The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	言動活動への政府資金助成に対する憲法上の規律
Author(s)	森脇, 敦史
Citation	阪大法学. 2003, 53(1), p. 113-142
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54922
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律

森　脇　敦　史

はじめに
第一章　判例の歴史
一　「大は小を兼ねる」
二　「違憲な条件の法理」の時代
第二章　現在の最高裁――Rust v. Sullivan 以降の判例
一　Rust v. Sullivan 判決
二　Rosenberger v. Rector and Visitors of the Univ. of Virginia 判決
三　National Endowments for the Arts v. Finley 判決
四　Legal Services Corp. v. Velazquez 判決
第三章　言論助成に対する理解の枠組み
一　違憲な条件の法理
二　政府言論
三　パブリックフォーラム
むすびにかえて

（阪大法学）53（1-113）113〔2003.5〕

はじめに

民主主義社会においては、政府は市民に応答的でなければならず、その逆であってはならない。従って、市民には選挙権だけではなく、自由に意思形成を行うための権利が認められなければならない。個人が国家から距離を置いた主体として行った自律的な判断に政府が従うことこそが民主政の本質だからである。その中核にあると考えられているのが言論の自由である。言論の自由を「国家からの自由」として、特に手厚い保護を与えようとしてきたのは、この自由が統治を行う者にとっては自分の行動を縛るものであるために、許されない制約の危険性が大きいからというのがその大きな理由である。この際国家が用いる手段は、伝統的には、個人の言論活動に対する刑罰を典型とした「規制」であった。だが、現代の国家は「規制」だけではなく「助成」を行うことによっても言論市場に関与している。文化的活動やＮＧＯに対する助成など、通常の市場では現れにくい言論に助成を行うことで、より多くの情報が言論市場に提供されることは望ましいことでもある。(1) ここでは、表現の自由が「国家による自由」として現れる。(2) しかし、もし言論の自由という憲法上の権利が政府に対して課す制約が、助成には適用されないとすると、民主政や個人の自由にとって非常に大きな危険が存在する。政府は極めて大きな資金を強制的な徴税によって確保している。その資金を憲法上の制約なく支出できるとすれば、言論市場は政府によってコントロールされ、市民の見解に応答的な政府という民主政の根幹を揺るがす事ともなるであろう。従って、「助成」をいかに憲法上コントロールすべきかは、現代国家を考える上で非常に重要であると考えられ、最近では日本においても言論助成に対する問題意識を示した研究が見られる。(3) 本稿では、アメリカにおいて政府の言論助成がどのように捉えられているかを検討することで、問題の所在を明らかにし、分析の枠組みを明示することを目的とする。

第一章　判例の歴史

一　「大は小を兼ねる」

言論助成への条件付けに対する憲法上の規律は、二〇世紀初頭から主張されてはいたが、当時はそこで規制されていた行為がそもそも直接的にも規制可能であると理解されていたため、憲法上の問題として認識されてはいなかった。その一例として、戦争や政府を批判する新聞や定期刊行物を割安な第二種郵便として配達できないものとする郵政長官の決定が修正一条に反しないとされた、United States *ex rel.* Milwaukee Soc. Democratic Publishing Co. v. Burleson[4]が挙げられる。最高裁は、「もし新聞が『配達可能なもの』でない記事を含むよう編集されているのであれば、明らかにそれは第二種郵便として運ばれるべきではないというのが議会の意思であり、与えられていた許可を撤回する命令は適切かつ正当化される」とした。「命令は単に第二種郵便の特権を撤回するだけであり、他の種類の郵便から新聞を排除するわけではない」のだから、プレスの自由の侵害には当たらないというのであった。

当時は、そこで助成を拒否されていた防諜法違反の表現がそもそも直接的にも規制可能であると理解されていた。[5]言論それ自体が保護されていないのだから、助成する義務がないのは当然だと考えられたのである。また政府が提供する義務を持たない特権については、全面的にやめることも出来るのだから、そこにどのような条件を付すかは政府の裁量であるとも考えられていた。この立場は、警察官に対する政治的目的の寄付募集禁止が争われたMcAuliffe v. Mayor of New Bedford[6]で、「上訴人には政治について話す憲法上の権利はあるかも知れないが、警察官になる憲法上の権利はない」としたホームズ裁判官の言葉に端的に示されている。警察官になることは権利

ではなく特権であり、特権の付与については政府は自由裁量を持つという「権利特権区分論」であり、「大は小を兼ねる」(the greater contains the lesser) であった。しかしその後、州の公道使用につき運送人に憲法上の権利放棄を求めることは許されないとしたFrost & Frost Trucking Co. v. Railroad Comm'n[7]に見られるように「権利特権区分論」は崩壊し、「違憲な条件の法理」と呼ばれる枠組みの中で、政府の便益提供が問題とされるようになった[8]。その後最高裁が言論の自由の保護に積極的に乗り出すようになって、ようやく言論助成が本格的な憲法問題として現れるようになったのである。

二　「違憲な条件の法理」の時代

Speiser v. Randall[9]では、政府の暴力的廃棄等を唱道する団体に課税免除を認めないとする州憲法を執行するために、所得税の免除を受けようとする者に対して州憲法に記された活動に関与していないことを宣言する文書へのサインを求め、当局が禁止事項に該当していると判断した場合に反証する責任を申請者側に課した、カリフォルニア州の収入課税法がデュープロセスに反するとされた。最高裁は、暴力的手段による政府の転覆を唱道することを禁じたスミス法を合憲としていた[10]ため、州憲法による課税免除の禁止それ自体の合憲性については判断しなかった。しかし最高裁は、「ある種の言論に関わっていることを理由とした免税の拒否は主張者に対して禁止された言論を行わないよう強制する効果を持つ」実質的な処罰にあたると考えた。課税が実質的には犯罪への処罰である場合には、当事者には刑事手続の際に与えられるような厳重な手続的保護が与えられなければならず、本法が禁止された行為に関わっていないことの証明責任を納税者に課すことは、例え課税免除の拒否を定める州憲法の規定が有効であっても許されないと判断したのであった[11]。

しかし、Cammarano v. United States[12]では、「ロビー活動、立法の推進または阻止、取引広告以外の広告を含むところのプロパガンダの宣伝への支出」は連邦所得税の課税控除を受けられないとする財務省規則が合憲とされた。上訴人はSpeiser判決に依拠して本件規則も違憲であると主張した。しかし最高裁は、「上訴人は憲法上保護された活動に従事したことによって課税控除を拒否されているのではなく、単に彼らのポケットの外にある活動に対して支払うことを要求されているに過ぎない」のであって、「立法の推進または阻止のための支出を総所得額から控除することを差別扱いすることなく拒否することが『危険な思想の抑圧を目的としている』とは明らかに言えない」[13]としてこの主張を退けた。

