

強制言論の法理

——合衆国最高裁判所における compelled speech theory——

Compelled Speech: United States Supreme Court
and Compelled Speech Theory

橋 本 基 弘*

はじめに

「ひとを貶め、辱め、嫌悪させ、軽視するような表現を教会や国家が強制することはどういうことを意味するのであろうか。話せ、さもなくば処罰する！ この種の強制は人の思想を侵すものである。人の心のプライバシーは自由の個人にとって欠かすことができない。かくのごとく、話さないでいる自由を否定することは話すことを否定すること以上に個人の尊厳を攻撃することになる」¹⁾。

合衆国憲法には、日本国憲法19条に相当する条文は置かれていない。内心の自由 (freedom of conscience) は、第1修正表現の自由の前提として、あるいは裏返しの権利として保障されるといわれている。この権利は、ときに「沈黙の自由 (right to keep silence)」や「表現しない自由 (right not to speak)」と呼ばれることがあり、また「消極的表現の自由 (negative speech right)」と総称される場合も少なくない。また、これらの問題状況を「強制言論法理 (compelled speech theory)」として俯瞰する研究も豊

* 所員・中央大学法学部教授

1) Haig Bosmajan, *The Freedom Not to Speak*, 196 (1999).

富である²⁾。

一方、日本国憲法の解釈では、憲法19条の位置づけは必ずしも明確ではない。多くの憲法例では、憲法19条のような条文は置かれておらず、むしろ合衆国憲法と同じ構成をとるものが多い。表現の自由(21条1項)には、その前提として内心の自由が含まれなければ表現行為は空虚なものになってしまう。したがって、19条がなくとも内心の作用は憲法上当然に保障を受けるはずである。このことを気にしてか、通説的見解は、憲法19条は、内心作用が絶対的に保障され(公共の福祉の制約を受けない)、その保障内容は沈黙の自由であると理解してきた³⁾。また、19条によって絶対的に禁止される国家介入を提示し、一定の外部行為の許容性はここから除外されるとする解釈もある⁴⁾。

そうすると19条の守備範囲と21条1項で保障される消極的表現の自由との関係はあいまいになる。そこで、19条で保障される内心を限定的に理解する学説が登場する。19条の思想良心とは、宗教的な信念や世界観を意味しており、単なる事実の認識や善悪の判断はこれから除外されるというのである。だが、宗教的な内心作用は、19条をもち出すまでもなく、20条1項などによって保障されているはずである。宗教告白を強いられない権利は、20条1項の守備範囲であることは明らかである。

2) わが国の憲法理論においても強制言論に関する関心は高い。最近の論稿として、宮原均「謝罪の強制と言論の自由—アメリカにおける判例法理の分析」東洋法学63巻3号(2020年)3頁、森口千弘「思想・良心の自由の前提条件—国家による言論強制と思考プロセスの自由」早稲田法学94巻4号(2019年)609頁。君が代裁判などの判例を詳細に分析する浩瀚な論考として、渡辺康行『「内心の自由」の法理』(岩波書店、2019年)。

3) 佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』(成文堂、2020年)245頁は、19条における沈黙の自由と21条1項によって保障される「表現しない自由」は重複しないとする。19条の自由は、人格的自律性の基盤を保障することにあり、「公表」を強いられたる文脈以外の場面でも役割を果たすとする。なお、学説状況を明快に整理するものとして、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達郎『憲法I基本権』(日本評論社、2016年)158頁以下を参照。

4) 大石眞『憲法講義II第2版』(有斐閣、2012年)138頁。

19条を絶対的保障と解釈し、その固有の機能を沈黙の自由とする解釈は、問題解決を難しくしてしまったのかもしれない。むしろ、19条が保障する自由は、脳の機能を含む精神的作用に直接働きかけ、個人の尊厳を根底から否定するような侵害（たとえば洗脳）を排除することに限定され、その役割は、精神的自由権保障の根拠を強固なものとする象徴に止まると考えた方がよいのではないか。

本稿では、合衆国最高裁判所において展開されてきた「強制言論法理」をスケッチすることで、日本国憲法における19条解釈に一石を投げようとする、いささか分不相応な企みである。そのため、まず、合衆国最高裁判所における強制言論の展開を祖述し、その後この問題に関する最新の判例である National Institute of Family and Life Advocate vs Becerra（以下「NI-FLA 判決」という）を分析する。これにより、合衆国における強制言論法理の現状を解明する。これらの作業を踏まえて、日本国憲法における解釈への示唆を得たいと思う。

1. 合衆国最高裁判所における強制言論法理の展開

(1) 合衆国最高裁判所における強制言論の展開

① 強制言論の類型論

政府が言論を禁止もしくは制限するのではなく、言論を強制する場面はいくつかの種類に分けられる⁵⁾。

(A) まず、特定の表現行為を行うよう強制する場面が考えられる。国旗に敬礼を求めたり、特定のメッセージを表示することを義務付けるような場面がこれに当たる。

5) 強制言論については、多くの論者がさまざまな視点からの類型論を試みている。むしろ、強制言論は一つの問題ではなく、国家による作為強制を広く総称した問題群と呼ぶべきなのではなかろうか。ここでは、主として、Eugene Volokh, *The Law of Compelled Speech*, 97 *Tex. L. Rev.* 355 (2018) を参考にして、分類を試みた。

(B) 次に、他者のメッセージ表明を受け入れるよう強制する場面が考えられる。これは、さらに4つの場面に分類される。

(B1) まず、いわゆる反論権として議論されてきた問題が生じる。ここでは、メディアの編集権と国家による言論の受容強制が対立する。また、より広い視点を提供するよう事業者に義務付けることの可否も問題となる。

(B2) 次に、団体が公金を特定の政治活動に支出をする際、その協力を反対者に求めてもよいかという問題も含まれる。わが国でも問題となった、団体とその構成員の自由の問題である。

(B3) また、私有財産の処分権(所有権や管理権など)に基づき、自分の財産上で行われる言論活動を拒み得るかも問題となる。

(B4) さらに、特定の憲法価値(平等や尊厳)を理由に特定団体や個人の活動に介入できるかが問われる。ここでは、男子のみに入会を認めている団体に対して女子の入会を義務付けることや一定の思想的傾向をもつ団体に平等や多様性の価値を受け入れるよう求めることなどが含まれている。

(C) そして、特定の専門職に対して一定の情報を開示させ、あるいは一定の事項を掲示するよう義務付けている法令もまた強制言論の問題として扱われている。

以下、順次検討する。

② (A) 特定の表現行為を強制する場面

強制言論が憲法問題として明確に認識されるようになったのは、1943年の *Bernette* 判決による⁶⁾。エホバの証人の信者である少年たちが、自らの信仰に基づいて星条旗への敬礼を拒絶したことによって退学処分を命じられたケースにおいて、ジャクソン裁判官は、次のような有名な言葉を用いて、教育委員会の処分を憲法違反と判断した。

6) *West Virginia State Board of Education vs Bernette*, 319 US 624 (1943).

「他者と異なろうとする自由は、どうしてもよいことに限定されるわけではない。これは自由の単なる影と見られるかもしれない。その本質を試すものは、既存の秩序の核心部分に触れるものについて異なろうとする自由である。もし、憲法の星座の中に不動の星があるとするならば、それは、いかなる公務員も（上級から下級に至るまで）政治やナショナリズム、宗教やその体験に関して、正統なるものは何かを定めることはできないということであり、また自分たちの信仰について表明させられるよう強要してはならないということである」⁷⁾

Bernette 判決は、これより3年前に判示された Gobitis 判決⁸⁾を変更するものであった。Gobitis 判決においては、エホバの証人の生徒を国旗への敬礼に強制しても憲法上の問題はないとの判断が示されていた。わずか3年での判例変更には何があったのか。そこには、第二次世界大戦をめぐる、闘うことを拒絶したエホバの証人に対する迫害が激化したことが反映しているといわれている⁹⁾。このこともあってか、Bernette 判決の説示は包括的で、緻密さに欠けている。信仰を根拠にして、世俗の義務をどこまで回避できるのか、その後の判例は大いに悩むことになった¹⁰⁾。

Bernette 判決は、30年以上の時を経て、1977年の Wooley 判決¹¹⁾に継承

7) 319 US 642.

8) *Minersville School District vs Gobitis*, 310 US 586 (1940).

9) Vincent Blasi & Seana V. Shiffrin, *The Story of W.virginia State Bd. of Educ. v. Bernette*, in Michael C. Dorf, ed, *Constitutional Law Stories*, at 420 (2009). なお、本書は合衆国における国旗への敬礼の歴史やエホバの証人の歴史を簡潔に記載しており、きわめて有益である。エホバの証人関連事件が合衆国最高裁判所における表現の自由理論にいかなる影響を及ぼしたのかについては、高柳信一「戦間期における違憲審査制の機能転換」社会科学研究所編『ファシズム期の国家と社会 5 ヨーロッパの法体制』（1979年）339頁参照。

10) これらの点について、太田信「信仰の自由を理由とする一般的法義務の免除—Affirmative Action の類似性から—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 48号85頁（2020年）参照。

11) *Wooley vs Maynard*, 430 US 705 (1977).

される。ニューハンプシャー州は、商用車以外の車両のナンバープレートに、同州の標語(Motto)である「自由に生きるかさもなくば死を(Live Free or Die)」を他者から認識できるよう掲示する旨を義務付けていた。この義務が自らの信仰に抵触するとして、エホバの証人の信者たちが、その合憲性を争ったのが本件である。バーガー首席裁判官法廷意見は、バーネット判決を引用しながら、同州法の合憲性を退けた。ただ、首席裁判官法廷意見が州法の合憲性を判断する際、O'Brien判決を引用しながら、具体的な利益衡量を行っていることは注目に値する。すなわち、「州の対立利益が、上告人に対してナンバープレート上に州の標語を掲出させることを正当化するにふさわしいほど十分やむを得ざるものなのかどうかを当審では判断しなければならない」として、具体的利益衡量の結果、州の主張を退けたのである¹²⁾。

事業者団体全体としてラベル表示を行うため、その費用を個別の事業者から強制的に徴収することはどうか。この点について、合衆国最高裁の判断は分かれている。まず、1997年に判示されたGlickman判決¹³⁾では、カリフォルニア州で柑橘類を取り扱う事業者から共通の広告(generic advertisement)を掲出し、販売促進を行うため、事業者から広告費を徴収する措置は、第1修正表現の自由に違反しないとの結論が示されている。本判決では、この措置を憲法違反と判断した原審第9巡回区控訴裁判所判決が覆されている。控訴裁判所判決では、この措置の合憲性が営利的広告規制の合憲性審査基準であるCentral Hudsonテスト¹⁴⁾を満たしていないとしたことに対して、合衆国最高裁は、後に見るAbood判決とKeller判

12) 430 US 716. この論理に対しては、レーンキリスト裁判官反対意見の指摘が興味深い論点を提起している。すなわち、本件標語は、「In God We Trust」と同じであって、これをもって特定の者の信仰心を害するというのでは、連邦の通貨制度も機能しなくなるという。その意味で、本件標語はバーネット判決の国旗敬礼強制とは本質的に異なるというのである(430 US 722)。

13) Glickman vs Wileman Brothers, 521 US 457 (1997).

14) Central Hudson Gas & Electric Co, vs Public Service Commission of NY, 447 US 557 (1980).

