

学位論文題名

政府の言論と人権理論

—アメリカ表現の自由論の後景—

学位論文内容の要旨

本論文は、アメリカ憲法学において、最近になって議論されている「政府言論」という理論の意味内容を解明することを試みた。近年、政府言論の理論は、表現の自由に関わる問題として、日本でも紹介されることがある。しかし、それらは、非常に断片的なかたちで議論がなされている。または、それを紹介しようとする論者によって、政府言論という言葉が恣意的に用いられている傾向がある。

本論文は、政府言論に関わる「現象」をできるだけ多くとりあげたうえで、それらを、政府言論と捉えることに、どのような意味があるのかを、総合的に検討してきた。本文で論述しているように、政府言論を多義的に理解することは、アメリカ表現の自由論の「特質」を明らかにできるのみならず、表現の自由論以外の自由論（例えば、信教の自由、居住移転の自由、中絶の自由、結社の自由）の特質を明らかにすることができる点で有意義である。すなわち、この問題を具体的に検討することは、日本の憲法学でかなり以前から議論され、しかも、今日でも議論されている「立憲主義と民主主義」ないし「民主主義と司法審査」の問題に関わるものである。

本論文の構成と内容は、以下のとおりである。

序章は、議論の前提を提示することを試みた。すなわち、表現の自由論においては、「国家からの自由」を、観念することが前提条件とされている。しかし、今日においては、国家は、諸々の形態をとりながら多様に介入している。このことを、どのように考えるべきかを先行研究に触れつつ提示した。また、表現の自由の問題を検討する際に、先行研究が避けていた論点——すなわち、現実の「思想の自由市場」には、「自然人」のほかに「団体」が参加していて、「団体」の（表現的）結社の自由をどのように捉えるかが、重要であるということ——を提示した。要するに、憲法学は、「思想の自由市場」に参加する団体や自然人の言論のありようを考慮にいたったうえで、「国家からの自由」と「国家による自由」の緊張関係を捉える必要があることを提示した。

第1章は、「政府言論」という理論を提示した。具体的には、「政府言論」の第一人者とされる Yudof の議論を参照して、政府言論の理論のルーツを解明した。政府言論の理論を検討することで、「政府言論」を、「思想の自由市場」の歪みに関する問題と捉えるべきことを提示した。ここで、「政府言論」の理論とは、「思想の自由市場」という、ある種の公共的な討論空間を維持することを問題視する発想である。

そして、このことに関連して、アメリカにおいては、公立学校における教科書やカリキュラムのありように関する問題、さらには、図書館の選書ありようが、訴訟で争われている。このような個人的な権利に救済されない公共的な利益を、とりわけ個人権が問題となる裁判において、どのように保全していくかが争われている。

第2章は、第1章の議論を前提として、「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由の相克」という議論を行った。議論の素材として、市民権法の適用の是非が問題となった、アメリカ連邦最高裁の *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640, (2000) という判決を検討した。第2章は、「平等」の意義を強調する市民権法に関する議論と、表現的な自由（結社の自由）を強調する学説の議論を対比させた。ところで、政府言論を主眼とする本論文がもっとも共感した議論が、L. Tribe の議論である。この学説を参照することによって、「(私人の) 結婚する相手の人種に介入するような法律は違憲であろう。同様にして、デートする相手のジェンダーや性的指向に介入する法律、あるいは、ベビーシッターや、家庭教師、子どものキャンプ案内人のジェンダーや性的指向に介入する法律も違憲」というような、団体の私的価値選択の問題を提起した。

要するに、「国家は、誰もがキリスト教徒たれ」というメッセージを国民に伝達することが許されないように、国家は、団体の私的事項に介入すべきではないことを明らかにした。これが、第2章における「政府言論」に関する議論である。この場合の「政府言論」とは、第1章で検討したような、「思想の自由市場」の歪みに関する公共的アプローチとは、若干異なるものであった。

もっとも、このような「政府言論」を「完全」に否定することには、慎重でなければならない。平等を基調とした国家のメッセージを否認することは、団体の「意のままの」差別する自由を認めることになるからである。重要なことは、表現的結社の自由を絶対視したり、平等思考を絶対化しないことである。つまり、政府言論に関する問題を検討する際には、政府言論のアンビバレントな性質を意識しながら、そのラインを形成していくことが重要となる。

第3章は、給付行政の問題を検討した。具体的には、国家は、憲法上の人権を放棄させることを条件に、補助金を支給することをどのように考えるかという問題を検討した。例えば、信教の自由を放棄させることによって、補助金を支給することの是非、表現の自由を法規させることによって、補助金を支給することの

是非の問題などがそれである。

もっとも、こうした問題を解決する際には、給付の問題に対して、裁判所がどこまで審査すべきかという、序章で提示したような、「立憲主義と民主主義」ないしは、「民主主義と司法審査」という論点を検討することが求められた。

