



Title	文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（１）： 「場」の性質と専門職をめぐる表現の自由論に着目して
Author(s)	竹下, 諄
Citation	阪大法学. 2023, 73(2), p. 84-57
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/92384">https://doi.org/10.18910/92384</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# 文化芸術助成の憲法的統制に 関する一考察（1）

——「場」の性質と専門職をめぐる表現の自由論に着目して——

竹 下 諄

はじめに ——本稿の問題意識——

第1章 公的表現助成に関するアメリカ憲法判例・学説（以上、本号）

第2章 知識コミュニティ理論

第3章 日本の問題状況に向けて

おわりに ——本稿のまとめと残された課題——

はじめに ——本稿の問題意識——

## （1）文化芸術助成と表現の自由

文化芸術に関する表現活動<sup>(1)</sup>は、憲法21条によって保障されている。また近年、国や自治体による文化や芸術への積極的支援は増加傾向にあり、その結果、消極的自由を本質とする「表現の自由」の枠にとどまらない法的権利が、文化や芸術に対し、新たに認められるのかといったテーマなどへの関心も高まっている<sup>(2)</sup>。すなわち、文化芸術に関する表現の自由論においては、国家が表現活動に対して妨害、強制、介入をしてはならないという「国家からの自由（＝消極的自由）」に加え、国家が制作費の支援や展示会場の提供といった方法によって表現者（芸術家）の活動の自由度を拡大させる「国家による自由（＝積極的自由）」の重要度が増し<sup>(3)</sup>、新たに議論の対象となったのである。

そうした表現の自由の積極的側面に注目が集まった事案が、「あいちトリエ

文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

「エンナーレ2019」問題である。<sup>(4)</sup> 本事案は、「あいちトリエンナーレ2019」内の企画展である「表現の不自由展・その後」が、その展示内容を問題視した者たちからの批判や脅迫を受け、安全上の理由から中止に追い込まれたものである。この一連の問題は、世論や政治家を巻き込みながら社会的注目を集める論争へと発展していったが、中でも、文化庁による「あいちトリエンナーレ2019」への補助金の全額不交付決定が問題視された。本決定については、愛知県が文化庁に意見書及び申請額の変更を提出し、文化庁は変更申請のあった金額の交付を決定したため、司法審査が行われることはなかったが、<sup>(5)</sup> 他方、こうした文化芸術助成の問題が訴訟に至った例として、映画『宮本から君へ』事件が記憶に新しい。<sup>(6)</sup> 本事例は、麻薬取締法違反による出演俳優の有罪判決を契機に、助成金の交付内定を得ていた映画製作会社の申請が認められず、一転して不交付となったものである。以上は、いずれも文化芸術助成に存する一定の言論統制作用を看取しうる例であり、ここに、文化芸術助成に対する違憲的介入の阻止を<sup>(7)</sup> 今日的課題として議論する必要性が示される。<sup>(8)</sup>

## （2）本稿が扱う検討課題

以上の課題に対し、日本の憲法学説は様々な議論を展開してきた。有力な学説の一つに、「場」の性質と呼ばれる概念に着目するものがある。<sup>(9)</sup> 本概念における「場」とは、表現に関わる様々な場のことを意味するが、例えば、本稿の検討対象である文化芸術における「場」には、図書館や美術館、芸術祭などの物理的な場所があり、また、それらと密接に関わる文化芸術助成のような非物理的な制度もそこに含まれる。<sup>(10)</sup> そして、そのような「場」の性質とは、例えば、図書館であれば、図書館法1条の「国民の教育と文化の発展に寄与すること」という規定をはじめとする、表現の「場」が存在する意義や目的などから顕出されるような、その「場」が帯びる特有の性格を意味する。<sup>(11)</sup> 本学説では、助成を受ける制度やそれと密接に関連する「場」ないし「対象」「制度」の性格を、関連法令に加えて、表現の自由の観点から評価し、助成や介入の是非の判断をするというアプローチが採られる。<sup>(12)</sup> ここにおいて、政府は、助成対象たる制度や「場」の機能を損なわせる仕方での介入をしてはならないという義務を負い、この義務に違反する仕方での公的表現助成を行う場合には、それは表現者ないし

専門職の表現の自由の侵害となる。<sup>(13)</sup>また、本学説を敷衍し、公権力による〈表現の場〉の提供の仕方について検討するとき、この〈表現の場〉に関する法的仕組み、すなわち〈設定ルール〉に照らして、利用者の当該場所を利用する権利、及び、公権力がその利用を拒否することが許されない場面のような、公権力側に課される義務を導き出すとの指摘もなされている。<sup>(14)</sup>これらの権利義務は、地方自治法244条や、関連法令（例えば、文化芸術助成においては、文化芸術基本法や補助金適正化法など）の解釈から導き出されるが、憲法上の権利も同様に一定の役割を担っているとされ、ここでは、〈設定ルール〉の解釈適用に際して、それを憲法上の権利に適合するかたちで限定するという機能を果たすと主張される。<sup>(15)</sup>

また、文化芸術助成における文化専門職に着目する学説も広く支持されている。文化専門職とは、学芸員や司書など、対象となる文化芸術領域の専門的知識を有する人や集団を意味するが、本学説は、助成プログラムにおいて、国家による「基本方針」の策定と、専門職による「基本方針」の「解釈」を切断することで、専門職に自律性を付与する。<sup>(16)</sup>他方で、専門職は、専門職能に基づく職責を担い、職業上の義務を課されることになる。<sup>(17)</sup>具体的には、政府が文化芸術助成に際して援助・提供する資金や施設を、実際にどの芸術家や作品に助成するかを専門職に一任することで、助成における政府の恣意的介入の排除を行うのである。つまり、ここでの文化専門職は、自身の職責を全うする自由を有し、また、その職責を果たす義務の中で活動することになる。文化専門職の職責を〈自由＝義務〉とし、専門職の自律的活動の確保とその限界の画定を試みる本学説は、文化専門職の恣意的な活動や判断により、発言者や受益者の表現活動が実質的に妨げられた富山県立近代美術館事件<sup>(18)</sup>や船橋市西図書館事件<sup>(19)</sup>などの事例を歴史的背景に持つ日本の問題状況にとっては、特に意味のある議論であると考えられる。<sup>(20)</sup>

このように、学説においては、文化芸術助成という「場」の性質を歪曲させる政府介入の阻止や、助成における文化専門職の自律性の確保が、中心的に論じられてきた。しかし一方で、「場」の性質の実質的議論や文化専門職の具体的活動方法については、より踏み込んだ議論がされてこなかったように思われ

## 文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

る。すなわち、文化芸術助成における「場」の性質が、誰によって判断されるのか、どのような過程を経て導出され、助成に反映されるのかといった点に関する法的議論が詳細になされていないのである。また、上述の諸学説の位置づけに関し、文化専門職が「場」の性質の概念にとって何らかの重要な役割を担うと考えるものの、具体的にいかなる論理の下で関与するかといった点は不明瞭なままに留まっている。これらの観点は、学説が、法令の解釈論を通じた〈設定ルール〉の限定、不合理性の論証、具体的事実関係のなかでの裁量統制の試みといった各局面において憲法論を繰り出す方法や理論を精緻化する必要性<sup>(21)</sup>や、芸術に関する専門職の自律性の尊重が憲法的な要請かどうかという問題の議論の必要性を指摘していることに鑑みると、表現の自由論の中で、実質的・具体的議論へと深化させる必要があると考えられる。

以上の問題意識のもと、本稿は、文化芸術助成において近年重視される「場」の性質の内実と、そこでの専門職の役割や位置づけを検討し、最後に、それらが日本の問題状況にいかなる示唆をもたらしうるかを考察する。

