

# 情報を用いた誘導への一視座

——行動経済学，ナッジ，行政法——

正 木 宏 長\*

## 目 次

はじめに

第1章 行動経済学，ナッジ（nudge）

第2章 ナッジを巡る議論

第3章 誘導行政の法的基礎

一 誘導行政の理論

二 誘導行政，ナッジ

三 パターナリズム，自律

四 ハード，ソフト

五 アーキテクチャー

六 制度設計，政府活動のあり方

結びに代えて

## はじめに

誘導と呼ばれる行政手法がある。近時では，これを取りあげる概説書も増えてきたが，この手法に関する法的議論については，発展の余地があるのではないかと感じられる。本稿は，行動経済学の影響下でサンスティンによって主張されているナッジの議論を検討し，その知見を踏まえたうえで，情報を用いた誘導について行政法の観点から考察するものである。

---

\* まさき・ひろたけ 立命館大学法学部教授

## 第1章 行動経済学，ナッジ（nudge）

（1）本章ではサンスティンによって主張されているナッジ（nudge）の議論を見るが、まずサンスティンの議論と深く関わっている行動経済学について、概観してみる。

行動経済学とは近時発展している経済学の一分野である。古典派経済学やケインズ派経済学のような伝統的経済学に対する批判の議論として発達してきた分野のようである。行動経済学の伝統的経済学に対する特徴は、人間をどのように捉えるかという点に見られる。伝統的経済学は、人間を利己的で合理的に行動する経済人としてとらえる。それに対して、行動経済学は人間をそのようなものとして捉えず、合理性が限定された判断をする主体として捉えるのである。行動経済学の文献では、人間がいかん伝統的経済学では説明できない判断を下しているかということが、幾多の経験的研究の成果を示しつつ説明される<sup>1)</sup>。

行動経済学の文献では、人間の思考について二つのシステムが、しばしば言及される。直感的な速い思考であるシステム1と、複雑な計算をするような遅い熟考型の思考であるシステム2である。人間は通常はシステム1によって直観的な判断を下して自動運転的に行動するが、システム1によっては対応が難しい複雑な計算などをしなければならなくなった場合は、集中型の思考であるシステム2によって行動する。チェスを指す際、一般人はゆっくりと考えて指すが、これはシステム2による思考の産物である、これに対してチェスの名人は素早く的確な手を指すが、これは習熟によってシステム1で対応できるようになった例とされる。この理論自体は心理学に定着してきた二重過程理論であるとされる<sup>2)</sup>。

システム1は直感的に反応するが、バイアスや錯覚を起こしやすいという欠点がある。また、システム1に比べると理性的な反応をするシステム2も、集中している際にはほかのものが目に映らなくなるように、システム

2によって思考する場合も錯覚に陥るのである<sup>3)</sup>。

このような心理学を基礎とする知見が経済学に用いられたとき、それは伝統的経済学に対する批判理論を提供する。すなわち、人間がバイアスや錯覚に基づいた判断をする主体であるならば、伝統的経済学が想定していた合理的な判断をする経済人という仮定とそれに立脚する理論が、危ういものになる。

行動経済学の文献は、例えば以下のような人間のバイアスや錯覚の例を示している。

直感を用いた発見的な判断の方法をヒューリスティックスと呼ぶが、「アンカリング」「利用可能性ヒューリスティックス」「代表性ヒューリスティックス」がバイアスや錯覚の例として挙げられる<sup>4)</sup>。

「アンカリング」は、「ガンジーは亡くなったとき114歳以上でしたか?」という質問と「ガンジーはなくなったとき35歳以上でしたか?」という質問では、前者のほうが高い年齢が回答がされるという例で説明される。未知の数値を見積もる際に何らかの特定の数値を示されると、その特定の数値に影響を受けてしまうことである<sup>5)</sup>。

「利用可能性ヒューリスティックス」は、スターの離婚や政治家の浮気は報道されやすいことからこれらの確率を高めに見積もったり、飛行機事故が起こると飛行機事故の確率を高く見積もってしまうように、あるカテゴリーのサイズやある事象の頻度を見積もるときに、その例が頭に思い浮かぶたやすさを答えることである<sup>6)</sup>。

「代表性ヒューリスティックス」は、類似性の判断と確率の判断を置き換えてしまうような判断の仕方を指す。これによりステレオタイプとの類似によって確率を判断してしまう。ステレオタイプとの類似性を代表性と呼ぶ。『内気で詩が大好き』な女子学生が中国文学と経営学のどちらを専攻していると思うか」という質問では、統計的にいえば経営学専攻の女子学生のほうが、数が多いのであるから、経営学専攻の確率のほうが高いのだが、中国文学専攻の女子学生のステレオタイプに判断が影響されてしま

いかねないという例で説明される。これはシステム1の作用である。「あんなにタトゥーを入れていたら、学会で成功しない」というような発言も、代表性ヒューリスティックスが絡んでいるとされる。成功者のステレオタイプとの比較で判断をしているということだろう<sup>7)</sup>。

他に、「フレーミング」というものも指摘されている。問題の提示の仕方によって人間の考えや選好に影響が及ぶことである。「10%の確率で95ドル貰え、90%の確率であなたが5ドル支払うギャンブルをしますか？」という質問と「10%の確率で100ドルがあたり、90%の確率で外れて何ももらえない5ドルの宝くじを買いますか？」という質問は、実際は同じ質問なのだが、後者の宝くじを買うという質問をするほうがイエスと答える人間が多いように、人間の思考は質問の仕方によって影響を受ける。他に「術後1ヶ月の生存率は90%です。」という説明と「術後1ヶ月の死亡率10%です」という説明とでは、前者のほうが手術を選ばれることが多いという例が示されている<sup>8)</sup>。

(2) サンスティンは、いまや現在のアメリカを代表する法学者と言っていいだろう。サンスティンは、行動経済学に関心を寄せており、そして、彼の著作は行動経済学にも影響を与えている。この分野でのサンスティンの活躍は法学者の枠を超えているといっても過言ではない<sup>9)</sup>。

サンスティンは、近時、法と行動経済学とでも言うべき研究に取り組んでいる。その成果はサンスティン編で2000年に刊行された『行動的な法と経済学<sup>10)</sup>』にまとめられているが、そこでのサンスティンの問題関心は、行動経済学が主張するのと同じく、古典的経済学とそれに依拠する合理的選択論に疑問を呈し、法に関する人間の行動と選択をより正しく理解することにあったようである<sup>11)</sup>。サンスティンは同書の中で上に見たような行動経済学の議論を紹介する役割を果たしている<sup>12)</sup>。

サンスティンのこの分野での名声を決定的なものにしているのは、2008年に刊行された経済学者セイラーとの共著『ナッジ (nudge)<sup>13)</sup>』である。『ナッジ』自体は、セイラーとサンスティンの共著であるが、サンスティ

ンは以降、様々な文献でナッジに言及して、本書で主張されたことを繰り返して言及しており、基本的には、『ナッジ』で記されていることは、サンスティン本人の主張と見なして良いと考えられる。

共著書『ナッジ』では、様々な政策に関する分析と提言が書の大部分を占めているが、その主張の基礎となっているのは、行動経済学的な知見とナッジのアイデアである。表題にもなっているナッジ (nudge) とは、軽い一押しというような意味である。セイラーとサンスティンがナッジとして語っていることのイメージは、個人がより良い判断をすることを助けるために、政府や企業が強制にわたらない軽い一押しを提供するといったものである。

セイラーとサンスティンがナッジ (nudge) という語に含めている含意には、別のものがある。セイラーとサンスティンは次のようなものを示している。

iNcentives : インセンティブ

Understand mappings : 対応付け (mappings) の理解

Defaults : デフォルト

Give feedback : フィードバックの提供

Expect error : 間違いを予見する

Structure complex choices : 複雑な選択の構造化<sup>14)</sup>

iNcentives については、少し強引であるが、これらの語の大文字をとると nudges となる。そしてこれらが、ナッジの構成要素となる。

『ナッジ』で提示される理論の概要は、序章でまとめられている。概略を示すと、伝統的経済学は人間を合理的に行動するものと見なしていた。本書では、伝統的経済学の人間像に沿った行動をする人間をエコノ (Econ) と呼んでいる。これに対して、行動経済学の知見においては、人間は誤りを犯したりバイアスを持つことがある存在とみなされる。このよ

うな現実の人間を指して、本書はヒューマン（Human）という語を用いる。ヒューマンは間違いを犯すために、エコンのように、常に彼の利益にとって最善である選択をすることができない。そのようなヒューマンに対して、彼らの生活をより良いものにするために提供されるのがナッジである。ナッジは選択を禁止したり経済的インセンティブに重大な変更を加えることなく、人間の行動を望ましい方向に変更させる選択アーキテクチャーと定義されている。そして、セイラーとサンステインは、自らの立場をリバタリアン・パターンリズムと位置づける。政府が個人の選択に影響を与えるという点ではパターンリスティックであり、個人に選択の自由を留保している点ではリバタリアニズムに依拠しているのである<sup>15)</sup>。