またBuckley v. Valeo[14]では、助成に関わる問題として、一九七四年連邦選挙法が、大統領の予備選挙、指名大会、本選挙につき、主要政党と非主流政党、新政党を区別して、連邦資金の受領額にそれぞれ異なる基準を用いた点、受領を求める者に支出制限を課した点が問題となった。Per Curiamの法廷意見は、第一点については、候補者が広範な支持を集めていることを推し量り、指名される実質的可能性がある候補者に助成を限定するという目的を達成するために、候補者に対する公衆の支持を測る合理的な手法であるとした。このような限定がなければ泡沫候補や党派の分裂を招くというのである。[15]また、助成を受けるか否かは当事者の選択に委ねられており、支出制限は違憲であるのだから、助成を受けない政党は自由に資金を集められるというのであった。[16]第二点については、確かに本判決で違憲とされた支出規制との関連性はあるものの、公的助成の価値は一般的支出制限の存在に依存しているわけではないため、その問題とは分離可能であるとした。[17]

そして、Regan v. Taxation with Representation of Washington[18]では、課税免除を受ける団体の資格として、ロビー活動を行っていないという要件を課した内国歳入法が修正一条に反しないとされた。最高裁は、ＴＷＲは、

組織を分離することによって、非ロビー活動の部分については課税免除を受けることが可能であり、「議会はロビー活動に公の資金を出すことを拒否したに過ぎない」[19]のだという。TWRはSpeiser判決に依拠して本件が違憲であると主張するが、本件は憲法上の権利を行使したことによる便益供与の拒否ではなく、憲法上の権利を行使することへの便益提供義務の問題であるとした。「基本的権利の行使を助成しないという立法府の決定は権利を侵害することにはならず、従って厳格審査に服しない」[20]ことから、議会の判断は非合理的でなければ許され、その判断は支持できるとされた。

しかしFCC v. League of Women Voters of California[21]では、公共放送公社（CPB、Corporation for Public Broadcasting）を通じて連邦資金の助成を受けた、非商業的な教育放送局が論説放送を行うことを禁じた一九六七年公共放送法が修正一条に反するとされた。最高裁は、放送局には対立する見解を表すことなく自己の立場を唱道する完全な自由はないものの、その制約は、実質的な政府利益を促進するために狭くしつらえられている時にのみ支持されるとする。[22]だが、この規制は、論説放送という「修正一条の保護の中核」である形式の言論に向けられている。[23]確かに、放送局が政府のプロパガンダや私的な利益集団の党派的見解の伝達に利用されないようにするという政府の主張は、過去の放送規制の事例と適合的ではあるが、本規制はバランスの取れた公正な論説放送であってもそれを禁じてしまっている。[24]政府は、TWR判決に依拠して、支出権限からこのような規制も正当化されると主張したが、「Taxation With Representationの慈善団体の状況とは異なり、全収入の僅か一パーセントだけをCPBから受け取っている非商業的教育放送局であっても論説放送を完全に禁じられる」[25]ことから、本件とは区別されるとした。

第二章　現在の最高裁――Rust v. Sullivan 以降の判例

一　Rust v. Sullivan 判決

言論助成に対する最高裁のアプローチに変化が現れたのが、Rust v. Sullivan[26]である。本件では、中絶のカウンセリングに対する連邦資金の提供拒否が争われた。家族計画サービスへの連邦資金助成を定める公衆健康サービス法第一〇編（Title X）の一〇〇八条は、「本副章の下における資金は、中絶を家族計画の手法とする計画に用いられてはならない」としていた(42 U.S.C. § 300(a)-6)。この規定を受けた連邦規則は、医師が本助成計画の下で、中絶を用いることを家族計画の手法とするカウンセリングや、中絶を行う機関の紹介などを行うことを禁じ、本助成計画が実施される医療機関が中絶を行う機関から「物理的、経済的に分離していること」を求めた(42 CFR §§ 59.2, 59.8, 59.9, 59.10)。この規制が受給者及び医師の修正一条の権利の侵害であるとして訴えられたのである。

レーンキスト首席裁判官法廷意見（ホワイト、スカリア、ケネディ、スータ裁判官同調）は、「政府は、憲法に反することなく、公共の利益があると信じるある種の活動を促進する計画に対して、同時にその問題に異なるやり方で対処しようとする代替的計画に支出することなく支出することができる」のであって、「そうすることによって、政府は見解によって差別しているのではない。政府は単にある計画に対して、別の計画を排除した上で支出することを選択したに過ぎない」とする。[27] 中絶を家族計画の手法とするカウンセリングや中絶を行う機関への言及は助成計画の射程外であり、見解差別には当たらないという。上訴人は、この規制は受給者に憲法上の権利の放棄を条件付けるものであり許されないと主張したが、本規制は単に中絶に関する言論活動と計画による支出が分離されていることのみを主張するのであって、そのような活動を制約するものではないという。「違憲な条件」の事例は、

「政府が、特定の計画やサービスではなく、助成の受領者に対して条件を付している」ものであり、助成の受領者と助成を受領する計画を明示的に区別している本件には当てはまらない。[28] 上訴人は本規制が第一〇編からの支出ではない資金からの言論に制裁を与えるものであると主張するが、受給者は第一〇編の計画への参加を強制されておらず、受給者が私的な資金を中絶に関する活動に用いることは禁じられていないことから、この主張を否定した。

これに対して、ブラックマン裁判官反対意見（マーシャル、スティーブンス裁判官同調）は、「今日に至るまで、裁判所は、見解に基づいた言論の抑圧を、単にその抑圧が公的資金の受領に対する条件であるという理由で支持したことはない」と法廷意見を批判する。[29] 本規定は言論の内容に基づいた規制であるだけでなく、明らかに見解にも基づいている。法廷意見は、「政府は単にある計画に対して、別の計画を排除した上で支出することを選択したに過ぎない」と言うが、「中絶を唱道する家族計画プロジェクトに対して、それが中絶を唱道するという理由で助成を拒否することにより、政府は明らかに特定の見解にねらいを定めている」。[30] 確かにReganではロビー活動を助成の対象外とした規制が認められたが、それは規制対象がロビー活動という限定的なものだったからである。これに対して、本規制は中絶を促進（“encouraging, promoting or advocating”）するあらゆる言論に及んでいる。「それぞれの上訴人が『（彼もしくは彼女が）受け入れがたいイデオロギー的見解への公的な支持を促進するための道具となる』ことを強いられる」ような「侵入的でイデオロギーに基づいた言論規制は、Reganで認められた限定的なロビー活動規制を遙かに超えるものであり、単にその規制が政府による便益受領の条件であるというだけで正当化することは出来ない」[31]というのである。また、患者には自己の健康及びリプロダクションの自由に関して、医師が完全な情報の提供をしてくれるという正当な期待があり、医師にはそれに応える専門家としての倫理的責務があるにも関わらず、本規制は医師と患者の対話を歪め、女性が自発的に出産につき決定する能力を否定すること

