

「話す職業」ライセンスと表現内容規制 —それは修正 1 条ロックナー主義か—

井 上 嘉 仁

- 一 はじめに
- 二 修正 1 条ロックナー主義批判の現状認識
 - 1 営利的言論理論の転回
 - 2 新たなロックナーのはじまり
 - 3 新たなロックナーの広がり
 - 4 情報規制による経済規制
- 三 修正 1 条ロックナー主義批判の理論的脆弱性
 - 1 民主的自己統治という錯誤
 - 2 経済構造の変化と新しい表現
- 四 「話す職業」規制と表現の自由
 - 1 専門職言論理論の攻防
 - 2 政治的言論という踏み台
 - 3 「話す職業」ライセンスは内容規制
- 五 「話す職業」ライセンスの厳格審査
 - 1 職業ライセンスと表現
 - 2 「話す職業」がひきおこす害悪
 - 3 「話す職業」の品質保証
- 六 おわりに

一 はじめに

飼っているペットが苦しそうだ。すぐに病院にいけそうもない。あわててインターネットで検索すると、獣医師がオンラインで助言をしてくれるサイトを発見した。すぐに状況を詳しく説明したところ、獣医師から、いくつかの方法を教えてもらい、なるべく早くかかりつけの動物病院でみてもらうように助言をもらった。この獣医師の活動は、医療処置にかかわる行為だろうか、それとも言論だろうか。

知らない土地を旅するのもたまには良いものだ。スマホ片手に、名所旧跡

ごとに表示される情報を読むだけでは味気ない。ツアーガイドを雇って案内してもらいながら話を聞くことにしよう。スマホから得られる情報にはない、面白い話がたくさん聞けた。満足して、ツアーガイドの評価に五つ星をつけておいた。このツアーガイドの活動は、職業的な行為だろうか、それとも言論だろうか。

医療処置や職業行為に従事するとみれば、その規制の合憲性は合理性基準の審査となる。他方で、言論規制とみればより厳しい審査が要求される。

一見すると経済規制のようなものを表現規制とみなすことで、修正1条のより厳格な審査に服させ、規制の撤廃をねらう訴訟傾向を、修正1条ロックナー主義と呼ぼう。ロックナー主義とは、ニュー・ヨーク州のパン工場の労働時間規制が、修正14条のデュー・プロセス条項に含まれる契約の自由を侵害するとして違憲とされた *Lochner*⁽¹⁾ にちなむものである。ロックナー判決は、経営者と労働者は対等であるとみなし、修正14条をもちいて労働者保護的法律を違憲として経営者の利益に奉仕した。近時の判決は、経済規制を表現規制とみることで修正1条をもちいて消費者保護的法律を違憲とし、経営者の利益に奉仕する。どちらも、必要な社会経済規制を無効にし、一部の経営主体の経済的利益を図ろうとする。この傾向をロックナー主義とみて、修正1条を利用した近時の規制撤廃の傾向を、修正1条ロックナー主義あるいは新ロックナー主義だと批判的に位置づける論者があらわれる。

その論者によると、人間行為のほとんどは表現的でありうるから、ほとんどすべての経済規制も表現規制でありうる。どれもこれも同じレベルで保障される表現であると考えてしまうと、およそすべての経済規制は修正1条のもとで厳格な審査に服し、違憲とされるかもしれない。それは社会を混乱と無秩序に陥れ、公衆の健康と安全を害するにちがいない。したがって、先に述べた二つの例のごときは、表現規制とみるべきではない。このように修正

(1) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 458 (1905).

1 条ロックナー主義批判論者は主張するのである。

本稿は、この修正 1 条ロックナー主義批判が現状をどのように認識しているのかを確認したうえで、そのベースとなっている民主的自己統治理論を批判する。そして修正 1 条ロックナー主義のいわんとすることは、結局のところ規制撤廃による害悪の重大性なのではないかと指摘する。そこで主として言論からなる職業である「話す職業」のライセンス制が表現規制の性格を有するとして、内容規制の許される言論類型なのか、ライセンス制は内容規制といえるのかを検討する。最後に、公衆の健康と安全への害悪を防止するというやむにやまれぬ利益が現実の害悪を見据えたものか、ライセンス制が立法目的を達成するために綿密に設えられているといえるのかを検討する。市場圧力がライセンス制と少なくとも同程度以上に目的に奉仕すると思われるため、ライセンス制は違憲であると論じていくことになる。

二 修正 1 条ロックナー主義批判の現状認識

1 営利的言論理論の転回

(1) 営利的言論理論の出発点

営利的言論をより強力に保障するながれが、修正 1 条ロックナー主義だと批判されることをみていくに先立ち、営利的言論がいかにして保障されるようになったのかを確認しておこう。

連邦最高裁は、*Chrestensen*⁽²⁾において、純粋な営利広告は修正 1 条の保障の範囲外だと判示した。ロックナー判決との関係でいえば、*Chrestensen* はロックナー時代を終わらせた *West Coast Hotel*⁽³⁾ の 5 年後に出された。*Chrestensen* の執筆者は、ロックナー時代を終わらせた立役者のロバーツ裁判官だった。ここに連邦最高裁が営利的言論に保護を与えなかった理由をみるとすれば、

(2) *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

(3) *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

Chrestensen はロックナー時代の終焉のプロセスの一部ということが出来る⁽⁴⁾。

その後、1976年に連邦最高裁は、*Virginia State Board of Pharmacy*⁽⁵⁾において、*Chrestensen*を覆し、営利的言論理論を創出した。当時の消費者運動の潮流に乗って、消費者に情報取得のチャンネルを修正1条が開いた。この手の訴訟は、かつてであれば修正14条の実体的デュー・プロセス理論を使ってなされた。しかしロックナー時代が終わったために、代替として修正1条が新たな原動力となったのだ。シニカルにいえば、修正1条を手がかりにする新しいロックナー主義を促進したのは、とりもおさず、そのロックナー判決だった⁽⁶⁾。

(2) 営利的言論の低い保護水準

理論の創出にもかかわらず、営利的言論とは何か、明確な定義は困難であった。それゆえ、言論にみえるような活動であっても、営利的言論の定義しないで、それを経済的行為だとみることにも可能となる。経済的行為だとすれば、表現の自由の保障は及ばず、規制の憲法適合性については、合理性基準の審査が採用されることになる⁽⁷⁾。専門職言論理論も、専門家の助言を専門家の言論とみるのか、専門家の行為とみるのかについて、同じ問題を抱えている。

ある活動が営利的言論とされるとして、その憲法的保護水準は、修正1条の核心にあるとされる政治的言論とくらべて、低いとされる。その理由は複数挙げうるが、民主的自己統治の価値に欠けるという理由が、有力とされる。

民主的自己統治論の泰斗はアレキサンダー・ミクルジョン（Alexander Meiklejohn）である。彼によれば、“統治者と被統治者は別々のグループでは

(4) Amanda Shanor, *The New Lochner*, 2016 Wis.L.Rev. 133, 141 (2016).

(5) *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

(6) Shanor, *supra* note 4, at 144.

(7) *Id.* at 196.

なく、一つの自己統治する人々なのだ。しかし営利的言論に従事するとき、われわれは民主的自己統治に参加しておらず、支配される主体としてコミュニケーションに従事しているのだ⁽⁸⁾。

かくして、営利的言論理論は、政治的言論には許されない制限も可能なように組み立てられていく⁽⁹⁾。営利的言論は、聞き手の利益を保護するものであり、話し手の権利を保障していない、過度に広汎ゆえに無効の法理や、事前抑制禁止の法理が適用されない、萎縮効果の理論も適用されない、表現内容に基づく規制も許されると考えられ、情報開示を義務づけることも緩やかに認められる⁽¹⁰⁾、とされた。

(3) 営利的言論理論のパラダイム・シフト

この営利的言論の理論枠組みを決定的に変更したのが 2011 年の *Sorrell*⁽¹¹⁾ だった。そこでは、医者処方行為を明らかにする薬局データを、医師の同意なく使用すること等を禁止する州法が問題となった⁽¹²⁾。法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、営利的言論が話者の自律のために保障されることを示唆し⁽¹³⁾、営利的言論であっても、規制が内容にもとづくとき厳格な審査に服すると判示した⁽¹⁴⁾。

また *Reed*⁽¹⁵⁾ において連邦最高裁が、内容にもとづく規制（内容差別）の定義を拡大したことも、営利的言論を厳格審査する方向を後押しした。*Reed* は、

(8) Alexander Meiklejohn, *Political Freedom* 12 (1960).

(9) Shanor, *supra* note 4, at 144-147.

(10) Robert Post & Amanda Shanor, *Adam Smith's First Amendment*, 128 Harv.L.Rev. F. 165, 169-170 (2015).

(11) *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653 (2011).

(12) *Id.* at 2660.

(13) *Id.* at 2663.

(14) *Id.* at 2664.

(15) *Reed v. Town of Gilbert*, 135 S.Ct. 2218 (2015).

討論されているトピック、アイデア、あるいは表出されるメッセージのゆえに、特定の言論に規制が適用されるならば、それは政府の動機が良心的か、内容中立的か、あるいは敵意がないこととは無関係に、内容規制であり違憲の推定が及ぶという⁽¹⁶⁾。

各地の裁判所においても、営利的言論の理論枠組みを変更する判決がなされている。たとえば、ツアーガイドのライセンス制が修正1条に違反するとされた *Edwards*⁽¹⁷⁾ は、対価を得てガイドを提供するという点で営利性をもつ話者の自律的権利を修正1条で保障したと解することもできる⁽¹⁸⁾。また貴金属取扱者として活動するためにライセンスの取得を義務づける法律が、貴金属購入の意思を示す者に適用される点をとらえて、修正1条違反だと判示された例もある⁽¹⁹⁾。

営利的言論理論のパラダイム・シフトは、単に営利的言論の保護水準を高めるにとどまらず、従来は経済的行為とみなされてきた活動に対する法的規制を、修正1条に違反する表現規制に再構成する径を拓く。ここに修正1条のリバタリアンの転回、すなわち修正1条ロックナー主義の狼煙があげられた。これまで積み上げられた、情報の受け手の利益を中心に理論化され、消費者保護を意図され、政治的言論と営利的言論の棲み分けをねらった憲法的落とし所が、破綻することになるかもしれない⁽²⁰⁾。

(16) *Id.* at 2227-28.

