

# 表現の自由理論における 「言論者としての政府」というメタファー —— “government speech” をめぐる言説への懸念 ——

城 野 一 憲

- 1 原理論の深化と反作用の懸念
- 2 「言論者としての政府」というメタファー
  - (1) government speech 法理
    - i リーディング・ケースとその周辺
    - ii 「言論助成者としての政府」と「言論者としての政府」
    - iii 法理の適用の射程
  - (2) メタファーの発見と同定の文脈
- 3 統制原理の模索
  - (1) “government speech” を制約する権利？
    - i “government speech” の要件
    - ii 説明責任
    - iii 自己統治の問題としての “government speech”
  - (2) “government speech” の権利？
    - i 政府の表現の自由？
    - ii 文化専門職論
- 4 人権理論への示唆

## 1 原理論の深化と反作用の懸念

本稿における主要な問いは、以下のようなものである。はたして、表現の自由理論の中に、「言論者としての政府」というメタファーを積極的に受け入れることは、適切であるのか。また、それはどのような帰結に至るのか。

憲法上保障されている表現の自由をめぐるのは、絶えざる議論がなされてきている。憲法21条2項の検閲条項や人権の制約原理として用いられがちな憲法12条、13条の公共の福祉条項の解釈をめぐる定義論、表現の自由の制約形態の類型化と対応する司法審査の基準の適用をめぐる審査基準論、そして、表現の自由はなぜ保障されるのか、なぜ優越的な地位を持っているのか(あるいは、持つべきなのか)という問題への回答を求める原理論の試みが絡み合うことで、複雑で豊かな表現の自由理論が現在の日本憲法学には用意されていると言ってよいだろう。

伝統的な表現の自由理論は、自由な表現活動の制約の典型的な発現を、検閲・事前抑制や、表現物の公表販売に対する刑事的な制裁、名誉毀損表現への民事的な賠償責任の執行に見出す。そういった国家の振る舞いから私的主体の自由な表現活動を保護するための規範として、表現の自由は構成される。そして、それに加えて、いまや、国家による助成や給付に関連しても自由な表現活動の制約が行われることが、原理論の深化に伴って認識されてきている。国家による助成や給付なしには実現されえないような表現活動について、憲法による表現の自由の保障は何かを述べることができるのか。こういった観点からの分析もまた、近時の表現の自由理論を豊かにしている試みの一つである。表現の自由の積極的な意味、自由と給付、という風に説明されるこれらの議論を、本稿では便宜的に、「自由と給付」の議論と呼ぶ<sup>(2)</sup>。

「自由と給付」の議論は、伝統的な表現の自由理論が想定してきた「検閲者としての政府【government as censor】」と区別されうる、表現活動に助成をする「言論助成者としての政府」とも言うべき政府を想定している。さらに、これらの議論の中では、「言論者としての政府【government as speaker】」を主題化する「政府言論(以下、“government speech”と言う)」の概念に言及されることもある<sup>(3)</sup>。しばし考えてみれば、この“government speech”の概念は、伝統的な表現の自由理論からはもちろん、「自由と給

付」の議論からも一定の距離があるということが把握されるだろう。私的主体の表現活動の政府による干渉からの保障という基本線をあくまで維持する「自由と給付」の議論に比べて、「言論者としての政府」の振る舞い、つまり、政府自身による表現活動を表現の自由理論の中に組み込もうとする“government speech”の概念には、違和感や、ある種の不可解ささえ伴っているように思われる。

表現の自由理論の中の“government speech”の概念の比較法的な淵源がアメリカ憲法学の表現の自由理論の中にあることはよく知られている<sup>(4)</sup>。後述するように、アメリカ憲法学においては、“government speech”の概念は、判例や学説上確固たる位置を占めつつある。そして、日本憲法学においても、“government speech”の概念は、普及している憲法学の解説書や体系書の中にも顔を出している<sup>(5)</sup>。「言論者としての政府」を、表現の自由理論の中に受容し、“government speech”の概念について規範的な観点から検討を行うことは、特に原理論の試みと結びついて、一定の意義があるという評価がされていると言ってよいだろう<sup>(6)</sup>。

本稿が問おうとするのは、その意義の具体的な内容である。表現の自由理論の中に「言論者としての政府」というメタファーを積極的に位置付けるといふことには、どういった意義があるのだろうか。

法学上、ある概念や観念を設定し、広範な問題に見取り図を与えることには、ある種の反作用が伴うということも知られている。そして、見取り図を与えられる問題が広範であればある程、設定される概念や観念が抽象的で観念的であればある程、反作用の危険も増す。例えば、「制度」をめぐる石川健治によって提起されてきている、「制度」概念の剣呑さ（危険さと曖昧さ）への警告とその抑制的な使用の提案は、こういった抽象的概念の導入による反作用を指摘する典型的な言説とみなすことができる<sup>(7)</sup>。

翻って、“government speech”とされる（あるいは、されうる）政府の振る舞いや、それによって見取り図を与えられる（あるいは、与えられ

る) 憲法問題もまた、極めて広範である。拙い管見の範囲でも、“government speech” の概念を伴って論じられたことがある憲法問題は、国旗への忠誠の強要、パブリック・フォーラムの提供、家族計画への助成、性的な表現物の展示への助成、市民への情報提供、党派的な選挙運動への政府による資金提供、大学の学生活動への支援プログラム、強制徴収資金を通じた一般名称広告への支援の強制、公務員の職務に関連した言論活動の保障、議会の開会式典で行われる宗教的な祈禱などを挙げることができる。これらの多くの事例に“government speech” の概念を用いて見取り図を与えることを許容する人権理論は、いかなる含意を持ったものなのだろうか。

## 2 「言論者としての政府」というメタファー

政府自身が語るとか、政府自身がメッセージを送り出していると言ってみたと、受肉された存在ではない当の政府自身には、言葉を発するため声帯や口、ものを書き記すための手は備わっていない。政府自身が「語っている」というのは、政府の名のもとに、政府の意思とでも言うべきものを「<sup>(8)</sup>導管」となって伝達している個人が「語っている」ことを、政府自身によるメッセージの発信として擬制していることを意味する。つまり、「言論者としての政府」は、所詮はメタファーに過ぎない。

結論を先取りしてしまえば、このメタファーには、剣呑さ(曖昧さと危険さ)が伴っている。まずは、アメリカ連邦最高裁の government speech 法理の形成過程を分析することで、曖昧で危険な「言論者としての政府」というメタファーの性格をあきらかにすることを試みたい。<sup>(9)</sup>

### (1) government speech 法理

「21世紀における自由な言論」と題された論考において、ジェフリー・ストーンは、“government speech” の場面を、連邦憲法の修正1条の内容・観点差別の禁止原則の例外の一類型として説明している。<sup>(10)</sup>

ストーンが言うように、内容・観点差別の禁止原則は、20世紀後半以降の連邦最高裁の修正1条論を語る上では欠かせないものである。政府が観点や内容に中立的ではない差別を行っているときには、原則として厳格審査が適用されることは、既に確立した連邦最高裁の判例法理とな<sup>(11)</sup>ってきている。内容・観点差別の場面では、政府の側がやむにやまれぬ政府利益の立証をすることができなければ、憲法違反の判断が示される。実際には、内容・観点差別に該当すること自体が、違憲の判断に結び付くことが多く、その該当性の判断は、審査基準に先行する訴訟上重要なカテゴリカルな問題である。

端的に言えば、連邦最高裁の government speech 法理とは、厳格審査を適用されるべき類型の例外を構成し、自由な表現活動の政府による制約を正当化する機能を持った判例法理である。

確かに、観点や内容を必然的に伴う表現活動に従事する政府を「言論者としての政府」として把握し、その振る舞いを“government speech”として把握するときには、これに対して内容・観点について中立的であることを求めるのは不可能であり、また、不適切でもあるように思われる。「言論者としての政府」は、観点・内容に中立的である必要はない、という言明には、容易に否定することのできない説得力が伴<sup>(12)</sup>っている。しかし、この一般的な言明から引き出される具体的な憲法判断を分析していくとき、「言論者としての政府」というメタファーが容易なものではないということに我々は気が付くことができる。

#### i リーディング・ケースとその周辺

連邦最高裁における government speech 法理のリーディング・ケースとされるのは、1991年の *Rust* 判決<sup>(13)</sup>である。*Rust* 判決の法廷意見は、連邦からの資金助成を受けている医療機関の医師やスタッフが中絶を唱道するような活動に従事することを禁止する規則は、修正1条には違反しないと判断した。

なぜ、*Rust* 判決が government speech 法理のリーディング・ケースと

されるのか。*Rust* 判決の事例は、福祉事業に伴う連邦からの出資の条件の設定をめぐって提起されているという点で、「給付者としての政府」の問題<sup>(14)</sup>である。あるいは、問題とされた給付の条件は表現活動に関するものであるから、「言論助成者としての政府」を見出すことも可能かもしれない。もっとも、中心的な問題は、法廷意見も強調しているように、家族計画において人工妊娠中絶をどのように取り扱うかという福祉政策上のものである。そして、*Rust* 判決それ自体の中に「言論者としての政府」というメタファーを見出すのは容易ではない。それは、連邦政府からの出資を受けている特定の医療機関において、親中絶の家族計画を遮断することを通じて、相対的に反中絶の家族計画や情報の質と量を増加させる、という回りくどい説明によって初めて可能になる。法廷意見の中には、“government (al) speech” や “government (al) expression” という表現が存在しないことも重要である。*Rust* 判決だけを見ていく限りでは、この事例が “government speech” の事例であるという認識は容易ではない。

それでは、そのリーディング・ケース性を規定しているのは何か。

*Rust* 判決を government speech 法理のリーディング・ケースとして位置付ける点で重要な役割を果たしているのは、10年後の2001年に示された *Velazquez* 判決<sup>(16)</sup>である。*Velazquez* 判決の法廷意見は、連邦法に基づいて設置された LSC (法律サービス法人)<sup>(17)</sup>からの出資を受けるための条件として、現行の福祉制度の合法性を争う訴訟の代理人になることを禁止する連邦法の規定は、観点規制に該当すると判断した。そして、連邦法は厳格審査を適用され、違憲と判断された。

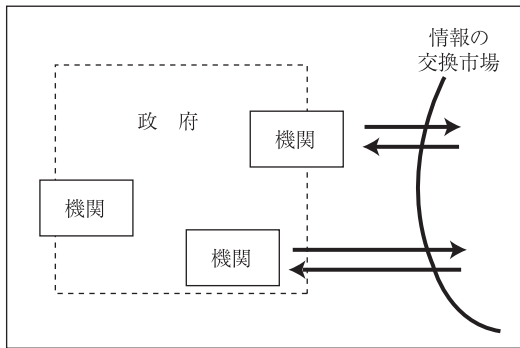
*Velazquez* 判決は、*Rust* 判決との共通点が多い。いずれも、連邦レベルでの福祉事業に関わる問題であり、連邦法に基づいた出資を伴う制度に関わる問題であり、助成の条件の中には政治的社会的な争点に関わるものが含まれている。しかし、後者において修正1条違反の訴えを退けた連邦最高裁は、前者においてはそうではなかった。この両者の区別の正当化に際して、

「言論者としての政府」というメタファーには、重要な位置付けが与えられている。

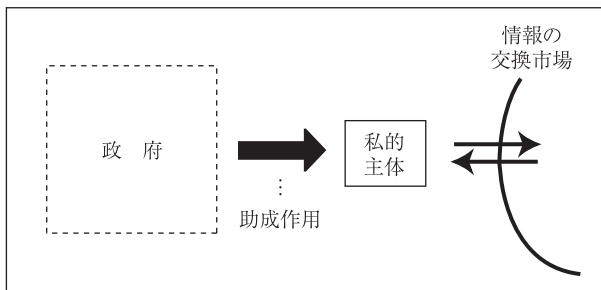
法廷意見を執筆したアンソニー・ケネディ判事は、「*Rust* 判決における法廷意見は、公衆健康事業法第10編の下での医師の相談業務が government speech に値するという理論的な説明に明示的によっているというわけではない。しかしながら、後の事例において、*Rust* 判決の判旨を解釈するとき、我々は *Rust* 判決をこの理解に基づいて説明してきている」と述べている<sup>(18)</sup>。そして、政府自らメッセージを発する “government speech” の場面とは異なり、*Velazquez* 判決は、私的主体のメッセージの多様性を促進するための出資に関わるものであるから、厳格審査の対象になることは免れないとされた<sup>(19)</sup>。