「選択アーキテクチャー」の語は、人間の決定に影響を与える環境、制度、意匠などを概括的に指す語として用いられている。語としてはわかりにくいのが、例としては企業年金における多様な貯蓄プランが挙げられている。他に例えば、大学施設を作る際には、立地、教室規模、設計について、法的、美的、実際の観点からどのような施設が作られるか決定される。そうして完成したものがアーキテクチャーとなる。アーキテクチャーは人の行動に影響を与える。押すドアなのか引くドアなのかわかりにくいドアは人間を混乱させる悪いアーキテクチャーである。このようなドアは、デザインを変更して引くドアだとわかりやすくすれば、人間は間違えなくなるだろう。こういった発想の下、政府や企業がわかりやすい情報を提供して、国民がよりよい選択をできるようにするというのが、『ナッジ』におけるセイラーとサンステインの主張の一つの支柱である<sup>16)</sup>。

ナッジの主張の中で中核をなしているものとして、デフォルト（Default）の設定がある。これは、意思決定者が選択をしなければ選ばれるルールである。例としては、パソコンのソフトをインストールするときに、レギュラーかカスタムを選ぶということが挙げられる。レギュラーだとソフトウェア会社の推奨のインストールがなされ、カスタムだと消費者が自由にインストールするソフトを選択することができる。これが公共政

策に持ち込まれると、国民が選択をしない場合に政府の推奨するシステムが自動的に選ばれ、国民が望めばそれから離脱できるシステムになる。この考えは、ヒューマンの能力が限定的であることに立脚している。ヒューマンは、予備知識が無いところに無数の選択肢を示されてもどれを選べばいいのかわからなくなる。そこで、選択肢を示す側が推奨のデフォルトを提供することは、人々に対する助けになるのである。この発想は、サンスティンの議論の底流となり、人々が選択をしなければならない義務的選択 (mandated choice) よりも、選択をしない場合にデフォルトが適用される仕組みが望ましい場合があるという議論が展開される<sup>17)</sup>。

ナッジとして制度設計に際して、主張されることとして、人間は間違いを犯すので、間違えることを事前に予測したうえで制度設計をすることがある (Expect error)。ここでは、自動車でシートベルトをつけ忘れている場合に、警報を鳴らすといった例が挙げられる。また、デジタルカメラでシャッターを押したことを知らせるためシャッター音を鳴らすように、うまくいっているかいないかをヒューマンに知らせるようフィードバックを与える (Give feedback) ことや、住宅ローンや携帯電話の料金プランのような利害得失がわかりにくいサービスについては、消費者に比較のための情報提供をするような、対応付けの理解 (Understand mappings) も主張されている。選択肢が多数あり、選択に際して様々な要素がある場合には、簡単に選択できるよう複雑な選択を構造化 (Structure complex choices) する。ここでは、2000あるペンキの色を選びやすいように、アルファベットの色名ではなく、色見本を並べたカラーチャートから選ばせるような仕組みが例としてあげられている。最後に、思慮が足りないヒューマンであることを前提に、インセンティブ (iNcentives) を考慮する。例としては、電気使用を減少させるために、わかりにくい電気料金を消費者に知らせるよう、室内の室温を下げる際のコストが表示されるサーモスタットが挙げられる。こういった選択アーキテクチャーの設計の際の工夫について、大文字をとって並べ替えると、上に見た NUDGES となるのである<sup>18)</sup>。

(3) 『ナッジ』で示されるセイラーとサンスティンの主張であるが、『ナッジ』自体は一般人向けの書物であり、600あるレストランのメニューを示されてもわかりにくいから、デフォルトとしておすすめのメニューがあったほうが、客にとってはわかりやすい。だが、おすすめのメニューを望まない客は自由に選ぶことができるという風な議論で、わかりやすくはあるが、処世訓的である。その公共政策への含意を検討するには、彼らが示している公共政策での事例を見る必要がある。『ナッジ』は、多くの公共政策での事例を挙げているが、若干の事例を見てみよう。

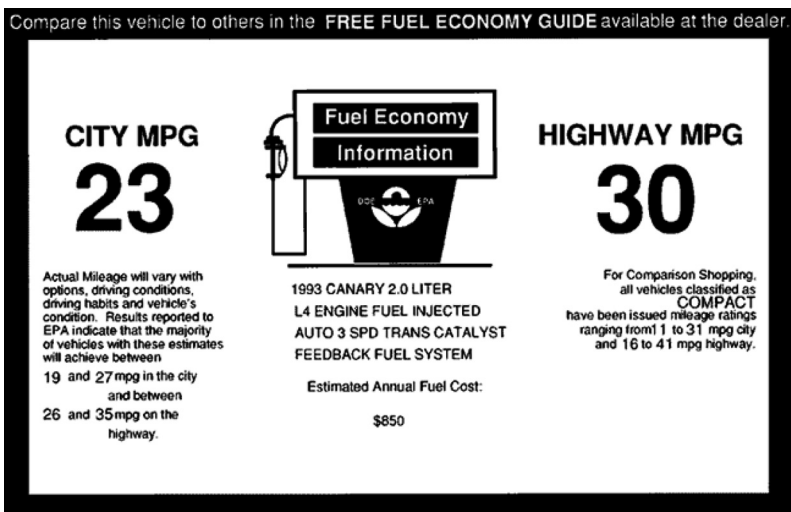
アメリカでは、企業年金のデフォルト・ルールは未加入である。人々は貯蓄を望みながら、現状維持バイアスがはたらき、貯蓄にふみきれない。生活の安定に有益であり、人々も実際には加入を望んでいる企業年金の加入率を上げるにはどうすればいいだろうか？これに対しては、デフォルトは自動加入にし、希望する者はオプト・アウトできるという制度や、労働者が最初の給料を受けとる際に企業年金に加入するか加入しないかを選択しなければならぬという積極的な決定を求める制度（サンスティンの整理ではアクティブ・チュージングになるだろう）、あるいは新規雇用従業員のオリエンテーション期間に企業年金に加入するにチェックをするだけで加入ができるように加入手続をシンプル化することが提案される。いずれも実際に加入者増があったとされる<sup>19)</sup>。

臓器移植のドナーを増やすにはどうすればいいだろうか？臓器を提供するには生前にドナーカードにチェックをするというように、デフォルトを明示的な同意を求める方式にすると提供率は低い。だが、実際には調査によると多くのアメリカ人は臓器提供を承諾している。そこで、提供するをデフォルトにして、提供しないにチェックをするという黙示的な同意を求める方式にすると同意率は上がる。ヨーロッパの実例では同意にチェックするオプト・イン方式のドイツでは同意率12%であるのに対し、同意しないにチェックするオプト・アウト方式のオーストリアでは同意率99%であったとされる。他に、運転免許の更新の際に、臓器提供に同意するかし

ないかのチェックを求める義務的選択の方式も考えられる。また、イリノイ州の成人の60%は臓器提供者の登録をしているという風に州政府が情報提供をして、人々の規範意識に訴えるという方法もある<sup>20)</sup>。

アメリカでは新車について、1975年以来、燃費基準に適合していることについて、ラベルで表示することが義務づけられている。図1-1の2008年以前のラベル表示の要求だと MPG（1 ガロンあたりの走行マイル）で燃費が表示され、具体的にどれだけ燃料費の削減になるのかがわかりにくい。環境保護庁はラベルの改正を行い、推定年間燃料費を強調したものに变更しているが、5 年間の燃料費を計算して表示すればより強力なものになる<sup>21)</sup>。

図1-1 2008年以前の燃費ラベル



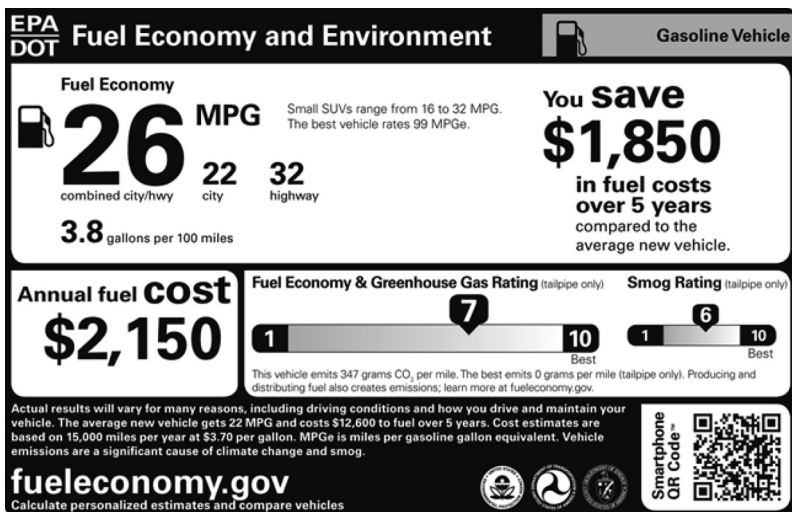
出典 アメリカ合衆国環境保護庁ウェブサイト

[http://www3.epa.gov/fueleconomy/images\\_label/label\\_pre2008\\_650.gif](http://www3.epa.gov/fueleconomy/images_label/label_pre2008_650.gif)

アメリカでの自動車の燃費ラベルはオバマ政権下でさらに改正され、サ

ンステインの主張を受けたものになっている。すなわち、図1-2のようにMPG と推定年間燃料費の他に、5 年間での燃料費削減の見積もりや、温室効果ガスと大気汚染物質の排出についてのレートを表示するというものになって<sup>22)</sup>。

