

プロフェッショナル・スピーチ (専門職言論) の類型化の意義 —知識コミュニティ理論からのアプローチ—

井 上 嘉 仁

目次

- 一 はじめに
- 1 問題の所在
- 2 本稿の構成
- 二 専門職言論類型の否定
 - 1 *NIFLA* 法廷意見—例外該当性否定
 - 2 *NIFLA* 反対意見—例外該当性肯定
 - 3 *Casey* と専門職言論
 - 4 専門職言論類型を否定した場合の処理
- 三 専門職言論類型の肯定
 - 1 下級審の展開
 - 2 営利的言論アナロジーと修正, 拒絶
- 四 知識コミュニティ理論
 - 1 知識コミュニティと専門家
 - 2 知識コミュニティ理論における専門職言論規制
- 五 結びにかえて—試論
 - 1 類型化肯定・否定論の距離
 - 2 類型化の意義

一 はじめに

1 問題の所在

(1) 専門家が顧客 (依頼人, 患者) にあたえる助言は, 職業活動の一環であって, 表現ではない。こう割り切って良いか。あるいは職業活動に付随する表現ではあるが, 特有の規制に服することが正当化されるのか。専門家の助言のように, ある一定の特徴をもつ言論を「プロフェッショナル・スピーチ (専門職言論)」として類型化することは, 表現の自由保障に何をもたらすのか。

専門職言論を類型化して、それを保護されない表現類型に位置づけることが考えられる。しかしその試みは成就しがたいだろう。というのも、*United States v. Stevens*⁽¹⁾が、保護されない言論領域を拡大することに深い疑念を示しているからである⁽²⁾。*Stevens*で問題となったのは、動物に対する虐待行為を描写する絵画等の創作等を禁止する連邦法が合衆国憲法修正1条に反するか否かだった。政府は、動物に対する残虐行為を描写することは、そもそも修正1条の保護範囲外であると主張した。修正1条の保障を受けるか否かは、社会的費用と言論の価値とのカテゴリカルな衡量によるというのである。*Stevens*は、この主張を認めなかった⁽³⁾。保護されない言論領域を将来にわたって閉じてしまうわけではないにしても、*Stevens*に反して、専門職言論を保護されない類型として創出することは困難だと思われる。

(2) 専門職言論を特別の類型だと考えない立場もある。後に見る *NIFLA v. Becerra*⁽⁴⁾がそうである。この場合、いわゆる専門職言論と目される言論についても、通常の表現の自由理論が適用されることになり、とりわけ専門家の助言内容に容喙する規制については、内容規制と捉えられることになる。そうすると、顧客に対して一定の情報を提供するよう専門家を義務づける法律に、原則として厳格審査基準が適用されることになる。情報提供義務を合憲だと論じるためには、厳格審査をパスすると理解するか、厳格審査を緩和する例外的場合に相当すると理解することになる。

これに対して、専門職言論類型を特別の類型であると考えた立場は二つに分けられる。ひとつは専門職言論類型は一段低い保障、すなわち中間審査基

(1) 595 U.S. 460 (2010).

(2) Rodney A. Smolla, *Professional Speech and the First Amendment*, 119 W. VA. L. REV. 67, 88 (2016).

(3) *Stevens*, 595 U.S. at 472. Smolla, *supra* note 2, at 85-87.

(4) *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 585 U.S. ___, 138 S.Ct. 2361 (2018).

準が妥当する類型であるとみる立場である。他のひとつは、専門職言論は、専門家とその所属する専門家集団の自律を保障するとみる立場である。

前者の典型は、営利的言論とのアナロジーをもちいる。専門職言論も営利的言論も、表現の受け手にとって重要な価値がある点で共通していることに着眼するのである。

後者は、専門職言論を次の点で固有の類型だとみている⁽⁵⁾。専門職言論は、自身の意見を公的対話の中で表明することでもなく、また商業的取引を提案するものでもない。専門職言論は、専門家から顧客へと、専門的知見を伝達するという点で特異なのである。しかも、その専門的知見は、専門家が属している知識コミュニティにおいて形成発展されたものなのである⁽⁶⁾。この立場を知識コミュニティ理論と呼ぶことにする。

知識コミュニティ理論は、専門職言論類型が修正 1 条の保護を受けるのは、知識コミュニティの叡智 (insights) を専門家が顧客に正確かつ総合的に伝達するからだと理解する。修正 1 条は、かかる専門家の知識の形成・維持および顧客への伝達を保護しているとされる。知識コミュニティの叡智を伝達していない専門家は、専門家と呼ぶに値せず、かかる専門家を規制する専門職業規制は、修正 1 条の問題を惹起しないということになる⁽⁷⁾。専門家と顧客の関係内部で、専門家による助言の提供を目的とする、知識コミュニティの叡智の伝達とかかわるときに、専門職言論と修正 1 条の問題が生じる。

かかる観点から専門職言論を特別の類型だと構成すれば、インフォームド・コンセントやライセンシングの文脈において、通常表現の自由とは異なった取扱いを要することの合理的な説明を提供することができる⁽⁸⁾。

(5) Claudia E. Haupt, *Licensing Knowledge*, 72 VAND. L. REV. 501, 552 (2019).

(6) *Id.*

(7) Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L. J. 1238, 1292-1293 (2016).

(8) Claudia E. Haupt, *The Limits of Professional Speech*, 128 YALE L. J. FORUM 185, 190 (2018).

これとは違って、専門職言論を特別の類型と考えたとしても、営利的言論理論を類推適用して解決することは誤りだと指摘される。なぜなら、営利的言論理論は、知識コミュニティと専門家の結びつきを考慮していないからである。知識コミュニティの叡智が考慮されてはじめて、医療過誤等の不法行為責任やライセンスの問題も明瞭に理解しようという⁽⁹⁾。

本稿の後半部分は、知識コミュニティ理論について肯定的に検討するつもりである。

(3) 専門職言論を特別の類型とみるべきか否かが議論されるさい、専門職言論理論の萌芽として言及される 1945 年の合衆国連邦最高裁判所判決がある。*Thomas v. Collins*⁽¹⁰⁾ である。テキサス州法は、ユニオンの組織者を登録させ、組織者カードを取得するよう要求していた。ナショナル・ユニオンのリーダーであった R. J. Thomas は、自宅のあるデトロイトからテキサス州ヒューストンへ、労働者集会で演説するために移動したが、Thomas は組織者カードを保有しておらず、同法違反を問われたという事案である。本件で重要な点は、①専門家を規制する州権限を承認したうえで、当該法律は言論規制であると認めた点（州は事業及び経済規制にすぎないと主張していた）、②明白かつ現在の危険テストをもちいた厳格審査をした点、③公の言論に従事するためにライセンスを要求することを問題視した点である⁽¹¹⁾。時は流れて 2013 年、占い師に免許を要求した第 4 巡回区は、この事件を引き合いに出しながら、連邦最高裁は専門職言論の存在を認めたと主張したのである⁽¹²⁾。

学説のなかには、*Lowe v. SEC*⁽¹³⁾ における White 裁判官の同意意見に専門職言論の存在を看取しよとするものもある。Christopher Lowe は、投資アドヴァ

(9) Haupt, *supra* note 7, at 1267.

(10) 323 U.S. 516 (1945).

(11) Smolla, *supra* note 2, at 76-77.

(12) *Moor-King v. County of Chesterfield*, 708 F.3d 560, 568 (4th Cir. 2013).

(13) 472 U.S. 181 (1985).

イザーとしての資格を喪失していたにもかかわらず、「投資新聞」を発行した。当該新聞は、金の市況等に関する一般的な論評を掲載したものであった。この新聞発行行為が、無免許での投資アドバイスを禁ずる投資助言者法に違反するとして起訴されたのである。連邦最高裁の多数意見は、表現の自由の問題に正面からは取り組まず、「投資新聞」には当該法は適用されないと判示した。これに対して White 裁判官の同意意見は、表現の自由の問題に取り組み、*Thomas* を参照しながら、依頼人に対する個別的な助言ではない点を指摘して、完全な表現の自由の保護を認めた。*Thomas* と同様に、表現に免許を課すことを問題視したのである⁽¹⁴⁾。

Thomas や *Lowe* に専門職言論の萌芽を見ることを疑問視する立場もある⁽¹⁵⁾。連邦最高裁自身も、*NIFLA* において、連邦最高裁が専門職言論類型を認めたことはないと言明した。将来にわたり専門職言論の類型化の可能性を完全に排除していないかもしれないが、しかし、連邦最高裁は専門職言論の修正 1 条上の保護を適切に評価する理論的基礎を形成していないのはたしかである⁽¹⁶⁾。

(4) 専門職言論をいかに類型化するかは、専門職言論をいかに定義するかと同心円をなしている。専門職言論に広汎な定義を与えれば、その有する特質を十分に抽出することができず、結果として専門職言論類型は不要か、またはその他の言論理論の応用として理解すれば足りることになる。これに対して、専門職言論を狭く定義すれば、その特質を際立たせることができ、他の言論類型と異なる処理をすることを説きうる。

NIFLA における連邦最高裁の法廷意見は、第 9 巡回区連邦控訴裁判所の示した次の定義を参照した。すなわち、専門職言論とは「専門家と依頼人の間の専門的関係という文脈においてなされる言論」⁽¹⁷⁾ をいう。この定義はきわ

(14) Smolla, *supra* note 2, at 78-79.

