

助成の条件と表現の自由

—Agency for International Development v. Alliance for Open Society
International, Inc., 133S.Ct. 2321 (2013) を素材に—

桧垣伸次*

はじめに

一 AID 判決

- (1) 事実
- (2) Roberts 首席裁判官による法廷意見 (Kennedy 裁判官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Alito 裁判官、Sotomayor 裁判官同調)
- (3) Scalia 裁判官による反対意見 (Thomas 裁判官同調)

二 AID 判決の理論

- (1) 先例
- (2) 合憲／違憲の境界
- (3) 政府言論
- (4) AID 判決の影響
- (5) AID 判決以降の下級審

むすび

はじめに

本稿は、Agency for International Development v. Alliance for Open Soci-

*福岡大学法学部講師

ety International, Inc.¹（以下、AID 判決とする）を素材に、政府が助成の条件として特定のメッセージを伝達することを要求することの憲法上の問題を検討するものである。

表現の自由論は、伝統的に、主として表現「規制」の文脈で論じられてきた。そこでは、一般的に、表現の内容に着目した規制（内容規制）——殊に観点に基づく規制（観点規制）——には違憲の推定が働き、厳格な審査がなされるとされている。しかしながら、行政の役割が拡大した現代国家においては、政府の役割は、言論の「検閲者」だけではない。政府は、何らかの形で言論市場に内側から介入することがあり²、その場合に、観点差別が許容される場合がある。その一場面として、政府が NGO などの私的団体に助成する際に、その助成の条件として、特定のメッセージを伝達すること、あるいはしないことを求めることが許されるのかという問題がある。

一方で、政府には、助成する法的義務はないため、表現の自由はそもそも問題にならず、「思い通りの条件において（助成を）行う権限がある」³（括弧内は引用者）との見解もある⁴。すなわち、ここでは「規制」がない——権利の侵害がない——とも考えられる。このように、助成をする憲法上の義

¹ 123S. Ct. 2321 (2013).

² 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）30、31頁。中林暁生「給付と人権」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』岩波書店、2007年）263頁は、「積極国家化の進展は、……市民の言論活動にまで政府が影響を及ぼしうる契機を手にしたことも意味していた」と指摘する（268頁）。

³ エリック・バレント（比較言論法研究会訳）『言論の自由』（雄松堂出版、2010年）（曾我部真裕）。助成の「義務」の有無については、横大道聡『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、2013年）13-18頁。

⁴ 「基本的な権利の行使に助成しないという立法部の決定は、権利の侵害ではないため、厳格審査には服さない」。Regan v. Taxation with Representation of Washington, 461 U.S. 540, 549 (1983)；中林暁生「給付的作用と人権論」法学教室325号（2007年）24頁は、「利益供与という政府の給付作用と、政府の規制的作用との違いを過大視することは危険であるが、他方で、両者が性格を異にしている以上、その際を無視するわけにもいかない」と指摘する（27頁）。

務が政府にない場合に、なぜ、政府が、助成の条件として言論をなすことあるいは沈黙することを条件としてはならないのかは明白ではない⁵。

他方で、いかなる条件を課すことも許されるとすると、政府は圧倒的な資金力を背景に、しかもより巧妙なかたちで言論市場を歪めてしまうことが可能になるため、助成に条件を課す政府の権限を制限する必要がある⁶。そこで、「どのようにその境界線を引くのか」⁷が問題となる。

アメリカ連邦最高裁（以下、連邦最高裁とする）は、助成に条件を課す政府の権限を制限する必要であるとしてきた。そこで用いられてきたのが、「違憲な条件」の法理である。「違憲な条件」の法理とは、政府は、助成の受給者に対し、憲法上の権利を放棄することを要求する条件を課してはならないというものである⁸。

⁵ KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1262 (Foundation Press 18th ed. 2013).

⁶ 「こうした支援を利用して、伝統的な規制手法よりも洗練された形で公権力が実効的に思想市場を操作しているのではないかが、懸念される」。安西文雄＝巻美矢紀＝宍戸常寿『憲法学読本』（有斐閣、2011年）153頁（宍戸常寿）。中林・前掲注4は、「政府が、圧倒的な資金力を背景とした種々の利益給付を通じて、精神的自由の領域に干渉するという危険は、……事実として存在している」と指摘する（26-27頁）。表現だけではなく、一般に、「複雑化・多様化した現代社会において細やかな制御を行うことが困難である」として、「命令・強制といった伝統的な行政手法の限界」が指摘され、それらを「補完する手法として」、間接的な方法によって私人の諸活動の促進または抑制を図る行政手法（誘導手法）が注目されている。そのような間接的な手法の一つに、本件で問題となったような、金銭によるものがある。北村喜宣＝川崎政司＝渡井理佳子編『行政法事典』（法学書院、2013年）168頁（田中謙）。

⁷ DANIEL A. FARBER, THE FIRST AMENDMENT 199 (Foundation Press 3d ed. 2010).

⁸ ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW; PRINCIPLES AND POLICIES 1009 (Wolters Kluwer 4th ed. 2011)；*See, e.g.*, BLACK'S LAW DICTIONARY 1664 (9th ed. 2009)；違憲な条件の法理については、さしあたり、中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学18号（2000年）101頁、同「違憲な条件の法理——現代国家における人権論の一断面——」法学65巻1号（2001年）33頁、同「『表現の自由』論の可能性（一）、（二・完）」法学67号2号（2003年）90頁、同67巻3号（2003年）40頁、長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣、2006年）192頁、森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻1号（2003年）113頁、横大道・前掲注3・第1章等を参照。

しかしながら、連邦最高裁の判例理論は一貫していないと指摘されている⁹。本稿では、助成に課された条件を違憲とした2013年の AID 判決を分析し、助成の統制につき、連邦最高裁がどのような立場をとっているのか、検討する。

一 AID 判決

(1) 事実

2003年、ジョージ・W・ブッシュ大統領（当時）は、「AIDS の救済に向けた緊急プラン」を提示し、議会に150億ドルの基金を提供するように求めた。議会はこれに応じ、HIV/AIDS に対する世界的な取り組みにおける、アメリカ合衆国の指導的地位を強化するため、「HIV/AIDS、結核およびマラリアに対するアメリカ合衆国の指導的地位に関する2003年法（United States Leadership Against HIV/AIDS, Tuberculosis, and Malaria Act of 2003；以下、Leadership Act とする）」¹⁰を制定した。Leadership Act は、HIV/AIDS の行動リスクの削減を最優先としていた。そして、「性産業および性産業における個人の人身取引、性暴力」が HIV/AIDS の流行の原因であるとの議会で認定に基づき、売春や他の性的犠牲を「根絶することが合衆国の政策であるべき」であるとしていた。そのための戦略の一環として、合衆国は、多くの非営利組織の援助を受け、また、それらの組織に対し、480億ドルの基金を提供してきた。この基金を受領するために、二つの条件があった。一つ目は、Leadership Act により利用可能となった基金は、「売春および性的目的での人身取引の合法化または実践を、促進または唱道するためには用いてはならない」というものであり、二つ目は、利用可能となった基金は、「世界エイズ・結核・マラリア対策基金（Global Fund to Fight AIDS, Tuber-

⁹ Note, *Recent Case*, 125 HARV. L. REV. 1506 (2012).

¹⁰ 117 Stat. 711 (codified at 22 U.S.C. § § 7601-7682 (2006)).

culosis and Malaria）及び世界保健機関（World Health Organization）、国際エイズワクチン構想（International AIDS Vaccine Initiative）、その他の国連機関を除いては、売春および性的目的の人身取引に明確に反対する方針を持たない集団や組織への支援を行ってはならない」というものであった。

監督機関である合衆国国際開発庁（Agency for International Development；以下、AID とする）及び合衆国保健福祉省（Department of Health and Human Service）は、後者の条件を履行するために、受給者に対し、売春および性的目的での人身取引に反対する旨の裁定文書に合意するように求めた。

非政府組織（NGO）である Alliance for Open Society International, Inc.（以下、AOSI とする）は、Leadership Act の二つ目の条件（以下、方針要求とする）は、売春についての政府の見解を押し付けることにより言論を強制するものであり、修正 1 条に反すると主張して、方針要求の執行の停止する暫定的差止め命令を求め、提訴した¹¹。AOSI には売春（の合法化）を主張する意図はなく、AOSI は、売春および性的目的での人身取引に明確に反対することによって、性産業従事者との共働が困難になり、そのために HIV/AIDS との闘いが困難になることを懸念していた。これに対し、被告である

¹¹ 同時期に、世界11か国で家族計画および HIV/AIDS の予防に従事している NPO 組織である DKT International, Inc.（以下、DKT とする）が、Leadership Act の方針要求は修正 1 条の権利を侵害するとして、コロンビア特別地区連邦地方裁判所に出訴した。DKT International, Inc., v. United States Agency for International Development, 435 F. Supp. 2d 5（2006）；同裁判所は、方針要求は、表現に対する見解差別的な規制であり、やむにやまれぬ政府利益を促進するように厳格に限定されていないため、修正 1 条の権利を侵害するとして、DKT の主張を認めた。Id. at 18；これに対し、コロンビア特別地区連邦控訴裁判所は、Rust 判決に依拠して、「政府は、その機関を通じて特定の見解を伝達すること及びそれらの機関に対して反対のメッセージを伝達しないように求めることが憲法上許容される。……その機関の選定に際し、政府は、効率的で効果的なやり方でそのメッセージを伝達することを確実にするための基準を用いることが許容される」と述べ、Leadership Act の方針要求はそのような基準にあたり、修正 1 条に反しないとした。DKT International, Inc., v. United States Agency for International Development, 477 F.3d 758, 762-763（D.C. Cir. 2007）。

AID は、方針要求は、議会の支出権限の正当な行使によるものであり、また、この条件に拘束されたくないのであれば、AOSI は自由に基金を拒絶することができる」と主張した。

ニュー・ヨーク南地区連邦地方裁判所は、本件は、違憲な条件の法理の枠組みで検討され、より厳格な審査 (heightened scrutiny) が妥当すると述べ、方針要求は、政府のプログラムの範囲外における保護された表現のための「代替的な経路」を提供しないなどと述べ、AOSI の主張を認めて暫定的差止め命令を発した (以下、Alliance I とする)¹²。

判決後、政府は、控訴するとともに、表現のための「代替的な経路」を提供するために、新たなガイドラインを策定した。新ガイドラインは、基金受給者が、客観的な独立性を保っている限り、方針要求に拘束されない連携組織と共働することを可能とした。第二巡回区連邦控訴裁判所は、事件を地裁に差戻し、新ガイドラインを考慮して暫定的差止め命令が認められるかを再考するよう命じた (以下、Alliance II とする)¹³。

差戻審において、ニュー・ヨーク南地区連邦地方裁判所は、新ガイドラインが適切な「代替的な経路」を提供するか否かにかかわらず、AOSI は政府の立場を支持するよう要求されることには変わらないため、ガイドラインは憲法上の瑕疵を救済しないとして、Alliance I で述べられたものと同様の理由で暫定的差止め命令を認めた (以下、Alliance III とする)¹⁴。第二巡回区連邦控訴裁判所は、方針要求は、実質的に、受給者が政府の見解を支持するよう要求するものであり、連邦最高裁が、政府基金の受給において許容さ

¹² Alliance for Open Society International, Inc. v. United States Agency for International Development, 430 F. Supp. 2d 222, 251-278 (S.D.N.Y. 2006).

