



Title	政府の言論と人権理論 (2)
Author(s)	金澤, 誠; Kanazawa, Makoto
Citation	北大法学論集, 61(2), 236[37]-192[81]
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43658">https://hdl.handle.net/2115/43658</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-2_005.pdf



## 政府の言論と人権理論(2)

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60巻5号)

第1章 政府言論の理論

第1節 政府言論とは何か

- (1) 政府言論
- (2) 思想の自由市場
- (3) 本稿の視点

第2節 Yudof

- (1) 定義
  - ① 前提条件
  - ② 問題の所在
  - ③ 歪み
- (2) 諸相
  - ① 地方政府
  - ② 福祉国家批判
  - ③ 問題点
- (3) 各論
  - ① 祈禱行事
  - ② アカデミック・フリーダム
  - ③ ニュース・レター
  - ④ 準パブリック・フォーラム
  - ⑤ 親の教育権?
  - ⑥ 国旗敬礼行事
  - ⑦ 結社の自由
- (4) 統制

第3節 Emerson

- (1) 問題の所在
- (2) 国旗敬礼行事
- (3) 政府機能モデル

(以上本号)

第4節 Shiffrin

第5節 小括

第6節 若干の検討

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

## 第1章 政府言論の理論

第1章では、1970-1980年代という比較的初期の段階で提示された、Yudof（第2節）、Emerson（第3節）、Shiffrin（第4節）らの政府言論の理論を紹介したい。この作業は、すでに提示したように、政府言論の理論の射程を暫定的に広げるといふ本稿の趣旨によるものである<sup>1</sup>。

すなわち、政府言論の理論は、論者によって多彩なアプローチがある。第1章は、比較的初期の政府言論の理論を提示することで、政府言論の射程を暫定的に拡張し、第2章以下での政府言論の理論の再構築のための準備作業をおこなうものとする。

### 第1節 政府言論とは何か

<sup>1</sup> 詳しくは、拙稿「政府の言論と人権理論（1）」北大法学論集60巻5号（2010年）218頁以下を参照。第1章は、Yudofらの政府言論の多義的な理解をベースとして、それに最近の判例や学説の動向を補うかたちで構成されている。

## (1) 政府言論

それでは、政府言論とは何か。政府言論の理論は、序章で確認したように、包括的・多義的な性格を有するというべきである。ただし、議論の筋道を明瞭にするためには、暫定的な定義を採用することがよいであろう。そこで、以下では、政府言論の定義に関する先行研究を振り返ることにより、簡単な定義付けをおこないたい<sup>2</sup>。

まず、先行研究によると、政府言論に関する現象を捉えた定義として、次のようなものがある。すなわち、国家によって財政援助を受けて表現行為 (subsidized speech) を行う場合の、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)<sup>3</sup> という指摘がある。

---

<sup>2</sup> 序章で確認したように、本稿は、政府言論の理論を再構築することを目的とする。そのために、わが国の政府言論の理論の定義を若干振り返りたい。

<sup>3</sup> たとえば、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。政府言論という概念に触れるものとして、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。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頁以下。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。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)105頁以下。小林伸一「表現の自由の『理論』における原理基底論の現状」法学研究78巻5号(2005年)341頁以下。その他、序章で挙げた論文のほか、とりわけ、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。横大道聡「公的言論助成と表現の自由——Rust 判決以降の連邦最高裁判決の展開を中心に——」法学政治学論究63号(2005年)391頁以下。

これに対して、より抽象的な次元から定義づけたものとして、政府言論とは、「圧倒的な潜勢力をもつ政府が、特定の viewpoint にもとづいて強力に表現活動を遂行する」ことであり、その結果として、「国民の同意獲得過程を政府に有利な方向で操作すること」<sup>4</sup>であるという指摘もある。

しかし、政府言論の理論の混迷を率直に提示するものがある。より具体的にいえば、政府言論という言葉は、「給付的 (Allocative) な文脈における政府の文化支援が government speech 問題に論争的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——錯綜的に——用いられるようになってい」<sup>5</sup>という指摘である。

こうした指摘は、少なくとも、政府言論の理論の範囲が、給付という問題文脈に限られないことを認めており、むしろ給付のみにこだわり観察することが、政府言論の理論を混乱させているとさえ読めるように思われる<sup>6</sup>。

以上のことから、いかなる場合に、政府言論の理論を援用すべきかに

<sup>4</sup> 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）93-94頁の表現。

<sup>5</sup> 蟻川・前掲注（4）92頁の表現。

<sup>6</sup> たとえば、最近の論文でも、「国家活動はすべて価値中立ではあり得ないため、中立性義務をめぐる議論は、国民に特定の信条を受け入れさせることそれ自体を目的とする国家行為がどの程度まで禁止の対象となるのか、という国家目的の中立性に関して争われることになる。……強制的要素を伴った弾圧を行わなくても、国家としては、様々な政府言論を組織的に組み立てることにより、特定の信条を受け入れる以外の選択肢が選択可能でない状況を作り上げ、それによって信条の強制と同じ効果をあげることが可能である（傍点は引用者）」という指摘がなされている。杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』（青林書院・2008年）473頁（西原博史執筆）また、内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂・2010年）154頁を参照。後掲注（107）も参照。

については、やはり複数の回答があるといえる<sup>7</sup>。

すでに述べたように、本稿は、政府言論の多義的性格の提示を目的とすることから、以下では、さしあたりは、政府言論に関する具体的な問題現象を多くとりあげたい。そこで、第1章では、次のような政府言論の多義的な理解を暫定的に採用しておきたい。

すなわち、政府言論の理論は、(後述するように、国民の権利を直接侵害する場合を問題化しているというよりも)政府が話す(government speaks)(メッセージを発する)ことによって、「思想の自由市場」(という社会的「環境」)が、歪曲化(distort)されるかというような、より抽象的な危険性を問題化する枠組みである<sup>8</sup>。

これに対して、わが国では、給付にまつわる問題を解決する理論として、政府言論が提示される傾向がある。しかし、序章で提示したように、これ以外の政府言論の理論的な問題関心があるというべきである。

## (2) 思想の自由市場

---

<sup>7</sup> 蟻川・前掲注(4)94頁は、政府言論という場合、政府が「捉われの聴衆」に向けて発する言論と、(政府が自らの存在を伏して)「腹話術師」として言論をする場合という類型を示している。これについては、第4章で確認することにした。

<sup>8</sup> もっとも、歪曲化という言葉は、抽象的なものである。小泉論文は、Razの卓越主義を批判する文脈で「操作」という概念を定義している。小泉論文によれば、「操作」とは、「ある選択肢を選択すること・しないことそれ自体を不利益の威嚇によって直接命ずることはせずに、利益と不利益の提供(offer)によって、意図された選択行動へ向けて人を誘導する行為」と定義される。小泉良幸『リベラルな共同体——ドゥオーキンの政治・道徳理論——』(創草書房・2002年)175頁の表現。

なお、「思想の自由市場」の歪みという政府言論の理解については、序章を参照のこと。政府言論の理論の中核には、少なくとも、「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ふ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); Randall P. Bezanson & William G. Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 Iowa L. Rev. 1377, 1384 (2001).

そこで、うえで見たような、政府言論の理論が前提とする「思想の自由市場」を簡単に振り返っておきたい。というのは、「思想の自由市場」の概念を（ひとまず）確定させないと、「思想の自由市場」の歪み、すなわち、政府言論の内容もまた確定しないからである。

まず、「思想の自由市場」とは、1919年のアメリカ連邦最高裁のAbrams 判決で、Homes 裁判官による反対意見が、「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」<sup>9</sup>と述べたことに起源があるとされている。

これを踏まえたうえで、「思想の自由市場」論とは、「自由な市場における商品の交換が最も万人の利益に合するという自由放任主義の経済理論にモデルを見出しつつ、思想表現の自由の保障の根拠を強力に主張」<sup>10</sup>するものであると定義されることがある。

また、このような定義をさらに敷衍するものとして、「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（傍点は引用者）」<sup>11</sup>を危険視する発想とか、さらには、「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」<sup>12</sup>、なお、国家介入を認めないこと——要するに、言論作用については、基本的に私的秩序に委ねること——と定義づける論者もいる。

次に、「思想の自由市場」論に対する（わが国の）学説の評価が多様であることを確認しておきたい<sup>13</sup>。

<sup>9</sup> Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919). ここでも、わが国における「思想の自由市場」に関する学説を中心的に振り返っておきたい。

<sup>10</sup> 伊藤正巳『言論・出版の自由』（岩波書店・1959年）36頁の表現。

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> 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）17頁の表現。

<sup>13</sup> たとえば、「思想の自由市場」が抽象的な概念であるとする、政府言論の理論も抽象度の強い理論となる。その意味で、当該概念を使う際には注意する必要がある。政府言論の多義的アプローチは、誤解を恐れずにいえば、後述す

まず、「思想の自由市場」について、実はこの法理そのものを自覚的に取り扱った文献は意外に少なく、「同法理の内容も十分には詰められてはいない」<sup>14</sup>という評価があるだけでなく、「思想の自由市場を観念することが有用であるとしても、それが経済的自由に優越する地位をもつことの根拠にはなりえない。表現の自由の優越性を認めるためには、何らかの形で、思想の規制と経済的な規制との質的差異を認めるなどの補完的な原理が必要である」<sup>15</sup>という評価がある。

これに対して、「思想の自由市場」論にはさまざまな賛否があるものの、少なくとも、アメリカにおいては、「思想の自由市場」の原則は、もはや否定できなるとしたうえで、「思想の自由市場」に関する論争は、「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」<sup>16</sup>という分析的な議論も存在する。

---

るように、どのような文脈にも応用可能であるという意味で、トランプのジョーカーのようなものといえるかもしれない。そして、その分だけ射程が長く（緩く）なるおそれがある。しかし、本稿はすでに提示した課題を解決するために、多義的アプローチを採用する。これに関連して、本論の(3)本稿の視点を参照。

<sup>14</sup> 最近の「思想の自由市場」に関する研究として、駒村圭吾「思想の自由市場と情報新時代」堀部政男編『放送・新時代の制度デザイン』（日本評論社・1994年）91頁の表現。駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』——『優越的地位論』・『思想の自由市場論』の再検討に向けての序論的考察」慶応義塾大学 新聞研究所年報 No. 37（1991年）99頁。駒村圭吾「表現の自由の経済学的分析——いわゆる『法と経済学』的手法の憲法学的領域への応用可能性」慶応義塾大学 新聞研究所年報 No. 40（1993年）73頁以下。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〉論における調和の靈感——』（風行社・2006年）。

これに対して、伝統的な議論との対比として、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』（日本評論社・1993年）317頁。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頁以下。