(15) Haupt, *supra* note 7, at 1258.

(16) *Id.* at 1264.

めて広汎であり、*NIFLA* の法廷意見が指摘するように、「医師，弁護士，看護師，理学療法士，トラック運転手，バーテンダー，理髪師その他多数」⁽¹⁸⁾ の専門職にある者の言論が専門職言論ということになってしまう。雑多なものを類型化することは困難となり，結局，連邦最高裁は専門職言論類型を認めなかったのである。

学説上も比較的広汎な定義がなされている。たとえば Daniel Halberstam や Robert Post は、「専門家が表現をするということではなく，専門的実践の過程で発せられた表現」⁽¹⁹⁾ を専門職言論と定義づけている。この定義は，たとえば医者が患者に対して与える助言のように，一定の文脈に依存する言論を抽出することを意識しており，医者が専門家としてであれ，一般向けに著書を刊行することと区別しようとする⁽²⁰⁾。これは専門家というフィルターをかけるさいに軽視されがちで，いわば私的な言論と専門職言論との区別に重点をおいた定義である⁽²¹⁾。

知識コミュニティ理論を提唱する Claudia E. Haupt は，上述の定義に欠けている重要な点を指摘する。すなわち，専門職言論は，(ア) 知識コミュニティの叡智が，(イ) 専門家と顧客の関係内部で伝達され，(ウ) 専門的助言を提供することを目的とすることを核心的要素とする⁽²²⁾，という。

この定義の特質は，専門職にある個人の主観的権利とは異なる専門家集団

(17) *National Institute of Family and Life Advocates v. Harris*, 839 F.3d 823, 839 (9th Cir.2016).

(18) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2375. Smolla, *supra* note 2, at 68.

(19) Daniel Halberstam, *Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions*, 147 U. PA. L. REV. 771, 843 (1999); Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 U. ILL. L. REV. 939, 947 (2007).

(20) Wynter K. Miller, Benjamin E. Berkman, *The Future of Physicians' First Amendment Freedom: Professional Speech in an Era of Radically Expanded Prenatal Genetic Testing*, 76 WASH & LEE L. REV 577, 613 (2019).

(21) Haupt, *supra* note 7, at 1254.

(22) *Id.* at 1247-1248.

としての知識コミュニティの利益に着目していることである。そうすることで、専門職言論類型は、修正 1 条のもとで、知識コミュニティの専門知識を改変されないことの保障をも含む、との理解を可能にするのである⁽²³⁾。

2 本稿の構成

専門職言論の類型化は未解決の問題である。類型化することによって、解釈上いかなる法的効果を表現の自由理論に追加することになるのかが問われなければならない。この問への部分的な解答を得るために、本稿は以下の順に検討を進めていく。

まず、専門職言論の類型化を否定する立場をみる(二)。そこでは、内容規制が許される例外的場合にも当たらないとする *NIFLA* の法廷意見を検討したうえで、例外に該当するはずだとする *NIFLA* の反対意見をみる。*NIFLA* で示された *Casey* 基準と専門職言論の関連性について考察したうえで、審査基準論について言及する。

次に、専門職言論の類型化を肯定したうえで、より低い保護が与えられるとする立場をみる(三)。いくつかの下級審がその立場であるため、まずそれらを概観する。その後、営利的言論理論とのアナロジーをもちいて、専門職言論を説明し、営利的言論類似の中間審査基準が妥当とする立場を検討する。

そして、ここまで検討した言説とは異なる視点を提供する知識コミュニティ理論の検討に移る(四)。知識コミュニティと専門家の関連性を読み解き、専門職言論類型に対する規制の限界を、知識コミュニティの叡智の観点から画定する試みを検討する。

最後に、専門職言論類型を肯定する知識コミュニティ理論と、否定したう

(23) Haupt, *supra* note 8, at 195. 専門職言論をかく定義した場合、*NIFLA* で問題となった CPC の言論は、専門職言論ではないということになる。Id.

えで厳格審査を適用する立場との理論的近接性について、ひとつの試論をおこなう。そこでは、言論規制をとまなう職業規制について制度構築するさいの、その裁量を統制する客観法原理として、専門職言論理論が有効であることを示唆する。

二 専門職言論類型の否定

1 NIFLA 法廷意見—例外該当性否定

専門職言論の類型化の意味を探究するのに先立ち、専門職言論の類型化が期待された2018年のケースである *NIFLA v. Becerra* をみておこう⁽²⁴⁾。連邦最高裁は専門職言論類型を否定することになるのだが、連邦最高裁がなにゆえに専門職言論を否定し、また専門職言論と目しうる要素をもつ言論をどのように処理したのかを整理しておくことは、専門職言論を類型化することの意義を探索するうえでひとつの手がかりを提供してくれるはずである。

(1) 事案の概要

カリフォルニア州は、危機妊娠センター（crisis pregnancy center; CPC）を規制する目的で、生殖の自由、責任、説明責任、総合医療及び透明性に関する法律（The California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act. 以下、FACT法とする。）を制定した。CPCは、pro-life、すなわち生命を重視する団体であり、妊娠するためにとるべき方法、カウンセリングその他のサービスを、センターを訪れた個人に、一部無料で提供している。その多くは、キリスト教の信念に基づいて設立、運営されている。CPCは、中絶しようとしている女性を思いとどまらせ、中絶しないようにしむけることを目的としている。CPCは、中絶に反対することを明示し

(24) 判例研究については、井上嘉仁「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」*廣島法学* 43巻1号（2019年）68頁参照。

ている団体——家族と生命の擁護者の研究所 (National Institute of Family and Life Advocates: NIFLA) ——と密接な関係にあり、あるいは運営されている。こうした問題に対処するために、FACT 法は、妊娠関連サービスを提供している免許を保有している施設に、次の告知義務 (licensed notice) を課した⁽²⁵⁾。「カリフォルニアは、公的プログラムをつうじて、即時無料のまたは低価格で利用可能な包括的家族計画サービス (FDA 承認の避妊手法をすべて含みます)、出生前医療と中絶を、有資格の女性に提供しています。あなたにその資格があるかどうかを判定するために、カウンティの社会サービス事務所 [電話番号] に連絡してください」。本法の適用される免許を保有している施設(以下、免許保有施設という。)に関して、Cal. Health & Safety Code Ann. § 123471(a) は、その「主要な目的」が、「家族計画又は妊娠関連サービスの提供」になければならないことを定めていた。CPC は FACT 法が表現の自由を保障する連邦憲法修正 1 条に違反すると主張して、訴えを提起した。

(2) 法廷意見の要点

法廷意見の要点は次のようである。

(a) 法廷意見は、冒頭で、本件を表現内容規制であると認定し、厳格審査基準が妥当するのが原則であるとした⁽²⁶⁾。

(b) つづいて、第 9 巡回区連邦控訴裁判所が、当該免許告知を「専門職言論」規制と結論づけ、厳格審査を適用しなかった⁽²⁷⁾ ことを批判している。法廷意見は、連邦最高裁判所が「専門職言論」を、特別の言論類型として認識

(25) 免許を保有していない施設に課される告知義務も定められたが、本稿の目的が医師等の専門職を想定しているため、免許をもたない施設への告知義務はここでの検討から外すことにする。

(26) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2371. 判決は、先例として、*Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. ____, ____, 135 S.Ct. 2218, 2227 (2015), *Riley v. National Federation of Blind of N. C., Inc.*, 487 U.S. 781, 795 (1988) 等をあげている。

(27) *NIFLA v. Harris*, 839 F.3d at 839. *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2371.

したことはこれまでないと指摘し、単に「専門家」によって述べられたというだけで、言論が保護されなくなることはないとした⁽²⁸⁾。

(c) そのうえで、専門職言論の保護が低下する例外的場合を先例は承認してきたとして、次のふたつの基準を示した⁽²⁹⁾。第一が、純粋に事実に関する非論争的な情報を、専門家の営利的な言論のなかで、専門家に明示するよう要求する法律に対して、敬讓的な審査を適用することである（Zauderer 基準）⁽³⁰⁾。第二が、表現を付随的に巻き込むものであったとしても、州は専門職の行為を規制できることである（Casey 基準）⁽³¹⁾。

(d) 法廷意見は、ふたつの例外に該当するかの検討にうつり、いずれの例外にも該当しないと結論づけた⁽³²⁾。Zauderer 基準に該当しない主要な理由は、免許告知は、クリニックが提供しているサービスとは全く無関係であるばかりか、州が支援している中絶を含むサービスの告知を義務づけている点、および中絶が「論争的」トピック以外の何ものでもない点にあった。また Casey 基準に該当しない主要な理由は、免許告知はなんらかの医療処置と全く結びついていないという点にあった。Casey はインフォームド・コンセントの事例であったが、NIFLA は施設とサービス利用者との間のすべてのやりとりに適用されるのであり、医療処置が求められたか、提供されたか、あるいは実行されたかとは無関係だという点に違いを見たのである⁽³³⁾。

(e) 法廷意見が専門職言論を特別の類型とすることについて、微妙なニュアンスをみせている点が次のくだりである。「カリフォルニア州も第9巡回区連邦控訴裁判所も、通常の修正1条理論が適用されない独特の類型として専

(28) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2372.

