
 翻 訳

注 釈

『寛容な社会』：批評者たちへの応答

リー・C. ボリンジャー（著）

池端 忠司（訳）

訳者はしがき

ここで訳出する注釈は、Lee C. Bollinger, *THE TOLERANT SOCIETY: A RESPONSE TO CRITICS (COMMENTARIES)*, 90 Colum. L. Rev. 979 (1990) の全訳である。ボリンジャーがこの注釈で対象にしたのは、私が本紀要で全訳を連載した彼の最初の著書、*THE TOLERANT SOCIETY: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press (1986) であり、その掲載が終わったことから、その理解のためにこの注釈を掲載する。読んでいただければわかるように、この注釈は、その著書出版後書かれた多くの書評を踏まえ、彼の自説である寛容の一般理論を解説するとともに、それらの書評のうちの主要な疑問や批判に答えるものである。英語原文の最後には書評の一覧が掲載されているが、注に主なものが記載されていることもあり、ここでは省略した。

私は、『寛容な社会 (*The Tolerant Society*)』¹⁾を書きながら、この国の言論行動の扱いに、つまり、その他の西欧民主制諸国以上に顕著な自由主義

的な扱いに興味を持ったし、いまでもそうである。しかしながら、その自由さは、驚くほどの、他の国と一線を画すほどの西欧民主制国家の純粋さの証明であるだけではなく、またこの現実世界が自由な言論の概念の下でどのように特徴づけられるかを示す。

しばらくの間、私が修正第1条の分野を教えはじめた後でさえも、私は言論に与えられた保護範囲と性質が明らかに正しいように思われた。しかし私がそのことを考えるに従って、その範囲と性質はあまりに極端なもののように思えてきた。自由な言論に関する既存の理論は、私たちの社会が自由な言論の旗の下で実際に許しているものに、次第に十分な説明を提供しなくなった。だが、私はまた、自由な言論が、社会にとって説得力のある意味を持ち、もっとも身の毛もよだつような言論行為に保護を与えることによってさえも、社会をどういうわけか強化するらしいという強い直観を抱いた。私は、自由な言論を単に言論の法的制約の除去として理解するのではなく、それを超えて広範囲に及ぶ社会的な重要性を持つものとして考え始めた。私は、ホームズやミクルジョンのような一級の理論家たちを研究した結果、彼らもまた、言論の検閲が争点となった事例を考える過程で、人格という、より大きな問題——私が知的性格と呼んだもの——に、つまり信念および真理についての問題に、さらにはかれらの互いへの異議申し立てに、夢中になっていることを再発見した。これらの争点は、修正第1条を理解するためのどんな入門書も超えており、つまり言論を法的に抑制する限界を設定することは、より広い社会的文化へのその影響力について考えることであった。この分野の私の研究および著書は、その広い意味の探究であり、「寛容（“tolerance”）」という一般的な題目の下で私が記述したと私が理解するものであった。

私は、この注釈において『寛容な社会（*The Tolerant Society*）』の中で発表した理論に対するいくつかの批判に答えるように努める。第Ⅰ部は、言論によって引き起こされる害悪が、一般に思われている以上に非言論行為がもたらす害悪と類似しているという私の見解についての説明である。第Ⅱ部は、『寛容な社会（*The Tolerant Society*）』の中の私の命題の要約を内

容とする。最後に、第Ⅲ部は、私の命題についてのいくつかの疑問に本気で取り組む。

I 害悪と、言論の背後にある心

言論行為に対する私たちの社会の広範囲に及ぶ寛容は、修正第 1 条の伝統的な諸理論の下でこれまでベネフィットがあると想定された言論よりも多くの言論に自由を許す。従来からの自由な言論の正当化理由はよく知られている。つまり、言論の自由は、知識および真理の促進を中心として個人の自律性の圏域を維持し、政府の権力濫用を抑制するという点での私たちの利益を確保する。疑いもなく、保護されている多くの言論はこれらの正当化理由という避難所に入ることができるが、多くの言論はここで避難所を合理的に見出すことができない。ある言論は真理探求に関わるどんなものも有しない。つまり、その言論は言論者または聴衆の一時的な喜びまたは楽しみだけを目的とする場合もある。だがその言論も保護される。あるいは多くのデモンストレーションについていえば、その目的は一つの意見を表明することではなく、むしろその他の利益、つまり治安や静謐を乱すことであり、あるいは聴衆に暴力的な対面を挑み、挑発することである。だが、この言論は実際にまさに社会的闘争の合法的な一形態であり、私たちはそれを保護する。人種主義的な言論およびジェノサイドの唱道でさえも保護され、真理探求に真剣に興味を持つどんな人もそのような思想に耳を傾ける時間がないにもかかわらず、そうする。私たちは、多くの思想が根拠がなく、好ましくないと考える正当な理由を持ち、また、ある思想などは非常に高い代償付きでやってくる。実際にある言論は害悪発生の可能性が非常に高い。

この問題についての私の見解はまったく単純である。すなわち、言論は私たちがまさに適切に考慮に入れるべき仕方では害悪をもたらし得る。つまり、それは、私たちが非言論的行動を規制する際に考慮に入れるものによって下支えされる一つの立場である。人びとがどのように考えるかについ

て気遣うことは合理的であり、言論は、他者に危険なまたは好ましくない仕方で考えるようにさせる方法である。私たちが思想に注意を払うのは、私たちが行動に注意を払うからであり、思想がしばしば行動を引き起こすからである。もしも法律が完璧で、害悪を生むすべての行動に及び得るならば、事態は異なっていたかもしれない。しかし、それはできないことであり、実際問題として法律が介入するときでさえ、法律は、しばしば害悪が発生した後になってはじめてそれに及ぶ。したがって、利得の生じる可能性が経済的価値を持つものと同じ仕方、将来の被害に対する心配 (*apprehension*) も立派な害悪に該当するというのは合理的である。

通常の人種主義的な行為を検討してみよう。人種別学校教育政策によってあるいは何らかの人種差別的行動によって被る被害とは何か。それは単に二流の教育という問題なのか、あるいは単に教室または食事の拒否という問題なのか。もちろんそうではない。バスの後部に座らされることの被害とは何か。これらのすべての事例において、その被害は、差別的行為によって伝達されかつ犠牲者の人間精神を悩ます、劣等感、嫌悪、侮辱の思想およびメッセージである。同様にこの被害は、私たちをその虐待に干渉するようにまた食い止めるように駆り立てる。人種主義的な言論 (*speech*) は、私たちが禁止するその他の人種主義的行為とその種類という点でも異ならず、あるいはその被害の大きさという点でも必ずしも異ならない。それにもかかわらず、これはパラドックスであるが、一方は禁止され、他方は自由な言論として保護される。

その要点は単純であるが、そのためしばしば見過ごされる。何らかの行為によって伝達される心——たとえばそれが思想、意図または態度と評されようとも——が問題であり、また認識できる被害を構成し得る。これが真であるかどうかを疑っている人のために、私はサルマン・ラシュディ (Salman Rushdie) 氏の現在および未来の生活について考えることを勧めたい²⁾。

もちろん、言論行為が好ましくない行為になり得るという事実は、別の言葉で言い換えれば、言論行為が単に一般的な行為の一種に過ぎない

(*speech acts are just a species of acts in general*) という事実は、私たちが言論行為を無視できないことを意味する。好ましくない行為が生じるどんなときでも、そのコミュニティは、現実にもその原理を支持し続けるかを、さらには好ましくない行動一般について何ができるかを決めなければならない。そのコミュニティ自身の持つ (*own*) アイデンティティが一つの争点となる。そのうえ、妥当な応答を形成するという仕事は、通常、非常に複雑で厄介であり、臆病さを持って行動するスキュラ (*Scylla*) (この弱点を象徴するために私たちの集団意識に閉じ込めさせた事件——キティ・ジェノヴィーズ (*Kitty Genovese*) 殺人事件の傍観者たちがしたように)³⁾と、過度の敵意と怒りを持って反応するカリュプデイス (*Charybdis*) (かわいそうなビリー・バッド (*Billy Budd*) がしたように、あるいは暴力でネオ・ナチスと会う用意をしていたというスコーク市の多くの人びとがしたように)⁴⁾を伴う。このプロセスを通らなければならないことは、苦しみを与え、骨の折れることであり得、それ自体コストである。また機会を失うというコストも存在する。つまり、それに注意を払うことによって——私たちがそうしなければならないので——私たちは、私たちの優先順位の尺度からすれば、さらに重要と思われる他のものより先に行ってしまう。

私たちが非言論的行為について害悪と見なすものに注意を向けることは、私たちの思考が言論の領域で歪んでいるかどうかを評価するのに役立つが、私たちは、私たちが言論の領域で保護を求める価値観がどのように言論に特有ではないかを理解することによって、私たちのパースペクティブをフレッシュにすることができる。個人の自律の圏域の保持への利益と、真理への利益は、話すという領域に限定されない。偉大な自然科学者アルド・レオポルド (*Aldo Leopold*) のような人にとって、「オキナグサ (*pasque-flower*) を探すチャンスは、自由な言論と同様に不可譲の権利 [であった]。』⁵⁾ 「あなたはそれをしようとしないうえ、それを決して知ることではない。」このような会話表現は、何かを行うこと、ある考えを実行することが、純粋な思考や議論と同様にあるいはそれ以上に知識獲得の手段であるという一般的な真理を示す。しかしながら、私たちは、私たちの知識

