

市場と表現の自由理論 (二・完)

—— 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—
- 三 思想の市場の経済学的理解(以上、第二七卷三号)
- 四 市場に流通する財としての表現(以下、本号)
- 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

四 市場に流通する財としての表現

1 本稿での仮定

経済学的分析手法は表現の自由分析になじまないと直感するかもしれない。その直感に影響されてか、憲法学ことに表現の自由領域においては、法と経済学の分析手法はあまり受け入れられてこなかった。⁽⁵²⁾ 本稿はその直感を疑う。かかる直感がはたらく理由を、ポズナーは次のように指摘している。「ほとんどの法学者は、経済学が法理論の難解で複雑な理論体系には不適合だと考えているか、言論の自由の専門家たちは、経済学的分析が適合しない思考様式に

熱中しているためだろう⁽⁵³⁾。また、もう一つの原因は、言論の自由の指導的理論家であると同時に著名な経済学者でもあったJ・S・ミルが言論の自由分析において経済学を使わなかったという事実に求められるかもしれない⁽⁵⁴⁾。

直感に反し、経済学的分析の用途は想像以上に広汎である。現に、法の経済学的分析の第一人者であるポズナーは、性差別、労働問題、結婚から児童虐待まで様々な分野において経済学的分析を展開してみせる。批判の余地は十分に残されているものの、分析道具の汎用性がうかがい知ることができる。稀少な財を選択的に使用し目的を最大化する存在たる個人を前提としながら、経済学的分析道具を用いてほとんどの法領域を語る事ができるだろう。

もちろん、この前提の確からしさに疑問が投げかけられることも少なくない。しかし、人間を人格的な存在とし、公德心にあふれた者であると仮定することにも同様の疑義は生じる。相対立する仮定のいずれかを採用しようとするとき、指標となるべきはいかに現実をうまく説明できるかだろう。この意味で、自らの選好を最も熟知しているのは自分自身であること、現実にはリソースは限られていること、個人は自己愛にとんだ性質をもっていることを複合的基盤としながら、目的を最大化する選択をし行動する個人と仮定することは、一応の確からしさをもって現実をうまく説明できると思われる。本稿では、市場、換言すれば憲法上保障される自由領域での行為者は、この仮定のもとにあると設定する。そのうえで、経済学の市場分析成果のアナロジーや費用便益分析手法を用いて思想の市場を分析する⁽⁵⁵⁾。

2 市場における表現の特質

思想の自由市場の最大の特徴は、表現のもつ情報の外部性である⁽⁵⁶⁾。ある表現に内包される情報の便益（または害悪）は、当該表現物の直接の購入者以外にも及ぶ。これが「情報の外部性」である。

くわえて、一般に情報は排他性や競合性を少ししかもたない、つまり公共財としての属性をもっている⁽⁵⁸⁾。他の公共財と同じく、情報の消費者が一人増えることによって費用が増すことはない。情報の利益は直接の購入者に限定され

ず、他のより大きな集団に不可避的に広がっていく。⁽⁵⁹⁾これが「情報の公共財的性質」である。

情報は外部性と公共財の性質をあわせもつのである。情報のこの性質ゆえに、生産者はフリーライダーを排除し難くなる。このことを考慮する生産者は、私的限界費用曲線と当該情報の需要曲線との交点までしか生産しようとせず、畢竟、情報は社会的最適以下でしか生産されないことになる。⁽⁶⁰⁾すなわち、生産者は社会的限界費用と社会的限界利益が等しくなる点(社会的な均衡点)まで情報の生産を続けようとしないのである。⁽⁶¹⁾

ここまでは情報の生産すなわち供給側に目を向けてきたが、他方の需要側にも目を向けなければならない。

一般に、情報の受領者は規制(コスト賦課、価格の上昇)に高度に弾力的である。⁽⁶²⁾なぜなら、代替材が豊富であるうえに、自らがことさら費用を払うことなくただ乗りできるからである。需要が価格に対して弾力的であるとはつまり、価格(規制)の変化率よりも需要の変化率の方が大きいことを意味する。このことは、政治的言論についてとりわけよく当てはまる。というのは、政治的言論は二つの意味で公共財的性格をもっているからである。⁽⁶³⁾一つは政治的言論のなかに含まれる情報の公共財的性質であり、他の一つは情報に導かれる政治参加の公共財的性質である。前者は、前述した情報の公共財的性質である。消費者(ここでは有権者)は政治的情報の生産者に対価を支払うことなく間接的に情報を入手することができるため、自ら対価を払って情報を購入しようとはしない。後者は、いわば選挙結果の公共財的性質である。すなわち一投票者の投票が選挙結果を左右する可能性はほとんどないうえに、投票者は投票したか否かにかかわらず選挙結果からの利益(政策実現)を享受できる。そのため、有権者は投票について低いインセンティブしかもたず、他の政治参加者の活動へただ乗りしようとする。したがって、選挙自体の私的価値はきわめて低く、⁽⁶⁴⁾受領者は自ら対価を払っての政治情報購入をますますしなくなる。かくして、情報受領者は規制(価格の上昇、コストの上昇)に敏感となり、割高な政治情報よりも娯楽情報等の代替財を購入しようとするのである。

このように、情報の外部性・公共財的性質のため、一般に表現は過少生産され表現受領者は規制に対して過敏となる。ここに国家の役割が浮かび上がる。国家は表現を抑制する方向で規制すべきではなく、規制を審査する裁判所は警戒の目を光らせなければなるまい。これを司法審査基準に反映させれば、表現規制に対して厳格に審査することが求められよう。見方を変えれば、一般的に表現の自由に対する規制が厳格に審査される傾向にあるのは、表現が公共財的性質と外部性をもっているからだと解される。表現が公共財的性質・外部性を強くもつほど、国家による規制立法は警戒視されねばならず、司法審査においてはより厳格な審査に服することになるのである。これに対して、公共財的性質・外部性をわずかしかもたない表現は、司法審査においてはより緩やかな審査に服することになる。⁶⁶

これまで述べてきた情報の外部性は、正のそれを念頭においてきた。ところが、表現は、直接の当事者以外の第三者にコストをかける負の外部性をもつこともありうる。その典型が名誉を毀損する表現や猥褻表現である。一般的に言えば、表現の負の外部性が当該情報のもたらす社会的利益を超えると、規制は正当化されることになる。⁶⁶

3 市場における表現の特質と表現の自由理論——曖昧性・広汎性の理論を例として

表現の自由に関する様々な理論には、外部性・公共財的性質が反映されている。なかでも萎縮効果に関する議論、とりわけ曖昧ゆえに無効の法理、過度に広汎ゆえに無効の法理には、公共財的性質が強く反映されている。⁶⁷たとえば「交通秩序を著しく妨げるデモ行進は禁止する」という構成要件を考えてみよう。通常、憲法学では次のように解説されるだろう。当該構成要件は、禁止対象とされる表現行為の外延を曖昧不明確にしか定めておらず、表現予定者を過度に萎縮させる。表現の自由はナイーブな人権であるから、かかる曖昧な法条によって禁止することは許されない。ゆえに文面上違憲である。これを経済学的分析の視点で解説すれば次のごとくである。表現の利益の多くは外部化しなおかつ公共財の性質をもっているため、表現から得られる生産者の利益は少なく、⁶⁸表現を生産するインセンティブ