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

(18) *Shanor*, *supra* note 4, at 152. もっとも、対価を得ているからといって、言論が直ちに営利的言論となるわけではない。

(19) *LLC v. Goodman*, 748 F.3d 682 (6th Cir. 2014).

(20) *Shanor*, *supra* note 4, at 140. *Shanor* は、*Sorrell* に従えば、およそすべての情報開示義務が厳密な憲法適合審査に服することになり、詐欺的表現規制すらも、それが内容規制であるがゆえに、修正1条によって違憲とされるかもしれないと危惧する。*Id.* at 178.

2 新たなロックナーのはじまり

(1) 時代背景

経済規制を修正 1 条を用いて違憲とするやりかたを修正 1 条ロックナー主義とみて批判する旗手は Robert Post と Amanda Shanor である。

Shanor によれば、修正 1 条を利用した新たなロックナーの萌芽は、1970 年代にみられるという⁽²¹⁾。Shanor が指摘するのは、“すべての市場でなされる規制は等しく不当であるとの前提で営利的言論を防御するのは、ロックナー型の財産権保護へと立ち戻りたいという願望に根ざすものだった”⁽²²⁾ という、1970 年代に The Liberty Fund が開催した学会の参加者の述懐である。またレーガン大統領によって第 9 巡回区の裁判官の指名候補となったり、リバタリアンでありカロリンプロダクツ判決の脚注 4 を熱心に批判したりしたことで知られる Bernard Siegan が、ロックナー判決の審査基準に立ち戻ることを望んで、合理性基準のテストを放棄すべきことを主張した⁽²³⁾ ことも指摘している⁽²⁴⁾。さらにパウエル裁判官が最高裁判事に就任する以前に、企業システムに対する脅威は単なる経済問題ではなく、個人の自由への脅威であると述べたことも指摘される⁽²⁵⁾。

1980 年代は、レーガン革命にともなう経済的リバタリアニズムの時代である。営利的言論理論のパラダイム・シフトへと向けた漸進的变化は、この時代、共和党の影響への司法的な敬讓もあったと Shanor はいう⁽²⁶⁾。

ビジネス界や圧力団体の主たる関心は、国家の規制権限拡大への懸念にあった。修正 1 条を利用した規制撤廃をねらう訴訟の増加は、企業の協調の

(21) *Id.* at 163.

(22) *See* Edwin Baker, *Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom*, 62 Iowa L.Rev. 1, 4 n.22 (1976).

(23) *See, e.g.*, Bernard H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution* 113-14, 203 (1980).

(24) Shanor, *supra* note 4, at 160.

(25) *Id.* at 156.

(26) *Id.* at 150.

産物でもあるという⁽²⁷⁾。

こうした時代背景のもとで、2000年代に入り、多くの経済規制が表現規制と位置づけられ始めることとなる。たとえば原産国ラベルを一定の肉製品に表示することが修正1条のもとで争われるようになった⁽²⁸⁾。かつてであれば合理性審査に服するおなじみの経済規制とされただろうに⁽²⁹⁾。

(2) ロックナーの復活—規制撤廃

新しいロックナー主義は、かつてのロックナー的な経済規制撤廃を、修正1条の衣をまとって復活させるおそれがあると指摘される⁽³⁰⁾。特に危険視されるのは、政治部門ではなく裁判所を、経済生活の裁定者とする点である⁽³¹⁾。

この危険は、連邦最高裁も見逃していない。*Sorrell*におけるブライヤ裁判官の反対意見は、法廷意見の判示に対して“バンドラの箱を開ける”ものであり、経済規制が問題となっている場合の民主的決定に、裁判所の決定を置き換えるという、ニュー・ディール以前のロックナーの脅威を復活させることを指摘している⁽³²⁾。

民主的自己統治に重きをおく学者は、公共的討論とかわからない営利的言論に強力な保護を与えることを強く否定している。とりわけ「言論は言論である」として、すべての言論を等しく保障するような近時のリバタリアン的な営利的言論の転回は、理論的な混沌を招くのみならず、修正1条が保護しようとしている民主的政府を破壊するおそれがあるという⁽³³⁾。

(27) *Id.* at 158.

(28) *Am. Meat Inst. v. USDA*, 760 F.3d 18 (D.C. Cir. 2014) (en banc).

(29) Shanor, *supra* note, at 138.

(30) *Id.* at 182.

(31) *Id.*

(32) *Sorrell*, *supra* note 11, at 2685 (Breyer, J., dissenting).

3 新たなロックナーの広がり

(1) 「言論は言論である」という考え方

修正 1 条によって経済規制を撤廃しようとする新たなロックナーは、その論理的歯止めのなさゆえに、止めどのない広がりを見せる可能性がある。

かつてのロックナー時代は、アダム・スミス (Adam Smith) の哲学などに影響され、市場における私的自治の領域を、国家権力から守ろうとしていた。そこには一定のイデオロギーがあった。しかし、新たなロックナーにはそうしたイデオロギーはなく、営利的言論も通常の言論としての市民権を得たというだけだと指摘される⁽³⁴⁾。

このことは、「言論は言論である」という考え方に表れている。「言論は言論である」から厳格審査が適用される、という考え方を示しているのは Paul Sherman である⁽³⁵⁾。Sherman は人間の言語をとおしてのコミュニケーションを「言論」と理解しているように思われる⁽³⁶⁾。修正 1 条ロックナー主義批判論者は、Sherman の理論によれば、すべての情報開示義務は厳格審査に服することになるのではないかと懸念する⁽³⁷⁾。

「言論は言論である」という考え方は、修正 1 条の法力の限界を理論づける原理をまったく内包していない。その威力は破壊的であり、規制撤廃を主目的としつつ、その実、民主的政府を根本的に破滅させるおそれがあると指摘

(33) Post & Shanor, *supra* note 10, at 181-182. ほとんどすべての営利活動は言葉を用いてなされるのだから、すべてのビジネス・ライセンス制は、修正 1 条を根拠とする訴訟の影響を受ける可能性がある。Shanor, *supra* note 4, at 180.

(34) *Id.* at 187.

(35) Paul Sherman, *Occupational Speech and the First Amendment*, 128 Harv.L.Rev.F. 183, 191-92 (2015).

(36) Post & Shanor, *supra* note 10, at 177. それゆえに、ツアーガイドのライセンス制も言論内容にもとづく規制として扱われるべきだという。Sherman, *supra* note 35, at 192.

(37) Shanor, *supra* note 4, at 192. 栄養表示、アルコール飲料の妊婦への警告から非常口の標識まで全部が、事実上致命的な審査といわれる厳格審査の対象となりうる。新たなロックナーには何らの論理的限定もないと指摘される。*Id.* 192-193.

される⁽³⁸⁾。というのも、人間行為が言語をとおしてなされるのだから、「言論は言論だ」とすれば、なんであれすべて修正1条の問題となってしまう、結果としてすべての経済規制は表現規制とされかねないからである。医者が勧めた治療が間違っていたとき、あるいは、人種的理由を主張して労働者を解雇したとき、いずれの場合も修正1条の主張は認められないはずである⁽³⁹⁾。言論だからといって等しく保障されるわけではないのだ。こうして、Shanorは、修正1条ロックナー主義を断固として拒否するのである。

(2) あらゆる行為は表現的でありうる

同様に、修正1条ロックナー主義は、人間のあらゆる行為が表現的でありうることから、すべての規制を表現規制とする可能性がある。

人間行為のほとんどは、言論をとおしてなされる。あるいは外部の観察者が意図を読み取ることのできる方法でなされる。経済活動においてもそうである。販売員と会話をするし、契約書にはサインもする⁽⁴⁰⁾。

ほとんどの行為が言論をとおしてなされるということは、ほとんどの行為は表現的でありうる。テロ行為や殺人行為であっても、何らかの表現的要素があるといえる。行為と言論は分かちがたく結びついているのである⁽⁴¹⁾。

ほとんどの行為が表現的であるということは、ほとんどの行為規制は表現規制となりうることを意味する。サンタクララ・カウンティは、催事場を賃貸するさい、見本市で銃や弾丸の販売をオファーすることを禁止していた。第9巡回区は、オファーの禁止は営利的言論規制であり、修正1条に反すると判断した⁽⁴²⁾。いかなる売買契約も申込と承諾というコミュニケーション的

(38) *Id.* at 206.

(39) *Id.* at 193-194.

(40) *Id.* at 176.

(41) *Id.* at 176-177.

(42) *Nordyke v. Santa Clara County*, 110 F.3d 707 (9th Cir. 1997).

要素を含んでいるから、この考えに従うと、販売の禁止はすべて修正 1 条の審査のトリガーとなりそうだ⁽⁴³⁾。

このように考えれば、修正 1 条はほとんど完全な規制撤廃の威力を秘めている。修正 1 条が国家権力の外延を規定しているともいえる⁽⁴⁴⁾。かつての実体的デュー・プロセス理論は、契約の自由についてだけ威力を発揮したのと比較すると、その影響力の大きさは目を見張る⁽⁴⁵⁾。修正 1 条がわれわれの生活の隅々にまで行き渡っているという普及性が、修正 1 条による規制撤廃の潜在的脅威なのだという⁽⁴⁶⁾。

4 情報規制による経済規制

(1) 情報規制の普及

経済活動の規制には、行為の禁止や命令といった直接的規制と、情報に基づくより緩やかな間接的な情報規制（以下、「情報規制」という。）がある。後者は、企業の活動に一定の情報開示義務を課したり、人間行為のもつ心理的パタンを利用し、あるいはインセンティブを与え、人間の行動を政府の目的に沿うように誘導するものである⁽⁴⁷⁾。

(43) Shanor, *supra* note 4, at 181.

(44) *Id.* at 176.

(45) *Id.* at 184.

(46) *Id.* at 177.

