないとされているが、行為環境の設計において、強制と非強制とを明確に区別することはできるのか。そもそも、ナッジを政策手法として用いることはなぜ正当化され、統治の手法として正統であるといえるのだろうか。

## 2. ナッジの正当性問題

### 2.1. ナッジの正当性

正当性とは内容における正しさを指し、法が自由や平等をはじめとする諸価値、諸利益にどのように仕えるのか、個々のアーキテクチャがこれらの価値を阻害または促進するかという点が課題となる(松尾2017, 20-21)。無意識的な誘導を特徴とするアーキテクチャは功利性を促進するとの見解もあるが、サンスティンらは功利主義ではなく、「リバタリアン・パターナリズム」の観点からナッジを正当化し、選択当事者である個人の過誤の回避と選択費用の効率的な配分により、個人の過誤の反復・累積がもた

らす社会問題の解消・軽減を図り、効率的かつ有能な政府の構築に貢献するとの構想を示している(那須2016, 6)。また、サンスティンは環境問題を他者危害、外部性の典型例として取り上げており、利他性や公益の促進もナッジの正当性の根拠とみなされている。但し、利他性や公益促進を目的としてナッジを用いる場合には、無意識的・反射的な反応を惹起する「幻惑型ナッジ」ではなく、社会規範や評判の形成により行為の誘導を図るアーキテクチャの設計が必要とされている(サンスティン2020, 37)。

いずれも、人間の意思決定の癖により、合理性を欠いた判断に陥りがちな場面で、ナッジはそうした誤りを防ぎ、正すための手段として用いられ、選択当事者のオプトアウトの自由が保障されている限りにおいて、命令や禁止よりも介入的とはいええず、個人の主体的・自律的な生き方を支援し、公益を増進するものとして肯定的に捉えられている。サンスティンは、ナッジは必ずうまくいくとは限らず、このことは、操作や介入を危惧する者にとっては、むしろ良い知らせだと言いつつ添えている(サンスティン2021, 128-129)。しかし、アーキテクトが常に善良であるとは限らず、サンスティンの自律性・主体性の捉え方は限定的であるようにもみえる。これらを含め、「リバタリアン・パターナリズム」の理論的含意については、以下のように、様々な批判が展開されている。

### 2.2. ナッジは個人の自由や自律性を損なうか

#### ① 操作性批判

ナッジに対する最も根本的な批判は、ナッジはそれと知られないような方法で人を操作するものであるという点にある。「操作」とは、影響力行使のうち理性的説得でも強制でもないものをいい、受け手に気づかれずにその感情に「つけ込む」ことや、理性的熟慮を迂回することを指す。操作がなぜ悪いのか、という点について、哲学においては諸説あるが<sup>5</sup>、法学においては、アーキテクチャが非言語的・非コミュニケーション的な統制として作用する点が問題視され(松尾2017, 227-233)、物理的な因果関係により、あたかも人を動物のように扱うことが批判されている(成原2017, 37)。サンスティンも、操作は侮蔑的で、相手の尊厳を傷つけ、その福利を損なう

<sup>4</sup> 2019年改正省令2条第1項柱書は「消費者にその用いるプラスチック製の買物袋…を有償で提供することにより、消費者によるプラスチック製の買物袋の排出の抑制を相当程度推進するものとする。」と規定されている。この点についても、上智大学北村吉宣先生からご教示を頂いた。

<sup>5</sup> 危害説(被操作者に危害を与えるため)、自律説(自律を損なうため)、カント主義説(人を道具・手段として扱うため)、悪徳説(操作者の徳が低い)が提唱されている。石田将(2021)

リスクがあることを認めている。しかし、ナッジは操作的との批判はすべてのナッジに当てはまるものではなく、無意識的な認知の歪みを利用し、試行錯誤の機会を奪っているという批判が向けられているのは、選択肢の構築、行動障壁、デフォルトなど第1レベルのナッジ（幻惑型ナッジ）であり、リマインダー、社会規範、ラベル表示等、透明性のあるナッジ（目覚まし型ナッジ）については、むしろ熟慮の機会を生み出すものだとして反論している。

