



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	表現の自由の理論（1）　ーリベラリズムはいかに表現の自由を基礎づけるかー
Author(s)	岩本, 一郎; IWAMOTO, Ichirou
Citation	北大法学論集, 46(2), 1-74
Issue Date	1995-09-04
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15610">https://hdl.handle.net/2115/15610</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(2)_p1-74.pdf



# 表現の自由の理論（一）

——リベラリズムはいかに表現の自由を基礎づけるか——

岩  
本  
一  
郎

## 目次

はじめに

第一章 表現の自由のシステム

第一節 表現の自由の状況

一 社会の状況

1 社会の多元性

2 価値の分裂

二 市民の心理

1 言論者

2 聞き手

三 言論の機能

1 コミュニケーションとしての言論

2 言論の言語行為論的分析

四 権力の力学

1 抑圧のプロセス

2 抑圧の利益

3 抑圧の基準

五 状況の性格（以上本号）

第二節 表現の自由の原理

第二章 倫理的リベラリズム

第三章 政治的リベラリズム

第四章 表現の自由の原理再論

おわりに

はじめに

(1) 日本国憲法二二条一項は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定する。

このように、憲法によって「権利」として保障された表現の自由は、政治的理念として理解される道徳的権利であるだけでなく、実定憲法によって制度化された法的権利（「憲法的権利」）でもある。それは、イギリスのように代議制民主主義のプロセスを通じて政治的に保障されるべきものではなく、アメリカ型の司法審査のプロセスを通じて法的に実現されるべきものとされる<sup>(1)</sup>。このような意味で、表現の自由は法規範であり、とりわけ裁判規範である。憲法的権利の保障を本質とする「法の支配」のもとでは、とくに裁判所は、法に拘束されつつ、法を実現することを憲法上要請される。このような法の二重性ゆえに、表現の自由もまた、裁判所によって実現されるが、その裁判所の具体的な判断を規律する裁判規範でなければならない<sup>(2)</sup>。そして、表現の自由が裁判規範として実効的に機能するためには、ある言論行為に対する国家による制約が合憲であるか、違憲であるかについての裁判所の具体的な判断を客観化しうるほど明確かつ安定的な原理、基準あるいはルールの体系（表現の自由のシステム）が確立されねばならない。それによって、言論規制の憲法判断を正当化する法的議論についても、たとえば不法行為責任の判断と同じように、比較的抽象度の高い判断基準から、より具体的な判断基準を導き出す演繹的な正当化が可能になるのである<sup>(3)</sup>。

戦後、日本の憲法理論が直面した第一の実践的課題は、何をにおいても、前述の意味で裁判規範として個別具体的な紛争を解決しうるほど明確かつ安定的な原理、基準あるいはルールからなる表現の自由のシステムを確立することであった。しかし、近代立憲民主主義の公共的な政治文化を形成することなく敗戦を迎えた日本にとって、「表現の自由」という抽象的な規範概念を原理、基準あるいはルールにまで結実させる文脈は皆無であった<sup>(4)</sup>。このような状況のなかで、表現の自由のシステムを自立した法規範として確立するための具体的な文脈を与えたのが、アメリカ合衆国最高裁によって発展せられた第一修正の判例理論であった。その意味で、アメリカの判例理論は、わが国の表現の自由のシステムを支える「準拠枠組」と言ってもよい<sup>(5)</sup>。この枠組に依拠して、日本の憲法理論は表現の自由に関する一つの「中核的イメー

「ジ」を形成してきた。<sup>(6)</sup> すなわち、表現の自由は憲法的権利の体系において「優越的地位」を占め、それは、自由が原則で規制は例外であるということの意味する（二重の基準論）したがつて、表現の自由に対する制約は例外的な状況、つまり「明白かつ現在の危険」が存在する場合にのみ憲法上許される（明白かつ現在の危険のテスト）。しかし、表現の自由に対する制約が是認される場合であっても、事前の抑制は絶対的に禁止され、ただ事後的な処罰や損害賠償のみが許される（事前抑制禁止の法理）。また、表現の自由に対する制約の内容は法律によって明確に規定されねばならない（漠然故に無効の法理）。これらの法的基準やルールが表現の自由の中核的イメージを形作っているのである。<sup>(7)</sup>

(2) 現在においても、この中核的イメージは有効である。<sup>(8)</sup> このイメージを基礎にして、日本の憲法理論は、裁判場で援用されるべき表現の自由の原理、基準あるいはルールの精密化に努めてきた。それは、表現の自由の解釈論として展開され、この解釈作業の過程では、絶えずアメリカの判例あるいは学説が引照され、その分析は一層精緻なものになってきている。<sup>(9)</sup> その一方で、このような解釈論優位の理論状況のなかで、表現の自由の理論全体において果たす役割に見合うほどの学問的関心が、原理論（中核的イメージそのものを正当化する試み）に注がれてきたとは言えないのではないだろうか。<sup>(10)</sup>

表現の自由の理論にとつて、原理論は不可欠な構成要素である。第一に、それが何であれ、裁判所による個別具体的な憲法判断の指針となる原理、基準あるいはルールからなる表現の自由のシステムを構築しようとする解釈のプロセスは、表現の自由の価値や目的を措定しなければならぬ。故宮沢俊義教授によれば、「法の解釈はその本質においていかにせば法の目的を現実生活に実現しうるやの方策の発見である。すなわち、技術的準則の定立である」<sup>(11)</sup>。そして、「法律解釈ということ、すでに法の価値、理想ないしは目的ともいべきものをその前提としているのである」<sup>(11)</sup>。表現の自由のシステムは、この「技術的準則」の集合である。それは、公共の秩序、公正な裁判、青少年の保護育成、美観、

社会のモラル、人格的利益など、衝突する多様かつ複雑な社会的利益との調整を図りつつ、表現の自由の価値を最大化することを求められている。しかし、複雑な社会的利益が錯綜した紛争を解決するための原理、基準あるいはルールを設定するレベルで要求される利益衡量の場面では、「表現の自由は民主主義の生命線である」といった、直感レベルの原理論は役に立たない。「表現の自由の価値は何か」についての原理的考察は安易に糊上げされるべきではない。

第二に、定式化された原理、基準あるいはルールを具体的な事案に適用する場合でも、たびたび表現の自由の価値や目的に立ち戻る必要がでてくる。複雑な社会の実態のなかに生きる憲法の解釈を、一定の理論で割りきろうとする態度に陥らないための一つのアプローチは、表現の種類、規制手段、具体的状況の違いに対応できるように、問題領域を細かく範疇化し、範疇ごとに法的基準やルールを使い分けていくことである。このアプローチは、法的基準やルールの機械的、画一的適用（適用の「客観化」）をある程度可能にするかもしれないが、抽象的な理念や原理が具体的な紛争解決において果たす役割を過小評価してはならない。どんなに細分化された基準やルールであつても、それは人間の実践理性の行使のすべてを肩代りすることはできないし、基準やルールの適用には常に実践的な判断がともなう<sup>(12)</sup>。どの基準またはルールを適用すべきか。基準またはルールを適用するにあたって、「生の事実」からどの事実をレレバントな要素として取り上げるべきか。現在の適用が将来の適用にどのような影響を与えるか。いずれの問題の解決にも複雑な実践的判断を要する。結局、これらの判断は、基準やルールそのものを正当化する高次の価値に基づいてなされねばならない。そうだとすれば、原理、基準あるいはルールの定式化レベルだけでなく、その適用レベルにおいても、「表現の自由の価値とは何か」についての原理的考察が必要不可欠となる。

もちろん、「解釈論を軽視するつもりもないし、徒に思弁的な原理論に耽るつもりもない。また、日本の憲法理論が形成してきた中核的イメージは、現在においても基本的には支持されるべきものであるし、明確かつ安定的な原理、基準

あるいはルールから構成される自立的な体系として表現の自由を構想するアプローチは放棄されるべきではない。このことを前提にして私がお本稿で問題にしたいのは、①表現の自由の中核的イメージを正当化する政治、道徳的な価値とは何かということであり「第二章、第三章」、②この価値を実現するためには、表現の自由のシステムは、いかなる原理、基準あるいはルールを含む体系として構造化されるべきなのか「第一章第二節、第四章」、③いかなる社会的条件が、この表現の自由のシステムを実効的に機能させるために考慮されねばならないのか「第一章第一節」ということである。これらの問題に答えることによって、本稿は原理論と解釈論との架橋を試みる<sup>(13)</sup>。ただ、この試みには二つの限界があることを、はじめに断っておかなければならない。一つは、表現の自由によって実現される価値についての原理的考察は、ジョン・ロールズ (John Rawls) あるいはロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin) に代表される現代リベラリズムの視角からなされたものであり、共同体論やマルキシズムなどの他の政治理論を取り上げていないこととである。いま一つは、日本国憲法のもとで成立した表現の自由の中核的イメージ（それから派生する原理、基準あるいはルール）ではなく、アメリカ合衆国最高裁によって形成されてきた表現の自由のシステムを分析の対象とすることである。

はじめに註

- (1) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣・一九九三年）一頁以下参照。
- (2) 法の支配と表現の自由との関係を論じた初期の業績として、伊藤正己「法の支配と言論の自由」『思想』四三八号（一九六〇年）一〇一頁がある。
- (3) 一般的審査基準と具体的判断基準の連鎖として日本の憲法判例を統一的に解釈する試みとしては、芦部信喜『憲法の焦

点』(有斐閣リブレ・一九八四年)、芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店・一九八七年)、芦部信喜『憲法判例理論の現在』『ジュリスト』一〇三七号(一九九四年)六頁参照。

(4) もちろん、戦前、戦中の苛酷な言論弾圧の経験は、表現の自由を保障するための制度的なシステムを構想するのに必要な日本人の精神構造や日本の権力構造の特質を明らかにする手がかりとなるだろう。これらの経験的な諸考慮(後述の「表現の自由の状況」[第一章第一節参照])は、準拠国たるアメリカとは異なる制度的なシステムを要請するかもしれない。

(5) そもそも、戦後わが国の憲法理論にとって、アメリカ合衆国が「準拠国」であった。樋口陽一『準拠国の崩壊と立憲民主主義』『思想』八三〇号(一九九三年)四頁参照。

(6) アメリカ合衆国最高裁の判例を日本に紹介した初期の業績としては、河原峻一郎『言論及び出版の自由』(有斐閣・一九五四年)、河原峻一郎『表現の自由について』『公法研究』一三三号(一九五五年)がある。河原は、アメリカ合衆国最高裁によって発展させられた表現の自由の中核的イメージを的確に把握する。「中核的イメージ」という概念については、LEE C. BOLLINGER, IMAGES OF FREE PRESS (1991)。

この中核的イメージの形成に最も貢献した初期の業績は、伊藤正己『言論・出版の自由』(岩波書店・一九五九年)、伊藤正己『基本的人権』『国家学会雑誌』七二巻五号(一九五八年)六〇頁であろう。また、表現の自由に関する一九六〇年代の代表的論文である芦部信喜『表現の自由』(芦部信喜『現代人権論』(有斐閣・一九七四年)九五頁所収)、および奥平康弘『表現の自由』(奥平康弘『表現の自由』(有斐閣・一九八三年)二頁所収)参照。より啓蒙的色彩の濃い宮沢俊義『表現の自由をめぐって』『世界』(一九六二年)四六頁にも、この中核的イメージが表われている。

(7) しかし、この中核的イメージは、安易な公共の福祉論を打破する批判的な力となりえたが、このイメージそのものは決して日本の判例理論のなかに定着することはなかった。優越的地位の理念が審査基準の全体構造に投影された現象的な帰結である二重の基準は、いまだ「片肺飛行」を余儀なくされている。三つの一般的な審査基準は、一九五四年の新潟公安条例事件判決(昭和二十九年一月二四日大法廷判決(刑集八巻一〇号一八六六頁))の一般論において採用されたが、具体的な結論とは結びつかなかった。極論すれば、その後の最高裁判決はこの三つの一般的な審査基準をただ類廃させるためだけのものではなかったと言つてよい。

① 言論と、言論が惹起せしめる害悪との関連の明確性と蓋然性が最も強く意識されるべき領域において、最高裁は最

近「公共の福祉」論を復活させた。破壊活動防止法判決・最高裁平成二年九月二八日第二小法廷判決（刑集四四卷六号四六三頁）。

② 最高裁は、税関検査事件判決・昭和五九年二月二二日大法廷判決（民集三八卷二二号一三〇八頁）、北方ジャーナル事件判決・最高裁昭和六一年六月一日大法廷判決（民集四〇卷四号八七二頁）を経て、検閲絶対禁止、事前抑制原則禁止を一般論として確立した。しかし、確立された「検閲」概念は極端に狭い。そのために、検閲の疑いの強かった税関検査、青少年保護育成条例による有害図書指定、教科書検定がいずれも簡単に合憲とされた。岐阜県青少年保護育成条例判決・最高裁平成元年九月一九日第三小法廷判決（刑集四三卷八号七八五頁）、第一次家永教科書事件判決・最高裁平成五年三月一六日第三小法廷判決（民集四七卷五号三三八三頁）。検閲と事前抑制についての事前性／事後性の判断枠組は共通であり、検閲判断のレベルで事前性が否定された制約については、事前抑制原則禁止の法理もまた適用されない。また、最高裁の判断枠組は、「思想の自由市場」が成立している領域を概念的に広く想定し、受け手の知る権利をまったく顧慮しない点できわめて問題である。最高裁は、現実の効果を無視して、輸入図書が海外で出版発売されていること、教科書が一般図書として出版販売できることを理由に、税関検査についても、教科書検定についても制約の事前性を否定した。

③ 最高裁は、漠然故に無効の法理を表現の自由固有の法理として理解する姿勢を見せていない。最高裁は、刑罰法規の定める犯罪構成要件の明確性を「通常の判断能力を有する一般人の理解」という観点から審査する。この一般的審査基準は、通常の刑罰法規と表現の自由に関わるそれとのあいだで違いはない。たとえば、福岡県青少年保護育成条例事件判決・最高裁昭和六〇年一〇月二三日大法廷判決（刑集三九卷六号四一三頁）と徳島市公安条例事件判決・最高裁昭和五〇年九月一〇日大法廷判決（刑集二九卷八号四八九頁）とを比較せよ。

(8) もっとも、明白かつ現在の危険のテストは、以前ほど万能な基準であるとは考えられていない。むしろ、表現の内容規制・内容中立的規制二分論がそれにかわるものとして注目されている。アメリカの判例の動向については、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由（一）」（三・完）『三重大学法経論叢』四卷一号一頁、五卷一号三二頁、七卷一号一頁（一九八六～一九八九年）参照。

(9) 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣・一九九四年）は、そのなかの最良のものの一つである。

(10) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会・一九八八年）八頁以下参照。原理論の現状については、浜田純一

- 「表現の自由(一)」樋口陽一編『講座・憲法学3』(日本評論社・一九九四年)一三七頁参照。
- (11) 宮沢俊義『法律学における学説』(有斐閣・一九六八年)五〇頁。
- (12) See CHARLES E. LARMORE, PATTERNS OF MORAL COMPLEXITY 1-21 (1987).
- (13) 本稿の試みは、トーマス・エマソン(Thomas I. Emerson)がT・I・エマソン・小林直樹||横田耕一訳『表現の自由』(東京大学出版会・一九七二年)において展開した「一般理論」をモデルとする。現在でも、エマソンの一般理論は、表現の自由の原理論の出発点である。松井茂記『マス・メディアと法』入門(弘文堂・一九八八年)、奥平康弘・前掲書(註10)、長谷部恭男『テレビ時代の憲法論』(弘文堂・一九九二年)、芦部信喜『表現の自由の価値』『法学教室』一六八号(一九九四年)一二四頁参照。

## 第一章 表現の自由のシステム

### 第一節 表現の自由の状況

H・L・A・ハート(H. L. A. Hart)は、汝殺すなかれといった「自然法の最小限の内容」を、人間本性および人間の住む社会状況と、法的あるいは道徳的ルールの内容とのあいだの合理的関連性の観点から特定した。<sup>(1)</sup>われわれは、腕力や知力の面ではそれほど違いはなく、腕力の勝負は互いを傷つけ合うことになる。われわれは、我利我利者ではないけれども、私心をひたすら殺し、他人に献身する聖人でもない。後先考えずに目先の利益に飛びつくほど馬鹿ではないが、どんな誘惑にも負けずに、初志を貫徹できるほどの意思の強さは持ち合わせていない。われわれの住む世界は、

われわれの欲求を無尽蔵に満たしてくれるほど豊かな資源に溢れているわけではない。われわれがこのような世界に生き、また、生きつづけなければならぬとすれば、法的あるいは道徳的ルールは最小限の内容を備えなければならない。そのかぎりでは、その最小限の法的あるいは道徳的ルールに自発的に従う理由が、われわれにはあるとされる。ハートの議論が示唆するように、法的あるいは道徳的ルールの内容を特定するためには、まず、生存や身体の安全のような、法的あるいは道徳的ルールによって実現される人間の目的が前提にされねばならない。さらに、法的あるいは道徳的ルールに現実に服する人間の本性、それが現実に適用、執行される世界の状況が認識されねばならないのである。

同じことは表現の自由の議論にもあてはまる。アメリカ合衆国最高裁は、*Schenck v. United States* <sup>(2)</sup> 以来七五年にわたって、「内国歳入法典」に擬せられるほど複雑で精緻な表現の自由のシステムを発展させてきた。<sup>(3)</sup> このような原理、法理、基準あるいはルールの体系として制度化された表現の自由のシステムが合理的であるか否かを問うためには、何よりもまず、表現の自由がなぜ保障されねばならないかが問われねばならない。これが本稿の中心的課題である。「第二章、第三章」。そして、このシステムの目的を実現するために確立される表現の自由の原理（法理、基準あるいはルール）は、市民（言論者、受け手、第三者）の行為と、彼らが住む現実の社会状況に関する明白な一般原則を踏まえ、その規制の対象である権力の性質を的確に押さえたものでなければならぬ。そうでなければ、原理はドグマに転化する。具体的に言えば、社会状況、市民の心理、言論の機能、権力の力学は、表現の自由のシステムを実効的に機能させるために考慮しなければならぬ条件である。私は、これらの条件を総称して「表現の自由の状況」と呼ぶ。<sup>(4)</sup> 以下では、アメリカ合衆国最高裁が、このような表現の自由の状況をいかに認識してきたかを検討する。

## 一 社会の状況

### 1 社会の多元性

J・S・ミルは、『自由論』(On Liberty)を執筆した当時の社会状況を次のように診断している。「今日、社会はかなりの程度まで個性に対して勝利をおさめている。そして、人間性をおびやかしている危険は、個人的な衝動や好みが多すぎることではなく、それが不足していることである。……われわれの時代においては、社会の最高の階級から最低の階級に至るまで、だれもが、敵意に満ちたおそろしい監視のもとに暮らしているかのようである」<sup>(5)</sup>。『自由論』でのミルの実践的関心は多様性の過少にあった。そして、ミルは、多様性が人間の幸福の構成要素である「個性」(individuality)にとって必要不可欠であることを主張し、多様性とその源泉である「自由の精神」を擁護したのである[第二章参照]。

