
翻 訳

寛容な社会 (5・完)

— アメリカ合衆国における言論の自由と過激派の言論 —

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巻第2号は、3 The Fortress Model and Its Limits と4 The Quest for the Tolerant Mind を、第50巻第3号は、5 The Internal Dialectic of Tolerance と6 Drawing Lines and the Virtues of Ambiguity を訳出するものであり、ここでは、7 Searching for the Right Voice と8 An Agenda for the General Tolerance Theory を訳出し、本訳稿全体の最終編の第5編にあたる。

* * *

第7章**正しい表明方法を探して**

自由な言論の原理の限界についての論争という文脈では、私たちが自由な言論についてどのように考え、語るかを検討することは重要である。自由な言論のレトリックの一般的研究は、それ自体やりがいのある仕事であると思われる。私たちは、たとえば、法学のどの分野にも見出させないほどの最高の美文という不釣り合いな部分と思えるものを、その分野がなぜ惹き寄せたのかを検討したいと思うであろう。実際に自由な言論が、基本

的に文学上の企てとみなすことが論外であるとはいえないであろう。法学の主要なレトリシャンたち——ホームズ、ブランダイス、チェイフィー、カルバンなど——はみな、彼らの時代の自由な言論の諸問題に彼らの特筆すべき話術を注いだ。それらの初期の諸事例でのホームズとブランダイスの反対意見は、つまり私たちの時代の自由な言論についての考えを開発するための基盤づくりをしたそれは、何度も繰り返してそれらのリズムに私たちを引き戻すレトリック的な美を有する。カルバンは彼自身、これらの反対意見のほとんど不気味とさえ言える力について意見を述べた¹⁾。最近では、ボークが、ホームズとブランダイスについて——彼らを「途方もない潜在力を持ったレトリシャン」と評したが——「彼らのレトリックがほとんど半世紀の後でも分析を無力にし、説得し、ほとんど同意を強制する力を保持する」²⁾と述べた。しかしボークは、この話術の魅力を、私たちが警戒した方がよいような、少しも耳をかさない方がよいとさえ言えるようなセイレーンの歌のようなものとみなしたが、私たちは、自由な言論の原理の私たちの同時代の重要性を理解しようと試みるとき、その美文という現象を否定する必要もないし、否定すべきでもない。実際に、その領域におけるこの特性は、私たちが、私たち自身の無知を覚悟で、この社会における修正第1条の果たす非常にすばらしい象徴的な役割を無視しているという所見のもう一つの証拠であるように思われる。というのも、文化的な象徴は、この力量と説得力を有する文書を典型的に惹きつけるからである。

私たちが自由な言論の適用を制限する試みに対抗して自由な言論を擁護しようとするときのその考え方や話し方の批判的な自己吟味をなぜ引き受けるべきかについて、特に説得力のある——実際には避けられないともいえるべき——理由が存在する。自由な言論と社会的寛容の関連性に関する命題を展開するこの時点では、その理由はかなり明らかでなければならない。すなわち、もしも自由な言論の企てのその本質が、何らかの理由で私たちが反対する他者の思考と対面したときに私たちが感じる様々な衝動を制御する必要性を私たちに意識させることであるならば、私たちは自由な

言論の思考それ自体がまさに同じ衝動のとりことなり得ることを認めなければならない。

私たちがある紛争を解決するという仕事を引き受けるときはいつでも、私たちがその仕事に取り掛かる方法——とりわけ私たちが両当事者や彼らのそれぞれの主張を扱う仕方——は、それら関係者たちやその他の傍観者たちのために、彼らが互いにどのように接するべきか、また彼らが諸争点を、どのように一般的に考えるべきかの具体例を示すことになる。ある事件がどのように決定されるかは、何が決定されるかと同様にその社会にとってはまさに重要であり得る。自由な言論に関する諸論争においてこの過程の役割に付け足されるねじれが存在する。そのねじれは、どのように決定されるかという方法論の重要性に有利な形の均衡を根本的に変えるものである。なぜならば、自由な言論の原理に特有の特徴は、それが乗り越えようとするまさにその無能力がその原理自体の実際の適用に悪影響を及ぼし得るからである。この意味で、自由な言論の事例は、それが常に直接的に支持しかつ教え込もうとするその考えの模範になる。それは一種のミニチュアとして存在することになり、現実世界におけるその他の論争とまさに同様に一つの論争として存在することになり、それはその他の論争と同様にその論争の参加者たちによる知性の持つ偏見という同種の歪みに服する。

したがって、自由な言論についての純然たる事実は、自由な言論の提唱者たちが、その原理が際立たせ、非難しようと意図した不寛容なマインドをまさに示すというリスクに直面するということである。不寛容な寛容擁護論は、まさに矛盾以上のものである。すなわち、それは、その社会が自由な言論という社会制度によって得たいと望んだ利益を帳消しにし、無に帰することさえある。したがって、私たちは、寛容の追求が不寛容なマインドという病いの予防注射では必ずしもないということを私たち自身に言い聞かせなければならない。

これは、本章において探究する第一位のテーマである。私たちはまた、自由な言論を通じて不寛容の衝動の本質に当てた焦点が、その原理自体の

適用に関係する様々な諸争点を考えるための基礎を私たちに提供することになると分かるであろう。

I

第3章では、つまり要塞モデルを説明するところでは、私たちは、民主制下の多数者のその抑圧的傾向に対する恐れが、自由な言論を議論したり擁護したりするときの一定の守りの姿勢をどのように促進する傾向があるかについて注目した。これは、その原理の提示の仕方のための戦略の一部として起こる。この思考方法の根底にある目的は、自由な言論の原理についてのその例外の設定を検討することが思いもよらないような心的世界を構築することである。この目標のために様々なレトリック的な技術が駆使される。すなわち修正第1条の歴史および法文は、固定的でかつ揺るぎないものとして扱われる。つまり先例は、例外や境界を描くことができないほど柔軟性を欠くとみなされる。

しかしながら、用いられる諸技法は、外見上は不変の法的権限の解釈を超えてゆく。それらの諸技法は、この種の紛争について考える際の視点を枠づけるのに使われる一連の諸手法を内容とする。これらの諸手法は、しばしば巧妙であり、すぐに明らかにすることは難しいが、一度明らかにされるならば、私たちは、直面する諸争点のその複雑さについての妥当な評価をそれらの手法がどんなに説得的に抑制する働きをするかを理解する。

善と悪のスペクトラムの対立する両端として寛容と不寛容を特徴づけるとき、前者は恐れを知らないことや勇気と結びつけられ、後者は臆病や弱さと結びつけられる。不寛容についてのこのような話し方はまた、自由な言論の原理の下で言論を寛容に扱わなければならない者がその言論によって被る限られた有害性についての一連の暗黙の前提に溶け込む。第1章では、私たちは、Abrams事件のような言論を国家が禁止する必要性を、ホームズが軽視したというウィグモアの反論に注目した。そして第2章では、私たちはこの反論の理由について詳細に論じた。言論の害悪は、即時の説得のリスクまたは聴衆にとっての不快という要素だけを含むものとして狭

く捉えられ——そのどちらとも、言論が誘発する「行為 (“action”）」を罰することができることや、示された不快が「目を背けること (“averting the eyes”）」によって容易に回避させることを当然だと思うことによって、さらに最小限に評価される。さらには実際に検討される社会的害悪は、特定の事件における言論行為から生じたものだけであり、またその害悪を説明する立証責任は、その言論を制限したい者にある。

他方では、さらに別の概念が、言論の寛容に有利な形で考慮事項の衡量を歪めるために使われる。ここで、私たちは「権利 (“rights”）」という用語に遭遇するが、この用語は、先に述べたように、寛容を支持する理由を提供せざるを得ないことを封じるだけではなく、さらに議論することをも封じる一形式としてしばしば機能することを目的とるように見える。言論行為それ自体に関して、私たちは潜在的に不正となる行動としてのそれを軽視する傾向にしばしば遭遇する。言論は不寛容なマインドのあり得る手段とは見なされない。その言論行為は、不正な行動であると認識されるとき、自然なまたは必然的なものとしてつねに大目に見られる。次のようなマディソンの陳述を引用することは、自由な言論の標準的なレトリックの一部である。「ある程度の濫用は、すべての適切な使用と不可分である。そしてこれは出版の濫用以上に当てはまる例はない。」³⁾*New York Times Co. v. Sullivan* 事件において合衆国最高裁は、初期の事件を賛辞をもって引用した。そこでは合衆国最高裁は宗教的議論の中で「際立った相違が生じる」と述べ、次のように続けた、「他者に彼自身の見方を説得するために、その弁護士は、知っての通り、ときに誇張に訴えたり、教会または国家でかつてよく知られていた人または今そうである人の悪口に訴えたり、さらに虚偽の陳述にさえ訴える」と述べ、そこで不正な言論行動についてのミルの同種のパースペクティブを肯定的に付け加えた。

詭弁的な議論をすること、事実や主張を隠蔽すること、議論の基礎を誤って述べること、あるいは反対意見を不正確に伝えること……これらのすべては、もっとも悪質な場合であっても完全な誠実さで、無知とも無

能とも見なされない、あるいは多くのその他の点でそのように見なすには当たらない人びとによって、非常に絶えずなされるので、不正確に伝えることが道徳上非難に値することを、十分な根拠に基づき、細心の注意を払って示せることはかなり稀なことであろう。ましてや法律が、物議を醸すその種の非行に干渉できるとは思われない⁴⁾。

したがって、言論は「濫用され (“abused”）」得るものと見なされるが、重要なことに、もちろん私たちがすぐに非難する、言論の弾圧行為の背後にある——あるいはもっとはっきり言えば、私たちが言論の弾圧行為を処理するその仕方の背後にある——同種の動機または思考から生じ得るものとは見なされない。

私たちが言論活動にどのように反応するかは、今までの議論が示すように、もっとも複雑な争点である。しかしもしも人びとが言論に対するすべての不寛容が悪いことであると信じるに至ったならば、それは非常に残念な結果であろう。厄介な行動を寛容に扱おうとする私たちの意欲はその行動が取られる文脈にしばしば依拠すると、私たちは前に記した。たとえば、私たちは、支配集団の一部と感じている者たちに対してほど、自分の反対者たちに期待しようとはしないというのも適切であろう。しかしたとえ意見の相違があったとしても、私たちは、越えられるべきでない、不正な行動の境界線が存在すると信じるし、あるいは信じるべきである。ある時点で、私たちは、そのように振舞いたいと思うことがその人びとにとってどんなに「自然 (“natural”）」であると思えるとしても、彼らにその素行を改めるように強く求めるであろう。他のどこかですで見たと、それは、私たちが人びとをあるがままに受け容れるようになる時と、彼らの誤った行動をとる傾向に歯止めをかけることを彼らに期待するようになる時の間にある、つねに暫定的な、揺れ動くことさえある一線である。決定的に重要な意味を持つものは、私たちが「宗教的信仰の領域において、また政治的信念の領域において、際立った相違が生じる」ことだけを理解することではなく、むしろ「誇張、人の悪口、さらに虚偽の陳述にさえ」評

えるように人びとを導くその信仰や信念も、言論の検閲に没頭するように人びとを導くことであり、それは、その他の過度の不寛容の多くの行為と同様に私たちが遺憾の意を表すものである——そのことは、ここでも言論を検閲する人びとが自由な言論の原理それ自体の下でどのように扱われるかを含意し得る。狂信とは、行動に影響を与える可能性に限界を設けないマインドの状態である。

