
翻 訳

「積極的な言論の自由に関する合衆国の法学文献」

アンドリュー・T. ケニオン (著)

池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

現在、私は、Andrew T. Kenyon and Andrew Scott (eds.), *Positive Free Speech: Rationales, Methods and Implications* (Oxford, Hart publishing, 2020) の翻訳を行っており、本紀要に掲載中である。この論文集『積極的な言論の自由：根拠、手法、含意』の編者の一人であるアンドリュー・T. ケニオンは、この論文集公表の翌年に、*Democracy of Expression: Positive Free Speech and Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021) (『表現行為の民主主義：積極的な言論の自由と法』) という単著を発表している。

本翻訳は、その単著の第5章に当たる「US Legal Writing on Positive Free Speech」を翻訳したものである。積極的な言論の自由に焦点を合わせたその著作の中で、ケニオンは、消極的自由としての言論の自由を重視するアメリカ合衆国の議論の状況にあっても、そこに登場する積極的な言論の自由の議論を分析し、その特徴を指摘している。日本では、アメリカの積極的な言論の自由の議論についてジェローム・A. バロンやトーマス・I. エマスの主張がよく取り上げられるが、その他の論者への言及があまり見られないようなので、ケニオンの丁寧な分析は、日本にとっても参考になるのではないかと考える。

第5章 積極的な言論の自由に関する合衆国の法学文献

言論の自由の法理は、骨の髄まで消極的自由に関するものであると考えられるかもしれない。確かに、その自由の消極的側面は重要であり、しかも、その側面を法的原則および学説の中に見出すのは容易である。しかし、積極的な政治的自由に基礎づけられた法的分析も多く存在する。第4章で検討した人権の法理に関する文献と同様に、法学者ジョエル・ペイカンは、その点を具体的に説明する。以下のように、彼の自由観にとって消極的自由は明らかに不十分である。

自由とは、人々が彼らの諸々の能力を発展させることができること、彼らがその一生をどのように生きるかに関して討議・選択・行動を通じて決定できること、さらには社会的、経済的および政治的な生活を民主的に管理することに参加できることを、その内容とする。このような自由の概念は、消極的自由を含み、あるいは職務権限や強制的権力の恣意的な使用から人々を保護することを含むが、それは、また積極的側面、すなわち自由を行使する能力と他者の強制を回避する能力——資源、力量および機会——も含む。自由は、それゆえ社会的平等性の措置を必要とする¹⁾。

しかし、ペイカンは自由の積極的側面に関連する裁判所の生産的役割を理解しない。少なくとも彼がこれを書いたときのカナダでは、その生産的な役割は理解されていない。この論点については第8章で戻ることになる。

さらに最近では、様々な法学者が積極的な言論の自由という考えがどのように展開する可能性があるかを検討した。例えば、トーマス・ギボンズは、積極的な言論の自由という用語を用いるとともに、それに密接に関係

のある概念に真剣に取り組む多くの論文を公表した一方で²⁾、ターラック・マクゴナグルは、ヨーロッパ人権条約下の積極的な言論の自由を検討し、その自由の積極的側面の保護について実際に進展があったと主張した³⁾。その具体例が、法学⁴⁾やメディア研究⁵⁾において容易に拡大する可能性がある。しかし、ここで私は合衆国に限定した法学文献という小さなサンプルを検討する。自由の哲学的分析が包括的な検討の域を超えているのと同様に、言論の自由の法学的分析も簡潔な総合の域を超えている。たとえそうであっても、積極的な言論の自由およびその法理に関する有益な指摘を引き出すためには、一つのサンプルで十分である。また、特にそのような指摘は合衆国の文献の中でさえも現れる。コミュニケーション法に影響を及ぼす憲法規定は修正第一条だけではないが⁶⁾、私の目的にとってはこのような焦点の合わせる方で十分である。

修正第一条の法理は、その圧倒的な説得力で言論の自由を消極的自由として扱う。判例法の（時に歴史的な）例外が存在し⁷⁾、また、最近の合衆国の法理はその自由についてのいくつかの積極的な側面を認めている⁸⁾。しかし合衆国の法理および評釈の重心は言論に対する政府のあからさまな制約に向けられている。これは、「合衆国議会は…言論の自由を縮減する…法律を制定すべきではない」という修正第一条の文言からすれば、驚くことではなく、この文言は消極的な自由に対する懸念を指し示すものである。しかしながら、合衆国における法学上の学説は、言論の自由の積極的な側面が支持される有名な具体例を含んでいる。これは、マス・メディアに対するアクセス、政治運動への資金調達、あるいは最近ではインターネットの中立性のような問題をしばしば包摂する。

合衆国の積極的な言論の自由に関わる文献は、アンモリ、バルキン、ベイカー、バロン、カーティス、デルガド、エマスン、ユーレ、フィス、グラバー、ハイマン、ホルヴィッツ、ハチンスンなどの著者からなる研究を含む⁹⁾。このリストは、アルファベットの A から H で始まる名字の著名な何人かを挙げただけである。すなわち、そのリストはアルファベット順で容易に増やすことができる。その一つの文献として、合衆国最高裁裁判

官スティーブン・ブライヤーのような法学のインサイダーによる解説書を含めることができる。合衆国憲法下での「能動的な自由 (active liberty)」についてのブライヤーの分析は、自由の積極的側面を認めるという点でかなりのところまで接近している¹⁰⁾。彼はそのアプローチを次のようなものであると指摘する。つまり「民主国家において政府の最終的な源泉である世論を市民自身が形成するために必要な情報および思想の交換を、第一に奨励しようとするものとして修正第一条を理解する」ものである¹¹⁾。

私の目的のために、先の文献の中から取り上げたいいくつかの具体例が役立つ。それらは二つのグループに分けられる。第一のグループは、積極的人権と政治理論に関する研究からすでに導き出された点を補強する形で、次に挙げる関連する4つの事柄を示唆するものである。

- ・ 公共的言論は、政府の民主主義的な形態にとって中心的な重要性を持つと理解される。
- ・ 公共的言論には、多様性が求められる。
- ・ 多様性は、政府の行為によって促進される必要がある。
- ・ その政府の行為は裁判所によって（一般的にあるいは常に）実施されるべきではなく、その他の統治機関のアクターによって実施されるべきであり、その政府の行為を評価するために言論の自由の積極的および消極的側面を使用する裁判所を伴う。

その具体例の第二のグループは、次に挙げる3つの点を強調するもので、やはり第4章からの事柄を全体的に補強するものである。

- ・ 言論の自由は、既存のコミュニケーションの実践内に現れ、その実践自体が言論を可能にするだけでなく、抑制する。
- ・ 言論の自由は、個人的な利益はもちろんのこと、対話的、共同的または構造的利益を伴う。
- ・ 政府が言論を明示的に制約する法律の制定を回避したとしても、政府

はつねに行動している。すなわち言論の機会に影響を与える幅広い政府決定は、言論に対する政府の中立性があり得ないことを意味する。

このような補強は重要である。それは、積極的な言論の自由が検討される可能性の高い領域をこれらの事柄がどのように枠づけるかを強調している。さらに、その具体例は、言論の自由の積極的側面がいかに程度の問題を含んでいるかを例証し——自由は二元論的に存在するものでも、存在しないものでもなく——また自由は常にその文脈に左右されるものであることを例証している。コミュニケーションは既存のコミュニケーションの実践の中で行われるものである。つまりその実践を超えるあるいは超越する自由は存在しない。その具体例は言論を民主主義と結び付けるにもかかわらず、その多くは、民主主義が言論の自由と関連するコミュニケーションに関わる必要条件または前提条件を有しているか否か、さらに具体的に言えば、特定のコミュニケーション構造が民主主義を主張する場合に黙示的に前提とされているか否か、あるいは第3章で提起されたように民主主義的な公共的言論のための「前-民主主義的な」前提条件が存在するか否かについて焦点を合わせない。しかし、いくつかの具体例は、このような問題——言論に関連する「自由の前提条件」と呼ばれるものとは何か——に真剣に取り組んでおり、それらの具体例を特記することは特に有益である。

第一のグループはジェローム・バロン、トーマス・エマスン、ジャック・バルキン、キャス・サンスティーンおよびローラ・ステインによる研究業績から成る。

バロンが主張する多様性のための穏健なアクセス

マス・メディアへのアクセス権に関するバロンの古典的な研究では、彼は言論の自由がコンテンツの多様性を促進するためにいくつかのアクセス権を要求すると主張する。その権利は裁判所によって提供することができるが、おそらくより正確には、彼の見解ではその権利は立法行為の問題で

ある。

もしもマス・メディアが本質的に営利企業であり、その商業主義的な本質が、幅広い多様な意見に十分に効果的な視聴の機会を与えることを難しくしているのであれば、裁判所や立法府が、商業的な理由からメディアがやりそうもないことをメディアに対して要求することを妨げる修正第一条の理論は、非現実的である¹²⁾。

バロンがその後述べているように、アクセスを求める主張は穏健なものであり、実際には二つのマイナー・チェンジを追求しているにすぎない。つまり一つは、メディアの編集権のあるコンテンツ内で攻撃された者の制定法上の反論権であり、もう一つは、メディアの編集上の裁量権のない商業広告のためのアクセス権である。この後者は、あまり人気のない主張が広告料を支払う経済的資源を有する場合に、それらの主張を放送させるものである。具体的な変更点はこれだけであった。バロンの言葉では、メディア・アクセスに関する合衆国の論争は、「実際には象徴についての論争である。恐れられているのは、具体的な要求ではなく、私的なメディアにも公衆の権利が存在し得るという考えである¹³⁾。」