図1-2 2013年以降の燃費ラベル



出典 アメリカ合衆国環境保護庁ウェブサイト  
<http://www3.epa.gov/carlabel/images/gaslabelc.jpg>

こういった手法は、セイラーとサンステインがヒューマンと呼ぶ現実の人間は、定まった合理的な選好に基づいて決定するのではなく、むしろ様々な周辺の事象に影響を受けて決定する存在であるという行動経済学の知見に基づいている。もし、伝統的経済学が想定しているように、人間が常に定まった選好に基づいて合理的に決定しているのなら、デフォルト・ルールが何であれ、手続が複雑であれ単純であれ、その判断は影響されな

いだろう。だが、現実の人間は他人の行動に影響され、錯覚やバイアスに陥り、手続が煩雑であればそれだけでそれを敬遠する存在である<sup>23)</sup>。セイラーとサンスティンによるナッジの発想の根幹は、そのような人間に対して、適切な情報と選択アーキテクチャーを提供することで、人々がより良い選択をできるようにするというところにありとされる。

## 第2章 ナッジを巡る議論

(1) 『ナッジ』はベストセラーになり、世界的な影響を与えた。行動経済学の文献でもしばしば引用され、『ナッジ』は「行動経済学のバイブルとなっている<sup>24)</sup>」と評されている。サンスティンはオバマ政権下で情報・規制問題部部長を務め、ナッジのアイデアを行政実務で実践する機会を得た。その後サンスティンは行政経験を踏まえつつ、ナッジで示した考えを様々な彼の著作の中で、更に深めている。またナッジのアイデアは世界的に広まり、2013年のサンスティンの著書によれば、イギリスでは、キャメロン首相の下、非公式には「ナッジ・ユニット」と呼ばれる行動観察チームが内閣府に設けられ、行動経済学の知見が政策に導入されているという。他にも、韓国、オーストラリア、デンマーク、ドイツ、その他の国の公的私的組織によってナッジが用いられているという<sup>25)</sup>。

学界からの書評は、『ナッジ』を評価しつつも、様々な疑問を呈している。

シュラグは、ナッジへの疑問として、(1) 何を最適化するのか、(2) ナッジが一押しになるのはいつか、(3) 我々は専門家を選好するべきか？(4) 我々がナッジをするのはいつか？ということを挙げている。具体的には、(1)何を最適化するのかについては、セイラーとサンスティンは人々が「現実」に望んでいること、人々の「自己利益 (self-interest)」と様々な表現をしているが、両者は違うように、ナッジがいかなるものを目指すかが明らかではない。(2)ナッジが一押しになるのはいつかについては、例えばナッジとして事業者への情報の開示を要求する場合、ナッジが事業者にとっては

強制となってしまう。(3)我々は専門家を選好するべきかについては、人間の認識上の誤りの結果をナッジによって改善していくとしても、どのような専門家が診断するのか、専門家も間違えるのではないかという疑問がある。(4)我々がナッジをするのはいつかについては、これはセイラーとサンステインはヒューマンにもっとも手助けが必要なきとしているが、それは具体的にはいつなのかということである<sup>26)</sup>。

エイミアとロベルは、人間が直感的に自動的な決定をしたときのバイアスをタイプ1バイアスとし、熟考した結果生じるバイアスをタイプ2バイアスとして、ナッジによって予期せぬタイプ2バイアスが生じる可能性を指摘する。例えば、『ナッジ』では医療保険についてナッジとして、より良い明確な情報を提供することが提案されているが、明確であるが故に、関係の無い要素を過大評価するような予期せぬバイアスが生じる可能性がある。『ナッジ』では、臓器提供について、臓器提供をデフォルトとして、オプト・アウト方式をとることが紹介されているが、臓器提供がデフォルトであると、より慎重に考慮するようになり、臓器提供は増えないかもしれない<sup>27)</sup>。

(2) 上の議論が『ナッジ』の政策提案の有効性についての反応であるが、『ナッジ』で主張された、「リバタリアン・パターナリズム」についてもリバタリアニズムにもパターナリズムにもあてはまらない、未成熟な議論だという批判的な反応がある。

リバタリアン・パターナリズムだが、これは『ナッジ』でセイラーとサンステインが自らのアプローチを呼称して呼んでいるものである。ナッジについて、リバタリアンの側面があり、それは人々が彼らが好むことをする自由を持つことと、彼らが望むのであれば好ましくない制度からオプト・アウトすることに自由であるべきことだとされる。パターナリズムの側面もあり、それは、人々が彼らの人生をより長命に、健康に、より良いものにするために人間の行動に影響を与えるを試みる選択アーキテクチャーを正統化する主張にある。そこで、セイラーとサンステインは中庸を

とってリバタリアン・パターナリズムとナッジを位置づけるのである<sup>28)</sup>。

『ナッジ』では、共和党支持者 (Republicans) は、単に政府の行動に反対することを超えることを模索しているとし、民主党支持者 (Democrats) は、積極的な政府計画への熱狂を進んで放棄するだろうとして、リバタリアン・パターナリズムを非党派的なものであるとする。大きな政府ではなく、より良い政府なのである。リバタリアン・パターナリズムは第三の道と位置づけられる<sup>29)</sup>。

このリバタリアン・パターナリズムの発想に対して、シュラグは『ナッジ』でセイラーとサンスティンは、リバタリアニズムからリバタリアン・パターナリズムへの移行を主張するが、なぜもっと左よりのパターナリズムに移行しないかについての十分な説明がないとしている。そして自由とは何かについてセイラーとサンスティンは、「選択の自由」であるとしか位置づけておらず、『ナッジ』で第三の道を説く際に、リバタリアニズムとパターナリズムとは何かは明白ではないと批判している<sup>30)</sup>。

エイミアとロベルは次のような批判を行っている。「明日のために貯金をしよう」と、社会がライフサイクルを通じての金銭の扱いについて選択をして、党派的な法律を制定するのであれば、それは価値中立的な選択の自由というリバタリアンの原則には適合しない。デフォルトの設定自体が、人々の行動に影響を与えるのであるが、リバタリアンの主張は、間違いを犯す自由を含む価値中立的な選択の自由である。更にバイアスの是正も再配分効果を持つ。クレジットカード会社や住宅ローン会社は消費者の行動的失敗によって利益を得ているのだが、これが是正されることは事業者にとっては利益の減少になる。このような規制は望ましきや公平性についての規範的判断を伴っているが、一部の集団に賛同する規範的判断であり、リバタリアンの語の使用を排除するものだろう<sup>31)</sup>。また『ナッジ』では、規制介入を要請するものとパターナリズムを位置づけているが、これは混乱させるものである。もし、個人たる意思決定者自身によってなされる決定を改善する単なる一手法という、『ナッジ』のパターナリズムの

定義に同意したとしても、目標を設定し、個人的集団的な幸福を発展させる際に良き統治は、介入主義的でなければならない。規制は、必然的に個人の意思に反する選択を導くという点でパターンリスティックなのではなく、彼ら自身の幸福のためのものである<sup>32)</sup>。

(3) サンスティン自身は、近時、自らの単著において、ナッジやリバタリアン・パターンリズムの発想を発展させている。

まず、ナッジの手段として言及されるデフォルト・ルールについて、サンスティンは2015年の著書『不選択の選択 (Choosing not to choose)<sup>33)</sup>』で、アクティブ・チュージング (active choosing) との比較を行なっている。

サンスティンは、個人に対してオプト・アウトを選択しなかった場合はデフォルト・ルールが適用されるという仕組みと、個人はいかなるルールが適用されるか選択をしなければならないアクティブ・チュージングの対比を行う。そして、デフォルト・ルールについても、全員に対して同じデフォルトが示される「非個人的なデフォルト・ルール (impersonal default rule)」と個人の状況に応じたデフォルトが示される「個人化されたデフォルト・ルール (personalized default rule)」の区別がなされている。個人化されたデフォルトについては、例として Google, Netflix, Facebook のように多くの組織が、ウェブサイトの閲覧データをサービスやデフォルトの個人化に用いていることが挙げられている<sup>34)</sup>。

サンスティンは冒頭で結論を示している。第一に、非個人的なデフォルト・ルールは、アクティブ・チュージングに対し、以下の時に選好されるべきである。(1) コンテキストが、混乱させるものであるとき、技術的であるとき、熟知されていないとき。(2) 人々が選択しないことを望んでいるとき。(3) 学習が重要でないとき。(4) いかなる関連する特徴についても集団が不均質ではないとき。

第二に、アクティブ・チュージングは、以下の時に非個人的なデフォルト・ルールよりも選好されるべきである。(1) 選択アーキテクトにバイア

スがある、または重要な情報を欠いているとき。(2) コンテキストが熟知されている、または技術的ではないとき。(3) 人々が選択を望んでいるとき。(4) 学習的な事柄であるとき。(5) 関連する不均質性が存在するとき。

第三に、関連する不均質性に直面したとき、個人化されたデフォルト・ルールが非個人的なデフォルト・ルールよりも一般的に選好されるべきである。良い旅行ウェブサイトは全員に同じデフォルトを提供しないのである。

第四に、個人化されたデフォルト・ルールはアクティブ・チュージングよりも大きな利点を持っている。なぜなら、それらは選択をするための時間と努力を費やすことを人々に要求することなく、正確性の増大を生じさせるからである。

第五に、他者を害することが含まれるときには、義務づけや禁止が正統な地位を占める。しかし、自身の間違いから人々を保護することを目的とするのであれば、義務付けには反対との推定がされるべきである。この推定は、義務付けが人々の厚生 (welfare) を向上させることの明確な証明があった場合にのみ、覆されることができる<sup>35)</sup>。

