

GCOE DISCUSSION PAPER SERIES
Global COE Program
Human Behavior and Socioeconomic Dynamics

Discussion Paper No. 2

経済学の憲法適合性と法政策分析への適用可能性に関する考察

常木 淳

2008年9月

GCOE Secretariat
Graduate School of Economics
OSAKA UNIVERSITY
1-7 Machikaneyama, Toyonaka, Osaka, 560-0043, Japan

常木 淳

1. 課題の設定

かつて、中里実は、その知的刺激にとんだ論考（中里（1998））において、経済学者が法的制約を考慮せずに政策論を行うことの問題点を鋭く抉出した。² 中里による一つの重要な批判は、経済学者が提示する価値規範ならびに政策手段が法規範と無関連に定義されている以上、仮に、知的な思考実験として、経済学に基づく規範的政策分析が許容されるとしても、法的正当性の裏づけを求められる実際の政策判断として有効性を持つことにはありえない、という点にある（同前 292 頁）。

ミクロ経済学における規範側面の基礎を取り扱う学問分野が厚生経済学であり、それらの規範的価値実現のための政府による政策介入のための手法を体系的に提示する分野が公共経済学である。従って、もしも中里の批判が正しいとすれば、厚生経済学、並びに、公共経済学は、知的遊戯としてはともかく、具体的な法実践に影響を及ぼしうるような政策科学としては、すでに死刑を宣告されたに等しいというべきであろう。本稿における中心的課題は、この中里による批判に応答することにある。すなわち、厚生経済学的諸価値と公共経済学的政策手段とが、実定法に根拠付けられた政策分析として法的正当性を持ちうることを論証するために、その最も妥当かつ合理的と考えられる戦略として、日本国憲法と、その標準的解釈の提示する規範を前提として、厚生経済学が想定する価値、並びに、公共経済学的政策判断基準と政策介入手段（以下、上記二者を合わせて、「(公共経済学的)政策介入手法」と適宜略記）が、これら憲法規範と、その標準的解釈とに適合的であることを論証することを試みるのである。

その場合、憲法規範の総体が厚生経済学的価値として構成しうることを論証する必要はない。そのようなことは、あまり有益であると思われず、おそらくは不可能なことである。経済学が法政策分析に適用される側面において妥当性を有する憲法規範が、経済学が前提とする価値とその標準的な政策介入手法に対して極めて自然に整合的かつ親和的であり、その結果、憲法的価値体系の一貫した解釈に参照して、経済学的価値と政策介入手法とが法的に正当化可能であることを論証すれば十分である。その場合、憲法整合的価値

¹ 安念潤司先生からは、憲法学全般に関して数多貴重なご教示、ご指導、並びにご激励を賜った。また、大阪大学大学院法学研究科博士課程の高田倫子さんからも、御専門の憲法学の立場から、本稿の問題点について、詳細なご検討とご意見をいただくことができた。記して、心より感謝申し上げる。ただし、残された数々の誤謬については、全て筆者自身の責に帰するものである。

² 中里の提起した論点は多岐に渡っているが、そのうち、本来、実証科学である経済学が、規範的判断を行うことは、科学としての経済学のアイデンティティーからの逸脱ではないか、との方法論的批判（同前、291 頁）については、筆者は別のところで詳細な反論を行ったので、本稿では触れないことにする。常木（2008）、第 3 章 4 節参照。

実現の手段として、厚生経済学と、その応用領域としての公共経済学の有効性が論証されたことになる。

本稿の付随的課題は、法政策分析に経済学を適用することの有用性の論証である。仮に、経済学の法政策への適用が、憲法的制約に照らして妥当なものであったとしても、それらが他の政策分析の手法と比較して優れた性質を有するものでなければ、経済学を法政策に適用する意味はない。そこで、本稿では、法学者が法政策を論じたいくつかの文献を参考にしながら、経済学を法政策分析に用いることの有用性を具体的に例証してゆく。本稿の主題たる経済学的価値と政策手法との憲法適合性の論証が、経済学を法政策分析に適用する際の手続側面の考察とすれば、経済学の適用の実体的意義がそもそも存在しなければ、このような手続面に関する考察には意味がないであろう。従って、この付随的考察は、本稿の主題を論ずる上での不可欠の前提であり、かつ、それ自体としても、重要かつ興味深いものと考えられる。

まず、第2、3節では、厚生経済学的価値の憲法適合性を論ずる。第2節において、厚生経済学における最も基底的な規範的基準の表現である社会的厚生関数について、その属性たる厚生主義、パレート原理を含めて、その憲法的価値との適合性を論ずる。第3節では、憲法が定める経済的自由権に対する「公共の福祉」による制約に関する厚生経済学的解釈を行い、現行の憲法論においては、立法裁量に基づく自由市場経済への政策的介入が広範に承認されており、その際の立法的価値として、社会厚生を考えることができることを論ずる。第4節－第7節では、公共経済学的政策介入手法の憲法適合性を論ずる。まず、第4節では、議論を法政策分析の実体に転じ、同分野における、法学者による既存の重要な研究成果とその意義について簡潔な展望を行う。第5、6節では、前記の研究成果を批判的に継承しつつ、この分野における公共経済学の基本的な適用方針を略述するとともに、公共経済学を適用する意義について説明する。以上の準備の上に立って、第7節において、公共経済学に基づく政策介入手法が憲法的諸価値とどのように適合するかを検討する。第8節では、筆者の提唱する経済学的法政策分析の限界を指摘するとともに、この分野における法学と経済学との協働の重要性を確認することを以って結語とする。

2. 厚生経済学的価値と憲法的価値

現代において、ほとんど全ての経済学は、効用の概念より出発する。少なくとも、本稿が議論の対象とする新古典派経済学は、それを当然の前提としている。「効用」とは、個人の幸福を包括的に表現するためのツールである。「幸福は、個人が肯定的な価値を置きうる全て－消費される財やサービス、社会的、環境的快適性、達成感や他者への同情－などを含む。同様に、個人の幸福は、自分の身体や財産への損害、費用や不便、その他なんでも、個人が好ましくないと思うものを、マイナスに反映する。」³ ここで、個人の効用は、各人の主観的な満足という形で純粋に形式的に把握されており、各人が快樂を求め苦痛を

