HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政府の言論と人権理論（1）
Author(s)	金澤, 誠
Description	論説
Citation	北大法学論集, 60(5), 248[1]-195[54]
Issue Date	2010-01-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/42613
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-5_002.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

政府の言論と人権理論(1)

金　澤　　誠

目　次

はじめに
(1) 問題の所在
(2) 本稿の目的
(3) 政府言論の諸相
① 言論助成
② 思想の自由市場
③ 小括
序章　問題提起
第1節　現象
(1) 放送の自由
(2) 文化助成
(3) 差別的言論
(4) 小括
第2節　学説
(1) 表現の自由論
(2) 国家の役割論
(3) アメリカ型表現の自由論
(4) 国家による自由論
(5) 小括
第3節　課題
(1) 思想の自由市場
(2) 表現的結社の自由

(3) 言論助成
第4節 本稿の構成
(1) 政府言論の理論
(2) 表現的結社の自由
(3) 給付行政
(4) 政府言論の現代的諸相 (以上本号)
第1章 政府言論の理論
第1節 政府言論とは何か
第2節 Yudof
第3節 Emerson
第4節 Shiffrin
第5節 若干の検討
第6節 政府言論の意義
第2章 アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克
第1節 問題提起
第2節 若干の検討
第3節 先例
第4節 小括
第3章 給付作用
第1節 違憲な条件の法理
第2節 学説
第3節 言論助成
第4節 学説
第4章 政府言論の総括
第1節 思想の自由市場
第2節 政府言論の類型
第3節 総括――統合と分散――
第4節 結語
おわりに
(1) 総括
(2) 展望

はじめに

国家が社会で生じている様々な現象に関わろうとする場合、その国家は、行政国家と呼ばれる[1]。行政国家のひとつの特徴は、政策課題の増大化であり、政策課題の増大化は、政策遂行過程を、より複雑なものにしている。

図式化していえば、古典的な国家が、権力的規制などの禁止命題の提示をその任務としていたのに対して、今日における国家は、権力的規制以外の任務をよく行っている。たとえば、そのひとつには、補助金などを用いた、非権力的手法による政策介入がある[2]。

ここで、国家は、アメとムチ（carrots-and-sticks）[3]を使い分けながら、

---

[1] 行政国家化は、行政機関を発展させ、委任法理を発達させた。それに伴い、法学的な課題としても、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、というかたちで議論がされてきた。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頁以下。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発展――」北大法学論集31巻２号（1980年）301頁以下。

[2] 行政法の分野における、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）（新版）』（有斐閣・1997年）24頁以下。畠山武道「行政法の対象と範囲」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点（第３版）』（有斐閣・2004年）４頁以下。

また、後述するような、「誘導」という観点から論じたものとして、中原茂樹「誘導手法と行政法体系」小早川光郎・宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念行政法の発展と変革（上）』（有斐閣・2001年）553頁以下。中原茂樹「行政上の誘導」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ　行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣・2008年）203頁以下。

[3] こうした表現は、Shiffrin が、政府言論の一現象である文化助成を扱う部分で、用いているものである。*See* Steven H. Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA L. Rev. 565, 643 (1980). *See also* Laurence H. Tribe, *Sticks and Carrots: The Doctrine of Unconstitutional Conditions*, in REASON AND PASSION: JUSTICE BRENNAN'S EUDURING INFLUENCE 123 (JOSHUA E. ROSENKRANZ

拡がりつつある多様な国家的課題を達成するために、国民を誘導してきたといえるだろう。

(1) 問題の所在

それでは、現代行政国家における国家的な誘導機能は、憲法的にどのように評価されるだろうか。

まず、確認すべきことは、この回答を、一義的には導けないということである。なぜならば、国家的誘導が、どのような「理由」で、どのような「自由」に対して、どのような「方法」で行われるかという事情が、合憲性を判断する際に、決定的に重要となるからである[4]。

たとえば、いわゆる、二重の基準論の思考を前提にして思考するならば、経済的な自由に影響を与えるような誘導措置と、表現の自由に影響を与えるような誘導措置では、おそらく憲法的に異なった評価がされるといえるだろう[5]。

& BERNARD SCHWARTZ eds. 1997).

なお、給付と人権に関する最近の論文として、中林暁生「給付と人権」西原博史責任編集『岩波講座　憲法2　人権論の新展開』(岩波書店・2007年) 263頁以下。また、駒村圭吾教授は、「人権保障が公権力発動の『理由』を規律するものであるとするタイプの正義論からすれば、給付か規制か、直接か間接かにかかわらず、上記の法構造を支えている『理由』自体の人権適合性を問題化できるはずである」とし、「『干渉』と『給付』の複合として実施される『誘動』という新たな行政作用類型」を紹介している。駒村圭吾「自由と文化――その国家的給付と憲法的統制のあり方――」法学教室328号 (2008年) 35頁の表現。川崎政司「立法をめぐる問題状況とその質・あり方に関する一考察――法と政治の相克と、その折合いの付け方」ジュリスト1369号 (2008年) 23頁以下。

[4] この表現は、政府言論の理論を意識したものである。拙稿「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克――政府言論の理論との関わり――」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』(敬文堂・2008年) 89頁以下。

なお、本稿は、比較的初期に展開された、政府言論の理論を参考にしつつ、最近の政府言論に関する現象 (判例) を補うかたちで、構成されている。

[5] いわゆる、二重の基準論に関する理論を念頭に置いた。侵害される「自由」の内容が異なれば、それに対する助成の司法審査の枠組みも、異なるものとなるだろう。また、ある主体の自由を論じる場合には、その主体がおかれている、

また、より一般的なレベルでいっても、国家の干渉を原則的に警戒するような――たとえば、リバタリアンのような――立場からすると、補助金による介入を憲法的に疑わしいものとするだろう。これとは対照的に、アメの効用を肯定しようとする立場からすると、補助金の給付による介入を、憲法的に疑わしいものとはしないだろう[6]。

あるいは、補助金の給付行為を、単なる「利益（benefit）」の供与と捉えるならば、議会の制定した誘導立法を尊重するような司法審査がなされるだろうし、具体的な補助金の給付行為を、「権利（right）」の行使に影響を与える不当な国家作用と捉えるならば、より厳格な審査がなされるだろう[7]。

以上のように、国家的な誘導機能の是非は、基本的には、個別具体的な文脈に依存しているというべきであり、むしろ、そうした個別性が避けられないというべきである。

そうすると、重要なことは、国家的な誘導機能の意義を、完全には否定することなく、むしろ具体的な誘導機能に関する問題を解決のための、いくつかの指針やベースラインを探すことである。

本稿は、このような問題関心に基づいて、（給付という国家行為を含む）「国家による自由」に関する、いくつかの問題類型を解決することを試

環境（ある一定の秩序ないし法制度）が重要といわれることがある。石川健治「営業の自由とその規制」高橋和之・大石眞編『憲法の争点（第３版）』（有斐閣・1999年）128頁以下。最近においては、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社・2004年）。

[6] 社会で好ましくない現象が起こった際に、国家がそれに介入をすること（あるいは、ある方向へ、国民を規範的に誘導すること）は、必ずしも否定されないという理解である。これに関しては、その究極形態としての卓越主義の文脈を参照のこと。 *See* Jeremy Waldron, *Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom*, 62 S. Cal. L. Rev. 1097（1989）. 小泉良幸「J・ラズの『卓越主義の政治』」山形大学法政論叢６号（1996年）１頁以下。

[7] 本論で確認したように、利益の提供の性質を、どのように捉えるかによって、裁判所の審査の仕方が異なってくる。 *See* Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 Harv. L. Rev.1413, 1422（1989）.

みたい[8]。

(2) 本稿の目的

本稿は、国家的な誘導機能に関する問題関心を背景として、アメとムチに関する是非を検討するものである。そのための方法として、「政府言論（government speech）」という理論装置を用いることにしたい。

このような問題設定をする場合、まず、政府言論の理論が、いかなる理論であるかということが問題となるだろう。アメリカにおいては、冒頭に挙げた国家任務の増大化の動きに対応するかたちで、政府言論という理論が少しずつ論じられている状況にある[9]。

ここで、政府言論とは、第一義的にいえば、国家が諸々の形態をとりつつ、自由な討論空間、ないしは、「思想の自由市場」に、関与することの危険性を問題視する理論であると定義付けられるべきである[10]。

たとえば、政府言論の第一人者とされている Yudof は、今日における、大規模な政府の役割に注目しつつ、現代福祉国家のコミュニケーション・プロセスの複雑さを、次のように提示していることが注目される。

---

[8] *See* Cass R. Sunstein, *Should Sex Equality Law Apply to Religious Institutions?*, in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? 85（SUZAN M. OKIN ed. 1999）.

[9] Randall P. Bezanson & William G.Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 Iowa L. Rev.1377（2001）.

[10] 政府言論の理論の中核には、「思想の自由市場」を歪ませるとか、公共討論を歪ませるという観念があるようである。*See* David Cole, *Beyond Unconstitutional Conditions: Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech*, 67 N. Y. U. L. Rev. 675, 704（1992）.

また、横大道聡「言論市場における『発言者』としての政府」法学政治学論究72号（2007年）238頁は、政府言論の統制の困難性について、「政府が主体的に自己の立場を主張することが自己統治過程にとって必要不可欠である以上、政府言論の観点中立性を求める必要はない。しかし同時に、観点差別的な政府言論が広く認められてしまうと、自己統治過程そのものが破壊されてしまいかねない。そこで一般的に政府言論の正統性を憲法上認めながらも、許されない政府言論を検討し明らかにしていくことが必要となってくる」としている。

「今日において、専制政治というものは、政府による（典型的な意味での――引用者）検閲からのみ生じるわけではない。……もし、政府が、思想や情報の流れを支配するならば、自国の政府を選択し自己コントロールする市民というものが、破壊されるだろう。」

「（しかし――引用者）一部の例外を除いて、これまでの多くの学者たちは、私的な言論を規制する政府に対して関心を有しており、コミュニケーション・ネットワークにおける、大規模な政府の役割を無視してきた。……現代福祉国家において、コミュニケーション・プロセスは、複雑である。……この本においては、コミュニケーション・ネットワークにおける、政府の参加の問題を検討する。（傍点は引用者）」[11]（引用１）

⑶　政府言論の諸相

さて、政府言論の理論は、精神的自由の領域における国家介入ないし国家関与に関する問題に対して、有用な示唆を与える理論というべきである。

というのは、Yudof による、先ほど示したような、政府言論の理論に関する断片には、政府言論の主要な問題関心が、明確に表れているからである。序章では、そのことを、確認することにしたい。

①　言論助成

第１に、政府言論の理論のアウトラインを提示するために、次のような憲法上の問題を立てることにしたい。

それは、国民に対して、人権を放棄させることを条件にして、（国家が）補助金を支給できるかという――いわゆる、国家助成の是非に関わる――問題である。典型的な例を挙げるならば、ある「表現」を行わないことを条件にした、補助金の拠出が問題となるだろう[12]。

---

[11] MARK G.YUDOF, *Preface to* WHEN GOVERNMENT SPEAKS（1982）. ただし、引用した文章の順序は、原文とは、若干異なっている。

[12] こうした問題は、第３章で論じるように、アメリカ憲法学が、1990年代に入ってから、言論助成（subsidized speech）として、検討してきたものである。

ここで、国家助成という問題を検討する際には、国家助成という行為が、「非」権力的な作用であるということに、自覚的である必要があるだろう。

それは、いいかえれば、「誰のどのような権利や法益が侵害されるか」という論理が採用されている、裁判作用における基本的原則との相克ともいえるものである[13]。

より具体的にいえば、給付行政という国家行為は、侵害的な作用ではない。そのことから、給付作用をどのように憲法的に評価するかに関して、冒頭に示したような、ひとつの選択ないし評価の問題が生じているといえる。

それでは、政府言論の理論は、どのように応答するだろうか。政府言論の理論は、やや単純化していえば、「専制政治は、典型的な意味における『検閲』からは生じない」という部分に着目して、国家作用の「実質」的機能を問うだろう。

たしかに、国家助成は、公権力による禁止処分ではない。しかし、少なくとも、国家による「思想の自由市場」に対する「関与」という問題である、といえる。そうすると、われわれは、給付の具体的な中身を吟味する必要があり、そのような観点から、国家介入の「恣意」性に警戒していく必要がある。

そこで、典型的にいえば、ある政党を支持することを条件に補助金を給付する場面のように、給付作用が、権力的作用である「検閲」作用と同等の問題を生じさせる場合があることに警戒すべきである[14]。

---

[13] 日本において、個別法レベルでの行政の違法な支出に対する制約方法として、住民訴訟がある。ただし、住民訴訟を通した公金取り戻しの訴訟には、やはり一定の限界がある。ある論者によると、住民訴訟は、「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」と指摘される。碓井光明「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頁の表現。関連して、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頁以下。

[14] こうした設例は、国家助成の限界状況を描写する際に、よく使われるもの

ある先行研究の言葉を借りると、「国家の非＝強制的手法による『道徳的環境』形成への関与は、共同体の自治に委ねるべき『道徳の声』の内容形成を歪めつつ、他方で、それによって、自らの関与の正当性を強化し、『自律の条件』を侵食していく」[15]ことに注意する必要がある。

あるいは、国家による給付活動が、「非公式の検閲（informal censorship）」[16]に転化する危険性を警戒する必要がある[17]（引用１）。

である。 Bezanson & Buss, *supra* note 9, at 1463.