### （3）検討の方法と本稿の構成

課題の検討方法として、本稿は、アメリカにおける公的表現助成の議論及び専門職に関する議論を素材とした比較法研究を行う。これは、日本における表現の自由論が、アメリカの判例・学説を広く吸収し発展しており、特に、公的表現助成の文脈における日本の憲法学説は、アメリカの規制と給付の議論やパブリック・フォーラム論などを参照しつつ展開してきたためである。また、アメリカでは近年、専門職に関する議論が展開されているが、公的表現助成には文化に携わる専門職の活動が不可欠である点を踏まえると、こうした視点からの議論も検討の余地があると考えられる。

本稿は以下の構成をとる。まず第1章では、アメリカ憲法判例を素材に、公的表現助成の問題に対する判断が、助成という「場」の性質の歪曲阻止を重視する傾向にあることについて確認する。そして、この判例の傾向を分析するために、公的表現助成を修正一条上の「制度」と捉えて表現の自由の観点から議論する修正一条制度論を検討する。以上から、従来なされてきた、修正一条制度論による「場」の性質の分析が、部分的に有効であること、しかし、「場」

の性質の判断主体や導出過程、反映方法といった実質的内容を示す議論としては課題が残されることを明らかにする。

第2章では、前章で示した課題に取り組むため、知識コミュニティ理論と呼ばれる学説を検討する。なお、本理論は主に専門職言論に対する政府規制を念頭に展開されたものであるが、日本における文化芸術助成の問題の現れ方はそれとは異なる点に留意を要する。ここでは、日本の問題への接合の可否をひとまず措き、本理論が、「場」の性質や専門職の自律性について、いかなる視点をもたらしうるかを検討する。そのために、まず、専門職言論の法理につき、その定義となる中核的要素と、表現の自由論からの理論的正当化を描写し、同法理における知識コミュニティ理論の内容・役割を示す。その上で、前章の議論との比較分析・接合可能性の検討により、第1章の課題への応答を目指す。

第3章では、まず、近年の裁判例を素材に、日本の文化芸術助成における問題の現れ方を改めて確認する。その上で、前章までに検討した議論が、その対象とする問題状況を踏まえて、日本の問題状況とどのような距離があり、そして、それがいかなる示唆を与えうるのかを模索する。

## 第1章 公的表現助成に関するアメリカ憲法判例・学説 ——「場」の性質の歪曲禁止と修正一条制度論

アメリカ憲法判例・学説では、かねてより、公的表現助成に関する憲法問題が議論されてきた。それは、判例法理において当初広く受け入れられた「権利と特権の二分論」に端を発し、その対抗法理としての「違憲な条件の法理」や、公有地や公有施設といった政府所有の資源や財産の管理における政府裁量を制約する「パブリック・フォーラムの法理」、政府自身が表現者となる「政府言論<sup>(23)</sup>の法理」などの諸法理の展開の中で発展してきた。

本章では、文化芸術助成における問題の検討にあたって、公的表現助成一般というより広い問題領域の中で蓄積されてきたアメリカの議論を素材に、現在の日本の議論状況にも大きな影響を与えているアメリカ憲法判例・学説の整理と、その課題の検討を行う。まず第1節では、公的表現助成の問題に対する憲

## 文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

法判断の近年の傾向が明確に表れた Velazquez 判決の分析から、公的表現助成の問題領域において、表現の「場」の性質が重視されるに至った過程及びその論理を概観する。続く第2節では、公的表現助成に関する一連の諸判決をもとに展開された学説である「修正一条制度（First Amendment Institutions）」論を検討する。「場」の性質の歪曲を阻止する法理を、従来の表現の自由論との関係の下で導出しようとする本学説の分析を通し、公的表現助成において歪曲されてはならない「場」の性質は、その実質的内容が未だ明確にされておらず、現状の議論状況には課題が残ることを示す。

### 第1節 公的表現助成と「場」の性質—— Velazquez 判決を手がかりに

本節では、公的表現助成の問題につき、助成プログラムの「場」の性質に着目し、それを歪めるような助成条件の設定は違憲だと示した2001年の Legal Services Corporation v. Velazquez 事件判決<sup>(24)</sup>をみる。本判決は、1990年代以降に相次いで示された、Finley 判決<sup>(25)</sup>や Forbes 判決<sup>(26)</sup>といった公的表現助成に関する判決の流れを汲むものと位置づけられ、パブリック・フォーラム法理や政府言論の法理といった従来の判例法理とは異なる理論によって違憲判決が導かれた事例とされる<sup>(27)</sup>。また、連邦最高裁のこの傾向は、本判決以降も ALA 判決<sup>(28)</sup>などにみられることから、近年、公的表現助成の文脈においては、表現が行われる「場」の性質が重視されると評価されている。以下では、判決において、<sup>(29)</sup>「場」の性質がどのように作用することで、当該助成条件の設定が違憲無効と判断されるに至ったのかを紹介する。

#### （1）事実の概要

本事例では、連邦議会が1974年に制定したリーガル・サービス法人法（Legal Services Corporation Act）が問題となった。本法律は、リーガル・サービス法人（LSC）をコロンビア地区の非営利法人として設立するものである。LSCは、経済的理由で法的支援を受けられない人々に、非刑事事件の訴訟や問題における法的支援のための経済的援助を提供することを目的とした組織で、その任務は、適格な地方の受給組織に、連邦議会によって支出される資金を配分することであった。連邦議会はLSC資金の利用に様々な条件を課したが、

本件では、LSC 資金の受領者によって補助された法的代理が既存の福祉立法を改正しようとし、またはその他の方法で争おうとすることを含む場合、その代理が禁止されるという制限が争点となった。

ニューヨーク市の LSC 受領者によって雇用されている弁護士らは、LSC 法の他の規定と合わせ、当該制限が LSC 受領者とその依頼人の修正一条上の権利を侵害するため無効であると主張し、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。<sup>(30)</sup> 連邦地裁は、仮差止め命令の請求を退け、本案において勝訴の見込みはないと判断したが<sup>(31)</sup>、控訴審において、第二巡回区連邦控訴裁判所は、観点に基づく不当な差別であり修正一条に違反するとして、当該規定の執行に対する差止め命令を承認した。<sup>(32)</sup> 連邦最高裁判所は、LSC の上告を受理した。<sup>(33)</sup>

## (2) 判決の要旨

ケネディ判事による法廷意見は、まず、連邦政府及び LSC が当該プログラムによる制限を支持するために用いた Rust 判決<sup>(34)</sup>に言及し、本判決に関わる先例の整理を行う。同判事はここで、Rust 判決が政府による言論の事例だと理解されるとし、連邦最高裁が、政府自身が発話者となる場合や、政府が「自身のプログラムに関連する情報を伝えるために私的な発話者を用いた」Rust 判決のような場合、観点 (viewpoint) に基づく助成決定 (政治やイデオロギーなどの表現内容に対して非中立的な選択的援助) を合憲であると判示してきたと指摘する。すなわち、Rosenberger 判決<sup>(35)</sup>においても述べられたように、政府は、「政府が自身のメッセージを伝えるために私人に公的資金を支出したとき、そのメッセージが資金受領者によって手を加えたり、または歪められたりしないことを確保する合法かつ適切な手段を講じうる」のである。その上で、「政府自身が発話者となったり、自身の好むメッセージの伝達に助成したりするのではなく、私的な発話者による観点の多様性を促進するために資金を費やすとき、観点に基づく制約が適当だとは理解されない」とした Rosenberger 判決<sup>(36)</sup>での指摘も再確認し、政府言論の場合と私的発話者による観点の多様性の促進を図るための助成 (表現内容に対して中立的な助成) の場合との区別を強調した。<sup>(37)</sup>

これらの判決との対比における本件の位置づけについて、ケネディ判事は、

LSC のプログラムは、その目的が「観点の多様性の促進」ではない点で、Rosenberger 判決において問題となったものとは異なるが、重要なのは、Rosenberger 判決におけるプログラムと同様に、LSC のプログラムが、私的な言論を促進するために設計され、政府のメッセージを促進するためのものではない点であると指摘する。<sup>(38)</sup>そして、本プログラムの目的が、福祉援助の請求人への給付決定または受領の手助けのために、法律専門家や連邦・州の司法制度を利用することにある点に着目し、ここで、弁護士から依頼人への助言や裁判所での弁護士業務は、たとえ政府による言論の概念を広く理解したとしても、そこに分類することはできず、従って、本訴訟は Rust 判決と区別されるとし<sup>(39)</sup>た。

