

ヘイト・スピーチに対する非強制的施策 に関する原理的考察 (二)

—Corey Brettschneider の価値民主主義 (Value Democracy) 論と
民主的説得 (Democratic Persuasion) 論の考察を中心として—

山 邨 俊 英

第一章 問題の所在

第二章 Corey Brettschneider の価値民主主義論と民主的説得論

(一) Brettschneider の議論の概要

(二) 問題設定と基本的立場

(1) ヘイト・スピーチの定義

(2) 回避すべき二つのディストピアとヘイト・スピーチに対する二つのアプローチ

(3) Brettschneider の立場 (以上 40 巻 2 号)

(三) 公的関連性の原理と公的に正当化されるプライバシー

(1) 公的関連性の原理と公的に正当化されるプライバシー

(2) 自由かつ平等な市民としての地位

(3) 公的関連性の原理の根拠

(4) 小括

(四) 権利の尊重と公的関連性の原理とを調和させる手段

(1) 概説

(2) 反省的修正

(3) 民主的説得

(4) 小括 (以上本号)

(五) 各論的考察

(1) 表現者としての国家

(2) 教育者としての国家

(3) 助成者としての国家

(4) 宗教の自由との関係

第三章 若干の検討—強制と説得との区別の問題を中心として—

(1) 「中立主義」あるいは民主的説得は「積極的すぎる」側からの応答

(2) 「禁止主義」あるいは民主的説得は「弱すぎる」側からの応答

(3) 小括

第四章 結びに代えて

前節で Corey Brettschneider の議論の問題設定と基本的立場を明らかにした。以下からは彼の議論を具体的に見ていくことになるが、彼の議論は非常に幅広い論点を取り扱っているため、その議論を網羅的に取り扱うことは容易ではない。そこで、本稿では、前節で明らかにした彼の基本的立場との関連から、「自由かつ平等な市民としての地位」に関する部分・価値基底的な見解中立性法理に関する部分・民主的説得に対する二つの制限に関する部分に論点を絞り、その他の論点については簡単に触れるに留める。

(三) 公的関連性の原理と公的に正当化されるプライバシー

Brettschneider の価値民主主義論を構成する要素として最も重要なものは、これまで繰り返し言及してきた「自由かつ平等な市民としての地位」という概念である。そして、この概念を中核に据えて、彼は「公的関連性の原理 (principle of public relevance)」を提案している。この「自由かつ平等な市民としての地位」を中核に据えた「公的関連性の原理」が価値民主主義論の根本原理であり、そして以下の議論の出発点となる。そこで、本節は「公的関連性の原理」の規範的含意を明らかにすることを目的とする。

(1) 公的関連性の原理と公的に正当化されるプライバシー

「公的関連性の原理」について Brettschneider は以下のように要約している⁽¹⁰²⁾。つまり、「公的関連性の原理」とは、「自由かつ平等な市民としての地位の理念と対立する意見 (beliefs) 及び慣行 (practices) は公的関連性を持ち得、民主的価値と調和するように変えられるべきである」という考え方である。この原理は、「意見や慣行が国家の強制から権利によって保護されるときでさえ適用され」、そして「差別が拡散できる場合及び差別が公的批判から免れ得る場合、家庭や市民社会秩序 (families and civil society organizations) は、『私的

(102) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 24.

空間 (private spaces)』として隔離されない」。しかし、「公的関連性の原理は民主的価値に反対する意見や慣行に限定され」、「生活のあらゆる領域を政治的 (political) と解釈するわけではない」。

以上のような内容の「公的関連性の原理」を導入する背景には、伝統的な公私の区分に対する疑問がある。Brettschneider によれば、「自由民主主義理論において公的領域と私的領域との区分に関する支配的なメタファーは空間的なもの」⁽¹⁰³⁾である。この空間的メタファーの下では、「我々の人生のいくつかの領域は公的であり、政治的ルール及び要件 (political rules and requirements) に正当に服し得る。しかし、その他の領域 (例えば、我々の家庭若しくは礼拝所) は私的であり、それゆえ政治的正義の侵襲的な規制に服さない」⁽¹⁰⁴⁾と考えられている。この空間的メタファーに対し Brettschneider は、二つの欠点を指摘している。つまり、「第一に、強姦のような権利侵害は、どこでも潜在的に起こり得るし、また国家行為によって阻止されるべきであるため、常に強制から自由な現実の空間は存在しない。第二に、権利が侵害されていない、また表現の自由及びプライバシーの権利によって個人が保護されるときでさえ、自由かつ平等な市民としての地位に反対する見解は表明されるだろう」⁽¹⁰⁵⁾という二点である。このような欠点 (特に第二の欠点) を考える好例として、彼は、虐待には至らない態様で両親が子どもに人種差別的見解を教えている場合を取りあげる。この例は、レイシストの両親によって育てられた少女を家庭から強制的に保護したカナダの事例をモデルとしている。この事例では「潜在的な虐待 (potential abuse)」の問題があったため家族のプライバシーの権利を侵害しないと考えられるが、虐待の問題が存在しない場合、果たして両親が人種差別的な見解を教えているという点だけで強

(103) *Id.* at 25.

(104) Jonathan Quong, *Brettschneider Reading Group: Introduction and Chapter1*, <http://publicreason.net/2012/11/12/brettschneider-reading-group-introduction-and-chapter-1/> (2012).

(105) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 27-28.

制的な子どもの保護を正当化できるのかという問題が生じる⁽¹⁰⁶⁾。この問題を Brett Schneider は、「子どもの強制的な保護 (child removal) を用いて、家族生活に〔自由かつ平等な市民としての地位の〕その価値を政府が強制的に拡張し得るか否かという問題をそのような事案は提起する」⁽¹⁰⁷⁾ (括弧内は筆者による) と表現し、そしてそのような強制的な国家の介入を認めるならば、先述した私事を詮索する国家の恐れを惹起させると指摘している⁽¹⁰⁸⁾。しかしかといって、それを放置するならば、次の世代に正当な社会 (legitimate society) の原理そのものに反対する諸価値を教え込むことになる⁽¹⁰⁹⁾。ここには先述した憎しみに満ちた社会の恐れが表れていると言える。

Brett Schneider は、「以上の例は、公的関連性を考察するパラダイムとしての空間的メタファーの限界を示唆しており、またより微妙な差異を捉えた規範的アプローチ (more nuanced normative approach) の必要性を論証している」⁽¹¹⁰⁾ と指摘し、空間的メタファーに取って代わる概念として「公的に正当化されるプライバシー (publicly justifiable privacy)」の概念を提案する。この概念は、空間的メタファーと違って何らかの生活領域を公的評価 (public evaluation) から免れさせるものではなく、公私の区分を引く際に公的関連性の原理に依拠するものである。つまり、「この原理によれば、私的意見・コミュニケーション及び行為 (private beliefs, communications, and actions) は公的評価から免れるのではない。むしろ、家庭や市民社会は、公然と明るみに出る (comes to light publicly) 方法で自由かつ平等な市民としての地位の価値に反対するとき、これらの集団の権利を侵害することなく、公的評価及び批判に潜在的に服す

(106) See *Id.* at 28.

(107) *Id.* at 51.

(108) See *Id.* at 28-29, 51-52. また、カナダの事例については、see Bruce Owen, *Swastika children made Crown wards*, National Post (February 12, 2010), Director of Child and Family Services v. D. M. P. et al., 2010 MBQB 32.

(109) *Id.* at 29.

