

論 説

「沈黙の自由」について
Louis Michael Seidman “Silence and Freedom”を
導きの糸として

金 澤 孝

- 一 序
- 二 分析視座の獲得
- 三 謝罪しない自由としての沈黙の自由
- 四 表現の自由と沈黙の自由
- 五 跋

一 序

本稿は Louis Michael Seidman 教授⁽¹⁾ 執筆の “Silence and Freedom”⁽²⁾ の読解を通じ、「沈黙の自由」の本質に多少なりとも迫ってみようとして試みるものである。

(1) Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law at Georgetown Law School. 専門は憲法、刑事法。

代表的な著作として、OUR UNSETTLED CONSTITUTION: A NEW DEFENSE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (Yale Univ. Pr., 2001). Seidman 教授の憲法学説に言及する邦語文献は非常に少ないが、これは教授の議論が法分野横断的でかつ学際的なことによるかもしれない。その中で教授の憲法に対する基本的な立場に言及するものとして以下のものがある。阪口正二郎「アメリカ憲法学とニューディール再考」『国家と自由—憲法学の可能性』（日本評論社、2004年）15頁以下。

(2) LOUIS MICHAEL SEIDMAN, SILENCE AND FREEDOM (Stanford Univ. Pr., 2007).

日本の憲法学において「沈黙の自由」という概念が単独で取り上げられることはさほど多くない。これは日本国憲法にかかる自由に関する明文規定がないことに因るのではなく、むしろ「沈黙の自由」の射程の広さによるものと思われる。

一般的に「沈黙の自由」は、憲法19条の思想・良心の自由のコロラリーとして位置づけられている⁽³⁾。この場合の「沈黙の自由」の規範内容は、自己の内面の思想・良心を公権力によって強制的に告白させられてはならないことと、自己の思想・良心とは異なる価値判断を公権力によって強制的に告白させられてはならないことの二つである。

また「沈黙の自由」を特定の「表現をしない自由」として捉えるならば、憲法21条の表現の自由のコインの裏側として、同条項を根拠とするいわば「消極的表現の自由」と構成することもできる。さらに憲法38条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と定め、「自己負罪拒否特権」を保障しているが⁽⁴⁾、これも「沈黙の自由」の一形態であることは言うまでもない。

加えて、“Silence and Freedom”では、拷問による供述強制と、いわゆる死ぬ権利もテーマとなっている。前者が「沈黙の自由」に含まれるのは「自己負罪拒否特権」の延長線上で容易に理解できることだが、後者を「死ぬことは沈黙することである」(death is silence) (p.4: 本稿は以下において“Silence and Freedom”の引用箇所を頁番号で表記する)として、かかる「永遠に沈黙することの選択」(a choice for endless silence) (p. 175)の自由

(3) たとえば、芦部信喜『憲法学III人権各論(1)増補版』(有斐閣, 2000年) 111頁以下。

(4) 憲法38条1項の自己負罪拒否特権は、下位法によって、自己に不利益となるかどうかを問わず供述を拒む権利、いわゆる黙秘権として拡張されている。具体的には、刑事訴訟法198条2項「自己の意思に反して供述する」ことの強要の禁止、同法291条3項「終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる」、同法311条「終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」。

と捉えるのは、少なくとも日本の憲法学にはあまり馴染みのないものである。いずれにせよ、拷問によって供述を強制されない権利は、憲法38条2項、36条の守備範囲であろうし、また尊厳死・安楽死・自殺といった死ぬ権利は通常、憲法13条の自己決定権の文脈で論じられるものであろう。

このように「沈黙の自由」は、誰の、いかなる場面での、いかなる「沈黙」が問題となっているかにより、実に多種多様な姿かたちをとるので、統一的な実像を結びにくいのである。

「沈黙の自由」を一般的に論じにくいのは、こうした実際的な理由によるばかりではない。むしろ別のより根本的な問題があるとも考えられる。それは「沈黙」の否定性と、「沈黙の自由」を「語る」ことの自己矛盾性である。

「沈黙」は言論の不在、欠如として定義され得る。いわば「無」である。問題は、かかる「無」が単なる空虚なのか、それとも何らかの可能性に満ちたものである。この点、Seidman教授は、沈黙は「無」であっても無意味なものではないという。人はのべつ幕無し語り続けているわけではない。「聞」という「沈黙」は間違いなく「有」る。のみならず語るためには、聞き手がいなければならない。聞き手は当然に沈黙する。そう考えると、沈黙もまたコミュニケーションの機能を果たすものであって、単なる「無」ではないことがわかる。

もっとも、「沈黙の自由」を擁護するためには「沈黙の自由」の行使を差し控え、語らねばならない。ここに「沈黙の自由」論のパラドクスがある。「沈黙は、自らを擁護するために言論を必要とするが、どのように擁護するのであれ、必然的に沈黙とは矛盾する」(p. 206)からである。そしてSeidman教授も認めるように、このパラドクスから逃れる術はない、ということは直観的には正しそうである。

けれども、そのパラドクス自体は果たして本物であろうか。“Silence and Freedom”でSeidman教授が実践しているのは言論活動に他ならないが、実はおよそ一般的な「沈黙」の自由の擁護ではない。教授が検討す

るのは、謝罪をしない自由、自己負罪拒否特権、警察署の取調べにおける沈黙、拷問における沈黙、表現をしない自由、永遠に沈黙する自由の七つである。各々の場面での「沈黙」と「自由」が、それぞれの文脈に応じて分析される。当然のことながら文脈ごとに沈黙の意味合いは異なる⁽⁵⁾。

本稿もまた表題に掲げた一般的「沈黙の自由」を直接俎上に載せて検討するものではない。Seidman 教授の具体的場面での分析を丹念に追うことで、そこから「沈黙の自由」についてパラドクスではない何らかの結論を導くことができるかどうかを見極めようとするものである。

構成は以下のとおりである。次章にて、初めに Seidman 教授の分析視座を確認する。続いて、第 3 章において謝罪をしない自由としての沈黙の自由を、そして第 4 章において言論の強制の場面での沈黙の自由をみていく。そして最終章では、改めてパラドクスについて再考することにした。Seidman 教授の議論にはその都度考察を加えることとし、別に検討の章を設けることはしない。本稿は、あくまで“Silence and Freedom”を筆者なりに読み解く試みであり、かつそれにとどまる。

二 分析視座の獲得

沈黙の自由は「沈黙」と「自由」の二つの概念から構成されるものであるが、これらの関係性は文脈に応じて様々なあらわれ方をする。Seidman 教授は解析のためのツールとして何組かの二項対立的分析枠組を提示する。これは教授の思考方法を如実に表すものであり、また権利と義務の関係性一般を考える際には有益な視座であると考えられるので、以下に若干詳しくみておく。

(5) つまり「沈黙」という概念を、個別の文脈を全て括弧に入れて極めて抽象的に捉え、同時に、「言論」もまた同様の抽象度で措定したときに、はじめて解決不能のパラドクスが登場するという見方もできなくはない。

1 リベラリズムと共和主義

分析視座の二組目は古典的リベラリズムと古典的共和主義という二つの政治思想である。これらはアメリカの政治思想を形作ってきたお馴染みのものであり、沈黙の自由まつわる諸問題は基本的にはいずれかの思想で説明することができるという。古典的リベラリズムとは、「公私の厳格な区分を強調し、自由は私的領域と結びつくものだと主張する政治的立場」である。これに対して、古典的共和主義は、「人間にとって善きものとしての公共の福祉（the common welfare as a human good）についての熟議を重視し、集合的自己決定（collective self-determination）と自由を同一視する立場」（p. 3）のことである。

Seidman 教授は、いずれについても特定の論者を念頭に置いているわけではなく、あくまで理念型として示しており、本稿では単にリベラリズム、共和主義と呼ぶことにする。二つの思想的立場について、教授は次のような説明を加える。

沈黙の自由に関して、リベラリズムと共和主義のスタンスは、Brandeis 合衆国最高裁判事の執筆した二つの個別意見に典型的にあらわれている。一つは、共和主義を雄弁に語る Whitney 判決⁽⁶⁾での非常に有名な結果同意意見であり、もう一つは、Olmstead 判決⁽⁷⁾の反対意見であり、こちらは極めてリベラリズム的なものである。

共和主義からみていこう。Whitney 判決の Brandeis 判事結果同意意見が共和主義だというのは、「人を自由にするのが国家の最終目的であり、国家は市民が公的生活に従事することを奨励することで、かかる義務を果たす」（p. 6）ということ述べているからである。共和主義は、政治的言論によって市民が結合し、何ら制約のない討議プロセスを通じて、政治社会は集合的なアイデンティティを形成し、個々のメンバーは連帯意識を得ることができると思う。幸福というものは公的な活動によって得られる

(6) Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927).