[15] 小泉良幸「国家の役割と共同体論」憲法問題16号（2005年）32頁は、「法の表現的機能」に関する議論を引用しながら、 government speech という非＝権力的手法の発揮する力が、いかに大きいかを論じている。これに関連して、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頁は、平等条項違反を構成するような、国家のメッセージに注目している。

[16] 芦部信喜『憲法学Ⅲ　人権各論（１）（増補版）』（有斐閣・2000年）363頁の表現。ここで、芦部教授は、機能的な検閲概念を提示している。本論で確認したように、検閲概念の機能論的なアプローチは、政府言論の問題関心と共通するものがある。機能的な検閲概念を提起する立場として、宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣・1971年）366頁以下。

もっとも、「非公式の検閲」という概念を使用したアメリカの当時の判例法との関係でいえば、本稿もまた、この概念を慎重に使用すべきであったかもしれない。ここで、本稿は、国家による助成行為が、検閲と同等の効果を持つものに転化するということを提示したに過ぎない。 Cf. Bantam Books v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963).

[17] アメリカの表現の自由論に関する判例は、権利侵害の要件を、必ずしも要求しないことがある。たとえば、表現に対する「処罰」につき、その構成要件が、非常に曖昧な文言で定められている場合には、裁判所が、「漠然性ゆえ無効」や「過度の広汎性ゆえ無効」などの法理を用いる。このような権利侵害性を必ずしも要求していない姿勢は、言論作用を政府が操作する可能性に目を向けているという点では、政府言論の理論と重なるともいえるだろう。藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座　憲法訴訟　（第二巻）』（有斐閣・1987年）347頁以下。これに関連して、毛利透「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論（四・完）――ウォーレン・コートからバーガーコートへ――」法学論叢159巻２号（2006年）42頁以下。毛利透『表現の自由――その公共性ともろさについて』（岩波書店・2008年）。 *See* R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 391-393 (1992).

以上のように、われわれは、政府言論の枠組みを用いることで、国家助成の問題関心を、より明確に憲法的に位置づけることができる[18]。

このようにして、本稿は、表現の自由に関する諸々の判例法理を、主として政府言論という理論を用いて、再定位することを目的としている。

② 思想の自由市場

第2に、政府言論の理論は、これまでの行政国家が果たしてきた（正当な）役割を、批判する理論として機能するだろう。

それは、表現の自由に関する学説が、常に、国家の官憲的な機能を警戒してきた――あるいは、国家性悪説的な思考を採用してきた――こと

また、いわゆる法律の留保とは、「人権（たとえば、表現の自由制約）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（傍点は引用者）」というものであるから、「そうで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、法律を無効にすることが考えられる」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）208頁の表現。

[18] この検閲に関する議論は、やや単純化したきらいがある。日本の検閲に関する学説の対立は、検閲概念を構築する際に、もうひとつの類型（広義の事前抑制）に、どれほどのウエイトを認めるか（一元的か、二元的か）という点にある。そうすると、本論冒頭で提示したような、権力的か、非権力的かという点は、必ずしも学説での大きな争点ではない。

もっとも、最近の日本における検閲に関する学説（いわゆる広義説）が、「言論の事前規制が、公権力による思想表現の歪曲や抑圧、禁止を意図しまたは招来するとか、言論の事前抑制（とくにその制度）が、表現内容の検査を目的とし、または、表現規制の効果をもつかどうか（禁止処分が無くても「検閲」となりうる）という基準」を提示していることは、少なくとも、政府言論の問題関心と親和性があるといえるかもしれない。戸波江二「検閲概念の再検討」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2004年）170頁の表現。関連して、中村睦男「表現の自由と事前抑制の合憲性」ジュリスト830号（1985年）27頁以下。

に関わるものである。

このことをよく示す概念に、「思想の自由市場（free marketplace of ideas）」論というものがある。

ここで、「思想の自由市場」論とは、暫定的にいえば、「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」[19]、なお、国家による介入ないし是正を期待することなく、基本的には、言論作用を、私的あるいは、社会秩序に委ねる思考とされている。

または、「思想の自由市場」論とは、「いかなる思想であれ、それが覆される可能性を常に残しておくべき〔とする考え方で――引用者〕……裁判所を含む政府の諸機関に表現が真理かどうかを委ねること」[20]を危険視する発想と定義付けられる。

しかし、いずれの定義を採用するにしても、「思想の自由市場」に対する国家関与のあるべき姿という視点は、まったくないといえる。

いいかたをかえれば、「思想の自由市場」に対して、政府自身が、声を付け加えること（add）を、まったく問題としていないというべきである。

これに関連して、ある論者は、「“自由”の体系の中核をかたちづくる

---

[19] 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頁以下の表現。山口いつ子「表現の自由論のメタモルフォーゼ――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頁以下。また、「思想の自由市場」の歴史的考察として、金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム――〈思想の自由市場〉論における調和の霊感――』（風行社・2006年）。

[20] 松井茂記『マス・メディア法入門（第４版）』（有斐閣・2008年）32頁の表現。こうした考え方は、歴史的にいえば、1919年のアメリカ連邦最高裁の Abrams 判決において、Homes 裁判官が、その反対意見で、「真理を決める最良のテストは、市場の競争において承認を勝ち取る思想の力である」と述べたことに、その起源があるとされる。後掲注（33）も参照。

精神的自由に関するかぎり、結論としては、『国家からの自由』にあくまで執着する」[21]という理論を提示している。

こうした「国家からの自由」論に、より純化した立場を採用すると、言論市場の多元性確保のための国家介入が、独占規制による自由競争という思考を、精神的自由の領域に適用しようとするものであると評価されることになる。

実際において、この理論は、(国家権力に)その認められた範囲を超えて規制してしまおうとする誘惑が生じ、「国家からの自由」の観念とのあいだで、より深刻な緊張関係を孕むことを問題化しているからである[22]。

しかし、繰り返すように、このような「国家からの自由」論で、表現の自由に関する、あらゆる問題を解決させることは、不可能であるというべきである。というのは、今日において、「思想の自由市場」に対する国家介入は、後述しているように、全くゼロではないからである[23]。

---

[21] 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房・1978年)127頁の表現。

[22] 樋口陽一『国法学　人権原論　[補訂]』(有斐閣・2007年)144頁の表現。もっとも、樋口教授も、「国家からの自由」だけを語っているわけではない。ここでは、「わが国において、『近代立憲主義』を誰よりも自覚的に擁護してきた憲法学者の樋口陽一が、最近になって国家形成の問題を取り上げた時、憲法学界は、それを、これまでの樋口の言説からの単なる逸脱としてしか理解しなかったのではなかろうか(傍点は引用者)」という分析を提示しておきたい。阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社・2001年)299頁の表現。

[23] なお、表現の自由以外の領域での、自己決定(自由)の環境的側面の問題を指摘した論考として、小泉良幸「自己決定と、その環境」山形法政論叢第10号(1997年)63頁以下。関連して、高井裕之「関係性志向の権利論・序論(三・完)――アメリカにおける堕胎規制問題を手がかりに――」民商法雑誌99巻5号(1989年)25頁以下。

こうした問題は、自由の定義という問題に繋がる。自由論に関しては、I・バーリン(小川晃一ほか訳)『自由論』(みすず書房・1971年)を挙げておく。消極的自由観を背景にして、アメリカの表現の自由論について具体的に論じた、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頁以下。大石眞『憲法講義Ⅱ』(有斐閣・2007年)7頁は、「積極的自由と能動的自由は一体不可分であり、かつ消極的自由は積極的自由を基

そうすると、憲法学において、表現の自由を含む、自由論を提示する場合には、その自由を行使する際の環境に配慮した、「積極」的な意味での自由を、構築する必要に迫られるだろう。

これが、本稿が提示していく、政府言論のもうひとつの側面である[24]。ここで、すでに引用した、Yudof の政府言論に関する、他の部分の議論を提示することにする（引用２）。

> 「自由とは、公共政策を成し遂げる能力を持つ政府を否定したり、コミュニケーション・プロセスを通して私的な選択を拡大する能力をもつ政府を否定することからは、構成されない。」
>
> 「よく秩序だった社会においては、コミュニケーションは、ふたつの方向（統治者と被治者）から流れている。」[25]（引用２）

③　小括

以上のようにして、本稿は、政府言論に関わる、ふたつの側面を確認してきた[26]。国家関与に関する具体的な法現象を検討する際には、ふたつの機能を明確に意識したうえで、諸々の国家介入のあり方を、個別具体的に検討していく必要がある[27]。

礎として初めて意味を持つものと理解される」とする。

[24] 「思想の自由市場」に対する、積極的な介入に関する議論のひとつに、アクセス権の位置付けに関する争いがある。これは、端的にいえば、「国家による自由」の問題である。重要なことは、アメリカの判例法が、これを消極的に解していること（および、その理由ないし意味）である。後述するように、Shiffrin によれば、その理由を探ることが、ひとまず重要であるとされる。これは、本稿における、最初の課題である。 *See* Steven H. Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA L. Rev. 565, 596-600 (1980).

[25] MARK G. YUDOF, *Preface to* WHEN GOVERNMENT SPEAKS (1983).

[26] このような問題関心に関連する、先行研究として、樋口陽一「二つの自由観の対抗――『自由』と『国家』の順・逆接続」同『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会・1994年）101頁以下。

[27] 拙稿「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――」

それでは、これまでの学説は、「国家からの自由」と「国家による自由」に関する現象をどのように捉えてきたのだろうか。あるいは、「国家による自由」を、いかなる文脈で、どのように評価してきたのだろうか。

以下では、本稿の問題関心を、より具体的に提示するために、最近の学説、ないしは、判例法理の状況を整理ないし敷衍しておきたい。

序章　問題提起

第1節　現象

まず、本稿の出発点は、次のとおりである。一般的にいえば、憲法学が、表現の自由に関する議論として、国家を介入させないという「国家からの自由」や「思想の自由市場」を観念することは、たしかに重要である。

しかし、「国家からの自由」や「思想の自由市場」を観念することは、表現の自由に関する、あらゆる問題を解決することを意味しない。むしろ、今日においては、国家による「思想の自由市場」に対する介入は、不可避である[28]。

北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル12号（2005年）43頁以下では、この問題を検討している。より具体的には、政府言論という理論を用いて、人権を放棄させることを条件とした補助金の給付に関する問題を検討した。そこでは、「自由」を行使する際の「環境」を問題視することを試みた。

[28] そもそも、裁判所という国家機関が、民事訴訟を解決していること自体が、「国家による自由」であると評価されることがある。これについては、笹田栄司『司法制度』（信山社・1997年）。笹田栄司『司法の変容と憲法』（有斐閣・2008年）。

また、裁判所以外の国家介入については、「“学校教育の内容にたいする国家の介入”ということの意味について、確認したい。その場合の“国家”の内容としては、立法府、行政府のほかに裁判所も考えられる。また、行政府の系列の機関としては、文部省のほかに、それぞれの地方自治体のなかにある教育委員会が重要である。さらに、場合によっては、国公立学校の校長なども、ここに属させてよい。そうすると、どのような“国家”が問題となるかによって、教育内容への“国家”の関与が禁止される範囲や度合いが、ちがってくること

このような問題設定をした場合、より具体的に検討すべき――あるいは、政府言論の問題対象となるといえる――さまざまな現象があるというべきだろう。

そこで、序章においては、冒頭に述べたような、国家介入のアンビバレントな性格を意識しながら、「国家による自由」に関する、法現象をいくつか提示することにしたい。

すなわち、現代行政国家における「思想の自由市場」に対する国家介入は、実に多種多様であるといえる。われわれは、これに関する現象を、以下のように、様々に列挙することができるだろう[29]。

(1) 放送の自由

第１に、「国家による自由」に関する、古典的に論争的な主題として、放送メディアに対する、国家介入の是非の問題（いわゆる、放送の自由）がある。

ここで、放送の自由とは、周知のように、電波メディアに関する公権力からの自由を、主として、意味している。いうまでもなく、こうした放送の「自由」というものは、自然人の自由――たとえば、私人の表現が、国家によって規制されないとする原則――とは、さしあたりは、区別されるだろう。そのことから、憲法的評価に関する理論状況は、より複雑になるという前提がある[30]。

たとえば、ある論者の言葉を借りるならば、「メディアに対する規制（および規制緩和）のあり方を構想するためには、マスメディアの競争がそもそもベースラインとしての規制を前提としており、いかなる制度環境

がある」という議論が示唆に富む。内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣・1994年）52頁の表現。教育に関する問題が、後で確認するように、政府言論に関する重要な問題関心であるとすると、この指摘は、非常に示唆的である。

[29] 政府言論の多義性を提示する場合、その範囲が問題となるが、それについては、次章以降の課題となる。アメリカにおいて、消極的自由と積極的自由という対立を示しながら、判例を分析する最近の論文として、次のようなものがある。 *See* Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 Mich. L. Rev. 391 (2008).