¹³ Alliance for Open Society International, Inc. v. United States Agency for International Development, 254 Fed. Appx. 843 (2d. Cir. 2007).

¹⁴ Alliance for Open Society International, Inc. v. United States Agency for International Development, 570 F. Supp. 2d 533, 545-546 (S.D.N.Y. 2008).

れる条件であると判断してきたことを大きく超えるものであり、受給者の修正1条の権利を侵害するような違憲な条件を課すものであるとして、ニュー・ヨーク南地区連邦地方裁判所の判断（Alliance III）を是認した（以下、Alliance IV とする）¹⁵。これに対し、AID は、大法廷による再弁論を求めたが、第二巡回区連邦控訴裁判所は拒否した（以下、Alliance V とする）¹⁶。

最高裁は、裁量上訴を認めた¹⁷。最高裁は、6対2で控訴審判決を容認した。なお、Kegan 裁判官は審理・判決に参加していない¹⁸。

(2) Roberts 首席裁判官による法廷意見（Kennedy 裁判官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Alito 裁判官、Sotomayor 裁判官同調）

方針要求は、Leadership Act に基づく基金の受領者は、売春や性的目的の人身取引に反対するという政府の政策に明確に同意することを義務づける。しかしながら、「言論の自由は、政府が、市民に対し、彼らが何を述べなければならないかを命じることを禁止している」というのが修正1条の基本的な原則である。言論の直接規制として制定されたなら、方針要求は明白に修正1条に違反する。ここでの問題は、政府は、それにもかかわらず連邦政府の基金の受給の条件として、方針要求を課することができるか否かである。

合衆国憲法の歳出条項は、特定の州や私的なプログラムまたは活動に対し

¹⁵ Alliance for Open Society International, Inc. v. United States Agency for International Development, 651 F. 3d 218, 223-224 (2d Cir. 2011).

¹⁶ Alliance for Open Society International, Inc. v. United States Agency for International Development, 678 F. 3d 127 (2d Cir. 2012).

¹⁷ Agency for International Development v. Alliance for Open Society International Inc., 133 S. Ct. 928.

¹⁸ Kagan 裁判官が審理・判決に参加しなかったのは、前職である訟務長官在職時に、本件と何らかの関わりがあったためではないかといわれている。Opinion Recap: Easing the Leash on Speech, Posting of Lyle Denniston to SCOTUSblog, <http://www.scotusblog.com/2013/06/opinion-recap-easing-the-leash-on-speech/> (June 20, 2013 12:58 pm) (last visited Mar. 10, 2014).

て資金提供をすることを含む、「一般の福祉」のための課税や支出についての広い裁量を議会に与えている。この権限は、議会が意図する方法で使用されることを確保するために、基金の使用を制限する権能を含む。

一般的な問題として、ある団体が連邦政府の基金の受領についての条件に反対する場合、その団体がとりうる手段は、基金の給付を断ることである。

しかしながら、同時に我々は、政府は「ある者が給付を受け取る資格を有しない場合であっても、その者の憲法上保護された修正1条の権利を侵害するような基準に従ってその給付を否定してはならない」と判示してきた。

Scalia 裁判官による反対意見は、条件がプログラムの目的と関連がないとき、あるいは、条件が、拒絶できない申し出という意味で、実際には強制的であるという場合にのみ、それはあてはまると考えている。しかしながら、先例は、そのように限定されていない。現在の文脈において、我々の事例から明らかになってきた意味のある差異は、政府支出プログラムの限界を定める条件——政府が助成金を支給しようと望む活動を明記する条件——と、そのプログラム自体の輪郭の外側で言論を規制するように基金を提供することを推進しようとする条件との間にある。この境界は、特定のプログラムの定義がしばしば、異議を申し立てられた条件を含むように改ざんされることもあり、ほとんど明確ではない。しかしながら、我々は、「議会は、すべての事例において、基金提供の条件をそのプログラムの単なる定義として書き直すことはできない。なぜなら修正1条が単なる意味論上の機能に縮小されてはならないためである」と判示してきた。

二つの事例の違いを説明するのに役立つ。Regan v. Taxation With Representation of Washington において、最高裁は、U.S.C. § 501(c)(3)に基づいて免税の地位を求めている非営利的な組織に対する、立法に影響を及ぼさうという実質的な活動に携わらない旨の要求を支持した。我々は、免税の地位は、「組織への現金による助成とほとんど同様の効果を有していた」と述べた。

そして、§ 501(c)(3)の地位を立法に影響を及ぼすことを企てなかった組織に限定することで、議会はただ「ロビー活動に助成しないことを選択して」きた。最高裁は、その条件は、組織が議会でロビー活動を行うことを全く禁止してはいなかったという事実を強調した。過去に用いられた「二重構造」——§ 501(c)(3)の組織と § 501(c)(4)の組織として別個に法人化する——に戻ることに、非営利組織は、別個の基金による § 501(c)(4)の資格において、立法に影響を及ぼすことを意図する一方で、ロビーではない活動を理由に § 501(c)(3)の主張を続けることができた。最高裁は、そのような構造を維持することは、「不当な負担」ではないと指摘した。したがって、その条件は、組織に対して、「そのロビー活動を行う意図を理由に」政府からの給付を否定するものではない。

対照的に、FCC v. League of Women Voters of Californiaにおいて、最高裁は、非商業的なテレビ放送やラジオ局に対する、私的な基金によるものを含む、すべての論説放送を禁止するという連邦の財政援助の条件を無効とした。最高裁は、全予算のわずか1パーセントを連邦政府から受け取っている放送局でさえ、「完全にすべての論説放送を禁止された」と述べた。Regan判決における状況とは異なり、本件で問題となった法は、放送局が、「公的重要事項についての見解を明らかにする」ために私的な基金を利用しながらも、論説放送をしない活動に連邦基金の使用を限定する方法を規定していない。したがって、本件禁止は、連邦基金が「公的な放送局の論説放送」を助成することには用いられずということにはとどまらず、それどころか、プログラムの範囲外の放送局の言論を制限するための連邦の基金提供を推進した。

Rust v. Sullivanにおける我々の判決は、Regan判決とLeague of Women Voters判決で示されたアプローチを詳しく説明している。Rust判決において、我々は、公衆衛生事業法第10章の、「広範囲の、容認可能かつ有効な家族計画の方法と指導を示す、自発的な家族計画プロジェクトの確立と機能を

支援する」ことを目的として、非営利の健康管理組織への助成金を支給する支出条項プログラムにつき検討した。公衆衛生法は、第10章の連邦基金につき、「妊娠中絶は家族計画の手段であるとするプログラムに用いられる」ことを禁止していた。この条項を履行するために、保健福祉省の規則は、第10章のプロジェクトが、妊娠中絶を家族計画の手段であると主張することを禁止し、また、受給者に対し、彼らの第10章のプロジェクトが、禁止された活動に携わる他のプロジェクトから「物理的かつ財務的に分離している」ことを保証するように求めた。

我々は、議会は、憲法に反することなく、公的関心事に取り組むために、同様の問題に取り組む別の方法に基金を提供せずに、選択的に特定のプログラムに対して基金を提供することができると述べた。第10章において、議会は、特定の家族計画の手段のみを奨励する連邦のプログラムを画定した。異議を申し立てられた規制は、単に「連邦のプログラムの境界が遵守されること」、そして、「正当と認められた目的のために公的基金が支出されること」を保証するように意図されていた。

この決定をなす際に、最高裁は「第10章は、本章における受給者とプロジェクトとを明白に区別している」ことを強調した。本件規制は、第10章のプロジェクトの受給者の範囲のみを決定し、「他の活動については自由に」させたままだった。本件規制が、「受給者に対し、連邦の基金を提供されるプログラムの範囲外にある保護された活動に携わることを禁止して」いなかったため、本件規制は修正1条に抵触しない。

これらの事例——連邦のプログラムを画定する条件と、その範疇を超える条件との間——の違いは、常に自明というわけではない。しかしながら、我々はこちらでは、方針要求はこの境界の違憲側にあることを確信している。

まず初めに、Leadership Act は、ここで関連する二つの条件を有していることを思い出すことが重要である。一つ目——本件では異議を申し立てら

れていない——は、Leadership Act に基づく基金が「売春や性的目的での人身取引を促進または唱道する」ために用いられることを禁止するというものである。政府は、22 U.S.C. § 7631(e)は、連邦基金は禁止された目的のために用いられないだろうことをそれ単独で保証する。

したがって、方針要求は、更なる何かをなしているものに相違ない——そして、それはそうしていた。そもそもの問題として、方針要求が基金受給者の選定のために機能する目的が何であれ、その効果は選定を超えている。方針要求は、受給者の言論や活動にとって現在進行形の条件であり、選定が完了した後に助成を終了させる根拠である。いずれにしても、政府が認めるように、この条件は、単に売春に反対する組織を探索しているだけではない。むしろ、それは、「議会は、売春や性的目的での人身取引を『根絶する』というその目的を表明してきており、受給者に類似の立場をとるように求めている」と説明する。本件は、基金提供の条件として特定の信条を採用することを、受給者に強いることに関するものである。

