

アメリカにおける未成年者に対する 表現受領規制

福 岡 久美子

はじめに

日本では青少年保護育成条例によって、18歳未満の未成年者に有害図書類の販売・レンタル等が規制されている。この有害図書類の規定の曖昧さ等について、その問題性が指摘されてきた¹⁾。また、DVDの普及、インターネットなど、新しい表現メディアが次々と出現し、そのたびに、条例が改正され

1) 岐阜県青少年保護育成条例事件最判平元・9・19刑集第43巻8号785頁。

例えば、「大阪府青少年健全育成条例」は、比較的詳細に規定している

(有害な図書類の指定)

第十三条 知事は、図書類の内容の全部又は一部が次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、当該図書類を青少年に有害な図書類として指定することができる。

一 青少年の性的感情を著しく刺激し、青少年の健全な成長を阻害するもので、次に掲げる基準に該当するもの (略)

二 青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長し、青少年の健全な成長を阻害するもので、次に掲げる基準に該当するもの (略)

三 青少年の犯罪を著しく誘発するおそれがあり、青少年の健全な成長を阻害するもので、次に掲げる基準に該当するもの (略)

2 前項の規定にかかわらず、次に掲げるものは、青少年に有害な図書類とする。ただし、その内容が主として読者又は視聴者の性的感情を刺激するものでないと認められるものについては、この限りでない。

一 書籍、雑誌、コンパクトディスク、デジタルバーサタイルディスクその他これらに類するもの(以下「書籍等」という。)であって、次に掲げるものを描写し、又は撮影した図画、写真等を掲載し、又は記録するページ(表紙を含む。以下同じ。)等の数が当該書籍等のページ等の総数の十分の一又は合わせて十ページ以上を占めるもの

イ 全裸又は半裸での卑わいな姿態で、次に掲げるもの (略)

複雑化している²⁾。

都道府県の中で長野県のみ、長年この種の条例が存在していなかった。2016年に「子どもを性被害から守るための条例」が制定されたが、威迫等による性行為等の禁止、深夜外出規制だけで、有害図書類に関する規定は存在しない。また、2010年に「東京都青少年の健全な育成に関する条例」が改正されて、「漫画、アニメーションその他の画像(実写を除く)」で、「刑罰法規に触れる性交若しくは性交類似行為又は婚姻を禁止されている近親者間における性交若しくは性交類似行為を、不当に賛美し又は誇張するように、描写し又は表現することにより、青少年の性に関する健全な判断能力の形成を妨げ、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの」(7条1項2号)を青少年に販売・頒布・貸付・観覧させないようにと規定された。その改正をめぐって、漫画家、出版社、一般市民などから強い批判が起こった。

法律レベルでは、2002年、とくにインターネット上の有害情報から青少年を保護する必要性が主張され、青少年有害社会環境対策基本法の制定が議論された³⁾。法律案で規制対象となっていた有害情報は、青少年保護育成条例の有害図書類と同様、曖昧性などの点で批判され、結局、制定には至らなかった。その代わりに、2008年には青少年環境整備法(青少年が安全に安心し

二 ビデオテープ、ビデオディスク、コンパクトディスク、デジタルバーサタイルディスク
その他これらに類するものであって、前号イ又はロに掲げるものを描写した場面が合わせて三分を超えるもの

三 図書類の製作又は販売を行う者の組織する団体で、規則で定めるところにより知事が指定するものが審査し、前項各号のいずれかに該当するとして青少年の閲覧、視聴又は聴取を不相当と認めたもの

- 2) 青少年保護育成条例について、例えば、曾我部真裕「青少年健全育成条例による有害図書類規制についての覚書」法学論叢170巻4号(2012)499頁、拙稿「青少年保護条例による性的自由の制限」現代社会フォーラム第9号1頁(2013)、「未成年者に対する有害情報規制の合憲性」総合文化研究所紀要第30巻30、40頁(2013)等参照。
- 3) 松井茂記『インターネットの憲法学(新版)』(2014、岩波書店)177-207頁、服部孝章「青少年有害社会環境対策基本法案批判」法律時報74巻12号(2002)60頁、松井茂記「青少年健全育成基本法案・青少年有害環境自主規制法案と表現の自由」法律時報76巻9号(2004)30頁等参照。

てインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律)が制定された⁴⁾。また、風俗営業法(風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律)が改正され、「映像送信型性風俗特殊営業を営むものは、18歳未満の者を客としてはならない。」(第31条の8第2項)等の規定がおかれている⁵⁾。

本稿において、アメリカ合衆国における未成年者の表現受領規制の経緯を取り上げ、さまざまな表現モデルにおける未成年者に対する規制について見る。中でも、比較的最近の判例 *Packingham v. North Carolina*⁶⁾ について分析し、また、全体に検討を加えることとする。アメリカにおける未成年者に対する表現受領規制事件等をみることは、わが国における議論に示唆を与えてくれるものと考えられる。

第1章 有害表現受領規制

今日では、わいせつ表現は修正1条の保護の範囲外であると確立し、わいせつと判断されると成人に対しても規制されうる⁷⁾。表現内容規制であるから厳格審査の対象となり、わいせつの定義についても狭く明確に限定されそれを超えると違憲となる。では、未成年者に対する有害表現規制は、どのような基準で判断されるのであろうか。

4) 長谷川智史「弁護士のための新法令紹介—青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律の一部を改正する法律(平成29年法律第75号)」自由と正義68巻12号(2017)74頁。

5) 山口いつ子「風営法改正と青少年保護—インターネット上の表現に対する規制を中心として—」法律時報70巻11号(1998)41頁等参照。

6) 137 S.Ct.1730 (2017)。

7) See, e.g., *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S.568 (1942), *Roth v. United States*, 354 U.S.476 (1957), *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), *Paris Adult Theatre 1 v. Slaton*, 413 U.S.49 (1973)。拙稿「未成年者に対する有害情報規制の合憲性」総合文化研究所紀要第30巻(2013)30頁等参照。

(1) 書籍等印刷物

① *Ginsberg v. New York*⁸⁾ ヌード雑誌 (girlie magazine) を17歳未満の青少年に販売したことに對して、州地裁は、「未成年者に有害な」わいせつ図書を販売することを禁じたニューヨーク州法違反として有罪とした⁹⁾。「未成年者に有害な」とは、裸体、性的行為などの描写・表現の意味で規定されている。未成年者の好色な関心に特に訴えるもの、未成年者に望ましいものに関して成人社会における一般的な基準で全体に明らかに不快であるもの、未成年者にとって社会的重要性を補わないものである。ニューヨーク州控訴裁判所も、曖昧性ゆえに無効の主張に對して合法であるとした。有罪判決が確定した。

連邦最高裁判所は原審を認容した。ブレンナン判事による法廷意見は、次のように判示した。(1) 被告人が、販売された雑誌は「未成年者にとって有害」ではないと主張しなかったので、当該雑誌のわいせつ性の問題は、裁判所にはなかった。(2) 関連法に規定される期限により、事実審裁判官が刑の執行猶予を宣告し、もはや刑罰の宣告をできなかったという事実によって、事件は争訟性を喪失はしない。(3) 17歳未満の未成年者に対する有害性の定義は、未成年者を保護する目的に合理的関連性があり、法律は未成年者に憲法上保護されている表現の自由やその他の自由を侵害しない。これらの雑誌は17歳以上の成人にとってはわいせつではなく (*Redrup v. New York*¹⁰⁾)、所蔵することも17歳以上に販売することも禁止されていない (*Butler v. Michigan*¹¹⁾)。(4) わいせつは保護される表現・出版の範疇にはない (*Roth v. United States*¹²⁾)。「未成年者に有害」を規定する法律の条項も、「未成年者に有害」だと「知りながら」という故意も、曖昧性故に違憲無効とは言え

8) 390 U.S. 629 (1968).

9) 56 Misc. 2d 882, 290 N.Y.S.2d 239.

10) 386 U.S. 767 (1967).

11) 352 U.S. 380 (1957).

12) 354 U.S. 476, 485 (1957).