[30] 芦部・前掲注（16）301頁以下。

の下での競争が社会公共の利益に合致するかという観点から、規制のあり方が政策上の選択の対象となるという認識から出発する必要がある（傍点は引用者）」[31]と評価されることになる。

このことを踏まえたうえで、放送に関する、国家規制の複雑さを描写するために、より具体的な事例として、放送局に対する公平原則（fairness doctrine）の合憲性が問題となったRed Lion判決[32]を提示しておこう。

すなわち、Red Lion判決は、放送局のライセンスを、憲法上の権利ではない、としたうえで、次のように提示していることが注目されるだろう。

> 「政府には、放送局に対して、規制を課すことが認められている。……人民全体は、ラジオによる自由な表現活動に関する利益を有していて、ラジオが、第1修正の目的と意図に適合して機能する集合的権利を有するものも、人民全体に基づくものというべきである。放送事業者ではなく、視聴者の権利こそが、優位にある。……第1修正の目的は、政府にせよ私的免許者にせよ、思想の自由市場の独占を奨励することではなく、むしろ、抑圧されない、究極的には、

---

[31] 長谷部恭男「情報化と表現の自由――多チャンネル化とメディア法制――」ジュリスト1089号（1996年）52頁の表現。長谷部恭男『テレビの憲法理論――多メディア・多チャンネル時代の方法法制』（弘文堂・1992年）。

もっとも、放送局に対する国家介入については、批判的な議論がある。たとえば、松井茂記「『公正原則（Fairness Doctrine）』と放送の自由」阿部照哉・伊藤公一編『榎原猛先生古稀記念　現代国家の制度と人権』（法律文化社・1997年）351頁以下。松井茂記「放送における公正と放送の自由――放送法の『公平原則』の再検討」『法と情報』刊行企画委員会編『法と情報――石村善治先生古稀記念論集――』（信山社・1997年）305頁以下。これとは対照的に、「奉仕する自由」の概念を発展させた、ドイツの放送の自由を提示するものとして、鈴木秀美『放送の自由』（信山社・2000年）。

[32] Red Lion Broadcasting Co., v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969).

真理が支配する思想の自由市場を維持することである。（傍点は引用者）」[33]。

ここで、注意する必要があるのは、Red Lion 判決においては、「思想の自由市場」という概念が、すでに確認した「思想の自由市場」論の歴史的な文脈とは、まったく正反対の意味において、使われていることである。

より具体的にいえば、Red Lion 判決においては、「思想の自由市場」という概念が、場合によっては、国家的規制を正当化する文脈で用いられていることを問題とすべきである。

そうしたことから、ある論者によると、Red Lion 判決は、「自由競争確保のための国家干渉を、自由規制措置というより自由促進措置としてとらえる見地を示している」[34]と評価されることになる。

しかし、放送局に対する多様な国家介入は、他のある論者が指摘しているように、「放送事業者からすれば、『公平原則』は、政府が放送業界に加えるかずかずの余計な＝違憲なお節介の骨頂をなすもの」[35]と評価できるはずであり、あるいは、Red Lion 判決についても、「知る権利の充足を確保するのに必要な最小限の公的規制のみが許されることを明らかにした」[36]と評価できるはずである。

そうすると、放送に対する「国家による自由」を検討する際には、「国家からの自由」の原則との関係を改めて捉えなおす必要に迫られるとい

---

[33] *Id.*, at 390. Red Lion 判決は、「思想の自由市場」論として、次のような判例を引用している。Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945) ; New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964) ; Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919).

[34] 樋口陽一「自由をめぐる知的状況――憲法学の側から」ジュリスト978号（1991年）15頁の表現。

[35] 奥平康弘『「表現の自由」を求めて――アメリカにおける権利獲得の軌跡』（岩波書店・1999年）279頁の表現。

[36] 芦部信喜「放送番組の編集基準と言論表現の自由――アメリカにおける議論を素材として――」伊藤正己編『放送制度――その現状と展望――』（日本放送出版協会・1976年）65頁の表現。

うべきであろう。

次に、放送局に対して意見広告を掲載することを求めたこと（いわゆる、アクセス権）の合憲性が争われた、Columbia Broadcasting System Inc. v. Democratic National Committee 判決[37]を提示しておこう。

同判決の特徴は、放送局の私的性格を強調していることであり、私的放送局に対する規制やライセンスの問題を、第１修正に関する問題――「国家からの自由」の問題――であると構成していること――結論的にいえば、違憲の判断をしていること――である。

さて、ここでも繰り返しになるが、この判決に対しては、ふたつの異なった観点からの評価が可能である。まず、本判決に対しては、放送局の自由を尊重するあまり、究極的にいえば、リバタリアニズム（自由至上主義）の立場を採用したのではないかと評するラディカルかつ根本的な批判がある[38]。

しかし、これに対しては、「国家からの自由」の観点からの応答がある。たとえば、ある論者は、放送局に対して、論説放送をしないことを条件にした補助金の拠出が違憲とされた事例[39]を引き合いに出しながら、このような国家介入が、「民主的自己統治プロセスにおける独立した参加

---

[37] Columbia Broadcasting System Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973).

[38] 政府言論の有用性を肯定する立場から、判例による「国家による自由」を極度に危険視する思想を、リバタリアニズム的な思想の表れと否定的に評価する論者がいる。もっとも、このような対立は、放送の自由を、いかに捉えるかという理解に関わる論争でもある。*See* David Fagundes, *State Actors as First Amendment Speakers*, 100 Nw. Uni. L. Rev. 1637, 1642 (2006).

また、政府言論の理論を提示した、Shiffrin もまた、放送局に対して、いかなる介入もまったく許されないというべきではないとしている。たとえば、国家は、「思想の自由市場」の多様性を実現するために、自身の財産を用いることができるとしている。したがって、Shiffrin は、政府言論の意義を、完全には、否定していない立場ということができる。Shiffrin, *supra* note 24, at 587 (1980).

[39] Federal Communications Commission v. League of Women Voters of California, 468 U.S. 364 (1984).

者（independent participants in the processes of democratic self-governance）」に対する、不当な介入と評価しているからである[40]。ここで、後者の立場は、「国家からの自由」の原則に対して、より忠実な立場といえるだろう。

以上のことを踏まえると、放送局に対する国家介入は、表現の自由に関する問題の中でも、もっともその性格付けが難しい問題と位置付けられることになる。ここにおいて、国家と社会の二元論や、公私区分論を前提にして、国家介入の両義性が提示されているといえる。

それは、ある論者の表現を借りると、「『放送の自由は国民の知る権利に応えるものである』という命題からいかなる憲法上の帰結を導くかは、その背後に控える憲法の究極的関心事である、民主主義社会の維持と形成の捉え方によって大きく左右される。このため、放送の憲法論は、政党の憲法論と似通った構造を持つことになる。たとえば民主主義を狭い意味での公的領域に限定し、憲法の役割は公的な『国家』と私的な『社会』の分離の維持にあると捉えた場合には、『社会』に位置する放送の自由は、表現の自由一般の中に解消されるべきと考えられる。これに対して、民主主義を公共性全体に課せられた課題として捉える場合には、放送こそ世論形成という『公共性』を担う主要な主体ないし機能であり、それに民主主義形成への積極的貢献が期待されることになる」[41]ということである。

⑵　文化助成

第２に、政府言論に関する現象として、よく検討される文化助成も、「国

---

[40] Robert C. Post, *Subsidized Speech*, 106 Yale L. J. 151, 162 (1996). 放送局に対する介入が、主として、訴訟で問題となるのは、放送局の自律性が不当に侵害された場合である。しかし、一般的にいって、補助金による介入（たとえば、補助金の使途の指定、補助金の削減）が、公共の福祉に基づく制約なのか、それとも、国家による嫌がらせなのかの判断は、難しいだろう。関連して、芦部・前掲注（36）47頁以下。

[41] 宍戸常寿「放送の自由」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣・2008年）120頁の表現。

家による自由」の問題といえるだろう。ここで、文化助成は、精神的自由に関する問題の中でも、非常に解決困難な課題といわなければならない[42]。

なぜならば、文化や芸術というものが、一般的なレベルで、政治的党派から切り離される「べき」と観念できるとしても、「芸術こそ、世間や市場に拠る援助を期待できず、国家による援助・助成に依存せざるを得ないという逆接がある」[43]ことから、文化助成機関（国家機関）に対して、政治的な「中立性」を完全に要求することは、およそ「反事実的な想定」[44]となるからである。

いいかたをかえれば、第１修正の原則が、政治的多数派からの自由を認めるものであるとすると、文化助成に関する問題状況こそは、これとは、まったく別の観念を提示しているといえるからである。要するに、民主的な国家（こそ）が、補助金の配分決定をしていることが問題となるからである。

そうすると、少なくとも、文化助成の問題を解決する際にもまた、「国家からの自由」の原則との関係を、再度精査する必要に迫られるというべき（あるいは、文化助成という問題の特殊性を意識すべき）である[45]。

---

42 文化助成の解決の難しさについては、さしあたりは、次のような文献を参照。Post, *supra* note 40, at 186.

43 石川健治「文化・制度・自律」法学教室330号（2008年）61頁の表現。

44 石川・前掲注（43）61頁の表現。

45 文化助成を行う理由を、重要な社会的利益につながるという点から捉えるならば、その裏返しとして、社会に貢献しないような芸術に対しては、補助金を撤回すべきという理解が成り立つだろう。これに対して、文化助成を受けている人の精神作用を重視するならば、恣意的な介入（国家助成を撤回したりすることを繰り返すこと）が、避けられるという理解が成り立つだろう。これについては、戸波江二「学問の自由と科学技術の発展」ジュリスト1192号（2001年）112頁以下を参考にした。

これと同様にして、政教分離も社会的諸前提に関する考察を要求する問題である。たとえば、「政教分離を採用することによって憲法が宗教を敵視し、これを公共的・政治的な領域から一切排除しようとしているものと理解すべきではない。憲法上の政教分離は、ある政治的共同体における政治と宗教の関係を一般的・全面的に定めるものではないし、そのようなことは不可能である。国

⑶　差別的言論

第３に、「国家からの自由」に関する、もっとも論争的かつ現代的な課題として、差別的言論に対する規制に関する問題を提示しておこう[46]。

このことについては、多くの先行研究があるが、やや単純化して、差別的言論に関する対抗図式を示すと、およそ次のようになるだろう。

すなわち、ひとつの理解として、差別的言論の規制は、市民の「平等な配慮と尊重の価値（worthy of equal concern and respect）」に対して、適合的であることから、差別的言論という有害な言論を規制すべきとする理解がある[47]。

これに対して、もうひとつの対照的な理解として、「表現規制の最終的判断者が、仮に裁判所であっても、国家機関であることに留意すべきである。表現の是非を国家が判定することの危険性をわれわれは歴史の中で嫌というほど経験してきたはずである。また、国家を判定者としたときには、権力担当者に法の運用が恣意的になりがちである（傍点は引用者）」[48]から、差別的言論に対する規制を容易に認めるべきではないと

家と社会の関係は、それぞれの社会の伝統や多様な社会的条件などにも規定されるものであり、憲法はその中で（国家から宗教の方向における）一定の側面を法的に規律しているに過ぎない」という指摘がある。林知更「政教分離原則の構造」高見ほか編・前掲注（18）121頁の表現。

46　「国家による自由」に関する論争的なテーマとして、差別的言論に関する議論がある。内野正幸『差別的言論』（有斐閣・1990年）。日本においては、人権擁護法案に関する議論が、これに該当するといえる。たとえば、中村睦男ほか「人権擁護の推進・啓発に向けて」ジュリスト1167号（1999年）６頁以下。景山太郎ほか「人権救済制度のあり方をめぐって」ジュリスト1196号（2001年）２頁以下。

47　この部分は、Shiffrin の差別的言論に対する規制を容認する議論を念頭にしている。STEVEN H. SHIFFRIN, DISSENT, INJUSTICE, AND THE MEANINGS OF AMERICA 78-79（1999）. ただし、「等しい尊重と配慮」という概念によって、差別的言論の規制を容認できるかについては、強い異論があるだろう。ドゥオーキン・前掲注（23）278頁以下。

48　横田耕一「人種差別撤廃条約と日本国憲法――表現規制について――」樋口陽一・高橋和之編『芦部信喜先生古稀祝賀　現代立憲主義の展開　上』（有斐閣・1993年）734頁の表現。榎透「『国家による自由』の特質と問題点」憲法

いう理解がある。

以上のことから、差別的言論に関する規制もまた、「思想の自由市場」に対する国家介入のありように関するひとつの課題である。

(4) 小括

以上のことから、次のようなことを確認できる。すなわち、表現の自由に関する、現実の「思想の自由市場」は、(国家が全く介入しないという意味での)「自然」な市場では決してなく、むしろ、人工的な市場ということが明らかであろう。

したがって、憲法学においては、国家による「思想の自由市場」に対する諸々の介入の中から、適切な国家介入と、不適切な国家介入とを区別すること――その指針を探し求めること――が求められている[49]。

そして、本稿が提示しようとする、政府言論の理論は、そうした問題を解決する際に、――すべての問題を解決する理論とまではいえないが――有用な理論というべきである[50]。

第2節 学説

これまで提示してきた「国家による自由」に関する諸々の現象に対し

理論研究会編『"危機の時代"と憲法』(敬文堂・2005年) 65頁以下。

[49] *See* Steven H. 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, 1747 (1983).