第4章は、「政府言論」の総括を試みた。まず、「政府言論」の理論（的前提）としての「国家からの自由」を基調とした、「思想の自由市場」概念の意義を改めて検討した。関連して、最近の表現的結社の自由に関する連邦最高裁判決などを紹介して、「政府言論」に関わる問題が、より複雑であることを明らかにした。より具体的には、「国家からの自由」論が、人種差別的な主張を有する団体からも、援用される可能性があること。それに対して、国家がどのように対処すべきかを提示してきた。本稿の回答は、人種差別的団体に対しても、容易に規制権力を行使してはならないが、補助金の削減というサンクションを課すことが有意義であるというものである。

以上のことを踏まえると、「政府言論」という観点から、憲法訴訟を議論するにあたっては、従来のように、国家権力の濫用可能性と人権の意義を対置するような単純な図式で議論することでは十分ではなく、政府言論が問題化したように、第1に、その国における「国家による自由」のあり方に関するコンベンションに依拠しつつ（なお、アメリカにおいては、「国家からの自由」の原則が、「強く」観念されていることから、このことを意識したうえで）、第2に、給付と規制を巡る国家作用の複雑さを踏まえたうえで、国家の領域を規範的に定めていく必要があることを明らかにした。「政府言論」の理論が有効であるのは、こうした点についての「道しるべ」を、多少なりとも指し示しているからである（*See Bob Jones University v. United States*, 461 U. S. 574 (1983)）。

以上のように、本論文は、「政府言論」という理論を導入することによって、これまで議論されてきた「国家からの自由」や「国家による自由」にまつわる様々な法現象（具体的には、差別禁止法、信教の自由、政教分離、国家助成等の問題）を、よりトータルな観点から検討することを試みた。それは、我が国の憲法学に欠けていた視点であり、大きな意義があるものである。

学位論文審査の要旨

主査 教授 常本照樹

副査 教授 岡田信弘

副査 教授 佐々木雅寿

学位論文題名

政府の言論と人権理論

—アメリカ表現の自由論の後景—

(論文の要旨)

近年のアメリカ憲法学においては、ある言論を行わないことを誓約させようとして補助金を支給することなどの是非が争われている。芸術家に対して、下品な内容を含む作品を創らないことを誓約させようとして助成を行うのが一例である。これまでの憲法学は、国家による自由の規制とは異なり、国家による給付という行為は憲法上の権利を積極的に侵害していないという理由で、このような問題には関心を示してこなかった。

しかし、こうした行為は、言論主体の自由を実質的な意味で奪っており、憲法的に疑わしい国家行為というべきである。このような問題関心から、給付という行為には、政府による是認あるいは否認のメッセージが含まれており、これは憲法問題として扱われるべきだとするのが「政府言論 (government speech)」の理論である。

本論文は、政府言論の理論に着目しつつ、さらに進んで、給付にとどまらず規制も含めて精神的自由に対する国家の関与をトータルにとらえる理論として再構成することを試みる。

第1章は、政府言論の多義性を提示する。これまで政府言論としては、もっぱら国家による給付にあたる言論行為への助成の問題が取り上げられていたが、それだけではなく、アメリカにおいては、公立学校での国旗敬礼の強制、教育や宣伝活動などの説得的な手法による信条への働きかけ、さらには義務教育の限界までが政府言論の理論の対象とされていることを引証しつつ、給付のみが対象ではないことを明らかにする。そのうえで、アメリカにおける表現の自由に関する判例法理が、こうした問題を「国家からの自由」の原則との関係で、歴史的に慎重に検討してきたことを確認する。

第2章は、表現に対する規制の具体例として、同性愛者や女性に対して差別的な方針を有する私的団体に国家は介入できるか、という問題を検討する。その結果、アメリカ憲法学説においては、「団体内部の問題といえども、同性愛者や女性であることを理由に差別することは、そこに二級市民を生むことになるから、議会や裁判所は、そうした人々の権利を積極的に救済すべきである (平等・擁護派)」という学説よりも、「市民社会にとって『表

現』的結社の自由は非常に重要な権利であるから、不当にそれを制限すべきではない（結社の自由・擁護派）」という学説が非常に有力であること、しかも、これらの問題が、表現の自由の問題として、あるいは「国家からの自由」に関する問題として語られているという注目すべき指摘がなされている。

第3章では、給付行政と人権の問題が検討される。表現の自由や信教の自由などの人権の放棄を条件にして補助金を支給する行為は、表現主体の「自由」を実質的に奪っているという点において憲法的に疑わしい行為であるといえるが、他方で、こうした問題を解決する際には、給付の問題に対して裁判所がどこまで審査すべきであるかという、より大きな問題が残されていることが指摘される。

第4章は、政府言論の理論を総括するとともに、その現代的諸相を提示する。第一に、表現行為に対する国家の介入を見るにあたって規制と給付は一体的にとらえられるべきであり、第二に、国家からの自由の範囲が画定されて初めて国家による自由の限界の問題が析出されるというのが本論文の主張である。これをアメリカの現代的諸問題に当てはめてみると、「思想の自由市場」原理へのアメリカの深いコミットメントに照らし、差別主義的な団体に対しても、「規制」権力を行使してはならないが、補助金の削減というサンクションを課すことは許されるという一応の回答が得られる。