決に依拠しつつ、政治的思想的な不同意を含まないケースであり、抛出の目的が事業者団体の目的と関連性がある場合には、費用聴取を強制しても憲法上問題はないとの解釈が示されている¹⁵⁾。

Glickman 判決では、スータ、レンクイスト首席、スカーリア、トーマス（一部）同意の反対意見が展開されている。ここでは、本件が営利的言論規制としても正当化できず、また Bernette 判決や Wooley 判決の下でも許されないとする鋭い批判が展開されていた。

他方、2001年の United Foods 判決¹⁶⁾では、マッシュルーム販売取扱業者に対して、販売促進のため、広告費を加盟事業者から徴収する旨を定めた連邦法の合憲性が問題となった。ケネディ、レンクイスト首席、ステイヴンス、スカーリア、スータ、およびトーマス各裁判官法廷意見は、Keller 判決の枠組みに依拠しつつ、カリフォルニア州での柑橘類販売には確立された販売促進のための秩序が存在するが、本件マッシュルームでは、むしろ事業者間の競争が優先されており、資金抛出の強制は予定されていないと述べている¹⁷⁾。本判決では、法人たる事業者に対する言論強制が問題となっているためか、Bernette 判決の論理については正面から検討された形跡は見当たらない。

また、2003年に判示された Livestock 判決¹⁸⁾では、連邦法（1985年牛肉販売促進および研究法）に基づき、畜産業者や牛肉生産事業者から資金を強制徴収して、広告や販売促進に用いることが争われている。スカーリア裁判官は、次のように本件の争点を整理している。

「当審では、いわゆる強制的な表現について、これまで二つの判例カテゴリーを扱ってきた。すなわち、真正の強制言論事例（true compelled-speech cases）がその一つであって、そこでは、自分が反

15) 521 US 473.

16) United States vs United Foods, 533 US 405 (2001).

17) Id. at 415.

18) Johanns vs Livestock Marketing Assn, 544 US 550 (2003).

対しているような表現もしくはメッセージが政府によって個人的に強いられるケースである。もう一つは、強制的資金拠出（compelled-subsidy cases）であって、私人によって行われる表現に対して、自分が反対している表現やメッセージに資金を拠出するよう政府によって求められるようなケースである。だが、当審では、これまで、政府が政府自身の言論に対して資金提供を強いるケースの結論については検討してこなかった。」¹⁹⁾

このような前提に立って、スカリア裁判官は、Bernette 判決から Keller 判決に至る強制言論のケースをつぶさに検討する。そして、政府言論への協力強制は、Keller 判決における、労働組合の活動への参加強制に似ていると判断する²⁰⁾。すなわち、政府言論に対する市民の協力義務は、同じく半強制加入団体であるユニオンショップにおける組合員の協力義務に相当するといえるのである。これはまた、国家が徴税権をもち、税金をどう用いるか自由であることから検討が必要である。つまり、私的な団体が構成員から協力金を強制徴収するのとは異なり、国家による政策実現（スカリア裁判官は、これを「政府言論」と呼んでいる）への協力強制は、第1修正上の問題を生じさせないといえるのである²¹⁾。

③ (B1) 強制言論としての反論権、公正原則、放送義務

反論権（自らの意見とは異なる見解の掲載を国家によって強制する権利）は、表現の自由と対立しないか。合衆国最高裁は、反論権が憲法上許されないと判断してきた。1969年の Red Lion 社事件²²⁾において、合衆国最高裁は、放送局に課されている連邦通信法上の公平原則（fairness doctrine）が憲法に違反しないと判断したのち、Tornillo 判決²³⁾においては、

19) 544 US 557.

20) 554 US 559.

21) 544 US 562.

22) Red Lion Broadcasting Co. vs FCC, 395 US 367 (1969).

23) Miami Herald Publishing Co. vs Tornillo, 418 US 241 (1974).

新聞社に対して反論の掲載を義務付けていたフロリダ州法が第1修正に違反して、新聞社の編集権を侵害するとの結論を明らかにしている。バーガー首席裁判官法廷意見は、フロリダ州側から主張された反論権の正当化議論（多様な意見の発表を保障すること、新聞には資源の希少性が認められないこと）を一蹴して、たとえ反論のために必要な追加的負担が少なくとも、自らと異なる意見の掲載を強制することは、新聞社の編集権を侵害すると結論付けている²⁴⁾。

少し系統が異なる判決として、1986年の Pacific Gas & Electric 社判決²⁵⁾を挙げることができる。ガスの供給を行う公益事業法人 Pacific Gas 社は、料金通知書の余白を用いて、これまで数度にわたり自社の意見を掲示してきた。この記事の内容は政治的な意見表明に当たるものもあったところ、市民団体である「公益事業の料金を適正化に向けて (Toward Utility Rate Normalization)」がカリフォルニア州公益事業委員会に対して、この表現の禁止を求める措置を求め、また、この余白に市民団体の意見を掲示するよう義務付ける決定を行った。これに対して、Pacific Gas 社側は、自らの表現の自由を主張して、同委員会の措置の違憲性を争った。

合衆国最高裁は、パウエル裁判官法廷意見によって、同社の主張を認めている。同裁判官法廷意見は、公益委員会の措置が、同社が反対している意見を強制的に掲示させることであって、「本件のような強制的なアクセス受忍義務は、特定の見解に関する表現を処罰し、自ら同意していないアジェンダに適合するよう表現を変えることを強いるものである」と批判する²⁶⁾。ここで、法廷意見は、Bernette 判決と Wooley 判決を引用し、また、Tornillo 判決に依拠しながら、何を語り何を語らないのかの選択を強制することはできないと述べていることが注目される²⁷⁾。

Pacific Gas 社判決でもう一つ注目される点は、法廷意見が、本件命令

24) 418 US 258.

25) Pacific Gas & Electric Co. vs Public Utility Commission, 475 US 1 (1986).

26) 475 US 9.

27) 475 US 10.

を内容規制であると判断したことである。したがって、公益委員会側は、この命令がやむを得ない政府目的に対して、狭く定められた規制であることの立証を求められているが、狭く定められた点については否定され、また、内容中立的な制約であることも否定されている²⁸⁾。つまり、合衆国最高裁判所は、言論規制と同じく言論強制についても内容規制・内容中立規制の区別を問題にしており、内容規制に該当する強制については厳格な審査を行うとの姿勢を取っているといえる。

このことは、ケーブルテレビ事業者に対する放送義務 (must-carry) についても当てはまる。合衆国最高裁判所は、2度にわたりケーブルテレビ事業者である Turner Broadcasting 社から提起された、放送義務条項について、これが内容中立的であって、憲法には違反しないとの結論を明らかにした²⁹⁾。特に1996年に判示された Turner II 判決では、放送義務条項が重要な政府利益の実現に奉仕するものであって、必要以上に事業者に対して負担を課すものではないとの説示がなされている³⁰⁾。

したがって、政府が民間の事業者(私人)に対して、事業者が同意していないような表現の掲載あるいは放送を義務付けるような場合には、その強制が特定の表現内容(見解)を押し付けるものなのか、幅広く多様な表現を受け入れるよう求めるのかによって、その許容性が判断されているようである。

④ (B2) 団体の活動と構成員の協力義務

エージェンシーショップの組合が構成員に対して、政治活動への資金提供義務を課すことができるか。1977年の Abood 判決³¹⁾は、資金支出の対

28) 475 US 18.

29) Turner Broadcasting System vs FCC, 512 US 622 (1994); Turner Broadcasting System vs FCC, 520 US 180 (1996).

30) 520 US 214.

31) Abood vs Detroit Board of Education, 431 US 209 (1977). なお、この判決については、拙著『近代憲法における団体と個人—結社の自由概念の再定義をめぐって—』(不磨書房, 2004年) 324頁以下を参照願いたい。

象となる活動と組合の目的の間に関連性があるかどうか (germaness) によって判断するとの方向性を明らかにしている³²⁾。この「関連性テスト (germaness test)」はその後も継承され、1984年の Ellis 判決³³⁾ や1986年の Hudson 判決³⁴⁾でも確認されている。

強制加入の弁護士会が行う活動はどうか。合衆国最高裁判所は、1990年の Keller 判決³⁵⁾において、「関連性テスト」が弁護士会の活動と構成員の協力義務についても適用されると判示している³⁶⁾。だが、その結論は、弁護士の協力義務を否定するものであった。銃規制や原子力兵器削減のような活動は、個々の会員が判断すべき事項であって、懲戒権をもって強制するにはなじまない問題であるという³⁷⁾。Abood 判決の「関連性テスト」は、この問題に対する確立された判断枠組みになっているともいえる。

しかし、最近になって、このテストに対する疑問が提起されている。2014年に判示された Harris 判決³⁸⁾では、イリノイ州で実施されている介護プログラムで働く労働者とその労働者を排他的に代表する組合の間での組合費支払い義務の存否が問題となっている。アリート裁判官法廷意見は、本件で問題となった労組は公務員の組合であって、Abood 判決の基礎とは異なるという。つまり、公務員労組の場合、組合員に対して強制できる活動の範囲は狭くなり、政治的な見解がかかわる問題については強制

32) 431 US 232.

33) Ellis vs Railway Clerks, 466 US 435. 運送業に携わる事務職員からなる労働組合に対して、方針に反対する組合員から活動費を徴収することができるかが争点となっている。ホワイト裁判権法廷意見は、ユニオンショップにおける組合活動は、組合の目的の範囲内でのみ強制可能である旨述べている (466 US 455-6)。

34) Chicago Teachers Union vs Hudson, 475 US 292 (1986).

35) Keller vs State Bar of California, 496 US 1 (1990).

36) 496 US 15.

37) Id.

38) Harris vs Pat Quinn, 134 S.Ct. 2618 (2014). なお、この判決については、拙稿「組合費の強制徴収と結社の自由 Harris vs Pat Quinn, 134 S.Ct. 2618 (2014)」比較法雑誌50巻1号299頁を参照願いたい。

はできないというのである³⁹⁾。

もっとも、「関連性テスト」については、*Abood* 判決が下された直後からさまざまな異論が出されていた。たとえば、*Keller* 判決の1年後に判示された *Lehnert* 判決⁴⁰⁾では、「関連性」テストの解釈について、法廷意見が形成されないという事態が生じている。事案は、教職員組合が組合員から集めた組合費を上部組織に上納しようとしたところ、組合員からこの支出は組合活動とは無関係であるとして、その差し止めを求められたものであった。ブラックマン裁判官相対多数意見は、「関連性テスト」を狭く解釈し、組合が行うロビー活動に対する支出は「関連性」が認められないとの結論に達している⁴¹⁾。これに対して、マーシャル裁判官補足意見は、「関連性」を広くとらえ、ロビー活動の中にも組合員に協力を義務付けてもよい活動があると解釈している⁴²⁾。

組合の目的や活動との「関連性」は、一義的に定めることができない。この判断はどうしても個別の利益衡量によらざるを得ない。それゆえに、*Lehnert* 判決スカリア裁判官意見が指摘するように、より客観的な指標が必要となる。それは、組合の法律上の義務 (the union's statutory duties) を参照することであって、組合の設立運営を認めている法律の趣旨を解釈することによってのみ解明できる事柄であるとの考え方にも説得力が認められる。

⑤ (B3) 財産管理権と言論行為の制約

パブリックフォーラム上での表現規制は内容中立的でなければならない。これは長きにわたって形成されてきた判例理論である。しかし、私有財産についてはどうか。財産に対する処分権を有する私人は、自分の財産上で行われる表現行為を受忍しなければならないのか。あるいは、政府の

39) 134 S.Ct. 2634.

40) *Lehnert vs Ferris Faculty Association*, 500 US 507 (1991). なお、本判決の詳細については、拙稿前掲注38) 333頁を参照願いたい。

41) 500 US 519.

42) 500 US 542.

活動を受け入れなければならないのか。

1980年、合衆国最高裁判所は、PruneYard Shopping Center 判決において⁴³⁾、カリフォルニア州憲法上、州民には、施設内で表現を行う権利があるとの主張に与する判断を示している。事案は、ショッピングセンター内で、国連のユダヤ人問題に対する対応を批判する高校生たちがビラ配りをしようとしたところ、同施設の管理人から退去を求められたことに端を発している。高校生たちは、この施設内で表現活動を行う権利があると主張して州裁判所に訴えを提起した。カリフォルニア州サンタクララ地方裁判所はこの訴えを退けたが、控訴裁判所は原審を破棄して、カリフォルニア州憲法は、商業施設が民間の施設であったとしても、表現活動を行うことを保障しているとの判断を示している。

合衆国最高裁判所は、レーンクイスト首席裁判官法廷意見により、この判断を維持した。同意見は、Wooley 判決に依拠しながら、ショッピングセンターが施設利用者を区別していないこと、入退自由 (that is open to the public to come and go as they please) であること、そして、本件では管理者が同意していない意見を強制しようとしているわけではなかったということによって、高校生側の主張を認めている⁴⁴⁾。このような強制は、私有財産権を侵害しないというのである。

PruneYard 判決とは争点を異にするが、2006年合衆国最高裁判所は、FAIR 判決において、大学（ロースクール）敷地内で軍関係者がリクルート活動を行うための立ち入りを義務付けた連邦法 (the Solomon Amendment) の合憲性について判断を下している⁴⁵⁾。

本件事例で、同連邦法を争ったのは、ロースクール等の教員団体 (Forum for Academic and Institutional Rights, Inc. (FAIR)) であった。ところで、この連邦法は、徴兵活動に協力しない大学に対して連邦の補助金を交

43) Prune Yard Shopping Center vs Robins, 447 US 74 (1980).