この結論の前提を簡単に見てみる。まず、デフォルト・ルールの内容については、「十分に情報が与えられていたなら、ほとんどの人々が選択するであろうことを反映したデフォルト・ルールが選ばれる」のが望ましい<sup>36)</sup>。これが情報を与えられた選択者アプローチである。

アクティブ・チュージングは人々に選択を求めるので、人々の惰性を克服することが目的であるときは、アクティブ・チュージングが望ましい。また、選択アーキテクトが関連する情報を欠いていると、選ばれたルールは有害なものになってしまう。そのようなときは、アクティブ・チュージングのほうが有利である。公務員がバイアスを持っていたり、知識を持っていないような場合である。ブキャナンが言う「公共選択」がある場合、つまり一部の利害関係がある私的集団に公務員が影響を受けて、ルールが課せられる者の利益にならないようなルールが定められているような場

合、アクティブ・チュージングのほうが危険が少ない。また、人々が均質的ではない場合には単一主義的なアプローチは多様な状況に適合しないのでアクティブ・チュージングが有利であるし、J・S・ミルが言うように、アクティブ・チュージングは学習や選好・価値観などの形成を促進するので、個人の選択を通じての学習が重要なところでは、アクティブ・チュージングが求められる。選挙のように選択に参加することが望ましいところでは、デフォルト投票を設けることは支持されない<sup>37)</sup>

サンスティンは、アクティブ・チュージングの上のような利点を認めるが、基本的にはデフォルト・ルールの使用を推進する立場である。そして、個人の状況・選好に応じたデフォルトを個別に提示する個人化されたデフォルト・ルールを論じている。個人化されたデフォルト・ルールは、過去の選択の履歴があるところでは達成可能である（ない場合はアクティブ・チュージングが望ましいとする）。過去の購入履歴の使用等で懸念されるプライバシーの問題については、本人が反対している場合、他人に履歴が提供されることは許容されるべきではないとしている。また、選択アーキテクトは、本人の選好に関してプライバシーとすることかどうかを質問して、プライバシー保護を望む者に対しては、保護をデフォルトとするべきであるとされる<sup>38)</sup>。

刑罰を用いた禁止のような義務付けと選択の自由を保持したデフォルト・ルールとの関係については、次のような優位性が主張される。デフォルトやアクティブ・チュージングのような義務付けの代わりとなる手段は、不均質な人々に対して対応策を課すことによる高いコストを減少させ、政府の間違いによる深刻なリスクを減少させ、選択の自由を排除することに伴う多くのコストを回避し、そして、個人の自律と尊厳をより保護する。つまり、義務付けの予期せぬ有害な効果の観点からは、デフォルト・ルールのほうがリスクが少ないのである<sup>39)</sup>。

サンスティンは、本書の結論として次のような区分けをする。非個人的なデフォルト・ルールが適する場合は、「関連する集団が多様ではなく、

人々が選択を愉快に思わず、非個人的なデフォルト・ルールが、情報を与えられた構成員の選好を充足しているときである」。アクティブ・チューニングが適する場合は、「集団が相対的に多様であり、選択が現実にも選ばれ（おそらくは選択が楽しいので）、学習と働きかけ（agency）が重要であるとき、又は、私的若しくは公的組織がいかなるデフォルト・ルールが最善かについて良い情報を欠いているとき若しくは信頼できないとき」。個人化されたデフォルト・ルールが優れているのは、「集団が相対的に多様で、選択が利益よりも負担となり、個人化されたデフォルト・ルールが正確で、このようなルールに強力な論拠があるとき」である。そして、個人化されたデフォルト・ルールが将来の波であり、リスクはあるが、個人化されたデフォルト・ルールが、我々の人生をよりシンプルに、より健康に、より長命にするだけでなく、より自由にすると結論している<sup>40)</sup>。

(4) リバタリアン・パターナリズムは、サンステインの2014年の単著『何故ナッジなのか？<sup>41)</sup>』にて再論されている。

『何故ナッジなのか？』の副題は「リバタリアン・パターナリズムの政治」というものだが、ここでのサンステインの議論は、パターナリズムへの擁護に力点があるように思える。政府介入が正当化されるのは他者への危害があるときだけだというのがJ・S・ミルの他害原理であるが、サンステインは、本書の目的を他害原理に挑戦するものと位置づける。他害原理は、人々は彼らにとって何が最善であるかをもっともよく知る地位にあり、政府公務員を含む外部者は必要な情報を欠いているということに依拠している。だが心理学や行動経済学の知見が示すところでは、人間は影響を受けやすかったり、非現実的なほど楽観的になる存在である<sup>42)</sup>。

サンステインは、選択アーキテクチャーは不可避であるということと、行動的な市場の失敗は一定の形態のパターナリズムを正当化することを主張する。だが、政府の公務員が誤りを犯すこともある。彼らの誤りは有害である。政府の誤りのリスクと人間の多様性という不可避的な事実の観点からすると、中庸的なもっとも選択を保存する形態の介入を用いるのが通

常は最善であろう。その形態は「ナッジ」を含むのである<sup>43)</sup>。

リバタリアン・パターナリズムへの批判に対して、サンスティンは次のように答える。人間にはたとえ間違いでも自身で決定する権利があるというような自律の主張は、行動的な市場の失敗を救済する努力に適用されるのであれば、有効ではない。これらの努力は自律を侵害するものではないからである。現実には人間は忙しく、パターナリズム無しには、選択をすることが加重負担になってしまうので、自律とは調和する。厚生観点からパターナリズムは政府の誤りの危険があるという批判に対しては、人々はしばしば良くない選択者であり、彼らの生活を悪くしてしまうので、いくつの場合では、人々を助けるためには政府の公務員が優れた立場にあるとしている<sup>44)</sup>。

自身の人生をより良くすることについて最良の判断ができるのは個人であるとして、たばこや肥満などに対して規制をするパターナリズムに反対をする立場に対しては、サンスティンは、ミルが掲げた例外を挙げてパターナリズムを擁護する。それは「危険であることが確認されている橋を渡ろうとしている人を見かけた人々は、彼に危険を警告する時間がない場合、彼を取り押さえ、後戻りさせることができる。これは自由への現実の侵害を伴わない。自由とはある者が望むことをするというにあり、そして彼は川に落ちることは望んでいないのである。」この一節を手がかりにサンスティンは、パターナリスティックな断面があり、そして選択に影響を与えるものだとしても、警告は許容されると主張している<sup>45)</sup>。

サンスティンは、ソフト・パターナリズムとハード・パターナリズムの区別を主張する。介入が実体的コスト（material costs）を課すかどうかに着目すれば、ハード・パターナリズムは、「人々の選択に実体的コストを課すことにより人々の厚生を向上させることを試みる政府の活動」であり、ソフト・パターナリズムは、「人々の選択に実体的コストを課すことなく人々の選択に影響を与えることで人々の厚生を向上させることを試みる政府の活動」である。マリファナの吸引に刑事罰のような重い制裁を課

すのがハード・パターンリズムなら、たばこの健康への害を啓発するためたばこの箱に目立つ健康についての警告表示をするというのがソフト・パターンリズムである。ソフト・パターンリズムは人々の選択に実体的コストを課さないという点でリバタリアンであり、ナッジはソフト・パターンリズムである<sup>46)</sup>。

サンスティンの立場は行動的な市場の失敗に対しては、選択の自由を保持するナッジを含むソフト・パターンリズムが最良の対応だが、便益が費用を正当化するような場合はハード・パターンリズムも排除されるべきではないというもののである<sup>47)</sup>。

また、ソフト・パターンリズムは、税や準則のように射程が明確なハード・パターンリズムに比べると透明性が欠け、統制困難で濫用されやすい手段であるという批判に対しては、アメリカの自動車燃費ラベル、たばこ警告表示のような情報開示政策の例を挙げて、可視的であり、公衆は観察可能であると反論している。そして、ナッジには国民に情報を提供して熟慮 (deliberation) を促すものと、デフォルト・ルールのように選択者を「背後から」操るような熟慮を促さないものがあることを認めつつ、潜在意識に作用するナッジよりも、熟慮を促すナッジに人々が満足していると主張する。そして熟慮を促さないナッジについても、我々はシステム 1 の影響を逃れられないので、イニシアティブが公表され人々の利益を守るものである限りで、ナッジはシステム 1 の作用の結果を操作するという理由で、禁止を宣告されるべきではないとしている<sup>48)</sup>。

### 第 3 章 誘導行政の法的基礎

#### 一 誘導行政の理論

ナッジの議論に対しては、様々な学問的観点からアプローチが可能である。先行研究も多数ある<sup>49)</sup>。それぞれの学問からのアプローチは、相互排他的な関係に立つものではない。以下では筆者の問題関心に従い、行政

法の観点からナッジで示された議論が、日本の行政法に示唆するものについて考察してみる。

日本の行政法学においてナッジの議論の対照物を見出すなら、それは誘導と呼ばれる行政手法だろう。日本では、誘導という行政手法について、法的仕組み論を体系に採用している行政法の概説書では、章立てがされて説明がなされている。小早川光郎の概説書では、干渉、給付に並んで誘導が法的仕組みとして位置づけられている。小早川によると、「時としては、ある法的仕組みが、直接には一定の干渉ないし給付の作用を予定しつつ、そのことを通じて結局のところはそれと別の、人々に対する一定の誘導の効果を期待している場合がある。そのような場合をも適切に把握しうするためには、基本類型としての干渉および給付の仕組みのほかに、間接的な誘導という仕組みを、第三のいわば派生的な類型として設定しておくことが妥当と考えられる<sup>50)</sup>。」のである。

