

公的言論助成に対する憲法的統制のあり方についての一考察

横大道 聡*
(2008年10月30日 受理)

A Reflection on Constitutional Control over State-Supported Speech

YOKODAIDO Satoshi

- I はじめに
- II 違憲な条件の法理の意義と問題点
- III 公的言論助成に対する憲法上の規律
 - 1 公的言論助成と公共討論
 - 2 文化と助成 ——公的言論助成の正当性の論証
 - 3 公的言論助成と文化制度
- IV 結びにかえて

I はじめに

(1) 同性愛を巡る連邦最高裁判決から

1996年、性的志向に基づいた優先処遇処置を禁止するコロラド州の州憲法修正を違憲と判断した *Romer v. Evans* 連邦最高裁判決¹でのスカリア (Antonin Scalia) 判事の反対意見は、次の文章から始まる。

法廷意見は、文化闘争 (Kulturkampf) を発作的敵意と誤解している。我々が検討している憲法修正は、同性愛者に対する「むき出しの敵意」の表明などではなく、伝統的な性道徳を変更しようとする政治的なる力を持つ少数者 (同性愛者のこと——引用者) から、法を用いることによって伝統的な性道徳を守ろうとする、寛容なコロラド州民による穏当な試みにすぎない²。

* 鹿児島大学教育学部 講師

1 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1995).

2 *Id.* at 636 (Scalia J., dissenting).

スカリア判事の反対意見の要点は、同性愛の是非を巡る「文化闘争」に司法が介入することへの不満であった。事実、スカリア反対意見の結論部分では、次のように述べられている。

……私が思うに、文化闘争 (culture war) の一方に肩入れすることは、裁判所の役割ではない (政治部門の役割である)。……裁判所が文化闘争の一方に肩入れしたとき、裁判所は農奴 (villeins) というよりはむしろ騎士 (knights) の色彩を帯びてくる。より具体的にいえば、最高裁のメンバーが、法律家階級から引き出した見方や価値観を旗印にした、テンプル騎士団になってしまうことに他ならないのである³。

同性愛の承認を巡る「文化闘争」は、2003年、Lawrence v. Texas 連邦最高裁判決⁴がソドミ行為を処罰する州法を違憲と判断し、1986年に下された Bowers v. Hardwick 連邦最高裁判決⁵を覆したことで、少なくとも、同性愛行為に刑事罰を科すことは憲法上許されないことは、判例上確立したといえるだろう。

(2) 文化闘争

スカリア判事が引き合いに出した「文化闘争」という言葉の語源は、19世紀にビスマルクがカトリック教会を弾圧した政策 *Kulturrekampf* を指す言葉であり、主にドイツ史で用いられる言葉である。しかし、その英語訳である *culture war* という言葉は、アメリカでは、1991年に『文化闘争——アメリカのアイデンティティを巡る闘争』を上梓した社会学者のハンター (James Davison Hunter) が用いたことを嚆矢として、具体的な社会問題に対する是非や善悪、正義・不正義を区別する根拠となる道徳的価値観や世界観の対立が、私的な領域から公共討論 (public discourse) の領域に持ち込まれることで対立が激化し、国民生活を分断させるような状況を指す言葉として用いられるのが通常である⁶。「文化闘争」をこのように理解するのであるならば、同性愛の問題のみならず、家族、中絶、芸術、教育、政教分離のあり方などもまた、文化闘争の主戦場となりうる⁷。

さらに文化闘争では、刑事罰を科すことの是非のみが問題となっているわけでもない。たとえば、中絶の権利を認めたエポックメイキングな Roe v. Wade 連邦最高裁判決⁸のあと、「中絶反対派 (pro choice)」が採った手法は、出産にのみ助成金を出し、中絶に対しては支出しないというものだった⁹し、芸術問題についていえば、1989年後半に始まった、連邦芸術基金 (National

3 *Id.* at 652.

4 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

5 Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

6 JAMES DAVISON HUNTER, CULTURE WAR: THE STRAGGLE TO DEFINE AMERICA: MAKING SENSE OF THE BATTLE OVER THE FAMILY, ART, EDUCATION, LAW, AND POLITIC, 32-64(1991).

7 *Id.* at, 173-291.

8 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

9 See, e.g., Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977), Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980), Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991).

Endowment for Arts, NEA) を巡る論争¹⁰においても、修正1条により処罰や規制・禁止することが認められないが、特定の人が不快に思うような表現に対しての「敵意」は、紆余曲折の末、NEAが助成を行う際には、「一般的な品位の基準およびアメリカ公衆が有する多様な信念および価値観を考慮に入れること」を要求するという、いわゆる「品位と尊重条項」に結実するに至っている¹¹。つまり、アメリカを分裂させかねない特定の価値観を巡る「文化闘争」への政府の介入は、直接的な規制から、支出権限や助成を用いた間接的、より巧妙なものへとシフトしているといえるだろう¹²。同性愛を巡る文化闘争も、優遇措置の禁止が憲法違反とされた *Romer* 判決を経た今後は、助成金の受領や公的扶助との関係で争点化することが予想される。文化闘争に終わりはないのである。

(3) 芸術・言論助成の文化闘争

ところで、上述したNEAの助成を巡る論争の中で、わいせつな作品や宗教冒瀆的と捉えうる作品へのNEAによる助成を最も厳しく批判したのが、ノースカロライナ州選出の共和党保守派の古老議員、ヘルムズ (Jesse Helms) 上院議員であった。ヘルムズ上院議員は、わいせつ、宗教冒瀆的作品への助成を「ユダヤ・キリスト教的価値観に対する攻撃」であると位置づけ、そうした助成を禁止したとしても合衆国憲法に違反しないことを強力に主張したのである。

ヘルムズ上院議員の主張は、大要次のとおりである。すなわち、わいせつな作品や宗教冒瀆的な作品への助成を拒否したとしても、それは、それら作品を非合法化したり禁止したりするわけではない。単に連邦政府がユダヤ・キリスト教的価値観を共有する大多数の道徳的な国民から徴収された税金を、わいせつで品位を欠く作品、あるいは反宗教的な作品のために用いることを禁止しているにすぎない。助成を受けることができなかつたとしても、芸術活動を行い、作品を仕上げ、発表することはまったく自由なのだから、そこに「表現の自由」に対する侵害など存在しようもない¹³。

10 一連の騒動についての詳細は、RICHARD BOLTON, *CULTURE WAR: DOCUMENT FROM THE RECENT CONTROVERSIES IN THE ARTS* (1992)。邦語文献では、小倉利丸『アッシュド・キャピタリズム』第四章 (青弓社、1992年)、奥平康弘「芸術活動・作品鑑賞の自由を考える——R・メイプルソープのばあい」時の法令1455号36頁、大橋敏弘「米国芸術基金 (NEA) 訴訟を通じてみた芸術支援の側面——芸術への公的助成と議会統制」総合政策論集第6号15頁 (2003年) 等を参照。本論争も含め、アメリカの芸術文化政策を包括的にフォローするものとして、片山泰輔『アメリカの芸術文化政策』(日本経済評論社、2006年)を参照。

11 「品位と尊重」条項の問題点については、*See, e.g., Robert M. O'Neil, Artists, Grants and Rights: The NEA Controversy Revisited*, 9 N. Y. L. Sch. J. Hum. Rts. 85, 103-109 (1992)。

12 このことは、近年、憲法学でも言及されている「排除型 (規制型) 権力」から「操作型 (環境型) 権力」という統治手法への注目とも重なる。この点については、駒村圭吾「自由な社会の二つの憂鬱——操作と制御——」世界2007年2月号72頁、同「警察と市民——自由と権力の構造転換」公法研究69号113頁 (2007年)、高橋和之、佐藤幸治、棟居快行、蟻川恒正「〔座談会〕憲法60年——現状と展望」ジュリスト1334号2頁以下 (2007年) 31頁〔棟居発言〕、大屋雄裕『自由とは何か——監視社会と「個人」の消滅』113頁以下 (ちくま新書、2007年) 等を参照。

13 ヘルムズ上院議員の立場については、*See Jesse Helms, Art, The First Amendment, and the NEA Controversy*, 14 NOVA L. REV. 317 (1990); Jesse Helms, *Is It Art or Tax-Paid Obscenity? The NEA Controversy*, 2 J.L. & Pol'y 99 (1994)。

(4) 問題の所在

このヘルムズ上院議員の立場は、*Romer* 判決でのスカリア判事の立場に通底するものといえる。つまり、文化闘争の帰趨は政治過程に委ねるべきであり、それが法的な禁止や処罰に至らない以上、そこに権利侵害は見られないのであるから、司法はいたずらに憲法を旗印にして文化闘争へと介入すべきではない、という考え方である。

確かに、そもそも国家は私人の芸術活動や表現活動を助成・援助しなければならない憲法上の義務を当然に負っているわけではないし、そうした助成を受領する憲法上の権利があるとも直ちには言えないだろう。また、助成を受けることができなくとも、表現活動自体は禁止されていないのだから、自由に行うことができるともいえる。しかし、だからといって、表現内容が公権力にとって（あるいは公権力を支持する多数の国民にとって）気に入らないことを理由に助成を拒絶することが許されるとすれば、「表現を規制しようとするのではなく、積極的に助成するが、それと同時に助成する言論に制約を課そうとする¹⁴」点に特徴を有する現代国家を前に、実効的な表現の自由を保障することは困難となることも容易に推察される。

もっとも、助成金が有限である以上、すべての表現に助成することは不可能である。実際、政府が文化、芸術的表現活動を促進させるために行う助成は、「芸術的な卓越性」といった価値基準に基づいて行われるのが通常である。つまり、助成によっては不可避免的に政府による内容や観点に基づいた判断が要求されるのである¹⁵。そうした助成を、憲法上「早い者勝ち（*first come, first served*）」や「抽選（*lottery*）」によって価値中立的に行わなければならないとすれば、今日行われている多くの助成が、憲法上許されないものとなりかねない¹⁶。ここにおいて、チェメリンスキー（*Erwin Chemerinsky*）が指摘しているように、「政府が内容に基づいた選択をしなければならない広範囲に渡る領域が存在することによって、深刻な修正1条上の問題が生じる¹⁷」のである。

(5) 本稿の構成

そこで本稿は、文化闘争の主戦場のひとつである「表現活動への公的助成」に焦点を当てて、「表現の自由」の観点から¹⁸、表現活動に対して規制ではなく援助を行う政府に対して、いかなる憲

14 Steven J. Heyman, *State-Supported Speech*, 1999 WIS. L. REV. 1119, 1120 (1999).

15 Erwin Chemerinsky, *The First Amendment: When the Government Must Make Content-Based Choices*, 42 CLEV. ST. L. REV. 199, 200, 204-211 (1994).

16 Heyman, *supra* note 14, 1138-1141.

17 *Id.* at 204.

18 アメリカにおける公的文化助成に関する議論及び諸判決は、この問題を、「平等」の問題としてではなく、主として「表現の自由」の問題として把握し検討している。このこと自体、「平等」と「自由」を巡る原理的な理解にも関わる問題であり、検討を要する事柄である。しかし、本稿ではさしあたり、奥平康弘『『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』——『法の下での平等』を考える——』法政論集第109巻245頁（1986年）が指摘するように、「人権における差別問題は、『法の下での平等』という一般的レベルにおいてではなくて、当該人権に対する制限・禁止の許容性の問題、つまりそこで問われている人権の問題となる」（同256頁）のであり、『基本的人権』における『差別』取扱いは、すなわち、『基本的人権』の『制限』を構成し、『侵害』

法上の統制が及ぼされるべきなのかを考察することにしたい¹⁹。検討に当たっては、「政府による助成の合憲性を判断することは、修正1条の学者が直面しているもっとも悩ましい問題のひとつである²⁰」ことを早くから自覚し²¹、議論の蓄積もあるアメリカにおける議論を素材にすることにする。日本においてもアメリカと同様の問題状況が存在していること²²を踏まえれば、この検討を行うことも少なからず意義を有すると思われるからである²³。

に該当する」(同261頁)という理解を前提に、公的言論助成が提起する憲法上の問題を、アメリカと同じく「表現の自由」の問題として考察することにしたい。なお、後掲の脚注(43)も参照。この問題を主に平等及び配分的正義の観点から扱う論考として、see Heyman, *supra* note 14.

もう一つの理路としては、日本の文脈においては憲法25条の解釈の問題として構成する方途がありうる。すなわち、「文化的な最低限度」に着目し、同条項により、「文化的な最低限度」の維持のために、表現活動への助成や援助を憲法上義務付けられるとする立場である。(たとえば、田中耕太郎『新憲法と文化』120頁(国立書院、1948年)、杉原泰雄『『文化国家』の理念と現実』法律時報71巻6号(1999年)。また、中林暁生「給付と人権」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』263頁(岩波書店、2007年)、駒村圭吾「自由と文化——その国家的給付と憲法的統制のあり方」法学教室328号34頁(2008年)等も参照)。この立場による場合、生存権の法的性格を通説的立場のように理解すれば、助成・援助請求権は抽象的権利として位置づけられることになる。そして憲法上義務付けられる内実については「文化的な最低限度」の解釈に依存することになるが、生存権に関する訴訟において裁判所が「健康で文化的な最低限度」についての立法裁量を強調していることに照らすと、「文化的な最低限度」の条件整備のために、自由権行使に援助や助成を義務付けるという要請までも本条項に期待するのは過剰な期待ではないかとも思われる。