(29) *Id.* at 2372

(30) *See, e.g., Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, 651 (1985).

(31) *See, Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 456 (1992).

(32) *NIFLA*, 138 S.Ct. at 2372.

(33) *Id.* at 2374-2374.

門職言論を扱うための説得的な理由を示していない。われわれは、ある種の理由が存在することの可能性を排除しない。われわれがそうした可能性を排除しないのは、免許告知が中間審査さえクリアすることができないからである⁽³⁴⁾。つまり中間審査基準をクリアする専門職言論類型が今後登場する可能性を一切閉じているというわけでもなさそうだということである。

以上を要するに、法廷意見は、“下級審で形成されてきたような類型”の専門職言論は否定した。専門家と依頼人との間のコミュニケーションを行為ではなく表現ととらえ、それへの干渉を内容規制だと理解した。内容規制の例外を営利的言論理論、インフォームド・コンセント理論から援用した。

2 NIFLA 反対意見—例外該当性肯定

(1) Zauderer 基準該当性

Zauderer 基準および Casey 基準に該当するとみたのが反対意見である。

Zauderer 基準にいう「純粹に事実的で非論争的」の意味について、連邦最高裁は明らかにしていない。ある下級審は、「開示強制に係る事実の正確性であり、聴取者に与えるであろう主観的影響ではない⁽³⁵⁾」と定義したことがある。この定義に従えば、NIFLA の告知義務は州の提供するプログラムの存在という事実を伝達させるものであり、「非論争的」であるともいえる⁽³⁶⁾。他方で、「事実」にかかわる情報と感情的反応を引きおこすメッセージとを区別することの困難性も指摘されている⁽³⁷⁾。

本件に Zauderer 基準をあてはめるということは、とりもなおさず、下級審

(34) *Id.* at 2375.

(35) *Nationwide Biweekly Admin., Inc. v. Owen*, 873 F.3d 716, 732 (9th Cir. 2017).

(36) Savannah R. Montanez, *Pregnant and Scared: How NIFLA v. Becerre Avoids Protecting Women's Reproductive Autonomy*, 56 SAN DIEGO L. REV. 829, 845 (2019). 「性的に露骨」なビデオゲームに“18”のステッカーを貼ることの義務づけは、意見にもとづく強制であり、「純粹に事実的で非論争的」な情報ではないとされたことにつき、*see, Entm't Software Ass'n v. Blagojevich*, 469 F.3d 641, 652 (7th Cir. 2006).

において専門職言論と捉えられてきた言論類型は、営利的言論類似の言論であるという前提に立つことになる。そのうえで、免許告知が「純粹に事実的または非論争的」な情報の告知義務を課すものかを問うことになる。かかる前提に疑義を呈する見解もある。知識コミュニティ理論がそうである。

知識コミュニティ理論からすれば、Zauderer 基準は、専門職言論とは関係の薄い基準だとされる⁽³⁸⁾。同理論において、専門職言論の力点は知識コミュニティの“叡智”を正確に伝達することにあるのに対し、営利的言論理論は、消費者を誤導しない“情報”提供に力点があるのである。この観点からすれば、NIFLA の告知義務は、州のプログラムの存在を告知し、妊婦に情報を提供することを目的とするものであり、専門的助言内容（叡智）の正確さについての規制ではないため、そもそも専門職言論規制の問題ではないと整理されるだろう。この観点からは、専門職言論に Zauderer 基準を適用し、合理性の基準で審査すべきことを示唆した事例として NIFLA を位置づけることはできない。

(2) Casey 基準該当性

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey⁽³⁹⁾ は、中絶医療に関連して、養子縁組等の他の手段もあることの伝達を含むインフォームド・コンセントを医師に義務づけることが、医師の表現の自由を侵害するのではないかが争点のひとつだった。連邦最高裁は、行為の規制に付随する言論規制に敬讓的審査を与えたのであった。

(37) Leading Case, *First Amendment — Freedom of Speech — Compelled Speech — National Institute of Family & Life Advocates v. Becerra*, 132 HARV.L.REV. 347, 352. See, e.g. Ellen P. Goodman, *Visual Gut Punch: Persuasion, Emotion, and the Constitutional Meaning of Graphic Disclosure*, 99 CORNELL L. REV. 513 (2014).

(38) Haupt, *supra* note 8, at 196.

(39) 505 U.S. 833 (1992).

NIFLA の法廷意見は、インフォームド・コンセントを狭く理解し、医療行為に関連してなされるものに限定した。そして、医療行為を伴わない（たとえば受付への掲示）にもかかわらず告知を強制することはインフォームド・コンセントではないとした。

これに対して、医学的な基準に照らして不当だとの批判がある。医学的基準によれば、インフォームド・コンセントは、医療処置の要求、提供または実施とは関係なく施されなければならないものとされているという⁽⁴⁰⁾。事実、*Casey* においても、中絶手術とは無関係な養子制度等の情報告知義務が合憲とされていたのである。これに照らせば、出産を手がける医者に中絶に関連する告知を義務づけることも、インフォームド・コンセントに含まれる情報であるともいえる。

この対立点は、インフォームド・コンセントとしてどこまでが要求されるのか、という点である。この点、専門職言論の知識コミュニティ理論は明白である。インフォームド・コンセントの内容に何が含まれるかを判定するのは、州ではなく知識コミュニティなのである。一般的にいえば、州による定めが知識コミュニティの叡智と合致する限りで、告知義務は憲法に違反しないと判断されうる。

3 *Casey* と専門職言論

(1) 専門職言論に関する先例としての価値

専門職言論を類型化するさいに、*Casey* が先例として有意か否かには争いがある。

三人の裁判官によってしか署名されていない共同意見（*Casey* は複雑な裁判官構成となっている。）における次のような判示が、専門職言論への含みをもたせている。“医師はたしかに州の命じるようなやり方で表現しない修正 1

(40) Montanez, *supra* note 36, at 849.

条上の自由をもつが、しかし医療行為の一部として、合理的な免許制および規制に服するのである”⁽⁴¹⁾。これをもって、免許制が専門職言論を制約するのだと捉えられた。*Casey* のこの判示は曖昧であったがゆえに、*NIFLA* においてその明確化が期待されていたのである。

Casey は専門職言論の先例としてはふさわしくなく、政府言論、強制言論および情報受領権に関する判決だと理解する方がよいとの指摘もある⁽⁴²⁾。*Casey* の事案においては、医師は州の起草した一定の内容を自分自身の考えとして伝達するよう強制されてはおらず、州のポリシーに反対であることを表明することも許されており、一定の場合には情報を提供しないことも認められていた。また女性は州の用意にした資料を受け取らないこともできた。こうした事情を考慮すると、*Casey* は、政府のメッセンジャーとなるよう医者強制してはならないことを述べた判決だと考える方がよいだろう⁽⁴³⁾。

(2) 下級審の例

Casey と類似の事案が、いわゆる *Speech-and-Display* 条項の事案である。近親相姦または強姦でない限り、妊婦がソノグラムを拒否したり、心音やソノグラム写真の説明を選択しないことを認めず、違反した医師の免許を剥奪するテキサス州法が問題視された。

本件は、たしかに「医療上の正しい叙述」をするように強制するものであるが、*Casey* とは異なり、医者に口頭で伝達するように強制するだけでなく、妊婦にも情報受領を義務づける点で異なっていた。まさに医者をも州のメッセンジャーとするものであった。

しかし第5巡回区連邦控訴裁判所はこの主張を容れず、*Casey* と本件は質的に同じであり、違いといえば、映像的で科学的に最新の情報だということ

(41) *Casey*, 505 U.S. at 884.

(42) *Haupt*, *supra* note 7, at 1259-1260.

(43) *Id.* at 1259-1260.

くらいだと述べた。そして *Casey* 水準の審査基準を採用した⁽⁴⁴⁾。医療的に正しい限り、言論強制に中間審査は必要ないということを示唆したのだった。

ノースキャロライナでも、*Speech-and-Display* 条項を含む州法が問題視された。ただし同法は、妊婦の情報受領についてはそれを拒むことも許容するような立て付けとなっていた。第4巡回区連邦控訴裁判所は、本法が真実で誤導的でない情報の提供であるとみたが、決定的な要素は医療上の正確さであるとはみななかった。そのうえで、緩やかな審査をした *Casey* とは異なり、中間審査基準を適用し違憲判断をくださった⁽⁴⁵⁾。

このように、下級審においては、*Casey* の射程がどこまで及ぶのかについて、解釈は分かれている。*Casey* が専門職言論の一場面であると捉えるか否かについても定かではない。

4 専門職言論類型を否定した場合の処理

(1) 厳格審査基準

専門職言論を特別の言論類型ではないとみる場合、専門家と依頼人との間の助言等への言論規制は、いかなる審査基準に服するのだろうか。

この点、*NIFLA* の法廷意見は、専門家の助言に容喙する規制は内容規制であり厳格審査が原則として妥当するが、*Zauderer* 基準および *Casey* 基準に該当する場合はその例外と考えた。判決ではそのふたつの例外にあたらないうしなながら、結論的には中間審査基準すらも満たさないとし、厳格審査をしなかった。中間審査基準においては、目的と手段との実質的な関連性を審査するが、免許告知を義務づけずとも、州がパブリック・インフォメーション・キャンペーンを代替手段として使用できることを指摘し、目的と手段との実質的関連性を否定した。州側は、パブリック・インフォメーション・キャンペー

(44) *Tex. Med. Providers Performing Abortion Servs. v. Lakey*, 667 F.3d 570, 578-579 (5th Cir. 2012).