要するに結論として次のことに尽きる。すなわち、私たちは、すでに批判したように、自由な言論の諸論争を非論理的なもの、操作的なものまたは無駄なものとして処理するための数え上げられたすべての手法（たとえばチェイフィーは「権利（“rights”）⁵⁾」のレトリックと言ったように）を批判することができるが、付け加えられた重要なステップは、検閲する人びとのマインドの中にある衝動に私たちが遭遇するときに私たちが非常に困惑させるのとまさに同じ衝動の現れとして、それらの手法を認めることである。それは、誠実の原理を強く主張する一方で嘘をつくこと、と類似する。

ある程度まで、修正第 1 条についての伝統的なレトリックの失敗は、私たちが自由な言論の原理について話すために受け継いできた言葉遣いによって課せられた限界のせいにするすることができる。他とはまったく別の 18・19 世紀の調子は、自由な言論についての私たちの時代の言説を大いに特徴づける。修正第 1 条の公式の言葉遣いは、以前にすでに見たように、啓蒙主義の時代をその起源としており、そのため私たちは政府の専制的傾向や人びとの合理性についての熱い話に何度も遭遇する。その要点は、私たちの同時代の現実がこれらの概念からすべての意味を枯渇させたというのではなく、むしろ、現在の世界が直面する諸争点は、民主制の統治制度に移行する瀬戸際であった国家が直面するそれらとは、まさにかなり異なっているということである。その社会は、たとえば公共的な諸争点を議論する力やそれらの諸争点について賛否を明らかにするために代表者を選出する力など、民主制下の主権の基礎的な諸形式を確保しようとする段階をはる

かに越えた。しかしこの受け継がれた言葉遣いの使用は、自由な言論の觀念から現れる最新の社会的諸機能を理解する私たちの能力を曇らせる傾向がある。

ことによると、その最新の諸機能が放置され、まさにその表面下に存在する方が、より一層よい状態なのか。おそらく、私たちは、自由な言論を一つの社会的なタブーのようなものとして、それに反対して言うべきこともなく、その外観を少しずつ崩そうとする者にほとんど利点がない、基本的に一方的な争点として扱うことの方が、具合がよいのかもしれない⁶⁾。タブーは、歪んだ、一次元的思考を決まって内容とするが、ある望ましくない行動をあまり起こさせないという、否定しようがないメリットを持つ。第4章では、自由な言論の原理の司法的執行制度の利点が、具体的な事例にその原理を適用することに「責任を負う (“responsible”）」者のあいまいさである、と私は示唆した。そのことは、その原理が、例外など思いも寄らないという雰囲気や漂わせることから、さらにいっそう恩恵を被ることを示唆しているように思われる。したがって、次のことが合理的に考えられ得る。つまり、もしも私たちが自由な言論を一つの社会のタブー、一つ的神聖な象徴にするならば、私たちは、その象徴と、その他の社会的相互作用の領域にとってのその象徴上の意味の双方を保持することができる。

しかし、たしかに自由な言論にとって価値のある象徴的意味の持続的可能性についてのこの想定は、かりにその原理が一つのタブーとして扱われるならば、ほとんどありそうにないように思われる。もしもすべての人が、ある程度、何が起こっていたかを理解したならば、もしかしたらそれは機能するかもしれない。しかし、それは無理であろう。よりあり得るのは、反対者たちの立場を陳腐化したり、反対者たちを不正な団体であると中傷したりするような、守りの姿勢の典型的な技術が、規制が不合理ではないと(正しく)感じている者を敵にまわる可能性が高いことである。そして、ちょうど不寛容な心の言論者たちとの対面がその言論者たちのメッセージに対する不寛容な応答を刺激できるように、それは、自由な言論の

原理に対するその応答との対面についても起こり得る。不寛容の連鎖は、自由な言論を守る人びとがそれを自らの手で断ち切らないまであるいはそうしないかぎり、断ち切られないであろう。

しかしながら、自由な言論の本当の目的、つまり過度の不寛容への衝動が意味のある方法で光を当てられる文脈を生み出すという本当の目的は、その原理自体がそれ自身の戒めを守らないときに、高く評価されることはないであろう。タブー・メンタリティは、その原理のより大きな意味と対立するであろうし、否定することさえあるであろう。私たちは、私たちが自由な言論を通じて克服しようとしているその不寛容な偏狭な心の状態の現れとしてではなく、濫用される可能性を持ったものとして、言論活動を特徴づけるところに、自由な言論におけるこのタブー・メンタリティを見る。私たちは、非言論的行動に対するその規制の広い範囲が、基本的には言論規制とは別個のもののように、あるいは、なぜ私たちが言論に特別の保護を与えるかを正当化するもののように扱う一方で、言論のその規制から生じる特有の一連の害悪だけに関心があるものとして自由な言論をみなす傾向に、そのタブー・メンタリティを見ることができるとは。本質的には、その問題は、言論規制が制約される真の理由についてと、言論行為に対する私たちの応答に関して不正となるものの可能性とその他の行為に対する私たちの応答に関して不正となるものの可能性の関連性についての双方を、私たちが理解する見込みがないことである。なぜならば、その関連性を際立たせることは、その原理を実行するうえで私たち自身の行動の信頼性を傷つけることになるからである。したがって、自由な言論と社会的行動のより広大な分野を結びつけることに反対する、説得力のある阻害要因が存在する。

前述の諸章では、自由な言論の新しい社会的意味を理解するための前提条件が、言論活動の検閲の中に現れる不寛容の衝動のその普遍性を認めることであると論じられた。すなわちある意味では、これがここで展開する要点である。しかしながら、私たちはまた、不可避であるとともに実際に

望ましいものとして、不寛容の必要性に共感せざるを得ない。おそらく、それを行うためのよい方法は、言論の検閲を動機づけ得る思考と、自由な言論の擁護の根底にあり得る思考が一点に集中することを認めることである。双方の場合にはその思考は、人間性についてと法についての諸前提という同じ基本要素から構成され得るし、また、その思考の過程で同じ潜在的な偏見または欠陥にさらされ得る。

両者の領域では、その懸念は、たいてい行為の背後にある思考方法に向けられ、重要なことに、様々な方法で将来の行動に影響を与える、その思考方法の可能性に向けられる。その行為は、私たち自身のアイデンティティを問題にし、法はそのアイデンティティについての象徴的表現の重要な源泉になる。

ホームズが述べたように、何かを非常に強く信じたいと思い、それを失うことを恐れるとき、その気づかれている脅威を弾圧することによって応答することはまったく自然なことである。そのうえ、法は事件ごとの個別的な扱いを回避する機会を私たちに与える。言葉は私たちが真理と思っているものまたは私たちの感情の深みをいつも反映してくれるわけではない。私たちの能力は、どういうわけかその仕事に適していないからという理由であれ、他者がおそらくたえず情熱によって心を揺さぶられ、真理から逸れる彼らの判断を行うからという理由であれ、そのどちらにせよ、理性はそれがもっとも必要とされるその特定の時点で、私たちを失望させる可能性がある。そのうえ、ある考え——とりわけ危険なほど不適切と思われる考え——を検討することさえも、ときにその考えに信頼性の要素を与えることができるし、そのことによって、そうしなければ適切に行われたよりも、その考えを実現可能性のあるものに変え、図らずも私たち自身を私たち自身の敗北の道具に変える。さらに、私たちは、誇張法と控えめな表現の双方が、私たちの求める現実のより控えめな目標に到達するための有用な手法であると自然に考える傾向がある。誤った特徴づけは、交渉に基づく対立につきものである。最後に、私たちは、過度にバランスのとれたかつ調整されたものの見方が、自由な言論が、全面戦争のような国家的

な緊急事態の時代において信念の必要性和調整される用意をしなければならぬと第6章で示唆されたように、人びとが彼らの破壊的な衝動にそれほど容易にかつそれほど愚かに屈してしまうような極度の社会的緊張の時代の中で、その原理がもっとも危険にさらされている時に、その原理の擁護のためにさっと立ち上がるための不可欠の意思を私たちから奪うことになるのを恐れる。

これらの思考方法は、それ自体として、まったく不合理であるというわけではないが、それらは、ちょうど言論行動のその規制をめぐる争いで可能であるように手に負えなくなるかもしれず、度を超してしまうかもしれない。その誘惑は、その方向にあり、その一つの理由は、それが従うのに容易な道であるからであり、またもう一つの理由は、私たちがあいまいさとその変化の可能性に居心地の悪さを感じるからである。私たちが懸命に試みることのできるもの、試みるべきものは、不寛容の必要性への注意深さはもちろんのこと、それらの必要性への共感的理解とともに、自由な言論の原理それ自体を実施するうえで不寛容の必要性の役割に気づくことの双方である。

したがって、もしも自由な言論を弁護し適用する人びと——とりわけもちろん訴訟当事者たちと裁判官たち——が、彼らの扱う事件に含まれているその問題の複雑さを、彼らが過度に単純化し無視する傾向があることを自覚することが、自由な言論の中心的な教訓とみなしたならば、さぞかし望ましいことであつたであろう。自由な言論の観念は、合理性への間断なき訴えを反映すべきである。これに逆らう誘惑は、多くかつ強い。訴訟制度内の対審的な文脈は、その問題を非常にはっきりと際立たせる。というのも、その傾向は、私たちが攻撃にさらされるときに、備えを固めることであり、また私たちが弁護し始めた立場の一人の信奉者により一層なることであるからである。これはその弁護士にとってもっとも重大な職業上の危険の一つである。というのも、弁護士がその依頼人の立場に過度に同一化することによって、依頼人のために作られた主張を絶対的な真実である

と考えるようになることによって、知的な誠実さを犠牲にすることは、このうえなく自然なことだからである。その唱道者の役割と、それと区別された個人であることとのバランスをとることの苦悩は、その知性を無力にする。ところで、加えてその裁判官の場合は、信念をより安全な場所に置くことによって、たとえただ暗黙のうちであれ、司法の不可謬性という解釈原則を宣言することによって、訴訟当事者たちや反対者たちからの攻撃に備える傾向がある。

実際に、今世紀の自由な言論の観念の思想史は、他者がその取った立場に対して疑いや反対を表明しているときに、広い心のままや自己批判的なままでいることのこの不本意さまたはその能力のなさについて人目をひく実例を提供する。最近の十年になって初めて修正第1条の学界では、自由な言論を基礎づける諸前提に対する批判的な検討——自由な言論は、非言論的行動に関して何をなし得るのかという観点から、意味があるかどうか、また、自由な言論についての解釈的および执行的権限を司法府に与えることが正当化されるのかとともに、それがうまくいっていると公正に判断されるのか——に、意味のある注目が払われてきた⁷⁾。初期の学界は、私たちの同時代の、一見はるかに洗練された諸分析の視点から再読される時、深みがなく、驚くほど非学問的であるように見える。少なくとも、ある程度まで、その相違は、その著作物が登場した時代の社会的な相違に原因があると理解され得る。私たちは一つの時代に生きており（バジョットは19世紀後半の英国について述べたように）、その時代では寛容は容易なことのように思われ、その時代では言論活動に対する反応が、1920年代やこの場合もやはり1950年代のような、過去の様々な時代においてそうであったほど問題ではない。これら（1920年代と1950年代）は、自由な言論の提唱者たちがその原理が激しい攻撃にさらされていると感じていた時代であり、この現実に対する選ばれた応答は、その唱道者のそれであり、何らかの信奉者のそれであった。

