

## 翻 訳

## 寛容な社会 (2)

—アメリカ合衆国における言論の自由と過激な言論—

リー・C. ボリンジャー (著)

池端 忠司・小林 伸一 (訳)

## 【訳者はしがき】

本稿は、本誌前号に掲載した表題にある翻訳の続きである。本誌前号では、Introduction と 1 Enslaved to Freedom? を訳出したが、ここでは、2 The Classical Model and Its Limits を訳出し、本訳稿全体の第2編となる。

\* \* \*

## 第2章

## 古典モデルとその限界

私たちが、ある論争について何らかのルールが支配すべきかどうかを決定するときに、とりわけ、その論争が境界線上の事例であると思われる場合、よく知られ、かつ正しい勧告 (injunction) は、その解答を思い切って言う前に、そのルールの背後にある基本目的が何であるかをまず知るべきであるというものである。しかしながら、それがよく知られているだけでなく、正しいものであるにもかかわらず、その勧告は頻繁に無視される。しかし、私たちがそれを無視したとしても、その勧告の妥当性はそれほど削がれるものではない。この現実世界の膨大な細部からどの事実が重要であるか、どれがその事件に関連せず、関連する事実にとどれほどの重きを置くべきかについて、そして、どのようにして、その問題の様々な要素が最終的に一つの判断の下で解決されるべきであるか (たとえこのような「判断 (“judgment”)」に導く過程がどんなに不可解に思えても、あるいは実際

にそうであるとしても) について、私たちは、特定のルールによって達成されるものが何であるかを知らずには、聡明な意見の提示を、分別をもって進めることができない。

そのことは、自由な言論にあてはまる。スコーク事件のような事例は、私たちを基本原理に立ち戻らせる。基本原理がしばしば主張され、暗黙のうちに想定されるので、もしもスキーク事件が修正第1条の周縁に位置する事例であったならば、そのとき、私たちは、修正第1条の表層にある諸争点について何をなすかを決めてしまう前に、修正第1条の「中核 (“core”）」について、その基礎に横たわる諸仮説や諸前提について、私たちが修正第1条によって実現しようとするものについて、何らかのを知る必要がある。自由な言論に関して受け継がれてきた私たちの思考方法——この章で私が古典モデルとして言及するもの——の下で、その中核は、私たちが真に価値のある言論であると理解される。

換言すれば、修正第1条の古典的なヴィジョンの論理は、次のような形態をとる。すなわち、私たちが自由な言論の原理の下で保護しているのは「言論 (“speech”）」なのだから、その理由は言論が私たちにとって非常に重要であるということではなければならない。その結果、修正第1条のどんな「諸理論 (“theories”）」もまずなぜ話す自由を持つことが価値のあることなのかを探求することからはじめなければならない。自由な言論の近年の分析は、この理論上の方向をたどるが、理論家たちは、確認可能な「諸価値 (“values”）」のうちどれが他のものよりも優先するかという点で意見の一致をみていない。

本章では、私たちは、人びとが長い年月の間に言論の主要な諸価値として確認してきたものを吟味することからはじめる。そのとき、私たちは、第一に、自由な言論のパースペクティブから見てどれほど多くの価値が、スコーク事件のような事例において存在するのか、第二に、この積極的な価値がこの言論によって生じた個人的および社会的害悪を補って余りあるほど十分であるのかどうかについて話しやすい位置にいるであろう。

私たちは、言論の自由の伝統的および自由主義的なヴィジョンの本質的

でかつ基本的な諸特性をここで検討する。私たちは、人びとが言論規制に関する諸論争に持ち込む、とりわけ人びとがスコーク事件のような諸事例に持ち込む思考枠組みの全体像を探し求める。私たちは、自由な言論の擁護の最前線——なぜ私たちはこの社会において自由な言論の原理を持つのかという問いをあなたが行うならば、あなたが受け取る可能性の高い応答——について扱う。

自由な言論の古典的なヴィジョンは、時代をはるかに遡る前史を有する。その最重要な結びつきを辿るならば、18世紀の啓蒙運動の時代になる。その時代は、人間のもつ理性の諸力への関心と信頼が全盛であり、国家とその社会の個々の成員たちとの関係についての人びとの評価の仕方という点で非常に重要な革命が起こったときである<sup>1)</sup>。社会的な組織化についての二つの基本的な諸前提がこの思想上の転換から生じた。すなわち、その諸前提とは、第一に、政府は、制限された政治的諸権力だけを持ち、しかもそれは市民に由来するものであること、第二に、人びとそれ自体は究極の主権者として彼ら自身の運命を決定する権限を有することである。これらの諸前提から、極めて重要な政治的実験、つまりアメリカ革命が起こった。それは、バーナード・ベイリン (Bernard Bailyn) のような学者たちが「政府の基本原理および政府と社会の関係の基本原理を再評価した」<sup>2)</sup>ものと評したものである。

これらの再評価された諸観念は、私たちの時代の現実にどのように合致するのか。先行する2世紀のそのレトリックは、言論の自由の分野でいま生起しているものをどれほどうまく説明するのか。

## I

自由な言論についての今日の言説において、言論に関する主要な価値は真理獲得上または知識発展上のその役割である<sup>3)</sup>。言論は、人びとが情報や思想を伝える手段であり、それによって人びとは見解や提案や仮説をコミュニケーションし、それらは、そのとき他者の言論との対比においてテストされ得る。その公開の討論の過程を通じて、私たちは私たち自身が考えて

いるものを確認し、そのとき、同じ争点について、他者が考えているものと私たち自身のものを比較することができる。私たちは、この過程の最終結果において真理の近似値にできるかぎり近づくことを望む。

この考えが私たちには非常に見慣れたものなので、私たちはその意義を見落としてしまうかもしれない。言論のその他のベネフィットも提示され得るし、実際提示されるときがある。言論は——自由な言論についての真理探求の視点からの理解に反するときに言われることであるが——以下の理由により、とくに保護されるべきである。すなわち、その理由とは、現実世界に関する真理を発見する方法という点で言論がもたらす実践的なベネフィットという理由ではなく、言論は、各個人が自己表現という行為を通じて自己充足に達するうえで決定的な役割を演じるという理由であり、あるいは、私たちの基礎にある社会道徳が社会の全成員を尊厳および尊敬をもって平等に扱うべきであると教示するという理由である<sup>4)</sup>。それでもなお、真理を形成する過程のために情報や思想を収集するという実践的なベネフィットは、引き続き言論を正当化する主要な牽引者であり、それゆえ私たちの同時代の自由な言論の原理に関する理論の基礎である。

しかしながら、この数十年、真理探求を論拠とする言論の価値は、狭い文脈において——すなわち民主制の自己統治という政治的文脈において——考えられてきた。民主制の下で一般には次のように言われる。つまり言論は、市民たちが直面する諸争点に答えるために彼らが集団的に探求することを手助けするうえで必須の役割を果たす。ゼガリア・チャーフィー (Zechariah Chafee) 教授 (修正第1条についての最初の重要なアメリカの学者) は、その著書『合衆国における自由な言論 (Free Speech in the United States)』<sup>5)</sup>の中で次のように書いた。一方は「真理到達という点での社会的利益であり、その結果、その国はその行動のもっとも賢明なコースを採用できるだけでなく、もっとも賢明な方法でそれを実行できる」ことであり、他方は、「個人的利益であり、つまり人生が生きるに値するならば、多くの人びとにとってきわめて重要な事柄について彼らの意見を表明することの必要性」である<sup>6)</sup>。チャーフィーが確認した個人的利益は、彼



が言及した社会的利益に対して二次的な役割を演じ、その社会的利益は第一義的には政治的利益を意味することになる。

民主制社会にとっての言論の自由の価値について、絶大な影響力を持った著作の一つは、哲学者であり教育者でもあったアレクサンダー・ミクルジョン (Alexander Meiklejohn) によって 1948 年に書かれた論文である。「自由な言論及びそれと自己統治の関係 (“Free Speech and Its Relation to Self-Government”)]<sup>7)</sup>と簡潔な表題がつけられたミクルジョンの論文は、多くの人びとにとって自明であるが、それにもかかわらず重要性の高い命題と思われるものを展開した。すなわち、自由な言論の原理は、自己統治する社会にとって実践的な役割を果たし、市民間の討論を保護し、その結果、市民たちは、彼らのまえに決定するために持ち出された諸争点について最良の決定をすることができる。ミクルジョンは次のように主張した。もしも人が自己統治する社会に生きることを選択したならば、その結果、市民たちの主権的諸機能の遂行と関係のある市民たちによる言論に政府が干渉することは、禁止されるし、禁止されるべきことになる。ロバート式議事手続規則 (*Robert's Rules of Order*) は、必要かつ適切であろうが、それを超えて市民たちの政治的対話にさらに干渉することは市民たちにとって耐えられないことである。

ミクルジョンは (その他の多くの人びとと同様に)、自由な言論の諸機能について考えるために想定するパラダイムとして伝統的なニュー・イングランドのタウン・ミーティングを採用した。そこでは、市民たちは「政治的に平等なものとして」通常、出会う。秩序は、司会者によって課せられたが、思想それ自体は一切弾圧されない。これは、市民たちが究極の主権者として彼ら自身の決定、彼らがなし得る最良の決定を行う必要があったからであった。すなわち、「まさに政治的な自己統治のこのような方法という点で」とミクルジョンは書いた、「究極的な利益の眼目は、言論者たちの言葉ではなく、聞き手たちのマインドである。会議の最終目的は、賢明な諸決定となる票決である。共同体の福祉は、諸争点を決定する人びとがそれらの諸争点を理解すべきことを要求する。彼らは、表決する対象につ

いて知らなければならない。そして、これは時間の許すかぎり、その問題に関連するすべての事実および利害関心とその会議に十分にかつ公正に提供されるべきことを要求する。」この状態の下で、すべての見解が聞かれる機会を与えられなければならない。すなわち、「いずれにせよ、ある争点を決定しなければならない市民たちが、この争点に関連のある情報または意見または疑いまたは不信または非難に馴染むこと (acquaintance with) を否定されるかぎり、その結果は、全体の善 (the general good) にとって十分に検討されていない、バランスを欠いた計画作成であるに違いない。まさに共同体の思考過程の不完全性に対して、合衆国憲法の修正第1条は向けられる<sup>8)</sup>。

そのとき、ミクルジョンにとって、チャーフィーにとってと同様に、まさに言論とその結果、すなわちその熟議の末の結論との関連性が、言論活動を特別な保護に値するものに変えるように見える。コミュニティ内のすべての市民たちは、その結果という点での利益を分け持つので、その言論の保護は、「集団的な (“collective”)」利益に仕え、チャーフィーが付け加えたように、自己-表現というただの個人的利益に仕えるものではない。その最終的な分析において「大切なことは、すべての人が話すべきであるということではなく、話すに値するものすべてが話されるべきであるということである。」<sup>9)</sup>

ミクルジョンは、彼の理論の下で修正第1条によって与えられる保護の範囲を「政治的な (“political”)」(あるいは彼がそれに言及するように「公的な (“public”)」) 表現に限定した<sup>10)</sup>。この限定は、最初の印象ほど厳格なものではなかった。というのも、多くの人が彼の理論の下では(芸術表現のような)高い価値のある言論が保護されなくなると述べて反対するとき、ミクルジョンは、このような言論のその重要性を認め、彼の理論がその保護を阻止することを否定した。それは、政治的意思決定に「関連する (“relevant”)」ので、したがって、それは「政治的な (“political”)」言論というカテゴリーに含まれ得る。シェークスピア (Shakespeare) の知識は、明示的に政治的な何らかの表現と同様に、賢明な政治的決定にとって不可

欠であるとミクルジョンは自分に都合のよいようにすばやく返答した<sup>11)</sup>。

言論のその政治的諸機能がどのように言論の自由という概念を正当化し  
かつ定義するかについてのミクルジョンの観念は、修正第 1 条に関する私  
たちの時代の常套句のうちの主要な部分になった。私たちは、今日、言論  
というものが自己統治する社会にとっての不可欠な道具であるとよく耳に  
する。民主制へのコミットメントは、その内部であらゆる公共的な諸争点  
を公開で討論する機会を市民たちから奪ってしまう政府の権限が厳格に制  
約されなければならないという同意を含意すると言われる。公開の討論  
は、諸決定のその質の改善という点でそれが果たす役割を理由に推奨され  
る。実践的かつ具体的なベネフィットは、この（公開の討論の）過程から  
政治コミュニティに流れると言われ、これらの集団的かつ社会的なベ  
ネフィットこそが、私たちが修正第 1 条によって保護するものである。政  
治的対話の優位性の承認は、自由な言論の原理に関するその思考や司法の  
諸判決の中にその姿を現した<sup>12)</sup>。

私たちの時代の修正第 1 条のこれらの諸特徴をもっとも具体的に示す連  
邦最高裁の主要な判決は、ニューヨーク・タイムズ社対サリヴァン事件判  
決 (*New York Times Co. v. Sullivan*)<sup>13)</sup>である。サリヴァン判決で争われ  
たのは、名誉毀損に関する州のコモン・ロー上のルールの一——少なくとも  
公務員に関する虚偽の陳述を理由にその報道機関に損害賠償を求めるた  
めにそれらの公務員が提起した訴えに適用されるかぎりの——合憲性であ  
った。これらのコモン・ロー上の訴訟に、憲法的拘束を適用するかどうかを  
決定するうえで、連邦最高裁は、ジェームズ・マディソン (James  
Madison) の言葉にある、民主制では「その政府ではなく、その人民が絶対  
的主権を有する」という基本的前提から始めた<sup>14)</sup>。この前提から、連邦最  
高裁は、市民たちによる公選の代表者たちに対して市民たちが公開で批判  
することにその政府が干渉したり、制限しようとすることは筋合いである  
と説示した。それゆえ、「修正第 1 条の中心的意味 (“central meaning of  
the First Amendment”）」は、と連邦最高裁は判決した、市民たちが、その  
政府を批判する、彼らの主権的権利を行使したことを理由に処罰され得る

ような文書扇動罪法制は違憲であるということではなければならない<sup>15)</sup>。安心して市民たちに彼らの政治的特権を行使させるのではなく、この法制下では、国家は自らのためにこれらの諸機能を奪った。

