

博士論文

カタラクシーの憲法理論：広告、助言と経済秩序を中心に

令和3年5月

井上 嘉仁



## 目 次

序章	1
一 問題状況	1
二 検討対象	2
三 本研究の構成	3
第一章 市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性	
——広告規制を素材に	5
一 はじめに	5
二 市場プロセスと均衡	10
1 現実時間と主観主義	10
2 競争と企業家	17
3 真の不確実性とプロセス的均衡	24
三 カタラクシー的効率性と社会的厚生	27
1 規範基準としての社会的厚生批判	27
2 カタラクシー的効率性	29
3 理想的な制度設定	33
四 創造的発見としての所有権	39
1 労働所有説	39
2 企業家的発見の理論	45
3 小結	49
五 市場プロセスにおける広告の保護	51
1 広告の自由と企業家精神	51
2 広告の規制	54
六 営利的言論理論の批判的検討	65
1 合衆国最高裁判例の傾向	65
2 学説の展開	71
七 小括	84

## 第二章 屋外広告物は表現か財産か

### ——カタラクシーからのアプローチ .....89

一	はじめに	89
二	屋外広告物規制をめぐるロサンゼルス <span>の</span> 紛争	90
1	背景	90
2	裁量の統制	91
3	セントラル・ハドソン・テストの解釈・適用	94
三	屋外広告物規制への表現アプローチ	99
1	事前抑制	99
2	事後規制	102
四	屋外広告物規制への財産アプローチ	106
1	既得権 (Vested Right)	106
2	経済学的分析	108
五	屋外広告物規制とカタラクシー	112
1	カタラクシー的効率性概説	112
2	美観, 公共財, 外部性	116
3	WWR への視座	120
六	小括	123

## 第三章 専門職言論の憲法上の位置づけ

### ——知識コミュニティ理論からのアプローチ .....127

一	はじめに	127
1	問題の所在	127
2	本章の構成	131
二	専門職言論類型の否定	132
1	NFLA 法廷意見——例外該当性否定	132
2	例外該当性への批判	135
3	Casey と専門職言論	137

4 専門職言論類型を否定した場合の処理	139
<b>三 専門職言論類型の肯定</b>	141
1 下級審の展開	141
2 営利的言論アナロジーと修正、拒絶	145
<b>四 知識コミュニティ理論</b>	149
1 知識コミュニティと専門家	149
2 知識コミュニティ理論における専門職言論規制	153
<b>五 小括</b>	158
1 類型化肯定・否定論の距離	158
2 類型化の意義	158

## 第四章 専門職言論と学問の自由

——民主的能力の価値理論と自由論	161
<b>一 はじめに</b>	161
<b>二 学問の自由の民主的価値</b>	162
1 表現の自由の保護範囲と目的	162
2 表現の自由の民主的正統性	164
3 知識の正確さと民主的正統性・民主的能力	167
4 民主的能力と学問の自由	169
<b>三 表現および学問の「自由」</b>	171
1 オーストリア学派の自由論の概略	171
2 知識の生産と自由・競争	174
3 学問の自由と知識の前進・伝達	176
<b>四 知識コミュニティへの尊重</b>	178
1 何が敬讓を生み出すか	178
2 学問の自由と知識の真実性	180
3 学問の自由と知識コミュニティの自律	183
<b>五 知識コミュニティへの規制</b>	186
1 「公共」のための規制	186

2 学問の自由と思想の自由市場論	189
3 制約の正当化論	193
六 小括	196

## 第五章 リバタリアン・パターナリズム論

——自由との両立は可能か	198
一 はじめに	198
二 パターナリズム論の焦点	200
1 パターナリズム論概略	200
2 パターナリズムと合理性	205
三 リバタリアン・パターナリズム論の概要	210
1 リバタリアニズムとパターナリズムの両立	211
2 リバタリアン・パターナリズムの基本的主張	212
3 ヒューリスティクスとバイアス	215
4 リバタリアン・パターナリズムの手段	217
四 リバタリアン・パターナリズム論の批判的検討	220
1 リバタリアンの自由の基礎	220
2 パターナリズムかデバイアスか	223
3 政府の限定合理性と個人の学習能力	225
4 知識の主観性とデフォルト	232
5 その他の批判	237
五 小括	239

## 第六章 憲法学における経済秩序——カタラクシーと法の支配

一 はじめに	242
二 憲法学の想定してきた経済秩序	243
1 憲法における経済秩序	243
2 29条と競争および独禁法	250
3 本章の方向性	256

三 秩序, パタン, 制度	261
1 接近方法	261
2 社会の秩序	263
3 制度・ルールと無知	270
4 秩序, パタン, ルール, 制度の関係	273
四 競争, 自生的秩序, 企業家	279
1 知識の獲得	279
2 競争	284
3 競争と秩序	291
4 ルールの知識と状況の知識	294
5 知識問題, 競争, 企業家精神	296
五 小括——法の支配と経済秩序	300
1 法の支配とカタラクシー	300
2 カタラクシーと法律	304
3 自生的秩序とふるまいのルール	312
終章 社会的正義, 公共の福祉と経済秩序	316
一 本稿を閉じるにあたって	316
二 社会的正義と市場	316
1 競争の反・反倫理性	316
2 社会現象を手なずける	318
3 社会的正義は憲法的価値か	319
4 市場経済にビルトインされた社会的正義	323
5 市場プロセスと社会的正義	325
三 市場競争, 政治的競争, 司法審査	328
1 政治領域における競争	328
2 政治的競争と司法審査	329
3 民主主義的制度の欠点	332

## 序章

### 一 問題状況

“異例な事態は、事の核心をとりわけ決定的に明らかにする”<sup>(1)</sup>。

国家の強制権限は明示的には用いられず、非可視化され、人々の心身へと浸透しているとかつて指摘された<sup>(2)</sup>。これは福祉国家の危険性を指摘するものであったが、安心・安全を提供する非強制的な国家権力の行使にも同様の危険がある。近年の“異例な事態”はこのことを明らかにしたのかもしれない。

もともと福祉国家（社会国家）は、社会を組織化し、秩序を与えることで、支配や搾取から弱者を保護し、諸個人の自由を保障する役割を引き受けるものとして構想された<sup>(3)</sup>。市場経済は見えざる神の手によって自動的に調整されず、市場の失敗を人間が修正することで、個人の実質的自由を保障しようとしたのだ。ここには、誰もその全体を管理していない「市場」システムは、安心でも安全でもないという前提があったと見ることができる<sup>(4)</sup>。福祉国家は国民の国家への依存を生み出しもした。

国家に依存する国民は、国家権力は個人の自由と敵対するものであることを忘却した。

---

(1) カール・シュミット著（田中浩＝原田武雄訳）『政治的なものの概念』（未来社、1970年）30頁参照。シュミットは、現実の闘争においてこそ、友・敵という政治的結束の究極的帰結が露呈するからだという。

(2) 阪本昌成『法の支配 オーストリア学派の自由論と国家論』（勁草書房、2006年）9頁。

(3) ルネ・カピタン（R. Capitant）は、およそ次のようにいう。“人は本来自由だが、その自由は、強者による弱者の支配・搾取を内包する社会によって、いつも脅かされている。国家の任務は、諸個人の自由を保護することにある。そのために、国家は諸個人の自由に秩序をあたえ、公正に支配するのだ”。R. Capitant, *Les traits spécifiques de la démocratie française: conférence de Zurich, le 28 février 1939*, OLIVIER BEAUD, R. CAPITANT, *ÉCRITS D'ENTRE-DEUX-GUERRES (1928-1940)* 382-383 (2004). 樋口陽一『憲法という作為 「人」と「市民」の連環と緊張』（岩波書店、2009年）4頁参照。

(4) 仲正昌樹『いまこそハイエクに学ぶ 「戦略」としての思想史』（春秋社、2020年）33頁。



国民は給付のみならず、安心・安全を提供する役割を国家に大いに期待するようになる<sup>(5)</sup>。

こうした傾向を危険視する論者は、「『安心・安全』などと聞こえのよい伝統的な国家観とも整合しそうな国家目標が大手を振って独り歩き」<sup>(6)</sup>することに警鐘を鳴らす。そして自由を制約するのではなく、「国民への正確で分かりやすい情報提供こそが政府の主任務とされなければならない。その意味では、「安全・安心」や「他人の生命健康」も政府の権限を増大させるために援用されてはならない」<sup>(7)</sup>という。

かかる指摘を真摯に受け止め、自由の保障の意義を根本に立ち返って検討する必要がある。個人の自由あるいは市民社会（市場社会）への国家の積極的な介入あるいは見えにくい浸透圧に対して、市民社会（市場社会）の側から自由論で正対する重要性が増していると思われる。市場への介入は、政府の失敗あるいは制度の失敗を産み出し、個人の自由が損なわれることを懸念しなければならない。

## 二 検討対象

本研究はかかる問題意識のもと、市場プロセスにおける企業家の競争を重視するオーストリア学派の自由論に依拠しつつ、国家の適切な規制権限の範囲について検討する。ここでは、諸個人の諸計画が可能な限り無矛盾で調整されることを求めるカタラクシー概念を分析ツールとして採用する。

かかる検討を基礎として、これまで国家の規制権限が緩やかに正当化されてきた領域である広告、屋外広告物に対する適切な規制のあり方を検討する。また営利的言論と同様に低水準の保護しか受けないと考えられがちな専門家の助言も検討対象とする。そのさい、従来、専門家の助言を表現の自由の保護範囲の中にいかに位置づけるかについて、必ずしも明確に議論されてこなかったことにかんがみ、本研究では専門家の助言を専門職言論として類型化することにまず取り組む。そのうえで、オーストリア学派の自由論をつうじた

---

(5) テロリズムという見えにくい脅威に対して、国家が「安心・安全」を提供するようになり、国家に過剰な役割が期待されているとの指摘がある。棟居快行『『小さな政府』の憲法学』『憲法学の可能性』（信山社、2012年）27頁。

(6) 同 37 頁。

(7) 同 37 頁。

検討をおこない、国家の規制権限はより縮小されなければならないことを示唆する。

また本研究は自由の正当な規制論拠となる可能性のあるソフトなパターンリズムも検討対象とする。ここでは認知心理学および行動経済学の研究結果を応用する手法をとる。

表現規制よりもさらにいっそう、経済規制は緩やかに正当化されやすい。国家の規制権限に疑念を抱く本研究は、カタラクシー概念をもちいて、経済秩序に対する国家介入<sup>(8)</sup>の限界をも検討対象とする<sup>(9)</sup>。

### 三 本研究の構成

以上の検討対象を、本研究は以下の順序で検討していく。

第一章は、オーストリア学派経済学に依拠しながら、国家行為や法制度を評価するための新しい基準としてカタラクシー的効率性を呈示する。かかる基準をもちいて、表現の自由でありながら保障の程度は低いとされる営利的言論（広告）の保護について論じる。

第二章は、広告と同様に表現の自由の保障の範囲内にあるとされながらも、その保護の程度は低いとされてきた屋外広告物規制について検討する。屋外広告物は財産としての側面をもち、その意味で、他の表現形態よりも規制されやすいとされる。しかし、財産権の保障が逆に表現の保障を強化する可能性を示唆する。

第三章は、専門家による助言の憲法上の保護について、知識コミュニティ理論からのアプローチを検討する。専門家の助言は、従来、営利的言論と同様に扱われてきた。しかし、本研究は、専門職言論を類型化し、それに独自の保護を与えるべきことを提唱する。そして、専門職言論の文脈における国家の敬讓という客観法原則を導出する。本

---

(8) 日本国憲法は経済市場の競争秩序に対して中立的ではなく、あるべき公序、あるべき経済秩序という客観法原則によって、営業の自由という主観的権益は制限されていると批判的に指摘するものとして、阪本昌成『基本権クラシック〔第四版〕』（有信堂，2011年）227頁。

(9) 二重の基準論の前提には、表現の自由と同じく前国家的人権だと考えられる経済的自由が、その「社会関連性」を論拠として、「後国家的権利」に分属するという暗黙の共通理解があることを指摘するのは、棟居快行「憲法と経済秩序——解釈理論上の問題の所在」『憲法学の可能性』（信山社，2012年）43頁。

章は、第四章で取り組む分析対象を析出する章に位置づけられる。

第四章は、知識コミュニティ理論が前提としていた学問的知識体系に焦点を当て、学問の自由と専門職言論保障とを重ね合わせながら論じる。学問の自由も表現の自由も統一的自由の体系のなかで整合的に理解されるべきであろう。その観点から、オーストリア学派の自由論を参照し、無知が最大となる知識の最先端でこそ、自由保障が最大化されなければならないだろうことを論じる。

第五章は、リバタリアン・パターナリズム論を検討する。自由を最大限に保障しようとするのがリバタリアニズムである。そのリバタリアンであっても承認する余地がある政府規制がリバタリアン・パターナリズムだと指摘される。本章は、このリバタリアン・パターナリズム論を検証・批判するかたちで、論を進める。実体的判断を個人にゆだねるためのプロセス保障こそ、リバタリアンの見地から求めうる政府の役割であることを示す。

第六章は、表現の自由と比べてより低い保障しか与えられないと考えられている経済的自由について、カタラクシーの観点から検討する。「経済秩序」について、憲法典が明示しているわけではない。この「経済秩序」の意味を明瞭化しなければ、国家による経済市場への干渉を正しく論じることはできない。そこで本章は、社会科学にとっての「秩序」の意義を考察する。ここでは、経済秩序へ干渉する法律の具備すべき属性を、法の支配と関連させながら論じることとなる。

終章では、これまでの検討をふまえ、経済秩序への社会的正義や民主主義の観点からの干渉の正当化は困難であることを指摘する。経済秩序は人の意図によって構築されたものではない自生的なカタラクシーである。正義は人の意図的行為についてあてはまる概念だとすれば、カタラクシーを正義で語ることはできない。民主的決定は経済秩序内に自由な競争を阻害する法的障壁を設置することを許すことになりうると結論する。

## 第一章 市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性

### ——広告規制を素材に

#### 一 はじめに

(1) 「自由は憲法・権利章典・慣習法や制定法の所産ではなかった。それらの文書は、市場経済の機能によって確立された自由を役人が侵害しないように擁護することのみを目的としていた」<sup>(1)</sup>。

オーストリア学派の巨匠L・ミーゼス (Ludwig von Mises) は、つづけていう。

「政府は、その範囲をいわゆる経済的自由の保持に必要な限度にとどめる場合にのみ、自由の保証者であり自由と両立する。市場経済がなければ、憲法や法律のせっかくの規定も死文に終わる」<sup>(2)</sup>。

精神的自由こそ重要で高い価値があり、経済的自由は二次的な重要度しかないと考えてきた法学者は、ミーゼスの指摘を真剣に受け止めるべきである。少なくとも自らの自由論の基礎付けを再確認してみるべきだろう。

ミーゼスの指摘を真剣に受け止めるとき、精神・物質または表現・経済の二分論を前提とし、経済活動への合理的または設計主義的な権力的介入を緩やかに合憲と判断してきた判例および憲法学は、再考されなければならないはずだ。本章は、その大なる目的のため的一步として、オーストリア学派の自由論あるいは経済学の分析ツールであるカタラクシー概念を導入し、表現の自由のカテゴリーに属するとされながら、その完全な保護の必要はないと説かれてきた営利的言論（広告）に関する検討をおこなう。これを通じて、公正な競争のため、あるいは消費者保護のためと称してなされるもろもろの広告規制が、正当な基礎をもっていないことを明らかにする。

(2) 本章の自由論の基礎は、市場における競争・選択のプロセスにある。そのプロセスにおいて、人間は本来、自己の目的を追求する存在であり、自己自身の計画に従って人

---

(1) ルートヴィヒ・フォン・ミーゼス (村田稔雄訳) 『ヒューマン・アクション』(春秋社, 1991年) 310-311頁。

(2) 同 311頁。

生を形成できる限りにおいて、自由であるともいえる<sup>(3)</sup>。このことは、B・マンデヴィル（Bernard Mandeville）が『蜂の寓話 私悪すなわち公益』<sup>(4)</sup>において、個人の悪徳が公共の美德となると述べている、知られてきたことである。

ミーゼスにとって、市場における「人間行為(action)」は、不確実な世界における自律的選択として特徴づけられている。「行為」は、因果的効果によって規定される反動的ないし本能的な行動(behaviour)と峻別されている<sup>(5)</sup>。そのうえで、人間行為の諸法則は、われわれのあらゆる選択を制約する絶対的必然であって、経験から導出されるようなものではないとされる<sup>(6)</sup>。つまり、われわれは自然法則に支配されながら行為決定をおこなうが、それと同様に、経済法則に支配されてもいる、というのである。

法学徒が自由またはそれを阻害する国家行為を考察するとき、諸個人の行為理由を知らねばならない。ミーゼス流に理解すれば、行為理由が経済法則にかなったものであるとき、当該行為者を咎ありと評価することは許されない。この評価はまるで、自然法則に従って、水が高地から窪地へ流れるのを非難するようなものだからだ。

そこで、経済法則について学び、そこから法理論への規範的示唆を受けたいと思うのは自然なことだろう。ところが、その試みを開始するとすぐ、新古典派経済学が主流であることを知る（以下で主流派というとき新古典派を指す）。主流派理論の肝は、完全競争一般均衡の諸仮定<sup>(7)</sup>にある。その完全競争市場モデルは非現実的であるとしばしば批判される。主流派は、しかし、モデルがいかに非現実的であったとしても、そこから導出される理

---

(3) 同 312 頁。

(4) B・マンデヴィル『蜂の寓話 私悪すなわち公益』（法政大学出版局，1985年）参照。ノーマン・バリー（足立幸男監訳）『自由の正当性——古典的自由主義とリバタリアニズム——〔オンデマンド版〕』（木鐸社，2004年）90頁も同様の指摘をする。

(5) ミーゼス・前掲注(1)84頁。

(6) バリー・前掲注(4)82頁。

(7) 市場における行為主体は、「完全な知識」、「価格受容者（プライス・テイカー）」、「他の事情は一定」、などである。

論が説明にとって有意であれば問題はないという<sup>(8)</sup>。

しかし、現実からの捨象を誤れば、人間行為の現象を正しくトレースすることは叶うまい。主流派のモデルにおいては、個人の意思決定は自己利益または効用の最大化問題に限定された閉鎖的構造となっている。すなわち、モデル内での選択対象は限定され、ランク付けされ、取引価格は予定されており、所与の資源配分および予算状態から出発し、予想外の変化はない（他の事情にして一定の）まま終了する。このモデルの想定する個人は、まるでプログラムされたかのように「選択」する。しかしそれは、実のところ「選択」ではない。敷かれたレールを走るだけの機械人間の行動である。そこには想像、大胆さ、驚きといった人間社会における現実味など入り込む余地がない。

主流派モデル内の「選択」は、現実の人間の「選択」とは決定的に乖離しているのである<sup>(9)</sup>。どの目的が重要で、どの資源が有用なのかを、意思決定者が決定することこそ、人間行為の核心である。しかも現在の決定は、将来の状態と連続しており、そしてその将来を事前には知ることはできないのである。すべてを知りえず、予想外の変化の生ずることを受け入れれば、すべて予定されている主流派モデルとは正反対に、変化に対して開かれた構造をもった理論が要求される。

(3) このことを力強く主張してきたのが、オーストリア学派経済学である。オーストリア学派経済学と新古典派経済学は、人間が目的を達成するために合理的に行動しようとする点までは同じである。しかし、オーストリア学派は、人間行為は常に時間のなかにあり、現在における限定された知識と、将来における全面的な無知という条件の下で生起すると考える。それゆえ、一般均衡、完全情報、あるいは合理的無知といった主流

---

(8) 尾近裕幸＝橋本努編『オーストリア学派の経済学 体系的序説』（日本経済評論社、2003年）251頁。自然科学における真空状態の仮定が非現実的な仮定であるのが問題とならないのと同じである、といわれる。

(9) ISRAEL M. KIRZNER, HOW MARKETS WORK: DISEQUILIBRIUM, ENTREPRENEURSHIP AND DISCOVERY 25-27 (1997). [訳書] I・M・カーズナー（西岡幹雄＝谷村智輝訳）『企業家と市場とはなにか』（日本経済評論社、2001年）35-38頁。

派の分析モデルは、全面的にではないにしても拒否されることになる<sup>(10)</sup>。

オーストリア学派の主張の諸特徴<sup>(11)</sup>は、(a)主観主義、(b)方法論的個人主義、(c)動的プロセスの強調とまとめることができる<sup>(12)</sup>。

この学派のように、時間と無知とを真剣に考慮すれば、主流派経済学のような均衡「状態」の理論ではなく、均衡「プロセス」の理論が、研究対象とならなければならない<sup>(13)</sup>。

かかる研究を進めてきたオーストリア学派の代表的論客は、古くはC・メンガー (Carl Menger)、E・ベーム＝バヴェルク (Eugen von Bohm-Bawerk) に始まり、アメリカに渡ったミーゼス、F・A・ハイエク (Friedrich A. Hayek)、そして彼らの影響を強く受けたM・N・ロスバード (Murray N. Rothbard)、I・M・カーズナー (Israel M. Kirzner)、L・M・ラックマン (Ludwig M. Lachmann)、G・P・オドリスコル (Gerald P. O' Driscoll)、M・J・リッツォ (Mario J. Rizzo)、R・E・コーデイトウ (Roy E. Cordato) などである。本章は、彼らの思想から大きな影響を受けている。

(4) この影響のもと、本章はおもに次のことを主張する。

(ア) 広告が保護されねばならないのは、企業家精神の発揮だからである。

企業家精神の発揮ならば、なぜ保護されなければならないのか、という問に対しては次のように答える。

(イ) 企業家精神は、現実時間における知識問題を緩和する行為を機敏に行うからであ

---

(10) カレン・I・ヴォーン (渡部茂＝中島正人訳) 『オーストリア経済学——アメリカにおけるその発展——』 (学文社、2000年) 225頁。

(11) 列記すれば、①主観主義、②方法論的個人主義、③知識の不完全性の仮定、④時間の概念の強調、⑤プロセスの重視、⑥進化論的アプローチ、⑦複雑現象の科学等があげられるそれぞれは相互に関連した特徴である。中村秀一「制度とルール of 『進化』——新オーストリア学派の視座から——」日本経済政策学界編『国際化時代の経済ルール——日本経済政策学会年報 XLIV——』 (勁草書房、1996年) 60頁。

(12) ISRAEL M. KIRZNER, THE MEANING OF MARKET PROCESS 192 (1992).

(13) ジェラルド・P・オドリスコル Jr. = マリオ・J・リッツォ (橋本努＝井上匡子＝橋本千津子訳) 『時間と無知の経済学 ネオ・オーストリア学派宣言』 (勁草書房、1999年) 11頁。

る。

知識問題とはなにか、と聞かれれば次のように回答するだろう。

(ウ) 社会に分散された各主体の知識は、中央政府によって管理することはできず、市場プロセス（市場がプロセスであるということではなく、市場が内包する選択・競争・交換のプロセスをさす）においてのみ、うまく利用できる。知識問題のゆえに、各人の具体的計画を国家が調整することはできないのである。

では国家は何をすべきなのか。

(エ) 国家がすべきことは、各人の行為計画の遂行が無矛盾におこなえるように法制度を設計することである。この計画調整の促進程度を、カタラクシー的効率性とよぶ。知識問題の緩和に役立つ制度は、カタラクシー的効率性基準で測定されるのである。

広告規制はカタラクシー的効率性を増進しないのか。

(オ) 企業家が広告をおこなえば、あらたな利潤機会が創出され、各人の行為計画は再調整される。つまり、広告を認める法制度は、カタラクシー的効率性を増進させるのである。それゆえ、広告は保護されなければならない。

なるほど、しかし、すべての広告がカタラクシー的効率性を増進するのか。

(カ) 広告がカタラクシー的効率性を低下させるならば、規制されなければならない。虚偽広告にみられるような、財物の交換結果が知識状態を反映しない傾向を助長する場合は、その意味で規制されるべきだろう。

(5) 本章の以上の主張を展開するうえで、オーストリア学派の基本的な思想を説明しておく方が便宜である。とはいえ、すでにオーストリア学派の体系的理解に有益な先行業績が、高名な研究者によりいくつも公表されており、詳細はそちらを参考願う。本章はそのエッセンスに限定しつつも、本章の主張を理解する一助となることを願って、オーストリア学派の基本思想をやや詳細に紹介する。

そのため、まず二をオーストリア学派の基礎的枠組みの解説にあてる。三ではオーストリア学派の視点から社会的厚生基準を再考し、カタラクシー的効率性という基準を採用することを述べる。そしてその基準を法的判断基準として採用する。四では、カタラクシー的効率性を増進させるための制度的基礎として所有権の設定が重要であること、そのための倫理的基礎理論として、自己所有権テーゼを採用することを主張する。五では、ここまで検討してきた基礎的枠組みをあてはめ、広告の果たす役割や性質を再考し、その規制のあり方を検討する。六では、従来展開されてきた営利的言論理論を批判的に検討すること



で、本章の主張を確認することを目的とする。

以上、二から六を通して、本章は、オーストリア学派の主張の憲法学における有用性を主張することをひとつの目的としている。オーストリア学派は主流派経済学との対決のなかで力強く展開されてきたため、本章においても主流派経済学批判という手順を踏むことが多い。しかし本章の目的はあくまでオーストリア学派の知見を憲法学に導入することであり、主流派経済学を批判することにあるわけではない。主流派批判という観点からは物足りない論述となっていると思われるが、本章の力点は別のところにある。また理論的再構築の扉を開くにとどまり、具体的事例による検証作業にまで論及できていない。この点は本章の限界である。

このように、本章は総論的な研究にとどまり、その射程も理論的な示唆を与えることに限定されている。しかし、次節からの展開が、多少なりとも憲法学の理論的枠組みに示唆的であれば、本懐を遂げたといってよい。

## 二 市場プロセスと均衡

### 1 現実時間と主観主義

#### (一) 現実時間と無知

##### (1) 現実時間

人間は目的を達成するために手段を選ぶ。そのための計画を練る。その思い描いた計画に従って、行為は実行される。計画は常に時間のなかで実行に移される。

ここで流れているのは現実の時間<sup>(14)</sup>である。現実の時間が重要なのは、計画した行為を実行するさい、新しい経験をえるからである。新たな経験は、必ず新規の知識を生み出す。ラックマンがいうように、時間の経過を認めることは、知識の変化を認めることなのである。新しい知識は、行為計画の変更を余儀なくする<sup>(15)</sup>。また、ある計画は他者の計画から影響を受ける。

---

(14) 現実の時間は、三つの特徴でまとめることができる。すなわち①動態的連続性、②不均質性、③因果効力である。③から競争プロセスが発見の手続であることが帰結される。オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)72頁、74-75頁。尾近＝橋本・前掲注(8)208-210頁。

(15) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)77頁。

時間の経過は、他者の計画についてより多くを学ぶことも意味する。その学習によって、私の手段一目的枠組みは再構成され、行為計画は更新されていく。現実の時間は、行為計画の変更を推し進める要因となっており、後にみるプロセスを作動させていくのである。

この現実時間を重視して、ある法規制の憲法適合性を考察すれば、特定の目的と手段を人々に押しつける法規制には警戒的でなければならないことがわかる。なぜなら、人々をある目的・手段へと強制する法律は、時間の経過のなかで、手段一目的枠組みを自己の計画に沿うよう変更する個人の自由を奪うからである。自己の計画について、当の本人しか知りえないという後述の知識問題を加味すれば、法律による特定目的・手段の強制には、なおさら猜疑心をもたねばならない。

## (2) 無知

現実の時間のなかで、個人の選択が予定されたものではないという意味で自律的であるということは、選択による将来の結果を完全には予測することができないことを意味する。それは単に知られていないのではなく、知りえないのである。時間の経過は、非決定論的に、まったくの未知を生み出す創造的プロセスを作動させるのである<sup>(16)</sup>。

かかる創造的プロセスでは、新規さや驚きという観念が立ち現れ、人間行為は躍動し始める。予想できない新たな経験が新たな知識をもたらし、他者の振舞に依存する行為計画は不完全な知識でしかなしえず、その帰結は予想しえない経路を辿るだろう。人が無知であり、現実が極めて不安定・不均衡であることのゆえに、人はルールに従う行動をとり、または社会的レベルでは、諸制度が発展するのである（制度については後述）<sup>(17)</sup>。

## (二) 主観主義と知識

### (1) 主観化された情報

《情報の流通によってわれわれの知識は豊かになり、無知は克服できるだろう》との考

---

(16) 同 75 頁。カーズナーが「発見」という観点を強調するとき、あたかも発見されるべき「未知が存在」しているような印象を与える。カーズナーが、発見を創造的に理解していることは、四でみる。

(17) 同 9 頁。

えは、すべての主体に共通の知的基盤が形成されるかのように錯覚している。これは不正確である。

ある情報（データ）が、私によって知得されたとき、私のこれまでの経験の記憶というフィルターを通して理解され、行為決定のための知識として利用される。外在的なデータは必ず一度すべての主体の個体内的作用を経て理解され、ある行為として表出されるのである。したがって、人間行為は外部の客観的現象によって決定されることはないのである。

たしかに外部的な現象は、発見の促進、期待形成等に影響を与える。しかし人びとが信じ、期待し、そして知っていることは、外在的現象によって決定されるのではない。物理現象によって大きく影響され、ときには感化されているのは事実だが、状況によって決定されることはないのである<sup>(18)</sup>。このような、人間精神の特徴を主観主義という。

この洞察からえられる分析視点は、市場が生み出すすべての帰結は、諸個人の選択行為によって説明されるべきだ、ということである。これは方法論的個人主義とも密接に関連する視座である。

主観主義を徹底していけば、主流派理論の鍵概念である「均衡状態」はおろか「均衡への傾向」の存在も疑わしくなる<sup>(19)</sup>。なぜなら、意思決定は、現実の時間のなかで学習されてきた事柄に応じて変更され、非決定論的に、予期しない仕方で変化するからである。

## (2) 知識の発見プロセスとしての市場

---

(18) ISRAEL. M. KIRZNER, THE DRIVING FORCE OF THE MARKET: ESSAYS IN AUSTRIAN ECONOMICS 55-56 (2000).

(19) カーズナーは、誤りは企業家によって機敏に「発見」され、均衡化傾向が現れるだろうと期待する。「発見」という語は、発見されるべき何かが既に存在しているように受けとられがちである。しかし、各人は、将来の状態をその意味で予測したり発見したりするのではない。将来はいまだ存在しないのであるから、将来は創られなければならないのである。尾近＝橋本・前掲注(8)203, 258頁。

知識は主観主義的に理解され、間主観的に解釈・認知・保持された情報である<sup>(20)</sup>。

かく理解された知識は、価格システムであれ他の制度であれ、正確に伝達され共有されることはない。知識は各人の生活のコンテクストにしたがって、主観化されて理解される。市場における選択プロセスは、そうした分散した知識を有効利用する仕組みを提供しているのである<sup>(21)</sup>。

市場プロセスのメリットは、中央集権的な方法では決して集めることも伝達することもできないような新しい情報を明るみに出すことにある<sup>(22)</sup>。この主張は、社会主義計画経済を批判する文脈で登場したが、主流派経済学に立脚する厚生経済学への批判にもなっている。

主流派によると、国家による規制は、完全競争一般均衡状態を規範基準とし、それに近づけるよう現実の市場を誘導していくものだとされる。

しかしそうした政策を実施しようとするれば、当局はその均衡解は何であるかに関する知識を獲得しなければならない。無数の頭脳に分散されている知識を収集し、管理・統御することは原理的に不可能である。仮に可能であるとしても、それは大衆を一握りの頭脳に隷従させる危険を生み出すだろう<sup>(23)</sup>。知識は集中され、もしくは統合された形で存在する

---

(20) 同 199, 216-220 頁。知識の特徴は①私的で、②経験的で、③ときおり暗黙的で、④すべてが価格シグナルからえられるわけではなく、⑤しばしば驚きをともなう、とまとめられる。オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)119-20 頁。

(21) 尾近＝橋本・前掲注(8)206 頁。時間の推移にともない知識は変化する。それにあわせて、各人の行為計画も修正されていく。そのさい、誤った行為計画が実行されることは十分にありうる。それは誤った情報として、価格システムにシグナル化される。そこに生じる矛盾や不調性を企業家は発見するだろう。オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)47-48, 117 頁。

(22) 中村秀一「モダン・オーストリアンの市場プロセス・アプローチ——『カタラクシー的効率』の概念をめぐって——」日本経済政策学界編『日本の社会経済システム 21 世紀に向けての展望——日本経済政策学会年報 XLII ——』(勁草書房, 1994 年) 102 頁。

(23) 片山博文『自由市場とコモンズ——環境財政論序説——』(時潮社, 2008 年) 71, 92 頁。

ことは決してなく、むしろすべての個々別々の個人がもっている、不完全でかつしばしば相互に矛盾する知識の断片としてのみ存在するのである（知識の分業，division of knowledge）<sup>(24)</sup>。分散した知識は、市場における諸個人の選択プロセスによってはじめて利用可能になるのである。

ゆえに、完全競争一般均衡状態を規範的基準として評価することは、まったくの的外れであることがわかる。社会的厚生なるものは、現実の市場プロセスにおいて知識の発見と利用をどれだけ促進するかという基準によって、評価されるべきなのである（三で述べる）<sup>(25)</sup>。ハイエクはこのプロセスを知識の発見プロセスと表したのだった。

### （三） 発見，学習，成長

現実時間の流れのなかで、知識は絶えず変化するのであるから、知識は何かの関数ではありえない<sup>(26)</sup>。時間の経過はまったく新しい知識をもたらすのである。したがって、財の消費量と満足度の数値関係を示す効用関数にそって選択する個人という想定もナンセンスとなる。というのも、効用関数において、効用は既に順序づけられて与えられている。しかし「選択」とは、まさにその効用の順序づけをなすことである。効用関数が明らかなどころでは、選択行為はすでに終わっているのである。この意味で、個人が自由意思によって選択する行為は、自らの欲求を順序づけて選択行為に「変換」することであるといえる<sup>(27)</sup>。

この選択行為は、各人の行為計画にもとづく実践であるが、計画は不確実な未来へ向けての行為であるから、誤りを犯す可能性がある。ここで生じる企業家的失敗は企業家的成功とおなじくらい、諸個人に情報をもたらす（企業家については後述）。諸個人はそれを学習し、次の行為を決定する。その試行錯誤のプロセスは、市場参加者に情報をもたらし、

---

(24) F・ハイエク（嘉治元郎＝嘉治佐代訳）『個人主義と経済秩序〔新版〕』（春秋社，2008年）110頁。片山・前掲注(23)90-92頁。

(25) ヴォーン・前掲注(10)73頁。中村・前掲注(22)102頁。ハイエク・前掲注(24)109-110頁。

(26) ヴォーン・前掲注(10)148頁。片山・前掲注(23)90頁。

(27) 尾近＝橋本・前掲注(8)206-207頁。

学習を引き起こし、知識を拡散させるのである<sup>(28)</sup>。

学習の真髄は、一定の問題の立て方を理解することであり、問題を立てる能力を身につけることによって、別の類似問題に対処する能力をもつことでもある。ある利潤機会を発見することは、その問題状況について学習することにつながる。その学習を通して、当初の計画がうまくいっていないことを察知し、計画を修正して、新しい計画を素早く立てることができるか否かが、優れた企業家か否かを分けるのである。行為しながら必要な情報を収集・改訂していく行為の理論のことを、D・A・ハーパー (David A. Harper) は「知識の成長理論」と呼んでいる<sup>(29)</sup>。

#### (四) 知識と制度

##### (1) 制度

ここまで、「制度」の語を漠然と使用してきたが、ここでその定義について、ふれておこう。周知のように、「制度」の定義自体が論争的である。ここでその論争を探求する余裕はないので、ひとまずダグラス・C・ノース (Douglass C. North) の示した定義によっておこう。すなわち制度とは「社会におけるゲームのルールである。あるいはより形式的に言えば、それは人々によって考案された制約であり、人々の相互作用を形作る。したがって、制度は、政治的、社会的、あるいは経済的、いずれであれ、人々の交換におけるインセンティブ構造を与える」<sup>(30)</sup>。この定義は、方法論的個人主義と整合的であり、本章の目的にとっても十分な定義であると思われる<sup>(31)</sup>。もっとも、「人々によって考案された」

---

(28) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)14頁。ヴォーン・前掲注(10)237頁。

(29) 尾近＝橋本・前掲注(8)204, 281頁。

(30) ダグラス・C・ノース (竹下公視訳)『制度・制度変化・経済成果』(晃洋書房, 1994年) 3頁。制度なる用語は非常に多義的に用いられてきた。盛山和夫は「われわれは日々制度と共に生活している。家族、定期券、電車、大学、電話、郵便、電子メール、会議、授業、あるいは法、規範、慣習など、一つとして制度的でないものはない」(盛山和夫『制度論の構図』(創文社, 1995年) 3-4頁)と述べている。

(31) 河野勝『社会科学の理論とモデル 12 制度』(東京大学出版会, 2002年) 14-15頁。

建林正彦＝曾我謙悟＝待鳥聡史『比較政治制度論』(有斐閣アルマ, 2008年) 42-44頁。

という部分を設計主義的に理解してはならない。制度を制度として認識できるのは人間以外いないというほどの意味である<sup>(32)</sup>。

またある論者が、「制度はルールの上である」<sup>(33)</sup>と述べたのは、ノースの定義と合致しているだろう。本章でも制度とルールをこのように理解し、議論を展開していく。

## (2) 制度の知識

知識が主観的であり、それが現実時間のなかで不確実性を生みだしているということは、確率論的な不確実性とはまるで意味が異なる。無知は確率分布の存在に置きかえられないからである。また、不完全な知識状態とみなすこともできない。知識における不完全さは、パラメータ的なものではないのだ。そうではなくて、不確実性に対処しようとして企てられた活動そのものによって、不確実性がたえず生み出される構造なのである。つまり知識の不完全さは構造的なものなのである。

だからといって、知識がまったく伝達不可能で、行為予測の役に立たないわけではない。価格システムが、知識を伝達するひとつのシステムである。そしてもう一つの、そしてわれわれの分析的視点からより重要なものは制度である<sup>(34)</sup>。われわれが制度に従うのは無知の産物である。

時間のなかで完全に開かれたプロセスが、主観主義的意味領域において真の不確実性に包まれているとき、そこにある程度の安定をもたらすのは、(法的・政策的)制度である。制度は、人間の行為を一定の方向に導く「方向付けの装置」として機能する。制度は、他人の行為に対する予想をある程度まで可能にし、市場プロセスにおける複雑な依存状態にある諸個人の行為を、カオスから救い出しているのである<sup>(35)</sup>。

要するに、法を含めた制度は、行動のための安全な領域を提供している。不確実性は諸個人にルールに従うことを促す。ルールに従う行動は、制度を発展させる。発展した制度はルールの上となり、相互行為の安定した類型を提供し、システムの無限定性を減少させ

---

(32) 河野・前掲注(31)9頁。

(33) 中村・前掲注(11)60-61頁。

(34) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)47頁。

(35) 尾近＝橋本・前掲注(8)259頁。

るのである<sup>(36)</sup>。

制度を記述的にみれば、定型的な行為のパタン（類型）といえる。それは、他者の行為をあてにできるという知識を与えてくれる<sup>(37)</sup>。そのなかでとりわけ重要なのは、契約に関するものと私的所有に関するものである。これらの制度がなければ、価格システムも市場プロセスも、非常に限定された働きしかしないことが予想される<sup>(38)</sup>。所有と交換について行為類型ができあがったところでは、各行為者の行為はルーティン的に反復されることが期待でき、その定型的なパタンから他者の行為に関する安定した知識を利用することができるようになる。

もつとも、具体的な諸個人の行為を、完全に予想することはできない。とりわけ制度がインフォーマルなものにとどまるとき、多くの人びとが同様の繰り返しの反応を示しているというパタンとしてしか予想できない点には、注意が必要である。

うまく機能する制度というのは、人びとの行為をパタン化するのに成功しているかどうかにかかわる。このパタン化のことをパタン均衡または計画調整としての均衡という。

以上みてきた現実時間と主観主義の観念は、人間社会の壮大な仕掛けを回す時計であるといってもよい。今や動きだした対象世界は、行き着く場所をしらないプロセスとしてのみ把握できる。そして諸個人は、対象世界のなかで、制度をよりどころとしながら、限られた知識を生かして手段一目的枠組みを絶えず調整し、行為決定を繰り返す。このことを、節を改めて検討しよう。

## 2 競争と企業家

### (一) 競争の二つの意味

#### (1) 状態としての競争——完全競争の幻想

市場における選択プロセスでは、競争が不可欠の重要性をもつ。ここで、競争と聞いて、「弱肉強食」、「適者生存」という四字熟語を直ちに想起したとすれば、その競争の意味するところは生物学的競争である。社会的競争は決してゼロサムゲームではない。生物学

---

(36) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)12-13頁。

(37) 尾近＝橋本・前掲注(8)205頁。オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)48-49頁。

(38) 尾近＝橋本・前掲注(8)219頁。



的競争の敗者は絶滅させられるだろうが、社会的競争の敗者は、業績からみて妥当な地位へ移行させられるにすぎない<sup>(39)</sup>。ミーゼスによれば、市場社会が他の社会よりもすぐれている理由は、社会的利害調整が、自由な人間の行為を通じてなされていくという点にある。また市場競争はたえざる不確実性をもたらすが、他方では人びとの生活を向上させる。生物学的競争と異なり、淘汰をうみださず、原理的には、人びとの間の協業関係を維持することができる<sup>(40)</sup>、という。

競争を社会的競争（市場競争）と捉えたとき、われわれは相反する二つの意味で「競争」という用語が使用されていることにとまどう。「競争の意味」<sup>(41)</sup>というハイエクの洞察力にあふれる先駆的業績は、この二つの概念、すなわちプロセスとしての競争と、プロセスの結果的状态としての競争が、明確に記されていた<sup>(42)</sup>。

後者の競争は、競争的行為が期待される物事の状態であるとか、競争的行為の結果としての物事の状態を意味し、主流派経済学の完全競争一般均衡モデルの採用する見方である。そしてそのような状態では、既に多数の競争的参加者が参入しているので、追加的参入のための空間が残されていないことを意味するようになる<sup>(43)</sup>。なぜなら、仮に新規参入が魅力的だとすれば、それは完全競争が実現していなかったことになるからである。

完全競争モデルにおいては、均衡状態にたどり着くまでのプロセスは無視され、均衡点における競争状態のみに焦点があてられた。完全競争がこのプロセスをまったく無視してきたことは、ハイエク以来、広く認識されてきた<sup>(44)</sup>。完全競争の理論は、分析対象である現実を否定したうえでの拙い予想理論であり、規範分析において支持できないものとなっていると、今日では広く批判されている<sup>(45)</sup>。

---

(39) ミーゼス・前掲注(1)299頁。

(40) 尾近＝橋本・前掲注(8)254頁。

(41) ハイエク・前掲注(24)129-147頁。

(42) アダム・スミスが意図した競争は、「状態」ではなく「プロセス」だったのだと指摘されることもある。ISRAEL. M. KIRZNER, COMPETITION AND ENTREPRENEURSHIP 90-91 (1973).

(43) *Id.* at 28.

(44) *Id.* at 93.

(45) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)113-14, 128頁。

## (2) プロセスとしての競争——発見の過程

では、競争をプロセスとして捉えたとき、その競争のもつ意味とはなにか。競争しなくても同じくらい良い物を、同じくらい安く入手できるのならば、競争は全くの浪費・無駄であるに違いない。そうでないならば、競争は独自のメリットを生みだしているはずである。

競争の意味は、見過ごされてきた利潤機会を発見することにある。競争は均衡点において予定されている状態ではない。競争が推奨されるのは、それがわれわれの予想を実現するからではなく、われわれの予想しなかったことをなすからである<sup>(46)</sup>。つまり、競争によって新たな、誰も予想しなかった何かが発見されるのである。

先述したように、現実の時間は流れている。そこで生まれる新たな驚きと不確実性の経験は、市場プロセスを通して、市場参加者に獲得されていく。市場における情報を学習し正しく評価し、機敏に反応してライバルを出し抜くことが、競争の本質である。かかる機敏に反応する市場参加者を企業家という。すべての人は潜在的に企業家的であり、企業家の行為は本質的に競争的であるといえる<sup>(47)</sup>。企業家と競争的市場プロセスは不可分の関係にあるのだ。

## (二) 企業家と企業家精神

### (1) 企業家

現実の時間は不確実性を生み出しながら流れていくので、あらゆる行為は投機的である。時間の生み出す市場データの変化に対応する行為者を企業家という。状況の変化への対応速度は同じではない。ペースメーカーになる者とその模倣者が存在する。そのどちらも企業家である<sup>(48)</sup>。最初の創造的なパイオニアが市場プロセスにもたらした優れた要素を、創造性に劣る模倣者が利用し、保持し、拡散するのが、市場プロセスなのである<sup>(49)</sup>。

---

(46) 同 128-29 頁。

(47) KIRZNER, *supra* note 42, at 13-17.

(48) ミーゼス・前掲注(1)278-281 頁。

(49) 尾近＝橋本・前掲注(8)259 頁。

カーズナーは企業家理論を発展させ、主流派経済学の説明に欠けていた均衡までのプロセスを説明する概念として構成している。すなわち、市場における間違っただ情報にもとづいた間違っただ判断が、利潤機会を創出し、企業家がそれを発見し、ギャップを埋めるよう行動する。その絶えざる企業家的行為によって、均衡化への傾向が生じるというのがカーズナーの見立てである<sup>(50)</sup>。

## (2) 機敏性

企業家が未開発の機会を発見する能力は、機敏（敏捷）性（企業家精神）とよばれている。人びとが機敏であるとは、何が自己の利益となるかに注意を払う傾向があるという意味である<sup>(51)</sup>。

企業家的要素がなければ、市場プロセスは新しい情報を参加者に伝達できないだろうし、変化した状況に相応しく手段一目的の枠組みを修正することもできなくなるだろう。現実の市場では、誰もが企業家であり、企業家的機敏性が変化を発見すると同時に、変化を生

---

(50) シュンペーターは均衡状態を想定して、それを攪乱する要因として企業家を位置づけた（創造的破壊）。カーズナーが均衡へ向かう傾向を説明する概念として企業家を構成したのは逆の関係になっている。KIRZNER, *supra* note 42, at 41-43. ヴォーン・前掲注(10)195頁。

(51) KIRZNER, *supra* note 42, at 33-35. ヴォーン・前掲注(10)197頁。企業家論は数多く展開されているが、企業家的な機敏性は、鞘取り（裁定）、投機、革新という三つの特徴からなっているといわれる。驚きをとまなわない発見は、機敏性のはたらきではない。たとえば、知らない単語を辞書で引いて意味を「発見」する行為は、企業家的機敏性の表れではない。KIRZNER, *supra* note 12, at 218. 尾近＝橋本・前掲注(8)255-256頁。

みだしているのである<sup>(52)</sup>。これがまさに市場を動かす力となっているのである<sup>(53)</sup>。

企業家の利潤獲得行為の意図せざる結果として、市場は均衡へと近づくという説明には信憑性がある<sup>(54)</sup>。

企業家的機敏性は、市場システム不可避免的に生じる時間と無知から内生する利潤機会のみならず、市場システム外在的なショックにいち早く反応するという意味でも有意である。

### (3) 企業家的誤り

企業家として無知の影響から免れているわけではない。先を見通そうとする機敏性を発揮しても、本来的に不確実な将来を的確に予測することは不可能だからである。

カーズナーはいう。かかる企業家的誤りは、価格システムによって誤ったシグナルとして発信される。その誤りは他の機敏な企業家によって発見されるべき新たな利潤機会となる。その意味で、知識は十分ではないが、無知はまったく克服できないわけではない。誤りに誤りが重なり連鎖的・累積的誤りが修正されずに拡大していくことはないだろう<sup>(55)</sup>、と。

---

(52) KIRZNER, *supra* note 42, at 37-40. 企業家という用語から供給サイドのことを指すと思いがちだが、需要サイドも利潤機会を見出すとき企業家精神を発揮しているのである。尾近＝橋本・前掲注(8)246頁。企業家は特定の経済秩序を前提としているから、無人島においては企業家能力を発揮できないとの指摘がある。森村進『財産権の理論』(弘文堂、1995年)80頁。しかし創造的な発見を企業家精神の本質と考えるならば、自分しか使わない発明であっても、企業家精神の発揮といってよい。また人格の時間的な連続性を否定する立場に立てば、昨日の私なる人格が発見しなかったものを今日の私という別人格が発見するとみれば、企業家精神の発揮といえるのではないだろうか。

(53) 二つの価格の併存は、利用可能な機会に気づいていない状態である。これに気づく能力が企業家的機敏性である。これにより市場が均衡へ向かって動き出すというのである。KIRZNER, *supra* note 9, at 36-39. [訳書] 69-70頁。

(54) ヴォーン・前掲注(10)195-97頁。もっとも、後にみるように企業家も誤ることを考えると、均衡化傾向の存在には黄信号がともる。

(55) KIRZNER, *supra* note 9, at 9-11. [訳書] 3-8頁。尾近＝橋本・前掲注(8)269頁。

われわれは、カーズナーほど楽観的になれないにしても、諸制度が企業家的意思決定の背景的基础を提供し、その予想が大きく外れることを制限していると考えれば、誤りは修正されるという傾向に期待することも間違いではないだろう<sup>(56)</sup>。

### (三) 自由な社会と企業家精神

#### (1) 人間行為

絶えず変化し、不確実性に支配された、予測不可能な世界において、最終的な均衡状態を実現することは決してできない。均衡状態は、外的要因に変化がなく、人間行為が反復的で機械的である場合には実現可能かもしれない。しかしミーゼスが指摘したように、人間の特徴は、人間が意識的に行為する動物＝ホモ・アーゲンス (homo agens) なのだ、という点にある。必然的に、人間の選択は予測不可能な事態を招来し、未来は予測不可能になるのである<sup>(57)</sup>。

にもかかわらず、政府は人間行為を反復的・機械的にとらえ、計量可能なものとみなして、企業家的行為を規制する。しかし自由な社会において、諸個人の行為計画が矛盾なく調整されるためには、企業家精神が不可欠である<sup>(58)</sup>。政府規制によって企業家精神が抑制されると、新規の発見や創造は停滞し、知識が拡散することもない。多くの規制は、企業家精神の発動を抑制させ、企業家の判断に政府の判断を置きかえようとしているのである。

#### (2) 規制と機敏性

国家による規制が有用な場合もあると主張する者もある。主流派のモデルを現実にあてはめるさい、交渉や時間のコストといった取引費用が原因で、モデルの想定する最適状態が実現できないかもしれない。そこで取引費用を低下させる政府規制が必要だとされる。つまり、モデルが示す最適状態からかけ離れた、資源の誤った配分は社会的装置すなわち政府によって是正される場合があるというのだ。これはコースの定理の含意である。

---

(56) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)117頁。誤りは修正されるが、その先が均衡である保証はない。

(57) バリー・前掲注(4)98頁。

(58) 同93頁。

しかしここでも、企業家の判断に政府の判断を置きかえる試みは、うまくいかないだろう。コースは、利用可能な機会の存在を政府が知っていることを前提としているが、機会の存在はその認識を必然的には導かない。存在に気づくためには機敏性が必要なのである。国家にはかような機敏性はない。それゆえ、政府判断が資源の最適配分を実現することはありえない<sup>(59)</sup>。

取引費用がゼロであっても事情は同じである。費用をかけないで情報にアクセスできることと、情報に気づくことは別だからである<sup>(60)</sup>。利用可能な機会を実際に利用するには、まずその機会を認識しなければならないのである。

### (3) 規制による誤ったシグナル

ここで国家を信頼する人びとは、企業家に機敏性を発揮させるためのインセンティブ規制は必要だろう、と論じたがる。

しかしこの議論も疑わしい。後にみるように、企業家精神をいかに発揮できる理想的制度的設定を実現していくことは、企業家がこの機敏性を発揮する環境を整えるだろう。そうではなく、「望ましい」結果を実現するよう仕向けることを考えるならば、企業家は、その定められた規制の枠組みの限りで、手段—目的枠組みを修正しようとするだろう。しかしその「望ましい」とされる結果が望ましい保証はない。政府による規制がなかったら発見されたかもしれない、未知のより望ましい結果の発見が阻害された可能性もある。

またその望ましさは誰にとっての望ましさなのか。それを特定することは不可能である。政府の規制は誤ったシグナル、しかも修正不可能な法的強制をともなったシグナルを送り続けることになるであろう。

絶えず変化する世界では、企業家的意思決定には常に創造性が含まれる。その創造性は手段についての創造性のみならず、目的についての創造性も含まれている。企業家とは、自分で解く問題を自分で見つけ、よりよい解決を模索していく存在なのである<sup>(61)</sup>。社会における自由度と企業家精神を発揮しうる余地には、相関性を見て取れる。

---

(59) KIRZNER, *supra* note 42, at 230.

(60) *Id.* at 227-8.

(61) 尾近＝橋本・前掲注(8)280頁。

### 3 真の不確実性とプロセス的均衡

#### (一) 均衡状態から計画調整へ

##### (1) 真の不確実性

真の不確実性は市場に内生的に生じる、どんなに知識を追加しても決して根絶できない性質をもつ。不確実性を根絶するための行為は、その不確実性を別の不確実性に転換するにすぎない<sup>(62)</sup>。将来に対して機敏である企業家は、将来についての予想を、現実の将来に近づけるよう動機づけられる。その行為は本質的に創造的である<sup>(63)</sup>。

カーズナーにおいては、均衡化傾向として位置づけられている企業家的活動が、それ自体不確実性を生みださないわけではない。しかし企業家がない世界よりも、企業家のいる世界の方が、安定性と規則性を生みだす傾向をもつはずである<sup>(64)</sup>。

主流派においては、この真の不確実性が見過ごされてきた。完全な知識を前提とする主流派のモデルでは、競争はすでに終わり、均衡状態に達している。このモデルは、いかに

---

(62) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)80, 86 頁。

(63) ヴォーン・前掲注(10)200-1 頁。

(64) 不確実性を緩和するためには、一定の安定的秩序が必要となる。そのような安定的秩序は、人びとの反復行為のなかで自生的に発生するだろう。この安定的秩序は類型（パターン）化という活動によって見出される。この安定性は、単に時間が経過しただけでは影響を受けないという意味で、繰り返しうることを意味している。類型またはパターンは、①物理学的諸法則、②経験則と創造的活動から形成される。まず①については、物理法則を回避してそれから自由になることは現実世界ではありえないので、安定した予測を提供してくれる。②の経験則は、似たような状況では似たようなルールが採用されるだろうという予測を提供してくれるので、安定性に資する。創造的活動とは企業家的活動のことである。自分の将来予想をより現実に近づけようとする企業家のインセンティブのおかげで、不確実性を減少させる傾向が生じるだろう。これに対して出来事に特異な特徴については、完全な予測をすることはできない。出来事の詳細を予測するのではなく、その諸類型に関してのみ予測できるにすぎない。オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)91-94 頁。尾近＝橋本・前掲注(8)214 頁。

してその均衡状態にたどりついたのか、という視点を無視している。主流派の枠組みにおいて、われわれが概観してきた試行錯誤のプロセスの「誤り」の部分は、単なる浪費、市場の失敗か市場の外部発生的なショックであると理解されざるをえない<sup>(65)</sup>。

そもそも、市場を均衡状態という成功した状態から分析を開始し、失敗の原因を探ろうとすることに、躓きの石があったのである。市場についての問いかけは、なぜ失敗するのかではなく、なぜ成功するのか、でなければならないのである。現実の時間のなかで生起する新奇性、主観的知識、根絶されない不確実性……。これだけ失敗の要因に囲まれながら、成功するのはなぜだろうか。この問いかけこそ、主流派経済学に欠けていた、市場を成功へと導くための要素だったのだ。

そこでカーズナーは企業家精神にそなわる機敏性が、主流派に欠けていた均衡化傾向を説明する鍵概念だと力説するのである。不完全な知識しかもたない個人が、知識状況を改善していくプロセスこそ、均衡化傾向を説明するというのである<sup>(66)</sup>。

均衡について規範的意味を考えると、主流派的均衡状態を規範的状态として、これを現状と照らし合わせることは誤導的である<sup>(67)</sup>。均衡状態は将来には存在するかもしれないが、どのような形で存在するかは誰も知りえない。われわれは均衡状態からではなく、均衡化傾向から規範的含意を導く方がよい

## (2) 均衡化傾向と計画調整

均衡化傾向は、諸個人が企業家精神を発揮して練り上げた計画を時間の流れのなかで修正・改訂していくプロセスである。すべての市場参加者が自分なりの行為計画をたて、企業家的に行為している。かかる諸個人の計画が矛盾なく両立すればするほど、均衡化傾向は促進される。この諸個人間の計画調整がうまくいっている状況こそ、プロセスの意味で均衡と呼ぶに相応しい。ハイエクがこの意味での均衡を計画調整と呼んで以来、均衡のプ

---

(65) KIRZNER, *supra* note 9, at 21-25, 35-36. [訳書] 29-34, 56-57 頁。尾近＝橋本・前掲注

(8) 250 頁。ヴォーン・前掲注(10) 238 頁。

(66) 尾近＝橋本・前掲注(8) 250, 255 頁。

(67) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13) 124 頁。



ロセス的理解はオーストリア学派における一般的な基盤となっている<sup>(68)</sup>。

カーズナーの計画調整には、仮想的ではあるが、主流派的な均衡状態がセットされている。彼によれば、企業家は他者の見逃した利潤機会に気づき、結果として利潤機会の消失という意味で、均衡へ向かう、という。彼の理論では、企業家的な誤りが均衡化傾向を乱すものとして、厄介な存在となる。その難点をカーズナーは、企業家的誤りは利潤機会を創出し、別の企業家がそれを発見するだろう、ということで解決しようとする。

このようにして、カーズナーは、現実に達成されることはないが、仮想的な均衡状態に向けての均衡化傾向は存在するというのである<sup>(69)</sup>。

## (二) 均衡状態を想定しない計画調整

主観主義を基本的立場とするオーストリア学派のなかでも、仮想的であれ、均衡状態を想定することには批判も多い。たとえば、「ひとたび現実時間とそれに随伴する不確実性という特徴が持ち込まれると、企業家の行動が新古典派的な意味で均衡化をもたらすと期待するア・プリオリな理由がもはやなくなってしまう」<sup>(70)</sup>とか、「つねに均衡化するという見解は、調整を内側から妨害するものをわざと無視している」<sup>(71)</sup>などの批判にあう。

これらの批判はもっともである。市場参加者のそれぞれの行為は企業家的発見を引き起こすが、同時に企業家的失敗も必ず起こる。主観主義の立場から、将来予測が不可能である以上、最終状態は想定しない方が自然である。また、本章の目的とする規範的含意の抽出という意図からは、仮想的均衡状態は規範基準ではないので、企業家的失敗の存在は何ら問題をはらんでいない。市場の秩序は、誤り、正し、また誤りを繰り返す終わりのないプロセスだと表して問題ない。終わりもなく方向性もないプロセスと表現できるだろう。

では、そのプロセスの安定性に役立っているものは何か。不確実性を減少させているものは何か。これこそが問われるべきである。それは制度であるということ、少し前の箇

---

(68) 同 96-97 頁。ヴォーン・前掲注(10)223 頁。

(69) 尾近＝橋本・前掲注(8)257 頁。

(70) ヴォーン・前掲注(10)228-29 頁。

(71) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)254-55 頁。

所で一瞥した<sup>(72)</sup>。制度のいかなる特徴が、不確実性を減少させるのか。このことを考察することで、人為的制度の設定・解釈に規範的示唆がえられるはずだ。したがって、均衡のプロセス的理解から引き出されるべき規範的含意は、理想的制度設定とは何かを考察し、現実の制度設定がそれからいかに乖離しているかを明白にし、あるべき法規制を論じることなのである。

次節では、プロセス的均衡すなわち計画調整を円滑におこなわせる理想的制度設定について、オーストリア学派の指摘をみてみよう。

### 三 カタラクシー的効率性と社会的厚生

#### 1 規範基準としての社会的厚生批判

法解釈において、ある立法目的を社会的に望ましい利益とみて、その社会的に最適な状態にどれだけ近づきうる立法手段を採用したかをとうことは、主流派経済学の流儀によく似ている。それゆえに、厚生経済学の分析手法を法解釈や立法政策に反映しようという試みが、精力的になされているのであろう。本研究は、その試みに懐疑的である。

標準的な厚生経済学は、すべての情報を所与として、配分問題を数学的に解決しようとする。そのモデルのなかでは、社会的利益と社会的費用が限界において等しいという条件が満たされ、完全競争一般均衡が安定的に達成されている状態となっている。この均衡状態が規範基準として設定され、そこからの乖離は市場の失敗として構成され、それを是正す

---

(72) 制度について、ある論者は、次のように述べている。おびただしい数の人間の計画が予測しがたく展開していくこの世界において、制度が方向付けの点として役立つ。制度は、反復される行動パターンであり、共通の道標へと諸行動を調整する。それは、他者の行為をかなりの確信をもって予測することを可能にする。企業家が成功すれば、それを模倣するものが即座に現れる。成功した計画は、徐々に制度として具体化していく。制度は、先立つ諸世代のパイオニア的努力の遺産であり、われわれはそこからなお利益を得ているのである。ヴォーン・前掲注(10)212-213頁。

るための国家介入が要請される（正当化される）という理論となっている<sup>(73)</sup>。

しかしこの理論は受け入れがたい。

オーストリア学派の前提を確認しておこう。①市場行為は動的な不均衡プロセスとして分析されなければならない、②価値や効用といった概念は、厳格に主観的であり、それゆえ、観察も測定もできない（急進的主観主義）、③市場現象に関する知識は、市場参加者と政策決定者の双方にとって常に不完全である<sup>(74)</sup>。

まず、標準的厚生経済学は、現実時間の特徴を無視している点で①の前提に反している。時間の経過は知識を変化させ、したがってコストも選好も絶えず変化する（一定ではありえないし、所与でもない）。決して終局状態に達することはないのである<sup>(75)</sup>。そうであるならば、標準的厚生経済学に従ったといういかなる政策・法規制も、効率を上昇させたとか、社会的効用を増進したといえないのである。完全競争一般均衡の概念は、意味をもたない厚生基準となる。それに近づけようとする政策も無意味なのである<sup>(76)</sup>。

次に、効用や費用を主観的に理解しなければならないということは、それらは序数的な概念であって基数的に足したり測ったりするのは全くの誤りだということになる（②に反する）<sup>(77)</sup>。完全市場において生じるような効率的な結果を裁判官は模倣して判決を下すべしという主張は、この観点から無理な相談だということになる。主観的費用を知ることはできないこと、知りえたとしても、非均衡的市場における効率的結果（があるとしてそれ）

---

(73) 中村・前掲注(22)100頁。KIRZNER, *supra* note 42, at 214. オドリスコル=リッツォ・前掲注(13)162-163頁。主流派経済学にいう市場の失敗とは、独占、公共財、外部性、情報の非対称性等をさし、市場において自発的に解決されない問題である。

(74) ROY E. CORDATO, WELFARE ECONOMIC AND EXTERNALITIES IN AN OPEN ENDED UNIVERSE: A MODERN AUSTRIAN PERSPECTIVE 4-10 (1992). 森村進「オーストリア学派的『法と経済学』の可能性」一橋論叢 118 巻 1 号 (1997 年) 63 頁。

(75) 中村・前掲注(22)100頁。仮に一時的にパレート最適な状態が達成されたとしても、次の瞬間にははかなくも過去のものとなっているだろう。

(76) CORDATO, *supra* note 74, at 4-6. 片山・前掲注(23)89-90頁。

(77) マリー・ロスバード（森村進=森村たまき=鳥澤円訳）『自由の倫理学 リバタリアニズムの理論体系』（勁草書房，2003年）239頁。

は常に流動的だからである<sup>(78)</sup>。

最後に、標準的厚生経済学が示す均衡解を求めようとするとき、必要な情報は、その性質上、個々の市場参加者の間で分散的に所有されているため、政府による規制は合理的になりえないということである（③に反する）<sup>(79)</sup>。むしろ機敏で利潤に動機づけられた企業家によって収集された最新の知識を反映している今の意思決定こそが、他者への効率的な情報伝達といえるだろう<sup>(80)</sup>。

以上より、標準的厚生経済学の意味での「社会的厚生」や「社会的効率性」基準は放棄されねばならない。その基準に照らして「過剰」「過少」「最適」と評価することも、もはやできない。完全競争一般均衡の解を規範基準とすることも、法解釈にも応用することも不可能である。この拒絶を受け入れ、まったく別の理論枠組みによらなければならない。

## 2 カタラクシー的効率性

### (一) エコノミーとカタラクシー

標準的な厚生基準を否定し、別の基準を考察するために、オーストリア学派は、「エコノミー」と「カタラクシー」という用語を使用する。エコノミーは、「所与の一組の諸手段が統一された計画にしたがって相対的な重要性に応じて競合する諸目的に配分される複雑な諸活動」<sup>(81)</sup>からなる。換言すれば、個別の主体が、各人の目的追求のために採用した手段が合理的か否かに関わる概念である。各人が現実時間のなかで、限られた知識を利用して、資源を活用していく行為を指すといってもよい。これに対してカタラクシーとは、

---

(78) 森村・前掲注(74)68頁。

(79) ハイエク・前掲注(24)109-110頁。中村・前掲注(22)102頁。カーズナーは次の2点にまとめている。第1は、ハイエクが指摘したように、当該枠組みはすべての関連情報を既にもっているという仮定を採用していること。第2は、当該枠組みは、“社会的厚生”という意味深長な観念が、社会の各成員によって表明される別々の価値の集合から蒸留されるという疑わしい仮定を採用していること。KIRZNER, *supra* note 42, at 213.

(80) *Id.* at 234-36.

(81) CORDATO, *supra* note 74, at 62. 片山・前掲注(23)93頁。

エコノミーのネットワークである。それは人びとのエコノミー的行為によって生みだされてきた自生的秩序である<sup>(82)</sup>。

一般に経済効率性という言葉はエコノミーの効率性を意味し、カタラクシーのなかにおける、個人的・組織的な統一体の手段一目的枠組みの評価に適用される。ある目的に対する代替的手段の相対的適切性についての問題に関するものに限定される。このエコノミー的効率性は、カタラクシー内部における行為者に関する評価であって、全体としてのネットワークであるカタラクシーを、経済的効率性で判断することはできない<sup>(83)</sup>。つまり、カタラクシーをエコノミー的に語ることをしてはならないのである。ハイエクによれば、このようなエコノミーとカタラクシーとの混同こそ、社会的効率性概念を混乱させ、ひいては公共政策そのものを誤った方向に導いてきたのである<sup>(84)</sup>。標準的厚生経済学は、まさしくこの誤りを犯したのである。

カタラクシー的効率性は、そのシステムが個々の個人や組織のエコノミー的効率性を促進する程度によって判断される<sup>(85)</sup>。カタラクシーの視座からは、いかなる社会的費用や便益も存在せず、それは個人的に判断され順序づけられた目的と結びついたものと理解される。社会的厚生を評価するさい、経済的効率性すなわちエコノミー的効率性のもつ重要性は、カタラクシー的効率性の一要素として観念されるにすぎない<sup>(86)</sup>。このことをコーディネートウの見解によりながらみてみよう。

## (二) カタラクシー的効率性

カタラクシー的効率性を考察するには、まずエコノミー的効率性を理解しておく必要がある。とはいえ、その重要な特徴は既に二でふれているので、ここでは簡単な言及にとどめる。

---

(82) F・ハイエク(篠塚慎吾訳)『法と立法と自由Ⅱ 社会正義の幻想[新版]』(春秋社, 2008年) 150-51頁。片山・前掲注(23)93頁。CORDATO, *supra* note 74, at 57.

(83) *Id.* at 58.

(84) ハイエク・前掲注(82) 149-150頁。中村・前掲注(22) 104頁。

(85) CORDATO, *supra* note 74, at 62. 中村・前掲注(22) 104頁。

(86) CORDATO, *supra* note 74, at 58.

最初に考えるべきは、カタラクシーを作り上げている個々の行為者のための効率性は何によって形成されているのか、である。個人にとっての効率性は、彼の行為、その採用した手段が、達成しようとしている目的と、どれほど一致しているかにかかっている。これは二でみた知識問題に関わっている。個人の行為の効率性は、自己の特定の状況について、より多くの知識を獲得するにつれて改善していく。したがって、個人にとっての効率性問題は、知識問題であるといえる<sup>(87)</sup>。すべての行為計画は将来の時点における行為選択に関係し、将来に関する知識は完全ではありえない。個人は、常に新たな知識を獲得し古いものを破棄しながら、エコノミ的効率性の増進につながるよう、計画を常に更新していくのである。

カタラクシー的効率性は、かように理解されたエコノミ的効率性を、どれほど促進しているかによって判断される。換言すれば、カタラクシー的効率性は、ある社会的文脈に存在する諸個人が固有の諸目的をできるだけ両立して追求することを促進する程度によって判断されるのである<sup>(88)</sup>。カーズナーは次のように表現している。「あるシステムの成功度は、一定期間のうちに社会において独立的に行われる無数の諸個人の意思決定、計画および行動を、そのシステムが調整する能力によって測られるべきである」<sup>(89)</sup>。カーズナーはこれを計画調整とよんだ。

市場（カタラクシー）における諸個人の計画は固有で主観的に定義される。そこに埋め込まれている諸個人の価値の順序づけは、外部から正確に観察されえず、個人間比較もされえない。時間の経過により、その順序づけは変化するので、選好を固定化したものと理解することも間違っている。かかる主観的価値序列の変化に応じて、計画は常に更新されるのである<sup>(90)</sup>。

---

(87) *Id.* at 60-62.

(88) *Id.*

(89) KIRZNER, *supra* note 42, at 218. 中村・前掲注(22)99頁。

(90) CORDATO, *supra* note 74, at 59. 顕示選好、またはロスバードの用語でいう明示選好という概念を使えば、個人の選好を推測できる。しかしそれは推測にとどまり、正確とはいえない。品物 G を手放すのにいくらの対価を要求するかを聞かれても、正直に答える保証もない。

諸個人の計画をより完全に調整する余地があるのなら、そこには企業家的利潤機会がある。企業家はその機会に機敏に反応することで、諸個人の計画は調整されていく。すなわち、企業家的行為は、諸個人の知識状態を変化させ、諸個人の計画調整を促し、知識を増進させているのである。知識の断片化に由来する不調性を企業家的発見プロセスが克服していくといえる<sup>(91)</sup>。

カーズナー的な計画調整の考え方には概ね賛成できる。しかしカーズナーが、計画調整を均衡へ向かって収束するプロセスであり、うまく機能する社会システムが交換を促進し、最終的には仮想的な均衡状態に到達する<sup>(92)</sup>とみる点には、賛成しない。主観主義を徹底すれば、企業家的行為それ自体が均衡へ向かわせる推進力となるかは、論理的には明らかでないからだ<sup>(93)</sup>。

### (三) もうひとつの社会的効率性基準

カタラクシー的効率性は、社会的効率性についての規範的基準として機能しうる。カタラクシーは社会秩序であり、それは、別々の個人や組織がそれぞれの固有の目的を追求する市場行為によって生みだされるのである。カタラクシー的効率性は、この社会秩序が評価されうる枠組みを提供するはずである。社会秩序が「うまく」機能していれば、カタラクシー的効率性は増進すると判断されることになる<sup>(94)</sup>。

先述したように、各経済主体が自分自身の目的を追求するカタラクシーにおいては、標準的厚生経済学のするように、ある特定の結果を予定し、その達成度において効率性を測定することはできない。政策のあり方も、特定の結果を前提とするのではなく、各人に未知なる目的を達する機会を保障するような、抽象的・全般的な秩序保障でなくてはならな

---

(91) KIRZNER, *supra* note 12, at 185-186, 222-23. KIRZNER, *supra* note 42, at 215-217, 222.

(92) *Id.* at 220-221.

(93) この点、コーデイトウは、「カーズナーとは違い、私はこの交換促進行為が常に調整的だとは思わない」(CORDATO, *supra* note 74, at 70.)と述べている。森村・前掲注(74)65-66頁も参照。

(94) CORDATO, *supra* note 74, at at 58.

い<sup>(95)</sup>。したがって、カタラクシー的効率性を目指す政策の目的は、社会的存在としての個人が、エコノミー的意味で最も効率的に目的追求できるような制度的枠組みを設定することになければならない<sup>(96)</sup>。

本章は、各人の知識の獲得がエコノミー的効率性を高めると考えた。したがってカタラクシー的効率性を高めるには、知識を増進させるような制度を設計しなければならないといえる。それにより各人の企業家的行為が促され、計画調整がスムーズになる。増進される知識が、時間の経過にもかかわらず、できるだけ安定的な知識であればあるほど、計画調整は円滑となるであろう。この安定的な知識を提供してくれるもののひとつが、制度である。

### 3 理想的な制度設定

#### (一) 検討の方向性

ここで本章の前提をもう一度確認しておく。各人のエコノミー的効率性を高めるための知識は、各市場参加者に分散して所有されている。それゆえ、各人の計画は完全ではありえず、不断の調整が必要となる。それは終わりのないプロセスである。したがって、いかなる主体も結果を予測することはできず、如何に配分すべきかの規範論を論ずることは無意味となる。

ここでの問題は、そのプロセスにおける不調性をいかに克服していくかにあり、そのキーは知識の増進にある。カタラクシー的効率性を高めるには、各人が速やかに計画を再調整していくための知識を増進させるパターンを形成していくことが肝要となる。こうして配分問題は調整問題へと置き換わる<sup>(97)</sup>。調整を促進する制度設定とは何か、これを考察しなければならぬのである。

#### (二) 一般性・抽象性

われわれは制度をもつことによって、将来についての期待を限定し、不確実性を縮減す

---

(95) ハイエク・前掲注(82)158頁。

(96) 片山・前掲注(23)95頁。

(97) 中村・前掲注(22)103頁。



ることができるが、すべての不確実性を除去することはできない。ラックマンはこの意味での制度を「方向付けの切り替え装置」と表現した<sup>(98)</sup>。制度によってわれわれの生活は、カオスではなく秩序だったものとなるのである。

この秩序は人為的に設計したというよりも、市場プロセスにおいて不可欠に生じる「誤り」から学び、計画を再調整していく営みのなかで、人びとの意図せざる結果として発生したものであろう。試行錯誤のプロセスのなかで、人間行為の意図せざる結果として、すなわち自生的進化過程のなかで篩いにかけてきたものが、制度として生き残ってきたと見ることができる<sup>(99)</sup>。ハイエクはこれを自生的秩序とよんだ。

ハイエクの用いた「自生的秩序」という用語は、次のように解されている。「『自生的』の意味するところを、『自然に』とか『放置している間に』を意味するかのように捉えらるゝとすれば、それは誤りである。『自生的』とは、人びとの行為の結果ではあるが、意図されたものではない性質、より厳密には、人びとの行為が時間の経過とともに集積されるにつれて、その内部から自己増殖することをいう。……『秩序』とは、要素と全体との間に一定のパターンを人間が見て取った状態をいう。ハイエクは、この状態が人間の頭のなかで抽象化されたものであって実在物ではないことを示すために、…『秩序』と呼んだ…。多数の要素が相互に関連したときに内部からできあがる『システム』または『パターン』だ、と言い換えて理解する方が『秩序』よりもわかりやすいかもしれない<sup>(100)</sup>。ハイエクはかかる意味で自生的に発展した諸制度にたいして敬讓すべきことを提唱する<sup>(101)</sup>。

ハイエクは自生的に選択されていくルールは、諸個人の多様で主観的な目的追求活動をより両立可能にするルール形式だという<sup>(102)</sup>。ここには、人為的制度がそなえるべき重大な含意が存在する。

なぜなら、人為的に取り決められたルールによる秩序も自生的な秩序と無関係ではない

---

(98) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)41頁。

(99) 中村・前掲注(11)60-61頁。

(100) 阪本昌成『法の支配 オーストリア学派の自由論と国家論』(勁草書房、2006年)161頁。

(101) バリー・前掲注(4)99-100頁。

(102) ハイエク・前掲注(82)38頁。中村・前掲注(11)64頁。

からである。すなわち、人為的ルールは各行為者によって主観的に認識される。各行為者の主観的知識となったルールが各人の行為計画にどのような影響をあたえるかは、外部からは計り知れない。最終的には、そのルールを各人がどのように守り、自らの行動にどう適用するかによって、制度として存続していくかは決まっていくのである。したがって、人為的ルールによる秩序も、各人の主観的目的追求をより両立可能にするものが選択されていくはずである。かかる人為的な制度は、「文化的進化のプロセスに沿ったものでなければならない、あるいは文化的進化を促進する方向のものでなければならない」<sup>(103)</sup>のである。

では各人の主観的目的追求をより両立可能にするルールとは、どのような性質を持たねばならないのか。それは、将来についての無知のため必ず生じる誤りを適宜修正していくことに役立つものでなければならない。ある人は従い、別の人は従わない種類のルールでは不確実性の減少という面では限定的意味しかもたない。また具体的目的を達成する個別の取り決めは、将来の無知に対してもつ力が極度に限定され、時間の流れのなかで耐久性に乏しく、制度として存続しないだろう。誰とは特定できない匿名の諸個人が、それぞれ他人には知りようのない目的を成功裡に追求すること、その機会の増加を保障する制度でなければならない。この特徴は、ルールは一般的で抽象的でなければならない、という言明に含意されている<sup>(104)</sup>。

人為的ルールが一般的・抽象的な形式で定められることこそ、知識問題を緩和し、カタラクシー的効率性を増進するために必要なのである。一般性・抽象性は、知識問題を緩和するための必要条件なのである<sup>(105)</sup>。

### (三) 所有と交換

---

(103) 中村・前掲注(11)66頁。

(104) F・ハイエク（渡部茂訳）『法と立法と自由Ⅲ 自由人の政治的秩序〔新版〕』（春秋社、2008年）224頁。中村・前掲注(11)66-67頁。

(105) 法の一般性・抽象性についての要請は、法の支配とかかわる重大問題である。この点について、本章はこれ以上立ち入らない。阪本・前掲注(100)が、多面的な研究をおこなっている。

コーデイトウは、カタラクシー的効率性を高めるための理想的制度設定を公共政策のベンチマークとして論じている。

結論からいえば、理想的制度設定とは次の二つに要約される<sup>(106)</sup>。

第一、基礎的な出発点としての私的財産権の設定

第二、価格システムを通しての交換プロセスの許容

そして制度的設定についての焦点は次の二つにあてなければならないという<sup>(107)</sup>。

(ア) 情報の発見・使用についての側面

(イ) 資源の収集・使用を許容するという側面

資源の収集・使用は、資源にまつわる知識がないことには有意とならないので、(ア)の側面がより中心的な問題となるという。

第一の私的所有権が制度設定であるのは、物的資源を個人的な評価に合致する用法で配置する能力、すなわち所有権がなければ、諸個人のいかなる計画も達成できないことを理由とする。つまりそれがなければ、手段一目的枠組みを更新することができないということである。

この理由には説得力がある。私的所有権を否定する社会がどのような末路をたどるかは、歴史が証明した。改めて指摘するまでもないが、理論的には、他者の目的に奉仕する存在となる隷従への道を開くであろうことは、ハイエクによって示された<sup>(108)</sup>。

第二の価格システムを通しての交換プロセスについての設定は、私的所有権のコロラリーとして導かれる。交換は個人が私的所有権のシステム内で目的を達成するため、相対的に見てより適切な手段を獲得する基本的方法である。交換は、エコノミー的効率性を促進する社会的メカニズムである。そして、価格システムが利用可能な交換機会に関する情報

---

(106) CORDATO, *supra* note 74, at 65.

(107) *Id.* at 62-63.

(108) F・ハイエク（西山千明訳）『隷属への道』（春秋社，1992年）を参照。

を提供し、交換を通じて知識が習得されるにつれて、カタラクシー的効率は増大する<sup>(109)</sup>。

カタラクシー的効率性は、知識を拡散させ、プロセス的な均衡への傾向を示せば示すほど増大されるのであるから、交換を促進する制度設定は、理想的制度として必要条件であるといえる。

価格システムはもちろん法制度も、シグナルを発信するものであるから、そのシグナルが交換を促すものとなるよう設定されなければならない。

コーデイトウは、カーズナーの示した次の三つの基準はカタラクシー的効率性にマッチしているという<sup>(110)</sup>。

(1) 諸個人は財産権をもつべし。すなわち、財産への権原は、私的に保持されるべし。

(2) 財産権は、諸個人が自己の固有の目的を追求できるようにするために、利用可能な手段を採用することを認める形態となるべし。

(3) 自分自身の目的を追求するさい、個人は他人の財産権を侵害しない義務を負う。

(3)の義務についてコーデイトウは次のように述べる。財産使用についての摩擦、すなわち二人以上の個人が同一財産について両立不可能な計画を作る可能性は、計画を成功のうちに実践することを阻害するおそれを高める。したがって、財産権は排他的であるべきなのだ<sup>(111)</sup>。

コーデイトウ、カーズナーの理想的制度設定は、社会的効率性の規範基準として利用でき、法解釈においても有用な規範基準となりうる。この視座から、ほとんどの紛争は財産権の問題に還元して考察することが可能であることが示唆できる。つまり、(1)から(3)の理想的設定がみだされていないところで、法的紛争が生じると考えられる。だとすると、法的問題解決の導きの糸は、当面の問題に(1)から(3)を認定し、カタラクシー的効率性＝知識の増進を目指すことを示している。

---

(109) CORDATO, *supra* note 74, at 63-64.

(110) *Id.* at 66.

(111) *Id.* at 67.

#### (四) カタラクシー的非効率性と残された問題

理想的制度設定は、個人の意思決定において、多大な確実性を提供する。個人の計画は必ず将来のある時点における財産使用に関わるので、所有に関わる権利義務の確実性は、意思決定プロセスに由来する誤りの重要な源泉を取り除く。

この理想的制度設定からの乖離は、カタラクシー的非効率性として把握される。コーデイトウは、財産が利用できなくさせられている場合と、財産権が曖昧にしか叙述されていないことによって、カタラクシー的非効率性が生じるという<sup>(112)</sup>。

財産が利用できないというのは、(a)そもそも財産権が設定されていない場合が考えられる。この場合、誰の財産でもない物は誰の計画にも組み込まれないので、代替財の稀少性に関する価格シグナルに影響を与えるだろう。また(b)財産権が他者によって侵害されているために財産が使用できない場合もあるだろう。これは財産権の執行に問題がある場合である。(c)財産権が曖昧にしか定められていないとは、権原設定そのものが曖昧なケースである。これにより両立不可能な計画による摩擦が生じることになるだろう<sup>(113)</sup>。とりわけ、(b)(c)は、標準的厚生経済学においては外部性の問題（市場の失敗）として扱われている問題である。

市場を動態的プロセスとしてとらえ、カタラクシーの概念をとりいれれば、いわゆる外部性の問題は「市場の失敗」ではない。諸個人の計画を効率的に調整できるプロセスとなっていないという意味、すなわち知識を増進する財産権設定の制度的不調性を意味する「制度の失敗」として理解される。標準的に市場の失敗として論じられている問題は、理想的制度設定すなわち財産権の設定の問題として処理されうる（六で、その一部をみる）。

ここまで、財産権を設定することが、理想的制度設定として必要であることを論じた。ここで見過ごしている論点は、誰が最初の所有権を持つべきか、という規範的問題である。オドリスコルとリッツォは、経済学的な推論が政策分析に使用できるようになるには、その前に、正と悪、権益の正当性、それから民間部門と政府部門の役割といった、基本的な諸問題が解決されていなければならないと指摘している<sup>(114)</sup>。

---

(112) *Id.* at 68.

(113) *Id.* at 68-69.

