
 翻 訳

自由な言論のメタ理論に向けて*

ローレンス・H. トライブ** (著)

池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

本稿は、Laurence H. Tribe, *Toward a Metatheory of Free Speech*, 10 SW. U. L. R. 237 (1978) の全訳である。40 年以上前の論文であるが、アメリカ合衆国ではこの頃から、言論の自由の価値や機能とは何かを検討する議論が沸騰した。しかしトライブは、本論文の中でそれに直接答えることをせず、自由な言論の満足の行く理論が成り立つためのメタ理論を展開した。彼は、本論文の初めの方で自由な言論に関する満足の行く理論を架空の動物、一角獣に譬え、それが存在するとすればその条件とは何かという議論を展開した。

本論文は、フレデリック・シャウアー (Frederick Schauer, *Must Speech be Special?* 78 NW. U. L. R. 1284 (1983)) の言い回しに従えば、言論の自由の価値および機能についてのアメリカ合衆国での議論の中では例外的に、その議論の中での「花形クォーターバック (star quarterback)」になることを目指すのではなく、誰がそれに値するかを判断する「レフリー (referee)」あるいは「ルール・コミッティーの一員 (a member of the rules committee)」としての役割を担う。そして、シャウアー自身もその論文においてそのレフリー役の一端を担うと表明し、次のような問題をその論文の中で扱っていた。つまり自由な言論の満足のいく理論は、修正第一条に

よって保護される言論活動がそのような保護を受けないその他の活動と異なっている点を説明しなければならないかどうか、たまたし説明しなければならないのであれば、それはどの程度までかという問題である(1288-1289頁)。シャウアー自身のその解答は、言論という行為は言論以外の行為と比較するならば「事実としては特別ではないが、特別でなければならぬ」ので、そうだとすれば自由な言論の理論はこの不一致を調整するという課題を回避できないというものである(1306頁)。

私は、2018年末に、言論の自由の価値および機能に関する独自の理論、寛容の一般理論を展開するリー・C. ボリンジャー著の『寛容な社会：アメリカ合衆国における言論の自由と過激派の言論』(春風社) (Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (Oxford University Press (1986))) という訳書を出版した。ボリンジャーの寛容の一般理論は、私の理解では、先のシャウアーの提起した課題に取り組んでいると思われるが、ここで私は日本では40年前もそして今もほとんど言及されることのないレフリー役としてのトライブを呼び出し、ボリンジャーが「花形クォーターバック」に値するかどうかを判断するために一つの包括的な課題群を提供したい。

①私のお気に入りの風刺漫画の一つに、明らかにメイフラワー号と思われる高い船と、考え込むようにその舷側から身を乗り出している二人のビルグリムを表現するものがある。その二人は遠く水平線をじっと見遣り、一人がもう一人に次のように言う。「私の直近のゴールは宗教的自由であるが、長期計画では土地に根ざした仕事をする (to go into real estate) である。」

②私はビルグリムのこの気の利いた返答が好きである。というのもその返答は憲法および憲法史の基底にある二元性をまさにうまく描写するからである。結局、連邦憲法下の私たちの発展は、次のような二つの劇的に異

なる一連の関心によって触発されてきた。つまり一つは、人格、良心および自由に対する、高度に人間的でかつ人道的な熱望を内容とし、もう一つはより世俗的な一見、力学的な問題を内容とし、地理学、領土の境界および制度の設計のようなものである。

