慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	横大道聡君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.5 (2011. 5) ,p.191- 205
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110528-0191

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

二〇一一年二月二五日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員　Ph.D.　添谷　芳秀

副査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員　Ph.D.　山本　信人

副査　慶應義塾大学名誉教授　Ph.D.　薬師寺泰蔵

横大道聡君学位請求論文審査報告

一　はじめに

横大道聡君より提出された学位請求論文である「表現活動への公的助成と憲法――アメリカにおける表現の自由論の現代的展開――」は、序章、第一部、第二部、第三部、終章から構成されている。そこに収録されている論考は、横大道君が慶應義塾大学大学院法学研究科に入学して以来、一貫して研究対象として取り上げて追求してきた、表現活動への公的助成に対する憲法上の統制のあり方についての研究成果である。その多くは、博士課程在学中に『法学政治学論究』に発表したものであるが、その他にも、大学の教員として奉職後に所属大学（鹿児島大学）の紀要に発表した論文、学会誌に掲載した論文、表現の自由に関連する出版物に掲載された論文なども含まれている。しかしながら、本論文は決して単なる論文集ではなく、全体として首尾一貫した問題意識と構想のもとで再構成して執筆された単一の論文である。

現代国家は、助成金・補助金の分配などを通じて、経済

的自由のみならず精神的自由に対しても多大な影響を及ぼしており、表現の自由もその例外ではない。たとえば政府は、広報・公聴活動といった情報提供活動を通じて、政府自身が「発言者」となって「直接」に言論市場に参加したり、私人の行う表現活動への助成・援助を通じて、「間接」的にも言論市場に関与したりしている。

他方、近代立憲主義思想を反映した伝統的な表現の自由論は、言論市場を「規制」する政府を想定し、それに対抗させるための防御権として展開してきた。しかし、現実に言論市場に積極的に関与する現代国家を前に、そうした理解だけでは対処困難な問題が生じてきている。たとえば、伝統的な表現の自由論は、表現活動の規制を内容規制と内容中立的な規制とに分け、前者については厳格審査が必要であるとするが、助成・援助の場合、助成金が有限である以上、不可避的に内容や観点に基づいた判断が要求される場合がある。このように、規制ではなく、直接・間接に言論市場に参加・関与する現代国家に対して、果たしていかなる憲法上の統制が及ぼされるべきなのかが問われなければならない。

本論文は、この問題について、表現の自由の観点から、議論の蓄積と深化の見られるアメリカ憲法学を素材にして検討を試みたものである。

次に、その議論の詳細について見ていく。

二　本論文の構成

本論文「表現活動への公的助成と憲法――アメリカにおける表現の自由論の現代的展開――」の構成は、次のとおりである。

序章
　Ⅰ　問題の所在
　Ⅱ　助成の義務と権限
　Ⅲ　なぜ「表現の自由」か
　Ⅳ　本論文の構成
第一部　アメリカ連邦最高裁における判例の展開
　第一章　「違憲な条件の法理」の成立と展開
　　Ⅰ　「特権論」と「違憲な条件の法理」の誕生
　　Ⅱ　違憲な条件の法理の展開
　　Ⅲ　小括
　第二章　Rust 判決のインパクト
　　Ⅰ　Rust 判決の概要
　　Ⅱ　Rust 判決の論理とインパクト
　　Ⅲ　小括