本件をこのように位置づけたケネディ判事は、続いて、本件に存する憲法上の問題点に言及する。ここではまず、連邦最高裁は従来、政府が特定の媒体を利用または規制しようとする場合に、その媒体の受け入れられた利用方法から、言論に対する特定の制限がプログラムの目的や制限に必要な否かを判断してきたと指摘する。<sup>(40)</sup>そして、ここで焦点が当てられた問題が一層よく表れるのが、政府が既存の表現媒体（existing medium of expression）を利用し、その通常の機能を歪めるような方法で、それを支配しようとする状況であると指摘し、ここに本件の憲法上の問題があると示した。<sup>(41)</sup>

以上を踏まえ、ケネディ判事は、パブリック・フォーラム論と関連させつつ、本件規制の違憲無効を次のように導く。まず、政府が言論のための限定的パブリック・フォーラムを創設するとき、<sup>(42)</sup>当該プログラムの限界や目的を明確にするために一定の制限が必要となることを確認し、それは、政府が特定の目的のための助成を設置する場合も同様であるとする。そして、本件は助成に関するものであるため、Rosenberger 判決等の諸判決のような限定的パブリック・フォーラムの判例が厳密な意味においては支配しないとしつつも、そこから一定の示唆を得ることで結論へと至る。すなわち、本プログラムは、私的で、非政府の言論が必要とされており、その言論には、政府プログラムから資金提供を受けた弁護士は、受給資格や給付制度について規定する法律の有効性に対する疑義に関して依頼者に助言しなければならないときは給付金を求める訴訟の代

理を引き受けることができないといった、かなりの制限が加えられているが<sup>(43)</sup>、このような制約は、LSCが資金援助を行った弁護士に対し、依頼人への助言や裁判所に対する議論や分析の提示を制限する。そして、これは、上述の限定的パブリック・フォーラムの事例で放送システムや学生出版ネットワークが変化させられたのと同様に、弁護士の伝統的役割を変えることによる司法システムの歪曲をもたらすため、許されない規制となるのだと結論づける。このようにして、ケネディ判事は、限定的パブリック・フォーラムの事例で許されなかったように、弁護士の業務と司法の機能に重大かつ根本的な制限をもたらす助成を設計してはならない論拠を示したのである<sup>(44)</sup>。

上記法廷意見に対しては、スカリア判事が反対意見を述べている。同判事によれば、連邦支出プログラムと定義される本件規制は、直接的な表現規制ではなく、そしてまた、パブリック・フォーラムも創出しなければ、観点に基づく差別にも当たらない。しかし、法廷意見は、これら全てに同意するにも拘らず、本件規制に違憲判断を下すために、パブリック・フォーラムに関する先例について新奇かつ支持できない解釈を行ったと、スカリア判事は主張する<sup>(45)</sup>。特に、法廷意見が依拠した歪曲禁止の原則（nondistortion principle）、すなわち「通常の機能を歪める方法において既存の表現媒体を用い、それを支配しようとする」ことの禁止の根拠は、事実的にも法的にも誤りだと指摘する<sup>(46)</sup>。まず、法的な誤りにつき、「既存の表現媒体を歪める」政府助成と修正1条との間に何らかの関係があるという新奇で文面上信じがたい提案には、全く先例がないと指摘する。スカリア判事によれば、法廷意見が引用した三つの訴訟は、どれもそうした奇妙な原理に言及しておらず<sup>(47)</sup>、それらは、いずれもパブリック・フォーラム創設の有無に基づいて判断をした事例なのである<sup>(48)</sup>。次に、事実的な誤りにつき、本件で問題となった条件が、「法的効力に関する重大な疑問を裁判所に助言しえないLSCの弁護士によって」事件を提起させることによって裁判所の活動を歪めると考える根拠はなく、それは、せいぜい福祉立法に対する異議申立ての数が減ることを意味するに過ぎないとする。また、LSCの関わる事件によって生まれる裁判所の意見が福祉立法の解釈を体系的に歪めることもないと指摘している<sup>(50)</sup>。

### （3）整理

以上が Velazquez 判決の事案と判決の要旨である。ここで重要な点は、まず、本判決が、Rust 判決のような政府言論の事例ではなく、また Rosenberg 判決のような（限定的）パブリック・フォーラムの事例でもない<sup>(51)</sup>とされた部分である。ケネディ判事は、本事例がその両者と異なることを確認しつつ、他方で、限定的パブリック・フォーラムが創設される場合に設けられる一定の制限に着目し、それは、政府が助成プログラムを設置する場合にも同様に生ずると指摘した。すなわち、限定的パブリック・フォーラムにその限界や目的を明確にするための一定の制限が設けられるように、公的表現助成が設置される場合にも、その助成プログラムの限界や目的のための一定の制限が設けられると考えるのである。ケネディ判事は、こうした論理によって、限定的パブリック・フォーラムの事例から一定の示唆を得て、福祉立法に対する訴訟を制限するような条件を課すことが、弁護士の伝統的役割を変えることによる司法システムの歪曲をもたらすため、助成プログラムにとって許されない規制となると判断するに至った<sup>(52)</sup>。

さらに、スカリア判事が指摘するように、ここでの助成条件が、福祉立法に対する批判も擁護も許さないという点で、観点に基づく差別に該当しない中立的な条件だという部分も注目される。それにも拘らず違憲の判断が下されたということは、本判決が、公的表現助成においては、観点中立的な規制であっても、それが助成プログラムの「場」の性質を歪めるものである場合は許されないことを意味する。すなわち、違憲性判断にとって重要なのは、助成プログラムによってパブリック・フォーラムが創設されたか否かや、問題となった規制が観点に基づく差別か否かではなく、問題となった条件が助成プログラムという「場」の性質を損なうか否かという点なのである。

## 第2節 判例の展開に対する学説の理解——「場」の性質と「制度」的理解

前節では、公的表現助成の文脈における近年のアメリカ憲法判例が、表現が行われる「場」の性質を重視する傾向にあると考えられる点に関し、その顕著な例の一つである Velazquez 判決を確認した。ここで、次に疑問となるのは、

このような連邦最高裁の判断の内にはいかなる理路が存在するかである。もちろん、判決からも一定の道筋の理解は可能だが、一方で、表現の自由の原理論からの根拠づけやパブリック・フォーラム法理をはじめとする既存の諸法理との関係における当該傾向の理解は、依然として不明瞭な部分も多く、従って、上記問いは改めて検討される余地がある。

アメリカ憲法学においては、連邦最高裁のこの傾向について、表現の自由論からの整合的理解を試みる「修正一条制度論」<sup>(53)</sup>と呼ばれる議論がある。本議論は、表現活動がなされる様々な「場」を制度として捉え、修正一条上の制度と認められた制度に対しては一定の自律性が付与されるとする学説である。フレデリック・シャウアーにより提起された本議論は、Velazquez 判決に至るまでの一連の諸判決（Finley 判決や Forbes 判決）を検討素材にしつつ、従来の原理的な表現の自由論を批判する形で展開され、その後の諸判決（Velazquez 判決や ALA 判決など）の理解に有用な視座を与える学説となっている。他方で、シャウアーの議論を受け継ぎ、最も包括的で洗練された修正一条制度論を構築したと評価されるポール・ホーウィッツの学説も注目される。彼の議論は、修正一条制度論の定義や、修正一条上の制度と認められた制度がどのように活動しうるかといった点に対し、詳細な分析を提供する学説となっており、修正一条上の制度としての大学や図書館、プレスなど、様々な場面における修正一条制度論を展開している。