- 19 関連して、文化闘争を「道徳立法」という視点から検討する駒村圭吾「道徳立法と文化闘争」法学研究第78巻第5号83頁以下(2005年)、文化闘争一般を憲法論として論じることの意義を考察する志田陽子『文化闘争と憲法理論——アイデンティティの相克と模索——』(日本評論社、2006年)等を参照。
- 20 Martin H. Redish & Daryl I. Kessler, *Government Subsidies and Free Expression*, 80 MINN L. REV. 543, 544 (1996).
- 21 1970年代にはすでに、言論市場に対して規制以外の手段によって積極的に関与する、現代積極国家に適用可能な表現の自由論を構築する必要性がトライブ(Laurence H. Tribe)、エマソン(Thomas I. Emerson)らにより指摘されていた。See, e.g., THOMAS I. EMERSON, *THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION*, 697-716 (1970); Laurence H. Tribe, *Toward A Metatheory of Free Speech*, 10 SW. L. REV. 237, 244-245 (1978).
- 22 たとえば、大阪地判平成13年1月23日判例時報1755号101頁、東京地判平成18年10月3日判例集未搭載等を参照。その他、訴訟に至っていないものの、同様の問題が生じている。2002年、岡山県倉敷市が全額出資して設立した財団法人の市文化振興財団が、市民劇団を対象に公募した「倉敷演劇フェスティバル2003」で、同財団の不祥事をテーマとした作品を予定する劇団を外して抽選を行った(朝日新聞2002年10月4日)。財団側は、「財団が主催する事業で、財団の不祥事を素材とした演劇に場所を貸したり、補助金を出したりするわけにはいかない」と言明したと伝えられている(朝日新聞2002年10月23日)。他にも新聞記事を調べてみると、同様の問題が散見される。一例を挙げれば、2004年、神奈川県藤沢市の女性などで行く朗読の会「海の音」が同年8月に開催した反戦詩集の朗読会に対して、財団法人藤沢市芸術文化振興財団が、小泉首相のイラク戦争への姿勢を批判した詩を念頭に置きつつ、「特定の政府、人物などをあげ反戦を訴えている箇所があり、政府の政策を批判する内容で、普遍的な反戦の主張といえない。芸術性を高めるといふ財団の趣旨に反している」などを理由として、いったん認められた芸術文化助成事業の助成金10万円を交付しなかった(朝日新聞2004年11月18日)。2007年にも、同じ団体の反戦詩集の朗読会が、同じく藤沢市芸術文化振興財団による助成金10万円を認められたのち、市に後援を申し込んだが、その内容から拒否された。そのことを財団が知り、「市が後援を認めないような事業に助成はできない」として、助成を撤回したという事件が伝えられている(朝日新聞2007年7月20日)。
- 23 関連する邦語文献として、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座 憲法学第三巻 権利の保障』105頁(日本評論社、1994年)、同「国家と文化」『岩波講座 現代法1 現代国家と法』191頁(岩波書店、1997年)、同「政府と言論」ジュリスト1244号91頁(2003年)、築山欣央「表現に対する政府の補助をめぐる憲法問題」法学

なお、本稿での考察は、公権力によって私人の表現活動を促進させるために行われる助成に限定し、いわゆる「政府言論 (government speech)」の問題については検討の対象外とする。というのは、筆者が、公的言論助成の場合と「政府言論」の場合とは、検討や対応の方法も異なると考えているからである²⁴。

本稿は、次の順序で考察を行うことにする。まず「表現活動への公的助成」という問題に対して、これまで適用されてきた「違憲な条件の法理 (Unconstitutional Conditions Doctrine)」の意義と問題点を見る。次に、公的言論助成の問題に対して、公共討論 (public discourse) という視点から切り込む学説の立場と、文化制度 (cultural institution) という視点から検討を行う立場という、近年有力と思われる学説の立場を概観する。そのうえで、両者の統合的に把握した公的言論助成問題への対処という道筋の意義と課題を提示することにしたい。

II 違憲な条件の法理の意義と問題点

規制ではなく助成や援助を行うが、その受領に条件を課すことで、憲法上の権利行使に影響を

政治学論究第53号105頁(2002年)、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30頁(2002年)、森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の統制」阪大法学53巻1号113頁(2003年)、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』1頁(成文堂、2003年)、中林暁生「『表現の自由』論の可能性(一)(二・完)」法学67巻2号228頁、法学67巻3号338頁(2003年)、同「給付と人権」前掲註(18)、同「給付的作用と人権論」法学教室325号24頁(2007年)、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——」法学政治学論究第63号391頁(2004年)、同「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別——連邦最高裁判決の検討を中心に——」法学政治学論究第65号182-184頁(2005年)、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法』168頁(弘文堂、2005年)、同「自由と文化」前掲註(18)、金澤誠「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——」ジュニア・リサーチ・ジャーナル12号43頁(2005年)、石川健治「文化・制度・自律——“I” art pour l’art」と表現の自由」法学教室330号56頁(2008年)等を参照。

- 24 この区別は、*Rosenberger v. Rector & Visitors of the Univ. of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995) 等で示された区別に基づいている。この区別を含めたアメリカ連邦最高裁の判例の立場については、横大道「公的言論助成と表現の自由」前掲註(23)396-408頁を参照。なお付言すると、「私人の表現活動を促進させるために行われる助成」と、「政府自身の見解を伝達するために行われる助成」とを明確に区別することは困難であるため、両者を包含させつつ、言論市場に規制ではなく助成といった手法を用いて参入してくる現象一般を指す言葉として「政府言論」という概念を用いる用法もある。その代表が「政府言論」という語に市民権を与えたユードフ(Mark G. Yudof)の用法だろう。See MARK G. YUDOF, *WHEN GOVERNMENT SPEAKS: POLITICS, LAW, AND GOVERNMENT EXPRESSION IN AMERICA* (1983)。しかし、少なくとも連邦最高裁において「政府言論」という語は、特定の解釈的意味を持つ語、すなわち、修正1条が要請する観点中立の例外を構成し、公的関心事について政府が発言することを容認する法理を指す語として用いられている点に注意が必要である。See *Johanns v. Livestock Marketing Ass’n*, 540 U.S. 550 (2005); *The Supreme Court, 2004 Term: Leading Cases*, 119 HARV. L. REV. 227 (2005)。このことを踏まえて本稿では、言論市場に規制ではなく助成といった手法を用いて参入する政府活動のうち、連邦最高裁がいう「狭義」での政府言論を除いた現象を考察の対象とすることにした。連邦最高裁がいう「狭義」での政府言論については、横大道聡「言論市場における発言者としての政府——『政府言論』を巡るアメリカでの議論を中心に——」法学政治学論究第72号215頁(2007年)を参照。

与えようとする現代国家の統治手法に対して、いかなる憲法上の統制を及ぼすべきだろうか。この課題に対して連邦最高裁は、特に1950年代後半から「違憲な条件の法理」を用いて、場合によっては差別的な受領条件を定める助成が、「自由」の侵害と見なされうることを明らかにしてきた²⁵。しかし近年では、「……この法理自体、連邦最高裁の武器庫 (arsenal) からほとんど姿を消している。連邦最高裁における表現の自由に関する訴訟事案の中で、政府による助成の事例が徐々に増している一方で、連邦最高裁はそうした事例に対処するための古典的なツールである違憲な条件の法理を放棄している²⁶」と指摘がなされている。

そこで本章では、違憲な条件の法理が果たした意義とその問題点を明らかにするとともに、「最高裁の武器庫」から姿を消しつつあるという理由について検討することにしたい。この検討により、違憲な条件の法理に替わるアプローチを提唱する学説が、違憲な条件の法理の何を問題として代替アプローチを提示しようとしているのかについて明確になると思われるからである。

(1) 違憲な条件の法理の意味

違憲な条件の法理とは、サリバン (Kathleen M. Sullivan) の定義によれば、「たとえ政府が助成を完全に行わないことが可能であるとしても、政府は助成受領者の憲法上の権利の放棄を助成条件としてはならない²⁷」とする法理である²⁸。

連邦最高裁自身による違憲な条件の法理の説明もみてみよう。大学の運営方針に反対した講師に対し、理由を告げることなく再契約を拒否した州立大学の行為の合憲性が問題となった、1972年の *Perry v. Sidermann* 連邦最高裁判決²⁹ は、違憲な条件の法理について、次のように説明している。

25 「違憲な条件の法理」の成立・展開につき詳しくは、中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学13号101頁(2002年)、横大道聡「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界——言論助成問題の予備的考察として——」法学政治学論究第62巻293頁(2004年)等を参照。なお、この課題への対峙を試みたのは違憲な条件の法理のみではない。古くはパブリック・フォーラム法理が「場所」に着目した対処法を提示し、また、とりわけ社会給付の文脈では、「既得権＝財産権的アプローチ」が提唱されていた。前者に関しては、横大道「公的言論助成・パブリック・フォーラム・観点差別」前掲註(23)を、後者に関しては、*see Charles A. Reich, The New Property* 73 YALE L. J. 733 (1964)、邦語文献では、とりわけ中島徹『財産権の領分——経済的自由の憲法理論——』第5章(日本評論社、2007年)等を参照。なお、後掲脚注(96)も参照。

26 Frederick Schauer, *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 HARV. L. REV. 84, 103 (1998).

27 Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1415, 1415 (1989).

28 エプスタイン (Richard A. Epstein) も同様に、「この法理 (違憲な条件の法理のこと——引用者) は、たとえ州が特権及び利益を付与するかしないかについて完全な裁量を有していたとしても、当該特権を享受する条件として、憲法上の権利の放棄を「強制 (coerce)」、「圧力 (pressure)」、「誘導 (induce)」するような不適当な条件を付すことはできない、とするものである」と定義している。Richard A. Epstein, *The Supreme Court, 1987 Term; Foreword: Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent*, 102 HARV. L. REV. 4, 6-7 (1988). *See also* LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, 681 (2ed. 1988).

29 *Perry v. Sidermann*, 408 U.S. 593 (1972).

少なくともここ四半世紀において、当裁判所が明らかにしてきたことは、たとえ個人が貴重な政府による助成を受ける『権利』を有していなくとも、そしてたとえ政府が何らかの理由によって当該助成の給付を拒否できるとしても、政府が依拠してはならないいくつかの根拠がある、ということである。すなわち、政府は個人の憲法上保護される利益——特に表現の自由に関する利益——を侵害するような根拠に基づき、助成を拒絶してはならないのである。なぜならば、もし個人の憲法上保護される言論や結社（の自由の行使——引用者）を理由に政府が助成を拒絶することができるのであれば、それらの権利行使は事実上、処罰され、禁止されることになる。これを容認することは、政府に対し、『政府が直接に強制してはならない結果を生じさせる』ことを容認することになるからである³⁰。

この説明によく表れているように、違憲な条件の法理とは、助成受領に課される条件が、権利行使を「処罰」ないし「禁止」する場合と同様の「強制的効果 (coercive effect)」ないし「抑止効果 (deterrent effect)」を有しているとき、そうした条件の賦課を憲法上禁止しようとする法理とすることができる³¹。すなわち、違憲な条件の法理は、助成受領者の「自律」に着目し、助成条件が、助成受領者に対して刑事制裁を課す場合と同様の強制的効果を有する場合には、助成受領者の自律の侵害が生じていると捉えようとする理論である、ということができるだろう³²。換言すれば、こうした違憲な条件の法理理解は、もっぱら助成受領者本人に対する萎縮効果を問題とするものであるということができると思われる³³。

(2) 違憲な条件の法理の問題点

違憲な条件の法理は、特にウォーレン・コート期において、ブレナン (William J. Brennan, Jr.) 判事を中心に広く利用され³⁴、精神的自由を保護する法理として大きな役割を担ったのであるが³⁵、この法理に対しては、次のような批判が提起されている。

30 *Id.* at 597.

31 *See, e.g.*, *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 518-519 (1958); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 403-404 (1963); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 627-634 (1969); Lynn A. Baker, *The Price of Rights: Toward a Positive Theory of Unconstitutional Conditions*, 75 *CORNELL L. REV.* 1185, 1202, 1213 (1990). この点につき詳しくは、横大道「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界」前掲註 (25) 300 - 311 頁参照。

32 違憲な条件の法理に関する事例のすべてが、助成条件の「強制的効果」に着目してきたわけではない点に注意が必要であるが、サリバンが指摘しているように、そのほとんどが「強制的効果」に着目してきたといつてよい。Sullivan, *supra* note 26 at 1419-1420. *See also* Note, *Unconstitutional Conditions as "Nonsubsidies": When Is Deference Inappropriate?*, 80 *Geo. L. J.* 131, 140-142 (1991).

33 このことは、違憲な条件の法理を発展させたのが、「萎縮効果」を重視するブレナン判事であったことと関連しているように思われる。ブレナン判事の萎縮効果論について、毛利透「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論 (一) ~ (四・完) ——ウォーレン・コートからバーガー・コートへ——」法学論叢 158 巻 1 号 1 頁、158 巻 3 号 1 頁 (2005 年)、158 巻 4 号 28 頁、159 巻 2 号 1 頁 (2006 年) 参照。

34 Laurence H. Tribe, *In Memoriam: William J. Brennan, Jr.*, 111 *HARV. L. REV.* 41, 47 (1997).

35 この点につき詳細は、横大道「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界」前掲註 (25) 300-305 頁を参照。

一 強制的効果の判定方法

まず第1に、違憲な条件の法理は、いかなる場合に助成条件が刑事制裁と同様の強制的効果を有すると判断するのか、つまり、どのような条件であるときに助成受領者の自律を侵害するものであると評価されるべきなのかについて、はっきりとしないという批判である³⁶。ウォーレン・コート期、バーガー・コート期にかけて、違憲な条件の法理が問題となった主要な事例における裁判官同士の対立は、まさに、いかなる条件内容であれば助成受領者に対する強制的効果を有すると判断されるのか、という点にあったといっても過言ではない³⁷。換言すれば、いかなる場合に課された条件が違憲とされるべき強制的効果を有し、他方、いかなる場合に強制ではない単なる「申し出 (offer)」とされるのかについて、ベースラインとなる基準が定まっていなかった³⁸。

違憲な条件の法理が、助成条件の強制的効果に着目するかぎり、「裁判官が確信を持って判断することができないような(強制の有無という——引用者)心理学的な基準を伴う³⁹」ものである。しかも、そうした基準は、違憲な条件の法理自体から導き出されるものではない⁴⁰。その結果として、違憲な条件の法理に関する諸判決は「一貫性のなさに引き裂かれている⁴¹」とか、「今日における圧倒的多くの学者の間のコンセンサスとして、強制をベースにした (coercion-based) 違憲な条件の法理の理論は、もはや信用することのできない、なんらかのかたちで先行するベースラインへの信頼に依拠するほかないために、失敗する運命である、というコンセンサスがある⁴²」などと批判されているのである⁴³。

二 Rust 判決のインパクト

第2は、レーンキスト・コート期に下された1991年のRust v. Sullivan連邦最高裁判決⁴⁴により、違憲な条件の法理の適用範囲が著しく制限されたことを受け、この法理の有用性そのものに疑問が提起されていることも見逃すことができない⁴⁵。

Rust 判決は、家族計画を促進する医院への助成条件の合憲性が争われた事例である。この事件

36 Sullivan, *supra* note 27, at 1446-1450; 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, 602-604 (1990); Note, *supra* note 32, at 144.

37 横大道「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界」前掲註(25)304-311頁を参照。

38 William T. Mayton, "Buying-up Speech": *Active Government and the Terms of the First and Fourteenth Amendments*, 3 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 373, 382-383 (1994). 憲法学におけるベースラインの問題をニューデールとの関連で総論的に述べるものとして、Louis Michael Seidman & Mark V. Tushnet, *Remnants of Belief: Contemporary Constitutional Issues*, 72-90 (1996). *See also*, Louis Michael Seidman, *Reflections on Context and the Constitution*, 73 Minn. L. Rev. 73, 75-80 (1988). 邦語文献では、長谷部恭男『interactive憲法』192-199頁(有斐閣、2006年)等を参照。

39 Mayton, *supra* note 38, at 383.

40 Chemerinsky, *supra* note 15, at 209-210.

41 Sullivan, *supra* note 26, at 1416.

42 Mitchell N. Berman, *Coercion without Baseline: Unconstitutional Conditions in Three Dimensions*, 90 Geo. L. J. 1, 14 (2001).

