HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政府の言論と人権理論（3）
Author(s)	金澤，誠
Citation	北大法学論集，61(5)，144[65]-81[128]
Issue Date	2011-01-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44789
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-5_003.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

政府の言論と人権理論(3)

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　祈祷行事
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61巻２号）
第４節　Shiffrin
(1)　折衷主義アプローチ
(2)　問題提起
(3)　救済モデル
①　パブリック・フォーラム・モデル

② 反対納税者モデル
③ 私的なリソースの掻き消しモデル
④ 政府機能モデル
(4) 各論
① 選挙助成
② イニシアティブ
③ 文化助成
④ 教育における言論
第５節 小括
第６節 政府言論の多義性
(1) Bezanson & Buss
① 独占
② 欺き・歪み
③ 属性
④ 小括
(2) 最近の判例や類型
① 直接言論型
② 強制型
a）国旗敬礼行事型
b）ナンバー・プレート型
③ 非強制（環境形成）型
c）国家助成型
d）図書館の選書型
e）公園のモニュメント型
(3) 総括
(4) 展望　（以上本号）
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４節　Shiffrin

第１章第３節では、Emerson の政府言論の理論を提示した。そこでは、Emerson は政府機能モデルを採用しつつも、政府言論をいかにしてコントロールするかという、個別的な基準についてはそれほど触れていない。その意味において、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と指摘した。

そこで、第１章第４節では、Shiffrin による政府言論の理論を用いて、可能な限りにおいて、個別的な救済モデルをいくつか提示したい。

(1)　折衷主義アプローチ

第１章第４節では、Shiffrin の政府言論の理論を提示したい。これまで見てきたように、政府言論は多義的に捉えられる。それは、福祉国家化に伴い、政府の役割が拡大するにつれて、政府言論と呼ぶべき現象が多様化する（はずだ）からである。

これから紹介する Shiffrin もまた、政府言論の多義性を承認する。彼によると、政府言論とは、表現が政府によって支持されたかどうかに関わらず、あらゆる形態によって州により援助された表現を含むものとされる[1]。

[1] Steven H. Shiffrin, *Government Speech,* 27 UCLA L. Rev. 565, 565 (1980). 彼は、本文で触れたような観点から、州のサポートが介在しているコミュニケーションすべてを政府言論の対象とする。たとえば、広報活動だけではなく、文化助成、政治家に対する補助金、放送局に対する補助金、学校におけるニュー

そこで、彼は、表現の自由に関する判例法で用いられた法理や原理を用いながら、より個別的レベルにおいて、政府言論の有用性と危険性を分析する。それを、後述するように、政府言論の折衷主義的なアプローチ（an eclectic approach）とする[2]。

⑵　問題提起

まず、政府言論の理論の出発点は、国旗敬礼行事に生徒たちを強制的に参加させたことが違憲とされたBarnette判決[3]である。彼によると、Barnette判決には、壊れやすい「脆さ（fragility）」があるという[4]。

その「脆さ」とは、公務員が州の資源を用いて、国旗敬礼行事を開催

スペーパーに対する援助などを政府言論の対象とする。

[2] *Id.,* at 566.

[3] West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943). 第３節で確認したように、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、無神論者が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。

ちなみに、Shiffrinによると、国旗敬礼行事と同種の問題として、市立劇場の使用不許可処分の合憲性が争われた、Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad判決が挙げられるという。Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975). 同判決は、ロックミュージックの公演での市立劇場の使用拒否が争われた事例である。連邦最高裁は、拒否が内容に基づく区別であるとして違憲とした。これは、どのようなものが、「文化的に高揚であるか（culturally uplifting）」を決定する権限が（市には）ないとした判決とされる。彼によると、ふたつの判決の共通点は、オーソドックスの観点を国家が強要できないとしたことである。

[4] Shiffrin, *supra* note 1, at 567.

すること自体――あるいは、政府が話すこと一般――を黙認したことである。いいかえれば、同判決が、公務員による「説得（任意）」という「手法」を認めつつも、「強制」という手法は認めないという、単純な二分論を採用したことである。彼は、同判決が、行政による「非」権力的な――任意や説得による――行為を（一般的に）許容したことを問題視している。

このような視点に立ちつつ、彼は、政府言論に関わる対象として、次のような現象を（同時に）提示している。すなわち、州立学校で用いられるカリキュラムやテキスト、行政による報告書や出版物、行政による大規模な贈与や間接的な補助などである[5]。

さらには、公立学校における、政治やナショナリズムや見解を「教え込む」という政府言論のほか、マス・メディアに対する国家規制という政府言論、郵便物に関する連邦議会議員の特権、立法府のレポートなどという政府言論を挙げている[6]。

次に、理論的な問題提起として、（Yudof も指摘したように）これまでの表現の自由に関する議論は、「検閲者としての政府（government as censor）」のみを考察の対象としてきたとする[7]。これに対して、政府が、「思想の自由市場」に対して、声を付け加えること（the government adds its voice to marketplace）については、ほとんど考察の対象としてこなかったと分析している[8]。

しかし、（主として、「国家による自由」のありようを問題化する）政府言論の問題関心（要するに、政府言論の定義と思われるもの）は、「いつ、そして、いかなる政府の手段が、論争のある価値観を促進するか、しないかを決定すること」[9]であるとされる。

---

[5] *Id.*, at 568.

[6] *Id.*, at 569.

[7] *Id.*, at 570.

[8] 序章の問題提起を参照。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）238頁。

[9] Shiffrin, *supra* note 1, at 570.

これらを踏まえて、彼は、次のような一般的な問題提起をする。政府（公権力）が言論をすることに関して、その裁量がまったく認められないとしたら、公立図書館という州の機関は、選書ができないだろう。同じようにして、特定のイニシアティブをするに際して、まったく公的資金の拠出が認められなかったら、イニシアティブが可能であろうか。さらには、政府言論が認められないとしたら、そもそも公立学校がカリキュラムを組むことができないだろう。

重要なことは、憲法が、どの程度において、たとえば、文化助成を許容しているかであり、あるいは、公教育に際して特定の態度をとることが許されているかである[10]。

このような観点から、彼は、Barnette 判決で提示された一般的原理を（出発点として）制約する必要があるとする。そして、判例法を分析することで、政府言論の制約に関するいくつかの救済モデルを提示する。その救済モデルは、「検閲としての政府」ではなくて、「話し手としての政府」を制約するものである。

⑶　救済モデル

①　パブリック・フォーラム・モデル

第１に、Police Department of the City of Chicago v. Mosley 判決[11]に依拠した、パブリック・フォーラム・モデル（the Mosley Model）である[12]。

まず、Mosley 判決とは、州法が学校付近でのピケを禁止していたにもかかわらず、労働紛争における平和的なピケのみを除外している（picketing near schools, except the peaceful picketing of any school involved in a labor dispute）ことの違憲性が争われた事例である。連邦

---

[10] *Id.*, at 571.

[11] Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972). パブリック・フォーラム論の動向については、紙谷雅子「パブリック・フォーラムの落日」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）643頁以下を参照。

[12] Shiffrin, *supra* note 1, at 572.

最高裁は、表現の自由条項を援用することなく、平等という観点を提示することで、同州法を違憲とした。それは、集会や表現のためにあるパブリック・フォーラムを一度開放した場合、政府には、話者の観点に基づいた差別ができないという一般的原則（平等モデル）があるからである。

ただし、重要なことは、多様な政府言論の統制を考える際に、平等モデルが十分な枠組みではないことである[13]。やや究極的な例からいうならば、アメリカ合衆国の大統領には、ホワイトハウスの大統領執務室に誰を呼び、誰を呼ばないかを自由に決定できる権限があるといえる。このことが象徴的に表しているように、平等モデルは、文字通りのことを意味していない。

実際において、パブリック・フォーラムに関する判例法においても、平等の契機は決して貫かれていない[14]。ある判例では、「表現の態様が、特定の時間における特定の場所での通常の活動と両立しないかどうか」[15]という（比較的厳格な）枠組みが用いられ、ある判例では、「軍用基地における通常の活動との両立可能性」を検討することなく（先例に言及することなく）、ただ、「軍隊基地が、伝統的なパブリック・フォーラムであるかどうか」[16]（のみ）が考察の対象とされて（比較的緩い基準が採用されて）いるからである[17]。

また、パブリック・フォーラムに関する議論をおこなう際に、重要なことは、「いかなる」施設が開放されるかを問うことである。これに対して、Mosley 判決は、「いつ」パブリック・フォーラムが解放されるか

---

[13] *Id.,* at 573.

[14] *Id.,* at 574-575.

[15] Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104, 116 (1972).

[16] Greer v. Spock, 424 U.S. 828, 836 (1976).

[17] Shiffrin, *supra* note 1, at 576-577. Burger 裁判官は、同意意見の中で、平等の観点を持ち出さずに、政治的なキャンペーンを軍隊のベース内でおこなわせることが、憲法的に要求されていないとする。Greer, *supra* note 16, 424 U.S. 828, 841. いずれにせよ、あるフォーラムにおいて、ある一定の範囲内において、(国民には)公的財産を使用する権利があるとしても、それは無制約なものではない。

という議論でしかない。

そこで、いかなる施設が開放されるべきかが問題となる。たとえば、軍隊のベースを使用したい国民は、軍隊のベースが、これまでにおいて、ドラックの危険性に関する講習会や、教会による教戒活動などの目的で使用されてきた事実を強調する――それを前提として、当該ベースを（わたしにも）使用させよと主張する――だろう。

しかし、彼によると、それがたとえ事実であるとしても、軍隊がどのようなメッセージを発信する（受け入れる）かは、基本的に軍隊の裁量であるべきとしている。すなわち、軍隊は、一般的な公平原則（any general fairness doctrine）を採用する必要がなく、受け入れ可能な範囲において使用を認めさえすればよい[18]。

次に、市バスの営利広告スペースで、政治的広告（のみ）が禁止されたことの違憲性が争われたLehman v. City of Shaker Heights判決[19]が提示されている。連邦最高裁は、合憲性を提示する際に、公立病院、公立図書館、オフィスビル、軍隊、その他の公共施設は、伝統的なパブリック・フォーラムとして（ハイドパークのように）ふるまう必要はないとしている[20]。

---

[18] *Id.*, at 578. 後述するように、このような裁量は、無制約というわけではない。

[19] Lehman v. City of Shaker Heights, 418 U.S. 298 (1974). Lehman判決では、市バスの広告スペースが、パブリック・フォーラムとはされなかった。長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣・2006年）136頁を参照。

また、Shiffrinによれば、劇場の使用許可が問題とされたある事例で、ある裁判官が、政府がある劇場での公演を禁止した（不当に）場合と、劇場の責任者が、（何らかの理由に基づいて）公演を禁止した場合では、憲法判断の枠組みが異なるとしたことも重要とされる。同じ公権力といえども、その主体が異なれば、合憲性判断枠組みも異なるだろう。そして、一般的にいえば、専門（行政）職の判断は、政治家の判断よりも、（文化的）中立性という観点からは、より信頼できるといえるだろう。

[20] Shiffrin, *supra* note 1, at 579-587. マス・メディアで意見広告することが（他の人たちには認められたのに、自分達だけが不平等に）拒否されたと主張されたある事例のなかで、連邦最高裁は、放送局の裁量を尊重して、ある団体からの（意見広告をするという）放送局に対する平等なアクセスを否定している。ここでも、平等モデルの貫徹の難しさを指摘できる。Columbia Broadcasting

これまで参照した議論は、パブリック・フォーラム・モデルで示された議論の一部分に過ぎないが、少なくとも、①においては、公権力が、あるパブリック・フォーラム内において、ある一定の差別をすることが避けられないことが示されているように思われる[21]。平等モデルを用いる際には、この限界を認識する必要がある。

実際において、すでに述べた創出されたパブリック・フォーラムでは、公園等の伝統的なパブック・フォーラムと異なり、その場所に応じた内容に基づく区別が認められている。これは、すでに公権力の意思ないし政府言論が反映されているともいえる。したがって、そうした政府言論を完全に否定することなく、フォーラムに関わる利益を調整して、個別の事例を慎重に判断する必要がある。

そこで、以下の議論においても、各モデルの意義やその限界を中心的に提示することにして、そののちに、各論レベルで対立する利益の調整をおこなうものとする。

② 反対納税者モデル

第２モデルは、Abood v. Detroit Board of Education 判決[22]に依拠した、反対納税者モデル（The Dissenting Taxpayers Model）である[23]。

それは、教職員組合・労働団体組合費の強制徴収による（同団体に対する）強制的な貢献というものは、同団体による政治的な支出を伴う場合において、構成員の思想信条の自由を侵害するとした Abood 判決を

System, Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973). ただし、平等の問題に関する司法審査を断念するという意味ではないだろう。強烈な党派的な決定は、後述するように、当然のことながら、憲法違反であろう。

[21] *Id.,* at 587-588. だからこそ、政府言論が許される範囲やそのラインを探し求めていくことが重要となる。後掲注（151）（167）（168）を参照。本稿は、こうした議論に深入りせず、後述する大統領選挙における選挙助成という文脈において、平等モデルの限界の議論を敷衍したい。

[22] Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S.209 (1977). この判決については、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）142頁以下を参照。

[23] Shiffrin, *supra* note 1, at 588.

モデルとするものである。それは、ある国民が自身のイデオロギーと対立するイデオロギーの伝達を強要されないと観念するものであり、思想信条の自由を捉えている点からすると、自由モデルといえる[24]。

まず、Abood 判決が国旗敬礼行事に関する Barnette 判決の以下の部分を引用したことが重要である。

> 「もし、われわれの憲法という星座において恒星なるものがあるとすれば、それは、地位の高低を問わず、およそ公職の地位にある者は、政治、ナショナリズム、宗教、その他思想に関わる事項にそこにおける思想を、言論もしくは行為によって告白することを強制してはならないということである。」[25]

このように、Abood 判決は Barnette 判決を引用することで、「強制された貢献（compelled contributions）」という問題状況は、「自分が思うままに信じる自由や表現の自由（freedom of belief or expression）」を「侵害」するとしている。

しかし、彼によれば、「強制された貢献」という観念と、思想信条の自由の関係は、不明確であるとされる[26]。この隙間を埋めるために、Abood 判決は、Buckley v. Valeo 判決[27]を引用している。

Buckley 判決では、ある政治団体の独立支出を規制する州法が違憲とされた。Buckley 判決は、独立支出を規制する法律が、政治的対話に参加する個人の権利を侵害するとしたが、その際に、たとえば、独立支出を制限された立候補者や政党が、ニューヨーク・タイムスの新聞の一面を買い取り、政治的な広告を出すことを実質的に制限されることが問題であるとした。

しかし、彼によると、「強制された貢献（compelled contributions）」と、「貢献の禁止（prohibited contributions）」を、明確に区別すべきとされ

---

[24] *Id.,* at 589.