³ Kaplow and Shavell(2002, p.17)参照。

避けるといった快楽主義(hedonism)を追求しているとか、追求すべきであるといった心理学的あるいは倫理的なインプリケーションを持たないことに留意したい。⁴

もちろん、個人の幸福や効用がそのまま政策目標となることはできない。多数の個人からなる社会において人々は多様な効用を持っており、厚生経済学の常道に従うならば、多数の人々が享受している効用水準のなんらかの集計値である社会全体の厚生水準が、政策判断のための目的と考えられる。このためのツールが、社会の成員の効用水準を、社会厚生水準を示す実数値に写す、社会的厚生関数と呼ばれる写像である。

社会的厚生関数は、いくつかの重要な制約に服する。第一に、厚生主義、すなわち、社会的厚生関数は社会成員の効用のみの関数であって、他のファクターを社会厚生 of 的要因に含めない。第二に、パレート包摂性、すなわち、社会的厚生関数は各人の効用の増加関数である。これは、他の社会成員の効用を害さない成員の効用の増加を、社会的にプラスに評価することを意味する。以上の制約を満たす限りで、社会的厚生関数はきわめて一般的・抽象的な概念であり、上記制約を満たす社会的厚生関数は無数に存在しうるが、このことの意味を含めて、以下では、効用、社会的厚生関数、厚生主義、パレート包摂性など、多くの法律家には耳慣れない厚生経済学の諸概念、諸性質が、憲法条文とその解釈に盛り込まれている基本概念と基本理念に対して、優れて適合的かつ親和的であることを示したいと思う。

日本国憲法は、第 11 条において、基本的人権の包括的保障を行った上で、12、13 条において、これらの人権が「公共の福祉」からの制約に服する旨を明確にしている。特に、第 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という形で、国民の権利と公共の福祉との相互関係を具体化している。ここで、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、通常、一括して「幸福追求権」と呼ばれるが、この権利は、経済学のタームを用いて表現するならば、「自らの効用を最大化するような選択の自由への権利」と読み替えることができるであろう。その結果、第 13 条は、「全ての国民は、公共の福祉に反しない限りにおいて、自らの効用を最大化するような選択の自由への権利が保障されるように、立法その他国政の上で最大限の配慮を受ける権利を有する」、と解釈することができる。

上記の解釈に立つとき、最も問題となるのが、諸個人の選択の自由（への権利）と、公

⁴標準的な新古典派経済学における唯一重要な限定は、各人は自分自身の選好を有し、自分自身の目的を論理的な一貫性を持って追求してゆく、とする合理的選択の仮定である。この仮定の現実妥当性については、多くの批判が存在する一方、近年の「法と経済学」においては、合理的選択の仮定を取らない分析も盛んになっている。これら、行動主義的「法と経済学」に関する一連の研究成果については、Sunstein ed. (2000)を参照せよ。ただし、このような、合理的選択仮説をとらない「法と経済学」研究においても、本稿が論ずる厚生経済学の規範的価値基準の有効性は、否定されないことに留意されたい。この点に関しては、Kaplow and Shavell (2002, pp.461-463)を参照せよ。

公共の福祉との関連であるが、そのための前提として、「公共の福祉」の定義が必要となる。筆者の考えでは、「公共の福祉」の指標となるのは社会的厚生水準であり、従って、「公共の福祉」の概念を経済学的に具体化しているのが、社会的厚生関数の概念である。すると、第13条は、「全ての国民は、それが社会厚生（関数の値）を低下させない限りにおいて、自らの効用を最大化するような選択の自由への権利が保障されるように、立法その他国政の上で最大限の配慮を受ける権利を有する」と、更に具体化して解することができる。

では、この時、社会的厚生関数が有する上記二つの性質は、憲法上、どのように位置付けられるであろうか。まず、厚生主義の要請は、公共の福祉が、個人の効用に対する効果のみから評価されることを意味する。言い換えれば、個人の効用に関係するものは、全て公共の福祉に関係し、個人の効用に関連しないものは、全て公共の福祉における考慮の対象外となる。そして、それら全てのものは、効用を媒介としてのみ公共の福祉に関連しており、効用と独立に、何らかの資源が、直接、社会厚生に影響を及ぼすことはない。⁵ この厚生主義の要請は、宮沢俊義によって提唱され、今日もなお、憲法学における通説たる地位を失わない一元的内在制約説、すなわち、公共の福祉とは、個人の権利から独立に、これらを外在的に制約するものではなく、諸個人間の権利衝突を調整するための実質的公平の原理であると解する説と完全に整合的である。⁶ 次に、パレート包摂性は、他人の効用を減ずることなく自らの効用を増加させるような選択は社会厚生を増加させる、すなわち、公共の福祉に反しないことを意味する。従って、第13条の解釈からは、そのような選択については、個人の選択の自由への権利が保障されるべきことを含意するが、このことも、憲法が保障する幸福追求権との関連で自然に了解可能であろう。

ここまでは、社会的厚生関数の概念と一元的内在制約説に基づく公共の福祉の概念との対応関係を、制約の内在性との関連で論じてきた。しかし、一元的内在制約説のもう一方の柱は、公共の福祉が、諸権利間の実質的公平を規定する概念である、とすることである。宮沢説については、当初から、人権制約を正当化する原則としてはともかく、具体的にどのような状況において人権の制約が妥当とされるのかを判定するほどに、内容の豊かな理論となっていないのではないかと、との批判が提起されていた（長谷部（2004、112頁））。そこで、宮沢説の観点に沿って、具体的な有力説として判例法理を支配してきたのが、比較考量論、すなわち、権利制限のもたらす利益と制限しないことの利益との比較考量によって、前者の価値が高いと判断される場合に、人権の制限が可能となるとする見解である。しかし、この見解は、そもそもの比較基準が不明確であり、このため特に、国家権力と国