44) 447 US 87.

45) Ramsfeld vs Forum for Academic & Institutional Rights, Inc, 547 US 47 (2006).

付しない旨定めている⁴⁶⁾。これに対して、大学が協力しないのは、軍による同性愛者への差別への批判が理由であるとすれば、補助金の不交付は、大学の見解に対する差別であって、また連邦政府の政策を押し付けるものであり、大学の第1修正上の権利を侵害すると FAIR 側は主張した。

ロバーツ首席裁判官法廷意見は、教員団体側の主張を退けている。その理由は、おおむね、以下のように要約できる。

本件連邦法は、大学の表現を規制するものもなく、特定の表現を受け入れることを強いるものでもないという。その理由はやや晦渋であるが、同法は、ロースクールに対してリクルーターを受け入れることを強制したのではなく、他の団体(ローファーム等)のリクルーターがキャンパスに入り、学生にアクセスするのと同様に扱ってほしいとしているだけであって、受け入れるか否かの選択は大学に委ねられていると解釈するのが同法の趣旨に合致している⁴⁷⁾。また、リクルーターの受け入れを条件にして補助金を交付するのは、政府言論で問題となる「憲法上許されない条件(unconstitutional condition)」には該当しない。なぜなら、軍の活動は連邦憲法によって定められており、軍への人材確保は連邦議会の権限に属しているからである⁴⁸⁾。要するに、「ソロモン修正条項は、ロースクールがいわゆるとしていることを制限しているわけでも、何かを語ることを要求しているわけでもない」⁴⁹⁾。

ロバーツ首席裁判官は、続けて、本件で争点となった補助金は言論(speech)ではなく、行動(conduct)に近いと述べる。そして、「ロースクールが主張するような強制言論は、ソロモン修正条項での行動への制約に付随する(に過ぎない)ものであることは明らかである」と述べてい

46) 10 USC § 983 (2000 ed). 同規定は、いずれの高等教育機関も軍の採用担当者が他の採用担当者と平等にキャンパスにアクセスできることを拒否している場合、一定の連邦補助金を受給する資格を失うと定めていた。

47) 547 US 59.

48) 547 US 59-60.

49) Id.

る。そして、合衆国最高裁判所における強制言論の事例を振り返る。曰く、「当審の判決で強制言論が違憲と判断されたどの事例も話者自身のメッセージが妥協を強いられた言論によって影響を受けるという事実から生じている」。本件では、「軍関係者のメッセージがロースクールの言論に影響を及ぼしたわけではない。なぜなら、ロースクールは、面接官やリクルーターを受け入れる際、何かを話しているわけではないからである」⁵⁰⁾。

ロバーツ首席裁判官による強制言論法理の理解は、公権力が私人に対して、特定のメッセージを話すよう強いること、あるいは特定のメッセージを受け入れることを強いることを典型事例としているようである。そうすることで、本判決において、補助金の支給許否と軍関係者のリクルーターの受け入れ問題を切断し、受け入れを拒絶することによる制裁を課しているわけでも、受け入れることによる利益供与を促しているわけでもないとの理解に到達していると解釈することもできる。リクルーターの受け入れを拒むのは大学の自由であり、この点で強制的契機は生じていないと考えているともいえようか。

⑥ (B4) 憲法あるいは道徳的な価値による強制的可否

たとえば、平等を実現するために差別的なスタンスをとっている団体に特定のメッセージを受け入れることを強制できるだろうか。あるいは、多様性の価値を実現するため、閉鎖的な団体に対してこれまで拒んできた者の入会を強制できるであろうか。合衆国最高裁判所は、これまで幾度か、このディレンマに直面してきた。

1984年、合衆国最高裁判所は US Joycees 判決では⁵¹⁾、18歳から35歳までの男性にのみ会員資格を認めていた非営利団体 (US Joycees) が、公民権法、あるいは差別を禁止していたミネソタ州法に違反するのではないかが争われた。ブレナン裁判官法廷意見は、結社を表現的 (expressive) なものと親密 (intimate) なものに二分し、表現的結社に関する法規制は、

50) 547 US 63.

51) Roberts vs US Joycees, 486 US 609 (1984).

通常の表現の自由の法理でその合憲性が判断されると述べている。本件では、差別禁止という憲法上の価値は、ミネソタ州にとって「やむにやまれぬ (compelling)」であることを認定して、US Joycees 側の主張を退けている⁵²⁾。

翌年には、Hurley 対 IAGB Boston 判決⁵³⁾が判示されている。事案はセントパトリック祭で行われる、ウエスト・ボストン在住の在郷軍人会主催のパレードにおいてゲイ・レズビアン団体の参加が拒絶されたことに端を発している。争点は次のとおりである。

マサチューセッツ州公共施設法では、公共施設における差別を禁止しているが、同在郷軍人会主催のパレードで参加を拒否された、ゲイ・レズビアン団体がこの排除が憲法違反に当たるとして訴えを提起した。これに対して、スーパ裁判官法廷意見は、「いかなる参加団体も個人の組織者によって伝えられるメッセージに影響を及ぼすから、州裁判所による本件州法の適用は、上訴人（在郷軍人会）に対して、自分たちのパレードにおける表現行動の内容の変更 (alter the expressive content) を要求する命令を行うものである」と述べ、「このような手法の用い方は、自分自身のメッセージ内容を自律的に選択するという、第1修正の根本的なルールを侵害するものである」として、ゲイ・レズビアン側の主張を退けた⁵⁴⁾。

2000年には、America Boy Scout 対 Dale 判決⁵⁵⁾で、同性愛者であることをカミングアウトしている者に対して入会を拒絶したボーイスカウトの措置が問題となった。合衆国最高裁は、5対4の僅差で、同性愛者を同会に入会させることは、ボーイスカウト側の第1修正上の権利を侵害するとの判断を下したのである。

本件では、「公共施設 (public accomodation)」における差別行為を禁止

52) 486 US 624.

53) Hurley vs Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, 515 US 557 (1995).

54) 515 US 572-3.

55) Boyscout of America and Monmouth Council vs Dale, 530 US 640 (2000).

したニュージャージー州法の合憲性が争われている。レーンクイスト首席裁判官法廷意見は、ボーイスカウトのような公益活動を行う団体もまた「公共施設」に含まれるとする。そして、ボーイスカウトは、Joycees判決の区別という「表現的なもの」に分類されるとする。その上で、本件のような事例に適用される審査基準は、O'Brienのような中間段階審査ではなく（Dale側はこれを求めていた）、より厳格な審査に服すると述べている⁵⁶⁾。そして、具体的な行為が州法が禁止する差別に該当するかどうかは、ボーイスカウトの目的や性質が、会員資格を強制することによって深刻な負担を被るものであるかどうかによって判断され、本件では、会員資格の強制が“severe intrusion”に当たるとして、ボーイスカウト側の主張が認められている。

ただ、これら判決において、合衆国最高裁判所は、同性愛者への差別を認めたわけでもなければ、会員資格や参加資格から同性愛者を排除することを積極的に肯定しているわけでもないことに注意しなければならない。同裁判所の判断は、団体や集会の目的と適合しないような会員資格や参加資格を国家が強制することの可否について判断したのにとどまる。逆に、同性愛者の集会に異性愛のみが正当であると主張する団体の参加を強制することが認められないように、多様性の確保と多様性の強制は異なるとの理解がその判断の根底にある。

一方で、一定の傾向性をもつ団体に対して、平等や多様性の理念に基づく国家介入が行われようとするとき、当該団体の目的や趣旨を変質させてしまうような介入は憲法違反となることが明らかにされている。したがって、Joycees判決とHurley, Dale両判決との違いは、会員資格を限定している団体の設立目的や趣旨と資格の限定との間の関連性によると考えることができる。

次に、やや特殊な事例として、2018年のMasterpiece Cake社判決⁵⁷⁾を

56) 530 US 659.

57) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S.Ct. 1719 (2018). 詳細は、右の論稿に譲る。樋口哲平「同性愛者の平等保護と信教

挙げることができる。事案は、同性愛者間の婚姻に際して、これを祝福するためのウエディングケーキを注文された Masterpiece 社が、自らの宗教心を理由に、この作成を拒絶したところ、カップル側から、作成拒絶は、差別を禁止したコロラド州法に違反するとして、同州の人権局に是正措置を求めたというものである。ケネディ裁判官法廷意見は、ケーキ社側の宗教の自由を根拠にした作成拒絶の側に与し、人権局の措置が憲法に違反すると判断している。この事例もまたここに分類することができるであろう。

⑦ (C) 専門職に対する情報開示義務および表示強制

医師や弁護士のような専門職については、患者や依頼者の判断に供するため、一定の情報開示義務が課されている。わが国においても医師法は一定の情報開示義務を課している(医療法6条の2, 6条の3)。その根拠は、専門職と一般市民との間にある情報格差の是正に求めることができよう⁵⁸⁾。

1985年、合衆国最高裁判所は、Zauderer 判決⁵⁹⁾において、弁護士広告に費用を開示するよう求めたとしても憲法には違反しないと判示した後、Railey 判決⁶⁰⁾において、公益法人が事業を遂行するために必要な資金を集める、ファンドレイザーの委託料と開示義務と消極的表現の自由について、次のような判断を下している。

ノースキャロライナ州慈善活動促進法は、慈善活動団体の資金獲得を専

の自由との対立—アメリカ合衆国最高裁判所判例を参考にして—中央大学大学院研究年報法学研究科篇49号(2020年)3頁以下、大林啓吾「ケーキ屋が同性カップルにウエディングケーキの販売を拒否したことに対して、コロラド州の人権委員会が差別に当たるとして是正命令を求めたことがケーキ屋の信教の自由を侵害するとした事例—マスターピースケーキショップ判決」判例時報2379号116頁(2018年)参照。

58) 拙著『表現の自由 理論と解釈』(中央大学出版部, 2014年)51頁以下を参照願いたい。

59) Zauderer vs Office of Diciprinary Council, 471 US 626 (1985).

60) Raily vs National Federation of Blind, 478 US 781 (1985).

門のファンドレイザー（fundraiser）に委託することを認めていた。この委託は「合理的な報酬」によるものでなくてはならないが、その基準として、慈善活動団体が受領する金額の20%を上限とする場合、20%を超え35%の間の場合、35%を超える場合の三段階に分け、20%超については、委託した慈善活動団体がかわる事項についての情報拡散を含まない資金獲得活動の場合は、不合理の推定を受けること、35%超の場合は、委託団体に関する情報以外の事項についても情報提供をしなければ資金獲得ができないことの立証がある場合を除き、不合理とみなす旨の規制を置いていた。この規制に対して、慈善活動団体から第1修正の権利を侵害しているとの主張が提起されたのが本件である。

論点は多岐にわたるが、ブレンナン裁判官法廷意見は、本件のような情報開示義務について、「沈黙を強いる場合と言論を強制することは、保護される言論については同じである」⁶¹⁾として、Tornillo 判決を引き合いに出し、本件のような言論強制は内容規制として、その合憲性が審査されると述べている⁶²⁾。その結果、本件規制は狭く定められたものとはいえないとして、その合憲性が否定されたのである⁶³⁾。

以上、合衆国最高裁判所における強制言論法理の展開を一定の類型に従って検討してきた。強制言論に分類される問題は多様であって、類型間で問題状況が共有されているわけではない。バーガー首席裁判官がいう「真正の強制言論」と「活動への協力義務」は、その及ぼすインパクトは異なっているとも考えることもできるだろう。しかし、上記のような判例の展開を通観して、合衆国最高裁判所が強制言論に対して厳しい姿勢を示しているとの傾向は読み取れるように思う。そして、この傾向が露見したのが、以下に見る NIFLA 判決であるといえる。以下、少し詳しく分析することにした。

61) 478 US 797.