(114) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)139頁。

この指摘のうち、とりわけ権益の正当性という部分は、誰が最初の所有権をもつべきかに関わっている。たしかに、財産が何者かに帰属していることがエコノミ的効率性とカタラクシー的効率性を高めていくことは前述の通りだが、最初の所有権をもつべき者については言及していない。この論点をクリアすることは、財産権の設定が曖昧であるがゆえに生じる制度の失敗について、規範的な分析を可能とする第一歩となる。

## 四 創造的発見としての所有権

### 1 労働所有説

#### (一) 最初の所有権問題

一般的・抽象的な形式をもったルールのもと、財産権を設定し、交換のルールを設定する制度は、諸個人の主観的な計画を成功裡に追求する両立可能性を増大させること、換言すれば、カタラクシー的効率性を増進することをみてきた。ここでは私的な所有権を認めることが、何よりも大事な基礎とされているのだった。ハイエク流進化論でいえば、文明発展の基礎となっているのである。

しかし、オーストリア学派の経済学に限らず、シカゴ学派流の経済学であっても、財産所有の現状を当然の前提とみなす一方で、最初の所有権の獲得に関心を示さないことが指摘されている<sup>(115)</sup>。

この指摘に関連して、ある論者は次のように述べている。「自生的秩序やカタラクシーの理論は、私的所有権と取引の権利を前提としている。これは、オーストリア学派の理論的枠組みにおいては、所有権制度が自生的秩序に属する社会的秩序ではないことを意味している。すなわち、私的所有権の制度が存在すればそこから市場が生成されるが、逆に市場から自生的プロセスを経て私的所有権が生みだされるわけではない。この所有と市場との因果関係から、私的所有権制度における『最初の権原設定』という重大な問題が生じる」<sup>(116)</sup>。

たしかに、この指摘のとおり、正当な所有権原と取引のルールが、市場プロセスに論理的に先行しなければならない。そして所有権原の正当性について、経済学が理論を提供し

---

(115) 森村・前掲注(52)21頁。

(116) 片山・前掲注(23)107-108頁。

ていないとして、例えば次のように批判されることがある。「オーストリアンは、この問題に、所有権の定義は倫理的な問題であって、経済分析の範囲を越えるという不可知論的な立場をとっている。しかし、外部性を資源の競合的利用による衝突と定義しておきながら、その競合性を処理する原理を自らのうちに持たない理論は、規範的厚生理論としてやはり不十分なものとみなさざるを得ない」<sup>(117)</sup>。

しかし私は、この論者のいうように不十分であるとは思わないし、最初の所有権問題に、オーストリア学派の経済学は十分な示唆を与えていると思う。オーストリア学派の規範的示唆は、カタラクシー的効率、すなわち、分散された知識の利用を増進させ、各人の主観的目的追求を両立させるように制度を設定せよ、というものであり、これと整合する最初の所有権設定が要求されるはずである。整合的な所有権論は幾つかありえ、その中のどれかを決定的に指図するわけではないにしても、親和的なタイプとそうでないものとを区別する程度の基準は、オーストリア学派の内在的原理から読みとれるだろう。オーストリア学派が所有権設定について特定の倫理を指図していないことをもって「不十分」とする立場は、知識の傲慢または経済学帝国主義の亜種とされてもやむをえない。

ともあれ、オーストリア学派経済学が最初の所有権原正当化論拠を特定的には指示していないため、財産権の不存在または衝突にさいして拠り所とすべき理論を検討しておかなければならないことは確かである。そこで以下では、オーストリア学派と整合的であると思われる所有権原論を簡単に検討する。所有権論は伝統ある議論であり、百家争鳴の様相である。本章で網羅的に検討する余裕はないので、主として森村進の議論を参考にして、示唆を得たいと思う。

## (二) 自己所有権

本章は、私的所有制度の理論的基礎付けとして自己所有権理論を支持する。そこでまず、自己所有権について素描してみよう。

自己所有権とは「各人は自分自身の身体と能力の道徳的に正当な所有者であって、それがゆえに各人は他者に対してその能力を攻撃的に用いないならば、好きなように行使する

---

(117) 同 108-109 頁。

自由を（道徳的に言えば）有する」<sup>(118)</sup>と定義される。

また、ロスバードは次のように述べている。「個々の人間は、彼自身の意識を内観する際、同時に彼の自由という原初的な自然的事実をも発見しているのである。すなわち彼の選択の自由、ある主体に対し彼の理性を用いる、あるいは用いない自由、を。要するに、彼の『自由意志』という自然的事実をである。彼はまた、彼の心が彼の肉体とその活動を統御するという自然的事実をも発見する。すなわちそれは彼が彼自身を自然的に所有するという自然的事実である」<sup>(119)</sup>。

森村は所有権について、《実定法の規定にかかわらず、道徳的な意味で所有権を考察することは可能である。その意味では、所有権は法制度以前の観念であるといえる。人びとはかかる所有権の感覚を持っており、その中心が自分自身の身体の所有、すなわち自己所有権である。この自己所有権を法制度上も尊重せよというのが自己所有権論の発想である》という<sup>(120)</sup>。

この自己所有権テーゼにはいくつかの批判のあることが指摘される。たとえば、個人の能力は全く恣意的に与えられたものである以上、正当化できない、といった類が代表である。しかし、人が自分の身体や資質をもつために何らかの功績が必要であるかのように考える必要はないし、人びとは自分の身体や資質への権原をもっていることは、その資質が均質でないとしても、不当とはいえない<sup>(121)</sup>、と指摘される。

また私有財産制度が社会的協力関係のなかで維持されている以上、社会的な取り分があるといった類の主張から、自己の身体の所有をほとんど絶対的に認める自己所有権テーゼを批判する試みが指摘される。しかし、仮に社会的な何かが正当化されることがあったと

---

(118) G. A. COHEN, SELF-OWNERSHIP FREEDOM AND EQUALTY 67 (1995). 森村進「自己所有権論の擁護——批判者に答える——」一橋法学 5 卷 2 号（2006 年）418 頁。

(119) ロスバード・前掲注(77)36 頁。

(120) 森村・前掲注(118)421-422 頁。

(121) 森村・前掲注(52)40 頁。



しても、身体の再配分の要求を認めることはないのではないか<sup>(122)</sup>、との反論がある。

自己所有権理論を提唱する論者は、このように、批判者に回答してきている。とはいえ、反論に対する批判は、間接的に自説を補強するが、直接的な論拠を提出しているわけではない。自己所有権論のうち説得力のありそうな論拠は(1)ロスバード流の自然権論、(2)直観主義のいずれか、または両方であろう。

ロスバードは、自然科学の諸法則が公理から出発しているのと同様、人間についての自然法則の公理から演繹的に自己所有権を導き出している。先に紹介した一説で、自然的事実が強調されているのも、彼が人間の自然本性から演繹的に自己所有権を導出しているからである。

直観主義は、「議論の当事者が受け入れている（可能性のある）直感に訴えかけることは、その直感が何かの理由で不合理でない限り、少なくとも実践的議論においては正当な論法である」<sup>(123)</sup>、と主張する。すなわち、あらゆる規範的議論は究極的には何らかの道徳的直感に訴えかけざるをえず、論証だけでなく説得という要素も含むとされる。そして自己所有権のテーゼを「〈理由のない苦痛は避けられるべきである〉といった直感と同様に、われわれにとって最も自然な、捨てにくい直感のひとつなのである」<sup>(124)</sup>、として正当化する。

---

(122) 森村・前掲注(52)80-81 頁。もっとも、コーエンのように、身体的所有権まで認めようとするラディカルな平等主義者もいないわけではない。森村・前掲注(118)419 頁で議論が紹介されている。

(123) 森村進「ロック的但し書きと自由尊重主義」成城法学 48 号（1995 年）67-68 頁。

(124) 森村・前掲注(52)43-44 頁。森村は、自己の身体の物理的支配は、自己所有権を信じていることの原因であるという。自己の身体を物理的に支配しているから、自己所有権があるのではないのだということだ。同 40-41 頁。

本章は、自然権論および直観主義による自己所有権の正当化を受け入れる<sup>(125)</sup>。

自己所有権テーゼは、自分自身の身体は自分のものであるという主張から、その行使によって導出される物への支配権を正当化していく。森村にならって、前者を「狭義の自己所有権」、後者を含めたとき「広義の自己所有権」と呼ぼう。

狭義の自己所有権から広義の自己所有権への拡張は、両者の溝が予想以上に深いため、架橋するには骨の折れる議論が必要となる。次にその議論の一端をみてみよう。

### (三) ロック的労働所有説

次に引用する J・ロック (John Locke) の一節は、狭義の自己所有権を広義のそれへと拡張する伝統的な理解といていいだろう。

「たとえ地とすべての下級の被造物が万人の共有のものであっても、しかも人は誰でも自分自身の一身については所有権をもっている。これは彼以外の何人も、何らの権利を有しないものである。彼の身体の労働、彼の手の働きは、まさしく彼のものであるといてよい。そこで彼が自然が備えそこにそれを残しておいたその状態から取り出すものはなんでも、彼が自分の労働を混えたのであり、そうして彼自身のものである何物かをそれに附加したのであって、このようにしてそれは彼の所有となるのである」<sup>(126)</sup>

この労働所有説の考え方は、ロスバードのなかにもみられる。彼は土地所有を容認する議論のなかで、「唯一の要請は、その土地は一度利用に供されたことがあり、かくして土地に自分の労働を混ぜて自分の人格のエネルギーを刻印した人の財産になる、ということ

---

(125) 自己所有権を受け入れたうえで、その絶対性を緩和したり、他の価値との調整を測ったりという議論がある。たとえば森村は、ロック＝ノージック的自己所有権論だけによって所有権制度を基礎づけるわけではないとして、福祉への権利や功利主義的考慮を取り入れている。財産権という広汎な制度を唯一の原理で正当化することは的外れであるとさえいう。その態度は多元的であり、しばしば批判される。同 21-22 頁。

(126) J・ロック (鵜飼信成訳)『市民政府論』(岩波文庫, 1968 年) 32-33 頁。

だけである」<sup>(127)</sup>と述べている。

労働がなぜ所有を正当化するのかについて、①価値の創造、②功績、③人格の拡張、④生存と繁栄（帰結主義的）の観点があることが指摘されている<sup>(128)</sup>。先述のロスバードの説は、単に労働の混入だけではなく、人格の延長という議論も混在している④の観点からの正当化といえる。

それぞれの観点は排他的でもありうるし、補完的でもありうる。たとえば、努力して自画像を制作し、毎日それを眺めて幸福な時を過ごし、それに大変な愛着を抱いているとする。この作品は制作者の所有であるといってよさそうだが、なぜか。その払った努力に値するからだ、ともいえるし、幸福を与える価値あるものを作ったからだ、ともいえるし、愛着心という作者の人格の一部を刻印したからだ、ともいえそう。しかし同時に、制作者にしか満足を与えず、同じ資源でもっと価値あるものが作れるとすれば、あるいはその作品によって多くの人を不快にしているとすれば、価値の創造から所有権を正当化することは難しくなるかもしれない。その点、価値の創造とは無関係に払った労苦に相当するという理由であれば、所有権は認められうる。しかし、何の苦労もなく作品を仕上げた場合は所有権を正当化されそうもないし、払った労苦に作品が釣り合っているとは限らないだろう。また、人格が財産にどれくらい刻印されているのか測定することは不可能であるし、苦労して作ったが自分でもおぞましいと思えるできればの作品は誰の所有なのか不明となる。また生存と繁栄からの説明は、所有権の割当は効率的資源配分を可能とするのに必要だというのが、件の財産が誰の所有にあるとき効率性が最大化されるのかは知るよしもないだろう。

かくして、いずれの立場も一長一短であることがわかる。

さらに、ロックは先の引用部分に続いて、所有権が正当化されるための但し書きをつけている。いわゆる「ロック的但し書き」である。

「少なくともほかに他人の共有のものとして、十分なだけが、また同じようによいものが、

---

(127) ロスバード・前掲注(77)78頁。

(128) 森村・前掲注(52)44-45頁。

残されているかぎり」<sup>(129)</sup>

「どの程度まで、神はそれをわれわれに与えたのであろうか。それを享受するためにである。腐らないうちに利用して、生活の役に立て得るだけのものについては、誰でも自分の労働によってそれに所有権を確立することができる」<sup>(130)</sup>

このロック的但し書きをいかに解釈するか自体、大きな論争テーマである。わが国においても、精力的な議論がなされている<sup>(131)</sup>。

本章では、ロックの所有論を掘り下げつもりはない。ここで指摘しておきたいことは、労働を附加したからといってそれがそのまま所有権の根拠となるわけではないこと、労働の附加をいくつかの観点から所有権の正当化に結びつけることに成功したとしても、外在的な制約がありうることである（とはいえ、ロック的但し書き自体が誤っていることも考えられる）。

次に別の観点からの所有権正当化論をみてみよう。

## 2 企業家的発見の理論

### (一) 創造的発見

広義の自己所有権の正当化について、多くの議論は、所与のパイの配分問題として理解している部分がある。最初の投入物は自然界に既に存在している物であり、これは創出された物ではないという見方が根底にあるからだろう。

ここで見過ごされた点は、物理的または自然科学的に存在していることと、社会科学的に存在していることとは同義ではない、という点である。このことを正当にも指摘したの

---

(129) ロック・前掲注(126) 33頁。

(130) 同 36頁。

(131) たとえば、森村進「ジョン・ロック所有論の再検討(一)(二・完)」一橋大学研究年報 法学研究 26巻(1994年) 27巻(1995年)、森村・前掲注(52)等参照。

はカーズナーであった<sup>(132)</sup>。彼は主観主義の立場から、発見されていないものは存在していないことと同じであると論じた。未知のものは発見されることにより初めて存在するのであり、その意味では発見は、創造的な行為とみなすべきことを指摘した。彼の理解によれば、企業家の機敏性が捉えた利潤機会は、企業家による発見の前には存在しなかったのであるから、その発見は新しい利潤機会の創出だ、ということになる<sup>(133)</sup>。彼の利潤正当化論は、そのまま所有権の正当化として説得力をもつ。

カーズナーによれば、発見は生産と区別され、次のような性質をもつ<sup>(134)</sup>。

生産行為は計画の産物である。発見行為は自生的である。

生産行為は経済的効率性に適合するものと理解されうる。発見行為は最大化、計画や配分に関する言明を含んでいない。

生産行為へのクレジットは組み込まれた投入物の所有者につく。投入物の生産的貢献に帰せしめられるのである。発見へのクレジットは、発見されるべきものを視野にもたらし、た機敏性の持ち主たる発見者につく。機敏性は計画された結果へ到達するための配列ではなく、気づかれていなかったものを単に認識することである。

生産行為の意図された結果は、結果をもたらす投入物の束のなかに既に存在していたとみなされる。ここでは将来は本質的に今と変わらない。発見は、投入物から産出への変換ではない。過去に存在した何かが結果を引き起こしたと描写するのではなく、発見者は、歴史のなかに何か全体として新しいものを付け足したのである。

カーズナーにおいては、発見とは創造的な行為である。発見という用語から、発見されるべきものが存在しているように理解されがちだが、そうではない。発見されて初めて存在するのである。発見についての創造的理解は、現実時間、主観主義、知識問題といったオーストリア学派の基本的前提と非常によく整合している。

---

(132) KIRZNER, *supra* note 12, at 216-17. たとえば、新たな島が発見されたとすれば、それは社会科学の目的にとって、その発見行為によって創造されたということになる。人間的意思決定と経済的価値に直接関する限り、その島は発見の瞬間に存在の領域に入ってきたことになる。 *Id.* at 221.

(133) 尾近＝橋本・前掲注(8) 363-364頁。

(134) KIRZNER, *supra* note 12, at 218-219.

なるほど、発見されて存在するに至ったという主張には傾聴すべきものがある。しかしまだ克服されていない点は、(ア) 発見者は幸運にも発見しただけであり、幸運により所有権が正当化されるとすれば恣意的である、(イ) 発見者が創造したとみとめたとしても、創造者が権利保有者となる論拠に乏しいということである。

## (二) 幸運と発見

ある種の正義論に依拠する論者は、幸運な状況に何ら貢献していない単なる幸運な受益者は、その幸運を受けとるに値しないという。しかしカーズナーは幸運と発見とははっきりと区別されねばならないという。人が好機を逃したことを愚かだったと悔いるのは、運ではなく自分自身に帰責されるところがあるからだ<sup>(135)</sup>、というのがひとつの理由である。

では人は何について後悔しているのか。カーズナーのいう発見行為は、人間の動機と人間の機敏性のあらわれである。この動機と機敏性によって、今まで発見されていなかったものが発見されるのである。したがって発見は好機の産物ではないのである。発見されるべき機会が全能的な視点から今ここに存在するというのは、まさに運のたまものかもしれない。しかし、その時、その場所にいるということが、それ自体で、人が人の幸運に気がつくことを保障しているのではない<sup>(136)</sup>。この意味でカーズナーは、幸運と発見とははっきりと峻別できるし、しなければならない、というのだ。

行為する人間はみな企業家であり、より成功する企業家は、単なる幸運のお陰によっているのではない。幸運な状況に気づく能力こそ、企業家精神の本領なのだから。とすると、所有権原の正当化については、幸運ではなく、企業家的機敏性が発見し創造したのであるから、当該企業家が所有者であるべき、という主張になる。

ではなぜ発見者に所有権が付与されることが正当なのだろうか。

## (三) 発見者＝保有者 (Finders, Keepers) アプローチ

カーズナーはロック的そしてノージック的な私的所有の正当性について、(a) 自己所有の正義の仮定、(b) 労働の混合が私的な権原を労働者に付与するという仮定は恣意的であ

---

(135) *Id.* at 219-221.

(136) *Id.*

ると批判する。さらに、ロック的但し書きについても、その必要性を疑問視している。

カーズナーの提唱する発見者＝保有者アプローチとは、「落とし物は拾い得」という諺に由来しているのだろうが、なぜ発見者が保有者であるべきなのか論証に欠けるように思われる。カーズナーは次のように強調する<sup>(137)</sup>。発見されていない資源を発見することで、それを最初につかむ者に正当な権原を割り当てるのは、発見行為の創造的性質によるのだ、と。

たしかに、カーズナーの議論は、ロック流の労働の附加による説明を抜け出している点で卓抜といえるが、発見者あるいは創造者がなぜ権原保有者なのかは、やはり判然としない。ひとつの難点は、発見・創造したという事実から、その人物が権原者であるべきという規範的命題を引き出すことができるか、にある。

この点、森村は、このルールには直感的な正しさがあるとし、直観主義による正当化を試みている<sup>(138)</sup>。創造物に対して創造者以外の誰が強い権原をもっているというのか、と問われたとき、やはり創造者以外にいないというのが直感だという。

この直感を補強するのが、ロック的但し書きに関する次の批判である。

ロック的但し書きは十分に同様の物を残している限りという制約だった。これをノーゾックのように加害原理と理解しよう。さて、発見行為は誰かの権利を侵害するだろうか。カーズナーはこう問いかけ、次のように回答する。「ある資源は発見されるまでは決して存在していないのであるから、発見行為は他人を侵害しえない。少し後にあなたが発見したかもしれないが、私の発見はあなたの発見を妨げてはいない」<sup>(139)</sup>。したがってロック的但し書きが創造的発見の所有権正当化にはあてはまらないのだ、というのである。

この議論は魅力的である。というのも、まず他者を直接害していない点で、発見者・創造者に権原を付与することに直感的な抵抗が少ないことである<sup>(140)</sup>。次に、所有権の初期設定時に、ロック的但し書きを織り込んだ配分的考慮をしなくてすむという実践的有用性からである。たとえばある物への所有権を私が主張するとき、それと同様の物が残されて

---

(137) *Id.* at 222-224.

(138) 森村・前掲注(123)92頁。

(139) KIRZNER, *supra* note 12, at 223-224.

(140) 森村・前掲注(131)「ジョン・ロック所有論の再検討(二・完)」134頁。

いないとあなたが主張し、私の所有権が否定されるとしよう。この世界においては、私の所有権はそもそも否定されるのである。これは、交換における正義に従う以前の状態にとどまらなければならないことを意味するだろう。

かかる所有権の初期設定を根本的に揺るがしかねない問題点を克服している点に、カーズナーの議論の意義がある。

#### (四) 譲渡と利潤機会の発見・創造

最初の権原設定が成功すれば、あとはノージック流の権原の移転理論にそってほとんど正当化できるとカーズナーは主張する。

ノージックの理論への批判のひとつは、自発性に関する理論である。これは資本主義における純粋利潤に対する批判でもあるのだが、次のようなものだ。利潤は、売り手・買い手の無知に乗じて得られているので、真の任意性を疑問視しうる、これである。たとえば、安く買って高く売る（裁定行為）というのは、本当は高く売れるのにそれを知らずに安く売ってしまった売り手、本当は安く買えるのに高く買ってしまった買い手が存在していて成り立つが、安く売ってしまった売り手と高く買ってしまった買い手が、価格差についての十分な情報を持っていれば、安く売ったり高く買ったりすることに合意しなかったはずだという批判である。要するに、かような裁定行為は、価格差についての情報について売り手・買い手の誤った前提での合意に依拠しているため、それを任意の取引だとか、自発的な取引だとは評価できず、したがって権原は自発的に移転されているとはいえない、との批判である<sup>(141)</sup>。

この批判に対するカーズナーの回答はもちろん、利潤機会は企業家が発見するまで存在していなかった、というものである。自分にとっての価値以上の価値が市場にあるということを見出し、現実化したのは企業家だということができる。そして発見者＝保有者アプローチによって、利潤はそれを発見・創出した企業家に正当に帰属するのである。

### 3 小結

ここまでの議論をまとめておこう。

---

(141) KIRZNER, *supra* note 12, at 214-216.



ここでは、自己所有権論を受け入れた。ロスバードは自然権から演繹して自己所有権テーゼを導いていた。自然権的正当化は、ロスバードの示す公理を受け入れる者には説得力をもつ。公理を受け入れることができれば、その公理系として演繹的に自己所有権をも受け入れることになるという強力な議論となりうるからである。しかし自然権についての公理を受け入れない論者にとっては、その後の議論のすべてが受け入れ不可能となる危険もはらんでいる。そこで、直観主義に訴えかけることで、自己所有権テーゼの一応の正当性を受け入れて議論を進めることも、次善の策である。

これに対してカーズナーは自己所有権論に批判的であった。しかし森村も指摘するように、カーズナーの理論は、あえて自己所有権論を否定せずとも受容可能である<sup>(142)</sup>。カーズナーは、自己所有権自体を否定したというよりも、ロック＝ノージック流の自己所有権の正当化根拠、すなわち労働所有説に疑問を抱いたとみるべきだろう。

本章はロスバードの自然権論は説得力をもつと考えるが、ここではそれを補強する理論として、直観主義を受け入れることの有用性を示唆した。

ロスバードは先にも引用したように、人間は、彼自身の意識を内観する際、同時に彼の自由という原初的な自然的事実、すなわち「自由意思」という自然的事実を発見している、と述べた。彼はまた、彼の心が彼の肉体とその活動を統御するという自然的事実をも発見する、とも述べている。この主張にカーズナーの発見者＝保有者アプローチを接合することは不可能である。

なぜなら、自分の身体や能力が自分のものであることを発見することで、企業家的機敏性という能力が自己のものであることが初めて正当化されるからである。換言すれば、発見者＝保有者アプローチによる正当化に、狭義の自己所有権論は論理的に先行しなければならないのである。

自分の能力が自分に帰属することを正当化できれば、自分の能力を使用して発見・創造したものに権原を認めることも正当化できるであろう。カーズナーの理論を支えている企業家精神・機敏性といった能力が自分のものであることを正当化することが、まず必要なのである。これを基盤として、発見・創造を発見者＝保有者アプローチに依拠しながら、物に対する所有権（広義の自己所有権）を正当化できるだろう。

---

(142) 森村・前掲注(123)100頁。

この自己所有権テーゼからの正当化により、カタラクシー的効率性を増進させる理想的制度設定の最初の財産権問題をクリアできた。財産権が未設定であるか、財産権の設定が曖昧であるがゆえに制度の失敗が生じたとき、われわれは自己所有権テーゼまで遡って、問題を解決することになる。そして、倫理的な自己所有権は、カタラクシー的効率性増進という目的に奉仕するよう、制度化される。

## 五 市場プロセスにおける広告の保護

### 1 広告の自由と企業家精神

#### (一) 自己所有権と表現の自由

ここまでの本章の議論を簡単にまとめておこう。

本章は、主観主義、動態的プロセス、知識の分業といったオーストリア学派の提唱する視点を受け入れた。そして均衡の概念をプロセス的に理解し、計画調整として理解した。その意味での均衡の含意は、各人の主観的目的設定と採用手段が最適か否かを問うのではなく、各人の目的設定と採用手段を駆使しての行為が、無矛盾におこなえる程度を問うことにあった。これをカタラクシー的効率性と呼んだ。カタラクシー的効率性を増進するか否かは、法制度についての規範基準となる。

カタラクシー的効率性を増進するためには、財産権の設定と価格システム・交換システムが必要である。本章では、最初の所有権設定の問題を自己所有権と企業家的創造的発見、発見者＝保有者アプローチにより解決したのだった。

かかる理論に立脚する本章は、従来展開されてきた広告、営利的言論さらには表現の自由に関する諸言説に別の見方を付け加えることになる。ひと言でいえば、権利の保障、法制度等は、カタラクシー的効率性を増進させるよう設定され解釈されなければならない、という視点を導入するものである。

たとえば、表現の自由もカタラクシー的効率性を増進するよう解釈される。その解釈作業は、まず自己所有権を設定するところからはじまる。自己所有権は、前述のように広狭二つの射程がある。狭義には自己の身体・能力の所有であり、広義にはその身体・能力を用いて獲得した物への所有権である。この二つの自己所有権に関連づけながら、表現の自由を概括的に理解してみよう。

狭義の自己所有権にもとづく表現の自由をシンプルに考えれば、自分の身体を用いた表

現ということになる。私の能力を用いて発想し、身体を用いて表出する行為は、狭義の自己所有権的表現の自由ということになろう。この意味での表現の自由は、譲渡不可能性という狭義の自己所有権の性質を帯びることになるだろう。広義の自己所有権にもとづく表現の自由は、正当に使用できる財物を媒介しての表現ということになるだろう。広義の自己所有権的表現の自由は、表現物の交換行為も含む。この点では、憲法 29 条による財産権保障と重なってくるだろう。

個人の主観的知識の直接的表出または財物を媒介させての表出により、分散された知識が局所的に使用可能な知識となる<sup>(143)</sup>。その表出された情報を主観的知識として取り込んだ主体は、手段一目的枠組みを再調整し、新たな選択行為に出るだろう。そうして、各人が各人の計画をよりよく調整できるようになり、カタラクシー的効率性は増進されるのである。換言すれば、表現に自己所有権を設定することで、理想的制度設定がそなわるといえる。

## (二) 主観主義と広告

広告についても、同列に論じられる。

広告が表現の自由に含まれるかについて、かつて論争があった。今日では、広告が表現の自由に含まれることを前提として、その保障の程度はどこまでか、に視点はシフトしている。従来の議論への批判は後にみることにして、まず本章の視座を提示してみよう。

いかなるアイデアであっても、それを表出することは、他人の権利を侵害しない限り自由である、というのが自己所有権テーゼを基礎とする表現の自由の基本理解である。したがって、当該アイデアが商業的内容であろうが政治的内容であろうが自己所有権の本質に違いはない。両者を区別しないことは、カタラクシー的効率性を増進させることにとって決定的である。なぜなら、各人各様の手段一目的枠組みは、第三者には知りえないからである。とすれば、各人の行為計画実施において、エコノミー的効率性を増進すると当該個人が企業家的に判断すれば、それを許すことが求められる。そして各人の企業家精神のゆえに、全体としてのカタラクシー的効率性は増進すると期待できるのである。また、情報

---

(143) ランディ・E・バーネット（島津格＝森村進監訳）『自由の構造 正義・法の支配』（木鐸社、2000年）51-53頁。

の受領者の視点に立っても、当事者以外の第三者が特定の知識の、特定の主体に対する重要性を判断することの不可能であることは同様である。これが本章にいう主観主義から導かれる帰結である。

広告は表現の自由に含まれるかといった議論は、行為主体または社会全体にとって必要か不要かを当局が判断しうることを認める前提に立っている。したがって、不毛な議論である。同様に、表現内容の営利性または公共性に依拠しながら保障の程度を変化させたり、消費者保護の名目で特定内容の情報取得を制限しようとする論理も実りないものとなる。消費者にとって経済情報も政治情報と同じくらい“重要”であるから、営利情報の流通も保護されなければならない、といった主張も、上記観点からすれば、簡単に許容するわけにはいかない。

### (三) 企業家的創造と広告

広告は、従来想定されてきたよりもより強く保障されなければならない。なぜならば、以下にみるように、動態的プロセスとしての市場を駆動させるモータである企業家精神と密接に結びついているからである。

主流派経済学的な視点では、潜在的消費者に情報を提供するという点で、広告は有意である。情報提供以上の説得的な部分や芸術的な部分は、情報提供とは別の精神的価値に奉仕しているとか、社会的価値に奉仕しているとみることになる<sup>(144)</sup>。憲法学においては、営利情報の提供以上の表現的要素をもつ広告を現代的広告とか複合的表現であるとして、保護水準を引き上げようとする論拠となっている<sup>(145)</sup>。

しかし営利情報とその他の部分との区別は不当である。なぜなら、単なる情報提供と情報が示す機会に気づかせることは同じではなく、機会に気づかせるために、情報提供以上の説得的な要素を、広告は必然的に含むからである。

消費者は商品の存在を知っている場合と存在自体を知らない場合とがある。とりわけ後者の場合、消費者に気づかせるようなメッセージを発しなければならない。そうでなければ

---

(144) KIRZNER, *supra* note 42, at 151-154.

(145) 井上嘉仁「言論の営利性と保護水準の低下についての考察——営利的言論の類型化不可能性——」新居浜工業高等専門学校紀要 43 卷（2007 年）70-74 頁。

ば、生産者によって情報をもたらされても、消費者はそれに気づかないかもしれないのである。企業家精神により劣っている消費者にすら気づかせるような広告でなければ意味がない。気づかれない情報は、社会科学的意味においては存在しないのと同義であるから、なるほど、広告が派手な装飾付きとなることも全く不思議はない<sup>(146)</sup>。

消費者が情報に気づいたとしても、消費者の主観的知識に大きな変化をもたらさず、したがって行為計画に有意な影響を与えられなかった場合、広告は無駄となる。したがって広告は消費者の知識、世界観に変更を迫るような説得的なものとなるのが当然なのである。

企業家的生産者は、広告により、消費者に機会に気づかせ、かつて存在していなかった需要を作り出すのである。すなわち、利潤機会を創出するのである。それ以前には、消費者はそもそも需要自体をもっていないため、広告による情報（量）の最適供給などを語ることは全くのナンセンスである。広告はまさしく企業家精神の典型例といえる。

ここでの憲法学への有益な示唆は、広告がたまさか芸術的だとか公共的なメッセージを内包しているからという理由で、保障の水準が議論されるべきではないということである。また、広告というものは、企業家的生産者による利潤機会の発見・創出行為であり、ゆえに必然的に営利情報以上の性質をもつのだ、ということである。

こうして、機会に気づいた消費者は、各人の計画を再調整することになる。掘り起こされた需要と企業家的予測に基づき、生産計画も再調整されるだろう。これらの情報は主として、価格システムを通して市場全体に伝達され、交換行為は促進される。そして行為者の意図せざる結果として、分散された知識がうまく利用され、市場プロセスは駆動するのである。すなわち、カタラクシー的効率性は増進されるのである。

では、広告が表現の自由で保障され、しかも企業家精神と結合し、より強力に保障されるべきだと理解したとき、いかなる広告規制が許容されるのだろうか。

## 2 広告の規制

### (一) 加害原理

他人の自由を「侵害する自由」を語ることは誤りである。そのような自由は概念上存在しないからである。自己所有権は、他人の自由を侵害しない限りにおいての自由なのである。

---

(146) KIRZNER, *supra* note 42, at 161-162.

る。これを一般に、J・S・ミル (John. S. Mill) の用法に従って、加害原理と呼ぶ。

一見したところ、加害原理は極めて明快であり、自由の範囲を画する明確な指標のように思われる。しかしながら、「加害」をどのレベルで理解するかにより、曖昧で役に立たない指標にもなる。ゆえに、加害原理の理解の仕方について、論争はつきないのである。

加害原理を曖昧で無価値なものにさせないため、「加害」をより客観的に捉えるべきである。もし加害を主観的な快不快の念にまで拡大すると、人びとの主観的な好みが一致することはないから、行為の秩序はもたらされない。感情侵害に「高度の」という語句を付け加えてみても、主観的な曖昧さから解放されることはないだろう<sup>(147)</sup>。

加害原理が行為の秩序をもたらす有意味な原理たりうるために、R・E・バーネット (Randy E. Barnett) は、「(a)相手方 (another person) が自らの資源を使用ならびに享受するのを (b)物理的に妨げないならば、正当に獲得した自分自身の資源を使って何であれ自らが望むことを自由になすことができるべき」<sup>(148)</sup>だと述べている。加害原理が自由とそれ以外を区別する根本的な原理であることに鑑みれば、より客観的で明確な定義が望ましい。その意味で、この見方は正当である。

本章の立場に引きつけば、この「自らの資源」のなかには、自己所有権が含まれると考えられる。また、「物理的」のなかには、脅迫のような物理力による威嚇も含まれてよ

---

(147) ある論者は、加害原理と区別された感情侵害原理を「回避の余地を残さない状況におかれた人に対して、耐え難い感情侵害を加える行為を制約するための正当な論拠をいう」と定義してみせる。そして感情侵害原理は、「①通常人の感受性からみて、②明らかに耐え難いほどの精神的不快・苦痛の念を生じさせ、しかも、③本人がその種の刺激を回避する余地のない状況にある場合に適用される」。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）170-171頁。この説は、主観的な快不快の念を客観化する試みであるが、十分に成功しているか疑問なしとしない。各人（加害者も被害者も）の手段一目的枠組み形成のさいの社会的対立を防止するための基準たろうとするのであるから、通常人を基準では満足できない。不快・苦痛を越えて疾病が生じたならば、加害原理が妥当し、狭義の自己所有権の享受を侵害されたといえる。回避する余地云々は、多くの場合、財産管理権の問題として扱うべきではないか。

(148) バーネット・前掲注(143)95頁。

い。

この加害原理は、各人の行為選択における摩擦を解消し、各人の計画の両立性を促進する。なぜなら、ある人物が他人の自由を侵害しながら目的を達成するならば、犠牲となった人物は、他人の目的のために支配されることになるが、加害原理を正当な基準として受け入れれば、自分自身の首尾一貫した目的に沿うよう行動できるからである。ハイエクは「各人が自らの知識を自らの目的のために利用できる状態」<sup>(149)</sup>を自由と呼んだが、加害原理とよく整合している。

以上より、加害原理は正当な原理であるといえるので、広告規制が加害原理にもとづく場合は正当な規制となる。

この点ある論者は、「虚偽広告は、ときとして国民の生命・健康・財産その他の権利を直接侵害することにもなる」<sup>(150)</sup>（傍点は井上）として、その意味では法規制になじむという。虚偽広告が直ちに権利侵害をひきおこすとは考えにくい（恐喝行為や欺罔行為とは異なる）、もしも直接に権利侵害を引き起こすときは、加害原理からして規制されるのは当然である。しかしこの論者の主張を拡大解釈し、広告は規制されてもやむなし、という一般化の誤謬に陥ってはならない。むしろこの論者は、広告規制に厳格審査を適用し、そのうえで審査をパスする余地を認めている。

## （二） 虚偽広告

広告内容が虚偽である場合、それを規制することは許されるのだろうか。虚偽は許されないという道徳的直感が瞬時にひとつの解答を示す。しかしながら、ことはそう簡単ではなさそうである。

憲法学の観点からは次のように指摘されている。「従来は広告が虚偽であれば疑う余地なく規制されるとされてきた。ただし、広告表現が他の表現行為と本質的に変わらないものであるとすると、一般の言論が一義的には〈嘘〉であっても事前抑制は認められないのに対し、広告は〈嘘〉であることを理由に発表の自由そのものが奪われることに矛盾がな

---

(149) F・ハイエク（矢島釣次＝水吉俊彦訳）『法と立法と自由 I ルールと秩序〔新版〕』（春秋社、2007年）76頁。

(150) 浦部法穂『憲法学教室〔第三版〕』（日本評論社、2016年）167頁。

いだろうか。よって、社会的重要性をまったくもたない虚偽広告であったにせよ、それだけを理由に自由の範疇からはずされるものではないと考える」<sup>(151)</sup>。

かかる見方は、徹底した自己所有権テーゼと合致しているかもしれない。ロスバードは名誉毀損の文脈で、自分の身体、それゆえ自分の頭脳内にある知識を所有する財産権をもっていることから、その知識を印刷し配付する当然の権利を持っており、それが誤っているからといって、他者が知識の配付をやめさせることはできないとのべ、虚偽情報を意図的に配付する名誉毀損は処罰に値しないとしている<sup>(152)</sup>。

名誉毀損的表現と広告表現を抽象化して一律に扱うとすれば、自分の財産である紙に、自分の知識を刻印して配付することは、それが虚偽であろうと真実であろうと、全くの自由だといえる。もちろん、前述の憲法学の観点は、かようなラディカルな立場ではないだろう。しかし広告表現を一般の表現と本質的に同じだとしつつ、事前抑制を広告にのみ認めることは不当だとするロジックは、端的に、すべての表現は同列に扱われるべしと述べているようにも思える。

しかし、ここで注目しておかなければならないことは、広告は財産の交換を前提としているという点で、一般の表現とは異なるということである。あのロスバードが、詐欺と脅迫は許されないとしているのも、詐欺・脅迫が財物の合意にもとづく交換という前提に反しているからであろう。

ここで合意にもとづく交換の重要性についてバーネットを参考にして確認をしておこう。まず、人は自らの知識に基づいて行為計画をたてるが、その知識には限界があるため、何とかして他者の知識を考慮に入れなければならない。われわれは価格システムを通して、その情報を得ることができる。価格は、物質的資源の競合的利用に関する膨大な主観的知識を反映している。価格がこのような情報を伝えることができるのは、ひとえにある特定の資源への管轄権を持つ人びとの合意が、その管轄権が他者に移転される前に要請されるからである。たしかに、私の意思決定だけでは市場を動かしそうにもない。しかし全体として、現在の市場価格は売るか売らないかに関するすべての人びとの意思決定の産物なのである。合意に基づかない管轄権の移転は、知識の移転という価格システムを妨害し、諸

---

(151) 田島泰彦＝右崎正博＝服部孝章『現代メディアと法』（三省堂、1998年）218頁。

(152) ロスバード・前掲注(77)143頁。



個人や諸団体が自らの知識を実行に移す際に他者の知識を考慮に入れることを不可能にする<sup>(153)</sup>。

とすると、詐欺による交換は、一応合意に基づいているとはいえ、交換の結果手にいれる物は、知識の発信者が伝達した描写と一致していない。結果として実現された資源配分が、合意を反映していないのである<sup>(154)</sup>。したがって資源の競合的利用に関する知識がうまく反映されず、かくては、各人の行為計画の両立性は損なわれることになるから、詐欺は規制されなければならないのである。

たしかに、広告と詐欺・欺罔行為は区別できるし、より直接的な規制は欺罔行為にとどめるべきであり、欺罔行為自体は禁止されるべきである。だからといって、虚偽広告は規制しなくて良いことにはならない。虚偽広告自体が合意を反映しない資源配分を志向している以上、カタラクシー的効率性の観点から保護すべき理由は乏しい<sup>(155)</sup>。

したがって、広告は、交換対象である財産についての虚偽情報を伝達するものであるとき、各人の行為計画の両立性を損なわせ、カタラクシー的効率性を低下させる傾向をもつ。よって、交換対象である財産についての虚偽広告は規制されるべきである。

もっとも、現代的広告は、かならずしも商品の品質や性能に関する情報発信にとどまらない。イメージ広告がその代表である。かような広告については、内容の真偽を問うことに意味はない。それは消費者の選好を変化させる刺激としての意味が大きいだろう。かかる広告は、虚偽広告規制の対象とされてはならない。

以上より、虚偽広告規制は、交換対象である財産についての虚偽情報を伝達する広告部分を対象としている限り、許される規制である。

### (三) 誇大広告

虚偽広告と似て非なるものが、誇大広告である。広告が誇大であるとき、それは規制さ

---

(153) バーネット・前掲注(143)73-77頁。

(154) 同128-129頁。

(155) ここでの議論は、行為を禁止できるならば、それに関する広告も当然に制限できるという論理を採用していない。行為規制権限と言論規制権限は区別して考えられなければならない。

れなければならないのだろうか。

ある論者はこういう。「広告はその伝えられる情報が正確であることが求められているわけであるが、虚偽・誇大、欺瞞的、誤導的である場合のうち、オーバーな表現によって市民を惑わすことが法的規制の根拠足り得るかについては慎重な判断が必要であろう。なぜなら、一般に広告は刺激的でセンセーショナルな性格を有するのであって、法による表現規制を認めるには、誤認のおそれではなく具体的な切迫する危険の存在が必要ではなかろうか」<sup>(156)</sup>。

この見解は、広告が企業家精神の表れであって、機会を消費者に気づかせるために、説得的であったり過度な装飾付きであったりするものが普通である、という事実をふまえており、妥当である。誇大な広告を認めることで、消費者は自らの需要をみたす商品に気づくことができる。生産者もよりアトラクティブな広告を制作するために競争的となり、より刺激的な広告ができあがるだろう。

誇大な広告のおかげで、消費者は自らの需要に気づくといえる。広告された商品のうち、消費者は自分自身の需要をみたすものを見極めなくてはならない。なかには誤導的で、判断を惑わせるものもあるだろう。そこは消費者における企業家精神を發揮すべきケースである。消費者はときに誤った判断をするが、それは企業家的消費者が引き受けるべきリスクであろう。誤りから学習し、計画を再調整していかねばならないのである。

この試行錯誤のプロセスこそ、大局的にみれば、知識を増進させ、カタラクシー的効率性を増進するのである。

なお、虚偽と誇大の境界はあいまいであるが、広告の企業家精神との本質的結合関係を重視すれば、虚偽認定には慎重でなければならない。

#### (四) 真実情報の不開示と表示義務

製品のラベル表示は、魅力的に見える工夫を施し消費者に気づかせるという広告同様の働きをしている。ところが、その内容や手法について、一定の内容を一定の方法で示すことを義務づけられる場合がある。また対面販売においても、情報の開示が義務づけられることがある。ところがかかる表示の強制や情報の開示義務は表現の自由の文脈で語られる

---

(156) 山田健太『法とジャーナリズム』(学陽書房, 2005年) 264-265頁。

ことが少なく、営業の方法規制であるとされることがある<sup>(157)</sup>。しかし表示の強制は、告白強制（消極的表現の自由）の問題としてみることができる<sup>(158)</sup>。使いたくない言葉、内容の表出を強制されるという側面をもっているからである。

自己所有権テーゼを受け入れる本章は、各人の頭脳の中にある情報を開示するか否かについて、外部者が強制することは、原則として許されないと考える。ある情報を述べるか否かは各人の自由に委ねられるので、各人の保有する情報を保有者以外の第三者が積極的に知る権利などは観念できない<sup>(159)</sup>。

しかし本章は、倫理的な自己所有権のすべてを法的に保護するのではなく、カタラクシー的効率性を増進するか否かを法的保護の基準としてきた。したがって、原則として情報の開示義務や表示義務は認められないが、カタラクシー的効率性の観点から例外的に義務づけられる場合もあると解することになる。

本章は現実時間にあっては、主観的知識は絶えず変化することを前提とした。現場に最も近い者が優位な情報をもつのは道理であり、この情報を活用することによって利益をえる<sup>(160)</sup>。これを認めて初めて、情報は価格システムによって拡散され、各人の主観的知識となっていくのである。もしも情報が対照的でなければならぬのであれば、利潤の機会はないであろう。情報が企業家的に発見されると同時に、利潤機会が創出され、価格システムと交換システムを通して、知識は拡散されていくのである。

にもかかわらず、主流派経済学に依拠する者は、表示義務を市場の失敗、情報の非対称から正当化しようとするかもしれない。しかし、表示の強制は市場の失敗の是正ではない。これを理解するポイントは、情報が取引対象そのものに関する資源内在的情報なのか、取引対象とは関係のない市場価格を左右する資源外在的な諸状況に関する情報なのかにある。

#### (1) 内在的情報

---

(157) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂，1995年）74-75頁。

(158) 渋谷秀樹『憲法〔第三版〕』（有斐閣，2017年）376頁。

(159) ロスバード・前掲注(77)144頁。

(160) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)181頁。

バーネットは次のようにいう。

例えば、「(a)あるものが見かけ上は通常有しているはずの特定の内在的性質を備えているように見え、(b)穏当な検査によってそうした性質の欠落を明るみに出すことができず、(c)売手はこれらの性質の欠落を知っており、(d)売手はこの事実の『重要さ』つまりそれが買手の同意の表明に影響しうることを知っていてしかるべき状況」<sup>(161)</sup>にあった場合、情報の開示義務が発生する。

かかる状況で取引対象内在的な情報について隠匿したまま取引がおこなわれた場合、移転される権利と受けとられる資源との間に不均衡が生まれ、合意にもとづく交換が果たすカタラクシー的効率性の増進が損なわれる。ゆえに、表示の強制は許容されることになる。これは前述の虚偽広告の規制と一貫した観点である。製品の性質に関する虚偽情報は、それを信じて交換した配分結果が、当事者の合意を反映しておらず、誤った情報が価格システムを通じて発信されることになるのだった。同様に、表示義務は、権利移転の対象物についての正確な情報を消費者に伝達させ、合意による交換プロセスを通じて、移転される資源、権利と知識の内容に齟齬のない状態、すなわち売り手と買い手の合意と配分状態が一致することを促進するのである。これによって、各人の知識と計画の両立性が増し、カタラクシー的効率性が増進されるのである。

## (2) 外在的情報

外在的情報についてのバーネットの見解は次のようである。

一般に取引に影響を与える外在的情報の不均衡に動機づけられた権利の移転を認めるならば、交換への誘引が働き、情報の流れは減るどころか増大する。「投機的な」利潤が新たな情報を正確に予測した人にもたらされ、さらに新たな情報を作り出す方向へと強い誘引が働くことになる。その上、これらの利潤を生みだした交渉を通じて、投機家の開発した情報が他の人々に伝わりやすくなるのである。ある種の情報の隠匿を許すことが、その情報を行き渡らせることにも役立っているのである<sup>(162)</sup>。

---

(161) バーネット・前掲注(143)129頁。

(162) 同130頁。

外在的な知識を有する人びとは、それを口に出さなくても、その行為の総体によって、単なる言葉だけでは運びきれないほどの情報を行き渡らせる。外在的情報の開示を義務づけることは、潜在的な取引主体を情報開示的な交渉に参加させる誘引をすべて減衰させてしまうだろう。その結果、外在的な知識を他者に開示させる法的義務は、社会全体としてみた場合、この情報の開示を大きく減らしてしまうのである。そればかりか、市場にいい加減な情報を伝え、人びとに間違った選択をさせてしまう<sup>(163)</sup>。

これによれば、表示義務によって外在的情報の開示義務を課さない方がカタラクシー的効率性の増進に資するといえる。というのは、ある知識を保有していることに、利潤機会を見出す企業家的機敏性によって、取引が促進され、知識が拡散するからである。したがって、外在的情報に関する開示義務を法的に課すことは許されない。

以上より、資源の品質、性能、成分その他の内在的情報を表示、開示させることは消極的表現の自由を侵害しない営利的言論（広告）規制のひとつの型であるといえる。たとえば警告表示の義務づけは、成分に発ガン性がある等の事実の表示であれば内在的情報といえるので、許容される。しかし消費を控えるように促す警句は、内在的情報とはいえない。その表示強制は、私のノートにあなたが落書きするのと同じで、他人の財産を自己の目的で使用する試みである。この種の表示義務は許されざるものである。また、海外でのある出来事により、おそらく資源の価格が値下がりすることを予見しながら販売したとしても、予見している情報を開示する義務はないといえる。これは市場価格に影響を与える外在的状况に関する情報だからである。

#### （五） 消費者保護と消費者主権

広告は消費者主権を害するといわれることがある。すなわち、説得的広告は欲しくもないものを消費者に買わせることになり、消費者主権を破壊するという主張である<sup>(164)</sup>。これを憲法学的問題設定に置きかえてみると、広告は、消費者の自律的意思決定を侵害するか不当な強制をくわえているのではないか、という疑義となろう。これは、消費者の判断

---

(163) 同 130-131 頁。

(164) KIRZNER, *supra* note 42, at 169-172.

能力の不十分さへの配慮という意味で、パターンリズムのひとつといえる。

これによれば、広告是人びとの選好を支配するほどの決定的な影響を与えることがあり、そのような広告は、人びとの主体的な判断をゆがめてしまうのだという。それゆえ、広告活動は政府によって規制されるべきだという<sup>(165)</sup>。誇大広告や過剰広告等は、消費者主権または消費者の自律的な決定をゆがめているのだろうか。

そうではあるまい。ここには重大な誤りがある。第一に、広告が消費者の選好を決定づけるとみている点、第二に、広告後の消費者の判断を歪んでいると評価している点である。

第一について。広告は消費者の需要を決定的な仕方で操作するものではない。広告は、消費者が自らの需要に気づくまたは明確にするための手段である。したがって、消費者が商品に対して鋭敏な関心をもっていない場合には、商品広告は、主流派の観点からみて消費者がその情報を求める以上に過剰であつてもかまわない<sup>(166)</sup>。過剰な広告により需要を操作しようとの考えは、広告をすれば、消費者に買わせたいと生産者が思う物は何でも売ることができることと考えることに他ならず、明らかに誤りである<sup>(167)</sup>。そのようなことが可能ならば、生産者は何であれとりあえず生産し、あとは広告をすればすべて売れることになるだろう。

議論になりうる点は、広告が消費者の選好を変化させることは全くないのか、ということである。消費者は自らの選好に気づいていなかっただけで、広告が選好を変化させる力はないという見方も可能である。しかし主観主義に徹すれば、広告は消費者に主観的に認識され、消費者の想像力に働きかけ、その他の知識と結びつき新たな選好を構成すると考えるべきであろう。もっともそれは、極めて主観的なプロセスを経て形成される選好であるから、広告によって義務的に形成されるような選好ではありえない。ゆえに需要を操作することなどできないのである<sup>(168)</sup>。

第二に、広告が消費者の需要または自律を歪めるがゆえに規制されるべきか、である。そもそも広告によって消費者は情報を認識し、商品に対する需要を初めて形成した、まさ

---

(165) 尾近＝橋本・前掲注(8)264頁。

(166) 同264頁。

(167) ミーゼス・前掲注(1)343頁。

(168) 尾近＝橋本・前掲注(8)263-264頁。

に需要は生みだされたのである。それを広告によってゆがめられた需要だと判断するためには、将来における理想的需要をすでに知っており、広告による需要の変化が、理想的需要から乖離すると考えることになる。しかし、広告による消費者需要の形成をまたなければ、現実の需要パターンは明らかとならない。どれだけの人が情報が刺激されて需要をもつようになるというのかは不明である。将来の各消費者の需要は全くの未知なのである。広告前に想定する需要パターンは、企業家的生産者または政策担当者による予想にすぎない。それを客観的事実であるかのように扱うことは許されない。また、ある企業家による広告によって、別の企業家による予想に反した現実の需要パターンが形成されたならば、それは単に後者の企業家的判断の誤りを意味するにすぎない。それを広告により需要が歪められたとか、消費者主権や個人の自律が害されたとして規制することは、間違いである。むしろ、気づかなかった需要をみたく製品を発見することで、消費者の満足は増進されるのであり、消費者に奉仕している。消費者主権は損なわれるどころか、促進されているのである。

もっとも、ある種の財がある種の倫理からみて望ましくなく、したがってそれへの需要も望ましくない、と評価されることはあるだろう。しかしそれは広告によって歪められたのではなく、まさに今の消費者が保持している欲求を正しくないと評価しているにすぎない。消費者が将来いかなる欲求をもつかは未知であるので、ある倫理を信じている者は、広告（啓発）活動をすることで、消費者の手段—目的枠組みに変更を迫るような、刺激的な情報を提供すればよい。うまくいけば、消費者は新しい嗜好や需要を形成するだろう。

広告規制は逆に、消費者主権に反するといえる。この点、広告規制は直接規制を用いることへの障害を回避する隠れ蓑（たとえば、タバコ販売を直接規制することへの政治的抵抗を回避するために、消費者の消費行動を操作する目的で広告規制をすること）として使用されることを指摘し、かかる情報規制は消費者の自律的意思決定への介入であることを指摘する見解がある<sup>(169)</sup>。この見解は、諸個人の行為が他者の目的に奉仕するよう仕向けられる危険を見抜いており、優れている。本章の視点からは、広告規制は、消費者が自らの需要に気づかせる機会を失わせ、需要・供給双方の諸個人のエコノミ的効率性を向上

---

(169) 橋本基弘「営利的な広告の自由の制限」高橋和之他編『憲法判例百選 I 〔第五版〕』（有斐閣、2007年）123頁。

させる手段一目的選択をさせないことにより、全体としてのカタラクシーに非効率性をもたらす、となる。

以上をまとめると、企業家的生産者は、広告をもちいて、消費者の面前に情報を提供する。それを認識した消費者は、自分でも気づいていなかった選好を発見する。そうして創出された消費者需要をみたすような生産者による販売行為は、消費者の欲する物の生産・販売である。広告は、消費者主権に反するどころか奉仕するのである<sup>(170)</sup>。

## 六 営利的言論理論の批判的検討

### 1 合衆国最高裁判例の傾向

#### (一) 営利的言論の保護水準

##### (1) 三要素への批判

*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976) が営利的表現を修正 1 条による保護の俎上に載せた理由を要約すれば、第 1、営利的言論は、自由経済体制における資源の適正配分を保障するために、憲法的に保護されるべきである、第 2、効率的な資源配分は情報を保有している消費者の選択によって実現される。したがって営利情報の自由な伝播が要求される。ここでは自由な情報流通が、情報受領者の知る権利の側面から重視され、また、自由経済体制を支えるのに営利情報が必要であり、そのための権威として修正 1 条が利用されている。

この見方はおおむね妥当であろう。なぜなら、資源の適正配分についての情報を集中させて政府が利用することは不可能であるから、分散された知識保有者によりよく情報を使用させるよう、その機会を保障するように法解釈していくことが求められるからである。

ところが、連邦最高裁は、その保護を完全なものとしなかった。その理由は、第 1、営利的言論は、非営利的言論よりもより客観的であり、その真実性がより容易に検証可能である。第 2、営利的言論は利潤を求めてなされるものであるから、非営利的言論よりも規制に対する耐性がある。そのゆえに、第 3、適正な規制がなされたとき、萎縮させられることが少ない点に求められた。

---

(170) KIRZNER, *supra* note 9, at 56. [訳書] 96-97 頁。



この3点は、わが国においても紹介され、受け入れられているようだ<sup>(171)</sup>。これに関する批判は、別の機会におこなった<sup>(172)</sup>が、本章の視点からいくつか付言しておこう。

本章は、営利的言論が他の言論と違う点を、資源の交換を前提としていることから、資源内在的性質については、交換結果に正確な知識の反映されるよう、情報開示が正当化される点にみた。このように考えると、第1の真実性の検証容易性は、規制対象広告が、イメージ広告ではなく製品広告であるか、または取引行為に付随する表現行為についてである必要がある。その他のブランド戦略などを、この第1点の意味での広告に含めて規制対象とすることは許されないことになる。

しかし第2点は誤っている。まず、利潤を求めてなされることを規制の許容性とみている点が問題である。利潤の存在は、そこに発見されていない機会があることを意味している。その獲得を阻害する規制は、利用されない機会をそのままにしておくことになる。誰のものでもない利潤機会を放置することは、カタラクシー的意味での理想的制度設定から乖離する非効率的な状態を固定することになるのである。次に、規制への耐久性があるとしている点も問題含みである。というのも、規制が各行為者の手段一目的の枠組みにさほど影響を与えないとの判断を、耐久性なる語で示しているように思われるからである。主体がいかなる手段一目的の枠組みをもっているか、それ自体、第三者には知りようもなく、また主体にとって何がふさわしいかは誰も知りようもないのである。ある種の規制が、誰にどれほどの負担をかけているかをどうやって知るといえるのか。費用も主観的に理解されるものだというところを、思い出さなければならない。

第3点は、萎縮という語の用法について、第2点の耐久性と同様の問題点を含んでいる。もっとも、適正な規制というのが、資源内在的な情報に関する規制を意味しているならば、第3点は受け入れうる。

## (二) 司法審査基準の傾向

### (1) 合衆国最高裁のセントラルハドソン・テストの理解

アメリカ合衆国最高裁判所は、営利的言論は修正1条の保護のもとにあるとしながら、

---

(171) たとえば佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）518頁。

(172) 井上・前掲注(145)71-72頁。

前述の諸特徴のゆえに、保護の程度は低いと断じている。そのことは、訴訟において具体の法令が修正1条に違反しているか否かの審査基準に、ダイレクトに反映している。すなわち、営利的言論であるとされた言論に適用される審査基準は、政治的言論であれば厳格審査基準が適用されるのに対して、厳格度の劣る中間審査基準が適用されるというのである。 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Services Commission*, 447 U.S. 557 (1980) において明示された基準（セントラルハドソン・テスト）は、次のようである。

①合法的活動に関する真実で人を誤解させない表現であること、そういう表現につき、②主張される規制利益が実質的（substantial）であり、③規制がその利益を直接促進し、かつ、④その利益を達成するのに必要以上に広汎でないこと。

このセントラルハドソン・テストは中間審査基準であるといわれ、時・場所・方法規制と実質的に同じである、といわれる<sup>(173)</sup>。特に③④の要素について、合衆国最高裁は次の理解を示してきている。

③の要素は、規制が政府利益を直接かつ具体的（directly and materially）に促進することを意味している。すなわち、単に推測や憶測に基づくのではなく、営利的言論が引き起こす害悪が現実的（real）で、その制限が、実際に、相当程度に（material degree）害悪を軽減することが証明されなければならない<sup>(174)</sup>。

④の要素は、③の要素を補完するものである<sup>(175)</sup>。最も制限的でない手段（least restrictive means）を基準とするのではなく、立法目的とそれを達するための手段とが合理的な関連性を示していること、手段が要求された目的に対して綿密に設えられている（narrowly tailored）ことを、判例法は要求している<sup>(176)</sup>。立法目的と立法手段は必ずしも完璧な重なり合いでなくてよく、比例していればよい。立法目的と立法手段の関わり合いの判定は、規制によって課される言論への負担と結びつけられている費用と便益とを注意深く計算す

---

(173) *Board of Trustees of State Univ. of N.Y. v. Fox*, 492 U.S. 469, 477 (1989).

(174) *Greater New Orleans Broadcasting Ass'n, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173, 188 (1999); *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 770-771 (1993).

(175) *Greater New Orleans*, *supra* note 174, at 188.

(176) *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S. 618, 632 (1995); *Fox*, *supra* note 173, at 480.

ることでおこなう<sup>(177)</sup>。

合衆国最高裁は、このようにセントラルハドソン・テストを発展させながらも、あくまで中間審査基準であることを示している。しかし同じく中間審査基準であるオブライエン・テスト<sup>(178)</sup>と比較してみると、その具体的適用において、セントラルハドソン・テストはより厳格であることが指摘されている<sup>(179)</sup>。

このことは、近年の営利的言論に関する判例が、軒並み違憲判決であることにも表れている。特に、過度に広汎か否か（④の要素）について、表現規制ではない形で政府の利益を達成できる場合それに依らなければならないとの判示<sup>(180)</sup>は、重要な示唆を含んでいる。すなわち、この判示部分は、立法目的と手段との関連性審査において、まず表現規制以外による手段があるかを検討し（第一関門）、それが無い場合に、表現規制が規制目的に比しているかを検討する（第二関門）といわんとしているようだからである。

一方で行為をとまなう言論規制が、「行為」を規制するために間接的・付随的に「表現」を規制するという側面をもっているのに対して、他方の営利的言論規制は、「表現内容」に着目した規制であることを考慮して、行為規制の優先性を説いたものと理解できる。ここに、同じ中間審査基準と位置づけられるオブライエン・テストは軟化傾向を示すのに対し、セントラルハドソン・テストは厳格化の傾向を示すものと考えられる。

過度に広汎でないこと（④の要素）を判例のように理解すれば、実際のところ、立法目的はより直接的な行為規制で対応すべきことになり、営利的言論規制のほとんどは違憲と判断されることになろう。

この点、わが国においては、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法（以下、「あ

---

(177) *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 417 (1993); *Fox*, note 173, at 480.

(178) ①憲法上認められた政府の規制権限の範囲内か、②立法目的が重要または実質的な政府利益を促進するか、③表現の自由の抑圧と直接関係を持たないこと、④規制手段の表現の自由に及ぼす付随的効果は、立法目的を促進するのに是非とも必要という限度を超えるものではないこと。 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

(179) Note, *Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct*, 118 HARV.L.REV. 2836, 2838 (2005).

(180) *Thompson v. Western States Med. Ctr.*, 535 U.S. 357, 371 (2002).

ん摩師等法」とよぶ) 7条における広告規制が争われた事件<sup>(181)</sup>において、奥野裁判官が、真実で正当な適応症に関する広告を、「適時適切な医療を受ける機会を失わせる」との理由で禁止することは、その業務が治療に効果的であるがゆえに免許を受けていることと矛盾すると指摘し、そうであるならば、広告規制ではなく業務を禁止すべきことを指摘している。この指摘は、表現規制ではなく行為規制を第一とする昨今の合衆国最高裁の傾向を予言していたかのようなものである。もっとも、奥野裁判官は、真実、正当な広告を禁止することに、公共の福祉の観点から理由を見いだせないとしている。この点で、セントラルハドソン・テストが第一要件として真実の言論を対象としていることと好対照である。奥野裁判官同様、この第一要件に対して猛烈な抵抗を示しているのが、C・トーマス (Clarence Thomas) 裁判官である。

## (2) 真実の広告規制とセントラルハドソン・テスト

トーマス裁判官は厳格に解釈されたセントラルハドソン・テストの適用結果には同意しながら、より端的に、セントラルハドソン・テストを放棄すべきことをたびたび指摘している。

たとえば、次のような主張である。政府の主張する利益が、市場における製品・サービスの合法的な使用者の選択を操作するために、彼らが無知にすることであるとき、セントラルハドソン・テストが用いられるべきではない。なぜなら、そのような利益自体が不当だからだ。そのような営利的言論規制が許されないのは、非営利的言論への同種の規制が許されないのと同様である<sup>(182)</sup>。

またあるときは、真実の言論が伝達する思想を政府が抑制しようとするとき、問題となっている言論が営利的であると性格づけられようがそうでなかろうが、厳格審査が採用さ

---

(181) 最大判昭和 36 年 2 月 15 日 (刑集 15 卷 2 号 347 頁, 判時 250 号 4 頁)。

(182) *Greater New Orleans, supra note 174, at 197* (THOMAS, J., concurring in the judgment).  
*44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484, 518* (1996) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in the judgment).

れる<sup>(183)</sup>、という。

さらには、セントラルハドソン・テストは、主張されている目的が、情報の受領者を盲目にすることを通して達せられるときは、使用されるべきでない<sup>(184)</sup>、という。

トーマス裁判官の指摘は、(ア) 真実の言論を制限し、(イ) 消費者に情報を与えないことで、(ウ) 消費者の選択行為を操作しようとするとき、(エ) セントラルハドソン・テストを用いず厳格審査基準を用いるべき、と整理できる。

本章の視点からは、このトーマス裁判官の指摘は、正鵠を得ていると思われる。

なぜなら、主観主義の立場から、政府は諸個人がいかなる目的を達成しようとしているかを知ることができず、かつ、各人の目的達成のための手段として何が採用されるべきなのかを決して知ることができない。したがって、特定の目的と手段とを諸個人のためと称して押しつけることは、正当性をもちえないからである。

政府は、諸個人の目的追求のための計画が円滑に遂行できるよう、分散された知識がうまく活用されるような機会を保障していかなければならないのだった。この視点からすれば、政府がなすべきことは、トーマス裁判官のいうように、消費者を盲目にすることではないはずである。すなわち、それとは正反対に、消費者がより多くの知識を獲得できるよう規制を撤廃しなければならないのである。

同時に、中間審査を維持しつつ、その厳格な適用により妥当な結論を導く手法は、その前提として、政府による営利情報と消費者行動の統制は正当でありうることを前提としている点で不当である。

以上より、本章は、少なくともトーマス裁判官の主張の範囲においては、セントラルハドソン・テストは放棄されるべきであると考ええる。

ただし、営利的言論の中でも製品情報を伝達する製品広告は、合意にもとづく交換を想定してなされる言論であるから、カタラクシー的効率性を高めるために、交換結果に合意

---

(183) *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525, 572 (2001) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in the judgment); 44 *Liquormart*, *supra* note 182, at 518 (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment).

(184) *Thompson*, *supra* note 180, at 377 (2002) (THOMAS, J., concurring). 44 *Liquormart*, *supra* note 182, at 523 (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment).

が反映されることを保障するための規制に服することは正当である。この種の規制の審査は厳格審査基準を適用しなくてもよいかもしれないが、適用したとしても、それをパスするだろう<sup>(185)</sup>。

## 2 学説の展開

### (一) 自己統治, 公共討論タイプ

#### (1) 自己統治

表現の自由と民主政とを密接なものとして理解する立場からは、自己統治に表現の自由の価値を見だし、消費者にとって営利情報を知ることは重要な意味をもちうるが、営利的言論は自己統治の価値との関連が希薄であるから、その保護の程度は低くて良いとされる<sup>(186)</sup>。

しかしこの見解は、自己統治の観念にそもそも問題があるため、受け入れることはできない。

自己統治の観念への批判は数多あるが、本章の観点から若干の付言をしておく。まず自分で自分をコントロールするとは、狭義の自己所有権以外にありえない。国民が国民を支配すると考えた場合、国民なる実体は存在しないし、方法論的集団主義に転ずる危険がある。自己が自己を支配すると考えた場合は、現実の支配・被支配を隠蔽する単なるイデオロギーまたは擬制にすぎないだろう。そのような自己統治には価値などない。

広告規制の考察にあたっては、むしろ、企業家精神に劣るがゆえに市場において敗者となった者が、政治過程を通じて利益にあずかろうとすること、または逆に勝者が、その地位を固定するために法規制を欲するという民主政治の過程に目を向けるべきである。自己統治の名の下に広告規制を許せば、市場プロセスが政治過程に支配される道を拓く。そこ

---

(185) 製品広告以外の営利的プロモーションは、その他の言論と同様に扱われるべきであるとの主張もある。Ronald A. Cass, *Commercial Speech, Constitutionalism, Collective Choice*, 56 U.CHI.L.REV. 1317, 1341-42 (1988). Daniel A. Farber, *Commercial Speech and First Amendment Theory*, 74 NW.U.L.REV. 372, 386-390 (1979).

(186) たとえば芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第七版〕』（岩波書店，2019年）201頁，辻村みよ子『憲法〔第七版〕』（日本評論社，2021年）217頁。

では、自己の身体や財産といった自己所有権は、政治過程にうまくとりいった者の手に落ちるだろう。そのとき人々は他人の目的のための手段としてしか生きられなくなるに違いない。これは決して自己統治ではなく、単に政治権力者による支配にすぎないのではないか。

## (2) 公共討論，討議型民主政治

自己統治の考え方をより発展させて、政治的アリーナ（闘技場）における言論の保障を重視する考え方がある。たとえば、次のような主張がみられる。

経済効率性は政府の重要な考慮要素だが、合衆国憲法修正1条の価値は、市場の効率性に資することにあるのではない<sup>(187)</sup>。民主的自己決定プロセスが表現の自由保護の核心である<sup>(188)</sup>。換言すれば、民主国家が市民の主張に敏感に反応する状態を維持するために必要なコミュニケーション形態（公共討論，**public discourse**）を、修正1条は保護の核心としている。公共討論は、民主的自己決定プロセスへ参加することそれ自体である。公共的討論を民主的正統性のための必要条件として保護すべきである<sup>(189)</sup>。

しかし本章は、この立場を受け入れることができない。民主過程は市場における敗者が政治過程を通じて競争者を制限する利権の温床となりやすいことを想起すべきである。本章は、民主的プロセスよりも市場プロセスを信用すべきであることを提唱する。政治的統制が信頼できる者の手にあるかどうかを心配するよりも、政府の活動領域を画定する方がずっと重要なのだ<sup>(190)</sup>。たしかに、国家が存在し、民主制を採用している以上は、国家が民意に敏感であることは重要なことかもしれない。しかし法制定者がすべきことは、政治

---

(187) Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L.REV. 1, 9 (2000).

(188) *Id.* at 4.

(189) *Id.* at 12.

(190) バリー・前掲注(4)106頁。また、G・R・スティー爾（渡部茂訳）『ハイエクの経済学』（学文社，2001年）50-54頁参照。

のアリーナで声高に討議（闘技）する特定の人民の声を聞くことではなく、市場プロセスを十分に機能させ、すべての者に行為計画を自由に選択させることである。そのためには、修正1条も市場プロセスにおける選択の自由を保障しているとみて、国家行為による自由の侵害を食い止めるために利用されなければならない。

公共討論を重視する立場の営利的言論についての考え方は、次の見解にみられる。

営利的コミュニケーションは、たとえばシャーマン法によって規制される行為に関わるものである。その領域における表現は修正1条では保護されない。それとは異なり、公共的意思決定に必要な情報を伝達する営利問題についてのコミュニケーションには、副次的な憲法的価値がある。それを営利的言論として憲法的保護を与える理論が、営利的言論理論である。一応の定義を示せば、営利的言論とは、民主的意思決定に關与的な情報を伝達する営利的話題についての一連のコミュニケーション行為であり、それ自体が公共的討論の一部を形成しているわけではないものといえる<sup>(191)</sup>。

公共的コミュニケーション領域では、独立した合理的諸個人が批判的相互行為に従事している。営利的言論は、かかる公共的コミュニケーション領域を補強する営利情報の伝播として保障される。依存または信頼関係にあるとみなされる個人間のコミュニケーションには、営利的言論理論は及ばない<sup>(192)</sup>。

表現の領域を二つに、表現形態を三つにわける説明は、従来の理論をクリアに説明している。しかし、いくつかの問題がある。

まず、営利的コミュニケーションを保護に値しないとしている点である。弁護士などの専門家と依頼人との間でなされる対話は、営利的コミュニケーションであり、修正1条では保護されない<sup>(193)</sup>というのだが、パーソナルな関係での対話であるからといって保護しない理由はないし、規制されてよい理由もない。この説が、公共討論のための表現の自由保障に偏重するからこそ、インパーソナルな表現のみを保護対象とせざるをえない。

---

(191) Post, *supra* note 187, at 4, 12-13, 15, 20-21.

(192) *Id.* at 22-23.

(193) *Id.*



しかし本章の視座からは、むしろパーソナルな関係での対話はより保護されねばならない。なぜなら、諸個人の行為計画実施の具体的局面において、交換相手から種々の情報を取得することは、各人のエコノミ的効率性を増進することに直截に有用だからである。それを保護されない表現として規制に服せしめることは、分散された知識の有効利用を阻害し、各人の目的追求を阻害し、市場全体としてのカタラクシー的効率性を害するのである。

またこの説は、パーソナルな関係では人は完全には合理的でないという。しかし、人は常に必ずしも合理的ではなく、ときに誤り、そして誤りから学習していく存在である。この試行錯誤のプロセスを保護し、学習する機会を保護していくことが法の役割であり、政府に期待される役割でもある。人の非合理的性は、規制を認める根拠となるのではなく、逆に非合理的だからこそ、学習のための試行錯誤のプロセスを開放しておかなければならないといえる。

さらには、人は非合理的だが政府は合理的であると考え理由はない。人の判断に変えて政府判断を強制することは許されない。

## (二) 受領者保護タイプ

### (1) 知る権利に対応した保護

営利企業の言論を次のようにみる見解がある。

営利企業の支出は、営利目的の範囲内であるときのみ合法的な支出となる。この支出には言論に対する支出も含まれるので、企業による適法な言論は、営利的言論のみである。したがって、営利企業の営利追求という設立目的に適う言論が営利的言論であり、そのみが保護に値する。株主は政治的見解に投資したわけではないので、政治的言論は営利目的との関連性がない限り、認められない<sup>(194)</sup>。

---

(194) Tom Bennigson, *Nike Revisited: Can Commercial Corporations Engage in Non-Commercial Speech?*, 39 CONN.L.REV. 379, 383-384, 393, 395, 410-413 (2006). *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978) 以後、企業による様々な政治献金が規制された。政治性のある言論を企業がなすとき、皮肉なことに、純粋な営利的言論よりも保護されないかもしれない。

もつとも、営利的言論の自由は、営利企業自身のための権利ではなく、公共的価値や民主的意思決定のための聴衆の権利である<sup>(195)</sup>。そのうえで、企業の言論への支出の適切性は、当該言論が企業に利益を与えることが期待されるか否かで判断される<sup>(196)</sup>。

*Red Lion* 事件<sup>(197)</sup>において、放送事業者自身の表現よりも視聴者の権利が重視されたように、聴衆の利益保護は、修正1条の保護を与える理由となる。しかし聴衆の利益は表現者の利益より低い保護となる。情報を受領する積極的権利があるとしても、それは功利主義的衡量を受けないことが含意される「強い意味の権利」ではない。聴衆の利益は真正の権利ではない。それに対応する営利的表現の自由も、弱いものとならざるを得ない<sup>(198)</sup>。

この見解は、企業の言論の自由をすべて、その受領者としての自然人の情報受領権を基点として、その範囲で保護されるものと構成していると思われる。そのうえで、情報受領権の反射として、憲法上の保護に値する利益を企業は保持しているが、情報受領権自体が弱い権利であるから、企業言論の保護はさらに弱いものとならざるをえない、というのだろう。

この説に対しては、次のような問題点を指摘できる。まず、企業という組織をゲームのプレイヤーであると考えれば、組織にも権利主体性が認められなければならない。企業も営利目的達成のため、どこに利潤機会があるかを発見し、それにふさわしい目的一手段枠組を形成する。そのための自由を、組織ももたなければならない。広告等の営利的言論は、企業家精神の発揮であるから、組織が企業家として活動するためには、営利的言論の自由を、反射的な権利としてではなく、保持していると解すべきである。

また、この見解にいう営利的言論は功利主義的利益考量によって制限されることになるが、かかる考量を政府が最適におこなえとする前提には疑問がある。通常想定されるように、功利主義を効用最大化と結合させて帰結主義的に考えたとすれば、その個人的効用

---

(195) Bennigson, *supra* note 194, at 397-398.

(196) *Id.* at 408.

(197) *Red Lion Broad. Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 369, 396 (1969). もつとも結論にとって決定的だったのは免許制等他にあったと思われる。

(198) Bennigson, *supra* note 194 at 413-414, 417-418, 420-422.

および社会的効用は外部から観測不可能であるばかりか、効用の序数的性質のゆえに主体間で比較することも不可能である。仮に顕示選好や明示選好の考え方に従ったとしても、その価格に表明された選好が真の選好や効用と一致しているとみなすことはできない。

さらには、そもそも営利的言論は、知る権利のために保障されるわけではないし、自己所有権の観点から、積極的請求権としての知る権利は容認しがたい。仮に知る権利を認めたとしても、先のバーネットの指摘にあるように、市場価格に影響を与えるような資源外在的情報は、隠匿を許容することでかえって知識の増進にかなうという側面がある。全ての情報の開示を義務づけ、知る権利を保障することが常に知識の増進とカタラクシー的効率性を増進するわけではない。知る権利の信奉者にとっては逆に、不十分な保障と映るかもしれないが、営利的言論の保障としてはこれでよい。

## (2) 消費者の利益のための保護

また消費者にとっての生活情報等の利益を提供するから、広告にも価値があるという議論もある<sup>(199)</sup>。知る権利ではなく、その他の実質的利益から情報の受け手から営利的言論を構成しようとする試みである。この主張は逆に消費者に害悪をもたらす広告は規制してよいということになる。

たしかに広告が直接的な害悪を発生させる場合は、加害原理から規制は当然である。しかし、害悪を、消費者を惑わすおそれといった（抽象的）危険と理解するならば、許容しがたい。

先のあん摩師等法における広告規制が争われた事件における奥野裁判官少数意見は、「一般大衆を惑わす虞」を規制理由とすることは許されないと述べた。これは、広告規制の正当化には抽象的危険では足りないことを指している。

## (三) 社会全体の利益保護タイプ

ある論者は、社会全体の利益を重視しながら、次のようにいう。  
たとえば、法人の憲法上の権利主張について、「個人の憲法上の権利保障に役立つか、あるいは社会全体の利益という観点から正当化するかに応じて決定するべきであり、社会

---

(199) 佐藤・前掲注(171)518頁。浦部・前掲注(150)167頁。

的に独立の主体であるからという理由で一括してこれを認めるべきではない」<sup>(200)</sup>。

営利広告について、「社会全体の利益という点から見れば、商業広告は、政治的主張や宗教的主張とは異なり、経済的利益の促進を目的とする活動であり、市民の受けとる情報も、その限りのものである」<sup>(201)</sup>。

まず論者のいう「社会全体の利益」とは何を意味しているのかを画定する必要がある。これが標準的厚生経済学のいう社会的最適性を含むものであるとすれば、その概念自体が無意味である。主観主義の観点からは、社会全体の利益を計算することは不可能である。社会全体という観念自体、方法論的個人主義<sup>(202)</sup>との緊張関係を想起させる。また、たとえ社会全体の利益を計算できたとしても、その計算結果は次の瞬間には変化しているものであり、普遍性を要求する法規制の目標とするにはあまりにも儂い。

次に、市民の受けとる情報は、経済的利益に関わるもののみであるとみている点も正しくない。次のような批判もある。産業化以前とは違い現代社会では、情報の受け手にとって、経済的自由も重要である。情報の受け手の利益は送り手の目的とは無関係である。真摯な宗教的言論よりも商業広告の方からはるかに大きな利益を受ける人が多い<sup>(203)</sup>。

この主張にみられるように、広告の本来的性質である説得性は、価値観の変更を迫るような新しい知識をもたらすだろう（たとえば環境に配慮したライフスタイルの重要性を説き、新発売の冷蔵庫を買うよう進める広告）。この情報が経済的利益にすぎないとはいえないのではないか。さらに、単純に価格に関する情報であっても、諸個人はその情報を主

---

(200) 長谷部恭男『憲法〔第七版〕』（新世社、2018年）126頁。

(201) 長谷部恭男『テレビの憲法理論 多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（弘文堂、1992年）22頁、30頁も参照。

(202) 阪本・前掲注(100)38-39頁は、方法論的個人主義の特徴を、次のようにまとめている。「第1は、マクロ的なものの究極の实在を個人に求めること、第2は、国家、国民、社会等、マクロ的なものの細部まで客観的に認識できはしないと自覚的であること、第3に、主観的な観念（内観による知識）から出発してマクロ的な概念を『構成』または『合成』しようとする事」。

(203) 森村・前掲注(52)159頁。

観的知識としたうえで、行為決定をおこなう。その結果として形成される市場価格は、無数の人びとの主観的知識が凝縮されている。われわれは他者の行為理由を一々知ることは不可能であるが、それが価格に凝縮されているため、価格のみをみて行為決定できるのである。そして企業家的生産者は、この市場における価格に着目してより魅力的な取引を提案するために、広告をおこなうのである。したがって、広告に示された価格は、市場における行為決定に関する凝縮された知識であるということができよう。この点を念頭に置けば、営利的言論から多大な情報をわれわれは得ているといえるのではないだろうか。

#### (四) 複合的表現保護タイプ

営利的言論も芸術的要素やときには政治的要素をもつこともあるのだから、単純な製品広告とは異なり、表現の自由の完全な保護を与えるべきであることが主張される。たとえば次の言い方がそうである。

営利的言論が、他の完全に保護される言論と分ちがちがたく結びついているときは、その営利的特徴のゆえに当該言論の保護水準が低下するとは考えられない。かかる言論は、非営利的言論と考えるべきであり、完全に保護される言論にあてはまる審査基準をもって判断されなければならない<sup>(204)</sup>。

しかし営利的言論が「営利」とは異なる、より高尚な価値であるとか、別の何かと混合していることこそが、営利的言論への高次の保護を正当化する、と考えている点には賛成しかねる。

営利的表現であろうと政治的表現であろうと、自分自身の能力は自分自身のものであり、他人の自由を侵害しない限り、能力を自分で行使することができるのが自己所有権テーゼからの大前提である。本章で指摘してきたことは、この自己所有権を基礎として、価格システムと交換のルールをカタラクシー的効率性の観点から保障していくことである。この観点から、営利的表現が、製品広告にみられるように財物の交換を意図していることから、財物の内在的情報についての虚偽の言説を禁止し、正確な情報の表示を義務づけることができることをみてきた。それが許容されるのは、カタラクシー的効率性を増進させるから

---

(204) *Riley v. National Federation Board of North Carolina, Inc.*, 478 U.S. 781, 796 (1988).

なのである。

この論理は、営利的言論に芸術性が認められようと宗教性が認められようとも、それを交換対象とするときは同様である。芸術家が個展を開催するとき、その制作した彫刻の素材、重量や作品のモチーフ等その内在的情報についての虚偽の言説は許されない。要するに、権利移転の対象物について、その内在的情報の正確性を保障するルールは、カタラクシー的効率性の観点から容認される。

したがって、営利的言論の制限は、取引対象の資源内在的情報と関係し、芸術や政治の要素とは無関係であり、根本的には自己所有権に由来しており、カタラクシー的効率性の観点から制限されることがあることも含めて、他の表現と違いはない。

## (五) 表現市場タイプ

### (1) 言論の独占市場，競争市場

思想表現の自由市場を経済市場と重ね合わせながら、経済市場における独占が市場の失敗であり政府介入が必要であるのと同様に、言論市場における独占にも政府介入が必要であると説く見解がある。その見解は次のようである。

言論市場には、自動調整的言論市場と呼びうるものがある。ある言論が、思想の自由市場において反論（*dissent-information*）にあい、市場内部で適切に検討される場合をいう。これに対して、企業の巨大な情報伝達力に伴う競争力の不均衡がある場合は、非自動調整的言論市場である。このとき、市場内部で解決できない要因を、政府による表現市場への介入により是正することは許容される<sup>(205)</sup>。

企業間利益の一致・相反は、消費者が市場を通して反対意見を入手できるか否かに関わる。市場が独占されているか、または企業による言論カルテルにより、反論が全く形成されないときは、企業の言論への政府規制は許容される。裁判所は、企業の言論の利益が、企業間で対立しているか、結合しているかを判断する<sup>(206)</sup>。

ただし、短期的にみて、市場における反論をまつ前に、「直接的で即時的な強大な害悪」

---

(205) Note, *Dissent, Corporate Cartels, and the Commercial Speech Doctrine*, 120 HARV.L.REV. 1892, 1893-1894, 1901 (2007).

(206) *Id.* at 1902-1903.

が発生するならば、自動調整的市場においても政府規制は正当化されうる。虚偽広告による不法行為法または契約法による損害賠償もこの文脈で理解される<sup>(207)</sup>。

この見解は、主流派経済学の市場の失敗、独占の理論に立脚している。しかし本章のとする視点からは、主流派経済学の独占理論にも疑義を呈することになる。そこで、ごく簡単に、主流派の問題点と本章の独占への視座を説明し、言論の独占市場理論に対する批判の第一としたい。

主流派経済理論によれば、独占は資源配分の社会的効率性という規範的状态から乖離し、社会的観点からみて死重的損失を発生させているために、政府により規制されなければならない「市場の失敗」のひとつである、ということになる。ここでは、独占は状態として捉えられているのである。なぜ独占者となったのか、これからも独占者であり続けるのか、という動的プロセス的視点がまったく欠落しているのである。また、現実の時間においては、競争をしなければ競争の結果が得られないのであるから、完全競争を想定した社会的最適点など知りようもない。

プロセス的視点から問われなければならないことは、なぜ唯一の生産者となったのか、である。現在の独占状態が、企業家精神発揮の結果ならば、市場の競争的性格はなんら阻害されていない。長期的視点にたてば、独占にいたるプロセスそれ自体が、市場の企業家的プロセスの推進力となっていることがわかる。主流派にいう独占的利潤は、競争的企業家精神の利潤なのである<sup>(208)</sup>。たとえば、独占者の企業家精神のユニークさをまねできる者が今はいないという場合、類似の活動への新規参入はなんら妨げられていない。このとき、独占者は企業家的競争から免れていない<sup>(209)</sup>。しかるに、主流派理論は競争プロセスの結果を独占状態と認定して企業家の活動を規制しようとする。これは、独占利潤と企業家的利潤とを混同しているのである<sup>(210)</sup>。こうしてみると、独占的市場といわれてきたものは、実は想像以上に競争的なのである。

---

(207) *Id.* at 1904 fn. 78.

(208) KIRZNER, *supra* note 42, at 19-23.

(209) *Id.* at 105.

(210) *Id.* at 109-11.

本章でみてきたように市場をプロセス的に理解するならば、独占の理論もプロセス的に再構築されなければならない。

市場プロセスにおいて重要なのは、企業家的機敏性を発揮できること、すなわち競争プロセスに参加できることである<sup>(211)</sup>。それを阻害するのは、強制力をともなう権力的介入のみである。すなわち、国家権力による法的な参入障壁が独占市場を作り出しているのである。D・フリードマン (David Friedman) は次のようにいう。「我々の経済の中には独占の要素がかなり存在するが、その要素の実質上すべては政府が作り出したものであって、完全な私有財産制度の下では存在しえないのである」<sup>(212)</sup>。またW・ブラックストーン (W. Blackstone) は、「どんなものであれ、売買、生産、労働、あるいは利用を独占することは、王によって許された資格ないし特権である。それによって臣民一般は、以前にもっていた製造や交易の自由を制限される」<sup>(213)</sup>という。

競争的な企業は市場シェアを拡大するために企業家的機敏性を発揮する。うまいやり方は模倣されるので、よりうまくやっていかなければならない。しかしながら、独占的企業は、独占的地位を維持するために政府機関に資源を投入するだろう。この資源投入は消費者には何らの利益ももたらさない、一種の非効率であり、特殊な費用である<sup>(214)</sup>。

法的参入障壁がないのに、独占状態となっている場合、それは魅力的な利潤機会である。長期的にみれば、新規参入の企業家に漸進的に削り取られる利潤である。それを阻止したい独占者は、市場シェアへの権原を維持するべく、法的参入障壁をほしがる。それを可能とするには国家を利用するしかない<sup>(215)</sup>。

さて、話を広告規制に戻す。

---

(211) *Id.* at 102-3.

(212) D・フリードマン (森村進他訳)『自由のためのメカニズム アナルコ・キャピタリズムへの道案内』(勁草書房, 2003年) 59頁。

(213) オドリスコル=リッツォ・前掲注(13)183頁。

(214) 同 177-178頁。これは公共選択学派がレントシーキングとして分析している経済的な無駄である。

(215) 同 182-183頁。ここに、政官財のいわゆる「鉄の三角同盟」が成立する基盤が形成されるのであろう。



市場が独占されているとき、言論市場も独占されており、政府介入が必要だとする見解は、独占を競争プロセスの結果としての状態にとらえており妥当でない。本章の視点からは、政府による規制が独占権の源泉なのだから、現在の反トラスト政策的な言論市場へのアプローチはまったく不適切だということになる。適切な反トラスト政策は、規制緩和と法的保護の撤廃である<sup>(216)</sup>。

広告規制は法的参入障壁となる。すでに独占的地位についている企業から利潤を削り取ろうとする新規参入企業にとって、広告は重要な企業家的な試行錯誤の活動である。それをさせないことは、独占的地位を保障するのに役立つ。政府による言論規制は歓迎されるどころか、ますます否定されなければならないのである。なぜなら、政府のなすべきことは、独占的な地位の保障を撤廃することなのであるから。

## (2) 公共財的性質，厚生経済学

標準的厚生経済学に依拠しながら、公共財的性質の強弱により、表現の自由の保障程度を考察する見解がある。それは次のように主張する。

法解釈は、厚生最大化を規範的原理に据えてなされるべきであり、コースの定理でいうならば、取引費用がゼロならば諸個人がしたであろう決定を、憲法準則は模倣すべき、ということになる<sup>(217)</sup>。その観点から表現をみると、次のようにいえる。

表現に含まれる情報は、排他性や競合性がない公共財としての性質をもっている。公共財的性質のゆえに、情報は過少生産される。また集合行為論で明らかにされたように、組織目的も集合財（公共財）的な性質をもっている。大規模集団では、政策（規制）に反対することでえられる利益は、組織活動への貢献者以外にも拡散するので、ただ乗りのインセンティブが発生する<sup>(218)</sup>。それゆえ情報規制は過剰となる。ここに、表現を手厚く保護する必要性が出てくるのである。とりわけ政治的表現は、情報自体の公共財的性質と、政

---

(216) 同 183-184 頁。

(217) Cass, *supra* note 185, at 1.