になるとする。[32]

二　Rosenberger v. Rector and Visitors of the Univ. of Virginia 判決

Rosenberger v. Rector and Visitors of the Univ. of Virginia[33]では、州立大学の学生の課外活動団体に対して行われる助成プログラムにおいて、団体の活動が宗教的観点から行われていることを理由として排除するガイドラインが修正一条違反として争われた。ケネディ裁判官法廷意見（レーンキスト首席裁判官、オコナー、スカリア、トーマス裁判官同調）は、この条件が見解に基づいており、修正一条に反すると判断した。州は限定的かつ正当なフォーラムの設立目的に適合するような規制を設けることはできるけれども、ひとたび限定的フォーラムを開設したならば、「『フォーラムの目的に照らして合理的』ではない区別を行ったり……見解に基づいた差別を行ってはならない」[34]。そして、大学の教育目的に関連する学生の広範な課外活動を支持することを目的とする本件助成プログラムは、「空間的、地理的意味というよりは形而上的な意味におけるフォーラムであるが、（限定的パブリックフォーラムと……筆者）同じ原理が適用可能である」[35]という。大学が教育内容を定めている際には、大学自身が表現しているのであって内容規制が許されるが、大学が私的発言者の見解の多様性を促進するために資金を支出している際には、見解に基づいた制限は許されない。[36]州は、宗教的言論を目的とする団体への助成は国教樹立条項に反する恐れがあることを挙げたが、法廷意見は、中立的な基準によって多様な見解の団体に便益が行き渡るならば、宗教に対する中立性は確保されているとして、この主張を退けた。[37]

これに対し、スータ裁判官反対意見（スティーブンス、ギンズバーク、ブライヤー裁判官同調）は、宗教的活動を行う団体の活動に対する大学の助成の拒否は国教樹立禁止条項の要請であり、また言論の自由の観点からも問題

ないとする。見解差別の存否は、「政府の規制がたまたま特定の見解を持つ発言者に適用されるか否かによって単純に定まるわけではなく、言論への負担が見解に基づいて説明されているか否かによる」[38]。だが、本ガイドラインでは、あらゆる信仰への肯定否定の両方に対して助成が否定されているのであって、議論の一方にのみ助成が行われているわけではなく、議論を乱してはいない[39]。本件は、Lamb's Chapel 判決[40]のように、宗教的観点から行われる議論全てに援助を拒否しているのではなく、改宗や宗教的慣習の促進及びその否定それ自体にかかわる議論への助成を拒否するという主題の区別に基づいており、その区別は合理的であると主張した[41]。

三　National Endowments for the Arts. v. Finley 判決

National Endowments for the Arts. v. Finley[42]では、芸術助成を行う際の基準として用いられる芸術的卓越性と有用性の判断が、「一般的な品位の基準とアメリカ公衆の多様な信念及び価値に対する尊重」を考慮してなされるよう確保すべきことを全国芸術財団(NEA)の議長に命じた、芸術及び人文科学に関する国立基金法の規定(20 U.S.C. §954(d)(1))が争われた。オコナー裁判官法廷意見（レーンキスト首席裁判官、スティーブンス、ケネディ、ブライヤー裁判官同調、ギンズバーク裁判官一部同調）[43]は、§954(d)(1)は、本質的に修正一条の権利を侵すことも憲法上の不明確さの原理を侵害することもなく、文面上有効であるとして Finley の訴えを退けた。上訴人の主張は、§954(d)(1)が、NEAが一定種類の芸術的表現に対して助成を行う能力を制約するものであることを前提としているが、NEAは、本条は単に助成決定過程において「考慮」を追加したにとどまり、「下品」であったり、「尊重がない」とされるような作品が助成を受けることを排除したり、審査においてそれらの要素がどれだけのウェイトを与えられるべきかを定めてもいないと理解している。この理解が正しいか否かについての判断

は行わないが、§954(d)(1)の文面がカテゴリカルな要求を課していないことは明白だとした。[44] NEAの資源は有限であり、またRosenbergerのような限定的パブリックフォーラムとは異なって、芸術的判断をする必要があることから、本質的に内容に基づいて判断せざるを得ず、その際には、直接的な言論規制や刑事処罰の際には許容されない基準を用いることも出来るとされた。[45]

これに対して、スカリア裁判官結果同意意見(トーマス裁判官同調)は、§954(d)(1)は助成判断についての見解差別を定めたものであって完全に合憲であり、品位を一考慮要素に過ぎないとする法廷意見に対して「手術は成功したが、患者は死んだ」[46]と批判する。助成の申請を判断する際に品位と尊重が考慮されることは明白であり、品位を欠く表現は不利に扱われなければならない。これは明らかに見解差別であるが、下品であったり尊重のない芸術を創造しようとする者が助成を受けられないとしても、そのことが重大な強制的効果を持つわけではないとする。[47]

スカリア裁判官と同じ条文解釈をした上で、全く逆の結論に達したのがスータ裁判官反対意見である。彼は、NEAの議長に課された義務はパネル構成員の多様性を確保することだという政府の主張は、条文の明白な術語に反するし、例え構成員の多様性確保が十分な対応であったとしても、品位と尊重に対する構成員の傾向によって、結局は攻撃的な芸術活動が排除されるという目的を達成するであろうという。[48] また、NEAは、Rosenbergerの学生活動助成と同様に私的発言者の多様な見解からの表現を促進するために創設された助成スキームである。もし希少な資金を配分する際に選択が必要だとしても、その基準は見解中立的でなければならず、[49] 本法は過度に広汎かつ芸術活動に萎縮効果をもたらすとして文面上無効であると主張した。

四　Legal Services Corp. v. Velazquez 判決

Legal Services Corp. v. Velazquez[50]では、弁護活動への助成に付された条件が問題とされた。本件では、LSCの資金を受けた団体の弁護士が、既存の福祉法の有効性や適法性を争う弁護活動を行うことを禁じていた歳出承認法[51]が修正一条に反するとして訴えられた。

