

ライセンスと専門職言論 — ツアーガイドの事例から

井 上 嘉 仁

- 一 はじめに
- 二 ツアーガイドのライセンス制を合憲とした事例
 - 1 *Edwards v. District of Columbia*, 943 F.Supp.2d 109 (D.D.C. 2013)
 - 2 *Kagan v. City of New Orleans*, 753 F.3d 560 (5th Cir. 2014)
 - 3 小括
- 三 ツアーガイドのライセンス制を違憲とした事例
 - 1 *Edwards v. District of Columbia*, 755 F.3d 996 (D.C.Cir. 2014)
 - 2 *Billups v. City of Charleston*, 961 F.3d 673 (4th Cir. 2020)
 - 3 小括
- 四 ライセンスと表現の自由
 - 1 ライセンス権限
 - 2 知識と情報
 - 3 専門職言論とライセンス制
 - 4 専門職ライセンス批判
 - 5 小括
- 五 ツアーガイド・ライセンスと中間審査基準
 - 1 行為規制か表現規制か
 - 2 内容規制か内容中立規制か
 - 3 付随規制と時・場所・方法規制
 - 4 証拠基準と立法府への非敬讓
- 六 おわりに

一 はじめに

修正 1 条をもちいて、ライセンス制を攻撃するのが、流行っているようだ。コロンビア特別区やチャールストンでは、ツアーガイドのライセンス制が、修正 1 条に違反していると判示されている（三で詳述する）。

ライセンス制に修正 1 条をぶつける目的は、職業規制の合憲性審査でもちいられる合理性の審査枠組みを動揺させることにある⁽¹⁾。換言すれば、経済

規制に適用される審査基準を、修正1条の枠組みへと再構成しようとする試みである。

この試みに勢いを与えているのが、*Sorrell v. IMS Health Inc.* 564 U.S. 552 (2011) である。*Sorrell* は、医師の処方への傾向を示す記録を薬局が売却することを厳格に制限し、医薬品のマーケティング会社によるかかる記録の公開を完全に禁止する一方で、同様の情報をその他の者が配布することは認めていたヴァーモント州法を違憲とした。

この判決を、企業に対する言論規制を内容規制と捉え、厳格審査を適用する動きであると警戒する論者もある⁽²⁾。こうした論者は、ツアーガイドのライセンス制を修正1条違反として争っているコロンビア特別区、ニュー・オーリンズ、チャールストン等の事案が、経済規制への修正1条からのアプローチを拡張するのではないかと警戒の目を光らせる⁽³⁾。

以下でみるように、ツアーガイドのライセンス制に厳格審査が課されるのではないかという心配は杞憂となった。しかし、中間審査基準が厳格に適用され、厳格審査基準を適用するのときほど差異はないともいえ、依然として注視されるべき状況にある。

はたしてライセンス制への修正1条からのアプローチは、成功するのだろうか。

占い師やツアーガイドへのライセンス制は、表現行為そのものへの事前規制であり許されないとの主張もある⁽⁴⁾。他方で、医師や弁護士といった専門職のライセンスは許されるとも考えられる。

(1) Claudia E. Haupt, *Licensing Knowledge*, 72 VAND.L.REV. 501, 524-525.

(2) LAURENCE TRIBE & JOSHUA MATZ, *UNCERTAIN JUSTICE* 84 (2014).

(3) See FREDERICK SCHAUER, *First Amendment Opportunism*, in *ETERNALLY VIGILANT: FREE SPEECH IN THE MODERN ERA* 174 (LEE C. BOLLINGER & GEOFFREY R. STONE EDs., 2002).

(4) Rodney A. Smolla, *Professional Speech and the First Amendment*, 119 W.VA.L.REV. 67, 111-112.

この区別に理論的な根拠を与えることが必要である。そのために、ライセンス制と修正 1 条との関係を、専門職言論を切り口として検討するのが本稿の目的である⁽⁵⁾。専門職言論は、知識コミュニティの叡智を、専門家と依頼人の関係をとおして、伝達するような言論類型である。そこでは知識の正確性が求められ、修正 1 条もそれを規範的に要求していると考えられる。この意味での専門家が享受する修正 1 条の保護（専門職言論）と、非専門家が享受する修正 1 条の保護の相違は、ライセンス制の憲法適合性を論じるための理論的基礎を提供してくれるだろう。

以下、本稿は、ツアーガイドのライセンス制が争われた事案を整理し問題状況を確認し、その後、ライセンスと表現の自由を専門職言論理論を手がかりに分析し、次いで非専門家としてのツアーガイドのライセンス制の憲法適合性を考察するという手順で検討をすすめる。

二 ツアーガイドのライセンス制を合憲とした事例

1 *Edwards v. District of Columbia*, 943 F.Supp.2d 109 (D.D.C. 2013)

(1) 事実の概要

Tonia Edwards と Bill Main は、ワシントン D.C. において、“Segs in the City” という、セグウェイ・レンタル業および旅行業を営む会社を経営していた。同様の事業をメリーランドのアナポリスおよびボルティモアでもおこなっていた。

Segs in the City のツアーは、二つの段階からなっている。第一は、ツアーリーダーが、10 人以下のグループに、セグウェイの乗り方および地元の交通安全規則の遵守方法について訓練する。セグウェイをマスターした後、観光客は

(5) 専門職言論理論については、井上嘉仁「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——」広島法学第 43 卷第 4 号 166 頁、井上嘉仁「専門職言論（プロフェッショナル・スピーチ）と学問の自由——民主的能力の価値理論と自由論——」広島法学第 44 卷第 4 号 126 頁を参照。

ツアーガイドとともに、決められたツアールートのうちのひとつに出発する。それぞれのツアーは、1～3時間つづき、Segs in the Cityは、一週間7日、一日につき5ツアーまで運営する。イヤホンをとおして、ツアーグループのメンバーは、グループの次の行き先を助言され、近くの観光名所 (points of interest, POI) について楽しいガイドを聞く。

これらの活動の様々な側面に、いくつかの法律が適用されるが、EdwardsとMainが異議を唱えているのは、多項選択式試験を受験し合格することなく、ツアーを引率する者に、民事および刑事上のペナルティを課す特別区の規制である。特別区の法律は、ツアーガイドが“ライセンスを取得することなく、コロンビア特別区あるいはその一部を通り抜け、あるいはその周辺で誰であれ人を観光案内 (guide) したまたは付き添う (escort) ことで”対価を受け取ることを禁止している⁽⁶⁾。

施行規則が“観光ガイド”とは何かについての特別区の解釈を明確にしている。それによると、“観光ツアーガイド”とは、(1) “どこであれ特別区にある場所や観光名所に人々を観光案内したり道案内に従事する”者、または(2) “観光旅行またはツアーに関連して、誰にであれ特別区における場所や観光名所に関連することを叙述し、説明しまたは教示する者”である⁽⁷⁾。規則はセグウェイをつかったツアーを特別に規律している⁽⁸⁾。違反者は、300ドルの罰金及び90日間の収監の対象とされる⁽⁹⁾。

ツアーガイドのライセンスを取得するためには、全部で5つの要件を満たさなければならない⁽¹⁰⁾。申請者は、(1) 18歳以上であること⁽¹¹⁾、(2) 英語に

(6) D.C.CODE § 47-2836.

(7) D.C. MUN. REGS. tit. 19, § 1200.1.

(8) See *id.* § 1201.3. ライセンスを取得していない企業が“セルフ・バランスング・パーソナル・トランスポート・ビークルズ”にのっての“有償の”ツアーをおこなうことを禁止している。

(9) See D.C. MUN. REGS. tit. 19, § 1290.2; see also D.C.CODE § 47-2846.

(10) See D.C. MUN. REGS. tit. 19, § 1203.

堪能であること⁽¹²⁾、(3) 一定の重罪に処せられたことがないこと⁽¹³⁾、(4) 申請に含まれるすべての言明が真実であるとする宣誓陳述書を作成し、すべての必要なライセンス費用を支払うこと⁽¹⁴⁾、(5) 特別区にある建築物、歴史的および一般的な観光名所についての申請者の知識についての試験に合格すること⁽¹⁵⁾。

先述したように、Edwards らは、5 番目の要件——試験——に異議を唱えているのである。試験問題は、100 の多項選択式問題からなり、申請者は次の 14 のカテゴリから主題を習得しなければならない。建築、年代、政府、歴史的出来事、ランドマークビル、ロケーション、記念像や記念碑、博物館や美術館、公園、庭園、動物園、水族館、大統領、彫刻と彫像、大学、写真および規制。合格するには最低 70 点を取得しなければならない。

Edwards らおよび特別区は、サマリー・ジャッジメントを求めて、コロンビア特別区連邦地方裁判所に訴えを提起した⁽¹⁶⁾。

(2) 判旨

【特別区の請求を認容】

(ア) 修正 1 条の審査

メッセージ、アイデア、主題あるいは内容のゆえに、表現を制約することは禁止される⁽¹⁷⁾。それゆえ、表現内容規制は、厳格審査基準に服し、やむ

(11) *Id.* § 1203.1(a).

(12) *Id.* § 1203.1(b).

(13) *Id.* § 1203.1(c).

(14) *Id.* § 1203.2.

(15) *Id.* § 1203.3.

(16) 本件に先立ち、予備的差止の請求が退けられ、両当事者からのクロス・モーシヨンの本案審理が、ここで扱っている事例である。

(17) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010) (quoting *Ashcroft v. Am. Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564, 573 (2002)); see also *R.A.V. v. City of St. Paul, Minn.*, 505 U.S. 377, 382 (1992).

にやまれざる利益を促進するために、当該目的を促進する最も制限的でない手段を採用しているときのみ合憲とされる⁽¹⁸⁾。

言論への付随的制約にすぎない場合、政府にはより大きな法制定の許容度が認められ、かかる法律は中間的審査基準のもとで審査される⁽¹⁹⁾。“同一の行為のなかに‘言論’と‘非言論’の要素が結合されているとき、非言論要素を規制する実質的に重要な政府利益が修正1条の自由を付随的に制約することは正当化できる”⁽²⁰⁾。法律や規則が内容中立的であり、“重要な政府利益を、言論の自由をの抑圧とは無関係に促進し、そうした利益を促進するのに必要な程度を越えて言論を実質的に抑圧するものでない”限り、行為が表現の要素を含む場合であっても、議会は法律を制定できる⁽²¹⁾。

（イ） 行為 対 言論

ここでの問題の核心は、ライセンスのスキームが、直接的に言論を規制しているのか、それとも、行為をターゲットとしており、表現活動を付随的に制限するにすぎないのか、である。

修正1条によって保護される表現行為を構成するには、行為が“特定のメッセージを伝達する意図を伴ってなされなければならない”、かつ当該メッセージが“それを見た人によって理解される”ようなものでなければならない⁽²²⁾。観光案内や道案内はこのテストをみたさない。むしろ観光案内や道案内とい

(18) *Time Warner Entm't Co., L.P. v. F.C.C.*, 93 F.3d 957, 966 (D.C.Cir.1996) (quoting *Amer. Library Ass'n v. Reno*, 33 F.3d 78, 84 (D.C.Cir.1994)).

(19) *See United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 376–77 (1968).

(20) *Mahoney v. Doe*, 642 F.3d 1112, 1118–19 (D.C.Cir.2011) (quoting *United States v. O'Brien*, 391 U.S. at 376).

(21) *Time Warner Entm't Co. L.P. v. United States*, 211 F.3d 1313, 1318 (D.C.Cir.2000) (quoting *Turner Broadcasting Sys., Inc. v. F.C.C.*, 520 U.S. 180, 189 (1997)).

(22) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 404 (1989) (quoting *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 410–11 (1974)).