端的に言えば、*Velazquez* 判決と *Rust* 判決によって示されている government speech 法理は、「言論助成者としての政府」から「言論者としての政府」を析出し、後者に対してより緩やかな審査基準を適用することを宣言している。この点、想定されている “government speech” とは、政府の高官による記者会見、官公庁による白書の発行や、気象情報の提供といった、より直接的な政府による表現活動というよりは、私的主体を「導管」として用いた間接的な政府による表現活動である。そして、この間接的な政府による表現活動が、私的主体による表現活動への言論助成活動から区別されるという理論構成は、当初から意図されていたのではなく、事後的に析出されていったということが、ケネディ判事の言明からは伺える。

これらの事情からは、government speech 法理の背後に、1990年代以降に盛んになったアメリカ憲法学の表現の自由理論における公的言論助成論の存在があることも伺える。「言論助成者としての政府」から「言論者としての政府」を取り出すことを理解する上では、ロバート・メイプルソープの故展やアンドレ・セアノの作品展への NEA（連邦芸術基金）による助成をめぐって激しい議論がなされた NEA 事件<sup>(20)</sup>に関わった憲法研究者らの言明が重



直接的な government speech



間接的な government speech

要である。

*Rust* 判決の法廷意見を執筆したウィリアム・レーンキスト首席判事の理論構成によれば、政府は、給付や助成の条件について、それに表現活動に関わるものが含まれているときにでも、必ずしも内容や観点に中立的ではないような条件を設定することが許される。このような「給付の領域に対する司法の無関心」<sup>(21)</sup>に対応して、学説が盛んな議論を行ったことはよく知られている。<sup>(22)</sup>セアノや *Finley* 判決における原告の一人でもあるカレン・フィンレイは、NEA 議長の判断や連邦議会の法改正の去就にかかわらず、独自の表現活動に従事することができた。しかし、修正1条に基づいた表現の自由の保



障は、それにとどまるべきものなのだろうか。

例えば、オーウェン・フィスによれば、助成プログラムにおける審査という競争的プロセスにおいては、判断権を有する NEA の議長は、芸術的卓越性や品位だけではなく、助成が「公衆の知る権利」を豊かにするかどうかを検討しなければならず、それは修正 1 条の要請でもある。<sup>(24)</sup> また、リー・ボリンジャーは、文化的な表現活動にも修正 1 条上の「完全で独立した価値」を認めた上で、助成についての修正 1 条上の問題を、「制度」の自律とその権限の限界の問題として構成している。<sup>(25)</sup> ボリンジャーによれば、連邦最高裁の判決の中には、公的な助成の「制度」やプログラムに一定の自律を認めているものがあるとされ、それらの「文化制度」には、「公共の討論の質」を高めるために政府の統制からの一定の修正 1 条上の保障がなされるべきとされ<sup>(26)</sup>る。

こういった「言論助成者としての政府」に関する問題意識は、助成や給付の文脈で自由な表現活動を制約しようとする政府の振る舞いと修正 1 条との関係に注目する。したがってこれらは、表現の自由理論において伝統的に検討されてきた「検閲者としての政府」と、「言論助成者としての政府」という二つのメタファーをめぐり<sup>(27)</sup>議論である。

1990年代の「言論助成者としての政府」に関するアメリカ表現の自由理論の関心の高まりは、表現活動を助成する政府の振る舞いが司法の場において深刻な問題の一つとして考えられるようになったということも意味している。著書においてその検討に一節を設けたエリック・バレントは、「受給者が出資とは関係のない事柄についての自由な言論の権利を放棄するような出資の条件を政府が作ったときには、違憲の主張は認められるべき」であり、「これらの事例において、政府は、適当な理由なしに、政府との雇用あるいは金銭上の関係に入ってきた個人の自由な言論の権利を排除するためにその権限を用いている」と述べる<sup>(28)</sup>。しかし、「その一方で、政府は、その助成金が、政府自身が支援したくないと考えている活動の擁護のために受給者によ

って用いられないようにすることができる」のもあきらかである。<sup>(29)</sup>

こういった文脈の中でケネディ判事が採用したのが、政府が私的主体の表現活動を規制したり助成したりするのではなく、自己自身のメッセージを発しているときには、観点・内容差別の禁止原則は適用されないという government speech 法理<sup>(30)</sup>である。1990年代以降の government speech 法理の成立は、「言論者としての政府」というメタファーが、「検閲者としての政府」と「言論助成者としての政府」との錯綜の中に新たな視点を呼び込むためのものとして表現の自由理論の中に位置付けられたことを意味している。

#### ii 「言論助成者としての政府」と「言論者としての政府」

判決と学説の文脈の分析は、government speech 法理が、表現活動の助成の文脈での、政府の振る舞いの正当化理由の一つとして位置付けられているということをあきらかにしている。<sup>(31)</sup>この法理は、政府による言論助成活動と言論活動とを区別することが可能であるということを前提とした上で、その先行するカテゴリー的な分類に従って違憲審査の基準を適用するものである。もっとも、政府が言論活動に従事するということと、政府が言論助成活動に従事するということとの区別自体が、理論的にも実践的にも極めて微妙な価値判断や評価を伴った問題である。「言論者としての政府」はメタファーに過ぎず、“government speech”には、その「導管」となる個人が不可欠である。そうであるならば、両者は潜在的には常に隣り合う、重なり合った関係にあると言える。

*Rust* 判決の上告側弁護人でもあったローレンス・トライブは、1970年代にはすでに、政府による「メッセージ」と「フォーラムの設置」とは置き換え可能なものとして認識されるべきである旨を記している。<sup>(32)</sup>もっとも、ここでトライブが意図していたのは、政府による「メッセージ」の発信という“government speech”を、「フォーラムの設置」に置き換えることで、内容中立原理の適用の可能性を広げることであった。

また、トーマス・エマーソンも、修正1条の積極的な側面を検討したとき

に、「表現の自由の体系」に対する政府の積極的な作用を構成する「政府による促進作用」と「政府による参入作用」とを分けて検討することが有益であることを述べる一方で、両者は常に完全に区別されることができないという<sup>(33)</sup>ことを指摘していた。

これらの議論の中には、1990年代以降の government speech 法理の一つの影を落としている発想もまた見出される。そもそも、政府による「メッセージ」や「参入作用」、すなわち、“government speech”と、政府から助成を受けた私的主体による表現活動とが置き換え可能であるということは、どういった意味を持つのか。Rust 判決と Velazquez 判決の文脈では、後者において適用される厳格審査は、前者には適用されないとされた。<sup>(34)</sup>政府が私的主体の表現活動を特定の観点や内容に基づいて統制しようとする場合には、表現の自由理論は最大限の関心を向けなければならない。しかし、「言論者としての政府」というメタファーが表現の自由理論の中に持ち込まれることで、原則として観点・内容差別の禁止原則によって保護されるべき「私的主体の表現活動（private speech）」と、原則として観点・内容中立性が要請されない「政府のものとしての表現活動（≡ “government speech”）」との間の区別が、現代社会では避けようのない政府とのかかわり合いを紐帯として、相対化してしまっている。

### iii 法理の適用の射程

連邦最高裁の government speech 法理に代表される、「言論助成者としての政府」から「言論者としての政府」を区別する文脈の“government speech”をめぐる言説は、自由な表現活動の憲法上の保障の本来的な享有主体である私的主体の表現活動を、政府のものとして、言わば、「換骨奪胎」することを承認している。したがって、government speech 法理に関して提起される第二の疑問は、その具体的な射程である。実際の裁判において適用される審査基準を緩和する機能を持つこと、そして、理論的には、「言論助成者としての政府」と「言論者としての政府」の錯綜をもたらす点で、個人

の自律を強調する人権理論にとって、十分この法理は剣呑である。そのため、法理の適用の射程は、なるべく限定されることが望ましいように思われる。

そういった期待に反して、government speech 法理は、その適用の射程を拡大する傾向にあるようである。連邦最高裁における適用例の一つでもある、2009年の *Sumnum*<sup>(35)</sup> 判決は、宗教団体からの寄贈モニュメントを公的なスペースに設置することの可否をめぐる提起された事例である。市の管理保有している公園にサモン教団の格言が刻まれた寄贈モニュメントを設置することの拒否が厳格審査の対象になるかという点について、法廷意見を執筆したサミュエル・アリトー判事は、寄贈モニュメントは私的主体による表現活動というよりは、「government speech の一形式」として見なされるということを理由に、厳格審査を適用しなかつた<sup>(36)</sup>。控訴審の時点から、“government speech” の該当性が争点となっていた *Sumnum* 判決において、いくつかの批判的なものも含んだ四つの同意補足意見を伴っているとはいえ、連邦最高裁が全員一致で法廷意見を示したことは、修正1条をめぐる議論の中に具体的な法的な効果を伴った「言論者としての政府」というメタファーを位置付けることの一応の確立を見て取ることができる。

*Sumnum* 判決の同意補足意見の中には、government speech 法理の適用が拡張されつつあることを懸念するものがある。「近時の新しい government speech 法理に基づいて政府の活動を支持するために我々が示してきた判断は、極めて少数であり、私見では、利点が疑わしいものである<sup>(38)</sup>」と *Sumnum* 判決の同意補足意見の中で述べているジョン・スティーブンス判事は、先行している government speech 法理と関わる判決の一つとして、2006年の *Garcetti* 判決を挙げている<sup>(39)</sup> <sup>(40)</sup>。 *Garcetti* 判決の法廷意見を執筆したケネディ判事は、公務員が職務上でした上申が修正1条の保障の対象になるかという争点について、検事による訴訟運営に関する上申は専門的な職務に従ってなされたものであり、修正1条が目的としている市民としての言論活動

には該当しないとして、被上告人のセバロス検事の側を勝訴させた原審判決を破棄して差し戻した。<sup>(41)</sup>

*Garcetti* 判決を government speech 法理と結びつけているのは、同判決におけるデイビット・スーター判事の反対意見である。スーター判事によれば、*法廷意見は、上告人側と連邦政府の法廷の友が主張していた、「公的な職務の内に含まれてなされた発言はいずれも政府自身の言論活動であり（あるいは、そうとして取り扱われるべきものであり）、そしてしたがって、修正1条が保障している個人の発言とは法的に区別されるべきである」という「誤った推論」を認容している。*<sup>(42)</sup>そして、「*Rust* 判決の法理についての *Rosenberger* 判決の理解への、*法廷意見の依拠の上での誤った推論は、本件における具体的な状況を超えて、支配可能な government speech という拡張された見解の前兆である*」<sup>(43)</sup>と述べる。確かに、それが「市民として」なされたものなのか、それとも、政府の機関として（*Garcetti* 判決においては、「訴訟事件表補佐【calendar deputy】として」）なされたものなのかという判断は、前者が、政府とは切り離された市民のものとしての表現活動であることを、そして、後者は、政府の「導管」となった公務員が伝える“government speech”であることを想起させる。government speech 法理の拡張に向けられたスーター判事の懸念は、深刻に受け止められるべきである。

また、*Summum* 判決が、サモンという宗教団体による宗教的メッセージを伴った寄贈モニュメントの、政府が管理する公園への設置をめぐる事例であったことは、同じ修正1条の政教分離条項との関係でも、「言論者としての政府」というメタファーが拡張していく可能性を示している。理論的には、“government speech”をめぐる言説の初期の時点から、“government speech”であっても政教分離条項に違反するときには憲法上許容されない、<sup>(44)</sup>というかたちで説明がされることがしばしば見られた。

実際に、下級裁判所のレベルでも、「言論者としての政府」というメタファーは、政教分離条項との関係で取り入れられつつある。例えば、連邦地方

裁判所による2006年の *Turner* 判決は、議会の開会の際の祈りをめぐる問題に、government speech 法理を適用している。<sup>(45)</sup> 特定の宗派性が強調された祈りをするを禁じられたフレデリックスバーグ市の市議会議員が、自身の修正1条上の権利侵害を主張したこの事例において、連邦地方裁判所は、「仮に、開会の祈りが“government speech”であるなら、自由な表現と信仰の自由についての修正1条の保障は適用されない<sup>(46)</sup>」のだが、「開会の祈りの目的と効果とを考慮すると、ターナー市議の開会の祈りは“government speech”であり、そしてしたがって修正1条の保障は適用されない<sup>(47)</sup>」と判断した。