受給者が——自身のものとして——公的関心事についての政府の見解を採用することを要求することにより、その条件は、まさにその本質から、「連邦基金が提供されるプログラムの範囲外の保護された行為」に影響を及ぼす。受給者は、Leadership Act の基金を支出するときには、方針要求に規定された信条を公言することはできず、全部自己負担で活動に参加するときには、意見を変えて逆の信条を主張し、あるいは中立であることを主張する。受給者に特定の信条を公言することを要求することで、方針要求は、受給者を画定するために連邦基金を提供されるプログラムの限界を画定すること以上のことをしている。

政府は、本訴訟が係争中に設定された連携機関に関するガイドラインがそのプログラムを救うと主張する。これらのガイドラインの下で、基金受給者は、自由な連携機関からの「客観的な完全性と独立性」を保つ限り、条件に

従わない連携機関と共働することが許される。政府は、ガイドラインは、受給者に対して以下のことを許容するために、受給者の修正1条の権利に対するいかなる違憲な負担も緩和すると提唱する。(1) Leadership Actを受け入れ、方針要求に従うが、売春についての異なる見解を伝達するために連携機関を設立する、(2) 基金の受給自体を断る一方で、その唯一の目的が Leadership Act の基金を受給し、処理することである連携機関をつくり、それによって、方針要求の「効果を」連邦のプログラムの範囲内に「閉じ込める」。

どちらのアプローチも十分ではない。我々がこの文脈で連携機関の重要性に言及する場合は、それは、連携機関が、基金提供の条件に制約された組織が連邦のプログラムの範囲外で修正1条の権利を行使することを許容するからである。条件が、基金の受給者が特定の見解を自らものとして支持することであるとき、連携機関はその目的の役に立つことはできない。連携機関が受給者と明確に異なるなら、その取り決めは、受給者が信条を表明する手段を与えない。もし連携機関が受給者とより明確に同一視されるなら、受給者は、明白な偽善という代償を払わなければ信条を表明できない。

政府は、それがなければ、連邦基金の助成は、受給者の私的な基金が「売春や性的目的の人身取引の促進に用いられる」ことを自由にしうるため、方針要求は必要であると主張する。この議論は、連邦の基金提供は、新しいプログラムのために支払われるあるいは既にあるものを拡張するというよりは、むしろ、単に私的な基金提供にとってかわるであろうことを前提としている。もし政府の議論が正しいなら、League of Women Voters 判決は異なる結果になっただろうし、Regan 判決や Rust 判決の理由付けの多くは見当違いだっただろう。

政府は、この議論を支持するために、Holder v. Humanitarian Law Project 判決という一つの事例のみを引用した。本事例は、テロリストの組織に物質的な援助をすることの禁止という極めて異なる文脈に関するもので、そこで

は、証拠は、これらの組織の非暴力的な計画への援助は、組織の暴力的な活動を援助することにつぎ込まれることを示している。

その議論をさらに推し進め、政府は、「もし Leadership Act を履行するために連邦基金を与えられた組織が、同時に、売春や性的目的での人身取引を促進するあるいは積極的に見逃すことができるならば、公的基金と私的基金のどちらを用いようと、政府のプログラムを台無しにし、また、売春や性的目的での人身取引に反対するという政府のメッセージを曖昧にするだろう」と主張する。しかし、方針要求は、受給者が政府のプログラムを台無しにするやり方で私的基金を用いることを禁止するだけにはとどまらない。それは売春を根絶するという政府の政策に忠誠を誓うことを要求する。それについて、我々は、70年前に Jackson 裁判官が執筆した法廷意見に改良を加えることはできない。「もしわれわれの憲法という星座に恒星があるならば、それは、身分の高低を問わず、公務員は、政治、ナショナリズム、宗教、あるいは他の思想にかかわる事項において、何が正統であるべきか否かを規定してはならないということであり、そこにおける信条を、言葉あるいは行為によって告白することを市民に強いてはならないということである」。

方針要求は、連邦基金提供の条件として、その本質から、政府プログラムの範囲内に限られない信条への肯定を強いる。そうすることで、方針要求は修正 1 条を侵害しており、それは正当とは認められない。

(3) Scalia 裁判官による反対意見 (Thomas 裁判官同調)

Leadership Act は、「売春や性的目的での人身取引に明白に反対する方針をもたないいかなる集団あるいは組織」も、本法に基づいて割り当てられた基金を受け取ることができないと規定する。この方針要求は、HIV/AIDS を根絶するために選ばれた、政府の戦略の遂行に適した機関を選ぶ手段に過ぎない。方針要求は、憲法の下で完全に許容される。

修正1条は、見解中立的な政府を要求していない。政府は競合する考えの中から選び、その中からいくつかを採用しなければならない。さらに、政府は、それらの目標を結実させるために、その考えを信じている者の支援を得なければならない。そして、その目的のために、その考えに反対する者や支持しない者の支援を受ける必要はない。それは私にとって最もありふれた常識に関することのように思われる。例えば、アメリカの対外援助事業の目的の一つは、この国に対する友好を促進することである。もしハマス——富を分配するために効率的な制度を有すると称される——がアメリカによる食糧援助の配分プログラムから排除されても、合理的に異議を唱えられる者は誰一人いない。そして、それは、たとえハマスが、憲法の保護を与えられているアメリカ市民の組織であったとしても同様である。基金提供されていない組織が、「連邦の助成なしに」、その活動（反アメリカ的なプロパガンダを含む）に携わることが自由なままである限りは、反対される計画のための助成を利用することを拒むことは、その言論を縮減することにはならない。そして、それは、拒絶された組織が、連邦のプログラムに積極的に反対しているのではなく、単に不支持である場合も同様であり、ここで問題になっているのもそのような事例である。

この議論は、この常識的な原則は、政府が反対する観点を差別し、不利に扱うことを可能にするだろうというものだ。ここで問題となっている憲法上の禁止は、反対している見解を差別することや不利に扱うことの禁止ではなく、言論を強制することに対する修正1条の禁止である。私は率直に言って、本件のような重要でない政府プログラムに参加するための適格条件は、その条件がプログラムの目的と関連性のないときでさえ、この修正1条の禁止と衝突するということが懐疑的である。すべての不利益が強制とは限らない。

しかし、それはここで我々の前にある争点ではない。ここでは、政府が申請者に否認することを求める見解——あるいは、政府が申請者に賛意を主張

させる見解——は、問題となっているプログラムと関連している。そのプログラムは、政府が反対する見解を不利に扱う権利を与えられる場合にのみ正当となる。そして、もしそのプログラムが反対する見解を不利に扱うことができるなら、そのプログラムを執行する者の選抜も可能である。この原則が、政府が、賛成しない立場を恣意的に差別することを可能にするというリスクはない。しかし、ここでの政府の HIV/AIDS 戦略の中心部分は、HIV を伝染させる売春の抑制である。その目的を有効であると思う者にのみプログラムへの参加を許容することは全く合理的である。

しかしながら、法廷意見によると、このやり方は、支出プログラムの範囲内で機能する条件と、その範囲外で言論を統制する条件との間の憲法上の境界を越える。私は、この法廷意見の中心——法廷意見自身が「ほとんど明確ではなく」、「常に自明ではない」と認めるこの違い——の何が修正 1 条と関連しているのかを説明するのに困り果てている。この違いは、確かに *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) においてほめかされたが、それは修正 1 条の正当性のための普遍の要求としてではない。妊娠中絶を支持する言論の禁止が「プログラム内」の言論に限定された点は、*Rust* 判決においては、そのプログラム自体が反中絶プログラムではなかったため、関連性があった。政府は、この論争となっている問題について中立のままであったが、家族計画サービスプログラム内において中絶が促進されることは望まなかった。すなわち、その立法目的は、「プログラム外」の中絶支持言論によっては害されえなかった。その限定の目的は、政府の基金提供が、政府が助成することを望まなかった中絶支持プロパガンダの手段を提供することを防ぐことであつた。ここでの状況は、非常に異なる。売春の排除は、HIV/ADIS プログラムの目的であり、売春の促進はどのようなものであれプログラムを害する。

もちろん、イデオロギー的に反対する者のプログラムへの許可がそのプロ

プログラムの目的を阻止する最も明確な方法は、反対者の基金を、そのイデオロギー的な反対に自由に使えるようにすることである。ハマスの例を再び用いよう。その団体による社会奉仕の供給への助成は、その目的に使用される金を、その代わりに反アメリカプロパガンダに用いることを可能にする。被上訴人は積極的に売春を促進しないため、本件においてはその問題は存在しないだろう。しかし、法廷意見の分析は、すべての事例におけるイデオロギー的な要求の正当化を典型的に拒絶し、「連邦の基金提供は、新しいプログラムへの支払いではなく単に私的な基金にとってかわるものである」という「証拠の摘示」を要求している。これは私には極めてナイーブにみえる。金は代替可能である。経済的な現実は、NGOが政府の金で AIDS についての働きができる場合は、その団体らは、Leadership Act の価値を低下させる政策における財源を費やすことができるというものである。政府は、それが起こるであろうということ、証拠を示すことによって確立させる必要はない。連邦のプログラムへの参加を決定する際の適切な考慮とするためには、それが現実かつ明白なリスクであることで十分である。

法廷意見が判決のために引用する事例は助けにならない。*Regan v. Taxation With Representation of Wash.*, 461 U.S. 540 (1983) はどうかというと、この事例は 26 U.S.C. § 501(c)(3) に基づく免税の地位を受けるための条件としてロビー活動の禁止を無効にしたのではなく、支持した。最高裁の判示は、「基本的な権利の行使に助成しないという立法者の決定は権利の侵害ではない」という結論に依拠する。今日の法廷意見は、これらの非営利団体が、ロビー活動のための § 501(c)(4) に基づく別個の連携組織を用いることが許容された事実を強調する——しかし、脚注で示唆されたその事実は、最高裁の判示にとっては全く本質的ではなかった。確かに、その理由付けは、最高裁の多数がそれに依拠しないからこそ、別個の同意意見を促進する。*FCC v. League of Women Voters of Cal.*, 468 U.S. 364 (1984) はどうかというと、そ