ミルの言う自由の精神を反映した多様性であるかとはともかく、現代の社会状況は、多様性の過剰として特徴づけられるのではないだろうか。たとえば、国家が現に遂行している戦争について、必ず相反する評価がある。一方で、次のように主張される。「戦火が燃え上がっている。それは、憲法によって付与された宣戦布告をする権力によって、また、憲法によって規定された手続に基づいて宣言された。それは、攻撃のためではなく、防衛のため、われわれの国家の名誉を守るため、『われわれの国家と人民の最も神聖な諸権利』を擁護するために宣言されたのである」<sup>(6)</sup>。他方で、激しい批判がある。「支配階級が常に戦争を宣言し、従属階級が常に戦場で闘う。従属階級にとって得るものは何一つなく、彼らは命を含めてすべてを失うのである……。あなたたちの命が失われるのである。紛れもなく、戦争が必要であるとあなたたちが判断するならば、あなたたち自身が戦争を宣言する権利を持つべきである」<sup>(7)</sup>。また、人間の起源の説明は『創世記』によってのみ与えられるとする宗教的教説と、人間は猿から進化したと主張する進化論学説とのあいだには、合

理的な議論すら成立しないほど深刻な対立がある。(8) 人種、民族、ジェンダー、人工妊娠中絶、国旗焼却など、対立の火種はそこそこにある。

これまでアメリカ合衆国最高裁は、このような社会状況を一連のレトリックによって表現してきた。「宗教的信念の領域や政治的信念の領域では、鋭い対立が生ずる。この二つの領域では、ある人の信念は、隣人にとっては最悪の誤りのように見える」。(9) 「人が象徴から引き出す意味は、彼がその象徴に与えた意味にはかならない。そして、ある人に慰めや靈感を与えるものが、別な人にとっては物笑いの種だったり、侮辱の対象だったりする」。(10) 最高裁は、このようなレトリックで表現された、政治的あるいは宗教的主張の激しい対立を前提としつつ、表現の自由の原理の確立に努めてきた。その集大成といふべき最も雄弁なレトリックは、*Cohen v. California* に見ることができる。(11)

① 自由な表現を保障する憲法的権利は、われわれの社会ほど多様で人口の多い社会では強力な薬である。この権利は、政府による制約を公的議論の領域から排除することを目的とするものである。それにより、いかなる見解が発せられるべきかの決定をおおよそ各人の手に委ねたのである。そこには、この自由の行使は、究極的にはより有能な市民を育成するであろうという期待と、これ以外のいかなるアプローチも、われわれの政治システムの基礎にある個人の尊厳と選択の前提とは一致しないという信念がある。(12)

② 多くのものにとつて、この自由から生ずる直接的な帰結は、単なる言葉による喧噪、不一致、さらには不快な発言であるかのようにみえる。しかし実際には、確立された範囲内にとどまるかぎり、これらの事態は、開かれた議論のプロセスを通じてわれわれが獲得できる、より広汎な恒久的な価値に必然的にもなう副次的な効果である。このような意味で、時に雰囲気と言葉の対立に満ちているのは、弱さではなく強さの表われなのである。見方によっては、個人による特権の不愉快な濫用の例、反目と迷惑の種となる例と思われるものなかに、これらの基本的な社会的価値が実際には含まれているという事実を、われわれは見失ってはならない。(13)

③ 州によって主張されている原理は本質的に歯止めのないもののように思われる。この不快な言葉を他の不快な言葉か

ら区別するための原理とは一体いかなるものか。もちろん、文法がわれわれのなかの最も上品な人の趣味にあうようになるまで、公的議論を浄化する権限は州にはない。しかし、われわれが下級審の判断を支持するならば、このような結果に陥らないようにするための、容易に確かめられる一般原理は存在しない。本件で争われているこの四文字言葉 (four-letter word) は、この範疇に属する言葉のなかでもかなり不快なものである。しかし、それにもかかわらず、ある人にとって野卑な言葉が別な人にとっては叙情詩である、ということも確かである。われわれの考えでは、官吏はこの領域において原理に基づく区別をなさないため、憲法は、嗜好やスタイルの問題をおおた個人に委ねているのである。<sup>(14)</sup>

歴史的に見れば、このような政治的あるいは道徳的主張の深刻な対立についての最高裁の認識は、懷疑主義あるいは相対主義に支配された時代の知的風潮のなかで形成されたものである。たとえば、ホームズ裁判官の「時が相争う信念 (fighting faith) を淘汰する」<sup>(15)</sup>という確信は、認識論的な懷疑主義を前提としている。彼の思想の根底には人間の認識能力に対する深い懷疑の念がある。「正しい結論は、部分は全体を含むことはできないということである——われわれの持つカテゴリーは、われわれが理解することのできないものを定式化するには不十分である、あるいは不十分であるかもしれない。宇宙がわれわれに由来するのではなく、われわれが宇宙に由来すると信ずるならば、われわれは、非理性的な (brutal) 存在を語る場合に自分が何を話しているのか分かっていない、ということ認めなければならぬ」<sup>(16)</sup>。ホームズ裁判官によれば、「宇宙」を客観的に認識するためには、われわれは「宇宙」を超えた地平に立たねばならないが、「宇宙」内的存在であるわれわれにはそのような地平を獲得する能力がないのである。<sup>(17)</sup>また、道徳も恣意性を免れない。「われわれの道徳システムは、感情の観点から表現された不完全な社会的一般化の体系である」<sup>(18)</sup>。ホームズ裁判官にとって、愛情や怒りといった感情は経験によって規定されるもので、まったく恣意的なものである。<sup>(19)</sup>したがって、そのような感情に汚染された道徳システムは不完全なものでしかありえないというわけである。「ホームズ裁判官の懷疑主義の実践的な意味については、本節五参照」。

## 2 価値の分裂

(1) 私は、現代の社会状況特徴づける価値の分裂、その反映である道德的あるいは政治的要求の衝突について、さらに原理的に立ち入った検討を加えたいと思う。以下では、①衝突の類型、②衝突の原因およびその性格について議論する。

道德的あるいは政治的要求の衝突は、少なくとも四つの類型に区別することができる。<sup>(20)</sup>第一は義務の衝突である。人が義務の衝突を感じるのは、特定の行為を命ずる二つの義務を負っており、一方の義務を果たすと、他方の義務を履行することができなくなってしまう状況である。たとえば、胎児診断の結果、おなかにいる胎児に先天的な染色体異常(必ずしも致命的ではない)が認められたとする。医者から検査結果を知らされ、その異常が子どもの成長に与える影響について十分に説明された夫婦は、はたしていかなる選択をすべきだろうか。おそらくは、生むべきであるという道德的義務と、人工妊娠中絶をすべきであるという道德的義務とが鋭く対立するはずで、このような「悲劇的な」<sup>(21)</sup>決断を迫られた夫婦は、激しい葛藤に苦しむだろう。夫婦がお互いに最善の選択であると納得し、中絶の処置を受けたとしても、その選択には決して拭い去ることのできない「後悔の念」<sup>(22)</sup>がつきまとうであろう。

第二は価値の衝突である。政治の領域では、自由、平等、民主主義といった政治的価値がしばしば相克を起す。<sup>(23)</sup>典型的な例はこうである。<sup>(24)</sup>自由尊重的な議員と平等主義的な議員とが教育制度の改革をめぐる対立しているとする。一方の議員は、子どもの個性を伸長するために、専門教育を拡充し、多様な教育機会を保障する教育制度を、他方の議員は、中流、上流家庭の子どもとスラムの貧困家庭の子どもの教育格差を是正する教育制度を支持する。この政策決定において、選択の自由と教育の平等という二つの政治的価値が衝突している。それぞれの価値を同時に実現できるほどの財政的余裕が政府にないとすれば(資源の稀少性ゆえに)、二人の議員は、どちらかの教育制度を選択するか、さもなければ、

非本質的な観点から何らかの妥協点を見いださなければならぬだろう。

第三は善のコンセプトの衝突である。この点についてジョン・ロールズ(John Rawls)は次のように述べる。「社会的協働の」参加者は、概して似たようなニーズと利益を有しており、そのニーズや利益は多くの点で相互補完的である。そのため、彼らのあいだでは、相互に利益となる協働が可能となる。それにもかかわらず、彼らは自分自身の人生設計を有する。これらの人生設計、あるいは善のコンセプトのために、彼らはそれぞれ異なる目標や目的を持つようになり、利用できる天然および社会資源について対立する要求を行うようになる<sup>(25)</sup>。たとえば、世俗の高等教育のなかで強調される価値観と、アーミッシュ(Amish)の信仰に基づく価値観とは著しい対照をなす。「世俗の高等教育は、知的で科学的な成果、自己の名声、競争、世俗の成功、他の生徒との社会生活を強調する。〔しかし〕、アーミッシュの社会は、インフォーマルに行動から学ぶことを強調する。そして、知的生活より『善き』生活、技術的知識よりも知恵、競争よりも共同体の繁栄、現代の世俗社会への統合よりも分離を強調する<sup>(26)</sup>」。アーミッシュの子どもは、教室にいるあいだは、農業に従事することを通じて、自然の恵みを直接肌で感じ、家族の絆や共同体の相互扶助の重要性を学ぶ貴重な機会を逸することになる。そのため、善のコンセプトの対立は深刻なものとなるのである。

第四は道徳原理の衝突である。とくに、帰結主義と義務論との衝突は深刻である。帰結主義(典型的には功利主義)は、行為者に対して、特定の善のコンセプト(快樂、欲求充足、幸福など)の観点から社会全体の善を最大化することを求める。行為者は、あらゆることを考慮に入れたうえで、彼の行為によって影響を受ける人々にとって最善の結果をもたらすように行為しなければならぬ。義務論によれば、行為者自身や他人にどのような結果が及ぼうとも、ある特定の行為は、神意、道徳律あるいは道徳的権利によって禁止されている。帰結主義と義務論とが衝突する最もドラマティックな例は、戦争における大量虐殺の是非をめぐる論争に見ることができる<sup>(27)</sup>。戦争を圧倒的優勢のうちに終結さ

せるために、核兵器を使用し、一つの都市を壊滅することが道徳的に許されるだろうか。村に潜伏する二〇人のゲリラを全滅させるために、その村全体をナバーム弾で焼き払い、非戦闘員である二〇〇人の村人を殺戮することが道徳的に正当化されるだろうか。戦後の世界秩序におけるヘゲモニーを確立すること、講和の条件を自国に有利な方向に導くこと、あるいは、戦争の泥沼化にともなう兵力の損失や国力の減退を最小限に抑えることは、間違いなく国益に適うだろう。これらの国益は、核兵器の使用や村の壊滅にともなう損失を上回るかもしれない。その場合、帰結主義は大量虐殺を正当化することになるだろう。しかし、このような手段に訴えることによって、多数の非戦闘員を犠牲にすることに、われわれが道徳的に躊躇することも確かである。そこには、直接には軍事的脅威とはならない「罪のない」非戦闘員に対して、銃口を向けてはならないという義務の感覚があるからである。そこで、われわれは道徳的ディレンマに陥るのである。<sup>(28)</sup>

なお、現代リベラリズムの実践的関心は、とくに善のコンセンションの衝突にある。「政治的リベラリズム」を標榜するロールズは次のように述べる。「現代の民主的な社会は、包括的な (comprehensive) 宗教的、哲学のおよび道徳的教説の多元性によってだけでなく、それぞれ理に適った (reasonable) 包括的な教説の多元性によって特徴づけられる。これらの教説が、一般的に市民によって支持されることはない。予想される将来において、これらのうちの一つが、あるいは何らかの他の理に適った教説が、すべての——あるいはほぼすべての——市民によって支持されるようになる<sup>(29)</sup>と期待すべきでもない」。そして、「この多元性は、病理としてではなく、継続的な自由な制度のもとでの人間理性の活動がもたらす当然の結果として理解される」。<sup>(30)</sup>ロールズは、かかる事態を「理に適った多元性」(reasonable pluralism)の事実と呼ぶ。ここで言う「理に適った包括的な教説」とは、人間生活の宗教的、哲学的、道徳的あるいは倫理的な側面

を規律する諸価値を首尾一貫したかたちで体系化し、諸価値のあいだに衝突や摩擦が生じた場合には、実践理性の行使

を通じて、対立する諸価値を序列化し調節を図るものである<sup>(31)</sup>。この意味での理に合った包括的な教説としてロールズが念頭に置くのは、たとえば、キリスト教的な道徳観、カントあるいはJ・S・ミルのリベラルな道徳理論である。

方法論上、政治的リベラリズムと対立する「倫理的リベラリズム」も道徳的価値の多元性の認識を共有している。ジョゼフ・ラズ (Joseph Raz) によれば、人間の有限性を前提とすれば、まったく異なる徳を実現する生き方が社会には多様に存在し、かつ、それぞれの有徳な生き方は、一人の人生のなかでは決して両立したかたちで共存しえない。たとえば、一人の女性が、尼僧の生き方に現われる徳と母親の生き方に現われる徳とを同時に追求することができないように<sup>(32)</sup>。この「道徳的多元論」(moral pluralism) がわれわれに突きつける事実はある意味で悲劇的である。われわれは、一人の人間として「道徳的な完成」(moral perfection) を遂げることができないということの意味からである<sup>(33)</sup>。ある個人が一つの生き方を徹底するということは、その生き方に示される徳をいわば最適な水準まで実現することにはかならない。しかし、同時にそれとは違う徳の実現を求めることは、徳の最適な状態を崩すことにつながるから、彼は自分の人生においてその徳を実現することを断念せざるをえないのである。「道徳的多元論を信ずる」ということは、「徳の実現に関して」最適な状態にある生き方が複数存在する、ということを信ずることである<sup>(34)</sup>。

(2) ホームズ裁判官に見られるように、アメリカ合衆国最高裁によって強調された価値の分裂は、ある種の懐疑主義を前提とするものであった[本節一参照]。私は、懐疑主義とは異なる見地から、価値の分裂の原因を説得的に説明するロールズの見解を取り上げたい。まず、ロールズにとっては、懐疑主義それ自体が一つの論争的な哲学的教説であり、したがって、彼の多様性の説明は懐疑主義に依拠するものではない<sup>(35)</sup>。ロールズは、宗教改革以降の歴史的经验から得られた一般的事実に基づいて、善のコンセプションに関する判断や評価の一致を困難にする状況を摘示するのである。彼はこの状況を「判断の障害」(burdens of judgment) と呼ぶ。

① 問題に関係する証拠——経験的あるいは科学的——は対立し複雑であり、その評価は困難である。

② レレバントな考慮要素に関して完全な合意があつても、その重みについては評価が分かれ、結局は異なる判断が導かれる。

③ 道徳的および政治的概念にかぎらず、ある程度、すべての概念は曖昧で境界事例を含む。そして、われわれは、理に適った人のあいだでも異なりうる、(明確には特定できない)ある幅をもった判断や解釈(または解釈についての判断)に依存しなければならぬ、ということをこの非決定性は意味している。

④ ある程度(どの程度かは言えない)、証拠を評価し、道徳的および政治的価値を衡量するやり方は、われわれの経験全体、すなわち現在までの生き方全体によつて形作られる。そして、われわれの経験全体は間違いなく常に違つたものである。そのため、多くの職業と地位に分かれ、労働の分業が著しく進み、多くの社会集団と多様な民族からなる現代社会においては、市民の経験全体は、きわめて複雑な問題のほとんどとは言わぬまでも、その多くについて、少なくともある程度、市民の判断を分裂させるほどに違つている。

⑤ しばしば問題の両側面には、異なる力を持つ、異なる種類の規範的考慮が存在しており、全体的な評価を困難にする。

⑥ 最後に、いかなる社会制度のシステムも、それが実現できる価値には限界があり、そのため、実現されるであろう道徳的および政治的価値の十分な範囲から、何らかの選択がなされねばならない。それは、いかなる制度のシステムも、言つてみれば、有限な社会空間だからである。重要な価値のあいだの選択を余儀なくされ、あるいは、いくつかの価値を支持し、他の価値からの要請との関連でそれぞれを制限しなければならない場合、われわれは、優先順位をつけ、調整を図るといふ極めて困難な作業に直面する。多くの困難な決定には明確な答えがないように思われる。

われわれの日常的な経験に照らして言えば、ロールズの説明の①から④は常識に属するが、判断の障害の⑤と⑥については、さらに検討する必要がある。というのも、道徳的あるいは政治的要求の衝突を深刻なものにしているのは、判断の障害の⑤と⑥だからである。⑤は、いわゆる価値の「還元不可能性」(irreducibility)を強調するものと理解される。トマス・ネーゲルはこの還元不可能性を次のように説明する。「個人的理由と非個人的理由、行為者中心的理由と結果

中心的理由、主観的理由と客観的理由との間の、この大きな区別が非常に根本的であるために、——実践的推論一般はもとより——倫理の還元的統一は、いずれも真実味のないものとなってしまふ。これらの理由のタイプ間の形式的な相違は、それぞれの源泉に関する深い相違に対応している<sup>(37)</sup>。このことは、帰結主義と義務論との衝突に端的に表われる。一方で、帰結主義は、非個人的観点を徹底し、行為者自身のパースペクティブ（欲求、利益、目標）を包摂する一般的な観点を志向する。その観点からは、行為者は、世界内に存在する一つの「点」にすぎなくなり、すべての人が認める一般的善（功利、卓越主義的価値）を実現するための手段として理解される。行為の正邪は、その行為が世界に對してどのような結果をもたらすかということにかかっており、たとえば、「一般的善を最大化すべし」という規範的考慮は、あらゆる行為者に等しく妥当する「行為主体—中立的」(agent-neutral)考慮として主張される。他方で、義務論の第一義的な関心は、行為が世界に對してもたらす結果ではなく、なされる行為それ自体にある。たとえば、他人の権利を侵害する行為は、それが一般的善の実現にいかん貢献しようとも、不正な行為にかわりはない。「他人の権利を侵害してはならない」という義務論的制約は、ある具体的な状況にあって、現に他人の権利を侵害する危険のある行為者に向けられる規範的考慮であるという意味で、「行為主体—相対的」(agent-relative)考慮である。ネーゲルによれば、異なる観点を反映した二つの規範的考慮の衝突は、一方の観点を他方の観点に還元することによって、あるいは、<sup>(38)</sup>第三の観点に二つの観点を包摂することによって解決されないのである。

ロールズによって指摘された判断の障害の⑥は、「共約不可能性」(incommensurability)あるいは「比較不可能性」(incomparability)と呼ばれる。複数の価値が共約不可能である場合には、一方は他方よりも優れていると言えないだけでなく、同等であるとすら言えない<sup>(39)</sup>。共約不可能性は少なくとも三つのことを意味する<sup>(40)</sup>。第一は「最高善」(a summum bonum)の否定である。二つ以上の共約不可能な価値が衝突しているとき、衝突している価値とは独立の価値に

訴えることによつて、その価値の衝突を解決することはできない。かりにそのような高次の価値が存在するとすれば、衝突する価値が高次の価値にどれほど近いものであるか、あるいは、高次の価値を実現する手段としてどれほど優れているかを考慮することによつて、衝突する価値の優劣を評価することができるだろう。功利主義は、このような高次の価値として功利あるいは幸福を主張する。J・S・ミルによれば、「以上の考察から、実際に欲求されるものは幸福以外に何もない、という結論がでる。およそ、それ自体をこえた目的——究極的には幸福——の手段として以外に求められるものがあるならば、それは、それ自体幸福の一部として求められているのである。幸福の一部にならないかぎり、それ自体のために求められることはない」<sup>(41)</sup>。しかし、価値の共約不可能性を認めることは、幸福のような高次の価値の否定を意味するのである。