エマスンと肯定的な修正第一条

当時広く参照された別の資料は、さらに踏み込んでいる。エマスンは、いくつかのメディアには異なる経済的基盤があることを主張するために積極的な言論の自由という用語を使っている。彼は、他の価値のどれよりも、共同的意思決定における言論の自由の役割を強調する。エマスンは、1970年の著書『表現の自由の体系』の中で、成長する公共的セクターについて記述し、危険があるにもかかわらず（メディア・アクセスに関する規則、新聞に対する助成金などを通じて）言論のための様々な手段への公的資金提供に「非常に大きな可能性」があると述べている。エマスンは、修正第一条が「聞く権利」という形をとった聴衆の利益を認めるという理由

で、「修正第一条の肯定的な力がコミュニケーションのための手段を提供するように政府に要求することができるという議論」を提示する¹⁴⁾。このような進展は、壮大な効果をもたらす可能性があり、「マス・メディアのコンテンツの多様性を膨大に増加させ、コミュニティのレベルでの大衆参加を著しく拡張させ、さらには表現の自由の体系を全般的に活性化させることになるであろう¹⁵⁾。」

エマソンは、それらの義務が求められていると主張するが、それらが、裁判所の執行する憲法によって求められているものであると当初は考えていたわけではない。むしろその問題は統治機構上の政治問題である。つまり、「政府は、政府自体に反対する人々に資金を提供する、憲法的とは言わないまでも政治的な義務を負う¹⁶⁾。」それゆえ、彼は公共的言論の経済的基盤を変えるために政府による行為——司法の行為ではなく、立法および行政の行為——を勧告する。

あらゆる人々を代表するように、わずかなメディアに強いるのではなく、メディアの多数性を奨励するための政府による措置は、政府の行為としてずっと好ましいコースのように思われる。反独禁法の執行だけではこのような目標に到達することはできない。その問題の経済的な根源に立ち返ることは、疑いもなく必要になり、政府の助成金にせよその他の手段にせよ、どちらも新しい形の経済的基盤の下で開かれた市場を作り出すものである¹⁷⁾。

十年ほど経って、エマソンは同様の主題を取り上げる。そのときも、第一の責任は行政府および立法府にあるが、メディア・アクセスなどのいくつかの問題は、「特にひどい事例」では司法の行為に適している¹⁸⁾。多様性、政府の行為、裁判所の限定的役割という基本原理は、やはりここでも明白である。

表現の自由の体系の価値観は、かなりの程度まで多様性を促進すると

いう点、つまり多様な思想、経験および情報の十分で自由な交換という点に存在する。したがって、肯定的な諸目的のための政府介入は、コミュニティに利用可能な事実および意見の範囲を縮小するのではなく拡大することに向けられなければならない¹⁹⁾。

彼は、統治権力を「統制しかつ制限する」一方で、言論の自由を「拡大するために統治権力を利用するための規則」の進展を将来にとって「決定的な」問題であると理解する²⁰⁾。これは、規制者を党派的な政治から分離するような「統治機構上の装置」を通じてなされる可能性があり、この点、裁判所は一つの役割を担うことができる。「裁判所によって執行可能な構造的な改善装置が憲法原理の問題としてどの程度まで求められ得るかは明らかではない」が、エマソンは、裁判所が「この方向でかなりの距離を進むことが」できると主張する²¹⁾。しかしながら、裁判所はそのような政府の行為の「詳細な監視」に関わることはならないであろう²²⁾。全体として「ラフで現実的な解決」で十分であると思われる²³⁾。つまり、それは、積極的な言論の自由の挑戦を無視することよりもはるかに良い。しかし、このような「解決」の輪郭は大部分「未解決の問題」のままである²⁴⁾。

エマソンから特記すべき価値のあるいくつかの指摘を取り出すことができる。政府の立場に反対する多様な言論という観点から見て、政府自体に反対する者に資金を提供する政府という考えやそれを行う義務を持つ政府という考えは、表現の自由の体系において何が問題であるか、また、なぜ政治家が行動を起こす気にもならないかについて、注目に値するイメージを与えてくれる。私たちは、そうしなければ反対者が存在できないところでのみ、このような要求がおそらく存在するのだろうと付け加えることができる。また、様々な財政的基盤を持った複数のメディアを奨励する方がより好ましいということは、コンテンツ規制だけではその求める多様性を奨励する可能性が低いと思われる理由の一端を捉えている。とりわけ、実質的に類似の財政的基盤を持ついろいろな形態のメディアに対して単独の規制者によって多様性が奨励される場合にはそうである。エマソンは言

論のための「開かれた」市場を作り出すことを目標とした構造的規制を探し求める²⁵⁾。彼のアプローチは、共同の意思決定と——自己統治の何らかの形態と——明らかに結び付き、裁判所がこの点で役割を果たす可能性を含意する。裁判所は、言論の詳細な監視に関わらないことになるが、公共的言論の構造的な側面を検討することになり、たとえそれが「ラフで現実的な」方法だけであったとしても活動することになる。この分析において暗示されているのは、裁判所がそのような活動を行うことなしには政府が多様な言論を支援する義務に答えることができないという点である。そのような活動を欠くならば、その結果としてコミュニケーションの自由が「欠如したままになって」しまうかもしれないのである²⁶⁾。

バルキンの憲法的な義務を伴う現実主義な言論の自由

二十年前の 1990 年に、バルキンは、いくらか類似するアプローチを提案している。言論の自由の積極的側面およびその側面の含意についてのより説得力のある合衆国における分析の一つの中で、彼は、「徹底的に不平等な経済力」という文脈での言論の自由が少しも言論の自由ではないことを示唆する²⁷⁾。このことは、積極的自由への関心がその後の民主的文化に関する彼の研究に概ね現れないことを多少意外なものにしている。言論の自由の積極的側面は、参加型の民主的文化についてのバルキンのその後の分析において否定されていないが、(少なくとも法の果たす役割という観点から見て) 効果的な自由を達成するために求められ得るものが言及されることはほとんどない。それとは対照的に、効果的な自由は 1990 年論文において彼の関心の中心に位置している。

バルキンの第一位の要点は、次のようなものである。すなわち、著しく不平等な経済力が意味するのは、ある見解が公共的言論を支配し、その他の見解が本質的に沈黙することである。「権力と富の不平等な分配の長期的な効果は、特定の思想の不平等な露出、つまり政治および社会に関するより過激で想像性豊かな思想を制圧し説き伏せることである²⁸⁾。」合衆国という文脈の下にある言論の自由は、結局のところ私たちの注目を独占し

究極的には私たちのまさに想像力を独占するほどの金と権力を持つ集団や人物が私たちのためにあつらえた価値を、わけもわからずに繰り返そうとすることに尽きる²⁹⁾。ここで注目すべきなのは、このアプローチについての次の三点である。すなわち、その三点とは、言論の自由の形式主義的理解に対するバルキンの攻撃の強さ、いくつかの種類の政府支出が憲法上要請されるかもしれないという示唆、そして最後にそれにもかかわらず、以下で述べるようになりに限定的な勧告である。

形式主義に対する攻撃の中で、バルキンは、効果的な言論の権利がコミュニケーション技術へのアクセスに依存していると主張する。技術が私的に所有されることによって、言論の権利は、財産権およびその執行と衝突することになる。彼は次のように続ける。

私たちは、所有者であること、アクセスを購入すること、そしてアクセスが法律によって執行されることを理由に、コミュニケーション手段をコントロールすることができる。だが、リーガル・リアリストに従うならば、私たちは、三番目の状況が実際上最初の二つを含むと記述できるかもしれない。コミュニケーション手段を所有することと、アクセスを売る権利またはその権利を拒否する権利は、国家によって執行される。……言論の自由は、コミュニケーション手段の利用および配置が独占的に執行される状態として再解釈され得る³⁰⁾。

バルキンにとって、言論の自由は実質的自由の問題に必然的に関連しており、法は常に、私たちが実際に持つ言論の自由を決定するのに役立つという理由で「もしも国家が言論に対するアクセスに常に関与するものであるならば」、「ある者がはるかに多くの経済力を持つことによってその他の者よりもコミュニケーション手段に対するはるかに多くのアクセスを持つとき、国家が中立的であると主張することは困難である³¹⁾。」それゆえ形式的、消極的な言論の自由は実際には言論の自由ではなく、国家は今ある言論の範囲に常に関与しているのである。

このことは、ここで注目すべき第二の局面——言論の自由が政府支出を要求できるというだけではなく、その支出が憲法上要請されるという考え——に私たちを連れて行く。

私が述べたことは次のことを示唆する。すなわち、再分配の立法は実質的な言論の自由（その他の多くの自由も同様に）を向上させるのに相応しい手段であるかもしれない。また、それは次のことを示唆する。すなわち、伝統的なパブリック・フォーラムと効果が同等の現代的技術——例えばラジオやテレビ——への政府出資はその状態を改善するのに役立つであろう。このような支出が修正第一条によって憲法上要請されるかどうかは、より複雑な問いである。だが、もしも（私は正しいと信じているように）修正第一条が、コミュニケーションの効果的手段を提供する少なくとも何らかのパブリック・フォーラムを創設することを政府に求めているとするならば、私は、その問いへの答えがイエスであると信じる³²⁾。