う行為は、ツアー参加者を場所から場所へと移動させる作用に奉仕することを意図されたものである。すなわち、それらは“行為をとおしてのアイデアの表出”ではないのである⁽²³⁾。

要するに、ツアーガイドの仕事の“観光案内”、“道案内”という要素は、修正 1 条の範囲外にあるのである。

もちろん、有料のツアーガイドとして働くことは、非言論と言論の要素を含んでいる。しかしここで問題となっている規則は、いかなる表現形態も直接的には規制していない。

言論は、ライセンス要件のためのトリガーではない。有料で特別区の周囲で人々を観光案内または道案内する人は誰でも——当該個人が原告のような、“道沿いの観光名所を折に触れて指摘しあるいは叙述する”か否かにかかわらず——最初にライセンスを取得しなければならない。それゆえ、当該規則は、ツアーガイドが伝達したいメッセージとは無関係にライセンスを要求しているのである。

原告は、*Sorrell*⁽²⁴⁾ を引用し、ライセンス規則は内容規制だと論じる。*Sorrell* は、州法を“内容にもとづく”ものであり、観点に基づいて差別するものであることを理由として違憲とした。すなわち、州法は“特定の表現者”であると同時に、“特定の内容をもった”言論を冷遇していたのである。政府は言論が伝達するメッセージに不同意であるがゆえに言論を禁止することはできないという確立された法理を適用し、連邦最高裁は厳格審査を適用したのであった。

Sorrell は、本件とは区別される。なぜなら、ツアーガイド規則は、内容にもとづいておらず、表現者にも基づいていないからだ。

(23) *Spence v. Washington*, 418 U.S. at 411.

(24) *Sorrell v. IMS Health, Inc.*, — U.S. —, 131 S.Ct. 2653 (2011).

（ウ） 中間審査基準

ツアーガイドのライセンス規則は、行為を統制するものであり、言論に付随的な負担を課すにすぎないと認めるので、当該規制は、オブライエン・テストの中間審査基準に服する。この基準の下では、法律は以下のとき合憲となる。

[i] 法律が重要なまたは実質的な政府利益を促進するものであり、[ii] 政府利益が自由な表現の抑圧と無関係であり、[iii] 修正 1 条の自由への付随的制約が、政府利益を促進するのに必然的にもなうものを超えているとき⁽²⁵⁾。

この問いは、問題となっている行為を規制するさいに政府の利益の実質性と、当該利益に奉仕するべく選択された手段が、表現に不必要な負担を課すかどうかを目を向けている。

以下でみるように、本件のライセンスの枠組みは、この 3 パートからなるテストを充たす。

（a） 特別区は実質的な規制利益をもっている

中間審査は、問題となっている法律が、“単なる憶測ではなく現実の” 害悪に対処しているという証拠を示す限り、立法府の判断を問題としない⁽²⁶⁾。

原告は、ライセンス規則が公共の福祉に対する現実の脅威に対処することを示す実質的証拠を特別区が示さない限り、規制利益は“不適法”とみなされると主張する。この主張は、もし観光産業が規制されていなかったならば引き起こされるであろう社会的害悪あるいは、規則が有用な目的に奉仕していることを立証するという中間審査基準のもとでの特別区の負担を誇張している。当裁判所は、ワシントンの公衆のよせるライセンスへの期待に応える

(25) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. at 377, 88 S.Ct. 1673.

(26) *See Time Warner Entm't Co., L.P. v. United States*, 211 F.3d at 1318-19.

べく、枠組みを検討する立法記録等でもって、特別区は審理できる証拠を提供していると判断する。

ライセンス枠組みに関する特別区のもつ次の二つの実質的規制利益を認定できる。(1) 重大な重罪の前科をもつ者が、特別区の周辺で旅行者および住人を観光案内または道案内しないことを保証することで、一般的な社会福祉を提供すること、(2) 特別区周辺で人々を観光案内または道案内する者が、少なくとも、彼らが人々に何を、あるいは彼らをどこに観光案内または道案内しようとしているのかについて、少なくとも最小限度の知識をもつことを保証しようとすることで、観光産業を促進すること。規則はこれらの政府の実質的利益を促進している。

(b) 政府の利益は自由な表現の抑圧とは無関係である

当裁判所は、申請者が特別区の建造物や歴史的あるいはその他の名所の基礎知識をもっていることという要件が、他のライセンス要件とは異なって、ツアーガイドの仕事の表現的要素と一部関連していることを認める。しかし、最小限の能力の試験をとおして観光を促進する政府の利益が、それゆえに、言論の抑圧だとはとてもいえないし、さらに言論の要素が直接的に規制されているとすらいえない。むしろ、試験要件は、基本的な消費者保護機能に奉仕している。

規則の課す試験要件は、“自由な表現の抑圧とは関係が薄く”、ツアーガイドがツアー中に話すかもしれない内容をコントロールすることを意図していない。最初の試験以外で歴史に関するガイドの指揮をモニターするために、特別区が何かしていることも示されていない。ゆえに、当裁判所は、特別区の利益は、表現の自由の抑圧とは関係がないと結論づける。

(c) 規制のもたらす言論への負担は付随的であり必要以上に大きくない

当裁判所は、大多数の質問項目は、有料でツアーを指揮する人々の基本能

力を保証するという特別区の主張する利益と一般的には一致していると認定する。ライセンス試験のために時間を費やさなければならないことはたしかであるが、許容しがたい負担を言論に課すものとは認められない。原告は、被用者がライセンスを取得する困難性を立証していない。

原告は、コロンビア特別区は、現行のライセンス枠組みにかわる別の侵害的でない規制（ライセンスの取得を任意とする等）を提唱する。しかし、いずれも、ライセンス枠組みによって達成される正当な目的に奉仕しないだろう。より重要なことに、特別区は、原告のいうような制度を採用しなければならないわけではない。ツアーガイドのライセンス条項は、観光客を保護し、ツアーガイドの能力を保証するという特別区の規制利益を達成するために必要以上に、表現に実質的な負担を課すものではない。当裁判所は、それゆえ、規則は修正1条のもとで中間審査基準にたえると結論づける。

2 *Kagan v. City of New Orleans*, 753 F.3d 560 (5th Cir. 2014)

(1) 事実の概要

ニュー・オーリンズの法規範（Code）は、市の観光名所および／もしくは歴史的建造物、公園または観光地へのツアーで、その場所に関する重要な事実を説明し、叙述しまたは一般的に関連付ける目的で、料金を請求する者に、ライセンスを要求している。ライセンスを取得するには、申請者は、歴史的、文化的、社会学的な発展と都市の観光名所についての知識を問う試験に合格し、過去5年以内に重罪で有罪判決を受けておらず、薬物検査に合格し、初回申請時に50ドル、2年後更新時に20ドルの手数料を支払わなければならない。違反者は、最高5か月の収監と、300ドルの罰金の対象となる。

このライセンス要件が、修正1条に反するとして、4人のツアーガイドが確認判決と差止を求めた事例である。地裁は、市の請求を認容するサマリー・ジャッジメントを下した。

(2) 判旨

【原判決維持】

原告は、修正 1 条の言論の自由の問題を主張している。しかし、ポリス・パワーを行使している市が、政府の重要な目的にのみ役立つ法律を制定しており、政府目的と一貫した行動をするときに、人々が何を言うかに影響をあたえることがないのであれば、言論が侵害されているとことに関してなされるべき主張は、どのようにして存在するだろうか。

コロンビア特別区の地方裁判所は、類似の事件〔本稿二 1 で扱った事件〕で、この問題を等閑視し、同じ結果をもたらす中間審査基準を採用すると判示した⁽²⁷⁾。われわれもそれに従う。

修正 1 条は、猥褻や暴力の助長のように保護されていない場合を除き、政府が言論を制限することを禁止している。その内容のために表現を制限する法律は厳格審査によって審査され、政府は、やむにやまれざる利益のため、他の手段ではそうすることができないよう、規制を綿密に設えることを要求される。原告は、ニュー・オーリンズのライセンス法は内容に基づいていると主張して、厳格審査を主張している。一方、ライセンス要件に関するニュー・オーリンズの法律は、ツアーガイドの発言内容には何の影響も及ぼさない。ライセンスを所持者は好きなように話すことができる。ツアーガイドの発言内容は、ニュー・オーリンズによって規制されたり影響を受けたりするものではない。

Ward⁽²⁸⁾ は、内容中立規制につき、中間審査基準を適用し、規制がなかったとしたら効果的に達成されないような実質的な利益を規制が促進する限りで、綿密に設えられているという要件を満たすと判示した⁽²⁹⁾。ニュー・オーリンズは、ライセンスを受ける者に、市のことを知っており、重罪に処せら

(27) *Edwards v. District of Columbia*, 943 F.Supp.2d 109, 118 (2013).

(28) *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 109 S.Ct. 2746 (1989).

(29) *Id.* at 2758.

れておらず、麻薬中毒者でないことを要求することで、政府利益を効果的に促進しており、かつ都市とその訪問者に対するそうした保護がなければ、政府の利益は十分に達成されないだろう。

ツアーガイドのためのニュー・オーリンズのライセンス制の合憲性を支持する地方裁判所の判決を是認する。

3 小括

コロンビア特別区の事例における連邦地裁（以下、「特別区（地裁）」と表記する。）は、ツアーガイドのライセンス制を行為の規制だと位置づけた点に特徴を見せる。ツアーガイドは、言語によって道案内するとしても、基本的には観光客を移動させるという行為をなす職業だと考えられた。ライセンス制は、表現ではなく行為をその適用のための引き金としていると指摘した。

本件を *Sorrell* の射程にに入れて考えることを否定し、表現内容規制でもなければ、そもそも表現規制でもない位置づけている。

そのうえで、行為の規制が表現に影響を与える点を考慮した。象徴的言論が問題となった *O'Brien* を先例として参照し、政府目的が実質的なものであり、規制が表現抑圧とは無関係であり、行為の規制に必然的にもなうものを超えているかを問うた。すなわち、本事例は、中間審査基準としてオブライエン・テストを援用したのである。

そして特別区（地裁）は、オブライエン・テストを順に検討していく。

実質的規制利益があるといえるためには、単なる憶測ではない現実の害悪を示さなければならないとした。しかし、実質的証拠を示す必要はないとして、立法府の判断を尊重した。

ライセンス取得後に、ツアーガイドをモニタする仕組みはなく、その意味で発言の自由があるため、表現抑圧的でないとした。

ライセンス試験に合格するために費やす勉強時間の負担は許容範囲内であること、より制限的でない手段では、目的が不十分にしか達成できないだろ

うこと、またそれを検討・採用する義務はないことを指摘した。

以上の観点から、ライセンス制は合憲とされた。

ニュー・オーリンズの事例は、ライセンス制の根拠としてポリス・パワーを援用した。ポリス・パワーが重要な目的を、言論に影響を与えずに達成するならば、表現の自由の問題は生じないとしている。

直後に、上記の特別区（地裁）の判断を援用し、中間審査基準を適用することを述べる。しかし、ここで第5巡回区控訴裁が参照したのは *Ward* であった。特別区（地裁）が *O'Brien* を援用したこととの相違がある。

市の主張を深く検証し直すことなく、規制がなかったとしたら、目的を効果的に達成することはできないと認めた。ここには立法裁量を尊重する姿勢がみられる。

三 ツアーガイドのライセンス制を違憲とした事例

1 *Edwards v. District of Columbia*, 755 F.3d 996 (D.C.Cir. 2014)

(1) 事実の概要

本件は、二1で扱った事例の控訴審である。

地裁は、ライセンスの枠組みは、観光案内、道案内等の非表現行為を対象としており、言論には付随的に負担を課するのみであると判示した⁽³⁰⁾。そのうえで中間的審査基準（オブライエン・テスト）を適用して、①深刻な重罪の前歴をもつ者が特別区の周辺で観光客や住人を観光案内したり道案内したりすることのないよう保証することによって、社会の一般的福祉を提供すること、②特別区の周辺で人々を観光案内したり道案内したりする者が、少なくとも、何があるいはどこに人々を観光案内したり道案内したりするのかについて、最小限度の知識をもつことを保証することによって、観光産業を促進することという二つの実質的かつ正当な規制目的を促進するよう、規制は

(30) *Edwards v. District of Columbia*, 943 F.Supp.2d 109, 118 (D.D.C.2013).