62) Id.

63) 478 US 803.

(2) NIFLA 判決⁶⁴⁾

① 事実の概要

カリフォルニア州では、2018年「生殖の自由、説明責任、包括的なケアおよび透明性に関する法律（The California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act, FACT ACT）」を制定し、主として中絶手術に関する情報提供を行う政策を実施していた。同法は、第一次医療を提供するクリニックに対して、妊娠した女性に、無料もしくは低廉な費用で中絶ができる旨などを告知する義務を課していた。これらクリニック中、州から公認されていない医療機関（unlicensed clinics）には、当該クリニックが「（中絶医療等の）医療サービスを提供するような認定を受けていないこと」を告知する義務を課していた。本判決の争点は、この要請が第1修正に違反するかどうかである。

州から公認されたクリニックは、(1)妊婦に産婦人科用超音波検査や出生前の医療を実施できること、(2)避妊や避妊方法に関するカウンセリングを実施していること、(3)妊娠検査や妊娠診断を実施していること、(4)産婦人科用超音波検査や妊娠診断、妊娠に関わる選択肢を提要していることを保護者などに広告すること、(5)当該期間中は中絶施術を実施していること、(6)患者からの健康情報を収集するスタッフやボランティアがいること、を要件として公認を受けられることになっていた。

ただし、同法には、連邦政府が運営している医療機関や Medi-Cal 提供医療機関、あるいは「家族計画、医療へのアクセス、ケアおよび処置プログラム法（the Family Planning, Access, care, and Treatment Program (family PACT program)）」に登録されている医療機関について適用を除外する条文が置かれていた。

64) National Institute of Family and Life Advocates (NIFLA), et al. vs Becerra, Attorney General of California, et al. 138 S.Ct. 2361 (2018). なお、本判決については、すでに詳細な紹介と分析が行われている。参照、井上嘉仁「判例研究 NIFLA の言論がプロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）ではないとされた事例」広島法学43巻1号（2019年）68頁。

FACT法の適用を受ける医療機関には、政府が定めた告知文を掲示することが義務付けられていた。それは、「カリフォルニア州では、(連邦医薬食品局(FDA)が承認した避妊方法を含む)、包括的な家族計画サービスや妊娠時のケア、あるいは該当する女性に対して中絶手術を無料あるいは低廉な料金で提供するプログラムがあります。これらを利用するかどうかの判断にあたっては、郡の社会福祉事務所に連絡してください(として電話番号を掲示すること)」であった。同州の中には、これら文言が数種類の言語で表示されることを求めていたところもある。該当する医療機関は、この文言をクリニックの待合室に掲示し、印刷物をすべての患者に配布することを義務付けていた。

州が主張する同法の目的は、公認された医療機関の告知義務を含み、カリフォルニア州民が、自分たちに提供される医療についての情報を提供することで、一人ひとりの生殖に関する意思決定ができるようにすることであった。

一方で、FACT法は、州から公認されていない機関(unlicensed covered facilities)にも適用されることになっていた。同法は、これら非公認機関についても公認機関と同様な医療適用義務が課されていた。また、これら機関は「カリフォルニア州で公認されていない医療機関であり、上記医療サービスを直接提供し、管理する認定を受けた医療機関ではないこと」を表示する義務を置いていた(カリフォルニア州健康安全法附§123472(b)(2))。この表示は、公認された医療機関と同様に医療機関の入り口に掲示し、少なくとも一つの待合場所に掲出することが義務付けられている。

上告人である「家族と命を擁護する全国協会(National Institute of Family and Life Advocates, NIFLA)は、このカリフォルニア州法が、内容に基づく言論強制であって、合衆国憲法第1修正に違反すると主張し、差し止め等を請求したのが本件である。下級審、第9巡回区連邦控訴裁判所は、原審カリフォルニア州地方裁判所による「訴えの利益が証明されていない」との判断を維持すると同時に、問題となった表示強制は、「専門職

にかかわる言論 (professional speech) であって、より緩やかな審査基準で合憲性の審査が行われる」と判示している。

合衆国最高裁では、トーマス裁判官(ケネディ, ロバーツ首席, アリート, ゴーザッチ各裁判官同調)が法廷意見を述べ原審を覆した。

② トーマス裁判官法廷意見

トーマス裁判官は、まず、原審、第9巡回区連邦控訴審裁判所が本件表示強制を「専門職にかかわる言論」に分類し、緩やかな審査基準で合憲性を導き出したことを批判する。本件で問題となった表示強制は、内容規制に他ならないというのである⁶⁵⁾。したがって、厳格審査が適用されるべきことになる。

ただし、弁護士広告における広告表示規制については、それが「事実に関わり、異論のない事項 (factual, noncontroversial information)」につき開示義務を課すような場合と表現内容に及ぶものであっても、対象となる行為への制約が言論に対する付随的規制となるような場合は、内容規制への厳格審査の適用外となることも確認している⁶⁶⁾。そして、一つ目の例外については、Zauderer 判決を引きながら、以下のように述べている。

「当審の先例は、一定の文脈では、強制開示を強いる法律に対してより低次の審査基準を適用してきた。たとえば、同判決において、当審は、臨時費用に基づいて自らのサービスを広告する弁護士に対して、依頼者において必要とされる料金を開示せよと求めるルールを維持したことがある。営利的言論だけにかかわる開示義務や弁護士業務を利用するための条件について『純粋な事実に関し、異論のない情報を開示させるようなルールは、不当なものでなく、過剰な負担を強いるものでなければ』維持されなければならないと判示した……これらの判示は、本件で問題となっている公認されたクリニックとはまったく

65) 138 S.Ct. 2371.

66) 138 S.Ct. 2372.

関係ないものである。むしろ、本件で問題となっている開示義務は、まさに中絶という異論のある問題を含む、州が後援しているサービスに関する情報をクリニックに開示させようとするものである。本件で問題となる公認されているとの告知は、インフォームドコンセントの要求ではない。あるいは、専門職の業務に関する規制でもない。この告知は、医療手続に対するインフォームドコンセントを促進しようとするものでもない。実際、これは手続ですらない。これが適用されるのは、カリフォルニア州法の適用を受ける医療機関とその患者の間の相互関係であって、医療手続が進められ、提供され、実施されているかどうかには関係がない。もし適用される医療機関が医療手続を提供するならば、この告知はその手続のコストや利益に関する情報を何ら伝えていないのである」⁶⁷⁾。

そして、本件で問題となっている、「公認されているとの告知は、言論を言論として規制するものに他ならない」と結論付けている⁶⁸⁾。

法廷意見は続けて、表現内容規制の問題に言及する。

「上に述べた二つの文脈—Zauderer 判決と専門職の行動—の他では、当審の先例は、長きにわたり専門職の第1修正上の権利を認めてきた。たとえば、当審は、弁護士の営利的ではない言論を内容によって制約する法律に厳格審査を適用してきた……言論に対する内容規制の危険性は専門職の言論にも見られる。他の種類の言論と同じく、専門職の言論を内容によって規制するのは、政府が正当な規制利益を追求しようとするものではなく、気に入らない思想や情報を抑圧しようとする特有のリスクを示している」⁶⁹⁾と述べている。

つまり、専門職が行う言論活動であることの一言をもって、これを通常の言論の自由から除外する理由にはならないとの立場が表明されたことに

67) Id.

68) 138 S.Ct. 2374.

69) Id.

なる。

トーマス裁判官は、続けて「それ以上に、政府が専門職の言論内容を管理しようとするとき、最終的に真理が勝ち残るような、制約されることのない思想の自由市場を維持できなくなってしまう」として、思想の自由市場論を援用する。さらに、「専門職の言論もまた正確に定義するのが難しい」と述べ、それゆえに、政府が恣意的に特定団体の言論を制約することにつながりかねないとの警戒感を明らかにしている⁷⁰⁾。その上で、「要するに、カリフォルニア州も第9巡回区控訴審裁判所も専門職の言論を通常の第1修正の原理から排除するような別のカテゴリーとして扱う、説得力のある理由を示せていないのである」との結論に達している。

そして、カリフォルニア州の主張を、以下のように述べて退けている。

「（第1修正の通常の原理から本件言論を）除外する理由があるかどうかを考える必要はない。つまり、公認の有無にかかわる告知義務は、中間段階の審査基準ですら満たさないから、このような可能性を否定しておく必要はないのである。カリフォルニア州は、公認の有無の告知義務を一つの理由で正当化しようとしている。それは、低所得の女性に対して、州が支援するサービスがあるとの情報を提供することである。この理由は本質的な州利益であると仮定しよう、しかし、それでも公認の有無に関する告知義務は、この目的を実現するには十分狭く定められているわけではない」⁷¹⁾。

さらに、カリフォルニア州が主張する、低所得の女性への啓発についても、これを過少包摂（widely underinclusive）である」と指摘する。仮に、この目的によって制約がなされているならば、適用される医療機関は包括的にならざるを得ないはずであるが、本件規制は、多くの適用除外を認め

70) Id. at 2375.

71) Id. at 2375.

ている。「これら医療機関は、公認の有無に関する告知義務から、何の理由もなく除外されている。この過少包摂は、政府が主張する利益を実際に実現しようとしているのかどうか、むしろ特定の話者や見解を不利に扱っているのではないかという、重大な疑問を提起するのである」⁷²⁾。

このように述べながら、法廷意見は、審査基準の設定とその適用の論を進めている。そして、本件では、Zauderer 判決において採用されたような審査基準は適用されず、また同判決において採用された審査基準の下でも、情報開示義務は正当化されず、また不当な負担を言論に対して強いることはできないとされたのであるから、本件告知義務もまた、同様に考えなければならないとされる旨判示されている。「当審の先例は、情報開示義務が純粹に仮定的なものではなく、潜在的に現実となるような害悪への救済となることを要求している。さもなくば、そのような告知義務は、保護される言論を委縮させるリスクをもつものとなる。カリフォルニア州は、公認されているとの告知義務が不当で不必要に言論への負担を課しているものではない、との立証責任を負う。そして、カリフォルニア州は、この責任を果たしていない」⁷³⁾と述べている。

つまり、「非公認の告知義務は、主として妊娠にかかわる医療サービスを提供する機関にのみ適用される。つまり、妊娠検査を提供する旨を広告し、あるいは提供する機関は非公認の告知義務の適用対象となる。しかし、通りを挟んで、避妊器具を広告販売するような機関は、たとえ妊婦が公認されているに違いないと考えそうなものであるのに、除外されているのである。話者が誰であるのかを基準にした言論規制は、『そのメッセージが自分と一致しているような話者の負担を州が軽減するというリスクを冒すことになる』⁷⁴⁾として、本件規制を第1修正に違反すると結論付けたのであった。

なお、法廷意見に加わったケネディ裁判官は、「本件における明らかな

72) Id. at 2375-6.

73) Id. at 2377.

74) Id. at 2378.

見解による差別は、憲法上の重大懸念事項である⁷⁵⁾との立場から同意意見を述べるが、ここでは省略する。

③ プライヤー裁判官反対意見

これに対して、プライヤー裁判官は、本件告知義務に対して厳格審査を適用したことを批判する。合衆国最高裁の先例は、専門職の言論を法廷意見のようにとらえてこなかったこと、むしろ、法廷意見は「(本件で問題となった法律が)長きにわたって維持されてきた、医療や安全に関する法律とは異なるとすることによって、はっきりとした基準もなく、合理的なものとして明確であったアプローチと置き換えようとしている」と批判する⁷⁶⁾。その上で、法廷意見の姿勢をロックナー時代の再来ではないかと論難する。また、ロックナー時代ですら、経済社会政策立法を違憲と判断する場合でも、医療関連法律については州政府に敬讓を示す審査を行っていたことを指摘する。

法廷意見は、本件州法を内容規制であると認定しているが、これまで合衆国最高裁が厳格な審査を適用してこなかった領域にまで厳格審査を適用するとなると、この審査が希薄化されないかとの疑問をも呈している。そして、道徳的価値による区別を行ったり、中絶に対する考え方による区別を行ったりする点に着目して内容規制と認定するのではなく、争点となっている州法に近い先例を詳細に分析する方が適切な姿勢なのではないかとの疑問を投げかけている⁷⁷⁾。

75) Id.