上述の点から、本節では、制度（institution）という概念を用いて「場」の性質を検討する修正一条制度論を分析する。これにより、「場」の性質の歪曲を阻止する判例法理が、表現の自由論においていかに位置づけられるか、また、表現の自由論による「場」の性質の保護・統制の根拠を明らかにする。そして、ここから、修正一条制度論に残る課題、すなわち、同法理においては「場」の性質の実質的内容が十分に議論されていないことを示す。

#### （１）フレデリック・シャウアー

シャウアーは、1998年の論文<sup>(54)</sup>において、アメリカの表現の自由法理は歴史的に諸制度の間の相違を十分に見分けてこなかったと問題提起をする。そして、<sup>(55)</sup>政府所有の土地や政府財産、政府職員に関する表現の自由の主張が膨大であり、

## 文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

また拡大している状況において、文化的に性質の異なる諸制度に同じ表現の自由法理を適用することが端的に不可能であり、そのことはますます明白になっていると評価する<sup>(56)</sup>。そして、表現の自由法理によるアプローチに代わる、制度的アプローチの必要性を主張する。

彼は、制度による区別の必要性が最もよく表れた例として、1998年のForbes判決とFinley判決を挙げる<sup>(57)</sup>。これらの判決には、制度特定のな（institution-specific）アプローチの兆候や根拠が十分にみられるが、しかし一方で、連邦最高裁は従来、政府事業に関して表現の自由が問題となった事例に対し、①パブリック・フォーラムの法理、②政府言論の法理、③違憲な条件の法理、④観点差別の禁止といったより「原理的な」アプローチを用いてきたと指摘する。そして、これらの法理は、それぞれ有効な機能を持つものの、政府自身の観点や内容に基づくプロジェクトに関する現代的問題に適用する法理としては著しく不十分であり、問題解決への誤った進路になると主張する<sup>(58)</sup>。それにも拘らず、これまでの判決において、連邦最高裁が制度的アプローチを採っていない理由について、シャウアーは以下の三点を挙げる。すなわち、彼は、①法は、法によって作られる、また、法に先行し法を横断する世界全体に課される、司法上のカテゴリを好むこと<sup>(60)</sup>、②法が一般性と分かりやすいカテゴリを好むこと<sup>(61)</sup>、そして場合によって一番重要な点として③法、特に憲法が、政策ではなく原理の問題であると理解されてきたこと<sup>(62)</sup>、の三つが制度的アプローチを妨げていると分析するのである。

シャウアーは、以上のように分析した上で、制度的アプローチを採る必要性の検討に移る。この必要性につき、彼は、制度上の特性や区別は現代生活の現実であり、この現実、他の場面と同様に、表現の自由の憲法判断に関連する諸制度にも反映されているためだと述べる<sup>(63)</sup>。そして、その根拠に、芸術助成の場で問題が生じたFinley判決や学校図書館で問題が生じたPico判決などの事例を挙げ、これらの判決に重要な点は、異なる方法で専門職を雇用し、異なる種類の決定を伴う制度について、それぞれ検討した部分だと指摘する<sup>(64)</sup>。すなわち、重要なのは、助成決定や選書の場に政府職員が介在したか否かではなく（従って、この基準による区別は誤りとなる）、助成決定や選書のプロセスに、

芸術助成という制度に必要な原則や図書館に固有の原則が個別に存在した点なのである。

このような理路の下、シャウアーは、一部の事例、例えば、芸術や図書館、大学、報道機関など、ある種の修正一条のオーラを纏う制度を伴った政府助成の事例には、制度に自律性を与えるアプローチが非常に有効だとする。<sup>(66)</sup> また、表現の自由に関する原理が制度に沿って細分化されれば、その原理は、重要な制度間の差異を捉えるだけでなく、芸術や大学、図書館、ジャーナリズム、そして恐らくその他の制度までもが持つ、潜在的に異なる修正一条の地位を認識するためのより良い姿勢となると結論づける。<sup>(67)</sup>

## (2) ポール・ホーウィッツ

上述したシャウアーの提起を端緒として、2000年代以降、修正一条制度論が展開されていく。ここでは、本理論を主張する論者の中で、最も包括的かつ洗練された議論を構築したと評価されるポール・ホーウィッツの学説から、修正一条制度論の定義と当該制度の特徴を分析する。

ホーウィッツは、自身の理論をまとめた2013年の著書において、修正一条上の制度の定義として、①制度が公共討論において重要な役割を果たすこと、②制度が自己規律の規範と慣行を持つことの二点を挙げる。そして、本定義によって、当該制度が、自身のなすべき機能を果たしうる一方で、自身が思うままの活動をしうるわけではない修正一条上の制度と認められることで、限定的ではあるが真の意味での法的自律の形成が進められると考える。<sup>(68)</sup> 以下では、まず、この二つの定義についてみていく。

定義①について、ホーウィッツは、公共討論それ自体の定義の必要性を指摘し、これについてはポストの説が有力であるとしつつも、<sup>(70)</sup> 加えて三つの異なる重点と目的を強調した定義を採用する。すなわち、ロバート・ポストによれば、公共討論とは、世論形成への参加に必要かつ適切な手段であると社会的に考えられる言論活動及びコミュニケーションの媒体であり、特に政治と民主的統治に関する世論の形成に貢献するものであるところ、<sup>(71)</sup> ホーウィッツは、これに対し、次の三点の修正を加えるのである。

一点目は、公共討論とは、民主的熟議だけでなく、芸術や高級・低級文化、

## 文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

そして我々の社会生活の重要な部分を構成する共有的議論のあらゆる要素をも含むと考える点である。ポストの定義が、政治的プロセスとその正当性に重きを置くのに対し、ホーウィッツは、重要な公共討論の全てが政治、特に選挙政治を最終目的とみているわけではないと述べる。つまり、世論形成への参加における我々の利益は、T. M. スキャンロンが述べるように、「自身が従う法の制定者となるという我々の固有の関心よりも広く、我々の共有文化の形成に参加する利益までも含む<sup>(72)</sup>」と考えるのである。そして、公共討論の主要な手段として役立つ修正一条上の制度は、単に「政府」や国家を応答的（responsive）にするという目的のための手段であるだけでなく、制度や制度がその一部となる文化それ自体を目的としたものとなる<sup>(73)</sup>。

二点目として、ホーウィッツは、修正一条に関する法学における公共討論の役割に着目し、公共討論はガイドの役割を果たすものだと考える。すなわち、彼の議論にとって、公共討論は、ポストが提示するような一般的に高い憲法上の保護を与える前提条件、つまりゲートキーパーとしての役割を果たすのではなく、特に修正一条上の制度の特定及び定義の補助に用いられるのである<sup>(74)</sup>。

そして、三点目の相違は、公共討論の限界と範囲である。ポストは、公共討論を憲法や憲法理論の主要部分をなす法的概念として扱い、その限界は、特定の言論活動が「民主的自己統治の価値」に奉仕するか否かで決着すると考える<sup>(75)</sup>。ここでの公共討論に対するポストの関心は、現在の修正一条に関する法学全体の秩序づけに寄与する単一の規範的価値の特定にある。このように、ポストが、公共討論を法的概念として扱うのに対し、ホーウィッツは、本質的により社会的または社会学的な部分に焦点を当てる。彼の関心は、基本的な現実、すなわち、実生活は社会的かつ制度的なものであり、社会のインフラが、国家そのものをはるかに超えて広がり、最も重要な言論及び社会的相互作用が行われるいくつかの重要な制度を含んでいるという現実を指摘することと、その現実を修正一条に関する法学においてより重要かつ認識されやすいものにする<sup>(76)</sup>ことにあ<sup>(77)</sup>る。ただし、ここで注意すべきは、この社会生活一般に焦点を当てる広い公共討論の理解により、全ての制度が修正一条上の制度となるわけではない点である<sup>(78)</sup>。彼によれば、社会生活が営まれている場所全てが修正一条上の制度となる<sup>(79)</sup>。