はもともと弱い。平穩なデモ行進ならば禁止される可能性のないことは、表現予定者にも理解できるだろう。しかし、多くの人々は、当該条規が平穩なデモ行進に適用されるとき、違憲と判示されると信じるにつき合理的理由をもっているとしても、デモ行進を行うことをためらうだろう。表現予定者は、法律が違憲とされることを確信できないのであり、それゆえ、彼らにとっての起訴されることの期待費用は、表現を行うことにより得る利益より大きいからである。表現の自由条項により保護された多くの行為は、その大部分の利益が外部化するため、表現に代わる私的代替品(デモ行進に参加する以上の効用を得られる何か)があれば、曖昧・広汎な法律は表現行為を萎縮させると考えられる。

このように、曖昧・広汎ゆえに無効の法理は、経済学的な視点からよりよく説明できる。

さらに、同法理は次のことを含意している。一つは、明確な法律を制定せよと要求することで法制定にかかるコストを増加させることである。さらには、他人または国家が法律の文言の範囲内で行動するとの予見可能性を高めることである。つまり、曖昧・広汎性の理論は、法律の成立速度を減速させ(慎重に審議させ)、国民が審議中の立法に何らかの反応をするのに十分な機会を与えることになるばかりか、予見可能性をもつ行為規範を産出させるのである。

上記のことから、曖昧・広汎性の理論のもつ次の二つの効果を導出できる。すなわち、(1)言論の社会的生産量を減少させないこと、(2)国家による言論規制を困難にすることで、表現規制における国家行為の適正な範囲についてより慎重な考慮を促すこと、これである。第一の効果は、言論の外部効果が内部化されている場合には、当該理論の適用によって達成する必要がない。このことが最も明白に妥当する領域は営利的言論である。営利的言論のもつ外部性の多くは、表現者によって内部化されているといえる。つまり、生産者による広告によって、広告対象商品が売れるという連鎖により、外部性が内部化されているのである。かかる言論には、外部性の理論を前提とする法理を適用する必要がない。よって、営利的言論に曖昧・広汎性の理論を適用する理由はなく、当該理論は適用されない⁽⁶⁹⁾のである。

- (52) 「言論の自由及び統制に関わる一般的論題は、魔術と儀礼に包まれている。外見上そのように神聖化した問題と受け取られているために、この問題についての科学的な議論は、ほとんどあるいは全くと言って良いほどなされてこなかった。読者の中でこの問題に触れることをタブーと感じる人がいれば、その人にはこの章を飛ばして読むことを勧めておく。差し当たりこのテーマに感情を害さないとと思われる人達が少なくとも幾人かは存在するものと期待して、そうした人達を念頭に置いて外部性の概念をこの領域で適用させてみよう。」(タロック著、加藤寛監訳、前掲注(7)、二三〇頁)。
- (53) R. A. Posner, *Some Economics of Labor Law*, 51 U. Chi. L. Rev. 988, 989-90 (1984).
- (54) R. A. Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 Suffolk U. L. Rev. 1 (1986).
- (55) 財の市場とのアナロジーを用いることは、財と思想の両市場において同じ政策が採用されるべきことに直結しない。各々の市場を特徴づける性質しだいで、同一要素であってもその重みは変動する。そのゆえに適正な社会的調整方法も一様ではなくなる。本稿は、二つの市場へのアプローチは同一手法によるべきことを提唱するにとどまる。See *Case, supra* note 35, at 389.
- (56) タロックは、次の例をあげている。「私が大々的に反ユダヤ的宣伝活動を企てるとしよう。そのとき、私のこのキャンペーンに耳を傾けるユダヤ人がたとえ一人もいないとしても、このことによって感情を害する人達が存在することは確かである。同じように、黒人が現在よりもっと多くの機会を与えられるべきことを訴える大キャンペーンを私が企てるとしよう。このキャンペーンが何らかの効果を持つとすれば、私のキャンペーンに参加しない多くの人達が便益を受けるだろう(さらにある人達は害を被るだろう)。」タロック著、加藤寛監訳、前掲注(7)、二三〇―三二頁。
- (57) 好ましくない効果のことであり、コストを増加させることをいう。
- (58) 表現の自由の公共財的性質を長谷部教授も指摘している。長谷部、前掲注(19)、一一七―一八、二〇二頁。
- (59) Daniel A. Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 Harv. L. Rev. 554, 558 (1991).
- (60) *Id.*, at 559. また、本稿第二章参照。
- (61) Posner, *supra* 54, at 20. またタロックは科学的研究の外部性を考察するさい、次のように述べている。「研究は、私的便益と公共の便益が大きく乖離し、補助金が必要とされるような領域となる。」タロック著、加藤寛監訳、前掲注(7)、二二六―二二七頁。知識・情報の拡大を担う研究も社会的最適以下でしか生産されないのである。

- (62) Posner, *supra* note 54, at 23.
- (63) Farber, *supra* note 59, at 563.
- (64) Posner, *supra* note 54, at 23.
- (65) 猥褻な表現や営利的な表現は保障の程度が低いと説かれるのは、負の外部性と公共財的性質の双方に関連している。
- (66) Farber, *supra* note 59, at 562.
- (67) *Id.*, at 560.
- (68) 表現が広告の性質をもつとき、表現の利益は商品売上げの上昇によって内部化されるとみることができる。
- (69) Posner, *supra* note 54, at 46.

五 表現の自由の経済モデル——R・ポズナーによる提案

本章では、前章まででみた表現の自由の性質を考慮しながら、ポズナー判事の提唱した表現の自由の一般モデルを取り上げることになろう。

1 表現規制の一般公式

ポズナーは、言論の自由を分析するにあたって、L・ハンド裁判官がデニス事件⁽⁷⁰⁾において用いた公式(「デニス公式」と呼ぶことにする)を修正するという手法にでている。⁽⁷¹⁾

デニス事件は、コミュニスト・パーティを組織し、実力と暴力により政府を転覆させ破壊することとその義務があることを教唆したとして、党の指導者が連邦の反共法であるスミス法違反で起訴された事案である。

この事件においてハンド裁判官は、言論規制法律の憲法適合性を裁判所が判断しようとするとき、次のように問うべきだと述べた。「害悪」(すなわち、処罰対象とされる煽動が成功した場合の損害)が重大であれば、表現の重要性により