(218) MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF THE GROUPS 163-164 (1971). [訳書] M.オルソン（依田博，森脇俊雅訳）『集合行為論〔新装版〕』（ミネルヴァ書房，1996年）200-201頁。

治活動へのただ乗りという二重の公共財的性質のゆえに、保護の核心部分に位置づけられる。

これに対して、営利的言論は、その費用が商品価格や販売量に転嫁され、製品が売れることによって投下費用は回収されるため、公共財ではなく私的財に近い。また、裁判所は、広告でなされる典型的な主張の正確性を、政治的、芸術的、科学的アイデアについてよりも、低コストで判別できる。したがって、公共財的性質をもつとしてもわずかである営利的言論は、表現の自由の保護領域の周辺部分に位置づけられる<sup>(219)</sup>。

むしろ、営利的言論規制は、思想統制に向けられた営為というより、営利的行為に関する正当な規制の拡張であるという見解になじむ<sup>(220)</sup>。

この公共財理論に依拠した見解は、標準的厚生経済学における市場の失敗を基礎としている点で、本章の視点と相容れない。本章が標準的厚生経済学の社会的最適概念を受け入れなかったことを確認しながら、公共財理論の問題点を指摘しよう。

主観主義の観点からは、各人の知識状態について第三者は知ることができないこと、現実の時間のなかでは、知識は絶えず変化するということを思い出そう。このとき、公共財が社会的最適水準まで生産されない（過少生産）との主張は、何をもって社会的最適水準とみなすのだろうか。

市場において財が生産されないということは、問題を解くために必要な情報がないということの意味している。社会的最適水準を計算しようとする政策立案者には、情報がないはずなのである。逆に、公共財が産出されていないという事実から、人々がかかる財に金

---

(219) R. A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 969-971 (9TH ED. 2014); Daniel A. Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 HARV.L.REV. 554, 558-562 (1991); 井上嘉仁「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——」*広島法学* 27 卷 4 号（2004 年）134-136 頁。

(220) DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 172-173, (5TH ED. 2019).

銭の支出をするほどではないと評価していることを読みとるべきである<sup>(221)</sup>。

ある論者は、公共財理論の難点について、次のように要約してみせる。

《第一に、公共財生産は、財の生産に協力的でない人々に生産費用の分担を強制することになる。この強制は暴力の使用ないしその脅迫であり、自由の原則に反し、許容しがたい。第二に、公共財の生産は、さもなくば生産されたであろう私的財の生産から、強制的に資源を公共財生産へと振り向けることを意味する。しかし、質・量ともに十分に生産されないという事実は、公共財なるものに消費者が二義的な重要性しか認めていないことを示す何よりの証左である。消費者の選択に合致した資源配分がなされることを効率的と考える厚生経済学の大前提に立てば、資源の浪費を意味するはずだ。かくして、市場システムのみが、質・量を決定でき、公共部門の介入の余地はない》<sup>(222)</sup>

かくして、本章の視座からは、公共財理論は採用しかねる。公共財的性質の強弱を吟味し、営利的言論への保護水準を低下させることにも同様に、賛成しかねる。

以上、本章は、オーストリア学派経済学的視点を加味することで、従来の営利的言論に関する判例理論・学説には修正が必要であることを示唆することができただろう。

## 七 小括

(1) 本章は、憲法学における法解釈に、オーストリア学派経済学を応用するというアプローチをとった。主として、ミーゼス、ハイエクといったアメリカにおいて展開されたオーストリア学派と、それを受けついでいるカーズナーの議論を参考にしてきた。憲法学とオーストリア学派経済学との接合については、わが国憲法学者では、阪本昌成による優れた先行業績が存在する。

また本章は、権利の基礎付けとして自己所有権テーゼを受け入れて議論を進めた。主として、ノージック、ロスバード、D・フリードマン等のリバタリアンやアナルコキャピタ

---

(221) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(13)167-168頁。森村・前掲注(74)64頁。バリー・前掲注(4)238頁。民主政治に関する情報を公共財とみなしてその最適供給水準について論じる方法に疑問をもつものとして、阪本・前掲注(100)186頁。

(222) 越智和典「新オーストリア学派の公共財理論について」彦根論叢 301号(1996年)150-151頁。

リストの議論を参考にしてきた。わが国の法学者では、森村がリバタリアニズムの推奨者であることを自認しており、本章は森村の著作から多くの示唆をえたうえでの分析となっている。

そして営利的言論理論については、近年のアメリカにおける判例と学説を批判的に検討することで、自説の主張を確認するというアプローチをとった。

本章の分析は全体として原理的な部分に傾注しておこなってきた。

(2) オーストリア学派は、人間行為の分析を中心に据えている。法学も人間行為についての規範学でなければならないと私は考えている。この観点から、人間行為とは何であって、いかなる性質をもつのかを、法学も研究しなければならないのである。

そこで本章では、オーストリア学派経済学に依拠しながら、人間行為の特質を、主観主義、動態的プロセス、時間、そして無知などをキーワードとしながら検討したのである。その人間行為分析を基礎として、法学、とりわけ憲法学は、あるべき国家行為や法制度を研究しなければならない。本章ではそのための新しい基準を提唱することをひとつの狙いとしていた。それがカタラクシー的効率性だった。

もう一つの狙いは、企業家論に依拠しながら、従来の営利的言論理論を批判的に検討することだった。これを通して、本章の主張はより明確になったと思う。

(3) 以上の狙いのもと、本章は、まず二で、オーストリア学派の用いる基本タームについて解説した。そこでの中心テーマは、主観主義の立場から、情報は主観的な知識として各人に保有され、それを統一的に集約する存在は現実的にも理論的にもありえない想定だと主張することだった。ハイエクはこれを知識問題として提起した。

また主流派経済学では大きな意味はもたされていないが、現実においては無視しえない時間の概念が重要な役割を果たしていた。時間の経過は諸個人の知識の変化を意味し、それは同時に、他者についての予測を不安定にするのだった。

現実時間のなかで生まれる真の不確実性は、企業家的行為によって緩和される傾向をもつ（しかしそれは終局的な均衡状態を導くものでは決してない）。真の不確実性は除去されえないが、制度の存在は、それを緩和することができる。人びとの計画がそれぞれの目的に応じて個別的に調整されることはないが、全体として、各人の計画遂行が無矛盾でおこなえることが重要なのであった。

各人の目的追求が無矛盾におこなえるという意味での計画調整が、いかに促進されたかを、三において、カタラクシー的効率性として検討した。各人の設定した目的をより効率

的に達成するという意味での効率性をエコノミ的効率性とよび、各人のエコノミ的効率性追求行為を両立できる全体的な秩序のことを、カタラクシー的効率性と呼んだのだった。

前者は市場に分散された知識と主観主義にまつわる諸問題のため、どの目的をいかなる手段で追求するべきかについて、政府が容喙できることではないのだった。政府は、各人の限られた知識をうまく活用させる、つまりカタラクシー的効率性を増進させるような制度の構築を目指さなければならず、それに反する行為は許されないと考えた。カタラクシー的効率性は政府行為の許否を判定する基準として活用できるのだった。

カタラクシー的効率性は、財産権の設定、価格システムと交換のルールを定める制度によって増進される。

財産権の設定にあたって、誰が最初の権原保有者となるべきなのかについて、議論したのが四である。本章では自然権的な基礎付け、または直観主義的基礎付けに依拠しながら、自己所有権テーゼを受け入れた。そのことを基礎として、自分の身体と能力が自分のものであることを正当化したのだった（狭義の自己所有権）。

ところが、自分の労働の注入によって財物の所有権を自己に帰属することを説くロック的労働所有説は、そのままでは受け入れがたい。そこで、カーズナーは発見者＝保有者アプローチによって、それを正当化しようとしたのだった。すなわち、企業家である諸個人は、機敏性という能力によって機会を発見する。発見された機会は、発見されるまでは社会科学的意味においては存在していないのと同じである。したがって、発見者は全く新しいものを創造したのと同じである。創造者は保有者となることが自然であるし、そのことにより他者を加害することもない。創造的な発見者は、その所有権をもつべきなのである。五では、四までの分析的な視点から、広告がどのような性質をもつものであり、いかなる規制が許され、いかなる規制が拒絶されるのかを検討した。

まず広告は、企業家的な利潤機会発見行為である。利潤機会に気づくことが大事であり、その能力を機敏性といった。消費者に製品の存在、満足を増大する機会の存在を気づかせることが、広告に期待される役割である。そのため、いきおい、広告は過度な装飾付きであったり、説得的な部分をもつのである。これは広告が例外的に備える性質なのではなく本質的な要素である。それゆえ、広告が芸術的であったり、説得的であったりすれば保護の程度が高まるが、そうでなければ低い、といった議論は賛成しかねる。広告の本質部分を可分的、偶有的に議論することは、広告本来の役割への視点を閉ざしかねない。

ただし、広告は通常の表現とは違い、取引対象物の交換を前提とするため、合意にもとづく交換制度を確実にすることによる知識増進、すなわちカタラクシー的効率性の増進のため、一定の制限に服することになる。製品内在的情報については、虚偽が禁じられ、表示が義務づけられても、カタラクシー的効率性とは矛盾しないのだった。

広告規制についての本章の視座は、従来の営利的言論理論にも、そして近時の経済学的分析にも与しないことを示したのが、六だった。表現を公共的言論や民主制と結びつけて理解する立場が従来からの多数説である。しかし本章は、公共的コミュニケーションと営利的コミュニケーションを分離すること自体、間違っていることを論じた。また独占市場である場合、言論市場にも介入が必要であるという議論にも賛成しなかった。新古典派の経済学による独占の理論には難点が多く賛成できないことが最大の理由である。独占市場は我々の想像以上に競争的であることを知らなければならない。また、表現の自由を公共財理論で説明する見解も、社会的最適水準を規範基準とする点で、不当であると論じた。

(4) 以上の議論によって、第一に国家行為はカタラクシー的効率性基準によって測定されなければならないこと、第二に広告は企業家精神の表れであり、営利追求であることを理由に簡単に制限されるはずのない言論だということが明らかとなった。

この二つの結果から、既存の広告規制の多くは無意味な規制と判定されざるをえなくなるだろう。また、営利的言論理論にも、その枠組み自体の変更を迫るものとなるだろう。

とりわけ、従来行われてきた公共的・民主的な表現と営利的表現との区別を否定することは、さらにその深奥にある二重の基準論の否定へとつながる道を開くだろう。

(5) 本章では詳述することができなかったが、本章の主張のひとつであるカタラクシー的効率性を規範的基準とすることは、今後の展開の余地を大きくもっている。すべての国家行為をこの基準の下に服せしめることの当否、基準の妥当する範囲での国家行為の正当性の再検討が必要となるだろう。

また、本章では自己所有権論争を一瞥したにすぎない。実のところ、自己所有権テーゼを受け入れることができるのか、できるとしてどこまで可能かという研究抜きにして、本章の研究を深化させることは難しい。自己所有権テーゼの受け入れの程度によっては、人権保障の枠組みにも、国家権力正当化理論にも、重大な変更が迫られる。今日まで、わが国における憲法学は、ノージック、ロスバードやD・フリードマンらの主張する国家の最小性または無政府資本主義をさほど顧みてこなかった。人権理論、国家論を今一度考え直すための格好の思考枠組みを、彼らの思想に、批判的にであれ肯定的にであれ、学び取る

ことには大きな意義があるのではないだろうか。

## 第二章 屋外広告物は表現か財産か——カタラクシーからのアプローチ

### 一 はじめに

(1) 屋外広告は、世界最古のマス・コミュニケーション形態だといわれる。紀元前のエジプトやポンペイにもパピルスに書かれた広告ビラや看板があったことはよく知られているし、わが国でも江戸時代には引札が利用された。屋外広告物の歴史は、洋の東西を問わず、非常に長い。

現在でも、屋外広告は効果的でありながら安価な表現の手段として重宝され、庶民にとっての重要な権利であると、少なくとも学説上は、考えられている。

他方で、屋外広告は「物」であり、その性質上、種々の規制に服する。

一般論として、表現「物」に対する規制であれば、表現内容規制ではないことを理由として、規制は認められやすい。しかし表現内容中立規制であっても、その適用が恣意的になされれば、実質的には表現内容規制といえる。そのときは、厳格審査をおこない、規制は違憲と判断されやすくなるとの思考が支配的なように思われる。

しかし、「物」としての性質は、表現規制を許容する論拠として、どれほど有効だろうか。逆に、屋外広告の「物」としての性格は、「表現」をより力強く、有効なものにしていると考えべきではないだろうか。もしそういえるなら、内容中立的な制限だからといって、表現内容規制ほど厳格な審査をする必要はない、と考えてはならないのではないだろうか。

本章はかかる疑問のうえに、「内容／内容中立」や「表現／財産」といった二分論によらない、より一貫した視点から、屋外広告物規制を考察しなおそうとするものである。

(2) 本章の目的にむけて、まず二では、アメリカ合衆国カリフォルニア州ロサンゼルス市にて争われた屋外広告物規制事件についての連邦地裁と連邦控訴裁の判決を比較し、本章が克服しようとしている対立点を検出することを試みる。次いで三では、表現の自由保障をより徹底することで広告物規制を見直そうとする見解をみる。それとは視点を異にする財産規制の側面からの屋外広告物規制への視角を四でみる。そして最後に五で、財産行使の一態様としての表現という視点を基礎として、市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性を増進するための財産権保障、それを通じた屋外広告物規制のあり方をみる。

表現の自由の保障を重要視するとしても、それは表現の自由単体で実現できることでは



ない。すべての自由の基礎には、自分自身の身体の所有（自己所有権）をも含めた広い意味での財産権の保障がなくてはならない。財産権の重要性を軽視したり、それを切り詰めたりしては、表現の自由保障はあやうくなる。この思考が、本章の論述の背景にある。従来型の思考に変更を迫ることも本章の目的である。

## 二 屋外広告物規制をめぐるロサンゼルス市の紛争

### 1 背景

立て看板やビラ貼りのような素朴ではあるが伝統的な表現手法は、屋外広告とよばれる。かような屋外広告の表現としての有用性は、今日でも変わっていない。大いに変わったのはその掲出方法である。近時の科学技術の発展は、より巨大で効果的な屋外広告の掲出を可能にした。その代表的な例は、スーパーグラフィックスである。スーパーグラフィックスとは、ビルの壁面を覆い尽くすほどの巨大広告である。ビニール製の生地をビル壁面に固定したり、映像を投影させて映し出したりする手法がとられている。

とりわけプロジェクタによって映し出すような広告は、巨大であるにもかかわらず、公衆の安全への危険は小さい。公衆の安全は従来以上に確保されているといえる。これは、伝統的な屋外広告が、その物理的構造のゆえに、巨大化すればするほど、公衆への危険を加速度的に増大させていたのと正反対である。

しかし、物理的危険性の減少とは反比例して、公衆の視界に与える（悪）影響は増している。かなり離れた場所においても、公衆の目に否応なく飛び込んでくるスーパーグラフィックスは、「広告公害」と評されることもある。

ロサンゼルス市は、かかる状況に対処するため、屋外広告物条例(サイン条例, sign ordinance<sup>(1)</sup>)を制定し、スーパーグラフィックスの一掃にとりかかった。ロサンゼルス市は、オフサイト・サイン(off-site sign<sup>(2)</sup>)と、スーパーグラフィック・サイン<sup>(3)</sup>を原則禁止としたのである。オフサイト・サインとは、広告物の掲出してある場所で、購入したり利用したりできないような製品等を広告するものである。市は、それにくわえて、高速道路

---

(1) Sign Ordinance: Section 14 of Article 4.4 of the Los Angeles Municipal Code (LAMC).

(2) LAMC § 14.4.4.B.9.

(3) LAMC § 14.4.4.B.11.

から 2,000 フィート以内の広告物を原則的に禁止した<sup>(4)</sup>。

これに対して広告業者側は猛反発し、市の屋外広告物条例は合衆国憲法修正 1 条で保障された表現の自由を侵害するものだと主張して市と争ったのである。

その訴訟のひとつが、*World Wide Rush LLC, et al. v. City of Los Angeles*, 606 F.3d 676 (2010) である。この訴訟は、WWR らが市の屋外広告物条例の執行に対して暫定的差止命令をもとめ勝訴<sup>(5)</sup>、その後、サマリー・ジャッジメントを求め勝訴<sup>(6)</sup>、さらにその後、市が暫定的統制命令 (Interim Control Ordinance) を制定し、オフサイト・サインおよびスーパーグラフィック・サインへの新規の許可を排除したため、WWR らは、裁判所の発布したインジャンクションを市は侮辱しているとして訴えを提起し一部勝訴<sup>(7)</sup>、さらに上訴して下されたのが先の連邦控訴裁判所判決である。

一連の訴訟において、WWR はいくつかの点を争っているが、主な点は次の通りである。(ア)サイン条例は、オフサイト・サインとスーパーグラフィック・サインを禁止しているが、それぞれの条項には例外があり、市が「特定計画」(specific plan)、「補足的用地」(supplemental use district: SUD)または「開発協定」(development agreement)を策定・設置すれば、それらの屋外広告物は許可されると定めている。これらの例外に該当するか否かについての市の裁量的判断を統制する明確な基準がなく、表現行為に対する許されざる事前抑制となっている。(イ)高速道路に面している広告物を禁止するといいつながら、実際には市はいくつかの広告物を許可しており、交通安全と美観保護という立法目的と矛盾する行動をとっている。かような規制は、セントラル・ハドソン・テストをみたしていない。

## 2 裁量の統制

### (1) 市の主張

市の主張はこうである。本件条例の定める例外規定のうち、特定計画は、州法で策定が義務づけられている「一般計画」を補完改善するものであり、市議会により策定される。

---

(4) LAMC § 14.4.6.

(5) *WWR et al. v. City of Los Angeles*, 563 F.Supp.2d 1132 (2008).

(6) *WWR et al. v. City of Los Angeles*, 579 F.Supp.2d 1311 (2008).

(7) *WWR et al. v. City of Los Angeles*, 605 F.Supp.2d 1088 (2009).

したがって、特定計画は許可のスキームになっていない。

特定計画は、立法的に採択され、特定の地域のみ適用されるのだから、修正1条違反の検閲ではない。特定計画は、単純な地理的な制限であり、正当である。

裁判所がこれらの規定を無効にすることは権力分立原理に違反し、免除対象の広告物を決定する市の立法権を侵害する。

## (2) 連邦地裁の判断

これに対して、地裁の判断は次の通り。市の主張を容れれば、伝統的な許可スキームにはみえないような新たな手法で、表現内容に基づいて申請を不許可とする無統制の裁量を認めることになる。ゆえに、市議会により策定される特定計画も、許可のスキームと考えるべきである。

市が、その裁量を限定する明確な基準をもたないままに特定計画を採用するならば、適用地域を限定するといっても無意味である。表現を好ましいと思うか否かで、特定計画を策定するか否かを決定することができてしまうからである。市は、かかる害悪が発生していないことを証明できていない。

市の特定計画が地理的な制限であったとしても、特定の表現や表現者に対する好みで地理的境界を引くことを妨げるものは何もない。

市が特定計画の憲法上の欠点を修正し、立法的なガイドラインを制定することを裁判所は禁じていない。すでに制定されている条例が憲法違反だと判断しているのである。

したがって、特定計画策定権限は、特定の屋外広告の禁止を解除するための無統制の裁量を市に付与するものであり、修正1条に違反する<sup>(8)</sup>。

## (3) 連邦控訴裁の判断

---

(8) なお、地裁は次のことも判示している。SUD は、特定計画によって上書きできるため、特定計画で SUD をいかようにも変更できてしまう。また開発協定も特定計画と一貫していなければならないとされているため、特定計画しだいでいかようにもすることができる。ゆえに、これら二つも無統制の裁量によって特定の表現を許可し、または許可しないことを認めるものであり、修正1条に反する。WWR, *supra* note 6, at 1320-1322.

特定計画等の例外規定が、内容に基づいて言論を選択する無統制の裁量を市議会に授与しており、違憲な事前抑制だと判断した地裁の判断を、控訴裁は次のように判示して覆した。

事前抑制禁止の法理は、ここで問題となっている立法機能にはあてはまらない。スーパーグラフィックスやオフサイト・サイン規制は、市議会の立法裁量に根ざすものであり、LAMC (Los Angeles Municipal Code) の規制体系の一部としての、執行的決定をおこなうための裁量ではない。

立法府が権威を留保していることが、言論に対する違憲的な事前抑制を構成することはありうる。立法府が表現行為に向けられた許可スキームを樹立し、そのスキームのもとで、自身にある種の意味決定権を留保している場合は、そこで留保されている権威は、無統制の裁量だという異議に対して脆弱である。そのような権威は、法制定のための通常の立法裁量とは異なっている。

市の定める例外規定は、土地利用規制権限にかかる一般的な立法権限から引き出されているのであって、スーパーグラフィック・サイン、オフサイト・サインの禁止規定からではない。これらの禁止規定がなくても、土地利用規制権限というツールを用いることができるのである。

したがって、修正1条は、市議会の立法的判断とは関係ない。

#### (4) 検討

地裁は、行政機関ではなく、立法機関の行為であっても、事前抑制禁止の法理に服する場合があると考えている。その理由は、もし立法機関に当該法理の適用がないとすれば、市という権力主体が好む表現物のみに許可を与えることができってしまうからである。市の裁量的判断を統制するための明確な基準がまったくないことが、表現の自由保障に対する重大な害悪だと判断したのである。

控訴裁も、立法機関の行為が許可制に組み込まれた執行的な行為であれば、事前抑制禁止の法理が妥当する場合もあるとした。しかし、本件市の規制権限は土地利用を統制する権限（ポリスパワー）に由来しており、この権限は通常の立法権だと断じた。市議会には広汎な立法裁量が認められており、執行的な行為でもないため、事前抑制禁止の法理は妥当しないとされた。

もっとも、地裁も、通常の立法裁量について、事前抑制禁止の法理が広く妥当するとま

では述べていない。ここでは、将来の立法の義務づけを目的としているわけではなく、無統制の裁量を付与している件の例外規定を違憲としたのである。すなわち、立法行為に対する直接の干渉ではなく、立法行為の所産を審査したにすぎない、というわけである。

地裁と控訴裁の判断の分かれ道は、当該規制を表現規制とみるのか財産規制とみるのかにあるように思われる。

表現の自由保障を重視する立場に立てば、控訴裁の立場は容認しがたいだろう。屋外広告物規制における表現の自由保障の関心は、財産規制を装った表現規制という抜け道をふさぐことに注がれていたはずだからだ。規制権限が土地利用規制に由来していたとしても、表現の自由の法理からそれを統制する論理が必要だと解されることになるだろう。この視点からは、地裁の判断が支持されるだろう。

しかし、ここで着目しておきたいことは、本件で地裁と控訴裁の判断が割れたように、同じ広告物に対する規制権限がどの権限に由来すると理解するかによって、判断が一八〇度変わってしまう可能性を生じさせる思考法それ自体である。これは、ある物を「財産」とみれば規制は許容されやすいが、「表現」とみれば否定されやすい、という単純ではあるが根深い、「表現／財産」の二分論的思考の危険性である。あるいは表現規制であっても、内容にもとづく規制は許されないが、掲出物の大きさや色や設置場所といった内容中立的な規制であれば許される、といった単純な「内容／内容中立」の二分論の危険性にもつながるものである。

本章は、この二分論的思考法を破棄し、統一的な思考を提案するのであるが、その検討は五でおこなう。

### 3 セントラル・ハドソン・テストの解釈・適用

#### (1) 問題の所在

営利的言論規制の合憲性判定基準として、合衆国最高裁は、セントラル・ハドソン・テストを用いている。セントラル・ハドソン・テストを確認しておこう<sup>(9)</sup>。

終章合法的活動に関する真実で人を誤解させない表現であること、そういう表現につき、

---

(9) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557, 564 (1980).

②主張される規制利益が実質的 (substantial) であり, ③規制がその利益を直接促進し, かつ, ④その利益を達成するのに必要以上に広汎でないこと。

本件で問題となっているのは, このうち, ③と④の要素 (いわゆる手段審査) である。これらの要素の具体的適用は, 近年の合衆国最高裁判所の判示を観察すれば, 厳格になってきている傾向がよみとれる<sup>(10)</sup>。

③④の要件に関する合衆国最高裁の思考は, 次のように整理できる。

③の要素は, 規制が政府利益を直接かつ具体的 (directly and materially) に促進することを意味している。すなわち, 単に推測や憶測に基づくのではなく, 営利的言論が引き起こす害悪が現実的 (real) で, その制限が, 実際に, 相当程度に (material degree) 害悪を軽減することが証明されなければならない<sup>(11)</sup>。

④の要素は, ③の要素を補完するものである<sup>(12)</sup>。最も制限的でない手段 (least restrictive means) を基準とするのではなく, 立法目的とそれを達するための手段とが合理的な関連性 (reasonable fit) を示していること, 手段が要求された目的に対して綿密に設えられている (narrowly tailored) ことを, 判例法は要求している<sup>(13)</sup>。立法目的と立法手段は必ずしも完璧な重なり合いでなくてよく, 比例していればよい。立法目的と立法手段の関わり合いの判定は, 規制によって課される言論への負担と結びつけられている費用と便益とを注意深く計算することでおこなう<sup>(14)</sup>。

このセントラル・ハドソン・テストの適用において, 本件原告が問題視するのは次の点である。市は, 交通安全と美観の保護を目的として, 特定の区域の広告物を減らすために,

---

(10) 井上嘉仁「市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性と広告」姫路法学 49 号 (2009 年) 103-105 頁。

(11) *Greater New Orleans Broadcasting Ass'n, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173, 188 (1999); *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 770-771 (1993).

(12) *Greater New Orleans*, *supra* note 11, at 188.

(13) *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S. 618, 632 (1995); *Board of Trustees of State Univ. of N.Y. v. Fox*, 492 U.S. 469, 480 (1989).

(14) *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 417 (1993); *Fox*, *supra*, note 13, at 480.

その区域の広告物を除却・移設させた。移設先は高速道路から 2,000 フィートの範囲内の場所だった。ところが、高速道路から 2,000 フィート以内の広告物を、条例は原則禁止していたのである。そこで市は、広告物の掲出できる特別の区域（SUD）を設定し、禁止の例外を認めたのである。そのため、一方で高速道路に面した屋外広告物を禁止し、他方でそれを許可するという矛盾した行為を、市はおこなっているように見えるのである。この矛盾は、セントラル・ハドソン・テストの③④の要素をみたしていない証拠なのではないか。

## （2）連邦地裁の判断

連邦地裁は、*Greater New Orleans* 事件判決<sup>(15)</sup>を参照しながら、本件はセントラル・ハドソン・テストの③④を充たしていないと判示した。

*Greater New Orleans* 事件は、次のような事件である<sup>(16)</sup>。連邦通信委員会（FCC）は、私的に所有されている営利目的のカジノを宣伝することを禁止していた。ニューオーリンズの放送局が、民営ギャンブルの宣伝放送の許可を求めたが、FCC はそれを拒否した。その理由は、放送局のシグナルは、ギャンブルが認められている州だけでなく、禁止されている州にもとどき、カジノでのギャンブルの拡散を防ぎ、それにまつわる社会的費用を抑えるという政府の目的をむしばむから、というものだった。

連邦最高裁は次のように判示した。ギャンブルの社会的費用を最小化するという政府の試みの効果を測定しようとするれば、部族のカジノを議会が同時に奨励していることを無視しえない。そのカジノは、民営カジノの広告が生み出すよりもずっと大きな率で増加している。この点にかんがみれば、政府による民営カジノの宣伝放送禁止と、政府の述べてきたギャンブルの拡散防止、社会的費用の最小化という規制利益との間の合理的な適合性を立証しえておらず、セントラル・ハドソン・テストをみたさない。

部族のカジノの経営を許すという政府が維持しつづけていた基本方針は、ギャンブルの拡散防止と社会的費用の最小化という政府が述べてきた民営カジノの宣伝放送禁止の利益

---

(15) *Greater New Orleans*, *supra* note 11.

(16) *Greater New Orleans* 判決に関する詳細な研究として、大田裕之「カジノ賭博広告の規制と営利的言論法理」同志社法学 52 巻 2 号（2000 年）248 頁がある。

と直接的に対立する目的（cross purposes）だった。ここに *Greater New Orleans* 判決の特徴をみたのが、*WWR* 事件の連邦地裁だった。

そして、この“cross purposes”の原理を本件にあてはめ、次のように判示した。市は、交通安全と美観の保護が、高速道路に面した広告物規制の目的だと述べている。だとすれば、高速道路に面した広告物をひとつでも存置することは、市が述べてきた目的を直接的にむしばむことになる。

### （3）連邦控訴裁の判断

連邦控訴裁は、連邦地裁の判断を“all-or-nothing”アプローチだと批判し、全体論的アプローチをとるべきだとして、次のように判示した。高速道路に面した広告物の禁止の例外を他と切り離して考えるのではなく、全体論的に考えなければならない。*Greater New Orleans* 判決も、営利的言論規制は全規制体系の文脈のなかで評価されなければならないと述べている。してみると、当該例外規定は、過小包摂であり、矛盾に満ちているとはいえない。移設された広告物は高速道路に面しているとはいえ、より安全で魅力的な街並みをつくり、中心市街の危険を取り除き、人を引きつけることで利益を生んでいる。高速道路に面した広告物がなお残存したとしても、その害悪に勝る便益があるとの市の判断は合理的である。

SUD の設置により、市全体としての危険性は低下し、交通は改善し、広告物の総量は減っている。ゆえに SUD の設置は、市の規制目的をむしばむのではなく、まさにその利益を促進するためになされたといえる。

### （4）検討

両判決の対立点は、セントラル・ハドソン・テストの③または④をどう解釈し、どれだけ厳格に適用するかにある。連邦地裁は、市の行為が個別的にみて立法目的を直接に促進しているか否かを厳格に吟味した。これに対して、連邦控訴裁は、個別的には立法目的を直接促進しないとしても、市の行為の所産をトータルでみて、立法目的を促進していればよい、という立場に立った。

両判決とも *Greater New Orleans* 判決を先例として参照しているが、連邦控訴裁は、同判決の「全規制体系の文脈において評価する」という指摘に着目した。*Greater New Orleans* 判決においては、民営カジノの宣伝放送の禁止という営利的言論規制のみに着目しないで、



部族のカジノの営業を認めているという政府方針をも視野に入れるという意味で、全規制体系の文脈というフレーズをもちいた。本件控訴裁も、高速道路に面した広告物の禁止と SUD を設置しての例外扱いというふたつの文脈を総合してみれば、ともに安全と美観の保護を目指しており、そこに政府の目的のブレや矛盾はない、と述べたのである。

これに対して連邦地裁は、総量として広告物が減少しているということと、市の行為が立法目的と矛盾しているか否かとは無関係だと考えている。

地裁と控訴裁のどちらの理解が正しいのだろうか。

*Greater New Orleans* 判決は、政府の統一的な目的設定がなされていないとき、すなわち、ある規制の立法目的それ自体が重要だとしても、それと矛盾する立法その他の目的的行為がなされているとき、当該規制の目的促進性と目的との適合性は、大いに疑問視されなければならない、ということを示唆したものと解される。

そうすると、控訴裁のおこなった論証が妥当のように思われる。SUD の設置は、交通安全と美観保護を目的としてのことであり、政府の統一的な目的設定に矛盾はないといえそうだからである。

しかしながら、地裁が疑問視しているように、市の SUD 設置行為は立法目的に対して矛盾に満ちた行為となっていると理解すべきように思われる。市の SUD 設置行為は外形的にみれば、禁止区域に広告物を掲出する行為であり、立法目的と矛盾する行為である。また当該規定の立法目的は、広告物の総量を減少させることではなく、個別の広告物のドライバーに及ぼす悪影響を除去することにあるはずである。SUD の設置場所が、高速道路から 2,000 フィート以上離れた場所ではなく、あえて 2,000 フィート以内に設置したことは、総量として広告物が減少したとしても、やはり交通安全と美観保護という立法目的と矛盾する行為だと考えるべきだろう。

SUD の設置場所が、高速道路から 2,000 フィート以内であったという事実は、政府の目的に統一性がないことを示していると考えべきである。よって政府の目的に統一性がない以上、規制の目的促進性と目的適合性を大いに疑うべきである。

本章の関心事は、かかる目的促進性・目的適合性もさることながら、①美観保護はそもそも市の追求すべき正当な立法目的か、②市が主観的要素の強い美観の促進程度をどのようにして判断できるのかにもある。この点については、後に検討する。

以上みてきたように、地裁は表現の自由保障をより重視する立場にたち、これに対して控訴裁は、表現物に対する財産規制の側面が表現規制として作用することを緩やかに肯定

しているように思われる。

ここにみられるように、屋外広告物は「表現+財産」という特徴をもっている。しかもその保障の程度は、表現の側面を重視するのか、財産の訴臆面を重視するのかで極端に異なる。両極が天と地ほど開いているため、裁判所の対応がその狭間でゆらいでいるものと思われる。その悪しき傾向を排除し、統一的な判断を導くよう法的判断を誘導していくことが学説に求められているといえよう。そのためのアプローチとして、表現の自由の観点から徹底的に強化する主張がなされている。次にその見解をみてみよう。

### 三 屋外広告物規制への表現アプローチ

営利的言論は表現でないとされた時代は過ぎ去り、営利的言論にも表現の自由に関する法理が及ぶと理解されてきた。とはいえ、営利的表現と政治的表現とは同列の保障水準ではなく、営利的表現は一段低い保障しか受けないというのが主流の理解のようだ<sup>(17)</sup>。

さらに、屋外広告物となれば、それが公衆の目に触れること、物理的構造による物理的危険のあることを根拠に、規制の要請は強まる。表現内容が政治的であっても、物理的側面への規制は肯定されやすい。広告内容が営利的であればなおさら規制されてよい、と考える風潮も否定できない。

かような状況を憂え、屋外広告物に対する表現の自由の保障を強めようとする論者がある。ここでは、その議論の一部をみておこう。

#### 1 事前抑制

##### (1) ランドユースとポリスパワーの統制

屋外広告物は、その物理的な構造のゆえに、美観保護のための地方政府のポリスパワーに服すると考えられてきた。

しかし、屋外広告物を単なる建造物と同視することには問題がある。建造物に関する規制を装って、表現を規制するという抜け道を許容することになるからである。それゆえに、

---

(17) この傾向についての批判的分析は、井上嘉仁「言論の営利性と保護水準の低下についての考察——営利的言論の類型化不可能性——」新居浜工業高等専門学校紀要 43 巻 (2007 年) でおこなった。

伝統的にランドユース（土地利用規制権限）の問題だと考えられてきた事柄を，修正1条の問題としてとりあげ，光を照射しなければならないのである。そして，美観目的の規制において，地方政府がポリスパワーを恣意的に行使することのないよう，ガイドラインを示すことが求められるのである<sup>(18)</sup>。

屋外広告物を修正1条の問題であると考えた場合，修正1条の要請である事前抑制の原則的禁止の法理が適用されるはずである。修正1条のもとでは，事前抑制は原則的に禁止され，表現行為の差止が認められることはまれである。表現行為に対する許可スキームも厳しく統制されており，当局に無統制の裁量を与え，申請を許可・不許可する権限を付与することは，修正1条に反する<sup>(19)</sup>。また，司法審査も厳格な基準が用いられることになる<sup>(20)</sup>。

屋外広告物を修正1条の問題へと完全移行した場合，上述の修正1条に関する洞察がすべて適用されることになるだろう。屋外広告物に表現の自由の法理をどこまで厳密に適用できるのかは疑問である。

もっとも，その主張の意図は次のように読み取れる。それは，屋外広告物規制を，建造物規制とは切り離れた別個のカテゴリとすることである。屋外広告物への規制は，純粋に物理的構造にかかわるものから，表現に関するものまでの連続体のなかにある<sup>(21)</sup>。ともすれば，一方の極である建造物規制・ランドユースの観点が前面に出てくるきらいがあったことへの警告を，論者は発しているのである。

## (2) ニューサンス

表現の自由に対する事前抑制は厳格に制限されなければならないと考えられている。厳密で客観的かつ明確な基準がなく，ライセンスを付与する当局の裁量が統制されていないとき，修正1条の自由の行使をライセンスという事前抑制に服せしめる法律は，違憲とさ

---

(18) Darrel C. Menthe, *Reconciling Speech and Structural Elements in Sign Regulation*, 44 GONZ.L.REV. 283, 287 (2009).

(19) *City of Lakewood v. Plain Dealer Pub. Co.*, 486 U.S. 750, 755-756 (1988).

(20) Menthe, *supra* note 18, at 284.

(21) *Id.* at 320.

れる<sup>(22)</sup>。これは、憲法上保障されている自由を平和裡に享受することが、当局の無統制の意思に条件付けられることを厳に禁じているのである。

この法理が、屋外広告物規制に適用されるとすれば、その影響は劇的である。屋外広告物は通常、許可制をとまっており、その裁量的判断が、事前抑制の原則的禁止の法理が求めるほど明確な基準によって統制されているとはいえず、のきなみ違憲となる可能性があるからである。

しかしながら、現実には、事前抑制禁止の法理は、屋外広告物規制には適用されていない。それどころか、当然にニューサンス (*per se nuisance*) の理論が適用され、簡単に差止が認められる。ある行為を公共への危険を発生させるものとして、立法的に規定することにより、公共への危険を何ら証明することなく、公的ニューサンス (*public nuisance*) とされる。屋外広告物についていえば、簡単な手続で、広告物の除却を命じることができるのである<sup>(23)</sup>。

屋外広告物を表現物と考えれば、当然にニューサンスの理論は排除されるべきだ、というのが論者の主張である。

屋外広告物が当然にニューサンスだとされると、今日では、ビルの壁面につるすだけの客観的危険のない広告物や、ビルの壁面に投影するようなヴァーチャルで物理構造をもたないものも、危険を作りだしていないにもかかわらず、ニューサンスだとされ、具体的危険の発生を要件とせずに規制が許されてしまう。当然にニューサンスの理論は、表現に対する恐るべき武器となっているのである<sup>(24)</sup>。

広告主にとっては、訴訟係属中にも広告物の掲出が認められるかが大きな関心事である。

表現への事前抑制の原則的禁止の法理によれば、広告物が現実のニューサンスでない限り、掲出を継続したままでよいはずだ。しかし、現実はそうではない点が、大いに問題だとされる<sup>(25)</sup>。

それゆえに、論者は、条例違反はニューサンスであり中止されるべきだ、という通常の

---

(22) *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147, 150-151 (1969).

(23) *Menthe*, *supra* note 18, at 286-287.

(24) *Id.* at 319.

(25) *Id.* at 318-319.

想定は、修正1条のケースには適用せず、現実のニューサンスの存在が、十分な証拠によって証明される場合を除いて、適用されるべきではない、という<sup>(26)</sup>。

以上のような屋外広告物の事前的な規制について、表現の自由保障の観点の注入濃度をより高め、保障を強化しようとする議論には、納得できる部分もある。とりわけ、屋外広告物規制は、建造物規制と表現物規制の連続体であるとの視点が重要である。この視点をさらに進めて、表現と財産の区別を解消（ないし緩和）する境地に立つことができないかを本章は後に検討する。また、広告物をニューサンスと捉えることは、それへの批判も含めて重要な視点と関わっている。これは後にみる、広告物はニューサンスであり、美観という公共の利益に対して負の外部性を発生させているという主張と関わってくる。広告物は負の外部性を発生させるのか、美観とはいかなる利益なのかについては、後に論じることにする。

## 2 事後規制

### (1) 屋外広告物の特質と伝統的表現との相違

屋外広告物を表現の自由で保護する根拠は、表現のためのフォーラムを創設し便益を生み出していること、あるいは、視界は紛れもなく表現のために開かれた自由市場であることにあると考えられている。連邦最高裁は、屋外広告物の生み出すコミュニケーションの促進にかかわる利益と、規制により達成される政府利益の程度とを衡量する。そのさい、内容規制か内容中立規制かで審査の厳しさをかえている。屋外広告物規制の場合、広告物のサイズや、掲出場所・高さ等の規制は内容中立的であり、美観への害悪を避けることは

---

(26) *Id.* at 322. なお、*Desert Outdoor Adver., Inc. v. City of Moreno Valley*, 103 F.3d 814 (9th Cir.1996)は、特定の建築物または広告物が、共同体の健康、福祉、あるいは美的な質に有害であるか否かを決定するさいに、当局に無統制の裁量を付与しているとして、市条例は違憲であるとした。これは、市当局に、広告物が共同体にどれほど有害であるかを証明する証拠を提出しないで、広告物の掲出を不許可とスキームを承認しなかった事例といえる。*Menthe, supra note 18, at 316-317.*

実質的な政府利益だとされる<sup>(27)</sup>。ゆえに、通常、憲法上の問題は生じないと考えられている。

しかし、この「内容規制／内容中立規制」の二分論が、屋外広告物に修正1条で保障される他の表現活動と同列の保障を与えない元凶だと論者はいう。さらにその二分論によって導かれる審査基準の厳格度の劇的な相違も、屋外広告物に修正1条上の保護を与えることをためらう要因となっている、ともいう<sup>(28)</sup>。

安易な二分論が、屋外広告物への保障水準の考察に予断を生じさせているのならば、その二分論自体をみなおすべきかもしれない。たとえば、二分論への疑義は次のように示される。屋外広告物の特質は、表現が一過性ではなく永続する点にある。口頭による表現に対する時間的な優位性が屋外広告物にはある。また表現場所が私有地である点も特徴的である。そして、屋外広告物の場合、それをどこに掲出するかが決定的に重要な場合もある。掲出場所がメッセージの一部を構成している場合すらある<sup>(29)</sup>。屋外広告物は、表示内容もさることながら、その掲出方法や掲出場所に意味をもたせることで、表現の効果を増幅しているのである。にもかかわらず、掲出時間や掲出場所の規制を「内容中立」規制として片付けることは乱暴であろう。

ところが、屋外広告物のこれらの特質は、表現としての保護を高める要素というよりは、むしろ規制を強める理由として、これまで援用されてきた。ある連邦最高裁判決は、屋外広告物は、口頭での表現とは異なり、場所を占有し、視界を遮り、運転者の注意を散漫にし、さもなければ可能であった土地利用を排斥する等、規制を必要とする諸問題を提起している、と述べた<sup>(30)</sup>。

屋外広告物の特質を規制の理由とすることには疑問がある。なぜなら、広告物が人の視

---

(27) *See, e.g., Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490, 507-508 (1981) (plurality opinion).

(28) *Menthe, supra note 18*, at 320.

(29) *Id.* at 288.

(30) *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43, 48 (1994). 内容とは無関係に、居住地区でのすべての屋外広告物を禁止したため、戦争反対の広告物を自宅の窓に掲出することも禁止されたことは、修正1条に違反すると判示した。

覚に訴えかけ、効果的にメッセージを伝えていること自体を規制理由とすることになるからである。これでは表現が効果的であればあるほど、規制をすることが許されることになってしまいうだろう。逆に、見つけにくい場所に掲出され、あまり人に見られず、効果の小さい広告物は保護されることになろう。もっとも、伝統的な政治的表現の保護が手厚いのは、コミュニケーションとしての効果が薄いからだと穿って考えれば、首尾一貫した理論といえなくもない<sup>(31)</sup>。

## (2) 内容規制

内容規制は厳格に審査する、というのが表現の自由保障に関する（当否はともかく）常識といえる。この常識が通用しないのが屋外広告物規制である<sup>(32)</sup>。

規制によって達成しようとする利益のひとつは美観である。美観保護は表現を一般的に規制するための正当化理由とはならないと考えられる一方で、ポリスパワーの行使としては、十分合理的な理由であると考えられているようである<sup>(33)</sup>。美観にもとづく規制は、多かれ少なかれ、表現物の内容と関わりをもちうる。ゆえに、美観を損ねているか否かを規制当局が判断すれば、それは恣意的な規制となりかねず、許されざる内容規制となりうる、との結論になりそうだが、そうならない点を論者は問題視する。

屋外広告物に対する内容規制は他の表現への内容規制よりも認められる場合が多い。まずそもそも、①営利的“内容”であれば規制が許されうるというのであるから、ここからして内容規制を許容している。②営利的な屋外広告物のうち、オフサイト・サインを規制し、オンサイト・サインを許容する、というのも広告物の内容に基づく区別である。この二つの内容規制は、判例上みとめられていると考えられる<sup>(34)</sup>。

もっとも、近時の判例は、その傾向を逆方向に押し戻しているようにみえる。たとえば

---

(31) *Menthe*, *supra* note 18, at 304-305.

(32) 屋外広告物規制が、ポルノ産業規制という文脈で問題となってきたこと、そしてそれが先例となっていることに、その一端があるという見解もある。*Id.* at 285.

(33) *Id.* at 286. Jacob Loshin, *Property in the Horizon: The Theory and Practice of Sign and Billboard Regulation*, 30 ENVIRONS ENVTL.L.& POL'Y J. 101, 146 (2006).

(34) *Id.* at 155 は、*Metromedia* 判決以降、この二つの内容規制が認められているという。

次のような事例がある。道路脇に設置された棚に営利的なビラを置くか新聞を置くかによって見た目は変わらないのに、営利的なビラのみを規制することは、美観保護という市の利益と合理的な適合関係にないとした *Discovery Net Work* 判決<sup>(35)</sup>や、学校や運動場から1,000 フィート以内でのタバコ広告の掲出を禁止することは、若者の喫煙をやめさせるという政府利益とは適合していないとした *Lorillard Tobacco* 判決<sup>(36)</sup>では、表現内容の営利性ゆえに、営利的表現はカテゴリカルに低価値であるという営利的表現に対する伝統的な見方を違憲としたと理解できる<sup>(37)</sup>。

表現の自由の観点からより手厚い保障をすべきであると主張する論者は、屋外広告物の内容規制は許容されるべきでないとして主張する。そしてなにより、「内容規制／内容中立規制」の二分論に疑義を抱いているのである<sup>(38)</sup>。

表現の自由保障をかくも徹底すれば、たしかに、屋外広告物の物としての側面への規制が、表現としての性質を脅かす危険性はかなりの程度除去されるだろう。このアプローチは、政府の規制を最小限にする方向に向かうと予想される。本章はその方向性には賛同できる。しかし、その方向に突き進むためにこのアプローチを採用するには、超えなければならないハードルがいくつもある。このアプローチの設置するハードルは、少なめにみても次の四つである。①屋外広告物は、その内容が営利的であろうと政治的であろうと表現の自由として同列に保障され、②事前の抑制に対しては、明確な基準を要求する。③事後

---

(35) *Discovery Net Work*, *supra* note 14.

(36) *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533U.S. 525 (2001).

(37) この点については、井上・前掲注(10)103-106頁参照。なお、Loshin, *supra* note 33, at 156-157は、論争的かつ混乱的になってきたと評している。

(38) 論者は、厳格審査基準、中間審査基準といったおなじみの審査基準で屋外広告物規制を審査すべきではないと主張する。代わりに、過度の負担テスト (undue burden test) をもちいるという。Menthe, *supra* note 18, at 320. 過度の負担テストは、重要な利益が競合しており、かつ、裁判所が厳格審査の適用をためらっているような場合にうってつけの解決法になるという。そして実際に、多くの表現の自由ケースは、過度の負担テストも用いてうまく考察できる、ともいう。See Alan Brownstein, *Taking Free Exercise Rights Seriously*, 57 CASE W.RES.L.REV. 55 (2006).



的な規制も、営利的言論をカテゴリー的に低価値と扱うこと、営利的言論の中での内容にもとづく別異の取扱も許されない。④内容中立的規制という分類は放棄すべきである。

このアプローチは、ここまで徹底しているがゆえに、屋外広告物規制における判断のブレを除去することができるのである。しかしながら、通常表現の自由理論を受け入れている論者は、①のハードルからして超えられない可能性が高い。

ここに、屋外広告物規制に対する表現の自由の方面からのアプローチの難しさ・限界があるように思われる。よくも悪くも、表現の自由の保障は理論化がすすんでおり、その変更を迫るのは骨の折れる仕事である。

本章は、むしろ表現の自由の保障を強化するのに、財産権の保障を強化するというアプローチが有効ではないかと考えている。その方向への足がかりとして、次に、財産規制の側面から屋外広告物規制を考察する見解をみておこう。

## 四 屋外広告物規制への財産アプローチ

### 1 既得権 (Vested Right)

#### (1) 既得権理論

屋外広告物を土地上の建造物だと理解すると、地方政府の土地利用の規制権限とかかわる問題となる。そこで主張される既得権理論は、屋外広告物を表現物と捉える見方とは相容れないようにみえる。

一般に、自治体等は、土地所有者に、いかなる活動であつてもそれを開始するに先立って、許可を得るよう求めて良いと考えられている。不許可行為の差止は簡単にエンフォースされるし、建築許可やゾーニングに関する自治体の判断については、司法的な敬讓がみとめられ、より低い司法審査基準があてはめられている。

この土地利用規制権限への重大な制約として、既得権の理論が主張されてきた。この理論は、すでに一定の活動への許可を取得している財産所有者を、後の政府による許可の取消から守る理論である。その根拠は、財産権の保障にある<sup>(39)</sup>。既得権理論の本質については論争的だが、実定法による権利の創設という立法府の承認行為が、後に、その権利を無

---

(39) See generally P. Hanes & J. Randall Minchew, *On Vested Rights to Land Use and Development*, 46 WASH. & LEE L. REV. 373 (1989).

効にする政府行為を拘束する（エストoppel）、という見解がある<sup>(40)</sup>。

既得権の理論は、一定のポリスパワーの行使を憲法上許されないものとする理論である。この理論は、憲法上の権利保護のため指導原理として重要な役割を果たしたこともあった。今ではかつての切れ味を失い、土地利用規制との関係では次のように理解されている<sup>(41)</sup>。

(a)土地利用行為には政府の許可が必要であり、(b)政府の許可がなければ、政府はポリスパワーを行使して、かかる行為を禁止して良い。既得権がなければ、ポリスパワーの正当化が求められることはほぼなく、明らかに恣意的または不合理でない限り、適法性が支持される。ポリスパワーの行使によって公衆衛生、安全等の目的が実質的に達成されるかは問われない。

## (2) 既得権理論と屋外広告物規制

上述の既得権理論を屋外広告物規制についてあてはめれば次のようになる<sup>(42)</sup>。屋外広告物のための土地利用に許可制をしくことは当然可能であり、許可なく屋外広告物を掲出することはそれ自体禁止される行為であり、ポリスパワーに服する。そのさい、ポリスパワーの行使によって実現される利益を実証する必要はなく、撤去も簡易な手続で可能である。すでに屋外広告物の許可を得ている場合、その許可の取消については、財産権の制限と考えられ、補償<sup>(43)</sup>が必要な場合がある。

もちろん、今日では、屋外広告物は表現物としての性格をもっていることが承認されて

---

(40) See generally Robert Brauneis, *The Foundation of our “Regulatory Takings Jurisprudence” : The Myth and Meaning of Justice Holmes’ s Opinion in Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 106 YALE L.J. 613 (1996). もっともその起源については論争があり、自然権に根拠を見出すこともできる。

(41) Menthe, *supra* note 18, at 294.

(42) 既得権理論の屋外広告物への適用に関する歴史の素描は, *Id.* at 294-296.

(43) 広告物の撤去を命じるさい、数年間の期間を与えるという処理がなされることがある。この期間には補償の意味がある。この規定は amortization provision とよばれ、いわば減価償却のための猶予期間を付与する規定である。これが財産権への正当な補償といえるか否かは大いに疑問であるが、本章では立ち入らない。

いる。*Central Hudson* 事件判決において、中間的な審査基準が適用されることが明示されたことは既にみた。ゆえに、屋外広告物に、土地利用規制権限と既得権理論がそのまま適用されることはない。既にみたように、表現の自由保障の観点から、より慎重な規制が求められているのだが、表現保障をどの程度考慮するかの一貫的なガイドラインがない点がクリアされるべき問題なのであった。

屋外広告物が土地利用の側面をもっていることは事実である。同時に表現の側面をもっていることもまた事実である。土地利用規制権限を起源に持つ規制体系と表現規制の体系の間の溝は広く深い。この溝を一方の側から埋めていくことは困難な作業だと予想される。表現の自由の徹底強化のアプローチもこの意味で苦境に陥ることは既にみた。一方の財産規制の側から溝を埋めていくことも困難が予想されるのだが、表現の自由からのアプローチよりは見込みがあるかもしれない。屋外広告物の物としての側面に由来する表現の自由規制を警戒するならば、財産規制に関する法理論を検討しなおすことも有益だと思われる。

## 2 経済学的分析

広告物が使用している「視界」に対する財産権をいったい誰がもっていて、それを最も効果的に使用し、社会的厚生を最大化するには、どのような仕組みが必要なのか。経済学的分析は、かかる視点から、屋外広告物規制を分析しようとする。それにはいくつかのヴァリエーションがあるので、それぞれ検討しておこう。

### (1) 視界への所有権を政府に付与するタイプ

視界に対する所有権を政府に付与し、政府による強力な財産統制を認める方法が考えられる。この場合、政府はゾーニングや土地利用計画等を通じて、政府の考える最も有益な用法を決定する権限をもつことになる。これはポリスパワーの行使を広く認める現在の考え方に比較的近いものと思われる。

視界という財産をコモンズとして放置することにもなう非効率(コモンズの悲劇)を、所有権を政府に確定することで脱したかにみえる。個人が自己の目的を最大化するために資源を最も効率的に使用しようとするのと同様に、政府も社会的厚生を最大化する最も効率的な資源の用法を決定する、と考えられるかもしれない。

しかし、残念なことにそううまくはいかない。次のような問題点が指摘されている<sup>(44)</sup>。

政府による規制は、民主過程を通して決定され、執行される。この民主的決定に潜む罣がひとつ目の問題点である。M・オルソン (M. Olson) の集合行為論<sup>(45)</sup>の分析によれば、法律を獲得するための効果的な圧力をかけられる集団は、少数の組織化された集団である。屋外広告物規制の文脈では、少数の広告業者の集団が、自分たちに有利な法律を獲得できる可能性が高いことを意味する。多数の諸個人は、仮に広告物から害悪を受けているとしても、人数が多く、組織化されておらず、フリーライダー問題を解決できないので、有効な圧力を形成しにくく、法律を獲得できない可能性が高い、ということになる。

二つ目の問題点は、行政コストが高くつくことである。広告物規制のなかには、たとえば、サイズの規制や高さの規制のようなものがある。何メートル、何センチが最適だということではなく、とりあえずいずれかに決めておくことが重要だ、という種類の規制もある。こういった調整問題を民主過程で決定することの行政コストは高い。

そして三つ目の問題は、中央集権的決定をおこなう計画当局は、どの広告物が美観を損ねるのか判断できないことである (主観主義)。本章は、この問題点が決定的だと考える。美的感覚は主観的である。各自の主観的選好を政府が逐一判断することはできない。できたとして、それを比較し計量することはできないだろう。それにもかかわらず、美観を損ねると政府が決定し、規制を実施することになれば、真に社会的厚生は最大化されたとは到底いえないだろう。

## (2) コースの定理に依拠するタイプ

コースの定理のエッセンスは、「権利の配分は市場取引を開始するための本質的な第一歩ではある。しかし、…… (生産物の価値を最大にする) 究極の結果は、この法的決定からは独立である」<sup>(46)</sup>、というものである。これに従えば、視界に対する排他的所有権をひとまず土地所有者に付与し、次に個人的な取引を通じて、徐々に最適な視界が構成される

---

(44) Loshin, *supra* note 33, at 162-163.

(45) M・オルソン (依田博=森脇俊雅訳) 『集合行為論 [新装版]』 (1996年) 参照。

(46) ロナルド・H・コース (宮沢健一=後藤明=藤垣芳文訳) 『企業・市場・法』 (東洋経済新報社, 1992年) 180頁。

と考えることになるだろう<sup>(47)</sup>。ここでは、視界への権利、すなわちその空間を広告物で埋める権利を市場で売買することになる。

この考え方であれば、政府による民主的決定や中央集権的決定のもっていた集合行為の問題、行政コスト、選好の主観性の問題をクリアできる。

しかし、クリアできていない問題として、外部費用の問題が指摘される<sup>(48)</sup>。コースの定理は、取引費用＝ゼロの仮定がなされている世界で通用する。その世界であれば、屋外広告物の便益を最大化し、外部費用を最小化する取引結果が実現する。ところが、よく指摘されるように、現実の世界では、取引費用はゼロではない。とりわけ、外部費用が多数の諸個人に拡散されているとき、取引費用は無限大となり交渉は事実上不可能となるだろう。また、分配の結果が公平・衡平である保障はどこにもない。さらに、より根本的な問題は、現実世界の真の不確実性<sup>(49)</sup>のゆえに、終局状態（＝最適状態）は存在しないことにある。にもかかわらず、交渉結果・配分結果の最適性を論じることはナンセンスである。

### (3) 公害アプローチ

工場が大気を汚染しながら操業しているのと同様に、屋外広告物は公共財の使用を誤り、視界を汚染しているとみる見解がある。この立場に立つ環境主義者は、屋外広告物を環境的財産に損害をあたえると述べたり、視界の質は国民的な天然資源だと述べたりしている<sup>(50)</sup>。このアプローチは、土地所有権と視界への財産権とをセットにしない考え方である。

ここでは、視界は希少な公共資源として扱われ、土地所有権とは別のルールによってその用法が決定されなければならないという。視界は、それぞれの土地の上空部分の合計以上の価値をもっている。土地の所有者にその上空の視界を使用することを許せば、過剰使用の可能性が生じる。広告物が増えれば増えるほど、乱雑でない視界という資源は涸渇し、

---

(47) Loshin, *supra* note 33, at 163-164.

(48) *Id.*

(49) 真の不確実性は、どんなに知識を追加しても根絶できない性質をもっている。確率  $p$  として計算できる世界には真の不確実性はない。現実世界は真の不確実性によって支配されているのである。

(50) Loshin, *supra* note 33, at 143-144.

それによって他人に外部費用を賦課することになるだろう<sup>(51)</sup>。これはちょうど、工場が空気を汚染し、周辺住民や通行人の疾病リスクを高めるのと似ている。これが広告物規制＝公害対策規制のアナロジーの素描である。

公害アプローチの問題点は、すべての広告物を工場の煙と同視していること、すなわち、負の外部性を発生させているとみていることにある。工場の煙に含まれる有害な化学物質は必ず人の健康を害するが、広告物の場合はそうとは限らない。広告物に嫌悪感を抱く者、無関心な者もいれば、むしろそれを好む者もいるはずである。最後のタイプの者にとっては、広告物は負の外部性どころか、正の外部性を発生させているのである。

この点を改良するために、価格システムを利用することが考えられる。土地利用の美的な選好へのインパクトは、近隣の土地の市場価格に及ぼす影響によって判定できるかもしれない<sup>(52)</sup>。そのうえで、公害アプローチを修正し、コースの定理に依拠したときに未解決だった外部性（市場の失敗）を内部化するための法規制をほどこせば、望ましい屋外広告規制が可能だという。

この見解は、政府による内容規制を用いず、市場を利用して掲出される広告物を決定すれば、表現内容の美的選好・価値判断は、市場において最も高く評価した者によって決定されると説く。屋外広告物からの便益は広告主によって回収されるのであるから、広告物の内容は最も高く評価した広告主が決定することになるだろう。そしてその結果として、見たくもない広告を見ざるをえない通行人が負担している負の外部費用を、広告主に内部化させる法規制を制定すればよいという<sup>(53)</sup>。

しかし、これには疑問もある。

この思考の背景には、広告物掲出という土地利用（外部不経済）がなかったとしたら付いていたはずの価格または最適な利用がおこなわれたときの均衡価格があると想定されているように思われる。しかし、市場取引がおこなわれていないのに、市場取引があったならば、という仮定を置くことはナンセンスである。市場プロセスは動的であり、時間の

---

(51) *Id.* at 145.

(52) See Frank Michelman, *Toward a Practical Standard for Aesthetic Regulation*, 15 PRAC. LAW. 36 (1969).

(53) Loshin, *supra* note 33, at 157-158.

変化によって絶えず変化し、人びとの主観的知識が集積あるいは分散し、万華鏡のように変化していくプロセスなのである。他の事情を一定と仮定した静的な分析をもって「最適性」あるいは「均衡」を説くことに規範的な意味はない。

また公害アプローチがどのようにして負の外部性を内部化させるのかも問題含みである。これを課税によって達成しようとするれば、社会的厚生を最大にする最適課税を考察することになるだろう。しかし、何をもって最適とするのかは、市場プロセスの動的性質から不可能である。また、課税率を集権的かつ民主的に決定しようとするれば、政府に強度の統制権を付与したときと同様の難題（集合行為、行政コスト、選好の主観性）がもちあがるだろう。

以上のような市場のメカニズムを利用しつつその市場の失敗を是正しようとする公害アプローチの思考方法の、市場を利用するというまさにその点のみに、本章は賛同できる。しかし市場の理解の仕方が本質的に不適切である点に、公害アプローチの欠点があるように思う。本章では、市場についての別の見方にもとづいて、屋外広告物規制のあり方を考える。次にこのテーマに取り組もう。

## 五 屋外広告物規制とカタラクシー

### 1 カタラクシー的効率性概説

本章の依拠するカタラクシー的効率性の考え方を概説しておこう<sup>(54)</sup>。

#### (1) カタラクシー的効率性アプローチの前提している諸仮定

本章は、屋外広告物規制を「表現／財産」の二分法を前提としつつ表現の側面を強調するアプローチをとらない。また財産規制を市場の失敗の是正の観点から正当化するアプローチもとらない。本章がとるのは、自由そのものの強力な保障、自分自身の身体的所有（自己所有権）を含む財産権保障を基礎としたカタラクシー的効率性アプローチである。いわば、「表現／財産」の広く深い溝を埋めるのではなく、その上空を架橋するアプローチである。

---

(54) カタラクシー的効率性を規範的基準とすべきことについては、井上・前掲注(10)参照。

このアプローチは、次のことを前提としている。①市場は動的な不均衡プロセスとして分析されなければならない、②価値や効用といった概念は、厳格に主観的であり、それゆえ、観察も測定もできない（急進的主観主義）、③市場現象に関する知識は、市場参加者と政策決定者の双方にとって常に不完全である<sup>(55)</sup>。

①から、知識は変化し、コストも選好も絶えず変化する（一定ではありえないし、所与でもない）ことがいえる<sup>(56)</sup>。その結果、社会的最適性を静的に分析する試みは無意味な取り組みになってしまうのである<sup>(57)</sup>。

次に、②から、価値や効用を基数的に足したり測ったりするのは全くの誤りだということがいえる<sup>(58)</sup>。

最後に、③から、知識は個々の市場参加者の中で分散的に所有されているため、政府に

---

(55) ROY E. CORDATO, WELFARE ECONOMIC AND EXTERNALITIES IN AN OPEN ENDED UNIVERSE: A MODERN AUSTRIAN PERSPECTIVE 4-10 (1992). 森村進「オーストリア学派的『法と経済学』の可能性」一橋論叢 118 巻 1 号 (1997 年) 63 頁。

(56) 仮に一時的にパレート最適な状態が達成されたとしても、次の瞬間にははかなくも過去のものとなっているだろう。中村秀一「モダン・オーストリアンの市場プロセスアプローチ——『カタラクシー的効率』の概念をめぐって——」日本経済政策学会編『日本の社会経済システム 21 世紀に向けての展望——日本経済政策学会年報 XLII ——』（勁草書房, 1994 年）100 頁。

(57) 標準的厚生経済学に従った政策・法規制は、効率を上昇させたとか、社会的効用を増進したとはいえないのである。完全競争一般均衡の概念は、意味をもたない厚生基準であり、それに近づけようとする政策も無意味なのである。CORDATO, *supra* note 55, at 4-6. 片山博文『自由市場とコモンズ——環境財政論序説——』（時潮社, 2008 年）89-90 頁。

(58) マリー・ロスバード（森村進＝森村たまき＝鳥澤円訳）『自由の倫理学 リバタリアニズムの理論体系』（勁草書房, 2003 年）239 頁。



よる規制は多くの場合不合理であることがいえる<sup>(59)</sup>。

カタラクシー的効率性のアプローチは、以上より、「社会的厚生」や「社会的効率性」基準を用いず、ある状況を「過剰」「過少」「最適」と評価することもしない。

## (2) カタラクシー

効率性にはいくつかの含意がある。よく知られているのは目的合理性である。選択した手段が目的をどれだけ促進しているかを問うときの効率性である。これをエコノミー的効率性とよぼう。これに対して、カタラクシーはエコノミーのネットワークである。それは人びとのエコノミー的行為によって生みだされてきた自生的秩序である<sup>(60)</sup>。

エコノミー的効率性は、カタラクシー内部における行為者に関する評価であって、全体としてのネットワークであるカタラクシーを、経済的効率性で判断することはできない<sup>(61)</sup>。つまり、カタラクシーをエコノミー的に語ることをしてはならないのである。

個人の行為のエコノミー的効率性は、自己の特定の状況について、より多くの知識を獲得するにつれて改善していく。したがって、個人にとっての効率性問題は、知識問題であるということが出来る<sup>(62)</sup>。すべての行為計画は将来の時点における行為選択に関係し、将来に関する知識は完全ではありえない。個人は、常に新たな知識を獲得し古いものを破棄しながら、エコノミー的効率性の増進につながるよう、計画を更新していくのである。

カタラクシー的効率性は、エコノミー的効率性をどれほど促進しているかによって判断

---

(59) F・ハイエク（嘉治元郎＝嘉治佐代訳）『個人主義と経済秩序〔新版〕』（春秋社、2008年）109-10頁。中村、前掲注(56)102頁。カーズナーは次の2点にまとめている。第1は、ハイエクが指摘したように、当該枠組みはすべての関連情報を既にもっているという仮定を採用していること。第2は、当該枠組みは、“社会的厚生”という意味深長な観念が、社会の各成員によって表明される別々の価値の集合から蒸留されるという疑わしい仮定を採用していること。I. KIRZNER, COMPETITION AND ENTREPRENEURSHIP 213 (1973)。

(60) F・ハイエク（篠塚慎吾訳）『法と立法と自由II 社会正義の幻想〔新版〕』（春秋社、2008年）150-51頁。片山、前掲注(57)93頁。CORDATO, *supra* note 55, at 57.

(61) *Id.* at 58.

(62) *Id.* at 60-62.

される。換言すれば、カタラクシー的効率性は、ある社会的文脈に存在する諸個人が固有の諸目的をできるだけ両立して追求することを促進する程度によって判断されるのである<sup>(63)</sup>。

カタラクシー的効率性の向上を目指す政策は、社会的存在としての個人が、エコノミーの意味で最も効率的に目的追求できるように制度的枠組みを設定することを目的としなければならない<sup>(64)</sup>。

### (3) 理想的な制度が備えるべき要件 (Ideal Institutional Setting: IIS)

カタラクシー的効率性を高めるには、各人が速やかに計画を再調整していくための知識を増進させ、調整を促進する制度を創設しなければならない。その制度が具備すべき要件は次の二つに要約される<sup>(65)</sup>。第一に、基礎的な出発点としての私的財産権の設定。第二に、価格システムを通しての交換プロセスの許容。これらにより、知識の伝播が可能となり、各人が各様の目的を設定し、自分のもてる知識を利用してエコノミー的に効率的な手段を自由に採用できるようになるのである。先の第一第二は、次のように言い換えることもできる。①財産への権原は、私的に保持されなければならない。②財産権は、諸個人固有の目的追求のために有用な手段を採用できる形態でなければならない。③各人は固有の目的を追求するさい、他人の財産権を侵害してはならない。

①から③の要件がみたされていなければ、法的紛争が生じると考えられる。紛争解決のためには、①から③をみたすよう法を解釈し、あるいは法制度を設計し、カタラクシー的効率性の増進を目指すことが求められる。

### (4) 制度の失敗

---

(63) *Id.* カーズナーは次のように表現し、計画調整と名づけている。「あるシステムの成度度は、一定期間のうちに社会において独立的に行われる無数の諸個人の意思決定、計画および行動を、そのシステムが調整する能力によって測られるべきである」(KIRZNER, *supra* note 59, at 218. 中村, 前掲注(56)99頁。

(64) 片山・前掲注(57)95頁。

(65) CORDATO, *supra* note 55, at 65.

制度が上述の要件を備えていないとき、すなわち財産権が設定されていないか、財産が利用できなくなっている場合、あるいは財産権が曖昧にしか叙述されていない場合に、カタラクシー的意味で非効率性が生じる<sup>(66)</sup>。

財産が利用できないというのは、(a)そもそも財産権が設定されていない場合が考えられる。この場合、誰の財産でもない物は誰の計画にも組み込まれないので、代替財の稀少性に関する価格シグナルに影響を与えるだろう。また(b)財産権が他者によって侵害されているために財産が使用できない場合もあるだろう。これは財産権の執行に問題がある場合である。(c)財産権が曖昧にしか定められていないとは、権原設定そのものが曖昧なケースである。これにより両立不可能な計画による摩擦が生じることになるだろう<sup>(67)</sup>。とりわけ、(b)(c)は、標準的厚生経済学においては外部性の問題あるいは公共財の問題（市場の失敗）として扱われている問題である。

カタラクシー的効率性の観点からは、外部性の問題は「市場の失敗」ではなく、知識を増進するための財産権設定ができていないということ、すなわち制度的不調性を意味する。いわば「制度の失敗」である。この失敗は、財産権の設定を調整することで改善される。

以上をふまえて、屋外広告物規制について考えてみよう。

## 2 美観、公共財、外部性

### (1) 希少な空間利用

環境主義者は、良好な視界・美観を、公共財だとか公共的な資源・財産だと想定している。美観が公共財であるとすれば、カタラクシーの観点からは、どのように帰結されるだろうか。

ここでいう公共財とは、消費の非競合性、排除不可能性という性質を兼ね備えた財をさすものとする。一般的には、空気や国防などがその例としてあげられる。美しい環境は、私が愛でても、あなたが愛でても、減るものではない（非競合性）。その眺望を私が独り占めしようと思っても、現実的にあなたに景色を見せないようにすることは不可能もしくはコストが高すぎる（排除不可能性）。こう考えると、美観は公共財の性質をそなえてい

---

(66) *Id.* at 68.

(67) *Id.* at 68-69.

る。

しかし、同じことは広告物にもいえる。広告物が巨大であればあるほどそういえそうだ。燈台が公共財だといわれるのと類似している。広告は誰が見ても減るものでもないし、巨大広告は特定人に見せないように排除することはむずかしい。

屋外広告物規制の文脈でいう美観問題は、特定の空間を広告物掲出に使用するか、眺めの良さのために使用するか、という対立問題である。ここに起こっている対立は、財の主観的な希少性に由来している。主観的な希少性は、①ひとり以上の人びとがひとつの資源を使用したいと主観的に望んでおり、②当該資源がこれらすべての人びとの願望を同時に満足させるように利用できないときに生じる<sup>(68)</sup>。眺望そのものは公共財的で、誰が見ても減るものではないという意味で希少な財ではない。だが、私とあなたが、特定の空間の利用方法について、両立しがたい主観的な願望を持っていれば、その空間は希少性をもつ財だと考えられるのである。

したがって、ここでの問題本質は、美観が公共財なのか否かにあるのではなく、主観的な願望の衝突が生じている希少な空間を、誰が使用すべきで、外部性が発生しているとすれば、どのようにそれを処理すべきなのかにある。この点を、カタラクシー的効率性を増進する理想的な制度設定（IIS）の観点から考えなければならない。

## (2) 正の外部性——美観は過少生産されるか

社会的厚生を最大化しているか否かを判断基準とすれば、美観は正の外部性を発生させ、美観を保持することで社会的な満足度が上昇するのであるから、広告物の生産を抑制し、美観の生産を奨励することで、最適な美観生産水準をめざすべきだ、となりそうである。

しかし、カタラクシーの観点からは、正の外部性を生じさせる財は過少生産されるとは考えられない。動的な市場プロセスにおいては、最適・過少・過剰といった静的な指標は意味をもたないからである。市場プロセスにおける各人の計画調整を円滑に進める IIS を充たせば、市場プロセスはカタラクシー的にみて効率的だと判断される。したがって、土地、空間に財産権が設定してあり、それが厳格にエンフォースされていることが、カタ

---

(68) R・E・バーネット（島津格＝森村進監訳）『自由の構造 正義・法の支配』（木鐸社、2000年）57頁。

ラクシーの観点からは必要なのである。

ある行為により発生している正の外部性は、定義上、誰の権利も侵害していない。ゆえに、他人の行為によって個人の目的＝手段の計画形成は阻害されていない。また、各人に知識を伝達するための価格シグナルのメカニズムもゆがめられていない。

したがって、正の外部性が発生していても IIS は阻害されておらず、ここでの市場プロセスは、カタラクシー的に効率的だと考えられるのである。そのゆえに、政府の介入はまったく不必要なのである。

これに対して、次のような主張がなされるだろう。正の外部性を発生させている財は、フリーライダー問題のゆえに利潤が得られず、生産されなくなるはずだ。社会的に必要な財が生産されないのは、社会的にみて損害である、と。

この指摘は、ある財が生産されない理由を示している。しかし、それだけである。市場プロセスではゼロの生産水準が効率的だと判断された、ということ述べているにすぎないのである。

フリーライダー問題は、次のフェイズに移行する。その財を実のところ欲しいと思っていたが、ただ乗りのインセンティブから購入しなかった人びとは、ただ乗りという選択をしたら財が生産されなくなり、最終的に目的を達成できなくなった、と気づいたはずである。ただ乗りの選択は非合理的な個人的選択だったのだと気づくのである。それゆえ全員ではないとしても幾人かは、ただ乗り戦略を諦めるだろう。したがって公共財のような正の外部性を生み出す財であっても、ただ乗り戦略を諦めた人びとは購入し、企業家は其の企業家精神を發揮し、そこで利潤を獲得する。それゆえに、公共財も民間で生産されることになる（現に生産されている）。それでも生産されない財があったとしても、それは社会的にみて非効率なわけではない<sup>(69)</sup>。試行錯誤の企業家的行為によって、市場プロセスはカタラクシー的の意味で効率的に駆動しているのである。

屋外広告物の文脈で考えよう。美観が正の外部性を発生させているとしても、それゆえに美観の生産が非効率となって過少生産されると断じてはいけない。特定の空間の所有者が、広告物を生産し、美観を生産しなかったのは、正の外部性を内部化できないがゆえの過少生産の結果ではない。正の外部性は IIS を阻害していないのだから、政府による介入

---

(69) CORDATO, *supra* note 55, at 82-84.

は、この局面では不必要である。すなわち、美観を保持することが公衆の利益であるという理由で、屋外広告物を規制することは個人の財産権を侵害し、カタラクシー的効率性を損なわせる違法な国家権力の行使だと考えるべきである。

### (3) 負の外部性——屋外広告物は他人の権利を侵害するか

(a) 負の外部性が IIS を阻害しているとき、カタラクシー的に非効率となり、法的あるいは政策的な規制が必要となる。逆に、(b) 特定人の行為が、他者に同意なく負担を強いているように見えるときでも、①個人レベルで計画形成やその執行を妨害しておらず、②市場レベルで、知識の集散という価格メカニズムの機能を妨害していないときは、IIS は阻害されていないため、政府介入は必要ない<sup>(70)</sup>。

(a) の場合、財産権の物理的侵害と、財産権の定義が明確でないときの財産使用における衝突問題に分けられる。前者は財産権の執行に問題がある場合であり、後者は財産権の権原が曖昧である場合である。

屋外広告物の規制で考えてみよう。まず自分の敷地に広告物を掲出した場合、ヴィジュアル的な効果によって他人の財産権（生命身体を含む）を物理的に侵害することは一般的には考えにくい。見たくもない広告を見ることになり不快である、といったレベルでは権利の物理的侵害があったとはいえない。ゆえに、視覚的利益（美観）を理由にした規制は、カタラクシー的効率性を高めるものとはいえず、認めがたい<sup>(71)</sup>。すなわち、第三者に不快感をあたえているとか、周辺環境に望ましくない影響をあたえているという理由で屋外広告物を規制することは、財産権を侵害し、カタラクシー的効率性を損なわせる違法な国家権力の行使だと考えるべきである。

これとは違い、広告物の設置方法等に問題がある場合、たとえば風にあおられて倒壊する可能性が高い場合、他人の生命・身体・財産を物理的に侵害する危険性のあることは容易に想定できる。したがって、自らの財産権行使によって、無関係の第三者に生命身体の危険（負の外部性）を負担させることは、カタラクシー的非効率を生じさせる。かかる観

---

(70) *Id.* at 82.

(71) 道路脇の広告物が運転者の注意をそらし、結果として交通事故を発生したことが立証できれば、規制を認めうる。

点から、屋外広告物は法的規制に服することになる。

公共的な空間、誰でも利用できる空間の場合、明確な私的所有権が定まっていない。この場合は、そのような空間の取扱をやめ、私的財産権を個人に割り当てなければならない。

(b)①の場合、たとえば広告物が掲出してあるおかげで、近隣の土地の市場価格が下がったといった負の外部性を考えることができる。これはたしかに、個人の計画形成・執行に影響をあたえている。しかし妨害はしていない。

その広告物がなかったらついたら近隣の土地価格との差額を負の外部性だと考えてはならない。その価格を「正しい」価格と考えることは恣意的だし、動態的市場プロセスの観点からは最適な価格という考え自体が無意味である。もしも計算上の最適価格を認めるならば、人びとは特定の価格に対する権利をもつことになり、市場ベースのシステムは崩壊するだろう。市場取引のないところでは市場価格を知ることはできないのである。市場取引をしないで市場価格を計算できると息巻いた社会主義の計画経済が大失敗だったことを思い出せば、論を俟たない。

また負の外部性が他人の計画の形成・執行を妨害していないときは、市場レベルでも、価格システムは妨害されていない。市場価格には情報が適切に反映されているのである。負の外部性を内部化する法規性が必要だとして、政府による市場価格への介入を許容すれば、それこそ最適価格という名の虚偽情報を価格に反映させることになる。これでは市場プロセスは誤導的シグナルを発することになってしまう。ゆえにカタラクシー的な非効率を生み出すことになる。(b)の状況では、政府介入は不要なのである。

### 3 *WWR* への視座

カタラクシー的効率性の観点から求めることは、財産権は明確に定義されていなければならないこと、最終的に厳格にエンフォースされなければならないこと、突きつめればこの2点である。裁判官による法解釈は、IISの枠組み内でおこなわれ、IISの制度条件が満たされていないところでは、理想的方向に法的設定を改善することを目指すべきである<sup>(72)</sup>。かかる視点から、本章の二で取り扱った*WWR*事件への見通しをつけて、本章を閉じよう。

---

(72) CORDATO, *supra* note 55, at 99.

## (1) 裁量の統制

スーパーグラフィックスやオフサイト・サインの原則禁止を解除するための特定計画の策定権限が市議会に留保されており、市議会の裁量的な判断を統制するための明確な基準がない点について、カタラクシー的効率性の観点からは次のようにいえる。

まず、スーパーグラフィックスやオフサイト・サインを事前の規制に服させ、原則禁止にすることには、重大な疑義がある。私的所有権をもつ個人が、主観的知識を利用して取引をおこない、目的を効果的に達成する手段を調達することを妨げるがゆえ、IIS に反し、カタラクシー的効率性を損なうと一般的にいえるだろう。

当該財産の最も効果的な用法の決定能力を、政府はもっていない。それにもかかわらず、当該土地の一定の利用法を一般的に禁止し、土地利用方法につき市議会が最善の判断ができるかのように考え、市議会に広汎な裁量権を付与することは間違っていると解される。

政府による規制が必要なのは、IIS に反する状況のある場合である。一般論として、他人の生命・自由・財産を侵害することは IIS に反する。他人の権利を侵害することは、各人の計画形成・執行を妨害し、カタラクシー的効率性を損なわせる。ゆえに、かかる危険性を惹起する可能性の高い屋外広告物は、禁止されなければならない。したがって、事前の規制に服すべき広告物があるとすれば、かかる危険性の生じることの明確な広告物に限定されなければならない。その対象は規制の文面上、厳密に定義していなければならない。

この禁止は、定義された広告物とその固有の文脈においては危険を生じさせないことが証明されたならば、例外的に解除されなければならない。この例外に該当するか否かの判断は、具体的事実に即し、危険性の有無につき客観的かつ明確な基準にもとづきなされなければならない。客観的で明確な基準でなければならないのは、市議会の裁量権を口実として、諸個人の主観的知識を無視し、市議会の考える最善の使用方法を個人に強制することになるおそれがあるからである。

本件においては、地裁の認定したように、一般的禁止の例外を定める特定計画の策定にあたり、市議会の裁量を統制する客観的かつ明確な基準はないため、違法と評価されるべきである。

## (2) セントラル・ハドソン・テストの解釈・適用

裁判官のなすべきことは、明確に定義された財産権を厳格にエンフォースすることである。紛争が、IIS にそった法的設定ではないとき、裁判官は IIS になかった制度的調整を



なすことが求められる<sup>(73)</sup>。

セントラル・ハドソン・テストも、裁判官のかかる職務を果たすためのツールとして利用されなければならないだろう。

WWR 事件では、市の一見矛盾した行為が、全体としてみれば整合的で統一的な目的的行為であり、立法目的と矛盾していないといえるか否かが争われた。地裁は市の行為は矛盾しており規制は立法目的を直接促進せず、目的と手段の合理的な適合関係がないとし、控訴裁は、市の行為は全体としてみれば矛盾していないと判断したのだった。

カタラクシー的効率性の観点からみれば、立法目的と立法手段はともに、IIS を実現するように設定されるべきであり、裁判官もそのように法解釈するべきである。

高速道路から 2,000 フィート以内の広告物の設置を禁止した目的は、広告物の設置がドライバーの注意力を散漫にし、交通事故を発生させ、人の財産権（自己所有権を含む）を侵害し、IIS に反する結果となることを防ぐことにある。この因果関係が正しいとすれば、この立法目的はカタラクシー的効率性に資するといえよう。

そして、この立法目的を達成するためには、かかるカテゴリに属する広告物は一律禁止することが、IIS にかなう。

ところが、市は高速道路から 2,000 フィート以内に SUD を設置し、広告物の掲出を許可している。市は、SUD を設定し、かかるカテゴリに属する広告物の掲出を許可し、交通事故発生の危険を存置したとしても、全体としてその危険性を低下させたならば、許可は妥当であるという。

しかしながら、IIS は、個人の財産権を厳格にエンフォースすることを求めている。したがって、市が裁量的にある人物の広告物の掲出を許し、他者の権利への危険創出を容認することは許されない。広告物が交通事故を誘発し他人の権利を侵害するという仮定が正しいならば、それは必ず禁止されなければならないのである。

立法目的の全体としての促進という名目で、個別的な立法目的を阻害することを許容するには、全体のために犠牲となった個別の危険負担者に、その危険を負担させる合理的な理由を示さなければならないだろう。カタラクシーの観点から、そのような理由は見いだせない。

---

(73) *Id.*

セントラル・ハドソン・テスト風にいえば、交通安全の促進自体は重要な規制利益といえるが、そのために一部の交通安全を犠牲にすることは立法目的を直接促進するとはいえず、立法目的との合理的な適合関係もないといえるのではないだろうか。

## 六 小括

わが国では、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であり、憲法 21 条に違反しないとの最高裁判決がある<sup>(74)</sup>。またそこで示された伊藤正己裁判官の補足意見は、パブリック・フォーラム論を展開するなど、憲法学界に多くの議論をよんだ。

先例に対する学説の評価は、おおむね批判的である。表現の自由保障の観点から、とりわけ政治的表現が屋外広告物法・条例の文面および適用によって過度に制限されていること（またはそのおそれのあること）に、批判が集中している。

学説は、広告物の掲出やビラ貼りビラ配りは、簡易かつ安価な表現手段であり、貧乏人のプレス<sup>(75)</sup>として、たいへん効果的<sup>(76)</sup>なものであり、広告物規制にあたっては十分に配慮されなければならないという。

それゆえ、内容規制ではなく内容中立規制を採用すべきなのはもちろん、内容中立的であってもそれが実質的な内容規制といえるときには、厳格な審査をするべきだ、ともいわれる。あるいはパブリック・フォーラム論を援用し、表現内容規制類似の厳格な審査基準を採用すべきと主張されることもある。また、内容中立的な一律の規制は、かえって美観

---

(74) 最大判昭 43・12・18 刑集 22 卷 13 号 1549 頁・判時 540 号 81 頁，最三小判昭 62・3・3 刑集 41 卷 2 号 15 頁・判時 1227 号 141 頁。

(75) 清水英雄「改正東京都屋外広告物条例と表現の自由」ジュリスト 872 号（1986 年）14 頁。

(76) インターネットの発達した現代においても、その地位は揺るぎないだろう。情報受領者のアクセスを必要とせず、通行人の目に飛び込んでくる屋外広告物は、効果的な表現方法である。もっともそれが規制の根拠でもあるのだが。インターネットにおいても、たとえばキーワード検索をした場合、それに類似する広告が表示される場合がある。これは、屋外広告物がもっている効果と類似したものとみなすことができるだろう。

風致のうえで、いきいきとした表現を圧殺するおそれがあることを指摘する見解もある<sup>(77)</sup>。

このように、表現の自由保障の観点からの広告物規制の理論はさまざまである。共通点をあげれば、屋外広告物規制の立法目的の一つである美観風致の維持を一応妥当なものとして受け入れる傾向である。

先の伊藤正己裁判官の補足意見では、「都市であると田園であるとをとわず、ある共通の通念が美観風致について存在することは否定できず、それを維持することの必要性は一般的に承認を受けているものということができ、したがって、抽象的に考える限り、美観風致の維持を法の規制の目的とすることが公共の福祉に適合すると考えるのは誤りではないと思われる」と述べられている。

これに対しては、美観風致の維持という規制目的の正当性を抽象的に認めてしまい、規制目的の正当性につきそれ以上検討を加えていない点が、同補足意見の限界だと指摘される<sup>(78)</sup>。

美観風致の維持は表現規制のための正当な立法目的たり得ないことを明示的に主張するものとして、次の見解がある。①「美観保持という主観的選好は表現の自由を凌駕する重要な法益ではない」<sup>(79)</sup>。「選好は本質的に主観的なものであるので、それを外部の観察者がうかがい知り、集団的な価値判断に変換すること」<sup>(80)</sup>はできない。②「『美観』というのは、相当に主観的な感覚である。だから、街の美観の維持のために表現行為を規制するということには、かなり慎重であることが要請される。結論的にいえば、美観風致の維持ということが、とくに強く要請される特定の地域（たとえば、史跡名勝の類）に限ってビラ貼りを禁止するなど、限定的に考えるべきであろう」<sup>(81)</sup>。また美観風致の保護に慎重な見解として、③「美観風致も保護法益に含まれるかどうかは明確ではないが、含まれると

---

(77) 清水・前掲注(75)13頁。

(78) 市川正人「屋外広告物条例による規制と表現の自由」ジュリスト910号(1988年)21頁。

(79) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂, 1995年)82頁。

(80) N・バリー(足立幸夫監訳)『自由の正当性(オンデマンド版)』(木鐸社, 2004年)114頁。

(81) 浦部法穂『憲法学教室〔第三版〕』(日本評論社, 2016年)188頁。

しても財産権・管理権の保護に付随したものと解される。したがって、所有者・管理権者の同意の下で行われるビラ貼りは処罰対象とはならないことはもちろん、また、同意のない場合には当然に処罰対象となるのではなく、『表現の自由』の保護をはかる観点から、ビラ貼りの目的・手段・態様・被害の軽微性などを考慮して判断さるべきであろう<sup>(82)</sup>。

これに対して、美観風致の維持を正当な目的だと認める見解として、次のものがある。

「『美観』は人工美であるだけに、地域の景観状況に応じてその判断が人によって異なる主観性を伴うことは避けがたい。しかし、屋外広告物条例の運用は通常、知事の許可に係る事項については、広告物業界の代表、文化団体の代表、美術家・建築家・学識経験者等で構成される広告物審議会の審議を通じて知事が許否を決定する建前で行われるので、行政権の恣意的判断によって表現の自由が侵される危険は少ないと言ってよいと思われる」<sup>(83)</sup>。

わが国における上述の論争は、本章で検討したように、表現の自由保障の観点から屋外広告物の保障水準を高める試みの難しさを示すものといえる。表現の自由理論自体のもつ晦渋さと単純さ<sup>(84)</sup>は、広告物の表現としての性質を正確に切り出し、財産規制と対置し、

---

(82) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院，1995年）533-534頁。

(83) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』（有斐閣，1998年）451頁。

(84) 通説的な見解では次のような複雑な経路で保障のあり方を差別化しなければならない。表現の自由は、経済的な自由と異なり、優越的な地位にある（単純な二分論）。しかしそれは政治的表現についてのことであり、営利的表現の価値は低い。表現の自由の内容規制は厳格審査基準で審査すべきだが、内容中立規制は厳格な合理性の基準（中間審査基準）で審査してよい（これも単純な二分論または三分論）。けれども政治的表現か営利的表現かの内容の区別はおこなってよく、ここで「内容／内容中立」の区別は適用しない。なおかつ営利的表現のなかでも、特定の内容をもつものを特に制限することも許される。しかしながら、営利的表現の内容中立規制であっても、政治的表現を封殺するものであることもありうるので、厳格な審査が要求されることもある。……。

その明瞭な限界を描き出すことを困難にするだろう<sup>(85)</sup>。

本章は、表現と財産が結びついているとき、表現の側面から光を当てて、財産規制の部分を蒸発させようとしても無理だと示唆した。なぜならば、表現は財産の数ある使用方法のうちの一部だからである。表現の保障は、財産の保障の上に成り立つと考えるべきである。ここでいう財産は自己所有を含む広い意味の財産である。財産権として表現を考えるためには、従来、財産権の保障を軽視し、縦横な制限を許容してきた思考の軌道修正をする必要がある。かかる修正のベクトルは、「表現／財産」の単純な二分法と二重の基準論への疑念を抱くいくつかの学説に共振する部分があるはずである。財産権の保障こそ何にもまして重要なものと考えたとき、財産を表現に使用するか商売に使用するかは二次的な問題となる。それは、財産権行使によって他人の財産権を侵害してはならない、という基本的な自由のルールによって統制されるのみである。これは本章で言及した IIS にかなう。政府の規制が IIS にかなう法制度設計であれば、市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性は高まる。これにより、諸個人の自由な目的設定とその達成のための自由な手段選択が最大限保障されるのである。

本章では、*WWR* 事件を契機として、屋外広告物規制の表現の自由アプローチの困難さと財産権アプローチの可能性とその超越を模索してきた。本章のベースとするオーストリア学派とリバタリアニズム的な思想は、通説的憲法学にとって受け入れがたい点を含んでいるだろう。それでも、ただひとつ、「表現＋財産」の規制のあり方にとって、財産権保障の観点を強化することが、自由の最大化につながり、表現の自由の強化にもつながりうることを示唆できたのではないだろうか。

---

(85) また、わが国の最高裁判所は、表現の自由の規制事案において、いわゆる厳格審査基準を適用したことはない、という点にかんがみて、表現の自由の側面から攻める戦略は奏功しないように思われる。

### 第三章 専門職言論の憲法上の位置づけ

#### ——知識コミュニティ理論からのアプローチ

#### 一 はじめに

##### 1 問題の所在

(1) 専門家が顧客（依頼人，患者）にあたる助言は，職業活動の一環であって，表現ではない。こう割り切って良いか。あるいは職業活動に付随する表現ではあるが，特有の規制に服することが正当化されるのか。専門家の助言のように，ある一定の特徴をもつ言論を「プロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）」として類型化することは，表現の自由保障に何をもたらすのか。

専門職言論を類型化して，それを保護されない表現類型に位置づけることが考えられる。しかしその試みは成就しがたいだろう。というのも，*United States v. Stevens*<sup>(1)</sup>が，保護されない言論領域を拡大することに深い疑念を示しているからである<sup>(2)</sup>。*Stevens* で問題となったのは，動物に対する虐待行為を描写する絵画等の創作等を禁止する連邦法が合衆国憲法修正1条に反するか否かだった。政府は，動物に対する残虐行為を描写することは，そもそも修正1条の保護範囲外であると主張した。修正1条の保障を受けるか否かは，社会的費用と言論の価値とのカテゴリーカルな衡量によるというのである。*Stevens* は，この主張を認めなかった<sup>(3)</sup>。保護されない言論領域を将来にわたって閉じてしまうわけではないにしても，*Stevens* に反して，専門職言論を保護されない類型として創出することは困難だと思われる。

(2) 専門職言論を特別の類型だと思えない立場もある。後に見る *NIFLA v. Becerra*<sup>(4)</sup> がそうである。この場合，いわゆる専門職言論と目される言論についても，通常の表現の自

---

(1) 595 U.S. 460 (2010).

