

翻訳

寛容な社会 (3)

——アメリカ合衆国における言論の自由と極端な言論——

リー・C. ボリンジャー (著)

池端 忠司 (訳)

【訳者はしがき】

本稿は、本誌前号・前前号に掲載してい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 を訳出するものであり、ここでは、3 The Fortress and Its Limits と 4 The Quest for the Tolerant Mind を訳出し、本訳稿全体の第3編となる。なお本稿から池端の単独の訳となる。

* * *

第3章

要塞モデルとその限界

どんな特定の事例であれ、ある言論を保持することから引き出される積極的なベネフィットが、その言論を保護することによってもたらした害悪を上回らなかったとしても、このような言論を保護するその他の理由——戦略的理由——が存在するかもしれない。これは、少なくともその一部は、私たちが自由な言論の論争において「原理上の問題が起きている（“a principle is at stake”）」と発言するとき、私たちが言いたかったことである。すなわち、この原理を確保するために私たちはその保護範囲内に、何らかの無価値な言論を含める準備をしなければならない。

第1章では、私たちは、利便性のために、さらにそれとともに不注意な

突然の侵入に対抗して価値ある表現領域を確保するために、自由な言論の原理の実施には、固定したルールが必要であったということを理由に過激な言論の保護を正当化し得る可能性について検討した。第2章では私たちは次のように結論した。すなわち、自己統治に対するコミットメントには、社会における言論活動の適切な限界についての意思決定を行う私たちの権限を政府によって奪われないようにするという私たちの役割に関する決定がかならず伴う。またそれには、私たちが自己統治の役割を有意義に果たすために最小限必要な、言論活動に対する制約の権限を政府に戻す(*hand back*) という私たち自身が持つ権限という点で私たちが制約されるべきであるという当然付いてまわる私たちによる譲歩がかならず伴う。しかしながら、その問題は、言論の自由の原理の実施による利便性にしろ、不慮の事故に対する保険にしろ、権限の適切な配分にしろ、そのうちのどれか一つの問題だけではなく、その基礎的原理それ自体に対する間断のない脅威として立ち現れ、しかも真に価値のある言論の弾圧を強く求めるために開かれたままにされている機会の利用が見込まれる、何らかの権力の存在であるとしたらどうであろうか。このような場合、そういう機会を閉め出す制度を生み出すことは、合理的であるように思われるであろう。これを行う一つの明らかな方法は、私たちが真に重んじる言論活動から相当距離を置いたところで、言論が保護される境界線を確保することであるかもしれない。

この思考方法は、極端な諸事例において自由な言論の保護を擁護する私たちの同時代の議論の多くを実際に特徴づける。私たちは、法原則からなる一つの要塞を建て、その要塞の下で言論を規制するかどうかの選択の余地をきびしく限定し、その要塞にもう一つの政府機関、つまり司法府から職員を配属する。しかし、この要塞モデルの下で極端な言論を保護する目的が言論の中核部分の保護を勝ち取ることであるとするならば、その要塞は誰に対抗するために必要とされるのか。私たちはその要塞が前述の脅威に耐えると確信できるのか、このような要塞を建てるのが、より大きなコミュニティにもたらす影響とはどのようなものなのか。

I

第 2 章では、私たちは、政府が制限された権力だけ持ち、その権力が最終的に人民に由来し、この人民が代わる代わる真の主権者を構成する、という古典モデルの主要な前提を見た。しかし、この国家概念に共通するコローリーは、政府がまた言論の自由を含めた市民の諸自由への変わらぬ脅威を構成するという信念である。このヴィジョンによって、政府はより大きな社会に対して常に敵対的で、かつ敵意を持った地位にいる。ことわざに言うように、権力は腐敗する。あらゆる政府がその先祖が有した専制的な権力を取り戻したいという先祖帰りの切望をその性質の中に宿している。この現実、一般に言われるように、修正第 1 条ほど重要でかつ攻撃されやすいものを私たちがどのように体系化するかを計算する場合に含めなければならない¹⁾。

敵対的な政府というこの力説された現実、自由な言論の原理の輪郭に影響を与え、その結果、その原理の適用範囲やその適用の背後にある戦略を決定するうえで重要な役割を演じる²⁾。また、それは、その原理の司法による執行を正当化する理由を提供する。というのも、国家組織に付き物の権力をもって、統治機構それ自体の内部の一つの組織に他の二つの権力部門による越権に備えることは、この常に存在する外在的な脅威という文脈において望ましいからである。

備えるべきその危険は、疑う余地がないだけでなく、巧妙である。政府は、それが嫌うものを、とりわけ政府を批判するものを黙らせるために利用できるどんな機会も利用した方がよいという気になるであろうと思うならば、その問題は、価値のある表現行為という中核部に守りを立てるだけではすまない。これは、三つの理由からそうである。第一に、違憲な行動が矯正される前に多くの損害が生じ得る。訴訟は弁護のために時間と費用がかかる。また、その進行が遅く、裁判官が行動を起こす時まで、その言論の重要性は個人または社会にとって減少してしまうかもしれない。第二に、法は、それ自体の限界を計算に入れなければならない。そして、その限界のもっとも重要なものの一つは、事実に関する論争において真であ

るかどうかを確かめる法の限られた能力である。司法制度は、とりわけ過去の真実を再構成しようとするときに、誤りを犯すかもしれない³⁾。さらに、言論活動は、抑圧の見込みによって簡単に怖気づいてしまう。これをすべて認めるならば、言論が、その疑念の恩恵に常に浴するようなルールを採用することが望ましいと考えるのは自然である。第三に、法制度それ自体の限界を再度よく考えるならば、私たちは、裁判官たち、すなわち人間が、誤りを犯すだけではなく、許されるべきではない抑制を裁判所に認めさせるために政府が行使する圧力に、裁判所が屈するときもあるということを認めなければならない。これらの可能性に備えるために、私たちは、裁判官たちに権謀術数の余地を可能な限り与えないようにしなければならない、また、司法による誤算や非行から生じ得る害悪を最小にするために、言論が保護される領域の境界線を言論の奥地にまで拡張しなければならない。

これらの内部的保護がないならば、法それ自体は、言論の自由を保護するという基本的任務の割当をこなすことができないであろう。そのありがちな失敗の見込みは、それ自体で表現に抑止的な効果を持つ。というのも、人間性を所与とすると、多くの人びとは、国家が自由の行使に本質的に非常に敵対的である環境で、それらの制度上の失敗の犠牲者になるかもしれないという恐れから、彼らの自由を行使しないという選択をするからである。*New York Times Co. v. Sullivan* 事件の連邦最高裁は、文書名誉毀損の判断についての見込みを次のように説示した。すなわち、「公務員の行動を批判する者にその事実に関する彼の主張のすべてが真実であることを保証させるルールは、『自己検閲 ('self-censorship')』と大差のないものに追いやる。」⁴⁾

II

政府の権力濫用の脅威や、個々の事例の言論のベネフィットと害悪に合わせ過ぎた法ルールが議論に与える抑止効果に気づく必要性についてのこの良く知られた主張の中に確かにある真理が含まれている。しかし、それは、20世紀の世の中においてあまりに強調され過ぎた主張である。その主

張が一般に持ち出されるとき、その問題は、政府のその民主制的起源からの逸脱や離反に関わる。しかしながら、この考えが支持されるときに深刻さやそれが修正第 1 条の解釈のための根拠として提示されるときに真剣さは、実際問題としてその現実と釣り合っていないように思われる。確かに、私たちは今世紀に、また過去十年の間に、その考えに仮設的な信憑性以上のものを与える事例を経験した。おそらく、Pentagon Papers 事件⁵⁾は、民主制的な利益を促進するというよりも妨げるために政府が行動した事例とみなされるのが妥当であろう。だが、このような具体例は、言論弾圧が多数者の意思に違背するというよりも促進した事例の数と比較するとき見劣りする。これは、第 2 章で強調された点である。しかしながら、このように述べることは、もう一つの可能性を生起させることである。すなわち、その可能性とは、価値のある言論活動が確保されている社会制度を構築するうえで、政府だけでなく、人びとそれ自体もこの目標にとって脅威であるという現実を私たちが考慮に入れなければならないということである。かりに言論活動を過度に不寛容に扱う傾向という問題があるとするならば、それは「政府 (“the government”)」だけに関わる問題ではなく、むしろ自らの政府を経由して行動する「人びと (“the people”)」に関わる問題であるように思われる。

言論に対する過度の抑圧の時期についての記録は、この判断を支持する。言論の制御が不首尾に終わったところでは、その抑制は、主として多数決の制度を経由して生じた。チャーフィーは、第一次世界大戦から第二次世界大戦までの数年間の過度の不寛容についての彼の有名な研究で、この結論に到達した。人びとこそが政府に行動するようにせかしたのであって、政府が他から独立して自らの意思で行動したわけではない⁶⁾。同様の現象は、1950 年代初頭のマッカーシー時代を通じて生じた⁷⁾。そして、1960 年代およびヴェトナム戦争期の緊張は、市民グループ間に存在したのであって、市民と政府の間だけにあったのでもなければ、それどころか、はじめに市民と政府の間にあったわけでもない⁸⁾。

しかし、公衆の不寛容という現象を記述し、考慮に入れることは、自由

な言論についての私たちの思考内容に重大な転換を迫ることを意味する。新たなパースペクティブが浮上する。つまり、そのパースペクティブは、古典モデルの主要な前提、すなわち真理探求過程における情報および思想のコミュニケーションという見地から第一義的に定義される、自由な言論の主要目的が、価値のある言論の保護であるという前提を維持しながら、少なくとも言論規制についての決定の場面にかぎり、人びとそれ自体が信頼できるという前提から離脱する。私たちの思考におけるこの転換は、自由な言論の原理のあらゆる側面に、つまりいま探求中の保護範囲だけでなく、執行のために選択された手段にまで放射状に広がる影響を及ぼす。

言論の自由の真の脅威は、官界のみに存するどころか、むしろ市民という一般住民の内に存在する。実際に、これは、民主制の始動期から、民主制の基礎にある恐れである。それは、合衆国憲法の起草者たちの論争や議論の中に現れ、アメリカで政府を形成するために選ばれた統治機構に影響を与えた⁹⁾。それは、19世紀の政治理論に関する書き物の中で繰り返されるテーマである。アレクシス・ド・トックヴィル (Alexis de Tocqueville) やミルのような著者は、民主制の上げ潮が「多数者の専制 ("tyranny of the majority")」という問題をどのように運んできたかについて書いた。そして、その多数者の専制は、民主制と交代させられた専制的政治体制とまったく同じように、人間の基本的自由——あるいは、それ以上のものにさえ——脅威を及ぼし得るものであった¹⁰⁾。

しばらくの間、とミルは述べた、人びとは、民主制が国家行為と人びとの意思の間の利益の一致をもたらすという理由から、専制が終わるものだと思っていた。しかし成功は「失敗していたときに見えなくしていたと思われる誤りや欠陥を暴くこと」ができる¹¹⁾。民主制が興隆したとき、それは、「『自己統治 ('self-government')』や、人びと自身に対する『人びとの権力』のようなフレーズでは客観的情勢を表現できないという実感をもたらした。また、その権力を行使する『人びと』は、いつも、その権力が行使される対象者と同一の人びとなのではない。また、前述の『自己統治』は、各人によって各人自身を統治することではなく、各人がその他の者す

べてによって統治されることである。」¹²⁾その時々のも多数者が「彼らのうちの一部に圧迫を加えることを欲するかもしれない」ので、「これに対しても、どんなその他の権力濫用に対するのと同じように、十分な警戒が必要である。」¹³⁾

まさにミルに関するかぎり、不寛容は「人類にとってあまりに自然なこと」であり、英国の経済学者ウォルター・バジヨット (Walter Bagehot) にとってもそうであったし、1874 年の彼の寛容に関する論文は、今日でもその影響力を維持している。バジヨットは、英国が「意見の表現 (“expression of opinion”）」に対する寛容を増進してきたことを理由に英国を称賛した。だが、彼は、それでもなお、寛容を擁護する論文を書く必要を感じた。というのも、迫害へと逆戻りする傾向は、人間の人格に欠かせないからであった。

ずっと以前に奴隷制度について言われたことは、迫害にも当てはまるように思われる。それは、「自然法によって存在する。」迫害は、人間性にあまりに合っているので、歴史が示すように、過去のあらゆるところで生じた。その休止は、英国において近時の事柄である。さらに、今日でさえも、世界全体を考えるならば、迫害の実践やその理論は、勝利を得た多数者の側にある。ほとんどの人が常に迫害を選好したし、今でもそうである。したがって、迫害が議論や主張の中に継続して再登場するのもまったく自然なことである¹⁴⁾。

これらの所感は、一般的にはそれほど明示的ではなく、比較的隠された形をとるが、20 世紀において繰り返されてきた。私たちは、先にホームズが不寛容を「全く論理的 (“perfectly logical”）」であると理解したことを見た。実際に、主としてラウンド・ハンド (Learned Hand) 宛の当時の彼の私的書簡のいくつかは、不寛容の自然さに関するこのパースペクティブに、もっと詳しい説明を与える¹⁵⁾。ハンド自身も、その時代の自由な言論には好ましくない状況について話しながら、その「目下のヒステリー

(“existing hysteria”)」やその「赤狩りの浮かれ騒ぎ (“merry sport of Red-baiting”)」を遺憾に思い、どのように「その一群がますます高い声で吠えるのか」を記した¹⁶⁾。あの時期の不寛容が公衆を発生源にもつことを、チャーフィーが後に記録したように、当時のハンドとホームズのどちらも見落とすものではなかった。

ミクルジョンも、公衆の不寛容という現実を痛切に意識していた。ときおり、彼は、単純に「政府 (“govenment”)」の干渉から自己統治の過程を保護するものとして自由な言論についてのお決まりの、過度に単純化されたヴィジョンを採用したが、彼は、遺憾に思う検閲のより複雑な発生源に明らかに気づいていた。ミクルジョンは、彼の論文の冒頭で、一般大衆の感情に深々と凭れかかったルーツを持つ、全国各地の不寛容の水準の上昇に言及した。彼が反対した政府活動——FBIの調査や「非米 (un-American)」活動に対する議会による調査など——は、実際に、それに好意的な公衆によって支持され、促進された。FBIの「スパイ制度 (“system of espionage”)」に関して、ミクルジョンは、どのように「そのやり方が合衆国において広く抱かれている言論の自由に対する態度を明らかにする」かについて書き、次のように続けた。『「危険な (“dangerous”)」のラベルの付いた信念の保持や表現に立ち向かうために、政府が圧力をかけることは、合衆国憲法の下で正当化されると、私たちの多くはいまも確信している。私たちは、議会がその種の信念の自由を当然のことながら制限できていると思っている。』ミクルジョンにとって、これらは「戦後の悲惨な日々であったし、また、戦前についても、大統領を筆頭に私たちアメリカ人が、共産主義の唱道者たちを投獄することによって、彼らを公職から締め出すことによって、彼らをこの国から放逐することによって、彼らを憎悪することによって、共産主義の信念を後退させようとするとき、それは、おそらくヒステリックな蛮行であったであろう¹⁷⁾」。

そのとき、公衆の不寛容という現象や多数者による専制の可能性という現象は、言論の自由に関する思想のすみからすみまで縫うように通っていると理解することができる。自由な言論の主題に関する自由主義の文献は

ど、平均人の本性や平均人の不寛容に傾く自然な傾向についての見縊った、絶望的な見解を探し出すことはできないとすら言い得るかもしれない。その衝動には浮き沈みがあり得、おそらく経済や戦争という月がその衝動の運動に影響を与えるのであろう。だが、その衝動が常に存在し、根絶不可能でさえあり、それほど深く人間の性格に刻み込まれている¹⁸⁾。

自由主義の文献の中で、不寛容へと向かうこの衝動の性質は、何かを信じることと、同じ何かを他者に信じさせることを必要とする、人びとのより深い傾向を当てにすると通常言われるか、実際にそう思われている。ミルは、次のように書いた。「このように、社会の好き嫌い、ないしは社会のある有力な部分の好き嫌いこそ、法と世論の罰則のもとに、一緒に遵守するように決められた規則を、事実上決定してきた主要なものなのである。」¹⁹⁾そして彼は、適切でない誇張をもって次のように付け加えた。「議論を沈黙させることはすべて、無誤謬性を仮定することである。」²⁰⁾バジョットも、同様に、次のように主張した。「強い意見を持つ人は、他の何よりもまして、自らの意見を広めようとする。彼らは、すぐ手に届くところにある、宣伝には計り知れない力を発揮するエンジンのようなものを見つける。つまり、彼らは、*国家 (State)* を見つける。これは、ある者を助け、その他の者の邪魔をするという点で、多大な、否定しがたい影響を持っている——そして、彼らは、その熱心さのあまり、なぜ自分が憎悪する誤りを撲滅するために、また、その誤りに代わって自分が賛同する主義を置き換えるために、そのとてつもない威力を発揮するエンジンを利用してはいけないのかをほとんど理解することができない。」²¹⁾

抑圧と信念のこの関連性に付きものとよく言われているのは、信念が、子どもとして成長し大人として生活するまわりの状況——つまり、偶然に何かになる、ある人の実存 (existence) がどうあれ、その社会的および知的環境——の産物にすぎないという考えである。信念の社会的な条件づけというこの見解は、文学一般に広く影響を及ぼしている。ソクラテスは、その『弁明 (Apology)』の中で、自分がアテナイの若者を堕落させたという非難に対して、自らの抗弁を開始するとき、彼は、陪審員たちが彼に対

して偏見をいなく傾向があると警告する。ソクラテスは言う、自分に対する陪審員たちの態度は、彼らがまだ子どもであったときに、彼らに注ぎ込まれた。これらの「危険な告発者 (“dangerous accusers”)」の「諸君に語れるは、諸君のある者はまだ少年であり、諸君のある者まだ青年であり、最も他の言を信じ易き年頃であって、しかも、彼らは、一人も私を弁護してくれる者のない欠席裁判において私を弾劾したのである。」²²⁾

マーク・トウェイン (Mark Twain) は、この種の信念を「トモロコシ・パンの意見 (“corn-pone opinions”)」と呼んだ。人びとは、それらの意見を抱く。というのも、人びとが独力でその意見を考え出したからでもなく、あるいはその意見が直接の経験に由来したからでもない。そうではなく、人びとが彼らの大半の隣人たちとともに考え、感じなければならず、さなければ彼の社会的な立場や彼の生業上の財産が損害を被るからである。おそらく、同じものは、私たちの自尊心を、私たちについて他者が抱くものの産物に変える人間精神にその根を持ち——私たちが第2章で記したように、文書名誉毀損やプライバシー法理の侵害の正当化理由を第一義的に提供する——、また一般的には他者が信じているように信じる必要性を生み出す。いずれにせよ、トモロコシ・パンの意見は、「自己賛同という生得の要求 (“inborn requirement of self-approval”)」に由来し、それは「通常……他のどこでもない唯一の場所に、その拠り所を持つ。それは、その他の人びとからの賛同である。」彼は、次のように書いた。まさにトモロコシ・パンの意見の総計が一緒になって「世論 (“Public Opinion”)」を形づくり、これは「尊重される」し、またそれを「神の声だ……と考える者もいる。」²³⁾

ミルは、あまり愉快ではない、案の定、手厳しい知的な告発を行い、次のように結論づけた。ほとんどの人びとは、彼らの信念の体系を彼らの「世間 (“world”)」によって抱かれたものに従って定義する。この世間とは「各個人にとって彼が接触する一部の世界、彼の党派、彼の宗教、彼の教会、彼の社会階級を意味する。世間ということばを、自分自身の国や自分自身の時代という程度の広い意味にとっている人は、相対的には、広やか

な広大な精神をもった人だとほぼ呼ばれてもよいのである。」²⁴⁾このような人びとにとって、信念は、自らの正しきの揺るぎない確信をもって抱かれる。すなわち、「彼は、他の人びとからなる異なった意見をもつ世間に対して、自分が正しいことの責任を彼の属している世間にとらせるのである。そしてこれら多数の世間のうち、どれが自分の信頼の対象なのかは、まったくの偶然によって決定されたのであって、ロンドンでは英国国教徒にしていると同じ理由が、北京では彼を仏教徒や儒教徒にしたであろうということも、けっして彼の心をわずらわせはしない。」²⁵⁾

バジヨットは、他者を彼らの信念や彼らの言ったことを理由に迫害したいという必要や欲求の背後に、別のもの、つまりより深刻な恐れを発見した。彼は、次のように主張した。その「迫害の背後にある主な動機」は、「かつて世界を支配したことがあり、その深い痕跡が多く面のいまでもたどることのできる、もっとも古い政治思想」である。これは、強固な宗教的基盤のある諸社会において、もっとも深く表現される恐れであり²⁶⁾、「どんな構成員も、その行為によって他の成員や、いわば仲間全員に神の怒りをもたらすかもしれない。」という恐れである²⁷⁾。他者が犯した罪についての責任を、誤ったところに負わせることの持つ、深い恐れが存在する。すなわち、「そして、神々についての虚偽の意見は、人びとにとって、とくに嫌悪すべきものであるとほとんど常に思われてきたので、異教徒や『不信心者』は、来世において彼自身や他者の救済を害する可能性があるだけでなく、すぐに現世においても、彼の隣人たちや彼の国に痛ましい惨禍をもたらすのではないかと常に思われた。知的な誤謬をはばむという目的以上に、政治的危険を押し止めるという目的の下で、その人は迫害されてきた。」²⁸⁾

しかしながら、ミルと同様に、バジヨットもまた、過度の不寛容という苦い果実を産んだ、信念の植え付けに傾注した集中的な過程を私たちの時代の諸社会に認める。彼は、ある関係——児童心理学に関する 20 世紀の論文において再び記述されることになった見解²⁹⁾——を、つまり子ども時代と大人の不寛容の関係を強調した。彼は次のように主張した。諸社会

は、宗教的な意味においてと同様に、世俗的な意味においても「共通の宗教 (“common religion”)」を必要とする。法 (Laws) は「神聖な慣習 (“holy customs”)」という性格を帯び、「一つの共通の国民性を生み出すのを手助けする点で」不可欠であり、「将来、議論に耐えるほどに飼い馴らされ、さらには、議論を形成する基礎となる共通の公理を示唆し得るものである。」³⁰⁾それゆえ、「すべての親が賢明にも自分の子供に自分の信条を教え込み、子どもが一定の年齢になるまで、あまり多くその他の信条を聞かせないようにすることはより好ましい。」³¹⁾このような一般に受け入れられている信念を根本的に求めることは、心理的にも知性的にも望ましい。というのも、子どもは「何らかの信念を教え込まれることがなければ、まずどんな信条も理解することができないからである。」³²⁾しかし、その結果、タブラ・ラサをもってではなく、苦心してつくり上げた徐々に教え込まれた一連の信念をもって「議論の年齢 (“age of discussion”)」に達するということである。

信じる必要と関連づけられた不寛容への衝動についてのその見解は、20世紀の文献のいくつかの中で繰り返された。人びとの中に、諸社会の中に、意見の一致を強く主張する一つの強力な欲求についての正当な評価がある。ホームズの公私双方の著作において、彼は、彼自身の中にその傾向をたえず嗅ぎつけ、たまたま信じるようになったどんなものに対しても、それを信じてしまう本能と戦う。ときにその衝動は圧倒的に強くなり、自分の敗北を認めざるを得なくなる。しかも、彼は、そのようなしぶとい信念を彼の「せざるを得ない (“Cant Helps”)」³³⁾と呼ぶ。だが、私たちはまた、*Abrams* 判決の反対意見 (私たちが第2章で詳しく考察した) における不寛容の性質についての彼の有名な説明から、次のことを知る。つまり、意見の一致を確立したいという欲求または必要は、単に信じる必要を越えて、より一層複雑な基盤を持ち、信念の確信と同じだけ、疑いの恐れから生じる不寛容という点でバジヨットの考えとの何らかの共鳴がそこにある (私たちが再び第5章でもどるテーマである)。

私たちは、今のところ、もはやこれを追跡する必要はない。すなわち、

私たちが探し求めている本質的な要点は、すでに主張された——すなわち、言論の自由について考えるうえで、私たちは、次のことを無視することはできない。つまり、依然として人間社会の多くがその原理を十分に受け入れなければならない、あるいはその原理を人間の行動の礎石にしなければならない。人間の人格の中には、自由な言論の保護を非常にもらい企てに常にしてしまう、相反する衝動が働いている。それゆえ、自由な言論は、その諸目的の重要性——それらの諸目的が、真理獲得、自己統治の過程や多数決原理であろうとも——あるいは個人の自律性や自己充実にとっての言論のもつ重要性を否認する、人間性の深層にある何かと闘わなければならない。「政府（“government”）」は、この衝動が実行に移されるときの手段を提供するが、その衝動は、政府にではなく、人間性の奥の方にある。