確かに容易な仕事ではないが、それにもかかわらず自由な言論の領域において働く人びとが自由な言論の諸紛争で多少なりとも心を閉じた姿勢に

立ち戻る傾向を意識し続けるように努めることが最善であろう。私たちが検討している危険を回避する、一つの明白な手段は、ルールに従うことであり——それについて疑いもなく、言うは易く行うは難し、であるが——、弾圧を許すための議論に対して誠実な検討を加えるというルールであり、それも、その原理が他ならぬこの特定の紛争に適用されるべきかどうかを決定する過程においてだけではなく、むしろ辿り着いた判決の提示の仕方を決めるうえでそのルールに従うことである。

またしても *New York Times Co. v. Sullivan* 事件の判決を検討してみよう。市民は自由であると感じなければならない、と合衆国最高裁の多数意見は判示し、さらに次のように続けた。すなわち、罰金あるいは文書名誉毀損の判決を通じてであろうが、報復行為の恐れがなく、公務員について自らの心のうちを話すことが自由であると感じなければならない。なぜならば民主制下での公共的な議論は、市民に情報の交換を許すという不可欠な機能を果たし、それによってより良い社会的決定に到達するからである。修正第 1 条の理論についての一つの問題として、この判決に対して提起され得る様々な異論はさておき（私たちはこれをすでに検討した）、またその判決を内在的に解釈しながら、私たちは、文書名誉毀損に関する合衆国最高裁の新判決のこの提示方法に対する深刻な異論を理解することができる。*Sullivan* 判決に対する反対者が主張すると思われる内容について言えば、ハリー・ヴェリントン（Harry Wellington）研究科長は、その問題を次のように的確に記述した。

それとは反対に、当該立候補者は、彼についての公表された虚偽が当該投票者を誤った方向に導き、それによってその政治的過程を害したと認めるように当該裁判所に求める。彼はまた、相当の注意（due care）という制定法上の基準が公衆を誤った方向に導くというよりも啓発することを確保するための理想的な基準であると主張する。過失は、他のどこよりも政治のニュースの報道において勤められるべきものではなく、もしも相当の注意が不注意よりもコストがかかるならば、修正第 1 条の目

的は、投票者たちよりもむしろ新聞社がそのコストを引き受けるべきであることを要求する。さらには、もしも新聞社が、自由に虚偽を言うことができるならば、それは、私たちのもっとも有能な市民たちの何人かに公職選挙に出馬することを躊躇させるであろう。名声に対するリスクは公的生活の魅力より上回り得る⁸⁾。

Sullivan 判決の結果を自明なほど正しいものにはしない困難なある種の考慮事項が存在する。「公共的な争点についての討論が、抑制されず、力強く、広く開かれるべきであるという原理への深い国民的コミットメント」についての包括的な一般論は、ある意味で適切である一方で、その取った立場の根底にある分析的および経験的諸問題が高度に複雑であるという現実をあいまいにすることを許してはならない。したがってその複雑さの認識は、自由な言論の効果的な適用の第一のルールであるべきである。裁判官はその認識に関与できるという限度において他の意思決定者たちから自らを区別し得る。

裁判官としてのブラック (Black) の修正第1条に対する貢献を述べたある論文の中で、彼についてカルバンは、偉大な自由な言論の法律家の基本的な必要条件を持っていたと述べた。すなわち、彼はその原理に対する「情熱 ("passion")」を持っていた⁹⁾。人はカルバンの考えを理解し、不人気な原理を適用するのに必要な勇気を称賛するにもかかわらず、いまでもその陳述は私たちをぎこちなくさせるにちがいない。カルバンがブラックに与えた称賛の言葉にはらむ問題は、カルバン自身が、彼の著作物を通じて輝くある質を持ったほど、自由な言論の分析者の誰も、寛容なマインドの代表者ではないということ、また、カルバンの明示的なメッセージのどれよりも、最終的には、より重要でさえないことによってかなり和らげられる¹⁰⁾。

II

自由な言論に関する思考を歪める圧力の二つ目の源泉が存在する。そし

て、それは、自由な言論の原理と、寛容のための一般的な能力の追求の間の関係を私たちがひとたび観察したならば、より鮮明に現れることになる。前述したように、自分自身の抱く信念に対して自己抑制を行使することが要求される様々な社会的文脈を辿ったところで、私たちは、この能力が裁判官のアイデンティティと性格にとってどんなに重要であるかを記述した。おそらく、その社会では裁判所ほどそれが強い倫理であるところはない。選挙過程に拘束されず、通常の民主制の制度内に十分に存在するどころか、それに跨って座る統治の一部門において、その倫理は、司法府が保有するこの不安定な地位によってさらに力を強める。だが、その倫理の強さにもかかわらず（あるいはさらにあり得ることであるが、そのために）、私たちの法制度における裁判官は、非常に居心地のよくない立場にいることにしばしば気づく。なぜならば、実法は、多くの（おそらくほとんどの）論争を左右するために事前に存在しているわけではないからである。その「法（“law”）」は、その場で創造または発明されなければならず、その結果、個人的な信念および価値観を抑制するという倫理に従う必要性について潔癖であり、その必要性に高度に感受性が鋭い裁判官たちが、自ら辿り着いた諸判決の本当の根拠について、それに対する諸疑問に答えることに、たとえ継続的ではないにしてもしばしば直面させられることを意味する。これらの疑問の数をできるかぎり少なくするために、裁判官は、全体的にみて個人的に政治的態度決定から自由であるという強い外観を提供するポーズを採用したいと、あるいは個人的な価値観の挿入の好機をほとんど提供しない解釈の道を辿りたいと自然に思うかもしれない。その両者ともときどき自由な言論の事例で見出されたし、残念な結果を伴うことになった。

自由な言論の社会的諸機能についての私たちの議論のまさに最初から、私たちはその原理に開かれた分野がどれほど未踏であるかを記した。その修正条項の歴史的意味は、明確ではなかったし、いずれにせよ十中八九、すぐに超えられた。つまり、その文言は一般的であった。そのような状況で、一つの「法原理（“legal principle”）」に、とりわけ憲法原理にその内容

を付与することにどのように着手すべきかは、もっとも複雑な——また広く話し合われている——争点である¹¹⁾。多くの人は、少なくともその観念上の意味の中核、つまりその原理の解釈の仕事を任されてきた裁判官たちの外部にある一連の意味について広く共有された、歴史的な由来のあるコンセンサスが存在すると主張するであろう。他の人びとは、自由な言論についての以前から存在する確認できる公共的な価値の可能性を退けながら、それに関わる純粋な発明を強調するであろう。自由な言論の理論を導き出す手法に関するこの討論で、人がどんな立場を採用するとしても、この仕事のその不確実性が、個人的信念の抑制という倫理や「その法 (“the law”)」の適用という倫理と競い合わされるとき、結局はそれに関わる分析過程をあるいは少なくともその分析過程の外観を歪めることになる行動上の衝動を生む傾向があるという考えに、その内容を付与することに実際に携わる者たちにとって決定的で重大な現実が残される。

これは、いくつかのはっきりとした形で自由な言論に生じた。自由な言論の名の下で実際になされていることの真相を黙示的に、ときに明示的に否定するレトリックの型が存在する。つまり、繰り返して言うが、私たちは、自由な言論条項の歴史的意味および文言の明瞭さについての主張、すなわち以下のような事実上根拠のない主張に遭遇する。つまり、その主張としては、実際に彼らに選択が許されかつ選択がされているときに、選択を否定するものとして先例を特徴づけることや、民主制下で事実上到達した判断が憲法上覆されるときに、政府に対抗して人びとを保護するものとしてその裁判所の行為を自己描写することが挙げられる。しかし、ここで私たちは、以前にその議論で遭遇したこれらすべてに、次のような所見を加える。その所見とは、自由な言論の諸事例における司法過程の現実を不正確に述べるそのような傾向は、選択がなされているその文脈で、またそれらの選択の背後にいかなる価値の源泉があるのか不明確であるその文脈で、選択の余地がないように見せかけたいという司法の望みから、追加される燃料を受け取ることができるというものである。

司法機能を果たすうえでの個人的信念の抑制という倫理が、自由な言論

のレトリックに歪曲効果を及ぼし得る別のそれほど明確ではない方法が存在し、その方法は、私たちがすでに検討したものの単なる延長であるかもしれないが、いずれにせよ、特に注視するために選び出す価値がある。

第一に、私たちの思考には、とりわけ司法の思考には、注目すべき傾向が存在する。つまり、すべての社会的相互作用との関連性を記すかわりに、その原理の下でなされたもののその意義を分離する傾向が存在する。社会的規制から言論活動を除くことの正当性について気に掛けながら、私たちは黙示的に次のように主張して返答する。つまり、その除外には何ら害悪は存在しない。というのも規制が求められる行動がとるに足りないからだけではなく、私たちは現実に重要なその他の行動を自由に規制することを許すからでもある。繰り返しになるが、行動の単なる前触れとして言論行為を特徴づけることは、考慮するほどの価値のある実質的帰結をもたらさない。しかしながら、その特徴づけはまた、言論が、非言論的行動を規制する好機またはその規制の正当化理由を提供するものとみなされるときに起こる。

ミルが、「人間が過ちを犯さない存在ではないので、私たちはすべての思考の表明に寛容でなければならない」という彼の命題に対する、あり得る反論——「人間が過ちを犯す存在であることは、非言論的行動を規制する妨げではないのだから、人間が過ちを犯す存在であることは、言論を規制する妨げであるべきではない」——を記したとき、彼は「言論を規制すること」が別物であると主張することによって答えた。「およそ論駁すべきあらゆる機会が与えられていながら、しかもなお論駁されていないからという理由によって、ある一つの意見を真理であると推定することと、ある意見を論破することを許さぬという目的のために、その意見を真理であると考えることとの間には雲泥の差がある。私たちの意見を反駁しまた論破する完全な自由は、まさに私たちが行動の諸目的のために私たちの意見を真理であると仮定することを許すまさにその条件なのである。そして全能の神ならぬ存在としては、これ以外のいかなる条件をもって、自分の正しさの合理的な確かさを持つことはできない。」¹²⁾

ミルの返答は、強く訴えるところがある。私たちは、他の人びとが唱えたいと思う異論がどんなものであれ、彼らの参入を許すことによって彼らに影響を与える私たちの行為を休みなく用意する。すなわち、私たちは、そうすることがただ正しく公正であると考えている。この意味で、許容可能な言論活動の範囲が、私たちがその他の活動の規制を選択することやそれを規制しなければならないことに結び付けられるという考えには、メリットがある。しかし、もしも私たちが別のアングルから問題の全体を眺めるならば（当然のことだが、私たちが実際に寛容に扱う言論的活動を所与とするとき）、そしてその結果、行動一般に対する私たちの応答の中に、言論行動に対してと同様に、非言論的行動に対しても不適切にかつ望ましくない方法で反応する傾向を見ることになるが、また、もしも私たちが規制に反して言論を「保護する（“protect”）」その理由を決定するならば、そのとき、言論活動の寛容が言論以外の場面での規制を正当化するという理由で、言論活動の寛容を提示しないようにすることが重要になる。そのように提示することは、自由な言論の原理の下で要求される寛容のその社会的意味の意義を矮小化する。というのも、私たちがその寛容から学びたいものは、公正さが私たちに私たちの反対派の主張を聞くように指示するという道徳的教訓だけではなく、むしろ私たちが平和のうちに共存するために反対派の信念にときどき（おそらくしばしばでさえも）服従しなければならないということである。あなたの好きな組織、あるいは実際また人間関係を吟味してみよう。つまり、聞くことだけが権力の行使を正当化するのではなく、妥協しかつ調整する意思も権力の行使を正当化する。

