
 翻 訳

寛容な社会 (4)

— アメリカ合衆国における言論の自由と極端な言論 —

リー・C. ボリンジャー (著)

池端 忠司 (訳)

【訳者はしがき】

本稿は、本誌で連載する表題にある翻訳の続きである。本誌の第49巻第1・2・3合併号は、Introduction と 1 Enslaved to Freedom? を、第50巻第1号は、2 The Classical Model and Its Limits を、第50巻2号は、3 The Fortress and Its Limits と 4 The Quest for the Tolerant Mind を訳出するものであり、ここでは、5 The Internal Dialectic of Tolerance と、6 Drawing Lines and the Virtues of Ambiguity を訳出し、本訳稿全体の第4編となる。

* * *

第5章

寛容の内部的弁証法

修正第1条を研究する二人の主要な人物——アレクサンダー・ミクルジョン (Alexander Meiklejohn) とオリバー・ウェンデル・ホームズ (Oliver Wendell Holmes) ——のその思考を注意深く吟味することによって、私たちは、第4章で到達した自由な言論のパーспекティブを、実例を挙げて説明し、順を追って展開することができる。私たちは修正第1条に関するこれら二人の著作物の中で次のことが説得的に再現されているのを見る。つまり、それは、どのようにして自由な言論の伝統的な正当化という副次的現象の下、私たちの時代の理論家たちが、保護する理由として言論活動

の価値にそれほど焦点を当てず、言論行為に対する公的応答に関わる、問題となり得るものに、より多く焦点を当てるように導かれたかである。

自由な言論の目的が、情報および思想の流れの障壁を排除することによって意思決定を容易にすることまたは個人の自己実現や自己充実のための特別の保護区として言論行動の領域を維持することだけであると理解する代わりに、ミクルジョンもホームズもともに、言論弾圧の公的な努力にマインドの一般的性格が反映されるときに、自由な言論がそのマインドの一般的性格を考える機会を提供すると考えた。ちょうど言論行為にその思考方法が反映される可能性がその言論者を処罰したいという願望の一因となったように、その検閲を動機づける思考方法の可能性が彼らを手こずらせ、彼らの応答の道案内をした。だが各々が提示した救済策は、深い対立の中のそれら自身であったし、私たちは、寛容の根拠と意味について奥深い両面価値性を見ることになる。

さて、それでは、私たちは、これらの自由な言論の理論家たちが、自由な言論という特定の文脈で各々が何を彼らの時代の中心となる知的な問題であると診断し、さらにその問題に対する知的解毒剤として何を提案したかを明らかにしようと思う。その過程で私たちは、その二人の理論家たちのヴィジョンの高度の明晰さが、それらのヴィジョン間の対比の鮮明さと相俟って、それらのヴィジョンを、自由な言論の思想内の、さらに一般的には寛容という立場内の、一つの内部的対立についてのとくに説得力のある具体例にすることを理解するであろう。結局、不寛容への衝動の根底にある感情に対して満足できる答えを明らかにし、明確に記述することは、単純な仕事ではないことがわかる。ここで私たちは、寛容の自己イメージを構築する私たちの時代の二つの重要な試みに遭遇する。一方は自己懐疑のイメージであり、他方は信念の肯定のイメージである。各々は、基本的に他方と反目するが、普遍的に感じられるものを代表する。

ハリー・カルバン (Harry Kalven) の著書『ニグロと修正第1条 (The Negro and the First Amendment)』¹⁾のはしがきで、彼は、自由な言論の考えがめったにないほどの熱心さで「一貫性のある一般理論の探求」という

点で際立つと述べた。²⁾カルバンは、法のあらゆる領域では一貫性のなさといまいさが満ち満ちているにもかかわらず、不可解なことに、自由な言論の分野が例外を受け入れる寛容が少しもないという点に困惑した。³⁾なぜそうだったのかについて、カルバンは、「自由な言論が民主制の組織の心臓部に非常に近いので、私たちが私たちの法のための適切な理論をここで持たないならば、私たちは、私たちが生活する社会を本当に理解していないと感じてしまう。」⁴⁾と推測した。

カルバンの非凡な感受性は、自由な言論の統一された理論の他に例をみない探求とともに、自由な言論の理解と「私たちが生活する社会」の理解の密接な関係のその意味の双方を見るように彼を導いた。この章では、私たちは、そのようなより広範囲にわたる関係の本質とともに、なぜ統一された理論がすぐに手に入らなかったのかについての少なくとも一つの重要な理由の双方を検討する予定である。

私たちは、まずミクジョンから始める。

I

カルバンが *New York Times Co. v. Sullivan* 判決⁵⁾をもって「一貫した一般理論 (“coherent general theory”)」が創設されたと考えたことは、第 2 章から想起されるであろう。⁶⁾カルバンの見解では、合衆国最高裁を代表するブレナン裁判官の法廷意見は、その種の諸判例がよく行ったように、ホームズの「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」基準、つまり理論的な説明を欠いたフレーズを単に繰り返すというよりも、むしろ自由な言論のための中核的機能を明らかにしながら、私たちの自由な言論の法理に「中心的意味 (“central meaning”)」を初めて提供した。⁷⁾ミクルジョンが 1940 年代末に提出した理論を、合衆国最高裁が本質的に後を追っかけていたとカルバンは考えた。⁸⁾ *Sullivan* 判決の法廷意見のどこにもミクルジョンないしその著書に言及したところは見当たらないが、ブレナン裁判官は後になって確かに慎重にその関係を認めた。⁹⁾

New York Times Co. v. Sullivan 判決、ハリー・カルバン、アレクサンダ

ー・ミクルジョンの三点セットは、1960年代半ばに形成され、言論および出版の自由について話すための主要な慣用句を大量に生み出した。ミクルジョンは、きわめて重要な理論家となり、彼の後から来た多くの者は、彼の道筋をたどると公言した。たとえば、ロバート・ボーク (Robert Bork) 教授は、修正第1条に関する彼の論文をミクルジョンの解釈に対する一般的な忠誠の言を持って書き始め、¹⁰⁾ さらにアレクサンダー・ビッケル (Alexander Bickel) 教授もまたこの伝統の中で仕事をしていると主張した。¹¹⁾ これら自称の弟子たちが、実際にはその教義に最終的に忠実であったかどうかは未解決な問題であるが、その身分証明書は、*Sullivan* 判決が主要な理論や慣用句の雪崩のような殺到を引き起こしたという所見を許すほど十分に強く、それをミクルジョンが早めたと思われた。

ミクルジョンの影響力の大きい論文は、好奇心をそそりかつ人の目を欺くような業績であり、容易に分類または要約を許さない。その説得力はとらえどころがない。その主張の論理展開を辿るのは容易だが、その読者はその真の懸念が黙示的なままだと感じることがよくある。驚いたことに、その主張の「論理的 ("logical")」構造の多くが、ほんのわずかな論証で脆くも消え失せ、その結果、私たちはその論文の評判や影響力をどのように評価したらよいか途方にくれる。その強さの源泉に辿り着くためには、私たちはその主張の幾層かを通り抜け、降りて行かなければならない。しかしながら、その下降のための階段は作る価値がある。というのも、それは私たちの時代の修正第1条の諸機能の豊かな相互作用を、実例を挙げて説明するからである。

ミクルジョンのこれまでの読み方は、自己統治を選択した社会では、ある情報がその社会にとって聞くに値しないほどあまりに危険または誤謬であると政府は決めつけることができないという基本的な提案を行うために、彼を引き合いに出す。そのような検閲を許すことは、自己統治という原初的前提を否定することである。なぜなら、市民は、自己統治するためには意思決定に必要な情報や思想を持たなければならないからである。し

たがって、自由な言論の意味は、自己統治過程にかかわるあらゆる言論が政府の弾圧に対抗して「絶対的に (“absolutely”)」保護されなければならないという意味であると主張するためにミクルジョンが特に言及される。

ミクルジョンの命題のうちのその他の二つのコロラリーは、しばしば特に言及される。その一つは、修正第 1 条が自己統治の過程にかかわる言論だけを保護するという彼の主張であり、それ以外の言論は修正第 5 条の適正過程条項の弱められた保護に追いやられる。¹²⁾ それらの異なるカテゴリーのために彼が使った概念は、彼が「公的 (“public”)」言論と「私的 (“private”)」言論と呼んだものである。公的言論は、人びとが全体の福祉のために一緒に計画を立てる時に使われるものである。私的言論は、より利己的に動機づけられ、公的な争点の解決をめざしていない。すなわち、「合衆国憲法の理論では、発話には根本的に異なる二つのものがある。自分の商品を宣伝する商売人の憲法上の地位、自分の顧客の利益のために競い合う有給のロビイストの憲法上の地位は、全体の福祉のために計画を立てている市民のそれとはまったく異なる。」¹³⁾

よく参照される第二のコロラリーは、公的言論のカテゴリー内の許され得る規制の範囲にかかわる。そのような言論は、それが「危険で (“dangerous”)」あるという理由では禁止され得ないが、他方で、いかなる制約からも完全に自由だというわけではない。ミクルジョンは、実践的な見方をする主張した。彼の中心的なイメージは、ニューイングランドのタウン・ミーティングであり、そこでは人びとは第一の目的として話しをするためではなく、むしろ第一の目的として話すという手段を用いて仕事を行うために、「集会を開いた。」したがって話しの手順のルールは必要であるが、言論者は「彼がいつでも、何についても、誰に対しても好きなように話す」権利を主張することが、そのルールに対する妥当な対応ではないという限度で、「秩序違反 (“out of order”)」と宣言されることもあり得る。¹⁴⁾ ミクルジョンが公的な意思決定の文脈で課そうとした言論への制限は、「究極にある利益の核心は話し手の言葉ではなく、聞き手のマインドである」という一般的原理から生じる。もしくは、しばしば引用されたもう一

つの別の言い方で表現するならば、次のようになる。つまり「大事なのは、すべての人が話すべきではなく、語るに値するすべてのものが語られなければならないのである。」¹⁵⁾この意味で自由な言論の原理は、公的または集団的利益に仕え、私的または個人的利益には仕えない。

さて、ミクルジョンの命題の冷たい抽象的な陳述が、私たちが考察するすべてであるとすれば、一体なぜ彼の論文が私たちにあってあれほどの説得力と意味を最終的に持つのかを理解することは困難である。確かに、その基本的な考え、つまり民主制が市民間の表現の自由を要求することは、たとえ明白とは言わないまでも、とてもミクルジョンの独創とはいえない。私たちは、ミクルジョン以前の文献の中に、自由な言論のこの基本的な目的に関する多くの類似の陳述を見つけ出すことができる。¹⁶⁾二つのコローリーに関して、最初のもの——自由な言論はミクルジョンが定義したような公的言論だけを保護すること——は、一つの解釈原則上の原理として、実際には多くの人の注意を集めたわけでは決してなかった。他の一つ——自由な言論は集団的または公的利益にもっとも仕える何かに従って解釈されなければならないこと——は、ここでもミクルジョンをもって決して新しいとはいえなかった。彼がこれを修正第1条によって推し進められる唯一の目的にしよう準備したことは、関心と呼ぶかもしれないが、ごくわずかである。別の言葉で言えば、その論文の魅力の源泉は、一見したところその中心的提案の独創性にあるとはいえない。

また、その論文の魅力の源泉は、それらの提案を導き出すその論文の論理または方法にあるともいえない。それどころか、ミクルジョンの方法論は、まったく説得力がない。これが特に明らかなのは、ミクルジョンが彼のテーゼを支持するために用いた憲法条文からの一連の主張である。たとえば、彼は公的言論がどんなに危険でも公共的な討論から一切排除されないと力説する。彼は、その立場を支持する際に一つには次のような方法に依る。つまり合衆国憲法上の文言解釈に口を出す。第一に、彼は、合衆国憲法第1条第6節——言論および討論条項¹⁷⁾——が、私たちの政治的代表者の言論に「妥協の余地のない (“uncompromising”)」また「絶対的な

（“absolute”）保護を提供すると記した。第二に、彼は、民主制理論下では政治的代表者のすべての権利や権限が市民からの単なる「派生物（“derivative”）」ではないと断定する。¹⁸⁾

その主張は少なくとも二つの理由で不十分である。第一に、それは合衆国憲法第1条第6節の議論の余地を残す解釈に基づき論を展開することによってその問題がなかったかのように振る舞う。しかしその点以上に、より問題なのは、この条項の下で保護された言論と、修正第1条下で保護される言論とが完全に同等であるという検証されていない前提である。憲法起草者たちが、連邦議会の議事席で保護される討論の範囲が、国全体にわたって保護される討論の範囲とまさに同一の広がりを持つと信じたことは決して自明のことではないように思われる。それどころか、ある解釈上の立場は、その文書（憲法典）の各節で用いられている別の文言からまさに正反対の結論を引き出そうとした。憲法起草者の意図したものから離れても、同一の広がりを持つものとして両規定を考えないための打ってつけの擁護論がなされ得るだろう。議会ホールに棲息しそうな者たちの選挙の過程の本質からして、一般民衆同士の議論よりもそこでの議論により多くの自由を許してもよさそうであり、そこ（議会）では無責任な言論に対する間接的な統制はそれほど広くない。立法府の討論と、公共的な討論についての懸念の程度に差が出ることを無視することによってのみ、ミクルジョンは、修正第1条が言論および討論条項と同一の広がりを持つという理由で、それがたとえば反体制的言論を保護するという結論にそれほど易々と到達することができたのであろう。

さらに、ミクルジョンに反対する見解は、「自己統治（“self-governing”）」を行うという選択を必ずしも否定しないであろう。なぜなら、人びとは、自らの代表者を選ぶ権利と、その選択のための争点について投票する権利を保持するからである。その問題は、合衆国憲法下で全体としての社会がどこまで自己統治すべきかについてその程度を決定することであり、あるいは、その問題を少し別の方法で提示するならば、自己統治の過程はどのように構成されるべきかを決定することである。要するに、その困難は、

私たちが自己統治によって意味するものは何か、また、なぜ自己統治が政治的言論に対する制約を排除するのか、つまりミクルジョンがこの条文上のこじつけによってそれが無いかのように装った問題を説明することや正当化することにある。¹⁹⁾

人はこの調子で話し続けることができるかもしれないが、それはその議論の中心点の繰り返しにすぎないであろう。標準的な「法的 (“legal”）」分析のレベルでは、つまりある条文の一つの論理的解釈を構成するというレベルでは、ミクルジョンの仕事は洗練されていないに等しい。ミクルジョンの著書の書評の中でチェイフィーは、彼が準備不足の討論に入ろうと試みたことを非難した。チェイフィーは、ブラウン大学（そこでミクルジョンは哲学部に在職していた）でのある事件を想起した。その事件でミクルジョンは、学生間の争いを終わらせようとし、その努力の果てにその職への侮辱を受けた。チェイフィーは、自由な言論の意味と限界についての進行中の討論にミクルジョンが入ろうと試みたことの打ってつけのアナロジーとして、その事件を引用した。チェイフィーがミクルジョンに寛大である理由は少しもないというのは妥当である。なぜならミクルジョンの論文の中で攻撃された本人の一人がチェイフィーだったからである。そして、ミクルジョンが「法的な議論の仕方を」訓練されていないという理由で、その討論に入るべきでなかったというチェイフィーの示唆にはどこか専門家の高慢さがあったが、伝統的な法的分析からみればチェイフィーはミクルジョンに正しい評価を下した。

しかしながら、ミクルジョンの業績の重要性に対するいくつかの疑問は、伝統的な法的分析における彼の独創性や手腕についての疑問をはるかに越え行く。それらの疑問は、彼が言わなければならなかったことが、実際に私たちが住む世界にとって、何らかの確かな意味やメッセージを含むかどうかという基本的な争点に向かう。ここで、その分析に関して二つの問いが存在し、これまで述べたように、双方とも前述の諸章で私たちは議論した。その第一は、その理論が、単に民主制の手続からはずれた行動をとる政府による検閲の行使だけではなく、民主制的な制度の産物である言

論制約について何か言うことがあるかどうかである。第二は、その理論がとりわけ——たとえば、明らかに正当性のある法を侵害することを唱道することによって——民主制の制度それ自体の基礎を覆すことを狙った言論をなぜ私たちが保護すべきかについて何か言うことがあるかである。それらの問いを持ってその論文を読むならば、私たちはミクルジョンの主張のさらに深層の構造に導かれる。

ミクルジョンは、民主制的な不寛容の現実に明らかに気づいていたし、その保護を破壊的な言論に及ぼすことを明らかに意図した。彼は、第二次世界大戦後まもなく、つまり冷戦の初めに書いていた。その時期は、ホームズが自由な言論の主題を最初に扱った第一次世界大戦期とその後間もない頃の激しい不寛容の風潮によく似たものが支配した。その論文のまきに出だしのところで、そのはしがきでミクルジョンは不寛容というこの現実について話した。それは次のような内容を記述するものであった。つまり、「非アメリカ的な (“un-American”)」および「不忠実な (“disloyal”)」活動やスパイを暴露するための国内安全保障の広範囲にわたる制度が、公衆の幅広い支持を得て考案された。連邦捜査局 (Federal Bureau of Investigation) の諸活動に言及しながら、彼は次のように述べた。

そして、その手続は、自由な言論についての合衆国で広く抱かれている態度を白昼の下にさらす。私たちのうちの多くは現在次のことを確信する。つまり合衆国憲法の下で、政府は、危険と目される信念を抱くことや表現することに対して圧力を加えても差し支えない。連邦議会は、私たちの考えでは、このような信念の自由を合法的に制限できる。²⁰⁾

それらは「戦後の実に不快な日々、そしておそらく戦前のヒステリックな蛮行」である。²¹⁾そこで答えるべき問いは、反体制的な思想に対して法的な強制措置をとることを社会が控えるべきかどうかであり、「合衆国憲法は悪文である」、「[戦争] は正当化されない」、「[徴兵] は不道徳で不必要である」、あるいは「イギリス、ロシアまたはドイツの [政治制度] は私

たちのものよりも優れている」と発言する者に対して、法的な強制措置をとることを社会が控えるべきかどうかであった。²²⁾よりいっそう要点を衝き、彼は次のように問いかける。「自由を嫌い、さらに自由を見くだす」人びとから、「いったん権力を握ったならば、私たちの制度を破壊したいと考えている者たちまで、私たちの統治形態への自信を失わせるかもしれない思想を、私たちは聞くべきか。」²³⁾私たちは、ヒトラーの『わが闘争 (*Mein Kampf*)』やレーニンの『国家と革命 (*The State and the Revolution*)』やエンゲルスとマルクスの『共産党宣言 (*Communist Manifesto*)』の出版を許すべきか。²⁴⁾

それゆえ、この想定された現実を所与とするならば、ミクルジョンは、「公衆が民主制の過程を通り言論を制約したときに、あなたは何をするのか」という一般的な問いだけでなく、むしろ、「なぜ、この特定の烙印を押された言論を保護するのか」というさらに一步進んだ問いにも最終的に対面しなければならない。当時、ミクルジョンは次のように書いた。おそらくミクルジョンが望んでいたものではないと思われるが、そこには、実際に機能している自己統治の一つの形態があるだけではなく、その制度から排除されている言論の類型が存在した。それは、その制度自体への直接的な異議申立てとされるものまたはその制度それ自体の土台を崩そうと狙っているものである。伝統的なタウン・ミーティングという彼のパラダイムは、彼にそれらの難題に明白な解答を与えなかった。というのも、その「司会席 (“chair”）」だけが意見を封じることを狙っていたわけではないからであった。すなわち、あるコミュニティが紛争解決のために設定した制度のその土台を覆そうと狙った言論を寛容に扱うべきではないと、そのコミュニティがなぜ決定できないのかは明らかではない。

自己統治の制度に奉仕することがその目的であると構想する自由な言論の理論は、自己統治それ自体の終焉を唱道する言論の禁止を、自己統治する社会が選択できないという結論になぜ至るのか。これは、1920年にウィグモアによって、²⁵⁾そしてより近年に至ってはボークによって提出された中心的な異議申立てであった。

暴力による政府転覆を唱道する言論は、ある集団が言論や政治活動を通じてその目的を達成できないとき、国家の独占的権力を掌握する多数者に満たないその集団に期待する。暴力的な転覆を唱道する言論は、それゆえ「政治的言論 (“political speech”）」ではない。なぜならその用語がマディソン主義的な統治制度によって定義されなければならないからである。それは、諸過程についての憲法的な真理を侵害するという理由と、立法府の多数者による政治的真理の新しい定義をめざさないという理由で、政治的言論ではない。政府の暴力的な転覆は、真理が定義される方法にかかわる私たちの制度の諸前提を破壊し、また、いまでもそれらの諸前提が政治的言論を保護するための唯一の理由である。当然の帰結として、暴力による転覆を唱道する言論を保護するための憲法上の理由は、一切存在しないことになる。²⁶⁾

極めて明白なことに、ミクルジョンは、自由な言論の原理の下で認められる唯一の利益が公的または集団的利益であって、言論者のどんな個人的利益ではないという見解をとった。その集団的利益の内容が何であるのかは、とりわけ（独裁の唱道のような）過激派の言論の事例の場合、これまでの修正第 1 条の観点からのアプローチでは、明らかであるとはとてもいえない。

ミクルジョンが、ミルと同様に、その利点を、新たな真理またはすでに手にした真理のより新鮮な再認識であると信じたと示唆することは、間違いか単純すぎるかのどちらかである。ミクルジョンは、彼の考えが修正第 1 条に対する実践的な、実際の姿勢であるとたびたび主張していたにもかかわらず、彼は、どんな重要な情報が、寛容という行為に払われることになる代償なのかを決して実際に言わなかった。もちろん、もっともだと思われる主張をイメージすることができるであろう。社会内のすべての人が、とくに反体制的な行動を一番とりやすいと思われる階層が、何を考えているかを知ることが、有益であると思われるであろう。私たちは第 2 章において記述したように、そのようなデータは、その社会を組織し、ベネ

フィットを配分し、または諸問題を明らかにし、正すという点で、おそらく助けになるであろう。さもなければ、私たちが前に見たように、さらに限定的な主張は、社会が、弾圧という行為によってその社会自体を事実上自己統治不能にしたというものであろう。というのもその社会は知的な決定を行うために必要な最小限の情報をもはや持っていないからである。

しかし、ミクルジョンは、決してそのような主張を唱えなかった。情報の取得を確実にすることによって、自由な言論の機能が社会にそのやるべき仕事をさせるのを助けることであるという、彼の初期におけるかなり漠然としたコメントにもかかわらず、結局、その論文の真のテーマは、さらに大きなものになる。その議論が進展するにつれ、私たちは、自由な言論が、言論弾圧という行為によって明るみになる、その社会の知的な性格についての一般的な評価を行うための好機と、また、同様に一般的な一つの救済策のための勧告を行う機会を提供することを知る。まさに、ここにその論文の説得力がある。つまり、その論文の論理や抽象的概念ではなく、寛容およびそれと対をなす不寛容という行為の意味についてのその論文の特徴づけにある。自由な言論のその「理論 (“theory”）」は、実際は、その言葉の通常の意味での理論（現実世界をあるがままに、またはあるべきものとして抽象的に記述すること）ではなく、むしろミクルジョンが私たちにそうあるべきと望むその種の人びとになるように私たちに説得するレトリック的な全努力の一部である。

したがって、ミクルジョンの懸念は、公衆一般の知的態度にあり、情報として重要な価値を持つと思われる言論活動の保護だけではない。彼独特のアジェンダには、それらの態度の変革が含まれるが、彼は、裁判所が、特に合衆国最高裁が第一の教育的役割を果たすことを認める。自由な言論の企てという課題は、単に文書扇動罪法制に警戒することではなく、一種の民主制下の人格を創造するというはるかに困難な課題である。この進行中の過程における裁判所の役割は、教育者または教師の役割であった。ミクルジョンは、彼自身の講義の目的が、アメリカ的な統治の「基本計画 (“basic plan”）」を公衆に教授することであると評した。彼にとって合衆国

