

[研究ノート]

合衆国憲法修正第一条における「話者の自律」の再解釈

Reinterpreting "Speaker's Autonomy" in the First Amendment to The U.S. Constitution.

高橋 義人

Yoshihito Takahashi

はじめに

憲法が保障する「表現の自由」の範囲には思想・信条だけでなく、知識や事実の報道も含まれ、視聴覚的表現から象徴的言論までの幅広い表現方法が保障される。印刷・放送のほか、電子通信などのニューメディアも当然に保護される。このように、表現媒体が多様化し、それによって表現の内容・形態が複雑化した状況にあつては、そもそも表現の自由がなぜ特別に手厚く保護されなければならないのかという根源的な哲学はいつそう重要であり、なお不可避的である¹。学説上、表現の自由の哲学は重なり合う合意に支えられていると解されているが、それら表現がもつ様々な価値は、①個人の自己実現(自律原理)、②国民の自己統治(集団的自己決定)というコンセプトに集約可能である。前者の議論によれば、個人が人格を形成・発展させ、自律した生き方を実践するためには、自分で考え表現することは不可欠であると解される。後者では、主権者として市民の自己統治には自由なコミュニケーション領域が必要と解されている。市民が政策について多様な意見や批判など報道から情報を自由にえて、公共の討論を重ねながら、政治行動を通じて自己の意思を政治に反映させることは民主的政治過程の構成要素だからである²。

「表現の自由」の優越性が論じられる場合には、後者(言論の政治的コンセプト)が強調されがちである。しかし、「集団的に自ら統治する限り、政治的に自由である」とする自己統治のシステムとしてデモクラシーを定義するならば、デモクラシーの本質的な価値とは他律性に対する自律性である³。個人の自律的な自己決定のシステムがなければ、デモクラシーは単なる既存の配分に基づく選好の数的集積に還元される。例えば、ドゥオーキン(Ronald Dworkin)は「真のデモクラシー」の条件として、①全体としての人民が政府に対して最終的な権力をもつこと、②個人として市民が公式な政治と共同体の道徳的な環境をつくりだす非公式な文化的生活への等しい参加が確保されることを指摘しながら、「われわれが自由であるのは…自身の意思の代わりに多数者の意思を受入れるときである」という⁴。その場合に問題になるのは「集団的自己決定」(collective self-determination)というコンセプトである。つまり、政治共同体における一定の集団的な共同行為がどのようにしてメンバー各個人の行為と同一視されるのか、正統な政治決定のプロセスをどう解釈するかが重要と思われる。

そこで、集団的自己決定のプロセスについては、「市民に開かれたコミュニケーション構造」と捉える見解が目される。まず、市民に「開かれた構造」とは、「コミュニケーションを通して形成される、政治的公共領域において明確化された共通意思」をうる試み、「公共理性

(public reason) による一致のプロセス」、あるいは「参加者の前政治的理解についての対話的な調整」に基づく「法生成的政治」の実践と捉えられている⁵。こうした議論は、各状況によって押しつけられる妥協ではなく、「自由で平等な人格」をもつ市民による合意形成の必要性を論じていると思われる。要するに、公共の領域は、政府の権力の外にあって党派的精神から理念的に解放された空間であり、社会が重要な事柄に関して共通の考えに到達することを可能ならしめるような理性的な討議の場として作用する。このとき「共通の考え」とは、批判的討論から現れる反省的な (reflective) 見解を指し、政府が尊重すべき規範性を有するものとなる。言い換えれば、政府の権力は外在的に監視され抑制されなければならない、政府権力を媒介としないという意味での市民の自律が民主政治には不可欠であることを意味すると解されよう。

ところで、「文化闘争」と評される多元的社会的政治問題は、今日のリベラリズムの政治哲学の関心事でもある⁶。文化的道徳的な多元性や社会的な不平等の存在は民主政治の阻害要因とされることもあるが、しかし、多元性と複数性をデモクラシーの再生の契機と捉え直し、活発化の要因と考えることも可能である⁷。そうであれば、リベラリズムの課題は、社会関係が複雑化・多元化した状況において多様な伝統や文化の承認を基盤に、どのような形態で自己統治を可能ならしめるのか、市民間のコミュニケーションを促進する公共性をいかに達成するのかであろうと思われる。

政治的公共性については、一元的に把握する見方に対して、多元的で競合的な公共性の構造を構想する見方が注目されよう⁸。後者の根底にあるのは、社会的不平等に対する鋭い問題提起である。つまり、支配と従属の構造が制度的に浸透した「階層化された社会」においては、社会集団間の不平等が強固に実在しているため、単に形式的に政治参加の機会の同等性や平等性が法的制度的に保障され、自由と平等の適用範囲の拡大したとしても、ただそれだけでは実質的な意味での討論が実現するとは考えられない。「自由で平等な人格」をもつ自律した市民による「公共の討論」を実現するには、どのような制度構成が必要かという点こそが問われているのである⁹。

言論・表現の自由の構造は公共領域あるいは自己統治の条件を考えるとときには必要不可欠である。合衆国憲法修正第一条の法理では、「人民の意思に政府が応答的 (responsive) であるためには、自由な政治的討論の機会を維持すること」が基本原理であり、自由な言論は自己統治の領域に密接な構造的関連性をもつと解されている。言論の自由は、①民主的な自己統治の正統性を保障するために不可欠な権利（「民主制度の維持にとっての核心」）¹⁰、②「すべての自由に必須の基本条件」としての価値をもつ¹¹。しかし、その反面、「修正一条のロックナー化」、「イデオロギーのドリフト」、「言論へのニューディール」といったテキストに要約されるように¹²、資本主義社会における選挙資金規制、メディア法制、あるいはポルノグラフィなど差別的言論規制の局面で、自由な言論の「価値ある伝統」¹³があらためて再検討されていることも事実である¹⁴。これら言論規制論は、富の偏在、社会的資源の不平等で不公正な配分への問題意識を共有している。

そこで本研究ノートでは、応答的な民主政治の構成要件を考察するという観点から、合衆国憲法修正第一条の法理における「話者の自律」について若干の検討を加えたいと考える。具体的には、Boy Scouts of America v. Dale (2000) を素材として、差別的言論における話者の自律の諸問題を取りあげる。ただし、本研究ノートでは、あくまで限定的な範囲で論点を整理・列挙するにとどまり、詳細な検討は後日を予定している。

I. 修正第一条における「自由」と「平等」

1. 言論の自由の動揺

合衆国における憲法秩序と統治の政治哲学にとって、Brown判決は特別な転換点であった¹⁵。19世紀のリベラリズムは個人の自由と立憲政治に特徴づけられるが、今日のリベラリズムは自由と同様に平等も擁護し、自由の保障においてさえも、国家がはたしうる役割を評価する傾向にある¹⁶。こうした60年代の憲法秩序とリベラリズムの平等主義的転換は最高裁だけではなく、統治機関すべてによる変革によってなされたのである¹⁷。

かつて自由な言論の歴史において、自由の敵としての国家は自由の名の下で言論規制を理由づけてきた。リベラルたちは規制ではなく「より言論」(more speech)を求めて反発したが、例えば、冷戦時に共産党の抑圧はスターリニズムからアメリカを救うという理由で正当化された¹⁸。こうした過去の抑圧と異なって、一定の言論は自由への現在の脅威は、より直接的で即時的である。言論は聴衆にある一定の仕方で行動することを説得する。社会のなかで不利な集団を従属させるようにというわけではなく、むしろ、不利益を被っている集団の議論への参加そのものを不可能にする点で脅威とみなされている。こういった状況では、「より言論を」という古典的な救済は意味をもたない¹⁹。ヘイト・スピーチは犠牲者の本来の価値観を損ない、公共の討論など市民社会における活動への十分な参加を阻害するおそれがある。したがって、たとえ犠牲者たちが発言しても、彼らの言葉に権威はなくなる点で深刻な侵害なのである。