とりわけ、透明性はナッジにあたっての権利章典でなければならないと述べて（サンスティン 2021, 125）、ナッジの利用については、事前の同意を得ることが望ましいが、あらゆるナッジに同意を得ることは現実的ではないため、政策手法としてナッジを利用する場合には、行政が会議体を設置してその是非を審議し、議論の結果や概要を開示することにより、透明性を高める仕組みを構築することが望ましいという（サンスティン 2020）。

しかし、行動経済学においては、オプトアウトが形骸化される傾向が指摘され<sup>6</sup>、オプトアウトに過度の費用がかかる場合には、選択の自由が実質的にはく奪されるおそれもある。さらに、「リバタリアン・パターナリズム」が選択当事者の目的を所与の前提とし、これを有効に達し得る手段だけを提示する「手段パターナリズム」の枠内に留まるのか、目的パターナリズムとしての性格を強めているか、という点も問題となり得る。すなわち、手段パターナリズムと目的パターナリズムの区別は文脈依存的であり、とりわけ、法制度や公共政策として不特定多数の人々への干渉が企てられる場合には、手段パターナリズムとして持ち込まれた手法が、多くの人々にとっては目的への干渉と捉えられる可能性があるとして指摘されている（那須 2016, 10-11）。

## ② ナッジの個人化への批判

ナッジの受け入れやすさは多数派の価値や利益と合致することと相関関係にあるため（白岩・池本・荒川・森 2021, 35-36）、ナッジには、効きにくい人とそうではない人がいるという「ナッジ耐性(nudge-proof)」が指摘されている。また、ナッジは多数派の価値を強化する方向へと作用する傾向があるため、少数者を孤立させ、社会的格差を拡大させかね

ないという批判もある。

ナッジは格差を拡大するとの批判と関連し、サンスティンはグリーンエネルギーの選択を初期設定とする「グリーンデフォルト」については、低所得者層ほど、煩雑な手続を嫌い、オプトアウトすることが少ないため、高い電気代の負担を強いられる傾向が強いことを認めている。しかし、この場合にも、オプトアウトの表示や低所得者層への補助金の給付を組み合わせることで、不公正の是正は可能であると主張している（サンスティン 2020, 264）。

さらに、サンスティンは、ナッジ耐性については、「それぞれの判断に即して」という基準を提示し、ナッジの「個人化」による最適化を構想している（サンスティン 2020, 271-272）。しかし、ナッジの「個人化」による「最適化」は、個人主義との関係で、危うい見通しを示す可能性がある。例えば、インターネット上では、過去の購入履歴からお勧め商品が表示され、閲覧履歴に応じたニュースが配信されることは誰もが経験することであるが、アルゴリズムに基づく行動ターゲティング広告が、消費者心理を巧みに利用しつつユーザーの意思決定に介入することは、ユーザーの自己決定権との関係で緊張関係を生じ得るとの指摘がある（古谷 2018, 132）。

このように、サイバー・スペースにおいて、プロファイリングに基づくアーキテクチャの構築により、もたらされた「超個人主義」は、近代的な個人主義の概念とは異なって、それ自体で正当な価値を有するとはいえず、個人の尊厳や基本的自由の尊重という価値と矛盾しない限りで認められるに過ぎないと指摘されている（山本 2017, 77-90）。また、ナッジは「あらゆる選択肢を排除せず」と定義されているが、選択の自由は予め示された選択肢から選択する自由に留まり、そこから排除された選択肢を選ぶことや、新たな破壊的創造は認められていないという点で（松尾 2017）、個人の自律性の「薄い」理解に基づく立場に過ぎないともいえる（那須 2016, 16）。