(7) United States v. Olmstead, 277 U. S. 438 (1928).

のであり、集団としての連帯性 (group solidarity) と集合的自己決定が思想の中核にあるということである。とするならば、沈黙し孤立することは市民としての義務を放棄することであり、自由というものにとって「最大の脅威」(the “greatest menace”)⁽⁸⁾となる「怠惰な人々」(“inert people”)⁽⁹⁾を生み出すだけである。自由は、「沈黙という臆病で受動的なものではなく、勇気と大声の発言で満ち溢れていること」(pp. 6-7)を求めるのである。このように Brandeis 判事の Whitney 判決結果同意意見では、「語ることの公的な義務」(a public duty to speak)が擁護されているのであり、したがって一般論としては、共和主義は沈黙の自由には否定的な立場ということになる。

これに対して、同じ Brandeis 判事の Olmstead 判決での反対意見は、Whitney 判決の翌年のものであるにもかかわらず、その根本哲学において際立った違いがみられるという。この反対意見は Brandeis 判事がかつて Samuel Warren と連名で執筆したプライバシーの権利に関する論文⁽¹⁰⁾を、実地に応用したものといってもよいものである。反対意見曰く、「合衆国憲法の起草者・批准者は、政府に対抗するものとしての、一人で放っておかれる権利 (the right to be let alone) という最も包括的な権利、一人前の市民であれば最も高く評価する権利を与えている。当該権利の保障のため、政府による個人のプライバシーへの介入で正当化されざるものは、どのような方法であれ全て、合衆国憲法修正第 4 条に違反するとみなされねばならない」⁽¹¹⁾。つまり Olmstead 判決反対意見は、Whitney 判決結果同意意見と異なり、幸福というものを政府の干渉から免れるところに見出しつつ、「語らないことについての個人の権利もしくは、少なくとも

(8) 274 U. S. 357, 375 (1927).

(9) *Id.*

(10) See Samuel Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). 戒能通孝・伊藤正己編『プライバシー研究』(日本評論社, 1962年)に邦訳が所収されている。

(11) 277 U. S. 438, 478 (1928).

も私的な言論を公的な目的のために用いられない権利を擁護する」(p. 7) ものなのである。

これこそはリベラリズムの立場に他ならない。リベラリズムにとって、自由の概念は個人の自律 (individual autonomy) の観点から捉えられ、権利とは、「人々に、何が正しいかを自ら決定する裁量を与えるもの」(p. 8) であり、「人の多様性」(human diversity) を前提とするものである。そうすると沈黙はなるほど「(言論の) 不在」(absence) なのだが、かかる空間があるおかげで、個人個人は自らの信念や見方に基づいて人生設計を行うことができることになる。リベラリズムは、沈黙のできる私的領域がなければ、全体主義的な政府の浸食によって、人は窒息し、画一化されてしまうことを危惧するのである。

2 普遍主義と個別主義

かくして沈黙の権利はリベラリズムと結びつきやすいことが判明するのだが、Seidman 教授は、二組目の分析視座を追加することで、リベラリズム、共和主義双方の本質をさらに明確化しようとする。それが普遍主義 (universalism) と個別主義 (particularism) という二項対立である。

普遍主義とは、「社会の構成員全員を公平無視、平等に処遇することと、個人間の見解の相違を解決する手段として誰にでも (universally) アクセス可能な公共的理由 (public reason) にコミットメントすること」の二要素から定義されるものである。対して個別主義は、「性質上、公平無視でも平等でもない特別な関係であって、公共的理由によっては擁護され得ず、かつそれに従属すべきでもない特別な関係の価値を強調する」ものである (p. 11)。共和主義者は普遍主義に、リベラリストは個別主義に傾斜することは明らかであろう。つまり「共和主義者は、国家の強制的権力が普遍的な諸価値へのコミットメントによって正当化される」(p. 14) と理解し、リベラリストは個々別々の私的な価値が公共的で普遍的な正当化理由に従属しないように、国家は限定的でなければならないと考えるのであ

る。

そうすると沈黙の権利は、リベラルな個別主義と直接に結び付くことになり、その帰結は次のようなものとなる。我々が何事かを語る際には、自らの思想や信念を公にし、公的な批判にさらすことを意味する。批判は否応なしに普遍的な基準に照らして行われるだろう。もちろん我々の個々別々のコミットメントは、かような批判的検証に耐えられるはずはない。少なくとも「心の中について沈黙する自由がなければ、普遍主義の圧倒的な力によって内心の本質的な自由が阻害されてしまう」(p. 15) ののである。

3 リバタリアニズムと決定主義

Seidman 教授が最後に導入するのが根源的リバタリアニズム (radical libertarianism) と遍在的決定主義 (pervasive determinism) という視座である。議論の都合上、はじめに修飾語抜きのリバタリアニズムと決定主義の定義からみていく。

リバタリアニズムは、「人間の行為が、因果的にではなく、意思の力で引き起こされる」ことを信じる立場であり、決定主義は対照的に、「一見自由な決定に見えるものでも、実際には先行要因によって決定されている」(p. 15) と考えるものである。これらがともに存在論的なものの方だということは言うまでもない。そして節度あるリバタリアニズムはリベラリズムと、同じく節度ある決定主義は共和主義とつながりがある。こういことである。リベラリズムは強制なしに人が選択を行うことのできる私的領域というものを高く評価する。これはかような選択が、現に可能であり、かつ選択者が論理的・存在論的にも社会に先行すると考えていることを意味する。別言すれば、リベラリズムの政治・道徳理論の核心にあるのは、全く束縛のない個人という意味のものが持つ「尊厳」(dignity) である。けれども共和主義論者は、リベラリズムが想定する自由な選択というものの自体が、もともと文化的・政治的マトリックスの中に位置づけられていると考える立場であるから、共和主義にあっては、どこにも帰属しな

い抽象的な個人などは端的に存在しない⁽¹²⁾。

そうすると、沈黙の自由の観点では次のように整理することができる。リベラリストにとって、沈黙とは、我々を他者の網の目から切り離すものであり、「ある意味で人間の自由を純粋に表明する最たるもの」である。他方、共和主義者はそうした選択それ自体の可能性と望ましさについて懐疑的である。なぜならば道徳的なものの意味は社会との深いつながりから生まれるのであり、沈黙するということは究極的に、かかるつながりを否定し、それゆえに人間であることの意味の可能性をもまた否定することになるからである。

けれどもリバタリアニズムと決定主義をこのような節度あるレベルで捉えている限りでは、共和主義とリベラリズムという最も基本的な分析視座の抱える難点を克服できないと Seidman 教授は考える。なるほど沈黙の権利はリベラリズムの立場から説明できそうではあるが、そもそもリベラリズムという思想自体を支持するかどうかは、また別の問題である。つまり教授によれば、自分がリベラリストであるかどうかについては、論理ではなく直観レベルの選好で決まっている。人間の選好は、仮に「論理的に一貫していなくとも、それなりに道徳的に満足の行くような地点」(p. 18)で落ち着くことが多い。そして現実には、ある人が共和主義的であり同時にリベラリズム的であることは、ごく当たり前に見られることなのである。Brandeis という一人の判事が、Whitney 判決結果同意意見と Olmstead 判決反対意見という一見矛盾した立場をとるのも、このような「人間のあり方」(human condition)をうつし出したものである。人間はかように矛盾した生き物なのである。

だがこの矛盾のゆえに、沈黙の権利はそもそも保障されるべきかどう

(12) Seidman 教授は、共和主義の最も有力な現代版としてコミュニタリアニズムを挙げる (p. 16)。リベラリズムとコミュニタリアニズムについては以下を参照。アダム・スウィフト、スティーブン・ムルホール著、飯島・谷澤ほか訳『リベラル・コミュニタリアン論争』(勁草書房、2007年)。

か、いかなる場合に保障されるべきかといった問題は膠着状態に陥ることになる。ここに根源的リバタリアニズムと遍在的決定主義の登場する余地がある。根源的リバタリアニズムとは、「この世界は無意味で不条理なものであって、そうした世界においては人間が何かを選択する際に制約するものは何もない」と考えるものであり、遍在的決定主義は、「権力の遍在と、人間の行為を決定する大きな非人間的諸力の存在」(p. 3)を真剣に捉えるものである。もう少し詳しくみてみよう。