[50] 本稿が試みることは、「思想の自由市場」に対する、あらゆる介入を違憲とすることではない。あるいは、「思想の自由市場」に対する、あらゆる介入を合憲として認めることでもない。そうではなくて、政府言論を用いて、表現の自由に関する事例を、よりトータルに捉えることによって、国家介入をめぐる(その社会における)ベースラインを顕在化させることにある。

たとえば、アメリカでは、公人に対する名誉棄損的表現が、表現としての保護を広く受けるというベースラインが設定されているが、これもまた、自明なベースラインではないことを認識することが重要である。Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29, 38 (MICHAEL IGNATIEFF ed 2005).

て、学説がどのように応答をしてきたかを、主に最近の学説を用いることで、説明したい。より具体的にいえば、先行学説が、「国家による自由」を、より一般的レベルにおいて、いかに位置付けてきたか、あるいは、「国家による自由」に関して、どのような類型を提示してきたかが重要である。

このことを踏まえたうえで、本稿は、後述するように、政府言論の理論を多義的に理解し、「思想の自由市場」に対する諸々の形態による介入を再検討していく。そうした際には、伝統的な第１修正の理論である、国家性悪説的な思考――「国家による自由」を危険視する思想――を、個別的場面において、どのように捉えるかが、ひとつの重要な課題となるだろう。

⑴　表現の自由論

まず、わが国において、「思想の自由市場」に対する国家介入の方向性を、正面から指し示した理論がある。

それによると、「思想の自由市場の流れを一定調整するため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」[51]とし、「その点では、思想の自由市場に対する一定の国家の調整のための介入は認めながらも、それをかなり限定していく」[52]べきであるとしている。

以上のような理論は、「国家による自由」の意義ないし限界を見定めようとする、非常に興味深い理論であると評価することができる。

しかし、いうまでもなく、こうした議論は、総論的なものにすぎない。つまり、出発点の認識としては妥当であるが、「思想の自由市場」に対する、個別具体的な場面における介入を検討することが、何より重要で

---

[51] 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頁の表現。

[52] 市川・前掲注（51）67頁の表現。これに関連して、市川正人「最近の『二重の基準論』論争をめぐって」政策科学３巻３号（1996年）３頁以下。市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社・2003年）。

あるというべきであろう。

(2) 国家の役割論[53]

第2に、公共選択理論の影響を受けつつ、国家の役割論という観点から、「国家による自由」を類型化した理論がある[54]。同理論は、「国家による自由」に関する、3つの類型を提示している。

第1類型は、「国家からの自由」に付随している「国家による自由」とされる。同理論にしたがえば、第1類型は、国家に対して、表現行為を「禁止」しないように、要求する地位の保障の権利を含んでいるとされる。

そのために、「国家がそうした禁止や強制を行った場合には、少なくとも他の同等に実効的な保護手段が利用可能でない限り、そうした禁止や強制の合憲性を争い、救済を求める地位が憲法上保障されなければならない」[55]、そのための（主として、裁判所による）「国家による自由」と位置付けられている。

このことが示しているように、第1類型の介入は、憲法的にいえば、常に疑わしいものとはいえないということになる。なぜならば、自由権を実現するための最小限度の国家介入は、当然に認められると解されるるからである。

それでは、第2類型は、どうであろうか。すなわち、第2類型は、私人による侵害から国家が保護する「国家による自由」とされる。同理論

---

53 国家の役割論に関する議論は、いうまでもなく、人権論だけではなく、統治のありようを視野に入れる必要がある。統治機構の問題については、たとえば、佐藤幸治ほか「国家の役割と統治構造改革」ジュリスト1133号（1998年）8頁以下。

54 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）128頁の表現。なお、初出は、長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号（2003年）33頁。また、渋谷秀樹教授は、政府言論の検討に際して、「国家による自由」という項目を提示している。渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）328頁を参照。巻美矢紀「自由と給付」大石ほか編・前掲注(41) 85頁もまた、「自由と給付の相対性」を主張する際に、「国家による自由」という項目を立てて、議論をしている。

55 長谷部・前掲注（54）129頁の表現。

は、次のように説明している。

すなわち、国家が国民（私人）の生命を尊重する義務を負うことには、異論がないといえる。むしろ、問題は、「所与の条件の下で、問題となる利益の重要性と保護の必要性に応じ、可能な限り実効的に当該利益を保護する仕組みを提供すべき義務」が、「国家の積極的作為義務について一般的にいえるように、原則として個々の国家機関の行動を一義的には指定しない（傍点は引用者）」[56]ことである。

ここでは、同理論が、次のように敷衍していることが注目される。すなわち、「国家に要請されるのは、限られた資源の中で、そのうちの一つを選択し、実行することであ」[57]り、「国家の義務に対応して、特定の義務の遂行を要求する権利が個々の国民に認められることも多くはない」[58]。

以上のことから、ここに提示されている第２類型は、第１類型に較べると、非常に広い裁量の余地があるといえる。このことから、第２類型は、第１類型のような問題類型とは、さしあたりは、区別されることになる。また、再度確認すれば、第２類型は、先行学説が提示してきた、私人間効力という問題類型に重なるというべきである[59]。

---

[56] 長谷部・前掲注（54）132頁の表現。関連して、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会・1999年）１頁以下。

[57] 長谷部・前掲注（54）132頁の表現。長谷部教授は、アメリカ連邦最高裁のDeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989)を挙げている。DeShaney判決は、児童虐待の事例での国家の介入義務が問題となった事例である。連邦最高裁は、このような義務を語ることに消極的であった。この判決については、樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁――子どもへの公的保護責任と一九八三条訴訟」樋口ほか編・前掲注(48) 249頁以下。この問題関心と表現の自由との関係につき、中林暁生「『表現の自由』論の可能性（１）」法学67巻２号（2003年）90頁以下。

[58] 長谷部・前掲注（54）132頁の表現。

[59] その注においては、「ここで言う国家の義務が、いわゆる『基本権保護義務』にあたるとの見方もあるかもしれない。ただし、仮に生命や健康、一般的な行動の自由等が基本権として保障されているとの前提に立ったとしても、ここで問題となっているのは、そうした基本権が、国家による侵害から保護する利益

これに対して、第３類型は、公共財を国家が提供する場合の「国家による自由」とされる。同理論によれば、第３類型の「国家による自由」は、次のように説明される。すなわち、「表現活動が自由に行われる空間が確保されることで、多様な情報が社会に豊かに行き渡ると、それは何が社会全体にとって利益に資する適切な政策決定であるかを審議し、決定する民主的政治過程の維持にも役立つ」[60]。そのために行われる「国家による自由」が、第３類型とされる。

このような理解を前提にして、次のような特徴的な議論が、導き出される。すなわち、「マスメディアに権利主体性が認められるのは、マスメディアの表現の自由がもたらす社会一般の利益を実現すべく、個々のマスメディアに自らの表現の自由を守ろうとする十分な利害が認められる」[61]からである。

そして、こうした思考によれば、「豊かで多様な情報が行き渡る空間を提供すべき国家の義務は、マスメディアの集中排除や放送番組の内容規制など、マスメディアの表現活動に対する規制を正当化することもある」[62]とされる。ここでは、国家的規制を正当化する思考が導かれていることが、重要である[63]。

なお、この枠組みを用いることで、「芸術文化の活性化も、かかる自由な情報空間の包括的な構想の中で理解されれば足りる」[64]とする理解

を、第三者による侵害から保護すべき国家の義務であり、それを『基本権保護義務』と称するとしても、そこでは相当の省略語法が用いられていることになる。そこでは、『基本権』自体ではなく、『基本権』が国家から保護すべき利益」（基本権法益）が国家によって保護されるとしている。ゆえに、本論で確認したように、第２類型は、私人間効力論に明確に関わっている。長谷部・前掲注（54）132頁を参照。

60 長谷部・前掲注（54）136頁の表現。

61 長谷部・前掲注（54）137頁の表現。

62 長谷部・前掲注（54）129頁の表現。

63 長谷部・前掲注（54）89頁以下の、「芦部信喜教授の人権論――放送制度論を手掛かりとして」は、従来の通説と長谷部教授の議論を対比している。

64 駒村圭吾「国家助成と文化」小山剛・駒村圭吾編『論点探究　憲法』（弘文堂・2005年）172頁の表現。

があるが、この理論が、「自由な情報空間の包括的な構想とは別に、国民・住民の芸術活動の自由のための公共空間の設営が国家にどの程度義務付けられるかは一義的に回答できることではない（傍点は引用者）」[65]と評価していることが、（文化助成の是非を検討する際には）注目される。

⑶　アメリカ型表現の自由論

第３に、本稿の研究対象でもある、アメリカの表現の自由を素材にして、「国家からの自由」と「国家による自由」の対抗図式を、明確に提示している理論がある[66]。この理論の特徴は、アメリカ表現の自由論を、よりトータルな視点から、観察していることである。

まず、表現の自由論を論じるにあたっては、「表現の自由を『国家からの自由』としてのみ構成するか、それとも『国家による自由』ないしはそれ以上のものとして構成するのかどうか、という次元」[67]の区別の視点が重要であるとされる。

次に、「そもそも国家の役割の質が問題となる。『国家からの自由』としての表現の自由に対して『国家による自由』としての表現の自由、あるいはそれをも超えて『社会権的なるもの』としての表現の自由を、対置させるのかどうか、という問題が設定される」[68]と指摘している。

そのうえで、次のような分析をしていることが、重要である。すなわち、アメリカ表現の自由論の特質は、たとえば、差別的言論、ポルノ、政治資金規制などに見られるように、「国家からの自由」に原則的に固執する態度であり、「国家による自由」に関する議論は、極めて例外的なかたちで行われてきたことである、と分析している。

以上のようにして、「国家からの自由」に関する文化的・歴史的洞察を踏まえた理論こそは、本稿にとっては、非常に興味深いものである。

65　駒村・前掲注（64）172頁の表現。

66　阪口正二郎「表現の自由・市場・国家――表現の自由と国家の役割をめぐる最近の議論から――」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）27頁以下。

67　阪口・前掲注（66）27頁-28頁の表現。

68　阪口・前掲注（66）28頁の表現。

なぜならば、本稿は、後述するように、「思想の自由市場」の問題関心と、政府言論の理論の問題関心との関係を論じることが目的であるからである。こうした考察においては、第１章で確認するように、「思想の自由市場」論と、政府言論とがいかなる関係にあるかが問題となるというべきである。

⑷　国家による自由論

第４に、アメリカの表現の自由論を中心にした、「国家による自由」についての理論がある[69]。同理論は、「思想の自由市場」だけではなく、一般的な市場を視野に入れて、より積極的に「国家による自由」の意義を強調している。それは、およそ、次のような観念に基づいているといえる。

すなわち、「市場」というものは、決して自然なものではなく、政治的・人工的な産物であるというべきである[70]。そうすると、現状中立の観念に基づいて、国家介入の是非を検討することは、誤りである。ある論者の言葉を借りると、「現状は法制度の産物で、人為的で政治的なものに他ならない」[71]とされている。

このことを踏まえて、国家は、正義や効率という基準に反する場合には、市場を再設計する必要があるとしたうえで、表現の自由の領域を含む、あらゆる「国家による自由」の肯定的意義、ないしは、『自由市場と社会正義』[72]のあり方を検討している。

しかし、こうした国家の役割に関する積極的な理論は、アメリカ憲法

---

69 CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKET AND SOCIAL JUSTICE (1997).

70 *See* Cass R. Sunstein, *Lochner's legacy*, 87 Colum. L. Rev. 873 (1987).