また、言論に対する寛容の意味を聞くことの重要性に還元することは、その企ての象徴的価値を限定する。不思議なことに他の誰よりもミルは、あらゆるコミュニティが正統な考えを課そうとする、またそのコミュニティ内の差異を根絶しようとする一般的な傾向に対して、つまり、その社会内の言論活動に少しも限定されていない問題に対して、もっとも感受性の鋭い者の一人であった。だが、その一般的な傾向について教訓を得る手法として、言論に対する寛容の可能性を見るというよりも、彼は、人びとが言

論以外の活動の諸規制への異論を表明するための手立てとしてだけ言論を理解したようである。それゆえ、言論に対する寛容の意味と意義を分離することによって、彼は自由な言論の原理の下で合理的にかつ有益に保護され得る言論の範囲をあまりに狭く固定しただけではなく、しかも非言論的行動にとっての寛容に関する教訓を失うというリスクを冒した。

自由な言論の原理へのより強力な遵守を確保する試みの一つの戦術として、言論の害悪（または言論に対する不寛容の必要性）を分離することは、自由な言論の観念のまさにその目的を台無しにする。言論的行動と非言論的行動の双方に対する私たちの感情において生じる各々の問題間の関連性を見るのが自由な言論の目的であるべきであり、そして、言論の取り扱いをともかくも完全に「ユニークな（"unique"）」ものとして説明することは、その目的に明らかに反する。その要点がその相違にではなくその類似性にあるとき、その相違に依拠することはほとんど意味がない。しかしながら、この言い回しによって失う可能性のあるものは、的を射た主張を行う好機を逸するというものを超える。自由な言論のこの提示方法の帰結が、その諸問題を軽減する代わりに実際に強調することになるということはあることである。言論は、分離という技術の結果としてよりよく確保される一方で、非言論的行動は、過度の不寛容の衝動に、より（*more*）攻撃されやすいものになるかもしれない。私たちは、言論行為の寛容によって私たちがまさに公正なかつ自己抑制的な社会であることに満足したならば、他のあらゆる場面で私たち自身の行動に対して抑制的である必要も、注意深くする必要も、それほど感じなくともよい。あたかも、10セント硬貨を貯めているから1ドル紙幣を使うことがより自由であると感じる人のように、言論に対する寛容が、その他の場面での不寛容の言い訳となり得る。

その原理の意義を限定する自由な言論の思考内の別のもう一つの傾向は、自由な言論についての「過程（"process"）」ヴィジョンに見出される。すでに第5章で記したように、その原理は、それに不可欠な制度的な諸機能を理由に、また最善の判断を可能にする民主制の機関に情報および思想

を提供するその役割を理由に重要であるとみなされてきた。自由な言論によってもたらされたものとして明らかなにされたベネフィットは、明白でかつ具体的でさらに測定可能である。たとえば、より良い福祉制度、犯罪解決の新技术、徴税のためのより良いプログラムがある。私たちがいつも持ち歩くイメージは、ミクルジョンのタウン・ミーティングの参加者たちかまたは外界の何らかの真理を見つけ出すことに関心のある科学者集団に非常に近い。すなわち、真理がすべての思想のうちの一つあるいはその組み合わせの中に存在するために、すべての思想を聞く覚悟ができていなければならないことに同意した人びとである。

私たちは、私たちの時代の自由な言論の原理の下で実際に起きていることを説明するためのこのヴィジョンの深刻な限界とともに、社会的相互作用の本質に影響を与える際のその原理のより深刻な諸レベルまたは諸機能をすでに検討した。自由な言論は、社会的な諸決定に達するための過程と決して無関係なのではなく、それとの実際の関係は、より捉え難く、精神的機関への一定量の情報提供よりも、一般的な能力 (*capacity*) の開発にかかわる。

その機関のイメージは、裁判官たちにとって説得力があるイメージである。というのも、一つの理由として、そのイメージは、価値観を担った選択から彼らを遠ざけることを可能にするように思われるからである。極端に言えば、そのイメージは、裁判官たちを諸機関それ自体に変え、その唯一の機能は、組織的な諸機関のあらゆる部門が適正に作動することを確実にすることである。裁判官たちは、その機関の成果が良いものであるか悪いものであるか、あるいはその機関がこの方法かあるいはその成果が別の何かになるあの方法で改められるべきかを判断するためには呼び出されない。その機関は、良くも悪くも現状のままであり、その裁判官たちの唯一の仕事は、その機関にその仕事をさせることである。

たとえば修正第1条下の裁判官のイメージとはこうしたものであり、(少なくともほんの束の間) アレクサンダー・ビッケル (Alexander Bickel) を惹き付けたものであり、彼は、その最後の著書『同意という道徳 (*The*

Morality of Consent)』の中で過程の観点から司法機能を次のように記述した。

だが、真理が、完全に市場の産物であり、多数者の見識として定義でき、決して他の何ものでもないという見解を私たちが取らないかぎり、修正第 1 条は、真理の探求をもつばらあるいは主としてさえも促進する働きをしない。修正第 1 条が擁護する社会的利益は、むしろアレクサンダー・ミクルジョンとロバート・ボークが強調したように政治過程をうまく運用することに関わる利益であり、その結果、その国は、最大多数の意思（たとえその意思が賢明であろうがなかろうが、または真理に基礎づけられていようがいまいが）に従う行為方針採用をもっとうまくできるかもしれない¹³⁾。

この裁判官像は、「真の (“real”)」多数者が勝利すること、つまり政府の政策が「最大多数の意思（たとえその意思が賢明であろうがなかろうが、または真理に基礎づけられていようがいまいが）に従う」ことの確保だけに関心を持つため、裁判官たちが自由な言論の原理を執行する際の彼ら自身の信念を抑えたいという彼らの願望に訴える。「私は、この言論が真でありまたは真理を生むことになると信じるから、それを寛容に扱うべきであると力説しているのではない。」とその裁判官は言論を禁止したいと望む人びとに申し開きができ、「むしろ、その理由は、ある制度 (*system*) が真の多数決原理を要求し、そのうえその可能性が何を意味するかをあらゆる人が知ることを要求するからである。しかしながら、私がやっているのは、あなた方全員が賛成した一つの過程を動かすことにすぎない。私は、その社会のための遠大な構想を持たないし、真理の重要性または真理への最善の手段についての基本的なまたは形而上学的な信念を持たないし、どんなものであれ、その社会を変革するための目標を持たない。」

自由な言論の諸事例とのどんな価値的なかかわりあいからも彼自身または彼女自身を本質的に切り離したいという裁判官の願望は、非常に強いも

のであるが、しかし、それは、自由な言論のより大きな意味を、とりわけ自由な言論と寛容の一般的能力との関係性を、理解して十分に実行するという視点からすれば、達成することが不可能であるとともに遺憾なことでもある。その裁判官は、実際何らかの (*some*) 価値選択を行うことなしには (その価値観がその裁判官のそれであれ、他の誰かのそれであれ)、どの言論を寛容に扱うべきか、また扱うべきではないかについて選択できない。あなたは、なぜ、その政治制度についての言論がまさにその制度の運用から隔離されなければならないかを説明する理論を打ち立てなければならないだけでなく、あなたが「政治的言論 (“political speech”）」という範疇を用いて言いたいのはどういう意味なのか、あるいはその範疇の中に何を含まようとするのかについて説明しなければならない。それは、コーエンのジャケットに記されたものを含むのか。スコークのナチの言論はどうか。ジェノサイドの明らかな宣伝はどうか。いったい何が多数者の選択を増進するのか、全体的に無制約な討論というモデルか、あるいは法廷のようなより制約のあるルールか。これらの諸争点は、いくつかの追加された諸原理に言及することなしには答えられず、その結果、追加される価値観への言及を要求する。前に引用した、*New York Times Co. v. Sullivan* 事件における合衆国最高裁が到達した結論に対する反対理由についてのウェリントンの論評は、社会的評判の侵害からの保護にどの程度まで法的保護が与えられることになるのかの決定に関わる、その不可避的に複雑でかつ困難な判断を際立たせる。いかなるルールが「民主制の統治制度 (“democratic system of government”）」をもっとも促進することになるのかはまったくわからず、多数者の選択を促進する意図を宣言することによっては間違いなく答えられない。

裁判官たちが単なる行政職員になるかもしれない可能性は別にして、もしもその寛容理論に従って運用する自由な言論の原理を持つことが重要でありかつ正当であると信じるならば、裁判官たちがそのような役割を受け入れることに気質上抵抗があるかもしれず、それよりもむしろ彼らの役割をより体系的なおよび定量化可能な視点から描くことを選好するというこ

とが、かなり重要な問題になる。自由な言論の観念の背後にある懸念材料に相当するその衝動に対する、過度の警戒あるいは恐れが、その観念を実行するために生み出された制度化された文脈から生じるこの場面で、その観念自体の効果的な運用を妨げることができるということは、好奇心をそそる皮肉である。

III

圧力の三つ目の源泉は、私たちがその他の圧力に関してすでに明らかにした類似した多くの点で、自由な言論についての思考を歪めることができる。人が自由な言論を制限したいという願望によって脅かされているという信念からや、裁判官たちが彼らの判決に彼らの自身の確信または価値観を注ぎ込んでではないという信念から生じるというよりも、この圧力は、検閲を求める者たちも持っている、寛容に扱われた言論行為から自分自身を切り離したいという同様の必要性から生じる。これは、その言論に反対する者たちにとってと同様に、どの点から見ても裁判官たちにとって複雑な仕事であるが、ある追加された複雑さがまさに裁判所の法廷意見の書き方を特に難しくする。

法廷意見を起案するうえで、裁判官たちは、彼らが問題のその言論に対する自らの態度をどの程度まで述べるかを決定しなければならない。これは一見したときよりもそんなに単純ではない。第 1 章では、私たちは、スコキ判決の法廷意見の中で裁判官たちが、彼らが発したメッセージが許容されなければならないために、彼ら自身の持つ嫌悪の感情を表明したことを記したし、また、これが公式の検閲の一形式を構成し得ることも記した。また、*Abrams* 判決でのホームズは、被告の見解が「馬鹿げており」、また「無知と未熟の教義」であり、被告自身が寄る辺ない、取るに足らない無名の者たちである¹⁴⁾という彼の個人的意見を表現したことをここでも想起され得る。同様にハーランは *Cohen* 判決において、コーエンの行為が「特権の個人的な不快な濫用のくだらないかつ人を悩ます実例」であると考えていると述べた¹⁵⁾。裁判官たちはそのような個人的宣言を自由

に行うべきであるか。彼らは慎重さを持ってでも行うべきである。

少なくとも三つ別々の意味から、そのような個人的陳述は、自由な言論のまさに機能にとってとりわけ重要であり、少なくともそれが社会的寛容の能力の増進に関連するときはそうである。第一に、個人的な感情の公開の宣言を行う手段なしに、裁判官たちは、彼らに求められた仕事を遂行することが心理上できないであろう、というのもっともなことであろう。その公式の意見がおそらく共通点のある聴衆に近づける唯一の手段なので、裁判官たちにそのフォーラムへのアクセスを拡大し、話させることは妥当である。