(47) 人間の行動心理に由来する定型的な誤り（ヒューリスティクス）を「ナッジ」して（肘でつついて）、より安全な選択をするように誘導するものである。たとえば、人は最初を選択肢が示してあれば、それを変更しようとしないう傾向がある（デフォルト・オプション）。それを利用すれば、臓器提供者を増やしたいと思っている政府は、デフォルト・オプションとして、臓器提供「する」を選択肢として示し、「しない」場合はオプト・アウトできるという仕組みをとる。リバタリアン・パターナリズムとしても言及されるこうした取り組みについての批判的研究は、井上嘉仁「ソフトなパターナリズムは自由と両立するか——リバタリアン・パターナリズム論の影」姫路法学 50 号 41-95 頁（2009 年）。

情報規制は、歴代大統領の推進により⁽⁴⁸⁾、近年はますます普及し、直接的規制にとってかわっている。行為の直接規制は、ときにコストがかかり、非効率的で締め付けが強いものだ。これに対して、情報規制は、公衆の選択の機会を付与する。選択できるという点をとらえれば、より民主的ともいえよう⁽⁴⁹⁾。

情報規制は、人々の知らないうちに、人々の利益となるように、人々の行為を誘導するものであるため、パターンリズムの問題があると論じられてきた。しかし、現在、より熱い議論は、修正1条との緊張関係にある。なぜなら、行為の直接規制よりも、情報規制の方が、表現規制的にみえるからである。たとえば政府の外交上の目的を達するため、武力紛争地域から調達された鉱物かどうかを開示するよう企業に求めることは、当該地域からの調達を差し控えるようなインセンティブを企業に与える。同じ目的は、取引の禁止によっても達成できるが、情報開示の手法による方が、より制限的でないといえる⁽⁵⁰⁾。しかしながら、情報開示義務は表現の自由の問題のように見える。経済規制が表現規制へと変わるのである。同様に、たばこの販売を禁止するのではなく、警告表示を義務づけることは、経済規制ではなく表現規制だとみられるようになる⁽⁵¹⁾。

(2) 情報規制と新たなロックナー

行為の直接的規制から緩やかな情報規制への流れは、規制の性質を経済行為規制から表現行為規制へと変えたように思える。この行くつくところは、かつての命令的な行為規制の復活かもしれない。

経済行為に対する強力な規制から、より緩やかな情報規制へとシフトした

(48) Shanor, *supra* note 4, at 165.

(49) *Id.* at 167-168.

(50) *National Association of Manufacturers v. SEC*, 800 F.3d 518 (D.C. Cir. 2015).

(51) Shanor, *supra* note 4, at 171.

にもかかわらず、より強い経済行為規制は、合理性基準の審査の対象とされ、より緩やかな情報規制は、厳格審査の対象とされ違憲無効とされかねない。ここに修正 1 条ロックナー主義の不合理が指摘される⁽⁵²⁾。

情報規制が違憲無効となるのであれば、政府は命令的規制を復活させ、経済規制を実現しようとするかもしれない⁽⁵³⁾。Shanor は、規制撤廃論者の思いとは裏腹に、大きな国家権力と統一的な政府の意思決定のもとにおかれる世界となるだろうと预言する⁽⁵⁴⁾。

もっとも現実には、規制強化には大きな政治力が必要となるだろうから、過去に戻ることはないかもしれない。だとすれば、真の帰結は、規制が保護していた健康や安全といった利益を、修正 1 条が剥ぎ取ることかもしれない⁽⁵⁵⁾。

以上が、修正 1 条をもちいて経済規制を攻撃する人々を、修正 1 条ロックナー主義だと批判する Post や Shanor の主張である。

三 修正 1 条ロックナー主義批判の理論的脆弱性

1 民主的自己統治という錯誤

(1) 新ロックナー批判①：民主的自己統治にもとる

上述のように、修正 1 条を使用した規制撤廃の動きは、新ロックナーだと警戒と批判がなされてきている。この批判は、表現の自由が民主的自己統治と結びつくものだとして理解する論者から、主としてなされている。営利的言論は民主的自己統治に欠けるというものだ。次のように批判する。

民主的自己統治との結びつきを考慮しない、「言論は言論である」とする理論は、いわば形式的自由の主張である。この考え方は民主的自己統治を不可

(52) *Id.* at 135.

(53) *Id.* at 197.

(54) *Id.* at 200.

(55) *Id.* at 198.

能にする⁽⁵⁶⁾。形式的自由は、修正1条がなぜ内容差別を厳しく警戒しているのか、その理由を理解していない。内容差別が許されないのは、何を言うかにかかわらず、各人が世論形成に参加する等しい権利をもっているからである。内容差別の禁止は、民主的市民の資格について、基本的な平等性を表明しているのである⁽⁵⁷⁾。

「言論は言論である」とする理論は、こうした民主的自己統治と無関係に、すべての言論を等しく高水準で保障しようとする点で誤っている。

(2) 新ロックナー批判②：裁判所による政策決定は不当

民主的自己統治を根拠とする批判と軌を一にするものとして、経済活動にかかわる規制を表現規制とみて、憲法適合性審査を高めることで、経済規制を撤廃する新ロックナーは、政治部門から裁判所に経済規制権限を委譲する点で誤っていると批判される⁽⁵⁸⁾。

このような権限委譲を容認する傾向にある連邦最高裁に対して、批判者は、修正1条を自分たちの政策的選好を立法するための武器にしようとしている、と糾弾する⁽⁵⁹⁾。裁判官の「裸の政治的選好」を連邦憲法のなかに忍び込ませる手法への批判は、*Obergefell*⁽⁶⁰⁾の反対意見が、多数意見とロックナーのアプローチを比較したのと類似している。

政治部門に対して司法部を強化することは、反多数主義的でもある。というのも、現代的な情報規制による情報開示義務を、言論の自由違反だとして

(56) *Id.* at 136-137.

(57) Robert C. Post, *Citizens Divided* 3-43 (2014). 市場国家の時代においては市場において消費者は公共政策を購入する、これも民主的自己統治だとも指摘するが、そこまで拡大していくと、ほとんどの行為が公共的討論への参加の契機を含むことになるのではなからうか。

(58) Shanor, *supra* note 4, at 196-197.

(59) Post & Shanor, *supra* note 10, at 166.

(60) *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584, 2611-26 (Roberts, C.J., dissenting).

訴訟提起できる一部の人が、政策を無効にできるようになるからだ。より賢い選択をするために情報の受け手の利益を守る法規制に投票する多くの人々の意思に反して、一部のエリートの政策的選好を、司法をつうじて実現させることになる⁽⁶¹⁾。新たなロックナーが、営利的な話者の権利を保障することは、かくして反多数主義的となるのである。

(3) 反論：「話す職業」の表現保護は自己統治に資する

以上の批判に対して、「話す職業」の規制を表現規制と見る立場を擁護する論者は、次のように反論している。

民主的自己統治の理論は、言論は、それが公共的討論に役立つ限度で保護されなければならないというものだ⁽⁶²⁾。公共的討論は、世論形成のために必要と考えられるすべての情報伝達プロセスを含むとされる⁽⁶³⁾。この見解の核心的焦点は、その言論が、公共的関心や政治的言論の問題に関連する内容を有する言論か否か、にある⁽⁶⁴⁾。

では「話す職業」の言論が公共的討論に役立つのか。たとえば、都市の歴史的な名所について話しながら案内するツアーガイドは、公共的関心に寄与しているといえる。また公衆は、価値あるサービスの利用可能性に強い関心をもっている。これは公共的関心といえる。そうした関心に奉仕する「話す職業」の言論は、公共的関心を含む言論といえる⁽⁶⁵⁾。

この反論は、民主的自己統治の理論がかかえる深刻な線引き問題を反映している⁽⁶⁶⁾。いかなる言論が公共的関心を含んでいるのかを決定するのは極めて

(61) Shanor, *supra* note 4, at 200.

(62) Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* 26 (1948).

(63) Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 Va.L.Rev. 477, 486 (2011).

(64) *Id.*

(65) Eugene Volokh, *The Trouble with "Public Discourse" as a Limitation on Free Speech Rights*, 97 Va.L.Rev. 567 (2011).

(66) *Id.* at 567-568.

て困難なのである。どの言論が、世論の形成にとって必要と考えられるべきなのかは、本質的に明らかではない⁽⁶⁷⁾。闘犬のビデオを見ること⁽⁶⁸⁾、テレビゲームで遊ぶこと⁽⁶⁹⁾が、世論の形成にどのような役割を持っているのか理解しがたい。それでも、両者はともに修正1条で保護される言論であると判示されている。民主的自己統治という学説は、学界では確固とした支持者をもっているが、現実の修正1条理論において、最小限度の影響力しかもっていないと考える方が良い⁽⁷⁰⁾。

さらに、「話す職業」に完全な修正1条の保護を認めるべき論拠として、次のように主張される。

個人の自律、あるいは自己実現の価値に資するという修正1条の見方がある。それによれば、言論は、個人の自己実現や自己決定を促進し、それが他者の正当な利益を侵害しない範囲で保護されるべきである⁽⁷¹⁾。この考え方は、何が善であるかについて思考し、結論に到達する能力、そしてその結論に従って行為する能力が、自由で理性的な人格としての基礎にあるというカント的な観念を、言論の自由の前提とみている⁽⁷²⁾。カント的理解によると、他人の自由領域を侵害するとき、個人の行動は制限されるということになる⁽⁷³⁾。

では、「話す職業」に完全な修正1条の保護を与えることが、個人の自律や自己実現という修正1条の価値と矛盾するだろうか。いやしない。ライセンス等によって職業に関連する言論（あるいは営利的言論）を制限することは、人が自分の人生をどのようにアレンジするかを自分自身で決定することを妨

(67) Post, *supra* note 63, at 486.

(68) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 130 S.Ct. 1577 (2010).

(69) *Brown v. Ent. Merchs. Ass'n*, 564 U.S. 786 (2011).

(70) Bradley Copeland, *Occupational Licensing and the First Amendment*, 31 Geo.Mason U.Civ. Rts.L.J. 181, 211 (2021).

