



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	給付行政と表現の自由：政府のメッセージを手がかりとして
Author(s)	金澤, 誠
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 12, 43-79
Issue Date	2006-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22351
Type	departmental bulletin paper
File Information	12_P43-79.pdf



給付行政と表現の自由

—政府のメッセージを手がかりとして—

かな ざわ まこと
金 澤 誠

目次

はじめに	45
第1章 序論	45
第1節 表現の自由論	45
第2節 給付行政と権利	46
第3節 本稿の視点	47
第2章 理論装置としての「政府言論」(Government Speech)	48
第1節 初期の「政府言論」理論	48
(1) Emerson	48
(2) Yudof	49
(3) Shiffrin	49
第2節 Bezanson & Bussによる「政府言論」理論	50
(1) 独占 (monopoly)	50
(2) 欺き (deception)・歪み (distort)	51
(3) 属性 (attribution)	52
(4) 小括	52
第3節 判例法 (Board of Education v. Pico判決)	52
第4節 検討	53
第3章 判例法理としての「違憲な条件の法理 (Unconstitutional Conditions)」	54
第1節 理論	55
(1) Kreimer	55
(2) Epstein	55
(3) Sullivan	56
(4) Sunstein	56
第2節 判例法	57

(1) Maher v. Roe判決	57
(2) Harris v. McRae判決	57
第3節 検討	58
第4章 現象としての「言論助成 (Subsidized Speech)」	59
第1節 問題の所在—言論助成は特別か?—	59
第2節 解決理論	59
(1) 消極的アプローチ・文化専門職論を一例として	59
(2) 積極的アプローチ・表現の自由の中核としての公共討論モデル	60
①言論助成に関する学説の共通要素	60
②Postによる公共討論アプローチ	60
第3節 判例法	61
(1) Rust v. Sullivan判決	61
(2) National Endowment for the Arts v. Finley判決	62
(3) Legal Services Corp. v. Velazquez判決	63
第4節 若干の検討—「公共討論」を「歪める」とは何か?—	64
おわりに	67
注	67

はじめに

国家が社会で生じるあらゆる現象（とりわけ経済問題や社会福祉問題）に関わろうとする時、その国家は現代型行政国家と呼ばれる¹。現代型行政国家の特徴は、何よりも政策課題の広さにあるといえるだろう。だからこそ、現実の政治過程では、その課題に対応するために、議会と政府との協働によって政策が遂行されている。図式的に言えば、従来の国家の主たる任務が、国民に対して権力的な規制など禁止命題を提示することであったのに対して、今日の国家では、多様な国家計画²が立てられながら、より複雑な規制手法が用いられているといえる。それは、いうならば、アメとムチ（carrot-and-stick）³である。国家は、アメとムチを使い分けながら、政策を実現するために国民をある方向へ誘導してきた。

従来からすると、アメに関する議論は、行政学、あるいは行政法学においてなされてきた⁴。それによれば、アメとしての補助金⁵は、国民の権利を侵害しないので⁶、政策として積極的に位置付けるべきとしてきた⁷。こうした議論は、市場原理を用いた制度設計として、ひとまず肯定的に解すべきであろう。しかし、国家による給付作用はますます拡大の途を辿り、国家と国民との情報量の格差が広がっている。その中において、給付過程にまつわる問題を新たに抽出することは、国家現象を考えるうえで重要であろう。本稿の目的は、誘導行政におけるリスクの側面を、主として憲法学の観点から論ずることである。具体的には、政府が、国民に対して人権、とりわけ表現の自由を放棄させることを条件に、補助金を支給することができるか、その限界があるかという問題を議論する。

第1章 序論

本稿が検討する直接の課題は、アメリカ憲法学において、90年代に入って議論されている言論助成の問題である⁸。アメリカ憲法学では、言論に対する給付（言論助成〔subsidized speech〕）の憲

法適合性について、特別の検討が加えられている。では、アメリカ憲法学は何故、言論助成を論じているのか。こうした問題関心から、次の二点に留意しながら議論を展開したい。第一に、言論助成の学説として、いわば交錯的に語られてきた学説理論や判例法理が、それぞれどのような意味合いをもっているか。第二に、言論助成の文脈で展開された議論が、既存の表現の自由論・給付行政の一般的な理論にどのような影響をもたらすか。議論をはじめるとあたっては、表現の自由論における理論装置をまず確認する必要があるだろう。

第1節 表現の自由論

言論助成の問題を考える場合には、表現の自由論の理論状況を概観する必要がある。なぜなら、言論助成の理論が、言論の価値（優越的価値）に基づいた議論をするのであれば、その価値論を抜きにして問題を語る事が不可能だからである。ここでさしあたり確認するのは、「思想の自由市場」論と、表現の自由の価値についての対立である。

第一に、「思想の自由市場」論についての対立がある。それは、アメリカ合衆国の判例法が、「現実の言論市場には深刻な弊害が生じ、現状に対する是正策としての政府規制の必要性が繰り返し唱えられても」⁹、なお言論作用を私的秩序に委ねてきたことに対する学説による評価の問題である。ある論者の指摘によれば、今日における「思想の自由市場」論の論争は「古典的な「思想の自由市場」理論という基礎土台の上に、その土台の「歪み」を多彩なアプローチによって修正しながら、築き上げられようとしている」¹⁰という。このことは、「思想の自由市場」論という国家の介入を否定する原則を安易に覆すべきではないという伝統的な議論¹¹に対して、いかに精緻な批判理論を構築できるかという形で議論がなされてきたことを意味している。とりわけ後者の議論においては、「思想の自由市場」論を「20世紀初頭という時代に特有の背景と結びついており」「それゆえに、現代からみれば再考を要する部分も含んでいる」¹²と相対化しながら、「思想の自由市場」における

事実としての歪みを積極的に認定し、国家による市場への介入を認めるべき領域を慎重に策定している。こうした議論はまた、「消極的自由」と「積極的自由」の対立¹³、あるいは、「国家からの自由」という伝統の中で、「国家による自由」¹⁴をどこまで認めるかという対立ともされている¹⁵。ここでは、伝統的な精神的自由の領域での国家権力の濫用を危険視する発想（精神的自由の領域における国家性悪説の考え方）が、具体的な問題文脈において、どのように評価できるかがひとつの主要な論点になっているといえるだろう。

第二に、「思想の自由市場」論に関連して、いわゆる表現の自由の原理論が論じられてきた。これに関するアメリカにおける馴染み深い分類¹⁶としては、第1修正の中核を自己統治に限定する議論（Bork）、同じく、自己統治的立場に立ちながらも権力濫用という観点から論ずる議論（Ely）、更には自己実現という観点から、理性ある人間の受容力の発達という観点から論ずる議論（Baker）、自己実現的立場に依拠しながら、独自の修正を加えるScanlon, Strauss, Schauerの議論などがある。この学説の分類が示しているように、これまでの表現の自由論は、自己統治と自己実現の二つの側面をどのように調整するかという形で絶えず議論されてきたとみることが可能である¹⁷。そうした意味からすれば、言論助成に関する基準を定立する作業も、表現の自由に関する価値論と共に行われる必要があるだろう。なお、表現の自由を含む人権の（実体的な）価値の位置付けに関する議論は、日本においても、例えば、「選挙権・思想・良心の自由・信教の自由・集会の自由・言論・出版の自由などは、まさに政治参加のプロセスに不可欠であるから、これらのプロセス的権利を制約する立法については、立法府の判断を尊重すべき根拠を欠く」¹⁸とする考え方の是非を巡って議論がなされている¹⁹。そして、「公権力の自由市場への介入が認められる例外的場合があるにせよ、自己実現も自己統治も「思想の自由市場」を前提としていることを看過してはならない」²⁰とする指摘があるように、国家が権力的に介入する場面（規制的側

面）での表現の自由論では、国家が関与しないという「思想の自由市場」論が基本的には維持されているといえるだろう。

言論助成の問題は、以上に述べたような「思想の自由市場」の歪みをいかに認識するかという問題のひとつとして位置付けられる。また、言論助成という問題は、国家という存在が、既に「思想の自由市場」に介入することが予定されている場合の問題類型（補助者としての政府）とも位置付けられる。しかしながら、市場介入が国家によるということを中心とするならば、市場の歪みという現象をより強く認識すべきであろう。そこで、こうした議論をする（言論助成に関する基準を定立する）場合に、前述したような、既存の「思想の自由市場」論や、表現の自由論の価値に関する議論がどのような意味合いを持つかが問題となるだろう。

第2節 給付行政と権利

言論助成の問題を考える場合には、給付という行政過程を問題視する必要がある。そのことを一言で言うならば、裁判においては、「誰のどのような権利・法益が侵害されたか」という論理構成が採用されるため、非権力的作用である給付措置を、憲法（法律）違反として争うことに難点があるということである²¹。このことは、かつて、この領域において語られていた権利特権二分論²²が否定される傾向にあるとしても、依然として大きな問題といわざるを得ない。例えば、憲法典における（支出に関する）規定から、直接的に支出行為を問題視するのが難しいことは周知の通りである。それは、日本国憲法では、憲法89条で公の財産の支出に関する規定と、憲法20条の政教分離の規定を置くに留まっており²³、アメリカ合衆国憲法でも、財政に関する憲法典レベルでの規定として、第1編第8節の支出に関する規定、第1修正の国教禁止条項、そして、より一般的な州際通商条項²⁴、デュー・プロセス条項といった規定²⁵を置くに留まっているからである。

次に、国家による支出行為を問題視する方法としては、より一般的な法原則を用いるアプローチがあるといえるだろう²⁶。例えば、国家による財の配分という問題については、平等という観念が大きな意味を持ってきた²⁷。後述するように、判例においては、支給条件に合致しない行為をすることが処罰と同視されるほどに強制効果を持つとした議論があるが、それは当該支給制度（支給条件）における不平等を語っているものと理解できるだろう。あるいは、既に決定された金銭の給付決定が、後に突如として撤回される場合においては、撤回という行政決定の性格や、権力分立の観点から考察する必要があるだろう。こうした類型が示しているように、給付に関する訴訟での救済を検討する場合には、侵害される価値の検討と共に、平等原則などの一般法原則、さらには、権力分立といった、より一般的な法原則からも検討する必要があるだろう。そして、言論助成の問題を検討する際にも、後述するYudofも指摘するように、表現の自由の価値に焦点を合わせた議論と共に、権力分立に関する議論や、行政機関に対する一般的な統制などの行政過程を問題視する議論などの発想を議論する（あるいは、分けて考える）必要がある。

第3節 本稿の視点

言論助成の問題が議論される際には、次のような概念が提示されてきたといえるだろう。第一に、「政府言論」である。国家によって財政援助を受けて表現行為（subsidized speech）を行う際に、国家に対する憲法上の制約原理として、「こうした場合に生じる憲法問題を捕捉すべくアメリカ憲法学が用意している視座が、いわゆる「政府言論（government speech）」²⁸である。あるいは、政府言論とは「政府による不適切な方法での思想の自由市場への歪曲の可能性」²⁹の危険視する発想であり、より具体的な発現形態として、「政府が「捉われの聴衆」に向けて言論をする場合と、「政府が自らの存在を伏して腹話術師として言論を発する場合」に限定する見解がある。第二に、

判例法上の「違憲な条件の法理（unconstitutional conditions）」がある。同法理の分析として、政府が、国民に憲法上の権利を放棄させることを約束させたとて、恩恵を与えることができるかということの判例法の考察がなされてきた。

一般的にいて、言論助成の議論は、今述べたような理論や法理を前提にして議論がされてきたといえる³⁰。例えば、言論助成の解決には、違憲な条件の法理、政府言論、パブリック・フォーラムの3つの理論装置があるとして、「今後は言論助成が行われる領域がどのような役割を果たすかを具体的に考える事で、場の側面に適合的な法理に基づいて考える事が求められる」³¹とする指摘がある。さらには、言論助成の解決には、文化専門職の意見を尊重すべきだとする、制度論的な学説アプローチがある³²。こうした議論は、それぞれさまざまな形で異なる観点からなされているので興味深い。しかし、政府言論と違憲な条件の法理の概念がいかなる関係にあるかについては、より詰めた議論が展開されていないように思われる。そして、そもそも政府の言論とは何かということも本格的に論ぜられていないといえよう³³。例えば、政府の言論が具体的にどのように発せられたか。その結果として、「思想の自由市場」にどのような影響を及ぼしたか。あるいは、何故、言論に対する給付を危険視する必要があるのかということをも更に検討する必要があるだろう。

こうした問いを総括する指摘としては、原則として、リバタリアンな立場を取らない限り、給付を含む国家作用の圧倒的多くは合法的に行われるものであり、常に違憲性の問題が生じるものではないとするものがある³⁴。あるいは、国家による文化助成が、判例法において問題視されるのは、政治的な観点のみに基づいて排除した（不利益を課した）場合など、幾つかの限られたケースにすぎないという指摘もある³⁵。この議論を出発点とするならば、まずは、その限られた場面類型を、学説や判例が、どのように語ってきたかを明らかにすることからはじめるべきであろう。

以下では、現象としての言論助成という問題を検討する作業を試みる。具体的には、まず、理論装置としての政府言論の一部を解明する作業を行いたい。次に、違憲な条件の法理がどのような領域で構成されてきたかを確認し、政府言論と違憲な条件の法理の異同を確認したい。最後に、言論助成の問題の意義を確認する。解決理論のひとつとされる、Postが提唱した公共討論の視点を提示しながら、芸術に対する助成が合憲とされた事例と、司法法律扶助が違憲とされた事例との2つの場面類型の違いについての観察を行いたい。

第2章 理論装置としての「政府言論」 (Government Speech)

言論助成は政府言論の課題である。政府言論という問い自体は、非常に幅広い問題文脈で語られる³⁶。第2章で検討するのは、政府言論の理論が、出発点としてどのような領域から議論を展開しているかである。

第1節 初期の「政府言論」理論

政府言論の問題は、すでに「思想の自由市場」に参入している政府を、どのように捉えるかという問題である。言い換えれば、政府の言論とは、「不適切な形で政府による言論市場の歪曲の可能性」を問題視する発想であった³⁷。この定義が示すように、政府言論の問題関心は、国民の権利の侵害態様を問題視するものではなく、政府が話す (government speaks) (メッセージを発する) ことにより、「思想の自由市場」が歪曲化 (distort) されるかどうかという抽象的な危険を問題視する議論となる。ゆえに、「思想の自由市場」の構造的な把握が予定されている。

これから論ずるのは、Emerson、Shiffrin、Yudofである。彼らは、政府言論の危険性に対して積極的な議論を展開している。もっとも、彼らの議論の全てをここで明らかにできないので、彼らによる「思想の自由市場」論、それに参加しようとする国民の地位、国家に対する具体的な禁止

命題、政府言論に対する統制基準について、若干の検討を加えたい。

(1) Emerson

わが国においてよく引用されるEmersonにおいても、「言論者としての政府」に関する議論が見られる。Emersonによれば、政治的表現に関する議論として、「政府の任務は決して、私的な個人や集団による自由な表現活動を規制することに限定されるものではなく」「政府それ自身が、常に思想の交換市場に参加してきた」としている。そのうえで、その危険性に対する解決方法として、次のようなものを挙げている。第一に、「政府の表現が、独占的ないしは半ば独占的に作用する場合」における、何らかの指導方針の定式化として、「バランスのとれた〔見解の〕提示という観念」である。第二に、「その表現が、捉われの聴衆〔否応なしに聞かされる聴衆〕に向けられている場合には、政府は、政治的表現に携わってはならない」³⁸としている。

