

市場と表現の自由理論 (一)

—— 経済学的分析導入のための基礎的考察 ——

井上 嘉 仁

はじめに

- 一 法と経済学の歴史とその狙い
- 二 財の市場への国家介入 —— 憲法学へのアナロジー
- 三 思想の市場の経済学的理解 (以上、本号)
- 四 市場に流通する財としての表現
- 五 表現の自由の一般モデル —— R・ポズナーによる提案
おわりに

はじめに

《法学と経済学の垣根を取り除こう。その学際領域にこそ真に説得力のある理論があるに違いない》。こう考えるのが、「法と経済学」と呼ばれる研究分野の着想である。

本稿の目的は、この法と経済学の手法を用いて、表現の自由に関する若干の分析を試みることにある。

本稿は、まず第一章で、「法と経済学」の研究の歴史とその狙いを鳥瞰する。第二章では、財の市場における経済学
の分析状況を参照し、それを憲法学に編入したうえで、市場の失敗と国家介入の正当化を素描する。ここでの叙述は

基礎的な説明を含むが、本稿を通底する基本視点であるため、紙幅を惜しみながらも必要な情報にはできるだけふれ
るつもりである。第三章では、財の市場と思想の市場はともに市場(自由な交換の場)であり、両者を別異に扱う理由
が薄弱であることを示し、市場で活動する個人・政府(国家)の行動仮説は二つの市場で一貫していることを示す。第
四章では、表現の自由は市場における情報(という財)の自由な流通を保障するものであるとみて、情報という財とそ
の市場の特質を憲法理論に取り入れる。第五章では、R・ポズナーの提唱する表現の自由の一般モデルを考察する。

一 法と経済学の歴史とその狙い

1 「法と経済学」は、一九六〇年代、アメリカにおいて初めて登場した。⁽¹⁾「法と経済学」の特徴は、大まかにいえ
ば、法の機能、法制度、法政策等を近代経済学上の諸理論、特にミクロ経済学上の分析道具を用いて分析する点にあ
る。⁽²⁾これによると、《法的问题解決は「正義」に基づいてなされなければならない》という伝統的信念が、《法的問
題の解決は紛争解決費用を最小にし、稀少な資源をいかに配分するかに関わるものだ》という思考に(完全にではない
にしても)置き換わる。論者のなかには、「これまで正しいか悪いか、あるいは正義かどうかの問題として法律が扱っ
てきたのは、実は資源の効率的利用にかなっていないかどうかだった⁽³⁾」⁽³⁾と言いつ切る者もみられる。

法を経済学的な観点から分析するさいの基本的認識は、人間行動および法を含めた諸制度を、ある目的とそれに対
する稀少な手段の選択的使用との関係において捉えることが有効だ、という点にある。

ある目的を達成するために、主体は、有限の時間や手段(資源)を選択し、採用しなければならぬ。目的達成のた
めの時間と手段(資源)が限られていれば、行動は必然的に「選択」の形態を呈する。ここに、有限の資源のなかで最
大の満足を得ようとする人間行動の経済的側面を見いだすことができる。この《資源は有限であり、そのなかで最大

の満足を導く手段を選択すべきである」という命題から法を捉えようとするのが、法への経済学的なアプローチの基本的な態度である。⁽⁴⁾つまり、一定の目的を達成するために法律を制定する場合、稀少な手段のうち最大の効果をもたらすそれを選択すべきであり、また既に制定されている法律は、かく解釈されるべきである、ということである。このように、稀少性の下での選択という点に光を当てれば、経済学の理論は、財の市場に限って応用されるわけではなく、政治過程や投票過程といった民主政のプロセスの研究、権力分立や二院制のような統治構造の研究、さらには表現の自由や信教の自由に代表される精神活動の研究にも応用しうる(この可能性について、次章以下で検討する)。

2 法の経済分析の嚆矢は、両者が最も明確な形で絡み合う経済法の領域、特に反トラスト法の分野の研究にあった。今日では、法と経済学の研究領域は多岐にわたり、不法行為法や会社法といった私法領域から、刑法や訴訟法といった公法領域まで広がっている。

法学のなかでも憲法学と経済学の結び付きは、今から約八〇年前の、*Abrams v. United States*, 250 U. S. 616 (1919)におけるO・W・ホームズ裁判官の反対意見⁽⁵⁾のなかでも言及された、「思想の自由市場」に求めることができる。

ホームズは、思想を自由に交換させれば真理に到達するだろう、と考えた。この自由な思想交換の空間が、「市場」のイメージなのであり、それは次のようにスケッチできる。

限られた資源を効果的に使用するため、人々は交換を行う。交換は需要と供給が一致(均衡)する点まで行われ、その点が、基本的には、社会的に必要なとされている量や価格を表す。ホームズはその均衡点を真理とみたようであるが、必ずしもその点は普遍的な真理であるとは限らず、現在の社会における均衡点にすぎないために、ホームズ流「思想の自由市場」論は、さまざまな批判を浴びることになる。

たしかに、ホームズの「思想の自由市場」の見方はナイーブだったとはいえ、彼の着眼の基本は、それを「法と経

「経済学」の視点から捉えなおしたとき、炯眼といわざるをえない。

- (1) コースの定理で有名なロナルド・H・コースの「社会的費用の問題」(邦訳、ロナルド・H・コース著、宮沢健一、後藤晃、藤垣芳文訳『企業・市場・法』(東洋経済新報社、一九九二年)一一二頁。)が発表されたのが、一九六〇年である。林田清明『法と経済学』の法理論』(北海道大学図書刊行会、一九九六年)一〇頁。
- (2) 川浜昇「法と経済学の限界と可能性」井上達夫、島津格、松浦好治編『法の臨界II 秩序像の転換』(東京大学出版会、一九九九年)二二〇頁参照。
- (3) 林田清明「法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム(一)」北大論集、四二巻三号(一九九二年)九五三頁。
- (4) 飯山昌弘『法と経済学』の諸相』(世界書院、一九九七年)一六〇—一六一頁。岸田雅雄『法と経済学』(新世社、一九九六年)一五頁。
- (5) Abrams v. United States, 250 U. S. 616, 630 (1919). 「真実の最善のテストは、思想の市場において自らを受け入れさせる思想の力である」。

二 財の市場への国家介入——憲法学へのアナロジー

法と経済学は、稀少な資源から最大の満足を得ようとする主体が、その有する資源を自由に使用(交換)することで、原則として、社会的最適性を達成できると考える。「社会的最適性」とは、完全競争市場における一般均衡点であり、財の生産の点でもその配分の点でも最も効率的な点である。また、法と経済学は、社会的最適性を達成するためには、市場外の権力機構が監視・統制するのではなく、市場における各行為者の自由な判断に任せる方がより効率的である、という理念を基礎としている。