(110) *Id.*

ることになる」⁽¹¹¹⁾。

以上の議論から明らかなように、公私の区分に対する空間的メタファーへのオルタナティブとして提案された公的に正当化されるプライバシーの含意を規定するのが公的関連性の原理であり、そして公的関連性の原理の含意を規定しているのが自由かつ平等な市民としての地位という概念である。そこで、以下からは、項を改めて自由かつ平等な市民としての地位の概念に関する Bretttschneider の議論を見ていくこととする。

(2) 自由かつ平等な市民としての地位

自由かつ平等な市民としての地位という概念を明らかにするにあたって Bretttschneider が検討する問題は、自由かつ平等な市民としての地位の理念は「政治的構想 (political conception)」ではなく「包括的教説 (comprehensive doctrine)」⁽¹¹²⁾ であり、それゆえ Bretttschneider のリベラリズム論は「政治的リベラリズム」ではなく「包括的リベラリズム」に至っているのではないか、という問題である。この問題は、明らかに John Rawls の議論を前提としてい

(111) *Id.* 本文の議論から明らかなように、「公的に正当化されるプライバシー」という概念は公私の区分を確定するための概念であり、権利としてのプライバシーについての議論ではない。ただし、Bretttschneider は前著で価値民主主義の下での権利としてのプライバシーについても論じている。See COREY BRETTSCHEIDER, *DEMOCRATIC RIGHTS: THE SUBSTANCE OF SELF-GOVERNMENT* ch.3 (Princeton University Press 2007). Bretttschneider の権利としてのプライバシー論に対する評釈として、see Loren King, *A Democratic Right to Privacy: Political or Perfectionist?*, 47, NO. 1 REPRESENTATION 29 (2011). さらに、この評釈に対する応答として、see Corey Bretttschneider, *Defending the Value Theory of Democracy: A Response to Six Critics*, 47, NO. 1 REPRESENTATION 77-79 (2011).

(112) 拙稿「ヘイト・スピーチに対する非強制的施策に関する原理的考察 (一) —Corey Bretttschneider の価値民主主義 (Value Democracy) 論と民主的説得 (Democratic Persuasion) 論の考察を中心として—」広島法学 40 巻 2 号 (2016 年) 103 頁では「包括的な理論」と訳していたが、おそらく「包括的教説」が定訳であると思われるため、ここで訂正したい。

るため、以下では Rawls の議論を見た後 Brett Schneider の議論を見ていくこととする⁽¹¹³⁾。

まず Rawls は「政治的構想」と「包括的教説」とを区別する。両者の違いはそれぞれが扱っている主題の範囲であり、「包括的教説」は「あらゆる主題をカバーし、人生の全領域にわたって指針となる価値や理想を与えてくれる。また、形而上学的・認識論的な問題に関して特定の見解を含んでいる教説も、それは包括的な教説である」⁽¹¹⁴⁾。対して、「政治的構想」は「次の三つの特徴を有しているとされる。(1) 正義の政治的構想は、特定の主題、すなわち、社会の政治的・社会的・経済的制度という主題を扱うためのものである。(2) 正義の政治的構想は、いかなる宗教的・哲学的・道徳的包括的教説も前提せずに、それらから独立したかたちで提示することができる。(3) 正義の政治的構想の内容は、民主的な社会の公共的政治的文化に内包されている『基本的な考え (fundamental ideas)』から構成されている」⁽¹¹⁵⁾。そして、「包括的リベラリズムとは、特定の包括的教説を基礎としたリベラリズム」であり、「政治的リベラリズムとは、政治的構想を中心とし、政治的な領域で完結するリ

(113) Rawls の議論の理解については非常に膨大な業績が蓄積されており、本来ならばそれらを網羅的に分析したうえで Brett Schneider の議論との関連を考察することが望ましいが、それは本稿の射程を超えるものである。ここでは、Rawls の議論に関する業績の一部に過ぎないが、渡辺幹雄『ロールズ正義論の行方——その前体系の批判的考察』(春秋社、増補版、2000 年)、渡辺幹雄『ロールズ正義論再説——その問題と変遷の各論的考察』(春秋社、2001 年)、そして憲法学的観点からの分析として、大日方信春『ロールズの憲法哲学』(有信堂高文社、2001 年)を挙げるにとどめたい。また、Brett Schneider の Rawls 理解の詳細については、see Corey Brett Schneider, *The Politics of the Personal: A Liberal Approach*, 101, NO. 1 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 19 (2007)。

(114) 花形恵梨子「政治的リベラリズムとは何か」哲学 134 集 (2015 年) 203 頁。この点につき、see JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM: EXPANDED EDITION* 16 (Columbia University Press, 2005)。

(115) 同上 203 - 204 頁 [本文中の注釈は省略]。また、see *id.* at 11-14, 175。

ベラリズムであると理解できる」⁽¹¹⁶⁾。Rawls が以上の区別を導入し、自身の立場を政治的リベラリズムと位置付けたのは、「理に適った多元主義の事実 (the fact of reasonable pluralism)」に対応するためである。花形恵梨子によると、『政治的リベラリズム』以降、ロールズは、現代の民主的な社会では、人々がそれぞれ異なる世界観・価値観を支持し、包括的教説が複数存在することは避けられないことを強調する。また、ロールズが特に問題にするのは、単に包括的教説が複数存在することではなく、理に適った包括的教説 (reasonable comprehensive doctrines) が複数存在するという『理に適った多元主義』が避けられないということである⁽¹¹⁷⁾。そして、「理に適っておりかつ合理的な人々の間であっても、人々が包括的教説において一致することは考えられない。そのため、特定の包括的教説によって社会制度を統制し、人々がそれを支持するようにするのは、『抑圧的な権力の使用』⁽¹¹⁸⁾ でもない限り不可能である。同様に、特定の包括的教説に基づいたリベラリズムの場合も、それを実現するには、抑圧的な権力の使用が必要になってくる。そして、それはリベラリズムの理念に反することになる」⁽¹¹⁹⁾。以上のような議論から、政治的リベラリズムか包括的リベラリズムであるかということが重要な問題となるのである。

以上を前提に Brettschneider の議論に戻ると、まず Brettschneider は、公的関連性の原理（ひいては自由かつ平等な市民としての地位の理念）が多様な領域で広く適用され得るということを認める⁽¹²⁰⁾。しかし、ここで彼は、公的関連性の原理（ひいては自由かつ平等な市民としての地位の理念）は「政治的 (political)」なものであると強調する。より正確には、「公的関連性の原理

(116) 同上 204 頁。

(117) 同上。

(118) RAWLS, *supra* note 114, at 37.

(119) 花形・前掲注 (114) 205 頁。

(120) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 30.

は、その正当化理由(justification)の観点からも、それが適用される意見(beliefs)の種類の観点からも、『深淵 (deep)』ではない。John Rawls に由来する用語を用いると、その原理は『形而上学的ではなく、政治的 (political, not metaphysical)』である⁽¹²¹⁾と述べている。このような主張を裏付けるために、Brettschneider は、自由かつ平等な市民としての地位の理念がどのような含意を有しているのかについて議論を進める。そこで彼は、自由かつ平等な市民としての地位の「理念は、広汎な意見や慣行と潜在的に衝突する規範的なものであるが、最も深淵な神学的若しくは哲学的問題の多くにかかわらない。それよりも、自由かつ平等な市民としての地位の理念は、民主主義社会において強制的な法に服する人々 (persons) の平等な地位を尊重 (regard) している」と述べている⁽¹²²⁾。そして、「要するに、価値民主主義における自由かつ平等な市民としての地位は、あらゆる市民が法の下で平等な地位を有する、という政治的理念に集中している (center around)。同様に、これは反カースト原理 (anti-caste principle) を含意している。つまり、自由かつ平等な市民としての地位の理念を支持するために、一部の市民らが二級とみなされる考え方を我々は拒絶しなければならない」と主張している⁽¹²³⁾。

以上の議論を具体化するにあたって、Brettschneider が Rawls の提示する道

(121) *Id.* (citation omitted). ここで挙げられている Rawls の用語の出典として、see John Rawls, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, 14, NO. 3 PHIL. & PUB. AFF. 223 (1985).

(122) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 30-31.