最高裁は、その主題に関する真っ先にあげるべき私たちの「教師 (“teacher”）」であった。つまり、「合衆国最高裁は、と私たちは述べた、私たちのもっとも有益な教師の一人であり、そうでなければならない。それは、最後の拠り所として、私たち自身の心積もりを私たちに示す公認の解釈者である。」²⁷⁾

何が教えられているのかは、言論に対する法的強制をいつ採用するかよりも、はるかに重要である。あるレベルにおいて、ミクルジンは、人びとが自己統治の考えによって必要となった知的責任という負担に耐えるというよりも、人びとがその意思決定の権限を政府にあまりに容易に与えてしまうことを懸念する。²⁸⁾それゆえその「理論 (“theory”）」は、統治の原初的な契約の一部として、民主制と自己決定というテーマを強調するし、言論を禁止する行為は、知的な憶病さの一つの表示か、政府が人びとにとって聞くには「あまりに危険 (“too dangerous”）」と思われる情報を人びとから奪うことによって人びとの主権を侵害する試みかのどちらかとして示唆的に解釈される。その言論が——過激な言論でさえも——寛容に扱われるべきであることの力説は、思想についての「恐れ (“fears”）」に対する統御力の一つの表示となる。というのも「どんな思想にしろ、思想を恐れる」ことは、「自己統治には似合わないこと」だからである。²⁹⁾それは「不安である (“insecure”）」こと、「無知である (“ignorant”）」こと、「たじろぐ (“flinch”）」ことを意味する。それに対して、言論を寛容に扱うことは、「思想に臆せず立ち向かう (“face up to ideas”）」こと、「恐れない (“fearless”）」こと、「ひるまない (“unflinch”）」こと、別の言葉でいえば、「自己を頼りにする (“self-reliant”）」ことである。³⁰⁾

求められている目的は、賢明な決定だけではなく、より一般的なアイデンティティである。ミクルジンは、自己コントロールの能力を発揮できる見込みを提示する。つまり、つねに疑わしいため、もっとも価値のない言論でさえ自分自身によっても他人によっても決して排除されないと力説することによって積極的に確立される事柄を提示する。これは、後の学者たちを非常に引き付けるようになったイメージであり、その学者たちは、

ミクルジョンの主張の中に「自律した (“autonomous”)」人間になる可能性を感じたのであろう。³¹⁾

しかし言論の寛容が何を象徴するのかという点でのミクルジョンの考えは、これをかなり越えていった。彼は、個人の自己決定ではなく、集団の自己決定を渴望した。彼は、「市民 (“citizens”)」「コミュニティ (“community”)」「全体の福祉 (“general welfare”)」または「共通善 (“common good”)」という言葉で話を進める。³²⁾そのコミュニティの内部で、彼は、一組の特定の知的な特性を強調した。彼にとって自己統治をするとは、その思想がどんなに間違いあるいは危険であるとみなされようとも、あらゆる思想に臆せず立ち向かうことだけでなく、その頭数を一人ひとり数えて決定することがその後続くことである。特に、それは、各市民が「彼にとっての善」とは何かを単に理解すること、そしてそれを根拠に投票することでは断じてなかった。ミクルジョンにとって真の自己統治は次のような一定の知的基準に従って行われた。その基準によってすべての市民は自分を超える観点から、客観的に、かつ全体または集団の福祉を追求して考え投票する。³³⁾信念は善か悪、真か偽のどちらかとして評価され得る。また私たちが求める能力の一部は、それらについての判断をよりうまくできることである。幾つかの信念は真実であった。また修正第1条の諸機能は、真理を持つ者が、それを持たない者に真理を伝達できるようにすることであった。³⁴⁾ミクルジョン自身は、コミュニティの諸価値の正しい面についての真理を持つと信じた人という印象を与える。

その「理論 (“theory”)」の構造は、このアジェンダを反映する。自由な言論は、ある「集団的利益 (“collective interest”)」だけに仕えるものとして定義され、保護を受けるに足る理想的な言論は、「全体の福祉のために計画を立てている市民の言論である。」何よりももっとも重要なのは、このことに関する極端なものの機能である。ミクルジョンの観点からすれば、寛容の行為は、特に過激派の見解に対する寛容の行為は、その社会がこれらの一般に共有される諸原理を伝達するとともに肯定する手段になる。その諸原理が言論者の諸原理に反していることは、その諸原理の伝達および肯

定の可能性を奪うものではない。つまり、その対立は、それどころか、その機会を作り出し、実際にその機会を増やす。あたかも社会学者が逸脱した行動を罰する (*punishing*) 過程にコミュニティの自己定義の手段を見ることができたように、ミクルジョンは、自由な言論という特別な文脈でそのような行動に対する寛容 (*toleration*) の中で稼働する同様の現象を感じることができた。ミクルジョンが寛容の意味として提案するものは、その人の信念への確信およびコミットメントの実演または宣言である。そのコミュニティは、その理論それ自体のおかげで、その事件に対する一種の心理的なコントロールを失わない。というのも、その言論はその社会の集団的利益に仕えるという理由だけで寛容に扱われるからである。

それゆえ、ミクルジョンにとって、修正第1条は、私たちが合衆国最高裁の後見の下で渴望する最広義の知的生活を具現する。自己統治は、政府検閲の不存在だけではなく、次のことを意味するためにも定義される。つまり、コミュニティの各成員がその他の全成員とどのような関係にあるべきか、そして私たちが私たちの前に立ちはだかる争点にどのようにアプローチすべきかについての一連の態度を意味するためにも定義される。過激派の言論に関して、たとえばミクルジョン自身が探し求める、まさにその制度の破壊を唱道する言論に関して、人は、寛容が仕える少なくとも二つの機能を思い描くことができる。その第一は、私たちが第4章で述べたことだが、合衆国最高裁が自由な言論の後押しを受けて引き受ける教育者の役割に関連する。もちろん、極端なものの教育的な利点は、よく知られており、疑いもなく、ミクルジョンのような教育者の直観的注目を免れることはなかった。常軌を逸した行動のドラマおよび緊張は、少なくとも注目を集める力を持ち、そのことは、いくらか皮肉なことに、その制度がその急進派たち自身の土俵で、彼らを負かすことを意味する。しかし、寛容からは、より深い、より重要なものを得ることがある。

というのも、極端であることそれ自体とそれによって引き起こされる恐れこそが、ミクルジョンの体制のような体制下で自由な言論に対する寛容を義務的なものにするからである。ある能力、とりわけ、心の平穏を維持

する能力や〔自己〕コントロールする能力の発展をめざす社会にとって、寛容は、〔私たちが〕その能力に達していることを象徴的に、世間に認めさせ、または示すのに役立つ。なすべきことが困難であればあるほど、それを行うことはより象徴的な意味をしばしば伝達する。コミュニティの価値観を攻撃し異議を申し立てる言論にとって、寛容という行為は、それらの諸価値を定義するとともに再確認するのに役立つ。すなわち、寛容という行為は、対立する信念を暗示し、そのコミュニティの規範の正しさについての確信と心の平穏を実演する。端的に言えば、寛容によって、私たちは、そのコミュニティを生み出し、このコミュニティの価値観を定義し、それらの諸価値へのコミットメントおよび確信を確認する。言論の自由をこのように考えることは、寛容についてのセネカの処方箋を想起させる。すなわち、その第一位の価値は、支配者によって実行されたとき、その人が寛容であることを示すものに、つまり、その権威に対する異議申立てを物ともしない彼の確信と、心の平穏の維持と、自己抑制にある。

寛容という徳は、どこの家庭に入りましようとも、その家庭を平和安穩に成さしめましようが、しかし宮廷においては、寛容は希有のことだけに、それだけいっそう感嘆すべきことであります。その人の怒りたるや何ものもこれを阻み得ず、その人の下す判決には、たとえ重刑を宣せられた者たちでもこれに同意し、その人には何人といえども異議を申立てることが出来ず、もしその人が激怒したならば何人といえども許しを求めることさえ出来ない——そのような人が自ら自分自身に手をかけて、自己の権力をより善き、より穏やかな目的のために用いて、次のように、つまり、「法に反して殺すことは誰にでも出来るが、同様にして助けることは私以外には出来ない」と考える——こういった人のすることほど世に注目に値すべきことがあるでしょうか。偉大な運命にふさわしいものは偉大な心であります、その心は、もしも偉大な運命にまで高まらず、それを越えて出ないとしたならば、その運命をも地上に引き下ろします。そのうえ偉大な心の特色は、穏和なこと平静なことであり、また不

正や障害を大所高所から見下ろすことであります。……帝王には激しく無情な怒りはふさわしくありません。と申しますのは、怒ることによって相手と同じ程度まで低下する自分は、相手を越えて遥かに傑出することはないからであります。しかし、もしも人の命を助けるとか、危険に瀕している人々の地位が、失われても仕方がないのにそれを助けるならば、それは、権力を支配する君主以外には誰にも許されないことを行なっているのです。すなわち命というものは上級の者からも奪い取られませんが、下級の者にでなければ与えられません。³⁵⁾

II

ミクルジョンの主張を理解することは、かえってホームズの主張を際立たせるのに役立つ。そのホームズの知的な諸価値は、ミクルジョンのそれらに劣らず普遍的な性格をもち、自由な言論の擁護に密接に結びつけられるが、それにもかかわらず著しく異なったものであった。ミクルジョンは当然その相違に気づいていた。しかし、そうはいつでも彼は、意見の相違の実質的論点について彼の論文のいたるところでかなり混乱しているように見える。多くの者たちは、自由な言論に過大な魅力を抱くことを理由に、ホームズと彼の第一の擁護者であるチェイフィーを攻撃した。しかしホームズの自由な言論の擁護論の根底にある知的な枠組みを実際に攻撃した者は、ミクルジョン以前には誰もいなかった。

しかしながら、ミクルジョンは、彼とホームズの真の対立がどこにあるのかを突き止めるのに苦労した。彼は、「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”）」テストを理由にホームズを公然と非難することに多くの時間を費やすが、そのテストを誤解しているように思われる。ミクルジョンは、言論が危険になる時にはいつでも、政府が干渉することができ、これ以上の議論の停止を命ずることができるという示唆に憤慨する。公的表現の「絶対的 (“absolute”）」基準の支持者であると称しながら、ミクルジョンは、確かに保護のさらに厳格な段階に向かって進路をとるように見える。しかしその相違は、実際よりも見かけ上のものである。すなわち、「明

白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」テストの実際上の意味を誇張することや、*Schenck* 判決と *Whitney* 判決との間の数十年でのホームズの思想上の変化をまったく許さないことや、さらにミクルジョン自身の「絶対的 (“absolute”)」基準に本来備わっている融通性を認めないことだけで、ミクルジョンはホームズから自分自身を隔てる。ミクルジョンは、ホームズと彼の基準に対する酷評から始まるその議論の最後のところで、ブランドイスが（もちろんホームズも同意した）*Whitney* 判決³⁶⁾で宣言した「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」テストの再定式化に基本的に賛成する。ホームズに最終的に帰する唯一の誤りが、彼が結局正しいと理解した過度に広範な原理を一足先に宣言したことであるとき、しかもそうするのに数年を費やしたにもかかわらず、なぜホームズがそのような悪役と見なされるべきなのか、私たちは途方に暮れる。「[ホームズの] 同僚たちの偉大な多数意見が、どんな発言も公共の安全にとって明白かつ現在の危険を生むときはいつでも、その発言が禁止され得るし処罰され得るというホームズ氏の主張を非常にまじめに受け取っていたこと」³⁷⁾が真実であったとしても、その責のすべてをホームズに負わせるのはかなり不公正であるように思われる。しかも「誰もこれが、ホームズ氏が言おうと……意図したものであると、もちろん信じない」ことが認められ、さらに彼の同僚たちが彼の不運なテストを誤って解釈し誤って適用したときにホームズが「執拗な情熱から、憶せずに話した」と認められる場合は、なおさらである。³⁸⁾

この議論にならぬ議論は、自由な言論に関する主張の中でもかなりの見当違いを代表する。というのも、「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」テストやいわゆる絶対的基準の有用性および意味に関する討論の大半に対する反応において見られるように、人びとはその激怒が何に関するものなのかに戸惑い、これらの活発なやり取りを終える。ミクルジョンのホームズとの取っ組み合いは、テストや基準についての意見の不一致として表面上見えるものが実際には皮相にすぎず、私たちの求めるべき基礎的な知的性格がどんなものであるかについてのより深い、かつより

基本的な意見の相違に現実には動機づけられることを示唆する。

したがって、ミクルジョンをより注意深く読むことは、ミクルジョンとホームズの実質的かつ根深い相違の理解に必要である。その意見の相違は、ある種の言論を保護するかしないかではなく、「自己統治をする社会の道徳的、知的な基礎」に重点を置く。³⁹⁾ミクルジョンが最終的に彼自身に課しているように、コミュニティの価値観へのミクルジョンのコミットメントおよび確信は、人間に関する事柄についての極端な相対主義のホームズの執拗な宣言と真っ向からぶつかる。その論争は、それぞれの立場から寛容を勧告することになる基本的な知的な諸価値に関するものである。

ホームズの修正第 1 条に関する書き物は、彼のよく知られた懐疑主義を反映する。⁴⁰⁾それらの陳述のうち、もっとも賢明でもっとも名高いものは、*Abrams* 判決の反対意見にある。そこで彼は不寛容への「論理的 (“logical”）」衝動に本気で取り組んだが、私たちは、またしてもその反対意見を、これらの修正第 1 条の古典的文献の複雑な意味のもつれを解く努力の中で検討しなければならない。

意見の表明に対する迫害は、私には完全に論理的であるように思える。もしもあなたが自分の前提あるいは力に一切の疑いを持たず、心底から確たる結果を欲するならば、法律の中に自らの意思を表現し、すべての抵抗を一掃しようとするのは自然なことである。言論による反論者を許すことは、あなたがその言論を無力だと考えたことを暗に示唆するように思われる。たとえば、ある人が [あなたに] 「彼は丸を四角にした (無駄なことをした)」と言うときに、[あなたがその反論を許すことは、] あなたがそのことについての最終的な結末を心から気にかけていないこと、あるいは、あなたが自分の力か前提のどちらかを疑っていることを暗に示唆するであろう。しかし、人びとは、時が多く的好戦的な信条をひっくり返してきたと理解するとき、人びとは、彼ら自身の行動の基礎を信ずる以上に、求める究極的な善が、思想の自由な交換によってよりよく達成され、真理の最良のテストが、市場の競争の中で、自らを受け

入れさせる思想の力であり、また、この真理が、彼らの願望が安全に実行される唯一の基盤であると信じるようになるであろう。」⁴¹⁾

多くのホームズの意見と同様に、不寛容の性質についての彼の所見は、ぶっきらぼうさとあいまいさとの奇妙な混合を帯びる。しかしながら、ホームズの全体図という背景に逆らって読むならば、*Abrams* 判決からの陳述は、特別な意味を伝達する。それは、人間に関する事柄についての「真理 (“truth”）」の可能性を是認しているように思われる一方で、他方、それは比較的大きな市場での構成員としての役割以外に個人からどんな重要な役割をも閉め出すことによって真理への到達を是認しているように思われる。それは、私たちの信念の真理を信じたいという気持ちが人間の条件の自然な側面であると私たちに教えるが、しかしこの傾向の克服に私たちを駆り立てる。そんなに多くの「好戦的な信条 (“fighting faiths”）」が無に帰したので、そのときにたまたま信じたどんなものでもその妥当性を受け入れることは勧められないと言われる。私たちは、おそらく国王が神聖な権威を引き合いに出して話した先の何世紀かの慰めとなる幻想との世俗的な類似物に、すなわちその市場の結果に、私たちの信頼を置いた。

最終的に、ホームズが提唱した知的立場は、ミクルジョンのそれと同心円上にあるが、それにも関わらず、各々は基本的に反目し合っていた。両者にとって極端な言論の寛容は特別の意味を帯びた。しかしながらホームズには、この意味は不寛容が信念に疑いのないことの産物であるという彼の見解から演繹される。つまり、ホームズは次のようなエマーソン (Emerson) の感想を共有する。すなわち、「もっともあけすけの無知は、この厚かましい知ったかぶりと同じようには嫌悪感を起こさせない。」⁴²⁾ エドモンド・ウィルソン (Edmund Wilson) による『愛国者の血糊 (*Patriotic Gore*)』の中のホームズの性格描写のところで、ウィルソンはホームズについて記す、「ある人の道徳的な正しさの確実性、ある人の制度への絶対的な自信は、彼の中に古い敵愾心をつねに引き起こす。」⁴³⁾ ウィルソンは、ホームズの書簡からその証拠を提供する。

「私には彼は次のように見える。」と、彼は、バートランド・ラッセル (Bertrand Russell) の反戦活動について 1918 年 9 月に Harold Laski (Harold Laski) 宛てに書いた。「私が、当時荷担したが、今では非常に忌み嫌う前時代の奴隷制度廃止論者の状況と似ていないこともない情緒不安定な状況において、つまり、その状況がインフルエンザのような公理に感染したとき」、そして、モーリス・ヒンドス (Maurice Hindus) の『根こそぎにされた人間性 (*Humanity Uprooted*)』を読んだ 1930 年 10 月に、「共産主義についての彼の記述は、私が奴隷廃止論者についてもっている胸の悪くなるような感じを、さらに極端にしたようなものです。——彼らは、自分たちに賛成しないものは、すべて悪者か馬鹿であると確信しているのです。同じことは、ある種のカトリック信者にもいえませし、また憲法修正一八条 [禁酒条項] に関する「禁酒論者」にもいえませす。私は、自分が知っているということを知っている人間が嫌いです。』⁴⁴⁾

ウィルソンが示唆するように、ホームズはそのような人びとをおそらく「嫌った (“detested”)」。その理由は、彼が彼の内のカルヴァン主義の遺産に常に反抗していたからであり、あるいは普通の人びとに対する強い優越感を理由に、あるいは、もっとも説得力があると思われるが——その一部は南北戦争の兵士としてのホームズの体験の産物である——信念が互いを殺し合う直線的な道であるという彼の洞察を理由に。ホームズはラスキ宛に次のように書く。

「喜びが最終目標であり、私たち自身とその他の者の相違を前提とするならば、重要でない事柄では彼を病気と考えることや重要な事柄では彼を殺すこと以外やることはない。あなたが世界を作り変えるまで、私は戦争で国際的制裁権を有する者だけを重要とみなすことができる。』⁴⁵⁾

不寛容についての *Abrams* 判決の反対意見の中のその一節をそのまま繰

り返して、彼は次のように書く。

「しかし、それらの諸前提において、異教徒を殺すことやピューリタンがクェーカー教徒をむち打つことはカトリック教会において論理的であると私には思える。そして私たちが戦争中にドイツ人を殺したときにしたのと同様に、究極の基準からすれば、それも誤っていると私は思う。あなたはあなたが正しいと完全に確信するとき——心の底からある目的を望むとき——そしてそれを達成するあなたの力に一切の疑いを持たぬとき——私は、それを達成するためにあなたの権力をあなたが使うことに干渉するための国内の規制以外何も見ない。人間の命の神聖さは、法制度内だけで善である解決策である。」⁴⁶⁾

それゆえ、一方でミクルジョンは、寛容を信念の肯定の構成要素とみなす見解を構築しようとしたが、他方でホームズは、寛容を自己懐疑という知的立場へのコミットメントとみなそうとした。ホームズにとって、その思想が信じ難いものであればあるほど、自己懐疑の能力がますますテストされた。

Schenck 判決から *Abrams* 判決までの期間を通じて、ホームズの知的立場は、彼とラーニッド・ハンド (Learned Hand) 裁判官との間の (ごく最近になって公開された) 往復書簡にありありと描かれ、ハンドはホームズの知的見通しに実質的に共感していたように見える。⁴⁷⁾ 「寛容が不信と対のものである」とハンドが宣言する書簡の返信で、ホームズは、自分が「それに全面的に賛成する」と書く。その書簡の中で、ホームズは自己懐疑という進むべき方向に知的にコミットするものであると自己描写する。しかも、このコミットメントを達成する努力がどんなにうまく行かないとしてもである。すなわち、「私があるものが真であると発言するとき、私はそれを信じざるを得ないということを意味し、それ以上のなにものでもない。しかし、私は、宇宙が私のせざるを得ない (my Cant Helps) につねに限界づけられていないと考えるため、私は絶対的な真理について悩まないし、

あるいはそのようなものがあるかどうかを問うことさえもしないが、むしろ真理を私の限界のシステムと定義する。」⁴⁸⁾

ミクルジョンとしては、彼は、ホームズの自由な言論を支持する主張の中に相対主義という知的倫理の存在に気付き、その含意を感じ取った。彼は、「その司法運営が人生や意味のために依拠する、より深層の社会的目標および思想について十分な説明をしていない」という理由でホームズを批判した。彼は、ホームズの態度が「ホームズの時代や国の……代表的なもの」であると理解した。ミクルジョンが主張したマインドの状態は、文化的に弱まっていた。重要なことに、彼は、自由な言論の原理に具現された態度と人びとが一般に身に着けている態度との関連性を見た。そうして、彼は、ホームズの相対主義が、その国の過度の「個人主義」に貢献したし、さらに悪いことに、「市場の競争 (“competition of the market”）」が悪を取り除き、善を残すことになるという合理化の下で「私益 (“private interest”）」に自由な支配を与える「知的無責任 (“intellectual irresponsibility”）」に貢献したと非難した。それは、自己優先 (self-preference) という比較的単純で魅力的な生き方が知的努力や客観的真理という負担を見送る許可証であった。⁴⁹⁾

自由な言論の意味についてのミクルジョンとホームズの対立は、言論に対する寛容行為に反映され、かつその寛容行為でその限界まで伸長される知的能力を開発するための共有された努力にルーツがあった。だが一方で、それは共有された信念やコミュニティの能力であり、他方では、それは自己懐疑と個人主義の能力であった。一方の説は求心的であり、他方の説は遠心的であった。

III

ホームズとミクルジョンの双方にとって、自由な言論という概念は特定の知的見通しを浸透させ、あるいは生み出す機会を提供した。言論活動それ自体の保護が守るべき目的ではなく、むしろ気づかれている望ましくない知的傾向の改善や他の傾向への置き換えである。

その論争は、自由な言論に関する古典的文献の中のその他のところで再現される。たとえば、次のことは、ミルが言論の自由のための弁護を行う際に彼が用いた議論の基本的区分である。彼の問いは次のようものである。すなわち、人は自らの信念を「真 (“true”）」と考え、しかしそれにもかかわらず、真でないものの表現に寛容であるべきか、あるいは人は自らの信念を可能性としては真でないと考え、それを根拠に寛容を正当化すべきか。自由な言論の理論のための二つの前提の一貫性のなさにもかかわらず、ミルは、双方を選択可能な根拠として提案した。さらに近年では、私たちは、ビッケルの最後の著書となった『同意の道德性 (*The Morality of Consent*)』の中で再現される、寛容のための競合する基礎の間にこの緊張を見出す。そこでは、その議論は、普遍的真理のない人生のバーク主義的な受容のための主張と、相対主義の破壊性とそれに対応してコミュニティの価値に深く埋め込まれる必要性についての認識との間を揺れ動いている。⁵⁰⁾

寛容についてのどちらの考えも、単独では自由な言論のための受容可能なまたは安定した基礎を提供することはできない。その提案を具体的に説明するためにミクルジョンとホームズに戻ろう。双方とも次のことを理由に失敗する運命にある。つまり各々が提示するものは、一般的な知的立場として受け入れることができないほど極端であり、そして自由な言論の実際の機能について各々が内部矛盾の上に成り立っているからである。各々は、心理的に高度に重要でかつ価値が高い反面、危険なほど限界を超えて拡大したヴィジョンを提示する。