言論を沈黙させるこの力はポルノにもみられる。ポルノは女性を性的対象に貶め、従属させ、沈黙させてしまう。彼女たちの信頼性(credibility)を傷つけ、彼女たちが公共の討論に何ら寄与していないかのように感じさせてしまう。無制約の政治的資源もまた富の不平等な配分を存続させ、富をもたざる者を政治のアリーナにおいて不利に貶めるだけでなく、沈黙させる効果をもつ²⁰。富をもつ者は、メディアやそのほかの公的領域において広告スペースを支配し、公衆が彼らのメッセージしか受けとらないようにしてしまう。結果として、貧しい者の声は排除されるのである²¹。

こうした場合を考えれば、言論の価値への脅威は国家だけとはいえない。沈黙させる力が私人による場合には、むしろ反対に国家の介入が要請されている。規制を修正第一条の侵害としてのみ捉えるのではなく、価値ある公共の目的を促進するためであれば、銃規制や速度制限などのように権限を行使し、それによって十分に開かれた討論を促進することも国家の役割ではないかという考え方である。言論の自由への介入の場合には、その目的はデモクラシーの促進である。ここでのデモクラシーのコンセプトには、強者の言論が弱者の言論を排除したり、傷つけたりしないことの規範が含意されている。

デモクラシーの促進は価値ある公共の目的といえる。ただ、その目的を追求する方法が修正第一条と適合するかどうかは別に問題となる。国家による規制は、女性、社会的少数者、経済的弱者の言論の権利を増進するとしても、同時にそれは人種差別主義者、ポルノ産業や経済的強者の言論の権利を必然的に縮減するからである。こうした規制はどのように理由づけられるのか、ある集団に対して別の集団の言論を選別する国家の権限は何に基づくのであろうか。結局、対象となっている言論による利益をどのように捉えるのかが重要と思われる。

しかし、言論の自由における自律原理によれば、すべての言論に等しい価値を認められなければならない。例えば、同性愛者のグループ(GLIB)が市民のパレードから排除された事件

では²²、パレード企画者である市民に対して、GLIBの参加を容認するように州が義務づけるかどうか争点となった。合衆国最高裁はパレード自体と参加行為をともに保護に値する表現行為と認めながらも、パレードを州の行為とみなしえないことから、GLIBの表現行為の保護を否定した。

確かに、本件パレード自体が表現行為であれば、参加行為という言論との調整が問題となる²³。この点について、州最高裁は、パレードからGLIBを排除することは性指向に基づく差別であること、パレード自体には修正一条の保護に値する特定の表現目的はみられないこと、本件には「州の行為」がないこと、パレードは州法上の「公共の場所」(public accommodation)に該当することなどを判示していた。

これに対して、合衆国最高裁法廷意見は、参加の承認を強いる州の権力行使について、各人が自己のメッセージ内容を選択できるという「話者の自律」の侵害であると判示した。すなわち、すべての言論には表現内容の選択が本来的に含まれるから、自由な言論の原理において私的な話者は表現内容を決定できる権利が保障されなければならないという。例えば、商業公告の場合でも、純粋な事実と争いのない情報の宣伝普及のために何が正しい意見かを州が規律しうるとしても、内容に立入って話者が同意しない考え方を押つけることはできない。本件パレード企画者協議会はコミュニケーション過程から一定メッセージを選択しているわけだが、それは自律原理により正当化される。主題の選択について「私的な話者として自身の表現内容を形成する権利」が保障されるべきだということである。

しかしながら、そもそも「差別」という行為自体も一種の表現行為である。したがって、本件の争点は、差別的な意図をもつパレード企画者の行為が修正第一条の保障に値するかどうか、差別的意図も話者の自律において正当化されるのかである。集団にも修正第一条の権利が保障されようが、その権利は「差別する自由」ではないし、集団の排他性を維持する「権利」であるとは解されない。このような話者の自律の矛盾をどのように考えるべきであろうか。上記合衆国最高裁判決は、「言論の自由」の価値について、非政治的コンセプションである自律原理からのアプローチである。その適否を判断する前に、まず話者の自律の意味を再確認する必要があると思われる。

2. 「自律」の複雑性

自律原理における「自律」は必ずしも一義的ではなく、複数の解釈が成り立つ²⁴。

自律のコンセプション① 政府が人々の欲する行為を妨害する場合には自律は侵害されるという考え方。この捉え方には二つの問題がある。第一に、いかなる法システムでも人々の欲求を妨げることがある。財産や契約に関するルールも行為への抑制となる。第二に、欲求という言葉は曖昧である。経済的に貧しい者、あるいは行為の選択権をもたない者は、自己の行為を制約されているという意味で自律していないと考えられる。人の選好や考え方は既存の機会に依存しがちである。したがって、そもそも自己の選好や考えが抑圧的な不公平な条件下で形成された場合には、自律を奪われているのではないかという疑問が生じる。

自律のコンセプション② 欲するままに各人の行為を許容することではなく、善に関するすべてのコンセプションを尊重することを求めているとする見解。いかなる善のコンセプションが最良なのかを政府は評価しえないからというわけではなく、自己の選択に委ねるという意味で個人の尊厳を承認することは権利だからである。この理解は、第一のコンセプションよりも

より限定的である。この理解によれば、財の再配分に関わる領域で人々の自由を抑制することは認められる。しかし、問題は、善のコンセプトの根拠や効果に関係なく、善のコンセプトをすべて尊重することによって、本当に個人の自律を尊重しているのかどうかは疑わしい点である。各人の善のコンセプトは、情報の欠如など不公平な背景的条件の産物である場合もあるからである。そうであれば、限られた資源のなかで行われた、正確な意味での「自律」を欠いた社会的条件下の「決定」を尊重することが「自律」の尊重であるかどうかは疑わしい。自律の保障が目的であれば、各人の善のコンセプトの等しい尊重は正しい選択ではない。

自律のコンセプト③ 自律を自己統治の一形態とみる考え方、各人は自己の人生の作者であるという考え方。この場合、自律の抑圧は、教育の欠如、肉体的苦痛、私的および公的な生活場面における不十分な機会、政治過程からの排除、社会的な欠乏状態のなかで形成される選好や善のコンセプトにより生じる。このような自律原理によれば、原則的に政府の不介入が求められることはかわらないが、自律のための前提条件をつくりだす政府の積極的な介入行為は肯定される²⁵。

さらに、上記のような概念の解釈のほかに、自律原理は「話者の自律」と「聞き手の自律」に区別される。二つの「自律」には別個の問題があると考えられるからである。

第一に、話者の自律とは政府が人々の表現活動を妨げることを禁止する原理である。様々な行為に対する規制のなかでも、話者のコミュニケーション活動、人々の自己表現への欲求への妨害は個人の自由に対する深刻な侵害となる。政治的言論でなくても、個人間での親密な表現行為、芸術表現などについても侵害が生じる。重要であるのは、言論への規制は行為の規制よりも深刻だということではなく、両者には質的な相違があることである。第二に、聞き手の自律の原理とは、聞き手がある言論による影響を受けるという理由で言論を規制することを禁止する。政府は言論の影響をおそれて、市民が言論を受けとることを妨げ、市民の道徳的自律 (moral autonomy) を害することはできない。この種の規制は各人の道徳的能力と討議する能力の侵害といえるからである。話者の自律の原理によれば、有害な言論に対する適切な救済は、沈黙の強制ではなく言論である。自律原理は、民主政治に不可欠な政治的言論と、私的な言論を保障するという考え方に適合している。話者が言論によって悪影響を受けるという理由のみでは政府は言論に干渉しえない。民主政治においては、政治的言論だけでなく、文学・芸術・広告などその他の言論についても、個人が何を発言するか、何を聞きとるか、その言論をどう考えるのかという個人の決定が干渉されてはならず、各人が自分自身で選択する権利が尊重されなければならない。