ここでは、次のような明示的な示唆が存在する。すなわち、言論の憲法上の保護は、多様な公共的言説の少なくともある種のレベルを生み出すことを要求し、その結果、政府支出が表現の実質的または効果的自由を支援することになる。バルキンが強調しているように、「最終段落のキーワードは、『効果的』である³³⁾。」このために必要とされる行為は、常に程度の問題になるが、バルキンにとってコミュニケーションの効果的手段は、パブリック・フォーラムについての何らかの国家支出なしには存在しないことになるのである。

第三の要点は、以上の分析にもかかわらず、彼の勧告が合衆国のその他の多くの具体例と概ね似ているということである。その勧告は、並外れたものでも遠大なものでもなかった。それは、セクシャル・ハラスメントの言論に関連した「内容中立的規制のより高密度の審査、マス・メディアに対するアクセスのより強い保障、選挙運動資金の改革に対する挑戦におけ

るより強い司法的な抑制、さらに囚われの聴衆の再解釈」に関わる³⁴⁾。さらには、その勧告は多かれ少なかれ通常の形式に従う。すなわち、その勧告は統治機構上の政治問題であり、裁判所は、概ね抑制を行使し、積極的な言論の自由を支援する立法その他の措置に不利な裁定を下すものではなかった。バルキンは次のように書いている。

私が強調している点は、(例えば教育を含めた)あらゆる積極的自由に当てはまり、それは、(言論のような)結局は積極的自由であると分かるあらゆる消極的自由に特に当てはまる。積極的自由が問題になるところでは、裁判所が最大限でできることは、政治的機関が選び取る幅広い選択肢を明確にし、あるいは政治的機関がそれら自身の選択肢を提案するように命じることであり、そして、そのときその選択肢が合理的に計算されていると思えたならば、その選択肢を承認することである。言い換えれば、肯定的自由の効果的な保護は、消極的自由の保護の場合よりも司法の抑制をかなり必要とする³⁵⁾。

注目すべき点は、「概ね」や「多かれ少なかれ」という言葉にあり、それらは、バルキンがここで検討するその他の具体例からいくらか逸れていることを示すために、私が上記で使用したものである。彼は次のように示唆する。つまり、裁判所は、立法府または行政府が選択できるその他の選択肢を明確にすることができ、あるいは裁判所が事後に評価することになるその他の選択肢を提案するようにそれらの機関を促すことができる。後の章で見るように、これらの示唆は、別の文脈での憲法の言論の自由に関するいくつかの判決において使用された手法に類似する。そして、このような手法は、持続的で多元的な公共的言論のアーキテクチャを促進するという点で裁判所にとってかなり重要な役割になり得る。

最近の一連の論文では³⁶⁾、バルキンは、言論の自由が民主的文化に奉仕し、より大きな情報政策の一部として理解されるべきであるという議論を展開する。民主的文化とは参加型の文化であり、そこで「人々は、順次彼

らの構成要素になる文化的意味の創造に活発に参加することができる³⁷⁾。」この研究において、彼は合衆国憲法修正第一条を説明するために一般に提示される自由および民主主義の論拠を越えようと試みる。彼は、デジタルの言論がどれほど以前の公共的言論の形態よりも双方向のコミュニケーションと歳出予算に関わり、あからさな政治的言論だけよりもトピックやジャンルを含むものであるかを強調する。

この一連の論文の中の最初の重要な論文、つまり 2004 年の「デジタルの言論と民主的文化」の検討において、バルキンは、民主的文化についての彼の考えの概要を述べ、表現の自由の現代的なインフラストラクチャについて検討し始める。彼は、言論の自由が主として大手メディア企業の財産権の保護に関係するようになったと認める。つまり、例えば知的財産または電気通信規制をめぐる論争においてそうである。しかし、彼は権利に基づいた対応を示唆しない。司法の役割は限定され、彼が以前示唆したよりも限定的になったと言えるかもしれない。バルキンは、コミュニケーション・システムやその存在および機能に関連する無数の要素に焦点を合わせる。例えば、「自由な公教育、自由な公共図書館、電話に対するコモンキャリア・ルール、電気通信に対する公益ルール、公共郵便制度、書籍や非営利出版のための政府助成金³⁸⁾」などである。彼は、法的権利を個人的なもの——合衆国の文脈において実際に驚くべきことではないが——として理解するので、コミュニケーションに対する権利のより広範な構造的要素は、言論の自由の法理の射程をはるかに超えるものとして理解される。

個人の権利を司法的に保護するモデルは、デジタルの時代でも決定的に重要なままである。しかし、そのモデルは言論の自由を十分に保護することができなくなる。デジタルの時代は、その理由が常に何であったか——言論の自由の体系が、あらゆる個人の言論の自由の権利の総体以上の何かに依存すること——を次第に明らかにする。それは、技術的および規制的なインフラストラクチャに依存する。このようなインフラストラクチャは、政府規制、政府の助成金および給付金制度、

さらに技術的構想によって生み出される³⁹⁾。

このようなインフラストラクチャは、言論の自由を主として権利の面から理解することから離れて、より幅広い活動の中の言論の自由の諸価値、つまり参加、双方向性および創造力の奨励に関する諸価値を認めることへと移行することを主張するようにバルキンを導く⁴⁰⁾。これらの諸価値は、規制や助成金や技術によって生み出される、言論の自由のインフラストラクチャの中で重要になるであろう。しかし、言論の自由の法的保護——裁判所による保護も含めて——がそれらの争点に到達でき、公共的言論のインフラストラクチャの諸側面に影響を与えることができるという考えは、詳しく検討されていない。別の言い方をすれば、言論の自由に対する権利が単独の個人の権利である必要はないという考えは、脇に置かれている。それに反して、私が注目したい点は、それらの「諸価値」の一部がこの後の章で登場するように法律によって執行されたり、時には裁判所によって枠づけられる「権利」として理解されることが可能であるということである。

2009年の「表現の自由の未来」に取り組みながら、バルキンは、知識および情報政策のための様々な目標を定めるが、その中に言論の自由も組み込まれている。それらの目標は次のような内容である。

- ・ 知識と意見の健全で活気のある公共圏を発展させること。
- ・ 知識の生産と意見の形成が、広範囲にわたる、多様な、拮抗する一連の情報源から発することを確実にすること。
- ・ 知識の生産と普及への幅広い参加を奨励すること。
- ・ 知識および情報の技術に対する幅広いアクセスを保証することによって人間の能力を発展させること⁴¹⁾。

これらの目標の探究——どのようにして「活気のある」公共圏が現れるのかについての探究、どのようにして知識が「広範囲にわたる、多様な、拮

抗する」情報源から発するのかについての探究——は、営利目的の競争の奨励という問題や、媒介する責務への様々なアプローチの検討という問題に限定される。これらの問題は、見当違いであるというわけではないが、決して十分であるとも思えないのである。このことは、明示的に明らかになっていないが、バルキンの初期の研究で示唆されていることである。私の意見は次のようなものである。つまり、この後期の分析の多くが、公共的言論の役割についての私の理解に近いものを目標とするが、それを追求するために異なるアプローチを採用しており、おそらくそうなるのは、バルキンが置かれている合衆国という文脈のせいであろう。

一つの理由として、その自由の積極的な側面は、バルキンの分析の複雑さが明らかになったときに脇に置かれたのかもしれない。例えば、2018 年の研究「言論の自由が三角関係である」は、現代的な言論規制に関わる複数のアクターを三辺モデルに分類する⁴²⁾。第一の辺は、国民国家、国際組織およびヨーロッパ連合のような超国家的機関からなる。第二の辺は、メディア・インターネット・インフラストラクチャ企業、検索およびソーシャル・メディア企業、ドメイン名制度登録者、キャッシングとサイバー防御ビジネスおよび決済サービスからなる。第三の辺として、バルキンは、個人の言論者、旧来のメディア、市民社会のグループ、ハッカーおよびネット上の炎上を目的とする投稿者をグループ化する。簡略化のために、ここではその三辺を国家、インターネット企業および言論者と呼ぶことにする。

バルキンは、国家が「旧派の言論規制」によって言論者を今でも規制する方法の輪郭を次のように描く。つまり、国家はインターネット企業を規制するが、それはしばしば対抗勢力を取り込んだりあるいは「新派の言論規制」による場合があり（加えて会社は多くの方法で国家に進んで協力する）、また、インターネット企業は、言論者に対する非常に広範な監視にも従事しながら民間のガバナンスによって言論を規制する。もちろん、産業を取り込む国家の試みはそれ自体新しいことではなく、言論の民間のガバナンスは、たとえその文脈が異なるとしても長い間存在してきた。ほんの

一例として、広告主からの現実的な圧力あるいは現実的と思われる圧力のせいで公表内容を制限する商業メディアに対する長年にわたる懸念について考えてみてほしい。

バルキンによって行われた分類は、現代の言論の自由のいくつかの複雑さについて考えるうえで有益であるかもしれない。つまり、それはさらなる分析のための課題も提起する⁴³⁾。しかし、私のここでの関心は、その自由の積極的側面がその分析の中ではっきりと表面に出ないこと（あるいは多くは表面に出ないこと）をまさに記すことである。言及されている言論者に対する国家規制の手法は、消極的な言論の自由に関わるが⁴⁴⁾、そのうえインターネット企業に対する国家統制は、付随的検閲および事前抑制という観点から議論されている⁴⁵⁾。それに応じて、バルキンは、言論の自由の価値を保護するために複数の規制形態を主張する。その規制は、付随的検閲および事前抑制を減らすことや、さらには人々を監視や操作から保護することを目指している。デジタル・インフラストラクチャに対するすべての国家規制がとくに疑わしいというわけではない。