「法と経済学」が基礎としているかのような市場分析の基本認識は、主に経済学領域において生成されてきた。経済学は、現実の市場社会をできる限り正確に理解することを、課題としていた。市場分析の歴史上決定的な分岐点をなし

たのが、ワルラスの限界効用理論だった。ワルラスは、限界効用理論や一般均衡理論⁶を通して、市場を描きあげたのだった。これが今日の新古典派理論の端緒となり、後に精緻化されていくことになった。「法と経済学」は、この新古典派経済学の理論のもとで、権利や自由の問題を限界効用理論や一般均衡理論に依拠しつつ、分析するのである。

もつとも、法学・憲法学は、かかる視点による権利・自由の分析に精通してきたわけではない。そこで、伝統的法学・憲法学を超え出ようとする本稿の基本的戦略にとつて、経済学で展開されている市場における国家の役割に関する簡単な説明から入ることが賢明だろう。

1 市場取引を妨げるもの

市場は効率的に社会的最適性を獲得するシステムである。ところが、このシステムが常に正常に機能するとは限らない。われわれが市場の働きに期待するとき、次の二つの点に留意しなければならない。一つは、理論を現実に応用するさいの問題点である。理論モデルとしての市場を想定するとき、個人(あるいは団体)は、完全市場において活動すると仮定される。なかでも取引費用 \parallel ゼロの仮定は、理論モデルを現実に応用するさいの最大の難点である。二つは、理論内在的な問題点である。すなわち、理論上、市場が正常に機能しないという問題であり、市場外からの何らかの処置が必要となる場合である。以下、順にみていこう。

(一) 交渉費用

現実の市場と完全競争市場は異なるといわれるとき、真つ先に言及される相違点は、交渉費用の存在である。交渉費用とは、取引相手を捜し、実際に交渉し、気に入らなければ他を当たり、細かな契約内容を決定したりする、取引成立に要する費用全般を指す広い概念である。この取引にまつわる費用を減少させるには、取引の基本ルールが決定されることが望ましい。民法や商法等が制定されている理由は、かかる観点に立てばよりよく理解できる。

交渉費用の削減は、取引関係に限定される問題ではなく、国家的な意思決定においても重要な課題となる。これが、集団的意思決定プロセスにおける交渉費用の削減の問題である。⁽⁷⁾これは、《限られた時間内に確実に同意を取り付ける方法としては、国家による決定が最適だ》という考え方を指す。独裁制国家でさえ無政府状態よりは選好されたという事実は、交渉費用の抑制の重要性を示しているともいえる。⁽⁸⁾

(二) 市場の失敗

交渉費用以外にも、市場取引を妨げる要因がある。その典型例は、市場外部から第三者(国家)が市場に介入することが望ましい⁽⁹⁾とされる「市場の失敗」のケースである。交渉費用の問題は、完全市場における交渉費用 \parallel ゼロとの仮定に由来する。つまり、完全市場では理論上発生しない問題である。これに対し、市場の失敗のケースは、市場が正常に機能していても発生しうる病理なのである。この意味で、交渉費用の問題と市場の失敗のケースは、性質を異にする問題である。市場の失敗と目される問題領域は、独占、外部性、公共財の提供、情報の非対称性等である。

以下では、「市場の失敗」といわれている事例をとりあげ、市場はなぜ機能しないこともあるのかを簡単にみてみよう。これを理解すれば、市場の失敗の存在は、国家が個人(あるいは団体)の活動に介入することの正当化事由となることがわかるだろう。この点を理解したとき、思想の「市場」においても、市場の失敗を是正すべく、国家が個人の自由な活動に介入する正当な論拠が浮かび上がるだろう。

(1) 独占

独占とは、一個の企業が市場における唯一の供給者である状況をいう(供給独占)。市場が独占的である場合と競争的である場合を比べると、アウトプットレベルは独占的である場合の方が小さく、価格は独占的である場合の方が大きい。ということは、この状況は、完全競争下と比べると損失をもたらししていることになる。この損失は、消費者

余剰にも生産者余剰にも組み込まれない。これを「厚生損失」または「社会的損失」という。この社会的損失に留意したとき、この独占状態を是正するための国家介入が説かれるのである。

もつとも、すべての独占が、常に必ず排除されなければならないわけではない。その一つが、「自然独占」といわれる形態である。自然独占とは、電気、ガス、水道等⁽¹⁰⁾のように、生産レベルが大きいほど生産にかかる費用が減少するという生産事情にある企業が市場を独占する場合をいう⁽¹¹⁾。すなわち、規模の経済をその存在理由とする独占である。自然独占の場合には、生産にかかる平均費用は逓減するため、同量の生産を複数の企業で行うよりも効率的となる。この点に留意すれば、このケースは、排除されるべき独占と考える必要はない。

とはいえ、自然独占にある企業が、その独占的地位を利用して独占価格を設定することは十分に考えられる。この場合、自然独占の利益(平均費用の逓減など)が失われることになる。それを防止するため、国家は自然独占企業を何らかの規制をもつて取り締まるのが通常である。たとえば、水道料金は、国家による直接規制を受けるのが通例である⁽¹²⁾。水道法一四條二項一号は、「料金が、能率的な経営の下における適正な原価に照らし公正妥当なものであること」を要求しており、この条件を満たしていないときは、厚生労働大臣の認可を受けられない(同法八條、一四條)。

もう一つは、特許制度である。特許制度は、発明者に発明の排他的権利を与え、開発努力へ投資するインセンティブを与える工夫である。ただし、その独占的権利の行使期間は、独占による厚生損失を排除するため一定期間に限られる⁽¹³⁾。著作権に関して類似の問題構造がある。アメリカ合衆国におけるいわゆるミッキーマウス訴訟⁽¹⁴⁾においては、著作権の保護期間を二〇年間延長することと表現の自由との関係が論じられている。本邦では著作権が憲法上明文保障されていないので、そもそも何条によって保障されているとみるべきか。仮に二一條によって保障されているとすれば、著作権保護期間を長期化することは、著作権保持者の表現の自由を保護することになるが、逆に、著作権保持

者ではない表現予定者にとっては、自由な表現への足枷となるだろう。二九条で保障されているとみれば、著作権保護期間を長期化することは、財産権保護のために表現予定者の自由な表現に負担を課すこととなる。著作権と表現の自由に関する研究は、興味深いテーマであるが、本稿ではこれ以上立ち入らないこととする。

(2) 外部性

外部性とは、一人ないし複数人の自発的行為により第三者にその同意なく賦課または移転される費用や利益をいう。¹⁵ 市場における交換は、必ず双方の同意に基づいている。したがって、双方の効用は必ず増進する。これに対して、市場交換の「外部への」経済効果は、非自発的で不効用をもたらすことがある。この意味での外部性を「外部不経済」という。逆に非自発的であっても効用の増加をもたらす外部への経済効果を「外部経済」とよぶ。¹⁶

