

〔論 文〕

## パブリック・フォーラムの法理と公共の討論

Public Forum and Public Debate

高 橋 義 人

Takahashi Yoshihito

### はじめに

言論の自由において最も重要な解釈上のテーマの一つは民主政治との関連性である。かつてミクルジョン (Alexander Meiklejohn) は言論の自由と自己統治の価値との結びつきを特に重視し、次のように論じた。「修正第一条の基本的な目的は可能なかぎりすべての市民に共通する生活に関係する事柄を理解させることである。いかなる思想、意見、疑念、信念、反論、情報であっても市民から隠されてはならない。憲法典が基礎とする契約において人は他者に支配されず、自己を統治すべきだからである」<sup>1</sup>。こうした「公共の討論」に重点をおく考え方はマディソン (James Madison) にさかのぼる。ミクルジョンは自由主義の経済ではなく、「民主的な討論」という理念に言論の自由を結びつけたと理解されている。

民主的な自己統治においては立法者と法の名宛人は同一であり、それゆえに法は自律的規範になるといえる<sup>2</sup>。言論の自由はミクルジョンがいう「合意による統治」(government of consent) に不可欠だが、同時にそれは多数派主義を制限することから民主政治は単純な多数決の政治とは考えられていない。多数決はより深い価値である「自己統治」を反映させるために採用された単なる手続である。そうであれば、治者と被治者の同一性 (あるいは個人と共同体の意思の一致のプロセス) をどう考えるのかは容易な問題ではない<sup>3</sup>。ある立法について反対する者と賛成する者がいる場合には、いかにして人は自己統治なしうると考えられるのだろうか。自己統治の要件について、公共の討論のために広く開かれた実効的なチャンネルへの等しいアクセスの保障、政策決定において各人の利益を等しく考慮する手段の確保、道徳的かつ十分な情報に基づいて自己責任をもって政策について判断する各人の能力を集団的な統制から切り離すことなどが指摘されうる。その場合には、政治的共同体の構成員である個人の独立と利益を等しい配慮をもって取り扱う機関による立法に参加しているという「満足感」や「確信」を各人がえられるかどうかを肝心と考えられている<sup>4</sup>。

このような個人と政治的共同体の意思が一致に至るプロセスをどう捉えるのか、やや類型的にみれば、「市場」モデルと「討議」モデルの二つ立場が対比されよう。前者は民主社会における意見交換のあり方を「市場」とのアナロジーで捉える「思想の自由市場」論である<sup>5</sup>。「自由市場」では制限のない言論活動こそが情報の受け手が真実を発見するのに役立ち、賢明な意思決定を促すと解される<sup>6</sup>。このようなりベラリズムにおける個人の自由と思想の自由市場というコンセプトは別個のものであり、本来的には緊張関係にもあるが、その影響力は大きい<sup>7</sup>。

しかし、今日ではこうした「市場」の原理が常に正しく、「市場」が真理の最善のテストだとは必ずしもいえない。意見を従わせ、一致させようとする社会的な圧力は強力であり、少数者や異端を沈黙させようとする社会的な権力は常に大きいと思われるからである。市場に反映されるものは真理というよりも権力であると考えの方が現実的である<sup>8</sup>。また、市場のルールが公共の領域に入れば、それは対話を混乱させ、対話を売買可能な価値に置き換えてしまう。経済力の不平等は対話の強制につながる<sup>9</sup>。現代の市場モデルでは、思想や意見の自由な交換ではなく、勝敗や効率をより重視する傾向になりやすい。これに対して、後者のモデルによれば、市民が自己統治の領域から次第に離反している現状から、政府や大企業などによる干渉がない公共空間を創設することによって市民の開かれた対話を可能にすることが求められる。市民が討議し協働するフォーラムとしての「パブリック・ディスコース」<sup>10</sup>を「市場」からいかに切り離すのか、あるいは個人の単なる選好を集約することではなく、共通の目的をもった集団的な行為をいかに可能にするのかが重要な課題と考えられる<sup>11</sup>。

ところで、言論の自由の法理においては「政府の中立性」のイメージは「市場」のメタファーと結びついて重要な役割を果たし、伝統的な公私二元論において作用している。政府は私的財 (private goods) の供給を規制し、一定の公共財 (public goods) を直接的に提供する役割をもつ。こうした財の配分に関する政府の問題は広範囲に及ぶが、結局のところ、政府の中立性の問題とは、自由・平等・公正に配慮して、財を配分する最善の方法とは何かであろう<sup>12</sup>。そもそも言論の自由は政府から干渉されることなく人々がコミュニケーションできること、また多くの人々がコミュニケーションすると同時に伝達されるべき情報や思想が多様化することを保障している。これらコミットメントは「検閲の禁止」や「意見の複数性 (multiplicity of voices)」を原理としている。言論の自由が実現されるのは、表現行為と表現の多様性が促進される場合であり、言論の自由は民主社会におけるこれら原理の重要性を示している。しかし、問題は両者が矛盾することもあることである。たとえば、この二つの原理が結びつきは報道の自由についてジレンマを生じさせる。公共領域への政府の介入は第一の原理を侵害すると同時に、第二の原理を促進することもあるからである<sup>13</sup>。20世紀後半以降、「政治的自由」の理念は国家による積極的な行為を許容し、むしろそれを義務と考えるようになった見解も有力である<sup>14</sup>。現代のリベラリズムにおいては伝統的な修正第一条の法理を批判して、選挙運動や放送メディアを規制する権限を国家に認めるような一種の「言論のニューディール」を主張する論者は多い。政府による介入に対する憲法上の制限は権力と富の階層をもった現状維持 (status quo) を保護することにほかならないからである。この場合、検閲は「権力をもたない者の発言を政府が沈黙させること」から「権力をもつ者が権力をもたない者を暴力的に沈黙させること」という意味に転換する<sup>15</sup>。むしろ反対に保守派からポルノ規制や選挙資金規正などを見直しなど言論の自由の再評価が主張されている。

そこで本稿では「政府の言論」に含まれる問題の一つである合衆国連邦最高裁判所における「パブリック・フォーラムの法理」を素材として、市民のために保障される公共の討論の領域の意義について検討したい。そもそも政府は言論の内容を規制できないが、理に適った範囲であれば、時間・場所・方法に対しては規制を課す一般的な権限があると解されている。こうした時間・場所・方法に関する規制の法理は公共の場所における言論を制約する政府の「権限」の問題として解される。しかし、これまで裁判所ではパブリック・フォーラムと非パブリッ

ク・フォーラムという「財産」の区分として議論されてきた。パブリック・フォーラムでは伝達されるメッセージの内容によって政府が区別してはならないことが保障され、非パブリック・フォーラムでは政府は特定の話者やメッセージを優先することもできるという考え方である。フォーラムが「パブリック」か「非パブリック」どうかは政府が創設した意図によって判断される<sup>16</sup>。そうであれば、フォーラムの種類を決定する基準が政府の意図にあるとしても、その基準の明確性や相当性が問題となる。基準が不明確で恣意的であれば、本来、自己統治のために開かれた公共領域の自律性を損なうことになる。本稿ではパブリック・フォーラムの法理の再検討を通して、政府が創設する「公共領域」あるいは「パブリック・ディスコース」と呼ばれる領域の構造上の問題点を検討したい。

## I 「政府の言論」と「パブリック・フォーラムの法理」

### 1 言論助成の効用と危険性

現代の社会においては政府はさまざまな方法で市民に利益を配分し、政府の活動領域はあらゆるレベルで拡大している。しかし、言論の自由の解釈における政府の中立性や公私二元論は、政府自身の言論活動や政府から許可を与えられた放送事業者のように公私の境界線上に位置する話者の問題を覆い隠してしまうという難点がある。基本的には、伝統的な「言論の自由」においては「公的な」規制や干渉から自己統治に不可欠な「私的な」市民によるコミュニケーションのプロセスを保護するという考え方が中心だからである<sup>17</sup>。

それでは、これまで言論の自由のシステムにおいて政府の言論活動はどのように位置づけられてきたのであろうか。政府自体に言論が帰属するコンテキストにおいて政府は言論を禁止し、また言論行為を命じることがある。言論の自由の行使に影響をもつすべての政府規制を禁止すべきだと考えるのは現実的でもない。政府が言論の自由のシステムに参入することは民主社会の不可避的な特色でもあり、政府の言論活動は言論の自由の「必要かつ健全な側面」でもある。政府による言論活動のメリットについては、たとえば政府の言論活動によって政府が市民に情報を提供し、説明し、説得することが可能になることが指摘される。これは最小限度の権力で統治しようとする社会では特に重要である。政府の参加は政府以外からは入手できないような事実、考え方、専門知識などを提供することによって言論の自由のシステムをより豊かにすることもできる<sup>18</sup>。また、政府は「知識の創造と制度的慣例の伝達」(knowledge-creating and transmitting institutions)を支える上で重要な機能を果たしている。政府の指導力は国家の連続性を保障し、正統な包括的・個別的目的を促進するために必要とされる指導活動や制度を確立することは憲法上の権限である。市民を指導し、説得し、情報提供することによって政府は機能しているとすれば、言論の助成も可能でなければならない<sup>19</sup>。政府が制定法や規則について説明するためには市民に情報伝達し、市民の福祉に対する潜在的な危険性についても情報提供できなければならない。さらに市民に対する直接的な教育や情報提供に加えて、政府による間接的な言論助成は、政府の支援がなければ通常は聴かれることが困難な状態にある市民の声を発言させることを可能にする。それゆえ助成措置がない場合よりも効果的に聴衆に伝達することができる。マスメディアに支配されている討論の領域に対して、政府の助成によって地域の市民の声を増幅させることができれば、企業や経済的利益にコントロールされた広大なコミュニ