第二は価値の代替可能性の否定である。二つ以上の共約不可能な価値が衝突しているとき、衝突する価値の比較を可能にする共通の尺度のうえにそれらを位置づけ、価値の衝突を解決することはできない。かりにこのような共通の尺度が存在するとすれば、衝突する価値は、それぞれの重要な要素を切り捨てられることなく、その尺度の目盛によつて表現され、一定の序列を与えられることになるだろう。この作業は、衝突する価値のあいだの交換性を前提とする。その典型は、衝突する価値を金銭に換算し、その間のトレード・オフによつて価値の衝突を解決しようと試みる費用便益分析である<sup>(42)</sup>。しかし、価値の共約不可能性はこのようなトレード・オフを許さない。ジョゼフ・ラズは、とくに金銭との直接的なトレード・オフを否定する一群の価値を「構成的な<sup>(43)</sup>共約不可能性」と性格づけた。ラズによれば、母親が子どもに感じる愛情や、古い仲間とのかたい友情などの人間関係の特徴づける徳は、その徳を規定する社会的コンベンションによつて金銭との交換性が否定される。その意味で、これらの価値は金銭とは共約不可能である。お金と引き換えに子どもを渡すと言われた母親は、「子どもは物ではない」と言つて引渡しを拒むだろう。大金を積

まれて友だちを裏切るよう誘われた男は、「友だちは売れない」と言つてその誘いを断るだろう。これは理に適った態度である。ラズの説明によれば、それは、金銭との共約不可能性それ自体が、一定の人間関係を成立させるための構成的なコンベンションの不可欠な要素となっているからである。そのため、お金のために子どもを手放す母親や、お金のために友だちを平気で裏切る人は、母親あるいは友だちであるということが何を意味するかを理解していないとされる。彼らの生き方は、愛情や友情の徳に真摯にコミットする生き方と両立するものではなく、彼らは必然的にその徳を欠くことになるのである。

最後は価値序列に関する基本原理の否定である。すべての価値に優先順位を与え、すべての理に適った人々が受け入れる原理は存在しない。たとえば、公共の福祉は、それが苦痛の回避や人間の不可欠な欲求の充足に関わる場合をのぞいて、個人の自律や権利に劣る、<sup>(44)</sup>といった一般原理の定式化を価値の共約不可能性は著しく困難にするのである。

価値の両立不可能性や共約不可能性はそれだけでは、価値の分裂を反映して衝突する道徳的あるいは政治的要求を比較し、序列化することができないということを意味しない。というのは、道徳的あるいは政治的要求は、常に任意の観点から比較可能だからである。しかし、対立する道徳的あるいは政治的要求が、それぞれ異なる共約不可能な価値を追求し、究極的にその価値によって正当化されている場合、<sup>(45)</sup>価値の共約不可能性は、このような要求の衝突の解決を二つの点で制約する。第一は総合（評価）の失敗である。<sup>(45)</sup>二つの選択肢（道徳的あるいは政治的要求）A、Bが対立しているとする。それぞれの選択肢は、四つの観点（価値） $F_1$ 、 $F_2$ 、 $F_3$ 、 $F_4$ から比較することができる。Aは、 $F_1$ と $F_3$ の観点から見るとBより望ましく、しかし、 $F_2$ と $F_4$ との観点から見るとBに劣るとする。それぞれの観点が共約不可能であるとすれば、既に述べたように、この四つの観点を統合する単一の観点を見いだすことはできない。そのため、AとBの二つの選択肢は「全体として(Overall) 共約不可能」であると評価せざるをえない。<sup>(46)</sup>要するに、総合的に比較衡量する

ことによつて、二つの選択肢に優劣をつけることができないうことである。厳密には価値の共約不可能性に関するものではないが、次の例が理解を助けるだろう。頁数一二〇、厚さ二〇mmのB4版の写真集と、頁数八五〇、厚さ五〇mmの四六版の辞典とは、それぞれ任意の観点から比較は可能である。しかし、たとえば、それぞれの数値を加算するなどして、写真集と辞典との「全体の大きさ」を比較することはできない（実際には、「全体の大きさ」という概念それ自体が無意味である）。<sup>(46)</sup>というのは、頁数、厚さ、版型はそれぞれ共約不可能だからである。<sup>(47)</sup>

第二は移推律の失敗である。<sup>(48)</sup>三つの選択肢A、B、Cのあいだに次のような関係が成り立っているとするとする。AはBに劣るものではない。CはAより優れている。このことから直接、CはBより優れていると推論できるのは、それぞれの比較が共約可能な観点からなされている場合だけである。それぞれの比較が共約不可能な観点からなされている場合には、CはBより優れているという推論は間違いであり、移推律は失敗する。①ホームレスは僧侶より自由である。②僧侶は大統領より自由である。このことから、ホームレスは大統領より自由であるという結論が導かれるのは、たとえば、欲求の充足を妨げる外的制約の有無（消極的自由の問題）の観点から、相互に比較されている場合だけである。しかし、②の前提が、たとえば、深層の自我によつて個別の欲求が規律されている程度（積極的自由の問題）の観点から得られたものである場合には、二つの前提から、ホームレスは大統領より自由であると推論するのは間違いである。というのは、消極的自由と積極的自由とは共約不可能な価値だからである。<sup>(49)</sup>

アメリカ合衆国最高裁によれば、表現の自由のシステムが前提とする社会は、多様な善のコンセプトを持ち、それに基づき異なる信仰や意見を表明し、その実践を試みる人々からなる社会である。善のコンセプトは、それぞれ還元不可能な、あるいは共約不可能な価値や徳を反映している。そのため、それぞれの善のコンセプトに従つてな

される道徳的あるいは政治的要求は、常に深刻な衝突の可能性をはらんでいるのである。このような多元的な社会像を念頭においたうえで、表現の自由を実効的に保障する制度的なシステム（原理、法理、基準あるいはルールの体系）のあり方が問われねばならない。これが本稿の出発点である。

## 二 市民の心理

### 1 言論者

(1) 現代の社会状況における価値の分裂の深刻さは、市民の社会的実践によって左右される。あまりに隔絶した価値観や生活様式に従う複数の集団から構成されている身分社会では、それぞれの集団は、そもそも異なる集団の道徳的あるいは政治的要求にまったく関心を払わないだろう。また、目上のものに意見することを「口答え」として咎める序列意識の強い社会、あるいは、相手の面子を重んじ公衆の面前での批判を無礼と考える社会では、人々の道徳的あるいは政治的要求の衝突は、それほど表面化しないだろう。<sup>(50)</sup>

しかし、このような社会の市民像は、現実とはかく、立憲民主的な社会が理想とする市民像からは懸け離れている。立憲民主的な社会の市民像は、一面において、共和主義の伝統を受け継ぐものである。アメリカ合衆国最高裁によれば、政治共同体のメンバーたる市民は、公共の討議に積極的に参加し、民主的な統治過程を通じて発揮される理性の力を信じ、<sup>(51)</sup> 勇気をもって政治的変革に臨む市民でなければならない。ブランドイス裁判官 (Brandeis, J.) は言う。「自由に対する最大の脅威は無気力な人間である。公共の討議は〔市民の〕政治的義務である。これは、アメリカの統治の基本原則である」。<sup>(52)</sup> 市民は、公共の討議において、自らの道徳的信念や政治的意見を臆することなく表明し、自分が信ずる価

値を実現するために、対立する信念や意見を批判し、論駁し、より多くの市民の賛同が得られるように熱心に説得をづけるだろう。明らかに、このような社会的実践は、多元社会における価値の分裂を一層苛烈なものにする。

理性的な議論を言論者に常に期待することはできない。大抵の言論者は、多かれ少なかれ、都合の悪い論点を巧みにはぐらかし、詭弁を弄し、不利になる事実や証拠を隠蔽し、反対意見の真意を歪曲して伝えようとする。このような言論者の態度は、必ずしも彼の悪意や無知に帰せられるべきものではない。むしろ、意固地になって冷静さを失い、我を通すために配慮と誠実さを欠く態度は、言論者に共通のものであると考えるべきである。<sup>(53)</sup> もちろん、それが「議論や説得の域を超えている」<sup>(54)</sup>とみなされる場合もありうる。最高裁によれば、「中傷あるいは人身攻撃に訴えることは、いかなる適切な意味においても、憲法によって保護された情報または意見の伝達ではない」<sup>(55)</sup>。喧嘩を売るための侮辱的な言葉（「喧嘩言葉」(fighting word)）には、平穏な社会秩序を害する差し迫った危険があるため、この範疇に属する言論は違法とされる。<sup>(56)</sup>しかし、この範疇は限定的である。<sup>(57)</sup>

*Cantwell v. Connecticut*<sup>(58)</sup>は、このような言論者に関する一般的事実を確認した判決として重要である。この事件では、エホバの証人が、カトリック信者にカトリックを誹謗中傷するテープを聞かせたことが、コモン・ロー上禁止される「平穏の破壊」にあたるか否かが問題となった。実際、このテープはカトリック信者の激しい怒りを持ったが、エホバの証人は、身の危険を感じて直ちに逃げ出したために、暴力的な報復を免れた。最高裁は、平穏な秩序を破壊する明白かつ現在の危険はなかったとして、この言論に第一修正の保護を与えたが、その前提として、言論者の一般的性向に言及したのである。

宗教的信念の領域、および政治的信念の領域では、鋭い対立が生ずる。この二つの領域では、ある人の信念は彼の隣人にはひどい間違いにみえる。知ってのとおり、自分自身の観点を「受け入れるよう」他人を説得するために、擁護者は、時に誇

張に訴えかけたり、教会や著名人についての中傷や虚言にさえ訴えることがある。しかし、この国の人々が歴史に照らして思い定めたように、このような過剰や濫用にもかかわらず、これらの自由は、民主的な市民にとっては、長い目でみれば啓蒙された意見や正しい行動にとって必要不可欠である。<sup>(59)</sup>

<sup>(60)</sup> *New York Times v. Sullivan* によれば、文書扇動罪 (seditious libel) は違憲であり、政治的言論の「過剰や濫用」すら保護するのが「第一修正の中核的意味」<sup>(61)</sup>である。「公共の問題についての議論は、抑圧されず、活発で、広く開かれていなければならない。そこには、政府や公職者に対する激しく、辛辣で、時には不愉快なほど鋭い攻撃が含まれている」<sup>(62)</sup>。また、「誤った言明は自由な議論にはつきものである」<sup>(63)</sup>。このような原理は「深い国民的なコミットメント」<sup>(64)</sup>に支えられているとさえ言われる。しかし、少なくとも短期的にみるならば、価値の分裂が一層深刻化することは間違いない。中傷や人身攻撃によつてもたらされる、拭い難い感情的なもつれやしこりは理性的な議論の障害となるし、虚偽の言明は誤った推論や判断を導き、一層議論を混乱、錯綜させるだけである。そのために、道徳的あるいは政治的要求の衝突の解決はますます困難なものとなるのである。

(2) 国家がどの程度効果的に言論者を沈黙させることができるかは、言論者が、意図した言論行為を行うことにならざる実践的関心や利益を有しているかにかかわる。抽象的に言えば、言論者は、人々の注意や関心のある事柄に向けさせるために言論行為を行うが、<sup>(65)</sup>この問題を考えるうえでは、言論者を動機づけるより具体的な実践的関心や利益が重要である。真摯な信仰が、礼拝や布教などの宗教的実践を人々に義務づけるように、市民が政治に対して有しているいくつかの「表現利益」(expressive interest)<sup>(66)</sup>は、<sup>(67)</sup>公的討論による政策形成を中核とする自己統治の実践に参加することに強いインセンティブを与える。第一に、政治は人々の「公的自由」の享受、あるいは「公的幸福」の経験を可能にする。「公的自由は公務に参加することであり、この公務と結びついている活動はけつして重荷になるのではなく、それを公

的な場で遂行する人びとにほかでは味わえない幸福感を与える<sup>(67)</sup>のである。第二に、「知覚、判断、識別感情、精神活動、倫理的好悪さえも含めた人間の諸能力は、選択という行為をする際にのみ訓練される<sup>(68)</sup>」。そうだとすれば、人々に決断と実行を要求する政治の場は、人間の諸能力を成長、発展させる自己実現の場であるといえるだろう<sup>(69)</sup>。第三に、政治は、人々の生活領域のすみずみにまで浸透しており、それぞれの生き方に直接、間接に影響を与える。ある政策決定が、人々の善のコンセプト<sup>(70)</sup>の実現を大きく左右するということは、それについて自らの立場をはっきりさせ、公的に発言する実質的な理由となる。最後に、法を破ることが象徴的で効果的な政府批判となりうると考える言論者を黙らせることは困難である。

しかし、このような政治に対する実践的関心や利益が人々のあいだに希薄であるということは、現代においては否定できない事実である。共和主義の再生をはかる現代の理論も認めるように、ブランドイス裁判官が理想とするような市民と、現実の市民とを重ね合わせることはとうてい無理である。また、深刻な価値の対立を前提とする多元社会では、ワシントンのような偉大な政治家の生き方に示される徳も、高潔な態度、慈愛の精神、自律的な生き方、あるいは合理的な行動<sup>(72)</sup>などの、おそらくは共約不可能な多くの徳のなかの一つにすぎない〔本節一(2)〕。政治は人々の道德意識のすべてを支配するものではない。人々のアイデンティティーは、政治共同体の市民に尽くされるわけではなく、彼らは、家庭、職場あるいは地域社会において、それぞれ異なる役割（したがって、その実践的関心も利害も異なる）を引受けている。人々は、社会においていくつもの「顔」<sup>(73)</sup>（ペルソナ）を使い分けながら生活しているのである。

Sullivan は、ミクルジョンの第一修正の共和主義的解釈に積極的に依拠したにもかかわらず、同時に、共和主義的な市民像とはおよそ正反対の市民像にも言及している。そこで想起されているのは、自分の暮らし向きを良くしようと懸命に働き、家族のことを何よりも気に懸け、たまの休暇をのんびり気楽に過ごすような人々である。彼は、公共の議論

に義務的におつきあいするだけで、うまく議論の輪から抜けるための言い訳をいつも探している。<sup>(75)</sup> Sullivan が認めるように、このような人々は、公職者の目に余る行動に憤慨して、その告発を思い立ったとしても、名誉毀損で訴えられた法廷で、その真実性を証明できるかということ懸念して、結局は、公職者の批判を躊躇するだろう。<sup>(76)</sup> NAACP v. Button<sup>(77)</sup> が認めるように、市民にあまりに多くのことを期待するのは危険であり、表現の自由のシステムは、言論者による「自己検閲」の可能性を常に考慮しなければならない。

これらの〔第一修正の〕自由は、われわれの社会においては、最高に大切なものであると同時に、繊細で脆いものである。サンクシヨンの脅威は、潜在的であっても、サンクシヨンの現実の適用とほぼ同じ程度に自由の行使を抑止するだろう。第一修正の自由は、生き残るための息つく場所を必要とするから、限定された明確な規定によつてのみ、政府はその領域に規制を及ぼすことができる。<sup>(78)</sup>

このような自己検閲もしくは萎縮効果の前提は、最高裁において確立されたいくつかの原理や法理に反映されている。第一に、この前提が、過度に広汎な (overbroad) 法律を争うことのできる原告適格 (standing) を拡大させた。「訴訟の当事者が〔過度に広汎な〕法律を争うことができるのは、彼ら自身の自由な表現の権利が侵害されているからではない。むしろ、法律がただ存在しているという理由だけで、現在法廷にいない他の人々が、憲法上保護された言論もしくは表現を差し控えてしまうおそれがある、という裁判所の予想もしくは前提のためである」<sup>(79)</sup>。このような「予測もしくは前提」を支えているのは、法律の不明確性に由来する不確実な状況においても、憲法上保護された言論であるという確信のもと、敢然と発言するほどの勇気をすべての人々が持ち合わせているわけではない、という認識である。<sup>(80)</sup> 第二に、萎縮効果の存否を問題にするアプローチが、結社の自由 (Freedom of association) の実体的保障を確立した。<sup>(81)</sup> 第三に、プレスに対する財政的負担は、その抑止効果ゆえに厳格審査に服することになる。<sup>(82)</sup> この厳格審査は、次のような背景抜

きには正当化されない。「たとえ殺されようとも真実を語るソクラテスの真摯さを、同一の経営傘下におかれた新聞の社主が持ち合わせているとは考えにくい。社説のページよりも、貸借対照表のほうが重要な文書であるし、また、その両方から赤を除くことが、賢明なことのように思われている」<sup>(83)</sup>。このように、表現の自由のシステムは、言論者の双面性を十分に考慮したものでなければならぬ。

## 2 聞き手

聞き手の反応もまた、表現の自由のシステムにとって重要な考慮要素である。<sup>(84)</sup>とくに、聞き手が言論を抑圧する権力を握る社会の多数者に属する場合には、彼らが少数者の言論に対してどの程度寛容であるかは、きわめて重要な問いである。多数者に寛容な態度が期待できないとすれば、表現の自由のシステムは、社会の不寛容な圧力から少数者の言論を保護するための、一層強い規範的な仕組みを用意しなければならないだろう。

政治的あるいは道徳的要求が、互いに相譲らぬほどに拮抗している場合は稀である。戦局が自国の有利に展開し、愛国的な雰囲気は沸き立っているなかでは、戦争の不正を糾弾する言論者は少数派に属し、戦場で命懸けで戦う愛国者に対して、その背後から味方が銃を撃つような裏切りであるとして、激しく非難されるだろう。ナチスの政治信条は社会の多数者にとって最も恥じるべき言論であり、「アウシュビッツはなかった」というナチスの蛮行を隠蔽する見解に、人々は激しい憤りをおぼえるだろう。経験が教えるように、多数者は、政治的あるいは道徳的に間違った言論に憤慨するだけでなく、言論そのものを抑圧しようという不寛容な衝動にかられる。「それがなんであれ、本当に関心をもっていることについては寛容になれぬこと」<sup>(85)</sup>「は」、人間にとってごく自然のこと」<sup>(86)</sup>なのである。とくに、異端の宗派の教義に対する寛容は、宗教に無関心なものの態度であって、神の約束を信頼する信仰あるものの態度ではない。<sup>(86)</sup>ホームズ裁判官

はこの人間に関する冷厳な事実を認める。

私には、意見表明に対する迫害は完全に論理的であるように思われる。あなたが自分の前提や自分の権力に何の疑いも持つておらず、一心にある特定の結果を望んでいるならば、あなたが自分の願望を法律のかたちで表現し、反対の立場をすべて一掃してしまうことは当然のことである。円を四角にしたと人が言う場合のように、反対の立場の言論を許すことは、あなたがその言論を重要であると考えていること、あなたが心から結果について配慮しているわけではないこと、あるいは、あなたが自分の前提や自分の権力を疑っているということを示しているようにみられる。

聞き手に向けられた受け入れがたい言論は、否応なしに、聞き手を社会的相互作用の動態プロセスに巻き込むことになる。聞き手が、その言論から目をそらし、黙ってやり過ごせばすむというほど、状況は単純ではない。<sup>(88)</sup>聞き手が何もしないということは、彼にとつて道德的に唾棄され、科学的に論駁されるべき言論に与するものとみなされるおそれがあるからである。<sup>(90)</sup>反対の声を上げることだけでなく、無視することもまたコミュニケーション行為だとすれば、<sup>(91)</sup>聞き手は、自分の立場を明らかにするために不寛容な態度をとらざるをえないのである。とくに、攻撃されている信念が、聞き手のアイデンティティー(自分らしさ)を形作っている真理や価値についての信念(善のコンセプション)である場合には、不寛容な衝動は一層激しくなる。アイデンティティーは、現在の欲求や意図を批判的に反省し、一連の行為を方向づける高次の信念からなり、その形成は、ある程度主体的なプロセスでありうる。しかし、「私はかくある(ありたい)」という自己イメージと、まわりの人々の社会的評価とのあいだに著しい乖離が生じたときに、人々がアイデンティティーの危機や動揺を経験するように、アイデンティティーの安定性は、他人の目に映る自分の姿に大きく依存する。そのため、アイデンティティーを支える信念が攻撃され、試練にさらされている状況において、いかに振舞うかが重要な問題となるのである。聞き手が、彼の信念を揺るがす言論に毅然とした態度で反撃するのをためらうならば、人々