それを割引いたとしても、なお表現の自由の制約が危険を回避するために必要であるとして正当化されるかどうか。

ポズナーは、これを $B \wedge PL$ の場合のみ規制せよという不等式に置き換えて理解しようとする。B (burden) は規制のコスト (価値ある表現を規制することによって由来する全ての損失)、P (probability) は抑制対象とされる言論が現実に害悪を発生させる可能性、そして L (loss) は害悪の大きさ (社会的コスト) である。

ポズナーはこのデニス公式を、多様な要素を含む議論に適用可能にするために修正し、 $B \wedge P \times L / (1+i)^n$ を導出している。⁽⁷³⁾ この修正後のデニス公式を、修正デニス公式と呼ぶことにする。

デニス公式の修正のなかで特筆すべきは、社会的コスト (L) の現在価値への割引である。すなわち、危険だと言われる言論を規制しないで放置しても、当該言論に由来する害悪は長期間発生しないかもしれないというファクターを反映させているのである。簡単にいえば、同じ大きさの害悪でも明日発生するののか一〇年後に発生するののかにより、規制すべきか否かの判断は影響を受けるといふ考慮要素を取り込んだのである。修正により付加された変数はそれぞれ次の意味をもつ。n は発言からその結果としての害悪発生までのタイム・スパン、i は社会的費用または利益の将来価値を現在価値に変換する割引率を表している。i と n が大きくなればなるほど、言論からの害悪は小さくなる。⁽⁷⁴⁾ 次節以降で、修正デニス公式の各構成要素をポズナー自身の説明を中心にして検討してみよう。

2 表現規制から生じるコスト

修正デニス公式の左辺 (B) は、表現規制から生じるコストを表していた。ポズナーはこの B をさらに二つの要素、価値の減少 (V; value) と規制すべき表現を識別するさいに予想される法的誤算のコスト (E; error) に大別する ($B = V + E$)。前者 (V) は、(1) 抑制される言論の性質と価値、(2) 抑制される言論の量に依存するという。(2) はさらに、(A) 規制の方法、射程、範囲、(B) 抑制される言論市場の性質——正確に言えば、言論の社会的利益が外部化される程度——に分

かれるという⁽⁷⁵⁾。以下で詳述しよう。

(一) 価値の減少 (V)

(1) 抑制される言論の性質と価値

修正デニス公式のV II 「価値」は、道徳的、人格的、あるいは哲学的意味とは全く異なる。憲法学者が価値について語る時、通常、表現のもつ重みや筆舌しがたい良さを含意している。この意味での価値を「真価」と呼ぶことにしよう。多くの論者は、この真価を実存のものとして、政治的言論は価値が高く営利的言論は価値が低いといった、表現の自由の価値序列を論じていると思われる⁽⁷⁶⁾。しかし、真価の測定には多大な困難が立ちだかっていることに多くの論者は気づき、正面から向き合うことを避ける傾向にある。論者が合理人であれば、かかる傾向はもつともなことである。というのも、裁判官や立法者が真価を測定しようとするれば、E (法的誤算の費用) が極めて高くつくからである⁽⁷⁷⁾。それでも真価の測定を諦めない論者は、次のようにいうかもしれない。表現の真価は思想の自由市場を経ることで明らかになるだろう、と。しかし、先述したように、市場には真実を決定する機能は備わっていない。市場は、生産者により提供されたいずれの製品を消費者が選好するかにより、均衡を達成するシステムにすぎないからである。市場で勝ち残ったものは、消費者により選好されたということ以上の意味はもたないのである⁽⁷⁸⁾。

そこでポズナーは、「価値」を規制される表現の聴衆 (消費者) の大きさと規制による聴衆の減少により求められる関数と定義した⁽⁷⁹⁾。聴衆には現実の聴衆と潜在的聴衆とが含まれる⁽⁸⁰⁾。思想の自由市場に流通している表現の (現実または潜在的) 消費者が、当該規制によりどれほど減少するか (価値) の減少) を「V」として考慮するのである⁽⁸¹⁾。

「価値」を聴衆の減少と捉えたとき、その聴衆の減少の大小は規制対象たる言論の性質に関わる。言論の性質が単なる独り言であるとき (もつともこれは表現ではないかもしれないが)、その聴衆は潜在的にも現実的にもわずかだが、言

論の性質が科学的定理の発表であれば、現実の聴衆はわずかであっても潜在的聴衆は夥しい。

以上みてきたように、ポズナーの「価値」の見方は極めて独特である。なかでも「真価」の測定にあたる裁判官や立法者の恣意をより少なくさせ、価値を数量化することによって客観的な判断を可能としようとする点は画期的である。また、従来の表現理論が「真価」の序列により保護される表現か否かを決定しようとするのに対し、ポズナーのいう「価値」は「真価」とは無関係であるから、価値の有無によって結論決定的となるわけではない。価値は修正デニス公式の一つの考慮要素にすぎない点も有意である。⁸²

(2) 抑制される言論の量

聴衆の減少量は規制による言論の減少量と相関的である。言論の減少量は規制手段や限界といった規制の性質により画される。規制の性質を検討するさい最も決定的とされてきた区別は、事前の規制か事後の規制かの別であろう。

(A) 規制の方法、射程、範囲

(a) 事前規制と事後規制

事前規制の典型例が検閲である。わが国において検閲は、憲法の明文で絶対的に禁止されている(二一条二項)。事後規制の典型例は刑事罰である。

従来、検閲は刑事罰よりも言論抑圧的であるといわれてきた。本稿の用語でいえば、検閲の方がVの値が大きくなるとみられてきた。たしかに一般的にいえば、市場における自由な交換を一切させない検閲は、言論の聴衆数を激減させる。ところがこの一般論を紋切り型の結論決定的な型版としてはならない。事後規制であっても事前規制と同様に言論抑圧的なこともあるからである。

これに留意しないで、従来の憲法学説はしばしば次のように説いてきた。刑事罰は、兎にも角にもいったん表現が

なされた後に処罰するのであって、そもそも表現自体をさせない検閲よりは言論抑圧的でないのだ。たしかに、刑事罰を恐れぬ向こう見ずな輩にとってはこの理屈が符合する。しかし、刑事罰を恐れる多くのリスク回避者にとっては、納得のいく理屈とはならないだろう。この理屈は刑事罰が表現を抑止するには軽すぎるという前提に立っていることに、論理の脆弱さがみられる。そもそも刑事罰は違法行為を抑止する効果を期待されているはずなのに、兎にも角にも表現できるとはいかなる料簡か。かかる前提に立つことの正当性は説明されていないように思われる。また、視点を実体面から手続面に移し、刑事被告人は行政手続の当事者よりもより充実した手厚い手続保障がなされているから刑事罰は表現抑圧的でない、と苦しむながらも理由づける論者もいるかもしれない。しかし、刑事被告人に厳格な手続的保障が用意されている主たる理由は、刑事罰が峻厳だからである。刑事裁判制度の盲点をつけば罰せられることはいないと想定して、軽々に罪を犯す者はいないだろう。