第二に、そのような個人的な陳述はまた、寛容の原理の機能を高めるという点で重要である。もしも裁判官たちがその言論者の見解に実際に同意するならば、その言論者を検閲しようとする者による自己抑制の力説は、おそらくそれほど影響を持つことはないであろう。というのも、もちろん、好きなものに対して寛容であることは容易であるからである。他方、第5章ですで見たとように、自由な言論のそんなに多くのこれらの有名な法廷意見に、それらの説得力を与えているものは、まさにその裁判官たちとその言論者の双方の諸見解間の緊張感である。それは、そのコミュニティとその言論者の双方の諸見解間の緊張感とパラレルな関係にある。このような背景の下で、裁判官たちは、寛容のベネフィットを支持するためのより痛感させるとともにより説得させる主張を展開することができる。

これは、私たちに第三の点をもたらす。これらの諸事例の多くにおいて、また確かにスコーク事件もその一つであったし、寛容と検閲をめぐる議論の衝突は、単にいやそれどころかまったく、その言論者と検閲をしようとする者たちとの間の争点ではなく、検閲しようとする者たちとその当事者以外の社会の残りの人びとの間の、より深い争点に黙示的にかかわっている。寛容は、その言論者によってもっとも深く傷つけられた社会の一部に対する無神経さだけを意味するものではなく、傷つけられた人びとのその一部を理解したいという希望をも意味する。不純な動機からの寛容は、代位的な攻撃性の一形式であり得る。

何年か前に、私のある学生が、人種差別廃止計画の下で、かつて白人だけが通う高校に入学するように割り振られたと話した。白人と黒人の学生との軋轢がすぐに生じた。その年に何度か学生自治会が学内でクー・クラックス・クラン (Ku Klux Klan) の主要な役員を講演のために招く決定をした。その黒人の学生たちがその招聘に反対したとき、白人の学生たちは次のように応答した。すなわち、彼らは、あらゆる人が自由に話すことを支持し、検閲に反対する。また、招聘した講演者が話す予想される内容に同意できないとしても、あらゆる争点のあらゆる側面を聞くことは重要であると信じた。容易に推測できるように、その黒人の学生たちは、心を開くことへのコミットメントというこの仮面の下で、誤解する余地のない敵意の行為が存在すると感じた。

私たちは、寛容の要求のそのルーツに実際に存在するものに対する、この同種の恐れがスコーク事件においてどのように存在したかをすでに記述した。その表面下でつねに潜んでいるのは、多くの人びとの自由な言論の立場が、この隠された方法で都合よく実行され得る反ユダヤの先入観を前提としたかどうかという疑いである。

別の言い方をすれば、「自由な言論 (“Free Speech”)」は、被害を与える手段を含んだ多くの問題であり得る。さらに、そうであったとしても、それは、先の私の学生を巻き込んだ出来事におけるほど、あるいはスコーク事件において一部の人びとが恐れたかもしれないほど、あからさまあるいは直接的である必要はない。その敵意は、他の人びとが好ましくないと思う意見を「検討 (“consider”)」したいとする要望を言明するだけでも明らかになり得る。つまり、それは、思春期の子どもを持つすべて親がどうしても何もかもよく知っていると思ってしまう現象である。したがって、これらの諸事例での裁判官たちが、寛容に扱われている言論に対する、彼らの「個人的 (“personal”)」感情を、さらには、おそらく彼らが国民感情と思うものでさえも表現することを彼ら自身の責務として引き受けるべきなのは、驚くべきことでもないし、望ましくないということでもない。表現の自由の名の下である者が犠牲になる恐れを和らげ、またその他の者の自己

抑制が黙認を意味してしまう懸念を和らげることは重要である。しかし検閲の一つの形式が個人的言明というこの行為に存在するという事実に変わりはないのであり、したがって裁判官たちは、それを重要な一步として捉えるべきであり、その一步は、私たちがいま公正に明らかにした考慮事項がその一步に値するときだけに踏み出されるべきである。

IV

自由な言論が、人間の相互作用の一つの領域での不寛容への衝動に焦点を当てることによって、不寛容の一般的衝動の制御を展開することへのコミットメントを象徴することであるならば、他の文脈と同様にその文脈における人間の思考を歪める多様な圧力に対する感受性をもってその原理が実行される (*implemented*) ことがとくに重要である。前述した議論において私たちはそのような三つの圧力の可能性を見た。それらは一緒にあるいはそれぞれ独立して自由な言論の思考に一種の魅力的な引力を発揮し、その思考をそれがとるべきコースからそらす。いくつかの歪みは、三つのすべての源泉のうちの一つあるいはそのすべての産物であり得る。すなわち、たとえば、修正第1条の法文の明瞭さによって解決されるものとして判断の難しい事例を偽って記述することは、この特定の事件または他の事件で検閲に賛成する主張を検討することに対する過度の恐れの結果であり得、もしくは、その裁判官がその社会にとって最善であるとたまたま考えたものを実行しているのではないかのように見せたいという願望の結果であり得、あるいは力説された寛容が、表明された見解との個人的共感から生じたものではないことをその裁判所が示す必要性の結果であり得る。しかしながら、自由な言論の提示の仕方を歪めるかもしれない様々な文脈での必要性に関するこれらの示唆は、私たちがかつて行ったよりも大いに始めるべきその種の研究についてそれらの示唆が実証するものにとって、もっとも重要である。私たちが自由な言論の原理を執行する際に直面する問題は、欠陥のある論理の問題という一線を超える。

私たちは、自由な言論を、少なくともその一部は、いくつかの諸争点が

本気で取り組まれる一つの社会制度的なフォーラムとして考えなければならない。第一位の（けっして排他的ではないが）言論は、その事件の結論という点での裁判官たちによってなされる言論である。私たちは、次のような多くの理由から裁判官たちに話すことを強いる。すなわち説明をする必要性は、対話への参加に他者を招待する申し出と同じように、正直さと思慮深さを誘発するように思われる。しかし、ミクルジョンが敏感に観察したように、その法廷意見は、到達した結果を単に明らかにする手段以上のものであり、それはまた——おそらくもっとも重要なことに——教育のための一つのフォーラムである。まさに「パブリック・コーナー（“public corner”）」に、言論活動に関する紛争を解決する仕事を割り当てられた者は立ちあがり、その論争について遠慮なく意見を述べなければならない。そうする過程で、彼らは、まず何よりもその原理を保持する諸理由を私たちに思い出させなければならず、もちろん彼らがどのように具体的な事件の諸事実にその原理を適用したかを説明しなければならない。彼らがどのようにこれを行うかが、私たちが探し求めなければならない知的性格の能力を私たちに実例を持って示すことになる。もしも彼らが一連のごまかしを作り上げることに、つまり彼ら自身のためにまた他の人びとのために現実を検閲することに没頭するならば、彼らも私たちもその目標に達しないというのが合理的な想定であるように思われる。

少なくとも、言論の検閲を求める主張にかかわる諸問題と諸困難に注意を向けることは、私たちが言論活動に関する対立について——私たちがどのように言論活動それ自体について考えるかについて、私たちがどのように検閲する権利を主張する者に対処するかについて、さらに私たちがどのように司法審査の役割に取り組むかについて——アプローチし処理する方法の自己診断に従事するための基礎を私たちに提供することになる。要するに、自由な言論の原理がめざす諸目的について私たちに教え、またその適用のための援助を提供する同じ理論が、自己批判のための源泉を、つまり他の社会的な論争に適用するときとまったく同じだけ自由な言論の紛争に適用するときの人間の思考や行為についての一連の諸前提を、私たちに

提供する。

注

第7章

- 1) Kalven, *The Negro and the First Amendment* (see chap. 5, n. 1), 13.
- 2) Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 *Ind. L. J.* 1, 24 (1971).
- 3) *Elliot's Debates on the Federal Constitution* (1876), vol. 4, 571, quoted in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271 (1964).
- 4) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted in 376 U.S. 254 at 271; *Mill. On Liberty* (see chap. 2, n. 23), 65 quoted in 376 U.S. 254 at 272.
- 5) *Supra* chap. 3, n. 42.
- 6) 自由な言論の諸紛争に向けて取るべき態度を指し示すうえで「絶対的な ("absolute")」用語の重要な役割を強調する、自由な言論の言説の中の「絶対的な ("absolute")」用語法の擁護論のために see, e.g., Charles L. Black, "Mr. Justice Black, the Supreme Court, and the Bill of Rights," 222 *Harper's Magazine* 63 (1961): 「形式論理では『利益衡量 ('balancing')』の立場と『絶対的な ('absolute')』立場は同一とされ得る。したがって、その争点は、そのような諸事例の司法審査で私たちが取りたい形式を、それらのうちのどちらが、一般的な理解では、もっとも自然に示唆するかでなければならない。『利益衡量 ('balancing')』の用語を強調することは、政策に基づいて、権利章典の諸自由の優勢に終わりのない一連の成功した異論を生み出す傾向があるとともに、この領域における議会の判断に合衆国最高裁が干渉することを妨げる傾向がある。『絶対主義の ('absolutist')』見解は、良識をもって受け取るならば、一過性の議会の見解や、人びとを黙らせたり、人びとに礼拝をさせたり、あるいは簡易の法廷後に人びとを拘置したりする急を要する必要を気にすることなく享受される個人の自由の広大な領域を切り開く傾向があるように思われる。権利章典がその時代の多数者の同意をつねに得ることができないはるかに重要な効果を持つように意図されたものであることを気かけ、また、(憲法の法文の字面からは透明なほど明快であるように) 立法府に対する包括的な禁止——争う余地のない拘束力のある禁止——によって、これらの効果が実行されるべきであると確信を持つ、合衆国最高裁のブラック裁判官やその他の人びとに対して、後者の選択肢が訴えるところがあることを、人は理解することができる。」*Id.* at 68.

合衆国最高裁のブラック裁判官は、後に Black, "The Bill of Rights," 35 *N.Y.U.L. Rev.* 865 (1960) として公表されたものであるが、ニューヨーク大学ロースクールにおけるよく知られた1960年の挨拶の中で、次のように彼の見解を明確に説明した。「司法府の利益衡量の過程の重大な危険は、緊急事態や緊張時に、その危険が、個人

の権利に関係なく、政府が政府自体を保護する必要があると考えたものを行う権限を政府に付与する。もしもその必要性が高いならば、連邦政府の権能は、個人の権利を上回るといつも言うことができる。もしも『利益衡量 ('balancing')』がそのテストとして受け入れられるならば、それはどんなに良心的な裁判官であっても極めて緊急を要する時代にそうしないで判示することは難しいであろう。…私の信念は、私たちの権利章典には『絶対的なもの ('absolutes')』が存在し、言葉が意味するものを知る者によってそれらが意図的にそこに置かれたということである。…私の考えでは、少なくとも、合衆国憲法およびその権利章典の歴史および文言は、…その修正を付与された合衆国憲法の第一の目的の一つが、連邦政府からいくつかの諸領域において行動するあらゆる権限を取り上げることであることを明らかにする——それらの諸領域の範囲が何であろうとも、…私が権利章典についての連邦議会での討論で聞いたことは、修正第 1 条が何らかの資格を含意するという信念があったことを何ら示すものではない。』 Id. at 867, 874-75.

7) See, e.g., Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (see chap. 2, n. 4); Nagel, "How Useful Is Judicial Review in Free Speech Cases?" 69 Cornell L. Rev. 302 (1984).

8) Wellington, "On Freedom of Expression," 88 Yale L. J. 1105, 1114 (1979).