(2) Rodney A. Smolla, *Professional Speech and the First Amendment*, 119 W. VA. L. REV. 67, 88 (2016).

(3) *Stevens*, 595 U.S. at 472. Smolla, *supra* note 2, at 85-87.

(4) *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 585 U.S. \_\_\_, 138 S.Ct. 2361 (2018).

由理論が適用されることになり、とりわけ専門家の助言内容に容喙する規制については、内容規制と捉えられることになる。そうすると、顧客に対して一定の情報を提供するよう専門家を義務づける法律に、原則として厳格審査基準が適用されることになる。情報提供義務を合憲だと論じるためには、厳格審査をパスすると理解するか、厳格審査を緩和する例外的場合に相当すると考えることになる。

これに対して、専門職言論類型を特別の類型であるとする立場は二つに分けられる。ひとつは専門職言論類型は一段低い保障、すなわち中間審査基準が妥当する類型であるとみる立場である。他のひとつは、専門職言論は、専門家とその所属する専門家集団の自律を保障するとみる立場である。

前者の典型は、営利的言論とのアナロジーをもちいる。専門職言論も営利的言論も、表現の受け手にとって重要な価値がある点で共通していることに着眼するのである。

後者は、専門職言論を次の点で固有の類型だとみている<sup>(5)</sup>。専門職言論は、自身の意見を公的対話の中で表明することでもなく、また商業的取引を提案するものでもない。専門職言論は、専門家から顧客へと、専門的知見を伝達するという点で特異なのである。しかも、その専門的知見は、専門家が属している知識コミュニティにおいて形成発展されたものなのである<sup>(6)</sup>。この立場を知識コミュニティ理論と呼ぶことにする。

知識コミュニティ理論は、専門職言論類型が修正1条の保護を受けるのは、知識コミュニティの叡智 (insights) を専門家が顧客に正確かつ総合的に伝達するからだと理解する。修正1条は、かかる専門家の知識の形成・維持および顧客への伝達を保護しているとされる。知識コミュニティの叡智を伝達していない専門家は、専門家と呼ぶに値せず、かかる専門家を規制する専門職業規制は、修正1条の問題を惹起しないということになる<sup>(7)</sup>。専門家と顧客の関係内部で、専門家による助言の提供を目的とする、知識コミュニティの叡智の伝達とかかわるときに、専門職言論と修正1条の問題が生じる。

かかる観点から専門職言論を特別の類型だと構成すれば、インフォームド・コンセントやライセンシングの文脈において、通常の表現の自由とは異なった取扱いを要することの

---

(5) Claudia E. Haupt, *Licensing Knowledge*, 72 VAND. L. REV. 501, 552 (2019).

(6) *Id.*

(7) Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L. J. 1238, 1292-1293 (2016).

合理的な説明を提供することができる<sup>(8)</sup>。これとは違って、専門職言論を特別の類型と考えたとしても、営利的言論理論を類推適用して解決することは誤りだと指摘される。なぜなら、営利的言論理論は、知識コミュニティと専門家の結びつきを考慮していないからである。知識コミュニティの叡智が考慮されてはじめて、医療過誤等の不法行為責任やライセンシングの問題も明瞭に理解しうるとい<sup>(9)</sup>。

本章の後半部分は、知識コミュニティ理論について肯定的に検討するつもりである。

(3) 専門職言論を特別の類型とみるべきか否かが議論されるさい、専門職言論理論の萌芽として言及される 1945 年の合衆国連邦最高裁判所判決がある。*Thomas v. Collins*<sup>(10)</sup>である。テキサス州法は、ユニオンの組織者を登録させ、組織者カードを取得するよう要求していた。ナショナル・ユニオンのリーダーであった R. J. Thomas は、自宅のあるデトロイトからテキサス州ヒューストンへ、労働者集会で演説するために移動したが、Thomas は組織者カードを保有しておらず、同法違反を問われたという事案である。本件で重要な点は、①専門家を規制する州権限を承認したうえで、当該法律は言論規制であると認めた点（州は事業及び経済規制にすぎないと主張していた）、②明白かつ現在の危険テストをもちいた厳格審査をした点、③公の言論に従事するためにライセンスを要求することを問題視した点である<sup>(11)</sup>。時は流れて 2013 年、占い師に免許を要求した第 4 巡回区は、この事件を引き合いに出しながら、連邦最高裁は専門職言論の存在を認めたと主張したのである<sup>(12)</sup>。

学説のなかには、*Lowe v. SEC*<sup>(13)</sup>における White 裁判官の同意意見に専門職言論の存在を看守しよとするものもある。Christopher Lowe は、投資アドバイザーとしての資格を喪失していたにもかかわらず、「投資新聞」を発行した。当該新聞は、金の市況等に関する

---

(8) Claudia E. Haupt, *The Limits of Professional Speech*, 128 YALE L. J. FORUM 185, 190 (2018).

(9) Haupt, *supra* note 7, at 1267.

(10) 323 U.S. 516 (1945).

(11) Smolla, *supra* note 2, at 76-77.

(12) *Moor-King v. County of Chesterfield*, 708 F.3d 560, 568 (4th Cir. 2013).

(13) 472 U.S. 181 (1985).



一般的な論評を掲載したものであった。この新聞発行行為が、無免許での投資アドバイスを禁ずる投資助言者法に違反するとして起訴されたのである。連邦最高裁の多数意見は、表現の自由の問題に正面からは取り組まず、「投資新聞」には当該法は適用されないと判示した。これに対して White 裁判官の同意意見は、表現の自由の問題に取り組み、*Thomas* を参照しながら、依頼人に対する個別的な助言ではない点を指摘して、完全な表現の自由の保護を認めた。*Thomas* と同様に、表現に免許を課すことを問題視したのである<sup>(14)</sup>。

*Thomas* や *Lowe* に専門職言論の萌芽を見ることを疑問視する立場もある<sup>(15)</sup>。連邦最高裁自身も、*NIFLA* において、連邦最高裁が専門職言論類型を認めたことはないと言明した。将来にわたり専門職言論の類型化の可能性を完全に排除していないかもしれないが、しかし、連邦最高裁は専門職言論の修正 1 条上の保護を適切に評価する理論的基礎を形成していないのはたしかである<sup>(16)</sup>。

(4) 専門職言論をいかに類型化するかは、専門職言論をいかに定義するかと同心円をなしている。専門職言論に広汎な定義を与えれば、その有する特質を十分に抽出することができず、結果として専門職言論類型は不要か、またはその他の言論理論の応用として理解すれば足りることになる。これに対して、専門職言論を狭く定義すれば、その特質を際立たせることができ、他の言論類型と異なる処理をすることを説きうる。

*NIFLA* における連邦最高裁の法廷意見は、第 9 巡回区連邦控訴裁判所の示した次の定義を参照した。すなわち、専門職言論とは「専門家と依頼人との専門的關係という文脈においてなされる言論」<sup>(17)</sup>をいう。この定義はきわめて広汎であり、*NIFLA* の法廷意見が指摘するように、「医師、弁護士、看護師、理学療法士、トラック運転手、バーテンダー、理髪師その他多数」<sup>(18)</sup>の専門職にある者の言論が専門職言論ということになってしまう。雑多なものを類型化することは困難となり、結局、連邦最高裁は専門職言論類型を認めなかったのである。

---

(14) Smolla, *supra* note 2, at 78-79.

(15) Haupt, *supra* note 7, at 1258.

(16) *Id.* at 1264.

(17) *National Institute of Family and Life Advocates v. Harris*, 839 F.3d 823, 839 (9th Cir.2016).

(18) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2375. Smolla, *supra* note 2, at 68.

学説上も比較的広汎な定義がなされている。たとえば Daniel Halberstam や Robert Post は、「専門家が表現をするということではなく、専門的実践の過程で発せられた表現」<sup>(19)</sup>を専門職言論と定義づけている。この定義は、たとえば医者が患者に対して与える助言のように、一定の文脈に依存する言論を抽出することを意識しており、医者が専門家としてであれ、一般向けに著書を刊行することと区別しようとする<sup>(20)</sup>。これは専門家というフィルターをかけるさいに軽視されがちな、いわば私的な言論と専門職言論との区別に重点をおいた定義である<sup>(21)</sup>。

知識コミュニティ理論を提唱する Claudia E. Haupt は、上述の定義に欠けている重要な点を指摘する。すなわち、専門職言論は、(ア)知識コミュニティの叡智が、(イ)専門家と顧客の関係内部で伝達され、(ウ)専門的助言を提供することを目的とすることを核心的要素とする<sup>(22)</sup>、という。

この定義の特質は、専門職にある個人の主観的権利とは異なる専門家集団としての知識コミュニティの利益に着目していることである。そうすることで、専門職言論類型は、修正1条のもとで、知識コミュニティの専門知識を改変されないことの保障をも含む、との理解を可能にするのである<sup>(23)</sup>。

## 2 本章の構成

---

(19) Daniel Halberstam, *Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions*, 147 U. PA. L. REV. 771, 843 (1999); Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 U. ILL. L. REV. 939, 947 (2007).

(20) Wynter K. Miller, Benjamin E. Berkman, *The Future of Physicians' First Amendment Freedom: Professional Speech in an Era of Radically Expanded Prenatal Genetic Testing*, 76 WASH & LEE L. REV 577, 613 (2019).

(21) Haupt, *supra* note 7, at 1254.

(22) *Id.* at 1247-1248.

(23) Haupt, *supra* note 8, at 195. 専門職言論をかく定義した場合、*NIFLA* で問題となった CPC の言論は、専門職言論ではないということになる。*Id.*

専門職言論の類型化は未解決の問題である。類型化することによって、解釈上いかなる法的効果を表現の自由理論に追加することになるのかが問われなければならない。この問への部分的な解答を得るために、本章は以下の順に検討を進めていく。

まず、専門職言論の類型化を否定する立場をみる（二）。そこでは、内容規制が許される例外的場合にも当たらないとする *NIFLA* の法廷意見を検討したうえで、例外に該当するはずだとする *NIFLA* の反対意見をみる。*NIFLA* で示された Casey 基準と専門職言論の関連性について考察したうえで、審査基準論について言及する。

次に、専門職言論の類型化を肯定したうえで、より低い保護が与えられるとする立場をみる（三）。いくつかの下級審がその立場であるため、まずそれらを概観する。その後、営利的言論理論とのアナロジーをもちいて、専門職言論を説明し、営利的言論類似の中間審査基準が妥当するとする立場を検討する。

そして、ここまで検討した言説とは異なる視点を提供する知識コミュニティ理論の検討に移る（四）。知識コミュニティと専門家の関連性を読み解き、専門職言論類型に対する規制の限界を、知識コミュニティの叡智の観点から画定する試みを検討する。

最後に、専門職言論類型を肯定する知識コミュニティ理論と、否定したうえで厳格審査を適用する立場との理論的近接性について、ひとつの試論をおこなう。そこでは、言論規制をとまなう職業規制について制度構築するさいに、その裁量を統制する客観法原理として、専門職言論理論が有効であることを示唆する。

## 二 専門職言論類型の否定

### 1 *NIFLA* 法廷意見——例外該当性否定

専門職言論の類型化の意味を探究するのに先立ち、専門職言論の類型化が期待された2018年のケースである *NIFLA v. Becerra* をみておこう<sup>(24)</sup>。連邦最高裁は専門職言論類型を否定することになるのだが、連邦最高裁がなにゆえに専門職言論を否定し、また専門職言論と目しうる要素をもつ言論をどのように処理したのかを整理しておくことは、専門職言論を類型化することの意義を探索するうえでひとつの手がかりを提供してくれるはずであ

---

(24) 判例研究については、井上嘉仁「*NIFLA* の言論がプロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）ではないとされた事例」*広島法学* 43 卷 1 号（2019 年）68 頁参照。

る。

### (1) 事案の概要

カリフォルニア州は、危機妊娠センター（crisis pregnancy center; CPC）を規制する目的で、生殖の自由、責任、説明責任、総合医療及び透明性に関する法律（The California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act. 以下、FACT法とする。）を制定した。CPCは、pro-life、すなわち生命を重視する団体であり、妊娠するためにとるべき方法、カウンセリングその他のサービスを、センターを訪れた個人に、一部無料で提供している。その多くは、キリスト教の信念に基づいて設立、運営されている。CPCは、中絶しようとしている女性を思いとどまらせ、中絶しないようにしむけることを目的としている。CPCは、中絶に反対することを明示している団体——家族と生命の擁護者の研究所（National Institute of Family and Life Advocates: NIFLA）——と密接な関係にあり、あるいは運営されている。こうした問題に対処するために、FACT法は、妊娠関連サービスを提供している免許を保有している施設に、次の告知義務（licensed notice）を課した<sup>(25)</sup>。「カリフォルニアは、公的プログラムをつうじて、即時無料のまたは低価格で利用可能な包括的家族計画サービス（FDA承認の避妊手法をすべて含みます）、出生前医療と中絶を、有資格の女性に提供しています。あなたにその資格があるかどうかを判定するために、カウンティの社会サービス事務所 [電話番号] に連絡してください」。本法の適用される免許を保有している施設（以下、免許保有施設という。）に関して、Cal. Health & Safety Code Ann. § 123471(a)は、その「主要な目的」が、「家族計画又は妊娠関連サービスの提供」になければならないことを定めていた。CPCはFACT法が表現の自由を保障する連邦憲法修正1条に違反すると主張して、訴えを提起した。

### (2) 法廷意見の要点

法廷意見の要点は次のようである。

---

(25) 免許を保有していない施設に課される告知義務も定められたが、本章の目的が医師等の専門職を想定しているため、免許をもたない施設への告知義務はここでの検討から外すことにする。

(a) 法廷意見は、冒頭で、本件を表現内容規制であると認定し、厳格審査基準が妥当するのが原則であるとした<sup>(26)</sup>。

(b) つづいて、第9巡回区連邦控訴裁判所が、当該免許告知を「専門職言論」規制と結論づけ、厳格審査を適用しなかった<sup>(27)</sup>ことを批判している。法廷意見は、連邦最高裁判所が「専門職言論」を、特別の言論類型として認識したことはこれまでないと指摘し、単に「専門家」によって述べられたというだけで、言論が保護されなくなることはないとした<sup>(28)</sup>。

(c) そのうえで、専門職言論の保護が低下する例外的場合を先例は承認してきたとして、次のふたつの基準を示した<sup>(29)</sup>。第一が、純粋に事実に関する非論争的な情報を、専門家の営利的な言論のなかで、専門家に明示するよう要求する法律に対して、敬讓的な審査を適用することである（Zauderer 基準）<sup>(30)</sup>。第二が、表現を付随的に巻き込むものであつたとしても、州は専門職の行為を規制できることである（Casey 基準）<sup>(31)</sup>。

(d) 法廷意見は、ふたつの例外に該当するかの検討にうつり、いずれの例外にも該当しないと結論づけた<sup>(32)</sup>。Zauderer 基準に該当しない主要な理由は、免許告知は、クリニックが提供しているサービスとは全く無関係であるばかりか、州が支援している中絶を含むサービスの告知を義務づけている点、および中絶が「論争的」トピック以外の何ものでもない点にあった。また Casey 基準に該当しない主要な理由は、免許告知はなんらかの医療処置と全く結びついていないという点にあった。Casey はインフォームド・コンセントの

---

(26) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2371. 判決は、先例として、*Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. \_\_\_\_, \_\_\_\_, 135 S.Ct. 2218, 2227 (2015), *Riley v. National Federation of Blind of N. C., Inc.*, 487 U.S. 781, 795 (1988) 等をあげている。

(27) *NIFLA v. Harris*, 839 F.3d at 839. *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2371.

(28) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2372.

(29) *Id.* at 2372

(30) *See, e.g., Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, 651 (1985).

(31) *See, Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 456 (1992).

(32) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2372.

事例であったが、*NIFLA* は施設とサービス利用者との間のすべてのやりとりに適用されるのであり、医療処置が求められたか、提供されたか、あるいは実行されたかとは無関係だという点に違いを見たのである<sup>(33)</sup>。

(e) 法廷意見が専門職言論を特別の種類とすることについて、微妙なニュアンスをみせている点が次のくだりである。「カリフォルニア州も第9巡回区連邦控訴裁判所も、通常の修正1条理論が適用されない独特の種類として専門職言論を扱うための説得的な理由を示していない。われわれは、ある種の理由が存在することの可能性を排除しない。われわれがそうした可能性を排除しないのは、免許告知が中間審査さえクリアすることができないからである」<sup>(34)</sup>。つまり中間審査基準をクリアする専門職言論類型が今後登場する可能性を一切閉じているというわけでもなさそうだとということである。

以上を要するに、法廷意見は、“下級審で形成されてきたような類型”の専門職言論は否定した。専門家と依頼人との間のコミュニケーションを行為ではなく表現ととらえ、それへの干渉を内容規制だと理解した。内容規制の例外を営利的言論理論、インフォームド・コンセント理論から援用した。

## 2 例外該当性への批判

### (1) Zauderer 基準該当性

Zauderer 基準および *Casey* 基準に該当するとみたのが反対意見である。

Zauderer 基準にいう「純粋に事実的で非論争的」の意味について、連邦最高裁は明らかにしていない。ある下級審は、「開示強制に係る事実の正確性であり、聴取者に与えるであろう主観的影響ではない」<sup>(35)</sup>と定義したことがある。この定義に従えば、*NIFLA* の告知義務は州の提供するプログラムの存在という事実を伝達させるものであり、「非論争的」

---

(33) *Id.* at 2374-2374.

(34) *Id.* at 2375.

(35) *Nationwide Biweekly Admin., Inc. v. Owen*, 873 F3d 716, 732 (9th Cir. 2017).

であるともいえる<sup>(36)</sup>。他方で、「事実」にかかわる情報と感情的反応を引きおこすメッセージとを区別することの困難性も指摘されている<sup>(37)</sup>。

本件に Zauderer 基準をあてはめるということは、とりもなおさず、下級審において専門職言論と捉えられてきた言論類型は、営利的言論類似の言論であるという前提に立つことになる。そのうえで、免許告知が「純粋に事実的または非論争的」な情報の告知義務を課すものかを問うことになる。かかる前提に疑義を呈する見解もある。知識コミュニティ理論がそうである。

知識コミュニティ理論からすれば、Zauderer 基準は、専門職言論とは関係の薄い基準だとされる<sup>(38)</sup>。同理論において、専門職言論の力点は知識コミュニティの“叡智”を正確に伝達することにあるのに対し、営利的言論理論は、消費者を誤導しない“情報”提供に力点があるのである。この観点からすれば、NIFLA の告知義務は、州のプログラムの存在を告知し、妊婦に情報を提供することを目的とするものであり、専門的助言内容（叡智）の正確さについての規制ではないため、そもそも専門職言論規制の問題ではないと整理されるだろう。この観点からは、専門職言論に Zauderer 基準を適用し、合理性の基準で審査すべきことを示唆した事例として NIFLA を位置づけることはできない。

## (2) Casey 基準該当性

---

(36) Savannah R. Montanez, *Pregnant and Scared: How NIFLA v. Becerre Avoids Protecting Women's Reproductive Autonomy*, 56 SAN DIEGO L. REV. 829, 845 (2019). 「性的に露骨」なビデオゲームに“18”のステッカーを貼ることの義務づけは、意見にもとづく強制であり、「純粋に事実的で非論争的」な情報ではないとされたことにつき, see, *Entm't Software Ass'n v. Blagojevich*, 469 F.3d 641, 652 (7th Cir. 2006).

(37) Leading Case, *First Amendment — Freedom of Speech — Compelled Speech — National Institute of Family & Life Advocates v. Becerra*, 132 HARV.L.REV. 347, 352. See, e.g., Ellen P. Goodman, *Visual Gut Punch: Persuasion, Emotion, and the Constitutional Meaning of Graphic Disclosure*, 99 CORNELL L. REV. 513 (2014).

(38) Haupt, *supra* note 8, at 196.

*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*<sup>(39)</sup>は、中絶医療に関連して、養子縁組等の他の手段もあることの伝達を含むインフォームド・コンセントを医師に義務づけることが、医師の表現の自由を侵害するのではないかが争点のひとつだった。連邦最高裁は、行為の規制に付随する言論規制に敬讓的審査を与えたのであった。

*NIFLA*の法廷意見は、インフォームド・コンセントを狭く理解し、医療行為に関連してなされるものに限定した。そして、医療行為を伴わない（たとえば受付への掲示）にもかかわらず告知を強制することはインフォームド・コンセントではないとした。

これに対して、医学的な基準に照らして不当だとの批判がある。医学的基準によれば、インフォームド・コンセントは、医療処置の要求、提供または実施とは関係なく施されなければならないものとされているという<sup>(40)</sup>。事実、*Casey*においても、中絶手術とは無関係な養子制度等の情報告知義務が合憲とされていたのである。これに照らせば、出産を手がける医者に中絶に関連する告知を義務づけることも、インフォームド・コンセントに含まれる情報であるともいえる。

この対立点は、インフォームド・コンセントとしてどこまでが要求されるのか、という点である。この点、専門職言論の知識コミュニティ理論は明白である。インフォームド・コンセントの内容に何が含まれるかを判定するのは、州ではなく知識コミュニティなのである。一般的にいえば、州による定めが知識コミュニティの叡智と合致する限りで、告知義務は憲法に違反しないと判断されうる。

### 3 Caseyと専門職言論

#### (1) 専門職言論に関する先例としての価値

専門職言論を類型化するさいに、*Casey*が先例として有意か否かには争いがある。

三人の裁判官によってしか署名されていない共同意見（*Casey*は複雑な裁判官構成となっている。）における次のような判示が、専門職言論への含みをもたせている。“医師はたしかに州の命じるようなやり方で表現しない修正1条上の自由をもつが、しかし医療行

---

(39) 505 U.S. 833 (1992).

(40) *Montanez*, *supra* note 36, at 849.



為の一部として、合理的な免許制および規制に服するのである”<sup>(41)</sup>。これをもって、免許制が専門職言論を制約するのだと捉えられた。*Casey* のこの判示は曖昧であったがゆえに、*NIFLA* においてその明確化が期待されていたのである。

*Casey* は専門職言論の先例としてはふさわしくなく、政府言論、強制言論および情報受領権に関する判決だと理解する方がよいとの指摘もある<sup>(42)</sup>。*Casey* の事案においては、医師は州の起草した一定の内容を自分自身の考えとして伝達するよう強制されてはおらず、州のポリシーに反対であることを表明することも許されており、一定の場合には情報を提供しないことも認められていた。また女性は州の用意にした資料を受け取らないこともできた。こうした事情を考慮すると、*Casey* は、政府のメッセンジャーとなるよう医者強制してはならないことを述べた判決だと考える方がよいだろう<sup>(43)</sup>。

## (2) 下級審の例

*Casey* と類似の事案が、いわゆる *Speech-and-Display* 条項の事案である。近親相姦または強姦でない限り、妊婦がソノグラムを拒否したり、心音やソノグラム写真の説明を選択しないことを認めず、違反した医師の免許を剥奪するテキサス州法が問題視された。

本件は、たしかに「医療上の正しい叙述」をするように強制するものであるが、*Casey* とは異なり、医者に口頭で伝達するように強制するだけでなく、妊婦にも情報受領を義務づける点で異なっていた。まさに医者を州のメッセンジャーとするものであった。

しかし第5巡回区連邦控訴裁判所はこの主張を容れず、*Casey* と本件は質的に同じであり、違いといえば、映像的で科学的に最新の情報だということくらいだと述べた。そして *Casey* 水準の審査基準を採用した<sup>(44)</sup>。医療的に正しい限り、言論強制に中間審査は必要ないということを示唆したのだった。

ノースキャロライナでも、*Speech-and-Display* 条項を含む州法が問題視された。ただし

---

(41) *Casey*, 505 U.S. at 884.

(42) *Haupt*, *supra* note 7, at 1259-1260.

(43) *Id.* at 1259-1260.

(44) *Tex. Med. Providers Performing Abortion Servs. v. Lakey*, 667 F.3d 570, 578-579 (5th Cir. 2012).

同法は、妊婦の情報受領についてはそれを拒むことも許容するような立て付けとなっていた。第4巡回区連邦控訴裁判所は、本法が真実で誤導的でない情報の提供であるとみたが、決定的な要素は医療上の正確さであるとはみななかった。そのうえで、緩やかな審査をした *Casey* とは異なり、中間審査基準を適用し違憲判断をくだした<sup>(45)</sup>。

このように、下級審においては、*Casey* の射程がどこまで及ぶのかについて、解釈は分かれている。*Casey* が専門職言論の一場面であると捉えるか否かについても定かではない。

#### 4 専門職言論類型を否定した場合の処理

##### (1) 厳格審査基準

専門職言論を特別の言論類型ではないとみる場合、専門家と依頼人との間の助言等への言論規制は、いかなる審査基準に服するのだろうか。

この点、*NIFLA* の法廷意見は、専門家の助言に容喙する規制は内容規制であり厳格審査が原則として妥当するが、*Zauderer* 基準および *Casey* 基準に該当する場合はその例外と考えた。判決ではそのふたつの例外にあたらぬとしながら、結論的には中間審査基準すらも満たさないとして、厳格審査をしなかった。中間審査基準においては、目的と手段との実質的な関連性を審査するが、免許告知を義務づけずとも、州がパブリック・インフォメーション・キャンペーンを代替手段として使用できることを指摘し、目的と手段との実質的な関連性を否定した。州側は、パブリック・インフォメーション・キャンペーンをおこなっても効果が上がらなかったことを主張していたが、そうした主張は受け入れられなかった。連邦最高裁によるかような立法事実の否定は、中間審査を装いながら厳格審査に近い厳密さを要求しているとの指摘もある<sup>(46)</sup>。

もっとも *NIFLA* の事例は、CPC を狙い撃ちする意図が立法過程から透けて見える事例であった。CPC の立場に反する言論を強制する意図が、観点規制を認定する重要な要素となったのではないだろうか。中間審査の当てはめにおいても、こうした背景があったために、厳格な当てはめとなったと推測できる。こう考えれば、*NIFLA* をして専門家の助言を厳格審査することを確立した判例であるとみることは、妥当でないように思われる。

---

(45) *Stuart v. Camnitz*, 774 F.3d 238, 245 -249 (4th Cir. 2014).

(46) *Leading Case*, *supra* note 37, at 354.

Paul Sherman は、専門職言論規制に対して表現内容規制に求められる厳格審査基準を適用すべきだと主張している<sup>(47)</sup>。専門職言論をたとえば営利的言論のような厳格審査に服さないカテゴリーカルな例外とするためには、歴史的な証拠が示されなければならないが、そうした証拠はないというのである。

Rodney A. Smolla も厳格審査が要求されると主張する。そして *Casey* のようなインフォームド・コンセントの事案は、厳格審査をパスするイージーケースであると述べている<sup>(48)</sup>。州の支持する立場への同意を表明するよう求めたり、従事を強制したりするものではなく、単に州の作成した文書の存在を患者に知らせることを要求するのみだったことが、その根拠だとされる。

## (2) 顧客の利益（中絶権）の尊重

現代は、妊娠・出産、中絶に関連する情報が豊富にある。情報を入手できれば、出産か中絶か意思決定をおこなうことは容易になる。また医療技術の発展により、出生前診断や中絶は、母子双方にとって安全になってきている。このように医療技術が飛躍的に革新している一方で、法理論の発展の歩みは遅い<sup>(49)</sup>。

*NIFLA* のように、妊婦に情報を提供するよう義務づけることが表現の自由を侵害するとされれば、女性は中絶権行使のために有益な情報を受領する機会を損なう。安全で先進的な医療技術の恩恵を受ける機会を逃す。出生前診断や中絶といった判断は、タイミングが極めて重要なのである。中絶権を尊重する立場からは、情報に接する十分な機会がなかったために、中絶の権利を行使できない事態は回避されなければならない。実際、CPC を訪れた女性が、出産以外の選択肢のあることを知らず、本人にとって必ずしも幸福ではない決断をしたケースもある<sup>(50)</sup>。

憲法上保護された妊娠中絶の権利を女性が行使できることを気づかせることは、医師に

---

(47) Paul Sherman, Commentary, *Occupational Speech and the First Amendment*, 128 HARV. L. REV. F. 183, 192-193 (2015).

(48) Smolla, *supra* note 2, at 80-81.

(49) Miller & Berkman, *supra* note 20, at 646-647.

(50) Montanez, *supra* note 36, at 852.

言論を義務づけるに十分な利益であるとの指摘もある<sup>(51)</sup>。言論強制の保護法益が、消費者保護のような茫漠としたものではなく、中絶の権利という明確な人権である場合、少なくとも厳格審査基準の目的審査はパスするものと思われる。

もつとも、*NIFLA*によれば、前述の通り、医者を州の代弁者とするのではなく、州が自らキャンペーンをするという手段をとることを求めており、医師への言論強制は手段的に容認されないことになる。

手段審査で違憲とされたとすれば、顧客の人権保護、中絶権の尊重は実現できない。そこで、*Zauderer* 基準や *Casey* 基準という例外にあたりと主張するか、端的に保護水準を低下させる類型として、専門職言論を類型化する試みが下級審を中心になされてきたのである。次節では、専門職言論類型を肯定するいくつかの見解をみよう。

### 三 専門職言論類型の肯定

#### 1 下級審の展開

##### (1) *Moore-King v. County of Chesterfield*

下級審においては、専門職言論を特別の類型として扱う事例がいくつかある。下級審はどういった言論を類型化しようとしたのかを確認しておこう。

占い師 *Psychic Sophie* として予言に従事していた *Patricia Moore-King* が、チェスターフィールド・カウンティが課していた免許制度に対して、修正1条違反を主張して訴えた事案である。第4巡回区連邦控訴裁判所は、専門職言論理論を適用し、政府は報酬を受けて顧客にサービスを提供する者に免許制を敷き、規制することができ、修正1条と矛盾抵触することはないと判示した<sup>(52)</sup>。裁判所によれば、専門職言論理論を適用するか否かは、表現者が、秘密を厳守するという設定内で、対価を支払っている顧客に対して、個人の要望に応じた助言を提供しているのか、それとも、公の討論や論評に従事しているのかによる。このテストのもとで、占い師の予言も専門職言論とされた<sup>(53)</sup>。

---

(51) Leading Case, *supra* note 37, at 356.

(52) *Moore-King*, 708 F.3d at 569.

(53) *Id.*

(2) *Pickup v. Brown*<sup>(54)</sup>

18 歳未満の未成年者の性的指向を、ホモセクシャルからヘテロセクシャルに変える "conversion therapy"あるいは"reparative therapy"を対象とする法律の合憲性が争われた。そのような療法を禁止するカリフォルニア州法を第9巡回区連邦控訴裁判所は、合憲とした。専門職言論は“連続体”であり、専門家が公的対話に従事するときは最大の保護が与えられ、専門に関連する領域内で専門家が表現しているときは幾分か保護が減少し、専門家の行為の規制が、言論に付随的影響を与えるときは最低水準の保護しか与えられないとした<sup>(55)</sup>。そしてカリフォルニア州法は行為の規制であるとして、合憲とした。つまり外科医が手術をするのとセラピストがカウンセリングするのは同じことだと論じたのである。

(3) *King v. Governor of New Jersey*<sup>(56)</sup>

*Pickup* と同様に、性的指向を変える取り組みを制限する州法が問題となった。免許を取得している専門家は、専門家の一員として表現しているときは、修正1条の完全な保護を享受しないと判示した。そして、専門職言論というカテゴリーを受け入れるということは、修正1条の保護水準が低下するか、まったく保護されないかという問題となると判示した<sup>(57)</sup>。第9巡回区が *Pickup* で示した判断とは異なり、中間審査を採用し、営利的言論の審査基準の用語を借用しつつ、「専門職言論の禁止は、有害または効果的でない専門家の行為から市民を保護する州の利益を直接促進し、当該利益に奉仕するのに必要以上に過剰でないときのみ、合憲となる」<sup>(58)</sup>と判示した。

*King* は *Pickup* の示した“連続体”をラベリングにすぎないと批判した。かような基準に従った場合、裁判所は、好ましくない表現に「行為」というラベルを貼って、修正1条の保護を奪い取ることができしまうと述べた<sup>(59)</sup>。

---

(54) 740 F.3d 1208 (9th Cir. 2013).

(55) *Pickup*, 740 F.3d at 1227-1229

(56) 767 F.3d 216 (3d Cir. 2014).

(57) *King*, 767 F.3d at 233.

(58) *Id.*

(59) *Id.* at 229.

(4) *Wollschlaeger v. Governor of Florida*<sup>(60)</sup>

2011年、フロリダ州は、Firearms Owner's Privacy Act (FOPA)を制定した。この法律は次のような定めをもっていた。“医療従事者は、患者のプライバシー権を尊重しなければならず、銃あるいは弾薬の、患者自身または家族による所有または自宅に存在することに関する記述による質問または口頭による問診をすることを慎まなければならない”<sup>(61)</sup>。フロリダ州南部地区連邦地方裁判所は、FOPAを内容規制であると分類した。そのうえで、専門職言論についての審査基準は未解決であると指摘したが、中間審査基準も厳格審査基準もパスしないので、基準について確定する必要はないとした<sup>(62)</sup>。

2014年、第11巡回区連邦控訴裁判所は、処置室での会話は言論ではなく、治療であるとして、FOPAは専門家の行為を規制するものであり、言論規制ではなく、したがって修正1条とは関係がないとした<sup>(63)</sup>。反対意見において、FOPAは箝口令を敷くものであり、行為規制とみるのは誤りであることと、多数意見がCaseyを誤って理解していること等が指摘された<sup>(64)</sup>。

翌年2015年、同裁判所は意見を修正し、専門職言論にかかわる次の4つの類型を示した。①医療の促進のために公衆に向けてなされた表現、②医療の促進のために患者に向けてなされた表現、③医療と無関係に患者に向けてなされた表現、④医療と無関係に公衆に向けてなされた表現<sup>(65)</sup>。専門職業規制は州のポリスパワーの範囲内だとされてきたことから、

---

(60) *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 760 F.3d 1195 (11th Cir, 2014); *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 797 F.3d 859 (11th Cir. 2015); *Wollschlager v. Governor of Florida*, 814 F.3d 1159 (11th Cir. 2015); *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 848 F.3d 1293 (11th Cir. 2017).

(61) FLA.STAT. § 790.338(2).

(62) *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 880 F.Supp. 2d 1251,1261-1267 (S.D. Fla. 2012).

(63) *Wollschlaeger*, 760 F.3d at 1207-1230.

(64) *Id.* at 1230-1246 (Wilson, J., dissenting).

(65) *Wollschlaeger*, 797 F.3d at 888 n.15.

②の表現は中間審査基準に服するとした<sup>(66)</sup>。反対意見において、表現者が専門家であることは修正1条の保護を低下させる根拠とはならないと指摘された<sup>(67)</sup>。

そのおよそ半年後、同裁判所は *Reed v. Town of Gilbert*<sup>(68)</sup> を受けて意見を修正し、FOIPA が内容規制であることを認め、厳格審査を適用した。そのうえで、患者のプライバシーと修正2条を保護する目的はやむにやまれざる利益であり、その利益を促進するために、FOIPA は綿密に設えられているとし、合憲判決を下した<sup>(69)</sup>。反対意見は前の意見と同様である。

2016年、同裁判所は再度の弁明の機会を付与し、全員法廷で、審査基準について明言することなく、FOIPA は中間審査基準もパスしないとして、違憲判決を下した<sup>(70)</sup>。判決文中で、「情報は命を救う」<sup>(71)</sup>を是認した点が注目される。

第11巡回区の迷走は、専門職言論の類型化の難しさを物語っている。

#### (5) 整理

専門職言論は、上述のごとく、下級審においては第3、第4、第9そして第11巡回区において形成されてきた。

*Moore-King* は、専門職業への免許制を州は採用することができ、免許制と修正1条は矛盾しないとした。専門家とは、秘密を厳守するという設定内で、対価を支払っている顧客に対して、個人の要望に応じた助言を提供している者をいう。専門家の表現は専門職言論類型とされ、免許制によって合理的に規制される。

*Pickup* は、*NIFLA* の下級審と同じ第9巡回区において判示されたものである。*NIFLA* の連邦控訴裁判所も *Pickup* を援用し、専門家の言論と行為は一連の“連続体”だと指摘し、公的な対話であるときは、修正1条の保護が最大となり、行為の規制であるときは、州の

---

(66) *Id.* at 893, 895-896.

(67) *Id.* at 914 (Wilson, J., dissenting).

(68) 576 U.S. \_\_\_\_, 135 S.Ct. 2218, 2227 (2015).

(69) *Wollschlager*, 814 F.3d at 1186.

(70) *Wollschlaeger*, 848 F.3d at 1311-1316.

(71) *Id.* at 1313.

規制権限は最大となるとした。*Pickup* は行為の規制に付随する制約であり合理性の基準を採用したが、*NIFLA* では連続体の中間にあたる専門職言論にあたりとし、相当の規制を受けるとしている。専門家は、州の発行した免許を利用して、依頼人と関係を結ぶとき、その関係の目的は、公的な討論に寄与することではなく、依頼人の福利を向上させることにある。この点を重視して、専門職言論には中間審査基準が適用されるべきだとしている。

*King* は、営利的言論の枠組みを借用していることが注目される。*Pickup* がセラピーを行為とみたのに対して *King* は表現とみた点は異なるが、専門職言論類型が修正1条の保護水準を低下させる類型であるという見方は共通しているといえる。

*Wollschlaeger* は、当初は専門職言論類型について、より低い水準の保護しか与えていなかったが、その後、意見を修正し、医師の問診内容についての規制を内容規制とみたが、専門職言論に関する審査基準を明確化することはなかった。*Wollschlaeger* の変節は、専門職言論の類型化をいったん放棄する *NIFLA* 法廷意見と親和性がある。

*Wollschlaeger* をのぞき、下級審では専門職言論類型を、より低水準の保護しか受けられない表現の自由の類型であると考えるところでは同じベクトルをもっていた。

## 2 営利的言論アナロジーと修正、拒絶

### (1) 営利的言論アナロジー

*NIFLA* の法廷意見は専門職言論類型を認めなかったが、*Zauderer* 基準を応用することで、営利的言論との類似性を看取した。また *King* における第3巡回区も、中間審査基準を適用するにあたり、営利的言論の審査基準を借用した。専門職言論を営利的言論理論を類推することで対応することは可能なのだろうか。

現在、合衆国においては、営利的言論も表現の自由の保障を受けるものと理解されている。その根拠は、「営利的な表現は表現者の経済的利益に奉仕するのみならず、消費者を支援し、可能な限りの情報を普及するという社会的利益を助長する」<sup>(72)</sup>ということにある。

しかしながら、その保障の程度は低いとされ、中間的審査基準に服することも、同時に承認されている<sup>(73)</sup>。また *Zauderer* において認められたように、「純粋に事実的で非論争的

---

(72) *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 561-562 (1980).

(73) *Id.* at 563.



な」商業的情報告知義務は、極めて緩やかな審査基準に服することも承認されている<sup>(74)</sup>。保護水準の低下の主要な根拠は、消費者保護にある。とりわけ一定の言論を強制する告知義務は、言論の抑制とは異なり、消費者の取得できる情報を増大させる。したがって、情報の告知義務の合憲性は極めて緩やかな審査基準でたりるとされるのである。なお *NIFLA* は、消費者保護ではなく *CPC* の信念に着眼して、内容規制として州法の合憲性を審査している点で、消費者保護のための *Zauderer* を引用しながら事案を処理したことには疑問が残る。

専門職言論を営利的言論と同種の類型と位置づける見方は、表現主体の利益よりも、表現受領者の利益を特に保護する人権保障構造が、両者に通底していると思える。

一般に営利的言論の主体（生産販売者）は、受領者（消費者）よりも多くの知識をもっている。専門家と顧客の関係においては、知識の非対称性は甚大である。知識の非対称性こそが、専門家へと顧客を誘引する。この点が、営利的言論とは異なっている<sup>(75)</sup>。ゆえに営利的言論に解消されない、専門職言論固有の類型化が必要だと思われるのである。また専門家は依頼人との間に受託者義務（*fiducial duties*）を負う。この点も、営利的言論とは異なる特徴といえよう<sup>(76)</sup>。

たしかに情報の受け手の利益を保護するという人権保障構造は類似しているが、営利的言論の審査基準を援用して良いのか否かは疑問なしとしない。

## (2) 営利的言論理論の修正

かような相違点を抱えながら、営利的言論理論に新たな視点を導入することで、専門職言論との類似性を高めようとする試みもある。*Post* は、民主的自己統治モデルから両者の類似性を説き、また *Halberstam* は、制度化にともなう表現規制（*bounded speech institutions*）の一類型として特有の視点を提供する。

*Post* は、(a) 公衆への情報の流れという関心、(b) 真実かつ非誤導的信息にのみ結びつけられた価値、(c) 真実かつ誤導的でない情報に対する公衆の権利の強調に基礎づけられた

---

(74) 不相応な負担であってはならない。 *Zauderer*, 471 U.S. at 651.

(75) *Haupt*, *supra* note 7, at 1249-1250.

(76) *Haupt*, *supra* note 8, at 191.

情報開示義務の許容性<sup>(77)</sup>という点に、営利的言論と専門職言論の類似性がみられるという。ともに情動的価値に特徴があるともいう<sup>(78)</sup>。すなわち、営利的言論と専門職言論がともにもつ知識を高めるという性質が、修正1条の基礎となっている自己統治の価値との結びつきを提供するということである。

Post のいう情動的価値は、世論を力づけ、民主的能力という価値に奉仕することを意味している<sup>(79)</sup>。営利的言論の場合、その典型は、公衆に向けてなされる商業的取引の提案すなわち広告が、世論の喚起に役立つことは想像しやすいし、連邦最高裁の初期の判例もその点に着眼して表現の自由の保護を与えたのである。

しかし、専門職言論は、公衆に向けて発せられるメッセージではなく、個別の依頼人の個別の事情に応じた助言なのであり、世論を喚起する力強さをもつとする立論には疑問がある。また広告にあっても、パーソナライズされた広告については、世論を喚起するという説明では不十分かもしれない。専門家の助言が、専門家と依頼人との関係を越えて、社会的利益に働きかける抽象的可能性が示されれば、保護の理由としては十分だとの指摘もある<sup>(80)</sup>。しかしながら、利益に奉仕する抽象的可能性は、害悪を発生させる抽象的可能性で相殺される危険がある。抽象的な可能性を超える現実的な論理が必要なのではないだろうか。

この点、Halberstam の議論はより現実的な視点を提供している。Halberstam は、制度化にともなう表現規制 (bounded speech institutions) という見方<sup>(81)</sup>で、営利的言論と専門職言論を同軸に乗せて説明してみせる。それによれば、州は、言葉のやりとりが制度的な境界線の中でなされる限り保護するが、それを越える場合には規制することができる<sup>(82)</sup>。制

---

(77) Post, *supra* note 19, at 975.

(78) ROBERT C. POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE 46-47 (2012).

(79) *Id.* at 40-41.

(80) Haupt, *supra* note 7, at 1276.

(81) Halberstam, *supra* note 19, at 778.

(82) *Id.* at 828.

度化するために必要な言論内容規制は、制度内の言論行為を高めることになるという<sup>(83)</sup>。

なるほど、たしかに専門職言論は、当該職業が専門職として制度化されて初めて概念化される類型といえる。したがって、許容される言論内容は制度に依存することになる。この立場に立つ限り、制度をいかに形成するかが言論保障にとって決定的に重要になる。制度形成の指針を憲法がどのように与えているのか、制度形成の裁量統制をいかに考えるのかが問われなければならない。それは制度の理解ともかかわる。制度は人為的な設計の産物である法制度を指すのか、人間行為の反復の意図せざる結果としての秩序(自生的秩序)を指すのか。表現の自由への制度的視点の導入は新規の視点であるが、課題は大きく、専門職言論の解明にとってクリティカルな議論になるには至っていない。なお本章が示唆する制度構築の裁量統制のための専門職言論理論は五で述べる。

### (3) 営利的言論アナロジーの否定

専門職言論と営利的言論の類似性を否定する見解も有力である。専門職言論を独自の類型とみる立場と、そうでない立場の双方から、営利的言論アナロジー理論に対して批判が向けられる。

専門職言論を独自の類型とみないで、専門家と依頼人間のコミュニケーションに、通常の言論と同様の保護を与える立場からは、前述のように、かかる領域への法規制に厳格審査基準を適用することが主張される。営利的言論との類似性を強調して中間審査基準を採用することを拒否するのである。

たしかに顧客を誘引するための専門家の言論は営利的言論である。しかし、顧客に対する助言は営利的言論ではない。営利的言論が消費者の経済的利益にのみ訴求するのに対して、専門職言論はそれを超える利益をもたらす。かかる相違から、両者を同列に論じることとは不当だと考えられる。

営利的言論とのアナロジーで説明する場合、往々にして消費者保護というパターンリズムが持ち出される。しかし、思想の自由市場をパターンリスティックに操作することは許されないというのが、最近の営利的言論理論であると指摘される<sup>(84)</sup>。そうすると、消費者

---

(83) *Id.* at 868.

(84) Smolla, *supra* note 2, at 89-90.

保護とのアナロジーで顧客保護をいうパターンリスティックな介入を、専門職言論にも導入しようとすることは、営利的言論理論のトレンドからも外れることになるだろう。

消費者保護の目的が、虚偽、誤導的あるいは違法な言論から情報受領者を保護することを意味するのならば、それは厳格審査基準をパスするはずだと、この立場は論じる<sup>(85)</sup>。そしてそれ以外の消費者保護目的は許されないという。人は自ら言うべきこと言わざるべきこと、聞くべきこと聞かざるべきことを、自分自身で決定するのである。これこそが、修正1条の核心のはずだ。顧客は助言を聞くことも聞かないこともできる。パターンリスティックな介入はこの自由を害するという<sup>(86)</sup>。

自由の保障を重要視するこの立場の盲点は、“虚偽、誤導的あるいは違法”を誰が判定するかに関心な点である。政府によるパターンリスティックな介入に警戒の目をもちつつ、何をもって誤導的かは政府が判定するというのでは、比喩的にいえば、パターンリスティックな介入の玄関を閉ざしながら勝手口を開放するようなものである。

専門職言論を特別の種類だと論じる知識コミュニティ理論は、まさにその点を補強する。虚偽、誤導的な情報か否かは、専門家の所属する知識コミュニティの叡智に照らして判断される。専門家は、知識コミュニティの叡智を依頼人へと伝達する導管役なのである<sup>(87)</sup>。政府が定める“虚偽、誤導的あるいは違法”な言論が、知識コミュニティの叡智と一致していなければ、それは専門職言論を違憲的に規制することになるのである。

この視点からは、知識コミュニティの存在が、営利的言論とは決定的に異なるために、専門職言論は独自の類型とされなければならないのである。後にみるように、専門職言論理論は、知識コミュニティの自律を保障し、政府による干渉を排除する理論として構築されうるのである。

## 四 知識コミュニティ理論

### 1 知識コミュニティと専門家

#### (1) 知識コミュニティ

---

(85) *Id.* at 92.

(86) *Id.*

(87) Haupt, *supra* note 7, at 1267.

専門職言論を、知識コミュニティ概念をもちいながら展開させるのが、Haupt である。Haupt は、伝統的に学問的職業 (learned professions) とよばれる職種が、専門職の中核であり、専門職言論もそれを中心に検討されるべきだという。

ここにいう知識コミュニティは「訓練と実践の帰結としてえられた知識と経験を共有している諸個人のネットワーク」であるとされる<sup>(88)</sup>。専門家の営みによって、知識コミュニティ内部で専門的叡智が創造される。その叡智は知識コミュニティ内部において交換される。そして次第に知識コミュニティの構成員である専門家によって共有される。この叡智は、専門家として守るべき規範ともなる<sup>(89)</sup>。

かく共有された知識コミュニティの叡智を伝達する導管役を務めるのが、専門家である。専門家と顧客との間でなされる助言は、知識コミュニティの叡智を伝達する。こう考えれば、たとえば医師が薬の効能に関して知識コミュニティのコンセンサスに疑問を抱き、患者とのやりとりのなかでかかる疑問に関する情報を提供するような場合は、知識コミュニティの叡智を伝達するものではないことになる。たしかに医師個人としての専門知識に裏付けられたものではあるが、それは患者に対して選挙での投票行動を促すのと同様に、知識コミュニティの叡智とは異なる情報だとされるのである<sup>(90)</sup>。

専門職言論は、かくして、知識コミュニティと結合していなければならない。知識コミュニティに属する専門家が、知識コミュニティの叡智とは異なる言説を伝達するとき、その言説は専門職言論ではない。またそもそも知識コミュニティが存在しない場合、それが免許制によって免許が付与されるような“専門職”であったとしても、その言説は専門職言論ではない。したがって、Moore-King で問題となった占い師のような職業は、伝統的な学問的職業と類似の知識コミュニティを形成しているとはいえず、その言説が専門職言論とされることはない<sup>(91)</sup>。

---

(88) Haupt, *supra* note 7, at 1250-1251. Peter M. Hass, *Epistemic Communities and International Policy Coordination*, 46 INTL ORG. 1, 18-19 (1992).

(89) Haupt, *supra* note 7, at 1250-51.

(90) *Id.* at 1255-1256. Post は、歯科医師が歯の詰め物の安全性に関する疑義を抱いた場合の例を紹介している。POST, DEMOCRACY, *supra* note 78, at 44.

(91) Haupt, *supra* note 7, at 1251.

知識コミュニティの叡智創出機能は、コミュニティ外部からの干渉によって、阻害される。とりわけ政府からの干渉を排除することが肝要である。思想の自由市場と同様、専門知識の自由市場こそが、新たな叡智を生み出すのである。それゆえに、知識コミュニティの構成員たる専門職には敬讓が与えられなければならない<sup>(92)</sup>。

州の職業規制はもちろん認められるが、専門職言論規制にわたってはならない。州はポリスパワーにもとづいて、州民の健康、安全、福祉を保護するために、専門職業に免許制を敷くことも許される。これは職業規制である。ポリスパワーにもとづいて、知識コミュニティの叡智と異なる情報を伝達するよう義務づけることは、専門職言論規制である。インフォームド・コンセントのない医療処置に不法行為責任を課す枠組みは職業規制であるが、何をインフォームするべきかは、知識コミュニティが自律的に判断すべき専門職言論である<sup>(93)</sup>。州による規制が知識コミュニティのインテグリティをむしろむしむことのないように、立法行為に対する防御壁を形成するのが修正1条であり、専門職言論理論なのである。これが知識コミュニティ理論からの専門職言論の理解である。

## (2) 専門職の自律

Haupt は、専門職言論理論は、ふたつの自律を政府の干渉から防衛するという<sup>(94)</sup>。第一は、顧客が重要な意思決定するために専門家の助言を受ける、顧客の自律的利益である。第二は、知識コミュニティの叡智と一致する助言を顧客に与える、専門職的自律の利益である。

第一の顧客の自律的利益は、正確で、信頼できて、かつ顧客の固有の状況にピタリと適合した助言を受けることで確保される。そのために、専門家は、知識コミュニティの叡智に照らして、顧客が意思決定をするために必要な全ての情報を伝達しなくてはならないのである。専門家のこの義務は、受託者義務 (fiducial duties) に含まれる。また情報の非対称性は、専門家のモラルハザードを引きおこす危険がある。この危険に対処するために、

---

(92) *Id.* at 1253.

(93) Haupt, *supra* note 8, at 192. 責任を認定するためのベンチマークを定めるのは専門家なのである。

(94) *Id.*

法は専門家を規制しようとする<sup>(95)</sup>。この受託者義務や法規制の内容は、顧客の自律的利益を最大化するように決定されなければならない。その決定は、専門家と顧客の関係において、いかなる情報を伝達するべきかにかかわる知識コミュニティの叡智に依存することになる。第三者の介入により間違った情報が提供されれば、顧客の自律的利益は損なわれる。

第二の専門職的自律は、専門職の一員として知識コミュニティの叡智を伝達することにかかわる利益である。これは第一の利益とは異なり、助言をする専門家の利益である。専門家である話し手は、自らが所属している知識コミュニティの水準に従ったメッセージを伝達すること、換言すれば、知識コミュニティのインテグリティを支えるという独自の利益をもっている<sup>(96)</sup>。知識コミュニティのインテグリティが維持されていなければ、専門家の専門知識を形成したり発展させたりすることはできなくなるのであるから、これを支えることに独自の利益がある。顧客は専門家から助言を受けるにあたって、専門家が知識コミュニティの叡智とは異なる独自の見解を伝達していないと期待するはずである<sup>(97)</sup>。この期待も、知識コミュニティのインテグリティを支える専門家の自律的利益によって成立するのである。知識コミュニティの構成員として専門家を概念化することで、外部からの干渉を受けない専門職的自律の利益を浮き彫りにすることができる<sup>(98)</sup>。

顧客の自律的利益および専門家の専門職的自律の利益は、ともに、専門家が知識コミュニティの叡智を顧客へと伝達する導管役であるという理解を背景にもつ。専門家個人は、知識コミュニティにおける倫理面および知識面での支配的な原則に従って行動するものと考えられているのである<sup>(99)</sup>。

### (3) 専門知識の自由市場

知識コミュニティの叡智が形成・維持され、自律的利益を保護するためには、専門家の活動が叡智の形成・維持に寄与し、その助言内容に叡智を適切に反映できるような回路を

---

(95) Haupt, *supra* note 7, at 1271.

(96) *Id.* at 1273. 専門家が公衆に向けて表現をするという利益とは区別される。

(97) Halberstam, *supra* note 19, at 834.

(98) Haupt, *supra* note 7, at 1273.

(99) *Id.* at 1253-1254.

用意する必要がある。その回路は、学問的職業においては真理の追究という専門家の共通目標によって、自動化されている。専門家個人の利益は、知識コミュニティの叡智の統合を保持することであり、同様に、知識コミュニティの利益は、専門家個人に知識コミュニティの叡智を正確に伝達させることにある<sup>(100)</sup>。すなわち、知識コミュニティを介した専門家相互の対話のなかで、真理追究という収束点に向けて、統合されていくのである。

Oliver W. Holmes 裁判官は、真実の最良のテストは思想の自由市場であることを説いた<sup>(101)</sup>。思想の自由市場論は一般的には“真”であると考えられるが、専門職言論においては“偽”であると Haupt はいう。なぜならば、専門家は専門知識の正しさを市場によってテストすることを望んでいないし、実際に、専門知識の真実性は、同じ専門に属する専門家集団、すなわち知識コミュニティの判定にまつ方が望ましいからである<sup>(102)</sup>。

専門家からなる専門知識の自由市場こそが、知識コミュニティの叡智を創出し維持し、そして発展させていく。この市場へは非専門家は参入できない。専門知識の受容は、知識コミュニティのルールによって決せられることになる。それゆえに、知識コミュニティの構成員として、専門家の活動は敬讓されなければならないのである<sup>(103)</sup>。

## 2 知識コミュニティ理論における専門職言論規制

### (1) 専門職言論規制

専門職言論規制には、(ア)知識コミュニティの叡智と一致しない言説を強制すること、(イ)専門家が知的共同体の叡智を伝達することを禁止することが含まれる<sup>(104)</sup>。これらの規制は表裏一体である。こうした規制は、適切で関連のある情報を受領する顧客の利益およびそれを伝達する専門家の利益を害するのみならず、構成員によってその叡智が正確に広め

---

(100) *Id.* at 1275.

(101) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

(102) Haupt, *supra* note 7, at 1273-1274. Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 CALIF. L. REV. 2353, 2360 (2000).

(103) Haupt, *supra* note 7, at 1275.

(104) *Id.* at 1297. Post, *supra* note 19, at 978-979.



られていくという知識コミュニティの利益をも害する<sup>(105)</sup>。

専門職言論規制がかかる害悪を発生させず、合憲的になされるためには、知識コミュニティに敬讓するというアプローチが採られなければならない。なぜなら、専門的知識の正確さは、知識コミュニティのコンセンサスによって決せられるからである。決して、議会や裁判所は専門家以上に知識の正確性を判定できないのである。*Pickup* や *King* では、性的指向を変えるセラピーを禁止していた。知識コミュニティ理論にたてば、セラピーが治療行為なのか言論なのかを問題にするのは誤りである。この禁止が許容されるか否かは、知識コミュニティのコンセンサスに追従しているか否かにかかることになる。実際、アメリカ心理学会 (American Psychological Association; APA) は、かかるセラピーの弊害について言及していた<sup>(106)</sup>。このゆえに、規制は妥当だと判定されるのである。

知識の正確性が未確定である場合も、専門職言論として、知識コミュニティに敬讓されなければならない。害悪の発生するおそれを根拠にした専門職言論規制は慎まなければならない。なぜならば、新規な知識のためまだ検証されていない不確かな叢智と、既に検証され拒絶されている虚偽情報とは全く異なるからである<sup>(107)</sup>。前者は、知識コミュニティの叢智を侵害してはいない。ここでも叢智の内容を決定するのは、政府ではなく知識コミュニティでなくてはならないのである。

専門的知識の正確性にくわえて、顧客の個別の状況に適した関連情報といえるか否かも、知識コミュニティが決定しなければならない。個別の状況において、関連性の有無を政府が判断し、顧客への伝達を求めたり、逆に禁止したりするのではなく、それをするのは知識コミュニティなのである<sup>(108)</sup>。たとえば、*Wollschlaeger* では、銃の所有につき医者が質問することを禁止していたが、治療と銃の所有についての質問が関係あるか否かは、議会が決定することではなく知識コミュニティが決定すべきことになる。知識コミュニティ

---

(105) Haupt, *supra* note 7, at 1297.

(106) Jacob M. Victor, Note, *Regulating Sexual Orientation Change Efforts: The California Approach, Its Limitations, and Potential Alternatives*, 123 YALE L. J. 1532, 1539 (2014). Haupt, *supra* note 7, at 1294.

(107) Haupt, *supra* note 7, at 1301.

(108) *Id.* at 1300.

が、かかる質問は“bad medicine”であるとみなしたのであれば、それに追従して、議会は法を制定しなくてはならず、また裁判所もそれに敬讓して審査をしなくてはならないのである<sup>(109)</sup>。専門知識の体系に敬讓を払わない直接的な干渉は、許されない。

## (2) インフォームド・コンセント

言論の強制という文脈で、インフォームド・コンセントが医者表現の自由を侵害するのではないかが争点となる。知識コミュニティ理論からは次のように理解されている。

専門職言論の保障は、ふたつの自律の保障を含んでいた。患者の意思決定の自律および知識コミュニティのインテグリティに関する専門職的自律である。医者と患者の間には知識の非対称性が顕著にみられるため、自律的決定のためには、正確で適切な助言を適時になす必要がある<sup>(110)</sup>。インフォームド・コンセントは、この観点から、法的に強制されることになる<sup>(111)</sup>。

インフォームド・コンセントの義務は、医療にかかわる知識コミュニティの叡智を正確に伝達するために課される<sup>(112)</sup>。かかる叡智の正確な伝達のための枠組みを、法的に整備することは、専門職言論理論が要求するところであり、修正1条とは抵触しない。修正1条による専門職言論の保護は、患者の意思決定の自律、専門家の専門職的自律のためのものだからである。

これに反し、正確な知識を伝達しないことは、知識コミュニティの一員として期待される専門家の行為ではなく、違法とされる。医者がインフォームド・コンセントの義務を沈黙の自由を侵害すると主張して拒む場合、修正1条は、医者に保護を与えるのではなく、専門職言論を保護するものとされる。すなわち、知識コミュニティの正確な知識を患者に伝達することの保護である。したがって、これに背く医者は、知識コミュニティに属する専門家ではなく、非専門家だと断じられる<sup>(113)</sup>。

---

(109) *Id.* at 1302.

(110) Haupt, *supra* note 5, at 554.

(111) Haupt, *supra* note 8,, at 191.

(112) Haupt, *supra* note 7, at 1253; *supra* note 8, at 191.

(113) Haupt, *supra* note 7, at 1289.

### (3) 悪しき助言による不法行為

医者を含めた専門家による顧客への助言が違法とされるのは、専門家の属する知識コミュニティの水準に照らして、正確な叡智を伝達していないときである。これを法的枠組みをもって違法とするのである。

ここでも問われるべきことは、専門家がなした助言が、専門的水準として適正かどうかである。この水準に照らして正確でない知識を伝達したり、あるいは伝達すべき知識を伝達しなかった場合に、専門家はその属する知識コミュニティの一員として期待される行為をしなかったとされ、不法行為責任を問われる。かくして、専門家の悪しき助言に修正1条の保護は及ばないのである<sup>(114)</sup>。

専門家の助言内容に着目する不法行為責任の追及を内容規制であるとみることは妥当でない。なぜならば、顧客は助言内容に決定的に依存しており、助言内容の正確性を保障するのが専門職言論だからである。この意味では、専門職言論には通常の言論規制に要求される、「内容規制／内容中立規制」の二分論は妥当しないと考えなければならないとされる<sup>(115)</sup>。

### (4) ライセンシング

専門職業にはライセンス（免許、資格）が要求される。連邦最高裁が、「何人も、習熟と技術についての必要な資格なしに医業に従事する権利をもたない」<sup>(116)</sup>と述べたのは早くも1889年の *Dent v. West Virginia*<sup>(117)</sup>においてであった。

ライセンスによる職業規制は、州のポリスパワーにもとづく。ポリスパワーは、州民の健康、安全及び福祉を保護するために行使される。公衆の保護を持ち出すことで、通常は規制が正当化される。専門職言論は、専門家と依頼人の関係でなされる助言であるから、

---

(114) Haupt, *supra* note 8, at 192. Post, *supra* note 19, at 950-951.

(115) Haupt, *supra* note 5, at 527-528, 553. 先に見たように、*NIFLA* は専門家と顧客の間の助言に対する介入を内容規制と捉えている。

(116) *Dent v. West Virginia*, 129 U.S. 114, 123 (1889).

(117) 129 U.S. 114 (1889).

“公衆の保護”がここでいかなる意味をもつかは明らかではない。知識コミュニティ理論からは、“専門的助言を提供する能力を確実にし、専門知識のコミュニティによって生み出される知識体系と専門家の助言とを結合させることによって、依頼人の利益を守るために専門知識の信頼性を保障すること”<sup>(118)</sup>というように理解される。

もっとも、ライセンスが許されるからといって、言論の保護がなくなるわけではない<sup>(119)</sup>。Moore-King が、占い師に免許を要求しつつ、修正1条との抵触は生じないとした点は、問題含みである。ポリスパワーにもとづき免許制を採用した後は、職業免許制に付随する言論規制にすぎないとみなされ、言論を広汎に規制できることになるからである。ゆえに、ライセンスと専門職言論がいかなる関係にあるのかの検討を要する。

州によるライセンスは、専門家が正確な知識を伝達するはずだというシグナルを送るだろう。ライセンスは、専門家が業界に参入するために必要な資格であるという要件にとどまらない、社会的効用を生み出している<sup>(120)</sup>。この点に着目すれば、ライセンスは、知識コミュニティの叡智を正確に伝達する専門職的自律および正確な助言を受け取る顧客の自律的利益を補強するものといえる。

知識の正確性への信頼を高めるライセンスと、ライセンスにもとづく助言内容は区別しなければならない。免許制が許されるからといって、助言の内容への干渉も許されることにはならない。知識コミュニティ理論からは、ライセンスは、州のポリスパワーによって構築されるが、ひとたび免許制が構築されたあとは、専門家は専門的規律 (professional discipline) に服するという<sup>(121)</sup>。つまり、免許制に服している専門家の言論は、顧客が正確で信頼できる総合的な助言を受け取ることを確保するように制約されるが、同時に、修正1条は、専門的知識と矛盾する州の介入から、専門家の助言内容を保護するのである<sup>(122)</sup>。

---

(118) Haupt, *supra* note 5, at 511.

(119) Smolla, *supra* note 2, at 107.

(120) Richard A. Posner, *Professionalism*, 40 ARIZ. L. REV. 1, 2 (1998).

(121) Haupt, *supra* note 8, at 190.

(122) *Id.* at 199.

## 五 小括

### 1 類型化肯定・否定論の距離

(1) 専門職言論類型を否定して、内容規制の例外該当性を肯認する立場と、類型化を肯定した上で、専門職言論の低保護を認める立場は近い距離にある。前者は、*NIFLA* の反対意見の立場であった。後者は、営利的言論理論を借用する立場である。理論構成は異なるが、結論として、専門家と顧客の間の助言に対する規制を緩やかに認めていくという方向性は一致している。

これに対して、専門職言論類型を否定したうえで厳格審査基準を適用し、インフォームド・コンセントや虚偽・誤導的言論の規制は厳格審査をパスするという立場<sup>(123)</sup>と、類型化を肯定する知識コミュニティ理論は近い距離にある。前者は、真実で正確な情報を提供する限りで厳格審査基準をパスするはずだと理解している。後者は、学問的職業のような知識コミュニティにおける専門的叡智を、顧客に正確に伝達することを保障しようとするものである。この点で、両者の方向性は一致しているといえる。

(2) 専門職言論の類型化の意味は、専門家の言論を緩やかに認めていく立場に求めるべきではない<sup>(124)</sup>。なぜならば、例外に該当するにせよ、営利的言論理論によるにせよ、既存の枠組みで対処できるからである。

専門職言論の類型化の意味は、それに独自の保護を与える立場に見出す方が良い。知識コミュニティ理論は、専門職言論類型に他と違う側面を明確に浮かび上がらせており、特別の検討に値する。検討を進めると、専門職言論を独自の類型とみない厳格審査派と知識コミュニティ理論は、近接していることがわかる。

### 2 類型化の意義

---

(123) *NIFLA* 法廷意見がこの立場であるかは微妙であるが、事案を内容規制とみて例外該当性を否定したことから、一応ここに分類することも可能だろう。

(124) 文脈の特殊性にかんがみて、専門職言論は、通常の修正1条法理とは異なる法理に服することを承認し、厳格審査の適用を否定しつつ、依頼人の自己決定保護の観点のためのみの規制を許すべきとし、政府への敬讓を限定的に理解する立場として、桧垣伸次「専門家による言論の法理」福岡大学法学論叢第60巻第4号1, 31頁(2016年)がある。

(1) 顧客に向けてなされる専門家の助言は、専門家の表現に完全に還元できるのだろうか。“できる”と考えるのが類型化否定・厳格審査肯定派の思考であろう。専門職言論に個人の権利からアプローチし、語り尽くそうとするのである。

しかしながら、専門職言論は個人の権利には完全には還元し尽くせない利益の保障を含んでいるのではないだろうか。専門職言論は単なる情報提供以上の特別の言論類型である。専門職言論は、顧客の状況に合わせて個別化され、権威を与えてくれる学問的知識体系と結合され、話し手と聞き手の間の知識の非対称性、話し手の助言に対する聞き手の依存、そして当該助言の正確性に対する信頼により他と区別されるような言論であり、社会的関係のなかで生起するのである<sup>(125)</sup>。ここに個人の主観的権利をこえる客観的利益の保障部分を読み取ることができる。

(2) 憲法上保障されている主観的権利は、同時に、客観的な正しさを保障していると解される。修正1条の表現の自由は主観的権利であるが、それは同時に客観法原則も保障している。その客観法原則は、個別の主観的権利に還元できないが、国家が遵守すべき憲法原理を内包している。

知識コミュニティ理論は、専門職言論の文脈における客観法原則を説いていると理解しうる。個人の主観的権利には還元できない、学問的体系により統合された知識コミュニティを想定し、その専門職的自律に国家は敬讓しなければならないという客観法原則を導出しているのである。

知識コミュニティへの敬讓を要求する客観法原則は、制度構築の裁量統制として機能する。それは国家による免許・資格付与と連動する言論強制の制度化を限界づけるのである。専門家が何を助言するべきか、いかなる知識が正確とみなされるか、そして専門家の助言が違法とされる水準に関する規範は、知識コミュニティが決する制度でなければならない。知識コミュニティ理論はこれを敬讓の客観法原則から要求すると位置づける方が良い。

(3) 主観的権利アプローチは制度の限界を厳格審査によって限界づけようとする。立法目的を達成するために採用された手段の必要最小限度性、あるいは綿密に設えられているか否かの審査は、具体の法制度がいかに設計されているかを問うことになる。

厳格審査基準は、見解差別を許さないため、国家の立場に一致する見解を助長したり、

---

(125) Haupt, *supra* note 5, at 529.

一致しない見解を抑圧したりすることは違憲となる。助言内容への容喙が、厳格審査基準をパスするといえるためには、科学的正確性が少なくとも要求されるはずである。そして科学的正確性を判定できるのは国家ではなく、学問体系に属する専門家である。

制度設計の裁量を統制する客観法原則を専門職言論理論として位置づければ、厳格審査基準をパスする制度とは、結局のところ、専門職言論理論という客観法原則に適合する制度と一致するといえよう。

(4) 以上みてきたように、専門職言論を類型化することの法的意義は、表現の自由の客観法原則としての側面を析出し、厳格な統制に服させることにあるといえる。客観法原則として知識コミュニティ理論を活用することと、主観的権利の側面から厳格審査基準を適用することとは、同心円を描いているが、円の中心からの距離は同じではない。両者の連携と齟齬に関する検討が今後必要となろう。

【付記】本章の研究は JSPS 科研費 JP19K01299 の助成を受けてなされたものである。

## 第四章 専門職言論と学問の自由——民主的能力の価値理論と自由論

### 一 はじめに

「決心が足りない、勉強せよ」。今年の“おみくじ”にはそのように告げてあったかもしれない。あるいは、わが国の行く末を案じてのぞいたホロスコープは、将来を輝かしく予言してたかもしれない。われわれは、助言を求めて「お告げ」や「予言」にすぎることもある。

このような“助言”を授けてくれる専門家は、しかし、学問の自由によって自律性の保障される知識コミュニティの住人ではないと考えられているようだ。それゆえに、占星術師がホロスコープから予見した未来を顧客に伝達した場合、学問の自由を背景とする専門職言論には類型化されないことになる。知識コミュニティの叡智を伝達していない専門家は、専門家と呼ぶに値せず、かかる専門家を規制する専門職業規制は、修正1条の問題を惹起しないということになる<sup>(1)</sup>。

これに対して、専門職言論と類型化される一定の言論については、専門家のネットワークからなる知識コミュニティが形成されており、その判断に対する尊重・敬讓が求められることが主張される。知識コミュニティは、専門家によって創造された知識を科学的手法により検証し、その知識の正確さについて特別の利益を保有しており、それに対する政治的干渉を排除することが求められると考えられている（知識コミュニティ理論）<sup>(2)</sup>。

知識コミュニティ理論は、知識の正確性について判定するのは知識コミュニティ自身であり、その判断を政府が上書きすることは認められないと主張する。なぜ政府が知識の正確性を判定してはならないのかといえば、政府にはそのような能力がないからだという。しかし、仮に政府にかかる能力があったとしても、政府が知識の正確性を判定するべきではないのだとすれば、政府の介入を排除する規範的要求を憲法原理から導出しなければならない。

---

(1) Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L. J. 1238, 1292-1293 (2016).

(2) 知識コミュニティ理論による専門職言論理論について、井上嘉仁「プロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）の類型化の意義——知識コミュニティ理論からのアプローチ——」広島法学 43 卷 4 号 166 (165) -127 (204) 頁。



本章は、知識の正確性を担保することを憲法規範の要請であることを論じる。その道筋の一つは、R. C. ポスト (Robert C. Post) の民主的正統性・民主的能力の価値理論である。本章は、二で、ポストの理論の概要を説明し、批判的に検討していくことにする。ポストの重視する民主制は、自由のための手段にすぎないのではないか。かかる視点に立つて、本章は三において、オーストリア学派経済学者の泰斗 F. A. ハイエク (F. A. Hayek) の理論を参照しながら、学問の自由の解釈を試みる。続く四では、知識コミュニティへの敬讓を要求する憲法原理を検討し、五においては、学問の限界を瞥見しながら専門職言論に対する規制の限界への示唆を試みる。

## 二 学問の自由の民主的価値

### 1 表現の自由の保護範囲と目的

#### (1) 保護範囲

アメリカにおいては、学問の自由は、表現の自由を保障する連邦憲法修正1条によって保障されると考えられている。もっとも、修正1条は、学問の自由を直接的に保障しているわけではない。歴史的に、学問の主要な担い手は大学であると考えられ、大学教育を宗派的拘束から解放し、教授団 (ファカルティ) の学問における自律を保障することの重要性が意識されるようになり、修正1条の保障が及ぶと、次第に考えられるようになったのである<sup>(3)</sup>。

学問の自由に表現の自由の保障が及ぶか否かは、修正1条の射程をどのように考えるかに依存する。F. シャウアー (Frederick Schauer) は、修正1条の「範囲」 (coverage) と「保護」 (protection) を区別し、修正1条の射程を「範囲」の問題と捉えている<sup>(4)</sup>。表現の自由に適用される種々の審査基準やテストの対象となるか否かが前者の問題であり、テストの内容にかかわるものが後者の問題である。学問の自由に表現の自由の保障が及ぶか否かは、シャウアーの用語法によれば、修正1条の範囲の問題だということになる。本章では、修正1条の保護範囲と呼称することにする。

---

(3) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂, 1995年) 178頁。

(4) Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 267 (1981).

ポストは、修正1条の保護範囲は、コミュニケーションという語によっては確定できないという<sup>(5)</sup>。なぜなら、表出者が特定のメッセージを伝達しており、観察者がそれを理解できることをコミュニケーションとみた場合、破壊行為によるメッセージ伝達を観察者が理解できる場合、修正1条の保護範囲に含まれることになり、不合理だからである。また特定のメッセージの伝達を意識していないような芸術表現が修正1条の保護範囲に含まれると一般的には考えられていることも理由となる。こうした事情から、コミュニケーションか否かは修正1条の保護の範囲を確定しないというのである。では、何が修正1条の範囲を決定するというのだろうか。

## (2) 目的あるいは価値

修正1条の保護範囲は、修正1条の価値を実現するような行為形態であるか否かにより決せられる<sup>(6)</sup>。こう主張するのは、T. エマソン (T. Emerson) である。エマソンは、修正1条の保障する"freedom of speech"にいう"speech"を、言論の存在形式からではなく、修正1条の価値と結びつけて理解したわけである。そうすると、次に問題となるのは、修正1条の価値あるいは目的は何かである。

修正1条の価値あるいは目的は、明文で定められておらず、解釈に委ねられる。解釈の説得力は、裁判所が発見する法の妥当性としてあらわれ、ひとつの解釈は、やがて確立したものであるとして受け入れられていく。ポストは、これまでの歴史をふりかえれば、修正1条の目的として主張されてきたものは、次の3つであるという<sup>(7)</sup>。

第1は、思想の自由市場論である。この考えは、修正1条の目的を「知識を進歩させ真

---

(5) ROBERT C. POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE 3 (2012).

(6) *Id.* at 4. ポストは、「[表現の自由の] システムの基本的目的とその作用のダイナミクス」(THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 8-9 (1970)) に照らして修正1条の範囲は確認されなければならない、とエマソンを引用しながら、修正1条の価値を実現する行為形態が修正1条のトリガーを引くと述べている。

(7) POST, *supra* note 5, at 6.

実を発見する」<sup>(8)</sup>ことだと捉えている、という。後にみるように、ポストは、思想の自由市場論を限定的にしか認めておらず、学問の自由との関係では、思想の自由市場論を否定している。

第2は、修正1条の目的は、「個人の自己実現を保障する」<sup>(9)</sup>という倫理的なものだとする立場だという。表現の自由のみが自己実現に資するわけではないことから、自己実現を修正1条の目的だとすることにも消極的にならざるを得ない、という。

第3は、修正1条の目的は、民主的自己統治を成功させるために必要なコミュニケーション・プロセスを促進するという政治的なものである<sup>(10)</sup>。ポストは、この立場を強く支持している。

たとえば、医者と患者の間でのコミュニケーションのような専門職言論に修正1条の保護が及ぶか否かについて考えてみよう<sup>(11)</sup>。かかるコミュニケーションは医者の自己実現に資する、あるいは患者の自己実現（自己決定）に資すると主張する場合、修正1条の目的は倫理的なもの（上述の第2）と理解していることになる。また専門職言論を保障することが良き医療の提供につながるという場合、これが言論市場においてより良い専門家の助言が発見されるという趣旨であれば、思想の自由市場論（上述の第1）ということになる。

## 2 表現の自由の民主的正統性

### (1) 民主的正統性

わが国でも、表現の自由の価値として、自己実現の価値と自己統治の価値は、しばしば言及される。しかし、ポストによれば、自己実現の価値は、修正1条の目的とはいえない。たとえば、パブリック・フィギュアの理論を考えてみよう。この理論は、必要な政治的社会的変化をもたらすために、アイディアの自由な交換が望ましいことを背景としてなり立

---

(8) EMERSON, *supra* note 6, at 6.

(9) *Id.*

(10) ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1965).

(11) *See*, Miller & Berkman, The Future of Physician's First Amendment Freedom, 76 WASH & LEE L. REV. 577, 651-652.

っている。しかし、どんなに自己実現にとって重要であっても、私人に対する名誉毀損的言論には、この理論は適用されないことに異論はないであろう。このことは、自己実現の価値が修正1条の目的としてその範囲を確定しないことを意味している<sup>(12)</sup>。

では、自己統治の価値が、表現の自由の目的なのだろうか。自己統治の価値を一貫して強調したのはA. ミクルジョン (A. Meiklejohn) である。ミクルジョンの自己統治理論は、通説的なそれとは色合いが多少異なる。彼の力点は、言うべき価値のあることの全てが語られることにあり、全ての市民が公共的討論に参加することを、必ずしも求めているのである<sup>(13)</sup>。こんにちでは、公共的討論に参加し、世論をともに形成することに、民主的正統性を見出す見方が定着している<sup>(14)</sup>。

民主的正統性を世論形成に参画することだと考えれば、表現が一般公衆に向けられているかどうか、修正1条の保護範囲とかかわることになる。反面、専門家の助言のような1対1のコミュニケーションは、世論形成に参画していないから、一義的には、修正1条の保護範囲から外れる（後にみるように民主的能力の価値による保障を受ける余地はある）。ポストは、歯科医が、歯の詰め物に関する安全性について、学界の支配的理解とは異なる、独自の研究成果を著書で公表することは世論の形成に参画することとなるが、独自の研究成果を患者に助言することは修正1条の範囲に含まれず、規制されうる、という<sup>(15)</sup>。

世論の形成に参画することを公共的討論に参加する場面だと言い換えれば、公務員の言論にかかわる公共の関心事テストの理解も容易となる。公務員は、組織の一員（被用者）であるから、組織目的から当然に、一定の自由の制限を受ける。しかしながら、当該公務員が市民として「公共の関心」事について語っているときは、公共的討論に参画している。このとき、政府は市民としての被用者の利益と政府利益とを衡量しなければならない<sup>(16)</sup>。

表現の自由は、民主的正統性、自己統治をその目的としているとする説は、以上のように

---

(12) POST, *supra* note 5, at 10-11.

(13) MEIKLEJOHN, *supra* note 10, at 26.

(14) POST, *supra* note 5, at 36-37.

(15) *Id.* at 13.

(16) *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 142 (1983).