ミクルジョンを検討しよう。私たちは、彼が自己統治するコミュニティという人を惹きつけるヴィジョンを提出すると述べてきた。そのヴィジョンは、理想化されたニュー・イングランド・タウン・ミーティングをモデルにしたものであり、そこでは、人びとは自己コントロール (自己決定) の能力への信念と、全体の利益を協力して追求する精神への信念を内容とする、共有された一連の価値観の下で同じ方向へ進み続ける。あなたが信

じているものを知っていること、あなたの信念のための根拠や理由に確信を持っていること、さらに、それらの信念と一致するためにその環境を作り直すあなたの能力の統制下にあなた自身がいると感じることは、居心地のよいことである。しかしながら、私たちが生きる世界、ミクルジョンが生きた世界は、言論によって自壊し得る。ミクルジョンは彼の論文の中で次のように主張する。まさに修正第1条の一つの機能は、コミュニティ内の真理に到達した会員たちが、その真理をそれ以外の人びとに伝達させることである。だが真理に到達した人びとがそうするとしても、その他の人びとによってそれが真理としてまったく受け取られず、虚偽として受け取られるならば、どうであろうか。自己統治する社会において、人びとが何らかの思想の真理を深く信じるが、その他の人びとがそれと同じ感情を共有しているようには思われないうき、人びとはジレンマに直面する。

ミクルジョン自身が、正しい信念を土台として構成された寛容の一つの地位のそのもろさを明らかにする。その論文のかなり終わりの方で、彼は、自由な言論の制限についての具体例に自説を適用する機会がなかったことを後悔する。彼は、「しかしながら、通信機関に関係があるので、私たちの研究分野の中に入る [私たちの国民教育の] 一つの典型的な失敗に言及することが不可欠である」と理解する。その「失敗 (“failure”)」は「商業ラジオ (“commercial radio”)」である。当時「コミュニケーションの新しい形式 (“new form of communication”)」があり、それは「私たちの前に次のような可能性を開いた。つまり「共通の同意の下で、共通の生活を営む人びととして、私たちが、そのような共通の生活に関わる、価値、チャンス、困難、楽しみと悲しく、希望と恐れ、計画と目的について自由に相互に伝達できたかもしれないという可能性である。」あるいは、彼は次のように述べる。「私たちは、互いにいろいろ異なる状況の中で、相互理解の、そして共有された関心のコミュニティになったかもしれない。」⁵¹⁾

「しかし人間の希望が、これほどひどく裏切られたことはなかった。」それ(商業ラジオ)は、当初、修正第1条の保護に値したが、今ではその保護を「主張する権利 (“entitled”)」がない。なぜないのか。なぜなら、「そ

れは金儲けに没頭している」からである。ラジオは、「自己統治という企てが依拠する、洗練さの、合理的な判断力の、高潔さの、忠誠心の、相互理解の、それらの質を陶冶していない。それどころか、ラジオはそれらの質を衰弱させるための強力な勢力である。ラジオは私たちの道徳とともに知性をも墮落させる。」⁵²⁾

ここで、おどろくべき一節で、ミクルジョンは、「聞く権利 (“right to hear”）」の概念の限界を見せる。つまり私たちが危険な思想を「恐れ」ず、「思想を、どんな思想でも恐れることは自己統治には似合わない」という自由な言論が意味する考えの限界を見せる。⁵³⁾ 結局、ミクルジョンによれば、私たちは、「反体制的な (“subversive”）」言論のあらゆる形式を寛容に扱うことができないが、圧倒的な多数者がすでにそれらを嫌っているという理由からは実際に危険でない言論の形式だけは寛容に扱うことができる。強制された寛容を通じて価値観を探求する際にその価値観は最終的には寛容の思想それ自体に優先して終わる場合が極めて多い。ミクルジョンの「公益 (“public interest”）」の考えは、弾圧を正当化する理由へと微妙に変化することになる。

自己懐疑という他の選択肢は、心の変わりやすさというそれ特有の種子を生み出す。それは優越的な態度に容易に変わり、あるいは、別の可能性としては(ミクルジョンが述べたように)、利己心やニヒリズムの態度に変わり、それらはともに社会的な結合を損ない得る。⁵⁴⁾ だが、自由な言論の基礎としてのその問題点は、よりいっそう根本的なものである。おそらく、個々人は、真であるものはないという確信に基づき寛容を筋道立った状態で受け入れることができるが、彼らが不寛容になるのを他者に禁止するために国家権力を採用するとき彼らの行為は擁護できなくなる。この場合、その個人は信念を力説したい人びとから自己懐疑という知的見通しを要求していることになる。当然次のような疑問が発せられる。すなわち、「望ましい究極的な善が思想の自由な交換によってよりよく到達される」という信念は、「時が多く的好戦的な信条をひっくり返した」という同じ自

己批判的な認識に、なぜ、さらされるべきではないのか。もしも私たちが「諸勢力の勝負 (“play of forces”）」や、「自由な競争 (“free competition”）」を経由した優位を認める方がもっともよい状態であるならば、なぜその同じ進化過程がさらに言論のアリーナにまで展開すべきではないのか。

これらのレトリック的な疑問に反映している態度は、自由な言論に関するホームズの初期の判決に、たとえば *Schenck* 判決に見出すことができるが、そこでは寛容は、戦争が産んだ、真の信念の熱狂的確信によって不寛容へと駆り立てられた国家を裁判所が受け入れる必要性として表現される。⁵⁵⁾ *Abrams* 事件の時までは、ホームズの自己懐疑への意志は、他者も自己懐疑することを主張するように導き、それゆえ自由な言論の原理が実施された。第 1 章において、*Schenck* 判決と *Abrams* 判決の間のホームズの転向を説明するという問題が扱われた。その争点に関して、私は、以下のことがよりしっくり来る仮説であると理解する。つまり、ホームズの位置のドラマティックな変身ぶりは、単に（ある人がすでに示唆したように）有罪判決を支持するという代償を払って善いテストを手に入れるために *Schenck* 判決で採用された成功しなかった戦略でもなければ、あるいは自由な言論の良さについての過渡的な教育の一つの結果でもなければ、あるいは自由主義者たちの支持を得ようと求めるためには評価されていないと感じた孤立した人間のその試みでもなく、⁵⁶⁾むしろ相対主義と自己懐疑という不安定な基礎を前提とする一つの地位における、自然でおそらく不可避的な方向転換であった。相対主義は、少なくとも一方の当事者が二人の当事者間の論争を解決するように求められる文脈で相対主義それ自体と究極的には敵対する一つの立場である。

明らかに、ホームズ自身は、相対論的な世界の承認から引き出されるのに相応しい結果に確信を持てなかった。「ボストン、コモンウェルス街のギャリソン像」を前にしてハンドの思想を議論している、ハンド宛ての書簡の中で、ホームズは、次のように言う。かりに彼（ギャリソン）が「公職に就いた人物であったならば、彼は意思を貫徹していない——実際に道徳の観点から表現すれば、なるほどそれでもやはり意思を貫徹しているが

——ではなく、そのまさに社会構造を駄目にするように命ずることによって社会生活の基礎的条件を破壊した者に、敬意を表すように私を促すことになる一切を」言うべきはない。別の選択肢として、その「ギャリソンの息子」として、彼（ホームズ）は、彼自身が別の仕方と考えていることに気づくべきであり、その結果、次の見解をとることになる。つまり「あらゆる偉大な改革が社会構造に脅威を与えるように思えたが、その社会は消滅しなかった。というのも人間は社会的な動物であり、いたるところで、万華鏡のような新しいパターンにはまるからである」という見解をとることになる。しかしながら、一人の哲学者として、彼（ホームズ）は、「あなたがたが未来を切り開くハサミの両刀（保守と革新）であること」を理解せずに、彼らが「ともにバカである」と信じるであろう。しかし、「その哲学者の頭のどこかにいる皮肉屋」こそが、次のような最後の言葉を与えられる者である。それは、その哲学者に次のように言う。彼は「すべての人間のうちで一番のバカ」であった。というのも「人間の運命が戦うこと」であると理解しないからである。またその最後の言葉は、彼を次のように説得する。すなわち「右側か左側に汝の所定の位置に着きなさい、もし敵が汝ほど善人であると知るといふ追加された恵みがあるならばそれはますます結構であるが、しかし汝が可能ならば敵を殺しなさい。」⁵⁷⁾ホームズ自身は疑念と懐疑を持って彼独自の懐疑主義を受け入れるしかなかった。

IV

寛容は、複雑な心理状態である。あらゆる社会は、あらゆる個人と同様に、反対すべきではあるが、何らかの理由で本当に寛容に扱わなければならないと思われる思考方法を表現する行動に対処する手法を開発しなければならない。ある思考方法が構築されなければならないが、それは寛容に扱われなければならない者が、その厄介な行動によって引き起こされた彼ら自身のアイデンティティに関する衝動や内心の懐疑を処理するのを助ける。宗教的な社会は、(悪魔のような) 独立した悪の化身の責任を強調することができ、あるいは神が(最後の審判の日のような) 異教的な行動を適切に

始末することを強調することができる。その他の集団は、その他の応答手段を構築することになる。それは、精神異常の振る舞いとして、混乱したかつ相容れないマインドの活動として、ある種の行動を分類するのに役立つ。その技術と応答はかなりのばらつきがあるが、どの技術と応答が選択されるかは、それらを選択する集団について多くを示唆することになる。この社会では「権利 (“rights”）」という用語が、自分自身を他者の行動から、社会的に許容された自動的な分離方法を提供するというこの種の心理的機能をとときどき果たすように思われ、それは、通常は寛容のための重要な属性である。

しかしホームズとミクルジョンが提示した応答は、その過程のさらに洗練された基本原理であり、少なくともホームズの処方箋は私たちによく知られているものである。私たちは「知る人は誰 (“Who knows”）」または「話すべき人は誰 (“Who's to say”）」という態度で困難な行動にしばしば応答する。しかしながら、ミクルジョンが勧告した態度も説得的につねに提示される。「私は、そして私たちも私たちの信念とは何かを知っている。また、ただ懐疑だけが不寛容の中で明らかにされる。」正当な役割を信念に認めないか、あるいは、信念を肯定しかつ信念へのコミットメントの実演として寛容を利用するかは、二つの選択可能な、相反する応答の手法である。

しかしながら、私たちがすでに見たように、双方のパースペクティブとも行動一般に広範囲に及ぶ影響を有し、言論に対する法的強制という狭い範囲を超えている。しかし自由な言論はそのような全体的な効果を及ぼすための機会を提供する。私たちは次の点でカルバンに賛成できる。つまり、根本的には修正第1条は、政府が文書扇動罪法制を実施して市民との民主制的関係を断ち切ることを禁止する。そして *New York Times Co. v. Sullivan* 事件は、修正第1条のこの種のイメージを喚起した——たとえその現実がそのイメージからかけ離れていたとしてもである。しかしその勝利を確実にすることは、修正第1条が担う役割を完了したことにならないであろう。それは、その役割を果たし始めただけであると思われる。なぜ

なら、自由な言論という観念は、少なくともそれが今世紀で知られるようになったときは、よりはるかに広範な問題に本気で取り組んでいるからである。すなわち、それはまたその知的構成やその社会の性格を取り上げることもできる。

その役割の中で、自由な言論は複雑な企てであり、民主制的過程への政府干渉の防止、データの流れの極大化、あるいは専制的多数者に対する少数者の言論の権利の保護よりも、さらに複雑に絡み合った機能を有する。ミクルジョンやホームズは、自由な言論のための競合する知的基盤を提示する。その基盤の各々は、最終的には容認し難いほど限定的であることがわかる。ある種の基本的な知的価値観を定義するためのフォーラムとしての自由な言論の役割に関する探究を拡大することは、将来のためのより一貫性のある、安定した一般理論の開発に貢献することはもとより、私たちのその〔自由な言論の〕概念を用いたこれまでの経験を評価することをさらにうまくやるための基礎を提供することである。

それらの具体的かつ個別的な帰結——それはなるほどときどき考慮すべきであるが——のみならず、自由な言論の諸事例はまた、根本的に象徴的な社会活動を構成する。それらの諸事例は、劇、特にギリシャ古典劇に似ており、それらの諸事例では極端な行動が生起し、それは訴訟という舞台の文脈を通じて社会的に定義される。時としてある一定の事件の価値は、その事件の独自の事実関係の重要性にというよりも、その事件のドラマチックな可能性に見出されるべきである。このパースペクティブは、修正第1条の法理の非常に興味深い特色を説明するのに役立つ。すなわち、それは、それだけ分離してみればまったくつまらない社会的に取るに足らないと思われる紛争を通常では考えられないほど多く含んでいる。

人は、たとえば、二つの主要な修正第1条の諸事例、つまり *Sullivan* 判決と *Cohen* 判決の相違を再検討するかもしれない。その主要な相違点は、*Sullivan* 判決が文書扇動罪の観点から自由な言論を定義し、裁判所が政府の妨害行為に対抗して市民の議論を保護するという制度的なヴィジョンを提示するのに対して、*Cohen* 判決はどちらかと言えば言論者の自己充実へ

の権利という観点から自由な言論を定義するということでよいのか。私はそうは思わない。この二つの主要な法廷意見のもっとも重要な相違点は、特にそれらがそれぞれの時代の主要な社会的な対立——一方は人種隔離についての対立であり、他方はヴェトナム戦争について対立であるが——に関わるときに、各々がそれとなくとともに、はっきりと差し出した知的態度にある。

Sullivan 判決では、合衆国最高裁は、争点となった言論の背後にあるその諸目的に基本的には共感した。それどころか人種の平等というメッセージは合衆国最高裁自身がその人種隔離反対の判決の中で促進してきたものであり強く主張しようとしてきたものである。合衆国最高裁は、他ならぬこの言論にここで制裁を加える行為が、抵抗の方針を継続する決意を意味する市民権運動に対する直接的な異議申立て——いわば一つの象徴的表現の行為——であることを見落とすことはできなかった。したがって合衆国最高裁自身が前へ進めたいという意思がこの事例の争点であった。

このより広い現実直面して、合衆国最高裁のレトリカルな気転は好奇心をそそる。それは、まず自らの信念を促進したい政治的言論者たちを激励した。つまり、それは「公共的な争点についての討論が制限されず、活力に満ち、広く開かれるべきであるという原則への心からの国民的なコミットメント」⁵⁸⁾を最初に宣言することで異なる意見の表明を励ました。次にこれと同じ命題は、信念のもつ極端に走る自然な傾向を擁護するときに展開された。合衆国最高裁は宗教的および政治的見解について次のように述べる初期の判決を引用した。つまり、「自分自身の見方を他者に説得するために、その特別弁護人は、承知のように、ときに誇張に訴え、教会または国家でかつてまたはいまの有名人の中傷に訴え、さらには虚偽の陳述に訴えることさえある。」⁵⁹⁾

その法廷意見は、寛容の行為を一般的に定義する方法によって、挑発に直面した際の決意に関する次のようなメッセージを提示する。合衆国最高裁は、その分析の終わり近くで、耳障りな批判に直面した際の合衆国最高裁独自の自己抑制の立場を説明する。「裁判所の威厳または評判に対する

懸念」は、と合衆国最高裁は一つの先例に言及して次のように述べる、「裁判官またはその判決への批判を刑事的裁判所侮辱として処罰することを正当化しない。」たとえ「その発言が「半分真理 (‘half-truths’)」や「誤った情報 (‘misinformation’)」であっても。」⁶⁰⁾ というのも、裁判官とは「『強い忍耐力を必要とする状況でもうまくやれる不屈の精神の人……』として扱われるべきであるからである。」⁶¹⁾ ここでは寛容という考えは、言論が将来性のある思想の豊かな源泉であることを意味せず、あるいは批判が正しい結論に辿り着く手助けをすることを意味せず、むしろ言論は「不屈の精神 (“fortitude”）」によって許されるものであることを意味する。その含意するところは、ここでもまた確信の強固さという含みであり、また、その含意は本件で争われている特定の言論に関する法廷意見の前述した共感的な説明に収斂する。合衆国最高裁は、寛容の立場のこのただ一つの特徴づけによって、合衆国最高裁がそのときに破棄していた文書名誉毀損の判決のそれに似た、挑発の行為や敵意の表現にもかかわらず、前進するそれ独自の決意の固さをすぐに確認し、その反対者の行為を弱さの産物、「不屈の精神 (“fortitude”）」の欠如の産物として黙示的に説明することによってその敵を積極的に嘲る。ミクルジョンの論文と同様に、*Sullivan* 判決の説得力は、それが信念の確認にかかわる行為として寛容を定義することに由来する。

Cohen 判決⁶²⁾での合衆国最高裁もまた言論活動がどのように理解されるべきかを探究した。とはいうものの、そこではその文脈がより伝統的であり、その文脈では合衆国最高裁自体は、争点となった特定の言論の行使に同意しなかった。その法廷意見の冒頭は、あいまいさを残さず次のように判示した。「この事件は、私たちの学問に紛れ込めないほど、一見したところではあまりにとるに足らないと思われる……」にも関わらず、「それが提起する争点は、なかなか重要な憲法的意義を有する。」⁶³⁾ 権利濫用が存在したというこの暗示は、次のように段階的に明白にされた。つまり初めのうちは、ハーランは、コーエンのスローガンを繰り返し言うのを差し控えたが、次には、エレガントな言い替え (「徴兵の無益性または不道徳性

(“the inutility or immorality”)]⁶⁴⁾によって軽蔑の言葉を何度も加え、最後にはより明示的にその言論を「表現の不快な様式 (“distasteful mode of expression”)]⁶⁵⁾「一つの未熟な抗議形式 (“a crude form of protest”)]⁶⁶⁾及び「特権の個人による不快な濫用のくだらない、いらいらさせる実例 (“trifling and annoying instance of individual distasteful abuse of privilege”)]⁶⁷⁾と呼んだ。

その言論活動が以上のように特徴づけられたのちに、そこで問題となるのはその寛容をどのように弁護するかであった。*Sullivan* 判決と同様に、そのメッセージは異なる内容のものが混じり合っていた。一方で、この表面上の「言葉のうえだけの不快な音調が……弱さのしるしではなく、強さのしるしである。」⁶⁸⁾と判示された。他方で、その最終的な判決は、*Sullivan* 判決で遭遇したどんなものよりもさらに懐疑的であった。すなわち、「その特定の4文字はその種の他の大抵のものよりもおそらく不快であるが、それにもかかわらず、ある人には俗な言葉づかいが別の人には叙情詩であるというのもしばしば真実である。」⁶⁹⁾という理由からその言論は削除され得なかった。結局のところ、*Cohen* 判決はむしろホームズの知的なパースペクティブから生まれた。その活動は不快であったが、ハーランは彼の美的な好みに基づき制圧することに気が進まなかった。

V

以上のことより、私たちは、ホームズとミクルジョンに自由な言論の一般的機能の簡潔な要約を見出す。ミクルジョンとホームズは、情報を一途に求める衝動に応答してきたのではなく、社会過程に参画する際に人びとが諸々の争点について考えるその方法の持つ偏見または欠陥として理解されるものを正す、気づかれている必要性に応答してきた。そのような偏見は、言論の制限にかかわろうが、言論でない行動の制限にかかわろうが、あらゆる (*every*) 争点についての社会的意思決定において見出され得る。しかしまさに言論の領域こそがその欠陥を明らかにしそれに本気で取り組むための機会を提供するものとして捉えられてきた。ミクルジョンとホー

ムズのどちらの見解の下でも社会的言説におけるこの欠陥は、言論に対して過度に不寛容になる傾向の中にその姿を現すので、言論は、その社会的意思決定過程から排除される行動のその一部として扱われ得る。そして言論に対する寛容は、実のところより広範囲な問題である何かを際立たせ本気で取り組むための一種の好機として極端なところまで追求され得る。自由な言論は、それが意思決定を手伝うユニークで重要な役割を果たすためではなく、むしろ言論以外の他の行動でも直接的な価値を持つとも考えられる知的能力またはパースペクティブを強く要求する方法として、社会組織化の一つの領域が事実上切り開かれかつ特権を与えられることを可能にする一つ概念になる。

重要なことは、自由な言論についてこのような見方にかかわる方向性の変化の持つ重大性を認めることである。ホームズとミクルジョンの著作物は、自由な言論の原理の意味と機能に関するパースペクティブ上の、非常に重要であるが一般には注目されていない変化を代表する。もはや、自由な言論に関する議論のその前提は、「他者 (“other”）」である敵対的な政治機関ないし政治権力に対抗して自由に話す「私たちの (“our”）」自由を確保するといううわべだけの必要性ではない。その焦点の中心は、私たちが高く評価する情報や思想を話し聞かすという「私たちの (“our”）」利益を十分に満足させることのできる、制約されていない自由の地帯を確立するという目的——アイザiah・バーリン (Isaiah Berlin) が「消極的自由 (“negative liberty”）」⁷⁰⁾の観念と呼んだもの——から、「私たちが (“we”）」その行動との対面によってマインドの一般的な性格をテストでき開発できるように対峙することになる規制されていない行動の地帯を生み出すという目的——寛容のその長所の探究という目的として考えられるもの——に変化した。ある程度までこの後者の野心あるいは大志はそれ自体、あのあいまいな概念である「自由 (“liberty”）」の一つのヴァリエーションとして考えられ得る。すなわち、確かに、それはバーリンが「積極的自由 (“positive liberty”）」の観念として分類したもの、つまり「個人としては自らの主人になりたいという願望」に似ているように思われる。バーリンに従えば、その

求められる支配は、「外的な諸勢力（“external forces”）」に対してあるいはその個人ないしそのコミュニティの内部にある不合理な情熱や衝動に対しても及ぶことができる。⁷¹⁾自由という概念のこれらの二つの相異なる構成要素の将来を予見する際に、バーリンは、積極的な概念が抑圧の源泉に変じることを危惧した。それはその議論がここで説得力を与えた懸念である。しかしながら、彼が理解しなかったことは、消極的と積極的の二つの自由概念にどのようにすれば、くびきをかけ得るかであり、積極的自由に仕える消極的自由であり、すなわち、どうすれば消極的自由の地帯または領域の確立が、ある種の積極的自由を得ようと懸命に努力する源泉または手法になり得るかである。

それゆえ、自由な言論は、基礎的な知的価値観が開発され、明確に説明される社会的文脈であり、そこでは望ましくない知的特性についての諸前提が提示され、救済策が提供される。ミクルジョンもホームズもともにそれらの諸争点を取り上げた。私は、双方とも自由な言論を経由して社会のために一連の知的価値観を定義する努力に究極的には失敗したと主張したが、いずれの場合の失敗も彼自身の持つパラダイムのために各自が追い求めた普遍性を偏重したその普遍性に原因があった。自己懷疑および信念の肯定という立場は不安定であるとみなされなければならない。すなわち、各々が最終的には解決できない争点を解決しようと試み、初めからできないことに、きっぱりとけりを付けるようと試みる。どちらの知的な立場も単独では望ましい社会的行動を保障するものではない。つまりどちらも実際には基本的衝動に流されることを導くための理由になり得る（たとえばドイツにおける国民社会主義党の綱領がナチ突撃隊になった若者の暴力的な傾向に味方したように）。

私たちは、私たちが信念と形容する過程に関して基本的に両面価値的であり、必ずそのような状態でないといけない。ホームズは、信念が過度の不寛容への衝動の中核にあるとした点で正しかったかもしれないが、それはまた私たちの道徳の体系の基礎を形成し、私たちが社会行動を組織化する際にそれを広く利用する。自由な言論の一つの深刻なリスクは、過度の

不寛容の問題が本気で取り組まれるまさに限定的な文脈が、その関係者たち、とりわけ裁判官たちに対して、自由な言論それ自体の領域でさえも人びとがそれとはまったく共生できない、全体的な病弊に対するあまりに強い解毒剤を提案するように誘導することである。それは、ホームズとミクルジョンの双方の基本的な誤りであった。

注

第5章

- 1) Harry Kalven, *The Negro and the First Amendment* (Columbus: Ohio State University Press, 1965).
- 2) *Id.* at 4.
- 3) *Id.* at 5.
- 4) *Id.* at 6.
- 5) 376 U.S. 254 (1964).
- 6) Kalven, "The New York Times Case: A Note on 'the Central Meaning of the First Amendment,'" 1964 Sup. Ct. Rev. 191.
- 7) *Id.* at 208, 213-14.
- 8) *Id.* at 221; Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom* (see chap. 2, n. 7).
- 9) Brennan, "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment," 79 Harv. L. Rev. 1, 11-19 (1965).
- 10) Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 Ind. L. J. 1, 26 (1971).
- 11) Bickel, *The Morality of Consent* (see chap. 2, n. 12), 62.
- 12) 第2章で記したように、ミクルジョンは、後になって修正第1条の範囲のこの明らかに厳格な限界づけを緩和する解釈を行い、文学や芸術のような言論も政治的意思決定に「関連する ("relevant")」という理由で彼の理論の下でも保護されると述べた。それにもかかわらず、ミクルジョンは、理論上、保護されるすべての言論を自己統治という概念に密接に結びつけようとした。
- 13) See Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 37. 近年の諸事例は、修正第1条の保護を営利的言論にまで拡大し、営利的言論を修正第5条の保護に任せるミクルジョンの考えを否認した。See, e.g., *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).
- 14) See Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 24, 25.
- 15) *Id.* at 26.