で問題とされた助成条件は、助成を受ける場合には中絶に関する情報提供をしてはならないとする条件であった。法廷意見は、違憲な条件の法理が適用されるのは、助成条件が助成プログラムの範囲を超えて、助成受領者自身の時間や資源を用いて憲法上の権利を行使する場合にも制約を課すような条件である場合にのみである、という理解を示し、本件で問題となっている条件は「違憲な条件」に当たらないと判断したのである⁴⁶。

連邦最高裁のこうした違憲な条件の法理理解によるかぎり、法理が適用される局面は極めて限定されることになる⁴⁷。それゆえ、実効的な表現の自由の保障という観点から、当該法理の有用性に疑問が提起されることとなったのである⁴⁸。

三 自己統治の視点の欠如

第3の批判は、違憲な条件の法理は、選択的・差別的な言論助成を通じて政府が言論市場を支配し、市民を公権力にとって都合のいいように「歪曲 (distortion)」、「教化 (indoctrinate)」しかねないという自己統治過程に対する危険に対して、関心を払っていない法理であるという批判である⁴⁹。上述したように、強制的効果に着目する違憲な条件の法理は、助成受領者の自律を侵害しない条件であるならば、そうした助成の結果として、言論市場が政府にとって都合のいいよう

43 強制の要素に着目する違憲な条件の法理の問題点を指摘するものとして、*see, e.g., Sullivan, supra note 27, at 1416-1417, Kathleen M. Sullivan, Unconstitutional Conditions and The Distribution of Liberty, 26 SAN DIEGO L. REV. 327, 328 (1989); Larry Alexander, Understanding Constitutional Rights in a World of Optional Baselines, 26 SAN DIEGO L. REV. 175 (1989); Sunstein, supra note 36, at 344-345; David Cole, Beyond Unconstitutional Conditions: Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech, 67 N. Y. U. L. REV. 675, 696 n. 82 (1992); Mayton, supra note 38, at 381-386; Thomas W. Merrill, Dolan v. City of Tigard: Constitutional Rights as Public Goods, 72 DENV. U. L. REV. 859 (1995)*。ここで指摘したような違憲な条件の法理に対する批判は、そのまま、公的助成問題に「平等論」で対処しようとする場合(前掲注(18)も参照)にも妥当するようと思われる。この点に関連して長谷部・前掲註(38)は、「違憲の条件という話をするためには、何がベースラインなのかということが大きな意味を持つ」のであり、通常、「平等原則に関する議論は、暗黙のうち何が当然のベースラインなのかが前提とされて進んでいく」が、「そのことを改めて気づかせてくれるのが違憲の条件というものの考え方」であると指摘している。

44 *Rust*, 500 U.S.

45 Chemerinsky, *supra* note 15, at 209.

46 *Rust*, 500 U.S., at 196-199.

47 この立場は、ロバーツ・コートにおいても維持されているように思われる。*See, e.g., Rumsfeld v. FAIR*, 547 U.S. 47 (2006)。この点についてサリバンは、ロバーツ・コートにおける表現の自由論の傾向を論じる論文において、「ロバーツ・コートは、公的助成、公務、公教育など、政府の援助に依存している者、あるいは政府からの特権を享受している者からの表現の自由の主張に対して、友好的ではないことが明らかになっている」とし、少なくとも現段階におけるロバーツ・コートの姿勢は、「レーンキストとホームズの姿勢と同一線上にある」としている。Kathleen M. Sullivan, *An Enigmatic Courts? Examining the Roberts Court as it Begins Year Three: Free Speech*, 35 PEPP. L. REV. 533, 539-540 (2008)。

48 横大道「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界」前掲註(25) 312-317頁参照。

49 Cole, *supra* note 43, at 697, 701-702. *See also Note, supra* note 31, at 158-161. (助成を受けた表現を市場において調達することが可能か否かを問い、可能であるならば憲法上の権利侵害が生じているとみるべきではないが、関連する言論市場が実質的に公権力に独占されているような場合——典型的には *Rust* 判決における中絶に関する情報の入手——には、助成の撤回が憲法上の権利の侵害となると論じる)。

に歪められたとしても許されることになりうるからである⁵⁰。そして、違憲な条件の法理を Rust 判決で示されたように理解した場合、この懸念はより大きくなる。

(3) 違憲な条件の法理の評価

公的言論助成は、①助成受領者の自律を損なわせかねないという問題と、②必ずしも助成受領者個人に還元することのできない、言論市場や自己統治過程を都合のいいように歪めてしまいかねないという、2つの問題を提起する。このうち、違憲な条件の法理は、専ら①の問題に焦点を当てた法理であったということができよう。しかし、この法理が①の問題に出した処方箋は、上述したように、助成が単なる申し出か、それとも強制であるかを区別する基準を十分に提供するものではなかったと思われる。

さらに違憲な条件の法理は、②の問題、すなわち、公的言論助成が助成受領者の自律の侵害とはいえない場合でも、なお、表現の自由に対する脅威といえる場合も存在するのではないかという問題についても、原則的に考察の枠外に置いてきたように思われる。違憲な条件の法理は、表現活動への助成に恣意的な条件を課すことが、助成受領者の自律に対する侵害となり得る場合があることを主題化したという点で、極めて重要な意味を持つ⁵¹。しかし同時に、助成受領者の自律のみに着目した議論では公的言論助成の問題に十分に対処できないこともまた認識する必要があるのではないだろうか。

以上の批判を踏まえるとすれば、ここで取るべき道はいくつか想定できる。ひとつは、違憲な条件の法理の精緻化を通じて、「強制」と「申し出」とをより客観的かつ明確に識別可能とするベースラインの設定の方向に進むことである⁵²。また、「人権保障が公権力発動の「理由」を規律するものであるとするタイプの正義論からすれば、給付か規制か、直接か間接かにかかわらず、上

50 Cole, *supra* note 43, at 680.

51 See Heyman, *supra* note 14, at 1132-1135.

52 強制と申し出を区別する基準を提供しようとする代表的な試みとして、しばしば引き合いに出されるのが、クレイマー (Seth F. Kreimer) のベースライン論である。クレイマーは、給付を通じた規制 (「給付的サンクション (allocational sanction)」) に対する法的統制を及ぼすにあたり、「脅迫 (threats)」と「申し出 (offer)」の区別が必要であり、その区別のために、「歴史」、「平等」、「予測」をベースラインとして設定する。そして、そのベースラインを下回る場合に、給付を通じた規制は、自由を縮減するもの=「脅迫」であると捉えることで、給付の文脈における憲法的な保護の有無を差配しようとして試みている。See Seth F. Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293 (1984)。また、憲法上の権利は、財の取引契約と同じく、原則として助成受領のためにその権利行使を控えるといった取引を行うことが可能であるという前提から出発し、この前提によるかぎり、違憲な条件の法理は契約法に類似するとして、契約法領域で発展してきた知見の違憲な条件の法理への応用を通じて許される条件か否かの検討を試みるファーバー (Daniel A. Farber) の議論も、この系譜の議論として挙げるができるだろう。Daniel A. Farber, *Default Rules in Private and Public Law: Extending Default Rules Beyond Purely Economic Relationships: Another View of the Quagmire: Unconstitutional Conditions and Contract Theory*, 33 FLA. ST. U.L. REV. 913 (2006)。なお関連して、ラズ (Joseph Raz) の卓越主義的リベラリズムを検討し、ラズの「強制および操作」による統治手法と「援助」による統治手法との区別を批判する、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』174 - 178 頁 (勁草書房、2002 年) も参照。

記の法構造を支えている「理由」自体の人権適合性を問題化できるはずである⁵³』という指摘のように、助成の理由や目的を問うアプローチ構築の方向に進むという道もありうるだろう。しかし本稿では、これらとは別の道に進んでみることにしたい。すなわち、必ずしも助成受領者個人の利益に還元できない社会的側面から、公的言論助成の問題を考察するという道である⁵⁴。

Ⅲ 公的言論助成と憲法上の規律

本章では、公的言論助成の問題を考えるに当たっては、必ずしも助成受領者個人の利益に還元できない側面からの検討を行うことにするが⁵⁵、このアプローチを検討することのポイントを、前章で検討した違憲な条件の法理の問題点との関連で、あらかじめ述べておきたい。

前章でみたように、違憲な条件の法理の問題は、大別すると、ベースライン確定の困難さとい

- 53 駒村「自由と文化」前掲註(23)35頁。近年の連邦最高裁のアプローチの中で、助成の目的を問い、それに応じて規律方法を分類するというものが見られるが、それらはこの系譜に位置づけることができるだろう。規制の「理由」に着目し、従来の表現の自由論で構築されてきた観点差別、内容差別、内容中立という枠組みに助成の問題を位置づけようとする議論として、*see, e.g., Cass R. Sunstein, Culture and Government Money: A Guide for the Perplexed*, U. of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 07, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=213809 (last visited Oct. 28, 2008).
- 54 もっとも、この検討の必要性に疑問を提起する見解もありうる。たとえば、レディッシュとケスラー (Martin H. Redish & Daryl I. Kessler) は、表現の自由の有する個人の自律と自己統治の価値のいずれに重きを置くかは、公的言論助成の問題にとって重要ではないとして、次のように述べる。

ある個人や団体の表現活動に対して助成し、他の個人や団体に対しては助成しないという政府の決定は、両理論 (表現の自由を個人の自律の観点から説明する理論と自己統治から説明する理論——引用者) の根本にある原理を侵害するがゆえに、ともに表現の自由の制約となるからである……したがって、我々は、表現の自由の価値に対する広範な見方がなんであれ、政府の助成と表現の存在・内容との結びつきが、少なくとも潜在的には、それらの価値に対する実質的な脅威となるということを認識することができる。(Redish & Kessler, *supra* note 20, at 555-556.)

- この前提からレディッシュとケスラーは、政府による助成の問題の分析を展開しているのであるが、この前提に対しては、違憲な条件の法理の検討の箇所 (Ⅱ (2)、(3)) で論じた批判が当てはまるように思われる。同趣旨の指摘として、メイトン (William T. Mayton) は、「規制」ではなく「助成」の文脈においては権利侵害の有無に焦点を当てた考察という手法には限界があり、必要となるのは、表現の自由を公共財的に捉え、それを損なわせることは政府の権限逸脱であるという方向でのアプローチであるとしている。Mayton, *supra* note 38, at 381. *See also* Heyman, *supra* note 14, at 1154-1158. また、関連して、奥平康弘「なぜ『表現の自由』か」56-61頁 (東京大学出版会、1988年)、同『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』94-101頁 (有斐閣、1993年) も参照。
- 55 なお、ここで「助成受領者の個人の利益に還元できない側面からの検討が必要である」という主張することは、表現の自由の価値を「個人の自律」に一元的に還元してみる立場を退けることを意味するものの、社会全体の側面に一元的に還元するべきであるという主張ではない、という点に注意が必要である。私見では、表現の自由の保障根拠は、複合的な根拠によって支えられるとみるべきであり、文脈により、強調点が異なる場合はあるものの、特定の価値に一元的に還元できる性質のものではないと思われる。この点に関連して、R. ドゥウォーキン (石山文彦訳) 『自由の法—米国憲法の道徳的解釈—』260頁 (木鐸社、1999年) 等を参照。

う問題と、自己統治過程への視点の欠如にあったといえる。このうち、本章では、後者の視点から検討するアプローチを取り上げるが、前者の問題に関しては、本章が検討するアプローチもまた違憲な条件と同じ問題を抱えることを否定できない。このアプローチは、いわば、いかなる場合に助成が表現の自由の侵害となるのかを判定するベースラインの設定を、個人ではなく社会的側面から設定しようとする試みだからある。

しかし、個人の自律に着目する場合に比べて、より客観的にその作業が可能となるのではないかという点で、検討に値すると思われる。この点に関連して注目されるのは、アメリカ憲法学において、個人の権利侵害の側面からではなく、主として社会全体の利益に着目しながら公的言論助成の問題を考察しようとする学説や議論が有力に展開されている点である⁵⁶。以上にみたような違憲な条件の法理の問題点を認識したうえで、アメリカ憲法学が向かった方向が、社会全体の利益への着目であるとすれば、おそらくそこには個人の自律に着目するアプローチに比べて、より客観的な仕方ではベースライン確定の課題に取り組むことが可能であるという認識があることが推察されるのであり、その意味でも、検討に値する問題であると思われるのである。

さて、筆者の見るところ、それらの議論は、①表現の自由の自己統治の価値や「公共討論」に着目する立場と、②助成を受ける「文化制度」に着目する立場とに区別することが可能である。そこで本章では、両立場の関係に留意しつつ、まず、「公共討論」に着目する代表的な議論を概観したうえで検討を加え、次に「文化制度」に着目する代表的な議論を概観して検討を加える。そして最後に、両議論の統合的把握の可能性の意義と課題について検討することにした。

1 公的言論助成と「公共討論」

まずは「公共討論」という観念に着目した議論から見ていくことにしよう。

この議論を展開している代表的な論者として、公共討論を豊かにするということが修正1条の中心目的であるとし、政府による表現活動への助成の是非も、公共討論を豊かにするか否かという観点から判断されるべきであるとするフィス (Owen M. Fiss) を挙げるのが許されよう。

(1) 公共討論の歪みの是正

一 表現の自由の現代的機能

フィスによれば、伝統的な表現の自由論は、比喩的にいえば、「街角で石鹸箱に乗って演説する街頭演説者 (street corner speaker)」に対する刑事的介入の防止に主眼が置かれ構築されてきた。この伝統的な理解の前提には、街頭演説者の自律を保護することが、「抑圧されず、力強く、開

56 こうした考え方は、学説に限定されない。たとえば、連邦最高裁判事のブライヤー (Stephen Breyer) は、憲法の解釈にあたって「積極的自由」、すなわち、「民主的な自己統治へ個人が参加する権利」の視点からの解釈の必要性を強調している。STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION (2005)。ブライヤー判事の憲法解釈については、大林啓吾・横大道聡「連邦最高裁判官と法解釈——スカリア判事とブライヤー判事の法解釈観——」帝京法学第25巻第2号173-189頁(2008年)も参照。

かれた⁵⁷⁾公共討論を可能とするという前提があった。しかしながら今日では、情報流通の主要な機能のほとんどをマス・メディアが独占しているという現実がある。そうした社会状況にあつては、表現者の「自律」を強調すればするほど、マス・メディアの情報流過程の支配を正当化することにつながっていき、結果として、豊かな公共討論が損なわれてしまうという「アイロニカルな」事態が生じている。「現在の社会状況 (social state of affairs) は、警察官と同様に、自由な言論の敵対者」なのである。私的権力によって言論に対する沈黙効果が生じ、公共討論が歪められているのならば、それは公的な介入の十分な根拠となる⁵⁸⁾。したがって必要となるのは、表現の自由というものを、表現者の「自律」ではなく、公共討論が維持され、現実機能しているという、「現実の社会状況 (a social state of affairs)」を保障するものとして、捉え直すことだといふのである⁵⁹⁾。

二 公平かつ豊かな公共討論の創出

豊かな公共討論の維持こそが修正1条の主目的であるという、以上のような表現の自由理解から出発するフィスにとっては、規制者としてではなく、「現実の社会状況」是正のために助成や給付を行う配分者 (allocator) としての国家の役割が重要となってくるのであり、公的言論助成も、確立した所与の事実と捉えられるべき現象であつて、単なる恩恵と見るべきではないことになる⁶⁰⁾。そして助成の是非の判断も、その基準は「修正1条を集会的な自己決定 (collective self-determination) としてみる立場の中にこそ発見されるものであ⁶¹⁾り、公的な言論助成が、公共討論に与える「結果」こそが、その是非を判断するためになによりも重要となってくる⁶²⁾。

三 国家の役割の積極的評価

それでは、どのようにして「公平かつ豊かな公共討論」という結果を測定するのだろうか。フィスの議論の特徴は、ここで、公平かつ豊かな公共討論を維持するための政府の役割を強調する点にある。すなわち、現実の表現能力の不均衡が存在する社会状況を是正するために、「政府は、

57 New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 270 (1964).

58 OWEN M. FISS, THE IRONY OF FREE SPEECH, ch.1 (1996)[hereinafter IRONY OF FREE SPEECH]; OWEN M. FISS, LIBERALISM DIVIDED: FREEDOM OF SPEECH AND THE MANY USE OF STATE POWER, ch. 1 (1996) [hereinafter LIBERALISM DIVIDED].