III

人間の人格についてと、それと言論活動の制御との関係についての、この基礎となる考えは、自由な言論の限界についての議論に重要でかつ新しい次元を明らかにもたらす。第 2 章では、私たちが特定の事例において言論保護のベネフィットと害悪をどのように評価したかを問うことによって、自由な言論の原理の適用範囲の画定という問題にアプローチした。その議論の一つの基本的な前提は、私たち全員がその争点について合理的に考える能力を共有しているということであった。この文脈において、私は、分け持つ信念や価値の社会的意義の保持とその機能のための法律制定過程の使用の双方の私たちにとっての重要性を考慮に入れることが、私たちが最終的な評価に至る過程で、必要であると主張した。しかしながら、今や、その点が、私たちに不利な形で戻って来る。まさに、人びとのその必要性が手に負えず、極端に走る傾向があると言われ、そして、そうなるときに、私たちは、大切にされてきた公開の議論の自由に、深刻な侵害が及ぶことを覚悟しなければならない。それは程度の問題である。「私たち（“We”）」（換言すると私たちのうちのある者）は、言論の潜在的なベネフィットと、その他の基本的価値の保全の妥当かつ適切なバランスを取ること

ができるかもしれないし、その結果、間違いが起きるであろうが、それらの間違いが、おそらくとるに足らぬ重要性しか持たないことを認める。それは、私たちが一般社会に任せることのできるものではない。一般の社会では、不寛容への衝動が、あまりに深く滲透しているので、かりに過度に自由な統治が行なわれるならば、自由な言論とその他の利益の間で達成されるどんな合理的なバランスも崩壊するおそれがある。

言論活動についての人間の判断に、事実を歪めるこの特性があることは、自由な言論の原理についてどのように語り、考えるかという点で私たちのマインドに強力でかつ決定的な影響を及ぼす。専制的統治が有すると一般に気づかれている永遠に続く脅威の場合と同様に、公衆の持つ過度の不寛容という力説された現実は、自由な言論という理念の構想と実行に、戦略という要素を導入する。しかしながら、その戦略は、ここでは、私たちが先に見たものを越えて行く。言論のうちの過激なものの保護は、いままで通り一種の緩衝地帯を提供するが、ここでは、より広範囲に基礎づけられた脅威に対抗する。この過激な言論は、それに本来備わっている価値を理由に保護されるのではなく、この言論の保護が本来価値のあるものをよりよく隔離するという理由で保護される。しかしながら、これとともに、まる一式の原則およびレトリックが付いてくる。

公衆の不寛容の持つ脅威は、自由な言論を一つの「原理 ("principle")」として取り扱うことの根拠であり、そして、さらには、主題の「カテゴリー ("categories")」——政治的、営利的およびそれに類するもの——という観点から言論の諸事例を分析することの根拠である。その結果、特定の論争を貫く論法は、その言論が自由な言論の諸目的にとっての利益の増加を生むのはどの範囲までなのかを決定することや、その利益と、それと競合するその言論の保護がもたらす社会的害悪とを比較検討することを内容とするわけではなく、その言論がある主題に関するものかそれとも他の主題に関するものかを決定することを内容とする。裁判官たちは、個々の事例において（つまり、裁判官たちの解決する能力を越え、いずれにせよ考慮する正当性を欠くと言われる審査において）問題となった言論のその

「真価 (“worth”）」あるいは「価値 (“value”）」に目を閉じるように命じられる³⁴⁾。このアプローチは、よく知られている文書名誉毀損の判決で「修正第 1 条のもとで虚偽の思想のようなものは存在しない。」³⁵⁾とルイス・パウエル (Lewis Powell) 裁判官がなぜ判示することができたかの理由を説明するのに役立ち、また、そのアプローチは、スコーク事件において裁判官たちがその保護しようとした言論に価値がまったくないという自らの信念を宣言しながらも、すぐに続けて「イデオロギー上の専制は、たとえその動機がいかに価値のあるものであっても、選挙で選出された議員と同じように、任命された裁判官たちにも禁止されている」³⁶⁾という理由から、裁判官たちが自らの個人的な見解を本件とは関連性のないものとしてなぜ無視することができたかを説明するときの助けとなる。このアプローチを採用することは、訴訟の機会を減じ（先に記したように、訴訟自体、言論の利益にとって有害であることがあり、訴訟を終わらせるスピードを速め）、さらに裁判官たちが公衆の不寛容からの圧力の下で自由な言論と社会的な利益とを、不注意にまたは故意に誤って比較検討するリスクを少なくする、と主張される³⁷⁾。

しかし、自由な言論の原理のそのあり方に及ぼす、気づかれている公衆の不寛容の脅威のもつこのインパクトは、学說的なものを越えて、本質的に、その原理が世界に差し出す、まさにその提示の仕方を変貌させる。それは、自由な言論に関する私たちの言説の諸側面のうちの、他からすれば不可解でときに突飛でさえあるものを説明する。自由な言論について言われていることの多くは、人びとが不寛容の衝動に加担して自由な言論の原理を廃棄しようとする彼らの傾向を制限または阻止するような仕方での原理について考えさせるように——それがときに巧妙であったり、そうでなかったりするが——作られている。したがって、私たちは、ヒューゴ・ブラック (Hugo Black) とウィリアム・ダグラス (William Douglas) の両裁判官のような人びとのごまかしに会う。彼らは、あれほどの自信をもって、さらに熱情さえもって、修正第 1 条の文言からすれば、その条文が政府干渉の「絶対的な」禁止を意味し、一切例外を認めていないと力説す

る³⁸⁾。このような断言を支持する証拠がほとんど、あるいはまったくなく、そのうちいくつかの事実の中には、その反対の証拠さえ存在するとき、私たちは、自由な言論という理念のオリジナルな歴史的な意味についての根拠のない断言を聞かされる³⁹⁾。私たちは、言論規制を求める主張の考慮を先例がどのように前もって封じるかについて、同様に支持できない主張を持つ。また、私たちは、政府の現実が、創り出された政府の外観よりも見劣りするとき、私たちのすべての自由に対する継続的な脅威としての政府というイメージを創り出そうとしてきた⁴⁰⁾。このような誇張や過大表示は、少なくともその一部は、自由な言論の保護範囲に関する選択の余地がない外観を創り出したという意味から生じる。

自由な言論を理解する方法を組み立てることによって要塞の壁を強化するというこの基礎的な目標は、古典的な理論の範囲内のいくつかの討論（その一部は第2章でさりげなく言及された）の真の性質と激しさをたとえ単に部分的でも説明するのに役立つ。たとえば、共通善を促進するという観点から自由な言論を理解すべきか、それとも、言論の自由がより大きなコミュニティにもたらすベネフィットとはかかわりなく存在する（おそらく、それにもかかわらず、存在するといってもよいくらいであるが）「それ自体目的（“end in itself”）」あるいは、言論者の「権利（“right”）」であるという観点から理解すべきかについての討論をとりあげてみよう。もしもある特定の言論活動が保護を受けるべきであるか否かについての論争としてこの討論を考えるならば、それを理解することは難しいであろう。なぜならば、「共通善（“general good”）」や「個人の諸権利（“individual rights”）」という概念は、幅広い解釈の余地があるので、大方の言論の保護は、双方の理論の下で、合理的な方法で行われ得るからである⁴¹⁾。しかしながら、特定の事例を処理することではなく、自由な言論に関するある思考方法へと私たちを誘導しようとする点に目を向けるならば、その論争に、より大きな意義を見いだすことができる。その集团的利益アプローチについて反対すべき点、問題とすべき点は、そのアプローチが、言論保護が実際には社会にどのようにベネフィットをもたらすかについての説明や

正当化（これは、もっとも困難な仕事である）を含むまたは要求する、自由な言論に関するある思考方法を促進する傾向があるという点であり、また、そのアプローチが、まわりの状況が変わり得るという印象を作り出し、その結果、自由な言論の原理の中断のない再吟味を引き起こすという点であり、さらには、そのアプローチが、自由な言論がその他の目的のための単なる手段であるという見解を助長し、したがって、それらの目的が別のルートを通してよりいっそう達成され得るというそれだけの判断によって、自由な言論がより簡単になくて済むと思わせてしまう点である。言い換えれば、そのような懸念を基礎づけているのは、次のような諸々の疑念の中に見出されるはずである。つまり、合理的な思考のプロセスについての疑念であり、自らの必要を合理化する（または、それほどだますつもりではなくとも、人びとの持つ最善の利益を誤解する）人びとの傾向についての疑念であり、そして、最後に、それらの真の利益を把握しかつ伝達する言語および言論の能力についての疑念である。世界についてのこの見方を所与とするならば、自由な言論を擁護する場面で、本質的にいかなる思想も許されないという一つの立場をとることが賢明であるとともに、避けられないように思われる。つまり、自由な言論は、各個人が、より大きな社会に対抗して持つところの完全に一つの「権利（“right”）」であり、しかも、その他の根拠に基づき擁護される必要のない権利である。それは、基本的なものであり、議論の余地がないものであり、ア・プリオリなものである。

他方で、自由な言論に関する思考への共同善アプローチのパースペクティブからすれば、自由な言論の廃棄を未然に防ぐ一番適切と思われるその概念について、別の暗黙の決断または計算が存在する。「権利」アプローチの側からすれば、一つの利点として主張されるもの——正当化の必要を排除すること——は、不利な点として理解される。というのも、人びとは、彼らの（*their*）有する最善の利益が自由な言論の原理によって促進されていると思っているかぎり、そのことだけで自由な言論に固執することに同意してしまうからである⁴²⁾。全体として不利であるというどんな認識も、

とりわけ、前述のような単に話す「権利 (“right”）」という広い解釈の余地を残す主張と組になって、人びとが不寛容の衝動を制御するのに手を焼いていることをまずもって強調するだけだからである。

公衆の不寛容に対する懸念によって引き起される、自由な言論のレトリックに与えるインパクトのもう一つの現れ方は、寛容と不寛容の両ポーズをどのように特徴づけるかという点に見出され得る。自由な言論の慣用語において（私たちが第2章で部分的に記したように）一般に不寛容が恐れに、寛容が恐れのないさに関連づけられる。*Whitney v. California*事件⁴³⁾におけるルイス・ブランダイス (Louis Brandeis) の有名な同意意見は、保護と弾圧についての競合する双方の立場の背後にある人格のこの種の肖像を例示する。つまり「革命によって私たちの独立を勝ち取った人びとは、臆病者ではなかった。彼らは、政治的変化を恐れなかった。……深刻な被害を被ることに對する恐れだけでは、自由な言論および集会の弾圧を正当化できない。」⁴⁴⁾ミクルジョンの論文にも、同じ関連づけが現れる。つまり、「政策の問題が『家の前に ('before the house')』」あるとき、自由な人は、目を閉じてではなく開いて、その問題に対処することを選択する。思想をこわがることは、自己統治には似合わない。」⁴⁵⁾彼は、続けて次のように書く。すなわち「私たちアメリカ人は、思想をこわがらない、どんな思想も。ただその思想について考える公正な機会を持てさえすれば。」⁴⁶⁾両者とも、ある一つの主張のスタイルを採用していた。そのスタイルでは、求められる行動は、望まれる行動と望まれない行動の双方が持つイメージや一般的特徴づけを操作することによって奨励される。

私たちが公衆の不寛容のリスクに関するその思想の筋道をたどるにつれて、過激な言論を保護することの役割や機能を含む、自由な言論の構造についての新しい理解が明らかになる。それは正当化されるか。それは効果をあげる見込みがあるのか。

IV

私たちは、要塞モデルを評価するために、それが古典モデルからいかに

逸れているか、また、法の社会的制度の基礎として要塞モデルを用いることが私たちにとってどれほど問題を孕むかもしれないかを検討することから始める方がよいであろう。

私は、要塞モデルが自由な言論に関する公共の場での対話において潜在的な役割を演じる傾向があり、また、立ち止まって要塞モデルを検討するならば、なぜそのような傾向があるのかの理由がただちに明らかになるであろうとすでに示唆した。要塞モデルは、司法府の正当性の危機を際立たせる。というのも、いまでは裁判所は古典モデルによって明確にされた市民たちの諸選択の履行、あるいは限定的要塞モデルが前提とするような、「政府（“government”）」からの人びとの保護、という居心地のよい役割にもはや奉仕するものではないからである。裁判所がその機能を自由な言論の原理の下で描写する際に自分自身に割り振る傾向の強い、単なる代理人としての役割が遂行されるので、非公選の、終身在職という司法権のもつ特質は理論上場違いである。（その「保護者（“protector”）」の地位を再び確立するための努力の中で、裁判所は、民主制下の多数者に対抗して「少数者（“a minority”）」を保護するという自己描写的な役割に場合によっては移ることもあろうが、これは、それだけで最終的に司法のジレンマの解答になることはできず、さらには、それは、過激な言論を扱った典型的な事例において取られるポーズでもない。）

司法権の正当性という問題を超えて、要塞モデルは、その後を受け継ぐ古典モデルの中心となる一つの前提——人びとが合理的でかつ有能であり、信じるに足るということ——に、異議を唱えるという問題をさらに抱えている。要塞モデルは、人びとについての正反対のヴィジョン——人びとは、非合理的な衝動によって動かされ、信じるに足りず、少なくとも社会内の言論活動の限界とは何であるべきかを決定することに関していえば、信じるに足りないこと——に基礎を置く。しかしながら、古典モデルの基礎的前提とのこの矛盾は、別々の起点を持っているというただそれだけのことを意味するわけではなく、その意味を超えている。それは、自由な言論の原理を支持するうえで伝統的に提示されたもっとも重要な主張の一つ

の影を投げかける。すなわち、何が言論活動の妥当な範囲であるべきかを決定するうえで、人びとが、関連する諸々の考慮事項を適切に比較衡量する能力を欠くとするならば、なぜ、私たちはその他の争点について思想の開かれた市場に私たちの信を置くべきなのか。自由な言論の限界についての議論において突然暴かれたその欠陥は、私たちが人間行動を理解するのに役立つ、より普遍的な意味を帯びる⁴⁷⁾。

この点を十分に把握しておくことが重要である。というのも、それは、その他の点でも私たちの道案内になるからである。要塞モデルが人間行動の中に見出すもの——それがどんなにほんやりとした特質であるとしても——は、信念、意見または思考方法のいかなる相違も検閲あるいは弾圧したいという欲求を制御することの深刻かつ根深い困難さである。人間性におけるこの特質は、信念や意見を抱きかつ表現する点で自由がどれほど許されるべきかを決定するときに、その姿を現わす。しかし、その必然的な帰結は、社会的な相互作用のこの圏内だけに囲い込まれることはほとんど期待することができず、もちろん期待できない。その衝動が意見の表現に対する非法的抑制の領域にどのようなにはみだすことになるかは、容易に理解できる。だが、これは、実際は、単なる「言論の問題 (“speech problem”)」なのではない。たとえそこに非法的抑制の巨大な領域が含まれるとしてもである。つまり、それは、知性の無能力 (*intellectual incapacity*) の問題として現れるのだが、それにふさわしく、広大な人間行動の至るところに行き渡る影響を伴う。

その社会においてどんな非言論の行動を禁止すべきかについての決定や、その禁止に違反した者にどんな罰を科すべきかについての決定において、それが姿を現すことは予想されるところであろう。言い換えれば、不寛容への衝動は、すべての社会行動（言論はもちろん非言論も）のための諸規範の制定に関して、それらの諸規範の違反行為を罰する過程に関しての双方の社会的意思決定の全過程に影響を与えるであろう。要塞モデルが明らかにするこの衝動を抑えまたは制御することを学ぶ社会的必要は途方もなく大きいように思われ、その結果、言論活動に対する法的統制の領

域におけるその衝動の限定的な出現を取るに足らないものへと圧倒し得ることさえある。

不寛容な行動の背後にある衝動のこのより広範囲に及ぶ意義の、自由な言論の原理にとっての含意とは何か。これ（不寛容の行動の背後にある衝動のより広範囲に及ぶ意義）が言論規制以外の決定を一般民衆に任せる——自由な言論の原理が促進すべき第一位の目的と言われる一つのシステムミクな機能——という英知に、疑いを抱かせるかもしれないという疑問は前に提起された。しかしながら、自由な言論の原理に対するそのようなグローバルな異議申し立てのほかに、不寛容への衝動のより広範囲な役割は、私たちが保持する過激なものにまで、自由な言論の原理を押し進めるという英知についても、疑いを抱かせるものである。主として考慮されるべき三つの点がある。

第一に、公衆の不寛容という現実を認めることは、言論を次のように理解するように導くのではないかと問われるかもしれない。すなわち、公衆が不寛容を実現する過程から守られるべき単なる自由として言論を理解するのではなく、むしろその過程に与える潜在的な脅威をそれ自体で構成し、その過程の基礎を掘り崩し得る非合理的傾向を潜在的に助長するものとして、その結果、抑制を要求するものとして——まさに刑事裁判における陪審員に関して採用されていると私たちが理解するアプローチである——言論を理解するように私たちを導くのではないかと問われるかもしれない。この所見は、価値のある表現の不可侵性を確保するのに役立つ一つの緩衝装置を私たちが持つことの利益と、過激な言論がそれ自体で効果的に、つまり説得的になり得るという危険とが比較衡量されなければならない過激な言論に関する事例ではとくに妥当する。多くの人びとにとって、この危険は、たとえばスコーク事件で鮮明に存在した。

第二に、私たちは、自由な言論の原理の基本的ルール安全性を維持するために、どんな例外もない自由な言論の政策を継続しようとするのが、成功の幻想だけを約束するのではないのかと適切に問われるかもしれない。それは、修正第1条の一種のマジノ線を作り出すだけであろう。当

然、そこには、あれやこれやの諸例外がつねに存在することは避けられないはずであり、したがって、妥協のない、融通のきかない線という考えなどまったくの幻想である。いずれにせよ、法的な諸ルールはつねに書き換えられ、あるいは操作されるということを心に留めておくべきである。仮に背後に多数者の支持を得ている政府が、特定の集団を迫害することに実際にコミットしていると仮定するならば、その政府は、より狭いある目的のために作り出されたすでに存在するルールを拡大解釈することよりも、そのような政策に好都合な新たなルールを採用することが、より難しいと本当に思うであろうか。その主張は、いずれの場合も、きまって次のような同じ形をとる。すなわち、「緊急性 (“emergency”)」または「特殊な状況 (“special circumstance”)」が、事柄の「新たな (“new”)」状態を正当化するとされるであろう。その場合に、裁判官たちには新ルールという烙印を削除する傾向があると主張されたとしても、そのとき、なぜ裁判官たちが正当性のある狭い例外についての不合理な拡大解釈をそこで禁止しようとしなのではないかと疑うのも当然であろう。たとえば、狭い例外が、どんな例外にも反対する政策（繰り返しになるが、これは実際面から言って不可能なことであるが）よりも拡大解釈の危険が大きいと考えられるとしても、弾圧に余念のない強力な政府の放つ圧力の上げ潮に抵抗するために、司法制度がその力を奮い起こすと想定することは現実的であろうか。先に述べた時代の司法が市民の自由を保護した実績は、楽観主義のための理由づけを少しも提供しない⁴⁸⁾。ACLU さえも、共産主義と疑われた者をその公職の支配層から追放したり、また「破壊分子 (“subversives”)」を見分けるために FBI を助けたりすることによって、1940 年代と 1950 年代の激しい不寛容に屈服したことは、誇張のない事実である⁴⁹⁾。

法的な諸ルールからなる真の「要塞 (“fortress”)」を確保する可能性についてのこれらの懸念は、三つ目のよりいっそう基本的な疑問に私たちを導く。私たちが政府を自由な言論に対する唯一の脅威と理解するという視点を超えて——そのためには、追求すべきものとして、より民主制的であるという戦略が合理的であるかもしれないが——人びとの大多数を政府と同

等の、または、政府よりもいっそう強大な脅威を与えるものとして理解し、そのうえ、この脅威の背後にあるものが、人びとの知的な見方の中にある——人びとの思考方法の中にある——深遠な何かであるという、さらに踏み込んだ認識へと移動したならば、話す権利を確保するという、ただそれだけの政策を追求することが、もはや到底それだけでの意味さえも持ち得ないように思われる。この場合、つまり誰も聞く耳を持たないときに話すという法的な「権利（“right”）」を持つことは、空虚な所有でしかないであろう。そのうえ、私たち全員が一つの法原理に永続性を付与することに一意専心に急いだために、その保護される権利の私たちにとっての重要性がその他の多くの諸権利の保全にも左右されるという正しい評価を、その過程において見失ったとしても無理からぬことであろう。

これらの諸批判は、見当違いかそれともその他の諸要素によって対応可能なのか。過激な言論の説得というリスクは、認識されなければならないが、おそらく思想とは何らかの方法で人びとにいずれ知られ、また、そのような弾圧は、徒労に終わるであろうと一般に信じられている。さもなければ、その保護が緩衝装置として提供する、追加された安全性は、そのリスクを補って余りあると今でも考えられるかもしれない。例外は、どんな学説上の体系においても避けられないと思われるが、少なければ少ないほどそれはよりよい状態であるという合理的な、実際に使える前提が残る。どんなアプローチもあらゆる点で安全なわけではないだろうが、言語上の戦術的展開可能性のもっとも少ない機会を提供するテストが今なお選択される。専制政治に夢中の諸体制でさえも、自らの行為が以前に存在した法規範と一致しているように見せかけることを望むという意外な傾向を見せる時がある。そうだとすれば、例外のもっとも少ない原理が真の仕返しを受け得る。

よりグローバルな社会問題をこのような部分的な解決（私たちの言論の自由を確保すること）によって、私たちが手に入れることを期待できるものについて、多くの諸応答が検討されなければならない。おそらく反対することはそれ自体的外れであろう。結局、私たちは、法——この場合は修

正第1条という憲法——を単に適用しているのであり、これが、より大きな社会問題に対する不十分な解決であると最終的にわかったとしても、それどころか完全に役立たない自由だとわかったとしても、これは、私たちの関心事ではない。そのうえ、この社会の現実を仮定するとしても、この極端な方法によって、つまり自由な言論の擁護の際に要塞を築くことによって追求する価値のあるものに自由な言論を作り変える、自由な言論から手に入れることのできるその他の積極的な利益がおそらく存在する。

自由な言論の文献の中で、これらの気づかれているベネフィットのヒントが存在する。*Cohen v. California* 事件において、ジョン・ハーラン (John Harlan) 裁判官は、自由な言論についてのこの説明を次のように行った。

表現の自由という憲法上の権利は、私たちと同様に多様で人口の多い社会において効能のある薬である。それは、公共の議論の場から政府の抑制を取り除くために考案され、意図されたので、どの見解が話されるべきかの決定を概ね私たちの各人に委ねる。しかも、そのような自由の行使が、より能力のある市民やより完全な政策を最終的に生み出すであろうという希望の下で、さらには、これ以外のどんなアプローチも、私たちの政治制度が依拠する個人の尊厳や個人の選択という前提に合致しないという信念の下で⁵⁰⁾。

この陳述について示唆的でかつ興味深い点は、市民たちが自ら欠けていると認める市民としての諸能力を生み出す (*create*) ことそれ自体が、自由な言論の機能であるという考えである。どのようにしてその教育的過程が生じるのであろうか。ハーランは、私たちが自由な言論への権利をどのように行使するのか、行使しないのかについての私たちが行う選択からその教育的過程が生じると指摘しているように思われる。確かに、これは正しいが、それが生ずると思われる、もう一つのいっそう従わざるを得ないような仕方がある。その教育の過程は、虚偽と真理の相互作用が真理に対す

る「より鮮明な (“livelier”)」確信を生み出すというミルの考えのヴァリエーションであると言えるであろう。だが、すでに人びとが抱いている真理の信念のより豊かな評価を獲得する代わりに、人びとは、彼らの信念や思想を擁護 (*defend*) しなければならない過程で、反対意見や相容れない信念に対処する彼らの能力 (*capacity*) を獲得または増進することが期待され得るであろう。