76) Id. 2381.

77) 中絶に関するインフォームドコンセントを問題とした事例はいくつかあるが、プライヤー裁判官反対意見は、1983年のアクロン判決 (Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc. 462US416 (1983)) とこれを受け継いだ、1986年のソーンバーク判決 (Thornburgh v. American Colledge of Obstetricians and Gynecologists 476 US 747 (1986).) を引き合いに出し、これら判決で、合衆国最高裁がインフォームドコンセント関連州法を憲法違反と判断したのは、「妊婦の同意を得るために情報提供を行おうとするのではなく、中絶を思いとどまるよう説得するため情報提供を行うことを意図していた」ことが理由であ

ブライヤー裁判官は、Casey 判決で争われた告知義務も本件で問題となった告知義務もいずれも医療の手続 (medical procedure) にかかわる点で共通していると指摘する。また、法廷意見は、本件州法の告知義務が大病院について適用を除外していることから、内容規制 (見解規制) を認定しているが、本件州法の目的は低所得の妊婦への情報提供であるから、この批判も当たらないとの見方を示している⁷⁸⁾。

同裁判官は、また、本件のような「州から公認されているか」との告知義務は第1修正とはまったく関係がないと述べている。なぜなら、この義務は医療サービスを提供する際、当該医療機関が何について診療するのかの情報を提供するだけであって、中絶に対する姿勢を表示させるものではないからである。また、たとえ、告知義務が課されたとしても、医療機関は自らの考え方 (中絶に対する賛否) を自由に表明できるのであるから、これを憲法違反とするには当たらない。さらには、Zauderer 判決が述べるように、「純粹な事実に関する、異論のない情報」を表示させることは、なんら憲法上の問題を提起しない。これらのことから、ブライヤー裁判官反対意見は、本件法廷意見が先例の趣旨に反しているとの結論に達している⁷⁹⁾。

強制言論の問題をめぐるのは、保守派裁判官たちが一様に厳格審査の適用を主張しているのに対して、リベラル派に属する裁判官たちは、州や連邦の決定を尊重しようとの姿勢を示している⁸⁰⁾。この対立は、中絶をめぐる法政策にとどまらない⁸¹⁾。保守派裁判官たちにとって、言論禁止と沈黙禁止は違いがない。このような難問に対して、学説はどのように応接して

ったと述べている。

78) 138 S.Ct. 2386.

79) Id. 2387.

80) 合衆国最高裁判所における表現の自由判例の動向については、大林啓吾・溜箭将之編著『ロバーツコートの立憲主義』(成文堂、2017年) 191頁以下 (大林啓吾執筆) が明快に整理している。

81) 同上131頁 (小竹聡執筆) 参照。

きたのであろうか。次に、合衆国における憲法理論の状況を検討して、わが国の憲法解釈への示唆を得たいと考える。

2. 強制言論の法理

(1) 強制言論をどうとらえるか

① 表現の自由解釈論としての強制言論

Masterpiece Cake 判決や NIFLA 判決は、今から80年近く前に判示された *Bernette* 判決を第1修正解釈の中心的論点に引き戻した。しかも、80年前とは異なる文脈と意味において、強制言論の問題に新たな光を当てている。自己の信念に基づき、表現を拒むことができるか。たとえ、その強制が平等や多様性という憲法上の価値にかかわるものであっても、これを否定することができるか。強制言論の名のもとに *Masterpiece Cake* 判決では同性愛を否定する信念を、NIFLA 判決では、中絶を否定する信念を保障する結論を導き出した。平等権や患者の知る権利を後退させてまでも、個人の信念を重んじたのである。

両判決において争われた強制言論は、同性愛や中絶という、道徳的判断を二分する問題であったことが合衆国最高裁判所の判断を左右したことは間違いない。リベラルな政策や法制度に対して、保守的な不服従が勝利を収めた事例であると整理することもできるであろう。しかし、憲法解釈論から見ると、この両判決には、近時の合衆国最高裁判における大きな地殻変動の一端を垣間見ることができると思う。それは、内容規制に対する警戒心を主題規制に移行させる傾向と表現の自由の関心を話者から聴者へと移行させる傾向とも一致している⁸²⁾。

合衆国最高裁判所においては、トーマス裁判官を中心として、表現規制に対する厳しい姿勢が顕著になっている。NIFLA 判決ブライヤー裁判官

82) The Supreme Court-Leading Cases-First Amendment-Compelled Speech-National Institute of Family & Life Advocate v. Beccera—, 132 Harv. L. Rev. 347, at 353 (2018).

反対意見がロックナー時代の再来と批判する傾向が見て取れるようになってきている。表現規制における、「情報パターナリズム」⁸³⁾への嫌悪感が強制言論の分野にも表れているとでもいえようか。

② なぜ強制言論は許されないのか

この傾向は、強制言論の場面においては、内心の自由の拡大解釈、あるいは内心の自由からの離脱による強制否定の論理として表れている。

Bernette 判決において、ジャクソン裁判官法廷意見は、エホバの証人の生徒の信仰から国旗への敬礼義務を否定した。Wooley 判決も同様であって、ここでは個人に対する言論の強制が問題となっていたはずである。しかし、その後の強制言論判例は、フルーツ栽培業者や市民活動団体のように、内心をもたない者に対する強制が問題となっているのであって、争点の構造が異なっている。では、なぜ強制言論を憲法上の問題にしなければならないのか。ここではいくつかの根拠を検討しよう。

㊦ 内心の自由

まず、第1修正表現の自由には、内心の自由 (freedom of mind) が当然前提とされており、ここには沈黙の自由 (right to keep silent)、話さない自由 (right not to speak) が含意されているとの根拠が考えられる。ただし、この正当化は内心を観念できない団体への強制言論には適用できない。

ところで、第1修正表現の自由が内心の自由を保障しているかについては、根強い批判が展開されている。たとえば、Larry Alexander は、いかなる国家行為も内心を侵害できないと主張する⁸⁴⁾。国旗への敬礼が強制されても、意にそぐわないステッカーを貼ることを義務付けられても、それ自体は内心を侵害しないというのである。そのようなことで内心は改変させられないし、いささかも揺るがない。国語の授業で宗教的な意味をもつ

83) 拙稿前掲注38) 104頁。情報規制は個人の判断権への介入であって、許されないパターナリズムであり、厳格審査を適用するとの姿勢を「反情報パターナリズム」と呼んでおきたい。

84) Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 Const.Com.147, at 156 (2006).

詩を暗唱させられたとしても、それが自己の信仰を揺るがすことはない。そのようなことで神は怒るだろうか。むしろ、そのような強制は、国語能力の育成では望ましいことなのではないか⁸⁵⁾。強制が憲法に違反するのではなく、憲法に違反する強制が排除されるべきなのである。

同様に、Frederick Schauerも表現の自由と内心の自由は直接的関係に立たないと述べている。

「私たちは、黙って考えることができる。考えるために話したり書いたりする必要はない。私たちが黙って考えているとき、私たちの思考は政府のサンクションを越えている。たしかに、思想は政府規制の影響を受けることはあり得る。プロパガンダはその一例である。しかし、沈黙の思考それ自体は処罰から免れているし、沈黙にとどまっている限りは、外部への表現やコミュニケーションとは明らかに異なっている」⁸⁶⁾。

さらに、Laurent Sacharoffも、内心なるものを定義づける努力は無意味であること、そして、内心の自由は表現の自由から導き出せないとして、強制言論法理と内心の自由を切り離すべき旨を主張している⁸⁷⁾。また、Steven H. Shiffrinも同様な立場に立ち、強制されたところで、人の心は変わらないと指摘する⁸⁸⁾。

これらはいずれも、内心を憲法問題とすることが不適切だとする主張といえよう。人の心のうちにあるものは国家による影響を受けない。したがって、内心を規制することは、自由に対する侵害としては観念しがたい。

85) Id.

86) Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry*, (1982) at 52.

87) Laurent Sacharoff, *Listner Interests in Compelled Speech Cases*, 44 *Cl.W.L. Rev.* 329, at 338 (2008).

88) Steven H. Shiffrin, *What is Wrong with Compelled Speech*, 24 *J.L. & Pol.* 499, at 505 (2014).

これは、憲法以前の問題である。これら憲法学説が示唆するものは小さくない。これについては後に触れる。ここでは、内心の自由が強制言論の排除を説明する根拠にはならないという点のみ確認しておきたい。

内心との関係では、強制言論は思考プロセスを歪曲するとの主張もある。熟慮のプロセスは自由であって、強制になじまない。強制された思考には、その者の知的な一貫性 (coherence) が欠けている⁸⁹⁾。それゆえに、強制の契機は排除されなければならない。

この議論にもいくらかの説得力はある。ただし、自由に思考するために不可欠な知識は強制によって与えられる場合があることも否定できない。頑なに進化論を受け入れない生徒にも、その学問としての意義をカリキュラムの中で教えることは否定できないのではないか。

④ 表現の自由の保障根拠との関係

強制言論が排除される理由は、表現の自由の保障根拠によって説明されるところとも考えられる。表現する自由があるならば、表現しない自由があるはずだと考えることも不自然ではない。この理論では、表現の自由の保障根拠が強制言論を排除する根拠となる。

(A) 民主主義の要請は強制言論法理を説明できるか

表現の自由の保障根拠として挙げられるのは民主主義の要請である。表現規制は民主過程を歪曲し、民主主義を根幹から否定する⁹⁰⁾。しかし、民主主義から表現の自由を正当化する立場に立っても言論が強制され得る可能性を完全に否定できない。なぜなら、この理論は、可能な限り多くの言論が相争うことによって、望ましい結論に達することを前提としているため、争うことを回避する自由は、ここで保障される必要はないからである。むしろ、多くの主張が対立関係に立つよう、話すこと (あるいは他者の主張を受け入れること) を強いられる場合も肯定されないのであろうか。反論権も作り方次第で、この要請に応え得る⁹¹⁾。このことはまた真理

89) Id. at 510.

90) Alexander Mikelejohn, Free Speech and its relation to Self-Government (1948).

91) Sacharoff, supra note 87 at 406.

の探究の価値についても当てはまる。

(B) 個人の自律は強制言論法理を説明できるか

次に、個人の自律の価値からの正当化はどうか。個人の自律 (autonomy) をどうとらえるのかによって答えは変わっても来ようが、他者から介入を受けないで自己決定を行うこととしてとらえた場合、話すことを強いられない権利は、憲法上の権利として認められるように思う⁹²⁾。ただし、自律を尊厳 (dignity) と結びつけて考えるなら、この権利を団体に認めることは難しい。たとえば、「会社の尊厳」なる概念は言葉の乱用に近い。また、Larry Alexander のように、人はそれ自体で尊厳の主体であるが、人に何かを強制しても、そのことから直ちに尊厳を損なうことにはならないとの指摘もある⁹³⁾。社会における人間は、何らかの形で強制の中に生きている。裁判における証言拒否がにわかには認められないことが刑事被告人や証人の自律を否定することにはならない。

また、政府による価値の植え付け (inculcation) を問題にする考え方もここに分類できるであろう。政府は価値中立的であるべきで、国旗の尊重や州のモットーを押し付けることは許されないと考える立場である。しかし、価値の植え付けを否定するなら、人間の自由や平等性についてもまた押し付けることが許されなくなるのではないか。そうなると、共和制の精神や連邦制の前提も揺らぐことになりはしないか。国家は、程度の差こそあれ、強制の契機を前提にして成り立っている。したがって、この立場から強制を排除することもまた適切とはいえない。

自律と関連して、自己実現 (self-development) から表現の自由を正当化する学説についても同様なことがいえる。十分な自己実現を可能にするためには教育の力を借りざるを得ない。教育には強制の要素が伴う。自己実現を全うさせるためには、むしろある段階での強制が認められなければならない。

92) Thomas Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, Phil & Pub. Aff. Vol. 1, No. 2 (1972).

