



Title	文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（２・完）：「場」の性質と専門職をめぐる表現の自由論に着目して
Author(s)	竹下，諄
Citation	阪大法学．2023，73(3)，p. 162-135
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/92717
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

文化芸術助成の憲法的統制に 関する一考察（2・完）

——「場」の性質と専門職をめぐる表現の自由論に着目して——

竹 下 諄

はじめに ——本稿の問題意識——

第1章 公的表現助成に関するアメリカ憲法判例・学説（以上、第73巻2号）

第2章 知識コミュニティ理論

第3章 日本の問題状況に向けて

おわりに ——本稿のまとめと残された課題——（以上、本号）

第2章 知識コミュニティ理論

前章で示した課題に対し、本章では、近年のアメリカ憲法学における専門職言論（professional speech）に関する議論からの検討を行う。⁽¹¹⁶⁾ここでは、本領域において注目を集める議論を展開しているC・ハウプトの学説を主に扱うが、彼女は、専門職言論を、専門家が依頼人に対して行う知識コミュニティ（knowledge community）の見識に基づいた専門的助言であると説明し、その典型的な例として、弁護士への依頼人に対する法的助言や、医師が患者に対して行う診察や治療に関する言論活動などを挙げる。彼女の学説の特徴は、専門職集団内部の関係に着目した知識コミュニティ理論を提唱し、それを基軸とした議論を展開する点にあるが、本理論は同時に、本章の目的に対する示唆を探る端緒となりうると思われる。⁽¹¹⁷⁾なぜなら、専門職言論を他の言論類型とは区別すべき論理を示す本理論は、専門職の言論活動の特徴を詳細に分析するものであり、こ

れは、専門職に着目することで「場」の性質の実質的内容を探る本章の目的と、一定の視点を共有すると考えられるためである。⁽¹¹⁹⁾

以上の理由から、本章では、ハウプトの学説を中心とした専門職言論に関する議論を素材に、そこで論じられる知識コミュニティ理論について検討することで、第1章で示した課題への示唆を探る。まず第1節では、専門職言論を定義づける三つの中核的要素、すなわち（1）知識コミュニティの見識、（2）専門家と依頼人の関係、（3）専門的助言の提供といった点と、それに加え（4）政府言論との区別について、第2節では、表現の自由論から専門職言論の保護を正当化する（1）依頼人及び専門家の自律、（2）思想の自由市場、（3）民主的自己統治という三つの利益について、それぞれ検討する。ここでは、定義及び理論的根拠の視角から、ハウプトの示す専門職言論の法理を紹介・分析する中で、本法理における知識コミュニティの概念の内容や作用を示す。そして、第3節において、知識コミュニティ理論と第1章にみた制度的理解によるアプローチとの比較・接合可能性の分析をし、本理論が、「場」の性質に関する判断主体、導出過程、助成への反映方法といった実質的議論に対し、いかなる示唆を与えうるのかを検討する。

第1節 専門職言論の定義——三つの中核的要素

ハウプトによれば、ある言論が専門職言論として保護に値するためには、どのような専門職業であれ、以下の三つの中核的要素を持つ必要がある。すなわち、（1）知識コミュニティの見識、（2）依頼人との関係性の中で行う専門家の情報伝達、（3）専門的助言を提供するという目的、の三点である。これらは、第一の要素が知識コミュニティの役割を、第二・第三の要素が文脈と目的を識別する指標を示すものであり、⁽¹²⁰⁾いわゆる専門職集団内部の関係と専門家と依頼人の関係という二つの局面について言及するものである。また、後者の要素は、専門職言論を私的言論（private speech）と区別する重要な基礎ともなるが、⁽¹²¹⁾他方で、公的表現助成の問題については、助成が政府言論（government speech）に当たるか否かという論点も存在する。これに鑑み、本節は（4）専門職言論と政府言論との区別についても検討する。これらの作業によ

り、専門職言論の特徴及び他の言論類型と区別すべき根拠を示し、そこには知識コミュニティ概念が深く関与していることを確認する。

（１）知識コミュニティの見識

専門職言論の第一の要素は、知識コミュニティの見識である。まず初めに、ハウプトは、自身の学説を特徴づける知識コミュニティという概念について、これを「訓練や実践の結果としての共通の知識経験を共有する諸個人のネットワーク」と定義し、共有された知識の集積の活用によって、類似性を有する諸問題を解決し、同時に、知識の明確化に役立ったり、その知識に貢献したりする存在であると示す。⁽¹²²⁾ この知識コミュニティでは、そこでの共通理解が当該コミュニティ内における見識の産出や交換を可能にするため、その構成員である個々の専門家に妥当性の概念及び認識や論証に関する一般的手法が共有され、また、一定の規範や価値、すなわち専門職規範（professional norms）も共有されることとなる。その一方で、彼女は、こうした特徴は知識コミュニティの画一性（monolithic）を示すものではない点に注意が必要であるとし、そこで共有される妥当性の概念は、その内部で得られる専門的意見の許容範囲を画定する作用を持つと説明する。⁽¹²³⁾

これらの特徴を持つ知識コミュニティであるが、この結果として、専門家の活動は様々な形で自身のコミュニティと結び付けられることとなる。例えば、個々の専門家は知識コミュニティと依頼人の間の導管となる。⁽¹²⁴⁾ 専門家のこの役割は、ハウプトと同様に専門職言論について議論するダニエル・ハルバスタムも示すところであり、彼は、専門家は、専門職集団を統制する倫理的かつ知的な規範への責任の下で活動しているため、専門的議論の範囲内に留まりつつ、論説の方法や専門職集団の規範に対して思うままに異議を唱えうる存在ではないと指摘する。⁽¹²⁵⁾ また、専門職の業務過誤責任（malpractice liability）につき、そこで個々の専門家に対して課される注意の専門的基準（profession's standard of care）が知識コミュニティの存在を前提とする点も、専門家にとって知識コミュニティが切り離せない存在であることを示す例となる。⁽¹²⁶⁾

しかし他方で、知識コミュニティが単に存在するだけで、見識が産出されるわけではない。そこでは、専門家が知識コミュニティの一員として敬讓を受け

ることが必要なのである。⁽¹²⁸⁾ハウプトはこれにつき、同じくハルバスタムの見解を参照しつつ、知識コミュニティの一員としての専門家たちが、国家によって（あるいはその他の誰によっても）、各分野の最先端の科学技術水準への到達を腐敗または歪曲させられない基本的利益を有していると指摘する。⁽¹²⁹⁾そして、この点こそが、専門職の言説の重要な特徴であり、専門職言論を限定する規範⁽¹³⁰⁾になると考えるのである。

これらの条件の下で知識コミュニティの見識が産出されるが、ここで一つの疑問が生じる。すなわち、知識コミュニティによって産出される見識は、常に正しいとは限らないのではないかという問いである。これは例えば、過去のある時点で、現在では誤りまたは時代遅れだと考えられる立場を採っていた集団、具体的には、中絶の議論に関するアメリカ医師会や同性愛を精神障害としたアメリカ心理学会などを想定すると分かりやすい。この疑問に対し、ハウプトは、専門家たちは、継続的な知的発展に基づいて自身の立場の自発的改善を実際に行ってきたおり、こうした専門家たちの立場の選択・変更・更新の中で、自身のコミュニティを介して綿密に作られた専門的基準を利用していると応答する。⁽¹³¹⁾すなわち、彼女は、知識コミュニティ内では、知識の集積の過程で一種の自浄作用が働き、それによって誤った知識が不断に修正されていくため、こうした問題にも対処できると考えるのである。⁽¹³²⁾