ないことを認めた。そして、未成年者を害悪から保護するためには、厳格にはわいせつな表現とは言えない性表現を規制した法律を合憲とした。いわゆる、年齢による「可変的わいせつ」(variable obscenity) 概念を認めたのである¹³⁾。

この判決によって未成年者の好色な興味に訴える有害性を定義する規定の合憲性を認めた。これ以降、多くの州が、「未成年者にとって有害な」性的内容を含む表現物の展示・頒布を規制する規定を制定し、多くの裁判所がそれらを合憲と判断した。これらの法律の目的は、有害な表現物から未成年者を保護し、子ども達の成長を監督する親の権利を守ることである¹⁴⁾。

(2) 映画

② *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*¹⁵⁾ 1965年に制定されたダラスシティの条例は、16歳未満の青少年にとって適切な映画と不適切な映画に分類するために、映画分類委員会 (Motion Picture Classification Board) を設立し、次のような判断基準を規定している。若者を刺激して犯罪や非行をさせるような方法で、残虐行為、犯罪的暴力、悪行を描写する映画、非行や性的乱交を若者の一部に刺激するような、または、好色な関心に訴えるような方法で、性的乱交、夫婦以外のまたは異常な性的関係を描写する映画が、青少年にとって不適切な映画と分類された。そして、不適切と判断された映画には保護者と一緒でなければ入ることはできないと規定している (保護者と一緒であれば、未成年者に不適切な映画であっても見ることができる)。もし、映画興行者が委員会の不適切という分類を受け入れられないなら、委員会は再検討しなければならない。条例は、軽犯罪、差止命令、免許取消によって強制できる。

13) 米沢広一「子ども・家族・憲法」(有斐閣、1992) 46頁参照。

14) Christopher W.Weller, *See No Evil: The Divisive Issue of Minors' Accwss Laws*, 18 *Cumb. L. REV.* 141 (1987).

15) 390 U.S. 676 (1968).

委員会は、条例によって、理由を告げずに原告が興業主であった Viva Maria を青少年に不適切な映画と分類した。興業主の不服申立に続いて、被上訴人は性的乱交描写ゆえに分類は正当であると主張して差止めを求めた。2人の委員は、男女の関係を描いたいくつかのシーンは容認されるとは言えないと主張した。審理陪審は青少年に望ましくないと思われる映像があると判断して差止めを認め、上訴裁判所は条例の基準を制限せずに認容した。

連邦最高裁判所はこれを覆して条例を違憲とした。マーシャル判事による法廷意見は、表現が不適切と決定するには、合理的で明確な基準によらなければならないが、条例の「性的乱交」などの文言は曖昧漠然としているため違憲であると判示した¹⁶⁾。(a) 映画も修正1条の保護対象であり、明確で限定的な基準によらなければ制限されない。(b) 曖昧性は、表現が対象であるところでは、とくに言われる。(c) 曖昧な検閲基準は単に再検査では治らず、解釈によって狭められなければ、一定しない管理を推奨するだけである。(d) 「性的乱交」は条例では定義づけられず、州裁判所で解釈された。その用語や条例で使われている関連用語を限定できず、「適切で、または、望ましく、受け入れられ、尊敬すべき、賞賛に値する、一般に受け入れられた」という基準は、検閲にとって不安定である。(e) 表現規制が直接の抑圧より分類の1つであること、または、子ども達の保護という有益な目的のために採用されたことによっても、曖昧性の欠点は治癒されない。

すなわち、条例は「不適切」の分類とされた「性的乱交」の定義を規定せず、委員会の行為に十分な基準を示すことができず、委員会も州裁判所も条例の明確化を提供できなかったために、狭く合理的で明確な基準を示していない。州は未成年者にいかがわしいものが普及するのを制限できるが、その際にも、よく限定された合理的で明確な基準が必要であるとした。

未成年者に対する規制ではないが、未成年者のアクセスを懸念して成人に

16) 条文は「狭く、合理的で明白な基準」を欠いていれば、曖昧性ゆえに修正1条及び14条違反となる。Niemotko v. Maryland, 340 U.S.268, 271 (1951).

対しても規制するものもある。

③ *Erznoznik v. City of Jacksonville*¹⁷⁾ Jacksonville Florida 市条例は、公道や公の場所から見えるドライブイン映画館で、裸が映っている映画の上映を禁止し、それに違反すると、公共不法妨害、犯罪になるとした。映画館の経営者は、条例は修正1条の権利を侵害すると主張して宣言判決を求めた。第一審裁判所は、市警察権力の正当な行使であり、上訴人の修正1条に基づく権利を侵害するものではないとして条例を支持し、地方控訴裁判所も認容した¹⁸⁾。フロリダ州最高裁は、裁量上訴を認めなかった¹⁹⁾。

連邦最高裁（パウエル判事による法廷意見）は、以下のように、厳格審査基準を適用して審理し、原審を覆して、修正第1条違反、文面上無効であるとした。市は、立法目的として、不快な表現物から市民を守ること、未成年者の保護、交通規制上の理由などを立法理由として挙げた。(a) 市は、不快な表現物に嫌々さらされることから市民を守ることがを主張する。しかしながら、条例はすべての不快な映画から市民を守るのではなく、立法者が特に裸の映っている映画を不快であると考えたからであり、たとえ無害あるいは教育的であっても、裸を含む映画を見せることを妨害する。また、映画を見たくない通行人はスクリーンから目をそらすことができるので、保護された表現の内容の検閲は、通行人のプライバシー権の深刻な侵害を防ぐ方法として正当化することはできない。(b) 子ども達がこのような映画を見ることから保護するために市警察力の行使として、条例を正当化することもできない。それが目的だったとして、制限は性描写がきわどい裸などにのみ向けられていないので、制限は許されるより広汎である。(c) スクリーンで映画を映すと、通行人の注意がそれて交通の流れが遅くなり事故の可能性が高くなるので、交通規制のための制約だと市は主張した。しかし、交通規制とは考えられないし、仮に交通規制だとしても、裸が映っている映画と他の映画を区別

17) 422 U.S. 205 (1975).

18) 288 So 2d 260 (1974).

19) 294 So 2d 93 (1974).

する正当性が示されていない。(d) 条例は過度に広汎であり、映画という合法的な表現に萎縮的効果を及ぼす。

州や自治体は、未成年者に対しては大人に対するよりも厳しい管理を適用しうるとは認める²⁰⁾。しかしながら、未成年者にも修正1条が保障されるため²¹⁾、比較的狭く規定されている場合に、政府は表現物を禁止することができる²²⁾ (at 212-14)。未成年者が性的な映画を見ることを防ぐ目的を有するという点は認めるが、その制限は過度に広汎である。このように、市の主張する理由はどれも条例の正当性を支持するものではなく、条例は広汎性ゆえに違憲であるとした。

(3) 放送

放送メディアに対する規制を正当化する根拠として、一般的に周波数が稀少であるため免許制の採用が許可され、被免許者に利用できない者の意見を代弁させることが認められるべきこと、電波は公物であるため政府に条件の付与が許されること、社会的影響力が大きいため特別の規制が認められること、規制がなければ視聴率を上げるために番組が画一化、低俗化する傾向にあることなどが挙げられる²³⁾。

④ Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation (FCC II)²⁴⁾

ラジオ番組が下品である (indecent) という理由で、連邦通信委員会 (Federal Communications Commission (FCC)) によって禁止されたことが争われ、放送の特異性を挙げて、未成年者保護を規制目的の一つとして成人にも規制することが認められた。

平日の午後2時頃、言葉に対する現在の社会の考え方に関するプログラムの一部として、「汚い言葉」という番組で、12分間の独白は性行為や性器の

20) Ginsberg, v. New York, 390 U.S.629 (1968).

21) Tinker v. Des Moines School Dist., 393 U.S. 503 (1969).

22) Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas, 390 U.S. 676 (1968).

23) 福島力洋「インターネットと表現の自由」阪大法学48巻4号57、60-61頁 (1998) 等参照。

24) 438 U.S. 726 (1978).

多くの表現を幾度も繰り返し続けた。息子とドライブをしながら放送を聞いた人が、放送に関して連邦通信委員会（FCC）に苦情を申し立てた。FCCは苦情を受け入れ、放送局は行政の処罰の対象になる（56 FCC 2d 94）という宣言命令をした。正式な制裁は課さないけれど、FCCは、命令は局の免許に関係があること、もし、また苦情を受けたら、委員会は法定の制裁を利用すると告げた。委員会は覚え書きで、電波上の下品な表現に関して苦情を考慮するための基準を明らかにする意図を示し、18 USCS § 1464の「ラジオ放送による、わいせつ、下品、冒瀆な言葉」（any obscene, indecent, or profane language by means of radio communications）の使用禁止に基づいて、下品な放送を規制する権力を見いだした。また、「汚い言葉」の独白は、子ども達が聴取者の中にいることが確実な時間に意図的に放送され、性行為を明らかに不快な方法で描く言葉を含んでいるという事実を照らして、下品であると判断した。ニュース放送の一部として下品な言葉の放送は禁止されないというルールにより、見解を明らかにするよう求められ、委員会は、下品な言葉を絶対的に禁じる意図ではなく、子ども達が見ない時間帯であるならば許されると示した（59 FCC2d 892）。再調査で、コロンビア州上訴裁判所は覆した。通信法326条（Communication Act）（47 USCS 326）の下、命令は委員会が明らかに禁じられている、ラジオ通信に対する「検閲」を示すだけでなく「広汎」であるとした。