サンスティンは様々な批判を念頭に、厚生、自律、尊厳、自己統治という4つの価値に即して、政府によるナッジの利用を正当化すると同時に限界づけようと試みているが（サンスティン 2020, 83-114）、彼の関心は実践的な統治の手法の探究にあり、個人の自由・自律・尊厳の侵食とはならないか、という理論的な懐疑の全てに対し、説得的な応答がなされているわけではない。さらに、選択の自由があることで、それに従わないで不利益を被った人については、「自分で選択した」ことを根拠とした「自己責任」をおびき寄せるのではないかと、また、アーキテクトと

<sup>6</sup> リバタリアン・パターナリズムは情報処理的には矛盾を抱えており、「パターナリズムとリバタリアニズムが現実の意思決定で非対称に実現されている疑いをもたらす」と指摘されている（山田 2019, 44）。



なる行政の判断の誤りを、どのように修正すべきかという点を含めて、アーキテクチャの設計についてはブラックボックスが多く残されており、公共政策にかかわる制度設計の理論としては、未だ生成途上であると言わざるを得ない（正木 2015, 162）。

### 3. ナッジの正統性

#### (1) 正統性問題

正統性問題とは、秩序の由来を問うことを指し、近代国家の正統性は「合法性」にあるとした M. ウェイバーの理論が知られているが、現代国家では「実体的規律のみならず、手続的規律、組織的規律など様々な法的規律も案出され、精緻化されて」おり、合法性のあり方が多様化することで、正統性も多様化した」と評価されている（松尾 2017, 26）。

このように、正統性を基礎づけている合法性を様々な規律の複合体として捉えるならば、アーキテクチャの正統性は、「ガバナンス論における正統性問題」と読み替えることが可能となる。そして、ガバナンス論からみた正統性が、「憲法上の権利・利益に適合しているかどうか、民主政原理に適合しているかどうか、専門家集団の知識に適合しているかどうか、競争原理を経ているかどうかなど、様々な観点で評価しなければならない」とすれば（松尾 2017, 27）、これらはナッジの正統性の要件としてもとらえることができる。

例えば、ナッジを作用させるために、たばこの健康被害に関する威嚇的表示を事業者に義務づける規制は、情報提供による誘導を越えて、憲法上、認められている表現の自由に対する不当な制限とみなされる場合がある（サンスティン 2020, 163-164）。また、一部の利害関係者の利益を推進するようナッジを設計することは、公正かつ自由な競争を阻害するおそれを生じ得るため、目的の正当性、及び手法の適切さについては関連法令に従って精査する必要がある。

一方、社会的合意が形成されていない主題にナッジを用いることは、その有効性が疑わしいだけでなく、民主的統制の空洞化につながりかねないという懸念もある。民主的手続による正統化を統治の目的と捉えるか、手段と捉えるかについては見解が分かれているが（松尾 2022, 54）、熟議とナッジの関係については、両者のメリット・デメリットを考慮した上での「使い分け」と、両者の「組み合わせ」により相乗効果を高める可能性が論じられている（田村 2018）。田村は「面倒な」熟議の「魅力のなさ」を低減する「熟議のためのナッジ」として、公共フォー

ラム、くじ引き、レトリック、ファシリテーター/ファシリテーション、ベーシック・インカムをあげ、これらは熟議への参加のハードルを下げて、誰もが参加できるものとする一方で、このような場面では、ナッジの操作可能性を過度に心配する必要はないと楽観的に捉えている（*ibid.*, 138-146）。

この点と関連し、気候変動政策の民主的統制を「気候市民会議」というミニ・パブリックに委ねる試みは、注目に値する。気候市民会議とは、無作為抽出で選出された市民らが気候変動政策について討議を行い、政策の選択について合意を形成して政府の政策に反映させる試みで、イギリス、フランスで実施され、日本でも注目を集めている（三上 2020；永田 2021；三上 2022）。日本では、2022年2月、三上らが札幌市の協力を得て「さっぽろ気候市民会議」を開催し、無作為抽出で選ばれた札幌市民らが、札幌市の脱炭素化のため計画について議論を行うという試行的取り組みが行われた。