これらEmersonに挙げられた具体的事例は、政府による、記者会見や広報活動などの直接的な言論に対する禁止要請であるといえるだろう。その意味では、政府の機能をいかに実践的に制限するかという点に向けられたアプローチといえる。そのことは、政府言論の概念が、「知る権利」の観念に密接に結びついていることに関わっている。即ち、後述するBezanson&Buss論文では、情報公開に関する判例も政府言論の対象としており、ここでは、政府が情報を公開しないことにより、「思想の自由市場」が歪むというような議論をしている。このことが示すように、政府言論の問題関心は、政府が必要以上に話すこと、必要以上に話さないこと、という両方の行動を問題視するものといえる。もっとも、Emersonの議論は、政府言論の危険性を認識しつつも、いかにそれを禁止するかという問題については個別的に触れていないように思われる。つまり、政府に対する要請やあるべき姿の提示に留まっているように思われる。

そして、以上のような議論は「政治的表現への

政府の参加」という項目の中で議論がされていた。このことが示すように、Emerson自身が、とりわけ政治的な討論の領域を念頭において議論をしていたことには、後述する議論との関係で注意しておく必要があるだろう。

(2) Yudof³⁹

政府言論の議論は、Yudofが『政府が話をする時 (When Government Speaks)』という本を書いて以降、強く論ぜられるようになった。Yudofの関心は多岐にわたっているので、Shiffrinによる書評⁴⁰に沿って、部分的に議論を紹介する。

まず、Yudofの議論は、多数決ルールや代議制政治の観念の根底には、統治に関する説明責任があるという前提からはじまる。第1修正の意義は、国民から同意を獲得するための過程を保護することとして捉えるべきであるとする。我々は政府による教化 (indoctrination) 活動について絶えず注意をはらわなければならない、マスコミの存在は政府による教化を防ぐものとして重要である。Yudofは、政府が話すという具体的な事例として、選挙プロセスの濫用や、党派的な形での連邦議会の郵便物取扱い特権 (Franking Privilege)、さらには、学校、刑務所、病院、軍隊などでの「捉われの聴衆」の存在を挙げている。そして、政府が言論をする場合の問題を解決する際には、連邦主義、権力分立、行政庁に対する統制などの一般的な議論が重要であるとする。そして、それを補強するものとして政府言論アプローチがあるという。

次に、民主主義過程では、とりわけ対話が重要であるとしている。政府と国民の間でもそれは行われるものである。その限りにおいては、政府も話すことが要求される。そして政府が言論をするという状況には、説得 (persuasion) と教化 (indoctrination) という二つの場合があるという⁴¹。しかし、裁判所は必ずしも政府言論に対する裁判による救済を積極的に語るべきではない。なぜならそれは、裁判所が、良い政府言論か、悪い政府言論かという決定をすると、裁判所自身が、同意過程を歪曲することがありうるからである。ゆえ

に、同意過程は多くの方法によりチェックする必要がある、一つの法理論や判例法によっては解決されない。例えば、美術館や図書館など文化専門職に関わるような、腹話術師的な言論助成⁴²があるが、そうした政府の言論は、権力分立アプローチによる解決があり、なるべく補助金を公的機関から離れた形で分配することが、より適切であるとしている⁴³。

(3) Shiffrin⁴⁴

政府言論がさらに本格的に論ぜられたのは、政府のメッセージがより見えにくい形で表現されるようになってからである。このことは、Shiffrinが、政府言論について、「政府がその表現を裏打ちするもの (endorsement)、政府に裏打ちされたもの [メッセージ] が運ばれて、国民に受け取られる可能性のある表現、さらには、コミュニケーションに関わる可能性がある公務員による州のサポートに関するものすべて」と定義していること表れているように思われる⁴⁵。

Shiffrinの議論の出発点はBarnette判決⁴⁶である。Shiffrinによれば、同判決には壊れやすい脆さがあるとする。それは、公務員が州の資源を用いて、国旗敬礼行事を開催することについては何も語っていないことである。Barnette判決は、公務員による説得 (任意) は良いが、強制はできないという単純な二分論を採用しているという。Shiffrinは、この判決が行政による非権力的な (任意や説得による) 行動を一般的に許していることを問題視する。そしてこうした問題と同種の事案として、州立学校で使用するカリキュラムやテキストという問題、鋭いイデオロギー価値についての争いである行政による報告書や出版物、大規模な贈与や間接的な補助を挙げている。

次に、Shiffrinの議論では、四つの具体的な裁判救済モデルが導入されている。第一モデルは、Police Department of the City of Chicago v. Mosley判決⁴⁷で展開されたパブリック・フォーラム論モデルがある。具体的には、平等条項を通して (第1修正に言及せずに)、政府が選別的な利用拒否をし

てはならないとした事例である。このモデルは平等なアクセスということが語られているので、有意義である。しかし、設営・管理の場面において恣意が入り込む余地があり、完全ではないという⁴⁶。第二モデルは、反対納税者モデルである。国民は対立するイデオロギーを伝達するメッセージに対して、それに貢献することを強要されないと観念する方法である。政治献金目的の強制徴収に関する事例⁴⁹が挙げられている。このモデルは自由という観念に力点を置いている。しかし、この自由も判例法上、完全に語られるものではないだろう。第三モデルは、「思想の自由市場」での実質的な影響度に力点をおく議論である。アクセス権に関する事例がそれである。第四モデルは、Emersonが指摘したような政府機能モデルである。それは、政府機能について限定を加えるアプローチであり、政府は特定の候補に対して公的権限を与えることはできないという選挙プロセスに関する原理を論じている。

以下では、Shiffrinの議論における具体的な問題の帰結として、後に検討する文化助成の問題を扱っておきたい。そのことは、政治的な領域における助成と文化助成の対比として論ぜられている。まず、政治的な領域における助成については、「特定の候補者を支援するメディアの時間を買う」というような政府による介入は、古典的な第1修正違反になる⁵⁰として、基本的に厳格審査が必要であることを示している。それに対して、芸術的・文化的助成については、政治的自由との比較の中でより慎重な形で検討がなされている。具体的には、第一に、芸術的な表現は政治的な表現と範疇化されるべきか、それとも、芸術的自由として範疇化されるべきか。第二に、政府による補助金には限りがあることをどのように理解するか。第三に、補助金を拒否されたとしても、芸術に関する自由権は存在するのではないか。第四に、文化についての専門的な助成機関に絶対的な中立性を要求することはできないのではないかが検討されている。

注目すべきことは、Shiffrinが、文化助成の問題

を語る場合に、端的に典型的な政治的な領域との類推の中で議論をしていることである。言い換えれば、典型的な政治的な領域における助成（配分）には限界があることを暗黙の了解にしている。こうした思考様式からすれば、文化助成の解決については、国家の中立性が典型的に要求される政治的な領域との関係（類推の中）で、「芸術に関する市場が、全体としての表現市場において、どのような領域として位置付けられるか」ということがひとつの問題になるように思われる。この点において、Shiffrinが、文化助成の解決は難しいと素直に表明したうえで、「行政過程が過度に政治化することに注意する必要がある」として、やや抽象的（限定的）な結論を導き出していることは興味深いように思われる⁵¹。

第2節 Bezanson & Buss⁵²による「政府言論」理論

Bezanson & Buss論文は、学説や判例法が部分的に語ってきた「思想の自由市場」の歪みという問題について批判的な考察をしている。同論文によれば、従来の議論は、良い政府言論か、悪い政府言論か、というような単純な二分論をしがちであったという。ここで、Bezanson & Buss論文の基本的な姿勢は、政府の表現が特定の観点に対して独占を生じさせ、「思想の自由市場」を歪ませ、そして、特に政府の策略により、歪みの問題が、全体あるいは一部分で生じる場合においても、政府に新たな義務を課さないというものである⁵³。第2節においては、政府言論の危険性（即ち、国家による「思想の自由市場」の歪曲化という現象）について、3つの構成要素において説明している議論を概観したい。

(1) 独占 (monopoly)

市場の独占とは、政府が私的なコミュニケーションを排除し、「思想の自由市場」を政府が独占するかどうかという議論である。しかし、ただ単に現に存在している市場に政府が表現を加えるというだけでは、独占とはいえないという。他の言論をすべて否定するような新しい市場を政府が創

設した場合に初めて問題が生じる。その場合であっても、他の既存の市場に沿って、市場が設営されている場合には独占の問題が生じない⁵⁴。多くの場合がそうであるように、国民が他の場所でメッセージを受け取る機会があるのであれば、独占の問題は生じないという。

具体的な事例として、初等教育機関における学校図書館での選書問題⁵⁵がありうる。それは、ひとまず公的な討論 (public discussion) に関するもので、重要なものと位置付けられる。この事例は、比較の問題として、大学の生徒が受け取れるだろうメッセージよりも、初等教育機関の生徒が受け取れるメッセージが少ないので、より独占の問題が生じうるという。そして、教育に関する市場⁵⁶を考える場合には、受け取ることができる表現が、最初から制限されているという教育市場の性質を考慮に入れる必要がある⁵⁷。こうしたことからすれば、生徒の権利を援用することにより、生徒が見識可能な視野を拡張されるべきとする。

第二に、競争的な芸術的文化支援の事例⁵⁸がある。この問題も政府が新しい市場を設置した場合に該当するので、ひとまず強い独占の可能性が生じうる。しかし、市場の独占という観点から考察すれば、この新しい市場は幅広い芸術市場のほんの一部であり、より広く、以前から存在する市場が利用可能であるので、芸術に関する市場は未だ開かれたままであると位置付けられる。

第三に、州所有の公共放送局が大統領選の演説討論会に当選の可能性がない独立系候補を招待しなかった事例⁵⁹が挙げられる。前述した教育市場や文化市場の領域においては、「思想の自由市場」に占める政府のウエイトが比較的小さかったのに対して、この事例は、候補者にとってはとても重要なものであるという。なぜなら、この市場の独占という問題は、第1修正の根底にある価値を内包しているからである。具体的には、第1修正の一つの側面である自己統治プロセスに関する価値が内在している。この場面の独占という状況は確かに危険である。しかし、この事例は違憲とならないという。なぜなら、連邦最高裁が示唆してい

るように、技術的問題として、ごく小さい独立系の党に関する除外は認められるからである。つまり、規制行為に関する基準を正確に用いることにより、合憲とすることが可能であるからである⁶⁰。

(2) 欺き (deception) ・歪み (distort)

「思想の自由市場」の、(政府による) 欺き・歪みという要素も、政府言論の概念に関連する要素として重要である。欺きとは、「政府がある観点に基づいてコミュニケーションをする場合であるが、ある意味では、それを露わにすることなく、問題となった事例に対して、後ろ側でその意思を公表する場合」であり、歪みとは、「思想の自由市場に対して政府が参加することによって、政府が他者の声を聞かずに、あるいは、関係する聴衆に及んでいる思想を曲げることによって、市場を歪曲化すること」⁶¹であるという。例えば、政府が何らかのメッセージを発する場合において、故意的に人を欺かせるならば、我々は歪みという問題を認識すべきである。やや抽象的であるが、政府関係者が街角に出ていき、匿名で論争的な主題に対して発言をしたとすれば、聴衆に対する影響は、政府の名で発言するよりも信頼度が大きいといえる。もっとも、政府のメッセージが隠されるということは、実際には常に行われている。ゆえに、それほどそれに警戒する必要はない。つまり、市場の独占という議論が示したように、政府言論による欺きや歪みは、非政府的な声によって実質的に補われる。政府の言論により決定的な歪みが生じることはないという。

こうした議論の例外として、歪みの問題が生じるのは、次のような事例である⁶²。Missouri州で、私的団体がデモのために高速道路の占有を申請した事例がある。同州のプログラム (Adopt-A-Highway Program) によれば、申請者が名前を明示さえすれば、基本的に高速道路の使用が認められていた。しかし、州がKu Klux Klanの申請を不当に拒否した。申請の拒否の理由は、団体の急進的・差別的な方針であったが、もう一つの理由は、州のプログラムを通してKu Klux Klanの名前が公

表されることへの嫌悪感であった。この事例は、行政決定が市場で利用可能なメッセージを歪ませることになる。つまり、行政決定が市場における「関連する聴衆 (relevant audience)」に知らされないのでは、歪みの問題が生じうる。

(3) 属性 (attribution)

属性という要素からは、政府が私的個人に属することが問題となるという。例えば、政府がある観点に基づいた出版に関与することである。しかし、この問題の解決も難しい。なぜなら、こうした分配の場合にどのような基準を使うべきか、また、基準をどのように適用するかについて難点があるからである⁶³。即ち、ある属性を避けようとしたものは、その属性にある話し手に対して、過度にそれを拒否することにより、はじめてそれが可能となる。ゆえに、こうした観点からの考察は、殆ど重要ではないという。「思想の自由市場」内におけるコミュニケーションに、政府が本意ながらも何かを付け加えたとしても、人々には完全に話す・話さないことが許されており、それは民主主義の観念や第1修正の理念に矛盾することはなく、むしろ一致する。政府による特定のメッセージへの帰属により私的な言論が圧迫されるという状況については、むしろ、話さない権利 (not to speak) の主張⁶⁴を援用することが可能である。

(4) 小括

Bezanson & Buss論文を通して、政府言論の構成要素を抽出することにより、国家による「思想の自由市場」の独占や歪みの問題を議論してきた。そこでは、現実の「思想の自由市場」で (政府が) 大きな役割を占める幾つかの事例を確認することができたといえるだろう。判例法においては、市場の独占状態に配慮した上で、厳格な審査をするものもみられた。しかし、多くの判例法は独占という要素のみに着目して違憲と判断することはなかった。言い換えれば、それは他の技術的な理由により合憲とされる余地があった。つまり、「思想の自由市場」における独占や歪みに関する議論

は、より慎重な形で行われていたと理解できる。

第二に、現代型行政国家においては、直接的な言論のみならず、間接的な形で「思想の自由市場」での政府言論が数多く存在していたといえるだろう。ここでの言論とは、Emersonが指摘したような直接的な言論とは異なっていた。そこでは、政府による給付機能を通じた「思想の自由市場」への影響度が問題となっていた。そして、Bezanson & Buss論文は、任務が広がった今日の国家では、政府が話すことはむしろ要請されているとし、広い意味での政府の言論作用は不当に縮小されるべきではないとした。

第三に、政府言論の理論は、「思想の自由市場」の市場分析がその中心課題とされるものであった。例えば、独占という議論では、政府が話したことにより、公的な討論が歪められるかということが中心的に論ぜられていた。それは、基本的には権利侵害という議論からは離れているといえるであろう。言論助成の文脈における裁判を考える際には、この距離をどのように把握するかということが重要であると思われる。

では、Bezanson & Buss論文は、政府言論の危険性にどのように対処しているのか。それは、第一に、高速道路の占用許可の事例が示したように、既存の表現の自由の法理である一定程度の議論を展開することが可能であるとする。具体的には、話さない権利 (not to speak) の援用や、パブリック・フォーラム論などの理論を援用することである。第二に、後述するような、文化専門職論や脱中心化というような政府権力の構造的理解を用いることである。

第3節 判例法 (Board of Education v. Pico判決⁶⁵)

政府言論の理論とは、非権力的な形で「思想の自由市場」内に参入する政府を危険視する発想であった。具体的な例としては、前節で部分的に触れた図書館選書問題がある。これは学校図書館から問題のある書物を取り除くことが、書物の中の思想に反対するという動機からなされた事例である。Board of Education v. Pico判決 (以下、Pico

判決とする)は、政府言論の文脈において、違憲とされた数少ない事例である。

事案は、教育委員会がNew York州のIsland Treeの学区内の初等教育機関から、反アメリカ的、反キリスト教的、反ユダヤ的、まさにあきらかに醜悪な(just plainly filthy)本が、学校の生徒にとって不適切な状態であるとして、排除措置が取られた事例である⁶⁶。本が排除されるきっかけは、その前年に教育委員会の数名が、州の教育立法に関心を有する同州内の保守系団体(PONYU)との会議において、その本について議論をしたことであったとされている。そして、教育委員会が排除命令を出そうとしたときに、メディアにそれが知れ渡り、社会問題となった。教育委員会は、図書審査会(Book Review Committee)を設け、諮問意見を提出することを要求したが、教育委員会はその決定に何ら理由をつけることなく無視し、本を排除した⁶⁷。そこで、同区内の子らが教育委員会を被告として、第1修正違反を理由に、宣言的判決と差止命令を求めて訴訟を提起したものである。