連邦最高裁は、コモン・ロー上の名誉毀損のルールが、憲法との整合性を確保するための介入に正当な理由を与えるほど、その文書扇動罪法制に類似したものであるかどうかを問うことによって、自由な言論の中核的意味というこの考えから、これらのコモン・ロー上の名誉毀損のルールに関する争点にアプローチすることができた。この問いに対して、連邦最高裁は、条件付きのイエスを持って答え、その結論は、市民たちが彼らの主権的な統治の諸権限を行使するという正当な利益を守るために、事実についての中傷的な陳述が、ある程度まで（虚偽性の認識または真実についての無謀な無視がない場合には）保護されなければならないというものであつた。連邦最高裁は、言論が「制約されず、強靱で、かつ広く開かれている（“uninhibited, robust, and wide-open”）」ような環境を作り出すところによさを見い出した<sup>16)</sup>。

サリヴァン判決は、修正第1条にとって画期的な判決であつた。サリヴァン判決の法廷意見について同じ年に登場したある有名な論文において、ハリー・カルバン（Harry Kalven）教授は、「修正第1条の中心的意味（“central meaning of the First Amendment”）」があらゆる文書扇動罪法制の拒否であつたと判示する中でどのようにして連邦最高裁が初めて、修正第1条に理論的起点を与えたかを指摘した<sup>17)</sup>。「明白かつ現在の危険（“clear and present danger”）」テストは——人がそれを一つのテストであると考えたと否とにかかわらず——理論的に空虚であつた<sup>18)</sup>。したがって、サリヴァン判決が行つたことは、とカリバンが指摘した、自由な言論の原理のその意味や機能を政治制度の構造に結び付けることであり、その結果、その原理が民主制の統治制度において不可欠な役割を果たしていることを明らかにした。これを明らかにするうえで、もちろん、連邦最高裁が本質的にミクルジョンのアプローチを採用した、とカルバンは指摘した<sup>19)</sup>。皮肉なことに、そのサリヴァン判決の法廷意見のどこにも、ミク

ルジョンへの言及はなかったが、カルバンの論文は、その関連性に確証を与え、その後、それは自明となった<sup>20)</sup>。

このミクルジョン＝サリヴァン判決同盟は、民主制にとっての言論の自由の実践的な重要性を強調することによって、その後の修正第 1 条に関連する多くの諸事例によって踏襲される<sup>21)</sup>。それは、修正第 1 条の多くの言説や多くの意見がそのまわりで形成されるところの中核的構造を提供する。それは、一つの自由な言論の理論として支配的と言えるまでに至ったので、私たちはそれに細心の注意を払わなければならない。しかし、私たちは、ひとたびそれを行うならば、自由な言論の原理と自己統治する社会の関係が、私たちが一般に考えているよりも、あるいは言われているよりも、より両義的であることをすぐに発見する。私たちは、いったんその両義性をえり分けたならば、そのとき、言論のその明らかにされた長所が、私たちが知ることになる自由な言論の原理をどの程度まで正当化するかを評価できるようになる。

## II

修正第 1 条の中心的意味についてのミクルジョン＝サリヴァン判決パースペクティブは、ある深刻な混乱をその起源に隠す。その難題は、民主制の統治制度へのコミットメントが、私たちが知っている自由な言論の原理に対するより無条件のコミットメントを伴うという想定に起因する。その誤りは、一つの文脈において有効である点を、それが説得力を持たない、あるいは、せいぜい限定的にしか持たないもう一つの別の文脈に取り入れることである。

ミクルジョンやサリヴァン判決が主張したように、諸思想や諸見解を聞く機会を市民たちに与えないことによって主権的判断を形成する市民たちの権限を奪おうとする政府を、自己統治する社会は許すことができないと主張することは、まったく正しい。しかし、このことは、私たち市民が、自己統治する社会において、次のことに同意しなければならないと言っているのではない。つまり私たちが (*we*) その社会内で言論活動を制限し規

制する選択をすることができず、その結果、自己統治するコミュニティを維持できないということに同意しなければならないと言っているのではない。政府によって課された文書扇動罪法制は、民主制の手続とは独立して作動し、カルバンが記したように、「民主制のまさに心臓を衝く」。「政府がその批判者たちを黙らせるためにその権限やその裁判所を利用できるとき、政治的自由は終焉を告げる。」<sup>22)</sup>しかし、人びとが、彼ら自身で十分かつ公開の討論の後に行動し、民主制の手続に従って (*in accordance with democratic procedures*) ある言論がもはや許されなйдらうと決定するならば、そのとき、「私たち (“us”）」から、つまり市民たちから、私たちの選択の自由を奪ったのは、「政府 (“the government”）」ではなく、むしろ、そのコミュニティ内の行動のルールが何であるかを決定する市民たちとしての私たち (*we*) である。そのとき、「民主制 (“democracy”）」は機能しており、市民たちにはこの決定をすることができないと言うのであれば、そう言うことによって「民主制のまさに心臓を衝い」ていないかどうか問われるであろう。

「私たちが (“we”）」自己統治する市民として何らかの実行可能な意味で自己統治を行う能力を私たち自身（またはコミュニティの一部）から奪うことになる言論活動規制に、意味があることは、確かであるといってもよい。そのとき、自己統治に対する私たちのコミットメントには政治的自己放棄のような行為に私たち関与する自由の制限が伴うと、私たちに主張することは正しいであろう。その意味は確かに一貫性をもつ。自分自身を奴隷として売る人の自由の行使を私たちが阻止するならば、私たちは、自由を守っていると適切にも主張できるのと同様に、すべての公然の国家批判に対する処罰権を政府に付与することに賛成票を投ずる多数派を私たちが阻止するならば、私たちは民主制を守っているのだと適切にも主張できる<sup>23)</sup>。

この警告 (*caveat*) は、たいして遠くまで人を連れて行かないし、あるいは、少なくとも、今世紀における自由な言論の旗の下に起っていたことの多くを説明するには不十分である。たとえば、(一貫性があるものとし

て、あるいは説得力があるものとして) いままさに提示された主張に、本質的な妥当性を認めるとしても、それは、「民主制の (“democratic”）」社会の最小限の必須条件を維持するためだけに、言論活動に関連する民主制の判断形成に干渉することを正当化することになる。もちろん、これは、それ自体、非常に両義的な基準であるが、しかし、それは、過去 60 年間を通じて私たちが遭遇した、たとえあるにしてもほとんどない言論制約と、私たちの修正第 1 条の法理の基礎をいま形成する、その制約の拒否が、民主制の基本構造を危険に晒すものとして公正に記述され得るということ、あるいは、別の言い方をすれば、これらの規制の不在が民主制の政治制度にとって不可欠なものであったということは、合理的にみて明白であるように思われる。

それゆえ、民主制の過程にコミットした政治コミュニティにおける市民としての「私たちが (“we”）」、その社会内の言論活動を規制する「私たちの (“our”）」権限の限界と認める選択の対象とは何かと問うならば、私たちは、私たちがいままさに記した最小限の限界を受け入れなければならないかもしれないし、私たちは、より制限的な限界を受け入れるかもしれない。しかし、私たちが多数決という民主制の規範に従って私たちの間の諸争点を解決するという立場にすでにコミットしていることは、そのより制限的な限界 (that greater limit) を私たちが受け入れることを自動的に強いるわけではないというのも確かであろう。

しかしながら、ここで、ある点が強調されなければならない。今までのところでは、私たちは、民主制という立場にコミットすることは、せいぜい、言論活動への政府干渉が市民の主権的特権を奪うために計画されたときにこの政府干渉を縮小するほど強固な自由な言論の原理、さらには、もはや自己統治が合理的に考えて実現可能でなくなる程度まで言論規制を自制するほど強固な自由な言論の原理という立場にコミットすることであると結論した。しかし、このことは、私たちが、より活気のある、徹底的な自由な言論の原理を実行に移すような方法で、私たちの政治的および社会的制度を組み立てることを適切に選択 (*choose*) できないということ在意

味しない。私たちは、実際に私たちのうちのほとんどがそうすることをおそらく切望しているように、私たちの「民主制 (“democracy”）」が、あらゆる問題について多数決というむき出しの原理が広く行われるべきであること以上の何かを意味すべきであると決定するかもしれない。しかしながら、その選択は、「自己統治 (“self-government”）」への私たちのコミットメントに言及することや、州が革命前の英国国王たちの専制的な政治的権限に抗議する事例に言及すること以上の何かによって説明されなければならない。その選択は、民主制という用語に、より偉大な内容を与えるために、サリヴァン判決のような法廷意見において生じたように、定まっていない、はっきりわからない意味をあまりに積み過ぎてしまう。

そのとき、私たちは、政治コミュニティが言論についてすべきことを私たち自身で決定する機会を奪おうとする政府による抑圧から、その言論が、しかもひとときわ過激な言論でさえ自由な言論の原理の下で「保護され (“protected”）」るべきであることに同意できる。この同意は、民主制の政治制度へのコミットメントから生じる。私たちは、自己統治を行う機会 (*opportunity*) を保持するという点に関心をもつが、これは、私たちが展開した、あるいは、いままさに説明しようと試みている自由な言論の原理の限界を意味しない。修正第1条は、言論統制をもくろむ、誤った、非民主制的な公務員に限界を課すことに限定されず、むしろ同様に民主制に支持されたもくろみにも限界を課してきた。その限界こそが正当化されなければならないが、すでに民主制を選択していることに言及するだけでは正当化されない。

裁判所や研究者 (writers) は、自由な言論の機能が、「人民 (“the people”）」の主権的権限への「政府 (“the government”）」の干渉を阻止することであると説明したところで、それらの分析を終わらせることが非常によくある。そして、その読み手は、それらの裁判所によってチェックされる、抑制の利かない政府権力 (*unrestrained governmental power*) というイメージとともに取り残される。このようなポートレートは、その現実を通常歪める。それは、すなわち、争点となっている規制が市民たちの多数者の



支持を得て登場したところの政治コミュニティそれ自体の内にある、より深刻な対立を覆い隠す。だが、裁判所は、争点の諸規制の民主制的な背景 (pedigree) を調べるのが自由な言論の諸事例に関連するとは理解せず、それゆえ、サリヴァン判決とスコークス判決の双方が具体的に示すように、裁判所の支持 (approval) を、それに必要な提出書面 (the requisite papers) が揃っていることを立証できた諸規制に及ぼす。私たちは、なぜ裁判所がこの点に関して現実世界をその通常の姿以外のものとして描く傾向があるのかを後に検討する (あるいは少なくともその現実世界の正確な描写のひどい不足を阻止する) 予定であり、その結果、その現実世界に裁判所の役割を含めることになる。しかしながら、いまのところ、私たちは、その問題を迂回して、なぜ私たちが私たち自身の有する規制権限に、自由な言論の原理による限界を課すことを許すべきなのかについて、古典モデル内に見い出される、よい理由が存在するかどうかを引き続き検討する。

自由な言論のすでに確認済みの主要な「価値 (“value”）」に、つまり真理または賢明な決定に到達するという私たちの実践的な利益に、私たちの注意を向けてみよう。(最終的には、同じ疑問が、自己充足の論拠の説明力についても生じ得るし、生じるであろう。) 真理追求という企てを広く定義しようとも (政治的アリーアに限定されるものとして) 狭く定義しようとも、この企てに与える自由な言論の利点は、言論活動に特別な保護を及ぼすことを正当化すると指摘される。どのようにして、また、いつ、このようなベネフィットが実現される傾向があるのか。

その考えは一般論としては明白な妥当性がある。人は、私たちの中に、たとえいるとしても、ごくわずかな者が独力で真理に到達できると信じることを認めるために、ソクラテス (Socrates) から始めて、ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill)、ホームズ (Holmes) など、さらには今日までに至る議論の精緻な法廷を通り貫ける必要はない。私たちは皆、公開された討論の過程が私たちの理解を促進し、かつて強固な真理であると確信していた虚偽であっても廃棄させる夥しい数の具体例を個人的な経験か

ら引き出すことができる。これらの経験だけからも、私たちは、私たちの決定が求められる諸争点について可能な限りの最良の判断に至る私たちの機会を促進するためには、少なくともある種の言論についての寛容が欠かせないことを認める気になるはずであり、実際に認める気になる。

この主張は、必要以上に遠くへ押し進められてはならない。私たちが信じるものが真であることを決して知り得ないのは確かなので、あらゆるものに、たとえ私たちがその誤りを確信しているとしても、耳を傾ける用意をすべきであると主張することは、もちろんミルがしたように可能である<sup>24)</sup>。しかし、これは、受け入れることができない。スコーク事件のような事例において、ナチのメッセージが「真 (“true”）」であると判明する機会は、このような言論を守るための説得力のある根拠ではけっしてなく、自由な言論について、たとえいるとしても、ごくわずかな支持者たちがこの文脈におけるこの種の主張に注意を向けた。私たちが、その言論によって表現されている諸思想の不道徳性や誤りを信じれば信じるほど、自由な言論の原理のための正当化理由として主張された真理探求という利点は、ますます弱められる。私たちにとって、これらの視点からみたその「価値 (“value”）」は、遠大なものから何もないものに及ぶ。文書による名誉毀損の領域において、連邦最高裁が、*事実 (fact)* に関する中傷的虚偽の陳述にいかなる「価値 (“value”）」もときおり認めなかったのと同様に、私たちは少なくとも意見の領域の一部にそれを適切にも及ぼした。

寛容のメリットを決めるうえで、言われていることが真であるかもしれないという前提ではなく、むしろ虚偽であるという前提をもって始めることを想定してみよう。そのとき、その言論の保護を支持する真理探求パースペクティブから見て積極的なベネフィットは存在するのか。ここで、私たちは、言論の保護に賛成する二つの主要な主張に遭遇する。

第一は、寛容に賛成するためにもう一つの選択できるミルの主な主張である。虚偽との対決を通じて、とミルは主張した、人びとは、彼ら自身がすでに支持しているが、よどみがちになる真理の「より鮮明な (“livelier”）」感覚 (sense) を保持する。すなわち、検閲を行うことによって、と

ミルは主張した、「私たちは、ほとんど〔真理と同じように〕重要なベネフィットであるもの、つまり誤りとの衝突によって生み出された真理のより明確な理解と、より鮮明な印象を失う」<sup>25)</sup>。真理は、いわば日頃の訓練を要求し、それがなければドグマへと衰える。