綿密に設えられていると判示した⁽³¹⁾。

控訴審において、控訴人は、主要な論点を二つ提示している。第一に、地裁は、ツアーガイド規則は、言論に対する内容に基づく規制ではなく、行為の規制であると誤った判断をした。第二に、内容中立規制であるとしても、現実の問題への対処において、当該規制が特別区の利益を促進すると結論づけるための十分な証拠上の基礎が示されていない。

(2) 判旨

【原判決破棄差戻】

(ア) 内容中立規制と仮定して中間審査基準を適用する

地裁が論じたように、当該規制は内容中立規制であり、言論に付随的にのみ負担を課すものと仮定してみよう。内容中立規制は中間的な基準で審査される。この基準の下では、政府の規制は、①それが政府の憲法上の権限に属し、②重要または実質的な政府利益を促進し、③政府利益が自由な言論の抑圧とは無関係であり、④問題となっている修正1条の自由への付随的制約が、当該利益の促進に必然的にともなうものを超えず⁽³²⁾、そして⑤当該規制がコミュニケーションのための十分なチャネルを残しているとき⁽³³⁾ 合憲とされる〔いわゆるオブライエン・テスト〕。テストのいずれかのプロングを満たしていないとき、当該規制は違法とされる。

(イ) 第1・第3プロングについて

ライセンス権限が特別区の憲法上の権限（ポリス・パワー）であることに争いはないため、オブライエン・テストの第1プロングは充たしている。特別区のライセンスの枠組みについて、内容中立的であると仮定しているので、

(31) *Id.* at 122.

(32) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

(33) *See Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293 (1984).

オブライエン・テストの 3 番目のプロングも充たしている。したがって、第 2、第 4 そして第 5 のプロングの審査が残されている。

(ウ) 第 2・第 4 プロングについて

第 2、第 4 プロングは、全体として、問題となっている規制が実質的な政府目的を促進するために、綿密に設えられているかどうかを問うものである。規制が“綿密に設えられている”というのは、“規制が政府の正当な利益を促進するのに必要をこえて、実質的により多くの言論に負担を課していない”⁽³⁴⁾ ときをいう。

特別区の経済的活力に貢献する主要な産業を促進することは、実質的な政府利益である。

しかしながら、綿密に設えられていることという要件を充足するには、特別区は、問題となっている規制が直接的にその主張する利益を促進することを証明しなければならない⁽³⁵⁾。“この負担は、単に推測や憶測によっては充足されない。言論への制約を維持したいと考える政府機関は、列挙する害悪が現実的であること、その制約が実際に害悪を相当程度に緩和することを、立証しなければならない”⁽³⁶⁾。

たしかに、コンセンサスや単なる常識に基づいただけの規制を正当化することも認めてきた。とはいえ、問題となっている規制の効能を立証する負担が特別区には残されており、“もし規制が州の目的を前進させる見込みがほとんどないならば” 規制は維持され得ない⁽³⁷⁾。

(34) *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 799 (1989).

(35) *See United States v. Alvarez*, — U.S. —, 132 S.Ct. 2537, 2549 (2012).

(36) *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 770–71 (1993); *see also Lederman v. United States*, 291 F.3d 36, 44 (D.C.Cir.2002).

(37) *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525, 566 (2001).

(a) 不誠実なガイドが引きおこす害悪は憶測にすぎない

特別区は、試験要件によって未然に防ぐことのできる多くの害悪を詳述している。にもかかわらず、情報不足のガイドが実際に特別区の観光産業に問題を引き起こしていることを示す証拠は記録上ない。ライセンスをもっていないツアーガイドの危険と関連する特別区の信念を支持する記録上の唯一の“証拠”は、有罪判決を受けたことのあるガイドは、危険をもたらすかもしれないという特別区の宣誓供述書であり、それでさえ、そうしたガイドが現実には危険性を有する証拠ではないのである⁽³⁸⁾。特別区が信頼するワシントンポストの記事は何十年も前の記事である⁽³⁹⁾。

また特別区は、“他の多くの都市も、ライセンスをもったツアーガイドが観光産業を促進し、消費者を保護するのに望ましいと結論づけている”というが“多くの”のとは5都市である。5都市でコンセンサスがあるとはいえない。

(b) 試験要件が目的を促進する証拠はない

情報不足のガイドが害悪を引き起こしているという特別区の積極的なイメージネーションにわれわれも耽るとしても、記録は、試験を課すことで、害悪を回避し、特別区の利益を実際に促進するという証拠に欠けている。奇妙なことに特別区は、ひとたびライセンスを取得すれば、“ツアーガイドは、どこかの観光地でも、言いたいことを何でもいえる、あるいは、それについて何でも言ってよい”と吹聴する。しかし、観光地でデタラメなことを述べることを認めておいて、質の良い消費者体験を保証する特別区の利益をどうやって促進するのだろうか。同様に疑念を生じさせるのが、試験要件をスペシャルティ・ツアーガイドへも課すことである。スペシャルティ・ツアーガイドは、ゴースト、食べ物、あるいはムービーツアーに焦点をあてた旅行ガイドであ

(38) See *Turner Broadcasting Sys., Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180, 196 (1997).

(39) See *Shelby Cnty. Ala. v. Holder*, — U.S. —, 133 S.Ct. 2612, 2627 (2013).

る。通常の試験要件は、そのようなスペシャルティ・ツアーガイドが十分な情報をもつことを保証できない。ツーリズムは、教育と同等以上にエンターテインメントにかかわるものなのである。

特別区はまた、試験要件は、試験のために勉強することをいとわない、まじめなツアーガイドを抜き出すことで、利益を促進すると主張する。しかし、おそらく最も基本的なことだが、市場の力が、あやしげなツアーガイドに対する防御壁とならない証拠があるだろうか。はっきり言えば、Segs in the City は、他の会社と同じように、質の高い消費者体験を提供する強いインセンティブを既にもっている—すなわち、事業を継続し、設備投資の見返りを最大化したいという願望である—。

良質の消費者体験を提供する動機は、Yelp や TripAdvisor のような、多くの消費者のレビューによって与えられる。単純に言えば、悪いレビューは事業にとって悪い。それゆえに、明らかに、ツアー・オペレーターの自己利益は—試験要件がするよりもずっとより直接的な方法で—特別区が単に仮定している害悪を減少させる。自己利益という燃料は、しばしば宝石のような消費者体験を生み出すということは、驚くには値しない。アダム・スミスが『諸国民の富』で不朽の原理を述べている。

それゆえ、ツアーガイドが質の高いツアーを提供するインセンティブをもっていることはまったく不思議でない。このことを念頭におけば、聞かせてもらおうではないか、試験に合格することは、不誠実なツアー事業と非倫理的なガイドを規制するのとなんの関係があるだろうか。

(c) ライセンス規則は過小包摂である

恣意的免除がなされているとき、過小包摂となる。

不可解なことに、特別区は、当該規則の免除の定めに従い、ツアーバスの運転手は、ライセンスなく、観光名所まで観光客に付き添い道案内することを認めていた。運転手には会話を控え、ナレーションのための音声記録にもつ

ばら依拠するよう定めた。事前録音された音声ナレーションが酔っ払いによるものでも良いと特別区は答えている。

特別区は、ツアーバスと類似しているが、控訴人が音声記録を用いることは禁じられていると結論づけた。しかしながら、いかなる点においても、特別区は、ツアーバスの適用免除のための合理的な説明を提供しなかった。なぜ規則は酔っ払いの事前録音ナレーションを、ツアーバスには認めるが、同じ行為をセグウェイには禁止するのか、謎のままである。上述から明らかなのは、ツアーバスの適用除外は、恣意的であり、規制を許容しがたい過小包摂にしている。

(d) 規則は過度に広汎でもある

§ 1200.1 第2項は、仮にあるツアーグループが完全なライセンスを取得しているガイドによって付き添われているとしても、ライセンスを取得していない者が、当該グループに対してレクチャーすることを禁じているから、過度に広汎である。

(e) より制限的でない代替手段がある

また特別区の規制枠組みの致命的な点は、特別区の利益を達成するために、より制限的でない手段が存在することである。もちろん、選択された手段は、最も制限的でない、あるいは最も侵害的でないものである必要はない。むしろ、綿密に設えるという要件は、規制が実質的な政府利益を促進し、その規制がなければ当該利益を効果的に達成され得ない限り満足される⁽⁴⁰⁾。それゆえ、われわれは、試験要件よりも、より負担の少ない方法で政府の目的を達成することが実質的に可能であるかどうかを問わなければならない。

たとえば、ツアーガイドがビジネスを持ちかけるとき、詐欺を処罰したり、

(40) *Ward*, 491 U.S. at 798, 799.

やり方を制限する規則によって、悪徳企業を十分に統制できないことを示す証拠は何もない。同様に、方向感覚の悪いツアーガイドには地図やその他のナビゲーション持ち運ぶよう要求しても事態は改善されないとする論拠もない。さらには、自発的な認証プログラムは、良質の消費者体験を低減させることを示唆する証拠もない。総合すると、特別区は、なぜより適切に設えられた規制枠組みが機能しないのかに関する説得的な説明を提供していないのである。

2 *Billups v. City of Charleston*, 961 F.3d 673 (4th Cir. 2020)

(1) 事実の概要

Kimberly Billups、Michael Nolan および Michael Warfield (以下まとめて原告) は、サウスキャロライナのチャールストンのツアーガイドまたはその志願者である。

チャールストンの観光依存経済を保護するために、市は 1983 年に、*Tourism Management Plan* の一部として条例を制定した。当該条例は、ライセンスを取得していないガイドが、チャールストンの歴史地区を通る公道で有料ツアーを提供することを禁じた。さらに、当該条例は、いかなる者も、筆記試験に合格し、市の観光マネジメント当局によって、登録ツアーガイドとしてライセンスを付与されない限り、チャールストンで有料のツアーガイドとして活動し、またはその申し出をしてはならないと定めている⁽⁴¹⁾。もし、個人がライセンスを取得せずツアーを提供し条例に違反した場合、当該者は 500 ドル以下の罰金および 30 日以下の有期収監となる⁽⁴²⁾。

重要なことに、しかしながら、当該条例は、ガイドがツアー中に叙述しなければならないトピックについて定めておらず、市に、ガイドの言論をモニ

(41) See Code of the City of Charleston § 29-58 (2016).

(42) See *id.* § 1-16(a).

ターする権限を与えていない。換言すれば、ひとたびライセンスを取得すれば、ガイドはツアー中、自由に話してよいのである。

ライセンスを取得するためには、ガイドになろうとする者は、チャールストンの歴史、建造物および歴史保存の取組に焦点を当てた、200問の筆記試験に合格しなければならない⁽⁴³⁾。条例は当初合格点を80%としていたが、2016年4月から70%に合格点を下げた。

Charleston Belle Tours と称するツアー会社を設立しようと計画している原告 Kimberly Billups は、キャラクター—Nancy Bostick de Saussure, 長きにわたるチャールストンの住人—を描くために南北戦争以前のドレスを身につけることを意図していた。そのキャラクターになって、Billups は、Nancy とチャールストンについて叙述し、南北戦争について議論し、そして冗談を言いながら、町をめぐる観光客を引率しようとしていた。初回受験結果はスコア70%で不合格だったが条例改正後に合格した。

Michael Nolan もまた、Charleston でツアーを引率するつもりだった。Nolan は、ツアーガイドとしてパートタイムで働くことを望んでおり、“チャールストンにおける Irish-American の経験” に基づいたツアーを提案していた。Nolan は64%しか正答しておらずライセンスを取得できていない。

最後に、Michael Warfield は、保険仲介を職業としているのだが、Charleston でパブ・ツアーを引率することを企図していた。Warfield は、初回受験では74%正答したが、当時の基準で不合格、2回目の挑戦では68%で不合格、合格点が70%に引き下げられてやっと試験に合格した。

当該条例とその義務的なライセンス枠組みを問題視して、原告は、チャールストン市を相手取り、サウスキャロライナ管轄区に訴えを提起した。原告は、条例が修正1条の表現の自由を違憲的に制約するものだと主張した。地方裁判所は、原告の主張を受け入れ、条例を違憲であると宣言した。その結

(43) See Code of the City of Charleston § 29-59(b).