このような自律原理は言論の自由の保障において作用しているが、しかし、それだけでは言論の自由の領域をすべて説明しえないのではないかという疑問も提起されている。自律原理においては、言論の様々なカテゴリーの区別が困難あるいは不可能になるからである。話者の自律によれば、ほとんどすべての言論形態が同等に保護される。しかし、人々の欲求に基づく言論行為がすべて保護されるとすれば、多様な言論を分かつ基準の設定が困難になる。自律原理に基づくアプローチは自由な言論の法理を、つまり、言論を範疇化し、格差をつけていることを説明しえない。聞き手の自律についても同様である。聞き手の自律に依拠すれば、真実の広告と真実の政治的言論とは等しく扱われる。例えば、虚偽の広告、脅迫、犯罪教唆、性的嫌がらせなどは保護されず、タバコ広告の規制や違法な製品の広告への規制は違憲とされるであろうが、同時に、虚偽の政治的言論も虚偽の広告と同様に禁止されることになる点で疑問がある

う²⁶。

自律原理はすべての市民の選択を等しく尊重することではなく、各人が自己決定できることの保障であるとしても、現実の世界では、不十分な選択肢に基づく人々の行為を自己決定と考えることには無理もあろう。そうであれば、言論行為と個人の自律の関係は必ずしも明白ではない。一定の広告や差別的言論は話者の自律の反映ではない。現実の世界における自律の制約は、十分な教育や情報、機会の欠如などによって生じているとすれば、こうした不平等な状況において、すべての言論の流通を認めることが話者の自律の保護につながるかどうかは疑わしい²⁷。

II. 差別と表現の目的

前述のように、解釈原理としての自律概念自体が複雑な解釈を要する。問題は、差別的意図をもつ話者の「権利」である。広義の「自律」によれば、人々の欲求のままに様々な言論内容およびその形態が保護される。しかし、例えば、①時速制限違反者が高速運転のほうが安全性も高く燃費も優れていることの「表現」として、修正第一条の保護を主張した場合、②政策批判が目的で特定の服装を着用したことを理由とする警察権の発動に対して修正第一条の保護を主張した場合、③同性愛を不道德と真剣に考える者が自己の集団（または集会）から同性愛者を排除し、「言論」の保護を主張した場合などを修正第一条の下で同列に論じられるのであろうか。以下、Boy Scout of America 事件を素材として、合衆国最高裁判所における法廷意見と反対意見を敷衍しながら、検討してみたい²⁸。本件は言論・結社の自由の下で私的団体に「差別する自由」が認められたという点で、合衆国最高裁判例上特異なケースであると思われる²⁹。

本件原告 (Dale) は八歳のころよりニュージャージー州でボーイスカウト団体 (以下、BSA) に参加し、スカウトマスター補佐として活動していた。BSAは若者に価値体系を教え込むことを目的に掲げた非営利団体である。同性愛者としてゲイの権利擁護活動をしていることを理由に、BSAを解雇された原告は、公共の場所における性指向に基づく差別を禁止する州法 (差別禁止法) 違反を主張し、BSAを州上級裁判所に提訴したのが本件である。同裁判所はBSAに対する略式裁判 (summary judgment) を認めたが、同地方裁判所上訴部 (appellate division) は判決を破棄し差し戻した。

州最高裁判所判決は、原告の加入によってもBSAの目的遂行に重大な悪影響はないこと、差別の被害の根絶はやむにやまれぬ州の利益 (compelling interest) であり、差別禁止法はその目的達成にとって最小限度の制約であることを判示した。BSAは、同性愛が不道德的だという信念を伝えるために結成されたわけではなく、また、スカウト・リーダーが性に関する見解を教えることもすすめていないこと、同性愛について多様な見解をもつメンバーやスポンサーも実際に存在する点を指摘したのである。

1. 合衆国最高裁判決

(1) ボーイスカウトは表現的結社か

州最高裁判決に反対したレンクイスト首席裁判官による法廷意見は、次のように判示した。そもそも、修正第一条により保障された権利には、政治的・社会的・経済的・教育的・宗教的・

文化的など様々な目的を追求するために他者と結社をつくる（associate）権利が含意されている³⁰。この権利は、多数者が自己の意見を、その他の意見、特に支持されない少数意見をもつ集団に押しつけるのを防止するために重要である。こうした結社の自由を負担を課す政府の行為のなかには、結社の内部構造もしくは結社の活動への介入など集団に対して望まない一員の加入を押しつけることも含まれる。特定構成員の承認の押しつけは、当該集団の表現活動への侵害になりうる。したがって、結社の自由には「結社しない自由」が前提として含意されると解される。望まれないメンバーの強制加入によって、集団が自分たちの意見を表明する能力を害されるとすれば、それは結社の自由の侵害に当たる。ただし、多くの自由と同様に結社の自由も絶対的ではない。そこで、法廷意見は、「思想の抑圧とは無関係な、より制限的でない手段によっては達成しえない、やむにやまれぬ州の利益のために行う規制」はありうると判示し、厳格審査を示唆した。

第一に、結社の自由が保障されるどうかを判断するためには、当該集団が表現的結社（expressive association）として活動しているかどうかを検討しなければならない。修正第一条の保障を受けるには、公的か私的にかかわらず、集団は何らかの表現形態に従事している必要がある。法廷意見によれば、本件のBSAは、「若者への価値の教授ほか、若者たちが十分な可能性を達成する際に、自己の人生において倫理的判断を行えるように備える手助けをして、そのことによって相互に助け合うこと」を目的に結成された私的非営利団体である。BSAが表現活動に従事しているとすれば、原告の加入が「（BSAが）自身の見解を公私の場で表明する能力」を侵害するかどうかの問題になる。したがって、BSAが表現活動を行っているかどうかの判断基準として、同性愛者についてのBSAの見解が探求されなければならない。法廷意見は、宣誓書のなかには、性あるいは性指向に関する明白な言及はないとしながらも、BSAの見解は「ボーイスカウトの宣誓」に読みとれると断じた。法廷意見の解釈では、表現活動としてBSAは同性愛が不道徳であるという信念を真剣に伝授しているのである³¹。

第二に、次に審理しなければならないのは、原告がスカウトマスター補佐に就くことが同性愛を保護したくないというBSAの主張（表現活動）に対する重大な負荷となるかどうかである。法廷意見は、表現内容に関する集団の主張を容認するならば、何がその表現内容を損なうかについても、集団の判断を尊重しなければならないと判示し、BSAの主張を全面的に容認した。

さらに、第三に、法廷意見はHurly事件との類似性に言及している。ボストンのパレードへのゲイ団体の参加が、パレード主催者が特定の見解を表現しないという選択に干渉するのであれば、本件原告のBSAへの加入は、自身の信念に反する見解を表現したくないというBSAの選択への干渉に当たることは明白というのである。

州最高裁の事実認定に反対した法廷意見の推論によれば、①結社が修正第一条の保護を受けるためには、一定のメッセージを伝達する「目的」で形成されなければならないわけでは必ずしもない。②BSAが性の問題について特定の見解を伝達するようにリーダーたちにすすめていないとしても、修正第一条はBSAの表現方法を保障している。BSAが性の問題を回避しているとしても、それが彼らの信念の真剣さを否定するわけでもない。さらに、③修正第一条は、「表現的結社」として、各争点についてメンバー全員の見解が一致することを求めているわけでもない。結局のところ、BSAは同性愛に関する公的な立場を表明しており、そのことだけでも修正第一条の目的にとって十分であるという。

第四に、原告の主張によれば、BSAは性指向に関するスカウトの方針に明白に反対している

異性愛者のスカウト・リーダーを解雇していない。この点で、同性愛者のみの解雇は差別ではないかという疑問が生じる。しかし、法廷意見によれば、そうだとした場合、そのことは重要ではない。「同性愛者がスカウトマスターとして一員にいること」と、「BSAの方針に反対している異性愛者が一員にいること」は、それぞれ異なるメッセージを意味するのであり、BSAには団体として発信メッセージを選択する修正第一条の権利が保障されなければならないからである。