（2）専門家と依頼人の関係性

第二の要素は専門家と依頼人の関係であり、両者の間には、個人的関係や直接的関係が必要だとされる。この点について、ハウプトは、Lowe 判決⁽¹³³⁾におけるホワイト判事同意意見が指摘するように、「専門家と依頼人の間の個人的関係が存在しない場合、そしてまた、話し手が直接知っている特定の個人の状況を代表して判断すると主張していない場合」⁽¹³⁴⁾、話し手は専門職言論に従事していないと指摘する。⁽¹³⁵⁾その結果、このような仕方での専門家の発言は、一般市民としての公共討論への参加となり、一般的な修正一条上の保護を享受するに留まると考えられるのである。⁽¹³⁶⁾

（3）専門的助言の提供

第三の要素は、専門的助言の提供という目的である。これは、専門家が依頼

人との関係の中で述べる事柄を制限し、専門家が公私問わずに行う様々な言論から専門職言論を区別する要素となる。⁽¹³⁷⁾換言すると、専門職言論は、この目的の下で、依頼人に対して知識コミュニティの見識が広められている必要があり、⁽¹³⁸⁾こうした目的がない場合は、たとえ話し手の専門的訓練がその言論内容に影響を与えているとしても、当該言論は私的言論として扱われることになる。

こうしたハウプトの主張と視点を共有するものとして、例えば、ハルバスタムは、実際に多くの場面で、話し手は知識コミュニティのコンセンサスとは明確に矛盾する意見を表明しているが、専門的助言を提供する専門家は、そうした発言を自由に行うことはできないとされていると指摘する。⁽¹³⁹⁾また、ポストは、「歯科用アマルガムの安全性をめぐる論争」において、ある歯科医師が、特定の物質を含む歯の詰め物が安全であるという専門職のコンセンサスに疑問を呈した場面を例に分析を行う。彼によれば、ここでの医師の意見表明は、自身の専門的背景から情報を得ていたことに疑いはなくとも、完全な私的言論になるという。彼は、その根拠として伝統的な修正一条の法理を挙げつつ、公の議論の場における専門知識に基づく主張は、私的な意見表明の類型へと変えられる点を指摘する。⁽¹⁴⁰⁾その結果、そうした詰め物の安全性への異議は、単に修正一条の保護を享受するのみであり、専門職による査定を経た説得的異議とはみなされないのである。同様に、ジェニファー・キースリーは、ある特定の政治家への投票を促す政治的発言を例に挙げる。彼女は、専門家によるこうした政治的発言は、たとえ専門家と依頼人の関係における発言だとしても、私的言論になると述べる。その根拠として、当該政治的発言は専門的助言の提供を目的とした情報伝達ではない点を挙げ、仮に公職選挙のある候補者が他の候補者に比べて自己の利益に適うというコンセンサスが知識コミュニティにあったとしても、それは恐らく知識コミュニティの見識と結びついていないため、専門職言論として認められないと指摘している。⁽¹⁴¹⁾

(4) 政府言論との区別

以上、専門職言論を定義づける三つの要素をみてきた。この内、第二・第三の要素は専門職言論を私的言論から区別する役割を持つものであったが、他方で、公的表現助成に関する専門職言論を検討する場合、政府言論との区別も同

様に重要になると思われる。

ハウプトはここで、政府言論を、他の全ての者を排除し、政府のみがメッセージを決定しうる⁽¹⁴²⁾言論だと改めて整理するが、これに対し、専門職言論の特徴は、専門職が政府関与の度合いの異なる様々な組織的状况において活動することにあると述べる。つまり、専門家が政府職員である場合や、政府プログラムが専門家の業務に資金提供をする場合、政府が民間人に自身のメッセージ⁽¹⁴³⁾を普及させようとする場合など、様々な状況が考えられるというのである。これらの相違から、政府が民間の話し手に協力を求める場合には当該メッセージが政府と専門家のどちらに帰するかが重要であると指摘したキースリーと同様に、彼女は、メッセージの責任の所在を決定することで、両者の区別が可能となり、政府が言論を指示しうる境界を示すことができると指摘する⁽¹⁴⁵⁾。例えば、州が、医師に対し、医師自身が作成した資料において特定の主張を患者に伝えることを要求する場合、州は、伝達されるメッセージの作成者であることを効果的に曖昧にしつつ、それを実質的にコントロールすることになるが、そうした言論は、専門職言論を盗用または指図する政府の試みとして理解される⁽¹⁴⁶⁾。そして、そうした命令は、州のメッセージの否定を専門家に許す規定がある場合を除き、専門職言論の不適切な規制になるのである⁽¹⁴⁷⁾。

第2節 専門職言論の理論的正当化

専門職言論では、従来、ポストなど一部の学説において、民主的自己統治（democratic self-government）に基づく正当化が強調されてきた⁽¹⁴⁸⁾。これに対し、ハウプトの議論の特徴は、学識ある専門家たちを知識コミュニティとして概念化することによって、自律の利益（autonomy interests）や思想の自由市場（the marketplace of ideas）など、修正一条上の権利を保護する他の伝統的理論に基づく正当化をも可能にし、伝統的諸理論の全てによる正当化を試みる点にある⁽¹⁴⁹⁾。以下では、この三点に基づく正当化について個々に検討することで、専門職言論が、表現の自由論に照らしどのような利益を有し、なぜ特殊な保護に値するのかを示す。

(1) 自律の利益

自律の利益に基づく理論的正当化に関して、ハウプトは、専門職言論は、依頼人である聞き手と専門家である話し手との双方に関する自律の利益を持つと考える。

まず、聞き手の自律の利益について検討する。ハウプトによれば、聞き手の自律の利益とは、十分な情報に基づく決定のために情報を求める利益、すなわち「意思決定の自律の利益」⁽¹⁵⁰⁾である。聞き手に視点を置くと、彼女は、専門職言論が、聞き手の肉体的・精神的統合とより密接に結びつく点や、言論にかかる費用を聞き手が負担し、そうした対価よりも、提供されるサービスの知識に基づく性質が重視される点に、特徴を持つとする。また、依頼人は、自身で独自に評価をできず、専門家の判断に依存する存在である⁽¹⁵¹⁾と指摘するポストと同様に、依頼人は、知識量の非対称性から専門家の助言を求めると分析し、この特徴が様々な問題を引き起こしうると指摘する。すなわち、問題の重大性に関して嘘をつく動機付けなど、モラルハザードの原因となるのである⁽¹⁵²⁾。この危険は、依頼人の個人的な健康や自由、重大な経済的利益に関わる場合に、さらに悪化すると想定され、それゆえに、ハウプトは、聞き手の自律の利益のために、当該言論の保護が必要だと考える。⁽¹⁵³⁾

以上のようにして、専門職言論の保護は聞き手の自律の利益から正当化されるが、ハウプトは、この利益が満たされるのは、(知識コミュニティの現在の評価の下で) 正確であり、信頼でき、聞き手の特定の状況に向けて個人的に仕立てた情報を伝達する場合のみである⁽¹⁵⁴⁾と考える。また、ここでは、依頼人の代理人として、最終的な意思決定が専門家に委ねられる一方、専門家には信認義務(fiduciary duties)が課される点も重要である。この信認義務は、専門家が依頼人の知識の欠如を埋め、意思決定の自律の利益を確実に確保するためのものであり、この義務の下で、専門家は、十分な知識・情報に基づく意思決定を行うために必要な全ての情報を、依頼人に伝えなければならないのである。⁽¹⁵⁵⁾