(71) *Id.* at 208.

(72) *Id.*

(73) *Id.*

げるから、人々の自由を侵害する⁽⁷⁴⁾。消費者保護という理屈は、他人の自由領域を保護することを意味する。規制が真に消費者保護となっているかを厳格に審査しなければならない。詐欺による消費者被害は、すでに別の法律で守られているのだから、不必要な表現抑制をしてはならないという修正 1 条の法理の下で、とりわけライセンスを要求する消費者保護の必要性は重く審査されなければならない⁽⁷⁵⁾。

2 経済構造の変化と新しい表現

(1) 経済構造の変化

上述のように、新たなロックナーを警戒する論者は、ロックナーの亡霊をアメリカの法理論によみがえらせようとしていると警戒しているようにみえる。これに対して、今日の修正 1 条を利用した経済規制の撤廃は、理論的問題ではなく、現代的市場のダイナミズムの変化が、規制法の再定位を迫っている結果だとみて、批判は見当違いであるとの主張がある⁽⁷⁶⁾。

アメリカの経済構造は、産業革命時の「労働者 対 資本家」というパターンから変化している。経済社会において「話す職業」が増加するにつれて、職業行為を構成するある種の行為は、修正 1 条の当初理解をそのままに、保護される領域に入るようになったというのである⁽⁷⁷⁾。

前述のように Shanor は、修正 1 条のロックナー的な転回を 1970 年代にみた⁽⁷⁸⁾。しかし、今日の経済構造は 1970 年代から著しく変化している。現代経済において進行している諸活動を、当時の構造で分析することは妥当ではな

(74) *Id.* at 209.

(75) *Id.*

(76) John S. Ehrett, *Speak No Evil, Do No Harm: A New Legal Standard for Professional Speech Regulation*, 2018 U.Ill.L.Rev. Online 184 188-189 (2018).

(77) *Id.* at 189.

(78) Shanor, *supra* note 4, at 151-152.

い。修正1条を手がかりに経済規制にアプローチするのは、単に、現代的な経済活動が、修正1条の保護を与えられている経済活動になったからだ⁽⁷⁹⁾。経済活動が製造業中心から「話す職業」を内包するサービス業中心へと拡大した結果であって、表現の自由理論をロックナーを蘇らせるために拡大解釈した結果では無いのである。

かくして、経済構造の変化が特定の経済行為を修正1条の範囲内に入るよう押し出していったとみて、修正1条ロックナー主義批判に反論するのである。

(2) 職業従事者の保護

ロックナー判決が問題視されたのは、労働者と使用者とのあいだの交渉力の不均衡を是正するために制定された法律を無効にし、労働者が交渉力をもつことを困難なものとした点にある⁽⁸⁰⁾。

新しいロックナーを警戒する論者は、すべての言論を憲法的に等しいものとみて、マーケティング情報と戦争反対の言論とを同列にする点が、労使の交渉力は同じとみなしたロックナーと同じ過ちを繰り返していると批判する⁽⁸¹⁾。

しかしここで比較するべきは、営利的言論と政治的言論ではないはずだ。旧ロックナーが法律による労働者保護を違憲とするために契約の自由を認めたと対照すれば、ここで問題とするべきは、裁判所が営利的言論規制を撤廃することで、労働者の利益が損なわれるのかであろう。

「話す職業」の言論を規制すること、とりわけツアーガイドにみられるような職業ライセンス制は、後述するように、専門家として生計を立てようとする人々に不利益を課す⁽⁸²⁾。かかる言論規制を厳格審査することは、政府の干

(79) Ehrett, *supra* note 76, at 189.

(80) Copeland, *supra* note 70, at 212.

(81) Shanor, *supra* note 4, at 204-205.

渉をなくし、職業従事者の自由量を増大させる⁽⁸³⁾。したがって、修正 1 条による経済規制の撤廃は、旧ロックナーとは異なり、労働に従事する人々を経済的に良化させるのである。

かくして、契約の自由を承認して使用者側を有利にし労働者を不利にした旧ロックナーと、新ロックナーとのそしりを受ける現代的な修正 1 条の動向は、異なる。批判は当たらない。

(3) 問題の認識

ここまで、修正 1 条ロックナー主義あるいは新ロックナーを警戒する立場からの批判と、それへの反論をみてきた。批判者の立場は、その依拠する民主的自己統治理論に内在する欠点があること、欠点に目を瞑っても、「話す職業」の言論が公共的関心に資するといいうること、また経済構造の変化を等閑視していることから、説得力に欠ける。

そもそも批判者が新ロックナー主義のレッテルをはりながら警戒したのは何だったのか。それは、修正 1 条を利用する規制撤廃の影響力が大きすぎることにあったと思われる。それは、ロックナー時代には定着していなかった「切り札としての権利」という考え方が、実体的デュー・プロセス理論以上の、規制撤廃に向けたズシリと重いハンマーとなることを Shanor が指摘⁽⁸⁴⁾している点にもうかがえる。「言論は言論である」理論の哲学や理論的ささえのなさも、つまるところ、イデオロギー的希薄さが、修正 1 条を論拠とする主張への戸惑いを払拭し⁽⁸⁵⁾、結果として規制撤廃訴訟が増加し、社会的影響力が

(82) Copeland, *supra* note 70, at 212.

(83) *Id.* at 212-213.

(84) Shanor, *supra* note 4, at 184. Victoria F. Nourse, *A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights*, 97 Calif.L.Rev. 751, 753 (2009).

(85) Shanor, *supra* note 4, at 186.

大きくなることを危惧しているのである。

批判者はまた、現代経済のエンジンは、国家介入に決定的に依拠しているという⁽⁸⁶⁾。だからこそ、規制撤廃が経済を混乱させ、公衆の健康や安全といった保護される利益が損なわれると考えるのだろう。

どうやら、この対立問題の根底は、市場における自由に、国家の権力的介入がどこまで認められるべきなのかにあるようだ。本稿では、かかる経済哲学的分析に立ち入ることはしない。ここでは、「話す職業」の言論が表現の自由で保障されるのか、されるとしてカテゴリカルに内容規制が認められるのか、ライセンス制は内容規制なのか、内容規制だとすると厳格審査をパスするのかについて分析するにとどめる。

四 「話す職業」規制と表現の自由

1 専門職言論理論の攻防

(1) 「個人的つながり」テスト

「話す職業」の典型例は、専門的助言を与える医者や弁護士である。本稿では、そうした知識コミュニティにおける学問的専門性に裏付けられた専門家のみならず、ツアーガイドのように、言論を主要な構成要素とする職業全般を緩やかに「話す職業」と位置づけている。「話す職業」に含まれる言論は、これまで営利的言論かさもなければ経済活動とみられてきた。しかし厳密にみれば、専門家の助言もツアーガイドの案内も、商取引を提案する言論ではない。こうした言論を包摂して、「営利的言論」とみるならば、「営利的言論」とその他の言論との区別は希薄となり、両者に区別がないならば、ともに通常の言論に適用される高水準の表現の自由の保護が与えられるべきことになりそうだ。

専門家の助言が表現の自由の保護を受けるのかをめぐって、参照されてき

(86) *Id.* at 188.

た判例は, *Lowe*⁽⁸⁷⁾ である。投資アドバイザーとしてのライセンスを喪失していた Christopher Lowe は, 金の市況等に関する一般的な評論を掲載した「投資新聞」を発行したが, これがライセンスなしに投資アドバイスをすることを禁じる投資助言者法に違反するとして起訴された。この事件におけるホワイต์裁判官の同調意見は次のようだった。

“個人的に, 自らの判断の下で, 依頼人の事務を引き受け, 依頼人個人の必要性や状況に照らして, 依頼人のために判断すると主張する者は, 専門的職業活動に従事していると考えるのが適切である。単に提供と受領が契約と呼称される規制可能な取引に付随するコミュニケーションであるとき, 専門家の言論は, 専門的職業行為に付随するものである。もし政府が, 当該専門職業を営むかもしれない人々のクラスを限定するような一般的に適用可能なライセンス条項を制定するならば, それは修正 1 条の審査に服する言論やプレスの自由への制限を制定したとはいいがたい。専門家と依頼人のあいだの個人的つながりが存在せず, 話者がその人物の状況を直接的に知っている特定個人のために判断していると主張しないところでは, 政府規制は, 言論への付随的な影響を与えるにすぎない専門職遂行の正当な規制として機能しなくなる。それは, 修正 1 条の保護対象となる言論あるいは出版の規制となる”⁽⁸⁸⁾。

この「個人的つながり」テストをあてはめると, *Lowe* は, 個人的な助言ではなく一般向けの出版をしたにとどまるから, それを規制する法律は修正 1 条に違反することになる。

「個人的つながり」テストは, 下級審では受け入れられ, 営利的言論の事例にしばしば適用されてきた⁽⁸⁹⁾。下級審裁判所は, 「個人的つながり」の概念を, 依頼人のために判断をおこなうことから, 専門家の語ることに依頼人が金銭を支払うすべての状況に拡大しさえした⁽⁹⁰⁾。

(87) *Lowe v. SEC*, 427 U.S. 181 (1985).

(88) *Id.* 232.

(89) *See Wollschlaeger v. Governor of Fla.*, 760 F.3d 1195 (11th Cir. 2014).

しかし、連邦最高裁の多数派は、「個人的つながり」テストを一度として採用してこなかった⁽⁹¹⁾。それどころか、「個人的つながり」がある場合でも、通常の表現とみて厳格審査をする方向に一歩も二歩も進んだように思われる。

(2) 専門職言論類型の否定——厳格審査

「個人的つながり」テストを採用してこなかった連邦最高裁が、それでも専門家の助言はより低水準の修正1条の保護しか受けないとする「専門職言論」類型を認めるかどうか。これに決着をつけたのが *NIFLA*⁽⁹²⁾ である。

ライセンスを保有するクリニック（人工妊娠中絶に反対するものを含む）に対して、人工妊娠中絶を含むサービスを州が提供していることを、来院者に告知すること等を義務づける州法が問題となった。連邦最高裁は、告知を義務づける要件は、修正1条を侵害すると判示した⁽⁹³⁾。判決中、連邦最高裁は、専門家の助言は通常の表現とは異なり、より規制に服しやすい特別の言論類型とする専門職言論理論を、次のように述べて明確に拒絶した。

“当連邦最高裁は、専門職言論を独立した言論類型として認識してこなかった。言論は、それが専門家によって発せられたからというだけで保護されなくなるものではない”⁽⁹⁴⁾。

連邦最高裁は、専門職言論理論は、アイディアの自由市場に干渉することになり、また専門職言論じたいが定義困難であることから、危険なものとなると指摘する⁽⁹⁵⁾。連邦最高裁は、説得的理由があれば将来的に専門職言論が類型化される余地を残してはいるが、理論を酷評していることから、そうし

(90) *See Moore-King v. Cnty. of Chesterfield*, 708 F.3d 560 (4th Cir. 2013).