第三章　違憲な条件の法理の意義と問題点
Ⅰ　違憲な条件の法理の意味
Ⅱ　違憲な条件の法理の問題点
Ⅲ　違憲な条件の法理の評価
第四章　公的言論助成と表現の自由
Ⅰ　助成目的二分論
Ⅱ　助成目的二分論の展開
Ⅲ　小括
第二部　公的言論助成に対する憲法上の統制の可能性
第五章　「現代」パブリック・フォーラム法理の成立
Ⅰ　パブリック・フォーラム法理の起源
Ⅱ　パブリック・フォーラム法理の展開
Ⅲ　「現代」パブリック・フォーラム法理の成立
Ⅳ　小括
第六章　パブリック・フォーラム法理による公的言論助成の統制可能性
Ⅰ　助成とパブリック・フォーラム
Ⅱ　パブリック・フォーラム法理を類推適用することの意味
Ⅲ　助成目的二分論の問題点
Ⅳ　小括
第七章　公的言論助成と「公共討論」
Ⅰ　公共討論の歪みの是正
Ⅱ　中立性の領域の確保
Ⅲ　憲法の領域と文脈的アプローチ
Ⅳ　検討
Ⅴ　小括
第八章　公的言論助成と「文化制度」
Ⅰ　文化助成のリベラルな正当化
Ⅱ　文化制度への着目
Ⅲ　文化制度・公共討論・専門職
Ⅳ　小括
第三部　政府言論
——言論市場における発言者としての政府
第九章　政府言論の法理
Ⅰ　「政府言論の法理」の展開
Ⅱ　小括
第一〇章　「政府言論」該当性の判断枠組み
Ⅰ　連邦高裁判決の判断枠組み
Ⅱ　Johanns 連邦最高裁判決の判断枠組み
Ⅲ　小括
第一一章　政府言論の統制
Ⅰ　政府言論に対する統制
Ⅱ　民主的な政治過程
Ⅲ　政府言論該当性の構造転換
——表現の受け手への着目

Ⅳ　政府言論に課されるその他の制約
Ⅴ　小括
第一二章　表現しない自由と表現の「帰属」
Ⅰ　思想の自由と表現の自由
Ⅱ　表現の帰属
Ⅲ　小括
終章
Ⅰ　連邦最高裁判決の展開
Ⅱ　公的言論助成の統制
Ⅲ　日本の憲法学への示唆と今後の検討課題

三　本論文の概要

本論文の概要は次の通りである。

筆者は、表現の自由の観点から、表現活動への助成・援助の問題を考えるに当たっては、まず、①国家はそうした助成活動を行うことが憲法上可能なのか、②国家が表現活動への助成を行うことが憲法上可能であるとしたとき、そこで何が憲法上の問題となるのか、③仮に憲法上の問題が存在しているとしたとき、なぜこの問題を表現の自由の問題として考察するのか、の三点を明らかにする必要があるという。そして、序章では、本論文の問題意識が、この三点の検討を通じて明らかにされている。

①については、表現活動への助成の「権限」と「義務」に分けて考察がなされている。まず、助成の「権限」について、本論文は、依って立つ政治哲学によりその解答が異なるとしながらも、国家の中立性を標榜する日本の憲法学において有力な立場であるリベラリズムの立場からも文化助成を正当化することが可能であるということを、ロナルド・ドゥウォーキンらの議論を参考にしながら論証している。他方、「義務」については、アメリカの場合、デュープロセス条項は政府に対し、生命、自由、財産が公権力以外から脅威にさらされている場合にまでそれを保護する積極的義務を課すものではないとした一九八九年の Deshaney 判決などを踏まえると、表現活動への助成義務を導き出すのは困難であるとする。日本の場合、憲法二五条に読み取れるとする「文化的生存権」からそうした義務を導き出そうとする見解もあるが、生存権に関する訴訟において裁判所が広範な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」の水準を維持するために表現の自由の行使に対する援助や助成が義務付けられるという要請までをも条項に期待するのはあまりにも過剰な期待ではないか、とする。そして、日本国憲法の解釈上は、義務までは導き出すことはできないとして、「権限はあるが義務はな

い」と結論付けている。

②について、法と文化は不可避的に関係するのであり、憲法学もまた「文化」と無縁ではいられないとして、近年実際に問題となった事案や統治手法の変化を引き合いに出しつつ、現代においては、政府が有する最も強力な力は希少な資源へのアクセスを制限する権力に存する、という現状認識が示されている。