71 巻美矢紀「憲法の動態と静態――R・ドゥオーキン法理論の『連続戦略』をてがかりとして――(六・完)」国家学会雑誌120巻７・８号(2007年)33頁の表現。

72 邦訳として、キャス R.サンスティン(有松晃・紙谷雅子・柳澤和夫訳)『自由市場と社会正義』(農文堂・2002年)。これに関連して、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頁以下。常本照樹「ニュー・ディールと最高裁：憲法史からの視点」アメリカ法〔1997-1〕23頁以下。

学においては、きわめて例外的なものとされていることが重要である。ある論者によれば、「経済的自由はおろか表現の自由についてまで『国家からの自由』を『国家による自由』として読み直そうとする例外的」[73]な理論と評価されている。

以上のように、この理論は、精神的自由に関する国家性悪説的な思考を、正面から拒否しているという点で非常に興味深いものであり、国家の積極的な役割を論じる際には、無視できないものであるといえる。

(5) 小括

以上のようにして、今日の行政国家における国家介入の多様性を提示してきた。われわれは、こうした現象の中から、適切な国家介入と、そうではない国家介入とを区別する必要があるだろう。ここで、これまでの議論の流れを確認すると、次のようになるだろう。

まず、「国家による自由」を、より具体的に検討する際には、関連する理論（たとえば、「国家による自由」の類型や、国家の役割論）を、参照する必要があるだろう[74]。

---

[73] 阪口・前掲注（22）232頁の表現。

[74] 「国家による自由」の問題には、「思想の自由市場」に対する介入の問題だけではなく、より一般的な「国家による自由」（たとえば、私人間紛争に対する介入）もある。のちに提示するように、私人間の差別を解消する国家義務が存在するかという問題に対して、リベラリズムとリバタリアニズムでは、異なった回答を提示するだろう。この問題は、「リベラリズムのディレンマ」ともいわれる。つまり、「自由」の領域を拡張しようとするリベラリズムが、私人を名宛人とする差別禁止法との関係では、平等のための国家介入を積極的に認めようとすることがディレンマとされる。 ANDREW KOPPEMAN, ANTIDISCRIMINATION LAW AND SOCIAL EQUALITY 216 (1996).

同様にして、第2章で提示する Tribe も、差別禁止法の問題を、「リベラリズムのパラドックス」と呼んでいる。私的団体が、好ましくない人を排除して、一緒にいたい人と結合するということは、たしかに、プライバシーの（私的な）権利にとって重要なものであるという。しかし、それを認めることは、場合によっては、個人が社会的・抑圧的な社会構造に置かれたままにすることを意味する。とはいえ、中間団体の構成員を解放するために、中間団体内の権威を破壊することは、個人と国家のあいだの緩衝材を破壊し、専政のリスクを高める

より具体的には、国家介入には、様々レベルがあるというべきである。すでにみたように、古典的な自由権を侵害するような国家介入（第１類型）と、私人間紛争に対する国家介入（第２類型）とでは、憲法的に異なった評価がされる。

さらには、やや議論を先取りするかたちでいえば、（第１章で触れる）政府言論の第一人者である、Yudof が指摘するように、国家介入のレベルを意識する必要があるだろう[75]。たとえば、一般的なレベルでいえば、地方政府による介入は、連邦政府による介入よりも、その介入のリスクが、少ないと評価することも可能である。なぜならば、地方政府においては、治者と非治者のあいだの対話が、より明確に目に見えるように行われるからである[76]。

あるいは、裁判所による国家介入は、（連邦政府の介入よりも）リスクが少ないと理解することが可能であるかもしれない。それは、いうまでもなく、裁判所においては、（政治的な）多数派による専制のリスクというものが、少ないからである。しかし、裁判所もまた、「公平な観察者（disinterested observers）」や、「仲裁者（arbitrators）」ではなく、三権分立の一機関である――あるいは、「国家による自由」の体現者で

ものである。LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 15-4. at 898 (1978). このことに触れるものとして、木下智史「私的団体による差別と結社の自由」神戸学院法学30巻３号（2000年）655頁。

最後に、やや文脈が異なるが、私人間効力に関する議論を参照したい。「私は現代憲法の人権論で最も注目される論点の一つは、『国家からの自由』と『国家による自由』という、人権の類型による区別がある程度相対化したこと、つまり自由権においても特定の類型の権利については国の保護義務を一定程度認めなければならない状況になったことだと考え、その趣旨を色々な機会に指摘してきました。しかし、どの問題を考える場合でも、防御権としての人権論を原則ないし基本におかないと、……人権に不当な国家権力の介入を招く恐れが大きくなるのではないか、国の保護義務の言う『国』の実体を具体的に問う姿勢を欠いてはならないのではないかと考えてきました」とある。芦部信喜「人権論五〇年を回想して」公法研究59号（1997年）13頁。

[75] Mark G. Yudof, *When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 Tex. L. Rev. 863, 896-870 (1979).

[76] *Id.*, at 869.

ある――ことから、憲法的な制約に服すると解すべきである[77]。

以上のようにして、政府言論の問題を検討する場合には、「国家からの自由」をベースとしつつ、いかにして「国家による自由」を認めていくかという手順で検討していく必要がある。

そして、「国家による自由」が認められる場面類型や、そのための具体的な指針を、模索していく必要がある。要するに、政府の権力行使のありようを――判例法や学説、憲法テキストやその背後にある思想を参照しつつ――慎重に検討していく必要がある。

第3節　課題

これまで示してきたように、本稿は、政府言論の理論を用いることで、規制と給付をめぐる国家介入ないし国家関与の問題をトータルに検討していきたい。

より具体的にいえば、政府言論の理論を、多義的に理解することで、国家関与の具体的なありように関する問題を、よりマクロな視点から、観察することにしたい。

ここで、本稿の問題関心は、次のような理由から生じたものということができる。本節においては、そのことを提示するために、政府言論の理論に関する先行研究と、本稿の関係を示しておきたい。

まず、先行研究においては、政府言論の理論に関する一現象である言論助成のみが検討されてきた傾向があるように思われる。そして、その際には、次のような概念が提示されてきたといえる。

第1に、政府言論の理論である。すなわち、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

[77] *Id.*, at 898.

speech)』」[78]とされてきた。

第2に、判例法上の「違憲な条件の法理(unconstitutional conditions)」である。ここで、違憲な条件の法理とは、憲法上の権利を放棄させることを条件とした補助金の給付を問題視する判例法理とされている。

このようにして、現象としての言論助成を解決しようとする際には、少なくとも、ふたつの理論が、提示されてきたといえる[79]。たとえば、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論などの理論装置があるとしたうえで、「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」[80]とする指摘があるとおりである。

以上のようにして、言論助成の問題の解決に際して、さまざまな理論が提示されている状況は、非常に興味深いものである。しかし、理論としての政府言論の意味合いが、より究極的に問われることは、いまだ少

78 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頁の表現。

79 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頁以下。

80 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)135頁の表現。同論文では、パブリック・フォーラム論の重要性が指摘されている。本稿もまた、この理解を否定するつもりはない。このほか、主な文献として、森脇敦史「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頁以下。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頁以下。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頁以下。

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とする、構造的なアプローチ――いわゆる、文化専門職論アプローチ――がある。蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座　現代の法1　現代国家と法』(岩波書店・1997年)191頁以下。

ないといえるように思われる。

たとえば、そもそも、「政府言論とは何か」という定義が提示されていないように思われる。さらには、政府言論というものが、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」に対して、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（だけ）を危険視する必要があるのか」が検討されていない状況にある。

以上のような問題状況を踏まえつつ、本稿は、次のような課題を検討することにしたい[81]。それは、言論助成に関する、これまでの学説の認識を変える――あるいは、背後にある問題の奥深さを描写する――可能性を有している[82]。

⑴　思想の自由市場

第１に、本稿は、政府言論の多義的アプローチを提唱したい。より具体的にいえば、政府言論の可能性を、もっとも多義的に提示した――とりわけ、Yudof の政府言論の――理論を紹介することによって、アメリカ表現の自由論における諸々の現象を、「国家からの自由」という観点から捉え直すことを目的としている。

このような作業を行うことには、次のような理由がある。繰り返すように、従来から政府言論が検討される場合、「給付」という問題（のみ）

---

[81] 政府言論という理論は、広い射程を持つものと位置付けられる。たとえば、政府言論に関する現象を、表現の自由に関する事項に限定するかが問題となる。しかし、後述するような、国旗敬礼行事の例で、政府言論の理論が援用されていることからすると、政府言論の理論は、純粋に、表現の自由の中に留まらないもの、といえる。あるいは、給付行政という領域で、違憲な条件の法理の問題と同時に、政府言論の理論が議論されていることが、そうした多義性を指し示しているだろう。

もうひとつ問題となるのは、政府言論という場合の、政府という「主体」に関する問題である。政府とは、本来的にいえば、行政府を意味している。しかし、アメリカの政府言論の理論では、そのような狭いものだけに限定しない姿勢があるように思われる。

[82] したがって、本稿は、これまでの政府言論に関する研究が、誤っていたといいたいわけではない。先行研究とは異なった観点から説明することで、言論助成という問題の奥深さを提示するものである。後掲注（124）も参照。

が検討されてきたからである。

しかし、政府言論の問題を解決する際に、給付という現象のみを、とりあげて観察するだけでは、より具体的な問題文脈を、より正確には把握できない――言論助成という問題を解決できない――というべきである。

というのは、すでに提示しているように、給付という「国家による自由」を検討する際には、「国家による自由」が認められる前提条件を、先行して提示する必要があるからである。本稿は、その前提条件を探るために、政府言論の理論を再確認する。より具体的な方法としては、給付という国家行為だけではなく、表現規制という国家行為にまで射程を広げて、「国家からの自由」と「国家による自由」の緊張関係を、よりマクロな視点から描写することにする。

このことによって、いかなる状況において、「国家による自由」が認められるか――あるいは、冒頭に示したような、「思想の自由市場」の原則が、いかなる場合に「緩和」されるか――というベースラインを画定することにしたい[83]。

いいかえれば、こうしたベースラインを画定することが、アメリカにおける――政府言論の理論の一現象である――言論助成という問題を、(真なる意味で)解決することになるだろう。われわれは、「思想の自由市場」という原則を改めて確認したうえで、言論助成の問題を解決すべきである[84]。

---

[83] このことに関連して、わが国では、政府言論と、違憲な条件の法理が、混同されてきたきらいがある。しかし、違憲な条件の法理が、補助金の支給などの、非権力的な措置の違憲性を争う法理であるのに対して、政府言論は、それよりも、より射程の広い内容を有するものである。ここで、国家助成の問題は、政府言論の理論的な問題関心の一現象に過ぎない。

[84] 先行研究がとってきたアプローチ――要するに、「国家による自由」にかかる問題は、政府言論の理論で検討するが、「国家からの自由」の問題は従来の自由権の枠組みで検討するというアプローチ――と比べて、本稿のアプローチには、どのような実際上のメリットがあるのか、さらには、結論に差異が生まれるのか、という問題がある。この点に関する回答は、次の通りである。

まず、本稿にとっては、Shiffrin が指摘するように、アメリカの判例法が、

以上のような問題意識は、次のようにもいえるだろう。政府言論の理論は、先行研究によると、主として、給付行政という問題を解決する理論とされてきた。実際において、政府言論の理論は、給付という行為に、政府による（是認・否認の）メッセージが含まれていることを強調している。たとえば、「国家の非＝強制的手法による『道徳的環境』形成への関与」[85]を警戒すべきとしている。

しかし、そこにはひとつの問題がある。それは、給付行政にかかるすべての問題を、憲法問題とすべきとしているのか（あるいは、そうではないのか）が、分からないことである。こうした問題を解決するために、

いかなる「国家による自由」をも、危険視する姿勢を採用していることを認識することが、重要である（たとえば、アクセス権や政治資金規制、差別的言論の規制が、消極的に捉えられていることを参照せよ）。Shiffrin, *supra* note 24, at 596-600. ここで、「国家からの自由」のありようと、「国家による自由」のありようは、常に「連動」している。こうした「認識」を抜きにしては、アメリカにおける、言論に対する助成の問題を検討することができないというべきである。浜田・後掲注（103）18頁などを参照。

ところが、先行研究には、「国家からの自由」に関する認識がない（少なくとも、やや鮮明ではない）といえる。そうすると、いかなる言論助成が許されて、いかなる言論助成が、許されないかを判別する指針を見つけることができない。これに対して、本稿のように、「国家からの自由」と「国家による自由」の両者を一体的に捉えると、先行研究よりも、より明確に「国家による自由」に関する指針を見つけられる。とりわけ、表現的（ないしは、それに密接に関連する、宗教的）結社に対する規制や助成の問題を扱う場合には、このことが、よくあてはまる（したがって、本稿においては、第２章や第４章で、この点に関するケース・スタディーが行われる）。

ここで、「国家による自由」に関する問題は、図書館の選書にとどまらないというべきである。たとえば、第４章で検討するように、自律的団体に対する規制や助成の問題もまた、「国家による自由」に関する問題である。これは、政府言論に関する、今日的なひとつの重要な研究課題である。その意味において、本稿は、言論助成に関する「普遍」的基準を抽出しようとするものではなく、アメリカ表現の自由論における、ひとつの伝統的な思考様式を通して、言論助成に関する問題の、文脈依存的な解決を図ろうとするものである。

[85] 政府言論の理論は、給付という行為に、政府による（是認・否認の）メッセージが含まれていることを強調する。小泉・前掲注（15）32頁。

本稿は、政府言論の理論を再定位することを課題としたい。

より具体的には、政府言論の理論は、給付という国家介入（だけ）を解決する理論ではなく、表現の自由に関する問題に対して、国家が、いかに「関与」（給付のみならず、規制を含む）すべきかを、よりトータルに提示する理論であるとしたい[86]。そのうえで、言論助成という問題を改めて検討すべきという立場を採用している。

> 「すべてのレベルで、政府は、情報を知らせる権限（政府言論をおこなう権限――引用者）を有していて、各組織体を主導し、かくして、民主的同意の発展に貢献するものである。しかし、そうした権力は、潜在的に市民の独立した判断を破壊的なものにしたり、民主的同意の過程に脅威を生じさせるかもしれない。Yudof は、こうした政府言論の二重の性質（dual nature of government speech）を考察し、第１修正の領域における、過度な政府言論という問題関心に対する、適切な役割を提案する。（傍点は引用者）」[87]

もっとも、このような政府言論の理論（要するに、公権力が、諸々の形態による規制や給付をしていることをトータルに提示する見方）の提示に対しては、「government speech 一般を規律する法理の追求――それは、不可能であるだけではなく、不必要でさえある」[88]という正当な批判があるだろう。

しかし、本稿は、すでに確認したように、アメリカにおける表現の自由論が、「国家からの自由」と「国家による自由」の緊張関係を、いか

---

[86] Bezanson & Buss, *supra* note 9, at 1463.