いくつかの規制は、新派の言論規制——付随的検閲やデジタル事前抑制——の問題を生まない。それとは対照的に、それらの規制は言論の自由の価値を実際に保護する。この種の規制は、単に完全に適切であるだけでなく、末端の利用者のための実際の自由を提供するためには現実に必要であるかもしれない⁴⁶⁾。

例として、バルキンは、競争法はもちろんのこと、地方のブロードバンド事業やネットワークの中立性要件を挙げている。実際のコミュニケーションの自由——その他の人々は効果的または積極的自由と呼ぶであろう——はついでに提起されるが、これはバルキンの初期の研究とは程遠いものである。また、コミュニケーションにおける変化が、分析上の変化の程度を正当化していると一見してすぐに分かるわけではない。

確かに、バルキンの後期の研究における表現の自由のインフラストラク

チャという考えは、有益である⁴⁷⁾。自由なコミュニケーションには、単に発言する消極的自由以上のものが必要であり、公共的言論の基礎となる構造が重要であることは明らかであり、この構造に絡むものは大きな影響を与える。バルキンの分析では、このことは疑う余地なくそうである。つまり「良い政策や良い構想は民主主義および民主的文化を促進し、悪い政策や悪い構想は、少数独裁政治、貴族政治さらには全体主義さえも育成する⁴⁸⁾。」しかし、その分析はあまりに性急に見えるので、言論の自由のより広範なインフラストラクチャを営利目的の競争や政策の問題に委ねることはできないのであり、たとえその政策が言論の自由の価値によって満たされているとしてもそうである。それ以外の可能性が言論の自由から生じるということもあり得るかもしれない。より多くの注目を次のことに向けることが可能である。つまり、公共的言論の基礎となる構造の少なくとも一部を、法律はどのように組み立てることができるか、また、法律は言論の自由のための憲法上の要請の一部としてどのようにそうすることができるか、そして最後に、政治的プロセスは自らの正当性のための条件——コミュニケーションのインフラストラクチャ——を独力で作り出すには不十分な立場に置かれているので、どれほど上述のことが必要な場合があるか。

この点を理解するためのもう一つの方法は、バルキンは（正確に言えば私が思うに）、言論の自由が修正第一条の司法解釈で見られるような一般的に消極的な自由より大きなものであると理解しているということである。修正第一条は、「民主主義のための情報政策」であるが、表現の自由のインフラストラクチャからの支援を必要とする政策である⁴⁹⁾。だが、修正第一条の法的解釈がこのインフラストラクチャとの関連で見直され得るかどうか、あるいはどのように見直され得るかについては、詳しく検討されていない。合衆国の司法によるアプローチに対するこのような見直しは、短期的には不可能かもしれないが、それがどのようなもので、それがなくことによって何が失われるのかを探究することは、有効なことであろう。そして、そうすることは、バルキンが提示した一般的方針に沿った政策決定に賛成する論拠の信憑性を高めることができるであろう。

サンスティーンが主張する民主主義、多様性および（制限的な）政府の行為のためのニュー・ディール

バルキンの初期の分析と同時期に、サンスティーンも言論のためのニュー・ディールを探究した。彼は、「公共の問題に広く深い関心を」寄せ、「幅広い意見」を含む公共的言論を支持する主張を行い、その結果、人々が「鋭く異なる見解」や「従来からの常識に対する挑戦」を聞けるように（実際に聞くように）する⁵⁰⁾。その分析は、民主主義、多様性および政府の行為に関する合衆国のその他の文献からすでに指摘されている点を含み、裁判所がそのような行為を促すよりもむしろ注意深く評価すべきであると示唆する。サンスティーンは、積極的－消極的という区分は、国家の行為を特徴づける多数の方法が原因で失敗に終わるという理由で、積極的な権利という用語を批判する。その点についてのもう一つの説明は、国家が常に関わるということである。（第1章ではその点を強調しながら、私は、その積極的－消極的のラベルが言論の自由の諸側面を考える場合に価値を保持すると示唆した。）事実上、サンスティーンは、例えば積極的な言論の権利によって制限される財産よりも、財産法それ自体が言論に対する一つの制約であると理解することに賛同している。彼は、一定の助成金交付を強いるそのアプローチが修正第一条の下で知られていないことを明らかにする。例えば、敵対的聴衆が言論者に脅威を与える場合、政府はその言論者を保護する義務がある。「言論者が沈黙を強いられる前の合理的な群衆整理措置は、おそらく憲法上やむにやまれぬものである⁵¹⁾。」第3章で強調したように、このような要求も、言論の自由の積極的側面としてしばしば分析される⁵²⁾。たとえサンスティーンが積極的な権利という用語にあからさまに頼ることを批判するとしても、彼は、修正第一条がどれほど「積極的な側面」を持つかについて概要を述べる。これらの側面は、私益に対して「言論を支配する過度の権威を付与する法的なルールによって、表現の自由の体系が侵害されないようにする対策を政府が講じること」を求める⁵³⁾。

また、サンスティーンはメディアの経済面に検討を加える。彼は最初に

次のような意見を述べる。言論の自由が、「情報の送り手はその受け手が進んでお金を払うときにあるいは払うときだけに話すことができる体制によって、促進されるということは」「決して自明なことではない。」むしろ、その結果は「一方で話すことや聞かれることがまったくできなくなる」が、「他方で表現のためのメディアの支配が許されることになる⁵⁴⁾。」このような発言は、特定の言論構造への国家資金提供——例えば公共メディアへの資金提供——に賛成する主張より重要であるように思えるかもしれないが、しかし、ここではむしろ公正原則のような措置と多様な言論を制限する商業メディアに与えるその原則の影響についての発言である。放送に焦点を合わせるにもかかわらず、サンスティーンは、その議論が印刷メディアにも適用すると述べる。しかしながら、改革のための彼のヴィジョンは控えめなものである。端的に言えば、彼は、市場が「かなりの程度の多様性」を提供することになると次のように示唆する。

個々の見解が市場の需要によって支持されている以上、市場が供給者を見つけるはずである。言論における自由市場は、膨大な数の意見や選択肢をまさに提供する。この理由から、放送の現状維持は、例えば多くの共産主義国家において見い出されるその種の中央集権化された統制および規制のシステムよりもはるかに好ましい⁵⁵⁾。

私たちは、その当時存在した（あるいは近年も存在する）共産主義のメディア・システムが言論の自由にとって問題を孕んでいたという彼の最後の指摘に同意することも十分あり得るが、なぜその二つだけが提示される選択肢であるのか明らかではないし、商業市場の中の言論が多様性を測る適切な尺度であると思えるその根拠とは何であるのかについても明らかではない。それはないよりもましであるが、それで十分なのか。修正第一条の分析において設定されがちな誇張された二元論についてのジョナサン・ワインバークのコメントが想起されるところである。プレスの自由に関連して、ワインバークは次のように述べる。つまり、解説者たちは、

政府が言論を弾圧するのが完全に自由である体制よりも市場モデルは好ましいと（あたかもそれらが唯一の二者選択であるかのように）結論し、その後、政府はその「市場」モデルが完璧であるかのように法律を制定する⁵⁶⁾。

また、第2章で強調したようにワインバークは次のように示唆する。合衆国のメディアは、そのメディアの意見と同じ土俵に立つ意見を持った者によってのみ、あるいはそのようなメディアの組み合わせに単に慣れている者によってのみ、幅広い意見を包含していると理解されている⁵⁷⁾。私たちは、第2章でも検討したエドウィン・ペイカー、トリル・アルベルグおよびその他の者⁵⁸⁾による研究に同じように注目することができるであろう。というのも、彼らは、商業メディアが多次元にわたる大きな多様性を提供するという考えを支持していないからである。

しっかりとした多様な公共的言論を支えるうえでの市場の強みを力説したにもかかわらず、サンスティーンは、「もしも財産権の既存のシステムが政治的議論をほとんど生み出さず、あるいは多様性を提供するために必要とされる視野の広さを排除することが示されるならば」憲法的な挑戦が成功するかもしれないと強調した。しかしながら、裁判所はそのような問題について「極めて慎重で」あるべきである。なぜなら、それらの問題は「司法の判断能力の範囲内に容易に入らない複雑な事実的および経営的問題」を含むからである。サンスティーンにとって、「もしも民主主義的過程が市場システムを選択したならば、裁判所は介入に消極的であるべきである⁵⁹⁾。」この結果として、彼は公共的言論を支援するために立法府の行為を勧告し、裁判所は、言論の自由についての広範な理解を用いたその行為を評価することになる。しかし、言論の市場システムによって提供される多様性以上に、公共的言論においてすでにある程度の多様性が存在することなしに、十分に正当性のある方法で民主主義的過程が言論の市場システムを採用することを「選択」できるかどうかについては、まったく考慮さ