ここで問題となった論説放送の禁止は、関連し、許容される連邦通信法の政策を促進しなかったからこそ——そして、単に、連邦通信法の、免許を与えられた放送局による「論争となっている意見の活発な表明」の「積極的な奨励」と両立しないために——却下された。

法廷意見は、違憲な条件の法理をでっちあげたが、その法理は何の助けにもならない。法の正当な目的と関連し、それ自体違憲（たとえば、国教樹立条項を侵害するような、宗教への加入という条件）ではない条件が、違憲な条件の法理を侵害すると判示されたような事例はない。さらに、私が前に指摘したように、本件の条件が被上訴人の言論を「強制する」という主張は、文面上妥当とは思われない。売春に関して異なる方針を採りたいと考えるこれらの団体は、「それらが Leadership Act の制定以前にそうだったように、今も強制されていない」。法廷意見が認めるように、「一般的な問題として、もし当事者が連邦基金を受給するための条件に反対するなら、その頼みの綱は、基金を断ることであり」、独自の財源を利用することである。

多数意見は、この言論の条件が強制であると納得できるように述べることができず、そして実際にそれは強制ではない。法廷意見は、強制の欠如についてははっきりとした態度をとらず、「受給者に特定の見解を告白させることを要求し」、また「基金受給者に対し、公的関心事について政府の見解を——自身のものとして——採用することを求めている」ことを理由に Leadership Act を無効とした。しかし、カヌート王が波を押しとどめるように命令したように、ここで政府の'requiring'と'demanding'は強制的な効果を持たない。結局、本件の状況においては、「連邦基金の条件として信条の肯定を強制すること」は、全く強制ではない。それは、各々の団体が受給するか拒絶するかにつき自由である、限られた連邦支出プログラムに対する許可の合理的な対価である。7631(f)は、そのように画定されることが同法の利益になると決定する範囲にのみ「受給者を画定する」。

本件のように、イデオロギー的なコミットメントが求められることは極めて稀である。しかし、関連するイデオロギーを根拠に、競合する申請者の中から選択することは、疑いなく非常にありふれたことである。憲法に関連する限り、その二つを区別することは事実上不可能である。もし政府が、申請者への条件として、関連するイデオロギー的なコミットメントを求めることができないなら、関連するイデオロギーを根拠に申請者を区別することもまたできない。そして、それが本日の法廷意見の真の害悪である。将来、関連するイデオロギー的な理由による政府基金の拒否に対する異議申し立てが頻繁に起こることが予想できる。

法廷意見は、*West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) や、*Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994) のような事例の活発な引用を含む。それらは、話したくない重要な問題から注意をそらすことのみ仕える。すなわち、政府は「誰に対しても」「何についても」話すことを強制していないということである。議会がここでしてきたこと——目の前にある政府の職務に関連するイデオロギー的なコミットメントを求めること——は、憲法によって是認されている。アメリカ人は憲法を支持する必要はない。彼（女）らは共産主義者あるいは無政府主義者であっても構わない。しかし、「上院議員や下院議員、……、各州の立法部の構成員、そして連邦と州のすべての執行部・司法部の職員は、憲法を支持する宣誓または確約に拘束されるべきである」。憲法の起草者は、肯定的なイデオロギー的なコミットメントを課すという英知は、政府の仕事を支援するための前提条件であるとみている。そして我々もそうであるべきだ。

二 AID 判決の理論

本件では、政府が、合衆国憲法第 1 条第 8 節第 1 項の支出条項¹⁹に基づき、基金の受領に、「売春および性的目的での人身取引に明確に反対する方針を

持つこと」という条件（方針要求）を課すことが修正1条を侵害するか否かが問題となった。

方針要求につき、DKT 判決では、コロンビア特別地区連邦控訴裁判所は、Rust 判決²⁰に依拠して方針要求を合憲と判断した。これに対し、本件の控訴審では、第二巡回区連邦控訴裁判所では、方針要求は、AOSI らの修正1条の権利に対し、違憲な条件を課すものであり、より厳格な審査（heightened scrutiny）を通過しないため、違憲であると判断した²¹。このように、控訴裁判所レベルで判断が分かれた理由として、「違憲な条件」の法理及び政府言論の法理の複雑で入り組んだ性質が指摘される²²。それゆえ、最高裁が、これらの法理を明確にすることが必要とされた。

法廷意見・反対意見ともに認めるように、政府は支出条項に基づいて、特定のプログラムに基金を提供する際に、条件を課すことができる。原告（被上訴人）である AOSI も、政府が憲法の支出条項に基づいて、基金を提供するプログラムを選定し、そのプログラムの範囲内で言論や行動を統制できる権限を有することについては争っていない²³。しかしながら、その条件が、

¹⁹ 議会は、合衆国の債務を弁済し、共通の防衛および一般の福祉に備えるために、租税、関税、輸入税及び消費税を賦課徴収する権限を有する。

²⁰ Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991).

²¹ 前掲注11-15参照。

²² Ami S. Watkin, Note, *The Leadership Act and Its Policy Requirement: Changing Laws, Not Reality*, 78 BROOK. L. REV. 1131, 1136 (2013)；ある論者は、方針要求が政府言論を構成するか否かが両控訴審判決の中心にあると指摘する。Id. at 1143-1144；また、別の論者は、「違憲な条件の法理の面白い側面は、そこに法理がないことである。少なくとも、違憲な条件の問題を分析するための確立した基準はな」く、先例をみても、「そこにはこの問題を分析する法理はない」と指摘する。Adam B. Cox & Adam M. Samaha, *Unconstitutional Conditions Questions Everywhere: The Implications of Exit and Sorting for Constitutional Law and Theory*, J. LEGAL ANALYSIS 7-8 (2012)；なお、本件条件のような積極的な表現の条件は前例になく、本件では新しい憲法問題が提起されているとの指摘がある。Alliance IV, 651 F.3d at 257 fn. 4 (Straub, J., dissenting).

²³ Transcript of Oral Argument at 28, A.I.D., 570 U.S. ____ (No. 12-10).

修正1条の権利を侵害することがあり得る。そこで問題は、どのような条件が憲法上許容される、あるいはされないのかである。以下では、法廷意見・反対意見双方の理由付けを検討する。

(1) 先例

法廷意見と反対意見とでは、「違憲な条件」の法理についての理解が異なる。両者の理解が異なる理由の一つに、先例に対する理解の相違がある。以下では、法廷意見が先例をどのように理解しているかを確認し、法廷意見の「違憲な条件」の法理を検討する。

法廷意見は、以下の三つの判例に言及する。

一つ目が *Regan v. Taxation With Representation of Washington*²⁴（以下、*Regan* 判決とする）である。連邦税の領域において、公益と考える立場を促進するために組織された NGO 団体である *Taxation With Representation of Washington*（以下、*TWR* とする）が、内国歳入法に基づいて、免税措置の地位を申請した。これに対し、国税庁は、*TWR* が内国歳入法で禁止されている立法に影響を与えようとする活動に携わっていることを理由に、申請を拒否した。*Regan* 判決では、実質的なロビー活動に対する禁止は、修正1条及び修正5条に反するか否かが争われた。連邦最高裁は、9対0で *TWR* の主張を退けた。

二つ目が、*FCC v. League of Women Voters of California*²⁵（以下、*FCC* 判決とする）である。*FCC* 判決では、1967年公共放送法が、公共放送法人から助成を受けている非営利の教育的な放送局に対し、社説放送をすることを禁止していたことが、修正1条の権利を侵害するか否かが争われた。連邦最高裁は、5対4で当該法律を違憲とした。

²⁴ 461 U.S. 540 (1983).

²⁵ 468 U.S. 364 (1984).

三つめが、Rust v. Sullivan²⁶（以下、Rust 判決とする）である。政府は、公衆衛生法第10章に基づき、家族計画プログラムに基金を提供していた。同法1008条は、本法に基づく連邦基金は、中絶を家族計画の方法とするプログラムに用いられてはならないと規定していた。これを受けて、保健福祉省長官は、1988年に新規則を制定し、家族計画の方法としての中絶に関しカウンセリングを行うことや、中絶を行う医院を紹介すること、あるいは、中絶を家族計画の方法として唱道することを禁止した。また、受給者に対し、中絶を行う機関から物理的かつ財務的に分離していることを要求した。Rust 判決では、この新規則が医師や患者の修正1条の権利を侵害するか否かが争われた。連邦最高裁は、5対4で原告（上訴人）の主張を退けた。

AID 判決における Scalia 反対意見は、助成に課される条件が、政府のプログラムの目的と関連がないとき、あるいは、実際には強制的であるときにのみ、政府は修正1条の権利に違憲の負担を課しているということになると主張する。

これに対し、AID 判決法廷意見は、先例はそのように限定されていないと主張する。法廷意見は、Regan 判決と FCC 判決との違いに着目し、概ね以下のように述べる²⁷。

Regan 判決では、免税の地位は、「組織への現金による助成とほとんど

²⁶ 500 U.S. 173 (1991)；なお、AID 判決で法廷意見を執筆した Roberts 首席裁判官は、Rust 判決で、司法次官 (Deputy Solicitor General) として、政府側の書面の執筆にかかわっている。The Roberts Court and the First Amendment, Posting of Ronald Collins to SCOTUSblog, <http://www.scotusblog.com/2013/07/the-roberts-court-and-the-first-amendment/> (July 9, 2013, 11:34 am) (last visited Mar. 10, 2014)；See Brief for Respondent, Rust, 500 U.S. 173 (Nos. 89-1391, 89-1392).

²⁷ AID, 133 S. Ct. 2328-2329.