(45) *Stuart v. Camnitz*, 774 F.3d 238, 245-249 (4th Cir. 2014).

ンをおこなっても効果が上がらなかったことを主張していたが、そうした主張は受け入れられなかった。連邦最高裁によるかような立法事実の否定は、中間審査を装いながら厳格審査に近い厳密さを要求しているとの指摘もある⁽⁴⁶⁾。

もっとも *NIFLA* の事例は、CPC を狙い撃ちする意図が立法過程から透けて見える事例であった。CPC の立場に反する言論を強制する意図が、観点規制を認定する重要な要素となったのではないだろうか。中間審査の当てはめにおいても、こうした背景があったために、厳格な当てはめとなったと推測できる。こう考えれば、*NIFLA* をして専門家の助言を厳格審査することを確立した判例であるとみることは、妥当でないように思われる。

Paul Sherman は、専門職言論規制に対して表現内容規制に求められる厳格審査基準を適用すべきだと主張している⁽⁴⁷⁾。専門職言論をたとえば営利的言論のような厳格審査に服さないカテゴリーカルな例外とするためには、歴史的な証拠が示されなければならないが、そうした証拠はないというのである。

Rodney A. Smolla も厳格審査が要求されると主張する。そして *Casey* のようなインフォームド・コンセントの事案は、厳格審査をパスするイーージーケースであると述べている⁽⁴⁸⁾。州の支持する立場への同意を表明するよう求めたり、従事を強制したりするものではなく、単に州の作成した文書の存在を患者に知らせることを要求するのみだったことが、その根拠だとされる。

(2) 顧客の利益（中絶権）の尊重

現代は、妊娠・出産、中絶に関連する情報が豊富にある。情報を入手できれば、出産か中絶かの意思決定をおこなうことは容易になる。また医療技術

(46) Leading Case, *supra* note 37, at 354.

(47) Paul Sherman, Commentary, *Occupational Speech and the First Amendment*, 128 HARV. L. REV. F. 183, 192-193 (2015).

(48) Smolla, *supra* note 2, at 80-81.

の発展により、出生前診断や中絶は、母子双方にとって安全になってきている。このように医療技術が飛躍的に革新している一方で、法理論の発展の歩みは遅い⁽⁴⁹⁾。

NIFLA のように、妊婦に情報を提供するよう義務づけることが表現の自由を侵害するとされれば、女性は中絶権行使のために有益な情報を受領する機会を損なう。安全で先進的な医療技術の恩恵を受ける機会を逃す。出生前診断や中絶といった判断は、タイミングが極めて重要なのである。中絶権を尊重する立場からは、情報に接する十分な機会がなかったために、中絶の権利を行使できない事態は回避されなければならない。実際、CPC を訪れた女性が、出産以外の選択肢のあることを知らず、本人にとって必ずしも幸福ではない決断をしたケースもある⁽⁵⁰⁾。

憲法上保護された妊娠中絶の権利を女性が行使できることを気づかせることは、医師に言論を義務づけるに十分な利益であるとの指摘もある⁽⁵¹⁾。言論強制の保護法益が、消費者保護のような茫漠としたものではなく、中絶の権利という明確な人権である場合、少なくとも厳格審査基準の目的審査はパスするものと思われる。

もっとも、*NIFLA* によれば、前述の通り、医者をして州の代弁者とするのではなく、州が自らキャンペーンをするという手段をとることを求めており、医師への言論強制は手段的に容認されないことになる。

手段審査で違憲とされるとすれば、顧客の人権保護、中絶権の尊重は実現できない。そこで、*Zauderer* 基準や *Casey* 基準という例外にあたりと主張するか、端的に保護水準を低下させる類型として、専門職言論を類型化する試みが下級審を中心になされてきたのである。次章では、専門職言論類型を肯定するいくつかの見解をみよう。

(49) Miller & Berkman, *supra* note 20, at 646-647.

(50) Montanez, *supra* note 36, at 852.

(51) Leading Case, *supra* note 37, at 356.

三 専門職言論類型の肯定

1 下級審の展開

(1) *Moore-King v. County of Chesterfield*

下級審においては、専門職言論を特別の類型として扱う事例がいくつかある。下級審はどういった言論を類型化しようとしたのかを確認しておこう。

占い師 *Psychic Sophie* として予言に従事していた *Patricia Moore-King* が、チェスターフィールド・カウンティが課していた免許制度に対して、修正1条違反を主張して訴えた事案である。第4巡回区連邦控訴裁判所は、専門職言論理論を適用し、政府は報酬を受けて顧客にサービスを提供する者に免許制を敷き、規制することができ、修正1条と矛盾抵触することはないと判示した⁽⁵²⁾。裁判所によれば、専門職言論理論を適用するか否かは、表現者が、秘密を厳守するという設定内で、対価を支払っている顧客に対して、個人の要望に応じた助言を提供しているのか、それとも、公の討論や論評に従事しているのかによる。このテストのもとで、占い師の予言も専門職言論とされた⁽⁵³⁾。

(2) *Pickup v. Brown*⁽⁵⁴⁾

18歳未満の未成年者の性的指向を、ホモセクシャルからヘテロセクシャルに変える“conversion therapy”あるいは“reparative therapy”を対象とする法律の合憲性が争われた。そのような療法を禁止するカリフォルニア州法を第9巡回区連邦控訴裁判所は、合憲とした。専門職言論は“連続体”であり、専門家が公的対話に従事するときは最大の保護が与えられ、専門に関連する領域内で専門家が表現しているときは幾分か保護が減少し、専門家の行為の規制が、言論に付随的影響を与えるときは最低水準の保護しか与えられないとした⁽⁵⁵⁾。そしてカリフォルニア州法は行為の規制であるとして、合憲とした。

(52) *Moore-King*, 708 F.3d at 569.

(53) *Id.*

(54) 740 F.3d 1208 (9th Cir. 2013).

つまり外科医が手術をするのとセラピストがカウンセリングするのは同じことだと論じたのである。

(3) *King v. Governor of New Jersey* ⁽⁵⁶⁾

*Pickup*と同様に、性的指向を変える取り組みを制限する州法が問題となった。免許を取得している専門家は、専門家の一員として表現しているときは、修正1条の完全な保護を享受しないと判示した。そして、専門職言論というカテゴリーを受け入れるということは、修正1条の保護水準が低下するか、まったく保護されないかという問題となると判示した⁽⁵⁷⁾。第9巡回区が*Pickup*で示した判断とは異なり、中間審査を採用し、営利的言論の審査基準の用語を借用しつつ、「専門職言論の禁止は、有害または効果的でない専門家の行為から市民を保護する州の利益を直接促進し、当該利益に奉仕するのに必要以上に過剰でないときのみ、合憲となる」⁽⁵⁸⁾と判示した。

*King*は*Pickup*の示した“連続体”をラベリングにすぎないと批判した。かような基準に従った場合、裁判所は、好ましくない表現に「行為」というラベルを貼って、修正1条の保護を奪い取ることができしまうと述べた⁽⁵⁹⁾。

(4) *Wollschlaeger v. Governor of Florida* ⁽⁶⁰⁾

2011年、フロリダ州は、Firearms Owner's Privacy Act (FOPA)を制定した。

(55) *Pickup*, 740 F.3d at 1227-1229

(56) 767 F.3d 216 (3d Cir. 2014).

(57) *King*, 767 F.3d at 233.

(58) *Id.*

(59) *Id.* at 229.

(60) *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 760 F.3d 1195 (11th Cir. 2014); *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 797 F.3d 859 (11th Cir. 2015); *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 814 F.3d 1159 (11th Cir. 2015); *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 848 F.3d 1293 (11th Cir. 2017).