③ほとんどの憲法理論は、私たちの憲法の発展におけるこれら二つの要素の間の複雑な関係を軽視する。これまでの説明は、一般的に言ってこれらの要素が異なる時期に互いに撚り合わせられたり離れたり混ぜ合わせられたりする、それらの要素が辿った入り組んだコースを十分にトレースしていない。私は、近年出版した著書、『アメリカ憲法 (*American Constitutional Law*)』¹⁾において、憲法が経験したその並べ換えを記述することによって、また 1800 年の初頭から現在のアメリカ法における憲法上の議論や判決にとって取り得る主要な道を代表する 7 つの基礎的なモデルを明らかにすることによって、その過程を浮き彫りにしようとする。これらのモデルは、(a) 分離され分割された権力²⁾、(b) 内在化された制限³⁾、(c) 定着した期待⁴⁾、(d) 政府の規則性⁵⁾、(e) 優位に立つ権利⁶⁾、(f) 平等な保護⁷⁾、(g) 構造的正義である⁸⁾。しばしばオーバーラップしているけれども、各々のモデルは一時代を支配し、そののちに憲法的な思考に対するそのモデルの支配力を弱める傾向がある⁹⁾。

④私は、それらのモデルを通して憲法およびその歴史内の基礎的な二元性を理解することに厚かましくも成功したと言うつもりはないが、私はそれらのモデルが出発点であると信じている。おそらく私は、まず初めにそれらのモデルのそれぞれの後を辿ってその二元性の数えきれないほどの金銀細工 (filigrees) に辿り着いてそののちにその全体を再検討するために元に戻ることなしに、私たちの憲法の発展におけるこれらの要素を完全に統合する希望を持つことはできない。何らかの原則という糸がほぐれてきたとき、その原則の糸が歴史によって作り上げられてきた以上、その糸から離れて脇に寄ることは、その原則の糸が理想的な形ではどのようなものになるべき (*should*) かを検討するのに役立つ、というのは少なくとも明らかであるように思われる。

⑤とりわけ、何がアメリカにおける自由な言論の理論になるかという何度も繰り返される問いを再検討することは価値があると思われる。既存のコレクションにもう一つの理論を追加するよりも、むしろ私たちが自由な言論の満足の行く理論にどのような特徴を期待すべきか、それがいかなる準則と合致すべきかに関して全体的に再考することは——端的に言って自由な言論のメタ理論を粗描することは——有益なことであると思われる。

⑥さて私は、以上述べたことが一頭の一角獣が何を食べることになるのか、その胸郭がどのように組み立てられることになるのかを描写する試みに似ていることに気付いている。もちろんそう言うためには一角獣のようなものが存在しなければならないけれども。その課題は興味深い。しかし一角獣が——つまり自由な言論の理論の完全に満足するようなものが——明らかに存在しない (*not*) という事実によって、その課題はいくらか問題を残しながら行われる。そうは言っても、私たちが持っている様々な理論構成の仕方で私たちのうちの多くが試みているものの不可欠な特性について、あれこれ考えることは不可能ではないはずである。それゆえ私はここでもっとも捉えどころのない憲法における獣——自由な言論の満足の行く理論——の解剖図を描写しようと思う。

⑦このかなり抽象的な課題を自らに宛がいながら、もしも私が自由な言論のメタ理論が何になるべきかを描写しようと思うならば、さらに正確に言えばこの場合私のメタ理論のそのメタ理論 (*meta-metatheory*) を述べようと思うならば、私は抽象度のかなり高いところに移動しなければならない。私の見解では、この領域のメタ理論は——そしておそらく憲法のどんな領域においても——少なくとも四つの次元の要素を含まなければならない。第一に、それは自由な言論の理論がその下で描くべきその前提 (*premises*) を描写しなければならない。つまり、それはどのような種類の前提が許されるかに注意を向けなければならない。第二に、それは自由な言論の理論が持つべきその構造 (*structure*) に関する一つの立場を採用しなければならない。つまり、それは自由な言論の理論が採用する構造の種類がどんなものかを描写しなければならない。第三に、それは受容可能な

一連の方法 (*methods*) を明らかにしなければならない。つまり、それは自由な言論の理論が行使できると思われる議論の仕方や分析方法に対して一つの見解を表明しなければならない。そして第四に、それは内容 (*content*) および実体 (*substance*) の限界を明らかにしなければならない。つまり、それは自由な言論に関するどの理論も収まらざるを得ない、考えられ得るものの外周を設定しなければならない。これらの4つの次元が少し漠然としていると言うのであれば、私は、次に続く頁においてそれらを一つ一つ明らかにする試みの中で、より明白な意味が示されることを願うのみである。