同様の効果を有していた」と述べた。そして、問題となった免税の地位を、立法に影響を及ぼすことを企てなかった組織に限定することで、議会はただ「ロビー活動に助成しないことを選択して」きた。すなわち、その条件は、「組織が議会にロビー活動を行うことを全く禁止してはいなかった」。過去に用いられた「二重構造」——TWRは、刊行物の出版や訴訟の提起を通じてTWRの目標を達成しようとする非営利組織（Taxation With Representation Fund）と、立法に影響を与えることによって同じ目的を達成しようとする非営利組織（Taxation With Representation）の二つから構成されていた²⁸——に戻るにより、非営利組織は、別個の基金による§ 501(c)(4)の資格において、立法に影響を及ぼすことを意図する一方で、ロビーではない活動を理由に§ 501(c)(3)の主張を続けることができた。最高裁は、そのような構造を維持することは、「不当な負担」ではないと指摘した。したがって、その条件は、組織に対して、「そのロビー活動を行う意図を理由に」政府からの給付を否定するものではない。

FCC判決では、全予算のわずか1パーセントを連邦政府から受け取っている放送局でさえ、「完全にすべての論説放送を禁止された」ことを指摘した。Regan判決とは異なり、本件で問題となった法は、放送局が、「公的重要事項についての見解を明らかにする」ために私的な基金を利用しながらも、論説放送をしない活動に連邦基金の使用を限定する方法を規定していない。つまり、本件禁止は、連邦基金が「公的な放送局の論説放送」を助成することには用いられないということにはとどまらず、それぞれか、プログラムの範囲外の放送局の言論を制限するための連邦の基金提供を利用した。

²⁸ Regan, 461 U.S. 543.

このように、AID 判決法廷意見は、議会が、プログラム外のロビー活動（Regan 判決）または社説放送（FCC 判決）を禁止するために基金を利用（leverage）しているか否かという点で、両事件は異なると考えている²⁹。

AID 判決法廷意見は、Rust 判決がこのアプローチを詳述するとして、以下のように述べる³⁰。

Rust 判決では、最高裁は、議会は、憲法に反することなく、選択的に特定のプログラムに対して基金を提供することができるかと述べた。第10章において、議会は、特定の家族計画の手段のみを奨励する連邦のプログラムを画定した。異議を申し立てられた規制は、単に「連邦のプログラムの境界が遵守されること」、そして、「正当と認められた目的のために公的基金が支出されること」を保証するように意図されていた。

この決定をなす際に、最高裁は「第10章は、本章における受給者とプロジェクトとを明白に区別している」ことを強調した。本件規制は、第10章のプロジェクトの受給者の範囲のみを決定し、「他の活動については自由に」させたままだった。最高裁によれば、「第10章の受給者は、中絶を擁護し続けることができる。すなわち、本件規制は単に、第10章の基金を受給するプロジェクトとは別個の独立したプログラムを通じたこれらの活動を実施することを要求しているだけである」。本件規制が、「受給者に対し、連邦の基金を提供されるプログラムの範囲外にある保護された活動に携わることを禁止して」いなかったため、本件規制は修正1条に抵触しない。

²⁹ See Note, *The Supreme Court: First Amendment—Freedom of speech—Unconstitutional Conditions—Agency for International Development v. Alliance for Open Society International, Inc.*, 127 HARV. L. REV. 218, 221-222 (2013).

³⁰ AID, 133 S.Ct. 2329-2330.

AID 判決法廷意見は、先例を以上のように解釈し、「連邦のプログラムを画定する条件」と、「その範疇を超えて保護された活動に携わることを禁止する条件」という区別を示した。

繰り返しになるが、この観点から、先例を検討する。Regan 判決では、別個の組織を用いて、基金を受給する一方で、ロビー活動を行うことができるとされた。これは、AID 判決法廷意見が指摘するように、「議会は、公共の福祉を促進するために非営利組織が引き受けた活動に助成することを選択することと同様に、ロビー活動に助成しないことを選択した」³¹に過ぎない。FCC 判決では、最高裁は、Regan 判決と比較して、基金を 1%でも受給している放送局は、別個の組織を用いて、社説放送をすることはできないことを指摘する³²。すなわち、それらの放送局は、完全に私的な基金を用いたとしても社説放送をすることができない。このように、両判決では、基金が提供されるプログラムの範囲を超えた行為まで規制している場合——そのために基金を利用している場合——には、当該条件は違憲とされている。

Rust 判決では、法廷意見は、問題となった規制は、禁止された行為につき、「単に、受給者に対し、第10章の活動から分離した別個のものとしておくように求めているだけである。第10章は、その受給者とプロジェクトと明確に区別している。……本件規制は、第10章のプロジェクトの活動範囲を決定し、その他の活動については自由なままである」³³と述べている。そして、「違憲な条件」の法理は、特定のプログラムやサービスではなく、助成の受給者に対して条件を課し、それによって、受給者が、連邦の基金を提供されるプログラムの範囲外の保護された行為に携わることを禁止しようとする場合に適用されると述べ、その観点から、Regan 判決と FCC 判決につき説明

³¹ Regan, 461 U.S. 544.

³² FCC, 468 U.S. 400.

³³ Rust, 500 U.S. 196.

する³⁴。

このように、Rust 判決は、Regan 判決と FCC 判決のアプローチを統合したものであり³⁵、AID 判決は、それを踏襲した。Rust 判決の法理は、先例との一貫性が問題とされてきたが³、AID 判決は、その点を整理し、確認したものであるといえる³⁶。

これに対し、Scalia 裁判官反対意見は、「違憲な条件」の法理の適用場面をきわめて限定している。Scalia 裁判官は、「違憲な条件」の法理は、条件が、強制的である、あるいは政府のプログラムと関連しない場合にのみ適用されると解釈している。しかしながら、上述のように、先例をそのように解釈すべきではない。また、Scalia 裁判官は、現代国家においては、多くの公的言説が政府により助成されており、それを利用して政府が言論を規制することによる、自由への脅威がどれほど大きいかを無視していると批判される³⁷。

(2) 合憲／違憲の境界

次に、上述の判断基準——連邦のプログラムを画定する条件か、その範疇

³⁴ *Id.* at 197-198.

³⁵ Watkin, *supra* note 22 at 1139.

³⁶ この点に関しては、横大道・前掲注第2章-第3章を参照。そこでは、Rust 判決における「違憲な条件」の法理の理解は、「先例との一貫性という見地から、必ずしも正当化できないわけではな」く、AID 判決は、「かような評価を裏付けられるものとなっているように思われる」と指摘される。

³⁷ Charles W. "Rocky" Rhodes, *Speech, Subsidies, and Traditions: AID v. AOSI and the First Amendment*, 2012-2013 CATO SUP. CT. REV. 363, 376 (2013) ; また、そもそも Scalia 裁判官反対意見には、「より大きな権限はより小さな権限を含む」——「ある特権的給付を完全に否定することのできる『より大きな権限』には、その特権的給付に条件を課するという『より小さな権限』が含まれるとする議論」であり、「特権」を給付する際の政府の広い裁量を認める議論である。中林・前掲注8「違憲な条件の法理の成立」105-108頁——という議論に近い思考をしていると思わせる箇所がある。AID, 133 S.Ct. 2333 ; 「違憲な条件」の法理は、このような議論を克服すべく提起された法理であり、現代国家における給付行政の統制の必要性に鑑みると、Scalia 裁判官のような思考は採るべきではない。

を超えて保護された活動に携わることを禁止する条件か——に照らし、本件条件が合憲となるか違憲となるかが問題となる。ここでは、方針要求が何を意味しているかが問われる。

Scalia 裁判官反対意見は、方針要求は、「政府の戦略の遂行に適した機関を選ぶ手段に過ぎない」³⁸と考える。Scalia 裁判官によると、政府は、目的を達成するために、その考えに賛成する者にもみ助成を行うことができる。本件における政府の目的は HIV を伝染させる売春の抑制であり、その目的を有効であると思う者にもみプログラムへの参加を許容することは合理的である³⁹。

これに対し、法廷意見は、第一の条件——本件では争われていない——が、「Leadership Act に基づく基金が、『売春や性的目的での人身取引を促進または唱道する』ために用いられることを禁止する」点に着目し、この条件のみで、連邦基金が禁止された目的のために用いられないであろうことを確かにする⁴⁰と考える。すなわち、AIDS/HIV の蔓延を食い止めるという Leadership Act の目的に沿うような組織の選定のためには、第一の条件で十分である。そうであるならば、方針要求は、単なる選定基準以上のものとして機能する。法廷意見は、方針要求の効果は選定を超えるものであり、受給者の言論や活動にとって、現在進行形の条件となると指摘する⁴¹。

法廷意見は、このような条件は、「まさにその本質から、連邦基金が提供されるプログラムの範囲外の保護された行為に影響を及ぼす」⁴²と指摘する。すなわち、このような条件は、「プログラム」ではなく、「受給者」に条件を課しているのであり、それはまさに「違憲な条件」の法理が関与してきたこ

³⁸ AID, 133 S.Ct. 2332 (Scalia, J., dissenting).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* at 2330.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

とである。

政府は、新ガイドラインがこのプログラムを救済すると主張する。Alliance Iの後に設定されたガイドラインにより、受給者は、客観的な完全性と独立性を保つ限りにおいて、基金を受給する一方で、売春につき中立的な立場あるいは反対する立場を表明するような機関と共働することができる。このようなガイドラインは、Rust 判決や Regan 判決において、規制を救ったものと同様であるという指摘がある⁴³。確かに、先例をみても、助成の条件の合憲性の判断において、表現の代替的な経路があるか否かはしばしば重要な争点となっている⁴⁴。上述のように、FCC 判決では、法廷意見は、もし Regan 判決のような代替的な経路があれば合憲となる余地があると述べている。また、AID 判決の下級審を含む多くの下級審も、代替的な経路があるか否かに注意を払っている⁴⁵。

しかし、AID 判決のガイドラインは Rust 判決等で用いられる代替的な経路とは区別される。法廷意見は、連携機関がなぜ重要かにつき、連携機関があることにより、受給者が、連邦のプログラムの範囲外で修正 1 条の権利を行使できるようにするからであると指摘する⁴⁶。本件のように、受給者が、特定の見解を「自己のものとして」支持することが条件である場合は、連携機関は上記の目的の役には立たない。なぜならば、Rust 判決では受給者は中絶について沈黙を保つことができたのに対し、AID 判決では、基金を受給する組織は、「自身の見解として」売春に「積極的」に反対しなければな

⁴³ Cole Davis, *Unconstitutional Conditions: The Second Circuit Splits with the D.C. Circuit and Erroneously Finds Anti-Prostitution Pledge Required for HIV/AIDS Funding Unconstitutional*, SMU L. REV. 213, 218 (2012).