*Turner* 判決は、議会における祈りという事案の具体的内容や、用いられた「目的と効果」の基準などをふまえれば、政教分離条項の問題でも<sup>(48)</sup>。しかし、*Turner* 判決においては、政教の分離の判断だけではなく、修正1条の自由な言論条項の保障の例外とされる“government speech”に該当するかどうかの判断もまた、憲法判断に影響を与えている。こういった場面は、特に、ケネディ判事による一連の判断の中にあられていた、「言論助成者としての政府」の振る舞いから「言論者としての政府」を取り出す理論構成よりも一層積極的に、政府が自己自身のメッセージを発していることを表現の自由理論の中に位置付けていくことのあらわれでもある。

政府が私的主体への選択的な助成を通じて自己のメッセージを発する間接的な“government speech”の問題は、より一層抽象化して言えば、政府が自己自身のメッセージを発するときに、何かしらの強制を私的主体に課している問題と言うことも可能かもしれない。*Summum* 判決の同意補足意見の中でスティーブンス判事が先行する判決として挙げていた2005年の *Johanns* 判決では、政府によるメッセージ発信への私的主体の支援を強制することが許容されるかどうかという判断の中で、“government speech”の概念が用いられている<sup>(49)</sup>。*Johanns* 判決においては、牛肉業者から徴収されるチェック・オフを原資とした一般名称広告が、業者の修正1条上の権利を侵害

するかどうか争点となった。法廷意見を執筆したスカリア判事は、問題と  
なっている一般名称広告は、原資を負担している牛肉業者らというよりは、  
政府に帰属しているものだと判断して、厳格審査を適用しなかつた。<sup>(51)</sup>

ある表現活動が、政府のものなのか、それともそうではないのか、とい  
う、“government speech”の該当性判断基準を示しているという点で、*Johanns* 判決は、government speech 法理のリーディング・ケースの一つと  
されている。<sup>(52)</sup>

もっとも、スカリア判事の法廷意見は、その前後の government speech  
法理の適用例とは、理論構成上の差異がある。*Johanns* 判決は、強制徴収資  
金に基づいて行われる活動が、被資金徴収者の自由を侵害するのかが  
直接の争点になっている。<sup>(53)</sup> すなわち、*Johanns* 判決は、支援強制の禁止の文  
脈において“government speech”の概念を持ち出している点で、私的主  
体への表現活動の助成条件の文脈にある *Rust* 判決や *Velazquez* 判決、より  
広義の言論助成活動に含まれるパブリック・フォーラム法理の文脈にある  
*Sumnum* 判決とは、問題の構造が異なっている。スカリア判事が法廷意見  
の中で“government speech”の概念を用いたことは、支援強制の禁止の  
文脈において連邦最高裁が一貫して採用してきている、「反対納税者の理論」  
の否定、として理解することができる。<sup>(54)</sup>

これら一群の“government speech”の概念に関連付けられる判決を一  
般化された法理の下におくことは、先日退任したスーター判事がまさに懸念  
していた、修正1条の例外としての「支配可能な government speech」と  
いう見解を拡張するものとして、危険な兆候を示している。

*Velazquez* 判決の以前ではあるが、“government speech”についての総  
論的な検討を行ったランダル・ビザンソンとウィリアム・バスによれば、  
“government speech”の問題として把握される七つの類型論的な場面が  
ある。すなわち、①「政府のプログラムがある特別なメッセージを伝えている」  
場面、②「政府のプログラムが一般的あるいは普及したメッセージを伝

えている」場面、③「コミュニケーションの道具を政府がコントロールしている」場面、④「私的主体である発話者によって政府のメッセージが語られることが求められている」場面、⑤「政府があるメッセージをその他のメッセージよりも選好する」場面、⑥「政府の保有する情報を政府がコントロールする」場面、⑦「私的主体のメッセージが政府に帰属する」場面、である<sup>(55)</sup>。これらは厳密には相互に独立しておらず、また、分類の方法についても一貫していない点もあるものの、論考の以前はもちろん、それ以後に“government speech”の概念と関連付けられた問題をほぼ網羅している。そして仮に、この全ての“government speech”の類型に修正1条の厳格審査が適用されないのであれば、規制の文脈でも給付の文脈でも、実質的に表現の自由の優越的な地位を象徴している厳格審査の適用はほとんど不可能ということにもなるだろう。

さらに、ビザンソンとバスは、2000年の *Dale* 判決<sup>(56)</sup>や連邦控訴裁判所の *Cuffley* 判決<sup>(57)</sup>などの理論構成を“government speech”の概念と関連付けることで、その“speech”の部分の広がりをも懸念しているようである<sup>(58)</sup>。government speech 法理が拡張の兆しを見せる中では、こういった懸念も十分にふまえる必要があるだろう。「言論者としての政府」というメタファーが、「言論助成者としての政府」とにとどまらず、「検閲者としての政府」とも錯綜するとき、個人の自由な表現活動の保障は大きく後退するだろう。

連邦最高裁の government speech 法理は確立しつつあるが、その具体的な対象について同定困難な点を抱えている。そして、問題となっている振る舞いを、“government speech”と位置付けることによって、個人の自由な表現活動の制約をより一般的に正当化するための理論装置として機能していることがあきらかである。

## (2) メタファーの発見と同定の文脈

このように、1990年代以降の司法判断とその周辺の文脈を追っていくこと



で、個人の自由な表現活動の保障にとって、「言論者としての政府」というメタファーが決して親和的ではないということを確認することができる。もちろん、“government speech”の概念を表現の自由理論の中に主題化した者たちの全てが、こういった帰結を志向していたわけではない。前述したように、トライブは、政府による「メッセージ」を「フォーラムの設置」に置き換えることで、自由な表現活動の保障の契機を獲得しようとしていた。しかし実際には、*Summum* 判決はパブリック・フォーラムを“government speech”に置き換えたように、その逆の理論構成を、government speech 法理は提供している。

これもよく知られているように、連邦最高裁の government speech 法理の以前にあっても、理論的には“government speech”の概念はアメリカ憲法学の表現の自由理論の中には存在していた。それでは、表現の自由理論の中に「言論者としての政府」というメタファーを組み込むことは、理論的には、どのように準備されてきたのだろうか。

「言論者としての政府」というメタファーを表現の自由理論の中に位置付けることの萌芽は、「アメリカ表現の自由理論の父」<sup>(59)</sup>とも評されるゼガライヤ・チェイフィーらの手による1947年に出版された著作に求められている。<sup>(60)</sup> “government speech”の概念についての「古典」とも言うべき論考において、チェイフィーは、戦時下における連合国の情報機関等の活動について参照しながら、「コミュニケーションの当事者としての政府」の一方方向である「インフォメーション・サービス」<sup>(61)</sup>に伴う問題について検討している。

チェイフィーらの論考は、きわめて実践的な観点から多くの論点を並立的に上げていくことで、「インフォメーション・サービス」の検討の端緒をつかもうとしているように思われる。それらの論点の中には、有能な「インフォメーション・サービス」が、政府高官や政権党にのみ有利なプロパガンダと化すという懸念がある。<sup>(62)</sup> この点についてのチェイフィーとジョン・グリア

<sup>(63)</sup>ソンの見解の相違は興味深い。「インフォメーション・サービス」の対象を「一般的な同意」のある問題に限定するべきとするグリアソンに対して、「インフォメーション・サービスは、常に「一般的な同意」のある問題にとどまるべきであり、論争的な問題を避けるべきである、とは言い切れない」とチェイフィーは述べている。<sup>(64)</sup>

もっとも、チェイフィーらの論考は、修正1条の自由な言論条項の適用に関する現在の“government speech”の概念をめぐる議論への示唆という点では、限定的である。<sup>(65)</sup>それでも、議論の背後には、大恐慌や総力戦の過程を通じて、拡大し、複雑化していく政府（特に、チェイフィーの文脈では、連邦の行政府）が、直接的な情報提供はもちろん、メディアや郵便制度を動員した積極的なコミュニケーションに従事することを通じて、市民社会に影響を及ぼすことへの関心があることは疑いようもない。<sup>(66)</sup>チェイフィーの論考を引用したエマーソンの論考の中にも見られるように、「言論者としての政府」というメタファーの目覚めを促した原因の一つには、「現代産業社会」<sup>(67)</sup>の進展、平たく言えば、福祉国家化の中での、表現活動というかたちをとった政府の活動の多様化があると言える。<sup>(68)</sup>

確かに、政府が表現活動に従事していることを認識することは、特に、現代の福祉国家においては極めて容易である。もっとも、その内容や方法の妥当性についての議論が可能であることと、それを表現の自由（修正1条）の問題として主題化することが可能であることとの間には、一定の隔たりがある。

「連邦議会は、……言論または出版の自由……を縮減する法律を制定してはならない」と規定する修正1条は、伝統的な解釈の文脈では、私的主体の表現活動に対する政府の検閲や刑事的制裁から、表現活動の主体の自律を保護するための規範として理論化されてきていた。こうした、一回ごとの個別の表現活動の保障に加えて、表現活動が行われる形而上の「場」や構造にも

注目するとき、そこへ私的主体と同じく「コミュニケーションの当事者」として参入していく政府の表現活動もまた、修正1条の問題となり得るという認識が可能になる。「表現の自由の体系」という理論装置を用いるエマーソンが、「表現の自由の体系における政府の参入作用」を主題化したことが、<sup>(70)</sup>“government speech”の理論化の先駆とされるのは必然である。

マーク・ユードフは、その特有の原理論と、エマーソンによる「表現の自由の体系」という理論装置とを組み合わせることによって、<sup>(71)</sup>“government speech”が修正1条と関わり得る問題であるということの説明に一応成功したとされる、パイオニアの一人である。<sup>(72)</sup>

1979年のロー・レビューにおいては公立学校を例に、1983年の単著においてはより一般的な社会全体に焦点を合わせて、政府によるコミュニケーション権限の濫用がもたらし得る「同意の偽造」<sup>(73)</sup>を修正1条論に組み込もうとしたユードフの一連の論考は、確かに、「言論者としての政府」というメタファーを自覚的に表現の自由理論の中に位置付けたという点で偉大な業績である。しかし、その理論構成には、留意すべき点が多いこともまた事実である。

「政府による多数派の偽造は、私的部門における言論活動が有力であり続ける限りは、うまくいかないだろう」というロー・レビューにおける言明に端的にあらわれているように、ユードフが“government speech”への対抗策として位置付けているのは、結社や団体によるものも含めた、より有力な私的主体による表現活動を通じた「多元主義」<sup>(75)</sup>の確保である。したがって、司法部による“government speech”の統制は、私的主体の表現活動の保障に伴う「副産物」<sup>(76)</sup>として達成される、「間接的」なアプローチが望ましいとされている。悪い“government speech”の同定を伴う「直接的」なアプローチは、情報の受け手の側の判断力を失わせるような特に侵害的なものについて適用されるべきとされている。<sup>(78)</sup>

government speech 法理が1990年代以降の公的言論助成論と切り離すこ

とができない関係にあるのに対して、ユードフによる“government speech”の概念の主題化は、公的言論助成の問題を数ある可能な論点の一つとして把握するのみである。<sup>(79)</sup>ユードフの想定する「言論者としての政府」は、例えばフィスが強調してみせた自由の「友」としての可能性を伴った政府というよりは、自由の「敵」としての、検閲や刑事的制裁を行う権力的な支配の主体である政府である。ユードフは、そういった伝統的な自由の「敵」としての政府像を、現代的なコミュニケーションの場面に反映させて描いたと言うべきだろう。<sup>(80)</sup>果たして、これが修正1条の問題になり得るのかという点の指摘が当初よりあることはもっともである。<sup>(81)</sup>

もう一人のパイオニアとも言うべき、スティーブン・シフリンは、“government speech”を助成の問題の部分集合として把握していたようである。シフリンのねらいは、社会における様々な表現活動への政府の関わり合いを、修正1条を「適切な憲法上の掛金カケガネ【peg】<sup>(82)</sup>」として用いることで、異なる文脈の問題に対して“government speech”の概念を用いた共通の見取り図を与えることにあったと言える。<sup>(83)</sup>やや限定された状況下での政府による「教化」に特に注目するユードフに対して、シフリンは、言論助成や表現活動の「場」の提供といった、1990年代以降のgovernment speech 法理に連なるテーマにより多くの頁を割いている。<sup>(84)</sup>