I

⑧第一に、前提の問題が存在する。自由な言論の満足の行く理論は、ある特定の社会システムの永続的な存在を前もって仮定できないし保障することもできないというのは明らかなはずである。例えば、自由な言論の理論は、共同体主義から個人主義までの展開を許容しなければならないのと同様に、自由主義的な個人主義の理念に基礎づけられ設立された社会から、共同体主義のヴィジョンを熱望する社会までの展開を許容しなければならない¹⁰⁾。過度の偏狭さのもつ危険を無視することや、社会に関する人気のある概念に偏った理論を構築することは、もちろん可能であり、それどころかよくあるかもしれない。確かに社会に関する普遍的なヴィジョンほどではないもの (*some*) が、何らかの (*any*) 法理論を基礎づけるにちがいない。しかしあまりに狭く考えられた自由な言論の理論は、その理論に内在する自己破壊を許さなければならないか (言論それ自体がきっかけとなった展開が、その理論の前もって仮定する社会形態の基盤を崩すというように)、さもないと、ある種の非常に問題のある境界線を、つまりその始めの前提の限界を超えて社会を変革する恐れのあるコミュニケーティブな行為を不穏当なものとして禁止する境界線を含まなければならない¹¹⁾。

⑨このような適用範囲の広範性の準則のコロラリーとして、自由な言論

の理論は経済生活の特定の形態という前提にあまりに狭く限定されるべきではないという結果になる。もっとも明快な水準で具体例を示すならば、もしも商品とはどのようなものかについて何ら拘束のない競争が、「良い (“good”)」商品が売れ「悪い (“bad”)」商品が棚の上で埃まみれになることを実際に保障しないならば¹²⁾、私たちは、なぜ「思想の自由な交換 (“marketplace of ideas”)」¹³⁾が真理の出現を確実にすると期待すべきか、と疑問に思うのは無理からぬことである¹⁴⁾。しかしそのような確実さを求めることは、それ自体あまりに視野が狭いであろう。つまり自由な言論が内在的価値を持つならば、そのような内在的な価値は、思想の市場のメタファーによって表された、自由な言論の道具主義的シェーマにおける消滅点まで覆い隠されてしまうのもっともだし、「真理 (“truth”)」の発見と同類の説明可能などんな「目的 (“purpose”)」にも仕えない表現の保護を正当化するためには利用できなくなる。したがって、資本主義の——あるいはその他の経済システムの——前提の上でもっぱら打ち立てられるどんな理論もあまりに狭いものとして拒否されなければならない。

⑩まさに前述したような状況が、私の考えでは、営利的言論を自由な言論の保護範囲に含めるためにその範囲を広げる昨今の動向に抵抗することを非常に魅力的にする¹⁵⁾。社会に関する資本主義的ヴィジョンに自由な言論の理論を正当にも根拠づけたがらない者の中には、利潤のために宣伝される洗剤の広告や、あるいは薬についての情報が、修正第一条の保護に値しないと主張したい誘惑に駆られる者がいる¹⁶⁾。しかしながら、この誘惑は魅力的ではあるが、重大な欠点があるように私には思われる。というのも自由な言論の理論が適用される範囲の広範性 (*breadth*) の準則のその限界は、リアリティ (実際に生起するもの (*reality*)) の準則であるからである。利潤と搾取の資本主義的構造が行き詰まることが望ましいと信じる者は、自由な言論の理論を構成する過程において、その資本主義的構造がすでに行き詰まっていると見せかけることはできない。たとえば、その実際に現れる効果が、さらなる搾取に抵抗するために必要な情報を被搾取階級から奪うことであるならば、平等主義的な経済ヴィジョンの名の下で営