(123) *Id.* at 31. また、引用部分に続けて Brettschneider は、アフリカ系アメリカ人・女性若しくは同性愛者に対する平等保護が問題となった連邦最高裁判例に検討を加えているが、紙幅の関係からここでは、それらの諸判例が自由かつ平等な市民としての地位の理念に対する侵害を認めたものとして取り上げられていることを確認するに留めたい。これらの諸判例に関する詳細な分析は今後の課題としたい。see *Id.* at 31-34; *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

徳的人格が有する二つの基本的能力の観念を援用している点が注目される。二つの基本的能力とは、「正義感覚を有する能力 (capacity for a sense of justice)」と「善の構想力 (capacity for a conception of the good)」である。これらについて大日方信春によれば、「ロールズは、近代市民の本質 (道徳的人格性) を、正義感覚を有する能力と善の構想力という二つの能力に還元する。…『正義感覚を有する能力』とは、精神障害や過度の興奮など、その知能の行使を妨害する状況におかれていないならば、普通に正／不正の判断をすることができる、という能力である。この道徳的能力は、ひとたび社会的協働の諸関係を規律する原理が採用されたならば、人々はそれに基づく法体系に従って行為すべきであることを理解している、と言い換えることができるであろう。…道徳的人格の『善の構想力』とは、それぞれの人生における目的を有し、それを合理的に追求していこうとしている、という能力である。すなわち、当該個人が価値ある人生とみなす観念を形成・修正し、そしてこれを追求しうる能力のことである」⁽¹²⁴⁾。以上の議論を前提に Brettschneider の議論を見ると、彼は、「政治的自律 (political autonomy) を行使する及び国家の法や政策 (the laws and policies of the state) について判断 (judge) するために、正義感覚への能力が市民らによって用いられる一方で、個人的自律 (personal autonomy) を行使する及び彼らが尊重する (value) ものに基づいて自身のライフプランを追求するために、善の構想力が市民らによって用いられる。十分に行使されるために、善の構想力は表現・結社及び宗教の自由を要求している」⁽¹²⁵⁾と述べた上で、「要するに、自由かつ平等な市民としての地位におけ

(124) 大日方・前掲注 (113) 36 - 37 頁。引用部分に続けて大日方は、「ロールズの人権論は、近代の自律した市民の有する二つの能力 (道徳的能力) に、基本的諸権利・諸自由の根拠を求めるものである」と指摘している。この点 Brettschneider は、自由かつ平等な市民としての地位の理念は、自由民主主義の中核的理念であり、また権利の根拠 (reasons for rights) だと捉えているため、この点でも Rawls の議論への強いコミットメントが伺える。

る『自由』は、市民が政治及び善き生活についての意見 (opinions) を発展させるために必要である政治的及び個人的自律の尊重を要求する。また、自由かつ平等な市民としての地位における『平等』は、これらの能力が個人の人種・民族・ジェンダーに関わらず平等に尊重されることを確実にするという関心 (concern) を反映している」⁽¹²⁵⁾と整理している。つまり、Brettschneider の言う自由かつ平等な市民としての地位は、これら二つの道徳的能力が平等に尊重されることを要求しているのである。これを端的に表現するために、彼は著書以降の業績では「自律 (autonomy) 及び平等な尊重 (equal respect) を『自由かつ平等な市民としての地位』の価値」⁽¹²⁷⁾と呼んでいる⁽¹²⁸⁾。

以上のように自由かつ平等な市民としての地位の理念の含意を明らかにしたうえで、Brettschneider は、自身の平等概念が神のような超越的存在やカント哲学のような形而上学的な構想に依拠せずに正当化されている点⁽¹²⁹⁾、そして市民らの公的地位 (public status) に影響を与える意見にのみ適用される点

(125) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 35.

(126) *Id.*

(127) Corey Brettschneider, *Value Democracy as the Basis for Viewpoint Neutrality: A Theory of Free Speech and Its Implications for the State Speech and Limited Public Forum Doctrines*, 107 NW. U. L. REV. 606 (2013).

(128) ここで、Brettschneider が「Rawls と同様に、私は『自律』という概念を（人生の全領域に適用される）包括的教説ではなく政治的価値の意味で用いている」とわざわざ述べている点に着目すべきである。BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 178 note10. これはおそらく、「自律」という概念を包括的教説として用いている（包括的リベラリズムの一類型である）卓越主義的リベラリズム (perfectionist liberalism) の立場に配慮したものだと考えられる。このような立場をとる論者としては Ronald Dworkin の後期の業績や Joseph Raz が著名であるが、両者の議論について憲法学的関心からの考察としては、小泉良幸『リベラルな共同体』（勁草書房、2002年）参照。また、日本国憲法13条に関する人格的自律権説を政治的リベラリズムにおける「自律」概念と卓説主義的リベラリズムにおける「自律」概念との比較検討を通じて考察する業績として、小泉良幸「自律の教説は公共社会の共通の〈物語〉たりうるか?」『個人として尊重——「われら国民」のゆくえ』（勁草書房、2016年）74頁以下参照。

から、自由かつ平等な市民としての地位の理念は政治的構想であり、自分は政治的リベラリズムの立場に立っていると主張するのである⁽¹³⁰⁾。

(3) 公的関連性の原理の根拠

以上までの議論から、自由かつ平等な市民としての地位の理念の含意が明らかとなり、そして、公的関連性の原理の含意も明らかとなったように思われる。しかし、まだ根本的な問題が残っている。先述したように、公的関連性の原理は「自由かつ平等な市民としての地位の理念と対立する意見 (beliefs) 及び慣行 (practices) は公的関連性を持ち得、民主的価値と調和するように変えられるべきである」という考え方である。だとすれば、その前提として自由かつ平等な市民としての地位が (公務員を含む) 市民たちによって採用されるべき理由を明らかにする必要がある。この問題について、Brettschneider は 4 つの論拠を挙げているため、以下からはそれらを順に見ていくこととする。

① 民主的一致若しくは正統性 (democratic congruence or legitimacy)

Brettschneider は、民主的一致という概念を「民主的な公的価値 (democratic public values) と個人的コミットメント (personal commitments) との一貫性 (consistency) の重要性」⁽¹³¹⁾を明らかにするために用いている。この概念は「権利の根拠に対する広汎な是認 (wide endorsement) の重要性に関係し、またエリートだけが法や権利の根拠を是認しているならば、それが正統性の問題で

(129) *see id.* at 35-36. ここで Brettschneider は、宗教的教義に基づく平等概念の例として、ROBERT D. PUTNAM & DAVID E. CAMPBELL, *AMERICAN GRACE: HOW RELIGION DIVIDES AND UNITES US* (Simon & Schuster, 2010) を挙げている。

(130) ただし、本文のように主張してもなお、Brettschneider の議論が政治的リベラリズムの立場に留まっているかについては異論がある。*see* Abner S. Greene, *State Speech and Political Liberalism*, 29 CONST. COMMENT. 421 (2013).

(131) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 38.

ある理由を明らかにする」⁽¹³²⁾。つまり、権利の根拠である自由かつ平等な市民としての地位の理念に対する広汎な同意が存在しない場合、民主的正統性の問題が生じるということである。民主主義社会では正統性の源泉は市民たちの同意である以上、「民主的正統性は、国家が民主的権利を保護するかどうかだけでなく、権利を正当化する価値に対する民主的承認若しくは市民の同意にも基づいている」⁽¹³³⁾。

ここで Brett Schneider は、政策と世論との間にギャップがある場合、世論にどこまで敬讓すべきなのかを問題としている⁽¹³⁴⁾。彼によれば、「政策は世論を反映することに限定 (restrict) されるべき」だという立場からは「民主的一致のこの解釈は、多くの人々の意見を反映するように政策を変更することを意味する」⁽¹³⁵⁾。このような理解に対して、彼は「世論への厳格な敬讓は、そもそも民主主義への参加権を支える価値そのものを潜在的に傷つける政策の制定を意味するだろう」⁽¹³⁶⁾と反論している。ここで彼が念頭に置いているのは、世論の多数派がアフリカ系アメリカ人の公民権の剥奪を望んでいる場合である。そのような場合、彼は「世論が参加権をもたらず価値そのものに反対しているとき、そのような政策は民主主義の名の下に裁判所によって取り消されるべきである」と主張している⁽¹³⁷⁾。彼は「(権利を尊重する一方で) 国家がどのように公共政策を民主的価値と調和させられるのかを考察するこ

(132) *Id.*

(133) *Id.*

(134) この問題は民主主義において手続と実体のいずれを重視すべきなのかという問題であり、それは司法審査と民主主義の問題とも関連している。この問題について Brett Schneider は前著で詳細に論じている。see BRETT SCHNEIDER, *supra* note 111. 司法審査と民主主義の問題については、さしあたり、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)参照。

(135) BRETT SCHNEIDER, *supra* note 33, at 38.

(136) *Id.*

(137) *Id.* at 39.