その報告書によれば、参加したほぼ全ての者が、脱炭素化の目標には賛同を示していたが、大きな行動変容を求められる問題については「意見の分かれ」があったと指摘されている。例えば、建物の省エネ化については、供給者側の取り組みの後に、消費者が省エネ性能の高い住宅を導入するシナリオが支持を集め、寒冷地におけるマイカーの利用制限等、強い行動変容を求められる案については意見が分かれていたという。このように、市民の間で「意見の分かれ」があることが明らかとなったことが熟議の成果であると評価され、脱炭素社会への転換に向けた理解や合意形成を丁寧に図りつつ、地域の特色を生かした無理のない段階的な取り組みを進めるべきである、ということが現在の市民の総意であると総括されている（気候市民会議さっぽろ 2020 実行委員会 2022）。

このような試みは、「普段はこのような問題を考えたことがない」という市民に熟議を促す点で、「熟議をナッジする」しかけであり、討論に参加した市民の理解と行動の変容が進展すれば、熟慮を促すナッジの効果を実証することができるだろう。一方、現時点での成果が「意見の分かれ」の確認であるとすれば、脱炭素化を実現するための様々な政策の選択肢の費用対効果や負担配分は未だ明確ではなく、これらの政策の受容については、十分な社会的合意が形成されていないともいえる。この状況の下で、政府がCO<sub>2</sub>排出量の5.3%を占めるに過ぎない（2020年度確報値）家庭での排出削減を優先的課題と位置付けて、市民に対する省エネナッジの工夫を

重ねることは、個人の自由を大きく制限するとまではいえないが、民主的統制という観点からは問題も残るように思われる。政策目標を効率的に達成するために、「意見の分かれ」を考慮に入れず、特定の視点に立脚した政策が実施されても、自由で民主的な社会において、多様な意見が消滅するわけではない。まずはどのような取組みを選択肢に乗せるべきか、どのような優先順序を付与すべきか等について、民主的プロセスで討議を重ね、社会的合意を鍛え上げる必要があるように思われる（松岡 2022, 114）。

## （2）「相互ナッジの海」と政府の役割

ナッジのアーキテクトは政府や大企業に限られず、多様な主体が多様なナッジを用いることで、ナッジ間の自由な競争が促進され、より良いナッジが生き残るという見通しが示されている。このような「相互ナッジの海」という視座は、政府が政策ナッジを独占し、あるいは企業が無垢な消費者にマーケティングを仕掛けるという暗澹たる見取り図とは異なって、市民相互の関係において、相互にナッジ的な働きかけを行うことにより、より良い社会関係を築き上げ、自らの生活を豊かにすると共に、コモンの協働管理を適切に遂行するものとして期待される。同調圧力の強い日本社会についてはこのような相互作用の文脈の中で、ナッジの有効性を評価すべきとの指摘も一考に値するであろう（那須 2018, 62-66）。

しかし、「相互ナッジの海」については、ナッジの効果を打ち消しあう可能性が懸念され、そのような事態を回避するため、あるいはナッジが個人の権利、利益を侵害するおそれがある場合には、政府による間接統制（ナッジの調整）が必要となる。しかし、この場合、行政はどのような根拠で私人間関係に介入できるのか、どのような基準で、侵害行為の「違法・違憲」を判断できるのか、という点は明らかではない。

また、ナッジが中間団体を媒介とした多元的ガバナンスの手法として用いられている場合、このような協働管理は公的な統治とどのような関係にあるのか、相補的關係でおさまるのか、矛盾・抵触を生じる場合には、どのような規律が求められるか、という点も問題となる。例えば、自然公園において地域協議会が策定した公園利用計画や個別の公園管理事業が、特定の利害関係者の利益を不当に侵害し又は有利に取り扱おうと考えられる場合、あるいは法目的との矛盾、抵触が疑われる場合、政府の規制権限はどのように行使され、制度の調整はどのように行わ