まず遍在的決定主義は、リベラリズムと鋭く対立する立場とされる。リベラリズムは公私区分で確保される私的な領域があってはじめて、個別主義的な価値が育成・保持されると考えるため、そうした自律的な私的領域を必要不可欠なものと理解していた。遍在的決定主義という懐疑論が登場するのはまさにここであり、公私区分それ自体を疑うことになる。遍在的決定主義はこれをマクロ、ミクロ二つのレベルで批判する。マクロレベルは法理論的な、ミクロレベルは科学理論的な批判である。法理論的には、「私的領域なるものは、その背後にかかる領域を作り出す恣意的な公的行為が常にあるため、結局、私的なものなど端的に存在しない」(p. 20)。つまり政府はルールをいかようにも制定できるので、公私区分もいかようにもなし得るということである。「私的領域なるものが存在しない以上、政府の強制力を免れる私的な空間もまた存在しない」(p. 20)であろう⁽¹³⁾。

もう一つの科学理論とは、社会心理学や進化生物学を指しており、次のような疑いの目を向けることになる。我々が抱く感情や意識といったものは、社会の中の複雑な権力関係に適応すべく生み出されたものにすぎず

(13) 具体的には、20世紀前半のリーガルリアリズムと、20世紀末にその現代版として復興した批判的法学(Critical Legal Studies)の思想である。これらについてはさしあたり以下を参照。モートン J. ホーウィッツ、樋口範雄『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂、1996年)、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題 アメリカ憲法学の新しい潮流(1)(2・完)」法律時報58巻9号(1986年)12頁以下、58巻10号(1986年)78頁以下、同「批判的法学研究の意義と課題」アメリカ法1987-1(1987年)1頁以下。

（進化生物学であれば遺伝子レベルで遠い過去に規定されてしまっている）、けっして意識的な選択の結果として獲得されるものではない。

こうした遍在的決定主義をまともに受け入れるならば、人間行動は全て他者による操作によって無意識に決定されていることになるため、世界は道徳的に無意味であり、沈黙の権利は言うに及ばず、およそ権利というものの自体を語る余地がなくなってしまうそうである。だが Seidman 教授によれば、だからこそ逆説的にはあるものの、有意味に語り得ない以上は「大人しく沈黙する」(decency to shut up) しかないという説明もできるといふ。もっともこれは一種の諦めであり、沈黙の権利について語ること自体ができなくなることは避けられない。

では遍在的決定主義という懐疑論自体は疑い得ないのか。実は、遍在的決定主義も額面通りに受け取ることはできない。遍在的決定主義という立場へのコミットメントもまた一つのコミットメントには違いはなく、そしてコミットメントというものは、遍在的決定主義が否定したはずの自由や選択の存在を信じることと同じだからである。結局、遍在的決定主義は、選択の無意味さを説きながらも自らもまた選択するという矛盾をおかす立場であり、さらに問題なのはいかなる選択をすべきかについては規範的な主張を何らなし得ないものだという点である。

根源的リバタリアニズムは、遍在的決定主義のかかる難点を突き破るものとして登場する。遍在的決定主義の主張するように、もし世界が無意味なのであれば、まさにそれゆえに我々の生き方についての選択を阻むものは何もないはずである。世界の無意味さこそが、根源的な自由を可能にするのである⁽¹⁴⁾。この点で、まずもって根源的リバタリアニズムは、共和

(14) Seidman 教授は、我々の根源的な選択まで否定することは Jean-Paul Sartre のいう「自己欺瞞ないし悪しき信念」(“bad faith”) と同じだと述べている (p. 22)。この点で根源的リバタリアニズムは実存主義的な立場だと理解できる。以下を参照。ジャン＝ポール・サルトル、松浪信三郎『存在と無 現象学的存在論の試み (1) (2)』(ちくま学芸文庫, 2007年), 『同 (3)』(ちくま学芸文庫, 2008年)。

主義と緊張関係にある。共和主義のような人の選択という行為は本来的に社会によって規定されているという見方は、自らの選択の自由を逃れる口実に過ぎないとみなし得るからである。

とはいえ、この立場からは、沈黙と言論のいずれを選択すべきか論理必然には決まらないのも事実である。根源的リバタリアニズムは、自らが選択したとおりに行動せよと主張するにとどまる。加えて、遍在的決定主義と同様に、真に根源的リバタリアンたらしめることも現実には困難かもしれない。

さりとて日常生活における我々の「当事者」(“insider”)としての経験には根源的リバタリアニズムはほどよく合致する。何かを思い立ち実行に移すのはごく当たり前のことであろう。けれども「第三者」(“outsider”)からはそうは見えないかもしれない。特に集団の行為や歴史上の出来事については、それらが社会的・政治的・文化的な原因とは一切関係なく、全て自由に選択された結果であるという説明は受け入れにくい。Seidman 教授は、それゆえに根源的リバタリアニズムは、「二重の沈黙の権利」(a double right to silence)を求めるのだという。すなわち真に自由になるためには、少なくとも他者の関わる公的領域には、普遍主義的、決定主義的価値が充満しているのであるから、意識的に価値の圧力に目を瞑らねば(沈黙になぞらえて言えば、耳を塞がねば)ならない。根源的な選択の自由を獲得するためには、第一に、そうした領域との間に壁を隔てること、つまり沈黙を創出する権利が必要である。そして第二に、壁の内側において、他者から完全に独立し沈黙する権利が要請されることになる(pp. 23-4)。

Seidman 教授の分析視座は、以上のリベラリズムと共和主義、普遍主義と個別主義、遍在的決定主義と根源的リバタリアニズムの三組である。これらを縦横無尽に用いて、沈黙の自由の具体的な問題を検討することになる。

三 謝罪しない自由としての沈黙の自由

Seidman 教授によれば、アメリカは「謝罪国家」(the Republic of Apology) である。この背景には心機一転の可能性を楽観的に捉え、人とのつながり、共同体や赦し (forgiveness) といったものへの深い欲求があるという。多くの人にとって、それゆえに謝罪という行為のもつ力は、けっして神秘的なものではない。教授は“Silence and Freedom”の当該部分の議論をアメリカに注意深く限定し、他文化において謝罪の果たす役割にまで応用できるかどうかについては留保している。だがこと日本を念頭に置くなれば、謝罪文化という表現そのものは何ら抵抗なく理解することができよう⁽¹⁵⁾。したがって、Seidman 教授の謝罪と沈黙に関する原理的な考察の特殊アメリカ的な部分を見極めつつ、そこから何らかの普遍的な原理を抽出することが、ここでの読解の課題となる⁽¹⁶⁾。

ところで謝罪文化は法制度における謝罪の役割を増大させることが多い。現にアメリカにおいて、民事の場面での裁判外紛争解決手続 (alternative dispute resolution) を活性化させ、刑事ではいわゆる「修復的司法」(the “restorative justice”) を加速させるという形で着実に反映されてきている。この点でも日本での事情もさして大きな違いはない⁽¹⁷⁾。

-
- (15) アメリカと日本では宗教の面で決定的な隔たりはあるが、Seidman 教授の議論は法における謝罪に焦点を当てるものであるため、ひとまずその問題は脇に置くことができると考える。
- (16) 近年つとに濫用著しい「遺憾」という言葉の真の意味合いを考える手掛かりにもなるはずである。
- (17) 司法制度改革の一環として、「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」(2004年12月1日公布、2007年4月1日施行)が制定されている。修復的司法については先駆的業績として、ハワード・ゼア、西村・細井・高橋監訳『修復的司法とは何か 応報から関係修復へ』(新泉社、2003年)。近時のものとして、ジョン・ブレイスウエイト、細井・染田・前原・鴨志田共訳『修復的司法の世界』(成文堂、2008年)。我が国の代表的な論者のものとして、高橋則夫『修復的司法の探求』(成文堂、2003年)。実践例としては南アフリカ真実和

では法が謝罪というものを奨励することはどのように理解すべきか。「謝罪は言語行為 (speech act) であるから、謝罪をしないということは沈黙を意味する」(p. 27)。したがって、Seidman 教授が「謝罪と沈黙」というテーマで扱うのは、「沈黙の権利に関する魅力的な規範理論は、謝罪をしない権利も含むべきかどうか、含むとするならば、法が謝罪を奨励することはかかる沈黙の権利を侵害するかどうか」(p. 27) ということになる。結論を先取りするならば、教授は二つの問いに肯定的に答えるのであるが、前章で提示された分析視座を駆使しての論証は極めて晦渋なものである。

1 謝罪のパラドクス

Seidman 教授は議論の出発点において、謝罪というものにまつわるパラドクスを三つ挙げる。一つ目は、謝罪と釈明 (account) の違いから生じるものである。釈明とは「ある行為の言い訳もしくは正当化、説明であって、道徳的な過ちを除去するか軽減しようとするもの」(p. 28) である。それと対比するならば謝罪は、そうした弁明の類を一切内容としない⁽¹⁸⁾。そして「謝罪であれ釈明であれ上手く機能したときには、謝罪者ないし釈明者とそれを受ける側との間の道徳的な均衡 (moral balance) を変化させ、今度は受けた側に対して、謝罪者ないし釈明者を道徳共同体 (moral community) へ再統合させる責任を負わせることになる」(p. 28)。けれども、共同体を追放された理由 (つまり過ち) を直接是正しようという釈明ならばともかく、謝罪においては追放自体の正しさは維持されるのであるから、にもかかわらずなぜ謝罪者を共同体へ再統合させる効果を生

解委員会 (Truth and Reconciliation Commission) 等がある。さらに参照。阿部利洋『紛争社会と向き合う 南アフリカ真実和解委員会』(京都大学学術出版会, 2007年)。

(18) Seidman 教授のここでの議論は次の文献に大幅に依拠している。See, NICHOLAS TUVUCHIS, *MEA CULPA: A SOCIOLOGY OF APOLOGY AND RECONCILIATION* (Stanford Univ. Pr., 1993).