[25] Barnette, *supra* note 3, 319 U.S. 624, 642 (1943).

[26] Shiffrin, *supra* note 1, at 590.

[27] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

る[28]。前者が Abood 判決で問われ、後者が Buckley 判決で問われたことである。そして、(前者のように) 政治的目的のために、労働団体が組合員に貢献を要求することは、何か表現をおこなったり、信じたりすることを「禁止」しているとは一般的にいえないとされる[29]。

また、同種の問題提起として、そもそも「不快な公金の使用」と「そうではない公金の使用」の区別があるとされる[30]。

たとえば、ある特定のイニシアティブやレファレンダムなどの政治的キャンペーンに公金が支出されたことの違憲性を、(いつでも) 反対納税者の立場から主張できる (そして、公金の返還を求められる) だろうか。あるいは、中絶をする人に対して、政府が、補助金を支給したことの違憲性を (反対のイデオロギーを有しているとされる立場から) 争えるだろうか。さらには、祈りによる癒しが可能であるとする Christian Scientist らは、病院に対して補助金を支出することや、中絶に対して補助金を支出することに反対するだろう。反対納税者の立場から、当該補助金の違憲性を争えるだろうか[31]。

以上の例からわかるように、Abood 判決を用いて、「何らかの貢献を強要されない」と観念することは、それほど大きな意味を有していないとされる[32]。

---

[28] Shiffrin, *supra* note 1, at 591.

[29] *Id.,* at 591-592. 関連主題として、レファレンダムに伴う公金支出の是非が検討されている。*Cf.* Anderson v. City of Boston, 380 N. E. 2d 628 (Mass. 1978). 後述する本稿のイニシアティブの議論も参照のこと。

[30] *Id.,* at 592.

[31] *Id.,* at 593. *See also* Cass R. Sunstein, *Why the Unconstitutional Conditions Doctrine Is An Anachronism (With Particular Reference to Religion, Speech, and Abortion?),* 70 B. U. L. Rev 593, 617 (1990).

[32] *Id.,* at 593-594. このことは、Abood 判決が誤りであることを意味しないとされる。ちなみに、本稿の目的は、(国家助成を検討する際の) 自由モデルの限界を提示することであり、さらには、自由モデルないし私的リソースの掻き消しモデルと平等モデルの対立を描写することである。

③　私的なリソースの掻き消しモデル

第３モデルは、「私的なリソースのかき消しモデル（the Drowning Out Private Sources Model）」である。このモデルは、私的リソース（ある人の私的な言論）を掻き消すような公権力の行使が許されないと観念するものである。

まず、アクセス権ないし反論権の違憲性が争われた、Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo 判決[33]が提示されている。Tornillo 判決では、新聞社に対する反論権ないしアクセス権を認めた法律の合憲性が争われた。

それでは、反論権法はなぜ制定されたか[34]。それは、マス・メディアの台頭により、「思想の自由市場」に巨大な権力が誕生してしまった。これにより、「思想の自由市場」に参加できなくなった人々（一般市民など）がいる。今日における「思想の自由市場」は、市場の所有者によって支配された独占状態にある（the “marketplace of ideas” is today a monopoly controlled by the owners of the market）。

そこで、反論権法を制定する――より具体的には、無料でおこなわれる反論権を法律によって認める（与える）――ことで、彼らを再び「思想の自由市場」に参加させるべきという思考に基づくものである。

しかし、この反論権法は、連邦最高裁によって違憲と判断された。反論権法が違憲とされた理由は何だろうか。Tornillo 判決では、反論権を付与し、マス・メディアに対して、一般的な義務を課すような法律の萎縮効果（chilling effect）が問題とされた。

より具体的にいえば、（新聞社には）自律的な編集に関する権限があるにもかかわらず、反論権法が存在すると（たとえば、当該法律が新聞社に対して、内容に基づく「制裁」として機能することから）、第１修正の要求をクリアーしない（statute fails to clear the barriers of the First Amendment because of its intrusion into the function of editors）

---

[33] Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241, 257 (1974). いうまでもなく、マス・メディアに対する規制を考える際には、メディアの特性（電波、出版など）に即した議論をする必要がある。

[34] Shiffrin, *supra* note 1, at 595-596.

とされた[35]。

次に、選挙候補者の独立支出の規制が違憲とされたBuckley判決が提示されている[36]。Buckley判決で違憲とされた法律は、経済的に強いものが、選挙に関する独立支出を無制限におこなえるという「現状」があることから、その状況を規制することで、経済的な弱者を、平等に政治参加させようとしたものといえる。

しかし、Buckley判決は、独立支出を規制する法律が、「私的なリソース」――この場合でいえば、経済的に強いものによる言論――を「かき消す」ことを問題化して、同法を違憲とした。

重要なことは、「われわれがある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修正には全く無縁である（the concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment, …）」[37]というような表現の自由に関する判例で提示された議論を参照しつつ、同法を違憲としたことである。

もっとも、「私的リソースの掻き消しモデル」に反するような判例もある。それは、人民投票の際に、企業や銀行の独立支出を規制した州法が違憲とされたBellotti判決[38]である。Bellotti判決においても、銀行や企業という社会的権力による「言論」の害悪が問題化されている。そのことから、「私的リソースの掻き消しモデル」の意味が問われている[39]。

しかし、Bellotti判決は、Buckley判決に対して、それほどコメント

[35] *Id.,* at 597.

[36] *Id.,* at 598.

[37] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 48-49 (1976). Buckley判決が引用する先例は、Sullivan判決である。New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 266-269 (1976), quoting Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 20 (1945), and Roth v. United States, 354 U.S. at 484.

[38] First National Bank v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

[39] Shiffrin, *supra* note 1, at 599.

を付すことなく、それと対抗するような政府利益を認めている。Bellotti 判決では、「企業や銀行は、強い権力を持っており、人民投票に不当な影響を与えるという主張がある」。実際において、会社の言論を擁護することは、「切迫したかたちで、民主的プロセスを傷つけることになる。……こうした議論は、われわれの考察に約立つものである」[40]として、（放送局に対する公平原則を合憲とした Red Lion 判決[41]を引用しながら）規制を認める一般的な枠組みを示した。

そこで、「私的リソースの掻き消し」が、Bellotti 判決においては、「なぜ」当然の考慮要素ではないかという疑問が生まれる。われわれは、このような「思想の自由市場」に対する介入のアドホックなアプローチを警戒すべきであるとされる[42]。

④　政府機能モデル

第４モデルは、政府機能モデル（The Government Functions Model）である[43]。それは、あるべき政府機能の範囲を想定して、そこから政府活動を統制しようとするアプローチである。

たとえば、現職の州知事が再選されることが公益であるとして、州が、100万ドルを支出して、テレビでそのことを宣伝するための時間を購入

---

[40] Bellotti, *supra* note 38, 435 U.S. 765, 789 (1976). ただし、Bellotti 判決は、本件の事情下においては、規制を必要とする利益がないとして、当該法律を違憲とした。

[41] Red Lion broadcasting Co., v. FCC, 395 U.S. 367 (1979). Red Lion 判決は、いわゆる電波の希少性論を用いて、放送局に対する公平原則を合憲としている。

[42] Shiffrin, *supra* note 1, at 600-601. このようなアドホックなアプローチは、本来許されるべき介入を違憲としたり、許されない介入を合憲とすることもあると評価される。ただし、Shiffrin 自身も、あらゆる「思想の自由市場」に対する介入を危険視しているわけではない。後述するように、民主制プロセスの組織的破壊（おそらく法人や団体による支配と思われるもの）の脅威を意識しているし、司法府と立法府のどちらが信頼できるかという論点もまた意識しているように思われる。いずれにせよ、政治的な討論領域に対する介入という政府言論の問題の解決は、非常に難しいといえる。

[43] *Id.,* at 601. 政府は、選挙を実施するに際して、特定の候補のみに公的権限を与えることは政府の機能ではないと観念する方法である。

した場合、こうした問題を、(Emerson もいうような) 政府機能モデルから検討すべきである。すなわち、「再選を得ることは、政府の機能ではない (not the function of the government to get itself reelected)」[44]ことから、当該支出あるいはメディアの時間の購入を違憲とすべきであろう。

同じようにして、現職の公職にある人が、ある記者会見において、ある特定の候補者を支持する発言が認められるのは、彼らに再選の権利があるからではなく、彼らの話す内容に実体的な利益があるからである[45]。そうした「理由」がない場合は、政府の言論は認められない。

ただし、政府機能モデルが実際にどこまで有用かについては疑問がある[46]。たとえば、政府機能モデルからすると、選挙において、「すべて」の候補者に対して、補助金を支給することは合憲かもしれないが、特定の候補者「だけ」をえり好みして補助金を支給することは違憲かもしれない。

また、政府は、記者会見などで、ある特定の観点による諸々の表現活動をするだろう。それは、記者会見という方法が、非常に効果的だからである。ただし、記者会見は、党派的な要素と、そうではない要素がよく交じり合うだろう。その場合に、政府機能モデルが、どのような記者会見を禁止するかの判別がつかなくなるおそれがある[47]。

---

[44] *Id.,* at 602. この問題を解決するモデルは、第2モデルでも第3モデルでもない。

[45] *Id.,* at 603-613. 実際において、彼は、「特定の候補者を支援するような政府言論」と、「公共サービスにおけるアナウンスのための政府言論」を二分する必要があるとする。

[46] *Id.,* at 603.

[47] *Id.,* at 604. そのことから、政府機能アプローチは説明的な (descriptive) 概念に過ぎないともいえる。ただし、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する。*See* Abner S. Greene, *Government of the Good,* 53 Vand. L. Rev. 1 (2000).

⑷　各論

これまでにおいて、Shiffrin による政府言論の救済モデルを部分的に概観してきた。個別モデルで示された議論の射程はそれぞれ異なり、方向性も別なものであり、対立する契機すらある。とはいえ、これらのモデルは、政府言論が禁止される場面を説明する道具として、一定程度の有効性があるだろう。

そこで、政府言論に関する個別的な問題を考える際には、憲法上の様々な法理や原則を用いるべきであり、たとえば、表現の自由条項や信教の自由条項のほか、平等や中立性の観念、（第５節以降で提示する）国教樹立禁止条項による政府言論の制約を考察していく――そして、政府言論と国民の利益を慎重に衡量しつつ、その帰結を提示していく――必要があるだろう[48]。

こうしたアプローチは、ある論者が、「政教分離原則は、政府行為の伝達する『メッセージ』への着目を要請する。なぜならば、国家の宗教的中立性を意味する政教分離原則は、『政府言論（government speech）』に対して憲法上課せられた明文の制約と解すべき」[49]と指摘したことにも部分的に重なるものである。

以上のことを踏まえて、政府言論の各論を提示したい。選挙助成という政府言論、イニシアティブという政府言論、文化助成という政府言論、教育における言論という問題を概観したい[50]。そこには、さまざまな救済モデルに対立する契機があるから、それらを調整する必要がある。

①　選挙助成

大統領選挙における選挙助成という問題がある[51]。

---

[48] *Id.,* at 605.

[49] 小泉良幸「国民の義務と愛国心」ジュリスト1289号（2005年）110頁の表現。また、小泉良幸「信教の自由と政教分離」小山剛・駒村圭吾編『論点探求　憲法』（弘文堂・2005年）138頁は、Laurence H. Tribe の議論を引きながら、憲法典における政教分離規定は、政府言論を明文で禁止した趣旨であると捉えている。

[50] Shiffrin, *supra* note 1, at 606-621. 連邦議会の郵便物に関する特権については省略する。

[51] *Id.,* at 622-626.

まず、一般論からいえば、選挙プロセスに影響を与えるような国家助成は、憲法上重要な政治システムそのものを歪ませる恐れがあるから、違憲の疑いが強いだろう。たとえば、メディアの時間を買い取り、特定の候補者を支援するような政府の行為は、政府機能モデルが示唆するように、第１修正違反であろう。しかし、補助金の支出という強制的契機を有しない国家行為は、国民の権利を直接的に侵害しないことから、肯定的に評価することもできる。ただし、私的リソースを掻き消すならば、やはり危険視されるべきである。

これらを踏まえて、大統領選挙における補助金の拒否の合憲性が問題となったBuckley判決[52]が提示されている。Buckley判決では、（５パーセントしか支持のない、当選の見込みのない）独立系少数政党の大統領候補者に対する補助金の拒否の合憲性が争われた。

まず、一般的にいえば、補助金が受給できないとなれば、それだけ他の候補者との間で金銭的な負担がより多く生じるから、平等モデルの問題が起こりうるだろう。

ただし、連邦最高裁は、Buckley判決において、合憲の判断を示した。すなわち、本件において、選挙における補助金の支給に関する法律は、候補者自身が自らの資金を用いること自体を禁止していないから、合憲であるとした。

こうした思考は、San Antonio Independent School District v. Rodriguez判決[53]で示されたような平等モデルと対立する[54]。Rodriguez判決においては、学校区の教育が、その学校区における税金により運営されるという法律の合憲性が争われた。連邦最高裁は、この法律が、貧しい学校区とそうではない学校区を（結果として）生じさせた（不平等状態を生じさせた）ことを斟酌して違憲としている。

そこで、Buckley判決がどのように評価できるかが問題となる。彼に

[52] Buckley, *supra* note 37, 424 U.S. 1 (1974).

[53] San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

[54] Shiffrin, *supra* note 1, at 626-627 (1980).

よると、そもそも補助金は、（必然的に）あるものに対しては有利（肯定的）に機能し、あるものには不利（否定的）に機能するとされる。そのことから、当事者に不均衡の状態ないしは一方当事者に対してある種の負担を引き起こすとされる[55]。

しかし、彼は、ちょうど連邦最高裁が、（合憲判断をする際に）「分散化した政党（splintered parties）」と「無制限の派閥主義（unrestrained factionalism）」を避けるという「構造的なインセンティブ（artificial incentives）」を重要な利益として挙げたことを提示して、それが、第１修正（が要請するような、平等モデルの観点）から許容できない部分があるとしつつも、（後述するような）折衷主義的アプローチの観点から、独立系候補者に対する補助金の拒否を認めているようである[56]。

それはどういうことか。彼によれば、こうした問題は、表現の自由と連邦主義の衝突の問題であると（ひとまず）評価される。

まず、繰り返すように、「当選の見込みがない」という理由から、独立系候補者に対する補助金の拒否を正当化することはできないだろう。それは、前述したように、「重要な言論」と「そうではない言論」を認めることは、第１修正の要請を満たさないからである。それでもなお、彼によると、独立系候補に対して、補助金を支出しないことは、連邦議会の一定の裁量であるとされる。

というのは、彼によれば、（まず）連邦制度を採用する合衆国において、州には、いかなる候補者が重要であるかを決定する権限があるとされる。そこで、もし州独自の理由により、第３党が重要であると考えるならば、州内において、第３党に優位なシステムを構築できるという。しかし、（次に）連邦議会は、（州とは異なる）連邦独自の利益を踏まえたうえで、第３党に対する別の姿勢を示すことができる。このことを強調して、補助金の支出における連邦議会の一定の裁量を認めているようである。

---

[55] *Id.,* at 627.