外部不経済(外部費用)が市場の失敗の原因となるのは、外部に不利益を生じさせている者が、それにかかわる損害を支払わないからである。外部への損害を支払わない分だけ、企業の負担は減少するわけであるから、外部不経済を発生させている企業の私的限界費用は、社会的限界費用より低い値をとるのである。¹⁷ したがって、外部不経済をもたらしている企業は過剰生産しがちとなり、社会的限界費用と需要曲線の交点で定まる値での生産と比べると、厚生損失を発生せしめているのである。

公害は、かかる外部不経済をもたらす典型的なケースである。取引外の他者に費用を負担させることで、企業は毒性の強い排水や排煙を処理する費用を免れ、社会的最適以上での生産をし、厚生損失を発生させるのである。

外部性が存在する場合、社会的最適性を達成するためには、企業をしてその生産を私的最適ではなく社会的最適水準へと自制させるインセンティブを、国家が与える必要がある。たとえば、国家が、(1)環境基本法に基づいて環境基準(同法一六条)を定めたり、(2)事業者に大気汚染、水質汚濁、土壌汚染等を防ぐために必要な規制措置を講じたり

(同法二二条)、(3)環境への負荷活動を行う者が負荷低減のための施設整備をすることを助長するため、その負荷活動を行う者の経済状況に応じて、必要かつ適正な経済的助成を行うための措置を講じたりする(同法二三条)ことは、その例である。それにより、私的企業が外部費用をも考慮するという意味で、外部性は「内部化」されることになる。⁽¹⁸⁾

表現のもつ外部性の多くは、正の外部性であるが、そうでないものもある。それが、名誉毀損的表現である。取引外の他者へ負担させている費用を、表現者に内部化させることが必要となる。刑法二三〇条の二にいう真実性の証明は、かかる観点から分析可能であろう。

(3) 公共財

公共財とは、非競合的で排除不可能な財をいう。非競合性とは、誰かが消費することによって他の人の消費量が減少することがなく、全員が同時に同じ量を消費できることをいう。非排除性とは、他の人をその消費から排除することができないことをいう。公共財の例として、消防や国防などがあげられる。

公共財の持つ非競合性・非排除性は、他者の購入した財にフリーライド(ただ乗り)しようとする強いインセンティブを消費者に与える。他方生産者は、消費者のフリーライドを排除できず、対価を回収できない。それゆえ、生産者は生産量を落とすし、価格を上昇させる。かくして、公共財は社会的最適量の生産がなされないのである。公共財の提供は、市場における私的部門の活躍に期待できない。公共財の提供に、国家が一定の役割を果たすべきだといわれる理由はここにある。⁽¹⁹⁾ もっとも、公共財の提供は国家のみの任務であるというわけではない。国家は市場における私的部門の活動を、補完的に助長する任務を期待されているのである。

表現の自由に対する国家介入も、その一部は、公共財の理論で説明可能である。

表現行為を、表出者と受領者との情報の授受である、と仮定すると、この構図は生産者と消費者の財の交換に類似

する。情報が、市場で正の価格をもちうるものである限り、それは財である⁽²⁰⁾。この情報という財は、公共財の性質を持つている。なぜなら、同一の情報と同時に使用することができ、なおかつ、情報が直接の取引相手以外に伝播することを防止することは、事実上不可能(たとえば取引相手が情報を漏示しないか監視するために膨大な費用がかかる)だからである。情報が公共財の性質をもつということは、すなわち、情報は社会的に必要とされる量以下でしか生産されないということである。となれば、国家は何らかの形で情報の生産に寄与すべきだ、ということになる。

(4) 情報の非対称性

市場において、たとえば中古車ディーラーはその車の情報を熟知しているが、消費者は熟知していない例のごとく、情報が非対称的に分布しているとき、自発的交換が社会的最適性を達成しない場合がある。

販売者が自発的に品質を保証、表示するなどすれば、情報の非対称性は、自発的交換過程を通じて是正される場合もある。しかし、そうではない場合、市場が機能不全に陥り、社会的最適性を達成しえなくなる。このとき、国家は、情報の非対称性を是正するためのインセンティブを供給側に与える政策を採る必要がある。たとえば、民法五七〇条の瑕疵担保責任は、情報の非対称性に由来する損害から消費者を保護するため、販売者側に責任を課す規定といえる。また、憲法二一条で保障されているといわれる「国民の知る権利」も、情報の非対称性を解消するための主張であると理解できる。国家が提供する政策サーヴィスの市場において、消費者である国民(または住民)が情報を持っていないならば、情報保有者である国(地方自治体)は、過剰な利益を享受することになる。この状態は厚生損失が生じており、社会的最適性が達成されていないことをあらわしている。この状態を解消すべく、「国民の知る権利」、なかでも政府保有情報への積極的アクセス権を主張することは有意義である⁽²¹⁾。また、近年施行された消費者契約法も、情報の非対称性に由来する社会的損失を減少させるインセンティブを与えている⁽²²⁾。

2 市場、国家、憲法学

少なくとも、以上四つの市場の失敗・機能不全を是正することは、国家の役割である。市場が失敗している場面では、市場の働きに期待することはできず、市場外部から市場機能の改善を図る必要が生じる。この役割を国家が果たすことは正当視されている。

とはいえ、国家の登場により健全な市場の機能が損なわれてしまつては、本末転倒である。たしかに、市場の機能不全を回復するための外部者として国家が一定の権限を持つことは必要であるが、その権限濫用の危険は大きい。各人が市場の便益を享受しうるためには、市場の失敗を適切に回復するための一定の権限を国家に認めながらも、その権限濫用を防止することが必須となる。前者は国家の役割論として、後者はいわゆる人権論として、それぞれ憲法学が論じてきた領域である。

憲法学が国家権力の脅威から守ろうとした対象は、個人の自由、なかでも、市民社会における自由な活動である。私法上の大原則である私的自治の原則は、市民社会において、人は自らの意思に基づいてのみその法律関係を規律することをいう。同原則のもとで、人は、市民社会において、自由な意思に基づいて契約をすることができる。換言すれば、同原則は、市民社会すなわち市場における自由を各人に保障するのである。私的自治の原則により市場における自由を保障された個人が効率的に交換できるよう、国家は様々の取引のルール(私法)を制定する。その取引ルールの多くは、取引費用の減少に資する。基本的には、この私的自治の原則と取引ルールがあり、自発的交換システム(市場)が十分に機能しているとき、私的領域における自由は最大化される(水平の関係)²³。水平の関係が機能不全をおこしているときに、垂直の関係、すなわち前述の国家介入が必要となる。