Brenann裁判官による相対多数意見は、本件は先例⁶⁸と異なり、学校図書を除去しようとしている点に新しさがあるとした。地域の学校の教育委員会は、基本的に学校経営に関する広い裁量を持っているが⁶⁹、第1修正に卓越して、不可欠なものを伴う場合は、権利を援用できる。即ち、裁判所は第1修正に関する基本的な憲法的価値が紛争において日常的に直接的に関わらなければ介入すべきではないが、先例がいうように、第1修正に関する、個人が援用できる知識の範囲を縮減する場合には介入すべきである⁷⁰。憲法は、情報と思想を受け取る権利を保護しているが、その情報にアクセスするためには、表現、プレス、政治的自由を効果的に援用することが必要である。そして、学校教育現場においては、生徒はこのアクセス権を前提として、多元的で論争的な大人社会への準備をする(未知の分野を体験する)だろうとした。

図書館の環境を考えあわせると、教育委員会の

自由裁量論を採用することはできない。Barnette判決⁷¹がいうように、その裁量は「偏狭的に党派的、あるいは政治的なやり方で(in a narrowly partisan or political manner)」行使されてはならない。共和主義者の好みにより、政治的党派を動機として、教育委員会が本を排除することは憲法違反である。それらの措置は、生徒のこれらの本へのアクセスの権利を否定することとなる。例えば、全て白人の学校で、人種を理由として、黒人関係や人種の平等についての本が排除されたら、それは違憲である。つまり、憲法は官憲による思想弾圧(official suppression of ideas)を許すことは出来ないとした。

第4節 検討

政府言論の理論は、各論者による第1修正に関する原理論的な検討とともに、それが断片的に論ぜられる傾向が強いといえるだろう。ここで議論の整理を試みると、第一に、政府が話すという問題状況を、現代型行政国家において、どのように位置付けるべきかという問題があるといえるだろう。それは次のような対立である。やや繰り返しになるが、政府が話すことは、国民の知る権利の範囲においてのみ認められるとする狭い立場か。それとも、それは現代型行政国家における政府の責務であるという観点から、広く政府の言論を認めてもよいとする立場かという対立である。Yudofは、政府言論の根拠を知る権利に求めているのに対して、EmersonやShiffrinは、政府の発言主体性を原則的に肯定する立場をとっていた。また、阪本昌成教授は、政府が言論市場でコミュニケーションすることを保護する必要性は国民の知る権利にあるという見解に立ちながら、政府言論の抑制の可能性を探っている⁷²。阪本教授によれば、政府言論の直接的な統制基準は、(Yudofが主張したような)プロモーションとパティシペーションという二分論があるというが、この基準は非常に曖昧で、「司法審査の基準」とはなりえないとしている。このことが示すように、政府言論の理論は、広く非権力行政が有するであろう、ある種

の危険性を認識するツールとして有効な理論装置になるといえるが、個別的な利益の侵害に関する具体的な議論まで示しているとはいえないように思われる。

第二に、政府言論の解決に際して、Shiffrinらが一定の救済モデルを抽出していたことに注目すべきであろう。例えば、「思想の自由市場」へのアクセスという観点から、アクセス権やパブリック・フォーラム論の系譜に位置付けたり（Arkansas Educational Television Commission v. Forbes判決⁷³）、「思想の自由市場」への効果的な参加という観点から、国民の知る権利の系譜に位置付けたり（Los Angeles Police Department v. United Reporting Publishing Corp.判決⁷⁴）、さらには、政治的な自由市場が歪められる可能性を問題視する政治資金文脈（Austin v. Michigan Chamber of Commerce判決⁷⁵）に位置付けたりすることが可能であった。このように、「思想の自由市場」の歪みに関する議論から救済モデルが立てられたことは、問題の解決の指針として、有効であるだろう。もっとも、それには既に確立した判例法理の限界をどのように考えるかという問題が残るだろう。即ち、後述する言論助成の文脈の判例法においては、「パブリック・フォーラム論の類推」ということが語られているが、そのこと（の是非）には議論があるだろう。そうしたことからすれば、Bezanson & Buss論文が、（例えば、教育市場は芸術に関する市場よりも、独占の可能性が強いので、歪みの問題を強く認識すべきという形で）既に確立した判例法を整理した議論は、主に事後的な理由付けの理論として機能してきた（司法審査基準としては曖昧であるとされてきた）政府言論の理論的性格を如実に表しているのかもしれない。

第三に、Pico判決への賛否について触れておきたい。このことについて相対多数意見を支持する立場からは、教育市場における情報と知識の利用可能性を積極的に認定したものとして肯定的に評価されている。しかし、次のような批判がありうる。例えば、「思想の自由市場」に歪みが生じているとしても、それは教育制度内におけるもので

ある。教育市場においては、たとえ全ての思想を抱え込むことが必要であっても、現実には不可能であるとして、基本的に教育委員会に広い裁量を認める考え方があり得るだろう⁷⁶。こうした対立は、おそらく最も歪みが恐れられるであろう政治的な討論の領域との類推の中で、「ある表現市場（教育に関する表現市場や、後述するような、芸術に関する表現市場）が、社会においてどのような機能を果たしているか」という位置付け（評価）の問題と密接に結びついているといえるだろう。この点において、Pico判決の相対多数意見が、学校教育に関する市場を、（子どもが）「多元的で論争的な大人社会への準備をする場所」として、より公共的な性格を持つものと位置付けていたことは、歪みを積極的に認定するための一つのファクター（行政機関の裁量を狭めるもの）として機能していたといえるだろう。

最後に、本稿が最も関心を示すのは、各論者に共通して見られる民意形成過程という発想である。例えば、Emersonは、政治的表現への政府の参加という形で議論をした。Yudofによる政府言論も、国民の知る権利の範囲内でのみ認められるという前提をとり、第1修正を同意形成過程と結びつけていた。Shiffrinも、政治的助成と文化的助成で差異を設けたように、とりわけ、政治的な討論の過程に効果的に参加しようとする国民の地位を強く問題としていた。こうした議論は、表現の自由の中核というべき、民意を形成する領域での助成に関しては、強い統制を働かせるべき（歪みを認識すべき）とするものであろう。

第3章 判例法理としての「違憲な条件の法理 (Unconstitutional Conditions)」

第3章では、違憲な条件の法理の検討をする。ここで議論する違憲な条件の法理は、「思想の自由市場」の歪みを問題視する政府言論の理論とは異なり、一般的な市場の歪みについて議論をしている。その意味において、違憲な条件の法理は、より直接的に行政作用に焦点をあてた議論であり、

私人に対する政府による配分行為そのものを問題視する発想である。

第1節 理論

とりあげる理論は、同法理が最も語られたともいえる、主に80年代の理論である⁷⁷。ある論者の指摘によれば、違憲な条件の法理とは、「受益者に対して、憲法上の権利を放棄する条件をつけた上で、利益を与えることを禁止する法理」とされている⁷⁸。この法理に関連する議論は既に紹介されている⁷⁹。そこで本稿では、政府言論と違憲な条件の法理と言論助成の関係を考えるという観点から、あるいは、違憲な条件の法理が適用される領域に関する議論に力点をおきながら、若干検討したい。

(1) Kreimer⁸⁰

Kreimerの理論的問いかけは、“Allocational Sanctions”というタイトルが示すように、制裁的な給付作用に検討を加えている。このアプローチは第2章で検討された政府言論における「思想の自由市場」の歪みアプローチとは異なり、受給者側の視点から国家作用を問題視するアプローチである。それは以下のような議論である。

消極的自由の観念には疑問がある。積極国家化により、政府は経済問題、教育の伝統、福祉にも介入するようになった。とりわけ、利益の給付を通して、政府が国民に介入する機会が増えてきた⁸¹。これに対して、伝統的な立場は、所有権と主権の区別、消極的自由と積極的自由の区別を持ち出すことにより、このような現象に関心を持ってこなかった。しかし、消極的自由観の根底にある国家の作為不作為二分論は正しくないという。実際の給付過程では、政府は、ある者には財を提供し、ある者には財の提供を拒否している。ゆえに、積極国家における権利とはある程度全て積極的なものであり、政府の恣意的な配分を認めることは平等論の見地から許されないという。給付という作用には、純粋な意味での提供と、脅迫的な意味をもつ給付があると考えべきである。この

場合の脅迫とは、政府との取引の結果として、状況が現状より悪化することをいい、提供とは、状況がより良くなる場合である。やや抽象的であるが、NEAという文化助成機関が、ジャズよりも交響曲を書いた作曲家に補助金を支給する場合の提供と、交響曲よりジャズを選んだ作曲家に福祉支給を取り消す脅迫がある。これらを具体的に認定するための指針（ベースライン）は、歴史・平等・予測という基準であるという。なお、この基準により、仮に提供型給付と判断されたとしても、権利の不可譲性という観点から、権利を譲渡することにより、他人に影響を及ぼす恐れのある権利については、譲渡されることが問題視されなければならない⁸²。

(2) Epstein⁸³

Epsteinによれば、違憲な条件の法理は、国民側の同意をその取引によって得る（bargained-for）ことによって、政府が目的を達成しようとする場合に生じる問題すべてが対象であるとしている。例えば、罪を犯したとされる白人には処罰しないが、同様な行為をした黒人には処罰した時には平等原則の問題が生じる。違憲な条件の法理は、行政手法として非権力的なもの（即ち、商品やサービスを売る場合、契約をする場合）によるそれが対象となる。Epsteinの議論の特徴は、経済学的・私法的な知見を用いて、市場で認められない行為を検討していることである。それは以下のような議論である。

一般的に、自由市場における契約（同意）には限界がある。それは、経済学的な財の最適配分を目指すパレート理論から説明できるという。こうした理論においては、経済学的な個人の福利に対する現状中立性〔status quo〕が前提とされる。契約がもつ社会的機能という見地から考察すると、理想的な競争的自由市場においては、取引コストなしで多くの利益を生むのに対して、独占状態が生じれば、社会全体に対して、より低い程度しか報酬を生まないことを問題視すべきである⁸⁴。そして、後者の場合には、社会の最適化理論から、

独占という状態を取り除く必要があるという。

この議論を違憲な条件の法理に移植すれば、政府と国民との取引は競争的自由市場のそれとして原則的に認められるが、社会との関係で最適化の状態を失う時には、国家と国民の間の契約が、独占状態との類推の中で禁止される。したがって、違憲な条件の法理の機能は、新たな平等の重要性に関する問題を認識させる意味で重要であるという。なお、違憲な条件の法理が、もっとも発達する領域とそうでない領域が存在する。発達する領域とは、アメリカ憲法学説上、最も議論が展開されている領域であり、具体的には政治的プロセスの領域である。政治的プロセスにおける違憲な条件の法理は定着するが、それ以外の領域においては議論がありうるだろう。

(3) Sullivan⁸⁵

Sullivanは、従来から議論されてきた、違憲な条件の法理についての理論的根拠を検討している。それぞれ、強制的効果アプローチ、立法プロセスの欠陥アプローチ、権利の不可譲性アプローチの問題点を指摘している。

まず、強制的効果アプローチとは、当該支給条件に合致しない行為をすることが処罰と同視されるほどに強制的な契機を持つとする議論である。この議論は判例法の一部において見られる（具体的には、Speider判決⁸⁶、Sherbert判決⁸⁷、Shapiro判決⁸⁸）。しかし、これらの判例法の思考様式に共通点を見つけることはできないという。これらの事例は、一見すると国民に行為を思いとどませている（deterrent）ように見えるが、必ずしも政府が利益を誘引するために活用しているとはいえない。そして、経験的な事情に依拠しながら判断しようとする連邦最高裁の思考方法は支持できないという。強制的効果という言葉が意味をもつのは、中立性の概念を誤った場合であり、それは、ある表現や宗教的教義についての自由について違憲的に負担を課した場合に限られるという⁸⁹。

第二に、違法な立法プロセス（illegitimate legislative process）アプローチがあるという⁹⁰。

これは、強要・贈賄などのメタファーから、立法の欠陥を考えるアプローチである⁹¹。例えば、古典的な共和主義理論は、政治の目的を利己的な私的利益を越えた公的善を追求することとするだろう。そして、市民的共和主義者らは、政府が公的善に関係しないような不当な利益を供与することを問題視するだろうし、政府が国民に対して「政治的に過度なやり方で」収用を求めること（rent-seeking）を非難するだろう⁹²。

最後に、権利の不可譲性アプローチがある。この議論も殆ど意味をもたないとする。私的な市場において商品化が禁止される理論としては、パターナリズム（paternalism）、効率性（efficiency）、分配（distribution）、個性（personhood）の理論があるが、これらはそれぞれ抽象的である。また、権利の不可譲性という問題設定にも誤りがある。権利の不可譲性とは、一般的に誰に対しても放棄できないことを意味する。違憲な条件の法理とは、政府に対してそれが譲渡できないことを議論するものであるという⁹³。

以上のように、従来からの違憲な条件の法理に関する理論的根拠には曖昧さが残る。しかし、判例法の違憲な条件の法理が部分的に語ってきた、（政府からの）取引の誘因により生じうるリスクから、個人を守る役割については、少なくとも否定されるべきではない。そこで、違憲な条件の法理を、分配に関する平等条件として理解し、分配上の歪みが生じている場合には、厳格な審査をすべきであるという。

(4) Sunstein⁹⁴

Sunsteinは、理論的な観点から、違憲な条件の法理の不要論を唱えている。つまり、違憲な条件の法理が、判例法において直接的な解決指針として機能していないという意味で批判しており、それが果たしてきた機能については批判してはいない。Sunsteinによれば、違憲な条件の法理は先行したコモンロー・システムと、福祉規制国家の衝突から生まれた産物であるという。ニュー・ディール以降、多種多様な許されない再配分が行われ

てきた。違憲な条件の法理は、それまで私的領域とされていた領域に政府が介入しようとした時のコントロール手段として機能してきた。

これまでの判例法の違憲な条件のアプローチは、補助 (subsidy) と処罰 (penalty) の二分論であった。この場合に、裁判所はベースラインを設定して議論を展開するだろうが、それは現状中立性の観念に基づくことになる。しかし、現状中立性に基づいたベースラインを設定することは誤りである。市場とは、既に政治的・人工的な産物であって、現状を基準として自然なベースラインを設定することは無理である⁹⁵。政府は、正義や効率に反する場合には、市場を再設計する必要があるという⁹⁶。

第2節 判例法

ここでは、合憲判決としてのMaher v. Roe事件（以下、Maher判決とする）と、Harris v. McRae判決（以下、Harris判決とする）を取りあげ、当時の判例法の基本的な判断枠組み（判例法上の限界）を確認する。これらの判例は、後述する言論助成の文脈においても引用されているので、（その対比として）重要であろう⁹⁷。

(1) Maher v. Roe判決⁹⁸

本件では、Connecticut州の社会福祉機関が、Medicaid（医療扶助に関する）給付について、Trimester枠組み（妊娠期間の最初の三分の一）における、医療上不可欠な人工妊娠中絶にのみ給付を認めるという制限をかけたことが問題となった。これにより、病院やクリニックは、妊娠第1期中絶を行おうとする場合は、中絶がやむをえないという医師による証明書を添付する必要がある。2人の妊娠した女性が医師による証明書を受けられず、Medicaid給付を受けられなかった。それに対して、第14修正違反として出訴した事例である。

Powell裁判官による法廷意見は、妊娠した女性に対して、医療扶助を行わなければならないという憲法上の義務は存在しないと⁹⁹。平等条項違反の場合とは、基本的権利を侵害しているか、疑わしい区分に基づいていることを必要とするが、

先例によれば、本件はそれに該当しない。全ての人に対して医療扶助を行うことは困難であり、ある程度において福祉的な観点に基づいて判断される必要がある。連邦最高裁は財政的必要性のみで平等違反を宣言したことはない。控訴裁判所は判例法の基本的権利の範囲と性質を間違っ読み込んでいる。先例で違憲とされた事例は、医師に対する処罰などの不当な負担となる影響 (unduly burdensome interface) を与えた事例である¹⁰⁰。本件は妊娠した女性に対して、いかなる障害も生んでおらず、直接的な州の介入がないので、Roe判決¹⁰¹とは区別される。