16) チェイフィー自身は、「個人的利益、つまり多くの人びとにとって欠くことのできない事柄について彼らが意見を表明する彼らの必要性」に加えて、修正第1条によって保護される二つの利益の一つが「国家が行動のもっとも賢明なコースを採用することができるだけでなく、もっとも賢明な仕方ですべてそれを実現できるほどの真理の獲得という社会的利益」であると述べた。Chafee, *Free Speech in the United States* (see chap. 2, n. 5), 33.

ブランドイスは、Whitney 判決の彼の同意意見の中でそれをさらに明示的に述べた。すなわち、「私たちの独立を勝ち取った人びとは、あなたが望むように考えたりあなたが考えるように発言したりする自由は、政治的真理の発見や普及にとって絶対に必要な手段であると信じた。つまりそれは自由な言論や集会での議論がなければ成果をもたらさないであろう。」Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring). See also n. 18, *infra*.

17) 合衆国憲法は、その関連部分で「両議院におけるいかなる言論または討論を理由に」[上院議員および下院議員]はその他の場所でも責任を問われない」と規定する。合衆国憲法第1条第6節。

18) See Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 36. まさにこの主張は19世紀の初めになされたように見える。レオナード・レヴィ (Leonard Levy) 教授は、自由な言論を正当化する、1801年にジョン・トムソン (John Thomson) によってなされた新しい主張を次のように描写する。

彼は、合衆国憲法第1条第6節が、連邦議会の構成員は彼らになし得る言論を理由に、法的な責任を「問われるべきでない ("shall not be questioned")」と規定すると記述した。彼らの意見は、彼らの法律制定権能上の望むことを何であれ発言する権利を彼らに与える特権を有した。トムソンは、もしも議論の自由が彼らに必要なならば、彼らの主権者、つまり彼らが代表を務める人びとも同様に、それどころかより多く必要であるという論を展開した。有権者は、連邦議会の手続について批判しなければならず、さらにその政府がその政府の「原文のママ」ベネフィットのために機能することを確実にしなければならない。彼ら自身を保護するという有権者としての彼らの義務および彼らの責任を満すために、その人びとは、どんな見解へのアクセスも否定され得ないであろう。したがってその人びとの代理人は言論および出版の自由を制限する権限がなかった。修正第1条の制定者の意図は、とトムソンは結論した、その人びとが彼らの代理人と「同じ自由な議論の権利 ("the same right of free discussion")」を有することを保障することである。

Leonard W. Levy, *The Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History* (Cambridge: Harvard University Press, 1960; rpt. New York: Harper & Row, 1963), 296. ここで、J. Thomson, "An Enquiry, Concerning the Liberty, and Licentiousness of the Press, and the Uncontrollable Nature of the Human Mind" (1801) を引用している。

19) また、ミクルジョンは、彼のテーゼのための条文上の支持を、修正第5条の適正過程条項の文言（何人も、適正な過程に拠らない限り、生命、自由および財産を奪われてはならない……）から引き出した。彼は次のように論を展開する。(1) 言論の自由に関する修正第1条の文言は、公務員または政府の制限に対する絶対的な禁止である。(連邦議会は言論の自由を制限する法律を制定してはならない。……) (2) 修正第5条は、自由の制限が適正な過程に合致した方法で遂行される限り、それを許す。(3) 適正過程条項の自由という文言は、言論を含む。(4) したがって、完全に言論の自由の制限を禁止するが、他方で修正第5条の適正過程条項は言論の制限を許すので、憲法制定者たちは、言論を二つの類型に分けるつもりであったと結論することができる。それらの類型は、「言論の自由 (“freedom of speech”)」——「全体の福祉のための計画を立てる市民」の公的言論——と、「言論の自由 (“liberty of speech”)」——たとえば、「商店主の商品の広告」や、彼の顧客の利得のために奮闘するロビイストの私的言論——である。Meiklejohn, “Free Speech,” in *Political Freedom*, 36-37. (ミクルジョンは、不平の種を除くための請願の権利を規定する修正第1条の条項が、それによって言論の自由条項と同様の意図を反映するような、私益だけを保護する意図の存在を示すのかどうかをしばらく検討する。しかし彼は自分の解釈が挫折させられないと幸いにも結論した。その理由は、「そのような請願が、その動機はどうあれ、公共政策の問題を確実に提起する。それ（請願）は、公共的な決定における誤りを仮定する。……したがって、それらは再考を求める。そしてそうする過程で、それらは明らかに公益の領域内にある。」Id. at 38.)

これらの主張は、またミクルジョンの寛容を正当化する主張に、法文上のある程度の不可避性を加えることに失敗した。適正過程条項が何らかの言論規制を許すと仮定したとしても、言論のこのカテゴリーが、ミクルジョンの定義した「私的な (“private”)」言論であるかはまったく明らかではない。同じ条項中の自由 (*liberty*) という文言の財産 (*property*) との関連性は、ミクルジョンが行ったように、修正第5条が連邦議会に、「個人の所有権 (“individual possessions”)」に関係する言論の規制を許すと結論するためにはまったく弱い根拠のように思われる。Id. at 37. 自由 (*liberty*) という文言は、財産 (*property*) という文言よりも広いあるいは別個の範囲を持つとかなりの程度思われるかもしれない（換言すると、それらは同じ特性を分け持つ必要はない）。さらには、たとえ修正第1条が、修正第5条のその想定された意味からの修正第1条への反射を理由に、「公的な (“public”)」言論を保護すると受け取られるとしても、なぜ「公的な (“public”)」言論が、民主制過程の転覆を唱道する言論を含むべきなのかという疑問は残る。

20) See Meiklejohn, “Free Speech,” in *Political Freedom*, 4. チェイフィーは、ミクルジョンの著書についての彼の書評の中で、それと同じ不穏な傾向を次のように記した。

これは時宜を得た書物である。その国は、かつて1919年から1920年の「赤い脅威 “Red Menace”」の間に経験したようなヒステリックな流行に苦しんでいるように思われる。「第一次世界大戦期の破壊活動組織からの危険が過大視されたこと」を認める人びとでさえも、今日、破壊活動組織からの危険を非常に恐れるために、彼

らは、長期の懲役刑や重い罰金を科して反対すべき思想ともう一度戦おうとしている。かりに合衆国最高裁によって解釈されたような修正第1条が、そのような弾圧を阻止するならば、そのとき、彼らは、彼らが言うところでは「合衆国憲法の全体を守る」ために修正第1条を改正する提案を行うというものである。Chafee, Book Review, 62 Harv. L. Rev. 891, 892 (1949) (footnote omitted).

- 21) Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 43.
- 22) Id. at 27-28.
- 23) Id. at 57.
- 24) See id. at 77.
- 25) See Wigmore, "Abrams v. U.S.: Freedom of Speech and Freedom of Thuggery in War-Time and Peace-Time," 14 Ill. L. Rev. 539, 556-57 (1920).
- 26) See Bork, supra n. 10, at 31. ボーク教授は、自由な言論の自己統治理論の下でミクルジョンとカルバンが拡大した保護範囲に同意しなかった。つまり、彼はその性格上明示的に「政治的な ("political")」言論に保護を限定する提案をした。
- 27) Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 51.
- 28) Id. at 10.
- 29) Id. at 28.
- 30) ミクルジョンは、過激な言論の保護の必要性について繰り返し話したし、彼がそうしたときはいつでも、彼の主張は情報の必要性から、恐れのない可能性に移行した。

そのとき、もしも合衆国ではいつでも合衆国憲法がよい文書であると発言することが許されるならば、合衆国憲法が悪い文書であると発言することもその状況下では同様に許される。もしも公の建物が戦時下でその戦争が正当化されると言うために使用され得るならば、そのとき、同じ建物はそれが正当化されないと言うために、使用され得る。……これらの対立する見解は、表現できるし、表現されなければならないのは、それらの見解が妥当であるからではなく、それが当面の問題と関連するからである。もしもそれらが誰かによって責任をもって心に抱かれるならば、私たちが有権者は、それらを聞く必要がある。政策の問題が「家の前に ("before the house")」あるとき、自由な人びとは、彼らの閉じられた目でなく、開かれた目でそれに立ち向かうことを選択する。諸思想をどんな思想であれ恐れることは、自己統治には不似合いである。Id. at 27-28 (emphasis added).

Whitney 判決におけるブランダイスの発言を称賛しながら、ミクルジョンは次のように付け加えた。すなわち「私たちがアメリカ人は、諸思想を（どんな思想であれ）恐れない。もしもそれについて考える公正な機会を持つことができるならば。」Id. at 48. See also id. at 77:「私たちが次のように言っている。これらの制度に賛成して言われるあらゆること、それらに反対して言われるあらゆることに正面から恐れずに立ち向かった場合にのみ、合衆国の市民たちは彼ら自身の制度の下で彼ら自身を統

治するにふさわしい。」

31) See, e.g., Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression," 1 Phil. & Pub. Aff. 204 (1972). 私は、そのうえ第2章でこの種の修正第1条論の魅力の源泉を議論した。

32) See Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 21, 24-28, 37, 42.

33) Id. at 73-75.

34) Id. at 74-75.

35) 1 Seneca the Elder, "On Mercy" in *Moral Essays*, trans. J. Basore (Cambridge: Harvard University Press, 1970) 356, 371-73. (なお邦訳はセネカ著・茂手木元蔵訳『セネカ 道徳論集(全)』東海大学出版会(1989年)386-387頁による。)この論議の一般的な話しぶりに属するもう一つの表現の自由の擁護論は、それが実際にはその他の類似しない擁護論とつねに一緒に扱われるにもかかわらず、「アメリカ合衆国あるいはその共和政体を変えること」の擁護論である。つまり「理性が意見の誤りと戦うように自由にさせられているところでは、その意見の誤りが許され得るような安全性の記念碑としてそれらの意見をそのままにして置きなさい。」Thomas Jefferson, First Inaugural Address, 4 March, 1801, reprinted in *The Complete Jefferson*, ed. S. Padover (New York: Duell, Sloan & Pearce, 1943), 384, 385. 寛容は、その人の自信、安全および権威の——一つの「記念碑 ("monument")」として——証拠になる。

36) See Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 48.

37) Id. at 46.

38) Id. at 45-46.

39) See id. at 61.

40) ホームズの法理論一般についてのより広範な分析のために、see Rogat, "The Judge as Spectator," 31 U. Chi. L. Rev. 213 (1964). ヨーザル・ログット (Yosal Rogat) 教授は、ホームズを「私心のない ("detached")」、 「束縛のない ("disengaged")」、自分の信じる生き方を気かけぬ者として描いた。Id. at 255. 「驚くほど」とログットは書く、「ホームズはまったく気かけなかった。」彼は、「世の習いに屈する」であろう。なぜなら、彼の見解は、人間に関する事柄のルーツは権力であり、また権力は交渉の余地がないというものであったからである。ログットはこのイメージを、ホームズを「懐疑的 ("skeptical")」および「謙虚的 ("humble")」と見る通常の見解と対照的なものとして提示する。「彼は何も真ではないが、特定の決定をする特定のときに自分が正しいと確信する、ときっぱり述べることができた。」Id. at 251. 彼の黙従、彼の運命論、彼の超然さ、彼の気かけぬことは、彼が実際にそうしたように、前記の寛容をもって彼の裁判官の役割を彼に果たさせたものである。

私がここで言っていることは、ある意味ではログット教授の描写と対立し、他の意味では対立しない。ホームズのような人にとって、彼の信念の真理を深く信じたうえで彼自身の信念について「気かける ("caring")」一方で、反対の信念に対して寛容の地位に立つことが可能かもしれない。信念のその激しさを感じると同時にそのように感じる愚かであると思うことや、そのより選好的なコースが、ある人の性格に反するものであることを自分自身や他者に忠告することは、その人には確かに可能である。その問題は、懐疑主義という思想のあいまいさにある。非常にあつ

けなくほとんど何も信じていないように見える人も存在する。そして、もっとも熱烈に信じたうえで、それらの傾向に合理的基礎がないと悟っており、それを根拠に、それらの傾向を変えようと試みる人びとも存在する。

41) 250 U.S. at 630.

42) この引用は、Ralph Waldo Emerson's essay "Experience." *Emerson's Essays* (New York: Harper & Row, 1926) 298 からである。

43) Edmund Wilson, "Justice Oliver Wendell Holmes," in *Patriotic Gore* (New York: Farrar, Straus & Giroux, 1962), 777. 邦訳としてエドマンド・ウィルソン著・中村紘一訳『愛国の血糊——南北戦争の記録とアメリカの精神』研究社出版(1998年)があり、参照した。

44) Id. 邦訳は鶴飼訳『ホームズ—ラスキ往復書簡』岩波書店(1981年)132-133頁による。

45) Id. at 762.

46) Id. at 764.

47) Gunther, "Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History," 27 *Stan. L. Rev* 719 (1975).

48) Id. at 757.

49) See Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 73-74.

50) Bickel, *The Morality of Consent*, 3-30.

51) Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom*, 86-87.

52) Id. at 87.

53) Id. at 28.

54) ホームズが提案する市場に信を置くことに関して、ビッケル教授は次のように書いた。

これは、次のように人が問うときの要点である。つまり、プロレタリア独裁あるいは集団殺戮あるいは人種差別の考えについての最善のテストが市場であるかどうか、このような諸思想さえもそれら自身を受け入れさせることができることを、市民の言説のルールなき市場が思想の市場ではなく闘牛場であることを、私たちの経験は私たちに教えなかったのかどうか、と。 *The Morality of Consent*, 76-77.

55) 「国家が交戦中であるとき、平時で言えた多くのことは、兵隊たちが戦っているかぎりそれらの発言が耐えられないほど、また、合衆国最高裁がそれらの発言をどんな憲法上の権利によっても保護されると見なし得ないほど、国家の戦争努力に対する障害物である。」 249 U.S. at 52.

56) See Gunther, *supra* n.47, at 719; Chafee, *supra* n.20, at 900-1001; Wilson, *Patriotic Gore*, 775.

ラーニッド・ハンド (Learned Hand) が、過激な表現に対する自由な表現の保護を司法によって執行する問題について、まさにホームズと類似の転向を彼の人生において経験したように思われることをここで特記する価値がある。唯一の相違は、彼

の反転がホームズのそれとは反対方向に行われたことである。ハンドは、*Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 Fed. 535 (S. D. N. Y.) rev'd, 246 Fed. 24 (2d Cir. 1917) 事件における彼のよく知られた判決をもって、自由主義的な自由な言論の解釈原則の熱烈な支持者として始まり、そこから、いわゆる扇動テストが導かれた。彼は *United States v. Dennis*, 183 F. 2d 201 (2d Cir. 1950), aff'd, 341 U.S. 494 (1951) 事件における彼の意見——彼の 1958 年のホームズ講演で彼が個人的に抱いた自由な言論の見解——をもって、かなり保守的な立場に結果的に達することになった、see Hand, "The Bill of the Rights" (1958). ここで (ガンサー教授の特徴づけでは) 彼は、「修正第 1 条を、司法的に執行可能な規範としてではなく、一組の道徳的な誓約と」理解した。Gunther, supra n. 47, at 752. とりわけ興味深いことは、「ハンドとホームズが共通の哲学的見解を分け持っていた」ということであり、その内容は「絶対的なものまたは不滅の真理」に対する不信であり、「懐疑主義 ("skepticism")」へのコミットメントであった。Id. at 732-33. ハンドにとって、「寛容は、疑り深いことと表裏一体のものであり、」(id. at 756) また、「私たちの主要な敵は、すぐに信じてしまう性質とその兄弟にあたる不寛容である。」Id. at 766.

57) Gunther, supra n. 47, at 757.

58) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

59) Id. at 271, quoting *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940).

60) Id. at 272-73 (citation omitted).

61) Id. at 273, quoting *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 376 (1947).

62) *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

63) Id. at 15.

64) Id. at 18.

65) Id. at 21.

66) Id.

67) Id. at 25.

68) Id.

69) Id.

70) Berlin, *Four Essays on Liberty* (see chap. 2, n. 44), 112-31.

71) Id. at 131.

第 6 章

線引きとあいまいさの長所

本書が自由な言論の解釈原則についての書物になるのではなく、むしろ自由な言論の原理がアメリカ社会において想定した一つの新しい機能についての書物になることは、その当初から示されていた。私は、その限定を

守ろうと思うが、といっても、その限定が単に自らに課したものではないということも理解されるべきである。自由な言論は、あまりに大きな法領域になったためにどんな単一の書物も一つの理論の含意を描き切ることはできない。

それにもかかわらず、その原理の輪郭に明確な形を与えるために自由な言論の寛容機能が持つかもしれないその種の含意について、少なくとも何らかの示唆を与えることは、望ましいように思われる。したがって、私たちは、本章では修正第1条の解釈原則上の基礎的構造のいくつかの領域を一瞥し、それらを一般的寛容の理論 (the general tolerance theory) に照らして改めて検討する。第7章では、私たちは自由な言論の原理それ自体を実行する過程に内在する潜在的な諸偏見という主題を取りあげる。

I

それでは、民主制の統治制度の維持や、社会的意思決定の合法的諸過程の保持のような、私たちが心に深く抱く社会的諸価値に反する結末に至る恐れのある行為または行動 (たとえばジェノサイドまたは社会内の様々な少数集団への抑圧のように広く不道徳とみられている様々な政策の採用) をどこまで人びとに唱道させて置くべきなのかについて、私たちがどのように考えるかを決定するという修正第1条の基礎的な問題から始めよう。これらの言論の諸活動は、少なくとも言論の自由の原理の下でその社会内でどこまで許されるべきなのか。いかなるテストがそれらの限界を決定するのに適しているのか。

第2章では、私たちは、言論——より正確には社会が言論に対する法的制約の利用に限界を設けること——がその社会に害悪をもたらすことになるかもしれない複雑な道筋を議論し始めた。私たちは、古典モデルが認められると思われた以上に、自由な言論の原理に伴う潜在的なコストの範囲のより完全な理解を探し求めた。第4章は、自由な言論の原理が、なぜ極端と思えるものにまで推し進められ得るのかについての理論を提示し、またそのリスクや害悪についてのよりいっそう完全な説明が、なぜ表現行為から

生じる害悪のスペクトラムに沿って自由な言論の限界を画定するようにその当初から私たちを導かなかつたのかについて説明すると思われる理論を提示した。しかし、自由な言論の理念を極端なものにまで追求することを賢明にも選択すると私たちが述べることは、私たちがすべての状態と条件の下で言論を寛容に扱うべきであると述べることは同じではない。そうするのは愚かなことであろう。自由な言論は、言論がもたらし得るどんな影響も、あらゆる影響も私たちが引き受けることを意味すべきではないし、また意味することもできない。実際に敵に知らされるならばこの国の敗北や民主制的な諸自由の喪失にかなり確実に導く戦時下の情報について、私たちのうちの誰もそれを開示する個人の権利を、おそらく強く主張しないであろう。ロバート・ジャクソン (Robert Jackson) 裁判官が数年前前に警告したように、修正第1条は全体としての合衆国憲法と同様に、「自殺協定 (“suicide pact”）」¹⁾になるべきではない。

もちろん、これは、まさに自由な言論が「絶対的 (“absolute”）」であるというレトリックにもかかわらず、なぜ自由な言論の解釈原則の構造が言論活動に対する規制のために多くの「諸例外 (“exceptions”）」を常に含むのかの理由である。ホームズにとって、*Schenck* 判決ではこれがポイントであった。つまり、「連邦議会が防止する権限を有する実質的な害悪を [その言葉] がもたらす明白かつ現在の危険」にその社会が直面したということである。彼は、「それは、近接性または程度の問題である」と述べた。²⁾ *Abrams* 判決では、ホームズは、その潜在的な害悪についての切迫性と重大性の要素を強調することによってそのテストを強化するように思われた。すなわち、「私たちはひどく嫌い、死を賭けて戦おうと思う意見の表明に対する抑制の試みにつねに慎重であるべきと私は考える。その即時の抑制がその国を救うために求められるほど、それらの意見がその法律の合法的でかつ急を要する諸目的への即時の妨害となる切迫した恐れがないかぎり。」³⁾ その後の *Whitney* 事件では、ブランダイスは、その定式に再び言及した。すなわち「しかし、[法律] 違反の唱道でさえも」と彼は述べた、「し

かしながら、道徳的には非難されるべきであるが、その唱道が扇動にならず、またその唱道が、即時に実行されることを示す何ものもないところでは、自由な言論を否定する正当な理由ではない。」⁴⁾彼は、その危険が「重大 (“serious”)」でなければならないことを付け加えた。すなわち「切迫した危険でさえもその感知され得る弊害が相当に重大でないならば、有効な民主制に欠くことのできない、これらの諸機能のその禁止に訴えることを正当化できない。……言論が何らかの暴力または財産の破壊を招く傾向があるということでは、その言論弾圧を正当化するのに十分ではない。当該州への重大な被害の蓋然性が存在しなければならない。」⁵⁾

「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」基準のこれらの改訂版——またはおそらく単に理解しやすくすること——に関して、ミクルジョンは、その基準の下で課せられる、言論に対する制限に同意し得ると判断した。ミクルジョンは、オリジナルの「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」基準が、ホームズとブランドイスの双方が独自に導入した「諸修正 (“modifications”)」によって革新的に変化し、「廃止した (“abandoned”)」とさえ考えたにもかかわらず、彼自身は、自由な言論が「緊急事態 (“emergency”)」では一時停止され得ることあるいは制限され得ることに賛成した。それは公共的な議論が一方の当事者だけによるのではなく、平等にすべての当事者たちによる実りある議論に必要な秩序が回復されるまで止められなければならないと政府が宣言する権利および義務を、自由な言論の唱道者がどんなに熱心でも否定できないときである。」⁶⁾そのような「緊急事態 (“emergency”)」を宣言するための諸条件は、「一連の具体的な思想の危険な性格にではなく、その期間に、そのコミュニティが直面する政策の諸争点についての合理的な検討をそのコミュニティにできないようにさせる社会情勢に見出されるべきであった。そのように定義される緊急事態では、偏った諸思想が市民たちによって公平にかつ知的に聞かれる機会を与えられる保障はあり得ない。あらゆる思想が公平にかつ十分に提示される保障はあり得ない。」⁷⁾