私法上の原則である私的自治の原則を国家との関係(垂直の関係)で捉えたとき、国家対市民社会(Ⅱ市場)という

ヘーゲル以来の図式となる。この対立図式の基本理念は、私的自治の原則が支配する市民社会(Ⅱ市場)に、国家はできるだけ介入すべきでない、という点にある。私的自治の原則は、国家との関係では、諸個人の市民社会(Ⅱ市場)における自由を妨害する力に対する防御壁となっているのである。国家権力がこの防御壁を通過できるのは、取引ルールを制定したり、市場の機能不全を回復させるためだけである。しかしその国家権力には常に濫用の危険がつきまとう。われわれは、私的自治の原則の重要性を常に念頭におき、それを決して忘却してはならない。この意味で、公法／私法二元論が軽視されつつある現状には、警鐘を鳴らさずにはおれない。

本稿は、垂直の関係において私的自治の防御壁により守られている領域と、憲法学が守ってきた個人の自由領域は、同一または同心円上にあると考える。⁽²⁴⁾

この考え方は、憲法一三条の「幸福追求権」解釈に関する一般的行為自由説と親和的であり、人格的利益説と対立的である。人格的利益説を支持する論者は、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由」⁽²⁵⁾が憲法上保護される個人の自由であると理解している。しかし、この論者が認めるように、人格的生存に不可欠という要件は、極めて明確を欠く。この要件は、歴史的経験のなかで検証確定されていくというのであるが、今のところ、確定された気配はない。さらに、一定の内実を伴ってこそ「基本的人権」として列挙される意味があるのだ、と説かれる。勿論である。しかしそれを、憲法上保障されるための条件として要求する必要はないだろう。むしろその内実は、各自由の名の下に保障されている市場およびそこに流通する財の特質のなかに反映させるべきであろう。その特質に応じて、つまり自由の内実に応じて、必要な国家介入の許容範囲を画定すべきであり、一定種の自由を人権ではないとして当初より切り捨てるべきではない。

このように理解すれば、人権論の中心課題は、市場における個人の自由を国家による侵害から保護するための法理

論を提供することにある。国家による市場への不介入要求は、市場がうまく機能していることを理論的前提としており、上述の市場の機能不全が生じている場合には、市場外の国家による介入が要請され、それは正当視されるのである。換言すれば、市場の機能不全が、少なくとも人権制約の必要条件だということになろう。

(6) ワルラスは、次の二つの条件をみたすとき、交換経済市場の一般均衡が成立すると説いた。第一の条件は、各人の主体的均衡がみたされていることである。第二の条件は、各財について総需要量と総供給量が一致していることである。こうして交換経済の一般均衡を考究した後に、彼は企業を要素に取り込み、生産をも含めた一般均衡体系を打ち立てた。間宮陽介『市場社会の思想史「自由」をどう解釈するか』（中公新書、一九九九年）七三―七六頁参照。

(7) G・タロック著、加藤寛監訳『政府は何をすべきか 外部性の政治経済学』（春秋社、一九八四年）四四頁。

(8) 同書、四五頁。

(9) 現在の社会において、国家に委ねるのが的確な部門と市場に委ねるのが的確な部門を、截然と識別することは難しい。同書、二七―二八頁。

(10) 放送法においてテレビ放送の規制がなされる理由の一つとして、テレビ放送が自然独占であることがあげられないだろうか。テレコミュニケーションなどの公益事業は多くの場合自然独占であることが指摘されている（ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン著、太田勝造訳『新版 法と経済学』（商事法務研究会、一九九七年）五四頁）。従来、放送法制による放送規制は、電波資源の有限性・希少性、放送の社会的影響力、新聞メディアと比べての未熟さ、等があげられてきた。しかし、電波に希少性があるか否かはそのも疑問であるし、希少性のみで内容規制にまで踏み込むことが可能とも思えない（長谷部恭男『権力への懐疑——憲法学のメタ理論』（日本評論社、一九九一年）一三八―一四八頁、松井茂記『マス・メディア法入門』（第三版）（日本評論社、二〇〇三年）二四八―二五二頁）。

(11) クーター、ユーレン著、太田訳、前掲注(10)、五四頁。

(12) 植草益『公的規制の経済学』（NTT出版、二〇〇〇年）二〇頁。

(13) 後に検討するように、情報は公共財的性質を持っている。情報には、《法による独占なくしては十分に生産されず、法による独占を認めると過少な量しか利用されない》というジレンマがある。

- (14) Eldred et al v. Ashcroft, Attorney General, 537 U. S. 186, 123 S. Ct. 769 (2003). 本件の事実関係は以下のとおり。原告は、非営利目的で、パブリック・ドメインとなった著書をインターネット上で配信していた。原告は、著作権保護期間切れとなる著書をネット上で配信すべく準備していたが、著作権保護期間延長法制定により、当該著書を配信できなくなった。原告は、同法が、著作権保護期間と表現の自由との衡量に失敗し、表現の自由を侵害している、と主張した。連邦最高裁は、同法が各種の条項によって、表現の自由との均衡を十分考慮しているとした。本判決の解説は、大日方信春「一九九八年『著作権保護期間延長法』の合憲性」広島県立大学論集七巻一号(二〇〇三年)一六九頁、横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの——著作権保護期間延長法の合憲性」ジュリスト一二四四号(二〇〇三年)二六八頁。
- (15) クーター、ユールン著、太田訳、前掲注(10)、七〇頁。
- (16) 厳密には、さらに、金銭的外部効果と技術的外部効果とに分けられる。
- (17) 限界費用とは、生産物を一単位増加するときにかかる総費用の増加分、つまり総費用曲線の傾きをいう。
- (18) コースの定理にいう迷い牛の事例も外部性の問題である。コースは交渉費用がゼロであるとの仮定をおけば、外部性の発生者と受け手が自発的に交渉をし、国家介入がなくてもパレート効率性を回復することができる、と述べている(コースの定理)。しかし、現実には交渉費用はゼロではあり得ず、当事者の数が多くなるにつれ交渉費用、当事者の限界費用の推定ともに困難となる。
- (19) 公共財の提供に関して長谷部教授は、公共財をどの程度提供すべきかは、国民が社会全体の長期的な利害を勘案しながら、投票を通じて多数決で決めるべき事柄である、とされる(長谷部恭男、「憲法(第二版)」(新世社、二〇〇一年)、一〇頁)。理念的には、国民の決定事項といって差し支えないところだが、国民は自己利益最大化者であり、自ら公共財の提供をしようとはしないこと、政治過程もまた議員の自己利益最大化過程であることを考えれば、国民の決定と一言で片づけるわけにはいかないだろう。
- (20) 永谷敬三『入門情報の経済学』(東洋経済新報社、二〇〇二年)一〇頁。
- (21) 情報公開法は、国民の知る権利ではなく、アカウンタビリティから、情報公開の必要性を説明している。いずれにしても、情報公開制度は、情報の非対称性を解消するための法制度である。
- (22) 「この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」(同法一条)、消費者の利益を擁護し、国民経済を発展させることを目的としている。
- (23) A. Director, *The Parity of the Economic Market Place*, 7 J. L. & Econ. 1, 7 (1964).