に説くのである。

## (2) 世論形成と表現の自由の保護範囲

民主的正統性は、世論形成に参画することの保障であるから、換言すれば、公共的討論空間を開放したままにすることを意味している。このことは、公共的討論空間において世論が絶え間なく生成され、また消滅するプロセスの保障といえる。もともと世論の定義は曖昧である。それゆえに、世論は特定のひとつの見解を意味しない。したがって、ひとつの見解を世論として、政府を服従させることは許されない。茫洋とした世論に充たされた言論空間は万華鏡のように多様な色彩を帯びている。かような公共的討論空間への参加がデモクラシーを支えるのであり、デモクラシーは政府にかかる世論形成過程に組み込むのである<sup>(17)</sup>。

世論形成に組み込まれた政府とは、視点を変えれば、市民が立法行為に参画するということでもある。したがって、修正1条の目的は、世論の自由な形成をつうじての、立法行為の完全性を保障するものでもあるといえる<sup>(18)</sup>。

ここにいう立法行為の完全性は、デモクラシーの本質であるとポストはいう<sup>(19)</sup>。デモクラシーは、多数決や選挙といった方法に着眼されがちだが、それは本質ではない。アメリカのデモクラシーの価値は、自己決定の価値、すなわち、法律に服する者はまた、自分自身を法律の作者として経験しなければならないという考え方、立憲民主制に依拠している<sup>(20)</sup>。

このように、民主的正統性を公共的討論空間プロセスの開放、そこでの世論形成をつうじての立法行為への参画＝立憲民主制と理解すれば、修正1条の保護範囲は、世論に影響をあたえるすべての努力に広く及ぶとポストはいう<sup>(21)</sup>。世論は多様であり、そのどの部分が政治的でどの部分がそうでないかを区別することは不可能である。したがって、明らか

---

(17) POST, *supra* note 5, at 21.

(18) *Id.* at 15.

(19) *Id.* at 18.

(20) *Id.*

(21) *Id.*

に世論形成に影響のないものを除いて、広く修正1条の保護範囲に含まれるのだとされる<sup>(22)</sup>。

### 3 知識の正確さと民主的正統性・民主的能力

#### (1) 専門知識と民主的正統性

民主的正統性、すなわち公共討論への参加、世論形成への参画が有意になるためには、参加する市民が適切な知識を身につけている必要がある。とりわけ虚偽情報をもとに世論形成されることは、修正1条の予定する民主的正統性とは異なると思われる。

そこで、民主的正統性という憲法的価値が期待通りに真価を発揮するために、真実の情報が流布されなければならない。事実に関する誤った言明には憲法的価値はないとされている<sup>(23)</sup>ことは、公共的討論において、修正1条が虚偽情報を規制することを認めていることをあらわしている。

真実情報の流布のみならず、真実情報の産出も、修正1条の関心事である<sup>(24)</sup>。科学的情報をわれわれが信頼するのは、それが言論市場において広く受け入れられているからではなく、専門領域の基準に照らして十分に検証されているからである。民主的正統性の価値を保障するためには、科学的基準に照らして、言論の内容規制をすることも許される場合があることが予測される。

しかしながら、公共討論空間に流通する情報のすべてにおいて、政府が科学的基準に基づいて真実性の統制をおこなうことは、言論を萎縮させ、民主的正統性の価値を損なう。内容の真実性と民主的正統性の価値は緊張関係にあるのである。この緊張関係を緩和させる工夫が、たとえば現実の悪意ルール<sup>(25)</sup>である。単純な事実の誤りを処罰しないことで、民主的正統性の価値との調整を図っているとみることができる。

かくして科学的基準に基づく真実性が要求されるのは、専門知識の創造の場面に限られると予想される。公共的討論空間では、現実の悪意ルールが適用され、科学的検証は要求

---

(22) *Id.* at 20.

(23) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

(24) *POST*, *supra* note 5, at 29.

(25) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-280 (1964).

されてはならない。公共的討論空間での情報の真実性は、いわば買主の危険負担だと考えられているのである<sup>(26)</sup>。専門知識の創造は、民主的正統性の価値、すなわち公共的討論空間への参加とは異なる観点から、固有の規制（保障）に服すると考えられる。

## (2) 民主的能力

正しい公共政策のためには正しい知識が不可欠である。専門家の知識なくしては、自己統治も空虚なものとなる<sup>(27)</sup>。

ポストは、信頼できる専門家の知識は、民主的正統性にとって重要であるという<sup>(28)</sup>。一般的に、知識を統制することは、われわれの精神を統制することにもなる<sup>(29)</sup>。ここに知識の生産を政府による統制から自由にしておくことの必要性が見出される。そしてその必要性を裏付ける憲法原理として、ポストは民主的能力 (*democratic competence*) を構想する<sup>(30)</sup>。公共的討論空間での世論形成プロセスは、その一部で専門知識に依存する。その限度で、人びとの専門知識の認知を向上させることは、民主的正統性の価値の向上へとつながるのである。

民主的能力を高めることは、民主的正統性と衝突する面もある。すなわち、民主的正統性の価値が要求する公共的討論空間の開放性は、すべての言論が寛容と平等をもって扱われることを求める。しかし、民主的能力の価値は、言論が正しい内容か否かについて、専門領域の科学的基準に服することを要求する。民主的正統性の価値は、民主的能力の価値を要求するのであるが、同時に、民主的能力の価値と矛盾するというわけである<sup>(31)</sup>。この要求と矛盾をいかに調整するかが課題となるのである。

---

(26) POST, *supra* note 5, at 31.

(27) Allen Buchanan, *Political Liberalism and Social Epistemology*, 32 PHIL. & PUB. AFF. 95, 99 (2004).

(28) POST, *supra* note 5, at 32.

(29) *Id.* at 33.

(30) *Id.*

(31) *Id.* at 34.

#### 4 民主的能力と学問の自由

##### (1) 鍵としての学問の自由

ポストは、民主的能力の価値という憲法原理を同定し、民主的正統性と矛盾しつつ調整されることを説いている。そして、この調整問題を解く鍵は学問の自由だと示唆する。

ポストは、学問の自由は民主的能力の価値と結びつけて考えるときに、修正1条上の保護範囲に含まれることが明確にできると主張する。従来、学問の自由が修正1条の保護範囲に含まれると主張されてきたが、その憲法原理は明らかでなかった。混乱の原因は、学問の自由を、思想表現の自由市場と結びつけてきたことにあると指摘される<sup>(32)</sup>。

連邦最高裁が *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957) において学問の自由に言及したとき、民主的能力の価値との結びつきが示唆されていたことをポストは指摘する。すなわち、スウィージが大学の教室において、マルクス主義を講じたことに対して、州が干渉することに、修正1条のトリガーが引かれたのは、スウィージが世論に影響をあたえる公共的討論空間に参加していたからではなかったのである<sup>(33)</sup>。

*Sweezy* で示唆されたように、知識を発見するという知的営為の保護は、民主的能力の価値に奉仕するがゆえに保護に値する。ポストは知識を同定し発見するということを「公的な働き」と述べ、教授団がかような「公」に奉仕するとき、民主的能力という憲法的価値が作動すると述べる<sup>(34)</sup>。

学問の自由は世論から専門職の自由を守る面もあることが指摘される。この面での学問の自由は、多様な世論に対するバリアとして理解される。専門知識の生産者が、専門領域

---

(32) *Id.* at 62. ポストは、このことを裏付けるために、ウォーレン長官やフラン克福ーター裁判官の見解を参照している (*Id.* at 70-73.)。ウォーレン長官は、民主的能力は、新たな成熟と理解を得るために、調査研究の自由を教師にあたえることで保護されなければならないと指摘しており (*Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52, 54 (1942))、フラン克福ーター裁判官は、学問の自由の修正1条の理論を大学において学者が生み出す知性と、知性が社会の重要なニーズであることに基礎づけていることを指摘している (*Va. State Bd. of Pharmacy v. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 765 (1976))。

(33) POST, *supra* note 5, at 69-70.

(34) *Id.* at 90-92.



のプラクティスに従いながら、知識を創造し証明できるために、学問の自由は、世論の圧力を排斥するのである<sup>(35)</sup>。

一方で、学問の自由は、民主的能力という憲法的価値と結びつけられることによって、修正1条の保護範囲に含まれる。他方で、学問の自由によって専門知識の生産が保護されることにより、民主的能力の価値が守られる。両者は入れ子のように憲法上保障されるとされる<sup>(36)</sup>。

わが国において、憲法上の人権を民主政のプロセスと結合させて理解する立場がある。これによれば、「学問の自由は、政治による知識の支配を否定し、国民が自由に知識を取得し、政治に参加できるよう保障したもので、表現の自由と同じく、政治参加のプロセスに不可欠な権利としての性格をもつ」<sup>(37)</sup>と解説される。知識を取得したうえでの政治参加は、ポストのいう民主的能力の価値と軌を一にすると評価できよう。

## (2) 修正1条と民主的能力

以上みてきたように、修正1条の目的を民主的正統性にあると考える立場からは、学問の自由は、民主的正統性を支える民主的能力の価値のゆえに保護に値することとなる。学問の自由が脅かされ、民主的能力の価値が危機に瀕するとき修正1条の引き金が引かれることとなるのである<sup>(38)</sup>。たとえば、専門家の判断を、政府の判断によって上書きするとき、学問の自由が脅かされ、民主的能力の価値が侵害されるがゆえに、修正1条のトリガーが引かれることとなる。

学問の自由は、専門知識のフロンティアを拡大するがゆえに民主的能力の価値に奉仕し、修正1条の保護範囲に含まれる。公衆の関心事に奉仕するからではない。公衆の関心事に奉仕するか否かは、公共的討論とかかわる民主的正統性の価値の問題である。したがって、大学における研究者が研究に従事し、研究発表をする場合は、民主的能力の価値とかかわり、同じ研究者が専門家として、公共的討論に参加する市民として発言すれば、民主的正

---

(35) *Id.* at 68.

(36) *Id.* at 95-96.

(37) 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣，2007年）497頁。

(38) POST, *supra* note 5, at 53.

統性の価値とかかわることになるのである<sup>(39)</sup>。

同様のことは営利的言論や専門職言論についてもいえる。公共的討論とかかわらないところで情報を伝達することは、民主的能力の価値とかかわる。もっとも民主的能力は情報の正確性と結合しており、不正確な知識の伝達は規制されうる。とはいえ、学問的情報の真実性および検証は科学的手法によってなされなければならない。専門知識を創造する専門領域のプラクティスや手法は、憲法的な価値をおび、世論や政治的圧力により干渉されないことが保障されなければならないのである。

以上が、ポストによる、民主的正統性・民主的能力の価値理論の概要である。

### 三 表現および学問の「自由」

#### 1 オーストリア学派の自由論の概略

##### (1) 目的としての自由

学問の自由も表現の自由も「自由」を保障するものである。しかし、ポストは、表現の自由や学問の自由を民主的正統性や民主的能力と関連付けて、憲法上の保障を説いている。これは自由の意義を民主制的価値に転換するものである。しかしながら、自由の保障は自由の意義のうちにその価値を見出すべきではないだろうか。ポストの理論は、学問の自由が明文保障されていないアメリカ特有の事情から、表現の自由の延長線上に学問の自由を位置づけて、修正1条の保護範囲に含めようとするものと思われる。学問の自由を明文保障するわが国においては、表現の自由の下部構造として学問の自由を理解するのではなく、むしろ、自由を統一的に理解する方が望ましいのではないだろうか。そこで、本章では、ハイエクに代表されるオーストリア学派の自由論を参照し、学問の自由へのアプローチを検討してみよう。

ハイエクは、個人の自由を保障することを最重要視し、民主主義はそのための手段であ

---

(39) *Id.* at 83-84. 専門家の学外での発言については、盛永悠太『『学外言論 (extramural speech)』と学問の自由：専門と無関係な市民としての大学教員の言論は、学問の自由の行使といえるか』北大法政ジャーナル 25号 61頁 (2018年) 参照。

ると考えていた<sup>(40)</sup>。この視点に立てば、民主的正統性や民主的能力といった価値を措定し、それに寄与するか否かを、修正1条の保護範囲に含まれる基準とすることは、本末を転倒しているということになる。民主的正統性や民主的能力を理由とした自由の抑圧こそが警戒されるべき対象なのである。

自由の保障にとっては法の支配の実現が不可欠である。ハイエクは、自由の保障＝法の支配の考え方は、民主主義に先行していたことを指摘する<sup>(41)</sup>。ハイエクの分析によれば、古代アテネでは、人々の振る舞いに対する法の平等＝イソノミアが知られていた。これによって、人々は他者から干渉されない自由を保障されていた。「イソノミア」の語は、内容を維持しつつだいに「法の下での平等」や「法の支配」の語に置き換えられていった。ハイエクは、民主主義が発展した結果として法の下での平等が実現したのではなく、イソノミアを前提として、政治への平等な参加を保障する仕組みが構築されたと分析する<sup>(42)</sup>。

## (2) 自由の一体性

自由の保障は、市場プロセスを信頼する考え方である。市場において、諸個人は各人の目的を自ら設定し、各自の限りある知識を活用し、望ましい手段を採用する。人々の活動のなかからは、やがて自生的な秩序ができあがる。ハイエクにとって、自由主義は、かかる自生的秩序を信頼することなのである<sup>(43)</sup>。

市場における自由は、統一的な自由である。われわれは市場プロセスにおける自由と聞けば、経済活動の自由を想起する。しかし、ハイエクは、自由は全体として一体不可分な統一原理であるという<sup>(44)</sup>。われわれにとってなじみ深い、精神的自由と経済的自由とを区

---

(40) この点を指摘するものとして、仲正昌樹『いまこそハイエクに学べ 「戦略」としての思想史〔新装版〕』（春秋社、2020年）89頁。

(41) F. A. ハイエク著（西山千明＝矢島釣次監修）『感覚秩序』（春秋社、2008年）203頁、仲正・前掲注(40)89-90頁。

(42) 仲正・前掲注(40)90頁。

(43) 同33頁。

(44) 新正幸「二つの自生的秩序：市場システムと知的秩序のシステム」金沢法学49巻2号155頁。

別する発想は、そこにはないのである<sup>(45)</sup>。自由を経済市場におけるものに限定せず、なんでもあれ、諸個人の自由な活動、目的＝手段の計画を調整するプロセスを市場と捉えるのである。

このような自由論に立てば、諸個人の目的＝手段の計画を調整する市場プロセスにおいて、表現の自由も学問の自由も、統一的に尊重されなければならない。これが、自由主義の眼目となろう。

### (3) 企業家精神

市場プロセスにおいて各人の行為計画が調整されるためには、企業家精神が不可欠である<sup>(46)</sup>。企業家精神とは、簡単にいえば、他者に先んじて利潤機会に気づく能力である。市場プロセスにおいては、すべての個人が企業家である。全ての個人は、自らの行為計画をよりよく達成するために、より良い機会に気づき、実行していく主体である。したがって、全ての個人は、企業家精神を宿している。企業家精神によって、新規の発見や創造が引き起こされ、知識は拡散していくのである。

絶えず変化する世界において、企業家的意思決定が、各人の行為計画を調整するエンジンとなる。企業家精神を抑制する規制は、新たな発見や創造を停滞させる。企業家は、自分で解く問題を自分で見つけ、よりよい解決を模索していく存在なのである<sup>(47)</sup>。

諸個人が、市場プロセスにおいて、企業家精神を発揮することで、知識は創造され、拡散される。このプロセスにおいて、各人の行為計画は矛盾なく調整されていく。反復継続される人間行為のなかで、時間の経過にもかかわらず安定的な知識が発見されてくる。この知識は制度である。制度は安定的な知識を提供し、諸個人の行為計画の調整を円滑化する

---

(45) 自由を一体的に考えれば、精神的自由を経済的自由に優越すると考えることはできなくなる。精神的自由も経済的自由も同等の価値があると捉えることになる。新・前掲注

(44) 160-161 頁。

(46) ノーマン・バリー（足立幸男監訳）『自由の正当性——古典的自由主義とリバタリアニズム——〔オンデマンド版〕』（木鐸社、2004年）93頁。

(47) 尾近裕幸＝橋本努編『オーストリア学派の経済学 体系的序説』（日本経済評論社、2003年）280頁。

るのである<sup>(48)</sup>。

## 2 知識の生産と自由・競争

### (1) 知識の生産と自由

知識の生産は、自由と鋭く対立するという見方がある。ポストは、専門家の知識の正確性は、連続したピア・ジャッジメントによる内容のチェックに依拠するから、修正1条が通常要求する内容規制にかかる厳格審査基準は適用されないという<sup>(49)</sup>。科学的知識の生産は、真偽を区別することを内実とするから、修正1条の自由の根底にある平等主義者のコミットメント、すなわち、間違っただけのアイデアなどはないという信念と衝突するというのである<sup>(50)</sup>。

しかし、ピア・ジャッジメントによる内容の審査を自由と対立するものと捉えるのは正しくない。私人間に見られる水平的関係における表現内容の審査は、専門知識のみならず、新聞や放送メディアにおいても、編集権としておこなわれる。憲法上の自由の問題は、国家権力による市場プロセスあるいは自生的秩序への干渉の局面で浮かび上がるのである。

自生的秩序は、経済市場においてのみ生成されるわけではない。M. ポラニー (Michael Polanyi) は、人間の人格的存在、精神的必要に根ざす活動領域も、その根源において自生的秩序により成り立つと考え、知的秩序のシステム (System of Intellectual Order) を構想したのだった<sup>(51)</sup>。

自生的秩序は、人為的な秩序と比べて劣ったものと考えられがちである。自生的秩序が非理性的な人間行為の産物であるのに対して、理性的に計画された合理的な秩序が優れていると受け取られるのである。しかし、人間の知識が有限であること、現実の時間の経過

---

(48) 井上嘉仁「市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性と広告——営利的言論理論の再検討をめざして」姫路法学第49号66頁(2009年)。

(49) POST, *supra* note 5, at 9.

(50) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 51 (1988). ミクルジョンもこのことを理解していた。MEIKLEJOHN, *supra* note 10, at 27.

(51) M. ポラニー著(長尾史郎訳)『自由の論理』(ハーベスト社, 1988年)204頁。新・前掲注(44)148-149頁。

が真の意味での不確実性を生み出すことからすれば、人間の合理性を信頼することはナイーブである。むしろ人間が無知であり、世の中が不確実であるにもかかわらず、なぜわれわれの行為（諸計画）は、概ねうまく調整されているのかを考えるべきである。そして、行為計画をうまく調整するシステムが、先にふれた市場プロセスだということ理解すべきなのである。市場プロセスは、経済市場に限られず、知的秩序のシステムも含まれるのである。

自由の保障が最も重要となるのは、われわれの無知が最大となる場所、すなわち、知識の最先端においてである<sup>(52)</sup>。合理的な秩序ではなく、市場プロセスが、われわれの無知に最もうまく対応できると考えれば、一歩先に何があるのかを告げることが困難な状況＝知識の最先端こそ、市場プロセス、すなわち自由の保障が重要となるのである。ハイエクは、知的自由が自由の根本にあることは、しばしば忘却されていると指摘する<sup>(53)</sup>。そして、自由の究極の目的は、祖先が築きあげてきた能力を拡大していくことにあるとし、知識の成長と進歩への貢献にわれわれは努めなければならないという。その場合、「なにが正しく、何が善いかについて、どんな優越者といえどもある一組の見解を強制することは許されない。ただより一層進んだ経験だけが、何が広く認められるかを決めるのである」<sup>(54)</sup>と断言している。

要するに、「人間が現在の自分を超越するところに到達し、新しいものがあらわれ、そして評価を将来に待つというところにおいて、自由は究極的にその真価をあらわす」<sup>(55)</sup>というのである。

## (2) 知識の生産と競争

市場プロセスが各人の行為計画を調整できるのは、企業家による企業家精神の発揮を保障するからである。これを換言すれば、競争の保障である。競争は、予想される均衡点に

---

(52) F. A. ハイエク著（西山千明＝矢島釣次監修）『自由の条件Ⅲ 福祉国家における自由』（春秋社、2007年）188頁。

(53) 同 188頁。

(54) 同 188頁。

(55) 同 189頁。

到達するために保障されるのではなく、予想もしなかったことをなすからこそ保障されるのである<sup>(56)</sup>。

市場プロセスにおける競争をつうじて、知識は生み出され、学習され、獲得され、普及していくのである。現実の時間が生み出す新たな驚きや経験に機敏に反応するメカニズムが競争の本質であり、そのエンジンが企業家精神である。この意味で、全ての市場参加者は本質的に企業家である<sup>(57)</sup>。

研究者・研究機関の学問の自由の保障は、かかる意味での市場プロセス（知的秩序のシステム）、企業家精神および競争を保障していると解される。学問の自由の保障の意義は、新規の知識体系に挑戦すること、共通の知的関心にもとづいて結社すること、そして共同で解決に取り組むこと、さらに問題解決のためにいかなる手段方法を用いるか、誰を構成員とするか等々について、国家による監視監督を排除することにある<sup>(58)</sup>。

ハイエクは「競争」という語を経済市場における競争のみを意味するものと限定してはいない。ポラニーは「競争」の語を避け、「説得」の語を用いている。いずれにしても、自生的秩序における調整のプロセスとして「競争」または「説得」が構想されているのである。

オーストリア学派による自由主義的理解によれば、学問の自由は、知識の生産のための市場プロセス、競争プロセスの保障を意味するものと考え得る。学問の自由は、民主的正統性をささえる民主的能力の価値の故に憲法的意義を有するのではない。

### 3 学問の自由と知識の前進・伝達

#### (1) 知識の前進

知識の前進には、専門的調査研究による応用研究領域と、基礎的研究領域とがある。前者はある程度想定可能な目的を達成するために、組織化された調査研究機関によりなされ

---

(56) ジェラルド・P. オドリスコル＝マリオ・J. リッツォ（橋本努＝井上匡子＝橋本千津子訳）『時間と無知の経済学 ネオ・オーストリア学派宣言』（勁草書房、1996年）128-129頁。

(57) ISRAEL M. KIRZNER, COMPETITION AND ENTREPRENEURSHIP 13-17 (1973).

(58) 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕』215頁。

る。これ自体、重要な知識の生産である。後者は、固定した研究分野などなく、特定の目的の追求に特化しているわけでもない、知識の偶然の出会いや特殊な状況が、知識の前進をもたらす。予想しがたい知的前進は、このような知識の辺境でおこる<sup>(59)</sup>。

学問の主要な担い手である大学・研究者<sup>(60)</sup>は、市場プロセス（知的秩序のシステム）において、知識の先頭を走り、人類共通の知識を進歩させることに貢献する<sup>(61)</sup>。このことを学問の自由が保障しているのである。より具体的にいえば、多数の独立した研究者・研究機関が存在し、市場プロセス（知的秩序のシステム）において競争（説得）を展開し、知識を前進させる能力を証明し、研究への貢献を公表した者が、研究課題を自ら設定し、到達した結論が社会一般にとって不快であってもかまわないことを、学問の自由は包括的に保障しているのである<sup>(62)</sup>。

## (2) 知識の伝達

知識の先頭を走る研究者の創造的知識の成果は、いずれは全ての人の享受するところとなる。直接的には、大学における教育と、学生の学習という相互行為によって、知識は伝達される。次いで、知識は、市場における人間行為をつうじて、主として価格シグナルとして伝達されていくことになる。

ポストは *Sweezy* において修正 1 条のトリガーが引かれたのは、スウィーージが公共的討論に参加したからではなく、民主的能力の価値に奉仕するがゆえであると分析していた。教室において知識を伝授された学生が、公共的討論空間においてより正しい判断がおこな

---

(59) ハイエク・前掲注 (52) 182-183 頁。

(60) 科学の進歩は教育の成果ではなく自由の成果であることを指摘するのは、渡部昇一『ハイエクの大予言』（ビジネス社、2012 年）50 頁。それによれば、中世において、巧みな機械仕掛けの人形が作られる一方で、高機能な機織り機械が使われなかったのは、ギルドによる自由の抑圧があったからであり、近代以降発明を自由に使える体制となり、科学技術が発展したのであり、大学教育は無関係であるという。

(61) 法学協会編『註解日本国憲法(上)』（有斐閣、1953 年）455 頁、阪本・前掲注(3) 178-179 頁。

(62) ハイエク・前掲注 (52) 184 頁。



えることに寄与し、結果として民主的正統性の価値に奉仕する、というのであった。

しかしオーストリア学派の自由論を基礎とすれば、教室において伝授された知識は、市場プロセスにおける計画調整をより円滑におこなえるがゆえに、修正1条の自由の範囲に含まれるとみるべきことになる。知識の進歩の成果は、民主制に奉仕するばかりでなく、全国民の自由量を増大させるのである。

専門職言論の文脈において、専門家は知識コミュニティの叡智を伝達する、と知識コミュニティ理論は考えている。知識コミュニティは、研究者・研究機関の総体と考えられる。専門家は、依頼人の状況に合わせて個別化された<sup>(63)</sup>、信頼できる知識を伝達する。専門家の役割は、知識コミュニティの知識を伝達する導管であると考えられるのである。

この導管役を演じる専門家に規制を加えることは、知識コミュニティの叡智を歪めて伝達させることであつたり、知識コミュニティの叡智とは異なる情報を伝達させることである。かかる規制は市場プロセスに誤ったシグナルを送信させることになり、諸個人の計画調整のメカニズムを不全に陥らせることになる。

専門職言論の文脈において、表現の自由は、学問の自由が保障する市場プロセス（知的秩序のシステム）を背景として、知識コミュニティの創造する叡智を、専門家をつうじて伝達することを保障していると考えられるのである。

#### 四 知識コミュニティへの尊重

##### 1 何が敬讓を生み出すか

###### (1) 知識コミュニティへの敬讓の必要性

裁判所を含む国家権力は、なにゆえに知識コミュニティに敬讓するべきなのか。この問いは、敬讓の必要性、規範的妥当性から回答されなければならない。これに対する民主的正統性・民主的能力の価値理論からの回答と、自由主義的アプローチからの回答は一部でかさなるが、完全に同じというわけではない。

専門職言論にかかる知識コミュニティ理論は、知識コミュニティへの敬讓の必要性を次のように論じた。科学論文を理解し、一定のコンセンサスがあるか否かを決定する能力が、議会にも裁判所にもない。それゆえ、かかる判定を実効的におこなうべく、知識コミュニ

---

(63) Claudia E. Haupt, *Licensing knowledge*, 72 VAND. L.REV 501, 529.

ティに敬讓する必要がある<sup>(64)</sup>。

知識コミュニティ理論によれば、専門職言論が修正1条の範囲に含まれるか否かは、第一に、知識コミュニティの叡智（見識）を、専門家が伝達していることが求められる<sup>(65)</sup>。依頼人への情報提供を専門家に義務づけることは、その内容が知識コミュニティの叡智（見識）と相違していれば許されない。そして、提供が義務づけられている情報が、知識コミュニティの水準に照らして正確か否かを決定するのは、知識コミュニティ自身でなければならないという<sup>(66)</sup>。

また専門家が依頼人の個別の状況に対応するために収集提供する情報が、専門性と無関係か否かを決するのも、知識コミュニティであるという<sup>(67)</sup>。たとえば、医師が治療に関連して銃の所持について質問することが、治療に関連するか否かを判定することは、政府が決定することではなく、知識コミュニティがおこなうことだという。

知識コミュニティ理論は、政府の科学的・専門的判断能力の不足を主要な論拠として、知識コミュニティへの敬讓の必要性を説いている。政府には、科学的知識を評価判断する能力に欠けていることが、知識コミュニティへの敬讓の必要性を支えている。このことには、民主制を重視する立場も自由主義を重視する立場の双方とも同意できるだろう。しかし、政府の機関が専門性を向上させ、判断能力において欠ける点がなかったとしても、政府による規制は警戒されなければならないとすれば、政府規制を正当化するための規範規準を示さなければならない。

## (2) 知識コミュニティへの敬讓の規範

知識コミュニティへの敬讓の規範的要求についてはいかに考えるべきか。これに関連して、知識コミュニティ理論は、次のような短い一文を添えている。すなわち、「政府による干渉が排除されてはじめて、さもなければ発生しなかったであろう一定の見識が、知識

---

(64) Haupt, *supra* note 1, at 1295.

(65) *Id.* at 1299.

(66) *Id.* at 1300.

(67) *Id.* at 1302.

コミュニティ内部に生み出される」<sup>(68)</sup>。この主張を、憲法原理といかに接合させるのが課題となる。

この点、ポストは、民主的能力の価値を援用し、専門領域への敬讓に憲法的保障を付与する。公共的討論空間における民主的正統性を確かなものとするために、そこにおける市民が正確な知識をもたなければならない。ゆえに民主的能力も憲法的価値をもつ。内容の正確性をもとめる民主的能力の憲法的価値は、専門領域とそこでのプラクティスに憲法的地位を与える。ここから、政府は専門領域に対する敬讓をすべきという規範的要求が導かれると説くのである<sup>(69)</sup>。

他方、オーストリア学派の自由論からすれば、知識コミュニティへの尊重、敬讓は、市場プロセスと競争メカニズムの憲法保障と表裏一体である。かかる憲法上の自由保障が、知識の発展と、諸個人の計画調整をよりよく実現するのである。ハイエクの言葉でいえば、カタラクシーあるいはコスモスに属する保障なのである。

## 2 学問の自由と知識の真実性

### (1) 民主的能力の価値と知識の真実性

専門知識に関する政府規制が修正1条違反となるか否かについて、裁判所は、専門領域の知識を適用して決することがある。裁判所が、専門領域における手法を採用し、適用した場合、それは裁判所が専門領域における知識を尊重したことを意味する。ポストによれば、民主的能力の価値が司法的に保護されるのは、この場合のみだという<sup>(70)</sup>。

では、いかなる場合に、裁判所は専門領域の知識を適用するのか。

ポストは、確立した（*established*）専門知識の領域においては、裁判所ではなく専門家が、知識の真実性を判定するという。たとえば法律学は確立した専門領域であり、法律家はかかる専門家であるから、法律家のプラクティスは、民主的能力の価値を促進するような知識を生み出す。これとは異なり、占星術は、確立した専門領域とはいえず、占星術師のプラクティスは、民主的能力の価値を促進せず、修正1条の保護範囲に含まれない、と

---

(68) *Id.* at 1253.

(69) POST, *supra* note 5, at 55.

(70) *Id.* at 59.

いう<sup>(71)</sup>。この立場からは、主張される専門性や専門領域が、“確立した”(established)領域か否かが鍵となろう。これは社会学的に決せられるという。

かくして、ポストは、次のようにいう。専門知識を創造し、検証する専門領域の手法を、裁判所は採用する。それは民主的能力の価値が、正確な専門知識を流布することを保護する限度に止まる<sup>(72)</sup>。

## (2) 学問の自由との関係

わが国の古典的学説は、大学における学問の自由が尊重されなければならない理由として、研究者の専門性を尊重すべきことを説いた<sup>(73)</sup>。当然ながら、学問の自由は、大学行政を尊重することを求めている。ポストは、学問の自由は、大学という名称か否かではなく、公共善のために知識を前進させる専門学術的な基準の適用、改善を容易にする機関にあてはまる、という<sup>(74)</sup>。

学問の自由の境界、すなわち、専門家あるいは研究者の行為が、専門性への尊重の限界を超えたかどうかは、教授団によるピア・ジャッジメントに照らして判定される。裁判所が問うべきことは、ピア・ジャッジメントが、専門学術的基準に沿っているか否かである<sup>(75)</sup>。

しかし、学問は実験や仮説にもとづく推論であることから、限界は曖昧とならざるを得ない。したがって、裁判所は、教授陣の専門的判断を尊重し、受け入れられている学問的規範から大きく乖離していない限り、かかる専門的判断を上書きすることはないとされる<sup>(76)</sup>。

民主的正統性・民主的能力の価値からのアプローチからは、学問の自由は、民主的能力という憲法的価値を促進する専門学術的基準に対する尊重が帰結されるのである。

---

(71) *Id.* at 57.

(72) *Id.* at 59.

(73) 『註解(上)』・前掲注(63)455頁、阪本・前掲注(3)187頁。

(74) POST, *supra* note 5, at 78.

(75) *Id.*

(76) *Id.* at 79

### (3) 民主的能力の価値への批判と自由論からの見直し

民主的正統性・民主的能力の価値の立場には、次のような疑問がある。そもそも、民主的能力の価値が憲法上保障されるのは、知識内容の正確性が民主的正統性に寄与するからであった。しかし、その内容の正確性は、科学の最先端においては、不明瞭となる。したがって、政府が内容の正確さを同定することはできず、専門領域の判断に委ねられる。しかし、科学の最先端においては、専門領域の判断でさえも、何をもって知識の正確性を評価するのか見解の一致はないはずである。そうすると、内容の正確性を期することを知識コミュニティへの敬讓の規範的要求と結合させたにもかかわらず、知識の最先端においては、かかる規範的要求が充足されないという結論になる。それならば、先端研究は民主的能力を有しないことになるのではないか。民主的正統性・民主的能力の価値からのアプローチは、この点の説明が不十分なのではないかと思われる。

この点、オーストリア学派の自由論は、民主的正統性・民主的能力の価値論と同じく、知識の先端部分においては、われわれの無知が最大の領域となることを認める。しかし、それゆえに、新規の知識を発見するための自由（発見のプロセスとしての市場）保障が重要であると論じるのである。民主的能力に寄与するか否かを、ここで問題とする必要性をみないのである。

学問の自由の保障の意義はそれにとどまらず、合理的思考、それを受け入れる自発性と謙讓の精神を育む側面をもつ<sup>(77)</sup>。自由で開かれた社会と、それにふさわしい構成員を育むために、学問の自由は保障されているのである<sup>(78)</sup>。これは学問の自由の客観的利益保障の側面である<sup>(79)</sup>。

---

(77) 阪本・前掲注 (58) 210 頁, 同・前掲注 (3) 179 頁。

(78) 阪本・前掲注 (3) 179 頁。

(79) 学問の自由は、確実に根拠ある知識体系を創造していく、人間の最も合理的な営為であり、この精神活動は、19, 21 条のような「物語的言語」を用いるものと異なる体系的で明確な言葉を用いる特有のコミュニケーション行為であることが指摘される。阪本・前掲注 (58) 210 頁。

### 3 学問の自由と知識コミュニティの自律

#### (1) 学問の自律性

知識コミュニティへの尊重・敬讓は、学問や知識コミュニティの自律性の保障とつながる。わが国においても、学問の自由の保障は、自律性の保障であることが指摘されている。たとえば、「学問の自由は、本来の意味における真理を探究するうえで要求される学問の自律性、つまり当該学問分野で受け入れられた手続および方法に基づく真理の探究の自律性を確保すること、とくに政治の世界からの学問への介入・干渉を防ぐことを、その目的とするものと考えられる」<sup>(80)</sup>と説かれる。

真理や普遍的価値はそれ自体が論争の対象であるとみれば、学問は真理を探究するとは必ずしもいえない。この立場からは、「学問とは学問共同体において学問として受け容れられるもの……学問共同体の作法に則ってなされる営みが学問」<sup>(81)</sup>だとされる。学問共同体が何を指すのかは明らかではないが、学問共同体の学問的プラクティスに対する政治的介入を排除するものとして、学問の自由＝学問共同体の自律と捉えているものと思われる。

ここにいう自律は、憲法上の人権享有主体のもつ自律権なのだろうか。ある論者は、「学問の自律性を維持するために、大学などの研究機関内部においては、公共の場にはみられない表現活動の規制や強制が行われる。……もつとも、このような表現活動に対する規制や強制は、当該研究教育機関における研究教育目的の遂行と合理的に関連している必要があると考えられる」<sup>(82)</sup>。「学問の自由が保障されていることの意味は、その強制や規律の内容を決定するのが外部の国家機関ではなく、教育研究機関およびそのメンバー自身であることにある。学問の自由の重要な内容として、大学の自治がとりあげられる理由もそこにある」<sup>(83)</sup>という。この見解は、大学等の教育研究機関を法上の人権享有主体とみて、自律権の主観的権利保障と捉えているようでもある。しかし他方で、従来、大学の自治は主観的権利ではなく制度保障であると説かれてきた。

---

(80) 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）237頁。

(81) 渡辺康行他『憲法 I 基本権』（日本評論社、2016年）202頁。

(82) 長谷部・前掲注(80)237頁。

(83) 同238頁。

この点、大学の自治を端的に大学の自治権として構成すべきであるとする見解もある<sup>(84)</sup>。これによれば、「大学の自治とは組織体としての大学の管理運営につき、国家から強制を受けることなく、自律的意思決定のできることをいう<sup>(85)</sup>。この見解は、大学の自治の眼目は、「高等教育研究機関が独自に問題設定して、その解決に献身的・自発的に取り組めるべく任意に組織化されるよう保障すること……研究上の結社のもつ内部運営の自由」<sup>(86)</sup>の保障にあるという。

これらの見解を総合すると、《学問の自律性》→《学問共同体の自律性》→《大学の自治》→《研究教育機関の自律権》という流れを看取できる。問題は、《学問》を《研究機関》に矮小化することが、少なくとも知識の生産・普及と関連する専門職言論の文脈において、正しいか否かである。大学は典型的な学問の担い手ではあるが、学問の担い手が、教育関連法令によって法制度化された大学であるとは限らない。憲法が想定する大学は、既存の法制度に依存する大学法人と同一ではないことに留意しなければならないだろう。

知識コミュニティは、必ずしも実体を伴わない観念として存在するとも考えられる。とすれば、知識コミュニティを権利主体と位置づけて主観的権利を語ることはできない。学問の自律とは、国家を拘束する客観法原則と位置づけられなければならない。この客観法原則は、専門職言論の文脈においては、表現の自由の保障とあいまって、専門家の言論に対する国家による統制を統制する、というのが本章の見立てである。この見方は、組織（結社）としての大学の内部運営の自由を否定するものではない。それとは別の憲法的価値を、学問の自由は保障しているとみているのである。

---

(84) 阪本・前掲注(3) 198頁, 同・前掲注(58) 215頁, 渡辺・前掲注(81) 209頁。また先端生命科学技術に関して研究者の自主規制の再考を促すものとして赤坂正浩他『ファーストステップ憲法』(有斐閣, 2005年) 131頁, 中山茂樹「臨床研究と学問の自由」曾我部真裕=赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開(下巻)』(信山社, 2012年) 235頁, 同「研究倫理審査を誰がおこなうのか(1)(2・完)——統治理論としての学問の自由——」産大法学 50巻1・2号 111頁, 同 52巻1号 29頁。

(85) 阪本・前掲注(58) 215頁。

(86) 同 215頁。

## (2) 知識コミュニティの自律

知識コミュニティ理論は、その拠り所である知識コミュニティを、次のようにみている。すなわち、「訓練と実践の帰結として得られた共有知と経験を共有している諸個人のネットワーク」<sup>(87)</sup>がそれである。知識コミュニティの内部においては、知識や規範が構成員たる専門家によって共有される<sup>(88)</sup>。知識コミュニティは、したがって、明確な組織ではなく、ネットワークとして存在しているというのである。

かようなネットワークを維持することに、専門家は固有の関心（利益）をもっている。専門家は、自らの属するネットワーク（知識コミュニティ）の知識を発展・改善させ、またその専門知識を、当該ネットワークの基準に従って依頼人に伝達する。この反復継続により、知識コミュニティの統合をささえることが、専門家個人の利益ともなっているのである<sup>(89)</sup>。

知識コミュニティ理論は、このように、ネットワークとしての知識コミュニティの統合に対する専門家個人の主観的利益に焦点をあてている。そしてこの利益を修正1条は専門職言論として保障していると説くのである。それゆえ、専門家が導管役<sup>(90)</sup>として、知識コミュニティの知識を正確に伝達することを阻害する第三者による介入は、知識コミュニティの統合性にかかる専門家の利益を損なうと考えられているのである。ここではあくまでも、専門家の主観的権利の側面が重視されているわけである。

この主張を補強するのが、学問の自由を根拠とする客観法原則である。知識コミュニティの自律は客観法原則を構成しており、それは各専門家の個人的利益に還元できない利益をもっている。その利益は、全ての人々が享受する、知識の前進、普及、市場プロセスと価格メカニズムをつうじた計画調整、自発性と謙譲の精神の育成等々である。こうした憲法的価値によって補強されることにより、専門職言論は、表現の自由の保護範囲内で固有の地位を確立するのである。

---

(87) Haupt, *supra* note 1, at 1250-1251.

(88) *Id.*

(89) *Id.* at 1272-1273.

(90) *Id.* at 1253-1254. 導管役と考えられない場合、すなわち、知識コミュニティの叡智とは異なる知識を伝達することには、専門職言論の保障は及ばないとされる。



## 五 知識コミュニティへの規制

### 1 「公共」のための規制

#### (1) 曖昧な公共性

知識コミュニティの自律的側面に憲法的地位を認めるとしても、一定の制約が認められると論じられる。学問の自由、知識コミュニティへの制約がどのように論じられているのかを批判的に検討しよう。

ある論者は、学問の自由は公的側面があり、公的価値のために制限されると主張する。これによれば、学問の自由の保障は、学問の自由の公的側面があることを認め、学問共同体の公的価値と自律性を特別に承認することに意義があるとされ、大学の自治の制度的保障としての側面が認められてきたのも、この公的価値のゆえであると論じられる<sup>(91)</sup>。

ところが、ここにいう「公的」側面や価値なるものが具体的に何をさしているのかは曖昧である。曖昧な「公的」側面を前面に出して規制を論拠づけることには慎重でなければならない。

また別の論者は、公共の利益として、3つの異なる側面を指摘する<sup>(92)</sup>。第1に、自律的な研究活動から生み出される知識が、民主的政策決定過程に適切な知見を提供する、第2に、経済活動のイノベーションの契機をもたらす、第3に、通念にとらわれることなく自らの生を切り拓く個人としてのロール・モデルを社会に提供するという社会全体の利益である。研究者が自己実現をするだけならば表現の自由の保障で十分であるが、これにくわえて学問の自由を保障した意義は、こうした公共の利益のために保障され、また公共の利益によって規制される点にあると説くのである。この論者は、公共の利益を、民主的側面（第1）、経済的側面（第2）そして社会的側面（第3）によって説明する。そして、学問の自由はそれらの側面に伴う価値のために特に保障されていることをいいたいようである。

しかし、学問の自由がかような公共の利益を促進することはあっても、それは自由保障

---

(91) 渡辺・前掲注(81)201頁。

(92) 長谷部・前掲注(80)237頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（有斐閣、2017年）482頁。

の結果であり、目的ではない。学問の自由を、人間が無知でありながらうまく振る舞うために、知識を前進させ、市場プロセスにおける計画調整を向上させるために不可欠な自由だと理解すれば、民主・経済・社会の諸側面から設計主義的に、市場プロセスに干渉されてはならないことが帰結されるはずである。

また、オーストリア学派の自由論に立脚しなかったとしても、公共の利益を3側面から多義的に捉え、それを自由保障の内部にビルトインすることは、公共の利益の定義が自由の限界を決めることになり危険である。くわえて、経済的側面に寄与するのは学問が特に有する性質ではなく、社会的側面は単なる機能論にすぎないとすれば、この論者の主張の中で見るべき価値があるとすれば、民主的側面のみである。これはポストが民主的能力の価値として論じているところである。

さらに別の論者は、学問の自由も、公共の福祉のために一定の制約に服さざるを得ないとして、次のようにいう<sup>(93)</sup>。研究内容について、研究の危険性を考慮して、遺伝子組換え実験などの場合には施設に応じた研究レベルの設定などの制約も許される。道德倫理、生命倫理的な観点から、動物実験における動物の保護、人間の生命にかかわる研究は、制約も止むを得ない。この立場は、危険性と道德・倫理を公共の福祉の内容と捉えているようである。

しかし、ここで問題とすべきは、危険や道德・倫理を反対利益とした規制の必要性ではなく、規制の規範的正当性である。危険が予測されるとして、予防原則を正当な規制根拠とするべきか、道德・倫理は、リーガルモラリズムとして法的正当性が得られるのかである。

## (2) 知識の正確性のための規制

民主的正当性・民主的能力の価値理論は、公共の観点からの規制を、公共的討論空間における規制と考えるのであれば、それは学問の自由への正当な規制理由とはならないと論じるだろう。公共的討論空間では、公共の関心事、あるいは世論へ影響を与えることを保障するものであり、全ての意見は平等に保障される。しかし、学問の自由の憲法的価値は、民主的能力の価値に依存するから、正確な知識を生産し伝達するのでない限り、学問の自

---

(93) 松井・前掲注 (37) 497-498 頁。

由は修正1条の保護範囲に含まれないことになる。逆に、学問領域に憲法的保護が及ぶということは、知識の正確性について、政府に統制の根拠を示すことを求めることである、という<sup>(94)</sup>。

この立場に立てば、政府が正確な専門知識の伝達を妨害しようとするときは、政府に統制の根拠を示すことを求めることとなる。これが学問の自由が憲法的価値を有する意義と理解される。政府による妨害には、専門家が顧客に知識を伝達することを禁止したり、誤った情報を顧客に伝達するよう法的に強制することが含まれる<sup>(95)</sup>。誤りではないが不確かな情報について、知識コミュニティ理論は、政府が知識の正確さを決定するのではなく、知識コミュニティが決定しなければならないという<sup>(96)</sup>。

情報の開示強制は、消極的表現の自由の問題として考えることもできる。専門家に対して情報提供を義務づけることは、専門職言論の文脈で理解され、知識コミュニティの叡智との整合性が問われることとなる。知識コミュニティ理論によれば、専門家は専門職の一員として、専門職の基準に従って、自らのメッセージを伝達することが強調される。この点で、公的対話においては許されない言論強制が、専門職言論の文脈においては許されるという<sup>(97)</sup>。

情報の開示強制が、情報の正確性のために求められる場合があることは、その通りである。しかし、それは民主的能力の価値の要請でもなければ、知識コミュニティの統合（自律）からの要請でもない。それは、知識の交換がおこなわれる当事者間における、交換後の知識状態に対する期待に依存すると考えればよい<sup>(98)</sup>。知識コミュニティの叡智を伝達す

---

(94) POST, *supra* note 5, at 98

(95) 人工妊娠中絶後の症状について誤った情報を患者に伝達するよう医師に義務けたサウス・ダコタ州法の分析については、Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 ILL. L. REV. 939.

(96) Haupt, *supra* note 1, at 1300. Hauptによれば、医療上のマリファナの使用について、知識コミュニティに統一的な叡智が形成されていなかったとしても、患者に情報を提供することは、知識コミュニティの叡智を侵害したことにはならないという。 *Id.* at 1301.

(97) Haupt, *supra* note 63, at 554-555.

(98) この点については、井上・前掲注(48) 97-98頁を参照。

る場合、専門家と顧客の間での知識交換において、正確な知識が顧客に伝達されることが期待される。営利的言論の文脈においても、中古車販売店に、中古車の隠れた瑕疵について情報を開示することを強制することも、中古車に関する知識の交換の後に期待される知識状態から説明できる。交換後の知識状態への期待が、内容の正確性を要求しているのである。

内容の正確性を担保する知識コミュニティのプラクティスと、正確な知識伝達に対する規範的要求は区別して考えられなければならない。

## 2 学問の自由と思想の自由市場論

### (1) 内容規制の許容性

一般に、表現の内容規制・見解規制に対しては、厳格審査基準が妥当すると考えられている。学問の自由を表現の自由の民主的正統性の価値をささえる民主的能力の価値と関連付けて考えるとき、学問研究の内容にわたる規制は、表現の自由規制の場合におけるのと同様に、厳格審査が適用されるのか。

表現の自由の内容規制・見解規制に対して厳格審査基準が適用されるのは、公共的討論空間において、人びとは平等に自由でなければならないと考えられているからだポストはいう<sup>(99)</sup>。デモクラシーにおいては、各主体は、世論の内容を形成し、政府の行為に影響をあたえようとする平等な権利をもっているということである。これが民主的正統性の価値を裏付けるのだという。

そう考えれば、学問研究についても、専門知識を公共的討論空間に送り出す場合は、内容中立規制・観点中立規制の要求があてはまる。公共的討論空間においては、民主的正統性の価値があてはまるため、専門領域の基準に照らした内容の正確性は要求されない。民主的正統性の価値は、世論形成に参加する話し手の関心を保護し、言論の真実性に依拠したいと思っている聴衆の利益を保護するものではないとされる<sup>(100)</sup>。

しかし、公共的討論空間ではない領域、専門職言論の文脈においては、内容中立規制や観点中立規制の要求は後退すると説かれる。平等な自由が保障される公共的討論空間とは

---

(99) POST, *supra* note 5, at 22.

(100) *Id.* at 44.

異なり、専門家と顧客のような関係においては、両者は対等とは考えられず、依存的で脆弱な一方当事者を法的に保護するべきだと考えられるのである<sup>(101)</sup>。もっとも、連邦最高裁判所は、*Reed* 判決<sup>(102)</sup>において、政府の規制に対して内容中立性を厳密に要求し、*NIFLA*<sup>(103)</sup> 法廷意見は、厳格審査基準の適用を示唆しているのではあるが<sup>(104)</sup>。

知識コミュニティ理論も、専門家の言論内容に関する規制に、厳格審査基準は適用されるべきではないと論じる。この理論は、知識コミュニティの自律的利益とともに、専門家の助言に決定的に依拠する依頼人の自律的利益を重視する<sup>(105)</sup>。知識コミュニティにおいて統合された知識を、導管役としての専門家が正確に伝達しないとき、忠実義務違反 (*fiducial duty*) の責任を負うのだと論じる<sup>(106)</sup>。内容の正確性は、知識コミュニティが決することであるが、それに対する違反に法的責任を負わせることにより、専門領域の知識の正確な伝達を、法律が保障することとなるのである。ポストも同様のことを、法律は、専門家の表明が専門領域の水準に照らして真実であることを担保する保証人なのだと評している<sup>(107)</sup>。

わが国における次のような言説も、概ね同様の趣旨と思われる。「学術活動は多くの内容にかかわる規制があってはじめて成り立つし、社会に貢献し得る成果を産み出すこともできる。学問の自由の意味は、そうした学術活動に対する内在的規制が、当該学術機関とそのメンバー自身……の自律的な規制でなければならない点に存する」<sup>(108)</sup>。

---

(101) 公共的討論空間における平等性、非公共的討論空間における非対等生については、Robert Post, *Democracy and Equality*, 603 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. 24 (2006), *Community and the First Amendment*, 29 ARIZ. ST. L. J. 473 (1997).

(102) *Reed v. Town of Gilbert*, 135 S. Ct. 2218, 2233 (2015).

(103) *National Institute of Family & Life Advocates v. Becerra*, 138 S.Ct. 2361, 2374 (2018).

(104) Haupt, *supra* note 63, at 527-528.

(105) Claudia E. Haupt, *Professional Speech and the Content-Neutrality Trap*, 127 YALE L. J. FORUM 150, 172 (2017).

(106) *Id.*

(107) POST, *supra* note 5, at 45.

(108) 『註解(上)』・前掲注(63)460-461, 長谷部・前掲注(92)484頁。

ここで留意しなければならないことは、学問研究への直接的な内容規制として語られているのは、知識コミュニティの構成員相互による自律的規制だということである。これは伝統的に対国家的防御権として理解されてきた自由権とは位相を異にするのである。ピア・ジャッジメントの結果に法的強制力（不法行為責任等）を結びつけることで、はじめて真正の憲法問題となる。この構造は、記事を寄稿した評論家と、それを編集掲載した出版社、名誉毀損を訴える原告の関係と類似している。評論家の提出した記事を、出版社が編集権を行使し内容を審査し、掲載に値する、しない、あるいは修正を求める等したとしても、それ自身は内容規制や検閲の問題を生じさせない。記事そのもの、あるいは編集権の行使・不行使に対する法的評価が憲法問題をはらむのである。同様に、専門家個人の助言、知識コミュニティによる知識の正確性判断に対する法的評価が憲法問題なのである。名誉毀損の事例は、裁判所が表現内容を直接審査し違法・適法の評価をする直接的内容規制であるのに対して、知識コミュニティの知識の正確性判断を与件として、裁判所が直接的内容審査をしない専門職言論の事例は、いわば間接的内容規制とでもいうべきであろう。両者ともに内容規制であるといえども、相違があることに留意しなければならないのである。

## (2) 思想の自由市場論の排除か適用か

学問の自由に関しても思想の自由市場論が適用されるべきだろうか。古典的な思想の自由市場論を提唱したのは、ホームズ（O. W. Holmes）裁判官であった<sup>(109)</sup>。真実と虚偽とを戦わせれば真実が打ち勝つであろうという素朴な考えであった。この思想は、言論には言論で対抗せよという対抗言論（モア・スピーチ）の保障として理解されてきている。専門家の研究あるいは成果発表にも、かかる思想の自由市場論が妥当するのだろうか。

これを肯定する見解もある<sup>(110)</sup>。おおよそ次のようにいう。ある学問研究が危険であると考えられるとしても、それは本来自由である。表現の自由の場合と同じく、発表がもたらす弊害は、思想の自由市場における対抗言論によって除去されなければならない。発表禁止の合憲性は、明白かつ現在の危険テストで審査される。

---

(109) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

(110) 渡辺・前掲注(81)204頁。

肯定説に対しては異論も多い。ポストはいう。専門的知識を生産するプラクティスは、科学的手法によるのであり、思想の自由市場論は民主的な世論形成にかかわるものである<sup>(111)</sup>。専門知識をわれわれが信頼するのは、それが科学的手法により専門分野の基準を適用して生産されたからであり<sup>(112)</sup>、思想の自由市場において支持を集めたからではない。したがって、専門知識の領域においては、大学は研究者の研究内容を、専門的基準に基づいて評価したり規制したりすることも許される<sup>(113)</sup>。否定説はこのように論じるのである。

わが国における否定説も、次のように論じている<sup>(114)</sup>。結果的に思想の自由市場を支配した思想が真理であるわけではない。真理が何かは多数決では決まらない。学問上の真理は、合理的な手続と方法によって理論や仮説の正しさの証明によって決せられる。思想の市場理論は、真理概念が典型的にはあてはまらない政治的、思想的あるいは美術的主張について妥当する。

この説は、思想の自由市場を多数決と等価であると見ているようである。仮にその見方が正しいとすれば、物事の真理は多数決では決まらないのは言をまたない。しかし、多数決は物事の決定方法のひとつにすぎない。思想の自由市場論を多数決による決定方法とみるのは正しくない。政治的決定は多数決によってなされるが、思想の自由市場における政治的主張は、多数決によって勝ち残った言論だけが許されることを意味しない。思想や美術に関する主張も、多数決で規制の可否が決せられるわけではないだろう。思想の自由市場論は、色とりどりのアイデアを自由に表出させることの重要性を説く理論であり、アイデア相互の議論の着地点を指定する理論ではないのである。この点に留意して、思想の自由市場論が、学問の自由領域にも適用されるかを再検討するべきだろう。

知識コミュニティ理論は、専門職言論には、ホームズ流の思想の自由市場論は当てはまらないが、専門家相互の思想の市場は存在するという。ホームズ流の理論が当てはまらな

---

(111) POST, *supra* note 5, at xii.

(112) *Id.* at 7-8.

(113) *Id.* at 67. アメリカにおける学問の自由保障において重要な地位を占めている 1915 年の声明 (The 1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure) が思想の自由市場論を採用していないことは明らかであることを、ポストは指摘する。 *Id.* at 66.

(114) 長谷部・前掲注(80)237頁。同・前掲注(92)484頁。

いのは、専門家は、自らの研究成果を、市場によるテストによって判定されることを求めていること、表現内容の真実性は、知識コミュニティが判断すべきことにある<sup>(115)</sup>。他方で、専門的叡智は、専門家相互の対話のなかで生成されるルールによって、その真実性が判定される。その内部的プロセスは、ホームズ流の思想の自由市場に似た、専門知識の市場となる。ただし、専門知識は専門的基準によって検証され、専門家でない者はこの市場に算入できない点が、通常の思想の自由市場とは異なる、という<sup>(116)</sup>。

わが国の論者も次のことを指摘する。すなわち、“学問研究は、本来的に長期にわたる活動であって、短期的な真理の見方や効率性からその真価が評価されるべきでなく、その営為への評価は、学問世界における「思想の自由市場」によって決定されなければならない”<sup>(117)</sup>。

本章は、オーストリア学派の自由論について、先にふれた。オーストリア学派は、市場を計画調整のプロセスとみている。市場プロセスにおける競争が、企業家精神によって駆動され、未知なるものを発見し、人間の無知を緩和しながらわれわれを新たな地平へと誘う。この繰り返しのなかで、知識は前進していくと考えていた。人間の知識が最も不確かな領域、知識の最先端こそ、発見のプロセスとしての競争、市場プロセスの保障が有効だと考えられる。ゆえに、このように再定義された思想の自由市場論は、学問の自由領域においても妥当すると考えるのが適切である。

### 3 制約の正当化論

#### (1) ガイドライン

専門職言論は学問の自由を背景としている。学問の自由の制約論拠が、専門職言論の制約論拠ともなり得る。かような専門職言論≡学問の自由の規制類型としては、政府が専門家に知識コミュニティの叡智と矛盾するような情報を伝達するよう要求したり、専門家が知識コミュニティの叡智を伝達することを禁止することがあげられる<sup>(118)</sup>。知識コミュニテ

---

(115) Haupt, *supra* note 1, at 1273-1274.

(116) *Id.* at 1275.

(117) 阪本・前掲注 (3) 182 頁。

(118) Haupt, *supra* note 1, at 1297.



イ理論は、この種の規制は、専門家個人の利益のみならず、専門職を導管役として叡智を広める知識コミュニティの利益をも害する、と指摘する<sup>(119)</sup>。

民主的正統性・民主的能力の価値理論は、民主的能力の価値が正確な情報の創造と普及に憲法的価値を付与する限度で、学問の自由が修正1条の保護範囲に含まれると考えている。そして専門知識の正確性は、専門領域のプラクティスによって判定されるとし、政府はその判断を尊重すべきだと考えていた。

学問の自由への制約理論の歯切れの悪さは、このように、知識コミュニティあるいは専門領域の自律に対する尊重を第一としながら、規制の必要性・許容性を論じるところにありそうである。

ある論者は、次のように指摘する。“学問の自由は、学術活動を成り立たせるための内在的制約のほか、社会全体へのリスクを勘案した外在的制約もうける。いずれも高等研究機関とそのメンバーによる自律的な制約であることが原則である。遵守すべき手続や研究活動のリスク評価は、当該分野の研究者がよく理解するところであり、外部からの圧力に晒されやすいことから、研究者集団の真摯な討議結果を反映したガイドラインに頼るべきである”<sup>(120)</sup>。また別の論者は、やや詳細に分析してみせる。“学会や研究機関のガイドラインに基づく自主規制，所轄官庁のガイドラインに基づく行政指導，法律に根拠をおく法的拘束力のある規制の三つが混在しているが、学問共同体の自律性を尊重する立場からは、学問上の組織や手続などの枠組み形成を法律の役割としつつ、実質的な基準の形成を学会や研究機関の自律的判断に委ねることが妥当である”<sup>(121)</sup>。そして次のように続く「ただし、学問共同体の作法に従わない者も存在する以上、法律上の実体的規制も、最小限度において認めざるを得ない」<sup>(122)</sup>。

これらの見解において、学問への尊重と規制の必要性の、よくいえば葛藤、悪くいえば歯切れの悪さは拭えない。完全な自主規制を超えて、行政指導であっても国家による介入がおこなわれるとき、自由は縮減する。科学者による信念に基づく暴走を食い止められな

---

(119) *Id.*

(120) 長谷部・前掲注(92)492頁。

(121) 渡辺・前掲注(81)206頁。

(122) 同206頁。

いとも言われるが、信念に基づく暴走が食い止められないのは科学者のみならず、宗教家や冒険家も同じである。危険を過大に評価することはやめるべきである。

逆に、専門家の自律的判断を警戒する視点も指摘されることがある。専門家は、自らの所属する専門分野の理想を、人類が目指す唯一の理想であるという幻想を抱きがちである。「そうした専門家たちが、政策決定できる立場に近づく時、それは単なる幻想ではなくなる」<sup>(123)</sup>。この指摘は、専門家が合理的設計主義により市民社会を計画してしまう危険性ととも、専門家の自律的判断というオブラートに、政治的思惑が潜む危険性も指摘していると理解できる。

## (2) 加害原理，感情侵害原理，予防原則

学問の自由の制約に関する歯切れの悪さは、次の点にもあらわれている。“最先端の科学研究に関する内容規制には、それを正当化する十分な根拠が必要であるが、社会に及ぼす影響の甚大さによっては、予防原則が当てはまること、つまり確実な知見に基づく必要不可欠な規制のみが目的と厳格に適合する枠内のみで正当化されるわけではないこともあり得る”<sup>(124)</sup> [頭点は井上]。“学問研究がもたらす弊害の発生に高度の蓋然性が認められないという場合でも、取り返しのつかない弊害の発生に備え、予防原則に基づく事前規制が容認されるべきだと唱えられている。これに従えば、事前規制の合憲性の厳格審査は控えるべきことになる。仮に予防原則に基づく事前規制が許されるとしても、最新の科学技術の水準に照らして、絶えず規制の妥当性が見直される必要がある”<sup>(125)</sup>。

これらの見解は、学問の自由・専門領域の自律の尊重から出発し、自主規制、自主規制の不十分さ、自主規制違反者への制裁、重大な害悪発生のおそれと、規制の論拠を順次拡張していき、もはや当初の出発点を見失っているがごとくである。規制の妥当性を絶えず見直したとしても、最先端の科学において危険が過大に評価されることはなくなるまい。自律性の尊重を一步踏み外すと、そこは滑りやすい下り坂となっているのである。

この点を明確に意識する見解は、「学問の自由は、ある研究のもたらすであろう弊害を

---

(123) 仲正・前掲注(40)58頁。

(124) 長谷部・前掲注(92)484頁。

(125) 渡辺・前掲注(81)207頁。

予測して限界づけられてはならない」<sup>(126)</sup>と指摘する。学問の自由の限界は、「普遍的原理を組み入れた、憲法上正当な基礎をもっているルールによって画されなければならない。その普遍的原理は、『加害原理』または『感情侵害原理』である」<sup>(127)</sup>と歯切れが良い。この見解は、生命・健康、自然等への取り返しのつかない大規模で重大な影響とされるものは、“神をも恐れぬ人間の傲慢さ”といった宗教的な立場を根底にもっているのではないかと疑いの目を向ける。そして、学問の発展のためには、規制は研究者集団の自主的判断に委ねるのが賢明であると指摘している。

本章のテーマは、専門職言論を支える学問の自由を検討することであった。この点からすると、学問の自由全般にわたる制約論拠や限界を論じることは荷が勝っている。ここでは次の点を指摘するに留めよう。知識コミュニティの自律性を尊重するならば、行政指導であっても政府の介入は差し控えるべきであること、自主規制に徹し、予防原則を根拠として、専門家への言論統制をするべきではないこと、専門家の自律的判断を政治的判断とした場合にもリスクのあること。

## 六 小括

専門職言論は、顧客の状況に合わせて個別化され、権威を与えてくれる学問的知識体系と結合され、話し手と聞き手の間の知識の非対称性、話し手の助言に対する聞き手の依存、そして当該助言の正確性に対する信頼により他と区別されるような言論であり、社会的関係のなかで生起する<sup>(128)</sup>。ここに個人の主観的権利をこえる客観的利益の保障部分を読み取ることができるのではないか。これにより、個人の主観的権利には還元できない、学問的体系により統合された知識コミュニティを想定し、その専門職的自律に国家は敬讓しなければならないという客観法原則を導出できるのではないか。知識コミュニティへの敬讓を要求する客観法原則は、制度構築の裁量統制として機能させることができるのではないか。こうした関心に憲法上の基礎をあたえるために、本章は学問の自由の保障の意義を専門職言論保障と重ね合わせながら論じてきた。

---

(126) 阪本・前掲注(3) 184頁。

(127) 同 184頁。

(128) Haupt, *supra* note 63, at 529.

二では、民主的正統性・民主的能力の価値理論を提唱するポストの言説の概要をみた。ポストの言説は、学問の自由が明文保障されていないアメリカ合衆国憲法の文脈で理解されなければならない。学問の自由を修正1条の保護範囲に含めるため、表現の自由保障の延長線上に位置づけようとする努力であると限定的に評価する方が良い。わが国において、学問の自由は明文保障されており、表現の自由の延長線上で捉える必要はない。むしろ学問の自由も表現の自由も統一的自由の体系のなかで整合的に理解されるべきであろう。

その観点から、三ではハイエクに代表されるオーストリア学派の自由論を参照し、市場プロセス、競争、企業家精神等の基本的用語に依拠しながら、学問の自由に従来とは異なる角度から光を照射した。そして、学問の自由は、知識を進歩させるための市場プロセスの保障であるを論じた。

四では、知識コミュニティへの敬讓の規範的論拠について検討した。民主的正統性・民主的能力の価値理論は、知識の正確性と民主的能力の価値を結合させて、知識コミュニティへの敬讓を正当化しようとした。しかし、知識の最先端においては、専門家ですえ何が正確なのかを判定できない。正確性を判定できない知識は、民主的能力の価値をもたないことになりはしないか疑念が生じる。これに対して、オーストリア学派の自由論は、無知であるがゆえに自由の保障が必要であることを主張する。無知が最大となる知識の最先端でこそ、自由保障が最大化されなければならないだろうことを論じた。

学問の自由の限界は専門職言論の限界と重なるがゆえに、五では、学問の自由への規制についての議論を瞥見した。学問研究の自律性を口にしながら、先端研究の危険性を過剰に評価し、法規制の必要性を説く論者は、学問研究の自律性を軽視していることを示唆した。専門職言論の文脈においても、普遍的な憲法原理である加害原理（あるいは感情侵害原理も含めて）を原則とするべきことを指摘した。

【付記】本章の研究は JSPS 科研費 JP19K01299 の助成を受けてなされたものである。

## 第五章 リバタリアン・パターナリズム論——自由との両立は可能か

### 一 はじめに

知らず知らずのうちに、誰かの思惑に誘導され、自分自身の選択だと思っていたものが、実は誰かの思惑どおりだったとしたら、あなたの選択は自発的選択といえるだろうか。その誘導が、あなた自身のためを思ってなされたとしたら、誰かの思惑どおりの選択をしたあなたは安心するだろうか。その誘導に気づけば、件の誰かの思惑には乗らずに、別の選択ができるとすれば、依然として選択の自由は確保されている、といえるだろうか。

そんな疑問を抱かせる主張が、リバタリアン・パターナリズム論である。

人は、完全に理性的でもなければ合理的でもない。とはいえ、人の行動は全くのデータラメというわけでもない。人間心理は複雑ではあるが、共通した誤りを犯し、類似の不合理的な行動をすることが実証されてきている。たとえば、最初の設定を変更することが有利なときでさえ、変更しようとしなない（現状維持バイアス）という不合理的な行動が定型的に看取される。人々に類似の不合理性がみられるならば、政府は先回りして、人々が不合理的な判断をしたときに、より善い結果となるように配慮すべきではないだろうか。リバタリアン・パターナリズムは、そう主張している。

このリバタリアン・パターナリズム論の主張は、人々の認知的な誤りを見越して、本人の利益のために、本人を誘導するという意味で、パターナリスティックな側面をもっている。また、その誘導が自己利益にならないと判断すれば、独自の選択を認めると主張する点で、自由を尊重する側面をもっている。リバタリアン・パターナリズム論は、人間の合理性の限界を前提として、パターナリズムと自由との両立をはかろうとしている。リバタリアン・パターナリズム論のこの試みは、自由の限界をさぐるひとつの観点として、憲法学にとっても示唆的でありうる。

憲法学は、自由の尊重を基礎としながら、その限界をさまざまな法理で画そうとしてきた。そのひとつとして、あなた自身の利益を保護するために、あなたの自由を制限すると

いうパターナリズムが考えられてきた<sup>(1)</sup>。パターナリズムにもとづく自由の制限が正当といえるのかどうか、憲法学においても議論されてきた<sup>(2)</sup>。そこでの論調は、反パターナリズムであるか、パターナリズムを限定的にしか認めないというものが主流であるように思われる。その理由は、パターナリズムが自由と鋭く対立し、緊張関係にあるからである。

リバタリアン・パターナリズムは、強制的とはいえない誘導的なものも含めてパターナリズムと考え、なおかつそのパターナリスティックな誘導からの離脱（オプト・アウト）を認めることで、自由は確保されており、自由とパターナリズムの緊張関係は緩和されると考えている。

リバタリアン・パターナリズム論を憲法学が受け入れることができれば、反パターナリスティックな論調は改められるべきであり、政府によるパターナリスティックな介入を正当化する余地は、拡大する可能性がある。

はたして、リバタリアン・パターナリズム論の主張はなりたつのだろうか。強制的でなく誘導にとどまるとはいえ、人々の認知バイアスを利用して政府の思い通りに人々を誘導することは、自由侵害的ではないのだろうか。パターナリスティックな配慮は、本当に国家に託された役割なのだろうか。限定合理的な人々の真の選好は、国家的な配慮によってしか充たされないのだろうか。国家に人々を誘導する権力を肯認することは、憲法の主要な目的のひとつである自由保障を瓦解させる蟻穴となる恐れはないか。

かかる疑問を本章は次の順序で検討する。まずパターナリズム論とはいかなる議論だったのか、その焦点はどこにあてられてきたのかを振り返り、次に、リバタリアン・パター

---

(1) 個人の自由への介入根拠として、芹沢斉は、①危害防止原理、②不快防止原理、③公共善、公共の利益、公共の福祉、④公共の道徳、リーガルモラリズム、⑤パターナリズムをあげている。芹沢斉「公的規制とパターナリズム」公法研究第60号（1998年）134-136頁参照。また竹中勲は、社会権実現目的での経済的自由制限原理を指摘している。竹中勲「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）196頁参照。

(2) たとえば佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、1995年）405-406頁他参照。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）168頁他参照、松井茂記『憲法（第三版）』（有斐閣、2007年）355頁他参照。

ナリズムがパターナリズム論をどのように展開（転回）し、何を主張しているのかを検討する。最後に、リバタリアン・パターナリズムを批判的に検討する。その結果、自由を尊重する立場とパターナリズムは整合的でないことをみる。

## 二 パターナリズム論の焦点

### 1 パターナリズム論概略

#### (一) パターナリズム論の萌芽

奴隷や子どもには自己を統べる能力がそなわっていない。その欠損のゆえに、主人によるパターナリスティックな配慮が正当化される。歴史をさかのぼれば、かように素朴な考えが支配的だったことがわかる。

パターナリスティックな思想は、自然状態から絶対王政が成立することを理論的に正当化したT・ホブズ(Thomas Hobbes)の理論にもみることができる。そこでは、子どもや狂人には社会契約を理解する能力がなく、子どもは父親を主権者として受け入れなければならない存在である<sup>(3)</sup>、とされた。また、J・ロック(John Locke)も、両親は子どもを保護し、教育する義務があること、子どもには両親を尊敬する義務があることを説いている<sup>(4)</sup>。

啓蒙思想を経て、自由についての議論が深まりをみせるにつれて、パターナリズム論はしだいに自覚的に論じられはじめた。J・S・ミル(John Stuart Mill)は、人の意思に反して他者が干渉できる正当な理由は、他人の危害を防止することにのみ存することを論じた。ミル自身は、パターナリズムを肯定的に論じているわけではなく、またパターナリズムは彼の侵害原理を補完するものにすぎない<sup>(5)</sup>。ミルの主張は次のようである（彼の思想は、後にリバタリアニズム的観点からパターナリズムを検討するさいの導きとして有用である

---

(3) T・ホブズ（長井道雄＝宗片邦義訳）「リヴァイアサン」『世界の名著(23)』（中央公論社、1971年）282-283頁参照。佐藤幸治「子どもの『人権』——人格的自律権の観点から——」『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）191頁以下参照。

(4) J・ロック（鶴飼信成訳）『市民政府論』（岩波文庫、1968年）69頁参照。

(5) 花岡明正「パターナリズムとは何か」澤登俊雄編『現代社会とパターナリズム』（ゆみる出版、1997年）17-19頁参照。芹沢・前掲注(1)137-138頁参照。

ので、少々長くなるが、引用しておこう)。(社会的強制と個人の間係を支配する原理とは)「人類がその成員のいずれか一人の行動の自由に、個人的にせよ集团的にせよ、干渉することが、むしろ正当な根拠をもつとされる唯一の目的は、自己防衛(self-protection)であるというにある。また、文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にあるというにある。人類の構成員の一人の単に自己自身だけの物質的または精神的な幸福は、充分にして正当な根拠ではない。ある行為をなすこと、または差し控えることが、彼のためになるとか、あるいはそれが彼を幸福にするであろうとか、あるいはまた、それが他の人の自から見て賢明であり或いは正しいことであるときえもあるとか、という理由で、このような行為をしたり、差し控えたりするように、強制することは、決して正当ではありえない。これらの理由は、彼に諫言し、彼に理を分けて話し、彼を説得し、または彼に懇願することのためには、充分な理由であるが、彼に強制し、または彼がそうしなかった場合になんらかの害悪をもってかれに報いるためには充分な理由とはならないのである」<sup>(6)</sup>(頭点は井上)。

もっともミルは、いかなる場合でも本人自身のための介入を許さないと論じているわけではなく、「いまだ他の人々の世話を受ける必要のある状態にある人々は、外からの危害に対して保護されなければならないと同様に、彼ら自身の行動に対しても保護されなければならない」<sup>(7)</sup>(頭点は井上)としている。

さらには、成人であっても、「危険であるとわかっている橋を渡ろうとする人を認め、しかもその人に危険を知らせる余裕がない場合、その人を捕らえて引戻したとしても、けっしてその人の自由に対する真の侵害とはならない」<sup>(8)</sup>(頭点は井上)としている。

このように、ミルは、主として未成年者を念頭においてのみ、自己加害防止を理由とする自由への干渉を認めた。

ところが後の歴史は、自己加害防止の論理を成人にも適用する方向へと拡張しはじめた。典型的には、デブリン=ハート論争でのH・L・A・ハート(H. L. A. Hart)の主張がそう

---

(6) J・S・ミル(塩尻公明=木村健康訳)『自由論』(岩波文庫、1971年)24頁。

(7) 同25頁。

(8) 同193-194頁。



である。ハートは、ミルの侵害原理を前提としながらも、大法官デブリン卿(Lord Patrick Devlin)のリーガルモラリズムに反対して、同意傷害は、人を本人自身から保護するというパターナリズムによって処罰可能である<sup>(9)</sup>、と論じたのである。

## (二) 法的パターナリズム

ハートの主張がそうであったように、当初は、侵害原理（または自由の限界）とパターナリズムの共存に楽観的だった。しだいにパターナリズムと自由の限界との緊張関係が予想以上の難題であることに気づかれはじめた。パターナリズムの定式化や正当性の論拠について、成人、未成年者、狂人へのパターナリスティックな配慮を中心として、議論は積み重ねられるようになった。

本章では、未成年者に対するパターナリスティックな配慮の問題を論じない。十分な判断能力をもっていると思われる成人に対するパターナリスティックな配慮の正当性に焦点をあてる。ここで、現在の議論状況を簡単にまとめておくことにする。

### (1) 類型

法的パターナリズムとは、法的規制や介入の正当性根拠として、規制される者自身の広

---

(9) 福田雅章「刑事法における強制の根拠としてのパターナリズム」一橋論叢第103巻第1号2-3頁参照。

い意味での利益の保護や増進を意図するものを指す理論ないし原理をいう<sup>(10)</sup>。このように、本人自身の保護のためにその自由に干渉するという形態を、パターナリズムに共通の特質とみて、パターナリズムの枠組みを緩やかにとらえるのが、一般的である<sup>(11)</sup>。

法的パターナリズムのタイプは多数指摘されている。そのうち重要な区別を三つピックアップしておこう。

①「強いパターナリズム／弱いパターナリズム」は、被介入者の任意性を軸とする区別である。前者は、被干渉者の任意の行為に対する干渉であるのに対して、後者は、被干渉者の任意でない行為に対する干渉である。

②「強制的（ハード）パターナリズム／非強制的（ソフト）パターナリズム」は、干渉の強度に関する区別であり、本章では、おおむね次のように区別しておく。前者は、個人が特定の選択をすることを禁止したり制限したりすること、後者は、個人に選択の余地を

---

(10) 瀬戸山晃一「法的パターナリズムと人間の合理性（一）——行動心理学的『法と経済学』の反—反パターナリズム論——」阪大法学第 51 巻第 3 号（2001 年）34 頁参照。G・ドゥウォーキン(Gerald Dworkin)は、その強制を受ける人の福祉、幸福、必要、利益または価値ともつばら関係する理由によって正当化されるようなある人の行為の自由への干渉であると、パターナリズムを定式化した（中村直美「ジェラルド・ドゥウォーキンのパターナリズム論」『パターナリズムの研究』（成文堂、2007 年）52 頁参照）。しかしこの定式化には、たとえばたばこ販売規制のような、保護される者と規制される者とが異なるタイプのパターナリズムが排除されていること、正当化されるもののみをパターナリズムとしていること等の難点が指摘されている（同 49-75 頁参照）。中村直美は、正当化の問題と定式化の問題を区別し、論点をより明瞭に示すために、次のようにパターナリズムの概念を定式化している。「ある人（S）が、他者（A）に対して侵害を惹起する場合でなくとも、S 自身の利益のためになるという理由から、個人もしくは団体——例えば国家——が、S に対して何らかの介入行為を行うことが正当化できるか。できるとすればいかなる条件の下でか」（中村直美「パターナリズムの概念」『パターナリズムの研究』（成文堂、2007 年）13 頁）。

(11) 田中成明『法理学講義』（有斐閣、1997 年）144 頁参照。芹沢・前掲注(1)141 頁参照。

残すが、補助金等を通じて、自発的行為の障壁を設け、個人の選択を促進したり抑制したりして、行動を操作することをいう<sup>(12)</sup>。なにをもって強制と呼ぶかは論争的であり、それゆえ強制的でないパターナリズムをパターナリズムの議論の俎上から排斥することは難しい。現代社会においては、法的強制の形態は多様化しており、強制的／非強制的と二分するよりも、ハードなものからソフトなものまで、強制を連続的にとらえる方が適切であろう<sup>(13)</sup>。

③直接的（純粹）パターナリズム／間接的（純粹でない）パターナリズムは、干渉される対象に関する区別である。前者は、被干渉者の利益保護のため被干渉者に介入するのに対し、後者は、被干渉者の利益保護のために、第三者に干渉することをさす。間接的パターナリズムについては、侵害原理で説明可能であるから、パターナリズムではないとの異論もある<sup>(14)</sup>。

## (2) 正当化論拠

パターナリズムの正当化原理として、(ア)功利主義原理、(イ)自由最大化原理、(ウ)任意性基準、(エ)意思原理が指摘されており、そのうち、任意性基準を意思原理の一要件に関するものと位置づけることができるとされる。そして、(エ)の意思原理が現在もっとも一般的な見解であるとされる<sup>(15)</sup>。

意思原理には、(a)事前の現実の同意、(b)介入時にもしその機会があれば予期ないし期待されたであろう同意、(c)将来において事後的に与えられるであろう同意、(d)真意、(e)合理的な人間ならばするであろう仮定的な同意等、見解が分かれていることが指摘される

---

(12) See Will Wilkinson, *Paternalism*, in RONALD HAMOWY (ED.), *THE ENCYCLOPEDIA OF LIBERTARIANISM* 370 (2008).

(13) 田中・前掲注(11)149頁参照。

(14) しかし、間接的パターナリズムは、侵害原理とは違い、保護されるものが危険を回避しようと思えばできること、保護される者と被介入者の意思に反して、両者の関係に干渉することであることから、パターナリズムの特質をもっているとみられるべきと考えられる（田中・前掲注(11)145頁参照）。これに対する反論は、竹中・前掲注(1)197-199頁参照。

(15) 田中・前掲注(11)146-147頁参照。

(16)。

(イ)の自由最大化原理は、自由は計量不可能なものではないか、自由を比較することはできないのではないか、自由の概念を拡大しすぎているのではないか、との批判がなされる<sup>(17)</sup>。

しかし、この点は後にみるように、自由の概念とその輪郭をはっきりさせたいうえで、各人の善の構想を、各人のもてる手段と運を駆使して、いわば企業家的に実現していくプロセスを重視することに、解決の途がある。

## 2 パターナリズムと合理性

パターナリズムの正当化論拠は、自己利益とは何か、被介入者は介入に同意するか等を中心として論じられてきた。おおざっぱに言えば、実際の選択は選択者が合理的に判断した結果といえるかに関する議論であった。すなわち、完全な任意であれば合理的といえるか、将来において後悔することがない選択であれば合理的かといった論点に主として焦点が当てられてきたのである。そこでは、非合理的な人物の判断に置き換えるべき合理的な人物の判断が、陰に陽に前提とされていたように思われる。たとえば、任意性基準であれば、その行為者が真に任意だったか否かを、当の本人の実際の意思から離れた合理的な第三者であれば、どのような行為に出ただろうかと推測して回答しようとするかもしれない。また事後的に予想される意思説も、行為者本人を離れて合理的に予想される意思を推測することになるだろう。あるいは、本人の立場にたつて、本人の人格的統合がはたされるか否かを考察したうえで、本人の意思を推測するにしても、本人の人格的で深遠な、あるいは霊的でもありうる某かを、合理的な第三者がただしく判断できることが前提とされているはずである。

ここで前提とされている合理的な判断とは何なのか、あるいは人は合理的に選択できるのか、合理的に判断された自己利益とは何かをめぐる議論が激しさを増すのも当然である

---

(16) 同 148 頁参照。

(17) 同 147 頁参照。

う。パターナリズム論の焦点も、合理性そのものへの疑義<sup>(18)</sup>へとシフトしていくことになる。

#### (一) 自己利益

個人は合理的であると想定する場合、非合理的な誤った判断をすることは、理論的にはありえない。諸個人は、関連情報に十分アクセスできているかぎり、自らの福利を増大するのに最良の判断者であると考えられなければならないはずだからである。

個人の自発的取引は、個人の利益を改善する（パレート改善）と、理論上は考えられる。しかし、現実には、周囲の観察者からみて、個人の利益を改善しない取引がなされようとしているとき、政府介入の必要性を論じうる。理論と現実のこのギャップから、パターナリズム論が芽吹くのである<sup>(19)</sup>。

保護されるべき自己利益とは何かを考えると、自己利益を実際に個人が選択した利益であると考えすることは、最も素朴である。しかしこの考えでは、改善できなかった自己利益という表現は矛盾となる。選択してない利益は自己利益といえなくなるからである。したがって、選択しなかった選択肢から得られると予想される利益を保護することは、自己利益の保護ではないため、パターナリズムの余地はなくなってしまう。

ここでのポイントは、実際の選択と自己利益と考えられる利益に齟齬があるとき、パターナリズムによって、実際の選択をさせないことが正当化されるか、である。本人の主観的利益とは違う意味での自己利益を仮に客観的自己利益と呼ぶとすれば、パターナリズムの議論は、本人が決定の時点で有する主観的自己利益または選好が、客観的自己利益と食い違うことがあるという認識のうえでなされているのである<sup>(20)</sup>。

---

(18) 人間の経済活動は目的の合理的最大化につきるものではなく、多少とも衝動的で気まぐれであることが、はやくもF・ナイト(Frank H. Knight)によって指摘されていたことは、よく知られている。

(19) 若松良樹「合理性、自由、パターナリズム——合理的選択理論をめぐって——」成城法学第74号194-193頁参照。

(20) 瀬戸山晃一「法的パターナリズムと選好——パターナリスティックな法介入の効率性——」阪大法学第54巻第4号(2004年)58頁参照。

客観的自己利益と主観的自己利益が乖離しているのか否かの議論は、個人のある時点での主観的自己利益または選好の合理性をどのように把握すべきかの考察を必要とする。

## (二) 選択と合理性

### (1) 顕示選好理論

個人の選好をどのように把握すべきか。そもそも、個人の選好は主観的であり、それ自体を客観化または定量化することができない<sup>(21)</sup>。選好という概念は、理論的には扱えない個人の内面を、理論的に扱えるようにした概念装置にすぎない<sup>(22)</sup>。

選好を把握する理論として、顕示選好理論がある。顕示選好理論は、選択行為として外部に表明された結果から観察された選択肢間の整合性を理論化したものである。これは、実際の選択行為から推測される主観的利益を表しているに過ぎず、その選択が合理的判断の帰結か否かのガイドにはならない。したがって、個人は自己利益を合理的に判断したのか否か、すなわち選好の合理性という問いに解答するものではない<sup>(23)</sup>。

### (2) 選択肢と合理性

個人の選択行為、すなわちその時点で形成されている選好が合理的か否かは、選択結果のみではなく、いかなる選択肢からその選択がなされ、いかなるプロセスで動機が形成されたのかを知る必要があると主張されている<sup>(24)</sup>。

---

(21) 経済学では、選好の個人間比較は不可能であると説明される。

(22) 若松・前掲注(19)213-212頁参照。

(23) 同 206-205頁参照。

(24) 若松良樹「選択の自由とは何か」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』（有斐閣、2004年）314頁参照。

ある論者は、次の例を引用しながら、合理的選択のメニュー依存性を論じている<sup>(25)</sup>。

マンゴー好きの人物Aが、マンゴーとリンゴが入っているフルーツ・バスケットからフルーツを一つ選ぶとする。Aの後に選択する人物BおよびCがおり、バスケットの中身がマンゴー1個とリンゴ2個であった場合、Aはリンゴを選ぶかもしれない。しかしバスケットの中身がマンゴー2個とリンゴ1個だった場合、Aは心置きなくマンゴーを選ぶだろう。このようなAの選択行動の変化は、非合理的とはいえないのではないだろうか。

この例は、ともすると想定しがちな選好の安定性に、疑義を抱かせる。選好が安定しているならば、マンゴー、リンゴ、キウイにパイナップル、どんなメニューになろうとも、マンゴー好きはマンゴーを選択するはずである。しかし、実際にはそうではない。選好を安定したものと考えて、リンゴを選んだAの選択結果に着目し、Aの選択は間違っており、Aの利益のためにマンゴーを選択させることは、メニュー依存性の観点からは合理的な介入とはいえない。

パターナリズム論が、個人の選択結果のみに着目し、その結果が合理的判断の結果ではないと断じて、介入を正当化しようとするのであれば、メニュー依存性の観点から疑義を生じる。合理性を選択結果のみから判断すべきでないとするれば、選択者の合理性を否定したうえでパターナリスティックな介入が許されるか否かは、選択プロセスや選択肢の状況等の考察も不可欠になってくる。

### (3) 時間の経過、合理性とパターナリズムの構図

従来イメージされてきた合理的な個人であれば、たとえば、今タバコを1本吸うことで得られる満足と、数十年後に肺がんになるという害悪の大きさと、実際に肺がんになる確率等を勘案し、タバコを吸うか吸わないかを選択すると考えられるだろう。ここには時間

---

(25) 同 315 頁。例は Amartya Sen, Maximization and the Act of Choice, 65 *Econometrica* 752 (1997) のもの。また、若松・前掲注(19)207-206 頁も参照。森村進「キャス・サンスティーンとリチャード・セイラーの『リバタリアン・パターナリズム』」一橋法学第7巻第3号 1095 頁は、選好や欲求は、特定の人物が特定の具体的な状況の下でもつものであり、状況や時間と共に変化することは当然であるから、選好が安定していないことは不合理性の表れではないとしている。

の要素が組み込まれていないという欠点を修正するなら、時間割引率を導入することになるだろう。すなわち、将来 100 万円を受け取る権利は、現在 100 万円以下でしか売れないのと同様、将来の害悪が大きなものであっても、現在価値に置き換えれば、小さく評価されるということである。

時間割引率をどうやって計算するのかは難題であるが、時間の要素は、従来からの合理性モデルに無理なく取り入れられるようにも思われる。

しかしながら、この考えは、時間のもつ動的性質<sup>(26)</sup>を適切に扱っていない。時間の経過は予想もしない変化を生み出す。この意味での不確実性は、リスクの確率分布で表現することはできない。これを合理的に計算しようとするのは無理であり、その意味で、時間の要素には従来モデルの合理性では太刀打ちできない部分がある。

時間の経過がはらむ問題として、注目すべきもうひとつの論点は、現在の自己と将来の自己は同じ人格なのか、についてである。

セイレーンの歌声に惑わされないように、自らをマストに縛り付けるよう命じたユリシーズの行為は、セルフ・パターナリズムとよばれることもある<sup>(27)</sup>。これをパターナリズムと考えることの含意は、自らをマストに縛り付けるよう命じる自己と、歌声に惑わされずに無事に航海できた自己とが同一人格であると考えることにある。すなわち、自己利益のために自己の自由を制限するというパターナリズムの構図は維持できていると考えるということである。

これに対して、現在の自己と将来の自己は同一人格ではないと考えれば、パターナリズムの構図は維持できないかもしれない。現在の自己なる人格が、現在の自由を制限されたために、将来の自己なる別人格が某かを獲得する（または失ってしまう）という構造は、他者加害の構図と理解できるからである。

セルフ・パターナリズムをプレコミットメントとして説明することも可能である。プレコミットメントは、時間非整合性という心理的問題の存在を含意している。すなわち、直近では衝動的でも、遠い将来になると忍耐強くなるという、人間の傾向である。この時間

---

(26) ジェラルド・P・オドリスコル Jr.=マリオ・J・リッツォ『時間と無知の経済学  
ネオ・オーストリア学派宣言』（勁草書房、1999年）63-83頁参照

(27) 小林好宏『パターナリズムと経済学』（現代図書、2005年）149頁参照。



非整合性のゆえに、忍耐を必要とする選択を将来選ぶことを現在決めた場合、その将来が近づくにつれて忍耐強さが失われ、当初の決定から逸脱したがる傾向を看取することができる<sup>(28)</sup>。

このように、時間の経過は合理性を根拠とした介入に疑問を抱かせるし、人格の可変性の議論は、将来の自己利益を重視するパターナリズム論に重大な影響を与えうる。

ここまで簡単にみてきたように、パターナリズム論は、当初の侵害原理を補完する素朴な自己加害原理から相当の深まりをみせてきており、多角的な視点からの分析が必要とされている。本章で、次に検討していくリバタリアン・パターナリズムは、そのための一つの視座を提供するものである。

上述のように、パターナリズム論は、合理性への疑義からただならぬ影響を受ける。とりわけ、何が合理的選択なのかは、選択の文脈を総合的に分析し、選好形成に着目しなければならぬというのが、近時の主張である。人間の合理性に関して、リバタリアン・パターナリズム論は、選択の合理性、選好形成における人間の合理性には限界があることを認めるところを出発点としている。

従来のパターナリズム論は、合理的でない選択行為を制限し、他者の合理的な選択に置き換えることを主張してきた。これに対して、限定合理性を前提とすれば、選択者はもちろん、介入する他者（政府を含む）の合理的選択は、常に合理的選択であるというわけではないことが帰結されるだろう。また、人間の合理性の限界を認めることは、選択肢の並べ方や選択肢の文言によって、選択が左右されてしまうことも受け入れることにつながる。

かかる人間の合理性の限界を実証研究している認知心理学と、それを経済学分野に応用した行動経済学は、有意義な成果をあげている。リバタリアン・パターナリズム論は、その行動経済学に依拠しながら、法的介入のあり方を論じるものである。はたして、その試みは説得的なのか。次にその主張をみてみよう。

### 三 リバタリアン・パターナリズム論の概要

---

(28) 依田高典＝後藤励＝西村周三『行動健康経済学 人はなぜ判断を誤るのか』（日本評論社、2009年）10-11頁参照。

## 1 リバタリアニズムとパターナリズムの両立

人の選好は安定しておらず、合理性は限定的であることを前提とする行動経済学は、単に人は不合理でとらえどころがない存在であるといっているわけではない。行動経済学は、たとえば、選択肢の与えられ方によって受ける選択への影響（合理性からの逸脱、アノマリー）には体系性がある<sup>(29)</sup>、ということを主張しているのである。

行動経済学の分析によれば、通常の判断能力を有する一般人に、多くの正確な情報が与えられたとしても、人間一般が有する認知バイアスのために、合理的選択からの逸脱が避けられない<sup>(30)</sup>。もし選択肢の与えられ方によって合理的選択からの定型的逸脱が個人にみられるとすれば、政府の取るべき行為は、個人の厚生を促進するように配慮された選択肢の与え方を設定することではないだろうか<sup>(31)</sup>、と主張しうる。この主張には、選択者を良化させる選択を当事者にさせるよう、当事者の選択に影響を与える政策を採用すべし、という命題が含まれており、パターナリスティックである<sup>(32)</sup>。

リバタリアニズムは、他者の自由を侵害しない限り、換言すれば第三者への負の外部性を与えない限り、選択の自由を最大限認めるべきだという立場である。これに対してパターナリズムは、他者の自由を侵害していないにもかかわらず、選択の自由を制限する理論である<sup>(33)</sup>。この二つの思想は、水と油のように相容れない思想のようにみえるが、それを融合しようというのが、C・サンステイン(Cass R. Sunstein)とR・セイラー(Richard Thaler)のいうリバタリアン・パターナリズムである。彼らは、個人が強制されるのではないならば、最も熱烈なリバタリアンであっても、ある種のパターナリズムを受け入れるこ

---

(29) 同 152 頁参照。

(30) 瀬戸山晃一「法的パターナリズムと人間の合理性（二・完）——行動心理学的『法と経済学』の反一反パターナリズム論——」阪大法学第 51 巻第 4 号 65 頁参照。

(31) See Cass R. Sunstein, Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U.CHI. L. REV. 1159, 1159 (2003).