自由な言論を「絶対的なもの (“absolute”)」と理解するという点でもっ

とも揺るぎない提唱者たちの一人としてのミクルジョンの世評を所与とするならば、いくつかの社会状態で言論に制限を課す必要性に対するミクルジョンの受容は、自由な言論に関わる法がそのような何らかの制限を認める継続的な意志を反映する。それは、ヴァリエーションに富んでいる。「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」アプローチに取って代わる一つの有名な代案は、「扇動 (“incitement”)」基準として通常呼ばれているものであり、これは、ラーニッド・ハンド (Learned Hand) が *The Masses* 事件⁸⁾として知られる第一次世界大戦期の事例で提示されたものである。当時、ハンドは、連邦地方裁判所の裁判官の地位にあった。ハンドの考えは、違法行為の明示的な唱道は禁止され得るが、たとえ成功した説得の実際のリスクがどうあれ、自由な言論は、「その法律に抗議することが他者の義務または他者の利益であることをその他者に力説するまでに到らない」⁹⁾言論者を保護することになるというものであった。ハンドは、その境界線の特殊性が執行上の一貫性をもたらすことを期待したが、これは「マルクス・アントニウス (“Mark Anthony”)」問題で相殺された。すなわち、ハンドの基準の下では、その社会はどんなに危険が重大でも非合法なものへの暗黙の (*implicit*) 訴えを制約することができない。¹⁰⁾現在の修正第1条の判例法理がホームズとブランダイスの「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”)」テストをハンドの扇動テストに結合した一つのテストの具体化であるという見解を表明した人もいた。すなわち、そのような結論は、*Brandenburg v. Ohio* 事件での1969年の合衆国最高裁判決からの陳述についての一つの解釈に基づき到達されたものである。つまり「自由な言論および自由な出版の憲法上の保障は、次の例外の場合を除き、暴力の使用または法律違反の唱道を、国家が禁止したりまたはその保護の剥奪をしたりすることを許さない。その例外とは、そのような唱道が切迫した非合法な行為の扇動または発生に向けられ、かつそのような行為の扇動または発生の見込みがある場合である。」¹¹⁾しかしながら、「唱道 (“advocacy”)」と「扇動または発生 (“inciting or producing”)」が非合法なものに明示的に訴えることだけに言及することを意図したものであるかど

うかは、自明ではない。

第一に、重要なことは、最終的に決めるべき特定のテストではなく、むしろ私たちが自由な言論に何らかの限界を設定しなければならないという共通の同意から始めることである——つまり、私たちは、どんなに危険でもすべての言論にその社会が自己抑制を行使すべきであると主張するつもりはないということである。同時に、同様に重要なのは、「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”）」式のテストが、言論から生じる可能性のある社会的害悪の非常に狭い範囲に——すなわちその社会に特に有害と見なされるある種の会話からその行動へと変わるようにその聴衆が説得されるリスクに——焦点を当てるように見えると気づくことである。第2章での議論に基づく限り、明らかであると言うべきは、これが言論の寛容がコミュニティにもたらし得る被害の唯一の方法ではないということである。したがって、これが表現規制の許される唯一の根拠であると理解することは驚きであろう。実際に、時とともに言論のいくつかの「諸カテゴリー (“categories”）」は、修正第1条下の保護から多少なりとも締め出された。たとえそれらが即時の説得の恐れとしてほとんど何もたらさないとしてもである。これらのカテゴリーの主なものとしては、喧嘩言葉、文書名誉毀損およびわいせつがある。

1942年に *Chaplinsky v. New Hampshire* 事件で合衆国最高裁は、これらの領域を修正第1条下の保護の余地のないものとしてはじめて理解した。「このような発話」は、と合衆国最高裁は判示した、「思想の表明の不可欠な部分ではなく、また真理へのステップとして本当にわずかな社会的価値しかなく、それらから引き出されるベネフィットは秩序および道徳に対する社会的関心よりも明らかに見劣りする」。¹²⁾ 多くの人びとは、*Chaplinsky* 判決が提示したと思われる分析の「二層 (“two level”）」方式に反対した。というのもその分析方式の下で言論活動のいくつかの領域は、修正第1条分析の諸目的からすれば完全に無視され得るからである。¹³⁾ その後、もちろん *New York Times Co. v. Sullivan* 事件から始まる文書名誉毀損の領域

は、それを修正第1条の考慮事項によりよく合致させるように実質的に再形成された。*Sullivan* 判決によって始められた一連の諸事例において合衆国最高裁は、憲法の準則の一つのパターンを開発した。そのパターンによって、少なくとも公職や公人に関して州は事実の誤認から生じた個人の評判に対する損害賠償を求めることはできないと一般に考えられる。それも、「現実の悪意 (“actual malice”）」と呼ばれるものをもって、すなわち虚偽の事実であることを知っていたこと、あるいはそれらの虚偽の事実は無頓着にも無視したことをもって、その陳述がなされていないかぎりであるが。しかしながら、文書名誉毀損によって手付かずにおかれている州規制の領域は今もなおかなり大きく、この規制を許すために、*Chaplinsky* 判決によって提示された基本的な論拠はそれ以降の諸事例に知れ渡った。すなわち、たとえば *Getz v. Welch* 事件において合衆国最高裁は次のように述べた。すなわち文書名誉毀損的な陳述は、完全には保護されない。というのも意図的な虚偽も不注意な虚偽もどちらも公共的な争点について「禁止されていない、力強い、広く開かれた」討論という点での社会の利益を実質的に促進しないからであり、また「事実についての虚偽の陳述には憲法上の価値が存在しない」¹⁴⁾からである。

わいせつ分野での同等の努力は、規制に対して修正第1条のいくつかの制限を課すために行われた。すなわち、ポルノグラフィに対する規制の理由は、ポルノグラフィがしばしば人びとに犯罪をするように「説得する (“persuade”）」という根拠に基づき提示されるにもかかわらず、一般的には提示されたその論拠は、そのような表現の持つ最低限度の「社会的価値 (“social value”）」に関係する。

わいせつについての問題は、書物が女性を妊娠させるかどうか、あるいはセックスや暴力の映画が男性を犯罪に向かわせるかどうかではない。そのような観点からその問題を見ることは、わいせつの問題を「明白かつ現在の危険 (“clear and present danger”）」の分析に押し込む試みである。またその一致は悪性のものである。考えてみてほしい。書物は女性

を妊娠させない。少なくとも犯罪の場合と同様に妊娠にはその他の確率の高い原因がたくさん存在する。¹⁵⁾

わいせつのための合憲性のテストは、その領域における初期の事例で提示されたものであるが、聴衆の不正行為が切迫しているかどうかを問うものではなく、その作品が「欠点を埋め合わせるだけの社会的価値 (“redeeming social value”）」を有する何かを含んでいるかどうかを問うものであった。¹⁶⁾

また、そうだとしても、「喧嘩言葉 (“fighting words”）」を例外とすることは、その限界を審査する一連の異なる諸裁判所および諸事例の中を生き残った。とはいうものの、面と向かっての接触においてなされる個人的に失礼な意見にだけ適用するために——スコーク論争でのその役割についての開口一番の議論から想起されるように——判例法理によって狭く定義されたと一般に言われている。その言論者のメッセージに対して「敵対的な (“hostile”）」聴衆からの暴力の問題は、実際はまさに言論を規制する喧嘩言葉の拡大されたヴァリエーションであるが、他方で、イリノイ州の集団的文書名誉毀損法の合憲性をめぐる *Beauharnais v. Illinois* 事件¹⁷⁾における 1952 年の合衆国最高裁判決のような数少ない例外をもって、かなり強固に拒否された。したがって、喧嘩言葉という例外はかなり閉じ込められてきたのだが、とはいうものの、その保持は主としてそのような言論が「社会的価値 (“social value”）」¹⁸⁾をほとんど持たないことに基づいて正当化され続けている。

今日、これらの言論活動の様々な領域（すなわち、喧嘩言葉、文書名誉毀損、わいせつ、明白かつ現在の危険のある種のヴァージョン）を、修正第 1 条の主要な例外を構成するものと理解することが一般的である。すなわち、修正第 1 条の事案のための分析手法は、よく提案されかつ適用され、そこでは表現に対する規制がそれらのカテゴリーの一つに該当しないかぎり、それは違憲であると言われる。¹⁹⁾言い換えれば、もしも当該州が、その言論が「危険な (“dangerous”）」または「不快な (“offensive”）」ものであ

るという理由で、公共的な議論という文脈においてコミュニケーションを統制または制約しようとするならば、当該州はそれらを修正第1条の下で続行するためにはその言論がこれらの「諸カテゴリー (“categories”）」の一つに送り届けるその言論の特質や状況に合わせるができなければならない。

さて、自由な言論の限界についての思考法は、その社会がその只中でどれほどの、どんな種類の言論活動を寛容に扱わなければならないのかを決定するという不可欠な作業のために案内役を務める原理になるべきものを十分に反映していない。いかなる例外が生み出されるべきかを決定する際に私たちがそれをもって引き受けることのできる一貫性のある論拠または賢明な基準を提供するためにはその思考法はあまりに狭すぎる。

修正第1条に限界を課すための論拠を開発する際に私たちが遭遇する問題は、*Chaplinsky* 判決とその所産がその例外に辿りつく道筋を論じるその満足の行かない方法が、うまく実例をあげて説明するとともに、実際にそこから始まる。ある種の言論は、と合衆国最高裁は、次のように述べた、「社会的価値 (“social value”）」を欠き、「真理探求という点で小さな一歩」のみを意味する。この言論は、真理探求にとってそのような小さなベネフィットしか持たないので、とりわけ、問題となる競合する社会的利益——「秩序や道徳 (“order and morality”）」や個人の評判などの維持——が比較的重要なときには、保護を差し控えることが適切になる。しかしこのような自由な言論の見方は、基本的に誤った方向に導かれたものである。というのも、社会的価値の不在は、自由な言論の原理が適用できるかできないかを定めるものではないからであり、実際は、それよりもむしろ、そのように想定された価値の不在は（もしあるとしても）保護のため、より正確には寛容のための主要な理由である（その問題は、価値 (*value*) という用語の意味の別のレベルが存在するという点に存するのであろうが）。私たちが社会的価値のないものと思うもの、あるいはホームズという言葉によれば、私たちが「ひどく嫌い、死をかけてもよいと思う」ものに対する自己

抑制こそが、その出来事を真に価値のあるものに変え、たとえ変えないとしても、それは、繰り返し強調するに値するであろう。というのも、私たちは、価値があると思っている言論のための保護というよりも、むしろ、私たちが私たち自身について獲得する洞察や教訓のための保護や、私たちの一般的寛容を増進するための保護の追加される保障手段をそれによって手に入れるからである。これも、さらに増進されなければならない「社会的利益 (“social interest”）」であり、*Chaplinsky* 判決のような諸事例において言及された社会的利益とは異なるのだが、それは自由な言論の原理を見合わせることも、むしろその原理を適用することを要請する。

ここでも、これは、あらゆる (*all*) 言論に対する寛容または自己抑制が、修正第1条のより広い目的の下で要請されると言っているのではない。それにもかかわらず、一般的な寛容の能力を高めるという観点から自由な言論の機能を見ることは、どこにまたどのように限界が引かれるべきかを理解することを始めることである。その出発点は、次のようなものであると思われる。すなわち言論行動に対する自己抑制を人びとにあまりに強く期待しすぎる社会において、また、寛容を力説することが自由な言論の熱望される諸目的にとって逆効果を生むような社会においては、いくつかの通常以上の時と条件が存在する。自由な言論の限界について考えるためのこの出発点は、その表現が「社会的価値 (“social value”）」を持つかどうかを問うことよりも好ましいように思われる。あらゆる法分野では、また修正第1条の領域においても同様にあてはまることであるが、私たちはどこまで私たち自身をありのままに受け止めるべきなのか、またそれに基づき法の原理を構成すべきなのか、さらには私たちはどこまで私たち自身を行動のより高次の段階へ押しあげることを目指すべきなのかを根本的な疑問として決定しなければならない。一般的なルールとして自由な言論は、法の原理の改革主義の陣営に属するものと見なされるべきである。しかしその目標がもはや現実的に受け入れられなくなるときや私たちがその拡大を追求することによってその目的がいつそう脅かされる時があるかもしれない。

喧嘩言葉の文脈は、心をかき乱すような言論行動に直面して、自由な言論の原理を通じて自己抑制の限界をテストしたいと思う願望と、自己抑制が少なくともほとんどの人びとにとって維持することがあまりに困難な文脈でその原理を適用する際に遭遇する実践的な困難さと間のまさにこのタイプの緊張関係を示すのに役立つ一つの具体例を提供する。非常に失礼な言葉遣いの場合、その種の異議申し立てから感じるそのタイプの圧迫感に負けないことの重要性について、何かを学ぶ手段として自己抑制を力説することから得られるものがほとんどないと思うのは、まさに合理的である。何世紀もの間、決闘は、個人の私的な「名誉 (“honor”）」への言葉による異議申し立て——もちろん、ホームズが不寛容への衝動の根源にあるものとして *Abrams* 判決において指摘した、言葉によって攻撃された個人のアイデンティティについてのまさに同様の争点を引き起こす異議申し立て——に対する一般によく行われ、時には社会が期待することさえもある応答であった。今日では私たちはそのような応答の禁止を選択するが、それらの応答の根底にある行動へと向かう過剰な必要は、異議申し立てを行う行動の極端なヴァージョンが法的に許されかつ暴力的な応答が禁止されているような環境を効果的に作り出す余裕がある私たちほど十分には、まだ休止状態にないのであろう。

その一方で、多くの人々がすぐに気づいたように、私たちはそのような例外を封じ込めるという困難な問題に直面する。というのも、もしも手綱を緩めたならば、それは、自由な言論の全目的を完全に無視することができたからである。「やじる人 (“Hecklers”）」は、言論活動に対する実際上の「拒否権 (“vote”）」を与えられるであろうし、また、その原理を骨抜きにするこの手段を回避するために、私たちは、寛容の一般的なルールをかなぐり捨ててするための正当な根拠として、聴衆による暴力の高い蓋然性さえも拒否しなければならない。²⁰⁾ そのような状況下でその原理を維持する理由は、暴力という予想されるまたは事実上の応答が、価値のある言論活動を妨げることになるからではなく、むしろその理由はそのような応答を封じ込めることが、またそのような応答の性質について何かを学ぶことが、実

のところ自由な言論の原理の一つの主要な教訓であるからである。

情報上および観念形成上の無内容についてではなく、寛容を力説することの限定的な社会的有効性についての同種の評価は、修正第1条下でポルノグラフィティ規制に伝統的に認められる例外の根底にあるものとみなされ得る。ポルノグラフィティが社会的価値を欠くと主張することは、ポルノグラフィに対する社会的寛容のベネフィットと害悪についての議論をわいせつがその視聴者に異性と交際させ、性犯罪を犯すように誘惑することによって犯罪行為の原因になると主張するのと同列の、過度に単純化された水準に連れてくることである。即時の説得のリスクは別にして、ポルノグラフィの頒布を法的に寛容に扱うように強いられる場合に、その社会が認識できる被害を被っていないと考えることは、単なる見せかけである。その種の言論活動から生じる社会的害悪の性質および範囲は、確実によりずっと複雑である。ポルノグラフィ規制のために例外を作るかどうかに関する討議の中で、当を得た調査は、ポルノグラフィの魅力が、もしもそれを楽しむことが許されるならば、禁止または統制する法的な制裁力よりもはるかに勝って、いろいろな形で人びとの行動に影響を与え得る思考の一つのパターンにどの程度依存しているのかについての調査であるべきである。²¹⁾ 家族、共同体、攻撃性などに対する態度は、ポルノグラフィを通じて楽しむファンタジーに結びつけられ得る。さらには、ポルノグラフィによって促進された思考方法と、その他の望ましくない社会的行動との間の気づかれている関連性は、ポルノグラフィを、その共同体がその一般的価値に関して象徴的な発言を行う重要な場所にすることができる。

これらの考慮事項のすべては、女性一般に対する攻撃および差別と、ポルノグラフィとの気づかれている関連性を理由にポルノグラフィ的な表現物を禁止する女性たちの運動の重要な部分による努力の結果として、終わりのないわいせつ論議の中で近年表面化してきた。²²⁾ わいせつ物がこれらの態度の「原因になる (“causes”）」かどうかは、完全にその要点ではない。というのもわいせつ物は、そのような態度の視覚的および極端な表明を内容とすると言言されており、したがってその社会がそのような思考方法の

法的な禁止によって象徴的に拒否するのに適した分野であるからである。(人種の分野では、「エイモスとアンディ (“Amos ‘n’ Andy, ”)」のような、いくつかのラジオおよびテレビ番組、ちびくろサンボ (*Little Black Sambo*) のような児童書、さらにはサンボの (*Sambo's*) のようなレストランの名前は、たとえ主要な原因を必ずしも構成しないとしても、広範囲に行き渡った黒人に対する先入観を反映すると非難されたとき、私たちは言論に対する寛容の幅広い有害性についてと、象徴的な発言の可能性についてわいせつの場合と同種の認識を持つ。)

しかしながら、わいせつに関してはコミュニティの価値観を象徴的に断言する重要な機会の寛容や提示が難しいというその種の言論のもつ扱いにくい性格を、その他の種類の言論と区別するために、それでもまだ何かを言わなければならない。その答えは、ポルノグラフィについて人びとが抱える問題が、その魅力にあるいはその魅力に対する恐れにあると数年前に述べた精神科医のウィラード・ゲイリン (Willard Gaylin) の示唆の中にあるかもしれない。²³⁾ 私たちの嫌悪感は私たちの願望と無関係ではないように思われる。別の言葉で言えば、わいせつ物が提示する真の社会的困難は、寛容が意味するものについての混同の可能性にある。明らかに、これは、なされるべきもっとも困難な判断であるが、私たちは、ポスト・フロイト主義の時代に生きているため、その法則の中にいる者は、性本能が容易に推定され得ないという主張も、その本能が個人のアイデンティティの中核に位置し、おそらく個々人からなるコミュニティのアイデンティティの中核に位置するという主張も、どちらも不用意に退けることはできない。パーソナリティにおける性本能の中心性は、私たちが修正第1条によって義務づけられる寛容の一般的な領域からわいせつを分離させたいという願望にもっともよい説明を提供する。(しかしながら、私は、その争点についての私たちの研究がとるべき方向性だけを示すつもりであって、その解答まで示すつもりはないと、前述したように、ここでも強調して置くべきであろう。)

その一方で、文書名誉毀損は、評価するのがより難しい例外である。私

たちは、真理探求という企てにとつてのそのような文書名誉毀損的な陳述の相対的価値を、私たちが寛容に扱うべきであると主張するその他の言論と比較するならば、またしても「社会的価値 (“social value”）」の欠如に注目することによる例外が、個人の評判を侵害する、事実に関する虚偽の陳述から生じると説明することは、難しい。少なくともその他の言論活動の領域が、修正第 1 条の中に持ち込んだ規制に長い間服してきたということのを所与とするならば、わいせつの場合と同様に、文書名誉毀損に該当する陳述が歴史的に規制されてきたことは、確かにもっとも大切であるというわけではないが、重要であり得る。おそらく、何人かが示唆したように、個人の名誉や評判を維持するというこの社会の利益が、言論が通常妨げる他の利益よりもたしかにさらに根深いのは事実である。²⁴⁾

しかしながら、私たちは、文書名誉毀損のための例外を作るかどうかという問題に関して一つの考慮すべき重要なことを取り上げることができ。それは、一個人が言論行為によって害を加えられたという事実から生じる。より大きなコミュニティがではなく、一人の人間が言論活動の害悪の矢面に立つ傾向があるとき、自由な言論の原理の主要な目的が、寛容の重要性を強調することによって実現されない傾向がある。というのも、自由な言論の持つ寛容の機能は、社会的権力 (*social power*) を持つ者たちの改善に、つまり全体としてのコミュニティに、あるいは、それらのコミュニティの人数や地位のために権限の手綱を実際に持つ (あるいは持つ合理的な機会のある) 人びとに、第一義的に焦点を当てるからである。これは、ホームズやミケルジョンのような人びとが、その他の多くの人びととともに、社会的な相互作用を案内すべき知的性格を明らかにする試みを行ったときに、名宛人としていた主な聴衆である。ところで、文書名誉毀損の場合、コミュニティは、名誉を毀損された原告に対する強制や処罰の (非公式では、もちろんであるが、それにもかかわらず、前述したように、かなりの権力の) 制度を実際に実施している。自制を身に付ける手段として言論行為に対する寛容をそこで力説することは、控えめに言っても、異常である。すなわち、これは、次の場合にとりわけそうである。つまり、名誉

毀損の告訴のときによく起こるように、そのコミュニティの強制的な応答がそれ自体過度であるときや、法的な判断とは別に、そのコミュニティの応答がその他の何らかの手段によって好転する見込みが少ししかないときである（「真理が虚偽に迫いつくことは滅多にない」と名誉毀損の陳述についてよく言われることである）。

喧嘩言葉、わいせつおよび文書名誉毀損、これら三つの例外について考えることは、自由な言論の持つ寛容機能の理解の観点からすれば、私たちがその原理に対して課す制限について、より一般的に考えることに役立つ。具体的に言えば、私たちは、その寛容機能が人間の必要性という現実にときおり身を委ねなければならないことを認めるように導かれる。それらの三つの確立された例外の背後にある考慮事項は、それらの個別のカテゴリーに分離させられるものではなく、また何らかの異なる前提に基づいて始めることは、言論の自由の見地からすれば逆効果であろう。

前に指摘したように、私たちは、いくつかの諸問題について、また私たちの社会生活上のいくつかの時点で、いくつかの言論行為に対する寛容を人びとに期待することがあまりに単純すぎるということを出発点として採用すべきである。全面的で確固とした寛容の必要性を主張することの結果として被る社会へのマイナス効果は、自由な言論の企ての諸目標を上回る。これに関連して、寛容の能力を推し進めるという私たちの努力に限界を設けることの重要性についてのこの判断を、通常は支持すると思われていない一つの具体例を、すなわち宗教的な信念がこの社会で扱われる仕方を検討してみよう。

もちろん、修正第1条は言論および出版の自由を規定するだけでなく、もう一つの条項で宗教の自由を規定する。しかしながら、これは、個人が自由に自らの宗教を實踐し布教することを保障する——そのことは自由な言論の条項によって一般的に言論に与えられた諸自由とその自由を平行に走らせるものであるが——とともに (*and*)、どんな公認の「国教 (“establishment”）」からも宗教的圏域を分離することを保障する。²⁵⁾その

後者の但書は、差し当たりの諸目的にとって主要な利益と重要性を持つ。というのも、その効果は、私たちの政治生活から宗教を——全面的にはなく、それをめったにないものにするほどに——取り除くのに不可欠であるからである。宗教的なプログラムを実施したり援助したりする権限を政策決定者から奪うことによって、またこの社会における倫理として理解されるだけのものを、宗教と政治が分離されるべき問題であるという一般的な意味から強めることによって、そのことはなされる。確かに、宗教生活と政治生活とを別個の圏域に分けることは厳格には維持されず、首尾一貫して支持されるものでもない。すなわち、宗教の聖職者は、公的問題について減多に話さないとは言えないし、ときおり政治的な公職に就く。ヴェトナムや市民権運動の時代に起こったように。そのとき、宗教の指導者たちが特に強い道徳的な意見を公共的な議論にもたらした。そしてごく最近では、妊娠中絶に関してそうである。しかしながら、近年の歴史のほとんどの地点で、その規範とその強調は、その他の方面でも存在した。すなわち、宗教は「私的な（“private”）」領分の一部であり、かつ分離された世俗的世界の政治部門と理解される。宗教が公共的な議論に影響を及ぼしていると思われるときに、その参加者たちの持つ強い宗教上のアイデンティティのためか、あるいはそれらの参加者たちによって使われる宗教上の用語のためかどちらにせよ、少なくとも不快の表明や超えられてしまった重要な一線の表明が、典型的に存在することになる。²⁶⁾