小早川は、「直接に一定の行動を命令したり禁止したりするのではなく、それ以外の間接的な方法によって当該行動の促進または抑制が図られる」と人民の諸活動に対する間接的誘導を位置づけたうえで、誘導の仕組みを説明しているが、そこでは、租税や課徴金が高々人の行動選択に対する経済的な誘因措置として用いられていることや、市場への直接介入が誘導として言及されている<sup>51)</sup>。ここでは 経済的手法による誘導が取りあげられていると言える。

宇賀克也の概説書も法的仕組み論を体系に取り入れているが、規制行政、給付行政、行政資源取得行政と並んで誘導行政の法的仕組みが論じられている。宇賀によれば、誘導行政とは「私人の活動に対する規制や給付が行われる場合であっても、それ自体が目的ではなく、それを通じて間接的に行政の望む方向に私人を誘導することを目的とする行政」とされる<sup>52)</sup>。

宇賀の概説書では、誘導行政における主要な法的仕組みとして、金銭的インセンティブ、金銭的ディスインセンティブ、情報によるインセンティ

ブ、情報によるディスインセンティブ、規制緩和によるインセンティブ、行政指導、市場介入に関する法的仕組みが、誘導行政における主要な法的仕組みとして挙げられている<sup>53)</sup>。

中原茂樹は、行政上の誘導を「行政主体が私人に対して何らかの利益を付与し、または不利益を賦課することにより、人々の行為選択を公益上望ましい一定の方向に誘導すること。ただし、法的義務違反行為に対する不利益賦課を除く。」と定義する<sup>54)</sup>。中原によれば、利益・不利益には金銭等を媒体とする経済的利益・不利益だけでなく、情報の公表によって私人の名誉や社会的信用を向上させたり低下させたりするような、情動的行政手法も含まれるとされる<sup>55)</sup>。

また、個別法分野においては、誘導手法が定着している分野もある。例えば、環境法では、環境基本法22条2項で「環境への負荷の低減に努めることとなるように誘導することを目的とする施策」という表現が使われていることもあり、概説書類では、誘導手法が環境行政の手法の一つとしてあげられている<sup>56)</sup>。

だが、体系として法的仕組み論を採用していないオーソドクスな行政法の概説書類では、誘導は扱われないことが通例である。執筆者に問題意識がないわけではないのだろうが、私人の権利義務や法的地位への行政作用に着目する伝統的体系の場合、行政行為、行政契約といった行為形式の概説が中心となり、誘導行政は行為形式論の中に吸収解消されてしまっ、固有の位置付けを与えられないのである。伝統的体系は行政一般に適用される法制度の概説を含む。その点では、情報による誘導は情報提供の一環として把握されるかもしれないが、このような取り組みはなされていないように感じられる。そもそも塩野宏によれば、「情報をめぐる法制度を行政法学の体系に如何に位置づけるか、その内容にいかなるものを取り込むかは、定説がない<sup>57)</sup>。」のである。

誘導手法が概説書類で取りあげられる際も、概して法制度の実際上の利害得失の解説が中心であり、結局、誘導手法固有の法的特質や法的問題点

については、未だ開拓途上というのが日本の行政法の議論の現状ではないだろうか。

## 二 誘導行政，ナッジ

ナッジを取り巻く議論をもとに，誘導行政について考察するとき，誘導行政の持つ利点と問題点が示される。利点としてはまず，アメリカでコマンド・アンド・コントロールと呼ばれる命令的手法に依拠せずに行政目的を達成することが挙げられるだろう<sup>58)</sup>。この種の利点はこれまでも説かれていたところである。『ナッジ』においては，選択アーキテクチャーによるインセンティブの改善の例として，地球温暖化対策における排出枠取引が紹介されているが<sup>59)</sup>，日本においても排出枠取引の手法は導入されているし，温室効果ガスによる地球温暖化についての情報提供や事業者の自主的な取り組みを通じて，温室効果ガスの削減を図っている日本の手法は，ナッジの実践の一種であると言える<sup>60)</sup>。

一方で，ナッジに関する議論の中で指摘されているナッジの問題点も，誘導行政についてあてはまるものがあると考えられる。以下で順に考察する。

## 三 パターナリズム，自律

ナッジに関する議論を見たとき，そこではサンスティンが主張するリバタリアン・パターナリズムと個人の自律との対抗関係が争点となっているように感じられる。パターナリズムの議論自体は，日本でも既に紹介されているところである<sup>61)</sup>

リバタリアニズムの思想は，日本においてはアメリカほど影響力を持っていないように思える。だが，リバタリアニズムの側の反論に傾聴すべき部分がある。それは個人の自律の尊重という観点である。

わが国では，磯部哲が情動的行政手法の基本原理として自律尊重，情報保障義務を挙げている。つまり，愚行権と呼ばれるように，「情報を保有

する者によって、当該情報に関心を寄せるはずの者の自律 (autonomy) が尊重され、あるいは自律が阻害されないことが、情報の流れをとりさばく際の、もっとも基本的な要請の一つと解される。」のである<sup>62)</sup>。

ナッジに対する批判論がナッジの不透明性を挙げているように、例えば、政府が好ましい品質の製品について情報提供を通じて、国民を誘導するとき、巨視的に見ると国民は国家が好ましいと判断した商品を購入するように誘導されていることになる。それは本人が、無意識下においてナッジを受けて、自らの選好を変更させているということである。そこには、国民が認識をしないままに政府に操られるという一定の危険が、確かに存在する。

このような危険に対処するために、誘導行政と呼ばれる手法を採るに際して、行政機関に要請されることとしては次のようなことが考えられる。

まず、誘導は極力価値中立的に行われなければならないということである。国民に対して情報を提供して誘導を試みる場合、正確で予断のない情報を提供し、国民が判断することを助けなければならない。このことは究極的には不正確な情報に基づく誘導の不法性を導く。大腸菌 O157 事件判決（東京高裁平成15年5月21日判決，判例時報1835号77頁）は、国民の予断を増幅させる瑕疵ある情報提供の不法性に関する裁判例として整理できるだろう。

また、国家の活動という観点で考えたとき、一部の事業者に対して利益の減少があったとしても、国民全体の利益のために、情報を用いた誘導が試みられることが、なにゆえに許容されるかという倫理的な問題が考えられるかもしれない。それに対する解答はサンスティンによる J・S・ミルの他害原理理解にあると思われる。

例えば、個々の消費者に事業者との関係で情報の非対称性があり、消費者が製品の費用対効果について合理的な判断ができない場合、国家が情報提供を通じて、消費者の判断を助けることは許容される。なぜならば、事業者との関係でみれば、事業者は他者を害さない限り営業の自由を享受す

るところ、人間の持つ合理性の制約につけ込むような事業はいわば他者を害することになるからである。消費者の側から見れば、不完全な情報の下で合理性が限定された判断を無意識に強いられることを、通常は消費者は望んでいないということになる<sup>63)</sup>。

#### 四 ハード、ソフト

サンスティンはハード・パターナリズムとソフト・パターナリズムを対比する。これは行政法学の観点からすると、既視感のある議論である。

情報によるインセンティブは、消費者に対して情報を提供していくことで、高品質の製品の普及を促し、事業者に対しては品質の向上を間接的に促進するという点で、選択を禁止したり経済的インセンティブの重大な変更をすることなく、人間の行動を望ましい方向に変更させるナッジとして機能する。こういった制度の基底にある思想は、知識に乏しい消費者が本人の選好に反して低品質の商品を購入することを防ぐというというパターナリズムを反映している。そして、これは情報提供を用いたソフト・パターナリズムだろう。

ハード・パターナリズムとソフト・パターナリズムの対比の構図で議論されている際に、日本の行政法学が権力的行政手法と非権力的行政手法の対比として議論してきたことと、おおむね同様のことが語られているように感じられる。この点で、行政法学者にとってやや食傷気味な感もある議論であるが、次のようなことは再確認できるだろう。

まず、情報提供やあるいは警告のような行政指導を通じて行政目的を達成するソフトな手法（従来の日本の議論ではインフォーマルという言葉でも表現されていたところである）は、刑罰や強制執行のようなハードな手法と比べると相手方の国民の受容可能性は高い。一方で、国民の権利義務に直接的に作用するために法律の根拠や厳格な手続が用いられるハードな手法に比べると、時として法律の根拠がなく、簡易な手続がとられるソフトな行政手法は、不透明で国民の権利保護に欠けるものになる危険を有する。

また、ナツジに対する批判で、事業者に情報の開示を要求する場合、事業者にとっては強制となってしまうということが主張されているが、これも日本では誘導行政の仕組みを論じるうえで、作用の態様に着目すれば規制や干渉に該当するものがあるが、目的に着目して誘導と整理する<sup>64)</sup>とされているので、この批判は理解しやすいところである。