虚偽のまたは間違っただけの言論の保護に賛成する第二の主張は、それとの相互作用から私たちが得るベネフィットに焦点を当てるのではなく、表明された虚偽を聴くだけで私たちが得ることのできる重要な情報上の利益に焦点を当てる。ミクルジョンの論文は、決して明示的ではないが、この種の議論を行ったものと読むことができる<sup>26)</sup>。それは、チャーフィーの『合衆国における自由な言論 (*Free Speech in the United States*)』の中に、より容易に見出される<sup>27)</sup>。いずれにせよ、その根本思想は、過激な言論を聴くことによって、つまりこの種の不満や反対意見が社会に存在することに気づくだけでベネフィットを得るということである。このような知識をもつことは、政策決定の役割を果たす私たちにとって重要であり得る。というのも、私たちは、私たちがその反対意見の原因であると考え、その基礎にある不平を和らげるために——教育と雇用の機会、住宅水準その他を改善することによって——行動をとりたいと思うことがあるからである。また、欲求不満や反感という不要な雑草が、かまってもらえないことで瞬間に成長でき、かつ広まっている虚偽が、その誤りをあまり容易には暴露されない私的な領域ではなく、公共の領域においてこれらの潜在的に破壊的な諸個人および諸集団が活動することが通常はむしろ望ましい。この意味で、言論に対する完全に近い公開という政策は、国家 (the body politic) 内部の病弊の存在を記録するための社会の体温計と、迅速な治療を行う最良の機会を私たちに提供する。

前述したように、私たちは、一般的な命題としてこれらの主張の妥当性を認めなければならない。それらが一般的に妥当である一方で、これらのベネフィットのうちのどれかが特定の事例でまたは一群の諸事例ですら、十分に生じるかどうかは、少なくとも未解決の問題である。たとえば、虚偽との公開での対決が真理に対するより豊かな確信を生むこと、あるいは

は、その確信に不可欠であることが常に正しいかどうか、人は深刻に疑うことができる。ナチスのような諸集団の無制限な諸活動は、彼らの言わないではいられないことが不道德でかつ間違いであるという生き生きとした確信を保つために実際に重要なものであろうか。少なくともいくつかの諸思想については、言葉にするのはばかれると考えることが、もっともよい拒絶の仕方であるという理屈の方も同程度に説得的であるように思われる。人間のすべての諸活動と同様に、対話はあらゆる状況のもとで不変的に役立つというわけではない。

この点やその他の点を強調するために、私たちは、真理探求が主要な目的の一つでもある文脈において言論の諸活動が問題を引き起こす社会生活のもう一つの領域での私たちの行動に注目することができる。刑事裁判制度やその陪審裁判を管理する諸規制を取りあげよう。ここでは、つまり真実であるかを確かめることがその過程の基本目的であるところでは、私たちのルールは、言論がどのようにその主要な目標にとって重要であるのかとともに (*and*)、言論がどのようにその目標にとって脅威を及ぼす可能性があるのかを認める。私たちは、判決が下される諸争点について両当事者が各自の主張を行う権利を保障する。しかし彼らは、彼らが望むような仕方では話すことができない。私たちは、人びとをありのまま捉えるため、その制度は、私たちがとくに重んじる合理性の過程が言論それ自体によって、とりわけ「怒りを駆り立てる (“inflammatory”）」言論によって、または不適切な「感情的な (“emotional”）」応答を生み出し得る言論によって、ほり崩され得ることを想定する<sup>28)</sup>。ある種の証拠は、陪審員たちの判断に偏見を与える可能性を理由に、つまり彼らとその証拠が持つ以上の重要性をその証拠に与えてしまう傾向があることを理由に、排除されることになる。さらには、私たちは、法廷での答弁方法に様々な限界を課す。というのも、その裁判過程それ自体に対する尊重またはその裁判過程に関わる個々人もまた最上の価値とみなされるからである。

このような刑事の陪審裁判の法廷 (the forum) における言論管理のためのルールは、言論活動に対するいかなる限界が存在すべきかを決定する際

に考慮しなければならない検討事項の範囲を直接的に指し示さないとしても、示唆的である。これは、私たちがそこで観察する限界の問題についての特定の解決策が、修正第1条の主たる関心である政治一般のフォーラムにおいて再び行われるべきであるということを示唆するものではない。しかし、その比較は、真理探求だけを論拠とする主張が提示するよりも、言論を保護することについてのより広範囲な説明の必要性に私たちの注意を向ける。実際に、自己統治からの主張についても言えることであるが、スコッキ事件のような諸事例や、その他の、たとえばその言論が真理探求過程それ自体を転覆しようとすることを狙っているような過激な諸事例では、真理探求という利益は言論の保護にとって有利であるよりも、むしろその逆であることがかなりの説得力をもって主張され得る。過激なものに近づけば近づくほど、「中核的な (“core”)」言論に関連するその諸価値は、それに比例して希薄になる。そう、私たちは、(アイザック・ニュートン (Isaac Newton) のような人物、トーマス・ペイン (Thomas Paine) のような人物、ヘンリー・ムーア (Henry Moore) のような人物を思い浮かべるとき) 言論および討論が、真理追求にとって、民主制の機能にとって、さらに自己表現にとって極めて重要であることに同意するし、私たちはまさにそれらの諸目標に価値があることを大いに認める。しかし、私たちが検討する言論のその性質がこれらのもっとも称賛に値する種類に属する言論から、はるか遠くに次第に移動するにつれて、言論に関連するこれらの優れた諸価値は、それらの説得力の多くを失い、さらには言論それ自体によって脅かされることさえあり得、その結果、いまではそれらの諸価値に賛成することは、言論を保護するどころか、禁止することを強いるように思われる。

それゆえ、私たちは、過激な言論の事例において言論に関連するベネフィットの希薄化が生じる時に、その言論それ自体から生じる潜在的な害悪の段階的増大が同時に起こり得るのを見る。合理性や自己統治や自己表現という一般的に受け入れられている諸価値の祈禱文 (The invocation) は、もはやそれほどうまく働かない。それどころか、それらの祈禱文は、その

言論活動の寛容か不寛容かという争点をはっきり意見がわかれる方向に切り分ける。これらの諸思想は、(第1章で記した)自由な言論の古典的な逆説のヴァリエーションである。つまり自由な言論の原理へのコミットメントは、自由な言論それ自体の廃止を提唱しようとする人びとの保護へと導き得る。そして、これらの諸思想は、合法的に到達した民主制の制度の決定に、その民主制の手続以外のその他の方法で干渉し無効にすることを企てたり、意図したりする諸活動を民主制では私たちが許すべきであるという考えを、ウイグモアが容易に信じないことの背後におそらくあったものである。私たちがいま見たように、それと同様の逆説は、個人の自律や真理探求にとっての自由な言論の重要性に基礎づけられた自由な表現を支持する主張についても、見いだされ得る。すなわち、そのどちらか一方の目的にコミットすることは、それらの諸価値を破壊しようとする人びとの保護に帰着するのか。

このような言論を保護するための説得力のある議論がまだなされていないと思うので、私たちは、その逆説だけに依拠する必要もないし、あるいは言論活動に通常関連するベネフィットのいずれの可能性もすべて否定する必要もない。満足できる問いは、いくつかのベネフィットが寛容によって実現され得るかどうかではなく、それらのベネフィットは、私たちがかりに寛容のコースを選択したならば私たちが被ることになる、(ベネフィットと)競合する諸害悪を上回るほどに十分にあると私たちが考えるかどうかである。たとえば、盗難にあってしまったことから、いくつかの利点を(言論活動に身をさらすことに一般的に関連するその種のものの利点も)イメージすることは可能であるが、それらを得たことは、決して盗む権利のための旗標を高く掲げる気に私たちがさせないであろう。したがって、ここで私たちは、言論から生じるその害悪、とりわけスコーキ事件におけるその種の言論から生じるその害悪を調べるという問題に取り組まなければならない。

## III

言論が原因で生じ得る害悪という主題の全体は、自由な言論に関する古典モデルの下で奇異なものとして扱われる。それについての綿密で公正無私な研究の後に、ある種の言論、とりわけ過激な言論を寛容に扱うことから生じるコストを、自由な言論の提唱者たちが、多くの場合、著しく過小評価するというヴィグモアの一般的な非難の中に真理を発見しない方が難しい。

本章の冒頭で、言論の自由に関する同時代の自由主義的理論の歴史上の先人が、まず第一に18世紀の啓蒙運動期に見出されることが記述された。その時期は、とりわけ「平均的な人間 (“common man”）」の理性の力への確信が広く示された。この全員に備わった、生まれながらの理性という想定的发展結果から、民主制のための運動が起った。それは市民たちに主権者の権力を与えることを正当化した。それに加えて、それは、自由主義者たちがどのように言論の害悪性を考えるかを形づくった。

ミルトンは、1644年に英国検閲制度の廃止に賛成する主張をしたとき、彼の訴えは、理性の力への信頼に働きかけるものであった。彼は、虚偽がこれからも真理を圧倒するようなことはないと考え、それゆえ、それ以外の仕方でも（真理を）信じることは、真理に対する侮辱であると非難した。すなわち、「そして、教義のすべての風が地上で吹き荒れるままにさせたとしても、真理がその場にあるのだから、私たちは、真理の強さに疑念を抱き、検閲や禁止を行うことは不当である。真理と虚偽を組み討ちさせよ。自由で開かれた対決で真理がこれまで負かされたことを誰が知るか。」<sup>29)</sup>

ミルトンの陳述は、別の時代から、そして、その文脈の外から解釈するならば、ナイーブであり、あまりに楽観的に聞こえるかもしれないが、それは西洋のリベラルな思想全体に広まり、かつ、自由な言論という争点についての同時代の討論において出会う、広く普及した態度を反映する。言論、とりわけある思想を提唱する言論は、単に行為の前触れであり、現実には害悪を生じさせない。ただ「行為 (“acts”）」だけが害悪をもたらし、「ことば (“words”）」はそうではない。そのことは私たちの童歌の繰り返し

である the sticks-and-the stones が物語る。言論は、完全に無害であり、真理との対決によって害悪の原因になるのを自動的に止める。もちろん、言葉が、損害を発生させる可能性のある行為に近づくならば、そのときは、私たちは、「明白かつ現在の危険」テストが許すように、私たち自身を保護するために適切に干渉することができる。Abrams 判決におけるホームズの反対意見は、次のように、ミルトンの楽観的な予測の反復を提示するように読める。

しかし時が、議論を戦わせている多くの信条をひっくり返したということの人々が悟るとき、彼らは、彼らの行動のまさに基礎を信じるよりもそれ以上に、望ましい究極的な善が思想の自由な交換によってより到達される——つまり真理の最良のテストはその市場における競争において自らを受け入れさせるその思想の力であり、真理は、彼らの意思が安全に実行され得る唯一の根拠である——と信じることになる<sup>30)</sup>。

もしも私たちが啓蒙運動期の人物、アダム・スミス (Adam Smith) から一つのメタファーを借りることができるならば、ホームズは、虚偽の異議申し立てに対抗して真理の勝利へと導く見えざる手の存在を示唆すると解釈され得る。

同時代の一般的な思考方法は、害悪発生の可能性のある言論を検討するかぎり、それは、二つの潜在的なリスクを確認する。すなわち、言論は、社会的に好ましくないことを行うように人びとを説得することができるし、また、それは、表現された思想が不愉快であると考えた人びとを不快にできる。説得のリスクに関しては、真理が自動的に勝利するというミルトンやホームズの提案は、もしそれが本当であれば、少しも気にかける理由はないことを意味する。しばしば自由な言論の諸事例において、その言論者が目前の聴衆の中の誰かを説得する可能性がどんなに稀であるかが指摘されてきた。どうしてホームズが Abrams 事件の被告たちを「とるに足らない無名なもの ("puny anonymities")」<sup>31)</sup>と呼んだかを思い出してみよ



う。それは、これらの個々人の危険性についての懸念が概して強調されたことを、それどころか、ばかげているとさえ言えることを示唆する。「誰も次のように仮定することはできない」、とホームズは主張することが適切であると思った、「誰にも知られていない者によるたくさんのピラの地下出版は、それだけで、その意見が政府の軍隊の成功を妨害し、そうする相当の傾向を有するほどの、何らかの差し迫った危険を提示するとは、誰も思いつかない。」<sup>32)</sup>その被告人の行為の社会的影響は、その言論行為の目前の状況における他者の行動を引き起こすその可能性に還元された。「私たちの前の冗長な議論と思われるものがたとえどんなのものであっても、それはいまだちの紛争を引き起こす見込みはまったくなかった。」<sup>33)</sup>と、ホームズは、後のある事件で結論した。

説得が現実には可能であるときでも、そのリスクに対処するために全面的な禁止や処罰に至らない範囲で、いまでも他の手段を私たちが自由に使うことができる是一般には言われる。すなわち、あなた自身の主張をもって答えなさい、と言われる。私たちは、安心して私たちの市民たちに、正を悪から区別させ、真理を誤りから区別させる。この言論の禁止を許すことは、彼ら市民たちの技量を過小評価することであり、それどころか、それらの技量を使うことによって教育される機会を彼らに否定することでもある。平均的な市民または彼らの全体への信頼は、古典的な自由主義のヴィジョンの教科書的な解答である。

聞き手が被る不快に関しては、もう一つの論法が、その告発された害悪を筋の通らないバランスに還元させる。「聞くな (“Don't listen”)」または「目を逸らせ (“Avert your eyes”)」が一般に勤められる<sup>34)</sup>。たとえば、スコキ事件では、自由な言論の提唱者たちは、ナチのメッセージによって不快な思いにさせられがちな、それらの個々人は、直ちに利用できる自力救済の手段を使うことによって心をかき乱されることを容易に回避することができる——彼らは家に止まることができるし、田舎にピクニックに行くことができ、あらゆる可能性を想定して、ピレッジ・ホールにおけるイベントの音が聞こえ、その様子が見えるところから彼らを離して置くこと

になる何らかの方法で、彼らが行いたかったことを行うことができる——と一様に指摘した。人は危害を被るとは限らないので、と連邦控訴裁判所は判示したように思われた、その言論が原因で生じたと主張されるその被害を考慮することは必要ではない<sup>35)</sup>。