この法律は次のような定めをもっていた。“医療従事者は、患者のプライバシー権を尊重しなければならず、銃あるいは弾薬の、患者自身または家族による所有または自宅に存在することに関する記述による質問または口頭による問診をすることを慎まなければならない”⁽⁶¹⁾。フロリダ州南部地区連邦地方裁判所は、FOIPAを内容規制であると分類した。そのうえで、専門職言論についての審査基準は未解決であると指摘したが、中間審査基準も厳格審査基準もパスしないので、基準について確定する必要はないとした⁽⁶²⁾。

2014年、第11巡回区連邦控訴裁判所は、処置室での会話は言論ではなく、治療であるとして、FOIPAは専門家の行為を規制するものであり、言論規制ではなく、したがって修正1条とは関係がないとした⁽⁶³⁾。反対意見において、FOIPAは箝口令を敷くものであり、行為規制とみるのは誤りであることと、多数意見がCaseyを誤って理解していること等が指摘された⁽⁶⁴⁾。

翌年2015年、同裁判所は意見を修正し、専門職言論にかかわる次の4つの類型を示した。①医療の促進のために公衆に向けてなされた表現、②医療の促進のために患者に向けてなされた表現、③医療と無関係に患者に向けてなされた表現、④医療と無関係に公衆に向けてなされた表現⁽⁶⁵⁾。専門職業規制は州のポリスパワーの範囲内だとされてきたことから、②の表現は中間審査基準に服するとした⁽⁶⁶⁾。反対意見において、表現者が専門家であることは修正1条の保護を低下させる根拠とはならないと指摘された⁽⁶⁷⁾。

そのおよそ半年後、同裁判所はReed v. Town of Gilbert⁽⁶⁸⁾を受けて意見を修

(61) FLA.STAT. § 790.338(2).

(62) *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 880 F.Supp. 2d 1251,1261-1267 (S.D. Fla. 2012).

(63) *Wollschlaeger*, 760 F.3d at 1207-1230.

(64) *Id.* at 1230-1246 (Wilson, J., dissenting).

(65) *Wollschlaeger*, 797 F.3d at 888 n.15.

(66) *Id.* at 893, 895-896.

(67) *Id.* at 914 (Wilson, J., dissenting).

(68) 576 U.S. ____, 135 S.Ct. 2218, 2227 (2015).

正し、FOPA が内容規制であることを認め、厳格審査を適用した。そのうえで、患者のプライバシーと修正 2 条を保護する目的はやむにやまれざる利益であり、その利益を促進するために、FOPA は綿密に設えられているとし、合憲判決を下した⁽⁶⁹⁾。反対意見は前の意見と同様である。

2016 年、同裁判所は再度の弁明の機会を付与し、全員法廷で、審査基準について明言することなく、FOPA は中間審査基準もパスしないとして、違憲判決を下した⁽⁷⁰⁾。判決文中で、「情報は命を救う」⁽⁷¹⁾を是認した点が注目される。

第 11 巡回区の迷走は、専門職言論の類型化の難しさを物語っている。

(5) 整理

専門職言論は、上述のごとく、下級審においては第 3、第 4、第 9 そして第 11 巡回区において形成されてきた。

Moore-King は、専門職業への免許制を州は採用することができ、免許制と修正 1 条は矛盾しないとした。専門家とは、秘密を厳守するという設定内で、対価を支払っている顧客に対して、個人の要望に応じた助言を提供している者をいう。専門家の表現は専門職言論類型とされ、免許制によって合理的に規制される。

Pickup は、*NIFLA* の下級審と同じ第 9 巡回区において判示されたものである。*NIFLA* の連邦控訴裁判所も *Pickup* を援用し、専門家の言論と行為は一連の“連続体”だと指摘し、公的な対話であるときは、修正 1 条の保護が最大となり、行為の規制であるときは、州の規制権限は最大となるとした。*Pickup* は行為の規制に付随する制約であり合理性の基準を採用したが、*NIFLA* では連続体の中間にあたる専門職言論にあたり、相当の規制を受

(69) *Wollschlager*, 814 F.3d at 1186.

(70) *Wollschlaeger*, 848 F.3d at 1311-1316.

(71) *Id.* at 1313.

けるとしている。専門家は、州の発行した免許を利用して、依頼人と関係を結ぶとき、その関係の目的は、公的な討論に寄与することではなく、依頼人の福利を向上させることにある。この点を重視して、専門職言論には中間審査基準が適用されるべきだとしている。

King は、営利的言論の枠組みを借用していることが注目される。*Pickup* がセラピーを行為とみたのに対して *King* は表現とみた点は異なるが、専門職言論類型が修正1条の保護水準を低下させる類型であるという見方は共通しているといえる。

Wollschlaeger は、当初は専門職言論類型について、より低い水準の保護しか与えていなかったが、その後、意見を修正し、医師の問診内容についての規制を内容規制とみたが、専門職言論に関する審査基準を明確化することはなかった。*Wollschlaeger* の変節は、専門職言論の類型化をいったん放棄する *NIFLA* 法廷意見と親和性がある。

Wollschlaeger をのぞき、下級審では専門職言論類型を、より低水準の保護しか受けけない表現の自由の類型であると考える点では同じベクトルをもっていった。

2 営利的言論アナロジーと修正、拒絶

(1) 営利的言論アナロジー

NIFLA の法廷意見は専門職言論類型を認めなかったが、*Zauderer* 基準を応用することで、営利的言論との類似性を看取した。また *King* における第3巡回区も、中間審査基準を適用するにあたり、営利的言論の審査基準を借用した。専門職言論を営利的言論理論を類推することで対応することは可能なのだろうか。

現在、合衆国においては、営利的言論も表現の自由の保障を受けるものと理解されている。その根拠は、「営利的な表現は表現者の経済的利益に奉仕するのみならず、消費者を支援し、可能な限りの情報を普及するという社会的

利益を助長する」⁽⁷²⁾ということにある。

しかしながら、その保障の程度は低いとされ、中間的審査基準に服することも、同時に承認されている⁽⁷³⁾。また *Zauderer* において認められたように、「純粹に事実的で非論争的な」商業的情報告知義務は、極めて緩やかな審査基準に服することも承認されている⁽⁷⁴⁾。保護水準の低下の主要な根拠は、消費者保護にある。とりわけ一定の言論を強制する告知義務は、言論の抑制とは異なり、消費者の取得できる情報を増大させる。したがって、情報の告知義務の合憲性は極めて緩やかな審査基準でたりるとされるのである。なお *NIFLA* は、消費者保護ではなく *CPC* の信念に着眼して、内容規制として州法の合憲性を審査している点で、消費者保護のための *Zauderer* を引用しながら事案を処理したことには疑問が残る。

専門職言論を営利的言論と同種の類型と位置づける見方は、表現主体の利益よりも、表現受領者の利益を特に保護する人権保障構造が、両者に通底していると見抜くのである。

一般に営利的言論の主体（生産販売者）は、受領者（消費者）よりも多くの知識をもっている。専門家と顧客の関係においては、知識の非対称性は甚大である。知識の非対称性こそが、専門家へと顧客を誘引する。この点が、営利的言論とは異なっている⁽⁷⁵⁾。ゆえに営利的言論に解消されない、専門職言論固有の類型化が必要だと思われるのである。また専門家は依頼人との間に受託者義務（*fiducial duties*）を負う。この点も、営利的言論とは異なる特徴といえよう⁽⁷⁶⁾。

たしかに情報の受け手の利益を保護するという人権保障構造は類似してい

(72) *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 561-562 (1980).

(73) *Id.* at 563.

(74) 不相応な負担であってはならない。 *Zauderer*, 471 U.S. at 651.

(75) *Haupt*, *supra* note 7, at 1249-1250.

(76) *Haupt*, *supra* note 8, at 191.

るが、営利的言論の審査基準を援用して良いのか否かは疑問なしとしない。

(2) 営利的言論理論の修正

かような相違点を抱えながら、営利的言論理論に新たな視点を導入することで、専門職言論との類似性を高めようとする試みもある。Post は、民主的自己統治モデルから両者の類似性を説き、また Halberstam は、制度化にともなう表現規制（bounded speech institutions）の一類型として特有の視点を提供する。

Post は、(a) 公衆への情報の流れという関心、(b) 真実かつ非誤導的の情報にのみ結びつけられた価値、(c) 真実かつ誤導的でない情報に対する公衆の権利の強調に基礎づけられた情報開示義務の許容性⁽⁷⁷⁾ という点に、営利的言論と専門職言論の類似性がみられるという。ともに情報的価値に特徴があるともいう⁽⁷⁸⁾。すなわち、営利的言論と専門職言論がともにもつ知識を高めるという性質が、修正1条の基礎となっている自己統治の価値との結びつきを提供するということである。

Post のいう情報的価値は、世論を力づけ、民主的能力という価値に奉仕することを意味している⁽⁷⁹⁾。営利的言論の場合、その典型は、公衆に向けてなされる商業的取引の提案すなわち広告が、世論の喚起に役立つことは想像しやすいし、連邦最高裁の初期の判例もその点に着眼して表現の自由の保護を与えたのである。

しかし、専門職言論は、公衆に向けて発せられるメッセージではなく、個別の依頼人の個別の事情に応じた助言なのであり、世論を喚起する力強さをもつとする立論には疑問がある。また広告にあっても、パーソナライズされ

(77) Post, *supra* note 19, at 975.

(78) ROBERT C. POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE 46-47 (2012).

(79) *Id.* at 40-41.