このように、類似の議論は日本の行政法学にも見られるところである。ナツジの議論で示唆的であるのは、近時のサンスティンが、潜在意識に作用するナツジよりも、熟慮を促すナツジに人々が満足していることに言及していることである。これについては、情報を通じた誘導行政の制度設計に際して、留意されるべきことであると考えられる。国家による誘導は、秘密裡に国民の無意識に働きかけるよりも、透明で公正な情報提供により、国民の選択の自由を維持しつつ、判断を助けるものであることが望ましい。

## 五 アーキテクチャー

ナツジの議論において、選択アーキテクチャーという概念が現れる。アーキテクチャーという概念は日本の行政法にとって馴染みのないものである。しかし、法哲学においては近時しばしば言及される概念である<sup>65)</sup>。

行政法との関わりでいえば、総務省の「地方分権の進展に対応した行政の実効性確保のあり方に関する検討会」の報告書で、即時執行や経済的誘導、行政指導、義務賦課をやめ個人の自己選択に任せる（予防接種の任意化が例として挙げられている）ことと並んで、義務賦課ではない政策課題への対応手法として、アーキテクチャーが挙げられている。ここでは、アーキテクチャーは、「駅のホームドアや人が横になることのできない肘掛け付きのベンチのような環境自体の物理的な操作によって、一定の行為を規制・誘導しようとする」と定義されている。そして、その長短と特徴として、「『アーキテクチャ』は、意識されずかつ安価に行為を規制・誘導できる一方、民主的な正当化手続なく行われやすいとされる。』<sup>66)</sup>

サンスティンの主張する選択アーキテクチャーは、上のようなアーキテクチャーの定義よりも更に広義の概念である。レストランのメニューや、商店を実店舗で出店するかウェブで出店するか、ウェブならどのようなデザインにするかというようなものまで、サンスティンは選択アーキテクチャーの例として挙げており、選択アーキテクトに選択アーキテクチャーがナッジとなるような工夫を促しているのである。この点でイメージ優先で抽象的な概念である<sup>67)</sup>。

この種のアーキテクチャー論は、おそらくは、行政法において直ちに裁判規範として機能するというような性格のものではないだろう。行政政策や制度設計の観点から選択アーキテクチャーの議論を考察してみると、まず、公共施設を設計する際に特定方向に人間の行動を誘導するためにベンチやドアの形を工夫するというような物理的操作によるアーキテクチャー設定は、行政法的観点からすると行政作用としては事実行為となる。ここでは、従来は議論されていなかったが、誘導行政の一類型として、単純物理的な事実行為を通じた誘導を想起することができる。公共施設の設置の有り様に関する議論としては、示唆的な内容を含んでいる。

サンスティンが選択アーキテクチャーとしているものには製品の意匠のようなものも含まれている。サンスティンは、ナッジの例としてたばこの有害性についての表示を挙げる。たばこの箱に有害性についての表示がされるが、その表示の仕方についてもナッジとして、見る者がたばこの害を了解できるようなものにするのが望ましいという議論がなされる。そして、たばこに肺がんの生々しい写真のようなたばこの害を明確に表示する規制が提案される<sup>68)</sup>。ここでは選択アーキテクチャーとして、たばこの箱について文字だけでたばこの害を表示するというものと、たばこの害の写真も交えるという選択肢が提示される。

上のような場合、消費者の側から見れば、無意識下に禁煙へと作用するのは生々しい写真が提示された場合である。このようなナッジを国家の側が事業者に対して要求した場合、国家の側が国民の潜在意識に働きかける

ことで、国家目的を実現することができる。ナッジに対する批判論が言及するように、このような誘導が秘密裡に行われることは問題であり、少なくとも政策論としては、行政目的を明示したうえで規制が行われることが望ましい。さらに言えば、特定の表現を事業者に強いることは憲法の表現の自由との関連で問題が生じるが、本稿ではこの論点については問題提起に留める。

正統性の確保の手段としては、法律の根拠によることが1つの手段となる。たばこの有害性の表示については、わが国ではたばこ事業法39条、たばこ事業法施行規則36条、36条の2により定められているところである。

事業者規制の内容を考えるに際しても、事業者の活動が誤解を生じさせる悪しきナッジとなっている場合は、それを制限する規制の必要が生じる。たばこ事業法施行規則36条の2第1項は、「会社又は特定販売業者は、『low tar』、『light』、『ultra light』又は『mild』その他の紙巻等たばこの消費と健康との関係に関して消費者に誤解を生じさせるおそれのある文言を容器包装に表示する場合は、消費者に誤解を生じさせないために、当該容器包装を使用した紙巻等たばこの健康に及ぼす悪影響が他の紙巻等たばここと比べて小さいことを当該文言が意味するものではない旨を明らかにする文言を、当該容器包装に表示しなければならない。」としているが、これはまさに上のような配慮に基づくものであろう。

## 六 制度設計、政府活動のあり方

ナッジにおける議論は、官民を問わず、受容されやすい効果的な手法を示すものといった観がある。行政法の観点からすれば、国民にとってわかりやすく比較しやすいような情報を提供するであるとか、専門的技術的な問題についてはデフォルト・ルールを用いて誘導するであるとか、国民の学習に資する場合にはアクティブ・チュージングが望ましいといった議論は、制度設計のうえで有益な提言だろう。そして具体的なノウハウ論として、運転免許更新の際に臓器提供の意思について確認をすることで、

アクティブ・チュージングを促すといった、「ちょっとした工夫」のようなアイデアも制度設計のうえで傾聴するに足るものがある。

ナツジで主張されている内容には、既視感がある議論もある。阿部泰隆は『行政の法システム』において、監督行政のシステムとして、表示・標識手法をあげ、消防法に適合するホテルへの適マークの表示、遊漁船業の適正化に関する法律のマル適マーク、風俗営業法について営業停止となった事業者への標章の張付け要求などを例として示していた。そして阿部は、「表示」については「権力をもっては服従させにくい領域ないし国民の警戒を要する領域で、情報提供の手法の一種として活用するのがよい。」とし、制裁的行政決定の表示方法としての標識の張付けについては、「制裁も一般人が知りうるように表示されないと、効果は薄くなるし、事情を知らない第三者に不測の不利益を及ぼす」と主張していた<sup>69)</sup>。

ナツジの議論は、こういった手法の活用に新たな理論的基礎を与えるものだろう。個人が不合理なバイアスではなく、自らの選好に従った合理的な選択ができるよう、国家は、ソフトな情報提供手法によって、判断を助ける。その際の情報提供のあり方も、人間の認知能力の特性を踏まえた、わかりやすい形態である必要があるのである。こういった施策の必要性の主張は、阿部の主張に見るように従来から存在していたが、行動経済学の知見は、従来の半ば直感的になされていた主張に新たな科学的根拠を与えるのである。

制度設計のあり方としては、ナツジに向けられている批判もまた考慮されるべきである。たとえば、一部の利益を推進するようなナツジを政府が採用することには問題がある。これは、一般論として誘導行政についても妥当するだろう。国家が情報提供によって国民の誘導を試みる際は、その目的が正当なものでなければならぬし、誘導の内容は十分に根拠があるものである必要があるだろう。

ナツジの議論の中心となっているものの一つとして、デフォルト・ルールがある。デフォルト・ルールというアイデア自体は法哲学的であり、官

民間わずに通用するものであろう。保険会社が示す契約の内容に関する議論は、民事法では任意法規や契約約款の問題として整理されることになる<sup>70)</sup>。

公法的観点からデフォルト・ルール論を見たとき、どのような示唆が得られるだろうか。制度設計のあり方論として考えたとき、アクティブ・チュージング、デフォルト・ルール、義務付けの比較で、他者を害することが含まれるときには、義務づけや禁止が正統な地位を占めるというようなサンスティンの分析は、規制内容を確定する際の参考にはなるだろう。

近時のサンスティンは、個別化されたデフォルト・ルールの概念に言及している。これは民間事業者と消費者との関係の議論にはうまくあてはまるし、サンスティンもそういったものを内容として念頭に置いているようであるが、公的な制度設計の議論としては、未だ未成熟という感がある。この概念が公的な制度設計に反映されると、いかなる内容の個人に対する提案が、個別化されたデフォルトとして望ましいかという問題が生じるし、それを政府公務員が決定するのが妥当か、いかなる決定手続によるべきかという難問が生じるであろう。

だが、わが国においても民間レベルでは個別化されたデフォルト——web ストアのおすすめや個人設定のようなものが例である——は、いわゆるビッグデータの活用により、実際に一部事業者により、提供が行われている。2015年の個人情報保護法改正は、ビッグデータの扱いに関連するものであったが、事業者による消費者への個別化されたデフォルトの提供により、ナッジに関する議論が示しているように、プラバシーの保護や、個別化されたデフォルトを提供するためのデータの収集・管理のための事業者に対する新たな規制が、制度設計の課題として生じてくるのである。

## 結びに代えて

本稿では、サンスティンのナッジの議論を見て、そのうえでそれが日本の行政法にどのような示唆を与えるかを考察した。

従来までの議論とナッジの議論が異なるところは、行動経済学の知見を受けて、人間の合理性の限定に注目したことだろう。従来の誘導行政に関する議論では、人間の合理性に着目して、合理的経済人であれば誘導の効果が期待できるという議論がなされていたが<sup>71)</sup>、人間の合理性の限定に着目して、それに対応するために施策を工夫するというナッジの議論は、公共政策のあり方について新たな視座を提供するものだろう。それは各国でナッジに触発された施策がとられているということからも明らかである。