[87] Yudof, *supra* note 75, at 863. この表現は、論文冒頭に掲載された要約を参考にした。

[88] 蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座　憲法学　第３巻　権利の保障（１）』（日本評論社・1994年）111頁の表現。

なお、阪口正二郎教授も、国家助成に対して、「この問題は複雑で難しく、筆者は何らかの解決策を提示する能力を持ち合わせてはいない」とする。阪口・前掲注（78）30頁の表現。政府言論のいくつかの理解に関しては、横大道聡「表現しない自由と表現の『帰属』」法政論叢44巻２号（2008年）50頁以下。

なる限界状況で検討してきたか――いかなる場合に、いかなる根拠により、「国家からの自由」の原則を、緩和してきたか――という、いわば、よりマクロな問題――それは、すでに提示したような、国家の守備範囲に関する問題関心といえるかもしれない――を再確認するという目的のために、もっとも多義的に政府言論の理論を提示した、Yudof らの理論を紹介することにしたい。

このようにして、本稿は、政府言論の理論の関心を背景として、アメリカ表現の自由論（国家規制をめぐる諸々の問題）の「後景」を探るという作業である。それは、政府言論という理論のひとつの理解を用いて、表現の自由の領域における（給付や規制などの「関与」をめぐる）諸々の現代的課題を、よりトータルに浮かびあがらせる作業であり、あるいは、多元的な社会における、国家規制の複雑性（政府による給付や規制などの「関与」のありよう）を、ありのままに描写する作業でもある[89]。

---

[89] 本論で提示したように、本稿は、政府言論を論ずる際の、前提条件を提示するものである。それは、いいかえれば、第１修正が、「国家からの自由」として、あらゆる種類のコミュニケーションやメッセージ表現を保護しようとしていることを、再確認するための議論である。

より具体的にいえば、国旗を焼却すること、十字架を燃やすこと、徴兵に関する書類を燃やすこと、憲法を燃やすこと、政治的なパレードを行うこと、政治的ではないパレードを行うこと（セント・パドリック・ディ・パレードのようなもの）、マーティングをしないこと、アームバンドを装着すること、低俗なメッセージがついたジャケットを着ること、長髪になること、何も着ないこと、国旗に敬礼すること、国旗敬礼を拒否すること、あるジェスチャーをすること、ナンバープレートにメッセージを掲載して車を運転すること、バンパーにメッセージを掲載して車を運転すること、声に出して祈ること、静かに祈ること、子供に教育すること、選挙で資金提供をして、立候補者に対して自分のメッセージを送ること、製品を広告すること、そのほかにも、適切な状況のもとで、多くのものが憲法上保護されている。 *See* Michael Stokes Paulsen, *Scouts, Families, and Schools*, 85 Minn. L. Rev. 1917, 1919-1920 (2001).

このようにして、本稿は、多元性を尊重しようとする契機（すなわち、「思想の自由市場」論）が、判例法のなかに、存在していることを確認したい。そのことが、本論で示しているように、表現の自由に対する「給付」の問題を解決する際には、ひとまず重要であることを提示するものである。

以上のようにして、本稿は、アメリカ憲法学において、最近になって注目されている政府言論という理論の意味内容を解明するものである。近年、政府言論の理論は、表現の自由に関わる問題として、日本でも紹介されることがある。しかし、それらは、非常に断片的なかたちで議論がなされている。

これに対して、本稿は、先行研究が主として採用してきた、政府言論のアプローチ――政府言論の主たる対象が、国家による「給付」行為であるとすること[90]――を批判的に考察している。すなわち、政府言論の理論とは、主に、表現の自由を巡る諸々の国家的課題に対して、いかに「関与（給付だけではなく、規制を含む）」できるかを問題視する枠組みであると捉え直すべきである。

このことを論証するために、第１章においては、（これまでのところ、政府言論に関しては、国家助成がよく提示されているが、それ以外にも）公立学校での国旗敬礼行事の強制の問題が提示されていること、教育や宣伝活動、その他の「説得」的な手法に関する問題が提示されることを確認したい[91]。

このようにして、本稿は、これらのすべての現象が、政府言論の理論の対象であることを提示して、国家助成という現象だけが、政府言論の理論の対象ではないという結論を導き出すことになる。以上のような、政府言論の多義的アプローチは、少なくとも、アメリカ表現の自由論の「国家からの自由」という特質を明らかにできるものであり、非常に有意義なものである（命題１）。

⑵ 表現的結社の自由

第２に、これまで提示したような課題を解決するために、本稿は、団

---

[90] たとえば、渋谷教授は、政府言論の理論を、表現活動に対する助成と、学術研究に関する自由で議論している。そうした研究は、「従来から存在した諸問題を新たな切り口で分析しようとするものである」としている。渋谷・前掲注（54）328頁。

[91] 政府言論の現代的課題を示した論考として、宍戸常寿「特別の公法上の関係」法学セミナー647号（2008年）78頁以下。 *See* THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEMS OF FREEDOM OF EXPRESSION 21-22 (1970).

体の表現の自由（あるいは、表現的結社の自由）を視野に入れて、政府言論に関する問題を検討したい[92]。

しかし、これまでの研究は、このことに対する、問題意識が明確ではないといえる。すでに提示したように、「思想の自由市場」の原則を、「額面通り」に受け入れるならば、表現的結社の自由ないし「表現」を、国家が制約することに「慎重」でなければならないはずである[93]。

ある論者の言葉を借りると、「送り手」が個人であれ団体であれ、「受け手」にとっては、言論市場に多様な情報が「流通」することが重要であるとすると、団体の言論もまた容易に規制できないからである[94]。

---

92 これまでの言論助成に関する研究は、個人に対する給付の問題のみを検討してきた傾向がある。本稿は、後述するような、最近の言論助成の問題を解決するために、表現的結社の自由に対する規制や給付の問題を視野に入れることにする。このことは、良い意味でも、悪い意味でも、問題を拡散させることになる。

しかし、本稿は、そうした拡散化によって、見えてくる問題を認識することが重要であるとも考えている。ここで、最近のアメリカでは、表現的結社に対する助成の問題が政府言論の問題として訴訟でよく争われていることが、事実として重要である。拙稿「同性愛者に対して差別的方針を持つ軍隊による大学内での人事採用活動を大学が禁止したことに対して、合衆国議会が大学の連邦資金を削減する法律を制定したことが、第1修正に違反しないとされた事例」アメリカ法［2007－1］133頁。Rumsfeld v. Fourm for Academic & Institutional Rights, Inc., 547 U.S. 47 (2006) ; Rosenberger v. University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995).

93 ただし、団体の表現の自由といっても、アメリカにおいては、団体が多種多様に存在していることに、注意しなければならない。たとえば、NAACPという全米黒人地位向上委員会に対する国家介入と、人種差別的な団体であるKKKに対する国家介入では、おそらく異なった配慮が必要とされるだろう。

もっとも、本論で確認したように、「思想の自由市場」の原則を、「額面通り」に受け取るならば、いずれの国家介入に対しても、ひとまずは、警戒の姿勢を示さなければならないだろう。表現的結社の自由の問題の難しさは、こうした結社の「多様性」にあるというべきである。なお、表現的結社の自由と、表現の自由は、完全に同一視できるものではないことを、付け加えておきたい。*See* Dale Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1525 (2001).

94 蟻川恒正「思想の自由と団体規律」ジュリスト1089号（1996年）199頁以下

実際において、アメリカにおいては、表現的結社（と、それに密接に関連する宗教的結社）に対する（信教の・表現の）自由の問題――より具体的にいえば、そうした団体に対する規制や給付のありようの問題――が、判例法レベルでも――宗教的結社や表現的結社の問題が、より交錯するかたちで――よく論じられているようである。

こうしたことから、本稿は、表現的結社の自由の問題を視野に入れて、今日における表現の自由に関する問題の、より複雑な理論状況を具体的に描くことにしたい[95]。

このようにして、本稿は、給付という行為ではない政府言論の側面を強調したい。いいかえれば、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」[96]の危険視する発想とされているが、それには、少なくとも、「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」[97]があるからである。

以上のことを踏まえて、本稿は、「捉われの聴衆」という政府言論に

の表現を参考にした。

このことに関連して、第１章で提示するように、Yudof は、政府が言論する権利（government right to speak）を、憲法のなかに好意的に組み込むことは、説得的でも魅力的でもないという。第１修正の歴史的な目的は、政府の権力を制限することである。たとえば、企業（要するに、ある種の結社、ないしは、表現的結社）という主体に、第１修正上の権利を認めることと同様にして、政府にそのような権利を憲法的に認めることは、表現の自由システムを歪める（distort）ことになる、としている。Yudof, *supra* note 75, at 868.

95 関連して、「思想の自由をめぐる問題は、政府言論という概念を使って論じ直す余地」があり、それは、「特定の種類の政府言論が、それを不快に感じる生徒に対して、公立学校の授業の場で押しつけられるという問題」であることが重要である。内野正幸「学校で人間主義を押しつけるのは違憲か」藤田宙靖・高橋和之編『樋口陽一先生古稀記念　憲法論集』（創文社・2004年）167頁の表現。ただし、教育現場をめぐる政府言論を解決することの困難を示す議論がある。Abner S. Greene, *Government of the Good,* 53 Vand. L. Rev. 1 (2001).

96 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）94頁の表現。

97 蟻川・前掲注（96）94頁の表現。

関する問題類型を強調したい。そのことによって、国家助成という問題ではない、政府言論の理論的可能性を提示したい[98]（命題２）。

⑶　言論助成

第３に、以上のような考察を踏まえたうえで、ようやく表現的結社に対する国家助成という問題に遡るべきである、というのが本稿の立場である。

こうした手順を踏むことで、われわれは、国家助成の問題関心を、従来の理論よりも、より真剣に受け止めることができるだろう[99]。ここで、本稿のおおまかな結論を先に示しておくと、次のようになるだろう。

本稿は、政府言論の理論の対象を、給付のみならず、規制の問題にも拡張して、よりトータルに政府言論の課題を検討する。このことは、国家規制に関わる問題状況を、より鮮明にするだろう。

ある言論が規制できないという（社会的）ベースラインが設定されて、ようやく、国家助成の合憲性に関する判断枠組みが、明確に定まるというべきだから――少なくとも、本稿では、そのような個別的な問題類型を提示することができるというべき――である[100]。

このことは、次のようにも表現できるだろう。すなわち、国家助成と

---

[98] たとえば、表現的結社の自由という場合、やや極端にいえば、レストランという団体が、人種差別するという「言論」を、いかに考えるかという問題がある。もっとも、こうした表現は、一般的にいえば、ネガティブに解されることが多い。しかし、なぜ、団体の表現の自由を否定できるかという根拠を考えることが重要である。Peter de Marneffe, *Rights, Reasons, and Freedom of Association*, in FREEDOM OF ASSIOCIATION 145, 149-150（AMY GUTMANN & MICHAEL WALZER eds. 1999）.

