

法制度の効率性と租税法の役割

—Kaplow & Shavell の “double distortion” テーゼ再訪

藤谷 武史*

要 約

「法と経済学」（法の経済分析）の分野の古典的業績に数えられるのが、「厚生主義（welfarism）の下では、法制度は効率性のみを追求し、所得分配の不公平性の問題は専ら税制および財政的給付（tax and transfer）を通じた所得再分配によって対応すべきである」という命題を提出した、Kaplow & Shavell（1994）（以下、「KS1994」）である。KS1994 は、米国を中心とする「法と経済学」の研究者に幅広く受容された一方で、所得分配の問題に関心の強い論者からは、法と経済学が専ら法の効率性の観点を重視し、所得分配の公平の問題を等閑視することに免罪符を与えるものとして、批判の対象となってきた。しかし、わが国では、こうした論争自体、必ずしも広く知られているとは言えない状況にある。

本論文では、この缺を補うべく、関連文献を渉猟して、米国における KS1994 をめぐる論争から得られた理論的蓄積を整理し（その際には、議論の拡散を避けるため、広い意味での厚生主義に依拠する陣営内部での論争に焦点を絞ることとした。）、特に同論文の命題の射程を検討した。

検討の結果、以下の諸点が明らかとなった。まず、厚生主義者で KS1994 の成果を全面的に否定する者は見当たらず、批判のほとんどは、KS1994 が理論モデルから言える範囲を超えて一般的な射程を持つ「かのように語られる」点に向けられていた。理論モデルから言える範囲では、KS1994 の結論は穏当ですらある。たとえば、KS1994 は、「所得」以外の不平等について法制度が対応することについては否定も肯定もしておらず、衡平を考慮した法的権原（entitlement）の分配も KS1994 の理論モデルからは必ずしも排除されない。また、KS1994 が成り立つ条件も実は限定されている。例えば、所得再分配の手段としてみた場合に常に「所得税＋給付」が優れているとも限らず、政治的に利用可能な手段であるとも限らない。論争を通じて明らかとなったこれら諸点は、いずれも KS1994 が十分に述べなかった理論モデルの留保条件や射程を明らかにし、KS1994 を理論的に補完するものである。ただし、政策的指針として見た場合には、「これら理論的留保により補完された KS1994」がそのオリジナルの形態に比べて、簡明さゆえの魅力を大きく損われたものになっていることは否定しがたい。

キーワード：効率性、所得再分配、厚生主義（welfarism）、法と経済学、法制度、所得税、金銭給付、二重の歪み（double distortion）

JEL Classification：H20, K00, K34, D72

* 東京大学社会科学研究所教授

I. 本稿の研究課題と意義

法制度を経済学的観点から評価する際には、その法制度が資源配分の効率性と所得分配の公平性にどのような影響を及ぼすかを検討すべきとされる（シャベル（2010））。これは、規範的経済学（の大部分）が前提とする厚生主義（welfarism）において、社会を構成する個々人の福利（well-being）水準を何らかの方法で集計した社会厚生（social welfare）の最大化が目指されるところ、希少な資源から最も大きな効用を引き出しうる資源配分（効率性）と並んで、社会の中の豊かな構成員から貧しい構成員への所得再分配も（所得の限界効用逓減によって、あるいは一種の保険として作用することで）社会厚生 of 改善に繋がりうるからである（Weisbach（2003）, p. 440）。したがって、「富の最大化」（カルドア＝ヒックス基準といってよい）を法制度が目指すべき指針として掲げたRichard Ponslerらによる初期「法と経済学」に向けられた、「法と経済学は効率性のみを重視して、法制度の公平性の問題を無視している」という批判は、現在の理論水準に照らせば失当である。

ところがここで、「厚生主義の下では、法制度は効率性のみを追求し、所得分配の不公平性の問題は専ら税制および財政的給付（tax and transfer）を通じた所得再分配によって対応すべきである」という命題が登場する。Kaplow & Shavell（1994）[以下、「KS1994」と表記する]が提出したこの命題が妥当するならば、個々の法制度の分析・評価は、専ら資源配分の効率性の観点から行われるべきである、ということになる。そこでは、法制度における所得分配の公平性の問題は、無視されるのではなく、むしろ税制と財政的給付の領域で扱うべき事柄として積極的に「棚上げ」にされる。

この命題は、「所得分配も重要である」とす

る上述した一般論にもかかわらず、実際には部分均衡的な効率性の評価に注力する、という（主流の）法と経済学のアプローチを正当化するものである。このため、法と経済学の中心地である米国の法学界においては、理論的にも政策論上も大きな含意を有するものと受け止められ、同論文を積極的に擁護・援用するものが多数現れる一方で、その妥当性を批判的に検討する論文も数多く産出されてきた。同命題が登場した1990年代は、冷戦終結後、世界的にも市場の効率性を重視する規制緩和・福祉国家退潮の時期と重なったし、近年では逆に、特に2008年からの世界金融危機以降、富める者と貧しい者の格差拡大への懸念が強まる中で、再度、法制度における効率性と所得分配の関係が問い直され、主流派の立場に規範的基礎を与えるKS1994の命題にも光が当たる、という構図となっている（批判的な立場からの整理として、Britton-Purdy et al.（2020））。

他方、日本の法学界においては、同命題の存在は知られているものの（ラムザイヤー（2007）、浅妻（2015））、「法と経済学」自体が米国におけるほどのプレゼンスを持たないこともあってか、必ずしも熱心に議論されているわけではない。しかし、ラムザイヤー（2007）が強調するように、「法制度の中における租税法の機能」を考える上で、同命題の持つ重要性は明らかであろう。

本稿はこの理論的空隙を埋めることを目的とする。すなわち、KS1994の登場から四半世紀が経過した現時点において、米国を中心としたこれまでの議論の蓄積を整理し、特に同論文の命題の射程を検討することが、本稿のねらいである。なお、KS1994に対しては、厚生主義自体を拒絶する論者（non-welfarist）からの批判もあるが（例えばMarkovitz（2005）

Lewinsohn-Zamir (2006) など)、本稿の考察は厚生主義内部での論争に焦点を絞る。その方が、KS1994の理論的インパクト(と限界)をより良く理解できると考えるためである。

本稿の構成は以下の通りである。まずⅡにおいて、KS1994の概要を紹介し、それまでの法

と経済学の議論の流れの中に位置づけることで、同命題がいかなる点で革新的であり、論争的であったかを確認する。次いでⅢにおいて、KS1994を巡って米国法学界で展開された議論について、主要なものを取り上げて検討を加える。Ⅳはまとめである。

Ⅱ. Kaplow & Shavell (1994) 再訪

Ⅱ-1. 概要

法と経済学に対しては、その登場以来¹⁾、「法ルール (legal rule) の規範的評価において、法ルールの効率性のみに着目し、所得分配上の効果を考慮していない」との批判が投げかけられてきた。KS1994はこの批判に反論することを意図して書かれたものである²⁾。KS1994の主張は、「所得再分配を実現する手段として、法制度は常に所得税よりも非効率的であるから、最適な(社会厚生を最大化する)水準の再分配を達成する手段としては、所得税のみを用いるべきである、すなわち、法ルールは専ら効率性の観点からのみ評価・設計されるべきである」というものである。なお、ここにいう「所得税」とは、一定の所得水準以下の個人に対する金銭給付(いわゆる負の所得税)を一体化した、抽象化されたレベルでのそれであることには注意を要する。この点に留意しつつ、彼らの議論が前提とする“income tax and transfer”のことを、以下「所得税+給付」と表記することにしよう。

厚生経済学の第二基本定理が教えるように、(財や資源の相対価格を歪めず、したがって厚生損失を伴わない)一括税・給付(lump-sum transfer)が可能であれば、いかなる所得分配目標も、市場均衡によるパレート効率的な資源配分と両立可能であるから、市場を支える法制度の設計において所得分配の不公平性の問題を考える必要はない(神取(2014))。もちろん、一括税は現実的な選択肢とならないから、所得再分配による社会厚生改善は、再分配的課税による歪みもたらす社会厚生損失とのトレードオフとなる。両者の釣り合うところで行われる最適水準の所得税+給付政策は、一括税・給付が可能の場合に(社会厚生を最大化するという意味で)理想的とされる水準よりも少ない程度の所得再分配で満足せざるをえない。そこで、所得税+給付による対応では不足する部分を、再分配的効果を持つ法制度で補うことができるのではないか、という発想が出てくる。しかしこれは誤りである、とKS1994は主張する。なぜならば、一定の仮定の下では、再分配的効果

1) 本稿では、1960年代のシカゴ大学ロースクールを淵源とする法と経済学(Ronald. H. Coase, Richard A. Posner, Gary S. Beckerらの研究者が特に著名である)を想定する。その知的背景から、法と経済学は「自由市場重視」「政府による規制や再分配には懐疑的」という経済保守的な政治信条と結びつくことが多い。他方、弱者保護の規制や再分配を重視する左派からは、(形式主義的・概念法学的方法に對置される意味での)法と経済学の真の源流はリアリズム法学にある、と主張されることが多い(Fried(1998))。KS1994は、そのインパクトゆえに左派から論敵とされることが多いが、Kaplow教授・Shavell教授は「最適な」所得再分配に対してはおそらく肯定的であり、いわゆる「シカゴ学派」とは距離があるように思われる。

2) なお、以下で紹介するKS1994の中心的な部分は、すでに経済学者向けに書かれたShavell(1981)により示されていたものであり、KS1994はそれを法学者に普及させる意図も有する(KS1994, p. 667, fn.3)

を持つ法制度は、同等の再分配的効果を持つ所得税と同じだけの厚生損失を生じさせるからである（補助命題A）。そして、法制度が再分配を追求して効率的なルールから逸脱する場合、定義上、その再分配的法制度は非効率的な資源配分をもたらす（補助命題B）。補助命題Aと補助命題Bの下での歪み＝厚生損失はそれぞれ独立に累積的に生じる（補助命題C）³⁾。したがって、「非効率的な再分配的法制度」は、それと同等の所得再分配的効果を持つ「効率性法制度」+「所得税+給付による所得再分配」の組み合わせと比較した場合に、後者と同等の歪み＝厚生損失（→補助命題A）と、後者にはない追加的な歪み（additional distortion）＝厚生損失（→補助命題B）をもたらすので、より大きな非効率性（厚生損失）を常に伴う。ゆえに、法制度において所得再分配的政策の占めるべき場所はなく、法制度は専ら効率性のみを指針とし、所得再分配は専ら所得税+給付によって対応すべき、という結論が導かれる。この立論は後に「二重の歪み」論（“double distortion” argument）として人口に膾炙するようになる⁴⁾（ただし、KS1994（及びそのフォローアップ版であるKaplow & Shavell（2000）自身は「二重の歪み」という言葉を用いていない⁵⁾）。

ところで、KS1994にいう「法制度（legal system）」は、租税法や個人への金銭給付に関

わる法を含まない、ということには注意が必要である。租税法は明らかに法制度の一部である。にも関わらずKS1994がこれを除外することは、単なる言葉の綾であるように見えて、実は彼らの議論の射程にも関わる重大な問題を孕んでいる（→Ⅱ-3-2）⁶⁾。以上を留保した上で、以下では、KS1994での用語法に合わせて、租税法を除外する意味で「法制度」という語を用いることにする。

Ⅱ-2. 特徴と革新性

規範的な法の経済分析において所得分配の問題が重要であることを認めつつも、法制度は効率性のみを追求すべきであるとする議論自体は、KS1994以前にも存在した。例えば、法と経済学の古典的な教科書であるPolinsky（1983, ch.14）は、法制度を所得分配の公平を実現する手段として用いる可能性に触れつつ、法制度は所得再分配には不向きであり、あくまで効率性が法制度の主要な評価軸であるべきであると論じていた。もっとも、そこで理由として挙げられるのは、①契約関係を規律する法ルールについては、当事者間での契約締結利益の分配に法制度が介入しようとしても⁷⁾、当事者はその法ルールを前提に交渉し、（法ルールがなかった場合と同じ分配になるように）契約条件（価格）を取り決めるから、法ルールの