行政法の観点からみたとき、ナッジの議論は法哲学に関する議論で、行政法と関わりがある議論もあるが、一方で、行政法とは無関係と思われるような内容も含まれている。ナッジの議論から行政法は、何を見出すべきなのだろうか。

兼子仁によれば、行政法規範は行政規律的役割と同時に行政正当化の役割を持ち、行政規律力の弱い法は行政正当化の役割のほうを相対的に多く持つので、十分な行政規律法は、なるべく明確な「法論理」を持っていないといけないという<sup>72)</sup>。未だ日本の行政法学の体系の中に完全に定着したとは言いがたい誘導行政の法的仕組み論には、それぞれの仕組みに固有の法論理を開拓する余地が残されていると思われる。そしてそのような法論理の開拓は、ひいては制度設計論や裁判規範、行為規範の発展につながるものであろう。サンスティンはナッジを論じるうえで、バターナリズムやデフォルト・ルール<sup>73)</sup>の議論に直面したが、これらの議論は日本の公法学にとっても、幾ばくかの示唆をもたらすものではないだろうか。

\* 本稿で引用した Web ページの最終閲覧日は2015年 9 月25日である。

- 1) 行動経済学の特徴については、本稿で引用するサンスティンらの諸文献のほか、大垣昌夫＝田中沙織『行動経済学』（有斐閣，2014）3 頁以下を参考にした。
- 2) 以下の文献の友野典男による解説参照。ダニエル・カーネマン（村井章子訳、友野典男解説）『ファスト&スロー（下）』（ハヤカワノンフィクション文庫，2014）337頁。
- 3) ダニエル・カーネマン（村井章子訳）『ファスト&スロー（上）』（ハヤカワノンフィクション文庫，2014）41頁以下。

システム 2 により集中しているときにほかのものが目に映らなくなるということについては、「目に映らないゴリラ（Invisible Gorilla）」の実験が知られている。これは映像の中で学生がボールをパスをする回数を数えるように指示して、映像を見せると、映像の途中でゴリラの着ぐるみを着た人間が画面を横切っても、それに気づかない視聴者が多いというものである。人間の視覚的認知に制約があることを示す例とされている。

（映像は以下の web ページで閲覧可能である）

<http://www.theinvisiblegorilla.com/videos.html>

- 4) 大垣＝田中・前掲注(1)100頁以下。
- 5) カーネマン・前掲注(3)212頁以下。
- 6) カーネマン・同上230頁以下。
- 7) カーネマン・同上259頁以下。
- 8) カーネマン・前掲注(2)236頁以下。
- 9) 筆者（正木）はかつて、アメリカ行政法への隣接諸学問の影響と呼ばれるものの正体は、行政法と隣接諸学問との意識的な対話の結果であるというよりは、行政学や政治学の諸概念の行政法学的思考への無意識的な組み込みの産物なのでであると主張したことがある。正木宏長『行政法と官僚制』（成文堂，2013）27頁。

現在も一般論としてはそのようなものであると考えているが、一方で、傑出した、ある意味特異な法学者によって、他の分野との相互影響が生じることを否定するものではない。行動経済学へのサンスティンの関わりを見るとき、いまや、サンスティンは法学者という枠を超えて分野超越的に影響を及ぼす現代の思想家の地位を得つつあるのではないかというのが、筆者の現時点での感想である。

- 10) CASS R. SUNSTEIN ED., BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (2000).
- 11) *Id.* at 1.
- 12) *Id.* at 1-10. 他に同書では、1990年代に執筆されたサンスティンと経済学者や心理学者との共著の論文が所収されている。
- 13) RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE (2008). 同書はベストセラーになり、様々な版が刊行されているが、本稿では2009年に Penguin books から刊行された Revised and Expanded Edition を参照した。以下の引用もこの版による。なお同書には翻訳版が刊行されており、こちらも参考にした。リチャード・セイラー＝キャス・サンスティーン（遠藤真美訳）『実践行動経済学』（日経 BP 社，2009）。

14) *Id.* at 102.

15) *Id.* at 4-14.

16) *Id.* at 3, 83.

選択アーキテクチャーを設計する人間は、選択アーキテクト（choice architect）と呼ばれている。*Id.* at 3.

17) *Id.* at 85-89.

本稿で後に見るように、義務的選択に関する考察を近時の文献でサンスティンは更に深めており、アクティブ・チュージング（active choosing）の問題として取り扱っている。

18) *Id.* at 89-102.

19) *Id.* at 105-112.

20) *Id.* at 177-184.

21) *Id.* at 193-194.

22) 燃費ラベルの改正については、サンスティンの以下の文献で詳細に解説されている。

CASS R. SUNSTEIN, SIMPLER 81-89 (2013).

23) 詳細にはとりあげないが、『ナッジ』においては様々な行動経済学上の知見が紹介されている。例えば、コインの表が出るのと何ドルもらえるのであれば、コインの裏が出ると100ドル失う賭をするかという質問をすると、ほとんどの人が200ドル前後を答えるように、確率上の期待値以上に人間が損失を忌避する「損失回避性」がある。また、企業年金の文脈では、ほとんどの加入者はいったん資産配分を決定するとそれを変更しない。これは「現状維持バイアス」による行動の結果である。セイラーとサンスティンは、そういったヒューマンに、ナッジとして合理的なデフォルトを提供する重要性を説くのである。*Id.* at 33-35. なお、現状維持的な行動が自動的に行われるとナッジの中では説明されるが、これは既に述べた行動経済学の知見で示されている人間の認知のシステム1による感覚的作用ということが意識されている。

また、『ナッジ』においては、大勢の人間が行っていることについて、他の人間が同調するというような同調現象による社会的影響が取りあげられている。ナッジとしては、これを利用して、ミネソタ州の市民の9割が税金を払っていますという情報提供が、納税率を高めたという事例が紹介されている。*Id.* at 62-67.

24) カーネマン・前掲注(2)322頁。

25) SUNSTEIN, *supra* note 22, at 13-14.

26) Pierre Schlag, *Nudge, Choice Architecture, and Libertarian Paternalism*, 108 MICH. L. REV. 913, 917-918 (2010).

27) On Amir & Orly Lobel, *Stumble, Predict, Nudge*, 108 COLUM. L. REV. 2098, 2114-2116 (2008).

28) THALER & SUNSTEIN, *supra* note 13, at 5.

29) *Id.* at 13-14, 255.

30) Schlag, *supra* note 26, at 922-923.

31) Amir & Lobel, *supra* note 27, at 2120-2123.

32) *Id.* at 2124.

- 33) CASS R. SUNSTEIN, CHOOSING NOT TO CHOOSE (2015).
- 34) *Id.* at 158.
- 35) *Id.* at 18-20.
- 36) *Id.* at 73.
- 37) *Id.* at 96-108.
- 38) *Id.* at 169-171.
- 39) *Id.* at 202-203.
- 40) *Id.* at 207-208.
- 41) CASS R. SUNSTEIN, WHY NUDGE (2014).
- 42) *Id.* at 4-9.
- 43) *Id.* at 16-17.
- 44) *Id.* at 21-22. 『ナッジ』では、現状維持バイアスにより、人間は「あー、なんでもいい」というような「自動操縦的」な決定をするとされている。サンスティンが3ヶ月無料だったため雑誌の定期購読をはじめたが、期間がすぎ有料になった後も、購読中止手続をとらず、購読中止しようとは思っているが、10年間購読し続けている例が挙げられている。THALER & SUNSTEIN, *supra* note 13, at 34-35. ナッジでデフォルトが重要視されるのは、人間が惰性で自動的な決定をするとき、それが悪い結果にならないようにするためでもある。
- 45) SUNSTEIN, *supra* note 41, at 105-107.
- 46) *Id.* at 57-58.
- 47) *Id.* at 142.
- 48) *Id.* at 147-151.
- 49) 行動経済学やナッジについて、様々な法分野からのアプローチがなされている。文献として例えば以下のようなものがある。柳瀬昇「行動主義的な法と経済学の展開可能性」駒澤大学法学部研究紀要69号（2011）79頁。坂井岳夫「労働契約の規制手法としての任意法規の意義と可能性」日本労働研究雑誌607号（2011）87頁。那須耕介「可謬性と統治の統治」平野仁彦ほか編『現代法の変容』（有斐閣，2013）285頁。川濱昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦ほか編『現代法の変容』（有斐閣，2013）405頁。若松良樹「行動経済学とパターナリズム」平野仁彦ほか編『現代法の変容』（有斐閣，2013）445頁。
- 50) 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂，1999）188頁以下。
- 51) 小早川・同上231頁以下。
- 52) 宇賀克也『行政法概説1』（有斐閣，第5版，2013）80頁。
- 53) 宇賀・同上132頁以下。
- 54) 中原茂樹「行政上の誘導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣，2008）203頁，203頁。
- 55) 中原・同上205頁。
- 56) 大塚直『環境法』（有斐閣，第3版，2010）81頁以下。北村喜宣『環境法』（弘文堂，第3版，2015）116頁以下。もっともナッジは、北村喜宣の整理とてらしあわせると「啓発手法」に近いだろう。啓発手法について、北村・同上117頁。