連邦最高裁は原審を破棄して委員会の命令を合憲とした。スティーヴンス判事による法廷意見は、（1）連邦最高裁の司法審査権は、放送での独白が18 USCS § 1464の「下品」であるという委員会の決定に限定される。（2）326条は、わいせつ、下品、冒瀆な放送を流す免許者に制裁を与える委員会の権威を制限しない。FCCの行為は法律で禁止された「検閲」には当たらない。（3）わいせつではないけれども下品な言葉が使われているというFCCの判断は正当であることから、FCCの命令は放送局の修正1条の権利を侵害しないと判示した。

正当である理由の一つとして、新聞社と放送局とでは修正1条の保護は異

なるという判断を示した。この違いについて、放送はすべてのアメリカ人の生活に浸透しており、スイッチを入れると事前の警告なしに、聞きたくない又は見たくない番組にさらされること、放送は幼くて読み書きができない子どもにもアクセス可能であること、という放送の特徴を挙げた²⁵⁾。放送された独白は18 USCS § 1464の意味で「下品」である。制定法条項は、「わいせつ」表現を制限することのみに限定されなかった。委員会の命令は、過度に広汎ゆえに違憲でもないし、独白はわいせつではないからラジオ放送の権利のはく奪もありえないため違憲でもないと判示した。

(4) ケーブルテレビ

ケーブルテレビは外見上は放送と変わらないが、かなり多くのチャンネル供給が可能で、ブロックもできるため、一般の放送とは区別されている。

⑤ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*²⁶⁾ ケーブルテレビ制作者は、料金を支払っている顧客だけが番組にアクセスできるように電波の波長を変える。しかし、波長を変えるだけでは、性的な番組に関して「電波排出」(signal bleed) 一波長を変えられた番組の視聴の一部が聞かれまたは見えるかもしれない現象—を防ぐためには不十分である。そこで、議会は Telecommunications Act of 1996 (47 USCS 561) 505条を制定し、性的な番組のチャンネルを配信するケーブルテレビ経営者に、十分波長を変えまたは十分ブロックするか、または、「時間のチャンネル」すなわち、子ども達が見ない時間帯に制限するよう求めている。多くのケーブルテレビ経営者が終局的に時間制限を適用したため、午前6時から午後10時という一日の3分の2の間、誰も問題の番組を見ることはできない。そのような番組をケーブルテレビ経営者に供給する会社が、505条は連邦憲法修正1条を侵害するという宣言と505条の執行の差止命令を求めて、連邦政府を相手に訴訟を提起し

25) *Id.* at 749–50.

26) 529 U.S. 803 (2000).

た。立法目的上、問題の番組はわいせつとは言えないとして、地裁は暫定的差止めを認め²⁷⁾、連邦最高裁は略式で認めた²⁸⁾。正式審理の後、地裁は、(1) 505条は表現に内容規制を課したと認め、(2) 505条が目的とする利益はやむにやまれぬものであるが、もし、Telecommunications Act (47 USCS 560) 504条のブロック装置の使用可能性の適切な告知がケーブル契約者に与えられるなら、政府は同法504条の手段(ケーブルテレビの経営者が個人の家庭に望まないチャンネルをブロックするよう求めた)によって、より制限的でない手段で利益を達成すべきであるとして、(3) 505条は違憲であると宣言した。(4) そこで、ケーブルテレビの制作者と契約をして、制作者が504条の適切な告知をするように経営者に求めた。

連邦最高裁は原審を認容して、同条項を違憲とした。ケネディ判事による相対多数意見は、次のように、505条は修正1条に基づく表現の自由を侵害したと認めた。(1) 505条は、表現の自由の内容規制であり厳格審査の対象となる。(2) 505条は特定の番組制作者を規制対象として選び出した。(3) 多くのケーブルテレビの制作者が505条の規制に従う唯一の合理的な手段は、「時間のチャンネル」に従うことである。(4) この多くの表現を禁止するのは、成人の聴衆を意図した通信の重大な制限である。(5) 電波排出が普及した問題であると示すには、証拠は不十分である。(6) 立法の記録には、このような制限の支持はまったく見られない。(7) 政府の利益は、表現に対するこのような広範囲の制限を正当化するのに十分やむにやまれぬものではない。(8) 505条はより制限的でない他の選びうる手段を示していない。より制限的でない他の選びうる手段は504条によってもたらされる。もし、適切な手段で公表されるなら、おそらく政府の目的を達成するのに効果的な手段となるであろう。

「個々の裁判官の意見は大きく対立しており、ケーブルテレビに対する表現の自由の保護の枠組みが確立しているとはいえない」という指摘も存す

27) Playboy Entertainment Group Inc. v. U.S., 945 F.Supp. 772 (D.Del.1996).

28) 520 U.S. 1141 (1997).

る²⁹⁾。

(5) 有料テレフォンメッセージ

⑥ *Sable Communications of California, Inc. v. FCC* (FCC I)³⁰⁾ 通信法 (Communications Act of 1934) は、一般にダイアル・ア・ポン (dial-a-porn) として知られている、わいせつだけでなく下品な州際商業電話通信を禁じている (47 USCS 223 (b))。前条文は未成年者のダイアル・ア・ポンへのアクセスを制限していたが、先例の後、FCCはダイアル・ア・ポンのスポンサーが未成年者を排除する方法を提示する制定法を公布した。*Sable Communications of California* は、ダイアル・ア・ポンとしてよく知られている、性的志向の録音された電話メッセージをロサンゼルス都市部の内外に配信している。この会社が、連邦憲法修正1条または修正14条に基づき、223 (b) のわいせつ及び下品な (indecent) 表現規制条文は違憲だと主張して、FCC (Federal Communications Commission) と司法省 (Justice Department) を相手に差止めと宣言判決を求めて出訴した。

地裁は、当該制定法はわいせつの国家基準をつくったので違憲だという主張を否定し、*Sable* のわいせつな電話メッセージの禁止の執行に対する暫定的差止命令 (preliminary injunction) の要求を認めなかった。しかしながら、下品な表現の禁止は、子ども達を下品なダイアル・ア・ポンのメッセージにさらされることから保護するという政府の立法目的を達成するのに、狭く規定されていないため、条文は広汎で修正1条に反すると認め、下品な表現条項に関する差止めを問題とした³¹⁾。

連邦最高裁は原審を認容した。ホワイト判事による法廷意見は、次のように判示した。(1) 223(b)のわいせつな (obscene) 州際商業電話通信の包

29) 松井茂記『アメリカ憲法入門 (第8版)』(有斐閣、2018) 314頁。他にも、例えば、海部一男「未成年者保護のための成人向け番組規制と表現の自由—米最高裁、CATVでの規制に違憲判決—」放送研究と調査30-10 (2000) 14頁参照。

30) 492 U.S. 115 (1989)。

31) 692 F.Supp. 1208 (C.D.Cal.1988)。

括的禁止は、連邦憲法修正1条の表現の自由を侵害しない。なぜなら、(a) 修正1条の保護はわいせつ表現を範疇に入れていない。(b) わいせつ物の郵送またはわいせつ通信の放送を禁ずる連邦法は、わいせつの「国家基準」(national standard)を設定しないので、わいせつな電話通信の禁止は、わいせつが「同時代の共同体基準」(contemporary community standards)³²⁾によって定められるという要求に反しない。他の共同体ではわいせつではないにもかかわらず、ある共同体では地域基準によりわいせつである情報を禁ずることは、Miller v. California の下で違憲ではない。(2) 下品な (indecent) 州際商業電話通信の包括的規制は、連邦憲法の修正1条の表現の自由を侵害する。なぜなら、下品だがわいせつではない電話メッセージへ成人がアクセスすることの否定は、そのようなメッセージへの未成年者のアクセスを限定する、やむにやまれぬ政府利益を遂行するのに必要な限度を超えているからである。すなわち、(a) ダイアル・ア・ポンのような電話通信の受領は、聞き手が通信を受けとるためには肯定の処置を求める。(b) 議会の記録は、未成年者が下品な電話通信を受け取るのを防ぐために、より制限的でない許される手段はないという結論を正当化する立法上の発見はないからである。

当該事件において問題となっている条文は、わいせつの国家基準をつくっているので違憲だという主張を否定し、Miller 事件の共同体基準を連邦法に適用するという主張を支持する説も存する³³⁾。

(6) ビデオゲーム

⑦ Brown v. Entertainment Merchants Ass'n³⁴⁾ 2005年、カリフォルニア

32) Miller v. California, 413 U.S.15 (1973).

33) Paul L. Dunn, Regulation of Dial-a-porn is a Tough Call: Sable Communication of California, Inc. v. FCC, 16 OHIO N.U.L.REV.717, 724 (1989).