59 このフィスの立場は、標語的にいえば「街頭演説者モデルの修正1条からCBSモデルの修正1条へ」と要約される。FISS, LIBERALISM DIVIDED, *supra* note 58, at ch. 1,2 (1996); FISS, IRONY OF FREE SPEECH, *supra* note 58, at ch.1. もっともフィスは、このCBSモデルも、テクノロジーの発達によって、過去のものとなるかもしれないとの感想を吐露している。See Owen M. Fiss, *Emerging Media Technology and the First Amendment: In Search of a New Paradigm*, 104 YALE L. J. 1613, 1614-1615 (1995).

60 「助成プログラムを設立することは義務とはいえないが、単に憲法上容認される (permissible) 以上のものである。助成プログラムの設立は、憲法上好ましい (favored) ——これは、容認 (the permissible) と義務 (the obligatory) の中間的なカテゴリに位置する——ものであつて、……憲法上好ましい活動であるがゆえに、助成プログラムを国家の完全な裁量に服するものとしてみるができないのである」。FISS, IRONY OF FREE SPEECH, *supra* note 58, at 47.

61 *Id.* at ch. 2.

62 *Id.* at 24, 41, FISS, LIBERALISM DIVIDED, *supra* note 58, at 98.

公平な議会人（fair-minded parliamentarian）として、すべての観点が十分かつ平等に聞かれることを確保しなければならない⁶³。すなわち、「国家は、すべての人にメガホンを渡す必要はないが、いったんそれを行うと決めたのであれば、オーソドックスな見解を永続化させるような仕方でもメガホンを与えることはできない⁶⁴」。もっとも、資源（助成金）の有限性という制約が存する以上、すべての「正統でない」表現への助成は不可能である。そこでフィスは、①相対的な排除の度合、②財政的な必要性、③公共的な関心事であるか否か、④他の表現活動にもたらす沈黙効果、といった要素を斟酌して、助成の是非は決定されるべきだとするのである⁶⁵。

もちろん、政府が「公平な議会人」として行動する保障はない。そこで「政治過程から切り離されている」司法の役割がクローズアップされるわけであるが、フィスは司法に対して、「実際に国家介入が公共討論に与える全体的な影響を慎重に判定」すべきであるとしている⁶⁶。以上がフィスのアプローチである。

（２） 中立性の領域アプローチ

次に、以上のようなフィスの議論と同様に、修正 1 条が公共討論に果たす役割に着目しながら、フィスとは異なったアプローチを採るコール（David Cole）の議論を見てみることにしよう。コールは、助成を受ける「制度（institutions）」が修正 1 条の諸価値に対して果たす役割・機能に着目した、「中立性の領域（spheres of neutrality）」アプローチを提唱している⁶⁷。

一 公的言論助成と聴衆の視点

まずコールは、政府による条件付きの助成が提起する問題に対して、これまで連邦最高裁は「違憲な条件の法理」で対応しようと試みてきたが、上述したように、「違憲な条件の法理」が助成受領者に対する強制的効果に着目するものである限り、その試みは失敗に終わるといえる。なぜならば、「この法理のコロラリーとして、条件が助成受領者自身の時間を制約しない場合には、憲法上の問題が生じない」ことになるからである。しかしながら、政府による条件付きの助成は、助成受領者本人の問題にとどまらず、別の修正 1 条の問題、すなわち、公共討論を歪めるという問題を生じさせることを認識しなければならない。換言すれば、違憲な条件の法理が欠いている視点は、聴衆（audience）の視点である⁶⁸。

聴衆の観点からすれば、助成が発言者に対する有する強制的効果ではなく、独占された思想の自由市場を教化する効果（indoctrinating effect）にこそ、危険が存する。……違憲な条件の法理は、このような聴衆を基礎と

63 FISS, LIBERALISM DIVIDED, *supra* note 58, at 101, 117-120.

64 FISS, IRONY OF FREE SPEECH, *supra* note 58, at 47.

65 *Id.* at 41-45.

66 *Id.* at 24.

67 Cole, *supra* note 44, at 715 - 716. See also David Cole, *Government-Funded Art and the First Amendment* in MICHAEL KELLY ED. ENCYCLOPEDIA OF AESTHETICS 128 (Vol. 3, 1998).

68 Cole, *supra* note 44, at 704-705.

した修正1条に関心を払わないがゆえに、政府による言論助成の問題を審査する際に、不完全で、ときにミスリーディングな基準を提供するのである⁶⁹。

このようにコールは、聴衆の観点から見た場合、選択的な言論助成が提起する問題は、「公共討論を歪ませる効果 (their skewing effect on public debate)」であるとするのである⁷⁰。

コールは、この「聴衆の観点」からのアプローチは、修正1条の伝統に根ざしたものであるという。すなわち、「修正1条の基礎は、自由主義 (liberal) と共和主義 (republican) である。つまり、言論の自由は、個人の自立という自由主義的な価値を促進するのみならず、民主的な共同体における自己統治の中核として理解される活発な公共討論という共和主義的な理想もまた反映している⁷¹」からである。

二 中立性の要請

聴衆の観点から公的言論助成の問題を把握した場合、「選択的な表現への助成と、選択的な言論の禁止の違いは、種類の違いではなく、程度の違いに過ぎない」ことになる。そうであるならば、選択的な言論の禁止の文脈——伝統的な表現の自由論が対峙した文脈——で発展した修正1条の法理が、選択的な言論助成の文脈でも有益な示唆を与えてくれるのではないか。つまり、言論規制の文脈で発展した「中立性 (neutrality)」の要請が、言論助成においても重要な役割を果たすというのである。

もっとも、言論助成の問題は、中立性の要請のみで一刀両断できるわけではない。そこで重要となるのは、中立性の要請を及ぼすことができる制度と、及ぼすことのできない制度とを構造的に区別するアプローチ、すなわち、「当該制度が公共討論において果たす役割、および政府による教化をチェックするという役割を明確に考慮に入れる」というアプローチである⁷²。

三 中立性の領域アプローチの内容

コールが「中立性の領域アプローチ」と名付けるこのアプローチは、具体的に次の3つの問いから構成される。まず第1に、助成受領に条件を賦課することを通じた、助成対象となる制度内部における言論統制が、活発な公共討論および聴衆の自律を脅かすものであるか否かが問われる。この問いは、政府による言論内容の統制が実質的にそのような危険を提起するものかどうかを問

69 *Id.* at 680. コールによれば、違憲な条件の法理は、ホームズ判事による著名なエイブラムス判決に代表されるレッセフェール哲学を反映した法理であって、現代社会のように、「政府が強制的な刑罰ではなく、積極的な言論助成を通じて公共討論に介入するような場合、レッセフェール哲学は、分析のために一貫した枠組みを提供してくれない」とする。*Id.* at 708. 同趣旨の批判として、Sunstein, *supra* note 36.

70 Cole, *supra* note 44, at 705.

71 *Id.* at 708-709.

72 *Id.* at 712-717. コールは、自身の提唱するアプローチは、公立大学、パブリック・フォーラム、プレスの文脈で、連邦最高裁が黙示的ではあるが認めてきたアプローチであるとして、判例からの正当化を試みている。*Id.* at 717-736.

うもの——実際に危険を生じさせているか否かを問うものではない——であり、助成対象となる制度が公共討論に対して果たす構造的な重要性に焦点を当てるものである⁷³。

制度内部の言論統制が、活発な公共討論に対して実質的な危険を惹起すると判断した場合、次の問い、すなわち、修正1条の要請する中立性の原則を適用したときに、当該制度の内部運営は機能できるか否かが問われることになる。この問いについても、制度が公共討論の促進に対して果たす役割を規範的に問うことが求められる。したがって、政府の助成プログラム作成の意図を探るのではなく、当該制度が果たす役割を独自に検証することが求められることになる⁷⁴。

選択的な言論助成が修正1条に対して実質的な危険を有する一方で、中立性の原則を適用してしまうと当該制度の内部運営が実現できないような制度の場合、次に問われるのは、そうした制度内部で内容や観点に基づいた判断を下す者と政治過程を分離するために、独立した領域 (sphere of Independence) を確保することが可能であるか否かである。一定の制度において政府が内容に基づいた判断を下すことが必然的に求められる場合があるとしても、そのことは、まったく自由に内容に基づいた判断を行ってもよいことを意味しない。そうした判断が恣意的にならないためにも、判断権限を持つ者を政治過程から切り離すことができるか否かが問われなければならないというのである⁷⁵。

以上がコールの提唱する「中立性の領域」アプローチの概要である。

(3) 憲法の領域と文脈的アプローチ

最後に、フィスやコールと同じく、「公共討論」をキー概念にしながら公的言論助成問題に切り込んでいくポストの議論を見てみることにするが、ポストの公共討論理解および公的言論助成問題へのアプローチを把握するためには、まずポストの憲法観を確認しておくことが必要である⁷⁶。

一 ポストの憲法観

法や憲法の価値というもの、それが作り出し、樹立する「社会秩序 (social ordering)」と切り離して理解することができない。この社会秩序は、「共同体 (community)」、「管理 (management)」、「民主主義 (democracy)」という3つの「領域 (domains)」に区別され、それぞれが達成しようとする目的、論理等が異なっており、それぞれが固有の論理とインテグリティを備えている。

ポストによると、共有された規範や価値観を法によって権威的に解釈・執行しようとする方向で作用するとき、「共同体」の領域の問題となる。「共同体」の領域にあっては、人は規範的な存

73 *Id.* at 716, 736-737.

74 *Id.* at 716, 737. これに該当するものとしてコールが念頭に置いているのは、パブリック・フォーラムである。

75 *Id.* at 716, 738, 747-749. これに該当するものとしてコールが念頭に置いているのは、大学や公共放送である。

76 以下、ポストの憲法観については、*see* ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT (1995). 邦語文献では、横大道「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別」前掲註(23) 179-184頁、ポストの人民立憲主義観も含めたものとして、金澤孝「人民立憲主義論 (popular Constitutionalism) と反多数派支配主義の難題 (The Counter-Majoritarian Difficulty) への示唆」早稲田法学会誌 57号 61-76頁 (2007年) を参照。

在として把握される。

次に「管理」の領域である。法が、特定の目的達成のための道具として社会生活を組織しようとするとき、「管理」の領域の問題となる。ここでは共同体の論理ではなく、手段としての合理性の論理が働く。管理の領域において人は、管理のための客体として扱われることになる。

最後に「民主主義」の領域である。民主主義は集会的な自己決定を前提とする制度であり、法が集会的な自己決定という意味での社会的調整を目指すとき、それは「民主主義」の領域を属する。この民主主義の領域においては、人は、自律的な存在として表象される。

さて、これらの「領域」においては、法的主体、法的なルール、法的な理由づけ、法的権限の配分等について、異なった論理が働いてくる。たとえば、「民主主義」は、それが機能するためには「管理」を前提としなければならないし、「管理」もまた、「民主主義」による目的の設定なくしては機能できないという意味で相互依存的である。他方で、「民主主義」は、自己統治へのコミットメントに依拠した「共同体」なくして存在しないが、「共同体」が所与のものとしてしまうと、「民主主義」が機能する余地がなくなるといったように、相互依存的だけでなく、同時に、相互排他的であるという複雑な関係に立つ。

この「領域」は、アメリカ憲法の解釈にあたり重要な意味を持って来る。なぜならば、問題となる憲法規範がどの「領域」に位置づけられるかにより、その含意が確定されることになるからである。その意味で、憲法は、これらの「領域」間の境界を確定するためのプロセスであり、アメリカ連邦最高裁の憲法判例は、範囲確定のための試行錯誤の歴史であるということが出来る。

以上がポストの憲法観である。それではポストは、このような憲法観のもとで、どのように公的表現の助成問題に切り込んでいくのだろうか。

二 ポストの「公共討論」理解

まず、以上のような憲法観のもとで修正1条の保障する表現の自由が果たす役割について見ておこう。ポストによると、民主政における政府の正統性は、被治者である市民に対する応答性 (responsive to its citizen) から導かれるのであり、それゆえ表現の自由は、自己統治のために必要となる市民の自由かつ自律的な意見形成の場として、公共討論 (public discourse) を想定していることになる⁷⁷。ここでポストのいう公共討論とは、「最終的な合意に至ることのないがゆえに、民主政を構成する討論は必然的に「終わることのない」。だからこそ、継続するコミュニケーションの仕組みとして独立して維持されるべきもの⁷⁸」であり、その公共討論への参加と継続的な議論を通じた意思決定過程への参加により、個人の自律と集会的な自己統治の価値とが収斂される

77 Post, *supra* note 76, 179-196. See also Robert C. Post, *Subsidized Speech*, 106 YALE L. J. 151, 153-154 (1996). もちろん、こうした自己統治観に対しては批判もありうるが、この問題については本稿では立ち入らないことにする。憲法が想定する自己統治とは何かを検討するものとして、See, e.g., JED RUBENFELD, FREEDOM AND TIME, 3-74 (2001), CHRISTOPHER EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT (2001), JAMES E. FLEMING, SECURING CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: THE CASE OF AUTONOMY (2006).