説は、そこに彼の信念の弱さや偽善の匂いを敏感にかぎつけるだろう。そのため、聞き手は攻撃の手を緩めるわけにはいかない。表現の自由のシステムは、このような聞き手の不寛容から言論者を保護する「防波堤」として機能することを求められているのである。

### 二三 言論の機能

#### 1 コミュニケーションとしての言論

(1) アメリカ合衆国憲法第一修正は、「議会は、言論 (speech) あるいは出版 (press) の自由を制限する…法律を制定してはならない<sup>(93)</sup>」と規定する。この規定の射程を画する「言論」概念は、表現の自由を正当化する政治理論と関連させるかたちで規定されるべき技術的な概念である<sup>(94)</sup>。たとえば、表現の自由が、市民による賢明な政治選択を保障する目的のための手段として、あるいは、個人の善のコンセプションを十分に実現する目的の手段として、帰結主義的に正当化されるとすれば、少なくとも理論的には、それぞれの目的に貢献する言論のみが、技術的な意味の「言論」とされることになるだろう。当然、それぞれの正当化が拠って立つ政治理論の違いが、「言論」概念の広狭に反映されることになる<sup>(96)</sup>。しかし、技術的な概念であるからといって、それが日常的な用法から完全に自由なわけではない。以下では、「言論」概念の日常的な意味を確かめながら、アメリカ合衆国最高裁の言論観を一般的なかたちで明らかにしたい。

言論 (第一修正上の技術的な概念) は、常に他者に差し向けられるという意味で、実践的性格を持つコミュニケーション行為である。言論は、言語によって世界を正確に写しとる理論的な活動にとどまらない。経済評論家は、ブライウン管の向こうにいる視聴者に「政府の金融政策は、景気の底上げには有効でない」と主張し、労働組合幹部は、経営者に

向かって「賃金を5%引き上げる」よう要求し、候補者は、有権者に対して「減税を断行する」と約束する。父親は、「犯罪組織から足を洗う」よう息子を説得し、過激なフリーガンは、「敵の応援席に殴り込め」と仲間を煽り立てる。われわれは、音声によって一定の文法構造を持った命題を発話し（発語行為<sup>(97)</sup>）、それと同時にそれとは別のもう一つの行為を遂行しているのである（発語内行為<sup>(98)</sup>）。それが、主張であり、要求であり、約束という行為なのである。また、発語内行為を行うことによって、われわれは、聞き手、話し手、またはそれ以外の人間の感情、思考、行為に対して結果として何らかの効果を生ぜしめることができる（発語媒介行為<sup>(99)</sup>）。父親は、犯罪組織に深入りしたものの末路がどんなに悲惨かを説明することによって（説明は発語内行為である）、息子に組織を抜ける決心をさせるのである。このように、コミュニケーションは性質上実践的である<sup>(100)</sup>。

ある事件で最高裁は、抽象的理論の唱導と行為の唱導とを区別しようと試みた<sup>(101)</sup>が、この区別は、抽象的理論を含めて（抽象的理論でさえ、実際には主張され、説明されねばならない）、言論が持つ実践的性格を過小に評価している。むしろ、第一修正の伝統の根底にある言論観は、次のホームズ裁判官の言葉に示されていると言ってよい。

すべての思想は扇動である。それが信念を提示し、もし、それが信じられるならば、何らかの別な信念がそれを乗り越えな  
いかぎり、あるいはエネルギーを欠くために、最初のうちに動きが止まってしまわないかぎり、それに基<sup>(102)</sup>づいて行為がなされる。意見の表明と狭い意味での扇動との唯一の違いは、結果に対する言論者の熱意である。雄弁は理性に火をつける。聞いているわれわれに冗長であると感じられるいかなる説教も、差し迫った大火を引き起こすきっかけとはならない。長期的にみれば、プロレタリア独裁を表明する信念が共同体の支配的な力に受け入れられる運命にあるとすれば、自由な言論の唯一の意味は、このような信念にも機会が与えられるべきであり、思い通りにさせるべきである<sup>(103)</sup>ということである。

また、*Tenniel v. Chicago* では、ダグラス裁判官（Douglas, J.）も言論の実践性を次のように強調している。「われわれの統治システムにおける言論の機能は、論争を誘発することである。不安定な状況を作りだし、現在の状況に対す

る不満を引き起こし、人の怒りを呼び起こすならば、それは最善のかたちでその高い目的を達したのである。言論はしばしば挑発的で挑戦的である。それは、偏見に満ちた迷信を打破し、ある考えの受容を迫るような強く〔「気持ち」〕を動揺させる力を持つ<sup>(103)</sup>。言論の実践的性情を認識するか否かは、第一修正によって保護された言論の範囲に大きな影響を与えることになる。

(2) 次に、言論がコミュニケーションである、ということの意味を考えることにする。コミュニケーションは、言論者の言っていることの意味を聞き手が理解することによって成立する。言論者の言っていることの意味は、文字通りの意味とは区別されねばならない<sup>(104)</sup>。たとえば、言論者が「雪」と言ったとき、聞き手が雪の文字通りの意味を理解しているとしても、それだけでは言論者の言っていることの意味を理解したことにはならない。言論者は、「雪」と言うことによって、「雪が降ってきた」という意味を聞き手に伝えようとしたのかもしれないからである。

言論者が言っていることの意味とは何か。まず、言論者が聞き手に対してPと言ったとする（ただし、Pは事実命題であるとする）。ポール・グライス（Paul Grice）によれば、言論者がPによって何ごとかを意味するためには、次の条件を満たしていなければならない<sup>(105)</sup>。①言論者は、Pによって聞き手のなかにある信念が形成されることを促すよう意図しなければならない。たとえば、言論者が「あの政治家は賄賂を受け取った」と言うとき、彼は、それが真実であるとして聞き手に受け入れられることを意図しなければならない。②言論者は、そのような意図があることを聞き手に認識させようとする意図を持たねばならない。言論者は、「あの政治家は賄賂を受け取った」と言うかわりに、特定の政治家を指差し、懐に手を入れる身振りをするならば、そこには、聞き手に認識させようとする意図がある。しかし、たとえば親指を立てるだけであれば、そのような意図は認められないだろう。③意図された効果（信念の形成）は、聞き手のコントロールの範囲内に属するものでなければならない。言論者の意図の認識は、聞き手が自らのうちに信念を形

成する一つの理由を構成する。言論者は、「あの政治家は賄賂を受け取った」と信じるがゆえに、そう主張するのである（これは主張という発語内行為の本質的性格である<sup>(106)</sup>）。そのような言論者の意図を認識することは、聞き手が言論者の発言を信じる一つの理由となる。

P・F・ストロウソン(P. F. Strawson)によれば、この三つの条件は、言論者の言っていることの意味の分析としては十分であっても、コミュニケーションの分析としては十分でない<sup>(107)</sup>。というのは、グライスの三条件が充足されている場合であって、なおコミュニケーションとは認められない行為があるからである。私は、父に時計を買ってもらいたくて、自分の日記帳に「時計が欲しい」と書いたとする(条件①)。私は、父がときどき黙って私の日記帳を盗み見することを知っていたから、わざわざ日記帳に「時計が欲しい」と書いたのである(条件②)。しかし、父は、自分が私の日記帳をこっそり見ているということを、私には気づかれていないと思っていた(実は、私は、父がそう思い込んでいることも知っていた)。本当に時計を買ってもらいたくて、私が「時計が欲しい」と日記に書いたということを、父が日記を見て知ったということは、父が私に時計をプレゼントする理由となる(条件③)。ここでの父と私の駆引きは、日常的な意味におけるコミュニケーションではない。というのは、コミュニケーションを成り立たすためには、言論者は、発言の意図を認識させるだけでなく、④認識させようとする意図をも認識させねばならないからである。私が日記帳に「時計が欲しい」と書くことによって、父に時計を買ってもらいたいという意図を認識させようとしたことを、父は知らない。だからこそ、父は、私が欲しがっているプレゼントを買ってきて、私を驚かそうとする(父のこのような態度こそ、私と父とのあいだにコミュニケーションが成立していなかったことの証左である)。それは、認識させようとする私の意図を父が知らなかったからである。

もちろん、実際には言論者は、このような複合的な意図を常に明確に意識しているわけではないが、理論的には、こ

ミュニケーションとしての言論は、このような意味で意図的な行為でなければならぬ。したがって、ある行為が言論にあたるか否かを判断する場合でも、行為者の意図は逸することのできない要素である。かつて、ザカリア・チェイフイ (Zechariah Chafee) は、神を冒瀆する発言と喫煙とを同列に扱おうとした。「猥褻や神の冒瀆を処罰することの唯一の理由は、それが伝える考えのためではなく、行為のように、五感に対する直接的な結果ゆえに、言葉が犯罪とされるということである。路面電車のなかで神を冒瀆する人は、そこでたばこを吸う人と同様に「ニューサンスである」<sup>(108)</sup>。かりに、神の冒瀆と喫煙が、他人のなかに同じ心的経験（不快感）を引き起こすとする。しかし、神の冒瀆はミュニケーションであるが、喫煙はそうではないということが、むしろ第一修正にとつて重要なのである。神を冒瀆する人は、聞き手を不快にし、怒らせる意図をもって、その意図を認識させる手段として God damn と叫ぶのである。この点で、God damn と叫ぶことには意味があり、聞き手もその意味を理解したがゆえに、不愉快な思いをし、怒りを覚えるのである。したがって、言論者と聞き手のあいだには、ミュニケーションが成立しているのである<sup>(109)</sup>。喫煙の場合には、このような関係は存在しない。チェイフイが、ミュニケーションではないという理由で、神の冒瀆を言論の範疇から排除したとすれば、それは間違いである<sup>(110)</sup>。

(3) われわれは、言論者の複合的な意図を理解することによって、言論者の言っていることの意味を知ることができ。他人の心のなかを直接のぞき込むことが原理的に不可能である以上、われわれは、言論者の意図を知ろうとするならば、それを彼の外的な言動から探り出さねばならない。言論者もまた、自らの意図を聞き手に理解させるために、適切なミュニケーション手段を使わなければならない。たとえば、言論者にホームレスの救済を訴える意図があったとしても、たとえば裸で路上に寝ころがるだけでは、それは決して「政府はホームレスを救済すべきである」ということを意味するものではない<sup>(111)</sup>。言論者は、自らの意図を明確に伝えようとするならば、言論者の行為（発話や身振り）や具

体的な文脈から言論者の意図(意味しようとしたこと)を推察することを可能にするコンベンションが十分に確立している、言語やそれに類する記号を使うだろう。このような慣習的な(conventional)コミュニケーション手段には、絵画、彫刻、写真、音楽、身振り、デモ行進、ピケッティングなどの非言語的な行為も含まれる。もちろん、われわれの日常的な経験から明らかのように、慣習的なコミュニケーション手段に訴えたからといって、言論者の意図が確実に聞き手に理解されるという保障はどこにもない。

アメリカ合衆国最高裁もまた、ある行為が言論にあたるか否かを判断するにあたって、言論者の主観的意図がどのようなものであったかだけでなく、言論者が用いたコミュニケーション手段と、言論者が置かれていた具体的状況から、聞き手がその意図を認識できたか否かを問題にしてきた。ある行為がコミュニケーションであるか、それとも非コミュニケーションであるかが正面から争われた判決として重要なものは、*United States v. O'Brien*<sup>(112)</sup>である。この事件では、徴兵カードを公衆の面前で焼却する行為(「故意に登録証を切断、破棄、変造する」ことを禁止する連邦法に違反する)が、第一修正によって保護された言論にあたるか否かが問題とされた。被上告人は、戦争や徴兵制に反対するための示威行動として徴兵カードを燃やしたのであり、それは「行動による考えの伝達」であると述べた。そして、第一修正は、行動により考えを伝達するためのすべての手段を保障しており、徴兵カードの焼却を禁止する連邦法は、被上告人に適用される限りにおいて違憲であると主張した。<sup>(113)</sup>

最高裁が立てた問題は、言論者が自己の考えを表現しようとする場合には、そのためのコミュニケーション手段が何であるかにかかわらず、当然に第一修正によって保護された言論にあたるかと解すべきか否かということである。これを肯定する見解(被上告人の主張)は、言論者の主観的意図を言論のための十分条件と解する。しかし、言論者の主観的意図のみを手掛りにして第一修正の射程を定める解釈は、言論の外延を無制限に拡大するという理由で、<sup>(114)</sup>最高裁

はこの解釈を否定した。注意すべきことは、O'Brienは、言論者の主観的意図が言論であるための十分条件ではないことを確認したにとどまり、言論者の主観的意図が言論であるための必要条件であることを否定する趣旨を含んでいないということである。なお、O'Brienは、議論のために被告の行為が言論にあたるということを一応前提にしたうえで、連邦法の合憲性の結論を導いたため、言論のための必要十分条件に言及しなかった。

それでは、言論であるための必要十分条件は何か。O'Brienが積み残したこの問題に一定の解決を与えたのがSpence v. Washington<sup>(15)</sup>である。この事件の原告人は、剥がすことのできるテープで型どったピース・シンボルを自分の所有する国旗に貼りつけて、それを逆さまにしてアパートの窓から吊していた。国旗に凶形あるいは象徴などを貼りつけることを禁止するワシントン州法にこの行為が違反するとして、原告人は州裁判所において有罪判決を受けた。原告人は裁判のなかで自らの主観的意図を次のように証言している。原告人の行為は、カンボジア侵攻、ケント州立大学の殺人に抗議するためのものであり、「私〔原告人〕は、国旗がアメリカを象徴するものであると感じており、また、アメリカは平和の象徴であると私が考えているということを、人々に知って欲しかった」<sup>(16)</sup>。

最高裁は、原告人の行為が第一修正によって保護された言論の範囲内であると判示し、原告人の有罪判決を破棄した。まず、Spenceは、原告人の行為が第一修正の保護を与えられるほど十分に「コミュニケーションの要素」を帯びている否かを判断する必要があると述べた。それは、行為がなされた現実の文脈と状況との兼ね合いで、判断されねばならないとされた。<sup>(17)</sup>「特定化されたメッセージを伝達する意図があり、また、そのメッセージが見た人によって理解される蓋然性が高い」<sup>(18)</sup>場合には、第一修正によって保護された言論にあたるかと判断される。要するに、言論であるか否かは、①言論者の主観的意図と、②行為の客観的状況によって決まることになる。Spenceでは、国旗自体がメッセージを伝達するシンボルであること、原告人の行為がカンボジア侵攻、ケント州立大学の悲劇の直後であったことなどが、上

告人の行為を言論と解するための重要な客観的要素とされた。<sup>(119)</sup> この O'Brien — Spence の枠組は後続の判決でも基本的に維持されている。<sup>(120)</sup>

この枠組に関連して注意すべき点が二つある。第一に、聞き手が言論者の意図を理解する蓋然性を、一般的な観点から判断しようとすればするほど、このアプローチは、現在のところ社会的に受け入れられていない非慣習的なコミュニケーション手段に訴える言論者にとって不利に働く。このアプローチは、非慣習的なコミュニケーション手段の発展を阻害するおそれがある。というのは、非慣習的なコミュニケーション手段が慣習的なものとして社会的に認知されるためには、実際に誰かが、聞き手とのわずかな相互理解の可能性に賭けて、その手段を用いなければならぬし、さらに、繰り返し用いつづけなければならぬからである。「われわれは、非伝統的なコミュニケーション手段を制限する限度で、新しいコミュニケーションを伝統的なものに限定することになる。いくつかの点では、それはよいことなのかもしれない。新しいコミュニケーション手段は必ずしも優れているわけではない。しかし、標準的なコミュニケーション手段もまた必ずしも十分なわけではない」<sup>(121)</sup>。新しい思想や経験を伝えるためには、どうしても新しいコミュニケーション手段が必要なる場合もあるだろう。そうだとすれば、非慣習的なコミュニケーション手段の発展を抑制することは、新しい思想や経験の表現を抑圧する可能性を常に持つのである。

第二に、非慣習的なコミュニケーション手段には、発語行為を超えた身体的な行動が伴う。最高裁は、このような言論（徴兵カードの焼却）を「言論」要素と「非言論」要素とが同一の一連の行動のなかに併存している<sup>(122)</sup> 言論として特徴づけた。言論は、①言論要素と②非言論要素とから構成されているというのである。一般に、言論要素とは、言論に含まれる「メッセージ、考え、主題あるいは内容」であると考えられている。ただ、「要素」という言葉は正確ではない。この区別は一連の動作を記述する観点の区別であって、言論と非言論は、原子や分子が物質を構成しているのと同じ意

味で、独立した要素ではない。<sup>(125)</sup>たとえば、O'Brienの行為は、ある観点からは「徴兵カードの焼却」として記述されるが、別な観点からは「徴兵への抗議」として記述される。これらはO'Brienの行為の二つの独立した要素ではない。その意味で、「徴兵への反対を表明するために徴兵カードを燃やすことは、分割することのできない全体であり、すなわち、100%行為であり100%表現である」。<sup>(124)</sup>したがって、非言論的要素に対する規制は、必然的に言論的要素の規制を伴うこととなるのである。これらのことは、慣習的／非慣習的、言論／非言論といった単純な二元論的思考の限界を示している。

## 2 言論の言語行為論的分析

(1) すべてのコミュニケーション行為（とくに言語行為）が第一修正上の言論であるわけではない。相手の弱みにつけ込んで「金を出せ」と脅迫する行為は、そもそも言論とはみなされない。この行為は、無言で銃突きつけて金を脅しとする行為と何の違いもない。しかし、注意すべきは、前述のコミュニケーションの四条件に従えば、いずれもコミュニケーション行為にあたるということである。大抵の場合、脅迫がそうであるように、教唆、偽証、詐欺、強要などの言語行為は、憲法上の問題を引き起こすことなく、言論の範囲から除外されるのは、それがもたらす有害な効果や結果（言語行為がもたらす発語媒介的な効果）から説明される。以下では視点を変えて、これらの言語行為に内在する性格（発語内的な力）が、第一修正によって保護された言論とそうでない言論とを画する基準にどのような影響を与えるかについて検討したい。

言論者が発語を通じて遂行しようとする意図する発語内行為は、いくつかの観点から類型化することが可能である。<sup>(126)</sup>なかでも、発語内行為を遂行する言論者が、①言葉を世界に一致させることを目的としているのか、逆に、②世界を言葉に一致させることを目的としているのかという観点は重要である。第一に、主張する、記述する、言明する、説明する、

報告するといった言語行為は前者の類型に属する（主張型）。主張型の発語内行為を遂行する言論者は、表明する命題を世界に一致させることを目的としており、彼は、その命題が真であると信じていなければならぬ。たとえば、「大統領は違法な武器供与にまったく関与していない」と議会で報告するものは、その発言が事実在即するものであると信じていなければならぬ。価値や評価に関する命題も真価値を持つと考えるならば、価値や評価についての主張にも同じことが言えるだろう。