次に、話し手の自律の利益について検討する。専門職言論に関する自律の利益の議論では、従来、聞き手の自律の利益に焦点が当てられるか、専門家の個人的な自律の利益のみが着目されてきた。⁽¹⁵⁶⁾しかし、話し手である専門家に視点

を置くとき、専門職言論には、ある者の個人的意見を自由に表現するのではない、構成員としての専門家が知識コミュニティの見識を伝達する利益、すなわち「専門職の自律の利益」が存在すると、ハウプトは指摘する⁽¹⁶¹⁾。注目すべきは、ここでも知識コミュニティの存在が重要となる点である。この専門職の自律の利益は、その前提として、知識コミュニティの本質であり、社会的価値の源泉である専門的知識の発展や洗練が可能でなければならず、それは自律性の確保された知識コミュニティの存在によってのみ実現されると考えられる。このような条件の下で、専門職言論は、専門家が属する知識コミュニティのインテグリティを維持するために専門職業の基準に従ってメッセージを伝達するという、話し手である専門家に特有の自律の利益を持つのである⁽¹⁶²⁾⁽¹⁶³⁾。

また、この専門職の自律の利益は、「境界づけられた言論制度」の保護における構造的利益を越えて、その伝達内容にも関わる⁽¹⁶⁴⁾。例えば、キースリーは、専門職の自律の利益は「宗教や政治、価値観に関する」発言の強制を阻止すると指摘しているが⁽¹⁶⁵⁾、これに対し、ハウプトは、自身の議論がそれ以上の意味を示すと指摘する。すなわち、依頼人と対峙する専門家の伝達内容の汚染は、専門家個人の自律の利益よりも、専門職集団の一員としての専門家のアイデンティティという基本的利益に関わるとし⁽¹⁶⁶⁾、専門家を知識コミュニティの構成員として概念化することが、汚染されていない知識コミュニティの見識を明確化する中で、自律の利益をもたらすと考える。彼女は、専門職言論がこのような利益を持つため、保護が必要だと考えるのである⁽¹⁶⁷⁾。

（2）自由市場の利益

続いて、思想の自由市場論からの理論的正当化を検討する。思想の自由市場論は、一般的にはホームズ判事の「真理についての最良のテストは、市場の競争の中でみずからを容認させる思想の力である」という言葉によって説明され、表現の自由論において正当化根拠として広く用いられている。しかし一方で、専門職言論に関する議論の場合には、そうした古典的な思想の自由市場論による正当化は不適切だと考えられてきた。例えば、ポストは、専門職言論の領域において思想の自由市場論は手がかりにならないとするが⁽¹⁶⁸⁾、それは、専門家が依頼人との関係性の中で話す場合、彼（女）らは自身の専門的意見をこのテス

トにかけようとしないうためだと指摘する。⁽¹⁷⁰⁾ハウプトも、こうした見解に同意しつつ、知識コミュニティの現在の評価の中での経験及び真理は極めて明白に専門職の側にあるとし、ポストが指摘するように、⁽¹⁷¹⁾真理が経験それ自体の特性から実験的に決定されなければならない、という考え方を得ることは不適切だと⁽¹⁷²⁾考える。

では、思想の自由市場論は、専門職言論といかに関連づけられることで、正当化の根拠となるのか。これに有益な視点を与えるのが、科学・学問的言論に関する修正一条論である。ホーウィッツが指摘するように、専門職言論では、一般的に他の言論が真理を「ただの別の意見」として扱うこととは異なり、専門的知識に基づく専門性とその価値と正統性を基礎づけるが、この点に専門職言論と科学・学問的言論との間の考慮要素の重なりが見出される。⁽¹⁷³⁾この理解に基づき、ハウプトは、各々の専門職内部に思想の自由市場が存在すると指摘する。⁽¹⁷⁴⁾すなわち、彼女は、専門的な見識の承認が専門職の定める規則によって形成されていく専門的知識は、その内部過程がホームズ流の思想の自由市場に類似しているとし、そうした知識は、いうなれば、専門家ではない者が関与しない思想の自由市場によって形成されるとするのである。⁽¹⁷⁵⁾⁽¹⁷⁶⁾

また、ハウプトは、知識コミュニティの概念がここでも重要な役割を果たすとし、専門的知識の知識コミュニティとの結びつきがこの市場理論に価値を与えると指摘する。すなわち、一方で、個々の専門家が知識コミュニティの見識のインテグリティを維持する利益を有し、他方で、知識コミュニティは個々の専門家にその見識を正しく伝達させる利益を有するといった相互関係は、上述した専門職の自律の利益を補完すると同時に、自由市場論の文脈においては、知識コミュニティの討論の中で真理の探求（＝専門的知識の形成）のための専門コミュニティのインテグリティを維持することになるため、重要な価値を持つと考えるのである。⁽¹⁷⁷⁾

（３）民主的な自己統治の利益

最後に、民主的自己統治の理論による正当化について検討する。ポストが指摘するように、専門職言論が持つ情報提供の価値に着目するとき、専門職言論が民主的自己統治の理論による保護に値するのは、それが、市民の認識力を高

めることで発言力を強化し、民主的能力の価値に貢献するためだと考えられてきた。⁽¹⁷⁸⁾これに対し、ハウプトは、専門職言論が有する民主的自己統治への価値は、それに留まらない可能性があるという。すなわち、専門職は社会における⁽¹⁷⁹⁾権利や義務を変化させるための集団的活動をも求めるため、ポストの想定よりもさらに大きな価値を持つと考えるのである。彼女は、民主的自己統治に対するこの傾向は専門職としての法律家の役割に関する判例・学説にもみられると指摘し、さらに、法律家に限らず他の専門職たちも、市民が十分な知識・情報に基づく決定を行いうるための知識基盤の拡大に貢献するだろうと述べる。⁽¹⁸⁰⁾

その一方で、民主的自己統治の理論にはいくつかの疑問が想定される。すなわち、専門職言論の聞き手である依頼人が、自身の個人的問題を越えて、例えば、法政策や医療政策などの民主的問題について本当に考えるのかという疑問、⁽¹⁸¹⁾また、民主的自己統治の理論において「集団的な手続の保護（safeguarding of collective processes）」を強調するアプローチと個人の権利を強調するアプローチとが相対立するという疑問⁽¹⁸²⁾である。しかし、ハウプトは、これらは問題にならないと結論づける。すなわち、彼女は、前者について、個別的に受け取られた専門的助言に基づいて政治的活動を行う理論の可能性は、本理論の専門職言論への適用を正当化するのに十分であるとし、⁽¹⁸³⁾後者については、個々の専門家を導管として概念化することで、個々の専門家と知識コミュニティとの間の密接な関連が、専門家の個人的役割と知識コミュニティの共同体的役割とを結びつけるとし、⁽¹⁸⁴⁾従って、専門職言論の文脈において、両アプローチは調和すると結論づけるのである。

第3節 検討

以上を根拠として、ハウプトは、修正一条の保護に関する伝統的な理論的正当化が独自の方法で専門職言論に適用され、権威ある諸理論の全てが、専門職言論が強力な修正一条の保護に値することを示すと結論づけた。⁽¹⁸⁵⁾これを踏まえ、本節では、第1章において検討した制度的理解によるアプローチとの比較分析及び接合可能性の検討を行う。これにより、「場」の性質について、その判断主体や導出過程、反映方法といった、従来の議論において不十分であった実質