なぜその社会は宗教的思考のためにそのように一般的に狭い役割を維持し、それを公的部門から分離するというこの道に従ったのか。思うに、その答えの主要な部分は、不和を生じさせる、破壊的でさえある不寛容を宗教上の信念が作り出すきわめて大きな可能性にある。²⁷⁾基本的に平和な社会を維持するという観点からすれば、宗教の持つ難しさは、人びとが容易に話すことのできるものではないということである。宗教に関する議論は、あらゆる家族が知っているように、手に負えないものであり、議論している人を熱いやりととりへと導き、殴り合いの喧嘩にさえ導くことになる。今日世界のいたるところでの主要な対立を見るととき（例えばアイルラ

ンド、インド、中東における)、私たちはその多くが宗教上の意見の相違に源を発していることを理解する。合衆国では、宗教上の信念が社会的対立を生む可能性は、公共的な議論から宗教を本質的に排除することによって、それを非公共的な争点に変えることによって処理されてきた。

宗教について当てはまることは、つまり人びとが自らの宗教上の信念に対する開かれた議論や自己懷疑を寛容にすることができないということは、人びとの生活のその他の側面についても当てはまることである。私たちは、自分の子供たちについて考えるときに両親に客観的になるように期待しないし、配偶者、友人たちのお互いについてさえも、少なくとも人びとが税の負担をどのように配分するかについて客観的に考えることを期待するときほどではない。私たちが愛や愛着を感じる人びとについて考える方法は、私たちが、冷たい超然とした態度で、そのような思考を絶えず見直す準備をする心構えとは、かなりの程度まで一致しない。愛は、宗教上の信条と同様に、批判的な判断を控える何ものかを要求する。

これは、同様に、国家生活のいつくかの時期に当てはまるように思われる。無批判な信念が必須の時代、自己懷疑がほとんど寛容にされない時代、心からのコミットメントが必要とされている時代がある。これが国家に当てはまるもっとも明らかな時代は、国家が総力を挙げた戦争に、とりわけその生き残りに不可欠と思われる戦争に参加する時である。その時、ホームズが *Abrams* 判決で私たちのために明らかにした、そしていま、その社会の外部の一つの政党に関わる、寛容のメッセージの影響は、飛躍的により深刻になる。そのような時代には、その国家は家族のようになり、またそのコミュニティの大義に、通常よりもある程度まで無批判的にコミットすることが個人の名誉の問題になる。私は誇張するが、しかしそれはそのような時代に出現しがちな思考の十分な意味を伝えるためにだけそうする。人は、継続的な意見の相違に刺激された分裂と怒りを理解するためには、近年の戦争に参加した諸社会——フォークランドにおける英国、レバノンにおけるイスラエル²⁸⁾——での意見の相違によって作られる対立を少なくとも眺める必要がある（とというのは、私はこれらを言論

に制限を加えるのに適当な機会の具体例としてではなく、制限を許すとき (*when*) を決定する際に考慮されなければならないその種の緊張関係及び国内の対立の具体例として用いる)。

寛容につきものの不安定と疑いを処理するコミュニティの能力または無能力に対する感受性を求めるこの訴えこそが、ホームズが *Schenck* 判決における自由な言論についての最初の意見の中で、またその後の *Abrams* 判決における方向転換の中で述べようとしたもののルーツにあったと思われる。ホームズは、次のように考えている点で確かに正しかった。つまり「あらゆる行為のその性格もその行為が行われた状況に左右される」。また「国家が戦争状態にある」とき、「平時に言えたかもしれない多くのことは、兵士たちが戦闘中であるかぎり、戦争努力の妨害であり、その結果、それらの発言は認められないであろう……。」²⁹⁾自由な言論はその文脈に対する感受性を持った制度であり、そうでなければならぬし、また戦時は意見の相違を寛容に扱う能力が、悪名高くより限定される文脈であり、そこでは寛容のリスクを許す能力が通常かなり減少するし、またそこではその目下の大義へのコミットメントと決意をはっきりと示す必要性が同時に増加する。不寛容の必要性の根底にあるこれらの懸念は、単なる即時的な説得のリスクへの懸念よりもはるかに大きく、より複雑である。まさにこのより大きな現実認識が、*Schenck* 判決のホームズの次のような有名な具体例の中で示唆的に述べられる。すなわち「自由な言論のもっとも厳格な保護でも、映画館で火事だと虚偽の叫びをあげ、パニックを引き起こす者を保護しないであろう。」

「混雑した映画館で火事だと叫ぶこと」というこの具体例は、いつも自由な言論の理論家たちにとって、不思議なことにあいまい (*Delphic*) であった。それは、自由な言論に何らかの限界を画そうとする者の誰もが、通常引き合いに出すものであるが、その引用は、その具体例が力強く具体的に説明したように、自由な言論には、いくつかの (*some*) 限界が存在しなければならないという、助けにならないほど切れ味の悪い、当然、議論を引き起こさない主張として通常単に盲目的に推挙されるが、他方で、それは、

お返しに通常の公共的な議論の統制にとって完全に不適切なものとして自由な言論の擁護者によって怒りをもってよく捨てられる。ホームズの具体例は、当惑の種、関連のあるものとならないものとの認識の欠落、自由な言論に対する初期の感受性の欠如の反映のようものと思われた。ホームズは、公共的な議論の限界について考えるための「不適当な (“inapt”）」比喻と「不毛な具体例 (“sterile example”）」を提示すると非難された。³⁰⁾

それどころか、その仮定に基づく事柄には驚くほど関連のないものがあるように見える。*Schenck* 判決は、その時代とそのジャンルのその他の事例と同様に、激情を掻き立てる様々なものを含むものではあるが、政治的な唱道を内容とした。政治的なイデオロギーはそれらの諸事例で攻撃されるが、政治的または社会的争点にほとんどまたはまったく関係しない事柄に関する事実の虚偽の陳述なのではない。偽証罪を規定する法律が言論の自由で憲法違反の制限を課すと真剣に説く者はいなかった。さらに付け加えれば、その仮定に基づく事柄の文脈は歪んでいるように思われる。*Schenck* 判決での強く主張されたその言論に伴うリスクが意見の表明（その徴兵に対する抗議を主張すること）から生じたものであるのに対して、映画館という具体例の問題は、虚偽の一般的な陳述から生じたものである。したがって、一つの具体的な説明として、その具体例は、明らかに正しいのではあるが、「不適当 (“inapt”）」であるとともに「不毛 (“sterile”）」であるように思われる。

しかし、その仮定に基づく事柄がかなり当を得ていることになる、一つの意味、非常に重要な意味が存在する。それが示唆的に提起する社会的問題は、聞き手の反応に与える言論のインパクトであり、(好意的であろうが敵対的であろうが) 言論者に対するだけでなく、お互いに対するそれである。その懸念は、ここでは一般のコミュニティ内の諸関係の衰退に対するそれである。混雑した映画館での話し手が、他者を刺激するときにパニックが起り、それまでその集団を国内的には市民とさせていた結束は、そのときに散り散りになった。かつてその集団を一緒にしていた纏まりや寛容は、人をも殺しかねない残忍な競争と私欲とに置き換えられた。私た

ちはその点を痛快するが、言論は、社会を規範的に纏まりのあるものにする集団的な紐帯を破壊できる。

これは、警報の嘘のメッセージと同様に、より抽象的な思想を伝達する言論にも当てはまることである。とりわけ危機の時代に大衆内の意見の相違は飛躍的に増大する。すなわち、新しい思想が生み出され、これまで存在していたそれらの思想がより強硬になることがよくある。しかしその問題は程度にある。第 2 章で記したように、現実にもスコーク事件の申し立ての理由は、そのナチの行進のリスクの一つが、ユダヤ人、キリスト教徒および黒人とのコミュニティでかろうじて維持されている平和的な共存の破壊であった。その申し立ては、この事例における判決全体に及ぼすその申し立ての最終的なメリットあるいはインパクトがどんなものであれ、少なくとも展開されるべきであったし、慎重に検討されるべきであった。これまでと同様に今日でもそうなのだが、そのような議論は、解釈原則上の構造に認められた場所をもたず（喧嘩言葉のような分離されたカテゴリーによる場合は別として）、また審査のための当然の手段として認められる代わりに、信じられないというような、または、ぼかんとした顔で迎えられる傾向にある。

以上述べた議論が結果的に行き着くのは、いくつかの非常に限定された状態または条件の下で言論活動を自由に統制あるいは規制できることが社会にとって決定的に重要であることを認める一つの抗弁である。人が喧嘩言葉、わいせつおよび文書名誉毀損のための伝統的な例外のその妥当性またはその適切な封じ込めについてどんなことを思おうとも、それらは、まさに（自然に理解されるならば）例外に関連する考慮事項を少なくとも実例をもって説明または反映する。おそらく、不寛容への衝動の通常以上の力についてと、それに付随する、その衝動の統制を確立することの社会的必要性についての私たちの理解を深めることによって、私たちは、その衝動の不可避性ととも、それどころかその衝動の望ましきにより敏感になると同時に、それに付随する、自由な言論の諸問題に対する私たちの評

価に、その感受性を反映させる必要性にも同様により敏感となるということは、奇妙に思えるが、しかしそれにもかかわらず依然として真実である。このアングルから検討するならば、修正第1条の解釈原則がこの何年かの間にその原理の下で求められた寛容の程度を確立するために、言語的に固定されたテストを考案するのが困難であったことも、あるいは言論のいくつかのカテゴリーが社会規制のより惜しみないレベルのために開拓されたということも、驚くべきことではない。

その領域を体系づける主要な原理は、私の思うところによれば、次のような内容でなければならない。すなわち、どんなものであれ言葉による定式化が自由な言論の分析のための出発点として最終的に使われるとしても、それは、言論によって生じ得る広範囲にわたる多様な社会的害悪を考慮することを許しかつおそらく招くほど柔軟でなければならず、そのうえ、他方で自由な言論の重要な制度上の役割、つまりその企ての主要な目的が、寛容の限界をその社会の通常の基準によって正常とされるものをはるかに越えて押し広げることであるということを反映するほど強くなければならない。特定の言論者が特定の聴衆に即時的かつ重大な非言論的行為をとる気にさせた場合を除き、たとえ危機に瀕している社会情勢がどんなものであれ、あらゆる状況で寛容を主張することは、もっともばかげているであろう。寛容のためのどんな社会の能力も（どんな個人の能力と同様に）その社会内の諸条件が変わるにつれておそらく変化すると思わなければならないであろう。ある時点でなされたことの、その他の時点でなされたことにとっての妥当性に、この決定的な時間的な限界を所与とするならば、抽象的な——いやむしろ意識的にあいまいな、と人は言うかもしれないが——解釈原則上の基準の方を選ぶことが得策のように思うであろう。この目的にとって、「明白かつ現在の危険（“clear and present danger”）」の基準は、ホームズがはじめに提案したものであるが、私たちがその危険（*danger*）という用語に、それが持つべき広いかつ繊細な適用範囲を与えるならば、申し分のない定式化であるように思われる。

しかしながら、一つの適切な基準についてのこの見解が、自由な言論の

原理がどのように適用されるべきかについての多数を占める態度（ある人は支配的な態度と言うかもしれないが）と鋭くぶつかり合うことを認めなければならない。修正第1条の限界線を引くという問題を扱った私たちの時代の論文の多くは、要塞モデルの態度を反映し、またほとんどの著者たちは、その原理を適用する際に可能な限り少ない柔軟性と、あるいは可能なかぎり高い確実性を提供する何らかの基準に傾くように思われる。これの根底にある前提はいくつかあり、もうすでに自明のことである。すなわち、原因はどうあれ、感情的になりやすい社会的な不寛容の時代があるであろうし、そのとき大衆の多くまたは大衆のほぼすべてが自由な言論の原理の廃棄を強く求めてくる。また、裁判官たちはその種の公衆の圧力に動かされやすく、したがってその多数者にその道を取らせたいような気になる（言論に対する過度の不寛容の傾向をときどき持つと同時に）。また、これらの圧力に直面した司法の崩壊に対抗するために私たちが持つ最良の保障は、執行以外のどんな選択をも現実に排除する、あいまいでない基準や一連の先例である。当然のことながら、もしもあなたがこの根底にあるパースペクティブを採用するならば、コミュニティまたは連邦政府が検閲の擁護を求めるとどんな訴訟も、スコーク事件で起きたように、強い警戒をもって見られ、このことは、裁判官たちが自由な言論の原理のために行うことができる最善が、可能な限り迅速にその原理に対する異議の申し立てを退けることであるという助言をなぜ裁判官たちが通常受けるかを説明する。その他の点では、訴訟の遅滞やコストだけでも検閲と同じくらい悪いと考えられる。それゆえ、これは、なぜスコーク事件における自由な言論の多くの支持者たちがその事件を（略式で却下させるべきであり、実際にそうだったように、一年以上引き延ばされるべきでない）「イージー・ケース（“easy case”）」であると何度も繰り返して公言するのかを説明する。

自由な言論の解釈原則上の構造について長年にわたり広い影響を及ぼしているこの思考方法がまったく自然であるのも理解できるが（第7章でまさにどんなに自然かを私たちは取り上げる予定である）、それは、有効な自由な言論の原理にとって憂慮すべき障壁になるので、抵抗すべきものであ

る。

もちろん、最初の疑問は、言論活動の保護のための固定的なかつ裁判上不変の法的基準の探求が、実務的な世界において現実には希望のないかつドン・キホーテ的な企てではないのかである。その一般的な争点は、非常に複雑である（私たちは第3章の結論ですでに提示した議論を繰り返して述べる必要はないであろう）が、しかし今世紀の修正第1条の現実の歴史が、次のような見解にそれほど慰めを与えないことを心に刻み込むことは価値がある。その見解とは、不寛容の必要性が社会に漂っているときに、言論に対する寛容を力説するためにはかなり明白な民衆の支持で身を固めた裁判官たちが、実際にそう力説するというものである。³¹⁾「より明白な(“clearer”)」、より確実な基準が、よりうまく働くかどうかはもちろん問題であるが、しかし実際にあらゆる人が、いくつかの(*some*)例外は言論規制のために作らなければならないと主張してきたことを心に銘記することは重要であり、それは少なくとも修正第1条の法理において「絶対的な(“absolute”)」は常に相対的な概念になることを意味する。

「固定的な(“fixed”)」または柔軟性のない基準が定式化できるものなのか、あるいは現実に使えるのかどうかという問題は別にして、それがそれに値するものなのかという問題は残る。私たちは、コミュニティのその中で言論に対して寛容にするように強いられるとき、そのコミュニティが被る種々の害悪を検討した。そして、特定の事件で実際に生じるそのような害悪は、その固定したルールによって潜在的に確保される追加の保護という点での利得と、利益衡量されなければならない。ハンドによって提案された扇動テストは（このテストは言論者が明示的に法の侵害を提唱しなにかぎり言論者を規制から一定不変に守ると定めるものとして広く解釈されていた。）十中八九、軽率な者や無知な者の処罰を許す結果になり（彼らは法の網を潜り抜けることに気を使っていない）、また真の非常事態の時期に本当に危険な人物の処罰を禁じることになる。それどころか、私たちはまた、言論領域の不寛容がうまく閉じ込められたときに、他に選択可能な不寛容のどんな発現形式が生じるかを検討しなければならない。言論活動

に対する法的強制が抑制されただけでは、それがその他の形式で再び浮上しないことを意味しない。その自由な言論の結果が高度に恣意的でかつ社会的に受け入れられないものと捉えられ勝ちなので、その不寛容はその他の社会的相互作用の諸領域で実際に刺激を受け、さらには過度に走ることになる。

確実な諸テストと自由な言論の領域における固定的かつ永続的な結果を切望することは、以下のような見解を前提とする。すなわち自由な言論は、真の価値を有する言論であると思えるものを法的な検閲から保護するという限定的な目的に、ほぼ例外なく懸念を抱いているという見解である。その見解では、言論の保護はどんなにその代償を払っても賢明であると思われるが、その懸念が一般的に社会的相互作用にとって重要な一つの実験の一般的な開発に関するときはそうではない。

それゆえ、私たちが自由な言論の社会的機能についてのより広いパースペクティブをとればとるほど、それにとって適切なテストを決めるという問題はますます異なったものに見えてくる。実際に、自由な言論が一般的な能力の追求に関連しているという見解は、訴訟を悩みの原因としてではなく、一つの好機 (*opportunity*) として理解するように私たちを導く。

訴訟は、自由な言論が話題にしようとした思考材料について、コミュニティが考えるための枠組みやその機会を提供する。もしも事件がコンピュータのように効率よく却下されるならば、そのような問題は、公共的な言説から除去されるか、あるいは可能性としては検閲に好意的な考慮事項が強調される傾向がおそらくより強い一つの文脈 (立法府) でのみ取り上げられることになる。さらには、訴訟手続は、(おそらく正当なまたは理解できる諸理由のために) 寛容の立場に悩まされている人びとが、言論活動によって表明された思考方法に、彼らの拒絶を表現することを可能にするフォーラムを提供する。私たちは、それらの人びとが彼らの懸念をはっきり説明することを促進すべきであり、そうするならば、彼らの主張は、適切に聞かれ、検討され得るし、また、その結果、その人びとは彼ら自身で彼らの持つ動機となった懸念についてのより周到な理解に辿り着く。という

のも、(再び自由な言論の古典的なヴィジョンから一つの考えを借用するならば) 彼ら自身が話すのを聞くことによって、彼らは自分たちが考えていることをより理解することができるからである。時間は、その目標に辿り着くために欠かせないものであり、また柔軟性のある基準は、その目標に辿り着くために必要な時間に欠くことができない。

また、訴訟の感情表出機能は、寛容の実行や自由な言論の象徴的機能の保持をより可能にする。私が第4章で示唆したように、個別の事例で寛容のための責任を裁判所に移すことは重要であるが、しかし責任の部分的移動を内容とするその捉えにくい手続の重要な構成要素は、その言論に反対する人びとに、彼らが反対する理由をはっきりと説明する機会を確保している。さらにはその事件によって一種の要約機能が重要にも実現される。というのも、何世代にもわたって自由な言論の原理によって提示される教訓がどうしても伝えられなければならないからである。

最後に、私たちは、どんな制度にしてもその目的についての有効かつ明確な理念を持つことの重要性を過小評価すべきではない。修正第1条が、利益衡量の手法に従ってあるいはカテゴリー化の手法に従って適用されるべきかについての長い間の討論でそのもっとも深刻でかつまだ気づかれていない困難の一つは、その討論の参加者たちがそこに持ち出す自由な言論の原理の、その根底にある諸目的についての諸前提の決定的な重要性に払うべき注意を欠いていたことである。³²⁾ 私たちがそれらの諸目的について明らかでなければならないほど、あるいは擁護されている自由な言論の立場を評価するためにそれらの諸目的が説得的でなければならないほど、たとえどんなアプローチが採用されたとしても、私たちはその原理を採用するときにますます困難を感じることになる。利益衡量がアド・ホック(個別事件ごとの)原理に基づき、個々の事例の特定の言論のベネフィットとその言論の諸結果として維持された社会的「被害(“injury”)」を比較衡量するという特定の形式を採用するとき、それは、裁判所が寛容のための判決に辿り着くのに不利であるという理由で、当然批判される。また、もしも人が寛容から手に入れることのできる「ベネフィット(“benefits”)」を、

この特定の対面から生じるベネフィットとして、また例えば公共的な情報または一般的な知識の蓄積にとつての増加分のようなものとして理解するとき、人はなぜそのような審査がカテゴリー主義者によって恐れられるのかをすぐに理解することができる。しかしいまその問題は、自由な言論の制度についての私たちがとる理解の分岐点として適切にも理解され得る。もしも私たちが、通常以上の寛容の立場が一般に保障される、社会活動の一部の領域が、自由な言論であるということから生じるものとして自由な言論のその「ベネフィット (“benefits”）」を理解するならば、その審査は、まったく自由な言論に対して不利には働かない。私たちが自由な言論を使って達成しようとするものについての私たちの考えを変えることによって、私たちは、それがどのように適用されるべきかについての議論のその用語を根本的に変える。利益衡量は、利益衡量されるものに危険にも依拠しているように見える。その社会での寛容の倫理を生み出すのに役立つ自由な言論の機能に従って自由な言論を理解することにより、その手法はより魅力的に変えられるとともに、より魅力的なものになる。

以上のような自由な言論の事例における線引きに向けての一般的なアプローチに関する議論を閉じるにあたり、どのようにいま提案された基準の下で過激派の言論についての同時代の事例に私たちがアプローチするかを検討するのは有益のように思われる。ここでもこれらの諸目的のためにスコーク訴訟を活用してみよう。スコーク事件のような同時代の事例に焦点を当てることがとりわけ重要なのは、ここで主張した基準は、私たちがその論争時に支配的であった諸条件についての周到な感受性の継続を要求するからである。そのことは、すぐに付け加えなければならないのであるが、次のことを言いたいのではない。つまりあらゆる判決が必然的に時に拘束された重要性だけを持つと言っているのでもなければ、その原理は、つらい時期でその害悪が重大であるときに、容易に廃止され得るとも言っているのではない。私たちは、自由な言論の寛容原理の下で、通常以上の自己抑制に対する分かりやすいコミットメントから、したがってそれと連

動して、文脈に敏感であろうとする意志から始める。それは、自由な言論の原理が私たちに寛容に有利な強い推定から始めることを求めるという考えであり、その寛容原理が提案する、自己抑制によってその社会が利益を得ることになる様々な方法で、得るものがほとんど、またはまったくなく、他方でそれと比較すれば失うものがかなり多いと確定された後でのみこの推定は覆される。

私たちは、すでに（第4章で）一般的寛容の機能がスコークキ事件の文脈における自己抑制の強調に有利に働くいくつかの重要な点を検討した。確かに疑いもなく、これは過度の不寛容が生じる可能性 (*potential*) のある一つの場面であった。ただその場面だけが、裁判所が懸念を抱くべきものであり、あるいは現実に即して懸念を抱くことができるものである。ほとんどの人びとは、疑いもなくそのナチスとの対面においてコントロールを失う恐れ、過度の不寛容をもって行動する恐れを感じていた。多くの人びとは、一人のスコークキの住人によって次のように忘れがたく表現された同一化という、共通の厄介で複雑な感情を抱いたに違いない。つまり彼は次のように述べた。「私は自分が自由のデモ行進者に反対するブルー・コナー (Bull Conner) であるように思える。」³³⁾ スコークキ事件は、また、それが広範囲にわたる公衆の注意を引いたという理由で、寛容および不寛容についてのこれらの争点に光を当てるのに打って付けの事例であった。これらの点でスコークキ事件は、その種の個人およびコミュニティの争点を引き出すのに、つまり非常に厄介な思考方法と対面するのに打って付けの事例であり、まさに自由な言論のその機能が発揮された事例である。

しかしその寛容の害悪は実際に非常に大きかったのか。この問題に十分かつ明確な答えを与えることは難しい。というのも、第2章で述べたように、スコークキ事件において裁判所は残念なことに寛容の害悪の十分な検討を引き受けることに無理解であったからである。そのすべての責めが裁判所の敷居の高さにあるのではない。というのも、市自体も、そのナチの言論を寛容に扱うことの結果として被りそうな害悪の範囲にもっともよく光を当てる仕方での申し立てを強調しなかったからである。その言論によ