かかる諸点を考慮すると、刑事罰が事後規制だから表現抑圧的でないとは一概にはいえない。事後規制であっても、聴衆の減少量は事前規制による場合と遜色ないレヴェルに達する可能性もある。ポズナーは、「完全な検閲制度を確立し、検閲をパスした言論・書物は刑事責任を構成しないとすることが、罪に問われるという不安に怯えながら表現をするよりマシかもしれない」⁽⁸³⁾、「実生活において、検閲（広く定義しても狭く定義してもかまわない）が、刑事罰よりも抑圧的であり不合理であると断定することは難しい」⁽⁸⁴⁾、と述べている。

かように、事前規制と事後規制のどちらが表現抑圧的か、すなわち聴衆の減少が大きいかを固定的指標とすることは不合理である。聴衆の減少との関係で、両規制をいかに使い分けるかを考察する方が合理的であろう。規制の使い分けのための可変的ベシックフォームとして、事前規制は聴衆の減少量が大きいのがゆえに忌避されるべきであり、原則として事後規制で対処するのを是とする。そのうえで事後規制が功を奏さない場合には事前規制を採用する。そ

の方が表現抑圧的でない場合があるからである。まず事後規制の限界画定を事前規制採用の是非探究の端緒としよう。表現を事後に規制しようとするとき、通常は損害賠償ではなく刑事罰が念頭におかれる。経済学が分析対象としてきたのは損害賠償形態の事後的制裁であるが、そこで形成されたモデルの要点は刑事罰にも応用可能と思われる。損害賠償に関する経済学的分析の要諦は次のようである。行為者は事故の全損害額に事故の発生率を乗じた額(期待事故費用)ではなく、事故によって自らが被る損害に事故の発生率を乗じた額(期待責任費用)を考慮して行動する。このため、期待事故費用が期待責任費用を上回るとき、事故防止のために支出する金額は過少となる。この場合、事後的制裁は不十分となる。事後規制の限界は、このように潜在的害悪が極めて大きく、もしその害悪が顕在化したなら不法行為者がその損害賠償を完済できないとき(期待事故費用が期待責任費用を遙かに上回るとき)⁸⁵⁾である。

これを刑事制裁についていうと、行為者は犯罪行為により現実に発生する費用ではなく、犯罪行為により自らが被る損害(制裁の重さ)に逮捕される可能性を乗じた費用(期待制裁)を考慮して行動すると考えられる。制裁がいかに重かろうとも、逮捕される可能性がそれをうち消すほどに低ければ期待制裁は小さな値をとり、犯罪行為を自制しようというインセンティブは低くなる。換言すれば、逮捕される可能性が低いため、罪を犯して得られる利益が期待制裁よりも大きくなるのである。このことは制裁の種類が財産刑であつても自由刑であつても同じである。⁸⁶⁾このように期待害悪が期待制裁を大きく上回るとき、事前の規制が意味をもつと思われる。

事後規制が不適とされるのは以下の場合にまとめうる。①期待事故費用(害悪)が期待責任費用(制裁費用)を遙かに凌駕し、②行為者が事後的に損害を填補することが不可能な場合(期待害悪が極めて大きいこと)。

表現行為の事後規制を考えてみると、刑事制裁は期待制裁の低さのゆえに失敗すると思われる。言論のなかには、高度の期待害悪をもっているものもありうる。たとえば、重要な軍事機密や原子爆弾の作成法を広めるごとく。この

種の表現のもつ期待害悪の大きさゆえに、多くの論者は重い刑事罰をもって禁止すべきだと考えるかもしれない。かかる態度でのぞめば、たしかにリスク回避的主体の期待制裁値を上昇させはする。しかしそれが奏功することはないだろう。なぜなら、表現者を特定し逮捕することは混迷を極める場合が多く、期待制裁が通常小さいからである。かつ行為者に制裁を科しても損害を填補できないであろう。かかる言論を刑事罰でもって禁止することになれば、かえってその他の善良な言論が萎縮させられ、言論の量が減少し聴衆量が著しく減少することになる。

事後規制が不適とされる場合、事前の規制の必要性に言及される。事前の規制が許容されるのはいかなる場合だろうか。財やサービスの市場と表現の市場とを比較対照することで、事前の規制の許容条件を浮き彫りにできる。

財やサービスの市場において事前の規制が正当視される事例は、たとえば原子炉を新たに設置するとか新薬を市場に流通させるがごときである。これらの行為が事前の規制を受け、それが正当だと考えられるのはなぜか。それは、流通する物の副作用が重大だと考えられているからであろう。⁽⁸⁷⁾ 電力源として原子炉を設置することは有意義であるが、原子炉の事故により被る潜在的損害は莫大である。同様に、新薬も特定の疾病の治療にとって極めて有益であっても、生命の危険を伴うような重大な悪影響を及ぼす可能性もある。かかる潜在的副作用は、取り返すことのできないほどの費用を生ぜしめるのである。ここに原子炉や新薬が市場に流通する前の事前規制に服する理由が存するのである。

翻って、本、雑誌、新聞あるいは演説が潜在的に重大な副作用をもっているだろうか。仮に副作用といえる害悪があつたとしても、それは取り返しうるものである場合が多い。逆に、膨大な表現物のなかから重大な潜在的副作用をもちうるものを検出しようと努める費用の方が、取り返し不能なコストとなるだろう。

かくして、財の市場とのアナロジーから、市場において流通する物の副作用が(潜在的に)重大であることが、事前規制の許容条件の一要素となるのである。

ここまでを簡単にまとめると次のようになる。表現の事前規制と事後規制とを比較すると、後者の期待制裁が通常小さく、前者の方がより大きなV（聴衆の減少）の値をとる（左辺が大きい値をとるため規制は正当化されにくい）。したがって規制が正当化されるためには事後規制を原則とすべきである。言論の事後規制は、①期待事故費用が期待責任費用（制裁費用）と同等で、かつ、②行為者が事後的に損害を填補することが可能な場合に許容される。言論の事前規制が許容されるのは、①期待事故費用が期待責任費用（制裁費用）を遙かに凌駕するか、または、②行為者が事後的に損害を填補することが不可能な場合であつて、③表現の潜在的な期待害悪（副作用）が非常に大きくかつ膨大な表現物を逐一精査するコストが小さいときである。

(b) 内容規制／時・場所・方法規制

「事前／事後」という規制類型と並んで普及しているのが、内容規制か時・場所・方法規制かという区分である。

ポズナーは、時・場所・方法規制を財の市場における課税（金銭的負担）とのアナロジーで分析して、こういう。思想の公表の制限は、重税賦課と同視できる⁽⁸⁸⁾。財に課税すると需要は減少傾向をみせるが、それでも消費者は税金さえ払えば購入できる。すなわち、表現に時・場所・方法規制（課税）をしても、受領者は受領コストを負担すれば表現を受領できる。内容規制は極めて重い税を課すことであり、受領者がコストを負担できない事態となる。この場合、受領者は特定の内容をもった表現を受け取れなくなる。したがって、内容規制の方がVは大きくなる傾向がある。