(91) *Sherman*, *supra* note 35, at 186.

(92) *Nat'l Inst. of Family & Life Advocs. v. Becerra*, 138 S. Ct. 2361 (2018).

(93) *Id.* at 2368, 2378.

(94) *Id.* at 2374-2372.

(95) *Id.* at 2375.

た理由はみつからないかもしれない⁽⁹⁶⁾。専門職言論を他の言論と区別する理由がないのだから、*NIFLA* は、専門職言論とみられてきた類型を厳格審査することを強く示唆していると思われる⁽⁹⁷⁾。

医師の助言から占い師の予言まで、下級審においては多様な言論が“専門職言論”とされてきた。これを認めなかった連邦最高裁は、広く「話す職業」の言論を通常の言論と区別しない方向に進路をとっていると考えられる。

NIFLA は、言論がより低い保護を受ける場合として、二つの状況を示した。第一の状況は、自らの営利的言論のなかで純粋に事実的で非論争的な情報の開示を義務づける場合である⁽⁹⁸⁾。州の提供するサービスの情報提供は、クリニックの提供するサービスとは異なるため、告知要件はこの例外には当たらないとされた⁽⁹⁹⁾。

第二の状況は、専門家の行為の規制が言論に付随的な影響をともなっている場合である⁽¹⁰⁰⁾。インフォームド・コンセント要件がそれに当たる。クリニックは医療処置と無関係に告知義務を課されていたため、この例外にも当たらないとされた⁽¹⁰¹⁾。

専門家の助言を厳格審査する傾向は、下級審に波及しはじめている。獣医であるハインズ博士は、遠隔治療として、個人向けにオンラインで、獣医学的助言を世界中のペット所有者に提供し始めた。テキサス州法は、動物を診察しないでオンラインで助言することを禁止していたため、ハインズ博士は罰金と資格停止の処分を受けた。

(96) Copeland, *supra* note 70, at 198.

(97) *Id.* at 198.

(98) *Id.* at 2372 (citing *Zauderer v. Off. of Disciplinary Couns. of Sup. Ct. of Ohio*, 471 U.S. 626, 651 (1985)).

(99) *Id.*

(100) *Id.*

(101) *Id.* at 2373 (citing *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 884 (1992)).

ハインズ博士はペット所有者に対して、オンラインで助言をすることがトリガーとなって規制されるのだから、言論内容規制となり、厳格審査に服すると主張した。しかし第5巡回区は、州の広汎な規制権限を認め、修正1条違反の主張を認めなかった⁽¹⁰²⁾。

ところがこの判決は、ハインズ博士が新たに提起した訴訟によって、*NIFLA* を引用しながら覆された⁽¹⁰³⁾。その後、テキサス州南部地区合衆国地方裁判所は、*Humanitarian Law Project*⁽¹⁰⁴⁾ を引用しながら、オンラインでの助言禁止を内容にもとづく表現の規制であると判示した⁽¹⁰⁵⁾。

かくして、専門職言論を巡る攻防については、「話す職業」の言論の規制には、*NIFLA* が認めた二つの例外を除いて、厳格審査をしていくことが示唆されている。

2 政治的言論という踏み台——ツアーガイドを例に

(1) ツアーガイドの政治性

営利的言論理論のリバタリアンの転回により、修正1条が経済規制を無効にすることは危険ではないか。これが修正1条ロックナー主義に向けられた危惧だった。しかし、そもそも「話す職業」の言論が、営利的言論ではなく政治的言論に分類されるのであれば、営利的言論理論がどの方向に転がろうとも、修正1条の手厚い保護を受けることになる。そこで、以下では、ツアーガイドを例にして、「話す職業」の言論が政治的言論であるとの主張をみてみよう。

政治的言論は、政治的变化に関する双方向的コミュニケーションを含む⁽¹⁰⁶⁾。

(102) *Hines v. Alldredge*, 783 F.3d 197 (2015).

(103) *Hines v. Quillivan*, 982 F.3d 266 (2020).

(104) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

(105) *Hines v. Quillivan*, 2021 WL 583386.

(106) *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, 421-22 (1988).

修正 1 条は政治的問題について相互に自由に話せることを保障している⁽¹⁰⁷⁾。ツアーガイドも、一定の政治的できごとや自分の理解をコミュニケーションするのであれば、政治的言論に従事していると分類されなければならない。このときツアーは、政治問題に関連する双方向的コミュニケーションの一形態として理解されることになる。はたして、ツアーガイドをこのように理解できるだろうか。

今や旅行は携帯端末を手に堪能できる。それでも人間のツアーガイドを雇うには意味がある。旅行者は、観光名所についての単純な知識ではなく、相互的かつ個人化された経験を受領することを求めており、そしてツアーガイドがそれを提供できるのだ、との指摘がある⁽¹⁰⁸⁾。インターネット等のデジタル・リソースではなく、人間のツアーガイドは、一方向的ではなく、コミュニケーションターであり、経験仲介業者としての役割を担うことが増えているという⁽¹⁰⁹⁾。すなわち、一定の場所に赴き、それぞれユニークな旅行者の心に響く、共感できるような専門知識をコミュニケーションすることで、旅行者に豊かな経験を仲介している⁽¹¹⁰⁾。

コミュニケーションされる知識は、特定の地域や文化的伝統と結びついたガイド個人の経験や見解も含まれる。ガイドは彼らの人生を生きており、都市の社会的発展、歴史や知られざる慣習のようなものについての知見は、必然的に、彼ら個別の個人的かつ政治的イデオロギーによって着色されている⁽¹¹¹⁾。またガイド個人のコミュニケーション・スタイルや言葉の選択は、個人的かつ心理的な性質を反映していることも示唆され、それは政治的選好と結びつ

(107) Marie J. Plecha, “Segs and the City” and Cutting-Edge Aesthetic Experiences: Resolving the Circuit Split on Tour Guides’ Licensing Requirements and the First Amendment, 2020 U.Ch. Legal F.427, 445 (2020).

(108) *Id.* at 427.

(109) *Id.* at 441.

(110) *Id.*

(111) *Id.* at 444.

いているとも指摘される⁽¹¹²⁾。ある研究によれば、Twitter上で人々が用いた特定の用語の頻度は、民主党あるいは共和党の政治的所属と関係があった⁽¹¹³⁾。たとえば、民主党員は一人称単数を用いがちで、共和党員は一人称複数や三人称男性名詞を用いがちであるようだ。そうであれば、ガイドの言葉の選択や修辞法から、イデオロギー的選好がにじみ出るといえるだろう⁽¹¹⁴⁾。

もちろんツアーガイドは事前に原稿を用意しているだろう。しかし、そうした原稿にも特定の歴史的あるいは政治的できごとに関連するレトリックや言葉遣いに、暗黙のうちにバイアスやイデオロギーが内在している。またガイド中に質問に答えることもあるだろう。そのとき、特定の主題について信念を明示的に伝達することもありうる。

以上のように考えれば、ツアーガイドと旅行者は政治的問題についての双方向的コミュニケーションを、意識的にであれ無意識的にであれ、おこなっているのだから、ツアーガイドの言論は政治的言論であるというのである⁽¹¹⁵⁾。これに対して、ツアーガイドをライセンス制にすることは、都市を取り巻く政治的ディスコースの物語を州が統制することを意味する。

(2) 営利的言論でも専門職言論でもない

ツアーガイドの言論を政治的言論だと位置づける論者は、その言論は営利的言論あるいは専門職言論ではないと指摘する。

営利的言論は、最も典型的には処方薬の価格広告のようなものである。連邦最高裁は、かつて、営利的言論は商取引を提案するにすぎないものだと述べた⁽¹¹⁶⁾。しかし(1)でみたように、ツアーガイドは商取引ではなく、地理、

(112) *Id.*

(113) *Id.*

(114) *Id.* at 445.

(115) *Id.*

(116) *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 561 (1980) (citing *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 762 (1976)).

歴史、政治および社会学についての見解を提供し、観光客に素晴らしい経験と喜びを与えることに奉仕しているのである。このゆえに、ツアーガイドの言論は営利的言論ではないという⁽¹¹⁷⁾。

専門職言論類型については、*NIFLA* で拒絶されたが、しかし、明確に定義した専門職類型については依然として理論化できる可能性がある。知識コミュニティと結びついた、科学的・学問的な訓練を受けた専門家が、正確で、包括的で、そして信頼できる助言を依頼人に伝達する場合、それを専門職言論と定義する見方である⁽¹¹⁸⁾。この見方に立てば、*NIFLA* の事案は、専門職言論の事案ではないことになる。なぜなら、そこで強制されたのは州の提供するサービスについての告知であり、科学的・学問的な正しい内容とは無関係なものだったからである。

専門職言論をこのように狭く定義すれば、ツアーガイドの言論は、専門職言論でないことは明らかである。ツアーガイドは学問的知識を伝達するのではないからである。かといってツアーガイドは単なる情報の提供をしているわけでもない。先に述べたように、ツアーガイドは、個人的なコミュニケーション・スキルをもちいて、一人ひとりの旅行者の経験に個人化した経験を提供するのである⁽¹¹⁹⁾。

(3) この議論の不必要性

ツアーガイドの言論を政治的言論だと位置づける論者の意図は、それを踏み台として、高レベルの保障を獲得することにある。それが営利的言論ないしは専門職言論とされた場合に、より低レベルの憲法的保護しか受けられないから、それを回避しようというわけである。

だが、*Sorrell* にみられる営利的言論の保護の高まりを所与とすれば、政治

(117) Plecha, *supra* note 107, at 437.