(32) See *id.* at 1162.

(33) 依田他・前掲注(28)152 頁参照。

とは可能なのではないか<sup>(34)</sup>、と主張する。

リバタリアン・パターナリズム論のリバタリアンの側面は、政府のパターナリスティックな配慮を無視して、自分の好む選択肢を選択できる自由、つまりオプト・アウトする権利を与えられなければならないとしていることにある。パターナリズム的側面は、人々の厚生を促進することに配慮すべきとしている点にある。

リバタリアン・パターナリズムは、オプト・アウトの権利を認めるので、選択肢の初期状態（デフォルト・ルール）は、上書き可能なルールにすぎない。ただそのデフォルト・ルールは、人が非合理的に選択したとしても、ダメージをできるだけ小さくするように設計されるべきだという。デフォルト・ルールは、工業製品のフェイル・セーフの役割に類似している<sup>(35)</sup>。そして、人が合理的に判断して、ダメージを甘受してでもデフォルト以外を選択したい場合は、政府の意図からオプト・アウトして、自分自身の選択をすることが認められるべきだと論じている。

## 2 リバタリアン・パターナリズムの基本的主張

### (一) 一つの間違いと二つの誤解

サンステインとセイラーは、①人は自らの最善の利益となる選択をするという仮定は間違いであり、②パターナリズムに対する実行可能な代替案があるというのは誤解であり、③パターナリズムが常に強制を含んでいるというのも誤解である<sup>(36)</sup>、という。

①について、人々がうまい選択をするかどうかは、経験的な問題だという。経験を積んでよい情報を手に入れれば、善い選択ができるだろう。しかし、そのような完璧な選択をしない限り、政策によって人々の決定を改善し、人々を良化させる可能性はある<sup>(37)</sup>、という。サンステインとセイラーは、次のような例をあげている。チェスの初心者がベテラ

---

(34) See Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 AM. ECONCON. REV. 175, 175 (2003).

(35) See Gregory Mitchell, *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, 99 NW. U. L. REV. 1245, 1264 (2005).

(36) See Thaler= Sunstein, *supra* note 34, at 175.

(37) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1163.

ンと対戦するとき、初心者に簡単なヒントを出すことで、選択は飛躍的に向上する。同様に、われわれは消費生活の多くの局面で、実際に素人である。50種類の投薬プランを提示されるよりも、わずかな手助けから便益を受けるだろう。選択アーキテクチャーをわずかに変えるだけで、人々の生活はよりよいものになる<sup>(38)</sup>、という。

②については、次のように考えられている。消費者の選好は安定しておらず、消費してみても選好が変わることもある。生産者はそれを織り込んで、消費者の厚生を最大にしようとする。この意味では、生産者はパターナリスティックなのである。政府には市場圧力がないため、役人が自己利益のために行動する可能性は否定できない。しかし、人々はデフォルト・ルールを変更しないという慣性をもっている（この点は後にみる）。デフォルト・ルールを変更しないという選択を人々がしやすいならば、政府が定める初期設定・出発点は、人々の選好と選択に影響を与えずにはおかない<sup>(39)</sup>。あえて人々を害するような初期設定よりも、人々の利益を促進すると思われるよう配慮したデザインの方が望ましいのではないだろうか。

③については、たとえば、カフェテリア方式の小学校の食堂で、児童の健全育成のため、アイスクリームを最後において、野菜を最初におくような配慮も、パターナリスティックであると考えてよい<sup>(40)</sup>、という。強制を含まないものもパターナリズムと考えれば、リバタリアンでも受け入れ可能なはずだ<sup>(41)</sup>、という。

## (二) 反-反パターナリズム

---

(38) See RICHARD H. THALER, CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS, REVISED AND EXPANDED EDITION 9-10* (2009). [邦訳] リチャード・セイラー＝キャス・サンスティーン（遠藤真美訳）『実践行動経済学 健康、富、幸福への聡明な選択』（日経BP社、2009年）23-24頁参照。

(39) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1164-1165.

(40) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 11. [邦訳] 25-26頁参照。

(41) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1165-1166.

サンステインは、ハードなパターナリズムを認めていない<sup>(42)</sup>。その理由は、少なくとも三つある。第一に、ある人は限定合理的であるが、他の人は合理的であるという、個人の異質性があるからである。前者を助けるために後者にペナルティが課されるとすれば不幸なことである。また関連して、限定合理的な人を政府が支援すると、時間をかけて学習する望ましいインセンティブが取り除かれてしまうという理由もあげている。

第二に、政府の役人も限定合理的だからである。利益集団の圧力が、政府の役人の判断をゆがめることがありうるため、ハードなパターナリズムは、間違った決定をする可能性がある。

第三に、個人的選択には潜在的矯正力があるからである。政府が望ましいと考えているアレンジメントからオプト・アウトすることを、政府が認めるならば、それは即座にセーフガードとなる。これがソフトなパターナリズムの利点である。逆にハードなパターナリズムは、多数のために役立つ解決法であるとしても、それが固定化されることで、時の経過により、大多数のために機能しなくなる。

このように、サンステインは、ハードなパターナリズムには反対する。その意味では反パターナリズムである。

しかし、パターナリズムを一切排除する反パターナリズムに与するわけではなく、上述のように、むしろある種のソフトなパターナリズムは不可避であると考えている。ただし介入者も限定合理的であるため、過度の介入は許されない。この意味では、反-反パターナリズムである。すなわち、パターナリズムを完全に排除するわけではいが、パターナリズムに完全に与するわけでもない、という立場である。パターナリズム論者は人々の選択を喜んで排除するのに対して、リバタリアン・パターナリズムは、人々の選択を保護し続ける。この点が、リバタリアン的だということである<sup>(43)</sup>。

リバタリアン・パターナリズムは、オプト・アウトを認めるソフトなパターナリズムを支持するのであるが、ハード-ソフトは完全なダイコトミーではなく、連続体である。デ

---

(42) See Cass R. Sunstein, *Boundedly Rational Borrowing*, 73 U. CHI. L. REV. 249, 254-255 (2006).

(43) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1185. 若松・前掲注(19)178頁参照, 瀬戸山・前掲注(10)42-43頁参照。

フォルト・ルールから変更するのに、とてつもなく費用がかかるのであれば、いくらオプト・アウトできるといっても、ほとんど禁止されているのと同じである。したがって、リバタリアン的であるためには、オプト・アウトするための費用がゼロに近くなければならない。

### (三) 目指す方向

サンステインとセイラーは、彼らの主張の方向性を、次のように特徴付けている。

当事者の選択に、その当事者を良化させる影響を与えようとするとき、その政策は、パターンナリスティックだと評価される。「良化」を客観的に測定しようとするとなければならないが、それは顕示選好とは違う。人々が完全な情報を持ち、完全な認識能力を持ち、健全な意思力をもっていればしたであろう選択を考えることになる。

政府によるデフォルト・ルールその他の決定は、人々の選択に必ず影響を与えるのだから、パターンリズムにかわる選択肢は魅力的でない。われわれはむしろ、ある規定がパターンナリスティックか否かを問うのではなく、パターンナリスティックな選択肢の中のどれを選択すべきなのか、というより建設的な問題に向かうべきだ<sup>(44)</sup>、という。

そして彼らの主張は、大きな政府を求めるのではなく、単により良い統治を求めているにすぎない<sup>(45)</sup>、という。

### 3 ヒューリスティクスとバイアス

ヒューリスティクスとは、簡便な問題解決法といった意味である<sup>(46)</sup>。よく考える熟慮のシステムを使わずに、直感的に答えを出すときに依存するような解決法のことである。次のようなヒューリスティクスがよく知られており、サンステインとセイラーは、それにより生じたバイアスを利用して、政策に反映すべきことを主張する。

---

(44) See Thaler= Sunstein, *supra* note 34, at 175.

(45) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 14. [邦訳] 30 頁参照。

(46) 依田他・前掲注(28)2 頁参照。

(a) アンカー効果<sup>(47)</sup>

アンカー効果とは、自分の知っていることを出発点として推論していくことをいう。推論過程が正確でないため、誤った結論に到達しがちになる。たとえば、人口規模が $A > B > C$ の順であることがわかっているとき、A市とC市の住民に、B市の人口を尋ねたとしよう。住民はそれぞれ自分の住んでいる都市の人口を出発点（アンカー）にして推論し始める。A市住民は、高いアンカーを設定して推論するので、B市の人口を多めに見積もりやすい。C市の住民は、低いアンカーを設定して推論するので、B市の人口を少なめに見積もりやすい。こういった偏り（バイアス）が、統計的に観察されるのだという。

(b) 利用可能性（想起しやすさ）効果<sup>(48)</sup>

人々の判断は、物事の想起しやすさに影響される。地震の被害に遭った人は、地震保険を購入する可能性が高くなる。その後、関心が薄れるにつれて、加入率が低下する。はつきりと思えば安いリスクは高めに見積もり、そうでないリスクは低めに見積もる。しかしその見積もりは、真の発生確率には沿っていない。政府は、人々に不安を引き起こす情報を与え、真の発生確率に沿った選択をするよう誘導することが必要だ、という。

(c) 代表性効果<sup>(49)</sup>

論理や確率に従わないで、サンプルAとサンプルBがどれだけ似ているかを基準として選択をしてしまうことを、代表性効果という。身長200センチの男性がプロバスケットボール選手になる可能性は、身長170センチの男性よりも高いと考えがちである。それは、実際にプロバスケットボール選手には長身の選手が多いからである。この例における推論結果は、おそらく正しいだろう。逆に、代表性効果をつかって誤った判断をすることもあつる。コインを3回投げて3回とも表が出たとき、われわれが思い描くランダムな事態に類似していないため、コインに細工がしてあるかもしれないと判断しがちである。しかし、実際にはコインを何度か投げれば3回連続して表が出ることは、そんなに珍しいことでは

---

(47) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 23-24. [邦訳] 44-47 頁参照。

(48) See *id.* at 25-26. [邦訳] 47-49 頁参照。

(49) See *id.* at 29-31. [邦訳] 49-51 頁参照。

ない。

(d) 現状維持バイアス<sup>(50)</sup>

人は損失を嫌悪する性質をもっている。このことは、物事を変更しない方向へと誘導する。

損失嫌悪は、現状維持的傾向をもたせるが、デフォルト・オプションも現状維持へと強力に誘導する。デフォルト・オプションが正しかろうと間違っていようと、消費者は、そのデフォルト・オプションがデフォルト設定者からの暗黙の是認となっていると感じるからである。

(e) フレーム効果<sup>(51)</sup>

選択肢の与えられ方、言い表し方によって、選択は大きく左右される。たとえば、「50%の確率で賞金がもらえる」と言うのか、「50%の確率で賞金がもらえない」と言うのかで、消費者の選択は変わってくる。他に、手術を受けるか否かの選択をしようとするとき、主治医から、「この手術を受けた100人のうち90人が5年後に生存しています」と言われるのと、「この手術を受けた100人のうち10人が5年後に死亡しています」と言われるのとでは、選択に与える影響が違う。

以上のように、人間は簡便な思考法（ヒューリスティクス）に頼り、選択に偏り（バイアス）を生じさせている。政府の政策は、逆にこれらのバイアスを利用して、人々が正しく選択できるように、人々を誘導していくべきであり、それが期待される。これがサンスティオンとセイラーの誘導（ナッジ）戦略である。

#### 4 リバタリアン・パターナリズムの手段

(一) 費用便益分析と経験則

人間が限定合理性その他の限界のゆえに、ヒューリスティクスを使用してバイアスを生

---

(50) *See id.* at 34-35. [邦訳] 59-63 頁参照。

(51) *See id.* at 36-37. [邦訳] 63-65 頁参照。



み、そこに合理的行為からの定型的な逸脱がみられるのだとすれば、政府が採用すべき介入手段は、どうあるべきか。サンステインとセイラーの主張は、およそ次のようである<sup>(52)</sup>。

まず、実行可能であれば、費用便益分析をおこなう。なんらかの事情で、厚生を直接測定することが困難であるとき、その代替となる次の経験則によるべきである。

①市場模倣：人々が選択を迫られたならば、多数者がするであろう選択をデフォルトとする。

②積極的選択：人々に自ら選択させる。

③離脱最小：オプト・アウトする人数を最少にする。

## (二) 積極的選択

サンステインとセイラーは、第一に市場模倣のアプローチを採用し、それができないときに、積極的選択を要求するアプローチを採用している。この点、自由を最大限に尊重すべきだと考える立場からは、むしろ積極的選択を第一とすべきではないか、とも考えられる。そこで、この疑問について、サンステインとセイラーがいかに考えているのかを、説明しておこう。

いかなる選択が厚生を促進するか不明であるとき、計画者はデフォルトのプランや出発点を設定しないで、明示的な選択をするよう人々に強いるだろう。サンステインとセイラーにいわせれば、人々に積極的な選択を要求することには、パターナリスティックな側面がある<sup>(53)</sup>。というのも、人々が選択したいと思っているか否かにかかわらず、本人自身のために選択を強いるという側面があるからである。

たしかに、サンステインとセイラーのいうように、選択を拒絶している人に対して、彼ら自身の厚生を増大させるために、選択を強いるという構造は、パターナリズムの構造といえると思われる。その意味で、積極的選択要求が、リバタリアン・パターナリズムの介入手段の一つであると、サンステインとセイラーが主張するのは一理ある。

もっとも選択を強いる権限自体を問題視する余地は十分にあるが、その問題はひとまず

---

(52) See Thaler= Sunstein, *supra* note 34, at 178-179. See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1190-1195.

(53) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1188-89.

おく。今かんがえておきたいのは、市場における想定的な意思決定をもとにデフォルトを設定するよりも、当事者の実際の選択に委ねるべきではないか、というより自由尊重的な立場からの問いかけに、サンステインとセイラーがどのように答えるかである。彼らは次のようにいう。

選択を義務づけることが最善策となる場合もあるが、①人々は積極的（義務的）選択を迷惑だと感じ、熟慮されたデフォルトがある方を強く望む、②「はい」「いいえ」を選ぶのには積極的選択の義務づけは適しているが、複雑な問題の選択には適さない<sup>(54)</sup>。

サンステインとセイラーは、人は自分が経験豊かで、十分な情報を手にし、即座にフィードバックを得られる文脈では適切に選択できるのだという<sup>(55)</sup>。逆に、不慣れな問題について、大量の選択肢群から、適切なものを選び取るのは難しいだろう。どれがよいのか分からないため、利用可能性ヒューリスティクスや代表性ヒューリスティクスをもちいて、正しい判断ができない結末にもなりかねない。

したがって、彼らの考えでは、よく理解できるなじみ深い問題についてであれば、多少複雑な選択肢であっても意思決定コストは低いといえるので、そのような場合に積極的選択を限定すべきことになる。逆に、選択プロセス自体を楽しんでいるわけではないような、単純に技術的な選択では、オプションが多いことはかえって負担となるから、熟慮されたデフォルト・ルールがある方が望ましい<sup>(56)</sup>、と彼らはいうのである。

### （三） オプト・アウトと費用

サンステインとセイラーは、オプト・アウトする人数を最少にするようなデフォルトを設定すべきである、という。彼らの主張において、オプト・アウトできることは、リバタリアンの生命線である。

オプト・アウトする人数が最少である理由が、デフォルトから変更するためのスイッチ・コストが大きいことにあるのであれば、リバタリアンのとはいえないであろう。たとえば、彼らの立場からは、刑罰に服するというコストを払えばオプト・アウトできる

---

(54) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 88-89. [邦訳] 144 頁参照。

(55) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 9-10. [邦訳] 23-24 頁参照。

(56) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1197-1199.

じゃないか、とはいえないのである。ゆえに、サンスティンとセイラーの主張においては、オプト・アウトする費用がゼロに近いことが要求されるのである。

オプト・アウトの費用を最小にするといっても、大小は程度問題でもあるから、それを単なる印象論に終わらせないために、何らかの基準が必要となろう。

これについて、サンスティンとセイラーは、ある箇所で次のように述べている。

オプト・アウトするスイッチ・コストが許される程度は、選択を誤らせるような状況が存在しているかが決め手となる。すなわち、①なじみのない状況ゆえの経験の欠如、②感情的になっている危険のある状況である<sup>(57)</sup>。

要するに、こういった状況では、選択を誤る危険が高いため、デフォルト・ルールに従うよう、比較的強い誘導が認められる反面、オプト・アウトの費用はゼロでなくてもやむを得ない、ということのようである。

ここまで、サンスティンとセイラーの主張するリバタリアン・パターナリズムの要諦を述べてきた。次に彼らの考え方に対する批判的な見解を検討する。本章もリバタリアン・パターナリズムの主張に批判的な立場をとる。本章の主張も同時に論じることにしてしよう。

## 四 リバタリアン・パターナリズム論の批判的検討

### 1 リバタリアンの自由の基礎

リバタリアン・パターナリズム論は成功していないのではないかという疑問は、特にリバタリアンの立場から提起されている。自由を重視する論者にとって、リバタリアン・パターナリズムは、自由を侵害する危険があり、賛同できないというのである。

侵害の危険にさらされる自由、この「自由」とはなにかについて、リバタリアンに意見の完全な一致があるわけではない。しかしながら、F・ハイエク(F. A. Hayek)の提示した自由と強制の捉え方は、多くのリバタリアンに強い影響を与えてきた<sup>(58)</sup>。そこで、まず、自由と強制をどうとらえるべきかについての、ハイエクの見解を簡単にみたうえで、それ

---

(57) *Id.* at 1188.

(58) もっとも、ハイエク自身は、福祉における国家の役割を比較的多く認めている点で、古典的自由主義者ではあってもリバタリアンではないだろう。

を一応の基底として、リバタリアン・パターンリズムへの具体的な批判を検討する。

(一) 自由と強制

自由という言葉は、注釈を加えればどんな意味内容でも付与できるといわれるほど、曖昧に使用されてきている。そこで、自由について議論するときは、それを厳密に定義する必要がある。そこで、ハイエクは、自由を強制のないことと暫定的に定義した。自由の状態とは、「社会において、一部の人が他の一部の人によって強制されることができるかぎり少ない人間の状態」<sup>(59)</sup>を指すという。

ところが、強制という用語も、非常に曖昧に使用されてきている<sup>(60)</sup>ため、上記のような自由の説明では、依然として、曖昧さが残ったままとなる。

強制というとき、大別すれば、環境によって何か特定の事をおこなわざるをえないという意味の *compelled* と、人為的な介入を想定している *coerced* に分けられる<sup>(61)</sup>。ハイエクによれば、自由を論ずるときの強制は、後者の意味でとらえられるべきである。他人の目的のために、他人の意思に奉仕させられる場合は、後者の意味での強制が生じている。

この区別を前提に、強制とは、ある人の環境または事情が他人によって支配されていて、自分自身の首尾一貫した計画に従うのではなくて、他人の目的に奉仕するように行動を強いられることをいう<sup>(62)</sup>、とハイエクは定義する。

強制が悪であるのは、強制される者は自らの目的のために知識を利用する可能性を奪われ、結果として共同社会に対してなしうる最大の貢献を妨げられるからである<sup>(63)</sup>。ハイエクは、個人に分散している固有の知識は、決して中央集権的に管理することはできず、

---

(59) F・ハイエク（気賀健三＝古賀勝次郎訳）『自由の条件Ⅰ 自由の価値（新版）』（春秋社、2007年）21-22頁。

(60) 強制概念が漸次的に拡張されてきたために、強制を不可避的な現象としてとらえてしまう危険のあることが指摘される。F・ハイエク（気賀健三＝古賀勝次郎訳）『自由の条件Ⅱ 自由と法（新版）』（春秋社、2007年）11頁参照。

(61) 同3頁参照。

(62) ハイエク・前掲注(59)35-36頁参照。

(63) ハイエク・前掲注(60)4-5頁参照。

市場のメカニズムこそが、個人の知識を最大限に生かすことができ、結果として知識が普及し、社会が進化すると考えている。この社会の発展プロセスにおいて、各人の有する知識が自己の目的のために使用できないことは、破滅的な欠点となるのである。

詐欺や欺瞞も、欺された者は、本意ならざる道具となり、自分の目的を達することなしに他人の目的に奉仕することになる、という意味では強制と同様である<sup>(64)</sup>。

人々がもしもっとよく事情を知っていたならば実行したと思われることを、無知のゆえにそうしない場合、知識人が人々を自由にする、ということがあがるが、その意思を彼に強いるかどうかは別問題だ<sup>(65)</sup>、としている。

結局、ハイエクのいう自由は、次のように理解される。「自由とは、つねに人が自分自身の決定と計画にしたがって行動する可能性を意味し、他人の意志に服従せざるを得ない人の立場と対照をなすものであった。この他人は恣意的な決定によって、特定の仕方で行動するようあるいはしないように人を強制することができたのである。……かれが自由であるかいなかは、選択の範囲によるのではなく、かれの現在の意図にしたがってその行動進路を形成することを自ら期待できるかどうか、あるいは誰か他の人が本人自身の意志よりもむしろその人の意志にしたがってかれを行動させるよう、状況をあやつる力をもっているかどうか依存している」<sup>(66)</sup>。

## (二) 一般的ルールと強制

ハイエクは、前もって分かっている強制的な規則が、人々に等しく適用される限り、自然の障害と同様であると論じている<sup>(67)</sup>。前もって分かっている限りで、他人の目的となることはない、というのである。たとえば、兵役も、その期間を予想できるのならば、自らの一般的な生活設計を自分でつくってそれに従うことはできるので、強制の悪の性質は

---

(64) ハイエク・前掲注(60)18頁参照。

(65) 同27頁参照。自由主義者は自由な討論と自発的な協力を善き手段と考える。強制はどんなかたちであってもよくない。市場は強制よらずして合意を導く役割を果たす。M・フリードマン（村井章子訳）『資本主義と自由』（日経B P社、2008年）66-67頁参照。

(66) ハイエク・前掲注(59)22-24頁。

(67) ハイエク・前掲注(60)16-17頁参照。

ほとんど除去されている<sup>(68)</sup>、というのである。

規則が、上記の要素を備えているとき、立法者は、ある特定の人々への法律効果や、当該規則の利用のされ方を予想できない。その意味で、個人は立法者の目的を追求しておらず、自らの目的を追求しているといえる<sup>(69)</sup>、という。

ハイエクのこのロジックには疑問なしとしない<sup>(70)</sup>。が少なくとも、ここで重要な点は、強制的なルールは、前もって分かっていることが必要であること、誰にでも適用されるべきことである。この二つの要素をハイエクほど重視しないとしても、これらが法の支配の内容となっていることに異論はないと思われる。

後の議論を先取りすれば、リバタリアン・パターナリズムの手法は、強制的ではないとはいえ、非常にみえにくく、立法の意図は隠されている。人々は自己の目的を追求するようにみえても、真実は立法者の意図通りに誘導されている。そうすると、ハイエクの重視した、前もって分かっていること（予測可能性）に反することになりかねず、他人の目的のために奉仕している事態となりうる。これでは法の支配にもとる、ともいいうるのではないだろうか。

では次に、ハイエクの自由と強制に関する見方を一応のベースとして、ここから浮かび上がるリバタリアン・パターナリズムへの疑義を、より具体的に検討していこう。

## 2 パターナリズムかデバイアスか

### (一) 操作可能性

サンステインとセイラーは、デフォルト・ルールを定めると、そのフレームに由来するバイアス（フレーム効果）が避けがたく生じるのであり、また政府がデフォルト・ルールを全く定めないわけにはいかないのであるから、人々を害する意図よりは、人々の利益を意図したデフォルト・ルールを定めるべきだ、パターナリズムは不可避なのだ、と主張し

---

(68) 同 17-18 頁参照。

(69) 同 28-29 頁参照。

(70) ロスバードは、ハイエクの強制概念はなお曖昧であり、強制と呼ぶべきでないものをも強制に含めているとして、厳しく批判している。M・ロスバード（森村進＝森村たまき＝鳥澤円訳）『自由の倫理学』261-273 頁参照。

た。

これに対して、フレーム効果の存在は、パターナリズムの不可避性を理論的に帰結するのではなく、政府がフレーム効果を利用して、人々の選択を操作しうることを帰結するに過ぎない<sup>(71)</sup>、と指摘しうる。この指摘を容れれば、リバタリアン・パターナリズムは、個人を限定合理性から解放するのではなく、限定合理性につけ込んで、パターナリスティックな計画者が最善だと考える方向へと、人々を誘導することを可能にするものであり、自由にとって危険な思想だとみることができる。

サンステインとセイラーは、政府の善良なパターナリスティックな意図を、かなり楽観的に期待しているように思われる。しかしながら、ひとつの大きな問題は、規制者が不正な目的で介入するとき、どのように対応できるのかにある。この視点が、リバタリアン・パターナリズム論には不足しているように思われる。

たしかに、リバタリアン・パターナリズム論は、オプト・アウトの権利を認めるので、デフォルト・ルールに込められた政府の意図に、強制的に服せられるわけではない。自分のためにならないと判断すれば、オプト・アウトすればいいじゃないか、というわけである。

しかし、リバタリアン・パターナリズム論の主張によれば、オプト・アウトできるのは、ごく一部の限定合理性を克服している、完璧な合理性の持ち主だけのはずである。多くの人々が、選択フレームにより真の選好を見極められなくされているのであれば、人々はオプト・アウトできるといったところで、その権利はほとんど無意味となるだろう。結局、オプト・アウトできるほどの合理人にも、真の自由が確保され、その意味でリバタリアン的といえども、その他大勢には、自由などなく、単なるパターナリズムの虜となっているに過ぎないのではないか<sup>(72)</sup>。

## (二) バイアスからの解放

サンステインとセイラーは、たとえば、クーリングオフ制度を、一定の期間をおくことで、感情的な高まりを抑え、熟慮できるようになり、真の選好を見極められるようにする

---

(71) See Mitchell, *supra* note 35, at 1250-1251.

(72) See *id.* at 1253-1254.

制度だという<sup>(73)</sup>。

しかし、その程度の措置でフレーム効果が除去されて、真の選好を見極められるのであれば、フレーム効果など恐れるに足りないのではないだろうか<sup>(74)</sup>。サンステインとセイラーの視点は、フレーム効果の粘着性を過度に重視し、それを除去する方途の検討を欠いているように思われる。

おそらく、リバタリアンであれば、リバタリアン・パターナリズムにたどり着く前に、限定合理性に由来するアノマリーを克服するための手段をどうやったら身につけられるのかを考えるのではないか<sup>(75)</sup>。無政府主義的リバタリアンでなければ、政府の仕事のひとつに、人々を認知バイアスから解放することをあげることを受け入れる余地もあろう。

フレーム効果を克服するには、たとえば、選択しようとしている選択肢の逆を想像することでリフレーミングすることや、直感に頼らないで分析することを、人々に勧奨することも一つの手法であり、この方が、よりリバタリアン的だともいえる<sup>(76)</sup>。

このようにして、バイアスから人々を解放すれば、人々は自分自身の能力のより上手な利用方法を発見するだろう。自分の能力を最大限に生かす機会を与えることは、自由な社会をより豊かにすることにつながる<sup>(77)</sup>。個人の選択が促進される社会は、政府が最善と思う選択肢に人々を誘導する社会より、ずっと豊かな社会となるはずである。

### 3 政府の限定合理性と個人の学習能力

#### (一) 規制拡大のおそれ

自由を尊重する立場は、リバタリアン・パターナリズムに対して、ひとたびデフォルト

---

(73) 重大な意思決定が衝動的にされがちな場合、クーリングオフ制度が一番理にかなうという。See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 253-254. [邦訳] 365-366 頁参照。なお、同様に衝動的な意思決定をしやすい結婚や離婚についても、クーリングオフの制度が導入されるべきかは検討に値する。

(74) See Mitchell, *supra* note 35, at 1251-1252.

(75) See *id.* at 1258.

(76) See *id.* at 1255-1257.

(77) ハイエク・前掲注(59) 116 頁参照。



・ルールをパターナリスティックにデザインすることを認めたならば、坂道を転がり落ちるように、リバタリアンには許容できないような、高度な介入へ進んでしまうのではないか<sup>(78)</sup>、と危惧する。

たとえば、「喫煙は健康を害するので控えましょう」といったソフトなパターナリズムが奏功した場合、人々は喫煙を嫌悪するように誘導されるだろう。すると、「喫煙者の健康を守るためにタバコに課税する」というよりハードなパターナリズムは、容易に受け入れられてしまうのではないだろうか。

サンステインとセイラーは、この危惧に対しては、次のように解答してみせる。①弱い意味でのパターナリズムは不可避であり、その意味では、坂道にたっていることは否定できない。②オプト・アウトの権利が坂道の傾斜を急にすることを食い止めている。③規制者のみならず人々も、バイアスのかかった行動をコントロールできない。それなら、規制者に十分な情報をもたせるなりして、人々の厚生を促進するよう努力する方が、反対のことをするよりはよい<sup>(79)</sup>。

しかし、前述したように、オプト・アウトの権利の保障は、合理的な人にとって意味はあるが、そうでない人にとって、規制者の不正な目的に抵抗する武器あるいは保障にはならない。

③の規制者も人々も同様に限定合理性や限定自己コントロールという問題に直面していることは、その通りである。これを認めたくえて、政府と個人のどちらの判断をより尊重すべきか、という問題こそが、クリアされなければならない。政府も人々と同様に限定合理性から逃れられないことを認めていることと、人々の判断よりも政府の判断をより尊重していること、より良い判断とは何かを政府が知りうるように想定していることは、相矛盾しているように思われる。結局のところ、リバタリアン・パターナリズム論は、政府の

---

(78) See Claire Hill, *Anti-Anti-Anti-Paternalism*, 2 NYU J. L. & LIBERTY 444, 449. See Edward L. Glaeser, *Paternalism and Psychology*, 73 U. CHI. L. REV. 133, 154. Glaeser は、ソフト・パターナリズムをうまくやり遂げるためには、人々の信念を操作する技術に長けた官僚組織が必要であり、その官僚組織は、当初のパターナリズムの目的とは違う文脈で、権力を使用することになるだろう、という危険も主張している。See *id.* at 155.

(79) See Sunstein=Thaler, *supra* note 31, at 1199-1200.

合理性を仮定しているのではないか<sup>(80)</sup>、と批判されてもやむをえまい。

政府が合理的ではなく、信じられないことは、(a)政府には市場の圧力による締め付けがないこと、(b)自己利益という厚生促進のインセンティブを個人はもっているが、政府にはないこと、(c)政府官僚は、圧力団体のロビー活動を受けやすく、人々の厚生を促進するようなデフォルト・ルールの設定をおこなう保証はない<sup>(81)</sup>、ということを考えれば、説得力があるように思われる。

## (二) 間違う自由，誤りから学ぶ機会

自由社会においては、間違う権利があり、誤りから学ぶことも有益なことである。

自由の旗手M・フリードマン(Milton Friedman)は、次のように述べている。「自由を信奉するなら、過ちを犯す自由も認めなければならない。刹那的生き方を確信犯的に選んで今日の楽しみのために気前よく使い果たし、貧しい老後をわざわざ選択する人がいたら、どんな権利でもってそれをやめさせることができようか。この人を説得し、その生き方はけしからぬと説教するのはよかろう。だが、人が自ら選んだことを強制的にやめさせる権利はどこにもない。あちらが正しくてこちらがまちがっている可能性はゼロではないのだ。自由主義者は謙虚を身上とする。傲慢は温情主義者にゆずろう」<sup>(82)</sup>。

かかる主張に対して、リバタリアン・パターンリズム論は、誤りが重大であるときは、誤りから学ぶよりは、誘導される方がよいのではないかと反論する。たとえば、プールに落ちて死にそうになったり、バスにひかれそうになったりするよりは、標識等により誘導される方がよいのではないかと<sup>(83)</sup>、という。

この反論は、一見もっともではあるが、不慮の事故を想定しているなら、本質を突いていない。間違う自由は、自らある選択をした結果、反省的に振り返ったとき、それが誤りであったと気づくことを認めることである。サンステインが想定している例が、当事者がうかつにも、自らの意図しない結果を招こうとしており、かつ緊急の状況であるなら、ミ

---

(80) 森村・前掲注(25)1093頁参照。

(81) 依田他・前掲注(28)153頁参照。

(82) フリードマン・前掲注(65)338-339頁。

(83) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 244. [邦訳] 351-352頁参照。

ルのあげた、危険だと知らずに橋を渡ろうとしている人の例と同様の状況である。彼は自由を行使しているのではないため、渡橋行為を阻止したとしても、自由を侵害したことはないと考えられるべきである。

したがって、道路に飛び出す意図的な選択をしていない人が、飛び出そうとしている緊急事態に、政府が標識でもって注意を喚起することは、自由の侵害とはならないというべきであろう。

問題なのは、自発的選択が、他者の目から見て誤っているときである。先の例でいえば、あえて危険な橋を渡ったり、車にひかれる選択をしているときである。

あえて危険行為をしようとしているとき、緊急事態であるか否かにかかわらず、標識による誘導は無意味であろう。そういう人物は、標識による誘導からオプト・アウトしているからである。その選択がいかに愚かにみえたとしても、リバタリアンであれば、自由を賢く使ったかどうかには無関心であるべきである。失敗のコストは、失敗する自由への対価として甘受することが要求されるだろう<sup>(84)</sup>。

その他の状況としては、さほど緊急事態ではないが、うかつにも愚かにみえる選択をしようとしている状況が考えられる。この状況では、誤らないように政府は誘導すべきであろうか。

第一に考えられるのは、何をもって誤りであるとするのか分からないという難点である。真実というのは起きてみないと分からないではないか。とりわけ価値の問題となるとなおさらである<sup>(85)</sup>（この問題はすぐ後にふれる）。

第二に、この状況でのリバタリアン・パターナリスティックな介入を認めると、誤りから学ぶ機会を奪うことになるという難点がある<sup>(86)</sup>。人々の判断力は、実践を通して改善されるのだから、自分自身を害することがあったとしても、自分の判断を自由に行使する余地を残しておくべきだろう。リバタリアンであれば、その選択が愚かに思えるとしても、それを尊重するだろう。政府は人々に気づかれないうちに最善と思われる方向へ誘導する政策を採用するのではなく、善き選択に関する明示的な呼びかけや説得をおこなう私的活

---

(84) *See Mitchell, supra note 35, at 1260.*

(85) *See Wilkinson, supra note 12, at 371.*

(86) 森村・前掲注(25)1096頁参照。

動を保障することにとどまるべきだ、トリバタリアンが考えても不思議はない。

ここでもリバタリアン・パターナリズムはオプト・アウトの権利をもちだすかもしれない。しかしその保障は、前述のとおり何の役にも立たない。政府の誘導からオプト・アウトする人というのは、経験を通して学習し、愚かにみえる選択こそが自分の最善の選択だと判断しうるのであるが、限定合理性のゆえに誘導される人々は、肝心要の経験を積むことができないからだ。

### (三) 訂正のインセンティブ

サンステインとセイラーは、デフォルト・オプションをセットできる立場にある選択アーキテクトが、政府であれば国民の厚生を、企業であれば消費者の厚生を、それぞれ促進するようにすべきである、という。

ここまで述べてきたように、選択アーキテクトの想定する人々の厚生が、必ずしも人々の真の厚生と同じであるとは限らず、逆に選択アーキテクトが悪意をもってデフォルト・オプションをセットしたとき、人々の厚生は損なわれる可能性が高い。

ここで、サンステインとセイラーは、自己利益を追求するインセンティブがはたらくのは、政府官僚のみではなく、民間でも同様であると主張する。そして、民間の場合、市場における神の見えざる手のはたらきのおかげで、企業の利益最大化行為は消費者の満足最大化につながる場合が多い。しかし、それは、商品が単純で頻繁に購入される場合に限られるのであって、それ以外では、企業は消費者の混乱を巧みについて、利益を最大化しようとするはずである。消費者が限定合理性のゆえに不合理な判断をしているとき、企業はそれを打ち消すようなことはせず、それにつけ込むインセンティブが強くはたらくだろう<sup>(87)</sup>、という。この点を考えれば、政府官僚のインセンティブの方が悪いとはいえないのではないか<sup>(88)</sup>、というのである。

これに対して、心理学的問題が増えれば増えるほど、政府の決定の方が私的個人の決定

---

(87) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 81-82, 242. [邦訳] 133-134, 348-349 頁参照。

(88) 他人の利益について考えるとき、自己への偏愛から解放されて、合理性への期待は高まるといえるのではないかと、との指摘がある。若松・前掲注(19)175 頁参照。

よりもエラーが多くなる<sup>(89)</sup>，という見解がある。この見解によれば，心理学的問題の存在のゆえに，民間ではなく政府がパターンリスティックに介入すべきであるとの主張は，正当性を欠くことになりそうである。

この見解は，人は報酬水準が高ければ合理人モデルに近い観察が得られる<sup>(90)</sup>，という研究成果を土台としている。これは，報酬というインセンティブが高ければ，エラーが減少するというを示している。

また，個人は外的影響を受けやすいことが知られている<sup>(91)</sup>。すなわち，教育や情報提供の仕方しだい，世論を操作しうることを意味する。この点は，選択フレームの作り方によって人々を誘導できるという点からも推論できる。

この二つのことを前提とすれば，人々のエラーの多寡は，エラーを訂正することの報酬と，ある信念にもとづき人々を誘導したいと願う情報供給者の直面するコストやインセンティブに依存するといえる。情報の供給者にとって，世論を動かすのに高いみかえりがあるとき，人々にエラーが増えると予想され，世論操作の費用が高いとき，エラーは減ると，この見解は予想する<sup>(92)</sup>。

では，世論を動かす費用やそのみかえりは，政治的決定と市場的決定とでどのように違うと予想できるだろうか。この見解は次のようにいう。

人々は，たとえば食品の産地であったり，化学調味料の使用の有無であったり，あるいは製品の安全性であったり，多くの文脈で，真実を知ることに関心をもっている。インセンティブが強ければ強いほど，その関心は強まり，経験を通じて学習することで，人々はエラーを減少させると予想できる。これとは違い，人々の投票を通じての政治的決定においては，エラーを訂正するインセンティブが弱く，エラーが多くなるのではないだろうか。

---

(89) See Glaeser, *supra* note 78, at 148.

(90) See *id.* at 139, quoted Vernon L. Smith and James M. Walker, *Monetary Rewards and Decision Cost in Experimental Economics*, 31 *ECON INQUIRY* 245, 259 (1993).

(91) たとえば，9.11 テロに関するアメリカ国民とアラブ諸国民との間の認識の相違は，それぞれの国民に与えられている情報の相違という外的影響のゆえである。See Glaeser, *supra* note 78, at 137-138.

(92) See *id.* at 139.

投票者は真実を学ぶインセンティブを欠いているので、政治的信念はとりわけエラーが多くなるのではあるまいか。逆に、政治家には人々を説得する強いインセンティブがあり、エラーの増加に拍車をかけるのではないだろうか<sup>(93)</sup>。

このことを、この見解は次のように三つのモデルとして紹介している<sup>(94)</sup>。

モデル 1：消費者は、自らの良化に直接的な影響を与えるエラーを訂正するより強いインセンティブに直面しているが、政府官僚はそうではない。私的個人の厚生は、当該個人の失敗の大きさに、より直接的に結びついているからである。

モデル 2：エラーが企業その他の利害関係者の影響力で引き起こされ、少数の官僚を説得する方が、莫大な数の消費者を説得するより安いならば、政府の意思決定は、特にひどいことになるだろう。説得費用は説得対象者の数の増加関数であると仮定すれば、利害関係者は、少数の政治家を説得するチャンネルを通して、人々の不合理性につけ込もうとするだろう<sup>(95)</sup>。

モデル 3：消費者は、投票よりも私的決定をするときの方が、より強いインセンティブをもっている。意思決定の質は、日用品を買うときよりも、一票を投じるときの方が、より低下するはずである。

以上のように考えれば、政府の決定は、人々のエラーを訂正するどころか、それにつけ込むインセンティブの方が強いと考えられるのである。消費者に不慣れな商品であっても、企業は多数の消費者を直接誘導するより、より安価な費用で可能な、政府官僚を説得して消費者を誘導する政策を獲得しようとするだろう。政府の介入は、したがって、消費者の限定合理性につけ込む可能性が高い。逆に消費者は不慣れであったとしても、失敗の痛みは自分で負うのであるから、間違いを修正するインセンティブは高いのである。消費者の

---

(93) *See id.* at 140-142.

(94) *See id.* at 144-147.

(95) Glaeser は、人々を説得するために選挙に投じられた莫大な費用は、ロビー団体が政治家を説得するために投じられた費用よりも多いことを、一つの例としてあげている。また企業の広告費用が莫大であることも、人々を説得する費用が高いことを示しているともいう。*See id.* at 141. 規制とは、業界によって獲得され、主としてその利益に適うように設計され運用される、という理論を提示したのは G・J・スティグラー (G. J. Stigler) である。

判断に委ねず、政府の誘導に従わせることが望ましいとはいえない。

こう考えれば、サンスティンとセイラーは、企業が市場で人々を食い物にすることを恐れるが、それ以上に、政府が人々を食い物にすることを恐れるべきだと思われる。人々も政府も誤ること、誤りを正すインセンティブは政府よりも人々の方が大きいことからすれば、立法過程からパターナリズム論は排除されるべきだろう。

#### 4 知識の主観性とデフォルト

##### (一) 主観主義とパターナリズムの不整合

フレーム効果等の心理学上の諸問題を受け入れることと、政府によるパターナリスティックな介入を容認することとのあいだには、大きな隔たりがあるだろう。リバタリアン・パターナリズム論は、心理学上の問題のゆえに、人々が真に欲する選択を提供するよう配慮されたフレームを、政府がつくるべきだという。だが、真に欲する選択を同定できるのだろうか。もし可能だとすれば、われわれの本当に欲するものは、政府によるパターナリスティックな後押しがなければ選択できないことになるのだろうか。「本当に欲するもの」は、限定合理性の前では、自然なかたちでは存在しえないものなのだろうか。

ハイエクの知識論が、ここでの議論に参考になるだろう。ハイエクは、経済的な意思決定において、中央計画者の意思決定を市場的決定に置き換えることの不可能性を論じた。そこでの要点は、「いかなる人間知性であろうとも社会の運行を司る知識をすべて理解することはできない。したがって、個別の人為的な判断に依存せず個人の努力を調整する非人格的なメカニズムが必要だ」<sup>(96)</sup>ということにある。

つまり、人のもつ知識は、それぞれに固有のものであり、他者がそれを完全に把握することは不可能であるから、政府が人々の知識を完全に把握して、それぞれに相応しい選択を提供することは、不可能なのである。それを可能であるかのように扱い、政府に人々の選択を誘導する正当な権限を付与すれば、ハイエクの警告した隷従への道を歩むことになりかねない。

このことを自由全般に敷衍すれば、他人が大事にしている価値について、われわれが究

---

(96) ハイエク・前掲注(59)11頁。

極の審判者となつてはならないことを意味している<sup>(97)</sup>。そのようなことをすれば、個人の尊厳に対する尊重を欠くことになろう。ゆえに、他人が自ら抱く価値にもとづいてした選択を間違いであると断じて、政府の考えるよりよい選択へと誘導していくことは、個人の尊厳への配慮を欠く国家行為といえるだろう。知識の主観性という見地からは、政府が一般的な情報をいくら多量に保有していたとしても、個人の選択に介入することは合理的とは言い難いのである<sup>(98)</sup>。

このように考えれば、人々が実際に選択するものから離れて、人々が本当に欲するものを政府が知りうることを前提としている点で、リバタリアン・パターンリズム論は擁護しがたい。ソフトであろうとハードであろうと、パターンリズムに裏打ちされた立法は、リバタリアニズムと整合的ではありえない<sup>(99)</sup>。本当に欲するものの最良のガイドは、依然として、人々が実際に選択するものであると考え、人々の選択を尊重すべきである<sup>(100)</sup>。

## (二) 望ましいデフォルト

サンステインとセイラーは、熱狂的なリバタリアンが、選択の自由を重視しすぎることを批判して、人々が自発的な選択を拒絶しているのに、選択を強制すべき理由はないという<sup>(101)</sup>。それゆえに、自発的な選択をしない人々にとって最善となるようなデフォルト・ルールを定めるのがよいという。

たしかに、積極的な選択を面倒に思うこともある。たとえば、パソコンに新しいソフトをインストールするとき、チェックボックスのいずれかにチェックが入っており、ユーザーは「はい」をクリックするだけでよい方が、チェックボックスが空欄になっていて、その

---

(97) 同 113 頁参照。

(98) 森村・前掲注(25)1995 頁参照。

(99) *See Hill, supra note 78, at 447-448.* Hill は、次のように推測している。他人の選択の正否を判断する人は、深層では、馬鹿騒ぎに支出し、短命で、返済できない借金をかかえて死ぬことは、長寿で、よい禁欲的で、金銭的責任のある人生よりも望ましくないと考えているのかもしれない。*See id. at 444-445.*

(100) *See Hill, supra note 78, at 449-450.*

(101) *See THALER= SUNSTEIN, supra note 38, at 246.* [邦訳] 354 頁参照。



空欄を何項目にもわたってチェックするより楽だから、あらかじめチェックが入っている方を望むユーザーは多いと予想される。

積極的選択を強制することが常に最良であるとは限らないというサンスティンとセイラーの主張に、リバタリアンはおそらく同意できると思われる。ただし、選択をしない、即、いずれかを自動的に選択した、とされては困る。なぜなら、選択を強制されない自由も尊重されなければならないからである。パソコンソフトの例でいえば、チェックボックスに自発的にチェックをいれなければ、自動的に選択したことになってはいけない。ソフトをインストールしないという選択が依然として残されていなければならないからである。

インストールするという選択をしたとき、チェックボックスのデフォルトをどう設定すべきか、この点が、リバタリアンとリバタリアン・パターナリズムの対立点だろう。

リバタリアン・パターナリズム論は、前述の通り、市場模倣的アプローチによって、人々の厚生を最大化するようなデフォルトを設定すべきであるというだろう。

これに対しては、(一)で論じたように、人々の知識に依存する個人的な厚生を、中央集権的に把握・管理することは不可能であり、それを社会的に集計しようとなると、絶望的に不可能であることを想起すべきである。デフォルトの設定は、個人の厚生の最大化ではありえない。

では、政府が定めるルールのデフォルト——人々を誘導するフレーム効果をもつデフォルト——は、どのような指針に基づいて設定されるべきなのだろうか。

これに関して、非合理的選択行動への介入は、選択の質を高めるために、心理学上の問題点に打ち勝つ方法の学習あるいはそれへの抵抗を手助けし、個人の自由と自律を最大化するための政策としてのみ正当化できるという見解がある。この見解は、(ア)バイアスを除去するための意思決定能力を改善するための介入、それができないとき、(イ)自由を制限している不合理な選択をさせないための介入、という順序を考えている<sup>(102)</sup>。そのうえで、国家のなすべきことは、善き生活についての実体的な観念を強制することではなく、人々が自らの選好する目的を決定する自由を、人々に保持させることにあるとし、注意を払わないで選択したときに、自由を最も制限しないデフォルトを設定すべきこと、注意

---

(102) See Mitchell, *supra* note 35, at 1258-1260.

深い選択者はオプト・アウトできるようにすべきことを説く<sup>(103)</sup>。

この見解の実体的な価値判断を個人に委ねている点には、賛成できる。社会において、人々は、それぞれの固有の経験に裏打ちされた知識を利用して手段を採用し、固有の目的達成にむけた計画を遂行している。政府が人々の幸福を最大にしようと思えば、この計画遂行を確実にできるプロセスを保障することに専念しなければなるまい。各人が何を目的として、いかなる選好をもち、いかなる計画を立てているのかは計り知れない以上、政府の観点からみた「人々の最善」への誘導は、決して諸個人にとって最善ではないのである。

もちろん、諸個人は相矛盾する目的や選好をもっているし、採用する手段が相矛盾することもある。その矛盾を解消する一般的ルール（最も基本的なルールは所有のルール）を定めることが政府の果たすべき役割でありうる（もっとも、ルールは市場において競争的に供給されうると考えれば、法制定を国家に独占させることの正当性には疑問も生じる。そのため、一般的ルールの制定が政府の役割であると言い切れるかは、なお検討の余地が大きい）。そうだとすれば、政府は、個人が自分自身の厚生を最大化・目的達成のために打ち立てた行為計画が、人々の間で矛盾なく遂行できるという意味での、カタラクシー的効率性を最大化<sup>(104)</sup>するようデフォルト・ルールを設定すべきことになりうる<sup>(105)</sup>。この政府の役割は、パターンナリスティックではない。

### （三） 将来の自己

現在の自己の選択を非合理的であると判断する根拠が、将来の自己にとって望ましくなくなから、という点にある場合もある。タバコをなるべく吸わないように誘導する根拠は、

---

(103) *See id.* at 1262-63. カフェテリアでの料理の配置でいえば、最も誘惑的なものを最後に置くのがリバタリアン的だという。その理由は、選択してしまう前に、多くの選択肢をみさせるためだと説明している。 *See id.* at 1264.

(104) カタラクシー的効率性については、井上嘉仁「市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性と広告——営利的言論理論の再検討をめざして——」姫路法学第49号(2009年)40頁以下参照。

(105) この観点からのデフォルト・ルールの多くは、選択しないという選択肢を含む積極的選択要求となると予想する。

(副流煙による他人への健康被害を無視すると) 将来の自分自身の健康被害を、現在の自己が十分に見積もっていないことにあると思われる。はたして、将来の自己利益という観点からのパターンリスティックな介入を、受け入れる余地があるのだろうか。

われわれは、過去のある時、その時点での満足を得るためにした選択によって、今、後悔している、という場合がある。この後悔することがあるという一般的事実から、人の能力の限定性を帰結して、現在の選択を制限することを当然視してよいのだろうか。将来における自律を維持するために、現在の自律的選択を制限することが当然だと考えられがちだが、なぜ自律を将来の自己を基準として考えなければならないのだろうか<sup>(106)</sup>。

後悔することがあるという事実を、将来の自己を特別扱いする理由とすべきでないとする主張がある<sup>(107)</sup>。たとえば、次のような例をあげている。われわれは、有徳であったことを後悔し、偉大な快樂主義者であればよかったと必ずや悔いる。人生の終わりに、「あまり働かなかったなあ」とか、「家族との時間ももちすぎたなあ」と後悔する人はいないのではないか。

つまりこの例は、最も遠い将来(死の間際)においては、快樂主義的に生きてこなかったことを後悔するだろうから、将来の自己を基準として考えるのが正しいならば、快樂に興じた選択が現在のベストだということになると示唆している。将来の自律を優先して考える立場は、この結論を受け入れるだろうか。

また、将来の自己を基準とする立場は、たとえばタバコが将来の自己を害するというコスト面に着目し、現在の喫煙を控えるべきだと主張する。しかし、逆に、将来タバコを吸うことから満足を得るという選択肢、すなわち将来の便益を奪っていることが、議論されていないことを指摘できる<sup>(108)</sup>。

将来というものは、それが現在にならない限り分からない性質をもっている。現在思い描く将来は、現在の想像にすぎず、将来の自己をあたかも存在するかのように考えるべきではない。存在しないものの利益を語ることは無意味であるから、将来の自己利益を根拠

---

(106) *See Hill, supra note 78, at 446.* パターンリスティックな介入について、将来、感謝することがあるとして、このことも同様に、将来を基準とする理由になるのか疑問である。

(107) *See id. at 446-447.*

(108) *See id. at 453.*

に現在の選択を否定することは、正当化困難だと思われる。そのような介入は、結局、あなたの想像は間違っている、私の想像の方が正しい、といているにすぎない。どちらの想像がより正しいか（尊重すべきか）については、先述したように、主観主義の観点から考えるべきである。

## 5 その他の批判

### (一) リバタリアン・パターナリズムの再分配的性質

リバタリアン・パターナリズム論は、限定合理的な人々と、デフォルト・オプションからオプト・アウトできる合理的な人々の存在を認めている。オプト・アウトするためのスイッチ・コストは、ゼロが理想であるとはいうものの、ゼロではありえない。そうすると、限定合理的な人々を誘導するデフォルト・オプションは、合理的な人に費用を負担させて、限定合理的な人に便益を与えるという意味で、再分配的であるとの批判が可能である<sup>(109)</sup>。

これに対して、サンステインとセイラーは、ある程度の再分配は認めると回答している<sup>(110)</sup>。限定合理的な人々を誘導することで合理的な人にかかる費用（オプト・アウトの費用）は、最低限となるようにすることを求めなければならない。たとえば、オプト・アウトの費用が最低限であれば、タバコの害悪によって発生する医療費は、リバタリアン・パターナリズム的な誘導によって減少し、その下げ幅は、オプト・アウトの費用よりも大きいと思われる、と述べている。サンステインとセイラーは、この意味で、非対称性パターナリズム<sup>(111)</sup>の考え方を受容している。

しかしながら、リバタリアンであれば、帰結主義的功利主義的な利益衡量を根拠とした再分配的性質を容易には受け入れることはできまい。ここまでみてきたように、他者が人々の知識を把握することは不可能であることを受け入れ、人々が自由であるためには、自

---

(109) *See id.* at 451, *See Mitchell, supra* note 35, at 1270-1271.

(110) *See* THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 245. [邦訳] 352-353 頁。

(111) 非対称パターナリズムとは、限定合理性の影響が小さい人々に大きな費用をかけることなく、限定合理的な人々に大きな便益を配分することを約束する介入形態である。

Colin Camerer, et al, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism*, 151 U. PA. L. REV. 1211 (2003).

らの目的のために手段を選択し、自らの構想を実現していくことが保障されなければならない、と考えるべきである。ところが再分配政策は、他人の目的のために自己の行為計画の変更を余儀なくする。人々が他者の目的のための手段とされるとき、人々の自由はむしろまれる。個人を超えた観点から重視されるいかなる目的も、個人を他人やその他の何かのための資源となるよう仕向けることを正当化しないだろう<sup>(112)</sup>。

## (二) 潜在的性質の危険性

リバタリアン・パターナリズムに直感的な危険性を感じる人々は、おそらく、知らないあいだに作用して、人々を誘導してしまう力を政府に与えることを不安視しているのではないか。サンステインとセイラーはこう考えて、次のような処方箋を案出した<sup>(113)</sup>。すなわち、透明性の要求である。政府が市民に対して正当性を公然と主張できないか、そうする意思のない政策を選択してはならないことを要求するのである。たとえば、サブプリミナル広告は目に見えず、監視できないがゆえに許されないという。

たしかに透明性を高めれば、政府が不正な意図のもと、人々を操作する可能性は減少すると思われる。

しかし、ここまで述べてきたように、政府の意図が善良な精神に発していたとしても、それを強制あるいは密かに誘導することは正当化できない。また、透明性を高めたとしても、リバタリアン・パターナリズムのようなソフトなパターナリズムは、統制するのが難しく、それゆえ濫用の危険が大きい。明らかな強制であれば、明らかな抵抗が巻き起こるが、知らず知らずのあいだに作用する誘導には明確な抵抗が起こりにくい。さらに、ソフトなパターナリズムによって知らず知らずに誘導されると、オプト・アウトする人々に対して、一種の嫌悪感を催すようになることを心配する見解もある<sup>(114)</sup>。これも然りである。

## (三) 中立性の要求

---

(112) See Mitchell, *supra* note 35, at 1272.

(113) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 247-249. [邦訳] 356-359 頁。

(114) See Glaeser, *supra* note 78, at 151-153.

デフォルト・ルールを利用した政府の誘導政策が許されないこともあるのではないかと、という批判もある。たとえば、宗教に関して、ある宗教をデフォルト・ルールとして肯認し、それをよしとしない人はオプト・アウトすればよい、とはいえない。政府には、中立性が要求される場面もあるのではないかと<sup>(115)</sup>、というのである。

この批判を、サンステインとセイラーも受け入れている。選挙、信教の自由、言論の自由等については、意図的な誘導を避けなくてはならず、その意味での中立性を要求する権利は、憲法上の人権でもある<sup>(116)</sup>、と述べている。

しかしながら、信教や言論の自由について、中立性が要求されることを受け入れる根拠が不明であるし、経済活動について中立性が要求されないとすればなぜなのかも不明である。

中立性要求は、むしろ一定の価値観にもとづく介入の拒絶、不介入の要求として、より徹底されるべきである。

## 五 小括

近時の学説は、伝統的なパターンリズム論がともすると想定してきた、人々の、そして政府の合理性に、疑義を呈してきた。この疑義を、本章も共有している。諸学説のなかでも、本章がとくに注目した学説は、リバタリアン・パターンリズム論であった。本章は、このリバタリアン・パターンリズム論を検証・批判するかたちで、論を進めてきた。

そのなかで、たとえば次のような問題を検討した。リバタリアンを標榜しながら、パターンリスティックでありうることは不可能ではないか。リバタリアン的であろうとすれば、単に「おすすり」の選択肢からの離脱（オプト・アウト）を認めるだけにとどまらず、「おすすり」されないことを第一としなければならないのではないかと。各人の自己利益は、個人の合理性の限界を認めたとしても、個人の実際的選擇から離れて考えるわけにはいかないのではないかと。

この疑問への解答の試みにむけて、まず本章は、パターンリズム論の歴史を振り返った。そもそもパターンリズム論は、自由の限界を画する法理論の一部として展開されてきた側

---

(115) 森村・前掲注(25)1092-1093頁参照。

(116) See THALER= SUNSTEIN, *supra* note 38, at 249. [邦訳] 360頁。

面がある。ミルにおいては、侵害原理を補完するものとして、未成年者の自己加害防止原理として論じられた。ハートにおいては、未成年者に限らず、自己加害防止原理が自由の限界を画する原理の一つとしてとらえられた。パターナリズム論は自由論と緊張関係に立ちながら、深化してきた。その焦点は、本人の選択は合理的といえるかどうか、政府は保護されるべき合理的な自己利益を適切に摘出しうるかに、収斂してきた。

しかし、自己利益、選好の安定性は、従来想定されたほど盤石ではなく、むしろ非常にナイーブであることが、明らかとなってきた。これは認知心理学の研究に負うところが大きい。人々の選好は、その形成過程において、さまざまなヒューリスティクスが使用され、信じられないほどのバイアスがかかっているという。合理的な意思決定か否かに焦点を当ててきたパターナリズム論は、ここで、合理性その物への探求に遡上することになる。

リバタリアン・パターナリズム論は、心理学的成果を取り入れた行動経済学の分析に依拠している。そのうえで、人々がヒューリスティクスを使用して選択し、その結果にはバイアスがかかっていることを、政府は見越したうえで、人々にとって最善の選択へと人々を誘導していくべきだと主張した。

このリバタリアン・パターナリズムの主張を、本章は批判的に検討した。①リバタリアン・パターナリズムは、リバタリアンの重視する自由、強制そして知識問題を軽視していること、②バイアスから解放する方法を軽視していること、③政府の非合理性や民間の過誤訂正インセンティブを軽視していること、④自由についての主観主義的考察に欠けていること、⑤再分配を容認していること等々、問題の多いことを指摘し、リバタリアンであることと、パターナリズムとは同時には成り立たないことを論じた。

本章の主張は、おおむね次のように要約できよう。政府の「おすすり」の選択肢が、選択者自身の利益にかなうと標榜されているときでも、それが本人の利益に適っている保障はない。オプト・アウトの権利保障は、限定合理的な人々にとって、自由の保障とはならない。本人の利益は、本人の知識を基礎として把握されるべきである。本人が何をどのように考えているかは、他者には把握できない。特に、個人から最も遠い存在である政府は、多数の個人の一人ひとりについて、彼らを満足させる選択が何であるかを特定できるはずもない。また、時間の経過は、介入の合理性に根本的疑問を生み出す。

リバタリアンのように自由を最大限に尊重するためには、他人を害しない限り、各人の行為計画を無矛盾に遂行できるプロセスの保障が欠かせない。政府の役割を認めるならば、このプロセスの保障にあるべきであり、各人にとって何が望ましいかを想定し、その選択

へと誘導するような、実体的価値判断をともなうものであってはならない。実体的判断を個人にゆだねるためのプロセス保障こそ、リバタリアンの見地から求めうる政府の役割と論じうるであろう。

憲法学は、国家権力の濫用によって国民の自由が侵害されることのないよう、種々の理論を打ち立ててきた。本章は、国家権力がパターンリスティックに行使されたとき、それがソフトなものであったとしても、国民の自由が脅かされることはあっても、決して促進されることはないことを主張してきた。リバタリアン・パターンリズムの主張は、自由を尊重しながら、パターンリスティックな権力行使の余地を認めようとするものであるが、その試みは成功しているとは言い難く、依然として、権力濫用による自由の侵害の危険を除去しえていないと思われる。この意味で、憲法学の自由とその限界を画するという目的のための新たな原理に、リバタリアン・パターンリズムはなりえない。

とはいえ、リバタリアン・パターンリズム論の主張にも、重要な意味がある。それは、これまでの憲法学が無頓着であった心理学的効果に着目する必要性を、われわれに気づかせたことである。リバタリアン・パターンリズムは、その効果を利用しようとしたのだが、本章は、その効果を利用する力を国家に与えることに強い警戒感を抱くべきことを論じた。

本章では、もっぱらパターンリズムとリバタリアニズムの不整合について考えてきた。これにとどまることなく、今後の憲法学説は、限定合理的な個人と、同じく限定合理的な政府を前提として、心理学的効果を加味した法解釈を進めていくべきであろう。たとえば、文面審査においてフレーム効果を加味することができるかもしれない。また立法目的・手段審査において、一定の価値観へと誘導する心理学的効果の有無をチェックすることもありうる。心理学的影響を真摯に受けとめ、自由に対する驚異を取り除いていけば、憲法理論はより深化するはずだ。



## 第六章 憲法学における経済秩序——カタラクシーと法の支配

### 一 はじめに

(1) われわれが経済的自由とその制限を語る時、なんらかの「経済秩序」が想定されているはずである。ところが、その「経済秩序」について、憲法典が明示しているわけでもなく、学説において共通の了解があるわけでもない。憲法典に社会権規定が存在することから、“経済的自由は社会主義的観点から制限を服するものなのだ”、“経済秩序は社会主義的な様相を呈しているのだろう”という紋切り型の思考に、われわれは不満ながらも納得してきたのかもしれない。

そのせいか、国家による経済市場への干渉も、それが「経済秩序」にいかなる効果を及ぼすかの議論を抜きにして、政策的判断が著しく不合理でない限り許容されると論じられたり、弱者保護の観点から要請されるとまで主張されたりする。

しかし「経済秩序」の意味を明瞭化しなければ、国家による経済市場への干渉を、正しく論じられないのではないだろうか。「経済秩序」の意味確定を民主過程や立法政策にゆだねることは、自由保障の砦たる憲法の名折れではないだろうか。

民主主義や民主制のプロセスは、集団的決定の方法に過ぎず、決定内容の正しさを保障するわけではない。内容の正しさは、自由をどれだけ保障しているかによって決せられるのではないか<sup>(1)</sup>。その自由こそ、憲法が保障しているのである。

それゆえに、憲法上の「経済秩序」の意義を明らかにし、そこで保障されるべき自由を論じ、経済市場への国家的干渉の是非を、丁寧に問い直す必要があるのである。

(2) 本章は、以上の問題意識を基底として、以下のことを論じていく。

二では、営業の自由論争にみられた経済秩序の理解を参考にしながら、現在の憲法学が想定している経済秩序について概観する。ここでは、独占禁止法のような競争促進法、すなわち国家介入による人為的な秩序化を憲法は求めているのか否かについて、導入的な分析をおこなう。

三では、社会科学にとっての「秩序」の意義を考察する。社会科学は自然科学と異なり、

---

(1) 自由の意味については、いわゆる社会民主主義的な自由から、リバタリアニズムの自由まで多様である。自由ほど多義的な概念もないかもしれない。

方程式に代入する数値を確定できない。それゆえ、計算尽くの機械仕掛けのような秩序観は採用できないことを論じる。これとは異なり、伝統や慣習といった意識的ではなく成長してきたパターンやルールといった制度こそが秩序であることを論じる。

このような秩序の理解にたったとき、経済秩序で繰り広げられる競争はいかなる意味を持つのかを四で考察する。競争は新たな発見を促し、取引を促進する。自由な取引は知識の拡散に寄与する。知識の獲得は新たな利潤機会を発見する力となり、競争を活発化する。競争プロセスを通じてパターンが形成され、制度が自生する。制度は予測可能性を高め知識の節約に役立つことをみる。

続く五では、経済秩序へ干渉する法律の具備すべき属性を、法の支配と関連させながら論じる。憲法 29 条 2 項の「公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」との規定は、法律がいかなる属性をもつべきことを求めているのだろうか。それは法の一般性・抽象性という法の支配および経済秩序とかかわる問いとなる。本章での考察は、終章の社会的正義の観点からの経済秩序への干渉を検討する基礎となる。

以上の考察により、憲法上の経済秩序の意義が明らかになり、経済的自由の規範としての有効性が高まり、国家による経済秩序への干渉を統制するための規範として、憲法が今よりも有効に活用されなければならないことが示される。

## 二 憲法学の想定してきた経済秩序

### 1 憲法における経済秩序

#### (一) 営業の自由論争

(1) 憲法学説の多くは、憲法 22 条 1 項は営業の自由を保障していると解し、営業の自由は、自らが独立して営利を追求する自由だと理解している<sup>(2)</sup>。

この立場からすれば、資本家が様々な英知や狡知を振り絞って市場でのシェアの増大、独占を目指して活動することを制限する独占禁止法は、営業の自由の制限の一場面だと理解されることになる。ここで前提とされている経済秩序は、基本的には、資本家の自由な

---

(2) たとえば、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）300 頁、阪本昌成『憲法 2 基本権クラシック〔第四版〕』（有信堂、2011 年）224 頁。

競争を許す経済秩序，であるといえる<sup>(3)</sup>。

(2) これに対して，通説的な憲法学説を独占放任型の自由論であると批判し，営業の自由は，資本家の独占的利益獲得の自由ではなく，むしろ独占企業による支配から市場を解放することを意味するのだ，との主張が経済史学者からなされ，論争を呼んだ。営業の自由論争である<sup>(4)</sup>。この立場は，次のように主張する<sup>(5)</sup>。

(a) 営業の自由は，国家によって作出される資本主義的市場経済秩序という公序であり，その憲法的保障は制度的保障のかたちとなる<sup>(6)</sup>。

(b) 経済的自由は公共の福祉の下で成立し，独占禁止法こそが公共の福祉の内容をなしている。

(c) 独占禁止法は営業の自由の具体化立法である。

(d) 憲法 22 条で問うべきことは，独禁法が営業の自由を侵害しているかではなく，独禁法の軽視あるいは無視が，22 条に違反していないかである。

(3) 憲法学（あるいは行政法学）説は，経済史学と法学との相違を強調しながら，公序としての営業の自由論を採用できないと説くものが主流だったが<sup>(7)</sup>，次のように，国家からの自由在先立つ国家による自由という主張に好意的な立場もあった。

(ア) 歴史的に見れば，市民革命によって成立した国家権力が，自由放任主義の土俵を創設するために，営業の自由を諸個人に強制した。

(イ) 産業革命後，産業資本主義の段階になって，営業の自由は国家による攪乱を排除するための国家からの自由に変換した。

---

(3) 自由を成り立たせるための規整，自由を実質化するための規制，社会的正義の観点からの規制，民主主義の観点からの規制がありうることは後に述べる。

(4) 岡田与好『独占と営業の自由』（木鐸社，1975 年），同『経済的自由主義』（東大出版会，1987 年）参照。

(5) 営業の自由論争について簡潔なまとめとして，厚谷襄兒「独占禁止法と憲法」北大法学論集 49 巻 6 号 13-16 頁がある。

(6) 同 13 頁。

(7) 今村成和『『営業の自由』と憲法及び独占禁止法——岡田与好氏の批判に答える』公正取引 236 号（1970 年）20 頁以下。

(ウ) 国家の不介入による自由放任は、私的独占の自由を放任する形式的自由である。

(エ) これは独占の形成を許容し、促進する。

(オ) 国家独占資本主義段階で、国家による統制、国家介入による営業の自由の回復、独占の統制による実質的自由の回復のため、独占禁止法が誕生した。

こうしてみると、憲法と独占禁止法の関係は、自由権としての営業の自由を社会国家的または弱者保護的に規制するという関係ではなく、独占禁止法が「私」的独占を「公共」の見地から規制し、憲法上の「自由」を確保するという関係となる<sup>(8)</sup>。すなわち、「独占放任型の自由」と「独占禁止型の自由」の対抗として議論できる、というのである<sup>(9)</sup>。

(4) 営業の自由論争の焦点のひとつは、独占の禁止という要請を、営業の自由を基礎としてその制限と捉えるのか、独占の禁止という基礎のうえで営業の自由を論じるのか、にある。その相違が、自由の制限なのか公序なのかという憲法解釈の構造様式の相違を生み出し、実定法解釈に影響をあたえるものと思われる。

しかし、ここで着目すべきは、共通点である。

独占放任型の営業の自由論は、22条で保障される営業の自由といえども、公共の福祉によって制限されると説くだろう。通説的には、公共の福祉には社会国家的公共の福祉が含まれる。ゆえに社会的正義または福祉国家の観点から、営業の自由＝独占を目指す経済活動は一定の制限を受けると構成されることになる。

独占禁止型の営業の自由論は、まさしく独占のない競争秩序がすなわち公序であり、公共の福祉であるのだから、独占を目指す経済活動は憲法の想定する経済秩序にそぐわないと診断されることになるだろう。

かくして、双方の立場ともに、“私的独占の禁止は、憲法上要請される”と考える点で共通しているのである。

本章は、かつての営業の自由論争のいわば通奏低音となっていた旋律，“私的独占は憲

---

(8) 「公共」という用語は要注意語である。「私」といったとき、その担い手として具体的な個人が想起されるが、「公共」の担い手は誰なのか。国民や社会は観念にとどまり、具体性に欠ける。この曖昧さゆえに、「公共」がマジックワードとなるおそれがある。

(9) 厚谷・前掲注(5)15頁、樋口陽一『何を読みとるか憲法と歴史』(東京大学出版会、1992年)137頁。

法的に禁止されなければならない”に疑いの目を向けるものである。

## (二) 経済秩序の憲法上の位置づけ

(1) 憲法学は経済秩序をどのように位置づけているのだろうか。これについて定説はないように思われる。が、経済的自由権の憲法上の位置づけから、経済秩序の位置づけに関するおおよその妥協点を見出すことができるかもしれない。

代表的な学説に拠れば、経済的自由権は「封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために主張された権利であり、市民革命当初は、不可侵の人権として厚く保護された。しかし、現代においては、経済的自由はむしろ社会的に拘束を負ったものとして、法律による規制を広汎に受ける人権と理解されている」<sup>(10)</sup>という。

これにみられるように、通説的憲法学は、経済秩序を、社会的正義の観点から整序されたものと理解しているように思われる。このような経済秩序を、ここでは自由市場経済秩序に対して、社会的市場経済秩序と呼ぶことにしよう。ある論者は、これを「見えない憲法」であると評している<sup>(11)</sup>。

(2) 通説的な見方は次のように考えているものと思われる。“憲法は経済的自由を保障すると同時に、社会権的な基本権を保障していることから、福祉国家、弱者保護をその内容とする社会的正義の観点から、自由市場経済を人為的に統制し秩序づけることが必要だ”。ここでは、憲法と経済秩序の関係は、経済市場を憲法的価値観に服従させる関係であると理解される<sup>(12)</sup> (①)。

社会的正義や価値観を度外視しても、市場取引は所有権や基本的な取引ルールの確定がなければ十分に機能しないかもしれない。その意味では、憲法は市場経済の前提となる法

---

(10) 芦部信喜『憲法〔第七版〕』（岩波書店、2019年）233頁。

(11) 棟居快行「日本的秩序と『見えない憲法』の可視化」『憲法学再論』（2001年、信山社）55頁。

(12) 憲法の選択に沿って発展する他律的存在としての市場といえる。須網隆夫「憲法と市場経済秩序——市場の成立条件と市場のあり方の選択」季刊・企業と法創造6巻4号46頁。

的な基礎づけを与えている、との指摘もありうる<sup>(13)</sup> (②)。

これに対し、自由の前国家性を強調すれば、次のようにもいえる。経済秩序は自然権としての所有権と自発的な交換のルールによって自生的になりたってきた。この自生的な秩序を憲法は保障しており、国家権力による人為的な介入を阻止する力を付与している。ここでは、経済秩序は憲法とは無関係に発展する自生的なものだと理解される<sup>(14)</sup> (③)。

憲法と経済秩序には①から③の諸相があるとの指摘は、憲法と経済秩序の距離感には3つモデルが考えられるという指摘と共通点をもっている。そのモデルとは、(a)制度論(ルソー・モデル)、(b)純粹自然的自由論(ハイエク・モデル)、(c)折衷論(ロック・モデル)である<sup>(15)</sup>。

ルソー・モデルは、経済市場を憲法的価値に沿って人為的に設計する立場であり、先の①に対応するものと理解できる。ハイエク・モデルは、経済秩序の前国家性を強調する③に対応するだろう。ロック・モデルは、脱価値的、論理的に法秩序の先行性を主張する②と重なる部分がある。

(3) ここで憲法と経済秩序の関係の諸相のうちのひとつを排他的に採用するのではなく、経済秩序の複雑性や複合性を指摘しながら、折衷的な解決を模索するのが一見正しいように見える。しかし、折衷的立場は矛盾をはらむ危険がある。

①については、憲法が一定の社会的正義の実現を要請しているという主張そのものに問題を含んでいるし、後に論ずるように、自生的秩序は社会的正義を受け付けないだろう。そうなれば、①と③の折衷は難しいように思われる。

②についてはどうだろうか。市場経済の動脈である価格メカニズムが機能するためには

---

(13) ある論者はこういう。憲法は市場が機能するために必要な一定の条件を整備する役割を果たす。財産権や営業の自由などの保障が、市場経済の成立を法的に基礎づける、と。同 46 頁。

(14) 市場経済に対する国家の公的介入を、憲法が規律するのだ、という。同 46 頁。

(15) 棟居快行「憲法と経済秩序——解釈論上の問題の所在」季刊・企業と法創造 6 巻 4 号 (2010 年) 107 頁。

(ア)所有権制度，(イ)独立した主体，(ウ)契約の自由が必要であると説かれる<sup>(16)</sup>。そして公正競争のためには“競争を規律するルール”と“競争者の存在”が必要であり，それらを整備するのは国家の責務であるという者もある<sup>(17)</sup>。

この見解において，競争の意義が定かでないため，競争のルールの意味や，どの範囲の者が競争者となるのかが不明瞭である<sup>(18)</sup>。また市場が効果的に機能するためにはルールが必要である<sup>(19)</sup>ことは後にみるが，そのルールの提供者が国家でなければならない必然性もないだろう。所有権や基本的な取引ルールも国家以前に自生したルールだとも考えられるからである。

(4) 市場は人為的に設計された規制，政府による規制なくしては成立し得ない後国家的な存在なのだ，との指摘もある<sup>(20)</sup>。

金融市場や電気通信市場などを例にあげながら，国家によってはじめて成立する市場の存在を指摘し，経済秩序には国家による規制が不可欠であるとする者もある<sup>(21)</sup>。

これに対しては，完成された国法制度の下でなくても経済的自由は成立すること，国家

---

(16) 濱田盛一「経済憲法としての独占禁止法の学び」立命館経済学 52 巻特別号 2 (2003 年) 19 頁。

(17) 須網・前掲注(12)47 頁。

(18) 本章はカタラクティックな競争という L・ミーゼス(L. Mises)の主張に賛同する。これによれば，市場におけるすべての行為者は競争者となる。ミーゼスの見解については，L・ミーゼス(村田稔雄訳)『ヒューマン・アクション——人間行為の経済学』(春秋社，2008 年) 参照。

(19) 不法行為によって取引ルールを破る者を取り締まるための警察組織は，市場機構に不可欠ではないか，との疑問もあろう。しかし，犯罪への対処は基本的枠組みではない。市場は自発的な交換によって成立するのであって，警察機構なしに成立し得ないわけではないからである。構成的要素ではなく，事後的あるいは二次的な統制の問題だということである。

(20) 長谷部恭男「憲法学から見た規制と消費者保護」ジュリスト 1139 号 (1998 年) 16 頁。

(21) 須網・前掲注(12)48 頁。

に依存しない個人の自由な意思による交換は国家に論理的に先行し、歴史的にもそういえることを主張し、反対する論者もある<sup>(22)</sup>。また同様に市場の成立と制度化とを区別しながら、制度設計のルールと市場介入との区別の必要性を説く主張もある<sup>(23)</sup>。本章は、法規整によって作り出された市場があるとしても、それをもって市場が一般的に法規制に依存するとはいえないと考えるので、後二者の主張に賛同する。

このように考えると、②と③の接ぎ木、すなわち憲法外で自然と発展した秩序である経済市場の構造的または機能的条件整備の役割を国法が担うと考えることにも慎重でなければならぬだろう。本章は後に、③の自生的秩序概念（あるいはハイエク・モデル）からの一貫した説明が、憲法における経済秩序を正しく理解する道であると論じていく。

(5) 憲法は明示的に経済秩序を規定していない。それゆえ、実定法の運用や解釈に、憲法上の経済秩序を探る手がかりを求めることも有効たりうる。

経済憲法とも呼ばれている独占禁止法<sup>(24)</sup>は、その1条において自らの目的を次のように規定している。「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発

---

(22) 棟居・前掲注(15)102-103。棟居は、むしろ表現の自由は社会、国家が成立してはじめて有意味になるともいう。

(23) 中島徹『財産権の領分』（日本評論社、2007年）79-80頁。

(24) 次のような指摘がある。独占禁止法は、制定時期や精神において、憲法とは双子のような存在である。戦後の財閥解体は、国家主導型・官民共闘型の経済運営と相容れない、独占企業の分割によって形成された民主的な経済秩序と競争的な市場経済を推進することを目的とした。愛敬浩二「憲法と独占禁止法——規制緩和のなかで規制目的二分論を考える」法学セミナー 598号（2004年）18頁。この指摘において、“民主的な経済秩序”が何を指すのか明らかではない。“民主的”を“社会民主主義的”と読めば、本文中でふれた福祉国家的な社会的正義を憲法的価値とみながら自由市場へ介入する立場と近いものとなるだろう。



達を促進することを目的とする」。

この目的条項の解釈について判例は、「公正な競争秩序の維持，すなわち公共の利益の実現を目的としているものであることが明らか」<sup>(25)</sup>であるという。また，不当な取引制限に関わる法 2 条 6 項にいう「公共の利益に反して」とは，「自由競争経済秩序」に反することであり，これが「直接の保護法益」であるという<sup>(26)</sup>。

ところが，肝腎の「公正な競争秩序」や「自由競争経済秩序」の中身について，確たる内容を示してくれていないのが現状である。

ある論者は「公正な競争秩序」は市場の条件整備（先の②）のための介入を排除するものではないこと，また秩序の自生性をみとめつつも（先の③），自生的なものとして放置することも問題であり，一定の制約は否定できない，と折衷的な立場を説く。そして「公正な競争秩序」は人権制約根拠なのか，それとも人権内容そのものか，と自問する<sup>(27)</sup>。

こうして憲法と経済秩序の問題は，独占的利潤追求をする営業の自由を保障するのか，それとも独占を禁止する公序なのかという，最初の営業の自由論争へと巻き戻された。経済秩序の意味についての手がかりを，実定法の解釈運用にもとめて飛び立った着地点は，跳躍地点であった，ということになる。

憲法論は営業の自由論争から跳躍し，「公正な競争秩序」や「自由競争経済秩序」の意味を確定し，独占禁止法の解釈に指針を与える地平へと着地しなければならない。この地平を目指す説として，次に憲法 29 条と独占禁止法とを重ね合わせて解する説をみてみよう。

## 2 29 条と競争および独禁法

### (一) 29 条 1 項と競争促進

政府による規制の緩和・撤廃が喧伝されていたとき，それとセットで独禁法の適用範囲

---

(25) 主婦連ジュース事件（最判昭和 53 年 3 月 14 日民集 32 卷 2 号 211 頁）。

(26) 石油カルテル事件（最判昭和 59 年 2 月 24 日刑集 38 卷 4 号 1287 頁）。

(27) 井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性——経済活動に対する規制と比例原則」季刊・企業と法創造 7 卷 5 号（2011 年）38 頁。