しかしながら、この過程は、彼らがその立場を擁護しなければならないその必要性に左右されるように思われる。そして、その過度の不寛容への傾向に苦しめられる者は自分の立場の擁護を不必要にできるだけ権力を持っているといえるかもしれない。もしもそうであるならば、あるいはその教育的過程がその他の理由から失敗に終わるならば、そのとき、私たちは、なぜそれでもなおそのような情熱を持ってその権利を追求しようと欲するのであろうか。話すという権利は、教育を受ける必要のある者に教育する機会を私たちに付与するのではなかろうか。さもなければ他に何があるのか。

私たちは、要塞モデルが周縁の諸事例において自由な言論を主張する者の思考をどれほど深く切り裂くことができるのかについて、ある意味、非常に啓発的な証拠をスコーク事件のエピソードにおいて手にする。スコーク事件について考える際に、あなたがあの論争において進行していたものの真相を究明したと感ずることや、あなたが両当事者たちや興味深く観察する者の心の中に実際にあったものを理解していると感ずることが、どんなに難しいことであるかは、第 1 章において記述された。しかしながら、その論戦に関わった多くの人びとにとって最終的な法的問題は、悪い言論を保護する代わりに、良い言論のためのより大きな安全を得る必要性というただそれだけのことに行き着くように見えた。自由な言論に関する古典的なレトリックの非常に大きな樽から抜き出された決まり文句や引用句の抜け出すことのできない苦境の下で、得策であるかどうかについてのこの回りくどくない計算が行われた。

これについてのもっとも説得力のある説明は、ある書物の中に見出され

るべきであり、前にすでに言及したものであるが、その書物は、当該事件に判決が下された後まもなくしてその論争の当事者の一人、アリー・ネアー（Aryeh Neier）によって出版された。彼は、スコーク事件の当時、米国自由人権協会（American Civil Liberties Union）の委員長であった。ネアーの著書『自らの敵を擁護する（*Defending My Enemy*）』は、期待どおりにスコーク事件における米国自由人権協会の立場のより詳細な陳述を提供することを意図したものであるが、しかし、それは同時に非常に個人的な陳述になる。その書物は、彼の属する組織の準備書面を詳しく述べたものとして、また、修正第1条の保護を受けるための当該事件の学説上および理論上の含意についての分析として、決して特別なものではない。他方、その書物は、個人的な陳述として特記すべきものである。その事件において自由な言論を保護することが真理探求や民主制などにとってどのように必要なことであったかについての手当たり次第に投げつけられた語句をひとつたび切り抜けるならば、私たちは、ネアーにとって動機づけとなった中心的な争点に辿り着く。象徴的なことに、また、皮肉なことに、それが、その書物の序文において、つまり自由な言論に関するこれまでの思考を形成するものを飛び越えかつそれと独立して見出される。まさに、そこで、つまり、その序文において、ネアーは、米国自由人権協会の委員長としてだけでなく、個人として、ユダヤ人としても話すので、彼の話しぶりは、感動的な語気を伴う。彼は、自分がナチスをひどく嫌っていることの「信用証明（“credentials”）」を詳しく話し、その結果、幼い少年として、ヒトラーのドイツから逃れてきた最後の瞬間を、順を追って話すことになる。「私は、自分自身の生い立ちを詳しく話す」と彼は説明する、「ナチスに対する憎悪にまさる何かを、つまり自由な言論への愛さえも、なぜ認めたくないかを示唆するために。」⁵¹⁾

彼は、この立場から、私たちの思考をしばしば化石化する通常表面に散りばめられたレトリックや決まり文句の大部分を剥ぎ取った彼の主張を展開する。彼は、ナチのイデオロギーが法的抑制によって邪魔されずに活動する余地を許されたときに付随して生じる説得のリスクを正しく評価す

る。すなわち「そのリスクは明白である。もしナチスが自由に話せるならば、彼らは、転向者を獲得できる。彼らが自由を撲滅し私を抹殺できる権力を持つほどの多くの追隨者を獲得することもあり得ることである。」⁵²⁾ 彼は「真理が虚偽との自由で開かれた対決において勝るであろうというジョン・ミルトン (John Milton) の見解が自分の立場でもある」と公言しながらも、彼は「ミルトンの原理をまったく誤りのないものとして容認することができない」とし、「人間の行動に関するどんな原理に対しても度を越した信頼を置くことに警戒する」と付け加える⁵³⁾。

それでもなお、ネアーは、彼が「自分が利用できる幾つかの選択肢を注意深く吟味しなければならない」と言う。「自由に代わり得る」唯一の「選択肢は、権力である。」彼は、選択可能なそれぞれのシナリオの危険とベネフィットを総計するとき、この冷静な結論に到達する。

もしも私が、ナチスやそれだけでなく (*and*)、それに匹敵するほどの、私の安全にとっての脅威を一掃できると確信できるならば、おそらく私はその道を選択する気になるであろう。しかし、私たちユダヤ人は権力をほとんど持っていない。私たちは数も少ない。私たちは、異質の人種、異質の宗教として世界に知られている。ユダヤ人だけが、二重の意味で特異な人びととして特徴づけられる。

世界の他の人びとは、私たちユダヤ人を信用できるものかと思っている。私たちは、互いに似ており、相互に忠実であると世界は信じている。もしも何らかの罪のために身代わりが必要なときには、ユダヤ人の中に探し、ユダヤ人全員のせいにする。もしもあるユダヤ人がキリストの十字架上の死に加担していたとするならば、すべてのユダヤ人がイエス＝キリストの殺人者である。もしもドレフュス (Dreyfus) 大尉が反逆者であるならば、ユダヤ人全員が反逆者である。もしもカール・マルクス (Karl Marx) が——彼の幼時の洗礼にもかかわらず——ユダヤ人であるならば、すべてのユダヤ人は革命家である。もしもユダヤ人がお金を貸せば、すべてのユダヤ人は高利貸しである。もしも一人のユダヤ人が財

界のスキャンダルの関係者であるならば、ユダヤ人が経済を操作している。ユダヤ人は、ユダヤ人であるという理由で注意を引く。どこにでもユダヤ人がいる。私たちは、どんなことについても塗れ衣を着せられる⁵⁴⁾。

この現実を前提にするとき、ネアーがどんな法的な原理を必要とするか彼の心の中では明らかである。

私たちユダヤ人は、他に類を見ないほど傷つけられやすいので、私は、次のことを信じる。私たちは、敵との遭遇戦が権力によってけりがつくような社会では、迫害からの短期間の一時的中断だけを手に入れることができる。したがって、私自身が生き残ることとユダヤ人が生き残ること——解けないほどリンクされたその二つ——に関係のあるユダヤ人として、私は、権力に対して抑制を置くことを望む。私にとってもっとも重大な関係のあるその抑制は、私が権力によって押しつぶされないようにする抑制である。その抑制は、世界の残りの人びとには注目されないものである。もしも私が危険であるならば、私は、私の仲間のユダヤ人や私が同盟者として協力を要請できる人びとに大声で叫びたいと思う。私は、世界の正義感に訴えたい。私は権力を持った者が私の話す権利、出版する権利あるいは同じように脅威を感じている他者と集会する権利に干渉することを禁止するという抑制を望む。権力を持った者は、私たちが集会したり、声を合わせることを禁止してはならず、その結果、私たちは、より大きな声で話すことができ、聞かれることを確保することができる。自分自身を擁護するために、私は、自由に関わる権力を抑制しなければならない。たとえその一時的な受益者たちが自由のその敵たちであるとしても⁵⁵⁾。

ここにおいて、最終的に中心となる主張が私たちの前に置かれる。言論を保護することは、先例によって要求されるだけでなく、あるいは真理

探求または民主制的な理想への一般的なコミットメントによって論理的に強要されるものでもない。また、寛容は、自由な言論の領域における線引きというある種の内在的で抽象的な問題を理由に、もっとも魅力的な選択肢であるとは思われない。むしろ、寛容は、自己保護的な政治的な戦略の問題であり、政治的な弱者に対していまなお脅威を与える強者による不寛容や偏見という、気づかれている現実に対する一つの応答である。したがって、上述したような集団、つまり自らの社会的な地位を守るのに必要な権力のほんの一部だけしか持っていない集団にとって、法的な原理は一つの避難場所となるが、それは、そこに入ることを最大の敵に許すことによって奇妙にも確保される避難場所である。以上述べたように、寛容という行為は、安全と傷つけられやすさとのあいまいな象徴となる。

ネアーの主張は、自由な言論の働きを根底で支える、部分的には隠されているが、広く行き渡ったある考え方をドラマチックな形で述べる。それは、社会的な偏見の影響によって伝統的に非常に傷つけられやすい集団の成員である人びとに限ってのことではない。それは、はるかにより普遍的な感情である。実際にどんな人も彼または彼女がその評判の良くない成員や差別の犠牲者になるかもしれないという恐れを知っている。まさに、この恐れから、法的な保護という一般的な原理によって保険を付けることがより賢明なコースであるという考えが出てくる。それは、単に政府に対する恐れではなく、公衆として知られるあの匿名の団を形成する大衆に対する恐れである。迫害を受ける少数者になるのではないかという恐れから、要塞モデルは、その魅力を引き出す。

しかし、そのモデルが一つの法的結果以上のことを求めているということに留意しておくことは重要である。それは、自由な言論という考えについての思考方法の全体を内包する。それは、これまで見てきたように、緩衝装置として役立つためには何 (*what*) が保護されるのかという問題だけではなく、その保護がどのように (*how*) 生じるのかという問題である。自由な言論の原理の実施は、隔離することによって生ずる望ましい結果が生まれるようになされなければならない。この戦略の第一に挙げることの

できる内容は、言論を弾圧することが想像もできず、成功するはずもないと人びとに思わせるべきであり、公衆が言論の弾圧を決意したときには、その言論を保護する以外にどんな選択肢も持ち合わせていないと裁判官たちに思わせるべきであるという考えである。

V

あなたは、自由な言論に向けての要塞パースペクティブを、古典モデルと同じように、つまり極端な諸事例を扱うことに失敗していることや、大衆社会の特性について素朴であることの双方を理由に疑うことはできない。それは、外周部に位置する自由な言論を理解する方法を提示する。それは包括的であり、瞬き一つしないほど現実的である。それは、実践的に実用主義な世界観を提示する。それは、社会内の対立のもつ脅威に気づいており、さらに正統なもののために自由を犠牲する傾向のある人びとの手に権力が落ちないようにする障壁の必要性を意識している。そのうえ、それは、自由な言論の原理を差し出す過程に焦点を当てる。到達すべき特定の結果にだけではない。

また、ある意味では、要塞モデルには否定できないメリットや魅力がある。自由な言論の原則の内部で選択の幅を限定する考え、つまり、その原則が耐えなければならない不可避の粗野な扱いから生じる割れ目や裂け目を回避するために、できる限りきめ細かくその原則を編むようにするという考えは、賢明である。もしもあなたが古典モデルの議論の中で、私たちが明らかにした言論活動のもたらすベネフィットを探索するならば、そのとき、その要塞を建てることから合理的に期待できる利益が存在する。あなたは、少なくとも、価値のあるものを守ってきたし、おそらくあなたがそのときに守ってきた言論活動それ自体は不寛容というより広範な現象に効果的に対処する一つの手段となる。しかも、その言論活動がその他の諸領域の危険へのアプローチを自分の同盟者に知らせる機会を提供するだけで。

だが、今まで見てきたように、要塞モデルには深刻なリスクが存在する。

その緩衝地帯は、つねに中立的な領域ではなく、むしろ、ときに敵で溢れており、彼らの行動の自由は今もなお守られる。要塞モデルが私たちの司法制度に課した仕事の是非についてだけではなく、同様に、要塞モデルの下での自由な言論の目標と古典モデルが私たちのために明らかにしたより広範な人間及び社会の目標との関係についても解決される必要のある基本的な諸問題が存在する。

おそらく、要塞モデルのもっとも深刻なコストは、自由な言論の思考や分析の仕方に、魅力的でないエリート主義的な見方を導入するという問題である。その要塞の戦略は、『多数者 (“the majority”)』『公衆 (“the public”)』『大衆 (“the masses”)』『彼ら (“they”)』『私たち (“we”)』というような抽象的言語に依拠する。上述したように、それは、自由な言論の原理を擁護する際に取りだましのポーズであるということができる。それは、多かれ少なかれ組織だっていない集団が悪い傾向を持っているとみなし、その傾向が私たちに、つまり何の罪もない少数の人に影響を及ぼすことになる。それは、あまりに単純な——そしてその理由一つだけを取っても魅力的な——世界観であるということができ、しかも、その学説上の体系のあらゆる可能性のある裂け目の陰に潜み、かつ傷つけられやすさと優越感という奇妙ではあるがそれでもなお魅惑的なイメージを提示する弊害を伴う。したがって、そのリスクは、集団同士が疎遠になることのリスクである。自由な言論は、そのコミュニティにおいて不和を起こす原動力となる。

しかしながら、それはまた、私たちの公的機関に、不適切な、操作された心構えを、つまり戦う両者に将来の戦闘で戦うときに従う諸ルールを暗黙のうちに準備させる交戦状態のメンタリティを導入する。たとえその立場の戦術的な策略としてのメリットがどんなものであれ、この国の法制度が、より高尚な目的を達成しようと試みる代わりに、その種の暗黙の取引に従事すべきなのか疑わしい。しかし、裁判所自身が、このごまかしに関与してきた。修正第 1 条の歴史及び文言、先例および司法的思考の実際の基礎、これらに関するすべての主張はみな真実を誤り伝えるもの以外の何

ものでもないことがよくある。要塞モデルは、社会的な諸問題を解決する際に一種の合法主義的な方法に過度に依拠する傾向に寄与し、その結果、それは、自由な言論という企てによって達成したいと望むことのできる最終的な諸目的について近視眼的である。

これらの懸念は、自由な言論が社会において果たすべき諸機能を考えるための別の方法を検討したいと思わせるほど深刻であるように思われる。要塞パースペクティブは、私たちの住む現実世界とは無関係なものとして、または非論理的なものとして相手にしないというわけにはいかないであろうが、私たちが自由な言論という理念によって探求しているように見えるその目的を確保するためのもっとよい別の手段があるかもしれない。また、自由な言論についてのほかの選択可能な概念を検討したいというこの欲求は、とくに自由な言論の原理が極端な言論に適用されたときに、私たちが自由な言論の原理から引き出すすべてのものを、要塞モデルがまったく説明していないという感覚によって刺激される。私たちのうちのある者は、不人気な少数者になるかもしれないという危険を他者以上により激しく感じるかもしれない。もっとも私は、私たち全員が多少なりともいつかこの感情を持つと主張したいのだが。しかし、この恐れの緩和が、合衆国においてもっとも急進的で過激な思想さえも寛容に扱うという思考から私たちが引き出す誇りの感覚を説明しているとは私には思われえない。すなわち、私はそれ以上のものが含意されていると思う。

おそらく、私たちは、この仕方では私たちのためにその問題を有効に組み立てることができる。つまり、私たち自身の言論のための機会も、私たちが真に価値があると思うその他の言論のための機会も全体として確保された私たちがつねに感じるようになったならば——まさにウィグモアが主張したように、アメリカ社会に当てはまることであったが——私たちは、私たちが保持する極端な立場にまで自由な言論の原理を選択するための正当な理由をいまでも持つのであろうか、それとも私たちは、その原理が当然のこととして老境に入ることを適切にも求めるのであろうか。

注

第 3 章

- 1) See Emerson, *The System of Expression* (see chap. 2, n. 4), 10:

表現の制限を実施するために必要な政府機構は、まさにその本質から、職務遂行上極端に走る傾向がある。言論弾圧の義務を負う公務員は、彼らの業務実績を上げることすでに過度に熱心であるかヒートアップする傾向がある。表現の制限実施に伴う手法——調査、監視、搜索、押収、秘密の告発者、容疑者に関する多量のファイル——のすべてが、表現の自由に抑圧的な影響を及ぼし得る。さらには、その制限措置はこじつけになりやすく、隠された目的のために利用されやすい。

See also Zechariah Chafee, *Government and Mass Communications* (Hamden, Conn.: Archon Books, 1965), 477: 「修正第 1 条は、政府が出版に手を出すべきではないという非常に強固な伝統を具現した。ニュースや思想の伝達に関連する政府の新たな活動はすべて、その目的がどんなに称賛に値するものであろうとも、この伝統を掘り崩す傾向があり、さらなる政府活動の呼び水になりがちである。」

2) 政府保有権限の濫用に対する「抑制 (“check”)」を確実にするために、修正第 1 条の原則を広く体系化することの重要性について、もっとも重要な業績は、Blasi, “The Checking Value in First Amendment Theory,” 1977 Am. B. Found. Research J. 521.

3) See Kalven, “The New York Times Case: A Note on ‘the Central Meaning of the First Amendment,’” 1964 Sup. Ct. Rev. 191, 213: 「もちろん、言論に与えられる保護の広範さが含意する理由は、適切な区別を行うことができないという自らの無能力についての司法の認識に帰すべきであることは認められなければならない。」

4) 376 U.S. at 279 (1964).

5) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

6) チャーフィーは、その著書、*Free Speech in the United States* (see chap. 2, n. 5) の中で、スパイ活動法の下での訴追に由来する言論保護の欠如について次のように議論する (63-64 頁)。

1917 年のスパイ活動法の字面だけを読んだ者はだれでも、その法律の下で戦争を敵視する意見が実際に一切の保護を受けないような法律に瞬間に変えられるとは予測できなかったであろう。このような結果は、その戦時における平和主義やドイツ至上主義に反対する民衆の感情のものすごい高まりによって……可能になった。この感情は、スパイやそのほかのドイツのプロパガンダへのヒステリックな恐れが主たる原因であった。1917 年と 1918 年を振り返ってみたとき、私たちは全員、私たち自身やほかのだれもが、その喜怒哀楽に関して常軌を逸していたことをいま確信する。戦時下ではあらゆる思考が停止する。

当時、訴追を求める民衆の声が次のように非常に激しかった。

戦争終結の約一週間前に、法務総裁は、彼に事実関係についての文書の最初の提案がなく、その事実がスパイ活動法違反を構成するか否かについての彼の意見を電報で受け取っていないならば、これ以上事件を同法下の大陪審に送致しないように、地区検事に命じる通達を発した。「この通達は、」とオブライアン (O'Brien) 氏は述べる、「世論の大規模な抑圧政策のために請求された見境のない訴追のために、司法省が戦時中にその国の至るところで耐えざるを得なかった測り知れない圧力を示唆する。」Id. at 69.

7) たとえば、ディビッド・コート (David Cate) は、彼の著書『大いなる恐怖 (*The Great Fear*)』の中で、民衆の態度に関する 1954 年のアンケート調査を要約する。

ハーバード大学のサミュエル・A・スタウファー (Samuel A. Stouffer) 教授の指示の下で行われた広範囲にわたるアンケート調査は、1954 年に公表されたものであるが、すべての共産主義者たちを投獄することに賛成する者が全国的な統計のサンプルの 52% を示した (その他の世論調査ではより高い比率を示した)。80% が、共産主義者たち全員から彼らの市民権を奪うことを望んだ。1952 年に取られた世論調査は、解答者たちの 77% が、共産主義者たちをラジオ業界から締め出すことに賛成していることを示した。しかし、この大衆の不寛容は、共産主義者たちだけに向けられなかった。つまり、45% が、社会主義者たちが自ら所有する新聞の発行を許そうとしなかったし、42% は、その新聞に「アメリカの統治形態」を批判する権利を認めないことを望んだ。

David Cate, *The Great Fear* (New York: Simon & Schuster, 1978), 215.

8) 近年の論文において、ヴィンセント・ブラシ (Vincent Blasi) 教授は、激しい不寛容または「病理 ("pathology")」の時代において、価値のある表現を保護するために修正第 1 条の原則がどのように体系化され得るかに関する考えを展開する。See Blasi, "The Pathological Perspective and the First Amendment," 85 *Colum. L. Rev.* 449 (1985).

9) See Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (see chap. 2, n. 2), 272-301.

10) アレクシス・ド・トックヴィル (Alexis de Tocqueville) は、彼の名著『アメリカの民主制 (*Democracy in America*)』のいくつかの章を合衆国における多数者支配を恐れる諸理由に充てた。彼は、多数者のほとんど拘束されていない権力に深刻な懸念を表明した。すなわち、

それゆえ、合衆国の多数者は、計り知れないほどの事実上の権力と、ほとんど絶大な意見の権力を持つ。何らかの問題について多数者の心が一旦形成されたとき、いわば、その発展を遅らせ、まして止めさせ、さらにはそれが通り過ぎるときに押しつぶされる者たちの泣き叫ぶ声を聴く時間を与える、いかなる障害ももはや存

在しない。

このような事態の結末は、非運の多い、危険な未来である。

Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, vol. 1 trans. George Lawrence (Garden City, N.Y.: Doubleday, 1969), 248. 「多数者の専制 (“tyranny of the majority”)」について話しながら、トックヴィルは、次のように記した。「合衆国で組織されたものとしての民主制の政府に対する」彼の「大きな不満は、ヨーロッパ人の多くが主張するように、その弱さではなく、むしろ、その抗いがたい強さである。私がアメリカでもっとも嫌悪を感じるものは、そこで君臨する極端な自由ではなく、専制政治に対抗する保証の不足である。」Id. at 252. 多数者によって保持される権力は、いかなる国王のそれをはるかに超えて行く。というのも、「一人の王の権力は、物理的なものだけであり、その結果、行為を制御するが、欲望に影響を与えることはないのに対して、多数者は、物理的権限と精神的権限の双方を付与され、それゆえ、行動と同じだけ、その意思に作用し、同時に、行為とその行為を行う欲求の双方を妨げる。」Id. at 254.

11) Mill, *On Liberty* (see chap. 2, n. 23), 6.

12) Id.

13) Id.

14) Walter Bagehot, “The Metaphysical Basis of Toleration,” in *Works and Life of Walter Bagehot*, vol. 6 (1915) 220.

15) ホームズに従えば、あなたが意見を異にする言論を阻止する「ほど気にとめる」場面はめったにないであろう。「しかし、あなたが何らかの理由で気にとめたならば、あなたは暫定的仮説に基づき行動し、間違っているかもしれないという忠告を少しも気にしなかったであろう。」Gunther, “Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History,” 27 Stan. L. Rev. 719, 757 (1975).

16) Id. at 744.

17) Meiklejohn, “Free Speech,” in *Political Freedom*, (see chap. 2 n. 7) 43.

18) 激しい不寛容の時期の源泉に関する文献のいくつかの要約のために、see Nagel, “How Useful Is Judicial Review in Free Speech Cases ?” 69 Cornell L. Rev. 302, 304-5 (1984).

19) Mill, *On Liberty*, 10.

20) Id. at 22-23.

21) Bagehot, *Works and Life*, 220.

22) “Socrates’ Defense (Apology)” in *The Collected Dialogue of Plato*, vol. 5 (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1961).

23) Mark Twain, *Europe and Elsewhere: Corn Pone Opinions* (New York: Harper, 1923), 406.

24) Mill, *On Liberty*, 22.

25) Id. at 22-23.

26) Bagehot, *Works and Life*, 221.

27) Id.

28) Id. at 221-22.

29) See, e.g., Eric H. Erickson, *Toys and Reasons* (New York: Norton, 1977).

30) Bagehot, *Works and Life*, 223-24.

31) Id. at 224.

32) Id.

33) See Gunther, *supra* n. 15, at 757.

34) See, e.g., *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 761 (1978) (Powell, J., concurring): 「私の見解では、本件における結論は、カーリン (Carlin) の漫談が、全体として見た場合、あるいはそれを構成する用語に注目する限り、選挙立候補者の選挙演説よりも多少とも『価値 ("value")』を有するかどうかでは決まらない。これは各人が行う判断であり、裁判官が各人に課す判断ではない。」

35) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974).

36) 578 F. 2d at 1200.