(2) 差別禁止法の適用と結社の自由

このように、法廷意見はBSAが表現的結社であり、原告の強制的加入承認はその表現活動を害すると判示した。次に問題となるのは、BSAにメンバーの承認を求める本件差別禁止法がBSAの表現的結社の自由を侵害するかどうかである。

そもそも差別禁止法は、ホテルや列車などの伝統的な公共の場所・施設における差別を禁止すべく制定された。後に対象は拡大されていったが、法廷意見の判断では、州の差別禁止法が規定する「公共の場所」(public accommodations)という言葉の定義はきわめて広範にすぎた。数十種類以上の類型が列挙され、公衆が訪れることが予想される場所(レストラン、各種の販売店など)が対象とされている。サマーキャンプやルーフガーデンのように、必ずしもオープンではない場所もこれに含まれている。そのうえ、州最高裁は「場所」を私的な場所にも適用した。このように、「公共の場所」の定義が、レストラン、バー、ホテルのような商業施設から、BSAのような会員組織にまで拡大適用されるにいたり、差別禁止法と修正第一条の衝突の可能性も増加したのである。

このような公共の場所における差別の根絶は州にとってやむにやまれぬ利益であることを認めた判例があるが³²、法廷意見の推論では、先例では差別禁止法の適用が集団の表現内容を干渉したわけではない点で本件とは区別されている。

さらに、原告は、やむにやまれぬ利益を評価する際に、United States v. O'Brien³³における中間的審査基準を適用すべく主張したが、法廷意見は、本件差別禁止法は直接間接に結社の自由に影響を与える点でO'Brien事件と同列ではないと断じた。

2. スティーブンス裁判官による反対意見

法廷意見が最も看過していると思われるのは、同性愛者への偏見である³⁴。この偏見の害悪を鋭く批判したのが、スティーブンス裁判官による反対意見であった。反対意見は、アメリカ精神医学協会・心理学協会が「同性愛」を精神障害の項目から除外した事実などを摘示しながら、同性愛の概念の変遷を論じ、その社会的地位の変化に敏感に反応した。反対意見と法廷意見の対立は主として事実認定の相違である。

反対意見によれば、結社の自由も絶対的ではない。「より制限的ではない他の手段によっては達成できない規制であり、思想の抑圧とは関係なく、やむにやまれぬ州の利益に仕えるために採用された規制であれば、結社の自由の制約も正当化される場合がある」。差別の根絶は、やむにやまれぬ州の利益であり、思想の抑圧とは無関係である³⁵。反対意見の考えでは、修正第一条の保護を受けるためには、その集団が一定程度の表現活動に従事していることだけでは不十分である。集団が修正第一条の保護する表現活動に従事しているという事実は決定的ではない。また、集団が構成員の承認について排他的方針を採用しているという事実や、集団の表現活動と排他的方針の間に関係性があっても十分ではない。むしろ、先例としてJaycees事件

では、女性の入会を求めるミネソタ州の人権法が当該集団の営為に「重大な負担」を課すかどうかを審理され、集団が公に掲げている方針にもかかわらず、女性の加入を認めることが当該集団の言論活動に負担を課すとは考えられなかった。重要であるのは、問題の人物を単に加入させることが、①「深刻な負担を課し」、「重要な方法で影響を与え」、②集団がもつ「共通目的」に対して「実質的な制限」となるのかどうかである。したがって、本件BSAの共通目的が何であり、同性愛者の加入によって、どの程度まで、その表現活動に負担が課せられ、抑制されるのかを審理する必要がある。

そうであれば、集団が表現的結社の権利を主張するためには、少なくとも、「排除しようとする人物が主張する見解」と対立する明確な見解を集団が表明していることの立証が必要である。しかし、反対意見によれば、BSAは排他的方針を採択しつつも、同性愛に反対するという共通目的も試みがあったとも解されない。同性愛の問題について、BSAがスカウトマスターに何か指示を与えていたという証拠もない。したがって、BSAの同性愛についての見解は明確ではない。集団の表現内容に反対するのは、確かに裁判所の役割ではないが、しかし集団が表現しているのかどうか、表現内容が州の差別禁止法によって影響を受けるかどうかを審理するのは裁判所である。反対意見によれば、その際にも、もちろん裁判所は集団が真剣に考えている見解を軽視してはいけませんが、結社の自由の下で差別を放置しないためには「集団の考え方から独立した審査」が求められる。

結社の権利についての主張とは別に問題になるのは、同性愛者をメンバーに含めることが、BSAに望まないメッセージの表明を結果的に強制するかどうかの審理である。この点で、BSAは直接的に主張しているわけではないが、原告は集団内の地位を利用して不道德なメッセージを伝達しているのではないかと懸念されている。それゆえに、原告の加入がBSAに望まないメッセージを強要することになると主張されたのである。BSAは原告が解雇以前から同性愛に関する考えを公言していたとは考えていないが、原告が将来そうするかもしれないという仮定に基づいて解雇した。そのBSAの判断の根拠は、原告が出席していたという同性愛に関するセミナーを紹介した新聞記事である。当該記事には、原告がゲイの団体に所属していること、同団体は同性愛者の支援活動に従事していることの記述があるが、同性愛について何らかの考え方を原告が述べたという記述はみられない。

しかも、BSA構成員の多くは集団外部でも表現活動に従事しており、BSAはそれら表現活動のすべてをボーイスカウト内部で行うことを望んでいるわけでもない。むしろ、BSAは構成員各人の政治的あるいは宗教活動をボーイスカウトの活動に含めることを不適切だと考えている。要するに、BSAは団体外部での表現活動を抑制あるいは禁止しているわけではなく、集団としての方針に基づいて、望まない見解をスカウト内部に入れたいという各人の判断を信用しているのである。もちろん、BSAの方針に従わない構成員は放逐されようが、性的事柄を議論しないというBSAの方針に同性愛者の話題が適合しないと考える根拠はない。

法廷意見は、原告が自身の地位を利用しているのではないかというBSAの主張を採用せずに、むしろBSAにおける原告の存在自体が、原告自身の意思にかかわらず、同性愛に関するメッセージの発信をBSAに強要していると理解した。それゆえに、「BSAはメッセージを排除する権利がある」。こうした法廷意見の論拠はもっぱらHurley事件判決である。本件とHurly事件には、確かに表面的類似点もあるが、反対意見指摘によれば、両者には大きな隔りがある。

第一に、Hurly事件においてGLIBはパレード参加によって実際にメッセージを発信してい

る。そうでなければ、パレード企画者は自身が望まないメッセージの受け入れを強制されたと主張しえない。GLIBがメッセージを発信しているという判断は、GLIB自身がパレードに参加したがっているという事実と結びついている。本件の場合、何らかのメッセージがあるとしても、それはBSAに加わるという原告の行為だけであり、それが象徴的言論であると解されない。もちろん、一定の行為も象徴的言論として保護される場合がある。しかし、ある行為に従事する人が思想を表現する意図をもっていつでも、広範な行為類型のすべてを「言論」とみなすことはできない。ボーイスカウト活動に参加すること自体に一定のメッセージ性があるとしても、それは「言論」として認識される行為ではない。単なる「参加」が集団の象徴的言論とみなされ、それゆえに集団がその「言論」を排除する権利をもつとすれば、何らかの表現活動に従事しているかどうかにかかわらず、修正第一条が保障する自由な言論の権利は人を排除する権利となってしまう。法廷意見が正しいとすれば、「同性愛者は他の人々と異なるから、その存在だけで他の人と違って、特別な取り扱いを受ける」ことになる。つまり、ゲイは「同性愛者」というラベルで固定されるのである。そのようなラベルは同性愛者の排除を意味するメッセージとなる。