34) 564 U.S. 786, 131 S.Ct. 2729 (2011). この判例に関する日本における研究として、例えば、検垣伸次「暴力的なビデオゲームの規制と表現の自由—Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) を素材に—」同志社法学73巻7号221頁 (2012)。東川浩二「Brown v. Entn't Merchs. Ass'n, 131 S.Ct. 2729 (2011) —残酷な暴力描写を含む、いわゆる残酷ゲームを、保護者の同意なく未成年者に販売、またはレンタルすること等を禁じる州法は、

州議会は、18歳未満の青少年に暴力的ビデオゲームの販売・レンタルを禁止し、「18」とラベルを貼ることを求める法律を制定した。プレイヤーが、殺人、傷害、手足を切断、強制猥褻できる選択が含まれるゲームで、合理的な人の判断基準によると、ゲームが全体として未成年者の異常で恐ろしい関心に刺激を与え、明らかに未成年者にふさわしい程度を超えて攻撃的であり、ゲーム全体として文学的、芸術的、政治的、または科学的価値を非常に欠いている場合には、制限対象のゲームとなる。違反者は1000ドル以下の罰金に処すると規定する³⁵⁾。ビデオゲームを制作・販売する業者団体は、この州法は合衆国憲法修正1条が保障する表現の自由を侵害すると主張して、州法の暫定的差止めを求めて出訴した。

地方裁判所は、本件州法が表現の自由を保障する修正1条違反であるとして、永久的差止めを認め³⁶⁾、第9巡回区控訴裁判所もこれを支持した³⁷⁾。

最高裁は原審を支持して、規制を違憲とした。スカーリア判事による法廷意見は以下のように判示した。ビデオゲームも書籍や映画等と同様、思想などを伝達しており、修正1条の保護の対象であると認めた。本件において、カリフォルニア州は、留保条項を加えることによって、わいせつ同様、暴力的な表現を規制しようとしたが、暴力表現はわいせつではない (*Winters v. New York*³⁸⁾)。カリフォルニア州は、未成年者にだけ適用される新しい範疇の内容規制をつくろうとしているが、未成年者も修正1条の保障を受け、比較的狭く明確に定義された場合のみ禁止することができる (*Erznoznik v. Jacksonville*³⁹⁾)。州は未成年者を害悪から保護する権限を有するが、未成年

第1修正に違反するとされた事例『アメリカ法2012-1』162頁、井上幸希「暴力的内容のビデオゲームの未成年者に対する販売、貸し出しを規制する州法が、表現の自由を保障する合衆国憲法修正1条に違反するとされた事例—*Brown v. Entertainment Merchants Association*, 594 U.S. (2011) —」*広島法学*36巻2号81頁 (2012)、拙稿「未成年者に対する有害情報規制の合憲性」*同志社女子大学総合文化研究所*30巻30頁 (2013) 等がある。

35) California Assembly Bill 1179 (2005), Cal. Civ.Code Ann. § § 1746-1746.5 (West 2009) (Act)

36) 2007 WL 2261546 (2007).

37) 556 F.3d 950 (C.A.9 2009).

38) 333 U.S. 507 (1948).

39) 422 U.S. 205 (1975).

者が接触する思想を制限する無制限の権限を有するものではない。また、グリム童話（白雪姫、シンデレラ等）や高校の読書リスト（『神曲』等）を挙げ、州が未成年者を暴力表現から保護する長年の伝統もないとした。文学もビデオゲーム同様、相互作用的に働くので、暴力的ビデオゲームに対する同様の制限が認められない（*American Amusement Machine Assn. v. Kendrick*⁴⁰⁾ (at 789-798)。

本件州法は表現内容規制であり、厳格審査基準、すなわち、やむにやまれぬ政府利益によって正当化され、その利益を達成するために狭く限定されていない限り違憲無効であるが（*R.A.V. v. St.Paul*⁴¹⁾）、ビデオゲームと未成年者に対する害悪との直接的な因果関係が示されていないので、この基準を満たしていない。

カリフォルニア州議会は、（１）深刻な社会問題に取り組むことと、（２）親が未成年者を監督するのを助けることとの間のフェンスにまたがっている。２つの目的は合憲であるが、修正１条の権利に影響するとき、非常に過小包摂でも過大包摂でもない目的達成手段で遂行されなければならない。暴力の描写から未成年者を保護する目的の手段として、ビデオゲーム以外の描写を対象外としているだけでなく、親や保護者の拒否を許容することにより、州法は非常に過小包摂である。また、心配する親を助ける目的の手段として、暴力的ビデオゲームは有害ではないと考えている親をもつ若者から修正１条の権利を奪うから、非常に過大包摂でもある。よって、このような法は厳格審査を満たさないとした（at 798-805）。

（７） インターネット⁴²⁾

インターネットの発展により、それまで書籍などを出版するのが金銭的に無理だった者も、少額の費用で考えなどを広めることができるようになり、

40) 244 F.3d 572, 577 (C.A.7 2001).

41) 505 U.S. 377 (1992).

42) 松井・前掲書注3・第6章等参照。アメリカにおいても「インターネット上の青少年保護の限界は未確定」である。松井・前掲書注29、314頁。

「思想の自由市場」にとっては望ましいと言えよう。しかしながら、さまざまな商業インターネットサイトはポルノと分類されるグラフィックも多く含んでおり、子ども達にとって有害な表現をも供給している。これらのサイトの多くは無料のじらし広告 (tears) を配信しており、子ども達も見ることができる。コンピューターの最小限の知識、ブラウザを操作する能力、簡単な数語をタイプする技能を有する子どもでも、世界中のウェブ上の性的画像や内容にアクセスすることができる⁴³⁾。

A. 通信品位保持法 (Communications Decency Act of 1996 (CDA))⁴⁴⁾

潜在的に子どもの発展や福祉を害するフォーラムとして見られるものを軽減するために、1996年2月、遠距離通信法 (Telecommunication Act of 1996) を改正する際⁴⁵⁾、インターネット上の有害情報規制を含む規定が7編に挿入された。通信品位保持法 (CDA) と呼ばれる部分である⁴⁶⁾。未成年者に対してコンピューターネットワークを介して、故意に、わいせつ、下品、明らかに不快な通信を作成し送信することを禁じる条文 (502条) が含まれている。迷惑電話規制のためにおかれていた47 U.S.C. § 223を修正し編入されることになった⁴⁷⁾。

⑧ *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*⁴⁸⁾ 通信品位保持法 (CDA) は、インターネット上の有害な情報から未成年者を保護することを

43) ウェブサイトの12%はポルノグラフィックであり、インターネット検索エンジンの25%はポルノを求めており、標準の子どもが初めてインターネットポルノを見たのは11歳の時であり、15歳から17歳の80%は多くのハードコア・オンライン・ポルノを見たことがある。毎週、約1100万人の子ども達が、ポルノグラフィックのウェブサイトを覗いている。Leading Cases, Freedom of Speech and Expression, 118 HARV. L.REV. 353, 353-54 (2004). *Am.Civil Liberties Union v. Reno*, 31 F.Supp.2d 473, 476 (E.D.Pa.1999).

44) 福島力洋「インターネットと表現の自由」*阪大法学*48巻4号57頁(1998)等参照。

45) 2月1日に議会を通過。2月8日にクリントン大統領が署名した。

46) PL 104-104, 110 At. 56.

47) 小倉一志『サイバースペースと表現の自由』96頁(尚学社、2007)参照。

48) 521 U.S. 844 (1997).

求めている。CDAの条項は、(1) 18歳未満の未成年者に「わいせつまたは下品な情報」を遠距離通信手段で意図的に伝達すること(47 U.S.C.A. 223(a))、(2) 現代の共同体基準で「明らかに不快な」性的または排出の行為・器官を描写・叙述する通信を、特定の人物または18歳未満の人に送ること(47 USCS 223 (d) (1) (A))、または18歳未満の人に利用可能な方法で展示すること(47 USCS 223 (d) (1) (B))のために、相互作用のコンピューターサービスを意図的に使用することを禁じている。この違反には、罰金、2年以下の禁固を含む罰則がある⁴⁹⁾。しかしながら、未成年者が禁じられた通信にアクセスするのを制限するために、誠実に、合理的効果的で適切な行為をとった場合、または、クレジットカードや大人の身分証明ナンバーのような年齢証明書を求めることによって、このような情報へのアクセスを制限する場合には、処罰は免れる(47 U.S.C.A. 223 (e) (5))。

1996年に通信法が大統領に署名された後すぐに、20の団体等は、司法長官を相手に執行の差止めを求めて、連邦地方裁判所に訴訟を提起し、223 (a)、223 (d)条の合憲性を争った。地裁は、違憲であると判断して暫定的差止命令を認めた⁵⁰⁾。裁判所は、インターネットにアクセスして情報を得るためには積極的な操作が必要であること、他方、年齢認証が困難であるために未成年者に対するアクセス制限を確保するのは困難であることを認めた。年齢認証のためにクレジットカードの使用を義務付けることは、団体などに負担をかけ表現を困難にすること、クレジットカードを持たない成人まで排除することになること、自由なアクセスを阻害することを認め、CDAは広汎性ゆえに修正1条、曖昧性ゆえに修正5条違反であるとした。政府は、特別審査に基づいて連邦最高裁判所に上告した。

49) このようなサービスの利用者が電話をし、会話を始めたかどうかにかかわらず、わいせつな解説、要請、暗示、提案、画像、会話または児童ポルノを、(A) 18歳未満の特定の人または人たちに送信するために、対話式のコンピューターサービスを使用、(B) 18歳未満の人に利用可能な方法で展示するために、対話式のコンピューターサービスを使用…する人は誰でも、タイトル18の下で罰金または2年を超えない禁固刑に処する。47 U.S.C.A. 223 (d) (2000).