アメリカ合衆国最高裁によれば、「考え」(idea)の表明を保護することは第一修正の核心である。「考えの自由な交換」を通じて、「自らを受け入れさせる思想 (thought) の力が真理の最善のテストである」というホームズ裁判官の言明に示されるように、考えとは、真であるか偽であるかという問いが意味を持つ命題でなければならぬ。最高裁が言うように、この意味での考えの表明を保護することが第一修正の核心であるとすれば、考えを陳述し、主張し、説明する発語内行為が、第一修正によって保護される言論のパラダイムであることは間違いない。最高裁が主張型の発語内行為を言論のパラダイムとしていることは、特定の言語行為を範疇的に言論から排除する「二層理論」(two-tier theory) <sup>(128)</sup> を確立した *Chaplinsky v. New Hampshire* の説示から読み取ることができる。

その禁止や処罰がいかなる憲法問題をも引き起こすとは決して考えられていない、十分に定義され狭く限定された言論の範疇が存在する。このなかには、淫らで猥褻的な言葉、神を冒瀆する言葉、名誉を毀損する言葉、侮辱的あるいは「喧嘩」言葉——その発言によって損害を生じせしめ、あるいは平穩の差し迫った破壊をもたらす傾向を持つ言葉——が含まれる。これまで言われてきたように、このような発言は、何らかの考えの表明を不可欠な部分としておらず、真理への到達という社会的な価値をほとんど持たないため、そこからもたらされるであろう利益は、秩序や道徳といった社会的な利益に明らかに凌駕されるのである。<sup>(129)</sup>

最高裁は、「わずかであっても、埋め合わせる社会的重要性を持つすべての考えは、完全に保護される」と言いつつ、

猥褻は「埋め合わす社会的重要性をまったく欠く」と結論づけた。<sup>(131)</sup>つまり、猥褻には、主張されるべき考え（真偽の問題がレレバントとされる命題）が欠如しているとされるのである。また、「虚偽であることを知りつつ、あるいは、不注意にも虚偽であるか否かを顧みることなくなされた」<sup>(132)</sup>言明は、いかなる意味においても、完全に言論の範疇から排除される。というのは、言葉を世界に一致させる意図が言論者にまわらない発言は、定義上、主張型の発語内行為ではありえないからである。さらに、最高裁は、「中傷や人身攻撃に訴えることは、いかなる適切な意味においても、憲法によつて保障された情報または意見の伝達ではない」という理由で、喧嘩言葉を言論の範疇に含めなかった。これらの結論は、部分的には、最高裁が主張型の発語内行為を言論のパラダイムとして示していることを示している。

第二に、感謝する、祝する、謝る、お悔やみを言う、遺憾に思うなどの発語内行為は、言論者の心理状態を表明することを目的とした発語内行為である（表明型）。言論者は、言葉を世界に一致させようとするわけでもなく、世界を言葉に一致させようとするわけでもない。しかし、表明された命題が真であることが既に前提にされているという意味で、主張型の発語内行為に近い。国に敗訴した原告が「裁判の結果を遺憾に思う」と発言するとき、同時に彼は、裁判の結果とその評価にも言及しているのである。このような主張を前提あるいは含意する表明型の発語内行為もまた、主張型の発語内行為と同列に扱うことができるように思われる。しかし、最高裁は、このような迂遠な方法をとることなく、端的に表明型の発語内行為の保護を認めてきた。最高裁は、言論の認知的側面だけでなく、情緒的側面に意義を認める。「……ほとんどの言語的表現は、二重のコミュニケーション機能を果たしている、という事実を見落としてはならない。それは、比較的正確に、また客観的に説明できる考えと、その一方で表現することのできない感情を伝達する。実際に、言葉はしばしば、認知的な力と同様、情緒的な力のために選択される」<sup>(133)</sup>。そうであるならば、たとえば、不満を表明するための「ブライニング」もまた言論と認められることになるだろう。<sup>(133)</sup>

(2) 世界を言葉に一致させることを目的とする発語内行為の類型には二つある。第一は、命令する、依頼する、嘆願する、招待する、助言するなどの、言論者が聞き手に何ごとかをさせようと試みる言語行為である(命令型)。命令型の発語内行為は、世界を言葉に一致させることを目的としており、それを遂行する言論者は、言葉通りの世界が実現することを望んでいる。第二は、言論者が将来一定の行為をなすことを(何らかの程度で)引受けることを目的とする発語内行為であり、約束する、宣誓する、契約する、引受ける、保証する、賭けるなどの発語内行為がこの類型に属する(約束型)。命令型とは違って、聞き手ではなく言論者自身が、世界を言葉に一致させるよう拘束され、また、そのような世界を現出させようという意図を持つ。

Abrams で問題となった「アメリカ合衆国と同盟国の偽善」と題されたビラは、アメリカによるロシア革命への介入を激しく非難するものであった。「労働者よ、この野蛮な介入に対するわれわれの解答はゼネストしかない！ロシアの労働者が自由のために闘っているだけでなく、ここアメリカにも革命の精神が息づいていることを政府に知らしめるために、公然と抗議しなければならぬ。：われわれは、ロシアの偉大な闘士を裏切ってはならないし、裏切るつもりもない。労働者よ、闘いに立ち上がれ」<sup>(136)</sup>。この発言は、命令形をもってなされており、労働者をゼネストに参加させようとする意図を持つものであるから、明らかに命令型の発語内行為である。最高裁は当然のように、このような命令型の発語内行為もまた言論であると考えてきた。というのは、発語を通じて命令型の発語内行為が遂行されるとき、大抵、そこには命令し、依頼し、助言する行為を聞き手がなさねばならない目的や理由の主張が含まれているからである。<sup>(137)</sup>しかし、命令を正当化する実質的な目的や理由如何にかかわらず、言論者が聞き手に命令したという事実それ自体が、聞き手を法的あるいは事実上義務づける(必ずしも道徳的に義務づけるわけではないが)。「裸の命令」は、そもそも言論とはみなされないだろう。<sup>(138)</sup>したがって、軍隊における上官の命令、銃を突きつける強盗の命令は言論にはあたらない。

また、約束あるいは契約など、法的あるいは道徳的権利義務の変動をもたらすことを意図してなされた言語行為は言論とはみなされない。<sup>(139)</sup>「俺が始末しよう」という殺し屋の約束は言論ではない。それは、有害な結果（殺人）を引き起こすという理由からだけでなく、規範的な拘束力を持つ義務にコミットすることを意図する発語内行為であるという理由からも説明される。約束は履行されない場合もあるのだから、約束と実行行為とはやはり区別されるべきであり、約束型の発語内行為も言論とされる余地があるのではないかという議論もありうる。確かに、「減税を断行いたします」という候補者の選挙公約は言論に属する。しかし、候補者の公約は、法的あるいは道徳的義務を引受ける意図をもってなされた約束というよりは、「国民生活を向上させるためには減税が必要である」という政治的主張に近い。明確な境界線を引くのは困難であるが、選挙公約とは違って、少なくとも、規範的な拘束力を持つ義務へのコミットメントを真剣に受け止めてなされた約束型の発語内行為は、言論とは区別されるべきである。<sup>(140)</sup>

最後に、宣言する、解雇する、辞職する、破門する、命名する、指名するなどの発語内行為の特徴は、その行為が首尾よく遂行されることが言葉と世界との一致を保証することである（宣言型）。「君を解雇する」という発語内行為が、法律などの手続に従って、しかるべき権限を持つものによって適切に遂行されたならば、この言葉と世界（実際に私が解雇された状態）とは完全に一致する。宣言型の発語内行為は、言語外の制度（解雇に関する法的制度）と言論者と聞き手との特別な関係（使用者と被用者との関係）を前提とする。宣言型の発語内行為は、第一修正上の言論には属さないと言つてよいだろう。<sup>(141)</sup>解雇の事由や手続などに関する法的ルールが確立している社会では、使用者は自由に「君を解雇する」と言えるわけではないし、逆に、不当解雇として被用者に訴えられることさえある。だからといって、このような法的制約が、表現の自由を制限するものとは考えられていない。（なお、以上の議論「本節三二」は試論の域をいまだ出るものではなく、言語行為論から得られた分析枠組が、最高裁の言論観を照射するのにどれほど有効であるかに

については、さらに検討を要する。)。

#### 四 権力の力学

##### 1 抑圧のプロセス

(1) 表現の自由は、善き社会を善き社会たらしめる本質的要素であると考えられる。立憲民主的な社会においては、多様な政治的あるいは道徳的要求が、互いにその正当性を主張して譲らず、激しく衝突するが、このような喧噪はむしろその社会の健全さを示す物差しである。異論や異端を社会から一掃しようとする不寛容な圧力は、立憲民主的な社会ではむしろ「病理的な」現象である。<sup>(142)</sup> かつてブランドイス裁判官が述べたように、<sup>(143)</sup> 常軌を逸した熱狂や理性を失わしめる恐怖から、社会全体が反対意見や異端の見解にヒステリックに反応することは、ひとつの社会に共に生きることを可能にする最低限の市民の徳をむしろ、市民の自律的な生き方を支える社会の基本的秩序を崩壊させる。

しかし、表現の自由は、善き社会が追求すべき重要な公共的価値のなかの一つであって、それ以外にも市民の共生や自律にとって不可欠な公共的価値がある。自尊心 (self-respect)<sup>(144)</sup> の社会的基礎を確保すること、および、安定した社会秩序を維持することもまた、<sup>(145)</sup> 善き社会を成り立たしめる基本的な条件として理解される (もちろん、この二つの価値に限られない)。自尊心は、市民が自律的に生きることと内在的な価値を与える。そのことの裏返しとして、自分は生きる価値のない人間であると思ひ込んで、自虐的に生きるものにとっては、そもそも自由など無意味である。自尊心の社会的基礎は、たとえば、名誉やプライバシーの不当な侵害から個人を保護することによって保障されている。「人が自分自身の名誉を不当な侵害や不正な損害から守る権利は、すべての人間に存する不可欠な尊厳と価値に関するわれわれ

の基本的な概念——秩序づけられた自由の品位あるシステムの根本に位置する概念——を反映している<sup>(146)</sup>。また、われわれが、享樂的あるいは利他的に生きるのではなく、もつと長いスパンで人生の見通しを立てて、現在の苦痛や不利益を我慢して、風向きが良くなるのを待つことができるのは、安定した社会秩序に対する信頼があるからである。「憲法によって保障されている市民の自由は、公共の秩序を維持する組織された社会の存在を前提としている。それなしには、目に余る無制約な濫用のなかで、自由そのものが失われてしまうのである」<sup>(148)</sup>「以上の前提は、第二章、第三章において詳細に検討される」。

表現の自由と自尊心や社会秩序との関係は相補的であるが、同時に、<sup>(149)</sup>これらの公共的価値はしばしば衝突する。そのため、国家による権力的な介入を通じて、三つの価値の適切な均衡点を見いだし、維持しなければならぬ場合がある。このような権力の行使を一切否定する「絶対主義」をとらないかぎり、表現の自由のシステムに求められる機能は、第一修正によって保護される言論と、たとえば、名誉毀損を理由に処罰される言論、あるいは、公共の秩序を破壊する違法な言論との境界線を引くことである。権利の性格上、表現の自由のシステムは、権力の恣意専断を抑制するための実効的な原理、法理、テスト、基準あるいはルールを定式化することを期待されている。この作業は実践的、あえて言えば戦略的である<sup>(150)</sup>。当然、この作業の前提として、言論を禁止または規制する規範を具体的に定立するプロセス、および、この規範が個別の事件に適用されるプロセスの性格が検討されねばならない<sup>(151)</sup>。問題は、いかなる関心と利益を持った個人あるいは社会集団が、いかなる社会的な文脈あるいは状況において、いかなる法的制度あるいは技術を用いて、言論を禁止または規制する規範やルールを制定し、執行するのかということである。以下では、①抑圧のプロセス、②抑圧の利益、③抑圧の基準という三つの観点から、言論を禁止または規制する権力の力学を検討する。

(2) 抑圧のプロセスは、一般に、言論行為に先立って言論の適法性について判断する規制システムを前提とする事前

抑制 (prior restraint) と、現実になされた言論に対して刑罰や損害賠償責任を課する事後処罰 (subsequent punishment) に類型化される。さらに事前抑制は、言論が適法性の条件を充足しているか否かについて、行政官吏が第一次的に判断する許可制と、裁判所が当事者の主張立証に基づいて言論を差止めるインジャンクションに分かれる<sup>(152)</sup>。第一修正に関する制憲者の原意をどのように理解すべきかについては現在争いがあるが、第一修正は、事前抑制、事後処罰を問わず、あらゆる形態の抑圧から言論を保護するものであるということを、アメリカ合衆国最高裁は当初から自明のこととしてきた。Near v. Minnesota<sup>(154)</sup> によって確立された事前抑制の法理は、きわめて例外的な状況を除き、言論に対する一切の事前規制を禁止する厳格なルールであるが、この法理の機能的な合理性 (事前抑制と事後処罰とを区別する合理的根拠) が活発に議論されるなかで、それぞれの規制メカニズムに固有のあるいは共通の抑圧構造が明らかにされてきた。以下では、この議論を参照しながら、それぞれの抑圧構造を見ることにする。

### 許可制

アメリカ合衆国最高裁判決を前提にした現代の許可制は、四つの条件によって特徴づけられる。<sup>(157)</sup> ①特定の領域に属する言論を行おうとする言論者が、その言論行為に先立って許可申請を行い、行政庁が、明確な許可要件に従って許可または不許可の処分を与える手続を持っている。②行政庁での正式な審理手続を定める規定が存在しない。③不許可処分は迅速な裁判所による審査に服する。<sup>(158)</sup> ④許可を得ずに言論行為に及んだものは、許可を受けなかったという理由のみで刑罰を科されることになる。かりに適法に許可申請を行っていたならば、許可が与えられたとしてもである。<sup>(159)</sup> このように、現代の許可制は、「許可権者の指針となる限定的、客観的かつ明確な基準」<sup>(160)</sup> を備えていることを憲法上要請されるから、実体的な基準のレベルで事後処罰と比較して濫用の危険が高いわけではない。また、迅速な司法的救済が手続上

保障されているため、濫用的な権力行使は、多くの場合、第一修正によって保護された言論に対して致命的なインパクトを与える前に、裁判所によって是正されるだろう。

それにもかかわらず、許可制には、過剰に表現の自由を制限する内在的な傾向がある。第一に、許可制は、言論者に自己検閲を強い、許可権者に恣意的な権限行使を許す制度的な構造を持っている。①規制の網羅性は許可制の前提である。上映前にフィルムから猥褻表現を削除するためには、一切のフィルムにつき事前審査を義務づける必要があるし、公園管理者が集会の競合を避け、一般市民の利用との調整を事前に図ろうとするなら、予定される集会の詳細な計画書の提出を要求することになるだろう。このことは一方で、行政側の規制コスト（予算、時間、人員）を抑えながら、規制のシステムティックな運用を可能にする<sup>(161)</sup>。他方で、規制のリスクを避けようとする言論者は、許可権者の反応を予測し、それを織り込んだかたちで言論の許可を求めるため、裁判所の審査に服することなく行政の意向が貫徹する<sup>(162)</sup>。②インシヤティブの負担は言論者側に課せられる。許可申請手続が煩雑であればあるほど、事務手続に習熟していない言論者は、許可申請を要するような言論行為を敬遠することになる<sup>(163)</sup>。③言論の遅延は免れがたい。Freezman 基準に拠ったとしても、不許可処分を受けた言論者は、現状維持のために仮処分により言論行為を差止められる。「正当な司法的解決と両立する最短の固定的期間」という基準は、むしろ遅延を正当化するために操作されるおそれがある<sup>(164)</sup>。また、一審で敗訴した言論者については、その後の上訴手続が迅速に進行する保障はまったくなくない<sup>(165)</sup>。④執行が迅速かつ徹底したものと<sup>(166)</sup>なる。許可制も終局的には刑罰の脅威によって担保される。その刑事手続における論点は、言論者が許可を受けているか否かという事実問題に絞られ、言論者は言論の適法性については争えない。そのため、裁判所に求められる判断はごく容易なものとなる。また、許可制に対する公然たる不服従は、許可制そのものを掘り崩す象徴的意味を持つため、違反者の起訴にあたっては許可権者は厳しい態度で臨まなければならない。

第二は、許可権者は、言論の適法性について抽象的状況での判断を迫られる。許可を求められている言論が第一修正の保護の範囲内にあるか否かの判断が、言論行為に先行するため、許可権者は、言論がもたらす害悪や受け手の反応を抽象的に評価せざるをえない。抽象的判断は、言論者の憲法上の主張に対して四つの点で不利に働く。<sup>(167)</sup>①結果依存的なテスト(明白かつ現在の危険テスト)は、言論のもたらす害悪についての情報が少ない状況では言論者に不利に作用する。というのは、言論がもたらす帰結が不確実である場合、許可権者は、論争的な言論を持つ危険性を過大に見積もる傾向があるからである。②政府の不正行為の暴露事件などでは、世論が言論者に有利な追風となる場合があるが、事前の言論の差止めは、この可能性を遮断する。<sup>(168)</sup>③ひとたび言論が流布するならば、それは一種の既成事実となるため、現状を維持する方向に慣性の力が働く。許可制はこの利点を言論者から奪う。④適法であると確信して許可を与えた言論が結果的に重大な害悪を引き起こした場合、許可権者はその結果に責任を負っているかのような錯覚を覚える。このような許可権者の心理が過剰な言論の抑圧を生む。

第三に、言論が頒布されるのに先立って、政府による「お墨付き」が与えられるという事実は、言論の受け手に歪んだ予見を与えることになる。<sup>(169)</sup>表現された言論が公権力のフィルターを通過したという事実は、三つの点で受け手の反応を歪めてしまう。<sup>(170)</sup>①言論者が本当に言いたかったことを言っているのだろうか、という不信の念を受け手に抱かせる。②既に適法であると公的に認定されてしまった言論は、受け手の興味をかきたてない。③言論の遅延が受け手の関心と期待を高めるが、それに見合う内容を言論が欠いている場合には、必要以上に受け手を落胆させる結果となる。

### インジャンクション

裁判所によって与えられるインジャンクションは二つの類型に分けられる。<sup>(171)</sup>一つは、「正当な司法的救済と両立する」

現状維持のための中間的インジャンクション（一時的禁止命令と仮処分的インジャンクション）であり、一般に、一方的もしくは宣誓供述書に基づいて与えられる。いま一つは、第一修正上の保護が与えられるか否かについての完全な本案審理を経たのちに発せられる恒久的インジャンクションである。インジャンクションは法廷侮辱罪によって執行される。言論者は、インジャンクション訴訟の被告として、あるいは、インジャンクションの告知を受けたのち、その取消を求める訴訟の原告としてインジャンクションの有効性を争うことができる。ただし、事前のインジャンクションの有効性を争うことなく、言論行為に及んだ言論者は、違反に対する法廷侮辱罪の訴訟において、言論の適法性を抗弁として主張することができない（付随的抗弁禁止ルール）<sup>(173) (174)</sup>。