ニケーション資源に対して政府は埋め合わせることができる<sup>20</sup>。要するに、政府のプロジェクトの実行、国民の危機管理、政府による合意形成の必要性、言論市場の構造上の不均衡の是正などが主たる要因としてあげられよう。

反対に、政府による言論の自由の利益に対する助成の影響はメリットだけではない。政府による説得も強制と同様にさまざまな目的で行われるものだからである。言論助成を含む政府の言論活動は特定の政治的争点についての討論を人為的に捻じ曲げ、それによって市民の態度を方向づけてしまうというおそれが指摘される。政府はコミュニケーションを通じて市民の態度 (public attitudes) を形成してしまう。説得者としての政府は、最終的な決定者である市民の役割を軽視し、政府の計画・政策・目的などについて市民を同意させるような情報伝達のみを行うことによって、市民を操作してしまうことになろう。政府の情報伝達は「合意を偽造する」ために用いられうるおそれがある。つまり、政府は無制約な教化活動によって多数派の意思を形成しようとする。政府があらゆるレベルで市民とコミュニケーションする機会が増加するにつれ、こうした事態はより頻繁に起こりうる<sup>21</sup>。またマス・コミュニケーションを含めて、政府が市民生活の領域に次第に浸透すること、つまり高等教育や科学研究の政府支援への依存の増加、政治的・精神的・社会的な考え方の一致 (conformity) に向けての多くの圧力が増大し、こういった要因は民主社会においてコミュニケーションを統制し、思想や言論を形作る政府の適切な役割について深刻な問題を提起する。政府はその資源と特権を利用して政治目的を達成し、市民による政府批判の効果を無効化することから、自己統治の原理を損なうおそれが十分に懸念される<sup>22</sup>。政府の言論は民主的政治過程に重要であるが、同時に情報を伝達する政府の権力は「合意に基づく統治」の基礎を破壊しかねない権力である<sup>23</sup>。

政府の言論にはさまざまな側面が含まれ、それに応じて言論市場における政府に期待される役割も異なってくるが、政府は人格をもつわけではなく、実際には政府は人を介してのみ発話し、活動している。抽象的な実体として政府を構成する公人の目的や判断を政府は具体的に示すのである。マス・コミュニケーションの社会にあっては、市民の言論の多くも実際には政府によって提供された「フォーラム」か、部分的にせよ、政府が支援する企画やインフラと結びついていることも否定できない<sup>24</sup>。これは修正第一条のジレンマである。したがって、修正第一条の法理における「観点に基づく差別の禁止」のような原理は、政府助成や政府の利益給付プログラムにおける私人の言論活動への検閲を抑制する上で主要な役割を本来的に担うべきである。パブリック・フォーラムのコンテキストにおいて「観点に基づく差別」は市民に言論の自由を与えるようなかたちでも行われる<sup>25</sup>。助成を配分する際に、政府が好まない意見を差別してはならないことは表面的には認められているが、にもかかわらず最高裁は政府がその配分の範囲を決定する余地を広く認めているように思われる。たとえば、政府の代理人として私人に代理を命じることを通して政府の裁量を認めることがある。観点に基づく差別を禁止するルールは、政府がパブリック・フォーラムの外側から言論活動を「検閲」することに対するチェック機能をもはや上手く果たしていないといえる。

## 2 パブリック・フォーラムの展開

今日の「パブリック・フォーラム」の考え方の原型は *Hague v. CIO* (1939) にみられる<sup>26</sup>。公園での言論規制の文脈で次のように判示されている。

「通りや公園の名称がどうあれ、そもそも市民の利用に供する目的でつくられたものである。集会や市民同士のコミュニケーション、公共の問題を討論する目的である。古くから通りや公共の場所の利用は、市民がもつ特権であり、権利であり、自由であった。政策について意見交換するために通りや公園を利用する市民の特権を規制しうるのは万人の利益においてである。つまり、それは絶対的ではなく、相対的であり、一般的な快適さや便利さを優先し、秩序と調和しながら行使されなければならない。しかしながら、規制を装って、剥奪され、否定されてはならない権利である」<sup>27</sup>。

さらに *Cox v. New Hampshire* (1941) では、言論活動に対する時間・場所・方法に関する規制については次のように判示された。

「公共のハイウェイの利用において市民の安全と利便を保障するための規制を課す自治体の権限は、市民的自由と相反するのではなく、最終的には自由が依拠するよき秩序を保護する方法の一つとしてみなされてきた。通りの移動の統制はこのような社会的ニーズを示す最もわかりやすい例である。そのような関係におけるハイウェイの利用の制限は、すべての人の利益に関して公共の利便性を向上させる目的である場合には、ほかの条件の下であれば保障させるはずの市民の権利を行使するとしても、規制を無視しえない。…パレードや行進などのための通りの使用に関する規制は自治体政府による統制権限の伝統的な行使であるから、問題は集会の権利あるいは公共の場所に訴えることと結びついた公共の問題について、コミュニケーションと討論の機会を否定し、あるいは不当なほど濫用しないように、そうした統制が行われるかどうかである。…自治体が公共の通りを統制する権限をもつならば、…不当な差別なく、通りのそのほかの利用との関係において時間・場所・方法を考慮する権限を否定できない」<sup>28</sup>。

その後カルヴァン (Harry Kalven) が「パブリック・フォーラムの法理」を提唱している<sup>29</sup>。カルヴァンは、*Sullivan* 判決で理念化されたような「公共の討論」のための空間を切り開こうとしたと考えられる。ただ、パブリック・フォーラムについてのカルヴァンの理解は現代の最高裁の法理と同じではない。カルヴァンは財産を分類しようとしたのではなく、公共の討論の憲法的価値を析出しようとしたのである。しかし、逆にこのコンセプトによって公共財の範疇化の基礎にある公共の討論についての憲法的価値ではなく、むしろ場所の範疇化そのものに焦点が当てられることになった<sup>30</sup>。

学校の近隣での争議行為やデモ行進を禁止する法律の合憲性が問われた *Police Department of Chicago v. Mosley* (1972) では、最高裁はカルヴァンの考えを導入した。マーシャル裁判官によれば、「何らかの集団による集会や言論活動のためにいったんフォーラムが開かれると、政府は他の集団に対しても、その言論内容を根拠として集会を禁止できない。内容のみに基づいてパブリック・フォーラムから選択的に排除してはならず、また内容のみを参照して排除を理由づけてはならない」<sup>31</sup>。このとき最高裁は「パブリック・フォーラム」の存在を認めながらも、「財産」の種類によって「フォーラム」を分類できるという考えにはまだ至っていなかったようである。このような考え方は *Lehman v. City of Shaker Heights* (1974) のブレナン裁判官の反対意見で初めてみられるようになる。この事件では市の通勤電車内で商業広告を認める市条例が問題とされた。多数意見は市の方針を支持したが、ブレナン裁判官は「パブリック・フォーラム」の違いに依拠しながら、これに反対した。「特定の公共物あるいは公共施設がパブリック・フォーラムに該当するかどうかを決定するにあたっては、一方で競合する政府利益と、他方で話者と聴衆の利益の均衡を確定しなければならない。したがって、公共物等の一義的な利用方法の重要性と自由な表現のためのアクセスが認められた場合にその利用が妨害され

る程度を評価しなければならない」<sup>32</sup>。

1980年代になるとパブリック・フォーラムの法理はしだいに現代の形式に近づく。*Perry Educational Association v. Perry Local Educator's Association* (1983) において最高裁は三つのタイプの「パブリック・フォーラム」の概念を確立している<sup>33</sup>。つまり、伝統的なパブリック・フォーラム、政府によって創設されたパブリック・フォーラム（限定的なパブリック・フォーラム）、非パブリック・フォーラムという類型化である。二年後、*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.* (1985) では、パブリック・フォーラムのカテゴリーが定義された<sup>34</sup>。伝統的なパブリック・フォーラムとは、通りや公園のように伝統的にあるいは政府の決定によって市民の集会や討論のために開かれた場所であり、限定的パブリック・フォーラムとは公共的でない場所を市民による集会や言論のために開く場合に政府が創設する場所を意味する。限定的パブリック・フォーラムでは政府がある一定の言論を許容しつつ、別の言論を制約することも認められる。非パブリック・フォーラムとは、市民の言論のために開かれていない公共物である。法廷意見によれば、「相反する利益が明白に存在する場合にも、パブリック・フォーラムがつくられてきたとは考えられないし、その財産の性質が表現活動に合致しない場合にも、政府はパブリック・フォーラムをつくろうとしてきたとは解されない」<sup>35</sup>。1980年代以降、場所を三類型に分類するパブリック・フォーラムの法理の基本構造は公共領域に関する修正第一条の解釈の中心的方法の一つとなった。