利的言論の保護を否定することは見当違いであると思われる¹⁷⁾。しかしながら、ペニシリンの売り手の商売気がどんなにあさましく思えたとしても、薬の価格についての広告を厳格に制限する市場の下でペニシリンの買い手をその価格についてのパテント師にさらすことは倒錯の何ものでもないであろう¹⁸⁾。

⑪さらに一般的に言えば、社会的および経済的生活についての私たちが持っているものほど強制的ではない形態を熱望する理論家であれば、修正第一條理論の全体をデザインするうえで強制が存在しなくなることを望むという過ちを避けなければならない。皮肉なことに、その搾取者の声は、強制のより少ない社会を目指す改革が起るまでは聞こえるようにして置かなければならないであろう。

II

⑫第二に、私は構造の問題に取り掛かる。自由な言論の理論のその各部分は、単に、目的に関係のある手段としてではなく、その理論の全体の任務と関係する構成物の各要素としてその全体に関わる。無限の退歩は、有効性だけでなく、それに加えて調和および適切さが、その理論の構造の組織原理を提供する場合にのみ避けられ得る。例えば、言論が自己統治を増進するという理由で言論が高く評価されると主張することは¹⁹⁾、その研究を後ずさりさせるだけである。結局のところ、なぜ自己統治は高く評価されるべきなのか。道具的な議論は、このような後退を招き、詮索好きな渴きを癒す前に反論を使い果たす恐れがある。それ自体に内在する価値の率直な主張——その善さに不可欠な要素の明示的なヴィジョンにルーツをもった主張——だけが、目的の後に続くその手段の終わりのない追及を逃れることができる²⁰⁾。表現行為が人間の一つの要素であると仮定することは、異論のあるところかもしれないが、このような仮定は、それ以外に道具的な主張をもって行う場合以上に、より直接的に言語の限界に少なくともも討論を移動させる²¹⁾。

⑬第二の構造上の必要条件は、その理論が合理的に見て自己完結的であるべきというものである。その理論の実質的な構成要素の各々でさえも内在的に正当化されなければならないだけでなく、どの内在的な正当化理由も、その理論の至る所に究極的に適用されなければならない、あらゆる事例で尊重を強いなければならない。どんな理論のその一貫性やその説得力にとっても命取りなのは、機械仕掛けの神 (*deus ex machina*) に依拠することである。すなわち、ある理論の支持者が窮地に陥るとき、奇蹟的にも彼らが逃げることでできる壁に窓が現れるという経験である。もしもその理論の実質的な構成要素の各々がそれ自体の特別仕立ての正当化を持つならば、もちろんこのような問題は、表に現れないが、統一性または分析力を欠くところでは、個別事例ごとの (*ad hoc*) 主張の寄せ集めにその理論を変えるコストを払うしかない。

⑭それと同じ正当化 (道具的であれ、内在的であれ) がその理論の実質的な構成要素の各々のために利用されるとき、信頼性も損なわれ、もっともらしさの程度も劇的に異なるしかない。例えば、言論が代議制政体という目的のための手段として重要であり、その結果、知的な政治的選択へのよりありそうにない貢献として音楽や彫刻を正当化せざるを得ないと主張することは²²⁾、その理論の前提から結合力を奪い、それによってその理論の構造を本質的に境界のない状態にする。すべての有限で非自明な論理構造が本来、未解決な問題を残すものであるとゲーデルが示したことは²³⁾、憲法学者を思い止まられる必要はない。つまり憲法学者は、哲学者が数学者に求めるもっとも信頼の置ける有限集合と合致する公理を導かなくとも、統一性および完全性を得ようと努力することができる。