明示的であろうが、黙示的であろうが、自由な言論の古典的擁護論は、言葉ではなく、行為が、認識できる害を加えることができる<sup>36)</sup>と理解する。加害行為が生じるとき、社会は、もちろん、それ自体を保護するために、適正に介入し、適切な措置を取り得る。しかし、この地点に至るまで、現実には何も「起こって」いないために、社会は介入のための正当な根拠を持たない。また、ここで特記され得る点は、言論と対比されるものとしての行為のその害悪発生の可能性というこの気づかれた相違こそが、行動の二つの領域を調和させる別異扱いのための正当化理由であると一般に理解されているということである<sup>37)</sup>。

もしも私たちが、言論が引き起こし得る害悪とはどのようなものか（あるいは、さらに正確にそれを表現するならば、言論活動に対する不寛容を禁止することによって潜在的に引き起こされる害悪とはどのようなものか）を理解しようとするならば、私たちは、まずもって何が人びとに言論を弾圧したいと思わせるのかについて何ほどかを知らなければならない。古典的なパースペクティブが行うように、言論が真に害悪のあるほかの何かのその「リスク (“risk”）」を含むにすぎないとたとえ私たちが仮定するとしても、私たちは、何がそのリスクであると人びとが実際に評価するのかについて、さらには、このリスクに晒される人びとにどのような効果があるのかについて何ほどかを知るべきである。端的に言えば、私たちは、なぜ人びとが法の機能を用いて言論行為の弾圧を望みまたは必要とするのかを理解しようと努めるべきである。

私たちの時代の自由な言論についての文献の中で、言論を弾圧する必要性の発生源に関する諸見解の調査研究は、おどろくほど少ない。その討論が言論を処罰しようとする者の動機についての説明にとりかかるとき、恐れという感情への言及が多い。「革命によって私たちの独立を勝ち取った

人びとは、臆病ではなかった。』<sup>38)</sup>、とブランダイスは、*Whitney* 判決において書き、言外の含みとして、言論弾圧をしようとする者はどういう人であるかを述べた。「諸思想を、何らかの思想を恐れることは、自己統治には似合わない。』<sup>39)</sup>、とミクルジョンは力説した。もしも、恐れが不寛容への欲求を動機づけるならば、そのとき、それは何についての恐れなのか。その問いに答えが与えられるのは稀である。

しかしながら、再びホームズからの引用であるが、私たちは、法的弾圧の必要についてのよく知られた一つの陳述を有し、それは、ホームズが *Abrams* 判決の反対意見で提示したものである。自由な言論に関する彼の有名な思想の交換市場の理論の前に、ホームズは、どのように「諸意見の表現行為を迫害することが完全に論理的であるか」について話した。ホームズは、彼の注目に値する、簡潔な文体で、その論理を説明した。すなわち「あなたがあなたの諸前提またはあなたの力に一切疑いがなく、あなたが衷心よりある結果を望むならば、あなたは必然的にあなたの意思を法の中に表現し、あらゆる反対意見を一扫する。言論による反対意見を許すことは、あなたがその言論を無力であると思っていることを指し示すように見えるし、人が無駄な努力をしたと言うときと同じように、あるいは、あなたがその結果を誠意をもって欲していないこと、あるいは、あなたはあなたの力または諸前提のどちらかを疑っていることを指し示すように見える。』<sup>40)</sup>このような見解は、とホームズは付け加えた、近眼的であると。その段階で、彼は、私たちが私たちの信頼を「その市場の競争 (“competition of the market”）」に置くという彼のよく練られた勧告を行った。

言論を制約する必要性に対するホームズの見解は、検閲の性質を分析するために役立つ出発点を提示する。彼は、「迫害 (“persecution”）」の欲求を記述するために論理的 (*logical*) という用語のかなり奇妙な使用によって、ある種の言論を禁止する衝動の自然さを確認する。そして彼は、彼以前の他の人びと、とりわけミルと同じように、その種の衝動を、人間の「信条 (“beliefs”）」の本質の中心に据える<sup>41)</sup>。その衝動は、それらの諸信条をそれらに対立する諸信条から保護する欲求から生じる。

ホームズの見解は、興味深くかつ啓発的である (revealing) とすぐに理解されるにもかかわらず、その真の意義は、一見したところでは明らかではないかもしれない。特に重要な点は、ホームズが検閲を次のように特徴づけていることである。つまり、彼は、検閲を、それをせずに寛容に扱ったり、成り行き任せにすること (passivity) によって、伝達してしまうメッセージに反作用する、機能的には表現の一形式 (*form of expression*) として、意外にも言論 (*speech*) として、特徴づけていることである。というのも、「言論による反対を許すことは」、ホームズが描いた一連のメッセージを「指し示すように見えるからである。」

したがって、言論という行為は、それを知り、その言論とは異なる仕方 で信じる人びとを深刻なジレンマのなかに置く。彼らにとって、それは、単に、不快にさせられないための——おそらく「目をそらすこと」によって——選択の問題でもないし、あるいは、稼動中の起こり得る説得の過程を傍観する部外者のように立っているという問題ではない。彼らが直面するジレンマは、重大なことにさらに複雑である。というのも、何もしないことによって——寛容であることによって——彼らは自分が好ましいとは思わない信条の成功に手を貸してしまうからである。彼らは、それを好むと好まざるとにかかわらず、彼らが反対するものを促進するという危険をおかしてのみ、彼らが撤退できるダイナミックなプロセスの一部なのである。そして、それは、ホームズが私たちに告げているように、このような状況にある人びとが「彼らの意思を法律のなかに表現し、すべての反対者を一掃」しようとする傾向が「自然に (“naturally”）」あることの理由である。」

したがって、寛容にすることも、不寛容にすることも、双方とも、現実世界のなかで自らの位置を明らかにする必要から生じたコミュニケーション的な行為 (*communicative acts*) ——そのもっとも単純でもっとも純粋な意味での言論——である。しかしながら、その指摘は、ごく稀にしか正当に評価されない。だが、それぞれの態度のコミュニケーション的な意義から生じるそのジレンマを理解することは、私たちが、ある種の言論活動を禁

止する必要性の強さをよりよく理解するのに役立つ。自由な言論の理論それ自体が、あらゆる個人が彼自身または彼女自身を表現するという途方もなく強い必要性を認めるように私たちに力説することを前提とするならば、私たちは、その必要性の力を無視したり、あるいは過小評価したりすることはほとんどできない。というのも、その力は、他者の言論に対する制限という形式で生起するからである。

しかしながら、以上のような言論活動を制限することの必要性の発生源についての豊かな洞察でさえも、いくつかの厄介な諸問題を引き起こす。私たちが信じていると主張するものを実際には信じていないという誤った印象か、あるいは、私たちが私たちの諸確信に対する自信やそれらの諸確信を守る力を持っていないという誤った印象を生むことの回避を意図した表現の一形式として、私たちが不寛容を理解するならば、ホームズが述べるように、「あなたがあなたの諸前提あるいはあなたの力に一切の疑いがない」場合に、なぜその欲求がそれほど強くなければならないのかを、私たちが不思議に思うのも無理からぬことであろう。不寛容についてのホームズのヴィジョンは、相対的に堅固でかつ確実なマインドを、つまり信条、意思及び力を確信しているマインドを仮定する。しかし、これらの状況の下では、言論制限とは、窓越しに見える蜂を押し潰すために急いで外に出て行くことと同じように馬鹿げた企てのように思える。

ここで、現実には、ホームズの陳述が想定するよりもさらに複雑になる。おそらく、私たちの確信が確実であることは、それらが不確実であるときほど私たちが不寛容に駆り立てない。私たちが——信条または価値への私たちの信条にしろ、それらが万が一非難されたときに私たちがそれらに基づき行動する勇気にしろ、そのどちらかに——完全に確信していると、うそいつわりなく誠実をつねに誓えるほどの信条または価値が現実中存在するのか<sup>42)</sup>。私たちは、かりに私たち自身のマインドに確信が持てるとしても、ほとんどあらゆる場面で私たちの信条がその成功のために依存することになる他者の信条について、確信を持つことは稀である。その結果、信条や意思は、ダイナミックであり、通常は流動的でかつ不確実であること

は避けられず、少なくとも、ときおり表面上はかなり脆いように見える。これが、各個人や諸コミュニティが表現行為に参与して、信条を再び主張する、こんなにも強い必要性が、なぜあるのかの理由であり、これが、信条やその信条へのコミットメント（これらはおそらく同じものであるが）がその真価が問われる状況下で、ある人がどのように行動するのかをテストする社会において、なぜ私たちが、尽きることのない魅力に遭遇するかの理由であり、さらには、これが、なぜ最終的に人びとが成り行き任せまたは寛容という態度から、疑いや決意の弱さについて彼らが行う推測を引き出すのかの理由である——というのも、それらが、常に同時に起るからという理由ではなく、そのような推測をそこから行う人間の経験という宝庫を提供するほどの頻度をもって同時に起るからという理由である。

したがって、言論行動に関わるそのトラブルは、言論行動がそれを知る者たちから何らかの応答を要請することが非常によくあるということである。言論行動は、私たちに応答する行為を迫るのであり、この意味で言論行動は他者の行動に対する統制力を行使する。言論行動が議題設定（agenda-setting）であるのは、私たちが何の応答もしないとき、私たちが伝達したいと思うメッセージとは異なるメッセージが伝達されるからである。私たちは、親密な者の死を嘆く欲求をどうにも無視できないのと同様に、それらの感情をどうにも無視できない。それゆえ、言論は、私たちが法廷の文脈で認め、前述のように真理追求過程を歪めたように、私たちの感情に目がけて発せられることによって、私たちの判断を過ちに導くだけではない<sup>43)</sup>。つまり、言論は、より高い優先権を持つべき、その他の諸争点を処理することから、私たちの目を逸らすこともでき、あるいは、ついでに言えば、真理探求と並んで私たちが求めることのできるその他の目標（社会的調和、連帯責任、相互尊重など）の追求から、私たちの目を逸らすこともできる。

したがって、話し手と聞き手の間の相互作用という主題の全体は、かなり複雑な問題である。私たちは、何人かのより気弱な聞き手を話し手が説得することのリスクや、あるいは、人がつま先を切られまたはぶつけられ

て感じる瞬間的な痛みと同等のものとして、何人かの聞き手がその言論によって経験する不快の念のリスクについてだけ話すことによって、言論行動が個人またはコミュニティのために提示することのできる諸問題を、つまらないものにする。私たちは、私たちが間違いであると感じる方法で他者が話すときに、私たちが他者の幸福を感じる喜び、あるいは彼ら他者の不幸を感じる悲しみと同じほど純粹かつリアルであればあるほど、痛みを経験する。それは想像力による投影という同じ感情的な能力、あるいは私たちが共感と呼ぶものから生じるものであろう。しかし、ある出来事を目撃者たちのアイデンティティは、その出来事自体によって絡めとられることになり、ある程度まで統制されることになるのもまた事実である。その集団またはより広い社会を共同して定義する諸価値や諸信条は、ある流動的な状態で存在し、そのような状態の下では、信条とともに、その信条に基づき行動しかつそれを擁護するために行動する意思の双方が、何度も繰り返し措定されかつ再措定されなければならない。

したがって、このように全般にわたって (In this general way)、言論は重大な害悪を生じ得る。もちろん、この害悪は、言論が特定の個人を明示的に侮辱または威嚇するときに、明白に現れる。そのとき、これらの個人のアイデンティティは危険にさらされている。というのも、他者が彼らのことをあまり気かけないように「説得させられ (“persuaded”)」得るからという理由だけではなく、どのように彼らが応答するかを他者が見守っているという理由からでもある。その問題が取るに足らないとはとても言えないであろう。私たちが私たち自身について抱く私たちの感覚と、他者が私たちについて抱く感覚とを個人としてどんなに断ち切ろうとしても、アイザiah・バーリン (Isaiah Berlin) が、よく知られている論文の中で記述したように、私たちはけっして十分な成功には至らないであろう。

「なぜなら、わたくしが現にこういうわたくしであるのは、ある程度まで、他のひとびとがわたくしをそういう人間であると考えたり感じたり

していることによるのではなからうか。自分は何者であるかとみずからに問うてみて、イギリス人であるとか、中国人であるとか、商人だとか、つまらぬ人間だとか、あるいは百万長者だとか、罪人だとか答えたとする。これを分析してみると、それらの諸属性をもっているということは、自分がある特定の集団なり階級なりに所属しているものとしてその社会の他のひとびとによって認められていることを必要とする。そしてこの他から認められるということが、自分のあるきわめて個人的かつ永続的な諸特性を示すほとんどすべての言葉の意味の重要部分である、ということがわかる。わたくしは肉体から遊離した理性であるのではない。また、ただひとりで自分の島にいるロビンソン・クルーソーでもない。わたくしの物質的な生活が他のひとびととの相互作用に依存している、あるいはわたくしが社会的諸力の結果として現にこのようなわたくしであるというにとどまらず、わたくし自身に関するわたくしの観念のあるもの、おそらくはすべて——とくに自分の道徳的・社会的自己同一性の感覚——は、わたくしがそのなかの一要素である社会のネットワーク（この暗喩<sup>メタファー</sup>はあんまり遠くまで押しひろげられてはならないが）からしてのみ理解することができるのである。]<sup>44)</sup>

個人の自我と社会の評価との相互関連性は、個人にと同様、人びとからなる集団にも当て嵌まる。これが、もちろん人種のおよび宗教的な中傷がなぜあれほど有害であるかの理由である。

実際に、私たちは、他者が私たちをどのように考えているかについて、それを明らかにするものが言論であろうが、その他の行動であろうが、普段から関心を抱いているし、当然そうする。私たちは、この種の危害のリアリティを確認するために、自由な言論の法理それ自体や、法律が許容してきたものや、さらには自由な言論の立場を支持するためになされたそのタイプの主張さえ飛び越えて、はるかなところにある何かに頼る必要はない。たとえば、名誉毀損とか、ある人を当惑させる個人的な事実の公表とかに対抗する私たちのルールは、ある程度まで、公然の開示に対抗して情



報を守るのに役立つ私たちの私有財産に関する法律と同じように、ある人の自尊心というものがその人のまわりにいる人びとが考えていることに、かなりの程度まで関連しているという人間の条件についての真相を認めている。よりいっそう重要なことに、人びとが考えていることが、ある重要な程度まで、ある人の応答に依存しているのであり、その結果、その応答をコントロールすることは、他者が考えていることをコントロールすることになる。この事実は、個人または団体が、それらが賛成できない言論に援助を与えるように国家によって強制された場合に、それらの有する自由な言論の権利が、そのことによって侵害されたと主張するときに、その自由な言論の主張を正当化する根拠となることさえある<sup>45)</sup>。