を拡大できるからと言ってすべての非言論行動の規制を禁止しない。個人の自由や新しい知識は、あらゆる場面で現れる価値であるが、私たちは、それらに決定的な重きを常に置くわけではない。複婚は一夫一婦制よりもよい生き方かもしれないし、それを禁止することによって私たちは発見のチャンスを少なくする。しかし、私たちはそれにもかかわらず、それを禁止する。

その要点は、私たちが個人の自律や真理のような一定の価値の存在を指摘することだけでは、あるいは問題となるコストが最小限であると認めることだけでは言論行為に与える保護を説明できないということである。これらの言論の諸価値は通常は問題とならない。またそれらが問題となったときでさえも、なぜそれらがその他のあらゆる利益に勝るべきかの理由は存在しない。さらには言論のリスクが勝る場合がある。ある唱道がその唱道内容の実行ほど害悪がないからその言論が保護されるべきとの主張は説得力がない。というのも殺人の唱道が殺人自体ほど害悪がないのは真実かもしれないが、その唱道から生じた害悪は私たちの介入を認めるに十分なほど有害の場合があるからである。あるいは私たちが思想のコミュニケーションを法の統制範囲を超えるものとして扱うという理由からその言論が保護されるべきであるとの主張も説得力がない。というのも私たちは非言論行為を罰するときはいつでもコミュニケーションを罰する（し、それを抑止と呼ぶ）からである。さらには、私たちは目をそらすことによってある言論の害悪を回避できるという理由でその言論が保護されるべきとの主張も説得力がない⁶⁾。なぜなら私たちは実際にそれができないからである。さらに好ましくない言論行動が完全に人間の本性からのものであるという理由でその言論が保護されるべきとの主張は説得力がない⁷⁾。なぜならば、私たちは「完全に人間の本性からの」衝動のすべてが統制されることを期待するからである。さらに、ある言論のメッセージ自体を変えることなく、あるいは感情の強さを表現する機会を減らすことなく、あまり攻撃的でない、害悪のない手段でその言論者に自らを表現させることができないという理由で⁸⁾、その言論が保護されるべきとの主張は説得力を持た

ない。というのも、その論理は、テロリストのあらゆる行為を保護する結果になるからである。

要するに、私たちは、自由な言論のベネフィットを誇張しないように、そのあり得る害悪をとるに足らないものと見なさないように注意しなければならない——その双方が自由な言論の言説で生じやすい。また、どんなときでも私たちにとって問題となるのは心であることを私たちが思い起こすことが特に重要である。これこそが、日曜日の午前中にあなたが8時に起き、隣人が芝生を刈っているのを聞くと、(彼の鈍感さを理由に、あるいはさらに悪いことには彼がわざとあなたをいらいらさせるようにそうしているという理由で) あなたがなぜ興奮し腹を立て復讐をしたい衝動を覚えるかの理由であるが、しかしもしもあなたが雷と稲妻を聞いたならば、あなたは自分の寢床に戻り、寝るであろう。エイハブ (Ahab) のような狂人たちが心からと同様に自然からも、侮辱を感じるであろう——これは、彼らが自然の背後に悪の心を見るからである⁹⁾。

II 寛容という命題

(特別にそうだというわけではないが、私たちが思うほど重要でもない) いくつかのベネフィットをもたらす能力と、(特別にそうだといわけではないが私たちが思っているほど取るに足らないことはない) 危害を加える能力を持った行為の一種として言論を理解するというヴィジョンを持って、私は、なぜ言論行為の保護——あるいは私がそれを表現するために使った寛容——が意味のあることであるかを考え始めた。伝統的なベネフィットが小さく害悪が大きいとき、私はパースペクティブの基本的な転換が求められると考えた。この転換は、二つの主要な部分からなる。その一つは、私たちが言論によってもたらされるべきベネフィットを受けることを確実にしようとするだけでなく、むしろ言論行為に対する反応 (reactions) における好ましくないものまたは問題とすべきものを矯正または阻止することに潜在的に関係するものとして自由な言論を捉えること

であった。そのパースペクティブの転換の第二の部分は、私たちが自由な言論から引き出し得る社会的価値が、その他の人間的相互作用の領域とかなり異なるあるいはユニークな言論に依拠する必要がないと理解することであった。言い換えれば、言論のいくつかの特殊な (*special*) 属性が、私たちがそこであることを正当化するというよりも、私たちがとくに欲する価値または資質をおそらく極端にまで探求するところの社会的相互作用の分離された一領域として自由な言論を捉えことができるかもしれない。私は、社会的行動一般の私たちの扱い方に関連して (*in relation*) 自由な言論を考えたかったし、そうすることが、厳密に比較の観点からすればあまりに奇妙と思われる方法で私たちが進んで害悪とベネフィットを計算することを説明し得るかどうかを知りたかった。

この見解を採用することは、自由な言論の社会的意味を考えるうえで多くの可能性を開いた。その仕事は、私たちが抱くと称する価値観を所与としてある行動に反応するときのその不適切なやり方を考えたりまたは確認したりするものになった。真理探求のような、自由な言論の伝統的な価値観は、このパースペクティブからベネフィットを得ることになるであろう。人は、非言論行動が、言論行動と同様に真理の促進にも役立ち得るとたったいま述べた所見に賛同し得るであろうし——さもなければ、とりわけその真理が最小と思われるときに自由な言論の理論が社会的規制から言論を除くことの正当性に異議を申し立てるために採用される所見に賛同し得るであろうし——また、人は、次のように主張し得る。つまり、人びとが、新思潮の受容または理解に一般的な偏見を持つため、言論のような社会的相互作用の一つの領域を取っておき、その領域で知識の極端な追求に身を委ねることは有意義であると主張し得る。その立場は、解決されるべき、さらなる争点を伴わないのではなく、むしろその争点はかなり違ったものである。正当化の問題は、もはや言論によって促進される真理の利益が、非言論行為によって促進される利益とどのように異なるのかを示すという問題ではなく、真理の利益が、どのように言論と非言論行為の双方の文脈において *同じ* (*similar*) であるか、どのように真理を追求することに

一般的に気が進まない傾向が存在するのか、そして極端にまで私たちが真理を追求する特別のゾーンを取っておくことがどのようにこの社会の無力のための救済手段を提供し得るかを示すという問題である。

しかし、このパースペクティブは、言論行為を極端に寛容に扱うことによって潜在的に生じる固有の社会的ベネフィットについての拡大された概念も支持する。それは、言論行為に対する反応についての、問題とすべき特徴に焦点をあわせることから生起する。少なくとも、次の二種の社会的意味は、言論の自由が言論行為に向けて命じる通常以上の抑制の基礎となる。

第一のものは社会的処罰の過程と関連がある。自由な言論から引き出すものが真理探求という利益を超えることができず、好ましくない行動に妥当な刑罰を課するうえで私たちが抱える問題とも結び付けることができない理由は存在しない。人間の本性が過度に処罰したい、被害の仕返しをしたい衝動にさいなまれていることは、少しも疑う余地がない。私たちの刑法制度は、この衝動の予防措置に満ちている。私たちは言論が好ましくない行動を構成するだけではなく、容易に感知できる被害の原因になり得ることをひとたび認めるならば、私たちは別のところで罰を与えるときに適切な自己統制を行使する能力を実演し開発する手段として好ましくない行動に自己抑制を行使する文脈を、言論が提供できることを理解する。私たちは、いわば、禁止または処罰する私たちの権限を行使することなく、その被害を見過ぐす。というのも、私たちは、まさに処罰するときに私たちの中に過度に処罰する傾向を認めるからであり、このような傾向を緩和する手段としてこれを利用するからである。私たちは自由な言論のこの側面を寛大の長所 (*virtue of magnanimity*) と呼ぶことができるかもしれない。

自由な言論の第二の新機能は、私が寛容の能力の開発と呼ぶものである。私たちは、言論行為を好ましくない行為とみなす場合があり、その結果刑罰に値し、したがって極端に自己抑制的であるべき文脈を創造すると同様に、私たちは言論行為をまさに通常の行為、つまり言語行為として考える場合がある。そこでは、私たちが嫌悪するのが当然である行動がさら

に起こる危険があるにもかかわらず、人びとはその望むまま行動する。これは多様な信念および利益を持つ人びとが住む大きな複雑な社会である。これらの多様な信念のある程度の調整を提供することは、その社会に不可欠な基礎的な仕事である。過度に均質化された社会を確立したいという願望と共存しかつ克服することこそが重要な目標である。この意味において自由な言論は、極端な寛容のゾーンとしてだけ機能することができる。というのも寛容にされる行動が人間の自己実現または真理にとって重要であるからではなく、むしろ現実問題として自分と異なる行動に耐え忍ぶことが必要であるからである。

私は、自由な言論の下で言語行為を寛容に扱う実践が、寛容の倫理と私が呼ぶものを教え込むことに役立ち得ると主張する。私が思い浮かべるものは、私の理解では社会的相互作用において繰り返し見ることができるものであるが、社会的権力の行使において私たちの要求および信念を抑制するための一般的な気質の開発である。私たちの憲法がどのようにむき出しの私欲を政治権力の正当化理由にしないのに役立つかについて指摘する者もいた。つまり、裁判所は、少なくとも法律を支持する論拠が公共善を促進するという観点からなされるべきであると主張する¹⁰⁾。私はさらに推し進めたいし、そして修正第1条を通じて、私たちの裁判官たちは、公共善についての私たちの持つ考えをそれについて別の概念を持つその他の者に課したいという私たちの欲求を抑えようとしてきたと言いたい。自由な言論は、信念 (*belief*) を緩和することを狙う。つまり信念を破壊することではなく、むしろ信念を抑制することである。ハンド、ホームズ、ハーランのような、私たちのもっとも偉大な自由な言論の理論家たちのうちの何人かは、検閲の中にうめぼれた信念を見た。そのため、彼らは自己懷疑という解毒剤の処方箋を書いた。ハンドやホームズによって、「寛容は、信じられないという思いと表裏一体をなす。」¹¹⁾ 彼らにとって、信念と懷疑は、すべての人に通じる事柄であり、知的な性格の事柄であるというのは、興味深い。自己の信念に対する自己懷疑を健全に感じる人は、モア・スピーチを検閲せずに行わせる傾向があるだけではなく、政治過程の持ちつ持た