ケネディ裁判官法廷意見（スティーブンス、ギンズバーク、スータ、ブライヤー裁判官同調）は、まず本件で問題となった弁護士の言論とRust判決における医師の言論は区別されるとの理解を示した。政府言論の場合、すなわち政府自身が発言者であるか、政府が私人を自己の政策を推進する情報を伝えるために利用した場合は、見解に基づく助成の決定は許される。しかし、助成の目的が私人の言論を促進するためであったり見解の多様性を保持することにある場合には、政府言論の類推は当たらないという。LSCの助成は貧困なクライアントが弁護士を利用可能とすることが目的であり、政府のメッセージを伝えることが目的ではない。従って本件はRosenberger判決に類似し、Rust判決とは区別可能であるとする[52]。

以上のような理解に基づいて、法廷意見は限定的パブリックフォーラムの類推から本規制を検討し、修正一条は、「政府が表現が行われる場の本質に内在するような言論を抑圧するために異例なやり方でフォーラムを利用することを禁じている[53]」とする。法律扶助の目的は、政府のメッセージを伝えることではなくて、裁判所が自己の適切な義務と責任を果たすために依拠する、独立した法律家が依頼人の利益を代理することで扶助に関する訴訟を促進することであり、条件付けはこの目的を促進するものでなければならない。しかし「LSCの（助成を受けた……筆者）弁護士が、依頼人への助言を行ったり裁判所に対して弁論や分析を提示することを妨げるのは、弁護士の伝統的役割を変えてしまうことにより法システムを歪めるものであ」って許されないという[54]。政府は本規制を、既存の福祉法に対する複雑な挑戦を除去することで、既存の福祉システムの機能をより効率的で公正なやりかたにするた

めだと主張する。しかし、この条件は既存の福祉システムを攻撃から守るという許されない機能を果たしてしまう。しかもＬＳＣの受給要件は依頼人が「経済的に法的助成を受けられない人」であり、代替手段がない。また、本件助成の拒否は権力分立及び司法府の役割の観点からも問題があるとする。弁護士は、司法の場においては独立・専門的見地から当事者を代理せねばならないが、この規制のために法律の合法性・合憲性に触れられないことになり、そのような振る舞いは、弁護士の職責の専門性に対する信頼を掘り崩す結果をもたらすという。[55]

以上のような法廷意見に対して、スカリア裁判官反対意見（レーンキスト首席裁判官、オコナー、トーマス裁判官同調）は、「§504(a)(16)は連邦の支出プログラムの範囲を定義している。言論を直接規制しているわけでもなく、パブリックフォーラムを樹立したり見解に基づいて差別しているわけでもない」[56]ので、本件条件は合憲であるとする。反対意見は、法廷意見がパブリックフォーラムの類推から本件を捉えていることを批判し、Rust判決が本件の先例であるとする。助成が修正一条の問題になるのは、「助成スキームが助成を受ける立場に立たない人に対して強制的効果を持つよう『操作』されている場合のみ」であり、本件のような限定的助成プログラムの場合、それが限定的パブリックフォーラムを形成しているのでないならば、強制の証明は事実上不可能であるという。[57]

また反対意見は、専門家の言論に対する公衆の信頼という表現の場の通常の機能を本規制が歪めるという法廷意見の主張についても、医師と患者の内密な助言をも政府言論としたRust判決とは相容れず、またRosenberger判決と本件も区別されるという。Rosenberger判決で決定的だったのは、「多種多様な見解を伝えること」が学生新聞の「通常の機能」であることではなく、支出プログラムそれ自体が「私的発言者の見解の多様性を促進するために」設けられていたということにある。[58]しかも本件規制は、助成の受給者が訴訟を指揮する提携団体を設立して、ＬＳＣプログラムの射程外の活動を行うことも認めているのである。[59]また「事実の問題としても、§504(a)(16)

は歪曲効果を持たない」という。確かに§504(a)(16)はＬＳＣの資金供与を受けた弁護士が条文の妥当性に関わる事件を拒否したり引き下がる理由となるかも知れない。しかしこれはせいぜいの所、そのための無料の法律サービスが受けられないことによって福祉法に対する条文上の挑戦がより少なくなるに過ぎず、裁判所の役割や福祉法の解釈を歪めたことにはならないとする。(60)

第三章　言論助成に対する理解の枠組み

以上の事例から、助成が行われる対象となる言論や条件付けの範囲に応じて、最高裁は違憲な条件の法理、政府言論、パブリックフォーラムなどの法理を使い分けていることが見て取れる。本章では、それぞれの法理が何を意味しているのか、どのような原則に基づいて法理を使い分けているのかを、学説による言論助成の理解の枠組みを見ることで検討する。

一　違憲な条件の法理

もし、助成を受けることそれ自体が憲法上の権利であるならば、そこに条件を課すことは、当然に憲法上の疑義を生じさせる。問題なのは、そのような憲法上の権利それ自体は存在しない場合である。言論助成を巡る問題は、そういった場合にどのような憲法上の制約があるのかということであり、これはいわゆる違憲な条件の法理の問題の一類型と考えることが出来る。

前章の冒頭で述べたように、二〇世紀初頭までは、個人の権利が存在しない場合には、政府の行為から受ける便益は特権と考えられ、そこにはどのような条件を付することも許されると考えられていた。しかし、このような

「権利・特権区分論」は、次第に採用されなくなっていった。現代社会においては政府の役割は格段に拡大しており、便益受領者に対して望むように憲法上の権利行使に制約を課すことができるならば、憲法上の権利に重大な危険が生じるためである。そのような状況下で、便益提供への条件付けを憲法上の問題とするために持ち出されたのが、違憲な条件の法理だったのである。違憲な条件の法理は、当初州外法人を巡る問題として現れたが、その後Speiser 判決で見られたように、個人への便益に対する政府の条件付けにおいても問題とされるようになる。[61] 違憲な条件の法理が明示された例として、大学当局と対立する教員との再契約を拒否したことが争われたPerry v. Sindermann[62]では、「例え個人が政府の有用な便益に対して何らの『権利』も有しておらず、政府が様々な理由に基づいて彼に便益を与えることを拒否できるとしても、政府が依拠できないいくらかの理由が存在する。政府は憲法上保護された利益、特に言論の自由の利益を侵害するような根拠によって便益供与を拒否することは出来ない」としている。しかし、全ての条件付けが違憲であると考えることも出来ない。それではどのような条件が違憲であると考えられたのか。この判断の際に着目されるのは、強制の要素である。例え形式上は拒否の自由があるとしても、自発的に条件を受け入れたとは言えず、条件を受け入れざるを得ない状況を政府が作り出している場合には、刑罰と同様の強制が働いていると考えるべきだからである。しかし、どのような提示も、限界線上においては受領者の行動に影響を与える一方で、全ての影響力を強制と考えることが出来ない以上、違憲な条件の法理で禁じられる「強制」は、単なる事実の問題ではなく、規範的な概念である。[63] そうであるとするならば、どのようにして強制の存在を定めることができるのだろうか。ここで基準とされるのが、条件付きの提示が個人の状況をより悪くしていないか否かのベースラインである。