自由な言論の理論それ自体でさえも、他者のマインドに対する私たちの基礎にある懸念をレトリック的に利用するが、それにもかかわらず、私たちは、自由な言論の理論を展開するときに、情報の入手に対して持つ私たちの利益に、過度に重きを置く傾向があるために、私たちは、その懸念を前述したようなものとして認めることができないように思われる。たとえば自由な言論の原理を擁護する場面でよく言われることであるが、情報を利用する市民の能力に対する不信を理由に、その情報を検閲するという政府の決定は、個人の「自律」（これはすべての利用可能な情報を受け取った後に私たち自身が（法律に従うかどうかを含め）意思決定を行うことと定義されるが）の保持に対して持つ私たちの利益を当然侵害する。このような見解には直観に訴える強い力がある。その訴える力は、よい意思決定を行うのに必要な情報のすべてを手に入れることに私たちが利益を持つという説明だけを当てにするものではない。それは一つの理由ではあるが、すべてではない。というのも、ひとたび私たち自身の生活を振り返ってみればわかるように、私たちは、利用可能な情報のすべてを手に入れるために私たちの有するその他の利益をいつも犠牲にするわけではないからである。むしろ、その主張の訴える力は、私たちが無能であるという見解に基づいて政府が行動しているという理由から、その政府行為に反対しそれを禁止しなければならないという必要性を私たちが感じているところにあ

る。その考えは、侮辱的であり、品位を傷つけるものである。私たちは、すでに検閲済みの言論が伝達したであろう特定の情報のその入手に気づかうことはないが、あたかも私たちが実際には出席したくなかった夕食パーティに招待されなかったことを侮辱だと感じてしまうことが無理もないのと同じように、私たちは、政府が私たちが無能扱いしないよう留意することに多くを費やす。私たち自身についての私たちが抱く感覚、つまり私たちのアイデンティティが危ういのである。また、公務員が私たちに関するこの種の見解を採用したときには、彼らがそれに基づき別の場面で行動を起こす前に、私たちはいますぐ彼らにストップをかける方がよい。

それゆえ、自由な言論についての論証 (argumentation) それ自体が、他者の間で稼働する思考に対して私たちがいなく自然で適切な懸念をたびたび利用する。私たちは、このことから、私たちが唱える異論の真の根拠と、その他の、情報を手に入れることに対して抱く私たちの利益のような、比較的目前の実践的な利益とを混同しないことの重要性を学ばなければならない。何を聞き、何を聞かないかを自分で決定すべきならば、私たちは、検閲されることを以前非常に強力に反対した当の言論とまさに同じ言論に対して、聞かないという選択をするのも、もっともであり、そのうえ、私たちは、まさにその同じ理由から、つまりその言論行為が侮辱的であり、かつ脅迫的であるという理由から、その言論行為を禁止する決定を行うことができるであろう。

以上述べた言論が加え得る危害についてのこれらの一般的な観察結果は、スコーク事件という具体的な文脈においてテストされ得る。私たちは、言論がどのように私たち自身の安全や福利についての不安の原因となり得るかをすでに記述した。ナチの制服を人前で着用し、そのうえユダヤ人の多いコミュニティにおいて行進するというある集団の意思によって刺激された反ユダヤ主義に対する恐れは、非論理的であると片付けてしまうわけにはいかない。それどころか、私たちは、いくつかの言論行為については、このような心理的現実をただちに把握し、それを根拠にそのような行為を法律で禁止する。たとえば、スコーク訴訟係争中に、そのコミュニ

ティに住む多くのユダヤ人は、脅迫や反ユダヤ主義の陳述を送り付ける匿名の電話を受けた。これらの人びとが感じたに違いない、彼ら自身の個人的な安全やその近親者をおびやかす恐れを、私たちは、誰でも的確に認識することができる。その危害は、たとえば、強盗が夜中に住居に侵入するときのように、ある人がある犯罪の犠牲者となるときに被る危害と同じものである。そのとき経験される財産的損失は、強盗という行為に暗に含まれる脅威によって被った感情的または心理的損失と比べるならば、ごくわずかであることがよくある。多くの場合、その犠牲者は、その後、長い間、この個人的な侵害行為のその恐れと苦痛に苦しむであろう。その恐れと苦痛の中身は、この犯罪が繰り返されることや、彼らがいま鮮明に想像してしまうその他のことに、個人的に傷つけられやすいという非常に鋭敏な感覚をその内容の一部とし、また、ある面では彼らがそれらの侵害行為にどのように応答すべきか、あるいは、応答したらよいかについての戸惑いをその内容の一部とする。

しかしながら、これらの諸行為のコストは、その特定の犠牲者にとって、個人的なものだけではなく、社会的なものであり、その結果、ここにおいて、その言論行為と、そのコミュニティのアイデンティティのその相互作用的または動態的な特徴がよく目立つ位置に引き出される。というのも、まさに、その有害な言論行為に対するそのコミュニティの応答（または非応答）こそが、そのコミュニティをある程度まで定義するからであり、これは、エミール・デュルケーム (Emile Durkheim) をもって始まる社会学者たちが、刑法制度の文脈で長きに亘って観察した現実である（それどころか、コミュニティがそれ自体を定義する一つの契機として犯罪行動を実際に利用すると示唆するために、ときに、さらに遠くまで行くことさえある）<sup>48)</sup>。その諸行為が不正であるという信条や、将来の有害行為に備えてその個人やその社会を保護しようとする意思は、一度は疑問視され得る。そして、私たちは、好むと好まざるとにかかわらず、その争点に本気で取り組まなければならない、そうするであろう。その疑いが晴れないかぎり、まさにその解体の予感、そのコミュニティの存立条件自体を変えてしま

い、その結果、私たちは、その予感を犯罪に対する人びとの恐れの高まりとともに周期的に経験するとき、無数の追跡できない方法でその予感がコミュニティの存立条件に影響を与える。また、その予感は、投票傾向の変化を通じてその政治的地勢を変え得る（ドイツのナチスが1920年代と30年代において悠々と権力をその手中に収めるために利用した現象）<sup>49</sup>。

これが小さい規模でスコーク訴訟において劇的に表面化した。といっても、それは、意外なことに、それに関与した多くの人びとによって誤って取り扱われたが、それだからこそ、そのことは、言論から生じ得る害悪についての洗練された理解を、自由な言論の争点についての古典的な分析の中に組み入れるときに経験する難しさを指し示した。スコーク市が提出した主張の一つは、その行進がそのコミュニティの公正な住宅計画を混乱させるという理由で、その行進を禁止する権限をその市が有するというものであった<sup>50</sup>。その主張は、行き場を失い、まるでそれが無価値なものであるかのように最終的には相手にされなかった。人種主義の偏見のない住宅市場を形成するという一つのコミュニティ政策を、その行進がどのようにして妨害するのか自明とは言えなかったので、表面上は確かにそうだったのであろう。だが、その事件の記録を全体を通して読むならば、とりわけスコーク市の市長が提示した証言を読むならば、表面上取るに足らないその主張の中に完全に賢明な——実際に非常に説得力のある——主張が含まれていることを誰でも理解することができる。その主張は、この事例において最終的に真実であったかどうかにかかわらず、細心の注意が払われてよいほど、確かに説得力があり十分に重要なものであった。

要するに、市当局の主張は、次のようなものであった。つまり、スコーク市の住民は、ユダヤ教徒とキリスト教徒にほぼ二等分でき、しかも何年も仲良く共生する努力をしてきた二つの集団であった。しかしながら、その関係はつねに脆かったし、あるときは本当に仲が良いかと思えば、敵意がどっと噴出しかねないときもあった。シカゴ市内からの黒人の移住が、スコーク市やその北に隣接するある郊外に、黒人たちを送り込んでいたときに、市当局はまた、その区域内の増加する黒人たちの人口を調整する努

力をしていた。しかし、潜在的に敵対する集団間の平穏なコミュニティ環境の保持という点でのこれらの努力は、スコークキ事件が起きる時まで終わってはいなかった。つまり、緊張は水面下で続いていた。したがって、市当局が恐れたものは、そのナチの行進がコミュニティ内のこれらのその他の緊張を活性化するのではないかという点であった<sup>51)</sup>。

なぜ、そのナチの行進とこれらのその他の緊張との間に、関連 (a link) があるにちがいないと思うのかを理解することは、一見、難しいかもしれない。しかし、ある潜在的な関連が確かに存在する。スコークキ事件に関連する出来事は、コリンの集団によって表現されたような極端な形態においてだけではなく、むしろ、それよりも明白でない形で、反ユダヤ主義がその社会に広く滲透するのではないかという疑いを生じさせた。その事件のまわりには、いつも複数の疑いがつきまとっていた。それらの疑いとは、その言論によってもっとも直接的に危害を受けた人びと（第一にスコークキ市に住む集中キャンプの生存者たち）の利益に対する私たちの思いやりの深さについての疑いであり、私たちがこの種の人種主義的憎悪を拒否するかどうかについての疑いであり、さらには、その人種主義的憎悪のよりいっそう明示的な示威運動に私たちが抵抗する覚悟があるのかどうかについての疑いである。たぶん、何人かのユダヤ人の心のなかには、彼らがそのナチの行進による危害を被ることをおそらく実際に望んだ人びとがいたのではないかという疑いさえもあったし、そして、必ずしも反ユダヤ主義をそのルールに持つ必要のない、むしろ人種的または宗教的な偏見に少しもあるいはまったく関係のない諸争点に関する怒りから生じ得た動機があった。

したがって、スコークキ事件によって生じた諸争点は、そのナチの行進が聴衆または一般公衆の中の何人かを、そのナチの原則のすべてまたは一部を受け入れるように説得する可能性やあるいはそのナチの行進がその目前の聴衆に不快な思いをさせる可能性だけにとどまらない。その出来事は、たとえそのドラマに参加する多様な人びとがどんなことをしようとも、大きな象徴的な意味の発現可能性を生み出した。（当時、スコークキ市におけ

る特定の出来事と、それより大きな社会における反ユダヤ主義的な行動の全体的な頻度とのあり得る関連性が実際に大衆紙上で掲載された。たとえば、ユダヤ教の礼拝堂やその信者たちに対する襲撃件数の増加についての複数の記事が存在した<sup>52)</sup>。

それゆえ、ある種の言論の特定の行為が成功の見込みがないという理由だけで、そのような言論を禁止および処罰する権利を社会に否定することは不適切であるとウイグモアが指摘したとき、彼はたしかに正しい。ある厳格な法解釈に従い、法律違反とすること (A technical violation) は、他者を同じ行動に駆り立て得るが、ウイグモアが述べたように、私たちは、実際にごく普通にするように、私たちの刑法が首尾よく執行される見込みを無視できる理由について、その他の理由があり得る。出来事はそれだけを分離して眺めるならば、意義のない、人びとの注意に値しないように思われるときもよくある。しかし実際に組み合わせられた複数の理由がどのようなものであれ、出来事は、その社会によって多大な象徴的意義を与えられる。その特定行為以前に、あるいは、それと同時に発生したもの——その行為が起こった全体の文脈——は、その特定行為の社会的意味を定義することになる。出来事とは、人びとのために、意味のそのような臨時の荷物を積むことがよくあり、これが起こるとき、その文脈からその出来事を分離したり、その出来事が帯びている真の意味をその出来事から剥ぎ取ったりすることは不当である。

私たちは、不正と考える行動、不道徳と考える行動、あるいは他者に有害であると考えられる行動と対面したときに、人びとが直面する対立のその深さとその力を的確に認識しなければならない。各個人にとって、そのコミュニティにとってと同様に、そこで採用する応答は、自己を定義すること (self-defining) である。寛容な応答もしくは分裂した応答によって、特に、その個人とそのコミュニティがそれらの諸行為に彼らが巻き込まれたと感じざるを得ず、さらには、それらの諸行為によって彼らのアイデンティティが損なわれたと感じざるを得ない。そのとき、捉えがたいがそれにもかかわらず広範囲に及ぶ、ある解体の過程が、その個人または集団に彼らが

厄介と思う行動に応答する手段を認めないことによって発生する。人びとは、彼らの信条へのコミットメントやその信条を擁護する決意をデモンストレートする手段を持たなければならない。私たちは、つねにこれらの必要性を認め、これらに基づき行動し、とりわけ私たちが法律を制定したり、違法行為を処罰したりする仕事にとりかかるときはそうである。それらの必要性が、ジミー・カーター (Jimmy Carter) 大統領に 1982 年のオリンピック大会をボイコットさせたものであり、その政策は、アフガニスタン侵攻に直面して、いつも通りの仕事に従事することが、あの侵略行為を暗に容認することになるという感じ (feeling) から (少なくともその一部は) 生じたものである。それらは、*Brown v. Board of Education* 事件およびその後の事件 (its sequels) において、連邦最高裁の裁判官たちに、全員一致や不分裂の結果としてそれらの諸判決を提示することを望むように促したものであった。それらは、スコーク事件の裁判官たちに、彼らの専門的な責務からすれば保護すべきその言論に、彼ら自身の「個人的な (“personal”)」諸見解を説示させたものである。

しかし、言論行為の処罰について検討に値するもう一つの反対理由がある。言論行為に対する強制された寛容から生ずる害悪の複雑さに関して、たっただいま提示された主張に——一般に言われているように (it is said) ——私たちがかりに賛同すると仮定しても、不寛容の必要性を満たすために、法的な禁止以外のその他の手段をあなたは持っているという主張 (the case) は、手つかずのままである。もっとも重要なことに、あなたは、提起された諸争点について、あなた自身の立場を表明する機会を持ち続ける。あなたがその機会を利用できるかぎり、他者が思いのままに話すことに沈黙を強いる権限を持つ必要はない。

これは、自由な言論の論争において一般によく耳にする主張である。まずはじめに、私たちは、次のことを強調すべきである。つまり、追い求める目的を達成するために、その他の手段が利用できることがそのことだけで、私たちから、ある手段を奪うことができる理由を説明するものではないということを確認すべきである。むしろ、言論に対する公式の制限とそ