れていない。この後の各章で見るように、それは、裁判所が積極的な言論の自由を支援するために行動を起こす義務があるという主張である。

ステインが主張する民主主義のコミュニケーションに関する必要条件

もっと最近では、ステインは「防禦的」および「権限付与的な」言論の権利を分析した⁶⁰⁾。注目すべきことに、彼女は政府の民主的統治のための様々な必要条件（コミュニケーションに関する必要条件もそこに含まれるが）を検討する。ここでもやはり、裁判所以外のアクターが第一位の責任を持つ。しかしながら興味深いことに、彼女の分析のあるものは第 6 章で検討されるドイツの言論の自由の法理を忠実に写し出している。それは意図的なものではないかもしれないが、その類似性は、近年のアメリカ法のような言論の自由への圧倒的に消極的なアプローチに対して、その改革を検討する場合に、ドイツの具体例がそれほど異質なものであると考える必要がないことを示唆する。

ステインは、積極的および効果的な自由から始め、多くの政治理論を参考にしている⁶¹⁾。彼女は次のように示唆する。「言論に対する権限付与的なアプローチ」は、行為する可能性または行為する能力という観点から自由を定義し、「言論の自由が広く利用できることを確実にする条件を創出することや保護することを国家に認めるものである」⁶²⁾。民主主義のコミュニケーションという観点から言えば、キーとなる必要条件是、「市場の強制からも政府の強制からも自由な空間におけるコミュニケーションの送受信の権利」である⁶³⁾。法律は、言論システムの経済面に注目する必要がある、また、言論システムの経済面がどれほど一部の聴衆やコンテンツを無視したままにしているかに注目する必要がある。また、メディアは世論形成のためのキーとなるサイトとして認められるべきである。この三つの傍点を付した要点のすべてが、ドイツ法の諸要素に似ているが、ステインの分析から得られる勧告——例えばメディア・アクセスの権利や「ハイブリッドな」規制モデルなど⁶⁴⁾——は、第 6 章でドイツの例を通して説明しているように、その後に続く可能性のあるものほど本質的なものではない。

「新自由主義的」民主主義理論と「参加型」民主主義理論を対比させ、後者をより好むステインの研究は、ここで検討された具体例に共通する特徴を示している。すなわち、それらの具体例は政治的に「左翼」の一員であると一般的に理解されることになる。積極的な自由は、一般的な概念としては社会民主主義と明確に共鳴する⁶⁵⁾。同じことは、言論の自由に対する同様のアプローチを採用する多くの文献にも当てはまる。しかしながら、第3章において検討したように、その議論は、より幅広い多様な政治的立場や民主主義へのアプローチに当てはまる。言論の自由の積極的側面は、言論が「憲法の憲法」としてその民主主義的な役割を満たすために必要であり、社会民主主義の憲法のためだけに必要なのではない⁶⁶⁾。

上記のすべての具体例は、公共的言論が民主的統治にとって中心的な重要性を持つと示唆する。政治的および市場的圧力からの自由ばかりでなく、言論の多様性が求められている。その多様性は、政府の行為によって促進される必要があり、その行為は（一般的には）裁判所によって行われるべきではない。その代わりとして、それはまさにその他の諸機関が行い、その後に言論の自由の積極的および消極的側面を利用してそれらの行為を裁判所が評価する。しかしながら、その他の諸機関のアクターのために選択肢の範囲を明確にすることによって、あるいはその他の諸機関のアクターに、法的審査に服することになるそれら自身の選択肢を提案するように命じることによって、裁判所が作為義務を負うと示唆する例も存在する。

これらの具体例を超えて、オーエン・フィス、アラン・ハチンスン⁶⁷⁾、ポール・チェヴィニーおよびスーザン・ウィリアムズから成る研究の第二のグループを検討することは有益である。かれらは、積極的な言論の自由のための三つの重要な問題を強調する。つまり、既存の言論システムの制約、言論に関する構造的利益と個人的利益のコンビネーション、政府が言論について十分に中立的ではあり得ないという事実である。

フィスが主張する自己統治のための憲法的な前提条件

『言論の自由の被肉』の中で、フィスは国家が社会的または公共的自由の源泉であり得るという考えから出発する。言論の観点からすれば、このことは、「国家は公共的討論の頑健性を促進するために行動しなければならないかもしれない」ということを意味する⁶⁸⁾。彼は、これを民主主義のコミュニケーションに関する必要条件に明示的に結び付ける。

国家は、様々な集団の自己表現的な利益間の仲裁をしようとしているのではなく、むしろ、あらゆる側面が公衆に提供されることを確実なものにすることによって共同的自治に不可欠な前提条件を確立しようとしているのである⁶⁹⁾。

フィスは、公共放送に及ぼすその影響を検討し、「合衆国憲法が公共放送の存在に無関係である」と考えるのは正確ではないと示唆する。合衆国の多くの分析と異なり、彼は公共放送を「政治の運」だけに任せるべきではないと述べる⁷⁰⁾。これらの発言は、合衆国という文脈では強い調子を帯びることになる。国家は、自己統治にとって不可欠な前提条件を確立しようと努めなければならない、また、憲法によって保護される言論の自由は公共放送を必要とする。しかしながら、ここで検討されているものは合衆国型の公共放送であるかもしれない。その場合の放送は、その他の国ではよくコミュニティ放送と呼んでいるものといくぶん類似しており⁷¹⁾、また、それはイギリスまたはドイツのような国での公共放送と比較するならば「取るに足らない役回」である⁷²⁾。たとえそうであっても、公共的言論の多様性は民主主義のための前提条件であり、消極的自由以上のものを要求するという考えは、合衆国の法学文献の中ではそれほど明確になされることはあまりないことである。

ハチンスンが主張する対話的なコミュニティにおける言論

その後、ハチンスンは、国家が言論の自由を支援するためにどのような行為を行うべきかについて詳細を欠くという理由から、フィスを批判して

いる。この点について、私たちは、そのような「解決」の輪郭が概ね「未解決な問題」のままであるという数十年前のエマソンの意見を思い浮べられるかもしれない⁷³⁾。ハチンスンは、個人の言論の権利よりもむしろ対話および対話的コミュニティに焦点を合わせる。ハチンスンの研究は、個人に焦点を合わせることを越えて進むことはもとより、あらゆるコミュニケーションがその後から続いて起こるコミュニケーションを形成することを明確に認める。

創造するのではなく、表象するだけの純粋なコミュニケーションは、存在しない。言語は社会的なメディアである。つまり、言語は社会を形成するとともに、その社会を再形成しようと努めるその社会の個人を形成する。誰もその世界を、彼らが望むように自由に描くことはできない。彼らは、常に一般的な話し方によって、現実とその中の個人の位置に関する基本的な信念と前提のパッケージによって、すでに制約を受けているのである⁷⁴⁾。

ハチンスンにとって、国家の行為は対話とその対話内の平等という考えに従う必要があり、「効果的な対話に必要な参加者間の平等を促進するために、国家は介入しなければならないことになり、また、その介入は対話それ自体の価値に基礎づけられることになる⁷⁵⁾。」彼は、その用語を使用しているわけではないが、その考えは、メディア・スタディーズのさまざまな研究に登場する「声」の概念に似たものであり⁷⁶⁾、それどころかロザンヴァロンの「意見表明の民主主義」に似たものでもある⁷⁷⁾。ハチンスンが言うように、人々は「聞かれ、答えられること⁷⁸⁾」を必要としている。国家の行為は、「人々が対等な立場で登場する終わりのない継続的かつ有意義な会話のための社会的条件を確立し維持すること⁷⁹⁾」を目的としている。国家の行為の目標を提示しながらも、こうした「開かれた言説に対するアンガー式の社会的権利⁸⁰⁾」をどのように追求するかについて、その詳細はほとんど脇に置かれている。むしろ、ハチンスンは国家の行為を方向

づける価値を打ち出している。

チェヴィニーが主張する対話とアクセス

ハチンスンの分析は、彼が述べているように対話および言語の不確定性に基礎づけられたチェヴィニーの言論の自由へのアプローチと類似している。チェヴィニーは、統治の民主的形態にだけ焦点を合わせず、それどころか様々な形態をとる「近代的統治の正当性の一般的な源泉」に関心を持つ⁸¹⁾。彼は、対話の価値を理由に、社会的な取り決めにおいて表現の権利が特に優先されると考えている。彼の分析の多くは、言論の自由の消極的側面に焦点を合わせるが、積極的側面もメディア・アクセスの形態をめぐり真剣に取り組まれる。それどころか、積極的側面は彼が言論の自由の正当化理由を検討するところで重大な役割を果たす。

言論に対する「対話的」アプローチは、あらゆる参加者がアクセスを手に入れることに強い関心を持つ公共的なコミュニケーション・システムを経由して言説が生じることに注意を喚起する。

対話的な「表現の自由」の核心には……参加があり、適切な決定を助けるための対話の概念がある。つまり、アクセスの権利の必要性は表現の自由を正当化する中心的な理由にずっと近くなっているのである⁸²⁾。

チェヴィニーは、表現の自由への純粋に消極的なアプローチに納得がいかない。そのアプローチは、あらゆる必要な情報や選択肢、対話へのすべてのアクセスが、「私的な個人の自由な表現や独立した私的なプレスというメカニズムを通じて「供給され得る」と考える。彼は単純に次のように記述する。「私はこのような確信を共有できない。」それらの状況では、メディアはその他の選択可能な幅広い見解を提供することにはならないし、「基本的な批判」を受けることにはならない。それどころか、それは「現状維持へと自動的に傾くこと」になる⁸³⁾。しかしながら、この分析から出て