的内容に対する示唆を探る。

まず注目すべきは、修正一条制度論の視点からみた専門職言論に対するホーウィッツの議論である。彼は、大学や図書館を明白な修正一条上の制度とするのに対し、専門職言論を含むいくつかの領域は、修正一条上の制度の定義とその自律性の範囲に疑問を生じさせ、また、修正一条に関する法理論の中に十分安定的に位置づけられていないとし、それゆえ、修正一条上の制度の境界線上にあると位置づける。⁽¹⁸⁸⁾しかし一方で、専門職言論は、修正一条上の制度の基本的な定義に合致するとし、公共討論に対する基盤的役割を果たすか否かは難しい問題であるものの、専門的かつ自主規制的な言論がなされる点や、個人の選択を支援する際に専門的価値及び機能の特徴づける公的利益を背景としてなされる点から、公共討論に貢献すると評価している。⁽¹⁸⁹⁾

他方で、ハウプトは、知識コミュニティ理論と修正一条制度論との接合可能性についてより具体的に言及し、知識コミュニティとしての専門職はホーウィッツのいう修正一条上の制度に近い形で機能すると指摘している。ただし、修正一条制度論における議論は、専門職と制度との関係性を示唆するものの、それを十分に説明できていないと主張し、そうした不足部分に応答するのが知識コミュニティ理論だとする。彼女によれば、専門職の言説の制度化により構築されるのが知識コミュニティの基盤であり、専門家と依頼人との関係性における知識の流布が、個々の専門家を知識コミュニティに結びつけるのである。⁽¹⁹⁰⁾さらに、知識コミュニティは、ある意味で「制度化」される必要はないと付け加える点も重要である。すなわち、彼女は、修正一条制度論者は大学や図書館、報道機関といった制度に関心を持つが、専門職の規範は、そうした制度の外でも同様に産出されるものであり、専門的な知識形成の場は、必ずしもそのように具現化された制度である必要はないと考えるのである。⁽¹⁹²⁾

上述した両者の指摘からは、修正一条上の制度と知識コミュニティは学説上の連関があり、特に、ハウプトはそれに自覚的だったことが分かる。両学説は、敬讓に基づく自律性の付与によって一定の表現活動を保護するという手法を共有しつつ、ハウプトの学説は、修正一条制度論が専門職の位置づけを捉え損ねている点に問題意識を持ち、知識コミュニティという概念を用いた新たな理論

構築を行ったものと位置づけうる。また他方で、専門家を知識コミュニティの一員として捉えることは、第1章で示した修正一条制度論が持つ課題への示唆ともなりうる。すなわち、大学や図書館などの一種の枠組みに着目した議論を行う修正一条制度論では、制度内部の個別的議論が捨象されてしまうという課題があった。これに対し、ハウプトの議論が、知識コミュニティと制度の連関を示し、それは個々の専門家の言論活動によって成り立つという論理を示すことで、制度の内部構造に専門職の活動という分析視角が付与された。そして、ここから、知識コミュニティにおいて形成される見識と「場」の性質の実質的内容との連関が見出されうるのである。

しかし一方で、こうした抽象的次元での議論から具体的事案の次元へと立ち戻るとき、両学説の間にある明確な相違にも注意しなければならない。すなわち、「制度」や「場」の性質という抽象的概念を用いた修正一条制度論に対し、ハウプトは、知識コミュニティ理論を専門職言論の法理の中で展開している。当該法理は、専門職言論の定義として三つの要素を挙げることで、修正一条制度論よりも明確な議論を展開した一方で、これにより、適用しうる問題領域が限定されることになるのである。このように、両学説は同一の問題意識を持ちつつも、専門職言論の法理が修正一条制度論よりも局限的な議論となりうる点には、注意を要する。⁽¹⁹³⁾

以上、知識コミュニティ理論が、「場」の性質の判断主体や導出過程、反映方法といった実質的議論に対して示唆を与えうるとする知見を得た。改めて整理すると、まず、「場」の性質の実質的内容について、これは、知識コミュニティの一員である個々の専門家が主体となり、コミュニティにおける見識の産出・交換の中で導出されると考えられる。また、その見識は、専門家の活動により、専門的知識として各々の「場」に伝達及び活用される中で反映される。同時に、裏を返せば、「場」の性質の歪曲は、知識コミュニティの見識の阻害や、それを媒介する専門職の言論活動の歪曲により生じると言え、それゆえに保護が不可欠になるのである。その一方で、知識コミュニティ理論が専門職言論の法理の中で展開される議論であることを踏まえると、両理論を同一の議論として接合することに対しては注意を要する。

第3章 日本の問題状況に向けて

ここまで、日本の学説においてしばしば言及される「場」の性質や専門職の議論について、アメリカ憲法学での議論をもとに、その内実や関係を検討してきた。本章では、これらの議論が、日本の問題状況に対し、どのような距離を持ち、いかなる示唆を与えうるのかを模索する。まず、第1節において、日本の文化芸術助成に関する代表的判例である富山県立近代美術館事件と船橋市西図書館事件、また、現在係争中であり、今後の動向が注視される映画「宮本から君へ」事件を素材に、日本の問題状況の現れ方を改めて確認する。その上で、第2節において、アメリカと日本の問題状況の比較検討を試みる。

第1節 日本の文化芸術助成に関する裁判例とそこにおける問題の現れ方

(1) 富山県立近代美術館事件⁽¹⁹⁴⁾

本事例では、富山県立近代美術館に収蔵されていたコラージュ作品が、富山県議会における議員の発言を発端とする抗議活動を受け、美術館側によって売却され、同時に、本作品を掲載する図録が焼却された。これを受け、本作品の製作者らが、表現の自由や知る権利などを侵害されたとして、富山県に対し、国家賠償法に基づく損害賠償を求め、富山県教育委員会教育長に対し、本件売却及び本件焼却の無効確認と、本件作品の買戻し及び本件図録の再発行の義務付けを求めた。

本作品の展示から売却・図録の焼却までの経緯は以下の通りである。まず、本作品は、富山県立近代美術館収蔵美術品選定委員会（以下、選定委員会）において選考され、館長決定となり、選定委員会が作成した本件作品の選考理由を記載した意見書が、富山県知事に提出された。そして、富山県が本作品を製作者から購入し、本件美術館に展示されるに至った。その後、まず、一連の抗議活動等を受けた美術館側が、美術館副館長や事務局長らの相談により、美術館館長の承諾をとって「館長見解」をまとめ、本件作品及び図録が非公開とされた。さらに、県教育委員会により、管理運営上の障害等を理由として本件作

品を譲渡する決定がなされ、美術館館長が選定委員会において本件売却を提案し、可決され、同時に、本件売却は、その専決権者である美術館館長によって決定され、売却された。

本判決は、美術館による美術品の購入や図録の発行といった活動は、「その性質上、美術に関する高度な専門的判断が必要である」ことから、「教育長が広範な裁量を有している」と述べつつ、美術館という施設の特質から、「利用者が美術作品を鑑賞するにふさわしい平穏で静寂な館内環境を提供・保持することや、美術作品自体を良好な状態に保持すること（破損・汚損の防止も含む）も強く要請され」、「美術館の管理運営上の支障を生じる蓋然性が客観的に認められる場合」には、美術館が、「美術品の閲覧申請を無許可としたり、図録の閲覧を拒否するとしても、それは地方自治法224条2項における『正当な理由』がある」と述べ、本件における美術館の活動は抗議活動を受けた適切な対応として認められると判断した。⁽¹⁹⁵⁾

（2）船橋市西図書館事件⁽¹⁹⁶⁾

本事例では、船橋市の定める図書館資料の除籍基準を満たさない計107冊の書籍が、当該書籍に対する否定的評価と反感を持った同図書館の司書によって、蔵書リストから除籍・廃棄された。これを受け、新しい歴史教科書をつくる会らが、同司書に対しては不法行為に基づき、船橋市に対しては国家賠償法に基づき、損害賠償を請求した。