むのかは謎だということになる。なお、ここで教授の用いている共同体概念は、人と人との道徳的な関係くらいの意味として理解しておく。

二つ目のパラドクスは、謝罪と弁償 (recompense) の関係から生じる。弁償は物理的な原状回復を目的とするが、謝罪はそうではない。事実、「弁償を伴わない謝罪が事の決着をつけるのに十分であることが多いのに対して、謝罪を伴わない弁償は満足の行かないことが往々にしてある」(p. 29)。ではなぜそのような謝罪であっても受け入れられることがあるのか。

これらのパラドクスは直観的には謝罪者の心理状態、たとえば後悔といったものに注目すれば解消しそうである。過ちを悔いて二度としないという誓いこそが謝罪であり、それゆえに共同体への復帰が実現するという説明の仕方である。だが Seidman 教授は、まさにそこから三つ目のパラドクスが生じるという。現実には、後悔をしながら同じ過ちを繰り返す人もいるし、後悔はしていないが繰り返さない人もいるということである。結局この両者の違いは、加害者側 (perpetrators) の精神的苦痛の大きさの違いによると考えられるが、「なにゆえに被害者側はそうした苦痛から慰めを得るべきなのか」(p. 30) は依然として謎として残るのである。「後悔」は謝罪が効果的に機能するための必要条件かもしれないが十分条件ではないのである。

Seidman 教授によれば、謝罪行為は、これら三つのパラドクスのゆえに有効に機能する。つまり謝罪は、自己利益や目的・手段合理性といった道具主義的な発想と緊張関係にある点が重要なのである。謝罪を通じて、我々は人の振る舞いが必ずしも全て道具主義的な要因に基づくものではないということを思い知らされる。そこに謝罪のマジックがあるのである。では加害者側と被害者側でどのようなマジックが起きるのか。

まずは加害者側について。謝罪する (= 釈明しない) ということは、いわば一方的な武装解除 (unilateral disarmament) である。これは相手側の攻撃に身をさらすということであり、相対している場合には報復の意思あ

る被害者に対して完全に無防備な状態に置かれることを意味する。謝罪はこのように身を投げ出すところに最大の特徴がある。

加えて謝罪するということは、何ら見返りを求めるものではない。赦してもらえろという望みが動機となってはならないのである。何かのために謝罪するというのは道具的理性 (instrumental rationality) の働きであって、これは本当の意味での謝罪ではない。そうしてみると謝罪の場面では、過ちが二度と繰り返されないという保証はなく、それゆえに赦す価値があるかどうかの理由も存在しないことになる。だが Seidman 教授は、赦しの非合理性 (nonrationality of forgiveness)こそが、赦しという行為をも魅力的にしているのだという。

次に被害者側について。たった今述べたように赦しは謝罪と対になって与えられるのではない。その意味では必然ではなく偶然に (unconditional [ly]) 与えられるだけである。けれども赦すという行為は、被害者が、加害者を同じ共同体のメンバーだと再確認したときになされるものである。つまり「謝罪と赦しは、孤独と疎外に打ち勝つものである」(p. 32) という点でも魅力があるものなのである。

謝罪と赦しを魅力的にするのは以上の要素であり、これを一言でいえば純粋さであろうか。だが Seidman 教授は全く逆方向に作用する可能性もあることを指摘する。人間は他者とつながりたいと思う一方で、一人のままでもいいとも考える。謝罪と赦しの儀式は、見方を変えれば相手方の領域に立ち入るプライバシーの侵害である。まして自らを無防備な状態に置くようなことは普通に考えれば想像しがたいはずである。たとえ加害者と被害者が骨を折って歩み寄ったとしても、謝罪と赦しが完全に実現されることもまた現実には稀であろう。いかに懸命に努力しても我々が完全な相互コミュニケーションを成し遂げることはない。それゆえに、謝罪という行為から自己利益的要素がなくなることもまたあり得ない。教授はこの点は率直に、理論的にはどうあれ、謝罪は脆弱なものであるため現実世界では滅多に達成されないことを認めている。

それでは、かかる「『謝罪』をしない権利」としての「沈黙の権利」は
いかにして擁護し得るのか。Seidman 教授は、共和主義、リベラリズム、
遍在的決定主義、根源的リバタリアニズムの順で原理的な考察を加える。

2 共和主義からの「謝罪」擁護論

共和主義の観点からは、謝罪行為を法によって促進することが肯定され
る可能性は高い。謝罪は社会的行為 (social acts) であり、つまり「謝罪
の対話性と、共和主義の強調する人間の本質的社会性の間にはつながりが
ある」(p. 35) からである。のみならず共和主義者には、謝罪という行為
が、狭量な自己利益を超越する可能性を示唆するものである点でも魅力的
である。謝罪は公共善のために個人の自己利益を犠牲にするものであり、
その点で普遍主義的な価値に根付くものだからである。共和主義者にとっ
て謝罪を頑強に拒絶する者はエゴの奴隷であって、政府が積極的に謝罪を
奨励することによってはじめて、その者は奴隷状態を抜け出し、真に自由
となることができると考えられる。したがって共和主義者は、謝罪を法制
度化することにも好意的である。

3 リベラリズムからの謝罪しない権利擁護論

リベラリズムにとっては、仮に謝罪に価値があるとすれば、それは
謝罪の私事性に基づくからだと考えられる。公的な場面で謝罪が行われる
ような場合には、たとえば外交などでの公的謝罪 (public apologies) に典
型的なように、悔恨を示すことで見返りを得ようとする裏事情ないし権力
的契機が常に存在する⁽¹⁹⁾。その結果、謝罪は不可避免的に不純なものとな
る。

(19) 例えばビル・クリントン元合衆国大統領が不倫スキャンダルに巻き込まれた
際に述べた「謝罪」に見られるという (p. 39)。また彼の謝罪は「申し訳あり
ません」(I'm sorry.) という言い回しを巧妙に避けるものでもあった (p.
26)。つまり打算のないどころか極めて戦略的な釈明行為であったことになる。

Seidman 教授によれば、それゆえにリベラリストは法に基づく謝罪にも反対するはずだという。謝罪はいかなる道具的価値も持たない道徳的行為であるが、法における謝罪は通常、有利な扱いを求めるための手段、いわば取引材料として用いられるものだからである。繰り返しになるが、リベラリズムは人と人とのつながりを基本的に私的な領域の場面で捉え、公権力がそこに介入することで親密な関係を破壊することに危惧を抱く立場であり、「謝罪は非道具主義的な人間のコミュニケーション手段であって、あくまで個別主義的な価値に関わるもの」(p. 40) である。この私的領域において、謝罪をしない権利は、認められて然るべきことは言うまでもない。だが教授も述べるように、ひとたび私的領域が確保されれば人々は謝罪できるわけではない。私的領域があることで、謝罪という選択の可能性が初めて生まれるだけであろう。

もっとも Seidman 教授は、リベラリズムの謝罪をしない権利の擁護論は、純粹に理論的なものとしてはあり得るかもしれないが、現実の法システムを念頭に置かならば維持できないと考えている。刑事裁判においては事実、謝罪をすることが一定の効果を持っているのであり⁽²⁰⁾、被告人はそれを考慮せずに行動することは不可能なのであって、被告人が心の底から謝罪しているかどうかを判断することは困難だからである⁽²¹⁾。