⑮その理論が自己完結的であるべきという必要条件と密接に関係するのは、その理論が巧みな思い付きを避けるべきであるという必要条件である。言論と行動の空虚な区分²⁴⁾については、超感覚的なコミュニケーションが行われていない世界でその区分が行われたのであれば、どのように存在し続けたか私には謎のままである²⁵⁾。ついでに言えば、私は、猥褻を非言論の一形態として「定義すること (*defining*)」だけで、保護される表現の

領域からそれを除名するオーウェン主義の策略の耐久性にいまのところは甘んじなければならない²⁶⁾。ある程度はこのような区分は何十年にも亘る連邦最高裁による自由な言論の理論のケース・バイ・ケースの展開の偶然の副産物と言えるかもしれない。それにもかかわらず、ある理論がそのような偽りの小道具を必要とする (*requires*) ように見える限り、私たちはその理論が凝集性のある基礎および統合された構造を欠くのではないかと疑う資格がある²⁷⁾。

III

⑬第三に方法に取り掛かるが、私が仮定したい二つの基本的な必要条件は、一貫性 (*consistency*) と豊かさ (*richness*) である。ある人の理論の提案が主に個別事例ごとの (*ad hoc*) 正当化に導かれるときと劣らず、ある人の議論の形態が修辞上の都合の風で何とかやっていくときも、信頼性は損なわれる。それは理論を次のような議論と縫い合わせるためになすべきことをなす意志がない。つまりその議論とは、1790 年代の討論での何かが誰かの目的に仕えるときの歴史的議論、明白な意味の分析が望まれる方向を示すと思われるときの逐語的な議論、システム設計を考慮することがまさに正しいと思われるときの構造的な議論、さらには、望まれる結論と、裏にある目的についての無難な前提との間に手っ取り早い関連性が存在するときの機能的な議論である。ある種のヒエラルキーが憲法上の証明の形態間で確立されなければならない、また若干の原理も、同一の社会関係におけるその形態の選択に決定的な影響を与えるために確立されなければならない。

⑭だが、もしもそのような一貫性が、浅はかさ (*shallowness*) という代償を払って手に入れるならば、それを具体化した理論は価値がほとんどないことになる。たとえば、「縮減 (“abridge”)」の通常の意味が、申し立てられている自由な言論の縮減行為に関する論争的な争点のすべてに決定的な影響を与えるべきであると発言することは、実際に使われる豊かな理論

を犠牲にすることによってのみ外見上の一貫性を確保することになる。このような豊かさの指針だけが利用できるのではなく、少なくとも二つの基準が合理的に適用され得る。第一に、その理論は、歴史的な議論と学説上の発展とを結び付ける方法を持たなければならない。つまり歴史とヴィジョンとの弁証法的な相互作用を考慮しない方法は十分とは言えない。そして第二に、その理論は構造的なルールに実体的な命題を関連づける方法を具体化しなければならない。つまり、政府が何をするかと、政府がどのようにそれをするかとの間の関連性についてほとんど言うことがない方法は、疑いもなく不十分である。特にどんなに十分な自由な言論の理論でも、修正第一条の事例における司法審査の適切な範囲を明らかにするという目的のために、政府と言論者の「遭遇（“encounters”）」の様々な種類の間で区別されなければならない。例えば、私は以下の見解を支持する。つまり「第一種の遭遇（“encounters of the first kind”）」（政府規制が行為のコミュニケーション・インパクトに向けられる場合）において、抑圧されているそのメッセージが、さらなる会話では避けられない切迫した損害を生じさせることを政府が示せないならば、その規制は違憲と判示されるべきであり²⁸⁾、「第二種の遭遇（“encounters of the second kind”）」（政府規制が行為のノンコミュニケーション・インパクトに向けられる場合）において、その規制はたとえ表現行動に適用されたとしても、その規制が情報および思想の流れを不当に抑止しないかぎり、結局は合憲と判示されるべきである²⁹⁾。