以上のような最高裁判決が採用しているパブリック・フォーラムの法理の背後には二つのアプローチの仕方が指摘される。公共施設が市民に開かれたパブリック・フォーラムに当たるかどうかの判断は、第一に、問題となる言論の性質とは別の要因に基づくという考え方がある。これは伝統的なパブリック・フォーラムの法理の理解にみられる有力な考え方である。この場合、当該言論そのものではなく問題となっている財産の種類に基づいて判断される。第二に、言論が保障されるかどうかは場所の種類との関係性で決定され、政府がある言論を規制するためには正当な理由を要するという考え方である。*Grayned* 判決によれば、「重要な問題は、基本的には表現の方法が特定の時間の、特定の場所での通常の行為と両立しないかどうかである。規制が理に適っているかどうかを評価する場合には、コミュニケーションが関わっているという事実を重視しなければならないのは明白である。つまり規制が州政府の正統な利益を促進するために限定されなければならない」<sup>36</sup>。この判決は伝統的な解釈の問題を克服しようとしているが、まだ「言論」そのものを評価しているわけではなく、表現行為が保障されるかどうかの判断に際しては「財産」の論理が依然として重視されている。

パブリック・フォーラムの再構成の必要性を提唱するポウストによれば、一連の最高裁判決は憲法上の理論を欠いたまま財産の種類に基づいて、修正第一条によるチェックと政府の判断から独立した審査を受けない政府財産をつくりだしている点が深刻な問題である。ポウストは組織論に依拠しながら、「非パブリック」と「パブリック」の区別に代わる基準として、「管理」(management) と「統治」(governance) という区別を導入している。まず、施設を管理する際に政府には特別な権限が付与されている。この権限は政府が公共 (public) 全般を統治しようとするときに用いられる権限を統制するものとは異なった修正第一条の論理により統制される。ポウストの主張によれば、道具的 (instrumental) = 管理的 (managerial) な論理が受け入れられるのは、この政府財産を扱う場合だが、当該財産が公共領域に移行した場合には別の論

理が適用されなければならない。政府が表現内容に関して統制できない「統治の領域」が伝統的に市民の表現活動に開かれてきた公共施設には必要である。しかし、現在のパブリック・フォーラムの法理は公共生活を「統治する」よりも「管理する」傾向がより強くなっていることが問題なのである。財産の種類と修正第一条を結びつける理論がなく、司法審査と制度上の権限に重点がおかれているからである。ポウストによれば、公共的な言論が問題となるケースにおいて裁判所が直面する問題とは、政府の権限の適切な役割が「管理」か「統治」なのかである<sup>37</sup>。

最高裁は「パブリック・フォーラム」を管理的な統制手段としながら、主として財産の性質に依拠して保障の程度を確定してきたと考えてよい。こうしたパブリック・フォーラムの法理には憲法上の基礎理論がない。ただ、ポウストが提唱するような「統治」と「管理」という区別がパブリック・フォーラムの法理の機能不全をすべて解決できるのかどうかは必ずしも明確ではない。問題となる財産が公的かどうかの決定は社会的な慣習にも依拠しており、現在の市民がどのようにその空間を利用しているのかによっても変わってくるからである。判断基準として「伝統」を「政府の管理」に置き換えるとしても、パブリック・ディスコースの実質的な改善につながるのかもわからない。民主シーのディスコースは多くのセクターで生じるものである。問題となっている言論のタイプではなく、財産に依拠することはパブリック・フォーラムの法理の問題を解決する役に立たないのは確かである。討議的民主シーの理論によれば、郵便箱がパブリック・フォーラムかどうかという問題<sup>38</sup>は「伝統」とは関係ない。郵便箱のなかの広告は保護されず、市議会の候補者による討論の告知は保護されるとすれば、それは民主シーにとって重要か、つまりその言論が本質的に討議的かどうか、公共領域の形成を目的とするかどうか基準に考えられるのである。財産ではなく言論の種類を政府の他の部門から独立して評価することが裁判所には求められよう<sup>39</sup>。

## II 「パブリック・フォーラム」における「管理」の論理

本章では、最高裁判決において「パブリック・フォーラム」がどのようにして「管理的」に運営されてきたのかをいくつかのケースで確認しながら、そこにかがわれる「パブリック・ディスコース」の構造を検証したい。

### ① 放送局

アーカンソー州において非営利的放送局を運営している教育テレビ委員会（Arkansas Educational Television Commission、以下AETC）が連邦議会選挙の候補者の討論会を企画したが、時間的な制約を理由として一部の候補者を参加させなかった。参加者は「大きな政党の候補者もしくは強く支持されているその他の候補者」に限定されていた。それに対して、討論会には参加できなかった原告が「商業的な民放は内容に基づいて決定を自由に行えるが、公共の放送局はそうすべきでない」ことを主張したところ、合衆国連邦最高裁判決はAETCを支持するものであった<sup>40</sup>。

まず、ケネディ裁判官による法廷意見は州のテレビ放送を公共の使用に開かれていない非パブリック・フォーラムであると判断した。「一般的なルールとして、外部の話者がアクセスする包括的な権利は、放送局とその編成スタッフがジャーナリストとしての目的と制定法上の義

務を果たすために行使しなければならない裁量に反する」。法廷意見によれば、放送局は公共のニーズを満たすかぎりにおいて自身の自由のために財産を保持してはならない。その財産には番組編成も含まれ、放送局の番組編成決定権には「第三者の言論の編集」も含まれている。

法廷意見は、公共放送による多くの番組編成はパブリック・フォーラムの法理の対象外であるとしながらも、Forbes事件の争点は次の二つの理由から異なるという。つまり、討論は「候補者による政治的言論のフォーラム」であり、それは選挙過程においては特に重要である。民主政治にとって重要であるから、放送事業者は「候補者の意見に賛同するかどうかによって区別してはならない」。しかし、こうした中立性の維持を強調しながらも、「AETCはすべての候補者に討論の機会を等しく与えたわけではない」から、非パブリック・フォーラムであると判示した。

さらに法廷意見によれば、時間の制約は候補者が自己の意見を放送することを制限するから、効果的な時間の使い方が重要だという。「公共放送の編成者が候補者すべてを討論に参加させることは、実際には討論の質と啓発的な価値を低下させることになるだろう」。最高裁が懸念したのは、こうした効率の悪い電波利用が公共テレビの政治に関する割合の放送を損なうということである。原告が不在の討論の場合とまったく討論がない場合のいずれかを比較選択するとすれば、原告が不在の討論会の方が公共の利益に役立つという判断である。公共放送の番組編成者に少数者の候補者を排除する権利を認めることが、公共領域における「思想」の総量を増加させると解されたのである。

法廷意見には次のような問題点が指摘されよう。原告不在の討論と討論会そのものがなかった場合のいずれかの比較上の選択として争点を捉えることは、番組制作者にオープンにされた多くの意見を無視している。この二つの選択肢以外にも番組制作者が当該番組により多くの時間を割り当てることや、あるいは各候補者の討論時間を制限する手段も可能であったはずである。最高裁は原告を参加させた場合、討論を低下させるとAETCが考えた根拠を提示していない。より重要であるのは、パブリック・フォーラムの法理がなぜ公共領域のニーズに反するように作用するのかである。最高裁の論理に基づけば、公共生活を構成する意見や思想は放送局の「財産」にすぎなくなる。放送局は市民全体に選択して意見や考え方を伝達する仕組みをとるからである。公共のディスコースの公開性を軽視して、最高裁が財産と効率を強調しながら、公共領域を枠づけた点は問題である。放送局の目的とは、現実的な政治的選択について市民に情報提供する効果的な方法をみつけることである。公共の論点について放送局内部の決定を認めることは放送局が世論を管理運営することを認めたことに等しい。財産の観点から報道と言論を捉えたと、討論を設定するのに十分な財産を所有する特権的な人々を認めてしまう点で問題が多い。

## ② 公園

1982年、国立公園局 (National Park Service) は、CCNV (Community for Creative Non-violence) に対して、国立公園 (Lafayette Park) 内に二〇個のテントを、またホワイトハウスと連邦議会議事堂の付近の公園に四〇個のテント設営することを許可した。しかし、国立公園局は特定エリア内以外でのキャンプを禁止する規定を援用して、これらテント内での宿泊については許可しなかった。同じグループは1981年の冬には同様のデモを行い、公園内で九つのテン



トに宿泊していた。国立公園局の規則はこの時のデモへの対応として制定されたものであった。連邦最高裁の法廷多意見によれば、これら公園は確かにパブリック・フォーラムだが、国立公園局の規制はCCNVの憲法上の権利の侵害ではないと判示した。法廷意見は公園の目的を観光や娯楽の中心として捉えて、公共の集会や討論における公園の役割を軽視するものだった<sup>41</sup>。