インジャンクションは、許可制とは異なり、過剰な言論弾圧へと向かう権力の力学を抑える制度的な契機を含んでいる。恒久的インジャンクションの付与は、対審の正式審理の場で争われるし、インジャンクション違反のため法廷侮辱罪で訴追された言論者には、通常の刑事裁判と同等の手続保障が与えられる。限定的に規定されたインジャンクションは、特定の言論行為に、しかも特定の言論者に向けられるため、確かに当該言論者に対する抑止的な効果はきわめて高いが、その他の言論者に対する萎縮効果はまったくない。インジャンクションを求める訴訟のイニシヤティブは常に規制者側にある（ただし、ひとたびインジャンクションが出されると、イニシヤティブの負担は全面的に言論者に移る<sup>(177)</sup>）。インジャンクションをシステムティックに援用するためには、違法と思われる言論行為（その計画）を事前に覚知する必要があるが、それには、ある程度の規制コストを覚悟して、何らかの組織だったシステムが確立されねばならない<sup>(178)</sup>。しかし、インジャンクションは、言論の遅延をもたらし、抽象的状況での判断を裁判官に求め、言論に対する受け手の態度を歪んだものとする点で、許可制と共通の害悪を持つ<sup>(179)</sup>。それとは別に、インジャンクションには固有の制度内在的な害悪がある。①付随的抗弁禁止ルールが中間的インジャンクションにも適用されるとすれば、規制者は対審の正式

審理を求めるインセンティブを失い、一方的禁止命令が濫用されることになるだろう。一時的禁止命令そのものを言論者が司法的に争う道は、一時的禁止命令が発せられたという告知があつたのちに、<sup>(180)</sup>言論者<sup>(180)</sup>がその取消を争うために訴訟を起すしかない。一時的禁止命令は事実上司法審査を免れることになる。にもかかわらず、一時的禁止命令は、規制者側の言い分のみに基づいて与えられるため、規制が及ぶ範囲が過度に広汎なものになりがちである。②インジャンクションを与える裁判官と、それを破つた言論者の起訴を決定する裁判官が同一であるため、「厳格執行の論理」が働くことになる。<sup>(181)</sup>インジャンクション違反は、法制度に対する重大な挑戦、あるいは裁判官に対する侮辱という象徴的な意味を持つため、その訴追は積極的になされるおそれがある。

### 事後処罰

事後処罰は、その規範の設定のレベルで区別するならば、議会によって制定された刑事法に基づくものと、裁判所がコモン・ローのかたちで発展させてきた民事の損害賠償責任のルールに基づくものがある。法律を制定し、コモン・ローを形成する複雑なプロセスは、権力濫用の防壁として機能する。議会は、法律を制定するためには、議会を構成する二院において過半数を占める多数派を形成する必要がある。委員会討議における伝統的な慣行は、審議過程を緩慢なものにし、しばしば、提案された法律案を廃案もしくは修正する機会を少数派に与える。大統領あるいは州知事の拒否権は、法律の実施の障害となる。<sup>(182)</sup>民事の損害賠償責任のルールは、判例の集積を通じて徐々に形成されてゆくものであり、原理に基づくものでなければならぬ。訴訟は慢性的に長期化しており、そのため、裁判所が、社会に一時的に醸成された不寛容な雰囲気<sup>(183)</sup>に屈して、言論者に不利な判決を拙速に下すおそれは乏しい。また、事後処罰の執行プロセスは、現実の言論行為に先立って言論の適法性を判断することに起因する事前抑制の害悪を免れている。有罪の立証は、

合理的な疑いを超えたものでなければならぬし、陪審による裁判が言論者に保障される。

しかし、事後処罰にも、権力を過剰な言論規制へと向かわせる固有の危険が存する。事後処罰の目的は、違法な言論を事前に抑止することであるが、この事前の抑止効果が、保護された言論に及ぶかぎりにおいて、それは憲法上許されない萎縮効果とみなされることになる。言論者の自己検閲によって断念された言論が実際に違法であったか否かということとは、決して司法プロセスのなかで明らかにされることはない。<sup>(187)</sup>この萎縮効果は、法的プロセスに内在する誤謬の可能性と、それにとまなう結果の不確実性によって引き起こされる。<sup>(188)</sup>法的プロセスは誤謬を免れた完全な制度ではない。裁判官も陪審員も、自分の目や耳で事実を確かめたわけではない。彼らは、時間も空間も隔てた、法廷に現われた証拠や証言に基づいて事実を認定しなければならぬから、そこには自ずから限界がある。事実を認定するものの隠れた偏見が、このプロセスを歪めるおそれは多分にあるし、事実が正確に認定されたとしても、法が正しく宣言され、事実適切に適用されるという保証はどこにもない。法的概念の複雑さ、言論規制のための基準に固有の漠然性が、不確実な状況に拍車をかける。そのため、言論者は、高い確度をもって、訴訟の結果を予測することはできない。ひよっとしたら間違つて処罰されるのではないかというおそれは、適法な言論であるという言論者の確信をぐらつかせ、結果的に、萎縮効果を生むことになるのである〔本節二一(2)参照〕。

## 2 抑圧の利益

言論を禁止、規制する規範を定立する主体（議会や裁判所）、その規範を執行する主体（行政や裁判所）が、言論を抑圧することによつてどのような利益をどの程度持っているかが問題となる。市民の不寛容な性向とあいまって、権力が持つ抑圧の利益は、権力によつて都合の悪い異論や異端を社会から排除する圧力として作用する〔本節二二(2)参照〕。

言論を禁止、規制する法律を制定する立法者は、特殊な関心と利益によって動機づけられた社会集団であり、立法者の特殊な関心や利益は、特定の言論を差別的に取り扱うバイアスとして働き、必要以上に言論規制を推し進める動因となる。第一に、議員もまた、一般の市民と同じく、特定の言論を抑圧することに個人的な利益を有しているが、問題なのは、この個人的なバイアスが法律に反映されやすい議会構成になっていることである。アメリカ社会の多様性とは対照的に、アメリカの議会は、きわめて同質的な社会的背景を持つ社会集団から構成されている。アメリカの平均的議員は、経済的に裕福な家庭に育ち、子どもの頃から自然と政治に親しむような環境におかれ、大学あるいは大学院を出て法曹界や実業界で成功している白人男性（プロテスタント）である。<sup>(185)</sup> 彼らは、現状の社会的地位もしくは状態から恩恵を受けている社会的エリートであるから、ラディカルな社会あるいは経済改革を好まない保守的な性格を有していると考えられる。<sup>(186)</sup> このような保守性は、議会内における社会主義者の徹底したバージに表われる。<sup>(187)</sup> また、宗教的同質性は、とくにキリスト教の宗教観や道徳観を色濃く反映した法律が、比較的容易に議会を通ることの背景となっている。第二に、現在の政府を支持する政治的党派は、政府やその政策を批判、攻撃する言論を抑圧することに党派的な利益を見いだす。一七九八年の扇動法（Sedition Act）<sup>(188)</sup> の経験が教えるように、言論規制は政治的闘争の道具として使われてきた。第三に、議会は時代の不寛容な風潮を直接反映する。それは、「赤の恐怖」に支配された病理的な時代に、ほとんどの州が、*Whitney* で問題となったカルフォルニア州法を典型とする刑事サンディカリズム法を制定していることに見てとれる。

ジョン・ミルトン（John Milton）は『アレオパジティカ』（*Areopagitica*）のなかで、検閲官の職務とその性格について述べている。検閲の仕事は、普段であれば決して手に取ることもない出版物を延々と読むことを強いられた「退屈で不愉快な骨折仕事」である。このような仕事に満足するようなのは、「無知・傲慢でずばらな人間か、或は金に汚い

者かである<sup>(189)</sup>。このような検閲官のイメージが現在でも妥当するかはともかくとして、言論に先立ってその適法性を審査する検閲官あるいは許可権者に、表現の自由の利益に対するセンシティブティを期待することはできない。検閲官あるいは許可権者は、言論を抑圧することに強い職業的利益を有している。「検閲官の仕事は検閲することである<sup>(190)</sup>」というエマソンの言葉に象徴されるように、検閲するためには選任された官吏は、言論の抑圧の必要性を強調することによって、自らの職務の必要性や重要性を正当化する心理的傾向を有している。また、検閲の制度がたとえば国防機密の保護を目的としているかぎり<sup>(191)</sup>、検閲官や許可権者の関心事は、国防機密の漏洩を未然に防ぐことであって、表現の自由を保障することではない<sup>(192)</sup>。検閲官は、適法であると確信して許可を与えた言論が結果的に重大な害悪を引き起こした場合、「関所役人」として、その有害な結果に責任を感じる〔本節四一(2)参照〕。しかも、その判断は不確実な状況でなされるため、検閲官は、必要以上に慎重かつ神経質にならざるをえない<sup>(193)</sup>。

裁判官の保守的な体質からしか合理的に説明がつかないような、一連の判例の形成がないわけではないが<sup>(194)</sup>、一般に、裁判官は個人的にも、制度的にも言論を抑圧することに何ら利益を有していないと考えられている<sup>(195)</sup>。「他の統治部門から独立していること、直接的な政治的圧力や人民の圧力から相対的に免れていること、裁判官の訓練と質、法的手続の利用、司法審査にともなう諸々の力<sup>(196)</sup>」が、裁判所による表現の自由の適切な保障を可能にする制度的条件を形作っている。ただし、若干の留保が必要である。裁判官は、言論禁止命令 (gag order) を発したり、法廷の閉鎖を命じたり、プレス<sup>(197)</sup>の諸権利を制限したりするなど、憲法の枠内で表現の自由を制限する責務をも負っている。この場面では、裁判官はむしろ「許可権者」に近いことに注意すべきである<sup>(198)</sup>。裁判の公正や裁判所の秩序維持といった要素が絡んでくる場合、そこで問題となっている言論を抑圧することに裁判官自身が利益を有することがある。「裁判所周辺で行われるピケッティングから生ずる圧力から裁判システムを保護する利益<sup>(199)</sup>」が適法なものであるとされているが、言論から生ずる

社会的圧力を排除して、裁判所の独立を確保することは、ある部分、裁判官自身の利益と捉えることもできる。

### 3 抑圧の基準

言論を規制あるいは禁止する法律には、固有の漠然性が伴<sup>(19)</sup>う。言論規制には、言論によって現実にもたらされる物理的効果や、言論に伴ってなされる身体的行動を規制するものがある。たとえば、拡声器の音量制限や、選挙運動資金の寄付などがそれである。また、聞き手のなかにある精神状態を引き起こす言論もまた、規制や処罰の対象となる。たとえば、暴力による政府の打倒や破壊を唱導することを禁止処罰する法律（政府を打倒し、破壊することを聞き手に「決意させるような勢いのある」言論に適用される）は、聞き手の精神状態を問題にする。もっぱら読者の好色的な関心に訴えるポルノグラフィの規制も同様である。しかし、われわれには、他人の心を直接のぞき込むことが原理的にできない以上、後者の法律によって規制あるいは禁止される言論の範囲を正確に確定することは難しい。そのため、差別的な規制や訴追を許すほど、法律を執行適用するものの裁量の範囲が、過度に広汎なものとなる危険がある。フランクフーター裁判官 (Frankfurter, J.) によれば、神を冒瀆する言論を処罰する法律が、歴史的にかくも権力者によって濫用されてきた理由もこの点にあった。

神を冒瀆する〔罪〕が、神聖なる人物、場所あるいは物に対する物理的な虐待以上のことを禁ずるならば、すなわち、宗教的な意見の検閲を許すならば、…この文言は、「神を冒瀆する」(Blasphemous)と考えられるであろう〔すべてのこと〕を含むことになるであろう。この危険な文言に関するイギリスの経験は、政教分離に関するわれわれの要請とは別に、われわれをためらわせる。一七世紀のイギリスにおける神に対する冒瀆の罪は、現在では宗教的ドグマである。教会では、ジェームズ一世の *Book of Sports* を最初に読む必要があった。しかし、後にすべての版が焼き捨てられた。大衆を攻撃することはかつて神を冒瀆することであった。しかし、そうすることが〔逆に〕神を冒瀆することになった。一七世紀には数回にわた

つて、特定の宗教的見解に対する政府の態度が変わるにつれて、三位一体説を疑った人々（たとえば、ユニテリアン派、万人救済派）、キリストの神性を疑った人々、土曜の安息日を遵守した人々、魔女の可能性を否定した人々、子どもの洗礼を非難したり、あるいは振りかけ以外の洗礼法を主張する人々は、神を冒瀆するものとして訴追され、彼らの書物は、神を冒瀆するものとして焼かれたり禁止されたりした。神に対する冒瀆という言葉は変幻自在な文言で、それは、時の支配的な権威が正統な宗教教義であると認めたと批判することを意味したのである。もちろん、神に対する冒瀆の罪に基づく起訴は——数は減っているものの——現在でもイギリスでは続けられている。しかし、国教会が存在しているために、「神を冒瀆する」(sacrilegious) という文言がわが国でそうである以上に、イギリスではこの罪に対して明確な輪郭が与えられている。<sup>(20)</sup>

神を冒瀆する言論と同様、不快な言論を禁止処罰する法律もまた、聞き手の精神状態を問題にせざるをえない。*Street v. New York* で、「われわれの憲法に従えば、考えの公的表明は、聞き手の何人かにとって不快であるという理由で、禁止されることはない<sup>(20)</sup>」とハーラン裁判官が述べたように、アメリカ合衆国最高裁はこれまで一貫してこのような法律の合憲性を否定してきた。最高裁が不快感を言論の制限を正当化しうる害悪と認めない理由は、まず第一に、それが「道徳依存的な」(morality-dependent) 害悪<sup>(20)</sup>だからである。たとえば、われわれはキリスト教を信仰しているがゆえに、神や神の摂理の存在を否定する言論を不快に思うのである。国家が、聞き手に不快な思いをさせないように特定の言論を禁止することは、その不快感の前提となっている道徳に国家がコミットすることにほかならない。これは許されない<sup>(20)</sup>。また、私の議論に引きつけて言えば、ある言論が不快であるか否かを判断する客観的な基準は存在しないから、その判断は、結局聞き手の主観的な判断か、社会の多数派の判断に委ねられることになる。第一修正の伝統が教えるように、このような法律が濫用されないわけがない<sup>(26)</sup>。最高裁が不快な言論を禁止処罰することを許さない理由は、部分的には、このような言論規制に固有な濫用の危険にも求めることができる。

## 五 状況の性格

誤解を避けるために、表現の自由の状況という觀念の性格を確認し、この予備的な考察を終ることにする。繰り返して述べてきたように、表現の自由の価値を実現する制度的システム（原理、基準あるいはルールの体系）を実効的に機能させるためには、価値の分裂、市民の不寛容、コミュニケーションとしての言論、権力の濫用的傾向などの社会的背景の事実を考慮しなければならない。注意すべきは、このような表現の自由の状況に関する言明は記述的（經驗的）であるということである。特に、価値の多元性や価値の分裂は、表現の自由の原理、寛容の原理あるいはリベラルな中立性原理を直接正当化する規範的な概念ではない。したがって、次の議論のように、価値の多元性（善のコンセプト）の多様性）から表現の自由の原理を直接導出する試みは論理的に破綻している。

われわれは、特定の善のコンセプトの観点から世界を解釈し、そこから見た世界のありようを誰かに伝えようとする。また、自らの善のコンセプトの価値を説いて、その目的の実現のために多くのものに連帯を求める。したがって、これらの表現活動をその内容に基づいて規制することは、ある善のコンセプトを優遇し、別な善のコンセプトを不利に扱うことにはかならない。善のコンセプトが互いに共約不可能であり、ある社会において促進すべき善のコンセプトを選択するための基準や手続が存在しないとすれば、ある善のコンセプトを差別的に取り扱う根拠は、常に恣意的であって、合理的ではありえない。したがって、われわれは、善のコンセプトを等しく尊重すべきであり、特定の善のコンセプトと深く結びついた表現活動をその内容に基づいて規制することはできない。

この議論は、ある種の「自然主義的ファラシー」に陥っている。価値の多元性に関する議論は、いわば外的視点に立って、社会内部の価値状況を記述する議論であり、社会内部のいずれの価値にコミットするものではない。このような価値状況の記述から、規範的な性質を持つ表現の自由の原理を導き、正当化することはできない。表現の自由の原理が

「擁護され、あるいは攻撃されるべきならば、それはキリスト教的、カント的あるいは功利主義的な観点からなされるかもしれない。しかし、それは何らかの観点からなされねばならない。道徳的に中立なあるいは『外部的な』立場からなされる道徳的判断というものは存在しない<sup>(206)</sup>」。たとえば、ジョン・ロック (John Locke) のように社会に共有された価値(合理性)の観点から、あるいはJ・S・ミルのように特定の善のコンセプト(個性)の観点から、表現の自由の原理あるいは寛容の原理は正当化されねばならないのである。

さらに言えば、価値の多元性や価値の分裂は、それ自体としては寛容とも不寛容とも結びつく<sup>(207)</sup>。われわれは、外的観点から、すなわち自らの善のコンセプトすら相対化したうえで、善のコンセプトは互いに共約不可能であるという認識の正当性を肯定することができる。にもかかわらず、われわれは、現実に特定の善のコンセプトに基づいて行為する主体として、自らの善のコンセプトの正しさを確信している。ある善のコンセプトを基礎づける道徳的観点に立つということは、少なくともその道徳と両立しないかぎりにおいて対立する道徳を排除することを意味する。とくに、善のコンセプトの中核を形成する宗教にとつては、異端を許すことは信仰の弱さの徴証とみなされるため、異端は徹底的に排斥されるのである<sup>(208)</sup>。「本節二・二参照」。

この点に関連して、前述のホームズ裁判官の懐疑主義からの議論は示唆的である<sup>(208)</sup>。「本節一・一参照」。ホームズ裁判官によれば、「深く染みついた選好について議論することはできない——ビール好きにビールを止めるよう説得できないように。したがって、違いがあまりに大きい場合には、他人に好きなようにやらせるよりも、むしろ彼を殺そうとする。しかし、このことは、見たところでは、彼の根柢はわれわれの根柢と同じ程度によい、と認めることと完全に整合的である<sup>(209)</sup>」。われわれは、メタレベルで(外的視点から)「見たところでは、彼の根柢はわれわれの根柢と同じ程度によい」と判断したとしても、行為主体としての内的視点からは、殺してまでも異端を排除しようとするのである。そして、「わ

たしにとつて、意見の表明に対する訴追は完全に論理的である<sup>(20)</sup>」とさえホームズ裁判官は言うのである。にもかかわらず、ホームズ裁判官は、この「論理」を乗り越えて表現の自由を正当化する試みとして、内的視点から「思想の自由市場」論を展開したのである。もちろん、表現の自由を正当化するリベラリズムの試みもまた、実体的な内容は異なるもののホームズ裁判官同様、内的視点からのものである〔第二章、第三章参照〕。

第一章第一節註

- (1) H・L・A・ハート・矢崎光圀監訳『法の概念』（みすず書房・一九七六年）二二一頁以下参照。
- (2) 249 U.S. 47 (1919).
- (3) Frederick Schauer, *Codifying the First Amendment*: New York v. Ferber, 1982 Sup. Ct. Rev. 285, 309. まったく反対の評価としては、THOMAS I. EMERSON, *THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION* 15 (1970) がある。「憲法の保障が何を意味し、それが具体的な事件においてどのように適用されるかについていかなる包括的な理論をも、最高裁は発展させてこなかった。これが、今日の第一修正についての顕著な事実である。それぞれの時代において、危険な傾向テスト、明白かつ現在の危険テスト、扇動テスト、そして様々な形態のアドホックな利益衡量テストを最高裁は援用してきた」。
- (4) See JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 126 (1971) (正義の状況); SUSAN MENDUS, *TOLERATION AND THE LIMITS OF LIBERALISM* 8-9 (1989) (寛容の状況)。ただし、正義の状況と表現の自由の状況とのあいだに存する若干の違いに注意されたい。正義の状況は、「原初状態」(original position) において選択される正義原理の必要性と合理性を基礎づけるにとどまり、正義原理を具体化するレベル(憲法—法律—裁判判決)では、正義の状況に加えて、より「厚い」人間や社会に関する経験的事実が考慮される(「無知のヴェール」(veil of ignorance) が上がるに従って)。しかし、表現の自由の状況には、表現の自由の原理を法的基準やルールとして具体化するために必要な経験的事実があらかじめ含まれている。表現の自由の状況は、ドゥオーキンが言うところの「現実の現実世界」(real real world) に関する経験的事実を前提としている