③については、表現の自由以外に対する憲法上の統制の可能性の検討を通じて、表現の自由の観点から表現活動への助成の問題を考えることの意義を明らかにしようと試みられている。まず、支出権限からの統制の可能性が検討されているが、アメリカの場合、連邦憲法第一篇八節一項で連邦議会の支出権限が規定されているが、現在の連邦最高裁の判例の立場を前提とする限り、表現活動への助成を統制する規範としての機能は期待できないとする。日本の場合は、憲法八九条による統制が考えられるが、筆者は、帝国議会での審議や金森徳次郎の議論を引き合いに出しつつ、憲法八九条のいう「慈善、教育若しくは博愛の事業」のなかに、学術振興や芸術助成といったような文化助成は含まれないとし、八九条による統制は期待できないと結論付けている。次に筆者は、憲法一四条の平等条項による統制を検討しているが、憲法が保障する平等条項と個々の人権規定との間には一般法と特別法ともいうべき関係が成立しており、表現が関わる問題の場合には、原則として特別法たる表現の自由の問題となるとする。

以上の検討を踏まえて、筆者は、ある表現活動を行わないことを条件づけたり、表現内容を理由に助成を拒否したり、特定の内容のみに助成するといった政府の行為は、表現の自由の観点から考察を要する問題であるとしている。本論文では、この序章にかなりの紙幅を割かれており、検討すべき議論の足場を固めようとする筆者の姿勢が見て取れる。

四つの章から構成される第一部では、アメリカ連邦最高裁における判例の展開が、一九世紀後半から現在に至るまで、通史的に示されている。

まず第一章では、比較的近年まで、国家による表現活動への助成という問題に対して連邦最高裁が用いてきた「違憲な条件の法理」について、その盛衰の過程とその背景の分析がなされている。違憲な条件の法理とは、「たとえ政府が援助を完全に行わなくともよい場合においても、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」とする法理である。この法理は、助成や給付を受ける地位というものは「権利」ではなく「特権」であって、助成や給付を拒否したとしても「権利」の侵害にはならないとする、いわゆる「特権論」を否定する論理として二〇世紀前半に登場した法理である。それは、とりわけウォーレン・コート期において、ブレナン判事により活用された。問題は何が「違憲な条件」になるのかであるが、本論文は、判例の分析を通じて、課される条件が憲法上の権利の行使を「抑止」、あるいは憲法上の権利の行使を理由に「処罰」するものであるといいうるような「強制的効果」を有する場合に、当該条件を「違憲な条件」と評価していたと整理する。しかし、バーガー・コート、レーンキスト・コートと時代が進むにつれ、自分自身の資源を用いて権利を行使することが可能であれば、「強制的効果」を有さないとする理解が強くなってきたという。筆者は、このように「強制的効果」を実質的にみるか、形式的にみるかにより、結論が変化してきたのが違憲な条件の法理であると指摘している。

第二章では、違憲な条件の法理にとって極めて重要な、一九九一年に下されたRust判決が検討されている。Rust判決は、中絶に関する情報提供を行わないという条件を受け入れた場合にのみ、家族計画を促進する医院は連邦助成金を受領できるとした規則を合憲とした事例である。法廷意見は、違憲な条件の法理が適用されるのは、課される条件が、助成プログラムの範囲を超え、助成受領者自身の資源や時間を用いて憲法上の権利を行使する場合にもその制約が及ぶような場合にのみであるとした。この理解は、筆者が前章で分析した従来の違憲な条件の法理の理解とは異なる見解であり、適用されるケースも極めて限られることになる。筆者は、Rust判決により、この違憲な条件の法理ではカバーされない、助成プログラムの「範囲内」における政府の裁量をいかにして制限していくかという問題に直面することとなった、としている。