(2) Harris v. McRae判決¹⁰²

本件は、Maher判決と同様に妊娠した女性に関する給付拒否の事例である。起草者の名前を取り、Hyde修正と呼ばれている。Maher事件との違いは、連邦による州に対する連邦の補助金支出を禁止したことである。また、より明確に違憲な条件の法理の議論をしていることに特色がある。本件は、Hyde修正により支給資格を失った女性がHyde修正の暫定的差止め命令を求めて出訴した事例である。

Stewart裁判官による法廷意見は、Maher判決と基本的にはほぼ同じ論理構成を採用しているように思われる。同プログラムは、女性の自己決定に関していかなる障害も与えていない。また、憲法上保護された権利の全ての範囲について、財政的援助を受ける憲法上の資格はない¹⁰³。違憲な条件の法理とは、支給条件が処罰的効果を持つ場合 (Sherbert判決¹⁰⁴) を問題視する発想である。それによれば、第1修正や第14修正の持つ価値から、ある助成を違憲とする場合がある。しかし、本件はSherbert判決に較べて、公的資金の受給のための欠格事項を「幅広く規定」しているとはいえない¹⁰⁵。

Brennan裁判官による反対意見は、Hyde修正は強制的効果を持つとしている¹⁰⁶。Hyde修正が具体的にもたらすであろう、貧困者と金持ちの間の不均衡を問題視する必要がある。実際の問題として、貧乏な女性はMedicaid給付に依存しており¹⁰⁷、Hyde修正を是認すれば、子どもを生むことに対し

て、政府が強制的・財政的誘因措置をとることになる。それは、中絶に対する選択の自由を害している。ゆえに、Roe判決で支持されたデュー・プロセス上の権利に衝突する。

第3節 検討

これまでの議論の整理を試みると、第一に、どの学説においても、必ずしも権利とはいえない特権の性格を持つもの（例えば、福祉受給権）をその対象とし、給付行為がもたらす私人に対するインパクトに関する議論をしていたように思われる。また、これらの議論は、現実の市場の歪みを積極的に認定することによって、政府による配分の仕方そのものに対して批判的であったことにも大きな特徴があっただろう。もっとも、各論者の議論に見られるように、判例法が議論してきた違憲な条件の法理（とりわけ、補助・処罰二分論）は、非常に断片的な側面の強いものと理解されており、その意味においては、統一的な基準を定立することが難しい問題群であるといえるかもしれない。そうしたことからすれば、今後の課題は、問題となっているそれぞれ受給権の性質を考慮しながら、個別の問題において、いかに説得的なベースラインを設定するかということであるだろう。

第二に、ベースライン論に関連して、いずれの学説においても、平等論的な契機に注目していたことに注目すべきであろう。Kreimerは三面関係（国家と受給者と第三者）を持ち出しながら平等という価値の議論を展開し、Sullivanもまた、配分による歪みという言葉を用いて、配分そのものに関する統制可能性を議論していた。そしてまた、Epsteinの議論に見られるように、経済学に依拠した市場観が示されていたことも興味深いように思われる。それを採用すべきかどうかについては大きな議論があるだろうが、少なくとも、市場に対する平等なアクセスという観点からすれば、重要な指摘として位置付けられよう。そうだとすれば、やはり、ここでの問題は、自由という価値に関連して、平等論的価値（平等観）がどのようなものとして位置付けられるかという問題であるともい

えるだろう。

第三に、違憲な条件の法理と政府言論の理論との異同である。まず、政府言論は「思想の自由市場」を対象とした。それに対して、違憲な条件の法理では、より一般的な市場を問題領域としていた。次に、国家の中立性や公正な配分について議論をしたこと、また、市場の独占や市場の歪み、アクセスの平等といった観点から議論をしたことにおいて両者の関心は共通していたといえるだろう。問題は、言論助成に関する議論と、人工妊娠中絶に対する助成に関する議論で、異なる配慮が必要とされるかである。ここで確認しておくべきことは、違憲な条件の法理と第1修正との関係であろう。既に確認したように、強制的効果を問題視してきた判例法の違憲な条件の法理は、必ずしも表現の自由の「固有の価値」と密接に結びついて議論されたものではない。このことは、本稿で議論した学説が、Harris判決¹⁰⁸の判断枠組みに対して、批判的な議論をしていたことにも表れている。つまり、当時の違憲な条件の法理に関する学説の主要な問題関心は、例えば、福祉受給権という制度の中で、かけがいのない私的空間における個人としての価値一般（信教の自由、居住の自由、プライバシーの権利、そして、表現の自由など）を、いかにして保護するかということに向けられていたように思われる。

最後に、今述べたこととの対比として、ある論者が部分的に触れていたように、違憲な条件の定着する領域があると分析していたことに注目すべきであろう。それは、憲法理論の中心的な関心事項である民主主義過程の領域のことである。そして、ここで議論の対象とされていた民主主義過程についての議論、もう少し広い形でいえば、後述する言論助成の文脈で議論されているような、より公共的な価値についての議論については章を改めて検討することにする。

第4章 現象としての「言論助成 (Subsidized Speech)」

第1節 問題の所在一言論助成は特別か？

前章において、違憲な条件の法理は、表現の自由の価値を十分に取あげた構成ではないということを示唆した。このことに最も明瞭な形で触れているのが、Coleの議論である。Coleは、「違憲な条件の法理を越えて (Beyond Unconstitutional Conditions)」という論文¹⁰⁹の中で、違憲な条件の法理に対して次のような評価をしている。即ち、90年代に入って、言論助成の文脈に判例法としての違憲な条件の法理が適用されることによって、次のような問題が生じた。それは、言論助成の文脈における判例法が、「憲法上保護された活動に資金の提供を拒否するのは、その活動に処罰を課すことに匹敵すると考えられるものではない」と判断（つまり、給付法に関するこれまでの一般的な判断枠組に基づいて議論を）したことである¹¹⁰。

Coleによれば、言論助成問題を解決する場合には、個人に対する「強制的契機アプローチ」では十分な解決ができないのであって、第1修正の価値を全面に据えた議論をすべきとする。即ち、言論助成においては、話し手に対する潜在的な強制的契機だけが問題となるのではなく、言論に内在する「聴衆」の利益（具体的に言えば、医師の言論〔アドバイス〕が禁止されることにより、患者が医師の適切な助言が受けられなくなるという利益）を見据えた議論がされなければならないという。

第2節 解決理論

すでに確認したように、表現行為には、自己実現的な価値と自己統治的な価値があるとされてきた。言論助成の学説が問題にした価値は、自己実現的な価値というよりも、どちらかといえば、自己統治的な価値（より正確に言えば、ある種の公共的な価値）であったといえるだろう。言論助成の問題の特別な意味はそこにあるといえる。では、われわれは、言論が有する公共的な利益をどのように保護していけばよいのだろうか。学説が九〇

年代に論じてきた言論助成の問題は、どのように解決すべきか。政府による偏在的な配分に対して、それを統制する（とりわけ、給付作用を裁判で争う）ことができるか。

(1) 消極的アプローチ・文化専門職論を一例として

第一に、それは既に多くの論者が指摘してきたような一般的・構造的アプローチである。そのことは、Schauer¹¹¹の政策志向・制度個別的アプローチ (policy-oriented and institution-specific approach) に典型的に表れている。それによれば、例えば、NEAなどの文化助成の文脈では、伝統的な第1修正に関するアプローチは意味を持たないとしている。言論助成の文脈は、第1修正の伝統的な議論とは離れた問題領域であり、既存の法理であるパブリック・フォーラム論、政府言論、違憲な条件の法理、観点に基づく差別の禁止という法理はそれぞれ限界があるという。そして、文化助成に関して審査機関がある一定の観点に基づく差別をするという事は、むしろ要請されるとする。だからこそ、Schauerは、助成機関の審査がそれぞれ制度的な特定のルールと原理に基づいて (in terms of institutionally specific rules and principles) 行動しているということを重視し、文化的な公的機関の判断を、原則として正当化すべきという思考方法をとるべきであるとしている。言い換えれば、文化専門職がそれぞれの制度内において、中立的かつ独立的な役割を果たすことを要請する考え方であり、結果的に専門職としての助成機関に広い裁量を与えようとするアプローチである¹¹²。これが、いわゆる文化専門職論である。

第二に、脱中心化モデル (decentralization) がある¹¹³。これは、文化専門職と若干重なるアプローチであり、文化専門職論を推し進めるものである。このことを指摘する論者によれば、行政機関における決定をする権能 (decision-making power) を国レベルからしだいにクラスルームレベルに移行させることが重要であるという。例えば、前述したような初等教育機関における図書館の選書の

事例において、連邦最高裁は、図書館の本の排除決定が、それまでの慣行、両親や先生や司書の意向に背いたものであったことを認定し、「当該行政決定がどのように作られたか」ということに力点を置いて議論をしていたという。このことが示すように、決定権限をより下位へ移行することは、政府言論に対する「構造的な解決方法」として有意義である。

多くの学説が文化専門職や脱中心化、あるいは権力分立モデルというような、より一般論的なモデルを援用するのは、伝統的に認められてきた文化的な価値を何とか保護しようとする、学説による実践的な意図が反映されているといえる。それは、そもそも文化という価値が政治過程や市場原理や多数決主義から離れて存在するからであろう¹¹⁴。

(2) 積極的アプローチ・表現の自由の中核としての公共討論モデル

① 言論助成に関する学説の共通要素

次に、積極的アプローチをとりあげる。この場合の「積極的」とは、(1)における一般論よりも、より詳細に表現の自由の価値を見据えたアプローチを意味する。ここで目指すことは、特定の論者の議論に支持を与えるのではなく、問題の解決に際して、第1修正の価値論から検討すると、どのような要素が抽出されるかということである。結論を先取りすれば、言論助成を論ずる場合に語られる要素は、公共討論 (public discourse) という観念であるといえよう。

例えば、前述したSchauerは、言論助成の文脈において、あらゆる言論助成が許されないと結論付けることは殆ど意味がないとしていた。Bollinger¹¹⁵も、言論助成の問題を検討する場合に、重要なことは「われわれが、憲法的に何が不適切かを考えるかであり、それは、個々の決定を審査することではなく、全体としてのプロセスの統一性が問題」¹¹⁶であり、第1修正が政府に対して完全な中立性や価値相対主義を要求してきたと考えることは単純であるとしている。そして、第1修正に関する判例法は、公共の思想や議論を維持しよ

うとする解釈をしていると読むことが可能であるとしている。また、Fiss¹¹⁷の解釈論においても、公共討論という観念が重要であるとしている。Fissの議論では、政府が「思想の自由市場」に介入することを積極的に認めるべきとするラディカルな原理を打ち立てている。

各論者による(文化助成に関する司法審査についての)議論の具体的な内容には差があるとしても、言論助成に関する学説が、伝統的思考方法である「思想の自由市場」論を離れて、公共討論という思考方法を打ち出していることが確認できる。それは、給付という行為を通して国家が介入することが予定されている言論助成の問題においては、少なくとも、伝統的な表現の自由論で議論されている、「思想の自由市場」論や「観点に基づく差別」という法理が、それ自体では意味を持たず、それゆえに、表現の自由論の価値論に遡って(とりわけ、後述するPostの議論では、より自己統治的側面に力点を置いて)議論をしているといえるように思われる。

② Post¹¹⁸による公共討論アプローチ

では、公共討論アプローチとはいかなるものか。それは、どのような理論的な根拠に基づいた議論であるのか。公共討論アプローチに関連して、従来から自覚的な形で理論を構築しているのがPostである。①で論じた論者の多くが、例えば、前述した言論助成における文化専門職論の理論的根拠を導くために、(相対的に)公共討論アプローチを提唱しているのに対して、Postの議論はそもそも憲法に対する解釈として、公共討論に関する議論をしている。そうした理解からすれば、後述するように、Postの公共討論に関する議論の射程が結果的に狭まるように思われるが、それでもPostの議論は、第1修正の価値に関する議論の問題枠組みをより説得的に示している。そこで、以下ではPostの議論を代表的にとりあげ、最後に①の論者との差異を若干確認することにしたい。

Postによれば、第1修正は、合衆国における民主的自己統治の制度として解釈されてきたとい

う¹¹⁹。第1修正の理論からは、公共討論がなされる独立した領域が、(政府の規制から)保護されることが要請される。民主的正当性とは、説明責任や国民の公的な意見に由来するものであるので、政府と国民の間のその連関が(政府によって)反故にされてはならない。言論助成の合憲性を検討する場合には、二つの条件を検討する必要があるという。第一に、話し手の地位が問題となる。話し手が公共討論との関係において、どのように位置付けられるかが検討されなければならない。その意味からすると、主に判例法が議論してような(強制的効果)アプローチからは問題を解決することはできない。話し手が公的機能を果たしているか、公共討論の参加者が独立した存在と性格付けられるかによって決まるといふ¹²⁰。例えば、政府の補助金を受けている公共放送に対して、論説放送を禁止したことが違憲とされた判例¹²¹があった。同判決は、放送機関を公共討論に対する独立した寄与者として位置付け、編集権を公的な事柄に対する批判的判断をもたらすものと位置付け、それは私的な放送局ではないとしていた。この判例法が示すように、ある話し手が、「民主的な自己統治の過程」において独立した参加者であるか、その表現が公共討論を拡大させる(第1修正の保護を受けるべき)表現かどうかの評価されなければならないとする¹²²。

第二に、政府のどのような行為が不当な介入となるかについて検討されなければならない¹²³。ここでは、言論助成に関わる条文が、公共討論を直接的に規制する行為ルール(conduct rule)として機能しているか、それとも、行政機関の官吏に対する決定ルール(decision rule)として、機能しているかということが問題となる。それは、助成に関わる規定が市民の表現(公共討論)に与えるであろうある種のインパクトの問題であろう。こうした判断は、民主的自己統治(self-governance)と、共同体の自己定義(community self-definition)という二つの憲法上の価値と密接に結びついてなされる。例えば、後述するような文化助成に関する「芸術的卓越性」という条項それ自体は、国民を

直接的に規定するような「行為ルール」としては機能していないという。

以上のような二つの条件からすれば、話し手が公共討論に寄与するものと位置付けられるならば、とりわけ、その領域は民主政治に関わる重要な領域(公共討論の領域)として、その助成に違憲性の問題が生じるという。しかし、政府がその政策目的を達成する為に行われる領域(運営の領域)については、その審査は緩やかになされるべきである¹²⁴。なお、後者の領域においても、専門家に関わる言論については、専門職の意向を尊重すべきように配慮すべきである。

Postの議論は、公共空間での討論における独立した寄与者の存在を明確にしたことに大きな意義があるといえる。このことは、憲法の読み方として、共和主義的な解釈を採用したこと、あるいは、政府を単に「思想の自由市場」での中立的な議長とは位置付けることなく、第1修正の議論と政府の正当化の作業を結びつけ、「公共の意見を形成するコミュニケーションへ参加すること」に焦点をあてたPost理論(参加型理論)の前提から自然に導かれるものであるだろう。

第3節 判例法

以下では、90年代以降の判例法の状況を確認しておきたい。第3節では、前節で紹介した公共討論アプローチの具体的な意味合いを検証する作業の前提として、言論助成の問題として争われた判例法を概観する。まず、議論の出発点として有名なRust v. Sullivan判決(以下、Rust判決とする)、文化助成における政治の介入が問題となったNational Endowment for the Arts v. Finley(以下、Finley判決とする)、そして、司法法律扶助が違憲とされたLegal Services Corp. v. Velazquez(以下、Velazquez判決とする)の動向を確認する。

(1) Rust v. Sullivan判決¹²⁵

本件では、公衆健康サービス法(Public Health Services Act)が問題となった。その沿革は1970年まで遡る。同法は、広い範囲での効果的な家族