って悲しい記録を喚起させられた結果として多くのユダヤ人が被ると思われる、あり得る身体的な被害について、心理学者たちによる証言があった。その証言によれば、そのような被害の可能性はこの言論行為が身体的暴行と同等であることを示し、その証言がさらに主張するところによれば、引き続いて、そのことは、身体的攻撃がそうであるようにその言論行為が当然に規制に服することを証明した。³⁴⁾その言論に含まれる、心理的および身体的被害のこれらの評価の妥当性がどのようなものであれ、規制を正当化する主張を促進する手段としてそのような被害を非言論行為の被害と相互関連させる試みはそれだけで、言論活動を寛容に扱う理由についての修正第 1 条の分析の根底にある深刻な混乱をここでも際立たせる。自由な言論は、言論がまったく（またはより少ない）被害（身体的な被害でさえも）の原因でないという想定に基づいていないし、あるいは基づくべきではない。すなわち、私たちは被害を想定するが、それ以上に、より大きな社会的なベネフィットが、寛容行為によって習得される教訓から引き出されることを想定する。

それにもかかわらず、私たちは、スコーク事件の記録が寛容のコストという争点について、それがそうあってほしいと思うほど完全ではないことを認める一方で、そのコストに関する私たちの最善の評価は、寛容の推定を放棄するように私たちを導くのであろうか。ここで私は、次のように考える。すなわち、私たちは現実に即して、そのコストには憂慮すべきかつ社会的に有害な行為を行うように人をすぐにでも説得させる可能性を内容として含まなかったことを認めなければならない。しかし、その害悪は、わいせつ、喧嘩言葉または文書名誉毀損に対する諸規制の対象外にするように私たちを導く害悪と同じと考えられるほどの重大さであったのか。私の判断は、そうではないというものである。

修正第 1 条の例外のわいせつを議論した際に、私たちが寛容を選択することの理由についての混乱があり得るという問題について、ある判断に達することの重要性を検討した。これは、そのナチの言論についての実体のある十分な懸念事項ではないように思われる。反ユダヤ主義は、アメリカ

社会における一つの問題ではある（まさに本件における一つの潜在的争点であったであろうほどの重大さである）が、反ユダヤ主義は、寛容を暗黙の見逃しという一つの行為に変えるほど強いものではないし、あるいはそんなに根付いていない。この社会は、この意味でドイツのような状況にはない。ドイツでは今日でさえ疑いもなく寛容によって含意されるものに対する恐れを理由に、その社会がナチの象徴的な意味に対して通常以上の制約を維持している。³⁵⁾

だが、スコーク市で申請された行進は、より大きな社会の中のわずかな構成員たちだけに重大な被害を与える試みであったということではできないであろう。これは、その事例を文書名誉毀損と同種のものに、それゆえ当然修正第1条の対象外にしなかったか。繰り返すが、私は、両者の類似性を比較することに反対する方がよい判断であると考え。あいまいさに関する研究としてスコーク事件を魅惑的にしているものの一つは、コミュニケーションされている「メッセージ ("message")」の複雑さのその程度であった。私たちは、第1章で次のように記した。すなわち、そのナチスが表現することを望み、彼らが主張した明示的なメッセージは、彼らの自由な言論の権利が不当にも否定されているというものであった。しかしながら、私たちは、それとは別に、伝達することを意図したと誰もが分かっていた、メッセージであることがかなり明確であったものに、私たちの注意を向けることができる。これらのメッセージもまた重要なことに混ざり合っていた。すなわち、それらは、反ユダヤ主義だけでなく、一般的な政治綱領としてのナチズムを内容としたし、また、そのようなメッセージの混合の重要さは、スコーク市という限定されたコミュニティだけではなく、社会全体に対する攻撃として、その言論を考えることを可能にさせるということであった。ある程度までより大きな社会は、より小さなコミュニティの利益を自分自身の中に吸収することができた。すなわち、より大きな社会は、その被った害悪に共感することができた。というのも、より大きな社会は、その害悪を分かち合ったからである。このようにしてその被害は切り離されなかった。寛容の意味もそれほど混乱させられなかったし、反ユ

ダヤ主義という争点についてかなり不安を取り除くことが可能になった。

以上述べたこれらの諸要素が、スコーキ事件にかかわるコストの重大さを強力に緩和した。訴訟の機会は、関係のある争点に本気で取り組むための説得力のあるフォーラムを提供したし、また、その裁判官たちは、寛容を選択するためにすぐにその責任を引き受けることができた。この後者の争点に関して、まるで人身攻撃を行った言論者に対して仕返しを試みる際にそれをとめる友達の手屈した者のように、多くのユダヤ人が、寛容であれという命令を半ば歓迎したことは、決して断言することはできなかったであろうが、おそらく真実であった。

II

さてここでは、修正第 1 条の基本的な諸争点のもう一つのグループについて、またそれらの諸争点について、特に顕著なパースペクティブについて考えてみよう。しかも寛容の原理の下で達成された理解が、解釈原則の開発の際にどのように私たちの手助けとなり得るかを実例をあげて説明する手段として、そのパースペクティブを考えてみる。私たちは、言論活動の時、場所および方法に関する規制と、通常は象徴的言論と呼ばれる表現的な非言論的行動についての規制を検討することにする。もしもその社会が思想または表現を禁止しようとせず、その思想が表現され得る状態——その表現の時、場所または方法——だけを規制しようとするならば、そのような規制は、修正第 1 条の下でどのように扱われるべきなのか。さらに加えて、もしもその社会が、ヴェトナム戦争中に起こったように、戦争に抗議しての腕章の着用または徴兵カードの焼却のような非言語的行動を制約したいならば、修正第 1 条はその種の規制について何か言うべきことがあるのだろうか。私たちが知るようになるのは、自由な言論についての一般的寛容の理論が、特定の諸事例での判断に到達するための基礎はもちろんのこと、これらの諸問題についての体系化された思考方法を私たちに提供することである。

まず初めに、時および場所の規制を考えてみよう。繰り返しになるが、

言論活動のタイミングとロケーションに対する何らかの制限が許されるべきであるということは、かなり明確であるように思われ、実際に誰もこれについて異議を唱える者はいない。私たちが嫌う言論の弱まることのない連呼に私たちのうちの誰もが耐えることができない。何らかの避難は認められなければならない、また、他者がその熱弁によって私たちの話しをさえぎることができたならば、私たちは、正当に続行したいと思っていた数多くの諸活動に何らかの保護を受けなければならない。根本のところ、公的・私的財産制度は、見事に組み込まれかつ現に稼働する妥協を提供する。とはいうものの、その制度は（近隣での拡声器使用の禁止のように）付け加えられた諸規制によってある程度までその不足を補わなければならない。それゆえ次第にでき上がってきたその制度はとても理に適っている。基本的にはその諸事例は、都市の公的領域では——公共の歩道、公園およびそれに類するものでは——言論活動は相対的に妨げられないようにしなければならないと判示する。しかし住居は別問題であり、そこでは言論からより多く隔離されることが許される。³⁶⁾人びとは、政治的な反対意見を回避できなければならない。そして、それは、私たちがコミュニティの一部を言論活動のために相対的に開かれたものと指定し、他方で他の部分を幾分より閉ざされたものにして置くならば、どんな関係者たちにとっても最善の解決法であるように思われる。すなわち、それよりもっと一様に調整された制度は、おそらくあらゆる人にとってより良い結果をもたらさないであろう——ここでまた私たちは、自由な言論の解釈原則それ自体の中に、規制された領域と規制されない領域の混合された制度の有益な利用を反映したものを見ることになる。

その一般的な寛容のパースペクティブの下で、これらの種類の諸事例におけるキーとなる懸念は、不人気な言論活動によって私たちに対面したいと思う者たちに、そうするための重大かつ有意義な機会を提供することである。重大かつ有意義な機会の内容をなすものは、もちろん激しい議論のある論点である。私たちは、多くの難しい諸判断がなされないまま残っていることを認めるのだが、私たちがそのような諸判断を最終的に行わなけ

ればならなくなるその一般的な枠組みを明らかにすることは、決して小さいとはいえない成果である。時、場所および方法という解釈原則に関するもっとも重大な諸問題のうちの一つは、「自由な言論の諸利益 (“free speech interests”）」が（典型的には、安寧、ゴミ捨て禁止地域および渋滞のない交通の流れの維持のようなものを内容とする）規制によって促進される「社会的諸利益 (“social interests”）」を上回るかどうかを審査することを超えて、裁判所がその解釈原則の下でどのように諸事例を分析すべきかについての明確な意味が存在しないことであった。自由な言論の一般的寛容の機能は、問題となっている「自由な言論の諸利益 (“free speech interests”）」の定義の供給に役立ち、したがって、利益衡量がより合理的に達成され得るところのパースペクティブを与える。

これは、自由な言論の諸事例における時、場所および方法という伝統的な分析についてのもう一つの欠陥へと私たちを導く。これは、通常は暗示的であり、ときどきかなり明示的に伝達される意味であるが、つまり、そのような諸規制は、言論の「内容 (“content”）」を理由にその言論活動の制約を意図する諸規制ほど、修正第 1 条が仕える利益を概して深刻には侵害しないという意味である。ある程度までこれは事実であるが、それは重大なことに過大視され、そのように考えることの悪影響は非現実的であるとはいえない。もしも自由な言論がほとんど、あるいはほぼすべての社会的相互作用に私たちが持ち込むことになる知的性格について、何かを私たちが学び取ろうとする社会的相互作用における一つの問題として機能するならば、その中心となる懸念は、それらの教訓を学び取る可能性の高い状態に対するものであるべきである。すなわち、それが可能であるか否かという問いが、その対面が生じる可能性の高い好機を制限する諸規制に対してはるかに寛大でありながら、あらゆる内容規制を禁止することに私たちを導く。私たちが一般に採用する立場は、決して自明ではない。ある種の感情を害する言論との頻繁なかつ十分な対面は、あらゆる言論とのより限定的な接触よりも、多くのベネフィットがあり得る。私たちは、時、場所および方法の諸規制が、自動的に第二層目の問題、つまり修正第 1 条のパー

スペクティブから見てそれほど厄介でない問題であるとする前提から始めるならば、修正第1条に重大な害を与えることになる。

そのうえ、私は「方法 (“manner”）」規制について何かを言わなければならない。その理由はそれほどその概念があまりに包括的であり、あまりに漠然としているので、時、場所の規制と同じレベルで扱うことができないからである（その両者とも方法の概念に含まれる）。その第一の問題は、方法規制が、言論活動が生じ得るところの状態以上のものを侵害することができることである。すなわち、それは、その言論活動それ自体をカヴァーあるいは適用し得る。たとえば、*Cohen v. California* 事件において当該州は次のように主張した。つまり、コーエンのファック・ザ・ドラフトと書かれたものが、その最初の単語が多くの人にとって感情を害し、さらに話す方法だけが規制されているということを理由にして禁止される。また、次のように言われた。コーエンは、その徴兵に対する自分の意見を表現するための別の方法を容易に見つけ出すことができる。もちろん、この主張に対してハーラン裁判官は、否定的に対応した。すなわち、その複数の単語がつなぎ合わされるその「方法 (“way”）」と、実際に伝達されるメッセージとを分けることは不可能である。³⁷⁾彼は続けて、この特定の用語はその徴兵に対するコーエンの情緒的な感情の深さを表現するうえで重要であり、それは自由な言論によって保護される当然のかつ重要な要素である。

ハーランの結論は正しかった。しかし彼が与えた理由は、完全には満足できるものではない。異なった言語を使うことによって同じ (*the same*) 考えを表現することができるかと主張する、その基本的な点に関して彼は正しくないかと主張できるであろう。これは答えるのに難しい異議申立てであるが、しかしそれはここで私が力説したい内容ではない。むしろ私は次のように言いたい。すなわち、その問題はその四文字の「メッセージ (“message”）」を、その徴兵についてのメッセージに関連づけるところにある。コーエンは、多くの (*many*) 様々な陳述を行ったが、そのうちのいくつかは、その徴兵とは何ら関係のないものであったということも十分あり得ることであろう（実際に、私はかなりの確率でそう思う）。その徴兵の

問題と、ファック (*fuck*) という用語を関連させることによって、その用語の言語上の効用を理解することは、コーエンのジャケット (およびそれに付随する行動) から発信する可能性のある陳述をあまりに狭く解釈することである。彼が、賛同できない様々な態度や価値を抱く人びとに異議申立てをしたり彼らの感情を害したりするような方法で、その用語を使っていたことも何ら不思議ではなかった。したがって、その用語の使用は、わいせつな身振りやプッシーのように挑発の意図的行為であった。

この点を指摘する理由は、どんな言論活動においてもその聴衆と言論者の相互作用の複雑さを認める必要性を強調するためである。不寛容は、抽象的な考えの表明が原因では通常は生じないが、その抽象的な考えが表明される方法を理由に生じ、引き続いて、そのことはその言論行為を通じて伝達されるある思考方法を見えるようにする。コーエンが使った用語は、万人にとって反対され得るものではない。それどころか多くの人びとが疑いもなくその用語をときおり使う。問題なのはそれが使われる文脈であり、それはその言論者についての多くのことを見えるようにする。すなわち、その言論者がどのように考えているか、そしてその言論者は彼または彼女の聞き手に何を「言っている (“saying”)」かということを見えるようにする。何がわいせつかを確定するときと同様に、その答えはその言論行為を通じて明らかにされたマインドの中に典型的に見出される。お伽話は、ウィラード・ゲイリン (Willard Gaylin) が私たちに想起させるように、それがわいせつと私たちが感じるような方法で読むことができる。³⁸⁾ しながら、同じことは非言論的行動に対する不寛容についても当てはまり、それは象徴的言論の領域に私たちを導くことになる。

10 年前にジョン・ハート・イリイ (John Hart Ely) 研究科長は、ロー・レビュー紙上の注目に値し大きな影響を与えた論文³⁹⁾の中で、時、所および方法という解釈原則と象徴的言論に関する諸事例を分析した。彼はその論文の中で修正第 1 条分析のためにいくつかの非常に重要な考察を提供した。彼は、彼の分析にとって中心となる事例として *United States v. O'Brien* 事件⁴⁰⁾を用いた。その事例は、オブライエンが彼の徴兵カードを

携帯しなかったために訴追されたものであり、彼はヴェトナム戦争に抗議するために徴兵カードを燃やした。イリイは、修正第1条に関するあらゆる事案で本当に重要なことは、違憲であると異議を唱えられている法のその背後にある懸念が、その言論の「コミュニケーティブ・インパクト (“communicative impact”）」と彼が呼んだものに向けられていたかどうかであるという命題を開発した。コミュニケーティブ・インパクトに関して、イリイは、他者を説得したり聞き手の感受性を害したりするような、言論がなし得ることについての伝統的な観念を念頭に置いているように思われた。いずれにせよ、イリイにとって、その「決定的な問いは、当該州が防ぎたいその害悪が、その被告が伝達している事実から、より具体的にいえば人びとが彼のメッセージに対して採ると思われる反応の仕方から、生じた害悪であるかどうか、それとも、むしろたとえその被告の行動がどうあれ、コミュニケーティブな意義を持たなくとも生じたかどうかである。」⁴¹⁾

もしもその言論を制約する政府の動機がその行為の「コミュニケーティブな意義 (“communicative significance”）」に関するものであったならば、そのとき、イリイによれば、その法は修正第1条の例外の限定されたカテゴリー（わいせつおよび名誉毀損など）のうちの一つに当てはまると確定されないかぎり、違憲と判示されなければならないであろう。他方、その法が徴兵記録の利便性のある制度の維持のような「非コミュニケーティブな (“communicative”）」帰結に懸念を抱いていたならば、そのときに限り「利益衡量 (“balancing”）」の基準が採用されるべきであった。

さて、この分析手法の一つの重要な結果は、時、場所および方法という解釈原則と何が表現の非言語的行為に関係するかという問いを単一の審査へと崩壊させることであった。その要点は、たとえば、これが言論のその「時 (“timing”）」の規制であるかどうかをもはや問うことではなく、むしろ、その時の規制が、その言論のコミュニケーティブ・インパクトを未然に防ぐことに向けられているかどうかを問うことである。同様に、その問いは、これが「表現 (“expression”）」または「行為 (“action”）」のどちらに

向けられた規制なのか、あるいは「言論 (“speech”）」または「行動 (“conduct”）」のどちらに対する規制なのかということではなく（そのどちらも以前に裁判所と学者が審査手法として提示した）、むしろ、その規制がその行動に固有のコミュニケーションに向けられたものなのか、それともその他の何かに向けられたものなのかどうかである。⁴²⁾

イリイはこの分析を多くの諸事例に適用した。それによれば、*O'Brien* 事件は適切に判断された。つまり、少なくとも、そこでは合衆国最高裁は争点になった規制に適切な基準を適用した。その規制の背後にあるとされている立法動機は、効果的な徴兵記録制度の維持管理に向けられていたのであり、コミュニケートされている反戦のメッセージのインパクトに対する懸念を抱いていないので、それは修正第 1 条の第二のレベルの争点であった。すなわち、「政府が依拠したその利益は、選択徴兵制記録の保管に主としてかわるものでありながら、それと同時に、オブライエンの彼の徴兵カードの破損がコミュニケーティブな意義をまったく欠いたならば——たとえば、そのカードをたった一人の野外料理のためにキャンプ・ファイヤーを始めるために火付けに使ったりあるいはふざけてそのカードを彼のごみ箱に投げ入れたりしたならば——脅かされていた利益であった。」⁴³⁾ 他方で、*Tinker v. Des Moines* 事件（黒い腕章の着用が学生たちの間で生じる可能性のある「混乱 (“disruption”）」を理由にそのような着用を禁止する高校の規制が問題となった）は、第一のレベルの事例であった。というのも、その規制の背後にある懸念はその腕章の着用によってコミュニケートされるメッセージに反対するそれらの学生たちの反応を未然に防止することであったからである。同じことは *Cohen* 事件にも当てはまった。すなわち、「*Tinker* 事件と同様に、*Cohen* 事件で決定的な点は、当該州が拠って立つ危険がコーエンの行動のコミュニケーティブな内容から完全に生じた危険であったということである。彼の聴衆が英語を読むことができなかつたならば、それを規制する理由はなかったであろう。」⁴⁴⁾ 公共の建物を損なうことを禁止する規制のようなものについては、「表現の弾圧とはまったく関係のない政府利益が含まれているので、すなわち、砂吹きの費用と

手間が含まれている」⁴⁵⁾ので、これは利益衡量の事例として適切に扱われるべきである。

この分析手法の諸問題は、私がすでに時、場所および方法という解釈原則についての議論で言及した、それらの諸問題から始まる。とりわけ利益衡量がおそらく求められることになるときに、私たちが何を利益衡量すべきかを説明する何らかの理論が必要になる。(さらには、第一のレベルに当てはまった規制がなぜその想定された方法(私がすでに示唆した分析手法は極端に厳格である)で扱われるべきなのかとか、同様に、私たちは、その種の規制のために行う例外をなぜ持つべきなのかということについて理論的に説明する必要がある。加えて、私たちはここで再び、第二のトラックに対する規制(コミュニケーティブ・インパクトに関係のない方)が、第一のトラックに対する規制ほど、どうも格段に厄介なものではないという暗黙の指摘に遭遇する。しかしながら、これは、明らかにされなければならない、より捉えにくいかつ複雑な困難さへと私たちを導く。

規制の背後にある懸念が非コミュニケーティブ・インパクトを保護したいという願望、すなわち砂吹きの出費の回避であるという理由から、公共の建物への落書きのような行動を規制することが、修正第1条の見地からすれば、それほど深刻ではないものとして適切に扱われるというイリイの指摘を検討してみよう。この見解の第一の問題点は、その見解がその規制の適用、執行の背後にある動機の複雑性を過小評価していることであり、その結果、その規制をその可能性として今あるものよりも、より無害でかつ問題がないように思わせる。より具体的に言えば、その見解は、そのような規制が、厄介な言論活動との通常の対面において遭遇する過度の不寛容とまさに同様の諸要素に、可能性として影響を受けることを無視する。この関連性を見過ごすことの最終的な効果は、もちろん、自由な言論の企てにとって絶対的に不可欠な、自由な言論の原理と他の社会的規制および相互作用との間の意味の転移をとめることである。

ここでのその困難の主要な部分は、落書きを書くという行為に含まれる「表現("expression")」にいくつかの異なった種類があるということ私た

ちが見ないことから生じる。ある人が公共の建物の入口に「グアテマラから出て行け」と書くとき、その人は、コーエンや彼のジャケットについて当てはまると私たちが理解したように、その社会がグアテマラから撤退するという勧告の他に、多くのことを言っている。落書きの書き手は、当局あるいは公共財に対する軽蔑を「表現して (“expressing”）」おり、より小奇麗な美的環境を選好する人びとに対するその書き手の態度や「ブルジョアの (“bourgeois”）」規範などについての何かを「言って (“saying”）」いるのかもしれない。しばしば、そのような行為の中に敵意または軽蔑という根底になる態度がある。それは破壊的な行為であり、なぜトイレにチョークと黒板とを備え付けるという施策が落書きの問題に対する有効な解決法に決してならないかの理由である。

よりいっそう重要なことに、汚損という行為に反映されそれによって伝達されるこれらの根底にある感情——あるいは思考方法——は、その違反者に対する私たちの（または私たちの代表の）応答に疑いなく影響を与えるということを、私たちは理解しなければならない。換言するならば、私たちの応答は、私たちが一つの言論行為（たとえば下品な言葉の使用）に対する妥当な応答に辿り着こうとするうえで出くわす同様の対立や困難によって潜在的に悩まされることになる。いやそれどころか、かりに私たちが言論行為の不寛容の背後にある動機の基礎を、コミュニケーティブ・インパクトにではなく、その行為によって表明される思考方法に懸念を抱くものと説明するならば、その方がより良く、正確でもあろう。言論者を処罰するように人びとを掻き立てるものは、明示的なメッセージではまったくないということがよくあり——私たちはその徴兵制が恥ずべき社会政策であり、廃止されるべきであることについて、その言論者に同意することはできる——、そうではなく（いくつかの例をあげるならば）、その見解が表現されたときに表明される「無神経 (“insensitivity”）」または「思慮のなさ (“thought lessness”）」または極端な「敵意 (“hostility”）」と私たちが呼ぶものである。そして、それと同じことが非言論行為にも当てはまり、それらの行為の背後にある思考方法は、それらの行為に対する私たちの応答

を特徴づける。

したがって、落書きの書き手に対処するときに、私たちの動機が砂吹きの出費を負担せざるを得ないことに対する懸念に還元され得ると仮定することは、その違反者のマインドおよび一般的態度についてのこの不可避的に入り交じった諸々の懸念を無視することである。その要点は、必要でない出費の回避が一つの懸念事項ではないということではなく、あるいはそのような要素（すなわち、その行為の背後にあるマインドに懸念を抱いていないという要素）の存在が自由な言論の限界を描くために役立つ適切な項目ではないということでもなく、むしろ、そのような要素が存在するときに、私たちが示すその応答が、私たちが「言論（“speech”）」のみに対処するときに私たちを非常に悩ますまさに同様の感情によって、つねに事実上影響を受けているということを中心に留めて置くことが重要である、ということである。行動のコミュニケーティブ・インパクトに対する懸念とその他の懸念との間に何らかの明確な線が存在するときには、そんな多大な時間もかからずに社会的規制が行われ、そしてまさにそのような現実があるからこそ自由な言論の原理が私たちにとってそのように大きな潜在的な意味を持つのである。