3) 本稿では詳細に立ち入る余裕がないが、この補助命題Cゆえに、いわゆるセカンドベスト理論によってKS1994を論難しようとする試みは封じられることになる。Nussim（2007, p. 327）。

4) 「二重の歪み」という用語を最初に用いたのはSanchirico（2000）のようであり、Hein Onlineの検索では、現在（本稿脱稿時である2021年2月時点）までに75本の論文が、この語を用いてKS1994に言及している。

5) このことはnon-trivialな意味を持つ。「二重課税」がアブリアリに悪ではないのと同様、歪みが「二重」であることは、社会厚生上の分析に何ら意味を持たない。例えば歪み同士が相殺し合う方向に働くこともあるからである。Kaplow & Shavellは、ある歪みが既存の歪みを相殺しないで累積する場面に限るという趣旨で「追加的な歪み」という語を用いている。Kaplow & Shavell（2000, p. 824 fn.5）。

6) もっとも、Abreu & Greenstein（2016, p. 497）が言うように、これが“tax exceptionalism”の現れであるかはよく分からない。

7) 例えば、契約法において、契約債務不履行の場合の救済手段（remedy）として、原状回復利益のみの賠償、信頼利益の賠償、履行利益の賠償、が考えられるところ、いま何らかの理由（例えば、売主が買主に対して強い交渉力を持つところ、買主の所得の取り分を大きくしたい等）で、ある取引類型において売主債務不履行の場合の賠償責任を履行利益までとする新しい契約法ルールが導入されたとする。これは一見、売主から買主への所得移転をもたらすように見えるが、売主はその分の期待損失を補償する分を値上げされた売買価格を要求し、結局、従前の法ルールの下と同様の（両当事者の相対的交渉力で決まる）契約利益の分配に落ち着くことになる（Polinsky（1983）, p. 108）。

再分配的効果は無効化されてしまう (contracted around), ②不法行為の場面では契約価格による迂回は存在しないものの、「事故の加害者」「被害者」という属性と所得の分布はあまり対応しておらず、そもそも紛争が生じたときにしか法ルールは発動しない(ここでは不法行為法などの民事法ルールが想定されていることに注意)ので、場当たりの (haphazard) な再分配にしかならない⁸⁾、といった直感的なレベルの議論に留まった。

このような「流動的で、民間伝承のような状態 (somewhat fluid and folkloric status)」(Sanichirico (2000), p.799) に留まっていたこの議論を理論的に定式化したのが KS1994 である。KS1994 は、一定の仮定に基づく理論モデルの数理的証明という方法によって、その仮定が成り立つ限りは「常に」上記の命題が成立することを主張するものであり、法制度の評価指針として極めて広範な射程を持つ。従来の議論が、所得再分配の手段としての所得税+給付制度の一般的な優位性を承認しつつ、再分配的法制度との使い分けはケースバイケースで判断するとしていたこととは一線を画す(Nussim (2007), p. 335)。この点を、KS1994 の第一の特徴ということができよう。KS1994 を待つまでもなく、「所得再分配には所得税+給付制度が(相対的に)最も適した方法である」という命題に異を唱える者は(再分配を重視する左派の論者を含め)ほとんど存在しなかった。従来の「再分配的法制度」の擁護者も、あくまでも「所得税+給付制度が十分な所得再分配が行えないときに(現実にそうだから)、法制度も所得再分配機能を担うべきである」と主張した

に過ぎない。しかし KS1994 はいまや(仮設条件において留保された一定の場合を除き)常に、所得再分配における法制度の役割は否定されるべきことが証明された、というのであるから、これが成り立つのであれば、再分配的法制度の擁護者に重い論証責任を課すものとなる。米国法学界において、多くの論者が KS1994 を論駁しようと躍起になった所以である。このような背景に鑑みれば、KS1994 の主張に反駁しようとするだけでなく、そもそも KS1994 から厳密に何が言えて、何が(直ちには)言えないのか、を見極める必要がある。

また、KS1994 は、所得再分配的で非効率な法制度を、効率的な法制度への改革と所得税+給付制度による所得再分配の強化を一体として行うことで、パレート改善的な改革が可能であることを理論的に示した。この点も、従来の米国法学界では指摘されてこなかった要素であり、KS1994 の第 2 の特徴と言って良い。もっともその現実的含意をどう評価するかは、難しい問題である。なお、本稿の関心からは逸れるが、KS1994 のモデルは、Atkinson & Stiglitz (1976) の応用という側面がある⁹⁾(Gamage (2014), p. 7; Brooks et al (2018), p. 1239)。これは、最適労働所得税に加えて(再分配目的で)一律でない税率の物品税を設けることが非効率的である(物品税も労働所得税と同様に労働/余暇選択を歪め、かつ生産物市場における消費者=納税者の選択に追加的な歪みをもたらすため)ことを示したものであり、KS1994 の枠組みと本質的に同じである¹⁰⁾。

8) もっとも、人々は民事法ルールを前提に交渉を行う(法の影の下の交渉)し、不法行為の場合には保険料に反映されるかもしれないので、訴訟当事者にならない者にも利益/負担が間接的に及ぶことはあり得る(See, Weisbach (2003), p. 449)。

9) Atkinson & Stiglitz (1976) の直系の議論として、藤谷 (2007a) で紹介した Bankman & Weisbach (2006) およびそれを批判する Sanichirico (2010) があり、さらに Bankman & Weisbach (2006) の射程を限定する Gamage (2015) などこの系譜に位置づけられる。この側面については浅妻 (2015) を参照のこと。

10) KS1994, p.681. この近似性は、Atkinson & Stiglitz (1976) の命題が成り立つための重要な留保条件である、各物品が余暇の補完財でないこと、という条件が、最適課税論の枠組みに依拠する KS1994 においてもまた重要な留保条件となっていることに表れている。なお、後掲注 12 も参照。

II-3. KS1994の議論の詳細と射程

画期的な業績であったKS1994は、米国法学界において、多くの論者の関心を惹きつけ、IIIにおいて概観するように、活発な議論を喚起してきた。それらの意味を理解する上では、やはりKS1994の精確な理解が欠かせない。すでにラムザイヤー（2007）による紹介があるため、議論の全体をなぞることはしないが、すぐ上に見たKS1994の2つの特徴的な要素を評価する上で必要な点に絞って確認しておくことは有益であろう。

II-3-1. 命題の一般的な射程？

(1) KS1994の理論モデルが明示する限界

先に述べたように、KS1994の一つの特徴は、それが一般的な射程を持つ命題を提示しているように見えること、である。想定読者である法学専門家を想定して、検討の素材とする「再分配的効果を持つ非効率な法制度」に、事故の加害者が注意水準の如何を問わず損害額の全てを被害者に賠償するという厳格責任主義の不法行為法¹¹⁾ルールに加害者の所得水準によって損害賠償額が変動するといった所得再分配的な変更が加えられたもの、というある程度具体的なイメージを持たせているが、その論証と結論は法制度の具体的設計に依存しない、と主張されている（KS1994, p. 679）。

もう少し細かく見ておくと、KS1994のAppendixで提示されている理論モデルでは、全ての個人が、(a) 労働（余暇との選択¹²⁾）と (b) 事故を伴う活動の双方に従事する（事故

の加害者にも被害者にもなり得る）状況の下で、

(a) 損害賠償額が加害者と被害者の相対的な所得水準によって変動するように設定された¹³⁾不法行為法の下での各人の最適化行動と、(b) 効率的な不法行為法+法制度 (a) の下で各個人が直面する事故の純期待費用 (net expected accident costs) との差分だけ追加的に課税（富裕層の場合）または給付（貧困層の場合）する所得税+給付制度¹⁴⁾、の下での各人の最適化行動を比較し、

- ・(a) から (b) への移行によって、全ての個人について各々直面する費用（不法行為制度の下での純費用+所得税純負担）が等しい（期待効用水準¹⁵⁾が変化しない）こと、
- ・(b) の下では所得税+給付制度によって追加的な国庫収入が生じ、その大きさが (a) と (b) の「不法行為制度に由来する事故の純期待費用の社会的合計の差額」すなわち非効率な法制度 (a) における社会的資源の無駄の大きさに等しいこと、

が示されている。つまり (a) から (b) への移行によって、全ての個人の効用水準を等しく保ちつつ、社会的資源の無駄を省くことができる（その追加の資源を、社会厚生を改善させる用途に充てることのできる）、パレート改善になっている、ということである。周知の通り、効率的な不法行為法ルールは、事故の性質（加害者の注意水準のみが事故に影響する一方的事故か、被害者の注意水準も影響する双方的事故か）、個人のリスク選好等によって異なりうる（例えば過失責任ルールが効率的となる場合も

11) 両当事者がリスク中立的、かつ加害者の注意水準のみが（事故の発生確率、重大性等により決まる）期待損害額に影響するという単純な仮定の下では、このルールによって、潜在的加害者は事故の起因となる活動（例えば自動車の運転）に伴う社会的費用を内部化して、（注意費用+期待損害額を最小化する）最適水準の注意を払うようになり、社会的な資源の最適配分が達成されることが知られている（シャベル（2010））。

12) KS1994は最適課税論の枠組みに従っているため、余暇と補完財となる活動（例えば、富裕層のみが行うヨット遊び）に伴う事故については損害賠償額を加重することが、法制度としての非効率性を伴うとしてもなお再分配的所得税+給付制度に伴う非効率性（労働所得が課税され、余暇が課税されないことによる代替効果）を相殺し、全体としては効率性の観点から正当化される可能性を留保している（KS1994, p. 680）。これは補助命題Cが成り立たないことを意味するが、余暇消費と富裕層が行う活動の関係は様々であり、常に所得再分配的な法ルールが効率性の観点から支持されるとは限らない（Kaplow & Shavell (2000), pp. 825-826）。

13) その他、事故の発生確率が潜在的加害者の注意費用の関数であること、各個人は異なる所得稼得能力を持ち労働・余暇の配分を最適化しようとする、などの仮定がおかれている。

ある) し、再分配的租税についても、所得に着目するのか、資産や消費に着目するのかといった違いがありうるが、それらの差異は命題の論証に影響を与えない、と主張されている。

一方で、KS1994 自身が、結論に影響を与えようと留保する仮定もある。①事故を避けるための注意費用の大きさが潜在的加害者の所得水準に影響を受けない、②各個人は税による明示的負担と、非効率な法制度による(所得水準に連動する)潜在的負担とを同等に認識して反応(労働水準を選択)する、③リスク回避的な個人が利用できる私的保険が市場で提供されている、がそれである。ただし、①～③いずれの仮定についても、それを緩めたところで、現実的な想定の下でなお法制度を用いた再分配を正当化するほどのものとは言えない、として結局は斥けられている。これら仮定の尤もらしさについては、Ⅲ-2 で簡単に紹介するように、法と経済学を用いる論者からの異論が提起されたものの、KS1994 の命題を覆すことに成功したとは評価されていない(Strahilevitz (2007),

p. 1472)。

(2) KS1994 が明示しない射程の限界

他方で、KS1994 が必ずしも明確にしていないう論点もある。それは、この命題が不法行為法を超えて「法制度」全般に及ぶのか、である。この点、例えばラムザイヤー(2007)は、KS1994 の命題は不法行為法に限定されないと理解した上で「法制度」全般に対する含意を紹介しているし、他の学説も、そのように理解した上で(その立場に応じて、肯定的/否定的に)論及してきた(Ⅲ参照)。

しかし、上に見たように、KS1994 は一般的な形とはいえ、不法行為法を想定したモデルに依拠しているため、例えば契約法や所有権法についてモデルの説明力は少なくとも直接的には及ばないはずである¹⁴⁾。KS1994 において所得再分配的法制度の非効率性は、期待損害額に影響する各個人の注意水準が、損害賠償額が所得に連動することによって寡少または過剰になることに由来する。契約を規律する法ルールに所