た広告については、世論を喚起するという説明では不十分かもしれない。専門家の助言が、専門家と依頼人との関係を超えて、社会的利益に働きかける抽象的可能性が示されれば、保護の理由としては十分だと指摘もある⁽⁸⁰⁾。しかしながら、利益に奉仕する抽象的可能性は、害悪を発生させる抽象的可能性で相殺される危険がある。抽象的な可能性を超える現実的な論理が必要なのではないだろうか。

この点、Halberstam の議論はより現実的な視点を提供している。Halberstam は、制度化にともなう表現規制 (bounded speech institutions) という見方⁽⁸¹⁾で、営利的言論と専門職言論を同軸に乗せて説明してみせる。それによれば、州は、言葉のやりとりが制度的な境界線の中でなされる限り保護するが、それを超える場合には規制することができる⁽⁸²⁾。制度化するために必要な言論内容規制は、制度内の言論行為を高めることになるという⁽⁸³⁾。

なるほど、たしかに専門職言論は、当該職業が専門職として制度化されて初めて概念化される類型といえる。したがって、許容される言論内容は制度に依存することになる。この立場に立つ限り、制度をいかに形成するかが言論保障にとって決定的に重要になる。制度形成の指針を憲法がどのように与えているのか、制度形成の裁量統制をいかに考えるのが問われなければならない。それは制度の理解ともかかわる。制度は人為的な設計の産物である法制度を指すのか、人間行為の反復の意図せざる結果としての秩序 (自生的秩序) を指すのか。表現の自由への制度的視点の導入は新規の視点であるが、課題は大きく、専門職言論の解明にとってクリティカルな議論になるには至っていない。なお本稿が示唆する制度構築の裁量統制のための専門職言論理論は五で述べる。

(80) Haupt, *supra* note 7, at 1276.

(81) Halberstam, *supra* note 19, at 778.

(82) *Id.* at 828.

(83) *Id.* at 868.

（3） 営利的言論アナロジーの否定

専門職言論と営利的言論の類似性を否定する見解も有力である。専門職言論を独自の類型とみる立場と、そうでない立場の双方から、営利的言論アナロジー理論に対して批判が向けられる。

専門職言論を独自の類型とみないで、専門家と依頼人間のコミュニケーションに、通常の言論と同様の保護を与える立場からは、前述のように、かかる領域への法規制に厳格審査基準を適用することが主張される。営利的言論との類似性を強調して中間審査基準を採用することを拒否するのである。

たしかに顧客を誘引するための専門家の言論は営利的言論である。しかし、顧客に対する助言は営利的言論ではない。営利的言論が消費者の経済的利益にのみ訴求するのに対して、専門職言論はそれを超える利益をもたらす。かかる相違から、両者を同列に論じることは不当だと考えられる。

営利的言論とのアナロジーで説明する場合、往々にして消費者保護というパターンリズムが持ち出される。しかし、思想の自由市場をパターンリスティックに操作することは許されないというのが、最近の営利的言論理論であると指摘される⁽⁸⁴⁾。そうすると、消費者保護とのアナロジーで顧客保護というパターンリスティックな介入を、専門職言論にも導入しようとすることは、営利的言論理論のトレンドからも外れることになるだろう。

消費者保護の目的が、虚偽、誤導的あるいは違法な言論から情報受領者を保護することを意味するのならば、それは厳格審査基準をパスするはずだと、この立場は論じる⁽⁸⁵⁾。そしてそれ以外の消費者保護目的は許されないという。人は自ら言うべきことと言わざるべきこと、聞くべきこと聞かざるべきことを、自分自身で決定するのである。これこそが、修正1条の核心のはずだ。顧客

(84) Smolla, *supra* note 2, at 89-90.

(85) *Id.* at 92.

は助言を聞くことも聞かないこともできる。パターンリスティックな介入はこの自由を害するという⁽⁸⁶⁾。

自由の保障を重要視するこの立場の盲点は、“虚偽，誤導的あるいは違法”を誰が判定するかに関心な点である。政府によるパターンリスティックな介入に警戒の目ももちつつ、何をもって誤導的かは政府が判定するというのでは、比喩的にいえば、パターンリスティックな介入の玄関を閉ざしながら勝手口を開放するようなものである。

専門職言論を特別の種類だと論じる知識コミュニティ理論は、まさにその点を補強する。虚偽，誤導的な情報か否かは、専門家所属する知識コミュニティの叡智に照らして判断される。専門家は、知識コミュニティの叡智を依頼人へと伝達する導管役なのである⁽⁸⁷⁾。政府が定める“虚偽，誤導的あるいは違法”な言論が、知識コミュニティの叡智と一致していなければ、それは専門職言論を違憲的に規制することになるのである。

この視点からは、知識コミュニティの存在が、営利的言論とは決定的に異なるために、専門職言論は独自の類型とされなければならないのである。後にみるように、専門職言論理論は、知識コミュニティの自律を保障し、政府による干渉を排除する理論として構築されるのである。

四 知識コミュニティ理論

1 知識コミュニティと専門家

(1) 知識コミュニティ

専門職言論を、知識コミュニティ概念をもちいながら展開させるのが、Haupt である。Haupt は、伝統的に学問的職業 (learned professions) とよばれる職種が、専門職の中核であり、専門職言論もそれを中心に検討されるべき

(86) *Id.*

(87) Haupt, *supra* note 7, at 1267.

だという。

ここにいう知識コミュニティは「訓練と実践の帰結としてえられた知識と経験を共有している諸個人のネットワーク」であるとされる⁽⁸⁸⁾。専門家の営みによって、知識コミュニティ内部で専門的叡智が創造される。その叡智は知識コミュニティ内部において交換される。そして次第に知識コミュニティの構成員である専門家によって共有される。この叡智は、専門家として守るべき規範ともなる⁽⁸⁹⁾。

かく共有された知識コミュニティの叡智を伝達する導管役を務めるのが、専門家である。専門家と顧客との間でなされる助言は、知識コミュニティの叡智を伝達する。こう考えれば、たとえば医師が薬の効能に関して知識コミュニティのコンセンサスに疑問を抱き、患者とのやりとりのなかでかかる疑問に関する情報を提供するような場合は、知識コミュニティの叡智を伝達するものではないことになる。たしかに医師個人としての専門知識に裏付けられたものではあるが、それは患者に対して選挙での投票行動を促すのと同様に、知識コミュニティの叡智とは異なる情報だとされるのである⁽⁹⁰⁾。

専門職言論は、かくして、知識コミュニティと結合していなければならない。知識コミュニティに属する専門家が、知識コミュニティの叡智とは異なる言説を伝達するとき、その言説は専門職言論ではない。またそもそも知識コミュニティが存在しない場合、それが免許制によって免許が付与されるような“専門職”であったとしても、その言説は専門職言論ではない。したがって、*Moore-King* で問題となった占い師のような職業は、伝統的な学問的職業と類似の知識コミュニティを形成しているとはいえず、その言説が専門職言

(88) Haupt, *supra* note 7, at 1250-1251. Peter M. Hass, *Epistemic Communities and International Policy Coordination*, 46 INT'L ORG. 1, 18-19 (1992).

(89) Haupt, *supra* note 7, at 1250-51.

(90) *Id.* at 1255-1256. Post は、歯科医師が歯の詰め物の安全性に関する疑義を抱いた場合の例を紹介している。POST, DEMOCRACY, *supra* note 78, at 44.

論とされることはない⁽⁹¹⁾。

知識コミュニティの叡智創出機能は、コミュニティ外部からの干渉によって、阻害される。とりわけ政府からの干渉を排除することが肝要である。思想の自由市場と同様、専門知識の自由市場こそが、新たな叡智を生み出すのである。それゆえに、知識コミュニティの構成員たる専門職には敬讓が与えられなければならない⁽⁹²⁾。

州の職業規制はもちろん認められるが、専門職言論規制にわたってはならない。州はポリスパワーにもとづいて、州民の健康、安全、福祉を保護するために、専門職業に免許制を敷くことも許される。これは職業規制である。ポリスパワーにもとづいて、知識コミュニティの叡智と異なる情報を伝達するよう義務づけることは、専門職言論規制である。インフォームド・コンセントのない医療処置に不法行為責任を課す枠組みは職業規制であるが、何をインフォームするべきかは、知識コミュニティが自律的に判断すべき専門職言論である⁽⁹³⁾。州による規制が知識コミュニティのインテグリティをむしろむしむことのないように、立法行為に対する防御壁を形成するのが修正 1 条であり、専門職言論理論なのである。これが知識コミュニティ理論からの専門職言論の理解である。

(2) 専門職の自律

Haupt は、専門職言論理論は、ふたつの自律を政府の干渉から防衛するという⁽⁹⁴⁾。第一は、顧客が重要な意思決定をするために専門家の助言を受ける、顧客の自律的利益である。第二は、知識コミュニティの叡智と一致する助言

(91) Haupt, *supra* note 7, at 1251.

(92) *Id.* at 1253.