[56] *Id.,* at 628-631. これは、Sullivan 判決が提示する「思想の自由市場」での「自由」な討論が（国家によって）「抑圧」されないという観念と対立する。Sullivan, *supra* note 37, at 270.

以上のように、彼は、折衷主義の観点からより慎重に検討しつつ、独立系候補者に対する補助金の拒否を肯定的に評価しているようである。もちろん、連邦議会の裁量が認められるからといって、たとえば、共和党候補者だけに補助金を支給することは認められないだろう[57]。しかし、彼は、(あえて誤解を恐れずにいえば)連邦制度ないし二大政党制がおこなわれてきたという歴史的事実から合憲性を導き出しているように思われる。

② イニシアティブ

イニシアティブ・キャンペーンがなされる際の政府の意見表明が問題となる。そして、後述するように、国家介入や不介入の観念の対立が、イニシアティブ(やレファレンダム)のキャンペーンなどでもっとも生じるとされる[58]。

まず、政府機能モデルからすると、政府が、メディアの時間を購入して、特定の候補者を支援することは許されないだろう。ただし、イニシアティブに際して、特定の政治的なひとつの立場が、「思想の自由市場」において「支配」的である場合には、(支配的な言論ではない)その他の声や言論を高めるために、支配的な言論を弱めることが認められるべきである[59]。いいかえれば、言論市場における不平等状態が阻止できな

[57] *Id.,* at 628-629. ただし、「連邦」議会の裁量を尊重するといっても、立候補の自由を制約する規制がおよそ認められるわけではないだろう。本件の合憲判断に際しては、独立系候補であることや、補助金プログラムであることが大きな影響を与えているように思われる。そうすると、たとえば、新党からの立候補者に対して、有権者の15%の署名を必要とする「州」法などが違憲とされた判例をどのように評価するかが課題となろう。*Cf.* Williams v. Rhodes, 393 U.S. 23 (1968). *See* Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment,* 43 U. Chi. L. Rev. 20, 59-65 (1975). 後掲注(167)(168)を参照。

[58] *Id.,* at 637. レファレンダムについては、部分的にではあるが、第1章第6節(4)の議論を参照のこと。毛利透『民主政の規範理論』(勁草書房・2003年)153頁以下も参照。

[59] *Id.,* at 637-638. 本稿では省略するが、California州で、公的な場所での禁煙を求めたイニシアティブ、同性愛者であることを公然とカミングアウトした人間の教師不適合に関するイニシアティブの例などが挙げられている。

いのであれば、公平や平等という観念から、政府は「思想の自由市場」に自ら声を付け加えるべきである[60]。

しかし、政府が選挙プロセスを支配し、政治的プロセスを歪めることは、「私的リソースの掻き消しモデル」から許されないだろう。こうした対立する要請のなかで、イニシアティブにおける意見表明に関する個別的問題を考えていく必要がある。

③　文化助成

文化助成という問題がある[61]。文化助成は、とりわけヨーロッパにおいては、地方政府レベルで多くなされており、その形態や方法も多種多様である。この文化助成という政府言論は、もっとも解決困難な問題である。

まず、議論の出発点として、政府機能モデルがいうように、選挙などにおいて、特定の候補者を支援するような補助金を支出することは憲法違反である。そこで、政治の領域との比較として、文化助成がどのような性格を有するかが問題となる[62]。

たとえば、ある論者は、文化助成が、政治に「役に立つ」からなされると評価する。たしかに、歴史的にいえば、文化助成は、政治的な目的でなされてきた。そこでもし政府が、政治を促進するために、文化助成をするならば、特定の思想を持つ人間に対して（のみ）助成することが憲法的に許される余地がある――その結果として、文化助成の合憲の範囲が非常に拡がる――ことになるだろう。したがって、一般論としていえば、いかなる目的を有するかによって、文化助成が許される範囲が異なってくるとされる[63]。

---

[60] *Id.*, at 638-639.

[61] *Id.*, at 640. たとえば、井上典之「スポーツ・個人・立憲国家――ドイツ・ヨーロッパにおける人権問題の一断面――」神戸法学雑誌49巻１号（1999年）１頁以下を参照。

[62] *Id.*, at 641.

[63] *Id.*, at 642.

次に、文化助成を検討する際のもうひとつの主題は、補助金の希少性（limited resources）という観点である。というのは、補助金の希少性という観点は、補助金の支出に際して、文化助成機関が質的な限定を加えること――要するに、文化助成機関に一定の裁量を認めること――を意味するからである[64]。

もっとも、給付作用であれ、裁判所が厳格な審査をする場合がある。たとえば、Sherbert 判決[65]においては、土曜日を安息日とするキリスト教の信者が、土曜日に働かなかったことを理由にして、州の社会保障機関が失業手当を支給しなかったことが違憲とされたし、Shapiro 判決[66]においては、新たな州に居住する場合に、１年間居住しないと福祉受給権が得られないことが違憲とされた。そこでは、補助金を支給しないことが、その国民に対して、「制裁」として機能するという議論が提示された。

そこで、文化助成の拒否が、芸術家に対して「制裁」となるという議論は可能であろうか。彼によると、（すべての国民に平等に配分することがひとまずは予定されるような）福祉受給権のような補助金とは異なり、文化助成については、（すべての芸術家に対して、補助金を平等に支給するという）絶対的な中立性（平等モデル）の貫徹を要求することが難しいとされる。また、ある特定の芸術的な観点に関する表現を縮減させようとする国家の意思を（一般的なレベルで）認めることは難しいとされる。

それでは、文化助成に対して、どのような審査ができるか。

彼は、文化助成に対しては、手続的な制約アプローチを採用すべきとする[67]。彼は、文化助成機関による補助金の支出決定に一定の合理性を認めつつ、（放送局に対する補助金の配分のように）できるだけ政治的党派から離れたかたちで、文化助成についてのルールを定めること、あ

[64] *Id.,* at 642-643.

[65] Sherbert v. Verner, 374 U.S. 618 (1963).

[66] Shapiro v. Thmpson, 394 U.S. 618 (1969).

[67] Shiffrin, *supra* note 1, at 643 (1980).

るいは、文化助成をおこなう際に、政治が露骨に介入しないという、ある種の権力分立（脱中心化）（decentralized control）のルールを定めること（こそ）が重要であるとしている[68]。

このようにして、彼が、手続的アプローチを採用するのは、（たとえば、一度解放されたパブリック・フォーラムを、なるべく平等に開放すべきといった平等モデルの議論とは異なり、補助金の希少性が問題とされる）文化助成においては（すべての主題に対して）絶対的な中立性（平等）を要求することが難しいからである。そこで、彼は、手続的アプローチを採用して、文化助成のプロセスが、過度に政治化することを懸念すべき（protect against monolithic decision making and politicization）という暫定的な解決指針を導き出しているようである[69]。

④　教育における言論

[68] *Id.,* at 644-645.

[69] *Id.,* at 646. 若干意訳している。まず、いうまでもなく、クラシック音楽には補助金を支給するがジャズには補助金を支給しないことや、絵画に対して補助金を支給するが伝統文化に対しては補助金を支給しないことが違憲とまで断定できるかは疑問であろう。

そこで、「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・専門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」という議論が重要となる。高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第２版）』（有斐閣・2010年）215頁の表現。

なお、市側にとって気に入らない展示をしようとした美術館側に対して、市側が賃貸借契約の解除をおこなったことが争われた事例がある。Brooklyn Institute of Arts v. City of New York, 64 F.Supp.2d.184 (1999). 奥平康弘「自由と不連続関係の文化と自由と折り合いをつけることが求められる文化（下）」法学セミナー 548号（2000年）82頁以下を参照。

教育における言論（educational speech）という問題がある[70]。

まず、そもそも教育の領域において、党派的な政府言論の危険性を回避するためには、大学におけるアカデミック・フリーダム論にあるように、（政府当局ではなく）大学に対して（カリュキュム編成などの）裁量を認めることがよい。ただし、これを初等教育機関の教師たちに認めると、（後述するような）いくつかの問題が生じるとされる。

次に、子どもは、リベラル・デモクラシーのアキレス腱（Achilles heel of liberal democracy）であるとされる。というのは、子どもは、もっとも可塑性に富む存在であるにもかかわらず、彼らは、公教育という環境（国家）に捉われるからである。そのことから、公教育におけるカリキュラムを、いかにして「形成」するかという深刻な問題が生じる[71]。

そこで、彼は、こうした初等教育のカリキュラムを論じる際に不可避な問題群を挙げている。すなわち、歴史の教師が、教科書を用いて、黒人の歴史的な貢献を強調することは許されるか。そうした教師がいる場合に、州側はアカデミック・フリーダムを用いて、その教師を「解雇」することが許されるか。そもそも学校において社会主義を強力に教えることが許されるか。共産主義を強力に教えることが許されるか。

さらに、親は、こうした教育が公立学校でなされた場合に、学校から「退出する（いいかえれば、子どもを家庭に連れて帰る、あるいは、公教育を拒否して、家庭教育〔のみ〕をおこなう）」ことができるかというような究極的な問題が生じてくる[72]。

---

[70] *Id.,* at 647.

[71] *Id.,* at 647-648. そうすると、公教育とは、親ではなくて、州（公権力）が、何が子どもにとって最善であるかを決めることであるともいえる。

[72] *Id.,* at 647-650. 公教育の現場においては、どのようなことを教えるにしても、それに反対する人が必ず出てくる。だからといって、公教育をおこなわないという選択肢を取ることは一般的にできない。

ここでは、「政府言論（government speech）および囚われの聴衆という二つの概念は、以前から、公教育とは別の領域で扱われたりしてきた。しかし、最近では、これらの概念と公教育との結びつきを意識した論文も、みられるようになった」という評価を参照するに留めたい。内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂・2010年）154頁の表現。

そこで、Pierce v. Society of Sisters 判決[73]が、親の（子どもに対する）強い権利を観念したことが注目される。ただし、実際的にいえば、親たちは、私立の学校に通わせるほどの財力を有していない。そのことから、公立学校の通学を助長ないし促進させるだろう。その帰結として、Pierce 判決で認められた親の自由と、教育機関のアカデミック・フリーダムの間の緊張関係が生じる[74]。

まず、親の自由を高めようとする論者は、アカデミック・フリーダムを消極的に捉えるだろう。この立場は、カリキュラムを決定する権限が親にあるというだろう。ただし、そのように観念できるとしても、そのカリキュラムは、特定の親の強い意見のみが反映されてはならないだろう。また、いうまでもなく、政治的な機関から影響を受けてもならないだろう。だからこそ、こうした権限は、コミュニティーで「行使」されるべきである。そして、コミュニティーの権限は、子どもの利益によって基礎付けられるものである。

以上のように、公立学校という場所は、「権威的な教化活動の脅威（inspires fear of authoritarian indoctrination）」[75]となる場所でもある。したがって、アカデミック・フリーダムは、初等教育機関で教える内容には及ばず、州あるいは地方の権限で、テキストやカリキュラムの内容を決定すべきとする。

---

[73] Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

[74] *Id.,* at 651.

[75] *Id.,* at 652-653. ただし、「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」という議論もあり、両者の折り合いをつけることが求められよう。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頁の表現。もっとも、カリキュラムの編成を「コミュニティーで行使」するという方法は、方向性として評価できるとしても、具体的にどういう帰結を生むかについては異論の余地があろう。

第５節　小括

これまでの議論において、政府言論の救済モデルを概観してきた。個別の救済モデルで示された議論の方向性は、それぞれ射程が異なり、方向性も別なものであった。さらにいえば、これらのモデルには、対立する契機すらあることが重要である。

とはいえ、それぞれのモデルは、政府言論が禁止される場面を説明する道具として、一定程度の有効性がある。

まず、本稿が注目するのは、彼のいう「私的リソースの掻き消しモデル」である。

それは、彼自身の議論では強調されているとまではいえない（むしろ判例法として自明なものとして捉えられている）が、アクセス権に関する判例に萌芽があり、Buckley 判決でも示された、「われわれがある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修正には全く無縁である」[76]という法理である。

こうした法理は、「思想の自由市場」に対する介入を解決する際のひとつの重要な指針というべきであろう。なぜならば、この法理は、いいかえれば、「国家による自由」の（現在の判例法上の）限界を提示しているからである。

実際において、ある論者によると、アメリカにおいて、「国家による

[76] Buckley, *supra* note 37, 424 U.S. 1, 48-49 (1976). 毛利・前掲注（58）164頁の訳語を参照した。なお、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である。ちなみに、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強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).