時・場所・方法規制は、特定の表現内容を禁止するよりは言論抑圧的でなく、司法審査において緩やかな審査基準に服する、とよくいわれる。その理由は、抑止的な効果が少ないという点に求められているようである。具体的には、時・場所・方法規制は、国家による内容審査にともなう判断過誤の危険を回避できること、規制の範囲が明白となるので過剰規制の危険が減少すること、代替手段が残されていること、等があげられている。しかし、時・場所・方法

規制が常に言論抑圧的でないとはえない⁸⁹⁾。ポズナーは次の例をあげる。「二月二九日以外は政治的な言論をしてはならない」というのは時の規制であるが、言論抑圧の程度は表現内容規制よりも厳しい。また、特定の内容をもった表現に特有の時・場所・方法がありうる、つまり、表現内容と時・場所・方法は相互に関連していることも指摘する。

内容規制と時・場所・方法規制が相互に関連していることに留意すれば、「時・場所・方法規制／内容規制」の区分が、抑止的な効果の多寡を決定するわけではないことに気づく。そこで当該区分を決定的要因としてではなく、結論決定のための一要素として、ポズナーは修正デニス公式のなかに次のように採りいれようとする。

内容規制か内容中立規制のどちらかにより同量の言論抑制をしようとするとき、内容中立的な規制の場合よりも特定の言論をねらい打ちにしている内容規制の方が、一般的には高いVを生みやすい。たとえば、ある規制がすべての政治的言論を一〇%減少させる場合を考えてみよう。すべての政治的言論を一〇%減少させるのであれば、消費者は九〇%であれ言論を受け取ることができ、特定の政治的言論を抑圧すれば、その言論の現実のおよび潜在的聴衆はゼロとなりVが大きくなるのである。⁹⁰⁾ 内容規制と内容中立規制では前者の方がVは大きいと考えられる。

かくして、内容規制はVが大きく、さらには後述のエラーコストが大きくなるため(特定の内容を国家が審査しなければならぬから)、修正デニス公式の左辺が大となる。したがって内容規制を正当化するには、左辺の値をうち消す右辺が必要となる。これに対して時・場所・方法規制はVが小さくエラーコストが小さい(規制の範囲が明白となり、司法的正当化が容易となる)。したがって、時・場所・方法規制は比較的小さな右辺(害悪が小さい場合)で正当化される。

(B) 抑制される言論市場の性質

Vの大小を考察するには、その言論市場の性格も考慮に入れなければならない。ポズナーは次のように説明する。⁹¹⁾ 市場に流通する言論の量は、国家規制がいかなる規制手法にでたかという要素のほか、抑制に対して市場がいかに

反応するかという要素にも依存する。言論の自由の規制は、言論に税を賦課するのと同じように言論市場に影響を及ぼすと先に述べた。需要と供給が弾力的であればあるほど、税は生産量を減少させる⁽⁹²⁾。市場の性質は、当該市場に流通する財の需要と供給の弾力性にみてとれる。

表現の自由を規制(課税)すると供給曲線は左に押しやられ、需要曲線と交わらなくなる危険がある。その結果、規制対象情報は生産されなくなる。また、情報から得られる利益の多くは外部化する(消費者はもとの生産者に対する潜在的競争者となる)ため、供給曲線と需要曲線が交わらなくなり生産がされなくなる危険は、他の市場よりも大きい。供給曲線と需要曲線が交わらないとき、社会的需要曲線は供給曲線の上にあつたとしても、私的需要曲線はどの点においても供給曲線より下にある。主要な利益が外部化されているとき、情報生産にかかるコストを上昇させることは、情報量が社会的最適レベルを下回る危険に拍車をかける⁽⁹³⁾。

以上は供給の側からみた場合である。需要の側からみればどうなるか。情報の需要は高度に弾力的である。特に政治的表現については当てはまる。人々は、一票が選挙結果を左右しないことを熟知しているから、選挙自体の私的価値は小さい。それゆえ、政治情報(消費者にとってはあまたの情報(一種)の代わりに、その他の娯楽情報に価値をおく⁽⁹⁴⁾)。言論市場は規制に対して次のように反応するとまとめられる。消費者(需要)は代替財が存在するために高度に弾力的であり、情報が公共財的性質をもつためにフリーライドしようとする。そのため、表現が規制されると需要は大きく減少する。生産者は情報の外部性を内部化することができず、また消費者はフリーライドしようとしてその選好を正確に顕示しないため、最適量の生産をなしえない。それゆえ表現規制がなされると、情報の生産は大幅に減少することになる。かかる市場の性質のゆえに、Vは規制により大きく減少することが予想される⁽⁹⁵⁾。

(二) エラーコスト (E)

左辺のもう一つの考慮要素である E (エラーコスト) についてみてみよう。

ポズナーは、表現の自由規制において E が高くつきがちである理由として、裁判官や政府等の意思決定者に偏頗性 (中立性の欠如) があることや、年齢層が総じて高いことなどをあげる⁽⁹⁶⁾。また、表現は多様な意味合いをもつため⁽⁹⁷⁾、ある表現が特定の観点から規制対象とされたときは、その表現のもつその他の意味合いをも同時に規制することになる⁽⁹⁸⁾。

先にも述べたように、表現の真価を測定しようとするれば、規制すべきか否かを判断するコストが無限にはねあがる可能性がある⁽⁹⁹⁾とポズナーはみる。そのゆえに真価の測定をすべきではなく、価値を聴衆の減少で測ろうとしたのだ⁽⁹⁹⁾。真価とは異なり、科学的あるいは客観的な事実関係に関する表現の真偽を判断することはできる。たとえば、不老不死の方法を書く本や、公務員の実名をあげて犯罪歴を公表するがごとき雑誌は、比較的容易にその真偽を確かめることができる。真価ではなく真偽の判断には不可避免的に無限のエラーコストが伴うわけではない⁽⁹⁹⁾。

修正デニス公式において、E を考慮することはエラーをなくすためのコストを考慮することと同義ではない。入念でより注意深い手続を通じて誤りを最小化する費用と、それでも生じる誤りの費用の合計が E である⁽¹⁰⁰⁾。E を小さくするということは、この合計を小さくすることである。ある規制によって、規制すべき表現以外をも規制してしまふというエラーコストがあるとき、エラーを最小化する費用が極めて高いならば、合計値を最小にするには、問題となっている規制を温存する選択肢が残される⁽¹⁰⁰⁾。

国家が特定の表現内容を禁止するのではなく、時・場所・方法を選択して規制しているにすぎないならば E は小さいという点は先にも述べた。たとえば、ハード・コア・ポルノを禁止するよりも、わいせつな表現を一定区域に限定する方が E は小さい。もし規制が内容中立的であれば、その表現の真価について国家が判断していないことになり、