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

(119) Plecha, *supra* note 107, at 442.

的言論に位置づけることにこだわる必要はないかもしれない。

他方、この論者の主張を受け入れれば、およそすべての言論は、政治的言論と位置づけることが可能なように思える。営業マンにはそれぞれ固有のコミュニケーション・スキルやスタイルがあり、お客様に商品を渡すだけでなく、満足をお届けるのである。またセールストークに使用する用語の選択に、個人のイデオロギーや価値観が入り込んでいるかもしれない。要するに、どうとでもいえるのである。

たしかに、人権の黎明期には、民主政の確立と維持に関心が高まった。表現の自由の核心に政治的言論が位置づけられたことも納得できる。

しかし既に民主政は十分に確立した。民主政は自由を守るための政治的手段であることを思い返すべきであろう。自由を減らすために民主政のロジックを用いるべきではない。

政治的言論の範囲を広げていくのではなく、内容を問わず、人間の言語を用いた対人的コミュニケーション行為を表現の自由は保障していると解すべきである。内容の重要性は、コミュニケーション従事者が評価すれば十分である。

とすれば、表現内容が政治的かどうかの方が重要なのではなく、なんであれ、その伝達するメッセージに着目して法規制の引き金を引くことが警戒されなければならないと考えられる。以下では、メッセージに着目した規制についての考え方を検討しよう。

3 「話す職業」ライセンスは内容規制

(1) 歴史テスト

内容にもとづく規制がカテゴリーカルに認められるかについて、連邦最高裁は、*Stevens*⁽¹²⁰⁾においてひとつの見解を示している。この事件は、動物虐待

(120) *Stevens, supra* note 68, at 463.

の画像の販売や所持の禁止にかかわる事案である⁽¹²¹⁾。連邦最高裁は次のように説明する。“関連する社会的コストとベネフィットのアドホックな衡量”⁽¹²²⁾にもとづいて、“新たな言論カテゴリを修正 1 条の射程の範囲外であると宣言するための自由な裁量権”⁽¹²³⁾を連邦裁判所はもっていない。本件で問題となっている法律は、内容に基づいて負担を課すものである⁽¹²⁴⁾。

規制が内容にもとづく場合、違憲の推定が及ぶ。推定を覆すことができるかを判断するさい、連邦最高裁は次のようにいう。“1791 年から現在まで修正 1 条はいくつかの限定的な領域において言論の内容にもとづく制約を認めてきている。これらの伝統的限定を無視する自由を包含することは決してなかった”⁽¹²⁵⁾。こうした歴史的例外のなかには、わいせつ、名誉毀損、詐欺、煽動および犯罪行為に不可欠な言論が含まれる⁽¹²⁶⁾。

結論として、連邦最高裁は、動物虐待の描写が、歴史的に修正 1 条の保護が及ばないとされた証拠はないと認定した⁽¹²⁷⁾。

Stevens は内容規制が許される言論カテゴリかどうかを判断するのに、歴史テストを用いたといえる。18 世紀・19 世紀を振り返って、「話す職業」のライセンス制はほとんどなかった⁽¹²⁸⁾ のだから、内容規制がカテゴリカルに修正 1 条に違反しないとみることはできない。内容規制の許されるカテゴリかどうかは、歴史を振り返って個別的に検討されなければならない。

(2) 内容規制

(121) *Id.*

(122) *Id.* at 470.

(123) *Id.* at 472.

(124) *Id.*

(125) *Id.* at 468.

(126) *Id.* at 469.

(127) *Id.*

(128) *Sherman, supra note 35, at 192.*

Stevens と同じ 2010 年、連邦最高裁は、*Humanitarian Law Project* において、いかなる規制が内容規制となるかに関する判決を下した。この事件は、外国のテロ組織に特定の知識や特定のスキルを提供することを禁じた制定法の合憲性が問題となった。政府は、制定法は、原告の行為に向けられており、彼らの言論に付随的にのみ負担を課しているにすぎないと主張した⁽¹²⁹⁾。

連邦最高裁は、制定法は行為にのみ向けられたという政府の主張を拒絶した⁽¹³⁰⁾。連邦最高裁は、制定法が原告に指定されたテロリストグループとコミュニケーションすることを認めるか否かは、彼らが何をコミュニケーションするかに依存していたと認定した⁽¹³¹⁾。制定法は、“特定のスキル”あるいは“特別の知識”について、テロリストグループと話をすることを、原告に禁じた⁽¹³²⁾。しかしながら、もし原告が、“一般的あるいは特別でない知識”を指定されたテロリストグループに授与するのみであったならば、制定法は、彼らがそうすることを禁じなかっただろう⁽¹³³⁾。文面上は、制定法は行為に向けられているが、原告に適用されるとき、それは内容にもとづく表現規制だった⁽¹³⁴⁾。かくして、連邦最高裁は、制定法は厳格審査に服すると判示したのだ⁽¹³⁵⁾。

ここに連邦最高裁は、ある制定法のもとで適用のトリガーとなる行為が、メッセージを伝達する行為からなるとき、修正 1 条の問題を惹起し、当該制定法は表現の内容にもとづく規制として厳格審査を受けることを明らかにしたのである。

ライセンスを取得しない人が「話す」（メッセージを伝達する）ことが引き金となり、罰金を科されるような場合は、内容規制とされることになるだろ

(129) *Humanitarian Law Project*, *supra* note 104, at 26.

(130) *Id.* at 6, 27.

(131) *Id.* at 27.

(132) *Id.*

(133) *Id.*

(134) *Id.*

(135) *Id.* at 28.

う。したがって、ツアーガイドのライセンス制は、観光名所について有料で話すことが法適用の引き金となるのであるから内容規制であり、厳格審査が適用される事案だということになりそうだ。

「話す職業」の規制、とりわけライセンス制は、歴史的にみて内容規制が許される例外に該当しないこと、またライセンス制はメッセージ伝達を法適用の引き金とする内容規制であるといえる。そうすると、次の問題は、ライセンス制が厳格審査をパスするか否かである。次に章を改めてライセンス制の正当化が可能かどうかをみていこう。

五 「話す職業」ライセンスの厳格審査

1 職業ライセンスと表現

(1) 職業ライセンス

Shanor は、修正 1 条を用いて経済規制を撤廃することを、新ロックナーと論難したが、その真意は、数えられないほどの法律が厳格審査に服することになり、規制が次々と無効になることへの警戒だった⁽¹³⁶⁾。Shanor は、健康と安全のための経済規制が撤廃されることを恐れたのだ。営利的あるいは専門職的行為と言論の境界を曖昧にすることは、牛刀をもって鶏を割くようなもので、使い方を誤っているといたいのだ⁽¹³⁷⁾。

Shanor の主張するような健康や安全への重大な害悪が本当に発生するならば、それを防止することはやむにやまれざる利益であり、厳格審査をパスする可能性もある。以下では、ライセンス制に主として焦点をあてて概論する。

オバマ政権下で提出されたレポートのなかで、職業ライセンスとは、一定の業種を遂行したいと考えている個人に政府の許可を獲得することを要求する規制の一形態であると述べられた⁽¹³⁸⁾。アメリカにおいて、労働者のおよそ

(136) Shanor, *supra* note 4, at 194-195.

(137) Ehrett, *supra* note 76, at 188.

4人に1人は、ライセンスを保有しているという⁽¹³⁹⁾。1950年代初頭は、労働力の5%未満にすぎなかったライセンス関連法対象者が、ここ数十年で大幅に増加した⁽¹⁴⁰⁾。

職業ライセンスは、ポリス・パワーの行使として、公衆の健康や安全を促進するために制度化されているというのが、一般的な見方である。しかしこれに疑念を抱かせる指摘がなされている。たとえば、美容師と救急救命士とでは、救急救命士の方が公衆の健康及び安全のリスクとより密接にかかわっていると思われる。ところが、救急救命士のライセンス取得には平均的に約一ヶ月を要するのに対して、美容師のライセンスを取得するためには一年を超える訓練を完了しなければならないと指摘される⁽¹⁴¹⁾。このように、公衆の健康や安全の利益と比較して、職業間で不釣り合いな負担が課されていることがわかる。あるいは州によっては花屋（florists）ライセンスをもうけるところもある⁽¹⁴²⁾。金属ワイヤーを適切に処理しないと購入者の指に刺さるかもしれないことが懸念されるが、公衆の健康と安全のためといえるかは疑問なしとしない。このように、職業ライセンスには廃止しても心配されるような健康や安全の害悪を発生させないものも多くある。

ある論者は、ライセンス制が社会に与えるコストを次のように紹介・分析する⁽¹⁴³⁾。アメリカにおいて、ライセンスを取得するためには、平均して267ドルの手数料の支払い、試験合格および一年近い教育及び経験が必要とされる⁽¹⁴⁴⁾。こうした負担は、ライセンスが必要な職業において雇用を減少させ、

(138) U.S. Dep't of the Treasury Office of Econ. Policy et al., *Occupational Licensing: A Framework for Policymakers* 4 (2015).

(139) Copeland, *supra* note 70, at 186.

(140) *Id.*

(141) *Id.* at 188.

(142) *Id.*

(143) *Id.* at 187-189.

(144) *Id.* at 187.