- のである。See Ronald Dworkin, *What is Equality?: The Place of Liberty*, 73 IOWA L. REV. 1, 46-48 (1987).
- (5) J. S. Mill, *On Liberty*, in 18 COLLECTED WORKS: ESSAY ON POLITICS AND SOCIETY 264 (John M. Robson ed. 1965) (J・S・ミル・早坂忠訳「自由論」関嘉彦責任編集『ケンサム・J・S・ミル(世界の名著49)』(中央公論社・一九七九年)一八四頁以下)。
- (6) *Gilbert v. Minnesota*, 254 U. S. 325, 333 (1920).
- (7) *Debs v. United States*, 249 U. S. 211, 213-14 (1919).
- (8) See *Epperson v. Arkansas*, 393 U. S. 97 (1968) (公立学校における進化論教育の禁止); *Edwards v. Aguillard*, 482 U. S. 578 (1987) (公立学校における「創造科学」(Creation Science)の強制)。
- (9) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 310 (1940).
- (10) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 632-33 (1942).
- (11) *Cohen v. California*, 403 U. S. 15 (1971). 法廷意見を書いたハーラン裁判官(Harlan, J.)のアプローチについては、see Gerald Gunther, *In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell*, 24 STAN. L. REV. 1001, 1004-14 (1972); Daniel A. Farber & John E. Nowak, *Justice Harlan and the First Amendment*, 2 CONST. COM. 425 (1985).
- (12) *Id.* at 24.
- (13) *Id.* at 24-25.
- (14) *Id.* at 25.
- (15) *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- (16) OLIVER WENDELL HOLMES, THE HOLMES READER 121-22 (Julius J. Marke ed. 1955).
- (17) このような認識論的な懐疑主義をトマス・ネーゲル(Thomas Nagel)は次のように説明する。われわれは現実の世界を世界Aとして経験する。さらに、われわれは客観的な知識を得ようとして、自分がどのようにして現実の世界を世界Aとして経験するに至ったかを検討し、世界Aを経験した自分を含む世界Bを説明しようとするだろう。しかし、「われわれがどんなに自分自身の外側に踏み出そうと試みたとしても、何ものかがレンズの背後に残らざるをえず、われわれのなかにある何ものかが結果として導かれた像を決定することになるだろう。そして、このことが、われわれが実際に現実により

- 近ごろ来たところのことを疑う根拠をよめるべきである。』THOMAS NAGEL, *THE VIEW FROM NOWHERE* 68 (1986).
- (18) OLIVER WENDELL HOLMES, *supra* note 16, at 104.
- (19) *See Id.* at 119.
- (20) *See* STEVEN LUKES, *MORAL CONFLICT AND POLITICS* 5-9 (1991).
- (21) BERNARD WILLIAMS, *PROBLEMS OF THE SELF: PHILOSOPHICAL PAPERS 1956-72* 173 (1973). 悲劇的な状況とは、衝突する義務のいずれに従って行為したところで、かならず道徳的な不正を犯してしまうような状況を言う。たとえば、二人の女性と婚約した男は、一方と結婚することによって、他方との結婚の約束を破ることになる。そのため、彼には道徳的に正しい行為を行う選択肢は残されていない。トマス・ネーゲル・永井均訳『コウモリであるとはどのようなことか』(勁草書房・一九八九年)一一七頁参照。
- (22) BERNARD WILLIAMS, *supra* note 21, at 172. 最善の選択にも悔いが残るといふ事実は、後述する価値の共約不可能性を部分的に根拠づける。
- (23) アイザイア・バーリン・小川リ小池||福田||生松訳『自由論』(みすず書房・一九七一年)七四頁。
- (24) の例は、Amelie O. Rorty, *Varieties of Moral Conflict, Varieties of Resolutions*, in *RADICAL PHILOSOPHY: TRADITION, COUNTER-TRADITION, AND POLITICS* 92-93 (Roger S. Gottlieb ed. 1993) に拠る。
- (25) JOHN RAWLS, *supra* note 4, at 127.
- (26) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972).
- (27) トマス・ネーゲル・前掲訳書(註21) 八六頁以下参照。
- (28) この道徳的ディレンマは「汚い手」(dirty hand)に関わる問題である。政治にコミットすることによって課せられる責務と、道徳的信念とは容易に衝突する。多数の罪のない死傷者を出し、都市機能を麻痺させる無差別テロの予告があり、その首謀者の一人が捕まっているとする。政治家は、二四時間後に作動する爆弾や毒ガスがどこに仕掛けられているのかをききだすために、首謀者を拷問する許可を求められたとする。その場合、政治家は、いかなる場合においても残酷な拷問は道徳的に間違っていると確信しつつも、都市の壊滅を防ぐために拷問を命じるだろう。政治家は、絶対的な道徳的信念に反したことに罪の意識を感じるだろう。そして、われわれもまた、拷問は道徳的に悪であると考え、その命令を下

したことに罪の意識を感じない政治家を支持しない。それにもかかわらず、われわれは、自らの道徳的な純潔性を守るために、多数の罪のない人々を犠牲にする政治家を望ましいものとは考えない。ここに、政治家の道徳的ディレンマがある。  
See Michael Walzer, *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, 2 PHIL. & PUB. AFFS. 160 (1972).

- (29) JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* xvi (1993).
- (30) *Id.* at xxiv.
- (31) *Id.* at 59.
- (32) JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 395 (1986).
- (33) *Id.* at 396.
- (34) *Id.*
- (35) JOHN RAWLS, *supra note* 29, at 62-63.
- (36) *Id.* at 56-57.
- (37) トマス・ネーゲル・前掲訳書(註21) 一一〇頁。
- (38) トマス・ネーゲル・前掲訳書(註21) 一一一頁。See Charles Taylor, *The Diversity of Goods*, in *UTILITARIANISM AND BEYOND* 129 (Amartya Sen & Bernard Williams ed. 1982); CHARLES E. LARMORE, *PATTERNS OF MORAL COMPLEXITY* 131-150 (1987). ただし、ロールスは、政治的リベラリズムの方法論的制約のため、ネーゲルの哲学的立場を前提にしてゐない。JOHN RAWLS, *supra note* 29, at 57, n. 10.
- (39) JOSEPH RAZ, *supra note* 32, at 323.
- (40) See JOHN KEKES, *THE MORALITY OF PLURALISM* 56 (1993); BERNARD WILLIAMS, *MORAL LUCK* 77-80 (1981).
- (41) J. S. Mill, *Utilitarianism*, in 10 *COLLECTED WORKS: ESSAYS ON ETHICS, RELIGION, AND SOCIETY* 203, 237 (John M. Robson ed. 1965) (J. S. Mill・伊原吉之助訳「功利主義論」関嘉彦責任編集『ベンサム・J. S. Mill (世界の名著49)』(中央公論社・一九七九年) 五〇〇頁)。
- (42) See James Griffin, *Are There Incommensurable Values*, 7 PHIL. & PUB. AFFS. 39, 47-55 (1977).
- (43) JOSEPH RAZ, *supra note* 32, at 345-53.

- (44) このような優先順位のルールの定式化は、CHARLES E. LARMORE, *supra* note 38, at 148 において試みられている。
- (45) STEVEN LUKES, *supra* note 20, at 33-34, 48-49.
- (46) トーマス・クーン・安孫子誠也『佐野正博訳『本質的緊張2』(みすず書房・一九九二年) 第二三章参照。
- (47) JOHN FINIS, FOUNDATION OF ETHICS 87-88 (1983).
- (48) JOSEPH RAZ, *supra* note 32, at 324-326.
- (49) アイザイア・バーリン・前掲訳書(註23)七三頁以下、三三〇頁以下参照。ジェラルド・マッカラム(Gerald MacCallum)によれば、消極的自由も積極的自由も三つの変数によって表現される。「XはYから自由にZをする(しない)なる」ならぬ)「ことがせざる」。Gerald C. MacCallum, *Negative and Positive Freedom*, in LIBERTY 100 (David Miller ed. 1991). この定式は自由の「概念」(concept)を表わし、消極的自由と積極的自由はその「コンセプション」(conception)と解することができると言う。See TIM GRAY, FREEDOM 7-16 (1991). しかし、このことは、消極的自由と積極的自由が共約可能であることを意味するものではない。解釈の観点が共約不可能なのである。
- (50) これは日本社会の現実の市民像である。中根千枝『タテ社会の人間関係』(講談社現代新書・一九六七年)八五頁以下参照。
- (51) See Vincent Basi, *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California*, 29 WM. & MARY L. REV. 653 (1988).
- (52) Whitney v. California, 274 U. S. 357, 375 (1926) (Brandeis, J., concurring).
- (53) See J. S. Mill, *supra* note 5, at 258 (前掲訳書二七六頁以下)。
- (54) Feiner v. New York, 340 U. S. 315, 321 (1951).
- (55) Chaplinsky v. New Hampshire, 351 U. S. 568, 572 (1942).
- (56) 17. 喧嘩言葉は、受け手の主観ではなく、言論の客観的な性質によって定義される。それは、一般的な知性を備えたものの観点から、ごく平均的な人が怒りに我を忘れて手を出しても仕方がないような、侮辱的な言葉であると理解されるものである。
- (57) Chaplinsky の射程はきわめて広汎であった。Chaplinsky の適用が問題となる状況は、①面前での罵倒、②敵意ある聴衆

の前での演説、③公共の場における不快な表現行為の三つであった。その後、Chaplinskyの適用範囲は、公民権運動や反戦運動における一連の裁判闘争のなかで著しく縮減されることになる。②に関して言えば、言論者が議論や説得の域を越えて、警察による平穏の維持が不可能になるような例外的な状況を除いては (*Feiner v. New York*, 340 U. S. 315 (1951))、聴衆を怒らせ、論争を誘発し、不穏な雰囲気を作成するだけでは、言論を禁止する理由とはならない。See, e. g., *Terminiello v. Chicago*, 337 U. S. 1 (1949); *Garner v. Louisiana*, 368 U. S. 157 (1961); *Taylor v. Louisiana*, 370 U. S. 154 (1962); *Edwards v. South Carolina*, 372 U. S. 229 (1963); *Cox v. Louisiana*, 379 U. S. 536 (1965)。③に関して言えば、不快であるということは、言論を制約する理由とはならない。See *Cohen v. California*, 403 U. S. 15 (1971)。また、Chaplinskyを先例として引用する場合、最高裁は「損害をもたらし」という文言を外す傾向にある。①の有効性についてはいまだ判例によって疑われていないが、その「マッチョ的」反応への偏りは批判を受けている。

(58) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296 (1940).

(59) *Id.* 310.

(60) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

(61) Harry Kalven, *The New York Times Case: A Note on "the Central Meaning of the First Amendment"*, 1964 SUP. CT. REV. 191.

(62) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 271 (1964).

(63) *Id.*

(64) *Id.*

(65) See Thomas M. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 U. PITT. L. REV. 519 (1979).

(66) Joshua Cohen, *Freedom of Expression*, 22 PHIL. & PUB. AFFS. 207, 224 (1993).

(67) ハンナ・アレント著 志水速雄訳『革命について』(中央公論社・一九七五年) 一一五頁。See JOHN RAWLS, *supra* note 4, at 571.

(68) J. S. Mill, *supra* note 5, at 262 (前掲訳書一八二頁)。

(69) See Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591, 606-07 (1982).

(70) See Joshua Cohen, *supra* note 66, at 225.

- (71) Bruce A. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 YALE L. J. 1013, 1032-33 (1984).
- (72) それらの共約不可能な徳については、see Charles Taylor, *supra note* 38, at 133-34.
- (73) ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (1948); Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is an Absolute*, 1961 SUP. C. REV. 245.
- (74) See William J. Brennan, *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, 79 HARV. L. REV. 1 (1965).
- (75) See LEE C. BOLLINGER, IMAGES OF A FREE PRESS 6 (1991).
- (76) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 279 (1964).
- (77) 371 U. S. 415 (1962).
- (78) *Id.* at 433.
- (79) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U. S. 601, 612 (1973).
- (80) Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 HARV. L. REV. 844, 854-55 (1970). なお、ARCHIBALD COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT 45 (1976) は、この認識を疑問視する。
- (81) See Note, *The Chilling Effect in the Constitutional Law*, 69 COLUM. L. REV. 809, 822-26 (1969).
- (82) See *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U. S. 241 (1974); see also *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 112 S. Ct. 501 (1991).
- (83) ZECHARIAH CHAFEE, FREE SPEECH IN THE UNITED STATES 522 (1941).
- (84) 上記では取り上げないが、事実の問題として、聞き手の合理性をどの程度信頼することができるかという問題もまた、きわめて重要である。この問題は、「思想の自由市場」論の現実的妥当性との関連で従来から議論されている。See, e. g., FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 25-30 (1982); C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 15-17 (1989); Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L. J. 1, 31-48.
- (85) J. S. Mill, *supra note* 5, at 222 (前掲訳書二三頁)。「支配者としてであれ、同胞市民としてであれ、自分の意見や好みを他人に押しつけようとする人間の性向は、人間性に付随するある種のもっとも善い感情ともっとも悪い感情によって支え

- られているために、権力をなくす以外、どんな手段によってもこれを抑制することはほとんどできそうにない」。Id. at 227 (前掲訳書三三〇頁)。
- (86) See ROBERT PAUL WOLFF, *THE POVERTY OF LIBERALISM* 12-15 (1968).
- (87) *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 330 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- (88) See *Cohen v. California*, 403 U. S. 15, 21-22 (1971).
- (89) Frederick Schauer, *The Phenomenology of Speech and Harms*, 103 *ETHICS* 635 (1993) によれば、言論行為がもたらす有害な帰結は、その他の行為のそれと比べて小さいから、言論行為は相対的に規制を免れることになる、という「過小な害悪の仮定」は間違っている。
- (90) 丸山真男「現代における態度決定」丸山真男『増補版・現代政治の思想と行動』(未來社・一九六四年)四四六頁以下参照。
- (91) LEE C. BOLLINGER, *THE TOLERANT SOCIETY* 63 (1986). 「寛容も不寛容もコミュニケーション行為——最も単純で純粋な意味で言論——であり、それは、世界における自らの立場を明らかにする必要性から生ずる」。
- (92) See HARRY G. FRANKFURT, *THE IMPORTANCE OF WHAT WE CARE ABOUT* (1988).
- (93) U. S. CONST. AMEND. I.
- (94) FREDERICK SCHAUER, *supra note* 84, at 12-13, 91 (1982).
- (95) 第一修正によって保護された言論と、表現の自由の正当化とを厳密に一致させるアプローチが、実践的に望ましいかはお検討する必要がある。See Frederick Schauer, *Second-Best First Amendment*, 31 *WM. & MARY L. REV.* 1 (1989).
- (96) Compare Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *IND. L. J.* 1 (1971) with C. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 *UCLA L. REV.* 964 (1978).
- (97) J. L. AUSTIN, *HOW TO DO THING WITH WORDS* 92-93 (2d. 1976). なお、日本の憲法理論に言語行為論をとり込んだ先駆的な業績として、阪本昌成『コミュニケーション行為の法』(成文堂・一九九二年)参照。
- (98) J. L. AUSTIN, *supra note* 97, at 95-108; JOHN SEARLE, *SPEECH ACT* 24 (1969).
- (99) J. L. AUSTIN, *supra note* 97, at 109-200; JOHN SEARLE, *supra note* 98, at 25.

- (100) 野家啓一 『言語行為の現象学』 (勁草書房・一九九三年) 第四章、第五章参照。
- (101) *See, e.g., Yates v. United States*, 354 U. S. 298 (1957).
- (102) *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 673 (1925).
- (103) *Terminiello v. Chicago*, 337 U. S. 1, 4 (1949).
- (104) *See JOHN SEARLE, EXPRESSION AND MEANING* 117 (1979).
- (105) PAUL GRICE, *STUDIES IN THE WAY OF WORD* 219-21 (1989).
- (106) JOHN SEARLE, *supra note* 98, at 12-13.
- (107) P. F. Strawson, *Intention and Convention in Speech Acts*, 73 *PHIL. REV.* 439, 446-47 (1964).
- (108) ZECHARIAH CHAFEE, *supra note* 83, at 150; ALEXANDER M. BICKEL, *THE MORALITY OF CONSENT* 72 (1975). 最高裁は *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942) でサエイフイの立場を受容した。
- (109) しかし、小さな子どもが、ただ単に年長の兄の口まねをして、*God damn* と叫んだとしても、その子どもは、*God damn* と叫ぶことで何しとかを意味しようとしたわけではない。そのため、子どもの発言はコミュニケーションとはみなされないのである。
- (110) *See FRANKLYN S. HAIMAN, SPEECH AND LAW IN FREE SOCIETY* 19-20 (1981).
- (111) *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U. S. 288 (1984) では、ホームレスの窮状に対して世間の関心を喚起する目的で、国立公園内に設営された「象徴的テント村」で寝泊まりすることが、言論にあたるか否かが問題となった。最高裁は、テントで寝泊まりする行為が「表現的行為」にあたることを前提に議論を進めた。
- (112) 391 U. S. 367 (1968).
- (113) *Id.* at 376.
- (114) *Id.*
- (115) 418 U. S. 405 (1974).
- (116) *Id.* at 408.
- (117) *Id.* at 409-10.

(118) *Id.* at 410-11.

(119) *Id.* at 410. なお、最高裁が上告人の主張を肯定した背景には四つの重要な要素があった。①国旗が自己の所有物であったこと。②自己の所有地に国旗を掲げたこと。③平穩の破壊があったことの証明がなかったこと。④ある形態のコミュニケーションを行なっていること。*Id.* at 408-09. 上告人の行為が国旗不正使用法以外のいかなる法律にも違反していない、という事実が最高裁の結論に影響を及ぼしたと言える。

(120) *See, e. g.*, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U. S. 228 (1984) (ホームレスの窮状に対して世間の関心を喚起する目的で、国立公園内に設置された「象徴的テント村」で寝泊まりする行為は言論にあたる。); *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 106 S. Ct. 3172 (1986) (「成人向け」書店内で行われたマスターベーション、愛撫、フェラチオ、売春の斡旋などの性的活動は、「保護された表現の要素をまったく持たない」); *Glen Theatre, Inc.*, 111 S. Ct. 2456 (1991) (ヌード・ダンスは第一修正によって保護される「表現的行動」である。); *Johnson v. Texas*, 491 U. S. 397 (1989) (国旗の焼却は言論「もたせ」); *R. A. V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2583 (1992) (十字架の焼却は言論にあたる)。

(121) *FREDERICK SCHAUER, supra note 84*, at 99. 常識的な表現とは違って風変わりな、目立つ言葉づかいの私たち(レトリック)を、常識に反するという理由で制約することも、同様の効果を持つ。レトリックは、「常識的なことばづかいでは的確に語りえぬことがらを何とか語ってみようとすると苦心の結果」であり、「常識的なことばづかいによっては容易に造形されない発見的な認識は、やむをえず常識からやや逸脱した表現を必要とする」。佐藤信夫『レトリック認識』(講談社・一九八一年) 一一頁以下。そのため、レトリックの制約は、「発見的な認識」をさまたげることになる。

(122) *United States v. O'Brien*, 391 U. S. 367, 376 (1968).