れるべきであろうか。

一方、「相互ナッジの海」は、現場志向的で柔軟な調整を想定しているが、ナッジのアーキテクトとしては、行政と市民は圧倒的な非対称の関係にある。多くのナッジは市民の誤り易さを前提としているが、前述した通り、行政の裁量行使の過誤が疑われるとき、どのような統制が可能となるのか、という点は、ナッジ固有の課題ではないとしても、ナッジを含む規制構造全般の設計においては、問題となり得る。例えば気候変動については、近年、諸外国で市民が気候変動訴訟を提起し、司法が行政に義務付けを行う場合もみられるが、日本では、狭い原告適格を理由として、裁判所は行政の裁量行使の合理性について実体判断を行っていない（大塚 2020, 島村・杉田・池田・浅岡・和田 2021, 島村 2022, 一原 2022）。

このようにナッジが政策手法として汎用され、法規制とナッジが融合する「ナッジ化」が進展するに従って、政府による間接統制を必要とする局面が増大し、ナッジを用いた統治が「オーバーコントロール」となるのか、あるいは、政府による規制・統制は後退するのか（「アンダーコントロール」）という点は、未だ明らかではない（松尾 2017, 14）。

## おわりに

サンステインらが選択アーキテクチャとナッジはリバタリアン・パターナリズムに基づくものとして提示して以降、ナッジは法学研究者の多様な関心を喚起し、そのパターナリスティックな介入への警戒だけでなく、脱規範化した新たな統治理論の形成への刺激としても高く評価されている（吉良 2022）。しかし、ナッジに対する法学研究者らの評価は両表的で、ナッジに対する当惑と警戒は今も完全には払しょくされていない。最も根源的な警戒は、個人の自律、自由の浸食と、民主主義的統治の正統性が迂回される点に向けられている。サンステインらは、これらの危惧は杞憂であるとして、ナッジの区別と透明性に基づいて、反論を行っているが、その理論的妥当性については、尚、検討の余地が残されているように思われる。

一方、益々複雑化し、拡大している公共政策において、また、煩雑な雑務に追われる日常生活において、あらゆる選択を熟慮と熟議に委ねることはおよそ現実的ではない。法とアーキテクチャの融合が不可避である以上、法とアーキテクチャの境界線を慎重に見極めて、ナッジに委ねるべき領域と立入禁止区域とを区別することは必須である（那須 2020, 吉良 2022）。現代の環境法政策においても、省エネ、



脱プラスチック、食品ロス削減、自然公園における旅行者の利用行為の統制等、伝統的な規制的手法にはなじまない新たな領域において、費用対効果の高い選択肢を模索し、制度設計を行う場面では、ナッジ論から得られる示唆は少なくない。また、科学的不確実性の高い問題については、危害原則と補完的に用いる可能性が示唆されている。一方、規制範囲が広範にわたり、社会経済システムの公正な移行が求められる問題領域については、熟議をナッジし、合意を積み重ねることが、個別の措置の創意工夫に先立って行われるべきであろう。

ところで、アーキテクチャの正統性の枠組みは、費用便益分析に基づく規制影響評価が確立している米国においては新規なものではないが（サンステイン 2017）、日本では、立法過程における規制影響分析が可視化され、十分に機能しているとは言いがたい。サンステインらは国際比較調査を実施し、ナッジの受容度について比較したところ、日本は慎重なグループに分類され、その理由として、日本では、政府に対する国民の信頼水準が低く、「もし政府がそれを計画するのなら悪いことなのだろう」というヒューリスティックが働いたのではないかと推測している。この点について、池本らは日本では行政に対する要求水準が高いからではないかと指摘し、透明性を高めることが重要であると重ねて強調しているが（白岩・池本・荒川・森 2021, 36）、問題は個々のナッジの可視性、透明性の不足ではなく、政策過程全般の歪み（らしきもの）にあるという可能性もある（野田 2008；菊池 2010）。ナッジは行政の適正化・合理化に貢献し、効率的な権限の配分による制度設計を可能とするが、このようなナッジの正統性を裏打ちするのが、規制行政の正統性であるとすれば、政策ナッジの推進に先立って、規制行政全般の合理化、透明化が望まれるところである。