14) ここにいう「事故の純期待費用」とは、ある不法行為法制度の下で各人が直面する、「(a) 事故を避けるための注意費用 + (b) 被害者となった場合に被る損害額の期待値 + (c) 加害者となった場合に支払う損害賠償額の期待値 - (d) 被害者となった場合に受け取る損害賠償額の期待値」を意味する。社会全体すなわち全個人の事故の純期待費用の総和でみれば、(c) と (d) は相殺されるから、(a) + (b) の総和が、当該法制度の下での事故の社会的な期待費用、ということになる。前掲注 11 により、効率的な不法行為法の下での損害賠償額は、潜在的加害者の所得水準にかかわらず損害額に一致すべきであり、かつ(事故を避けるための)注意を払うための費用が所得水準に影響を受けないと仮定すると、この効率的法制度の下で各人が直面する事故の純期待費用は所得水準にかかわらず一定(例えば \$1,000)となるはずである。これに対して、所得再分配的改変が加えられた不法行為法ルールの下では、最も所得の多い個人(例えば所得 \$100,000)が直面する純費用と、最も所得が少ない個人(所得ゼロ)の純費用の間には、上記(c)と(d)が所得水準に依存して決まることから、所得水準に応じた差が生じる(例えば前者につき \$2,000、後者につき \$500 というように)。このとき、所得の多い個人は(事故を起こしてしまった場合、その事故の事前の期待損害額よりも大きな損害賠償額の支払を命じられることを予期するため)効率的な水準よりも過大な注意費用を負担して事故を避けようとするし、所得の少ない個人は逆に寡少な注意しか払わないので事故の損害額が増大する結果として、社会全体としてみた場合の純費用は増大する。上記の数値例では、全ての所得水準に一律に分布していると仮定すると — ただしこの仮定も本質的な差異をもたらさない — 平均純費用は \$1,250 に増加している。つまり、効率的な不法行為法ルールと比較した場合に、社会的資源の無駄 = 非効率性が生じている。いうまでもなく、富裕層の加害者から貧困層の被害者に支払われる割増された損害賠償額の支払それ自体は経済学的には移転に過ぎず、社会的資源の増減をもたらさない。無駄が生じるのは、過大な注意費用と、(寡少な注意に伴う)損害の増大、という実物経済的側面において、である。

15) ここではリスク中立性が想定されていることに注意。KS1994, p. 676 は、所得の限界効用逓減(これは理論的にはリスク回避性と同値である)を前提とした場合、確かに損害賠償額を原告・被告の所得や資産の水準によって増減させることは、擬似的な保険としての機能を果たすが、私的保険の利用可能性がある限りこれは非効率な手段であること、したがって諸個人のリスク選好は分析を左右しないこと、を論じている。

得再分配的要素を加えること（その最たるものとして、最低賃金規制を考えることができよう）からも歪みは生じるが、KS1994のモデルにそれを含むものと読むことは困難である。あるいはそのようなルールはそもそも法律関係の当事者の所得水準と連動して取り分を増減させることが定義上困難であるから、「所得再分配」メカニズムとしてはそもそも真剣な検討に値しない、ということなのかもしれない。

事実、KS1994は、自らの命題の有用性を論じる中で、再分配的契約法ルールについても（否定的に）言及するが、そこで与えられている説明は、①契約当事者間で合意される価格は再分配的な法ルールが各当事者に及ぼすコストも加味したものになるので結局は交渉力が支配し、再分配的法ルールは実効性を持たない、②再分配的私法ルールは紛争当事者となった者の間だけで再分配を実現するので、ばらつきが多く、政策手段として極めて不正確である、という従来の法と経済学が展開してきた“haphazardness”批判（Ⅱ-2. 参照）の域を出るものではない¹⁷⁾。

したがってKS1994の命題が理論モデルによって論証されていることにその特徴があるのだとすると、契約法についてはその射程の外にある（従来から言われてきた経験的常識によって支えられているに過ぎない）と評価されるし、所有権法についてはそもそも明示的な言及がない。にもかかわらず、KS1994はその登場以来、

幅広い法分野で援用されてきた（→Ⅲ-1）。ここに、錯綜した論争状況を招いた、躓きの石があるように思われる。

Ⅱ-3-2. 法制度と所得税+給付制度の関係

KS1994のもう一つの特徴が、法制度の経済分析を所得税+給付制度の存在と接続させた点である。法制度に付随するいかなる所得分配効果（政策的に意図したものか否かを問わず）も所得税+給付制度の対応的な修正によって相殺・吸収することができる。そうだとすれば所得再分配政策を行うためにあえて法制度の効率性を損なう必要はない。これが成り立つとすれば、「法の経済分析は専ら効率性の観点から行われるべきである」という法と経済学の主流派の立場は極めて強力な基盤を得ることになる。「富の最大化」基準の批判を克服したと主張する規範的な法と経済学（→Ⅰ）にとって、避けては通れないが扱いの厄介な分配問題を棚上げにできるからである。しかも、KS1994が推奨する一体的な改革によれば、全ての当事者は従前の効用水準を維持しつつ、社会としては資源を節約しそれを追加の税収として具体化することができる（それをを用いて他で減税して課税による死荷重を減らすこともできるし、公共財供給を増加させることもできる）ので、パレート基準を満たすことができる。となれば、ラムザイヤー（2007：34）が言うように、KS1994は、「他の（法）分野のルールは、所得税法をも考

16) なお、Kaplow & Shavell (2000), p.824, fn.7. は、Kaplow (1996) がKS1994の結果をさらに一般的に展開しているとする。しかしKaplow (1996) は、政府の資源配分機能 — 公共財供給（さらには環境税も、負の外部性の縮減が公共財の供給と同視されて同一に分析される）の社会厚生上の評価において、その財源調達のための課税に伴う歪みの厚生損失や所得分配上の効果をも考慮すべきという一般的な議論を否定するために、KS1994で述べたのと同様の思考実験的推論（すなわち、ある制度（ここでは、新規の公共財供給と財源調達のセット）に付随する死荷重や分配上の効果を相殺するような形で既存の所得税+給付制度を修正することが可能であるから、死荷重と所得分配の問題は、政府の公共財供給の評価からは切り離して、所得税+給付制度において（既存の税制に伴う再分配と死荷重の問題の一部として）まとめて考えればよい、ということになる）を持ち出すものであり、外部性のコントロールという不法行為法と同様の問題系を扱うものであるから、契約法や所有権法の問題に射程が及ぶものではない。

17) むしろ、Logue & Avraham (2003) は、所得再分配における所得税+給付制度の相対的優位性を承認し、伝統的な説明も支持するが、KS1994の命題は過剰包摂であるとして批判する。また、Weisbach (2003) は「法制度は効率性のみを重視すべき」との立場から賃貸借関係や製品保証などの契約法ルールに言及するが、その際の論拠としてKS1994に依拠しているようには見えない。

慮において設定し直さなければならない」ことを、したがって法体系における租税法の重要性を、はっきりと示すものとなっているのであろうか。そうだとすれば、租税法研究者としては歓迎すべきであろう。

しかし KS1994 の議論は、煎じ詰めると、法制度の経済分析の論証負担を減らすために、租税法が過重な負担を引き受ける、ということに他ならない。これには様々な側面がある。Ⅲ-4 で検討する政治的実現可能性の問題もさることながら、KS1994 のモデル内在的にも「租税法への過度の負荷」を指摘することができる。

すなわち、効率的な法制度への移行を、パレート効率性を満たす形で行うためには、移行前の法制度と移行後の法制度のそれぞれについて所得分配効果を緻密に分析した上でその差分を補填するような税制改正を行う必要があるが、これには膨大な情報量が必要となる (Avraham et al (2004))。上述の通り、KS1994 の「再分配的で非効率的な法制度」のモデルおよび具体例は、(しばしば誤解されるように) 単に所得水準に比例的に損害賠償額を操作する、というのではなく (仮にそうであれば、税制によってそれを複製することは不可能ではないかもしれない)、「法制度のもたらすインセンティブ (の歪み) の結果として生じる (増大した) 純費用 (※注意費用や期待損害額をも含む)」が所得に連動する、というものとなっていることに注意が必要である。政策分析として法制度改正に伴う分配効果を算定することはもちろん理論的に可能であるが、それは租税法令に具体的に反映できるレベルの堅牢性を持った数字ではなからう。ちょうどこれは、発生主義的に算定された予算コストが理論的には正しくとも、それを実際の予算項目に計上して財政資源配分に反映させることが容易ではないのと同様の問題である。

そうなると結局、いくつかの法制度改正の結果を均して、全体として分配状態が大きく変わ

らないようにする、あるいは社会的資源の節約分を用いて再分配を強化する、という方策 (法制度改正単位でパレート効率性を満たすことは断念する) をとらざるを得ない。もともと KS1994 はパレート基準に依拠するものではない¹⁸⁾から、このことは大きな問題ではないかもしれないが、「社会的資源の節約分」¹⁹⁾が直ちに税収に転換できるわけではない。例えば、潜在的加害者が効率的なルールの下で過大な注意費用の負担を免れることは、人的資源ないし実物資源の節約であり、経済学的に定義された所得 (ある時点のある主体が処分可能な財・資源の集合) を増加させるのであるが、それが実定租税法上の「所得」として捕捉されるとは限らない。さらに、仮に実定租税法上の「所得」として実現したとしても、Gamage (2015) が指摘する、租税回避による「捕捉漏れ」が加わる。「効率的な法制度+所得税+給付制度」への移行によって、社会全体としては確かに豊かになっているが、これはカルドア=ヒックス効率性の意味、言い換えれば「富の最大化」基準にほかならない。つまり、KS1994 のいう「所得税+給付制度」がいわば「空手形」を切り、効率的な法制度への移行によって低下する所得再分配機能を埋め合わせることを請け合うものの、現実の租税法はそれに対応できないために、所得再分配機能の低下だけが残される、ということである。

このような問題が生じるのは、ひとえに、KS1994 にいう「所得税+給付制度」が、現実の法技術的に可能な租税法とは著しく乖離しているためである (例えば endowment tax は経済理論では屢々登場するが、法技術的に実現困難である)。つまり KS1994 は、抽象的な税制の存在可能性によって法制度の経済分析における所得分配問題の負荷を取り払うものであって、現実の租税法の役割を高めるものではない。KS1994 は、「法制度」一般と租税法の結びつ

18) これに対して、Kaplow & Shavell (2002) は、厚生主義の (その他の価値基準に対する) 優越性を説く際に、パレート基準の道徳的訴求力を用いている。

19) 理論モデルでは π で表現される値である (KS1994, p. 679)。

きを強めるように見えて、実は厄介な分配問題を法制度から租税法に転嫁した上で、両者を恒久的に切り離すもの、ですらありうる。法制度の効率化が課された後に、どうやって実際に（経済的に定義された所得を、法的に捕捉可能な「所得」に転換して捕捉・徴収して）所得再分配を実現するか、という租税「法」が常に向き合ってきた困難には、KS1994もその下で分

配問題を厄介払いできた法制度（の経済分析家）も関心を持たないからである。もちろん、これは租税法に関わる者にとっての問題であって、KS1994は何らの痛痒も感じないであろうが。しかしそのことは、KS1994が、所得再分配の問題を実は真剣に考えていない、ということの意味しないだろうか。

Ⅲ. KS1994 を巡る米国法理論史

Ⅲ－１．序説

米国の法と経済学の主流派の学説において、KS1994の命題への支持は揺るぎないと言ってよい（e.g., Cooter & Ulen (2003), Weisbach (2003)）。各法分野の経済分析でKS1994を援用しこれに依拠するものは多数存在しており、法の経済分析における「常識」の一部を構成していると言ってよい²⁰。それだけに、批判的な論者からは、KS1994は「法制度は専ら効率性のみを考慮すればよい（分配問題は捨象して良い）」という（厚生主義を掲げつつ実際には効率性を重視する）法と経済学に免罪符を与えるものと受け取られ、様々なレベルで論難の対象となってきた。以下では、それらをサーヴェイ的に整理し、その含意と射程を見定めることとしたい。

Ⅲ－２．KS1994の理論モデル内制的批判

KS1994に対する初期の批判の多くは、規範的法と経済学の枠組み（厚生主義）を受け入れつつ、KS1994の理論モデルが依拠する仮設条件の妥当性を問う、というものであった。このようなものとして、各個人の同質性の仮定を問う Sanchirico (2000)、各個人の合理的反応の仮定を問う Jolls (1998) が、しばしば言及される業績として存在する。また、些か毛色の異なる批判として、Nussim (2007) がある。