9) Kalven, "Upon Rereading Mr. Justice Black On the First Amendment," 14 U.C.L.A. L. Rev. 428, 429-30 (1967): 「第一に、彼は、自由な言論の諸争点についての一人の偉大の裁判官としての主要なテストに合格する。その資格は、その優越的地位論に賛成するという問題に関しては言うまでもなく、むしろ、これが単に他の法のルールまたは原理ではないという事実にその裁判官が答えていることにある。合衆国最高裁のブラック裁判官は、30 年間、自由な言論の争点が危機に瀕しているような難局に際してつねにうまく対応した。彼はつねに警戒を怠らず、関心を持ち続けていた。」

10) Fiss, "Kalven's Way," 43 U. Chi. L. Rev. 1, 4-7 (1975).

11) この争点についての文献は、豊富である。その討論にアクセスするために、読者はオーエン・フィス (Owen Fiss) の著作をもって始めるかもしれない。彼は、裁判官の役割が公共的価値観を実現することであると主張した。See Fiss, "The Supreme Court, 1978 Term—Forward: the forms of Justice," 93 Harv. L. Rev. 1 (1979): 「平等保護条項は、…自由な言論条項と同様に特別である。…しかし双方とも非常に特別だというわけではない。それらは、具体的な意味が与えられかつ合衆国憲法の全体構造と調和しなければならぬ公共的価値観を含意するだけである。…法文上の特性がないからと言って、その価値観が架空のものということではなく、それほど重要ではないということはない。平等保護条項や適正過程条項のような法文上の特性のない禁止に具体化されたその価値観は、私たちの憲法秩序の中心となる。それらは、私たちの社会に一つのアイデンティティや内面的な一貫性——その社会に特有の公共的価値観——を与える。…その裁判官の仕事は憲法的価値に意味を与えることであり、彼は憲法の法文、歴史および社会的理想を扱う仕事をすることによってそれを行う。彼は、何が真か正かまたは公正かを探し求める。…ひとたび、私たちが公共的価値観の存在に対する私たちの信念を再び示すだけで、平等、自由、適正過程、残虐で異常

な刑罰の禁止、人身の保障、または自由な言論のような価値観は、真のかつ重要な意味を持つことができ、その価値観は、はっきりと説明され、実行され——いやそれどころか発見され——なければならないものであり、私たちの政治制度における裁判所の役割は、有意義なものになるであろうし、あるいは実際また分かりやすくなるであろう。」 Id. at 11, 17 (footnotes omitted). See also Fiss, "Objectivity and Interpretation," 34 Stan. L. Rev. 739 (1982): 「裁判官は、規範的な法文を解釈し、その法文に具体化されたその価値観に意味や表現を与える。…法の解釈は、その権威を、法の支配へのコミットメントで自然に結合した解釈コミュニティから引き出すというルールに制約される。」 Id. at 755, 762.

一つの異なった見解は、John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980), 43-72 に見出される。「経験が示唆するのは、実際に裁判所による基本的価値観の選択に、意外なことではないが、弁護士たちや裁判官たちのほとんどが、実際また道徳哲学者たちのほとんどが選ぶ上流中産の専門職階層の価値観を支持する組織的な偏見が、存在することである。無理からぬことであるが、人びとは次のように考える。つまり彼ら専門職階層にとって重要なことが重要であり、私たちのような人びとも例外ではない。それゆえ合衆国最高裁やその解説者たちが基本的なものとしてあげる傾向のあった価値観のリストは、本書の読者たちがほとんど難なく自己同一化する次のようなリストである。すなわち、表現、結社、教育、学問の自由、家庭のプライバシー、人格的自律、ステレオタイプの女性の性別役割分担に閉じ込められずに、その人の夫によって扶養される権利。しかし基本的権利に関するほとんどの理論家たちは、誰かが仕事、食事、住宅に言及するとき、そのドアにじわじわ近づき始めているのに注意せよ。すなわち、それらは確かに重要であるが、それらは基本的 (*fundamental*) ではない。…社会の『広く共有された価値観 ('widely shared values')』が、合衆国憲法の開かれた諸規定に内容を与えるべきであるという考えは、…結局、ほとんどの『基本的価値観 ('fundamental values')』の諸立場の中核にあることがわかる。…合衆国憲法の開かれた諸規定に内容を与えるためにコンセンサスに注目する方がよいと思われる、受け入れ可能な二つの理由が存在する。人は次のように言うことができるかもしれない (*might*)。つまり人は、立法行為が一般に広まっている価値観を真に反映することを確保することによって多数者の諸権利を保護しようとしてきた。しかしながら、もしもそれが目的であったならば、立法過程は司法過程よりも明らかにそれに適しているであろう。これは、コンセンサスに言及することを正当化するその他の受け入れ可能な理由、つまり多数者の行為に対抗して個人や少数者の諸権利を保護することという理由を残すが、…多数者の価値判断から少数者を保護する手段として、多数者の価値判断を採用しても意味をなさない。」 Id. at 63, 68-69 (footnotes omitted). なお、ジョン・H・イリイ著 佐藤幸治・松井茂記共訳『民主主義と司法審査』成文堂(1990年)の「第三章 基本的価値の発見」を参照した。

See also Brest, "The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship," 90 Yale L. J. 1063 (1981); Brest, "Interpretation and Interest," Stan. L. Rev. 765 (1982); R. Dworkin, *Taking*

Rights Seriously (Cambridge: Harvard University Press, 1977), 81-130; Grey, "Do We Have an Unwritten Constitution?" 27 *Stan. L. Rev.* 703 (1975); Sandalow, "Judicial Protection of Minorities," 75 *Mich. L. Rev.* 1162 (1977); Sandalow, "Constitutional Interpretation," 79 *Mich. L. Rev.* 1033 (1981); Wellington, "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication," 83 *Yale L. J.* 221 (1973).

12) Mill, *On Liberty*, 24.

13) Bickel, *The Morality of Consent* (see chap. 2, n. 12), 62.

14) 250 U.S. at 628-29.

15) 403 U.S. at 25.

第 8 章

一般的寛容の理論のためのアジェンダ

ウィグモアは、自由な言論の原理についての私たちの時代の思考に対して説得力のある批判のための下地を用意した。自由な言論の思考や言説には、政府の弊害と人びとの善性を大げさに言ったり、言論活動に社会が刑罰を科す自由のその価値を軽視したり、言論のリスクおよび害悪を過少評価したり、そのベネフィットを過大評価したりする、残念な傾向が存在する。しかし、ウィグモアは、他の多くの人びとと同様に、自由な言論の原理というものが、おそらくその核心部を保障するために周辺部に余裕を残して、価値のある言説の保護または個人的自由の確保以外のものとして機能し得ると想像することができなかった。それゆえ彼にとって過激派の言論を寛容に扱うという考えは、首尾一貫せず、逆説的であり、思いもよらないとさえ思われた。その原理の基礎理論では何もそのような拡大を認めないように見える。実際にその基礎理論は、その考えに矛盾するように見えた。すなわち民主制または一般的には真理探求へのコミットメントは、それらの諸過程を覆すことを意図した言論活動を保護することではなく、禁止することを望むように人びとを導くように思われるであろう。

社会は、まさに個人と同様に、その社会がなりたいと望むタイプのコミュニティにするために多くの方途を用いる。そのもっとも一般的なコース

は、望ましくない行動を制限し処罰することである。そうするうえで、有罪宣告や処罰のためにある種の行動を一般社会から引き離すことによってそのコミュニティは、自力でその正しいあり方を確認する。追放ほど一般的ではないが、もう一つの選択肢は、善い行いに褒美を与えることである。ここでも再び、その社会的応答は、社会の一つのあり方の一般的な確認またはそれへのコミットメントの証拠となる。とはいっても、それは行動後にその最高のものに拍手を送り、称賛するという正反対の道筋を辿る。

これら二つの手法、追放と褒賞は、私たちにとってお馴染みであり、心休まるものである。私たちは、社会的相互作用のあるどんなところでも、実際にそれらの実践に出会う。

しかしながら、その社会の成員の衝動や能力を制御し、良い方向に導きたいと望む社会には、利用できる他の手法が存在する。私たちは、自由な言論の中に、そのもっとも重要なもののうちの一つを見出す。すなわち、不寛容でありたいと願う者の内面の厄介な諸傾向を際立たせる強い一つの手段として、渴望されず、望まれない行動を寛容に扱うことであり、しかも、それはそのコミュニティが回避しようとするまさにその行動にコミュニティが敢えて自己抑制を行うことによってなされるがよくある。このヴィジョンによって、自由な言論は、言論の法的な検閲の文脈に存在すると気づかれている欠陥の矯正という重責だけではなく、さらに広い文脈に存在するもの——共有される一般的特性——の矯正という重責も背負う。本気で取り組まれるその問題は、経度と緯度という意味で普遍的である。すなわち、誰もがそれを経験し、あらゆる文脈でそれを経験する。このような広範囲に及ぶ争点に本気で取り組みながら、自由な言論は、象徴的には社会的交流の入り口として存在する。

I

なぜ自由な言論がアメリカ史のこの時点にこの意味へと発展すべきであったのかは、もちろんとても困難な問題である。そのいくつかの長所に序列を付けることは、社会とともに変化する可能性が高いように思われ、し

かも、それは支配的な条件に左右される。外敵に脅かされている文化または征服することだけを考えている文化にとって勇気や名誉がもっとも重んじられるであろう。合衆国のような国家にとって、寛容は指導的地位を引き受けたように見える。私たちは、その議論の途上で、信念の抑制やその信念に関連する衝動の抑制、また他の人びとの思考過程に対する恐れへの抑制が、重要なさまざまな社会的諸機能を果たす、多くの場面を観察した¹⁾。これらに加えて、資本主義という経済制度は、自己抑制の広範な能力を要求するという考慮すべき事項が付け足されなければならない。私たちの公団法 (public corporation law) の基礎的な倫理 (最近の 20 年間にそれはかなりの批判を浴びたのだが) は、その公団の経営者たちが彼らの個人的価値観または社会的選好を実行する権限を行使してはならないというものである。さらに、自由企業の経済組織は、確かに広範囲にわたる無秩序の様相を呈するが、高度に細分化された社会制度を受け入れる際立った能力を要求すると考えられ得る。私たちの時代の自由な言論の原理をはっきりと説明する際に使われる主要なメタファーの多くが、自由企業の用語集から引き出されているということは、おそらく偶然ではない。すなわち、私たちは「思想の自由な交換 (“free trade in ideas”）」や「思想の市場 (“marketplace of ideas”）」を耳にする。

私たちはまた見てきたように、強い寛容の能力はまた、官僚制や専門職制度が広く行き渡った社会には必要である。これらの社会の各部門内での職務の遂行は、自我を見えなくする能力を要求する。ある人の独自の価値観は、その人の職務の遂行に割り込んではいない。もちろん、ここで再び裁判官もこの能力の模範である。

異なる諸文化からの移民の極端に高い比率と、相反する生き方および価値観を伴う一つの社会的背景では、そのような考えが、何らかの形で、絶対に必須のものであるということは、アメリカ社会での自由な言論の発生についての議論の中でときどき示唆される。このような諸文化の相互混合に固有の対立の可能性は非常に高いので、相互寛容についての何らかの政策は、考案されなければならない——少なくとも単一の集団または連帯が