第二に、本件とHurley事件の相違点は、Hurley事件では特定の時と場所において伝達したいメッセージ内容を決定するパレード企画者の権利が争点となっていたが、それは本件の表現的結社の権利を規律する基準とは異なる点である。一般的に、私人あるいは私的結社は同意しないメッセージの公表を拒否する権利、他者のメッセージを自身のメッセージに含めることによって、一定の場所および時での自分の発言内容に矛盾が生じ、内容を誤って伝達するおそれを拒む権利はある。しかし、表現的結社の権利には、ある事柄について一貫した立場を是認し、提唱することが含まれている。これが表現的結社の権利には異なる審査を要する理由である。

第三に、単に誰かを一員として承認するだけでは、本件のBSAは何らかのメッセージを発信しているとは思われない。数年にわたって、BSAは加入者を増加させてきた。本件においては、大学でのセミナーの前後ともに、原告のグループに所属する若いスカウトたち、あるいはその家族たちが彼の性指向に気づいていたという証拠はない。同様に、地方紙で報じられた原告の性指向の公表と、原告がスカウトにいるという事実だけでは、BSAがメッセージ発信を強制されているとは考えられない。例えば、オリンピック金メダリストやウィンブルドン優勝者が同性愛者であることを公表すれば、それは一定のメッセージを送信していることになるが、しかし、同性愛者が団体に参加しているという理由だけで、当該団体に代わって彼らがメッセージを発信しているとは考えられない。特定の個人を加入させたからといって、その団体が望まないメッセージの発信を強制されると解するには無理がある。

結局、本件で争われた結社の自由は、単なる親密な結びつき (intimate association) のための権利、あるいはプライバシーの権利ではない。この権利は本件の言論の自由とは無関係である。本件の争点は、修正第一条における表現行為を目的とする結社の自由である。プライバシーの権利であれば、政府は私的な人間関係の形成に干渉することはできない。私的な人間関係に対して政府が差別禁止法を適用することは、各個人がいかなる人間関係を形成するのかを規律することにつながりうる。それとは反対に、修正第一条が政府に禁止しているのは、人の表現行為を処罰することであり、差別する者に対して差別禁止法を適用しても、それは彼の差別行為を処罰しているのであって、その表現行為そのものの処罰とは異なると解されよう³⁶。

Ⅲ. 言論市場と規制論

1. 話者の自律と公共の討論

修正第一条には集団的自己決定を保障し民主政治を促進するという目的があるが、そのアプローチの仕方は、自律原理 (autonomy principle) だけではない。代替的アプローチとして、公共の討論原理 (public debate principle) も有力である³⁷。後者は、「公共の討議の十分性と公開性の維持」を焦点とする言論の制度的・政治的構造的コンセプトである。このアプローチから言論の自由の構造転換を論じたのがフィス (Owen M. Fiss) である。フィスによれば、自由な言論は、デモクラシーの維持を目的とした「人民としての権利」、「公共の権利」であり、集団的自己決定を可能ならしめるために公共の討論を豊かにするという意味で、「集団として自己の運命を決定する人民の能力」を保障している。ここでいう「討論の豊かさ」とは、すべての見解を公正に審議したアジェンダ設定のうえで、十分な情報に基づく決定がなされる状態である。

一連の論文におけるフィスの考察は、言論をめぐる対立点を自由に対する平等ではなく³⁸、消極的と積極的な自由のコンセプトの衝突として解消することによって³⁹、情報の受け手指向的な観点から思想の平等を表現の自由に導入する趣旨と理解される。以下では、この見解の検討を通して、公共の討論の維持にかかわる国家の役割を検証したい。

フィスのアプローチでは、集団的自己決定は、話者の人格的自律という個人の権利から理論上区別される社会的権利である。集団的自己決定は有権者に選択肢を提供する豊かな公共の討論のうちであり、討論が豊かであるためには、すべての意見、とくにそれまで「沈黙させられ、覆い隠されていた」意見が審議されなければならない。デモクラシーは情報の伝達受領の機会の等しい保障を求める原理である。

まず、自律が政府による干渉のない状態を意味するとすれば、修正一条は政府の干渉を規律し、干渉を受けない個人の自由な言論領域を保障している。しかし、フィスの理解では、自律は個人にとって自己実現や自己表現の条件というよりも、むしろ修正第一条の政治目的を増進する手段である。つまり、自律の意義は、公共の争点にかかわる事柄について「制約されず、力強く、偏りなく開かれた」討論という政治目的を促進することにある。各人による自律的な選択が公共の討論を豊かにすると解されている。問題は、資源の不平等がある場合、自律の保障のみではもはや公共の討論を十分に達成しえないことである。そこで、公共の討論原理への移行が必要になる。

公共の討論原理も自律原理と同じく「集団として自己の命運を決定する人民の能力」を保障する。豊かな討論は主権行使のための本質的条件である。ただし、政府の干渉の可否については、個人の自律性への制限になるかどうかではなく、討論に及ぼす影響力の面からされる。話者であることを阻害するのではなく、重要であるのは討論の質の向上である⁴⁰。言い換えれば、集団的自己決定の枠組で自律が保障されるのは、公共の討論をより豊かに十分にするための手段的な理由にかぎられ、個人の自律や自己決定そのものに価値があるからではない。集団的自己決定は、公共の討論による十分な情報にもとづく決定である点で意義が認められるのである。

それでは、公共の討論の質的向上を図るための国家の役割とはいかなるものであろうか。フィスは、国家は公共の討論を抑制するだけでなく、補助金交付などの利益供与を用いて、討論内容を豊かにすることもできるという。しかも、公共の討論を多様化させ、集団的自己決定の能

力を高めるのであれば、個人の自律を犠牲にするような内容規制であっても積極的に容認される⁴¹。修正第一条は集団的自己決定のために、人民の主権行使に必要な知識をえる方法を保障しているのであり、十分な情報をえるための条件に焦点を当てるべきだと考えられるのである。そうであれば、話者の不公平な処遇の場合ではなく、情報の流通を公衆から遮断するときに修正第一条の侵害が生じるといえる。

集団的自己決定の保障のためには、国家は「議会人」(parliamentarian)として、すべての観点が十分にかつ公正に審議されるようにつとめ、自由で理性的な政策的選択を行ううえで必要とされる情報を提供しなければならない。ここでいう「議会人として」とは、討論の力強さを保障する義務を意味している。国家は市場競争のなかで看過されてきた争点を顕在化させ、もって公的事項に関わる討論の質を高める役割を担っている⁴²。例えば、資源の配分に関わる場合にも、国家の決定は必然的にどの観点が審議されるのかに影響力を及ぼすから、中立性原理は公共の討論の可能なかぎりの豊かさと多様性の確保を国家に義務づける。したがって、資源の配分にかかわる権力行使に対する司法審査においては、その政府の行為が公共の討議に与える効果についての審査がされなければならない。

さらに、フィスの主張が特徴的であるのは、国家を「優れた教師」にも擬える点である。国家はパブリック・アジェンダを設定して、人々が有意義な選択を行えるように、争点についてあらゆる意見が十分にかつ公正に公開されているかを判断し、そのためにパブリック・ディスコースの状態を評価する。その判断は、優れた教師が「クラスで議論を構築する」ような仕方で行なわれるべきだということである⁴³。

2. 公共の討論と国家の役割

そもそも、従来の「観点による差別の禁止」の法理は、民主的な自己統治の手段として法を捉えるという修正一条の理解にほかならない。その目的は自己の自律的な生についての決定の保障である。したがって、国家は競合する見解には中立性を保持しなければならない。それに対して、一定の言論規制の必要性を強調する見解は、平等という実体的価値から話者の処遇の差異を正当化するのである。しかし、フィスは規制論を肯定しながらも、平等ではなく言論が及ぼす「沈黙効果」を根拠としている。例えば、R.A.V判決⁴⁴を論じて、十字架焼却が黒人への攻撃であり、彼らが住む場所を選択する権利だけでなく、言論の権利に対する干渉であること、黒人が社会内の討議活動に参加するのを妨げているという言論の社会的効果に注意を向けるのである。この見方にしたがえば、市の介入は公共の討論のインテグリティを保障する「議会主義的介入」として把握され、市は黒人市民の言論の保障につとめている。この種の介入の意図は、アジェンダに関わるすべての見解の平等を実現化し、公共の討論の質を向上させることである。修正第一条の定める民主的な自己統治の原理は、市民による単なる選択ではなく「適切な情報をもって熟慮の最適な条件でなされる選択」の保障を含意している。ゆえに、条例は公共の討論の力強さを促進する手段として、黒人の言論を保障し、逆にそれが人種差別主義者の言論行為の規制になるとしても、自由な言論の伝統に矛盾なく両立するのである⁴⁵。