⑮このような分析の型の明白な利点は、それが実体的主張を独断的な先入観というプロクルステスの寝台にさらすことなく、構造的なルールに合わせることができることである。それゆえ、このような分析上の豊かさを具体化した自由な言論の理論は、多くの実りのない論争の罫に抵抗し得る。たとえば上述の例において、その理論は、その保護という点で修正第一条が「絶対的（“absolute”）」だと主張する者と、競合する政府利益とのケース・バイ・ケースの利益較量をつねに求めると主張する者との論戦の原理的な解決策を提示する。

IV

①⑨第四にそして最後に、私は内容および実体の境界に取り掛かる。自由な言論の理論は、それが受容できない一定の思想の存在を仮定するならば、自由な言論の満足の行く理論がいかなる特定の社会体制の存在を保障するとは思えないのと同様に、満足の行くものであると言えない³⁰⁾。さらに、言論の自由の受容可能な理論は、政府がイデオロギー的去勢者であることを要請し得ない。つまりその理論は検閲者としての政府を言論者 (*speaker*) としての政府から弁別できるほど巧妙でなければならない³¹⁾。そして公論 (*public debate*) に付け加える (*adds*) だけの政府の声と、公論を独占する (*monopolizes*) 政府の声とを区別できるほど十分な洞察力を持たなければならない。しかもその理論は、「意見 (“*opinion*”)」——その意見は若干の理論がそうであったように価値観を変えるのに適した表現に限定されない——の伝達とともに、「事実 (“*fact*”)」の伝達を保護することを正当化しなければならない³²⁾。

②⑩もっとも重要なことに、自由な言論の満足の行く理論は、積極国家の挑戦に適していると証明しなければならない。それは、場合によっては言論の重要な機会を確保するために積極的な政府行為への要求を避けることができない³³⁾。そして、いかなる思想の表現も促進する政府の行為は単にその思想を拒否するだけではなく、その思想が非常に不快と感じた市民からの強制的寄付に依存するかもしれないというパラドックスに、その理論は直面しなければならない³⁴⁾。

②⑪自由な言論の満足の行く理論のための準則についての以上のような粗描は、疑う余地なく不完全であるが、その準則の構成要素は、たとえそれらが十分でないとしても私には必要であるように思われる。さらに明らかなことに、憲法全体の至る所でまた一般的には法の至る所で、理論の建設者たちは、受容可能な理論が包含しなければならない内容にさらなる注意を向けることが、私には欠かせないように思われる。そうでなければ、私たちは、その一角獣がやっと見えるようになったときそれを知ることがで

きるようになるのではないか。

—注—

* 本論文は仮の題名が付けられた近刊書、Constitutional Government in America: Essays and Proceedings from Southwestern University Law Review's First West Coast Conference on Constitutional Law (R. Collins, ed. 1978) に掲載予定である。

** ハーバード大学・ロー・スクールの教授。ハーバード大学・ロー・スクールの二年生、ディヴィッド・レメス (David H. Remes) がこの論文の準備を手伝った。

1) L. Tribe, American Constitutional Law (Foundation Press, Mineola, N. Y. 1978) [以下では Treatise として引用する]。

2) Id. §§ 2. 1-6. 33.

3) Id. §§ 8. 1-8. 7.

4) Id. §§ 9. 1-9. 7.

5) Id. §§ 10. 1-10. 19.

6) Id. §§ 11. 1-15. 21.

7) Id. §§ 16. 1-16. 57.

8) Id. §§ 17. 1-17. 3.