<sup>15</sup> 伊藤・前掲注（10）38頁の表現。

<sup>16</sup> 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

以上のことを踏まえるならば、(とりわけ、最後の学説が指摘するように) 学説においては、判例法によって形成されてきた、国家を介入させないという「思想の自由市場」論を原則にしつつ<sup>17</sup>、むしろ個別具体的な問題文脈において、「思想の自由市場」論を、どのようにして、修正ないし再構成していくかに、関心があるというべきである。

実際において、ある論者は、「思想の自由市場」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」<sup>18</sup>と評価したうえで、「思想の自由市場」論に関する議論の対象が、もともと、「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(傍点は引用者)」ことに着目して、「思想の自由市場」の原則が、今日においては、より相対化される可能性をさし示している。

このようにして、「思想の自由市場」の歪みに関する議論が、国家介入の是非と共に語られることからすると、政府言論に関する理論を提示する際にも、少なくとも、「国家からの自由」と「国家による自由」の

---

(1993年) 156頁の表現。

<sup>17</sup> たとえば、阪本論文は、「思想の自由市場」の根拠に関して、「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頁の表現。阪本昌成『『思想の自由市場』論の組み直しに向けて』立教法学60号(2010年) 63頁以下。

<sup>18</sup> 山口・前掲注(16) 156頁の表現。これに関連して、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頁以下。消極的自由観に関連して、キャサリン・マッキノンらのポ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頁以下。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頁以下。

対立に関する問題状況を踏まえておく必要がある<sup>19</sup>。

そして、重要なことは、表現の自由論の領域における伝統的な思考である、国家権力の濫用を危険視する発想——あるいは、精神的自由の領域での国家性悪説の考え方——を、それぞれ、個別的な問題文脈において、どのように評価できるか——あるいは、それをどこまで相対化できるか——であるように思われる<sup>20</sup>。

### (3) 本稿の視点

以上のような観点からすると、政府言論に関する議論の一部分は、明示的ではないにせよ、これまでの「思想の自由市場」論として検討されたものとかかわるといえる。その意味において、「思想の自由市場」論と、政府言論の議論は、ある程度の結びつきがある<sup>21</sup>。

---

<sup>19</sup> 序章の問題提起のほか、主なものとして、長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号(2003年)31頁以下。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。

<sup>20</sup> アメリカの傾向として、序章でも触れたように、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頁以下。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合衆国の議論から——」大須賀明編『社会国家の憲法理論』(敬文堂・1995年)27頁以下。阪口正二郎『『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頁以下。阪口正二郎「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47巻1号(1995年)201頁以下。

<sup>21</sup> 結局のところ、政府言論の理論は、国家活動の中から、「何か規制で、何が規制ではないか」をより鮮明にする理論装置であると思われる。序章で提示した、本稿の検討課題1は、まさにこのことに関わるものである。第3章の違憲な条件の法理の文脈に関するベースライン論については、長谷部恭男『Interactive 憲法』(有斐閣・2006年)198頁。したがって、本稿は、政府言論という理論を提示するとともに、個別具体的な事件の特質を同時に明らかにするという作業を行うものとする。とりわけ、国家助成(言論助成)という政府言論の両義的性格を指摘することが重要となる。

かつて学説においては、「思想の自由市場」の問題点として、「マス・メディアが少数者の手に集中し、市場の機能が歪められているという観察など、思想の自由市場の作用に対し、市場の機構上のレベルで疑問を投ずる意見」<sup>22</sup>と、「より根本的な問題として、自由な討論が真理に達するという主張は立証できない」<sup>23</sup>という意見が提示され、「言論の自由に対する制約の諸原則は、いかに精巧なものであっても、抽象的に構成されてはならない……。いかなる社会的状況のもとで、いかなる国家機関により、通常どのような形で、自由に対する制限が執行され、それがいかなる影響を及ぼすのか、という実態が考慮に入れられなければならない」<sup>24</sup>と指摘されていた。

このことは、おおむね政府言論にもあてはまるのではないか。すなわち、いかなる時代にあっても、「思想の自由市場」に対して、国家は介入している。重要なことは、「いかなる社会状況のもとで、いかなる国家機関により、通常どのような形で、『政府言論』が執行され、それがいかなる影響を及ぼすのか、という実態が考慮に入れられなければならない」とはいえないだろうか。

以上のことを踏まえて、ようやく序章の問題提起を改めて提示したい。

<sup>22</sup> 芦部信喜『現代人権論——違憲判断の基準——』（有斐閣・1974年）133頁の表現。芦部論文によると、「二〇世紀の初期までのアメリカでは、言論に対する事前の抑制だけを禁止するものと解され」ていたが、その後、事後の処罰に対象が広がったとされる。そして、芦部論文は、いくつかの判例が、「事後の処罰も、その制止的效果により、事前の検閲と同じ結果をもたらすことがあるるので、それもまた言論の自由を保障した修正一条によって、禁止される、という趣旨を明らかにした」ことを高く評価している。

また、結社に関わる情報の「強制露顕は、事実、このような言論・結社を制止する事態——NAACP v. Alabama (357 U.S. 449 (1958))——の表現を借りれば、『経済的報復・職場の喪失・肉体的強制の脅威〔または〕その他の公衆の敵意の表明』」など——を多かれ少なかれ招来した」（138頁）ことを提示して、表現の自由の領域における規制態様の変遷を確認している。ここで触れられた Alabama 判決は、第2章で触れる予定である。

<sup>23</sup> 芦部・前掲注（22）133頁の表現。

<sup>24</sup> 芦部・前掲注（22）144頁の表現。

すなわち、表現の自由の領域で、国家を介入させないという「思想の自由市場」を観念することは、重要である。しかし、今日の行政国家においては、国家による「思想の自由市場」に対する何らかの介入は不可避である。

その意味において、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、人工的なものにすぎない。そうすると、憲法学は、そうした点を強く留意したうえで、「思想の自由市場」に対する諸々の国家介入の中から、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。

そして、その際に、政府言論の理論が有効に機能する可能性があるというべきである。

## 第2節 Yudof

第2節では、Yudofの政府言論の理論を提示したい。より具体的にいえば、Texas Law Reviewに発表された彼の政府言論に関する論文を中心に検討し、それに、『政府が話をする時(When Government Speaks)』<sup>25</sup>という著書の該当部分を若干補いたい。

### (1) 定義

#### ① 前提条件

まず、Texas Law Reviewに発表されたYudofの論文を検討する前

---

<sup>25</sup> 彼の議論は、『政府が話をする時』という著書に集約されており、多種多様な政府言論の現象があげられている。後掲注(32)も参照。しかし、本稿は、便宜上、著書のエッセンスが凝縮されている、Texas Law Reviewの論文を中心に検討する。なお、彼の著書に触れた最近の論文として、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1号(2004年)45頁以下。長峯信彦『『権力化』したメディアと表現の自由——<権力によるメディアからの市民の自由>と<メディアによる市民からの権力の自由>——』法律時報79号8巻(2007年)77頁以下など。Mark G. Yudof, *When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 Tex. L. Rev. 863 (1979).

に、Shiffrin による彼の著書に対する書評<sup>26</sup>を用いて、政府言論の理論の全体の流れを概観したい。

すなわち、書評によると、政府言論の理論を提示する際には、次のような前提条件を踏まえるべきという。それは、立憲政治が予定する多数決ルールや代議制政治の根底には、統治に関する説明責任があることである<sup>27</sup>。いいかえれば、国民から同意を獲得するための過程を保護することと、政府言論の理論が密接に関わることを再確認している。

そのうえで、われわれ国民は、国家による「教化 (indoctrination)」活動に警戒しなければならないという。国家による教化活動を監視する役割として、プレスを含むマスコミの存在が重要である。マスコミは、国家による教化活動からの防御壁である<sup>28</sup>。

また、政府言論に関する具体的な問題現象が提示されている。より具体的にいえば、政権与党に有利（そして、野党には不利）になる選挙システムを構築するという選挙プロセスにおける政府言論、連邦議会議員の郵便物無料特権 (franking privilege) という政府言論などである。これと同様の問題として、公立学校、刑務所、病院、軍隊などで国家権力が不当なかたちで発動される政府言論があるという<sup>29</sup>。

彼は、これらをすべて政府言論と捉えたうえで、政府言論に関する問題を検討する際には、連邦主義、権力分立、行政庁に対する統制などの一般的な理論が重要であるとして、それを補強するものとして政府言論

<sup>26</sup> 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, (1983) (book review).

<sup>27</sup> *Id.*, at 1746.

<sup>28</sup> *Id.*, at 1747.

<sup>29</sup> *Id.*, at 1746. たとえば、国公立病院の患者や国公立学校の学生や生徒と国家の関係が問題となる。というのは、そこに存在している国民に対して（ほぼ強制的に）国家によるメッセージが伝達されるからである。これは、わが国の議論でいえば、特別権力関係論に近い関係であろう。なお、その際には、公務員が上位機関からのメッセージを伝達する道具として使われるという問題も同時に発生する。これらは、政府言論の問題関心である。竹中勲「とらわれの聴衆」ジュリスト1037号（1994年）146頁以下。

アプローチが重要であるとしている<sup>30</sup>。

次に、やや繰り返しになるが、民主主義過程においては、対話が重要であるという。政府と国民のあいだでも、対話が行われるべきである。政府と国民のあいだのコミュニケーションは、それが適切になされる限りでは要請される。ただし、適切とはいえない政府コミュニケーションは、憲法学的な観点から認められない。ここで、政府言論という場合、説得 (persuasion) と、教化 (indoctrination) という類型を指摘できる。われわれは、このふたつ——いいかえれば、適切な政府言論と、不適切な政府言論——を明確に区別する必要がある<sup>31</sup>。

しかし、この区別は決して一義的にできるものではない。なぜならば、彼自身が、適切な政府言論と、不適切な政府言論を区別しようとする際に、その判断基準として、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多種多様なものをあげているからである<sup>32</sup>。

そして、政府言論に関する問題に裁判所が介入することも一定程度警戒する必要がある。それは、裁判所による政府言論のコントロールが、場合によっては、同意過程を歪曲する可能性があるからである<sup>33</sup>。ここでは、国家と国民による同意過程は、より多くの方法によりチェックする必要があり、同意過程に関する問題は、ひとつの法理論や判例法によっては解決されないことが示されている。

また、美術館や図書館などは、諸々の思想を国民に対して提供している。これもまた、ひとつの政府言論といえる。ただし、われわれは、図書館の機能そのものに対して警戒する必要がない。そうではなくて、われわれは、党派的な戦略に基づいた選書活動に警戒すべきである。図書

<sup>30</sup> *Id.*, at 1747. 要するに、表現の自由という人権固有の問題に還元されないことを提示しているといえよう。

<sup>31</sup> *Id.*, at 1747.

<sup>32</sup> *Id.*, at 1749. なお、著書では、政府言論の非司法的な救済の方法が具体的に提示されている。MARK G. YUDOF, WHEN GOVERNMENT SPEAKS 111-140 (1983).