計画の方法とサービスをその対象としていて、具体的な支給条件は保健衛生省長官の定めによとしていた。ところが、1988年改正により、同法1008条で「いかなる資金も、中絶を家族計画の方法とするプログラムに用いてはならない」と規定されたため、それを契機に新しい行政規則が定められた。それは第一に、全ての妊娠した患者に適切な出生前の社会的なサービス、具体的には母親と生まれてくる子どもの福祉について促進するサービスについて言及しなければならない。第二に、家族計画の方法として中絶を容認したり促進したりするような活動に従事することはできない。第三に、当該プログラムの受給者は物理的、財政的に禁止された中絶活動を行う機関と、独立していなければならない、とする解釈であった¹²⁶。この解釈により、このプログラムの受給者である医師が、患者に対して医療上不可欠なアドバイス（言論活動—具体的には、患者に対して中絶をする医療機関を紹介—）をすることができなくなったとして、第1修正違反を理由に提訴した。

Rehnquist首席裁判官による法廷意見は次の通りである。まず、行政機関の権限の範囲に関して、行政機関が唯一許される解釈をとる必要はなく、法律の実体的な判断は、それが執行される行政機関によって決められる¹²⁷。公衆健康サービス法第10編は、家族計画の方法として、どの医療的サービスがそれに該当するか列挙していないので、行政機関への委任が許される。行政機関の解釈は絶えず変わるものであり、その中から行政機関は多様な解釈を検討しなければならないとした。

次に、当該行政規則が、医師が中絶に関するアドバイスをすることを禁止しているから、医師の第1修正上の権利を侵害している（文化助成機関には観点に基づく差別が許されていない）という主張について、法廷意見は、給付立法に関する判例（Maher判決¹²⁸、Harris判決¹²⁹）を持ち出すことにより、国が公共の福祉と信じる活動に支出することは見解差別にあたらぬとした。また、違憲な条件の法理とは、行政プログラムの範囲を確定するという目的をこえて条件が付される場合に、

はじめて違憲とされる法理である。公共放送の論説放送が禁止された事案¹³⁰が違憲とされたのは、全ての論説放送に従事するものをその対象とし、ほんの1%しか政府補助を受けていない公共放送局に対してさえ、全面的に適用するものであったからである。それに対して、本件公衆健康サービス法は、保健衛生の制度内における言論を禁止しているのであって、プログラムの外側にいるものに対する表現を禁止していないので、強制的契機は存在しない。本件の行政規則は、単に連邦資金のプログラムの統一性を確定するために、ある程度の分離を要求しているだけであるとした。

Blackmun裁判官による反対意見は、法廷意見が80年代の一般的な給付法に関する判例法に依拠して、合憲とする結論を導いたことに対して批判的である。本件で問題となった行政規則は、患者と医師との間の対話を禁止し、医師による紹介・擁護・カウンセリング活動を禁止することになる。それは、規制権限の範囲を逸脱するとし、第1修正や第5修正に違反するとしている。

(2) National Endowment for the Arts v. Finley 判決¹³¹

本件は、芸術に対する財政援助に関するものである。本件の法廷意見が認定したところによれば、もともと芸術への国庫助成については一般的枠組みとして連邦基金法¹³²がその詳細を定めていたという。ところが、採択の誤りや濫用についての不平がしだいに寄せられたため、1989年に、議会が優先度の見直しに関する作業を行っていた。その当時、当該補助金の支給を受けていたMapplethorpe氏が自身の回顧展（同性愛に関する写真等を含むもの）を開催したため、連邦議会は予算編成の際に、氏に対する助成を45000ドル削減しようとした。また、「いかなるNEA基金も、猥褻と考えられるもの、サド・マゾヒズム・同性愛・子どもの性的搾取・性的行為に関すると考えられるものを生み、普及させ、促進させようとするものに対しては、使われてはならない。但し、それが全体として、重要な文学的・芸術的・政治的

・科学的要素をもつ場合についてはこの限りではない」という条文の改正が試みられた。これがあまりに広範であり、違憲であると裁判所に判断されたため¹³³、連邦議会は憲法学者を会議に招聘して、議論を重ねた結果、芸術的卓越性、芸術的長所が申請の判断基準であり、それは、多様な信念とアメリカの公的価値観に対して、一般的に「品性と尊重 (decency and respect)」を考慮に入れられるとする基準が組み込まれた¹³⁴。この規定により、不採択とされた芸術家4人らが、政治的理由により拒否されたとして訴訟を提起した。

O'Connor裁判官による法廷意見は、次の通りである。本件で問題となった規定は勧告的な規定であり、絶対的な制限ではない。ゆえに、第1修正の価値を曲げない¹³⁵。本件規定が、政治的文脈において採択されたことと、NEAによる「観点に基づく差別」を否定するという主張は矛盾する。NEAは教育文化に対して一定の役割を示しており、品性という要因は、憲法に違反することなく考慮に入れることができる。差別的言論に関するR.A.V判決¹³⁶が、明白な刑罰を意図し、気に入らない主題に対して追放を目指していた（ある特有な考え方を圧迫しており、政府の特有なメッセージが送られる）のに対して、本件は、政府による処罰を要求するような効果は予定されていないとした。

確かに、NEAが一定の「観点に基づく差別」をすることにより、芸術に関する一般的な討論が縮減されることもあるが、そもそもNEAの資金は限られており、その中でNEAは無数の解釈をしなければならない。したがって、NEAによる幾つかの内容に基づく考慮は、芸術に関する助成の本質的な結果である¹³⁷。違憲とされたRosenberger判決¹³⁸は、大学というパブリック・フォーラムの事例である。NEAの権限が芸術的観点からなされるのに対して、大学の事例は、全て教育に関連する出版物を対象とするものであるとした¹³⁹。

Souter裁判官による反対意見は、「購入者としての政府」と「発言者としての政府」を二分する議論を展開している。本件のように、その二つの

役割が同時に遂行された場合には、先例として取りあげるべきケースは、Rust判決ではなく、Rosenberger判決¹⁴⁰であるとした。

(3) Legal Services Corp. v. Velazquez判決¹⁴¹

本件は、司法法律扶助に関する条件付けが問題となったものである。1974年、連邦議会は法律扶助に関する連邦法を制定した(42.U.S.C.2996)。同法により、Columbia特別区に非営利団体としてのLegal Services Corporation(以下、LSCとする)が設立された。同法人の使命は、刑事事件ではない場合に、法律扶助を必要としている人々に対して、財政的サポートを与えることであった。具体的には、法律扶助資金を全米(地方の法律扶助団体)に配分することであった(2996(b))。法律扶助の受給者は、多くの場合において、法律扶助と民間の資金を併用していた。訴訟は、支給条件が第一修正に違反するかという形で争われた。具体的には、既存の福祉法の違憲・違法を主張することが許されないとした法律扶助の支給条件が、弁護士表現の自由を侵害し、違憲であるとして争われた。原告はNew York州の受給者である弁護士らとその依頼者などである。

Kennedy裁判官による法廷意見は次の通りである。LSCは、当初から数々の支給条件を付けていた。例えば、刑事事件や治療的ではない人工妊娠中絶を求める訴訟、初等・中等教育における人種差別、軍からの脱走事件、クラスアクションなどは、法律扶助の対象とはしてはこなかった¹⁴²。医師の言論を禁止したRust判決¹⁴³では、政府の連邦プログラムを執行するにあたって、その制限が不可欠なものであると判断された。しかしながら、Rust判決後の連邦最高裁は、言論助成に関する議論として、次のような二分論を展開してきた。それは、政府自身が発言者として行動した場合は、政府による「観点に基づく差別」が認められるが、政府が私的受給者に政府のメッセージを運ばせる形で資金を分配する場合には、そのメッセージが受給者によって歪曲されないので、政府の政策遂行の適切かつ正当なステップとなるという議論で

ある。この二分論によれば、本件は私的な言論を促進する助成であり、政府のメッセージを増進させないものである。

次に、政府が助成するという本件のような場面類型は、限定的パブリック・フォーラムの類推で考えるべきであり¹⁴⁴、その観点からプログラムの範囲が限定されなければならない。法律扶助を受給した弁護士が、福祉法の違憲性を争うことが出来ないならば、依頼者からそのような案件を持ち込まれた弁護士は、その仕事を辞めなくてはならない。これは、弁護士による合理的でよく考えられた議論が、事案のより適切な解決には不可欠であるとする考え方と一貫しない。よって、このプログラムは「裁判所の通常機能を歪める恐れがある」とした。

Scalia裁判官による反対意見は次の通りである。本件プログラムは直接的に言論を規制するものではない。給付プログラムが強制効果を持つ場合とは、Speider判決¹⁴⁵がいうように、思想弾圧に向けられている場合（suppression of ideas）に限られる。本件のように、給付プログラムが普遍的ではなく、その適用範囲が限られており、受益者が限定されている場合には、強制の要素を認定することは困難である¹⁴⁶。連邦最高裁は、Rosenberger判決¹⁴⁷において一度だけ強制の要素を認めたが、それは、政府がパブリック・フォーラムを創設した事例である。

今日でも、連邦最高裁の判断枠組みはRust判決¹⁴⁸である。政府がある特定の活動を奨励するために、選択的な補助金を出すことは自由である。給付プログラムは基本的権利を侵害しないので、観点に基づく差別とはいえない。にもかかわらず、法廷意見は先例に従うことなく、受給者の表現の自由を制限したとしている。法廷意見はRust判決から逃れようと、私的言論を促進する助成と政府のメッセージを運ぶような助成という二分論を採用したが、Rust判決が政府言論の事例であるならば、どのような言論助成の事例が政府言論としないとすべきなのか判断することは難しい。法廷意見がいう裁判所の通常機能の歪みという考

え方は、法学的にも事実としても誤っている¹⁴⁹。Rosenberger判決は、学生新聞が果たす通常の機能の歪みが問題となった事例ではなく、給付プログラムがそれ自体、多様な観点を創造するかどうかの問題となった事例である。Arkansas判決¹⁵⁰は、政府による規制が、州営放送局の通常の機能を改変するかという形で論ぜられたのではなく、州営の放送局がパブリック・フォーラムに該当するかという形で論ぜられたものである。受給者は、確かに既存の福祉の合憲性に関する裁判をすることができなくなるが、非受給者が同種の裁判を起こすことは可能である。本件の規制により、裁判所の通常機能の歪みは生じない¹⁵¹。

第4節 若干の検討—「公共討論」を「歪める」とは何か？—

本稿では、これまで主に市場の歪みという問題を一般的に検討してきた。以下では、「思想の自由市場」の歪みという考え方について、若干の考察を試みることにしたい。

まず、言論助成についての判例法の到達点を確認したい。結論的に言えば、現段階においては何が判例かということが、なお確立していないといえるだろう。そのことは、財政の考慮を理由とする再配分をどの程度まで憲法問題とすべきかという問いに関係しているのではないか¹⁵²。例えば、Velazquez判決における議論には大きな対立があるように思われる。その軸を簡単に示すと、Velazquez判決の反対意見に代表される考え方は、既に定着している給付法に対する判断枠組みを維持しており（—明確に思想弾圧に向けられている場合のみに違憲と判断し—）、パブリック・フォーラム論の中で認められた場面以外に新たな義務を課そうとする発想はない。違憲な条件の法理についても、それがプログラムの適用範囲（の広汎さ）との関係で論ぜられている。そして、言論助成問題に適用される基準はRust判決となる。それに対して、Velazquez判決の法廷意見に代表される考え方は、Rosenberger判決で適用された（限定されたパブリック・フォーラム論の中で形成された）

助成に関する二分論を、言論助成の枠組として一般的に援用しようとする態度がみられる。この対立は、リーディング・ケースとされるRust判決、そして、Rosenberger判決で展開されたRust判決との区別に関する議論をどのように評価するかという問題にも結びつくだろう。

なお、この評価については、ここでは、(幾つかの)学説が、Velazquez判決とRust判決との整合性を問題視していることを確認することに留めておきたい。それは例えば、Velazquez判決は、そもそも事案としてRust判決と区別することができず(政府のメッセージが介在する助成と私的な言論を促進する助成を二分する議論は説得的ではないとし)、Velazquez判決が展開した「パブリック・フォーラム論の類推」論は、パブリック・フォーラム論や違憲な条件の法理を不適切な形で用いたものであるとする批判や、さらには、「裁判所の通常機能の歪み」という考え方は州際通商条項とデュー・プロセス条項の問題関心を不当な形で移植しただけであるとする批判などである¹⁵³。

次に、学説アプローチを検討する。本稿では、言論助成の解決理論である公共討論モデルを概観した。とりわけ、民主主義過程における民意形成に焦点を当てたアプローチ、即ち、表現の自由の自己統治的価値との結びつきを意識したPostの議論を概観した¹⁵⁴。この議論は具体的にどのような意味を持つのだろうか。まず、そもそも公共討論が行われる領域(公共討論の領域)をどのように定めるかということ自体大きな問題である。Postによれば、それは、それぞれの事案によって個別的に定められるものであるという。他方で、Postが、公共討論に関する議論を自己統治という観念と密接に結びつけ、第1修正の読み方として共和主義的な解釈¹⁵⁵を採用してきたことからすれば¹⁵⁶、Postの議論が第一義的に妥当する領域は、政治的な討論が行われる過程であるといえるだろう。こうしたアプローチは、第2章で検討した政府言論の理論が、政治的な民意形成の過程から議論をしたことからすれば、ひとまずその思考様式には説

得力がある議論といえるだろう。

では、Postの議論から、連邦最高裁の判例法をどのように読むことができるか。そのことを、司法法律扶助に関する事例と文化助成に関する事例の区別の問題として論ずることにする。まず、違憲判決としてのVelazquez判決の位置付けである。Postの議論はこの判決に対する評価を行っていないが、本稿がこれまで議論してきたような、表現の自由が有する公共的な利益に関する議論から考察すると、Velazquez判決に関する言論は、少なくとも典型的な政治的な表現からは離れているものの、「常に社会で生じている現象に対する実践的な討論が行われている裁判所という場所の特質」からしてみれば、公共討論に準ずる意味合いを持つものと位置付けられるだろう。そうだとするならば、Velazquez判決が、パブリック・フォーラムというアクセスの平等に関する理論を介しながら、限定的パブリック・フォーラムの類推の中で議論をしたことは注目に値するものであり、結論として、Velazquez判決が、「裁判所の通常機能を歪ませる恐れがある」¹⁵⁷と認定したことは、判例法の読み方としては批判的な議論があるにせよ、公共討論の射程を拡げたものとして、ひとまず肯定的に読むことが可能であろう。こうして、公共討論の領域については、既存の法理との対話を通しながら、問題となった表現が果たす役割や、その場所の機能¹⁵⁸を慎重に考慮しながら、その範囲を確定していくべきであろう¹⁵⁹。

合憲判決としてのFinley判決はどのように理解されるだろうか。このことも、第一義的には公共討論アプローチの射程に関連している。既に確認したように、Postはどのような表現が公共討論に貢献する表現かということに必ずしも明確な形で答えていない。その代わりに、Postは、NEAに関する表現について、それが公共討論に貢献するとしても、訴訟で問題となったような「品性と尊重」という条項が、公共討論を歪めるような直接的な「行為ルール」として機能しないとしている。ゆえに、本件で問題となった文化助成問題は、結論的に公共討論を歪めないだろうとしている¹⁶⁰。