ほぼ同時期の著作ではあるが、ユードフとシフリンのそれぞれの「言論者としての政府」の主題化の在り方は、相当異なっていると言うべきだろう。もっとも、彼らの論考を敷衍しつつ、「修正1条の積極的な側面」についてまとめたエマーソンの論考や、<sup>(85)</sup>前述したトライブの論考も含めて、この時期の「言論者としての政府」というメタファーの理論化は、government speech 法理における“government speech”の同定とは相当異なっている点では共通している。自由な表現活動の制約の契機の獲得という後者に対して、前者は、伝統的な表現の自由理論から漏れがちな、自由な表現活動に影響を与えている政府の振る舞いを、人権理論へと組み込もうとする作業であ

<sup>(86)</sup>る。しばしば述べられる、“government speech”が多岐にわたっている、という主旨の言明は、これらいずれの文脈に属しているのかによって意味が異なりうる。「言論者としての政府」というメタファーそのものの剣呑さを警戒する本稿としては、この差異をことさら強調しておきたい。

### 3 統制原理の模索

目下のところ、連邦最高裁の government speech 法理は、問題となっている政府の振る舞いが“government speech”に該当するときには、観点・内容差別に適用される厳格審査は適用されないという定式として説明することができる。したがって、“government speech”に該当するか否かという問いが、適用される審査基準に先行するカテゴリーな問いである以上、特に実践の場面においては、問題となっている政府の振る舞いを“government speech”であると言わせない、あるいは、保護されるべき“government speech”ではないと言うことが肝要である。

理論的には、「政府は語らなければならない【government must speak<sup>(87)</sup>】」という命題を一般的には承認する以上、原則として“government speech”には何らかのレジティマシーが伴っていることを認めつつ、そのレジティマシーを喪失させるような原因について検討していくことが一つの方法論であると思われる。

(1) “government speech”を制約する権利？

i “government speech”の要件

エマーソンは、「知る権利」に基づいて“government speech”のレジティマシーが説明されることの裏返しとして、それが統制の機会をも提供しうることを指摘していた。「コミュニケーションの権利の裏面」でもあるとされる「知る権利」の射程は必ずしもあきらかではないけれども、情報の収集の権利や、適切なかたちで情報を受け取る権利は、“government speech”

を正当化し、同時に、「囚われの聴衆」などの問題を提起して、内在的な統制の契機を常に提供しようと言うこともできそうである。「政府言論を憲法上保護する理由が国民の「知る権利」にあると主張され、「同時に『知る権利』は、政府の表現活動や情報操作の範囲を制約するものでもある」と考えられている」という言明は、こういった発想を端的に示している<sup>(89)</sup>。また、ユー・ドフは、修正1条の政教分離条項の解釈を挙げて、コミュニケーションのネットワークの政府による支配に対して、「構造上の利益」を根拠にして、裁判所において「政府の表現活動を制約する権利」を主張しうることを指摘していた<sup>(90)</sup>。

これらのアプローチはいずれも、“government speech”の受け手の側に定位してその統制の契機を見出そうとしている。もっとも、これを現にある government speech 法理の枠組みに直接的に適用しようとする場合、いくつかの困難が伴う。修正1条の保障をめぐる争っていた *Rust* 判決の医師や *Sumnum* 判決の教団、*Johanns* 判決の牛肉業者らは、いずれも“government speech”の受け手ではなく、既に述べたように、“government speech”の送り手たる「導管」として同定されていた。具体的な訴訟当事者以外の事情をも援用することは、漠然不明確な法令を違憲無効としたり、政教分離条項に違反する処分を無効としたりするために許容されることがある。しかし、「知る権利」や「構造上の利益」という、それ自体多義的な文言から直接的に“government speech”を統制しようとすることは、それ自体の定義も漠然不明確な“government speech”の合憲性判断の方法としては、それほど容易ではないように思われる。

もちろんこれは、“government speech”をめぐる問題の文脈で、「知る権利」を豊かにするという原理論そのものが否定されることを意味しない。その理論構成は、「知る権利」から直接的に助成に関連した当事者の修正1条の権利の保障を導き出すというよりは、例えばフィスの言うように、助成の判断基準として置かれる条件は「知る権利」を豊かにするかどうかに基づ

いてその合憲性合法性が判断されるべきである、というものである。これは、当該の政府の振る舞いが具体的に当事者の主観的な権利を侵害するというよりはむしろ、漠然不明確な表現規制が文面上も違憲無効とされるときのように、あるべき要件を欠いた“government speech”は違憲無効とされるという構成を採っている<sup>(91)</sup>。それでは、適法（憲法適合的）な“government speech”であるための要件としては、どのようなものが考えられるだろうか。既に指摘したように、「囚われの聴衆」の法理は、実際には公立学校のような限定された場でしか機能しない。広範な適用可能性を持ったgovernment speech法理における“government speech”の要件に絞り込みをかけるためには、より一般的な適用可能性を持った要件論が必要である。

## ii 説明責任

前述したチェイフィーの論考の中には、連邦最高裁判事も務めたフェリックス・フランクファーターの「民主主義の政府は、自身を説明する責任を完全な自覚において受け入れた政府として定義されるべきである」という言明の引用がある<sup>(92)</sup>。government speech法理に関わる司法判断の中にも、「言論者としての政府」が、「言論助成者としての政府」とは区別され、修正1条の厳格審査の対象とならないことの根拠の一つとして、民主主義の政府の説明責任が挙げられているものがある。例えば、*South Worth* 判決において、ケネディ判事は、「政府が語る時、例えば、政府自身の政策を促進したり、特定の考え方を推進したりするときは、結局のところ、それは有権者に対する説明責任であり、政府の擁護のための政治的なプロセスである」と述べている<sup>(93)</sup>。一般論としては、横大道も指摘しているように、「自己統治を確保するための説明責任として政府言論が要請され、それにより統治の正統性が担保されるというのならば、政府が発言者であるということ、つまり政府言論であるということを市民が認識可能でなければならない」と言うべきであろう<sup>(94)</sup>。

近時、メタファーの限定が求められているアメリカの“government speech”をめぐる議論においては、“government speech”のレジティマシーを説明責任に求め、その達成の度合いを考慮していこうとするものがある。例えば、ヘレン・ノートンは、“government speech”と“private speech”とを区別するためには、当該のメッセージのソースを精査しなければならないと述べている。ノートンは、「government speechの抗弁は、形式的に【*formally*】（政府がコミュニケーションを授権しているときに、それが自身のものであると主張しているということ）、かつ、機能的に【*functionally*】（傍観者が、当該の言論活動が伝達の時点で政府によるものであると理解できるということ）、その起源において政府によるものである表現活動のみを、修正1条の下での違憲の主張から切り離す<sup>(95)</sup>」ことができると述べた上で、“government speech”の該当性の判断基準は、「意味ある説明責任の理論上の要請」と調和するようなものでなければならないと指摘している<sup>(96)</sup>。この議論は、カテゴリーカルな government speech 法理の適用、すなわち、問題となっている政府の振る舞いが安易に修正1条の厳格審査の適用の対象外とされる“government speech”に分類されることへの反証のために、メッセージの受け手に対する説明責任を持ちだしている。訴訟の場面においては、問題となっている政府の振る舞いが、「検閲者としての政府」や「言論助成者としての政府」から区別され、観点規制も許容されうる「言論者としての政府」の振る舞いに該当することを政府の側が主張するときには、説明責任を果たしているかどうかを政府の側が証明しなければならない。この枠組みは、*Garcetti* 判決や *Summum* 判決にも適用が可能なように思われる<sup>(97)</sup>。

### iii 自己統治の問題としての“government speech”

公的言論助成論の検討から出発し、近時、アメリカ表現の自由理論における“government speech”の体系的な整理を試みている日本憲法学の論者として、横大道聡<sup>(98)</sup>がいる。横大道によれば、“government speech”が提起



する憲法問題とは、「権利自由というよりは、自己統治の歪曲可能性」である。そして、「政府が主体的に自己の立場を主張することが自己統治過程にとって必要不可欠である以上、政府言論の観点中立性を求める必要はない。しかし同時に、観点差別的な政府言論が広く認められてしまうと、自己統治過程そのものが破壊されてしまいかねない。そこで一般的に政府言論の正統性を憲法上認めながらも、許されない政府言論を検討し明らかにしていくことが必要となってくる」とされる<sup>(99)</sup>。「自己統治過程」の破壊を懸念する横大道の姿勢には、“government speech”の受け手の側に究極的には定位していかうとする姿勢が見出される。

ここには、「同意の偽造」をもたらす、言うなれば、悪い“government speech”を同定していかうとしたユードフの姿勢との重なりも見て取れる。ユードフにとって、悪い“government speech”とは、「教化」によって同意を偽造し、民主主義の社会の前提である「自己コントロールされた市民」を破壊することで、その一般的な受け手を侵害するものであった。「レジティマシーを超えて【beyond legitimacy】」と題された一節においてユードフは、以下のように述べる。「government speechは、……自由民主主義の国家においてレジティマシーを欠く企てであるという立場を採ることは、現代の文脈では、不条理である」。しかし、「レジティマシーは結局のところ、議論の結びではない」。「私はレジティマシーを容認するけれども、その線引きやポリシー、バランスという問題を懸念している」。「どのようなときに、政府は語ること、情報を開示すること、理由と根拠を提示することが求められるべきなのか。どのような時に、government speechは民主主義と自由の価値を脅かすのか。どのような時に、多数派の心証が形成されるプロセスを脅かすのか。どのような時に、人為的な多数派や政府の政策の手先が創出されがちなのか。誰が、警察官役【policeman】を演じるべきなのか。警察官役は不適切な government speech について何をなすべきなのか。誰が、警察官役とその情報提供、説得、啓発の取り組みを監視する<sup>(100)</sup>のか」。

既に述べたように、結局ユードフは、社会的な現象としてのコミュニケーションのネットワークにおける政府の関与の増大や、それに対抗する様々な方法を提示して、「言論者としての政府」というメタファーを表現の自由理論の中に位置付けることには成功したものの、修正1条に基づく司法上の統制については十分な理論を提起しえなかった。結局のところ、民主主義や自己統治という限定困難な価値を含んだタームに関連付けて、個々の“government speech”の善し悪しを基準にする統制手法は、司法部の手には余ると言うべきだろう。

ただし、1990年代の公的言論助成論を経て、助成の問題についてより精密な議論が蓄積されたことをふまえるならば、かつてユードフが十分に果たせなかった、悪い“government speech”の同定や司法上の統制は、理論上可能になっているのかもしれない。横大道は、「とりわけ規範的な観点から自己統治過程・民主政過程像、あるいは「公共討論（public discourse）」のあり方について考察していく」ことで、より実践的な“government speech”<sup>(101)</sup>に対する規範的統制が可能になるのではないかと述べている。

## (2) “government speech”の権利？

このようなアプローチは、1) 原則として政府には語る権限があり、語る必要性があり、そして、語ることを求められてもいるという意味で、「政府は語らなければならない【government must speak】」という命題を積極的に承認し、2) 要件を欠く“government speech”を同定していく、ことによって、その統制を図ろうとするものである。

しかし、「言論者としての政府」というメタファーを、表現の自由理論の中に組み入れていくときに、こういった問題設定の仕方は、いかなる帰結に至るのだろうか。このアプローチは、本来的には私的主体の表現活動の政府からの保障に注目すべき表現の自由理論の中に、政府のものである表現活動である“government speech”という一種の異物を、具体的な法的効果

の面でも、その根拠の面でも、独特のレジティマシーを伴うものとして位置付けている。“government speech”には、自己統治に仕え、説明責任を達成し、政府固有の権限にも支えられるという、極めて強力な正当化根拠が付与される。そして、“government speech”は常に「導管」となる個人を伴う。それゆえ、本来的には統治者と被統治者として対置されるべき、私的主体たる個人と政府との間の関係が、“government speech”と“private speech”の置き換え可能性を経由して、それ自体も置き換え可能なものとされてしまうのである。

問題となっている表現活動が私的主体のものである限り、仮に違憲性の主張が退けられたとしても、それは、政府による人権の制約が正当化された結果である。ここでは、人権の制約の契機が一旦は発見されている。一方で、問題となっている表現活動が政府のものであるとき、人権の制約の契機そのものが発見されていなかったことになる。訴訟上における厳格審査の適用の可否という次元を超えて、理論的には、“government speech”の要件の議論は、極めて重要な含意を持っている。

#### i 政府の表現の自由？

アメリカ憲法学の表現の自由理論の中で“government speech”に最も強力な正当化根拠を与えうるとすれば、それは、修正1条である。日本憲法学においては、憲法の人権条項によって政府の振る舞いをも保障するという背理的な論証に関心が向けられること自体が稀である。