<sup>33</sup> *Id.*, at 1748.

館の選書をよりクリアーにするためには、権力分立アプローチ——いいかえれば、選書を政治的機関から離れたかたちで行うこと——が、より適切である<sup>34</sup>。

以上のようにして、政府言論の理論は、コミュニケーション・ネットワークに「参加」する政府を一般的に問題化する枠組みである。このように定義づける場合、政府の地位を高めるために虚偽の事実を開示するという情報公開、これとは反対に、政府が情報を公表しないことが政府言論の理論の対象となるだろう<sup>35</sup>。

ここで、一般的に言えば、民主的な自己統治を実現するためには、情報公開という政府言論はまったく否定されるべきものではない。というよりも、政府言論の理論は、政府が情報を意図的に隠すとか、不当に「思想の自由市場」を操作することを問題視する。

このように、政府言論の発想は、国家介入ないし国家活動をめぐる問題を認識するツールとしては有効であるといえるが、政府言論を「いかに」統制するかという個別の問題の解決を一義的に導くものではない。以下では、このことを可能な限りにおいて、敷衍していきたい。

<sup>34</sup> *Id.*, at 1750-1751. なお、彼は、単なる言論者に対する補助と、公務員による党派的な補助を区別する。そして、公務員による党派的な補助が行われた場合には、違憲と解すべきとしている。

<sup>35</sup> Yudof, *supra* note 32, at 5-19 (1983). 彼は、国家機関が有している国家秘密が、国民に与えられた情報に基づく討論を困難にすることを一般的に問題化している。Cf. Gia B. Lee, *Persuasion, Transparency, and Government Speech*, 56 *Hastings*, L. J. 983, 1045-1049 (2006).

もっとも、情報公開というものは、民主主義過程にとって重要なものであるが、同時に個人に対しても重要であることがある。たとえば、「情報公開は何をさておいてもまず、個人の人格の自由な発展に有用であり、民主主義の実効化という目的は情報公開の本来的な目的の一部しか捉えていない……。『知る権利』、あるいは、その母体である表現の自由には、民主主義の一手段であるという面と同時に、人権本来の機能である、個人の自律を支えるという側面がある」という指摘が示唆的であろう。棟居快行「情報公開法一条——法律の目的——」ジュリスト1156号（1999年）33頁の表現。

## ② 問題の所在

アメリカ合衆国もまた20世紀に入ってから、行政国家化が進んでいる。そのことを背景として、憲法学の関心もまた、コミュニケーションや公的意見を形成していく政府に向けられていく。公的な意見を形成する政府機関には、学校や刑務所、病院や軍事施設も含まれる。

こうした政府機関は、一般的に言えば、正当な政府の目的 (legitimate government purposes) を達成するために、重要な役割を果たすものである。しかし、注意すべきは、こうした機関は、依然として、授権機関によって与えられた権限の範囲内でしか活動ができないことである<sup>36</sup>。

そして、先行学説は、政府言論の現代的文脈をまったく無視してきた。政府のコミュニケーションという問題を検討することは、従来から議論されてきた（国家がある私人の表現を規制するという）文脈とは異なるかたちで、現代のコミュニケーション・ネットワークへの政府自身の関与を承認することであり、リベラル・デモクラシーにおける表現に関する理論や概念を（新たに）要求するものである<sup>37</sup>。こうした問題関心は、およそ次のように評価できるだろう。

「現代のコミュニケーション・ネットワークにおける政府の表現には、計り知れない実践的な重要さがあるにもかかわらず、学説は、第1修正の枠組みでしか、政府言論の役割を検討してこなかった。すべてのレベルで、政府は、情報を知らせる権限を有していて、各組織体を主導し、こうして、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関する適切な役割を提案する。(傍点は引用者)」<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Yudof, *supra* note 25, at 864.

<sup>37</sup> *Id.*, at 864-865.

<sup>38</sup> *Id.*, at 863. この表現は、論文冒頭に掲載されている要約である。ここでも

## ③ 歪み

すでに確認したように、政府言論は、民主的國家の活動において、重要なものである。ただし、政府言論が同時に破壊的な威力を有していることが問題となる。より具体的にいえば、教育し、情報を知らせ、誘導する國家権力は、國民を教化し、判断（力）を歪め、現在の権力を永続化させるものだからである。

また、政府による「強制」とは異なり、「説得」という手段は、より受け入れやすい。そこで、「説得」という政府言論は、場合によっては、有用なものとも評価できる。こうした政府言論の逆説的な性格が、政府言論に関する課題を複雑にする<sup>39</sup>。

まず、政府言論の積極的意義を認める学説を次のように批判する。政府言論を積極的に肯定する学説は、私的な言論者（国民）と同様にして、政府にも「言論者としての地位」を認めるべきと主張する。これに対しては、（当時における）著名な判決である、Bellotti 判決<sup>40</sup>を引用することで、次のような批判をしている。

ここで、Bellotti 判決とは、人民投票の際に、銀行や企業が金銭を支出すること——あるいは、意見広告をすること——を禁止した州法が違憲とされた事例である。彼の観点からすると、Bellotti 判決で争われた州法は、銀行や企業が、人民投票に際して、自身に有利な情報を「思想の自由市場」に付け加えることを規制する法律であると評価される。それゆえに、政府言論を否定的に解する彼のような立場からは、次のように評価される<sup>41</sup>。

---

政府言論の理論が、表現の自由という個人的権利の問題に還元されないことを提示している。

<sup>39</sup> *Id.*, at 865.

<sup>40</sup> *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

<sup>41</sup> 木下智史『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社・2007年）261頁によると、プレスや表現目的の自発的結社というものではない、営利法人たる会社の表現活動と第1修正の保護の関係は、比較的最近までは否定されていたという。しかし、この Bellotti 判決で、法人が表現の自由の享有しうることが、合衆国最高裁の先例からしても正当であるとされた

すなわち、銀行や企業による言論は、直接的には、人間の尊厳や自己実現に奉仕しないけれども、銀行や企業から放射されるコミュニケーションが、(政治的問題や政治家に関する) 市民的判断をする際に不可欠な情報を提供するだろう。

このようにして、彼は、たとえ銀行や企業が、「思想の自由市場」に対して自身に有利な情報を提供したとしても、それを必ずしも否定的に解すべきではない——むしろ、国家による規制の弊害こそを警戒すべきである——としている。いいかえれば、「思想の自由市場」に対して、結果的にいえば、ある情報や表現が増えることを歓迎している<sup>42</sup>。

次に、政府言論を肯定的に理解する学説を次のように批判する。これらの学説は、たとえば、プレスや営利企業、利益団体によって、「思想の自由市場」が「支配」されている現実を直視して、再び「個人」の声を復活させるために、国家介入——要するに、弱者の声を、再び「思想の自由市場」に参加させるという「国家による自由」——が、有用であるという主張をしている<sup>43</sup>。

しかし、こうした議論は、コミュニケーション・ネットワークに参加する企業などの(社会的)権力をチェックするという役割を国家に付与することを意味している。それは、端的にいえば、政府権力に新たな権能を付与することである。こうしたモデルに依拠すると、行き過ぎた政府言論を抑制するという観念を諦めることになる<sup>44</sup>。

したがって、政府が言論をする権利を、憲法に組み込むことは、説得的でも魅力的でもない。第1修正の目的は、歴史的にいえば、政府の権力を制限することである。それは、政府が話す権利を認める根拠とはなり得ない。

---

という。また、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男・中島徹編『憲法理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開——』(日本評論社・2009年)121頁以下。

<sup>42</sup> Yudof, *supra* note 25, at 866-867.

<sup>43</sup> See, e.g., OWEN M. FISS, THE IRONY OF FREE SPEECH (1996).

<sup>44</sup> Yudof, *supra* note 25, at 867.

すなわち、政府の言論は、企業や労働組合の言論よりも、コミュニケーション・システムを脅かすものである。企業という法人に表現の自由を認めることと同様にして、政府という主体に対して、表現の自由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）というべきである。

むしろ、政府言論が認められるのは、話し手としての政府の権利（the rights of government as a speaker）にあるわけではなく、国民が公的なことに関して情報を受け取る権利（the right of the public to receive information）、または、国民が情報を知らされる権利、すなわち、知る権利にある<sup>45</sup>。

以上のように、彼は、政府言論とインフォームド・コンセントの観念を接合させている。たしかに、政府は、「思想の自由市場」に対して、多種多様な情報を提供している。ただし、そうした情報は、特定の観点によるもので一方的に偏った情報である。ここで、政策的な観点からいえば、正当な選挙により選ばれた多数派は、話す権利を持っているといえるだろう。しかし、それは、憲法的な観点からの議論ではない。政府に話す権利を認めることは、政府の権力を制限するという——伝統的な第1修正の原則的な——議論を混乱させるものである<sup>46</sup>。

このようにして、やや繰り返しになるが、Bellotti 判決においては、政府の言論と銀行や企業による言論が、少なくとも対立していたにも関わらず、彼は、政府の言論こそを警戒すべきという立場を採用している。その意味で、彼の理論は非常に明確である。

しかし、こうした立場は、社会的権力である銀行や企業の（有害な）言論に対しては、「寛容」を貫いているといえる。こうした議論から分かるように、彼は、「国家からの自由」を基調とした「思想の自由市場」により忠実な——あるいは、多元主義に近い——立場にあるように思われる。

より具体的にいえば、何が真に公益なるものかどうかの判断を国家が

---

<sup>45</sup> *Id.*, at 868.

<sup>46</sup> *Id.*, at 869.

することは認められない。それは、討論によってなされるべきである。そこで、彼は、現状をペースラインとして、国家がある表現を禁止ないし統御することは、「思想の自由市場」の原則から禁止されるべきと考えている。

## (2) 諸相

### ① 地方政府

政府の言論は、連邦政府だけで起こるわけではない。地方政府においても、それは起こりうる。しかし、地方政府においては、構造的に言えば、地方政府による言論（声）が、唯一の言論となることは少ない。それゆえに、地方政府における政府言論は、より安全であると評価できる。それは、どういうことであろうか。

というのは、地方政府は、連邦政府とは異なる地方政治の運営に関する多種多様な独自のルールを有しており、立法過程においても、強固で独立した支柱をいくつも有している。その結果として、地方政府は、より自然なかたちで、ロビイングや公共広告の影響を受ける。したがって、地方政府の声（だけ）が、他のさまざまな言論を「掻き消す（drown out）」という状況は、通常起こりにくい。それゆえに、政府言論に関する問題は、連邦政府よりも生じにくい<sup>47</sup>。

そこで、地方政治における司法権のひとつの役割は、地方政府による（私人に対する）公共広告の規制を監視することであると考えられる。それは、政府言論の観点からすると、政府が、コミュニケーション・ネットワークを独占（monopolizes）したり、政治的プロセスを歪めることが危険であるからである<sup>48</sup>。

以上のことから、政府言論の理論は、本稿が暫定的に定義づけたように、国民の権利を直接的に侵害するというよりも、「思想の自由市場」を歪めたかどうかというな、抽象的ないし構造的な問題であるともいえる。

---

<sup>47</sup> *Id.*, at 869. 要するに、多種多様な言論が地方政治レベルでは存在していて、それが（より大きな連邦政府に較べると）法制度上も政府に反映されやすいといえることから、政府言論が唯一の声となることは少ないといえる。

<sup>48</sup> *Id.*, at 870.