⁴⁴ James H. Miller, *Planned Parenthood Ass'n of Hidalgo County Texas, Inc. v. Suehs: Abortion and the Right to "Affiliate"*, 87 TUL. L. REV. 1357, 1370 (2013).

⁴⁵ *Id.* at 1363-1365 (citing Alliance IV, 651 F.3d 234, Legal Aid Servs. of Or. v. Legal Servs. Corp., 608 F.3d 1084 (9th Cir. 2010), DKT. 477 F.3d 758).

⁴⁶ AID, 133S.Ct. 2331.

らないからである⁴⁷。

また、政府は、方針要求を課さなければ、受給者が自由に、その私的な基金を、「売春や性的目的での人身取引の促進」に用いることができるようになるため、方針要求は必要であると主張する。政府は、この見解を支持するために、Holder v. Humanitarian Law Project⁴⁸を引用する。Holder 判決においては、確かに、テロ組織の非暴力的な活動への助成は、その組織の暴力的な活動につき込まれていることが示された。本件でも、政府は Holder 判決と同様に考え、方針要求がなければ、政府のプログラムを台無しにし、また、売春等に反対する政府のメッセージを曖昧にすると主張する。Scalia 裁判官反対意見は、ハマスの社会奉仕活動への助成への助成は、それを反アメリカプロパガンダに用いることを可能にするという例を挙げ、政府の主張に同調する⁴⁹。Scalia 裁判官は、そのリスクが現実かつ明白であれば、特に証拠は必要ないとする⁵⁰。

確かに、Scalia 裁判官が主張するように、金は代替可能である。しかしながら、法廷意見が指摘するように、このような主張を認めてしまうと、FCC 判決は異なる結論になったであろうし、Regan 判決や Rust 判決の理由付けも見当違いのものになってしまう⁵¹。先例の一貫性という観点からも、政府及び Scalia 裁判官の主張は妥当ではない。また、法廷意見が指摘するよう

⁴⁷ Garima Malhotra, Comment, *Good Intentions, Bad Consequences: How Congress's Efforts to Eradicate HIV/AIDS Stifle the Speech of Humanitarian Organizations*, 61 CATH. U. L. REV. 839, 857 (2012).

⁴⁸ 国務長官が「外国のテロリスト組織」と指定した組織に対し、故意に物質的な支援や資金を提供することを禁止する情報活動改革及びテロ予防法 (Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act) が漠然性ゆえに無効ではないか等が争われた事件。連邦最高裁は 6 対 2 で、本件に適用される限りにおいては曖昧ではないと判断した。561 U.S. 1 (2010).

⁴⁹ AID, 133 S.Ct. 2333 (Scalia, J., dissenting).

⁵⁰ *Id.* at 2334.

⁵¹ *Id.* at 2331.

に、方針要求は、受給者が政府のプログラムを台無しにするようなやり方でして基金を用いることを禁止するだけにはとどまらず、政府の政策に忠誠を誓うことを要求しているのである⁵²。このようなことが憲法上許されないのは、Barnette 判決⁵³における Jackson 裁判官法廷意見の有名な一節を引用するまでもなく明らかである⁵⁴。

このように、AID 判決において、第一の要求だけならば、プログラム内の問題にとどまったが、それを超えて言論の強制にまで至ったため、本件の条件は、プログラム外の行為の規制となった。また、代替的な経路も機能していない。すなわち、方針要求は、受給者が、私的な資金を用いてプログラムの範囲外で沈黙したり中立を表明することを禁止するため、受給者を、言論を強制された事例である Wooley 判決⁵⁵や Barnette 判決における人々と同じ状況に置くものであるとすらいえる⁵⁶。Scalia 裁判官は、条件に従いたくない場合は断ればよいだけであり、修正 1 条が関係する余地はないと考えている⁵⁷。法廷意見も一般論としてはそのような主張もありうると考えている

⁵² ある評釈は、法廷意見は証拠の欠如を指摘しているため、もし証明がなされたならば、金の代替性という議論はありうると指摘する。Note, *supra* note 29 at 227；しかし、本文でも指摘したように、方針要求は、政府のプログラムを台無しにするやり方で基金が用いられることを禁止するだけにとどまらず、政府の政策に忠誠を誓うことまで求めている。したがって、このような指摘は妥当ではない。

⁵³ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943)；公立学校において、子どもに対して国旗に敬礼することを要求することが、修正 1 条に反するか否かが争われた事件。最高裁は 6 対 3 で、国旗への敬礼の強制を違憲とした。

⁵⁴ AID, 133 S.Ct. 2332.

⁵⁵ 「自由で生きろ、さもなくば死ね (Live Free or Die)」という州のモットーを入れたナンバープレートを非営利的な自動車に取り付けることを求め、モットーを覆い隠す行為を軽罪とするニュー・ハンプシャー州法が修正 1 条の権利を侵害するか否かが争われた事件。最高裁は、6 対 3 で当該州法を違憲とした。Wooly v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

⁵⁶ Alexander P. Wentworth-Ping, Note, *Funding Conditions and Free Speech for HIV/AIDS NGOS: He Who Pays the Piper Cannot Always Call the Tune*, 81 FORDHAM L. REV. 1097, 1142-1143 (2012).

⁵⁷ AID, 133 S.Ct. 2334 (Scalia, J., dissenting).

と思われるが、助成の条件として、政府の政策に忠誠を誓わせるという事案の特殊性ゆえに、そのようなアプローチは採りえない⁵⁸。この点で、AID 判決は Rust 判決と区別される。

また、そもそも方針要求は、Leadership Act の目的を促進しないと指摘がある。Leadership Act の目的は、AIDS/HIV の蔓延の防止にある。AIDS/HIV の蔓延の原因の一つであるとの議会の認定に基づいて、Leadership Act の目的を達成するために方針要求が定められた。しかしながら、方針要求は同時に例外も定めている。「世界エイズ・結核・マラリア対策基金及び世界保健機関、国際エイズワクチン構想、その他の国連機関」は、方針要求を免除されている。たとえば、国連人口基金（United Nations Population Fund）は、HIV/AIDS との闘いの事業の中で、性産業従事者と共働しているにもかかわらず、方針要求を免除されている⁵⁹。また、「売春及び性的目的での人身取引」のみを受給の条件としている点についても疑問が呈される。すなわち、Leadership Act の目的の達成には、より効果的な条件があるのではないかと指摘される⁶⁰。これらに鑑みると、方針要求の真の目的は HIV/AIDS の蔓延の防止ではなく、売春や性的目的での人身取引を対象とするものであり、そうであるならば、Leadership Act の目的に沿うものではないと指摘される⁶¹。

⁵⁸ Alito 裁判官は、口頭弁論において、「このような言論の強制が許容されてきた事例を私は知らない」と指摘する。Transcript of Oral Argument at 10, AID, 570 U.S. __ (No. 12-10) ; Ginsburg 裁判官も、「私は信じている」あるいは「私はこの点につき政府に同意する」と述べるように要求することは、「普通のこととは思えない」と指摘する。Ginsburg 裁判官は、Rust 判決では、受給者は「私は政府に同意する」と述べる必要がないため、政府が Rust 判決に依拠して方針要求が合憲であると主張するのは誤りだと述べている。Id. at 14.

⁵⁹ Watkin, *supra* note 22 at 1151.

⁶⁰ たとえば、売春に反対するよりも、避妊具の使用を奨励する方が、Leadership Act の目的に必要ではないかとの指摘がある。Rhodes, *supra* note 37 at 377.

⁶¹ Id. at 377-378 ; ある論者は、方針要求は、実際には、起草した議員の保守的なイデオロギーの表明であると指摘する。Watkin, *supra* note 22 at 1149.

(3) 政府言論⁶²

最高裁では明示的に論じられていなかったが、本件条件が「政府言論 (government speech)」にあたるか否かという問題がある。「政府言論」は、「言論市場に対して、他の私的主体と同じく言論者たるの資格において参入する政府に着目し、そのような政府自身による言論活動を『表現の自由』体系の中に位置づけ、これをめぐって生起する諸々の法的問題に見取図を提供しようとする議論」⁶³である。

政府は、助成を通じて自己の見解を表明でき、政府自身が speaker ならば、見解差別的な助成も合憲とされる⁶⁴。民主政のもとでは、政府が自身の見解を表明することはむしろ必要とされるため、政府はいつどのようなことを話すことも自由であるとされる⁶⁵。また、資源は有限であるため、すべての表現を助成することは不可能であることに鑑みると、ここでは政府は見解中立であることは要請されず、望ましくない⁶⁶。しかしながら、speaker として

⁶² 政府言論については、さしあたり、脚注8で挙げた文献のほか、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）91頁、同「政府の商業言論」企業と法創造6巻4号（2010年）125頁、金澤誠「政府の言論と人権理論(1)~(4)」北大法学60巻5号（2010）年248頁、同61巻2号（2010年）236頁、同61巻5号（2011年）144頁、同64巻3号（2013年）442頁、中林暁生「『政府の言論』と『思想の自由市場』」法学セミナー697号（2013年）697頁、同「『政府の言論の法理』と『パブリック・フォーラムの法理』との関係についての覚書」企業と法創造7巻5号（2011年）88頁、藤井樹也「政府の言論と個人の自律」法学教室212号（1998年）39頁、山本龍彦「原発と言論——『政府言論』を考える」法学セミナー691号（2012年）69頁等参照。

⁶³ 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(1)』（日本評論社、1994年）105、111頁。

⁶⁴ *Legal Service Corporation v. Velazquez*, 531 U.S. 533, 541 (2001)；「裁判所が、政府の財産あるいは資源が関与する観点規制を審査する際、一つの区別がすべての違いを生み出す——もしその言論が政府自身の言論であるならば、観点規制は許容されるが、その言論が政府の資源により促進された私的な言論ならば、観点規制は一般的には許容されない。」Andy G. Olree, *Identifying Government Speech*, 42 CONN. L. REV. 365, 368 (2009)；「政府自身が speaker である場合には修正1条は適用されない」。ARTHUR D. HELLMAN & WILLIAM D. ARAIZA & THOMAS E. BAKER, *FIRST AMENDMENT LAW: FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM OF RELIGION* 777 (LexisNexis 2d ed. 2010).