れつの関係において、別の仕方で行動することになり、主張するのを減らし妥協するのを増やす。

以上述べたことは、寛容という文化または倫理を創造することに関わる特別な社会的文脈として自由な言論について話すときに私の念頭にあったものに接近し始める。

Ⅲ 批評者たちに答えて

『寛容な社会 (*The Tolerant Society*)』の中の私の命題についての以上のような紹介や要約を使って、私はさまざまな書評によって提起された主要な批評のうちのいくつかに取り掛かる。

A. 命題とその正当化理由について

1. 言論行為を寛容に扱うことによって可能性として開発されると私が理解する能力とは、さらに正確に言えばいったいどのようなものなのか。——私は、いくつかの書評の中にその命題についての混乱または不正確さを見つける¹²⁾。一定範囲に及ぶ諸能力を表す笠石 (capstone) としてあるいは能記 (signifier) として私が使用する「寛容 ("tolerance")」という用語に何らかの問題があるかもしれない。この用語は、多くの理由から問題をはらんでいるが、ここでは次の二点が特に的を射ている。

第一に、その用語は、言論の寛容と刑罰を科するうえでの適切な抑制との関連性を十分に捉えられないが、それは私がこの長所を別個に寛大と記述し始めた理由である。自由な言論と刑罰との関連性は、自由な言論の経験の持つ潜在的な意味についての私たちの完全な理解という点で、もっとも顕著な手抜きの一つのである。私が注目に値すると思うのは、*Abrams v. United States* 事件¹³⁾でのホームズの反対意見の中の彼の憤慨が、均衡を欠くと彼が判断した、被告に課された刑罰に、一つは向けられたものであったということである。

寛容という用語のもう一つの問題は、私たちが「共通善 ("common

good”）」を達成するように全員で努力するという推奨と同じように、少し味気なさすぎるように聞こえることである。私たちは、過度な抽象性に本能的なかつある程度健全な拒否反応を起こす。すなわち、それはその表層によって隠されている、より重要な細部を、それがそこにある時でさえも（私は私の著書の中ではそれがそこにあることを希望するように）、私たちが探す気をなくさせ得る。私は、限界がないわけではないが、調整したり妥協したりする能力を必要とするこの社会には1つの基本的な社会的価値が存在するとまさに考える。しかしながらこの価値を明確に記述することが難しく、おそらく不可能であるということは、その価値が存在しないことを証明するものではない。

寛容について話すとき、私は、「気質（“disposition”）」と呼ぶ方がおそらく最適なもの、つまり問題や紛争へのアプローチの仕方を指す。寛容でいられる私たちの気質に限界があるにちががなく、あることになるという理由から、不寛容であることにも良い点があるという理由から、寛容であるべきときと不寛容であるべきときについて前もって一切の明確なルールまたは境界線も定めることができないという結果をもたらす、数えきれない機会に私たちが直面するという理由から、そしてまた、私たちが不寛容の態度に自然な偏見を持つ場合があるという理由から、一般的な気質の開発を考えることは適切である。あたかも倫理上の気質または環境倫理または刑事訴訟上の無罪の推定の開発について話すことが完全に理解できると私たちが考えるのと同様に。これが、なぜ私が寛容の倫理について話し、それに仕えるものとして自由な言論について考えるかの理由である。

それゆえ、寛容の倫理は、一つの一般的気質を指し、私たちの信念をひとまず脇に置くことができること、物事を自分流で行い、制御し、支配する本能を乗り越えることという一つの一般的な気質を指す。それ（その気質）は、意見の相違がある世界で暮すこと、しかも快適にそうすることである。

確かに、これは通常は程度の問題になるであろう。私たちは、どこまで人びとに物事を自分流で行わせて置くかについての限界を画定しなければ

ならず、そうすべきである。私たちは、この線の設定に役立たせるために「害悪（“harm”）」という概念にしばしば依拠するが、それは操作可能である。というのも、私たちはどのくらい（*how much*）害悪を受けるべきかを常に決定しなければならないからである。

しかしながら、実行可能な社会組織の実現という仕事は、許容可能な行為の境界線を単に設けること以上に複雑である。私たちが話していることは、民主制的な意思決定過程の核心に行き着く。あらゆる個人および集団は、自分たちの持っている考えとは異なる考えに沿って社会が構成されることをどのくらい許すことになるのかを繰り返し決定しなければならない。私たちは、このこと（民主制的意思決定過程）について話すとき、「寛容（“tolerant”）」であることの観点、つまり視点やライフスタイルや選択についての広範囲に及ぶ多様性に対する寛容の観点から話す。言論行為の領分で私たちが通常以上の自己抑制を行うことについて私たちが関心を持つべきものとは、その自己抑制が態度や思想の表現を寛容に扱うことの文化的重要性だけではなく、それらの表現を実行に移すことの、つまり私たちが賛成できないかもしれない仕方での現実世界が形成されるのを許すことの文化的重要性も強調するのに役立ち得ることである。

私たちは、この社会での自由な言論の機能を私たちの国立公園や自然保護区域と類似するものと考えることができるかもしれない。そこでも、私たちは、自然な諸力を制御し支配する本能や、事物に秩序を与える本能や、生活の中でリスクを冒す本能に直面したいという欲求を象徴するとともに再現する。そのことは、言論の自由にも当てはまる。そこでは、飼いやられていない生き物で満たされた、ほとんど完全な自然世界があり、ことばによって話しかけ、嫌がらせをし、被害を与える傾向のある世界が存在する。保護（*preservation*）という行為の意味および意義は、その自然保護区域と言論の双方の文脈において、私たちが恐れているものを私たちが破壊するその力が増せば増すほど大きくなる。

2. 私たちが寛容のこれらの能力を理解すると仮定したとしても、私たち

はなぜそれらの能力を欲すべきなのか。——多くの書評がこの質問を提起した¹⁴⁾。私は、その質問が、完全に賢明ないくつかのヴァリエーションを持つにもかかわらず、どこか当惑させるものであることを認めなければならない。

私は、処罰の過程で適切に抑制を利かす能力を正当化しなければならないことを考えるとき、その質問が私にはもっとも当惑させるもののように思われる。好ましくない行為を行った者に過度に懲罰的になる傾向についての広い社会的コンセンサスが存在することを私は自明と見なす。しかし言論の文脈での好ましくない行為に対する過度の自己抑制が、その科せられた刑罰の節度を保つことに、あるいはより正確に言えばその節度を保つ適切なレベルに、実際に貢献するかどうかという問いは私には合理的であると思われる。

私がいま寛容の倫理と呼んでいるものに関して、節度を保つことは幾分より困難であると私は考える。本書の終わりの方で私が記したように¹⁵⁾、この社会には過度の不寛容に対して偏見がないことも、また反対方向に対する偏見、つまり過度の寛容に対して偏見があることのどちらもあり得ることであり、後者の場合では私が思い浮かべる自由な言論は社会のその善に反して働く。このような全体的な問いについてどちらか一方の方向で深く議論することは（講演に手を加えたものに基づく）この短い注釈では難しい。この点について何かを書く者であれば、おそらく、彼の命題のその規範的な面を強調せず、その記述的な面を強調する自然な傾向があり——したがって、私は、*Schenck v. United States* 事件¹⁶⁾や *Abrams* 事件¹⁷⁾から現在に至る自由な言論の法理のもっとも合理的な解釈であると私が考えるものを、私が記述しているだけであると言えるかもしれない。私が自由な言論について述べることのどれほどのものが判例法や判例評釈から引き出したものなのか、何らかの正当化理由をもって、つねに少しばかりあいまいであると思う。しかし、その企てがたとえ単に記述的であるとしても、私たちがいま住むこの現実世界を作る手助けをした人びとの潜在的な動機が何であったのかを知るという点では価値がある。

いずれにせよ、私は、より一層の寛容に対する一般的なコミットメントという観念が、個人の自律や真理のような修正第1条と一般に関連づけられるその他の諸価値のどれよりも、直観的に訴えないとかあるいは証拠を示す必要性がより多いとは考えない。自由な言論が過度のかつ好ましくない個人主義を促進するか、それとも真理探究以外のその他の栄養不足の諸価値を犠牲に真理探究を促進するかという問題は、自由な言論を媒介に寛容の度量を広げることによって私たちがベネフィットを得るという考えと同様に自由な言論の学説では未回答であり、また私の観測では、その考えと同程度に明らかに正しい。