の拡大、執行力の強化も叫ばれた<sup>(28)</sup>。規制緩和・撤廃によって生じた空白地帯を私企業が賢しく利用し、価格カルテルや入札談合のような競争制限の発生することが懸念されたからである。

この主張の背景には、独占禁止法は競争を促進する法律であること、私企業による財産の行使は、独禁法による制限に服することで憲法適合的となり、競争はより促進されることが含意されていると思われる。

この思考によれば、財産の利用を定める 29 条 1 項は独占禁止法をその内容とし、競争の維持・回復を要求する規定であるということになる。そして日本国憲法の想定する財産権秩序は、公正かつ自由な市場の維持を含んだ 29 条 1 項の財産権観のうえに成立しているのだ<sup>(29)</sup>、という。

この説は、現在しばしば眼にする巨大合併などは、憲法 29 条 1 項の観点から許されないものだ<sup>(30)</sup>という。

営業の自由論争において公序であるとされた自由市場経済秩序は、29 条 1 項のなかに読み込まれることとなろう。この経済秩序は人権そのものとなるか、制度的保障だということになるだろう。この立場は、29 条 1 項は独占禁止法型の経済秩序を想定していると解釈することになるだろう。

## (二) 29 条 2 項と競争制限

(1) 29 条 1 項と 2 項の関係については、諸説ある。そのうち、29 条 2 項は、1 項で規定する財産権の制限規定であると捉えたうえで、1 項の解釈について (一) で述べた説に立つとしよう。

その場合、2 項は 1 項で規定する独占禁止型の自由を制限することを定めていると解することになるだろう。すなわち、2 項は 1 項の競争促進的内容を外側から限定する、競争

---

(28) 愛敬浩二「憲法学は『規制緩和』にどう向き合うか——憲法からみる“独占禁止法と規制緩和”」法学セミナー 619 号 (2006 年) 22 頁。

(29) 樋口陽一「憲法にとっての経済秩序——規範形式と規範内容からみて」季刊・企業と法創造 6 巻 4 号 (2010 年) 17 頁。

(30) 同 18 頁。

制限規定なのだということになる<sup>(31)</sup>。

憲法を全体構造の観点から分析すれば、25条から28条の社会権的基本権の保障が際立つ。それを表とするならば、裏が必ずあるはずだ。それこそが29条2項である、というのである<sup>(32)</sup>。

換言すれば、29条1項の自由市場経済秩序は、社会的正義という競争促進とは別の憲法的価値によって制限を受けるということになる。

(2) 29条1項を競争促進、2項を競争制限規定と読み解くこの見解は、経済秩序について独占放任型の自由市場経済秩序ではなく、独占禁止型の自由市場経済秩序を想定している点が特徴である。ここで想定されている自由は、整序された自由であり、競争は整序された自由の下での競争となるだろう。人為的に統制された秩序の下での競争、秩序ある競争を憲法上の経済秩序であると考えられることになる。

この1項＝競争促進・2項＝競争制限説は、その前提となるだろう1項＝自由保障・2項＝自由制限という解釈にも異論があるが、それを脇に置いておいても、二つの問題点を指摘できる。

第一に、1項の自由を“整序された”，あるいは“秩序ある”自由と解釈することによって、自由のもつ妨害排除機能を低下させる恐れがある。第二に、社会的正義の観点からの市場介入を拒絶するための歯止めがない点である。

とりわけ第二の点は、経済学者から“憲法学者は、時代錯誤の理論で、政府の競争制限規制をきわめて寛大に正当化している”と非難される元凶であろう<sup>(33)</sup>。

### (三) 目的二分論と経済秩序

(1) 経済的自由規制に関するいわゆる目的二分論に関する議論からも、憲法と経済秩

---

(31) 樋口陽一『いま憲法学は「時代遅れ」か 〈主権〉と〈人権〉のための弁明』（平凡社，2011年）54-55頁。

(32) 樋口・前掲注(29)17頁。

(33) 馬川千里「憲法と経済活動の自由」駿河台法学 16巻2号4頁以下。愛敬・前掲注

(24)17頁。

序の関係をさぐることができる<sup>(34)</sup>。

裁判所の立場を公衆浴場判決から読み取ると、次のようにいえるであろう。1955 年判決<sup>(35)</sup>は、浴場の濫立・過当競争が不衛生をまねき、利用者の健康を害するという理論構成をとり、消極目的規制につき合憲判決を出した。

ここで最高裁は、競争が過当競争にならないように国家が秩序づけることを是としたと思われる。すなわち、憲法が正当とする競争は、独占放任型の自由競争ではなく、“秩序づけられた自由のもとでの競争”あるいは“秩序ある競争”であると考えたものと思われる。

最高裁への反対論を二つに分ければ、ひとつは、独占放任型の自由競争の制約（従来憲法学が主張してきた 22 条 1 項のいわゆる営業の自由の公共の福祉による制約）とみて、公衆浴場の距離基準が公共の福祉にかなわず、自由を侵害するという主張となろう。他のひとつは、独占禁止型の経済秩序を前提としながら、秩序ある競争、すなわち競争を秩序づけるやり方（参入規制）が過剰・不適切であったという主張となろう。

1989 年判決<sup>(36)</sup>は、1955 年判決の延長線上に位置づけることができる。同判決は、業者ないし利用者を社会的弱者とみて、経済市場への法的干渉を正当化した。最高裁は、憲法における経済秩序の措定を 1955 年判決から変更することなく、社会的正義（弱者保護）という経済秩序外の観点から、経済市場への干渉を認めたと解しうる。

1989 年判決には、1955 年判決にみられた自由市場擁護の立場からの反対論が影を潜め

---

(34) 次のような指摘がある。22 条 1 項の経済的色合いは、人格的価値と結びつけられることで薄められている。目的二分論は、経済的自由権へのバイアスを緩和するために用いられている。ゆえに、競争秩序との関係を憲法学は論じることがなかったのだ。井上・前掲注(27)40 頁。

(35) 最大判昭和 30 年 1 月 26 日刑集 9 卷 1 号 89 頁。

(36) 最判平成元年 1 月 20 日刑集 43 卷 1 号 1 頁，最判平成元年 3 月 7 日民集判時 1308 号 111 頁。

たことが指摘されている<sup>(37)</sup>。その理由のひとつは、社会的正義の実現、あるいは社会国家的公共の福祉は、独占放任型の自由論者が前提とする経済秩序と座標軸を異にすると考えられたからかもしれない。

後にみるように、独占放任型の経済秩序、すなわち独占を目指す経済活動の自由を率直に認める市場経済秩序は、社会的正義と鋭く対立するはずである。この点が見過ごされたわけではないが、従来の憲法学説は、積極目的の名の下に、社会的正義の主張を安易に容認してきたことは間違いない。

(2) “秩序ある競争”を是とし、憲法論を打ち立てようとする立場は、憲法が競争をいかに秩序づけようとしているのかを論じなければならない。ところが憲法論としては、“憲法は経済秩序を選択していない”として、政策的判断についての立法裁量に委ねる立論<sup>(38)</sup>が支持されているように思われる。そして裁量の広狭は法律の目的や種類に応じて変化すると説かれる。典型的なのは消極目的規制か積極目的規制かの別である。近時は、その分類の限界が指摘され、別の分類が提唱されてきている。

(a)「直接規制／間接規制」はそのひとつである<sup>(39)</sup>。前者は参入規制や価格規制といった競争制限を直接意図した規制であるという。これは競争的市場機構を成り立たせなくするものであるり、経済的自由にとって強度の規制となるだろう。後者は時・所・方法に関する規制であり、私的独占や不公正な取引方法の規制であるという。これは競争的市場機構の維持を前提としている。

あるいは(b)「経済的規制／社会的規制」の別を説く者もある<sup>(40)</sup>。これは経済学の分野

---

(37) 中島・前掲注(23)86-87頁。中島は、学説が1955年判決に自由主義経済・自由競争論から反対を唱えたにもかかわらず、1989年判決にはうってかわって好意的な態度をとることを疑問視する。

(38) 石川健治「営業の自由とその規制」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)149-150頁。

(39) 植草益『公的規制の経済学』(NTT出版、2000年)21-27頁。石川・前掲注(38)150頁。井上・前掲注(27)39-40頁。

(40) 平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準(上)」ジュリスト1078号(1995年)57頁以下。愛敬・前掲注(24)18頁。

で採用されている分類である。前者は自由市場経済の市場原理である自由競争を妨げる規制（参入規制や価格規制等）であり例外的でなければならぬとされる。後者は外部不経済を是正するための規制（生命身体の安全、公安風俗の維持、公衆衛生等）であり、私的自治の原則を尊重し必要最小限度でなければならぬとされる。

(a)は規制する側の意図に依拠している点で、曖昧さを残す。何を意図した規制かではなく、その規制の効果がどう現れるかを基準に考えるべきだろう。社会現象は意図したとおりに生起するわけではないからである。この点、(b)は規制の効果に着目した分類といえる。とはいえ、外部不経済を測定する根拠は、後にみる知識問題や主観主義の観点から正当化できないと、本章はみる。

(3) 消極目的規制と積極目的規制はともに、消費者の市場アクセス権の制約として再解釈できる、とする立場もある。

これによると、生命身体への弊害の除去を目的とする消極目的規制は、危険であることを承知でより安価な物を買おうとする消費者の自由に対する、パターンリスティックな制約だということになる。

社会的・経済的弱者保護を目的とする積極目的規制は、効率の劣る生産者を延命するものだから、品質の悪い、価格の高い商品の生産を保証することに寄与する。この規制により、金銭的に恵まれない弱い消費者は、購買機会を減少させられることになる。端的に言えば、積極目的規制は、弱い消費者から弱い生産者への富の移転である、ということになる<sup>(41)</sup>。

この立場は、規制者の立場でも生産者の立場でもなく、消費者の視点から規制の正当性を吟味する点で優れている。生産者間の競争を方向付けるのは、国家による誘導でも生産者の談合でもなく、消費者の選択であるはずだからである。

消費者の選択が競争を誘導するのだとすれば、憲法上の経済秩序の考察も、消費者ベースでなされるべきだろう<sup>(42)</sup>。この点については後にみる。

---

(41) 棟居快行「規制緩和の憲法論」『憲法学再論』（信山社、2001年）346頁。愛敬・前掲注(24)18頁。

(42) もっとも棟居は、国家による経済市場への介入を現実の消費者選択から離れて認める。本章のように消費者の選択を徹底的に重視しているわけではない。

### 3 本章の方向性

#### (一) 経済的自由の不可欠性

(1) 憲法における経済秩序の位置を画定していくには、経済的自由を表現の自由と比べて格下であるとするバイアスから解き放たれることが必要である。今日では、経済的自由権が低価値であるとあからさまに論じることは少なくなり、かわりに民主制のプロセスにとって必要か不要かという区別が有力になってきた。これによれば、経済的自由の問題は民主制のプロセスで回復可能であるから、政治部門の裁量に任せてよいということになるだろう。

あるいは経済的動機は萎縮的効果を恐れる必要が無く、規制に対する耐性があるといわれることもある。

この経済的動機とは何を意味するのだろうか。それがあれば、法規制は緩やかに認められるとってよいのだろうか。

おそらく、人が経済活動に励むのは、よほどの守銭奴でもない限り、貨幣獲得それ自体を目的としているわけではないだろう。その意味で、経済的動機は貨幣獲得目的と同義ではないはずである。

たしかに人々は貨幣を獲得しようとする。これを経済的動機ということもある。

しかし人々が貨幣を獲得しようとするのは、人々の諸目的を成就へと結びつける条件として最も有用なものが、現代社会においては貨幣だからであろう。貨幣が最も広い選択の幅を与えてくれるからである。

したがって、ここでいう経済的動機は、人々の追求する諸目的を達成する力への欲求をさしていると理解すべきだろう<sup>(43)</sup>。人々はそれぞれの目的をもっている。目的は表現かもしれない。宗教かもしれない。いずれにせよその目的を達成するには、力が不可欠であり、現代社会において、それは経済的手段なのである。それゆえに、経済的動機は金銭獲得にとどまらず、人間行為の諸目的達成のための不可欠の手段を獲得する意図なのだと理解されなければならない。

---

(43) 山中優『ハイエクの政治思想——市場秩序にひそむ人間の苦境』(勁草書房, 2007年) 193頁。

(2) であるならば、経済的自由の統制は、人間行為の目的の統制につながる。経済的自由の統制は、人間活動の経済的側面という一部の統制にとどまらない。人間のあらゆる目的追求に不可欠な経済的手段の統制、人間活動の全面的な統制となるのである<sup>(44)</sup>。

F. A. ハイエク (F. A. Hayek) は、次のようにいう。人間活動の目的を選択するのは精神であるとしても、目的を実現できるかどうかは、必要な手段を利用できるかどうかにかかっている。したがって、手段に支配力を及ぼす経済的統制はどんなものであっても、目的にも支配力を及ぼす。印刷機を統制すれば表現の自由が、部屋の利用を統制すれば集会の自由が、輸送手段を統制すれば移動の自由への支配力となるのである<sup>(45)</sup>。

このように考えれば、経済的自由や経済秩序の有り様を、民主制のプロセスや立法裁量に委ね、表現の自由のみを手厚く保護すればよいという考え方は、結果として憲法上の自由、人々の目的追求活動への制限を、緩やかに容認することになるだろう。本章はこのような考え方に与しない。

## (二) 経済秩序と 22 条と 29 条

(1) 本章は、次節以下で、憲法上保障されるべき経済秩序について論じていく。そこにおける、22 条と 29 条の位置づけについて、簡単な見通しを述べておこう。

本章は、諸個人のそれぞれの目的追求行為が矛盾無くおこなわれることを重視する。各人の目的追求に経済的自由が不可欠であることは既にみた。

各人の目的追求のために何がどれだけ緊急に必要とされているかは、国家や官僚はもちろん、経済学者や経済アナリストが事前に知ることはできない。それは市場における価格メカニズムによって事後的にのみ知ることができる。

この価格メカニズムが機能するには、自由市場の存在が不可欠である。自由市場においては、何人も自ら選択するどの分野にでも自由に参入でき、競争し、生産することができるし、外部的な圧力を受けないで、財産を購入し、加工し、販売できる。

個人は自由市場において相互関係を取り結ぶことで豊かさを手に入れ、結果として社会

---

(44) 楠茂樹『ハイエク主義の企業の社会的責任論』(勁草書房, 2010 年) 80 頁。

(45) 萬田悦夫『文明社会の政治原理——F・A・ハイエクの政治思想』(慶應義塾大学出版会, 2008 年) 104-106 頁。



の豊かさをも提供できるのである<sup>(46)</sup>。

ハイエクはいう。「個人主義の偉大な著者たちの主たる関心は実際、人間がかれ自身の選択によって、そしてかれの日常的行動を決定する諸動機から、他のすべての人びとの必要にできるだけ多く貢献するように誘引されるような、一揃いの制度を見つけることであった。そして偉大な著者たちは、私有財産制度が従来理解されていた程度をはるかに超えてそのような誘因をまさしく与えていることを発見した」<sup>(47)</sup>。

市場がかかる自由市場であるためには、競争の自由、私的所有権、交換の自由が保障されなければならない。本章は、競争の自由は憲法 22 条 1 項で保障され、所有権、交換の自由は 29 条で保障されるものと解する<sup>(48)</sup>。

(2) 競争の自由と所有権、交換の自由を保障すれば、生産者は企業家精神を發揮し、消費者の需要に応えるような生産活動をおこない、利潤を獲得するだろう。そのような企業家による競争プロセスにおいて、各プレイヤーが衝突することを回避するために、制度やルールが自生する。この自生的な制度やルールこそが秩序である。この意味での自生的秩序を憲法は保障していると本章は論じていく。ある論者は、自生的に成立する規範複合体を憲法規範に取り込むアイデアが制度的保障である、と論じている<sup>(49)</sup>。

このように解した場合、自生的秩序の性質、競争の意味を正しく理解することが、憲法

---

(46) 豊かさと自由とを結びつけ、貧しいことを自由がない状態だと考えることの誤りについては、*See*, M. N. ROTHBARD, *MAN, ECONOMY, AND STATE: A TREATISE ON ECONOMIC PRINCIPLES: WITH POWER AND MARKET: GOVERNMENT AND ECONOMY SCHOLAR'S EDITION* 654 (2004). 版は異なるが邦訳として M・ロスバード (吉田靖彦訳) 『人間、経済及び国家——オーストリア学派自由市場経済学原理 (下巻)』 (青山社, 2001 年) 502 頁。

(47) 山中・前掲注(43)106 頁。

(48) 棟居は、消費者が自由競争の当事者としてその利益を享受しうるとは、営業の自由の保障するところであるとし、受け手の営業の自由を主張できるという。棟居・前掲注(41)345-346 頁。しかしながら、消費者が利益を享受することを自由の名で呼ぶべきではない。競争は消費者の満足を充たす性質をもっているため、その反射として消費者は利益を享受しているに過ぎない。とはいえ、消費者は競争の主導権を握っているのではある。

(49) 棟居・前掲注(15)111 頁。

上の経済秩序を正しく理解するうえで不可欠となる。

ここで簡単に触れておくと、本章は、ハイエク同様に、競争を発見のプロセスであると理解する。生産物を高い価格で生産し、消費者に選好される商品を生産しない生産者は、競争のステージから退場せざるを得なくなる。

(3) 競争プロセスを憲法上保障することの規範的意味はなにか。

それは、競争力に劣る生産者を保護すべきという命題でも、魅力的な商品の生産者を保護する政策を打ち出すべきという命題でもない。

なぜならば、どの生産者が資源を効率的に使用するか、あるいは未知を具現化するか、それ自体、競争が明らかにする事柄だからである。競争のプロセスのみが、最も有効な資源の利用者を見出し、未来を現実にするのである。

それゆえ、競争プロセスを憲法上保障することの規範的意味は、優れた発見プロセスである競争プロセスに、国家は介入すべきでない、ということである<sup>(50)</sup>。

(4) 本章は競争プロセスへの干渉に警戒的である。それゆえに、需要曲線と供給曲線から均衡点を割り出し、最適性を判断し、そこからの乖離を政策で是正する、という考え方には明確に反対する。

需要曲線や供給曲線は、不動の事実として存在するのではなく、現在進行中の競争プロセスの結果である。そのプロセスは不可避免的に変化するので、均衡点からの乖離を是正するためと称する干渉の根拠とできないからである<sup>(51)</sup>。

同様に、計画がもたらす利益の計算、評価手続きによる価格の決定等も、利益や価格が市場による競争プロセスによってのみ明らかになることを考えれば、その基礎を失う<sup>(52)</sup>。

---

(50) F. A. HAYEK, INDIVIDUALISM AND ECONOMIC ORDER 104 (1949). [邦訳] F・A・ハイエク (嘉治元郎＝嘉治佐代訳) 『個人主義と経済秩序 (新版)』 (春秋社, 2008 年) 144 頁。

(51) F. A. Hayek, "Competition as a Discovery Procedure," Translated by Marcellus S. Snow, *The Quarterly Journal of Austrian Economics* vol. 5, no. 3 (fall 2002) at 9, 18. 邦訳の参考として F・A・ハイエク著 (古賀勝次郎監訳) 『経済学論集』 (春秋社, 2009 年) 198 頁参照。

(52) ハイエク・同訳書 130, 135 頁。計画当局は、土地に対する管理権を自由市場で支払うよりも安い価格で手に入れることを法律によって可能にするだろう。同訳書 129 頁。

独占やカルテルを禁止し競争を促進するための法規制・国家介入も同様である。企業の最適な規模やカルテルの効率性なども語ることができない以上、それを根拠とする市場への干渉も警戒されなければならない。経済活動の妥当性は、市場における競争プロセスの結果、すなわち消費者の現実の選択の結果でしか表現されないのである。

### (三) 小結

#### (1) ここまでをまとめよう。

憲法は経済秩序について明示していない。だからといって、立法裁量に完全にゆだねることは、経済的動機が諸個人の目的追求のための手段として不可欠であることから、妥当ではない。憲法の保障する経済秩序を画定することは、憲法上の全自由保障の構造的な条件であるといっても過言ではない。

従来の憲法学は、経済秩序そのものについての検討というよりは、経済秩序へのいかなる介入が許されるのか、を論じてきたように思われる。そのひとつが営業の自由論争だった。

営業の自由論争は、「独占放任型の自由」と「独占禁止型の自由」のどちらをベースにするかの論争であったといえる。前者は独占禁止法が公共の福祉に反するか否かを司法審査することになるが、後者は独占禁止法は公共の福祉そのものであるとする。このどちらの立場に立ったとしても、経済秩序へのある種の介入は許されると帰結される点では同じである。

(2) 経済秩序とはなにか、という真正面からの問いは、経済秩序へのいかなる規制が許されるかという問いに改変された。それへの回答はいくつか寄せられている。目的二分論やその発展系であるいくつかの類型論がそれである。

市場における競争を成り立たせるための規制や、競争を促進するための規制は許容されるが、競争禁止は許されないとする立場は、経済秩序を自由市場経済秩序であると解する立場と整合的である。他方、社会的経済的弱者保護のような市場外の価値の強制も許されるとする立場は、経済秩序は社会的市場経済秩序であると解する立場と整合的である。

もっとも、ふたつの経済秩序は排他的ではなく、ひとつの経済秩序の二つの側面に過ぎない、といえなくもない。

しかしながら、後にみるように、折衷的立場は、秩序、競争、独占という概念を明らかにしていけば、不可能であろう。

(3) 論者によって、競争秩序、という語が用いられることがある。経済現象から生じる秩序は競争のみによって形成されるわけではないことからすれば、競争秩序は経済秩序の一部であるとみるのが正確だろう。

競争は自由競争と社会的競争に区別できる。もっとも、社会主義者も自由を主張するため、自由主義との区別が不明となるほどである。このように「自由」の言葉は手垢にまみれているため、「自由」と「社会」を対置させて論ずることは誤導的かもしれない。

そこで、本章は自由競争の意味を、他者から強制されないという意味での自由な競争と解する。そのプロセスから生じる秩序を“競争秩序”と表現する。そうではなく、あるべき状態に近づけるように国家が干渉して作り上げられる競争を“秩序ある競争”と表現した。

一定の価値観に基づく競争を促進するための国家介入を許容する立場は、“秩序ある競争”を念頭に置いているはずである。ここでは“秩序”や“競争”の意義が明らかにされなければならない。

本章は、“秩序ある競争”に懐疑的である。ゆえに次章以下で“秩序”，“競争”，“独占”について明らかにし，“秩序ある競争”という経済秩序は、憲法の求めるものではないことを論じる。

### 三 秩序，パターン，制度

#### 1 接近方法

##### (一) 枠組みの用意

憲法学はいかなる経済秩序を保障していると解するのか。この問いに答えるために、いくつかの概念を明らかにしなければならない。それに先だって、分析のための方法論に関して若干の説明をしておこう。

ハイエクは、自然科学と社会科学の相違を次のように説明している。自然科学における演繹的推論は機能的な一般化の結果である仮説から出発する。社会科学における演繹的推論は、既知の経験的諸要素から直接出発する。それを利用して、直接の観察が確定し得ない

複雑な現象の中の規則性を発見する<sup>(53)</sup>。

ここでいう規則性は、社会全体の行動や変化についての法則ではない。それは社会の構造的な諸関係の枠組みである。ハイエクは、社会科学の理論は、われわれが個別の事実を結びつけるさいに役立つ推論の手法を提供することを目標とし、それは証明されるものではなく、首尾一貫しているかどうかを検証され得るだけである、という<sup>(54)</sup>。

またハイエクは次のようにもいう。法学を含めた社会科学の課題は、個人の行動を説明することではない。これは心理学の課題だ。自ら理解しうる個人の行動タイプを分類し、それらの分類を発展させることが、社会科学の課題なのだ<sup>(55)</sup>、と。

ハイエクのこの指摘に従い、本章は、市場における現実の行為者が、いかなる行動をとるかに焦点を当てる。決して、理想的な行為者（経済合理人や理性的な一般人ではない）であれば採るはずの（採らなければならない、採るべき）行為を前提としない。

憲法の役割は、合理的に構築されたモデルを諸個人に押しつけることではなく、現実の個人の選択行動から形成された秩序を保障することであると、本章は論じていく。ハイエクにいわせれば、かかる秩序が形成されていること発見し、国家行為がこれを侵害していることを見抜くことが、社会科学における憲法学の課題だということになるだろう。

## （二） 帰結の探求と社会科学的事実

S・フリートウッド(Steve Fleetwood)は、社会学者は心理学者と違って、なぜある主体が対象をXとして知覚するのかということではなく、主体が対象をXとして知覚することから生ずる帰結はなにかということの問題とする、という<sup>(56)</sup>。ハイエクは、社会学者の任務は、主体のもつ信念が妥当か否かではなく、主体の信念を理解し、それに続く行為

---

(53) HAYEK, *supra* note 50, at 126. 訳書 176 頁。山崎弘之『ハイエク・自生的秩序の研究——経済と哲学の接点』（成文堂，2008 年）127 頁。

(54) *Id.* at 72-73. 訳書 102-103 頁。

(55) *Id.* at 67. 訳書 95 頁。

(56) S・フリートウッド（佐々木憲介＝西部忠＝原伸子訳）『ハイエクのポリティカル・エコノミー——秩序の社会経済学』（法政大学出版局，2006 年）78 頁。

を追跡することだ、という<sup>(57)</sup>。

これらの指摘を受け入れるならば、たとえば、ハンマーや気圧計といった存在は、物理的観点からだけでなく、人々がそれらをどう眺めているかという観点からも定義されなければならない<sup>(58)</sup>。本章の分析についても同様に、主体が外的世界をどのように知覚しているかに関心を払わなければならない。本章がこれから探究していく概念にも、人々がそれをどのように理解しているかという観点からアプローチしていくことになる。

人々の知覚には大別すれば明示と黙示のふたつある。したがって、人々は外的世界において明確に知覚している知識に基づき行為するときと、知らず知らずに従っているルールに導かれて行為するときがあることになる。

たとえばフリートウッドは次のようにいう。「もしある主体が（誤って）ハンマーが魔力を持っていると考え、この誤った想念に基づいて行為するならば、そのような誤った想念が生じたのはどうしてか、この誤った想念を形成したり持続させたりする社会的実践、権力構造あるいはイデオロギー的要因は何か、それに続く主体の行為の帰結は何か、といった事柄を社会学者は知りたいと思うであろう」<sup>(59)</sup>。

この例でいうならば、権力構造やイデオロギーに、主体は知らず知らずに従っていることになるだろう。本章が明確にする経済秩序にも、この意味で、主体が明確に知覚しているわけではないが従っているような秩序が含まれうる。そのような秩序も、憲法上の経済秩序の意義を明らかにするうえで、探究しなければならない対象となる。

以上の方法論的な注意点に留意しながら、「秩序」の意味を考えてみよう。

## 2 社会の秩序

### (一) 社会を秩序づけるもの

(1) 何が社会を秩序づけているのかを探究することは、社会科学のひとつの大きな課

---

(57) 同 73 頁。またドゥルーズは、人間に関する科学としての哲学は、原因を求めるべきではなく、効果を探らねばならない、原因は認識され得ない、という。山崎・前掲注(53) iv 頁。

(58) フリートウッド・前掲注(56) 70-71 頁。

(59) 同 53 頁。

題であった。

T・ホブズ(T. Hobbes)であれば、自己保存のための自然権を各人がもつことで生じる万人の万人に対する闘争というカオスを秩序化するために、自然権を君主に譲渡することが必要だというだろう。ホブズは、君主の絶対的権力に、秩序の源泉をみたのである。

J・J・ルソー(J. J. Rousseau)であれば、見えない鉄鎖につながれている人々を解き放ち、一般意志にのみ従うことで、人々は自然状態と同じく社会状態においても自由を享受できるというだろう。ルソーは一般意志に、秩序の源泉をみたのである。

ホブズやルソーにみられる社会契約説は、人間行為は放っておくと無秩序をうみだす、あるいは現前のゆがんだ秩序は秩序化されざる人間行為の帰結であることを前提としていたものと解される。それゆえに、人為的な仕組みによって秩序を与えねばならないこと、無秩序を人間の理性によって秩序化しなければならないことを論じたのである。

(2) 人間の理性によって社会を秩序化しようとする社会契約説は、社会を設計できるという人間知性の傲慢である。ハイエクならばそう批判するだろう。ハイエクは、人間の合理性や理性を徹底的に疑った。社会現象は複雑であり、人間の知性で設計し、構築し、制御することなど不可能であると考えたのだ。人間の合理性を信用しないならば、政治社会の起源を人間の意図的な行為や契約に求めることはできない<sup>(60)</sup>。

ハイエクの議論にのるならば、社会契約説は社会秩序、経済秩序の考察には不適合ということになる。

(3) 社会現象は、人間知性に飼い慣らせるような代物ではないにもかかわらず、われわれの社会が完全な無秩序に陥っていないのはなぜか。

それは、たいていの啓蒙思想家が無秩序の源泉に他ならないと推定した制度、すなわち経済市場のおかげである。そこに秩序の源泉があるのだ。これがアダム・スミス(A. Smith)の見立てだった<sup>(61)</sup>。

人間知性が行為のさいに考慮することのできる他者や状況等は、全体からすれば無視できるほど小さい。それゆえ、人間社会全体を理性的に考えて合理的に行為することは、事実上、不可能であり、あり得ない。その意味で、各人は思い思いに行為するし、それしか

---

(60) 萬田・前掲注(45)31頁。

(61) フリートウッド・前掲注(56)4頁。

できない。かかる行為の結果を、社会全体の利益へと変換するシステムがなければ、社会はカオスとなるはずである。その変換システムが市場であることに、B・マンデビル(B. Mandeville)やスミスが気づいたのである。マンデビルにいわせれば、“私益すなわち公益”<sup>(62)</sup>、スミスにいわせれば“見えざる神の手”<sup>(63)</sup>である。

## (二) ノモスとテシス

(1) 経済が社会を秩序化するという理解にたてば、経済秩序の考察はすなわち社会全体の秩序の考察となろう。憲法上の経済秩序の考察も、人間行為が織りなす社会的相互関係の全般にわたる秩序から切除して考えるのは妥当ではない。とはいえ、本章において社会秩序全般を論じることは不可能である。ここでは経済秩序の考察が、そのような地下茎をもっていることを意識しておかなければならないことを指摘するにとどめる。

(2) 社会に秩序を形成している経済をエコノミーと理解してはならない、とハイエクはいう。

ハイエクに拠れば、「言葉の厳密な意味でのエコノミーは、だれかが資源を単一のヒエラルキーに計画的に配分する組織や制度のことである。市場によって生み出される自生的秩序はそのようなものではなく、重要な点ではそれは厳密な意味でのエコノミーのように作用しない」<sup>(64)</sup>。

この指摘によれば、いかなる目的にいかなる資源を配分するのが最適なのかを計画し、実施することは、単一の個人の連続的行為である限りにおいてのみ、意味のある分析となる<sup>(65)</sup>。これに反して、経済全体は単一の知性によって統制できる組織ではない。それゆえに、経済秩序をエコノミー的に把握してはならないのである。

(3) 組織と市場を区別するハイエクの考察に拠れば、組織の秩序と市場の秩序は全く異なることになる。前者は「つくられた」秩序であり、後者は「成長した」秩序であると

---

(62) B・マンデヴィル(泉谷治訳)『蜂の寓話 私悪すなわち公益』(法政大学出版局, 1985年) 参照。

(63) A・スミス(大河内一男監訳)『国富論Ⅱ〔第七版〕』(中公文庫, 1997年) 120頁。

(64) Hayek, *supra* note 51, at 14. 訳書 191-192。

(65) HAYEK, *supra* note 50, at 35. 訳書 51頁。



表現できる<sup>(66)</sup>。

作られた秩序は、熟慮のうえで意図的に作られ、作り手の意図に必ず役に立つ性質をもつ。目的依存的な秩序である。

成長した秩序は、特定の意図を持っておらず、多種多様な目的に間接的に貢献する。目的の独立的な秩序である。成長した秩序は、目的達成の命令ではなく、多様な目的を追求する各人の行為が具えておくべき一定の抽象的な属性を示す。

ハイエクは、権力によって制定された組織の諸規則をテシスとよび、人間社会で自生的に生成・発展してきた慣習や伝統としての規則をノモスと呼んだ<sup>(67)</sup>。

経済秩序は、エコノミーの概念が当てはまる組織ではあり得ない以上、テシスを経済秩序の特徴とみることはできない。経済秩序は諸個人の目的追求行為を調整するための抽象的な属性を示すノモスからなっていると考えなければならない。

(4) かつての部族社会のような小集団においては、連帯や分配的正義という部族の単一目的のために諸個人が命令されるテシスが社会の秩序であったと、ハイエクはいう。部族社会から文明社会すなわち市場社会に移行するにつれて、ノモスが成長してきた。現代の文明社会は、ノモスによって自生的に形成された秩序によってなりたっている。

ところが、市場が高度に発達してきた現代においても、連帯や正義という単一目的に、人々の心はなびく。ハイエクはそれを、部族社会への先祖返りであるという。

先祖返りというハイエクの指摘の妥当性はともかく、現代社会においても、たしかにテシスによって秩序形成されている組織が存在する。市場において活動する企業（小集団）等がそれである。そして組織の目的を市場に一般化しようとする努力も散見される。

しかし、正義や連帯といったテシスを、組織内部から市場へと拡大し、連帯一色で染め上げようとしてはならない<sup>(68)</sup>。逆に、市場におけるノモスを組織内部に持ち込み、組織を解体させることもしてはならない。

われわれは市場でノモスにしたがって行為する個人であると同時に、小集団の一員とし

---

(66) 山中・前掲注(43)100-102頁。

(67) 楠・前掲注(44)51頁。

(68) 萬田はハイエクとA・ギデنز(A. Giddens)の連帯についての考え方の相違を比較検討している。萬田・前掲注(45)10-11頁。

てテシスに統制される。二つの世界に同時に住んでいるのである。この二つの世界の二つのルールを混同してはならないのである。

だが現実には、組織は内部の構成員を市場から遠ざける結果をうみ、ハイエクが部族社会への先祖返りと指摘した連帯や分配的正義を志向するようになる。人々のもつこの正義の感覚は、開かれた文明社会、市場社会の正義感覚に影響を与えずにはおかない<sup>(69)</sup>。

それゆえ、経済秩序に関する主張はノモスとテシス、秩序や正義の入り乱れたものとなっているように思われる。ノモスとテシスをかぎ分けることは、経済秩序の解析のための異物を取り除くために重要な視点となる。

### (三) 意図に拠らない社会理論

(1) ノモス、すなわち人の合理性の発露でも計画の結果でもないルールによって、秩序が形成されているという主張には、合理主義の立場からの反論が予想される。合理主義者ならば、人間の理性が発見する全ての秩序は、人間の意図的設計の産物である、というかもしれない。

しかしながら、人間の達成した偉業の土台となっている制度は、設計し指令する知性に拠らずに生起し、機能している<sup>(70)</sup>。実際に、言語、道德、法および貨幣<sup>(71)</sup>といった文明の基本手段は、設計の結果ではない。

たしかにそれらの制度は、人間の行為の集積した結果である。しかしながら、そうした制度を生み出すことを意図してなされた行為ではなかった。このことを、A・ファーガソ

---

(69) 楠・前掲注(44)72頁。

(70) HAYEK, *supra* note 50, at 6-7. 訳書 11頁。

(71) いうまでもないが、法と法律の区別はここでも重要である。法と貨幣については、組織された権力がそれらを支配し、徹底的に腐敗させてしまった、という。F. A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY VOL3. (1982) 163. [邦訳] F・A・ハイエク(渡部茂訳)『法と立法と自由Ⅲ——自由人の政治的秩序〔新版〕』(春秋社, 2008年) 222-223頁。楠・前掲注(44)112頁。

ン(A. Ferguson)は「人間の行為の結果であるが、人間の設計の結果ではない」<sup>(72)</sup>と表現した。

(2) 社会の秩序は人間の英知の産物ではないとするスミスやハイエクの理論は、理性の役割を低く評価している。理性は完全ではなく、きわめて限定的な役割しか果たさないと考える。人間は合理的でも聡明でもなく、非合理的で誤りを犯す存在であることを率直に認めるのである。人間の誤りを訂正し、不完全な材料をできるだけよく活用できる仕組みが、自生的にできあがり、秩序を形成していると考えているのである<sup>(73)</sup>。

この過程を通じて、個人の知性をはるかに超えるような偉大なことを、人類は成し遂げてきた。ハイエクは、個人の知性の限界をはっきりと意識し、人間の知識を超えた非人格的な無名の社会過程に対して謙虚でなければならないことを説いている<sup>(74)</sup>。

(3) かかる社会理論のアプローチは、憲法上の経済秩序に次のような示唆を与えてくれる。

二でみたように、“市場は国家による条件整備があってはじめて機能する”とか、“市場は人為的に設置される”といった理解は、経済秩序を人為的に設計しうるものと想定しているように思われる。

自由市場は、たしかに人類が生み出した最大級の発明である。しかし、その市場という制度すら、“人間の行為の結果ではあるが設計の結果ではない”のである。ハイエクに拠れば、私有財産権や契約の自由という市場経済を支える規範は、平和と繁栄をもたらすことを意図して導入されたものではない。市場経済が18世紀のイギリスで発達したのは、支配者への不信に起因する偶然の産物である。すなわち、信頼に足りない支配者の権力を制限した結果として、個人の自由が拡大し、予期せぬ形で物質的繁栄をもたらされた。この物質的繁栄をもたらしたのは何だったのかと事後に振り返ってみてはじめて、自由主義の体系が発達したのだ、という<sup>(75)</sup>。

---

(72) F. A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY VOL1 (1973) 20. F・A・ハイエク『法と立法と自由 I ——ルールと秩序〔新版〕』（春秋社、2007年）30頁。

(73) HAYEK, *supra* note 50, at 8. 訳書12頁。

(74) *Id.* at 32. 訳書38頁。

(75) 山中・前掲注(43)121頁。

ハイエクのいうように、人知を越えた社会過程に敬意を表し、人間理性の思い上がりを反省するならば、憲法上の経済秩序に関しても、設計主義的なアプローチをとるべきではない。経済秩序は、テシスによって組織化し、設計するには複雑すぎる。経済市場における諸個人の営みを調整するために自生したノモスの体系を尊重し、ノモスによって形成されている自生的秩序を可能な限り良いものとするような仕組みが望まれる。憲法が経済秩序として保障しているのは、このような秩序であると解すべきである。こう理解すれば、憲法が求めていることは、諸個人が自分自身の計画を有効に追求する能力を最大化するような制度的構造を確保することである<sup>(76)</sup>、といえる。

#### (四) 私益を変換するシステム

(1) 経済秩序は人間の意図した結果ではないが、個人の意図が反映される秩序である<sup>(77)</sup>。個人の意図できることは、自分自身と自分の関心の及ぶ範囲の事柄に限られる。それは世界全体から見ればほんの一部に過ぎない。

限られた世界で、個人が望ましいと思うことは何であれ、それを得るために努力することを許されるべきであるという主張が個人主義である<sup>(78)</sup>。

個人主義でありながら、個人の関心の外にある必要に貢献するような仕組み、それが市場という制度なのである。

(2) 市場における個人のふるまいを方向付けるのは、ノモスである。ノモスは、経済秩序のなかで、個人の意図を反映させるために機能する。

しかしながら、自生的なノモスのみで経済秩序が語り尽くされるわけではない。人為的なルール（法律等）も経済秩序の一部を形成していると考えられる。

ハイエクはノモスによって自生的に形成された秩序をカタラクシーと呼んでいる。ばらばらの個人の目標が平和裡に達成されるのはこのカタラクシーが存在しているからであ

---

(76) スティーヴン・ホーウィッツ「解説」(ハイエク・前掲注(51)訳書所収) 236 頁。ハイエクは理性を放棄することを論じたのではなく、理性の限界を受け止めて、それを適切に行使すべきことを強調したのだという指摘がある。萬田・前掲注(45)69-70 頁。

(77) 山崎・前掲注(53) v 頁。

(78) HAYEK, *supra* note 50, at 15. 訳書 18 頁。

る。カタラクシーにおける個人のふるまいをより確実なものとし、諸個人間の相互行為をより円滑なものとするのに寄与する人為的なルールは、ノモスと整合的であるといえる。ハイエクはこの種のルールを正しい行為の規則として、法思想の中核としている<sup>(79)</sup>。

経済秩序の考察において、ノモスが作り出す秩序すなわちカタラクシーをがいかなる性質をもち、いかなる国家介入を禁止するかを探究することが不可欠であり、くわえて、カタラクシーを促進する人為的な制度はいかなる性質をもたねばならないか、市場と整合的な正しきルールとは何かを確定していくことが求められる。

### 3 制度・ルールと無知

#### (一) 無知と価格メカニズム

(1) 個人はなぜ秩序を守るのか。この問いは、実のところ発想が逆転している。というのも、カタラクシーはノモスで形成された秩序だが、ノモスは人々の反復的・回帰的行為が典型的状況、すなわちパタンとして個人に認識された結果として成長したルールだからである。ゆえに秩序は人々に従われているから秩序なのであって、秩序だから守られているわけではないのである。

したがって、問いをたてるのならばこうなる。“人々が反復的・回帰的行為をするのはなぜか”。その答えを先にいえば、それは人々が無知だからである。

(2) 無知を克服しうるだけの理性が人には備わっているという立場、あるいは完全情報下で行為する合理的経済人の立場からすれば、人々は効用関数に従い、効用を合理的に極大化する行為をとるとされるだろう。現実には人々は完全情報をもっていないから、人々にできる限り情報を与えるか、情報をもつ者の判断に従わせるような法制度設計あるいは政策が必要とされることになるだろう。この立場は、合理主義的な設計によって、人々の無知を克服しようと試みられることになる。

しかし理性を疑う立脚点からは、自らの行動の帰結を事前に計算しつくす能力にも限界があることが前提とされる。また時間の経過とともに思いもよらない変化が生じるという不確実性は、行為者の知識を常に変化させる。それゆえ、現在の知識に基づく将来志向的

---

(79) 楠茂樹「法における『経済』, 経済における『法』(1)——ハイエク社会哲学再訪」  
産大法学 40 卷 3・4 号 (2007 年) 289 頁。楠・前掲注(44) 42 頁。

選択は、常に効用を極大化するわけではないのである。

(3) 人々の無知は克服されなければならない、という信念は、人々の無知が本質的・体質的なものであることを考えれば、放棄せざるを得ない。“なしうることを考える”のではなく“考えないでもできる”ことを増やすことが求められるのである<sup>(80)</sup>。そうであるならば、われわれは無知を克服しようとして、多くの情報を知ろうと努力するのではなく、無知であってうまく対処できる仕組みを発見しよう努力しなければならない。

この仕組みとしてハイエクが最重要視するのが、情報伝達メカニズムとしての価格メカニズムである。価格メカニズムは、われわれが行為するのに要する知識を大幅に減ずる。われわれは自分自身の目的追求のために何をすべきかを正しく判断するために、価格を頼りにすれば良いのである<sup>(81)</sup>。

## (二) 無知とルール

(1) もっとも社会において行為する諸個人は、価格メカニズムのみによって情報を得ているわけではない。たしかに価格は各個人に何をなすべきかを教えてくれる。その情報をシグナルとして行為する個人相互間で、財の獲得をめぐる競争がおきる。競争のなかで反復して繰り返される状況は、やがてノモスとなり、カタラクシーを形成する。このカタラクシーを形成しているルールに関する知識も、諸個人がとぼしい知識で最大の効果を得るのに役立っている。フリートウッドは、さらに、社会的ルールも無知を完全に埋めることはなく、種々の社会構造がその空間を埋めているという<sup>(82)</sup>。

人々は無知であるが、ルールに従うことで、無知でありながら目的達成のための適切な行為を選択できる。人々がルールに従い、制度を利用するのは、無知だからなのである<sup>(83)</sup>。

---

(80) HAYEK, *supra* note 50, at 86-88. 訳書 121-123 頁。

(81) たとえば、熱帯雨林で一匹の蝶が羽ばたいたことが、気候の変動を引き起こし、小麦の不作を招き、パンの生産が減ったといった事実を知らなかったとしても、われわれはパンの価格だけを見て、パンを買うべきか米を買うべきかの判断が可能となるのである。

(82) フリートウッド・前掲注(56) iv。

(83) G・オドリスコル＝M・リッツォ（橋本努＝井上匡子＝橋本千津子訳）『時間と無知の経済学——ネオ・オーストリア学派宣言』（勁草書房，1999年）140-141頁。

人が行為決定に際し、理性的に計算できると仮定すれば、ルールなどいない。ルールは理性の産物ではなく、無知の産物だと考えなくてはならない。

(2) ハイエクは、個々の活動を秩序へと統合するのは、ルールに支配される側面だという<sup>(84)</sup>。人間は合理的計算者ではなく、ルール遵守者であり、社会的ルールを遵守する能力によってこそ、主体が社会経済的な事柄を処理し、かなり高い成功の見込みを得ることが可能になる、という<sup>(85)</sup>。

伝統や慣習というノモスは、自由社会の中で自生し、強制の要素によることなく定着していったものである。このノモスにより予測可能性が格段に高まる。

ハイエクは、このノモスには、明白な理由がない限り従わなければならないという。存在理由を誰も知らなくても従わなければならないのだ、ともいう<sup>(86)</sup>。

後にみるように、人が行為するのに知識が必要であるが、その知識は必ずしも内容に関するものである必要はない。やり方に関する知識で十分なのである。“なぜなのか分からないが、こうやればうまくできる”という知識で良いのである。

それゆえに、慣習や伝統が不合理であると感じられても、それに従うことには理由がある。とはいえ、慣習や伝統に従わないことを自発的に選択する個人に、従うよう強制することを求めるわけではない。人為的な法制度のなすべきことは、個人の自由な協力が最大限発揮されるような枠組みを提供することにとどまる<sup>(87)</sup>。

(3) 市場が機能するには、複雑な依存状態を安定化させる法的・政策的な制度基盤の整備が不可欠である、との指摘が急進的主観主義の立場からなされる<sup>(88)</sup>。この主張は、経済社会の自生的秩序の形成をハイエクのように楽観的に信じない立場からのものである。この立場によれば、ノモスの形成自体が疑わしいものとなるであろうから、人為的な制度によりいっそうの期待がなされる。そのような制度は、他人の行為の予想をある程度可能

---

(84) 萬田・前掲注(45)210-211頁。

(85) フリートウッド・前掲注(56)227頁。

(86) HAYEK, *supra* note 50, at 22-23. 訳書 27-28頁。

(87) *Id.*

(88) 尾近裕幸＝橋本努編著『オーストリア学派の経済学 体系的序説』（日本経済評論社、2003年）257-260頁。

にする枠組みとなるからである。

とはいえ、人間の理性も信じるには足りないため、無知を完全に克服することはできない。設計主義的に秩序を形成することはできないのである。

では、どうするか。

急進的主観主義の立場からは、法制度が不変の構造をもたねばならないことが指摘されている。法制度が不変であるためには、何をなすべきかの知識（内容の知識＝knowing that）を伝達するものであってはならない。なぜならば、現実の時間の中で、内容の知識は絶えず変化しているからである。現在の知識は、未来を指向する意思決定のためには、既に古い。法制度は、そのような状況の変化に対処し、一定のタイプの問題を解決するためのやり方に関する知識（方法の知識＝knowing how）を伝達するものでなければならない。

ここで急進的主観主義の立場に立つかはさておき、人為的な法制度が具備すべき特性、伝達すべき知識についての指摘は示唆的である。知識の問題については次節で扱う。

#### 4 秩序、パターン、ルール、制度の関係

##### （一） 制度・ルールはパターンとしての秩序

（1） ここまで、制度、ルール、パターン、秩序という概念をやや散漫に使ってきた。ここで、これらの概念の関係を確定しておこう。

本章は、憲法上の経済秩序の意義を明らかにしようとしている。そこにいう「秩序」の意味は、理性によって設計された秩序ではないことを述べてきた。人間の振るまいの蓄積によるノモスがカタラクシーを形成しているのだった。くわえて、ノモスと整合的な正しい行為のルールも経済秩序の一部を形成していると述べた（その内容については後述する）。ここで想定してきた秩序を端的に言えば、秩序は一定のパターンであるといえる。

ハイエクは秩序を次のように定義している。「様々な種類の多様な諸要素が相互に密接に関連しているので、全体の空間的時間的一部分を知ることから、残りの部分に関する正確な期待、若しくは少なくとも正確さを証明できる可能性の大きな期待を我々が形成しう



るようになる、事象の状態」<sup>(89)</sup>。

(2) 秩序すなわちパタンは、行為者の繰り返される社会的相互行為のなかで検出され、知識を節約しつつ予測可能性を高めることに寄与する。この意味でのパタンは制度といえる。

制度に関して、ダグラス・C・ノース(Douglas C. North)は、次のようにいう。「制度は日常生活に構造を与えることにより不確実性を減少させる。それは人びとの相互作用にとっての指針である。……制度は人々が自分たちの相互作用を形作るために考案したどのような形態の制約をも含む。……制度は、合衆国憲法のように、創造されうる。あるいは、コモン・ロー〔慣習法〕のように、それは長期にわたって次第に生まれてくるかもしれない」<sup>(90)</sup>。そして前者をフォーマルな制約、後者をインフォーマルな制約と呼び、ともに制度であると論じている。

ノースはインフォーマルな制約も制度と考えていることから、“人間によって設計された”制約のみを制度と考えているわけではないことが分かる。またノースは、制度と組織を区別することの重要性を説いている。

本章でいうパタンは、この意味での制度なのである。

制度派経済学者G・ホジソン(G. Hodgson)は、制度の情報機能について述べている。それによれば、ルーティンも公式の制度も、多かれ少なかれ人間行為の固定化されたパタンを確立することによって、他の主体に対して実際に情報を供給する機能をもっている<sup>(91)</sup>。この意味では、ルールも制度である。ルールは、他の主体の行為をパタン化し、行為を推測するための情報を供給する機能をもっているといえるからである。

---

(89) HAYEK, *supra* note 72, at 36. 訳書 50 頁。楠茂樹「独禁法における『競争』の理解及び『競争』とルールの関係についての検討(一)——ハイエク競争論及びルール論の視点から」法学論叢 147 卷 3 号(2000 年) 82-83 頁。

(90) D・ノース(竹下公視訳)『制度・制度変化・経済成果』(晃洋書房, 1994 年) 4 頁。インフォーマルなルールには、制裁, タブー, 慣習, 伝統, 行為の規則が含まれ, フォーマルなルールには、憲法, 法律, 所有権等がふくまれる。楠・前掲注(44) 11 頁。

(91) G・ホジソン(八木紀一郎=橋本昭一=家本博一=中矢俊博訳)『現在制度派経済学宣言』(名古屋大学出版会, 1997 年) 第 6 章。フリートウッド・前掲注(56) 170-171 頁。

行為者の視点から見れば、制度はふるまいのルールであるといえ、一種の社会規範であるといえる<sup>(92)</sup>。

(3) 要約しよう。秩序はパターンである。パターンは制度である。制度はルールを含む。ルール遵守行為はパターンを強化する。

パターン、ルールと制度については、ある論者による次のようなまとめが適切である。“行為のパターンとしての制度は、第三者が観察したときの記述的なとらえ方であり、行為のルールとしての制度は、行為従事者が行為するさいの規範的なとらえ方である”<sup>(93)</sup>。

これを憲法上の経済秩序にあてはめて考えれば、次のようになる。経済秩序は、経済的行為のパターンである。そのパターンは制度として、行為者に情報を供給する。制度にはルールが含まれる。ここでいうルールはノモスでありノモスと整合的な正しい行為のルールを含む。

これに自由権は対国家的防御権であることを付け加えれば、諸個人の反復的・回帰的行為のパターンとしての制度・ルールへの国家的な干渉を憲法は排除することが導かれる。

次に諸個人が目的追求行為のプロセスにおいて、いかにしてパターンあるいはルールを検出するのか、パターンがいかにしてカタラクシーを形成するのかをみておこう。その後、節を改めて、経済秩序、すなわちパタンの複合としてのカタラクシーの規範内容を明らかにすることにする。

## (二) パタンの認識

(1) 本章は、経済秩序を考察するのに、あるべき法や法秩序といった観点ではなく、行為する人々の現実の選択を重視した。行為する人々は、社会的相互行為のなかで典型的な状況においてパターンを見出すだろうと述べてきた。ここで、人々はいかにしてパターンを見出すのかについて、述べておく。

人々が事物を認識するとはいかなる意味なのか。この問題は、一方で心理学の課題であると同時に、他方で哲学の問題でもある。本章は社会科学とりわけ法学と経済学に取り組

---

(92) 楠・前掲注(44)11頁。

(93) 阪本昌成「財の自由市場とアイディアの自由市場」季刊・企業と法創造6巻4号(2010年)43頁。

むものであるから、この双方の議論を子細に検討するのは守備範囲外であるし、筆者の能力を超える。ゆえに、ここではハイエクの見解を中心に、瞥見するにとどめる。

(2) ハイエクは、行為がルールによって導かれる場合、神経系がパターン検出器として機能しているという。ある行為主体が、他者の行為をルールによって導かれているものとして認識したり、認知したりするという心の作用が存在すると指摘される<sup>(94)</sup>。

この心の作用に着目し、認知心理学を応用した行動経済学は、ある事柄の認識が人を一定の行為に導く傾向を指摘し、法制度設計に役立てることを主張している<sup>(95)</sup>。

ハイエクの議論は、それとは趣を異にしている。ハイエクは、人の意図的行為の定型性＝パターンを見出すのは誰なのかに関心があったと思われる。なぜなら、かれは自生的秩序を、合理主義者・設計主義者が前提としている合理的な観察者を批判するなかで論じているからである。不思議なことに、主流派の経済学は、行為者の持つ知識・情報を“所与”としている。しかるにこの情報は、現実には、行為者がなんとかして知覚しなければならぬはずである。合理的な観察者にとって所与あるいは認識できたとしても、行為者に認識しえないのならば、行為者の行為を導くことはできない。ゆえに、パターンは形成されず、秩序は存在しえないことになるだろう。それゆえ、ハイエクは、行為者の外的世界の認識方法について哲学的に論じたのである。

(3) 哲学上の主観的観念論は、外在的存在物が存在するということを認めるが、「人間がそこに知覚するどの構造も、存在物の客観的特性ではなく、心の認知能力の結果である」<sup>(96)</sup>という。

ハイエクの次の言説は、ハイエクが主観的観念論を採用していることをうかがわせる。「すべての事物はそれらの持つ特性によって定義されるのではなく、人々がそれらについて持つ見解によって定義されるのである。要するに社会科学においては、事物とは人々がそれらがそうだと思うものなのである。誰かがそうだと思うならば、そしてそう思うから

---

(94) 楠・前掲注(44)58-59頁。

(95) 認知心理学を応用したパターナリスティックな介入について、井上嘉仁「ソフトなパターナリズムは自由と両立するか——リバタリアン・パターナリズム論の影——」姫路法学50号(2009年)41頁以下参照。

(96) フリートウッド・前掲注(56)30頁。

こそ、貨幣は貨幣、言葉は言葉……なのである」<sup>(97)</sup>。

ハイエクの哲学においては、対象にわれわれが従うのではなく、対象が現象としてわれわれの表象の仕方に従うのである。すなわち現象はわれわれが作りだしているのである。事実は観察者によって与えられるものではなく、われわれが努力して再構築するものなのである。ハイエクにとっては、経済現象を含む社会現象はすべて、認識や判断とともにわれわれが作りだしているのである<sup>(98)</sup>。

(4) かくして、パタンの複雑な調和であるカタラクシーとしての経済秩序は、諸個人の認識によって形成されることが帰結される。

この議論は、憲法上の経済秩序の議論に次のような示唆を与える。“経済秩序におけるルールは、行為者の認識によって構築される。行為者の認識は、現実の選択によってのみ外的に把握しうる。制度設計者がいかに計画しようとも、第三者が何を認識しようとも、行為のルールとして有意なのは、行為者の認識によって再構築されたルールなのだということである。そしてそのルールが経済秩序を形成しているということである”。

他者の意識的行為は、行為者にとって外在的存在である。それを行為者が知覚し、自ら推論して他者の行為に意味を与える。行為の意味は、客観的な観察者が確定するのではなく、行為者自身の合目的的な行為のパタンに合致することで論じうるのである<sup>(99)</sup>。

各行為者が認識したパタンは、それが相互に共有される段階でノモスとなるといってよいだろう。行為のパタンが制度であり、パタン化を促進するのも制度である。複数のパタンが調整され調和した状態が秩序でありカタラクシーである。この調和を促進することをカタラクシー効率性と呼ぼう。これに資するように、人為的な制度（法律等）は考案されなければならない。

### (三) パタンの調整

(1) ある憲法学者は、経済秩序を次のように表現している。「日々の経済活動それ自体が、定型化され繰り返される契約内容や、公序良俗・信義則についての一定の理解の共

---

(97) HAYEK, *supra* note 50, at 60. 訳書 85 頁。山崎・前掲注(53)220 頁。

(98) 山崎・同 219 頁。

(99) HAYEK, *supra* note 50, at 63-66. 訳書 90-93 頁。

有の上に成り立ち、またその理解を再生産し続けている。広く経済活動に伴って当事者が  
いなく合理的期待一般の集積として、『経済秩序』なり『経済制度』が自ずと形成される。  
……実定法、慣習法、判例法はもとより、事実上の商慣習、さらには個別の取引事例の蓄  
積から得られる『相場』的なものに至るまで、すべてここで言う『経済秩序』に含まれ  
る」<sup>(100)</sup>。

この論者の見方は、本章の見方と類似している。論者のいう「合理的期待一般の集積」  
は、本章でいうパタンそしてその全体としてのカタラクシーであろう。「合理的期待一般  
の集積」は、行為者にとっての規範であり、それに導かれる諸行為は、できる限り矛盾し  
ないよう調整されなければならない。そのことを本章はカタラクシー効率性と呼んだ。

(2) カタラクシー効率性は、いくつものパタンが調整されている状態をさす。このパ  
タンの調整はいかにしてなされるのか。

まずパタンの調整は、パタンに基づく諸行為の無矛盾性によって促進されるのであるから、  
人々がパタンからどのような予測をおこなうのかを考える必要がある。

社会現象は複雑であるから、自然科学の方法を借用して諸行為を予測することはできな  
い。すなわち、方程式に代入する数値の確定が社会科学においてはほぼ不可能であるから、  
自然科学的な確実性をもって、次に社会に生起することを予測することができないのであ  
る。

フリートウッドは予測を次のようにまとめている<sup>(101)</sup>。①予測は個々の事象ではなく現象  
の一定の集合に適用される。②予測は予測された量が属する範囲に適用される。③肯定  
的予測にくわえて否定的予測もきわめて有益である。

これによれば、予測はパタンの予測であり、細部を予測することはできない。すなわち、  
典型的な状況で人がどのように振る舞うかを予測できても、人が具体的にどんな目的をも  
ち、いかなる手段をもっており、いかなる選択をするかを予測することはできないのであ  
る。

(3) 法律や法制度によって、パタンの調整を促進しようとするとき、その法律や法制  
度が持つべき特性は、したがって、諸個人のパタン予測に資するものでなければならない。

---

(100) 棟居・前掲注(15)102頁。

(101) フリートウッド・前掲注(56)84-85頁。

そのためには、法的枠組みが諸個人の信頼できるものとなるような安定性が必要である。そのような法的枠組みを提供できれば、人々は自らの計画を時間のなかで修正あるいは変更し、目的をより容易に達成することができるようになる。時間は変化を生むので、法律や法制度は変化に対して開かれた構造を持たねばならない。これが安定的な枠組みとなるための条件であるといえる<sup>(102)</sup>。

変化には内生的変化と外生的変化の二種類が考えられる<sup>(103)</sup>。内生的変化は、現実時間のなかで生じる不確実性をさす。法制度が、現実の時間の真の不確実性のなかで、行為規範たりうることをが法制度の安定性の条件のひとつとなる。

外生的変化は、内生的変化がパタンの存在を前提としていたのとは異なり、パタンがパタンでなくなるような変化をさす。すなわち典型的状況がもはや非典型的となるような変化である。法制度が安定的であるためには、あらたなパタン形成を妨げることなく、また新たなパタンに役立つような構造でなければならない。

(4) ここまで、憲法上の経済秩序を考察するために、秩序の意味について検討してきた。次に、人々は自生的秩序＝カタラクシーにおいていかにして知識を獲得するのか、ここでの競争の意味を検討しよう。

## 四 競争，自生的秩序，企業家

### 1 知識の獲得

憲法上の経済秩序は人為的に設計された秩序ではなく、自生的秩序（ノモス・制度のネットワークであるカタラクシー）の保障であるべきだと、本稿は述べてきた。その意味での経済秩序を憲法が保障していると考えた場合、制限または促進を目的とした“競争”干渉的国家行為の許容性は、いかに考察されるべきだろうか。競争へのある種の国家的干渉が許されるとした場合、どのような干渉に限定されるべきか。この問題を考える前提として、“競争”の意味を明らかにすること、そして競いあうために欠かせない“情報”や“知識”の獲得について検討しておく必要がある。以下ではまず情報・知識の獲得を、次に競争について検討する。

---

(102) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(83)263-264頁。

(103) 同 134-135頁。

### (一) 情報と知識

“情報”と“知識”は互換的に使用されているように思われる。まずこの二つを区別することが、ここでの議論を整理するのに有用だと思われる。ある論者は、二つの違いを次のように説明している<sup>(104)</sup>。

“いわゆる情報は3つに細分化できる。①センス・データ、②情報、そして③知識である。①は五感に到達した刺激であり、時間的空間的に確認しうる刺激をいう。②は、①を人間主体が理解可能なものへと処理した形態である。③は、②を人間知性が範疇化し意味づけしたもの（情報という形態に中味を付与したもの）をいう。知識は、主体間または主体と外界（対象）との関係を表し、一般化可能で理解可能なメッセージとなっている。情報は、伝達される形態のことであり、個別的で解読のコードをもたない単位をさす。”

この論者の示す定義によれば、われわれは知性を駆使して、センス・データを情報として発信することになる。その情報に含まれるメッセージの授受は、主体間での知識の伝達であると同時に、無関心の人々にとってはセンス・データの垂れ流しに過ぎない、ということになる。

たしかに、情報がある種の器（形式）と捉え、知識をその中味（実質）と区別することは妥当である。なぜなら、ある文字列を情報として受け取った人々が、それをどう理解し各人の知識として蓄積するかは別問題だからである。

しかし、論者のいう一般化可能で理解可能なメッセージとなっていることを知識の特徴と捉えることに、本稿は慎重である。知識には伝達可能なものと伝達不可能な暗黙知<sup>(105)</sup>とがあるからである。暗黙知のような言語化できないたぐいの知識形態も、われわれの行為決定に有用であり、情報伝達システムのなかで授受されると考えられる。われわれは、一般化可能で理解可能なメッセージとして以上に、知識を保有しており、それを活用しているのである。

本稿はそのような知識の特性も加味して、オーストリア学派の指摘する知識に関する次

---

(104) 阪本・前掲注(93)34頁。

(105) 暗黙知の概念は、マイケル・ポランニー（高橋勇夫訳）『暗黙知の次元』（ちくま学芸文庫、2003年）を参照。

の5つの特徴を妥当と考える。知識は、①私的であり、②経験的であり、③ときに暗黙的であり、④すべてが価格シグナルから得られるわけではなく、⑤しばしば驚きの源泉でもある<sup>(106)</sup>。

## (二) 知識獲得の三つのルート

### (1) 価格メカニズム

では、知識はいかにして獲得されるか。

知識は主観的なものであり、一般化・普遍化したり、他人の理解可能なかたちで表出したりすることの困難なことが多い。その難題を克服させるのが価格メカニズムである。価格メカニズムは、主観的な知識を価格という情報へと変形し、社会に伝達するものである。価格は、人びとが現在、相対的に急を要して欲しているものが何なのかを明示している。この意味で、市場価格は、行為者にシグナルを発信し、行為の指針を与えているのである<sup>(107)</sup>。そして行為者は、価格情報から知識を獲得し、意思決定をおこなう。その意思決定を受けて、価格メカニズムは社会全体を調整し、新たな価格を明示する。すなわち、新たに相対的に必要とされるようになったものを、価格情報として提示するのである。

### (2) 経験知

もちろん、知識は価格情報にすべて含まれているわけではない。知識は経験的なものであるから、各人の生活の現場における学習によって獲得される。たとえば空に黒雲がたちのぼれば雷雨になるだろう、という知識は、現場で繰り返し経験したことによって獲得した知識といえよう。あるいは、偶然に発見した事実にもとづく発明によって、技術革新がおきることもしばしばある。

このような価格メカニズムによらない、現場で獲得した知識は、その後、行為者がその知識に基づいて行為することで、価格に埋め込まれる。ひとたび価格に埋め込まれば、価格情報として、価格メカニズムによって他の主体にも伝達されることになる<sup>(108)</sup>。

---

(106) オドリスコル＝リッツォ・前掲注(83)120頁。

(107) 同124頁。

(108) フリートウッド・前掲注(56)108-109頁。



この種の経験によって獲得された知識も、形を変えて価格メカニズムを通じて社会に拡散していくことになるのである。

### (3) 制度

ノモス（それと整合的な人為的ルールを含む）や制度は、いかに行為すべきかに関する情報を伝達している。その意味で、人びとの知識獲得の源泉である。人びとは行為のパターンを発見し、知識をえて、既存の知識と総合し、他者の次なる行為を予測し、各自のなすべき意思決定をする。パターン化された典型的ケースにおいては、各行為者はパターンを規範として行為規準とするだろう。そうすることで、意思決定のコストは低下し、限られた知識をより有効に活用できるようになるからである。

反復継続して形成されたパターンは、規範として遵守されつづけることで、さらに強固なパターンとなる。制度がもたらす知識は、より安定した社会の枠組みの形成に資すると同時に、その知識が安定したものであることを保障する循環的な自己強化の性質をもつ<sup>(109)</sup>。

### (三) 知識の獲得と普及

(1) 以上のように、知識は主として三つの経路で獲得される。ひとつは価格メカニズムを通して、他のひとつは社会における経験を通して、そして最後のひとつは制度を通して。経験知は直接的な知識の獲得であり、価格メカニズムや制度による知識は、価格情報あるいはパターンを通しての間接的な知識の獲得といえる。

価格は、相対的に急を要して必要とされているものはなにかという情報を運んでいる。既になしおえたことの報酬が、価格として示されているのではない。価格はこれからなすべきことを知らせること、すなわちシグナルとして、意味がある。諸個人は、各人の目的を最大限達成するべく企業家精神を発揮し、価格をみながらエコノミ的観点から目的＝手段の枠組みを変更する。このように、価格のもたらす知識は、諸個人の計画を絶えず変更させる動態的特性をもっているといえる。

---

(109) フリートウッドは、イオアンニデスの見解をひきながら、ルールや制度により広められる知識は、諸個人がそのなかで行為する社会の枠組みの安定性を絶えず支持することを述べている。同 220-221 頁。

(2) 同様に、たとえば、技術革新をもたらした発明そのものに関する知識のように、経験によって取得された知識も、当該個人の行為決定の根拠となる。発明そのものに関する知識は、学習等の経験によらなければ、後続者は獲得できないが、獲得後はその者の行為決定に役立つ知識となるだろう。

経験によって獲得した知識は、それを利用した行為により、価格に埋め込まれる。そうして価格メカニズムによって知識は拡散される。その知識は価格という情報に変形しており、発明そのものの知識とは異なる。しかしながら、発明に関する知識が価格情報に化体することで、多数の市場参加者の行為決定が影響を受ける。価格の変化にいち早く気づこうとする企業家は、局所的に獲得された知識を社会に普及させるために重要な役割を担うことになる。

(3) ノモスについては次のことがいえる。“いつ”“どのようにして”ノモスが形成されたのか、人びとが“なぜ”そのようなパターンを規範化しているのかという淵源に関して、人びとは知る必要がない。つまりこの種の知識は、意思決定にとっては不要なのである。なぜだか知らずとも、従うことが自己利益に資することを知っていれば十分なのである。

パターンを発見する能力に長けていることは、企業家精神のひとつである。なぜなら意思決定コストを低下させ、的確な判断を可能にすることは、利潤機会を機敏に発見することにつながるからである。企業家的に行為することで、パターンが発見され、強化され、ノモスが形成され、制度に関する知識が普及するのである。

(4) ここまでみてきたように、われわれにより多くの情報を伝達しているのは、価格メカニズムであり、価格は、さまざまな行為を調整する役割を果たしている<sup>(110)</sup>。知識の普及には、企業家精神と知識獲得ルートとりわけ価格メカニズムの維持が不可欠である。

自生的秩序としての経済秩序が秩序たり得るのは、まさに知識の伝達に価格メカニズムを使用しているからである。価格メカニズムがなければ、諸個人に知識がもたらされず、適切な行為決定がおこなえず、秩序も自生せず、社会は混沌とするだろう。

したがって、知識獲得のルートを開放し、企業家精神をいかんなく発揮させる仕組みが維持されなくてはならない。これにより浮かび上がる経済秩序を憲法は維持していると考えなくてはならない。ゆえに憲法上の経済秩序は、知識獲得ルートの開放と企業家精神の

---

(110) 嘉治元郎・佐代「旧版解説」前掲注(50)訳書 370-371 頁。

発揮のふたつの保障を含むと考えなければならない。

情報伝達・知識拡散のシステムとしての価格メカニズムは、適切なルールの網の目（カタラクシーとそれと整合的な人為的ルール）におかれてこそ作動する。うえてみたように、価格それ自身はルールや制度ではなく、情報や知識の断片に過ぎない。価格に情報や知識が正確に反映されるためには、適切で安定的なルール・制度が必要なのである<sup>(111)</sup>。

価格メカニズムが機能するために必要な基本的な条件としてハイエクは、D・ヒューム(David Hume)のいう基本的自然法をあげている。すなわち、「所有の安定」、「同意による移転」、「約束の履行」である<sup>(112)</sup>。この基本的条件が保障されてこそ、価格メカニズムが機能するのである。経済秩序に不可欠の価格メカニズムを憲法が保障しているとするならば、財産権を保障する憲法 29 条 1 項には、この基本的自然法が含まれると解すべきである。この点については、後に論を深めることにする。

かくして、主観的知識は、価格メカニズムにより価格情報として普及し、諸個人の新たな知識として伝達される。この知識の伝達は、経済秩序の自生に不可欠なプロセスである。人びとは、獲得した知識を利用して、競争をおこなう。この競争は、経済秩序といかなる関係にあるのだろうか。次に競争について検討する。

## 2 競争

### (一) 競争のとらえ方

(1) 憲法学は、経済的自由を論じるさい、市場経済や資本主義経済体制に言及し、自由な競争の重要性と危険性を説いてきた。しかし、競争とはなにか、その規範的な意義に

---

(111) フリートウッド・前掲注(56)218-129頁。

(112) F. A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY: PART 2 FREEDOM AND THE LAW (1960)

158. [邦訳] F・A・ハイエク(気賀健三＝古賀勝次郎訳)『自由の条件Ⅱ 自由と法(新版)』(春秋社, 2007年)37頁。楠・前掲注(44)63頁, 楠・前掲注(79)300頁。

ついて明確にしてこなかったのではないだろうか<sup>(113)</sup>。それでいて、競争の行き過ぎは悪であり、適切な水準の競争が望ましい、などと論じることは誠実とはいいがたい。まずは、憲法が求める規範的意味の競争を明らかにしなければならないのである。

その方途として、ちょうど司法権の内容を裁判所法3条が具体化していると解釈すると同じように、競争を適正化しようとする独占禁止法が、憲法上の競争概念を具体化しているかもしれない。そこで独占禁止法2条4項をみると、次のようである。

この法律において「競争」とは、二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。

- 一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること
- 二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること

この定義において、競争は一定の状態をあらゆる静的なものとなっている<sup>(114)</sup>。この定義は、主流の経済学における競争の定義と類似している。すなわち、完全競争や有効競争のように、市場の構造的条件として競争を捉えるやり方である<sup>(115)</sup>。それは個々の事業者の行為ではなく、市場全体の状態（競争状態）をさしている。これを静的競争概念とよぼう。

競争を静的に捉えれば、市場が競争状態となるような諸々の条件を整備することが、規範的要求とされるだろう。たとえば、完全競争の要件である完全情報を達成するために、

---

(113) 楠は次のように指摘する。競争は事実を表す用語として用いられることもあれば、規範的な意味を伴って用いられることもある。法的ルールとしての競争概念へのアプローチがさまざまであることが、自由市場において競いあうことの規範的評価のばらつきとなっている。楠・前掲注(44)8頁。

(114) 「競争を実質的に制限する」や「公正な競争を阻害するおそれ」といった、独禁法解釈上の重要点について、この独禁法の示す定義は役に立たないとの指摘がある。金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編著『独占禁止法（第三版）』（弘文堂、2010年）25頁。

(115) 楠・前掲注(89)80-81頁。

情報の非対称性を取り除くべく情報開示を義務化することや、市場における影響力強化へ歯止めをかけるために、M & A を制限することが、静態的競争概念の規範的要求として、正当化されることになるだろう。

しかし、この静態的競争概念は、“競争状態”を作出する“条件”を述べているに過ぎない。“競争そのもの”の意義を寸分も明らかにしていないのである。競争とはなにかを等閑視したまま、競争状態を定義し、その条件を述べているに過ぎないのである。定義された競争状態が、競争の本質をたしかに捉えているのか否か、さらに問わなければならないだろう。

(2) そこで、再び競争とは何かを問うてみよう。“競争”という名詞を“競争する”という動詞におきかえてみよう。その語から得られるイメージは情報を十分にもっている状態ではないはずだ。“競争する”という動詞から得られるイメージは、他者も獲得しようとしているものを、なんとか自分が獲得しようと努力する様子ではないだろうか。他者を出し抜いて有益な情報を入手し、有利な結果を手にするを評して、われわれは競争に勝利したと考えるのではないだろうか。

このようなイメージに即して考えれば、競争は決して状態のような静態的概念ではなく、努力して何かを獲得するプロセスを表現する動態的概念として構成されるべきである。ゆえに、たとえば完全競争という競争状態が完全情報を条件としていることは、競争の本質を根本的に誤って理解していることになる。なぜなら、競争とはまさに先んじて情報を入手することであり、仮に完全情報という条件が達成されているとすれば、それは競争が終結した状態であるはずだからである。

では、動態的概念としての競争は、いかなる規範的含意をもっていると解すべきだろうか。

ハイエクは「競争は多くの別々の人びとによる分権的な計画を意味する」<sup>(116)</sup>と述べている。これは、自らの局所的知識にもとづいて企業家精神を発揮しながら行為し、目的＝手段の枠組みを適宜修正していくことを、諸個人に許すことを意味している。

この計画修正のプロセスこそが競争の意義である。それゆえに、動態的競争の規範的含意は、自らの意思によって計画を修正できること、すなわち指令による強制を排除し、計

---

(116) HAYEK, *supra* note 50, at 79. 訳書 112 頁。

画修正プロセスを各人に開くべし、ということになるだろう。

動態的競争を保障し指令を排除すれば、各人は自己の目的達成（あるいは利潤機会の発見）にふさわしいと信じる行為を選択することができる。行為の結果は価格に埋め込まれ、価格メカニズムを通して社会に普及し、普遍化する。これにより定型的行為のパタン化は促進され、制度やノモスが発展していくことになるだろう。そして終局的には、自生的秩序、すなわち経済秩序が形成されるのである。したがって、憲法学が経済秩序を保障しているからには、そこには動態的競争の保障も含有されていると解さなければならない。

(3) 現在では稀少となったかもしれないが、市場における競争は弱肉強食であり、市場経済は弱者を食い物にする悪しき経済体制である、とみる立場もあろう。この立場は、自然界における食物連鎖の事実、生物学的競争になぞらえる点で、市場における競争を事実的なものと理解しているといえる。この立場によれば、市場における競争は規範的な意義をもつよりはむしろ、差別や貧困のように、社会的正義によって克服されるべき事実としての悪弊だということになるだろう。

しかしながら、市場における競争は生きるか死ぬかの戦いではない。ミーゼスは市場における競争を生物学的競争から区別し、社会的競争であるとした。そのうえで、競争を社会的協業体制で最も有利な地位に達しようとする個人の努力であると定義している<sup>(117)</sup>。ミーゼスのいうように、競争は社会システムのなかで妥当な地位に人びとを移すはたらきをもっているに過ぎない。

もっとも市場における競争を弱肉強食だと否定的にみる立場は、市場に否定的なだけで競争そのものには否定的ではないのかもしれない。しかし、仮に、市場経済ではない全体主義的な経済体制での競争を想定してみて、その競争を妥当なものとして受けいれられるだろうか。市場経済における競争は、商品の質と価格をめぐるしのぎを削ることを要請するだろうが、全体主義的な経済における競争は、資源の配分権限をもつ権力者に気に入られようとする努力となるだろう。この種の社会的競争を良しとできるだろうか。これを悪だとすれば、市場以外に資源を配分する仕組みがあるだろうか。本章では、市場における社会的競争は、全体主義的社会における競争よりも妥当と考える。

---

(117) ミーゼス・前掲注(18)308頁。また市場における競争は協働であるというオークションの言明を指摘するものとして、阪本・前掲注(93)37頁。

社会的競争は、社会システムとしての競争の機能に着目した概念であり、諸個人の計画修正のプロセスの保障という規範的概念と同義ではない。後者の意味での競争を、次に検討しよう。

## (二) 発見手続としての競争

(1) 競争は市場に均衡をもたらす条件ではない。むしろ予測される一般均衡と大いに異なる結果をもたらす点に、競争の意義がある。他者の期待や意図を裏切ること、競争の有効性が存するのである<sup>(118)</sup>。

先に、競争は諸個人の分権的な計画を意味するというハイエクの言説をみた。諸個人のたてた計画のうち、どの計画が誤りであることを示すのが、競争のおもな仕事である。ハイエクによれば、「競争は、誰が一番すぐれているか、誰が一番上手にこなすかということ、予め知ることができない場合にもちいられる、すぐれた発見のための装置」なのである。

結果が予めわかっているならば、そもそも競争の必要はないのであるから、競争は結果が予測不可能な場合にもちいられる方策なのである。そして、競争を通じて、人びとは各自の意思決定をするのであるから、競争は意見形成の過程であるともいえる。競争という意思決定プロセスのなかで、各人の計画を修正し、諸個人はよりよい結果を求めることができるのである。

ゆえに、発見プロセスという競争の本質を保障することは、次の二つを意味する。①人びとの意思決定過程の保障、②予測不能な優れた帰結の発見に資すること、である。

(2) 競争は市場外でもなされるが、ことに市場における競争は、価格メカニズムと相

---

(118) Hayek, *supra* note 51, at 10. 訳書 188 頁参照。本稿は、競争が、経済活動にかかわる利潤機会のみならず、ルールを含めたさまざまな知識を発見すると説いていく。この点、新は、ポランニーに依拠しながら、知識の発展のプロセスは「競争」ではなく「説得」的調整であると説き、ハイエクのように「競争」と表現することを避けるべきだという。新正幸「二つの自生的秩序——市場システムと知的秩序のシステム」金沢法学 49 巻 2 号 (2007 年) 156-157 頁。本章は、経済領域で発展してきた法思想が、精神領域の基盤にもなっていることを強調する意味で、ハイエク流に「競争」の語を使用する。

俟って、カタラクシー効率性に大きく貢献する。

発見プロセスとしての競争は、価格メカニズムのなかで、諸個人のもつ知識の価値を発見させる。同時に他者に分散している知識の存在と価値を発見させる。競争は価格メカニズムと結合することによって、知識の発見プロセスとして効果的に機能することになる。人びとは、競争と価格メカニズムによって、分散化された知識を利用できるようになり、情報の集積のなかから自らの持つ知識に照らして有効な知識を補うのである。この繰り返しにより、意見を形成し、計画を修正し、目的を追求していくのである。この目的追求行為は、他人も獲得しようとする努力しているものを、自らが獲得しようとする努力する行為、すなわち競争である<sup>(119)</sup>。

価格メカニズムそれ自体は、各人の主観的知識を価格情報として市場に流し、そこに化体した知識を社会に普及させるものである。このメカニズムを駆動させるモーターが競争である。発見プロセスという競争の本質が、価格情報に埋め込まれた知識の発見に拍車をかけるのである。

一定のパタンを発見することは、他者に先んじた妥当な意思決定を可能とする。ゆえに競争はパタンの発見を促すだろう。発見されたパタンは競争プロセスのなかで模倣され、パタン予測の精度を高めると想定できる。このことは、考えずにこなすことのできる事柄を増やすことにつながる。すなわち、なぜなのかその理由を知らずとも、従っておればよいルールを増やすことにつながる。そういったルールは秩序であり、その網の目がカタラクシーなのである。したがって、競争はカタラクシー効率性を高めることに寄与するのである。

### (三) 完全競争における競争

(1) 上述のように、憲法上保障される経済秩序における競争は発見のプロセスである。こう理解すれば、主流の経済学をベースとしながら憲法上の経済秩序を解き明かそうとする試みは成立しえない。主流派の経済理論は、競争を完全競争という事態、すなわち静態的競争概念にたっており、競争という活動、すなわち動態的競争概念とは相容れないからである。

---

(119) 楠・前掲注(79)293-294頁。楠・前掲注(89)82頁。



完全競争理論において、人びとは完全情報をもっているとされる。換言すれば、すべての情報（知識）を市場参加者全員が、同じレベルで共有していることとされる。すなわち、経済モデル（およびそれに裏付けられた法解釈や政策）は、一定の情報（知識）の保有を与件として構築される。そこにおいては、競争は、既に分かっている帰結（均衡点）に向かって単調に進行していく事態に過ぎない<sup>(120)</sup>。それは無機質な時間の経過を意味し、競争自体は何も生み出さないことを意味している。

ゆえに完全競争理論には、意外性や驚きといった要素は入り込む余地はない。意外性や驚きという要素は、完全情報という与件のもとでは、すでに織り込み済みとされるか、無視されるだろう。

しかし、まったく予見できない意外性は、確率的に語るができない。これを織り込んで均衡点を計算することは概念矛盾である。むしろ意外な事実は、時間の経過により生み出され、競争によって発見されるだろうし、意外な事実への適切な対処法も、競争によって発見されるはずだ。競争が始まる前から知識を持っていると想定することは不当である<sup>(121)</sup>。

仮に均衡点があり、それに向かう傾向が市場にあるとすれば、人びとがどのような過程によって必要な知識を獲得するのかを説明しなければならないことは明らかであろう<sup>(122)</sup>。完全情報という与件では、現実には均衡に達することは決してないのである。日々生起する意外な事実や驚きを発見し、適切な対処を決定していくプロセスを概念しなければならない。それこそが、動的競争概念なのである。

(2) もっとも、完全情報を与件とする完全競争理論という経済理論が、物理学に影響された経済学者のディレッタンティズムだというわけではない。問題は、完全情報の与件を誰にとっての与件だと考えるのか、であろう。

市場において活動する個々人は、予見できない不確実性があつたとしても、意思決定をしていかなければならない。それゆえ、現在の知識を基礎として、一定の経済理論（完全競争理論でもゲーム理論でもかまわない）に裏打ちされた意思決定をおこない、目的を合

---

(120) Hayek, *supra* note 51, at 9-13. 訳書 187-191 頁参照。

(121) HAYEK, *supra* note 50, at 95-96. 訳書 134-135 頁。

(122) *Id.* at 46. 訳書 63 頁。

理的に最大化するよう努めるほかない。すなわち、一定の知識状況を与件とすることとなる。もちろん、新たな知識をえれば、随時、決定を変更していかなければならないのは当然である。しかしそれでも、意思決定の段階では、現在の知識状況を与件としなくてはならない。それゆえ、諸個人の現実の意思決定レベルにおいては、各自の知識状況を与件とすることは、いわば当然のことである。

しかしながら、国家的な意思決定において、国家が諸国民の完全情報を与件とすることには、大いに問題がある。

諸個人は別々の計画を達成しようとしており、それぞれの保有する知識は異なっている。すなわち、各人の知識状況は異なっているのである。しかも、現実の時間の経過で、新たな知識を人びとは獲得するのである。このように知識状況の異なる諸個人にもかかわらず、保有する知識を同一とする与件を置き、国家的意思決定をすることはナンセンスである。その依拠する経済理論が均衡点として指し示した点に到達する保障はまったくない。

したがって、個人が自己の目的を最大化するべく完全競争理論によることが許容されるのとは異なり、社会的決定（法制定・法解釈・政策実施）に静態的競争概念を導入することは不当なのである。

国家のなすべきことは、諸個人の保有する知識は異なるにもかかわらず、それでも十分に相互調整されるプロセス、すなわち発見プロセスとしての競争を保障することにあるべきである。

競争は動態的プロセスであり、変化に対して開かれていなければならない。しかるに、静態的競争概念は、変化に対して閉ざされている。静態的競争概念を国家的意思決定にもちこむことは、動態的プロセスとしての競争の意義を喪失させる<sup>(123)</sup>。動態的競争によって形成された経済秩序を憲法が保障していると解する以上、静態的競争概念に基づく経済秩序への国家的介入は、憲法に違反する国家行為であると論じなければならない。

### 3 競争と秩序

#### (一) 競争から秩序が生まれる

(1) 競争の理解の仕方については見解が分かれるとしても、市場経済における競争の

---

(123) *Id.* at 92-94. 訳書 129-132 頁。

重要性を否定する者はいないだろう。しかし他方で、競争の激化は経済社会を混乱に陥れ、無秩序の源泉となるなどと主張して、一定の競争制限はやむを得ないと説く論者が多いだろう。はたして、競争は経済秩序をかき乱すのだろうか。秩序ある競争の名の下に、競争を制限することは、経済秩序と整合的なのだろうか。

社会的事実の集合がたんなる寄せ集めではなく、秩序であるならば、そこにはなんらかの配列原理がはたらいているはずである。主流派の経済学であれば、その原理は均衡ということになるだろう<sup>(124)</sup>。先述したように、その均衡状態は競争がすべて終わった状態を意味している。

仮に均衡状態を想定したとしても、現実時間のなかでは予期できない事実が発生し、均衡点は常に変化する。その変化は、当初の均衡状態を打ち破る変化である。とすれば、均衡点はいつまでも到達できない観念的なものに過ぎず、現実には均衡状態になることはありえないだろう。均衡状態を秩序であると考えた場合、社会的事実が秩序化されることは、事実上ありえないことになるのではないだろうか。

現実には均衡点など存在しない。しかしながら、われわれの社会は決して無秩序ではない。秩序は、終局的な到達点で実現されるのではないと考えなければならない。秩序は、常に変化する過程のなかで、維持されつづけているものと考えべきである<sup>(125)</sup>。

(2) 先に秩序について考察したさい、秩序はパターンであると述べた。この見地からすると、現実時間のなかで予想もできない変化が生じたときでも維持されるパターンこそが、秩序である。

市場において、人びとは、自分の目的をできる限り効果的に達成しようとするだろう。これだと思ふ方策を、だれもが手当たりしだいに試行する機会を増やすことには意味がある。なぜなら、いずれが適切な方策かを事前に知ることはできず、それは競争の結果、明らかとなるからである。先述したように競争は発見のための装置なのである。試行の機会を増やすことは、すなわち、発見プロセスとしての競争を有効にし、より適切な方策についての知識を発見させるのである。

うまくいった方法に関する知識は、競争プロセスのなかで発見される。競争は価格メカ

---

(124) フリートウッド・前掲注(56)233-234頁。

(125) Hayek, *supra* note 51, at 15. 訳書 193頁参照。

ニズムを駆動させ、知識を社会に普及させる。このプロセスによりパターンが形成される。パターンは秩序である。したがって、競争が秩序を生み出したといえるのである<sup>(126)</sup>。競争こそが社会的事実を秩序化するのである<sup>(127)</sup>。

## (二) 競争がルールを生み出す

(1) パターンは規範的にみればルールである。本章は経済秩序におけるルールは自生的なノモスとそれと整合的な人為的ルールであると述べた。これらのルールは、競争プロセスにおいて発見されるのであるが、同時に、知識を節約させ、人びとの行為を導いている。競争はこのルールに従うことで促進され、ルールは競争を促進することで強化される<sup>(128)</sup>。遵守されるルールに導かれた諸個人の計画実現行為は、相互に矛盾・衝突のないように調整される<sup>(129)</sup>。この総体としてのルールをカタラクシーとよんだ。

ルールは単に遵守すればよいのであり、ルールの結果としていかに調整されるかを知る必要はない。たとえば右側通行というルールを遵守するだけで人びとの計画実現行為は衝突なく調整されるのである。なぜ右側通行なのかといったことを考究せずとも調整されるのだ。ルール遵守の利益は、不確実性の除去・減殺、予測可能性の向上にある。人びとは、単に遵守するだけで、多大な利益を享受できるのである。競争プロセスにおいて、自己の目的を達成するために、小さなコストで最大の効果を得るよう人びとは計画するだろう。そのためには、できる限り他者との衝突を避ける必要がある。ルールを遵守することは、低コストで目的の実現可能性を高めるのである。

---

(126) 社会科学において、発見されいないもの、認識されていないものは、存在しないのであり、発見されることで存在するようになる。これを創造的発見として説いたカーズナーの見解を参照のこと。ISRAEL M. KIRZNER, THE MEANING OF MARKET PROCESS 216-217 (1992).