4 遍在的決定主義による救出可能性

このように謝罪をしない権利を擁護し得るのはリベラリズムの立場なのだが、リベラリズムは実際にはそのままの形で維持できないことがわかる。ではリベラリズムの陥った隘路から脱出するために遍在的決定主義は

(20) 日本にも酌量減輕(刑法66条)という制度が現に存在する。

(21) 状況は刑事裁判に関わるのが被告人と弁護人の双方であることからより複雑になる。被告人は本心から見返りのない謝罪をしているのか、それとも弁護人の助言によって謝罪という選択をしているのか、さらにまた助言がきっかけになって本心からの謝罪をするに至ったのか、裁く側(現在では裁判員も含めて)がこれらのいずれに当たるかを見極めるのは至難の業であろう。

有効であろうか。

遍在的決定主義は、公的謝罪が共和主義のように人々を解放する行為などではないと考える限りでは、リベラリズムと見方を共有するものの、権力の影響のない純粋な私的領域はないと考える点で、リベラリズムとは袂を分かつ。遍在的決定主義の法理論レベルの分析からすると、私的領域も公権力が構築したものに他ならず、「政府の強制力を隔てる壁によって守られた私的領域」（p. 42）というのは神話にすぎない。まして公的領域はもとより権力的に構築されている。そこでは謝罪を証拠の一つとして採用するようなルールを設定することで謝罪を奨励するようにも、逆に謝罪を抑制するようにもできる。

さらに遍在的決定主義の科学理論からは、謝罪がその有効性の源である純粋なコミュニケーションとは必ずしも関係のないことが明らかになる。社会学の知見によれば、謝罪は儀礼としての相互行為の一環であり、また共同体ないし被害者と加害者の間で行われる経済的な交換の一形態であり、さらにまた謝罪行為は種の保存のために人間に内蔵されたメカニズムの一つでもあるという⁽²²⁾。

このように遍在的決定主義の観点からは、およそ謝罪をしない権利というものは認めがたい。全ては予め決定されていることであり、道徳性はほとんどないからである。だがそうすると同時に、謝罪をしない者を非難することもできないことになる。所詮、謝罪は一種のパターンの行動ないし、せいぜい欺瞞なのであって、それを果たさないとしても責められるいわれはないからである。つまり遍在的決定主義から言えることは、「謝罪をしない者の処罰は正当化され得ないという意味で、謝罪をしない『権利』（“right”）はある」（p. 48）ということになるだろう。

(22) この部分の議論を咀嚼する力は筆者にない。さしあたり以下の文献を参照。
アーヴィング・ゴッフマン著、浅野敏夫訳『儀礼としての相互行為 対面行動の社会学 新訳版』（法政大学出版社、2002年）

5 根源的リバタリアニズムの示唆

けれども第2章第3節で既にみたように、遍在的決定主義という立場を鵜呑みにはできない。なるほど遍在的決定主義の主張するように世界は全て力関係で決定されており、道徳的には無意味かもしれない。この点では根源的リバタリアニズムも同じ見方をとる。しかしながら根源的リバタリアニズムは、だからこそ「残るのは人間の選択である」(p. 49) と考える。根源的リバタリアニズムにとって、謝罪という行為は、制約のない選択 (unconstrained choice) の可能性を示すものだけに、とりわけ魅力がある。非道具主義的で、何ら見返りのない純粋な謝罪を行い得るということは、人間が一切の邪念を超える能力を有しているということの証拠となるからである。

もっとも、全く同じことが謝罪を行わないという自由にも当てはまる⁽²³⁾。だとするならば、根源的リバタリアニズムに立つならば、謝罪をすべきなのか否かは依然として不明であっても、少なくとも謝罪をするか否かを決定する権利が我々にはあるのだ、という主張は導くことができそうである。そして言うまでもなく「謝罪をしない権利は、この権利に含まれる下位レベルの権利である」(pp. 49-50)。

けれども、かかる「謝罪をするか否かの決定の自由」を法的な権利へと翻訳しようと試みるならば、本質を見誤ることになる。根源的リバタリアニズムにとっては、法制度のあり方は無関係である。法制度がどうであろうと、「人々は自らなすべきことをなし、究極的に自らの選択に責任を負う」(p. 50) というのが根源的リバタリアニズムの言わんとするところだからである。

Seidman 教授は、謝罪の自由についてここまで突き詰めておくと、現実の謝罪のあり方についても、別の視野が広がってくるかもしれないという。こういうことである。日常生活において、謝罪というものは個別具体

(23) Seidman 教授がここで例として挙げるのが、カミュ『異邦人』の主人公ムルソーである。

的な場面で異なる動機に基づくことがほとんどである。つまり、もともと謝罪について単一の統一理論で説明できると考えること自体に無理がある。仮に今、一つの謝罪行為を記述するとしよう。途端にそれが「動機や選択肢、恐れ、文化的状況、それに対するパターン化した反応などの複雑な混合物」であることが判明するだろう。またこれらの構成要素の中には意識的なものと無意識的なものが両方とも含まれている。したがって、どれほど社会学的知見を動員しても解明できない部分は残るだろう。そうすると根源的リバタリアニズムの立場から言えることは、我々は「途方もないほど複雑に絡み合った動機と欲求の束の中から、これこそが自分の動機であり欲求なのだ」と主張したいものを選び出す自由がある」(p. 51)ということに集約されることになる。

このとき遍在的決定主義の議論を踏まえるならば、次のように言い表すこともできるだろう。確かに全ては決定されているかもしれない。だが我々にはそれを正しいものとして扱うかどうかの選択をなし得る。つまり「根源的リバタリアニズムの自由観は、『かのように』(“as if”)という性質を帯びたものだ」(p. 51)ということである。我々は究極的に、謝罪するかどうかの決定をあたかも制約のないものである「かのように」選択することができるということである。

しかしながら、根源的リバタリアニズムにとっての謝罪がそのような性質のものだとすると、公的な場面での謝罪は同列に論じられないこともわかる。なぜならばそこでは、「遍在的決定主義の主張が無視できないほどに強力に妥当する」(p. 51)からである。もとより共和主義であれば当然に、またリベラリズムであっても、公的領域を普遍性と公平無私性の支配する領域だと考えていた。公的領域は目的・手段合理性という規範で満たされる空間であり、リベラリズムにとっては、まさにそれゆえに私的領域と隔てる必要があったのである。だから謝罪の本質的に個別主義的な性格からするならば、この領域には端から居場所はない。

Seidman 教授は、それでもなお公的領域において根源的な自由を貫徹

する可能性を考えようとする。そしてこのとき謝罪しないことが自由な選択である「かのように」考えることのできる法制度の設計はいかなるものかという問いとして再設定することができる。法制度は、自らの選択が自由になされたものかということ、つまり「選択の理由を問うことなしにあたかも自動的に決定されたかのように本人が思いこむことができるもの」(p. 52) でなければならぬ。もちろんこれにはさらなる実証的な研究が必要となるだろう。けれども教授によれば、この点でもリベラリズムによる公私区分と、自由のための私的領域の確保という戦略が有益な材料を提供してくれる。というのも、リベラリズムが少なくとも西洋政治思想の主流であったために、我々の選択が決定済みであるという現実を「忘却させる機能」(forgetting function) を果たすことができるからである。

以上の謝罪をしない自由=沈黙の自由の分析から明らかになるのは次のことである。謝罪をしない権利を最終的に擁護できるのはリベラリズムである。しかしそれは根源的リベタリアニズムの徹底した自由観を経たうえで辿りつく結論である。そうしてみると結局のところ、「謝罪をしないリベラルな権利があることによって、自由に関する我々の幻想を生きながらせることができるのだ」(p. 53) ということもできなくはない。

四 表現の自由と沈黙の自由

謝罪のような独特の性質を帯びたものではなくとも、特定の言葉が、何らかの強制によって発せられる場合には、端的に沈黙との緊張関係が問題となる。そしてこのとき話者は行為・意思主体性を失う可能性があるのだが、そうした自己背信 (self-betrayal) とでも言うべき疎外状態に陥らないための、より広い一般的な沈黙の権利は正当化できるのか⁽²⁴⁾。かかる

(24) 言論の帰属主体性から「表現をしない自由」を分析するものとして、横大道聡「表現しない自由と表現の『帰属』」日本法政学会法政論叢44巻2号(2008年)50頁以下。

言論の強制に対して沈黙する自由に関して、Seidman 教授は、Gobitis 判決⁽²⁵⁾と Barnette 判決⁽²⁶⁾を基本素材として緻密な検討を行っている。