他の自力救済の手段との間に、何らかの実際上の等価性があると言えるのかも疑わしい。私たちは、社会的に破壊的であると思える言論に対する法的制限の行使を私たち自身の手から奪うとき、深刻な打撃を受ける。法律制定過程を経由して、一つの公式の応答を組織することは、より容易である。このための手続は確立されており、すぐに利用できる。だが、私たちにとって、その手続のもつ第一義的な価値は、言論者によって提起された諸争点について、そのコミュニティがその立場を表明する必要と、そうする過程でコミュニティそれ自体を定義し創造する必要を満たすための一つのコミュニケイティブな (*communicative*) 道具としてである。

この国では法は、ある特別な役割を演じる。それは、私たちが社会的なアイデンティティを創造する過程を提供し、その過程を通じて、私たちは、そのコミュニティの強い願望や価値を反映し具体化する。法の執行は、それらの強い願望や価値へのコミットメントを物語る<sup>53)</sup>。私たちは、私たちの公共施設の中では、私たちが他のところでは強く主張してしまうものから、はっきりと超越した行動のレベルを維持することの重要性をみな知っている。これこそが、私たちが自らの公共施設の中で達成しようと努めている諸価値に対して公務員が敏感でないことを具体的に示す何かを公然と発言するとき、彼らが辞職しなければならない理由である。ある範囲まで、確かにその社会 (*the society*) がその現実世界 (*the world*) に示す公共的な態度 (*the public posture*) は、多くの層に分かれ存在し、そして、それらの諸層のすべてが、公式のもの (*the official*) なのではない。たとえば、宗教的な団体や民間の諸結社のような、その社会内の、その他の諸個人、諸集団、諸制度が、法が行うような仕方ですべての社会の全体「のために ("for")」話すことがときどきある。確かに、たとえば、スコーク事件においてそのような諸集団が、問題となった諸争点に本気で取り組むために前面に登場したし、そうすることで反ユダヤ主義という問題について多くの人びとの恐れを和らげるのに役立ったのは事実である。だが、それでも害悪があると私たちが信ずる行動に対して私たちの法律を制定する過程を用いて応答するという可能性を私たち自身に開いて置くことによって、私た



ちが利益を得ると考えることは合理的であるように思われる。

#### IV

言論活動が非常に深刻な社会的害悪の原因となると結論づけることは、害悪の原因となる言論のすべてを禁止すべきであると言うことと同じではない。同様の指摘は逆にも働く。すなわち、言論が、個人々人としてまたはあるコミュニティとしての私たちにとって価値のあるベネフィットをもたらし得るという事実は、私たちが言論規制をつねに自制すべきであるということの意味するわけではない。その問題は、正しい利益衡量を探し求めており、もちろん、その利益衡量は、私たちが判断することを要求する。私たちは、非言論行動については、私たちがその害悪とそのベネフィットを比較衡量し、何を自由にし、何を制限すべきかについての判断を行う。かりに私たちが言論活動についても同じことをしたならば——そのベネフィットと害悪の事実どおりの説明を自由にしてよいならば——、私たちは、修正第 1 条の自由な言論条項の下で現在行っている結果に至るであろうか。私たちは、古典モデルの下で確認された言論のベネフィットが、スコークス事件において争点であった「言論 (“speech”)」の諸行為の中かなり存在したことから、それらの諸行為のベネフィットは、それらの諸行為によって被る可能性のある損害の最大幅を上回ると私たちは言うことになるのであろうか。

少なくとも、その社会の要求や、利用可能な表現手段という点で私たちの時代とは潜在的に非常に異なった別の時代から掘り出した建設用ブロックを用いて、それほど多く、それほど無批判に、自由な言論についての私たちの思考を組み立てることに満足できないように思われる。ミクルジョンがしたように、20 世紀の合衆国において自由な言論の思考のための一つのパラダイムとして伝統的なニュー・イングランドのタウン・ミーティングを採用することが発見学習装置 (a heuristic device) としてどんなに役立つとしても、それを私たちの比較モデルに作り変える際に避けることのできない過度の単純化という深刻なリスクが存在する。きめ細かく、きつ

く編まれた諸コミュニティは、数億を数える人びとのいる社会に完全に埋没してしまう、それらの諸コミュニティの成員たちに、わずかながらの統制力を持つ。同質性 (Homogeneity) は、もはやその数億の人びとを定義する中心的な特性ではなく、むしろその反対である。

伝統的な自由主義の自由な言論の擁護論の場合、言論によるプロパガンダや世論操作のような何らかの社会的リスクを実質的に否認することがときどきあり得るが、実際には、それとは反対に今世紀の他の諸国ではそれらの経験が繰り返された。それどころか、歴史の進展過程の当然の結果として真理がつねに勝利するはずであるという底抜けに楽天的な主張は、アレクサンダー・ビケル (Alexander Bickel) が次のように記したときに、その主張に与えた軽いあしらいを受けるだけのことはある。つまり、「私たちは、それを信ずることがもはやできないほど、あまりに多くのことを経験した。」<sup>54)</sup> 「長い目 (“long run”)」で考えるという空虚な言い訳に立ち返るだけで、どんなものでもその議論から救出され得る。そして、ほとんどすべての人にとって長い目は常にあまりにも遅くやって来ると間違いなく言える。

現代社会についてのより複雑で現実的な見解を、自由な言論の言説に統合しようとする本格的な試みは、ほとんどみられない。第二次世界大戦後、ほんのわずかな論者たちが、プロパガンダや操作された政治的レトリックの政治的行動に与える影響についての古典的な想定を見直す必要性を議論したし、彼らは、マス・コミュニケーション・メディアの発展と新しい「動く世論 (“mobile public opinion”)」の登場が、どのように言論に対する広く開かれた態度を、社会的にいつそう他人志向的な姿勢にかえてしまうかを指摘した<sup>55)</sup>。第1章ですでに触れた *Beauharnais* 事件<sup>56)</sup>における連邦最高裁判決は、その他のほんのわずかな法廷意見がしたように、この仕方でものを見ることを吟味したように思われる。しかしながら、このようなパースペクティブは、自由な言論の私たちの法理という織物に実際にはうまく織られることは決してなかった。今日、いまなお市民たち自身の問題を処理する彼らの能力に対する典型的な賛辞を目にする。しかも、そ

のときには、政府を寄せ付けないことによってそうした市民たちが市民たち自身の問題を処理する過程を促進することだけが裁判所の役割であるという断言が伴う。

20 世紀における自由な言論についての疑問へのこのような単純なアプローチの最終的な結末は、その問題性の両側面で私たちをつまずかせる原因となる。つまり、私たちが言論の保護から引き出す可能性のあるベネフィットと、その可能性のある害悪の双方を慎重に評価するときである。もし私たちがそのベネフィットを、言論の最良の利用から引き出すものとして思い浮かべるならば、これらの諸価値が必然的に薄められ、その他の懸念が多く押し寄せる言論の周縁において、私たちは言論保護の言い分をほとんど持たないとしても不思議ではない。自由な言論を支持するために主張されるメリットは、予想される諸害悪の全重量に耐える試練を経験することになるであろう。当然のことながら、この点で、それらの諸害悪を低く評価するために、ある動きが見られる (is exhibited)。

自由な言論という観念に関連する問題について公開でかつ批判的に考えることに対するこの種の拒絶は、第 1 章の終りの方で記した自由な言論の理論のためのその他の 2 つの基本的な諸争点——すなわち、言論以外の非言論行為にではなく、言論に与えられた特別な保護を正当化するという問題<sup>57)</sup>と、自由な言論の原理に関連する解釈的および執行的諸機能を司法府の手中に置くことを正当化するという問題——に関して存在する。私たちは、それらの諸問題に取り組むことを、しばらくの間先送りする予定であり、その結果、言論の諸活動を規制する私たちの権限を私たちがどれほど限定すべきであるかという争点に、差し当たり私たちの注意を固定する。

しかしながら、自由な言論という思想 (thought) は、一種の統合失調症 (a kind of schizophrenia) にかかっており、私たちがその理論上の諸説明やその諸事件においてよく遭遇する、その思想のもう一つの側面がある。それは、少なくともいくつかの基礎的な諸争点に関して古典モデルの諸前提とかなり基本的に異なる。しかしながら、まさに自由な言論の一つのヴ

イジョンが、多くの場合、公衆の目に触れないところで、つまり修正第1条の思想の一種の北斜面のようなところで稼動する。この点で、太陽の光線が間接的にだけ差し込むところで、私たちは、私たちの時代の社会における自由な言論の役割についての、より複雑で、あまりナイーブとは言えない一つの理解に遭遇する。古典モデルのより公式的なレトリックやヴィジョンからすれば、それは決まって隠された緊張を受け持つ。

## 注

### 第2章

1) See generally Fred S. Siebert, "The Libertarian Theory," in *Four Theories of the Press* (Urbana, Ill.: University of Illinois Press, 1956), 39.

2)

前述の根本的争点——代表と同意、憲法の本質と権利の本質、主権の意味——について、前述の基礎的な方法で、植民地人たちは、自由とその保護に関する思想という彼らの遺産を問題にし、手直ししてきた。立法議会を社会の鏡と考え、立法議会の声を、人民の制度的に組織だった正確な表現と考えること、人権が、法以前に存在し、法の妥当性の基準として存立することを想定し、その想定に基づき行動すること、憲法を、政府の理想的なデザインおよび政府の許容される活動領域の不動の制限的画定であると理解すること、そして、政府における絶対的な主権は、すべての心を夢中にさせる単一の機関による独占である必要はなく、むしろその他の機関という境界線によって制限されるがその内部での権限を最大限発揮できるいくつかの機関がそれぞれ分け持つこと——これらのように考えることは、アメリカ人がアメリカ独立革命以前に行っていたので、統治の基本原則および社会と政府の関係の基本原則を再評価することであった。

Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (Cambridge: Harvard University Press, 1967), 230.

3) これは、次に述べるように言論の自由の概念を正当化するために長く定説であった根拠である。

言論およびプレスの自由という民主制的な原則は、私たちがそれを自然なかつ不可譲の権利であると考えたと否とにかかわらず、いくつかの前提に依拠する。それらの前提のうちの一つは、人は真理を知りたいことを望み、その真理によって導かれる傾向があることである。もう一つは、長期的な視点からすればその真理に到達

する唯一の方法は、公開の市場における意見の自由な競争であるという前提である。もう一つは、人はその意見が相異なることは避けられず、各自がその意見を、自由にそれどころか激しく、主張することが許されなければならないが、その前提条件として同様の権利を他者に与えることが求められるという前提である。そして最後の前提は、この相互寛容および多様な意見の比較から、もっとも合理的な意思が出現し、一般に受け入れられるという前提である。

Carl Becker, *Freedom and Responsibility in the American Way of Life* (New York: Knopf, 1945), 33.

4) 自由な言論が仕える「諸価値 (“values”）」についてのよく知られた、影響力のある要約は、トマス・エマソン (Thomas Emerson) 教授による次の記述である。

民主制の社会における表現の自由のシステムは、4つの主要な諸前提に依拠する。それらの諸前提は、箇条書きで表わせば (in capsule form)、次のように説明し得る。

第一に、表現の自由は、個人の自己充足の確保の手段として欠かせない。人間の固有の目標は、その人間の性格や一人の人間としての潜在能力の実現である。この自己実現の達成のために、その心は自由でなくてはならない。それゆえ信条、意見、またはその他の表現に対する弾圧は、人間の尊厳への侮辱であり、人間の不可欠な本性の否定である。さらに言えば、人間は社会の成員としての彼の能力という点で彼に影響を与える共通の決定を行う権利を有する。彼の真理探求またはその真理についての彼の表現をやめさせることは、社会やその国家を、彼に対する専制的な司令部 (despotic command) に引き上げることであり、彼を他者の恣意的な統制の下に置くことである。

第二に、表現の自由は、知識の促進および真理発見にとって不可欠の過程である。知識および真理を探求する個人は、一つの問題のあらゆる面を開かなければならない。あらゆる選択肢を検討しなければならず、それを反対者に曝すことによって彼の判断をテストしなければならず、そして異なったマインドを十分使わなければならない。受け入れられている意見がどんなに確実に真理であるように見えたとしても、討論は開かれていなければならない。もっとも広範囲に知られている真理の多くは、最終的に誤りであることが分かった。新しい意見がどんなに虚偽または有害であるように見えたとしても、同じ原理がその逆にもあてはまる。受け入れられていない意見が、真理または部分的な真理、さらには完全に虚偽であるときでも、その提供および公開の討論は、受け入れられている意見の再考および再審査を強いるからである。知的な個人の判断にとって公開の討論を不可欠にさせる理性は、同様に合理的な社会的判断にとっても公開の討論を避けられないもの (imperative) にさせる。

第三に、表現の自由は、社会の全成員による意思決定過程への参加を提供するために不可欠である。これは、とりわけ政治決定にとって重要である。ひとたび人が独立宣言の前提——政府はそれらの正当な諸権力を被治者の同意から引き出す

こと——を受け入れるならば、その当然の帰結として被治者は、彼らの同意する権利を行使するために、個人の判断を形成するとともに、共通の判断を形成する際に、表現の十分な自由を有しなければならないことになる。また、その原理は政治的領域を超えても通用する。それは全文化を形成することに参加する権利を含み、宗教、文学、芸術、科学および人間の学問のあらゆる領域における表現の自由を含む。

最後に、表現の自由は、より順応性のある、それゆえより安定的なコミュニティに達する手段であり、健全な分裂 (cleavage) と必要な同意の間の不安定なバランスを維持するための手段である。その結果は、次のようになる。討論の弾圧は、合理的判断を不可能にするため、理性の代わりに力を使う。抑圧は非柔軟性と愚かに見せることを促進するため、社会が状況の変化または新思想の発展に順応することを妨げる。そして、弾圧は社会の直面する真の問題を隠ぺいするので、公衆の注意を重要な争点から逸らす。それと同時に、公開の討論の過程は社会におけるより大きな統一を促進する。というのも、人びとがその意思決定過程の一部を担うならば、彼らに不利な決定を受け入れる用意ができてからである。そのうえ、国家は、単一性を促進し、そして力に訴えることを抑止するのに十分な権力を常に保持する。それゆえ、表現の自由は、社会の進歩にとって不可欠な対立がその社会を破壊することなく起こるような一つの枠組みを提供する。それは、安定と変化の間の不可欠なバランスを維持するための本質的なメカニズムである。

Thomas Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York: Vintage Books, 1970), 6-9. See also Tribe, *American Constitutional Law*, (see chap. 1, n. 58), 576-79. 修正第1条の一般理論の構造が、エマーソンの陳述から現在まで、ほとんどもとのままであったことは、近年の修正第1条の論文の中の自由な言論の理論の要約によって示される。たとえば、Melville Nimmer, *Freedom of Speech* (New York: Matthew Bender, 1984) の第1章。

これらのテーマについてのヴァリエーションは、豊富な文献を生み出した。自由な言論の支配的な諸理論に対する主要な包括的かつ哲学的批評のために、see Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

5) Zechariah Chafee, *Free Speech in the United States* (Cambridge: Harvard University Press, 1941; rpt. New York: Atheneum, 1969), 33 (すべての引用は後者の版による)。

6) Id.