第三章では、このような変遷を遂げてきた違憲な条件の法理の意義と課題が検討されている。筆者は、助成や援助に課された条件を憲法上の権利侵害として構成するための論理として違憲な条件の法理が果たした意義を高く評価しているが、いかなる場合に課された条件が「違憲」となるかについての基準がはっきりしないこと、同法理は、助成受領者の自律に着目するが、表現の自由のもう一つの側面である「自己統治」に目が向けられていないため、選択的・差別的な助成により公共討論が歪められるという懸念

に十分対処できないものであった、と結論付けている。そして、公的言論助成の問題を考察するにあたっては、個人的価値に還元されない、社会的価値を視野に入れた検討が必要性だと強調している。

第四章では、Rust判決以降の連邦最高裁の立場が分析されている。本論文は、一九九五年のRosenbeger判決により、筆者が「助成目的二分論」と呼ぶアプローチが確立しつつある、という。「助成目的二分論」とは、①発言者としての政府が助成を行う場合と、②私人の言論を促進させることを目的に助成を行う場合とに区別し、前者については修正一条の統制を受けない「政府言論」であるとし、後者についてはパブリック・フォーラム法理により統制されるとするアプローチである。そして、近年、この枠組みには収まりきらない判決も出されてきているものの、基本的には助成目的二分論に沿って最高裁判決は展開してきているという現状認識が、判例の検討を通じて示されている。

筆者は、第一部の検討を通じて、国家による言論活動への助成の問題に対する現在の連邦最高裁のアプローチの三つの特徴を明らかにしている。つまり、①政府の助成目的（意図）に応じた審査方法の差配、②「私人の表現活動を促進させるための助成」の場合には原則的にパブリック・フォーラム論による統制が及ぶこと、③「政府自身の表現を行うための助成」である政府言論の場合には修正一条の統制から解放されること、の三つである。そして本論文では、この三つの特徴について、さらなる検討が行われる。

四つの章から構成される第二部は、上述した特徴のうち、②と①の検討に充てられている。

まず、第五章では、②「私人の表現活動を促進させるための助成」の場合に適用されるパブリック・フォーラム法理の内実を明らかにするために、パブリック・フォーラム法理の生成と展開が詳細に検討されている。パブリック・フォーラム法理とは、前述した「特権論」により公有地を利用して表現活動を行う個人の権利を否定してきた従来の理論を覆すために用意された法理であり、一九三九年のHague判決をその起源とするものである。筆者の整理によると、パブリック・フォーラム法理は、その展開のなかで、場所の果たすべき通常の機能と基本的に両立する限り表現活動を保障していこうとするアプローチと、伝統的に表現活動のために開かれていた場所を除き、表現活動のために開放したという事実がない限り、表現活動の場所として認めないというアプローチが見られたが、一九八二年の

Perry Education Association 判決により確立した「現代」パブリック・フォーラム法理は、後者を基礎にして構築されたものであるという。

第六章は、第五章で明らかにされたパブリック・フォーラム法理を表現活動への助成の文脈において適用することが有する意味についての分析に充てられている。そして、筆者は、公的言論助成の文脈で連邦最高裁が「パブリック・フォーラム法理を類推適用する」というとき、そこで想定されているパブリック・フォーラム法理は、「現代」パブリック・フォーラム法理とは異なっているからではないかと指摘する。筆者は、二〇〇一年の Velazquez 判決など、表現活動への助成の文脈で類推適用されたパブリック・フォーラム法理を子細に分析すれば、そこには、公有地における表現活動はその場所の果たすべき通常の機能と両立する限り基本的に保護されるべきであるとする、「現代」パブリック・フォーラム法理の確立によって消えたと思われたもう一つのパブリック・フォーラム理解が存しているのではないかと論じる。そして、そのようなパブリック・フォーラム理解の方向に、表現活動への助成という問題への妥当な対処法が存しているのではないかと結論付けている。