37) 比較的最近の数年の連邦最高裁には、自由な言論に関する諸事例へのこのアプローチを緩和するための努力があった。See, e.g., *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 742-48 (1978); *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 70 (1976). 双方の判決では、ジョン・ポール・ステーブンス (John Paul Stevens) 裁判官は、修正第1条の保護範囲が、争点となった表現の「価値 ("value")」によって変わり得ることを指摘する法廷意見 (相対多数意見で一度、絶対多数意見で一度) を書いた。

38) See *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 511-12 (1957) (Douglas, J., dissenting): 「『そのコミュニティの全員のコンセンサス ('the common consensus of the community')』に反するものという基準は、私の判断では、「連邦議会は、言論または出版の自由を制限する……法律を制定してはならない。」という修正第1条の命令に対立する。」*Time, Inc., v. Hill*, 385 U.S. 374, 400 (1967) (Black, J., concurring): 「修正第1条によって保障される自由は、私たちの政府と同様の政府において本質的な自由である。その修正条項は、それが廃止されない間に、政府が変更できる範囲を超えるものとしてその自由を位置づけることを意図した文言で熟議の末に書かれた。」(脚注を省略) *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 140 (1959) (Black, J., dissenting): 「修正第1条は、飾り気のない文言で、連邦議会が、言論、出版、集会または請願の自由を制限する法律を制定してはならないと規定する。」*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 590 (1951) (Douglas, J., dissenting): 「修正第1条の命令は非常に明白なので、私たちは、言論それ自体から生じる差し迫った危難という極端な場合を除いて連邦議会に自由な言論の停止を求めることを許すべきではない。」

またブラック裁判官は、ロー・レビュー誌上の論文で彼の「絶対主義的 ("absolutist")」アプローチを擁護した。Black, "The Bill of Rights," 35 N. Y. U. L. Rev. 865 (1960):

修正第1条の文言は、絶対的なものとしてよりも劣る形で提案も採択もされてい

ない。……

憲法起草者たちは、彼らが保護を求めた個人的諸権利が、連邦議会に付与された包括的な権力に服するならば、容易に無効にされることによく気づいていた。権利章典が採用された理由の一つは、まさにこれを防止することであった。Id. at 874-75.

39) たとえば、*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) 事件において、ブレナン (Brennan) 裁判官は、1798 年の扇動法が違憲であるという広いコンセンサスに強く依拠した。彼は、次のように述べた。

もしも事実上の誤った内容でも中傷的な内容でも、公務員の行動への批判から憲法上の後盾を取り除くために十分でないのならば、その二つの要素の組み合わせは、なおさら十分ではない。これは、1798 年の扇動法についての偉大な論争から引き出される教訓であり……修正第 1 条の中心的意味についての全国的な認識を最初に結晶化したものである。Id. at 273.

彼は次のように続けた。「扇動法はこの連邦最高裁で決して審査されなかったにもかかわらず、その妥当性に対する攻撃は、歴史という法廷で勝利を収めた」(脚注を省略)。

カルバン教授 (see Kalven, *supra* n. 3, at 206-7) は、その法律の合憲性に関する諸意見がとても統一されているとは言えないと次のように述べた。

Times 事件によるその決着まで、1798 年の扇動法の地位は未解決の問題であった。それは、アメリカ人の用法では不名誉の期間であった。しかしそうはいうものの、実際にはその法律の合憲性についての冷静な判断はほとんどなかった。多くの優れた評釈者たち——たとえば、コーウィン (Corwin)、ホール (Hall) およびキャロル (Carroll) ——は、扇動法を合憲と認めたし、ストーリー (Story) も彼らの中の一人として数えることができた。

カルバンもまた、扇動法の中に見出されるのとまったく同じ用語を連邦議会がスパイ活動法の中にも含ませたし、*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952) 事件のような事例での連邦最高裁の意見が文書扇動罪の概念の違憲性に一切言及しなかったと記した。

40) 修正第 1 条の法理における政府の描き方の特徴は、厄介な問題が伴う。その問題は、マス・メディアに対するパブリック・アクセス・ルールの合憲性を扱った判例によってうまく例示される。*Miami Herald v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974) 事件において、連邦最高裁は、当該州内の新聞社の新聞紙上のコラムで批判された選挙立候補者の反論文掲載をその新聞社に求めるフロリダ州法を無効にした。その連邦最高裁は、検閲官としての政府のイメージを喚起することによってその判示事項を支持した。すなわち、「紙面に掲載する記事の選択や、その紙面の大きさの限界、内容およ

び公的な争点や公務員の扱い——公正であろうが不公正であろうが——についてなされる決定は、編集者の統制および判断の行使の構成内容である。このきわめて重要な過程の政府規制が、自由な出版の修正第1条の保障が現在までに徐々に発展したときにどのようにその保障と矛盾することなく行使されるかが説明されなければならない。」Id. at 258. トーニロ判決の法廷意見にはどこにも言及されなかったのが、修正第1条の下での主要な判決、すなわち *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969) 判決であり、この判決は、放送メディアの文脈で、フロリダ州法と内容が類似する、いわゆる公正原則を支持した。しかしながらレッド・ライオン事件では、連邦最高裁は、放送事業者を潜在的な検閲官として描写し——「すべての人に開かれていないメディアにおいて稼動する無制限な私的検閲のための聖域は、修正第1条には存在しない」と連邦最高裁は述べ——、また、政府を、思想の公開の市場を維持するという公益を保護する公共機関として描写し——「すべての人が、ラジオによる自由な言論という点での利益と、そのメディアを修正第1条の目標および目的と矛盾することなく機能させる彼らの集団的権利を保持する。放送事業者の権利ではなく視聴者の権利が至上のものである」(Id. at 390)。

私は、これらの事例と、それらが一部を形成するその全領域について、次の論文において詳細に議論した。Bollinger, "Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media," 75 Mich. L. Rev. 1 (1976), and Bollinger, "On the Legal Relationship between Old and New Technologies of Communication," 26 German Yearbook of International Law, 269 (1983).

41) 私は以前にこの争点を扱った。See Bollinger, "Free Speech and Intellectual Values," 92 Yale L. J. 438, 439-44 (1983); Bollinger, "The Press and the Public Interest: An Essay on the Relationship between Social Behavior and the Language of First Amendment Theory," 82 Mich. L. Rev. 1447 (1984).

42) この立場のもっとも強力な唱道者は、チャーフィーであった。

権利について話すことによって自由な言論を定義することは役に立たない。活動家は、彼の憲法上の話す権利を力説し、政府は、政府の憲法上の戦争を行う権利を力説する。双方とも各々、その腕を振り回し、相手の鼻を殴りそのために逮捕され、その結果、自由な社会でその腕を振り回す権利がないかどうかを裁判官に尋ねる人の態度をとる。「あなたの腕を振り回すあなたの権利は、その他の人の鼻がはじまるところで終わる。」どんな権利にしろ、その境界線を見つめるためには、私たちは、法のルールの背後で人間の事実に到達しなければならない。私たちの問題では、私たちは、話したい個々人の人間の欲求および必要と、その話す彼が属する人間の大きな集団の欲求および必要を認めなければならない。すなわち、技術的な言い方では、個人的な利益と社会的な利益があり、それらは、もし対立するならば、その状況下でどの利益が犠牲になるべきか、また、どの利益が保護され、法的権利の基礎になるかを決定するために、相互に比較衡量されなければならない。関連する諸利益のすべてが十分に確認されないならば、その比較衡量が適切になされ得ないことを忘れてはならないし、また、この権利について話すことの重大な弊害は、両陣営の各々が権利に

訴える相手の主張を否定することに余念がないために、そのような主張の背後にある人間の欲求および必要をすっかり見落としてしまうことである。*Free Speech in the United State* 31-32, (footnote omitted).

43) 274 U.S. 357 (1927).

44) *Id.* at 377, 376.

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

46) *Id.* at 48.

47) 不寛容の衝動が言論以外の行為よりも言論に対してかなり重大な影響を与え得るし、そのことが言論に与える特別な保護を正当化するという示唆のために、see Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (see chap. 2, n. 4), 80-86.

48) 憲法上の諸原理の司法による廃棄についてのもっともよく引用される具体例は、*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 510 (1951) と *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 220 (1944) (この事件では連邦最高裁は民間の日系アメリカ人を強制的に収容することを支持した。)である。

49) See *Neier, Defending My Enemy* (see chap. 1, n. 2), 72, 73:

ACLU は、1940 年の圧力の一部に屈したし、激しい内部論争の後、「どの国であれ全体主義的な独裁を支持する政治組織」の人事担当職員を ACLU の運営から締め出す……一つの決議案を採択した。……その真の狙いは、共産党であった。その決議案が採択されたすぐ後で、ACLU 理事会は、その集まりの一人を除名することによってそれを実行した。……

全米の ACLU の職員が 1950 年代において共産主義の影響から ACLU を保護するために行った何もかもが、1977 年の夏の間に公知となった。当時、ACLU は、1920 年創設以来の ACLU に関する保存資料を FBI から受け取っていた。FBI の資料は……ACLU のワシントン事務所長アービング・ファーマン (Irving Ferman) が、左翼運動を支持していたと彼が考えた ACLU の州支部で活動する個人について、FBI にその情報を恒常的に提供していたことを明らかにした。

50) 403 U.S. at 24.

51) *Neier, Defending My Enemy*, 3.

52) *Id.* at 4.

53) *Id.*

54) *Id.* at 4-5.

55) *Id.* at 5.

第 4 章

寛容なマインドを求めて

私たちがこれまで検討した二つのモデルのどちらも、自由な言論の原理

の私たちの時代の応用を説明するために限られた説得力しか持たない。古典モデルは、私たちの時代の自由な言論の論争で実際に遭遇する多くの問題に適さないか、人間性についての私たちの時代の理解の見地からすれば過度に単純すぎるかのどちらかである諸前提および諸仮定に依拠する。古典モデルは、現在でもそうするように言論活動の有益な利用の主要なものを明らかにするという問題に焦点を当てるので、極端な事例での言論の保護に必然的にほとんど言う言葉がない。そのような極端な事例では、それらの諸価値がもっとも弱小化された形でのみ存在する。さらには、言論活動を規制する社会の力をひどく締め付けた結果、それによって被る社会的害悪の理解はよく言ってナイーブであり、いずれにせよ公正さを欠くほど控えめに述べられているように思われる。

他方、要塞モデルは次のような一つの策略を提示する。その策略とは極端な事例を解明できるようにする一方で、社会の現実についての非常に厄介な概念に依拠することがある。言論の法的抑制に対抗して法的障壁を作るために、要塞モデルは市民が国内で相互に疎外されるのはもちろん、政府からも疎外されるという社会観を自明とみなす傾向があり、そのうえ、残念なことに率直さを欠き、かつ人を操ろうとするポーズを誘導する傾向がある。また、要塞モデルがその下で追求する限定的な目標のために効果的な戦略を提示するかどうか、あるいは、そのモデルが仮定する社会の現実が、実際に真実であるかどうかという点も、疑わしい。

したがって、双方のパースペクティブとも、それらの原形のままでは、ひどく不完全であるように思われる。つまり、それらは自由な言論の名において実際になされているものを評価することも、その名の下でなされるべきものの満足できる概念を提示することも、概してできない。

それにもかかわらず、双方のアプローチとも、多くのよい点、正当に人に訴える点がある。強い願望や前向きな励ましの陳述として、人間社会がそれに向かって努力すべき理想を掲げているものとして——それが真理の探求や合理性であろうが、個人の自己実現であろうが——古典モデルは、より深遠なコードで、うまく心を惹きつける。私たちは、私たちの先人た

ちが何のために戦ったかについての見直しを迫る過程で、彼らが勝ち取ったものを私たちが当然の権利として主張することがどれほどできないかを思い知らされる。他方、要塞モデルの第一位の強みは、人間の性格を批判的に吟味することに尻込みしないことである。私たちの長所を激賞するというよりも、むしろ私たちはそのモデルの影響の下で進んで短所を批評し位置づける。

いっそう望ましいと思われるのは、双方のアプローチの最良のもの、つまり古典モデルの理想主義と要塞モデルの現実主義をそれら双方の限界を殻のように自然に落としながら、ブレンドすることであろう。それは可能か。もし今世紀における米国の原理である自由な言論のその経験を吟味するならば、古典モデルと要塞モデルに浴びせられた異議申立てに答え得る、自由な言論についての頭角を現しつつある概念を明らかにすることができるか。自由な言論は、ここまでのところで検討された機能以外のもう一つの機能を果たすのか。私は、自由な言論がその機能を果たすし、果たしてきたと信じる。とはいうものの、その機能は多くの理由で私たちの自由な言論の言説の表層にまだ達していないけれども。

I

本章の議論を先行の諸章の議論展開にさらに切れ目なく関連づけることから始めよう。私たちが検討した第 2 章では、古典モデルの諸主張に对应して、言論活動への不寛容の背後にある必要性がいかに重要であるかが想起されるであろう。私たちは、それらの必要性が人間の人格の力強い構成要素から生じており、私たちが抱く私たち自身のアイデンティティの感覚に関連すると理解しながら、それらの必要性をとるに足らないものにすることを戒めた。第 3 章で要塞モデルのパースペクティブを検討したとき、私たちは自由な言論の思考が、実のところ不寛容の必要性を言論の自由のまさに基礎を脅かす衝動であるとみなし、したがって法的な抑制を要請するものとみなす傾向があるほど、それらの必要性を意外にもよく認識していることが分かった。不寛容の必要性を最小化せずに、自由な言論の思考

は、ここではそれらを少なくとも民衆のかなりの部分にとっては潜在的に抗し難いものと理解していた。しかしながら、この点で私たちは、このヴィジョンが言論のその自由にとっての過度な不寛容の危険を大げさに言うことによって、まったく見当違いな方向に行っているのかどうか、また、いずれにせよ不寛容の衝動が言論活動への過度の法的制約を通過する以外の多くの方法で一見したところその姿を現すことを所与とするならば、法的な障壁がその問題に対処するもっとも効果的な手段なのかどうかを疑い始めた。これらの困難な問いは、社会の現実や戦略についての複雑な経験的諸問題を引き起こすが、しかし、私は、この点まで切り開かれてきた議論の道筋または前提を少なくとも部分的に受け入れることや、不寛容への衝動という当然と考えられる現実の文脈で自由な言論の原理が果たす決定的な役割を見出すことが可能であると、今ここで示唆したい。

それを行うために、私たちは自由な言論の社会的役割についての私たちのヴィジョンを再調整することによって、ある程度は法がその社会でどんな機能を果たし得るかまた果たすかについての私たちのヴィジョンを改めること（実際には、言論活動の規制を許す理由を展開するときの前に用いた法の機能についての概念を借りること）によって、始めなければならない。私たちは、その社会において言論に対して過度の不寛容をもって反応する傾向についての要塞モデルの特徴づけとそれとともに (*and*)、その傾向が自由な言論の文脈をはるかに超えて不可避免的にその姿を現すというその返答となる主張（もし完全でないならば、かなりの程度まで）を受け入れるかもしれないし、なおかつ正確に言えば、自由な言論の原理が、そのより大きな問題を社会が処理しようと試みるための非常に重要な一つ的手段であるという理由で、自由な言論の原理をやりがいのある企てと理解するかもしれない。この構想では、おそらくその隔離された言論活動がそれ自体でそのより大きな問題を何とかして解決するであろうという追加された希望をもって、自由な言論は、その悪い傾向から言論という特別な活動の保護を確保する単なる手段ではなく、至るところにその姿を現す社会の無能力に本気で取り組む一つの手法を提供することによって自由な言論の

魅力を得る。

しかしながら、この段階で、私たちは、その原理の背後にある目的を言論の保護という目的ではなく、むしろ私たちが一般的に「過度の不寛容の衝動 (“impulse of excessive intolerance”）」と呼んだ現象に対処するという目的として記述した方がよいであろう。ただ、私たちは、言論活動という限定された文脈でのみ寛容の通常以上のレベルを力説することによって、それを行うのだけれども。自由な言論の役割は、その社会で言論活動への法的抑制の適切なレベルを制御する能力よりもはるかに重要な能力を発展させることに向けられる。その法的原理は一つの小さな領域で、また、特別な方法で一つのより大きな問題に本気で取り組むために機能する。法（この場合憲法）は、立入禁止の障壁としてだけではなく、むしろ少なくともその社会の知的性格を形成する手助けに関わる主要なプロジェクトとして利用される。

私たちは、この章の残りの部分で、このような自由な言論の社会的原理の一つのヴィジョンがどのように機能するのか、とりわけそのヴィジョンが私たちの時代に実行可能な自由な言論の理論の発展をあれほど混乱させた、次の三つの根本問題について私たちの理解をどれほど手助けし得るかを吟味したい。なぜ、私たちは、非言論行動についてはそうしないのに、言論規制の場面ではこのような通常以上の自己抑制を行使すべきなのか。なぜ、私たちは、とりわけ過激な言論を寛容に扱うべきなのか。なぜ、私たちは、司法府にその原理の解釈的および執行的機能を付与すべきなのか。しかしながら、実際にこの新しいパースペクティブの基礎的な前提であるものをさらにしっかりと適切な場所に位置づけるために、一刻も早く、私たちは、第 3 章で展開した点まで——つまり言論の過度の不寛容が社会的行動においてより広範囲に散在する偏見の一つの現れるに過ぎないことまで——すぐに戻らなければならない。この議論について、しかも私たちがいま検討したようにその他の多くの議論についてと同様に、私たちは、古典モデルと要塞モデルの双方の限界を明るみに出す際にこれまで利用した同様の参考資料の多くから新しい自由な言論の理論を実際に構築す

ることになるであろう。

私たちは、いろいろな意味でかつ社会的相互行為の多くの場面で、「不寛容 (“intolerant”)」になり得ることを熟知している。しかし不寛容な行動として分類するものの多くが共通の根を持つことをつねに理解しているわけではない。その原因の一つは、私たちが自由な言論を正当化する論拠についての思考にアプローチする方法にある。私たちは、言論がもたらし得る善を理由に言論に注目するが、言論が原因で生じる害悪や言論によって引き起こされる応答を理由にではない。私たちが第2章で述べたように、自由な言論の原理の下で言論に付与された特別な保護を正当化するための伝統的努力は、言論活動によって特に実現されると考えられる、それらの称賛すべき諸目標——情報や思想の交換、個人的な自己実現のような諸目標——を明らかにすることを試みた。そのような追求にとって言論は不可欠なものとして擁護される反面、言論の規制は、それらの実現にとって脅威である。もちろん、この一般的なパースペクティブは、ある程度までの確であるが、自由な言論の理念が演じることのできる社会的役割についての私たちの理解を限定するという残念な結果に行き着いてしまった。

そのパースペクティブは、両極端に自由な言論の提唱者たちを登場させる。つまり一方はこれらの人間の追求を過度に重視するために、他方は（ウィグモアが気づいたように）その他の人間の重要な目的を無視するために。さらに重要なことに、自由な言論の社会的な正当化理由を明らかにするために、言論を通じて追求され得るそれらの諸活動に焦点を当てることによって、私たちは言論行動に対する人間の通常の応答の背後にある思考に、ほとんど注意を払わない傾向にある。私たちは、その思考をただ退治すべき敵であると理解し、他方で情報の入手のような、その他の諸目的を追求する。その思考を無視することによって、今度は私たちがその思考の社会的実在性を〔他の社会的な存在から〕分離する傾向にある。一方では（望ましい目的とともに、望ましくない目的のために）その思考がどれくらい広い社会的相互行為を駆け抜けていくかを理解するという意味で、他方で（この感情が生じる文脈は人によって異なるが）すべての人にとっ

で問題となる感情をその思考がどのように含むのかを理解するという意味で分離する傾向がある。したがって、私たちは、検閲という行為においてときどき現れる偏見のその広がりについて、いくつかの基礎的な提案を取りあげることから始めるべきである。

言論活動に対して法的抑制を用いる際に過度に反応することが、人間性の一つの傾向であるとするならば、私たちは、同様にその非法的強制という形でその傾向が姿を現すことを覚悟しなければならない。言論活動を社会的に制御する広範囲なネットワークが存在することは、議論するまでもないことである。私たちは、私たちが信じるものを間違いであると主張する者に、あるいは私たちが不適切であり有害と考える文脈でメッセージを伝達する者に、私たちが応答するかどうか、どのように応答するかの決定という問題につねに向き合う。私たちは、言論者との付き合いを拒否し、ある種の宗教コミュニティが絶大な効果をもってするような方法で彼または彼女を避けるべきかどうか。私たちは、言論者を嘲り、彼または彼女を軽蔑し、そうすることによって被害を与え得る言論の潜在能力を行使し、その行使の過程で自分が正しいことを示すのか（まさに私たちが第 2 章で議論したように）。その可能性は、非難の意を表明する私たちのやり方と同じだけ限定される。私たちの雇用機会、社会生活、コミュニティの地位に影響を与える力のすべてが、体制側の多数者の手中にある。

実際に、自由な言論の法それ自体が、いくぶん後ろ向きではあるが、この現実を認めている。というのも、自由な言論の法理が（いくらかの変形を伴うが）これまで容認してきたコモン・ロー上の不法行為の文書名誉毀損もプライバシー侵害もともに、ある信念を抱いたことまたは唱道したことを理由にある人を非難した者に対して、その非難された者が民事訴訟を提起することを許すからである¹⁾。また自由な言論の諸判例は、公開の論争や団体の中で匿名でいる状況を州が排除できないと判示し、人びとに彼らのアイデンティティの一般的な開示を求めることが、社会的な汚名の力によって多くの人びとに彼らの意見を表現させないように仕向けることになる²⁾と認めた。これらの点で、修正第 1 条の法理は、個人がある信念

を抱き、それを唱道するとそのコミュニティが信じあるいは知るに至るときに、ときどきその個人に降りかかり得る人身攻撃の惨たんたる結果に気づいている。もしあなたがかつて共産主義の同調者、ファシスト、無神論者または嘘つきであったと告白させられることは、少なくとも社会の大方の地域では、投獄され科料に処せられたのも同然の衣食に事欠くほどに社会のおよび経済的にあなたを除け者にすることができる。実際に、社会的な不寛容の力が法的な不寛容の力を超えるという提案は、ミルが次のように主張したように、うまく説明され得る。

人びとが、自分たちが自由だと考える信念を否定する他の人々に対して抱いている意見や、その宿る感情こそが、この国を精神的自由の地としていないものなのである。これまでの長いあいだ、法的な刑罰から受けるいちばんの被害は、それによって社会的な汚名がたかまるということである。実際に有効なのはこの汚名であって、それは非常に有効なので、社会的に禁止されている意見がイギリスで公言されることは、他の多くの国々において、法的刑罰を受ける危険があるような意見が公言されるよりも、はるかにすくないのである³⁾。

非法的制裁と法的制裁のその相互関連的権力がどうであれ、私たちは、それらの制裁を過度に適用する同じ傾向が、法的強制について認めているが、同様に非法的強制にも存在するにちがいないと合理的に仮定できる。法的抑制や処罰に対する人びとの態度が特に自制がきかない傾向があると考えるのは、ほとんど理由がないように思われる。

言論以外の行動に対する私たちの反応はどうであろうか。過度の反応または不寛容な反応と同じ傾向がそこでも経験されるのか。もちろんその答えはイエスである。私たちは、四六時中、人との個人的遭遇でも社会的遭遇でも、まさに従うことを他者に求める信念または価値とは何かを決定するという問題に直面する。これらの諸選択について、私たちは、言論行為を通じた思想の表明が、不当な反応を引き起こし得るような感情を私たち

に生じさせるならば、その他の、つまり非言論の行為を通じたマインドの表明が同じことをするのを覚悟すべきである。また、もし私たちが伝統的自由主義のパースペクティブ——すなわち言論が行為の前触れに過ぎないこと——から言論行為を見るならば、私たちは、言論によって引き起こされる応答が、その言論が促す行為自体によって疑いもなく引き起こされると思うことを覚悟すべきである。実際、この論理は、たとえ言わず語らずのうちにだけでも、自由な言論の理念を支持する伝統的自由主義者たちによって広く受け入れられる。たとえば、寛容に賛成するためのミルの古典的な主張は、次のような一般的なものであった。すなわち、それは、あらゆる種類の行動についての正統性を確立したいという基礎的衝動を想定した後、行動のある種のカテゴリー（自尊的な行動というミルの理念）が、全面的に近い寛容を受けるに値すると言い得るための普遍的な原理を提供しようと試みた。言論は、単にこのカテゴリーに属する一変種にすぎなかった。私たちが行動の社会的制御に必要な適切な境界線を定義するために一般的な原理を最終的に引き出すことができるかについてのそのタイプの研究は、今日まで続いており、いまでも主として——それは長い間そうであったように——性に関する行為の問題に焦点をあわせる⁴⁾。