とは、国家にとって重要である」と指摘した上で、「私は、理に適った不一致 (reasonable disagreement) が存在する問題に関する意見を政府は形成 (mold) すべきだと主張しない」と述べている⁽¹³⁸⁾。つまり、自由かつ平等な市民としての地位の理念に反することが明白である場合に、民主的正統性を強めるために国家は世論を変化させるよう試みるべきだと述べているのである⁽¹³⁹⁾。

②安定性 (stability)

これは①の議論の延長線上にある主張だと言ってよいだろう。つまり、「もし民主的権利（手続的と実体的のいずれも）が広汎な是認の基礎に支えられていないならば、これらの権利が時がたてば安定するだろうと考える理由は存在しない」ということである。Brettschneider はこのような意味での安定性の問題について、「この経験的懸念 (empirical worry) 及び自由かつ平等な市民としての地位の価値が広く支持されるべきだというより広い考え方は、ある政治体制 (regime) が『正しい理由による安定性』を有するという点を確実にする、という Rawls の関心の中心にある」⁽¹⁴⁰⁾と述べている。

③相互関連性 (interconnection)

(138) *Id.*

(139) *See id.* at 42. また、「理に適った不一致」という概念については、*see* AMY GUTMANN & DENNISTHOMPSON, *DEMOCRACY AND DISAGREEMENT* (Harvard University Press, 1996). 関連して、「理に適った不一致」という概念との関係で司法審査と民主主義の問題を論じる業績として、平地秀哉「『理にかなった多元性』と司法審査——『原理』の決定における『多数決主義という難点』——」早稲田法学 78 巻 4 号 (2003 年) 153 頁以下参照。

(140) *Id.* at 39 (citation omitted). なお、「正しい理由のための安定性」という概念については、*see* RAWLS, *supra* note 114, at xxxvii note5, xli, 459. 加えて、Rawls の政治的リベラリズムにおける安定性の議論に対する考察として、谷澤正嗣「ジョン・ロールズ『政治的リベラリズム』をめぐる批判——安定性の追求とそのコスト」早稲田政治経済学雑誌 341 号 (2000 年) 367 頁以下参照。

これは、自由や平等という価値は非政府組織（例えば、家庭や企業など）によっても侵害され得る、という議論である。そこから Brett Schneider は、「もし正当と認められる国家 (justifiable state) だけでなく民主的な社会 (democratic society) を我々が望むならば、相互関連性からの主張は、現実の市民 (actual citizens) は憲法上の権利の根拠を是認すべきである、と主張する。これは公的価値を傷つける私的領域における慣行の問題を減少させる」と述べている⁽¹⁴¹⁾。

④ 公的信用 (public trust)

これに関して Brett Schneider は、「法が形式的に述べているものにも関わらず、しばしば自身の意見によって影響を受ける公務員及び官僚によってその法は執行される。これらの公務員は、もし権利の根拠を広く拒絶する社会で生活しまた育てられたならば、自由かつ平等な市民としての地位の法的保護を弱めるだろう」と指摘した上で、「公的信用からの主張は、(検察官を含む) 公務員が自由かつ平等な市民としての地位を確実に保護すると信用されるために、自由と平等の価値が (いわゆる私的領域を含む) より広い社会における市民たちによって広く是認されることが必要である」と主張する⁽¹⁴²⁾。この指摘は、ヘイト・スピーチ法成立前の警察がヘイト・スピーチに対して非常に消極的だったことを考えれば首肯し得るように思われる⁽¹⁴³⁾。

また、Brett Schneider は、「公的信用からの主張は、公務員及び政治的役割 (governmental role) に従事している人々は、自由かつ平等な市民としての地

(141) *Id.* at 40.

(142) *Id.* at 41.

(143) このような問題は多くのところで指摘されているが、ここではさしあたり、京都朝鮮第一初級学校事件との関連で中村一成『ルポ 京都朝鮮学校襲撃事件——〈ヘイトクライム〉に抗して』(岩波書店、2014 年) 153 頁以下、また川崎市桜本におけるヘイト・デモとの関連で神奈川新聞「時代の正体」取材班『ヘイトデモをとめた街——川崎・桜本の人びと』(現代思潮新社、2016 年) 121 頁以下参照。

位の価値を周知させる (promulgate) 特別な義務 (distinct obligation) を負っていると示唆する。すべての市民がこれらの価値を是認及び吸収すべきであるが、民主的価値をはっきりと述べる (articulate) ことは人民の代表にとって特に重要である」と主張する。この点、Brettschneider は過去の不正義 (past injustice) に対する国家の謝罪を例として挙げている。具体的には、「市民は、人種差別的政策が誤りであると認め、そしてそれを批判することができるが、過去の不正義を批判及び謝罪する際に国家のために話すことができるのは、全体としての人民の代表だけである」⁽¹⁴⁴⁾と指摘した上で、「タスキギー梅毒研究 (Tuskegee Syphilis Study)」と呼ばれる問題に対する Clinton 大統領の謝罪演説を紹介している⁽¹⁴⁵⁾。この問題は、政府 (公衆衛生局) によるアフリカ系アメリカ人に対するいわば人体実験の問題であり、アフリカ系アメリカ人を自由かつ平等な市民として取り扱っていなかった。Brettschneider によると、この問題に対する Clinton 大統領の謝罪演説は、「政府の不正な行為を謝罪し

(144) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 41.

(145) 日本医師会によれば、「タスキギー梅毒研究」とは、「米国アラバマ州タスキギーにおいて 1932 年から 1972 年の 40 年にわたって米国政府の補助によって行われた臨床研究で、1932 年当時まだ治療法が確立していなかった梅毒の無料治療を提供すると称して、貧困地のアフリカ系アメリカ人の梅毒の自然経過を観察した。しかし、研究参加者には正確な疾患名は伝えられず、さらに、1947 年頃にはペニシリンが梅毒の標準治療として確立していたが、本研究被験者には治療が提供されず経過観察が続けられたため、被験者死亡・配偶者間感染・先天性梅毒児の出産が続いた。1972 年に報道によってこの臨床研究の事実が公になり、全米で大問題となった。これをきっかけに、米国の国家研究法が成立し、ベルモントレポートが公表された」という事件である。<http://www.med.or.jp/doctor/member/kiso/d32.html>。また、Clinton 大統領の謝罪演説の全文は、President William Jefferson Clinton, Remarks by the President in Apology for Study Done in Tuskegee, The White House, May 16, 1997, <http://clinton4.nara.gov/New/Remarks/Fri/19970516-898.html>。この事件の詳細について、先行業績の網羅的検討及び大統領の謝罪演説の邦訳に取り組んでいる業績として、川北晃司『「タスキギー梅毒研究」解説事例考察——日米における主要解説文献並びに米国大統領謝罪演説——』明治薬科大学研究紀要〔人文科学・社会科学〕45 号 (2015 年) 1 頁以下参照。

ただけでなく、実験 (experiment) が『我々市民全員のインテグリティと平等への我々のコミットメントに対する侮辱 (outrage) だった』と宣言したとき、権利の根拠を明白に引き合いに出した⁽¹⁴⁶⁾ こと、そして「研究の背景にあるレイシズムを批判する際に自由かつ平等な市民としての地位の理念を彼の言論が支持した」⁽¹⁴⁷⁾ ため、民主的説得に該当する。

このような例を取りあげて Bretttschneider は、「権利の根拠及び自由かつ平等な市民としての地位が私的個人 (private individuals) によってだけでなく全体としての国家を代表してはつきりと述べられることは、民主主義において極めて重要である」⁽¹⁴⁸⁾ と指摘している。

(4) 小括

以上までの議論を要するに、Bretttschneider が自由民主主義の中核的価値であるとする自由かつ平等な市民としての地位は、道徳的人格が有する二つの基本的能力 (正義感覚への能力と善の構想力) が平等に尊重されることを要求している。つまり、自由かつ平等な市民としての地位は自律と平等な尊重を要求するのである。このような政治的価値を基礎に、①民主的一致若しくは正統性、②安定性、③相互関連性、④公的信用の四つの理由から、「自由かつ平等な市民としての地位の理念と対立する意見 (beliefs) 及び慣行 (practices) は、公的関連性を持ち得、民主的価値と調和するように変えられるべきである」という考え方が公的関連性の原理であり、この原理に従って公私を区分する概念が公的に正当化されるプライバシーである。この概念は公的関連性の原理の定義における「公的関連性を持ち得」から導き出される概念だと言える。では、次に問うべきは「民主的価値と調和するように変えられるべきである」という部分から導き出される概念とは何かである。ここ

(146) BRETTTSCHNEIDER, *supra* note 33, at 41 (citation omitted).