また、本章では、意図基準により審査基準の差配をしていこうとする①「助成目的二分論」について、パブリック・フォーラム法理の検討で得られた知見を参考にした検討がなされている。そもそも政府は、私人の言論を促進するための公的言論助成プログラムを設立する義務を当然に負っているわけではないことを前提にした場合、政府にはそうした言論助成プログラムを維持し続ける義務はないから、助成プログラムへのアクセスの条件として観点に基づく基準を設定したとき、そうすることによって政府は、「私人の言論を促進させるための助成プログラム」を廃止し、「政府自身のメッセージを伝達するための助成」を新たに設立したのだともいいうる。そうすると、結局のところ、公的言論助成がすべて③「政治自身の表現を行うための助成」となってしまいかねない。このように意図基準を批判し、ここでも助成を受ける場が果たす機能に着目することが必要になるとしている。

第七章と第八章では、公的言論助成問題に対するアメリカの学説の整理と考察が行われている。第七章は、諸学説のうち、「公共討論」に着目して展開される学説の検討に充てられている。オーウェン・フィス、デビッド・コール、ロバート・ポストらの学説を整理・紹介したうえで筆者は、

これらの学説は、表現の自由が有する自己統治の価値に着目して、公共討論を損なわせるような仕方での助成は修正一条に違反する……とするものであるが、「あるべき公共討論像」を措定したうえで助成の是非を考えようとすると、それ自体が公共討論を損なわせる恐れがあるため、むしろ「あるべきでない公共討論像」を設定し、それへの介入を排除するという、いわゆるネガティブ・アプローチを採用すべきであると論じている。

第八章では、「文化制度」の自律という観点から展開される学説の整理と検討が加えられている。筆者は、ロナルド・ドゥウォーキンが論じるように、表現活動への助成を考える場合には助成が文化に対していかなる効果を有するかを検討する必要があり、フレデリック・シャウアーやリー・ボリンジャーが論じる「文化制度」の自律に着目する議論は、そのための作業として位置づけることができるとする。そのうえで、文化制度やその担い手の自律を守るのは、公共討論が恣意的な公的助成により損なわれないために必要であるからだと構成することで、七章で検討した公共討論に着目する学説と、本章で検討した「文化制度」に着目する学説とを調和的に理解可能だと指摘されている。そして、公共討論によって枠づけられた範囲での文化的自律を保障するというアプローチを採用することで、一方では国家の、他方では文化制度の担い手たる専門職の専制に対する安全弁として、表現の自由が機能しうるとする統制のあり方が展望されている。

四つの章から構成される第三部では、「政府自身の表現を行うための助成」である政府言論の検討がなされている。

第九章では、連邦最高裁の判例における言及を手がかりにして、「政府言論の法理」の内実が明らかにされている。日本でも近年、「政府言論」の議論が紹介されているが、その場合、政府言論という語を、「言論市場に、規制的手法でなく、直接発言者としてまたは助成といった間接的な手法を用いて参入してくる現象一般」を指す言葉として用いられる傾向がある。しかし、本論文によると、政府言論という語の母国であるアメリカの連邦最高裁では、単なる現象を表す言葉ではなく、政府言論の是非は裁判所ではなく民主的政治過程のなかで是正がなされるべきであるという理解を前提に、「修正一条が要請する観点中立の例外」を意味する「法理」として用いられているという。そのような用法に従って「政府言論」を理解した場合、検討を要するのは、修正一条の適用を受けないという極めて重大な