1 共和主義からの分析

Barnette 判決は、国旗敬礼と忠誠の誓い（the Pledge of Allegiance）の暗唱を子どもに強いること、つまり言論の強制を合衆国憲法修正第 1 条違反と判示した画期的なものとしてつとに有名であるが、忠誠の誓いの憲法問題が合衆国最高裁に持ち込まれたのは、Barnette 判決に先立つこと 3 年の Gobitis 事件であった。これはエホバの証人の児童が州法で定められていた公立学校での国旗敬礼の儀式を拒絶したために退学処分を受け、さらに感化院へ送られそうになったため、処分の違法性を争ったものである⁽²⁷⁾。Seidman によれば、最高裁は、本件の争点を「合衆国憲法修正第 1 条の自由な宗教活動条項は、個人がその宗教的な理由に基づき反対をするときに、一般法の適用を免除されるという権利を与えるものかどうか」（p. 146）というように定式化した。

Seidman 教授は、Gobitis 判決の Frankfurter 合衆国最高裁判事の手になる法廷意見に、言論の強制についての共和主義的な見方が典型的に示さ

(25) *Minersville School District v Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940). ただし原告は Gobitas であり、U. S. Reports のスペリングは誤りである（p. 146）。本稿でも Seidman 教授と同様に当事者を表す際には Gobitas を、判決名としては Gobitis を用いる。

(26) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943). 原告は Barnett であり、ここでも U. S. Reports のスペリングは誤りである（p. 151）。当事者については Barnett、判決名は Barnette と表記する。なお Seidman 教授によれば、Barnette 判決は強制言論に関する憲法問題を決着させておらず、その後、判例法理は一層混乱することになったという（pp. 143-45）。

(27) 最新の関連文献として以下を参照。金井光生「〈研究ノート〉国旗敬礼強制拒否事件判決における〈シンボリズム〉に関する覚書 Gobitis 判決（1940年）と Barnette 判決（1943年）の媒介者にしてホームズ裁判官の鬼子としてのフランクファーター裁判官」福島大学行政社会論集22巻3号（2010年）131頁以下。

れていると考えるが、より正確に言えば、Frankfurter 判事は「リベラルなアプローチと共和主義のアプローチの競合の中で分裂してしまっている」(p. 146)。Frankfurter 判事は、法廷意見の第一パラグラフにおいて、的確にも本件の論点が「自由と権威」という対立する主張をいかに調停するかだと述べており、その限りでリベラリズムにも然るべき敬意は払っている⁽²⁸⁾。けれども「個人の良心と社会の切迫した必要性が衝突したときに」⁽²⁹⁾、いかなる解決策をとるべきかという問いに対しては、「連帯」の重要性を一方向的に強調することで、いとも簡単に「自由」を退けてしまう。ここでの Frankfurter 判事の理由づけは、二つの異なる次元から共和主義の優位を説くものである。

一つ目は、原告 Govitas の個人の権利主張と、連帯という国家利益の比較衡量という実体的なレベルであり、本稿では既にお馴染みの共和主義の主張が繰り返されている。国家には公教育を通じて市民に「公民的な徳」(“civic virtue”)を教え込む責任があること、自由な社会の究極的な基盤は人々の結合力にあること、そうした結合意識は社会が同質であってはじめて維持されること等々である。

だが仮に共和主義的な価値が優位するとしても、社会には共和主義者もいればリベラリストもいる。そのような場合に、共和主義とリベラリズムの価値対立はいかにして解決できるのか。これが二つ目のレベルの問いとなる。Frankfurter 判事は「共和主義的な熟議」(republican deliberation)を通じて、と答える。自由というものは、開かれた民主主義のプロセスの中で自ずと人々の精神に根付いて行くものであり、裁判所が民主的に決定された政策に抗って強制的に押し付けるものではない。こちらは手続レベルの正当化理由と言ってよいだろう。

Seidman 教授によれば、この論法は Govitas に向けられた法による強制という構図を一変させる絶大な効果を発揮する。つまり、当初は「エホ

(28) See 310 U. S. 586, 593 (1940).

(29) *Id.*

バの証人に対して、学校教育委員会が強制的権力を行使するという話であったのが、『裁判所の判断の強制力』（“the coercion of adjudicated law”）を利用して、エホバの証人の側が、人民の意思に抗う話」（p. 148）へと変わってしまうのである。その新しい構図に、先ほどの共和主義的な自由観、市民間での共通善を巡る意思決定への参加という絵柄を重ね合わせるならば、必然的に、権利の問題は全て世論並びに立法府で決着が付けられるという結論が導かれることになるだろう。

またこうした Frankfurter 判事の共和主義的な立場が、沈黙に対する言論の優越性を意味することも明らかである。エホバの証人は、沈黙によってではなく、政治参加を通じて自らの主張を闘って受け入れさせるといふ手段を採らねばならないということになるからである。

しかしながら、Seidman 教授は、かかる忠誠の誓いに関する共和主義的なアプローチは二つの致命的な欠陥を含んでいると考える。第一に、Frankfurter 判事の二つの次元の論証は矛盾する可能性がある。実体的レベルでは、人々の結合意識を高めるための手段として忠誠の誓いが擁護され、手続レベルにおいて、忠誠の誓いに反対する場合には民主主義のプロセスを通じて自分たちの立場を勝ち取るべきだとされる。だがもし忠誠の誓いによって結合意識が確固たるものとなっているとするならば、そもそも手続レベルが問題となる余地はないはずである。実体レベルと手続レベルの二つの正当化理由は論理的に整合しないのではないか。

もう一つの欠陥のほうはより深刻かもしれない。そもそも本件ではリベラリズムと共和主義の対立が問題となっていないのではないかということである。真に問われていたのは、「私的な沈黙する権利と、公的な言論の義務の衝突」（p. 150）であったはずである。ところが Frankfurter 判事は、「人々は、私的な沈黙する権利を公的に発言することで擁護すべきだ」（p. 150）と応答している。この解決法が、沈黙の権利を端から放棄している人にしか説得力を持たないことは明らかであり、まして世俗の政府に関わること自体を拒絶するエホバの証人に受け入れられるとは到底考えられ

ないのである。

2 リベラリズムの勝利

Gobitis 判決は三年後の Barnette 判決において覆されることになる。Barnette 判決は、合衆国憲法修正第1条の「自由な宗教活動条項」(Free Exercise Clause) に土俵を設定した Gobitis 判決とは異なり、同じ条項の「表現の自由」へと移行させることによって、判例法理の変更を成し遂げた。より具体的には、Gobitis 判決では制定法からの適用免除が争点とされたのに対して、Barnette 判決では、制定法自体の合憲性に焦点が当てられることになった⁽³⁰⁾。

とはいえ、Jackson 合衆国最高裁判事執筆の Barnette 判決法廷意見が向き合ったのも基本的には Gobitis 判決と同じ、「特定の集団が、一般的な法の要請に対して良心に基づいて反対するときに、特別に免責される権利を有しているかどうか」(p. 151) という問いである。Jackson 判事は先の Frankfurter 判事の二つの次元の論証のそれぞれについて、個人の自律を中核とするリベラリズムの観点から論駁を加える。

実体レベルに関しては、本件では原告と他者の権利間の衝突が生じていない点が強調される。自由というものは、「自らの行為の決定が他者の権利と抵触しない限りは、いかに行為すべきかを自分自身で決定できるということ」(p. 152) である。とするならば、公立学校はかかる個人の精神的自由を育むべき場所であるから、集団儀式への強制的な参加要請は、こうした前提に反する。Jackson 判事は共和主義が自明視する、同質性と結合性というものについても疑いの目を向ける。歴史的に考えても、真の国民的統合は、強制ではなく「説得と例示」(“persuasion and example”) によるべきなのである。

さらに手続レベルでは Frankfurter 判事のリベラリズム／共和主義二

(30) Barnette 判決を主たる素材に「根源的」な考察を行うものとして、蟻川恒正『憲法的思惟 アメリカにおける「自然」と「知識」』(創文社、1994年)。

分論が否定される。「合衆国憲法の権利章典の目的は、特定の主題については、流動的な政治論争の議題から外し、多数派や公職者の手の届かないところに置き、裁判所の適用する法原理として確立することであった」⁽³¹⁾はずであり、自由や権利が投票箱に左右されてはならないのである。

Jackson 判事は、合衆国憲法修正第 1 条の表現の自由の保障が、個人の自律の保護を究極的な目的としていると考え、言論だけではなく沈黙も保護されて当然だとする。そして実際には、沈黙の自由は退出 (opt out) の権利として具体化されることになる。