論に到達するさい、地裁は、条例が言論への内容中立規制を課していると仮定し、中間審査を適用した。裁判所は、市が観光産業の保護に重要な利益をもっていることを認めながら、それにもかかわらず、条例が市の利益に奉仕するように綿密に設えられていないという理由で、中間審査基準を充たしていないと判断した。

(2) 判旨

【原審維持】

控訴審において、市は、地裁が条例を違憲と判断するさいに二つの誤りを犯していると論じる。第 1 に、地裁は、条例が保護された表現に負担を課し、したがって修正 1 条の審査に服するという誤った結論をだしている。第 2 に、仮に条例が修正 1 条の審査に服するとしても、中間審査基準に堪えられないとする地裁の判断に誤りがある。以下で説明するように、われわれは、市の主張のいずれも拒絶する。

(ア) 表現規制か行為規制か

市は、言論に付随的な負担を課すにすぎない行為を統制するビジネス規制であるから、本件条例は修正 1 条の審査に服しないと主張する。原告は、ガイドの活動は必然的に言論あるいは表現活動をかかわり、条例がツアーガイドにライセンスを要求することで、チャールストンの歴史地区をとおる有料ツアーに観光客を引率することを妨げているから、当該条例は直接的に保護された言論に負担を課している、と主張している。

当該条例は、一定の公共の歩道や街路で、ライセンスをもっていないツアーガイドに有料ツアーを引率すること——別言すれば、観光客に語ること——を禁じているから、疑いなく保護された表現に負担を課していると当裁判所は考える⁽⁴⁴⁾。

当該条例は、ツアーガイドのサービス——ツアーガイドの言論ではない——

の販売という商業的な取引を規制しているにすぎないから、修正1条の審査から免除される、と市は主張している。しかし、ビジネスを規制することに向けられた法律が、言論を直接的に規制していないとしても、修正1条の審査に服することがあることは、十分に確立している⁽⁴⁵⁾。

たしかに、“保護された言論”への規制は、“経済活動への規制あるいは、より一般的に、非表現行為への規制とは区別される”⁽⁴⁶⁾。そして“修正1条は、商業や行為に向けられた規制が、言論に付随的負担をかすことを禁じていない”⁽⁴⁷⁾。しかしながら、当該条例は、言論に付随的に負担を課す経済活動への規制であるとは分類されえない。むしろ、条例は、ライセンスをもっていないツアーガイドが、その本質上、言論または表現行為に依存する活動である有料ツアーで、観光客を引率することを完全に禁止している。われわれは、チャールストンの経済的良化を保護し、観光産業を守るために、市が条例を制定したことは認めるが、それだけで、条例が修正1条の審査を受けないということにはならない⁽⁴⁸⁾。

要するに、ツアーガイドを引率するというビジネスは、アイデアを表出することに依存している。そして、条例は、ライセンスをもっていないツアーガイドが、有料で、公共の大通りでアイデアを表出することを禁止しているのである。かかる制約は、保護された言論に負担を課し、したがって、修正1条とかわるのである。それゆえ、われわれは、条例が修正1条の審査に服することを確信する。

(イ) 適用される審査基準

(44) See *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, 568 (2011).

(45) See *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 28 (2010).

(46) See *Sorrell*, 564 U.S. at 567, 131 S.Ct. 2653.

(47) *Id.*

(48) See *Reed v. Town of Gilbert, Ariz.*, 576 U.S. 155 (2015).

条例が保護された言論に負担を課すと判断したので、次に、それが修正 1 条の審査に堪えうるかを評価する。この問題に答えるために、われわれは、適用される審査の水準を決定することから通常は始める。これを決定するには、当該条例が表現内容中立的なのか表現内容に基づく制約を課すのかを見定めなければならないだろう。この点、地裁は、当該条例は、内容中立的法律に適用される、より緩やかな中間審査基準にも堪えられないから、当該条例が内容に基づく規制であり、それゆえに厳格審査に服するのかを考察する必要はないと判断した。われわれは、地裁のアプローチが妥当であると判断する。

(ウ) 中間審査基準の適用

当該条例に中間審査基準を適用するさいに、われわれは、*Ward*⁽⁴⁹⁾によって提供されたロードマップに従う。すなわち、①政府は、規制される言論の内容にかかわることなく規制が正当化されるならば、表現の時、場所または方法についての合理的な制約を課して良い、②規制が重要な政府利益に奉仕するよう綿密に設えられていること、そして③情報の伝達のための十分な代替チャンネルを残していること、である。われわれは、条例が内容中立的であると仮定するので、残りの要件について考察を進める。市は、条例が中間審査基準に堪えることを証明する責任をおう⁽⁵⁰⁾。

(a) 重大な政府利益に奉仕するか

われわれは、市がチャールストンの観光産業および観光客を、無知または詐欺的なツアーガイドの害悪から保護することに、重大な利益をもっていると考え。当該条例は、チャールストンの観光産業を保護する市の利益を、

(49) *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

(50) *Reynolds v. Middleton*, 779 F.3d 222 at 226 (4th Cir. 2015).

少なくともある程度は、促進すると結論する⁽⁵¹⁾。

しかしながら、保護された言論を規制する法律の憲法適合性は、関連する政府利益の重大性のみでは決まらない。政府の重大な利益を保護するために政府が採用した手段が広汎にすぎないことも保障しなければならない。別の言葉でいえば、われわれは、問題となっている言論規制が、綿密に設えられているかどうかを検証しなければならない。

(b) 綿密に設えられているか

条例が、チャールストンの観光産業を保護するという市の利益に奉仕するように綿密に設えられているかどうかを評価するさい、条例が“政府の正当な利益を促進するのに必要以上の実質的負担を言論に課している”かどうかを考察する⁽⁵²⁾。もちろん、条例は市の利益に奉仕する“最も制限的でないまたは最も侵害的でない手段”である必要はないが、市は“言論への負担の大部分が、その目的を促進するのに役に立たないような方法で、表現を規制”してはならない⁽⁵³⁾。

(b-1) 証拠基準

Reynolds において、我が裁判所は、政府機関が中間審査基準を充足するために適合しなければならない証拠上の基準を説明した。綿密に設える要件に関連して、われわれは、“中間審査は、政府に、言論規制が必要以上に実質的に多くの言論に負担を課していないという主張を支える現実の証拠を提出するよう要求しており、かかる証拠によって支えられていない議論は、政府の立証の負担を十分に支持しないだろう”⁽⁵⁴⁾と判示した。そして、われわれは

(51) See *Kagan v. City of New Orleans, La.*, 753 F.3d 560, 561 (5th Cir. 2014), cert. denied, — U.S. —, 135 S. Ct. 1403, 191 L.Ed.2d 361 (2015).

(52) See *Ward*, 491 U.S. at 799.

(53) *Id.* at 798-99.

さらに、“綿密に設えていることを証明する負担は、政府が現実に、問題に対処するためにその他の手法に取り組みだしたことを証明することを要求している”⁽⁵⁵⁾と説明した。

Raynolds でわれわれが特定した証拠基準は、*McCullen*⁽⁵⁶⁾ 連邦最高裁判決から引き出された。当該連邦最高裁判決は、州の利益を保護するための他の方法を試したこと、そうした手法が失敗したことの裏付けのない主張のみが提供されたから、言論に負担を課している州の法律が綿密に設えられていることを、州が証明していない、と結論づけた⁽⁵⁷⁾。連邦最高裁は、州が“容易に利用可能なより侵害的でない方法で問題に対処することを真剣に企てたことを示していなかった”ことを強調した。“また他の管轄区が効率的だと認めている別の手法を考察したことを示してもいなかった”⁽⁵⁸⁾。

Raynolds と *McCullen* を併せて読むと、次のルールが確立されている。保護された言論への内容中立規制が、重大な政府利益に奉仕するよう綿密に設えられていることを証明するためには、政府は、とりわけ——言論規制法律を制定する前に——“容易に利用可能なより侵害的でない方法によって問題に対処することを真剣に企てたことを示す証拠を提出しなければならない”⁽⁵⁹⁾。言い換えれば、政府はより言論抑圧的でない代替手段を実際に試し又は考慮し、かかる代替手段が政府利益に適切に奉仕しないことを例証する義務がある⁽⁶⁰⁾。政府のこの点に関する立証の負担は、“自らの主張を支える現実の証拠”を提示するときのみ、満足される⁽⁶¹⁾。

(54) *See Reynolds*, 779 F.3d at 229.

(55) *Id.* at 231.

(56) *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464, 478 (2014).

(57) *See McCullen*, 573 U.S. at 496.

(58) *Id.* at 494.

(59) *See McCullen*, 573 U.S. at 494.

(60) *Id.*; *see also Reynolds*, 779 F.3d at 231-32.

(61) *See Reynolds*, 779 F.3d at 229.

(b-2) 容易に利用可能な代替手段

ここで、原告は二つの容易に利用可能な、より言論抑圧的でない代替手段を特定している。原告の主張によれば、市は、条例制定前に、ツアーガイドを規制するために試みるべきだった代替手法—すなわち、市の既存の詐欺的勧誘とビジネス・ライセンスに関する条例である。さらに、原告は、三つ目の代替手法として、自発的ツアーガイド認証プログラムという周辺の地方政府が用いているものと似たものを、少なくとも市は考察するべきだったという。これに答えて、市は、これら三つの代替手段はすべて、チャールストンの観光産業を適切に保護できないだろうと主張する。しかしながら、この主張を裏付けるために、市が提供したのは、市の上級公務員による宣誓供述にすぎず、その述べるところは、提案されている代替手段の予測的な非効率性なのであった。かかる宣誓供述は、それ以上のものではなく、*Reynolds* と *McCullen* によって確立された証拠基準を満足するのに不十分である。

要するに、詐欺的勧誘およびビジネス・ライセンス条例がツアーガイドを効果的に規制するのに用いられえないのはなぜかを支えるための多くの事後的正当化を、市は提出するが、条例およびその義務的なライセンス枠組みを制定する前に、かかる目的のためにそうした条例を利用することを“真剣に企てた”ことを例証する証拠を提出しなかったのである⁽⁶²⁾。

原告は、条例を制定する前に、自発的認証プログラムがツアーガイドを規制するためにチャールストンで用いられ得るかどうかを考察するべきだったと主張している。

他方で、市は、条例制定前に自発的認証プログラムのことを真剣に考察したことを例証する証拠を提供してきていない。むしろ、市は、自発的認証プログラムは、“実行不可能だろう”という宣誓証言および条例の義務的認証プログラムの“正確性、優秀性あるいは質”を保てないだろうという宣誓証言

(62) See *McCullen*, 573 U.S. at 494.

に依拠している。しかしながら、その宣誓証言は、なぜ自発的ツアーガイド認証プログラムが市の利益を適切に保護しないと市の上級公務員が信じるのかに向けられた事後的正当化にすぎないのであるから、市の証明の負担を充たすには単純に不十分である。

結局、条例制定前に、市が“容易に利用可能なより侵害的でない方法”（既存の詐欺的勧誘とビジネス・ライセンスに関する条例）を市が用いようとした証拠、あるいはこれまで真剣に“他の管轄区が効果的だと認めている別の手法（自発的ツアーガイド認証プログラム）を考察した”証拠を提示していないから、われわれは、市が条例が綿密に設えられていることを立証していないと確信する⁽⁶³⁾。われわれはそれゆえ、中間審査基準を満たさないとして、条例が違憲であると地裁は正しく宣言したと結論づける。

3 小括

コロンビア特別区の事例における連邦控訴裁（以下、「特別区（控訴裁）」と表記する。）は、地裁の判断である、内容中立規制、付随規制を前提として仮定して、中間審査基準（オブライエン・テスト）を適用しても違憲となるとした。

特別区（控訴裁）は、オブライエン・テストのいう、政府目的の重要性部分と、付随的制約に必然的なものを超えるかと問う部分は、全体として、綿密に設えられているかを問うものであると定式化する。そして綿密に設えられているか否かの判定基準として、規制が政府の正当な利益を促進するのに必要以上に、実質的負担を言論に課しているか、という *Ward* で示された基準を示した。

規制の綿密性を審査するさい、実質的な政府利益を直接促進することを証明することを特別区（控訴裁）は求めた。推測や憶測ではなく、現実的害悪

(63) See *McCullen*, 573 U.S. at 494; see also *Edwards*, 755 F.3d at 1009.