本件除籍等の経緯は以下の通りである。まず、新聞報道をきっかけに本件除籍等が発覚し、船橋市教育委員会の調査（職員に対する事情聴取など）が行われた。その結果、司書職員がそれを行なったと判断され、廃棄された書籍に除籍すべき理由を見出しえなかったため、市教育委員会は当該司書を懲戒処分とした。なお、文部科学省の生涯学習審議会が定めた「公立図書館の設置及び運営上の望ましい基準」によれば、公立図書館は「資料及び情報の収集に当たっては、住民の学習活動等を適切に援助するため、住民の高度化・多様化する要求に十分配慮するものとする」と定められており、購入図書を選定については、上記の基準を参考としながら、各図書館（各図書館を設置している団体等）において、それぞれの役割や地域の実情や予算の状況など諸般の事情を総合的に

勘案して、その責任と判断でなされるべきものであるとされている。

第一審及び控訴審判決は、⁽¹⁹⁷⁾司書による本件除籍・廃棄は「船橋市の公有財産を不当に損壊したもの」であるため「船橋市に対する関係で違法となるものであることは明らか」としつつも、他方で、⁽¹⁹⁸⁾著者は書籍の購入を要求する権利を図書館に対して有しておらず、著者がここで得る利益は、「図書館がたまたまその書籍を購入して閲覧に供することを決定したことによって生じた事実上の利益にすぎない」とした。また、市や図書館は、「原告らが執筆した書籍を購入しなければならない法的義務を負わず」、仮に購入したとしても、「原告らとの関係においては必ず書籍を市民に閲覧に供しなければならない法的義務を負うわけでもない」と述べ、著者が得る利益は、図書館の自由裁量から反射的に生じたものなのであり、それが失われたとしても違法とはならないと判断した。

これらに対し、最高裁は以下のように述べる。まず、公立図書館は、「図書、記録その他必要な資料を収集し、整理し、保存して、一般公衆の利用に供し、その教養、調査研究、レクリエーション等に資することを目的とする施設」（図書館法2条1項）であることや、「社会教育のための機関」（社会教育法9条1項）であることなどの根拠に基づいて、「住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場」だとする。その上で、そこで働く「図書館職員は、公立図書館が上記のような役割を果たせるように、独断的な評価や個人的な好みにとらわれることなく、公正に図書館資料を取り扱うべき職務上の義務を負うものというべきであり、閲覧に供されている図書について、独断的な評価や個人的な好みによってこれを廃棄することは、図書館職員として基本的な職務上の義務に反する」と判断した。他方でまた、「公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なう」とも述べる。そして、「著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり」、本事案の図書館

職員の行為は、著作者の人格的利益を侵害すると判断した。

（３）映画「宮本から君へ」事件

本事例では、映画「宮本から君へ」を制作した映画制作会社が、独立行政法人日本芸術文化振興会（以下、芸文振）の理事長による内定を経て、文化芸術振興費補助金に係る助成金の交付を申請したところ、同理事長から、本件映画の出演俳優のうち１名が麻薬及び向精神薬取締法違反による有罪判決が確定したことを理由として、本件助成金を交付しない旨の決定を受けた。これを受け、映画製作会社が、芸文振を相手に、本件処分の取消しを求めた。

本件補助金の交付過程は以下の通りである。まず、その審査段階において、芸術文化振興基金運営委員会（以下、運営委員会）の議を経ることが定められており（文化芸術振興費補助金による助成金交付要綱４条）、この審査は、運営委員会内に分野ごとに置かれた部会に所属する映像芸術部会（以下、部会）に付託される。さらに、部会から劇映画専門委員会（以下、専門委員会）に審査が付託され、運営委員会は、専門委員会及び部会における審査の結果を踏まえて、理事長に対し交付内定の是非に係る答申を行う。そして、それを受けた芸文振理事長によって最終的な交付決定がなされる。

第一審判決は、芸文振の理事長が助成金を交付しないこととした処分は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した違法な処分であるため、その取消しを求める請求は理由があり、容認すべきだと判断した。その中で、文化専門職の活動に関して、以下の言及がなされている点が注目される。すなわち、ここでは、芸術団体等の活動に対する援助等を行うことにより文化の振興等を図り芸術文化の向上に寄与するという日本芸術文化振興会法の目的を確認した上で、「創造性・芸術性の高さ等についての的確に判断するためには、各分野における芸術の専門家においてその評価を行うことが不可欠であり、また、芸術団体等が時に社会の無理解や政治的な圧力等によってその自由な表現活動を妨げられることがあったという歴史的経緯に鑑みると、この目的の下に助成事業を行うに当たっても、芸術団体等の自主性について配慮するとともに、各分野における芸術の専門家が行った評価についてはこれを尊重することが求められる」と指摘され、「理事長が内定者の交付申請に対して行う交付又は不交付の判断も、

このような本件要綱の定めや仕組みを踏まえたものでなければならない」とされた。

その上で、「文化芸術振興費補助金という公金を財源とする助成事業の性質上、公益性の観点から交付決定が不相当である場合について交付決定を行うことは助成の適正性の観点から相当でない」としつつ、⁽¹⁹⁹⁾「公益性を理由に助成金の交付内定の取消し又は不交付決定をしたことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか否かを判断するに当たっては、交付内定の取消し又は不交付決定の根拠とされた公益の内容、当該芸術団体等に対し助成金を交付することにより当該公益が害される態様・程度、交付内定の取消し又は不交付決定により当該芸術団体等に生じる不利益の内容・程度等の諸事情を総合的に考慮して、交付内定の審査における芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重する本件要綱の定めや仕組みを踏まえてもなお助成金を交付しないことを相当とする合理的理由があるか否かを検討するべきである」と示し、以上の判断枠組みの下で本件処分を違法だと判断した。

一方、控訴審判決では、⁽²⁰⁰⁾第一審が示したように、「助成の対象となる各分野における芸術の専門家による芸術的観点からの専門的知見に基づく評価を取り入れることが必要不可欠」としながらも、助成金の性質上、その「交付又は不交付の判断は公益に合致したものであることを要する」と述べ、従って、「助成の対象となる各分野における芸術の専門家による芸術的観点からの専門的知見に基づく採択を踏まえて交付内定を行った場合であっても、交付申請の審査の手続において、公益性の観点（芸術的観点以外の観点）から本件助成金を交付することが不相当であると認めたときは、本件助成金の不交付決定をすることができるものと解される」と示された。

そして、上記のような公益性の観点から控訴人理事長が行う本件助成金の交付又は不交付の判断は、⁽²⁰¹⁾「諸般の事情等を総合考慮した上でされる控訴人理事長の合理的な裁量に委ねられているというべきである」とされ、「控訴人理事長の本件助成金の交付に係る裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたものであることを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検

討し、その基礎とされた重要な事実⁽³⁰⁾に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものとして違法となり、裁判所は、上記判断に基づいて控訴人理事長がした処分を取り消すことができるもの（行政事件訴訟法30条）と解すべきである」と述べる。以上の判断枠組みの下で、「薬物乱用の防止という公益の観点からなされた本件助成金の不交付決定が、重要な事実の基礎を欠いているとか、その判断の内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠いているということはできない」としつつ、薬物の使用が依然として深刻な社会問題となっている状況下における本件助成金の交付は、「観客等に対し、『国は薬物犯罪に寛容である』、『違法薬物を使用した犯罪者であっても国は大目に見てくれる』という誤ったメッセージを控訴人が発したと受け取られ、薬物に対する許容的な態度が一般的に広まり、ひいては、控訴人が行う助成制度への国民の理解を損なうおそれがあるというべきである」とし、従って、「本件処分は、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものとは認められないから適法というべきである」と結論づけた。