Ⅲ－２－１．諸個人の同質性の仮定への疑問 — Sanchirico (2000)²¹

KS1994のモデルは、最適課税論の標準的な枠組みに従って、この社会を構成する各個人は所得稼得能力においてのみ異質である（稼得能力の高い者から低い者まで分布している）が、

20) ごく一部の例を挙げると、財産権法の分野では、Wyman (2017), p.215 はKS1994の考え方を「広く共有された知見 (the conventional wisdom)」と述べて肯定的に引用する。経済法の分野では、Crane (2016) がKS1994に依拠して、(反独占=再分配的、という政治的傾向に抗して) 独禁法を所得再分配目的で用いることを厳しく批判する（なお、経済法の分野で、このように効率性を価値中立的なものとして捉えるCraneの主張に対して批判的に言及する邦語文献として、川瀆 (2019) がある。ただし、直接参照されているのはCrane (2008) であることに注意）。Chang (2009) は移民流入を規制する保護主義的動機が非効率的であるとして批判し、再分配的所得税によって対応すべきと説く文脈でKS1994を理論的支えとして用いている（しかし、このような楽観的見通しが現実離れしていたことは、国際経済法一般に関してではあるが、例えば北村 (2019) が明確に論じているところである）。またRevesz (2018) は、政府規制の分野においてもKS1994が支配的な枠組みとして受け止められている、と指摘する。

21) さらにSanchirico (2001) は詳細に議論を展開しているが、そのエッセンスは（抽象的でわかりにくいものの）Sanchirico (2000) に尽くされている。

他の面では同質である、との仮定に立脚する。この仮定の下では、最適な法制度に、各個人の所得水準（ ∞ 稼得能力）に連動しないようなルール変更を加えた場合、所得稼得能力以外では同質であるから、皆等しく影響を受けることになり、このルール変更は何ら再分配効果を持たない。しかし現実には、政府に観察可能な所得に反映されないものの再分配政策が関心をもつべき個人の特質における異質性が存在するはずだ、と Sanchirico は主張する。そして、法制度は、そのような異質性に着目し、所得水準に連動させることなく、効用水準の高い者には不利に、低い者には有利に働くようなルール変更を加えることで、「所得」再分配による効率性損失（※前掲Ⅱ－1 の「補助命題 A」を参照）を回避し、かつ最適な法制度からの乖離による効率性損失（※「補助命題 B」）を最小限に抑えつつ²²⁾、効用水準の高い者（the more well-off）から低い者（the less well-off）への（効用水準で計測した）再分配を実現できる可能性がある、つまり厚生主義の観点からも、法制度の目標として効率性に加えて分配上の考慮を取り込む余地がある（言い換えれば、KS1994 のテーゼは過剰包摂である）、と論じる。

例えば現代社会において稼得能力は高い知性や注意力と連動していると考えられるから、高所得者は同時にある種の事故の加害者となる事態を回避する能力にも優れている可能性がある（低所得者はその逆である）。このようなタイプの不法行為の場面において、損害賠償額を最適水準よりも少しだけ低く設定すると（包絡線定理により厚生損失は無視しうる程度に留まる一方で）、平均的に加害者となる可能性の高い低所得者は、期待損害賠償額の減少という形で（高所得者の損失と同額の）利益を得る。ここではあくまでも（期待値ベースであるが）金銭

的な移転のみが問題であり、かつ所得水準に直接連動したものではない²³⁾ので、労働所得税のような厚生損失のない所得再分配が可能になる、というわけである。

なるほどこのような議論は、抽象的には成り立ちうるように思われるが、現実にもそのように都合のよい属性を発見し、具体的な法制度設計に活用できるかは別の問題である。Sanchirico の批判に対して、Kaplow & Shavell (2000) は、各個人が所得稼得能力以外の能力においても異質性を有し、それが（例えば注意能力と不法行為責任を通じて）法制度の分配上の効果に差異をもたらす可能性はあることは Sanchirico の言うとおりでとしても、その分布が所得水準の分布と一致する保証はないので、そのような再分配的な法ルールは（例えば、運動）能力の高い貧者から（運動）能力の低い富者への再分配を帰結する可能性も排除できず、Sanchirico の批判は実践的に有用な指針を示すものではない、と反論している。

本稿筆者の眼からみても、Sanchirico は、KS1994 の現実的妥当性を崩すような、尤もらしい具体例を挙げることに成功していない。理論モデルの存在意義は、複雑な現実社会の全てを描写することではなく、その本質的要素を分析や実践に役立つようにわかりやすく抽出することにある、という常識的な理解に立つならば、Sanchirico (2000) の批判は理屈の上では正しくとも、KS1994 の理論としての妥当性を反証することに成功していない、と評価すべきであろう。ただし、上記の反論の構造上（そして理論モデル一般に当てはまることであるが）、KS1994 の命題は一定の条件の場合にはそれが成り立たない可能性を留保した上でのものである、ということは押さえておくべきであろう。むしろ、Sanchirico (2000) の批判の主眼は、

22) これは、諸個人の効用を最大化する最適水準から法ルールを微小に変化させても（たとえば効率性の観点から最適な損害賠償額の水準から若干低く設定する）、極値の性質から、最大化しようとしている効用はほとんど変化しない、という包絡線定理の考え方の応用である。包絡線定理を法制度分析に応用する興味深い研究として Weisbach & Hemel (2020) があるが、本稿では扱うことができない。

23) むしろ観察不能な能力に連動している。その意味で、歪みをもたらさない才能課税の一種ということになる。

KS1994の命題の強烈さゆえに、この留保が忘れ去られて「所得再分配の手段として、法制度は所得税に常に劣るので、法制度は所得再分配を考慮せずに効率性のみを指針として設計すべき」という一般命題として一人歩きすることに対する異議申立てにあったと解するのが相当であろう。そして次項Ⅲ-3で見ると、その懸念は杞憂ではなかったように思われる。

Ⅲ-2-2. 合理的な個人の反応への疑問— Jolls (1998)

KS1994の補助命題Aは、合理的な個人は、それが租税によるものであれ法ルールによるものであれ、自分の所得が増加するにつれて自らに課される経済的負担が増加することを等しく認識し、労働／余暇の選択に影響を受けるとの仮定の上に、法制度による所得再分配は、所得税によるそれと同様の代替効果（歪みによる厚生損失）をもたらす、と主張する。KS1994自身、この仮定が成り立たない可能性を認めつつも、なお、①法制度を通じた所得再分配の規模が大きくなれば、個人がそれを認識しないはずはないし、②個人が経済的負担を正しく認識しないとしても、それが専ら過小な方向にのみ偏る（ので二重の歪みは生じないか小さい）と考えべき説得的理由はない、と述べていた。

これに対してJolls (1998)は、補助命題Aの妥当性に疑問を呈し、行動経済学の立場から、各個人は認知バイアスゆえに、法制度による経済的負担を、税制によるそれよりも（専ら）過小に評価する傾向があり、その分労働供給へのディスインセンティブも小さくなる、という仮説を提示した。すなわち、①不法行為責任のように稀な事象、不都合な事象について個人は過度に楽観的に（実際の確率よりも小さく）認識する傾向がある、②メンタル・アカウントの存在ゆえに、「租税による負担」と「法制度の下

で必要とされる支払（の一部）」²⁴⁾を同視しないかもしれない。

この議論の妥当性は、実証研究によって評価せざるを得ない。Weisbach (2003)は、長期的には人々は認知バイアスによって作られた主観的な負担水準ではなく、現実の負担水準に反応するであろうし、保険市場があればこのようなバイアスにかかわりなく現実の期待損害賠償額に基づいて保険料を徴求するから、Jollsらがいうような錯覚（を利用した法制度による再分配）は大きなインパクトを持たない、と指摘する。

Weisbachのこの指摘は基本的には妥当である。もっとも、KS1994と同じ前提に立ち、その論旨を補強する位置づけ²⁵⁾となるKaplow (1996)のモデルでは、人々は、自らに課された租税額Tではなく、Tと政府支出から自らが受けた便益の金銭的価値B（これはいわば、疑似市場で自らが好んで購入したものと見なされる）を差し引いた差額T-Bのみを再分配的課税と捉えて、その部分のみが労働／余暇の供給に歪みを与える、ということになっている。確かに経済学的に捉えた実質的な負担は、租税による名目負担額ではなく、租税を払うことによって自らが享受する公共サービスの主観的価値を控除した額でなければおかしいが、これは現実の納税者行動を説明するかは疑問である（これは、社会全体としてはともかく、個人のレベルでは租税負担と公共サービスの便益享受が連動しないから（租税の非対価性）、後者はいわばlump-sumの便益であって、限界的な租税負担が個々の納税者にもたらすインセンティブには作用しない、と説明することができよう。）。つまり、KS1994の想定ほどには、個人は自らに課される実質的負担に反応していない可能性がある。

24) この議論の前提として、私法制度の下で支払が要求されるのは自らの所得からの支出（広義の消費）であって、自らの所得自体を減らすものではないから、代替効果は働かない、という想定があるものと思われる。

25) KS1994, fn.3で引用されているKaplowのワーキングペーパーがその後の改訂を経て公刊されたのがKaplow (1996)である。

Ⅲ-2-3. 事前 (ex ante) と事後 (ex post) の視点—Nussim (2007)

Nussim (2007) は、KS1994 が各人の厚生水準の評価として事前 (ex ante) の観点を採用していることを指摘し、これが厚生主義的に自明ではないことを指摘し、KS1994 の証明が完全ではないことを指摘するものである。

Nussim が正しく整理するところによれば、KS1994 は、所得再分配的法制度の下で高所得者 (と低所得者) が直面する事故の純期待費用 (net expected accident costs)²⁶⁾のうち、効率的法制度から乖離する部分が、再分配的所得税 + 給付制度がもたらす経済的效果と同視しようとしているが、この「費用」は、「期待 (expected)」の語が示すように、事前の観点から計測されたものである。もちろん、最適課税論の枠組みに属する KS1994 の関心は再分配的法制度がもたらす労働供給へのディスインセンティブであるから、事前 (ex ante) の視点で評価された費用によって、再分配的法制度の社会厚生上のパフォーマンス (ここでは、所与の水準の所得再分配を実現するのに、どの程度の高所得者による資源配分 = 厚生損失を伴うか) を捉えるのは、理にかなっている。

しかし Nussim (2007) は、功利主義以外の厚生主義 (すなわち、分配状態それ自体に社会厚生評価上の重み付けを与えるタイプの厚生主義) において、評価すべき分配状況として事前の状況と事後の状況のどちらを採用すべきかは論争の対象であって、(KS1994 が明示的に依拠する) 厚生主義から当然に事前の視点を採るべきとは導けない、それは別個の (厚生主義の下での分配的正義の諸構想の) 検討を経なければ言えないはずである、とする (Nussim (2007), p. 329)。この批判の詳細を見てみよう。

いま、所得再分配政策上、高所得者層 (単純

化のために、一律に \$100,000 の所得があると想定する) からそれ以外の層に対して追加で所得の 1%分 (\$1,000) の所得再分配が求められているとしよう。これを所得税 + 給付ではなく不法行為法を通じて行う場合、仮に事故の発生確率が 0.2% だとすると、高所得者が加害者となった場合に限り賠償責任を \$500,000 増額するのが再分配的不法行為法である²⁷⁾。さてこのとき、(a) 事前の観点からは「全ての高所得者が \$1,000 の期待費用に直面する」が、事後的には (b) 「高所得者の 0.2% のみが \$500,000 を支払、残りの 99.8% は一切金銭負担を負わない」という状況が出現するが、所得分配に関心を持つ厚生主義者は両者を当然に同視すべきか、というのが Nussim の問いかけである。この点、KS1994 は所得分配状況の厚生主義的評価として (a) = (b) が成り立つと (暗黙裏に) 前提としているから、(a) と同値である (c) 「全ての高所得者に追加で \$1000 の税負担を課す (一方で、事後的に高所得者が負う損害賠償責任額は増額しない)」を比較対象として「分配上は同値だが、資源配分の効率性において (a) = (b) は (c) に劣る」という結論を導いていると解釈した上で、KS1994 のこの推論には、厚生主義的に (a) = (b) であることの証明が欠けている、というのが Nussim の批判の中心である。