以上、フィスのアプローチでは、「国家からの自由」から「国家による自由」、つまり、自律原理から公共的討論原理への転換である。けれども、国家による言論領域への構造的介入を容認することにはさらに慎重さも必要であろう。公共の討論を構造化することなく、討論の力強さを保障する役割と、既存の言論市場の状態を評価するという役割、「議会人」と「教師」と

しての国家像が両立の可能性は問われるであろうし、たとえ公共の討論の質を向上させる意図であっても、国家の介入は公共領域での自律の意味、言論主体である市民と国家との関係を曖昧化する点でも疑問があろう⁴⁶。だがフィスは、政府による助成措置は、芸術・教育の分野を問わず、「優勢である通説的な慣行を補強する」のではなく、公の討論を喚起し、人民の主権行使を助成するようになされるべきだと応じている⁴⁷。

しかしながら、この主張は成功しているのだろうか。この点について、ポウスト (Robert. C. Post) の批判は興味深い⁴⁸。フィスの議論では、集团的自己決定は「人民が集団として自己の運命を決定できること」に意義があったのに対して、ポウストは、集团的自己決定について、人民の能力ではなく、「自己の運命を決定するプロセスに参加しているという確信」の保障と考える。両者の相違は、集团的自己決定の意味を「特定の決定を実際になすこと」あるいは「自己のものとして特定の決定を承認すること」と考えるかの違いである。

まず、ポウストによれば、フィスが提示した国家像としての「教師」と「議会人」は決して両立しない。「豊かで十分な情報に基づく公共の討論を促す」という責任を負う国家は、最も有益で適切と思われる観点を市民に提示しなければならない。国家は公共の討論を混乱させるような無差別な情報の氾濫を市民に押しつけるべきではない。つまり、集团的自己決定は豊かで十分な情報に基づく公共の討論を要するという考え方から、国家は「すべての観点を十分にかつ公正に審理する」ことを保障するべきとはいえない。フィスの主張の論拠がこの点にあるとすれば、議会人ではなく教師としての国家像を推し進めなければならないはずである⁴⁹。議会人としての国家は、公共の討論の豊かさを保障するという目的と矛盾するにもかかわらず、フィス自身は議会人を強調せざるをえない点に困難がある。

ポウストの理解では、議会人としての国家はすべての思想の平等性を前提とするゆえに、思想すべてを平等に取り扱うことを義務づけられる。従来修正一条の法理でも、国家は思想の間に差異をつけ、パブリック・ディスコースを抑制できないという意味で平等原理が作用している。しかし、この場合、内容規制が禁止されるのは、思想自体が本質的に等しく取り扱われるからではなく、パブリック・ディスコースの参加者すべてを等しく取扱わなければならないからである。つまり、各人が等しい配慮を受けるべき自己決定の主体であるという原理に基づく。しかし、フィスは、自由のためには一定の言論規制が必要だと主張し、この平等を否定している。理論構成において、修正一条に暗示される平等を人（参加者）ではなく思想（観点）の平等として再解釈することによって、人の差別的な取り扱いを理由づけるのである。しかし、「思考」という営為には、良いか悪いか、役に立つか否かの区別が本来的にともなっている。思想の平等化は必ずしも妥当でなく、現実的でもない。かりに国家の中立義務が思想の平等を原理とするのであれば、それは「教師」の役割と矛盾する。

前述のように、フィスの主眼は、市場の欠陥を原因とするパブリック・ディスコースの構造的な歪みの矯正にある。そうであればこそ、議会人ではなく教師の役割が求められたのである。一定の言論を市場の歪みとして抑制するためには、公共の討論の質や豊かさとは別に平等主義が必要であり、それは思想ではなく人の平等に訴えるべきである⁵⁰。

それでは、フィスの主張を人の平等を説くものとして理解できるであろうか。フィスによれば、すべての人が権利としてパブリック・ディスコースに等しく影響力を行使することが仮定される。これは伝統的な法理が考える平等理念とはまた別である。ポルノグラフィの「沈黙効果」を論じる場合にも、ポルノ規制は公共の討論を抑制するのではなく、すべての発言に審理の機

会を保障するのであるから、むしろ討論の拡張を意味し、国家は検閲者ではなく議会人として行為しているという場合⁵¹、「すべての人の発言を保障すること」と「公共の討論を拡充すること」は同義で用いられている。

しかし、問題は、本来両者は区別されるべき点である。ポウストによれば、このことは文芸批評を考えれば、明らかである。文芸批評の役割とは悪い小説の影響を縮減し、良い小説の影響を増進させることにあるとすれば、批評家は教師の役割を演じ、パブリック・ディスコースの質を向上させているが、同時に一定の話者の影響力が奪われているのである。要するに、影響とは、思想をある程度評価した結果であって、影響力を平準化する試みは、思想の平等化と思想を評価する各人の独立したプロセスに対する統制を意味している。けれども、そもそも思想は平等ではなく、平等化の試みに専制のおそれがあるとすれば、この役割を国家に委ねることは警戒されるのである。

また、フィスが指摘する「公共の討論の歪み」という概念は、公正な発言の機会が各人に与えられた、公共の討論に対して等しく影響力を行使できるような一定の状態をベースラインに想定して初めて意義があり、その状態が壊れたときに歪みが生じているとの判断が可能になる。しかし、注意すべきは、影響力行使の機会が憲法上正統な理由で否定される場合があるにもかかわらず、公共の討論への等しいアクセスの保障を論じるときに、フィスは正統な制限か否かの区別を軽視していることである。

ポウストの批判によれば、公共の討論にアクセスする等しい機会の保障を国家に義務づけることは、集团的自己決定の原理に矛盾する。つまり、言論を等しく配分することは、むしろ言論行為と言論への参加を駆立てる社会的コンテクストとを断絶させる。表現行為とその動機の関連性を切断することにもなりかねない。そのような場合には、個人と集団の自己決定を媒介するパブリック・ディスコースは成立しない。「市民が等しく公共の討論に影響力を与える包括的権利を有すること」と「公共の討論に十分にアクセスする機会を保障されること」は、討論が個人と集団の自律を一致させる作用を果すためには区別されるべきなのである⁵²。

結局のところ、フィスの主張は成功したのか、自由と平等の緊張を解消したのだろうか。ポウストの批判が正しいとすれば、修正一条の目的が集团的自己決定の促進であるとしても、それが唯一の価値ではなく、集团的自己決定に適合する規制であれば直ちに正当化されることにもならない。内容規制が集团的自己決定と両立するとしても、自律という別の憲法価値を侵害する可能性は否定できまい。それでも言論市場における構造的な不平等と不均衡の矯正を実現するには、フィスが描き出した国家のもう一方の側面である「教師」を選択すべきことになる。ただ、市民がパブリック・ディスコースへの参加を通して集团的自己決定を行う「自己の命運についての自律的な行為者」⁵³であれば、この国家像は民主的な自己統治の理念からは乖離したイメージとなろう。

むすびにかえて

本研究ノートでは、話者の自律というコンセプトの再検討が主たる目的であった。断片的な整理にとどまり、課題は残されているが、若干の気づいた点をまとめてむすびにかえたい。