9) Id. §§ 1. 1, 17. 1-17. 3. 私は§ 17. 1 で以下のことを示唆する。すなわち、私たちは、選択の特徴的な構造のどれか一つ (*one*) を通じてではなく、特定の社会関係における (*in a particular context*) 人間の自由といったような諸目的にもっとも相応しいと思われる構造の組み合わせ (*combination*) を通じて、そのような諸目的を達成しようとする構造的正義というモデルの出現にいま立ち会っている。ほかに、Tribe, The Emerging Reconnection of Individual Rights and Institutional Design: Federalism, Bureaucracy, and Due Process of Lawmaking, 10 Creighton L. Rev. 433 (1977) を参照せよ。

10) これら二つの世界観とそれらに符合する社会システムの説明のために、R. Unger, Knowledge and Politics (1975) を参照せよ。

11) 本論文のIV以下を参照せよ。限定された自由の構造のいくつかのパラドックスは、O. Kirchheimer, Political Justice 170-72 (1961) において議論される。

12) R. Wolff, The Poverty of Liberalism 11-12 (1968) を参照せよ。商品の市場と思想の市場とのアナロジーを受け入れながら、幾人かのコメンテーターは、二つの「市場」(“markets”) の政府規制に対するより一貫性のあるアプローチを要求した。たとえば、R. Coase, The Market for Goods and the Market for Ideas, 64 Am. Econ. Rev. 384 (1974) を参照せよ。その他のコメンテーターはそのアナロジーを拒否しながら、正反対の見解を採用した。たとえば、J. Milton, Areopagitica, A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing 29 (1959) (「真理と理解は入場券や制定法や道徳的規範によって独占されたり [ママ]、交換されたりする商品ではない。私たちはこの国のすべての知識を主要商品にし、布地や羊毛のようにそれに印をつけ、許可を与えることを考える必要はない。」) を参照せよ。

- 13) *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- 14) 「思想の市場 (“marketplace of ideas”)」モデルの有効な批判は、E. Baker, *Scope of First Amendment Freedom of Speech* で述べられているが、この論文は仮の題名が付けられた近刊書、*Constitutional Government in America: Essays and Proceedings from Southwestern University Law Review's First West Coast Conference on Constitutional Law* (R. Collins, ed. 1978) に掲載予定である。
- 15) *Treatise*, supra note 1, § 12. 15 を参照せよ。
- 16) たとえば、Baker, *Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom*, 62 *Iowa L. Rev.* 1 (1976) を参照せよ。
- 17) もちろん、そのことは、私たちの社会で営利的情報が搾取の十分な解毒剤であると言っているのではない。明らかなことに、誤ったあるいは人を誤導する価格や商品広告の政府規制は望ましく、修正第一条と一致するいくつかの根拠に基づき支持され得る。たとえば、*Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748, 771-72, n. 24 (1976); *id.* at 777-79 (Stewart, J., concurring); *Bates v. Arizona State Bar*, 433 U. S. 350, 383-84 (1977) を参照せよ。しかし営利的言論がその他の言論の形態以上に容易く規制され得る言うことは営利的言論が修正第一条の保護の資格がないと言うこととはまったく異なる。*Treatise*, supra note 1, § 12. 15, at 655-56 を参照せよ。
- 18) 425 U. S. at 763.
- 19) A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948); A. Meiklejohn, *Political Freedom* (1960) を一般的には参照せよ。ミクルジョンを先取する初期判例のために、*Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 369 (1931) を参照せよ。
- 20) 道具主義を検討するために、Tribe, *Technology Assessment and the Fourth Discontinuity: The Limits of Instrumental Rationality*, 46 *S. Cal. L. Rev.* 617 (1973) を参照せよ。
- 21) 固有の価値に向かう不可避免的な道具主義者の行進の実例は、すぐに思い当たる。たとえば、政治形態にとって不可欠なものとしての自由な言論を擁護する理論家たちは、政治参加が個人的な成長や自己実現をさらに高めるという一つの理由からも価値があると主張することによって「なぜ (“why”)」に答える傾向にある。たとえば、J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* 203 (1882) を参照せよ。しかしそうであるならば、それらの価値自体が、ミクルジョンの命題の中間段階なしになぜ言論の自由に対する私たちのコミットメントの多くを説明しないのか。また、それらの価値は、無理することなく表現活動の全範囲を包囲するほど広い用語を使って私たちのコミットメントを説明しないのか。
- 22) A. Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, 1961 *Sup. Ct. Rev.* 248, 263 を参照せよ。
- 23) E. Nagel & J. Newman, *Gödel's Proof* (1958) を参照せよ。
- 24) たとえば、*Cox v. Louisiana*, 379 U. S. 559 (1965) (*Cox II*) を参照せよ。また、*Treatise*, supra note 1, § 12. 7 を参照せよ。