## ② 福祉国家批判

まず、政府言論の類型を指摘できる<sup>49</sup>。

第1の類型は、政府が、より直接的に国民に対して（強力的に、反立憲主義的に）コミュニケーションしようとする場合である。それは、より具体的にいえば、国民の思考を歪めたりする場合とか、反憲法的価値を押しついたりする——いわば、立憲主義を根底から覆すような、非常に稀有で、露骨な——政府言論である。こうした政府言論は、自由主義国家においては危険である（また、こうした状況は、非常に例外的なものである）。そこで、国民が、政府と国民のあいだの同意過程を政府に支配されないように常に監視していて、あるいは、国民は、憲法条文の背後にある原理や、先例や法律、憲法テキストや政府構造などを考えることで、そうした国家活動を常に監視している<sup>50</sup>。

第2の類型は、政府言論（の行使）が、ある人の表現の自由や表現的結社の自由に抵触する場合である。この場面には、第1修正を用いて問題を解決できる。たとえば、裁判所は、保護された言論が州の行為によって「侵害」されたかどうか、州側に「やむにやまれぬ」利益があるか、「明白かつ現在の危険」があるか、それに関わるような利益が「現に存在するか」を判断すべきである。

ただし、重要なことは、すべての国民が、情報と意見の自由な流れという利益（an interest in the free flow of information and opinions）を有するという前提である。なぜならば、こうした思想や表現の「流れ」が、民主的プロセスの導管となるからである。したがって、もし、市民の私的なコミュニケーションを促進させたいならば、（裁判所としては）同意過程を歪曲する政府権力を監視する必要がある<sup>51</sup>。

<sup>49</sup> *Id.*, at 871. 本稿は、政府言論の類型をいくつか提示する予定であり、この類型が最初の類型である。

<sup>50</sup> *Id.*, at 871-872. とはいえ、第1類型も訴訟が可能である（ある人の権利を侵害している）ことから、第2類型に較べて、そもそも立憲主義との抵触の具合がより大きいことを意味しているように思われる。

<sup>51</sup> *Id.*, at 872. ここでも、「思想の自由市場」論により近い立場に立っていることがわかる。

次に、表現の自由システムの脅威とは、国家による福祉国家であり、マス・メディアや労働団体等の声ではない。こうした議論は、現状をベースラインとした、「国家からの自由」論に依拠したものであり、社会的な権力よりも、政府の拡大を警戒するものである。

もっとも、彼自身も、このような理解の問題点を認識している。すなわち、「思想の自由市場」に参加する人々のあいだには、同等の力が存在しないではないか。これに対して、彼は、次のように応答している。政府は、強い声や重要な声を「恣意的」に選択して沈黙させようとする傾向がある。こうした（選択を恣意的におこなう）政府言論は、表現的結社の自由、情報を集め出版をしたりする自由に対して、非常に大きな影響を及ぼすことから、制限する必要がある<sup>52</sup>。

以上のことからすると、政府言論の問題関心は、次のようになる。彼の政府言論の理論は、主として、「国家からの自由」の観点に依拠しつつ議論が構成されている。そして、このことは、政府言論と「思想の自由市場」の問題関心に結びつきがあることを証明している（命題1）<sup>53</sup>。

### ③ 問題点

それでは、政府言論の問題点とは何か。それは、裁判においては、侵害された権利利益（損害）を原告が立証する必要があることに関わるものである。そもそも法的救済とは、個人や組織に対して、直接的に行われる。これに対して、これまでも確認してきたように、政府言論（の効果）は、すべての人に対して間接的に表出される点に特徴がある。こうした政府言論は、本質的にいえば、「抽象」的で「観念」的なものであり、権利侵害を伴わないものであることが多い<sup>54</sup>。

<sup>52</sup> *Id.*, at 873.

<sup>53</sup> 序章で提示した、本稿の検討課題（命題1）は、「国家からの自由」ないし「思想の自由市場」の原則と国家規制の連関を指摘することである。このような問題関心については、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）96-97頁も参照。Yudof, *supra* note 32, at 90-110.

<sup>54</sup> Yudof, *supra* note 25, at 873-874. 序章で触れたように、権利侵害を伴わない政府言論をどのようにコントロールしていくかという問題は、政府言論の大き

たとえば、政府言論の中には、情報公開という政府言論がある。このような政府言論は、ある特定の権利自由を直接的に侵害するものではない。その結果として、情報公開という政府言論は、裁判による救済にはなじまない部分がある。

### (3) 各論

これまでの議論を簡単に振り返っておきたい。

まず、政府言論には、ふたつの類型がある。ひとつは、政府言論（の行使）によって個人の権利利益が侵害される場合である。もうひとつは、典型的には情報公開のように、権利侵害を伴わない場合である。

たとえば、前者に関する問題に公立学校において、国旗敬礼行事に参加・強制させられる生徒という問題類型がある。この政府言論は、非常に重大な問題である。なぜならば、こうした政府言論は、学校という国家によって創設された空間に存在する生徒——それは、「捉われの聴衆」——に直接的に向けられるからである。こういう場合、生徒は、宗教的結社の自由や国教樹立禁止条項を用いることで、（政府言論の理論の用語を用いると）「教化活動」の不当性を訴えることになる<sup>55</sup>。

以上のことから、政府言論を検討することは、既存の判例理論の分析と重なる部分もあるといえる。重要なことは、政府言論の発想（こそ）が、（見えにくい）国家関与の問題を顕在化させることである<sup>56</sup>。

---

な課題である。これを、彼は、救済の困難さ（remedial quandaries）という概念で説明する。Cf. Gia, *supra* note 35, at 1045-1049 (2006).

<sup>55</sup> *Id.*, at 874-875. See *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). 石埼学ほか編『リアル憲法学』（法律文化社・2009年）53-54頁（石埼学執筆）も参照。

<sup>56</sup> 若干議論が逸れるが、本来、政府言論という理論は、見えにくい国家関与の問題点を明らかにする理論であった。そして、審査基準を場合によっては、より厳格にしようというアプローチであったにもかかわらず、最近の判例では、政府言論の法理というものが、政府言論という言葉を用いることで、審査基準の緩めているという皮肉がある。Pleasant Grove City v. Sumnum, --U.S.--, 129 S. Ct. 1125 (2009). 拙稿「ある宗教団体が、十戒のモニュメントがすでに展示されている公園に、同宗教団体の格言のモニュメントの展示を求めたこと

以下においては、政府言論がどのように行使され、それをどのように統制すべきかという各論を概観する<sup>57</sup>。

### ① 祈祷行事

公立学校でおこなわれる聖書の祈祷行事という問題がある<sup>58</sup>。こうした問題に対しては、国教樹立禁止条項や信教の自由を用いることができる。生徒という存在は、学校という権力によって管理された空間に存在する「捉われの聴衆」といえる。

そうした「捉われの聴衆」に向けて、国家が宗教的メッセージをコミュニケーションすることは、危険な政府言論である。それらは「教化活動」といふべきである。

### ② アカデミック・フリーダム

アカデミック・フリーダムという問題がある<sup>59</sup>。アカデミック・フリーダムは、アメリカ合衆国憲法には規定されていない権利であり、もともとは、19世紀のドイツで発達した——とりわけ、大学における学問的な——自由であるが、次のような問題にも部分的に援用できる。

まず、公教育における教師の（教育の）自由である。このことを考える場合には、次のことを念頭におく必要がある。すなわち、教育に関する権限分配に関する問題提起として、学校のクラスでなされることを「全て」コントロールする（より上位の）組織があれば、その分だけ、「捉われの聴衆（生徒）」に対して、政府の公式のメッセージを伝達する可能性が高まる。こうした傾向が、高まるほど、教師は、単なるロボット

---

に対して、市がそれを拒否したことが第1修正に違反しないとされた事例」アメリカ法〔2010-1〕掲載予定。

<sup>57</sup> ただし、以下にとりあげる内容は、本稿の問題関心との関係から若干偏りがある。より具体的には、項目立てを若干修正しているのに加え、祈祷行事やニュース・レターやアカデミック・フリーダムの記述に若干の省略部分がある。

<sup>58</sup> Yudof, *supra* note 25, at 875-876. See Engel v. Vitale, 370 U.S. 421(1962). すでに確認したように、本稿の論述は、簡略化したので、国旗敬礼行事については、Emerson などの論者を参照のこと。また、後掲注（107）参照。

<sup>59</sup> *Id.*, at 876.

(automatons) ——それは、腹話術師——としてしか機能しなくなる。

しかし、教師は、上位機関から指示された内容を、ただ単に機械的に伝えるロボットとは捉えるべきではない。それを認めてしまうと、結果的にいえば、国家による「教化活動」が増えるからである。

そこで、教育に関する責任の所在を、できるだけ「分散化・小国化 (balkanization of responsibility)」させることが重要である。なぜならば、責任の所在の分散化は、国家による教化活動の潜在的な可能性を縮減させるからである<sup>60</sup>。このようにして、責任の所在をできるだけ分散化・小国化させること——いいかえれば、政府言論の理論で用いられる用語を使うと、文化(?) 専門職の一定の裁量を容認することこそ——が重要となる。

もっとも、もともとアカデミック・フリーダムという用語は、繰り返すように、主として、大学の教師の自由として語られた、非常に狭い特殊な自由であるから、あらゆる文脈に対しても援用できるわけではない<sup>61</sup>。

<sup>60</sup> *Id.*, at 877.