(24) 市民社会の捉え方には大きく分けて、二つの潮流のあることが指摘されている。一つは、経済的意味での市場を内包する市民社会論の潮流(市場モデル市民社会論)である。他の一つは、市場モデルとしてではなく、民衆の構成する公的領域としての市民社会論の潮流(公的領域モデル市民社会論)である。前者は、市民社会の核心を、労働市場、資本市場、貨幣市場によって支配される経済的領域と理解するのに対し、後者は、民衆の自発的なイニシアティブに基礎づけられた非国家のおよび非経済的な諸種の共同社会(アソシエーション)によって構成されるべきものであると理解している。千葉真「市民社会・市民・公共性」佐々木毅・金泰昌編『公共哲学5 国家と人間と公共性』(東京大学出版会、二〇〇二年)一一五—一九頁。

(25) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)三九二、四四五、四四八頁。

三 思想の市場の経済学的理解

表現の自由と市場とに接点はあるのか——肯。

手許にある憲法学の基本書・体系書を開けば、表現の自由を論じる箇所には、「市場」という文字を発見できる。わが国における伝統的憲法学は、表現の自由と市場とが、積極的あるいは消極的な、何らかの関係をもっている、と理解しているようだ。

引き続き、手許にある基本書を通覧する。そこに「市場」の文字があるとはいえ、それは、前章で述べた意味での「市民社会」、言い換えれば、経済学的理解に立つ「市場」との関連性が明らかにされているか——否。

伝統的憲法学が、「市場」という言葉を用いるとき、いったい何を言いたいのだろうか。伝統的憲法学は、「市場」という言葉にいかなる意味づけを行ってきたのだろうか。

1 思想表現の自由市場への意味づけ

「最終的に望まれる善は、思想における自由な交換——真実の最適なテストは、市場競争において自らを受け入れ

させる思想の力である——により、よりよく達成される⁽²⁶⁾。

ホームズ裁判官のこの言明が、わが国の表現の自由理論に、市場なる言葉を用いさせることとなった。

この言明についてのホームズ裁判官自身の理解はさておき、⁽²⁷⁾ わが国憲法学においてもさかんに言及されてきた「市場」は、どう理解されてきたのか。議論状況を簡単に整理してみよう。

思想の市場について語るとき、多くの論者は、「表現」のもつ次の四つの価値ないし機能(エマソン(Thomas I. Emerson))をあげる。それは、(1)個人の自我完成(self-fulfillment)に資すること、(2)真理到達を可能にすること、(3)政治的決定を含む社会的意思決定への参加を社会構成員に保障すること、(4)安定性と変化との均衡を維持すること、これである。⁽²⁸⁾ わが国のある論者は、このうち(1)(3)こそが中心的価値であり、(2)(4)はそれらに集約される、と解説してみせる。⁽²⁹⁾

この論者は、(2)に関し、ミルトンの『アレオパヂティカ』、J・S・ミルの『自由論』、前述したホームズ裁判官の言明にふれ、これが思想の自由市場論である、と説く。そのうえで、思想の自由市場から真理が生まれると説くのは単純すぎるとか、マス・メディアへの情報集中により自由市場は神話となった、と批判する。しかしそれでも、同論者は、(1)(3)の自己実現・自己統治論が、市場機能と関連している点を看過してはならない、と説く。その理由は、市場無くしては、過誤の修正ないし社会的合意の形成の機会や意見の多様性を確保することが不可能だ、ということにある。

この現在の議論状況をみる限り、わが国の憲法学者は、表現の市場を、表現の価値を展開するための前提条件である、と考えているようだ。しかも、そこにいう市場とは、単に、対話空間が開かれていることを指しているかのようである。表現の市場についての次の機能的定義は、憲法学の措定する市場を端的に示している。自由市場の機能は、「人間の共有知を支え、合理的知識を増進するプロセスを提供する」⁽³⁰⁾ ことにある。

こうした「思想の自由市場」の憲法学の捉え方は、前述した財の「市場」とはかなり異質と考えるべきだろう。

経済学において展開されている市場理論は、単に、公開プロセスによるべし、といういわば手続的要請を意味するだけではなかった。経済学という市場とは、自由な流通プロセス(手続的側面)を通じて、財やサービスを効率的に配分する(権利義務の変動、実体的側面)、という機能をも含意されていたはずである。経済学は市場を効率的配分実現の装置であるとともに、効率的配分に失敗したとき、市場外の第三者介入の必要性をも語ってきた。これに比べ、伝統的憲法学は、市場の失敗が国家介入を正当化するという視点も希薄である。わずかに、煽動的表現・事前差止の理論において、市場に委ねる時間的余裕のないことが指摘されるにとどまる。しかしそれも、市場の失敗がその主たる根拠とされているようにはみえない。

このように、伝統的憲法学と経済学とは、同じ「市場」という言葉を用いながらも、両者の捉え方は大きく異なっているのである。それを箇条書きにすれば、次のようである。

① 伝統的憲法学的理解は、専ら国家介入を排除するためにのみ、市場理論を使っている。これに対して経済学的理解は、国家介入の必要性を説くためにも、市場理論を用いる。

② 伝統的憲法学的理解は、市場理論を、表現の自由の価値という実体的側面を確保するための前提となる手続的要請にとどめている。これに対して、経済学的理解は、市場自体の実体的側面を浮かび上がらせている。

③ 伝統的憲法学的理解は、市場内部に発生する配分効率・非効率率について議論していない。経済学的理解は、まさにその点に、市場理論の真骨頂がある、とみている。

こうした相違点を、それぞれの学問の特徴だと放置しておくべきではない。憲法学は、市場に関する経済学の知見に学ぶべきものを多くもっているはずである。

2 思想表現の自由市場に関する経済学的理解

経済学は、財やサービスの市場を主たる分析対象としてきた。だからといって、市場分析という手法が、財やサービスの市場にしか通用力がない、ということにはならない⁽³¹⁾。

近時、極めてポピュラーとなった投票行動の分析は、経済学の市場分析を応用した例といえる。財やサービスの市場以外にも経済学の分析手法が応用できる例として、これを簡単に紹介しよう。

選挙で投票を行うには、選挙に関する情報を収集するコスト、投票に行く時間のコスト等、多くのコスト(投票コスト)がかかる。有権者はかかる投票コストと、ある政党(候補者)を勝たせたいという欲求、自分の投票の重要性(選挙の伯仲度)、投票それ自体の価値等を考慮して行動を決定する⁽³²⁾。行動を決定する要因はこれらに限られない。有権者は、選挙に行かなくても政策からの利益を享受できるという投票—政策実現の公共財的性質から、フリーライドしようとする。この点を重要視する有権者は、投票に行く機会費用が大きいと考え、他の財の購入を決断するだろう。すなわち、選挙自体の私的価値は通常低いのである。そのため、国民による民主政の評価しだいだとはいえず、概して、自由投票制を採用する国々において、投票率の低下傾向がみられるのである。