というのが、ポストの修正1条観、自己統治理解である⁷⁹。

このような自己統治理解は、なにが統治のアジェンダになるかについて、言い換えれば、なにが公共討論に値する言論なのかを、人々が自ら決定することができるということを前提としている。つまり、公共討論は、原則として「民主主義」の領域の論理によって規律されるべきという理解である。

さて、そうだとすれば、潜在的には、すべての表現が公共討論での討論対象の候補となりうるのであり、政府や裁判所が、特定の言論を公共討論から排除することは、「民主主義」の価値を損なわせることになる⁸⁰。しかしながら、すべての表現が公共討論に含まれ、憲法上保護されるわけではない。なぜならば、公共討論を成立させるためには、「共同体」で共有された基準の存在が不可欠となるからであり⁸¹、また表現活動は、「管理」の領域においても用いられるからである。

そうすると、問題となる表現を「民主主義」の領域（＝公共討論）の問題として扱うか、それとも他の領域の問題として扱うかを、どのようにして判断するのが重要となってくるが⁸²、ここで必要なのは、いかなる表現が公共討論の領域に含まれるのかを、最終的に固定化することはできないということを認識したうえで、個別の事例ごとに、表現をどの領域に位置づけるべきかを考察していくことである⁸³。

（5）ポストの公的言論助成問題へのアプローチ

このことは、とりわけ公的言論助成という文脈において重要となる。ポストの言葉を借りれば、

特に言論助成の場合、言論が公共討論と特徴づけられるかどうかを決める基準は、複雑で、文脈的、あいまいである。私が確信を持っているのは、唯一の経験的または記述的な境界は存在しない、ということである。結局のところ、表現が公共討論に位置づけられるかどうかは、特定の発話者が特定の状況において、憲法上の民主的な自己統治のプロセスへの独立した参加者とみなされるべきか否かについての、規範的かつ特徴付けの判断によりなされることになろう。このことが明示的に言及されていようがまいが、そうした判断はすべての表現助成の事例で必要不可欠な判断なのである⁸⁴。

ポストによれば、政府による表現活動への助成が提起する問題は、それを「管理」の領域に位置づけるか、「民主主義」（＝公共討論）の領域に位置づけるのかを巡る綱引きの問題である⁸⁵。

78 Post, *supra* note 76, at 186.

79 *Id.* at 273-275.

80 *Id.* at 119, 165, 175, 194, 277-278.

81 *Id.* at 144, 147, 194.

82 ポストは、こうした観点から、上述したフィスの立場は公共討論を特定の目的のための「管理」の領域に置く理論であると批判している。*Id.* at 280-282.

83 *Id.* at 177.

84 Post, *supra* note 77, at 163.

この観点から見た場合、パブリック・フォーラム法理の展開などは、「政府による助成がある」という事実のみでは、当該表現を「管理」の領域に位置づけることを正当化できないことを示したものと読むことができる。すなわち、助成を受けた言論もまた、「公共討論」の領域に該当する場合があることを示している、というわけである⁸⁶。また、仮に「管理」の領域に位置づけられたとしても、そのことは、助成の際に政府の広範な自由裁量を認めることを意味しないという点にも注意が必要である。ポストは、「管理」の領域においても、専門職による表現が予定されているような助成の場合、専門職としての職務の全うを阻害するような仕方での条件の場合、それを正当化することは困難であると述べている⁸⁷。

四 決定ルールと行為ルール

このように、問題となる表現をどの領域に位置づけるかが重要となるのであるが、それだけですべての助成問題に対処できるわけではないのが、公的言論助成問題が困難な問題たる所以である。以上のような表現の位置づけとは独立に、政府の行為の特徴付けが必要となってくる事例もあり、その例としてポストが挙げるのは、本稿が冒頭で言及したNEAの「品位と尊重」条項である。NEAによる助成を受けた芸術的表現が「公共討論」の領域に位置づけられることに異論はなかろうが、それだけでこの問題を裁定することはできない。政府もまた、政府としての資格で公共討論に参加することができるのであり、課された条件が、そのための助成の分配方法を定めた内部基準としてみるべき「決定ルール (decision rule)」なのか、それとも、公共討論の規制と見るべき「行為ルール (conduct rule)」なのかという判断が必要となるからである⁸⁸。換言すれば、NEAの「品位と尊重」条項は、政府が促進しようとする「共同体」の価値と、「民主主義」の価値との衝突の問題として、把握することができるのである。

以上がポストのアプローチの概要である。ポストは、公的言論助成問題の複雑さを踏まえ、当該表現をいかなる憲法の「領域」に位置づけるか、そして助成対象の決定方法は「行為ルール」か「決定ルール」なのかといった判断を、文脈に応じて行っていくことの必要性を主張しているといえることができる。

(4) 検討

以上、公的言論助成という問題に、公共討論や自己統治の側面から対処しようとする諸説を見

85 *Id.* at 176.

86 *Id.* at 154-158.

87 *Id.* at 171-175.

88 *Id.* at 176-179. 「したがって言論助成の事例は、典型的に2つの独立した憲法上の性格付けという問題を提起する。第1は、表現の特徴付けであり、助成を受けた表現が公共討論の領域に位置づけられるのか、それとも他の憲法上の領域に位置づけられるのかの決定が求められる。第2は、政府の行為 (government action) の特徴付けであり、公的助成を分配する基準が行為ルールであるか、それとも決定ルールであるかの決定が求められる」。 *Id.* at 179.

た。いずれの論者も、公的言論助成は不可避免的に——規制の文脈では忌み嫌われている——政府による内容や観点に基づく判断が伴うことを認めたいうで、それをいかにして表現の自由論の中で処理するのかという主要な関心となっているといえよう。

一 公共討論像の違い

以上の概観から、まず指摘することができるのは、論者の修正1条観の違いと、それに応じたあるべき公共討論像の違いである⁸⁹。同じく「公共討論」や「自己統治」に着目しながらも、フィスは、修正1条のパラダイム転換を目指し、公共討論が維持され、現実機能しているという「現実の社会状況」を保障するものとしてとらえ、豊かな公共討論の維持のための国家が果たす積極的役割に期待したアプローチを提唱する。他方、コールやポストは、必ずしも公共討論に対する政府の介入を好意的に捉えずに、助成の性格上不可避免的に介入せざるを得ない場合にのみ、それを認めるという見方を採っていた。すなわち、コールは、表現の自由の有するとされる自己実現の価値と自己統治の価値のうち、公的言論助成の文脈では後者が重要となってくるとして、力点を自己統治や公共討論に置き、自己統治・公共討論に果たす役割という観点から助成を受ける制度を区別しようとする。他方でポストは、修正1条が想定する応答的な民主政は、公共討論を前提としているとし、討論過程への自律的な市民の参加を通じて、修正1条の自己統治の価値と自己実現の価値とが調和的に理解されるという修正1条観から、公的助成問題を検討する。そして、助成を受ける表現を位置づけと助成分配の基準の特徴付けという2方面から問題を考察する必要性を説いている。このように、公共討論をどのように想定するかによって、論者のアプローチの中身も異なってくるのがわかる。

二 あるべき公共討論を措定することの問題

それゆえ考察を要するのは、いかなる公共討論像を憲法は予定していると考えなのか、ということになるだろう。公共討論をいかに理解すべきかは困難な問題であるが、さしあたり、フィスのような公共討論理解については、いくつか疑問を提起することができる。

第1に、フィスは「公共討論」の質を確保するという国家の役割を過度に信頼しすぎているのではないかという批判がすぐに想定されるだろう。フィスにあっては、豊かな公共討論を妨げているのは、マス・メディアをはじめとする社会的権力とされており、そこに国家はほとんど想定されていないように見える。しかしながら、表現能力の不均衡が存在する現実の社会状況を是正するために、政府が「公平な議会人」として行為するという保証はどこにも存在しない⁹⁰。また、「すべての観点が十分かつ平等に聞かせること」は現実問題として不可能であろうし、そうした判断を、司法を含め国家が行うべきとするのは、——とりわけ内容に基づく差別、観点に基づく差別に極めて鋭敏な合衆国にあってはなおさら——危険だろう⁹¹。

89 文脈は異なるが、同旨の指摘として参照、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』第3章（勁草書房、2002年）。

90 William G. Buss, *The Government as Friend and Protector of Free Speech*, IOWA L. REV. 82, 304-306 (1996).

第2に、フィスは言論助成が公共討論を豊かにするものであれば許され、それを損なわせたり歪めたりするような助成であれば許されないとしているが、このように述べる時、フィスは特定のあるべき「公共討論」の姿を措定していることになる。しかし、ポストが批判しているように、そうしたあるべき「公共討論」の姿自体、「公共討論」における討議によって決定されるべきものではなくである。しかし、フィスの場合、それが「公共討論」に先行して決定されていることになってしまう。そうだとすれば、特定の「公共討論」像を措定することによって、フィスは、自身の企図する修正1条理解——豊かな「公共討論」の維持という理解——に反するという矛盾を抱えることになるのではないだろうか⁹²。このように、フィスの議論の問題点は、「公共討論」の維持・促進を行う政府を過度に信頼している点、あるべき「公共討論」像というものをア prioriに措定している点にあるということができるよう思われる。

もちろん、公共討論の視点から表現の自由の問題を考察するにあたっては、特定の公共討論像の想定なくしてあり得ない。が、それがあるべき姿の押し付けになることがないように、慎重な配慮が必要だろう。

三 「あるべき」公共討論と「あるべきでない」公共討論

その意味で、ポストが提示する公共討論観は、フィスのそれを批判しているだけあって説得的なものであるように思われる。つまり、あるべき公共討論という側面から考察を行うが、公共討論像を打ち立てるのではなく、表現の性質及び助成決定基準がどのように機能しているかという観点に焦点を当てることで、「あるべきではない」公共討論への介入を排除しようとするという試みである⁹³。もっとも、ポストの議論では、文脈的判断の必要性が強調されるあまり、どのようにして「領域」の確定を行うのか、「行為ルール」と「決定ルール」はいかにして区別するのかといった問題が残ることは否めない。

この点において、私見では、ポストのアプローチと、コールのアプローチとを接合的に理解することで、この曖昧さをある程度回避できるように思われる。すなわち、フィスのように、国家によってあるべき公共討論をうちたてそこから演繹的に助成の是非を判断するのではなく、積極

91 David Wasserman, *Public Funding for Science and Art: Censorship, Social Harm, and the Case of Genetic Research into Crime and Violence*, in ROBERT C. POST ed. *CENSORSHIP AND SILENCING* 176-178 (1998). なお、フィスは、専門職による職業倫理や自己規律によって、マス・メディアが公共討論を支配する状況の打破に期待する議論に対して一定の理解を示しているが、それは国家による介入の不要を帰結するものではないと述べている。FISS, *IRONY OF FREE SPEECH*, *supra* note 58, at 32, 41.

92 POST, *supra* note 76, at 276-278.

93 この点に関しては、櫻井智章「基本権論の思想構造(一)(二)」法学論叢 155 巻3号、6号(2004年)の分析が有益である。なお、上述したフィスも、何が「豊かな公共討論」であるかについては、「何が正義かを説明するより、何が不正義かを認識するほうが容易である」という考えが参考になるとし、多数意見の「支配」や少数意見の「かき消し」が生じた場合に、政府による介入が正当化されると述べていた。FISS, *LIBERALISM DIVIDED*, note 56, at 25. しかしながら、上述したように、フィスの具体的なアプローチは、自身の言明にもかかわらず、むしろ「なにが正義か」からのアプローチなのではないだろうかという疑問が残る。

的な仕方では公共討論のあるべき姿を措定せずに、助成を受ける制度が本来果たすべきとされる役割が阻害されるか否かに焦点を移し、当該制度の機能を阻害するような仕方での助成を認めないという仕方では対処しようという道筋での理論構成である。

四 パブリック・フォーラム法理との親和性

この道筋での理論構成は、パブリック・フォーラム法理と親和性を持つものであると思われる。すなわち、公的な言論助成プログラムの設立をパブリック・フォーラムの創設と把握し、パブリック・フォーラム法理のもとで規律していこうというアプローチとの親和性である。

パブリック・フォーラム法理とは、「表現活動のため公共の場所を利用する何らかの権利を保障する⁹⁴」ことを核心として発展した概念であるが、近年の連邦最高裁判決では、必ずしも物理的な意味での「場所」のみならず、表現活動の手段や助成プログラムへの「アクセス」が問題となった事例においても、それら助成プログラムを「パブリック・フォーラム」とみなし、パブリック・フォーラム法理を適用ないし類推適用していること⁹⁵に照らしても、この道筋での理論構成には説得力がある。また、コールが、自身のアプローチはパブリック・フォーラム法理等の連邦最高裁判決の理論の上に築かれていると述べたのは、この文脈で理解することができし、ポストが「政府による助成がある」という事実のみでは、当該表現を「管理」の領域に位置づけることを正当化できないとして、パブリック・フォーラム法理を引き合いに出していたことも、この文脈で理解することができる⁹⁶。

94 紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究 50 巻 103 頁（1988 年）。

95 See, e.g., *Cornelius v. NACCP Legal Defense and Educational Fund*, 473 U.S. 788 (1985), *Rosenberger*, 515 U.S., *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998), *Board of Regents of the Univ. of Wisconsin System v. Southworth*, 529 U.S. 217 (2000), *Legal Service Corporation v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001). 物理的な意味での場所とは言えない公的言論助成の文脈でパブリック・フォーラム法理を用いることの可能性と意味、問題点については、横大道「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別」前掲註(23)で指摘したことがある。なお、この傾向とも呼応しつつ学説では、サイバースペースをパブリック・フォーラムとして構成していこうとする立場がある。See, e.g., Steven G. Gey, *Reopening the Public Forum – From Sidewalks to Cyberspace*, 58 OHIO ST. L. J. 1535 (1998), David J. Goldstone, *A funny thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyberspace Speech*, 69 COLO. L. REV. 1 (1998). 邦語文献では、平地秀哉「サイバースペース・公共圏・表現の自由(一)(二・完)」国学院法學 45 巻第 1 号 55 頁、第 2 号 1 頁（2007 年）等を参照。

96 公的言論助成とパブリック・フォーラム法理との新和的關係は、決して偶然のものではない。このことは、パブリック・フォーラム法理が統制を試みた、公有地での政府の広い裁量を認めた代表的判決である *Commonwealth v. Davis*, 162 Mass. 510 (1895)、その上告審である *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897) が、それと同時に、違憲な条件の法理が統制を試みた、助成条件づけに対する政府の広い裁量を認めた判決としてしばしば引き合いに出されていることから伺える。図式的にいえば、両法理は同じ問題意識から出発したが、パブリック・フォーラム法理が物理的な意味での「場所」に特化した裁量統制を志向したのに対し、違憲な条件の法理は「条件」の与える効果に着目した裁量統制に向かったといえることができるだろう。そして上述のように、違憲な条件の法理の適用可能性の縮小と呼応するかのよう、従来は違憲な条件の法理の守備範囲だと考えられてきた問題領域へのパブリック・フォーラム法理の適用が拡大してきているといえよう。その他、公的言論助成とパブリック・フォーラム法理の関係を指摘するものとして、蟻川「国家と文化」前掲註(23)、同「政府と言論」前掲註(23) 97-98 頁、森脇・前掲註(23) 133-134 頁、中林「給付と人権」前掲註(23) 277-278 頁、同「給付的作用と人権論」前掲註(23) 29-30 頁等がある。また、パブリック・フォーラム論を自由の可能条件として「憲法的」パブリック・フォーラムにまで昇華させる、駒村「国家助成と自由」前掲註(23) 175、177-178 頁も参照。