を相当程度に緩和することが示されなければならないとされた。ここでは *Edenfield* が引用されている。

この証明の基準をもとに、手段の効能を判定する前提として、実際の害悪が存在すること、採用された手段によって、目的が実際に促進されていることを証明することを、特別区（控訴裁）は求めた。

そして、ツアーバスに対して恣意的免除がおこなわれている点で過小包摂であり、代替手段によって実質的に目的を達成しうることを理由に、過度に広汎であるとした。

かかる証拠基準とその当てはめのプロセスでは、特別区の立法裁量を尊重しない非敬讓的姿勢を見て取ることができる。

チャールストンの事例では、ツアーガイドのライセンス制は、行為規制ではなく表現規制であると判示された。そのさい、*Sorrell* を引用している。ツアーガイドが本質的に表現行為である点を指摘し、本事例を付随規制であると考えすることはできないと述べた。

直接的な表現規制であるとして、本件のライセンス制が、内容規制なのか内容中立規制なのかという点については、判断を回避した。中間審査基準を適用しても違憲となるから、というのが理由である。

そして、*Ward* を引用し、重要な利益を達成するように綿密に設えられているかを、市が証明する責任を負うことを明示した。

綿密性の判断において、比較的厳しい証拠基準を明示した。すなわち、第4巡回区の判決である *Reynolds* と連邦最高裁判決である *McCullen* をもとにして、法律を制定するに先立ち、容易に利用可能なより侵害的でない方法で問題に対処することを真剣にくわだてたことを示す証拠を提出しなければならない、とした。この証拠基準をクリアするためには、言論抑圧的でない代替手段を実施にやってみたこと等を示さなければならない。かかる証拠基準にもとづいて、単なる宣誓供述では、市が実際に試したり、考えたりしたことを証明したとはいえないとされた。

この証拠基準を採用する点で、立法裁量を尊重しない非敬讓的姿勢を、裁判所は示したといえる。

結果として、ライセンス制は綿密に設えられていないと判示された。

四 ライセンスと表現の自由

1 ライセンス権限

(1) 種々のライセンス

ライセンスは、その保有者の能力を保証する。その目的のため、アメリカでは州ごとに、種々のライセンスが設けられている。たとえば、占い師⁽⁶⁴⁾、インテリア・コーディネーター⁽⁶⁵⁾にもライセンス制が敷かれ、連邦憲法修正 1 条違反が争われている。本稿で扱ったツアーガイドの事例では、原告は表現の自由の内容規制であると主張し、あるいは内容中立規制であったとしても、ライセンス枠組みが取り除こうとする害悪は発生していない旨を主張したのだった。

他方で、医師や弁護士のリICENSE制も、その保有者の能力を保証する試みである。ここでも表現の自由の問題が提起される。医師のインフォームド・コンセントと表現の自由が問題となった事例⁽⁶⁶⁾や、医療機関や医師に州の提供する妊娠中絶に関する情報を告知するよう義務づけることが問題となった事例⁽⁶⁷⁾がある。

ツアーガイドのライセンス制も医師のライセンス制も、ともにライセンス保有者の能力を保証し、健康や安全への害悪を防ぐことが意図されている。

(64) See *Moore-King v. Cty. of Chesterfield*, 708 F.3d 560, 562-65 (4th Cir. 2013).

(65) See *Locke v. Shore*, 634 F.3d 1185, 1191 (11th Cir. 2011).

(66) See *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

(67) See *National Institute of Family & Life Advocates (“NIFLA”) v. Becerra*, 138 S. Ct. 2361 (2018). 判例解説として、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」広島法学第 43 巻第 1 号参照。

前者は、ガイドが観光客を騙したり、誤ったレクチャーをする害悪を、後者は、ヤブ医者 of 診療に由来する害悪を防ごうとするのである。

しかし、両者の健康と安全へ与える脅威は同じではない⁽⁶⁸⁾。特に医師や弁護士は、能力ある専門家が、患者や依頼人の個別の事情に適した優れた助言を提供することが期待されている。その助言を支える知識の正確であること、知識コミュニティにおいて陶冶された専門知識であることが求められる。これを専門職言論という⁽⁶⁹⁾。専門職言論のライセンスと、その他の言論を含む職業のライセンスとを区別して考察することが、表現の自由とライセンスの関係をひもとくのに有用だと本稿は考える。

もちろん、ライセンス制のみが、能力を保証するわけではない。医師や看護師のみが扱うことのできる医療行為や訴訟業務が、近時、段階的に規制緩和され、当該行為・業務に従事できる者の範囲が拡大してきていることは、その証左でもある⁽⁷⁰⁾。しかし、このことは、ライセンス制そのものが不要ということの意味するものではない。依然として、ライセンスが能力を保証する仕組みとして有用である事は否定できない。問題は、ライセンス枠組みを分類し、修正1条と整合的に理解する理論の構築にある。

(2) ポリス・パワー

職業のライセンス制は、州のポリス・パワーによって、通常は正当化される。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の州権限であり、公衆の保護がその論拠とされる⁽⁷¹⁾。

ポリス・パワーによる経済規制は、通常、合理性の基準によって審査される。

(68) Haupt, *supra* note 1, at 528.

(69) 専門職言論の類型や意義については、井上、前掲注(5)参照。

(70) たとえば、Limited License Legal Technicians が広がってきていることが指摘できる。

Haupt, *supra* note 1, at 524.

(71) 医療ライセンスについて、*See, e.g., Hawker v. New York*, 170 U.S. 189, 191 (1898).

ライセンス制が単なるビジネス・ライセンスとしての経済規制であるならば、合理性の基準が適用されるだろう。しかし、ライセンス制が言論を直接・間接に統制するものであるとき、合理性の基準で審査されてよいのか、疑問が出てくる。

ニュー・オーリンズのツアーガイドの事例は、ポリス・パワーを根拠としてライセンス枠組みが修正 1 条に反しないことを判示した。すなわち、文化や歴史について、たしかな知識をもっていること、法令を遵守していることを市が求めることには合理性があり、表現内容を規制することを狙ったのではなく、ポリス・パワーの正当な行使だとしたのである。そのうえで、市の観光地について知っており、重罪に処せられておらず、薬物中毒でないことを観光ガイドに求めることで、市の利益は効果的に促進されると判示されたのだった⁽⁷²⁾。

ところが逆に、特別区（控訴裁）の事例では、ライセンス枠組みをポリス・パワーによるものとしながら、修正 1 条に反するとされた。そこでは、オブライエン・テストが適用され、綿密に設えられていないとされた⁽⁷³⁾。

精神分析のライセンス制が争われた事例⁽⁷⁴⁾において、第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、ポリス・パワーを根拠として、ライセンス制を認めた。この事例において、原告は、対話療法は純粹言論であり、修正 1 条の保護を受けると主張した⁽⁷⁵⁾。この主張に対して、裁判所は、公衆の健康と安全に関わる時は、ポリス・パワーによるライセンス枠組みは許容されると述べた⁽⁷⁶⁾。

このように、ライセンス制を敷く権限は、ポリス・パワーを根拠とする点で共通している。しかし、ライセンス枠組みが修正 1 条と対立したときの憲

(72) *Kagan*, 753 F.3d at 562.

(73) *Edwards*, 755 F.3d at 1002-1009.

(74) *See Nat'l Ass'n for the Advancement of Psychoanalysis*, 228 F.3d 1043 (9th Cir. 2000).

(75) *Id.* at 1054.

(76) *Id.*

法適合性についての結論は、区々となっている。

この原因は何にあるのだろうか。ライセンスが能力を保証するものであるとしても、職業にも種々のものがあり、修正1条とのかかわりも多様となる。概していえば、ポリス・パワーが修正1条の保護法益と同じベクトルをもつのか、反対ベクトルをもつのかを検証されるべきだろう。

この検証作業には、ライセンス制の制度目的の明確化、換言すれば、ポリス・パワーを支える論拠である“公衆の保護”の曖昧さを払拭する必要がある⁽⁷⁷⁾。ライセンスの目的が、たとえば、医師の患者への助言の正確さ・適切さを保証することであるならば、そして、修正1条によって保障される専門職言論も、専門家の助言の正確さ・適切さを確保しようとするにあるならば、ポリス・パワーと修正1条は同調することになる⁽⁷⁸⁾。そうではなく、修正1条が思想の自由市場の力に期待しているのだとすれば、ポリス・パワーと衝突することになりそうだ。

かくして、ポリス・パワーと修正1条が衝突するのか、しないのか、するとしてどのように調整されるべきなのかを、専門家のライセンス、専門家の言論という観点から考察することに意味が出てくるのである。

2 知識と情報

高度情報化時代の今日、多くの職業が、アイデアの表出を含むもの、あるいはアイデアの表出そのものとなっている⁽⁷⁹⁾。単純な物品を製造する職業とは本来の性質を異にしてきている。

自由な情報流通を修正1条が保障しているのであるから、かかる職業のライセンス制は、アイデアの表出を制約するものとなる。同時に、アイディ

(77) Haupt, *supra* note 1 at 507.

(78) *Id.* at 511.

(79) Clark Neily, *Beating Rubber-Stamps into Gavel: A Fresh Look at Occupational Freedom*, 126 YALE L.J. FORUM 304, 310 (2016).

アの受領者すなわち、営利情報であれば消費者、専門職言論であれば患者や依頼人の利益を損なうことになる⁽⁸⁰⁾。

しかし、ここで留意すべきことは、表出されるアイデアには、区別しうる二つの要素が含まれていることだ。すなわち、“情報”と“知識”である。ここでの両者の区別は、おおよそ次のようなイメージである。気になる病気の兆候をインターネットで検索し、得られるのは“情報”であるが、クリニックで医師から伝達されるのは“知識”である。Google 先生は、あなたの本当のドクターではないからだ⁽⁸¹⁾。

ツアーガイドは情報を伝達している。それは、Google マップやガイドブックに掲載されているような情報である。情報受領者の個別の状況に応じてカスタマイズされていない、いわば生の情報である。

これに対し、医者や弁護士は、知識を伝達している。専門職言論は、患者や依頼人の状況に合わせて個別化されている⁽⁸²⁾。そして、学問的知識体系、すなわち知識コミュニティと結合されることによって権威づけられ、話し手と聞き手の間の知識の非対称性、聞き手の話し手への依存、助言内容の正確性への信頼といった特徴をもつ⁽⁸³⁾。

もし医者や弁護士が、この意味での専門知識の伝達ではなく、一般的な情報を伝達しているにすぎないのであれば、それは専門職言論ではない。専門家が話す内容のすべてが専門職言論となるのではなく、知識コミュニティの叡智としての専門知識の、個別状況に合わせた助言のみが、専門職言論となるのである。

もっとも、近時、素人専門家 (lay-expert) という用語にみられるように、

(80) Robert Kry, *The "Watchman for Truth": Professional Licensing and the First Amendment*, 23 SEATTLE U.L.REV. 885, 976 (2000).

(81) Haupt, *supra* note 1, at 532.

(82) *Cf. Lowe v. SEC*, 472 U.S. 181, 232 (1985).

(83) Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L.J. 1238, 1250-54 (2016).