⁵ これは、数式を用いると、以下のように表現することができる。すなわち、個人の幸福に関係する諸要素のベクトルを x とし、社会成員各人の効用関数を、 $u^1(x), u^2(x), \dots, u^H(x)$ とすると、社会的厚生関数 $W(x)$ が、 $W = W(u^1(x), u^2(x), \dots, u^H(x))$ と書くことができるのである。

⁶ 芦部（1997、97-98頁）参照。これに対して、ウォルツァー（Walzer(1983)）、サンドル（Sandel(1998)）ら、コミュニタリアンは、個人効用と無関連の共通善の概念を社会目的実現のための必須要素と考えており、憲法論の文脈では、外在制約説に立つものと考えられる。

民の利益との考量が行われる憲法の議論では、個人の基本権に対する過剰な抑圧を生ずるとする、法学者による極めて有力な批判がなされている（芦部（1997、98-100頁）参照）。

そして、このような実質的公平の不確定性に関する議論においても、公共の福祉と社会的厚生関数については、きわめてパラレルな問題点が提起されてきた。すなわち、厚生主義とパレート包摂性を満足する社会的厚生関数とは、余りにも抽象的に過ぎ、恣意的に操作可能な概念であるために、社会の合理的制御のための目的としての信頼性に欠けており、具体的な政策判断にとって、何らの有用性も持たないのではないかとの批判である。

代表的な社会的厚生関数としては、各人の効用の総和を最大化する功利主義、社会成員のうちでもっとも不遇な者の効用を最大化するロールズ(Rawls(1971))の立場、また、各人の効用の積の最大化を図る立場などが挙げられる。そして、これらの中から、どのような社会的厚生関数を選択するかは、正に、いかなる実質的公平に関する価値判断につくかというところに存するのである。しかも、仮にある一つのタイプの社会的厚生関数を選択することが正当化できると仮定しても、いかなる社会的厚生関数であれ、その政策的適用においては、何らかの効用の計測と個人間比較が可能であることが必要である。しかるに、このような効用の計測や個人間比較について、すべての人を納得させようような客観的合理性を有する方法があるかどうかは、著しく疑問である。⁷

例えば、仮に功利主義的な社会的厚生関数の使用が正当であると仮定し、その下で、デモ行進の権利と、良好な交通環境を享受する権利との比較考量が行われるとしよう。限られた集会参加者がデモ行進によって得る利益と、不特定多数の市民が交通渋滞によって負担せねばならない不利益とを比較すると、後者の不利益が前者の利益を大きく凌駕し、デモ行進の制限が肯定されると考えることもできるが、当該デモ行進は、社会的に過酷な抑圧を受けている人々の権利確保にとって必須のものであるために、これらの人々がデモ行進から得ることのできる効用はきわめて大きく、よって、市民の交通混雑に基づく多少の不利益を考慮してもなお、デモ行進は認められるべきであるとの判断も、当然可能である。つまり、社会成員の効用の集まりを社会的厚生へと変換・集計するにあたって、個人間の効用比較が行われており、これによって当該社会の実質的公平の基準が確定するのである。厚生経済学において、社会的厚生関数を構築するための基礎となる効用の個人間比較の主観性、非一義性の問題は、憲法論における公共の福祉に関する比較考量論の恣意性、不確定性の問題とパラレルな形状を示していると言えるであろう。

⁷ 功利主義の始祖は、言うまでもなくベンサム(Jeremy Bentham)であるが、今日に至るまで、この倫理学説は、驚異的な生命力を持って命脈を維持し続けてきた。今日における代表的な理論家としては、ヘア(Richard M. Hare)を挙げるべきであろう。功利主義に対抗する最も有力な倫理学説を提供したのが、哲学者のロールズ(John Rawls)である。社会的厚生関数に関する経済学の教科書的サーヴェイとしては、Stiglitz (2000、pp.93-102)などを参照せよ。効用の個人間比較に伴う困難については、同書、pp.102-104に指摘されている。

3. 経済的自由権・公共の福祉・厚生経済学

その後の憲法論の学說的関心は、違憲審査基準の準則化へと推移する。この文脈において、比較考量論への批判を踏まえて登場したのが、二重の基準論である。この理論によれば、精神的自由は立憲民主主義の政治過程において不可欠の権利であり、経済的自由に比して優越的地位を占めるとされ、その結果、人権を規制する法律の違憲審査にあたっては、経済的自由に関する規制立法に対するよりも、厳格な違憲審査基準を以って臨むべきであるとされる（芦部（1997,100-101頁）参照）。

原則としては、「法と経済学」は、必ずしも経済的権利のみに関説するとは限らない。例えば、ポズナーの包括的な教科書が示しているように、精神的自由権に関する考察も「法と経済学」の重要な守備範囲である。⁸ しかしながら、経済学が、その対象特性上、経済問題と特に深く係わる以上、「法と経済学」の観点からは、国家による私的経済活動に対する直接・間接の介入と憲法論における経済的自由権保障の取り扱いとの関連に、最も強く関心が集中することも自然である。よって、以下の本稿においては、精神的自由権の問題を捨象して、経済的自由権に関する憲法論の議論と、それが厚生経済学的価値の法的意義付けにおいて有する意味を検討してゆきたい。

先述の如く、二重の基準論は、経済的自由権に関して、精神的自由権におけるよりも緩やかな違憲審査基準を以って臨む事を旨としている。ここで用いられるのが「合理性」の基準であり、一般人を基準として当該立法に合理性があるかどうかを審査するものであるから、立法府判断には合理性があるとする合憲性推測の原則に基づいており、大変緩やかな基準となっていると言える。経済政策に関連する規制は、自由国家的公共の福祉を目的とする消極目的規制と、社会国家的公共の福祉を目的とする積極目的規制のいずれか、もしくは両方に同時に対応する可能性があるが、このうち、後者については、「明白性の原則」と呼ばれる最も緩やかな合理性基準が採択され、また、前者の場合も、より「厳格な合理性」の基準を採るとはいえ、立法裁量の余地は十分に広範であると言えるであろう（芦部（1997、203-207、211-212頁）参照）。