この経済学的分析手法の応用の成功例に倣いつつ、以下ではともするとタブーとされてきた表現の市場の経済学的分析に挑戦してみよう。

(一) 市場イメージのアンビバレンス

経済学的分析の出発点は、市場をモデル化することである。そのさいの特徴は、個別の特殊な市場から始めるのではなく、一般的な市場モデルを根底に据える点である。これに対して、伝統的憲法学は、二重の基準論にみられるように、経済市場と思想の市場とでイメージをがらりと変えているように思える⁽³³⁾。法の経済学的分析は、まず、伝統的

憲法学が描いてきた両者の市場イメージの統合作業を、事始めとすべきだろう。

市場への国家介入に関する憲法学説の議論状況をみると、次のアンビバレンスに直ちに気づかされる。それは、財の市場においては国家による規制は望まれるか、少なくとも許容されやすいのに対して、思想の市場においては国家による規制は望まれざるものであり厳格に限定されるべきである、という点である。

この点につき、R・コースの説くところに従って、少し詳細に述べてみよう。コースの論調は、アンビバレンスを際立たせるために、議論の精緻さに欠けるところがある。しかしここで重要なことは、アンビバレンスが存在すること自体であって、アンビバレンスのバリエーションを写実することではない。以下のクロッキーでコースの、そして本稿の疑義は明白となるだろう。

国家は、財の市場において通常、十分な規制能力があり適正な動機をもつとみられている。司法審査基準論において、裁判所は経済政策における政治部門の判断を尊重すべしと説かれるのは、この前提をおいているからであろう。かかる前提をおけば、この領域においては国家の細部にわたる規制が許容されるのは当然である。⁽³⁴⁾ところが憲法学は、国家介入が思想の市場に向けられると、途端に懐疑的となる。なぜだろうか。

財の市場と同様に、国家が適正な動機をもって適切な行為をなすと仮定すれば、思想の市場への国家介入は市場の機能を良好(Better-off)させると期待されるだろう。ところが憲法学はそう考えない。思想の市場における国家は、不適正な動機——たとえば、流通させるべき思想を選別する——をもって行動すると仮定され、かかる国家行為は市場の働きを悪化(Worse-off)させる、と考えられているのである。⁽³⁵⁾たしかに、アメリカにおけるスパイ防止法にみられたように、国家は不適正な動機をもって行動してきたともいえる。ならば、経済市場においても不適正な動機をもって行動すると仮定すべきではないのか。国家の行動仮説に関するかかる両面性には、疑念を抱かざるを得ない。

さらに、憲法学が前提としてきた国家のかかる行動仮説は、各市場における消費者の行動仮説に関わる。憲法学は、思想の市場における消費者は国家介入なくして自ずから賢明な選択をなす、と考えているようである。別言すれば、思想の市場における消費者を自由にさせ、思想を自由に戦わせておけば、消費者はそのなかから優れた思想を自律的に選択する、と仮定されているのである。⁽³⁶⁾これに対して、財の市場における消費者は、国家介入がなければ賢明な選択をなしえない、と憲法学は考えているようだ。というのも、財の生産者に国家規制をかけるべきだという主張は、消費者が愚かな選択をしないように規制が必要だ、という信念と不即不離だからである。⁽³⁷⁾

以上が、憲法学の描いてきた両市場における消費者像である。次に、生産者像に目を向けてみよう。生産者は、財の市場においては、しばしば独占的力を行使しがちで、公共の利益を損なわせると仮定されている。それ故、何らかの形態での国家介入が必要だと考えられている。ところが、思想表現の生産者は、公共の利益を促進するために活動すると仮定されてきたのではないか。なぜ片や公共の利益に反し、此方それに奉仕するのだろうか。憲法学は公共の利益というタームを、往々にして、社会全体（不特定多数）の利益といった茫洋とした観念として用いてきた。これを社会的厚生とか社会的余剰といった経済学的概念に置き換えたとしても、上記の疑問は残る。わいせつ表現や名誉毀損的表現も、表現が公共の利益を促進するという仮定から、極力、制限を限定すべきと論じられているように思える。

財の市場と思想の市場における国家の役割、消費者や生産者の行動仮説に関するかような憲法学のアンビバレンスは、ほとんど非難されてこなかった。⁽³⁸⁾だが、かかる両義性を正当化することは困難である。本稿は、市場における各行為者の行動仮説を同じだとしつつ、市場に流通する財が異なっている（たとえば、公共財、弾力性など）、との見方をとる。以下では、複数ありうる行動仮説のうちどれに一本化するかを検討しよう。

(二) 国家、生産者、消費者の行動仮説

両市場——思想の市場と財の市場——における各行為者、なかでも国家に関する行動仮説をいずれかに一本化しようとする場合、採りうる選択肢は次のいずれかとなる。

① 思想の市場において従来想定されてきたように、市場への国家介入は効果的でなく、市場の機能を阻害する。

② 財の市場において従来想定されてきたように、市場への国家介入は効果的で、市場の機能を促進する。

①の場合、財の市場への国家介入は減少されるべきだと考えられる。②の場合、思想の市場への国家介入は増加すべきだろう。

もちろん、その中間的な立場——国家は一方の市場で想定されているように無能でも非効率でもないと同時に、他方の市場で想定されているように効率的で高潔なものでもない——に与することもできよう。この場合、われわれは、財の市場への国家規制の総量を減らすべきであり、思想の市場への国家介入を増加させたいと思うだろう。³⁹⁾

これらの選択肢のうち、いずれを採用すればよいのか。この問いは、人間像をいかに想定するかに依存する。人間像を特定すれば、その系として、国家像もみえてくるだろう。そこで以下では、まず人間像を、続いて国家像を特定してみる。

従来、人は道徳的自律の存在と扱われ、公德心にあふれるいわゆる公民であるべきだと説く立場が有力だった。しかし現実の人間は、ロック、ルソー、あるいはカントが考えたごとく、神に似た存在でもなければ、人格的存在でもない。よりプラクティカルに人間を観察すれば、次のような、人間の持っている普遍的属性に行き着くだろう。それは、人は自分の利益に最大の関心を払うという属性である。アダム・スミス(Adam Smith)は、これを「自己愛(self-love、自愛心)」⁴⁰⁾と言い表した。これを、「自己利益」とも「自己目的」とも言い換えてもよい。この属性を重視したとき、財