50) 929 F.Supp 824 (E.D.Pa.1996).

連邦最高裁も違憲であると認めた。スティーブンス判事による法廷意見は次のように述べて、CDAの「下品」「明らかに不快な」は修正1条によって保障された表現の自由を侵害すると認めた。(1) 遠距離通信手段で18歳未満の未成年者にわいせつまたは下品な表現物の送信、または、相互作用のコンピューターサービスを利用して18歳未満の未成年者に明らかに不快な表現の送信を禁じたCDAの条文は、表現内容規制であり、修正1条訴訟における時・場所・方法規制とは分析されない。(2) 問題の条文は文面上広汎ゆえに違憲である。(3) 18歳未満の未成年者に遠距離通信でわいせつまたは下品な表現の伝達を禁じた条項の合憲性は、「または下品な」を切り離すことによって文面上広汎から免れるとした。

B. 子どもオンライン保護法 (Child Online Protection Act (COPA))

上記の *Reno v. American Civil Liberties Union* で CDA 違憲判決の後、子ども達がインターネットで性的にあからさまな表現物にアクセスするのを減らすために、議会は、1998年に子どもオンライン保護法 (COPA) を制定した。法律は、商業インターネットポルノグラフィのプロバイダーに障壁「成人の証明遮蔽」—このようなサイトにアクセスしようとする人は、まず、成人であると証明することを求める—をつくるように強制した (§ 231 (c) (1))。

⑨ *John Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union (ACLU), et al.*⁵¹⁾ 子どもオンライン保護法 (COPA) (47 USCS 231) は、CDA と違って、World Wide Web の方法による各州間または外国との通商において、商業目的で17歳未満の未成年者が利用可能で、未成年者に有害なものを含む通信を意図的に行うことを禁じた。COPA は「未成年者にとって有

51) 紙谷雅子「インターネット上の未成年に有害な情報を年齢確認手段を用いて規制する Child Online Protection Act (COPA) の暫定的差止め—Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 124 S.Ct. 2783 (2004)」ジュリスト1292号156頁 (2005)、田中豊「インターネット上の未成年者に対する有害情報を規制する法律と連邦憲法修正1条」法律のひろば2005年9月号71頁など。

害な (harmful to minors)」を決定するのに、Miller v. California⁵²⁾ におけるわいせつの3基準を使い、陪審員が情報を評価するのに「現代の共同体基準」を適用するよう求めた。すなわち、(1) わいせつな通信、絵画、画像、グラフィック画像ファイル、論説、録画、文書、または、(2) 標準の人が、その時代の共同体基準を適用して、表現物全体として未成年者に対して、好色な利益に訴えるまたは迎合すると考えられるもの、(3) 未成年者にとって明らかに不快な方法で、実際のまたは擬態の性行為または性的関係、実際のまたは擬態の普通または墮落した性行為、性器、思春期後の女性の胸のわいせつな展示と定義している (47 USCS 231 (e) (6))。

アメリカ市民自由同盟 (American Civil Liberties Union (ACLU)) を含む市民自由団体と性的志向情報を配信したインターネットプロバイダーは、COPA の制限は、やむにやまれぬ目的のための必要最小限の制限ではなく過度に広汎であるため、修正1条に違反して成人の表現の自由を侵害すると主張し、COPA が施行される1ヶ月前、法案施行の暫定的差止命令を求めて、司法長官を相手に訴訟を提起した。

地裁は、COPA を厳格審査し、より制限的でない他の選ぶう手段、特に遮断またはフィルターにかける技術があるという理由で、本案が裁かれるまで COPA 施行の暫定的差止めを認めた⁵³⁾。第3巡回区控訴裁判所は、未成年者にとって有害なものを特定するのに「現代の共同体基準 (contemporary community standard)」 (§ 231 (e) (6) (A)) を COPA が使用すると、実質的に過度に広汎になるという理由で認めた⁵⁴⁾。司法長官の裁量上訴が認められた。

連邦最高裁判所は、控訴審判決を破棄、差戻した⁵⁵⁾。トーマス判事による相対多数意見は、COPA が未成年者にとって有害なもの (materials that is harmful to minors) を決定するのに、「現代の共同体基準」に依拠するだけで、

52) 413 U.S. 15 (1973).

53) 31 F.Supp. 2 d 473 (E.D.Pa.1999).

54) 217 F.3d 162 (3d Cir.2000).

55) 535 U.S. 564 (2002).

条文を実質上過度に広汎にすることはないとした。しかし、COPAが共同体基準の使用以外の理由で実質的に広汎かについても、曖昧性ゆえに違憲かについても、厳格審査を通るかについても、見解を述べなかった。

差戻し審で、第3巡回区控訴裁判所は、再度、地裁の暫定的差止めを認め⁵⁶⁾。とりわけ、未成年者がインターネットを使って害悪のある表現にアクセスするのを防ぐ利益を、政府が実現するのに可能な最も制限的な手段ではなく、過度に広汎であり、条文は修正1条を侵害する。再び裁量上訴が認められた。

連邦最高裁(ケネディ判事による法廷意見)⁵⁷⁾は、COPAは保護された表現に成人がアクセスするのに負担を負わせるので修正1条違反であるとし、インターネットプロバイダーと市民自由団体の要求を認めた。

連邦最高裁は暫定的差止めの検査において、裁量濫用基準を適用した⁵⁸⁾。すなわち、地裁は暫定的差止めの決定にあたり、裁量を濫用していないと判断した控訴審判決に賛成するが、理由は条文の文言上の理由ではなく、原告が主張していない成人の表現の自由に負担をかけているからだとした⁵⁹⁾。地裁は被告の解釈は不合理ではないと判断し、被告には制定法を争うスタンディングがあるという解釈によった⁶⁰⁾。地裁による理由に従い、内容規制なので、制限が効果的かどうかではなく、必要以上に制限していないか、萎縮的效果を及ぼしていないか、すなわち可能な効果的な選ぼうる手段のなかで最も制限的でない手段か問うべきである (at 664-666)。

地裁が検討した他の選ぼうる手段はブロックとフィルターリングソフトウェアである。それはCOPAより制限的でなく、子ども達にとって有害な表現へ子ども達のアクセスを制限する手段としてより効果的である。刑の宣告

56) 322 F.3d 240 (3d Cir. 2003).

57) 542 U.S. 656 (2004).

58) *Walters v. National Assn. of Radiation Survivors*, 473 U.S. 305, 336 (1985) (オコナ判事反対意見).

59) 31 F.Supp. 2d at 495.

60) *Id.* at 481.

もなく、萎縮的効果もないか減じるから、フィルターは COPA より制限的でない。また、フィルターリングは COPA より効果的である。すなわち、未成年者にとって有害なものの40%が海外から来ているが⁶¹⁾、COPA は海外の有害な表現物から未成年者を保護しないが⁶¹⁾、他方、プロバイダーは海外のものも作用できる。フィルターは E メールを含むインターネットの伝達にも適用される。フィルターリングソフトウェアは、子どもオンライン保護委員会 (Commission of Child Online Protection)、COPA の議会によってつくられたブルーリボン委員会によって、COPA より効果的だと確かめられた。もちろん、フィルターリングは完全な解決ではなく、未成年者にとって害のないものをブロックしたり有害のものを見逃してしまうかもしれない⁶²⁾。しかし、政府はより制限的でない他の選びうる手段が欠点を有すると示すだけでなく、より効果的でないとしさなければならないが⁶³⁾、COPA における制限よりも効果がないと証明できなかった。ブロッキングやフィルターリングが過大包摂、過小包摂だという証拠は示されていない。政府は COPA がある程度の効果があると示すだけでは不十分である。よって地裁が暫定的差止めを認めたのは裁量の濫用とは言えない (at 666-669)。

また、議会が使用できないため、フィルターリングソフトウェアが可能な他の選びうる手段ではないという議論はとることができない。議会はフィルターの使用を勧めることができる⁶⁴⁾。COPA を制定する際、議会は、その目的は、両親の監督を駄目にする方法で Word Wide Web を通して未成年者がアクセスする可能性をもたらすことから、インターネットの世界規模の利用性を防ぐことだと述べた。COPA は子ども達が見る物を監視する能力を両親が失ったと仮定する。フィルターリングソフトウェアの使用を促進する計画を制定することによって、議会は保護される表現を重罰の対象にすることな

61) *Id.* at 484.

62) *Id.* at 492.