ここで私の一般的な考え方は、疑いもなく私の個人的な経験によって補強される。その経験の中で、私はいままでに関わったあらゆる集団——また私自身の大学の組織も含めた集団——がそれらの集団の相互の不寛容の中でより寛容でいることやより不寛容にならないという問題に悪戦苦闘した。私たちは、強い信念とともに (*and*) 寛容を奨励することや、他者に合わせたり、受け入れたりするように人びとを説得することが通常高い優先順位を持つことは、修正第1条に関する私たちの研究書によって促進される、私たちの文化のパラドックスのうちの一つであるように私には常に思われた。そのことは基本的な社会的価値であるように思われ、それをほとんど自明の公理であると理解するのが合理的であるほど（市民意識にとってと同様に）この社会にとって基本的であるように思われる。寛容という気質の中心性を証明する証拠は常に生じる。私の良い友でありかつての同僚であったジョー・サックス (Joe Sax) のような学者は、国立公園に相応しいレクリエーション政策に関する書籍を書き、そこで相互の「寛容 ("tolerance")」¹⁸⁾のための嘆願で締め括る。裁判例の多数意見と少数意見の双方の裁判官たちは、完全に寛容のイメージの周りに彼らの主張を構成する。つまり多数意見は民主制下の多数者に基づいて裁判官たちの信念を課さないと述べることによって、また少数意見はそのような民主制下の多数者が、その多数者の信念を少数者に課すべきでないということによって¹⁹⁾。これらやその他の具体例は私たちの文化における寛容のイメー

ジの強さを証明する。

私の一般的な主張は、突き詰めると勇気が戦争に対応するのと同様に寛容は民主制に対応するというものである。しかしながら、私は次のことを付け加えるべきである。つまりこの社会的技能および能力は、民主制の社会にとってとくに必要とされるものではなく、あらゆる社会はその社会構造がどうあれ、意見の不一致とともに生きることを厭わないという意志をその市民に教え込まなければならない。その社会は、臆病にならず、自分の原理を裏切ったりすることなく、自分と違うものを受け入れる方法を、または彼が嫌悪すると公言したものを暗黙のうちに大目に見る方法を、その個人に提供する。期待される寛容の程度や与えられたその理由づけは、社会ごとに異なるが、その基礎的な人間の応答は同じである。したがって、私はある書評者が考えたように、同様の能力が非民主制の社会にとっても必要であろうと述べるのが民主制のシステムにとってのその重要性を損なうとは思えない²⁰⁾。

私の提案について考える一つの方法は、宗教に関する私たちの修正第1条の原理と同等あるいはその延長として言論の領域を理解することである。自由な行使および国教禁止条項に関して、宗教の自由が宗教的な思想の自由市場（そこでの期待は一つの真の宗教が最終的に現れることである）への信念から保持されるべきであるとは誰も主張しない。私たちは、真理探求の観点または宗教的意見を唱道する権利だけの観点から宗教的自由を思い描かない。むしろ私たちはそれを公衆の平和の保持、分裂や内戦の回避という観点から理解し、宗教的信念の唱道だけではなく、それを実践する（*practice*）権利を保障する²¹⁾。私たちは、寛容（*toleration*）の観点から話す。これは、私たちが宗教的でない言論について考えるまさに私が提案した方法である。私は、このような宗教とのアナロジーを行うことによって自由な言論の寛容を正当化する深層の理由を自動的に提供しないことを十分に理解する一方で、宗教的寛容について広く認められている正当性に寄生的に頼ることは、助けになると思われる。

3. 自由な言論は、それが適用されたとき、この社会内の寛容に対するコミットメントを実際に高めるのか。——（言論の自由のための）正当化理由という問題についての重要な一つの変化は、多くの書評者たちが提起した懸念である。つまり自由な言論は、私が寛容と名付けた能力を実際に増進するかどうかである²²⁾。本書の中で私が述べたし、今も考え続けているのだが、私たちは、過激派の言論を寛容に扱うことの社会的意味が顕著に変わり得るという事実を直視しなければならない。つまり、それは必ずしも善であるというわけではない²³⁾。たとえば、好ましくない言論を寛容に扱うことは、言論者をして被害者に危害を加えさせる意志にルーツを持つ場合があるし、言論者に制裁を加えることの恐れをルーツとする場合もあり、あるいは単なる感受性のなさや無関心をルーツとする場合もある。モンテニユは、次のように記す。支配者は二つの目的のうちのどちらからでも宗教の自由の原理を擁護できる。つまり派閥争いを鎮めることによって社会の平和を保つためと、それとは全く正反対に人民を分裂させて、支配者に対抗して彼らが連合する能力を弱める目的で「分裂と争いを増やす（“increase the divisions and contentions”）」ためとである²⁴⁾。寛容の原理の意味は必ずしも固定しないし、必ずしも善ではなく、また、私たちがその一般的な原理に対して態度を表明する前に、その裏の意味を理解していなければならないというのが私の見解である。

もしも私が正しく、自由な言論が持つと私が示唆するその意味を、自由な言論が当然であると想定したならば、それがどのように実際に起こるかは、私の説明能力を超える。社会的出来事に原因を帰することは、もちろん実りある複雑な仕事である——なぜ司法審査がそれ自体の流儀で発展したかを問うのと同じように。ドイツでは、第二次世界大戦以来、別の態度が、過激派の言論、特にネオナチの言論に対して優勢であった。今日でさえもドイツでは、人びとは彼らの社会がホロコーストを否定する者たちを罰する権限を与えることができないかどうかを活発に議論する²⁵⁾。人は、このような態度をとる理由を理解する。ホロコーストが最近の記憶の一部であり続ける限り、ドイツにおいてナチ・イデオロギーの表現を「寛容に

扱うこと（“toleration”）」は、了解を得るという重い役回りに耐えることになる。今までどおり、過去は現在の意味を生み出す。

他方で、この国では、そのような過去は、ナチ・イデオロギーを寛容に扱うことの現在の意味を限定しない。しかしながら、この国にとっての重大なパラドックスは、なぜ奴隷制や人種差別という私たち自身の過去が、人種主義の言論を寛容に扱うことの暗黙の了解という問題を発生させないのかということである。おそらく、南部は例外にしてこの国のその他の残りの所では、過去の差別の責任についての無罪感を（どんなに不相応でも）維持するというのが実際である。それは、強い非難の感覚を保持しながら、人種主義の言論を寛容に扱う能力に変換する。私は、わいせつはあまりに心理的に複雑なため、寛容の何らかの行為において私たちがわいせつなものに魅了されることと私たちがわいせつなものを拒絶していることを区別できないので、わいせつについての寛容を受け入れられないと今も考える²⁶⁾。別の言葉で言えば、私は、わいせつを喧嘩言葉に近いものとして次のような意味で理解する、つまり双方とも修正第1条の例外として扱われる理由は寛容が弱さや見逃しというメッセージを積み過ぎるという感覚である。

4. 人びとが一つの分離された領域で極端な行動を取ることによってある資質を獲得したり、あるいは偏見を制御したりするという考えのその心理的な基礎とはどういうものか。——私の興味を引いたのは、本書に関する今までの議論でこの問題について大方異議を申し立てられなかったことである。それが異議を申し立てられなかったので、私はそれについて多くの時間を費やさないが、思うところを付け加えたい。私の考えでは、それはとりわけ異例な考えというわけではない。ある能力が極端な圧力の下に置かれるような状況に自分自身を置くことによって、何かを行う私たちの一般的な能力を、あるいは何かを行うのを控える私たちの一般的な能力をテストすることは、むしろ一般的な現象である。それどころか、私たちは、危険を冒すことができる気質を開発するために山登りをすることができ、

協同して働く能力を開発するためにチームスポーツを行うことができる。社会的な場面での自信を開発するために兵隊に志願する。私が初めの方で示唆したように、私は、規制されないことあるいは知的に都会化されないことから生じる意味の豊かさのある社会的相互作用のより自然なままの荒れ地という領域として自由な言論を考えたい。何かをなすこと、またそれに及ぼす影響を甘んじて受けることは、市民的不服従と似ており、単なる言葉による宣言以上に、より説得力のある実演であり、コミットメントの実現である。

5. 寛容の倫理という論拠を採用する意義を認めるとしても、そのためになぜ言論を選ぶのか。——これはもう一つの共通した批判である²⁷⁾。本書の中で言論は適切な領域であると示唆した。その理由は、言論の害悪が一般的に言えば相対的に少なかったからであり、またその理論を適用するためのかなり明確な線を提供したからであった²⁸⁾。この点について次のように主張されることがある。私は、言論がそれほど害悪の原因にならないという根拠に基づき言論と非言論行為の区別を正当化する伝統的な努力が論理的に不十分であるという私の初めの方の指摘をきっぱりと否定していると。しかしその二つの主張は互いに矛盾しない。私が主張したのは、比較的害悪が少ないという所見の妥当性とは、それ自体であるいは単独で言論を特別に扱うための正当化理由ではあり得ないということであった。私が後に言論行為の相対的な害悪性に依拠するとき、私は行動のある一部を別異扱いすることを正当化する理由をすでに提供していた。その適切な一部を探し求めるという点で、潜在的な害悪の相対的なレベルおよび含有量は、明らかに妥当であるように思われる。

それでも私は言論を選択することを正当化するために私が先に与えた主張に今もどことなくあまり居心地がよくない。私は、何らかの歴史的発展論または有機体論をより理解する傾向が私の中で強まっているのを感じているが、それらの理論では多くの意味が長い時を経て続けられてきた社会的実践から徐々に現れる。その他の生活の領域が寛容の倫理のような何ら

かの目的のために選ばれる可能性があったが、今日ではこの特定の文脈の開発がそれをとくに最適なものにし得る。

B. 命題の適用

1. 裁判所は、一つの善き社会的意味を生み出すことに左右された自由な言論の原理を適用することができるか。——これは困難な質問であり、幾人かの書評者たちによって提起された²⁹⁾。その質問は、またいくつかの異なる構成要素からなるが、ここで私は一つだけ取り上げたい。つまり、それは寛容の社会的意味が正当であるときあるいは好ましくないときを裁判所が決定する能力があるかどうかである。