(93) Haupt, *supra* note 8, at 192. 責任を認定するためのベンチマークを定めるのは専門家なのである。

(94) *Id.*

を顧客に与える、専門職的自律の利益である。

第一の顧客の自律的利益は、正確で、信頼できて、かつ顧客の固有の状況にピタリと適合した助言を受けることで確保される。そのために、専門家は、知識コミュニティの叡智に照らして、顧客が意思決定をするために必要な全ての情報を伝達しなくてはならないのである。専門家のこの義務は、受託者義務（fiducial duties）に含まれる。また情報の非対称性は、専門家のモラルハザードを引きおこす危険がある。この危険に対処するために、法は専門家を規制しようとする⁽⁹⁵⁾。この受託者義務や法規制の内容は、顧客の自律的利益を最大化するように決定されなければならない。その決定は、専門家と顧客の関係において、いかなる情報を伝達すべきかにかかわる知識コミュニティの叡智に依存することになる。第三者の介入により間違った情報が提供されれば、顧客の自律的利益は損なわれる。

第二の専門職的自律は、専門職の一員として知識コミュニティの叡智を伝達することにかかわる利益である。これは第一の利益とは異なり、助言をする専門家の利益である。専門家である話し手は、自らが所属している知識コミュニティの水準に従ったメッセージを伝達すること、換言すれば、知識コミュニティのインテグリティを支えるという独自の利益をもっている⁽⁹⁶⁾。知識コミュニティのインテグリティが維持されていなければ、専門家の専門知識を形成したり発展させたりすることはできなくなるのであるから、これを支えることに独自の利益がある。顧客は専門家から助言を受けるにあたって、専門家が知識コミュニティの叡智とは異なる独自の見解を伝達していないと期待するはずである⁽⁹⁷⁾。この期待も、知識コミュニティのインテグリティを支える専門家の自律的利益によって成立するのである。知識コミュニティの構成員として専門家を概念化することで、外部からの干渉を受けない専門職

(95) Haupt, *supra* note 7, at 1271.

(96) *Id.* at 1273. 専門家が公衆に向けて表現をするという利益とは区別される。

(97) Halberstam, *supra* note 19, at 834.

の自律の利益を浮き彫りにすることができる⁽⁹⁸⁾。

顧客の自律的利益および専門家の専門職的自律の利益は、ともに、専門家が知識コミュニティの叡智を顧客へと伝達する導管役であるという理解を背景にもつ。専門家個人は、知識コミュニティにおける倫理面および知識面での支配的な原則に従って行動するものと考えられているのである⁽⁹⁹⁾。

(3) 専門知識の自由市場

知識コミュニティの叡智が形成・維持され、自律的利益を保護するためには、専門家の活動が叡智の形成・維持に寄与し、その助言内容に叡智を適切に反映できるような回路を用意する必要がある。その回路は、学問的職業においては真理の追究という専門家の共通目標によって、自動化されている。専門家個人の利益は、知識コミュニティの叡智の統合を保持することであり、同様に、知識コミュニティの利益は、専門家個人に知識コミュニティの叡智を正確に伝達させることにある⁽¹⁰⁰⁾。すなわち、知識コミュニティを介した専門家相互の対話のなかで、真理追究という収束点に向けて、統合されていくのである。

Oliver W. Holmes 裁判官は、真実の最良のテストは思想の自由市場であることを説いた⁽¹⁰¹⁾。思想の自由市場論は一般的には“真”であると考えられるが、専門職言論においては“偽”であると Haupt はいう。なぜならば、専門家は専門知識の正しさを市場によってテストすることを望んでいないし、実際に、専門知識の真実性は、同じ専門に属する専門家集団、すなわち知識コミュニティの判定にまつ方が望ましいからである⁽¹⁰²⁾。

専門家からなる専門知識の自由市場こそが、知識コミュニティの叡智を創

(98) Haupt, *supra* note 7, at 1273.

(99) *Id.* at 1253-1254.

(100) *Id.* at 1275.

(101) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

出し維持し、そして発展させていく。この市場へは非専門家は参入できない。専門知識の受容は、知識コミュニティのルールによって決せられることになる。それゆえに、知識コミュニティの構成員として、専門家の活動は敬讓されなければならないのである⁽¹⁰³⁾。

2 知識コミュニティ理論における専門職言論規制

(1) 専門職言論規制

専門職言論規制には、(7) 知識コミュニティの叡智と一致しない言説を強制すること、(イ) 専門家が知的共同体の叡智を伝達することを禁止することが含まれる⁽¹⁰⁴⁾。これらの規制は表裏一体である。こうした規制は、適切で関連のある情報を受領する顧客の利益およびそれを伝達する専門家の利益を害するのみならず、構成員によってその叡智が正確に広められていくという知識コミュニティの利益をも害する⁽¹⁰⁵⁾。

専門職言論規制がかかる害悪を発生させず、合憲的になされるためには、知識コミュニティに敬讓するというアプローチが採られなければならない。なぜなら、専門的知識の正確さは、知識コミュニティのコンセンサスによって決せられるからである。決して、議会や裁判所は専門家以上に知識の正確性を判定できないのである。*Pickup* や *King* では、性的指向を変えるセラピーを禁止していた。知識コミュニティ理論にたてば、セラピーが治療行為なのか言論なのかを問題にするのは誤りである。この禁止が許容されるか否かは、知識コミュニティのコンセンサスに追従しているか否かにかかることになる。実際、アメリカ心理学会（American Psychological Association; APA）は、

(102) Haupt, *supra* note 7, at 1273-1274. Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 CALIF. L. REV. 2353, 2360 (2000).

(103) Haupt, *supra* note 7, at 1275.

(104) *Id.* at 1297. Post, *supra* note 19, at 978-979.

(105) Haupt, *supra* note 7, at 1297.

かかるセラピーの弊害について言及していた⁽¹⁰⁶⁾。このゆえに、規制は妥当だと判定されるのである。

知識の正確性が未確定である場合も、専門職言論として、知識コミュニティに敬讓されなければならない。害悪の発生するおそれを根拠にした専門職言論規制は慎まなければならない。なぜならば、新規な知識のためまだ検証されていない不確かな叡智と、既に検証され拒絶されている虚偽情報とは全く異なるからである⁽¹⁰⁷⁾。前者は、知識コミュニティの叡智を侵害してはいない。ここでも叡智の内容を決定するのは、政府ではなく知識コミュニティでなくてはならないのである。

専門的知識の正確性にくわえて、顧客の個別の状況に適した関連情報といえるか否かも、知識コミュニティが決定しなければならない。個別の状況において、関連性の有無を政府が判断し、顧客への伝達を求めたり、逆に禁止したりするのではない。それをするのは知識コミュニティなのである⁽¹⁰⁸⁾。たとえば、*Wollschlaeger* では、銃の所有につき医者が質問することを禁止していたが、治療と銃の所有についての質問が関係あるか否かは、議会が決定することではなく知識コミュニティが決定すべきことになる。知識コミュニティが、かかる質問は“bad medicine”であるとみなしたのであれば、それに追従して、議会は法を制定しなくてはならず、また裁判所もそれに敬讓して審査をしなくてはならないのである⁽¹⁰⁹⁾。専門知識の体系に敬讓を払わない直接的な干渉は、許されない。

(106) Jacob M. Victor, Note, *Regulating Sexual Orientation Change Efforts: The California Approach, Its Limitations, and Potential Alternatives*, 123 YALE L. J. 1532, 1539 (2014). Haupt, *supra* note 7, at 1294.

(107) Haupt, *supra* note 7, at 1301.

(108) *Id.* at 1300.

(109) *Id.* at 1302.

(2) インフォームド・コンセント

言論の強制という文脈で、インフォームド・コンセントが医者表現の自由を侵害するのではないかが争点となる。知識コミュニティ理論からは次のように理解されている。

専門職言論の保障は、ふたつの自律の保障を含んでいた。患者の意思決定の自律および知識コミュニティのインテグリティに関する専門職的自律である。医者と患者の間には知識の非対称性が顕著にみられるため、自律的決定のためには、正確で適切な助言を適時になす必要がある⁽¹¹⁰⁾。インフォームド・コンセントは、この観点から、法的に強制されることになる⁽¹¹¹⁾。

インフォームド・コンセントの義務は、医療にかかわる知識コミュニティの叡智を正確に伝達するために課される⁽¹¹²⁾。かかる叡智の正確な伝達のための枠組みを、法的に整備することは、専門職言論理論が要求するところであり、修正1条とは抵触しない。修正1条による専門職言論の保護は、患者の意思決定の自律、専門家の専門職的自律のためのものだからである。

これに反し、正確な知識を伝達しないことは、知識コミュニティの一員として期待される専門家の行為ではなく、違法とされる。医者がインフォームド・コンセントの義務を沈黙の自由を侵害すると主張して拒む場合、修正1条は、医者に保護を与えるのではなく、専門職言論を保護するものとされる。すなわち、知識コミュニティの正確な知識を患者に伝達することの保護である。したがって、これに背く医者は、知識コミュニティに属する専門家ではなく、非専門家だと断じられる⁽¹¹³⁾。

(3) 悪しき助言による不法行為

(110) Haupt, *supra* note 5, at 554.

(111) Haupt, *supra* note 8., at 191.

(112) Haupt, *supra* note 7, at 1253; *supra* note 8, at 191.

(113) Haupt, *supra* note 7, at 1289.