修正1条の「連邦議会は……言論または出版の自由……を縮減する法律を制定してはならない」という自由な言論条項は、字句通りに読まれれば、他の修正条項と比較しても、保障されるべき表現活動の主体について特別な限定をしていない、「対象中立的【object-neutrality】<sup>(102)</sup>」な条項であるようにも思える。もっとも、連邦憲法の条項は、字句通りに読まれることのみによって解釈されてきたわけではないし、それは修正1条についても例外ではな

<sup>(103)</sup>  
い。

判例上、政府の機関や政府から出資を受けた機関が修正1条の権利の保障を求めて争った事例は少なくないが、一般的には、その保障は消極に解されてきている。2003年の *ALA* 判決<sup>(104)</sup>において、連邦政府からの支援を受ける条件として、わいせつあるいは児童ポルノの画像をフィルタリングするコンピューター・ソフトウェアの導入を規定したCIP法(児童のインターネットからの保護に関する法律)が合憲と判断されたとき、法廷意見を執筆したレーンキスト首席判事は、被上告人の *ALA* 側の主張の一つである、CIP法は連邦政府から助成を受ける公立図書館の修正1条の権利を「違憲な条件」を課すことで侵害している、という見解について取り上げている<sup>(105)</sup>。

“government speech”の議論において、ユードフは、いずれの論考においても「政府の修正1条の権利」についての検討を序盤に行っているが、一貫してそれを否定している<sup>(106)</sup>。ビザンソンとバスも、これを明確に否定している<sup>(107)</sup>。しかしこのことは、かえって、“government speech”に修正1条上の保障を及ぼすための論証が、アメリカ憲法学においては可能であるということを示唆している。

そもそも、アメリカ憲法学においては、私的主体におけるのとは同等ではないようなかたちで政府にも一定の修正1条上の保護を与えようとすることは、決して稀と言うわけではない。例えば、*ALA* 判決の反対意見においてスティーブンス判事は、公立図書館も修正1条の保障の対象となり、「違憲な条件」としてCIP法の規定は修正1条に違反していると述べている<sup>(108)</sup>。もちろん、これは、公立図書館が自然人や法人と同様の意味で修正1条の権利を享有しているとまで理解されるべきではないだろう。「その伝統的な任務を達成するために、公立図書館は、その利用者<sup>(109)</sup>に何を提供するのかを決定する広範な裁量を持たなければならない」という反対意見の冒頭における言明は、アメリカにおいて自由や民主主義の発展に寄与してきたことを自負する公立図書館や *ALA* の職務上の権限や義務もまた、修正1条によって保障される<sup>(109)</sup>として理解されるべきだろう。

また、日本国憲法の下では、憲法23条の学問の自由条項によって保障されているとされる各種の公立大学における大学の自治や学問の自由についても、連邦憲法の下では、これを修正1条の自由な言論条項の下での保障として理解する余地がある。<sup>(110)</sup> 州立大学という政府の一部門の振る舞いを、仮に修正1条によって保障するのであれば、それを“government speech”には修正1条上の保障が認められうる、と言い換えることも可能である。

こういった政府の表現の自由に肯定的な見解は、一般的な支配者としての政府の従事している表現活動をあらゆる場面で保障するわけではない。その理論構成は、私的主体の表現活動が憲法上保障されうる理由（=表現の自由の原理論）を、政府主体の表現活動の場面についても可能な限り参照し、民主主義などの価値を伴うものへの貢献をふまえた、ある種の制度的な自律をも、修正1条の射程に収めようとするものである。<sup>(111)</sup> “government speech”からの保障の議論と同じく、“government speech”の保障の議論もまた、原理論がその背後にある。

## ii 文化専門職論

公立の図書館や美術館、公立大学といった政府の機関の専門的な知見に基づいた機能を表現の自由理論によっても保障するという発想は、蟻川の文化専門職論とほぼ異ならない。蟻川によれば、文化に対する助成の場面では、「文化に対する国家の主導性と、文化の国家からの自律性とを、「共存」させるための概念装置」として、「助成プログラム」が想定され、プログラムの「管理権者」である政府の「基本方針策定権限」とは切り離された、個々の助成の是非の判断という「解釈」を行うべき政府の機関としての「文化専門職」が置かれるべきであるとされる。<sup>(112)</sup> 文化専門職には、「〈義務=自由〉」としての「職責」が認められており、その限りでの「表現の自由」が保障される。<sup>(113)</sup> この文化専門職概念は、観点・内容差別の禁止原則の適用の実相を決定付けるものとしても位置付けられている。<sup>(114)</sup>

蟻川は常々、“government speech”の問題は、「人権」ではなく、「統

治」の問題として検討されるべきであることを強調している。<sup>(115)</sup> 蟻川が“government speech”の概念を用いて主題化した、星条旗への忠誠強要の問題や選択的な助成の問題は、近代国家の「統治」に不可欠な、国民からの忠誠調達への懸念を提起するものである。文化専門職という政府の機関に、基本方針策定からの切断というかたちで表現活動に関する自律を付与しながらも、最終的にはその矛先が向けられる受け手の側に定位する以上、本質は、文化専門職の「人権」の問題ではなく、統治者と被統治者との関係性という「統治」の問題である。この意味で、蟻川の「統治」の議論は、公共討論と政府との関係性を主題化している横大道の「自己統治」の議論とも異なっている。

蟻川の文化専門職論は、制度設計上の指針としては、“government speech”の実効的な統制として極めて有効なものだと思われる。文化助成制度の設計上不可欠な文化専門職は、個々の助成の判断においても、ビルト・イン・スタビライザーとして機能するだろう。そして、“government speech”についての厄介な問題の一つである、その善し悪しの判断から司法部をある程度解放することが可能となる。司法部は、問題となっている事案における文化専門職を同定し、場合によってはその自律を認め、敬讓【<sup>(116)</sup>deference】をすることで足りる。

しかし、蟻川の強調をふまえてもなお、アメリカ憲法学における“government speech”をめぐる言説を見ていく限り、そこには、“government speech”を「人権」の問題、政府の表現の自由の問題として構成しようとする状況が見て取れることもまた事実である。<sup>(117)</sup> ここには、アメリカ憲法学の人権論と日本憲法学との間の無視できない隔たりが存在している。

#### 4 人権理論への示唆

“government speech”に関する論考は多く、本稿の拙い分析は、そのごく一部分を限定的に敷衍したものに過ぎない。しかし、示唆に富む主要な先

行研究といくつかの司法判断の分析から、表現の自由理論において「言論者としての政府」というメタファーの持つ意味があきらかにされたと思われる。

「言論者としての政府」というメタファーが、私的主体の表現活動の保障の文脈で登場してくるとき、そこでは、判例上も理論上も、私的主体のものとしての表現活動が、政府のものとしての表現活動（≒ “government speech”）へと転換させられうる。現代社会においては、政府を含む他者との関わり合いを持たずに表現活動に従事することは極めて困難である。そして、規範的にも、政府による公立公園の設置や、福祉政策の一環としての助成金制度の運用自体を、憲法は一般的に押しとどめることはできない。こういった状況下では、「換骨奪胎」とも言うべき “government speech” への転換現象が、福祉国家における「言論者としての政府」と「言論助成者としての政府」との錯綜の中で、潜在的には常に在り得るという点で、「言論者としての政府」というメタファーは極めて剣呑である。特に、表現の自由の保障の意義を個人の自律に求める立場からは、“private speech” の “government speech” への転換は、許容しがたいものである。

“government speech” にはより緩やかな審査基準が適用される、という定式の連邦最高裁の government speech 法理は、人権の保障にとって親和的ではなく、その受容も望ましいものではない。この点は、例えば、日本における日野君が代伴奏拒否事件<sup>(118)</sup>といったような事例に、“government speech” という視点を呼び込んでみれば、あきらかである。公的な式典におけるピアノ伴奏は、政府の機関である一音楽教諭を「導管」とした “government speech” の一部分を形成するものであることはあきらかであり、それは、伴奏を行う教諭はもちろん、伴奏を命じた学校長のもでもなく、公立学校、ひいては、政府のものである。那須弘平裁判官の補足意見<sup>(119)</sup>が述べているように、そういった状況の下では、教諭の思想・良心に基づいた伴奏を行わないというかたちでのメッセージの発信の憲法上の保障の契機は相当縮小

される。しかし、藤田宙靖裁判官の反対意見が強調するように、式典が<sup>(120)</sup>“government speech”であり得るとしても、そのこと自体が公的な式典という政府と個人とが対峙する場における心身への負担や苦痛という普遍的な人権の問題の契機そのものを縮減するわけではない。近時のアメリカの司法判断における合憲性判断に先行するカテゴリカルな“government speech”の類型的な判別の議論の受容は、抑制的であるべきであると断言できる。

「言論者としての政府」というメタファーは、もちろん、government speech 法理のような文脈でのみ検討されてきたわけではない。理論の面では、原理論の深化に伴い、確かに“government speech”の概念を通じて、検閲や事前抑制、刑事的な制裁の排除に限定されない広がりのある表現の自由理論が可能になっている。

確かに、政府が市民生活のあらゆる場面に顔を出す現代社会を、憲法学が考察の対象とする以上、表現活動の形而上のフィールド<sup>(121)</sup>として設定される「言論市場」の主要な一構成要素として、政府主体による言論活動をも表現の自由理論に組み込むことは、避けられないようにも思われる。横大道のように、公共討論や自己統治過程における政府主体による言論活動の積極的意義を承認しつつ、その要件について検討をしていくことは、ある種の原理論の下での一つの方法論<sup>(122)</sup>であると思われる。

また、一見通常の統治のための作用、端的には検閲などの規制作用、とは異なるように思われる文化や芸術への助成などの作用が、統治のための言論活動でもあることを主題化するという意義も、「言論者としての政府」の議論にはあるだろう。蟻川の文化専門職の特徴は、最終的に被統治者である受け手の側に定位しつつも、統治機構内部での切断による「導管」の自律の保障を通じて、“government speech”の統制を図る点にある。

しかし、これらの発想の背後には、政府の表現の自由の承認にまで至るといふ、伝統的な日本憲法学の人権理論との差異を伴っているアメリカ憲法学の表現の自由論が存在していることも重要である。思えば、日本憲法学での



表現の自由の保障の講学的な説明の際に頻繁に引用されるエマーソンは、「言論者としての政府」の検討の中で、「政府の参入作用」（≒ “government speech”）を「表現の自由の体系」の主要な要素であり、可能性をもたらすものでもあった<sup>(123)</sup>上で、政府の表現権を承認していた。政府の表現活動を私的主体の表現活動とパラレルにとらえ、それに憲法上のレジティマシーを付与し、場合によっては、修正1条の保障さえも与えようとする点で、アメリカ憲法学の表現の自由理論には独特さが伴っている。“government speech”の概念をめぐる議論は、この点をこの上なく強調する。

日本憲法学の表現の自由理論は、アメリカ憲法学の表現の自由理論の積極的な受容を通じて深化されてきたことは間違いない。しかしこういった議論の背後に、本稿が指摘したアメリカ憲法学の無視できない特徴があるとして、それらの受容にあたって日本憲法学はそれに十分な注意を払い、それを十分に咀嚼してきただろうか。この意味で、「言論者としての政府」というメタファーを表現の自由理論の中に積極的に受け入れるか否かという問題は、日本憲法学の人権理論の今後の方向性を決定付けるものである。この点が十分に自覚されなければ、ともすれば、government speech 法理におけるような「換骨奪胎」の問題をも含めた受容に至り、原理論の自家中毒とも言うべき状況を招くだろう。

人権の対国家性、個人性を極めて緩やかに理解するアメリカ憲法学の人権理論に支えられた「言論者としての政府」というメタファーを表現の自由理論の中に受容することは、国家との関係で表現の自由の保障をより弱く緩やかなものにし、人権理論のパラダイムを変質させる可能性がある。以上が本稿の冒頭の問いに対する回答である。

(1) 最近の議論の例として、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）、亘理格「公立学校施設とパブリック・

フォーラム論——憲法・行政法の共振回路としての公共施設法」法学教室329号40頁(2008年)、石川健治「文化・制度・自律——“l'art pour l'art”と表現の自由」法学教室330号56頁(2008年)を参照。