さて私は、言論保護が好ましくない社会的意味を反映する場合があることを自由な言論の解釈原則が認めるべきであると本書でたしかに述べている³⁰⁾。私は自由な言論に関する「入念に曖昧な（“conscientiously ambiguous”）」解釈原則を要求するが、それは、本質的には、私の理解では私たちがホームズの「明白かつ現在の危険（“clear and present danger”）」テスト³¹⁾以来保持してきたものである。私は、戦時下の社会が寛容の訓練に少しも向いているとは考えないようにすると私たちが覚悟しなければならないと述べ、またこのような現実に合わせて私たちの基準という点では柔軟性を持つことが賢明であろうと述べる。もしも言論を寛容に扱うことの社会的意味が、戦後のドイツで存在すると人が感じる意味で満たされてしまうのであれば、私たちは変わることを検討しなければならない。私は、この一般的な傾向の中で別の所見を述べるが、それはきわめて広範囲に及ぶ過激派の言論に対する一般的な寛容への現在の血気盛んなコミットメントに賛成するために私が主張を行った文脈において理解されるべきである。

もちろん、このアプローチに関連する問題は、見過ごされてきたが、それは、寛容の背後にある同時代の社会的意味に応じるための自由な言論のこの種の微調整がその社会における思潮に対する感受性を要求することである。私たちは、明晰な合理的発言にあまり適さない事柄を洞察するよう

に、裁判官たちにおそらく求めているので、私たちは、誤り、愚行、偏見、それどころか悪意のリスクさえも冒す。私たちの裁判官像に応じて、これらのリスクは低くなったり高くなったりするであろう。しかしどんな合理的な人間にもこれらのリスクが存在することを認めなければならない。

社会的文脈に従った何らかの微調整を許す解釈原則に賛成する主張が、自由な言論のための寛容という正当化理由と無関係であることを私たちは理解しなければならない。私たちは、寛大および寛容という社会的な目標を受け入れ、そのうえで保護のかなり厳格なルールを採用することもあり得る。もちろん、そのようなアプローチのコストを受け入れながら。微調整のための自由度も存在する。私たちは、自由な言論の解釈原則を緩和することに反対する強い推定を用いることもあり得る。あるいは別の選択肢として、私たちは即座の緩和策を行い得る。最終的に、自由な言論の適用範囲をある重要なレベルまで社会的文脈に依拠させることを実際問題として回避できる確信は私にはまったくない。私たちが現在欲しいとわかっているものや私たちが将来欲するであろうと思っているものを具体化したいという望みは、周りの状況が不可避免に変化するため、非現実的な仕事であろう。

今世紀の自由な言論の歴史は、確実な保護に閉じ込めておきたい自由な言論の熱烈な提唱者にはあまり居心地のよいものではない。おそらくその経験は、初期の法律家たちが言論に有利にさらに厳格な境界線を引いていたならば、違っていたもの、より良いものであったであろう。しかし、どんなに「絶対的 (“absolute”）」であると言論の保護が最初のうちは言われたとしても、私は、公的な規制のためのいくつかの例外を伴わずにその境界線を見ることも聞くことも決してなかった。もっとも重要な点としては、自由な言論が仕えるべき機能について率直でかつ開かれていると同時に、それらの機能の限界について考えることに熟達した、自由な言論に対するアプローチが、その解釈原則が適用されるべきときに適用されることを確実にするという点でいっそう好ましいものになるのではないかと私は思う。

ある程度までその選択は次の二つの政策の間で生じる。一方の政策は、自由な言論が許されるべきでないときに許されることから生じる社会的コストのすべてを伴いながら執行の厳格さを狙う政策であり、もう一つの政策は、自由な言論が許されるべきときに許されないことから生じる社会的コストのすべてを伴いながら、柔軟さを狙う政策である。もちろんこれさえも、その問題の複雑さを過小評価している。また、私たちは、厳格さを手に入れることがどれほど可能なのか、その努力をするうえで私たちが負わなければならない他のコストとは何かを知らなければならないし、他方、私たちは、自由な言論を過剰に狭めようとする傾向がどれほど強いのか、そしてその社会的意味の世界を解読することがどれほど難しいかを知りたくなるであろう。

私は、これらの観点から見て、どちらのアプローチが好ましいかを自信を持って言うことの難しさを認めなければならない。私の考えは、自由な言論が育むに値するときにそれを放棄したい誘惑がときに大きくなるということである。歴史は少なくともそのことを示しているが、しかし歴史は、それが別の場面であり得たほどの恐怖を起こさせるものではない。というのも、自由な言論が仕えるべき社会的機能のより明確な理解は、自由な言論の放棄という誘惑に負けるリスクをかなり減らすからである。それにまた、厳格な政策は、社会的必要が何らかの縮小を正当化したときにその厳格な政策に不可避免的に向けられる憤りに耐えられないであろう。自由な言論を社会的文脈に従わせることは、わいせつやプライバシーのための例外、あるいは事前抑制の原則の例外のいくつかについて私たちがいま経験している以上に危険でもなければ不可能でもない。部分的には説明し難いが正しい判断——終身在職権を付与すかどうかについて学部判断のように——は、明確に表現できない基準に基づき行われ得る。したがって私はそれが自由な言論のためになると信じる。

2. 裁判所がそのような理論的アプローチを適用できると仮定したとしても、公衆はそのような複雑な一連の考えを把握し理解できるのであろう

か。——これは、幾人かの親切的な、近所に住む批評家たちによるもっとも説得的に提起された主張である。たとえば、ブラシィ (Blasi) 教授は次のように書く。

私は、修正第 1 条についての司法的判断という設定が曖昧な教化に適しているとは思わない。……修正第 1 条の伝統においてもっとも影響力のある法廷意見は捉え難くなく、曖昧さもなく、複雑さに注意を払わず、ある程度までバランスを欠くレトリックを採用したのは、偶然ではないと私は考える。その教訓はそれらを教えるうえで一定の教授免許が正当化できるほど十分に利用可能であり重要である、と私は思う。これについて私が正しかろうがなかろうが、憲法上のレトリックのインパクトはそのメッセージがどれほど大きな声で、どれほど明確に、どれほど人目を引くかということと相互に関連する傾向があると経験が示唆する、と私は信じる³²⁾。

それは挑戦的な主張であり、それは次のように言う。効果的であるためには私たちの判決のメッセージは複雑ではなく、単純でなければならない。また、いずれにせよ、本当にわすかな人びとしか裁判所の判決を実際に読まないの、その判決を通じて、何かを、特に捉え難い何かを教えようと試みることは、幸先がわるい企てである。

私は、社会的な相互作用における寛容および不寛容の妥当なレベルに到達しようとする問題が、ほとんど度肝を抜くような複雑さである——繰り返しになるが、これがまさに公認の極端な寛容行為のための地帯を残しておくことが心理的な問題として意味があると私がなぜ信じるかの理由であるが——と信じるにもかかわらず、しかし私はそれらの複雑さが言論に対する通常以上の自己抑制を通じて伝達されることが難しいとは信じない。確かに人間の本性が、好ましくない行為を過度に処罰しようとする衝動の隠れ場所を提供するという考えや、好ましくない言論行為を処罰しないで済ませる共同の選択が、過度に処罰しようとする衝動を制御したいという欲求を認めていることであるという考えは、私たちが思想の自由市場を介する真理の可能性をいまよりもさらに受け入れるべきであるという考え以

上に捉えることが困難な概念ではない。同じことは、次の考えにも当てはまる。つまり一般的に言って私たちは話すことを通じてだけではなく、その他の行為によっても、この現実世界において「思想 (“ideas”）」(あるいは「心 (“minds”）」)に欲するままにさせておきたいにちがいないという考えである。

もっとはっきり言えば、これらの自由な言論の考えや寛容の倫理は、それらが新しいからという理由だけで伝達するのが難しいと思われると思う。信念や懷疑という争点は、私がホームズやミクルジョンの思想についての詳細な議論で主張したように、確かに哲学的には複雑になり得る³³⁾。しかしこれらは、個人の自律や真理についての考えと同様に、単純なレベルから複雑なレベルまでいろいろと議論されかつ検討され得る考えである。自由な言論が知識の可能性への尊重を教え込むことに貢献したことやあるいはそのような貢献の妥当性を誰が疑うのか、私ははなはだ疑問なので、自由な言論が寛容という構想のために同じことを行うであろうと仮定することは合理的であるように思われる。

私は、私たちの裁判所から公衆に価値観が伝達されることのその神秘を理解できないことを告白するが、それが起こっていることは議論の余地のないことであると信じる。

C. 命題についての批評

1. 寛容という論拠に基礎づけられた自由な言論の理論は、パターンリスティックか。——私は、何人かの批評者たちの懸念の背後に寛容の倫理を教え込むというプロジェクトを引き受けることを裁判所に任せることについて、容易ならぬ感情を見出す。たとえば、ブラシイ教授の書評の中でその容易ならぬ様子は次のように明示的である。

オーウェン主義のイメージは非常に説得力がある。というのも、まさに、人が保持する思想に対する統制は、個人の人格の最後の砦の一つを代表するからである。私は文化的なシンボルとしての修正第1条の地位もこの観念まで辿ることができると信じる。少なくとも、寛容の

一般理論が市民精神の態度を形作るうえでの政府の役割に関する拡大された概念に基礎づけられているということが、その理論の問題とすべき特徴として数えられなければならない³⁴⁾。