したがって競争を減少させることになる⁽¹⁴⁵⁾。ライセンスを保有する労働者とそうでない労働者の間の所得格差は拡大することになり⁽¹⁴⁶⁾、財やサービスのコストは増加する⁽¹⁴⁷⁾。ライセンスは州ごとに発行されるので、州ごとに相当程度のヴァリエーションがある。それが州際移動を減少させることになる。特に、移動先でライセンスを再取得しなければならない場合、移動を断念するかもしれない⁽¹⁴⁸⁾。このように、ライセンス制の社会的コストも大きい。

別の論者は、職業ライセンスのなかで最強で最悪なのがアメリカ医師会だという⁽¹⁴⁹⁾。ライセンスによって医師の人数を低く抑えることは医師の利益になる。このライセンス制は、医師の利益ではなく質を保つという根拠によって正当化される。しかしその正当化は妥当でない。なぜなら医師の質をあげするためには、質の低い 50% に免許を与えなければよいからである。その場合、医師の質はあがるだろうが、医療の平均的な質は低下するだろう。医師の質があがることと国民の受ける医療の質は別の話である。つまり、医師の質が悪くても、それなりの医療を得られる方が、医師の人数が少なく費用が高いせいで医療が全く受けられないよりもマシである、というわけだ⁽¹⁵⁰⁾。

一般に職業のライセンス制は、公衆の健康と安全を守るといわれるが、実際には疑わしい場合が多いこと、ライセンス制の社会的コストも大きいこと、既得権保護の温床となりがちなことに警戒しなければならない。

(2) 「職業」のライセンスか「話す職業」ライセンスか

(145) Morris M. Kleiner, Licensing Occupations: Ensuring Quality or Restricting Competition? 115 (2006).

(146) *Id.* at 6.

(147) U.S. Dep't of the Treasury Office of Econ., *supra* note 138, at 4.

(148) Copeland, *supra* note 70, at 188.

(149) デイヴィッド・フリードマン (森村進ほか訳) 『自由のためのメカニズム アナルコ・キャピタリズムへの道案内』 (勁草書房, 2003 年) 51-55 頁。

(150) 同 56-57 頁。

職業ライセンスが適切であるならば、「話す職業」ライセンスも適切であるという次のような主張がある⁽¹⁵¹⁾。第1に、ライセンスの付与が職業にとって適切であるならば、政府は当該職業のメンバーであると主張しうるのが誰かについて制限することができる。メンバーであると騙ることは詐欺に該当する。第2に、ライセンス制が適切ならば、そのとき「話す職業」にとって、ライセンスのスキームは必然的に、ライセンスを受けていない者が自由に話すことを妨げる。弁護士がそうである。第3に、ライセンス制が「話す職業」にとって適切ならば、そのとき、州もまたライセンスをもつ専門家が話せることを統制することに少なくとも何らかの利益をもつ。話の質は公共の関心だからである。

そのうえで、ツアーガイドのライセンス制についていえば、ライセンスをもっていないガイドから公衆の安全を保護することにあるから、適切なライセンス制だという⁽¹⁵²⁾。ライセンス制が適切であれば、州は規制について強い利益をもっているのだから、修正1条の厳格審査を適用することは間違っているという⁽¹⁵³⁾。ライセンス試験をパスする専門家は知識の貯蔵に寄与しているので、規制を柔軟に認めることのできる中間審査が適当だと主張する⁽¹⁵⁴⁾。

しかしこの主張は、言論を切り離して職業のライセンス制を議論する点で妥当でない。ビジネスライセンスのように職業とかかわらないライセンスはあり得るが、「話す職業」は職業それ自体が「話す」ことなのである。したがって、文字通り言論の規制であり、なおかつ内容規制なのである。「職業」ライセンスが言論に付随的に負担を課しているのではなく、「話す職業」ライセンスが言論を直接規制しているとみななければならない。

(151) Rebecca Haw Allensworth, *The (Limited) Constitutional Right to Competition in an Occupation*, 60 Wm. & Mary L.Rev. 1111, 1140 (2019).

(152) *Id.* at 1141.

(153) *Id.* at 1142.

(154) *Id.* Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 Yale L.J. 1238, 1241 (2016).

(3) 「話す職業」ライセンスの参入障壁と多様性喪失問題

獣医師ハインズ博士の例も、ツアーガイドの例も、言論規制が経済成長を妨げる例でもある。厳格審査によって規制が撤廃されれば、参入障壁はなくなり、自由な競争がもたらされる⁽¹⁵⁵⁾。

「話す職業」を通常の修正 1 条の文脈に位置づけることができれば、事前抑制禁止の原則により守られることになる。これによりライセンス制を廃止することがより容易となりうる⁽¹⁵⁶⁾。ライセンス制がなくなり市場参入が容易となれば、所得格差の解消にもつながりうる。消費者にはより多くの選択肢がもたされ、コストもより安価となることが予想される⁽¹⁵⁷⁾。

ライセンス制は言論の多様性を損ねている。ツアーガイドを例にしながら、以下のように指摘されている。アメリカのツアーガイドの 69% は白人⁽¹⁵⁸⁾で、次に割合の高かった集団は“その他”の 7% とヒスパニック、ラティーノあるいはスパニッシュの 7% であった⁽¹⁵⁹⁾。またツアーガイドの多数派は、高校卒業以上の学歴を有している。証明書 (Certificate) あるいは準学士をもつものが 36%、学士が 20%、修士が 9% であった⁽¹⁶⁰⁾。結果として、より低い社会経済的階級からの視座や経験は、職業から排除され、旅行者の耳目には触れないことになる⁽¹⁶¹⁾。

このようにライセンス制は、より教育された、より経済的に余裕のある人々を選抜する機能をもっているのである。すなわち、ツアーガイド業を開始できる人々を、多肢選択テストに合格する教育水準のある、高額な手数料を支

(155) Copeland, *supra* note 70, at 182, Plecha, *supra* note 107, at 442.

(156) Copeland, *supra* note 70, at 183.

(157) U.S. Dep't of the Treasury Office of Econ., *supra* note 138 at 5-6.

(158) Plecha, *supra* note 107, at 441.

(159) *Id.*

(160) *Id.*

(161) *Id.* at 441-442.

払えるだけの経済的余裕のある人々だけにしぼることになる。社会経済的階層の下位にいてガイドになりたいと思う個人は、手数料を負担できず、教育水準が低ければ筆記試験に十分な準備ができないかもしれない。ツアーの最中にガイドが何を話すかは自由であるから、ライセンス制は言論の自由を侵害していないという見解もあるが、以上の観点から妥当でない。

かくして、「話す職業」のライセンス制は、参入障壁を形成し、市場におけるサービスの多様性も損なわせるといえる。

職業ライセンスは、「話す職業」ライセンスも含めて、公衆の健康と安全のために採用されているといわれる。しかし以上みてきたように、ライセンス制の社会的コストは大きいように思える。「話す職業」は、その防止がやむにやまれざる政府の利益といえるほどの重大な害悪を引き起こしているのだろうか。

2 「話す職業」がひきおこす害悪

(1) 審査のステージ

職業が健康と安全に危険をもたらすときは、ライセンス制が認められる。しかし健康と安全に危険をもたらさない言論を含む職業ライセンスは認めがたい。たとえば獣医師のハインズ博士の例でいえば、ハインズ博士のオンライン助言は、ペット所有者が自ら合法的におこなうことのできる活動についてだった。なんらの危険も発生させていないにもかかわらず、ライセンス規則により禁止され、免許は停止された。これは不必要に言論を範囲に含む職業規制の好例である⁽¹⁶²⁾。

では、「話す職業」が健康と安全に危険を及ぼす場合はどうか。

言論を含む職業が、依頼人の身体的福祉あるいは法的権利を回復不可能なほどに害する実質の見込みがある場合は、合理性基準の審査をおこない、そ

(162) Copeland, *supra* note 70, at 203.

うでないならば厳格審査をおこなうべきだとの主張がある⁽¹⁶³⁾。

しかし「話す職業」のライセンス制それ自体が、表現内容にもとづく規制であり厳格審査されなければならない。重大な害悪を発生させるか否かは、厳格審査をパスするかいなかのステージで検討すべき事柄であり、適用する審査基準を決定するステージで検討することがらではない。

(2) 情報の非対称性

「話す職業」の公衆への害悪は、能力に欠ける専門家がひきおこすと考えられている⁽¹⁶⁴⁾。いわゆる情報の非対称性のゆえに、消費者が前もって専門家の仕事の質を判断することが困難である場合を想定し、惹起される重大な害悪を回避するために、ライセンス制が有用なのだ、という論理である。

これに賛同する論者は、ライセンス制を廃止して、消費者レビューによる五つ星評価のシステムを採用するのは、中華レストランには良いが、誤算のコストが劇的に高い場合は適切でないという。すなわち、飯がまずいことは、神経外科手術をやり損なうことよりも劇的にコストがかかるとはいえない。その意味で、ライセンス制は意味があるという⁽¹⁶⁵⁾。

同じことは「話す職業」にもいえるだろうか。

ツアーガイドと旅行者の間には、観光地の歴史や文化について、情報の非対称性はある程度存在するといえる。観光名所について誤った情報を提供する害悪は、身体的あるいは医学的害悪のリスクを含まない。観光客を混乱させるリスクは、内容規制を正当化するほど憲法的な害悪を引き起こすようには思われぬ⁽¹⁶⁶⁾。

(163) Ehrett, *supra* note 76, at 190.

(164) Copeland, *supra* note 70, at 186, *see Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 545 (1945) (Jackson, J., concurring).

(165) Ehrett, *supra* note 76, at 191-192.

(166) Plecha, *supra* note 107, at 448.

情報の非対称性の理論には、消費者の判断能力は不十分であるから、政府が保護しなければならないというパターンリズムが潜んでいる。修正1条は、自らの最良の裁判官は自分自身であると想定しているはずであり、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決定できると想定するべきである⁽¹⁶⁷⁾。旅行者なり依頼人なりは、観光案内や専門的助言を聞かないこともできるし、関係を絶つこともできるのである。消費者保護は、適切な判断能力を有しているはずの消費者の自律的判断を容易にすることを指し、何事もできない消費者の判断に対してパターンリスティックな行政介入をすることであってはならない⁽¹⁶⁸⁾。

また情報の非対称性は、現実の市場を駆動させるものでもある。相互のもつ情報が等しくないからこそ、取引が成り立つのである。医者を持つ知識を患者は持っていないから、医療的助言の取引が成立する。情報の非対称性が存在することが問題なのではなく、やりとりする商品（助言）について、その品質が問題の本質である。したがって、「話す職業」が市場において、消費者の欲するものを提供するためにライセンス制が必要か否かを検討する必要がある。これは、ライセンス制が、立法目的達成のために綿密に設えられているかを問うことである。

3 「話す職業」の品質保証

(1) 事前抑制

イギリスが著者や印刷業者のためのライセンス制を定めたことを激烈に批判したのはジョン・ミルトン（John Milton）であったことはよく知られている。この歴史的経緯をふまえて、修正1条は事前抑制を原則として禁止していると理解される⁽¹⁶⁹⁾。

(167) Rodney A. Smolla, *Professional Speech and the First Amendment*, 119 W.VA.L.REV. 67, 92 (2016).