<sup>61</sup> *Id.*, at 878. たとえば、教師がカリキュラムをすべてつくることまでは認められないだろう。なお、「英米の憲法理論でも、アカデミック・フリーダムは、大学における研究・教育の自由に限定されるのか、大学以外の初等中等教育機関の教師・研究者にも推及される自由であるのか、については、ほとんどコンセンサスがない状態にある。」という指摘がある。

なお、アカデミック・フリーダムとは、教育の自由、言論の自由、プライバシーと個人のライフスタイルの権利、手続き的公正、団体交渉、生徒・学生の権利などを総称する考え方とされる。芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) 増補版』(有斐閣・2000年) 205頁の表現。

これに関連して、松元忠士「公立学校教師のアカデミック・フリーダム」ジュリスト946号(1989年)92頁以下が、「新しい学校教育制度の下での最も有力な考え方は、学校の目的は批判的探求と創造的思考力の育成にあるとし、学校の性格を『思想の市場』理論で捉えている。ここでは、伝統的社会的価値の注入にも、既存の知識の権威的教化に対しても懐疑的である。学校が教師と生徒、生徒間の自由な思想の交換と批判的討論を通じての、広い意味での真理探究の程度に差異があるとしても、大学教授と同様アカデミック・フリーダムの権利保護が要求される」としている。これは、「思想の自由市場」論のアナロジーから、

たとえば、教師が教育活動の「すべて」において自身の信条を反映させること——つまり、教師自身がカリキュラムを自身で決定すること——は認めるべきではないし、同様に、教育に関する決定権を、より上位機関に白紙委任することもまた認めるべきではない<sup>62</sup>。その意味において、教育に関する権限は、折衷的（権限分配的）なものである。

また、教師の雇用の自由の問題については、外国人が州立学校で、教師をおこなうことを禁止した州法が合憲とされた *Ambach v. Norwick* 判決<sup>63</sup>が提示されている。Powell 裁判官による法廷意見によると、公立学校の任務は、アメリカにおける民主的な価値を教えることであることから、州はそのような目的を達成するために、「適切に」人選を行うことができるとし、それを前提として、外国人の教員採用を否定できるとした。

しかし、（ちょうど原告が主張しているように）外国人の教師を否定することは、多様な観点の創造という契機を縮減させることから、上位機関による党派的な政府言論に対抗するためには、教師集団の多様性を築きあげることが重要となる<sup>64</sup>。

そうであれば、裁判所としては、（公立学校の教師になる自由が憲法上の自由であるかを問うよりも）外国人が公立学校で教育を行う利益を踏まえたうえで、教員選任のプロセスが、教師集団を築きあげるとい

---

政府言論の問題を検討している本稿にとって、注目すべき見解である。

<sup>62</sup> *Id.*, at 878. See also *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968). 公立学校で進化論を教えることを禁止した州法が違憲とされた事例である。これに関連して、鈴木慎太郎「アメリカの公立学校における進化論教育と信仰の自由」法と宗教をめぐる現代的諸問題（二）紀要第50号（2010年）51頁以下。

<sup>63</sup> *Id.*, at 879-881. この判決では、外国人が州立学校の教師になれるかが議論された。法廷意見と反対意見の違いは、アメリカにおける民主的な価値を教える人間として、外国人がふさわしいかどうかであるといえる。 *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).

<sup>64</sup> *Id.*, at 881-882. これに対して、Blackmun 裁判官による反対意見は、外国人をアメリカに帰化させることによって、はじめて教員採用試験の受験資格を得るとすること——つまり、外国人には、教師の資格を認めないこと——は、まったく外国人の教師としての能力には関係がないことであると批判した。

州の権限の（裁量の）範囲を超えたかどうかを問うべきである。

### ③ ニュース・レター

公立学校におけるニュース・レターという問題がある<sup>65</sup>。一般的に言えば、学校におけるニュース・レターの作成、それに対する学校による金銭補助は、学校の監督に服さなければならないだろう。

しかし、ニュース・レターは、コミュニケーションのツールとして、もっとも重要なものである。そこで、学校当局から「捉われの聴衆」に向けられた強力なコミュニケーションを縮減させるためには、表現の自由を援用することが重要となる。

### ④ 準パブリック・フォーラム

---

<sup>65</sup> *Id.*, at 882-884. すでに確認したように、この部分の論述は、簡略化した。若干補足すると、彼の構成では、学校における生徒や学生という「捉われの聴衆」に対する強力な政府言論（学校当局による介入）が極力避けるように構成される。しかも、興味深いことに、たとえば、人種差別主義的な学生団体に対する金銭補助の拒否やニュース・レターに対する学校当局の介入も否定的に解されている。

これに対して、いかなる評価をするかはともかくとして、本稿のように、政府言論を多義的に理解する場合には、公立大学や公立高校の運営方針も、ひとまず政府言論の対象となるだろう（第4章）。それは、学校による政府言論が、（学生の）思想・信条の自由と抵触する可能性を否定できないからである。See Nan D. Hunter, *Expressive Identity: Recuperating Dissent for Equality*, 35 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1, 54 (2000).

ここでは、学校当局による規制が否定的に解されている最近の事例（や、それに対する研究）を指摘するに留めておく。See also Note, *Recent Case: Constitutional Law -- First Amendment -- Seventh Circuit Holds that Public University Cannot Refuse To Recognize Student Group Based on Group's Violation of School Nondiscrimination Policy*, 120 Harv. L. Rev. 1112, 1112 n.1 (2006); David E. Bernstein, *Antidiscrimination Laws and the First Amendment*, 66 Mo. L. Rev. 83, 101 (2001); Laura K. Klein, *Rights Clash: How Conflicts Between Gay Rights and Religious Freedoms Challenge the Legal System*, 98 Geo. L. J. 505 (2009).

準パブリック・フォーラムという問題がある<sup>66</sup>。公立学校という環境において、生徒という存在は、コミュニケーションがしにくい存在である。生徒という存在は、学校の設立者などの上位機関から発せられる政府言論の権威に較べると、非常に小さい存在である。

そこで、上位機関からの政府言論を踏まえ、政府言論に対抗するために、ニュース・レターを作成すること、クラブを組織することを広く認めていくべきである<sup>67</sup>。要するに、政府言論に対抗する、生徒という主体の自由を強く観念すべきである。

たとえば、*Tinker v. Des Moines School District* 判決<sup>68</sup>がある。同判決では、ベトナム戦争に反対の意思表示をするために、学校に黒い腕章を装着して、登校したことが問題とされた。連邦最高裁は、子どもに対して、そのような表現を行うことを広く認めたが、これは高く評価されるべきである<sup>69</sup>。

同判決が示したように、政府言論の問題関心からすると、「我々のシステムにおいては、州に操作された学校が、全体主義の包摂 (state-operated schools may not be enclaves of totalitarianism) にされてはならぬ<sup>70</sup>」<sup>70</sup>ず、学校というフォーラムでは、できるだけ、生徒の利益(表現の自由)をより広く認めることが重要である。ただし、このことは、生徒の主張をすべて認めるべきことまでを意味しない<sup>71</sup>。

## ⑤ 親の教育権？

親の教育権という問題がある<sup>72</sup>。親の教育権という問題は、わかりや

<sup>66</sup> *Id.*, at 884. 学校という場所(たとえば、教室や講堂)は、準パブリック・フォーラムとされることがある。

<sup>67</sup> *Id.*, at 885.

<sup>68</sup> *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

<sup>69</sup> Yudof, *supra* note 25, at 886.

<sup>70</sup> *Tinker*, *supra* note 68, 393 U.S. 503, 511 (1969).

<sup>71</sup> Yudof, *supra* note 25, at 885-886.

<sup>72</sup> *Id.*, at 888. 彼の項目立てでは、「捉われの聴衆から逃れること (Freeing the captive audience)」とある。しかし、そこで扱われている判例は、*Pierce* 判決がメインであるから、本稿は、あえて「親の教育の自由？」とした。それは、

すくいえば、公立学校に子どもを通わせると、「捉われの聴衆」になることから、「公教育からいかに『自由』に生きられるか」を観念するという問題設定である。

ひとつの例として、私立学校の観念を否定して、公立学校での教育を義務付けた州法が違憲とされた *Pierce v. Society of Sisters* 判決<sup>73</sup>がある。*Pierce* 判決のひとつの特徴は、実体的デュープロセスという観念を採用して、当該法律を違憲としたことである。

重要なことは、(とりわけ経済的自由を中心として) 実体的デュープロセス論に敵対する判決でさえ、この判決を否定的に解していないことである<sup>74</sup>。実際において、学説(や裁判官たち)によっても、*Pierce* 判決は、信教の自由に関する事例として注目され、または、第14修正のデュープロセスから派生する親の権利として注目されてきた。そして、

---

親の教育の自由をはじめとする、私的自由の観念の意義を探ることが、本稿のひとつの課題であり、これらを政府言論の観点から再構成することが重要と考えるからである。

いうまでもなく、これらの自由は、実体的デュープロセス論として検討されてきたものである。*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

なお、*Pierce* 判決は、第2章の「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」を検討する補助線として重要である。本稿は、国家に妨害されない自由を、政府言論という観点から検討している。義務教育の強制の是非が争われた本件は、子どもの教育に関する「国家からの自由」を観念する際に、非常に重要な事例といえる。関連して、中川律「合衆国の公教育における政府権限の限界——ロックナー判決期の親の教育の自由判例 マイヤー判決とピアース判決に関する考察——」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』(敬文堂・2009年) 117頁以下。

<sup>73</sup> *Pierce*, *supra* note 72, 268 U.S. 510 (1925).

<sup>74</sup> *Yudof*, *supra* note 25, at 888 n 96. *Cf.* *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976); *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1972); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). なお、*Pierce* 判決が支持されているひとつの理由は、デュープロセス論を検討する際に重要な *Calolene Products* 事件の脚注4で、*Pierce* 判決が違憲とされるべき例とあることだろう。*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n 4 (1938).

それを覆すことについては、今日でも否定的に解されてきた<sup>75</sup>。

なお、同判決では、私立学校における教育を禁止する法律の違憲性が争われたが、私立学校は、たしかに教育内容に関するカリキュラムを編成する権利を有している。それは、州によって妨害されない自由である。ただし、同様にして、歴史的に言えば、親は、子どもに対して、どのような教育を行うかに関する権利を有してきた。

ここで、公立学校における強制教育に関する法律（だけ）が、なぜ親の権利を侵害しているかを説明できなくなる。なぜならば、公立学校での就学を義務付ける法律よりも、私立学校を含むような義務教育を規定する法律のほうが、より大きく親の権利を侵害するからである。いいかえれば、私立学校に対する就学義務も、場合によっては、親の権利を侵害するといえる<sup>76</sup>。

これらのことを踏まえると、Pierce 判決は、若者たちに対する教育を（公立学校でおこなうのみ）おこなう（という法律を制定した）政府の権力を制限するという観点から理解できるだろう。

## ⑥ 国旗敬礼行事

国旗敬礼行事に強制・参加させられる生徒という問題がある<sup>77</sup>。これは、日常的におこなわれる公教育（のカリキュラムの構築）という問題とは若干異なった問題類型といえる。

---

<sup>75</sup> *Id.*, at 889.