[99] ここでは、政府言論の統制という問題に関して、すべての state actor による、政府言論を危険視する必要はなく、それぞれの（政府）組織の個別的な特徴（distinctive features of an institution）を分析していくことが重要である、という認識がひとつのヒントとなるであろう。Fagundes, *supra* note 38, *at* 1637.

[100] Eugene Volokh, *Freedom of Expressive Association and Government Subsidies*, 58 Stan. L. Rev. 1919（2006）. 後掲注（124）も参照。

いう問題は、精神的自由の領域における「国家による自由」の問題である。そのことから、「国家からの自由」の問題に較べると、憲法が認めているベースラインが明確に定められないというべきである[101]。あるいは、国家裁量の余地が、広く認められる場合があるというべきである。

要するに、給付作用のなかには、憲法に適合的な給付があるといえる。しかし、このような給付という介入の意義を認めようとするアプローチは、これまで提示したような、表現の自由の領域における伝統的思考――すなわち、純粋な意味での（たとえば、リバタリアニズムが提起するような）国家性悪説的な思考――とは、若干異なるものであるということができる。こうした分岐点に関する考察を行おうとするのが、本稿の政府言論の理論である[102]。

以上のようにして、われわれは、政府言論に関する国家助成の問題が、

---

[101] まず、「国家からの自由」に関する、厳格なベースラインについては、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』」東京大学社会科学研究所編『国家の多様性と市場』（東大出版会・1998年）13頁以下を参照。

これに対して、「国家による自由」のベースラインについては、Shifffrin が、判例で形成された「ある言論を、他の部分の声を相対的に高めるために制限できるという概念は、第一修正には全く無縁である」というような、「国家による自由」に関するベースラインを見定めることが必要としたように、やや国家裁量の余地が広がるともいえる。Shiffrin, *supra* note 24, at 598.

もっとも、後述するように、アメリカにおいては、アクセス権などを含めた「国家による自由」が、それほど認められない傾向にあり、表現の自由の領域における、「国家による自由」に関する国家裁量の幅は、それほど広くはない。

以上のことを踏まえて、本稿の政府言論に関する議論は、この狭い領域内で展開される、言論助成という「国家による自由」の意義を、再確認しようとする趣旨のものである。*See* Volokh, *supra* note 100, at 1920.

[102] 通説に対する批判として、強制的な契機を有しない「間接」的なかたちによる「思想の自由市場」に対する国家介入に関して、「国家のさまざまな関与・介入はすべて違憲の疑いを持つ行為となるか、あるいは、そもそも憲法論として論ずる余地のない問題」となるのか不明であるという認識が非常に重要である。右崎正博「現代国家と自由―言論の自由をめぐる現代的問題状況についての覚書」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂・1995年）133頁の表現。

こうした微妙な地平に成立する問題であることを、改めて意識する必要があるだろう。いいかえれば、先行研究が意識していないような、「国家からの自由」と「国家による自由」の連関を、再度提示する必要があるだろう（命題３）。

第４節　本稿の構成

本稿の構成は、およそ次の通りである。本稿は、政府言論のメリットとデメリットというふたつの側面――あるいは、政府言論の両義性――を意識しながら、国家が、「思想の自由市場」に介入することの意味を明らかにしたい。

そうした作業は、後述するように、憲法理論を提示する前提としての、社会に内在している行動原理ないし前提条件を提示する作業ともいうべきものである。

⑴　政府言論の理論

第１章は、政府言論の理論を提示したい。本稿は、比較的早い段階で提示された、Yudof や Shiffrin や Emerson の政府言論の理論を参照しつつ、政府がメッセージを発することや、政府言論の定義の問題を検討したい。

こうした作業を行うのは、国家助成のみならず、諸々の形態の国家作用を、政府言論と捉えるためである。本稿は、とりわけ、Yudof の議論を用いて、「国家からの自由」の原則の意味を改めて検討し、政府言論の中核となるものを抽出したい。

なお、本稿の政府言論の理解は、次のような「国家からの自由」を基調とした判例法理の理解に密接に関わっている。それは、表現の自由に関する判例法で語られた「政府がわれわれの社会のある部分の言論を、他の部分の声を相対的に高めるために制限できるという概念は、第１修正には無縁である」[103]という法理である。

---

[103] Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974). なお、Shiffrin が示唆しているが、アクセス権がアメリカで積極的に位置付けられないこ

こうした法理を、政府言論の理論の軸に据えることで、アメリカ表現の自由論の特質を探ることにしたい[104]。このようにして、本稿は、アメリカの表現の自由に関する具体的な判例法理のありようを、政府言論の理論を用いて再解釈する。

(2) 表現的結社の自由[105]

第2章は、政府言論の理論を用いて、個別具体的な問題を解決したい。より具体的にいえば、「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克」という現象を検討したい。議論の素材として、最近の判例である Boy Scouts of America v. Dale 判決[106]（以下、Dale 判決とする）

とと、政府言論のありようの問題は、関連しているとされる。Shiffrin, *supra* note 24, at 596．こうした見方が正しいならば、「新聞や雑誌などマスメディアへの反論権を認めるフランスやドイツ、そういった権利を認めないアングロ・サクソン社会との違いがある」という、文化論的な指摘が重要である。長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣・2006年）198頁の表現。

さらに、反論権などに関しては、「単に形式的な法技術の問題ではなく、広く国家観、自由観、さらには司法観に密接に関連をもつ理論であることに注意が必要である。裁判所といえども、国家権力の一機関であり、『国家による言論の積極的な助成』という性格を持つ反論権の容易な受け入れに対する疑問……も、結局こうした基本的な哲学にかかわっている側面がある」とされる。浜田純一「サンケイ新聞意見広告と反論文掲載請求」ジュリスト臨時増刊昭和62年度重要判例解説（1988年）18頁の表現。

104 かつて、アクセス権を中心にして、言論市場における政府の積極的な役割を唱えたのは、Barron である。このような問題関心を背景にして、とりわけメディアに対する国家介入の問題を正面から論じたシンポジウムとして、次のようなものを参照。Stephen G. Breyer, *A Symposium Honoring Jerome A. Barron's Path-Breaking Article: Introductory Remarks*, 76 Geo.Wash. L. Rev. 819 (2008).

105 アメリカの判例法は、結社の自由を検討する際に、表現的結社の自由（freedom of expressive association）という文言を用いている。木下智史「アメリカ合衆国における『結社』観」立命館大学人文科学研究所紀要 No．80 (2002年) 121頁以下。橋本基弘『近代憲法における団体と個人――結社の自由概念の再定義をめぐって――』（不磨書房・2004年）。

106 Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000)．高井裕之「同性愛者

をとりあげる。

ここで、Dale 判決とは、ボーイスカウトという私的団体が、性的指向による差別をしたことを合憲（より正確に表現すると、ボーイスカウトに対する、差別禁止法の適用を違憲）とした事例である。この事例では、構成員としての資格を剥奪された Dale が、成年構成員の地位剥奪処分の撤回を求めた。

これに対して、（連邦最高裁の）法廷意見は、団体の立場を表明する能力に「重大な影響」を及ぼすような介入であれば違憲という基準を定立しつつも、ボーイスカウトが、同性愛の行為は、『スカウトの誓い』という文書の「道徳的にまっすぐ（morally straight）」という規約に違反すると主張していることから、（裁判所としては）ボーイスカウトの同性愛者に対する行為が、「正しい」かどうかを判断する資格がないとした。そして、Dale は、大学の同性愛団体の共同代表である。彼がボーイスカウトのメンバーに留まるということは、ボーイスカウトが同性愛を正当な行為として受けいれているというメッセージを、メンバーに対しても社会に対しても送ることを強いる（すなわち、ボーイスカウトに、差別禁止法を適用することは違憲である）とした。

しかし、連邦最高裁の反対意見は、差別禁止法をボーイスカウトに適用しても、ボーイスカウトに「重大な影響」を与えない。表現的結社の自由は、絶対的なものではない。彼のボーイスカウトへの参加は、ボーイスカウトに対しても世の中に対しても、メッセージを送らない。その

差別の禁止と結社の自由」ジュリスト1192号（2001年）239頁以下。巻美矢紀「私人間効力の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』（有斐閣・2006年）233頁以下。

もっとも、本稿が予定しているような、国家による平等を実現するための介入と、結社の自由の対抗関係という問題設定は、後に述べるように、比較的少ないように思われる。アメリカにおける後述する Roberts 判決以降――かつ、Dale 判決より前――に触れるものとして、岩浅昌幸「アメリカ合衆国における『表現のための結社の自由』」筑波法政13号（1990年）207頁以下。最近のものとして、岡田順太「アメリカ合衆国における『表現的結社の自由』――Freedom of Expressive Association の憲法上の価値について」法学政治学論究（2002年）54号119頁以下。

ような行為は、第１修正下で象徴的言論とは構成すべきではない。同性愛者がボーイスカウトに属することは、あるメッセージを運んでいると解釈すべきではない（ボーイスカウトに、差別禁止法を適用することは、合憲である）とした。

以上のようなメッセージに関する各意見の対比を前提にして、第２章では、表現的結社に対するいかなる介入が、憲法的に認められるかを提示することにしたい。

ところで、本判決には、「自由」と「平等」という、ふたつの価値が関わっているといえる[107]。実際において、本判決にコメントする学説のなかには、平等（再配分）を推進するような国家介入を憲法的に疑わしいものとする学説[108]と、平等推進という観点から、連邦最高裁に対して、「反＝反差別主義（anti-antidiscrimination agenda）」という批判をする学説[109]があるからである。

ここで、重要なことは、ふたつの学説のあいだには、「国家による自由」を、いかに位置付けるかという点に相違があることである。そのことから、第２章で検討する問題は、政府言論の理論の問題（より具体的にいえば、表現的結社の自由に対する、国家関与のありようをめぐる問題）であるということができる。

このようにして、本稿は、国家介入の両義性を踏まえつつ、平等のための国家介入と、自由を尊重しようとする原理をどのように調整すべきかを見ていくことにする。そして、そこで明らかにされた基準は、後述するような、表現的結社の自由に関する（規制や給付の）問題を解決す

---

107 差別禁止法が普遍的に抱える、ディレンマに関する問題を扱った、わが国の先行研究として、樋口・前掲注（26）101頁以下。差別禁止法に力点を置く代表的な議論として、Nan D. Hunter, *Accommodating the Pubic Sphere: Beyond the Market Model*, 85 Minn. L. Rev. 1591 (2001).

108 結社の自由を強く保護する観点から、Dale 判決の可能性を積極的に評価する立場である。Richard A. Epstein, *The Constitutional Perils of Moderation: The Case of the Boy Scouts*, 74 S. Cal. L. Rev. 119 (2000).

109 *See* Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 Yale. L. J. 1141 (2002).

る際の道筋となるだろう。

⑶　給付行政

第３章は、国家による介入の典型的な問題として、憲法上の権利を放棄させることを条件として、補助金を付与できるかという問題を検討する。

それは、給付行政という「国家による自由」の問題である[110]。この問題は、先行研究が明らかにしているように、国家が補助金に関する基準を決定しているという点において、まさに、政府言論の理論の課題である。

第３章は、およそふたつの内容に分けられるだろう。前半は、主に、違憲な条件の法理に関する学説と判例法を検討したい。そのことによって、自由や平等という価値、それらの背景にある、民主主義と基本的人権（たとえば、信教の自由、居住移転の自由、中絶の自由）との対抗関係という論点に触れることにしたい[111]。

これに対して、後半は、冒頭に提示したような、言論助成の問題を検

---

[110] より明快な議論として、高橋和之教授の議論がある。すなわち、「政府には、非パブリック・フォーラムを表現活動に開放する憲法上の義務はなかった。同様に、政府には、芸術活動を援助する憲法上の義務はない。しかし、特定のジャンル（主題）の芸術活動に援助することに決定した場合には、『観点』（viewpoint）中立的に行う必要がある。あらゆる表現に援助することは不可能であるから、主題は限定せざるをえない。ゆえに、政府の主題の選定は政府の裁量に委ねるべきであろう。しかし、観点の選別については、政府が自ら選別する場合には、『通常審査』以上の厳格度が要求されよう。観点の選別と作品の評価は区別が困難であることを考えれば、政府が自らそれを行うのではなく、独立性をもった中立的・説明的な専門機関を設置する制度設計を考えるのが望ましい」としている。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005年）193頁の表現。*See* Notes, *Strict Scrutiny in the Middle Forum*, 122 Harv. L. Rev. 2140 (2009).

[111] 第３章が目指すことは、いわゆる、二重の基準論を否定することではない。そうではなくて、二重の基準論に関わるアメリカの判例法を検討することによって、判例法における、二重の基準論の相対化を観察することである。たとえば、居住・移転の自由に関する給付のあり方が問題となった、Shapiro 判決を検討する予定である。Shapiro v. Verner, 374 U.S. 618 (1968).