の政府が、実質的には検閲官として機能することにより、「伝統的な意味での検閲の防遏のために念入りにつくりあげられた諸々の法理論をすり抜けて、却っていっそう危険な検閲官として」振る舞いうるため、「言論主体としての政府に対する適切な憲法上の統制を模索」するために、政府言論の法理が論じられる⁶⁷。

方針要求が「政府言論」か否かにつき、前述のように、控訴審レベルでは判断が分かれた⁶⁸。DKT 判決では、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、方針要求は政府のメッセージを伝達するものであると判断した⁶⁹のに対し、第二巡回区連邦控訴裁判所は Rust 判決との違いを指摘してこれを否定している⁷⁰。なお、Scalia 裁判官反対意見は、政府言論について言及していないが、それは、たとえ私的な言論に影響を与えたとしても、政府のプログラムと関連するあるいは強制的でない条件ならば違憲とはならないと考えているためだと指摘される⁷¹。

何が政府言論にあたるかにつき、最高裁の立場は明示的ではないが、少なくとも、メッセージの内容につき、政府が最終的にコントロールしている場

⁶⁵ RANDALL P. BEZANSON, TOO MUCH FREE SPEECH? 105-106 (University of Illinois Press 2012)；この点を強調して、政府言論の法理を批判するものとして、See COREY BRETTSCHEIDER, WHEN THE STATE SPEAKS, WHAT SHOULD IT SAY?: HOW DEMOCRACIES CAN PROTECT EXPRESSION AND PROMOTE EQUALITY (Princeton University Press 2012)。

⁶⁶ Rhodes, *supra* note 37 at 381 (2013)；Owen M. Fiss は、規制的な文脈と配分的な文脈との本質的な違いの原因の一つとして、「資金の不足」を挙げる——Fiss は、芸術助成の文脈で、配分される助成金は、受給希望者の数に対して、常に不足していると指摘する。OWEN M. FISS, THE IRONY OF FREE SPEECH 35 (Harvard University Press 1996)。

⁶⁷ 蟻川恒正「国家と文化」江橋崇編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』（岩波書店、1997年）191、206頁。

⁶⁸ 前掲注22参照。

⁶⁹ DKT, 477 F. 3d at 761.

⁷⁰ Alliance IV, 651 F. 3d at 237；これに対し、Alliance IV の反対意見は、本件は政府言論の問題であると主張していた。

⁷¹ Note, *supra* note 29 at 224 fn.61.

合には政府言論と認定してきたといわれる⁷²。しかし、政府が助成を通じて自らの見解を表明する場合には、人々が言論の発信源を認識できているか否かが問題となる⁷³。この点、方針要求は、自らの主張として、売春や性的目的での人身取引への反対の表明を要求する。Leadership Act への言及なしにこのような表明をする場合、「合理的な観察者」からすると、その言論が政府のものであると認識するのは困難である⁷⁴。受給者ではなく政府が発信源であると信じる合理的な理由はないだろう⁷⁵。方針要求を政府言論であると認めるならば、政府言論の本来の効用——民主的な説明責任——を害するであろう。

また、ある論者は、Leadership Act の文言や、立法過程を検討し、本件条件は政府言論ではないと主張する⁷⁶。すなわち、議会は、HIV/AIDS と闘うことを意図していたのであり、売春の根絶が目的ではなかった⁷⁷。実際、方針要求は、それが HIV/AIDS の蔓延にどのように影響するのか、ほとんど説明されずに履行された。そうであるならば、方針要求は政府のメッセージを表明するものとは考えられない。

⁷² *Id.* at 224-225；下級審の判断基準（四要件説）につき、横大道・前掲注3・第10章参照。

⁷³ See Elena Kagan, *The Changing Face of First Amendment Neutrality: R.A.V. v. St. Paul, Rust v. Sullivan, and the Problem of Content-Based Underinclusion*, 1992 SUP. CT. REV. 29, 55; Kagan は、たとえ人々が助成の体系を知っていたとしても、表現者は政府の助成なしに同じ表現をすることができるなど、政府言論の問題の難しさを指摘する。*Id.*；2009年の Summum 判決では、「観察者 (observer)」が speaker を識別できるか否かが問題となっている。Pleasant Grove City, Utah v. Summum, 555 U.S. 460, 470 (2009)；同判決の Souter 裁判官結論同意意見は、合理的で十分や情報を与えられた観察者が (reasonable and fully informed observer) が、該当する言論を政府言論と判断するか否かを問う「合理的な観察者テスト」を主張する。*Id.* at 487 (Souter J., concurring in the judgement)。

⁷⁴ Note, *supra* note 9 at 1513.

⁷⁵ Watkin, *supra* note 22 at 1157.

⁷⁶ Malhotra, *supra* note 47 at 859-860.

⁷⁷ *Id.*

(4) AID 判決の影響

以上検討してきたように、AID 判決は、「違憲な条件」の法理が適用される基準として、その条件が政府のプログラムの定義を画定するものか、あるいはプログラム外の行為の行為を規制するものとなっているか、という Rust 判決のアプローチを踏襲した。そのうえで、この境界は確かに曖昧ではあるが、本件で問題となった方針要求は明らかに違憲の側にあるとした。

これに対し、Scalia は、何度も「常識」という言葉を用いて反対意見を執筆している。助成の条件につき、憲法上の高いハードルを設けると、「将来、関連するイデオロギー的な理由による政府基金の拒否に対する異議申し立てが頻繁に起こることが予想できる」という彼の懸念も必ずしも否定できない⁷⁸。また、Amicus Brief を提出した ACLJ もまた、助成の選定基準を設定する政府の権限を強調する⁷⁹。「違憲な条件」の法理は「包括的な原則」⁸⁰であるため、AID 判決の法理は、他の憲法上の権利にも及ぶ⁸¹。それゆえ、本件の射程が問題となる。

確かに、本判決の射程は広くみえるかもしれないが、法院意見は、その射程を自ら限定し、他の許容される言論の要求と区別できるようにしているとの指摘がある⁸²。それによると、法院意見の理由付けは、① Leadership Act

⁷⁸ 中林・前掲注 8 「違憲な条件の法理の成立」も、「公共政策的な観点から、政府の規制作用に比して広い裁量を政府の給付作用に認め、さらに憲法上の権利による制限も、給付作用の方を規制作用に比して緩やかにすることが望ましいという局面がありうることも否定しえない」と指摘する (133-134頁)。それゆえ、権利制限を求める条件すべてが違憲となるわけではなく、「違憲な条件」の法理の射程が問題となる。

⁷⁹ See *Amicus Brief of the American Center for Law and Justice*, in Support of Petitioners at 11.

⁸⁰ See, e.g., Koontz v. St. Johns River Water Management District, 133 S. Ct. 2586, 2594 (2013) ; 土地所有者が、土地使用の許可に際し、離れた場所での緩和措置 (offsite mitigation) プロジェクトに出資することを条件とすることが補償のない取用にあたるとして訴えた事件。本件では、上記条件が、修正 5 条の権利に対する違憲な条件となるか否かが問題となった。

⁸¹ William E. Thro, *Undermining Christian Legal Society v. Maltinez*, 295 ED. LAW REP. 867, 880 (2013).

を、基金受給者に対し、政府の見解を、自身の私的な言論として示すことを要求するもの——受給者に対して、政府の言論を伝達するように要求するものではない——であると解釈し、②方針要求は、信条を採用するように要求するものであるため、単なる選定基準とは区別できる、③ AOSI や他の NGO が、政府の政策に反する行為のために私的基金を自由に使うために Leadership Act の基金を利用するという証拠はない、という三つの重要な predicates に依拠している⁸³。そうすることで、法廷意見は、議会に対し、本件と他の助成を区別し、受給の条件に言論の要求を課す権限を保護する機会を与えている⁸⁴。また、法廷意見は、政府は、決して、積極的な言明をなすように受給者に要求してはならないと判示してはいない。Rust 判決との整合性に鑑みると、本判決は、政府言論の事例の場合——すなわち、受給者が、自身のためではなく、政府のために発言するよう求められる場合には何ら影響はないと指摘される⁸⁵。すでに指摘した本件の特殊性に鑑みると、AID 判決の射程はさほど広くはないとみるべきである。

また、ある評者は、法廷意見が示したプログラム内／外のアプローチは、本件では有用ではあるが、すべての先例と一致するわけではなく、また、そもそもこのアプローチは、すべての助成の条件に適用することはできないと指摘する⁸⁶。それによると、Velazquez 判決では、問題となった規制は、受給者が、訴訟やプログラム範囲外の他の行為を遂行するために連携組織を設立することを許容している。すなわち、この規制は、プログラムの範囲内でのみ機能し、受給者を拘束していないにもかかわらず、最高裁はこれを無効としており、これは、AID のアプローチとは異なるのではないかという批

⁸² Note, *supra* note 29 at 218.

⁸³ *Id.* at 223-224.

⁸⁴ *Id.* at 224.

⁸⁵ *Id.* at 224-225.

⁸⁶ Rhodes, *supra* note 37 at 364, 383.