クライマーは、政府による条件付きの便益提供を、「自由を拡張する申し込み」と、「自由を減少させる脅迫」

に区別し、後者を「配分上のサンクション」が憲法上の自由を侵害する事例として、一般の処罰と同様に考える。[64]そして、その際必要となるベースラインの確定を、現状からの離脱があるかを問う「歴史」、当事者の立場が同様の立場にある大多数の他者と異なるか否かを問う「平等」、ある状況の下で期待される合理的な行為を政府が行っているかを問う「予見」の三つを参照することで定められるという。[65]

このような理解に対して、コールは、違憲な条件の法理は、「政府の助成提供権限の境界を定めはするが、助成それ自体の枠を超えない部分への条件の実質的正当性を分析する道具を提供してはくれない」[66]と考える。違憲な条件の法理は、「政府が、提供する便益の用途を超えて条件を課すことによって、便益をてこに言論を操作することを禁じるという点では有益である」が、「選択的な言論助成により生じる聴衆に関する懸念を指し示すことが出来ない」のである。[67]この聴衆を考慮した枠組みとして、彼は「中立性の領域」と名付けたアプローチを提示する。このアプローチでは、政府による言論内容の操作が活力ある公の討議又は聴衆の自律を脅威にさらすことがないか、制度の内部的活動が修正一条の中立性の要求に適合的か、非中立性が言論の自由の価値に脅威をもたらすが厳格な中立性が制度の内部的機能を損なうであろう場合には、何らかの中間的な方法により発言者の独立が制度的に調達されているかの三点を問うことで、政府の義務を確定しようとする。[68]

さらに、サンスティンは、違憲な条件の法理は、現時点での財の配分を所与のベースラインとして、そこからの逸脱を疑義あるものとする現状中立性の誤りを犯しているという根本的な問題があり、廃棄されるべきだという。[69]現状中立性は、現状それ自体がコモンローをはじめとする立法によって形成されていることを忘れている誤りであり、それに基づく違憲な条件の法理もまた同じである。彼によれば、違憲な条件の法理が前提とする「助成と処罰の区別は、規制国家は、さもなければよく定められた現状の人工的補足物であるという考えに依拠している」が、

我々の現状はもはやコモンローでは全くない。そうであるならば、助成への条件が「強制」や「処罰」なのかどうかということではなく、「政府によって影響を受ける利益の性質及び、介入の際に政府が提示する理由を問う」べきであって、その際違憲な条件の法理は不要であるという。(70)

このような主張に対して、レディッシュとケスラーは、違憲な条件の法理一般についてはともかく、言論助成の文脈においては有用な概念であると考える。(71) 問題なのは、政府が発言者を、便益が全く提供されていない状態と比べてより悪い地位に置いたかどうかではなく、もし彼が何も話さなかった場合より悪い地位に置いたかどうかである。(72) これを判断する際、言論助成は消極的助成と積極的助成に大別されるという。消極的助成は、「これから発言しようとする助成の受領者に対して、彼が将来発言しないように若しくは現在の発言を止めるよう条件付ける」ものであり、積極的助成は「個人や団体の言論活動を拡張したり促進するような助成」である。このうち前者は言論の総量を減少させるため、通常の処罰と同様に違憲性の推定を働かせるのである。さらに後者は、政策助成と追加助成に分類される。政府構成員の任命や彼らの発言に対して言論内容を考慮する政策助成は、発言者が明確であり政策遂行に必要であるため、一般に合憲とされる。追加助成は、助成対象を見解中立的な形で特定の範疇や主題に限定する「カテゴリカルな助成」、発言者の見解を基準とする「見解に基づく助成」、助成対象となる申請を選別するため行われる「『判断上の必要』」に基づく助成」の三つに分類される。見解に基づく助成では違憲性が推定されるが、カテゴリカルな助成は、公衆の討論を見解に基づく助成のようには歪めないため合憲性が推定される。「判断上の必要」に基づく助成では、政府の決定が、見解中立的な目的と実質的に関連する基準によって行われているならば合憲と考えられるという。(73)

以上に見られる、違憲な条件の法理に対する評価の違いは、この法理に何を求めるかについての見解の相違にあ

るように思われる。もともとこの法理が、従来は憲法上の問題とならなかった事案を憲法判断の俎上に載せるためのものであったことからすると、サンスティンが主張するように、違憲な条件の法理はもはや必要ないとも考えられる。その一方で、レディッシュとケスラーのように、違憲な条件の法理として捉えられてきた事象を整理分析することで判断の指針を提示しようとするのであれば、議論の射程を考える上で違憲な条件の法理はなお有用な概念であるということになるのであろう。

二　政府言論

言論助成の事例は、政府の政策を実現するために行われる政府言論の一形態として見ることも可能である。政府は、その構成員による言論活動によって自己の政策を推進する。例えば大統領や議員は、自らの政治的立場を言論活動によって明らかにすることこそがその職務と考えられる。そのような性質上、その言論はあらゆる見解に中立というわけではなく、高度に党派的な言論にならざるを得ない。彼らはある側面においては、正に党派的であることによって公共の利益に仕えているのである。また、政府は私人に助成を行うことで、自らの望むメッセージを伝えようとする。このことによって、助成を受けない人の言論行為が直接的に制約されるわけではない。しかし、「政府の説得者が市民及び市民の最終的決定者としての役割を尊重せず、市民が政府の計画、政策、目標を受け入れるようなコミュニケーションのみを行うことで市民を操作する」[74]ならば、市民は政府の道具と化すであろう。

言論助成に関する政府の条件付けを政府言論として肯定する論者として、グリーンが挙げられる。彼は、「濃密な卓越主義」(thick perfectionism)の立場から、「リベラルな民主主義における政府は、善についての競合する見解を促進することができるだけでなく、そうすべきである」という。[75]確かに、政府の発言が言論市場で唯一の声と