自由」に関する議論は、限定的にしかなされなかった「伝統」があるという。

すなわち、「国家による自由」は、「放送という極めて限られた文脈においてのみ受け取られ、『国家からの自由』としての表現の自由という原則と例外とされてきたし、しかも放送という分野における例外は原則との矛盾が問題にされ、『国家からの自由』が強力な伝統であるアメリカにおいて、『一種の奇形』であるとまで形容されている」[77]とまで指摘されている。

ただし、注意すべきことは、彼自身の補足にあるように、「私的リソースの掻き消しモデル」が、「過剰包摂」や「過小包摂」になることである。

たとえば、軍隊の隊員ひとりひとりのメンバーが、その戦術をおこなうことに際して、自身の「私的なリソースの掻き消し」モデルを援用して、（「思想の自由市場」論が要求するような）多元性ないし多様性を要求する――いいかえれば、司令官の命令を聞かずに、自身のわがままをいう――と、軍隊の規律や効率性は、破壊されるから、適切ではないだろう。その意味においては、私的リソースモデルは、「過剰包摂」とすべきである。

これに対して、共和党を支持する人には補助金を支給するが、民主党を支持する人には補助金を支給しないことは、たとえ「私的なリソースを掻き消」さなくても違憲とすべきであろう。なぜならば、（政府機能モデルがいうように）すべての党派的な政府言論は、憲法的に許容されないからである。したがって、「私的リソースモデル」は、「過少包摂」

[77] 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』――アメリカにおける表現の自由法理の動揺の含意」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）18頁の表現。

ここで、阪口論文は、「フランスやドイツで反論権を認める法律が存在すること、さらにイギリスではインフォーマルな形ではあるにせよ反論『権』が受け入れられていることから見て、アメリカの態度は普遍的に共有されてはいない」として、イギリスよりもなおアメリカが特殊であると評価している。

になる[78]。

そのことから、「私的リソースの掻き消しモデル」を用いて、「国家による自由」にまつわる現象を検討する際には、そうした政府言論の両義性を踏まえておく必要がある。

> 「表現の自由については、その古典的意義を少しでもゆるめる結果になることをおそれるべきであり、そう考えるならば、問題はやはり『どこまでなら国家干渉による自由競争の回復のための措置が、憲法二一条に違反しないか』という形で議論されるべきということになる。もっとも、この論者においても、『国家からの自由』思考をベースとしつつ、アクセス権について、どのような要件を持つもので、どのような効果をともなうものとして反論掲載請求権を制度化すれば、『憲法違反』と言う必要はないといえるかは、一つの検討課題であるとし、また、現に行われている学術助成については、多数決的民主主義ルールの適用外の土俵で行われている限り、危険への歯止めは比較的に容易であるとしている。(傍点は引用者)」[79]

いずれにせよ、重要なことは、「私的なリソースの掻き消しモデル」(こそ)が、「国家からの自由」の意義と、「国家による自由」の危険性を指し示している――しかも、アメリカにおいて、それらが歴史的・経験的に強く観念されてきた――ことである[80](命題1)。

次に、これまでの議論と重なるが、政府言論の理論と、「思想の自由

---

[78] Shiffrin, *supra* note 1, at 608 (1980).

[79] 樋口陽一『憲法(第3版)』(創文社・2007年)245頁の表現を引用して、本稿は、アクセス権という「国家による自由」の危険性を提示するとともに、こうした「国家による自由」が限定的に認められる余地があることを提示した。本稿では、日本におけるアクセス権の意義を検討しない。

[80] こうした傾向については、山口いつ子『情報法の構造――情報の自由・規制・保護――』(東京大学出版会・2010年)81頁以下などを参照。また、Shiffrin によると、全体主義国家においては、「私的リソースを掻き消す」ことが頻繁におこなわれるとされる。Shiffrin, *supra* note 1, at 607 (1980).

市場」論が同時に語られてきたことを指摘したい。すなわち、(Yudofの議論を用いると）表現の自由システムのもっとも強い脅威とは、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の拡散（から）ではないとしていた。そのうえで、「すべての人が、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)」を共有するとして、そ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と指摘していた[81]。

ただし、繰り返すように、この原則にも限界があるといえる。Shiffrinが指摘したように、(国家には）ある特定の信念を「促進」することが禁止されていない。あるいは、ある信念に基づいて、国家が病院に補助金を支出すること、メディケアに補助金を支出することは合憲的に認められる（場合がある)。さらには、Emersonが指摘するように、国家には、情報を知らせ、教育をして、説得をすることが許されている。

後述するように、そのような評価については議論の余地があるとしても、今日の行政国家を前提とするならば、このような行為をすべて違憲とすることはできないだろう。とりわけ、公教育に関していえば、公教育を国民に対して実施することを完全に否定しない限り、子どもは、「捉われの聴衆」として、国家による「教化」活動の脅威に（常に）さらされることになる。

もちろん、私立学校の自由や親の教育の自由のように、公教育から離れた「国家からの自由」ないし私的領域を観念できるとしても、そうした自由は（すでにみたように）限定的なものともいえるだろう。

このように、政府言論の解決に際して、より複雑な思考が求められるのは、政府言論が、より多様な「方法」で行われ、より多様な「効果」をもたらし、より多様な「理由」でおこなわれる（the government speaks in too many ways with too many different effects for too many different reasons…）からである[82]。したがって、抽象的・一般的な理論によって、政府言論に関する問題を解決することは困難である。その意

[81] Mark G. Yudof, *When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment,* 57 Tex. L. Rev. 863, 872 (1979).
[82] Shiffrin, *supra* note 1, at 570-610.

味においては、(Shiffrin のような) 折衷主義の立場を否定できないといえるだろう。

以上のような理論状況を踏まえて、本稿は、政府言論の多義的アプローチのひとつである「いつ、そして、いかなる政府の手段が、論争のある価値観を促進するか、しないかを決定すること」[83]という定義を暫定的に採用したうえで、国家の役割論を視野に入れて、個別事例の合憲性を検討していきたい。

第6節　政府言論の多義性

本稿は、これまでにおいて、「国家からの自由」や「思想の自由市場」と政府言論の理論の連関を強調してきた（命題1）。

これに対して、第6節においては、政府言論の意義を肯定的に論じている最近の学説や判例を提示すること――さらには、そこで論じられた国家観を前提にしたうえ――で、「国家による自由」の限定的意義を提示してみたい[84]。それは、「国家からの自由」論と、現代行政国家の役割との調整であり、政府言論の現代的諸相を検討するための予備的作業である（命題3）（第4章）。

(1) Bezanson & Buss

Bezanson & Buss 論文は、政府言論に関する学説や判例法が語って

[83] *Id.*, at 610.

[84] 以下でとりあげる内容には、本稿の問題関心から若干偏りがある。これについては、後掲注（167）（168）を参照。Bezanson & Buss 論文では、以下8つの事例が中心的に検討されている。*See* Rust v Sullivan, 500 U.S. 173 (1991). Rosenberger v. University of Virginia, 515 U. S. 819 (1995). Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853 (1982). Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Southworth, 529 U.S. 217 (2000). Arkansas Educational Television Commission v. Forbes, 523 U.S. 666 (1984). National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998). Los Angeles Police Department v. United Reporting Publishing Corp., 528 U.S. 32 (1999). Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).

きた「思想の自由市場」の「歪み」という思考をより批判的に考察している。

彼らによれば、これまでの政府言論の理論は、「良い政府言論か、悪い政府言論か」というような、単純な二分論を採用しがちであったとされる。

これに対して、彼らによると、政府の表現が、「思想の自由市場」で「独占」を生じさせたり、「思想の自由市場」を歪ませたり、政府の策略により、「歪み」の問題が生じさせたとしても、そうした政府を縛るような（新たな）義務を、基本的に課すべきではないという基本的立場を採用している[85]。

こうした立場は、一見したところ、本稿が提示した「国家からの自由」を基調とした政府言論の理論とは対照的である（命題１）。しかし、重要なことは、すでに提示したように、そうした「国家からの自由」と「国家による自由」の緊張関係に折り合いをつけたり、その「理由」を探ることであり、彼らの政府言論の理論の意義や限界を見定めていくことである。

以下においては、彼らが、「思想の自由市場」の歪曲化という現象を３つの観点――それぞれ、「思想の自由市場」の「独占」、「欺き」ないし「歪み」、「属性」――から説明している部分を若干見ることで、政府言論の折衷主義的な観点を提示したい。

①　独占

まず、「独占（monopoly）」が問題となる。独占とは、政府が私的なコミュニケーションを排除して、ある場所における表現を独占することを危険視するものであり、私的コミュニケーションを「掻き消す（drown out）」ことであるとされる[86]。

---

[85] Randall P. Bezanson & William G.Buss, *The Many Faces of Government Speech,* 86 Iowa L. Rev. 1377, 1488 (2001).

[86] この考え方は、「私的リソースの掻き消しモデル」に重なる。ただし、印象論をいえば、「掻き消された」という認定の「厳格さ」に、Shiffrin との間で差異がありそうである。

しかし、(ただ単に)現に存在している市場に、(政府が)表現を「加える(add)」というだけでは独占は生じないといえる。そうではなくて、他の言論をすべて否定するような市場を(政府が)創設した場合に、独占の問題が生じるといえる[87]。

また、政府が市場を創設したとしても、それ以外の市場に沿って、市場が設置されている場合には、独占という問題は生じないという[88]。これまで判例で検討されている事例は、そのほとんどが新たに市場が創設された事例である[89]。

第1に、初等教育機関の図書館で、ある図書が不当に「除去」されたことが違憲とされたPico判決[90]がある。初等教育機関にいる生徒という存在は、たとえば大学生が受け取ることができるであろうメッセージよりも、より多くのメッセージを受け取れない。そのことから、初等教育機関においては、より独占の問題が生じると評価できる[91]。

---

[87] たとえば、Rust判決がある。政府の補助金を受け取る医師は、最初から患者に対して、中絶に関する助言をできないことが問題となる。ただし、補助金を受け取っている医師以外から中絶に関する助言を受け取ることができるとすれば、Bezanson & Bussによれば、問題は生じないとされる。Rust, *supra* note 84, 500 U.S. 173 (1991).

[88] Bezanson & Buss, *supra* note 85, at 1488.

[89] 創出されたパブリック・フォーラムにおいては、伝統的なパブック・フォーラムと異なり、その場所に応じた内容に基づく区別が認められる。これは、ある意味で、すでに政府の意思ないし政府言論が反映されているといえる。これについては、Shiffrinの議論を参照のこと。

[90] Pico, *supra* note 84, 457 U.S. 853 (1982). Bezanson & Buss論文によると、教育機関における言論(作用)を「拡充」させた判決として、1969年のTinker判決があるという。Tinker判決では、(生徒が)ベトナム戦争反対の意思表示として黒い腕章をつけたことが、第1修正の保護を受けるかが争われた。連邦最高裁が、ナチのかぎ十字も含めて腕章(という言論)を第1修正の保護下においたことが重要である。Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).

[91] Bezanson & Buss, *supra* note 85, at 1489. たとえば、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

このように、教育に関する市場を考える場合には、受け取ることができる表現がはじめから「制限されているという教育に関する市場（within the restricted educational marketplace）」[92]の性質を踏まえるべきである。そこで、（生徒の）利用可能な視野を拡張するためには、Pico 判決がいうように、反キリスト教的な図書を「除去」することが危険視されるべきである。

第２に、文化助成をする際に、「品性と尊重（decency and respect）」という条件が法律で定められたことが合憲とされた Finley 判決[93]がある。文化助成は、政府が新しい市場を設営した場合であることから、ひとまず強い独占の可能性が生じうる。

ただし、新しく設置された文化に関する市場は、幅広い芸術市場のほんの一部分であるともいえる。その意味において、より広く、以前から存在する芸術に関する市場があることから、芸術に関する市場は、未だ開かれたままであるとも評価できる[94]。

第３に、州所有の公共放送局が、大統領選挙の演説討論会に当選の見込みのない独立系候補者を招待しなかったことが合憲とされた Forbes 判決[95]がある。大統領選挙におけるテレビ討論は、この選挙での唯一のものであったことから、そこでの人選は、第１修正の価値を揺るがすものであったといえる。

法学雑誌51巻11号（2004年）22頁以下を参照。本稿でとりあげた判例は、Bezanson & Buss 論文で触れられたものの一部である。

[92] *Id.,* at 1489.

[93] Finley, *supra* note 84, 524 U.S. 569 (1998).

[94] Bezanson & Buss, *supra* note 85, at 1490. とはいえ、基本的な認識がそうだとしても、Shiffrin のように、文化助成の合憲性枠組みを一定程度維持しようとする立場もありうるし、「その企画力・情報力において圧倒的な力を有する国家による介入が、芸術表現市場を歪める危険性は否定できないが、民間との比較においてそれらの力はやはり相対的なものであって、むしろ、国家のみが独占する正当性を背景になされる、特定表現の正統性の『裏打ち（endorsement）』」が問題とする議論もあることから、これらは慎重に判断すべきである。駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛・駒村圭吾『論点探求　憲法』（弘文堂・2005年）170頁の表現。

[95] Forbes, *supra* note 84, 523 U.S. 666 (1984).

しかし、連邦最高裁は、独立系の候補者からの請求（ある種の平等要求）を棄却した。そこでは、公共テレビという新しい政府言論の局面を扱ったというよりも、政府規制の妥当性という観点から、従来の第1修正の枠組みで処理したことが確認できるという[96]。

② 欺き・歪み

次に、国家による「思想の自由市場」の「欺き（deception）」や「歪み（distortion）」が問題となる。

まず、「欺き」とは、「政府がある観点に基づいてコミュニケーションをする場合であるが、そのことを露わにすることなく、……後ろ側でその意思を公表する場合（傍点は引用者）」[97]であり、「歪み」とは、「思想の自由市場に対して政府が参加することによって、……政府が他者の声を聞かずに、あるいは、聴衆に及んでいる思想を曲げることによって、市場を歪曲化すること（傍点は引用者）」[98]である。

たとえば、イメージからいえば、政府関係者が街角に出ていき、匿名で論争的なテーマに関して発言をしたとすれば、聴衆に対する影響は、（常に警戒されているような）政府の名前で発言するよりも、信頼度が高くなるだろう[99]。それは、聴衆が政府の隠蔽行為に気付いていないから、可能となったことである。その分だけ、より説得力が増す可能性が

---

[96] Bezanson & Buss, *supra* note 85, at 1490. ただし、従来の第1修正の枠組みというならば、ちょうど反対意見がそうしているように、州立放送局という公権力による差別的判断を違憲とすることもできたはずである。本稿は、ここに、政府言論の判例法レベルにおける折衷主義を確認する。そこで、Bezanson & Buss がこの事例をいかに評価しているかは判然としない部分がある。もっとも、当選の見込みのない候補を招へいしないという州所有の放送局（政府？）による言論が違憲であるかは、Shiffrin が提示した大統領選挙の際の選挙助成の問題などにも重なる問題提起であるといえるだろう。本稿の視点については、後掲注（102）（167）を参照。また、右崎正博「アメリカにおける大統領選挙公費補助制度と憲法上の諸問題」森英樹編『正当国庫補助の比較憲法的総合的研究』（柏書房・1994年）263頁以下を参照。

[97] *Id.*, at 1491. 若干意訳している。

[98] *Id.*, at 1491. 若干意訳している。

[99] *Id.*, at 1491. これは、「欺き」のひとつの例であると思われる。

ある。

そこで、「歪み」に関する事例として、国家助成を受けている医師が、中絶のアドバイスを禁止されたことが合憲とされたRust判決[100]が提示されている。

もし、患者が国家助成を受けている医師の診療を受けた場合、医師は、医療上可能であっても、中絶のアドバイスをしないことになる。ただし、患者（聴衆）は、中絶のアドバイスをしないことは、医師による自主的で専門的な判断と考える（an audience might assume that the expert is communicating views based solely on the expert's informed judgment）だろう[101]。

以上のことを避けるためには、専門職（professionals or experts）の言論を尊重すべきである。専門職に対しては、（自身の利益に合うような）最適なメッセージ（アドバイス）をしてくれるだろうという「期待」が一般的にあるからである[102]。

---

[100] *Id.,* at 1492. こうした観点から、Rust判決を問題化できる。Rust判決とは、補助金を受けている医師は、患者に対して中絶等のメッセージを発してはならないという「言論」の規制が合憲とされた事例である。Rust, *supra* note 84, 500 U.S. 173 (1991). Rust判決を考える際には、専門職の言論を歪曲してはならないと観念することが重要である。実際において、この法律を知らない患者は、何故、この医師が中絶に関する「言論」をしないかを疑問に思うだろう。*See* Gia B. Lee, *Persuasion, Transparency, and Government Speech,* 56 Hastings L. J. 983, 1050 (2005).