言論の自由が有する価値は多元的で重層的である。思想や感情を伝達し、他者と関わりあい

たいという人の欲求は保障される。その欲求のゆえに、表現の保護範囲は芸術・文学、音楽あるいはダンスにまで拡大し、公的政治的言論だけでなく、私的なコミュニケーション活動も保護される。また、何が善か、価値あることなのかを探求するには社会的利益があり、自由なコミュニケーションは討議の利益を促進するのに不可欠である。何が善か議論する場合には、政治的言論だけでなく、科学的小よび営利的言論もまた人々が自己の目的を追求するための情報を提供してくれる。重要な情報は政治や社会的討論に関係ない表現活動によっても提供される。

したがって、言論・表現の自由には特別に高い程度の憲法保障が与えられるべきだと解するのが一般的だが、しかし、すべての言論に優越性と絶対性を主張するには困難もある。言論の自由の絶対性を維持するために、政治的公的言論を中核にして、周縁部にある性表現、営利的表現、差別的表現との保障の間に格差を認める見解も有力である。つまり、政治的言論を価値の高い言論、非政治的言論を価値の低い言論と解し、前者については保障の絶対主義を説く一方で、後者については一定限度の規制を許容するという考え方である⁵⁴。ただ、この考え方には、個人の自己実現の価値を軽視するという反論や、さらに価値の高い政治的言論と対比される価値の低い言論を適切に範疇化できるのかという疑問もある。確かに、政府による規制が警戒されるのは、広大な言論領域のなかで価値の区別を行う政府を信用できないからである。言論の価値を区別する政府への不信ゆえに、自由な言論の法理によって性表現でも一定範囲で保護されてきたのである。公権力の裁量を制限し、十分な空間を保障するためには、限定なく広範囲に言論を保護する必要がある。問題は、「自律」自体が争われる概念であり、そもそも社会的な不平等が浸透している社会の状況では、いかなる意味での「自律」が保障されるのかも再検討しなければならない点である。

このような不公正な現状、言論市場の歪みに対する問題意識から、国家による介入の必要性を説くフイスの議論は、言論の実質的平等を求めるアプローチであった。ただ、国家の規制は言論の選択を意味し、国家が公共の討論を構造化しアジェンダ設定を行うこと、自律的な自己統治のプロセスに外在する定点の存在を示唆することにもつながる。民主政治の正統性が市民への応答性にあるとすれば、政府に対する市民の自律性・独立性の保障が不可欠である。自由な言論が公私の領域を区別してきた意義はこの点にある。自己統治のプロセスに外在的定点を容認することは自己統治の理念を侵食しかねない。公共の討論の公共性は争点の内容だけでなく、その内容が集団的な公共の関心事になるかどうか、それ自体も多様な参加者の討論を通して形成されてゆくものであろう。確かに、経済市場の圧力に抗して、公権力が「言論」を援助し、「討論」を補強することの有効性も否定できない。また、修正第一条が国家に義務づける中立性とは、一定の社会的コンテクストに依存した考え方であり、たとえ観点に中立であっても、社会的コンテクストが異なれば、その効果も中立とは限らない。国家が中立であることによって、不当な現状を維持し、将来の変革を閉ざすおそれも警戒されよう。ある程度の政治的統制は否定できないが、しかし個人の自己決定の価値はそれ自体で尊重に値し、個人の権利性が弱められるべきでもないと思われる。自由な言論の法理における自律原理をさらに歴史的に探っていくことが筆者の課題である。

以上

高橋義人

- 1 奥平康弘『表現の自由とはなにか』（中央公論社、1970年）、同『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）、川岸令和「表現の自由・寛容・リベラリズム—表現の自由の一般理論のための予備的考察—」（早稲田政治経済学雑誌第304・305合併号、1991年）、同「表現の自由と民主的過程」（早稲田政治経済学雑誌第311号、1992年）、ほか樋口陽一編『講座 憲法学 3』浜田純一執筆部分138頁以下（日本評論社、1994年）参照。
- 2 プロセス的司法審査理論のよる政治参加の権利として表現の自由論については、さしあたり松井茂記『日本国憲法』446頁以下（有斐閣、1999年）参照。
- 3 See Norberto Bobbio, *Democracy and Dictatorship*, ch.4 (Polity Press, 1989).
- 4 See Ronald Dworkin, "The Curse of American Politics," *New York Review of Books* 43 (1996), pp.19-24; Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, pp.23- (Cambridge: Harvard University Press, 1996); 邦訳として、石山文彦訳『自由の法：米国憲法の道徳的解釈』（木鐸社、1999年）、五頁以下参照。ドゥオーキンに考えでは、個人を公正に取扱い、集団の行為に対して責任を負う個人と集団の関係は「道徳的なメンバーシップ」というコンセプトに統合される。これは自己統治の理念にコミットする政治共同体のメンバーシップを意味している。
- 5 See John Rawls, *Political Liberalism*, pp.212- (New York: Columbia University, 1993・96); Frank I. Michelman, "Traces of Self-Government," 100 *Harvard Law Review* 4 (1986); Michelman, "Law's Republic," 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988); Michelman, "How Can the People Ever Make the Law? : A Critique of Deliberative Democracy," in James Bohman and William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (Cambridge: The MIT Press, 1997).
- 6 See Rawls, *Political Liberalism*, part2; James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, ch.2-3 (Cambridge: The MIT Press, 1996); Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, ch.13 (Cambridge: Harvard University Press, 1995); Kathryn Abrams, "How to Have a Culture War," 65 *The University of Chicago Law Review* 1091 (1998); C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, pp.35-61 (New York: Oxford University Press, 1996); Martha Minow, "Rights and Cultural Difference," in Austin Sarat and Thomas R. Kearns (ed.), *Identities, Politics, and Rights* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1995); P. Schlag, "The Empty of Circles of Liberal Justification," 96 *Michigan Law Review* 1 (1997); Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).
- 7 さしあたり、Stephen Macedo (ed.), *Deliberative Politics: Essay on Disagreement* (New York: Oxford University Press, 1999); Macedo, *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2000); Will Kymlicka and Wayne Norman (ed.), *Citizenship in Diverse Societies* (New York: Oxford University Press, 2000).
- 8 例えばフェミニズムからの批判として、See Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy," in Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere* (Cambridge: The MIT Press, 1992). ここでは、異なった複数の公共性の相互作用を指向する「公共間関係」(intrapublic relation) という考え方が提示されている。邦語文献として、阿部潔『公共圏とコミュニケーション』（ミネルヴァ書房、1998年）参照。
- 9 Id, p120.
- 10 See *Stromberg v. California*, 283 US 359 (1931).
- 11 See *Palko v. Connecticut*, 302 US 319 (1937).
- 12 See Morton J. Horwitz, "The constitution of Change Legal Fundamentality without Fundamentalism," 107 *Harvard Law Review* 30 (1993); J.M. Balkin, "Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to The First Amendment," *Duke Law Journal* 375 (1990); Cass R. Sunstein, *Democracy and The Problem of Free Speech*, ch.2 (The Free Press, 1993, 1995); Sunstein, *The Partial Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1993).
- 13 See Harry Kalven, Jr. (edited by Jamie Kalven), *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America* (Harper and Row, 1989).
- 14 See Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press, 1982); Charles R. Lawrence III, "If he hollers let him go: Regulating Racist Speech on Campus," *Duke Law Journal* 431 (1990); Louis Michael Seidman and Mark V. Tushnet, *Remnants of Belief: Contemporary Constitution*