ただし、まさに上記の数値例のような場面において、(b) の方が (c) よりも優れた所得再分配を実現することはほとんど想像しがたい。まさに「法制度による再分配効果の場当たりの性格 (haphazardness)」批判 (Ⅱ-2) の説くところである。Nussim も、自分の議論は KS1994 の結論に反対して再分配的法制度を支持することではなく、単に KS1994 の論証に飛躍があることを指摘するに過ぎない、と述べて

26) 前掲注 14 で述べたように「純費用」とはあくまでも経済学的に捉えた「費用」であって、(不法行為損害賠償や租税による) 金銭的な純支払額とは異なる概念であることに注意。

27) 実は、前掲注 14 で述べたように、このように定式化することは経済学的に「費用」を定義する KS1994 のモデルの描写としては不正確である。しかし事前か事後かという Nussim の問題設定に致命的な影響を与えるものではないので、原論文の通りに紹介している。

いる。このため、KS1994を巡る論争に影響を与えることはなく、後続の関連文献の中で言及される頻度も、Sanchirico（2000）やJolls（1998）に比べるとかなり見劣りする。もっとも、「事前か事後か」という着眼点自体はもっと別の角度から掘り下げる価値のある分析視角であったように思われる。

Ⅲ-2-4. 小括

以上、KS1994の理論モデルの仮設条件の現実への妥当性を批判するものとしてSanchiricoとJollsの議論を、理論モデルから規範的結論を導く際の論理の飛躍を批判するものとしてNussimの議論を、それぞれ紹介したが、いずれもKS1994の主要部分を覆すには至っていない、と評価される。特に前二者については、KS1994の理論モデルが過剰包摂になっている可能性を指摘するものであるが、そのような場合は例外的であるか、少なくとも法制度設計において体系立って反映させることができないため、実践的な意味を持つ批判ではない、と受け止められたように思われる。

Ⅲ-3. KS1994の議論の射程を巡る問題

前項の検討が示したように、KS1994が依拠する厚生主義的アプローチを前提とする限り、その理論モデルの妥当性を論うことでこれを論駁することは容易ではなく、事実そのようなタイプの批判はKS1994登場から10年が過ぎる頃には、ほぼ見られなくなる。次に登場するのが、KS1994の議論の射程を見定めようとする議論である。

Ⅲ-3-1. 「所得」の再分配と不平等 (inequality) の関係—Logue & Avraham (2003)

KS1994は、そのタイトルが示すように、あくまでも「所得を再分配する (Redistributing Income)」手段としての所得税制と法制度の優劣に関する理論である。Weisbach (2003)をはじめ多くの論者が指摘するように、所得以外の不平等について税制は十分に対応できず、法

規制の方が再分配の手段としては優れる。例えば身体に障害をもつ人は、同等の所得水準を得ている健常者よりも様々な面で不便を強いられる。ここで公共空間にユニバーサルデザインに基づく設備を法規制で要求することは再分配的な効果を持つ。もちろんそのような再分配が（それに伴う資源の費消や行動の歪みなども考慮して）社会厚生その他何らかの正義の指標に照らして正当化できるかは別の問題であるが、労働所得稼得（の努力）に連動する負担ではなく、労働所得税と同様の歪みをもたらすわけではないから、「二重の歪み」に関するKS1994の議論の射程は及ばない。このような分析に基づいて、Logue & Avraham (2003)は、各個人の効用水準 (well-being) に影響する代理変数のうち所得としての観察が困難なものについては、法制度に比較優位があり、税制と法制度は再分配政策の手段として複合的に用いられるべきである、と主張する。厚生主義の観点からは、所得もまた、各個人の効用水準を表す代理変数の一つに過ぎないからである。

また、前節Ⅱ-3-1 (2) で述べたように、KS1994の理論モデルは専ら不法行為法を想定したものであり、契約法における所得再分配政策に関するKS1994の分析は伝統的な説明（再分配的規制の契約による無効化 contracting-around）の域を出ないものであるが、所得以外の代理変数に着目した法規制の中には、こうした迂回が可能でないものも考え得る。例えばある種の遺伝形質に起因しやすい疾病があるときに、生命保険会社に遺伝子情報の収集を禁止する法規制は、（遺伝子情報によって契約条件が差異化される状態と比較して）不利な遺伝形質を持つ者に対してそうでない者へと、保険集団内部での水平的な再分配 (cross-subsidization) を行う効果を持つ。たしかにその分全体の保険料水準が上昇する可能性があるが、水平的再分配自体を契約によって回避することは容易ではない (Logue & Avraham (2003), p. 249)。

Ⅲ－３－２．法的権原 (entitlement) の分配 問題①—Liscow (2014)

法制度が所得以外の要素に着目して再分配を行いうる場合に加えて、Liscow (2014) は、所得再分配的な法制度を組み合わせた方が、KS1994 の主張するように所得税制のみによる場合よりも効率的に再分配が行える場合が存在すると主張する。法ルール設計上、同等に効率的な複数の選択肢がある場合に、平均的に低所得者に有利に働くルールを採用することで、法ルールと市場取引を通じた所得分配において低所得者への分配が増加する分だけ、(社会厚生を最大化するための再分配的な) 所得税の税率を下げることができ、税制に起因する厚生損失を減少させることができる、というのがそのエッセンスである。

例えば、(一定の条件の下では) 不法行為法における厳格責任ルールと過失責任ルールがどちらも潜在的加害者に最適な注意水準を動機付け、社会的に効率的な資源配分を促すことが知られているが、所得分配において両者は異なる(厳格責任ルールの方が、被害者に多くの損害賠償金＝所得を分配する)。

そこで、例えば公害のように、被害者となり得る人々の集団が加害者となり得る人々の集団よりも低い所得層に属するような不法行為類型については厳格責任ルールとすることで、効率性を損なうことなく所得分配の偏りを減少させることができ、その分だけ、歪みを伴う再分配的租税の税率を下げるができる。法制度のみの効率性ではなく、税制＋法制度の効率性を考えれば、法制度において所得再分配機能を引き受けることは社会厚生観点から正当化できる場合がある、というのである。

この例において、厳格責任ルールの採用が法制度自体の効率性を損ねない(KS1994 の補助命題 B の問題はない) ことは仮定により成り立つとしても、「二重の歪み」の他方、すなわ

ち補助命題 A のいう「所得再分配的な法制度が、それと同等の所得再分配機能を持つ所得税と同じだけの歪みを生じさせる」問題はどのように回避されているのか。Liscow は、KS1994 の補助命題 A が成り立つのは「所得に連動する」(例：被告と原告の相対的な所得水準に応じて損害賠償額を増減させる) 法ルールの場合であって、この例のように一定の属性によって画される集団に属する人全てに等しく(所得にかかわらず) 適用される法的規準を変更することは、このような歪みをもたらさない、なぜならこれはその集団に属する時点で課される一括税 (lump-sum tax) だからである、という。たしかに、「公害の潜在的加害者」グループに属する主体は、厳格責任ルールの下ではより多くの損害賠償支払いを予測しなければならないが、そのグループの中で自分だけが所得をより稼得することに連動して特別に追加の金銭負担が生じるわけではない(限界税率 = 0)。言い換えればこの(増加した)支払損害賠償(期待)額は固定費用であって、当該活動への参入時の判断に差を生じさせることはあっても²⁸⁾、参入後の当該活動＝所得稼得の量の選択に対して影響を及ぼすことはない。

その上で、Liscow は、このような「衡平を考慮した法的権原の分配 (equity-informed distribution of entitlement)」が、効率的に所得再分配を実現しうる条件を検討し、(1) 集団自体の性質²⁹⁾、(2) ルール変更に伴う行動変化の大きさ³⁰⁾、(3) ルール変更にもなう動的な影響の現れる速度(理論モデルがいう均衡状態が瞬時に実現するとは限らない)、(4) 実質的な経済的負担の帰着(もっともこれは再分配的所得税についても言えることである)、(5) 交渉費用の大きさ、(6) 同じ所得階層内で偶々再分配的な法ルールの適用対象となった者のみが得をすることの水平的不平等がそれほど大きな問題ではないと言えること、という6つの条

28) 従ってこの側面ではやはり歪みを生じさせうる。これを考慮するのが次の段落で挙げられている条件 (2) である。

件を挙げている。

なお注意すべきは、Liscowは、「衡平を考慮した法的権原の分配」を伴う再分配的法制度がKS1994のいう効率的法制度と比較して全く効率性損失がないと述べている訳ではない、ということである。あくまでも、再分配的法制度がもたらす効率性損失が、効率的法制度+再分配的所得税の効率性損失すなわち所得再分配にともなう効率性損失よりも小さければよい、という考え方である。

Ⅲ-3-3. 法的権原 (entitlement) の分配 問題②—Blankfein-Tabachnick & Kordana (2017)

このLiscow (2014) と似た視点からKS1994の議論の射程を検討するものに、Blankfein-Tabachnick & Kordana (2017) がある。この論文は、財産権法 (Property Law) における権原の初期分配が最終的な所得分配に影響するところ、KS1994はこの点を考慮せずに (私法制度の下での所得分配状況をいわば所与として) 専ら所得「再」分配の歪みのみを検討対象としているが、それでは法制度の分配政策上のポテンシャルを十分に論じたことにならない (従ってKS1994のテーゼは過剰包摂である)、と批判している。例えば、財産権者の権原を現行よりも強く保護する財産権法の下で、社会全体の富が0.5純増するが、最貧者の所得を100悪化させる、といったことが生じるとしよう (つまり財産権者の所得を100.5増加させている)。KS1994からは、このような財産権法改正は (社会全体の富を増加させるので) 効率的

なものとして肯定され、かつ、それによって生じる所得格差の拡大には所得税を通じて対応すべきということになるが、そのような所得税増税に伴う社会厚生損失が0.5の富の純増分を上回るのであればこの所得再分配は正当化できないから、翻ってそもそもこのような財産法改正を行わない方がよかった、ということになるのではないか、つまり法制度において効率性のみを最大化する (所得分配の問題は所得税に棚上げする) のが常に適切とは言えないのではないかとこの論文は論じる (p. 26)。

この批判は必ずしもKS1994の議論を正確に捉えたものとは言いがたいが、以下に述べるように、本質的な面において傾聴に値する。

まず、このような批判に対するKS1994からの反論としては、以下のようなものが想定される。すなわち、自分たちが採用するのは富の最大化基準ではなく厚生主義であり、例えば所得の限界効用逓減という厚生主義者に広く共有された仮定の下でこのような財産権法改正がそもそも正当化されるかは疑わしい。例えば、財産権法改正が、専ら高所得者に100の所得増加をもたらし、低所得者に90の所得減少をもたらす、という場合、所得の限界効用逓減の下、低所得者の効用減少が高所得者の効用改善を上回ることが考えられ、そうだとすれば (所得再分配に独立の重み付けを与えない功利主義の社会厚生関数ですら) 社会厚生が減少する、非効率な法改正であると評価される。KS1994はこのような法改正を推奨しない、というわけである。KS1994は、このような意味で定義された「効率的な法制度」をベースラインに、そ

29) 権原分配の際に考慮する人的集団が、①より大きく、②集団間の平均的な所得の距たりがより大きく、③より同質的、であることを挙げる。集団の単位が小さくなればなるほど、この法的権原分配がもたらす歪みは租税のそれに近づく。その場合には、個人は、自分の行動の変化 (より多くの所得を稼ぐこと) が、法的権原の配分上不利に扱われる集団への配置換えを帰結することを予測できるからである (p. 2492)。もっとも、条件① (集団の大きさ) と条件② (集団間の平均所得格差) は相殺する方向に働きの。例えば公害の被害者集団を大きくとっていけば、中には、「貧しい労働者が共同経営する工場が裕福な地区の住民に公害被害をもたらす」というようなパターンも含まれてくるからである。