このように、本論文は、アメリカにおける社会的多元性（あるいは、アメリカ表現の自由論の「後景」）を視野に入れて、給付あるいは国家助成の問題を捉え直している。すなわち、表現行為と国家の関わりを検討するにあたっては、従来のように、国家権力の濫用可能性と人権の意義を対置するような単純な図式で議論することだけでは十分ではなく、第1に、その国における「国家による自由」のあり方に関する判例法に依拠しつつ（アメリカにおいては、「国家からの自由」の原則が、「強く」観念されていることが注目される）、第2に、給付と規制を巡る国家作用の複雑さを踏まえて、国家の領域を規範的に定めていく必要があることが明らかにされている。

（論文の評価）

政府言論に関する従来の憲法学説は、表現領域への国家関与のあり方には、国家自身が表現の直接的・間接的担い手となる局面があるとし、この局面に係る問題を「政府言論」というトピックとして語ってきた。一般的に政府による言論活動への関与の類型には、①政府が私人の言論活動を規制する場合、②政府自身が表現主体となる場合、③政府が私人の言論活動を助成する場合、があるといえることができるが、このうち、伝統的な憲法学の表現の自由論の関心対象はもっぱら①に集中してきた。②は、民主的自己統治システムのもとでは当然想定されていることであるだけでなく、そもそも政府に表現の自由の保障がないことから、憲法問題として意識されることはなかったが、近時、政府言論を問題とする論者が、政府の圧倒的な潜勢力が情報市場をゆがめるおそれがあり、それに対して一定の憲法的規律が必要になると指摘するようになった。そして、③についても、従来は自由を強制的に制約するものではないことから政策問題とされてきたが、政府言論の観点から、公的助成を通じて自由の「操作」が行われる危険性が指摘されるようになってきたのである。

本論文は、このような政府言論の問題に関する議論を周到に再整理した上で更に検討を進め、従来の政府言論に関する学説が専ら③の言論助成や給付の問題に注目してきたのは、

見えにくい国家関与を顕在化させ、憲法問題化するツールとして非常に有用だからであるが、そのようなアプローチには、大きな限界があると指摘する。すなわち、給付行為だけを見ていたのではその合憲性の判定が困難だからである。

このように政府の行為の合憲性を検討する前提として規制権力と給付権力を相互に連携したものとしてとらえるのは従来の憲法学では十分に認識されてこなかった視点であり、本論文の大きな貢献といえることができる。給付行為あるいは「国家による自由」の合憲性を判定するにあたって、その前提として「国家からの自由」がどの程度、どのように保障されているかを踏まえ、その保障のベースラインを明らかにすることが不可欠だという指摘は貴重である。これは、「国家による自由」の合憲性を適切に判断するためには、その前提としての「国家からの自由」の保障を確立しなければならないという提言にもつながっており、我が国の表現の自由論にとっても大きな意味を持つといえることができる。

さらに、本論文には、以下の点で潜在的な可能性も認めることができる。すなわち、上記のようにこれまでの憲法学説は、表現に対する規制と助成とを質的に別なものと捉え、それぞれ別な理論でその合憲性を判断しようとする傾向があった。しかし、本論文の規制と助成（給付）を連携させる視点は、国家が表現行為に対して関わりを持つ行為（規制も給付も含めて）の合憲性を、「思想の自由市場への影響力の程度」といった一つの観点から考察する新しい視点を提供する可能性を秘めている。すなわち、これまでの学説は、規制と給付とを質的に別のベクトルととらえ、それぞれ別の違憲審査基準で判断してきたが、本論文は、ベクトルの方向にかかわらず、そのベクトルが有する思想の自由市場への影響力の程度、すなわち、ベクトルの長さによってその合憲性を判断する新たな視点を提供する基礎を確立したとみることができよう。

このことは、これまでの憲法学説が、表現の自由の分野において、規制の具体的状況ごとに異なる理論を用いて対応してきた、いわば、分断された表現の自由の各論に対し、表現の自由の各論を、「思想の自由市場に対する影響力の程度」といった一つの観点で、統一的にみる視点を提供する可能性を秘めており、わが国の表現の自由論を大きく変更する新たなパラダイムの基礎となり得る、重要な基礎的研究であると位置づけることも可能であるように思われる。

本論文は約40万字（200字詰め原稿用紙2000枚）というボリュームを持ち、関連するアメリカの学説及び判例を文字通り渉猟した労作である。また、本論文の骨子はすでに憲法学の全国学会の一つである憲法理論研究会において報告され、高い評価を受けて学会誌への掲載が決定されている。

他方、アメリカについては詳細に検討が行われているが、日本法への示唆が明確に示されていないこと、記述に繰り返しが多く、文章や用語法がいささか生硬であることなどの難点も指摘されるが、日本法への示唆については口述試験の中で一定の方向性が示されたこと、文章表現の問題については今後の改善に期待できることなどから、審査担当者全員一致で、課程博士の学位を授与するに十分値すると判断した。