（4）日本の問題状況の整理

ここまで、日本の文化芸術助成に関する裁判例について、各事案の経緯及び判旨を確認した。これを踏まえて日本の問題状況の現れ方を整理するとき、重要な点は、各事案に關与する主要な人・集団の關係性を正確に捉えることにある。すなわち、各事案には、大別すると、文化芸術助成を受ける製作者や著者、助成に関する選定作業を実質的に担う文化専門職、助成の決定等をする行政の三者が關与しているが、本領域の多様かつ複雑な問題状況は、それらが様々に関わり合う中で生じている点を理解しなければならないのである。

例えば、船橋市西図書館事件と映画「宮本から君へ」事件との間の専門職の位置づけに着目するとき、前者において、図書館における司書の選書は専門的知識を背景とした表現活動⁽³⁰⁾と考えることができ、本事案は、そうした専門職の活動と著作者との間の問題として捉えうる。その一方で、後者において、専門

職にあたる運営委員会（部会と専門委員会）は補助金支出決定の審査を実質的に担うものの、制度設計上、当該決定は芸文振理事長によってなされるため、⁽²⁰¹³⁾芸文振と映画製作会社との対立構造となっている。このように、同じ専門職に位置づけられるような機能を果たす存在であっても、専門職が、選書や除籍、廃棄などの決定に直接関与する場合と、補助金交付決定過程の審査における専門的助言のように、決定に対する間接的な関与に留まる場合とを区別しうるのである。

他方で、日本の問題状況には共通点もみられる。すなわち、どの事案においても、専門職が、助成を行う側に位置し、行政による決定の一部に関与する存在として活動している点である。この結果、日本の問題状況は、主として行政裁量の統制に係る問題として現れることになるが、次節に示すように、アメリカの議論からの示唆を模索するとき、この点が特に重要な要素となる。

第2節 日本の問題状況に対する示唆の模索

本節では、第2章までにみた制度や「場」の性質、知識コミュニティに関する議論が、前節で確認した問題状況との比較において、どのような距離があり、そしていかなる示唆を与えうるのかを模索する。

まず、本稿の出発点として第1章にみた Velazquez 判決について改めて確認すると、本事案は、助成を行う側である政府がその交付に際して一定の条件を課すことが、助成を受ける弁護士の表現活動を制限するか否かが問題となっていた。これに対し、連邦最高裁は、このような助成条件の賦課は、弁護士が当該助成において果たすべき役割の貫徹を妨げ、その結果として、弁護士の業務や司法の機能が歪曲されることになるため、許されないと判断した。ここで、本判決の問題構造は、助成金を支出する政府とそれを受ける専門職との間の対立として整理しうるが、前節との対比で問題を捉えるとき、専門職である弁護士は、政府から表現の自由を制約されうる、助成を受ける側に位置づけられる。次に、修正一条制度論について、本理論が Velazquez 判決をはじめとする諸判例を素材に展開された点に鑑みると、制度や「場」の性質として抽象化された概念は、少なくとも助成を受ける専門職の表現の自由を念頭に議論された

ものだと理解できる一方、助成を決定する側の専門職に対しても応用しうる議論か否かは明らかではない点を看取しうる。そしてまた、知識コミュニティ理論についてみると、これも修正一条制度論と同様に抽象化された概念であるが、本理論が展開される専門職言論の法理が、上述のように、依頼人との間の専門家の言論活動に対する政府介入の阻止を目的とすることに鑑みると、修正一条制度論において生じたのと同じ問題が、ここではより明確に現れることになると考えられる。

以上の比較から、アメリカで展開される議論と日本の問題状況との間には、一定の距離、すなわち、被助成側と助成側との専門職の位置づけの差異が認められることが分かる。そしてこのことは、具体的な事案の構造の面において、政府による専門職の表現の自由侵害の統制という問題と、助成決定に専門職の関与する場合の行政裁量の統制の問題とを分ける基点となると考えられる。また、この距離が、制度や「場」の性質、知識コミュニティといったアメリカの議論の素地が日本の判例の内に見受けられるのにも拘らず、日本への示唆の獲得を目指す場合に、慎重な議論を要するいくつかのハードルを生むこととなる。すなわち、助成を受ける専門職の表現の自由に関して展開された議論が、助成を行う行政内部の専門職の言論活動の場面へと示唆を与えうるだけの可能性を持ちうるかについては、詳細に論証していく必要がある。

この論証には、少なくとも以下の段階を経る必要があると考えられる。まず、修正一条制度論や知識コミュニティ理論が検討素材に扱った諸判決について、どの部分を「制度」や「場」の性質、知識コミュニティとして抽出し、どの部分を捨象したかを改めて検討しなければならない。これらの判決は、専門職とされうる人・集団が関与する事案でありつつ、その問題構造は多様であるため、⁽²⁰⁴⁾そうした検討の中で、上記諸概念の射程、すなわち、当該理論の内に助成・被助成間にある問題構造の距離を越えるだけの論理があるかが明確化されるのである。そのようにして再検討を加えた後、続いて、裁量統制論において、憲法がいかなる作用を果たしうるかという点を検討しなければならない。行政裁量の憲法的統制は、古典的かつ現代的課題として学説上様々な議論がなされているが、⁽²⁰⁵⁾裁量審査（判断過程審査）において表現の自由をどのように活かすかと

いう問いとして、文化芸術助成の領域でも言及されるところである。⁽²⁰⁷⁾ こうした過程を経る必要性は、国家の裁量を統制する議論として期待をしつつ、他方で、⁽²⁰⁸⁾ 憲法上の権利が、いわゆる〈設定ルール〉の解釈の場面で役割を発揮するものの、〈設定ルール〉それ自体を違憲とするほどの切れ味を持たず、あくまで検討の出発点になるとする横大道聡の指摘や、また、「場」の性質や専門職の議論に対し、実質論として首肯しつつも、憲法解釈上の位置づけが明確ではないとし、基本権の制約・正当化の次元としての議論の難しさを指摘する曾我部真裕⁽²¹⁰⁾の見解にも表れていると考えられる。

おわりに ——本稿のまとめと残された課題——

ここまで、第1章では、Velazquez 判決を素材に、公的表現助成の問題に対し「場」の性質に着目した判断を下す連邦最高裁の傾向について確認し、そうした判断を表現の自由論から分析した修正一条制度論を検討した。第2章では、専門職に着目した上で、専門職言論の法理に関して展開される知識コミュニティ理論を分析し、修正一条制度論との接合可能性を検討する中で、前章で明らかとなった「制度」や「場」の性質の実質的議論の不足に対する応答を試みた。そして、第3章において、「場」の性質や専門職の議論が、日本の問題状況にいかなる示唆を与えうるのかを模索し、その結果、両者の間にある問題構造の距離を基点として、当該議論から示唆を得ることに慎重になるべきだということが明らかになった。これらを踏まえ、以下では、文化芸術助成の問題における今後の検討課題について整理する。

第一の課題は、本稿に取り上げたアメリカの議論のより詳細な検討である。この点については、第3章において指摘した通りであり、「制度」や「場」の性質、知識コミュニティという概念を、日本において導出し、応用しうる議論か否かを論証するための重要な基礎をなすと考えられる。