本研究は JSPS 科研費 17K00686, 17K03509, 21K01278 の助成を受けたものである。

また、2022 年 7 月 9 日に開催された環境三学会合同シンポジウムの参加者には有益な助言とコメントを頂いた。この場を借りて深く感謝の意を表明する。

## 要 約

キャス・サンステインとリチャード・セイラーは、個人の選択環境を構成する「選択アーキテクチャ」の設計を提唱し、「ナッジ」は特定の選択肢を排除したり、経済的インセンティブを大きく変えないで、

当人の利益にかなうよう個人の選択に影響を与えるもので、「ナッジ」を政策に活用することは、個人の選択の自由を尊重しつつその福利を改善するような介入を認める「リバタリアン・パターナリズム」により基礎づけられると主張した。本稿は、現代の環境法においては、ナッジ的規制は既に取り込まれており、ナッジ論は制度設計の視点を持ち込んだ点に意義があることを指摘した。一方、「リバタリアン・パターナリズム」については、個人の自由・自律との矛盾・抵触や、民主的正統性を具備しない場合があるが、この点に関する著者らの反論は十分とはいえ、公共政策の妥当根拠としては未だ未成熟であること、また、ナッジの有効性は市民の政府への信頼に依拠するが、日本においては政府への信頼が低く、この点も障壁となり得ることを指摘した。

## Summary

Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler advocate “Choice Architecture”, which configures individual choice environment, arguing that the “Nudge” would improve individual welfare, with respecting individual freedom of choice, without eliminating certain options or bringing substantial changes of economic incentive. They also argue that while the Nudge would affect individual choices to serve his/her interests, to utilize the Nudges a policy measure shall be based on the concept of “Libertarian- Paternalism”. This article articulates that Nudge like regulations has already been embedded in modern environmental law, and in this context, discussion on Nudge may be of strategic significance for environmental law, for introducing a perspective of institutional design. On the other hand, the concept of “Libertarian- Paternalism” may conflict with the individual freedom and autonomy, the fundamental values in modern society, and may lack the democratic legitimacy. This article also pointed out that the authors’ argument may not be sufficient and immature as a justification as a theory for public policy. Also pointed out that while the effectiveness of the Nudge would be dependent on the public trust in government, the relatively low trust in government in Japan may be a bottleneck for effective utilization of the Nudge.