30) 例えば厳格責任ルールへの移行に伴い、そもそも公害を生じさせる工場の建設自体がどの程度減少するか、という問題である。これは「公害の潜在的加害者」という集団への参入/退出 (group membership) の弾力性 (elasticity) と表現されている (Liscow (2014), p. 2493)。

こからさらに所得再分配のためにそのベースラインから乖離することのみを否定している、と理解するのが妥当であろう。

もっとも、KS1994 は、ある法制度の効率性を判定する上で上記のような所得の限界効用逓減を織り込んだ評価を明示的に行っているわけではない。これは例えば KS1994 が用いた事故法の例のように、法制度は各人の所得の多寡とは独立に影響する（潜在的加害者・被害者は所得水準に対して一様に分布している）と想定しているからである。既に述べたように、この想定が成り立たない場面を衝くのが Liscow (2014) の議論であった。

その上で Blankfein-Tabachnick & Kordana (2017) が問題にしているように見えるのは、契約法や不法行為法については、仮に初期の資源の分配³¹⁾に偏りがあったとしてもそれを棚上げにして、初期分配から出発した法ルールに対する各個人の合理的な反応が効率的な均衡へと導かれているか、という観点から効率性（パレート改善）を検討することが可能であるのに対して、財産権法の場合、その初期分配自体に影響を及ぼす（かつ、例えば土地所有権の分配状態に制度的慣性が働きやすいことが示すよう³²⁾に、その影響が長く続く可能性がある）ので、そのような棚上げができないはず、あるいは少なくとも別個の論証を要する事柄である、ということであろう。つまりここでは、Liscow (2014) が指摘した問題に加えて、そもそも所得「再」分配の対象となる初期分配や一次分配のベースラインについて KS1994 が明示的に述べていない³³⁾がゆえに、射程が曖昧になっている、という問題が指摘されているのである。

Ⅲ－３－４．所得再分配手段としての租税の限界—Gamage (2014)

KS1994 は、再分配的所得税に伴う経済的費用（厚生損失）を、労働供給選択への歪みのみで考えているが、現実の税制は完全な制度とは言い難く、様々なコストを伴うものではないか。このような指摘は早くから見られたが（Blumkin & Margalioth (2005)）、本格的に展開したのが Gamage (2014) である。同論文の主たる関心は（Gamage (2015) とともに）租税理論に新たな視点を提示することであるが、その側面については浅妻 (2015) が既に詳細な検討を加えている。本稿では KS1994 との関係に絞って、「所得税が利用可能な場合に法制度を所得再分配の手段として用いることの是非」について Gamage (2014) が論じるところを簡潔に紹介するに止める。

Gamage は、KS1994 が依拠する最適課税論について、初期（1970～1980年代）の研究では再分配的所得税による労働／余暇の選択の歪みが専ら関心事とされてきたのに対して、その後の経済学の研究では、現実の税制に対する個人の反応はもっと複雑であり、特に（理想的な労働所得税ではなく、複雑で不完全な現実の）税制の不備を突く納税者の行動に由来する歪み（“tax gaming” distortion）が重要な意味を持つことが解明されている（逆に最近の実証研究では、高所得者が所得税のせいで労働供給を減少させているという証拠はないとの報告もある）と指摘する。この税制の不備を突く “tax gaming”（例えば人為的な取引によって過大な経費を控除するなど）への動機（とそれによる歪みの大きさ）は、個々の税目の税率に依存す

31) ここにいう「初期の資源（分配）」と「所得分配」の関係という問題がある。所得は通常金銭の形をとり、市場で調達できる資源全てと交換可能であるが、市場で調達できない資源（自らの才能や身体、予め与えられた財産や特権など、レントを生み出すもの）についてはその限りではない。

32) この点についての斬新な問題提起として、ポズナー＝ワイル (2019) がある。

33) もちろん、財産権法改正も成立後はそれを与件として人々は合理的に行動するので、契約法や不法行為法の分析と何ら変わるところはない（初期分配の偏りは棚上げにした上で、当該法制度が人々の合理的行動を効率的な均衡に導くか否かのみを分析すれば足りる）、という反論が考えられる。もっとも、財産権法改正による初期分配の変更による所得再分配についても「二重の歪み」の理論モデルの射程が及ぶのかは明らかではない（→Ⅱ－３－１（２））。

る。例えば「労働所得税20%と消費支出税20%」と「労働所得税40%」を比較した場合、伝統的な最適課税論が問題とする労働／余暇の選択の歪みという点では（諸個人が自らの税負担を正確に認識する合理性を有するとの仮定の下で）両者は同値であるが、個々の税目に対して租税回避の技術が開発され、その報酬は税率に比例するので、後者の方が tax gaming distortion は大きいことが予想される、という。所与の税収を調達する上では単一税（労働所得税＝消費税）が最善の（最も厚生損失の少ない）選択肢であるとしても、その税率を上げるにつれて tax gaming distortion が大きくなり、追加税収1単位に伴う（経済的な＝社会厚生上の）限界費用³⁴⁾が大きくなるので、ある段階からは別の（それ自体としては労働所得税＝消費税よりも非効率な）税目を組み合わせた方が、全体の厚生損失を小さく抑えられる可能性がある。再分配的な法制度もまた、政府の政策目的（再分配）のために追加的財源をもたらすという意味で広義の税制（tax instrument）と捉えられるので、この理論枠組みが適用可能である、というわけである。

以上に紹介した Gamage の議論は、KS1994 の「二重の歪み」テーゼを全否定するものではなく、その依拠する理論的基礎に再検討を加え、射程を見定める、というものである。所得再分配的法制度が「常に」正当化されるとは述べておらず、KS1994 が明示的に留保するのは別の角度から、「所得税があるからといって法制度から所得再分配的考慮を一律に排除するこ

と」が賢明でない場面があることを指摘したものである。Ⅱ－3－2. で述べたように、筆者のような租税法の研究者の観点からは、KS1994 が理想的な所得税を想定して議論を組み立てるあまり、租税（法）の側に過剰な役割を負わせることが懸念されるところ、Gamage の指摘は厚生主義の枠組みの中で KS1994 の所得税に関する想定の問題点を指摘したものであり、理論的にも実践的にも重要な意味を持つものと評価できる³⁵⁾。

Ⅲ－3－5. 小括

理論モデルはその厳密性を、仮設条件と理論から演繹できる範囲（射程）の明確性に負っている。そしてその説得力は、仮設条件や理論モデルの現実への当てはまりの良さに依存する。KS1994 は極めて厳密な理論モデルであり、「そこから言えること」と同様に「言えないこと」も（本来）明確である。したがってこの項で見てきた議論は、KS1994 の理論モデルの首尾一貫性を問題にするものではないし、射程が限られていることは理論モデルの欠点ではない。これらの批判は、KS1994 を、その本来の理論的射程を超えて援用（濫用）しようとする学説の傾向に向けられたもの、と理解すべきであろう。

Ⅲ－4. KS1994 が想定する制度的文脈に関する批判

ここまでの議論は、「二重の歪み」論に集約される KS1994 の仮説条件ないし射程に対するものであった。これに対して、「二重の歪み」

34) これは財政収入の限界費用（MCPF: Marginal Cost of Public Funds）に関する理論である。実は Sanchirico（2000）も同様に MCPF の枠組みで考えていたのであったが抽象的過ぎて現実の政策的含意を引き出せるものではない、と Gamage は評価している（p. 15）。

35) もちろん、Gamage（2014）は MCPF の枠組みで所得再分配的法制度に内包される「所得再分配目的での財源調達」の側面に注目する分、その「調達」された財源をいかにして分配するか、という側面への注意が疎かである面は否定できない。KS1994 が基幹的所得再分配機構として想定するのはあくまでも「所得税＋給付」である（→Ⅱ）。法制度を通じた「再分配」はほとんどの場合、当事者私人間での金銭ないし経済的価値の移転であって、国庫に財源をもたらすものではない。この法制度が、本当に必要な個人の手元に再分配を届けることができるかは、保証されていない。この意味でも、Gamage の検討は、KS1994 の広すぎる射程によって一律に排除されてきた「再分配的法制度」をもう一度検討のテーブルに置き直す、という試みと理解することになる。

論はひとまず受け入れた上で、それが置かれた制度的文脈において、KS1994の政策処方箋が厚生主義に立脚するものとして不完全である、という批判があり、「法制度の中における租税法の機能」という本特集の観点からも注目に値する。

Ⅲ－４－１．政治過程の問題 Fennel & McAdams (2016)

「法制度は専ら効率性を追求し、所得再分配は専ら「所得税＋給付」に委ねればよい」というKS1994の結論に対しては、現実の政治過程において所得税＋給付を通じた再分配が不十分であることが問題の根源であるのであって、そこを無視したKS1994の処方箋には現実的妥当性がない、という直感的な批判が古くからみられた（例えば、Markovitz (2005), p. 597）。これに対してKS1994を擁護する側からは、①租税を通じた再分配に消極的な立法者は法制度を通じた再分配にも同様に消極的であろうし、仮に裁判所が形成する判例法によってそのような所得再分配的な法規形成が行われるとしても、それが分配状況に影響を及ぼすような大きな規模になれば（再分配を嫌う）立法者がこれを無効化するような立法措置をとるはずである（KS1994, p. 675, Weisbach (2003), p. 452）し、②仮にそうでないとしても（裁判所の法形成による再分配政策が立法者の眼を掻い潜ることで厚生主義的に望ましい再分配効果を実現しうるとしても）それが民主政の下で裁判所が担う役割として望ましいのかには疑問がある（Weisbach (2003), id.）³⁶⁾、というのが典型的な反論として提示されてきた。

これに対して、厚生主義の内部から、政治過程におけるKS1994の現実的妥当性を理論的に批判するのが、Fennel & McAdams (2016)である。同論文は、上記①の反論を「不変性仮説 (invariance hypothesis)」と呼び、現実の政

治過程では不変性仮説は成り立たない、と主張する。というのも、「所得税＋給付」と再分配的法制度が同じ所得再分配効果を持つ場合でも、政治的慣性 (political inertia)、利益集団政治、問題のフレーミング効果、人々が明示的または暗黙裏に共有する「公平」感覚との整合性などの諸要因によって、所得再分配効果を持つ制度変更を実現するための政治的行動コスト (political action cost) は、大きく異なりうるからである。以下、少し詳しく紹介することとする。

Fennelらはまず、様々な利益団体が各々の信じる利益や正義のために、所得分配効果を持つ法規形成を形成すべく訴訟を提起している現実があることを指摘する。もし不変性仮説が現実的に妥当しているのであれば、費用をかけて訴訟を行うのは（どのみち政治的多数派によって覆されてしまうのだから）意味がないはずであり、現実には不変性仮説が成り立っていないことを皆が知っているからこそ、このような現実が存在するのではないかと問題提起する。そして不変性仮説が成り立たないと考えるのが合理的な理由として、いくつかの理論的説明を提示する。

①政治的慣性 不変性仮説は、立法者（米国連邦所得税の場合は連邦議会）が、法ルールの変更による再分配状況の（政治的均衡点からみた）「逸脱」「攪乱」に対してそれを打ち消す変更を「所得税＋給付」制度を通じて行える、ということ为前提としているが、実際には立法過程は（最近も注目された、上院における議事妨害（フィリバスター）をはじめ）制度変更を阻止する側に有利な仕掛け (legislative veto points) がいくつも存在している。また米国のような連邦制の仕組みもまた、個別の（しばしば州レベルでの）法制度による再分配効果を連邦議会が相殺することを妨げる要因となる。立法において作為と不作為はまったく非対称的なものであり、だからこそ中位投票者 (median

36) この批判は公法学的には傾聴に値するが、そもそも民主的政治過程の外側に政策や制度の「正解」を同定しうると理論的基礎を求めるのが厚生主義であると思われるので、厚生主義者であるWeisbachがこれを言うのは整合的でないように思われる。

voter) の選好と現実の政治・立法的帰結はしばしば乖離するのである。

②認知バイアスに起因する問題 行動経済学の知見が教えるとおおり、われわれはしばしば認知バイアスによって、経済的負担を正確に認識できないことがある。このことは、異なる所得再分配の形式が、異なる捉えられ方 (framing) をすることによって、政治的行動コストにおいて大きく異なる可能性を示唆する。ここで Fennel らは2つの例を挙げる。