Eは小さくなる。Eを最小にするためには、国家が真価を判断しなすむ観点・内容中立規制を選択すべきである。また、かかる規制手段が正当化されやすいのは、Eを最小にできるからである。先にも述べたように、内容規制／時・場所・方法規制の別による聴衆の減少量の大小のみが、正当化の決め手となるわけではない。

修正デニス公式の左辺ではVとEの二要素を計量し、それが規制しないとき現実化する害悪の大きさ(規制の利益)よりも小さければ、表現規制は許容されることになる。

次に修正デニス公式の右辺(表現に由来する害悪の大きさ)の要素をみてみよう。

3 表現規制からえられる利益(表現に由来する害悪)

(一) 害悪発生の可能性(P)

修正デニス公式の右辺は $P \times L / (1+P)$ だった。P (probability)は表現を規制しない場合の害悪発生可能性をあらわしている。まずこの変数Pを検討してみよう。

可能性という要素は、ホームズ裁判官の提唱した明白かつ現在の危険テスト⁽¹⁰⁾に内蔵されている。同テストは、危険が明白になればなるほどPが高くなることを含意しているのである。犯罪の煽動は明白な危険を創出し、ポルノは害悪発生との因果関係が不明瞭であるから明白でない危険を創出する⁽¹⁰⁾という例を、ホームズは念頭においていたのかもしれない。この基本的な着想は、害悪発生可能性が規制の正当性に影響を与えることに配慮した点で、示唆的である。とはいえ、ポズナーからみれば、明白かつ現在の危険テストは十分納得できる公式ではなかった。

ポズナーは明白かつ現在の危険テストに対して、経済学的視点から次の疑義を呈している。同テストは、Pが非常に高くかつn(タイム・スパン)がゼロであるため、Lが割り引かれない事例だけに通用する公式である。Lの値が非常に大きければ、Pの小ささとLの割引を無視できる場合もある。さらに、Pと割引後のLが小さいとしても、Vと

Eの和も小さければ規制は正当化されうる。相関的な要素の一部を取り出したにすぎないホームズの定式は、表現規制の適否を決定する定式としては不十分なのである。⁽¹⁰⁴⁾

明白かつ現在の危険テストが本来のねらい——煽動のテスト——に立ち戻ったのは、ポズナーの疑義からしても当然の事態だった。明白かつ現在の危険テストは、煽動のような害悪発生の高度の蓋然性があり(Pが大きいこと)かつそれが差し迫っている(nがゼロであること)事例に限定して適用されなければならぬ。もつとも、後にポズナーの指摘に従って若干の検討をするように、煽動事例であっても明白かつ現在の危険テストだけでは捕捉しきれない状況がありうる。明白かつ現在の危険テストは限定的通用力しかもたないテストだと考えなければならぬ。⁽¹⁰⁵⁾

ホームズの定式の残り半分(現在の危険)は、二つの意味でデニス公式のPに関係している。

第一、時間をおいて危険が生じるのであれば、思想の自由市場において、言論に含意される事実⁽¹⁰⁶⁾に反する部分を訂正(対抗言論、モア・スピーチ)して危険の現実化を防ぐ時間がある。

第二、危害が遠い将来に惹起するのであれば、反対派が市場におけるモア・スピーチによって戦う以外にも、不確定要因により当該言論は中和されはじめ、現実化しない可能性が高くなる。⁽¹⁰⁷⁾

危険が目前に迫っているならば、モア・スピーチや他の不確定要因は害悪発生可能性を低下せしめないと予想される。このとき害悪発生可能性は高い値を維持する。明白かつ現在の危険は右の二つの要因が作用しえないこと、一言で換言すれば高度の蓋然性を要求しているのである。

(二) 害悪の大きさ(L)

最後に、表現が実際になされたときの害悪の大きさ(L)をみてみよう。

ポズナーが強調する点は、害悪の現在価値への割引という視点である。明日生じる損害と五〇年後に生じる損害と

では前者の方にコストがかかると、大多数の者が考えるだろう。それにも関わらずこの点は、デニス事件において不当にもハンド裁判官によって否定された。暴力的なコミュニストの革命から生じる害悪を現在価値に割り引くことは、われわれをして将来世代の利益に無関心にさせるとの理由からである。⁽¹⁰⁾ ハンド裁判官の分析においてはこの点が決定的だった。いつか起こりうるという可能性のみを斟酌しその時間差を考慮外としたため、革命は二〇年でも五〇年でも一〇〇年でもなく、まるで明日起こるかのようにそのコストを計算されることになるのである。

ポズナーがかくもデニス公式を批判するのは、社会的割引率が私的割引率よりも小さくなるはずだ、との見方によっているからである。将来世代に対して利他的だと感じる限度までしか、現代世代は将来利益を計算しないという事実が私的割引率に反映されるがゆえに、私的割引率は社会的割引率よりも大きくなる。⁽¹¹⁾ 社会的割引率が私的なそれよりも小さいとはいえ、それはゼロではない(ハンド裁判官はゼロだとみているのだろう)。財源があるとして、それを一〇〇年後の武力革命の予防に用いるか、一〇年後に起きる暴動の防止に用いるかと問われたとき、後者に費やすべきだと答えるのが常だろう。ここには正の社会的割引率が含意されている。⁽¹²⁾

仮に社会的割引率が私的割引率と同じだとしても、将来生じる害悪が十分に大きいならば即時に何らかの処置を講ずべきである。この点がデニス事件においてハンド裁判官をして明白かつ現在の危険テストを修正せしめた要点である。つまり、ハンド裁判官は明白かつ現在の危険テストを変容して、生じると予想される害悪が割引を問題とする必要のないほど重大なものであれば、危険が明白かつ現在でなくても規制すべきだ、としたのである。

もっとも、デニス事件以降、とりわけ人種差別団体が白人への差別を続ける国家への報復を主張して起訴された *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 447 (1969) は、害悪が遠い将来生じる場合、割引後の害悪が大きいとしても、⁽¹³⁾ このことが表現抑制の適正な法的基礎とはならないことを明示した。

しかしこのブランデンバーク・ルールは妥当だろうか。同ルールが状況的事実として考慮に入れるのは害悪の切迫性のみである。これでは、害悪はそれほど切迫しているとは言いが、表現が重大な社会的費用を発生させる場合の判断に窮することになる。同ルールによれば、この種の言論を規制する法的基礎が存在しないことになるが、損害発生前に予防策を採ることは必要である。ブランデンバーク・ルールに反し、害悪の重大さを適切に考慮し、それに発生可能性を掛け合わせた期待害悪を算出、導入すべきである。とはいえ、この場合の表現規制は実際には許容され難い。なぜなら P 、 n 、 i の要素により右辺の値は小さくなる場合があるからだ。 L が大きいときでも、 P が小さいあるいは n が大きいときは相殺され、 L が小さいときでも、 P が大きければ右辺の値は大きくなる⁽¹⁴⁾。

ここまでをまとめると、次のようになる。明白かつ現在の危険テストのように、害悪は目前のものでなければならぬわけではなく、デニス公式のように、遠い将来の害悪を明日発生する害悪のように考えなければならぬわけでもなく、また、ブランデンバーク・ルールのように、遠い将来発生する害悪を規制の根拠にできないわけでもない。害悪発生までの時間と現在価値への割引率によりながら害悪の大きさを判断しなければならない。

(70) *United States v. Dennis*, 183 F. 2d 201 (2d Cir. 1950).