のではなく、市民及び共有された文化の参加者として、我々の生活に基礎的または不可欠な場所、特に公共討論に対して特別に重要な貢献をなす場所が修正一条上の制度となるのである。<sup>(80)</sup>

二つ目の定義は、制度の自己規制の特性である。ここで、修正一条上の制度は、豊富な規範、慣行に加え、裁判所や他の規制当局ではなく制度のアイデンティティに内在する規則によって、運営されなければならない。そして、これらの規範や慣行は、制度が公共討論という我々のシステムにおいて果たす機能的役割を促進することにより、最終的に修正一条の価値それ自体に奉仕するためのものとされる。<sup>(81)</sup>

この定義について、ホーウィッツは大学を例に考察を進める。彼の分析によれば、大学は、基本的特徴を容易に識別できる明確な修正一条上の制度であり、公共討論のインフラにおける重要な役割も比較的容易に説明可能な制度である。<sup>(82)</sup> 彼は、大学の高度に構造化された環境に着目し、そこでの大学教員は「規律に関する制約と規範の内で職業生活を営み」、その制度内での行動を規律する詳細な内部規範に従っていると述べる。<sup>(83)</sup>

こうした制約が大学を自己規制的な制度にするのであるが、この自己規制の文化の中でも、次の二つの側面が特に重要だとされる。一つは、自己規制の慣行が、大学文化それ自体の側面だという点である。つまり、これは、現代に至るまでの歴史的発展から生まれ、また、法から大きく独立して発達してきた慣行なのである。従って、学術文化の維持は、裁判所の言動ではなく、大学教員らがその文化をどのように内在化するか次第となる。<sup>(84)</sup> もう一つの側面は、この慣行が、公共討論における大学の機能、すなわち、学術的知識の発展と普及の中心としての役割や、知識の獲得というより広い努力目標の下での学生教育と結びつく点である。つまり、大学における様々な規範や慣行は、大学の知識機能や教育機能を果たすのである。<sup>(85)</sup>

以上、①公共討論において明確な基盤的役割を果たすことと、②自己規制的であることの二つを満たすものが修正一条上の制度となる。では、この定義を満たす修正一条上の制度は、いかなる性質や特徴を持つのであろうか。ホーウィッツは、この点につき、修正一条制度論のアプローチを特徴づける基本的性

質に着目する。彼の分析によれば、修正一条制度論は、論者によって穏健なものから急進的なものまで様々あるが、これらには、いずれも「敬讓 (deference)」、「自律 (autonomy)」、「主権 (sovereignty)」という概念やラベリングが用いられている<sup>(88)</sup>という。

まず「敬讓」について、ホーウィッツはこれを、裁判所などの意思決定権者が、ある問題の対処に際し、独立した他の個人または制度による決定に従うことだと説明する。ここで、司法による敬讓は、主に認識論的な点と政治的な点から正当化される。第一に、認識論においては、非司法的行為者がより優れた知識と専門性を有している可能性に着目し、その決定に委ねることが時間の節約とより正しい結果を導くことから正当化される<sup>(89)</sup>。第二に、政治的観点においては、非司法機関のより高い政治的正統性から正当化され、裁判所は、他の当事者がその領域において唯一または主要な意思決定権者として「憲法上で規定された有権的地位」を持つため、これに決定を委ねる<sup>(90)</sup>。ホーウィッツは、この敬讓の概念が、現行法の下でより強固な修正一条制度論を形成することなく、限定的なものに留まっている理由として、裁判所の非文脈主義的な傾向や、既存の法理の枠組み内に制限されるトップダウンな憲法理解を挙げるが、この現状に対し、修正一条制度論は、表現の自由法理に応答性や反応性をもたらすと評価する。実際にも、ALA 判決や Forbes 判決、Finley 判決などでは、裁判所は修正一条制度の特別な性質を日常的に認めてきたと指摘し、裁判所がこうした修正一条制度論の恩恵を十分に得るためには、制度論を組み込む上での従来のトップダウンの法理論的アプローチの再考が必要であると結論づける<sup>(92)</sup>。

ホーウィッツは続いて、シャウアーの議論を例に、「自律」に焦点を当てた修正一条制度論に言及する。ホーウィッツは、自律に基づく制度論は、修正一条上の制度を実質的な「自己統治の権利」を持つものとして扱っており、他方で、この自律には、特定の制度の機能的性質による限界が存在していると指摘する<sup>(93)</sup>。つまり、この種の修正一条上の制度には、実質的な自己統治の活動範囲があり、裁判所は、ある制度の活動が「当該制度の規範や慣行と明確に一致する行動の範囲内か否か、また、その規範や慣行が、広大な社会の中で当該制度の役割によって促進される修正一条の価値にかなうか否か」を問う権限を持つ

と考えるのである。<sup>(94)</sup>

そして「主権」について、ホーウィッツは、主権的な制度を「他のいかなる権力よりも高い権限を有し、いかなる法律にも服従せず、それ自体が法となる」ものだと説明する。<sup>(95)</sup>ここにおける修正一条上の制度は、準主権的な制度、すなわち、それ自体が一つの法秩序となると考えられる。このような制度の存在は民主的背景による根拠づけをしえないが、彼によれば、我々の法的・社会的秩序の構造的な構成（structural architecture）において、制度は、公共討論における特定の機能を果たすのに最も適した存在として発展してきたため、そこに主権が認められるのだという。<sup>(96)</sup>しかし、ここでも同様に、「主権的な」言論の制度は「いかなる法律にも服さない」わけではない。制度は、外的な法的権威に服従しないが、自身が構成する内的な法秩序に従うのである。<sup>(97)</sup>また、主権に基づく修正一条制度論の理解は、自律に基づく制度論の理解と同様に、制度の機能及び自己規制の慣行に関連させてその主権的境界を引き、裁判所はここで、それらの制度と国家を含む他の機関の権利利益との境界紛争を解決する役割を担うとされる。<sup>(98)</sup>

以上、「敬讓」、「自律」、「主権」の概念分析を通し、ホーウィッツは、修正一条制度論への最善のアプローチは、これらすべての性質を帯びつつも、緩やかな敬讓や強固な制度主権ではなく、制度的自律を強調する中道的なものだと結論づける。<sup>(99)</sup>彼は、修正一条上の制度を、自律的なものとして、つまり、多少の機能的制限がありつつ、大部分は自身で規制権限を持つものとして扱うことが応答的だと考えるのである。

ホーウィッツは、修正一条制度をこのように理解することで、頑なに非文脈的な法理論的アプローチが公共討論という生活世界に直面した際、必然的に陥る歪みを解消することができ、また、公共討論に対する修正一条上の制度の重要性や、制度を尊重する必要性の認識にも役立つと考える。さらに、制度に対する実質的な自律性の付与は、制度が、修正一条の意味やそこで展開される法理の概略に関する議論に関与することを助ける点で内省的な作用を持ち、また、憲法解釈における裁判所と制度の双方の役割を認識させた、相対的にボトムアップな方法による法理の構築をも可能にする。<sup>(100)</sup>他方で、修正一条制度論にお

### 文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

る自律性は、依然として拘束されており、制度の実際の機能や公共討論への貢献に関連するものとなる。従って、制度の行動に対して一定の制限を設ける余地が裁判所には残されているのであり、また、制度の目的と機能に焦点を当てることによって、裁判所と制度の双方に、表現の自由法理の発展について考えるロードマップのようなものを提供できるとホーウィッツは評価する。<sup>(101)</sup>

#### （3）検討

以上の理解に従えば、公的表現助成は、修正一条上の制度とみなされることで、自律性が付与され、同時に、恣意的な政府介入も阻止されうると考えられる。具体的には、助成という制度における（不）交付決定や専門的知見に基づく意思決定などが自律的活動として憲法上保護されることで、公的表現助成という「場」の性質を適切に確保・発揮しつつ、政府が「場」の性質を歪曲させる条件を賦課することも許されなくなるのである。