Postによる公共討論アプローチを用いれば、さしあたり、以上のようにふたつの連邦最高裁の判決をうまく説明できるであろう。しかし、Postの議論を突き詰めていくなれば、その帰結はおおよそ次のようになるのではないか。それは、Postのような「政治的な討論の領域の出発点として議論された公共討論（公論形成）アプローチ」からすれば、政治的な助成と同様に文化的助成についてまで、一般的に厳格な審査を要求することは、実際にはなかなか困難ということである。即ち、公共討論アプローチの議論が「直接的に」妥当する（公共討論〔民意形成の過程〕を歪める恐れが一見明白にあるといい得るような）領域は、純粋に政治的な討論の領域と、その周縁の領域に留まるといえるように思われる。例えば、前述したVelazquez判決は、比較的容易な形で、「公共の討論を歪めた（裁判所の通常機能を歪めた）」ということができた事例として位置付けられた。しかし、文化助成については、文化に関する表現が、政治に関する表現と同じ程度において、全て公共討論としての性格を持つとか、それを政治的プロセスに関わる表現であると一括することには、なお異論の余地があるだろうし、（Postが結論的に強い保護を与えていなかったように）少なくとも、公共討論を歪めたかどうかの判断は、司法法律扶助の助成に関する議論よりも、より細かい事案に関する分析が要請されるといえるだろう。

このことの是非については、文化助成（Finley訴訟）に焦点をあてた学説が、公共討論モデルから権力分立モデル（本稿が消極的アプローチと名付けた、文化専門職論¹⁶¹）を導いていたこと、あるいは、表現の自由のもうひとつの価値（例えば、芸術の自由¹⁶²）に関する議論をしていたことが参考になるだろう。そこでは、文化専門職の判断に影響を及ぼすような政治的な介入があったか、あるいは、芸術という創造的な空間に政府が実質的に不当な形で介入したかが問題視されていた。そのような思考様式（自己統治という価値に必ずしも捉われることなく、より一般的な形で公共討論という観念を援用するアプローチで、文化助成の

解決に積極的なアプローチ）からするならば、文化助成問題の実際の争点とは、公正な配分そのものの問題というよりも、かつてShiffrinが、「行政過程が過度に政治化すること」を問題視したように、一連の行政措置（例えば、政治的理由による補助金の撤回措置と、それに至るプロセス）が、「言論作用に対して全体としてどのような影響を与えたか」というような観点から、それぞれの事例が、より個別的に、かつ多面的に検討されていると考えるのが妥当であろう¹⁶³。

最後に、以上に述べた議論からすると、「何が公共討論を歪曲するか」という判断は、政府利益に対抗する所の、言論が有する諸々の公共的な価値に関連して、何を重要なものと理解するかということに大きく依存するというべきであろう。

即ち、判例法において、「思想の自由市場」の歪みという問題は、政治資金規正の文脈¹⁶⁴でも部分的に語られてきているが、そこにおいても「何が民主主義の腐敗、歪曲形態だと考えるかは、あるべき民主主義としてどのようなものを想定するか、にかかって」おり、「どのような事態をゆがみとして認識するかを明確にすることは、いかなる民主主義像を「あるべき」ものものとして選択するか、にかかっている」¹⁶⁵と指摘されてきた。そして、このような歪みに関する議論（の曖昧さ）からすれば、言論助成に関わる「何を歪みとして認識すべきか」という議論も、個別の事案に関する細かい分析と共に、表現の自由に関する理論的な前提に関する検討（具体的には、表現の自由市場〔政治的な討論の過程〕と経済市場との関係をどのように捉えるべきか¹⁶⁶、「思想の自由市場」論をどのように理解するか、芸術市場や教育市場をどのようなものとして理解するか、専門職による「語り」をどのように把握するか、国家の多様な役割をどのように理解するか、共和主義的な憲法観をどのように評価するかということ）を通して、より精緻な形で慎重に行われていくべきであろう¹⁶⁷。

おわりに

言論助成の問題の意義は何か。ひとつの分析としては、アメリカにおいては、80年代から政府による財の配分についての偏在が意識されつつも、90年代に入って、ようやく優越的価値があるとされている表現の自由論の価値論（個人的な権利利益に留まらない、より公共的な価値〔しかも民主政治と関わるような価値〕と密接に結びつくことによって、判例法においても、違憲の可能性が論ぜられたと読むことができるだろう¹⁶⁸。

ところで、本稿が検討してきたこれまでの議論は、言論助成という文言が表しているように、改めて表現の自由（より公共的な価値）に重きをおく議論であったように思われる。そのことの是非に関連して、表現の自由以外への助成をどのように位置付けるべきかということについては、なお検討される必要があるだろう¹⁶⁹。既に論じたように、私（個人）的な領域に介入しようとする政府は、何も表現の自由論の領域に限られるものではない¹⁷⁰。このことは、違憲な条件の法理を論じた論者が、典型的には民意形成過程における配分は正の問題を認識しつつも、それ以外の幅広い問題領域を対象としてきたことや、政府がアメリカ社会において人工妊娠中絶に関する市場を巧みに操作してきたという事実に関する議論からも容易に認められるところである¹⁷¹。したがって、何らかの形で絶えず私的な領域に（とりわけ、社会保障などを通じた形で）介入する（ある特有のメッセージを送り続けるだろう）今日の国家状況においては、現実の市場に対する分析を行いながら、（個）人権という言葉に内在する価値を改めてひとつずつ検討していくことが今後の課題となるだろう¹⁷²。

そして、とりわけ配分を巡る政治を検討する際には、平等と自由という価値がいかに共存しているかということを検討する必要があるだろう。例えば、阪口正二郎教授が、「アメリカでこれまで平等が問題とされた二つの時期、すなわち福祉国家の形成期と60年代の公民権運動の時期において、

表現の自由は平等と矛盾するどころか、むしろ逆に平等を実現するための不可欠の武器として要求されるという形で平等との間で「蜜月関係」を成立させていた¹⁷³と指摘しているように、自由という価値と共に平等の価値が現実の政治において（立法レベルにおいて）どのような形で体现されているかという「状況」を併せて観察することが重要であり、また、そうした分析を通して、全体としての国家像を観察していくことが求められるというべきであろう¹⁷⁴。

国家による給付活動と人権との関係を問うことは、現代型行政国家における国家・社会・市場・人権・財政という事象をトータルな形で捉えようとする試みとして重要であり、今後もそれらの学説・判例の動向を注意深く観察する必要があるだろう。

-
- 1 現代型行政国家における国家作用を巡る議論は、例えば、ニュー・ディール期のアメリカの議論が参考になろう。福祉国家化は、行政機関を発展させ、委任法理を発達させた。こうした動きに対しては、リーガル・リアリストが強く批判している。そこで、あくまでも権力分立理論の枠組みの下に、政策問題を語るべきは議会とすべきか。それとも、「何でも屋だが、実は何も知らない」裁判官の判断に期待するか。選挙で選出されてはいないが、専門家としての専門的判断ができる行政機関を信用するか、という形で議論がなされてきたという。アメリカにおける福祉国家化については、モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄訳）『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂・1996年）276頁。また、委任法理については、E.ゲルホーン＝R.M.レヴィン（大浜啓吉・常岡孝好訳）『現代アメリカ行政法』（木鐸社・1996年）15頁。リーガル・リアリズムについては、常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス—アメリカでの司法の機能に関する理論的發展—」北大法学論集31巻2号（1980年）301頁。

- 2 少子化対策などの領域では、長期的視野に基づいた計画が考案される傾向が強いといえるだろう。なお、政治的計画に対するアプローチとしては、日比野勤「政治過程における議会と政治—政治的計画を素材として—」岩村正彦ほか編『岩波講座・政策と法』（岩波書店・1997年）69頁。行政法における規制手法の変化については、阿部泰隆『行政の法システム（上）』（有斐閣・1992年）24頁。畠山武道「行政法の対象と範囲」『行政法の争点（第三版）』（有斐閣・2004年）4頁。
- 3 アメとムチという表現はやや言葉が悪いが、ある属性をもつ人に財政的に優遇した措置をとることである。政府言論とアメについては、Shiffrinが部分的に触れている。一般的にアメに関する議論については、肯定的な議論がされている。伊藤秀史・小佐野広『インセンティブ設計の経済学—契約理論の応用分析—』（有斐閣・2003年）。
- 4 給付行政に対しては、実体統制から手続き的統制まで様々な試みがある。行政法分野における理論は、ドイツにおけるそれが多いようである。櫻井敬子教授は、「附款が利益供与と「渾然一体」となって課されるものである以上、附款のみに注目してこれを「侵害視」するのは妥当ではな」く、それも政策手段という出発点に立つべきだとしている。櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察（三）」自治研究69巻1号（1993年）117頁。憲法学では、小林直樹「財政法学の課題—憲法学の観点から」法律時報55巻6号（1983年）13頁。
- 5 補助金の定義づけとしては「一般的に補助金という用語の概念要素は、行政主体が行政客体の一定の行為を遂行する事を奨励ないし促進するために行政客体に与える現金的給付という点にあることは前提としてよい」とするものがある。塩野宏「資金交付行政の法律問題—資金交付行政と法律の根拠—」『行政過程とその統制』（有斐閣・1989年）40頁。このような定義づけは、類似した機能を持つ財政問題、即ち、租税に関する特別措置・社会保障給付などの現実の色々な形での給付をどのように位置付けるかという問題に関連している。畠山武道「租税特別措置とその税制」租税法研究18巻（1990年）1頁。
- 6 いわゆる侵害性の契機の問題である。補助金の拠出などの非権力行政は、伝統的に侵害処分と構成されてこなかった。そのために、裁判論としての公正な配分・平等といった観点からの考察は少なかった。日本の議論としては、碓井光明『公共契約の法理論と実際』（弘文堂・1995年）。同「憲法と財政」法学教室233号（2000年）81頁。
- 7 大橋洋一『行政法—現代行政過程論—（第二版）』（有斐閣・2004年）264頁。小早川光郎「行政の過程と仕組み」、中原茂樹「誘導手法と行政法体系」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣・2001年）555頁・381頁。中原茂樹「誘導手法としての租税・賦課金・補助金」『行政法の争点（第三版）』（有斐閣・2004年）202頁。
- 8 例えば、蟻川恒正『憲法的思惟—アメリカ憲法における「自然」と「知識」』（創文堂・1994年）。同「思想の自由」樋口陽一編『講座憲法学 第三巻 権利の保障』（日本評論社・1994年）106頁。
- 9 山口いつ子「デフォルトとしての『思想の自由市場』」法律時報74巻1号（2002年）16頁。なお、「思想の自由市場」の揺れ動きについては、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社・2003年）48頁以下で、アメリカにおける最近の「思想の自由市場」理解に対する批判的見解が紹介されている。市川正人教授は、こうした傾向への応答として、「思想の自由市場の流れを一定調整する為に国家が介入するのはやむを得ぬとして、問題は、恣意的な操作の為されない形でそれをどう認めていくかを理論として追求しなければならない」とし、「その点では、思想の自由市場に対する一定の国家の介入は認めながらも、それをかなり限定していく」方向が有力になっていくのではないかとしている。市

- 川正人〔春季憲法シンポジウムのまとめ〕憲法問題13巻（2002年）67頁。その他、山口いつ子「表現の自由論のメタモルフォーゼーアメリカ合衆国憲法一条修正における構造変化とその価値原理—」東京大学社会情報研究所紀要67巻（2004年）23頁。なお、「思想の自由市場」の歴史的考察として、金井光生「O.W.ホームズの「思想の自由市場」論とは何であったか（六・完）—W・ジェイムズvs C.S.パースのプラグマティズムを分析視座として—」東京都立大学法学会雑誌43巻2号（2004年）201頁。
- 10 山口いつ子「『思想の自由市場』理論の再構築—『言論の害悪』及び『言論と行為の区別』を分析視座として—」マス・コミュニケーション研究43巻（1993年）156頁。Bollinger、Sunstein、Strauss、Balkinらの理論が紹介されている。
- 11 阪本昌成教授は、「思想の自由市場」について、「自由市場において真理が勝ち残るという理論は楽観主義的にすぎる。これに代えて、自由市場の機能を<人間の共有知を支え、合理的知識を増進するプロセスを提供する>と説明する事が妥当であろう」としている。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1995年）19頁。松井茂記『マス・メディア法入門（第3版）』（日本評論社・2003年）30頁。
- 12 山口・前掲載論文注（10）149頁は、この時期の「思想の自由市場」は、「主に、扇動罪、すなわち、違法行為の唱導をめぐるものであり、しかも、当時の表現の自由論の最大の焦点は、表現の自由が、国の安全や公の秩序といった重要な国家的・社会的価値と衝突したときに、どの程度表現の自由に重きがおかれるべきか、という点にあった」とする。
- 13 消極的自由という言葉については、I・バーリン（小川晃一ほか訳）『自由論』（みすず書房・1971年）295頁。消極的自由観に関連して、Catharine A. Mackinnonらのボルノ規制法案を扱った、ロナルド・ドゥオーキン（石山文彦訳）『自由の法—米国憲法の道徳的解釈』（木鐸社・1999年）278頁。右崎正博「現代メディアと市民的公共圏」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性—比較憲法学的研究をふまえて』（日本評論社・2003年）468頁。
- 14 長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号（2003年）31頁は、公共財の提供義務として、自由な表現空間の確保にあたる国家の義務を挙げている。その他、樋口陽一『国法学』（有斐閣・2004年）86頁。奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）94頁。
- 15 阪口正二郎「表現の自由をめぐる「普通の国家」と「特殊の国家」—合衆国における表現の自由法理の動揺と含意—」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』（東京大学出版会・1998年）13頁。同「表現の自由・市場・国家」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）27頁。同「国家・規制・市場」再考—ニューディール再考と憲法学の可能性—」法律時報71巻6号（2001年）112頁。同「合衆国表現の自由理論の現在（二）—表現の自由の20世紀システムの動揺?—」社会科学研究所47巻1号（1995年）201頁。
- 16 Kathleen M.Sullivan, First Amendment Law (2nd ed.2003), at 4.
- 17 表現の自由の原理論については、奥平康弘「なぜ「表現の自由」か」『なぜ、「表現の自由」か』（東京大学出版会・1988年）3頁。
- 18 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣・1994年）311頁。
- 19 初宿正典「表現の自由の限界—犯罪方法を伝授する出版物と「二重の基準」の適用—」法学教室172号（1995年）42頁。
- 20 表現の自由の価値論については、Emersonの4つの価値論（①個人の自己充足②知識の伸張と真理の発見③決断形成への市民参加④安定と変化の均衡）が有名である。芦部信喜教授は、Emersonの指摘について、「私もエマソンの言う四つの価値は、結局、自己実現と自己統治の価値の二つのいわばキー概念に集約することができる、という立場を採ってきた」としている。

芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』
(有斐閣・2000年) 253頁。

21 日本においては、個別法レベルでの行政の違法な支出に対する制約として、住民訴訟が存在する。しかしながら、それについても「実は、政治的中立性とか・他の規範に抵触する場合、又は著しい公益違背の認められる場合に限定されるのではないか」との指摘があり、その任務にも限りがある。確井光明「補助金」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系10財政』(有斐閣・1984年) 254頁。

22 アメリカでは、かつて権利特権二分論が唱えられていた。このことについて、「かつては憲法上のprivilegeをright(権利)と峻別して、政府は市民からprivilegeを特段の理由なしに奪うことができるとされていた」が、「政府の役割が大きくなるに従って、政府による市民へのさまざまな利益の供与についての手続的保障が必要とされるようになり」、今日では「憲法上の権利を制約する場合には十分な根拠を必要とする立場が有力である」としている。田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会・1991年) 872頁。

ところで、給付行政を対象とした裁判の議論をするにあたっては、その国における訴訟制度や、権力分立のあり方・個別法レベルでの給付に関する法を注意深く観察する必要があるだろう。アメリカにおける個別法としては、公民権法が有名である。例えば、最近のものとして、根本猛「公民権法に基づく実施機関の規則と個人の訴権—「差別的効果」をめぐる—」ジュリスト1213号(2001年) 138頁。

23 日本国憲法下では、財政作用をチェックするものとして、会計検査院制度もある。その他、学説レベルでの裁判論的構成として、納税者基本権の構想を挙げることは有意義である。棟居快行『憲法フィールドノート(第二版)』(日本評論社・1998年) 63頁。

24 アメリカ合衆国では連邦主義との関係で大きな議論がある。給付法に関する立法管轄につい

ては、アメリカ連邦最高裁判決レベルでも比較的緩やかに解されているようである。浅香吉幹「合衆国における連邦裁判所の領分(4・完)」法学協会雑誌109巻25号(1992年) 145頁。座談会〔2003〕アメリカ法251頁以下。