(168) 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕』（有信堂、2011年）231頁。

「話す職業」のライセンス制は、これと類似している。

イギリスは、国内でさまざまな思想が競争することを抑止するために、印刷業のライセンス制を定めた。同様に、職業ライセンスは、経済競争を抑止するために用いられる⁽¹⁷⁰⁾。職業ライセンスを付与する委員会の委員は、しばしば同業者であり、新規参入者のための門番として活動するインセンティブがある⁽¹⁷¹⁾。

かような競争抑圧的インセンティブは、新規参入者を減少させる。低所得者はライセンス取得のための時間と金銭の双方の意味でコストが高く参入をさける。消費者も、市場でもてる選択肢が減少し、サービスの価格は上昇し、質は低下するという害悪を受ける。

人は話すためにライセンスを獲得する必要はない⁽¹⁷²⁾。品質を保証するためにライセンス制が許されないのは、記事の正確性を担保するためにジャーナリストのライセンス制を採用することが許されないことを想起すればよい。

(2) 市場競争

言論の品質（内容）を保証するのは、政府の検閲やライセンス制ではなく、市場であるとの主張は有力である⁽¹⁷³⁾。アイデアの市場という考え方は、長く支持されてきている。市場原理は、「話す職業」の質についてもはたらく。*Edwards* においてツアーガイドに課す試験が目的を促進するかを検討するさいに持ち出されたのは、アダム・スミスの『諸国民の富』であり、ツアーガイドは市場において、高品質のツアーを提供するインセンティブをもっていることが指摘されていた⁽¹⁷⁴⁾。*Edwards* では中間審査基準が適用されたが、厳

(169) Copeland, *supra* note 70, at 206-207.

(170) *Id.* at 207.

(171) See Morris M. Kleiner, *Occupational Licensing*, 14 J.Econ.Persps. 189, 191 (2000).

(172) See *Riley v. Nat'l Fed'n of the Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781, 802 (1988).

(173) Copeland, *supra* note 70, at 210.

(174) *Edwards*, *supra* note 17, at 1007.

格審査を適用するときに、市場の論理が妥当しないと考える理由はなかりう。

新古典派経済理論の基本的な仮定は、人は合理的な選好をもっており価値判断できること、消費者の効用および生産者の利潤を最大化するように行動することである⁽¹⁷⁵⁾。効用最大化と利潤最大化は、消費者および生産者のそれぞれの自己利益を最大化することである。

ツアーガイドの例で考えよう⁽¹⁷⁶⁾。ツアーガイドが低品質のツアーを提供した場合、旅行者からの評価が下がる。自己の効用を最大化しようとする旅行者は、より評価の高いツアーを購入しようとするだろう。ツアーガイドは、利潤を最大化するために、旅行者からの信頼を勝ち取るよう行動するだろう。市場における否定的なフィードバックは、収入に影響を与える⁽¹⁷⁷⁾。これが政府のいかなる命令に勝るとも劣らぬ、ツアーガイドの品質向上の力をもつ⁽¹⁷⁸⁾。

市場による圧力が、「話す職業」のライセンス制と少なくとも同程度に有効であるならば、規制は十分に綿密に設えられているとはいえない⁽¹⁷⁹⁾。

市場の圧力が十分に機能するためには、参入の自由あるいは特権のないことが重要である。市場における自由な競争が保障されなければならないのである。F. A. ハイエク (Friedrich August von Hayek) は「競争は、誰が一番すぐれているか、誰が一番上手にこなすかということ、予め知ることができない場合にもちいられる、すぐれた発見のための装置である」⁽¹⁸⁰⁾ という。特定の状況を発見する力を企業家精神という。消費者の需要をいち早く発見

(175) Kristin Tracy, "And to Your Left You'll See...": Licensed Toud Guides, The First Amendment, and the Free Market, 46 U.Balt.L.Rev. 169 178-179 (2016).

(176) *Id.* at 181-183.

(177) *Id.* at 184.

(178) *Id.*

(179) *Id.*

(180) F. A. ハイエク (嘉治元郎 = 嘉治佐代訳) 『個人主義と経済秩序 [新版]』(春秋社, 2008年) 378頁。

する企業家精神をそなえた生産者が利潤機会を得るために、消費者の満足＝効用を改善するように行動する。多くの市場参加者が企業家精神を発揮し合うことで、つまり競争することで、消費者需要が発見され、効用が改善されていく。市場はかかる競争を通じてなされるプロセスといえる⁽¹⁸¹⁾。

「話す職業」のライセンス制は、かかる市場プロセスの競争を制限している。ライセンス制は、サービスの質を向上させ、消費者を保護するという立法目的に奉仕しておらず、逆に、サービスの質を保証する競争を阻害するものである。したがって厳格審査をパスせず、違憲となる。

六 おわりに

経済規制とも思える規制を、表現規制であるとみて、修正 1 条を利用して違憲とする。これにより、公衆の健康と安全を守る法律が無効となることによる混乱が生じるのではないか。こうした修正 1 条ロックナー主義に対する懸念が指摘されている。

本稿はこの指摘に対して、批判の理論的根拠はあるか、「話す職業」に修正 1 条の保護は及ぶか、批判が指摘する健康と安全への害悪の防止とそのため
のライセンス制という手法が、表現の内容にもとづく規制に適用される厳格審査をクリアするかを問うた。

この問いに答えるために、本稿では修正 1 条ロックナー主義を批判する者が、どのように現状を認識しているのかを論じた。そもそも営利的言論は、表現の聞き手の利益を根拠として保障されてきた。しかし近時、*Sorrell* にみられるように、営利的言論は表現の話し手の自律を保障するものと構成されはじめた。そして営利的言論は政治的表現であれば許されないような内容にもとづく表現規制も許されると考えられてきたにもかかわらず、営利的言論

(181) Israel M. Kirzner, *The Driving Force of the Market: Essays in Austrian Economics* 228-229 (2000).

であっても、内容にもとづく規制は厳格に審査されなければならないとされるようになってきた。かかる営利的言論の転回は、経済規制が行為の直接的規制から、より緩やかな情報規制へと変遷している現代において、経済規制を完全に撤廃させる威力をもつ可能性がある。同じ経済目的を達するために、強力な行為の規制であれば合理性基準の審査で合憲、ゆるやかな情報規制であれば表現規制とみて厳格審査をして違憲無効とすることは矛盾していると指摘される。

こうした修正1条ロックナー主義に対する批判は、そもそも営利的言論は、政治的言論とは異なり、民主的自己統治に欠けるにもかかわらず、高度な厳格審査を適用することに強力に反対している。また経済問題についての政策決定に裁判所の政策的選好を反映させることになるなどと批判する。しかし、たとえばツアーガイドのような「話す職業」は、都市の歴史等の公共的関心について話をするとき、民主的自己統治に寄与しているともいえる。これは民主的自己統治に寄与するか否かの線引きは困難であることを示している。むしろ判例は、民主的自己統治と関係なさそうな事例を表現の自由で保障している点に鑑みれば、民主的自己統治理論に固執する必要はない。あるいは経済構造の変化が、新しく表現の自由で保護される経済活動を生み出したにすぎないとみる見解も紹介した。結局、修正1条ロックナー主義だとの批判は、規制撤廃による害悪が重大であることを懸念している。だとすれば、修正1条ロックナー主義が、本当に重大な害悪を発生させるのかを検討した方が良い。

「話す職業」規制を表現規制だとみた場合、そこでの言論は、カテゴリカルに内容規制が許される類型なのか。下級審では「個人的つながり」テストが使用されたが、連邦最高裁では専門職言論理論が否定された。また *Stevens* では、歴史テストが採用され、カテゴリカルに内容規制が許されるのは、歴史的に承認された少数の例があるだけだとされた。「話す職業」の歴史を振り返れば、カテゴリカルに内容規制が許されるとされたことはなかったといえる。

また「話す職業」のライセンス制は、*Humanitarian Law Project* を先例として考えれば、メッセージの伝達を規制のトリガーとしているから、内容規制に位置づけられる。したがって厳格審査が適当である。

厳格審査をパスするためには、やむにやまれざる利益を達成する目的が必要である。修正 1 条ロックナー主義批判者は、健康と安全に重大な害悪が発生するという。それが真であれば、やむにやまれざる利益といえるため、検討が必要である。職業ライセンス制は一般に、公衆の健康と安全を守るために敷かれるが、個別の事案を比較すれば、疑わしい場合もあり、また市場への参入規制であることから、社会的コストも大きい。「話す職業」がひきおこす害悪は、情報の非対称性に由来すると指摘されることもある。しかし情報の非対称性は、市場プロセスを駆動させる要素であり、それ自体が悪いわけではない。問題は、市場取引が消費者が期待したものと違っていただけ、すなわち品質にあると思われる。品質を維持するためにライセンス制を採用するというのであれば、ライセンス制が品質維持という目的のために、綿密に設えられた手段といえるかが問題となる。しかし、少なくとも、ライセンス制と同等以上には、市場圧力が品質を維持する力を持っていると思われる。そうすると、ライセンス制は立法目的を達成するために綿密に設えられているということもできない。

したがって、「話す職業」のライセンス制は違憲となるであろう。これが本稿の結論である。

とはいえ、本稿で念頭においてきたのは、ツアーガイドのような「話す職業」のライセンス制である。話すことを主とする職業も多様であり、それぞれの規制も様ではない。その意味では、本稿の分析は、一般的な方向性は示したものの、射程は限られている。業種の実情に応じた理論の精緻化は、今後の課題とする。