そこで、その仮説についての中心的な問題——そしてその仮説を自由な言論についての私たちの思考から見て危険にさらすもの——は、私たちが「グアテマラから出ていけ」というメッセージに懸念を抱いていないのであれば、私たちがその行動のコミュニケーティブ・インパクトに実際に懸念を抱いていないという印象をその仮説が伝えるということである。したがって、最初になすべきことは、そのテストを基本的に言い直すことである。すなわち、私たちは次の場合に利益衡量をすべきである。つまり、その行為に現れる思考方法（イリイの用語で言えば、そのメッセージのコミュニケーティブ・インパクト）についての懸念が存在しない場合ではなく（というのもどんな事例であれそれが稀なので）、むしろ表出した思考方法についての懸念に付け加えられる懸念が存在する場合である（それは通常は人や財産に対する直接的な物理的被害を内容とする）。

このように言うことは、私たちが自由な言論の限定要素（パラメーター）を明らかにしようとする試みの中で一つのジレンマまで私たち自身を連れて行くことである。そのジレンマは次のような仕方である。すなわち、私たちは、言論活動に対する不寛容を動機づける感情が、ユニークであるとともに、基本的に悪で、私たちの尊敬または敬意に本質的に値しないというある種の暗黙の前提から私たちの分析を始めた。私たちは、それと同様の尊敬が、非言論行動に対する私たちの反応の背後でしばしば働くということを理解するようになるにつれて、私たちは、自由な言論の理念の下で私たちが行っていることにより広範な象徴性を理解することができるだけでなく、言論行為に対するそれらの感情のあり得る妥当性を理解することができる。その関連性は、潜在的な意味を刺激するとともに、第 4 章での議論を通じて私たちが理解したように、私たちがそのような意味を追求するにつれて正当な諸利益の自らに課す犠牲を浮き彫りにする。

ある程度まで、私たちが自由な言論の原理の下でコミットするその特別な通常以上の寛容のために、行動のどんなタイプが選ばれることになるのかについての決定は、基本的には教育的な懸念にかかわる。相異なる行動への私たちの不寛容な応答のその背後にある動機の道徳的な（*moral*）正当性についての判断を基礎に、どんな線も引くことはできず、あるいはは言論行為と非言論行為が寛容に扱われるときに一般に被害のその程度（*degree*）を基礎に引くこともできない。

それにもかかわらず、今日、私たちが考えるような自由な言論の原理の下でも、人びとが他者の言論行為に対面するときには被害の回避だけに懸念を抱いている規制を、自由な言論の原理によってカバーされる行動の第一位のカテゴリーとして扱うべきであるという実際に稼働しているコンセンサスが存在するように思われる。私たちは、その選択の一つの結果として真の被害を被っていると認めるかぎり、そしてそれと同じ被害が非言論行為によって被っていることを認めるかぎり、私たちは、その被害が非言論行為によって加えられるときほど、その被害が言論行為によって加えられるときのその同様の（*same*）タイプの被害に意識的に重きを置

かない分析を無理なく続行することができ、なおかつ (*and*) その社会はさらなる様々な被害を回避するためにその非言論行為に反対してきた。

しかしながら、さらによく考えることは、これらの諸目的のために言論行為を非言論行為から分離するさらにもう一つのあり得る根拠——非言論行動のより説得力のあるコミュニケーティブな (*communicative*) 可能性に焦点を当てるもの——を示唆する。言葉は、アイデンティティを手に入れる手軽な手段としてしばしば理解されるので、したがってその言論者の信念または価値の真の「実演 (“demonstration”）」としてあるいは他者のそれらを拒絶する機会を提供する手段として理解されない。ここで、私たちは、どのように自由な言論の領域であらゆる主張がそれ自体に不利な形に戻って来ることがあるかについて、もう一つの具体例に遭遇する。言論行為に法的 (*legal*) 制限を課することが自由であるということは、単なる言語上の宣言であるよりも、コミュニティの価値観を実演する、より効果的な手段であるとまさに第2章で私たちが見たように、また、言論行為に対して通常以上の自己抑制を実際に行うことは、その趣旨の単なる言語上の宣言であるよりも、自由な言論の機能のより効果的な実演になると第4章で私たちが見たように、また同じようにその信念の必要性というものは、*Abrams* 判決でホームズが不寛容の背後にあるその「論理 (“logic”）」に見た、まさにその属性を示すために、より相応しいと思われる行為のより重大な形式へと、言葉から移りたいと多くの言論者たちに思わせることができる、と私たちは予想することができる。それどころか、私たちは、その必要性を（選択肢として人びとが辿り着く傾向のあるその種の行動と比較して）一般的にそれほど害悪のない行動の形式へと導く手段として自由な言論を考えることができる。それでも、その「表現者たち (“speakers”）」が言いたかったことをより強く表現する一つ的手段として、非言論的行動、もっと言えば（おそらく特に）怪我をさせるような非言論的行動に変わる自然な願望が常に存在するであろう。

この移動について興味深いことは、表現内容もエスカレートする傾向があるということである。そのことは、もちろん、なぜ不安定な社会が、予

測される革命のある段階として受け取られるいかなる行為に対しても、早急にまた強行に弾圧するという反応の必要性を感じるかの理由である。このように、まずは言論行為の害悪を回避することに関心のある者に備えて規制に反対するという自由な言論という特別な推定を用意して置くことは、非言論行為のより力強いコミュニケーティブ・インパクトを理由に正当化されるように思われる（イリイの用語法にしばし戻るならば）。

この洞察は、非表現的害悪と表現的害悪の双方にかかわる規制をどのように扱うかという問題だけではなく（落書きの事例に当てはまるように）、表現的被害だけに懸念を抱く、非言論的行動に対する規制について何をすべきであるかという問題に影響がある——たとえば、かりにその規制が反戦の表現を遮断したいという願望に動機づけられていたならば、*O'Brien* 事件に当てはまったと思われるように。検討されなければならない点は、そのような行為がより重大な社会的被害を生む可能性を理由にこれらの種類の諸規制に対して自由な言論がより寛大なアプローチに従うべきかどうかという問題である。徴兵カードの焼却（または他の例でいえば、黒い腕章の着用）のような行動に関しては、重要なことに、それほどひどい被害が生じることはあり得ない。とはいうものの、私たちは、特定の行為の意味するものだけを考慮すべきなのではなく、その他の行為が、反対する手段として言論活動から非言論活動への移動をたどる可能性を検討すべきである（ヴェトナム戦争期に関係があったと思われる具体例を挙げるとすれば軍事施設の焼き払い）。そのうえ、このような諸規制についての私たちの見解は、その規制がどのぐらいはつきりと限定して特定の観点——損壊によるすべての「政治的（“political”）」表現の禁止と反戦表現の禁止との違い——に合わせているのかによって影響される。

一般的な問題として、この種の規制が生じ得るというのも、より正確に言えば、そもそも裁判所がその規制の背後にある動機が表現的害悪だけに懸念を抱いているかどうかを本当に確かめることができるというのも、どちらもあり得ないように思われる。というのも立法者がそのような動機を公然と認めるわけがないし、カムフラージュとして他の懸念を利用するか

らである（おそらく *O'Brien* 事件で生じたように）。立法者の「真の（“real”）」動機を露わにすることは、決して容易なことではない。いずれにせよ、司法部門と立法部門の各々の役割にとっての構造上の密接な関係は、その方向への動きに抵抗するようにその法的なコミュニティの大部分を導くのが常である。⁴⁶⁾ 起こる可能性があるのは、おそらく次のことである。すなわち、表現的被害だけにかなり明確に懸念を抱く、非言論的行動に対する制約は、自由な言論の原理の通常分野に入るものとして扱われるが、他方、それほど明確でない他のものは、放って置かれることになる。今もなお、強固な修正第1条の観点からみても、言論行為が生じるところで自由な言論の境界線を引くことに何がしかの利点が存在する。

私たちは、どのようにして次のことを決めるべきなのか。すなわち、言論活動が自由な言論の一般的寛容の機能の下で演じることになる役割を果たす機会を持つために、どれだけの非言論活動が憲法問題として必要とされるようになるのか。少し前に指摘したように、私たちは、おおよそのバランスに到達するために財産制度を利用する。しかし、私たちは、公的（*public*）財産がある種の言論活動のために提供されなければならないという考えをそれに付け加える。ここでもまた、先に見たように、私たちがその施設の範囲を決定する際に適用すべき基準は、対面の機会が真に存在するのかどうかである。もちろん、それは出発点にすぎないが、それは、一つには、その他の諸々の考慮事項の方向性を示すという理由で重要な出発点である。

道路、公園、歩道は言論活動に開かれてきた。⁴⁷⁾ 公共の建物の両サイドあるいはその中はどうであろうか。これらはイリイの落書きの例が物語るように、一般の言論活動に引き渡されなかった。その理由は、私たちが私たちの公園の安寧と静謐以上に建物の清潔さに価値を置くからであろうか。私は、間接的な場合を除いて、そうは思わない。ここでその解決法は、問題となっている言論活動のその公共性に左右されるように思われる。落書きに関する問題は、わいせつな電話のように、それらが隠れて行われるということである。その種の行動と同様に、コミュニケートされる傾向の

あるメッセージは、もっとも不快なかつ厄介な多様なものについてであることがよくある。隠れた行動についてももっとも困ることは、人びとがその方法で行動する衝動に、その身をまかせてしまうより大きな可能性である。そのことは、破壊的行為による表現目的のより深刻な被害と結びつけられるとき、規制を許す強い擁護論になる。その行為の匿名性は、社会的で非公式の抑制および制裁の巨大なネットワーク網を効果のないものにするのを助け、そして一つの結末としてその行動があまりに多くなり、その社会的被害もあまりに多くなる。自由な言論とともに、私たちは、利用できるときはいつも自然な抑制を賢明にも利用し、自由な言論を公の場での (*pubic*) 言論行為に (おそらく完全にはではなく、それでもやはり大方) 限定することは、抑制の望ましいかつ自然な程度を提供する。

注

第6章

- 1) See *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson, J., dissenting).
- 2) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919).
- 3) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- 4) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 376 (1927) (Brandeis, J., concurring).
- 5) *Id.* at 377-78.
- 6) Meiklejohn, "Free Speech," in *Political Freedom* (see chap. 2, n. 7), 49.
- 7) *Id.*
- 8) *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 Fed. 535 (S. D. N. Y.), rev'd, 246 Fed. 24 (2d Cir. 1917).
- 9) *Id.* at 540.
- 10) Gunther, "Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History," 27 *Stan. L. Rev.* 719, 729 (1975).
- 11) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969) (footnote omitted).
- 12) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).
- 13) See, e.g., Kalven, "The New York Times Case: A Note on 'The Central Meaning of the First Amendment,'" 1964 *Sup. Ct. Rev.* 191, 217-18.
- 14) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).
- 15) Bickel, *The Morality of Consent* (see chap. 2, n. 12), 73.

16) See *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957):

欠点の埋め合わせをする社会的重要性がもっとも少ないあらゆる思想——異端の思想、物議を醸す思想、社会的に優勢な意見にとって嫌悪感を引き起こす思想——でさえも、少なくともそれらがより重要な利益の限定された領域を侵害するという理由で除外されないかぎり、それらの人権保障について十分な保護を受ける。しかし修正第1条の歴史が暗示しているのは、その欠点を補う社会的重要性がまったくないものとしてわいせつを拒否することである。

1973年に合衆国最高裁は、言論がわいせつであり、それゆえ保護されないかどうかを決定するために近年使われるテストを宣言した。すなわち、

事実審の裁判官のための基本的なガイドラインは、次のようなものでなければならない。つまり、(a)「平均人が同時代のコミュニティの基準を適用して」その作品が全体として見た場合に好色的な関心に訴えるものであると考えるかどうか、(b) その作品が適用される州法によって具体的に定義された性行為を明らかに不快感を与える方法で表現または描写するかどうか、および(c) その作品が全体として見た場合に、文学上、芸術上、政治上または科学上の価値を欠いているかどうか。 *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

17) 343 U.S. 250 (1952).

18) *Tribe, American Constitutional Law* (see chap. 1, n. 58), 618: 「しかしながら、近年の合衆国最高裁判決は、修正第1条の保護の例外である『喧嘩言葉 (fighting words)』が狭く解釈されるべきであることを明確にした。……『喧嘩言葉 (fighting words)』法は、もしもそれが、個別にその意見が向けられた者による暴力行為を誘発する直接的な傾向を持つ言葉に限定されないならば、文面上違憲である……。』とトライブは続ける、「政府当局は、もしも見物人の差し迫った暴力が、合理的な群衆整理技術を持って十分に妨止または制限され得るならば、その他の場面で保護される言論を弾圧できない。」 *Id.* at 621. 喧嘩言葉の解釈原則の唱道者たちは、この言論類型が少しもあるいはまったく社会的価値を持たないという提案のために、*Chaplinsky* 判決を引用し続ける。See, e.g., *Rosenfeld v. New Jersey*, 408 U.S. 902, 904 (Powell, Burger, Blackmun, J. J., dissenting).

19) See, e.g., Ely, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis," 88 *Harv. L. Rev.* 1482, 1490-91 (1975).

20) この一般的な争点についての完全な一貫性を反映しないその領域での合衆国最高裁判決のために、see, e.g., *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951); *Gregory v. Chicago*, 394 U.S. 111 (1969); *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). 「やじる人の拒否権 ("heckler's veto")」という用語は、カルバン教授によって導入さ

れた。See Kalven, *The Negro and the First Amendment* (see chap. 5, n. 1), 140-45.
21) See, e.g., Bickel, *The Morality of Consent*, 73-74:

その問題は、売りに出されているわいせつな書籍および図画を入手する権利、あるいはそのわいせつなものへの嗜好を共有する他の者と公共の場所で——目立たないがあらゆる人が出入り可能なところで——集会する権利があるべきかどうかである。この権利を与えることは、私たちのうちのその他の人びとについての世界に影響を及ぼすこと、また、その他のプライバシーやその他の利益を侵害することである。……おそらく私たち一人一人は、もしも望むならば、その目を効果的にそらし、その車を止めることができる。それでも一般的に読まれ、見られ、聞かれ、行われているものは、私たちが望むと望まざるとにかかわらず、全員に影響を及ぼす。というのもそれは私たちの環境を形成しているからである。

22) *American Booksellers Assoc. v. Hudnut*, 598 F. Supp. 1316 (S. D. Ind. 1984) 事件において、連邦地方裁判所は、「画像であれ文字であれ、写実的な、女性の性的に明示的な隷従」と定義された「ポルノグラフィ (“pornography”)」を禁止するインディアナポリスの条例を修正第 1 条下で違憲であると判示した。同様の条例案がミネアポリスの市議会を通過したが、それに市長が拒否権を行使した。一般的には、“The Proposed Minneapolis Pornography Ordinance: Pornography Regulation Versus Civil Rights or Pornography Regulation as Civil Rights?” 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 39 (1985) を参照。

23) See Gaylin, “The Prickly Problems of Pornography,” 77 *Yale L. J.* 579, 582-86 (1968).

24) See Riesman, “Democracy and Defamation: Control of Group Libel,” 42 *Colum. L. Rev.* 727, 730-31 (1942):

私たちの思考は今でも「個人 (“individual”)」と「国家 (“state”)」に関してであり、私たちの名誉毀損法もこんなものだが、脅迫と暴行の法が個人の生命および身体保護であるように、個人の被害に対する保護としてのみ理解される。それゆえ社会集団への名誉毀損の攻撃はまさに実定法の範囲外にあり、集団のための十分な擁護の発見は、多くの技術的障壁に対処しなければならないだけでなく、社会過程における集団の役割を正当に評価することに関するアメリカ法の慣習的な拒否に対処しなければならない。

25) 連邦議会は国教を樹立する一切の法律を制定してはならない……という合衆国憲法の修正第 1 条を参照せよ。

26) この近年の具体例は、1984 年の大統領選挙運動期間内の避妊論争に対する公共的な応答である。See “Abortion Issue Threatens to Become Profoundly Decisive,” *N. Y. Times*, 14 October, 1984, E3, col. 1.; “Mixing Personal Morality and Public Policy,” *N. Y. Times*, 20 September, 1984, A31, col. 1.; “Church vs. State: Historical Concern,”

N. Y. Times, 15 September, 1984, 29, col. 1. See also, "Governor Finds Chicago Prelate an Ally in Debate with O'Connor," *N. Y. Times*, 6 October, 1984, 26, col. 1.; "Kennedy Chides Church Leaders on Role of State," *N. Y. Times*, 11 September, 1984, 1 col. 2; "Excerpts from Kennedy's Remarks on Religion," *N. Y. Times*, 11 September, 1984, 26, col. 1; Lewis, "The Question is Law," *N. Y. Times*, 11 September, 1984, 31, col. 6; "Ferraro Says Religion Won't Influence Policy," *N. Y. Times*, 13 September, 1984, B16, col. 3; "Catholic Theologians Have Mixed Reactions to Cuomo's Notre Dame Talk," *N. Y. Times*, 17 September, 1984, 1213, col. 1; "Episcopal Bishop Says Officials Must Put Law before Tenets," *N. Y. Times*, 17 September, 1984, 1213, col. 1.

27) 宗教の領域における合衆国最高裁の法廷意見は「政治における宗教的な不和」に頻繁に言及するが、とはいうものの、私はそれに値するだけの十分な重要性をそれが与えられているとは思わないし、あるいは公共的な議論の限界を理解するためのその含意が正当に評価されているとも思わない。Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602, 622-23 (1971) 事件においてバーガー主席裁判官は次のように述べた。

日頃の政治的な討論および分裂は、どんなに激しくあるいは党派心があらわでも、私たちの民主制の統治制度の正常かつ健全な現れであるが、宗教的な対立線に沿っての政治的分裂は、修正第1条がそれに対して保護しようと意図した主要な弊害の一つであった。……宗教条項の問題が、統治のあらゆるレベルで対面する無数の争点や問題から注意をそらすことができるほど、私たちの議会においてまた私たちの選挙において重要性を帯びることを許すことは、私たちの全歴史および伝統に対立する。

See also *Walz v. Tax Commn.*, 397 U.S. 664, 695 (1970): すなわち「まさにその性質が執行や計画の詳細に当該州をかかわり合わせがちないくつかのプログラムに当該州政府が参加することは、不当な分断化の招来までエスカレートする可能性がある。」*Board of Educ. v. Allen*, 392 U.S. 236, 254 (1968) (Black, J., dissenting): すなわち「修正第1条の国教禁止は、宗教および宗教学校に対する州の助成が、私たちの中での不和、不調和、憎悪、闘争を生み出すという前提に基づいて書かれた。……」*Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 429 (1962): すなわち「初期のアメリカ人は、熱心な宗教団体が互いに、王、女王、または一時的に権力者の地位に就いた摂政から、正式の許可の政府の印を手に入れるため悪戦苦闘したときにその苦悩、苦難、および苦い不和を知った。」*Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 318-19 (1952) (Black, J., dissenting): すなわち「まさに、18世紀のアメリカ人は多くの好戦的な宗派に分離した宗教的な人びとなので、私たちは、教会と州の完全な分離を維持する憲法的な義務を与えられた。」

28) See, "Impartial Coverage of Crisis Infuriating Some in Britain," *N. Y. Times*, 11 May, 1982, 6, col. 1; "Misled on Falklands, British Press Says," *N. Y. Times*, 29 July, 1982, 3, col. 4; "Israel's Press and the War," *N. Y. Times*, 6 July, 1982, 1, col. 1.

29) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919).

30) See Kalven, "The New York Times Case: A Note on 'the Central Meaning of the

First Amendment,” 1964 Sup. Ct. Rev. 191, 205.

31) 自由な言論の司法的執行が言論の社会的寛容を促進したという立場に対する批評のために、see Nagel, “How Useful Is Judicial Review in Free Speech Cases?,” 69 Cornell L. Rev. 302 (1984).

32) これは、自由な言論が「絶対的なもの (“absolute”）」あるいは「利益衡量 (“balancing”）」に服するものとして扱うべきかどうかについての論争における古典的なやりとりに関わる基本的な問題である。See Frantz, “The First Amendment in the Balance,” 71 Yale L. J. 1424 (1962); Mendelson, “On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance,” 50 Calif. L. Rev. 821 (1962), and Frantz, “Is the First Amendment Law? —A Reply to Professor Mendelson,” 51 Calif. L. Rev. 729 (1963).

33) Neier, *Defending My Enemy* (see chap. 1, n. 2), 59.

34) See, “Testimony on the Psychological Effects of Racial Slurs,” by David Gutman, Ph. D., Defendants’ Exhibit 13 at 7-8:

人種的な侮辱が迫害と暴力というより大きなシナリオの不可欠な部分である状態に、その犠牲者またはその犠牲者が自己同一化する集団がさらされたならば、彼の後続反応は、その人種的な中傷だけをされてもとりわけ暴力的になり、心理的にも不安になる。私は、いま有名な発達心理学者ハインツ・ウェルナー (Heinz Werner) によって詳しく記述されたよく知られた心理的原理について話している。つまり、強い感情的な覚醒に関わるある状態の各構成要素が、単独でかつ後日に、かつて完全な状態で引き起こされた感情を刺激できる。……パルス・プロ・トト (the *pars pro toto* principle) (全体に代わるものとして受け取られる部分) の原理の強迫衝動の下で、侮辱と殴打の間、罵りの言葉と殺人の間の論理的な境界線は解体する。つまり、そのような微妙な区別は心の傷を笑うことができる人の贅沢品になる。というのも彼らは心の傷を決して感じなかったからである。

35) 西ドイツ法はナチスの制服、旗、記章、挨拶の仕方を禁止する。Sec. 86a StGB 85. See also chap. 1, n. 66.

36) See, e.g., *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728 (1970).

37) 加えて、私たちは、その事実を見落とすことができない。というのも、多くの言語的表現は、二重のコミュニケーティブな機能を果たすことがここで関わる挿話でよく説明されているからである。つまり、それは単に思想の比較的正確で客観的な詳説を伝達するだけではなく、同時にそれ以外には言葉で表せない情緒を伝達する。実際に、言葉は、言葉の認識する力と同じだけ多く、言葉の情緒を表現する力のためにしばしば選択される。私たちは、合衆国憲法が、個々の言論の認識内容に気をもむ一方で、事実上、コミュニケートされることをねらった全体のメッセージのより重要な要素であることがよくあるその情緒的機能に少しもまたはまったく敬意を払わないという見解を認めることができない。Cohen v. California, 403 U.S. 15, 25-26 (1971).

- 38) See Gaylin, "The Prickly Problems of Pornography," 77 Yale L. J. 579, 589 (1968).
39) Ely, supra n. 19.
40) 391 U.S. 367 (1968). オブライエン (O'Brien) と三人の友人は、ヴェトナム戦争に反対の抗議のためにサウス・ボストン裁判所の建物の階段で徴兵カードを焼却した。オブライエンの徴兵カードの不携帯を理由とする彼の有罪判決は、合衆国最高裁で支持された。合衆国最高裁は、次のテストを適用した。

その政府規制が政府の憲法上の権限内であり、実質的な政府利益を促進し、その政府利益が自由な表現の弾圧とは関係がなく、さらには申し立ての修正第1条の自由に対する付随して起こる制約がその利益の促進にとって不可欠であるならば、十分に正当化される。Id. at 377.

- 41) Ely, supra n. 19, at 1497.
42) Id. at 1497-98.
43) Id. at 1498.
44) Id.
45) Id. at 1504.
46) See generally Ely, "Legislative and Administration Motivation in Constitutional Law," 79 Yale L. J. 1205 (1970).
47) Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444 (1938) (事前の許可を受けない道路でのビラ頒布を禁止する条例は無効である); Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939) (許可を受けずに行う道路または公園での公開の集会や、印刷物の頒布を禁止する条例は無効である); Schneider v. Town of Irvington, 308 U.S. 147 (1939) (市は、ゴミ捨ての懸念を理由にビラ頒布を禁止できない)。しかしながら、合衆国最高裁が、修正第1条の情報へのアクセス権が存在するとまではまだ判示しなかったことは特記すべきである。それどころか、合衆国最高裁は、諸州がその免許制度において「中立である ("neutral")」べきと主張した。