25 アメリカ合衆国では、連邦議会の立法権は制限的なものであり、原則として私人に対して立法権を行使できないとされている。なお、いわゆる法律の留保に関連して、「人権(たとえば、表現の自由の制約)に密接にかかわる判断を必要とする行政活動(措置・行為形式の別とは無関係である)については、そもそも行政機関の自由な判断の余地は認められるべきではないから、どのような判断を下すかについて法律上稠密な実体的ルールが行政裁量の余地を無くすだけの具体性をもって定められているべきである」というものである。そうではない法律は表現の自由の規制立法にかかる「漠然性故の無効」の法理のように、法律を無効にする事が考えられる」という指摘がある。中川丈久「行政活動の憲法上の位置付け—法律の留保の多様性、およびアメリカ行政法における法律の留保について—」神戸法学年報14巻(1998年) 207頁。

26 差別的取扱いに関する問題である。平等の原則は、「包括的基本権と同じく、個人権であるとともに人権の総則的な意味をもつ重要な原則」であり、「各人の性別、能力、年齢、財産、職業、または人と人との特別の関係などの諸々の事実に・実質的差異を前提として、法の与える特権の面でも法の課する義務の面でも、同一の事情と条件の下では、均等に扱うことを意味する事である」とされている。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第三版補訂版)』(岩波書店・2003年) 124頁。

27 財の公正な配分という問題は、平等論との関係で強く論じられてきたように思われる。例えば、M.L.ベネディクト(常本照樹訳)『アメリカ憲法史』(1994年・北海道大学図書刊行会) 207頁以下。山田卓生「公共工事契約の公正配分—契約を利用した規制—」横浜国際経済法学第1

- 巻1号(1999年)11頁。なお、アメリカにおける、行政による国民相互の平等取扱い原則については、大橋洋一『行政規則の法理と実態』(有斐閣・1989年)162-183頁。
- 28 阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号(2003年)31頁。
- 29 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号(2003年)92頁。
- 30 池端忠司「米国における公的文化助成と表現の自由—「政府言論」の憲法的統制に積極的な三つの見解—」香川大学法学会編『香川大学法学部創立二十周年記念論文集』(成文堂・2003年)1頁が、政府言論について米国における三つのアプローチを詳細に紹介しているのが示唆的であり、本稿でも参照した。具体的には、「公立文化制度アプローチ(Bollinger)」「政策志向・制度個別のアプローチ(Schauer)」「公論志向・公衆の知る権利アプローチ(Fiss)」である。
- 31 森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻1号(2003年)113頁。同「発言する政府、設計する政府」松井茂記・渡辺武達編『メディアの法理と社会的責任』(ミネルヴァ書房・2004年)127頁。築山欣央「表現に対する政府の補助をめぐる憲法問題—アメリカの事例を中心に—」法学政治学論究53号(2002年)105頁。藤井樹也「政府の言論と個人の自律—思想の自由・教科書検定・教育の自由—」法学教室212号(1998年)39頁。横大道聡「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別」法学政治学論究65号(2005年)165頁。
- 32 蟻川恒正「国家と文化」『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』(岩波書店・1997年)191頁。
- 33 蟻川・前掲論文注(29)92頁。蟻川教授は、「給付的(Allocative)な文脈における政府の文化支援がgovernment speech問題に論争の素材を提供して以降、「規制者としての政府(government as regulator)」の概念と「検閲者としての政府(government as censor)」の概念が、相互の異同・関係を充分吟味されぬまま一錯綜的に一用いられるようになってい」とする。
- 34 阪口・前掲論文注(28)33頁。
- 35 Daniel A. Farber, *The First Amendment Law* (2nd ed.2003) at 205. なお、一般論としては、「アメリカ合衆国の現行法の下では(そして、一般的に世界中どこでも)政府は好きなように言論に助成金を支給することが許されている」といえるだろう。キャス・サンスティーン(石川幸憲訳)『インターネットは民主主義の敵か』(毎日新聞社・2003年)167頁。
- 36 蟻川・前掲論文注(29)92頁。政府言論の対象領域の確定に関しては、「アメリカ連邦最高裁判所を中心とするGovernment Speech論の議論枠組みを再構成する試みは、アメリカにおいても殆ど取り組まれていない」とされている。
- 37 蟻川・前掲論文注(29)94頁。
- 38 T.I.エマーソン(小林直樹・横田耕一訳)『表現の自由』(東京大学出版会・1972年)206頁。
- 39 Mark G.Yudof, *When Government Speaks* (1983). Mark G.Yudof, *When Government Speaks: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 *Texas L. Rev.* 863 (1979).
- 40 Steven Shiffrin, *Book Review: Government Speech and the Falsification of Consent. When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America. By Mark G.Yudof*, 96 *Harv.L.Rev.*1745 (1983)(book review), at 1750.
- 41 *Id.*, at 1749. Shiffrinによれば、Yudofは良い政府言論と悪い政府言論を二分しているという。Yudofは、善悪の判断基準として、市場の多様性、個人の尊厳、自立、平等性、民主主義社会における適切な政府機能の考慮という多種多様な基準を挙げている。
- 42 *Id.*, at 1750. ここで、Yudofが想定する場面は、単なる私的言論者に対する分配ではなく、公務員を用いた言論市場への介入である。
- 43 *Id.*, at 1751. Yudofは、私的な言論者に対する言論助成と、公務員を用いた言論助成を二分することが重要であるとする。公務員による党派的

- な目的で助成が行われた場合は、違憲であろうとしている。
- 44 Steven Shiffrin, *Government Speech*, 27 *UCLA L.Rev.*565 (1980).
- 45 *Id.*, at 565.
- 46 319 U.S. 624 (1943).
- 47 408 U.S. 92 (1972). パブリック・フォーラム論の動向については、紙谷雅子「パブリック・フォーラムの落日」芦部先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣・1993年）643頁。なお、集会の自由の民主主義的価値については、小倉一志「サイバースペースと表現の自由論（一）—表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に—」北大法学論集55巻1号（2004年）56頁。
- 48 *Supra note 44*, at 573.
- 49 *Buckley v. Valeo*, 424 U.S.1(1976). *Abood v. Detroit board of Education*, 431 U.S.209 (1977).
- 50 *Supra note 44*, at 624. 個別的問題として、大統領選挙戦における連邦資金、イニシアティブ運動などをあげている。
- 51 *Supra note 44*, at 644. この部分は意識した。正確には、monolithic decision making and politicizationである。
- 52 Randall P.Bezanson & William G.Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 *Iowa L.Rev.*1377(2001).
- 53 *Id.*, at 1487.
- 54 *Id.*, at 1488.
- 55 *Id.*, at 1489.
- 56 青野篤「アメリカ公教育における価値の教え込みと生徒の修正一条の権利（一）」大阪市立大学法学雑誌51巻11号（2004年）22頁。中川律「アメリカの公立学校における生徒の憲法上の権利—公立学校での生徒の言論の自由に関する連邦最高裁判例の分析を中心に—」法学研究論集22号（2004年）1頁。
- 57 *Supra note 52*, at 1489.
- 58 *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S.569 (1998).
- 59 *Arkansas Educational Television Comm'n v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1984). 州の放送局が選挙討論会に独立系候補を招聘しなかったことが合憲とされた事例である。
- 60 連邦最高裁は、討論会はパブリック・フォーラムではないとし、内容中立的な規制であることを指摘している。*Arkansas educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1988).
- 61 *Supra note 52*, at 1491.
- 62 *Cuffley v. Mickes*, 208 F.3d 702 (8th Cir.2000).
- 63 *Supra note 52*, at 1495.
- 64 第一修正の考え方のひとつの側面として、思想・信条がみだりに政府によって市場に公表されないとする考え方である。
- 65 *Board of Education v. Pico*, 457 U.S.853 (1982). 角替晃「公立学校図書館の図書排除と第一修正の権利」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』（有斐閣・1998年）100頁。青木宏治[論文紹介]Judicial Clairvoyance and the First Amendment : The Role of Motivation in Judicial of Book Banning in the Public School. Note, *State Indoctrination and the Protection of Non-State Voice in the School : Justifying a Prohibition of School Library Censorship*. [1985] アメリカ法244頁。なお、教育市場の位置付けについては、長谷部恭男「私事としての教育と教育の公共性」ジュリスト1022号（1993年）76頁。
- 66 *Supra note 52*, at 856.
- 67 *Id.*, at 857.
- 68 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S.390 (1923). *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S.97 (1968).
- 69 *Supra note 52*, at 863.
- 70 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S.479. (1965), at 482.
- 71 *Supra note 46*.
- 72 阪本昌成教授は、「政府言論を考えるにあたって、EmersonやL.Tribeは、政府が表現権の主体であるとの前提をとっているが、これは不当で

- あろう。政府の言論を憲法上保護する理由は、国民の「知る権利」にある、とするYudofの見解が正しい」とする。阪本昌成「「知る権利」の憲法論的再検討」法律時報57巻3号（1985年）18頁。
- 73 523 U.S.666 (1968).
- 74 528 U.S.32 (1999).
- 75 494 U.S.652 (1990). 後述するように、政治資金規制の文脈においても、「思想の自由市場」の歪みということが語られている。
- 76 *Supra note 65, at 888.* 本件が違憲とされた理由は、判決がいうように、本が除去されたという点にある。これに対して、反対意見においては、多様な意見に接することが望ましいとしても、本件で問題となった一冊の本に対するアクセス権を認めることはできないとしている。
- 77 判例法の停滞に触れたものとして、横大道聡「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界—言論助成問題の予備的考察として—」法学政治学論究62巻（2003年）293頁。
- 78 Kathleen M.Sullivan, Unconstitutional conditions, 102 Harv. L. Rev.1413 (1989) at,1415. 米沢広一〔論文紹介〕Kathleen Sullivan, Unconstitutional conditions. [1990年] アメリカ法250頁。
- 79 中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学18巻（2000年）101頁。横大道聡「公的言論助成と表現の自由」法学政治学雑誌63号（2004年）391頁。中林暁生「違憲な条件の法理—現代国家における人権論の一断面—」東北法学65巻（2001年）33頁。同「「表現の自由」論の可能性（二・完）」法学67巻（2003年）338頁。
- 80 Seth F.Kreimer, Allocational Sanctions : The Problem of Negative Rights in a Positive State, 132 U. Pa L. Rev. 1293 (1984).
- 81 *Id., at 1296.*
- 82 *Id., at 1385.*
- 83 Richard A.Epstein, The Supreme Court 1987 Term : Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent, 102 Harv. L.Rev.5 (1988).リチャード・A・エプステイン（松浦好治訳）『公共収用の理論—公法私法二分論の克服と統合—』（木鐸社・2000年）。
- 84 集団の行為や外部性が問題視され、それが生じる場合には政府介入が認められる。
- 85 *Supra note 78, at 1413.*
- 86 *Speider v. Randell*, 357 U.S.513 (1958). California州における退役軍人に、政府転覆をしないとする誓約を条件に、租税控除が認められたことが違憲とされた事例である。
- 87 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S.398 (1963).信仰上の理由により、土曜日に労働をしなかった女性に対して失業保険を拒否したことが違憲とされた事例である。
- 88 *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S.618 (1969).その土地に一年以上住んでいない者に対して、福祉受給を拒否したことが違憲とされた事例である。
- 89 *Supra note 78, at 1455.*
- 90 *Id., at 1456.*
- 91 *Id., at 1457.* Sullivanによれば、連邦最高裁はこのようなアプローチが立法の欠陥アプローチであると表明したことはないという。
- 92 *Id., at 1472.*
- 93 *Id., at 1489.*
- 94 Cass R.Sunstein, Why the Unconstitutional Conditions Doctrine is an anachronism (with Particular Reference to Religion, Speech, and Abortion?, 70 B.U.L.Rev 593(1990).
- 95 Cass R.Sunstein, Lochner's legacy, 87 Colum.L.Rev.873(1987).
- 96 森脇敦史「言論市場の「自由」と「制約」について—Cass.R.Sunsteinの「現状中立性」批判を手がかりとして」阪大法学51巻5号（2002年）77頁。吉崎暢洋「違憲な条件の法理—C.Sunsteinの規制国家論（1）—」福山大学一般教育部紀要第17巻（1993年）54頁。常本照樹「ニュー・ディールと最高裁：憲法史からの視点」〔1997〕アメリカ法23頁。大沢秀介「共和主義的憲法理論と表現の自由」前掲書注（47）585頁。
- 97 本稿では、第三章における議論として、違憲な条件の法理を用いて、違憲とされた事例を個

別的に検討する作業はひとまず行なわない。それは、後述するように、90年代に入って違憲な条件の法理の判例法が停滞しているとされており、判例法としての違憲な条件の法理は、言論助成の解決に大きな意味を持ち得ないと評価できるからである。あるいは、米沢広一教授が、「Sherbert判決などにおいて厳格な審査基準がなされたのは、付与された給付が福祉であったためではなく、条件によって侵害される権利が修正一条の保護する権利であったためであるといえる。しかし、同等の条件が付与された場合であっても、当該給付の内容に応じて結論に差異が生じることも考えられうるので、上述の判決が福祉受給権の分析を欠落させている点には、不満が残る」と指摘しているように、ここで議論されるべきことは、第一義的には、福祉受給における平等や公平性の問題であり、言論助成の領域において語られる聴衆の利益論や自己統治的な価値に関する議論とは、若干異なる問題であるように思われるからである。米沢広一「福祉受給権をめぐる法律問題(1)」民商法雑誌78巻6号(1978年)98頁。なお、Shebert判決は、信教の自由(に基づく平等取扱い)の観点からも議論されている。例えば、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学37巻(1992年)1頁。また、安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障(1)』(有斐閣・1994年)190頁。

また、この時期の福祉受給権を巡る争いについては、より一般的な議論が可能であるとされている。松井茂記教授は、この時期に学説等で主張された「新しい財産権論」に関連して、「日本の学説は、ほとんど例外なく、このようなアメリカにおける60年代末からの新しい展開をきわめて好意的に評価してきた。」「日本の学説は、合衆国最高裁判所の判例を読む際に、あまりに強い思いこみをもって読もうとしているような印象を受ける。」「これは、脚注四をプロセスのない制度的・権限分配的に理解する限り、それによって正当化することはできない」と批判

している。松井・前掲書注(18)270頁。この対立については、木下毅『アメリカ公法一日米比較公法序論一』(有斐閣・1993年)。藤井樹也『権利の発想転換』(創文堂・1998年)367頁。

98 Maher v. Roe. 432 U.S.464(1977).

99 *Id.*, at 470.

100 アメリカにおける人工妊娠中絶を巡る判例理論の読み方には議論がある。とりわけ、トリメスター枠組みを放棄した点が判例変更と読まれるべきかどうか、不当な負担というテストがいかなる意味合いを持つか議論がある。樋口範雄「妊娠中絶と合衆国憲法」憲法訴訟研究会編・前掲書(65)275頁。アントニン・スカリア(会沢恒訳)「憲法と宗教一憲法解釈論の一事例として」北大法学論集55巻4号(2004年)81頁。

101 410 U.S.113(1973).

102 Harris v. McRae, 448 U.S.297 (1980).

103 *Id.*, at 316.

104 *Supra* note 87.

105 *Supra* note 101, at 317.

106 *Id.*, at 330.

107 *Id.*, at 333.

108 *Supra* note 102. 例えば、Harris判決に触れるものとして、*Supra* note 78, at 1416.

109 David Cole, Unconstitutional Conditions, 67 N.Y.U.L. Rev.675 (1992).

110 *Id.*, at 680.

111 Frederic Schauer, Principles, Institutions, and the First Amendment, 112 Harv.L.Rev. 84(1998). 文化助成の学説については、池端・前掲論文(30)に詳しい。

112 *Id.*, at 748.

113 *Supra* note 52, at 1498.