<sup>76</sup> *Id.*, at 889-890. 本件においては、(州内の) 子どもの教育を公立学校で「すべて」しようとした——その意味で、私立学校の自由を否定した——法律が問題となった。しかし、彼は、私立学校の自由を否定することはせず、子どもの社会化において、私立学校や家庭を重要なものと位置付けている。たとえば、学校は、家族内の事項と思われる事柄にも関心を持つことがある。すなわち、子どもに対するポルノグラフィの売買、たばこの売買などを禁止することがある。その意味でいえば、学校の権限と親の権利という公私区分は相対的なものである。

<sup>77</sup> *Id.*, at 891. 彼は、これまで扱った現象を、公立学校における「捉われの聴察」の問題とする。これとは異なるモデルとして、国旗敬礼行事の問題や、結社の自由の問題を挙げる。これに関連して、後掲注 (111) (112) を参照。

まず、自己の信念に反するようなコミュニケーションを国家に強いられるという状況は、連邦最高裁でも何度か議論されている。

より具体的にいえば、国旗敬礼行事に強制・参加させられた子どもが訴えた *Barnette* 判決<sup>78</sup>は、国家と話さないこと（コミュニケーションしないこと）を選択する権利を、第1修正上の権利として承認し、国旗敬礼行事に参加する義務がないことを明確に承認した。法廷意見を書いた *Jackson* 裁判官は、クラスルームで、国家が愛国主義を教えること自体は禁止できないとしつつも、——いいかえれば、特定のメッセージを伝達すること自体を認めつつも——ある特定の不快な方法により、それを伝達することを禁止している。

このことから、*Barnette* 判決の法廷意見は、愛国主義を教えることを認めつつも、特定の場面、特定の方法によるそれを問題視した判決といえる。そうすると、どのような場面において、政府コミュニケーションが許されるかを明らかにすることが重要となる<sup>79</sup>。

これに関連して、*Wooley v. Maynard* 判決<sup>80</sup>が提示されている<sup>81</sup>。*Wooley* 判決とは、州のモットーである「自由に生きるか、死ぬか」というメッセージを、車のナンバー・プレートに強制的に装着させる州法の合憲性が争われた事例である。この事例では、ナンバー・プレートという手段で、イデオロギー・メッセージを普及させられるかが問題となった。連邦最高裁は、*Barnette* 判決を引用して——「表現する権利」と「表現しない権利」は、第1修正の補完的構成要素であるとして——当該法律を違憲とした。

もっとも、*Wooley* 判決もまた、ナンバー・プレートを用いて、何らかのメッセージを普及させること自体を禁止してないため、この判決も特定の内容のメッセージのみを普及させることを禁止したといえる<sup>82</sup>。

<sup>78</sup> *Barnette*, *supra* note 62, 319 U.S. 624 (1943).

<sup>79</sup> *Yudof*, *supra* note 25, at 891. ただし、彼によると、そもそも非強制的な手法による国旗敬礼行事の開催が、「より制限的でない方法」といえるかについても議論の余地がある。

<sup>80</sup> *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977).

<sup>81</sup> *Yudof*, *supra* note 25, at 891-892.

<sup>82</sup> *Id.*, at 892-893. *Wooley* 判決の *Rehnquist* 裁判官による反対意見は、本件に

さらに、Linmark Association v. Township of Willingboro 判決<sup>83</sup>が提示されている。同判決では、空き住宅地での「売却済 (sold)」とか「募集中 (for sale)」の看板の掲示が禁止されたことの違憲性が争われた<sup>84</sup>。条例の規制目的は、人種間で安定的な近所を作るためとされている。というのは、こうした規制をしないと、白人だけの居住区ができるからとされている。

これに対して、不動産を所有するものが、この法律に異議を唱えて、訴訟を提起した。連邦最高裁は、このようなメッセージを禁止することは、どこに住むかに関する情報の流れを否定することであるとして、違憲であるとした。私的な言論である「売却済み」とか「募集中」の看板の規制が違憲とされたのは、ナンバー・プレートが問題となった Wooley 判決の枠組みと共通しており、その差異は、「人種の統合か、愛国心か」という点にある<sup>85</sup>。

## ⑦ 結社の自由

結社の自由という問題がある<sup>86</sup>。結社という手段は、今日において、

---

は、Barnette 判決のように、ある特定の信念を強制させるような契機が存在しないと反論している。こうした評価の差異は、政府言論をどの範囲で違憲とするかという判断の難しさを示している。

また、そもそも、Rehnquist 裁判官は、納税者の観点から、公金の支出を自らの信念に反するという理由で、取り戻す訴訟に否定的である。たしかに、国民から集められた公金が、自身の信念に反するかたちで支出されることは、信念に対する強制と同様の問題が生じるといえる。しかし、これと同様な構造の現象は、社会の諸々の領域で生じている。自らが所属する団体（国家）の運営資金の支出に関して、そうした金銭支出に貢献されない自由を観念することは、「どのような支出が強制的な貢献なのか」という微妙な判断を要求することになる。See also H. Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA L. Rev. 565, 588 (1980). Cf. *Abood v. Detroit Board of education*, 431 U.S. 209 (1977).

<sup>83</sup> *Linmark Association v. Township of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977).

<sup>84</sup> *Yudof*, *supra* note 25, at 893.

<sup>85</sup> *Id.*, at 894. 確認しておくとして、Wooley 判決で問題となったメッセージは、州のモットーであり、必ずしも「愛国」ではないといえるかもしれない。

<sup>86</sup> *Id.*, at 894-896. 彼は、結社という場合、本論にあるように、2人以上の人間

私的なコミュニケーションをする方法として非常に有効である。連邦最高裁は、実体的デュープロセス論という構成を用いて、私的あるいは親密な関係に参加する権利を論じてきた。より具体的にいえば、結婚する権利、同性愛結婚、結婚した夫婦の避妊の権利、子どもを設ける権利、成人した2人の性交に関する権利などの自由である。

また、政治的表現のための結社の自由が争われた、NAACP v. Alabama 判決<sup>87</sup>が挙げられている。Alabama 判決とは、州法によって定められた法人認定の手続きの際に、州最高裁判所が、法人構成員の名前が記入されたリストを要求したことの違憲性が争われた事例である。連邦最高裁は、そのようなリストを提出することが、NAACP という団体の結社の自由を侵害するとして、違憲判断を示している。この事例は、人と親密な結合をする自由ではなく、表現的な結社の自由 (expressive association) が問題となった事例というべきである<sup>88</sup>。

さらに、Moore v. City of East Cleveland 判決<sup>89</sup>が挙げられている。同判決では、ゾーニング規制により、祖父母と孫の同居を禁止した州法の違憲性が問題となった。同判決によると、結社の自由は、歴史的に言えば、第1修正の問題として議論されてきたが、その範囲はイデオロギーに関する自由に限定されるものではないとした。そのうえで、本件で問題となった自由は、表現、集会、プレス、信教の自由ではなく、祖父母と居住を共にする自由であるが、それも結社の自由として保護する必要があるとして、違憲判断を示した。

以上の判例を前提とすると、福祉国家化に伴って政府権力が拡張するにつれて、コミュニケーションの方法が非常に拡散している。このような中で、私的存在は、政府権力に対抗するために、団結することが要求

---

が「結合」する場合を広く意味しているように思われる。その結果として、歴史的に言えば、会社という結社の自由などは、ある程度の制約を受けてきたと評価しつつも、判例法上認められてきた、それ以外の結社の自由を高く評価している。これに関連して、佐藤幸治『『私的なもの』と『公共的なもの』とのバランスを求めて』法律時報82巻5号(2010年)40頁以下。

<sup>87</sup> NAACP v. Alabama, 357 U.S. 498 (1958).

<sup>88</sup> Yudof, *supra* note 25, at 896-897.

<sup>89</sup> Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494, 535-536 (1977).

される。結社の自由は、コミュニケーション・チャンネルの政府支配に対抗するものであると理解できる<sup>90</sup>。

#### (4) 統制

以上において、政府言論の理論で提示された各論的問題を概観してきた。これまでの議論を簡単に振り返りつつ、政府言論の統制のありかたを検討してみたい。

まず、本稿の目的からすると、政府言論の理論の対象が非常に広いことが注目される。

そこでは、すでに確認したように、「捉われの聴衆」という概念が、ひとつの重要な概念となっており、国旗敬礼行事に参加させられる生徒や教師、あるいは、(生徒という「捉われの聴衆」に対して日々なされる)学校におけるカリキュラムなどの問題が提示されていた<sup>91</sup>。

そこで、政府言論をどのように法的に統制していくかが問題となる。まず、政府言論の行使が、個人の権利利益に影響を与えるという場面類型がある。こういう場面では、既存の憲法条文や判例法を用いることで、救済がある程度可能となる。

---

<sup>90</sup> Yudof, *supra* note 25, at 897. 本稿の議論からすると、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が、今日もとても華々しく論じられている、政府言論に関する問題であることが注目される。See 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).

<sup>91</sup> なお、結社の自由なども、政府言論であることに注意する必要がある。結社の自由という問題もまた、「捉われの聴衆」という観点から説明できるからである。後掲注(102)も参照。なぜならば、結社の方針に、国家が口出しをしようとした場合、その結社に属している人間は、必然的に(国家介入によって)行動に変化がもたらされるからである。その意味でいえば、国家が強制的に結社に介入した場合、「捉われの聴衆」と同様の問題構造が生じるといえる。また、宗教的結社の自由という問題もまた、「捉われの聴衆」と捉えることができる。これについては、藤井・前掲注(3)39頁以下。

これに対して、政府言論を、憲法典の人権条項に拠らずに、「直接」的なかたちで制限できるかという問題がある。こうした問題を解決するためには、その前提条件として、「政府の公務員や政治組織とコミュニケーションすることや、それに対して独立した判断を行う権力（power）を行使する能力を、自由な国民が有していること」<sup>92</sup>、さらには、「表現の自由や結社の自由は、デモクラシーにおける政府を正当化する同意のプロセスにとって、重要であること」<sup>93</sup>を觀念することが、ひとまず重要であるとしている。

そして、アメリカ合衆国の憲法典、治者と被治者に関する憲法上の歴史的な想定は、直接的に権利侵害を伴わない政府言論を制約するという解釈を、場合によっては、正当化している<sup>94</sup>。

この点について、彼は、より分析的・組織的な観点から、より慎重な検討を行っている。たしかに、治者と被治者の同意過程が歪むことは危険である。しかし、同様にして、政府の教育する権能や情報を公開する権能を「完全」に封じ込めてしまうことも危険である<sup>95</sup>。

そのうえで、政府言論の直接的な制約の（より具体的な）方法として、「当該活動が政府機能といえるか」という視点が重要となるとしている（政府機能モデル）。

より具体的にいえば、政府機能モデルを前提として、「政府の宣伝活動」と「政府の教化活動」を区別すること、「民主的な価値」と「反民主的な価値」を区別すること、「党派的（partisan）なコミュニケーション」

<sup>92</sup> Yudof, *supra* note 25, at 897.

<sup>93</sup> *Id.*, at 898.