マーシャル (Marshall) 裁判官が反対意見で指摘したように、法廷意見には「これら国立公園が国民の歴史のなかで活発な政治デモのための場所として果たしてきた」という認識が欠けている。法廷意見は公園のパブリック・ディスコースとしての性質を周縁化し、公共のデモに自由に利用できない場所として公園を強調した。公園の目的とその使用の歴史を検討した後で、法廷意見は「宿泊」という行為が表現の一形態であるかどうかという争点を次のように論じている。状況によって宿泊が修正第一条の保護に値する表現行為に該当することを認めながら、それは絶対的な保障ではなく、規制が時間・場所・方法に関する理に適った制約方法で行われるかぎり、政府はこうした表現形態を制限するという。政府は内容だけに基づいて言論規制できないが、どのように、どこで、いつ言論が行われるのかに関連して政府が言論を規制するという意味である。法廷意見によれば、公園内の宿泊を市民に認めないことは時・場所・方法に対する規制にすぎない。国立公園局はCCNVに対してテントの撤去を強制し、あるいはそのメッセージ内容を変えるように強制したわけではなく、公園内での宿泊を禁止しただけである。「このような規制は首都の中心部に位置する公園を、多くの人々が利用可能な魅力的な状態のままに維持するという政府の実質的な利益に限定するものである」。

法廷意見は「宿泊という言論」(sleep speech) を保障の程度の低いものと捉えていると思われる。それは表現 (expressive) というよりも表現を「促進する」もの (facilitative) と解されたからである。「宿泊許可がなければ、ホームレスたちをデモに参加させるのは困難であつたらう」と法廷意見は述べているように、CCNVはテントと食事を保証することでホームレスたちをデモに引き寄せていたと考えられている。こうした「促進的な」性質のために、宿泊の禁止は「デモの性質、規模、期間を効果的に制限するものであり、公園への圧力が容易である程度に依じて制限したのである」。「公園の管理」が法廷意見の関心であったことは明白である。つまり、CCNVのデモ参加者に公園内での宿泊を許可すれば、国立公園局は他の人々にも同様に公園内でのキャンプを禁止することができなくなる。法廷意見は“sleep speech”を承認しないことは保障を制限する一つ的手段だということを十分に理解し、それを認めたのである。同意意見においてバーガー首席裁判官は、公園内での宿泊行為に何らかの表現行為の要素がある可能性を否定し、それは単なる「行為」にすぎないと主張した。バーガー首席裁判官によれば、こうした行為は「すべての人に開かれ、その権利は表現すべき主張をもつ人によっても侵害されない」公園の目的を阻害するからである。

反対に、マーシャル裁判官の反対意見は本件のコンテキストにおける宿泊という行為を言論行為として認めた。マーシャル裁判官によれば、“sleep speech”は保護されるべきである。社会におけるホームレスについて明確なメッセージを伝達しようという意図がそこにあると解されるからである。「公園内での宿泊の政治的意義がそれをみた人たちに理解される可能性は大きい」。マーシャル裁判官によれば、国立公園局の公園管理上の問題はさほど重要ではない。むしろ、小規模の集団の修正第一条の保護の必要性和公共の必要性が比較衡量する場合に、公共の利益が常に優先されることの方がより懸念されたのである。さらに重要であるのは、脚注

においてマーシャル裁判官がパブリック・フォーラムの法理に関連する根本的な問題を指摘していることである。マーシャル裁判官によれば、内容中立的な規制でさえも「比較的貧しい話者やそうした話者が支持する言論」に影響する「コミュニケーションの安価な形態」を制約する点が問題である。

本件の法廷意見はパブリック・フォーラムの法理の軽視でもある。従来の法理によれば、公園は伝統的なパブリック・フォーラムに位置づけられるだろう。しかし、本件では管理上の便益が重視された結果である。そこにパブリック・フォーラムの法理自体の政治性がうかがわれられると思われる。法廷意見は問題となった公園を公共の広場としての歴史的な利用方法ではなく、伝統的な国立公園に類似するものと考えたが、伝統的な国立公園では自然の美観の保護が政府の管理上の優先的な目的であることは明白であり、首都の公園の美観保護はよりいっそう重要な関心事である。したがって、そこに大きな「公共の利益」があると考えられたのである。

### ③ パレード

同性愛者のグループがボストンのパレードへの参加団体（GLIB）を結成した。この団体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、また同様の人々への支援にあった。けれども、パレードの実行委員会はGLIBの参加申請を拒否し、GLIBは参加承認を求める裁判所命令で対抗した。翌年再度スポンサーが参加を排除したことに対して、団体メンバーが性指向に基づく差別の存在を理由に州最高裁に提訴したのである。この事件では、パレード企画者である市民に対して、自身が伝えたくないメッセージを伝達しようとする団体の参加を容認すべく州が義務づけうるのかが争点となった。マサチューセッツ州最高裁判所は下級審を支持したが、合衆国連邦最高裁では法廷意見はパレード企画者がその内容をコントロールする権利を優先し原審を覆した。法廷意見の大部分は私的言論とその公的な性質との関係について展開された。「話者は自己のメッセージの内容を選択するための自律を保障される」。「パレード参加団体それぞれは企画者が伝えるメッセージに影響を及ぼす」から、州裁判所の判断はパレード実行委員会の修正第一条の権利に対する干渉であるとして、GLIBの修正第一条の権利を否定したのである<sup>42</sup>。

まず法廷意見は表現が単なる個人の自律だけの問題ではないことを認めて、パレードを「公共のドラマ」（public dramas）と表現している。パレードは「各人ではなく、道沿いの見物人に対してある種の集団的な主張（collective point）を行う行進」によって構成される。市民が意味の創造に何らかの役割を果たすという事実に基づいて、パレードが「見物人に依存している」ことを認めた。しかし、問題はそうした言論の意味の創造において市民はいかなる役割をもっているのか、市民は受動的な情報を与えられるだけの聴衆なのか、あるいは情報の積極的な解釈者なのかである。法廷意見は結果的には制作者の意図の方を尊重したといえる。パレードの意図は企画者のものであると解し、パレード企画者に修正第一条の権利を保障する必要性を正当化した。法廷意見によれば、「一般的には、参加者はそれぞれ区別されうるが、それぞれは共通のテーマに何らかの点で寄与しているのであり、したがって私的なスポンサーたちが自身の間、あるいは選別された参加者の間で視点の同一性（identity of viewpoint）を否認するような慣例などはない」。見物人の唯一の役割はただ見物するだけである。法廷意見の考えでは、話者の意図を超えてメッセージ解釈するような可能性はなく、市民は意図されたメッ

セージを受け取る存在にすぎない。私的な話者に自身の意図に反する意見を無理に伝達させることは「メッセージに対する話者の自律の権利」を損なうという法廷意見は修正第一条における「討議」の価値を軽視しているといえよう。法廷意見は言論の道具的な (instrumental) 性格に焦点を当て、パレード企画者に通りをコントロールさせながら、パレードのメッセージに関する解釈を限定したのである。

法廷意見はパレードの長い歴史と参加者のトピックスに言及しながら、「個人の自律」をパブリック・フォーラムにアクセスする権利よりも優先した。法廷意見によれば、GLIBは自身のパレードを主催するのではなく、既存のパレードの一部として自身の考えを伝達しようとしていると理解されたのである。確かに法廷意見も歩道がパブリック・フォーラムであることを認めているが、その事実によって個人が表現する権利や表現活動に州政府が干渉する権限を決められているわけではない。GLIBは *Turner Broadcasting System, Inc., v. FCC* 判決に依拠してパレードの参加を主張したが、法廷意見はこの主張も退けた<sup>43</sup>。

本件ではステイト・アクション (state action) とパブリック・フォーラムの法理は重要な役割をもつ。法廷意見では、私的な話者は言論内容に基づく政府からの干渉から自由なければならないという伝統的な考え方が踏襲され、私的な話者と州政府の行為が区別されることを前提としているが、この区別は必ずしも明確であるとはいえない<sup>44</sup>。州政府の存在が本件の「表現の自由」の中核にあることは明白であり、個人の自律を促進する表現の自由のシステムは自然に発生するものではなく、政府が創りだしたと解されるからである。討議的デモクラシーにおける表現の自由の目的は単に個人に自己の表現を保障するだけでなく (真実の探求、より寛容な社会、反多数派主義の保障など)、たとえば良き生などの考え方を個人が共有することを可能にすることでもある。このような討議が重要であるのは討議を通して特殊な利益がより一般的な利益に転換するプロセスが始まると考えられるからである。それゆえ「討議」という価値を重視すれば、本件GLIBのパレード参加は認められなければならない。パレードは討議的な可能性をもつものであり、開催場所は伝統的なパブリック・フォーラムと解されるからである。法廷意見の推論によれば、GLIBの参加申請が拒否されたのは、実行委員会がパレードとそのメッセージを「所有」すると考えられたからであるが、そうであればパレードの公開性が否定されてしまうことになる。本件では、話者 (本件 War Veterans Council) の自由への侵害の程度は比較的小さい。GLIBはパレードの後方で容易に参加できたはずであり、パレード企画者はそのメッセージの最後を告知する横断幕をかけることもできたはずである。本件判決では、政府が公共財産を私的団体に貸与しているという外観において特定の集団の選好に基づく取り扱いを認めて、私的な団体が他の団体を排除することが正当化されたといえよう。