修正第1条の法理それ自体の中でさえ言論活動を超えた領域での不寛容への衝動に備える必要性を強調する徴候がある。たとえば、宗教に関して修正第1条によって与えられた保護は、宗教的見解や信念の唱道をカバーするだけでなく、同様に宗教的活動をカバーする。私たちが検討しているその衝動は、言論とその他の行為を区別しない。すなわち、それとは逆に、その衝動はその根底にある態度や信念のどんな表明にもかかわり、それゆえ、すべての文脈でそれに備えなければならない。さらには、「象徴的言論（“symbolic speech”）」（本質的には思想を伝達する非言論の行動——私たちが第6章でさらに詳しく取り上げる予定の修正第1条の一分野）と呼ばれる非言論の行動の全領域は、言論活動を制御しようとする同様の衝動に対抗してそれらの全領域を保護するために、修正第1条に接ぎ木された。たとえば、服装は非言論の行動の一形式であるが、パジャット

が述べたように、迫害の欲求を刺激することができる⁵⁾。

したがって、私たちが直面する問題は、言論に関して私たちの信念や価値をあまりに強く主張する衝動の制御の問題だけではない。すなわちその衝動はすべての行動に脅威を与える。他者とは異なった存在と気づかれている、異なった価値または信念を持つと気づかれているあるいは異なった生き方に利害関係があると気づかれているすべての人が、この衝動の過剰による潜在的な犠牲者である。宗教の諸団体の信者たち以外で、そのような不寛容のもっともあり得る犠牲者は、人種や国籍を異にする人びとである。私たちは、不寛容のこの形式を「検閲 (“censorship”)」というよりも「先入観 (“prejudice”)」と通常は呼ぶが、それは、同じ根底にある心理によってつねに刺激を受ける。私たちに不寛容をもって反応させているものは、典型的には、現に稼働していると気づかれているマインド (*mind*) についての、つまり個人または多数者の思考方法についての懸念であり（たとえそれが政治的信念にしろ一般的な態度にしろ価値にしろあるいは人がそれを呼び得るどんなものにしろ）、そして同様に重要なのは、この思考がそれらの異なった信念、態度または価値を抱く人あるいはそう見える人びとの行動によって本質的に伝達されることについての懸念である。

それは、私たちにイデオロギー (*ideology*) という用語の私たちの理解について再考を求めるが、これらのすべての領域での——つまり言論と非言論の行動、政治的、宗教的および人種の集団、そして他国籍者や外国人に対する——不寛容が、その犠牲者たちの行動（残念なことに、いくつかの犠牲者たちには端的に存在することを意味する）によって表明されたイデオロギーまたは思考方法に対する懸念に、多くの場合動機づけられると考えることは有益であろう。私たちは、人種的先入観のようなものについてこの現実を見ない傾向にある。というのも、不寛容を引き起こす根拠として一般に使われる傾向（肌の色）は、その他の（たとえば「共産主義者 (“communists”)」に対する）不寛容のために使われるものほど正確ではないからであり、存在すると気づかれ (*perceived*)、かつ厄介であると思われるイデオロギーは、不寛容を一般的に鼓舞する通常の政治的および宗

教的イデオロギー（ここでも、より具体的な政治的イデオロギーの例として役立ち得る共産主義や宗教的信念の体系の例としてのカトリシズム）よりも漠然としており、それほど明確ではないからである。おそらく、私たちがこれらを結びつけないもう一つの原因は、連邦憲法それ自体の構造であり、この構造は、まずはじめにこれらのさまざまな領域における諸原理を明確に述べることによって、さらにこれらの諸原理を数の上で区切った諸カテゴリーに配置することによって、これらのさまざまな領域での過度の不寛容という諸問題を別々のものとして扱う。それにもかかわらず、結局、これらのさまざまな社会的交際の諸領域で処理された不寛容な応答が、その根底にある思想または動機の重要な統一体を生むという事実是不変である。この点では、ネアーが要塞モデルを根拠にスコークス事件で ACLU の立場を弁護しようとしたとき、単に言論の諸権利の侵害だけではなく、反ユダヤ主義の先入観のあらゆる形態を巻き込むものとして、ユダヤ人に対する潜在的な不寛容という亡霊を配したことを想起することは、教訓的である。言論に対する深刻な不寛容の歴史は、人びとからなる集団、とりわけ外国人に対する過度の不寛容と通常結びつけられる（そのもっとも悪名高い検閲法が外国人・反政府活動取締法（the Alien and Sedition Act）である）⁶⁾。

この点と並んで、言論行為を（不当に）検閲したいと私たちに思わせる感情が、非言論の行為を（再び不当に）禁止または制裁を行いたいと私たちに思わせるかどうかを検討する際に、私たちは、ある特種な問題——すなわち私たちが毛嫌いし、非とする行動が、制裁を受けるべきかそれともそもそも禁止されるべきかを決定すること——に実際に焦点をあわせてきた。私たちがこれまで見たように、言葉によるある種の思考の表明が私たちを不寛容に駆り立てるならば、同様の思考を反映または実行する言葉によらない行動は、私たちを同様に不寛容に、ほとんど確実に駆り立てるであろう。私たちはすでに記したように、多くの人びとは、ミルの跡に付いて行きながら、行動の社会的統制が適切となるその線を定義するという問題に悪戦苦闘してきた。（宗教のような）人間の活動のいくつかの諸領

域は、コミュニティの正当な統制（少なくとも法的統制）を越えていると今日広く認められている一方で、社会規制の適切な程度に関する広い不一致が存在すると思われるさまざまな活動（たとえば、性に関する行為）が存在する。したがって、道徳のための合法的な社会的統制と私的自由の範囲との区切り線をどのように引くかという争点は、いまでも私たちにとって非常に重要であり、明らかにあまり遠くない将来もやはりそうあり続けるであろう。

しかし、私たちが過度の不寛容への衝動と呼んできたものに対処するという問題が、私たちが禁止すべきものの決定に限られると考えることは、重大な誤りであろう。いっそう重要なことは、正確に言えば、ここで私たちが展開している自由な言論の意味にとっていっそう重要なことは、コミュニティの統制が正当にも及ぶ行動をどれほど (*how much*) 処罰するかを決定するという問題である。別の言い方をすれば、過度の不寛容への衝動に関して私たちが直面する問題は、何が制裁に値するかという争点を解決することだけではなく、適切に処罰できるものをどのように処罰するかという問題に答えることである。

パリスがヘレンをそそのかし、トロイ戦争に火を付けた（そしてアガメヘノンがハアキレスの妾を略奪することによって辱めた）ときから、不道徳であることが明白な行為が、諸個人および諸コミュニティのアイデンティティをどれほど脅かし、異議申し立てをすることができ、かつそれに応答するための適切な行動指針について深刻な争点を彼らに提示できるかと人びとは書き、訝った。今日、私たちは、諸社会が政治犯罪とくにテロリストの行為にどのように対処するかという問題に悪戦苦闘するとき、それらの諸社会に鮮明にかつ繰り返し提起されるその問題を垣間みることができる。この国にとって特筆すべき例は、数年前のイランにあるアメリカ大使館への攻撃であり、その結果、アメリカ人の人質が長い間囚われた。すべてのゲリラやテロリストの攻撃と同様、この例は一つの明示的でかつ意識的なコミュニケーション型な目的を持ち、プロパガンダのために暴力行為を行った。怒りの波がこの国にさっと広まり、訪米中のイラン人に深刻な

危険をもたらし、そのイラン人たちは、遠く離れた彼らの自国の人びとの行動に対する報復として暴力的な攻撃を受けるときもあった。イラン政府に対するこの国の怒りは、明らかに正当化したし、同様にある種の (*some*) 不寛容な応答を明らかに正当化されたにもかかわらず、その怒りはまた著しく度を超してしまうというリスクや罪のない諸個人に危害を加える原因となるというリスクを冒した⁷⁾。

私たちの目的に照らしてもっとも重要な点は、この怒りが、ホームズが言論に対する不寛容（あるいは彼がそれを指しているときの「迫害 (“persecution”)」)の基礎となるとみなし、かつ私たちが言論行為から生じる潜在的な害悪の範囲を検討したときに第 2 章で議論した、まさに同様の懸念から生じたということである。イラン人の行為は、合衆国のアイデンティティ (*identity*) に対して、一つの異議申し立てを行った。それは、何が実際にこの国の価値なのか、さらに明白に言えば、その価値に基づき行動する勇気と力が合衆国にあるかどうかという問題を提起した。それは、侮辱、威嚇、異議申し立てであり、つまり言葉で表現され得るその類のすべてであった。そしてそれは、他者に一つの思考方法を表現したし、他者に従うべき「手本を示した (“set an example”)」。端的に言えば、その状況は、イリノイ州のスコーキでナチの行進がユダヤ人やアメリカ社会一般に提示した状況と同様の力学、あるいはそれどころか——第 7 章でさらに詳細に展開する予定であるが、第 2・第 3 章からのもう一つの筋道を終始一貫するために——ナチの行進を禁止しようとした試みが自由な言論の提唱者たちに提示した状況と同様の力学を含んでいた。一方は「言論行為 (“speech act”)」(だが次のように記すべきだろう。つまり、その「言論 (“speech”)」はプラカード、服装、歩く行為、歩調のような、行動の様々な形態で表明された)であったが、他方は、いくつかの目的にかかわるかもしれない直接的な身体的な被害を内容とした「暴力行為 (“act of violence”)」であるが、しかしそれは、その正しい応答を評価し、その行為が原因で引き起こされた同様の重要な内面の感情に本気で取り組み、制御するという根本的な争点が双方の事例で存在したという現実を変えるわけで

はない。明るみになった態度——あるいはイデオロギー——に直面して、何かを行う必要性とともに、まさに適切に行うべきものが何であるかを決定するという問題とが、双方の事例で存在した。さらに別の具体例を示すならば、同じことは、もちろん、のちにオリンピック競技の参加のボイコットを促したロシアのアフガニスタン侵攻についても当てはまり、また、武力攻撃を促すことになったグラナダという小さな島での伝え聞くところのキューバの活動についても当てはまった（付言すれば、興味深いことにこれらはまたイラン人の犯罪の続編として理解され得る）。

この点で、おそらく有益なのは、いったん立ちどまり、次のことを想起することであろう。つまり、第2章では、私たちは実際に言論行為と非言論の行為が観察者たちやそのコミュニティに提示する同様の困難についてのこのような所見をすでに述べた。しかしながら、そこでの要点は、私たちが言論行為の害悪発生能力にいつそう敏感になることを説明する答弁の一部であった。ここでは、その認識のうえに立ちながら、私たちは、このような諸行為が提示する諸々のジレンマ間の類似性の中に、それらのジレンマをうまく解決することの共通する難しさを見ることができる。この所見から出発して、私たちは、それを理解するようになったときに、それが自由な言論の正当化理由をどのように提供するかをやがて知ることになる。

ここまで述べてきたドラマチックな国際的な出来事は、不適切と思われる行動との対面における一つの重要な共通要素に——つまりどんな不正行為もその他のより重大な行為と同じように、その行為が繰り返されるといふ暗黙の脅迫を含意し、ある意味ではすべての人が従うべき手本であるということに——光をあてただけである。それゆえ、この点ですべての行動（言葉を用いる場合も用いない場合も）は、「コミュニケーションティブ（“communicative”）」であり、あるいは、実際にはそれ以上のものがあり、すべての行動は、その行為者の思考を明るみに出し、ついにはコミュニティに同様の争点を提示する。というのも、私たちは、究極的には行為が言論行動であろうと非言論の行動であろうと、その行為の背後にあるマインドそれ

自体につねに関心があるからである。「邪悪な行為は、繰り返されるとはかぎらず、悔い改めることができる。」とトルストイは書き、「しかし邪悪な思想は、邪悪な行為を生む。」と続けた⁸⁾。他者のマインドに対するこのような懸念は、ある程度は合理的であるが、その問題は、その懸念が制御の効かないものになり、かつ望ましくない応答を引き起こすという継続的で深刻なリスクを提示することである。

そうだとすれば、その要点は実際に次のように単純化できる。つまり、社会内の言論活動に適切な限界を設定し、実行するという問題は、(信念やアイデンティティに関わる)人間性にとって基礎的な感情によって難しくなっているのと同じように、非言論の行動に対する私たちの応答も同様の感情によって困難になっている。言論行動の規制よりも、非言論の行動の規制の背後にさらに社会的な正当化理由が存在するかもしれない、あるいはより強力な社会的必要性が存在するかもしれない(おそらく、皮肉なことに、コミュニケーションの非言論の形態のより大きな効用を——私たちが第6章で戻る予定である点——理由に)ということは、今のところ関連する争点ではない。現在の議論にとって真実であり、重要なものは、非言論の行動に対処するシステムが、言論の文脈でその姿を現すのとまさに同じ過度の不寛容への傾向を計算に入れ、かつそれに対抗する抑制と保護を開発しなければならないことである。アリストテレスは、はるか昔に、次のように指摘した。「誰もが円の中心をわかるわけではない——それには幾何学者が必要だ。」と彼は言った。そうだとすれば、また、次のようにも述べることができる。「かっとな腹を立てることは容易である。」どんな人でも「そうすることができる。」しかし「怒るべき人に怒り、正しい限度まで、正しい時に、正しい対象に、正しい方法で、怒ることは容易ではなく、誰もがそれをできるわけではない。」⁹⁾

そうだとすれば、たとえば、私たちは、(ホームズの言葉を用いるならば)「すべての反対者を一掃」しようとする衝動に対抗するさまざまな保護を刑事裁判制度に見出すであろう。法廷内の礼儀正しい作法、無罪の推定、感情的に煽るような証拠提示・証拠開示を制限する証拠法の規則(第

2章で議論したものであるが)、そして罰を与えることにかかわる警告のすべては、次のことを意図したものである。つまり、少なくともその意図の一部は、社会が悪だと認める思考方法を行動に移した可能性がある者を過度に罰したいという人びとの欲求に、はけ口を与えようとするさまざまな意思決定者たちの衝動を抑制することである¹⁰⁾。というのも、その行為に本来備わっているものは、そのコミュニティがある程度まではその信念やそのアイデンティティへの異議申し立てであると必ず感じるにちがいない、現に稼働するマインドだからである。その行為の背後にあるマインドは、それを知った者にある心理的なジレンマに陥れる。そのジレンマは、人種を侮辱する言葉または違法行為の唱道を知った者が陥る心理的なジレンマと同じものである。有罪判決や処罰という行為は、社会のコミュニケーションティブな応答であり、それはいまでは「検閲 (“censorship”)」ではなく、「抑止 (“deterrence”)」と名付けられている。

過度の不寛容への衝動の社会的な意義が途方もなく大きいので、民事法及び刑事法制度は、実際には、過度の不寛容への衝動の背後にある感情が、対処されるべき重要な一要素として現れる社会的相互行為の数あるアリーナのうちの一つにすぎない。その衝動は、人びとがそれぞれ異なる態度や価値や信念に基づいて唱道したり行動したりする場面で、どのように応答するかについての個人間またはコミュニティ内の他にもないまさに内部の対立を合意するので、私たちは、いま議論しているその感情がどれほど社会的相互行為に浸透しているかを容易に理解する。

その感情は、自己統治する政治社会の基礎的な機能において生起するにちががなく、制御されなければならず、そこでは妥協も全面敗北さえもやむなしとすることが民主制下の人格に不可欠な要素とされる。民主制は文学と同様に次のように言われる。一種の不信の一時的停止を要求すると。規範設定の段階で、そして執行の段階ではもちろんのこと、既存のコミュニティの保持という利益に、自分の信念を混入させず、抑えるという能力が決定的に重要である。自分の信念へのコミットメントのその性質を決定するという問題は、極めて繊細で複雑な問題である。自分たちの選択した

ものが実行されるのを見ることのできる権力を有する人びとは、反対されても、前方へ押しのけて進むかどうかあるいはどれだけそうするかを決定しなければならない¹¹⁾。他方、少数者の人びとは、おそらく抵抗のさまざまな方法から一つの行動の道を選択したり、極端な場合には、あからさまな反乱に訴えたりすることによって、多数者の意思や権力に応じるかどうか、あるいはいかなる方法で戦いを続けるかを決定しなければならない。どんな明白な標識も、これらの微妙な選択を導いてはくれない。したがって、その意味で、私たちが自由な言論を通じて求める能力は、民主制的な統治制度の現実の機能に特別な関係を有する。

同じ能力は、さらにいっそう広範囲にわたり社会構造を横切って進み、さまざまなレベルの社会的相互行為において観察され得る。機能する官僚機構やさまざまな社会的な職業の基礎的な必要条件を検討してみよう。

政府の官僚組織の構成員たちへの中心的となる戒めは、自分ではそれに反対する個人的な信念や感情を持つにもかかわらず、他者の命令や指揮を実行しなければならないということである。容易に理解できるように私たちはこれに限界を設ける。つまり、官僚または被雇用者は法に反して行動すべきではないし、個人の人格が尊重されるとともに奨励され、あるいは、道徳的に要請されることさえある、どっちつかずの中間領域がかなり存在する。だが、あらゆる点からみて、被雇用者の地位の基礎的な倫理は、彼または彼女の個人的な信念を脇において、他者の信念を実行することである。同様のことは、おそらく、いくつかの職業にさらにいっそう広い範囲まで当てはまるが、そのなかでもっとも悪名高いのは、法それ自体にかかわる職業である。ふたたび、弁護士の善悪の感覚と依頼人を弁護する彼または彼女の義務との間の相互影響の複雑さを思い浮かべるならば、弁護士の役割の核心には、たとえ弁護士自身の信念や価値が、彼または彼女が弁護する信念や価値と異なったとしても、他者の立場の代理をつとめる義務が存在する。法律を学ぶ学生は「弁護士のように考える (“think like a lawyer”)」ように教えられ、それは、学生が初めに正しいとほんとうに信じたくなるものとは「別の側面 (“another side”)」が、あらゆる争点におい

て存在すると理解できるようになることをまずは意味する。この国の法制度は、それらの技能の開発なしには動かないであろうが、それらの開発は容易な仕事ではなく、職業倫理に背こうとする衝動が依然として強力なままである。(ついでながら、個人的な信念や価値観を見えないようにするという弁護士の倫理のために提示された主な論拠が、自由な言論の分野で提示された主な論拠——競合する利益の適切な調整にたどりつくためには、人はその信頼をその制度に置くべきであり、人自身ではない——であることに関心がないわけではない。)

このような所見は、おそらく、まったく単純なことなのだが、しかしながら、それにもかかわらず、自由な言論の原理の下での言論活動の寛容と、その他の社会的相互行為の領域における行動の寛容との関連性を理解するに極めて重要である。はじめの方で記したように、もしも言論行為について、私たちが遭遇し、恐れるその種の過度の不寛容が、私たちが抱き、忠誠を誓う信念や価値について私たちが経験する対立に由来すると私たちが信じるならば、信念や価値がそれほど多くの社会的場面でリスクにさらされるのだから、人間性にとってそれほど基礎的なものが私たちの生活のその他のさまざまな諸領域において生起することを覚悟すべきであるように思われる。もしそうであるならば、つまり言論行為との対面によって生じる争点がさまざまな社会的遭遇の特性であるとするならば、私たちは、そのような共通の特徴という観点から——おそらく、それらの感情の自己制御が追求される一つの手段として——自由な言論の原理やそれが仕える諸機能について考えることが有益であるとわかるかもしれない。「自由な言論 (“free speech”)」の社会的役割を理解するために言論活動を分離するよりもむしろ、私たちは、自由な言論を社会的交際の全体の織物に関連する感情を私たちが制御するのを助けることを意図したものと理解することがより有益であるとわかるかもしれない。まさにその研究にいま私たちは取り掛かる。

おそらく、前述の議論から現れる言論の自由の一般理論の陳述をもって始めるのが最善であろう。その理論は、言論活動への（法的強制という形

式での) 不寛容が、社会的交際の全体において私たちが遭遇するものであるという前提から導き出される。それは、言論活動に対する法的強制に、あるいは言論に対する強制にさえ特殊なのではない。それは、あらゆる人が、その程度にはばらつきはあるが、制御することを学ばなければならないものであるという意味で普遍的であるとともに、それは 20 世紀の合衆国の線に沿って組織された社会に浸透しているという意味で普遍的である。私たちは、私たちが言論行為を扱うときに私たちがその行為の背後のマインド、あるいはその行為を通じて明るみに出るマインドを扱っていると言うことができるが、しかし、このように言うことは、私たちが、言論行動であろうが非言論の行動であろうが、行動を通じてその姿を現すマインドに実際につねに関心があることを認め始めていることを意味する。言論の文脈で対面する諸争点の普遍性は、このような思考方法の加減が、自由な言論の原理の主要な焦点であり得ること、自由な言論の原理の価値や正当化理由の第一の源泉であり得ることを意味する。別の言い方をするならば、とくに称賛される一つの活動(つまり言論)を保護することが自由な言論に限定された機能である必要はなく、むしろ言論行為に対する私たちの反応にその姿をとときに現わす、私たちの知性の性質の一つの気づかれている一般的な欠陥についてその矯正に向けて努力することが、自由な言論に限定された機能である。

したがって、自由な言論の中心的機能は、私たちがその社会の知的性格と考えるものの重要な一面について、公共のかつ公式の場面で、私たちが集団的に話すことのできる社会的文脈を提供することである。このアプローチを採るならば、私たちは、いま次のことを理解できる。つまり、自由な言論という企ての諸目的は、とくに価値のある人間の活動というカテゴリーの「保護(“protection”)」だけではなく、不正と思われる行動であるが、私たちが加減や制御のために習得しなければならない作法に従って私たちが振る舞うように誘導する感情を呼び起こし得る行動に対して、通常以上の自己抑制を行うという選択も合理的に含み得る。言論について重要なこととは、それが特別だということではなく、むしろ私たちがときに言

論に対して経験する過度の不寛容が、社会的交際の多くの諸形式に潜在的に影響力のあり得るマインドの一般的な傾向を反映しているという意味で、扱いにくいとともに、典型的であるということである。

本章のはじめの方でも、その前でも、自由な言論に関するどんな理に適った学説も三つの核心となる問題に答えなければならないと言われた。第一の問題は、この一つの行動の領域に、つまり言論行動に対する規制に反対するという推定同然のものを、なぜその社会が厳守すると決めたのかを説明することである。言論でない行動領域のわずかな分離された分野は別として、生活の他のどこにも、それほどどのレベルの自己抑制をこのようには力説しない。私たちはいま、その争点についての一つの命題を得る。言論行為に対する過度の応答を生む感情のその一般性やその普遍性についての批判的な洞察から判断するならば、自由な言論とは、この衝動に関するより一般性のある能力を開発させる一つ的手段として、社会が自己抑制の通常以上の立場をとる一つの限定的なまたは部分的な領域であると理解することができる。自由な言論は、一般性のある問題がその姿を現し注目を集めるために有効にその問題がえり抜かれる一つの分離されかつ限定された文脈を提供する。はたしてこのようにして社会生活を構築することに意味があるのだろうか。

このパースペクティブから自由な言論を構想することは、社会が単線でない方法でそれ自体を構築することによって、どれほど利益を得るかを私たちに考えさせる。「平等(“equality”)」という観念が、私たちのマインド、とくにリーガル・マインドに及ぼす支配力を所与とするならば、このパースペクティブは、一つの法原則の機能を考察するためには、居心地のよい見通しであるとは最初は思えないかもしれない。だが、私たちがそうするのが決定的に重要である。というのも、私たちが社会生活を吟味するとき、社会生活の多様な各部の相互間の完全な一貫性——重要な諸相違の注意深い評価を通じて磨きあげられた対処方法の統一性——を見出すというよりも、むしろ分離された一貫性のなさ、または矛盾から構成された機能的世界によく遭遇するからである。とはいっても、それら分離された

一貫性のなさまたは矛盾は一緒になって筋の通った全体を形成することができるのだけれども。したがって、行動のこのような手法は一見したところほど矛盾していない。

公私双方の私たちの生活において、他の領域の私たちの行動に影響を与えるために、特定の方法のある領域だけに用いて行動することがよくある。その方法は、それだけを単独で検討したり、私たちの生活の他の部分から独立して検討してみると奇妙に見えるかもしれない。私たちは、ある活動領域で自らを鍛えることによって手に入れた資質が、それをやはり必要とする別の領域にはみ出すことを、ときどきではあるがただ直観的に理解する。私たちは、他の領域でも求められる特定の資質を発達させるために、通常以上の方法で行動することを予定したある種の生活領域を分けることさえできる。私的な意思決定における人種という差別事由の使用と象徴的に釣り合うものとして機能する一面を持った、公的な意思決定での一つの考慮事項としての人種という差別事由の使用の全面に近い抑制は、これのよい例である。