114 杉原泰雄「文化国家の理念」と現実」法律時報71巻6号(1999年)42頁。

115 Lee C.Bollinger, Public Institution of Culture and the First Amendment: The New Frontier, 63 U.Cin.L.Rev.1103 (1995).

116 *Id.*, at 1117.

117 岩本一郎〔書評〕Owen M.Fiss, The Irony of

- Free Speech [1998] アメリカ法51頁。
- 118 Robert C.Post, Subsidized Speech, 106 Yale L.J.151 (1996).
- 119 *Id.*, at 151.
- 120 *Id.*, at 158.
- 121 Federal Communications commission v. League of Women Voters of California,468 U.S.364 (1984).
- 122 *Supra note 118*, at 162.
- 123 *Id.*, at 152.
- 124 *Id.*, at 164.
- 125 500 U.S.173(1991). 蟻川・前掲論文 (32) 191頁は、この判例を「妊娠中絶の自由をめぐるアメリカでの論争の主戦場が「表現の自由」に飛び火した」事例と位置付けている。
- 126 *Id.*, at 179-181.
- 127 *Id.*, at 183.
- 128 *Supra note 98*.
- 129 *Supra note 102*.
- 130 *Supra note 121*.
- 131 524 U.S.569 (1998).控訴審までの動向につき、Thomas P.Leff, The Arts : A Traditional Sphere of Free Speech Expression? First Amendment Implications of Government Funding to the Arts in the Aftermath of Rust v. Sullivan, 45 Am.U.J.Rev.353(1995).
- 132 この法律により連邦基金が設立され、連邦芸術財団が作られた。詳しくは、山口裕博『芸術と法』（尚学社・2001年）276頁。
- 133 Bella Lewitzky Dance Foundation v. Frohnmayer, 754 F.Supp.774 (CD Cal 1991)
- 134 *Supra note 58*, at 572.
- 135 *Id.*, at 512.
- 136 R.A.V. v. City of St.Paul, 505 U.S.377 (1992).
- 137 *Supra note 58*, at 514.
- 138 Rosenberger v. University of Virginia, 515 U.S.819 (1995).
- 139 *Supra note 58*, at 515.
- 140 *Supra note 138*.
- 141 531 U.S.533 (2001). 紙谷雅子「政府の資金補助と司法制度における表現の自由」ジュリスト1220号（2002年）115頁。
- 142 この規定は他の団体から受給を得ている人にも適用されるという。詳しくは、紙谷雅子「最近の判例」〔2002〕アメリカ法147頁。
- 143 *Supra note 125*.
- 144 *Supra note 141*, at 544. 裁判所がパブリックフォーラムかということは従来から困難に論じられてきた。松井茂記『アメリカ憲法入門（第5版）』（有斐閣・2004年）208頁。
- 145 Speider v. Randell,357 U.S.513(1958).
- 146 *Supra note 142*, at 552.
- 147 *Supra note 138*.
- 148 *Supra note 141*, at 553.
- 149 *Id.*, at 554.
- 150 *Supra note 59*.
- 151 *Supra note 141*, at 556.
- 152 いわゆる、消極的自由観に立つ指摘として、「基本的発想として給付請求としての「自由」も成立しようというロジックは解るが、その為の負担（例えば、医療費）の側面については、どう考えておられるか。Negative freedomだけではなく、積極的な何かを含んでいる自由論というのは成立する余地があるとは思うが」「権利というのはnegative freedomにつきるものである」という考え方がある。阪本昌成「討論要旨」公法研究59号（1997年）98頁。この伝統的な考え方との対比として、浜田純一「表現の自由論への経済学的アプローチ覚書—コスト・ベネフィット分析から公共選択理論まで—」石坂悦男・桂敬一・杉山光信編『メディアの情報化と現在』317頁（日本評論社・1993年）。井上嘉仁「市場と表現の自由理論（一）—経済学的分析導入のための基礎的考察—」広島法学27巻3号（2004年）35頁。同4号（2004年）133頁。
- 153 Note, Leading case, 115 Harv. L. Rev. 426 (2001). Christopher A. Gozdor, Note, 61 Md. L. Rev. 454 (2002).
- 154 違憲審査に対する一般的な考え方については、長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュ

- リスト1037号(1994年)103頁。民主主義と討論ということの関係については、阪口正二郎「討議民主政とデモクラシー」公法研究65号(2003年)116頁が参考になる。
- 155 自己統治的価値を重視する最近の日本の支配的見解への批判として、「アメリカでの自己統治論の前提には「政治的で有徳の公民」という市民像が想定されている点を、我が国の論者は忘却または軽視しているのではないか」としている。阪本昌成『コミュニケーション行為の法』111頁(成文堂・1992年)。また、日本の最高裁における表現の自由に対する考え方を検討したものと、高見勝利「表現の自由と最高裁」法律時報59巻5号(1987年)13頁があるが、そこでは「最高裁の民主主義論の重点が国民の国政への参加、多数意思の形成という側面に置かれ、その前提となる個人主義、政治的自由主義の側面が看過せられてきた」と指摘している。
- 156 共和主義的傾向については、Robert C. Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 Calif.L.Rev. 2535(2000). Robert C. Post, *Constitutional Domain* (1995). なお、Postは、第1修正は、政治的、社会的、経済的討論を保護しているとしている。
- 157 *Supra note 141, at 546*. なお、蟻川教授は、本件のようなプログラムを政府言論の事例として位置付けていない。なぜなら、教授は、政府言論の対象を腹話術師の事例に限定するからである。蟻川・前掲論文(29)99頁。
- 本稿の視点からすると、長谷部恭男教授が、「民主的政治過程の維持という広く受け入れられた司法審査の役割論からしても」「公論形成過程の健全性に関わる事情は裁判所にとって重要な判断の基礎となる」としている点が興味を惹く。長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」樋口陽一ほか編『国家と自由』(日本評論社・2004年)361頁。
- 158 裁判所における機能や事務所の独立採算に關する固有の議論につき、座談会〔2001〕アメリカ法374頁以下。
- 159 中林・前掲論文注(79)の「表現の自由論の可能性(二・完)」が、Rosenberger判決について、「私的な言論の多様性を奨励するために政府が言論活動に助成する原理として、より抽象的な次元において理解しうることを示している」(99頁)とし、「[「表現の自由」論の、少なくとも一つの課題は、政府と話者、そしてその両者間の取引関係の外に位置する聴衆との連関を組み込んだ「表現の自由」論を、明確な理論構造の下に構築していくことにある」(100頁)と指摘していることが示唆に富む。
- 160 Postは、Finley事件は合憲だろうとする。その理由は、NEAに関する規定は、(公共討論を直接規制するような)行為ルールとして機能していないことである。*Supra note 118, at 194*. これに対して、本稿で挙げた他の多くの論者は、公共討論という議論を、柔軟に援用しながら文化助成の問題の解決を導いている。例えば、公共討論モデルから出発したFissは、(自己統治論に依拠しながらも)文化助成の対する具体的な審査基準として、①非正統的見解がおかれている不利な社会状況の程度②財政的援助の必要性③議論される課題の緊急性④非正統的見解がもたらす他の言論への沈黙効果の精査、という厳格な基準を採用している。岩本・前掲論文注(117)55頁。
- 161 蟻川教授は、NEA論争については、「構造理解において、第一段階における「基本方針」の策定と、第二段階における「基本方針」の「解釈」との、権限の所在は切断されていて、国家には「基本方針」の策定をこえて、その「解釈」を統制する権限が与えられていない」ことに注目すべきとしている。蟻川・前掲論文注(32)212頁。
- 162 芸術的表現の価値については、Marci A. Hamilton, *Art Speech*, 49 Vand.L.Rev.1119(1999). 及び、池端・前掲論文(30)を参照。政治的な領域との対比の中で、それ以外の領域での立憲主義の課題を議論した数少ない論考として、長谷部恭男「文化の多様性と立憲主義の

- 未来」井上達夫ほか編『法の臨界〔1〕法的思考の再定位』（東京大学出版会・1999年）141頁。芸術の自由の観点からのアプローチとして、主にドイツとの関係で、初宿正典「憲法と芸術の自由—学問の自由との関連にも触れながら」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第2巻 公法・国際法・刑事法』（有斐閣・1999年）102頁。初宿正典「憲法二一条が保障する権利」法学セミナー584号（2003年）102頁。
- 163 例えば、市側にとって気に入らない展示をしようとした美術館側の意向に、市が賃貸借契約の解除（撤回措置）を行った（政府メッセージがより露骨な形で表出された）事案がある。Brooklyn Institute of Arts v. City of New York, 64 F.Supp. 2d.184(1999). 奥平康弘「自由と不連続関係の文化と自由と折り合いをつけることが求められる文化（下）」法学セミナー548号（2000年）82頁。
- 164 川岸令和「言論の自由と熟慮に基づく討議デモクラシー—その予備的考察—」早稲田政治経済学雑誌324号（1995年）245頁は、「政治資金規制の問題は、また、言論の自由のディスコースのパラダイム・シフトを顕在化させているように思われる」という。
- 165 毛利透「民主主義の歪みとは何か（一）—アメリカの政治資金規制議論を中心として」『民主政の規範理論』（勁草書房・2003年）153頁。同「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一編『講座憲法学 第一巻 憲法と憲法学』（有斐閣・1995年）43頁。林知更「裁判所は民主政を護ることができるか」北大法学論集54巻4号（2003年）133頁。
- 166 表現の自由などの精神的自由の位置付けに関連して、「二重の基準論は、精神的自由への依存について、リアリスト的な認識を欠いているのではないか。仮に、経済的自由が精神的自由よりも内在的価値において劣るとしても、前者の保護が後者の不可欠の条件であるならば、前者は後者に準じて厳格に保護されるべきであるということになるが、この二種の自由の依存関係についての先鋭な問題意識は、二重の基準論には見られない」「しかし、両者の関係には『経済的自由なくして精神的自由なし』といえるほどの緊張な依存関係にある」という指摘がある。井上達夫『法という企て』（東京大学出版会・2003年）184頁。
- なお、裁判所の機能の歪みという問題が、国家による介入を問題視するものであるのに対して、前述した政治資金規正の問題は、経済市場からの政治市場への不当な影響力を問題視する発想である。歪みに関する議論の曖昧さからすれば、政治資金規制の文脈において「思想の自由市場」の歪みを認めることなく、裁判所における通常機能の歪みを認めないScalia裁判官の立場は、一定程度の説得力を持つかもしれない。
- 167 Sunsteinの「言論に対するニュー・ディール」に関連して、阪口正二郎教授が「サンステイン自身は、このようなニュー・ディール理解を前提としながらも、ベースラインをある程度客観的な形で認定しうる可能性まで否定していないように思われる。むしろ、サンステインは、市民的共和主義に依拠して新たなベースラインを構想しているように思われる」と指摘している。阪口正二郎「アメリカ憲法学とニュー・ディール再考」樋口ほか編・前掲書（157）20頁。キャス・サンステイン（有松晃・紙谷雅子・柳澤和夫訳）『自由市場と社会正義』（2003年・農文協）。
- 168 奥平・前掲論文注（17）14頁は、アメリカにおいては、「表現の自由に与えられる「厳格な審査」を、「福祉国家」の要請にもとづく新しい権利主張に拡張して認められるかいなか、という具合に処理されるのである。すなわち、ともかくも一応確立した法理であるところの、表現の自由の優越的地位が、他の権利の自由の引き上げ作業に当たって、準拠すべきモデルとしてはたらく」とする。
- 169 ドイツの理論の紹介として、「日々新たに起こっている社会問題、ここでは給付問題を、人間の尊厳を中心軸におきながら、新しい給付法理論によって解決」しようとしているとされ、

- 「国家による資金援助は国民の自由の意識を侵害する」恐れがあり、「ドイツの社会権または給付行政の理論は、自由権を実現しようとする発想である」とする指摘がある。村上武則「フォルストホッフ理論の終焉と給付行政理論の課題」『給付行政の理論』(弘文堂・2002年)466頁。その他、太田匡彦「『社会保障受給権の基本権保障』が意味するもの―「憲法と社会保障」の一断面―」法学教室242号(2000年)115頁。井上典之「スポーツ・個人・立憲国家―ドイツ・ヨーロッパにおける人権問題の一断面」神戸法学雑誌49巻1号(1999年)1頁。
- 170 Mitchell N.Berman, *Coercion Without Baselines : Unconstitutional Conditions in Three Dimensions*, 90 *Geo L.J.*1 (2001).
- 171 蟻川恒正「身体の自由」法律時報71巻2号(1999年)78頁は、「Roe判決は、中絶の自由を、単に女性の自由としたのでも、単に医師の自由としたのでもない。Roe判決は、中絶の自由を、「市場」の自由、すなわちmedical marketの自由とした」としている。高井裕之「関係性志向の権理論・序論(三・完)―アメリカにおける墮胎規制問題を手がかりに―」民商法雑誌99巻5号(1989年)26頁。
- 172 小泉良幸「国民の義務と愛国心」ジュリスト1289号(2005年)110頁。安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学44巻(1996年)81頁。
- 173 阪口・前掲論文注(28)31頁。
- 174 アメリカにおける個別法レベルでの平等に関する議論として、中窪裕也『アメリカ労働法』(弘文堂・1995年)205頁。公民権法では、第7編における特別な差別類型が列挙されている。
- 次に、一般的に給付と平等ということ(とりわけ、裁判的救済の可能性)について、松井茂記『日本国憲法(第2版)』(有斐閣・2002年)533頁は、「確かにアメリカでは、平等保護条項が生存保障の役割を果たしたことがある。」「現在では合衆国最高裁判所は平等保護条項を通して生存保障を図る考え方に否定的であるし、こ

のような平等保護条項の適用については、学説上強い批判もある。このような生存保障の役割を平等保護条項に期待するのは、平等保護条項にふさわしい役割を超えているというのである」としている。また、松井茂記「福祉国家の憲法学」ジュリスト1022号(1993年)73頁は、生存権の文脈においても「福祉実現は、場合によっては、経済成長と緊張関係に立たざるをえない。そうした中で、これが、「健康で文化的な最低限度の生活」だと裁判所が思う水準を、経済状況などを考慮することなく政治のプロセスに命じることが本当にできるのであるか。このことは、憲法によって福祉を保障すること、とりわけ、生存権を裁判所を通して、保障することの限界を示唆する。いかに現代社会において、個人の生存を保障する事が重要であったとしても、それを憲法によって、とりわけ裁判所を通して保障する事には、どうしても無理があるように思われる。むしろ福祉国家の実現は、本当は、憲法によって、定められるべき必要のないものだったのではなかろうか。つまり、憲法は福祉国家を命じる必要はなく、政治のプロセスが福祉国家の実現をめざそうとすればそれができようような政治のプロセスを保障すればよかつたのではなかろうか」としている。

なお、より抽象的次元において、「公正としての正義」を提唱したRawlsにおいても、公正な機会均等原理や格差原理は、自由原理に比べると異論の余地が大きいので、それらは立法段階での指針にすぎないとしている。Rawlsはまた、文化助成に関連して、「公正としての正義は、憲法の必須事項に関する諸問題や分配的正義の基本的諸問題がそれでもって解決されるべき政治的諸価値の集合から、一定の卓越主義的な諸価値を除外する。」「民主的な選挙民は、もし彼らがそう選択するならば、芸術や科学における大事業に多くの資源を捧げてもかまわない」と指摘する。ジョン・ロールズ(エリン・ケリー編)(田中成明・亀元洋・平井亮輔訳)『公正としての正義 再説』(岩波書店・2004年)84頁-269頁。

これに対して、平等という観点に重点をおく指摘として、マイケル・ウォルツァー（山口晃訳）『正義の領分—多元性の平等と擁護—』（而立書房・1999年）。ロナルド・ドゥウォーキン（小林公ほか訳）『平等とは何か』（木鐸社・

2002年）。長谷川晃『公正の法哲学』（信山社・2001年）。

（かなざわ まこと 北海道大学大学院法学研究科博士後期課程1年）