3 リベラリズムの陥穽とそこからの脱出

しかしながら、Seidman 教授によれば、Barnette 判決で示された上記のリベラリズムの沈黙の権利擁護論には検討の余地があるという。リベラリストは「強制の効果」(the effect of coercion) を誤解しているおそれがある。

そこで Seidman 教授は、Barnette 判決と Wooley 判決⁽³²⁾ の比較を試みる。Wooley 事件は次のようなものである。ニューハンプシャー州は、自動車のナンバープレートに州のモットーである“Live Free or Die”を浮き出しにして、州法により「ナンバープレートの数字及び文字」を覆い隠す行為を犯罪としていた。エホバの証人である Maynard が、このモットーを自らの信仰を害する不快なものと考えてテープで覆い隠したために処罰を受け、州法の合憲性が争われることになった。Wooley 判決法廷意見を執筆した Burger 合衆国最高裁首席判事は、沈黙の権利を、合衆国憲法修正第 1 条の語る権利と対になるものとして保障されるとし、ニューハンプシャー州法は Maynard の当該権利を侵害すると判示した。

(31) 319 U. S. 624, 638 (1943)

(32) Wooley v. Maynard, 430 U. S. 705 (1977). この判決について、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障 (1)』(日本評論社、1994年) 106頁以下。

Seidman 教授が注目するのは、ナンバープレートにテーピングマスクをすることの意味である。例えばマスクングをされていないナンバープレートを見た人々が、ナンバープレートに浮き出されたモットーを、自動車の持ち主の見解だとみなすだろうか。通常はそう思わないはずである。これは特定の見解を強制的に押し付けられる場合、その強制ゆえに発話の主体性が奪われるということの意味している。

合衆国最高裁は、近年の *Johanns* 判決⁽³³⁾ などにおいて、この発想に近いところにきている。同判決はいわゆる政府言論 (government speech)⁽³⁴⁾ に関わる事案であるが、政府が言論の内容を決定している場合には、言論の主体は政府であって関係当事者たる個人ではないと判断した。そうすると *Wooley* 事件では、ナンバープレートのモットーが州政府の言論とみなされる限りにおいて、*Maynard* の言論ないし沈黙の自由は問題とならない可能性が出てくる。

Seidman 教授はこれを沈黙の権利のパラドクスと考える。すなわち、「沈黙の権利を保護する最善のものは実際には言論の強制であり、*Barnette* 判決や *Wooley* 判決で合衆国最高裁が支持したような言論の強制を回避する権利こそが沈黙の権利を脅かす」(p. 156) のである。もう少し敷衍してみよう。

例えば *Barnette* 事件における国旗敬礼の儀式を考えてみる。儀式の外

(33) *Johanns v. Livestock Marketing Association*, 554 U. S. 550 (2005). なお参照、蟻川恒正「政府の商業言論」季刊企業と法創造第 6 卷 4 号 (2010年) 125 頁以下。

(34) 政府言論に関しては研究の蓄積が進んでいる。先駆的な業績として、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト 1244 号 (2003年) 91 頁以下。さらに以下を参照。横大道聡「言論市場における『発言者』としての政府—『政府言論』を巡るアメリカでの議論を中心に」法学政治学論究 72 号 (2007年) 215 頁以下、金澤誠「政府の言論と人権理論 (1) (2・完)」北大法学論集 60 卷 5 号 (2010年) 195 頁以下、61 卷 2 号 (2010年) 192 頁以下、城野一憲「表現の自由理論における『言論者としての政府』というメタファー：“government speech”をめぐる言説への懸念」早稲田法学会誌 61 卷 1 号 (2010年) 245 頁以下。

部観察者の視点に立つとして、かかる外部観察者は儀式自体が強制的なものだということを知っている。生徒の中には望んで儀式に参加している者もいればそうでない者もいることは容易に想像がつく。そして儀式が強制的である限り、生徒の行為主体性は剥奪されているので、儀式に反対する生徒は実質的に沈黙することができる。なるほど彼らは口ずさむ程度のことはせざるを得ないかもしれないが、単に言葉を口ずさむことは、憲法的な意味での「言論」、つまりコミュニケーションとはならない。

これを *Barnette* 判決で確立された沈黙の自由の保障制度と比べるならば違いは明らかであろう。その場合、儀式に反対する生徒は参加を強制されないので、儀式において沈黙する権利を維持する必要はない。彼または彼女は退出するだけでよい。退出の自由があるということは儀式が強制的なものではないということであり、強制がない以上、外部観察者にしてみれば、儀式へ参加することは忠誠の誓いを信じているということだと受け取られ、このことは「言論」性を帯びる。もちろん退出も反対の意思を明らかにする行為であるから一種の表現行為、「言論」である。とするならば「沈黙の権利を掘り崩すのは、参加と退出のいずれの選択肢をも言論にしまう退出の自由なのだ」(p. 157)ということになる。リベラリズムによる *Banette* 判決の理由づけは、「強制の効果」を見誤っているために、究極的に沈黙の権利を説明できないのである。そして *Seidman* 教授によれば、*Barnette* 判決を救う理路として有力なものは幾つかあるが、いずれも成功していない⁽³⁵⁾。

(35) 考えられる理路の一つ目は、言論の強制から生じる外部的な効果よりも、それが話者自身に与える影響にこそ目を向けるべきだと発想を転換するものである。典型的には、言論の強制は市民を理性的かつ自律的な行為主体として扱わない点に問題があると主張することになる。外部観察者に対するコミュニケーションとはならずとも、当事者の内心を尊重していないことは事実かもしれない。けれどもこの種の議論の難点は、政府による言論の強制がなくなりさえすれば、行為主体は理性的・自律的に自らの意見形成を行うことができるという

4 根源的リベタリアニズムと Barnette 判決

それゆえに Barnette 判決の Jackson 判事的なりべラルな擁護論は、共和主義的にも遍在的決定主義的にも間違いであり、さらに沈黙の権利という観点からは、そのリベラリズムにも問題があるということになる。Seiman 教授の分析を改めて整理しておく。共和主義によれば Barnette 判決は端から問題外である。国家には、忠誠の誓いで表現される結合意識を国民に植えつける権利義務がある。よって忠誠の誓いの強制は許されるどころか要請されるのである。遍在的決定主義からは、リベラリズムが強制や洗脳に対して抱く強迫観念それ自体が的外れだということになろう。強制の契機は至る所に溢れており、それと比べるならば、少数の生徒に数語を口ずさむように要求することはさほど深刻な問題を生じさせない。もとより世に遍在する強制一般を排除することはできないのであるから、仮に宣誓の誓いの強制を禁ずるとしても、それで完全に自由な世界が生み出されるわけではない⁽³⁶⁾。

楽観主義に立つということにある。遍在的決定主義の懐疑論を待つまでもなく、現実には目に見えない形で強制や操作は至る所に存在している。See e. g. Seana Valentine Shiffrin, *What Is Rally Wrong with Compelled Association?*, 99 Nw. U. L. Rev. 839 (2005). もう一つの候補は、Barnette 判決は表現の自由の枠組を採用したのが問題であって、判決はむしろ自律と人間性 (personhood) へのより一般的な権利を保護したのだと理解しようとするものである。しかしながら Seidman 教授によれば、この議論もまた個人の尊厳や人間性に対する強制の効果を誤解しているという。「強制がなされるときには常に個人の尊厳が侵害されると想定することは端的に誤り」であって、「自らの意思に反して何かを強制させられるとしても、それは恥辱 (disgrace) ではない」(p. 165) はずだからである。こうした混乱は、強制がしばしば自己背信や言行不一致を引き起こすものであるために生じるのだろう。それならば「忠誠の誓いを強制する特定のやり方が何ゆえに自己背信や言行不一致を引き起こすのか」を説明しなければならぬはずだが、十分な論証がなされているとは言い難いという。See, e. g. Abner Green, *The Government of the Good*, 53 VAND. L. REV. 1 (2000).