合衆国修正第一条における「話者の自律」の再解釈

- Issues* (New York: Oxford University Press, 1996); Richard Delgado and Jean Stefancic, *Must We Defend Nazis?: Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment* (New York: New York University Press, 1997); Steven Shiffrine, "The First Amendment and the Meaning of America," in Austin Sarat and Thomas R. Kearns (ed.), *Identities, Politics, and Rights* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997); 川岸令和「金員は言論か—Buckley v. Valeo事件の上告理由を中心として—」(『早稲田政治経済学雑誌』第329号、1997年)、阪口正二郎「表現自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」(東京大学社会科学研究所編『国家の多様性と市場』、東京大学出版会、1998年) 参照。
- 15 See *Brown v. Board of Education*, 349 U.S.483 (1955); Bruce Ackerman, *We The People 1: Foundation* (Cambridge: Harvard University Press, 1991); 川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性—ブルース・カッカマンの『二元的デモクラシー論』への覚書—」(『早稲田政治経済学雑誌』第320号、1994年) 参照。
 - 16 例えば、John Rawls, *A Theory of Justice Revised Edition* (Cambridge: Harvard University Press, 1999); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977).
 - 17 さしあたり、See Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court The Structure of A Constitutional Revolution* (New York: Oxford University Press, 1998); M.L.ベネディクト(常本照樹 訳)『アメリカ憲法史』(北海道大学図書刊行会、1994年)。
 - 18 奥平康弘『「表現の自由」を求めて—アメリカにおける権利獲得の軌跡』(岩波書店、1999年)を参照。
 - 19 「公共の討論における理性の力を考えて、制憲者たちは、法による沈黙の強制を慎んだのである。……多数者を支配する専制政治を考えて、彼らは、自由な言論と集会が保障されるように憲法を修正したのである」。See *Whitney v. California*, 247 U.S.357 (1927).
 - 20 See Owen M. Fiss, *Liberalism Divided*, ch.1 (Westview Press, 1996).
 - 21 資本主義とデモクラシーの対立、緊張関係については、See Robert A. Dahl, *On Democracy*, ch.13 (New Haven: Yale University Press, 1998); R.A.ダール(中村孝文訳)『デモクラシーとは何か』238頁以下(岩波書店、2001年)。
 - 22 See *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S.557 (1998). GLIBのメンバーは性指向に基づく差別を理由に提訴した。その目的は、自己のアイデンティティを肯定し、共同体社会内でその存在を明らかにすること、同様の人々を支援することであったと理解される。(この判例については、U.S. Supreme Court Reportsの頁数を参照している。)
 - 23 1947年以降、本件ボストン・パレードは、スポンサーである退役軍人会(協議会)により運営され、退役軍人と聖パトリックの祭りを祝う目的で執り行われていた。ボストン市では、このパレードは多様な団体が参加する市民的行事として認識されていたうえに、同市から金銭的支援も受けていた。そこに同性愛者のグループが「アイルランド移民の裔」として参加しようとしたのである。See *Hurley*, pp.495-496.
 - 24 See Cass R. Sunstein, *Democracy and the problem of Free Speech*, ch.6 (New York: The Free Press, 1993).
 - 25 *Id.*, pp.137-139.
 - 26 *Id.*, pp.139-144.
 - 27 個人の自律と平等との関係性を論じるものとしてさしあたり、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』第2章(岩波書店、1999年)参照。
 - 28 See *Boy Scouts of America v. Dale*, 120 S.Ct.2446 (2000). この判例については、Web上のFind Law (<http://guide.lp.findlaw.com/casecode/supreme.html>)の検索頁を参照・引用した。
 - 29 See Jed Rubenfeld, "The First Amendment's Purpose," 53 *Stanford Law Review* 767 (2001).
 - 30 See *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, at 622 (1984).
 - 31 州最高裁の判断では、性指向を理由とした排除は、「多様かつ代表的な構成員」へのBSA自身のコミットメントに矛盾する。排除は「同組織の目的ならびに哲学に対して反倫理的」である。しかしながら、法廷意見は、集団の価値に反対あるいは内的な矛盾があるからといった理由によって、集団の表現の価値を否定することは裁判所の役割ではないと反論している。
 - 32 引用されているのは、女性差別の禁止が問題となったケースである。See *Robert v. Jaycees*, 468 U.S.609 (1984); *Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S.537 (1987).
 - 33 See 391 U.S. 367 (1968). この事件では、徴兵カードの焼却という象徴的言論の保護が争点となった。
 - 34 同性愛者への偏見の存在は判例上 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S.186 (1986) に遡る。その後、合衆国最高裁判所において同性愛者への偏見がはじめて認められたケースとして、*Romer v. Evans*, 17 U.S.620, 134

- L Ed 2d 855, 116 S.Ct.1620 (1996) がある。同性愛者の憲法問題について、See Bruce Ackerman, "Beyond Carolene Products," 98 Harvard Law Review 713 (1985) ; Richard A. Posner, *Sex and Reason* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1992) ; William N. Eskridge, Jr. "A History of Same-Sex Marriage," 79 Virginia Law Review 1419 (1993) ; Larry Kramer, "Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception," 106 Yale Law Journal 1965 (1997) ; David A. J. Richards, *Women, Gay, and The Constitution: The Grounds for Feminism and Gay Right in Culture and Law* (Chicago : University of Chicago Press, 1998) ; Mark Strasser, *The Challenge of Same-Sex Marriage Federalist Principles and Constitutional Protections* (Westport : Praeger, 1999) ; W. N. Eskridge, Jr., "No Promo Homo : The Sedimentation of Antigay Discourse and The Channeling effect of Judicial Review," 75 New York University Law Review 1327 (2000) ; Catharine A. Mackinnon, *Sex Equality*, ch.8 (New York : Foundation Press, 2001) ; Anne B. Goldstein, "History, Homosexual, and Political Values : Searching for the Hidden Determinations of Bowers v. Hardwick," 97 Yale Law Journal 1073) *Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution* (New Haven : Yale University Press, 1989) ; Sylvia A. Law, "Homosexuality and the Social Meaning of Gender," Wisconsin Law Review 187 (1988) ; Michel J. Perry, *The Constitution in The Court: Law or Politics?*, pp.174-179 (New York : Oxford University Press, 1987) .
- 35 See Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte, 481 U.S.537 (1987) .
- 36 See Rubinfeld, "First Amendment's Purpose," pp.810-817.
- 37 See Fiss, "Objectivity and Interpretation," in Sanford Levinson and Steven Mailloux (ed.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader* (Northwestern University Press, 1991) ; 邦語文献として、野坂泰司「テキスト・解釈・客観性—O. フィスの議論に即して—」(『憲法訴訟と人権の理論』所収、有斐閣、1985年) 参照。
- 38 See Catharine A. MacKinnon, *Only Words* (Cambridge : Harvard University Press, 1993) .
- 39 See also Robin West, *Progressive Constitutionalism*, pp.109- (Duke University Press, 1994) .
- 40 See Fiss *Liberalism Divided*, pp.37-38.
- 41 Id, p19.
- 42 Id, pp.40-41.
- 43 Id, pp.102-103.
- 44 See R. A. V. v City of St. Poul, 505 US 377 (1992) ; Akhil Reed Amar, "The Case of The Missing Amendments : R. A. V. v City of St. Paul," 106 Harvard Law Review 124 (1992) ; 紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制」(憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』、有斐閣、1998年) 参照。
- 45 See Fiss, *Liberalism Divided*, ch.6.
- 46 このことは政府が言論市場へ助成的な形で参入するとき複雑化する。See R. C. Post, "Subsidized Speech," 106 The Yale Law Journal 151 (1996) .
- 47 Id, p107 ; The Irony of Free Speech, ch.1-2.
- 48 See R. C. Post, "Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence," 95 Michigan Law Review 1517 (1997) ; Post, *Constitutional Domains*, ch.5 ; Post, "Recuperating First Amendment Doctrine," 47 Stanford Law Review 1249 (1995) ; 書評として、See Frank I. Michelman, "Must Constitutional Democracy Be Responsive," 107 Ethics 706 (1997) .
- 49 See Post, "Equality and Autonomy," pp.1528-1529.
- 50 Id, pp.1530-1534.
- 51 See Fiss, *Liberalism Divided*, pp.84-85.
- 52 Id, pp.1536-1538.
- 53 Id, p1538.
- 54 政治的言論を言論の自由の中核に捉える見解として、さしあたって、See Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, ch.3 (Cambridge : Harvard University Press, 1993) ; Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of The Law*, ch.7 (A Touchstone Book, 1990) .