以上のような、経済的自由権をめぐる憲法論の議論の展開に伏在する考え方は、以下のように要約できるものと思われる。本来、権利は無制限のものではなく、公共の福祉の制約に服すべきものである。しかしながら、立憲主義的憲法の本義に立ち返る限り、その基本的目的は、あくまでも国家権力を制限して国民の権利・義務を守ることに置かれなくてはならない。この観点から見ると、公共の福祉について、憲法、及び、裁判所が一般的・一義的な定義を下すことは極めて困難であり、無理に一定の公式や司法裁量を押し付けることは人権保障の観点から重大な危険を惹起し、国家の憲法的基盤を掘り崩すおそれがある。よって、憲法は、民主的政治過程の維持において不可欠である基本的権利に関して、恣意的な比較考量に代えて、可能な限り客観的妥当性を有する違憲審査基準を整備するこ

⁸ Posner(2007), pp.727-744 を参照せよ。

とによって、これら基本権の擁護のための基本的指針を確立することに、まずは関心を集中すべきであり、他方、自余の権利と公共の福祉との関連については、司法が自らの介入指針を示すよりも、その判断の大部分を立法府に委任すべきである。とりわけ、より専門技術的側面を強く有する、経済政策に関連する経済的自由権の扱いについては、著しく合理性を欠いた逸脱的案を除いて、立法府とその執行機関たる行政部の判断を基本的に尊重することが妥当であるとするのである。⁹

もしも、以上の理解に大過ないとすれば、ここでの厚生経済学的価値と憲法的価値との関連は、次のように整理することができよう。公共の福祉概念と社会的厚生（関数）との関連性が維持される限りにおいて、厚生経済学的価値は、憲法適合的規範として法政策分析における規範的ツールとして正当化可能である。しかし、憲法論が、公共の福祉に関する一義的な定式化を断念し、経済的自由権との関連において、其の具体化の大部分を立法府判断に委ね、その広範な裁量権を承認する以上、今や厚生経済学的価値の意義は、厚生経済学的価値実現のための手段としての公共経済学的法政策分析が、立法政策判断のためのツールとして実際に有用性を持ちうるか、という点に懸かってくる。次節以下6節までは、この点の論証にあて、しかる後に7節において、公共経済学的法政策分析に基づく法政策介入手法の憲法適合性について検討する。

4. 法学者による政策論の構想¹⁰

本来、公法体系は、憲法規範の枠内で立法者によって選択された具体の法目的の実現の技術に関する法でなくてはならない（塩野（1989、228頁）、中里（1993、52-53頁））。前節の議論との接続から言えば、諸個人の憲法的基本権に関する制約の下で、社会的厚生を最大化するための法技術を提示する必要がある。しかし、公法学の中核を為す行政法学は、

⁹ 哲学者のノージック(Nozick(1974))や法学者のエプスタイン(Epstein(1975))に代表されるリバタリアンは、経済的自由権が絶対的であると考え、これを侵害する政府介入を否定する。このため、日本におけるリバタリアニズムからの議論は、二重の基準論の廃棄によって精神的自由権と経済的自由権との分離した扱いを停止することを勧告し、立法裁量の範囲を違憲審査によって厳正に制約すべきことを主張する。日本における代表的な議論としては、森村（1985）、阪本（1999）を参照せよ。

¹⁰ 本節は、法学者による政策論についての展望に議論を限定する。政治学、行政学などでも、法政策分析を試みる多くの業績があるが、本稿では検討する余裕がない。不勉強を承知の上で、あえて私見を述べるならば、これらの領域における法政策分析は、政治・行政過程に関する事実記述の域を出ないものや、分析の論理的に一貫性に乏しいものが多いように思われる。個別の具体的な論点に関しては、重要な知見を提示する研究が多くあり、これらについて学ぶべき点は大変多いが、体系的・論理的整合性の観点からは、経済学に比べて劣っている印象がある。従って、法政策分析の理論的な骨格は、手続面に関して法学、及び、実体面に関しては経済学に基づいて構成し、これを論点に応じて個別に修正する段階で、上記の研究分野の成果を積極的に導入してゆくというのが、最も合理的な戦略ではないかと思われる。なお、法学者による政策論という場合、平井（1995）を取り上げないことを問題視する向きもあるかも知れないが、筆者は、この書物が何を言おうとしているのか理解できないので、これ以上言及しない。

行政法の基本原理が、行政が追求すべきその実体的な憲法価値そのものではなく、価値を実現する過程で行政が遵守すべき価値である、すなわち、実体的価値に対する手続的価値である、と規定している（塩野（2005、60頁））。このように、行政法学は、法律による行政の統制という観点から、現行法規の解釈を通して、行政法を合憲的かつ整合性のある体系として説明しようという問題関心に貫かれているため、そのような学問としては優れた有用性を有するものではあるが、価値実現のための法的手法を提示するという期待に答えるものとは言いがたい現状にある（阿部（1997(上)、19-23、41-44頁）参照）。

これに対して、つとに阿部泰隆は、行政法を、憲法を中核とする社会的価値実現のための法技術体系として再構築しようという発案のもとに、独自の「政策法学」を提唱し、これに基づく一連の研究成果によって、その具体化に努めて来た。¹¹ 阿部は、まず、行政法を、「憲法の大枠のなかで、歴史的に変転する社会の管理を、一定の政策目的（公共性の実現目的）のもとに、行政活動を通じて行うための法技術およびそれに関連する法技術である」と定義している（阿部（1997(上)、28頁））。しかし、「行政法は憲法的な価値の具体化から機械的に出てくるものではない。憲法的な価値はきわめて抽象的である（同前、30頁）」ため、「具体的な政策内容を直ちに決定するものではなく、単にその外部的限界・大枠を決定するにすぎず、その内容を埋めるのは政策である（同前、34頁）」これに対して、上述のような既存の行政法学の体系的思考方法においては、もともと矛盾や不統一を含んでおり、必ずしも体系的とはいえない行政法規を無理に体系的に解釈しようとして、「体系のための体系（同前、42頁）」を求める、不毛な学問的論争となりがちである。従って、「体系を一応御破算にしても、法制度そのものの問題発見・解決志向、実定制度のあり方を構想する法政策学への転換が必要である（同前、44頁）」とする。