以上のように、パブリック・フォーラムの法理の問題は、第一に制限的で管理されたパブリック・フォーラムに帰結する点である。こうした最高裁が依拠する法理は、「表現」の問題を「財産」の問題に転換し、管理と効率を重視する傾向に容易に結びつく。第二にパブリック・フォーラムの法理は意味の権威主義的な創造を保護してしまう。最高裁判決にうかがわれるパブリック・ディスコースの構造は、表現行為の意味の確立について市民が参加する開かれたプロセスではない。市民に既に与えられたものとして捉えられている点が最も重要な問題点であろうと思われる<sup>45</sup>。

### Ⅲ 修正第一条の解釈と「パブリック・ディスコース」の構造

#### 1 タウン・ミーティングの構造

最高裁によるパブリック・フォーラムの法理では財産の性質をどう分類するのが解釈上の争点となっていたが、本当の争点は政府所有財産というよりも政府の管理的権限の性質にあると解すべきである<sup>46</sup>。パブリック・フォーラムの法理の目的は特定の資源に対する政府の権限を分類し、それを規制することである。したがって裁判ではある資源が一定の権限に服するのかどうかの判断が裁判所に要求される。全体的な市民の統治 (governance) に関係するものか、あるいは政府の組織内部の作用に対する政府による統制など管理 (management) の権限に服するのかどうかという判断である。後者の場合には、管理的権限の正統な目的と目的達成のための言論規制の間の制度的な関係性、また司法審査の制度上の権限などに関わっている。前述したように、このようなパブリック・フォーラムの法理においては市民の討論のための空間を切り開くという本来の目的ではなく、政府の管理的な権限の行使を安易に正当化してしまっていることが問題である。本章ではタウン・ミーティングに関するポウストとミクルジョンの解釈を対比しながら、政府の管理の論理と自己統治の論理は本質的にどのような意味で矛盾するのか、またそうした矛盾を回避する方法はあるのかももう少し詳しく検討したい。

修正第一条における政府の言論活動が果たしている役割を考察する場合、二つの前提条件が指摘される。代表民主政治では、その定義上公正で正統と解される手続において何らかの意味の多数者の選好が反映されなければならないこと、民主的な自己統治においては自律的な市民が自由に、強制されることなく情報をえて、政策について自ら判断できなければならないことである。ミクルジョンの解釈では、特に後者が重要と考えられている。つまり、民主政治において市民は自らの統治者でなければならない。その統治者としての役割を果たすためには市民相互あるいは市民と代表との間のコミュニケーションが保障されなければならない。このことは統治過程と関連する言論は絶対的に保障されなければならないことを意味している。政策に関する争点はオープンに討議され、市民は十分な情報をえて自由に選択できなければならないという理解である。このようにミクルジョンは自己統治の本質と修正第一条の「最終的な目的」を「賢明な決定の投票」を保障する民主政治に結びつけて、これを個人の自律の保障から明確に区別した。ミクルジョンによれば、諸個人が自己の考えを表現できることが修正第一条の課題ではなく、政治的共同体の構成員に共通の必要性を満たすことが重要である。修正第一条の目的は個人の自己表現を保障することではなく、「共同体の思考過程」が「切断」されることに対する防御と考えられる<sup>47</sup>。

ミクルジョンの解釈では、第一に、民主的な討議を促進する共同体の思考過程の質を評価する基準が必要となる。このパブリック・ディスコースの質は伝統的なタウン・ミーティングを基準に測定される。タウン・ミーティングは「無制約のおしゃべり」の場ではない。「自由で平等な人々が共通の目的をもって協働し、責任を負い、抑制された議論」のための場所であるから、こうしたタウン・ミーティングには必然的に管理的な側面が伴う。つまり、ミーティングは社会的な目的を達成することを意図した制度的な組織であり、そのルールや規則は目的達成のために必要だと認められるかぎりにおいて憲法上も正当化されるのである。ミーティングの目的とは「公共の利益に基づいて行為する」ことであり、参加者の言論を含めてミーティングのあらゆる側面は目的の実現のために法的に配置される。「現実の条件の下で行わなければ

ならないとすれば、発言は抑制され規制されなければならない」。したがって公共の討論の質は公共の意思決定を可能にするかどうかという観点から測定される<sup>48</sup>。

ミクルジョンが想定しているタウン・ミーティングの参加者は「共同事業」とそれを推進するための規制の基準や目的と機能についての理解を共有している。この場合、アジェンダを設定する方法、議論の手續、言論の重要度を判断する基準などについての包括的な合意が存在すると考えなければならない。これらの条件が仮定されることから、ミーティングは秩序立てられ、「無制約なおしゃべり」から「討議」の場所が区別されるのである。タウン・ミーティングにおいて市民は集会して公共の利益を議論し、その問題に取り組む。各人は自由であり政治的に平等である。各人は自身で考えて表現し、他者の議論を聴く権利と義務をもつ。原則として言論の自由は制限されてはならない。ただし、タウン・ミーティングでは議長（調整者）が選任され、議長はミーティングを秩序づける。調整者としての議長はミーティングの運営において一定の秩序維持のためのルールが遵守されるように配慮し、全体としての意思決定により却下されないかぎり、これらのルールを実行する。議長の承認がなければ発言できないように、調整者が言論を制限することもある。タウン・ミーティングは単に話すためではなく、話すことによって職務を遂行するために集まるからである。話者が議論の争点から逸脱し、不正を行う場合、あるいはその他の方法でミーティングの目的を達成できないように脅かす場合には、話者は「ルール違反」を宣言される。タウン・ミーティングは公共の問題に関する公共の討論を追及するものであるから言論が抑制されることもなければ、全体として無力化してしまうのである。こうしたタウン・ミーティングにおける一定の言論抑制は修正第一条によっても禁止されているわけではなく、自己統治を行う市民が言論の自由を求める場合でも、いつ、いかなる場所でも、どのような方法でも発言する絶対的な権利を保障されるわけではない。議論を通して公共の政策の問題を決定することが優先されるのである<sup>49</sup>。

第二に、タウン・ミーティングにみられるような政治の自己統治の手法においては、最終的な利益は話者の言葉そのものではなく、「聴衆の精神」にある。その最終目的は賢明な決定に関する投票であるから、市民は自分たちが何について投票しようとしているのか理解しなければならない。逆に、このことは時間が許すかぎり公共の問題に関するすべての事実と利害が議論の場で十分にかつ公平に提示されなければならないことを要請している。本質的に重要であるのは、各人が話すことではなく、発言の価値ある事柄すべてが発現されることなのである。何らかの理由で市民は発言を抑制されることはあるが、その意見が誤りであるとか、危険であるといった理由で発言を妨げられてはならない。話者が意図した内容が他の者と一致しないという理由から、「秩序違反」を宣言されることはない。こうした思想についての「地位」の平等の理由は自己統治のプロセスの基礎である。市民は自ら統治しようとする場合、賢明ではなく不公正で危険かどうかを判断するのは他でもない市民である。このことは賢明でない考え方も賢明な考え方と同様に、不公正なものも公正なものと同様に、危険なものも穏健なものと同様に聴聞の機会がなければならないことを意味している<sup>50</sup>。

こうしたミクルジョンの言論に対する考え方は機能的で制度的といえよう。言論の自由の保障の目的は市民が政府に対して影響力をもつ「機会」を保障しようとするところだからである。ミクルジョンも現実には市民すべてがこのような機会をもつと考えていなかったが、その機会が多くなる程度に応じて社会は民主的であり、市民が自己統治できると考えていた。そのためには民主的な社会のニーズとしてコミュニケーションのプロセスが保障されなければならな

かった。このような意味でミクルジョンの解釈でも市民相互と市民と政府との十分なコミュニケーションが重要である。政府が市民に情報提供し、市民の意思を促すことで市民が自律し主権者としての尊厳をもつことができるように政府に対して責務を課すとき、ミクルジョンは個人の選択と自律性を保障しようとした。しかし、政府の強力で積極的なコミュニケーションの役割がもつ危険性、つまり政府が多数者の意思を「捏造」することの問題には自覚的ではなかった<sup>51</sup>。「共同体の思考のプロセス」は政府の検閲と同様に政府の言論によっても侵害されうる。

## 2 ポウストの「自己統治」論

ポウストの考える自己統治のモデルはミクルジョンが理想としたタウン・ミーティングとは異なっている。物理的にも知識の上でも権力の源泉から離れている市民がいかにして自己統治できるのかという問いに対して、ポウストは「参加」(participation)・「正統性」(legitimacy)・「同一性」(identification) という要因から次のように説明する。民主的な自己統治のシステムとは、「参加」意識によって政府の正統性と同一性の意識を市民に形成するようなコミュニケーションの下に統治の集団的な意思決定のプロセスを位置づけることによって、「個人の自律」と「集団的自己決定」を一致させようとする営みである。市民はすべての立法に合意し、個人と集団の意思の明確な「融合」があるわけではないが、それでも市民はコミュニケーションのプロセス参加することによって政府を正統に「自己の政府」と考えることができるのである。ポウストによれば、そのためのコミュニケーションのプロセスこそが憲法上の保護に値する「パブリック・ディスコース」といわれる公共の討論のための領域である<sup>52</sup>。