93) Larry Alexander, *supra* note 84 at 158-9.

㊦ 表現規制の害悪は強制言論法理を説明できるか

視点を変えて、表現規制がもたらす危険性から強制言論法理を説明できるかどうかを検討しよう。

表現規制は表現行為を委縮させ、また、判断の過程や議論を歪曲し、自由な批判という民主制の根本的価値を損なう。それゆえに、厳格審査を原則とする。では、表現を強いることは、表現を禁止もしくは制限することと同程度に危険であるといえるだろうか。

この点で、Caloline Mala Corbin の議論が参考になる⁹⁴⁾。Mala Corbin は、強制言論（強制的情報開示）を考えるうえで、以下のような二分法を用いることが有益であるとする⁹⁵⁾。

営利的 (commercial)——非営利的 (non-commercial) か
 事実 (fact)——意見もしくは思想 (opinion/ideology)
 情報伝達 (inform)——説得 (persuade)
 感情的 (emotional)——合理的 (rational/informed)

そして、この二分法を用いて、強制される言論の内容や性質によって、憲法上の許容性を判断していこうとする。たとえば、たばこ広告における表示義務の強制は、営利的表現に関して、事実を情報伝達するものであって、その性質は合理的判断を可能にするものである。よって、このような強制は憲法上許される⁹⁶⁾。しかし、医療機関に際して、中絶を思いとどまらせるような表示を強制すること（その逆もある）は、非営利的表現に対して、特定の意見を表明させることで、説得しようとするものであって、結局のところ、政府の思想を意思を通じて強制させるものであるから、表現過程を歪曲するというのである⁹⁷⁾。

94) Caloline Mala Corbin, *Compelled Disclosure*, 65 Ala. L. Rev. 1277 (2014).

95) *Id.* at 1284–1291.

96) *Id.* at 1312.

97) *Id.* at 1324.

この観点から NIFLA 判決を見ると、カリフォルニア州政府が試みたのは、医療機関を通じて、より安価な中絶医療の利用可能性もあるという情報の提供であって、たとえそれが判断への介入を伴うものであったとしても、許されない操作には該当しないということになる⁹⁸⁾。

Mala Corbin の議論は、強制の可否をより細かな指標を用いて吟味していこうとする試みであって、十分参照に値する。ただし、Masterpiece cake 判決のように、平等を促進する法律に基づいて一定の作為を強制するような場合は、これら二分法ではどのように扱われるのかなど、検討を要する点も残されている。また、Mala Corbin 自身が指摘しているように、話者に視点を合わせたアプローチでは、強制言論の事例を一貫した論理で説明することはできない。なぜなら、個人に認められる内心なるものは団体には認められず、個人の自律と団体の自律にも同じ価値が認められるわけでもない。また民主プロセスへのかかわり方も異なっている。

このような隘路から抜け出るため、Sacharoff は、聴者の権利に着目する⁹⁹⁾。強制言論が憲法上許されないのは、話者ではなく、表現の受け手の権利を侵害するからだと主張するのである。

㊦ 強制言論と聴者の権利——「誤帰属 (misattribution)」の観念——

聴者の観点から強制言論法理を分析するに際して、Sacharoff は「誤帰属 (misattribution)」観念に着目する¹⁰⁰⁾。「誤帰属」は、Sacharoff が用いる文脈においては、本来その発話者の本心ではないにもかかわらず、それを本心であると誤解してとらえられることとして用いられているようである。国旗への敬礼が強制されたとき、国家への忠誠心がないにもかかわらず、その光景を見た他者から、その者が国家への忠誠心をもっていると誤

98) Id. at 1349.

99) Sacharoff, *supra* note 87 at 367.

100) Id. at 368. 誤帰属とは、「自分が感じている生理的な喚起や、既知感、親近感、知覚的流暢性などの内的・主観的感覚の原因を、本来の原因ではない別の要因に帰するという現象に対して適用されている」。外山みどり「誤帰属過程における認知の顕在性—潜在性」学習院大学研究年報63巻78頁（2012年）。

解されることが典型的なケースであるといえよう¹⁰¹⁾。ある者に発言を強制することは、その者の内心を侵害するわけではない。これによって侵害されるのは、その発話を受け取る側である、と Sacharoff はいう。

Sacharoff は、この視点の転換を Roscoe Pound の Jurisprudence に依拠しながら説明する。憲法上の権利は個人の権利としてではなく、Social Interest に着目しながら解釈されなければならない¹⁰²⁾。ある者に表現を強制することは、「情報の総混合量 (total mix of information)」を歪曲する。たとえば、ある分野で権威とされる者に発言を強制することによって、公衆は誤解を余儀なくされる。また、組合費を政党に寄付することが組合員全員がその政党を支持しているとの誤った情報を与えることになる。Bernette 判決でいえば、国旗への敬礼を強制することで、クラス全員が愛国心をもっているとクラスメイトに誤解を与えてしまうことが「誤帰属」の例として挙げられる¹⁰³⁾。

Sacharoff は、誤帰属に焦点を当て、聴者の認識を歪曲する場合を強制言論として排除すべき旨主張する。したがって、誤帰属を生じさせる強制のみが憲法上の問題となる。Wooley 判決レーンクイスト首席裁判官反対意見が指摘するように、州のモットーをナンバープレートに貼付する義務を課したところで、「自由をさもなくば死を」という標語を受け入れていると思う者がどれほどいるであろうか。

一方、強制の契機が強く働けば働くほど、その発話行為が本心から出たものだと印象は薄くなる¹⁰⁴⁾。そうすると、強制しても誤帰属が起きない以上、聴者の利益は侵害されないため、国家による強制言論を許容する

101) Sacharoff, supra note 87 at 368.

102) Id. at 374.

103) Id. at 400. Sacharoff は、教室などで行われる集団的儀式 (group ritual) がもつ同調圧力にも言及している。これは、集団の中で一斉に儀式が行われることによって、儀式の内容には同意できないにもかかわらず、同調せざるを得ない圧力が生まれるというのである。この指摘は、特にわが国の「空気」を考えるとき、興味深い視点を提供している。

104) Id. at 368.

余地が広がらないか、というパラドクスに直面する。「何をどこまでどのように強制することが憲法上許されないのか」を問うところから始まった問題が、「強制しても誤帰属は起きない」という結論に置き換わったとき、強制言論を論じる意味はなくならないのであろうか。したがって、「誤帰属」の観念を軸にして、聴者への侵害を視野に入れることには意義があるが、話者への侵害の内容や態様、程度をまったく考慮しないことには与し得ない。話者と聴者へのインパクトを考慮した姿勢が求められる¹⁰⁵⁾。

(2) 強制言論をどうとらえるか

① 強制言論法理の非一貫性

多くの論者が指摘するように、合衆国最高裁判所における強制言論法理の適用には一貫性が欠けている¹⁰⁶⁾。日常的に考えると、およそ一切の強制を排除することは考えられない。公教育におけるカリキュラムには強制の契機が含まれている。個人の尊厳や平等の理念を共有するため、人権作文を生徒に課すことも行われる。公務員の任用に際する宣誓の義務も強制であることは否定できない。排外主義的な思想をもつ中学生に対して、平等を題材にした作文を書かせることは許されないとはいえない。問題なのは、強制それ自体ではなく、憲法上容認されない強制があることなので

105) 聴者 = 情報の受け手の利益は、話者の表現の自由を正当化しないとするのは、故 C. Edwin Baker であった。この点についてはすでに他の論稿で触れているので、ここでは触れない。拙稿「営利的広告規制と情報パターナリズム」法学新報124巻7・8号101頁以下を参照願いたい。これは、高橋和之「人権論の論証構造—人権の正当化論と人権制限の正当化論」(3・完)ジュリスト1423号73頁(2011年)の問題意識とも似通っている。ただし、合衆国の表現の自由理論は、この点についてあまりこだわらないようである。そもそも、権利は個人の利益に奉仕するものなのか、集団(We the People)に属するものを個人が行行使しているものなのか、という視点の違いもあるだろう。その点で、表現の自由は、単なる個人的な自由にとどまらないと理解されているのではないだろうか。See Morgan Marietta, *A Citizen's Guide to the Constitution and the Supreme Court* (2014) at 69.

106) See e.g., Nat Stern, *The Ubordinate Status of Negative Speech Rights*, 59 *Buf. L. Rev.* 847 (2011).

なかろうか¹⁰⁷⁾。

② 複合的視点の必要性

したがって、許される強制と許されない強制を仕分けするには、複合的な視点に立つほかない。

この点について、N. Stern は、強制が排除されるケースでは、必ず何らかの積極的な価値の侵害が控えていると指摘する。たとえば、Wooley 判決では、政府メッセージを強要することが内容規制と比肩するような権利侵害が控えているという。貼りたくもないステッカーを貼られることは、強制によって、自己の表現が変更させられるのであって、これは形を変えた内容規制と呼んで差し支えない¹⁰⁸⁾。他方、Abood 判決で問題となった組合費徴収は、自己の財産を意思に反して取り上げる収用 (taking) に近い。このように、強制が排除されるべき場合には、宗教の自由や財産権、プレス自由など積極的な憲法価値の侵害が必ず控えている。

さらに Stern は、これら憲法価値の侵害を正当化する事由として以下の6点を挙げ、強制言論が許される場合を定式化しようとしているのである¹⁰⁹⁾。

(i) パブリックフォーラム (の設置運営コストの支出義務) PruneYard, FAIR 判決など

(ii) 政府言論 US Joycees 判決

(iii) 営利的言論 Gluckman 判決

(iv) 間接的制約 FAIR 判決

(v) 言論と区別される行動への制約

107) Alexander, supra note 84 at 156.

108) Stern, supra note 106 at 919.

109) Id. at 928-9. この中で、Stern が挙げている、(iv) 間接的制約と(v) 言論と行動の区別は、「君が代伴奏事件最高裁判決」で採用された、「外部行為に対する間接的制約」を思わせるような論理が示唆されており、興味深い。同判決における判断枠組みは、O'Brien 判決の規制類型論と類似しているようにも思われるが、合衆国最高裁と同様、言論を禁止する場面と言論を強制する場面でも、衡量する手法は同じということであろうか。

(vi) 介入が十分正当化されない場合

(i)~(iii)は強制の対象となるトピックに、(iv)(v)は強制のあり方に、(vi)は立証の程度にそれぞれ焦点を合わせているものと考えられる。

Stern の解釈によると、消極的権利 (negative rights) の侵害は、通常の積極的な権利 (affirmative rights) の侵害を審査する枠組みで検討することが可能となる。そして、近時の合衆国最高裁判所判例もまたこの傾向にあるものといえよう。医療機関に対して、中絶情報の掲示を義務付けることは、医師の (あるいは医療機関の) 表現の自由を侵害することによって、内容規制に該当し、厳格審査に服さなければならない。つまり、表現を禁止・制限する場面でも、表現を強制する場面でも、適用される審査基準は同じということになる。異なるのは制約の態様であって、自由に対する侵害の観点からは、両者は向けられる方向の違いでしかなくなっている。すなわち、(i)~(vi)は強制言論が内容規制に該当することを阻害する条件であって、これ以外での強制は厳格審査に服すると考えるべき項目であるといえる。

③ 内心の自由から表現の自由へ

本稿の冒頭で整理したように、強制言論で問題となる権利関係は、次の3つの場面に分類できる。

(A) 特定の表現行為を行うよう強制する場面が考えられる。国旗に敬礼を求めたり、特定のメッセージを表示することを義務付けるような場面

(B) 次に、他者のメッセージ表明を受け入れるよう強制する場面。

(C) 特定の専門職に対して一定の情報を開示させ、あるいは一定の事項を掲示する義務が問題となる場面

これらの問題群は、強制される他者のメッセージと自己のメッセージが対立する点で共通している。その点で、強制言論とは、消極的表現の自由あるいは沈黙の自由として構成するより、表現の自由そのものとして構成した方がより実りある議論が可能となるのではなからうか。