討したい。この問題は、アメリカにおいて、90年代によく提示されている問題であり、比較的最近でも、興味深い判例が生成されているものである。先行研究が明らかにしたように、この問題を検討する際には、パブリック・フォーラム論に関する、理論的な考察が非常に意味をもつだろう[112]。

(4) 政府言論の現代的諸相

第4章は、政府言論の総括をおこなう。まず、そのためには、今日の判例法の到達点を確認する必要がある。

第1節は、政府言論の理論の前提として、「思想の自由市場」の意味合いを、あらためて確認したい。こうした作業を行うことで、「国家からの自由」の意味合いを再確認したい。より具体的にいえば、いくつかの言論に対する規制の各論――たとえば、差別的言論に関する問題、ポルノ規制に関する問題、政治資金規制の問題[113]――を検討したい。これらを提示することで、「思想の自由市場」の原則が、今日においても、より幅広く援用されていることを再確認したい。

このような検討を行うのは、政府言論の一現象である、国家助成の問題を解決するためには、およそ次のような手順にしたがう必要があるからである。すなわち、そもそも「規制」的文脈において、「思想の自由市場」の原則が、いかに観念されているかを探る――その後に、国家助成の問題を検討する――ことが重要であるからである。以上のようにして、本稿は、政府言論という理論の問題として、国家介入の意味合いが、判例法でどのように把握されているかを明らかにすることを課題としている（命題1）。

第2節は、政府言論のもうひとつの類型を提示したい。より具体的には、信教の自由として有名なYoder判決を提示することで、国家助成の問題とは異なるような、政府言論の類型を提示したい。

ここで、ひとつの素材となるYoder判決とは、信教の自由、ないしは、

---

112 代表的なものとして、中林・前掲注（3）263頁以下。

113 Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 48-49 (1976).

宗教的結社の自由を理由として、Amish の子どもたちの公教育の義務を否定した事例である。ともあれ、Yoder 判決は、「何が憲法の保護を受けることのできる宗教的な信念または行為であるかを決めることは、きわめて微妙な問題をおそらく提起するだろうが、秩序ある自由の観念そのものは、社会が全体として重要な利害関係を有する行為に関する事項について、各人が自分自身の基準を（勝手に）作ることを許さない」[114]とも判断している。

Yoder 判決を検討することで、「捉われの聴衆」[115]という政府言論の類型を提示し、さらには、公私区分論、立憲主義と民主主義との相克をいかに考えるかという論点を提示することにしたい（命題２）。

第３節は、政府言論の現代的諸相として、第３章までに提示したような、信教の自由、政教分離、国家助成、表現的結社の自由、差別禁止法という主題が、複雑に絡み合って、判例法が形成されている状況を提示したい（命題１、命題２）。こうした議論は、第２章や第３章の、延長線上にあるものであり、政府言論に関する現代的課題というべきものである（命題３）。

これに対して、第４節は、補論として、政府言論に密接にかかわっている「法の表現的理論」を提示することで、表現の自由論の領域に留まらない、政府言論の奥行きを（あるいは、今後の課題として）若干提示することにしたい。

以上のようにして、政府言論の問題関心は、非常に幅広いものである。このことは、政府言論を解決するための基準として、Yudof が、市場の多様性、個人の尊厳、自律、平等、民主主義社会における適切な政府機能の考慮というような、多種多様な基準を挙げたことにも表れている[116]。

また、すでに示唆したように、政府言論を検討することは、主に精神

---

[114] Wisconsin v. Yoder, 406U.S. 205, 215 (1972).

[115] 捉われの聴衆論を展開することの難しさについては、甲斐素直『憲法演習ゼミナール読本（上）』（信山社・2008年）290-291頁以下。

[116] Shiffrin, *supra* note 49, at 1749.

的自由の領域における規制や給付のありようをトータルに検討することから、アメリカ表現の自由論をトータルに検討するものであるといえる[117]。

それは、いいかたをかえれば、「思想の自由市場」の原則にあるような、社会的多元性を背景として、国家が（それに対して）どれほど「関与」できる（すべき）かという問題である[118]。したがって、こうした問題を検討する際には、いうまでもなく、中間団体に対する評価[119]、団体内部における団体と個人の問題[120]、宗教的結社の自由[121]、私人間効力論[122]な

---

117 繰りかえしになるが、政府言論の理論の対象として、これまでの研究によると、国家助成の問題が提示されることが多かったといえる。しかし、本稿は、そうした現象のみをとりあげようとするアプローチにやや批判的である。これから提示するような「国家からの自由」に関する表現の自由論のあり方一般を見ることなしには、国家助成の問題を検討できないと考えている。

118 アメリカにおいては、宗教的にも人種的にも多様であるという社会的なバックグラウンドがある。やや単純化していうと、そうした事実こそが、多様性を尊重すべきという命題を生み出しているともいえるかもしれない。いいかえると、多元性を尊重すべきという議論は、多元的であるという事実が、先行しているともいえる。

このことに関連して、「そもそも政治がいかなる社会的前提に支えられ、これにどこまで憲法の保障を及ぼしうるかは、法学としての憲法学にとって実際は限定的な範囲で主題化しうるにすぎ」ないという指摘がある。林知更「立憲主義と憲法の保障」安西ほか・前掲注（106）87頁の表現。Cass R. Sunstein, *On the Expressive function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021 (1996).

119 中間団体に対する評価については、さしあたりは、樋口・前掲注（22）7-21頁。樋口教授への興味深い応答として、森英樹「『憲法と公共性』再論」法律時報72巻1号（2002年）137頁以下。森英樹「憲法と公共・公共性・公共圏――序論的考察」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性――比較憲法的研究をふまえて――』（日本評論社・2002年）2頁以下。

120 団体の問題については、アメリカの議論との関係で、木下智史「団体の憲法上の権利享有についての一考察――アメリカ合衆国における判例の展開を素材として――」神戸学院法学22巻1号（1992年）1頁以下。木下智史『人権総論の再検討――私人間における人権保障』（日本評論社・2007年）。

121 宗教的結社については、大石眞『憲法と宗教制度』（有斐閣・1996年）。

122 私人間効力論のアメリカの状況については、木下智史「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」神戸学院法学34巻第1号（2004年）83頁以

どを検討する必要があるだろう。

とりわけ、宗教的結社と国家の関係を検討する際には、社会像といったものを無視できないだろう。たとえば、「信教の自由の理解は、社会像の捉え方にも依拠する。人々の信仰する宗教に基本的な同質性があることを前提に、人は市民社会の構成員であると同時に全能の神の信者であり、現世の権威と宗教とは相互に独立であると捉えるならば……信教の自由は市民的自由とは別個の特別のものとされ、手厚い保護が要請される」[123]と指摘されるとおりである。

これらを踏まえたうえで、第4章は、表現的（ないしは、それに密接に関連している、宗教的）結社の自由に対する（給付や規制の）問題が、アメリカにおいて、より複雑に論じられている状況を提示したい[124]。

下。

[123] 安西文雄「信教の自由の展開」安西文雄ほか・前掲注（106）348頁の表現。なお、これに対抗するところのモデルが、一般的にいえば、フランスとされる。フランスでは、一般的にいえば、国家が、宗教を理由にして、ある団体を特別視することが、避けられるという。阪口正二郎・内藤正典『神の法 vs. 人の法――スカーフ論争からみる西欧とイスラムの断層』（日本評論社・2007年）。最後に、政教分離と助成という問題に関しては、棟居快行「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」樋口ほか編・前掲注（48）544頁以下。

なお、政教分離と、政府言論の関係については、次のような最近の連邦最高裁判決を参照。Pleasant Grove City v. Summum, 129 S. Ct. 1125, 1131-1132 (2009).

[124] 本稿は、およそ次のように要約される。本稿は、アメリカ憲法学において最近注目されている、政府言論という理論を検討する。近年、政府言論という研究は、わが国でも行われている。

先行研究によると、政府言論とは、「不適切な仕方での政府による言論市場の歪曲の可能性」とされている。政府言論の理論の特徴は、「直接」的に権利を侵害するという契機が、強調されないことである。そして、国家助成の問題がよく議論されている。そこでは、給付という形態であっても、国家は、言論市場に対して、ある特別なメッセージを発するべきではないとされている。要するに、これらの学説は、国家助成の問題を、憲法問題化しようとする試みといえるだろう。

しかし、政府言論の理論に関する研究には、少なくとも、次のような問題点がある。すなわち、給付という形態による国家介入（だけ）をとりあげて、検討を行っているというきらいである。こうした状況は、後述するように、あるべき憲法理論の構築に際して、好ましいものとはいえないだろう。

なぜならば、そもそも、国家規制のありようを検討するためには、「給付」という手法のみならず、「規制」という手法を含めたうえで、「国家からの自由」や、「国家による自由」のありようを検討すべきであるからである。

そこで、本稿は、政府言論の理論にさかのぼることで、この点に関するベースラインを明らかにする。その結果として、アメリカにおいては、表現規制の問題に関して、「国家からの自由」の原則が、非常に「強く」観念されていることを確認する。

より具体的にいえば、差別的言論やポルノという言論、政治資金という言論などの「規制」の問題に対して、アメリカ連邦最高裁は、非常に消極的な姿勢を提示していることを明らかにする。これは、さしあたりは、「思想の自由市場」という一般的原則ということができる。そこで、われわれは、「思想の自由市場」の原則を認識しつつ、政府言論の議論をする必要がある。

以上のような問題関心からすると、政府言論に関する問題は、次のように整理することができる。すなわち、第１に、政府言論の理論は、給付規制二元論を、部分的に否定するための理論装置である。第２に、政府言論の理論を検討する際の「前提」として、「思想の自由市場」の原則の「強さ」を明らかにする必要がある。そして、アメリカにおいては、「思想の自由市場」の原則が、非常に「強く」観念されている。

しかし、ここで、本稿には、次のような問題が生じるだろう。それは、差別主義的な（たとえば、女性や同性愛者を差別するような）自律的団体（たとえば、宗教団体）に対して、国家は、いかなる措置を取ることができるかという課題である。

これに対して、本稿の結論をいえば、本稿は、差別的主張を有している団体に対する表現規制は、「思想の自由市場」の原則からすると、やや困難（ここでは、当然のことながら、具体的事例における団体の性格を踏まえる必要がある）であるが、国家助成（より具体的には、宗教団体に現に認められている租税控除という、ある種の国家助成）を撤回するというサンクションを課すことは、憲法的に許容されるのではないかというベースラインを提示する。これが、アメリカにおける、現状での国家「関与」のありようである。 *See* Volokh, *supra* note 100, at 1920.

以上のような状況の観察により、本稿は、次のような結論を導くことになる。従来の政府言論の理論は、給付という問題（だけ）を検討してきたきらいがある。しかし、このような研究手法は、誤っている部分があるというべきである。

最後に、本稿は、これまで提示した具体的な問題に対して、もっとも適切というべき解決基準を提示するものでは、必ずしもない。そうではなくて、アメリカ連邦最高裁で問題となった、いくつかの判決と学説を追うことで、そこから間接的に見えてくる思考ないし原理を探るものである。

それは、政府言論に関する、ある先行研究の言葉を借りると、「憲法の人権規範の役割には、裁判規範としてのそれに尽くされぬものがある」[125]ことであり、さらには、「憲法上の人権条項は、社会に生起する憲法問題を広く発見し、その解決のための指針を提供するという役割をも有する」[126]ことでもある。

このことは、政府言論の理論としての限界と密接に関連しているとされるが、同時に、本稿が提示するような政府言論の多義的アプローチもまた、まったく無意味ではないことを示しているとはいえないだろうか[127]。

言論助成を検討する際には、表現の自由に関する問題を検討する際の、前提条件を踏まえる必要がある。より具体的にいえば、アメリカ社会においては、必ずしも自由主義的ではない団体が多元的に存在する、そして、それらの団体に対しても、「寛容」な姿勢がとられているという「後景」を踏まえる必要があるだろう。

このようにして、本稿は、政府言論の関心を背景として、国家介入の認められるラインがその国の文化や時代背景に依存することを示していく。政府言論の理論を、給付のみならず、規制の問題に拡張することは、国家作用に関わる問題状況をより鮮明にするだろう。

125　蟻川・前掲注（88）132頁の表現。

126　蟻川・前掲注（88）132頁の表現。

127　事実の問題として、本稿が提示するような、表現的結社（と、それに密接に関連している、宗教的結社）に対する規制や助成の問題は、今日もっとも華々しく論じられている、表現の自由に関する問題のひとつである。それに伴い、それに関する研究が増えている状況にある。Martha Minow, *Should Religious Groups Be Exempt From Civil Rights Laws?*, 48 B. C. L. Rev. 781 (2007). Johnny Rex Buckles, *Does the Constitutional Norm of Separation of Church and State Justify the Denial of Tax Exemption to Churches that Engage in Partisan Political Speech?*, 84 Ind. L.J. 447 (2009).

［付記］

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2008年12月25日授与）「政府の言論と人権理論――アメリカ表現の自由論の後景――」に、補筆したものである。