ちなみに、公立図書館における選書も、実のところ、利用者の知らないところでおこなわれている。そのことは、私設の図書館の例を見れば、明らかである。私設の図書館は、観点中立的にふるまう必要がないからである。だからこそ、公立図書館では、こうした問題を避けるために、専門職を介在させることが望ましいだろう。

[101] *Id.,* at 1491-1493.

[102] *Id.,* at 1494. もっとも、政府言論による「欺き」や「歪み」は、非政府的な声によって補われる限りにおいて、危険がないとされる。たとえば、放送局が独立系候補者を討論会に招待しなかった事例でも、どの候補が討論会に参加しているかが、よく国民に知られてさえいれば、それほど問題ないともされる。

また、彼らによると、「思想の自由市場」の「歪み」が生じる事例として、Cuffley v. Mickes 判決[103]が挙げられるという。

Cuffley 判決では、Missouri 州における高速道路の占用（使用）許可の是非が争われた。Missouri 州では、高速道路の清掃を一般グループに任せている。その代わりに、清掃をした団体には、看板の提示を許可する――ゆえに、その団体が社会的認知を得ることができる――という制度があった。

そこで、白人の優位性を主張する――差別主義的な主張を有している――私的団体である Ku Klux Klan（以下、KKK とする。）が申請をしたところ、州当局はその申請を拒否した。拒否の理由は、KKK の急進的・差別的な方針であり、州のプログラムを通して、KKK の名前が公表されることに対する嫌悪感であったとされている。

Missouri 州は、州の所有物が KKK という嫌悪を感じている団体によって利用されることが、州の所有物ないし表現媒体をコントロールする州の能力を奪う（あるいは、同プログラムに関わる「言論」は「州」のものであり、「KKK」のものではない）と訴訟で主張したが、それは（下級審によって）認められなかった[104]。

---

[103] Cuffley v. Mickes, 208 F.3d 702 (8th Cir. 2000). *See* Recent Cases: Constitutional Law - First Amendment - Viewpoint Discrimination - Eighth Circuit Holds That Missouri May Not Exclude Knights of the Ku Klux Klan from Public Program. - Cuffley v. Mickes, 208 F.3d 702 (8th Cir. 2000), petition for cert. filed, 69 U.S.L.W. 3166 (U.S. Aug. 21, 2000) (No. 00-289), 114 Harv. L. Rev. 660 (2000).

本稿は、Cuffley 判決を用いることで、差別的方針を有している団体に対する国家関与に関する問題を検討する予定である。後掲注（167）（168）を参照。Dale, *supra* note 84, 530 U.S. 640 (2000); Bob Jones University v. United States, 461 U.S. 574 (1983). *See also* Helen Norton, *The Measure of Government speech: Identifying Expression's Source,* 88 B.U.L. Rev. 587 (2008). *See also* Erez Reuveni, *On Boy Scouts and Anti-Discrimination Law: The Associational Rights of Quasi-Religious Organizations,* 86 B. U. L. Rev. 109, 142 n. 245 (2006).

[104] Bezanson & Buss, *supra* note 85, at 1476. なお、Cuffley 判決においては、人種差別団体である KKK が純粋に私的団体であること、および、連邦政府から一切の補助金を受給していないこと、それゆえに、公民権法の Title Ⅵが適用されないことが強調されている。これらのことを踏まえて、Cuffley 判決は、

彼らの評価によると、この申請拒否は、白人至上主義に関する情報が聴衆に知らされない結果を招くことから、市場で利用可能なメッセージを歪ませているとされる[105]。

③　属性

最後に、「属性（attribution）」という要素が問題となる[106]。

これは、政府の言論が私人に「帰属」ないし「属」することを問題視する。たとえば、政府がある観点に基づいた（私人の）出版に関与（たとえば、補助金を支給）することが挙げられる。出版助成は、私人の表現に政府が「関与」する（あるいは、場合によっては、ある表現が政府に「帰属」するとさえいえる）からである。

しかし、こうした問題を解決する際には、どのような基準を用いるべきかという困難な問題が生じる[107]。そこで、彼らは、「思想の自由市場」

パブリック・フォーラムに関する判例である Perry 判決などを引用して、あるいは、「観点に基づく区別」が許されないという一般的原則を提示して、高速道路の占用ないし使用の不許可処分が違憲であるとした。この判決の理由付けは、後述するように、興味深いものがある（第２章）。Cuffley, *supra* note 103, 208 F. 3d 702, 710-712 (2000).

[105] *Id.*, at 1494. あるメッセージが拡がることを避けたいと考える施設管理者（政府ないし公権力）としての「話さない権利」をどのように考えるかが問題となる。政府はあるメッセージの普及を避けるために、施設利用を断ることができるか。そこでは、政府の「話さない権利」と、「国家からの自由」を基調とした「思想の自由市場」の原則的思考との対立が生まれている。なお、政府言論の定義については、Shiffrin の定義を参照。前掲注（９）を参照。

[106] *Id.*, at 1495. 若干省略している部分がある。

[107] *Id.*, at 1495. 補助金事業を政府がおこなう際に、ある一定の観点を（政府が）提示しないことはありえない。ある人に対しては、（必然的に）是認のメッセージを送るし、さらには、それ以外のある人に対しては、否認のメッセージを送ることになる。したがって、それを否定すると、一切の補助金支給ができなくなるだろう。

また、ある国民の表現に補助金事業を通して国家が「関与」した場合、その表現がどこに「帰属」するかという問題があるが、本稿ではこの問題を詳細には検討していない。ただし、こうした「属性」に関する問題は、「歪み」に関する議論で提示されたものに重なる部分があるように思われる。

におけるコミュニケーションに対して、政府が表現を加えた(関与した)としても、(国民に)「話す自由」や「話さない自由」さえ認められていれば、原則的には、民主主義や第1修正の理念に矛盾しないという原則的立場を提示している[108]。

④ 小括

これまでの議論において、Bezanson & Buss の枠組みを用いて、政府言論の要素を抽出してきた。まず確認すべきことは、繰り返すまでもないが、現代型行政国家においては、直接的な言論だけではなく、間接的なかたちでの言論が多く存在したことであろう。

ここで、政府の言論とは、記者会見や広報活動などの直接的な言論ではなく、国家による給付機能を通した間接的な言論——もっといえば、「思想の自由市場」に対する国家による関与ないし影響——であった。彼らは、国家任務が広がった今日では、話すことがむしろ要請されているとし、広い意味での政府言論は、縮小されるべきではないとした。

また、政府言論の理論では、「思想の自由市場」に対する「歪み」の分析が課題となっていた。たとえば、政府が話すことで、「思想の自由市場」が歪められるかが提示されていた。また、判例のなかには、独占や歪みを部分的に考慮したうえで、厳格な審査をするものもみられた。このように、政府言論という発想は、(見えにくい)国家関与に関する問題を顕在化させるものである。

それでは、彼らは、政府言論の危険性に対して、どのように対処しているか。それは、既存の表現の自由に関する法理の活用であるとされる。たとえば、「話さない権利」や、パブリック・フォーラム論などを用いることである。さらには、多くの学説が主張しているような、(文化)

---

[108] *Id.*, at 1496. 話さない権利とは、思想・信条がみだりに政府によって公表されないとする考え方である。

もっとも、本論で指摘した Bezanson & Buss の立場は、Shiffrin らの理論によって反論可能であろう。また、判例法においても、宗教団体に対する補助金の給付という場面では、政府による「是認」という観点から、細かい解釈論が展開されていることを確認すべきである。後掲注(149)を参照。

専門職論（professionals or experts）や、脱中心化（decentralized control）（あるいは、権力分立）という政府権力の構造的理解を用いることである[109]。

次に、彼らが、「思想の自由市場」の「歪み」として、Cuffley v. Mickes 判決[110]を挙げたことに注目したい。すでに確認したように、Cuffley 判決とは、人種差別団体が申請した高速道路の使用不許可の是非が争われた事例である（命題２）。

重要なことは、Cuffley 判決では、人種差別団体に対する、市側の嫌悪感に基づく排除措置（これこそが、政府言論！）が直接的に議論されたことである。しかし、本稿が提示してきた（とりわけ Yudof が主張したような）表現の自由の原則論からすると、こうした公権力による表現は、憲法的に許容されないだろう（命題１）。

もっとも、現代の行政国家においては、後述するように、人種差別的なメッセージを規制することが、ひとつの重要な課題であるとの評価も

---

[109] *Id.*, at 1498. 文化専門職アプローチないし権力アプローチは、多くの学説によって提示されている。Bezanson & Buss によると、決定をする権能（decision-making power）を、国レベルからしだいにクラスルームレベルに移行させることが重要であるという。たとえば、初等教育機関における図書館の選書の事例において、連邦最高裁は、図書館の図書の除去決定が、それまでの慣行、両親や先生や司書（専門職）の意向に背いたものであったことを認定していた。そこでは、「当該行政決定がどのように作られたか」に力点を置く議論をしていたという。

このことが示すように、決定権限をより下位へ移行することは、政府言論の危険性に対処する方法として有意義である。多くの学説が文化専門職や脱中心化、あるいは権力分立モデルというより一般論的なモデルを援用するのは、そもそも文化という価値が、政治や多数決主義から離れて存在すべきものだからであろう。関連して、駒村圭吾「国家と文化」ジュリスト1405号（2010年）134頁以下も参照。

なお、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――」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頁以下には、Bezanson & Buss, 論文などの説明などに不正確なところがある。

[110] Cuffley, *supra* note 103, 208 F.3d 702 (8th Cir. 2000).

可能である[111]。

そこで、たとえば、人種差別的な団体の私的な差別行為に政府が介入できるか（命題２）。あるいは、宗教的な信念に基づいて人種差別的な教育をする教育機関に対する（すでに認められている）租税控除を（政府が）「撤回」できるか。さらには、そもそも差別主義的な言論を規制できるかという問題が生まれることになる。

これらの行為は、規制作用や給付作用を用いるべき――あるいは、公権力が団体ないし個人の言論を、「操作」すべき――かが争われているという点において、政府言論の課題である[112]。したがって、われわれは、こうした問題を、国家の役割を視野に入れたうえで、よりトータルな視点から検討する必要がある（命題３）。

⑵ 最近の判例や類型

本稿は、国家による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してきた。そのための方法として、政府言論の多義的アプローチを提唱してきた。

しかし、政府言論の多義的アプローチを提唱しようとする場合、その理論の適用対象がやや不明確になることから、政府言論の類型ないし各事例を解決する際の注意事項を敷衍する必要がある。すなわち、政府言論の問題を考える際には、政府言論の理論を参照しつつ、個別具体的な事例の状況を踏まえて合憲性を検討していく必要がある。

以下においては、最近の判例を参考にして、政府言論についての簡単な類型を提示したい。ここで提示する類型は、政府言論を網羅的にカバーするようなものではなく、本稿が提示するような、政府言論に関するいくつかの課題を解決する際に一定の有効性を持つものにすぎない[113]。

---

[111] Bezanson & Buss, *supra* note 85, at 1485 n. 473 (2001).

[112] 実際のところ、州は、話さない自由を主張していた。しかし、彼らによると、こうした政府言論の問題は、未発達で重要ではあるが、いまだ結論付けることができないものとされる。これに関連するものとして、土居靖美「アメリカにおける私有財産権と表現の自由保障との交錯」愛媛法学14号（1981年）１頁以下を参照。

[113] 今後の議論には、繰り返しがあることを断っておきたい。序章の問題提起

そこで、①政府による記者会見などの「直接」的な言論を用いた政府言論、②ナンバー・プレート上に公権力のメッセージを強要するという「強制」型の政府言論、③図書館選書の選書や公園のモニュメントの展示などの「非強制」型の政府言論の類型を提示して、各事例における特徴を捻出し、その解決方法を提示する。

とりわけ、①においては、「理由」アプローチを提唱し、②については、強制型の政府言論を解決する際の個別的基準が複雑に生成されている過程を見る。③については、とりわけ政府言論の多義的性格を提示して、（判例法における）解決方法の生成過程を提示したい。

①　直接言論型

政府言論という場合、直接的な政府言論というべき、記者会見や広報活動が問題となるだろう。

まず、繰り返しになるが、（Emersonが指摘するように）政府の任務は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。政府それ自身が、常に思想の交換市場に参加してきた。そのひとつが、記者会見であるとされる。

そこで、記者会見の危険に対する処方箋として、「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」[114]や、さらには、「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」[115]ことが重要とされる。

を振り返ると、従来から政府言論が検討される場合、「給付」という現象（のみ）が考察されてきた。しかし、少なくとも、給付という現象のみを、とりあげて観察することは、より具体的な問題文脈を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。本稿は、こうした問題関心で、政府言論の多義的アプローチを採用する。本論で示される類型は、これを考察するための暫定的な類型である。後掲注（167）（168）を参照。

[114] 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頁の表現。Thomas I. Emerson, The System Of Freedom Of Speech 697-716 (1970).

[115] エマーソン・前掲注（114）206頁の表現。*Id.*, at 715.