限定された文脈でよくあることであるが、この一生懸命になることや自らを極限まで追い込むことは、生活において一般的である。私たちは、おそらく自覚している以上に、もちろん法原理の領域では私たちが理解している以上に、自らの世界をこの方法で区分する。私たちがそのように区分する理由は、それが均質化された存在よりも有利な立場を提供するからである。すなわち、それは、成功する見込みが比較的高く、目的が達成されたならば続いて将来の決意を強化することのできる、何かを始めるためのより管理可能な場所を提供することができる。またそれは、私たちの失敗のコストを限定できるという大きなメリットを持ち、それには、私たちを解放するという効果がある。つまり、私たちがさらに自由に実験することを許し、別のところでは禁止されるであろうリスクを冒すことを許す。そのうえ、それは、私たちが現在本気で取り組んでいる問題にさらなる明晰さをもって注意を向けることを可能にするのに対して、もしその問題を一般的に取り扱うならば、それはその他の問題群という海原の渦中で姿を消

してしまうかもしれない。

私たちが到達しようとしている能力が社会的な統制の通常の手法の射程を越えているとき、つまり究極的にかかわるものが、鋭い内省のための態度や能力の問題であるときに、限定された通常以上の努力は、さらにいっそう人びとをひきつける¹²⁾。これが当てはまるとき、不適切と思われる思考のタイプの、おそらくかなり厳格かつ無差別な公然の拒絶が起こるような一つの領域を選択することは、行動の全領域にわたって採用されるであろう (と望まれている)「適切な (“proper”)」思考方法を象徴する一つの重要な手段を提供できる。

さらに、求める特定の資質の開発のために、一つの分離された領域の選択は、具体的経験という利点があり得、実際の実験から得たある種の実践的知識をもたらす。たとえば、もし私たちがむやみにリスク嫌いになることを心配するのであれば、私たちは、重大なリスクがもたらす結果を相対的に抑えられる限定的な文脈で、そのリスクに自分の身をさらすことによってベネフィットを得ることができる。この方法で、私たちは、どれほどリスクを過大評価しているかを、またその他の場面でその傾向を変える調節方法を習い始めることができる。

最後に、私たちは、第2章で、望ましくない行動を禁止する法 (*law*) の制定という段階を実際に踏むことは、その行動の脅かす価値へのコミュニティのコミットメントを単に言葉によって宣言するよりも通常は説得力を持つデモンストレーションである様子を見た。そうだとするならば、また、その行動に対する通常以上の自己抑制の公式の行為 (*act*) は同様にさらに説得力のあるデモンストレーションを提供できる。自ら進んで受ける危害は、その人自身や他者にその人の想いの深さや動機の純粋さを認めさせる。市民的不服従の決行者が進んで受ける処罰、あるいは不正義に非暴力の道を選択した者が無抵抗のまま受ける危害やそのために受け入れた事実上の重大な結果は、コミットメントを鼓舞するとともに、証明するのに役立つ、さらにその行動の根底にあるそのよい動機を人びとに認めさせるのに役立つ。

こうしたことが、自由な言論が果たす諸機能を重要にも証明する。その原理が働くところで、言論活動は、より広い社会的意味をそれ自体に付与するような仕方では扱われる、分離された行動領域になる。そこで本気に取り組む一般性のある問題は、私たちが手に負えない衝動についてときどき採用し得るような全面禁止の立場では解決できるものではない。過度の不寛容を生む感情は、社会的相互行為から取り除けないし、そうすることを私たちは望まないだろう。個人の私欲と同様、不寛容への衝動も制御されなければならない、よい社会目標に向けられなければならないし、根絶すべきものではない。さらに、私たちが直面する問題は、何らかの一般的なルールまたはテストが秩序づけることを許さない。私たちは、態度の問題、バランスと制御の問題を扱っているのである。したがって、そのような状況のもとでは、不寛容の方向に向かう可能性のある偏見に意思決定過程が染まっているという感情を理由に、私たちは、その偏見が姿を現すと思える一つの領域で寛容の能力を強化することが、もっともらしいと理解し得る。私たちがこの方法で自らの社会生活を構築することは、私たちがその求める目標に到達するのを助ける。その許された損失は、その必然的かつ不可避免的なコストを生むが、しかし、それは、また——私たちの判断を支配する偏見が持つ歪める力を理由に——私たちの評価が私たちの予測を導いた場合よりも、かなり小さなコストがしばしば存在することを意味し、その結果、私たちがその他の文脈で同じ感情に反応するように求められたときに、矯正要素を採用する重要さという点で有益な実践的教訓を提供する。被った被害に直面したときの自己抑制は、社会的交際の全体にわたって適度の節度を保つことへのコミットメントを自分自身や他者に力強くデモンストレートし、あらゆる状況で適切に寛容であれという一般的な戒め以上に、さらに力強くデモンストレートする。この点で自由な言論の働きは、ある種の寛容の倫理の創造を通じて、一般性のある知的性格を生み出す決意を反映するものとして理解できる。

こうして、私たちはここでなぜ言論というカテゴリーがこの企てを引き受けるためにそれほど適した場所であると直観的に思えるかを理解でき

る。一般的に言論が非言論の行動ほど個人的および社会的危害の原因ではないことは、それだけでは、私たちがいま保持している自由な言論の原理のための十分な正当化理由とはいえないが、それにもかかわらず、なぜ言論が寛容のためのより広範囲に及ぶ能力を追求する適切な場面であるかを説明するためには、一つの重要な特性である。言論は、寛容に関する通常以上の実験を限定するためのまさに鮮明な線を提示し、そのうえ、これらの目的のために、そこで無制限な活動を一般的に寛容に扱うことを可能にする、害悪の発生可能性の上限を提示する。それゆえ、この意味において、言論行動のその割り引かれた害悪発生能力が、なぜその文化が言論と非言論の行為の規制に別々のルールを発展させてきたのかを理解することに何らかの形で関連するという広く浸透しているという感情に、合理的な支持が存在する。

ところで、言論の過激なものはどのように説明するのか。なぜ、この限度まで、つまり言論の諸活動のまさに外縁まで、私たちのほとんど全員が不道徳かつ悪質であると信じる言論にまで、その原理を追求するのか。これは、より分析しにくい問題であり、より冗長な答えを要求するが、まさに一つの答えが、私たちがいま検討してきた自由な言論のヴィジョンから明らかに現れる。

それでは過激な諸事例の可能な諸機能をざっと見渡し、その後にスコークス事件という特別な文脈でさらに詳しくそれらの諸機能を検討してみよう。まずはじめに、その一般性のある問題に対処する一手段として (*as a means of dealing with the general problem*) (付け足せば選ばれた限定的な領域でのその問題だけではなく)、その問題に対する部分的な応答を構築すると決めたならば、自己抑制の極端な程度を力説することは、その一般化された意味を強調する一つの手段として役立つ。極端な事例は、望ましい象徴的な意義を実現するという点で役立つ可能性がある。極端なものは、注意をひきつける傾向があり、そして、そのことはどんな教育者もあるいは急進派も知っているように、教育的にも象徴的にも有利であることがある。別の言葉でいえば、それは、伝えたい教訓を人びとに印象づける

のに有効な文脈を提供し、そのメッセージのための表現の枠組みを提供する。しかし過激な諸事例にはこれ以上のものが存在する。

私たちが扱っている問題のまさにその性質が、実践的な事柄として、法の解決能力を越えていることを所与とするならば、つまり、その問題には、態度または判断の問題が一体何であるのかを法が解決することを含むが、ほとんど一般性を与えられた自己抑制の原理を通じての象徴的な行動のために選ばれた限定的領域で、その問題に接近することは、理に適っているように思われる。言論の法的抑制の根底にある動機が不適切なものかどうかを確かめるために、その言論の法的抑制を個別事例ごとに審査することは、どうみてもあまりにも難しすぎる。過度の不寛容への衝動という問題は、そのタイプの審査にとってあまりに捉えどころがなさすぎる。

自由な言論の領域での審査それ自体の複雑さを度外視しても、次の点が追加できる。つまり、その衝動という問題は——それは様々な異なった社会的相互行為を横切って進み、また最広義の寛容に必要な能力にかかわるので——、まさに刑事の陪審裁判の文脈で無罪の推定がするのと非常によく似た、反対方向に力を行使することを予定する、言論規制に対抗する倫理 (*ethic*) のようなものを作り出すことによって実際に対面させられなければならない。これを実行する一つの方法は、社会的交際のうちの一つの限定領域で完全に近い、あるいは全面的な寛容の立場を社会に守らせることである。したがって、極端な事例という文脈は、その一般的なメッセージを広めるための一つの望ましい教育的な場面を提供するだけでなく、むしろ、犠牲を求められた者が、そのメッセージがその最良の理解者となる聴衆を探し出せる心理的な環境を作ることになる一連の行動のために社会が全力を尽くすことを意味する。まさにその「原理 (“principle”)」をその論理的な帰結まで追求することによって、その原理の下で個々の事例の特殊性が呼び出すものをはるかに越えて、社会はその教訓の重要性を社会自身に刻印し、その原理から自己抑制の一つの倫理またはアイデンティティを生み出す。「曲がった棒をまっすぐにするためには、曲がった方向の逆方向に棒をまげなさい。」¹³⁾

さらに、その社会はこの過程を通じて社会自体の自己抑制能力についてもっとよく知ることができる。また、言論行動の制約の背後にある一連の精神作用のもつれを解くことの難しさは（あるいは、そのことに関してその問題がどこで生じようとも）、実際の自己抑制が現実の世界の経験というベネフィットを提示できることをも意味する。もし私たちがリスク嫌いになる傾向が激しく、社会的相互行為にかかわるリスクを過大評価しがちであり、差異があるのを許すことにあまりに用心深いと思うならば、極限まで押し進めてみることは、現実についての私たちの理解力をテストするためのよい基礎を提供するというベネフィットを持つ。

以上述べた所見は、もう一つのそれに私たちを導く。ここまでのところ、極端な事例が、不適切な不寛容の問題にあまり触れずに、むしろその問題が他の文脈で生じたときに、それとの効果的な釣り合いを生み出す有効な文脈を提供するとその議論が想定していたと思われたかもしれない。この想定は、正しくないかあるいは少なくともかなり限定する必要がある。かりに極端な諸事例に関わる言論に注目するならば、その通常の結論として、その言論自体が重要な社会的価値を欠き、それだけを単独で検討したならば適切に禁止され得るかまたは制約され得る。しかし、かりにその言論ではなく、その制約の背後にあるその動機に注目するならば、その制約が不正な理由で課せられたと適切に結論することが可能になる。典型的な極端な事例では、その不当な動機はその言論者たちを身代わりとして扱う傾向にある。

最後に、私たちは、極端な言論を保護しその登場を許すという行為を通じて、それを変えることが自由な言論の基本目的であるところの一連の精神作用のまさに具体例を私たち自身の前に提示することによって、極端な事例からしばしばベネフィットを得るというのも正しい。過激な言論は、最悪の場合、不寛容なマインドの産物または反映であることが非常によくあり、そしてそれだけで、自由な言論の制度を通じて克服すべき私たち自身のうちにあるものや私たちのコミットメントの対象を私たちに具体的に説明する。おそらく、皮肉なことに、しかしそれにもかかわらず説得力を

もって、「自由な言論（“free speech”）」の原理は、私たちが避けたいと切望するものを「保護（“protect”）」する働きをすると同時に、それを私たちの前にさらす働きをする。

ここでもスコークス事件は、全体の説明者としての役割という点で有益である。明らかに、あの事件に関連した言論活動は、自由な言論の原理を極端な程度まで力説した。結果としてその事件は注目を集め、その国の至るところで広まった寛容の適切な限界についての論争における対話は、そのすべてではないが、もちろん質の高い、驚くほどの量であった（それにはその事件についてのテレビドラマも含まれる）¹⁴⁾。その事件は、その多様な諸形式で、言論の自由の限界にだけでなく、さらに広範に、反ユダヤ主義の先入観の諸問題や諸争点に注目を集める一つのフォーラムを事実上提供した。その事件にそのドラマチックな力を与えたものは、その事件が自分の自由をよりよく保障するために悪魔と協定を結ぶことを内容としたことではなく、むしろその事件が、法的な手段であれ、非法的な手段であれ、これらの言論者たちを罰したいという欲求の背後で稼働する、より複雑で、あまり居心地のよくない一連の精神作用との対面を内容としたことである。

「自分自身の力や前提に疑いのないこと」を自分自身や他者に証明したいという願望は、ホームズが彼独自の方法で指摘したように「完全に論理的」である。私たち自身が持つ不正な資質が他者の行動に反映しているのを見るのは、極端に落ちつきを失わせ得る。つまり、そのことは、私たちが通常私たちのマインドから閉めだすものやあるいは検閲するものに私たちの注意を引きつける。しかし、私たちが高い倍率のもとでそれらの不正な資質をみるとき、その結果、私たちが自分自身の内部に感じるそれらの不正な諸傾向の可能性のある行き先を面前に置いたとき、そのような落ちつきを失った感情は、嫌悪感に変わり得る。そのとき、その行動と私たち自身との一切の結びつきを断ち切りたいという欲求は、比例して激しさを増す。私たちがそうでなければよいと強く望めば望むほど、それを認めることが苦しいほど、私たち一人ひとりが、ナチスによって映し

出されたマインドの性格の一面を帯びる。そして、私たち自身の持つ不寛容に対して私たちが感じる不寛容こそが、私たち自身のその一部の、外に現れ、誇張された似姿を検閲したいという私たちの渴望の一因となる。その極端な形では、たとえば、その言論者たちへの異議を唱えた者たちとの対面やその対面の恐れの中にも、私たちが——通常は恥ずかしさと当惑をもって——目撃するのが常であるところのその欲求が、一つの暴力的な応答としてその姿を現す。ユダヤ防衛同盟 (JDL) のように、ある者は、次のような方法で、つまり彼らがあたかも悪魔を恐れずに立ち向かう勇気を持っているかのようにその行動を見せるという方法で、このタイプの行動を一つの長所に変えようと試みる¹⁵⁾。しかしその欲求はまた、そんなに素朴ではなく、しかもより公式の形になることもある。

過激な諸集団は、もちろん、この抑え切れない応答の可能性によく気づき、可能な限り挑発的であるように彼らの行動に形を与えた。ときどきこれはかなりの巧妙さをもって実現された。もちろん、それは挑発だけをつけ加える。私たちがスコーク論争を吟味し始めたとき、そしてそのあとでも、私は、その事件が鏡の部屋の効果を持つと述べた。私たちは、正確に何が起こっているのかについて常に確信を持てなかった。繰り返しになるが、私たちはその感情がどのように生じ得るかを理解できる。混乱の一つの要因は、ナチスが伝達しようとしたメッセージに関するものであった。その第1審の申立ては、その示威運動の目的を、彼らの集会を開く権利に課された制約に対する抗議だと評した。したがって、それは、自由な言論の権利の否認に反対する示威運動になったが、その結果、表面上は、ジェノサイド、人種的憎悪、またはファシスト独裁制を唱道するための示威運動とまったく異なっている多くの段階からなった。だが、その行進のために選択された場所、彼らが着用しようとした服装、腕章、行進による彼らの身体の動きは、彼らが自分たちの自由な言論の立場をいったん手に入れたときに彼らが最終的に唱えたかったイデオロギー上の立場と同様の、それらのすべてでもう一組のメッセージがあることを示した。本質的に、その求めた効果は、彼らの立場に無害の「衣をまとわせる」ことであり——

この事件では皮肉にも修正第 1 条という隠れ蓑をまとったが——、そうしながら、それに挑発された行動がなおいっそう弁護の余地のないように見せることであった。

スコーク事件の訴訟のある裁判所が、スコーク事件の文脈で言論者と聴衆の一致という認識をほのめかしたことを特記すべきである。連邦控訴審判決の法廷意見の終わりの方で、裁判官たちがその法廷意見を書くことの難しさについての個人的な陳述をするところに戻ったとき、裁判官たちは次のことに「極端な悔恨の情」を表現した。つまり「人類が粗野で獣的な本能を隠そうとしてきた文明化というしばしば薄いコーティングを強化しようと試みた幾百年ののちに、今もなお、同胞である人類に対して強い嫌悪や罵りに訴える人びとがいる。……」¹⁶⁾この陳述についてとくに興味深いことは、ナチスとそれ以外の私たちとの間に何らかの共通性を異例なことに自発的に認めることである。そこで言及されている内面的な本能は、単に洗練されていない、文明化されていない集団のそれではなく、すべての人びとの条件の一部であり、そのために、文明はただ「薄いコーティング (“thin coating”)」を提示する。その選り抜かれた言葉による人間の条件についての評価に人がどんなに強く反対するとしても、裁判官たちが本件で問題となった不愉快な一つの真理を検閲しなかったことは賞賛されるべきである。だが、その真理は原告を非難するためにだけ提示されたのであって、その判決自体の正当化理由を打ち立てる可能性のある根拠として受けとられたのではなかったという点で、残念であった。

もしも、さらにそれ以上に不寛容の衝動の源泉を突き止めようとするならば、私たちは、その源泉が、なおさら潜在的に複雑になっていくのに気づく。説得されるリスクと攻撃されるリスクについての論争の表面的なレトリックの下で、その対面において稼働する情緒的なエネルギーの完全に悲劇的な底流が現れる可能性が残る。ユダヤ人は、集中キャンプの生存者であろうとなかろうと被害者である。彼らがドイツ体制下で受けたぞっとするような扱いは、言葉にできぬほどの非人道的行為の一つであるとあらゆる人びとによってみなされなければならない。しかし、その事件によっ

て加えられた被害はけっして単純なものではない。その被害は両親や親戚や友人を失うこと、または迫害の苦痛やその再発の恐れだけを意味しない。そのうえ、その被害は罪の意識が疑いもなく潜在的に重要な役を演じる、その事件についての思考方法を含意する。私たちは、ここでこの提案をさらに探究することができない。そして、いずれにせよ、その所見はしばしばなされてきたし、私がそれを行うのが余分なほど他の人によって議論されてきた¹⁷⁾。しかし、それは、本質的なアウトラインとして、次のような一つの感情、つまり十分に抵抗しなかったこと、他者が死に自分だけが生き残ったこと、あるあいまいな形ではあるが、おそらく弱さまたは何らかの積極的な行動を通じて、人びとの憎悪する事件の一助となったこと、の以上についての感情を内容とする。このような感情が現実にはいかなる根拠も持たないというのは、的外れである。というのも、それらは現実の感情であり、それだけで行動を起こす引き金となり得るからである¹⁸⁾。

自由な言論についての思考の諸目的からすれば、そのような行動は、コリンのナチスのような集団に対する過度に不寛容な応答への欲求であるかもしれない。このような集団は、罪の意識という争点を引き起こすとともに、それを否定する機会、つまり事実上それを検閲する機会を提供する。さらには、彼らのまさに攻撃されやすさが、誘い水となる。

スコーキ事件では、一つの注目すべき考え方がときどき聞こえた。その考え方は、裁判所の法廷意見には明示的に表面化しなかったけれども、これまで述べてきたことに影響を与える。それは次のような主張として通常表現された。すなわち、もしも私たちがスコーキ市でのナチスの行進の禁止を私たちに許すならば、私たちは、南部の白人も、黒人の市民権獲得の行進を「不快 (“offensive”）」¹⁹⁾だと判断したことを理由に、彼らにその行進の禁止を許さなければならない立場に置かれるであろう。もちろん、これはスコーキ事件での自由な言論の立場を支持する主張であり、またかなり説得力のある主張であった。しかしその真の説得力は、有効な線引きの問題を強調した点ではなく（というのも、私が前に主張したように、ナチス

の抗議と市民権の抗議とを区別できないという主張は納得できないからである)、あるいはそれらの事例の相違を合理的に説明する難しさの認識という点でもなく、むしろ双方の事例でなされた弾圧を支持する二つの主張同士の奇妙なかつ捉えどころのない同一性という点にある。その二つの事例を比較可能なものに見せているのは、私の考えでは、その論争に潜在的に巻き込まれている不当なまたは望ましくない動機の類似性であった。ユダヤ人が被害者の罪の意識を内面的に検閲したいと思うのと同様に、そして、私たちがみな私たち自身のうちにあるナチの断片の罪の意識を検閲したいと思うのと同様に、そうだとすれば、また南部の多くの白人も、癒すべき彼ら独自の罪の意識を持つ。したがって、それは単に南部の白人が直面した問題ではなく、人の持つ不寛容が適切な考慮事項によって基礎づけられていたことを説明し、ただ彼ら南部の白人の不寛容はそうではなかったことを説明するものであろう。その要点は、スコーク市での不寛容が正しい理由によって実行できなかったということではなく、しようと思えば不寛容が実行されずに済んだのに残念であるということであり、不適切な不寛容が現れる可能性こそが説明を非常に難しくしているということである。

ここで誤解されないように注意しなければならない。前述したように、その要点は、多くのユダヤ人が被害者として感じる罪の意識が現実において正当化されるということではなく、またユダヤ人が必ずこの点に気づくとかあるいはスコーク事件でその罪の意識によって動機づけられたとかいうのではない。そして、スコーク市におけるユダヤ人が、スコーク事件を考えるうえでそのような説得力のあるイメージを演じた想像上の白人の頑固者と、一定の心理的な意味以外に多少なりとも潜在的に類似していたとはたしかに言われていない。むしろスコーク市でのナチスのような集団に対して不寛容な態度をとることについて、正しい理由だけでなく、正しくない理由もあることを理解することがそのねらいである。したがって、その要点は、極端な事例では、あるタイプの内面的な検閲が現れる可能性 (*potential*) があるということであり、その可能性が、その極端な事例を、

自由な言論の原理が本気で取り組むことにかかわりのある問題と対面するための重要な文脈に作り変えることである。

そのとき、過激な言論との社会的な対面の文脈において生起し得る、少なくとも三つの主要な利点が存在する。重要ではあるが、おそらくそれだけでは過激な言論を寛容に扱うことを正当化する理由となるほどの意義ではない第一の考慮事項とは、自由な言論の概念がそのより広範囲に及ぶ象徴的な役割を果たすために過激な言論が役立つということである。勇気という長所を鼓舞するために制作された記念碑と同じように、寛容の極端でかつかなり拡大されたヴァージョンは、私たちの注目をよりよくひきつけることができる。

より根本的な二つの考慮事項は、過激な言論の典型的事例で働き、一方の考慮事項は、他方のそれへと導く。最初のものは、過激な者たちが、稼働中の不寛容なマインドのそのパラダイムをしばしば表わすことであり、その結果、それに対抗する措置をとることが自由な言論の原理の目的であるところのまさにそのマインドの資質を具体的に示すことである。この点で、私は、多くの人びとが行うように、多くの過激な者たちが自由な言論に反対する見解を抱いたり唱道したりするという事実と言及しようとは思わない。むしろ私は明るみになったマインドのより一般性のある資質について話している。つまり、彼らの持つ信念や他者の信念に対して抱く彼ら自身の態度、人間に関する事柄につきまとう不確実性に対処する彼らの能力の欠如、そして、言論の自由に対する彼らの態度をその一部とするにすぎない単純でかつ明白な答えを彼らが求めることについて、話しているのである。これらの人びとにとって、言論は不寛容を現す一つの武器であり、そして、彼らは、彼らの行動によってその社会が自由な言論の原理を通じて回避しようと誓ったものを表わす。

善行に賞を与えることが、あるコミュニティがそれ独自のアイデンティティを生み出し、その価値を定義する一つの方法であるのと同じように、そのコミュニティのほとんどが回避したいと望んでいる行動をそのコミュニティ自体の前にさらすという逆の方法によっても、同じ目的を達成

することができる。マインドまたは行動の望ましい状態に達するためのエネルギーは、どちらの方向からも生じ得るが、自由な言論に関しては、私たちはモンテニユー（Montaigne）の方向に従う。