(71) このデニス公式は、同じくハンド裁判官が *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947) で示した過失の公式と類似している。

(72) R. A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* at 731 (5th ed. ASPEN, 1998).

(73) B はさらに二つの要素に分解される。Posner, *supra* note 54 at 8.

(74) 一触即発の暴動を煽動することと一〇〇年後の武力革命を唱道することを考えてみよう。煽動や唱道が成功したときの害悪自体は暴動よりも革命の方が甚大だと予想される。しかし暴動と革命が現実を引き起こされる可能性 (P) が同じだとすると、武力革命から生じると予想される害悪は現在価値に割引かれるため、両者はほぼ同じくらいの大さきの期待害悪をもっているといえる。

害悪発生が切迫していれば、 n はゼロであり、 $\lfloor (n+20) \rfloor$ となる。また割引率がゼロであっても同じであることに注意して欲し。5。 *Id.*, at 8-9. 割引の問題については後に詳述する。

(75) *Id.*, at 9.

(76) 表現を類型化して価値序列をつける手法には疑問がある。その最たるは猥褻表現を社会的価値がないか極めて少ないとして、簡単に切り取ることができるか否かである。猥褻表現は理性ではなく感情に訴えるものであるとか、その多くは嫌悪を催すという事実は猥褻表現を切り取る標識にはならない。なぜなら、そのような事実は猥褻表現に特有のものではないうえに、かかる事実からだけでは、その他の多くの表現と区別ができないからである。

(77) Posner, *supra* note 54, at 9.

(78) 地球は公転しているという「真理」は本当に「真理」ではなく、多くの知識ある消費者がその考え方を受け入れている（「買っている」）から「真理」なのである。Posner, *supra* note 72, at 729.

(79) Posner, *supra* note 54, at 8.

(80) 現実のあるいは潜在的聴衆が非常に少ないということは、与えられた情報の直接的・間接的利用が非常に限定されているということの意味する。 *Id.*, at 12.

(81) 市場における聴衆の減少を考察するとき、短期の完全市場が念頭におかれる。つまり、取引費用や時間の概念を捨象し、固定費用は一定と仮定するのである。ところがポズナーによれば、ある種の表現（たとえば、人々の感覚・感情に訴える、または人々を感情的にする表現）の価値は長期的な市場に委ね、規制によってどれほど消費者が減少するかをみるべきだ、という。なぜそうなのか、彼自身の説明はないが、おそらくその種の表現物への選好は、時代や場所により消費者の選好が激しく変化し、また生産要素も変化することを考慮しているであろう。消費者の選好や生産要素が時代や場所により変化することは、短期では変化しない気質や感覚、生産手段のような固定的要素も、長期においては変化することを示している。すなわち、ある表現物の価値は、固定的とみえる要素といえども変化する長期の市場で判断しなければならぬことになるのである。しかし、いかなる要件を充足すればこの種の表現に該当するのか、ポズナー自身の見解は明らかとはいえない。とはいえたしかに、ある種の表現の生産は、長期的な観測をすべき場合がある。たとえば、コペルニクスの理論はその当時は証明されていなかったし、シェイクスピアの作品もその当時は優れたものと認識されていなかった。 *Id.*

- (82) 表現の自由の外部性・公共財的性質を考えれば、規制による聴衆の減少は一般的に大きいといえ、デニス公式の左辺が大きくなる。そのため右辺がそれを上回らない限り規制はできないことになる。すなわち、表現の自由規制が正当化されるためのハードルが高いということであり、表現規制を厳格な審査に服せしめることになる。
- (83) *Id.*, at 13-14.
- (84) *Id.*, at 14.
- (85) 制裁を損害賠償から刑事責任へ変えても問題は解決されない。 *Id.*, at 15.
- (86) R. A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 *Colum. L. Rev.* 1193, 1205-14 (1985).
- (87) Posner, *supra* note 54, at 14-15.
- (88) *Id.*, at 16.
- (89) *Id.*, at 17.
- (90) *Id.*
- (91) ポズナーの言論市場の性質に関する考察は、表現の自由を公共経済学もちいて分析するD・ファバーの説と相通じる。ファバーは上記のことを、情報の公共財的性質と呼んで論じている。経済学において公共財は、通常、消費の非競争性・排除不可能性という性質で語られているところ、ファバーが「公共財的性質」というとき、それは外部性を含んだ意味で用いられている。ポズナー、ファバーが論じるように、言論には外部性があり、代替財の存在することを考えればより弾力的だと考えられる。
- (92) Posner, *supra* note 54, at 19.
- (93) *Id.*, at 20-22.
- (94) *Id.*, at 23. このことは、多くのニュース番組が娯楽的要素とセットにされていることの理由になるかもしれない。
- (95) もっとも一つの政治的情報が特定の観点により抑制されたとしたら、他の代替的政治意見が現れることが考えられる。財の市場において、特定のブランド品が規制されても似て非なるブランドが現れるのと同じである。代替製品が私的にも社会的にも適正なものであれば、観点規制は他の規制よりも害が少ないかもしれない。しかし、代替物の価値は、社会的視点からの方が私的視点からみるより低いのが通常である。たとえば、多くの人々は、一方の極にある政治的思想へのアクセスを禁じられたとしても、そのようなつまらないことは気にもしないだろう。しかし、その思想が良性的思想の源泉であれば、規制に由来する社会的コストは大

さい。長期的視座に立てば、異端視されていた見解が主流を占めることもよくあることである。 *Id.*, at 23-24.

(96) *Id.*, at 24-25.

(97) たとえば芸術的な表現が同時に政治的な表現であることもありうる。

(98) Posner, *supra* note 54, at 26.

(99) *Id.*, at 27.

(100) *Id.*

(101) *Id.*, at 28.

(102) Schenk v. United States, 249 U. S. 47, 52 (1919).

(103) Posner, *supra* note 54, at 29.

(104) *Id.*

(105) 犯罪の煽動とポルノの販売という例は、もし危険が表現受領者ではなく第三者に向けられているならば、デニス公式における P が一般的に大きいことを示している。というのは、表現受領者であれば見ない聞かないなどして危険から自身を守ることができ、第三者はそういうわけにはいかないからである。この種の表現は規制を正当化するような負の外部効果を生じさせているのである。表現の負の外部効果は、猥褻物を広告掲示板等に公然と陳列するという事例を想起すれば、よく理解できるだろう。猥褻物の公然陳列は、当該猥褻物の消費者ではない人々に強い不快感を与える。それはちやうど、公害を生じさせている工場が、当該工場の製品の現実的なあるいは潜在的な契約者でもない者に傷害を与えるのと同じである。何らの予防策も採りようのない第三者に傷害の発生する可能性は、契約当事者よりも高いのである。 *Id.*, at 29-30.