の市場においても思想の市場においても、各人は自己目的を最大化する存在だ、という個人像が浮かび上がってくる。この自己愛の最大化という属性を基底に据えて財と思想という二つの「市場」を分析することは、決して突飛な試みではなく、むしろ一貫した視野を提供するだろう。財の市場において自己の目的を最大化する個人像を承認しながら、思想の市場においては別の個人像を想定する思考に一貫性をもたせるには、特別の論拠付けが必要なように思える。

次に、国家に関する行動仮説をみてみよう。国家を適正な動機をもつ行為主体とみるか、狡猾で信頼できない行為主体とみるか。⁽⁴¹⁾

アダム・スミスはいち早く次のように述べた。

「商業や製造業のどんな特定部門でも、商人たちの利害は、常にいくつかの点で公共社会の利益とちがっているし、それと対立することさえある。市場を拡大しかつ競争を制限することは、常に商人たちの利益である。市場を拡大することは、公共社会の利益と十分に一致することがしばしばあるが、競争を制限することは、常に公共社会の利益に反するに違いない。……商業上のなにか新しい法律か規制について、この階級からでてくる提案は、つねに大いに警戒すべきべきである。また、その提案を採用するにあたっては、もつとも周到な注意ばかりか、もつとも疑り深い注意をもちらつて、長く念入りに検討しなければならない」⁽⁴²⁾。

スミスの指摘は、利益団体によるロビイングで成立した立法の特質を警戒したものと理解することができる。民主プロセスにおいては、ロビー活動や献金などの政治的活動によって、各個人は各自の政治的選好の強度を自由に表明できることを原則としている。ところが、選好強度を議会に正しく反映させることは困難である。というのも、十分に組織化されている各種の小規模利益団体の選好は、他の利害関係者の選好よりも大きく議会に反映されがちとなるからである⁽⁴³⁾。また、議員は再選を果たそうとし、利益団体の要請に応える代わりに票を獲得しようとする。一般の有

権者の投票へのインセンティブは低いため、組織票は、候補者にとって再選の近道となる。さらに議員は、利益団体の要請に応えるため、官僚に対して働きかける。官僚は、自らの規制権限の拡大をはかるような法令を起草する。⁽⁴⁴⁾

かかる連鎖により、利益団体のロビイングによる法律等が制定されるとどうなるか。まず、実際の選挙民の嗜好と民主プロセスによつて実現される選好にズレがあるため、社会的厚生を最大化することはできない。また利益団体は、私的限界費用に沿つて行動する。それゆえ、市場参入への法的障壁を設けたり、コストの外部化、情報開示への消極姿勢をあらわす。これらの行為は、市場の失敗を助長するものであり、社会的厚生を最大化を妨げることとなる。⁽⁴⁵⁾

もつとも、国家行為が害悪をもたらさない事例もあることを忘れてはならない。上記の例示は何をどのようになすべきかを規制する統制的ルール(物理的な表現行為を規制する法規範・国家行為)⁽⁴⁶⁾を念頭においてきた。それとは異なり、規制が構成的ルールであるとき、国家行為は害悪をもたらさないことがある。たとえば、裁判上の規制は、それなくしては裁判が成り立たない構成的ルールである。裁判制度の目的は、真実発見・紛争解決である。この目的を達成するために、構成的ルールによつて、裁判における当事者および関係人は、言論の自由を高度に支配される。真実は、高度に支配された思想の市場を通してしか、立証されないのかもしれない。とはいえ、ある種の規制は真実発見に資することもある点には留意を要する。⁽⁴⁷⁾

以上より、本稿は、国家による規制措置は市場の失敗を助長する傾向を持ち、基本的には、国家を不完全で信頼できないものとみる。もつとも、先にふれたように、市場における全ての規制を望まねざるものとしてア・プリオリに排除すべきだ、というのではない。ただ、国家が新たな規制に乗り出そうとするとき、国家行為は利益よりも害悪を多く生み出す傾向に留意し、この点に警戒的な態度をとるべきだろう。⁽⁴⁸⁾

3 市場における表現の自由のとりえ方

われわれは、市場自体の重要性・有用性に十分留意したうえで、市場における行為者の前述した行動仮説を引証しながら、自由の限界と適切な国家介入を考察すべきだろう。

市場自体の重要性を暗に潜ませている理論が、実は、表現の自由の優越的地位論である。

エマソンは、先に述べた四つの機能を念頭に置きつつ、「表現 (expression)」と「行動 (action)」の区別の下での表現の自由の優越性を論証しようとした。これに対して、わが憲法学会の通説は、表現／行動という識別標識に直接的には依拠せず、表現の自由に自己実現 (自我完成、self-fulfillment) の価値と自己統治の価値が備わっているがゆえに、経済的自由と同列には扱わない、説く。

自己実現や自己統治の内包は不明確であるが、仮にそれらが明らかにされたとしても、そもそも、価値の有無をその受領主体から離れて客観的に測定することは不可能である。価値の有無は個々の主観に依拠し、それを高く評価するか低く評価するかも消費者が決定すべき事柄のはずである。各人の算定する主観的価値は、当該財にいくら支出する意思があるか (支払い意思)、またはいくら支出することができるか (支払い能力) によって計られる。自己実現や自己統治の価値も、この主観的な価値と考えるべきだろう。そしてかような価値は、「市場」において自由に獲得できることが必要なのである。コースの言葉を借りれば、かかる価値は市場の属性なのである。⁴⁹⁾ なぜなら、消費者が自己実現という価値をある事柄 (たとえば、反戦デモに参加すること、または株で一儲けすること) で自我を完成させる (に見いだす) とすれば、それを自由に行える仕組み (市場)こそが、自己実現の価値に役立つている、とみるべきだからである。

われわれは、表現の自由と経済的自由のどちらがより重要かを問うよりも、まず「市場」というシステムの重要性を考えるべきだろう。⁵⁰⁾ かく考究すれば、経済的事柄であっても精神的な事柄であっても、われわれは、市場対国家とい

う図式をベースとして議論を展開することになるだろう。そして、先にみたように、国家による市場介入は、市場の失敗の場合を除いて有効でないものと、警戒的な態度をとるべきである。それゆえ、われわれは、精神／経済のダイコトミーにより基本姿勢を逆転するのではなく、一貫して警戒的であつてしかるべきである。国家による市場介入を警戒しそれを排除する自由の正当性を論証するためには、ひとまず個別の対象を捨象して、個人が国家による規制なしに自ら決定できる市場システムの本質的な価値を基礎とする理論を展開する必要がある。⁽²⁵⁾ そのうえで、個別の対象に着目して、必要な国家介入の程度を考察すべきだろう。表現の自由理論を検討するさいも同様に、「思想」や「表現」といった市場において流通する個別の財（情報）を捨象した市場を基礎としなければならぬ。市場の重要性については先にふれたので、以下では個別の財としての表現に着眼し、その特質をみてみよう。

(26) Abrams v. United States, 250 U. S. 616, 630 (1919).