この構図において、修正一条上の制度は、「場」の性質の実質的内容の判断や解釈、実現のための活動を担う存在として位置づけられることになる。しかし一方で、上記修正一条制度論においては、その制度の中で誰が主体となって、どのような過程で、自律的決定を行うのかという議論、換言すると、制度内部の構造に関する実質的議論がなされていないように思われる。これは、修正一条制度論の政策志向的・制度特定のなアプローチ<sup>(102)</sup>、つまり、制度によって特徴や性質が異なるため、具体的な表現の自由論の検討は制度ごとに行われるとするアプローチの必然的帰結であると考えられる。すなわち、ここでの議論の主たる対象は、自律的な制度それ自体の保障であり、その制度の内部構造ではないのである。

この問いに対し、修正一条制度論は、制度の定義に①公共討論への貢献と②自己規律の規範及び慣行の保持を挙げているため、また他方で、制度が付与される自律性は、制度の実際の機能を果たすことや公共討論に貢献することといった観点で、自身を依然として制約するため、制度の内部構造に対する実質的議論は特に必要ないと考える余地もある。確かに、制度の実際の機能は、当該制度を設置する立法や制度の設置背景・過程、関連法令などから一定の内容を導き出すことができるため、<sup>(103)</sup>これによる具体化・実質化が一定程度可能だと考

えられる。しかし一方で、例えば、公共討論への貢献という定義には難点がある。すなわち、公共討論への貢献が、具体的に何を意味するのかという問題である。公共討論に関する議論は多岐にわたるため、ここでの詳細な検討は難しいが、少なくとも、公共討論をいかに想定し、何が公共討論に資するかという問いへの応答が容易でないことは明白である。この点、ホーウィッツは、公共討論の概念を上述のように広く理解し、民主的熟議に加えて、社会生活の重要な部分を構成する共有的議論のあらゆる要素に及ぶと解するが、この定義は、制度の認定や制度の自律性の統制の基準として抽象的であり、どこまで実質的な機能を果たすか疑問がある。また、規範及び慣行による自己規律の観点も、それ自体が制度内で形成される規律であるため、ここで指摘する問題がそのまま投げかけられることになり、制度の内部構造を明確化する観点にはなりえない。

そして、こうした議論の不足による問題は、具体的な制度を念頭に置いた状況において顕著に現れる。例えば、シャウアーやホーウィッツは、修正一条制度論における制度の具体的な場面として、大学という組織を挙げるが、これらの議論に対しては、「学問的な判断」という基準の曖昧さや、専門職能的学問の自由を中核とする自生制度規範の解釈が大学の自律に委ねられること、つまり、大学という制度の自律権の範囲を大学自体が決定することができるという問題が指摘されている。<sup>(107)</sup> また、大学という制度の実質的な判断権者として、大学の教授会（同僚組織）、学部長、学長、理事会など、どこまでが含まれるのかといった、具体的な輪郭の不鮮明さを批判する見解もある。<sup>(108)</sup> さらに、これらの点を踏まえた上で、本稿の検討対象に目を向けるとき、文化芸術助成は、大学に比べてその目的や性質、内容・方法の点からより細分化される必要があり、上記に指摘した問題もそれに比例して複雑になると考えられる。

以上の点から、修正一条制度論は、公的表現助成に関する問題に対し、一定の示唆を与えつつも、依然として不十分な点をもつ議論であると言える。そして、その課題の中心は、やはり、「場」の性質の確保と発揮を担う制度について、意思決定プロセスをはじめとする内部構造の実質的議論が不足している点にあると考えられる。従って、公的表現助成に対する憲法的統制を及ぼすためには、修正一条制度論によって制度と捉えられ、自律性の付与が論じられた、

## 文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

公的表現助成という表現の「場」の性質について、その判断主体や導出過程、どのように助成の「場」へと反映されるかといった、実質的内容に踏み込んだ議論を行うことが必要だと考えられる。

ここで、一つのアプローチとなりうる議論として、リー・ボリンジャーの学説<sup>(10)</sup>を挙げることができる。ボリンジャーは、Finley 判決等の文化芸術助成の問題に対し、シャウアーら修正一条制度論者と同様に、公的な制度の側面からの理解の必要性を示すのであるが、当該議論に特徴的な側面は、公的な制度における「人」の存在に着目する点である。すなわち、ボリンジャーは、文化芸術助成のような問題における「専門職の判断（professional judgment）」の自律性の確保を強調し、文化専門職の判断の尊重を自覚的に重視するのである。ボリンジャーは、自身の議論、特に文化制度や専門職の自律性の限界についての議論は、困難な問題であり、依然として十分な解答を示せていないと述べるが、“professional”という言葉がこの新しい修正一条のフロンティアにおける一つの指標となると指摘している<sup>(11)</sup>。このように、制度における人＝専門職に着目する視点は、制度という抽象的概念を用いることによって生じる修正一条制度論の問題に対し、有効な示唆を与えられよう。

他方で、専門職の自律的活動に着目する議論は、日本においても主張されている。蟻川恒正によって提唱されたこの議論<sup>(12)</sup>は、助成プログラムに関与する専門職が有する職責に着目する。蟻川はここで、文化芸術助成においては、国家における「基本方針」の策定と審査機関における「基本方針」の「解釈」の切断が必要だと述べ<sup>(13)</sup>、この切断によって、審査機関で「解釈」を担う文化専門職は、自律的活動によってその職責を全うすることができ、また、職責を果たすことを義務として課されることになると述べる<sup>(14)</sup>。このように、文化専門職の職責を〈自由＝義務〉として考えるこの学説は、日本の憲法学説において広く支持を得るに至っている。

以上の点から、第2章においては、専門職という存在に着目しつつ、特に、専門職によって伝達される専門的知識を形成するとされる知識コミュニティに関する議論を検討する。これにより、制度の自律の議論から一步踏み込むことで、「場」の性質に関する実質的内容を明らかにすることを目指す。

- (1) 文化芸術領域における憲法問題を示したものとして、志田陽子「『芸術の自由』の諸相と憲法」論究ジュリスト19号（2016年）161頁以下、同「芸術表現の自由と憲法上の『表現の自由』」北野暁大・神野真吾・竹田恵子編『社会の芸術／芸術という社会』（フィルムアート社、2016年）13頁以下、駒村圭吾「憲法問題としての芸術」法学セミナー786号（2020年）10頁以下などを参照。
- (2) 志田陽子「文化芸術支援と法」志田陽子編『あたらしい表現活動と法』（武蔵野美術大学出版局、2018年）275頁。
- (3) 同289頁。
- (4) 本事案については、山邨俊英「あいちトリエンナーレ2019問題の事案紹介」法学セミナー786号（2020年）30頁以下、右崎正博『表現の自由の現代的展開』（日本評論社、2022年）210頁以下を参照。
- (5) 山邨・前掲註(4)32頁。なお、その後、名古屋市があいちトリエンナーレ実行委員会に対する負担金の一部の支払いを拒否し、裁判となった。第一審（名古屋地判令和4・5・25（LEX/DB 文献番号25592815）、控訴審（名古屋高判令和4・12・2（LEX/DB 文献番号25594213））ともに、支払いを求める実行委員会側の請求が認容され、2023年7月現在、名古屋市側が上告中である。
- (6) 東京地判令和3・6・21（LEX/DB 文献番号25590309）。第一審の評釈として、横大道聡「判批」新・判例解説 Watch vol. 29（2021年）31頁以下、櫻井智章「判批」法学教室 494号（2021年）135頁、平裕介「文化芸術助成に係る行政裁量の統制と裁量基準着目型判断過程審査」法学セミナー804号（2022年）2頁以下。
- (7) 志田・前掲註(2)289頁。
- (8) 本問題を日本においていち早く扱った先駆的な研究として、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ぼあい」法律時報60巻2号（1988年）75頁以下を挙げることができる。これに続き、蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編・岩波講座 現代の法1『現代国家と法』（岩波書店、1997年）191頁以下、阪口正二郎「リベラリズム憲法学と国家の中立性」序説」法律時報72巻12号（2000年）97頁以下、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』（弘文堂、2005年）168頁以下、石川健治「文化・制度・自律」法学教室330号（2008年）56頁以下、横大道聡「文化への助成と表現の自由」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I——状況へ』（尚学社、2011年）352頁以下、志田陽子「『表現の自由』と公的芸術支援」法学館憲法研究所報第22号（2020年）21頁以下、杉原周治「国家による芸術助成と表現の自由」法学教室 472号（2020年）49頁以下、波多江悟史「国家助成と自由」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）206頁以下など、現在に至るまで多