私は、この争点について実際はどれほどの意見の相違があるのかを疑う。修正第 1 条に関するすべての理論の背後には何らかの世界観が存在し、人びとがそれを議論すればするほど、より深くより複雑になる世界観である。この世界観を課すことはその結果を介して一種のパターナリズムと判別され得る。民主制のシステムが、その真理をその他の社会的目標との関連で低く評価するという結果や、あるいはその社会システムが実際にどのように機能することになるのかを理解することに失敗しているという結果をもたらしたと述べることは、別の仕方で感じた民主制下の多数者の一連の価値観または世界観に代えて何らかの一連の価値観または世界観を用いることである。(修正第 1 条の目的を前提とするときの) 言論の固有の価値を理由にしてではなく、検閲向けに作られたどんな例外も民主制のシステムによって誤用されることになるという理由で言論が保護されなければならないと主張することは、この民主制のシステムを信じないことであり、それに代わって裁判所の判断を用いることである。

自由な言論に関する理論のほとんどは、(言論の保護という) ただ一つの結果を求めたのではなく、価値が高いと見なされる何かがその社会で起こることになるために、言論の保護を求めた。私は、ある命令が「正しさ(“rightness”)」という 1 つの信念から別の道よりもむしろある道を世界に命令しようと努めているにすぎないアプローチと、一定の価値観がその社会によって採用されるべきであると示唆するためにある道を世界に命令しようとするアプローチとの間に「パターナリズム(“paternalism”)」という点に関して少しの違いも見い出せない。もちろん、この社会は、示唆されたその価値観を自由に受け入れることも拒むこともできる。

2. 私は、寛容という論拠がより伝統的な理論に取って代わることを想定しているのか³⁵⁾。——これに対する私の答えがかなりそっけないものに

なると私は思う。本書のいくつかの箇所、私は、一般的に言えば、自由な言論の基礎理論に付け加えているが、それらから何も減じていないことを示すのに骨を折ってきた³⁶⁾。私はいくつかの意味が同時に存在できない理由を理解できない。

3. 寛容という論拠は、相対主義または中立性という立場から生じるのか³⁷⁾。——私は、私の理論のこの批判または理解には問題があると考えている。というのも、まさに、私は、その理論が中立的ではなく、私が道徳の中心と呼びたいものから生じると考えるからである。それは、寛容を混じりけのない善であるという立場に基づかず、あるいは、国家が特定の価値体系を反映する仕事を行わないという「自由主義 (“liberal”)」として一般に分類される見解に基づかない。むしろ、それは、本質的に正しいと信じられる社会へのコミットメントから生ずるが、そのような社会へのコミットメントは、好ましくないことを行っただけ者を適切に処罰するというレベルを維持しながら、言論の形態とともに非言論の形態で表明された意見、態度、思想に、別の場面で望む以上の多くの自由な行動の余地を提供するというジレンマに直面しなければならない。寛容がその限界を有し、まさに自由な言論という大きな仕事はそれ自体多少ともそれらの限界を明らかにしているということが、私には正常であり、妥当であるように思われる。簡潔に言えば、いくつかの裁判所が、そうしたように、スコーク事件においてネオ・ナチの行動や思想に共同の拒否を表明したことは、まったく正当であった³⁸⁾。

D. 一貫性の問題

『寛容な社会 (*The Tolerant Society*)』の中での私の主張の中心的なテーマは、私たちが言論活動の領域を別異扱いすることを合理的に検討できる以前に、言論活動の領域が、当面の問題に関連してまたは実質的な面で非言論活動と区別しなければならないと主張するときに私たちが分析上の重大な過ちを冒しているということである。私は、言論行動が非言論行動と

実質的に異ならないにも関わらず、私たちが言論行動に対して異なった——より寛容な——行動をとることを合理的に選択する可能性が高いと主張した。私たちはこの選択を次のような信念から行うことができるかもしれない。その信念とは、私たちがそれらの領域の双方で過度の反応を好む偏向を持つこと、またその一つの領域での過度の自己抑制が、双方の領域での改善のための自己抑制の必要性を際立たせたり、言論行動にだけでなく非言論行動にも適切に反応する誓約を立てたりする私たちの努力という点で、多くの利点を提供することである。それは、いわば、とても強力な衝動を制御する能力を確立する方法として、生活の一部で全力を尽くすことである。

この主張は、ロバート・ネーゲル (Robert Nagel) 教授によって批判された。彼は、言論行動と非言論行動の別異扱いの提案が、「もっとも尊重すべき憲法的伝統のいくつかを転覆させ」、「憲法の持つ権威についての通常的前提と大きく一貫」せず、また「司法による執行という企ての正当性」を損なうと主張し、その理由として、その正当性は、「その基本法で確立された優先順位が通常以上の保護を正当化する重要な区別に基づくという信念に、大部分依拠するから」と主張した³⁹⁾。

私の関心を引くものは、自由な言論の文脈のこの特定の論点についてのメリットだけではなく、むしろそれとは別の場面で同じことを別異扱いすることによって得ることになる非常に重要なベネフィットがときに存在するという、より一般的な考えの法的思考にとっての有用性または重要性である。私は、その別異扱いのベネフィットを正しく評価する可能性に反対する法的思考内の残念な障害物の存在に気付く。私は、その障害物の源泉のいくつかを理解できるようになったと思う。

法が公平に適用されるべきであることは、私たちの裁判制度にとって基本的であるように思われる。この種の「一貫性 (“consistency”)」は、私たちにとってあまりに明白なのでそれが私たちの思考の暗黙の前提になった。承諾が拘束力のある法的関係を生むという結論にある約束が合理的人間を導くとき、その約束は実行可能なものであるという法のルールを私た

ちが持つとするならば、たとえば、その約束をした者が金持ちであるかどうかに応じて訴訟当事者ごとにそのルールを適用することは、正しい法的思考の侵害である。この場合では、取扱いの一貫性や平等は抵抗しがたい力を持つ。

しかし一貫性が合理的な法的思考に関する私たちの一般的な考えに深く根差している別の場面がある。ロー・スクールの教育の初年次生から、私たちは、正しい法的推論にとって不可欠ではあるが、残念なことに知性に優位することになる思考方法を教え込む。ロー・スクールの習慣になっているやり方は、新しい事件を取り上げ、それがそれ以前の事例と本質的に異なるかどうかを質問し、もしも異ならないならばそのとき同じ結論にならなければならないという仮説が働く。もしも裁判所が「抑制されない、活気のある、広く開かれた（“uninhibited, robust and wide-open”）」議論についての利益が、現実の悪意がない場合に公務員が自分について書かれた虚偽の陳述を理由に訴えることを認めないと判示したならば、その時、公人の名誉毀損訴訟はどうなるのか。公人は、公務員の持つ権力と匹敵するほど公共的争点についての権力をしばしば持たないか。公務員と同様に、虚偽の非難に反駁する機会を持たないのか。このように分析がなされる。一つの違いもないならば、かつて採用されたルールは、その理由づけが信じられている限り、拡大されるべきである。

今述べたことはすべて、そのことに関する限りでは完全に賢明である。しかし、それは、私たちの利益を主に事例を横切る静態的なものとして扱うことによって、さらに、私たちが多元的で一貫しない目標を持つということを考慮しないことによって、残念な結果を導き得る推論の型を用意する。私たちが「一貫性（“consistency”）」の原理によって私たち自身に要求しなければならないものは、私たちが行うことのもっともな理由を私たちが持つということだけである。たとえば、もしも以前にあれこれの方法で x を扱うならば、 y に関わる次の事件で、 y が x と重要な点で異ならないならば、私たちは y を同じ方法で扱わなければならないと考えるとき、私たちは、法においても生活においても深刻な過ちを冒す。その過ちは、生活

における私たちの目標が、 x と y の状況を同じように扱うことを確実にするとは必ずしも限らないことを認めないことから生じる。私たちの目標は、相異なる利益を混ぜ合わせるべきかもしれない、相異なる要求を調整すべきかもしれない——そして、それを行う最善の道は、たとえば x と y とが、この分析の目的にとって全く同じであっても、そのうえ、 x と y とを別々に扱う唯一の理由が、 x がまずはじめに生じたという理由であっても、 x と y を別々に扱うことであると思われる。しかしながら、私たちは、どんな問題も一旦脇に置くことによって、私たちの目標が何であるかを私たち自身に問うことによって、さらにはその問題がしばしば徐々に増加したりあるいは文脈から非常に影響されたりすることに気づくことによって、そのことを悟るだけである。最初の決定が、ある重要な点でその現実世界を変えたという理由だけで、次に起こる第二の事件 (y 事件) の文脈は、第一の事件 (x 事件) の文脈と異なるといってもよい。

法の特定の領域に言及することによって、これらの抽象的なコメントにさらなる明瞭さを与えてみよう。修正第 1 条の法理から、別の問題、いわゆるパブリック・フォーラムの解釈原則を検討しよう。数十年前に合衆国最高裁が、道路や公園が憲法上の特別のルールに服すること、また国内の都市や政府が、伝達されるメッセージの内容に関わりなく先着順でそれらの場所で話すことを言論者に認めなければならないと判示したことを私たちはみな知っている⁴⁰⁾。それ以降、数ダースの事例は合衆国最高裁に上告され、そこでは公的財産のあれこれの領域が、道路や公園と同様に、パブリック・フォーラム (“public forum”) であり、憲法上の同種のルールに服するか否かという主張が争われた。自由な言論の側に立つ訴訟当事者が次のような仕方では主張することは、そのような事例では当然である。つまりこの公的財産の領域において言論を制約するうえでの政府利益が、道路や公園に関わる事例における政府利益と同じぐらいであるという理由から、さらにこの事件での自由な言論の利益がそれ以前の事例でそうであったと同じだけ重要であるという理由から、正しい法的推論と先例の尊重は、この新しい公的財産がパブリック・フォーラムとして指定されるべきである