なるような「独占」、受領者が自発的に条件を受け入れたのではなくそうせざるを得なかったような「強制」、政府が自己のアイデンティティを隠し私人を隠れ蓑にするような「腹話術」が存在する場合、政府言論には違憲の疑いが存在する。しかし、通常は政府による言論市場の独占は存在せず、また単に個人の選択肢に影響を与えるというだけでは強制とは言えない。[76] さらに腹話術は、独占や強制が存在するか否かを判断する一要素に過ぎない。従って、見解が対立する論点であっても、政府は多数者の決定に従って、特定の見解に基づいた助成を行うべきだとされる。このような条件に直面した非主流の見解を持つ者は助成を受けられないことになるが、「我々は権力関係の網の目における選択を受け入れなければならない」[77] という。

これに対してポストは、言論の性質を考えることで、独立した公的意見を形成する場である公的討論の領域と、政府がその政策目的を達成するために組織する運営の領域を区別し、助成が政府言論と考えられる領域を確定しようとする。助成は言論を公的討議から他の憲法上の領域に移行させうるが、明らかに公的領域とされる領域における言論助成も存在する。[78] そのような公的領域では、助成を受けた言論であっても、公的討議一般に当てはまる修正一条の保護が与えられる。[79] これに対して、運営の領域では、州は自己の資源を特定の目的を達成するために組織するのであり、見解差別が頻発するという。ここでは発言者は組織の道具であり、その目的に添うよう合理的に配置されるのである。[80] しかし、公的討論の領域に入らないからと言って、常にその言論が運営の領域と理解することが出来るわけではない。ポストは、Rust 判決の法廷意見は、規則の条件付けが健康保健サービスを運営の領域に含ませたと考えるが、この種の言論はむしろ専門家の言論と位置づける方が妥当なのではないかという。弁護士や医師のような専門家に対しては、所属する組織とは独立した判断を行ってくれるという相手方の期待がある。Rust のように、医師が真実の情報を伝えるような場合には、「修正一条は最低限、その制約に実質的な正当化があるこ

とを要求する」が、中絶を含まない家族計画医院を作るという政策目的を達成するという目的は、憲法上不十分だという。[81][82] 医師と患者の間には知識の不均衡が存在しており、その結果、「医師はある種の受託者としての責務を認識して」医療上のケアやアドバイスを行っているという社会慣行が存在する。専門家の言論は、当事者のために最善を尽くすという前提があってこそ説得力を持つのであり、それを政府の口とするのはその職務の本質に反するということである。確かに、政府が特定の目的のために専門家に対して資金を与え、その使途を限定したり、伝統的な専門家の役割と異なる関係を作ることは許される。しかし、依頼者のために最善を尽くすという専門家としての良心から行われる真実の言論を禁じることは、修正一条が保護する専門家の業務を否定することになり許されないと考えることには十分な理由があるであろう。[83][84]

また、言論の説得力は発言内容だけでなく、発言主体によっても変化する。言論が他の行動と区別される特質は、それが人を説得することにあるが、[85] 私人の発言者を媒介した政府言論は、政府が発言者であるということを見えにくくするため、言論の受領者に対して誤った印象を与える恐れがある。[86] もちろん政府自身が一定の見解に基づいて発言することは妨げられないし、その際に私人を政府の口とすることが一切許されないと考えることもできない。もしその内容に問題があるとしても、それを追求するのは基本的には裁判所の役割ではなく、公的対話によって行われるべきであろう。しかし、そのようなコントロールが可能となるためには、発言者のアイデンティティが政府に存在することが明確であることが必要であると思われる。

三　パブリックフォーラム

政府による言論助成を、政府が保有する資源へのアクセスに対する権利と捉えれば、この議論をパブリックフォ

ーラムの議論として理解することも可能である。Perry Educators' Association v. Perry Local Educators' Association[87]によると、政府が所有する場所は伝統的パブリックフォーラム、限定的パブリックフォーラム、ノンパブリックフォーラムの三つに分けられる。道路や公園などの伝統的パブリックフォーラムにおいては、表現活動の全面禁止は許されず、アクセスに対する条件付けは通常の言論規制と同様に判断される。公会堂など州が自己の財産を公衆に解放した限定的パブリックフォーラムにおいては、そのようなフォーラムを設置する義務はないが、公衆に開かれている間は伝統的パブリックフォーラムと同様に判断される。その他の場所であるノンパブリックフォーラムでは、見解による差別でなければ、その場所本来の目的のために内容規制を行うことも許される。この枠組みによれば、助成へのアクセスは、限定的パブリックフォーラム若しくはノンパブリックフォーラムということになるであろう。限定的パブリックフォーラムの成立が争われた近年の事例では、当該場所を公衆に解放するという政府の意図がない場合は認められていないことからすると[88]、特定の政策目的を掲げて立法された助成を争うことは困難となる。フォーラムの事案ではないが、Rust判決は資金助成へのアクセスをこのように位置づけたと考えられる。しかも、後の事案において、Rust判決は政府自身が話しているのであって、政策の射程を定める際に見解に基づくことも許していると理解されているので[89]、これは「全くフォーラムではない」ということになる。しかし、Rosenberger判決やVelazquez判決では、政府の意図が必ずしも決定的ではなく、その場所が果たす機能によって限定的パブリックフォーラムの成立を認め、政策の射程を定める境界線が「正しく」(lawfully)引かれているかを判断しようとする立場が示されていると考えられる。この機能的アプローチには、ある場所に対する表現目的のアクセスが認められるか否かを判断する際に、設置目的についての政府の意図ではなく、その場所が果たす通常の機能が表現活動と基本的に適合しないか否かを問うべきとする「基本的不適合性」テスト[90]との共通点を見い

だすことが出来るのかも知れない。そのように考えた場合、何が「通常の機能」なのかが問題となる。アクセスを求められた場の機能が表現行為により阻害される度合いを考える不適合性テストに対しては、何に対して不適合なのかが不明で、結論の確定が出来ないものになるという批判があるが、[91] 助成を受ける対象が少なくとも主題による限定を受けうることが明らかな言論助成については、それ以上に「通常の機能」を同定するのが難しいことは否めない。Rosenberger 判決や Velazquez 判決では、大学や裁判所といった対立する見解が衝突することが場の本質であることが伝統的に認められた領域が問題となっているが、[92] その他の領域に対してこの議論がどこまで説得力を持つのかは、言論活動が行われるそれぞれの領域で、修正一条がどのような機能を果たしていると考えるのかにかかっているように思われる。