このようにパブリック・ディスコースを定義するならば、第一に、検閲は集団的な自己決定の媒体へのアクセスから利害関係人を排除する仕組みとして理解される。検閲は自律的な自己決定の営みへの参加を遮断し、「自律的意思の相互の尊重を権威の一方的尊重」に置き換える民主政治の企図は制限される。第二に、パブリック・ディスコースは市民が自由に絶え間なく、自分たちの差異を調和させ、個々の変化していくような「国民的アイデンティティ」をつくりだすための対話の場として概念構成されなければならない。このコンテキストにおける国民的アイデンティティとは道徳空間 (moral space) における指向、つまり「われわれが個々の場合に依じて善や価値あるものとは何かあるいは何をなすべきかを決定しうる」枠組みを意味している。パブリック・ディスコースを検閲する目的で、そうした解釈を用いる意図を国家が排除する場合、何が善で価値あるものかについての解釈に基づくコミュニケーション過程への貢献を国家が排除する場合には、国家は集団的自己決定のプロジェクトと相反する立場に立つ。それは集団的自己決定のプロジェクトを他律的な押しつけられた規範に置き換えることになる<sup>53</sup>。

自己統治に内在する論理によれば、集団的なアイデンティティの意味がパブリック・ディスコースを媒介として絶えず可変であるように国家は行為しなければならない。パブリック・ディスコースにおいては「何が正統で何が正統でないかに関する討議」は「必然的に」それを「保障する何らかの制度や何らかの目的」がない状態にななければならない<sup>54</sup>。しかし、ミクルジョンが提案する「タウン・ミーティング」モデルはこうした「パブリック・ディスコースの不確定性」を侵害してしまう構造である。ミクルジョンは「賢明な決定の投票」が政府の干渉から自由でなければならないことを認めているが、同時に彼の論理ではパブリック・ディスコースの検閲を正当化することになると解される。民主的な自己統治について、この矛盾を解

消しようとして、実体と手続について中立的な区別をミクルジョンは用いることはできない。彼が用いる手続上の假定そのものが最終的には集団的アイデンティティに特有の論争的な概念だからである。タウン・ミーティングというパラダイムが前提としているのは、タウン・ミーティングにおけるデモクラシーの作用は共同事業を秩序ある効果的で合理的な方法で処理することである。したがって、こうした作用に反するパブリック・ディスコースの側面を削除することも合憲となる。しかし、このようにパブリック・ディスコースの範囲を切り詰めていけば、国民的アイデンティティの特定の考え方は自己決定のコミュニケーション過程の範囲を超えることになる<sup>55</sup>。

ポウストによれば、ミクルジョンの解釈上の困難は自己決定の範囲が不十分なことである。集団的決定の実体だけでなく、より広い枠組もその範囲に含まれ、ミクルジョンはその枠組みについても調整者の権威に委ねている。しかし、実際には「発言に値することすべてが発言されるべきである」という場合、調整者は存在しない。重要な言論とそうでない言論を区別する基準こそが潜在的に論争的だと考えられる。集団的な意思決定に目的を与えるより広い機能枠組についての考え方をを用いることによってのみ、こうした基準の本質に関する争いは解決される。それゆえに、これら基準の争いはパブリック・ディスコースのなかの討論対象となるべきなのである<sup>56</sup>。

同じことはタウン・ミーティングのアジェンダ設定についても当てはまる。タウン・ミーティング内部での議論の仕方については制度の機能と手続に関して合意が共有されているから、公的な統制を行うことは問題ないかのようにみえる。しかし、民主社会の生活においては自己決定の場を縮小することなしには、そのような合意は想定できない<sup>57</sup>。つまり、管理的な構造は「論争のない目的」を必然的に前提としていなければならない。そうすることで社会生活の領域を規制するために道具として用いることが可能になる。反対に、本来パブリック・ディスコースは「集団的自律」という価値に基づいている。これは目的や集団的アイデンティティのあり方について、すべて論争あるものとして「開かれた概念」であることを要求しているのである。自己決定と矛盾することなく、特定の目的によってパブリック・ディスコースを検閲することは正当化できない。

この点に関して、ハーラン裁判官はこのパブリック・ディスコースの性質を捉えている。ハーラン裁判官によれば、民主的な対話は「単なる言葉の騒音、不協和音、場合によっては、攻撃的な発言」のようにみえることがある。しかし、この無秩序あるいは「言葉の不協和音」は多元的な社会におけるパブリック・ディスコースは特定の何かを達成するために組織化されたわけではなく、集団的アイデンティティの多様な見解が自由に衝突し、一致しうるための媒介として役立っているという事実の「必然な側面」にすぎない<sup>58</sup>。

ポウストはこうした「豊かで価値ある公共の討論を促進することが言論の自由の本質的な目的である」とする言論の解釈を集団主義的 (collectivist) 解釈と定義している。集団主義的解釈によれば、「修正第一条の争点は、個人の自律や自己表現の価値ではなく、むしろ十分な情報に基づく自己統治のため市民の能力を促進する」という価値に依拠すべきである。修正第一条についてのこうした理解は、個人の表現の権利を公共の討論の集団的なプロセスの下位に置く考え方である意味で集団主義的解釈といえるのである。集団主義的解釈の特徴はパブリック・ディスコースに固有の目的を假定して、その目的を達成するためにパブリック・ディスコースを規制すべきだと考える点である。その場合、パブリック・ディスコース内で生じる自

己決定のプロセスとは別に先行して目的が存在する。それゆえ集団主義的解釈はパブリック・ディスコースを管理的権限の枠組みに従属させることを意味している<sup>59</sup>。

しかし、伝統的な修正第一条の法理は「自律」という理念を用いて、集団的己決定のプロセスを「先取り」(preemption)から切り離す。集団主義的解釈によれば、こうした理念は「ジェファソニアン・デモクラシー」(Jeffersonian democracy)の名残として批判されるが、修正第一条における個人の自律の保護は政府がパブリック・ディスコースの不確定性を尊重するように機能していると解されている。自律の原理は「民主的な対話」が個人の政治参加に寄与することを保障し、よって「自律的意思の相互に尊重する」コミュニケーション構造をつくりだすというデモクラシーの中心的な理念に対する侵害を禁止しているのである。自律はパブリック・ディスコースの領域内での言論規制に関して政府は集団的アイデンティティを開かれたものとして考えなければならないことを含意している<sup>60</sup>。

集団的己統治のシステムに向けての改革を提唱する論者はさまざまに「自律」を再定義しようとしている。たとえばサンステイン(Cass R. Sunstein)によれば、己統治の構造とは「討議的」(deliberative)であり、「基本的には修正第一条は民主的な己統治の保障を目的とする」。サンステインは「私的な自律」(private autonomy)を理論上己統治の価値と区別して、「質と多様性」を改善するようにパブリック・ディスコースを管理すべきだと考えている。こうした集団主義的な理論は民主的己統治の再生を主眼として、「平等」、「多様性」、「公平性」など特定の国民的アイデンティティと結びついた特別な理念を達成するためにパブリック・ディスコースを規制すべきだと主張している。しかし、管理的な論理が規制の基準そのものを己決定の論理から除外するほど、民主的な己統治の前提と根本的な緊張関係を生じることになる。

こうした矛盾を回避するために、集団主義的解釈は管理的な論理が民主的な前提に反しないようにパブリック・ディスコースの環境を強調する。己統治は三つの構成要素からなっている。パブリック・ディスコースが己統治の価値に役立つのは、①公と私の適正な区別がある場合であること、②公共の討論が自由で自律的な個人の間で行われうる場合であること、③公共の討論が個人と集団の自律を一致させるために参加・正統性・同一性の感覚を生み出す場合であることが指摘される。これら条件はパブリック・ディスコースと己決定の関係を示している。話者の公私の区別はまさに己統治の範囲の問題だが、ポウストによれば集団主義的な解釈は私的な話者の地位を縮小していくことで、民主的な己決定の領域の拒否することに等しく、己統治という価値と矛盾する。市民と代理人の境界線を調整することによって集団主義理論の適用を維持しながら、民主的正統性という概念を根本的に見直すことなしに、こうした方法で集団主義理論を包括的に正当化することはできない<sup>61</sup>。

パブリック・ディスコースが憲法的保障に値するのは、それが民主的な「自己」をつくりだすこと、つまり個人と集団の自律を一致させることによって己統治の代理人(agent)が構成されるからだだと解されている。それゆえ憲法上パブリック・ディスコースに参加する者は自由で自律した存在であることを前提としなければならない。もし話者の意見や態度が外的要因の効果にすぎないものになってしまうと、パブリック・ディスコースは己決定のプロジェクトとは考えられないからである。しかし、集団主義的解釈はパブリック・ディスコースの現状が自由な意見交換の場として適切に解釈されていないことも強調する。たとえばフィス(Owen M. Fiss)の論理構成によれば、市場そのものが抑制の構造であり、市場を原因とする