帰結をもたらす「政府言論」に該当する政府の行為とは何か、である。

第一〇章において筆者は、この点についての検討を行っている。そこで筆者は、連邦最高裁と比べて比較的判例の蓄積が見られる連邦高裁にまで視野を広げ、判例法理を明らかにしようと試みている。筆者によると、いかなる政府の行為が「政府言論」に該当するかにつき、連邦高裁レベルでは、①表現の目的、②表現内容に関する編集権の所在、③実際の発言者、④表現内容に対する最終的責任の所在……から考慮するという、いわゆる「四要素テスト」により判定してきた。しかし、二〇〇五年の Johanns 連邦最高裁判決は、（一）なされた表現が連邦法により根拠づけられたもので、（二）その内容に対して政府の包括的な支配が及ぶものであり、（三）最終的には当該プログラムの改廃も可能であるという点で議会が監督権限を有する場合に、「政府言論」に該当すると判断した。これは、とりわけ四要素テストのうちの②と④を重視した立場であり、四要素テストに比べると、「政府言論」該当性がより認められ易くなったということができる。しかし、二〇〇九年の Summum 連邦最高裁判決では、受け手である聴衆が当該表現を政府言論と認識するか否かという観点から、「政府言論」該当性を判断する……というアプローチが採られたという。このように、本章では、判例上いくつかのアプローチが検討され、現段階においては立場が定まっていないということが明らかにされている。

第一一章では、規範的観点から、「政府言論」該当性の判断基準と、政府言論に対する憲法上の制約のあり方について、検討がなされている。筆者は、統治のための不可欠性と民主過程を通じた不断の見直しの可能性が、政府言論を修正一条による統制から免除することを正当化する論拠であるとすれば、被治者が政府言論を適切に評価可能でなければならないことが導き出されるはずだとして、政府言論には、政府が発言者であるということを明らかにしなければならないという「発言主体の明確性の要請」が憲法上の要請として導き出される、とする。そして、この要請は、Summum 判決が示した、政府言論の受け手である聴衆が当該表現を政府言論として認識するか否かによって「政府言論」該当性を判断する手法と軌を一にするものである、とする。さらに筆者は、このアプローチは、第二部において検討した、公的言論助成を憲法的に統制する議論とも親和性を有していると指摘している。

さらに、「発言主体の明確性の要請」以外にも、①政府

言論の「方法」に対する制約として、①表現の自由のコロラリーとして保障される「表現しない自由」を通じた統制、②政府言論の「対象」に対する制約として、囚われの聴衆に向けられた場合の特別の配慮の必要性、③政府言論の「内容」に対する制約として、宗教的政府言論の禁止と高度に党派的な政府言論の禁止の可能性などが想定できるとして、それぞれについて論じられている。

第一二章では、表現の自由のコロラリーとして導き出される「表現しない自由」による政府言論統制の可能性が、より詳細に検討されている。連邦最高裁の判例を整理したうえで、筆者は、政府言論のメッセンジャーとして徴用された個人の意に反して、当該個人がその表現を受け入れていると聴衆が受け取る場合に、「表現しない自由」の侵害が生じるという理解があると、結論付けている。その意味において、政府言論は、観点中立の要請から解放されるとしても、修正一条の統制からまったく免除されるわけではない、と指摘されている。

終章では、以上に展開された議論が再度まとめられているとともに、本論文の意義と課題について言及されている。

四　本論文の評価

以上、本論文の構成と各章の概要について見てきた。このことを踏まえ、以下では、本論文の意義と問題点について述べる。

本論文の意義としては、まず何よりも表現活動に対する国家による助成に対する憲法上の統制という問題を、総合的に論じ切った点が指摘されなければならない。たとえば、「特権論」に対する対抗法理として成立した「違憲な条件の法理」と「パブリック・フォーラムの法理」は、同じ問題意識から出発したもので、パブリック・フォーラムの法理が物理的意味での「場所」に着目した統制を志向したのに対し、違憲な条件の法理は、条件が「個人の自律」に与えるインパクトに着目した統制を志向したものであると整理した。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に、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、という本論文の指摘にも見られるように、筆者は、これまで個別に論じられてきたきらいのある「特権論」、「違憲な条件の法理」、「パブリック・フォーラムの法理」、「政府言論の法理」を、一貫した視点のもと、アメリカの判例・学説を手がかりに丁寧に追うことで、それらの相互関係を体系的に明らかにしている。この点で