むすびにかえて

以上、言論助成の領域でアメリカの裁判所がどのような判断を行っているか、言論助成を分析する枠組みとして用いられている、違憲な条件の法理、政府言論、パブリックフォーラムといった法理を概観した。いずれの法理も、現代社会において政府の役割が増大することによって、政府の正統性を担保する、自律した市民の意思決定そのものが形成されてしまうことへの危惧から生じたものである。とはいうものの、そこには無視できないニュアンスの違いも存在する。違憲な条件の法理が、基本的には発言者の自律に対する影響を考慮することで、結果として情報受領者の自律を確保しようとするのに対して、政府言論の枠組みは、助成により作られた言論が情報受領者に与える影響に着目して、発言者に対する政府の関わり方を規律しようとするものと考えられる。また、パブリックフォーラムの枠組みは、表現の場の性質に着目することで、発言者によるアクセスを確保しようとするものと位置づけ

ることが出来るだろう。言論助成がいずれの側面も持ち合わせているのであれば、言論助成が行われる領域がどのような役割を果たすのかを具体的に考えることで、場の側面に適合的な法理に基づいて考えることが求められる。政府が行う事業に関わる運営組織や運営者の総体を制度と捉え、制度が果たす機能を、その制度が社会でどのような役割を果たしているかという文化的側面から考慮し、その領域で許される考慮を確定しようとする、シャウアーの制度特定的アプローチ（institution specific manner approach）[93]は、そのような試みとして理解することが出来る。その際に分析枠組みが果たす機能は、条件付けを正当化する理由付けを判断する際に、完全にアドホックな判断となることを避け、その評価を可能とすることにあると考えるのが妥当ではないだろうか。

最後に、以上の検討が日本における言論助成の問題にどのような示唆を与えてくれるかにつき、芸術助成を例に見ておきたい。日本で国からの出資金を中心として芸術活動への助成を行っている団体として、独立行政法人日本芸術文化振興会があり、その内部に芸術文化振興基金が設けられている。この基金は、舞台芸術、映画、地域の文化振興などに対して助成を行っているが[94]、受領対象の活動には「宗教的又は政治的な宣伝意図を有しないもの」という条件が付されている。文化芸術振興基本法二条は、文化芸術の振興にあたっては、文化芸術活動を行う者の自主性・創造性が尊重され、多様な文化芸術の保護及び発展が図られなければならないことなどを定めているが、これらは憲法二一条の観点からも重視されるべき要素である。意図せずして芸術作品が政治的意味合いを持たされることも稀ではないし、芸術が既存の権威や常識への挑戦という側面を持つ活動であることからすると、政治性・宗教性と芸術性を切り離すことは困難である。そうであるならば、専ら党派的な宣伝や布教それ自体と密接に関わる活動に対する助成拒否は許されるであろうし、またはそう憲法上義務づけられうるとしても、特定の見解に対する嫌悪の念から助成を拒否することはもちろん[95]、単にその活動が政治的・宗教的観点から行われているだけで助成か

ら排除することについても、芸術活動の本質の点からは疑問があろう。他方、芸術性を判断する際に、内容あるいは見解に基づいた判断を全く否定することも困難であることからすると、その決定は、専門性に基づく自律が担保された機関によって行うことが求められよう。[96] 言論助成が行われる文脈は極めて多岐にわたり、個々の状況に応じた検討が必要とされるが、これからの検討課題としたい。

(1) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』六〇頁(東京大学出版会、一九八八年)。

(2) 阪口正二郎「表現の自由・市場・国家」大須賀明編『社会国家の憲法理論』二七頁(敬文堂、一九九五年)、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」『二〇世紀システム5　国家の多様性と市場』一三頁(東京大学出版会、一九九八年)。

(3) 言論助成に関する邦語文献として、奥平康弘「福祉国家における表現の不自由――富山県立近代美術館のばあい」法時六〇巻二号七五頁(一九八八年)、奥平康弘『法ってなんだ』一八四頁(大蔵省印刷局、一九九五年)、奥平康弘「〝自由〟と不連続関係の文化と〝自由〟と折合いをつけることが求められる文化(上)(中)(下)」法セミ五四七号八〇頁、五四八号八二頁、五四九号七七頁(二〇〇〇年)、蟻川恒正「国家と文化」『岩波講座　現代の法一　現代国家と法』一九四頁(岩波書店、一九九七年)、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法時七四巻一号三三頁(二〇〇二年)、築山欣央「表現に対する政府の補助をめぐる憲法問題――アメリカの事例を中心に――」法学政治学論究第五三号一〇五頁(二〇〇二年)。

(4) 255 U.S. 407 (1921).

(5) *See, e.g.*, Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

(6) 155 Mass. 216, 29 N.E. 517(1892).

(7) 271 U.S. 583(1926).

(8) *See generally*, William W. Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Dinstinction in Constitutional Law*, 81 Harv. L. Rev. 1439(1968). 中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学第一八号一〇一頁(二〇〇〇年)。

(9) 357 U.S. 513(1958).
(10) Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).
(11) *Speiser*, 357 U.S., at 529.
(12) 358 U.S. 498 (1959).
(13) *Id*. at 513.
(14) 424 U.S. 1 (1976).
(15) *Id*. at 96.
(16) *Id*. at 99.
(17) *Id*. at 108-109.
(18) 461 U.S. 540 (1983).
(19) *Id*. at 545.
(20) *Id*. at 549.
(21) 468 U.S. 364 (1984).
(22) *Id*. at 380.
(23) *Id*. at 381-384.
(24) *Id*. at 385.
(25) *Id*. at 400.
(26) 500 U.S. 173 (1991).
(27) *Id*. at 193.
(28) *Id*. at 197.
(29) *Id*. at 207. オコナー裁判官は、反対意見のうち、憲法判断をすべきではないとする部分にのみ、スティーブンス裁判官は、合憲性判断を回避すべきとする部分を除いて同調している。*Id*. at 220-223 (Stevens, J., dissenting); *id*. at 223-225 (O'Connor, J., dissenting).

(30) *Id*. at 210.
(31) *Id*. at 211 (quoting Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705, 715 (1977)).
(32) *Id*. at 213-220.
(33) 515 U.S. 819 (1995).
(34) *Id*. at 829.
(35) *Id*. at 830.
(36) *Id*. at 833-834 (citation omitted).
(37) *Id*. at 839.
(38) *Id*. at 893.
(39) *Id*. at 895-896.
(40) Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District, 508 U.S. 384 (1993).
(41) *Rosenberger*, 515 U.S., at 897-898.
(42) 524 U.S. 569 (1998).
(43) ギンズバーク裁判官は、「政府は、直接的な言論規制や刑事処罰が問題となる際には許容されない基準に従って、競合する助成の割り当てを行いうる」とした部分を除いて、法廷意見に賛成している。
(44) *Finley*, 524 U.S., at 580-581.
(45) *Id*. at 586-588.
(46) *Id*. at 590.
(47) *Id*. at 592-596.
(48) *Id*. at 608-609.
(49) *Id*. at 613-615.
(50) 531 U.S. 533 (2001).
(51) Omnibus Consolidated Rescissions and Appropriations Act of 1996, §504(a)(16).