来るものは、やや限定的である。「私たちのできる最大限のことは、最も明白な偏見に多少なりとも埋め合わせをすることのできる法的構造を創出する試みである⁸⁴⁾。」確かにそうかもしれないが、そのような構造とはどのようなもので、どのようにそれに到達するのか——例えば議会、内閣、規制当局および裁判所による行為のどんな連携によって可能か——については、特定の文脈においてさらに検討されるべきであろう。

ウィリアムズが主張する人間関係的な語りの自律性

もっと最近では、ウィリアムズは言論の自由の構造的側面を検討し、既存のコミュニケーションの実践に言論が依存することを理由に、どんなコミュニケーションの自由も限られた質しか持てないことを指摘した。彼女の関心の一つは、語りの自律性である。彼女は、語りの自律性の行使またはそのための能力の開発を助ける機会を提供する言論システム——つまりメディアの市場、図書館の資料収集および政治運動の資金提供など——を検討する⁸⁵⁾。ウィリアムズは人間関係的なアプローチを採用する。それは、言論システムという形で存在する「いくつかの社会的条件」の重要性を強調するものである⁸⁶⁾。前に使用した表現を借りるならば、言論に関して必要なものは、特定の状況であると言えるかもしれない⁸⁷⁾。ウィリアムズにとって、語りの自律性と社会的人間関係の結びつきは、言論の民主的役割の根底にある。彼女は、ロバート・ポストが主張するような次のような議論に注目する。政府は、「政治的共同体がそれ自体を設立するとき用いる実質的な基準を公共的討論」に課することができない⁸⁸⁾。しかし彼女は次のことを認める。つまり、「いまここで政府から見て単純に中立であるいかなる立場も存在しない⁸⁹⁾。」要するに、政府は公共的討論に基準を課すことを回避することはできない。つまり、コミュニケーション・システムの構造に関して行われたすべての選択は、影響力を持つ。「言論の機会を生み出す、その基礎をなす財産・契約に関わる制度を始動することだけでも、政府は常にすでに行為を行っている⁹⁰⁾。」ウィリアムズは次のように続ける。

政府による言論統制を恐れるあまり、私たちの現在の言論システムが政府規制の所産でもあるという事実を目を閉ざしてはならない。私たちはすでに、政府が私たちの自律性をしばしば害するような形で言論システムを構築している状況下に生きていることを認めるのであれば、もっと良くする努力を政府に認めることへの恐れは、おそらく少しは和らぐであろう。確かに、政府が無意識にすでに行ってきたものを——意識的な配慮を持ち、憲法の基準に従って——政府が再び行うことを拒むことによって、私たちの生活がもっと良い状態になり、私たちの自律性がより良く保護されるようになると信じることはできないのである⁹¹⁾。

この引用句が示唆するように、その分析は、言論の自由の積極的側面と消極的側面の双方によって知識を与えられた裁判所による注意深い審査を伴う、立法府または行政府の行為に適している。ウィリアムズは、語りの自律性を民主主義の言説的モデルに結びつけ、言論の役割が言説的民主主義の中でどのように理解されるべきかを検討する。討論の「質」——すなわち、その多様性や公共的な争点への注目——を超えて、彼女は、参加の重要性を付け加える。民主主義のこのような理解を理由に、まさに「私たちが正しい結果を出すことだけではなく、むしろ私にその過程に参加する機会があることが問題である⁹²⁾。」また、「ある人々は、公共的言論の現状において他の人々よりも話す可能性が少なく、聞かれる可能性が少なく、あるいは真剣に受け取られたりあるいは信じられたりする可能性が少ない」ことをウィリアムズも認める。そして彼女は、「私たちの未来の物語が作られる公共的対話が、現在の対話によって生み出される不平等によって制限される」ことを強調する⁹³⁾。どんな言論も単純にあるいは完全に「自由で」はない。全体としては、行為の必要性和、結果として生じる自由の文脈的な限界の両者についての正しい評価が存在する。

結論

以上のような合衆国の法学文献の具体例は、積極的な言論の自由に関連する少なくとも次の7点を促すものである。

- ・多様な公共的言論は、統治の民主的形態において中心的な位置を占める。
- ・公共的言論の多様性は政府の行為を必要とし、その行為は、裁判所以外の統治機構上のアクターのためにあるものとして、常にではないが一般的に示される。その要求は単に「からの自由」の何らかのヴァージョンではない。むしろ、言論の自由は、効果的なコミュニケーションの自由を支援するために持続的で多様な公共的言説に向けた政府の行為を要求する。なかでも、政府は自らの立場に反対する言説に財政的援助を行う必要がある。
- ・政府は、公共的言論に影響を与える方法で行動することを回避できず、この事実を否定する代わりに、意識的にまた憲法的基準に従って行動を起こすべきである。さもなければ、言論の自由は、「コミュニケーション手段」の構造に対する無分別で無制御な「国家による独占」のようなものになる⁹⁴⁾。
- ・いくつかの具体例は、多様な公共的言論における聴衆の権利や、多様なパブリック・フォーラムの必要条件を理由に、メディアが商用に支配された経済基盤だけでなく、様々な経済基盤を必要とすると明示的に記している。
- ・そのような公共的言論の構造またはアーキテクチャは、本質的な民主的正当性のための前提条件である。これは、言論の自由が共同的側面をどのように持つかを反映する。公共的討論または討議は他者と交わらない言論類型ではなく、言論の自由には重要な個人的側面があるが、それはまた共同的な政治的利益でもある。
- ・かりに言論の自由に対するそのようなアプローチが実現したとしても、それは、「純粋な」意味でコミュニケーションの自由を生み出すこ

とにはならないであろう。公共的言論は、既存の言論の実践の中で生じ、言論を可能にするとともに抑制する言説的な文脈において生じるのである。同時に、民主的統治の必要条件は、その言説的な文脈の創出に参加する幅広い能力を伴う。

- ・これらの具体例は、裁判所以外の主体が積極的な言論の自由を支援するために行動を起こすことをしばしば示唆しているが、かりに裁判所が行動した場合、裁判所は、立法府や行政府が選択できる範囲の言論のための代替案を明確化したり、これらの機関がその他の代替案を提案するように促し、その代替案を言論の自由の積極的および消極的な側面に照らして評価することができるであろう。

以上の述べたことは、ユートピア的あるいは非現実的に聞こえるかもしれないが、基本的には実用的である。すなわち、自由が完全に実現されることはない⁹⁵⁾。その最終目的は、多様な公共的言論のためのアーキテクチャを促進することであるが、その到達目標は常に程度の問題であり、私たちはそれが完全には達成されることがないことを認め、部分的にでもそのようなアーキテクチャや枠組みを促進する行為に関心を持つことである。言論の自由は、「ラフで現実的な」形でのみ存在するが⁹⁶⁾、例えば、消極的自由だけが言論の自由にとって重要であるという考えのような絶対的なものによって否定されてしまうものである。

— 注 —

- 1) Joel Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto: University of Toronto Press 1997) 10.
- 2) See, e.g., Thomas Gibbons, 'Free Speech, Communication and the State' in Merris Amos, Jackie Harrison and Lorna Woods (eds.), *Freedom of Expression and the Media* (Leiden: Martinus Nijhoff 2012) 19; Thomas Gibbons, 'Active Pluralism: Dialogue and Engagement as Basic Media Policy Principles' (2015) 9 *International Journal of Communication* 1382; Thomas Gibbons, 'What Is "Sufficient" Plurality?' in Steven Barnett and Judith Townend (eds.), *Media Power and Plurality: From Hyperlocal to High-Level Policy* (Basingstoke: Palgrave Macmillan 2015) 15; Thomas Gibbons, 'Providing a Platform for Speech: Possible Duties and Responsibilities' in Andrew T. Kenyon and Andrew Scott (eds.), *Positive Free Speech: Rationales, Methods and Implications* (Oxford: Hart 2020) 11.
- 3) See, e.g., Tarlach McGonagle, 'The State and Beyond: Activating (Non-) Media Voices' in Helena Sousa, Manuel Pinto, Joaquim Fidalgo, Stanislaw Jedrzejewski, Elsa Costa e Silva, Ana Melo, Luís António Santos, Sérgio Denicoli, Mariana Lameiras, Marta Eusébio Barbosa (eds.), *Media Policy and Regulation: Activating Voices, Illuminating Silences* (Braga: University of Minho 2013) 187; Tarlach McGonagle, 'Positive Obligations Concerning Freedom of Expression: Mere Potential or Real Power?' in Onur Andreotti (Council of Europe Task Force for Freedom of Expression and Media) (ed.), *Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives* (Strasbourg: Council of Europe Publishing 2015) 9. マックゴナグルの研究と、クラウファード・スミスのかかなり初期の分析との比較も可能であろうが、その分析は、ヨーロッパの言論の自由の法理には積極的側面が少ないと見ていた。Rachael Craufurd Smith, *Broadcasting Law and Fundamental Rights* (Oxford: Clarendon Press 1997). ヨーロッパのアプローチについて、例えば、Andrew Sharland, 'Focus on Article 10 of the ECHR' [2009] *Judicial Review* 59; Joris van Hoboken, *Search Engine Freedom: On the Implications of the Right to Freedom of Expression for the Legal Governance of Web Search Engines* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law international 2012) をも参照せよ。
- 4) 例えば、Dirk Voorhoof, 'Freedom of Journalistic News-Gathering, Access to Information and Protection of Whistleblowers under Article 10 ECHR and the Standards of the Council of Europe' in Andreotti, 前掲注 3) 105 頁; Maria Edström, Andrew T. Kenyon and Eva-Maria Svensson (eds.), *Blurring the Lines: Market-Driven and Democracy-Driven Freedom of Expression* (Gothenburg: Nordicom 2016) の諸章; Sandra Fredman, *Comparative Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press 2018) 349-353 (積極的な言論の自由の一部としての国家保有情報へのアクセスに対する裁判所の態度を検討している); Kenyon and Scott, 前掲注 2); Peter Coe, '(Re) embracing Social Responsibility Theory as a Basis for Free Speech: Shifting the Normative Paradigm for a Modern Media' (2018) 69 *Northern*