- (2) 議論状況を概観するものとして、小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』168頁(「国家助成と自由」)(2005年)、巻美矢紀「自由と給付」大石眞・石川健治編『憲法の争点』84頁(2008年)を参照。
- (3) 巻・前掲注2) 84頁を参照。巻は“government speech”について、「従来の憲法学が対象としてきた、私人の言論を規制する検閲者としての政府とは別に、私人と同様に自ら話し手として言論市場に登場する政府に着目した概念」であり、「政府の記者会見や広報活動など、政府が直接言論を行う場合のほか、公教育、医療扶助や文化助成といった各種助成など、官僚機構外の私人を介する場合があり、「民主主義によれば、国民による同意の条件たる情報提供の必要性や政府の説明責任から、政府は自己の見解を表明することが要請される」と説明している。
- (4) 奥平康弘は、「現代の福祉国家のもと、国家や地方公共団体が文化や表現活動にかかわる度合いを増すにつれ、アメリカでは、「政府の言論」(Government Speech)を憲法上の統制のもとにおくことにより、新しい角度から、市民の表現の自由を活性化しようとする理論作業が、精力的に行われるようになってきている」と述べていた。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」法律時報60巻2号75頁(1988年)80頁
- (5) 例えば、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権 [第4版]』(2010年)162頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』(2010年)166、213頁(2005年の初版にも同様の記述がある)
- (6) この点を特に強調するのは、金澤誠である。金澤誠「政府の言論と人権理論(1)」北大法学論集60巻5号248頁(2010年)242頁を参照。金澤は、“government speech”の概念を用いることで、表現の自由理論における国家による「給付や規制などの「関与」」およそすべてに見取り図を与えようとしているようである。同212-211頁を参照。しかし、本稿の分析によると、“government speech”の概念は、必ずしも人権理論にとって「有用な示唆」ばかりを与えるというわけではない。
- (7) 石川健治「制度伝説——『自由と特権の距離』補遺」(同『自由と特権の距離(増補版)——カール・シュミット「制度体保障」論・再考』(2007年)に所収)を参照。

- (8) 本稿が、“government speech”の担い手を描写するために用いている「導管【conduit】」という表現は、「言論者としての政府」というメタファーを表現の自由理論の中に位置付けたパイオニアの一人であるマーク・ユードフの論考から採用している。See, Mark Yudof, When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment, 57 Tex. L. Rev. 863, (1979), at 884. この表現は、日本憲法学におけるパイオニアでもある蟻川恒正の用いている「道具【medium】」以上に、“government speech”の担い手の主体性を覆い隠す含意を伴うものである。なお、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号91頁（2003年）94-95頁を参照。
- (9) 本稿の注で引用するように、この分野にはすでに豊富な先行研究が存在しているが、本稿は、メタファーの剣呑さの強調のために、改めて分析を行っている。
- (10) Geoffrey Stone, Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century, 36 Pepp. L. Rev. 273 (2009), at 288-289.
- (11) *Id.* at 278-280.
- (12) 蟻川・前掲注8）93頁、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）33頁、同「文化に対する国家の援助と自由」前衛839号（2009年）173頁
- (13) *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991). See, Stone, *supra* note 10, at 288.
- (14) *E. g.*, Kathleen Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law* 16th. Ed., (2007), at 1069. 実際、連邦最高裁での修正1条に関する主要な争点は、規則が「違憲な条件」に該当するかどうかであった。
- (15) *Rust* 500 U.S., at 193-194.
- (16) *Legal Services Corporation v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).
- (17) <http://www.lsc.gov/>
- (18) *Id.* at 541.
- (19) *Id.* at 542.
- (20) 「わいせつ」な作品や展示へのNEAの「莫大」な助成を問題視した市民団体や上院議員グループによる指摘などに端を発した論争は、各界を巻き込み大きな関心を集めた。See *e. g.*, Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, (1996), and also, Jesse Helms, *Is it Art or Tax-Paid Obscenity?: The NEA Controversy*, 2 J. L. & Policy 99, (1994). 1998年の *Finley* 判決も参照。National Endowment for the Arts v. *Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

- (21) *Rust* 500 U.S., at 196-197.
- (22) Fiss, *supra* note 20, at 48, 76.
- (23) NEA 事件に関するフィスやボリンジャーら表現の自由の積極的な側面を充てんする論者の見解を詳細に紹介しているものとして、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——」香川大学法学部創設二十周年記念論文集1頁(2003年)を参照。
- (24) Fiss, *supra* note 20, at 41-42. 日本憲法学ではNEAをめぐる問題の文脈で引用されていることが多いフィスの表現の自由理論は、給付の場面だけではなく、規制の場面においても、「公衆の討論」を豊かにするための政府による介入が積極的に許容されるべきである、というものである。そしてその対象も、芸術や文化だけではなく、報道や出版といったプレスの自由に関わるところにまで及んでいる。*Id.* at 51-52. こういった姿勢は、保守的と言われる側のレーンキスト首席判事や *Finley* 判決におけるアンソニー・スカリア判事らの見解(「修正1条に関する限り、政府は、競争的な出資と非競争的な出資の両方に対して、自由に【*ad libitum*】給付することが許されている」*Finley* 524 U.S., at 599. (Scalia J. Concurring).)とは大きく異なっているが、政府によるより積極的な内容・観点に基づいた介入をも憲法上許容しようという点で、リベラルと言われる側の見解とも異なりうる。
- (25) Lee Bollinger, *Public Institutions of Culture and the First Amendment: The New Frontier*, 63 U. Cin. L. Rev. 1103 (1994)., at 1116-1117.
- (26) *Id.* at 1117. ボリンジャーが文化制度の例として挙げているのは、NEAのような文化助成機関、図書館、公共放送、大学である。これらは、政府として機能すると同時に、政府からの一定の修正1条上の自律も認められるべきであるとされている。
- (27) 蟻川・前掲注8) 92頁を参照。蟻川は「言論者としての政府」をめぐる問題について、その「検閲者としての政府」との相関関係を通じて、「政府の官僚機構の外部にありながら、政府に内属し、政府の名において発語する私人の擡頭」の現象の主題化の糸口を探しているようである。同100頁も参照。
- (28) Eric Barendt, *Freedom of Speech*, (2005)., at 114. なお、邦訳版として、エリック・バレント著・比較言論法研究会訳『言論の自由』(2010年)が出版されている。
- (29) *Id.* 「言論の助成」の問題について、バレント自身は、選択的な助成が特定の

表現活動を狙い撃ちにしたり、公共の討論を歪めようとしたりするためのものであるときには、言論の自由の保障の射程に含まれうると考えているようである。*Id.* at 116.

- (30) なお、ケネディ判事は、私的主体の表現活動の促進の例として、いずれも公立大学における学生活動への助成金分配の憲法適合性が争点となった、*Rosenberger* 判決 (*Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).) と *SouthWorth* 判決 (*Board of Regents of the University of Wisconsin System v. SouthWorth*, 529 U.S. 217 (2000).) を挙げている。違憲判断が示された前者と、合憲判断が示された後者との間の差異を規定しているのは、公立大学の言論助成活動が観点に中立的に行われていたかどうかという点に求められている。そして、*Rust* 判決は、これらの「言論助成者としての政府」としての振る舞いとは区別されるゆえに、そもそも観点に中立的である必要が無いとされる。
- (31) こういった事情が、「給付は「政府言論 (government speech)」としての性格をもちうることに注意を要する」とか、“government speech forum” といった記述の背後にある。巻・前掲注 2) 84頁 *E.g.*, Mary Dolan, *The Special Public Purpose forum and Endorsement Relationships: New Extensions of Government Speech*, 31 *Hastings Const. L. Q.* 71 (2004)., at 111., *and also*, Randall Bezanson, *The Government Speech Forum: Forbes and Finley and Government Speech Selection Judgments*, 83 *Iowa L. Rev.* 953, (1998)., at 971.
- (32) Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, (1978)., at 591. ここでトライブが示した仮定の法令は、「建物に掲示され行政機関によって承認されている星条旗を表象するいかなるものを政府の建物から取り除くことは、軽罪に該当する」というものである。*Id.* at 588. (本稿における引用は1978年の初版に基づくが、1988年の第二版にも同様の記述がある)
- (33) Thomas Emerson, *The Affirmative Side of the First Amendment*, 15 *Ga. L. Rev.* 795 (1981)., at 799-800. 前者が、「結果として、その表現活動は、政府のものではなく、私的主体のものである」のに対して、後者は、「結果として、それは政府のものであって、私的主体のものではない」のだが、その境界線自体は「常に明確ではない」とされている。なお、参入作用についての検討は、10年ほど遡ることができる。*See*, Thomas Emerson, *The System of Freedom of Expression* (1970)., at 697-716.
- (34) *Velazquez* 531 U.S., at 541-542.

- (35) *Pleasant Grove City v. Summum*, 129 S.Ct. 1125 (2009).
- (36) モニュメントの「サモンの7つの格言」は、見紛うことなく宗教的なメッセージである。See, *Id.* at 1129 (note 1).
- (37) *Id.* なお、控訴審におけるマコーネル裁判官の反対意見は、寄贈モニュメントは“government speech”に該当するとして、パブリック・フォーラムには該当しないと指摘している。Summum v. Pleasant Grove City, 499 F.3d 1170 (10th Cir. 2007)., at 1175. (McConnell, Dissenting)
- (38) *Summum* 129 S.Ct., at 1139. (Stevens J. Concurring)
- (39) *Id.*
- (40) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).
- (41) 「セバロス検事の事例における重要な要素は、検事の表現が訴訟事件表補佐としての責務に伴って行われたということである」。Id. at 421. 連邦最高裁は *Pickering* 判決 (*Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968)) と *Connick* 判決 (*Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983)) 以来、「公共の関心事についての論評」という市民的な利益と、「公共サービスの能率」という政府の利益とを比較考量して判断するという枠組みを、基本的には維持してきていたとされているが、*Garcetti* 判決の採用した「職務従属性【on-duty】」の基準を用いることで、審査の厳格さを緩めているという指摘もある。Helen Norton, *Constraining Public Employee Speech: Government's Control of its Workers'speech to Protect its own Expression*, 59 *Duke L. J.* 1 (2010)., at 11-14.
- (42) *Garcetti* 547 U.S., at 436. (Souter J. Dissenting)
- (43) *Id.* at 438. なお、反対意見の中でスーター判事が直接的に懸念しているのは、公立大学や公立学校における教員や研究者の「学問の自由」の保障の問題である
- (44) *E. g.*, *Tribe*, supra note 32, at 590., and *Emerson*, supra note 33, *The Affirmative Side of the First Amendment*, at 835. なお、前述した *Summum* 判決の控訴審におけるマコーネル裁判官の反対意見も、寄贈モニュメントが政教分離条項との関係で違憲の主張を受けうるということを述べている。*Summum* 499 F.3d, at 1175.
- (45) *Turner v. City Council of the City of Fredericksburg*, 2006 U.S. Dist. Lexis 56786 (2006).
- (46) *Id.* at 7.
- (47) *Id.* at 9. See also, *Turner v. City Council*, 534 F.3d 352 (4th Cir. 2008).

- (affirmed), and, *Turner v. City Council of Fredericksburg*, 129 S.Ct. 909 (2009). (*cert denied*)
- (48) 開会の祈りそのものは、政教分離条項に違反しないと判断されている。Turner, 2006 V. S. Dist. Lexis56786, at 14-15. (Citing especially, *Marsh V. Chambers*, 463 V. S.783 (1983).) *Marsh* 判決において、連邦最高裁は、ネブラスカ州の州議会の開会に際して州によって雇われた司祭が祈りの儀式を行うことは、修正1条の政教分離条項を侵害しないと判断して、事案を差し戻している。
- (49) *Sumnum* 129 S.Ct., at 1139.
- (50) *Johanns v. LiveStock Marketing Association*, 544 U.S. 550 (2005).
- (51) *Id.* at 565-567.
- (52) 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72号215頁（2007年）227-231頁を参照。
- (53) *Johanns* 544 U.S., at 562. 比較的近時の事例としては、*Locke* 判決 (*Locke v. Karass*, 129 S.Ct. 798 (2009).) がある。同判決のブライヤー判事による法廷意見が幾重にも慎重な留保を課して違憲の主張を退けたことは、訴訟形態や法制度の多様さが、強制徴収資金と修正1条をめぐる事例において、連邦最高裁が一般的な原理をあきらかにすることを難しくしていることを示唆する。
- (54) 納税者は租税や公課を納めていることを理由にして、租税公課の具体的な用い方について直接政府を拘束することはできない。*Locke* 判決にも引用されている、団体と強制徴収資金の事例のリーディング・ケースの一つでもある1977年の *Abood* 判決の同意補足意見において、ルイス・パウエル判事は以下のように述べている。「私的な結社への強制された支援と、政府への強制された支援とは、根本的に異なっている。明らかに、地域の教育委員会は、納税者が嫌悪するような方法で納税者からの資金を用いるときには、常にやむにやまれぬ州の利益を証明する必要はない」。これは、「政府は人民の代表である」ということに基づく。*Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977)., at 259 (note 13). (Powell J. Concurring)
- (55) *Randall Bezanson & William Buss, The Many Faces of Government Speech*, 86 Iowa L. Rev. 1377 (2001)., at 1384-1387.
- (56) *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000). *Dale* 判決において連邦最高裁は、表現的結社でもあるボーイスカウトに同性愛者の加入を強制する州法

は、ボーイスカウトに意図しないメッセージを帰属させるものであり、修正1条に違反すると判断した。

(57) *Cuffley v. Mickes*, 208 F.3d 702 (8th Cir. 2000).