7) Alexander Meiklejohn, "Free Speech and Its Relation to Self-Government," in *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (New York: Harper & Row, 1948; rpt. New York: Oxford University Press, 1965), 3 (すべての引用は後者の版による)。

8) Id. at 24-27. 原文において強調。

9) Id. at 26.

10) ミクルジョンにとって公的な言論は、人びとが全体の福祉のために全員で計画するために使用する言論である。私的な言論は、その背後により利己的な動機を持ち、公共的な争点の解決に向けられていない。すなわち、「そのとき、合衆国憲法に関する理論において徹底的に異なる二種類の発話が存在する。自分の商品を広告する商人や、自分の顧客の利益のために戦う有給のロビーストの憲法上の地位は、全体の福祉のために計画を立てる市民の憲法上の地位とは完全に異なる。」Id. at 37. その区別は、第 5 章でさらに詳細に検討される。

11) Meiklejohn, "The First Amendment as an Absolute," 1961 Sup. Ct. Rev. 245, 263.

12) 自由な言論が民主制的政治的共同体にとって重要であるという考えは、ミクルジョンが初めてではない。それは修正第 1 条の判例法の初期において見出される——たとえば、*Whitney v. California* 事件におけるブランドイスの同意意見において次のように言われる。すなわち「私たちの独立を勝ち取った者は、あなたが望むように考える自由やあなたが考えるように話す自由が、政治的真理の発見および普及にとってなくてはならない手段であり、自由な言論および集会がなければ、討論は空しいと信じた」274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring)。

そのうえ、ミクルジョン後の時代は、民主制との関連性という用語がさらに溢れているという指摘は正しい。ミクルジョンのパースペクティブの後継者を名乗る修正第 1 条の重要な理論家たちには、Alexander Bickel, *The Morality of Consent* (New Haven, Conn.; Yale University Press, 1975), 62 や、Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 Ind. L. 1, 26 (1971) が含まれる。

13) 376 U.S. 254 (1964).

14) 376 U.S. at 274. 本判決は James Madison, *Elliot's Debates on the Federal Constitution* (1876), vol. 4, 568 を引用する。

15) 「事実上の誤りにしる中傷的な内容にしる、公務員の行動に対する批判から憲法的な保護を取り去るのに十分でないならば、ましてやその二つの要素の組み合わせは同様に十分ではない。これは 1798 年の扇動法 (1 Stat. 596) についての論争から引き出された教訓であり、この法律は、修正第 1 条の中心的意味の国民的な理解 (awareness) を最初に具体化したものである。」376 U.S. at 273.

16) 376 U.S. at 270.

17) Kalven, "The New York Times Case: A Note on 'The Central Meaning of the First Amendment,'" 1964 Sup. Ct. Rev. 191.

18) Id. at 214. また、カルバンは、*サリヴァン判決*が修正第 1 条の原則の発展に与えそうな影響力について、次のようにコメントした。

連邦最高裁が、何年も達つにつれ (as years roll by) その *Times* 判決の法廷意見の中に何を見ようとするのかを予測する (predict) ことは、容易ではない。連邦最高裁は、その法廷意見を、公務員の名誉毀損を扱う諸事例のひとつとまり (one pocket of cases) だけをカヴァーするものと見なしたかもしれないし、連邦最高裁の行動についてのより包括的な解釈とだけ矛盾する連邦最高裁の初期の考えを無効にするものではないと見なしたかもしれない。しかし、公務員から、政府の政策

へ、公共政策へ、芸術のような、パブリック・ドメインに関する問題へという弁証法的漸進に従う誘い水となることは、抗し難いように私には思われる。もしも連邦最高裁がその誘いを受け入れるならば、連邦最高裁は、アレクサンダー・ミクルジョンがこの14年の間に私たちに提示してきた自由な言論の理論を、自ら進んでゆっくりと作り出すであろう。Id. at 221.

19) Id. at 209.

20) サリヴァン事件における多数意見の著者であるウィリアム・ブレナン (William Brennan) 裁判官は、その後、ミクルジョンのパースペクティブを採用したものとしてサリヴァン判決の法廷意見を理解するカルバンの解釈を追認した。See, Brennan, "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment," 79 Harv. L. Rev. 1, 11-19 (1965).

21) See, e.g., *Time, Inc., v. Hill*, 385 U.S. 374, 387-88 (1967); *Red Lion Broadcasting Co., Inc., v. F. C. C.*, 395 U.S. 367, 390 (1969); *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 41 (1971); *Columbia Broadcasting System, Inc., v. Democratic Natl. Comm.*, 412 U.S. 94, 102 (1973); *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm. on Human Relations*, 413 U.S. 376, 381-82 (1973); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 257 (1974); *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 492 (1975); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 765 (1976).

22) カルバン・前掲・注 (17) 205 頁。

23) ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) は、自ら進んで奴隷の地位に就くことを禁止することの正当性について譲歩した。J. S. Mill, *On Liberty*, ed. C. V. Shields (New York: Bobbs-Merrill, 1956), 125. この点についてのもう一つの討論のために、see, Ronald Dworkin, "Is the Press Losing the First Amendment?" *New York Review of Books*, 4 December 1980, 53-54, reprinted in Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985) 381.

24) 「私たちは、抑圧しようと努めている意見が虚偽であると決して確信を持つことはできない。また、かりに私たちが確信を持つとするならば、それを聞こえなくすることはなおさら悪であろう。」 Mill, *On Liberty*, 21.

25) Id.

26) 次の文章は、過激な言論を許すことがコミュニティにもたらす利点をミクルジョンがまるで情報の観点から明らかにしているかのようである。

さて、政治的な自己統治の [タウン・ミーティングの] 手法では、究極の関心事は、話し手たちの言葉ではなく、聞き手たちのマインドである。会議の最終目標は、賢明な決定の投票である。投票者たちは、したがって、可能な限り賢明でなければならない。その共同体の福祉は、諸争点を決定する者たちがそれらの諸争点を理解すべきことを要求する。彼らは投票する内容について知らなければならない。そして、このことは、翻って、時間の許すかぎり、その問題に関連するあらゆる事実



や関心が十分かつ公正にその会議に提供されるべきことを求める。Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Speech*, 26.

27) Chafee, *Free Speech in the United States*, 33.

28) See, e.g., *McCormick On Evidence*, ed. Edward W. Cleary (St. Paul, Minn.: West, 1984), 544-48. 本書は、証拠の証明力よりも「不公正な偏見、諸争点の混同、または陪審員を誤解させることなどの危険が勝」るときに裁判官に、証拠排除の権限を認める連邦改訂統一証拠規則 (the Federal and Revised Uniform Evidence Rules) の規則 403 条を議論する。

See also Richard O. Lempert and Stephen A. Salzburg, *A Modern Approach to Evidence* (St. Paul, Minn.: West, 1978), 210-13. これは次のように述べる。「他の犯罪の証拠は非常に不利になる可能性がある。陪審員たちは、その証拠の関連性の程度について誤る可能性がある。もしも陪審員たちがある犯罪が別の犯罪を導くものと確信しているとするならば、その陪審員たちは、その訴訟で他の証拠に、とくに被告の無実を証明する傾向のある証拠に、それが受けるに足る重要性を与えることはできないであろう。」

29) John Milton, *Areopagitica*, ed. Richard C. Jebb (Cambridge, Eng.: Cambridge University Press, 1918), 58.

30) 250 U.S. at 630.

31) Id. at 629.

32) Id. at 628.

33) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673 (1925) (Holmes, J., dissenting).

34) 「コーエンのジャケットに直面した人は、たとえば、自分の住宅の外で騒がしい音を出す街宣車の耳障りな音声にさらされている人びとは、かなり違った態度をとった。ロスアンゼルス裁判所の建物にいた人びとは、その目をそらすだけで、彼らの感受性へのさらなる砲撃を効果的に回避できた。」403 U.S. at 21.

35) See 578 F. 2d at 1207. See also 69 Ill. 2d. at 618-19.

36) ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) は、彼の『自由論 (On Liberty)』の 16 頁においてその立場の古典的な陳述を次のように提供する。

さて、個人とは別個の存在として社会をとらえたとき、社会が個人にたいして、せいぜいのところ間接的にしか関与できない活動の領域がある。個人の私生活と私的な行為の部分である。それは自分にしか影響を与えず、また、かりに他者にも影響を与える場合には、相手もきちんとした情報にもとづいて自由かつ自発的に同意し、関与している分野である。

自分にしか影響を与えない、というのは、自分がまず最初に直接的に影響をこうむることを意味するにすぎない。なぜなら、自分に影響を与えれば、自分をおして他者にも影響を与えることがあるかもしれないからである。しかし、このような、あるかもしれない偶発事を根拠にした反論については、もっと後で考察することにしよう。

したがって、自分にしか影響を与えない部分こそが、人間の自由の固有の領域なのである。

第一に、それは意識という内面の領域を含む。そこでは、もっとも広い意味での良心の自由が要求される。ものを考える自由、感じる自由、科学や道徳や宗教の、実践的もしくは思弁的な、あらゆる問題について、意見と感想の絶対的な自由が要求される。言論や出版の自由は、個人の行為であっても多くの他者に影響を与えるものであるため、原理が異なるように見えるかもしれない。しかし、言論や出版の自由は、思想の自由と重要性がほとんど変わらず、自由の根拠もほとんど同一であるから、じっさいには思想の自由と切り離すことはできない。

第二に、この原理は好き嫌いの自由、目的追求の自由を要求する。すなわち、自分の性格に合った陣営を設計する自由。どんな結果でも引き受ける覚悟で、自由の好きなことをする自由。人からバカだとかアブノーマルだとか間違っているとかわかれても、人に迷惑をかけないかぎり、人から邪魔されずに行動する自由。

第三に、各個人の自由から、同じ制限の下ではあるが、個人どうしの団結の自由が出てくる。ほかの人に迷惑をかけないかぎり、ひとびとは、どのような目的のためであれ団結する自由がある。ただし、団結に加わる人は成人であること、また、強要されたり、だまされたりもしていないことを前提とする。」(ミル著・斉藤悦則訳『自由論』光文社(2012年)34-36頁。)

ミルの立場は、行動を、そして、とくに社会の多数派が単に不道徳とみなす行動を、規制する法の限界を確立するという問題に一般的に取り組む、幅広い議論を生み出した。一般的に言えば、その文献は、行動がいかなる「害悪 (“harm”）」の原因となるのか、また、法律を制定するときに害悪のどのような主張が自由な社会によって適正に認められるかという問題を検討する。不貞、酷酈、同性愛のような諸行為は、これらの討論の常連であるが、同時に「思想及び言論の自由 (“liberty of thought and speech”）」が典型的にその常連に入れられる。ミルへの19世紀の応答のために、私たちは、Stephen's *Liberty, Equality, and fraternity* (see chap. 1. n. 22) を有する。今世紀におけるその古典的な論争は、H. L. A. Hart's *Law, Liberty, and Morality* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1963) と Patrick Devlin's *The Enforcement of Morals* (London: Oxford University Press, 1965) において繰り返される。

私の理解では、この文献は、本章で展開されるように、いくつかの言論の諸行為の潜在的な心理的コスト(個人的でもあり社会的でもあるが)に十分な注意を払うものではない。その理由は、疑いもなく、その文献が言論をさまざまな行動と一緒に扱う傾向を有し、また、それらすべてをかなり抽象的な方法で扱う傾向を有するからである(おそらく、必然的に、検討される行動の広さを所与とすれば)。第4章で私は、特別な寛容のために言論を分離することに関わる潜在的な社会的価値についてコメントする予定であり、そして、意外にも、そのコメントを述べる過程では、本章でさらに詳しく明らかにされる、言論の諸行為によって生み出された感情のその強さに依拠する予定であり、そして部分的には、行動の社会的規制の適正な限界に関する文献において提案される諸立場間の合意の欠如に依拠する予定である。

37) See, e.g., Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 8-9:「表現の特別な地位をこのようにはっきりと区別することは、いくつかの理由からして、その基礎理論の決定的な構成要素である。…第二に、表現は、行動ほど他の社会的目的に危害を及ぼすことはない、と通常は考えられる。それは、一般的には、それほど直接的な結果をもたらさず、その影響力という点でそれほど取り返しのつかないものではない。」

38) 274 U.S. at 377.

39) Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 28.

40) 250 U.S. at 630.

41) Mill, *On Liberty*, 7.

42) 人びとが彼らにとって何らかの魅力を持つそれらの思想や行動にもっとも強く公然と非難することが時にあるということは、心理学の文献では一つのありきたりな意見である。わいせつの文脈におけるこの考えの発展のために、see Gaylin, "The Prickly Problems of Pornography," 77 *Yale L. J.* 579 (1968). ゲイリンは、その法則の下で、「際だって、わいせつは、好色的でなければならない。すなわち、それは性的に興奮させるものでなければならない。」と記した。Id. at 582. ゲイリンは続けて次のように述べる。「彼らの〔連邦最高裁の裁判官たちの〕困難は、『嫌悪の情を起こさせる』ものは、『興奮させる』ものではあり得ないという、なぜか堅苦しい前提をとっていることに私は考える。まさにここでは、精神科医は法律家をナイーブとみなすであろう。」Id. at 583.