医者を含めた専門家による顧客への助言が違法とされるのは、専門家の属する知識コミュニティの水準に照らして、正確な叡智を伝達していないときである。これを法的枠組みをもって違法とするのである。

ここでも問われるべきことは、専門家がなした助言が、専門的水準として適正かどうかである。この水準に照らして正確でない知識を伝達したり、あるいは伝達すべき知識を伝達しなかった場合に、専門家はその属する知識コミュニティの一員として期待される行為をしなかったとされ、不法行為責任を問われる。かくして、専門家の悪しき助言に修正 1 条の保護は及ばないのである⁽¹¹⁴⁾。

専門家の助言内容に着目する不法行為責任の追及を内容規制であるとみることは妥当でない。なぜならば、顧客は助言内容に決定的に依存しており、助言内容の正確性を保障するのが専門職言論だからである。この意味では、専門職言論には通常の言論規制に要求される、「内容規制／内容中立規制」の二分論は妥当しないと考えなければならないとされる⁽¹¹⁵⁾。

(4) ライセンシング

専門職業にはライセンス（免許，資格）が要求される。連邦最高裁が、「何人も、習熟と技術についての必要な資格なしに医業に従事する権利をもたない」⁽¹¹⁶⁾と述べたのは早くも 1889 年の *Dent v. West Virginia*⁽¹¹⁷⁾ においてであった。

ライセンスによる職業規制は、州のポリスパワーにもとづく。ポリスパワーは、州民の健康、安全及び福祉を保護するために行使される。公衆の保護を持ち出すことで、通常は規制が正当化される。専門職言論は、専門家と依頼

(114) Haupt, *supra* note 8, at 192. Post, *supra* note 19, at 950-951.

(115) Haupt, *supra* note 5, at 527-528, 553. 先に見たように、*NIFLA* は専門家と顧客の間の助言に対する介入を内容規制と捉えている。

(116) *Dent v. West Virginia*, 129 U.S. 114, 123 (1889).

(117) 129 U.S. 114 (1889).

人の関係でなされる助言であるから、“公衆の保護”がここでいかなる意味をもつかは明らかではない。知識コミュニティ理論からは、“専門的助言を提供する能力を確実にし、専門知識のコミュニティによって生み出される知識体系と専門家の助言とを結合させることによって、依頼人の利益を守るために専門知識の信頼性を保障すること”⁽¹¹⁸⁾ というように理解される。

もっとも、ライセンスが許されるからといって、言論の保護がなくなるわけではない⁽¹¹⁹⁾。Moore-King が、占い師に免許を要求しつつ、修正1条との抵触は生じないとした点は、問題含みである。ポリスパワーにもとづき免許制を採用した後は、職業免許制に付随する言論規制にすぎないとみなされ、言論を広汎に規制できることになるからである。ゆえに、ライセンスと専門職言論がいかなる関係にあるのかの検討を要する。

州によるライセンスは、専門家が正確な知識を伝達するはずだというシグナルを送るだろう。ライセンスは、専門家が業界に参入するために必要な資格であるという要件にとどまらない、社会的効用を生み出している⁽¹²⁰⁾。この点に着目すれば、ライセンスは、知識コミュニティの叡智を正確に伝達する専門職的自律および正確な助言を受け取る顧客の自律的利益を補強するものといえる。

知識の正確性への信頼を高めるライセンスと、ライセンスにもとづく助言内容は区別しなければならない。免許制が許されるからといって、助言内容への干渉も許されることにはならない。知識コミュニティ理論からは、ライセンスは、州のポリスパワーによって構築されるが、ひとたび免許制が構築されたあとは、専門家は専門的規律（professional discipline）に服するという⁽¹²¹⁾。つまり、免許制に服している専門家の言論は、顧客が正確で信

(118) Haupt, *supra* note 5, at 511.

(119) Smolla, *supra* note 2, at 107.

(120) Richard A. Posner, *Professionalism*, 40 ARIZ. L. REV. 1, 2 (1998).

(121) Haupt, *supra* note 8, at 190.

頼できる総合的な助言を受け取ることを確保するように制約されるが、同時に、修正1条は、専門的知識と矛盾する州の介入から、専門家の助言内容を保護するのである⁽¹²²⁾。

五 結びにかえて——試論

1 類型化肯定・否定論の距離

(1) 専門職言論類型を否定して、内容規制の例外該当性を肯認する立場と、類型化を肯定した上で、専門職言論の低保護を認める立場は近い距離にある。前者は、*NIFLA*の反対意見の立場であった。後者は、営利的言論理論を借用する立場である。理論構成は異なるが、結論として、専門家と顧客の間の助言に対する規制を緩やかに認めていくという方向性は一致している。

これに対して、専門職言論類型を否定したうえで厳格審査基準を適用し、インフォームド・コンセントや虚偽・誤導的言論の規制は厳格審査をパスするという立場⁽¹²³⁾と、類型化を肯定する知識コミュニティ理論は近い距離にある。前者は、真実で正確な情報を提供する限りで厳格審査基準をパスするはずだと理解している。後者は、学問的職業のような知識コミュニティにおける専門的叡智を、顧客に正確に伝達することを保障しようとするものである。この点で、両者の方向性は一致しているといえる。

(2) 専門職言論の類型化の意味は、専門家の言論を緩やかに認めていく立場に求めるべきではない⁽¹²⁴⁾。なぜならば、例外に該当するにせよ、営利的言

(122) *Id.* at 199.

(123) *NIFLA* 法廷意見がこの立場であるかは微妙であるが、事案を内容規制とみて例外該当性を否定したことから、一応ここに分類することも可能だろう。

(124) 文脈の特殊性にかんがみて、専門職言論は、通常の修正1条法理とは異なる法理に服することを承認し、厳格審査の適用を否定しつつ、依頼人の自己決定保護の観点のためのみの規制を許すべきとし、政府への敬讓を限定的に理解する立場として、桧垣伸次「専門家による言論の法理」福岡大学法学論叢第60巻第4号1, 31頁(2016年)がある。

論理論によるにせよ、既存の枠組みで対処できるからである。

専門職言論の類型化の意味は、それに独自の保護を与える立場に見出す方が良い。知識コミュニティ理論は、専門職言論類型に他と違う側面を明確に浮かび上がらせており、特別の検討に値する。検討を進めると、専門職言論を独自の類型とみない厳格審査派と知識コミュニティ理論は、近接していることがわかる。

2 類型化の意義

(1) 顧客に向けてなされる専門家の助言は、専門家の表現に完全に還元できるのだろうか。“できる”と考えるのが類型化否定・厳格審査肯定派の思考であろう。専門職言論に個人の権利からアプローチし、語り尽くそうとするのである。

しかしながら、専門職言論は個人の権利には完全には還元し尽くせない利益の保障を含んでいるのではないだろうか。専門職言論は単なる情報提供以上の特別の言論類型である。専門職言論は、顧客の状況に合わせて個別化され、権威を与えてくれる学問的知識体系と結合され、話し手と聞き手の間の知識の非対称性、話し手の助言に対する聞き手の依存、そして当該助言の正確性に対する信頼により他と区別されるような言論であり、社会的関係のなかで生起するのである⁽¹²⁵⁾。ここに個人の主観的権利をこえる客観的利益の保障部分を読み取ることができる。

(2) 憲法上保障されている主観的権利は、同時に、客観的な正しさを保障していると解される。表現の自由は主観的権利であるが、それは同時に客観法原則も保障している。その客観法原則は、個別の主観的権利に還元できないが、国家が遵守すべき憲法原理を内包している。

知識コミュニティ理論は、専門職言論の文脈における客観法原則を説いて

(125) Haupt, *supra* note 5, at 529.

いると理解しうる。個人の主観的権利には還元できない、学問的体系により統合された知識コミュニティを想定し、その専門職的自律に国家は敬讓しなければならないという客観法原則を導出しているのである。

知識コミュニティへの敬讓を要求する客観法原則は、制度構築の裁量統制として機能する。それは国家による免許・資格付与と連動する言論強制の制度化を限界づけるのである。専門家が何を助言するべきか、いかなる知識が正確とみなされるか、そして専門家の助言が違法とされる水準に関する規範は、知識コミュニティが決する制度でなければならない。知識コミュニティ理論はこれを敬讓の客観法原則から要求すると位置づける方が良い。

(3) 主観的権利アプローチは制度の限界を厳格審査によって限界づけようとする。立法目的を達成するために採用された手段の必要最小限度性、あるいは綿密に設えられているか否かの審査は、具体の法制度がいかに設計されているかを問うことになる。

厳格審査基準は、見解差別を許さないため、国家の立場に一致する見解を助長したり、一致しない見解を抑圧したりすることは違憲となる。助言内容への容喙が、厳格審査基準をパスするといえるためには、科学的正確性が少なくとも要求されるはずである。そして科学的正確性を判定できるのは国家ではなく、学問体系に属する専門家である。

制度設計の裁量を統制する客観法原則を専門職言論理論として位置づければ、厳格審査基準をパスする制度とは、結局のところ、専門職言論理論という客観法原則に適合する制度と一致するといえよう。

(4) 以上みてきたように、専門職言論を類型化することの法的意義は、表現の自由の客観法原則としての側面を析出し、厳格な統制に服させることにあるといえる。客観法原則として知識コミュニティ理論を活用することと、主観的権利の側面から厳格審査基準を適用することとは、同心円を描いているが、円の中心からの距離は同じではない。両者の連携と齟齬に関する検討は今後の課題である。

【付記】 本研究は JSPS 科研費 JP19K01299 の助成を受けたものです。