(106) *Id.*, at 31.

(107) *Id.*, at 32.

(108) 害悪発生までの時間の長さにより P の大きさが変化することに加えて、ポズナーは、国民の教育水準や表現者の意図、聴衆の自己利益に訴えかける程度等を、P の大小の検討において考慮に入れるべきことを主張している。 *Id.*, at 32-34.

(109) Dennis, *supra* note 70, at 212.

(110) 個人の効用の最大化行為の集積が即ち社会的最適性（将来世代の利益も含む）というわけではない。この視点は、市場の失敗の

例でも理解される。遠い将来に武力革命が発生すると、将来世代に多大なコストを負担させることになる。将来世代のコスト負担を減少させるためには、現代世代が稀少な資源をあてて、武力革命の煽動を抑制する必要がある。しかしながら、私的利益を追求する者は、現在の資源を遠い将来発生する害悪を抑制するために用いるよりは、現在あるいは近い将来に発生する害悪の阻止のために用いようとするだろう。遠い将来発生する害悪を抑制するのに用いられる資源は、せいぜい残った資源か利他的感情から割り当てられた資源にすぎない。遠い将来発生する害悪は、現在のわれわれにとって、多大な資源を割り当てるほど大きな害悪ではないのである(私的割引率が大きい)。ところが、それだけの資源の割当では、遠い将来発生する害悪の抑止に十分とはいえない。つまり、社会的にみれば少なすぎる資源しか用いないのである(社会的割引率が小さい)。

(11) Posner, *supra* note 54, at 34.

(12) *Id.*

(13) *Id.*, at 35. 阪本昌成教授は、ブランデンバーク・ルールを「明白かつ現在の危険テスト」と「直接煽動テスト」との合成版とみつつ、次のように解説されている。「第一段階では、使用された言葉が、単なる唱道ではなく、違法な行為を直接煽動することに向けられているか、という『直接煽動テスト』を採用する。当該表現がこのテストを満たさない場合には、それは『保護される表現』となる。これに対して、直接に煽動していると認められた場合には、第二段階として、当該事件での表現の文脈からして、切迫した危険をもたらす可能性があるかどうか、問われるのである。これからわかるように、同テストは、言論内容を客観的に検討する第一段テストと、事実状況を検討する第二段テストからなり、『明白かつ現在の危険テスト』の事実依存的弱点をカバーするために考案されたのである」阪本昌成、前掲注(28)、二四―七頁。この解説からもわかるように、ブランデンバーク・ルールにより、第二段テストで切迫性がない(害悪が遠い将来発生する)とされた場合、その害悪が重大であっても規制され得ないことになる。

(14) Posner, *supra* note 54, at 35-36.

おわりに

ポズナーは以上のようにデニス公式を修正し、表現の自由の一般公式をうち立てた。表現規制のさいに考慮すべき要素は、公式のなかに網羅されていると思われる。ポズナーの定式は、精神的自由、特に表現の自由を論じるさいに

必ず説かれてきた人格論に依拠しない。純粹なコスト・ベネフィット分析の見地から表現の自由の限界を画定しようとするのがポズナー理論である。

ただし、全ての要素を網羅しようとして検討すべき項目を羅列したため、当該公式には体系性に欠ける観が否めない⁽¹⁵⁾。また議論が精密でない点多々見受けられ、数々の批判を受けている⁽¹⁶⁾。その批判の多くは公式の各要素をいかにして算出するのかという点に集中している。この種の批判には実証的研究の累積によって応えられるかもしれない。

とはいえ、表現の自由規制にかかわる難題を、諸要素を数値化して電卓で計算するかのごとくに解決できるとは思えない。だがこのポズナーの一般公式を無用の長物として排斥すべきではない。当該公式は表現の自由規制を検討するさいの考慮要素を示す基準（スタンダード）として有益でありうる。大枠を示すにすぎない以上、ポズナーの「定式」の各項は、数量的測定によって確定するのではなく、意味の解釈によって確定するものであり、さらにいえば、解釈によって無限に可変的なのであって、費用と便益の間の不等号も解釈次第でどちらにでも向きうるのである。憲法學とりわけ精神作用が問題となる表現の自由の分野が対象とする現象はこのような『意味の関数』である場合が多いのである⁽¹⁷⁾、との批判ももつともである。

しかしポズナーの定式が「意味の関数」であり、解釈次第でどうにでもなるものであるとしても、解釈學に新たな光を差し込んだ点で評価に値する。経済學的観点からの考察は、無定型な利益考量に指針を与えることができるだろう。なかでも特筆すべきは、Vと害悪の割引である。ポズナーはVを規制により情報を受け取れない、あるいは受け取ろうとしなくなる人の数として数量化し、脱価値的に論じている。これは、価値判断の問題に踏み込むゆえにこれまで回避されてきた領域への分析を可能にしている⁽¹⁸⁾。

将来価値の現在価値への割引も画期的である。従来、時的空間隔と害悪の割引は、明示的には意識されてこなかった。

ポズナーが採用した割引の考え方は、公共経済学で用いられる公共投資の採否を決めるアプローチと同様であり、「割引現在価値基準」と呼ばれる⁽¹¹⁹⁾。

合理人であれば、稀少な資源を何に用いるかを選択し決定するさいに、かかる割引計算を行っているはずだ⁽¹²⁰⁾。かかる現実を法的判断にも反映させるべきであろう。もともと従来、割引という視点は害悪発生可能性のなかで考慮されていたのかもしれない。しかし、害悪発生が確実であっても割引かれる点で、可能性の問題とは区別して考慮しなければならぬ。法的判断のさいに、可能性と区別して現在価値への割引を明示したことは、ポズナーの炯眼だった。表現の自由を分析するさいのポズナーの基本的態度はコストとベネフィットの衡量である。この定式を用いたとき、個別のケースはどのように判断されるか。別稿にて考察対象としたい。

(115) 駒村圭吾「表現の自由の経済学的分析——いわゆる『法と経済学』的手法の憲法学的領域への応用可能性——」(慶應義塾大学新聞研究所年報四〇号、一九九三年) 九二頁。

(116) See Notes; Free Speech and the "Acid Bath": An Evaluation and Critique of Judge Richard Posner's Economic Interpretation of the First Amendment, 87 Michigan L. Rev. 499 (1988). ポズナー理論への批判は稿を改めて検討したい。

(117) 駒村、前掲注(115)、九三頁。

(118) 同九三頁。

(119) 常木淳『公共経済学』(新世社、一九九〇年) 一六九—一七五頁。

(120) たとえば、学生であれば、期末に行われる試験のために、現在の稀少な資源たとえば時間を、試験の重大性を現在の価値に換算して割り当てるがごとく。