(ア)臓器移転の規制—「初めて臓器移植が医学的に可能になり、これに対する法規制が導入されようとする場面」を考える。ここで、個人による臓器の売却を認めつつ、購入できるのは医療機関に限定し（富裕な個人が購入することを禁じ）、医学的必要性に応じた臓器配分を義務づける法規制を考える。この法規制はおそらく貧者に有利な分配上の効果を持つであろう（貧者は臓器売却の選択肢を得るが、臓器提供を受けたい場合には富者の買い占めに妨げられずに割当を受ける可能性を得る）。しかし、この仮想事例では、臓器移植を受けられるという選択肢自体が新しいものなので、富者も自らの既に有する利益が「奪われた」とは考えにくい。これに対して、所得分配を一定に保ちつつ、より効率的な結果を得るために、KS1994の処方箋に従うとすると、富者による臓器購入を禁じない法制度（単純な想定の下では、割当制度よりも交換による余剰の増大は大きくなる＝効率的であると思われる）に変更した上で、租税によって富者から徴収した金銭を貧者に再分配する（もし望むなら分配を受けた金銭で臓器を購入することもできる）、という仕組みを採ることになる。しかしこのときには、富者は自らが稼いだ所得を課税によって奪われた、と感じる（他方で、制度改正によって（自らが保有する富を使って臓器を買うことができる、という選択肢の増加による）潜在的な消費者余剰の増大を享受していることを同等には認識しない）。となると、経済学的には同等（か場合によっては後者の方がよりよい）状況にあるとしても、

後者の方がより大きな政治的な抵抗＝政治的行動コストを伴う、ということが予想される。

(イ)埋立式ごみ処理場の選択—(ア)の例は新しい技術・制度の下で既得権がない特殊な状況を挙げるものであったが、そうでない場合にもこのメカニズムは成り立つ。いま事業主体（行政または企業）が埋立式のごみ処理場をどの地区に設置するかを選ぶ必要があるとする。処理場の設置は周辺の地価を低下させる。資源配分上の効率性のみに従えば、すでに低所得者が多く住む地域が設置場所として選択されることになるが、これはすでに低い経済状態にある者の状況をさらに悪化させ、所得分配の偏りを大きくする。そこで①KS1994が示唆するように効率的な政策に伴う所得分配上の効果を相殺するよう、富者に対する所得税増税＋貧者への給付による財政移転を行う、または、②ごみ処理場の設置事業を行う者に、設置場所近隣住民の不利益を相殺するような便益（例えばごみ処理場建設工事や再開発事業の優先的な割当）を抱き合わせ (bundling) で提供する義務を負わせる、という2つの選択肢を考えた場合、②の方が様々な非効率性を伴う可能性があるが、①の方が政治的抵抗は大きくなると考えられる。

このほかにも、われわれの素朴な公平の感覚（例えば、経済的効果としては全く同じなのに、政府からの明示的な財政支援に対して、税制優遇（住宅ローン控除など）の方がより「正当なもの」として支持されやすいなど）が、不変性仮説の現実への当てはまりを限定的なものにしている可能性が示唆されている。このことは次に述べる、政治過程へのインプットとしての「公正さ」への選好、という問題にも関係する。

③公正への選好と政治的行動コスト 人々は自らに直接影響する利害のみならず、社会の公正さに対する一定の選好をも併せ持つ。社会にどれほど酷い不正義や不平等がはびころうが、それが（犯罪率の増加などを通じて）自らに具体的影響を及ぼさない限り全く気にしない、という人はそれほど多くない。厚生主義に立つ法と経済学は「各個人が持つ公正さへの選好」も

当然考慮に入れる (Kaplow & Shavell (2002))。しかし、Fennel らがここで強調しているのはそのような各個人の効用関数を通じて社会厚生上の評価に反映される回路ではなく、人々の (不) 公正への感覚が、政治的 (不) 支持の回路を通じて、何らかの施策をとる際の政治的行動コストの大きさに影響する、という可能性である。たとえば働いてはいるが生存最低限を満たす賃金を得られない貧困世帯に対して、生活保護のようなかたちで明示的に財政移転をするのと、一般的な最低賃金・家賃補助制度のようなかたちで生存最低限を確保するのとでは、納税者一般の受け止め方は大きく異なる可能性が高い (後者の方が、より「支援に値する (deserve)」と認識される) といつてよいであろう。これは、「(労働) 市場に参加して「自分の力で」稼いだ所得はその者の正当な取り分だ」という素朴な通念に影響されている。また同様に、再分配的負担を求められる者に帰責性がある場合にも、その者に経済的負担を強いることへの政治的支持は獲得しやすい。周知の通り、法と経済学において不法行為法の目的は社会的費用の内部化による危険の抑止であって、制裁 (や損害填補) ではない。しかし人々の素朴な直観ゆえに、不法行為を通じた所得再分配を進める方が、所得税 + 給付による財政移転よりも、政治的行動コストが小さい可能性は高い。もちろんそれが規範的に妥当な (または厚生主義の観点から合理的な) 法政策を導くものであるかは、全く別の問題である (おそらくそうではないだろう)。ここでの Fennel らの目的はあくまでも、KS1994 が前提とする不変性仮説が、事実解明的な (positive) 命題として尤もらしくないことを示すことにある。

以上のようなメカニズムによって、現実の政治過程において「所得税 + 給付」を行う政治的コストが (法制度を通じたそれに対して) 極めて高く、効率性の基準からは逸脱した法的権原の配分を効率的なものにするための当事者間の取引費用の方が相対的に小さいのであれば、厚生主義的に最も望ましい「資源配分 + 所得配分」

の状況を実現するためには、むしろ後者 (再分配的で非効率な法制度) を採用する方が望ましい可能性がある、少なくとも KS1994 の理論モデルから、法制度における所得再分配機能を一律に排除すべきとするのは性急に過ぎる、むしろ法と経済学の研究者はどのような場合に (政治的行動コストゆえに) 法制度を用いることが社会厚生最大化の観点から望ましいかを探求すべきである、というのが、Fennel & McAdams (2016) の結論である。

Ⅲ-4-2. 補説：グローバル化する経済との関係

KS1994 には何ら言及がみられないが、法制度が規律対象とする経済取引や経済活動が国境を越えて行われることはいまや珍しくない。そのような場面でも、法制度の効率性を論じることもちろん可能である。しかし、そこで生じる社会厚生は (例えば越境取引の生産者余剰と消費者余剰を考えれば明らかのように) 一国単位に閉じたものではない。しかるに、効率的な法制度に伴う所得配分上の影響を所得税 + 給付によって相殺することは、ほとんど不可能である。最近では特に、グローバル経済の下での税制の限界を強く意識しながら、KS1994 の無批判な援用を批判するものが少なくない (Elkins (2016), Dagan (2017))。これはとりわけ 1990 年代以降に展開し、最近では強烈な反発を招いている自由貿易体制の本質的課題と言える (北村 (2019))。 (それと明示せずとも) 国家の単位を前提に構築されてきた法理論がグローバル化を前に深刻な反省を迫られる場面は少なくない (浅野ほか (2015)) が、KS1994 もその弊を免れない、ということであろうか。もっとも、いかにしてグローバル経済と両立可能な所得再分配手段を構築するのか、という新たな課題への取り組みは、まだ緒に着いたばかりであり (例えば、Benshalom (2014))、KS1994 の再評価にその目的を限定した本論文では取り組むことのできない課題である。ここでは、川瀆 (2019) の以下の警句を引用して、ひとまず考

察を終えることとしたい。

「閉じた国民経済を離れて企業所有者が多国籍となる場合、国民経済レベルでの効率性を基

準にできなくなるため、効率性基準は初歩的な政治経済学の忘却の上で成立するのだという批判もあり得る。」（川瀆（2019）， p. 125）

IV. 考察のまとめ

KS1994は、堅牢な理論モデルに基づいて、広範かつ実践的な法政策上の指針をもたらす業績であり、法と経済学の一つの金字塔的業績と言っても過言ではない。その影響力は、法と経済学を用いる論者を中心に、米国の法学界において極めて大きなものがある。それだけに、法と経済学の規範的前提（厚生主義）をとらない論者からはもちろん、厚生主義の陣営内部からも様々な異論や批判を誘発してきた。

本稿の検討が明らかにしたように、厚生主義者でKS1994の成果を全面的に否定する者は見当たらない。批判のほとんどは、それが理論モデルから言える範囲を超えて一般的な射程を持つかのように語られる点に向けられていた。つまり、「KS1994は『法制度は常に効率性のみを追求すべきである。所得再分配の問題は所得税+給付による財政移転で対応すればよい』ことを理論的に論証した論文である」という不正確な理解に対する批判、ということになる。すなわち、「所得」以外の不平等について法制度が対応することについてはKS1994は特に否定も肯定もしておらず（Ⅲ-3-1）、衡平を考慮した法的権原（entitlement）の分配についてKS1994の理論モデルは必ずしも排除するものではない（Ⅲ-3-2，Ⅲ-3-3）。また、所得再分配の手段としてみた場合に常に「所得税+給付」が優れているとも限らず（Ⅲ-3-4）、政治的に利用可能な手段であるとも限らない（Ⅲ-4-1）。これらの批判は、いずれもKS1994が十分に述べなかつた理論モデルの留保条件や射程を明らかにし、KS1994を理論的に補完するものであった、と総括することが

できる。

理論的な業績としてみた場合、これらの留保はKS1994の学術的価値を何ら損なうものではない。他方で、政策的指針として見た場合、「これら留保により補完されたKS1994」がそのオリジナルの形態に比べて、簡明さゆえの魅力を大きく損なわれたものになっていることは否定しがたい。不正確だが簡明な原バージョンの理解が、数多の批判にもかかわらず、今なお一般に普及していることは驚きではない（Fennel & McAdams（2019））。しかし、KS1994の正確に理解されたバージョンがあくまでも「理論的仮説」であるのに対して、それが「公理」であるかのように伝播することで、イデオロギーに転化する、ということであろう。

「法制度の中における租税法の機能」という本特集のテーマに対して、KS1994が与えた明快な答えは税制（所得税+給付）とその他の法制度の分業であった。その分業が正当化されるには、あるいはそもそも、分業が分業として成り立つためには、両制度間の緊密な連携が必要である。事実、KS1994は、効率性を唯一の目的とすべき法制度の経済分析においては、その所得分配上の効果も明らかにすべきである（それによって所得税が、法制度における重要な分配上の影響を見逃さずに対応できるようにするため）と述べていた（KS1994， p. 675）。KS1994の（極めて明快だが濫用されやすい）政策処方箋が実践的にも正当化されるためには、法制度における分配上の影響の検討と、それが所得税+給付によって（理論的可能性のみならず）実践的にもより良く対処しうるもので

あるかの考察が、同時になされなければならないはずである。そして、政治過程の不完全性を考慮するならば、改正提案もセットでなされるのが理想的である。

ところが、KS1994 の不正確な理解は、「法制度の検討において分配上の要素を捨象してよい」という正反対のメッセージを読者に与えることになり、これが法と経済学が所得分配への配慮を口にしつつ実際にはこれを放置することに「免罪符」を与えることになった。もし「分業の上での緊密な連携」が現実的でないとすれば、KS1994 のテーゼを政策処方箋として用いる試み自体も破却されるべきである。しかしわれわれは、KS1994 以前の理論状態への回帰という非生産的な途をとるべきではなく、KS1994 のよりよい活用を実践的に可能にする手段、すなわち、法政策と租税制度のより緊密な連携を可能にする制度的手立てを考えるべきであろう³⁷⁾。具体的には、民事法や行政法における重要な法改正について、その所得分配上の効果を測定することを必須とし、既存の所得分配状態（それが必ずしも理想というわけではないが、ベンチマークとはなる）を維持するにはどのような税制・給付政策の対応的改正が必要かを、少なくとも理論的に明らかにすることを、立法提案に含めさせる、といった改革である。こうしたことは絵空事に思われるかもしれないが、たとえば昨今急速に進展し始めた地球温暖化対策（カーボンニュートラル目標）が、それ