文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

岐にわたる。

- (9) 代表的なものとして、横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2013年）217頁。
- (10) 物理的な場とは一見大きく性質の異なる、文化芸術助成のような非物理的な制度までも「場」とみなしうる論拠については、パブリック・フォーラム法理における議論からの理解が有益である。これにつき、横大道・前掲註(9)第6章を参照。ここで、「場」の性質の概念は、表現に関わる「場」の意義や目的などといった特有の性格に着目し、それを明確化することで、その性質を表現の自由論へ反映することを目的とするが、これに鑑みると、例えば文化芸術助成に特有の「優れた文化や芸術に対し資金を援助することによって文化芸術を振興する」という制度の性格も、上述の図書館の例と同様に「場」の性質として明確化できる／すべきものとなる。このように、本概念が捉える「場」の性質は物理性の有無にかかわらず存在しうるのであり、従って、両者は同じ「場」の性質という概念に含まれると考える。
- (11) これをいち早く指摘したものとして、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（2002年）33-34頁。
- (12) 横大道・前掲註(9)216頁。
- (13) 同217頁。
- (14) 横大道聡「表現の自由の現代的論点——〈表現の場〉の〈設定ルール〉について」法学セミナー786号（2020年）24-26頁。
- (15) 同26-27頁。
- (16) 蟻川・前掲註(8)196頁。
- (17) 同216-217頁。
- (18) 名古屋高金沢支判平成12・2・16判時1726号111頁。
- (19) 最一小判平成17・7・14民集59巻6号1569頁。
- (20) 横大道・前掲註(9)211-212頁。
- (21) 横大道・前掲註(14)29頁。
- (22) 曾我部真裕「表現の自由（6）——表現等への政府援助とパブリック・フォーラム論」法学教室494号（2021年）77頁。
- (23) これらの諸法理については、邦語文献においても多数の紹介がなされている。例えば、違憲な条件の法理については、中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学13号（2000年）101頁以下、同「違憲な条件の法理の展開（1）」法学73巻4号（2009年）22頁以下、同「違憲な条件の法理の展開（2）」法学78巻5号（2014年）1頁以下などを参照。また、パブリック・フォーラムの法理については、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大

学教育学部研究報告第Ⅰ部64号（1985年）53頁以下、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究50号（1988年）103頁以下、同「表現の自由（3・完）——合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型」国家学会雑誌102巻5・6号（1989年）1頁以下などを参照。政府言論の法理については、阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社、1986年）34-35頁、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障』（日本評論社、1994年）111頁以下、同「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）91頁以下、同「政府の言論の法理」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ——状況へ』（尚学社、2011年）417頁以下などを参照。

- (24) *Legal Services Corporation v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001). 本判決の紹介として、紙谷雅子「最近の判例」アメリカ法2002-1（2002年）147頁以下、同「政府の資金補助と司法制度における表現の自由」ジュリスト1220号（2002年）115頁以下。
- (25) *National Endowment for Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998). 本判決では、連邦議会が、芸術助成を行う際の条件として「一般的な品位の基準、ならびに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に入れること」という条項を追加したため、当該規定の合憲性が争われた。オコナー判事による法廷意見は、この条項は品位や尊重を考慮することを求めるだけであり、また、芸術助成には内容に基づく芸術性の判断が避けられないという「競争のプロセス」が作用するため、政府による助成は「私人たる発言者からの多様な見解を促進する」ものではないとし、本件規定を修正一条に反しないと判断した。
- (26) *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998). 本判決では、公営放送局が、公職選挙に関する候補者討論番組において、泡沫候補であった候補者を出演させなかったことの合憲性が争われた。ケネディ判事による法廷意見は、公営放送局には編集裁量を行使することが求められており、その性質上、それは観点に基づく表現活動となるとしつつ、他方で、今回の放送局の判断は、候補者の見解に基づくものではなく、当選可能性の欠如に基づくものであるため正当な裁量の行使であるとし、修正一条に反しないとした。
- (27) 公的表現助成の問題が、パブリック・フォーラムの局面にも政府言論の局面にも該当しない中間領域に位置づけられる場合があることについては、中林暁生「給付的作用と人権」法学教室325号（2007年）29頁を参照。また、横大道・前掲註（9）118-119頁を参照。
- (28) *United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003). 本判決では、公立図書館が、インターネット・アクセスの提供に対する助成を受ける条件として、わいせつ画像や児童ポルノ画像、未成年者の有害サイトへのアクセスに

文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

関するフィルタリング・ソフトの導入を義務づける連邦法の合憲性が争われた。レーンキスト首席判事による相対多数意見は、図書館の機能に着目しつつ、本件の義務づけを合憲と判断した。

- (29) 横大道・前掲註(9)122頁。
- (30) *Velazquez*, 531 U.S. at 536-537.
- (31) *Velazquez v. Legal Services Corporation*, 985 F. Supp. 323 (E.D.N.Y. 1997).
- (32) *Velazquez v. Legal Services Corporation*, 164 F. 3d 757 (2d Cir. 1999).
- (33) *Velazquez*, 531 U.S. at 540.
- (34) *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991). 本判決は、公衆衛生事業法に定められた、人工妊娠中絶が家族計画の方法となるプログラムには助成をしてはならないという助成条件により、中絶に関する患者への情報提供を禁止された医師らが、当該規定の合憲性を争ったものである。レーンキスト首席判事による法廷意見は、政府は、憲法を侵害せずに、公益にかなうと考える一定の活動の促進のために特定のプログラムに助成しつつ、同時に、他の方法で問題に対処しようとする別のプログラムに助成しないことができると述べ、助成における政府の広範な裁量を支持して修正一条に反しないとした。
- (35) *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995). 本判決は、バージニア大学において設立された学生の課外活動を支援する助成プログラムが、宗教的活動への支援を除外していたことについて、そのガイドラインの合憲性が争われたものである。ケネディ判事による法廷意見は、観点に基づいて差別する本件はパブリック・フォーラム法理が適用される事例だとした上で、本件は、大学自身が発言したり、大学が支持するメッセージの伝達に助成したりするのではなく、私的発話者の観点の多様性を促進するための助成であるため、本件ガイドラインは修正一条に反するとした。
- (36) *Velazquez*, 531 U.S. at 541.
- (37) *Id.* at 542.
- (38) *Id.*
- (39) *Id.* at 542-543.
- (40) *Id.* at 543. ここでは、*Rosenberger* 判決に加え、公共放送法人からの助成金を受け取る条件として社説放送の禁止を定める公共放送法人法の規定の合憲性が争われた *FCC v. League of Women Voters of Cal.*, 468 U.S. 364 (1984) (LWV 判決) と、*Forbes* 判決（前掲註(26)参照）が例に挙げられる。
- (41) *Velazquez*, 531 U.S. at 543.
- (42) 限定的パブリック・フォーラム (limited public forum) とは、特定のグループや特定の主題のためにのみ設立されたパブリック・フォーラムである。これに