(147) *Id.* at 42.

(148) *Id.*

で注意すべきは、公的関連性の原理を実現するために強制的手段を用いることはできない、ということである。繰り返し述べているように、それは権利の尊重の要請に反することになる。そのため、Brettschneider は、権利の尊重の要請と公的関連性の原理の要請とを調和させる二つの手段を提案する。次節ではこの二つの手段について検討を加える。

(四) 権利の尊重と公的関連性の原理とを調和させる手段

(1) 概説

前節において、Brettschneider が主張する価値民主主義の中核的概念である自由かつ平等な市民としての地位の理念とそれに基づく公的関連性の原理の含意を明らかにした。本節では、その原理を実現する手段について考察することになる。

Brettschneider が提案する（権利を侵害することなく）公的関連性の原理を実現する二つの手段とは、「反省的修正（reflective revision）」と「民主的説得（democratic persuasion）」である。第一の手段である「反省的修正」は、「自由かつ平等な市民としての地位の理念を自身の信条及び慣行体系（their own set of beliefs and practices）に組み入れる（incorporate）市民らの義務（duty）を強調する」⁽¹⁴⁹⁾概念であり、「民主的価値と市民たちによって抱かれた信条体系との間に衝突が存在するならば、自由かつ平等な市民としての地位の理念を組み入れるために、市民たちは自身の信条を反省的に修正する道を見つけるべきである。公的価値（public values）が市民たちによって抱かれた現在の世界観と衝突する限りで、自由かつ平等な市民としての地位の政治的構想は、現在の信条を改善すること（reforming）及び変更すること（changing）を要求する」⁽¹⁵⁰⁾。ここでは、市民たちが自発的に自身の見解を改めることが要求

(149) *Id.* at 21.

(150) *Id.* at 52 (citation omitted).

されている。次に第二の手段である「民主的説得」は、「国家と市民たちに二つの義務 (duties) を与える。すなわち、両者は、他の市民たちを説得して自由かつ平等な市民としての地位の理念を採用させるべきであり、また自由かつ平等な市民としての地位に反対する政策や立場を批判すべきである」⁽¹⁵¹⁾ という概念である。ここで民主的説得の主体として市民たちが含まれていることに注意すべきである。先の反省的修正の義務を踏まえると、市民たちは、①自由かつ平等な市民としての地位の理念に反する自身の見解を自発的に改める義務に加えて②自由かつ平等な市民としての地位の理念に関して他の市民たちを説得及び批判する義務を負っていることになる。これは対抗言論のプロセスに相当するように思われる。このように考えるのが正当ならば、Brettschneider の議論は対抗言論をも射程に含めた議論だと言える⁽¹⁵²⁾。もっとも、Brettschneider 自身、民主的説得の主体としては主に国家を想定しており、私人による民主的説得についてはほとんど論じていない⁽¹⁵³⁾。このことは、「民主的説得は、ヘイト・グループの問題に国家がどのように対処できるのか、また家庭や市民社会において自由かつ平等な市民としての地位の公的価値を国家がどのように促進できるのかを示唆している」と述べている点からも伺える⁽¹⁵⁴⁾。

ここで Brettschneider が用いている「義務」という用語について整理しておきたい。Katharine Gelber と Frank Michelman が適切に指摘しているように、Brettschneider が主張している「義務」は法的なものではなく道徳的なもので

(151) *Id.* at 21.

(152) ヘイト・スピーチ対策として、刑事規制には反対しながら、対抗言論を促進する政策をとるべきだと主張する論者として Katharine Gelber がいる。See KATHARINE GELBER, SPEAKING BACK: THE FREE SPEECH VERSUS HATE SPEECH DEBATE (John Benjamins Ltd, 2002).

(153) なお、私人による民主的説得の代表例として、Brettschneider は、Martin Luther King Jr. を挙げている。See BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 5.

(154) *Id.* at 21 (emphasis added).

ある。反省的修正における「義務」について、Gelber は、「反省的修正に着手 (undertake) させるための強制が許されていない」こと、「むしろ、市民たちは自発的に反省的修正に従事しなければならない」とされていることから、「これは明らかに道徳的義務 (moral obligation)」であると述べている⁽¹⁵⁵⁾。さらに、民主的説得における「義務」について、Michelman は、「政府が話さないこと (a state's failure to speak) を裁判所は常に (ever) 憲法違反とみなすべき」だと言及が見られないこと、「むしろ、Brettschneider が国家の義務 (state's obligation) に言及するとき、彼は道徳的若しくは倫理的責任による高次の義務感 (higher calling of moral or ethical responsibility) を考えている (has in mind) ように思われる」ことから、「この積極的な防衛義務 (this positive duty to defend) は、厳密な意味で法的なものではない」と述べている⁽¹⁵⁶⁾。確かに、Brettschneider が著書では「義務」という用語を単に "obligation" 若しくは "duty" とのみ表記していたため⁽¹⁵⁷⁾、その性質については明確ではなかった。そのため、詳しくは後述するが、一部には Brettschneider の政府言論理解について混乱が生じていた。

以下、二つの手段についてそれぞれ検討していくが、本稿では民主的説得を詳細に取り扱い、反省的修正は簡単に取り扱うに留める。なぜなら、上述

(155) Katharine Gelber, *Book Reviews*, 124 No. 1 ETHICS 179 (2013).

(156) Frank I. Michelman, *Legitimacy and Autonomy: Value of the Speaking State*, 79 BROOK. L. REV. 988 (2014) (citation omitted). 関連して、Michelman の保護義務論について検討した業績として、松村芳明「共和主義と憲法文化——憲法愛国主義論の検討を端緒として——」専修法学論集 123 号 (2015 年) 283 頁以下、松村芳明「国家の保護義務と比較衡量——フランク・マイケルマンの『アメリカ合衆国における保護義務』論を端緒として——」聖学院大学論叢 23 巻 1 号 (2010 年) 121 頁以下、松村芳明「アメリカ合衆国における保護義務論とその含意——フランク・マイケルマンの議論を中心として——」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』(敬文堂、2009 年) 69 頁以下参照。

(157) Brettschneider は "obligation" と "duty" を互換的に用いているようである。この点を指摘するものとして、*see id.* at 987 note 9.

から明らかなように、民主的説得は国家と市民との関係が問題となる概念であるのに対し、反省的修正は市民だけに関する概念であることから、憲法学的考察を主題とする本稿の関心からは二次的な関心事となるためである。そのため、反省的修正についての詳細な考察は今後の課題としたい。以下からは、まず反省的修正について検討し、次に民主的説得について検討する。

(2) 反省的修正

Brettschneider 自身それほど詳しく反省的修正について検討を加えておらず、また書評やシンポジウムにおいても民主的説得に着目するものが大半であることから、反省的修正がどのように遂行されるのかについては明らかではない⁽¹⁵⁸⁾。ただし、彼は反省的修正には二つの種類があることを指摘している。第一に、「完全な反省的修正 (full reflective revision)」である。この場合、「市民たちは公的価値に照らして自身の構想 (conceptions) のあらゆる側面を審査する。そして、市民たちは自身の私的意見を自由かつ平等な市民としての地位の公的価値への政治的コミットメントに結び付ける。完全な反省的修正は、民主的価値と矛盾するあらゆる意見は内面的な反省 (internal reflection) やことによれば他者との熟議 (deliberation) を通して審査され (examined) そして調和させられる (reconciled)、ということを含意している」⁽¹⁵⁹⁾。第二に、「部分的な反省的修正 (partial reflective revision)」である。これは「他の市民に影響を有する差別的な見解への応答に限定されている」⁽¹⁶⁰⁾。つまり、「これらの市民たちが他者の自由と平等に影響を有しない方法で公的に正当化できない意見 (publicly unjustifiable beliefs) を抱いているとき、それらは公的審査 (public scrutiny) から自由なままであるべき」⁽¹⁶¹⁾ だということである。

(158) 例外的に反省的修正に着目する書評として、see Gelber, *supra* note 155.

(159) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 60.