一読、その洞察の鋭さと的確な構想力とには、驚かされるほかはない。しかしながら、これより先、政策法学の構想を具体化するについては、その中核的な問題関心を共有しつつも、筆者の方法論的立場は、阿部のそれとは異なったものとならざるを得ない。法政策提言にあたって、社会学的、心理学的知見を重視する阿部の立場（同前44頁以下）に対して、筆者の構想は、法政策分析を、経済学の方法論によって一貫して構成しようというところにある。¹² この構想については、筆者にはるかに先立って、中里実が、大変先駆的な論考(中里(1993))によって重要な予描を与えている。そこで次に、この論考の趣旨を参照しながら、更に議論を深めてゆきたい。

中里は、自らの提唱する学問分野の内容を、行政法解釈学の枠にとらわれることなく、「憲法規範の枠内で立法者によって選択された具体の法目的の実現の技術」に関する一般理論と定義する(同前、53頁)。この分野は、一般に「公共政策法」と命名され、その中で、特

¹¹ その後の、政策法学の進展については、福井秀夫の提言(福井(1998))と、一連の研究成果(福井(2006)など)にも注目する必要がある。

¹² このため、次節では、阿部の政策法学の方法論に関して、いくつか批判的なコメントを差し挟むこととなるが、これは、阿部の先駆的業績の重要性を、何ら損なうものではない。

に、私的経済領域への公的介入を扱う分野が「公共経済法」と名づけられている。このような一般的な規定の結果として、行政法学者が主として関心を集中してきた直接的な行政規制と同時並行的に、その他の多様な公的介入手段が考察の対象とされる。特に、行政法学者によって看過され易い、税制を中心とする間接的経済関与が、実質的に強力な規制効果を有するという重要な論点が指摘されるとともに、通常、私法の領域に属するために包括的に考慮されにくい、所有権の設定や損害賠償ルールのような紛争解決の手法も、公的介入の一部として把握される。¹³

以上のように、中里による公共政策法の構想は、法律学内部の垣根を横断して、国家による立法目的実現のための法的手法を総合的に考察するところに重要なポイントがあるが、これと並んで注目すべきは、その一部たる公共経済法を、国家による私的経済活動への介入について経済学の視点から論ずる公共経済学のカウンターパート(同前、55頁)と位置付けることによって、公共経済学、ないし、財政学における議論を参考にして、それを法的な議論として再構築する必要(同前、65頁)を提唱していることである。

以下、本稿では、中里による指摘を踏まえつつ、筆者による公共経済学を基盤とする法政策分析の中心的構想を説明することとしたい。この際、3節における限定を踏まえて、筆者の考察は経済領域の分析手法に限られることを、あらかじめお断りしておく。

5. 公共経済学による法政策分析プロセス (1) 一目的の設定と問題の同定

本節と次節の課題は、公共経済学を用いた法政策分析の基本的手続を示すことである。すでに前節で提示された、阿部泰隆による政策法学、中里による公共経済法の構想を視野に入れて、議論を進めたい。1節で確認したように、この法政策分析の構想は、純粋に学問的な思考実験としてのみならず、具体的な法実践において優れて有用性を有することを目標としている。例えば、行政内部の自己点検において、この方法論を用いて行政上の支出計画や規制措置の意義を明確化することが、行政の国民に対する説明責任を果たす上で重要な役割を果たしうること(常木(2003)参照)、また、新たな立法政策を議会が提示するについて、同様な政策分析の方法論が使用されることによって、立法の透明性を増強しうることを目標としている。

公共経済学を用いた法政策分析においては、政策目的は、合憲性の制約のもとでの社会的厚生を最大化に縮約される。より具体的には、厚生主義的、パレート包摂的な社会的厚生関数の最大化である。もちろん、すでに述べたように、上記条件を充足する社会的厚生関数は無数に存在するため、その中のいずれを採択するかは、基本的に立法裁量に委ねられるものとされる。このように、単一的、抽象的な目的設定は、実務において有用でないという指摘も存在するかもしれないが、筆者は、むしろ、逆の見解を持つ。例えば、阿部

¹³ これらの私法的な紛争処理の制度が、どのように人々の行動への事前的インセンティブを与え、政策としてどのような効果を持つかは、Coase(1960)、Calabresi and Melamed(1972)など、黎明期の「法と経済学」の重要な研究によって解明されてきた。

(1997、上巻 25 頁) は、表の形で、自らの政策法学の構想をコンパクトに要約しているが、10 種類近くの極めて多岐に渡る政策目的が提示されており、それらの目的の意味するところは著しくあいまいである。このため、目的相互間、目的一手段間の論理的な上下関係が不透明になり、立法・行政府の適切な政策判断を歪めたり、説明責任を混乱させる危険が大きいと言わざるを得ない。¹⁴

これに対して、明示的な社会的厚生関数に立脚した理論構成においては、社会政策の根本目的は、内在性、効率性、公平性という限られたポイントに焦点付けられることによって、他の目的と、それに連関する諸手段は、上記の基本目的を実現するための下部機能としてのみ是認される。この結果、上記の混乱は大幅に縮減され、無内容な「言葉遊び」的目的設定によって、恣意的な政策判断が生じたり、既存の政策が安易に事後追認される事態を予防する効果がある。