五 公共討論と文化制度との接合？

以上に見てきた議論は、《公共討論への違憲な介入＝助成を受ける制度が本来果たすべき役割の阻害》という思考様式として整理することができる。これに対し、次に見る助成を受ける制度を「文化制度」として主題化し、その自律を保障しようとする議論は、《文化制度の自律の侵害＝違憲な介入》であるとする思考様式である。石川健治教授が指摘するように、前者の議論が、民主主義や統治の領域の問題として考える立場であるのに対し、後者の文化制度に着目する議論は、もっぱら文化の自律性に着目する議論であって、容易には接合しない可能性がある⁹⁷。それでは公共討論に着目する議論と、文化制度に着目する議論とはいかなる関係に立つのだろうか。この点については後ほど考察することとし、以下では文化制度に着目する議論がいかなる議論であるかを見ておくことにしよう。

2 文化と助成 ——公的言論助成の正当性の論証

以上、公的言論助成の問題に対して「公共討論」という観点から対処しようとする所説をみた。以下では、もうひとつの有力な立場、すなわち、文化制度に着目した議論を見てみることにしよう。

公的言論助成の問題に対して、「文化」という観点から切り込んでいく立場を採用する代表的な論者として、内容や観点に基づいた判断が必然的に求められる公的言論助成と、表現内容に対する国家の中立性の要請との緊張関係を自覚し、特定の表現活動に対して助成を行うという行為がそもそもなぜ許されるのか、という地点にさかのぼって考察を行っているドウウォーキン(Ronald Dworkin)を挙げることができる⁹⁸。以下、ドウウォーキンの議論を見てみることにしよう。

(1) 経済アプローチと高尚アプローチ

ドウウォーキンは芸術助成を例にしながらこの問題の考察を試みる。まず、「国家は芸術を豊かにするために、どの程度まで助成を行うことができるのか」という問題に対し、これまで2つの対立するアプローチが論じられてきたという。第1のアプローチは、市場が芸術の価値を決めるべきだとする「経済アプローチ (economic approach)」である。このアプローチは、「ほとんど定義的に (almost by definition)」助成そのものを認めないものであり、公的助成は (少なくともある程度は) 認められるべきものである、という前提から出発するが、依拠することはできないアプローチである。

もう1つのアプローチは、人は豊かな芸術と接することによって、人間としてよりよい存在になれるのだから、そうした目的のために公的な芸術助成が認められるとする「高尚アプローチ (lofty approach)」である。しかし、この高尚アプローチは、過度にパターンリスティックであり、

97 石川・前掲註(23) 58-59頁。

98 RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 221-233 (1985). 本論文を検討したものとして、川本隆史『『文化の公正な分かち合い』とは？——社会倫理学の応用問題として——』富山近代美術館問題を考える会編『富山近代美術館問題・全記録——裁かれた天皇コラージュ』198-202頁(桂書房、2001年)参照。

国家の善に対する中立性を要求するリベリズムの要請⁹⁹と衝突することになってしまう¹⁰⁰。

このように、両アプローチとも問題があるとすれば、どのように考えるべきなのだろうか。この点、ドウウォーキン¹⁰¹は、芸術というものを、経済学がいうところの「公共財 (public goods)」として捉えるのならば、ある程度公的文化的助成を正当化できるのではないかという¹⁰¹。

(2) 経済アプローチの修正——混合公共財アプローチ——

もっとも、「美術館における芸術作品の鑑賞」といった具体例を念頭に置けばわかるように、芸術は、フリーライダーを容易に排除することができるという意味で、国防や消防、警察など、非排除性を有する純粋な意味での「公共財」とはいえない側面がある。しかし、ドウウォーキンは、特定の芸術作品の費用を負担しない者も、「文化」それ自体が豊かになることによって、その利益に「ただ乗り」することが可能であるという点では、依然として「公共財」的性格を失わないという。

ドウウォーキンによれば、文化というものは「縫い目のない織物 (seamless web)」のようなものであって、「高級な文化と俗文化とは別個のものではなく、相互に影響し合うもの」である。例えば、オペラや小説で発達した手法が、コメディミュージカルやスリラー物のテレビ番組でも用いられる、といった具合に、高級な文化は俗文化へ何らかの影響を与えている——逆もまた然りである——。この意味でいえば、芸術等は、純粋な「公共財」ではないが、「混合公共財 (mixed public goods)」——予防接種のように、一般的には注射を受けたものだけが利益を得るが、予防接種を受ける者が増えれば増えるほど、全体として感染する危険性が減少する点で、公共財的性格を有するような財——として捉えることが可能である。

そして、混合公共財が有する効果（「溢出効果 (spillover effect)」）に着目するのならば、フリーライダーという問題の存在によってコミュニティが求める文化水準を下回ることのないよう、公的助成というものが正当化されるかもしれない、というのである¹⁰²。

(3) 文化の基底性

もっともドウウォーキンは、この意味での「混合公共財アプローチ」もまた、次のような致命的な欠点を抱えていることを認める。通常の公共財は、人々が財に対して、どの程度の支払い意思を有しているかを予測可能であることを前提としている。しかし、文化というものは、特定の「選好」や「価値」そのものの形成に深く影響を与えるものであり、それらの基底に位置していると

99 リベリズムの中立性理解については、とりわけ井上達夫『共生の作法——会話としての正義——』217-224頁（創文社、1986年）、同『他者への自由——公共哲学としてのリベリズム——』12-13、114-117、219頁（創文社、1999年）、表現の自由との関連では、川岸令和「表現の自由・寛容・リベリズム——表現の自由の一般理論のための予備的考察——」早稲田大学政治経済学雑誌304・305号336-338頁（1991年）、阪口正二郎『リベリズム憲法学と国家の中立性』序説』法律時報72巻12号97頁（2000年）等を参照。

100 DWORKIN, *supra* note 98, at 222.

101 *Id.* at 223.

102 *Id.* at 224-225.

いう意味で、「あまりに根本的」であって、どのジャンル、分野に助成することが、文化をよりよいものにするのかを確定することが不可能である。それだけでなく、そもそも諸個人の支払い意思価格を確定することすらも不可能である、という問題である¹⁰³。

こうしてドゥウォーキンは、公共財アプローチであれ、混合公共財アプローチであれ、「経済学的な」手法に依拠したアプローチは、そもそも公的文化助成という問題に対して「利用することができない (unavailable)」アプローチである、と結論づけるのである¹⁰⁴。

(4) 文化の「構造的枠組み」

それでは公的文化助成という問題に対して、我々はどのように取り組んでいくべきなのだろうか。ここでドゥウォーキンは、「公的助成の問題は、嗜好、選好、価値といった、経済分析において適切にも展開されるような概念よりも深く、あるいはそれらを越えたところにある問題」として把握する必要があるとする¹⁰⁵。

先に示唆したように、文化というものは、個別の作品——特定の絵画、パフォーマンス、小説など——を提供するだけでなく、そうした具体的な個別の作品を評価することを可能とする「構造的枠組み (structural frame)」——嗜好、選好、価値といった経済分析に用いられる概念の基底に位置し影響を与えるもの——をも提供する。ドゥウォーキンは、公的文化助成という問題を考えるにあたっては、この文化の「構造的枠組み」に着目することが重要であると強調する。すなわち我々は、文化の「構造的枠組み」が豊かになることによって、より多様性と深さをもった選択・判断・評価の可能性が開かれることになる、ということが出来る。ドゥウォーキンによれば、このように主張することによって、公的文化助成というものの正当性を主張することが可能となるのであり、また、そうすることによって、経済分析のターミノロジーに囚われた「経済アプローチ」の落とし穴から逃れることが可能となるのというのである¹⁰⁶。

こうしてドゥウォーキンは、経済学的意味における「(混合) 公共財アプローチ」を修正し、より基底的なところに位置している文化の「構造的枠組み」に着目する。そして、文化の「構造的枠組み」から、一部ではなく、人々が全体として恩恵を受けるといえるような助成であるならば、ある種の公共財的アプローチによる正当化も可能となる、と結論づけている¹⁰⁷。

(5) 検討

以上のドゥウォーキンの議論は、要約すれば、リベラルな国家において公的文化助成が正当性を主張できるのは、助成を通じて「文化」自体が豊かになり、それによって人々が全体として恩

103 *Id.* at 226-228.

104 *Id.* at 229.

105 *Id.*

106 *Id.* そしてこうしたアプローチを採れば、高尚アプローチの問題点——パターナリズム——からも逃れることが可能であるとする。*Id.* at 230-231.

107 *Id.* at 231. 一方でドゥウォーキンは、こうした文化の「構造的な枠組み」を将来の世代へと引き渡すという我々の「受託者 (trustee)」としての責任についても言及している。*Id.* at 231-232. なお、井上達夫『他者への自由』110頁も参照。

恵を得る場合である、というものである。ドウウォーキンの議論からは、助成を行う／行わないという判断が、憲法上は国家の「任意」であったとしても、そこには「憲法」上の限界があるということ、助成が「文化の構造的枠組み」という社会全体としての利益に仕えない場合には、リベラルな国家ではその正当性を主張できないということが確認できる。

このドウウォーキンの議論は、公的言論助成という問題に対する一義的な回答とはなりえないものの、考えるにあたって重要な視点を提供してくれる。個人の自律を侵害するような仕方での公的言論助成が許されないのは当然であるから、この点で、上述した違憲の条件の法理の視点——個人の自律という視点——が重要となってくる余地もある。しかし、個人の自律を侵害するとはまではいえないけれども、社会全体としての利益・恩恵という観点から、憲法上の規律を及ぼすべき助成がありうるのではないかということを考察する必要性を示唆するものとして、ドウウォーキンの議論を把握することが許されるだろう¹⁰⁸。そして、このように捉えることが許されるならば、「文化」に着目した議論を展開しているものの、ドウウォーキンの議論は、上述した公共討論に着目した議論の正当性を論証する機能も同時に果たすものとしてみることも不可能ではないと思われる。

もっとも、いかなる場合に、表現活動への公的助成が「文化の構造的枠組み」に有益なものとなりうるのかという点については、ドウウォーキンの議論からは明らかではなく、さらなる検討を要する事柄である。したがって必要となるのは、抽象的なドウウォーキンの議論を、より具体化する作業ということになる。

3 公的言論助成と文化制度

そうした具体化作業の一例として、「文化制度」に着目することで公的言論助成の問題に対処しようと試みるシャウアー (Frederick Schauer) の議論を取り上げることができる。シャウアーは、表現活動への規制という、従来の文脈では十分にとらえることができない表現活動への助成の問題を「政府事業 (government enterprise)」と呼んで主題化し、この問題に対処するためには、文化的・社会的な制度に応じた、制度的な修正 1 条論の構築が必要であると提唱する¹⁰⁹。

(1) 制度と表現の自由

シャウアーによれば、「アメリカにおける表現の自由法理は、諸制度 (institutions) それぞれを

108 See also Donald L. Beschle, *Conditional Spending and the First Amendment: Maintaining the Commitment to Rational Liberal Dialogue*, 57 Mo. L. Rev. 1117 (1992). (ドウウォーキンと同様に、リベラルな国家において公的な表現助成をどのように位置づけるべきかを問い、合理的な対話、公共討論を促すような仕方での介入であれば、リベラリズムのいう中立性に反しないとする。そしてその是非を判断するに当たっては、聴衆がどのようにその表現を理解したのかが重要であり、政教分離の文脈で発展したエンドースメント・テストが有用であると説く)。

109 なお、シャウアーは、修正 1 条のみならず、憲法学全般において、「制度」に応じた法理を構築していくことの必要性を指摘している。See Frederick Schauer, *The Role of Institutional Context in Constitutional Law: Institutions as Legal and Constitutional Categories*, 54 UCLA L. Rev. 1747 (2007).

十分に区別することをしてこなかった」。しかし、「文化的に異なった制度間の区別を学問上拒絶することは、広大かつ増大する政府の所有地、政府の助成、政府の被用者の表現の自由の主張という文脈においては、単純に役に立たないことが徐々に明らかになっていきている」という¹¹⁰。なぜならば、文化的な制度には、例えばNEAのように、専門家により構成される諮問委員会が専門的判断に基づいて、助成対象の推薦を行うような制度もあれば、公立図書館員のように、政府の雇用者自身が専門知識に基づいて購入図書判断を行うような制度もある。様々な制度が存在する以上、その制度において求められる判断の主体、内容、範囲はそれぞれ異なっているのは当然の理のはずである。しかし、制度縦断的な「原理に基づいた (principled)」アプローチ——ここでシャウアーが「原理に基づいた」アプローチとして批判するのは、パブリック・フォーラム法理、政府を言論主体と見る政府言論、違憲な条件の法理、観点差別の禁止である¹¹¹——は、この違いを捨象してしまい、それによって、「政府事業」が提起する問題に十分に対応できなくなっている、というのである¹¹²。

シャウアーの診断によると、これまで連邦最高裁が制度特定のなアプローチをためらってきた理由として、次の4つが挙げられるという。すなわち、①諸制度は社会的に確定されるものであって、法的なものではなく、②そうした法的でない制度を理解し、それに沿って修正1条の法理を組み立てていくことは、連邦最高裁をして経験的判断を行う場にしてしまうという意識からの生じるためらい、③アド・ホックな判断になってしまうことへの警戒心、④最も重要な点として、修正1条を「個人の権利」としてのみ理解するという誤った理解の存在、の4つである¹¹³。

しかし、「原理に基づいた」アプローチは様々な問題を伴う。それは例えば、過小保護と過大保護の問題である。このことは、表現の自由の現状について、他国と比較することで明らかになる。たとえば、修正1条の文言にもかかわらず、プレス独自の自由——情報源秘匿権やアクセス権——を認めないアメリカは、他国と比較して、プレスの保護が十分とはいえない「過小保護」にある。他方で、いかなる内容であっても、内容に基づく規制に対して強い警戒感を示す姿勢も、他

110 Schauer, *supra* note 26, at 86.

111 その理由はこうである。①まずパブリック・フォーラム法理は、政府事業においては必然的に内容や観点に基づいた判断が求められるケースがあるにも関わらず、それに対処できない。②政府が文字通りの意味で表現を行っているのではなく、その担い手たる個人々々(被用者や契約者)が行っていることを踏まえるのならば、真に問われるべきは、それら被用者や契約者の表現内容に対して、政府はどの程度まで介入が許されるかの判断なのであり、「政府が発言者である」と特徴づけることが重要なのではない。③違憲な条件の法理は、課される条件が違憲か否かを評価する外的な基準に応じてまったく異なる帰結をもたらすものである。④観点差別が許されないという立場も、政府事業にあっては、観点差別が不可欠である場合があり、それに対処できない。Id. at 97-106. もちろん、これら法理やアプローチがまったく無意味というわけではなく、あくまで「政府事業」の問題に対処するための法的ツールとしての不十分さを指摘しているに過ぎない点に注意が必要である。Id. at 106.