25) その区分は、異議を申し立てられた政府規制の目的の審査のためのせいぜい略称として受け取ることができる。Treatise, *supra* note 1, §§ 12.2-12.3, 12.5-12.6 を参照せよ。

26) たとえば, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 483 (1957) を参照せよ。公平な取扱いという規範はもちろんのこと、修正第一条という前提も性的に明示的なものの「時、場所、方法 (“time, place, and manner”)」規制と両立することは可能であるかもしれないが、*Young v. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50, 60, 62-63, 70-71 (1976) 判決は、すなわちいくつかのイメージまたは役割を選び出して完全に抑圧するその試みは、知ることがそれ自体で害を及ぼすとはけっして見なされないと修正第一条の考えとまったく相容れないように思われる。Treatise, *supra* note 1, §§ 12.16, 12.18-12.19 を一般的に参照せよ。

27) 厳密に言えば、このような巧みな思いつきに反対するという必要条件是構造的なものとしてよりも方法論的なものとして扱う方がよいかもしれないが、このような問題のある方法が存在することは、構造の根底にある弱さを指し示すという理由から私はここにその準則を含める。

28) Treatise, *supra* note 1, §§ 12.2, 12.8-12.18 を参照せよ。

29) *Id.* §§ 12.20-12.22.

30) 本論文・前掲注 (10) を参照せよ。

31) Treatise, *supra* note 1, §§ 12.4; T. Emerson, *The System of Freedom of Expression* 697-716 (1970) を参照せよ。

32) たとえば, Scanlon, *A Theory of freedom of Expression*, 1 *Phil. & Pub. Aff.* 204 (1972) を参照せよ。

33) *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969) を参照せよ。「かりに検閲が政府によってではなく、民間によってなされるならば、その検閲はプレスと自由と呼ばれる」(*Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to the Media* 143 (1973)) というドグマを *Red Lion* 判決が不当だと判示したと、ジェローム・バロン (Jerome Barron) が書いたときに、彼はその争点を理解しなかった。しかしながらこのドグマを不当だと判示したことは少しも徹底していなかった。たとえば *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974) を参照せよ。いずれにせよその判決はそれ自体のもつ危険を伴うものである。Treatise, *supra* note 1, § 12.22 を参照せよ。

34) 国庫から公教育に資金を調達する政府の権限を、ましてやあらゆる種類の私的制度に公共サービスを提供する政府の権限を問題にする人はほとんどいない。それらの事例で強制される公的寄付と、政府が公的資金を通じて不利な立場にある集団のためにメディアへのアクセスを容易にする場合との明かな相違は存在しない。彼または彼女が支援するように強制される、罪悪や墮落から生じる声が、政府に属そうが私的な言論者に属そうが納税者にとって大した問題ではない。組合の団体交渉の活動に関連しようがしまいが、非組合員が反対する組合活動に寄付を強制されることによってその非組合員の修正第一条の権利が侵害されたという意見を、*Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977) 判決の多数意見が受け入れなかった

ことは、特記するに値する。同様に、ニュー・ハンプシャー州の市民が、たとえ彼らの自動車のナンバープレートに「自由に生きるか、さもなければ死 (“Live Free or Die”)」という標語の表示を強制されなかったとしても、その標語の看板を設置し維持する費用を支払うために納税を強制され得るというレンクィスト裁判官の断言を、*Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977) 判決の多数意見は暗黙のうちに受け入れた。しかし政府がムチを使っても行わせることのできないことをアメを使って行わせることによって呈示される問題は、さらなる論文の主題にちがいない。

以上