<sup>94</sup> *Id.*, at 897.

<sup>95</sup> *Id.*, at 898. ここで、司法権という国家権力にも目が向けられる。彼によると、連邦最高裁は、公平な観察者（disinterested observers）ではないし、政府言論の仲裁者（arbitrators）ではない。司法権力も三権という権力の中で機能するものである。したがって、司法もまた、憲法的な制限に服すと考えられる。

とはいえ、連邦最高裁をはじめとする司法権による介入がまったく認められないとするものではない。重要なことは、「思想の自由市場」を歪める存在として、司法府と立法府のどちらが、より危険かということであるだろう。

と、「そうではないコミュニケーション」を区別すること、あるいは、「政府の言論によって、国民の思考プロセス (thinking process) を歪めてしまう場合」を認定することが重要である<sup>96</sup>。

こうした基準を示すことで、具体的な現象を検討していく。たとえば、学校の教師や軍隊隊員の活動には、「特定の政治的な観点の教化」という項目は含まれない。したがって、そうした活動を行ったといえる場合には、党派的なコミュニケーションと理解して、憲法的に許されない活動をおこなった——要するに、不適切な政府言論である——と認定できるだろう。

しかし、「党派的=非党派の」という区別に関する両義性 (ambiguities) は、もうひとつの困難な問題を提起する<sup>97</sup>。

それは、公務員個人が、第1修正の権利を有することとの相克である。あるいは、「憲法理論は、政府の言論と公務員による私的な言論を区別する」<sup>98</sup>ことを求めている。

より具体的な例に即していえば、レファレンダム運動が生じた場合には、たしかに政府 (公務員) はレファレンダム活動に反対する権利を持つ。ただし、そうした活動に対して、公務員を動員し、税金によって裏付けられた反対広告のキャンペーンを実施したりすることには、問題がある。

政府言論の両義性 (ambiguities) は、このような政府機能を判別する際にも表れることになる。

以上のことから、政府言論の直接的な制限は、最高な方法ではなく、政府言論の制約方法としては、間接的な方法——要するに、個人の権利の侵害型アプローチによる政府言論の統制——のほうが、より明確であ

<sup>96</sup> *Id.*, at 899-905. とりわけ、「党派的なコミュニケーション」と「そうではないコミュニケーションの区別」は有用であるとされる。ただし、こうしたアプローチでどのような問題が、どのような方法で解決されるかについては、分からない部分があるように思われる。政府言論の理論が認識のツールたるゆえんであろう。これに関連して、後掲注 (100) も参照。

<sup>97</sup> *Id.*, at 904.

<sup>98</sup> *Id.*, at 905.

る<sup>99</sup>。

彼は、不適切な過度の政府言論を、(その組織に与えられた)「権限の逾越 (the ultra vires technique)」という法理から、統制を試みようとしている。ただし、そうした直接的な政府言論の統制は、「休眠状態の州際通商条項 (dormant commerce clause)」<sup>100</sup>にたとえているように、非常にその判断が難しいものとなる。

以下のくぐり方は、政府言論の両義性を正面から承認した学説である。

「一般的に、政府言論には危険性と同時に積極的なメリットもあり、そのことは、政府言論の危険性が問題となる、表現行為に対する国家の選別的な形での援助 (国家における広い意味での『政府言論』の行使——引用者) についても、リバタリアニズムの立場を徹底させて、およそ国家は表現行為に対して財政的援助をなすべきではないという立場をとるのではない限り、少なくとも部分的にはあてはまるからである。それが、いわゆる『政府言論のディレンマ』ないし『政府言論のパラドックス』と呼ばれる問題である。(傍点は引用者)」<sup>101</sup>

<sup>99</sup> とはいえ、救済方法の別とすると、政府言論の対象は非常に広がる。本稿は、政府言論の射程を暫定的に広げたうえで、表現的結社の自由に対する助成の判断枠組みを獲得するものである (第4章)。

<sup>100</sup> Yudof, *supra* note 25, at 914-917. これは、結局のところ、国家組織の権限を問題とすることから、政府機能モデルに近いものかもしれない。なお、論文後半では、レファレンダムや政治的キャンペーンを行う際の公金使用の違憲性が論じられている。これに関連して、毛利透『民主政の規範理論——憲法パトリオティズムは可能か』(勁草書房・2003年) 153頁以下。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) 242頁以下。

<sup>101</sup> 阪口・前掲注 (2) 33頁の表現。なお、本稿は、「リバタリアニズムの立場を徹底させて、およそ国家は表現行為に対して財政的援助をなすべきではないという立場をとるのではない限り」という部分をとりあげて、差別的な主義主張を有する団体に対する規制や給付の問題を、(リバタリアニズムを含む) 国家の役割論を視野に入れたうえで、検討する予定である (第4章)。

### 第3節 Emerson

#### (1) 問題の所在

第3節では、Emersonの政府言論の理論を提示したい。それは、彼の『表現の自由システム』<sup>102</sup>という著書が、政府言論の問題構造をより明晰に提示するからである。第3節は、YudofとShiffrinの議論を「接合」するための理論として、議論の焦点を絞って、Emersonの政府言論の理論を紹介したい。

第1に、政府言論の位置づけが問題となる。まず、彼は、政府言論を、表現の自由の領域に留まらないものとして描写する。というのは、彼は、思想信条の自由(freedom of belief)を挙げることから議論するからである<sup>103</sup>。

すなわち、思想信条の自由は、表現の自由そのものではないけれども、表現プロセスの第1ステージであり、表現の自由を発展させるものである。思想信条の自由を保護することは、表現の自由システムにとって、非常に重要であるとしている<sup>104</sup>。

こうした条件を示したうえで、彼は、信条を強制することが、封建社会や全体主義国家(の証明)につながるという注意を喚起している<sup>105</sup>。そして、こうした問題は、検閲や、表現の処罰には限られないとして、次のような幅広い問題提起をしている。はたして国家は、教育や宣伝活

---

<sup>102</sup> THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF SPEECH 697-716 (1970)。なお、Emersonは、著書の最終章で「表現の自由システムへの参加」という項目を立て、表現の自由システムの歪みや「捉われの聴衆」という問題類型を提示している。

<sup>103</sup> *Id.*, at 21-41.

<sup>104</sup> *Id.*, at 21-41。Emersonは、思想信条の自由という項目において、Barnette判決やSherbert判決を提示する。Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)。

<sup>105</sup> これは、後述するShiffrinの「私的リソースの掻き消しモデル」に重なるものである(第1章第4節)。Shiffrinによると、全体主義国家においては、このような「私的リソースを掻き消す」ことが頻繁に行われるとされ、それは、表現の自由にとっての脅威であるとされる。Shiffrin, *supra* note 82, at 607 (1980)。

動、あるいは、その他の説得の手法を用いることによって、信条に影響をもたらすような、いかなる権力を有しているといえるか<sup>106</sup>。

「説得と強制の間のラインを引くことは、たやすくはない。しかし、この区別は、基本的なものである。表現の自由システムは、その性質上——実際、そのようになされることが想定されているが——説得に関わるものである。政府は、このシステムに参加する資格がある。しかし、強制による教化は、表現の自由システムを破壊させる。同じことが、信念についてもあてはまる。(傍点は引用者)」<sup>107</sup>

以上のような議論は、Emerson と Yudof の若干の差異を示す箇所である。なぜならば、Emerson が、説得という手法を通して、政府がある思想・信条を「推進」することは、明示的には禁止されなかったのに対して、Yudof は、それをやや消極に解したからである。

ただし、Yudof も、政府による教育する権能や情報を公開する権能をすべて否定していない——さらには、説得という手法そのものを禁止したわけではない——ことから、いかなる問題において、憲法解釈に差異が生じるかについては、議論の余地もあろう。

しかし、Emerson が、教育をし、情報を知らせ、共同体の連帯を結束させるという、積極的な政府言論が正当な利益であるだけでなく、表現の自由システムにとって不可欠であると表明していることは、(行政国家化が進む)今日の時点からしても留意すべき事項であるだろう<sup>108</sup>。

<sup>106</sup> Emerson, *supra* note 102, at 21-22.

<sup>107</sup> *Id.*, at 22. これに関連して、「『思想及び良心』は、それが人の内心にとどまっている限り、性質上法的規制の対象とはなりえないが、公権力が人の内心を強制的に告白させもしくは推知するとき、または特定の内心の形成を狙って特定の思想を大規模かつ組織・継続的に宣伝するとき、『思想及び良心の自由』は重大な危機にさらされることになる。したがって、『思想及び良心の自由』を法的に保障することの意義は、公権力のこの種の行為を禁止し、人の内心を保護することにあると解される(傍点は引用者)」という指摘がある。佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院・1995年)486頁の表現。

<sup>108</sup> 同様にして、後述するような Shiffrin も、国家の積極的で多様な役割を肯定

また、(公)教育という政府言論が容易に避けられないことも指摘する必要がある。すなわち、Shiffrin の評価によれば、教育に関する政府言論についての問題提起は、かつて Mill が提起した『自由論』の「政府は、強制的なかたちにおいて教育をする権能を持っているが、全体あるいは、多くの部分において (whole or any large part) その機能を許容することにはならない」<sup>109</sup>と分析した議論に重なりとされる。

このことは、少なくとも教育という領域においては、歴史的にいても、政府言論を完全には否定できないこと、そこで、憲法典が前提とする政治理論によりつつ、個別具体的なケースで政府言論を制約すべき場面類型を検討することが重要であることを示している。

## (2) 国旗敬礼行事

第2に、国旗敬礼行事に強制させられる子どもという政府言論が問題となる。

そこでの主要な問題は、国旗敬礼行事に関する Barnette 判決を検討する際において、政府は、(たとえば、信仰上の理由から)国旗敬礼を拒否するものに対して、国旗敬礼を「強制」する権能を有するか否かという問いと、国旗敬礼行事をそもそも設営する権能を有するかという問いが異なることである<sup>110</sup>。

---

している。したがって、図式としては、具体的な結論に差異が生じるかはともかくとして、Yudof に対抗するところの Shiffrin や Emerson という理論状況にある。

たとえば、Emerson の表現の自由論については、「エマーソンは……現代的問題状況を認識しながら、『修正一条の理論における最も興味ある問題は、今日、表現の自由の体系のより効果的な機能を積極的に促進するための法を利用するという見通しのなかにある』と問題を把握し、言論の自由の領域における国家の役割を肯定する議論を展開している」という分析がある。堀部正男『アクセス権』(東京大学出版会・1977年)47頁の表現。

<sup>109</sup> Shiffrin, *supra* note 82, at 566 n 3 (1980). なお、Shiffrin によれば、Mill も、政府言論の危険性を認識しつつも、「検閲者としての政府」と「言論者としての政府」を二分することが重要であることを認識しているとされる。邦訳の該当箇所と思われるのが、J. S. ミル『自由論』(岩波書店・1972年)210頁以下。