## 参考文献

- 一原雅子 (2022) 「国が国民を気候変動の脅威から保護するための適切な措置を講じる法的義務の存否 — Urgenda Foundation v. State of the Netherlands 最高裁判決評釈」『環境法政策学会誌』24号, 19-22頁。
- 及川敬貴, 武田淳 (2014) 「環境法化する開発法 — 「エコ統治性」の法的地平」研究序説」大原社会問題研究所雑誌, 674巻, 35-50頁。
- 大塚直 (2020) 「気候訴訟に関する覚書 — その可能性と困難性」中村民雄編『持続可能な世界への法 = Law for Our Sustainable World : Law and Sustainability の推進』成文堂
- 大屋雅弘・松尾陽・栗田昌裕・成原慧 (2017) 「(座談会) 法学におけるアーキテクチャ論の受容と近未来の法」松尾編 (2017) 『アーキテクチャと法』225-264頁。
- 石田柊 (2021) 「操作 (manipulation) の倫理学: 論点の概観」ELSI14号
- 菊池端夫 (2010) 「第4部 諸外国における行政の信頼研究, 信頼向上方策との比較検証 — 日本政府はどう対応しているか: 国際比較の視点から」総務省大臣官房企画課『行政の信頼性確保, 向上方策に関する調査研究報告書(平成21年度)』平成22年3月, 111-137頁。
- 気候市民会議さっぽろ2020実行委員会『気候市民会議最終報告書』2022年3月 <http://hdl.handle.net/2115/80604>
- 吉良貴之 (2022) 「ナッジは行政国家に何をもちたすか」法律時報第94巻3号13-17頁。
- Richard Thaler & Cass Sunstein (2008), *Nudge*, Yale University Press.
- (邦訳 C. サンスティン & R. セイラー (2009) (遠藤真美訳) 『実践行動経済学』日経BP)
- キャス・サンスティン (2017) (山形浩生訳) 『命の価値 — 規制国家に人間味を』勁草書房
- キャス・サンスティン (2020) (田村恵子訳) 『ナッジで、人を動かす』NTT出版
- キャス・サンスティン (2021) (吉良貴之訳) 『入門・行動科学と公共政策〜ナッジからはじまる自由論と幸福論』勁草書房
- 坂井岳夫 (2022) 「規制手法としてのナッジ — 社会政策の実現をめぐる法と経済学」法律時報第94巻3号, 18-24頁。
- 島村進・杉田峻介・池田直樹・浅岡美恵・和田重太 (2021) 「日本における気候訴訟の法的論点: 神戸炭火力訴訟を例として」『神戸法学雑誌』Vol.71(2), 1-88頁。
- 島村進 (2022) 「SDGs と気候変動訴訟」『ジュリスト』1566号, 49-55頁。
- 白岩祐子・池本忠弘・荒川歩・森祐介 (2021) 『ナッジ・行動インサイトガイドブック』勁草書房
- 田村哲樹「熟議をナッジする?」那須・橋本編 (2020) 『ナッジ』125-150頁。
- 永田公彦 (2021) 「フランスの気候変動対策法: 市民参加による先駆的立法」世界, 949巻, 15-21頁。
- 那須耕介 (2016) 「リバタリアン・パートナーリズムとその10年」『社会システム研究』19巻, 1-35頁。
- 那須耕介・橋本努 (2020) 『ナッジ!? 自由でおせつかいなりバタリアン・パートナーリズム』勁草書房
- 那須康介 (2020) 「ナッジはどうして嫌われる?」那須・橋本編 (2020) 『ナッジ』45-74頁。
- 成原慧 (2017) 「アーキテクチャの設計と自由の再構築」松尾編 (2017) 『アーキテクチャと法』33-63頁。
- 成原慧 (2020) 「それでもアーキテクチャは自由への脅威なのか? : “デフォルト” どれだけ気にしていただろう」那須・橋本編 (2020) 『ナッジ』75-99頁。
- 野田遊 (2008) 「行政に対する信頼と市民の参加意向」『会計検査研究』37号, 69-85頁。
- 古谷貴之 (2018) 「AI と自己決定原理」山本龍彦編『AI と憲法』121-154頁。
- 正木宏長 (2015) 「情報を用いた誘導への一視座: 行動経済学, ナッジ, 行政法」立命館法学, 362巻, 1056-1093頁。
- 松尾陽 (2017) 『アーキテクチャと法: 法学のアーキテクチュアルな展開?』弘文堂
- 松尾陽 (2022) 「規制手法の多様化と法哲学の課題」法律時報第94巻3号, 52-57頁。
- 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」松尾編 (2017) 『アーキテクチャと法』1-31頁。
- 松岡俊二 (2022) 「トランス・サイエンス的課題としての気候変動問題」アジア太平洋討究, 44巻, 101-116頁。
- 三上直之 (2020) 「欧州の市民が議論した『新型コロナと気候変動』」科学, 90巻12号, 1087-1093頁。
- 三上直之 (2022) 「気候民主主義へ: 地域発・若者初の転換」世界, 952巻, 175-185頁。

山田歩 (2019) 「意思決定者はナッジによる操作から  
逃れられるか」行動経済学 第 12 号, 41-44 頁。  
山本龍彦 (2017) 「個人化される環境 — 「超個人主  
義」の逆襲？」松尾編 (2017) 『アーキテクチャ  
と法』 65-92 頁。

山本龍彦 (2018) 『AI と憲法』 日本経済新聞社  
OECD (2017), Behavioural Insights and Public  
Policy, Lessons from Around the World, OECD  
publishing, Paris.