勢一智子は、「誘導を目的とする情報提供」として、環境保全に役立つ製品に付けられるエコマークや障害者等が利用しやすい設計による建築物に付けられるハートマークを挙げている。勢一智子「政策と情報」大橋洋一編『政策実施』（ミネルヴァ書房、2010）143頁、159頁以下。

57) 塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、第6版、2015）352頁。

58) 原田大樹は、サンクション手法を利用しない規制を間接規制と位置づけているが、間接規制のメリットとして、公的任務の遂行に関して分散的な決定システムが構築されること、国家の規制執行の負担が軽減されること、被規制者の自律性を確保することによる規制の受容可能性の向上を挙げている。原田大樹『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014）219頁以下。

中里実「黙示的政策」の「政策者が自覚的にインセンティブを与えるもの」を誘導と位置づけ、補助金、課税、融資、情報開示（品質保証）等が考えられるとし、その利点をマーケット・フレンドリーであることに求めている。中里実「誘導的手法による公共政策」『岩波講座 現代の法4 政策と法』（岩波書店、1998）277頁、294頁以下。

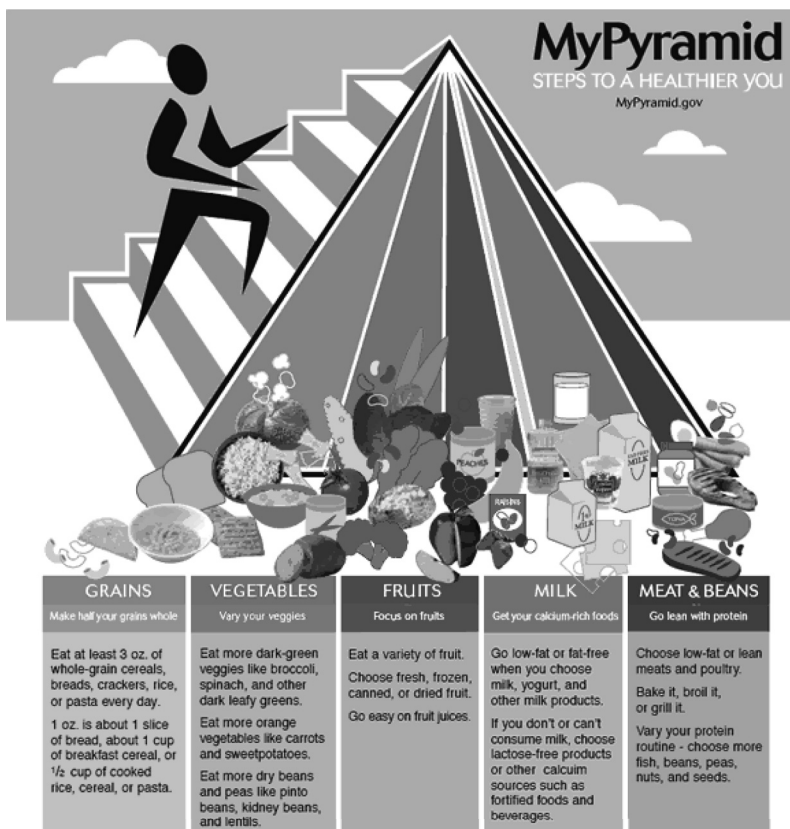
59) THALER & SUNSTEIN, *supra* note 13, at 187-189.

60) 日本の地球温暖化対策については、北村・前掲注(56)581頁以下。大塚・前掲注(56)156頁以下。

61) バターナリズムを紹介する文献は多数あるが、公法学的な観点からのものとしては、古城誠「バターナリズムと政府規制」法学教室101号（1989）58頁。渋谷秀樹「バターナリズムと違憲審査」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 下巻』（有斐閣、2013）57頁。

サンスティンのリバタリアン・バターナリズムについては、大林啓吾の研究がある。大林啓吾「バターナリズムの蔓延」千葉大学法学論集第29巻第1・2号（2014）482頁。なお、大林が紹介するアメリカ人の肥満対策については、オバマ政権の下で、農務省が国民に対する啓発に用いていた理想の食品摂取の図を、従来の食品ピラミッド（food pyramid）から食品皿（food plate）に改める改革が行われ（図2-1、図2-2）、サンスティンは近時の自著において、ナッジの一例としてこれを紹介している。SUNSTEIN, *supra* note 22, 75-78.

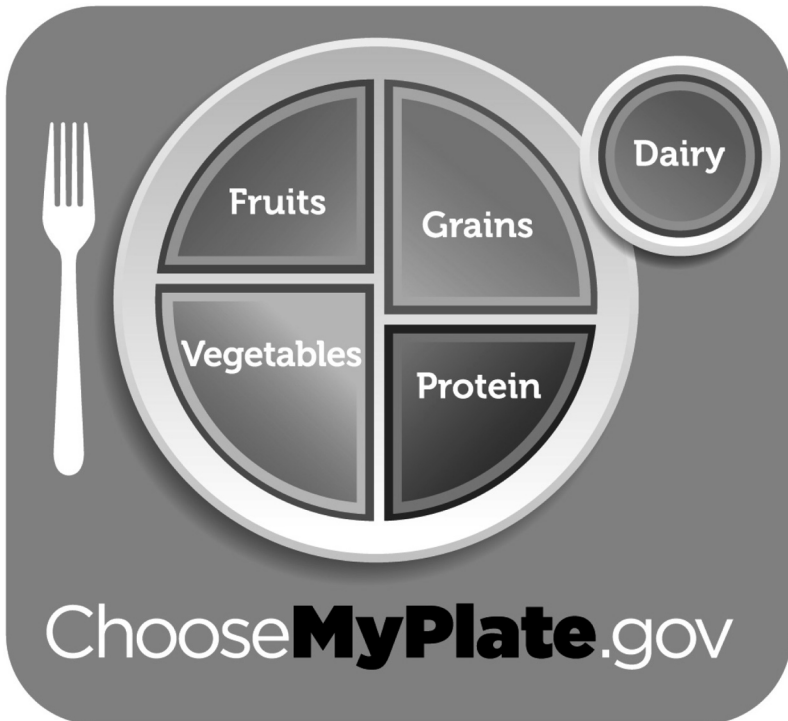
図2-1 食品ピラミッド



出典 ヴァーモント州保健局ウェブサイト

<http://healthvermont.gov/prevent/diabetes/mypyramid.gif>

図2-2 食品皿。食品皿のほうが摂取すべき食品の比率がわかりやすい



出典 アメリカ合衆国農務省ウェブサイト

[http://www.choosemyplate.gov/sites/default/files/sites/default/files/images/myplate\\_blue.jpg](http://www.choosemyplate.gov/sites/default/files/sites/default/files/images/myplate_blue.jpg)

サンスティンの立場からすれば、この改革は、食品摂取は個人の自由だが、健康保護や児童保護の観点から、政府が食品摂取の割合について強制は用いず、わかりやすく正確な情報提供をするというソフト・パターンリズムに立脚する政策の一つになるだろう。

- 62) 磯部哲「行政保有情報の開示・公表と情動的行政手法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣，2008）343頁，360頁以下。
- 63) たばこ規制について本人の判断能力の欠如，情報提供の確保，個人の自己決定能力の欠如の観点を主張するものとして，田中謙『タバコ規制をめぐる法と政策』（日本評論社，2014）78頁以下。
- 64) 小早川・前掲注(50)232頁。宇賀・前掲注(52)80頁。中原茂樹「誘導手法と行政法体系」

塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 上巻』（有斐閣，2001）553頁，556頁以下。

- 65) 法哲学からの議論として，松尾陽「アーキテクチャーによる規制作用の性質とその意義」法哲学年報2007（2008）241頁。
- 66) 「地方分権の進展に対応した行政の実効性確保のあり方に関する検討会報告書」23頁以下。  
[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000214705.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000214705.pdf)  
報告書は，ローレンス・レッシングを参照しつつ議論を行った大屋雄裕の発表の影響を受けたものと思われる。大屋の発表については第4回検討会の資料がある。  
[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000214687.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000214687.pdf)
- 67) 安藤馨は，「統治の技法」を整理するに際し，「『アーキテクチュア』という曖昧な語で一括りにするようなこと」を避けている。安藤馨「制度とその規範的正当化」新世代法政策学研究 8 号（2010）283頁，300頁。
- 68) SUNSTEIN, *supra* note 22, at 130-134.

なお，アメリカではたばこ規制として，たばこの箱に図3のように健康への害を映像的に表示することを求めた食料医薬品局の規則が制定されたが，当該規則は，R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA, 845 F.Supp. 2d 266 (D.D.C. 2012). において，たばこ会社の表現の自由を侵害し，合衆国憲法第1修正に反するとされた。

図3 タバコの有害性表示



出典 アメリカ合衆国食料医薬品局ウェブサイト

<http://www.fda.gov/ucm/groups/fdagov-public/documents/image/ucm259628.jpg>

- 69) 阿部泰隆『行政の法システム(上)』（有斐閣，新版，1997）181頁以下。
- 70) 契約法の観点からデフォルト・ルールを取りあげるものとして，松田貴文「契約法における任意法規の構造」神戸法学雑誌63巻1号（2013）171頁。  
労働法の観点から，任意法規としてセイラーとサンスティンのデフォルト・ルールの議論を紹介するものとして，坂井・前掲注(49)。
- 71) 中原・前掲注(54)211頁。
- 72) 兼子仁『行政法学』（岩波書店，1997）31頁以下。