112 Id. at 114-115. See also Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN. L. REV. 1249 (1995), Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256, 1270-1273 (2005).

113 Schauer, *supra* note 112, at 1264 - 1269. See also Schauer, *supra* note 109, at 106-113.

国に比較してみた場合のアメリカの修正1条についての「例外主義」を例証するものである¹¹⁴。

こうした問題認識からシャウアーは次のように述べる。

もし、修正1条の法理が制度のラインに沿って細分されるのならば、その法理は重大な制度間の相違をよりよく捉えることが可能になるだけでなく、芸術や大学、図書館やジャーナリズム、あるいは選挙といった制度が有する、潜在的に個別の修正1条の地位を認識することも可能となる。¹¹⁵

そして、そのために求められるのが「政策志向的・制度特定のなアプローチ (policy-oriented and institution-specific approach)」である、というのである。

(2) 文化制度と連邦最高裁判決

シャウアーによると、実際、助成を受ける制度の性格に着目した判断を下しているとも捉えられる判決が近年連邦最高裁にて下されている。シャウアーがそうした判決として挙げているのは、1998年の *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes* 連邦最高裁判決¹¹⁶と、同じく1998年に下された *National Endowment for Arts v. Finley* 連邦最高裁判決¹¹⁷の2つである。

Forbes 判決は、公営放送局が企画した選挙候補者討論会に、泡沫候補を出席させなかったことの合憲性が争われた事例である。法廷意見を執筆したケネディ (Anthony M. Kennedy) 判事は、放送事業者は一般的に、公的・私的を問わず、ジャーナリズムとしての役割を果たすために広範な編集裁量を有するとする。「公共放送事業者及び私的放送事業者は、共に番組の選択及び放送について、実質的な編集裁量 (editorial discretion) を行使することが認められるだけでなく、要求されるのである」。それゆえ、パブリック・フォーラム法理を適用して、テレビ放送に対するアクセスを認めることは、「テレビ放送局の正当な目的を妨げる」ことから認められないと述べた¹¹⁸。

Finley 判決は、冒頭にみた「品位と尊重」条項の合憲性が争われた事例である。法廷意見を執筆したオコナー判事は、「憲法上保護される表現の大多数に対する助成を拒絶することなしに、高度に選択的な助成プログラムは成り立たない」のであるから、「助成対象の決定過程 (grant-making process) において考慮される内容に基づいた判断は、芸術助成という性質の帰結である」

114 *Id.* at 1270-1271. See also Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in MICHAEL IGNATIEFF ed., *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* 29 (2005).

115 Schauer, *supra* note 26, at 118.

116 *Forbes*, 523 U.S.

117 *National Endowment for Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

118 *Forbes*, 523 U.S., at 672-675 (emphasis added). ただし判決は、問題となった選挙候補者討論番組は、通常の放送とは異なり選挙候補者による政治的討論のためのフォーラムを創設したものであり、また、伝統的に選挙候補者間の討論は選挙過程において重要な役割を担っていることから、例外的にパブリック・フォーラムに該当するとした。その上で、当該フォーラムは非パブリック・フォーラムであり、泡沫候補者の排除は候補者の観点に起因するものではないとして合憲判断を下している。 *Id.* at 676-682.

ことを強調する¹¹⁹。そして、当該規定の曖昧性の問題についても、「修正1条は助成の文脈においても明らかに適用されるが、政府は、直接的な言論規制および言論に対する刑事制裁の場合には許されないような基準に基づいて競争的な助成を配分することができる」とする。そして「政府が主権者 (sovereign) としてではなく、後援者 (patron) として行為」している本件のような場合において、その基準を曖昧性ゆえに無効と判断することは、芸術助成のような「価値ある政府の助成プログラムや同様の多くのプログラムを憲法上疑わしいものにしてしまう」として、修正1条違反の主張を退けるのである¹²⁰。

この2つの判決からシャウアーは、「両事例、そして近い将来に生じるであろう多くの事例は、制度特定のルールや原理の観点からよりよく説明され、正当化される可能性」を感じ取り、上述した「制度特定のアプローチ」を提唱するのである。

(3) シャウアー理論の裏付け？

また、さらに近年では、このシャウアーの予想を裏付けるかのようにも思える判決が下されている点が注目される。いずれも、公的言論助成の是非が争われた事例において、助成を受ける制度の性格に着目した判決として理解しうる判決である。それは、2001年の *Legal Service Corporation v. Velazquez* 連邦最高裁判決¹²¹、2003年の *United States v. American Library Association* 連邦最高裁判決¹²²である。

Velazquez 判決は、連邦法に基づき、貧困者に法的援助を与えるために設立された法律サービス法人から助成金を受ける場合、現行の福祉関連法の妥当性を争う訴訟をおこなってはならないとする連邦法の合憲性が争われた事例であるが、法廷意見を執筆したケネディ判事は、当該助成プログラムを「私的な言論の促進のために創設されたプログラム」であると位置づけたうえで、次のように論じた。すなわち、当該助成は、連邦や州の裁判機能や弁護士活動の存在を前提にして、それらの利用の促進を目指す助成プログラムであるが、現行の福祉関連法の妥当性を争うことを禁止することにより、前提となる司法制度が通常果たすべき機能を阻害されてしまう。そうしたやり方による助成は、修正1条により禁止される¹²³。なぜならば、「修正1条は表現がなされる場の本質に内在する言論を制限するために、普通でない (unconventional) 仕方、政府がフォーラムを利用することを禁止するものである¹²⁴」だからであるとするのである。

次に *ALA* 判決であるが、この事件では、公立図書館でのインターネットアクセスの提供に対して与えられる助成金を受ける条件として、わいせつ画像や児童ポルノ画像をブロック、フィルタリングするソフト、および未成年者が有害サイトへアクセスすることを防ぐソフトの取りつけ

119 *Finley*, 524 U.S., at 585-586 (emphasis added).

120 *Id.* 587-590.

121 *Velazquez*, 531 U.S.

122 *United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003).

123 *Velazquez*, 531 U.S., at 543-549.

124 *Id.* at 543-544 (emphasis added).

を義務付けた児童インターネット保護法（Children's Internet Protection Act, CIPA）の合憲性が争われた。レーンキスト（William H. Rehnquist）長官の筆による法廷意見は、当該助成条件が図書館利用者の修正1条の権利を侵害するか否かを判断するにあたり、まず「第1に図書館が我々の社会において果たす役割をみななければならない」とする¹²⁵。そのうえで、図書館は伝統的にポルノを排除してきたことを重視し、フィルタリングソフトの装着を義務付けることによって、図書館の果たしてきた機能が歪められることはない以上、図書館利用者の権利を侵害するとはいえないとして合憲判断を下したのである¹²⁶。

さらに、一般に公的言論助成を行う際の政府の権限を広く認めたと解され、それ故、批判もされている1991年に下された *Rust v. Sullivan* 連邦最高裁判決においても、次のような言明がなされていた。

たとえば、政府所有の財産へのアクセスという形での『助成』の場合、伝統的に公衆の表現活動に対して開かれている場合には、言論の制約は正当化されないことを、当法廷は判示している。……大学は伝統的に自由な表現の領域であり、我々の社会の機能にとって非常に根本的であるから、公金支出に条件を付すことによって言論をコントロールするという政府の能力は、大学という領域においては、修正1条の漠然性ゆえに無効の法理および過度に広汎性の法理により制限される¹²⁷。

ここでは、前半部分では伝統的パブリック・フォーラムが、後半部分では大学という制度が、公的言論助成を行う政府の裁量を縮減させるものとして言及されている。

以上のように、公的言論助成の問題が争われた連邦最高裁判決を見ると、助成を受ける制度に着目し考察がなされていることがわかる。すなわち、助成を受ける制度が果たすべきと期待されている役割を阻害するような助成条件をつけることは憲法上の問題を生じさせるのだ、という理解である。ここにおいて、——シャウアーほど自覚化・徹底したものではないが——シャウアーが導入を目論む文化的・社会的な制度思考との親和性、さらには上述したコールらの議論との親和性を見出すことが可能であるといえるだろう。

（4）文化制度と専門職

しかし、文化制度に着目するということが、具体的には、いかなる作業を意味するのかについてはさらなる検討を要する。この点について、それら制度を担う「専門職の判断（professional judgments）」の自律性の確保を強調する議論がある。専門職の判断の尊重という視点は、コールやポスト、シャウアーの議論においても含意されていたが、とりわけ自覚的に専門職の判断を尊

125 *ALA*, 539 U.S., at 203.

126 *Id.*, at 211-214.

127 *Rust*, 500 U.S., at 200.

重することの重要性を強調するのが、ボリンジャー (Lee C. Bollinger) である¹²⁸。

ボリンジャーは、Finley 地裁判決を検討素材にしなが、3つの問題を設定する。第1に、なぜ文化的表現や芸術表現が修正1条により保護されるのか。第2に、なぜ国家は早い者勝ち (first-come-first-serve) という中立的な仕方助成を分配するのではなく、被中立的な基準に基づいて助成を行うことができるのか。第3に、修正1条は、そうした内容に基づく表現助成をどこまで許容するのか、という問題である¹²⁹。

まず第1の問題についてボリンジャーは、修正1条の伝統に照らし、「修正1条は、民主政のためだけではなく、個人的・社会的生活を可能な限り有意義なものとするために、人類や自然界に対する我々の見解を理解し表明するあらゆる試みをも保護するものであることを認めなければならない」からだとする¹³⁰。

第2の問題は、伝統的な表現の自由法理が要請する「表現内容に対する中立性」と関係する。この表現内容中立性の要請は、「我々が、政府と言論との関係という新しい領域にアプローチする場合には、必然的に、そして適切にも、我々を戸惑わせる」。そこで、「新しい領域」の問題に対処するためには、規制の文脈で発展したアプローチと異なったアプローチが模索されなければならない。ここで重要となるのが、修正1条は、公共討論や議論の質を維持し文化的表現に対する尊重を実現するものとして解釈することである。ボリンジャーは、この解釈が許されるのであれば、「修正1条の中に、合衆国における文化的言論の質を高め、促進するために国家が援助を行うという価値を見出すこと」も可能となるとする¹³¹。

第3の問題についてボリンジャーは、「文化制度 (cultural institution)」の概念が重要になるという。ボリンジャーによれば、連邦最高裁自身も、こうした「公的制度」の重要性を認識している。例えば連邦最高裁は、Board of Education v. Pico 判決¹³²では図書館、FCC v. League of Women Voters 判決¹³³では公共放送、Rust 判決の法廷意見では大学¹³⁴を、自律的判断が尊重されるべき文化制度として把握されている¹³⁵。ボリンジャーは、これら「文化制度」の自律性が、どの程度まで認められるべきかを判定するのは困難な課題であり、また公的言論助成が提起する問題に対する「満足のいく解答」をまだ提示することはできないとしながらも、この問題に対処していくには、個別的决定の是非ではなく、決定プロセス全体のインテグリティを見る必要があるという。すな

128 Lee C. Bollinger, *Public Institutions of Culture and the First Amendment: The New Frontier*, 63 U. CIN. L. REV. 1103 (1995).

129 *Id.* at 1107.

130 *Id.* at 1107-1109, 1116.

131 *Id.* at 1109-1111, 1116. この点でボリンジャーもまた、助成の問題を考えるにあたって、修正1条の社会的価値に着目する必要を認識しているといえることができるだろう。

132 Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853 (1982).

133 FCC v. League of Women Voters of California, 486 U.S. 364 (1984).

134 *Rust*, 500 U.S., at 199-200.

135 Bollinger, *supra* note 128, at 1112-1115.

わち、「文化制度」の自律的な決定を確保するために、「専門職の判断 (professional judgments)」を尊重してくということが、文化制度と修正1条との関係という「修正1条の新しいフロンティア (the new frontier of the First Amendment)」を開拓していくための指針になると述べ、筆を擱いている¹³⁶。

(5) 検討

以上、公的言論助成の問題に対処するにあたり、制度特定のなアプローチに必要性を説くシャウアーの説と、制度特定のなアプローチの具体例としてボリンジャーの説を見た。Ⅲの2(5)で確認したように、ドウウォーキンDonoの議論のいう「文化の構造的枠組み」は、あまりに基底であるがゆえに、いかなる助成であればそれに仕えるのかを判断するのは困難であるという問題があった。また、そもそも「文化」とは何か、文化という不確定概念に依拠することは生産的な議論にならないのではないかという根本的な問題もある¹³⁷。そうした観点からすると、ここで取り上げたシャウアーのように、「文化の構造的枠組み」を豊かにするか否かという抽象的次元の問題を、個別の文化制度や社会制度それぞれの固有の修正1条論の模索という具体的次元に引き落として検討しようとする議論や、ボリンジャーのように「何が文化的か」という方向からではなく、「何が文化制度の機能を阻害するか」に着目して、文化制度を担う専門職の自律の侵害こそが許されざる文化制度への介入であるとするというような議論へと進んでいくのは、それなりの合理性があると思われる¹³⁸。以下、それぞれの見解について検討を加えていくことにしよう。

一 両者の議論の位置づけ

シャウアーの議論は、芸術、図書館、大学、公共放送ネットワーク、劇場、博物館、教育制度などの様々な文化制度に対する助成を考えるにあたっては、そうした制度の違いを考慮に入れると同時に、アド・ホックな判断に陥ってしまうことを防ぐために、制度それぞれに呼応した修正1条の規範や法理を考えていくべきことを示唆するものであり、制度に着目するアプローチの意義を確認するうえで——上述した公共討論に着目するアプローチにとっても——重要である。

他方、ボリンジャーの議論は、エマソン (Thomas I. Emerson) の言葉を借りて言えば、公的言論助成に対する政府の関与は、芸術助成を例にすれば、芸術のどの分野に助成をするかといった一般的範囲を定めるような「マクロ (macro)」レベルでの介入と、どの芸術作品に助成するかといった、具体的な「ミクロ (micro)」レベルでの介入を区別¹³⁹し、マクロレベルでのみ政府の

¹³⁶ *Id.* at 1116-1117.

¹³⁷ 石川健治「人権の観念」全国憲法研究会編『憲法改正問題 [法律時報増刊]』194頁 (日本評論社、2005年)、石川・前掲註 (23) 等を参照。See also Robert C. Post, *Law and Cultural Conflict*, 78 CHI.-KENT. L. REV. 485 (2003).