社会的厚生関数に課せられた内在性からの制約は、当該政策が、社会成員の効用に関連性を持つものに限定されるべきことを要求するので、成員の満足と無関係な政策を自動的に排除する。また、(パレート) 効率性は、社会成員全員の効用を改善する政策は、無条件に正当化しうることを意味する。例えば、「必要な効果がより少ない資源量で得られる手段が他にないか」という基準は、同一の効果を費用最小で実現できるプロジェクトを選択することを求めているものと解することができるが、同一の効果をより安価な費用で実現できるならば、もとの状態に対してすべての個人の効用を増加させる (パレート改善) ことが可能であったことになり、もともとの政策選択は効率性基準を満足していなかったことになる。つまり、政策選択における最小費用プロジェクトの選択という基準は、効率性基準の下位基準 (コロラリー) として位置づけられる。

目的の設定に続いては、法的な規制、援助、サービス供給を必要とする社会的事実の同定が必要である。阿部による政策法学の構想 (阿部 (1997, 25 頁)) においては、この課題に関連する「行政活動の必要性」に関する分類も、雑然として混乱した印象が否めない。例えば、「社会の発展の無秩序性」、「民間サービスの不十分性」といった項目があるが、どのような状態を以って、社会が無秩序であると判定するのか、同様に、どのような状態であれば、民間サービスは十分でないと同定できるのか、筆者には、いささか判然としない。

筆者は、このような直感的、経験的な洞察を用いるアプローチに頼るのではなく、直感的に問題と考えられる社会現象が指摘された場合、公共経済学の理論的フレームワークを用いて、これらの問題に対処するための政府活動が理論的に正当化されうるかどうかを明確にするという手続を推奨したい。具体的には、問題とされた現象が、現実の市場経済に

¹⁴ 中里 (1993, 57 頁) は、金子宏の説を引きつつ、国家の目的を「国民に各種の公共サービス (財政学でいう「公共財」) を提供すること」に置いているが、公共財の供給は、外部性の統制、不完全競争の是正、富の公平な分配などと並ぶ国家目的の一部分であるから、それらを包括的に把握するためには、社会的厚生を最大化するという一般的目的を掲げるほうがより適切である。

において、外部性、不完全競争などの「市場の失敗」を発生させているか、もしくは、富の不公平な分配の原因となっているかどうかを同定するのである。ここでも、「常識でわかる話を、経済学のジャーゴンでもって、言い回しただけではないか」という批判が予想されるが、大きな誤解である。政治や行政が介入すべき根拠を、「市場の失敗」と、分配の平等性確保の二点に絞り込めることは、公的介入根拠としてしばしば用いられる「言葉遊び」的な説明を可能な限り排除し、公的介入の適正化を促進する。

6. 公共経済学による法政策分析プロセス (2) ー政府による政策介入手法

前節の分析を経て、問題視された社会的事象が、実際に、公共経済学の基準に照らして政府による介入を要請するものであったとしよう。すなわち、何らかの「市場の失敗」によるパレート非効率性が発生しているか、もしくは、立法府の価値判断に照らして富の不平等な分配が生じていることが認定されたとする。次の問題は、これらの課題に対して、政府がいかなる方法を以って介入するかにある。

介入の根拠に応じて、政府による政策介入は、1) 所得分配是正政策、2) 経済効率改善政策、の二つに分類される。このうち、第一の明示的な所得分配是正のための政策手段としては、大企業の出店規制に見られるような行政的規制も存在するが、より大規模な所得不平等是正の役割を担う支柱は税体系である。望ましい税体系や所得移転、あるいは、再分配的な公共支出・行政規制に関する政策評価にあたっては、そこで前提とされている社会的厚生関数が明示される必要があることは、繰り返して論ずる必要はないであろう。

他方、社会的厚生関数に基づく限り、効率性改善のための望ましい基準はパレート改善基準である。しかしながら、現実的政策として、パレート改善的な政策はほとんど存在しない。ほとんど全ての効率性改善政策に関して、結果として、利益を得る人と損失を蒙る人が生ずるからである。例えば、航空機の発着に伴う騒音の発生に関する規制を行えば、周辺住民の騒音被害が緩和されることによって彼らの効用が高まるが、一方で、航空会社は、便数の制限や防音工事の負担が生じて利益が減るため、会社の株主は不利益を蒙る事になる。

政策評価と選択において効率性を目的とする場合、このような状況を踏まえて、更に一歩踏み込んだ効率性に関する判断を行うための基準となるのが仮設的補償原理 (hypothetical compensation principle、以下 HCP と略記、別名、カルドア・ヒックス基準 (Kaldor-Hicks criterion)とも言う)、である。HCP とは、「ある政策を行なった結果として、その政策と同時に適当な所得再分配が行なわれればパレート改善が実現する場合、実際にはそのような所得再分配が行なわれなくとも、その政策は効率性の観点から正当化できる」とする考え方である。

やや回りくどい表現であるが、HCP はいくつかの点で優れた基準であり、重要な意味を持っている。第 1 に、パレート改善の基準を満たすプロジェクトは、現実にはほとんど存在し得ないのに対して、HCP を満たすプロジェクトはいくつも存在し得るので、立法・行

政府による種々の政策を評価する基準として、現実的妥当性がある。第 2 に、ある政策が HCP によって是認されることと、適当な費用便益基準を充足する事、すなわち、社会的余剰を増大させることとの間に合理的な対応関係がある（常木(2000、第 2、4 章、2002、第 1、5 章参照）。

再び騒音規制の例を引くと、規制の結果として、周辺住民の効用は、通常明らかに増加するが、株主の不利益が生ずるため、パレート改善基準の下では、規制は否定されることになる。しかし、HCP のもとでは、周辺住民の便益が株主の不利益を補償してもなおプラスであると費用便益分析を通して判断されれば、この規制は効率性を改善したのものとして是認される。同様に、行政が公共サービスを供給する場合、公共サービスの便益を全人口について合計して、それを供給費用と比較し、前者が後者を上回るならば供給は効率性の観点から望ましい、といった費用対効果分析に基づく判断を行えば、個々人が享受する公共財の便益と税負担とは対応しないので、通常パレート改善は生じないが、HCP の基準に照らしては効率性が改善する。カルテルを排除する行政勧告の場合でも、全体の利益は増大するが、その中で当該産業の財を消費する消費者が利益を得る一方、企業の株主は不利益を蒙るから同じ現象が起こっている。