第二の課題も第3章で言及したものであるが、文化芸術助成の問題においては、「場」の性質や知識コミュニティという客観法的要請を、専門職の言論活動という主観的権利としていかに構成しうるかを検討しなければならない。こ

れは、専門職の表現の自由に対する政府介入の統制ではなく、行政裁量の憲法的統制が主たる問題構造として現れる日本の問題状況において、重要な議論となると思われる。

そして、第三の課題として、文化芸術助成において活動する文化専門職の正統性の問題、また、何をもって専門職だと認めるかという問題も論点となりうる。こうした点の重要性は、民主的に選出されていない専門職が、税金を財源とした恩恵的給付である助成金（不）交付決定に深く関わることによる緊張関係や、専門職言論の法理において免許制等が議論の俎上に載せられている点からも明らかである。また、より根本的な課題として、ここまで展開されてきた議論が、現存する文化芸術助成を前提としたものだという点がある。通説的な見解によれば、文化芸術助成を行う義務を憲法上の権利として導出することはできず、それゆえに、政府による助成は義務ではなく容認されているものだと理解されている。⁽²¹²⁾そのため、政府は政策の一つとして文化芸術助成を行っているだけであり、助成プログラム自体が政府の方針として廃止されることを統制することは難しいのである。⁽²¹³⁾⁽²¹⁴⁾⁽²¹⁵⁾

これらの課題は、文化芸術助成に対する憲法的統制の議論状況やその周辺領域に存する問題状況に鑑みるといずれも重要な課題であるため、今後の課題として他日を期したい。

〔付記〕本研究は、科学研究費助成金特別研究員奨励費（課題番号23KJ1478）に基づく研究成果の一部である。

(116) 専門職言論の類型化の試みはアメリカ憲法学における近年の傾向であり、日本でも、専門職言論は、未だ議論が不十分な領域だとされている。これにつき、松垣伸次「専門家による言論の法理」福岡大学法学論叢60巻4号（2016年）660頁。

(117) ハウプトの議論を紹介するものとして、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43巻4号（2020年）165頁以下、同「専門職言論（プロフェッショナル・スピーチ）と学問の自由——民主的能力の価値論と自由論——」広島法学44巻4号（2021年）79頁以下を参照。

- (118) 本稿は、知識コミュニティ理論を正確に理解するために、それが中核をなすハウプトの専門職言論の法理の定義及び理論的正当化について紹介・検討を行う。この意味で、本稿は専門職言論の法理自体から示唆を得ようとするものではない。
- (119) なお、ハウプトの示す専門職言論の法理は、弁護士や医師などが助成を受ける条件に一定の職務を義務づけられた点について争われた事例を素材として扱う。これは、いわば、助成を受ける専門職の表現の自由に関する問題である。その一方で、日本の問題状況における専門職は、助成決定に際する審査など、助成を行う側の専門職である。すなわち、両者は、自身の専門的知識を背景とした活動を行う点に共通点を持ちつつも、助成における立ち位置の点では大きな相違がある。そして、この点は、「場」の性質の実質的内容やそこに関与する専門職の具体的な活動の検討とは別の次元で問題を生じさせるため、注意が必要である。これについては、第3章で言及する。
- (120) Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 Yale L. J. 1238, 1247-1248 (2016).
- (121) *Id.* at 1254.
- (122) *Id.* at 1250-1251.
- (123) *Id.* at 1251.
- (124) *Id.*
- (125) *Id.* at 1254.
- (126) Daniel Halberstam, *Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions*, 147 U. Pa. L. Rev. 771, 834 (1999). ここで、ハルバスタムのいう専門職集団は、ハウプトの理論における知識コミュニティと類似の存在であると考えられる。
- (127) Haupt, *supra* note 120, at 1254.
- (128) *Id.* at 1253.
- (129) *Id.* See also Halberstam, *supra* note 126, at 773.
- (130) Haupt, *supra* note 120, at 1253. そのため、知識コミュニティ、延いては個々の専門家たちがそうした専門知識や能力を持たないとき、専門職言論としての敬讓は必要ない。
- (131) *Id.*
- (132) この点から、知識コミュニティによって形成された「見識」は、反論を許さないものではなく、逆に、常にコミュニティにおいて批判の対象となり続けると言える。また、この意味において、知識コミュニティは、議論が可能となる場、すなわち議論の土壌を保護する役割を果たすものと理解できる。
- (133) *Lowe v. SEC*, 472 U.S. 181 (1985). 本判決は、金融市場等に関する論評を載せた新聞を無免許で発行したことが投資顧問法に反するとして、証券取引委員会によ

って本件新聞の発行禁止の命令が求められたことについて争われた。スティーブンス判事による法廷意見は、本件新聞は投資顧問法の除外規定に該当するとして、発行禁止の命令は認められないとした。

- (134) *Lowe*, 472 U.S. at 232.
- (135) Haupt, *supra* note 120, at 1254-1255. この点につき、ハルバスタムも、専門家の助言は、世間一般または公衆に対して流布された場合、すなわち専門家と依頼人の関係外でなされた場合には、およそ専門職言論とはならないと指摘している。Halberstam, *supra* note 126, at 851.
- (136) Haupt, *supra* note 120, at 1255.
- (137) *Id.*
- (138) *Id.* at 1255-1256. 専門的助言ではない言論に対する修正一条の保護は、話し手の知識コミュニティ構成員の身分とは無関係なのである。これについて医療分野を例に述べたものとして、Jennifer M. Keighley, *Physician Speech and Mandatory Ultrasound Laws: The First Amendment's Limit on Compelled Ideological Speech*, 34 Cardozo L. Rev. 2347, 2349 (2013).
- (139) Halberstam, *supra* note 126, at 848-849.
- (140) Robert C. Post, *Democracy, Expertise, And Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence For The Modern State* 43-44 (2012).
- (141) Keighley, *supra* note 138, at 2350-2351.
- (142) Claudia E. Haupt, *Mixed Public-Private Speech and the Establishment Clause*, 85 Tul. L. Rev. 571, 573 (2011).
- (143) Haupt, *supra* note 120, at 1257.
- (144) Keighley, *supra* note 138, at 2361.
- (145) Haupt, *supra* note 120, at 1257.
- (146) *Id.* at 1257-1258.
- (147) *Id.* at 1258.
- (148) Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 U. Ill. L. Rev. 939, 980 (2007).
- (149) Haupt, *supra* note 120, at 1269. ハウプトの議論は、この意味で、専門職言論を伝統的な諸理論の内の一つのみから根拠づけたり、それらの理論を序列化したりするものではない。
- (150) *Id.* at 1270.
- (151) *Id.* ハウプトは、これらの点に、特に商業的言論との大きな相違が現れると指摘する。すなわち、商業的言論においては、それが商業的な選択を行う自律のみに向けられている点で自己との結びつきの程度が薄く、また、その目的が消費者