公共の討論の歪みを中和するために市場規制は必要である<sup>62</sup>。あるいはサンスティンは「自律」の条件について厳しい基準を主張している。「自律」は「利用できる機会を十分に認識してなされる決定」、「すべての重要な情報を参照して選好の形成に対する過度の抑制や不当な抑制なしに行われる決定」に関するものと考えらるべきであるとする。これらの条件が満たされない場合には、当該決定は不自由であって自律的とはいえない。諸個人の態度が「利用可能な情報、既存の消費傾向、社会的圧力、政府の規範による産物」である場合には、「個人の自由」を考えるのは困難である。実際、個人の態度が「不当な背景的条件に適応しているかぎり、それは自律的でない」と解すべきである。そうした条件を克服するための政府規制は「ある種の強制を除去できる」。サンスティンはパブリック・ディスコースを一定限度で管理統制する改革を提唱しているが、この改革は個人の自律の重要性を一定程度の範囲で拒否することでしか正当化されない<sup>63</sup>。

「自律」とは教育や環境の改善などによって獲得される条件であり、与えられるのではなく獲得されるべきものと理解されるが、ポウストによれば、こうした考え方は社会的権威 (social authority) の構造を設計する場合には適切とはいえない。こうした構造は自律的な市民かそうでない市民の間に相互作用を促そうとするものかどうかによって異なってくる。つまり、法的規制の対象の自律は法の構造において前提とされている。したがって、構造の設計者の観点からみれば、自律があるかないかは最も基本的な原理として作用している。管理的構造は市民を制度的な理由に基づいて抑制の下におき、それゆえに市民は規制の客体であり、法の因果関係に服すると考えられている。反対に、自己統治の構造は市民を多様な相互作用の網の目のなかにおき、市民を自律的で自己決定するものと捉えている点で異なっている<sup>64</sup>。

結局、パブリック・ディスコースの管理と民主政治の緊張関係を回避する方法はないのであろうか。ポウストによれば、公私の区別と同様に「自律」は民主的な自己統治の境界線を描く理念として作用しているから、パブリック・ディスコースにおける自由を否定してしまえば、自己統治の前提条件と矛盾することなく集団主義理論を正当化できない。自律が私的権力とその支配の許容できない条件を覆い隠すフィクションにすぎないとしても、自律を否定するのはせいぜい個別に部分的といえる<sup>65</sup>。

## むすびにかえて

本稿では、現代の「パブリック・フォーラム」の法理にみられる「パブリック・ディスコース」や「公共領域」といわれる自己統治の領域の構造を検討することが主たる問題関心であった。若干の気づいた点をまとめて、むすびにかえたい。

最高裁が採用している「パブリック・フォーラムの法理」や時・場所・方法の規制に関する基準は外観上、価値中立的にみえる方法だが、実際には客観性が欠けており、パブリック・フォーラムに内在する争点の判断を回避しているように思われる。現在のパブリック・フォーラムの法理においては管理と効率など社会的な統制の論理が優先されがちだが、中立的で公正に適用できるような基準を発展させるためには、パブリック・ディスコース (= 公共領域) が何を必要としているのかを問題としなければならない。裁判所は言論の種類とデモクラシーに対する価値を独立して評価しなければならないのである。

最高裁が依拠している「財産」の分類自体も価値中立的なコンセプトとはいえないが、重要であるのはニューディール期の議論（財産権も人間の創造物であり、それゆえ規制されうるという考え方）が、現在では公共の討論の領域の発展を妨げて財産を保障するような形でパブリック・フォーラムにも利用されていることである。「結局、パブリック・フォーラムの法理によってつくられた公共の領域は、私的な秩序を達成するために政府によって保障された公共の空間にすぎない」<sup>66</sup>。パブリック・ディスコースをつくりだすことができる政府はそれを統制し管理する権限をもつ。公共領域を単に私的な意見の集約の場と考えることは、政府がより容易に内容をコントロールすることを許すことにつながる。

リベラリズムにとって適切な手段とは自由な討論と自発的な協働であり、それはいかなる形態の強制も不適切であることを含意している。最も理想的であるのは自由かつ十分な議論に基づく責任ある諸個人による一致である<sup>67</sup>。そこでパブリック・ディスコースは個人と集団の自律を一致させるために必要な参加・同一性・正統性という観念をうみだすことによって、自己統治に資するという意味で価値をもつ。パブリック・ディスコースが形式的に自由であったとしても、公共の討論の実際が市民に疎外感や不公平感を引き起こすような場合には、パブリック・ディスコースは上手く作用しない。たとえば、選挙資金規正の問題も同様であり、富の不均衡が政治的討論に深刻な影響をもつと考える論者は多い<sup>68</sup>。しかし、修正第一条の中心的価値を犠牲にしないで、パブリック・ディスコースを管理することは困難である。資本主義の社会構造を強制的に抑制するという考え方は漠然として包括的であり、集団的自己決定の価値とは両立し難い。実際、公的に特定された目的を達成するためには、ある程度の設計された管理的な組織は必要不可欠である。それが無い場合には、パブリック・ディスコースの議論も無力になるといえるが、しかし自由放任よりも規制の方が弊害は多いと思われる。

現代の管理された「パブリック・ディスコース」の解釈に欠けている視点として、D.アレン(David S. Allen)は“informed public”と“active public”の混同を指摘している<sup>69</sup>。アレンによれば、修正第一条の解釈においては二つのコンセプトは互換的に使用されることが多いが、実は質的な違いがあるという。“informed public”とは、孤立的で活動的ではないが、社会の諸制度によって情報を提供されている市民の状態を指す。情報を受けとる個人の権利の保障に関係する考え方である。“informed public”における市民は相対的に孤立した状態で自己の目的を達成し、情報提供する制度の助けを必要としている。“active public”はそれとは異なる能動的に行為する市民を前提している。“active public”は政治生活において能動的であり、言語と行為を通して政治的共同体と結びついている市民の状態を意味する。しかし、これまで最高裁は「パブリック・フォーラムの法理」においても“informed public”を優先することで、“active public”の価値を切り捨て、能動的なパブリック・ディスコースの形成を妨げてきた。たとえば、パレードへの参加を要求する市民団体の主張を退けるときに、最高裁は意思形成に参加する“active public”とは反対の“informed public”のモデルを定着させているのである。言論の自由における「討議」を重視するならば、パレード参加団体の表現行為を実行委員会の表現の自由に対する侵害行為としてではなく、パレードそのものを聴衆も参加する討議的行為(discursive act)として捉えるべきだったのである。結局、これまでの最高裁における修正第一条の法理は「通常言論」(normal speech)と「言語行為」(verbal act)を切り離すことで「言論」が境界線を超えて政府が制限し、あるいは禁止できる「行為」に移行する場合を判断しようとしてきたことが問題である<sup>70</sup>。アレンの主張によれば、パブリック・ディスコースを再び活性

化するには、最高裁は“active public”という考え方を真剣に受けとめて、二つの“public”の違いを認識し、行為が不可欠であることを理解しなければならない<sup>71</sup>。

それでは、“active public”を再生するために修正第一条の法理をどのように再構成できるのでしょうか。本稿では、現代の言論の自由の法理におけるパブリック・ディスコースの構造上の問題点を明らかにするための予備的考察にとどまった。次稿では、こうした問題意識を携えながら、言論の自由の歴史のコンテキストからさらに詳しく検討していきたい。

以上

(注)

- 1 See Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, p22 (The Lawbook Exchange, Ltd., 2000, Originally published: 1st ed. Harper Brothers Publishers, 1948)
- 2 See Ian Sapiro, *Democratic Justice* (Yale University Press, 1999) ; Norberto Bobbio, *Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power* (Polity Press, 1989).
- 3 デモクラシーを自己統治のシステムとして評価することは、自己統治の主体が誰であり、何であるかを論じる意味合いではない。全体としての人民が主体であるかのように論じられることもあるが、問題はどのようにして政治的共同体が自己統治の主体（あるいは代表）になりうるのかという問題である。これは現実に「国民」や「人民」という政治的共同体が実体として存在するかどうかとはまた別の問題である。See Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy*, (Princeton University, 1999) ; Henry S. Richardson, *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the End of Policy* (Oxford University Press, 2002) ; H. Jefferson Powell, *A Community Built on Words: The Constitution in History and Politics* (The University of Chicago Press, 2002).
- 4 See Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The theory and practice of Equality*, ch.10 (Harvard University Press, 2000) ; Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, pp15 – 38 (Harvard University Press, 1996).
- 5 See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) ; Robert C. Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence” in Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era* (The University of Chicago, 2002). ホームズとブランドイスは合衆国連邦最高裁判決においてともに少数意見を形成してきたが、実質的には二人は言論の自由の保障について別々の理由づけを展開した。ホームズは政府によって制約されない思想の自由競争を擁護する「思想の自由市場」というコンセプトを導入し、ブランドイスは民主的な社会に不可欠な個人の性質を發展させるために言論の自由と公共の討論が果たす役割を強調した。ブランドイスにとって、自由な言論を保障することによって国家は個人を解放し、個人は社会に貢献すると考えられたのである。ホームズの「自由市場」モデルとブランドイスの「市民」モデルの間には重大な差異があるが、ともに1920年代を通して形成されていたそれまでの法理に挑戦しようとした点で共通している。See David M. Rabbin, *Free Speech in Its Forgotten Years*, p343 (Cambridge University Press, 1997).
- 6 C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, ch.1 (Oxford University Press, 1989).
- 7 See David S. Allen, “The Supreme Court and the Creation of an (In) active Public Sphere” in David S. Allen and Robert Jensen (eds.), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, ch.6 (New York University Press, 1995).
- 8 See Steven H. Shiffrin, *Dissent Injustice, and the Meanings of America*, p6 (Princeton University Press, 1999) ; Shiffrin, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Ch.3 (Princeton University Press, 1990) ; C. Edwin Baker, *Media, Markets, and Democracy*, ch.1 (Cambridge University Press, 2002) ; Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, ch.6 (Oxford University Press, 1997).