本論文は高く評価することができる。

また、本論文が、比較対象国の判例や学説の紹介にとどまるものでなく、日本の問題構造とアメリカの問題構造との違いを踏まえたうえで、どのようにしてわが国にその知見を導入するかについても十分な検討を加えている点も評価できる。たとえば、表現活動への助成に対する憲法的統制に関して、アメリカで有力な立場の一つである「文化制度」の自律性を強調する議論に対し、筆者は、文化制度を担う専門職の自律を強調するアメリカの議論が想定しているのは、専門職の自律的判断過程への国家の介入を専門職の自律の侵害として構成することで対処しようとするものであるが、日本の問題状況は、天皇コラージュ事件や、船橋市立図書館蔵書廃棄事件などに典型的に表れているように、助成対象を決定する専門職が行った恣意的な判断により、発言者の表現活動が実質的に妨げられる事例であると指摘する。そして、日本では専門職の自律を強調することが恣意的な助成を正当化する機能を果たすことになってしまいかねないことに留意が必要だとして、政府の助成権限に対する憲法的統制のみならず、表現者との関係で、専門家の判断や裁量の余地を縮減させるための議論もまた必要となるとし、自らの見解を展開している。このように、筆者は、アメリカの議論を単に紹介するにとどまらず、日本の状況を十分に踏まえて、明快かつ説得的に問題への対処について論じている。この点は、従来の憲法学の分野において、比較研究をする際に、比較対象国の判例や学説を紹介するにとどまることが多かったことを踏まえると、評価に値しよう。

第三に、本論文には、日本の憲法学、とりわけ表現の自由論に対する寄与が少なからず見られる点である。日本の憲法学では、言論市場に規制ではなく助成・援助といった手法で介入してくる現象一般を政府言論の問題と捉える傾向があったため、「公的言論助成」との違いが見えにくかった。しかし、パブリック・フォーラムの法理により規律されるべき「公的言論助成」と、修正一条の統制を原則として受けない「政府言論」とを区別するという、本論文がアメリカ憲法学を参考に提示した検討枠組みは、この問題を精緻に理解し検討していくために極めて有意義であると思われる。また、日本の憲法学における「政府言論」の理解とアメリカ連邦最高裁における「政府言論」の理解の乖離についての指摘も、人口に膾炙されている「政府言論」の理解への反省を迫る重要な指摘となっている。これらの指摘は、アメリカの連邦最高裁判決の子細かつ丹念な検討

に裏付けられたものであるため説得力もあり、その意義を高く評価することができる。

また、日本においては、学説上、表現の自由に対する規制を表現内容規制と表現内容中立規制を区別し、それぞれに異なった審査基準を適用していこうとするアプローチが一般的であるが、本論文は、この二分論に再考を迫るものであるという点も指摘しておきたい。アメリカではすでにこの二分論の不十分さが認識され、現在では、「表現内容中立規制／表現内容規制／表現の観点に基づく規制」の三分類が導入されているが、本論文では、その背景の一端が示されている。つまり、内容規制は許されないというだけでは済まされない、パブリック・フォーラムや公的言論助成の問題が生じてきたことを背景に、観点に基づく差別という新たなカテゴリを用意する必要性が生じたという、同国の事情である。さらに、本論文が検討を加えた「政府言論」は、観点差別すらも容認される特別な領域であったが、この法理は、内容のみならず観点に基づく規制すらも認められる領域を創出することで、「表現内容中立規制／表現内容規制／表現の観点に基づく規制」という判断枠組みを機械的に適用することにより生じる不都合を回避しようとした連邦最高裁の試みであったと見ることが可能である。