Ireland Legal Quarterly 403 を参照せよ。

5) 例えば、Simon Dawes, 'Press Freedom, Privacy, and Public Sphere' (2014) 15 *Journalism Studies* 17; Trine Syvertsen, Gunn Enli, Ole J. Mjøs and Hallvard Moe, *The Media Welfare State: Nordic Media in the Digital Era* (Ann Arbor: University of Michigan Press 2014) (積極的な言論の自由という用語は使われていないにもかかわらず、広い意味で類似の議論が行われている) ; Ejvind Hans, 'The Positive Freedom of the Public Sphere' (2015) 16 *Journalism Studies* 767; Douglas Allen, 'Relocating the Press: Toward a More Positive Notion of "Freedom of the Press"' (2015) 9 *International Journal of Communication* 3422; Edstrom, Kenyon and Svensson, 前掲注 4) の諸章 ; Mike Ananny, *Networked Press Freedom: Creating Infrastructures for a Public Right to Hear* (Cambridge MA: MIT Press 2018); Victor Pickard, *Democracy Without Journalism? Confronting the Misinformation Society* (New York: Oxford University Press 2020) を参照せよ。

6) See, e.g., Sandra Braman, *Change of State: Information, Policy, and Power* (Cambridge MA: MIT Press, 2006) 79-116, 'Constitutional Principles and the Information Spaces They Create'. 同様に、修正第一条は、その条文の言論条項が学問的および原理的な注目を集めたほとんどの場合でさえも、言論以上のものを含意する。より広範囲にわたる分析のために、例えば、Ashutosh Bhagwat, *Our Democratic First Amendment* (Cambridge: Cambridge University Press 2020) を参照せよ。

7) See, e.g., *Associated Press v. US* 1, 20 (1945). 「パブリック・フォーラム」の事例も検討可能であろう。それについて例えば、Lyrissa Lidsky, 'Public Forum 2.0' (2011) 91 *Boston University Law Review* 1975.

8) 例えば、Mark Tushnet, *Advanced Introduction to Freedom of Expression* (Cheltenham: Edward Elgar 2018) 82-103 (ここでは特に公衆のデモに対する規制との関連で言論のための明示的および黙示的な国家による助成金を検討している) を参照せよ。

9) 例えば、Marvin Ammori, 'First Amendment Architecture' [2012] *Wisconsin Law Review* 1; Jack M. Balkin, 'Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment' [1990] *Duke Law Journal* 375; C. Edwin Baker, *Media Concentration and Democracy: Why Ownership Matters* (Cambridge: Cambridge University Press 2007); Jerome Barron, 'Access to the Press—A New First Amendment Right' (1967) 80 *Harvard Law Review* 1641; Michael Kent Curtis, 'Democratic Ideals and Media Realities: A Puzzling Free Press Paradox' (2004) 21 *Social Philosophy and Policy* 385; Richard Delgado, 'First Amendment Formalism is Giving Way to First Amendment Legal Realism' (1994) 29 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 169; 'Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York: Random House 1970); Julia N. Eule, 'Promoting Speaker Diversity: Austin and Metro Broadcasting' [1990] *Supreme Court Review* 105; Owen Fiss, *The Iron of Free Speech* (Cambridge, MA: Harvard University Press 1996);

Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism* (Berkeley: University of California Press 1991); Franklyn S. Haiman, *Speech and Law in a Free Society* (Chicago: University of Chicago Press 1981); Robert B. Horwitz, 'The First Amendment Meets Some New Technologies: Broadcasting, Common Carriers, and Free Speech in the 1990s' (1991) 20 *Theory and Society* 21; Allan C. Hutchinson, 'Talking the Good Life: From Free Speech to Democratic Dialogue' (1989) 1 *Yale Journal of Law and Liberation* 17 を参照せよ。

10) そのうえ、ブライヤーはその用語、能動的自由がバーリンの積極的自由「とは区別されるが、類似するものを含んでいる」と記している。Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting a Democratic Constitution* (Oxford: Oxford University Press 2008) 169 and its n.25. ロザンヴァロンは、ブライヤーの分析が「近代という時代の下で自由の能動的側面により広い幅を持たせることに賛成するための、すなわち自由の二つの次元のバランスに賛成するための、おそらく最高の議論を明らかにする」と結論する。Pierre Rosanvallon, 'Review of Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*' (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 564, 567.

11) Breyer, *ibid.* 42 (internal citation omitted).

12) Barron, above n.9, 1662; see also e.g., Jerome A. Barron, *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media* (Bloomington: Indiana University Press 1973); Jerome A. Barron, *Public Rights and Private Press* (Toronto: Butterworths 1981).

13) Barron, *Public Rights*, *ibid.*, 15-16.

14) Emerson, above n.9, 649 (emphasis added).

15) *Ibid.*, 652.

16) *Ibid.*, 652-653. 私たちは、第1章で議論した政府言論についてのロウボトムの分析を検討することもできるであろう。その結果、(おそらく必然的にメディアよりも議会の反対派により焦点を合わせた) 政治的反対者のための国家による支援について何らかの同様の指摘を行うことになる。Jacob Rowbottom, 'Government Speech and Public Opinion: Democracy by the Bootstraps' (2017) 25 *Journal of Political Philosophy* 22, 40 は次のように記す。すなわち、

一つの解決策は……他の集団や声に〔政府の〕コミュニケーションの内容に異議を唱えるための資源を提供することである。このアプローチは、政府の資源が公衆の中の現職の議員の意見を促進するための間接的な助成金をもたらし得ることを容認する。その目的は、その助成金が様々な見解の中で公平に分配されることや、正式の政治制度において期待される反対するための構造の強化を確実にすることである。

17) Emerson, above n.9, 671.

18) Thomas I. Emerson, 'The Affirmative Side of the First Amendment' (1981) 15 *Georgia Law Review* 795, 807.

19) *Ibid.*, 804.

20) Ibid., 796.

21) Ibid., 806.

22) Ibid., 807.

23) Emerson, above n. 9, 667.

24) Ibid., 728.

25) ここでエマソンによる「開かれた」の使用は、興味深いし、自由なプレスと開かれたプレスについてマーチンの区別と比較できるであろう。例えば、Robert W. T. Martin, *The Free and Open Press: The Founding of American Democratic Press Liberty, 1640-1800* (New York: New York University Press 2001) を参照せよ。彼は 3-4 頁で次のように記している。

1760 年代まで、プレスの自由は一つの統一された概念として理解された。プレスの自由が多くの別々の主張からなっていたにもかかわらず、18 世紀前半を通じて次第にこれらの様々な主張が、私が「自由なプレス」原則と「開かれたプレス」原則と呼ぶ二つの系統に合流した。……「自由なプレス」原則は、プレスを政府の専制に対抗する防護壁のような、公衆の自由の第一の擁護者としてもはやされた。開かれたプレス原則は……政治的見通しがどうあれ、その国民の自由にもたらず帰結がどうあれ、あらゆる人々が考慮すべき自分の意見を表明するすべての人の個人的な権利を強調した。

26) Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press 1986) 428 and see the end of chapter 4.

27) Balkin, above n. 9, 379.

28) Ibid., 379.

29) Ibid., 379.

30) Ibid., 410 (emphasis added).

31) Ibid., 411-412.

32) Ibid., 412.

33) Ibid., 413.

34) Ibid., 386.

35) Ibid., 413 (emphasis added).

36) See, e.g., Jack M. Balkin, 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society' (2004) 79 *New York University Review* 1; Jack M. Balkin, 'How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era' (2004) 26 *Sydney Law Review* 5; Jack M. Balkin, 'Media Access: A Question of Design' (2008) 76 *George Washington Law Review* 933; Jack M. Balkin, 'The Future of Free Expression in a Digital Age' (2009) 36 *Pepperdine Law Review* 427; Jack M. Balkin, 'The First Amendment is an Information Policy' (2012) 41 *Hofstra Law Review* 1; Jack M. Balkin, 'Old-School/New-School Speech Regulation' (2014) 127 *Harvard Law Review* 2296; Jack M. Balkin, 'Cultural Democracy and the First Amendment' (2016) 110 *Northwestern University Law Review* 1053; Jack M. Balkin, 'Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New

School Regulation' (2018) 51 *UC Davis Law Review* 1149.

37) Balkin, 'How Rights Change', above n. 36, 12.

38) Balkin, 'Digital Speech', above n. 36, 50-51.

39) Ibid., 51.

40) Ibid., 52.