63) *Reno*, 521 U.S. at 874.

64) *United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U.S.194 (2003).

く両親にその能力を与えることができた。より制限的でない他の選ぶ手段が効果的ではないということを示さないで、議会によって制定されたより制限的な手段は厳格な審査をパスしない。政府はより制限的でない他の選ぶ手段がより効果的ではないと示さなかった (at 669-670)。

実際的な理由として、まず、破棄する害悪の方が、差止めのそれよりも大きい。非常な害悪と保護される表現に対する萎縮的效果に比べれば、差止めによる害悪はそれほどでもない。2つめに、フィルターの方が COPA より効果的ではないという証明がなければ、地裁の事実審理を侵害することになる。3つめに、インターネットは急速に進んでいるが、証拠記録は現状を反映していない。地裁が事実審理をし始めたのは5年以上前であり、技術が進歩しもっといいフィルターリングの手段が存在しているかもしれないため、現時点での技術に照らして判断するようにと差し戻した (at 670-673)。

そして、地裁は違憲と判断し⁶⁵⁾ 第3巡回区控訴裁判所はこれを支持し⁶⁶⁾、合衆国連邦最高裁は裁量上訴を受理しなかった⁶⁷⁾。よって、COPA は違憲と確定した。

C. 子どもインターネット保護法 (Children's Internet Protection Act (CIPA))⁶⁸⁾

インターネット学校フィルタリング法案 (Internet School Filtering Act (S.1619)) は、両院の委員会を通過したが成立に至らなかった。この法案は、ブロッキングソフトウェアを学校や公立図書館のパソコンにインストールすることを条件に、インターネットへの接続費用等について政府が補助金を支出するという内容である⁶⁹⁾。その後、子どもインターネット保護法(Children's

65) 478 F.Supp. 2d 775 (E.D.Pa 2002).

66) 534 F.3d 181 (3 d Cir. 2008).

67) *Cert.denied*, 555 U.S. 1137 (2009).

68) 森脇敦史「図書館に対するフィルタリングの義務づけと今後のインターネット上における表現規制の態様—CDA、COPA、CIPAの事例から—」阪大法学53巻3・4号393頁(2003)、松井茂記『図書館と表現の自由』48頁(岩波書店、2003)等参照。

69) 小倉・前掲書注47、107頁。

Internet Protection Act ; CIPA)⁷⁰⁾ と名前を変えて成立する。この法律が問題とされた事件を次に見る。

⑩ United States, et al., v. American Library Association, Inc. (ALA)⁷¹⁾

公立学校補助金制度 (E-rate) と図書館サービス及び技術法 (The Library Services and Technology Act (LSTA)) という連邦の2つの援助は、公立図書館が利用者にインターネットアクセスを供給するのを助ける⁷²⁾。未成年者を含む図書館の利用者が、インターネットでポルノを検索し、コンピューター端末にそれらを表示または印刷することによって他人をもさらずとわかり、議会は子どもインターネット保護法 (CIPA) を制定した。CIPA は、公立図書館がわいせつやポルノコンピューター画像にブロックまたはフィルターをかけて、子どもを有害だと思われる表現物から保護するソフトをインストールしなければ、連邦政府によるインターネットアクセスのための補助金を受けるのを禁止する。しかし、CIPA の条文は、「学問研究またはその他の合法的な目的で」アクセスを可能にするために、図書館がフィルターを無効にすることを許す。公立図書館、図書館協会、図書館利用者、ウェブサイト業者は、合衆国、連邦政府の補助プログラムを管理する責任がある連邦機関と職員を相手に、CIPA のフィルタリング条項の違憲を主張して連邦地裁に訴訟を提起した。

地裁は、CIPA が文面上違憲であるとした。(1) CIPA の条件に従う公立図書館は、必然的に連邦憲法修正1条に違反することになるため、CIPA を

70) 114 Stat.2763 A-335 (2000).

71) 539 U.S. 194 (2003).

72) E-rate は、「1996年通信法によって設立された政策プログラムで、認定された図書館がインターネットへのアクセスを購入する際に連邦資金の助成を受けられるというものである (47 U.S.C.A. § 254 (h) (1) (B) (West.2001)).」LSTA は、「図書館サービス及び技術法 (The Library Services and Technology Act) に基づいて設立された博物館及び図書館サービス財団が、州の図書館担当部局に対して、電子的ネットワークを通じた情報へのアクセスに用いるコンピューターの購入や通信回線の費用を助成するものである (201 U.S.C.A. § 9141 (a) (1) (B)、(C)、(E) (West. 2001).」森脇・前掲論文注68・416頁注 (34)。

制定する際、議会は連邦憲法の歳出条項 (Spending clause) 第1条8節①の下で権限踰越である。(2) CIPA フィルターリングソフトはパブリック・フォーラムへのアクセスに対する内容規制であり、その規制は厳格審査の対象となる。(3) 政府はわいせつ物、子どもポルノ、未成年者に有害なものを防ぐことにやむにやまれぬ利益を有するが、ソフトのフィルターは利益を実現するのに狭いものではない⁷³⁾。

連邦最高裁は原審を覆した。相対多数意見の見解には賛成しない者もいるが、6人の裁判官がCIPAは無効ではないという点には賛成した。レーンクイスト裁判長による相対多数意見 (オコナ、スカリーア、トーマス判事同意) は、次のように判示した。

公立図書館のフィルターリングソフトの使用は図書館利用者の修正1条に基づく権利を侵害しないため、CIPAは図書館に連邦憲法違反をさせることにはならず、議会の歳出権限の有効な行使であると判断した。議会は政策目的をすすめるため補助金受領の条件を定める広汎な権限を有するが、「受領者を違憲となる行為に引き入れる」ことはできない⁷⁴⁾。図書館がCIPA フィルターリングソフト使用によって修正1条違反になるか決めるために、裁判所は社会的役割を検討しなければならない。公立図書館は図書決定に広汎な裁量権を有する。先例によると、市民が利用可能な私的な言論を決める際、政府は内容規制の広汎な裁量権を有する⁷⁵⁾ (at 198-205)。

図書館におけるインターネットアクセスは、伝統的パブリック・フォーラムでも限定的パブリック・フォーラムでもない。公立図書館は蔵書決定するのに必然的に内容を考慮し、広汎な裁量権を有するため、フォーラム分析と強い司法審査は要求されない。よって、地裁が述べたパブリック・フォーラム理論は適用されない⁷⁶⁾。そのうえ、インターネット上の情報量は膨大で変

73) *American Library Ass'n Inc. v. U.S.*, 201 F. Supp. 2d 401 (E.D. Pa. 2002).

74) *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 206, 210 (1987).

75) *Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes*, 523 U.S. 666, 672-674 (1998); *National Endowment for Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 585-586 (1998).

76) See, e.g., *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund, Inc.*, 473 U.S. 788, 802 (1985).

化のスピードも速いので、適切な情報とそうでないものを一つ一つすべて分離することはできない。そこで、図書館が個別に判断するのではなく、特定のカテゴリーの内容を排除するのは合理的であろう。カテゴリーの外側にある憲法上保護された言論へのアクセスまで、間違っ「過度にブロック」するというフィルターリングソフトの傾向はあるが、利用者がソフトを禁止できるという安心の方が優先される (at 205-209)。

CIPA は、表現へのアクセスを保障する修正 1 条の権利を放棄することを補助金受領の条件としているが、それは公立学校補助金制度 (E-rate) と LSTA (Library Services and Technology Act) を受ける図書館に違憲な条件を課すものではない。政府がプログラムをたてる公的基金を適正化するとき、プログラムの限界を広汎に定める権限を有する。Rust v. Sullivan⁷⁷⁾のように、政府は利益を否定しないで、公的基金が権威のある目的に使われ、公立図書館が教育かつ情報目的に必要なかつ適切な図書類を得るという伝統的な役割を果たすのを手伝う。特に公立図書館がポルノを排除するため、議会はインターネットプログラムに相当な限界を正当に課することができる。フィルターリングソフトの使用がこれらの計画に役立つなら、Rust 判決の下で許される条件である。被上訴人は、Legal Services Corporation v. Velazquez⁷⁸⁾に従って、CIPA のフィルターリング条件は、公立図書館の通常の機能をこわすと主張した。Velazquez 事件において問題であるプログラムの下で貧困者に法的援助を与える法律家と比べて、公立図書館は政府に対抗する役割はなく、利用者が提供される基金の使用条件から自由でなければならないという前提はない (at 210-214)。

「反対意見を含め、少なくとも過半数の裁判官は、成人の利用者がアクセスを希望した場合には、図書館がアクセスを認めることが必要であることを示唆している。」しかし、「いくつかの州や地方公共団体では、成人の利用者がアクセスを希望したときも、フィルターリングソフトを解除するのではな

77) 500 U.S. 173, 194 (1991).

78) 531 U.S. 533, 542-543 (2001).