つき、横大道・前掲註(9)141-142頁を参照。

- (43) *Velazquez*, 531 U.S. at 543-544.
- (44) *Id.* at 544.
- (45) *Id.* at 549 (Scalia, J., dissenting).
- (46) *Id.* at 554-555 (Scalia, J., dissenting).
- (47) *Id.* at 555 (Scalia, J., dissenting).
- (48) *Rosenberger* 判決、*Forbes* 判決、*LWV* 判決について、スカリア判事は、それぞれ以下のように説明している。すなわち、「*Rosenberger* 判決において、最高裁の分析の重大な点は、法廷意見が抱くような、『多くの異なる観点を表現する』ことが学生新聞の『通常の機能』の一部であることではなく、支出プログラムそれ自身が『私的話者の観点多様性を促進するために』創設されたことである。歪めることが許されなかったのは、支出プログラムが創設したパブリック・フォーラムであった。*Forbes* 判決について言えば、テレビ局の放送の性質を議論したその事例は、政府規制がその『通常の機能』を変え、その結果修正1条を侵害するかどうかの決定ではなく（この事例において政府規制がないことは争いにすらならなかった）、国有テレビ局が我々の修正1条の法の下で『パブリック・フォーラム』であるかどうかの決定であった。そして最後に、法廷意見が*LWV* 判決から引用した一節は、『非伝統的な方法において場の性質に内在する言論を抑圧するための〔公共ラジオの〕フォーラムの使用』に関するどのようなものについても、何も言っていない。それは、ラジオ局のオーナーやマネージャーの政治的・イデオロギー的意見の特権的表明手段になることを防止することについて政府の主張した利益が不十分であり、その結果、社説放送に対する法的制限を正当化できないのはなぜかを議論した。法廷意見にとってさらに悪いのは、伝統的な修正1条の立場において当該制限を無効とした後、*LWV* 判決は、『もちろん』、社説放送に対する制限は、もし連邦議会が、連邦助成によらない局の資金を使って社説放送をする系列会社を設立することを局に許可する修正版を採用した場合、『明白に有効となるだろう』と続けたことである」。 *Id.* at 555-556 (Scalia, J., dissenting).
- (49) *Id.* at 556 (Scalia, J., dissenting).
- (50) *Id.* at 557 (Scalia, J., dissenting).
- (51) 本判決は、中林が指摘する、政府が言論主体として私人の表現活動を助成する局面と「パブリック・フォーラム」の局面とが同一平面上に設定された結果生まれた中間領域に位置づけられる事例であり、当該領域で生じる新たな課題に対し、示唆を提供するものだと考えらえる。中林・前掲註(27)29頁。
- (52) 横大道は、本判決が、従来理解されていたパブリック・フォーラム法理とは異

文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

なる、一元的理解によるパブリック・フォーラム法理を新たに示した判決として理解しうるとし、ここに新たなパブリック・フォーラム法理による統制の可能性を見出す。横大道・前掲註(9)162頁。

- (53) アメリカ憲法学における修正一条制度論について論じた邦語文献につき、松田浩「修正一条制度」論と学問の自由」浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社、2010年）304頁以下、城野一憲「修正一条「制度主義」」早稲田法学会誌62巻1号（2011年）53頁以下、小林伸一「プレスの自由と制度」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法：理論的対話の試み』（尚学社、2013年）38頁以下、横大道聡「修正一条制度論」について」公法研究75号（2013年）244頁以下、同・前掲註(9)第8章、水谷瑛嗣郎「プレスの憲法上の位置づけに関する一考察：アメリカにおける「制度的修正一条」論を参考に」法学政治学論究100号（2014年）225頁以下を参照。
- (54) Frederick Schauer, *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 Harv. L. Rev. 84 (1998). 本論文についての詳細は、池端忠司「米国における公的文化助成と表現の自由」香川大学法学会編『香川大学法学部創設二十周年記念論文集』（成文堂、2003年）22-28頁、また、横大道・前掲註(9)196-201頁などを参照。
- (55) Schauer, *supra* note 54, at 84.
- (56) *Id.* at 86.
- (57) *Id.*
- (58) *Id.* at 97.
- (59) *Id.* at 106.
- (60) *Id.* at 108.
- (61) *Id.* at 109.
- (62) *Id.* at 112.
- (63) *Id.* at 113-114.
- (64) Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853 (1982). 本判決では、教育委員会が学校図書館から「問題のある」あるいは「不適當な」図書を排除したことの合憲性が争われた。ブレナン判事による相対多数意見は、特定の思想を根拠として図書を排除する場合、そのような教育委員会の裁量の行使は修正一条に反するとした。
- (65) Schauer, *supra* note 54, at 115.
- (66) *Id.* at 116.
- (67) *Id.* at 118.
- (68) Paul Horwitz, *First Amendment Institutions* (2013).
- (69) *Id.* at 81. ホーウィッツはこれを制度的展開と呼ぶ。

- (70) *Id.* at 82.
- (71) *Id.*, citing Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 Va. L. Rev. 477, 482-483 (2011).
- (72) Horwitz, *supra* note 68, at 83.
- (73) T. M. Scanlon, *Why Not Base Free Speech on Autonomy or Democracy?*, 97 Va. L. Rev. 541, 544 (2011).
- (74) Horwitz, *supra* note 68, at 82-83.
- (75) *Id.* at 83.
- (76) *Id.*
- (77) Post, *supra* note 71, at 485.
- (78) Horwitz, *supra* note 68, at 84.
- (79) *Id.*
- (80) *Id.*
- (81) *Id.* at 85.
- (82) *Id.* at 86.
- (83) ホーウィッツが、修正一条制度論の観点から大学を分析したものとして、Paul Horwitz, *Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answers and Hard Questions*, 54 UCLA L. Rev. 1497 (2007). また、ホーウィッツの本議論に関する邦語文献として、松田・前掲註(53)310-314頁、城野・前掲註(53)53頁以下、中林暁生「憲法と大学との関係についての予備的考察」法学79巻5号(2015年)1頁以下、中林暁生「アメリカの大学自治と制度理論」憲法理論研究会編『対話と憲法理論』(敬文堂、2015年)31頁以下などを参照。
- (84) Horwitz, *supra* note 68, at 86.
- (85) *Id.* at 86-87.
- (86) *Id.* at 87.
- (87) *Id.* at 87-88.
- (88) *Id.* at 88.
- (89) *Id.* at 89. こうした敬讓がなされた典型例として、ホーウィッツは、Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 865 (1984) を挙げる。
- (90) Horwitz, *supra* note 68, at 89. こうした地位の例として、ホーウィッツは、軍隊の配備と維持の権限を与えられた連邦議会を挙げる。
- (91) *Id.* at 90-91.
- (92) *Id.* at 92.
- (93) *Id.*

文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（1）

- (94) *Id.* at 92-93.
- (95) *Id.* at 93.
- (96) *Id.*
- (97) *Id.* at 94.
- (98) *Id.* at 94-95.
- (99) *Id.* at 95.
- (100) *Id.*
- (101) *Id.*
- (102) Schauer, *supra* note 54, at 97.
- (103) 当該公的表現助成を定める法やその関連法令などが、公的表現助成という「場」の性質を明らかにする要素となる点を指摘するものとして、横大道・前掲註(9)216頁、また、その解釈の重要性を指摘するものとして、横大道・前掲註(14)24頁以下を参照。
- (104) 横大道・前掲註(9)185-186頁。
- (105) Horwitz, *supra* note 68, at 83.
- (106) 修正一条の制度としての大学を扱った論文として、Frederick Schauer, *Is There a Right to Academic Freedom?*, 77 U. Colo. L. Rev. 907 (2006); Horwitz, *supra* note 83 などが挙げられる。
- (107) 松田・前掲註(53)310、314頁。
- (108) 同310頁。
- (109) Lee C. Bollinger, *Public Institution of Culture and the First Amendment: The New Frontier*, 63 U. Cin. L. Rev. 1103 (1995). 本論文の詳細な紹介として、池端・前掲註(54)4-22頁を参照。
- (110) 横大道・前掲註(9)203頁。
- (111) Bollinger, *supra* note 109, at 1117.
- (112) 蟻川・前掲註(8)191頁以下。
- (113) 同212-214頁。
- (114) 同214-215頁。
- (115) 同218頁。