一般の人々であっても、知識を取得できるプラットフォームができているのではないか、との疑問もある⁽⁸⁴⁾。

しかし、自己診断はあくまでも自己診断にすぎない。情報の正確性、解釈の信頼性において、プラットフォームによって提供されたものと、専門家によって提供されたものとは、質的な相違が厳然としてあることも指摘される⁽⁸⁵⁾。

このように、情報と知識を区別することは、ツアーガイドと専門家との区別を際立たせ、それぞれに対応するライセンス制と修正1条の関係性の相違の説明に示唆的である。ライセンスの目的が、知識コミュニティの叡智の伝達を保障することにあるとき、それは専門職言論の保障の趣旨と合致する。すなわち両者は相互補完的となる。専門家個人を導管として、知識コミュニティから依頼人へと適切な助言を流通させるという共通の目的をもつのである⁽⁸⁶⁾。

これに対して、ツアーガイドのような、単なる情報伝達行為にはこの理屈はあてはまらない。したがって、別途の考察を要することになる。たとえば観光客がセグウェイで怪我をしないように、インストラクターに一定の技術を習得させるためにライセンス制をとることは、非表現部分のライセンスといえ、許容しうるかもしれない⁽⁸⁷⁾。しかし、ガイドマップに掲載されているような情報であっても、その情報提供行為にライセンス制をしくことの目的は、知識コミュニティの叡智を正確に伝達することにはないはずである。したがって、そうした非専門職業ライセンスの制度目的を別途検証しなければならない。

(84) Lindsay Prior, *Belief, Knowledge and Expertise: The Emergence of the Lay Expert in Medical Sociology*, 25 SOC. HEALTH & ILLNESS 41, 45 (2003).

(85) Haupt, *supra* note 1, at 534.

(86) *Id.* at 529.

(87) *Id.*

3 専門職言論とライセンス制

ポリス・パワーにもとづくライセンス制が、修正 1 条に反するか否かは、ライセンス制が保護しようとしている公衆の保護の意義を明確化すること、および問題となっている修正 1 条はいかなる利益を保護しているのかに依存することを示唆した。ツアーガイドの主張する修正 1 条の利益は、情報の伝達であり、医師や弁護士の本張する修正 1 条の利益は、知識の伝達、すなわち専門職言論である事も指摘した。

専門職言論の特質は、ライセンス制と補完的關係にあると思われる。それは、専門職言論の特質として、“聞き手の利益”と“話し手の質”の 2 点に由来する⁽⁸⁸⁾。

(1) 聞き手の利益

修正 1 条が、表現受領者の利益をも保護すると考えられてきているが、かかる聞き手の利益保護は、修正 1 条の中核的利益ではないと考えられてきた。営利的言論理論が、聞き手の利益を修正 1 条の保護と最初に関連付けたと指摘される⁽⁸⁹⁾。

専門職言論は、聞き手の利益を保護するという面では、営利的言論と類似する。しかし、営利的言論とは異なり、専門職言論は、専門家と依頼人が、信頼関係で結合している点に特徴を見せる⁽⁹⁰⁾。

依頼人が専門家に寄せる信頼は、知識コミュニティの叡智に由来する。依頼人は、自らが受け取る助言について、単なる生の情報ではなく、知識コミュニティにおいて学問的正確さが検証されている正しい内容が、自己の現状に

(88) *Id.* at 543.

(89) Robert Post & Amanda Shanor, *Adam Smith's First Amendment*, 128 HARV.L.REV. FORUM 165, 172 (2015).

(90) Haupt, *supra* note 1, at 544.

個別化されていると、合理的に期待している。この期待を専門職言論理論は保護する。すなわち、助言内容が知識コミュニティの水準に照らして正しいものであること、そうした助言を専門家は依頼人になすこと、そして助言内容の正しさは、知識コミュニティが決定するのであって、政府が決定してはならないこと、これらのことを修正1条は、専門職言論理論として保障していると考えられるのである。専門家が不誠実にも虚偽の助言をなすとき、聞き手である依頼人の利益は大きく損なわれる。

この文脈では、依頼人の利益は、受託者としての専門家の義務と呼応する⁽⁹¹⁾。受託者義務は、依頼人が十分な情報（知識）に基づいた意思決定をおこなえるよう、専門家に必要な全ての情報（知識）を伝達することを内包する⁽⁹²⁾。専門家と依頼人の信頼関係を裏切る行為は、この受託者義務に反するものとなる。受託者義務は、聞き手の利益を保護するように、専門家を義務づけるのである。

同時に、専門家の助言内容が、知識コミュニティの水準に到達していない、質の悪い内容であった場合は、不法行為の問題が生じる。医療の場面では、医療過誤となる。質の悪い助言をおこなった専門家に不法行為責任を課すことで、聞き手の利益を保護しようとするのである。

このように、専門職言論理論においては、異なる二つの側面が、聞き手の利益保護というひとつの目的へと収束することを示唆している。すなわち、知識コミュニティによって決定された知識水準に適合した助言内容であること、かかる助言を提供してくれるだろうと信頼できる能力を専門家が保持していること、という二つの側面は、聞き手の利益を保護する目的という点で、協働するのである⁽⁹³⁾。

かかる聞き手の利益（専門家の能力の保証と専門家への信頼の保護）が、

(91) *Id.* at 545.

(92) Haupt, *supra* note 83, at 1271.

(93) Haupt, *supra* note 1, at 548.

専門職言論理論によって明らかにされた修正 1 条の保障内容であると考えられる。この意味での“公衆の保護”を実現するためのライセンス制は、修正 1 条に反しないどころか、ポリス・パワー行使の正当性を補完すると位置づけられうる⁽⁹⁴⁾。

(2) 話し手の質

専門職言論と対比される公共討論（公衆に開かれた言論、あるいは一般市民社会）においては、話し手の平等性・同質性という強い前提がある⁽⁹⁵⁾。公共的な討論空間においては、誰もが平等に話し手となることができ、その表明するいかなる意見も、同等に扱われなければならない。これは世論に平等に参画する民主制の基礎を形成しているとも指摘される⁽⁹⁶⁾。

しかし、公共的討論空間の外では、誰もが平等な表現者であるという前提は剥ぎ取られる。表現者の非同質性、あるいは話し手の質が異なるというとき、第 1 に、話し手の方が聞き手よりも多くの情報や知識をもっていることが指摘される。第 2 に、話し手相互の異質性も指摘されなければならない。

第 1 の異質性は、受託者義務の観点から説明できる⁽⁹⁷⁾。専門家に受託者義務を課することで、専門家と依頼人の知識ギャップを埋めるのである。これとは異なり、公共的討論空間では、思想の自由市場論が展開され、誰もが平等・同質の能力をもち、流通する情報の取捨選択ができると想定されている⁽⁹⁸⁾。

第 2 の異質性、話し手相互も同質ではないという点も、専門職言論の文脈では見逃してはならない。専門家による助言は、民主的公共討論の一部では

(94) *Id.*

(95) *Id.* at 539.

(96) ALEXANDER MEIKLEJOHN, *FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT* 26 (1948).

(97) Haupt, *supra* note 1, at 549.

(98) Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 U.C. DAVIS L.REV. 1183, 1215 (2016).

ない⁽⁹⁹⁾。専門家の叡智は、思想表現の自由市場によってテストされた言説ではなく、学問的方法によって検証された真実（知識）である⁽¹⁰⁰⁾。知識コミュニティの水準に達していない、悪性の助言を提供した者に不法行為責任を課することは、話し手が同質ではないことを物語っている⁽¹⁰¹⁾。話し手の同質性が前提とされている公共討論空間においては、友人にした助言内容が、専門的知見からみて不正確であったとしても、不法行為責任を問われることはないだろう。

こうしてみると、公共的討論空間においては、専門家でない一般市民がおこなった情報提供を信頼したとしても、またかかる助言を真に受けて損害を受けたとしても、責任を追及することは困難であるが、専門家の背信や助言に由来する害悪は責任追及可能である。このことを事前に判読可能にするメカニズムがライセンス制だと指摘することができる⁽¹⁰²⁾。ライセンスが専門家であるシグナルを発し、ライセンスの枠組み内部で活動する個人は、専門家として専門職言論理論の適用を受けるが、ライセンス枠組みの外で活動するときは、公共的討論空間で活動する個人と考えられ、平等・同質な市民の享受する表現の自由理論が適用されるのである。

(3) 知識コミュニティと専門職ライセンス

ライセンス制と修正1条は一見すると衝突しているように見える。それは、修正1条の保護利益が専門職言論である場合には、解消される。専門家は知識コミュニティの構成員であり、修正1条は、専門家を導管として、専門知識を依頼人に助言することを保障している。ライセンス制の目的も、これと

(99) ROBERT C. POST, *DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE*, at xii (2012).

(100) *Id.* at 45.

(101) Haupt, *supra* note 1, at 548.

(102) *Id.* at 550-551.

同じだからだ⁽¹⁰³⁾。

専門職言論の保護と専門職ライセンスの共通目的は、優れた信頼できる助言を依頼人や患者が利用できるよう保障することである。ライセンスの枠組みも、知識コミュニティから依頼人へと、正確かつ包括的な助言が伝達されることを保障する⁽¹⁰⁴⁾。

知識の正確性は、その性質上、知識コミュニティが判断しなければならない。州がポリス・パワーによって、知識内容の正確性を判定することは許されない。修正 1 条の専門職言論理論は、州の侵害から専門職言論（知識コミュニティの叡智）を保護するのである⁽¹⁰⁵⁾。州のポリス・パワーによって採用される専門職ライセンスは、知識コミュニティの自律性を保障するような枠組みでなければならないのである。

ひとたび専門職ライセンスが付与されたならば、専門家は、専門家の基準のもとで、正確で包括的な信頼できる助言を提供することが認められなければならない⁽¹⁰⁶⁾。同時に、ポリス・パワーによる専門職ライセンス制により、専門家は正確で信頼できる包括的な助言を依頼人に提供するように義務づけられるのである⁽¹⁰⁷⁾。

このように、専門職ライセンス制は、知識コミュニティの自律を保障することで知識の正確性を保障し、専門家個人に正確な知識の伝達の導管となるように義務づける。専門職言論の保障は、聞き手の利益、話し手の質の観点から、知識コミュニティの正確な知識伝達を保障するものである。かくして、専門職ライセンス枠組みは、修正 1 条の専門職言論の保障と相互補完的となるのである。

(103) *Id.* at 529.

(104) Haupt, *supra* note 83, 1267.

(105) Haupt, *supra* note 1, at 504.

(106) Claudia E. Haupt, *Unprofessional Advice*, 19 U.P.A.J.CONST.L. 671, 698 (2017).

(107) Claudia Haupt, *The Limits of Professional Speech*, 128 Yale L.J. Forum 185, 199 (2018).

以上の考察は、知識コミュニティと結合している専門職ライセンスに照準を合わせたものである。知識コミュニティの叡智を伝達することを内容としていない職業にはあてはまらない。かかる非専門職は、知識コミュニティとの結合が欠けているからである⁽¹⁰⁸⁾。そうした非専門職の言論は、依然として、公共的討論空間における表現の自由理論が適用される。ここに、専門職ライセンスと、ツアーガイドのような非専門職のライセンス制との相違があるのである。

4 専門職ライセンス批判

(1) 事前抑制

専門職ライセンスは、表現の自由に対する許されざる事前抑制なのではないか。この問いに対して、事前抑制ではないと答えるのが、第9巡回区の精神分析医の事例である⁽¹⁰⁹⁾。ライセンス枠組みは、カリフォルニア州民のメンタル・ヘルスを守るために適切に設計されており、ライセンスの付与や剥奪が恣意的になされたという主張はなされていないのだから、事前抑制の問題は存在しないと判示した⁽¹¹⁰⁾。

これに対して、Robert Kry は、ライセンス要件は、明らかに表現の事前抑制としてはたらいっているのだから、修正1条の問題をはらんでいるという⁽¹¹¹⁾。ライセンス枠組みをもちいて、行政当局が恣意的な裁量行使をおこなう余地があることを重視すれば、表現者に重大な負担を課すこととなり、事前抑制の問題となりうるだろう⁽¹¹²⁾。

(108) Haupt, *supra* note 1, at 530.

(109) 心理学ライセンスは事前抑制ではないとされた。Nat'l Ass'n for the Advancement of *Psychoanalysis*, 228 F.3d at 1056.

(110) *Id.*

(111) Kry, *supra* note 83, at 889.

(112) *Id.* at 890.