という結論を強いる。合衆国最高裁は、一見したところ従わざるを得ないと思われるこの論理を回避するために、道路や公園を他の公的領域と「区別できる（“distinguishing”）」多くの解答を発展させてきた⁴¹⁾。一つは、「歴史的に（“historically”）」、それが公衆の表現に開かれた場所であったかどうかを問うことである。もう一つは、表現がその財産の機能と「両立しない（“inconsistent”）」かどうかを問うことである⁴²⁾。さらにもう一つは、政府がすでに表現のためにその場所を開いているかどうかを問うことであり、そうすることによって、その場所を表現という目的にとって適切なものに「指定し（“designating”）」、また無差別の要件を非表現上の政府利益に対してそれほど侵害的でないようにする⁴³⁾。

しかし、道路や公園をパブリック・フォーラムのルールに従わせる先行判決を所与とすると、それらの問いのどれも私たちにどれほど公的な財産がそのルールに従うべきかどうかについて、分かりやすい、受け入れ可能な結論を提供できない。歴史は、人がなぜあるものを問題にすべきかどうかについてその他の理由を与えることができる限度でのみ合理的な理由である。それだけではそれは意味をなさない。そして、私たちは一貫して歴史に左右されないというのが真理である。モア・スピーチは、通常はその場所の目的と両立しないであろうし、その場所がすでに表現をする目的のために使われているという事実は、パブリック・フォーラム分析が後に続くべきかどうかを指示することを合衆国最高裁が許したものではない。つまり、明らかなことに、そこで言及されていないその他の理由が、合衆国最高裁がパブリック・フォーラムの解釈原則の適用を拒否するときの考慮事項に優先する。

ひとたび第二の利益と衝突する第一の利益がその第二の利益に優先すると決定したならば、そのとき、私たちは第一の利益がその他のどんな場面でもその同じ利益に常に（*always*）優先しなければならないしあるいはとって代わらなければならないと主張するような仕方、生活することは賢明でもないし必要でもない。私たちの利益が、異なる飲み物の味に満足する点にあるとき、思いつくままに、ときにワインをときにビールを飲むこ

とに意味がある。たまたまある時に私たちがワインを飲むと決めたという理由から「一貫性 (“consistency”)」の原理が私たちにその後もワインを選ぶように要求すると考えることは、馬鹿げているということを私たちは知っている。私たちはしばしば、いやおそらく常に、満たしたい多くの相異なる利益や願望を有する。

私たちは、都会をいつも選ぶわけではない。ときどき自然保護区域を選択する。その双方の可能性は、それらの競合する利益を充たすために、都市部と自然区域に、利用可能な土地を分割するように私たちを導く。私たちがそれぞれにおいて持つ経験は、他の経験と相互作用し互いを豊かにする。私たちは、まず第一に私が都会を望むと決めたからどんなところでも開発するように「一貫性 (“consistency”)」によって強いられると考えることは馬鹿げたことであろう。

これらの所見がパブリック・フォーラムの解釈原則について示唆するものとは何であろうか。これらは、その解釈原則の背後にどんな目的があるのかを問うことの必要性を示唆する。たとえば、もしもその解釈原則の目的が、小さな財産と強い感情を持った者が思想の自由市場に自らの意見を提示する機会を持つことの確保であるとするならば、私たちが道路や公園から他の領域に移動するときに非常に異なる結果になる。道路や公園を開いておくとき、自由な言論の利益は、満たされたかもしれないしあるいは大きく減じたかもしれない。その後に起こる事件は、それが生じた文脈において決定されなければならない。さらに、この文脈と関連のあることは、その現実世界が第一の事件の結果として変化したという事実を含むということである。時が経つにつれて自由な言論の利益について言えることは、それによって問題となっている社会的利益についても言える。それは、一つの公的場所が開かれた言論に専念するときに、(静謐のような)問題となっている社会的利益への増加する損失が、残されているものの価値を増大させるという場合である。これは、その社会が、思想の自由市場にアクセスするうえでの不平等を矯正するために平穏と静謐と美のある領域をあきらめる用意があるが、ある程度までは自由な言論の利益が満たされ得

るし、そして残っている美的およびその他の利益がさらに重要なものになるという複雑な言い方である。すべての選択と同じように、これは、利益間の妥協を内容とする。しかし、その要点は、何が「一貫する（“consistent”）」行動であるかについての厳格な考えを理由にその法的推論の構造がそのような妥協さえも私たちにさせないとすれば、それはおかしいであろうということである。

私は何もここでパブリック・フォーラムの解釈原則の背後にある唯一の根拠がその表現手段への不平等なアクセスの矯正であると主張するつもりはない。もっとも私は期せずしてそれが主要な目的であるとまさに考えているが。もう一つの目的は一連の事例の至るところで異なる結果を呼び起こすかもしれない。たとえば、その解釈原則は、政府が自由市場である種の言論に有利にその権力や財産を使用することの禁止を目的としているともいえる。それがパブリック・フォーラムの解釈原則の目的である限り、そのもっとも明らかな救済策（見解間の無差別）は、その目的に十分に適合的なものではないように思われる。*Southeastern Promotions Ltd. v. Conrad* 事件⁴⁴⁾、つまりミュージカル「ヘアー（“Hair”）」の公演の許可をある集団に与えなかった公営劇場に関わるよく知られた事件において、合衆国最高裁はパブリック・フォーラム分析を適用したし、また無差別政策を求めたように思われた⁴⁵⁾。これは非常に馬鹿げた結果のように思われる。というのも、その結果、たとえば、確実に「表現的な目的に専念」し、かつ「内容（“content”）」に基づき選択するミュージアムが、先着順ですべての自称芸術家にその壁を開放するように求められるのかどうかと人びとが疑問に思うからである。仮にこれが誤りであるとするならば、私には今の主張がなくともそれが誤りであると仮定する用意があるので、それは次のように言うことも可能である。つまり、*Southeastern Promotions* 判決の不備は、その判決が前提とした一貫性の誤りについて前に述べたことを検討しなかったことか、あるいはその判決がこの特定の公営劇場の運営に関連して嫌悪したものについて自ら抱いた観念を制限しなかったことかである。私は、後者の説明がより正確であると思う。というのも、この事件で

の劇場は、「清潔でかつ健康的で、文化的に心を高揚させる娯楽」⁴⁶⁾という過度に漠然とした基準の下で運営していたからである。これはその公的な運営委員会に主流の政治的意見を有利にすることをおそらく許した。要するに、思想の自由市場における政府びいきの禁止というパブリック・フォーラムの目的は、賢明であり得るし、かつアクセスを提供するという第一の目的がもたらすことになるよりも一連の事例の至るところで異なる結果をまさにもたらす一方で、ある特定の表現の政府びいきに限定されるべき一つの目的であるということになる。

パブリック・フォーラムの事例は、一貫性の概念によって惑わされないことの重要性をわかりやすく例証する。大事なことは、私たちの目的が明確であること、合理的であることであり、さらには、そのことからこの現実世界がどのように構成されるべきかの結果を引き出すことである。パブリック・フォーラムの解釈原則の目的のために、公営劇場が公道または都市の公園と「実際に異なる (“really any different”)」かどうか、さらに言論が、自由な言論の理論を開発することの目的から見て他の行動と「実質的に異なる (“materially different”)」かどうかを私たちが質問してしまうとするならば、そのとき、私たちは、達成しようとしている目的がこのような質問を賢明なものしているかどうかを自らに問うたかを確認すべきである。

それは、私たちがしばしば自問すべき問いである。というのも、私たちの目的は、はじめのうちは私たちにとって常に明白であるというわけではないからである。ときどき私たちが第一歩を踏み出すとき、私たちはもう一つのそっとやって来る選択可能なものの可能性を検討しない。したがって、私たちは、次の事件においては、最初の事件で行いたかったことが何であるかではなく、今ある可能性を私たちが知っていたならば行いたかったであろうことが何であったかを問うように注意しなければならない。その不備は特定の分野に限定されない。私たちは、もしも道路および公園がパブリック・フォーラムであり、他の場所がそうでないと理解するならば、その理由は、道路および公園がその他の場所と「違うもの (“different”)」で

あると考えがちであると思われる。むしろ、私たちは、二つのカテゴリーの間の何らかの相違を理由にしてではなく、道路および公園がたまたま真っ先に取り上げられたという理由からその結果を直観する可能性を正しく評価すべきであり、また、それが別の場所での別の方法であったならば、私たちの目的を達成するためにかえって好都合であったかもしれない。私は、なぜ私たちの心（そして私はおそらくリーガル・マインドというべきであろう）が「差異（“difference”）」の説明をそれほど要求しがちであるかを十分に理解していないが、私は、この気質の存在についてと、良い推論に及ぼすその病的な影響についても確信している。

多様さ、曖昧さ、複雑さ、別異扱い——これらすべては、道理に適うことができる。混在した仕方での現実世界を組織することから生じるベネフィットが存在する。それは競争を導入でき、よりよい行動を刺激できる。つまり、それは利益と利益を戦わせることができ、優勢な好ましくない利益のリスクを減らすことができる。さらに、それは、物事に対処する相異なる方法を実験する手段を提供できる。最後に、その要点は、あらゆる物事が別異扱いされるべきであるということではない。その要点は、一貫性とは私たちがそれを支持するために主張しなければならないものであり、また社会生活のより意味のあるいくつかの目標に言及することによって正当化されなければならないものであるということである。

——注——

* ミシガン大学ロー・スクールの研究科長。この注釈はコロンビア大学ロー・スクールで1989年2月27日に行われたサミュエル・ルービン・レクチャーに基づく。

1) L. Bollinger, *The Tolerant Society* (1986).