では、本来望ましいパレート改善基準による効率性は、なぜ、実現しないのであろうか。これまでの例からもわかるように、パレート改善の実現のためには政策の選択と補償的な所得再分配とがセットにならねばならない。しかし、このような補償的再分配が実効性のないものであることは自明である。そのような再分配のための取引費用は莫大であり、政策の受益者は自己の便益を過小申告して補償負担を免れるように努めるであろう。従って、実効性のある政策判断のための効率性基準としては、パレート改善基準のみならず、HCP を適用してゆく事が不可欠になるのである。¹⁵

7. 公共経済学的政策手段と憲法的制約

¹⁵ HCP が適切な価値基準であるか否かについて、しばしば問題となるのは、HCP が公平性の基準と対立することである。例えば、過疎地での福祉サービスが公的に提供される場合、利用者が少なく費用負担に見合わなければ HCP から見て是認できないが、このサービスが、例え少人数であっても過疎地に住む住民にとって必要不可欠なものであれば、分配の公平性から見て望ましい可能性もある。そこで問題は、どこまで政策判断において HCP を適用し、どこまで公平性の観点を採り入れるかというところにある。しかし、これまでに繰り返し注意を促してきたように、公平性については、効用の個人間比較についての価値判断が前提となっており、社会的合意を得ることは難しい。そこで、まず初めに、HCP を基準とした評価が提示されるべきである。HCP は、政府当局者による主観から比較的独立に定義可能な価値基準であり、優れた説明能力を持っているからである。その上で政府当局者にとって、HCP を満たさないとしても公平性の観点から必要と思われるプロジェクトがあれば、当局がその根拠として選択している社会的厚生関数（＝効用の個人間比較についての価値判断）を明示的に提示すべきである。また、その際、これらの政策は、税制と社会保障を用いる包括的な再分配政策によっては達成することのできないような社会的有用性を持つ再分配効果をもたらしていることを、説得的に示す必要がある。

本節では、前節までで説明してきた公共経済学的な政策介入手法が、憲法上の制約とどのような関係にあるかを検討する。まず、再分配的政策介入に関しては、憲法上の制約は極めて緩やかである。再分配を目的とする法規制は、社会国家的公共の福祉を目的とする積極目的規制のカテゴリーに属するが、先述の如く、このタイプの規制に対しては、憲法学は、「明白性の原則」と呼ばれる最も緩やかな違憲審査基準を採る。また、税制による再分配政策の違憲性に関しては、アメリカの保守的な憲法学者の中には、税を用いた過度な再分配政策の違憲性を強力に主張する者もあり、有力説を形成しているが、日本の場合、そのような主張は、極めて限定的にしか行われていないのが現状である。¹⁶ 判例では、憲法第14条1項の平等規定との関連で、税制に関する違憲審査が問われたケースがあるが、その際、最高裁は、租税法の定立に関しては立法府の政策的・技術的判断を尊重し、それらが「著しく不合理であることが明らか」でない限り、憲法の規定上、それを否定できないとする、極めて緩やかな違憲審査基準を示している。¹⁷

日本の場合、合憲性の制約が問題となるのは、むしろ、第二の効率性改善政策との関連においてである。なぜなら、日本国憲法は第29条3項において、国が特定の政策目的のために私人の資産を収用した場合、正当な補償を要する旨を定めている。しかるに、前節で詳しく説明したように、HCPに基づく効率性改善のための政策介入は、政策によって損失を蒙る者への補償が不可能であるという認識に基づいているので、HCPを前提とする効率性改善政策が、憲法上承認されうるのかが問題となるのである。

しかし、(時に誤解される場合があるが)公共経済学におけるHCPに関する議論において補償は仮設されたものでよいとされる場合、政策の実行にあたって補償を行わないことが規範的に望ましいと主張しているわけではない。¹⁸ 政策の選択によって生ずる直接の財産収用に加えて、政策に伴う資産価値や主観的な効用の変化全体を含む完全な補償を、全ての関係当事者に対して行うことは不可能であるから、補償は高々不完全なものとならざるを得ないこと、そして、そのことを以って、費用対効果が正であるような政策の選択を控えてはならないということを主張しているだけである。

他方、憲法学のコンテクストを参照すると、正当な補償の定義如何について、極めて複雑な論争がある(芦部(1997、215-216頁))。通説は、失われた財産の市場価値を補償すべきであるとする完全補償説であるが、収用される財産が実際に取引されていない以上、

¹⁶ アメリカでの代表的な議論としては、Epstein(1985)がある。注9をも参照のこと。

¹⁷ 最大判昭和60・3・27民集39巻2号247頁〈サラリーマン税金訴訟〉。長谷部(2004、187頁)参照。

¹⁸ 実際に、政府による損失補償が必要かどうかは、別途、論ぜられるべき課題である。アメリカの文献では、Kaplow(1986)が政府の損失補償に関する包括的な分析を行っており、結論的に補償の必要性、正当性に対して、極めて懐疑的な結論を提出している。まず、分配の公平性の確保という観点からは、補償よりも、税制と社会保障による包括的な所得再分配政策によるほうが、効率が良い。第二に、被収用者のリスク回避という点については、収用に対する民間の保険供給によって対処可能である。第三に、収用への補償は、被収用者の自己資産に対する投資誘因を歪めるとされる。

完全補償の根拠となる被収用者の留保価格はわからないので、完全に厳密な補償は要求されていないと解すべきであろう（長谷部（2004、246-247頁））。しかも、これらの補償義務は私有財産の直接収用の場合に限られており、国の規制によって財産価値が目減りしてしまうような規制的収用の場合には、（それが、しばしば、直接収用よりもはるかに巨額の価値減少をもたらすにもかかわらず）補償の必要は認められていない。