(160) *Id.*

(161) *Id.*

Brettschneider によれば、価値民主主義において要求されるのは第二の「部分的な反省的修正」だとされる⁽¹⁶²⁾。このことから自由かつ平等な市民としての地位の理念に反する意見がすべて修正されるべきだというわけではないことは理解できるが、具体的にどのような例が当てはまるのかについては述べられていないため、両者の区別にはあいまいさが残る。この点、Katharine Gelber は、反省的修正がどのように遂行されるのかについて言語行為論 (speech-act theory) の業績等を用いて検討していれば、より説得力のある議論になっただろうと指摘している⁽¹⁶³⁾。

Brettschneider は、価値民主主義の下で市民たちは以上のような反省的修正を行うことを義務付けられていると主張しているが、繰り返し述べているように強制を用いて反省的修正を実現することは認めていない。では、市民たちが反省的修正を行わない場合どうすればよいのか？この問題に答えるために提案されるのが、次項で取り扱う民主的説得である。

(3) 民主的説得

本号の冒頭で述べた通り、Brettschneider の議論は幅広い論点を取り扱っており、その議論を網羅的に取り扱うことは容易ではない。特に、民主的説得は彼が最も注力して取り組んでいる部分であることから、なおさらである。したがって、以下からは、彼が主張する価値基底的な見解中立性法理と民主的説得に対する二つの制限に論点を絞り、検討を加えていく。

1. 価値基底的な見解中立性法理

(162) See *id.*

(163) See Gelber, *supra* note 155, at 179. もっとも、言語行為論がどのように役立つのかについては述べられていない。この点、言語行為論については阪本昌成『コミュニケーション行為の法』(成文堂、1992年)、ヘイト・スピーチ規制論における言語行為論の意義については、梶原・前掲注(10)参照。

先述したように、Brettschneider は、法理論としての見解中立性と政治理論としての中立主義を区別し、権利侵害には見解中立性を要求するが、政府言論には見解中立性を要求していない。その際、Brettschneider は、見解中立性法理を価値基底的なものに再定義している。そこで、以下からは、Brettschneider の見解中立性法理の正当化論を見ていくこととする。

まず、Brettschneider は、「価値民主主義の表現の自由論は、国家がその表現的能力において正当に『話す』ものの説明 (account) を組み入れるべきである。私見によれば、民主的説得は、基本的な自由権の基礎にある根拠や価値をはっきりと述べ、また擁護することに主に関心を持つべきである」⁽¹⁶⁴⁾と述べている。しかし、このような立場に対しては、「もし国家がその表現的能力を公的価値のために行使したならば、国家は中立性に反するとだろうという懸念が提起される」⁽¹⁶⁵⁾。そこで、彼は、見解中立性自体が自由かつ平等な市民としての地位という非中立的価値に基づいているということを明らかにすることで、この懸念に答えようとする。

Brettschneider は、価値民主主義の下で「見解中立性法理を自由かつ平等な市民として取り扱うことへのコミットメントに依拠することで再解釈している」⁽¹⁶⁶⁾。その際に、Rawls・Ronald Dworkin・Alexander Meiklejohn という著名な論者たちの見解を参考にしている点が興味深い。まず、Brettschneider は、Rawls の議論を参照する。先にも見た通り、Rawls は道徳的人格が有する二つの基本的能力として「正義感覚への能力」と「善の構想力」とを挙げている。このことから、Brettschneider は、「正義と善の観念を発展させるために市民たちは強制的脅威から自由でなければならない」と指摘した上で、「どのような見解を受容若しくは拒絶するかに関する自由な決定をなす市民らの能力を尊重しないことによって、国家は平等な取扱いを傷つけるだろう。それゆえ、

(164) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 73-74.

(165) *Id.* at 74.

(166) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 75.

見解中立性は、市民らの二つの道徳的能力の完全かつ平等な行使のために必要である」と主張する⁽¹⁶⁷⁾。Brettschneider は、以上のような見解中立性法理の平等主義的正当化と同種の議論として Dworkin と Meiklejohn の議論とを挙げている。Brettschneider によれば、「これらの論者は表現の自由において（ナチスやクランによって抱かれる憎しみに満ちた見解でさえ）見解中立性を擁護していると理解され得る。なぜなら、中立性は、自身の政治的意見を発展させるための市民らの民主的自律（democratic autonomy）を尊重するために要求されるからである」⁽¹⁶⁸⁾。つまり、Brettschneider は、Rawls・Dworkin・Meiklejohn の見解中立性法理は（後二者が言論の自由を明確に念頭に置いている点で Rawls と異なるが）自由かつ平等な市民としての地位という政治的価値を基礎にしているという点で共通しており、「要するに、政治的主張を聞く及び形成する権利は平等な市民としての地位の根本的な構成要素である。それゆえ、見解中立性は言論の自由の正当化と混同されるべきではない。むしろそれは、強制を制限することが適切であるか否かに関する指針を提示する法理である」⁽¹⁶⁹⁾と主張する。

2. 民主的説得に対する二つの制限

先述したように、Brettschneider の価値民主主義論は、政府言論に対する制限を導き出すことが目的とされている。そこで、彼が主張する二つの制限が「手段に基づく制限」と「内容に基づく制限」である。以下で、それぞれについて見ていくこととする。

①手段に基づく制限

「手段に基づく制限」は、「（表現・良心・結社の自由のような）基本的権利

(167) *Id.* at 76.

(168) *Id.* (citation omitted).

(169) *Id.* at 77.

を侵害するあらゆる手段を通して市民の見解の変化を国家が追求しないことを要求する」⁽¹⁷⁰⁾ものである。この制限の含意を理解する上で重要な概念は「強制 (coercion)」の概念である。先述したように Brett Schneider は国家の強制的な能力と表現的能力とを区別するのだが、両者の区別について、批判的人種理論の論者である Charles Lawrence III 世の見解と自身の見解とを対比させて論じている。Brett Schneider の理解によれば、「Lawrence は、強制的行為を含むあらゆる国家行為が理性 (reasons) と価値判断 (value judgments) によって裏打ちされているため、国家は常にその表現的能力において行動していると信じている。・・・しかし、国家は刑法を通してヘイト・グループに対する非難を表明すべきだと示唆している点で、Lawrence は私のアプローチと異なる」⁽¹⁷¹⁾。この記述から、Brett Schneider もあらゆる国家行為が表現的意味を有していることを前提としていると推察できる。そして、この理解が正しいならば、あらゆる国家行為が表現的意味を有することを前提に、「強制」に至る国家行為を民主的説得から除外することが「手段に基づく制限」の趣旨だと考えられる。ここで肝心の「強制」という概念について、彼は、Robert Nozick の業績を参考にして、「特定の行為 (action)・表現 (expression) 若しくは意見 (belief) を禁止する目的で、個人若しくは個人の集団に対して制裁 (sanction) あるいは処罰 (punishment) を課すという国家のおどし (the state threatening)」⁽¹⁷²⁾と定義する。そして、「この定義によれば、強制は遂行されることを必要としない。実際、幾人かは国家の脅迫に抵抗するだろう。しかし、国家行為が強制的であるという事実だけでは、(何人かが暗示 (infer) したよ

(170) BRETT SCHNEIDER, *supra* note 33, at 87.

(171) *Id.* at 84; see Charles Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Racist Speech on Campus in WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT* (ed. Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado, & Kimberle Williams Crenshaw) 53 (Westview Press, 1993).

(172) *Id.* at 88 (citation omitted); see generally Robert Nozick, *Coercion in SOCRATIC PUZZLES* 15 (Harvard University Press, 1997).