に商品の購入を促すことにあり、話し手と費用を支払う売り手の経済的利益が一致する点も対照的であると述べる。

- (152) Post, *supra* note 140, at 47. See also *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772, 780 (D.C. Cir 1972).
- (153) Haupt, *supra* note 120, at 1271.
- (154) See also Kathleen M. Sullivan, *The Intersection of Free Speech and the Legal Profession: Constraints on Lawyer's First Amendment Rights*, 67 Fordham L. Rev. 569, 580 (1998).
- (155) Haupt, *supra* note 120, at 1271. そのため、政府はライセンスングや信認義務、インフォームド・コンセント、不法行為責任などを用いて、専門家の無能さや信頼の濫用から依頼人を適切に保護しようとする。See Claudia E. Haupt, *The Limits of Professional Speech*, 128 Yale L. J. F. 185, 190-192 (2019).
- (156) *Id.*
- (157) *Id.*
- (158) Haupt, *supra* note 120, at 1271. この信認義務については、専門職言論の限界を中心に検討した、Haupt, *supra* note 157において詳細に論じられている。またハルバスタムも、専門家に対しては専門家と依頼人の関係性に起因する信認義務が生じると指摘している。Halberstam, *supra* note 126, at 834.
- (159) Keighley, *supra* note 138, at 2405.
- (160) *Id.* at 2373.
- (161) Haupt, *supra* note 120, at 1270-1271. 専門家は、個人として、公共討論の場で自身の考えを述べる修正一条の権利を有しており、ことによると知識コミュニティの見識に異議を唱えることもできるが、それは専門職言論の文脈において主要な関心事ではないとされる。また、ハルバスタムも同様に、依頼人との関係における専門家は、専門的助言の提供の際、知識コミュニティの見識に異議を唱えないことが期待されると指摘する。Halberstam, *supra* note 126, at 834.
- (162) Haupt, *supra* note 120, at 1272.
- (163) *Id.* at 1272-1273. 例えば、ここでは専門的な科学的見識を損なう発言を強制してはならない。
- (164) *Id.* at 1273.
- (165) Keighley, *supra* note 138, at 2376.
- (166) Haupt, *supra* note 120, at 1273.
- (167) *Id.*
- (168) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- (169) Post, *supra* note 140, at xii.

- (170) Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 Calif. L. Rev. 2353, 2366 (2000).
- (171) *Id.* at 2360.
- (172) Haupt, *supra* note 120, at 1274.
- (173) Horwitz, *supra* note 68, at 248.
- (174) Haupt, *supra* note 120, at 1275.
- (175) 例えば、科学的見識はピア・レビューを受け、仮説は反証にかけられる。
Post, *supra* note 140, at 8.
- (176) Haupt, *supra* note 120, at 1275. ハウプトはここで、非専門家が関与しないのは、その思想の自由市場が認識論的自由市場と呼ぶべきものとして存在し、そこで見識がテストされることによって専門的基準が生成される限りにおいてであると述べ、このような場合に、専門家は知識コミュニティとして敬讓を与えられるべきであると指摘する。
- (177) *Id.*
- (178) Post, *supra* note 140, at 40-41.
- (179) Halberstam, *supra* note 126, at 812.
- (180) Haupt, *supra* note 120, at 1276.
- (181) *See Bates v. State Bar of Ariz.*, 433 U.S. 350, 361-362 (1977).
- (182) *See Halberstam, supra* note 126, at 812.
- (183) Haupt, *supra* note 120, at 1276.
- (184) *See, e.g., Keighley, supra* note 138, at 2371-2372; Renee Newman Knake, *Attorney Advice and the First Amendment*, 68 Wash. & Lee L. Rev 639, 676 (2011).
- (185) Post, *supra* note 170, at 2367.
- (186) Haupt, *supra* note 120, at 1276.
- (187) *Id.* at 1277.
- (188) *Id.*
- (189) Horwitz, *supra* note 68, at 239.
- (190) *Id.* at 248-249.
- (191) Haupt, *supra* note 120, at 1242.
- (192) *Id.* at 1252.
- (193) そのため、第1章において言及した *Velazquez* 判決は両学説のモデルケースとなりうるが、両理論の射程が一致するわけではない。
- (194) 名古屋高金沢支判平成12・2・16判時1726号111頁。本判決の評釈として、植野妙実子「天皇コラージュ事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ〔第6

版)』(2013年) 356-357頁。

- (195) 芸術家の活動については、芸術家が作品を製作して発表することについて公権力がこれを妨げることは許されないが、公権力に対し、芸術家が自己の制作した作品を発表するための作為、例えば、展覧会での展示、美術館による購入等を求める憲法上の権利を有するものではないと判示し、本件では、作者の表現の自由の侵害は認められなかった。
- (196) 最判平成17・7・14民集59巻6号1569頁。本判決の評釈として、中林暁生「公立図書館の蔵書と著作権者の表現の自由」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』(2019年) 153-154頁。
- (197) 東京地判平成15・9・9 (LEX/DB 文献番号28082754)。
- (198) 東京高判平成16・3・3 (LEX/DB 文献番号28102532)。
- (199) ここでは、不交付処分時に交付内定の取消事由になかった公益性の規定によって不交付決定がなされた点について、一切許されないとは解し難いとされた。
- (200) 東京高判令和4・3・3 (LEX/DB 文献番号25572112)。本判決について、平裕介「文化芸術助成のための給付行政に係る行政裁量における「公益の観点」・「助成制度への国民の理解」の考慮」日本大学法科大学院「法務研究」第20号(2023年) 121頁以下に詳細な整理がなされている。
- (201) ここでは、〔1〕助成の交付の対象となる事業の内容、〔2〕助成の対象となる経費及び助成金の額、〔3〕助成の必要性、〔4〕本件助成金を交付しない場合に内定者に生じ得る影響の内容及び程度等、〔5〕本件助成金を交付した場合に生じ得る影響の内容及び程度等という5つの点が挙げられている。
- (202) このように、司書によって運営される図書館自体を表現の自由の享有主体と考えることに関する指摘として、松井茂記『図書館と表現の自由』(岩波書店、2013年) 20-22頁を参照。このとき、行政による図書館への介入は、図書館や司書に対する表現の自由侵害の問題となりうる。
- (203) 従って、専門職に着目するとき、ここでの問題は、専門職の表現の自由に対する政府介入の統制としてではなく、専門的知見の不顧慮を問う行政裁量の統制の問題として現れる。後者の問題枠組みを分析したものとして、平・前掲註(6)を参照。
- (204) これは、本稿で扱った判例が、専門職の広範な裁量や美術館や図書館の施設の性質に言及している点、そしてまた、助成金支出決定の判断に際して、芸術的観点と公益的観点を分けて論じている点にも見てとれる。後者に関する裁判所の判断の評価については、平裕介「映画「宮本から君へ」助成金不交付裁判・東京高裁判決の問題点と表現の自由の「将来」のための闘い」法学館憲法研究所 Law Journal27号(2023年) 139, 142頁を参照。

文化芸術助成の憲法的統制に関する一考察（２・完）

- (205) 例えば、文化芸術助成における事例である Finley 判決、学校図書館における事例である Pico 判決、また、公立放送局における事例である Forbes 判決など。
- (206) 尾形健「行政裁量の憲法的統制について」立命館法学393・394号（2021年）189頁。
- (207) これにつき、平・前掲註(6)2頁。また、横大道・前掲註(6)33頁。
- (208) 横大道・前掲註(9)217頁。
- (209) 横大道・前掲註(14)29頁。
- (210) 曾我部・前掲註(22)77頁。
- (211) 同77頁。
- (212) 実際に政治学の領域では、専門家（テクノクラート）がいかにして政治過程に関与するかというテクノクラシーの問題として検討されている。これにつき、例えば、川嶋周一「EU における専門性とテクノクラシー問題」内山ほか編『専門性の政治学』（ミネルヴァ書房、2012年）131頁以下など。
- (213) これについては、Claudia E. Haupt, *Licensing Knowledge*, 72 Vand. L. Rev. 501 (2019)において、詳細に検討されている。
- (214) 横大道・前掲註(9)16-18頁。また、同様の見解を示すものとして、巻美矢紀「自由と給付」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）84頁以下も参照。
- (215) 横大道・前掲註(9)160-161頁。