(58) *See*, *Bezanson & Buss*, *supra* note 55, at 1475-1485. *See also*, *Bezanson*, *supra* note 31, at 962. ビザンソンとバスの懸念は、あるメッセージが政府に帰属するときに、政府が自身の望まない内容のメッセージが自身に帰属することを拒否することを、“government speech” と言うべきなのかということに向けられている。私的主体の文脈では、語る権利と語らない権利は表裏一体のものとして一般的にとらえられているが、政府に一種の語る権限（権利）やレジティマシーが認められるとして、その裏返しである語らない権限（権利）はどのように考えられるべきだろうか。例えば、人種差別的な活動方針を持つ団体を、当該の団体を支持しているということを政府のメッセージとして聴衆に受け取られうる（当該団体の活動を通じて人種差別的なメッセージが政府に帰属する）ことを理由にして差別的に取り扱うことは許されるだろうか。なお、*Cuffley* 判決はこれをはっきりと否定している。*See*, *Cuffley* 208 F.3d., at 711-712. (「……政府のプログラムからいかなる個人や組織を観点に基づいて除外するということは、それが政府が好ましくないと思う極めて貧弱な思想であったとしても、思想の不承認を表現する憲法上許容された方法ではない。」) 政府がメッセージを発することが認められるとして、いかなる政府の振る舞いがメッセージを発することに該当するのだろうか。仮に「法の表現的機能」と呼ばれるような問題領域にまで議論が拡張されるのであれば、「言論者としての政府」というメタファーをめぐる問題は、憲法一般の問題にまで拡張され、議論の外延は失われるだろう。

(59) 金井光生の評でもある。金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——〈思想の自由市場〉論における調和の靈感——』（2006年）340頁

(60) *Zechariah Chafee Jr.*, *Government and Mass Communications*, (1947). 1970年の時点で、エマーソンは、チェイフィーらの論考を数少ない先行研究の一つに挙げている。*Thomas Emerson*, *supra* note 33, *The System of Freedom of Speech*, at 698-699. 日本憲法学における“government speech”研究の第一人者である蟻川もまたチェイフィーの論考を引用する。蟻川恒正『憲法的思惟——アメリカ憲法における「自然」と「知識」——』（1994年）34-35頁

(61) チェイフィーは、政府から市民への情報の発信を「インフォメーション・サービス」、市民から政府への情報の発信を「インテリジェンス・サービス」と評して、



個別に論じている。Chafee, *supra* note 60, at 723-724.

- (62) *Id.* at 762-764.
- (63) グリアソンは、プレスの自由委員会の外国人アドバイザーであり、カナダにおいて戦時情報委員会【War Information Board】の長官を務めた人物である。
- (64) *Id.* at 745, 762. チェイフィーはこの差異を、連合王国とアメリカ合衆国の統治形態の性質の違いに求めているようである。
- (65) 「平時におけるインフォメーション・サービス」に関わる検討課題として、チェイフィーは、どのような組織が何を伝えるべきなのかという点を挙げている。*Id.* at 778-781. チェイフィーは、政府の権限に関心を向けており、「コミュニケーションの当事者としての政府」が、修正1条の下での私的主体の自由な表現活動の保障の問題として扱われるべきかどうかという点については多くを述べていない。
- (66) 「従来、論者たちは政府をコミュニケーションのプロセスの外部に立つものとして考えてきた」けれども、「政府の機能の拡大」に伴い、「今や、政府はそれ自身が語り、書き、そして聞かなければならない、ということが明白である」。*Id.* at 723.
- (67) Thomas Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *Yale L. J.* 877 (1963), at 954.
- (68) この点で、「民主主義国家」を起点に説明される“government speech”の概念について、本稿は、これはむしろ、政府の機能拡大による私的な領域と公的な領域の混在という意味での「福祉国家」化との関係で説明する方がより適切ではないかと考えている。確かに、説得と同意のサイクルに“government speech”が不可欠であることは疑いようもないが、そうであるならば、「言論者としての政府」をめぐる問題は、民主主義的な統治のあり方の傍らに常にあったはずである。しかしその主題化、特に、表現の自由理論としての主題化は、20世紀の後半を待たなければならなかった。
- (69) 例えば日本においても、政府による政策の周知や推進のための広報活動について、公共調達の適正さや参加者のプライバシーなどの見地から疑義が呈されることがある。前者について、裁判員制度のタウンミーティング(TM)の契約の適切性、後者について、京都市で行われたTMの参加者の抽選の違法性が問題となっている。それぞれ、平成19年度会計検査院法第30条の2の規定に基づく報告書「裁判員制度に係る広報業務の実施状況について」(会計検査院決算検査報告データベース：<http://report.jbaudit.go.jp/org/h19/ZUIJI6/2007-h19-5500-0.htm> (最終確認：2010年1月6日)、京都TM訴訟(京都地判H20.12.8(判時2032号104

頁)、大阪高判 H21.9.17 (判時2068号65頁) を参照。

- (70) Emerson, supra note 33, *The System of Freedom of Speech*, at 697.
- (71) 「政府の表現活動は、民主主義の政府の運営にとって重要であるが、政府のコミュニケーションの権限の濫用は、同意による政府という前提をも破壊する」という、“government speech”の有用性や規範性と、濫用の危険性という「パラドキシカルな性格」という認識は、エマーソンが「政府の参入作用」に向けている認識とほぼ同じである。See, *Id.* at 697-698., and also, Yudof, supra note 8, at 865.
- (72) Mark Yudof, *When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America*, (1983). ユードフの単著は、「政府が語る時」というその極めて印象的な表題もあって、よく引用されている。また、*Velazquez* 判決にも引用されている *SouthWorth* 判決の法廷意見の中にも、「政府が語る時【When the government speaks】」という言い回しを見つけることができる。See, *SouthWorth* 529 U.S., at 235. (Kennedy J.)
- (73) ユードフの主眼は一貫して、政府による「教化」を制限し、民主主義に不可欠な自律した市民の存在を担保しようとするところにある。Yudof, supra note 72, at 15, 51-52. “government speech”の最大の問題は、「教化」を通じて、民主主義に不可欠な被治者による治者に対する同意を偽造する点(「同意の偽造【falsification of consent】」)に求められている。
- (74) Yudof, supra note 8, at 917. ユードフは、その有力さの担保のために、結社の自由の保障を強調する。「結社の権利は、政府によるコミュニケーションのチャンネルの支配についての現代の政治上の懸念に答えるものである」。*Id.* at 897.
- (75) See, *Id.* at 917., and also, Yudof, supra note 72, at 22, 91, 114, 161.
- (76) *Id.* at 874.
- (77) *Id.* at 906.
- (78) この典型が、しばしば“government speech”の問題の主要な例とされる「囚われの聴衆」の理論である。もっとも、「囚われの聴衆」に向けられた“government speech”という問題設定自体が、その潜在的な危険性の指摘はともかく、実際は相当限定された問題領域であることも事実である。ロー・レビューにおいてユードフが特に懸念していた公立学校の教室における状況(本来的に政府によって独占された閉鎖的な「情報の交換市場」と、社会一般(多種多様な「情報の交換市場」の総体としての「言論市場」)をそのまま並置した上で議論をすることは適切ではないと思われる。多元性の確保に傾倒しすぎているユードフの論考を理解する

上では、この相違をふまえなければならない。

(79) *Id.* at 235. (*Citing*, Kenneth Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. Chi. L. Rev. 20 (1976).)

(80) そして、ユードフはこういった立場を採るゆえに、“government speech”に何かしらの修正1条上の保障を与えることには否定的である。Yudof, *supra* note 8, at 867. なお、日本憲法学でこの立場を徹底した見地から“government speech”の検討を行っていたのが、徳永達哉である。徳永は、“government speech”の規範的な意義を、「日本の判例における「検閲・事前抑制」の概念から漏れる、国家権力の干渉を新たに government speech と名付け、憲法上の問題を指摘することで、広汎に拡大しつつある政府機関の活動領域に歯止めをかけること」として把握している。徳永達哉「Government Speechの限界」比較社会文化研究13号(2003年)150-151頁 徳永が強調する「国家を最大の敵とし、諸個人の自由にこだわる憲法学的視点を強調する government speech 論を展開する必要がある」という発想は、アメリカ憲法学が「言論者としての政府」に与えてきた含意の大部分を捨象してしまっているけれども、「換骨奪胎」を問題視する本稿の視点からは、在り得る一つの方法論であると評せる。

(81) フレデリック・シャウアーによるユードフの単著の書評（と批判）は、主に、“government speech”が引き起こす問題の深刻さの程度や修正1条の万能薬的な用い方の是非に向けられている。See, Frederick Schauer, *Is Government Speech a Problem?*, 35 Stan. L. Rev. 373 (1983), at 382, 385-386. 何故“government speech”が問題になるのかという点について、直感に頼る部分が多いこと、また、司法部の役割が限定的であることはユードフ自身も認めている。Yudof, *supra* note 72, at 69, 111. また、シフリンによる別の観点からの批判として、「government speech からの保護に向けたユードフの熱意は、究極的には、彼を営利的言論の危険について盲目にさせている」というものもある。Steven Shiffrin, *Book Review: Government Speech and the Falsification of Consent*, 96 Harv. L. Rev. 1745 (1983), at 1753. 多元性の確保へのユードフの傾倒は、実際に“government speech”やそれに対抗するべき私的主体の表現活動の「導管」になる個人の側の問題を大幅に捨象してしまっており、この点が現在の government speech 法理をめぐる議論へのユードフの論考からの示唆を減じているようにも思われる。

(82) Steven Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA. L. Rev. 565 (1980), at 617-618.

- (83) “government speech” の概念は、「当該の言論活動が、政府によって是認されているのかそうではないのか、政府の是認を伴っていると認められているのかそうではないのか、あるいは、政府のメッセージであると認められているのかそうではないのか、ということに関わらず、ステイトによって支持されている全ての形態の言論活動を含んで」おり、「しばしば、政府は政府として語る。そして、しばしば、最終的なメッセージが政府のものであるとは称することなしに、言論活動を助成する。この両方の形式の、ステイトによって支持されている言論活動の類型が、重要である」とされる。*Id.* at 565, 569.
- (84) また、シフリンは、“government speech” による「教化」の問題について、その抑圧の危険性は承認しつつも、“government speech” の概念の設定によって問題を回避することはできないし、適当でもないと考えていたようである。「根底のところでは、特定の種類の共同体を促進する権利と、個人の権利との間の相克こそが、government speech の問題の核心である。」*Id.* at 653. そして、「仮に、共同体の権利と自己表現の調整が政府による制裁の文脈で困難であるなら、「政府が語っているとき」には、それはより困難である、ということが重要である。」*Id.* at 654. 「government speech」の問題の端的な解決は不可能であり、「真剣に考慮される」に値する多くの権利や利益があるゆえに、government speech の問題を解決することが容易なものにすることはできない。」*Id.*
- (85) Emerson, *supra* note 33, The Affirmative Side of the First Amendment. なお、エマーソンはユードフと比べると、「表現の自由の体系」への政府の参入作用をより積極的に評価しているように思われる。
- (86) 大半の日本憲法学によるアメリカ憲法学の“government speech” 概念の受容も、もちろん、この文脈に求められている。前述したように、奥平は、非権力的なかたちでの言論統制を問題化するために“government speech” というタームを紹介した。奥平・前掲注4) 80頁、同『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(1993年) 95頁、同『「表現の自由」を求めて——アメリカにおける権利獲得の軌跡』(1999年) 342-343頁を参照。阪本昌成は、「知る権利」を用いることで“government speech” の統制のための規範的な議論が可能になるということを主張していた。阪本昌成「「知る権利」の憲法論的再検討」法律時報57巻3号9頁(1985年) 16-18頁(同『プライバシー権論』(1986年)に所収)を参照。蟻川の初期の論考は、国家による忠誠調達問題への新たな視点を呼び込むために、“government speech” の受け手に定位して教科書問題の構造転換などを図るものであった。蟻川恒