(27) ホームズ裁判官を現代に再生させるのかごとく、その生涯を丹念に振り返り、彼の思想の自由市場論を研究するものがある。ホームズ自身の理解については、そちらを参照して欲しい。金井光生「O・W・ホームズ裁判官の『思想の自由市場』論とは何であつたのか」(一)(二)(三)(四)(五)(六・完)——W・ジェイムズ W. J. C. S. パースのプラグマティズムを分析視座として——「東京都立大学法学会雑誌四一巻一号(二〇〇〇年)二四三頁、同二号(二〇〇一年)三四一頁、四二巻一号(二〇〇一年)二一三頁、四三巻一号(二〇〇二年)五〇五頁、同二号(二〇〇三年)三二二頁、四四巻一号(二〇〇三年)二〇二頁。

(28) 阪本昌成教授は、エマソンの「表現」「行動」モデルを、認識論哲学者が強調してきた「精神／身体」という区別の亜種である、とされる(阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、一九九五年)三〇—三二頁)。この見方は、エマソンの分類をラフな思想の市場と財の市場の区別である、とみるコースの見解と類似している。

(29) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(一)』(有斐閣、一九九八年)二五三頁。また佐藤幸治教授は、(二)(四)は、(一)(三)の近代憲法原理を支える信条ないし仮説の体系とも称すべきもの、とされる(佐藤、前掲注(25)、五一—四頁)。

(30) 阪本、前掲注(28)、一九頁。

(31) 市場研究の業績は、もつと幅広い応用範囲を備えている。市場というものは、たとえていうならフィールドであり、そのフィールドのなかでは、様々な競技が行われている。フィールド内には競技者と審判しか立ち入ることはできず、正々堂々と競争が行われるのである。その競技の一つが自動車販売であったり、政策のキャンペーンであったりするのだ。競技によってルールが違うように、通常の財(様々の種類がありうる)と思想とでは、考慮要素が異なることは重要である。

(32) 小林良彰『現代政治学叢書9 公共選択』(東京大学出版会、一九八八年) 九二—九三頁。

(33) J. S. ミルも、個人的自由の原理、すなわち精神的事柄と、自由交易論、すなわち物質的事柄とを截然と区別して、自由を論じた。JOHN STUART MILL, ON LIBERTY, IN UTILITARIANISM, LIBERTY, AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT 150-51. (Everyman's library, 1962). 邦訳、塩沢公明・木村健康訳『自由論』(岩波文庫、一九七一年) 一九一—一九二頁。

(34) R. H. Coase, *Advertising and Free Speech*, 6 J. Leg. Stud. 1, 2 (1977).

(35) コースは、修正一条の理論により国家による思想の市場への介入が忌避される理由を、次のように説明している。二つの市場で介入する国家像が異なるというパラドックスは、自己利益(self-interest)と自己尊重(self-esteem)で説明できる。思想の市場は、知識人が交易を行う市場である。自己尊重は、知識人を自身の市場の重要性を強調するように誘導する。多くの知識人は規制者であるから、他の市場を規制しようとする。他方で、自己利益は、他人を規制しつつ、その規制が知識人らに適用されてはならない自己尊重と結びつく。それゆえ、これら二つの市場における国家の役割に関するこのような矛盾する見解が共生できるのである。この結論こそ是正すべき問題なのである。この説明は十分説得的ではないかもしれないが、私はこの奇妙な説明に代わる案を捻出していない。R. H. Coase, *The Market for Goods and the Market for Ideas*, 64 American Economic Review 384, 386-387 (1974).

(36) Coase, *supra* note 34, at 2. "Let's [truth] and falsehood grapple; who ever knew Truth put to the worse in a free and open encounter?" JOHN MILTON, *AREOPAGITICA: A SPEECH FOR THE LIBERTY OF UNLICENSED PRINTING*, 6 (H. B. Cotterill ed. 1959).

(37) Coase, *supra* note 35, at 384-385.

(38) *Id.*, at 385.

(39) *Id.*, at 390.

(40) アダム・スミス著、水田洋訳『道徳感情論』(筑摩書房、一九七三年) 特に三九八—四〇二頁。山崎好裕『経済学の知恵 現代を生きる経済思想』(ナカニシヤ出版、一九九九年) 一八頁。

- (41) Coase, *supra* note 34, at 4-5, and see chapter 2.
- (42) ADAM SMITH, *THE WEALTH OF NATION* 250 (Edwin Cannan ed. 1937). 邦訳「大河内一男監訳『国富論I』」(中公文庫、一九七八)四〇六—四〇七頁。
- (43) MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* 11, 21 (1965).
- (44) 「最近では、もしもわれわれが何か苦情をもっていたり、政府の政策によって何か利益を得ることができるとする方法を思いついたりすれば、まず第一にそれに沿った規則をつくる官僚に影響を与えようと努力してみるようになってしまった。今日でもわれわれは、自分たちが選挙した議員に対して特定の立法を支持するように依頼するよりは、われわれに代わって官僚に対して介入してくれるように依頼する方が多い」。M & R・フリードマン著、西山千明訳『選択の自由 自立社会への挑戦』(日本経済新聞社、一九八〇年)四六三頁。
- (45) その他、国家の市場への介入が市場のパフォーマンスを低下させる要因として、第一、現実の経済環境が複雑であること、第二、国家に入手できる情報は限定されていること、つまり数多く発生する予想もつかない打撃に適切なタイミングで適切な政策を実行することは極めて困難であること、等があげられている。井堀利宏『政府と市場 官と民の役割分担』(税務経理協会、一九九九年)一四頁。
- (46) 阪本昌成『コミュニケーション行為の法』(成文堂、一九九二年)一〇七—一一〇頁。
- (47) Coase, *supra* note 34, at 7-8.
- (48) コースは、国家による規制の多くが社会公衆の利益を悪化させる傾向をもっているのはなぜか自問し、次のように試験的に結論づけた。すなわち、「現在の国家が非常に大きいために、ネガティブな限界生産力、つまり、国家がなすいかなる追加的な作用も、おそらく、利益よりも大きな害悪を帰結するだろう」。Coase, *supra* note 34, at 6-7.
- (49) *Id.*, at 14.
- (50) ある論者は、市場の重要性を次のように述べている。「多くの人々は、予見可能な将来のために現在の活動の相当な割合を経済的活動に捧げるだろう。そのような人々にとって、有益で継続的に変化する機会の範囲内、すなわち、雇用・投資・消費の範囲内で、資源の所有者として選択をする自由は、討論や国家への参加の自由と同様に極めて重要なものである」。Director, *supra* note 23, at 6. コースもディレクターの指摘に賛同し、すべての国の人々にとって、正しい理念を供給するよりも、食料や衣服を供給することの

方がより重要なことだろうと述べている。Coase, *supra* note 35, at 386.
(51) Director, *supra* note 23, at 6.