うに) 当該行為が正当化できないということまで含意しない。それどころか、国家の強制が正当化できる場合が確かに存在する」⁽¹⁷³⁾。しかし、彼は、「手段に基づく制限は、表現を禁止するために国家は強制を用いるべきではない、と主張する。強制的なおどしは、どの種の政治的意見 (policy beliefs) を表明するのかを自分自身のために決定する個人の能力を否定するだろう。この否定は、市民の道徳的能力を発展及び行使する彼らの権利 (entitlement) を尊重していない」⁽¹⁷⁴⁾と述べて、表現に対して国家は強制を用いるべきではないと述べている。これに対して、Brettschneider は国家の表現的能力を用いた介入を認めるのだが、その要点を以下のようにまとめている。すなわち、「国家は市民が対立する意見 (beliefs) を抱くことを禁じようと努めていないため、特定の意見を表明することによって個人の意見 (minds) 変えようとする国家の試みは強制を構成しない、という点は強調されるべきである。それどころか、市民がそれを拒絶するのは自由であるということは、表明の考え方、またもっと正確に言えば (more specifically)、自由と平等の中核的価値の表明及び擁護にとって最も重要である。市民が民主的価値を是認するように国家は説得に努めるべきだと私は主張するが、国家が受け入れ (acceptance) を強制するよう試みないことは、自由と平等の価値にとって極めて重要である。市

(173) Corey Brettschneider, *Free Speech as an Inverted Right and Democratic Persuasion* in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS 372 (ed. Rowan Cruft, S. Matthew Liao & Massimo Renzo) 361 (Oxford University Press, 2015). これは「強制」の道徳的概念を採用しないことを意味している。「強制」の道徳的概念によれば、強制は道徳的に正当化できない場合を意味する。しかし、Brettschneider の「強制」概念は、「特定の行為が道徳的に正当化可能であるが、なお強制的である場合を認める」点で「強制」の道徳的概念とは異なっている。そのため、彼は自身の「強制」概念について「私の定義は、選択 (choice) を否定しようと試みるときに行為が強制とみなされる、という非道徳的だが規範的な基準を用いている」と述べている。see id. at 372-373. 「強制」の道徳的概念については、see ALAN WERTHEIMER, COERCION (Princeton University Press, 1990).

(174) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 88.

民は自由かつ平等な市民としての地位の中核的価値に関する国家の擁護を拒絶する自由を有するべきである」⁽¹⁷⁵⁾。これは強制を回避すべきであるという手段に基づく制限の当然の帰結であるが、続けて「同様の理由から、市民を意図的に (intentionally) 誤解させることによって若しくは彼らの考えを潜在的意識的に (subliminally) 変えようと試みることによって、自由かつ平等な市民としての地位の価値を受け入れるように市民を操作する (manipulating) ことを国家は避けるべきである。自律を尊重するために、手段に基づく制限は、民主的説得は透明 (transparent) でなければならないと主張する。しかし、民主的説得が明確な根拠 (explicit reasons) を含むという要件は、それが感情的あるいは修辭的な説得力 (emotional or rhetorical persuasiveness) を避けなければならないということの意味しない」⁽¹⁷⁶⁾と述べられている点は、民主的説得において透明性と説得性が重要であるということを明らかにしている点で重要である⁽¹⁷⁷⁾。特に、透明性は価値民主主義の目的とも関連があるので、以下で若干敷衍する。

先に Brett Schneider の基本的立場について見た通り、価値民主主義の目的の1つは、「そもそもなぜ権利が尊重されるべきかを正当化する理由を明瞭に述べるべきであり、また市民を説得して自由と平等の民主的価値を彼ら自身の

(175) *Id.*

(176) *Id.* at 88-89.

(177) 説得性に関して引用部分で示唆されているように、Brett Schneider は、民主的説得において特定の形態のレトリックを用いることを認めているが、具体的にどのような例が認められるかについては論じていない。この点、彼は民主的説得におけるレトリックのモデルとして、Simone Chambers が提案している「熟議的レトリック (deliberative rhetoric)」と「プレビシットのレトリック (plebiscitary rhetoric)」との区別を挙げている。See *id.* at 186 note 35; Simone Chambers, *Rhetoric and the Public Sphere: Has Deliberative Democracy Abandoned Mass Democracy?*, 37, NO. 3 POLITICAL THEORY 323 (2009). また、Brett Schneider の議論をレトリック論の観点から補足することを目的とした評釈として、see Josiah Ober, *Democratic Rhetoric: How Should the State Speak?*, 79 BROOK. L. REV. 1015 (2014).

ものとして採用させるよう試みるべきである」というものであり、これは「権利のパラドクス」に伴う憎しみに満ちた見解との共犯関係の問題に対応するものだった。ここで Brett Schneider は、「民主的説得がどのように共犯関係を回避するかをはっきりと述べるために、また国家が権利の根拠を表明するよう努めるべきだという主張を支持するために、法の周知性の考え方 (the idea of promulgating law)」⁽¹⁷⁸⁾に着目する。彼によれば、「法の内容が公布される若しくは市民に知らされているという点を確実にする義務を国家が負っているということは、一般的に理解されている。市民が法を知ることを義務づけられている (obligated) 一方で、市民がこの情報を受け取る方法を提供することは国家の責務 (responsibility) である」⁽¹⁷⁹⁾。これは近代法の原則であるが⁽¹⁸⁰⁾、彼はそれを権利の根拠を周知させることにまで拡張する。つまり、彼は、「市民は権利の根拠を自分のものとする (internalize) よう義務付けられている (obligated) という主張だけでなく、国家はこれらの根拠を広めるべきだとも主張したい。国家が権利を保障する理由を表明すること及びそれらの権利の背後にある根拠を説明することは、正当な社会において極めて重要 (essential) である」⁽¹⁸¹⁾と主張する。その上で、彼は、「主要な問題は、(権利の根拠に反対する) 憎しみに満ちた見解の市民による表現も国家は保護しなければならないということを前提として、権利の基礎にある根拠を表明する方法を国家がどのように発見するかにある」⁽¹⁸²⁾と指摘し、その典型例として連邦最高裁の判決を挙げている。すなわち、「連邦最高裁は、憎しみに満ちた見解の国家による保護はこれらの見解の国家による是認 (approval) を意味しない、ということを一般市民 (citizenry) に明らかにすべきである。言い換えれば、連邦

(178) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 44.

(179) *Id.*

(180) See LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 39 (Yale University Press, 1964).

(181) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 44.

(182) *Id.* at 81-82.

最高裁は、差別的な見解を批判する根拠を与えると同時に、言論の自由のような権利の重要性を支持 (affirm) すべきである⁽¹⁸³⁾。以上のような意味で、手段に基づく制限の透明性の要請は、価値民主主義の目的とも結びつくのである。なお、彼によれば、権利の根拠を周知させるという考え方は民主的説得の第一歩 (the first step) であり、「民主的説得は、市民たちが反省的修正に従事することを促進する」⁽¹⁸⁴⁾。つまり、反省的修正と民主的説得とは循環的な構造として想定されているのである。

Brettschneider は以上のように強制と説得とを区別するのだが、この点は彼の議論の中で最も論争的な部分であり、詳しくは次章で検討する。

②内容に基づく制限

「内容に基づく制限」は、「国家が表現的能力を行使することが正当化される状況だけでなく、国家が表現的能力を通して変化させるよう試みることを義務付けられる (obligated) 意見の種類も制限する。自由かつ平等な市民としての地位の理念に反する意見だけに異議を申し立てるためにその表現的能力を用いることは、国家にとって避けがたいものである。特に、国家は、あらゆる反平等主義的意見を変えさせようと努めるべきではなく、自由かつ平等な市民としての地位の理念に異議を申し立てる意見だけを変えさせようと努めるべきである」⁽¹⁸⁵⁾とされている。これは先述した通り、自由かつ平等な市民としての地位の理念が政治的価値であり、人生のすべての領域に適用されるものではないことに対応している。ここで、Brettschneider は、友人との夕食の際常に支払わない例を挙げて、それは「平等な友情関係の理念に反するだろうが、平等な市民としての地位の理念には反さない」と述べている⁽¹⁸⁶⁾。

(183) *Id.* at 82. 連邦最高裁がこのような役割を果たしていた例として、*see Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

(184) *Id.*

(185) *Id.* at 89.