2) See, e.g., Khomeini Asks Followers to Kill “Satanic Verses” Author, *Printer, L.A. Times*, Feb. 14, 1989, at A1, col. 4 (イランの指導者は、イスラム教に対する冒とく的な言及を内容とする小説を書いた作家に死を命じる)。

3) See Martin, *Kitty Genovese: Would New York Still Turn Away?*, *N.Y. Times*, Mar.

11, 1989, § 1, at 29, col. 1 (「三つに分けられる攻撃で、一人の殺人者が一人の女性に忍び寄りナイフを突き刺すところを見た……38 人の法律に従う立派な市民たち」の無関心な応答を記述する)。

4) See A. Neier, *Defending My Enemy* 58-59 (1979).

5) A. Leopold, *A Sand County Almanac* vii (1987).

6) See *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 21 (1971).

7) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271-72 (1964) (過ちや被害を「自由な討論では不可避なもの (“inevitable in free debate”)」と呼ぶ)。

8) *Cohen*, 403 U.S. at 26 (「ことばはその認識能力と同じだけその感情表出能力としてしばしば選択される。……その感情表出機能が……そのメッセージのもっとも重要な要素になることがよくある。」)。

9) ええか。眼に見えるものはすべてこれボール紙の仮面だわ。だがな、どんな物事にでも——疑うことのできぬこの生の行動の中ではだ、滅茶な仮面のうしろから、なんじゃが知恵では分らんが、ちゃんと筋道通った滅茶でもないものが、ぬつとその顔貌かおかたちをもたげてくるのだわ。もし人が叩きつけたいちゅうなら、その仮面を打ち破れ。囚人は、壁を撃ち抜かねば外には出られぬ。このわしにはあの白鯨が壁なのじゃ。ぐつつめ寄ってきとるのだわ。そりゃ、その向側にゃ何も無いとおもうこともある。だがそれが何だ。あいつがわしを振りまわし、のしかかってきやがる。底知れぬ悪で固めて猛々めうどしく力ずくできやがる。その底知れぬものがわしには憎うてならんのだ。で、白鯨めが使いであろうと本尊であろうと、わしはこの憎しみをあいつに向けて晴らしてやるのだわ。ええか、わしに罰当たりなんぞというてくれるな。侮辱されたら太陽にでも打ちかわるわしじゃ。

H. Melville, *Moby Dick* 164 (Norton ed.1976). [なお、上述の邦訳はメルヴィル著・阿部知二訳『白鯨 (上)』岩波文庫 (1956 年) 255 頁による]

10) See, *Sunstein, Naked Preferences and the Constitution*, 84 Colum. L. Rev. 1689 (1984).

11) Letter from Learned Hand to Oliver Wendell Holmes (June 22, 1918), reprinted in Gunther, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 Stan. L. Rev. 719, 756 (1975).

12) See, e.g., Marshall, *On Learning on Love Vituperation* (Book Review), 96 Yale L. J. 1687, 1693-97 (1987), Strauss, *Why Be Tolerant?* (Book Review), 53 U. Chi. L. Rev. 1485, 1505 (1986).

13) 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, J., dissenting).

14) 一人の書評者が次のように書いたように。

コミュニティは、その共通善を攻撃すること (実際にナチの行進がしたように) を禁止または処罰することによってそのアイデンティティを肯定する。ポリンジャーは、過激派の言論によって脅かされている公共的価値は、(寛容一般とそのコミュニティとの象徴的関連性を理由に) 寛容の価値が有するほどコミュニティの自己肯定にとっての必要性が少なくとる。しかしこれは明らかなことであろうか。ユダヤ人に対するナチの侮辱と誰かに対する侮辱との象徴的な関連性はど

うなのか。ナチの行進によって生じる無秩序を寛容に扱うことは無秩序一般を寛容に扱うことの象徴であるのではないか。

Oldenquist, *Gemeinschaft* without Mussolini (Book Review), *Chronicles*, Oct. 1987, at 32; see Marshall, *supra* note 12, at 1696; Nagel, *Teaching Tolerance* (Book Review), 75 *Calif. L. Rev.* 1571, 1576-78 (1987); Strauss, *supra* note 12, at 1505-07.

15) See L. Bollinger, *supra* note 1, at 244-48.

16) 249 U.S. 47 (1919).

17) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

18) See J. Sax, *Mountains Without Handrails*, 108-09 (1980).

19) たとえば, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) 事件で多数意見は次のように判示した。「同性愛の道徳性についての多数者の感情が不適切であると宣言されるべきであると被告は主張する。私たちは、約 25 の州のソドミー法がこれを理由に無効であるべきであることに同意しないし、説得されない。」 *Id.* at 196. 反対意見においてブラックマン裁判官は、次のように反論した。つまり「本件によって提起された争点は、個人を今あるものにするものの核心に触れるという理由で、私たちは多数者を動揺させるような選択を行う者の権利にとくに敏感でなければならない。」 *Id.* at 211.

20) See Strauss, *supra* note 12, at 1506.

21) See, e.g. *Aguilar v. Felton*, 473 U.S. 402, 413-16 (1985); *Meek v. Pittenger*, 421 U.S. 349, 369-71 (1975); *Committee for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756, 795-98 (1973); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 622-24 (1971).

22) See Lewis, *Book Review*, 82 *Am. Pol. Sci. Rev.* 622, 623 (1988); McGaffey, *Book Review*, 73 *Q. J. Speech*, 376, 377 (1987); Murphy, *Book Review*, 494 *Annals* 191 (1987); Oldenquist, *supra* note 14, at 32; Rosenfeld, *Extremist Speech and the Paradox of Tolerance* (Book Review), 100 *Harv. L. Rev.* 1457, 1470 (1987); Strauss, *supra* note 12, at 1499.

23) See, e.g., L. Bollinger, *supra* note 1, at 35-39.

24) M. Montaigne, *Of Liberty of Conscience*, in 3 *The Essays of Montaigne* 82, 86 (G. Ives trans. 1925).

25) See generally Stein, *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" - and Other - "Lies"*, 85 *Mich. L. Rev.* 277 (1986) (「人種の嫌悪 ("race hatred")」に当たる言論を禁止する西ドイツの法律について議論している).

26) See L. Bollinger, *supra* note 1, at 185.

27) See, e.g., Barendt, *Book Review*, 1987 *Pub. L.* 124; Blasi, *The Teaching Function of the First Amendment* (Book Review), 87 *Colum. L. Rev.* 387, 407-08 (1987); Marshall, *supra* note 12, at 1693; Nagel, *supra* note 14, at 1576; Sherry, *An Essay Concerning Toleration*, 71 *Minn. L. Rev.* 963, 981-82 (1987); Strauss, *supra* note 12, at 1506-07.

28) See L. Bollinger, *supra* note 1, at 124.

29) See, e.g., Nagel, *supra* note 14, at 1580-82; Olsen, *Book Review*, 102 *Pol. Sci. Q.* 154, 155 (1987).

30) See L. Bollinger, *supra* note 1, at 181-200, 243-48.

31) ポール・ブレスト (Paul Brest) 研究科長は、『裁判官たちが『入念に曖昧な (‘conscientiously ambiguous’)』解釈原則を作り出すことを提言することが、他の統治部門への指導を否定することであり、また事実上、合衆国憲法を適用する排他的な責任を司法部に与えることである』という理由からこの提案に特に反対した。Brest, *How Free Do We Want to Be?* (Book Review), N.Y. Times, June 8, 1986, § 7 (Book Review), at 21.

32) Blasi, *supra* note 27, at 414-15; see also Nagel, *supra* note 14, at 1577-78.

33) See L. Bollinger, *supra* note 1, at 145-74.

34) Blasi, *supra* note 27, at 413; see also Schlag, *Freedom of Speech as Therapy* (Book Review), 34 UCLA L. Rev. 265, 274-75 (1986) (寛容理論は「アメリカ国民全体の治療 (“national collective therapy”)」の役を果たす)。

35) See, e.g., Barendt, *supra* note 27, at 124, 126-27; Faber & Frickey, *Practical Reason and the First Amendment*, 34 UCLA L. Rev. 1615, 1618-19, 1624-27 (1987); Sherry, *supra* note 27, at 976.

36) See, e.g., L. Bollinger, *supra* note 1, at 11 (「[寛容] というラベルは……競合するまたは補完する諸理論によって提示されるペースペクティブとの違いから注意をそらしてはならない。」)。

37) See, e.g., Sherry, *supra* note 27, at 976-78.

38) See L. Bollinger, *supra* note 1, at 28.

39) Nagel, *supra* note 14, at 1578-79.

40) See, e.g., *Boos v. Barry*, 458 U.S. 312 (1988); *Police Dep’t v. Mosely*, 408 U.S. 92 (1972); *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *Schneider v. Irvington*, 308 U.S. 147 (1939).

41) See, e.g., *Pacific Gas & Elec. Co. v. Public Util. Comm’n*, 475 U.S. 1 (1986); *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

42) See, e.g., *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).

43) See, e.g., *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educ. Fund*, 473 U.S. 788 (1985); *Perry Educ. Ass’n v. Perry Local Educators’ Ass’n*, 460 U.S. 37 (1983); *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Young v. American Mini Theaters, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976).

44) 420 U.S. 546 (1974).

45) See *id.* at 554-58.

46) *Id.* at 563 (Douglas, J., dissenting in part).

——以上——