(52) *Velazquez*, 531 U.S., at 541-543.

(53) *Id*. at 543 (quoting *League of Women Voters of California*, 468 U.S. 364 ; Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666 (1998); *Rosenberger*, 515 U.S. 819).

(54) *Id*. at 544.

(55) *Id*. at 545-546.

(56) *Id*. at 549.

(57) *Id*. at 552.

(58) *Id*. at 555-556.

(59) *Id*. at 556.

(60) *Id*. at 556-557.

(61) 中林論文・前掲注(8)を参照。

(62) 408 U.S. 593 (1972).

(63) Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 Harv. L. Rev. 1413, 1446 (1989).

(64) Seth F. Kreimer, *Allocational Sanctions*, 132 U. Pa. L. Rev. 1293, 1352. また、例え配分に付された条件が憲法上の自由を減少させないとしても、問題となる権利が不可譲である場合には取引は許されない。*Id*.

(65) *Id*. at 1359-74.

(66) David Cole, *Beyond Unconstitutional Conditions*, 67 N. Y. U. L. Rev. 675, 697 (1992).

(67) *Id*. at 701.

(68) *Id*. at 736-738.

(69) CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 292 (Harvard University Press, 1993).

(70) 芸術補助については、補助に使える資金が限られていることから選択が必要であるが、刑事処罰可能な表現への助成拒否、審美的判断、主題の限定は問題ないものだとする。また、一定の限定的な領域においては、見解差別も受容可能であろうという。*Id*. at 309.

(71) Martin H. Redish and Daryl I. Kessler, *Government Subsidies and Free Expression*, 80 Minn. L. Rev. 543, 552 (1996).

(72) *Id*. at 553.

(73) *Id*. at 557-573.

(74) Mark G. Yudof, When Government Speaks 6 (University of California Press, 1983).

(75) Abner S. Greene, *Government of the Good*, 53 Vand. L. Rev. 1, 2 (2000).

(76) 例として正当防衛や心神喪失の状況が挙げられ、「これ以下は受け入れない」とされていて、強制を理由とした政府言論が無効とされることは「実際にはほとんど例がない」という。*Id*. at 41-42.

(77) *Id*. at 45.

(78) Robert C. Post, *Subsidized Speech*, 106 Yale L. J. 151, 154 (1996).

(79) *Id*. at 157.

(80) *Id*. at 164.

(81) *Id*. at 172-176.

(82) もう一つの枠組みとして、ポストは政府の補助に付された条件が個人に課された規制(行為ルール)なのか、それとも政府内部の補助決定に対する指針（決定ルール）なのかによる判断を示している。*Id*. at 176-192.

(83) Daniel Halberstam, *Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions*, 147 U. Pa. 771, 844-849 (1999). 蟻川論文・前掲注(3)は、この専門家の行為を単なる自由ではなく、職業上の義務と結びついた「職責」と表現する。

(84) 逆に、フォーラムの運営が専門家によって行われている場面では、その内部における言論内容の決定に大幅な裁量が認められることもある。Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666 (1998) では、州所有の教育放送局が大統領選挙候補者の討論会参加者を二大政党からの候補者のみとし、独立候補者であるラルフ・フォーブスの参加を拒否したことが争われた。法廷意見は、放送局は一般的には「全くフォーラムではない」ので見解中立性は要求されず、討論番組はノンパブリックフォーラムではあるが、当選可能性のある公衆の支持がないことを理由とし

た排除は見解中立的で許されるとした。ここでは、報道者としての判断には、見解中立性は要求されないとされている。*Id.* at 674. 但しこの裁量も、「強烈に党派的あるいは政治的な手法で行使することは許されない」(Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853, 870(plurality))と考えられる。

(85) *See*, David Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 Colum. L. Rev. 334 (1991).

(86) SUNSTEIN, *supra* note 69, at 314; Redish & Kessler, *supra* note 71, at 570.

(87) 460 U.S. 37 (1983).

(88) *Perry Educators' Association*, 460 U.S. 37; Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educational Fund, 473 U.S. 788 (1985); International Society for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672 (1992).

(89) *Rosenberger*, 515 U.S., at 833; Board of Regents of Univ. of Wisconsin System v. Southworth, 529 U.S. 217, 235 (2001).

(90) Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104, 116-117 (1972); *see also* Geoffrey R. Stone, *Content Neutral Restrictions*, 54 U. Chi. L. Rev. 46, 93-94 (1987).

(91) Calvin Massey, *Public Fora, Neutral Governments, and the Prism of Property*, 50 Hast. L. J. 309, 330 (1999).

(92) Rust 判決においても、「大学は自由な表現の伝統的な領域である」とされていた。*Rust*, 500 U.S., at 200. また、Velazquez 判決では、「何が法であるかを述べるのは、断固として司法部門の権限であり義務である」という、Marbury 判決の有名な一節を引用して、「情報を与えられた独立した司法府は、情報を与えられた独立した弁護士を仮定している」とする。*Velazquez*, 531 U.S., at 545.

(93) Frederick Schauer, *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 Harv. L. Rev. 84(1998).

(94) 平成一四年度の助成金交付予定額は、一一億七二三〇万円である。〈http://www.ntj.jac.go.jp/kikin/2002-pdf/01-geijyutu-01-04.pdf〉

(95) この点につき、美術品の特別観覧及び図録の閲覧が問題となった、富山県立近代美術館の天皇コラージュ事件（富山地判平成一〇年一二月一六日判タ九九五号七六頁、名古屋高裁金沢支判平成一二年二月六日判タ一〇五六号一八八

頁）が重要な問題を示している。天皇コラージュ事件については、奥平康弘「福祉国家における表現の不自由――富山県立近代美術館のばあい」、「〝自由〟と不連続関係の文化と〝自由〟と折合いをつけることが求められる文化（上）」・前掲注（3）を参照。

（96）　蟻川論文・前掲注（3）は、自律の確保を制度や法形式にのみ依拠する態度を厳しく戒め、文化専門職がその職責を認識して行為することによる「不定形の力」を強調する。

［付記］二〇〇二年度関西アメリカ公法学会秋期研究会（一二月七日、於みのお山荘）において本稿の一部を報告する機会を得た。筆者の報告に対し会員の諸先生方から貴重な御指導御教示を賜った。この場を借りて厚く御礼申し上げます。

［追記］脱稿後、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト一二四四号九一頁（二〇〇三年）に接した。