が特に低所得者層にとって大きな負担となりがちであり、その点をも包含した施策が必要であることは、フランスにおける「黄色いベスト」運動が燃料税引き上げに端を発した例を引くまでもなく明らかであろう。政治的コスト・政策的コストの両面から、法政策と再分配手段（租税によるのか、それ以外によるのかも含め）を一体として考えることは、喫緊の課題となりつつある。KS1994 の再読を通じて、本稿は、そのような方向性が、実践的にはもちろん、理論的にも裏付けのあるものであることを示すものということもできよう。

よく知られているように、戦後日本の税制の骨格を示したシャウプ勧告（第1次報告書）は、その序文において以下のような警句を掲げている。同様の警句は、KS1994 の知見を法政策の処方箋として用いる際にもそのまま当てはまるように思われる。

「ここにわれわれが勧告しているのは、租税制度であって、相互に関連のない多くの別個の措置ではない。一切の重要な勧告事項および細かい勧告事項の多くは、相互に関連をもっている。もし重要な勧告事項の一部が排除されるとすれば、他の部分は、その結果価値を減じ、場合によっては有害のものともなろう。従って、われわれは、勧告の一部のみを取入れることに伴う結果については責任を負わない。」

参 考 文 献

浅妻（2015）：浅妻章如「信託等を通じた資本所得課税・資産移転課税において納税者・課税当局間の紛争の種・程度を和らげる試み」

信託研究奨励金論集 36 号 149 頁
浅野ほか（2015）：浅野有紀＝原田大樹＝藤谷武史＝横溝大編『グローバル化と公法・私法

37) III-4-2. で検討を留保したグローバル化との関係に加えて、もう一つ、本稿で掘り下げることができなかった問題として、租税と規制の違い、租税法と行政規制法や私法の運用（解釈）の違い、がある。例えば Gamage（2014）が指摘した tax gaming は文理解釈を原則とする租税法という分野の特性に影響されている面もあろう。この問題については、藤谷（2007b）で触れたところではあるが、本格的な検討は他日を期さざるを得ない。

- 関係の再編』(弘文堂)
- 川瀨 (2008) : 川瀨昇「市場秩序法としての独禁法—市場をめぐる法と政策(1) ~ (3・完)」
民商法雑誌 139 卷 3 号 265 頁, 4・5 号 439 頁, 6 号 581 頁
- 川瀨 (2019) : 川瀨昇「反トラストポピュリズムに関する覚え書き」法学志林 (法政大学) 116 卷 2・3 号 105 頁
- 神取 (2014) : 神取道宏『ミクロ経済学の力』(日本評論社)
- 北村 (2019) : 北村朋史「貿易とその敗者をめぐる法動態 国際貿易体制の「最大の試練」はいかに克服しうるか?」法律時報 91 卷 10 号 21 頁
- 神山 (2010) : 神山弘行「財政赤字への対応—財政規律と時間的枠組み (複数年度予算・発生主義予算)」ジュリスト 1379 号 12 頁
- シャベル (2010) : ステイブーン・シャベル (田中亘・飯田高: 訳) 『法と経済学』(日本経済新聞社)
- 藤谷 (2007a) : 藤谷武史「所得税の理論的基礎の再検討」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣) 272-295 頁
- 藤谷 (2007b) : 藤谷武史「市場介入手段としての租税の制度的特質」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣) 3-22 頁
- ポズナー=ワイル (2019) : エリック・A・ポズナー, E・グレン・ワイル著 (安田洋祐監訳) 『ラディカル・マーケット—脱・私有財産の世紀』(東洋経済新報社)
- ラムザイヤー (2007) : J・マーク・ラムザイヤー「租税法以外の分野における租税法の意義」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣)
- Abreu & Greenstein (2016): Alice G. Abreu & Richard K. Greenstein, Tax as Everylaw: Interpretation, Enforcement, and the Legitimacy of the IRS, 69 Tax Law. 493
- Arlen (1992): Jennifer H. Arlen, Should Defendants' Wealth Matter? 21 J. Legal Stud. 413
- Atkinson & Stiglitz (1976): Anthony B. Atkinson & Joseph E. Stiglitz, The Design of Tax Structure: Direct Versus Indirect Taxation, 6 J. Pub. Econ. 55
- Avraham et al. (2004): Ronen Avraham, David Fortus & Kyle Logue, Revisiting the Roles of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell, 89 Iowa L. Rev. 1125
- Bagchi (2008): Aditi Bagchi, Distributive Injustice and Private Law, 60 Hastings L.J. 105
- Bankman & Weisbach (2006): Joseph Bankman & David A. Weisbach, The Superiority of an Ideal Consumption Tax Over an Ideal Income Tax, 58 Stan. L. Rev.
- Bar-Gill (2019): Oren Bar-Gill, Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis) perceptions, 86 U. Chi. L. Rev. 217
- Benshalom (2014): Ilan Benshalom, How to Redistribute: A Critical Examination of Mechanisms to Promote Global Wealth Redistribution, 64 U. Toronto L.J. 317
- Blankfein-Tabachnick & Kordana (2017): David Blankfein-Tabachnick & Kevin A. Kordana, Kaplow and Shavell and the Priority of Income Taxation and Transfer, 69 Hastings L. J. 1
- Blumkin & Margalioth (2005): Tomer Blumkin & Yoram Margalioth, On the Limits of Redistributive Taxation: Establishing a Case for Equity-Informed Legal Rules, 25 Va. Tax Rev. 1
- Britton-Purdy et al. (2020): Jedediah Britton-Purdy, David Singh Grewal, Amy Kapczynski & K. Sabeel Rahman, Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis, 129 Yale L. J. 1784
- Brooks (2018): John R. Brooks, The Definitions of Income, 71 Tax L. Rev. 253

- Brooks et al (2018): John (I) Brooks, Brian Galle & Brendan S. Maher, Cross-Subsidies: Government's Hidden Pocketbook, 106 GEO. L.J. 1229
- Cooter & Ulen (2003): Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics (4th ed. 2003)
- Chang (1999): Howard F. Chang, Migration as International Trade: The Economic Gains from the Liberalized Movement of Labor, 20 Immigr. & Nat'lity L. Rev. 339
- Chang (2008): Howard F. Chang, The Disadvantages of Immigration Restrictions as a Policy to Improve Income Distribution, 61 SMU L. Rev. 23
- Chang (2009): Howard F. Chang, Immigration Restriction as Redistributive Taxation: Working Women and the Costs of Protectionism in the Labor Market, 5 J.L. Econ. & Pol'y 1
- Crane (2008): Daniel A. Crane, Technocracy and Antitrust, 86 Tex. L. Rev. 1159
- Crane (2016): Daniel A. Crane, Antitrust and Wealth Inequality, 101 Cornell L. Rev. 1171
- Dagan (2017): Tsilly Dagan, The Global Market for Tax and Legal Rules, 21 Fla. Tax Rev. 148
- Dimick (2016): Matthew Dimick, Should the Law Do Anything about Economic Inequality, 26 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 1
- Elkins (2016): David C. Elkins, The Merits of Tax Competition in a Globalized Economy, 91 Ind. L.J. 905.
- Ellickson (2014): Robert C. Ellickson, The Affirmative Duties of Property Owners: An Essay for Tom Merrill, 3 Brigham-Kanner Prop. Rts. Conf. J. 43 (2014)
- Fennell & McAdams (2016): Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, The Distributive Deficit in Law and Economics, 100 Minn. L. Rev. 1051
- Fennell & McAdams (2019): Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, Inversion Aversion, 86 U. Chi. L. Rev. 797
- Fried (1998): Barbara H. Fried, The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement (Harvard)
- Gamage (2014): David Gamage, How Should Governments Promote Distributive Justice: A Framework for Analyzing the Optimal Choice of Tax Instruments, 68 Tax L. Rev. 1
- Gamage (2015): David Gamage, The Case for Taxing (All of) Labor Income, Consumption, Capital Income, and Wealth, 68 Tax L. Rev. 355
- Jolls (1998): Christine Jolls, Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules, 51 Vand. L. Rev. 1653
- Kaplow (1996): Louis Kaplow, The Optimal Supply of Public Goods and the Distortionary Cost of Taxation, 49 Nat'l Tax J. 513
- Kaplow & Shavell (1994): Louis Kaplow & Steven Shavell, Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, 23 J. Legal Stud. 667
- Kaplow & Shavell (2000): Louis Kaplow & Steven Shavell, Should Legal Rules Favor the Poor – Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income, 29 J. Legal Stud. 821
- Kaplow & Shavell (2002): Louis Kaplow & Steven Shavell, Fairness Versus Welfare (Harvard)
- Lee & Saez (2012): David Lee & Emanuel Saez, Optimal Minimum Wage Policy in Competitive Labor Markets, 96 J. Pub. Econ. 739
- Lewinsohn-Zamir (2006), Daphna Lewinsohn-Zamir, In Defense of Redistribution through

- Private Law, 91 Minn. L. Rev. 326
- Liscow (2014): Zachary Liscow, Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency, 123 Yale L. J. 2478
- Liscow (2018): Zachary Liscow, Is Efficiency Biased?, 85 U. Chi. L. Rev. 1649
- Logue & Avraham (2003): Kyle Logue & Ronen Avraham, Redistributing Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance, 56 Tax L. Rev. 157 (2003)
- Markovitz (2005): Richard S. Markovitz, Why Kaplow and Shavell's "Double Distortion Argument Articles Are Wrong," 13 Geo. Mason L. Rev. 511 (2005)
- McCaffery (2017): Edward J. McCaffery, Taking Wealth Seriously, 70 Tax L. Rev. 305
- McCaffery & Baron (2005): Edward J. McCaffery & Jonathan Baron, The Political Psychology of Redistribution, 52 UCLA L. REV. 1745
- Mirrlees (1976): James. A. Mirrlees, "Optimal Tax Theory: A Synthesis," J. Public Econ., Nov. 1976, 6, 327-58
- McClusky et al. (2016): Martha T. McCluskey, Frank Pasquale & Jennifer Taub, Law and Economics: Contemporary Approaches, 35 Yale L. & Pol'y Rev. 297
- Nussim (2007): Jacob Nussim, Redistribution Mechanisms, 3 Rev. L & Econ. 323
- Polinsky (1983): A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Little, Brown)
- Revesz (2018): Richard L. Revesz, Regulation and Distribution, 93 N.Y.U. L. Rev. 1489
- Rosser (2015): Ezra Rosser, Destabilizing Property, 48 Conn. L. Rev. 397
- Sanchirico (2000): Chris William Sanchirico, Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View, 29 J. Legal Stud. 797
- Sanchirico (2001): Chris William Sanchirico, Deconstructing the New Efficiency Rationale 86 Cornell L. Rev. 1003
- Sanchirico (2010): Chris William Sanchirico, A Critical Look at the Economic Argument for Taxing Only Labor Income, 63 Tax L. Rev. 867
- Seto (2018): Theodore P. Seto, A Challenge to Optimal Tax Orthodoxy, 2018 Jotwell: J. Things We Like 1
- Shavell (1981) Steven Shavell, A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?, 71 Am. Econ. Rev. (Papers&Proceedings) 414
- Shaviro (1997): Daniel Shaviro, The Minimum Wage, the Earned Income Tax Credit, and Optimal Subsidy Policy, 64 U. Chi. L. Rev. 405
- Strahilevitz (2007): Lior Jacob Strahilevitz, Wealth Without Markets, 116 Yale L.J. 1472
- Weisbach (2003): David A. Weisbach, Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income?, 70 U. CHI. L. REV. 439
- Weisbach (2015): David A. Weisbach, Distributionally Weighted Cost-Benefit Analysis: Welfare Economics Meets Organizational Design, 7 J. Legal Analysis 151
- Weisbach & Hemel (2020): David A. Weisbach & Daniel J. Hemel, The Legal Envelope Theorem (November 4, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3725155>
- Wyman (2017): Katrina M. Wyman, The New Essentialism in Property, 9 J. Legal Analysis 183