- 9 See Jon Elster, "The Market and the Forum : Three Varieties of Political Theory," in James Bohman and William Rehg (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997).
- 10 「パブリック・ディスコース」もさまざまな意味で使われる言葉だが、ここでは次のようなコンテキストで理解している。「集団的アイデンティティはパブリック・ディスコースによって形成され、永続する。パブリック・ディスコースはわれわれが政治生活について考えたり話したりする方法を形成しているような言葉、イデオロギー、イメージ、シンボル、記憶、神話などから構成される」。See Sheldon Wolin, *The Presence of the Past : Essays on the State and the Constitution*, p9 (The Johns Hopkins University Press, 1989).
- 11 討議的デモクラシーについては、ここではさしあたり以下を参照、Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton University Press, 2004) ; James S. Fishkin and Peter Laslett (eds.), *Debating Deliberative Democracy* (Blackwell Publishing, 2003) ; David Estlund (ed.), *Democracy* (Blackwell Publishers, 2002) ; Stephen Macedo (ed.), *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement* (Oxford University Press, 1999) ; Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge University Press, 1998) ; James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy* (The MIT Press, 1996) ; Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (Princeton University Press, 1996) ; James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform* (Yale University Press, 1990).
- 12 See Keith Dowding, Robert E Goodin and Carole Pateman (eds.), *Justice and Democracy: Essays for Brian Barry*, p10 (Cambridge University Press, 2004).
- 13 See Judith Lichtenberg, "Foundations and limits of freedom of the press", pp106 – 107 in Judith Lichtenberg, (ed.), *Democracy and Mass Media* (Cambridge University Press, 1990).
- 14 See Owen Fiss, "The Idea of Political Freedom," in Austin Sarat, Bryant Garth, Robert A. Kagan (eds.), *Looking Back at Law's Century* (Cornell University Press, 2002).
- 15 See Catharine A. MacKinnon, *Only Words* (Harvard University Press, 1993) ; MacKinnon, *women' s lives, men' law* (Harvard University Press, 2005). 今日の「検閲」という概念の変化についてはさしあたり以下の文献を参照、Robert C. Post (ed.), *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation* (Issues & Debates, 1998) ; Pierre Bourdieu (Gino Raymond and Matthew Adamson eds.), *Language and Symbolic Power*, ch.6 (Harvard University, 1982).
- 16 See Charles Fried, *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*, pp132 – 133 (2004).
- 17 See Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, Pamela S. Karlan, *The First Amendment* (Second Edition, Aspen Publishers, 2003) ; Daniel A. Farber, *The First Amendment* (Second Edition, Foundation Press, 2003) ; Steven H. Shiffrin and Josse H. Choper, *The First Amendment : Case-Comments-Questions* (Third Edition, West Group, 2001) ; John H. Garvey and Frederick Schauer (eds.), *The First Amendment: A Reader* (Second Edition, West Group, 1996).
- 18 See Martin H. Redish, *Money Talks: Speech, Economic Power, and the Values of Democracy* (New York University Press, 2001).
- 19 See Joseph Tussman, *Government and the Mind*, ch.1 (Oxford University Press, 1977).
- 20 Redish, *Money Talks*, p208 ; See also Charles Fried, *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*, p95 (Harvard University Press, 2004).
- 21 Mark G. Yudof, *When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America*, ch.3 (University of California Press, 1983).
- 22 See Redish, *Money Talks*, p209.
- 23 See Yudof, *When Government Speaks*, ch.3.
- 24 「パブリック・フォーラム」は話者が表現活動を行う公共の空間を分析するためのコンセプトとして始まったが、今日では、政府による地域のチャリティ活動への資金調達運動まで含めて「フォーラム」

- はより広範な概念として比喩的に使用されている。See Daniel A. Farber, *The First Amendment*, ch.9 (Foundation Press, 2003).
- 25 See Larry Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, ch.5 (Cambridge University Press, 2005) ; Redish, *Money Talks*, pp209-217.
- 26 *Hague v. CIO*, 307 U. S. 496 (1939).
- 27 307 U.S. at 515-16.
- 28 See *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 574, 57.
- 29 See Harry Kalven, "The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*", 1965 *Supreme Court Review* 1.
- 30 See Robert C. Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, ch.6 (Harvard University Press, 1995).
- 31 *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972), at 96.
- 32 *Lehman v. City of Shaker Heights*, 419 U. S. 298 (1974), at 312.
- 33 *Perry Educational Association v. Perry Local Educator's Association*, 460 U. S. 37 (1983).
- 34 473 U. S. 788 (1983).
- 35 478 U. S. at 803.
- 36 *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).
- 37 See Post, *Constitutional Domains*, ch.6.
- 38 See *U.S. Postal Service v. Greenburgh Civic Ass'ns*, 453 U.S. 114 (1981) では郵便箱はパブリック・フォーラムではないと判示された。
- 39 See Post, *Constitutional Domains*, pp244-245.
- 40 See *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*. 以下では判例については <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> からダウンロードしたものを引用した。
- 41 See *Clark v. Community for Creative Non-Violence*.
- 42 See *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc.* (1995)
- 43 *Turner* 判決では問題となった "must-carry rules" は合憲とされた。"must-carry rules" に関しては、ケーブル事業者はコモン・キャリアと同様に話者ではなく、したがってGLIBの主張によれば、パレードへの参加を求めることは話者の自律という原理の侵害に当たらない。
- 44 1947年以降、本件のボストン・パレードはスポンサーである退役軍人会により運営され、退役軍人と聖パトリックの祭日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上に、市は金銭的支援を支出していた。
- 45 See David S. Allen, *Democracy, Inc.*, pp136-140 (University of Illinois Press, 2005).
- 46 See Post, *Constitutional Domains*, p244.
- 47 See Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, p25.
- 48 *Ibid.*, p23.
- 49 See Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, pp22-24.
- 50 *Ibid.*, pp26-25.
- 51 See Yudof, *When Government Speaks*, p154.
- 52 See Post, *Constitutional Domains*, p273.
- 53 *Ibid.*, p273.
- 54 *Ibid.*, p274.
- 55 *Ibid.*, p274.
- 56 *Ibid.*, p274.
- 57 *Ibid.*, p275
- 58 See *Cohen v. California*.
- 59 See Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, ch.1 (Harvard University Press, 1996).

- 60 See Post, *Constitutional Domains*, p278.
- 61 Ibid., p281.
- 62 See Fiss, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, ch.1 (West View Press, 1996).
- 63 See Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, ch.6 (The Free Press, 1993).
- 64 See Post, *Constitutional Domains*, p283.
- 65 Ibid., pp283 – 285.
- 66 Ibid., p129.
- 67 See Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, p22 (The University of Chicago, 1962).
- 68 たとえば、J. Skelly Wright は次のように述べている。「選挙運動は時間的に限定されており、個別の代替案に関する個別の投票決定を焦点としている。選挙運動の実践に対する支出限度や他の規制手段はタウン・ミーティングでの秩序のルールと類似しており、討議過程が乱されないようにするために実行される。修正第一条は、政治的・経済的・社会的な論争の全体的な議論に対する統制を認めていない。しかし、タウン・ミーティングで大きい声で長話する人と同様に選挙運動中の無制約な支出は自己統治の価値に有益ともいえない」。See J. Skelly Wright, “Money and the Pollution of Politics: Is the First Amendment an Obstacle to Political Equality?” in Vincent Blasi (ed), *Law and Liberalism in the 1980s* (Columbia University Press, 1991). See also Martin H. Redish, *Money Talks : Speech, Economic, and The Values of Democracy* (New York University Press, 2001).
- 69 See David S. Allen, “The Supreme Court and the Creation of an (In) active Public Sphere” in David S. Allen and Robert Jensen (eds.), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression* (New York University Press, 1995).
- 70 ダグラス (William O. Douglas) 裁判官は *Branzburg v. Hayes* 判決の反対意見において取材源を秘匿する報道機関の憲法上の権利を認めなかった法廷多数意見を批判するとき、現代の「公共的」生活の状態について次のように論じている。「統治する人々は体制を脅かす陰謀からは遠く離れている。人々は社会を傷つける力が作用しているような都市に生活している場合でも、真実の源泉から離れている。報道機関の機能は出来事を調査し、進行している事柄について人々に情報提供し、良い影響だけでなく、悪い影響も公表することである」<sup>70</sup>。この意見のなかに読み取れるのは、政治制度から孤立した個人から構成される “inactive public” である。それは政治生活から切り離された市民であり、政治的な場所に参加することもなく、参加したとしても制度としての報道 (institutional press) を通した政治生活しかないような市民である。アレンによれば、デモクラシーの規範的な理論においては「行為」の重要性が認識されなければならない。Ibid., p93. この点については、さらに参照、Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (Alfred A. Knopf, 2005).
- 71 See Allen, *Democracy, Inc.*, pp140 – 143.