正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』105頁（1994年）を参照。この見解をより実践的な視点から検討したものととして、藤井樹也「政府の言論と個人の自律——思想の自由・教科書検定・教育の自由」法学教室212号39頁（1998年）がある。また、実際の訴訟の場面で“government speech”の概念が指摘されたのも、教育をめぐる事例である。国立ピースリボン事件（東京地判H18.7.26（判例集未掲載（LEX/DB 文献番号28111747））控訴、上告ともに棄却）の控訴審における原告側の準備書面（準備書面（控訴審（1））を参照（なお、判決には反映されていない）。

- (87) See, Bezanson & Buss, *supra* note 55, at 1380. 民主主義の政府は「語らなければならない」という言明は、アメリカ表現の自由理論による“government speech”の検討の傍らに常に伴っている。
- (88) 「知る権利」は、「表現の自由の体系における積極的な政府の介入に関する法理の形成に重要な役割を果たす」とされている。Emerson, *supra* note 33, The Affirmative Side of the First Amendment, at 805.
- (89) 鈴木秀美「県立美術館収蔵作品の非公開と「知る権利」」ジュリスト1202号14頁（2001年）15頁（阪本・前掲注86）「「知る権利」の憲法論的再検討」16頁を引用を参照。
- (90) Yudof, *supra* note 72, at 164-165.
- (91) 訴訟の場面においては、原則として、“government speech” 該当性を主張する政府の側に要件を満たしていることの立証が求められると言べきだろう。もっとも、*Sumnum* 判決のように、それが私的主体の表現活動ではないことの立証で足りるのか、*Johanns* 判決のアプローチのように、積極的な“government speech” 該当性の立証まで必要になるべきなのかは、一概には言えないと思われる。むしろ、ある種の政府の振る舞いが“government speech” に該当するということを前提としたカテゴリー判断そのものが、実質的には挙証責任を転換させていくことになるかも知れず、二分法アプローチへの警戒も必要であると思われる。See, Caroline Corbin, *Mixed Speech: When Speech is both Private and Governmental*, 83 N. Y. U. L. Rev. 605 (2008). キャロライン・コービンによると、当該の表現活動が私的主体と政府の「共同の成果物【joint production】」であるようなときには、連邦最高裁のような二分法的アプローチではなく、表現活動の価値の計測に焦点を移した中間審査基準を用いるべきであるとされる。 *Id.* at 607, 675-677.

- (92) Chafee, *supra* note 60, at 752-753. (*Citing*, Felix Frankfurter, *There Is No Middle Way*, *Saturday Review of Literature*, (1946).)
- (93) *Southworth* 529 U.S., at 235.
- (94) 横大道・前掲注52) 231頁
- (95) Helen Norton, *The Measure of Government Speech: Identifying Expression's Source*, 88 B. U. L. Rev. 587 (2008)., at 105.
- (96) *Id.* at 113. ノートンによれば、*Rust* 判決の法廷意見の判断は、「機能上の透明性」の要件を満たしていないとされる。*Id.* at 143. 透明性や説明責任といったタームは、近時、government speech 法理の射程を制限しようとする試みの中で頻繁に用いられている。See, e. g., Leslie Jacobs, *Who's Talking?: Disentangling Government and Private Speech* 36 U. Mich. J. L. Reform 35 (2002)., at 62., and, Gia Lee, *Persuasion, Transparency, and Government Speech*, 56 *Hastings L. J.* 983 (2005)., at 989.
- (97) 実際にノートンはこの説明責任アプローチを *Garcetti* 判決に適用する。Helen Norton, *Government Workers and Government Speech*, 7 *First Ame. L. Rev.* 75 (2009)., at 86.
- (98) 既に挙げたものの他に、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*62号293頁(2004年)、同「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*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*65号165頁(2005年)、同「表現しない自由と表現の「帰属」」*法政論叢*44巻2号50頁(2008年)を参照。
- (99) 横大道・前掲注52) 238頁
- (100) Yudof, *supra* note 72, at 41-42.
- (101) 横大道・前掲注52) 238頁
- (102) David Fagundes, *State Actors as First Amendment Speakers*, 100 *Nw. U. L. Rev.* 1637 (2006)., at 1648. ディビッド・ファーガンデスは、修正1条の対象中立的な解釈を前提に、送り手に定位する制度的なアプローチと受け手に定位する公衆の権利アプローチを総合して、“government speech”にも一定の修正1条上の保障を及ぼすべきとしている。*Id.* at 1677-1678.
- (103) 例えば、プライベートという文言は、連邦憲法の字句通りの読み方からは容易

に取り出すことはできないけれども、連邦最高裁は、妊娠のコントロールや成年同士の性的行為を保障するプライバシーの権利を、修正14条の実体的デュー・プロセスの解釈によって導き出している。See, Daniel Solove, *Understanding Privacy*, (2008). また、修正1条の自由な言論条項は、「議会」による「法律」のみを拘束するものとは解釈されていない。さらに、「連邦」ではない「州」の行為にも、編入理論を通じて適用されてきている。

- (104) *United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003).
- (105) *Id.*, at 210–212. 上告人の連邦政府側は、1973年の *CBS* 判決 (*Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973).) を引用して、「政府主体は修正1条の諸権利を持たない」ことを主張している。「修正1条は、プレスを政府による介入から保護しているものであり、政府について類似した保護を与えてはいない。」*Id.* at 139. (Citing, Emerson, *supra* note 33, *The System of Freedom of Expression*, at 700. ). そして、後述するように、スティーブンス判事は公立図書館への修正1条の保障を検討している。もっとも、レーンキスト首席判事は、*Rust* 判決を引用して、「違憲な条件の法理」が同判決と同様に適用されない以上、政府主体である公立図書館にも修正1条の保障が及ぶかどうかを判断する必要はないと述べるにとどまっている。*ALA* 539 U.S., at 211.
- (106) *E. g.*, Yudof, *supra* note 8, at 866–870. 「government speech は、プレスや企業、その他の巨大な利益集団によって支配されている討論に参入しようとする個人の声を拡張することができる」とか、「政治的な問題や立候補者についての市民の判断に必要な情報を提供している」ということを根拠にして、「government speech は、私的な個人や組織の表現活動と同様の保護を受けることができる」と言うことができるかもしれない。しかし、修正1条の歴史的な目的の解釈、「government speech」の影響力の大きさ、現代民主主義における政府による多数派の偽造の可能性をふまえれば、「政府の語る権利を憲法上保障することに親和的な考察は、説得的でも魅力的でもない」。また、「政府は、未解決の政治的議論について、多数派を代表しようとすると言うよりは、多数派を形成しようとする公務員の見解を表現しているようである」。
- (107) 「修正1条の文言は、政府が修正1条の権利の保持者として、あるいは、特権を認められた行為者として振る舞うという考え方の実質的な障害」であり、かつ、「文言上の限界以上に、政府の「自由」という一般的な思想は、憲法の構造に深刻な問題を与える。」 *Bezanson & Buss*, *supra* note 55, at 1504. なお、ある種の

「政府の語る権限」は、憲法の他の条項や政策的な便宜に基づいて見出される、とされている。Id. at 1508.

(108) *ALA 539 U.S.*, at 225 (Stevens J. Dissenting). なお、スティーブンス判事は、*Rust* 判決の法理は、「政府が特別なメッセージを伝達しようとする状況」である「government speech の事例にのみ適用される」ということを理由にして、法廷意見を攻撃している。Id. at 228-229.

(109) Id. at 220. なお、この言明自体はレーンキスト首席判事によるものである。See also, Id. at 204 (Rehnquist C.J.) .

(110) アメリカにおける大学の自治、学問の自由の議論は、日本における東大ボボロ事件（最大判S38.5.22（刑集17巻4号370頁））のような、警察権力の大学構内への立ち入りの問題だけではなく、大学への助成や大学による助成に関する自由な言論条項の問題、入試制度と平等権侵害の問題など、より複雑的な議論が可能なのである。See, Paul Horwitz, *Grutter's First Amendment*, 46 B.C.L.Rev. 461 (2005).

(111) 本稿とは異なる問題意識の下での議論ではあるが、「組織体【institution】」についての阪本昌成による近時の論考も参照。阪本昌成「財の自由市場とアイデアの自由市場——組織と制度からみた経済秩序——」季刊 企業と法創造 6巻4号30頁（2010年）を参照。阪本が引用しているシャウアーの論考に言及する若手研究者の一人であるポール・ホーウィッツは、「公共の討論に寄与するという重大な役割を演じ、内部的に生成された規範や実践、伝統の一群に従って制度上独立し広範に自主的統制【self-regulating】をしている」、「修正1条の制度」が位置付けられるべきであり、この「制度アプローチ」に基づいて、「大学やプレス、宗教団体、図書館など」の主体は、「その任務について自身が最善と感じるところに従って決定をなす実質的な自律を享有するべき」であると述べている。Paul Horwitz, *Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answers and Hard Questions*, 54 UCLA L.Rev. 1497 (2007)., at 1497. 憲法秩序にすでに整合的に受け入れられていると思わしき「制度」の保障を検討する、近時のアメリカ憲法学の「制度」論の詳細については、今後の検討課題としたいが、こういった発想は、ときには政府主体でもあるそれらの「制度」に対して、立法部や行政部、そして司法部からの一定の自律を、修正1条の自由な言論条項に基づいて与えようとする。

(112) 蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』



- 191頁（1997年）219-220頁を参照。
- (113) 同216-217頁。そして、蟻川はこの「[助成プログラム]原理」を、パブリック・フォーラム法理の上位類型として位置付けていた。同220頁を参照。
- (114) 蟻川・前掲注8）93頁に所収の図を参照。
- (115) 蟻川恒正「政府の商業言論」季刊 企業と法創造 6巻4号125頁（2010年）185-186頁（巻末資料質疑応答部分）を参照。また、蟻川・前掲注60）34-38頁も参照。
- (116) 前述したホーウィッツは、修正1条の理論と法理は、大学やプレスなどの「修正1条の制度」の自律を担保するために裁判所による敬讓を求めていると解することができるとしている。Horwitz, *supra* note 111, at 1509-1513.
- (117) ホーウィッツは、「修正1条の制度」への敬讓について、公立大学と私立大学との間の区別、すなわち、政府主体と私的主体との間の区別を重視しない。 *Id.* at 1528-30.
- (118) 日野君が代伴奏拒否事件（最小判 H19.2.27（民集61巻1号291頁））を参照。なお、本稿とは異なる見地から同判決を“government speech”と関連付けて論じているものとして、葛島夏木「教育領域に潜むガバメントスピーチ」立命館法政論集2008年6号31頁（2008年）がある。
- (119) 那須補足意見は、入学式の公的な式典としての性格と、教諭の地方公務員、つまり政府の機関としての性格を強調し、公立学校における式典に伴って発せられる各種のメッセージの政府のものとしての性質を強調する。民集61巻1号297-301頁を参照。
- (120) 一方の藤田反対意見は、公的な式典に携わらざるをえない一個人の内心と外部的行為である伴奏との緊張関係を特別に強調することで、伴奏による心理的な負担や苦痛の救済を、より普遍的な人権の問題として設定する。同302-303頁を参照。
- (121) 山口いつ子「デフォルトとしての「思想の自由市場」」法律時報74巻1号16頁（2002年）も参照。
- (122) ここで想定されている憲法理論は、おそらく、公共の独占者である支配者としての国家と私的な領域に生きる被支配者としての個人との対抗関係の規定原理というよりは、多元的な社会における一つの主体として政府の統制原理なのだろう。それゆえ、私的主体である結社や法人の表現活動に伴う問題とパラレルに“government speech”の問題を検討することが可能になる。横大道・前掲注98）「表現しない自由と表現の「帰属」」60-61頁を参照。 *See also*, Bezanson, *supra* note 31,

The Government Speech Forum, at 986-987.

(123) 「政府の表現の権利【right】は、多くの点で、表現の自由の体系における他の参入者のものと同様である」とされている。Emerson, *supra* note 33, The Affirmative Side of the First Amendment, at 832.