内心は絶対的に保障されるというとき、内心の自由を侵害する国家行為は利益衡量によって正当化されないことを意味している。だが、「内心」

を定義付けるのは難しい。定義付けられたとして、「内心の自由」として保障される範囲を確定するのはさらに困難といえる。それゆえに、合衆国最高裁判所判例は、侵害されてはならない内心とは何かを考えるのをやめ、表現しない自由も表現する自由と同じ姿勢で審査する姿勢へと移行している。

「内心はいかなる理由があろうとも侵害できない」とは、よほど例外的なやり方¹¹⁰⁾でない限り、内心を侵害することは、実際には考えられない、ということの意味している。信仰は強ければ強いほど、外部圧力に屈することはない。踏み絵を強いられても、信仰は揺るぐことはない。問われるべきは、内心が強制的に開示させられる場合であって、これは、国家が望ましくないと思っている思想内容に制裁を与えることと同義である。Sacharoff が指摘するように、「良心の自由 (freedom of mind)」として扱わなければならない問題の範囲は、意外と狭い¹¹¹⁾。

110) 身体などを拘束した場所において、繰り返し国家の公認思想を植え付けるような思想統制は、間違いなく内心それ自体を侵害し、内心の自由への直接的侵害と考えなければならない。Bernette 判決があのような強力な説示によって、国旗への敬礼義務を否定した背景には、戦時におけるエホバの証人たちに対する差し迫った迫害があったことについては、すでに述べた。この状況下、教室という逃げ場のない空間で、退学処分という強制装置を用いて、国旗に対する敬礼を強制したことがあった。これは、Berger 首席裁判官がいう pure compelled speech の事例であった。しかし、Woolly 判決にはこのような背景は控えていない。そこでは、Five Free or Die という政府言論に反対する表現活動が行われていたに過ぎない。

111) Sacharoff, *supra* note 87 369: ただし、ここには重要な留保を付ける必要がある。心は脳と同義なのか、心の動きは脳の作用そのものなのかについては論争がある。私にはこの論争に立ち入る能力も知識もないが、仮に心の大部分が脳の作用によって説明できるとしよう（「脳還元主義」Neuro-Reductionism）。その場合、脳の作用に介入することは内心の自由を直接侵害するものといわなければならない。もちろん、このような介入は内心の自由の問題にとどまらず、人格の否定以外の何物でもない。Michel S. Pardo & Dennis Patterson, *Minds, Brains, and Law*, 33 (2013). 脳還元主義を採るかどうかは別として、fMRI 等を用いて、内心を探知するような捜査活動は内心の自由を直接かつ重大な方法で

国家の強制に対して、「内心の自由」で対抗するのは、丸腰で戦いを挑むに等しい。むしろ、表現の自由の問題として対処した方が実りある議論ができるのではなかろうか。その際、表現の自由は、「表現するかしないか、するとしてどのような表現をどのように行うか」の意思決定を含む権利として構成すべきなのではなかろうか¹¹²⁾。

④ 具体的適用

㊦ 見解や主題の発話を強制する場合

まず、何か発話することを強いることや特定の主題や見解について発話を強制したり、情報を開示させる規制は内容規制として、厳格審査を適用することになる¹¹³⁾。Bernette 判決のような事例は、純粹強制言論として、違憲の推定を受けると考えてもよい¹¹⁴⁾。

次に、農産物の販売に際して、California fruits のようなラベルを貼付させることは、その目的がやむにやまれぬもので、その実現手段が必要最小限度にとどまっているかどうかを審査することになる。ただし、それが販売方法の制約にかかわり、付随的に農産物販売業者の表現に制約を及ぼ

侵害するのではないだろうか。

112) 私は、表現の自由を民主主義や真理の発見、自己実現などの実体的な価値に結び付けて正当化するのではなく、「中身はともかく、自分自身で自分の物語 (narrative) を編んでいくために必要な権利」ととらえるスーザン・ウイリアムスの見方に一日の長があるように思う。強制によって、自分が作ろうとする物語を阻害されることは、表現によって物語を作り出すことを禁ずるのに等しい。Suzan H. Williams, *Truth, Autonomy, and Speech*, (2004).

113) Notes, *Two Models of The Right to not Speak*, 133 Harv. L. Rev. 2359 (2020), at 2362.

114) 合衆国最高裁判所における厳格審査の形成と展開については、尾形健「厳格な基準—その形成過程へと至る『物語』の素描—」山本龍彦・大林啓吾編『違憲審査基準 アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂, 2018年) 33頁以下を参照。「その形成は、その時々々の時代状況や社会的・経済的諸条件のもとにおいて、裁判所の役割をめぐるアメリカ市民の理解を反映した歴史的経緯があったことも、確認してよいように思われる」とする。この評価は的を射たものと思われる。

すような場合は、付随的規制として中間段階の審査基準を適用すべきことになる。あるいは、このラベルが一種の政府言論とみなされる場合は、緩やかな審査基準で合憲性が判断されることになるだろう。NIFLA 判決は、むしろ政府言論の問題としてとらえるべきなのではないだろうか¹¹⁵⁾。Masterpiece Cake 判決も平等や多様性を実現するという政府言論として扱われるケースであった。

① 団体活動への強制参加

Abood 判決のラインはどうか。所属する団体の活動と構成員の言論が食い違うケースである。この場合、裁判所には、対等な私人（弁護士会は純然たる私人ではないが）間の紛争に対して、いずれの表現を優先させるべきかの判断が求められることになる。ちょうど、名誉棄損やプライバシーが争点となるように、裁判所には利益衡量が求められる。その利益衡量こそが「関連性」テストであり、「追加的負担」テストであった。ここでは、強制される表現行為（表現のみならず、寄付のような行動も含まれる）がその団体の活動目的や趣旨の範囲内にあるか、強制加入団体（実質的に入退会の自由が制限されている団体を含む）の場合、目的の範囲内にある活動に参加させることが、（強制的に加入させているという負担に対して）追加的な負担として正当化できるかどうかを検討する必要がある。

② メディアへの規制等財産権への制約

公正原則や反論権についても同様なことがいえる。強制内容が特定の主題や見解を受け入れることであれば、厳格審査に服することになるだろう。そうではなく、さまざまな主題や見解を幅広く放送せよという強制であれば、内容中立規制として、中間段階の審査に付せられるべきである。Torntonillo III 判決は、まさにこの事例であった。

一方、PruneYard 判決や FAIR 判決は、自己が管理する財産上で、他者の言論を受け入れるよう強制されている事例である。PruneYard 判決では、私有財産であっても、無差別に人を受け入れているような場所では、

115) Mala Corbin supra note 94 at 1351.

表現行為も受忍すべきであるとの結論が下されている。逆に、軍のリクルーターの受け入れを条件に補助金が交付されるケースは、補助金の目的と他者の言論を受け入れることとの間の関連性が問題となる。合衆国最高裁判所判例は、この結びつきを認めなかったが、大学側の被る損失との関係で検討すべきことは多い。

⑤ 付随的規制

FAIR 判決では、軍のリクルート活動への協力とその見返りとして交付される補助金の関係を付随的な制約とみなしている。合衆国憲法によって認められている軍隊への人材確保を Solomon Amendment によって図ることは、正当な目的である。これに協力する大学への補助金交付は、軍のリクルート活動に反対する大学を差別したものではない。ただし、リクルート活動への協力の有無が補助金獲得に影響を及ぼす。けれども、これは Solomon Amendment の付随的な効果に過ぎない¹¹⁶⁾。

この論理は、US Joycees 判決や Dale 判決、あるいは Hurley 判決で問題となった、差別を禁止する法律や平等を積極的に実現するために制定されている法律についても適用可能である。平等や多様性を実現するための法令は言論を強制するものでも、言論を制約するものでもない。その結果、特定の団体の表現活動に制約を課すことになっても、これは付随的規制として、中間段階の審査を適用すべきであるとも考えられる¹¹⁷⁾。

⑥ 営利的言論

営利的言論についても同様に考えてよい。合衆国最高裁判所判例上確立された Central Hudson Test の適用によって、強制的な情報開示の合憲性が判断される。ただし、近時の判断傾向を反映してか、Sorell 判決ケネディ裁判官法廷意見は、営利的言論部分野においても、情報流通それ自体を制約する規制に対して厳格審査を適用していることはすでに述べたとおりである¹¹⁸⁾。もっとも、Central Hudson Test の厳格化によって、いずれの

116) 547 US 47 (2006).

117) 拙著前掲注31) 169頁以下を参照願いたい。

118) 564 US 553.

審査基準を適用しても同じ結論が導き出されたのかもしれない¹¹⁹⁾。

(3) 強制言論としての君が代伴奏、起立斉唱の強制

① 通説の立場

最後に、合衆国最高裁判所や憲法学説の分析を踏まえて、強制言論法理が日本国憲法の解釈論に対して示唆するものを探究しておこう。

内心の自由を保障する独立した条文をもたない合衆国憲法では、第1修正の中に内心をいかに位置付けていくのが議論の中心であった。逆に、憲法例としては珍しく、憲法19条をもつ日本国憲法では、「思想良心の自由」とは何か、それは他の精神的自由権に関する条項とどのような関係に立つのが議論されてきた。

この問題に関して、スタンダードな解釈を提示している芦部信喜は、明治憲法下で行われた内心の侵害への反省から定められた19条は、「思想良心」を広くとらえ、「第一に、国民がいかなる国家観、世界観、人生観をもとうとも、それが内心にとどまる限りは絶対的に自由であり、国家権力は、内心の思想に基づいて不利益を課したり、あるいは特定の思想を抱くことを禁止することができないということである」¹²⁰⁾と述べている。そして、その規範的効果は、国家による内心の強制的開示の禁止、すなわち「沈黙の自由」にあるとする。「踏み絵」や強制的アンケートなど、内心を推知することが禁止される。

一方で、19条を狭くとらえ、20条との差別化を試みる学説もある。ただ、そもそも「思想・良心」をどうとらえるのかの議論が展開されていること自体がこの問題の難しさを物語る。たとえば、「思想・良心」を「信

119) 海野淳史「営利情報の開示強制と表現の自由—米国法上の議論の分析を通じた一考察—」情報学会雑誌36巻1号(2018年)47頁は、会社情報の強制開示に関するテーマを扱いつつ、その背景にある判例の傾向や学説の状況を簡潔かつ明快に提示している、きわめて有益な文献であり、本稿もまた学ぶところが多かった。ただし、本稿は、営利情報の強制開示は内心の自由の問題にはなり得ないとする立場に与するものである。

120) 芦部信喜(高橋和之補訂『憲法 第七版』(岩波書店, 2019年)155頁。

仰に準ずる世界観、主義、思想、主張を全人格的にもつことを意味する¹²¹⁾と定義付けたとしても、「世界観とは何か、主義と単なる意見の違いは何か、肉食主義は主義に含まれるか」など、さらに問題を増やすだけなのではないかとも考えられ、あまり有益な議論は期待できそうにない¹²²⁾。

この標準的解釈によると、憲法19条は、内心作用を絶対的に保障するものであるが、外部に表現する段になると、それが宗教的表現であれば20条1項が、一般の表現であれば21条1項が、学問研究にかかわるものは23条が保障するということになる。これらの場合、19条は、表現行為の背景にあり、それらを支える橋頭保との扱いを受ける。

最高裁判例もまた、この解釈に影響を受けている。謝罪広告事件¹²³⁾では、絶対的に保障される「思想良心」とは何かをめぐる定義の議論が行われた。内申書への記載事項が争点となった事例においても、「思想」と「客観的事実」を区別され、事実の記載は思想を推知させないと判断されている¹²⁴⁾。

② 2つの君が代関連判決

㊦ 「君が代」伴奏事件

以上のような前提は、2つの君が代関連判決においても変わるところはない¹²⁵⁾。まず、君が代伴奏拒否事件における判決の論理を整理しておこ

121) 佐藤幸治前掲注3) 244頁。

122) ただし、19条における沈黙の自由と21条1項が保障する消極的表現の自由の守備範囲は異なるとする、注目すべき学説がある。毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権 第2版』(有斐閣、2017年)153頁。たとえば、記者の証言拒否は21条1項の問題であるとする。

123) 最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁。ただし、法廷意見は、正面からこの定義を定めることを避け、侵害に対する程度論で問題を処理している。