- (36) 強制的遍在を真剣に捉えるならば、むしろ逆に「公立の義務教育は生徒の両親による洗脳を矯正するのに役に立つとさえ言えるかもしれない」(p. 167) ことになる。この点に関して以下を参照。中川律「Yoder 判決を考える一ア

言論が強制されている限り、外部観察者には、本心から語っている人とそうでない人の見分けはつかない。「沈黙する私的権利というものを真に擁護しようとするならば、その最善の方法は集団による言論を個人レベルの言論へと分節化（disaggregation）してしまうのを防止するような政策」（p. 167）である。そうすると皮肉なことに、「強制ではなく退出という手段こそが、言論の個人化を可能にし、結果として沈黙を破ることになってしまうことになる」（p.167）。リベラリズムは沈黙の自由を退出の自由へと変換したために、かえって沈黙の自由を擁護することができなくなってしまったのである。

では残る根源的リバタリアニズムならば *Barnette* 判決を救済することができるのだろうか。結論を先取りすれば、「根源的リバタリアニズムこそが *Barnette* 判決の権利を支持する最善の論証を提供する立場にあることが判明する」（p. 168）。根源的リバタリアニズムの観点からはリベラリズムの悩みの種が実は強みであることになるのである。

Barnette 事件で明らかなのは、エホバの証人たちが退学処分を受け入れるという「選択」をしたことにより、彼らが宗教的義務に真摯に従っているということ、つまり自らの立場を顕示する（taking a stand）機会を得たということである。

Barnette 判決は強制を嫌い、儀式からの退出の権利を認めた。前述のとおりそれゆえに沈黙の権利が擁護できないことになるのだが、同時に当事者にある種の選択を強いることにはなる。「参加者が忠誠の誓いを述べるとどうかを選択できる世界にあっては、彼らを選択しなければなくなるのは、なお一層明らか」（p. 168）だからである。「選択」こそは根源的リバタリアニズムの主張の核心であり、歓迎すべきものである。つまり退出権の保障は否応なしに当事者に選択を迫る効果を生むのである。

国家が全ての人間に参加を強制するような場合にもまた、選択という行

アメリカの公教育における子どもの利益と市民育成」明治大学法学研究論集26号（2007年）1頁以下。

為は避けられない。こうした場合には「人は常に Barnett 家や Gobitas 家の子どもたちに賛同する自由があり、権威に立ち向かう自由があるのであって、かかる自由を否定することは…根源的リバタリアニズムの『悪しき信念／自己欺瞞』と同じだからである」(p. 168)。もっともこうした強制システムにあっては、現実には選択の余地がなく法に従う義務しかないと感じる人が多いかもしれない。けれどもだからこそ、現実の世界にあって、法は、人々に選択の可能性と義務を与えるような社会制度を構築すべきなのであり、「Barnette 判決が命じる退出制度はまさにこれを作り出すものなのである」(p. 168)。このように根源的リバタリアニズムからすると、Banette 判決の論理は自らの信仰・信念に基づく「選択」を不可避とする帰結をもたらすものであるから擁護できることになる⁽³⁷⁾。

忠誠の誓いの強制に反対する論者の中には、表立った強制はなくとも隠れたインフォーマルな強制はなくならないために、反対者の多数にとって退出戦略は魅力的ではないどころか不十分であって、儀式自体を完全に禁止すべきだと主張する者もいるかもしれない。だが遍在的決定主義の見方からすれば、この種の強制力の存在はごく当たり前のことである。根源的リバタリアニズムはまさにその中で、我々は常に自らの置かれた状況で選択するのが義務だと主張しているのである。

とはいえ根源的リバタリアンという立場はいかにして正当化できるのか。根源的リバタリアニズムは、理を尽くした説得によっては制約されず、強制的な手段によっても制約されない、そのような選択ができることを信じる立場であるから、根源的リバタリアンたれという主張自体が自己矛盾であろう。Seidman 教授によれば、まさにここで沈黙の権利が登場するのである。根源的リバタリアニズムが語り得るのは、「もし Barnette

(37) 強制的に忠誠の誓いを暗唱させても、それがコミュニケーションではない以上、その人は強制言論の沈黙に逃げ込むことができる。ただしそれゆえに「強制される言論が非コミュニケーション的なものである場合に限られる」(p. 170) ことになる。だがこの点はさらに批判的検討を要するであろう。

判決が正しいと信ずることを選択するのであれば、同じように、根源的リベタリアンとなることを選択してもよいはずだ」(p. 172) ということ、それにとどまる。

五 跋

本稿は Seidman 教授の“Silence and Freedom”の読解を通じて「沈黙の自由」の関わる場面のうち、謝罪をしない自由と、言論の強制を回避する自由という二つを検討した。今一度整理しておくとなつてくる。

謝罪をしない自由としての沈黙の自由について。謝罪という行為が有効に機能するのは、それが一切の打算と切り離された行為だからである。そのような謝罪は私的な領域においてのみ可能であるため、法的な権利としては俄かには認めがたい。けれども権力の遍在という事実を無視できないとするならば、そもそも純粋に私的な領域というものの自体を観念することが困難である。そこで究極的には謝罪をするかしないかを本人が選択できるかどうかポイントとなってくる。再度、権力の遍在を考慮するならば、いかに本人が選択するといっても、所詮は選択できているという幻想が可能かどうかにかかってくる。その点ではリベラリズムによる公私区分はかかる幻想を創出し保持する役割を果たしていると評価できることになる。

次に言論の強制を回避する自由としての沈黙の自由について。言論を強制される場合には行為者は主体性を奪われるために、行為者内部では自己背信が生じる。行為主体性を維持するために沈黙する権利はいかにして擁護されるのか。リベラリズムは端的に言論の強制がある場合に、そこから退出する自由を擁護する。ところが実は強制によって、外見上、行為主体性が剥奪される結果、沈黙することができることになる。退出の自由がある場合には本人は依然として言論の主体のままであるが、その場合、参加するにせよ退出するにせよ、その人自身の言論だとして外部に認知され

ることになるため、沈黙する権利はない。けれども逆説的にこのとき本人は真の選択をすることができることになる。

さてこうした Seidman 教授の論法に特徴的なのは、常に外部観察者の視点をとることである。言論強制の場面で何度となく強調されるところである。冒頭で記したように、日本の憲法学は沈黙の自由を内心の自由に位置づけてきたために、かかる視点は斬新にうつる。だが同時にその分、内部参加者にとっての強制の効果を軽視し過ぎているようにも思われる⁽³⁸⁾。言論が強制されている場合であって、その言論が言葉を口ずさむにとどまる、つまり正確な意味での言論に至らないものであり、かつ外部観察者からみてもその人の言論とはみなし得ない、という説明は、肝心の本人にとってどれほどの説得力を有するのだろうか。

例えば君が代ピアノ伴奏事件⁽³⁹⁾を考えてみよう。もちろんこれは公的領域での話であるから、ストレートに Seidman 教授の議論を応用することはできない。ただし単純に理屈だけを適用すれば、伴奏の強制があるときには、外部観察者にとって、演奏者の内心と演奏曲の持つ意味は切り離されていると認識されるのであり、演奏者の思想の表明とはならず、よって演奏者の内心を侵害することにはならない。おそらくこのように説明されるのだろう。

しかしながらこの説明はあくまで外部観察者を基準にした議論であり、演奏者本人の意識ないし感情を全く考慮しないものである。ましてピアノ伴奏を拒否することは、儀式から単に退出するだけでは済まず、懲戒処分という不利益まで被ることになる。そうしてみると、沈黙の自由はやはり外部観察者の観点からだけでは説明し尽くせないものであって、少なくとも同時に内部参加者の観点を導入しなければ不十分なものとどまると言わざるを得ないように思われる。

だが実はこうした Seidman 教授の論法それ自体が、沈黙の自由のパラ

(38) 本稿脚注35, 37参照。

(39) 最判2007年2月27日民集61巻1号291頁。

ドクスに対して、一つの処方箋を与えている。すなわち、沈黙の自由を語りえないのは内部参加者であり、語るべきは外部観察者だということである⁽⁴⁰⁾。沈黙の自由を擁護するために、沈黙する当事者は語りえない。けれどもだからこそ沈黙を選択することの正当性を外部観察者が語らねばならないのである。かく解するならば、パラドクスは必ずしもパラドクスではない。まただからこそ外部観察者として Seidman 教授は言葉を尽くして語っているのだとも言えよう。

結局のところ本稿は、Seidman 教授の沈黙の自由に関する学説を二つの場面に絞ってなぞるだけのものにとどまってしまった。筆者としては、この議論を日本の憲法学に具体的に応用することは十分に可能であり、またそうすることで、従来必ずしも活発には論じられてこなかった沈黙の自由をより立体的に把握できるのではないかと見込んでいる。これについては今後の課題としたい。

(40) 内部・外部二分論が典型的に妥当するのが「拷問における沈黙」である。本稿では対象としなかったが、Seidman 教授によれば、拷問の場面では、人間が所詮は肉の塊であることを思い知らされるために、精神の自由などという「幻想」は吹き飛んでしまう。こうした慄然たる「拷問の真実」について、当事者は沈黙し得ないし、外部観察者もまた「語らねばならない」(p. 142) のであって、そこには沈黙の自由はない。