¹³⁸ この点で、同じく文化という概念に着目しながらも、憲法25条に着目して「文化的な最低限度」の助成を憲法上義務付ける立場 (前掲註 (18) を参照) とは異なることがわかる。すなわち、25条に着目する立場は何が文化的な最低限度であるかの確定し、それを下回らないよう助成を義務付けるという理論構成となるが、シャウアーらの議論は、文化的な制度の機能を阻害するような介入とは何かを問題とするからである。この非対称性の意義については、櫻井・前掲註 (93) を参照。

¹³⁹ EMERSON, *supra* note 21, at 803-804.

介入を認め、ミクロレベルの判断は文化制度の「専門職」が「職業意識」に基づいて担うべきであるとする考え方であると整理することができるだろう¹⁴⁰。

ポリンジャーのように、制度を担う専門職に着目する立場は、日本においても、蟻川恒正教授や駒村圭吾教授によって提唱されているところである。たとえば、蟻川教授は、国家による「基本方針」の策定と、審査機関による「基本方針」の「解釈」とを切斷すべきであり、その解釈は、専門職が果たすべき「自由」であるとともに、職責を果たすための「義務」であると捉える¹⁴¹。また、駒村教授は、「自由を支える群像としての専門職能」のあり方というものを制度ごとに考察にし、その自律的判断を担保する仕組みを彫琢していくことによって、それぞれに固有の「自由」とともに「義務」の範囲をも構想していくことが重要となってくると指摘されている¹⁴²。

二 文化制度と公共討論との関連

まずシャウアーの議論から検討しよう。シャウアーの議論に対しては、文化制度ごとの検討は何のために必要なのか、という点が問われることになる。シャウアーは、そうすることが「潜在的に個別の修正1条の地位を認識することも可能とする」とするが、問題は、何のために個別の修正1条の地位を認識する必要があるかだからである。

この点、文化制度ごとの検討が、《文化制度の自律の侵害＝助成を受ける制度が本来果たすべき役割の阻害＝公共討論への違憲な介入》というように構成されるのであれば、この議論は、上述したコールやポストらの議論と接合可能となる。相違点としては、シャウアーの議論が、文化制度ごとの修正1条論の構築に向けられており、この点で、コールやポストらのアプローチに比べ、よりカテゴリーカルで具体的な制度ごとの考察の必要性を示唆している点ということになる。シャウアー自身、自分のアプローチとコールやポストのアプローチのとの異同について、「コールやポストは、制度特定の仕方自身で自身の提唱する法理を記述しようとしな。つまり彼らは、政府事業において内容規制を認めるか否かの根拠は、制度を超えた原理の領域に属さねばならないことを暗黙に主張しているのである¹⁴³」と述べている。つまり、シャウアーの議論とコールやポストの議論の違いは、個別具体的な制度に特化された修正1条論の構築に向かうか、それとも抽象的に制度が機能する条件を明らかにし、それに応じて修正1条の規律に峻厳を設けようとするという違いがある。

上述したように、このシャウアーの議論は、少なくとも公的言論助成の文脈においては、連邦最高裁判決とも親和的に捉えることが可能である。しかし、その一方で、それら判決が、これま

140 *Id.* at 804-806, 815-816, 819-822.

141 蟻川「国家と文化」前掲註(23)、同「政府と言論」前掲註(23)等を参照。

142 駒村「国家助成と自由」前掲註(23)176頁。その具体化作業として、ジャーナリストの職能・エトスの再構築を提唱する、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理 表現の自由の公共的利用——』(嵯峨野書院、2001年)、同「新聞は生き残る必要があるのか——ジャーナリストの存在意義を憲法学的見地から考察する」新聞研究657号14頁(2006年)、同『『メディアの法』から『ジャーナリズムの法』へ——近時の憲法学における理論動向に寄せて』マス・コミュニケーション研究72号27頁(2008年)等を参照。

143 Schauer, *supra* note 26, at 108 n. 106.

で培われてきた表現の自由論のツール——観点差別の禁止や内容中立の要請、パブリック・フォーラム法理など——を用いていることからすれば、シャウアーがいうほどに、コールやポストの議論との懸隔はそれほど大きくないようにも思われる。少なくとも、助成を受ける制度をパブリック・フォーラムの創設とみなすことができるのか、当該制度が機能するためには観点差別が必要なのか、それとも内容中立が要請されるのか、その判断は誰が行うべきなのか、といった検討が必要とされるということには、両議論とも異論はないだろう。その意味で、ここに公共討論に着目する議論と、文化制度に着目する議論とを接合的に理解することが可能であるといえると思われる。

三 文化制度の自律性、専門職の自律的判断

さて、ボリンジャーの議論は、文化制度ごとの検討作業を行うにあたっての一つの具体化として位置づけることができる。しかし、「専門職による自律的判断の尊重」の重要性を説く立場に対しては反論もありうる。例えば、シャピロ (Daniel Shapiro) は、修正1条が公権力に対する不信を前提とするのならば、専門職もまた自己利益の最大化を図る「利益集団 (interest group)」なのだから、公権力と同様に、専門職の判断も信頼すべきではないはずだとする¹⁴⁴。そしてシャピロは、修正1条が表現活動への公的な助成を「要請」するものでない以上、専門職の独善化という危険を避けるために、芸術助成制度それ自体廃止すべきであると論じている¹⁴⁵。

もっとも、このシャピロの議論は、公的言論助成は「憲法上」禁止されるという主張ではなく、「政策論として」廃止すべきという主張であり、公的言論助成の憲法上の限界についての主張ではない点に注意が必要である。また、ドウウォーキンの議論が物語っているように、公的助成は「文化の構造的枠組み」にとって有益な場合もある。そうだとすれば、現実に公的言論助成が広く行われ、かつ、相応の意義を持つと考えられる現状にあつては、政策論としてであっても一あるいは政策論だからこそ一、容易に受け入れ難い立論のように思われる。

他方、「文化制度の自律」に着目する立場は文化の専制をもたらし、逆説的に、個人レベルの文化の自由を脅かすのではないかという、より本質的かつ根源的な批判が石川健治教授により投げかけられている¹⁴⁶。とりわけ日本の裁判所が、立法や行政のなした「専門的、技術的」判断に必要以上に敬讓を払うことで、広範な立法裁量、行政裁量を容認してきたということなどを踏まえれば¹⁴⁷、「専門職」の自律を広く認めることへの懐疑や不信には、十分に理由のあるものといえるだろう。

144 Daniel Shapiro, *Free Speech and Art Subsidies*, 14 LAW & PHIL. 329, 349-352 (1995).

145 *Id.* at 353-355.

146 石川・前掲註 (23) 60 - 61 頁。

147 この点に関しては、大石和彦「司法審査における反専門技術性という困難——法形成過程の民主性補強的司法審査方法論の可能性と課題——」法学 67 巻 5 号 69 頁 (2004 年) を参照。なお、関連して、1940 年代以前のアメリカにおいては、広いボリス・パワー概念の採用と、行政の専門性を強調することによって、表現の自由を広く制約していたことを指摘する、Reuel E. Schiller, *Free Speech and Expertise: Administrative Censorship and the Birth of the Modern First Amendment*, 86 VA. L. REV. 1 (2000) も参照。

四 次善の策としての意義?

助成を受ける文化制度に着目する場合、専門家の判断を尊重すべき局面があることは当然認められることは否定できない。しかし他方で専門職の判断が必ずしもいかなる場合でも信頼に足るものとは言えないし、専門職の独善は文化にとって有害であるという批判もまた踏まえる必要がある。

その意味では、公的言論助成を専門職としての「職業意識、職業倫理 (professionalism)」によって規律させようというアプローチは、「最善の策」ではなく、そうした審査を党派的な政治過程に委ねる場合に比べれば、まだまだだという意味で¹⁴⁸、「次善の策」として容認されるものにすぎないのかもしれない。そして、以上の批判を踏まえるのならば、「専門職が介在するからそれを尊重すべきである」といったように、決定過程を専門家の判断というブラックボックスに委ねることを是認することはできないだろう。恣意性を排除するために、手続的な保障も重要となってくるだろうし、選考過程の透明化も重要となるだろう。

それでは、どの程度まで専門家の判断性の自律を認めるべきなのだろうか。これが最も重要な問題として浮上してくるわけであるが、それを測定する規範として、上述した公共討論という視点が重要になってくるように思われる。すなわち、文化制度の自律性の尊重の程度は、当該文化が公共討論において果たすべき役割の考察を通じて、その範囲と限界とを測定されるべきであるという立論である。

この立場は、《文化制度の自律の侵害≡助成を受ける制度が本来果たすべき役割の阻害=公共討論の歪曲・侵害》というように、文化制度に着目する議論を整理する。いわば、文化の自律そのものを保障するのではなく、公共討論に仕える限りで、文化の自律が保障すると考える立場であり、上述した公共討論に着目する議論に従属させるかたちで、文化制度の自律性を承認しようとするものである。この等式のもとでは、《文化制度の自律の程度=助成を受ける制度が公共討論において果たすべき役割》という仕方での測定が可能となる。公的言論助成の問題を助成受領者個人の利益に還元できない社会的側面からの検討する場合、文化制度と公共討論の織りなす相互関係に目を向けることが必要となってくるのであり、そのように考えることで、専門職の独善化を防ぐ安全弁が機能するのではないだろうか。このように理解したとき、「公共討論」に着目する議論と「文化制度」に着目する議論という、アメリカにおいて有力な2つの潮流の学説を、統合的かつ有機的に結びつけて把握することの可能性と意義が見いだされる余地が開けてくるのではないかと思われるのである。

助成を受給する憲法上の権利が存在しない地点から出発して、その助成が「違憲」となるのはいかなる場合かを考えるとき、個人の自律に着目するアプローチは、違憲な助成/合憲な助成を

148 RODNEY A. SMOLLA, FREE SPEECH IN AN OPEN SOCIETY, 195-197 (1992). See also Kathleen M. Sullivan, *Artistic Freedom, Public Funding, and the Constitution*, in STEPHEN BENEDICT ED. PUBLIC MONEY AND THE MUSE: ESSAYS ON GOVERNMENT FUNDING FOR THE ARTS, 80 (1991).

振り分ける基準を十分に提供しえないという撞着に陥ってしまうという難点があった。これを克服すべく提唱されている、本稿で検討を加えてきたアプローチも、この問題をきれいにクリアし、違憲な助成／合憲な助成を一刀両断に裁定するものではない。しかし、制度それぞれが有する意味を「あるべきではない」公共討論という規範的観点に照らして洗練させていくことで、個人の自律に着目するアプローチに比べてより客観的に、その作業を可能としてくれる余地があると思われる。この意味においても、本稿が見てきたアプローチが意義を有しているといえるのではないだろうか。

Ⅳ 結びにかえて

以上、文化闘争の一断面としての公的言論助成問題を素材にしながら、憲法によって義務付けられていない表現活動への助成という国家行為に対して、憲法上の規律が及ぶとすればいかなる場合かについて、特に表現の自由の価値のうち、個人の自律の側面ではなく、自己統治や公共討論という社会的、表現の受け手である聴衆の観点からアプローチする学説を中心に考察してきた。以上の検討を整理すれば、

- ①個人の自律の侵害の有無に着目するアプローチ（違憲な条件の法理）は、助成問題を憲法論として主題化し規律を及ぼした点で意義を有しているが、そのままでは必ずしも十分に公的言論助成の問題に対処できない可能性がある。
- ②必ずしも個人に還元されない社会全体にもたらす恩恵や利益、聴衆の観点からの検討が必要である。そしてこのことの正当性は、公的言論助成の正当性とも深く関係している。
- ③そうしたアプローチとして、公共討論からの考察と、文化制度からの考察が主張されているが、両者は排他的関係に立つものではなく、統合的に把握することが可能である。
- ④「あるべきではない公共討論への介入＝助成を受ける制度が本来果たすべき役割の阻害＝文化制度を担う専門職の自律の侵害」という相互関係の解明と検討から、助成の是非を考察していくことが必要であり有益である。

と要約することができる。もちろん以上の議論は、個人の自律の観点からの考察の重要性を否定するものではないし、その他のアプローチを排除するものでもない点に注意が必要であるし¹⁴⁹、以上に指摘したような問題があることも踏まえる必要がある。しかし、以上の検討により、少なくとも、アメリカの学説の動向とその意義、考察すべき点について、ある程度示すことができたのではないかと思う。

149 see, e.g., Sunstein, *supra* note 53. サンステイン (Cass R. Sunstein) は、本稿でも言及した判例を参考に、「助成の撤回」と「助成を行わない」という判断を区別し、前者は原則的に規制と同視すべきであるが、後者については、内容差別は不可避であるとする一方で、観点差別については「おそらく違憲であり、違憲とされるべき」としている。が、サンステイン自身がその文末に (?) というクエスチョン・マークを付けたうえで、観点差別が認められる場面も否定できないと述べている。この問題の困難さの証左といえよう。

文化闘争は、思想の自由といった精神的自由が保障された「自由」な国民により構成される現代国家においては、不可避免的に生じる事態といえる¹⁵⁰。この闘争に対して、対立する片方の立場を主張、支持することを法的に禁止したり刑事罰を科したりするような国家介入は、もとより憲法が禁止するところであるが、一方の立場に賛成する表現活動に助成や援助を行ったりすることを憲法が禁止しているとは直ちには言えないだろう¹⁵¹。この意味で、表現化活動への国家助成という文脈において、憲法が果たす役割は限定されている。しかし、皆無ではない。本稿で検討したように、少なくとも表現活動への助成や援助を行うという局面における政府の権限は、修正1条により、《個人の自律》の確保に加え、《公共討論の維持=文化制度の自律の確保》という憲法の規範的統制が及ぶと思われるからである。

この「枠内」で戦われる文化闘争は、ある意味で健全な民主政の証左であって、その帰趨は、民主過程に開かれていることになろう。換言すれば、公平な文化闘争の場を確保すること、それが文化戦争における、あるべき司法の役割なのではないだろうか。

【付記】 本稿は、平成20年度科学研究費補助金・若手研究(B)による研究成果の一部である。

150 「文化闘争」は誇張であり、実際のアメリカには「闘争」と形容されなければならないほどの価値観の対立は存在しないという議論もある。See, e.g., MORRIS P. FIORINA, SAMUEL J. ABRAMS, AND JEREMY C. POPE, *CULTURE WAR? THE MYTH OF A POLARIZED AMERICA* (2th.ed. 2006). しかしながら、対立が社会を二分するほど激しいか否かという「程度」の問題は、憲法問題として表現活動への助成を考える場合にはさしあたって問題とはならないだろう。関連して、志田・前掲註(19)3-4頁も参照。

151 憲法上、連邦政府に与えられた権限を逸脱するものとして、助成権限を限界づけることはできないとする議論として、see Albert J. Rosenthal, *Conditional Federal Spending and the Constitution*, 39 STAN. L. REV. 1103, 1118-1119, 1125-1131 (1987).