こうした議論は、直接言論型の政府言論の問題が、民主主義の適切な実施という観念に密接に結びつくことを示している。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」に基づいてのみおこなわれることを示している。そこで、政府機能を限定しようとするモデルないし「理由」アプローチが非常に示唆的となる。

ただし、政府機能モデルないし「理由」アプローチは、(理論としての抽象度が高いことからもわかるように、)常にプラグマティックな判断を必要とするだろう。

というのは、Shiffrin 自身、政府言論の類型として、たとえば、「特定の候補者を支援するような政府言論」と、「公共サービスにおけるアナウンスのための政府言論」を二分できるとしているが、こうした区別は、常識に基づいた(in common sense)、プラグマティックな区別(pragmatic distinctions)としたからである(第1章第3節・第4節)[116]。

② 強制型

政府言論のなかには、言論を「強制」する契機が存在する場合がある。いうまでもなく、政府言論のなかに、強制的契機が存在する場合には、訴訟による解決が可能となるだろう。

本稿の理解からすると、信教の自由や表現の自由、あるいは、表現的結社の自由や親の教育の自由などが政府言論の対象となる(命題2)。

以下においては、国旗敬礼行事型とナンバー・プレート型を若干見ることにして、表現的結社の自由や信教の自由については、章を改めて検討する(第2章)。

a)国旗敬礼行事型

これは、国旗敬礼行事に生徒たちを強制的に参加させたことが違憲とされた Barnette 判決にまつわる論点である。ごく簡単に議論状況を敷

[116] Shiffrin, *supra* note 1, at 613. *See also* 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). 本稿の第1章第3節を参照。

衍すると、生徒という存在は、公立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」であることから、そうした「捉われの聴衆」に向けて、国家が特別なメッセージを発することは、原則として警戒されるべきである。

ただし、国旗敬礼行事にともなう問題を検討する際には、国旗敬礼行事を開催すること自体が許されないのか、それとも、特定の方法、特定の人に対する強制が許されないのかといった問題が残されている（第１章第３節）[117]。

b）ナンバー・プレート型

車のナンバー・プレート上に、州が決めたメッセージの掲載を強要するというような事例がある。たとえば、Wooley 判決では、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ている。連邦最高裁は、Barnette 判決を引用しつつ、ナンバー・プレートに愛国に関するメッセージを強制的に装着させることを違憲とした（第１章第３節）[118]。

また、最近においては、メッセージの内容は異なるが、下級審レベルで、ナンバー・プレート上に公権力によるメッセージを強要することが争われている。ある学説は、その解決方法として、①言論の主要な目的は何か、②公権力による言論の編集度合い、③本来の話し手は誰か、④言論の最終的な責任者はだれか、という具体的な考慮要素を提示している[119]。学説よってかねてから政府言論とされてきたナンバー・プレート

---

[117] 前掲注（３）を参照。蟻川論文によれば、Barnette 判決は、Yudof 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いると分析される。蟻川恒正『憲法的思惟』（創文堂・1994年）31頁以下。Barnette, *supra* note 3, 319 U.S. 624 (1943).

[118] Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

[119] *See, e.g.,* Ariz. Life Coal., Inc. v. Stanton, 515 F.3d 956, 964 (9th Cir. 2008). *See also* Mary Jean Dolan, *Why Monuments Are Government Speech: The Hard Case of* Pleasant Grove City v. Summum, 58 Cath. U.L. Rev. 7, 32 (2008).

の問題もまた、(後述するような、判例のような二分論ではなく)、より個別的な検討が求められている。

③ 非強制(環境形成)型

もっとも論争的となるのは、非権力的なかたちで「思想の自由市場」に参入する政府言論をどのように捉えるかである。

ある先行研究の理論的な説明を借りると、「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」[120]ことである。これは、環境形成型の政府言論の行使の形態であると評価できる(序章)。

ただし、後述するように、国家による環境形成それ自体を否定する必要はなく、ある特定の場面の環境形成こそを危険視すべきである。

以下においては、図書館の選書型と、公園のモニュメント型を詳細に検討することで、政府言論の多義的性格を指摘するとともに、その解決基準が複雑に生成されている過程を観察したい。国家助成型については、表現的結社の自由に関する解決基準を提示したのちに、章を改めて部分的に検討する(第3章)。

c)国家助成型

先行研究が提示したような国家助成(とりわけ、補助金の支給)という問題がある。本稿は、国家助成という問題に対して、給付という現象のみを、とりあげて観察することだけでは、より具体的な問題文脈を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――という認識を有していることから、ここでは、国家助成一般を規律する法理の

[120] 小泉良幸「国家の役割と共同体論」憲法問題16号(2005年)32頁の表現。小泉論文は、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。ただし、本論でも指摘したように、人権を行使しようとする際に、(国家によって形成される)「環境」が重要になることもある。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頁以下を参照。本稿にとっては、国家による介入の両義性を認識することが重要である。

追求をおこなわない（第３章・第４章）[121]。

ｄ）図書館の選書型

公立図書館の選書という問題がある。ある先行研究によると、「1970年代後半から1980年代前半のアメリカ憲法学に government speech 論の成立を準備させた有力な動因の一つは、今日では殆ど忘れられているが、学校図書館の蔵書取扱いをめぐる諸裁判例の展開であった」[122]とされるからである。

実際において、公教育（やその図書館）という環境は、可塑性に富む子どもを市民社会の一員へと変容させると同時に、そうした「環境」に

---

[121] 本稿は、言論助成に関する（あり得ない？）「普遍」的基準を抽出しようとするものではなく、とりわけ、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、命題１と命題３の折り合いをつけることで、あるひとつの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。

したがって、本稿は、「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」という見解を否定するものではない。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』（日本評論社・1994年）111頁の表現。

ただし、本稿は、その前提条件として、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」に対する国家介入を中心にして、「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こそが重要と考えている。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。

[122] 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）92頁の表現。その他、角替晃「公立学校図書館の図書排除と第一修正の権利」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』（有斐閣・1998年）100頁以下を参照。Pico, supra note 84, 457 U.S. 853 (1982). 青木宏治［論文紹介］*Judicial Clairvoyance and the First Amendment : The Role of Motivation in Judicial of Book Banning in the Public School.* Note, *State Indoctrination and the Protection of Non-State Voice in the School : Justifying a Prohibition of School Library Censorship.* アメリカ法〔1985〕244頁。関連して、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）139頁以下を参照。

強いられる親や子どもの私的な教育の自由を侵害する潜在的可能性を有している。

Pico 判決では、教育委員会が、New York 州の Island Tree の学校区内の初等教育機関から、「反アメリカ的（anti-American）、反キリスト教的（anti-Christian）、反ユダヤ的（anti-Semitic）、明らかに醜悪（just plainly filthy）」であるとして、いくつかの図書を除去（removal）したことが問題とされた[123]。当該図書が排除されるきっかけは、教育委員会の数名が同州内の保守系団体（PONYU）との会議において、その図書を置くことの是非を議論したこととされる。教育委員会が当該図書の排除命令を出そうとしたときに、メディアにそれが知れ渡り、社会問題となった。

そこで、教育委員会は、図書審査会を設け、同機関に諮問意見を要求した。ただし、教育委員会は、出てきた諮問意見に何ら理由をつけることなく無視し、いくつかの図書を排除した[124]。そのことから、同区内の生徒らが、教育委員会を被告として、図書の除去処分の違憲性を確認する宣言的判決などを求めて訴訟を提起した。連邦地裁は請求を棄却したが、第２巡回区控訴裁判所が事案を第１審に差し戻したため、教育委員会が連邦最高裁に裁量上訴を求めた[125]。

連邦最高裁は、審理を事実審に差し戻して、次のように述べた[126]。相対多数意見によると、本件は、教育現場のカリキュラムが問題となった Meyer 判決[127]とは区別できるという。本件の事案としての新しさは、教育委員会が学校図書館に配置された図書を「除去」しようとした点に

[123] *Id.,* at 856.

[124] *Id.,* at 857.

[125] 474 F. Supp. 387, 392 (1979). 638 F. 2d 404 (1980).

[126] Blackmun 裁判官（White 裁判官が同調。）による補足意見、Burger 裁判官による反対意見（Powell 裁判官と、Rehnquist 裁判官と、O'Connor 裁判官が同調。）がある。

[127] Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

ある。

たしかに、教育委員会は、学校経営に関する広い裁量を有している[128]。しかし、個人が援用できる知識を縮減することはできない。先例は、討論や情報に対するアクセス（に関する自由）を認めているからである[129]。そして、学校教育現場（や学校図書館）では、生徒は、そうした図書へのアクセス権を前提として、多元的で論争的な大人社会への準備をして、未知の分野を体験するだろう。

こうした初等教育機関（の図書館）が有する環境からすると、教育委員会側の自由裁量は認められない。国旗敬礼行事への参加強制が問題となったBarnette判決がいうように、その裁量は、「偏狭的に党派的、そして政治的なやり方で（in a narrowly partisan or political manner）」[130]行使してはならない。

たとえば、共和主義者の好みにより、党派的な動機をもって、教育委員会が図書を排除することは憲法違反である。それらの措置は、生徒のこれらの図書へのアクセスの権利を否定することになる。たとえば、白人ばかりの学校で、人種を理由として、黒人関係や人種の平等についての図書が排除されたら、それは違憲である。憲法は、官憲による思想弾圧（official suppression of ideas）を許していないとした。

以下においては、学校図書館の選書に関する事例にコメントを付すことにしたい。

まず、学校図書館の選書作用を問う際には、学校図書館を含む公立図書館がどのような場所であるかを問うべきである。すなわち、初等教育機関の図書館は、可塑性に富む生徒を市民社会の一員へと変容させる場所であり、「多元的で論争的な大人社会への準備をする場所」、あるいは、「多種多様な未知のことを経験する場所」である[131]。

---

[128] Pico, *supra* note 84, 457 U.S. 853, 863 (1982).

[129] Bellotti, *supra* note 38, 435 U.S. 765, 783 (1978).

[130] Pico, *supra* note 84, 457 U.S. 853, 870-872 (1948).

[131] Pico判決は、学校教育において必要な情報と知識の利用可能性を拡張した判決として、肯定的に評価されるようである。Bezanson & Buss, *supra* note

そして、このことが、学校図書館だけではなく公立図書館が、高度化・多様化する要求に十分に応じるべきである――あるいは、学校図書館を含む公立図書館の職員が、独断的な評価や個人的な好みにとらわれずに、選書という職務を行うべきである――という命題を導くだろう。それは、理念的にいえば、学校図書館を含む公立図書館は、どのような情報や思想をも取り込むべきという、ある種の「思想の自由市場」の発想に近いものともいえる[132]。

ただし、これに対しては次のような反論も可能である。それは、ちょうど反対意見がいうように、学校図書館を含む公立図書館は、すべての思想を抱え込むべきであっても、予算に関する限界や、図書を配置するスペースに限界があることから、現実には不可能ではないか[133]。こうした議論は、教育委員会に初等教育機関における図書館の運営に関する広い裁量を認めるべきとするだろう。

ここで、Pico判決は、「閲読に供されている図書」の「除去」という行為に注目している[134]。たしかに、学校図書館を含む公立図書館は、理

85, at 1489.

[132] *See* Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth,* 1984 Duke L.J. 1, 2 n.2 (1984). これに触れるものとして、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80号（2010年）63頁以下。

[133] Pico, *supra* note 84, 457 U.S. 853, 888 (1982). 反対意見においては、(生徒が)多様な意見に接することがたとえ望ましいとしても、本件で問題となった1冊の図書に対するアクセス権を認めることはできないとする。

[134] すでに「閲読に供されている」同性愛的表現が含まれた図書が、公立図書館の子供向けセッションから、一般向けセッションへ「移動」したことが違憲とされたアメリカ連邦地裁の最近の判決も、図書館の選書作用一般を問うていないと評価できる。Sund v. City of Wichita Falls, 121 F. Supp. 2d 530 (2000). これに関連して、上田伸治『アメリカで裁かれた本――公立学校と図書館における本を読む権利』（大学教育出版・2008年）196頁を参照。また、公立図書館の選書のように、権利論を提示することが難しい分野については、「ひとまず権利論を断念し、国の義務という視点から考察するしかない。すでに見たように、具体的な義務の内容は行政財産の目的および用途（との関係）に応じて異なる。憲法の次元でこれに縛りをかける試みとして、『違憲な条件』論、『ベースライン』論、『専門家の介在』論などの様々な議論が展開されているが、基

念的には、あらゆる思想を抱え込むべきである。しかし、それは、現実的にいえば不可能である。こうした観点からすると、学校図書館を含む公立図書館の裁量の幅が広がる。ただし、「閲覧に供されている図書」の「除去」という行為に限ってみれば、学校図書館を含む公立図書館側の裁量との折り合いを付けやすいといえるだろう。

なぜならば、「すでに閲覧に供されている」図書の「除去」という行為には、（そもそもいかなる主題の図書を購入し、特定の場所に配置するというような、学校図書館を含む公立図書館の第一義的な任務とは異なって）予算や場所に関する専門的判断を比較的必要としないことから、より不公正な取扱い――判決の表現を用いれば、「強烈に党派的、あるいは、政治的なやり方で」判断がなされたという認定がしやすいと思われるからである。

もちろん、専門的判断によって図書が除去されることもあるだろう。しかし、「除去」という行為は、少なくとも、より違憲性の推定が働くような――その意味では、両義性の問題が解決されやすい――行為類型といえるかもしれない[135]。

e）公園のモニュメント型

公園のモニュメントの展示という問題がある。以下では、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[136]を提示したい。

本となるのは『国家の中立義務』であろう」という指摘がある。小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社・2009年）209頁の表現。

[135] アメリカ連邦最高裁の Souter 裁判官（少数意見）は、ある事例において、公立図書館の選書が、「検閲」と同様の効果を及ぼす場合があると指摘している。United States v. American Library Association Inc., 539 U.S. 194, 251 (2003). ただし、そもそも図書館がどのような図書を購入したかの判断に裁判所が一般的にメスを入れることには慎重である。これとの関係で、最近の問題として、山本順一「アメリカ合衆国対アメリカ図書館協会事件」書斎の窓527号（2003年）30頁以下。

[136] Pleasant Grove City v. Summum, ---U.S.---, 129 S.Ct.1125 (2009). 以下の議論

本件は、Summum という宗教団体が、市の管理する公園において、十戒のモニュメントの展示を認めながら、７つの格言（Seven Aphorisms）という Summum の格言のモニュメントの展示を認めないことを、第１修正（表現の自由条項）違反であると主張して、モニュメントの展示を認めないという市の行為の暫定的差止め命令を求めた事件である。

Pleasant Grove 市が管理する Pioneer Park は、同市の歴史的地区に位置する2.5エーカー（約１万平方メートル強）の面積を有する公園である。同公園には、15の常設モニュメントがあり、そのうちの11は、民間団体によって寄贈されたものである。たとえば、歴史的な価値がある倉庫、井戸（泉）、旧消防庁舎、９.11モニュメント、十戒のモニュメント[137]などがある。