41) Balkin, 'Future of Free Expression', above n. 36, 440-443.

42) Jack M. Balkin, 'Free Speech is a Triangle' (2018) 118 *Columbia Law Review* 2011, 2014-2015.

43) 一つ具体例として、バルキンは次のように示唆する。つまりインターネット会社が多くの言論との関連で私的な統治者として行動するという事実は、その会社が「パブリック・フォーラム」原則に服すべきことを意味しないのである。というのも、その一つの理由として、そうすることは、オンライン・フォーラムを（インターネット会社によって）「管理できない」ように導くことになるからであり、またソーシャル・メディア会社に、言論に対する礼儀規範を課すことを妨げることになるからである。Balkin, 'Free Speech is a Triangle', above n. 42, 2025-2027. 私的なガバナンスというこの状況に対する選択可能な応答は、修正第一条の原則それ自体を変更する必要があるということである。つまり、ソーシャル・メディアという具体例は、修正第一条の諸ルールが何らかの方法でその他の民主政の国で法的に承認されている言論規制のスタイルに、より接近すべきことを示唆しているのかもしれない。二つ目の具体例は、情報受託者の概念に関わる。本論文および近年の論文の中で、バルキンはインターネット会社がそれらのユーザーとの関係で情報受託者として扱われるべきであると示唆する。この考えを批判するために、通常の受託者の関係と、インターネット会社とユーザーの関係との間の重要な差異（バルキンが注目した類似性はもちろんのこと）を強調するものとして、Lina M. Khan and David E. Pozen, 'A Skeptical View of Information Fiduciaries' (2019) 133 *Harvard Law Review* 497 を参照せよ。

44) Balkin, 'Free Speech is a Triangle', above n. 42, 2015-2016.

45) Ibid., 2016-2019.

46) Ibid., 2033 (emphasis added).

47) 「インフラストラクチャ」という言葉は、それと同じ一般的に意味で、言論の自由に関する文献の広範な分野にわたって登場する。例えば、Gautam Bhatia, *Offend, Shock, or Disturb: Free Speech under the Indian Constitution* (New Delhi: Oxford University Press 2016) ch. 7 'The Meaning of "Freedom": Free Speech and Economic Structure'; Julie E. Cohen, 'Affording Fundamental Rights: A Provocation Inspired by Mireille Hildebrandt' (2017) 4 *Critical Analysis of Law* 78; Philip Pettit, 'Two Concepts of Free Speech' in Jennifer Lackey (ed.), *Academic Freedom* (Oxford: Oxford University Press 2018) 61; Ananny, above n. 5 を参照せよ。ある文献は、同じことを指摘するために「アーキテクチャ」を用いており、それには、Cohen, *ibid.*; Ammori, Above n. 9 が含まれるが、一般的には、Jeremy K. Kessler and David E. Pozen, 'The Search for an Egalitarian First Amendment' (2018) 118 *Columbia Law*

Review 1953 を参照せよ。

48) Balkin, 'First Amendment Information Policy', above n. 36, 8.

49) Ibid., 30. そのアプローチの構造は、Frederick Schauer, 'Hohfeld's First Amendment' (2008) 76 *George Washington Law Review* 914 の第 2 章において議論されたシャウアーの分析に類似している。

50) Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York: Free Press 1993) 20–22.

51) Ibid., 47. 敵対的聴衆や国家支出に関して最近のものとして、例えば、Frederick Schauer, 'Costs and Challenges of the Hostile Audience' (2019) 94 *Notre Dame Law Review* 1671 を参照せよ。

52) See, e.g., Eric Barendt, 'Freedom of Expression' in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press 2012) 891, 898.

53) Sunstein, above n. 50, 47 (emphasis added).

54) Ibid., 50.

55) Ibid., 55–56.

56) Jonathan Weinberg, 'Broadcasting and Speech' (1993) 81 *California Law Review* 1101, 1190.

57) Ibid., 1152 (footnote omitted to C. Edwin Baker, 'Advertising and a Democratic Press' (1992) 140 *University of Pennsylvania Law Review* 2097, 2242).

58) C. Edwin Baker, *Media, Markets, and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002); Tori Aalberg and James Curran (eds.), *How Media Inform Democracy: A Comparative Approach* (New York: Routledge 2012).

59) Sunstein, above n. 50, 56 (emphasis in original).

60) Laura Stein, *Speech Rights in America: The First Amendment, Democracy, and the Media* (Urbana: University of Illinois Press, 2006).

61) See, e.g., Thomas Hill Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (London: Longmans, Green and Co 1895); John Dewey, *The Public and Its Problems: An Essay in Political Inquiry* (New York: Henry Holt 1927); Benjamin R. Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age* (Berkeley: University of California Press 1984).

62) Stein, above n. 60, 10.

63) Ibid., 115 (emphasis added).

64) すなわち、印刷、放送およびコモンキャリアのための合衆国の規制アプローチの諸相をメディアの一つの形態に適用するモデル。

65) See, e.g., Victor Pickard, 'Toward a People's Internet: The Fight for Positive Freedoms in An Age of Corporate Libertarianism' in Maria Edström, Andrew T. Kenyon and Eva-Maria Svensson (eds.), *Blurring the Lines: Market-Driven and Democracy-Driven Freedom of Expression* (Gothenburg: Nordicom 2016) 61.

66) Eric Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship* (Oxford: Oxford University

Press 2016) 6 から採用した引用の言葉をそこで議論したものとして第3章を参照せよ。

67) キャリアとしてイギリスの系譜を有し、カナダをベースにしたキャリアであるにもかかわらず、ハチンソンは、この研究で合衆国の争点や聴衆に真剣に取り組んでおり、その結果ここで検討されている。

68) Fiss, above n. 9, 4-5.

69) Ibid., 18 (emphasis added).

70) Ibid. 76.

71) E.g., Lesley Hitchens, *Broadcasting, Pluralism and Diversity* (Oxford: Hart 2006) 25. 彼女は、コミュニティ・ラジオ（および比較的小さく、弱いコミュニティ・テレビのセクター）の比較的良好に発展したシステムを有するオーストラリアの例をあげるが、またその後にイギリスにおける近年の展開についての概要を示す。また合衆国のメディアは、「実」コミュニティあるいはパブリック・アクセス・放送と呼ばれるもの、つまり公共放送と並んで置かれているいっそう資金のかからないセクターを有する。See, e.g., Laura R. Linder, *Public Access Television: America's Electronic Soapbox* (Westport: Praeger 1999).

72) Paul Jones, 'The Best of Both Worlds? Freedom of Communication and 'Positive' Broadcasting Regulation' (2001) 23 *Media, Culture and Society* 385, 390. パーワイズとピカードは、合衆国の公共放送を「マイナー」であり、「明らかに相対的に副次的」であると記述する。Patrick Barwise and Robert G. Picard, *What If There Were No BBC Television? The Net Impact on UK Viewers* (Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2014) 1 and 63.

73) Emerson, above n. 9, 728.

74) Hutchinson, above n. 9, 24.

75) Ibid., 25.

76) See, e.g., Nick Couldry, *Why Voice Matters: Culture and Politics After Neoliberalism* (London: Sage 2010); Justin Lewis, 'The Commercial Constraints on Speech Limit Democratic Debate' in Edström, Kenyon and Svensson, above n. 4, 91.

77) See, chapter 1 and Pierre Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust* (translated by Arthur Goldhammer) (Cambridge: Cambridge University Press 2008) 20.

78) Hutchinson, above n. 9, 25.

79) Ibid., 25-26.

80) Ibid., 26; and see, e.g., Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press 1987) 508-539.

81) Paul Chevigny, *More Speech: Dialogue Rights and Modern Liberty* (Philadelphia: Temple University Press 1988) 18.

82) Ibid., 79.

83) Ibid., 125.

84) Ibid., 128.

85) Susan H. Williams, *Truth, Autonomy, and Speech: Feminist Theory and the First Amendment* (New York: New York University Press 2004) 199.

86) Ibid., 207.

87) See, chapter 1 and Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (translated by Julian Rivers) (Oxford: Oxford University Press 2002) 330.

88) Williams, above n. 85, 217 quoting Robert C. Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* (Cambridge MA: Harvard University Press 1995) 278.

89) Williams, above n. 85, 217.

90) Ibid., 219.

91) Ibid., 221 (emphasis added).

92) Ibid., 225.

93) Ibid., 228.

94) Balkin, above n. 9, 410.

95) そのアプローチは、理想を完全に実現するという意味でユートピアではない。むしろ、それは、これまで完全には実現されることがなかったものとしての言論の自由の質を強調する。自由をめぐる関連した文脈において、ヴェルマーは次のように述べる。

近代は……自由の普遍主義的な観念と密接に結び付けられる。しかしながら、自由は、決定的なあるいは完全な意味でいつか実現できるような類のものではない。したがって、近代性というプロジェクトは、いつか「完成され」得るような類のプロジェクトではない。……近代性のプロジェクトのこの開かれた特徴は、もしもユートピアが理想の最終的実現という意味で「完成」を意味するのであれば、ユートピアの終焉を含意する。

Albrecht Wellmer, 'Models of Freedom in the Modern World' in Albrecht Wellmer, *Endgames: The Irreconcilable Nature of Modernity, Essays and Lectures* (translated by David Midgley) (Cambridge MA: MIT Press 1998) 3, 36.

96) Emerson, above n. 9, 667.