(123) *Luis Henkin, Foreword*, 82 HARV. L. REV. 63, 80 (1968).

(124) *John Hart Ely, Frag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balance in First Amendment*, 88 HARV. L. REV. 1482 (1975).

(125) このことは、非言論的要素に対する規制であっても、それが直接言論的要素の抑圧に結びつくため、その規制には十分な配慮が必要であるということを意味する。街頭宣伝車(sound truck)の規制は、その音量に対する規制であるかぎり、非言論的要素に対する規制である。音量規制が問題となった *Sata v. New York*, 334 U. S. 558 (1948) で争われた条例は、

街宣車の使用を警察署長の許可にかからしめる一方で、その許可基準について何らの規定もおいていなかった。この条例は、拡声器を使用する時間や場所、あるいは音量を規制するよう限定的に規定されていないとして、文面上違憲とされた。最高裁は、非言論的要素(音量)がもつばら問題にされる場合であっても、「優越的地位にある第一修正の自由」に十分配慮すべきであるとした。それは、「考えに対する苛立ちが、音に対する苛立ちに隠蔽される恐れがある」からである。Id. at 562. *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949) (合理的な時、場所、音量規制は憲法上許容される。)

(126) JOHN SEARLE, *supra note* 104, at 2-8.

(127) *See, e. g., Kingsley Int'l Pictures Corp. v. Regents of New York*, 360 U.S. 684 (1959) (「第一修正の基本的な保障は、考えを唱導する自由の保障であり、そのなかには、正統でない考え、論争的な考え、広く浸透した意見の動向に逆らった考えさえ含まれる」。)

(128) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

(129) Harry Kalven, *The Metaphysics of the Law of Obscenity*, 1960 SUP. CT. REV. 1, 10.

(130) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942).

(131) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484-85 (1957).

(132) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964).

(133) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

(134) *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 26 (1971).

(135) *See* FREDERICK SCHAUER, *supra note* 84, at 104-05.

(136) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 621-22 (1919) (Holmes, J., dissenting).

(137) HARRY KALVEN, WORTHY TRADITION 120 (1988); JOHN RAWLS, *supra note* 29, at 346.

(138) *See* Kent Greenawalt, *Speech and Crime* 1980 AM. BAR FOUND. 645, 683. ただし、グリナウワルト (Kent Greenawalt) は、法的関係や事実的状况を変更する力を有するコミュニケーションを「状況変更的」(situation-altering) 発話と呼び、他人がある行為をなすよう仕向けることを目的とするコミュニケーションを「行為誘導的」(action-inducing) 発話と呼ぶ。状況変更的発話と行為誘導的発話は、約束型の言語行為と命令型の言語行為とに正確に対応するわけではない。グリナウワルト

トによれば、約束型も命令型も、状況変更的であると同時に、行為誘導的である。Id. p. 683. このような説明の違いは、部分的には、グリナウアルトが発語内行為と発語媒介行為とを区別していない点に起因するのではないだろうか。

(139) *Id.* at 681.

(140) *Id.* at 682.

(141) *Id.* at 680. なお、脅迫の分析として、see Kent Greenawald, *Criminal Coercion and Freedom of Speech*, 78 NW. U. L. REV. 1081 (1983).

(142) Vincent Blasi, *The Pathological Perspective and the First Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 449, 459 (1985) によれば、「病理的な時代の明確な特徴は、憲法体制の中核的な規範の一つ、あるいはそれ以上が類を見ないほど深刻な攻撃にさらされるという現象である」。

(143) *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 375 (1926) (Brandeis, J., concurring).

(144) JOHN RAWLS, *supra* note 4, at 440-46.

(145) J. S. Mill, *supra* note 5, at 251 (前掲訳書五一七頁).

(146) *Rosenblatt v. Baer*, 383 U. S. 75, 92 (1966) (Stewart, J., concurring). この判決の興味深い分析(シンボリック相互行為理論を援用)を、see Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CALIF. L. REV. 691, 707-719 (1986).

(147) 目先の利益ばかり執着して、より大きな投資機会を逃すような生き方は自律的であるとは言えないだろう。See STANLEY I. BENN, *A THEORY OF FREEDOM* 163-64 (1988).

(148) *Cox v. New Hampshire*, 312 U. S. 569, 574 (1940).

(149) われわれは、一人前の市民としてまともに取り合ってくれると信じているがゆえに、政治的あるいは道徳的要求を社会に突きつけるのであり、また、市民相互のコミュニケーションを通じてしか、自由で平等な社会のメンバーとして受け入れられていることを確かめることはできない。われわれは、交渉の席を蹴って突然銃で脅すような無法が許されないと知っているから、安心して公共の議論に臨むことができるのであり、また、平和的な話し合いを通じて意見や利益を調整する道が開かれているから、腕力に訴えないのである。

- (150) Vincent Blasi, *supra* note 142 は、社会の病理的な圧力を緩和したり、病理現象の広がりを一定の範囲に抑えこんだり、社会が病理の時代から一刻も早く抜け出せるようにするための再生力を高めるといふ観点(病理的パースペクティブ)から、表現の自由の理論を構築することを試みる。これに対する批判としては、George C. Christie, *Why the First Amendment Should Not Be Interpreted from the Pathological Perspective: A Response to Professor Blasi*, 1986 DUKE L. J. 683、再反論として、Vincent Blasi, *The Role of Strategic Reasoning in Constitutional Interpretation: In Defense of the Pathological Perspective*, 1986 DUKE L. J. 696 がある。See Martin H. Redish, *The Role of Pathology in First Amendment Theory: A Sceptical Examination*, 38 CASE WESTERN RESERVE L. REV. 618 (1988)。
- (151) 明白かつ現在の危険(clear and present danger)テストが表現の自由の抑圧を正当化する基準に堕し、事前抑制(prior restraint)の法理が一貫して表現の自由の拡大に寄与しつづけたのは、前者が戦略的考慮を軽視し、後者が戦略的考慮に基礎づけられていたことによることが大きい。
- (152) Thomas I. Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 L. & CONTEMP. PROBS. 648, 655-56 (1955) は、「何が『事前抑制』を構成するかについての共通理解は存在しない。この文句はさまざま異なる状況を包摂するためにルースに用いられてきた」と述べて、さらに二つの類型をこれに加えている。第一は、議会活動するロビーイストや政治団体の事前登録制や、出版に対する差別的な課税など、議会があらかじめ一定の言論に対して条件や負担を課する規制である。第二は、非共産党員であることの宣誓要求、忠誠審査、クローズドショップから派生するピケティングの制限、議会の委員会活動から生ずる制約など、事実上事前抑制として機能する規制である。
- (153) 制憲者にとって、表現の自由は事前抑制からの自由だけでなく、事後処罰からの自由をも意味していたというのが伝統的な理解であった。See ZECCHARIAH CHAFFEE, *supra* note 83, at 9-35. しかして、LEONALD W. LEVY, *LEGACY OF SUPPRESSION: FREE SPEECH AND PRESS IN EARLY AMERICAN HISTORY* (1960); LEONALD W. LEVY, *EMERGENCE OF A FREE PRESS* (1986)によれば、制憲者は、表現の自由を事前抑制からの自由に限定するブラックストーン的に理解していたとされる。レヴィーの修正主義への批判として、David A. Anderson, *The Origin of the Press Clause*, 30 UCLA L. REV. 455 (1983)、「その反論として」、Leonald W. Levy, *On Origin of the Press Clause*, 32 UCLA L. REV. 177 (1984)、制憲者は、表現の自由を制限する権限を連邦議会に与えることを制度的に否定する意図を有してつたというものが、William T. Mayton, *Seditious Libel and the Lost*

*Guarantee of a Freedom of Expression*, 84 COLUM. L. REV. 91 (1984) の主張であるが、レヴィーはこの見解にも手厳しい反論を加えている。Leonald W. Levy, *The Legacy Reexamined*, 37 STAN. L. REV. 767 (1985)。しかし、表現の自由は、事前抑制、事後処罰の二分論に限定された狭い文脈ではなく、アメリカ合衆国憲法の背後にある国民主権概念や、共和主義思想などを含むより広い文脈のなかで捉えられるべきではなからうか。David M. Rabban, *The Anistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History*, 37 STAN. L. REV. 795 (1985)。

(154) *Near v. Minnesota*, 283 U. S. 697 (1931)。

(155) *Near* は、募兵や戦争遂行を現実的に妨害する言論、猥褻的な言論、暴力による政府の打倒を扇動する言論、暴力的な攻撃と同等効果を持つ言論をあげる。*Id.* at 716。のちに、*New York Times Co. v. United States*, 402 U. S. 415 (1971) において、このような種々の範疇化を行わず、事前抑制を正当化する「重い負担」を政府に負わせる比較衡量的な基準としてこの法理を定式化した。

(156) 事前抑制の法理の理論的正当化は、Thomas I. Emerson, *supra* note 153 によって与えられた。伊藤正巳『言論・出版の自由』（若波書店・一九五九年）八九頁参照。ヘマンソンの基本線を踏襲しつつさらに理論的に発展させたのが Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: Central Linkage*, 66 MINN. L. REV. 11 (1981)。芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界」『佐藤功先生古稀記念・日本国憲法の理論』（有斐閣・一九八六年）二二一―二二四頁参照。しかし、John Calvin Jeffries, *Rethinking Prior Restraint*, 92 YALE L. J. 409 (1983) は、「裁判所によるインジャンクションに事前抑制の厳格ルールを適用する合理的根拠は存在しな」と主張する。さらに進んで、事前抑制と事後処罰との区別をそもそも相対化する試みとして、William T. Mayton, *Toward a Theory of First Amendment Process: Injunction, Subsequent Punishment, and the Cost of the Prior Restraint Doctrine*, 67 CORN. L. REV. 245 (1982) がある。また、事前抑制の法理を第一修正の手続保障として再構成するのが、Martin Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment*, 70 VA. L. REV. 53 (1984) である。阪本昌成『ブライヴァン権論』（日本評論社・一九八六年）九九―一〇三、一一二―一二四頁参照。

(157) See *Niemotko v. Maryland*, 340 U. S. 268 (1951)（集会許可）；*Kunz v. New York*, 340 U. S. 290 (1951)（同）；*see also* *Saia v. New York*, 334 U. S. 558 (1948)（拡声器によるラック規制）；*Kovacs v. Cooper*, 336 U. S. 77 (1949)（同）。

(158) *Freedman v. Maryland*, 380 U. S. 51 (1965)。Freedman は三つの手続保障を要求する。①行政庁が不許可処分をなした場

- 合、行政庁が訴訟提起のインシヤティブをとり、問題の言論が第一修正によっては保護されないことの立証責任を負う。
- ②行政庁の判断が終局的なものとなるようなかたちで、許可制は機能してはならず、対審による裁判が保障されねばならない。
- ③迅速な手続が保障され、本案前のいかなる抑制も現状維持を超えるものであってはならない。 *Id.* at 58-59.
- (159) *Poulos v. New Hampshire*, 345 U. S. 395 (1953). 恣意的な不許可処分的是正は、司法手続のなかで行われるべきであり、そのことが言論活動の遅延を招いたとしても、それは「不幸なことではあるが、訴訟にともなう費用や心理的不安といったものは、秩序ある社会に生活する市民が支払うべき代償である」。 *Id.* at 409.
- (160) *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U. S. 147, 151 (1969).
- (161) *Thomas I. Emerson, supra note 153*, at 656-57.
- (162) *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U. S. 676, 684 (1968) (映画の区分)。 *See William T. Mayton, supra note 156*, at 251.
- (163) *Vincent Blasi, supra note 156*, at 28.
- (164) *Martin Redish, supra note 156*, at 82-83.
- (165) *Vincent Blasi, supra note 156*, at 31.
- (166) *Thomas I. Emerson, supra note 153*, at 659-660; *but Vincent Blasi, supra note 156*, at 22-23.
- (167) *Vincent Blasi, supra note 156*, at 49-54.
- (168) この点で示唆的なのが *United States v. The Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (W. D. Wis.) である。この事件では、私人が独自に解明した水爆の製造法に関する雑誌記事を、政府が原子力エネルギー法 (Atomic Energy Act) に基づいて差し止めようとした。しかし、この記事の掲載を予告していたプログレッシブ社以外の多くの出版社が同様の記事を手出し、出版したために、政府は訴訟を断念せざるをえなかった。
- (169) 外国の広報映画に「政治的プロパガンダ」というレッテルを政府が貼ることが争われた事例がある。 *Meese v. Keene*, 107 S. Cl. 1862 (1987)。このように、政府の評価がレッテルとして表示されることは、聞き手の受け取り方に歪んだ影響を与えることになるだろう。
- (170) *Vincent Blasi, supra note 156*, at 67-69.

- (171) *See Developments in the Law — Injunction*, 78 HARV. L. REV. 993, 1055 (1965).
- (172) フリス (Owen M. Fiss) は「中間判決によらない禁止的インジャンクション」と呼ぶ。OWEN M. FISS, *THE CIVIL RIGHTS INJUNCTION* (1978).
- (173) *Walker v. City of Birmingham*, 388 U. S. 307 (1967) では、「最高裁は、『インジャンクションの広汎性と漠然性』から「実質的な憲法問題」が生ずるにもかかわらず、付随的抗弁禁止のルールに従ってインジャンクションの無効の主張を抗弁として認めなかった。言論者が許される抗弁は、①インジャンクションを発した裁判所が人的もしくは事物管轄を欠いていたこと、②インジャンクションが一見明白に無効であることに限定される。’*Id.* at 315. *See* LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1042-45 (2d ed. 1988).
- (174) この付随的抗弁禁止ルールは厳しい批判にさらされてきた。このルールを基礎づける政策的理由は、裁判所に対する尊敬の念を維持すること、当事者が自らの事件の裁判官となることを禁ずること、裁判所による紛争解決を強制することである。しかし、とくに一方的になされ、かつ違憲となりうるほどに過度に広汎なインジャンクションを遵守させることによつて、どれほど裁判所に対する尊敬の念が得られるのだろうか。’*See Rendleman, Toward Due Process in Injunction Procedure*, 1973 U. ILL. L. F. 221, 238-41. *Note, Defiance of Unlawful Authority*, 83 HARV. L. REV. 626, 635 (1970).
- (175) ALEXANDER BICKEL, *supra* note 108, at 61 (「刑罰法規は萎縮させるが、事前抑制は凍らせぬ」)。
- (176) *See Barnett, The Puzzle of Prior Restraint*, 29 STAN. L. REV. 539, 551 (1977); William T. Mayton, *supra* note 156, at 276-77; John Calvin Jeffries, *supra* note 156, at 429.
- (177) このインジャンクティブの負担がもたらす自己検閲の評価については、Vincent Blasi, *supra* note 156, at 29-30.
- (178) William T. Mayton, *supra* note 156, at 251-52, 272.
- (179) Vincent Blasi, *supra* note 156, at 32, 49-54, 63-69.
- (180) 中間的インジャンクションの場合、その手続の開始を伝える告知は義務づけられていない。中間的インジャンクションは、性質上、本案審理まで現状を維持するためのものであり、その告知は、訴訟の対象物や証拠の破壊や隠滅を招くからである。’*Rendleman, supra* note 174, at 235; *Note, Collateral Attack of Injunctions Restraining First Amendment Activity*, 45 S. CALIF. L. REV. 1083, 1087-88 (1972).

- (181) Vincent Blasi, *supra note* 156, at 23, 60-61.
- (182) *Id.* at 59-60.
- (183) See Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U. S. 58 (1963).
- (184) Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, 58 BOSTON U. L. REV. 685, 694-701 (1978).
- (185) WILLAM J. KEEFE & MORRIS S. OGUL, THE AMERICAN LEGISLATIVE PROCESS 115-122 (1989).
- (186) See C. EDWIN BAKER, *supra note* 84, at 129 (1989).
- (187) See ZECHARIAH CHAFEE, *supra note* 83, at 247-282.
- (188) JOHN C. MILLER, CRISIS IN FREEDOM 74-76 (1951).
- (189) JOHN MILTON, AREOPAGITICA AND OTHER PROSE WORKS 20-21 (1927) (ミルトン・上野＝石田＝吉田訳『言論の自由』(岩波書店・一九五三年)三八頁以下)。
- (190) Thomas I. Emerson, *supra note* 152, at 659.
- (191) たとえば、国防機密の保護のため、CIA職員は出版前に原稿を提出することに合意しなければならない。See *Snepp v. United States*, 403 U. S. 713 (1971).
- (192) William T. Mayton, *supra note* 156, at 250.
- (193) See Vincent Blasi, *supra note* 156, at 51.
- (194) 一九世紀後半に裁判所は、パレードの許可制を無効と判断する一方で、路上集会の許可制の合理性については支持していた。この違いは、それぞれの言論行為に参加する人々の社会的地位や見解によって最も説得的に説明されるといわれる。See M. GLENN ABERNATHY, THE ASSEMBLY AND ASSOCIATION 91 (1961); see also C. EDWIN BAKER, *supra note* 84, at 138-142.
- (195) See John Calvin Jeffries, *supra note* 156, at 427; William T. Mayton, *supra note* 156, 250-51.
- (196) THOMAS I. EMERSON, *supra note* 152, at 13.
- (197) See Howard O. Hunter, *Toward a Better Understanding of the Prior Restraint Doctrine: A Reply to Professor Mayton*, 67 CORN. L.

- REV. 283 (1982).
- (198) Cox v. Louisiana, 379 U. S. 559, 562 (1965).
- (199) See William T. Mayton, *supra note* 156, at 254-57.
- (200) Burstyn v. Wilson, 343 U. S. 495, 527-28 (1951) (Frankfurter, J., concurring).
- (201) Street v. New York, 394 U. S. 576, 592 (1969).
- (202) See, e. g., Cohen v. California, 403 U. S. 15 (1971); Texas v. Johnson, 491 U. S. 397 (1989); R. A. V. v. City of St. Paul, 112 S. Ct. 2583 (1992).
- (203) Ted Honderich, *On Liberty and Morality-Dependent Harms*, 30 POL. STUD. 504 (1982); David Gordon, *Honderich on Morality-Dependent Harm*, 32 POL. STUD. 288 (1984).
- (204) See West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624 (1942).
- (205) See, e. g., Near v. Minnesota, 283 U. S. 697 (1930) (「悪意に満ちた、扇情的で、名誉毀損的な新聞雑誌」の差止め); Kunz v. New York, 340 U. S. 290 (1950) (「他の宗教的信仰を中傷し、非難する」宗教的集会の不許可).
- (206) Geoffrey Harrison, *Relativism and Tolerance*, in PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY 286 (Peter Laslett & James Fishkin eds. 5th ed. 1979).
- (207) 雷田恭彦『クワインと現代アメリカ哲学』(一九九四年・世界思想社) 一五九—一六一頁参照。
- (208) ホームズ裁判官の懐疑主義は、二つの善の構想は同程度によい、という判断を許すものであるが、共約不可能性を前提とする価値の多元性はこの判断すら排除する。そもそも比較できないのだから [本節 1-2 (2) 参照]。
- (209) Oliver Wendell Holmes, *supra note* 16, at 119.
- (210) Abrams v. United States, 250 U. S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).