世の中には私と同じく、よい手本を真似るよりも悪い手本に逆らうことによって、追従よりも、忌避によって、教訓を得る性分の人がいる。大カトーが、賢い者が愚かな者から学ぶことのほうが、愚かな者が賢い者から学ぶことよりも多い、と言ったのはこの種の教訓を指したのである。またパウサニアスが述べているあの古代の琴弾きが、弟子たちを向かい側に住んでいる下手な琴弾きのところへ行かせ、不調和な音と間違った調子を嫌うことを学ばせたというのもそれである。残酷の恐ろしさは、いかなる寛容のお手本にもまして、私を寛容へと駆り立てる。上手な騎士をみるよりも、代言者やヴェネツィア人の下手な乗り方を見るほうが私の乗馬の姿勢をなおしてくれる。うまいしゃべり方よりもまずいしゃべり方が私のしゃべり方をなおしてくれる。毎日、他人の愚かな態度が私を戒め、私に忠告する。心を刺すもののほうが、快適なものよりもいっそう心を動かし、目ざめさせる。現代は、逆向きになって、手本に一致するよりも、逆らうことによって、類似よりも相違によって、自らを改良するしかない時代である。私は、よいお手本からはほとんど学ぶところがなかったから、悪いお手本を用いてそこからいつも教訓を得ることにしている。私は激情的な人を見るとそれだけ感じのよい人間になろうとつとめた²⁰⁾。

過激な言論の事例では、類似の現象が稼働することがよくある。それは伝統的な修正第 1 条の観点からみて皮肉なことではあるが、それにもかかわらず、過激な言論は、実際のところ、それが伝達した態度のうちのそれほど明示的ではないものに萎縮効果を及ぼすことがたまにある。おそらく過激な言論は、それと同じ思想のうちの外見上より無害なヴァージョンの背後に潜む全潜在能力を私たちにさらに意識させるように促す²¹⁾。いく

つかの思想には、これは非常に望ましいかもしれない。

しかしながら、過激な言論の保護が引き起こすものは、不寛容なマインドの拡大図をみて、私たちが健全にもたじろぐことだけだと考えるのは、重大な誤りであろう。通常、過激な言論との対面はそれ以上の複雑な事態を抱える。その誤りは、この種の諸事例が、まさに自由な言論の原理の機能が対面するその種の過度な不寛容または過剰反応の可能性を実際には伴わないと考えてしまうことであろう。事実はその逆である。というのも、このタイプの諸論争においてこそ、もっとも過度な応答が考慮に入れられ、かつ行動に移されるのを非常によく見るからである。これらの人びとのまさに「弱小さ（“puniness”）」は、ホームズが「迫害（“persecution”）」の起源を構成するものとして語ったそれらの願望をデモンストレートするための材料として、彼らを都合のよい、かつ魅力のある集団に作り変えるのであり、そして、彼らの過激さは、根底にある怒りの発散を合理化する口実を提供する²²⁾。その拡大現象だけが、不寛容の行為を用いて関係を絶ちたいという切実な必要性を際立たせるのであり、それゆえ、その言論者たちは、身代わりの手近な材料を提供する。

最後に、繰り返しを用いて強調するために、ここでも次のことを言わなければならない。つまり私は過激な言論に対する不寛容が、不適切な考慮事項または動機につねに染まっていると示唆しているのではないということである。むしろ、その趣旨は、たとえ課せられた制約または罰則がそれだけをみた場合には過度ではないときでも、これらの諸事例での不寛容は、正しい動機どころか不正な動機によっても行うことが可能なのだ（*may*）ということである。何事においても、良いことは、不当な理由からでもやれるので、言論の自由についてその理由がもっとも問題となるものである。たとえば、反ユダヤ主義がその社会内の一潜勢力であることに對する一種の否認としてナチスが禁止されたかどうかについて私たちは気にかけるべきである。

結局、以上述べたことが、単純ではあるが決定的に重要な点につながる。すなわち、極端なものは、不完全であることが避けられない世界、つまり

適切な線を適切に引くことを誰にも任せることのできない世界の枝葉末節のコストとして理解されるべきではなく、むしろ自由な言論の原理の中心的な機能に欠かせないものとして理解されるべきである。

検討されるべき第三の最後の主要な理論的な争点は、憲法規範の解釈を司法府に任せることが民主制下において意味があるかどうかである。これは、法学の文献で頻繁に議論された問題である。典型的には、司法審査の提唱者たちは、行きすぎた多数者に対抗する何らかの防壁、つまり統治制度の権力に好意を示すが、世論の支持を受けた政府のその日常的な圧力からは独立した防壁を設けることが望ましいと主張する²³⁾。私はそれらの主張について詳しく述べることに、あるいはその全体的論争の解決を試みることをここでは望まないが、私は、私たちが本章でさらに詳しく輪郭を明らかにしたような自由な言論の原理のために、司法的執行制度の一般に見落とされた、いくつかの利点を明らかにしたい。私が今まで説明したように、寛容の原理は、そのコミュニティ全体が自己改革機能を果たすことを目的とし、そのために作られているのであって、司法審査の機能について議論する出発点としてしばしば想定されているように、政府に対抗する多数者か、または多数者の匙加減のもとで不公正な取り扱いに対抗する少数者のどちらかのための盾を提供することを目的としそのために作られているのではないということを明記しておくべきである。あのより深いレベルの社会的機能に照らすならば、私たちは、自由な言論の理念を司法府に執行させることのベネフィットについて何を言うことができるか。

自由な言論の原理の成功は、寛容の行為のための系統だった原理または寛容の行為についての説明を提供できるかどうかにかかっている。そのような一貫性のある、はっきりと表現された説明を欠くならば、不寛容を寛容よりも好ましい選択肢に変えてしまう動機についての混乱や不確実さが、言論活動への法的抑制を求める圧力を生み出し続けるであろう。この必要性を心に留めておくとき、私たちは、自由な言論の理念を司法府によって執行されることのベネフィットを明らかにすることができる。

第一に、(文書の中で) 寛容を支持する理由を宣言する発言者の数が限ら

れていることは、一貫性のある説明をいっそうもってもらしくすることができる。さらには、裁判官たちが、自由な言論の原理の最終目標と同じ中心的な知的倫理を持った職業集団の一員であるということが重要だと見なされ得る。他のどの集団よりも、ある程度まで、裁判官たちは、寛容なマインドを修得していることを期待されており、彼らの個人的な信念や好みをひとまず脇に置く能力を持つと期待され、そして、裁判官たちがその社会の法を解釈し、執行しようとするときに、彼らに随行するその衝動を制御するように期待されている——たとえば繰り返し観察されたスコーク事件における裁判官たちのように、そのことは想起され得る²⁴⁾。たとえば、裁判官としてのホームズの偉大な名声のその良質な部分は、彼が彼の個人的な信念を彼の裁判官としての義務から切り離すその能力に拠っていた。先ほどと同様にここでも、そのモデルが十分に望ましいかについてだけではなく、実際にその目的が達成されるかについて、重要な複雑な事態が、この中心となる裁判官のエートスの周りを取り囲んでいるけれども、私たちは、その制度の性質を定義する際に、これらの複雑な事態によって裁判官の根本的な役割を不明瞭にさせないことが重要である。端的に言って、その理想的な裁判官は、いくつかの重要な面で、自由な言論の原理によって追求されるマインドの資質の模範となる具体例であり、したがって、私たちがその原理を守り執行する仕事を裁判官たちに割り当てるべきであることは適切である。

見分けることまたは明確に表現することさえ難しいのだが、自由な言論の実際上の働きにとって潜在的に重要性の高い、司法制度の二つの決定的な属性が存在する。その一つは、司法府というのは、その判決を執行するための処分権という点で一切の権限を持たないので、自らの行為の効力を生じさせるのに必要な他者の「寛容 (“toleration”）」を確保できるそれ自体の持つ能力に、もっとも依存している統治機関であるということである²⁵⁾。この他者への依存が、より良い制度的理解や寛容という精神作用の全体についての評価を誘導したとしても、もっともなことである。

第二の属性は、自由な言論の原理の下で寛容という選択をする責任につ

いてのあいまいさ、不確実性に由来する。私たちは、不寛容の衝動の分析の中で、寛容を選択したことが信念または意思の弱さを暗示するのではないかという感情からも少なくともその衝動の一部がどのように生じるかを記述した。そのような感情は、私たちがいまでは理解できる新しい自由な言論にとってなくてはならない極端な事例において、特に強いようである。したがって、寛容のための決定において一切の選択の余地がなく、それゆえその選択の責任の一端も負わないという印象は、不寛容に行動しようとする要求を和らげるのに役立ち得る。この最終的な意思決定者についてのあいまいさは、自由な言論の原理を執行するための憲法的及び司法的制度の中心にまさに存在する。その「裁判官 (“judge”)」、つまり選挙とリコールに服さない者は、最終的な意思決定者のように見え、また、解釈される法典（合衆国憲法）は、その改正など実際にはまったく考えも及ばないようにさせる一連の社会的態度でその身を固める。そのような制度の実際の結果は、具体的事例で、不寛容の要求が極端に高まるときに、寛容をいっそう好ましいものに変えるための手段が自由な言論の構造自体に存在するということであり、それゆえ、そのことが、その一般原理のアイデンティティを失わせないのである。同時に、訴訟の場面は、寛容な態度をとることが難しいと感じる者が、不寛容を支持する彼らの「答弁 (“plea”)」をはっきりと表現するために都合のよい文脈を提示するとともに、その訴訟の結果からも、さらにはその結果に関する「責任 (“responsibility”)」の少なくともその一部からも、彼ら自身を切り離すために都合のよい文脈を提示する。（もちろん、彼らは、それでもなお司法の命令に従うかどうかを決定しなければならず、その程度までその言論を寛容に扱わなければならないが、一つの重要な新しい要素として典型的に理解されているもの——一般的には法制度の尊重——が、ここで全体の計算に入れられた。）

この最後の点に関して、私たちは、とくにスコーク事件において、その裁判官自身の行動に反映した、まったく同一のプロセスをすでに述べてきたとすることができる。寛容の緊張があまりに強くなるとき、つまり法の根底にある信念および価値が、その裁判官が深く支持する信念および価値

と対立するとき、私たちは、典型的には「すでに決定済みの (“predetermined”)」法的結果を変更する権限を放棄することによって、その裁判官が選択の余地がないというポーズに頼るのをよく耳にする——それは、脱走奴隷法の執行にあたった南北戦争以前の南部の裁判官たちの行動について、ロバート・カヴァー (Robert Cover) 教授が私たちに非常に説得的に例証してくれた現象でもある²⁶⁾。

したがって、重要なのは、修正第1条が社会の同意という点であいまいな地位にあることである。ある意味で、それは「私たちのもの (“ours”)」であり、私たちが欲しいと主張するものを反映するが、もう一つの意味では、それは、私たちの統制を「越えて (“beyond”)」おり、私たちに「課せられて (“imposed”)」さえいる。同意についてのこのあいまいさと修正第1条が、修正第1条の議論や実行のために有益な環境を生み出す。その過程 (*process*) は、本気で取り組むように意図された問題のためによく作られている。司法の執行過程は、言論に反対する人びとに、言論に抗議するための制度化された一つの手段を与え、それゆえその言論に関する自らの立場を表明する機会を少なくとも部分的には与え、そして (もし司法判決が寛容の側に立つならば) ——部分的にまたはあいまいに——「彼らの統制を越えた (“beyond their control”)」結果を与える。したがって、裁判官たちは、その言論の前進を許すか許さないかの判決の責任をとるという機能に仕え、その過程において、抗議する者から、責任の負担を取り除く。(おそらく、そのことは刑法の行政上および司法上の執行が、有益な心理的距離を公衆に提供するときのそのやり方に、つまり刑の執行が一方で激怒や憤りの感情に表現を与えると同時に、他方で比較的より慎重な手続が犯罪者の訴追と処罰を取り扱うというやり方に似ている。) 結局、自由な言論は、単に通常の立法過程での一般的な戒めのまま放って置かれるよりも、現在自由な言論が機能しているその仕方で、寛容をより可能にさせるのに役立ち得る。

私は本節を二つのコメントで締め括りたい。第一に、私は、選択の余地がないというポーズが、不寛容という衝動から見て完全によいものだと

か、完全に満足できるものだとここで主張しているのではない。寛容な態度をとることのできる能力についての極端なテストを要求する一つの制度では、まさに誰が寛容の選択を行っているかという点で、多少のあいまいさがあることが、その制度を発展させると私は言っているのである。他方、その文脈はまた、その判決結果の容認を許さなければならない。というのも、もしそうでなければ、私たちは、少なくとも言論の自由への何らかの忠誠に関する利益を持つことができて、他の一般性のあるアイデンティティについての一切の利益を持つことができないからである。「私たちの (“Our”)」合衆国憲法は、裁判所による執行という憲法自身のやり方で、双方の判決結果を許している。

成功した制度の本質は、それらが難問に対する微妙でかつあいまいな解決のための余地を残すところにしばしば見出される。そして、これは、自由な言論の制度の下でも当てはまると言えるであろう。私たちは、修正第 1 条の構造的意味をこれまで以上にさらに調べる必要がある。第 7 章では私たちは自由な言論の諸事例における司法の役割を明らかにする問題に戻る予定である。

II

要塞モデルが主張するように、今日の人間社会には、社会内のさまざまなマインドの相互の寛容を手に入れるという重大かつ困難な問題が存在すると主張することは正しい。しかし、次に述べる衝動の他の二つの根本的な側面を理解することも正しいし、極めて重要である。すなわち、第一に、いま問題にしている人間の感情は、ある種の信念の保持または唱道の法的抑制、つまり自由な言論の原理が直接かかわる事柄についてだけ、社会的に問題となるのではない。第二に、それらの感情を制御するという課題は普遍的であり、言ってみれば、私たちは、誰でも (*all*) 私たちのそれぞれの社会的役割において、多かれ少なかれ、この課題に本気で取り組まなければならない。それはほんの一部の人びとのもつ悩みの種なのではなく、多数者のもつそれでさえない。もしも、その衝動についてのこれらの確認

した諸特徴に、その基礎的な課題について私たちがいまでも教えられることがあるという前提をつけ加えるならば、私たちは、自由な言論の新しい理論的なパースペクティブのための基礎を手に入れることになる。

第3章では、信念や言論に対する不寛容の背後にある衝動が、実際にはより広い範囲に及ぶ現象や社会問題の一つの特殊な現れにすぎないという考えが提出された。そこでは、その考えは要塞パースペクティブを批判する根拠として登場し、つまり次のことを示唆する根拠として登場した。すなわち、すでに述べたように、その議論で明るみにされた一般的に存在する無能力は長いあいだ自由な言論の理論の頼みの綱であった民主制および真理探求の諸過程を突如疑いのなかに投げ込んだこと、またその無能力は過激な言論の保護から手に入れることが期待できた利益と釣り合わすべき過激な言論のリスクを際立たせたこと、さらにその無能力は一番重要な利益、すなわち法的に守られた話す権利自体を圧倒し、水泡に帰す恐れがあったことを示唆する根拠として登場した。だが、要塞モデルが想定するリスクが、そのモデルが予測したほど重大または実質的であったかどうかとも疑問であったし、私たちは、いずれにせよそのリスクが実際にそれほど高くないのだとすれば、自由な言論が果たす役割があるといえるのかどうかにも疑問を呈した。

ところで、人間の行動についての要塞モデルが行った洞察のなかで、私たちは、自由な言論を擁護するためのもう一つの根拠を理解した。すなわち、自由な言論は、私たち自身をもつ信念やアイデンティティに対する私たちの態度に関連するより広範囲に及ぶ問題を解決しようと努力するための制度化された一つの手法であり得る。その原理のもとで組織された社会的な過程を通り、その社会はより広範囲に及ぶ社会問題に光をあてる。つまり、その分離された文脈でその問題と対面することによって、その社会は、その衝動の力に対抗して行動の一つの領域を保護しようと行動するだけではなく、その全体の問題に本気で取り組もうと行動する。自由主義の理論が、歴史的に証明された過度の不寛容への傾向という恐ろしい現実を嘆き悲しむとき、私たちが、単に小さな領域でその悪しき傾向の影響を制

御することによってではなく、洗練された教育的方法を用いて、その悪しき傾向の対処に関わる何らかの制度を私たちがなぜ確立してこなかったのかと疑問を感じるのは、合理的である。アメリカ社会において、自由な言論はそのような一つの制度になったのかもしれない。

このように発展してきた理由の一端は、要塞モデルが黙示的に自分に都合よく認め、利用したある現象に、つまり自由な言論が単なる結果以上のものであり、それどころか社会的な事件 (*event*) でもあるという現象に起因するかもしれない。人びとが裁判所に集まり、彼らがその原理にかかわる重大なことについて賛否両論を提出し、裁判官たちがその賛否両論を聞き、次に彼らは、長年にわたり発展を遂げた諸基準に照らして擁護し正当化しなければならない判決に到達する。私たちが自由な言論を実行するために生み出したその過程は、言論保護の根拠やしたがって言論保護から引き出す社会的意味を、私たちが議論し明らかにする一つの手段を意味する。まさに現実的でかつ実践的な意味において、その過程は、私たちが自らの知的態度とそれに基づく私たちの行動に形を与え、影響を与える機会を持ち得る、社会生活のうちにある一つのフォーラム (*forum*) である。

しかしながら、自由な言論がこのような機能を引き受けるためには、私たちが不寛容への衝動と呼んだものを構成する、私たちが制御することを求めるその感情が、人間行動の広い範囲を横切って進むと理解されるだけでなく、社会の全成員によって普遍的であると理解されることも肝心である。というのも、そのような認識のないところでは、同情だけではなく本心からこの問題に本気で取り組みたいとは思わない性向や、その欠点に悩んでいると思える者に対する優越のポーズに滑り込みたいと思う性向が存在するからである。人間性がこのようなものだとするならば、分け持たれた経験は、共感可能な、それゆえ意味のある議論のための基礎を提供する。ネアーが、ユダヤ人やその他の人びとに、なぜナチの行進がスコーク市において保護されるべきであったかを正当化し始めたとき、彼は、彼もユダヤ人で、集中キャンプの犠牲者になることを辛うじて避けられたという陳述からその主張を切り出した。ホームズは、彼自身が兵役の経験があ

り、さらにそのうえ負傷者であると記しながら、戦時の国家の窮状について確信を持って語ることがよくあった。このような例は、尽きることがなくさらに続けることができる。分け持たれた経験かあるいは共通性の認識は、厄介な争点や懸念に本気で取り組むことをより容易にさせる。それに対して、次の場合には、聞き手のマインドの中のその感覚を減少させる。つまり、言論者が聞き手の感情を理解しなかったり、軽視したりする場合であり、また、言論者たちが彼ら自身を聞き手よりも優れているとみなし、批判のための好機を、彼らがその批判される欠点を分け持っていないと主張するための機会として利用する場合である。したがって、それ〔分け持たれた欠点や経験〕は、コミュニケーションを駄目にするどころか、促進する。

不寛容への衝動の広い活動範囲の承認をもって、自由な言論の原理の社会的な関連性の拡大を理解することが可能になる。この点に到達するためには、私たちは、古典モデルおよび要塞モデルの基礎的前提のいくつかを融合し、展開させることによって自由な言論の原理の意味を再構築しなければならず、その一つの方法として、後者のモデルが明らかにした短所を探究するとともに、前者のモデルが提示した改良への希望という感覚を持ち続けることである。協力し合って、この二つのモデルは、きわめて重大な一つの社会的争点の持つ適度なあいまいさを反映する。

III

それゆえ、私たちは、自由な言論の意味についての一つの新しい、これまでとは別のパースペクティブのその原理を理解する。私たちはそれを一般的寛容理論と呼ぶことができる。この見解では、自由な言論の社会的な機能は、独立の価値を持つものとして言論それ自体の活動を保護することよりも、むしろ不寛容の行為の背後にあるマインドについての一つの焦点を提供することである。

自由な言論が、言論活動の保護だけではなく、言論活動に対する反応や、その反応に反映された個人的価値に対するさらなる反応にかかわると理解

することは、その原理が仕える目標についての私たちの考えをかなり変化させる。私たちは、不快であるとか脅威を与えると考える行動に対して、そのコミュニティが自己抑制の仕方を学習することがどれだけ重要であるかをすでに理解した。それは、政治的なものから職業的なものに至る、さまざまな社会的相互行為に関連する一つの思考方法 (*way of thinking*) を誘発することをねらう。重要なことに、このパースペクティブは、自由な言論の社会的なベネフィットには単に真理の獲得だけが含まれるのではなく、さまざまな社会制度の運用にとって重要な知的態度——つまり多方面にわたる規律や職業上の責務にとってまさに重要な、私たちの政治の基礎をなす妥協の精神と自分の信念から距離を置く能力——の開発も含まれると理解する。

また、そのパースペクティブは、不寛容への衝動が私たちに課す負担あるいは私たちがそれを行行使することによって私たちが私たち自身に課す負担を、集団的にも、個人的にも、避けることができるというベネフィットを約束する。その不寛容への衝動の強い要求から逃れること、さらに正確に言えば、その支配力を弱めること、私たちにその悪しき思想の亡霊を根絶するように駆りたてる恐れや懷疑を自分で制御できる支配者になることは、もっとも重要な功績である。これは、本書の最初の方で参照した人びと、つまり、恐れと不寛容を結びつけ、寛容と恐れのないことを結びつけたミクルジョンとホームズのような人びとがすでに述べたこととして解釈できるものである。その考えは、ブランダイスが、*Whitney v. California* 事件判決の彼の書いた判決理由の中で、その修正第1条の目的についての決まり文句の繰り返しの多い説明に混じって、より明示的に捉えたものであった。すなわち「人間は魔女を恐れ、女性を火あぶりにした」と彼は書き、次のように続けた、まさに「[[自由な] 言論の機能とは、ばかげた恐怖心という拘束から人間を解放することである。』²⁷⁾」ブランダイスは、自己コントロールの重要性を認めた。そして、彼はこの考えが犠牲者として制裁を加えられずに済んだ者だけではなく、犠牲者に対して不正を行うコストをただ使い惜しみした者にとっても、ベネフィットをもたらすということ

を認めた。魔女を火あぶりにした者の場合には、その利益は、彼らが薪を集めなくてもよいというほどのつまらない節約をはるかに越えていたであろう。つまり、その利益は、おそらく、彼らに蛮行を手ほどきし、その蛮行に随行したに違いない恐れや罪の意識によって生じたその苦悩から、彼らが自由になることを意味したであろう。

ここで、ウィグモアとともに、彼と同じように次のような疑問を抱いたその他の人びとによる非難に答えることが可能になる。その疑問とは、極端な事例での自由な言論は、リバティやフリーダムに対する過度の心酔の産物であり、秩序や節度を求める社会の必要性についてのバランスを欠いた判断の産物であり、あるいは、真理探求や民主制の統治への社会のコミットメントの頑迷な誤用の産物でしかないというものである。その問いに対する答えは、次のように説明される。一般的寛容の機能の下では、自由な言論は、私たちが望むどんなものも行う自由を保持することだけに、あるいは一般に使われている用語でいえば、真理または民主制を促進することだけにかかわるのではなく、マインドのある能力の開発、つまり、ある思考方法にかかわるからである。つまり、自由な言論は、その他の諸目的も、当然自由な言論の目的もすべてを妨害し、言論規制についての判決でも遭遇する、すでに気づかれているあるマインドの偏見に、勇敢に立ち向かうことにかかわるからである。ウィグモアが正しかったのは、自由が被る危険を大げさに言う傾向と、不寛容を求める社会の必要性を控えめに言う傾向についてであった。だが彼は——他の多くの人びとと同様に——、私たちの中に入り、ある考えを唱道しそれに基づき行動するためにやってきた者に「その口を強打する」²⁸⁾ように——たとえ合法的にそうするとしても——私たちを導く衝動を制御することを助けるという点で、自由な言論が重要であることを理解できなかった。

それゆえ、この意味において自由な言論は、陪審制度のような他の領域で私たちが言論に対して行うことと矛盾しない。陪審制度において、私たちは、自由な言論の原理をもって私たちが行うように、その衝動を制御する手段を探し求める。といっても、一方は言論を制約し、他方は言論を寛

容に扱うというように、それぞれ別々の方法がとられるのだが。厄介であるが（しかし自然な）一つの思考方法についての懸念は、それぞれの領域における私たちの行動を統一するものである。

多くの点で自由な言論の原理は、すでに気づかれている問題に対するアメリカ人の典型的な応答である。ミルのような理論家たちが、あらゆる行動の形式（言論またはその他）に対するすべての社会的な反応のその正しさを測るための手段として、単一の標識を作ろうとしてきたのに対して、この社会は、全体をカヴァーする従うべき単一の規則を備えたアプローチではなく、むしろ私たちに従わせる「ルール（“rules”）」の射程を越えていると思われる——正確には私が思う——問題について実行可能な妥協に、ある乱雑な方法で到達することをねらった、権力を与えたり控えたりとの混合、すなわち一種の抑制と均衡を備えたアプローチを徐々に発展させてきた。