以上から、「要するに、民主的説得に対する内容に基づく制限は、道德それ自体 (morality per se) と矛盾する見解ではなく、自由かつ平等な市民としての地位の理念と矛盾する見解のみを批判することを国家に要求する」⁽¹⁸⁷⁾と主張する。

しかし、自由かつ平等な市民としての地位に反するか否かの判断は常に容易ではない。そのため、Brettschenider は、「内容に基づく制限に従って国家が批判する義務 (obligation) を有するのは、自由かつ平等な市民としての地位の理念に公然と敵対的である若しくはそれと矛盾していないとは信じがたい (implausibly compatible) 見解だけである」⁽¹⁸⁸⁾と述べて、理に適った不一致が存在する場合には民主的説得を行うべきではないと主張している⁽¹⁸⁹⁾。それゆえ「内容に基づく制限は、民主的説得の国家による使用を公的関連性の原理よりも制限されたものにする。公的関連性の原理は、自由かつ平等な市民としての地位と個人の意見 (beliefs) との間の衝突一般を同定 (identifies) し、またこれらの意見 (beliefs) を民主的価値と調和させることの重要性を示唆する。他方で、内容に基づく制限は、国家が民主的説得に従事すべき場合をさらに狭める。内容に基づく制限によれば、自由かつ平等な市民としての地位の理念と明確に矛盾している若しくは調和すると信じがたく (implausibly) 主張されている意見 (ideas) を個人らが抱くあるいは促進するときのみ、国家は民主的説得を用いるべきである」⁽¹⁹⁰⁾。

(186) *Id.*

(187) *Id.*

(188) *Id.* at 90. 例えば、KKK のようなヘイト・グループの見解は自由かつ平等な市民としての地位に明白に反する典型的な例だとされる。対して平等の理念がアファーマティブ・アクションを要求するか否かという問題についての見解は、平等な市民としての地位のあり得る (plausible) 解釈として除外される。See *id.*

(189) See *id.* この点、理に適った不一致が存在する場合でも政府言論は認められるべきだという観点から Brettschneider の議論を批判するものとして、see Greene, *supra* note 130, at 430-433.

また、Brettschneider は、「民主的説得の内容に基づく制限は、国家が自身の価値のために発言することを義務付けられている (is obligated) ものの内容にかかわる」と述べている。この点、先述したように、彼が言う「義務」は法的義務ではなく道徳的義務であるため、内容に基づく制限は、国家が発言する道徳的義務を負う場合を確定する意義がある。ただし、「国家が自由かつ平等な市民としての地位の理念を促進すること及びそれと矛盾する見解を批判することを義務付けられている (is obligated) 場合に私の関心 (my focus) があるが、私は、他の種類の政府言論が義務的 (obligatory) でなければ禁止されて (prohibited) もいない可能性を開かれた状態にしておく」⁽¹⁹¹⁾と述べているように、政府言論が許容される場合が存在することを彼自身認めていることが重要である。なぜなら、先述したように「義務」という用語の性質を彼があまり明確にせずに使用していたこと、また上の引用部分以外に政府言論が許容される場合が存在することを明らかにした部分が存在しなかったことから、Brettschneider の政府言論理解は誤解される場合があったためである。実際、Mark Graber は、Brettschneider の議論が自由かつ平等な市民としての地位の理念に関して説得する場合にのみ政府言論が認められると主張しているように読めるため、Brettschneider の政府言論法理を「信じがたい (implausible)」ものだと述べている⁽¹⁹²⁾。これは、「原則として『政府の言論』は無制約のもの」とされているからこそ、例外的に『政府の言論』は抑制すべきである』という論理を立てなければならない⁽¹⁹³⁾という理解からすれば、Brettschneider の議論は原則と例外が逆転しているように感じるため、納得で

(190) *Id.*

(191) *Id.*

(192) See Mark Graber, *Rules for the State that Never Shuts Up*, <https://concurringopinions.com/archives/2013/04/rules-for-the-state-that-never-shuts-up.html> (2013).

(193) 蟻川恒正「プロト・ディシプリンとしての読むこと 憲法〔第10回〕論点解説『政府の言論』」法学セミナー 674号 (2011年) 64頁。

きるように思える。しかし、これに対して Brett Schneider は、Graber が「国家は、ある見解に賛成して発言するか、ある見解を非難するかのいずれかでなければならない」と自分の見解を誤解していると指摘した上で、「国家がある見解を促進する義務も批判する義務も負っていない許容的政府言論 (permissible state speech) の事例を看過している」と述べている⁽¹⁹⁴⁾。そして、このような誤解を避けるため、Brett Schneider は政府言論を①義務的政府言論 (obligatory speech) (国家が話すべきもの)、②禁止的政府言論 (prohibited speech) (国家が話すべきではないもの)、③許容的政府言論 (permissible speech) (国家が話すことが認められている若しくは任意であるもの) の三つに分類し、「私の著書の『民主的説得』に関する部分は、義務 (obligation) の問題として国家に要求されているものに着目している」と主張している⁽¹⁹⁵⁾。つまり、Brett Schneider によれば、「自由かつ平等な市民としての地位の価値に反対する見解 (すなわち、憎しみに満ちた見解) の批判は国家の義務」(①義務的政府言論) であると同時に、「市民たちはなお憎しみに満ちた見解を表明する権利を有するが、これらの価値に反対する政府言論は禁じられる」⁽¹⁹⁶⁾ (②禁止的政府言論)。そして、「ある見解が自由と平等の自由主義的価値に反対していないというテストを通過するとき、許容的政府言論の事案が生じるだろう」⁽¹⁹⁷⁾ (③許容的政府言論) とされている。

以上のような政府言論の類型論と関連して、民主的説得に対する二つの制限と憲法との関係について Brett Schneider が以下のように述べている点も重要である。彼は、「民主的説得に対する内容に基づく制限と手段に基づく制限が

(194) Corey Brett Schneider, *Permissible, Obligatory, and Prohibited State Speech: A Response to Mark Graber*, <https://concurringopinions.com/archives/2013/04/permissible-obligatory-and-prohibited-state-speech-a-response-to-mark-graber.html> (2013).

(195) *Id.*

(196) *Id.* (citation omitted).

(197) *Id.*

存在するべきだ、という私の主張は、規範的原理でもあれば憲法原理でもある。国家は自由かつ平等な市民としての地位の理念に有利になるように発言することを憲法上許容されるべきであるが、連邦最高裁も政府言論を適切な範囲に限定すべきである。人種差別主義的な政府言論若しくは自由かつ平等な市民としての地位の理念にその他の点で明確に反している政府言論は、憲法上制限されるべきである」⁽¹⁹⁸⁾と述べた上で、国教樹立禁止条項・適正手続条項・平等保護条項を含む様々な憲法条項に由来する政府言論に対する憲法上の限界を主張する Michael Dorf の議論⁽¹⁹⁹⁾に同意すると述べている。その上で、Brettschneider は、このような限界に反する政府言論は平等保護条項によって要求される合理性の審査を満たさないと主張している⁽²⁰⁰⁾。以上の議論は、Brettschneider の議論が政治哲学の領域に留まるものではなく憲法学の領域への接続も視野に入れたものであることを表している。このような点も本稿が彼の議論を参照するに値すると考えた要素の一つである⁽²⁰¹⁾。

(4) 小括

Brettschneider は、公的関連性の原理の要請と権利の尊重の要請とを調和させるために、まず自由かつ平等な市民としての地位の理念に適合するように自身の見解を自発的に改めることを市民に要求する「反省的修正」を、次に

(198) Brettschneider, *supra* note 127, at 638.

(199) See Michael Dorf, *Same-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, and Law's Social Meanings*, 97 VA. L. REV. 1267 (2011).

(200) See Brettschneider, *supra* note 127, at 638; Dorf, *id.* at 1277.

(201) 禁止的政府言論の問題についてはDorfの業績以外にもいくつか蓄積が存在しており、そのような議論と Brettschneider の議論との関係については重要な問題であるが、この点についても今後の課題としたい。See e.g., Helen Norton, *The Equal Protection Implications of Government's Hateful Speech*, 54 WM. & MARY L. REV. 159 (2012). また、邦語文献としては横大道・前掲注(31) 284 - 299 頁において政府言論に対する憲法上の制約について論じられている。

自由かつ平等な市民としての地位の理念に反する見解を批判及びその見解を改めるように説得することを市民と国家に要求する「民主的説得」を提案している。彼は、民主的説得の正統性を基礎づけるにあたって政府言論の法理を用いており、まず見解中立性の法理を自由かつ平等な市民としての地位の理念に基づく価値基底的なものとして再定義する。これによって、見解中立性の法理は、強制を制限する法理として理解され、非強制的手段には適用されないことが明らかとなった。その上で、彼は、民主的説得に対し、強制を回避するという「手段に基づく制限」と自由かつ平等な市民としての地位の理念に反する見解に対してのみ表現的能力を行使することが義務付けられるという「内容に基づく制限」とを課す。以上が *Brettschneider* の提案する価値民主主義の理論枠組みであり、これによって公的関連性の原理の要請と権利の尊重の要請とが調和されると彼は主張している。では、次節では、*Brettschneider* が以上の議論をどのような事案に適用しているのかを見ていくこととする。