(127) Hayek, *supra* note 51, at 14-15. 訳書 193 頁参照。

(128) ルールは試行錯誤のプロセスを経て採用される。うまくいかないルールは淘汰され、うまくいくルールが選択されたともいえる。オドリスコル＝リッツォ・前掲注(83)142-143 頁。

(129) 楠・前掲注(89)83-84 頁。

競争は、ともすれば他者を陥れるという対立的イメージをもって理解されがちだが、それは競争の本質を取り違えている。競争することは、逆に、ルール遵守を促す。競争プロセスこそが、平和裡に目的を実現するための秩序(ルール)を形成し、強化するのである<sup>(130)</sup>。

(2) 価格情報は、個人の意思決定のための重要な知識を提供してくれるが、価格がすべてを知らせてくれるわけではない。各人の行為を導くルールに関する知識、すなわちパターンを認識することでえられる知識も、各人の行為計画を実現するために役立つ。

人びとは無知であるからこそ、ルールに従う。ルールに従うからこそ、無知のままでも行為できるのである。ルールは無知の状況下で人びとを導くのである。

人びとはルールを頼りにすることで、社会に分散する知識を利用できるようになる。発見装置としての競争は、人びとにルールを発見させる。人びとはルールに従うことで有利になるから、それに従うようになる。

ここにいうルールはノモスである。たとえばそれは慣習である。ある行為の定型をパターン化して慣習とするか、それとも別の定型を慣習とするか、という決定をわたしたちはしない。慣習の選択は、代替的な慣習との択一的選択ではない。慣習は、いつのまにかできあがるものであり、それを破棄するか否かが問題になるだけである。慣習を廃して、あらたな行為規則を選択したとしても、新規規則が慣習となるとは限らない。

したがって、慣習、すなわちルール(ノモス)は、代替的な選択肢なくして形成されるため、形成過程では誤りが度重なるだろう。誤りを発見するのは競争プロセスである。競争プロセスにおいては、諸個人は誤りから学び、計画を再考し、そして行為を再開するのである。そのなかから、秩序が無秩序から生成するのである<sup>(131)</sup>。競争プロセスは、ルールを生み出し、経済を秩序化するのである。

#### 4 ルールの知識と状況の知識

##### (一) 状況の知識

ここまでみてきたように、競争プロセスはわれわれにさまざまな知識を発見させる。その知識は、状況の知識とルールの知識に大別できる。

---

(130) 楠・前掲注(44)58頁。

(131) フリートウッド・前掲注(56)vi-vii, 158頁。

状況の知識は、各自が現在おかれている特定の状況を説明し、次の行為を選択するのに役立つ知識である。どの財が稀少で、どれくらいの価値があるのかという知識は、状況の知識といえる。この知識は、経済理論によれば需要曲線と供給曲線で描かれる所与の知識であろうが、本章では、既にみたように、競争によってはじめて明らかとなる知識だと考える。

状況に関する知識は、各自のおかれている特定の状況に依存する主観性の強いものである。その性質上、統計になじまない。ゆえに中央に伝達することもできない。したがって、特定の状況についての知識にもとづく決定は、現場の人間にまかせなければならない<sup>(132)</sup>。

政府が、社会的厚生を最大にするためと称して、現場の人間の判断を排して市場に介入することは、発見プロセスとしての競争と状況の知識の性質上、論拠のない不当なものとなる。

政府が現場の知識を尊重しないでなす介入の目的として、競争制限的なものもあれば、競争促進的なものもある。競争制限的な政府介入は、憲法学上も警戒の目で見られるのが常である。薬事法判決にみられるごとく。

ここで注意しておくべきは、一般的に競争促進的と解されている政府介入も、発見プロセスとしての競争と状況の知識の性質からすれば、警戒的でなければならないことである。例として独占について小考しよう。政府による強制のない自由な競争プロセスが保障された結果として、ひとつの企業が生き残ったとすれば、それは最も適切な企業を競争プロセスが発見したに過ぎない。その状況においては、依然として発見プロセスとしての競争は機能不全に陥っていないのである。これを否定し、独占状態を競争状態にするための介入は、現場の人間の判断を否定し、競争プロセスを否定するものなのだ。この介入は競争促進を目的としていても、必ず経済秩序を破壊することになる。独占の意味については、後に詳論することにしよう。

## (二) ルールの知識

他方のルールの知識をみておこう。

ルールの知識は、“やり方”に関する知識、あるいは方法の知識 (knowing how) である。

---

(132) HAYEK, *supra* note 50, at 83. 訳書 117 頁。

この種の知識は、“なかみ”に関する知識、あるいは内容の知識（knowing that）とは性質が異なる。内容の知識は量的な概念であるのに対して、方法の知識は質的な概念といえるだろう。ルールを知るということは、世の中の多数の事実についての追加的情報を得るのとは違い、より聡明な処理ができるようになることを意味する。物事をより巧みに処理できるようにする方法の知識は、内容の知識を一片たりとも追加していないのである。方法の知識は内容の知識に還元できない知識形態なのである<sup>(133)</sup>。

知識の問題を完全情報を前提として考察することの疑問点は、先に指摘した。われわれは社会の多くの事柄について、実際に無知である。無知は、情報を追加することで克服できないほど根源的である。われわれは、無知であってもうまくやっている。そこで維持されている秩序の性質を検討しているのである。

ところで、この“われわれは無知である”という叙述は、半分正しく、半分不正確である。

われわれは、たしかに、内容に関して無知である。しかし方法を知っている場合がある。これは知識をもっていると同時にもっていないという、いわば無知のパラドックスの状態である<sup>(134)</sup>。

内容について無知であっても、方法についての知識、すなわちルールの知識があれば、ルールに導かれるようにして、秩序は維持されるのである。社会に存在しているルール、すなわちノモスについて、その内容を明文化して言葉で知ることができなくても、それに従って行為する方法を知っていれば、それで十分なのである<sup>(135)</sup>。

ノモスは経済秩序そのものであるが、そこには内容を明文化できないルールも含まれている。競争プロセスは、内容の知識を発見させると同時に、この方法の知識も発見させる。憲法上の経済秩序を考察するうえで、方法の知識に体现されるような、表現不能なルールの存在していることと、それを発見させるのは競争であることは、軽視されてはならない。

## 5 知識問題、競争、企業家精神

---

(133) フリートウッド・前掲注(56)177-179頁。

(134) 同171-172頁。

(135) 楠・前掲注(44)53-56頁。

(一) 知識問題と経済秩序

ここまで、経済秩序はノモスの網の目であること、ノモスの形成に競争が不可欠であること、そして競争プロセスで発見された知識の拡散に価格メカニズムという情報伝達システムが不可欠であることを縷々述べてきた。経済秩序を全体としてみれば、競争プロセスと情報伝達システムによる知識の発見・伝達・貯蔵を促進する社会システムであるといえよう<sup>(136)</sup>。憲法の保障する経済秩序は、このような知識に関する社会システムという大枠のなかで捉えられるべきである。これは、次節で論じるように、単に財産や職業に関わるものを超越する社会の根幹、社会における法の本質部分の保障と密接に関わるものだと考えた方がよさそうである。

そう理解すれば、経済秩序の考察は、社会全体の知識問題の考察と一体的になされるべきことになる。知識問題は、先にもふれたように、社会に存在する知識の全体を知りうる単一の主体は存在しえないという問題であり、あえていえば、システム全体のみがそれを知ることができるということである。

この問題を中央による指令によっていかに知識を集積し、最適解を求め、実行するかの課題に落とし込んではいない。なぜなら、諸個人にとってなにが重要かを中央に伝えること自体が不可能だからである<sup>(137)</sup>。そうではなく、社会の構成員の誰かが、個人としてその相対的な重要性を知っている諸目的に対して、各自の知っている資源の最良の利用をいかにして確保するかという課題として、知識問題に取り組まなければならない<sup>(138)</sup>。

---

(136) フリートウッド・前掲注(56)121頁。

(137) ハイエク・前掲注(51)訳書170頁。新は、次のようにいう。「今日もなお、『秩序』といえば、通例、人間の理性によって計画的に構築された人為的な『組織』、『組織的（意図的）秩序(corporate order)』のみが念頭に置かれ、それと全く別の『自生的秩序』が存在しうることが自覚されることが殆どない。よし自覚されることがあっても、それは、たかだか偶然のもの、非理性的で不合理なもの、理性によって計画的につくられたものよりも一段劣ったもの、したがって、理性による計画化によって改造され、合理化されるべきもの、やがては、克服され排除されるべきものと考えられがちであります」。新・前掲注(118)146頁。

(138) HAYEK, *supra* note 50, at 78. 訳書110頁。



その取り組みの核心は、特定の状況に関する知識は、各人の計画実現行為のなかで、競争と価格メカニズムによって利用され、そのプロセスにおいて新たな事実が発見され、普及していくという市場の特質である。

したがって、社会全体の知識を有効に利活用するには、競争プロセスと価格メカニズムに代表される情報伝達システムの保障が必要だということになる。そして知識問題は経済秩序と表裏の関係であるから、知識問題への有効な対処法の保障は、経済秩序の保障ともなるのである。

## (二) 企業家精神が競争に駆り立てる

競争プロセスにおいて、各自の目的を達成するためには、競争過程を勝ち抜く能力が必要である。各人がその能力を駆使することで、競争プロセスは種々の発見をもたらすのである。この能力は、経済活動でいえば、安く買って高く売るといった裁定機会を抜け目なく発見する能力である。この能力を発動することで、価格メカニズムを通じて知識が普及してゆくことになる。

この能力は、一般に、企業家精神と呼ばれる。企業家精神を、ロスバードは“見抜く力”，ハイエクは“特定の状況を発見する能力”，カーズナーは“機敏性”と表現している。いずれの呼称を採用しても、企業家精神が知識問題を解決するための競争を駆動する力であることは変わらない。

企業家精神あるいは企業家という単語は、経済的利潤獲得を目指す集団的な活動を連想させる。しかし、そうではない。自生的秩序である経済秩序（カタラクシー）とかかわる

個人の一人ひとりが企業家なのである<sup>(139)</sup>。経済秩序の問題は、知識問題と表裏の関係にある。知識問題は、社会システム全体の問題であり、経済的利潤の局面に限られるわけではない。したがって、企業家・企業家精神も、経済的利潤の局面に限定されることなく、社会（市民社会）において活動する個人とその有する能力として理解されなければならない。憲法学は、従来、その前提とする個人像として、強い個人や弱い個人、完全な個人や具体的人間などを指摘してきた<sup>(140)</sup>が、本章はここに企業家としての個人を付け加える。

経済秩序を秩序たらしめるのは、企業家が企業家精神を発揮して競争することによる。企業家精神としてカーズナーは、ハイエクの指摘した特定状況を発見する能力を一部拡大し、新たな利潤機会を発見する機敏性を重要視する<sup>(141)</sup>。フリートウッドは、カーズナーのいう企業家は道具的合理性に導かれているのに対し、ハイエクの企業家はルール遵守者であり、手続的合理性に導かれており、両者は異質である、という<sup>(142)</sup>。

たしかに両者は同じではない。が、排斥し合うものでもないと思われる。そもそも人がルールに従うのは無知だからであった。企業家が利潤機会を機敏に発見するには、予見可能性を高め不確実性を減少させるルールに従うことが自然なのである。いわば受動的にルールに従っているのである。ハイエクも、ルールに導かれるようにして、と受動的な表現をしている。ルールに従う利益と従わない利益を衡量して、損得勘定のもと積極的にルー

---

(139) 楠・前掲注(44)121頁。現実の時間は不確実性を生み出しながら流れていくので、あらゆる行為は投機的である。時間の生み出す市場データの変化に対応する行為者を企業家という。状況の変化への対応速度は同じではない。ペースメーカーになる者とその模倣者とが存在する。そのどちらも企業家である。最初の創造的なパイオニアが市場プロセスにもたらした優れた要素を、創造性に劣る模倣者が利用し、保持し、拡散するのが、市場プロセスなのである。井上嘉仁「市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性と広告」姫路法学 49号(2009年)54-55頁。また企業家論については、尾近裕幸＝橋本努『オーストリア学派の経済学』（日本経済評論社、2003年）271頁以下参照。

(140) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第二版〕』（成文堂、2020年）28-29頁。

(141) See Douglas MacKenzie, "Competition", in RONALD HAMOWY (ED.), THE ENCYCLOPEDIA OF LIBERTARIANISM 84-86 (2008).

(142) フリートウッド・前掲注(56)229-230頁。

ルに従う選択をする個人をルール遵守者と表現しているわけではないと考えられる。こう考えると、カーズナーのいう企業家的機敏性のゆえに、ハイエクのいうようにルールに導かれるといえるであろう。

## 五 小括——法の支配と経済秩序

### 1 法の支配とカタラクシー

#### (一) 一般的・抽象的法の支配

(1) ここまで、ノモスのネットワークであるカタラクシーが経済秩序であることを述べてきた。この秩序は、自生的秩序であり、合理主義的設計の産物ではないのであった。ノモスは回帰的行為のパターンをさし、規範的にみればルールであった。ここにいうルールは、各人の目的を、各様に達成することを可能とするものなのであった。この意味での経済秩序を憲法は保障していると解される。これに反して、国家が合理主義的設計を試み、経済秩序に介入することは違憲とされなければならない。

経済秩序は、ひとり経済的利潤獲得に関するものではなく、知識問題を解決する社会システム全体と関連する。経済秩序を形成しているノモスたるルールのもつ属性は、社会システムにおいてもつべきルールの属性と関連する。すなわち、経済秩序におけるルールの属性を無視した経済秩序への国家介入は、社会で妥当すべきルールの属性の無視と同義である。

社会で妥当すべきルールの属性とは、従来、法の支配にいう法の属性として論じられてきたところである。法の支配とは、法とはどうあるべきかに関する教義、個々の法律がもつべき属性に関する教義なのである<sup>(143)</sup>。

したがって、経済秩序を形成しているルールのもつ属性は、法の支配の属性として捉え

---

(143) HAYEK, *supra* note 112, at 205. 訳書 103 頁。楠茂樹「独禁法における『競争』の理解及び『競争』とルールの関係についての検討（二・完）——ハイエク競争論及びルール論の視点から」法学論叢 149 巻 2 号（2001 年）61 頁。新は、人権規定には、主観的権利保障としての機能のみならず、自由な社会を構成する客観的原理としての機能をもつといひ、経済的自由がコスモスとしてのカタラクシーを客観的原理として保障していると考えられるという。新・前掲注(118)162 頁。

ることができる。本章では、経済秩序の考察からえられる法の支配へのアプローチを瞥見しておく。

(2) 合理主義的設計は、特定の目的を達成することを意図している。しかし社会全体を特定の目的のために合理的に設計することは不可能である。そのことは、知識問題の存在や現実時間に内在する不確実性から論証されうる。

これに対して、統計的データにもとづいて設計可能だとの反論もあろうが、統計的処理は、過去の様子を知る手がかりにはなるだろうが、これからはすべきことを指し示しはしない。社会に存在する知識を有効に活用し、各人の計画を可能な限り達成させる社会的システムとして、設計主義的な中央指令体制は不向きなのである。

ゆえに、経済秩序におけるルールは、非設計主義的に理解されねばならない。そうすると、ルールは意図された特定の結果の捨象されたものでなければならないことになる<sup>(144)</sup>。すなわち、ルールの適用の結果、誰が有利・不利になるかわからないという属性が、導かれる。ルール適用される人（受範者）に着目したとき一般性が浮かび上がり、ルール適用結果に着目したとき抽象性が浮かび上がる。これをルールの一般性・抽象性とよぼう。

このルールのもつ一般性・抽象性という属性は、法の支配にいう法の属性のひとつとして論じられてきた。法の支配から要請されることは、国家が法律を制定するとき、すべての人の目的、手段を包摂するルールの一般性・抽象性をみたすことである。それは同時に経済秩序の保障から要請されることでもあるのである。

法の支配および経済秩序保障は、憲法に次のことを求めるだろう。すなわち、カタラクシーの効率性（各人の計画調整）を促進するためと称する人為法が、立法者の個別的な嗜好・意思を反映したものとなっていないかを審査すべし<sup>(145)</sup>、もっているとすればそれを排除すべし、これである。

---

(144) 萬田・前掲注(45)64頁。ハイエクは、正義とは法の支配に服することであり、法の一般性が法の支配の重要な要素であると考えている。同90頁。

(145) 阪本・前掲注(93)40頁。阪本は、市場にみられる一般的・普遍的ルールをリベリズムと「法の支配」と関連づけながら、法の支配の形式性を強調する。阪本昌成『法の支配 オーストリア学派の自由論と国家論』（勁草書房、2006年）参照。

## (二) 法の支配と強制

(1) ルールは、われわれの無知に対処するための手立てである。カタラクシーにおけるルールは、①全体として知識ができる限り有効に利用される状態を作りだし、②個々人の目的追求の機会をできる限り高めるような状態を作り出すことにむけられている<sup>(146)</sup>。このような自生的秩序を形成するルールは、法の支配という法であり、これと整合的な法律を制定することは、カタラクシーと矛盾しない<sup>(147)</sup>。

ルールの一般性・抽象性とは、不特定多数の人のびとや事例に適用され、時間や場所といった一切の特殊な状況から捨象されていることをさす。法実証主義者は法を命令と同一視するが、法は自生的秩序を維持し発展させるものであり、特定の命令ではなく一般性・抽象性を属性としているのである<sup>(148)</sup>。

(2) 一般的・抽象的な法とそれと整合的な法律の強制は許容されうる。この強制は自由と両立するからである。

自由は手垢にまみれた概念だが、同じように強制の概念も多様である。本章は、自由とは強制のないことだと理解し、強制を他者の目的のために他者の意思に奉仕させられることと理解する。この理解に立てば、一般的・抽象的なルールを実効あらしめることは、強制ではないことになる。なぜなら、そのルールは、各自の目的を、各自の知識の範囲で最大限実現することを可能とするのであり、他者の恣意的な指令に服従させるものではないからである。全員に等しく適用される法に従い、各自の創意工夫にもとづいて交渉することができるのであり、上位者や公的権威者といった他者の命令によって活動が決定されることはないのである。

したがって、一般的・抽象的な法を遵守させることは、自由と両立する。同時に、一般性・抽象性をみたまない国家行為は、自由を損なう。この意味で、法の支配は自由の保障

---

(146) 楠・前掲注(143)62-63頁。

(147) 萬田・前掲注(45)70頁。

(148) 同161頁。

を確保する前提となっている<sup>(149)</sup>。

経済秩序は、かような自由と両立する法から形成されている。秩序を維持するための国家介入は、一般的・抽象的ルールの実行という、いわば間接的な関与にとどまらなければならない<sup>(150)</sup>。特定の結果を直接的に指令する命令的介入は、一般性・抽象性を欠き、法の支配にかなわず、経済秩序とも不整合なのである。

### (三) 法律による支配

法の支配の特徴は、一般性・抽象性である。これは、特定の目的を志向する命令とは正反対の特徴である。

命令によって社会を統制しようとする試みは、人間理性によって社会を統制することが、人間の諸目的に役立つことを信じることの上になりたつ。法律の機能を命令に求める法実証主義<sup>(151)</sup>は、人間理性によって社会を統制することは、諸個人を自由にすることだというだろう。

しかしながら、特定の目的を社会的目的として諸個人に命令し強制することは、自由とはいえないし、個人主義ではなく社会主義である。また人間理性によって社会を統制（制御）できると考えるのは、人間の思い上がりである。人間理性が設計しうるもの、予想しうるものを超えることができるのは、人間が他者の命令に服することのない状態、すなわち自由の状態におかれたときである。ハイエク流に言えば、真の個人主義が設計主義を超

---

(149) 法の支配のおこなわれない体制のなかで、権利の観念をどれほど強調しても、自由を毀損しこそすれ、実現することにはならない。権利・自由が保持されるためには、前提として法の支配が行われていなければならない、保持されているなら法の支配が機能しているといえるだろう。同 92-93 頁。

(150) 国家は秩序や伝統の保持と刷新に、一般的、抽象的ルールの実行を通して、間接的に貢献するだろう。同 196 頁。

(151) 萬田は、法の第一の機能は、命令することではなく、品質を付与することにある、というダントレーブを引証し、ハイエクのいう法の支配も同様の性格を持つ、という。同 60 頁。

えるのである<sup>(152)</sup>。

正当な権力行使は、個別的な行動を命じるものであってはならない。それは、一般的・抽象的ルールを維持することでなければならない、特権を付与するのではなくその請願を拒絶することでなければならないのである<sup>(153)</sup>。

もっとも、ここで論じているのは法の支配と経済秩序の関連である。繰り返しになるが、法の支配にいう法の属性は、経済秩序であるノモスと表裏一体であるというのが本稿の見立てである。この筋からすると、法律が命令であってはならないのは、経済秩序であるノモスとしてのルールを考察する場面に限られる。それゆえに、テシスとしてのルールを考察する局面においては、法律は命令であると考えてもかまわないことになる。

法実証主義の誤りは、自生的秩序としてのノモスと、組織の階層を構築するテシスとを混同したことにある<sup>(154)</sup>。マックス・ウェーバーのいう官僚制は、合理的な実務遂行能力と法に対する廉直を内容としており、人による支配を排して法による支配を遂行する道具であった、という解説<sup>(155)</sup>はもっともだが、官僚を組織するテシスとしてのルールと官僚が実行すべきノモスとしてのルールは区別されなければならない。両者を混同する官僚制は、テシスとしての法律によって社会を統制する誤りを犯す。ノモスの領域にテシスの発想を持ち込む誤りを犯さないために、両者を明確に区別することが肝要である。

## 2 カタラクシーと法律

### (一) 法律によるカタラクシーの整序

(1) 経済秩序は、ノモスのネットワークであるカタラクシーである。その秩序は、競争プロセスを通じて自生していく。この秩序は、典型的な行為のパターンということもできる。パターンは不確実性を減少させ、ある程度の安定した予測を与えてくれるが、競争プロセスにおいて新規に発見された事実によって、パターンそのものが変更していくこともありうる。経済秩序は、かくして、変化に対して開かれており、変化に対応したあらたなパタ

---

(152) HAYEK, *supra* note 50, at 10-11. 訳書 14 頁。

(153) 萬田・前掲注(45)164 頁。

(154) 同 161 頁。

(155) 樋口・前掲注(31)38 頁。

ンとして自生するのである。

ここで、経済秩序に介入する国家の役割についてふたつの提案がなされるかもしれない。ひとつは、自生的秩序を維持するためには、国家による法的な強制が不可欠だというもの、他のひとつは、自生したルールが善いルールでない可能性があるので、国家による改善が必要だろう、というものである。

このふたつの提案を順にみてみよう。

(2) 自生的秩序論は、特殊意志を実現する権力行使、すなわち特定の目的を達成しようとする命令を否定していた。したがって、秩序が特殊意志に従属しないための権力行使は、否定されないとみることができる<sup>(156)</sup>。国家の役割は、自生的秩序を維持するための法的強制にあり、特定の目的を強制したり、個々人の目的追求を妨害したりしてはならない、ということの意味するといえる<sup>(157)</sup>。

あるいは、競争が有効に成立しえないところに、国家が法律的な枠組みを設定し、競争を加速させることも要請されるかもしれない<sup>(158)</sup>。試行錯誤の競争プロセスにゆだねることのできない場合、公的強制力をもった法規制が、その設計主義的危険を冒してでも試みられなければならない、とも指摘される<sup>(159)</sup>。この種の法規制は、自生的秩序の内容を補強し法制度化するものであるから、自生的秩序とは敵対的でないともいえそうである<sup>(160)</sup>。

以上の主張は、おおむね賛同できるが、ふたつのことに留意しなければならない。第一に、自生的秩序はその性質上、変化に対して開かれているのに対し、人為法は閉鎖的・固定的な性質をもちうること、第二に、競争がないところに擬似的な競争概念をもちこむことの危険性である。

第一の点については、秩序は守られているから秩序なのであって、秩序だから守らなければならないのではない、ということをおぼろげに思い出すべきである。これこそが自生の意味するところである。かつては守られていたルールが、時の変遷によって守られなくなり、新し

---

(156) 山中・前掲注(43)161頁。

(157) 萬田・前掲注(45)70頁。

(158) 嘉治元郎・佐代・前掲注(50)訳書372頁。

(159) 楠・前掲注(44)162頁。

(160) 須網・前掲注(12)48頁。



ルールが形成されることを考えてみよう。これはもちろん秩序が無秩序となったのではない。旧秩序から新秩序へと変化した、といってもよいが、より正確には、旧来のパターンから新しいパターンが形成される過程そのものが秩序だと理解されるべきことを、本稿は主張してきた。秩序に関するプロセス的な理解といってもよい。

これとは異なり、制定法は、改正しうるとしても、文字として固定される以上、変化に対して閉鎖的である。したがって、秩序の変化のプロセスを閉ざす機能もちうるし、そのように運用される危険があるのである。

第二の点については、先にもふれた独占を例にとるとわかりやすい。市場における競争プロセスで、消費者にもっとも愛された企業家が唯一の売り手となったとしても、それは危険な独占ではない。それはまさしくその者こそが競争プロセスの発見した唯一の効率的な生産者だ、という結果なのである。これを危険な独占とみて、より効率の劣る生産者を存命させ、より品質の劣る商品を消費者に購入させることは、発見プロセスとしての競争に反する人間理性の設計主義的介入である。

それにもかかわらず、独占を排除することは競争促進的であり、カタラクシーと整合的であると称して、設計主義的危険を冒して介入することは、カタラクシーと必ず不整合となる。競争のないところに競争を作出することが、カタラクシーと整合的になる局面は、法的独占（法規制）の廃止である。このことに留意しなければならない。

(3) 次に、ふたつ目の提案を考えよう。自生したルールが公益を達成するという保証はないとか<sup>(161)</sup>、自生的秩序が望ましくない発展をすることもあるとか<sup>(162)</sup>、自生的な解決が最善とは限らない<sup>(163)</sup>、などと指摘される。これらの理由により、市場秩序は法秩序によって完成されると論じられたり、あるいは望ましい秩序となるよう修正するための法律が必要だと主張されたりする。さらに進んで、自生的秩序は、その自己執行的性質の故に、改善の妨げになる、とまで主張される<sup>(164)</sup>。

これらの主張のうち、「公益」を主張する見解は、経済秩序外のなんらかの価値を実現

---

(161) 楠・前掲注(89)86頁。

(162) 萬田・前掲注(45)95-98頁。

(163) 山中・前掲注(43)109-110頁。

(164) 同 109-110頁。

するために、経済秩序を外側から統制する主張と考えられる。これは、経済秩序と社会的正義の関係をいかに理解するかとかかわる問題であるので、終章において、検討を試みることにする。

「望ましさ」、「最善」の主張は、「公益」の議論と同様に、経済秩序外の価値実現を目指す主張だと考えることもできるが、経済秩序そのものをよりよくするという主張、すなわち、競争プロセスではない方法で発見できる正しい秩序、人間理性への信頼を表明している主張だとも理解できる。経済秩序として本来あるべき姿が、なんらかの事情によって歪んでしまい、“望ましくない”秩序となっている。あるいは、人間理性による計算上の“最善”になっていないので、自生的秩序は国家権力によって改善されてこそ、真の経済秩序となるという主張だといえるかもしれない。

もしそうだとすれば、何をもって“望ましい”とし、いかなる状態を“最善”とするのかが不明確であると指摘されねばならない。また秩序に関して自生的秩序論は、人間理性による設計主義的介入と両立し得ない。自生的秩序論は、人間理性を徹底的に疑うところを出発点としており、国家によって設定された“最善”を諸個人に強制することは、決して諸個人にとって最善ではあり得ないことを帰結するからである。

カタラクシーとしての経済秩序の善し悪しを語るができることとすれば、それは諸個人間の計画を矛盾・衝突なく調整できる度合いのみである。この計画調整の出来具合のことを、本章はカタラクシー的効率性とよんでいる。たとえば、自生してきた所有のルールや取引のルールを、制定法により固定化することは、カタラクシー的効率性の上昇に寄与するだろう。しかし、上述のように、法的強制が秩序を維持するのではなく、変化のプロセスこそが秩序なのだということを考えれば、制定法秩序は経済秩序の妨げとならぬよう、絶えず見直しが必要となる。

## (二) カタラクシーと整合的な法律

(1) 常に変化する経済秩序にあわせて改正されていく制定法秩序に、あらたな制定法をくわえるとき、制定法秩序と矛盾しないよう配慮しなければならない。制定法秩序と矛盾する新規の制定法は、経済秩序と不整合だからである。自生的秩序であれば、まさに自生する変化のプロセスで、不整合なルールは除去されていく。しかし人為法は、自生的なプロセスをへないため、制定法秩序を人間理性によって統制しなければならない。人間理性への懐疑を出発点とする自生的秩序論が、人間理性に期待せざるを得ない背反的側面で

ある。ゆえに、人間理性への過信を警戒するべく、人為的な法秩序形成を統制する原則が要求される。

ハイエクは、この点に関して、普遍化可能性テストを採用している。普遍化可能性テストとは、次のようなテストである。「内在的批判は所与のルールシステムの内部で進展し、特定のルールをある種の行為秩序の形成を誘導する際の他の承認されているルールとの整合性と両立可能性とによって判定する。いったん、そのような既存のルールシステム全体が生み出す周知の特別な効果に帰着させることができないと認めるならば、この内在的批判は道徳的、法的ルールを批判的に検討するための唯一の基礎となる」<sup>(165)</sup>。

ハイエクのテストは、正しくないものを徐々に排除していくことができる消極的テストである<sup>(166)</sup>。

(2) カタラクシーと整合的な法律は、経済秩序を維持・安定させるような法律である。所有権の設定と移転に関するルールは、カタラクシー効率性を向上させる<sup>(167)</sup>。このルールを規定する制定法は、カタラクシーの効率性を保障する適切で永続的な法的枠組みとなる。もちろん、経済秩序は変化するのであるから、変化に対して諸個人が適応していくための私的イニシアティブが発揮される余地が残されていなければならない<sup>(168)</sup>。

私有財産制度や契約自由の原則を明文保障したとしても、財産と契約に関する紛争の解決にはならない、と指摘される。なぜなら、そのふたつの意味は曖昧であり、財産権の内容や実行可能な契約等を、法律によって規定しなければならないからだという<sup>(169)</sup>。また取引を制限する契約は実行されるべきではなく、契約の自由を制限するものは法律でなけ

---

(165) F. A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY VOL2 (1976) 24. F・A・ハイエク (篠塚慎吾訳)『法と立法と自由Ⅱ——社会正義の幻想 [新版]』(春秋社, 2008年) 37頁。

(166) 松原隆一郎『ケインズとハイエク 貨幣市場への問い』(講談社現代新書, 2011年) 279-280頁。

(167) ROY E. CORDATO, WELFARE ECONOMIC AND EXTERNALITIES IN AN OPEN ENDED UNIVERSE: A MODERN AUSTRIAN PERSPECTIVE 65 (1992). 井上・前掲注(139) 69頁。

(168) HAYEK, *supra* note 50, at 135. 訳書 186頁。

(169) *Id.* at 113. 訳書 157頁。

ればならない、ともいう<sup>(170)</sup>。

財産権の設定に関しては、その内容を法律で規定しようとするれば、著作権保護等の知的財産権にみられるように、恣意的になりがちである。特定可能な人びとの利益を保護する法的防壁は、市場における競争プロセスの発見機能を損なわせるだろう。人間理性への懐疑と発見プロセスとしての競争への信頼というスタートラインからすれば、財産権の内容の曖昧さを、法律で具体化することは許容できないはずである。むしろ法律は、特定の結果や対象を捨象した一般的・抽象的な性質をもたなければならないのである。

法律によって財産権を設定するならば、よりシンプルな規定で満足するべきである。本稿で、財産権の対象について掘り下げる余裕はない。が、ひとつの視座を提示しておくとするれば、財産権の対象や範囲がどこまでかを画定することよりも、いかなる行為が財産権の侵害となるのかを考察すべきだということである。法の支配が求める一般性・抽象性は、恣意性を除去するための消極的機能を果たすのだから。

(3) では、取引を制限する契約は実行されるべきではなく、契約の自由を制限するのは法律でなければならない、という主張はどうだろうか。

奴隷契約を考えてみよう。この契約は、主人の命令に服従させ、奴隷の自由な行為を禁止することを内容とする契約である。この契約は、奴隷が主人の命令に反して取引することを禁止するものだから、取引を制限する契約である。奴隷契約を契約自由の名の下に当事者まかせにするわけにはいかず、法律で禁止されなければならないと考えれば、契約の自由を制限するのは法律の仕事だという主張に沿うことになるだろう。

自発的に奴隷となる者は、心身ともに主人の所有物となることを、自発的に決定したのである。だが、その契約が成立した瞬間に、自らの意思で身体を動かすことが物理的に不可能となるだろうか。当然、そうはならない。自己の身体を自己の意思で動かすことは、依然として可能である。要するに、自由意思を消し去ることは不可能なのであって、奴隷契約自体は、奴隷の自由意思のもとでなり立っている契約なのである<sup>(171)</sup>。喜んで奴隷となった者が、数年後に気が変わって、奴隷契約を打ち切り、立ち去ることも可能なのであ

---

(170) *Id.* at 115. 訳書 159 頁。

(171) マリー・ロスバード（森村進＝森村たまき＝鳥澤円訳）『自由の倫理学 リバタリアニズムの理論体系』（勁草書房、2003年）48-49頁。

る。それを物理的に阻止することは、許されざる物理的強制であり、これはすぐ後にみるように、法的に禁止されるべき行為なのである。

したがって、奴隷契約も契約自由の原則のもとで交わされてもかまわないという。それゆえに、取引を制限する契約が交わされてもよいのであって、契約を制限するのは法律でなければならないわけでもないのである。

取引制限契約と契約自由の原則の法的制限を、奴隷契約に矮小化して論ずることは、論点に正面から取り組んでいないかもしれない。が、経済秩序、自生的秩序の保障は、法的介入の拒絶を規範内容としていることに思えば、奴隷契約のような典型的に規制対象と考えられているケースにおいても、法規制は不要との結論に到達しうることを、重視すべきだろう。経済秩序保障の規範的含意は、法的介入への消極的評価にあることは、何度でも強調しなくてはならない。

カタラクシーと整合的な法律といって問題ない法律は、個人が他人の目的のために奉仕させられる状況を排除する法律である<sup>(172)</sup>。物理的な力を背景として、個人が他人の目的のための手段とされることは、それが国家権力ではない私人の手によるものであっても、許されない。自由意思を拘束する物理力は、各人の目的設定と手段選択を禁じ、競争プロセスにおける発見機能を停止させ、知識の普及を妨げる。カタラクシー効率性を完全に低下させる行為である。

したがって、物理力をもって自由意思を拘束することは、法律によって禁止されるべきである。もっとも、物理的強制の禁止はノモスであると思われるので、法律による禁止はノモスを固定化したにすぎないともいえる。

### (三) カタラクシーと独占禁止法

本章の主張とは異なり、一般に、独占やカルテルなど、事業者による競争制限行為が、経済活動のなかで自然発生したとしても、それが自生的秩序を構成するとは考えられていない。競争制限的行為をも“自生的秩序”とすれば、守られるべき“秩序”に、守られるべきでない異物が混入すると思われるからかもしれない。

そうではないことの説明に、次のようにいうとすればどうか。競争制限的行為は競争プ

---

(172) 楠・前掲注(79)299頁。

プロセスの途中であり、秩序は変化のプロセスを通して維持されている。ゆえに、プロセスのなかで、フェア・プレイのルールも自生してくるだろう。

かく説明しても、秩序の概念を静態的にとらえる論者には納得しがたいのかもしれない。静態的秩序概念は、整然とした状態、収まるべき所に収まっている状態といってもよい。この発想だと、競争制限的行為は秩序をみだしているが、秩序の一部とは考えられない。自生した競争制限的行為は秩序を破壊するので、それを排除するルールは自生しないと考えられ、民主的な立法過程を通じた意思決定によって秩序を回復しなければならない、といたいのだろう<sup>(173)</sup>。

しかしながら、カタラクシーと整合的な法律を先に示唆したように限定的に考えれば、経済活動のなかで生じるカルテルの契約や独占等の規制は、経済秩序を促進するどころか、有害である可能性がある。独占禁止法にみられる適正な競争を確保するための制定法は、秩序や競争の概念を正しく理解されていないならば、カタラクシーとしての経済秩序を破壊する危険が大きい。

独占禁止法は、設計主義の弊害をともしないがちである。競争こそが発見装置なのだから、競争の結果としてのみ、消費者に最も有益な製品や最適な生産量が明らかとなる。にもかかわらず、最適な生産量や、消費されるべき製品を、法律によって調整しようとするのは、競争プロセスを経ないで、“最適”を知ろうとする不可能への無意味で有害な挑戦である。

また企業家は、独占的利潤を求めて行為するのであるから、競争プロセスにおいて独占行為を禁止することは、企業家精神を否定することと同じである。利潤は優れたひとりが独占するのではなく、常に他者と共有しなければならないのか。より効率的に資源を活用でき、それゆえに消費者により奉仕できる生産者がいたとしても、その者が他の生産者を出し抜いて行動することは禁止されねばならないのだろうか。そうだとすれば、それは個人主義社会ではなく、集団主義社会であろう。

競争プロセスにおいて独占的地位を築いた者がいるとすれば、それは他の誰よりも優れた生産者であり、他の誰よりも消費者に奉仕することが発見されたに過ぎない。独占的地位を維持しようとするれば、消費者に奉仕する生産者であり続けなければならない。その者

---

(173) 須網・前掲注(12)48頁。

よりも消費者に奉仕する方法が発見されれば、独占的地位はもろくも崩れるのである。このダイナミックなプロセスこそ、競争プロセスなのである。この種の独占は、連続する競争プロセスのなかのひとつの局面に過ぎず、全体として競争プロセスは機能している最中なのだということを理解しなければならない<sup>(174)</sup>。

独禁法が競争プロセスに対してはたす役割は、秩序ある競争を実現しようとするのではなく、競争プロセスの結果できあがったパターンを保護するものでなければならない。そのためには、市場において企業家として活動する諸個人の役割を最大限尊重し、権力的介入を極度に警戒し、正当性を厳格に審査していかなければならない。民主的な立法過程を通じた意思決定に過剰な期待を寄せるべきではない。

### 3 自生的秩序とふるまいのルール

#### (一) 情報伝達システムと社会的ルール

経済秩序は、社会システムにおいて機能して知識問題を解決するルールからなることを、本章は主張した。社会システムにおいて機能するルールの属性は、法の支配にいう法の属性でもあると述べた。ここまでは主として価格メカニズムによる情報伝達と、競争プロセスにおいて形成されるルールについて述べてきた。しかし、しばしばふれてきたように、情報伝達は価格メカニズムによってのみおこなわれるわけではないし、価格メカニズムがルールを生み出すわけでもない。以下では、法の支配と経済秩序との関連の最後として、社会的なルールとカタラクシーの関係をみておこう。

まず情報伝達システムとルールのネットワークとは区別されなければならない。情報伝達システムのなかで主要な役割を果たしているのは価格メカニズムである。価格メカニズムは、たしかに知識の発見、伝達、貯蔵の機能を果たしているが、それだけでは複雑な社会における調整のためには十分ではない<sup>(175)</sup>。価格は次におこなうべき行為は何かを教えてくれるが、たゆまぬ時間の経過によって、行為の結果は裏切られる。価格は常に現在の

---

(174) この理解なしに自生的秩序論を批判することは、消化不良となるだろう。楠・前掲注(89)86頁。

(175) フリートウッド・前掲注(56)8-9頁。

知識であり、将来の価格を保障しないのである<sup>(176)</sup>。

そのため将来の結果についてある程度の信頼できる仕組みが切望される。すなわち、価格にくわえて、社会において人々の行為を導くなんらかのルールが必要とされるのである。企業家は、価格のみならず、ルールに依拠している。ルールは予測可能性を高めるので、諸個人の行為を誘導する。このルールをふるまいのルール、あるいはふるまいの社会的ルールとよぼう。企業家は、ふるまいの社会的ルールや固有の知識を活用し、期待を形成するのである<sup>(177)</sup>。価格メカニズムは、ふるまいの社会的ルールのなかにあって、有意となるのである<sup>(178)</sup>。

ハイエクは、当初、自生的秩序を価格メカニズム（情報伝達システム）のみに依拠して論述していたが、後に、フォーマルな法律やインフォーマルな社会的ルールによって補完されなければ、市場経済は成立しないと認識するようになった<sup>(179)</sup>。

## （二） ふるまいのルール

ふるまいのルールは、諸個人の行為を誘導し、経済秩序を形成している。そのルールは、なにからなっているのか。たとえば、フリートウッドは、誠実、正直、約束遵守などの一連の暗黙的な不文律というまでもなく、所有権、不法行為、契約に関する法律からなる複雑なルールの網として現れる、という<sup>(180)</sup>。

繰り返しになるが、ここでいうルールはノモスである。ノモスはパタンであり、競争プロセスにおいて回帰的に実行される制度でありルールなのである。したがって、行為を導くパタンとなっていれば、諸個人に共通されている感覚的なものもルールたりうる。

部族社会のような共同体であれば、共同体の共通目的は、人々の行為の正邪を判別する共通のテストとなるだろう。その共通目的は、共同体における社会的正義であり、その正義を各人は内面化し感覚化する。その正義の感覚は、人々の行為を導くルールとなるだろ

---

(176) 同 258-259 頁。

(177) 同 258-259 頁。

(178) 同 215-217 頁。

(179) 西部忠「解題」フリートウッド・前掲注(56)訳書 301 頁。

(180) 同 257 頁。



う<sup>(181)</sup>。

現在の社会は、小さな部族社会から大きな市場社会へと転換している。市場社会においては、部族社会のような共通目的はない。とはいえ、人々は市場社会に原子的に存在しているわけではなく、なんらかの小さな社会に分属している。その小さな社会あるいは組織においては、共通目的を内面化した正義感覚をルールとして、各人は行為する。

その正義は、その小さな社会で妥当し、市場社会では必ずしも通用しない。しかし活動する個人に内面化された正義感覚は、活動するステージの相違に応じて簡単に切り替えることはできない。そのため、小さな社会の正義感覚は、市場社会で行為する個人の行為決定の指針ともなる。

この正義の感覚は、たしかに社会的ルールではある。しかしながら、市場社会における経済秩序のルールといえるかは、慎重な検討が必要である。小さな社会のルールが、大きな社会のルールとしてそのまま妥当するわけではないからである。この問題は、社会的正義の観点から、経済秩序への介入が許されるかという論点とかかわるため、次章で検討しよう。

### (三) 行為を可能にするルール

価格メカニズムは、情報を伝達してくれるが、それだけでは行為決定の資料としては不十分であり、ふるまいの社会的ルールによって、行為決定が可能となる。仮に価格メカニズムによる情報がなくても、ルールに従うことで、なんとか行為は可能となることを考えれば、情報伝達システムとルール遵守は別々の問題だと考えたほうがよい<sup>(182)</sup>。

フリーウッドは、次のように社会的行為の成立可能性を整理してみせる。①公式的メカニズム（たとえば商業新聞）がなければ、知識の利用可能性は限定される。②情報伝達システムがなければ、意図した結果を生み出せないし、行為を調整することもできない。③ふるまいの社会的ルールがなければ、いかなる社会的行為も全く不可能となる。主体はルールを遵守することによってのみ行為できるからだ。①から③は、知識の生産・伝達・

---

(181) 楠・前掲注(44)98頁。

(182) フリーウッド・前掲注(56)104頁。

貯蔵を容易にする仕組みである<sup>(183)</sup>。

この指摘のように、ふるまいの社会的ルールは、あまたの選択肢の中から行為者の選べる行為を限定する役割をもっている<sup>(184)</sup>。そのルールに従うことで、個人は行為可能となるのである。たとえばフリーウッドは次のようにいう。“交通ルールが必要なのは、すべての運転手は他の運転手の時間的・空間的位置、そして他の運転手の期待、計画、行為について無知だからである。したがって交通ルールにより、行為が可能となるのである”<sup>(185)</sup>。もちろん、ルールはその性質上、個々の具体的内容を決定しない、一般的・抽象的なものとどまる。

諸個人はルールに導かれ、価格メカニズム等を利用して知識を獲得するなかで、企業家精神を發揮して競争する。競争プロセスは知識の発見に寄与する。こうして形成されていく自生的秩序（経済秩序）は、社会全体の知識問題を解決する仕組みでもある。社会全体に妥当するルールは、法の支配という法である。したがって、経済秩序をなり立たせているルールの考察は、法の支配という法の考察でもある。このことを踏まえたくて、終章では、経済秩序への社会的正義にもとづく介入の正当性についてみてみよう。そこでの考察は、経済秩序において妥当するルール、すなわち法の支配という法と社会的正義の衝突の可能性に焦点が当てられるだろう。

---

(183) 同 247 頁。

(184) 同 252 頁。

(185) 同 188 頁。

## 終章 社会的正義，公共の福祉と経済秩序

### 一 本稿を閉じるにあたって

これまでの考察から帰結されることは、経済秩序にかかわる法律がそなえるべき属性を重視すれば、社会的正義や民主主義の観点からの市場への干渉は正当化することが困難だということである。経済秩序は人の意図によって構築されたものではない自生的なカタラクシーである。正義は人の意図的行為についてあてはまる概念だとすれば、カタラクシーを正義で語ることはできないと思われる。また民主制のプロセスは特権獲得のための競争であるという指摘を考慮すれば、民主的決定を根拠とする法的介入は、経済秩序内に自由な競争を阻害する法的障害を設置することを許すことになりうる。これらのことを検討して本稿を閉じる。

### 二 社会的正義と市場

#### 1 競争の反・反倫理性

(1) 主流の憲法学は、経済秩序を“あるべき”ものへと修正する必要があると説く。ここでは、経済秩序は、社会的正義の観点から整序されたものだと理解されているようである。このことは、先述したように、公共の福祉論における社会国家的公共の福祉概念のなかに集約されている。すなわち、憲法は公共の福祉の内実として社会的正義を内在させており、国家がかかる観点から市場経済へと介入することを容認、あるいは積極的に要請していると理解されているのである。

経済秩序が社会的観点から修正を要すると考えられるのはなぜか。それは競争には、負の側面があり、反倫理的であると考えられているからだろうか。

たとえば、次のような反倫理性が想定されているのかもしれない。①“競争の困った点は、誰かがそれに勝つことだ”。②“敗北のうえの勝利は不公平だ”。それゆえ、競争の敗者である“弱者”を保護し、競争の勝者による“独占形成”を阻止しなければならない

のだ<sup>(1)</sup>。

しかし①については、競争が発見のプロセスである以上、競争の結果としてうまくやった者が発見されると同時に、うまくできなかった者もまた発見されるのは必然である。うまくいかなかった者を保護する必要があるか否かは議論の余地があるが、敗者が生まれるから反倫理的であるということにはならない。むしろ逆である。ある者が敗者とならないよう競争から保護することは、人が能動的・知性的である必要性を失わせ、その者を怠惰にし精神的な仮睡の状態にすることになる<sup>(2)</sup>。この方がよほど反倫理的だという余地もあろう。

また②については、“競争は独占を形成するから反倫理的である”とはいえないと思われる。ひとつに、独占を規制する組織は、独占を目指して不成功に終わった人々の要求によって、彼らの努力を挫いた市場を妨害するために存在するとの指摘があるからである<sup>(3)</sup>。この嫌がらせや妨害活動の方がよほど反倫理的ではないだろうか。競争の結果としての独占は、消費者に最も愛された証左である。競争プロセスのなかで独占状態を維持するには、絶えず潜在的参入者と競争をし続けなければならないのである。

(2) 競争は反倫理的なのではなく、逆に社会を改善するための有益なツールであり、倫理的だ、との指摘もある。

たとえばある論者は次のようにいう。「競争は人間本性に内在する自愛心、活動意欲、自律、自己実現、自己発展の現れであって、社会にとって活力の源泉である。自愛心は社会に自由と活力と効率を保障し、旧弊と怠惰と放縦を抑止し、進歩と核心への刺激として働く。競争はこの自愛心という人間本性に点火し、自愛心の発揮を原動力としている。…競争の基礎となる進取、向上、勤勉、慎慮といった自愛心の徳目は、それ自身としての

---

(1) デイヴィッド・フリードマン(森村進ほか訳)『自由のためのメカニズム』(勁草書房, 2003年) 40 頁はジョージ・オーウェルを引用しながら批判をしている。また楠茂樹『ハイエク主義の企業の社会的責任論』(勁草書房, 2010年) 17 頁。

(2) 楠・同 3 頁は、塩野谷祐一、J・S・ミルを引用しながら、競争を嫌う論者による競争の理解について検討している。

(3) フリードマン・前掲注(1)40 頁の議論を参照。

善である」<sup>(4)</sup>。

競争が社会改善的であるとすれば、競争は反倫理的ではなく、むしろ倫理的だということになるろう。

自由な競争的市場においては、社会は全体として裕福となるのだが、なかには取り残されてしまう者もあるだろう。この不愉快さが市場への抵抗感であるという見方もありうる<sup>(5)</sup>。しかし競争プロセスにおいて、活躍の場はここにはないと判定された者は、強制的に退場させられるわけではないうえに、能力を活かせる場所へと新規参入していくことが許されるのである。

また能力に応じた処遇を倫理的と考える場合であっても、いかなる能力に秀でているかは競争によって発見されるのであるから、倫理的判断の前提として、やはり競争は不可欠だ、ともいえる。

## 2 社会現象を手なずける

“なにも競争自体が不要というわけではない。競争が不可欠だとしても、秩序のある競争でなければならないのではないか”。経済秩序への社会的正義の観点からの介入を要請する者達は、そう考えるかもしれない。

社会的正義論が白熱する以前の 19 世紀的な自由の体系は、不在の体系であった。不在の体系は権力への抗議を明確に表現している。他方で、この体系に物足りなさを感じる者達は、計画経済、社会主義、社会的正義論によって、不在の体系の空白部分を具体化しようとしたのだった<sup>(6)</sup>。本来、不在の体系は政府によって果たされるべき役割を積極的に論じない。しかるに、不在の体系を援用しながら既得権保護を主張する社会的正義論まであ

---

(4) 塩野谷祐一『経済と倫理 福祉国家の哲学』（東京大学出版会，2004 年）170 頁。また楠・前掲注(1)3 頁。

(5) 楠・前掲注(1)106 頁。

(6) 萬田悦夫『文明社会の政治原理——F・A・ハイエクの政治思想』（慶應義塾大学出版会，2008 年）82 頁。

らわれ<sup>(7)</sup>、社会的正義論の登場後、自由論はさらに混迷する。

かつて、不在の体系の下、人々は個人の努力を挫く“個人を超えた様々な力”を受け入れ、身を委ねてきた<sup>(8)</sup>。しかし人類はその英知によって、しだいにその超克に挑みはじめた。自然現象にしても、社会現象にしても、合理的設計により手なづけられると信じたのである。

社会主義は、そうした“個人を超えた諸力”への抵抗のなかから醸成されてきた。社会主義は予測不能と思えた経済現象を分析し、計画することで、経済・社会問題を克服しようとしたのであった。ハイエクは、深刻な不平不満を引き起こしている世界を作り直そうとする衝動からうみだされたのが経済分析だと論じている<sup>(9)</sup>。

社会的正義を経済秩序に導入し、“秩序をあたえる”試みは、ここでの文脈で言えば、不在の体系にいくらかの具体性を与える試みである。それは“個人を超えた様々な力”を手なづけようとする努力なのである。

しかし、ハイエクの指摘するように、この努力は、次のような発想に立つのならば間違った努力となる。すなわち、すべての社会現象は人間の行為が生み出すのだから、人間行為に依拠する現象は当然、自分たちの意図によるものである<sup>(10)</sup>、という思考である。

人間行為の結果ではあるが、意図の結果ではないものとしてできあがった秩序こそが経済秩序である。こう考えるならば、経済現象を完全に合理的に説明したり予測したりすることはできない。社会的正義の観点から秩序を与えようとする論者は、経済秩序への合理的介入には限界があることを重く受け止めなければならない。そしてその限界は想像以上に手前にあるのである。次にそのことを見てみよう。

### 3 社会的正義は憲法的価値か

社会的正義を憲法の理念あるいは公共の福祉に読み込もうとする論者は、2で見たよう

---

(7) 山中優『ハイエクの政治思想——市場秩序にひそむ人間の苦境』（勁草書房、2007年）159頁。

(8) 同31頁。

(9) F・A・ハイエク著（古賀勝次郎監訳）『経済学論集』（春秋社、2009年）7頁。

(10) 同7頁。

に、競争それ自体が反倫理的なのではないと考えたうえで、競争に秩序を与える社会的正義の導入は可能であると考えている。次に、それはいかにして（不）可能なのかを検討しよう。

一般論として、国家権力発動の正当化論拠は、憲法に求められなければならない。国家権力が社会的正義の観点から、経済秩序に介入する根拠も同様に、憲法に求められなければならない。国家介入を要請する根拠、抑制する根拠を、憲法の法的統制力から読み解かなければならないのである。はたして憲法に手がかりはあるのか。

国家の経済に対する存在理由は、近代立憲主義以降ようやく成立した、とある論者はいう<sup>(11)</sup>。この論者によれば、近代民法典の制定により、契約当事者の合理的期待の内容は、先例の積み上げよりも予測可能なものとなった。そして国家は実定法を制定するなかで、国家の側からみた重要事項を正義と称し、その擁護者を自認した。かくして、近代以降は、国家の手により正義を強制する実定私法が経済秩序を創設することになっていったというのである。

近代立憲主義以降、経済秩序に介入する国家権力を統制する憲法的価値はなにだと解されるのか。ある論者は、憲法は時流とは切り離された、基底的な市場経済のあり方を保障しているのだと説く<sup>(12)</sup>。その理由として、現在は混合経済であって、政府による介入を要素としているため、国家の積極的役割が不可避であること、経済学の議論にのみ依拠することは、国家の役割を考えるうえで不適切であることがあげられる。

この見解に対しては、次の疑問が直ちに浮上する。そこにいう基底的な市場経済のあり方とは何を意味するのだろうか。また経済学では適切に解き明かせない国家の役割とはなにか。後者は効率だけではなく公正や公平といった価値の実現も国家の役割であることを意味しているのだろう。そしてまさにかかる価値を内蔵させた市場こそ基底的な市場経済だといいたいのだろう。市場におけるプレイヤーである消費者は、同時に公共的価値の担い手である市民でもある。市民による民主主義の政治プロセスにより、市場に公共的価値

---

(11) 棟居快行「憲法と経済秩序——解釈論上の問題の所在」季刊・企業と法創造 6 巻 4 号 (2010 年) 103 頁。

(12) 須網隆夫「憲法と市場経済秩序——市場の成立条件と市場のあり方の選択」季刊・企業と法創造 6 巻 4 号 47 頁。

が実現されていくことを、憲法は保障しようとしている、といたいのかもしれない<sup>(13)</sup>。

もっとも、基底的な市場経済のあり方や公共的価値は、憲法典に明示されていない。しかるに憲法学説には、社会的正義に関する一定の偏りが存在するとも思える。ある論者の言葉を借りれば「見えない憲法」<sup>(14)</sup>である。「見えない憲法」とは、ドイツ流の社会的公平や正義の実現といった特定の価値観をかぶせられた経済秩序、社会的経済秩序のことをいうとされる。同論者によれば、日本社会は戦後も一貫して自由競争の経済モデルや国家観をとってこなかったのだと指摘される。この見えない憲法に、公平・公正を折り込んだ基底的な市場経済や公共的価値が読み込まれ、憲法的法力をもって市場を統制できると考えてよいだろうか。

たしかに、かかる見えない憲法が、諸個人の生にとっての共通基盤であるならば、憲法的価値といえるのかもしれない。問題はそういえるか、である。次のような論じ方がある。

“自由な生き方といえども、殺人や麻薬は禁じうる。かように、どのような生き方をどの程度個人の選択に委ねるかは、組織としての国家が決定しあるいは承認すべき問題である。国家の成員であるという共通基盤に立って提起される、国家の大きな理念、方向であれば、私的目的が捨象されているだけに成員にとって共有可能なものになるだろう。したがって、福祉の理念や方向性も共有可能となる”<sup>(15)</sup>。

しかし、このような議論は成立しがたいと私は考える。憲法典制定以前から、人間行為は厳然として存在し、その行為はカタラクシー（あるいは制度）を形成していたはずである。憲法典の制定は、その制定以前から存在していた制度を制度として保障することにあると解すべきである。そのことは 29 条 1 項が財産権を絶対的に保障していることに現れている。

---

(13) 宮井雅明「反トラスト法の原点」正田彬先生古稀祝賀「独占禁止法と競争政策の理論と展開」（三省堂，1999 年）103 頁，愛敬浩二「憲法と独占禁止法——規制緩和のなかで規制目的二分論を考える」法学セミナー 598 号（2004 年）19 頁。

(14) 棟居快行「日本的秩序と『見えない憲法』の可視化」『憲法学再論』（2001 年，信山社）55 頁。社会的経済秩序は、純粋な自由競争を至上の価値とは考えず、既得権保護のために自由競争のプロセスを歪めてもよいと考えている、という。

(15) 萬田・前掲注(6)188-189 頁。



また公共的価値は市場取引では実現できないと考えられている。しかし、公共的価値の内容は曖昧である。公共的と称する価値は、市場における競争力に劣るが政治力に勝る個人による私的権益にすぎないかもしれない。マンデビルであれば、私益こそが公益であるというだろう。そこにいう私益は、“政治的手段”によって獲得するものではなく、“経済的手段”によって獲得されるものであるのはいままでもない<sup>(16)</sup>。

さらに言えば、殺人の禁止が承認されるのは、国家が組織であり、組織的命令に成員である国民が服従しなければならないからではない。ひと言でいえば、殺人は、自己所有権という誰もが否定しがたい大前提から、演繹的に、自由の体系から除外される行為である。ゆえに殺人の禁止を個人に強制できることをもって、国家を目的的組織ととらえ国民に命令する権限があると論じることはできない。国家と国民の関係を組織になぞらえることは、カタラクシーというノモスのネットワークをテシスのネットワークとしてしまうだろう。

基底的な市場経済を憲法が保障していることの論証は成功していないと思われるが、そうだとすると、理性の限界を意識しながら、理性にもとづく真摯な考察が必要であり、市場経済秩序が生み出す問題に対処する試行錯誤を続けるしかない、といえるかもしれない<sup>(17)</sup>。

これは論者の意図とは違う意味で、正しい側面をもつ。たしかに人間の理性には限界がある。市場全体に秩序を与える理性は存在せず、真摯な考察は、現場の諸個人が固有の知識を有効活用することでおこなう。市場経済秩序が生み出す問題の多くは、政府が生み出している可能性を反省し、市場への介入強化ではなく、規制の緩和・撤廃をしていく試行

---

(16) マリー・ロスバード（森村進＝森村たまき＝鳥澤円訳）『自由の倫理学 リバタリアニズムの理論体系』（勁草書房、2003年）59頁注(4)は、フランツ・オッペンハイマーの次の言説を紹介している。「生きていくための手段を必要とする人間が、自分の欲求を満足させるために必要な手段を手に入れる手段には、二つの根本的に対立するものがある。それは働くことと盗むことである。自分自身の労働と、他の人々の労働の強制的略奪である。……自分自身の労働、及び自分自身の労働を他の人々の労働と等価交換することを、必要なものの満足のための『経済的手段』と呼び、他の人々の労働を一方的に取り上げることを『政治的手段』と呼ぶことを私は提案する」。

(17) 須網・前掲注(12)60頁。

錯誤が必要となるだろう。

#### 4 市場経済にビルトインされた社会的正義

社会的正義の観点から経済を秩序化する見方には、社会的正義抜きにしては市場経済が成り立たないとする主張もある。これによると、市場経済には社会的正義がビルトインされているということになる。そのような見方が可能だろうか。次の主張をみてみよう。

“市場取引にはコミュニケーションが不可欠だが、参加者間の著しい格差は、コミュニケーションの成立を困難にしかねない。ゆえに格差はある程度以下であることが必要である。そして格差拡大は市場経済秩序自体を不安定化させ、大きな所得格差は市場経済に大きなコストを負担させることになる。したがって、市場経済は一定の再分配を不可避なものとして内蔵していると考えなければならない”<sup>(18)</sup>。

この主張を受け入れるとすれば、いかにして再分配をしていくかが次に問題とされるだろう。再分配のやり方にも種々あるが、市場経済と調和的な手法が好ましいとされるだろう。たとえば公共調達や公共事業をつうじて、再分配による社会的正義の実現をすることが考えられる<sup>(19)</sup>。公共調達は入札による競争とは相容れない価値観でおこなわれる場合があるらしい。すなわち、公共調達によって中小企業を保護・育成していくという考え方である。また公共事業は、雇用の下支えをしており、その効果は社会的に無視できないとも指摘される。

上記の主張を受け入れれば、次のようにいえる。市場経済に介入することは、一見すると自由競争に反すると思われるかもしれない。しかし、市場経済には社会的正義がビルトインされているのだから、上記の手法での介入は市場経済と整合的なのである。一見して自由競争とは反するからといって、直ちに規制の対象となると考えてはならないのだ。市

---

(18) 同 49-50 頁。

(19) 郷原信郎『独占禁止法の日本的構造 制裁・措置の座標軸的分析』（清文社、2004年）158-159 頁。資本主義の基礎の上に福祉国家の建設を目指し、その一環として独占禁止政策に真剣に取り組んでいるのが、欧米先進国の趨勢であるとの指摘がある。江上勲「独占禁止法改正試案の問題点と批判——とくに憲法との関連において——」駒澤大学法学部研究紀要 33 号 25 頁。

市場経済は再分配抜きには成立しないのだから。現に、競争原理の論理的帰結である適者生存という考え方と矛盾するような企業慣行も存在することからすれば、市場経済に社会的正義がビルトインされているということも分かるはずだ<sup>(20)</sup>。

しかし、市場経済に社会的正義がビルトインされているという主張も成立しがたいと、私はみる。

まず、前提として、所得格差が開くとコミュニケーションの成立が困難となるというが、その意味するところが明らかでない。コミュニケーションの語義の曖昧性も重大な問題であるが、それはひとまずおくとしよう。ともあれ市場取引にコミュニケーションが必要であるとしよう。それならば、市場における競争プロセスは、企業家精神に働きかけ、うまくコミュニケーションをとり機敏に行為するよう市場参加者に促すだろう。そうしなければ、市場においてうまくやり通すことはできないからである。もし格差がコミュニケーションを阻害するというなら、阻害要因を取り除くような行為をしなければ、市場プロセスでうまくやり通すことはできないということ、競争が明らかにするのである。したがって、市場プロセスにおいて、阻害要因（ここでは格差）を取り除くようなパタンが、自生的に形成されると期待できる。

もしも市場経済において格差を取り除くようなパタンが形成されないとすれば、それは、そのようなパタンがなくとも市場経済は機能しているということ、まず考えるべきである。その場合、再分配は市場経済にビルトインされているという主張を疑うべきことになる。あるいは、格差が存在し、それを取り除くようなパタンが形成されていないことは、その形成を抑止するような、“法規制”が存在する疑いが濃厚だと警戒するべきである。

いずれにしても、“市場経済は再分配抜きには成立しない”，との主張に賛同する前に、検討すべき事柄があると言わざるを得ない。

実際には、たとえばアダム・スミスが同感を通じた相互援助を想定しているように、慈善団体を組織したり、募金活動をおこなったりするような人間行為のパタンが形成されることは十分に考えられる。

次に、市場経済と調和的な手段にみえる公共調達等も、それがなければおこなわれたはずの経済活動の芽を摘むことに留意しなければならない。公共事業による雇用の増加も、

---

(20) 郷原・同 161-162 頁。

それがなければおこなわれたはずの別の労働が失われることに注意を向ける必要がある。失われた労働によって、何がもたらされるはずだったのかを誰も正確に把握することはできないのであるから、それを軽視して再分配を計画することは考慮すべき事を考慮していないといえよう。

最後に、自由競争原理を適者生存と表現することは誤導的である。市場競争は生物学的な生死をかけた闘争ではない。社会において必要とされている物は何かを市場プロセスにおける競争が明らかにし、そのプロセスをつうじて適材が適所に配置されていく過程として、市場経済を表現するのが適当であろう。

## 5 市場プロセスと社会的正義

(1) 市場プロセスの所産である経済秩序を社会的正義の観点から整序すべきだとする論者は、市場プロセスの所産を不正なもの、すなわち正義に反するとみなしている。そのようにみなすことは妥当なのだろうか。これについてのハイエクの見解は次のようである<sup>(21)</sup>。

正あるいは不正の名で語るができるのは、人間の行為だけである。何人も変えることができない事実や状態に対しては、善、悪の語で語ることはできても、正、不正の語を使用することはできない。人間の意志によって作られた状況のみが、正や不正の語で語りうるものであって、自生的秩序の内容は、誰かが意図したり予測したりした結果ではないのであるから、正でも不正でもあり得ない。

ハイエクにとって正義とは、不正を防止するルールの下で各人が自己の選んだ目的を追求し、かつ他人の同様な権利を侵害しないところに成立するものである。市場機構という制度、プロセスがもたらす結果を何人も意図しなかったし、予見もしなかった。そのようなプロセスに正義を求めることは、明らかにおかしいことなのである。

ハイエクによれば、正義は一般的ルールに対して用いられるのであって、社会に対して

---

(21) ハイエクの見解については、萬田・前掲注(6)264-279頁がうまく要約している。

用いられるべきではない、という<sup>(22)</sup>。そして、市場プロセスの結果は正義とは無関係だから、結果が不正であり、誰かがその責任を負うべきである、ということにもならないのである<sup>(23)</sup>。

(2) 正義は人間が意図したり、予見したりした結果について語るができるものだとすれば、競争の結果としてできあがる秩序に対する社会的正義の主張は内的な矛盾をかかえることになる。

社会的正義は優先充足事項を順序づけ、最善の配分をするように要求する。それを実現するには、論理的にいて、決定者（機関）は、価値の序列をあらかじめ決めることができ、誰に何が必要なのかを事前知っているものとされなければならない。この意味で、社会的正義はアプリアリな基準をもっているのである。

ところが、実のところ、その優先充足事項を、われわれは事前知ることができない。知ることができないからこそ、各人の競争が必要となるのであった。なにが優先的に充足されるべきかは、市場プロセスにおける競争をつうじて、自生的にできあがる序列として事後的にのみ浮かび上がるのである。

社会的正義は、この意味で、真の意味での競争と折り合わない。真の競争は、われわれがいま知らないことを発見する手続きなのである<sup>(24)</sup>。社会的正義のアプリアリな基準とは真っ向から対立する。

社会的正義を擁護する論者は、本研究の擁護する自生的秩序としての経済秩序ではなく、エコノミーとしての経済秩序を信じている。エコノミーは、目的に対して最善の手段を選択するような合理的意志の産物である。エコノミーの信奉者は、市場秩序をエコノミーと捉え、社会的正義の目的に対する最善の配置となるように優先順位を付け、種々の要求を満足させようと試みるのである。さらに進んで、社会的正義のために、価格と所得を政策

---

(22) 楠茂樹「独禁法における『競争』の理解及び『競争』とルールの関係についての検討（二・完）——ハイエク競争論及びルール論の視点から」法学論叢 149 巻 2 号（2001 年）65 頁。

(23) 萬田・前掲注(6)268 頁。

(24) スティーヴン・ホーウィッツ「解説——ハイエク思想の核心としての経済学」（ハイエク・前掲注(9)所収）239 頁。

的に修正しようとするのである<sup>(25)</sup>。

その傾向は、民主主義社会において、増幅される。ハイエクによる批判<sup>(26)</sup>を言い直せば次のとおりである。社会的正義にしたがって、価格や所得を統制する権限が政府に与えられているとしよう。民主主義社会において、政府は有権者に責任を負っている。とりわけ選挙区や支持団体に対して責任を負う。その責任は法的なものでは無いが、全国民の代表である純粋代表であっても、無視できないものである。価格や所得を統制する政府権限は、そのような責任を果たすために、すなわち大衆の願望や偏見を満足させるために拡大することは避けられない。

社会的正義は、民主主義的市場社会において、政府権限の悪しき拡大傾向をみせる一方で、それは小さな部族社会においてであれば、成りたちうる。たとえば利他主義、連帯、共同目的の尊重などの道徳規準にそって、優先充足事項に配分していくことが可能かもしれない。それは少数の部族社会であるから可能であり得るのだ。

しかし多様な未知の目的を、それぞれに実現しようとする大きな社会、すなわち相互を匿名の存在としてあつかう市場社会では、社会的正義は成り立たない。少数の部族社会で成りたつ社会的正義を現在の大きな社会に適用することを、ハイエクは“部族社会への先祖返り”だと批判し、社会を崩壊させるだろうと説いた<sup>(27)</sup>。

市場社会・自生的秩序を人為的に廃棄してしまうことこそ、正義に反する人間行為であろう。自生的秩序は無知への対応から生まれた。各人各様の多様な未知の目的を最大限実現できることに奉仕する制度が、市場プロセスによる経済秩序・自生的秩序である。人々は無知であるから、競争という発見の手続を利用して、うまく生活していくのである。政府を通じた人為は、社会的正義と称して特定の結果を達成する努力にではなく、未知の目

---

(25) F. A. Hayek, "Competition as a Discovery Procedure," Translated by Marcellus S. Snow, *The Quarterly Journal of Austrian Economics* vol. 5, no. 3 (fall 2002), at 17. 前掲注(9)訳書196頁。

(26) F. A. HAYEK, *INDIVIDUALISM AND ECONOMIC ORDER* (1949) 107. [邦訳] F・A・ハイエク(嘉治元郎=嘉治佐代訳)『個人主義と経済秩序(新版)』(春秋社, 2008年)150頁。

(27) 萬田・前掲注(6)7頁。

的を達成するための機会をすべての人に保障することに向けられなければならない。ハイエクのいわんとするのは、これこそが正義のはずだ、ということであろう<sup>(28)</sup>。すなわち、正義は一般的抽象的な全般的秩序の保障について、語るべきなのである。

ここまでみたように、自生的秩序を社会的正義にかなったものにしようとする試みは無益であるばかりか、自生的秩序を損傷する。社会的正義は市場経済にビルトインされているどころか、自由な社会とは矛盾するのである<sup>(29)</sup>。

### 三 市場競争，政治的競争，司法審査

#### 1 政治領域における競争

政治領域においても“競争”はおこなわれているはずだ、競争が発見の過程であるならば、政治領域における競争の結果として決定された社会的正義実現のための法規制も、尊重されなければならないのではないかと、この主張もある。G・タロック（Gordon Tullock）は、企業家が人為的な障壁を作り出すために政府にロビーすることを、“競争”の語を用いて論じたことで、学界に一石を投じたと評価できよう。では、政治領域における競争は、政治的手段を発見し、あるべき配分を発見し、秩序を形成するといえるだろうか。

エドウィン・チャドウィック（Edwin Chadwick）は、領域内での競争と領域獲得に向けた競争を区別した<sup>(30)</sup>。すなわち売手の顧客獲得に向けた競争と、売手の他者を排除する手段獲得に向けた競争との間に明確な線を引くのである。

前者を市場競争、後者を政治的競争と換言してもよいだろう。両者の区別には賛成できる。しかし、後者を市場における競争と同じ“競争”の語をもちいて論ずることは誤導的だろう。

第一に、独占価格を課することができる独占は法的独占、すなわち政府からの特権以外にない。政治的な競争は、法的独占の獲得を目指すものであり、その帰結は市場における

---

(28) 山崎弘之『ハイエク・自生的秩序の研究——経済と哲学の接点』（成文堂、2008年）251頁。

(29) 萬田・前掲注(6)6-7頁。

(30) See Douglas MacKenzie, "Competition", in RONALD HAMOWY (ED.), THE ENCYCLOPEDIA OF LIBERTARIANISM 86 (2008).

競争と相容れないからである。

第二に、経済市場での勝利者が、政治的領域でも勝利すると信じる理由はない。政治の世界で成功するための技能は経済でのそれとは異なっているからである。政治に嘆願する人は、市場において自分の目標を達成し損なった人であることが多いとの指摘<sup>(31)</sup>は先にも触れた。

たとえば、アンチ・トラスト立法史研究によると、反トラスト関連の制定法は、市場のシェアを、新規の、より企業家的で、かつより効率的な企業に奪い取られた生産者によって支持されたことが明らかにされている<sup>(32)</sup>。要するに、市場競争によって最も消費者に愛された生産者の努力を、市場競争に敗れた生産者が、独禁法という政治的ツールを獲得することで、打ち砕こうとしている、というのである。

この意味では、政治過程に経済界の代表を参画させ、経済政策にかかわらせるのはおかしいという指摘<sup>(33)</sup>は、一考に値する。もっとも、この指摘は、経済のプロではあっても政治のプロではない財界人が、自ら参加するゲームのルールを作成することの問題点をあげるものであり、ここでの焦点とは合致していない。真の問題点は、政治的手段が市場競争を阻害するところにある。このことを見誤ってはならない。

## 2 政治的競争と司法審査

市場でのシェアを争う競争と、政治領域での権益を獲得するための競争とを区別すべきだとすれば、民主政のプロセスを“競争”的にみる多元主義的理解にも疑問が投げかけられねばならない。

ある論者は、民主政治のプロセスを多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく妥協する過程と考え、そのうえで、業界を保護する立法は利害調整の結果だ

---

(31) G・オドリスコル＝M・リッツォ（橋本努＝井上匡子＝橋本千津子訳）『時間と無知の経済学——ネオ・オーストリア学派宣言』（勁草書房，1999年）186頁。

(32) DiLorenzo, Thomas J. *The Origin of Antitrust: An Interest-Group Perspective*, 5 INTERNATIONAL REV of L & ECON (January 1985) 73-90.

(33) 樋口陽一『いま憲法学は「時代遅れ」か 〈主権〉と〈人権〉のための弁明』（平凡社，2011年）101頁。



から、裁判所が立ち入った審査をせずともよい、と論ずる<sup>(34)</sup>。市場競争が、そのまま政治領域における権益獲得のための競争となっており、むき出しの利害関係が白日の下にさらされており、真の目的を詮索せずともよいだろう、ということが意図されているものと思われる。しかし、民主政のプロセスと市場競争とを関連づけながら、司法審査を緩やかにおこなうことを正当化する見解は、市場競争と政治的競争とを区別する観点からは、妥当でない。

両者の区別の観点からは、むしろ民主政のプロセスが市場における競争を反映していると考えすることは、逆に、立ち入った司法審査をすることを正当化する契機を含むように思われる。その理由は二つある。

第一に、市場競争における勝利者が、政治的競争すなわち民主政のプロセスにおいても勝利者であった場合、勝利者としての地位を法的に固定化しようとすると考えられるからである。すなわち経済市場に悪しき法的独占が形成されることになるからである。通常、市場競争において独占的地位を得たものは、最も消費者に愛されたことを意味する。その地位は、絶えず、潜在的な新規参入者との競争に晒されている。この意味では、競争と独占は対義語ではないのである。ところが、民主政のプロセスをつうじて法的独占を獲得すれば、法的強制力の効果として、この潜在的な競争は霧消する。したがって、市場における勝利者が民主政のプロセスにおいて勝利するだろうと想定するのであれば、市場競争を法的独占に変質させるだろうことも予測しなければならない。憲法が市場競争の自由を保障していると考えれば、この競争の自由に対する弊害を除去することを狙って、裁判所は立ち入って司法審査し、自生的秩序である市場プロセスにおける競争を回復させることが求められるはずである。

第二に、経済市場における敗者が民主政のプロセスにおける政治的競争の勝者となった場合、市場競争において消費者に奉仕しないことが判明した生産者に、経済市場において生き残るための法的手段を与えることになる。本来、当該分野での競争により劣った生産者であることが明らかとなった場合、その者は当該分野から退場し、新たな分野で能力を活かすことになる。ところが民主政のプロセスにおいて勝利した、市場における敗者である生産者は、弱者保護や社会的正義などを旗印として、みずからを保護する法律を政治的

---

(34) たとえば長谷部恭男『憲法〔第七版〕』（新世社，2018年）253-257頁参照。

に獲得することが可能である。憲法が発見のプロセスである競争を保障していると考えた場合、この競争プロセスの機能の阻害を、裁判所は見過ごしてはならない。やはり立ち入って審査するべきなのである。

このように、民主政のプロセスを多元主義的に理解する立場の帰結には納得できない点が含まれている。

くわえて、次のような批判もある。多元主義的理解は、経済市場における利害対立が政治的調整の場に再現されることを想定するのだろうが、しかし立法段階では新規参入者が顕在化しておらず、消費者との妥協が想定できないではないか<sup>(35)</sup>。

たしかに市場における競争と政治領域における競争の相違として理解すれば、その通りである。しかし問題は、市場競争と政治的競争が同質か否かにあるのではない。仮に全く同じ競争が繰り広げられていたとしても、政治領域における獲得物は、政治的手段、すなわち法的独占であることにある。そして法的独占こそ、自生的秩序にとって最も警戒すべき真の独占なのである。

先に見たように、経済秩序は法の支配とかかわるきわめて重大な憲法的関心事なのである。民主政のプロセスが、経済秩序ひいては法の支配と対向するとき、裁判所が取るべき態度は後者を擁護することにあるはずである。政治領域でも“競争”があることや民主政プロセスが市場競争を反映していることは、自生的な経済秩序や法の支配からみて、民主的決定を擁護する理由とならないのである。そう考えれば、次の指摘は的を射ている。

「政府が民主主義的に構成されていればいるほど、特定の目的・利益に積極的に応えていこうとする。議会多数派は無数の小集団の特殊利益を満足させることで、権力を保持する。民主主義はもはや一般的ルールの多数による承認ではなく、特殊利益への奉仕を多数が承認するところに成立する。これは茶番以外の何物でもない」<sup>(36)</sup>。

経済秩序・法の支配と民主政との優先関係を考える例として、たとえば新聞の再販禁止の例外の憲法的価値を擁護する論をみてみよう。これによると、再販を禁止して価格競争を起こしたとしても、消費者が得る利益はわずかである。このわずかな利益のために低廉な新聞宅配サービスを崩壊させることになりかねない。競争政策の強化という独禁法から

---

(35) 中島徹『財産権の領分』（日本評論社、2007年）87-88頁。

(36) 萬田・前掲注(6)112頁。

すれば、新聞再販制度や特殊指定は合理性が疑わしい。しかし、憲法の観点からは、それをなすべき合理的理由がある<sup>(37)</sup>。

この立論は、新聞は、民主政を支える重要なツールであり、表現の自由を手厚く保障されるべきだという立場、民主政治の観点から市場競争を制限することも妥当だと論ずるものだと思われる。

しかし本稿のここまでの考察から、新聞の再販禁止の例外が、民主政治にどれだけ奉仕しようが、民主政治の所産が自生的秩序、法の支配を脅かすものであるならば、擁護できない。再販売価格の禁止の例外は、業界団体の既得権保護である可能性は高く、民主政のプロセスが悪しき法的独占を実現している例ともいえる。さらに一步進めて、再販売価格の禁止そのものも、市場における敗者が政治に訴えて獲得したルールである可能性も検討しなければならない。裁判所は、首尾一貫して、自生的秩序が法律により人為的に歪められてはいないか、法律がノモスやカタラクシーと整合的な一般的・抽象的ルールであるか否か、を審査しなければならない。

### 3 民主主義的制度の欠点

政治における競争が、民主的決定による市場介入を正当化しないことをみた。では、民主政は、市場においていったい何をなすべきなのだろうか。

ハイエクは次のような疑問を呈する。民主的な政府が、現前する痛みを排除するために、事態をさらに悪化させるばかりか将来の行動の自由まで縛ることになるような一時凌ぎの鎮痛剤に頼らないですますという、経済的英知の真髄ともいえる方策を選べるだろうか<sup>(38)</sup>。そして、次のように答える。民主主義的制度の性質からいって、まことに疑わしい。

社会的正義を掲げる民主主義的規制による経済市場への介入は、それが思ったような成果を上げない理由として、民主主義的制度の次の性質をあげることができる。民主主義的制度は、政治の消費者の一部の声しか反映しない、これである。市場は1円ごとに投票権を与えるという意味では民主主義である。逆に、民主主義的憲法は、市場における消費者

---

(37) 愛敬浩二「憲法学は『規制緩和』にどう向き合うか——憲法からみる“独占禁止法と規制緩和”」法学セミナー 619号(2006年)24-25頁。

(38) F・A・ハイエク著(古賀勝次郎監訳)『経済学論集』(春秋社, 2009年)84頁。

主権と同様の主権を国民に与えた、といわれることがある。しかし民主主義は多数派に投じられた票のみが、事態の方向決定に有効なのに対して、市場ではどの1円も生産過程に作用する力をもっている点が異なる<sup>(39)</sup>。この指摘は正鵠を得ている。

また、政治の消費者が政策や政治家について無知であることも、民主主義的制度の性質が、経済市場への介入をよりいっそう悪くする理由としてあげられる。商品市場における取引については、次のような考えが妥当とされることがある。“市場における財の購入にさいして、消費者の無知は問題だ。ゆえに、消費者を保護するために、民主プロセスをつうじて立法された法律が必要だ。”仮にそれが正しいならば、次のようにもいえるはずである。“よく知らない政治家や政策に賛成したり反対したりする選挙人の無知も、民主主義における重大な問題である。”さらに実際には、市場における取引は、購入した財と満足・不満足とが直結するため、財の購入にあたっては消費者は慎重に査定をすることが期待できる。これに反して、政治家や政策への投票は、成功・失敗が不明確であり、満足・不満足が測定しがたい<sup>(40)</sup>。消費者の無知の問題は、民主主義的制度においてより深刻といえる。

要約すれば、民主主義的制度は、一部の声しか反映せず、しかもその声は無知な選挙民により発せられたものであり、社会実態とはかけ離れているため、民主的決定による市場介入は正当化できない、ということになりそうである。

このような欠点があるにもかかわらず、多数派は個々の集団の利害調整の実現に取り組もうとする。その取り組みはさらに深刻な問題を引き起こす。行政機構すなわち官僚の権力と比重の加速度的増大という帰結である。種々の集団の利害の調整を官僚に依存することは、人々の生活の細部にわたって権力的な介入を許すことになる。そうになると、人々は生活を豊かにするために、市場においていっそう努力するよりも、政治的縁故にはたらきかけるほうが有利だと気づくだろう<sup>(41)</sup>。市場と異なり民主主義は、消費者の声を反映せず、

---

(39) L・ミーゼス（村田稔雄訳）『ヒューマン・アクション——人間行為の経済学』（春秋社、2008年）305頁。

(40) M・ロスバード（吉田靖彦訳）『人間、経済及び国家——オーストリア学派自由市場経済学原理（下巻）』（青山社、2001年）663-664頁。

(41) 萬田・前掲注(6)112-113頁。

消費者の深刻な無知問題に直面し、なおかつ人々の市場における生産性を低下させるのである。

このように、民主主義的制度は大きな欠点を複数かかえていることは、政治学や経済学の領域では常に強調されてきたが、憲法学においてもいくら強調してもしすぎることはない。民主主義的制度に期待される役割は、通常予想されるよりも、ずっと小さいものと考えた方がよい<sup>(42)</sup>。

---

(42) 同 118-120 頁。