従って、日本国憲法が求める補償とは、HCPが想定するような厳密な補償ではなく、技術的に可能な範囲において、政策の受益者に対して応分の公平な負担を求めるものと解すべきであると思われる（同前246頁）。そして、この考え方は、浜田宏一、岩田規久男ら有力な経済学者によって提唱されてきた議論と軌を一にしている。¹⁹ HCPに基づく政府の公的介入と、憲法が要請する水準の正当な補償を組み合わせた政策選択は常に可能であるので、HCPに基づく効率性改善政策が憲法的価値に抵触することはないと結論してよいと思われる。

8. 結語

本稿は、経済学の方法論に基づいた法政策分析手法の憲法適合性について検討するとともに、経済学的法政策分析の概要を示し、その社会的有用性についても、あわせて論じてきた。筆者の結論は、双方に関して肯定的である。すなわち、経済学的法政策分析の立法・行政判断への適用は、憲法適合性の観点から問題なく正当化できるとともに、具体的適用において、極めて有用である。

ただし、言うまでもなく、現実のあらゆる政策について、きわめて精度の高い経済学的法政策分析が可能と主張しているのではない。例えば、公共サービスの代表に挙げられる防衛支出や環境保護規制の場合を考えて見よう。ミサイルの購入や環境汚染防護設備の設置に対して、受益者が便益を正直に申告する保障はなく、これを客観的に測定する事も困難である。また、幾度か指摘してきたように、分配の公平性に関する評価は多分に主観的であって、確定的な結論を得ることは困難である。更には、教育・福祉政策などの場合、当事者以外の人々やコミュニティー全体に対する外部効果が評価されねばならず、加えて、将来世代の受益が期待される場合も多いため、これらの価値評価は大変むずかしいと考えられる。従って、これらのケースでは、政策分析の効果について、ある程度、割り引いて考える必要があるであろう。しかし、人々は自らの常識の範囲で、一定の規制や公的支出に伴う社会的外部性から生ずる便益の程度や政策の平等化効果について、おおまかな判断はできるはずであり、立法・行政府が自らの政策について、費用対効果に関する自らの判断と、政策評価の価値基準を開示することは、国民に対する説明責任の観点から見て、依然として重要である。

他方、手続面について言えば、公共経済学からの政策提言は、本稿で扱った憲法的価値のみならず、行政法、税法、更には、私法、刑事法の領域までを含む法体系総体からの制

¹⁹岩田（1977）、浜田（1977）、常木・浜田（2003）参照。

約を踏まえて、はじめて正当化可能なものである。これらの包括的な法的制約を踏まえながら、公共経済学による政策提言を、より合理的な法解釈、場合によっては、新たな立法提案の形で実現してゆくための研究分野が、中里（1993）の言う「公共経済法」の課題となる。法政策分析にあたっては、公共経済学と公共経済法とが、互いに相手方への説明責任を果たしながら、相互参照なフィードバックを重ねることによって、目的合理的かつ法的実効性のある法政策を析出する必要がある。政策選択にあたっては、デモクラシーの原則に則って、最終的には国民自らが判断することであるが、その前提として、立法・行政府は国民に対して、自らの判断による政策介入に関する説明責任を果たす必要がある。そのための手法として、法学者と経済学者との協働に基づく法政策分析の確立が不可欠なのである。

参考文献

- 芦部信喜 (1997)、『憲法 新版』岩波書店。
- 阿部泰隆 (1997)、『行政の法システム (上・下) [新版]』有斐閣。
- 安念潤司 (1995)、「憲法が財産権を保障することの意味—森林法違憲判決の再検討」、長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』、第7章所収。
- 岩田規久男(1977)、「損失補償の経済学的側面」、『経済学論集』第43巻1号、40 - 60頁。
- 阪本昌成 (1999)、『憲法2—基本権クラシック』有信堂高文社。
- 塩野宏 (1989)、『公法と私法』有斐閣。
- 塩野宏 (2005)、『行政法〈1〉行政法総論』(第4版)有斐閣。
- 常木淳 (2000)、『費用便益分析の基礎』東京大学出版会。
- 常木淳 (2002)、『公共経済学』(第2版)新世社。
- 常木淳 (2003)、「政策評価と費用便益分析」、『道路交通政策の評価手法に関する研究』(道路経済研究所)、1-11頁。
- 常木淳 (2008)、『法理学と経済学』勁草書房近刊。
- 常木淳・浜田宏一(2003)、「環境をめぐる「法と経済」」、植田和弘・森田恒幸編『岩波講座・環境経済・政策学 第3巻：環境政策の基礎』、67 - 95頁。
- 中里実(1993)、「国家目的実現のための手法—公的介入の諸形態に関する覚書」、南博方(他)編『行政紛争処理の法理と課題』(法学書院)、47 - 67頁。
- 中里実(1998)、「誘導的手法による公共政策」、『岩波講座・現代の法 第4巻：政策と法』、277 - 303頁。
- 長谷部恭男 (2004)、『憲法』(第3版)新世社。
- 浜田宏一 (1977)、『損害賠償の経済分析』東京大学出版会。
- 平井宜雄 (1995)、『法政策学[第2版]』有斐閣。
- 福井秀夫 (1998)、「法解釈学から政策法学へ」、『自治実務セミナー』37(4)、8-13頁。
- 福井秀夫 (2006)、『司法政策の法と経済学』日本評論社。
- 森村進 (1985)、『財産権の理論』弘文堂。
- Calabresi, G. and D. Melamed (1972), "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review* 85, pp.1089-1128.
- Coase, R.H. (1960) "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 3, pp. 1-44.
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Epstein, R.A. (1985), *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press.
- Hare, R.M. (1981), *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*, Oxford University

Press.

Kaplow, L. (1986), "An Economic Analysis of Legal Transitions", *Harvard Law Review* 99, pp.509-617.

Kaplow, L. and S. Shavell (2002), *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press.

Nozick, R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books.

Posner, R.A.(2007), *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Wolters Kluwer,

Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

Sandel, M.J. (1998), *Liberalism and the Limits of Justice*, 2nd ed., Cambridge University Press.

Stiglitz, J.E. (2000), *Economics of the Public Sector*, 3rd ed., W. W. Norton & Company.

Sunstein, C. ed. (2000), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press.

Walzer, M. (1983), *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books.