この対立する二つの立場の共通点は、公共的討論空間における事前抑制の原則的禁止の法理を念頭に置いている点である。公共的討論空間における言論抑圧、萎縮効果を最小にすることで、修正 1 条の価値に奉仕しようとする表現の自由理論にもとづいている。第 9 巡回区はそのうえで、恣意的な裁量行使は認められないことを強調し、Kry はその危険性を強調したように思われる。

Haupt は、両者の前提としている公共的討論空間が、そもそも間違っている点を指摘している。専門職言論は、知識コミュニティの叡智を専門家と依頼人という関係をとおして正確に伝達するために保障されている。Haupt は専門職言論をこのように理論化したうえで、専門職言論には事前抑制の原則的禁止の法理は適用されないと主張する⁽¹¹³⁾。

専門職言論の保障が、知識コミュニティの叡智を正確に伝達することであり、水準を満たさない専門家の助言による聞き手の不利益・害悪を除去することを狙っているのであれば、専門家の助言を事前に抑制することは、聞き手の利益を促進するといえる⁽¹¹⁴⁾。優れた助言が提供されるように設えられたライセンス枠組みは、専門職言論理論の観点からは、規範的に好ましいということになる⁽¹¹⁵⁾。

(2) 内容中立性の要求

Reed は、内容中立性を厳格に要求している。専門職ライセンスは、枠組みに助言内容を組み込んでおり、内容規制となっているのではないかとの批判がありうる。

公共的討論空間における表現の自由理論と、知識コミュニティと結合した専門家と依頼人のあいだの正確な知識保障である専門職言論理論との区別

(113) Haupt, *supra* note 1, at 526.

(114) Haupt, *supra* note 83, 1270-1273.

(115) Haupt, *supra* note 1, at 555.

が、ここでも重要である。正確な知識を伝達するためには、助言内容に無関心ではいられない。修正1条は、専門職言論の文脈では、内容にもとづく規制を規範的に要求していると考えられる⁽¹¹⁶⁾。公共的討論において、より正確な情報を参加者が保有していることが望ましい。この意味では、民主的な討論の前提として、民主的能力が必要とされる。内容の正確性が担保された専門職言論、専門知識は、公共的討論を前進させる役割も果たしているといえる⁽¹¹⁷⁾。

内容が正確か否かは、知識コミュニティによって決せられなければならない。専門的水準に到達していない助言内容であれば、不法行為責任を専門家は負わなければならない。そのさい、修正1条の表現の自由を防御として用いることはできない⁽¹¹⁸⁾。

これに対して、ツアーガイドの事例では、ライセンス制が内容に基づく規制であるかどうかは、重大な問題となる。本稿でみた裁判例は、内容規制か内容中立規制かを判定することなく、内容中立規制であると仮定して中間審査基準を適用したとしても違憲となると判示することで、この重大問題への解答を回避している。

(3) 経済学的アプローチ

伝統的な表現の自由理論の俎上での批判とは異なり、経済学的分析を下敷きとしたライセンス制への批判も有力である。よくある批判は、ライセンス制は、職業への参入障壁を設けているというものだ。これにより専門家は非競争的なやり方で、経済的利益を確保していると指摘される⁽¹¹⁹⁾。

ライセンスによる参入障壁は、雇用を制限し、価格を押し上げ、品質や安

(116) Claudia E. Haupt, *Professional Speech and the Content-Neutrality Trap*, 127 YALE L.J. FORUM 150, 152 (2017).

(117) Frederick Schauer, *Facts and the First Amendment*, 57 UCLA L.REV. 897, 901 (2010).

(118) Haupt, *supra* note 1, at 553.

全性を向上させることもないと指摘される⁽¹²⁰⁾。さらに、管轄ごとにライセンスの要件を異ならせることにより、専門家の移動を制限することで競争を抑制し、経済的な産出量を減少させ、サービスの向上は期待できず、価格はさらに上昇するため、消費者にとって便益は皆無となる⁽¹²¹⁾。

情報の非対称性は、今日においてはライセンス制を正当化することはできないとも批判される。インターネットを利用した情報へのアクセスが容易になっているからである⁽¹²²⁾。医者や歯医者、看護師や歯科衛生士との競争から守るために、情報の非対称性という論理が用いられているとの指摘もある⁽¹²³⁾。

専門家の信頼性も、ライセンス制によるのではなく、市場における競争を通じて、最適レベルの信頼が達成される方が好ましいとの批判もある⁽¹²⁴⁾。

ライセンス制への経済学的アプローチからの批判には聞くべき点がある。しかし、市場における競争が最適な生産量と価格を導くと仮定しても、調整プロセスには現実の時間がかかる。また社会全体としては均衡点に向かうとしても、個別の事案でみれば、損失を被る者もでてくる。それが医療の市場であれば、損害は健康被害であり、取り返すことができない。経済学的批判は概して、ライセンスの枠組みでは、専門家の能力を保証するには不十分で

(119) Henry Paul Monaghan, *The Constitution and Occupational Licensing in Massachusetts*, 41 B.U.L.REV. 157, 164 (1961).

(120) Morris M. Kleiner, *Reforming Occupational Licensing Policies*, *Brookings Institution: Hamilton Project* (Mar. 2015) at 6, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/THP_KleinerDiscPaper_final.pdf [<https://perma.cc/SBZ6-LFUV>].

(121) *Id.*

(122) Laurel A. Rigertas, *The Legal Profession's Monopoly: Failing to Protect Consumers*, 82 FORDHAM L.REV. 2683, 2691 (2014).

(123) Alex Tabarrok & Tyler Cowen, *Symmetric Information Won't Be Perfect*, *Cato Unbound* (Apr. 20, 2015), <https://www.cato-unbound.org/2015/04/20/alex-tabarrok-tyler-cowen/symmetric-information-wont-be-perfect> [<https://perma.cc/Z63E-8RAJ>].

(124) Mark A. Hall, *Law, Medicine, and Trust*, 55 STAN.L.REV. 463, 484 (2002).

あることに向けられている。こうした点に鑑みれば、少なくとも、専門職ライセンスの文脈においては、経済学的アプローチからの批判は、ライセンス枠組みを直ちに放棄すべきことを示すというよりは、改善の必要性を示唆するものとして受け止める方が良いと、Haupt は述べている⁽¹²⁵⁾。

5 小括

職業に対する州のポリス・パワーにもとづくライセンス制が、修正1条と緊張関係にあることが、近時、指摘されている。連邦控訴裁レベルでは、ツアーガイドのライセンス制が、修正1条に違反すると判示されてもいた。

しかし、とりわけ医者や弁護士等の専門職の文脈においては、ツアーガイドなど他の職業と異なった扱いが許容されうる。ツアーガイドが扱っている情報とは異なり、専門職は、学問的な知識を助言というかたちで依頼人に伝達している⁽¹²⁶⁾。知識内容の正確性は、知識コミュニティによって決定される。修正1条は、かかる知識コミュニティの自律と知識の正確な伝達を保障しているとみるのが、専門職言論の理論である。

したがって、ツアーガイドの文脈では、修正1条が規制撤廃の正当化論拠として使用できる可能性はあるが、専門職ライセンスの文脈では、有効な武器とはならないことが示唆できる⁽¹²⁷⁾。

もっともそれは、専門職ライセンスが、専門職言論の保護目的と一致している限りである。州がポリス・パワーをもちいて、知識コミュニティの自律性を阻害し、正確な情報伝達に干渉する場合は、ライセンス枠組みは違憲となりうる⁽¹²⁸⁾。

ライセンス制への批判は、とりわけ経済学的な観点から、有力に展開され

(125) Haupt, *supra* note 1, at 533.

(126) Haupt, *supra* note 83, 1283.

(127) Haupt, *supra* note 1, at 505.

(128) *Id.* at 503.

ている。しかしそれも、専門職ライセンスに限ってみれば、その制度設計を改善することを主張するものと理解でき、専門職ライセンス自体を修正 1 条に違反するとして即時撤廃すべきことまでは、含意されていないと解することもできる⁽¹²⁹⁾。

五 ツアーガイド・ライセンスと中間審査基準

ツアーガイドのライセンス制は、専門職言論と専門職ライセンスの射程に入らない。したがって、その合憲性は、公共的討論空間あるいは一般市民社会における修正 1 条の問題として構成されるか、修正 1 条の保護範囲外の経済活動の規制となるのかが、検討されることになる。

以下では、本稿二および三で扱ったツアーガイドの事例をもとに、修正 1 条との関係で提起される問題群を概観する。

1 行為規制か表現規制か

営利活動の規制は、最も緩やかな合理性の基準に服する⁽¹³⁰⁾。しかし、ツアーガイドの事例は、いずれも、ライセンス制は、表現の自由と直接・間接の関係を持つことを認めている。そして中間審査基準を適用することに、いずれの裁判所も合意している。

もっとも、その内訳は一様ではない。特別区（地裁）は、ライセンス制が表現規制とは無関係の行為規制であるとしたうえで、当該行為規制が付随的に表現に影響を与えるものと位置づけた。そして象徴的言論規制の審査基準であるオブライエン・テストを適用した⁽¹³¹⁾。

これと正面から対立するのが、チャールストンの事例である。そこでは、

(129) *Id.* at 509, 559.

(130) Recent Case, First Amendment--Freedom of Speech--D.C. Circuit Holds Unconstitutional District of Columbia's Tour Guide Licensing Regulation.--*Edwards v. District of Columbia*, 755 F.3d 996 (D.C. CIR. 2014), 128 HARV.L.REV. 777, 782.

ツアーガイドは、本質的に表現行為であるから、ライセンス制は表現とは無関係の付随規制とはいえないとされた。そしてオブライエン・テストではなく、*Ward* で示された中間審査基準を適用した。

この対立は、ツアーガイドという職業をどのように位置づけるのかに依存する。たとえば、歌手という職業が、表現行為を本質としていることは疑いない。同様に、ツアーガイドは、表現行為を本質としているといえるか。

この点、ツアーガイドは、観光客や観光地に応じて、多様な表現をおこない、そのなかには政治的言論も含まれうることが指摘される⁽¹³²⁾。ワシントンのランドマークを説明するさい、政府の活動やそれへの批判的見解を述べても不思議はない。この点をとらえて、当該ライセンス規則は、憲法的に保護された権利に負担を課し、合理性審査よりもより厳格な審査が要求されることは妥当だとの見解もある⁽¹³³⁾。

職業の本質の捉え方しだいでは、修正1条の保護を受けることができる点が重要である。表現の自由への付随規制ではなく、表現行為そのものへの直接的な規制とみることができるようになるからだ。単なる経済活動の規制が、場合によっては表現への付随規制となりうる点は以前から認められてきたが、職業の本質の捉え方しだいで、表現の自由そのものへの規制となるわけである。

非表現行為規制が表現の自由が付随的に影響を及ぼしている場合と、表現行為規制であるが内容中立的であるとされる場合とで、中間審査基準の適用にどのような差異が生じるのかは、別途検討が必要であろう。

なお、特別区（控訴裁）は、職業の本質の検討をしないまま、特別区（地裁）

(131) ニュー・オーリンズの事例では、特別区（地裁）にならいつつも、オブライエン・テストではなく *Ward* を引用している。非表現行為規制による表現への付随的制約と捉えているのか、表現行為規制だが内容中立的だと捉えているのか判然としない。

(132) Recent Case, *supra* note 130, at 781, *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, 422 (1988).

(133) Recent Case, *id.* 781-782.