43) 私たちの時代の自由な言論の初期の考案者たちの一人が、ある種の言論を制限する必要について1890年に述べたことを聞くことは、この点で興味深いかもしれない。いままでに書かれた、もっとも有名なロー・レヴューの論文であるとしばしば評されるものの中で、ルイス・ブランドイス (Louis Brandeis) (当時ボストンで弁護士を開業していた) は、私生活に関する高度に困惑させる事実を公表した者に対抗して、救済を求めるための手段を個人に与えるために、プライバシー侵害訴訟の法的根拠を展開することの重要性について書いた。個人に与えられた法的保護が、世紀をまたがって、つまり身体的攻撃に対抗して人びとを保護する世紀から、それほど身体的ではないが、それにもかかわらず、人びとの感情に対する重大な危害を及ぼすことに対抗して人びとを保護する世紀まで、どのように変化したかを記した後で、ブランドイスは、うわさ話の公表によって被る (個人的でもあり、社会的でもある) 危害について話した。

生活の集約性 (intensive) と複雑性は、進展する文明に付随するものであるが、現実世界 (the world) からのある種の撤退を不可避にしたし、また、人は文化の洗練を受けて、パブリシティにより敏感になったし、その結果、孤独とプライバシーはその個人にとってより本質的なものになった。しかし、私たちの時代の企業や発明は、単に身体的な危害が加えられるときよりもひどく、彼をプライバシー侵害による精神的な苦痛や苦悩にさらした。しかしその損害は、ジャーナリストの企業やその他の企業の被害者とされた人びとの被害に限定された侵害によって引き起こされない。この点で、商業の他の部門におけるのと同様に、その供給がその需要

を生み出す。続出する、場をわきまえない (unseemly) うわさ話のそれぞれが、それゆえ収穫され (harvested)、さらなるうわさ話の種子となり、その広まりに正比例して、社会規範や道德の低級化という結果をもたらす。明らかに害悪のないうわさ話さえも、広くさらに執拗に広まるとき、害悪発生種になる。それは、過小評価するとともに故意に曲解する。それは、事態の相対的な重要性をひっくり返すこと (inverting) によって過小評価する。それゆえ、人びとの思想や強い願望を小さく見せる。個人についてのうわさ話が、印刷物の尊厳を得るとき、また、その共同体のための真の関心事の入手可能な空間に群がるとき、無知な者と思慮のない者がその相対的な重要性を見誤ることは何も不思議ではない。理解しやすいことであるが、私たちの隣人の不幸な出来事や性格の弱さによって決して完全に落胆させられることのない (is never wholly cast down) 人間性のあの弱い側面に訴えかけ、それが、その他の事柄についての関心が占める可能性のあった脳内の場所を奪うことに誰も驚かない。つまらないこと (Triviality) は、思想の断固たる姿勢や感情の繊細さをすぐに破壊する。それによる枯渇化の影響下で、一切の熱意が繁茂できず、一切の肥沃な衝動は生息できない。

Warren and Brandeis, "The Right to Privacy," 4 Harv. L. Rev. 193. 196 (1890).

44) Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty," in his *Four Essays on Liberty* (New York and London: Oxford University Press, 1969), 118, 155. なお、邦訳は I. バーリン著・小川ほか共訳『自由論』みすず書房 (1979年) 360-361頁による。

45) たとえば、Pruneyard Shopping Center v. Robins, 447 U.S. 74 (1980) 事件において、カリフォルニア州最高裁判所は、ショッピング・センターに、その店内の政治活動を許すように州憲法を解釈した。同センターは、これが同センターの修正第1条の諸権利を侵害すると連邦最高裁に対して主張した。というのも、州は、同センターが、強いられた寛容によって実際には他者の政治的信条を支持しているかのように見えるからである。連邦最高裁は、この立場を拒否したが (正当な理由でと私は信じる)、誰も、その主張を、誤りとして、あるいは一般的な提案として心理的に支持できないものとして拒否しなかった。実際に、それ以前の事例である、Int'l. Assoc. of Machinists v. Street, 367 U.S. 740 (1961) 事件において、自分の支持しない政治活動を支援するために自分の会費を組合に使われることに反対した一人の組合員に関わる事件であるが、多数意見 (その事件について州法を理由にせずに組合員を支持する判断を下した) はその憲法上の請求を「最大限の重要性 ("the utmost gravity")」を持つものと認め、また、ブラック裁判官は、個別意見の中で彼が憲法違反を見つけようとしたと書いた。その要点は、もちろん、社会が不正かつ危険と見なす言論行動を社会のただ中で直面する社会状況とこれらの諸事件が、完全に類似しているということではない。すなわち、多くの潜在的相違点が、すぐに姿を現わす。*Street* 事件では、その組合員は、彼が支持しない主義に寄付金を与えるように強制された (だが、寄付金を与えることと公共の街路を利用させることとの間に重要な相違が存在するのか。) し、また、たった一人の個人が関わり、大きな集団ではなかった (だが一つの集団のアイデンティティがそれほど重要ではないものとして扱われるべきなのか。)

その一般的な要点は、私たちがコミュニティ全体のために話している危害のその性質が、私たちにはまったく馴染みのないものなのではないことを認めることの重要性である。

46) 民主制下の市民たちには政治的諸争点に関連する情報のすべてを受領する政治的かつ主権的権利があるという主張をミクルジョンが行ったという解釈を根拠に、トマス・スカンロン (Thomas Scanlon) は、「個人の自律 (“individual autonomy”)」の保護を構成するものとして、言論の自由に関するより広範な彼の理論を構築した。See Scanlon, “A Theory of Freedom of Expression,” 1 Phil. & Pub. Aff. 204 (1972). スカンロンは、「ミルの原理 (“Millian Principle”)」と呼ぶものに基づいて彼の理論を基礎づけながら、いくつかの「諸害悪 (“harms”)」が、表現の諸行為に対する法的抑制のための正当化理由の一部であるとは考えられ得ないと、次のように主張した。

これらの諸害悪とは、(a) それらの表現の諸行為の結果として、何人かの個人が虚偽の信条を持つようになることを内容とするものであり、(b) それらの表現の諸行為の結果として実行された諸行為の有害な帰結である。ここでは、表現の諸行為とそれに続く有害な行為との間の結びつきは、表現の諸行為が、これらの諸行為が実行に値すると行為主体者たちが信じるように導いた（あるいは信じる傾向を増大させた）ことだけを内容とする。Id. at 213.

彼はそれに続けて、次のような観点から彼の目的を記述した。

私は、この原理が正当な政治的権限の限界についての特定の考えであることを示すことによって、この原理の擁護を企てた。すなわち、正当な統治権力は、市民たちの自律と両立する——すなわち、信じる対象の決定という点、さらに行為のための根拠の比較検討という点で市民一人一人が、主権者であるという考えと両立する——理由で擁護され得るものに限定される。これは、民主制下の市民の政治的責任についてのミクルジョンの考えを一般化したヴァージョンとして理解され得る。

Scanlon, “Freedom of Expression and Categories of Expression,” 40 U. Pitt. L. Rev. 519, 531 (1979). しかしながら、彼は、その後熟考の末に、その理論を正しくないものとして捨てざるを得ないと感じた。彼にとっての第一の関心事は、「自律的 (“autonomous”)」であることの追求——少なくとも、独立した意思決定あるいは自己統治のために必要とされる関連情報のすべてを取得するという意味で——が、人間生活の排他的な目的、または、いくつかの事例では、第一の目的でさえもないという理解および認識であった。すなわち、「追加された情報は、それを手に入れるためにコストをかける価値がないこともよくある。ミルの原理は、自由な表現のいくつかのコストよりも、そのベネフィットが勝ることを許すが、コストの二つの重要な類型が無視されなければならないと説く。なぜ私たちは、表現の活躍を許すために無条件のコストに進んで耐えなければならないのか。」Id. at 533.

スカンロン教授は、表現を行うこととそれを利用できることの双方において人間

の基本的な利益が危ういとずっと信じている。彼は、「政治的争点が含まれるところでは、政府はよく知られているように党派意識が強く、頼りにならない」という理由で、表現のいくつかの「諸範疇 (“categories”）」に、とりわけ政治的な表現に、一般的に強いレベルの保護を主張する。したがって、そのような場合には利益衡量によって政策決定の権限を政府に付与することは、とりわけ重要な参加者や聴衆の利益に深刻な脅威をもたらす。Id. at 544.

47) See, e.g., The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice Task Force Report: Crime and Its Impact—An Assessment (1967). その作業部会は、犯罪率増加の報告に加えて粗暴犯罪の報告が、身体と生命の双方の安全に関する「危機の感覚を導くことに気づいていた。……悲惨な犯罪の少数例は、大都会の全体を恐れで震撼させることができた。かつて安全であった諸地域での犯罪率の増加は、新しい恐れと不安を掻き立てることができる。」Id. at 855.

48) See, e.g., Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, trans. George Simpson (New York: Free Press, 1960), 102-3; Kai T. Erikson, *Wayward Puritans* (New York: Wiley, 1966).

49) See, Richard Bessel, *Political Violence and the Rise of Nazism* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1984), 95: [ナチの暴力は]「ワイマール共和国の最後の数年間において政治生活の進路に絶大な影響を与えた。概して暴力行為にしり込みしなかった運動の発展の帰結として、このような活動がドイツ政治に次第に受け入れられる要素になり、ナチスの敵対者たちは、ナチスの思い通りによりいっそう戦うように強いられた。」

50) 578 F.2d at 1205. 「そのビレッジの第三の主張は、それが人種を中傷する表現物の普及によって損い得る公正な住宅供給政策を有することである。私たちは、長い討論をするまでもなく、この主張を拒否する。」

51) スコーキ市の市長、アルベルト・J. スミス (Albert J. Smith) は、「スコーキ市が人種的、倫理のおよび宗教的な仲たがいに非常に傷つきやすい」と彼の宣誓供述書の中で述べた。Statement of Albert J. Smith, *Collin v. Smith*, No. 77 C. 2982 (N. D. Ill.). スミスは、さまざまな潜在する緊張の発生源を説明した。

ユダヤ人の新参者の多くは、全員がユダヤ人の地区からスコーキに來た。その地区では、彼らはキリスト教信者の隣人と日常的に交流することがほとんどなかった。キリスト教の新参者の多くは、全員がキリスト教信者の地区からやって來た。その地区では、彼らはユダヤ人の隣人と日常的に交流することがほとんどあるいはまったくなかった。これをよそに、あるいは、おそらくより適切に言えば、それを理由にして、その二つの集団は、なんとか相互の順応と尊重を成し遂げてきた。しかしながら、その感受性は非常に過敏であり、いまでも、不和の可能性を秘めている。

ユダヤ-キリスト問題に加えて、「非白人少数派 (“visible minorities”）」の近年の流入があった。

スコーク・ビレッジ内のあらゆる学校区には、非白人少数派の子供がいる。これには、日本人、中国人、インド人、パキスタン人、ラテン系の人びとを含む。これらの新しい少数派は、スコーク・ビレッジに歓迎され、そして、実際に、「あらゆる人に機会の自由」というスコーク・ビレッジ政策によってここに来るように奨励される。彼ら全員が、白人共同体による差別および圧制の歴史を共有する家族の出であり、このような状況は、彼らを、その条例が禁止する諸活動によってとくに傷つけられやすくする。

最終的に、スミスは、黒人と白人の間の緊張を次のように論じた。

約 18 年前に、スコーク市に入居した最初の黒人家族は、暴動を起こす隣人たちに遭遇し、彼らの生命および財産を守るために、警察隊の大きかりな配置を要請した。ビレッジの市職員、キリスト教の礼拝堂、ユダヤ教の礼拝堂、影響力のある市民たちの啓発されたリーダーシップの下で、多くの黒人の家族たちは、無事にスコーク市に移り住んだ。しかしながら、私たちは、私たちの住民たちが、白人の中産階級の多くが外面上とった建前のその底流にあるその感情や偏見に影響を受けないわけがないことを承知している。

52) コミュニティの諸価値を反映し形づくるためにコミュニティが公共施設を利用することの重要性を探究するために、see Joseph L. Sax, "The Case for Retention of the Public Land," in *Rethinking the Pubic Lands*, ed. S. Brubaker (Washington, D. C.: Resources for the Future, Inc., 1984).

53) 1978 年 4 月 25 日、ニューヨーク・タイムズ紙は、いろいろ他のものがある中で、スコーク訴訟に関する「シカゴ、修正第 1 条の戦場の市」という見出しの記事を掲載した。同じ頁に、「フロリダ州、破壊者たち (Vandals) が寺院とラビの車を破損する」という短い記事があった。ガイド郡において (In Dade County) 破壊者たちは、ラビの車がユダヤ教の礼拝堂に駐車している間に、それに鉤十字と、H-I-T-L-E-R という文字を描いた。もう一つのユダヤ教の礼拝堂では窓が粉々に砕かれ、鉤十字が描かれた。

それよりも 9 日前には、ニューヨーク・タイムズ紙は、侵入者たちが反ユダヤ主義のスローガンユダヤ人擁護協会 (Jewish defense League) の壁に描いたことを報道した。New York Times, 16 April, 1978, 35, col.6.

54) Bickel, *The Morality of Consent*, 71.

55) See, e.g., Riesman, "Democracy and Defamation: Control of Group Libel," 42 Colum. L. Rev. 727-31 (1942). リースマンは、「西洋世界の諸国を作り上げている様々な諸集団、諸階級、諸人種に関する流布された虚偽の組織的ななだれ状態」を記した。Id. at 727. 彼は、次のように続けた。「このような故意の攻撃は、新しいものではないが、もちろん……しかしながら、新しいものは、政治において統制する機能を果たす勢力として、動く世論が存在することであり、また、計算済みの虚偽や誹謗を使って、この世論を組織的に操作することである。」Id. at 728.

56) 「1837年における奴隷制廃止論者のラブジョイ (Lovejoy) の殺害から 1951年のシセロの暴動 (the Cicero riots of 1951) まで、イリノイ州は、人種間の悪化した緊張の現場であったし、それが高じてしばしば暴力と破壊に至った。これらの発生の多くで、ここで問題となったその種の発言は、イリノイ州議会が結論を出すことができたほど、重要な役割を演じた。」 343 U.S. at 259. 「この歴史と、極端な人種のおよび宗教的プロパガンダというこの歴史のたびたび聞こえる副旋律 (obligato) に対面して、イリノイ州議会は、公共の場で、それらを聞かされる人びとに強い感情的な影響を与えるための流布方法を用いた、人種のおよび宗教的諸集団についての虚偽や悪意のある中傷を抑制する方策を模索するとき、正当な理由がないと言えるほどの経験をした覚えがないと言うであろう。」 343 U.S. at 261.

57) 自由な言論を正当化する自己充足という論拠についての批評のために、つまり、なぜ言論の諸活動という限定された文脈で自己充足がとくに保護の対象に選ばれるべきなのかをその論拠が説明できない理由についての批評のために、see Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, 47-72.