その社会内での権力の手綱に対する確固たる支配を手にすることを望めないかぎりには。「もしもあなた方があなた方の中に二つの宗教を持つならば、それらは共倒れになるであろう。もしも三十の宗教をもつならば、それらは平和に過ごすだろう。」²⁾と、寛容についてボルテール (Voltaire) が述べた。多様な諸集団の存在する社会における相互寛容の必要性についてのこの所見に否定できない真理がある一方で、それは、なぜ非常に過激でかつ怒りを掻き立てる言論が処罰されるかわりに寛容に扱われるべきだったのかについて十分に満足できる説明を提供していないように思われる。いやそれどころか同じ前提から、まさにそれとは逆の結果が導き出されると考えられるかもしれない。

おそらく反対の命題がより真実であり、それは、その相違よりもその社会を横断する共有された価値観の膨大な種類の類似性を強調するであろう。おそらく、比較的良好に見られる価値体系を人びとが広く共有する、高度に安定した社会を発展させることによって、実際に無制限の言論活動を寛容に扱う真の能力が登場し得る。アメリカの政治は、その同質的な (ヨーロッパのほとんどの社会の分裂した政治生活と比較して同質的な) 二大政党制を持ち、その国の至るところでこの一つにまとめられたパースペクティブを補強するとともに象徴する。実践的な問題として、逸脱した諸集団は、既存の政治的ヒエラルキーに取って代ったり、そこに本格的に入り込む可能性が実にとっても低いので、それらが寛容に扱われるべきことはきわめて重要性の乏しい (また第5章の議論が明かしたように、実際にはかなりのメリットのある) 事柄である。

寛容に対する私たちの態度の進展はさらなる研究に値し、その研究の一部は、なぜその最新の諸機能が完全には認識されなかったのかを説明しようと試みるものでなくてはならない。私たちは、この質問に対していくつかの可能な答えをすでに検討してきたが、しかし、自由な言論のような社会的な実践または原理がいくつかの諸機能をしばしば同時に実現することができるということは、再び強調する価値のあることである。それは、諸々の意味の堆積の結果であり、それ以前の意味を追い越す、ある時点の

単なる一つの意味ではないので、その最新の諸機能は一時的に見落とされるかもしれない。「言葉 (“word”）」と「行為 (“deed”）」の注意深く形づくられた頭の中で行う区別が、その寛容原理をほやかすことができたように、その伝統的な諸機能の用語や思考パターンは、新しいそれらに逆行するかもしれない。

国家のその守備範囲を超える行動の一つの圏域としての「自由 (“liberty”）」という伝統的な概念が、それ自体比較的最近の観念であり、わずか数世紀にさかのぼるだけであるということを再び思い出すことは重要であろう。その政治制度が専制から民主制へと次第に移行するにつれて、言論活動がその移行過程にとって不可欠かつ死活の要素とみなされるようになったのは自然なことであった。さらに、これらの意味は現在に至るまで失なわれてはいない。その市民とその政府の間の完全な一体感はけっして存在しなかったし、これからもおそらく存在しないであろう。すなわち、二者間の何らかの反目および何らかの疎遠感是不変な現実である可能性が高いように思われる。委任された諸権限をその政府が濫用するという脅威は、かりに減じられたとしても、現実のリスクのままであり、公衆の無関心により増大するものである（これはひいては、人が自由な言論の諸意見に見出すことのできる、政府に対するしばしば批判的な性格づけ——民主制の諸目的のために反政府的な扇動の一形式に自由な言論の法理を変えること——を少なくとも部分的に説明することができる)³⁾。最後に、市民たち自身の中に行き渡っている全体的な相互信頼が存在するまたはすでに存在しそうであると思うのは単純すぎるであろう。多数者の専制という現象は、今日の社会においてより潜在的な役割を演じるけれども、一つの要素として残り、その国家内の諸集団間に人がときおり感じる一般的な警戒心に反映されることがよくある。

要するに、自由な言論の原理の展開の背後にあるオリジナルな意味として私たちが理解するものは、同時代の意義を持ち続けており、また、その現実は、なぜ最新の諸機能が見落とされ得るのかを説明するのに役立ち得る。すなわち、歴史的な意味は、最新の意味から注意をそらすことができ

る。私たちは、ニューヨーク市立公共図書館での数年前に開催された検閲についての回顧展に、これを見ることができる。私たちの注意は、言論弾圧のもっとも恐ろしい具体例に、つまり私たちがいま非常に価値を持つとみなす表現行為に向けられる。例えば、ジョイス (Joyce) の『ユリシーズ (Ulysses)』またはローレンス (Lawrence) の『チャタレー婦人の恋人 (Lady Chatterley's Lover)』の検閲のようなものである。私たちは次のように思うし、当然そう思う。つまり、そのような検閲の行為は、市民がもっとも評価すると思う表現行為に対する粗野な無神経さを反映したが、私たちは、そのような不正行為を抑制する言論の自由の原理に対して、感謝の思いから跪くことをもって私たちの思考を終える。

こうする際に、私たちは、大きなメリットのある言論の保持という目的とだけ、あるいはおそらく、その国家の守備範囲を超える私たち一人ひとりのための自由という領域の保持という目的とだけ言論の自由を関連づける。それらの諸目的は、価値のあるものであるが、私たちが遺憾に思う粗野な検閲の実例をもたらずその感情が、良くも悪しくも社会的な相互作用のあらゆる側面を事実上誘導する重要な役割を果たすことを見落とすように私たちを追いやる。大きなメリットのある作品を自由な言論が保護するという理由で、それを褒めるよりも、また、そのときに過激派の言論に関する事件に迫られて、その憲法原理が法的干渉から、一つの「過程 ("process")」を保護するだけという一般に「中立的である ("neutral")」と考えられる根拠でその憲法原理の擁護に取り掛からざるを得ないことよりも、むしろ私たちは、その代りに、その不寛容の背後にある感情に思いやりをもって見ることによって、その原理の私たちの理解を更新することができるかもしれない。もしも私たちがそうしたならば、最終的には、私たちは、その社会が求める一般的なマインドの質の一つの重要な側面にその社会が本気で取り組む一つの公共的な文脈であるところの道徳的次元を自由な言論が有するという見解を保持することになるであろう。

II

したがって、少し離れてそれを眺めるならば、私たちは、言論の自由のような企てについての意味の進展の可能性をより容易に理解することができる。異なる環境は、その原理を保持するための異なる理由に焦点を当てるように私たちを導くかもしれない。ある世代は、話す権利だけを求めるかもしれない。他方で、別の世代は、不当な言論行為を寛容に扱うことから強さを手に入れようとする。どの世代もそれ自体のアジェンダを持つ。その時に支配的な条件がいかなる主題が研究によって重要かを指し示すように。ジョン・アダムズ (John Adams) は、かつて彼の妻への書簡の中で、次のように記した。「政治と戦争を研究する」ことが人生における私の仕事であったと。もしもそれらの諸目的が達成されたならば、と彼は述べた、そのとき、彼の子どもが、「数学、哲学、地理学、自然史、船舶設計、航海術、商業、農業を研究する」ことが自由になるであろう。そして彼らももしもこれらの仕事に成功するならば、「絵画、詩、音楽、建築、彫刻、織物、磁器を研究する権利を子どもに与える」⁴⁾であろう。それを自由な言論に当てはめることができるかぎり、その時代の制約と環境は、自由な言論が提示する経験から私たちが引き出すものを決定することになる。

人びとが多元主義と呼ばれるものへのこの社会のコミットメントについて話すのを聞くことがよくある。その多元主義という言葉は、私たちが観点および生活様式の多様性を是認する用意のある人びとであることを一般に意味する。これが寛容の推定という一般的な観念に、または私がときどき寛容の倫理と呼んだものに言及するかぎり、それは、ここで提示された自由な言論の根底にある目的についての見解と広い意味で一致する。しかし多元主義の有利な点——真理発見の刺激、または安定した社会に必要なとされる妥協の源、または対立する様々な生活様式を理由とする喜びの源のようなもの——がたとえどんなものとして受け取られようとも、それは、自由な言論をそのようなコミットメントの単なる通常の具体例とは見なさないであろう。その原理は、あまりに度を超しているため、多元主義のこれらの伝統的な諸概念の見地からは説明できない。私たちが多元的な社会

を信じるという理由で、ナチスがユダヤ人のコミュニティでの行進を許されるべきであると主張することは説得的ではない。多元主義でさえもその限界を持たなければならない。私たちがそのような結果に同意を与えなければならない前に、多くのことが示されなければならない。

しかし次のように言うことは可能である。つまり、私たちが提示できるいくつかの理由から、社会的相互作用の広範囲な諸領域で多様性を受容する能力を開発することにコミットすることは望ましい。それらの理由とは、次のようなものである。つまり、私たちは、しかしながら、私たちが多様性を受容の限界線を引く用意をしなければならない——私たちはいつ私たちが十分多元主義的であり、それ以上受容することができないかを決定しなければならない——ということであり、また、これらの線を引くことは、その決定が行われなければならない文脈のその多様性とその複雑性のために、単純なルールまたは一連のルールに還元できない、よい判断を行う能力を必要とするということであり、また、決定のためのルールをあらかじめ、定式化することがまったくできないので、私たちの判断を偏ったものにし、かつ歪める傾向のある私たちの思考上のそれらの諸要素を私たちが意識するようになるならば、それは有益であるということであり、また、最後に、言論の自由は、それらの一般的な諸偏見が生じる文脈であり、かつそれらの諸偏見が通常以上の自己抑制という実践によって効果的に光を当てられ得る文脈であるということである。

III

しかし、そのような原理はうまく機能するのか。私たちがその原理を受け入れるためには、その社会についてどんな想定をしなければならないのか。私たちが一般的寛容の理論から見てその原理をいま検討するときに、私たちが何を研究すべきなのか。

前述した諸章の目的は、自由な言論という憲法原理が今世紀において重要な新しい意味を引き受けるようになったと主張することであった。私は、その一般的機能を記述しようと試み、かつその論拠を明確に説明しよ

うと試みた。その新しい原理は、決定的に重要な社会的争点に対する魅力的でかつ興味深い社会的応答として提示された。しかしその原理について全面的に信用しない十分な根拠も存在する。その理論のすべての構成要素——不寛容への衝動の本質と程度についての想定、厄介な行動に対する通常以上の自己抑制を取って行うために、一つの分離した領域として言論を利用することの利点についての想定、そのような原理を有効に実行するために司法制度の能力についての想定、一般的に社会的な態度を形作るうえで法の役割についての想定およびその他の想定——は、たとえ理論上は正しいとしても、実際にはうまく機能しないと異議申し立てられ得るものである。

自由な言論の原理に関係する一つの広範囲な領域が取り上げられなかったが、次のように記述されるべきである。すなわち、私たちは、自由な言論の実際上の機能が、社会の他の場所で過度の不寛容を刺激するという皮肉な結果をもたらす可能性があるかどうかを検討すべきである。

自由な言論がこれを行う可能性は、少なくとも二つのレベルで吟味され得る。私たちは、これまで明らかにされた、その過度の不寛容への衝動が、どんな取扱いの形式も、少なくとも私たちが新しい自由な言論の原理に関して心に抱くような取扱いもまったく効かないほど、実際に人間性に深く刻み込まれているかどうかを検討することから始めることができる。おそらく、その衝動は、枕のようなものであり、また自由な言論がまさにその枕への一撃である。その場合、その一部がへこんだとき、その全体は、ただ新しい形にそれ自体を再区分するだけである。すなわち、その表面のある部分に新しくほみができるにもかかわらず、全体積は変わらない。このことは、自由な言論というくほみを通じて過度の不寛容への衝動に本気で取り組む努力に当てはめることができたのか。