の認定を前提として仮定し、オブライエン・テストを適用し、違憲と判断した。紛争処理上、結論が同じならば、プロセスは不問にすることも、時と場合によっては妥当だということだろうか。しかし、ツアーガイドの活動が、表現行為であろうがなかろうが結論は同じだから、裁判所として判断しないというのは、真実発見を旨とする司法作用において、いささか乱暴なようにも思える。本質的に表現行為である活動を直接規制するのか、そうでないかは、結論に影響を与えるファクターであるし、類似の事案における当事者に予測可能性を与え、法的安定性を確保するためにも、一定の見識を示すべきではなかっただろうか。たとえば占い師、インテリア・コーディネーター等の職業が、その本質上、表現活動か否かをめぐって、今後さらに紛争となることが予測される。

2 内容規制か内容中立規制か

ツアーガイドの活動が表現行為であるとした場合、ライセンス枠組みが内容規制なのか、内容中立規制なのか、さらに問われることとなる。

この点、チャールストンの事例は、内容規制であれば厳格審査の対象となるが、仮に内容中立規制と考えて、中間審査基準を適用したとしても、本件は違憲となるからという理由で、内容規制か内容中立規制かについては、判断を示さなかった。

チャールストンの第 4 巡回区が、*Sorrell* を引用して表現行為規制を認定していることからすると、内容規制であることを示唆しているとも読める。

この点、特別区（地裁）は、*Sorrell* を“特定の表現者”の“特定の内容”をもった言論を冷遇した事例だとみた。ツアーガイド規制は、内容にもとづいておらず、有料ツアーガイドはみな同一の規則に服するのだから、差別的でない点を指摘し、本件は *Sorrell* の射程外だとみた。

しかし、ツアーガイドのライセンス制が、ツアーガイドという特定の表現者が、市にとって都合の良い（面白くない）特定の内容を伝達する（しない）

ようにすることを意図しているとするれば、内容規制にあたる可能性もある。対価を得てツアーガイドをおこなう者は、詐欺を働いたり、不見識な発言をする傾向があるという、ある種の嫌悪にもとづいているかもしれない。こうした要素は、特定の表現者を差別的に取り扱い、その見解によって不利益を与えるものであるから、内容規制となり得る。

とはいえ、勇み足を警戒し、中間審査基準でも違憲判決が出させるのであれば、あえてこの論点に踏み込まないことも十分な合理性がある。先述した表現行為か非表現行為かの類別が、事案の本質そのものに関わるのに対して、表現行為規制であることを前提として、内容規制か内容中立規制かを分類することは、このダイコトミーが完璧でなくグラデーションである点を考慮して、無理にどちらかに断定する必要はないと思われる。内容中立規制であっても、表現抑圧の程度が甚だしい場合は、内容規制と径庭ないとされる場合もあるからだ。

3 付随規制と時・場所・方法規制

特別区（地裁）は、ツアーガイドの免許制は付随規制であると述べ、象徴的言論規制が問題となった *O'Brien* を引用した。

これに対して、ニュー・オーリンズ、特別区（控訴裁）、チャールストンの事例では、*Ward* が引用されている。

ニューオーリンズおよび特別区（控訴裁）は、特別区（地裁）を前提としているので、*O'Brien* も先例としている。

オブライエン・テストも、*Ward* で示されたテスト（以下、「ワード・テスト」と呼ぶ）も、ともに中間審査基準と考えられている。ワード・テストは、綿密に設えられているか否かを厳密に審査する先例として位置づけられる⁽¹³⁴⁾。オブライエン・テストとワード・テストはほとんど異なるところがないとされている⁽¹³⁵⁾。

しかしながら、*Ward* は時・場所・方法規制が問題となった事例であり、表

現への直接規制の事例であった。*O'Brien* は非表現行為規制による表現活動への付随的制約を問題とするものであり、表現への間接規制の事例であると整理できる。

チャールストンの事例は、ツアーガイド規制を付随規制ではないとみたために、オブライエン・テストではなく、ワード・テストのみで判定している。どちらのテストも同じならば、事例を分析して、テストを使い分ける必要もないであろう。しかし、当該裁判所はそうしなかった。

オブライエン・テストとワード・テストの適用される事案類型を精査し、異同を明らかにする必要があるだろう。

4 証拠基準と立法府への非敬讓

中間審査基準の適用場面において、立法府への敬讓を示すかどうかは立場が分かれる。

特別区（地裁）とニュー・オーリンズは、立法府への敬讓というマインドセットのもと、中間審査基準を適用し、合憲と判断したと理解できる⁽¹³⁶⁾。特別区（地裁）は、実質的証拠を要求することは、特別区に過度な負担を課すこととなると述べている。ニュー・オーリンズの事例は、綿密性について踏み込んだ議論をせずに、特別区の主張を認容している。

これに対して、特別区（控訴裁）とチャールストンは、厳格な証拠基準を採用し、立法府への敬讓を示さなかった。特別区（控訴裁）は、特別区（地裁）の付随規制の認定を前提とし、チャールストンの事例は、内容規制か内容中

(134) アメリカにおける中間審査基準の包括的な研究については、金原宏明「言論の自由の法理における中間審査の基準について」熊本学園大学経済論集 26 卷 1-4 号 449 頁 (2020 年) 参照。

(135) *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293 (1984).

(136) 内容中立規制に対する中間審査においては、立法府への敬讓を示してきたとの指摘がある。Recent Case, *supra* note 130, at 784.

立規制かを判断せず、厳格な証拠基準を要求するかたちで立法府への非敬讓を示し、中間審査基準を厳格に適用したと評価できよう。こうした迂回的な方法で違憲判断をくだすよりは、内容規制であると判断して、厳格審査基準を適用すべきだったのかもしれない⁽¹³⁷⁾。

立法府への非敬讓を示した両判決が依拠した先例は異なる。

特別区（控訴裁）は、*Edenfield* を引用し、言論への制約を維持したいと考える政府機関は、列挙する害悪が現実的であること、その制約が実際に害悪を相当程度緩和することを立証しなければならない、と述べた。*Edenfield* は営利的言論が問題とされ、中間審査基準とされるセントラルハドソン・テスト⁽¹³⁸⁾を適用した事例である。ツアーガイドの事例は、営利的言論の事例ではない。しかし特別区（控訴裁）は、オブライエン・テストの目的の重要性および不可避免的にともなう付随的制約かの問いを、*Ward* を引用しながら綿密に設えられているか否かを問うものであると再編し、立法手段が目的を“直接促進”することの立証を求めたのである。“直接促進”するかは、セントラルハドソン・テストの第3プロングである。このように、特別区（控訴裁）は、中間審査基準というキーワードで、*O'Brien*、*Ward*、*Central Hudson* の3つの事案で示されたテストを連動させ、攻撃的に基準を適用した⁽¹³⁹⁾のである。

チャールストンの事例は、*McCullen* とそれに依拠した *Reynolds* を引用し、厳格な証拠基準を市に要求した。*McCullen* は、バッファー・ゾーンでの表現規制を時・場所・方法規制とみてその合憲性が争われた事案であり、*Ward* を引用し、中間審査基準を適用した。*Reynolds* は道ばたでの物乞いの禁止を時・場所・方法規制の内容中立規制と捉えて、中間審査基準を適用し、合憲性を審査した事案である。このように、チャールストンの事例は、一貫して、時・場所・方法規制の中間審査基準に関わる先例に依拠している。

(137) *Id.* at 778.

(138) *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

(139) *Recent Case*, *supra* note 130, at 781.

特別区（控訴裁）の手法によれば、経済活動の制約を営利的言論規制とみて、厳格な審査を要求し、規制撤廃を実現していこうとする流れに棹さすことになる。実際に、特別区（控訴裁）は、市場競争では目的を達成できないことを立証するように、市に要求している。専門職ライセンスへの経済学的アプローチからの批判は、非専門職へのライセンスへの批判にクリティカル・ヒットすることになるだろう。この批判を正面からはねのけるために、“現実の害悪”や“相当程度の緩和”を示す証拠を提出することは困難であると予想できる⁽¹⁴⁰⁾。そうなれば、経済活動の規制を、営利的言論理論・セントラルハドソン・テストを梃子として、修正 1 条の議論の俎上へのせ、厳格な審査を勝ち取り、規制撤廃を実現するという試みは、半ば成功するよう見える。

チャールストンの第 4 巡回区は、特別区（控訴裁）に潜在する危うさをもたない。時・場所・方法規制に限定し、その立証の程度を高めたにすぎない。他の事案に与える影響は少ないと思われる。とはいえ、市に求められた立証の負担は重い。保護された言論への内容中立規制が、重大な政府利益に奉仕するように綿密に設えられていることを証明するためには、政府は、言論規制法律を制定するに先立ち、容易に利用可能なより侵害的でない方法で問題に取り組むことを真剣に企てたことを示さなければならない。換言すれば、代替的手法を実際に試したり、実際に検討したり、有効でないことを実際に示す証拠を提示しなければならないのである。ここに、立法事実の存在について、立法府の裁量を尊重せず、敬讓を示さないことが如実に表れている。

(140) 十分な情報をもっているツアーガイドが、観光客に教育を施すという側面は、市場においては提供されないのではないかとの指摘がある。Id. 783-784. たしかに、教育は公共財であるとすれば、市場において十分に提供されないという考え方も首肯できる。しかし観光客は教育を受けに来ているのではなく、楽しみに来ているのであり、ツアーガイドはまじめな話もするが、面白い話で顧客を引きつけることを主要な表現行為としているはずである。市は、ライセンス制により、観光客に教育を施すようにツアーガイドに強制することは許されまい。ツアーガイドを市のメッセンジャーとすることとなれば、内容規制となる。

六 おわりに

ライセンス制は、様々な職業で採用されている。職業のなかにはアイデアを表出することを本質とするものも多い。そうした職業も雑多であり、ひとまとめにライセンス制として議論することは、分析に適さない。

本稿は、職業のなかでも、いわゆる学問的な職業とされる専門職のライセンスとそれ以外を区別した。専門職は、知識コミュニティと結合している職業をさす。専門職にある個人は、知識コミュニティの一員である。知識コミュニティにおいて、学問的な真理が探究され、そうした叡智を、専門家と依頼人・患者の関係性のなかで、個別の状況に適した形で助言するのが、専門家の仕事である。

専門職言論理論は、かかる専門家の助言を保障する。この保障は修正1条に内包される。しかし、市民社会あるいは公共的討論空間における言論とは異なり、専門家の助言は、依頼人・患者の利益のために内容の正確性が確保されなければならない。内容の正確性は、思想表現の自由市場で達成されるのではなく、知識コミュニティにおいて、学問的な手法で確保されなければならない。このことを修正1条は要求していると考えるのである。

専門職言論の文脈での修正1条の規範は、専門家個人に対して、知識コミュニティの水準に到達した助言をなすこと、内容の正確さについて州の干渉を排除することを求める。

ライセンス制はポリス・パワーにもとづく。ポリス・パワーが、専門職言論として修正1条が要求する規範を実現する枠組みでライセンス制を採用するならば、専門職ライセンスと修正1条は矛盾しないこととなる。

これに対して、ツアーガイドのような非専門家は、市民社会あるいは公共的討論空間における表現の自由が原則として保障される。

非専門職業のライセンス制もポリス・パワーにもとづく。非表現行為である職業規制が、表現の自由の間接・付随的な制約をもたらしている場合、オ

ブライエン・テストで判断することになる。特別区（地裁）がそうして合憲判断をした。ニュー・オーリンズの事例は、特別区（地裁）を参照しつつもウォード・テストを明示的に示して、立法府への敬讓を示しつつ合憲の判断をした。

オブライエン・テストとウォード・テストを順接的に理解しているのは、特別区（控訴裁）も同様である。象徴的言論を射程におさめるオブライエン・テストと、時・場所・方法規制を射程におさめるウォード・テストの適用関係については、さらなる分析が必要である。

ツアーガイドの事例は、いずれも表現の自由の内容規制であるとは判示していない。チャールストンの事例は、*Sorrell* を引用していることから、内容規制を疑わせるが、その点は判断を回避することを明示した。

ツアーガイドのライセンス制を違憲とした特別区（控訴裁）とチャールストンは、中間審査基準を適用した。前者はオブライエン・テストとウォード・テストを混成し、さらに *Edenfield* を引用することで営利的言論のセントラルハドソン・テストをも巻き込んで、綿密性を厳格に立証することを求め、立法府へ敬讓せず、中間審査基準を厳格に適用した。後者は、時・場所・方法規制に関する先例である *Ward*、*McCullen* そして *Reynolds* を引用することで、立法府への敬讓を否定し厳格な証拠基準を求める首尾一貫した理論を提供した。

以上、専門職ライセンスが修正 1 条と適合すること、非専門職のライセンスの合憲性判定基準をめぐるいくつかの混乱を指摘し、解決にむけて若干の示唆をおこなった。

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