124) 最大判昭和63年7月15日判時1287号65頁。

125) 「君が代伴奏拒否事件」最判平成19年2月27日、民集61巻1号291頁。「君が代起立斉唱拒否事件」最判平成23年5月30日、民集65巻4号1780頁。これら2

う。法廷意見は、おおむね次のように述べて、処分の取り消しを否定した。

学校行事において「君が代」の伴奏を拒否することは、その者の歴史観や世界観に基づく選択ではあろうが、一般的にはこれと不可分に結びつくものではない。本件職務命令は、直ちにその者の歴史観や世界観それ自体を否定するものではない。「君が代」の伴奏をするという行為自体は、音楽専科等の教師にとって通常想定されうるものであり、伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明することは困難である。「全て公務員は全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」(15条1項)から、職務命令には従わなければならない。学校教育法でも小学校教育の目標として「郷土及び国家の現状と伝統について、正しい理解に導き」と規定され、学習指導要領でも「国歌を斉唱するよう指導するものとする」と定められているところから、この職務命令が思想良心の自由を侵害するものとはいえない。

少し乱暴な整理を行うと、本判決は、「君が代」伴奏には、伴奏にあたる教員の思想良心は含まれないと考えているようである。「君が代」伴奏を拒否する根拠には、演者の思想良心があるかもしれないが、伴奏を拒否することと「君が代」に対する消極的評価は「一般的には結び付かない」という(逆に、「君が代」を演奏することと「君が代」に対する否定的評価も必然的には結び付かない)。「君が代」に否定的評価をもつ音楽教師が不承不承演奏していても、それは聴者には推知できないことが多い。

つまり、君が代伴奏事件で音楽教師の内心をよりどころにして結論を導き出すことには相当な困難が伴う。伴奏拒否を内心から出たものにとらえるか、無関係にとらえるかもまた評価の問題に帰着するからである。

一方、この問題を表現の自由の判断枠組みで検討するなら、「君が代」

つの判決については、渡辺ほか前掲注3) 77頁以下に包括的かつ詳細な分析と検討がある。また、渡辺康行『『日の丸・君が代訴訟』を振り返る—最高裁諸判決の意義と課題』長谷部恭男編『論究憲法 憲法の過去から未来へ』(有斐閣, 2017年) 279頁以下参照。

という一定のコンテンツ¹²⁶⁾をもつ作品を強制的に弾かせることが憲法21条1項で許されるかと構成できる。これは自己が望まない表現を強いる点で明確な内容規制に相当する。もちろん、これは *Bernette* 判決のように、頑なな宗教心に裏打ちされているわけではないから、ただちに違憲とすることは難しい。しかし、本件は、厳格審査が適用される場面であったと考えられないだろうか¹²⁷⁾。やむにやまれぬ目的に対して必要最小限の制約であるかどうか吟味されなければならなかった。

まず、学校の儀式における国家の演奏が行事においてやむにやまれぬほど必要であるかどうかは、評価が分かれる¹²⁸⁾。仮に目的審査を通過しても、これが必要最小限度の制約であったかどうかには疑問が残る。公立学校の入学式・卒業式における教育職公務員への職務命令という特殊性も判断要素の中には組み込まなければならない。ただ、これは必要最小限度の制約の判断に際して、積極的要素としても、消極的要素としても評価できる難しさがある。公的儀式における公務員は、自己の表現(「君が代」を伴奏しないという表現)を優先する権利はないともいえようが、少なくとも録音での実施や他の教員への依頼の余地が残されていたなら、必要最小限度の制約であったとは評価できないのではないか。

公立学校における公的行事で「日の丸」を掲揚し、「君が代」を斉唱することは、一種の政府言論であるにとらえることもできる。そうすると、

126) 「君が代」に思想性が欠如しているなら、国家と呼ぶには値しない。国家とは、国民や国家という目に見えない存在を可視化するものであるから、いずれの国家にもその国のストーリーが反映されていなければならない。

127) 厳格審査 (strict scrutiny, stringent scrutiny) の目的は、真の規制目的をあぶり出す (smoke out) ところにある。目的達成手段を厳しく問うことによって、本当の規制目的が何であったのかをあぶり出すのである。Anita K. Blair *Constitutional Equal Protection, Strict Scrutiny, and the Politics of Marriage Law*, 47 *Cath. K. Rev.* 1231 (1998); Caleb C. Wolanek & Heidi Liu, *Applying Strict Scrutiny: An Empirical Analysis of Free Exercise Cases*, 78 *Mont. L. Rev.* 275 (2017).

128) 入学式や卒業式で「君が代」を演奏することが目的なら、音楽教諭に職務命令を出してまでも強制し、これに反した者を懲戒処分にするには、厳格審査を通過しない。

内容規制に対する厳格審査は回避される。しかし、政府言論が厳格審査に服さないということと、それを強制することはまた別問題である。「日の丸」掲揚、「君が代」斉唱の差し止めを求める訴えには理由がないが、そのことが教員への義務づけを正当化するわけではない。

④「君が代」起立斉唱事件

ここで最高裁は、おおむね以下のような説示によって、損害賠償請求を棄却した。

国旗としての「君が代」の掲揚および「君が代」の斉唱は、慣例上の儀礼的所作としての性質を有するものであり、上告人の歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結びつくものとはいえず、本件職務命令は、上告人の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということとはできない。また、特定の思想をもつことを強制したり、これに反する思想をもつことを禁止したりするものではなく、特定の思想について告白することを強要するものということもできないから、個人の思想および良心の自由をただちに制約するものと認めることはできない。

もっとも、「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の要素を含む行為を求められることは、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的制約になる面があることは否定しがたい。このような間接的な制約が許されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生じる制約の態様を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である。

「君が代起立斉唱」判決は、「君が代伴奏」判決とは全く異なる構成をとっている。「君が代起立斉唱」判決は、外部行為に対する制約が内心に対する間接的制約になることを正面から認めている。これは、もはや伝統的な19条の論理からははみ出している。論理構成としては、FAIR判決ロバ

一ツ首席裁判官の付随的規制論に酷似している（もちろん、その淵源はO'Brien判決であるが）。本件における教員への義務づけの目的は、各教員の思想を制約するものではない。むしろ、儀式を静穏に実施するための起立斉唱義務であって、その規制効果が教員の思想に影響を及ぼすことはあり得る。しかし、それは「間接的制約」である¹²⁹⁾。この説示は、表現規制に対する審査と区別できない。

もっとも、本判決では、付随的制約に際して、合衆国最高裁判所で用いられる中間段階の審査が適用されているわけではない。付随的規制論に触れた意味は、「これが思想良心の自由を直接的に侵害するものではない」との立場をレトリカルに表現したに過ぎない。中間段階の審査を適用し、「重要な利益のためより制限的ではない手段がもちいられているか」が精査されたとき、判決の結論が支持できるかどうか、いささか不明なところもある。また、Sacharoffが指摘する「集団的儀式（group ritual）」特有の問題、すなわち、集団での行為強制は想像以上の同調圧力をもたらし、情報の受け手に対する誤帰属を生じさせ、「みんなが信じているのだ」との誤解をもたらすことには注意が必要である。抗いきれない状況に置かれた者への強制それ自体には、より大きな警戒感をもって臨むべきかもしれない¹³⁰⁾。

もちろん、このような問題が控えているからこそ、最高裁は、「君が代」

129) 判決は「間接的制約」という用語を用いているが、むしろ「付随的制約」と呼ぶ方が適切であったのではなかろうか。わが国において用いられる、「付随的制約（規制）」の概念は、「間接的制約（規制）」と相互に互換的に用いられている。しかし、「付随的」とは incidental の訳語であるのに対して、「間接的」とは secondary を指しているのであって、この両者は厳密には区別されるべきなのかもしれない。ただし、わが国の最高裁においては、要するに「表現そのものもしくは表現の内容を狙い撃ちした規制ではない」として、審査基準を緩和する論理で用いられていることは警戒すべき事柄のように思われる。合衆国最高裁判所における付随的規制論は、中間段階審査を導出する前提であって、合憲性を導き出す前提ではない。長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松秀典・野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』（2012年）232頁以下参照。

130) Sacharoff *supra* note87 at 399-400.

には法的な根拠があり、公務員に対して、適法な行為を適法な職務命令で強制できるとの主張を展開したのであろう。しかし、職命令による起立斉唱強制が、儀式的円滑な遂行にとって、より制限的でない手段であったかどうかは、判断が難しい。

結 論

本稿の結論は、以下のとおりである。

① 強制言論法理において「内心の自由 (freedom of mind)」にこだわると、問題解決がむづかしくなる。憲法解釈論として内心 (心) を取り上げるのは、明快な問題解決につながらない。合衆国最高裁判所や学説もまた、内心から外部行為へと着目する。わが国の最高裁判所が用いた「外部行為に対する間接的制約」論もまた、従来の19条解釈から一歩外に出た解釈である。

② 言論を規制する場合も強制する場合も同じ審査基準で対処すべきである。この両者はコインの表と裏であって、異なるアプローチを考える必要はない。ただし、強制言論の合憲性審査については、誤帰属など、考慮すべき独自の論点はある。

③ 日本国憲法の解釈としては、19条の登場する場面は限定される。それは、内心そのものを強制的に改変させたり、強制的に開示させるという場面に限定されるべきである。これらはただちに憲法違反となる。それ以外の行為は多くの場合、外部行為を伴うものであるから、表現の自由の一場面として対応すれば十分である。ただし、表現の自由の制約に適用される審査基準の確立が必要ではあるが¹³¹⁾。

審査基準に依拠することは、憲法問題を相争うすべての立場に同じ土俵

131) 渡辺ほか前掲注3) 290頁は、「君が代起立斉唱」事件を契機に、むしろ比例原則による審査を深化させていくべきであるとする。これもまた説得的な提言であって、検討に値する。

を提供するところにメリットがある。これはゲームのルールである。強制言論という、「内心」や「思想」、「良心」といった、とらえどころのない問題を扱う場面では、なおさら基準が必要なのではないか¹³²⁾。

132) 伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』(成文堂, 2021年)は、合衆国最高裁判所における違憲審査基準論の現状を詳細かつ綿密に分析しており、本稿もまた学ぶところが多かった。違憲審査基準論は、ともすれば硬直化し、ステレオタイプな議論を誘発するように思われるが、ゲームにおいてプレイヤーが共有すべきルールとしての性格をもっている。ちょうどアメリカンフットボールにおけるルールのように、攻守双方とアンパイアがフィールドでどのように振舞うことでゲームメイクがなされるのかを示す「基準」なのではなかろうか。

Compelled Speech: United States Supreme Court and Compelled Speech Theory

Motohiro HASHIMOTO

Summary

When we are forced to say something that we disagree, is it constitutional matter? Is it same as restriction on expression? The idea of Compelled Speech is articulated in *West Virginia State Board of Education vs Bernette*, 319 US 624 (1943). In this case, the Supreme Court decided forced salute for flag unconstitutional. No States can compelle students to something they don't agree.

After that, US Supreme Court has handed down several cases on conpal-sory duties. These cases, however, have no coherence. Sometime the Court argued for compelled person, but someteime against compelled.

Part one, this article analyses the US Supreme Court cases in terms of three categories, and shows some tendencies of it's decisions. It is no doubt that the Supreme Court has become cast on "Ex-pression, rather than "the mind". Because of it's tendency, the Supreme Court can decide compelled speech cases as same standard of review as speech-restriction cases.

Part two I explore the theoretical frame work for compelled speech issues. Recently many American constitutional lawyers discuss these cases, and provide theorical foundation of compelled speech doctrine. These comments are worth analysing for Japanese Constitutional Law studies.

So I sketch US Supreme Coutrt Cases briefly, and explore the whole im-age of the Compelled Speech Cases.

In conclusion, I would like to provide some analytical frame work fo Japa-nese constitutional context. So I provide critical point of view to Saikosai Hanrei (holdings of the Supreme Court in Japan), especially Kimigayo Saiban (compalsory singing of a national anthem cases).

In conclusion, I suggest the alternative frame work for compelled speech cases in Japan. We need some candid standard for compelled speech issues.