まさにこれが、自由な言論の原理がこの社会を引き付けるその強さをもっとも十分に説明する。それは、私たちが判断の難しい事例で自由な言論を擁護するときに「問題なのは原理なのだ（“the principle that matters”）」と言うときに思い浮かべるものであろう。その「原理（“principle”）」は、必ず社会的な相互行為の全体にわたってある役割を演じるにちがいないが、それでいて手におえない傾向がある感情についての、自己コントロールの能力を象徴的にデモンストレートする一つ的手段として、被害を及ぼす行動に対して通常以上の自己抑制を行使するという選択を意味する。この世俗的な文脈で、私たちは、宗教的な修業と同じように、つまり一般的には厄介であると思われる衝動に対して自己コントロールの可能性を再認識する誘惑に、自ら進んでしかも通常以上に身をさらすことの個人的な意味と満足を手に入れる。私たちは、社会生活を広範囲に横切って進む感情についてのこの懸念によって、自由な言論を他の何よりも広範な射程と意義を持つ私たちの最重要な憲法原理として理解するに至る。

第5章では、私たちは、自由な言論の意味についてのこの考えが、その主題に関する古典的な文献の中でどのように見出され得るかを調べる予定

である。もっとも、読者は注意深くそれを探さなければならず、そのとき、読者はその議論の表面に突き出た破片としてのみ、しばしばその証拠を見ることになるけれども。なぜそれがそのように隠れたままでよかったかの理由を明らかにするのは困難ではない。第一に、修正第1条の文言は、「言論の自由 (“freedom of speech”)」の「制限 (“abridgement”)」を禁ずると規定しており、だとすれば、なぜその活動がその保護された特権に値するほどの価値を有しているかを見定めることに注意を向けるべきであったことはまったく自然なことである。第二に、言論活動のうちのもっとも価値のある具体例の、そのまた中核となるものとの関係に言及することによってのみ理解できる周辺的な重要性を持ったものとして、極端な事例と思われるものを扱うことは、法的思考において一般によくあることである。第三に、リーガル・マインドは、類似点ではなく、相違点の説明を理解するための訓練と実践によってその下地が用意される。第四に、私たちはその原理の初期の機能の視点から、つまり各個人とともに、市民から構成されるコミュニティの双方の、主権国家からの「自由」という視点から話される自由な言論のレトリックを受け継いできた。

おそらく、言論の自由の理念の社会的意味の交代を正當に評価するうえでの主要な知的障壁は、理念が時の経過とともにその社会的意味を変え得ることを、そして、さらには極限にまで押し進められる活動はそれが適度に追求されたときに持っていた意味からその意味を変え得ることを、暗に認めたがらないことである。自由な言論の意味を三つの基本的な段階を踏んだ発展過程と考えることが有効であろう。第一の段階には、アメリカ革命期のように、人びとは彼ら自身のために基本的な政治的権力および権利を確かなものにしようと努める。この時期には、人びとは政府の不正行為に対抗する保護を純粋に要求する。次の段階では、そのような戦いは、政府に関しては大方勝利したが、人びとに対抗する場合にはそうではない。社会それ自体が、民主制の統治制度の本質的な要素を犠牲にする強い傾向を残している。

最後の段階では、もっとも重要なことに価値のある言論活動という構成

要素を含む統治過程の基礎的な原理が確実なものとなる。その社会は、一定の安定期に達しており、そこではその中核となる価値観がほどよく明確であり、広く受け入れられている。だが、広範囲にわたる一つの社会的機能が取り残されている。その機能が働くところでは、ある思考方法が、必要であるとともに望ましいとはいうものの、多少疑念がある。ここでは、その焦点は行動の一つの形式（言論）から、重要なことに遠く離れ、その行動の反応の背後にあるその一連の精神作用に移動する。その行動が確実に保障されればされるほど、自己を省みることは、より内面的、自省的になり得る。だが懸念の原因をもたらす一連の精神作用は、言論活動とその言論に対する不寛容の活動の双方に存在する。ある選択肢が双方の一方または双方におけるそれを禁止するために利用できるが、その選択肢は双方の一方を慎重に選ぶために採用される。

ここでは、その一連の精神作用が言論を用いた相互行為においてだけではなく、その他のところでも存在するということが重要な事柄になる。そのとき、言論を寛容に扱うことは、そのより広範囲に及ぶ象徴的機能を担う。その過激さの意味は、一つにはその機能に仕えることである。まさにその点において自由な言論の名の下でなされたものの意味が変化する。

注

第4章

- 1) Restatement (Second) of Torts, Sec. 599 (1965): 「対話が他方の話者のコミュニティの評判を下げるほど、あるいは第三者に彼との交際または付き合いを思いとどまらせるほど、その他方の話者の評価を害する傾向があるときには、その対話は名誉毀損的である。」 Id. Sec 652 D, Publicity Given to Private Life. See also *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). この事件で弁護士は、彼が「レーニン主義者」および「共産主義の前衛」であると述べる記事によって損害を受けた。（注意：連邦最高裁は、憲法解釈によって文書名誉毀損法理の再構築を実際に行ったが、困惑させる事実の公表によるプライバシー侵害というコモン・ロー上の不法行為が、憲法的な非難を乗り切れるかどうかをまだ表明していない。）
- 2) See, e.g., *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960); *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 499

(1958).

3) Mill, *On Liberty* (see chap. 2, n. 23), 38-39. (なお邦訳はミル著・早坂忠訳「自由論」『ベンサム・J. S. ミル』世界の名著 49・中央公論社 (1979 年) 250 頁による。)

4) Besides Mill's *On Liberty*, see Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (see chap. 1, n. 22); Hart, *Law, Liberty, and Morality* (see chap. 2, n. 37); Devlin, *The Enforcement of Morals* (see chap. 2, n. 37); H. L. A. Hart, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality," in his *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press 1983), 248.

5) スコーキ事件では、市当局が示威的および表現的行動を規制することはもちろんのこと、ある種の軍服を禁止しようと試みたことが想起されるであろう。イリノイ州控訴裁判所は、示威運動に対する下級裁判所の差止命令を部分修正し、制服着用と鉤十字章の紋章の誇示だけを禁止した。51 Ill. App 3d 279, 9 Ill. Dec. 90, 366 N.E. 2d 347 (1977): 「スコーキ市の数万人のユダヤ系住民は、鉤十字章のために激しい嫌悪を感じたし、被告人たちの選択したシンボル、鉤十字章という形式でそのユダヤ系住民の道に投げつけられる面と向かっての罵りの言葉にすぐに応答したであろう。人種のおよび宗教的憎悪の罵りの言葉は、保護されない言論である……」(引用文を削除) 366 N.E. 2d at 357. その控訴裁判所の判決の一部を棄却しながら、イリノイ州最高裁判所は、Cohen 判決を広範囲にわたって引用し、次のように結論を下した。

鉤十字章の誇示は、それが想起する記憶がそうするように、自由主義国家の諸原理に対して不快なものとして、それを誇示する者の信条を公衆に伝達することを意図した象徴的な政治的表現である。それ(鍵十字章の誇示)は、私たちの意見では、「喧嘩言葉("fighting words")」の定義には当てはまらず、その原則は、事前抑制の強い違憲性の推定を克服するためにここで使うことはできない。

さらに、私たちは、その鉤十字章が喧嘩言葉を意味しない一方で、それでもやはり、その鉤十字章の誇示が差止めされ得るほど公衆に対して不快であり、静謐を脅かすと判示することはできない。私たちは、この象徴がスコーキ市のユダヤ系市民たちにとって嫌悪を催させること、またナチの迫害からの生存者が彼らの回想で苦しみ、その誇示についての激しい感情を持つかもしれないことを疑ってはいない。だが、この要素が被告人たちの表現の差止めを正当化しないことは完全に明らかである。69 Ill. 2d at 615.

6) 言論に対する不寛容と外国人に対する不寛容との相互作用についての上質の説明のために、Chafee's *Free Speech in the United States* (see chap. 2, n. 5) を読むことを勧める。

7) 訪米したイラン人に対する暴力や暴力の脅威による人質事件の間に夥しい量の報道があった。カーター政権は、「抑制("restraint")」を求める呼びかけを發し、司法省は、起こり得る市民権侵害の事件を調査する意向を表明した。See, e.g., "Demonstrations by U.S. Students Are Revived by New Iranian Move," *N.Y. Times*, 19 November 1979, A14, col. 1; "American Assail Iranians Rallying in Washington," *N.Y.*

Times, 10 November 1979, A6, col. 4; "Iranians in U.S. Fear Retaliation on Two Fronts," *N.Y. Times*, 22 November 1979, A18, col. 1; "Civiletti, Citing 'Rule of Law,' Urges Restraint Towards Iranians in U.S.," 3 December 1979, A12, col. 3; "Student, 15, Is Beaten Over Iranian Heritage," *N.Y. Times*, 6 December 1979, B2, col. 5; "Islamic Center, in Rural Indiana, Feels Shock Waves of Iranian Crisis," *N.Y. Times*, 10 December 1979, A4, col. 4.

8) L. Tolstoy, *Resurrection*, trans. Rosemary Edmunds (New York: Penguin Books, 1966), 374-75.

9) *The Ethics of Aristotle*, trans. J. A. K. Thompson (New York: Penguin Books, 1953), 73.

10) See O. W. Holmes, *The Common Law*, ed. Mark DeWolfe Howe (Boston: Little, Brown, 1963), 36: 「有効な法典の第一の要件は、コミュニティの現実の感情および要求（それが正しかろうが間違いであろうが）に調和することである。人びとがその法の外で復讐の情熱を満たそうとし、その法が彼らを助けなかったならば、その法は、その願望それ自体を満たし、その結果、私的報復というより強烈な悪を回避する以外の選択はない。同時に、この情熱は、私的個人としても法制定者としても、私たちが奨励するものではない。」

11) 私たちの時代の国家が、価値選択を必ず実行しなければならず、純粋な中立という立場を維持することができないという主張のために、see Shiffrin, "Liberalism, Radicalism, and Legal Scholarship," 30 U. C. L. A. L. Rev. 1103 (1983).

12) チャーフィーは、究極的には法は、憲法でもその他の法でも、合衆国が寛容な社会であると適切に主張し得るかどうかを決定できないという事実、とりわけ敏感であった。すなわち、それは、彼が述べたように、人びとの一般的な態度に実際には依存する。

もしもあるコミュニティが、不人気な思想のための自由を尊重しないならば、社会的な陶片追放によって、ニュースや雑誌の不買運動によって、ホールを貸すことを拒むことによって、地方自治体の公会堂や学校校舎の利用に反対することによって、教師や教授やジャーナリストを解雇することによって、暴徒やリンチの脅威によって、継続的な粘り強い落胆と冷笑によってそのような考えを容易に地下に追いやることができる。他方で、公開されかつ妨害されない論争の雰囲気は、他のアメリカの伝統と同様に少なくともコミュニティの生活の一部として十分に作られるかもしれない。法は、自由にしろ弾圧にしろ、小さな役を演じるだけである。長い目で見れば、公衆はまさに実際に望むだけの言論の自由を手に入れる。

Chafee, *Free Speech in the United States*, 563-64.

13) Montaigne, "Of Husbanding Your Will," in *The Complete Works of Montaigne*, trans. Donald M. Frame (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1943), 769.

14) 「スコークの行進がけっして行なわれなかったにもかかわらず、スコークは象徴的な戦場のままである。そのナチスが最初にスコークで行進する意思を表明したと

きから、それを行う彼らの法的権利が支持された後に彼らが行進の中止を宣言したときまでの15ヶ月の間、それは、重要な公開論争の主題であった。この論争は継続した。その国のほとんどすべての日刊紙がスコークィについての論説を公表し……スコークィは、国中の数百のリスナーが電話で参加するラジオ番組における怒りをかき立てる争点であった。それは、キリスト教の教会とユダヤ教の礼拝堂における説教の主要なトピックであった。連邦議会上院議員は、連邦議会議事録に彼らの見解を述べた。スコークィは、学校、職場、コミュニティ・センター、老人ホーム、レストラン、居間、人びとが集まるところであればどこでも、激しい論争を引き起こした。」Neier, *Defending My Enemy*, (see chap. 1, n. 2), 8.

15) ユダヤ防衛同盟 (The Jewish Defense League) は、その他のユダヤ人の諸団体にとって、重大な懸念や当惑の対象であった。ネアーは次のような所見を述べた。

ユダヤ人の主要な諸団体の協議においてその価値が認められていないが、重要な要素は、急進的なユダヤ防衛同盟であった。この小さな団体は、1968年にラビのメイル・カハネ (Meir Kahane) が設立したものであり、多くのユダヤ人指導者によって軽蔑の対象となっていた。……

ナチスと同様に、ユダヤ防衛同盟は、その支持者の数とまったく釣り合わない注目を集める方法を知っている。スコークィ行進の最初の宣言に続く一年間で、ユダヤ防衛同盟は現在1万9千人の会員に大幅アップしたと主張する。それが獲得した知名度は、その好戦性の産物であり、シンボルの効果的な使用や示威運動の時と場所の選択の産物である。……

ユダヤ防衛同盟の二語のスローガン——「決して再び ("Never Again")」——は大きい意味がある。ユダヤ防衛同盟は、反ユダヤ主義が決して再び異論なく通ってはならないと述べる。ナチスは、決して再び出現すべきでない。ホロコーストは、決して再び起こってはならない。ユダヤ人は、羊のように大量殺戮に行くことがあってはならない。ユダヤ人の大きな諸団体は、ユダヤ防衛同盟をチンピラ連中と見なすかもしれないが、あらゆるユダヤ人は「決して再び」という誓いによって心を強く動かされる。そしてスコークィのあらゆるユダヤ人団体の立場は、ユダヤ防衛同盟のスローガンにおいて要約される好戦性と抵抗の精神によって形成された。Neier, *Defending My Enemy*, at 32, 33.

16) 578 F. 2d at 1210.

17) ネアーは次のように述べた。

アメリカン・ナチスによって申請されたスコークィの街頭での示威運動に対するスコークィのユダヤ人たちの抵抗は、過去についての怒りという一種の遅延応答であった。ドイツ・ナチスが西欧の彼らのいくつかの町にはびこったとき、ほとんどのユダヤ人たちは、抵抗しなかった。……抵抗は狂気のように思われた。……

ホロコーストの生存者たちは、1963年のハンナ・アーレント (Hannah Arendt) の著書『エルサレムでのアイヒマン (*Eichmann in Jerusalem*)』の刊行によって合衆国で表面化した論争に必然的に影響を受けた。それは、抵抗の必要性について

の激しい議論と、ヨーロッパのユダヤ人コミュニティの指導者たちとナチスとの間の協力に対する反対告訴の双方を引き起こした、……、[そして、それは] ユダヤ人自身の根絶という点でのユダヤ人の協力を、この国における一般大衆の議論の主題にした。……

アーレントの著書に激しい攻撃があった。それらのうちの多くは、彼女が、ホロコーストの犠牲者たちを彼らの根絶を理由に非難しているという見解に基づいていた。彼女の意図は、彼女の著書の中で明らかにしたように、ナチズムに反対する道徳的抗議のために張りあげるべきであったどんな声も、ドイツ本土や第三帝国が武力で獲得した領土でほとんど聞かれなかったことを論証することであった。政治的および宗教的な指導者たちがナチスに反対する発言をしたところでは、とりわけデンマークでは、ほとんどのユダヤ人は救出された。それらの死んだユダヤ人たちや、他のユダヤ人を助けているという確信のもとでナチスに協力したそれらのユダヤ人たちは、ナチスの犠牲者であると同時に、ヨーロッパの道徳上の指導者の沈黙の犠牲者であった。Neier, *Defending My Enemy*, 28-30.

ネアーは、アーレントを次のように引用した。

「ユダヤ人の高官たちは、最後の意思表示として、最終的没収のために良好な秩序でユダヤ人コミュニティの資産を譲り渡すまで、個人およびその財産のリストをまとめることを任せられ、彼らの国外追放や根絶の費用を支払うために国外への追放を待つ人々から金銭を確保することを任せられ、空屋となったアパートの記録をつけることを任せられ、ユダヤ人を逮捕し列車に乗りせることを助けるために警察官を供給することを任せられることもあった。彼らは黄色の星のバッチを配布した。……根絶センターにおける殺戮という実際の作業がユダヤ人の特別奇襲部隊の手によって本当になされたというよく知られた事実、迫害の目撃者たちによって公正にかつはっきりと立証された——どのように彼らはガス室や火葬場で働いたのか、どのように彼らは金歯を抜き、死体の髪を切ったのか。どのように彼らは、墓を掘り、大量殺人の跡を消し去るためにもう一度それらを掘り起こしたのか。どのようにして、ユダヤ人の技術者たちは、絞首刑執行人でさえもユダヤ人であるほどユダヤ人の『自治 ('autonomy')』が行われたテレジエンシュタットのガス室を建てたのか。」 Neier, *Defending My Enemy*, 29.

18) 生存者の自責心として知られる一般的な現象について膨大な文献が存在する。See, e.g., Kai T. Erickson, *Everything in Its Path: Destruction of A Community in the Buffalo Creek Flood* (New York: Simon & Schuster, 1976), 169-73; Robert Jay Lifton, *Death in Life: Survivors of Hiroshima* (New York: Random House, 1967), 35-37, 489-99; Martha Wolfenstein, *Disaster: A Psychological Essay* (Glencoe, Ill.: Free Press, 1957), 216-19.

19) ネアーは、スコーキ出身のある新聞記者に言及し、夕食を取りながらのある口論を思い出した。その口論の中でその記者は次のように断言した。『「修正第 1 条と一

緒に地獄に行け！ 私たちは、ナチズムが再び起こることを許すわけにはいかない。抗議しないわけにはいかない。私は、ナチ党員がオークトン街を歩いているのを見たならば暴力を抑えられるかどうか自信がない。』私たちはもう少し議論した。ナチスの行進する権利に反対しながら、私は、自由の行進に反対するブル・コナー (Bull Connor) のような自分の声を聞いた。そのすぐあとに私は反対側にいた。」 Neier, *Defending My Enemy*, 58-59.

20) Montaigne, "Of the Art of Discussion," in *The Complete Works*, 703-4. なお訳はモンテーニュ著・原二郎訳『エッセー (五)』岩波書店 (1967 年) 263-64 頁による。

21) ネアーは次のように述べた。

非常に小さなナチ運動は、組織されたユダヤ民族の目的にかなう。……ユダヤ人の主要な諸団体は、非ユダヤ系アメリカ人にとってもっとも醜悪な外観で現れることや、非ユダヤ人たちが敵として戦った制服を着用することによってナチの反ユダヤ主義がその場の機先を制することを分かっている。……そのナチスは、アメリカ人の公衆にとってより心地よく、したがってユダヤ人にはより脅威と思える形での反ユダヤ主義の表現を思いとどまらせる。その他のユダヤ人排斥者たちは、ほとんど全面的に嫌われているナチスと一括して扱われるのを恐れて自主規制を課すかもしれない。強いナチの運動は合衆国におけるユダヤ人にとって非常に危険であろう。成長の見込みのない弱いナチの運動は利用される。 Neier, *Defending My Enemy*, 34.

22) この考えは、*Abrams 判決*における反対意見のホームズによって提起された懸念の一つを思い出させる。

「この事件では、二枚の当該ビラの発行のために 20 年間の自由刑が科せられた。私は、本件被告人等がそのビラを発行する権利があったと信じる。その権利は、彼らがいま効果なく頼った合衆国憲法を合衆国政府が発行せざるを得ないのと同等の権利である。たとえ私が専門的な厳密な解釈を間違え、法的なりトマス紙の色を変えるために、これらの寄る辺ない、取るに足らない、名もなき人びとから圧力をかけられ得ることが十分あるとしても、さらに付け加えれば、たとえ私が当該犯罪に不可欠な意図と思うものが示されたとしても、本件被告人等が、その訴追状が主張するところのためにではなく、彼らが隠さずに明言した信条のために、罰を受けることがあってはならないとするならば、もっとも軽い刑罰が、可能な限り科せられうる刑罰であると思う——本件被告人等の信条は、ここで信じられていることを疑う理由が何もないと私は理解するので、つまり、私が信じるところによれば、誠実に信じられているときの無知と未熟の結果としての信条であり、公判での尋問の対象にされるにもかかわらず、誰も連邦最高裁の前の当該起訴内容进行处理するうえで検討する権利さえも持たない。」 250 U.S. at 629-30.

23) 司法審査を支持する影響力のある論文は、Chafee, "Freedom of Speech in War Time," 32 Harv. L. Rev. 932 (1919) である。See also Emerson, *The System of*

Freedom of Expression, (see chap. 2, n. 4), 11-14.

価値のある言論を保護するという点での司法審査のベネフィットについての私たちの時代のかつ説得力のある批評は、Nagel, “How Useful Is Judicial Review in Free Speech Cases?” 69 Cornell L. Rev. 302 (1984) である。それは、次のように述べる。すなわち、「少なくとも自由な言論の事例における司法審査の制度的な有用性は、都合のよい諸仮説や陽気な信仰によって過度に特徴づけられるものであった。……連邦最高裁のプログラムは、全体としてみた場合、自由な言論の原理をつまらしないもの、異質なものの、無駄に費用がかかるものに見せることによって、その原理についての公衆の理解や評価に甚大な悪影響を及ぼした。……これらの欠点は、大部分は司法過程に固有のものであり、したがって、司法審査を回避することによってのみ回避され得る。……」 Id. at 340.

24) 自由な言論の文脈におけるこの倫理の説得力のある明確な表現のために、see Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” 47 Ind. L. J. 1, (1971): 「連邦最高裁の権力は、連邦最高裁が少数者と多数者の各々の自由の領域に関する、連邦憲法に由来する有効な理論を持ち、かつその理論を持つことを理由を付した法廷意見の中で具体的に説明できる場合に限り、正当である。もしそのような理論を持たず、単に連邦最高裁自体の持つ価値選択を押し付けるならば、あるいはもっと悪ければ、理論を持っているふりをし、実際には自らの好みに従うならば、連邦最高裁は、その権力を唯一正当化するマディソニアン・モデルの前提条件に違反する。そのとき、それは必然的に多数者または少数者のどちらかの専制に手を貸すことになる。連邦最高裁は、その結果が、とりわけその論争的な結果が、多数意見の中の連邦最高裁の裁判官たちの単なる意思から生じるのではなく、むしろ合衆国憲法の適切な理解によって支持されるところか、強制されると常に主張する。価値選択は建国者たちに属し連邦最高裁には属さない。」 Id. at 3-4.

25) 政治制度の中の司法府の制度的地位についてのこの所見は、ロバート・バート (Robert Burt) によって、“Constitutional Law and the Teaching of Parables,” 93 Yale L. J 455, 475 (1984) で、次のように記された。「連邦最高裁は、多くの人が述べたように、『武力または財力 (‘the sword or the purse’)』を意のままにする直接的な権力のない『もっとも危険の少ない部門 (‘the least dangerous branch’)』である。[脚注を省略] これは、連邦最高裁の裁判官たちが権力を持っていないことを意味しない。彼らの権力が直接にかつ断固として異議を申し立てられたときには、彼らは、彼らに対する誠実や誠意から生じた他者の行為に依存することを意味する。」 Id. at 475.

26) Robert Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1975).

27) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 376 (1927) (Brandeis, J., concurring).

28) その言い回しは第 1 章で引用したウィグモアのものである。

それゆえ、戦争に乗り出した多数者の道徳上の権利は、その奮闘努力の仕上げに反

対する公然の扇動を鎮圧することによって、戦争の勝利を確実なものにする道徳上の権利を当然に含む。もし戦時下で前線に向かう兵隊たちの一団が公道で休息のために前進を停止され、政府に不満を抱いている市民が、兵隊たちの中に入り、「兵隊さんよ。これは悪い戦争だ。私たちは参戦すべきでない。そしてあなたも参戦すべきでない。」と熱弁を振るい始めたならば、該州はその男にすぐに歩み寄り、その口を強打する道徳的な権利を持つことになる。それに関するかぎり、善意の市民も同じ権利をもつことになる。

Wigmore, "Abrams v. U.S.: Freedom of Speech and Freedom of Thuggery in War-Time and Peace-Time," 14 Ill. L. Rev. 539, 554 (1920) (emphasis in original).