判である⁸⁷。ただし、この批判は、Velazquez 判決における Scalia 裁判官反対意見の立場を前提としている。これに対して、Velazquez 判決における法廷意見は、「議会が規制しようとしている主張を表現する代替的な経路は存在していない」⁸⁸と述べている。それゆえ、法廷意見の立場からすると、Velazquez 判決は Rust 判決と区別しうる。

いずれにしろ、法廷意見が認めるように、プログラム内／外の線引きは非常に難しい。また、Rust 判決後に指摘されていたように、このアプローチによると、「助成プログラムの範囲内における政府の裁量を制限する道具とはなり得ない」⁸⁹ため、その場合の政府の裁量をどのように制限するかという課題は残されたままである。今後の判例の動向が注目される⁹⁰。

また、AID 判決は、審査基準を明確にしなかった点が指摘される⁹¹。連邦地裁は、方針要求は言論の直接規制ではなく、修正 1 条の自由に間接的に影響を与えるものであるため、厳格な審査は適当ではないと述べ、より厳格な審査が適用されるとしている⁹²。連邦控訴裁判所も、高められた審査が適用されるべきであるとする⁹³。これに対し、権利にプレッシャーを与えるよう

⁸⁷ *Id.* at 383.

⁸⁸ 531 U.S. 546-547.

⁸⁹ 横大道・前掲注 3・83頁。

⁹⁰ ある評者は、本件は、「『違憲な条件』の法理の次の幕を開けた」と指摘する。Paul M. Smith et. al., *Supreme Court Issues Significant Decision on Unconstitutional Conditions Doctrine*, 30-NOV COMM. LAW. 26 (2013).

⁹¹ Note, *supra* note 29 at 222 fn.24.

⁹² Alliance I, 430 F. Supp. 2d 267 fn.38.

⁹³ Alliance IV, 651 F.3d 236；ただし、Alliance IV は、厳格審査を適用していると解釈する余地もある。Alliance IV において、多数意見が、方針要求は、実質的で、見解に基づき、表現に向けられている、さらに、その表現は、国際的な論争の主題に関するものであり、そのような公的事項について自由にコミュニケーションする権利は、修正 1 条のまさに核心にある、などと述べている点が注目される。また、反対意見が、多数意見が、方針要求は海外の事項に関連するために、厳格な審査は適用されるべきではないという被告の主張を拒んだ——法廷意見は「厳格審査」という言葉は一度も用いていないにもかかわらず——と指摘している点も注目される。

な条件の賦課は、政府と権利保持者との間および権利保持者同士の間での力の配分を歪めると指摘し、違憲な条件の法理が適用される場合、問題となる条件は厳格な審査に服するとの主張がある⁹⁴。また、ある論者は、AID 判決における方針要求のような条件は、政府が公的討論を自身の望む方向に歪めることを許容するものであるため、厳格審査が妥当すると主張する⁹⁵。

(5) AID 判決以降の下級審判決

AID 判決以後の下級審判決として、Department of Texas, Veterans of Foreign Wars of U.S. v. Texas Lottery Commission⁹⁶（以下、TLC 判決とする）がある。

テキサス州の慈善目的のビンゴプログラムが、慈善団体がビンゴゲームを開催することにより資金を工面することを許容することを認めていたが、その際に、得られた金が、Texas Bingo Enabling Act（以下、TBE 法とする）により定義された慈善目的のためにのみ用いられることを条件としていた。TBE 法は、特に、ビンゴの収益を特定のタイプの政治的主張——ロビー活動をする事及び、投票方法について賛成派又は反対することなど——に用いることを禁止していた。この条件が修正 1 条の権利を侵害するか否かが問題となった。

テキサス州西地区連邦地方裁判所は、TBE 法は、テキサス州の慈善目的のビンゴプログラムに参加する条件として、慈善団体が政治的言論に携わる

⁹⁴ See Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1413 (1989).

⁹⁵ Chase Ruffin, Note and Comment, *You Don't Have to, But It's in Your Best Interest: Requiring Express Ideological Statements as Conditions on Federal Funding*, 29 GA. ST. U. L. REV. 1129, 1154 (2013)；なお、政府が言論主体として自由市場に参加している場合には、敬讓的な合理性の基準を満たせばよいとの主張もある。JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, *FIRST AMENDMENT LAW* 345 (Thomson West 4th ed. 2008).

⁹⁶ 727 F.3d 415 (5th Cir. 2013).

権利を行使しないことを求めるものであり、違憲な条件を課すものであるとして、暫定的差止め命令を出した⁹⁷。

これに対し、第5巡回区控訴裁判所は、本件で問題となった条件は、政治的言論を罰するものではなく、ビンゴの収益を政治的主張に用いることを禁止——すなわち州の慈善目的のビンゴプログラムを範囲内で禁止——したに過ぎないとして、TBE法は修正1条に反しないと判断した⁹⁸。その中で、第5巡回区控訴裁判所は、Rust判決等に依拠して、違憲な条件の法理は、政府が、政府のプログラムへの参加の条件として、参加者に対し、プログラムの「範囲外で」憲法上の権利を行使しないことを求めることを要求する場合に関係すると指摘した⁹⁹。そして、AID判決はこの原則を再確認した判決であると指摘した¹⁰⁰。

このように、TLC判決控訴審は、AID判決を、Rust判決を踏襲し、プログラム内／外というアプローチを示した判決であると解釈する。このような解釈は妥当であり、このアプローチは今度定着していくものと考えられるが、上述のようにプログラム内とされた条件を課す政府の権限をどのように統制するかという課題は残ったままである。

むすび

日本においては、給付行政の憲法的統制について論じられるようになったのは比較的最近であり、未だ「現在進行形で切り開かれつつある論点」であるといわれる¹⁰¹。しかしながら、日本においても、行政の役割が拡大している現代においては、助成に条件を課す政府の権限をどのように統制するかは

⁹⁷ Department of Texas, Veterans of Foreign Wars of U.S. v. Texas Lottery Commission, NO. 11-50932 (Docket) (C.A.5 Oct. 4, 2011).

⁹⁸ 727 F.3d 423-425.

⁹⁹ *Id.* at 425.

¹⁰⁰ *Id.*

重要な課題である。これまで論じてきたように、政府による助成の文脈においては、表現「規制」の文脈とは異なり、観点に基づいた助成が許容される。確かに、政府は特定の政策を遂行するために、それを支援する団体等に助成することができ、その際には観点に基づいた助成は不可避である。しかしながら、政府は、特定のディスコースの性質を変えるための財政支出を完全に自由に行えるわけではない¹⁰²。このような、直接規制とは異なる、より巧みなかたちでの間接規制により、また、政府の圧倒的な資金力により、表現の自由市場が歪められる危険性にどのように対処していくかは、表現の自由論における現代的な課題の一つである¹⁰³。

本稿では、そのような場合に政府の権限を統制する手段としての「違憲な基準」の法理が適用された AID 判決を検討した。AID 判決は、Rust 判決を踏襲して、助成の条件が、プログラムの範囲を画定するものかあるいはプログラム外の憲法上の権利の行使を規制するものかを問うアプローチを採用した。

もちろんアメリカの法理がそのまま日本で適用できるわけではなく、また、アメリカにおいても、この問題領域における法理は一貫しているとは言えない。しかしながら、非権力的な行政行為である給付行政につき、伝統的な意味での「規制」がないにもかかわらず、権利侵害を構成する「違憲な条件」の法理は、表現の自由の現代的な課題への一つの応答となりうる。繰り返し確認してきたが、AID 判決は、政府は、プログラムの範囲を画定すること

¹⁰¹ 駒村圭吾「国家と自由——その国家的給付と憲法的統制のあり方」法学教室328号（2008年）34、35頁。政府言論については、「日本の憲法学においては未だ『論点』にはなりえていない」との指摘がある。蟻川恒正「論点解説『政府の言論』」法学セミナー674号（2011年）62頁。

¹⁰² PAUL HORWITZ, FIRST AMENDMENT INSTITUTIONS 252 (Harvard University Press 2013)。

¹⁰³ 「政府が思想の自由市場を支配するという危険性、あるいは聴衆を強化するという危険性があるという点においては、言論内容に基づく選択的な刑事制裁と選択的な助成との間に差異は存しない」。小林・前掲注8「『表現の自由』論の可能性」384頁。

を超えて、プログラム外の行為を規制するために基金を利用する場合には違憲な条件の法理が適用されるとした点で意義があるが、プログラム範囲内の政府の裁量については何ら言及していない。しかしながら、プログラム内において政府が絶対的な裁量を有するとすべきではない。プログラム内の政府の裁量をどのように統制するかが今後の課題となろう¹⁰⁴。

※本稿は、平成26年3月15日に行われた合衆国最高裁判例研究会（於：学習院大学）における筆者の報告を基にしている。報告の際、諸先生方から貴重な助言をいただいた。ここに記して感謝の意を表したい。

¹⁰⁴ 横大道・前掲注3の整理によると、連邦最高裁は、プログラムの範囲画定のために課される条件につき、「その目的に応じて、①『政府自身の有するメッセージを伝達するための助成』と『私人の表現の促進のための助成』とに区別されること、そして、②前者の助成の場合には『いいたいことをいう権限』が認められるのに対し、③後者の助成の場合における憲法的統制は、パブリック・フォーラム法理の類推適用という形で遂行されるという基本枠組み」を提示している（129頁）。

なお、前者の場合——すなわち、「政府言論」の統制につき、蟻川・前掲注62「政府と言論」は、政府と言論市場との関係を、政府の諸活動のあり方に応じて分類し、場面ごとに検討している（93頁以下）。関連して蟻川恒正「政府の言論の法理——教科書検定を素材として」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ——状況へ』（尚学社、2011年）417頁以下参照。また、横大道・前掲注3・第11章は、政府言論に課される制約として、民主的政治過程、国教樹立禁止条項、法律・規則・慣行、平等条項、また、政府言論の方法・内容・対象、結果に対する制約があると指摘している。

「違憲な条件」の法理については、政府の給付作用につき、本来あるべき保障水準、すなわちベースラインを設定し、給付の停止や特権の剥奪がベースラインを下回らせる場合には自由への侵犯と見る議論も注目される。駒村・前掲注101・36・37頁。関連して、長谷部・前掲注8参照。

また、上述の通り、この問題は表現の自由についてのみならず、給付行政全般にかかわる問題である。それゆえ、一般的な統制原理の構築は不可能であるため、政府の諸活動の性質に応じて類型化し、それぞれの類型に応じた統制原理を検討していくべきである。例えば、AID判決のような場合、日本では、憲法21条だけではなく、憲法19条などによる裁量の統制が検討されるべきである。