たとえその衝動が有効に和らげられ得るとしても、自由な言論という企ては、その和らげるように実際に機能することになるのか。ここで私たちは、もう一度、次のような自由な言論における奇妙な現象を当てにする。すなわち、それは、どのように自由な言論の提唱者たちと、弾圧を好む者

たちの双方の側が、論理的に自分たちの言い分を述べるための議論という同じ集まりを究極的に当てにするのかについてのものである。ここで、私たちは、伝統的な自由な言論の主張が、どのようにその他の方向に変えられ得るかを理解する。すなわち、次のように問うことができる。つまり、私たちが不寛容を禁止することによって、その他の社会的な諸文脈で人びとにとって不寛容をより (*more*) 魅力的なものにするだけであるということが、事実ではない可能性があるのか。

その問題は、複雑である。私たちは、自由な言論をより広い何らかの意味を持つことと切り離すような方法で自由な言論について考えかつ提示する裁判官たちや自由な言論の理論家たちの間の傾向を第7章で議論したとき、その傾向を矯正できることが想定されていた。しかし、もしもそれができないとするならば、どうなるのであろうか。自由な言論を実行する者たちが自由な言論を、一つの分離された現象として扱う傾向が常にあるとしたらどうなるのであろうか。そうだとすれば、もちろん、そのリスクは、自由な言論を経由して達成される「寛容 (“tolerance”）」というそのアイデンティティが、他の諸領域で過度な不寛容を発散させるための言い逃れ (*excuse*) になることであり、あるいはそうなるであろう。

もう一つの別の面からみると、次のように合理的に問われるかもしれない。つまり、自由な言論は見当違いな問題に取り組んでいるか、あるいは自由な言論はより優れた寛容の能力の育成の探求という点で必然的に度を越えてしまったか。自由な言論は、あまりに (*too*) 成功したので、過度の寛容という問題を生み出すのかもしれない、その結果、同時に、社会に敵対する悪習 (*vice*) としてその社会に致命的な影響を及ぼすかもしれない。私たちは、言論に対する法的強制の文脈でさえも、本質的に道徳的な反対物として寛容と不寛容をよく描写するにもかかわらず、それらは、善と悪の両端ではない、とすでに記した。しかしながら、残念なことに、その人間の条件ははるかに困難である。つまり、アリストテレスが述べたように、それは、あらゆる文脈で正しいバランスを見出すという問題である。自由な言論の思考は、寛容の極よりも、不寛容の極がより多くのリスクを

提示すると理解することに明確な力点をつねに置いてきたし、また、その前提に立って、私たちは、法の解釈原則についての入念に作られかつ洗練された体系を組み立てた。しかし、それはときおり再吟味するに値する想定である。というのも、その困難な中道の美徳からのさらに大きな逸脱が時とともに変化することや、過剰よりもむしろ不足を補うことがより困難であることについてジョンソン (Johnson) 博士が次のように述べたことが同様に過度の寛容についても、ときに当てはまるということを考え合わせることは、社会生活のより真実に近い評価であるかもしれないからである。

欠点を補うよりも過剰を取り除く方が容易であるということは、自明の理として公理として主張されるかもしれないし、したがって、美徳の中間点を通り過ぎたという理由で非難される彼は、目標に達しないことによって失敗した人というよりも、より見込みのある希望の的とつねにみなされる。一方は、その模範が要求するあらゆるものを持ち、いやそれ以上であり、その過剰が容易に取り除かれ得る。他方は、卓越性に必須の質を望み、彼がどのようにそれらの質を獲得すべきかを誰が教えることができるのか。仲間の馬たちを置き去りにすることが欠点の馬は、その仲間の馬たちと速度を合わせることを教えることができると私たちは確信する。私たちは、斧の数振りが杉の木の余分なものを切り払うことを知っている。しかしどんな耕作法が低木を高くすることができるのか⁵⁾。

自由な言論に関して、私たちはそれをろくに必要としない側に立って私たちの擁護論を支えようとする羽目にならないように、常に気をつけなければならず、他方で、自由な言論を必要としない側に反対する方向で自然に立ち上がる壁は、私たちにはいまではより確実に見えるけれども、人間模様のさらに大きな規模では、より脆くかつより攻撃されやすいものである。もしそうであるならば、私たちは、再び、見当違いの脅威に対抗し

てマジノ線を作り出すことになるであろう。

寛容の追求は、別の意味で複雑であるかもしれない。ある時点で、寛容は私たちが服従と考えるものに溶け込むように思われる。ある意味で、兵士は、もっとも寛容な人である。実際に、ホームズは、どうして彼にとってそのもっとも申し分のないマインドが、服従する兵士のそれ——社会的役割を果たす願望を維持しながら信念を根こそぎにするホームズの努力の予想外というわけではない論理的な延長——であるかをときどき記した⁶⁾。カトリック教皇の不動性という原則は、カトリックの信徒と聖職者のかなりの寛容を要求する。この考えの古い世俗的なヴァージョンは、つまり、国王が神の権威を持って話し誤りを犯させないことは、臣民からかなりの寛容の能力を要求した。だが、言うまでもなく、これは、私たちが自由な言論の原理について心に抱くもののどれにも当らないように思われる。しかし、それが自由な言論が達成しようとするもののすべてであると考えてよいのか。

私たちは、自由な言論が不確実性や複雑性に自ら心休まるマインドの開発に関心があるという考えに心休まらなければならない。その服従的なマインドは、独力で考えない。それは信念を持つかもしれないし、その信念は以前から受け入れていた秩序と一致しないかもしれないが、それらの信念は徹底的に弾圧されなければならない。その個人は彼または彼女の自分自身のマインドを疎んじ、尊敬さえしないように教育されなければならない。

自由な言論を通じて求められるマインドは、次の決定的な一点で、その服従するマインドと区別することができる。すなわち、自己批判や懐疑のためだけではなく、信念を制御するその他の方法のための適応力の要素を残しながら、自由な言論を通じて求められる寛容のマインドは、不服従の可能性を公然と検討し、本気で受け入れることが自由である。その目的は、自分自身から現実を隠すことではなく、その用語のもっとも広い意味で「検閲する (“censor”）」ことではない。その服従するマインドは、厳格な検閲行為を通じて機能するが、自由な言論の寛容なマインドはそれでは

ない。私たちは、信念の方向に傾く偏見 (*bias*) または信じたいという願望にだけ関心のあるものとして自由な言論を考えなければならず、どんな独自の思想に対してもそれを全面的に黙らせることに関心のあるものとしてではない。

しかし、それでもなお、そのリスクは、自由な言論が、受動性または無批判な服従に自然に変化するある種の寛容を何度も繰り返し説き聞かせる手法となってしまうということである。第7章で議論したように、いくつかの文脈で、さらにはいくつかの場面で、無批判で自主性のないマインドの一定の、ある時は非常に多くの社会的な必要性が存在する一方で、自由な言論の目的は、その種の知的性格に対して一般的に逆に作用することである。

一つの最終項目が将来のアジェンダに含まれるべきである。すなわち、かりに、修正第1条の訴訟の様々な領域で採用された諸々のテストの複雑な細部を主な内容とし、かつ社会思想上の自由な言論の概念の影響と思えるものをより広く検討する、自由な言論の学問がこれまで本気で取り組んできた伝統的な諸問題からいくぶん目を離すことができたならば、それは望ましいであろう。自由な言論は、あまりに不可欠な国家的象徴なので、解釈原則の観点からだけではそれについて考えられない。文書名誉毀損に関する憲法上の基準の目的にとって、「公的人物 (“public figure”）」とは誰か、あるいはポルノグラフィという例外の目的にとって、「わいせつ (“obscene”）」とは何かについて決定するテストを考案することは、確かに重要である。しかし、私たちは、自由な言論の概念が、言論に対する法的抑制という視野を超えた (*beyond*) 社会的意思決定にどのように影響するかに注目する必要がある。というのも、そのより大きな関連性は、自由な言論の原理それ自体の意味、少なくともその意味の重要な部分を活気づけるように見えるからである。人びとが自由な言論を「ほかの人びとの意見に敬意を払うこと」のような考えを具現化するものとして話すとき、私たちは、その法的な原理が、言論の分野への法的干渉を抑え込む手段としてだけでなく、一般的な社会倫理の一部として機能していることを理解す

る。その関連性はさらなる研究に値する。

IV

本書のはじめの方で、私たちは自由な言論がより初期の時代の政治的諸条件により適合したある種の流行遅れの懐古趣味的な考えまたは生活の一面的な見解のために過度に一つの目的に向かうことだけに打ち込む追求を反映することになったのかどうかを考えた。本書のその残りの部分では、一面的または時代錯誤的であることよりもむしろ、自由な言論がある統合された社会生活において重要な役割を演じるということを示そうとした。また自由な言論は、言論の自由がその観念に与えたどんな古典的な意味においても実現されてきたと合理的に認められ得るにもかかわらず、その統合された社会生活における重要な役割を演じることができる。その持続する意味の背後にある理由は、言論活動に対する応答 (*response*) において明らみにされたものの本質に、つまりその文脈において視覚的によく姿を現わすが、その他の文脈でも現れるものに存在する。

私たちがこれを理解するとき、自由な言論の社会的機能についての私たちのパースペクティブは、劇的に変化する。私たちの注意は、言論のその価値から、言論によって引き起こされた反応のその厄介さに移る。その考えの社会的意味に、極端なものが不可欠になり、その他の社会的相互作用の諸領域との広範囲にわたる関連性に光が当てられる。

結局、私たちは、ある社会のそれ自体の持つ弱さの自覚を、その社会の強さの中に数えることのできる社会の真の高貴さを見失ってははいけない。

注

第8章

- 1) See generally the materials collected in William L. Carey and Melvin Aron Eisenberg, *Corporations* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1980), 219-23.
- 2) Voltaire, *Philosophical Dictionary* (New York: Penguin Books, 1972), 390.

- 3) 私は以前、“The Sedition of Free Speech,” 81 Mich. L. Rev. 867 (1983) においてその点を示唆した。
- 4) Letter 168, *Letters of John Adams Addressed to His Wife*, ed. Charles Francis Adams, vol. 2 (Boston: Freeman & Bolles, 1841).
- 5) Samuel Johnson, *The Rambler*, No. 25, ed. W. J. Bate and A. B. Strauss, vol. 3 of the Yale Edition of the Works of Samuel Johnson (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969), 136-37.
- 6) ハーバード大学の同窓会に向けた 1895 年の講演においてホームズは、「兵士の確信 (“The Soldier’s Faith”)」について話した。

私は何が真であるかを知らない。私は宇宙の意味を知らない。しかし懐疑の中で、教義の失墜の中で、私が疑わないもの、つまりほとんどの人が住む同じ世界に生きる者であれば誰もが疑うことができないものが一つ存在する。すなわち、それは、次のような確信が真実であり崇拝に値するということである。つまりそれは、兵士が、盲目的に受け入れた義務に従い、彼がほとんど理解できない理由で、彼が一切思いもよらない作戦計画で、彼がその効用を理解しない戦術の下で、彼の命を投げ捨てるように導く確信である。

Reprinted in *The Mind and Faith of Justice Holmes*, ed. Max Lerner (Boston: Little, Brown, 1943), 18, 20. なお、この講演の邦訳について、エドモンド・ウィルソン著・中村絃一訳『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) 514 頁を参照した。