く、図書館の使命に合致したサイトに対するブロックのみを除外する措置をとっている。」⁷⁹⁾

⑪ *Packingham v. North Carolina*⁸⁰⁾

(i) 事実の概要・判旨

2008年に制定されたノースカロライナ州法は、登録された性犯罪者が、「サイトは年少の子どもが個人的ウェブページを作成または保持できると性犯罪者が知っている 商業的ソーシャルネットワーキングウェブサイト (commercial social networking Web sites) にアクセスすること」 (§§14-202.5 (a))⁸¹⁾ は重罪であるとしている。商業的ソーシャルネットワーキングウェブサイトとは、サイトが「会員料金、広告費、ウェブサイトの操作に関係する他の財源から収入を得る人によって営業されている」 (§ 14-202.5 (b) (1))、「親睦、他の人との出会い、または情報交換の目的で、2人またはそれ以上の人の間で社会紹介を容易にする」 (§ 14-202.5 (b) (2))、利用者の名前またはニックネーム、利用者によって入れられた写真、同じサイトにおける利用者の「友達または仲間」の個人的プロフィールへの可能なリンクのような情報を含む「ウェブページまたは個人のプロフィールの作成を利用者に許す」 (§ 14-202.5 (b) (3))、「メッセージボード、チャットルーム、電子メール、インスタントメッセージのような利用者または訪問者に他の人と会話する仕組み…を与える」 (§ 14-202.5 (b) (4))。これには2つの例外がある (§ 14-202.5 (c) (1), (c) (2))。

州法で性犯罪者として登録されたのは約2万人であり、この法律違反で1000人以上が起訴された。被告人 Lester Gerard Packingham は2002年21歳の時に13歳の少女と下品な行為をし、性犯罪者として登録された。Packingham は、商業的ソーシャルネットワーキングサイトへのアクセス禁

79) 松井・前掲書注68、50頁。

80) 137 S.Ct.1730 (2017)。

81) N.C.Gen.Stat. Ann. (2015)。

止は修正1条違反であると主張して、訴え却下を申し立てたが認められなかった。

事実審裁判所は、法律は修正1条違反であるという被告人の主張を否定し、執行猶予付きの有罪判決を下した。州控訴裁判所は、禁止は文面上及び適用上、修正1条違反であるとして有罪を取り消した。法律は内容中立だが、中間審査基準を通るほど狭く規定されていない⁸²⁾。州最高裁判所は、法律は合憲であるとして原審を覆した。禁止を表現規制というより行為の規制として見て、法律は内容中立で中間審査を通るほど狭く規定されている。また、他の同様のソーシャルメディアの利用が許されているため、適切な他の選ぶ手段が開かれているとした⁸³⁾。

連邦最高裁判所は原審を破棄し、法律を違憲とした。ケネディ判事による法廷意見（ギンズバイヤー、ブライア、ソトマヨール、ケイガン判事同調）は、以下のように、当該州法が修正1条、修正14条違反でないか問題とした。

当該州法は前例のない規制を制定したと非難し、適法な表現に対する許されない限界として無効にした。すべての人々が話し聞くことができる場所へアクセスするという修正1条の根本的な原則を反復した。話す権利を保護するという連邦最高裁の過去の努力を強調し、通りや公園が修正1条権利の行使のために典型的なフォーラムであるという基本的なルールを述べた。

サイバースペース、一般的には「インターネットの巨大な民主的なフォーラム」⁸⁴⁾、特にソーシャルメディアを意見交換のための最も重要な場所と認めるのは、以前は難しかったかもしれないが、今日、少なくとも10分の7の大人がインターネット・ソーシャルネットワークワーキングサービス（SNS）を利用しており、答えは明白である（at 1735）。インターネットは「裁判所が今日言うことは明日には古くなっていると気づくかもしれないほど、新しく多方面で遠くまで届く」力と方向である。この事件は連邦最高裁が修正1条と

82) U.S., *State v. Packingham*, 748 S.E.2d 146 (N.C.Ct.App.2013).

83) *Packingham v. North Carolina*, 777 S.E.2d 738 (N.C.2015).

84) *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 868 (1997).

現代のインターネットの間の関係を示した最初の事件の1つである。その結果、修正1条が巨大なネットワークへのアクセスに不十分な保護しか与えないと示す前に、連邦最高裁は十分注意しなければならない (at 1736)。

制定法の禁止の分析を行った。法律が内容中立かという当事者の議論を解決するのを拒否した。中間審査は、法律は「重要な政府利益のために狭く規定」されねばならず、「政府の立法利益を促進するのに必要な以上に、表現に実質的負担」⁸⁵⁾をかけてはいけなと意味する。州は性的虐待から子ども達を守る合法的な利益を有するという下級審の判決を繰り返した (at 1736)。しかしながら、その利益は、現代社会と文化の構造に不可欠なウェブサイトにおける修正1条の権利の行使の完全な禁止の公布を正当化するのに、不十分であると批判する (at 1738)。

2つの前提を示した。1つ目は、連邦最高裁は、フェイスブック、リンクトイン、ツイッターのような稀少なソーシャルメディアにまで禁止が及ぶ広範囲を前提とした。2つ目に、性犯罪者に、例えば、未成年者に接触し、または、未成年者に関する情報を集めるのにウェブサイトを利用することを禁じる特別狭く規定された法律は、修正1条を侵害しないと前提にした。狭い前提だとしても、連邦最高裁の判決はどれも広い法律を是認しないことを先例とし、禁止の範囲を前例のないと呼ぶ。ソーシャルメディアは情報にアクセスし共有する機会を与える、よって、市民が声を聞いてもらえるようにするたぶん最も力強い仕組みを提供する。性犯罪者をこの「現代のパブリックスクエア」(modern public square) —現在のできごとについて学び、求人票を見、または、単に話し聞く—から追放する法律は廃止されなければならない (at 1737)。

最後に、*Burson v. Freeman*⁸⁶⁾ を挙げた。この事件において、連邦最高裁は投票所の入り口近くでの選挙運動禁止を支持し、ノースカロライナ州法によって要求されたものよりも、はるかにやっかいでないものとして、*Burson*

85) *McCullen v. Coakley*, 134 S.Ct. 2518, 2534-2535 (2014).

86) 504 U.S.191 (1992).

事件において問題となった制限を区別した。加えて、Burson 事件における禁止は、政府は他の基本的な権利—投票権を保護するように、表現の自由を抑えた。法廷意見によると、Board of Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.⁸⁷⁾ はより適切な比較を示した。この事件において、ロサンジェルス国際飛行場におけるすべての修正 1 条表現を禁止する条例は無効とされた。

州は、現在の社会と文化構造に不可欠なウェブサイト上の修正 1 条の権利の行使を完全に禁止することはできない。政府は違法な表現を抑える手段として合法的表現を抑えることはできない⁸⁸⁾。そのため、ノースカロライナ州法は無効である (at 1738)。

(ii) 検討

Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad⁸⁹⁾ において、連邦最高裁は、「表現の各媒体は、…修正 1 条の目的によって評価される」と述べた。連邦最高裁はインターネットに関して連邦憲法修正 1 条規制の検討と適用に用心深かった。Packingham 判決は「連邦最高裁が修正 1 条と最新のインターネットの関係を示すためにした最初の判例の一つ」(at 1736) である。Packingham 事件はインターネット・スピーチの内容規制に結論を下し、最高裁の現在のスタンスを効果的に拡大した。連邦最高裁は、先例と統計を通して、現代社会でソーシャルメディアの流行を支えている分析と決定を示した⁹⁰⁾。例えば、「サイバー時代は、歴史的な規模の革命である。」⁹¹⁾「インターネットの力と方向は、非常に新しく、非常に変幻自在で、裁判官は今日言うものが明日

87) 482 U.S.569 (1987).

88) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. at 255.

89) 420 U. S. 546, 557 (1975).

90) Katie Miller, Constitutional Law Sex Offenses and Free Speech : Constitutionality of Ban Sex Offenders' Use of Social Media : Impacht on States with Similar Restrictions Packingham v. North Carolina, 137 S.Ct.1730 (2017), 93 N.D.J.Rev.129, 132-133 (2018).

91) フェイスブックを使っている人は17億9千万 Packingham, 137 S. Ct. at 1735. アメリカの大人の70パーセントがオンライン・ソーシャル・ネットワークングを使っている。Leading Case, First Amendment-- Freedom of Speech--Public Forum Doctrine--Packingham v. North Carolina, 131 HARV.L.REV. 233, 242 (2017).