Summum は、1975年に創設されたユタ州のソルトレーク・シティに本部を置く宗教団体である。Summum の代表は７つの格言のモニュメントを公園に展示することを求めたが、2003年11月に市長らによって展示を拒否された。市長によれば、同公園には、（１）市の歴史に直接的に関係するもの、（２）Pleasant Grove のコミュニティーと長い繋がりがある団体によって寄贈されたものが展示できるとされるからである。Summum は、市長らを相手取って、十戒のモニュメントの展示を認めながら、７つの格言のモニュメントの展示を認めないことは、表現の自由が禁止する､内容に基づく区別や観点に基づく区別であると主張して、７つの格言の展示を認めないという市の行為の暫定的差止め命令を求めて出訴した。

は､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］掲載予定に重なる部分がある。これに関連して、横大道聡「モニュメント建立と政府言論」ジュリスト1403号（2010年）160頁以下を参照。さらに､横大道聡「アメリカ連邦最高裁における『政府言論の法理』についての覚書」憲法理論研究会編『憲法学の未来』（敬文堂・2010年）75頁以下を参照。

[137] 十戒のモニュメントは、地元の Fraternal Order of Eagles によって、1971年に寄贈されたものである。

連邦地裁は、緩やかな審査基準を適用して、本案勝訴の見込みがないという理由から、市の行為に対する暫定的差し止め命令を認めなかった。これに対して、第10巡回区合衆国控訴裁判所は、公園という場所が伝統的にパブリック・フォーラムであることから、本件でも厳格な審査が必要であるとした。そして、市が設定した展示基準は厳格な審査基準を満たさないと判断して、Summum の請求を認めた。連邦最高裁は、控訴審判決を破棄して、控訴審裁判所に差し戻した。

連邦最高裁によると、本件の争点は、第１修正の表現の自由条項に基づいて、ある私的なグループが、伝統的パブリック・フォーラムである公園に、モニュメントの展示を要求できるかである。当裁判所は、公園に常設展示を置くことを政府言論であると解する。第１修正は、公権力が私的言論を規制することを禁止する条項であり、本件のように、政府言論が問題となる場合では適用されないというべきである。したがって、本件は、第１修正が要求するような厳格な審査を必要としない。

そもそも公権力は、自らが望むことを国民に対して伝える権限があり、表現しようと考える観点を選択できる。また、公権力は、選択したメッセージを伝えるために、私人に対して補助を求めることができる。もっとも、このことは、政府言論にはまったく制約がないことを意味しない。たとえば、政府言論は国教樹立禁止条項に適合する必要があるし、公務員による政治的な扇動もまた規制される必要がある。

たしかに、伝統的パブリック・フォーラムにおいては、厳格な審査が維持されてきた。しかし、このことと同時に、公園にモニュメントを置くことが認められてきた。公園の常設展示は、典型的な意味での政府言論であるというべきである。なお、仮に自治体があるひとつのモニュメントを受け入れたとしても、それは、選択的な受容（selective receptivity）を意味している。自治体は、公園の設置目的に適合する範囲でモニュメントを受け入れることができる。また、自治体が、あるひとつのモニュメントを受け入れたとしても、それは（自治体に）事実上コントロールされた（彼らの）メッセージ（effectively controlled their messages）でしかない。自治体が常設展示のためのモニュメントの寄贈を受けたといっても、モニュメントの制作者による、特別な意味を是

認したわけではない。

以上のことから、パブリック・フォーラムの法理は、多くの人々の言論を促進する場合に適用されるものであり、本件のような限られた常設展示にアクセスするという場面では適用されない。したがって、被上告人の主張は認められない。

以下においては、公園のモニュメントの事例にコメントを付すことにしたい。最初に問題とすべきは、本判決のような公園という財産の管理に関する自由裁量論に近い構成が、とりわけ表現の自由の観点から、どのように評価できるかという点である。

まず、すでに展示されているモニュメントは、他のモニュメントを「排除」しているという意味において、公園の現在の利用を「独占(monopolize)」しているといえる。そして、ある公有財産を(独占的に)使用している者の公有財産を効果的に用いた言論が、公有財産を有していない者の言論を「かき消す(drown out)」という状況こそは、(Shiffrinが提示したような、平等モデルが意味する)表現の自由の重要な課題ともいえる[138]。そうすると、公園という財産の「利用」に関する議論をする際には、パブリック・フォーラム論が示唆するような平等モデルが(ひとまずは)重要となるだろう。

もっとも、公園を管理する自治体が、モニュメントの選定に関して観点中立性を完全に維持できないという「実質」的判断についても、やはり否定できないように思われる。なぜならば、本判決が指摘するように、さまざまなモニュメントの展示要求の「すべて」を受け入れていけば、公園の場所的制約から、公園の秩序が乱れるだけではなく、新しいモニュメントを受け入れるために、すでに展示されたモニュメントを撤去するという事態に追い込まれるおそれがあるからである。

このように、平等モデルを強調しすぎると、すでに論じたように、公園の場所的制約から、より多くの問題が生じうることから、ふたつの要請の調整を慎重に考えていく必要がある。

---

[138] Summum, *supra* note 136, 129 S. Ct. at 1137. *See* Joseph Blocher, *Property and Speech in Summum,* 104 Nw. U. L. Rev. 83, 85 (2009). 後掲注(149)を参照。

しかし、こうした調整要請があるにもかかわらず、連邦最高裁が、モニュメントの展示が政府言論であるという「形式」的判断を示した――そして、緩やかな審査基準を画一的に採用してしまった――ことが問題となるだろう。

実際において、そもそも政府言論に関する判例が定式化してきた、「私的言論を促進するプログラムをおこなう（典型的にはパブリック・フォーラムのような）場合には厳格な審査基準を用いるが、政府のメッセージを伝達するためのプログラムをおこなう場合には緩やかな審査を用いる」という厳格な二分論[139]については、これまでも強い批判があることから、本件でもおよそ緩やかな審査基準で足りるとすることには疑問が生じうるだろう[140]。

そうだとすると、むしろ判例が提示してきた、緩やかな審査基準でよいとする政府言論の法理の真に意味するものこそが問われなければならない。なぜならば、本来的にいえば、（本稿が指摘してきたように）学説によって提示されてきた政府言論の理論は、審査基準をより厳格にするための試みであったはずだからである[141]。

また、Breyer 裁判官の同意意見が「政府言論の法理は、経験則のルールであり、厳格なカテゴリーではない」と指摘しているように、最高裁の内部においても、政府言論の形態が多様なものであるという認識を確認できる[142]。口頭弁論においては、Souter 裁判官や Breyer 裁判官が、私的言論と政府言論の混合に関する議論をおこなっている。

そこで、学説の中には、判例による厳格な二分論を批判しつつ、「混

---

[139] *See* Johanns v. Livestock Marketing Association, 544 U.S. 550, 553-560 (2005).

[140] *See* Leslie Gielow Jacobs, *Who's Taking? Disentangling Government and Private Speech,* 36 U. Mich. J.L. Reform 35 (2002).

[141] 蟻川・前掲注（122）91頁以下、中林暁生「『表現の自由』論の可能性（二・完）」法学67巻３号（2003年）338頁以下を参照。また、政府言論の多義性を提示した文献として、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、拙稿「政府の言論と人権理論（２）」北大法学論集61巻２号（2010年）236頁以下を参照。

[142] Transcript of Oral Argument at 10-35, Pleasant Grove City v. Summum, 129 S. Ct. 1125 (2009). *See also* Blocher, supra note 138, at 92.

合した言論（mixed speech）」という形態を認め、中間的な審査基準を模索するものがある。

たとえば、そうした学説は、多様な形態による政府言論を理解するために、中間審査基準を採用して、①誰が話し手であるか、②そのメッセージを誰がコントロールしているか、③誰がその言論に対して資金を提供しているか、④どのような表現内容か、⑤合理的な人間は、当該表現を誰の属性と考えるか、という考慮要素を提示している――要するに、より個別的な検討がおこなわれている――ようである[143]。

以上のことから、判例による厳格な二分論の維持がどこまで説得的であるか、あるいは、多様な形態による政府言論を観念していく場合に、厳格な二分論がどこまで有用であるかが、少なくとも今後の争点となってくるだろう。

次に、Summum 判決の理論構成を再度確認すると、「モニュメントの展示行為が政府言論」であることから、公園のモニュメントの展示に対しては、緩やかな審査基準が適用されることになる。しかし、緩やかな審査基準が適用される（はずの）政府言論の行使が、（今度は）国教樹立禁止条項違反となる（より厳格な審査が必要となる）といえる。

ここで、表現の自由条項における政府言論と、国教樹立禁止条項における政府言論の「交錯」という事態――もう少しいえば、判例法レベルにおいても、政府言論の多義性に関する問題――が生じているといえる[144]。

---

[143] *See* Caroline Mala Corbin, *Mixed Speech: When Speech Is Both Private and Governmental,* 83 N.Y.U.L. Rev. 605, 627 (2008). 文脈に応じて、厳格審査基準を用いるべきであるとする学説もある。Note, *Strict Scrutiny in the Middle Forum,* 122 Harv. L. Rev. 2140, 2154 (2009).

[144] *See* Nelson Tebbe, *Privatizing and Publicizing Speech,* 104 Nw. U. L. Rev. 70, 78-79 (2009); Ian Bartrum, Pleasant Grove City v. Summum: *Losing the Battle to Win the War,* 95 Va. L. Rev. In Brief 43, 46-47 (2009); Christopher C. Lund, *Keeping the Government's Religion Pure:* Pleasant Grove City v. Summum, 104 Nw. U. L. Rev. 46, 56-57 (2009).

なお、本件においては、国教樹立禁止条項違反の主張がされなかったにも

このような政府言論の交錯状況を解決するために、たとえば、Scalia裁判官は、より端的なかたちで、十戒のモニュメントが「世俗的」なものであるから、国教樹立禁止条項に違反しないとしている。ここで、Scalia裁判官は、十戒には合衆国にとって否定しがたい歴史的意義があるという基本的立場を示している。

これに対して、Souter裁判官による結論同意意見は、「合理的な観察者」、すなわち当該法律の条文、制定過程、その実施に精通している人を想定して、当該国家行為をある（宗教）団体に対する是認の裏付けとして受け取るかどうかを考察すべきという視点を導入して、当該モニュメントの違憲性を慎重かつ総合的に判定している[145]。

たしかに、数十年ものあいだ展示された十戒のモニュメントが「世俗的」であるとして合憲とされたVan Orden判決[146]を前提にするならば、Scalia裁判官がいうように、本件の十戒の展示もまた国教樹立禁止条項に違反しないといえるかもしれない。しかし、1999年にケンタッキ州の裁判所に「新たに」展示された十戒のテクストが違憲とされたMcCreary判決[147]のように、自治体が「新たに」十戒を展示（是認）する一方で、（Summumの場合とは異なり）ローカル・コミュニティーで一定の支持がある団体のモニュメントを恣意的なかたちで排除（否認）したような場合には、少なくとも本判決が提示した政府言論の法理の射程を超えるという理解も十分に成り立つように思われる[148]。

かかわらず、口頭弁論においては、それに関する議論が多くなされている。たとえば、Roberts裁判官の最初の質問がそれである。Transcript of Oral Argument at 4, *Pleasant Grove* City v. Summum, 129 S. Ct. 1125 (2009).

[145] Summum, *supra* note 136, 129 S. Ct. at 1142 (Souter, J., concurring in the judgment). *See also Strict Scrutiny in the Middle Forum, supra* note 143, at 2155.

[146] Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677 (2005).

[147] McCreary County v. ACLU, 545 U.S. 844 (2005).

[148] 国教樹立禁止条項違反の可能性を示唆するものとして、Dolan, *supra* note 119, at 49-51. なお、Van Orden判決と、本判決で問題となったモニュメントの寄贈の経緯は、ほぼ同様なもの（同時期にFraternal Order of Eaglesによって寄贈されたもの）であったとされる。Transcript of Oral Argument at 59,

以上のことから、公園のモニュメントが政府言論であるとしても、そうした政府言論は表現の自由条項や国教樹立禁止条項に適合する必要があることから、ある（宗教）団体のモニュメントを恣意的なかたちで是認したり否認したりすることを無条件で許容するものとまではいえないように思われる。

それは、繰り返すように、モニュメントの展示の是非に関しては、国教樹立禁止条項だけではなく、すでに指摘したように、表現の自由条項（公権力が有している表現媒体に対する平等アクセス）の要請もあるからである。実際において、補助金の支給やその拒否という場面において、国教樹立禁止条項による宗教団体の是認（否認）の禁止の法理と、平等条項の要請（たとえば、宗教団体間の平等や、世俗的団体と宗教団体間の平等）が対立することがあるから、本稿ではほとんど検討できなかったが、それらに配慮した、より一層複雑かつ慎重な判断が求められるだろう[149]。

このようにして、本判決でより多義的に提示された政府言論の法理の意味は、少なくとも十戒のモニュメントの展示が争われた判例を同時に精査していくなかで具体的に確定していく必要がある[150]。

(3) 総括

政府言論の理論は、第１修正に関する原理論的な問題関心と共に、そ

Pleasant Grove City v. Summum, 129 S. Ct. 1125 (2009).

[149] 表現の自由条項と国教樹立禁止条項の交錯という問題は、本件ではじめて提示されたわけではなく、潜在的に生じていたものである。*See* Good News Club v. Milford Central School, 533 U.S. 98 (2001); Rosenberger, *supra* note 84, 515 U.S. 819 (1995); Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette, 515 U.S. 753 (1995). これについては、福嶋敏明「政教分離と平等アクセス」早稲田法学80巻３号（2005年）453頁以下を参照。さらに、前掲注（49）（50）も参照。

[150] 十戒のモニュメントの展示が国教樹立禁止条項に照らし違憲かどうかは、Van Orden 判決と McCreary County 判決をどのように読むかに大きく関わる。邦語文献として、会沢恒「最近の判例」アメリカ法〔2007-1〕289 頁以下を参照。

れが断片的に論じられる傾向が強いといえるだろう[151]。

第１に、政府が話すという現代的な問題状況を、現代型行政国家において、どのように位置づけるべきかという問題がある。

それは、初期の政府言論の理論からすると、政府が話すことが原則として認められないか。それとも、それは、現代型行政国家における政府の任務であるという観点から、広く政府言論を認めてよいかという――要するに、国家の役割に関する――対立である。

こうした対立を前提として、Yudof は、国家には教育をする権能が認められるとしても、教化活動は認められないという区分を示したり、「強制と任意」や「宣伝活動と教化活動」、「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」や「国民の思考プロセスを歪める政府言論とそうではない政府言論」という区別を示したりしていた[152]。

このことが示すように、政府言論の理論は、「国家による自由」の危険性を認識するツールとしては有効であるが（Yudof）、こうした区分

---

[151] 本稿の立場からすると、政府言論は多義的に捉えられる。それは、Shiffrin がいうように、福祉国家化に伴い、政府言論と呼ぶべき現象が多様化する（はずだ）からである。このような観点に立ちながら、本稿は、（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。

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。このような認識を有するのは、個別の救済モデルの射程が異なり、それらに対立の契機が存在するからである。こうした点を敷衍するため、本稿は、第１修正の価値を踏まえつつ、Yudof、Shiffrin、Emerson、Bezanson & Buss らの（国家の役割に関する）議論（の差異）を観察している。

ちなみに、図式としては、個別の問題現象に対する評価はともかくとして、Yudof に対抗するところの Shiffrin や Emerson、さらには、Bezanson & Buss という理論状況にある。なお、Emerson に対する評価としては、「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」というものがある。堀部正男『アクセス権』（東京大学出版会・1977年）47頁の表現。

[152] Yudof, *supra* note 81, at 897-917.