こうした観点から本論文を見た場合、本論文は、アメリカにおける表現の自由論の展開が、「表現内容規制／表現内容中立規制」という単純な区別では済まされないほど複雑化しているということを具体的な検討を通じて明らかにしたものであり、表現の自由の問題領域のなかの「助成」という特殊領域の問題にとどまらない、一般論にまで影響を及ぼしうる重要な示唆を与えるものとなっているといえよう。本論文に「アメリカにおける表現の自由論の現代的展開」というサブタイトルが付けられたのは、その意味で適切である。

このように、本論文は、今日その検討が強く要請されている表現の自由の現代的問題について、高い水準でまとめあげ、日本の憲法学に対する示唆も少なくないものであり、筆者の学問的能力の高さを示すものである。ただし、本論文については、少なくとも次の三つの問題点ないし課題を指摘することができる。

まず第一に、本論文では、「特権論」から「違憲な条件の法理」、「違憲な条件の法理」から「助成目的二分論」へという歴史の「縦軸」の変遷が明らかにされており、上述の通り、この点は高く評価できるが、その変化が生じた背景の分析、つまり、歴史の「横軸」の分析が若干不足して

いることは否めない。たとえば、違憲な条件の法理について、本論文は、ブレナン判事が「強制的効果」に着目して同法理を適用してきたと論じているが、なぜブレナン判事がそのように理解していたのであろうか。その背景にはおそらくマッカーシズムの影響があったと推察されるが、その点についての説明が不足している。その他にも、本論文が重要視する一九九一年の Rust 判決など、「なぜその時期にそうした判断が下されたのか」という点が気になる箇所が散見される。背景的事情にまで踏み込んだ論述が不足している点は惜しまれる。

第二に、公的言論助成に対する筆者のアプローチは、要するに、表現の自由の客観的価値である「公共討論」に仕える限りにおいて、助成を受領する文化制度等の自律性を認めていこうというものである。この論理には、公的言論助成における過剰な国家介入を統制する論理としての機能が期待される一方で、専門職の専制を統制する論理としての機能をも期待できるとされている。しかし、このアプローチを具体的な問題に適用しようとする場合、何が「公共討論」に仕えるのか、自律性を認めるとは何を意味するのかといった点が明らかにされていないため、基準としては不明確であることは否めない。問題の考え方の方向性を明らかにした点は評価できるが、今後は、具体的問題に則して、より詳細な検討を加えていくことで筆者の提示するアプローチの内実と有用性を論証していくことが課題となろう。

第三に、本論文が提示するアプローチは、もっぱら表現の自由の有する社会的価値に着目したものであるが、この側面を強調しすぎているきらいがあるように思われる。この点については筆者も自認しているが、個々人の権利利益ではなく公共討論の価値を強調する筆者の立論は、個人の自律に着目する論者からの批判が当然予想されるであろう。筆者は、Rust 判決での違憲な条件の理解による限り、当該法理が公的言論助成を適切に統制する法理として期待できないとするが、必ずしも Rust 判決のように同法理を理解しなければならない必然性はないはずである。いうまでもなく、表現の自由は、個人的価値と社会的価値により複合的に根拠づけられた権利であり、このことを踏まえるのならば、個人の「自律」からのアプローチを簡単に退けるのではなく、その可能性もより慎重に追求していくことが必要となろう。

五　結論

以上のような問題点が残るにせよ、それらは今後の課題といえるものであって、本論文の有する価値をいささかも損なわせるものでない。本論文が高い水準で体系的にまとめあげた表現活動への助成に対する憲法的統制についての本格的な研究は、とりわけ近年つとに指摘される統治手法の巧妙化という現実を踏まえると、極めて有意義かつ実践的意味を有するものであるといえよう。

よって審査委員一同は一致して、本論文を博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしい業績であるとの結論に至ったことを、ここに報告する。

二〇一一年二月二五日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員　法学博士　小林　節

副査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員　法学博士　大沢　秀介

副査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員　博士（法学）　駒村　圭吾