<sup>110</sup> 小泉良幸『「知識」としての『個人』に近代立憲主義の普遍性をみる』長谷

このことは、国旗敬礼行事に関する *Barnette* 判決をどのように評価し、あるいは、同判決の射程をどのように理解するかという実際上の問題にも関わっている。

まず、*Barnette* 判決は、特定の<sup>111)</sup>方法による（あるいは、特定の<sup>111)</sup>人に対する）国旗敬礼行事の強制を考察の対象にしたという理解がある。このような理解によれば、*Barnette* 判決の射程は、狭いものとなるだろう。すでに確認した *Barnette* 判決の法廷意見には、そのような箇所を——ちょうど、*Yudof* が、*Barnette* 判決をそのように理解したのと同様に<sup>112)</sup>——発見できる。

---

部恭男編『憲法本 41』（平凡社・2001年）251頁の表現を参考にした。

<sup>111)</sup> 問題提起として、大島佳代子「公教育と親の教育権——アメリカ合衆国におけるその保障と制約原理——」北大法学論集43巻1号（1992年）156頁は、「連邦最高裁が、*Barnette* 判決の中で、国旗敬礼を拒否する権利が修正一条の言論の自由によって保障されていると明言しているわけではない。むしろ、非常に曖昧な表現を用いて国旗敬礼拒否を認めているために、国旗敬礼拒否は信教の自由に関わる問題なのか、それとも言論の自由に関わる問題なのかという点について混乱が生じている。例えば、信教の自由の問題だと捉えると、無神論者国旗敬礼を拒否した場合はどのように処理するのかという疑問が生じてくる」としている。詳しくは、西原博史・小島慎司・長谷部恭男・大沢秀介・川岸令和・宍戸常寿「〔座談会〕思想・良心の自由」ジュリスト1395号（2010年）122頁以下。

<sup>112)</sup> *Yudof, supra note 25, at 891*. *Yudof* の議論については、本論の該当箇所を参照のこと。これに対して、蟻川論文は、少なくとも *Barnette* 判決の *Jackson* による法廷意見につき、*Barnette* 判決は、*ユードフ* の理解とは異なり、国旗敬礼行事一般の妥当性に迫ることがないわけではなく、それどころか、強制的と非強制的とを問わず、およそ国旗敬礼行事の存在そのものに対し、徹底して原理的な討究を向けてさえいると分析している。

そして、*Jackson* の思考と *Barnette* 判決の多数意見に参加したほかの裁判官の思考との異質性を発見することこそが *Barnette* 判決を読む際に重要であり、そのひとつが、「個人の自由か *Minority* の自由かという違い」（81頁）であると。さらに、蟻川論文は、多数意見と反対意見の異同という問題につき、「*Jackson* と *Frankfurter* の対立の真の位相は、一般に流布している *minority* の権利を保護する（前者）か否（後者）かの対立である以上

「官吏が、説得と実例とを介して涵養する目標としての国民統合は、ここでの問題ではない。ここでの問題は、我々の憲法の下で、本件で用いられた如き強制が、右の目標の達成のために許容され得る手段であるか否かである（傍点は引用者）」<sup>113</sup>

これに対して、Jackson 裁判官による法廷意見を、国旗敬礼行事そのものの一般的な禁止を提示したと理解する可能性もある。たとえば、「国旗宣誓・敬礼の拒否の問題は、特定の宗教的見解またはそれが保持されている真摯さが主題ではなく、個人の憲法上の自由すなわち『知性と精神の領域』」の自由が主題であり、この領域は修正1条によって、あらゆる公的統制から保護される」<sup>114</sup>。

あるいは、「知性と精神の領域は、公権力や世論が干渉するものであってはならず、また議会の投票や投票結果に任せられてはならない。知性と精神の自由が侵害される時は、裁判所の審査権が発動される」<sup>115</sup>。

---

に、minority 性を剥ぎ取った抽象的な個人に立脚するという等質の思考前提にたった二人が、そこから如何なる相違に導かれて違憲と合憲の相反する結論へと分かれたかという点にある」(273頁)、および、「ジャクソンの individual が、国家の symbolism への原理的批判の拠点たりえたとすれば、フランクファーターの citizen は、国家の symbolism に、むしろ進んで身を投ずる存在として措定されていたといえよう」(274頁) という指摘をしている。蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社・1994年）。

<sup>113</sup> Barnette, *supra* note 62, 319 U.S. 624, 640 (1943). 訳語は、蟻川論文を参照した。蟻川・前掲注（112）37頁。

<sup>114</sup> 土屋英雄『「日の丸・君が代裁判」と思想・良心の自由』（現代人文社・2007年）157頁の表現。

<sup>115</sup> 土屋・前掲注（114）157頁の表現。また、「同意を拒否した者たちが宗教的理由に基づいて拒否していることは、ここでの問題の決定を左右するものではない。そして、彼らの見解の真摯さを問うことは重要ではない」とする指摘がある。笹川紀勝「良心の自由の解釈」吉田善明先生古稀記念論文集刊行委員会編『憲法諸相と改憲論』（敬文堂・2007年）175頁の表現。関連文献として、内野正幸「学校教育問題への憲法的接近——心の問題を中心として」ジュリスト1334号（2007年）174頁以下。渡辺康行『「思想・良心の自由」と『国家の信条的中立性』法政研究73巻1号（2006年）1頁以下。佐々木弘道「思想良心の自

こうした議論が示すように、政府言論の統制のありようは、その射程の調整が重要となる。なぜならば、政府言論の対象には、(国旗敬礼行事の実施のみならず、より典型的には、公教育のカリキュラムの構築などように) あるべき公的領域に対抗するところの、私的領域をどのように観念するかという問題が含まれているからである。

### (3) 政府機能モデル

第3に、政府言論の統制の仕方に関する理論が問題となる。まず、彼の問題意識は次の通りである。現代国家では、新たなテクノロジーが開発され、憲法起草者が想定しなかつただろう事態——すなわち、政府が他人の言論を征服させる (overpower) という事態——が生じている。

「ある時、ある領域において……政府権力は、(「思想の自由市場」に存在している——引用者) 表現に圧力を加え、独占あるいは独占に近い状態を作りだすことがあり、その他の考え方を封印させる (closed off) ことがある。こうした状態は、表現の自由システムのアンチテーゼである。」<sup>116</sup>

このような部分は、政府言論の統制の困難を提示している箇所である。それでは、Emerson は、いかにして政府言論の問題が解決されると考えているだろうか。

「政府の表現する権利は、いかなる場合にも政府機能の外側の領域までは拡張されない。……政府の機能は、たしかに、より多くの領域に及んでいる。しかし、この原理は、いくつかの制限を課すとい

---

由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』(信山社・2005年) 287頁以下。戸波江二「『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分をめぐる憲法上の問題点」早稲田法学80巻3号(2005年) 105頁。土屋英雄『自由と忠誠——「靖国」「日の丸・君が代」そして「星条旗」——』(尚学社・2002年)。阪口正二郎「立憲主義の展望——改憲論はどのような選択を迫っているのか?——」全国憲法研究会編『憲法改正問題』(日本評論社・2005年) 302頁以下などを参照。

<sup>116</sup> Emerson, *supra* note 102, at 698.

うべきである。……政府には、公職に関して、特定の候補者を直接的に支持するような表現を行う権限を与えられていない。再選を得ることは、政府の機能ではないからである。(傍点は引用者)<sup>117</sup>。

以上のくんだりからも、彼がまた政府機能モデルを提示していることがわかる<sup>118</sup>。

最後に、政府機能モデルを敷衍するために、政府言論に関する記述の他の部分を確認したい。すなわち、「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い。

そうではなくて、「政府それ自身が、常に思想の交換市場に参加してきた」<sup>119</sup>と評価している。その危険に対する解決方法として、第1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」には、「バランスのとれた〔見解の〕提示」<sup>120</sup>が重要となる。第2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」<sup>121</sup>ことが重要となる。

一方で、こうした議論は、政府による記者会見や広報活動などの、よ

---

<sup>117</sup> *Id.*, at 699.

<sup>118</sup> とはいえ、政府機能モデルは、まったく無意味とまではいえないうらう。たとえば、国家が、「思想の自由市場」に介入するという場面類型に文化助成がある。文化助成について、ある論者は、「助成プログラムの目的の解明が必要にならう。どのような政府の責務に対応する給付行政なのか。特定の人権の保障責務に対応しているのか。一般的な公共財の提供として行われているのか。どのような公共性解釈が前提となっているのか」が重要であるとすが、この議論は、文化助成の目的や責務を問題視している点で、政府機能モデルに部分的に重なるものがあり、一定程度の制約理論として機能するだらう。駒村圭吾「国家助成と憲法」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂・2006年)176頁の表現。

<sup>119</sup> Emerson, *supra* note 102, at 715. 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。

<sup>120</sup> エマーソン・前掲注(119)206頁の表現。Emerson, *supra* note 102, at 715.

<sup>121</sup> エマーソン・前掲注(119)206頁の表現。Emerson, *supra* note 102, at 715.

り直接的な政府言論を対象とした議論というべきである。それは、いいかえれば、「現実の」政府広報活動をいかに制限するかに向けられたアプローチといえる<sup>122</sup>。こうしたアプローチは、繰り返すまでもなく、政府言論の問題が、民主主義の適正な実施という観念に密接に結びついている——あるいは、政府言論が、本来的にいえば、民主政治に奉仕するという「理由」によりおこなわれる——からである。

他方で、彼は政府機能モデルを採用しつつも、記者会見などを含む政府言論をいかにしてコントロールしていくかなどの個別の基準ないし個別的方法にはそれほど触れていない<sup>123</sup>。その意味においては、政府活動に対する要請やあるべき姿というような、抽象的な理念の提示という側面が依然として強いように思われる<sup>124</sup>。

#### [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。

<sup>122</sup> ただし、民主主義という観点を強調して、憲法的に許されない記者会見を認定したとしても、そのことにどのような法的意味があるのか（たとえば、どのような法的救済措置がありうるのか）は判然としない部分がある。そこで、Greeneは、政府言論に関する問題の多くが法的問題ではなくて、政策問題であることを表明している。See Abner S. Greene, *Government of the Good*, 53 Vand. L. Rev. 1 (2000).

<sup>123</sup> また、やや極端に言えば、ある記者会見が党派的就であったとしても、有徳な市民さえ存在していれば、そうした記者会見は何ら恐れる必要はない。そのことから、こうした政府言論が、本当に法的問題なのか問題となる余地がある。関連して、阪口・前掲注（3）31頁以下。

<sup>124</sup> そこで、第1章後半では、Shiffrinによる政府言論の理論を用いて、個別的な救済モデルを提示することになる。