自体が非常に曖昧なものとも評価できるため、司法審査のための基準とまではいい難いがたいだろう。

第２に、政府言論の問題を解決する際の救済モデルが重要である。とりわけ、「平等」という観点からのパブリック・フォーラム論、「自由」という観点からの反対納税者モデル、が重要である。このように、政府言論に対する一定の救済モデルが立てられたことは、個別の問題の解決指針としてひとまず有効であろう[153]。

ただし、自覚すべきは、そうした議論が、すでに提示された判例法理に基底的であることである。というのは、表現の自由の領域で、何らかのかたちで、「国家による自由」を実現しようとする場合、判例法においては、「私的リソースの掻き消しモデル」――に固執する「伝統」が（ひとまず）確立されている（命題１）。

したがって、「国家による自由」を検討する場合、出発点として、そうした判例法を受け止める必要があり、その結果として、「国家による自由」の憲法適合性が、かなり厳格なものとなる[154]。

---

[153] もっとも、自由モデルあるいは私的リソースの掻き消しモデルと平等モデルの対立可能性があることが重要である。

[154] ただし、最近では、川岸令和「表現の機会を求めて――アクセスが沈黙を呼ぶパラドクスを超えられるか――」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて――奥平憲法学の継承と展開――』（日本評論社・2009年）92頁が、「人為的に作り上げられる制度のなかでしか表現の自由は機能しないことを銘記すべきであろう。その際、表現の自由は、ときに表現を規制することによってよりよく実現できるかも知れないという逆説と真摯に対峙する必要がある。表現の自由の脆弱さへの十分な配慮に基づくよく練り上げた法制度としてのアクセス権は、表現の自由の擁護に資するかも知れない。次の課題は、『言論の自由を生かす』アクセス権の構想を具体的に構想することである」としていることが注目される。

そして、本稿も「言論の自由を生かす」アクセス権を具体的に構想することの意義をいずれ検討すべきであると考えており、（アメリカにおける）アクセス権の可能性を原理的に否定したいとは考えない。本稿は、アクセス権の判例法の流れを概観したものにすぎない。*See* Stephen G. Breyer, *A Symposium Honoring Jerome A. Barron's Path-Breaking Article: Introductory Remarks,*

さらにいえば、「国家からの自由」論は、少なくとも、国家の利益と個人の言論が二面的に対立する場合には、よく機能するとしても、三面的に対立する――より具体的には、社会的権力による言論、国家の利益（政府言論）、社会的権力内外の（個人の）言論が複雑に対立するような――場合には、より問題が顕在化する――「国家からの自由」を貫徹することで、重大な問題が発生する――ことを指摘できる[155]。

たとえば、このことが、典型的にいえば、政治資金規正の問題文脈で生じている。すなわち、「企業がその経済力を用いて政治過程に自由に参入することになれば、個人の発言力が『かき消されてしまう』おそれがある」[156]ことを「理由」に、国家が私人や私企業の言論を規制してもよいのか、という（「私的リソースの掻き消しモデル」についての）問題が生じる。

そして、「すべての社会的集団の活動を規制せずにそのまま放置しておくことは集団による個人への圧迫を生じさせ……コミュニティ社会のもつ社会的伝達を困難にするという事態が考えられ……企業や労組などの特定の団体が、他の私的な集団や団体に比較し格段に大きい権力を維持するにいたった今日においては、……政府による規制が、一段と必要になった」[157]との評価が、場合によっては、なされることになる。

ところで、こうした対立は、Yudof と Shiffrin の相違に関わっている。すなわち、Shiffrin と Yudof のあいだには、団体言論に関する認識の相

---

76 Geo.Wash. L. Rev. 819 (2008).

155 大屋雄裕『自由とは何か――監視社会と「個人」の消滅』（ちくま書房・2007年）90頁を参照した。もっとも、本稿の対象は、表現の自由に関する議論である点で、大屋論文が前提とする営業の自由論争とは異なる。さらに、石川健治「営業の自由とその規制」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣・2008年）148頁。岡田与好『経済的自由主義』（東京大学出版会・1987年）。

156 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）265頁の表現。

157 大沢秀介『アメリカの政治と憲法』（芦書房・1992年）101頁の表現。大沢論文は、共和主義と多元主義といった論点を、国家に対する好意的見解と否定的見解、積極的自由と消極的自由という自由の捉え方の問題と絡めて論じている。

違がある[158]。

まず、Yudof が、(国家が)銀行や企業による人民投票に対する独立支出を禁止したことを違憲とした Bellotti 判決[159]を肯定する――いいかえれば、「思想の自由市場」論を観念して、「国家からの自由」を貫こうとする(命題1)――のに対して、Shiffrin は、民主制プロセスの組織的破壊(おそらく法人や団体による支配と思われるもの)の脅威を意識しているし、司法府と立法府のどちらがより信頼できるかという論点もまた意識しているように思われるからである[160]。いずれにせよ、政治的な討論領域に対する介入という政府言論の問題の解決は、非常に難しいといえる。

そこで、たとえば、Fiss は、「表現の自由は憲法で非常に重要なものである。わたしもそれを支持するが、それは、表現の自由が自己表現や自己実現に不可欠だという理由からではなく、集合的な自己決定(collective self-determination)にとって不可欠」[161](だからである)という「理由」を提示して、集合的決定あるいは民主主義過程における対話の重要性という観点を持ち出す。そして、彼は、「思想の自由市場」の「歪

158 右崎正博「会社の消極的言論」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣・1998年)117頁参照。アクセス権に関する議論も、二極構造から三極構造へという変化をもたらしたとされる。池端忠司「反論権」法学セミナー565号(2002年)19頁。

159 Bellotti, *supra* note 38, 435 U.S. 765 (1978). Bellotti 判決については、「実際には、法人と自然人という主体の違いに注目するのではなく、その表現活動によってもたらされる言論・情報の多様性あるいは『思想の自由市場』という価値に注目して判断がなされて」いるという指摘がある。木下・前掲注(156)269頁。これに関連して、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男ほか・前掲注(154)121頁以下。

160 本稿では、Shiffrin による Bellotti 判決に対する評価はおよそ見ていない。ただ Bellotti 判決の枠組みがアドホックであるという指摘を見ただけである。Shiffrin, *supra* note 1, at 600. ただし、政府言論の意義を認めようとする部分もある。Shiffrin, *supra* note116, 96 Harv. L.Rev. 1745, 1753 (1983).

161 Owen M. Fiss, The Irony Of Free Speech 4 (1996). Fiss や Sunstein による国家性善説の思考に対しては強い批判がある。Abner S. Greene, *Government of the Good,* 53 Vand. L. Rev. 1, 64 (2000).

み」が、古典的リベラリズムでは解決できないとして、国家権力の行使――政府言論の行使？――を積極的に位置づけている。

ある先行研究の表現を借りると、「これまでの表現の自由の伝統は、『自律とは政府による干渉の排除だと定義し、政府や国家を嫌う』ような……リベラリズムに基礎をおいてきたが、……『国家を毛嫌いする傾向』を維持するだけでは、『市場によって支配された政治に対抗する実行可能な代替案の提示できない』」[162]ことから、国家による対話を促進するための「規制」が広く認められる。

あるいは、「私的権力の集中が言論の自由にもたらすインパクトは、政府によって是正される必要がある。政府は自由で開かれた公共的討議を抑圧しもするが、私的権力が言論を窒息させる場合には、公共的資源の分配などを通じて、そうでなければ公共の場に達しない声を掬い上げることもできる」[163]との評価が可能である。

しかし、こうした議論は、「私的リソースの掻き消しモデル」の「伝統」に少なくとも反することになる（命題１）。そこで、ある種の「国家による自由」が、（本稿が部分的に提示してきたような）「広く国家観、自由観、さらには司法観」[164]を前提にして、どれくらいまで認められるべきかを個別に検討していく必要がある（Bezanson & Buss）。

したがって、本稿の次なる課題は、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」となる。それは、「国家からの自由」論と、現代行政国家の役割との折り合いをどのようにつけるかという作業である（命題２）（第２章）。

以上のような対立状況を踏まえると、すでに提示したように、本稿は、政府言論の多義的アプローチのひとつである「いつ、そして、いかなる政府の手段が、論争のある価値観を促進するか、しないかを決定するこ

---

[162] 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）42頁の表現。

[163] 岩本一郎「書評」Owen M. Fiss, The Irony Of Free Speech (1996). アメリカ法［1998］53頁の表現。

[164] 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。

と」[165]という定義を暫定的に採用したうえで、個別の救済モデルで示された対立する契機を認識しつつ、さらには、国家の役割論を視野に入れつつ、個別問題の合憲性を判断していく。

第３に、もっとも実際的な課題として、判例法が提示した政府言論の法理の適用領域の変化がいかなる理論的影響をもたらすかが問題となる。

すなわち、Summum 判決は、もともと補助金の拠出という領域で用いられた政府言論の法理を、公園のモニュメントの展示という領域にも適用した事例であり、政府言論の法理の今後の動向を考えるうえで、非常に重要な事例である。

より具体的にいえば、緩やかな審査基準が画一的に妥当する政府言論の法理がどこまで「拡張」されるか――判例による厳格な二分論がどこまで維持されるか――という問題や、政府言論の法理を拡張することで生じる個別的諸問題――たとえば、ナンバー・プレートにイデオロギー性のある政府のメッセージを強制的に掲載することなどの現実的問題だけではなく、表現の自由と国教樹立禁止条項の交錯に関する理論的問題――をどのように解決していくかを考えていく必要があるだろう。

いずれにせよ、判例が提示してきた、緩やかな審査基準でよいとする政府言論の法理をそのまま是認することなく、今後は学説によって提示されてきた、より厳格な審査を求める政府言論の理論を再評価していく必要があるだろう[166]。

(4) 展望

本稿は、政府言論に関する問題を次のように整理する。

まず、われわれは、政府言論の多義性という課題を受けとめる必要がある。本稿は、第１章において、比較的初期に提示された政府言論の多義的アプローチを提示しつつ、「思想の自由市場」に対する適切な介入(政

[165] Shiffrin, *supra* note 1, at 570. 前掲注（９）を参照。

[166] 前掲注（141）を参照。関連して、城野一憲「表現の自由理論における『言論者としての政府』というメタファー」早稲田法学会誌61巻１号（2010年）245頁以下。

府言論）と、そうではない介入（政府言論）の区別が難しいことを示してきた。

そこで、本稿で提示した諸々の現象を、個別的に政府言論と呼ぶことの具体的な意味ないし帰結はともかくとしても、こうした現象を、現代行政国家における公私区分をめぐるひとつの問題提起として、ひとまず受け止める必要があるのではないか。

さらには、そうした公私区分を前提として、本稿がこれから提示するように、（少なくとも）政府言論をよりトータルに検討すべき場合には、政府言論の多義的アプローチが有用であるとはいえないだろうか[167]。

以上のことを踏まえつつ、第２章は、先行研究が考察の対象としていない「市民権法と表現的結社の自由との相克」という現象をとりあげたい（命題２）。

これらは、本稿の視点によれば、今日における重要な政府言論の課題である。これに対して、第３章は、先行研究が主として検討してきた給付作用の問題を検討する。

---

[167] たとえば、大統領選挙における選挙助成や、（第４章で検討する）自律的団体に対する国家関与の問題を検討する際に、政府言論の多義的アプローチが有用であろう。

前者に関しては、少なくとも（大統領選挙の際の）独立系候補者に対する補助金の支出の拒否を「正当化」する文脈で、政府言論の多義的アプローチが有用である（おそらく、独立系候補者に対する立候補制限が違憲となる可能性があるのに対して、補助金支出の拒否は合憲となるという理屈を、その適否はともかくとして、少なからず捻出できる）からである。

後者に関しては、自律的団体に対する規制や給付のあり方（ある団体に対する租税控除の「撤回」に関する分析枠組み）を検討する際に、政府言論の多義的アプローチが有用であるからである。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頁以下を参照。*Cf.* Eugene Volokh, *Freedom of Expressive Association and Government Subsidies,* 58 Stan. L. Rev. 1919 (2006).

このように、本稿の目的のひとつは、②強制型と③非強制型の連関を指摘することであり、その予備的考察として、「最近の判例ないし類型」を提示した。

そして、第４章は、(命題１の結果を踏まえたうえで)、これらふたつの現象を「接合」したい（命題３)。こうした作業は、政府言論の現代的諸相を提示する際の適切な素材となるだろう[168]。

［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。

[168] 本稿は、政府言論の多義的アプローチを前提として、「思想の自由市場」論が前提とする国家が関与しない多元的領域を観念することの重要性を提示する（命題１)。同時に、政府言論の機動性ないし有用性を限定的に指摘することで、さまざまな政府言論に関する課題が、個別具体的な問題文脈を考慮することなしに解決できないこと提示する（命題３)。そのことによって、両者の折衷をはかるものとする。

第２章においては、準備作業として、ある個別事例（表現的結社に対する国家規制〔規制や給付を含む。〕のありよう）を検討する予定である（命題２)。詳しくは、拙稿・前掲注（８）198頁以下を参照。これに関連して、樋口陽一「二つの自由観の対抗――『自由』と『国家』の順・逆接続」樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会・1994年）101頁以下、福嶋敏明「雇用差別禁止法と宗教団体の自由――アメリカ連邦控訴裁判所における『聖職者例外』法理の展開と Smith 判決の射程」神戸学院法学38巻２号（2008年）49頁以下を参照。*See* Martha Minow, *Should Religious Groups Be Exempt From Civil Rights Laws?,* 48 B. C. L. Rev. 781 (2007).