時代遅れかもしれないことを意識しているにちがいないほど遠く手を伸ばしている」(at 1736)。今日、意見交換の場として最も重要なのは、サイバースペース、すなわち「インターネットの広大な民主主義のフォーラム」⁹²⁾と特にソーシャルメディアである (at 1735)。

(a) 過度に広汎

⑨ John Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union (ACLU), et al. において、COPA の条文が厳格審査基準の下で過度に広汎性ゆえに違憲であるとした。また、⑧ Reno v. American Civil Liberties Union において、CDA の条文の広さが修正 1 条が求めるものに合わず、州の利益は表現の内容規制に合わないとした⁹³⁾。「放送メディア規制の特別な正当性」は、「インターネットの広大な民主的フォーラム」⁹⁴⁾に適用されなかった。

Packingham 判決は、性犯罪者が犯罪行為をするのを防ぐために、州が特定の狭い法律を制定することには同意した。しかし、登録された性犯罪者をソーシャルメディア・ウェブサイトから締め出したノースカロライナ州法は、法廷意見が表現を制限するのに前例がないと断定したほど広汎であった (§ 14-202.5)。州法はフェイスブックだけでなく、未成年者を個人情報を集めている性犯罪者から保護する州の関心とは無関係な、例えば、アマゾンのような多くのウェブサイトも禁止した。また、法廷意見は、「たとえ表現が彼らの犯罪実行のための手段であるとしても、特定の犯罪行為は保護された表現ではない」(at 1737) ことを確かめた。Brandenburg v. Ohio⁹⁵⁾ で、連邦最高裁は、オハイオ州刑事サンジカリズム (Criminal Syndicalism) 法 (暴力の唱導を犯罪にした) を修正 1 条違反であるとして廃止した。

多くのソーシャルメディア・サイトは、サイトの利便性を利用するために

92) Reno v. American Civil Liberties Union (at 868).

93) Packingham v. North Carolina, 137 S.Ct.1730 (2017), 44 OHIO N.U.L.REV.117, 124-125 (2018).

94) Reno, 521 U.S. at 866.

95) 395 U.S. 444, 89 S.Ct.1827 (1969).

サービスの条件に同意することをユーザーに要求する。そのため、政府による規制よりも契約の拘束力による規制の方が望ましいとも主張されている。たとえば、フェイスブックはユーザーにヘイトスピーチを禁じて、この禁止された内容を含んでいるアカウントを取り除く。また、ツイッターは、ネオナチ・ウェブサイトにリンクされるアカウントを最近停止した⁹⁶⁾。インターネット表現に対する大部分の規制は、政府からではなく、彼らのソーシャルメディア・サイトのユーザーを所有・管理する民間会社からである。インターネットの商業的および市場性質は、政府事業体によって詳細に描写されている条件よりもむしろ、使用条件の契約によって、それ自身の構造の範囲内でうまくいくとも主張されている⁹⁷⁾。

Packingham 以前の判例は、州がインターネット表現に対する管理範囲を決定することに抵抗を示した。Packingham 判決は新しい方向を切り開き、政府がインターネット表現に対してより制御と支配力を得るために、現在彼らの法律を修正できる基準を示した (at 1736)⁹⁸⁾。Packingham 判決によって我々の前に置かれるテストの範囲が、どれくらいはるかに広くその周辺部にあるかはまだわかっていない。中間審査基準—狭い規制と重要な政府利益—では、表現の自由を侵害する場合がある。利用条件契約書システムの下で、パブリック・フォーラムとしてのインターネットへのアクセスは「受け入れるか拒むか」の中に存在する。公園に入るかどうか選べるように、利用条件が合わなければそのサイトを利用しないだけである。だが、当該事件において中間審査基準をとることによって状況は変化する。広汎でない規制であれば唯一の方法でなくてもいい。性犯罪歴があると登録された人はアクセスが禁止されるが、州は、登録された性犯罪者の表現の自由を制限しないで、未成

96) David Ingram, Twitter Shuttters Accounts of U.S. White Supremacy Website, Reuters (Aug.16, 2017, 9:35 PM), <https://www.reuters.com/article/virginia-protests-tech-idUSL2N1L21N5> (最終閲覧2019年8月28日)。

97) Jacquelyn E. Fradette, Online Terms of Service: A Shield for First Amendment Scrutiny of Government Action, 89 NOTRE DAME L.REV.947, 949 (2014)。

98) *Supra* note 93, at 124–126.

年者達を保護するという立法目的を達成することができるか⁹⁹⁾。Packingham 判決は、国がインターネット上で未成年者達を潜在的性犯罪者から保護することに合法的な関心があり、立法目的を達成するためにインターネット表現を制限できると認めた。現在の法律を改正する州の権限を否定したわけではない。州には、未成年者も表現の自由も両方保護する道が許されている¹⁰⁰⁾。

(b) パブリック・フォーラム

連邦最高裁は、Packingham 事件においてインターネットの関係を再検討し、未成年者に利用を許した商業的ソーシャルネットワーキング・ウェブサイトへ性犯罪者がアクセスするのを禁ずる条文を違憲とした。インターネット—フェイスブックやツイッターのようなソーシャルメディアを「現代的パブリック・スクエア」(modern public square) と称する際、連邦最高裁は通信方法を分析した (at 1735)。最高裁のパブリック・スペースは、パブリック・フォーラムがインターネットやソーシャルメディアを含めるのに十分なほど柔軟だと暗示する。このようなレトリックは、デジタル領域の公私が混成した性質 (私有であるが公的に管理された両方の混成の地位) を説明できずに不完全であった。Packingham 判決は、Southeastern Promotions 判決の指示も、内部の警告も無視したという批判もなされている¹⁰¹⁾。

Packingham 事件では、ノースカロライナ州法は特定の犯罪行為を罰するのではなく、性犯罪者がソーシャルメディアの保護された表現に関わるのを禁じた (at 1737)。ソーシャルメディアは考えや宗教的見解を共有し、政治家達へのアクセスの手段として今日機能している。そこへのアクセスが拒まれるならば、公共道路または公園で話す権利を与えないことに相当すると述べた (at 1735)。

インターネット、特にソーシャルメディアを「現代的パブリック・スクエ

99) *Id.* at 126.

100) *Id.* at 127-128.

101) *Supra* note 91, at 233.

ア」(at 1732, 1737)として具体化する要請があるが、「連邦最高裁の不要なレトリックの包含」(at 1738)に関するアリート判事の不安が述べられている。アリート判事は、法律が広汎である点では法廷意見と一致していたが、インターネットを公共道路や公園に比較したことについて同意していない。連邦最高裁がパブリック・スペースに類推したことは、パブリック・フォーラム論—そこでは政府は所有または管理する場所で表現活動を保護する—が、インターネットとソーシャルメディアのすべてまたは一部に広がるかもしれないと示唆した。とくに、法廷意見のレトリックは、今日の立法及び学説において詳細に説明された初期の理論を進めた。政府管理のフェイスブック・ページとツイッター・スケジュールはパブリック・フォーラムを設立する。しかし、ソーシャルメディアを道路や公園、広場のような伝統的なパブリック・スペースになぞらえる際、法廷意見の言葉は不完全だという批判も存する¹⁰²⁾。

Packingham 判決は、パブリック・スペースと類似して、パブリック・フォーラムに関する連邦最高裁判決を挙げているが、混成されたデジタル領域にきちんと描けていないと批判されている¹⁰³⁾。パブリック・フォーラム理論の起源は1939年の *Hague v. CIO*¹⁰⁴⁾ と言われており、連邦最高裁は1972年に *Chicago Police Dep't v. Mosley*¹⁰⁵⁾ で「パブリック・フォーラム」の語を初めて使用した。現代パブリック・フォーラム法理は、1983年の *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*¹⁰⁶⁾ で形成され¹⁰⁷⁾、パブリック・フォーラムが三つのカテゴリーに分類されることになった—道路や公園のような伝統的パブリック・フォーラム（そこでは表現活動を制限する政府の権限は最

102) *Supra* note 91, at 238.

103) *Id.* at 238-239.

104) 307 U.S. 496 (1939).

105) 408 U.S. 92 (1972).

106) 460 U.S. 37, 45-46 (1983).

107) パブリック・フォーラム法理の経緯については、例えば、横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2013）129-147頁等参照。

も低い)、創設されたまたは限定的パブリック・フォーラム、政府の表現規制はかなり認められるという非パブリック・フォーラム¹⁰⁸⁾。連邦最高裁は、パブリック・フォーラム論が公立大学学生活動基金のような形而上のフォーラムに到達するとしたけれども、*Rosenberger v. Rectors & Visitors of Univ. of Va.*¹⁰⁹⁾において、初めて限定的パブリック・フォーラムとして明確に位置づけられた¹¹⁰⁾。しかし、「政府によって所有または排他的に管理される場所や資源」を超えて延びることには、ほとんど一様に抵抗した¹¹¹⁾。

パブリック・スペースのレトリックで、*Packingham* は、パブリック・フォーラム法理が民間のソーシャルメディアの全部または一部に広がることができるかという問題を考える¹¹²⁾。しかし、パブリック・フォーラム論のこのような提案された（または、ヴァージニアの東部地区の事件での、現実化された）拡張は、これらのページ—民有であるが公的に管理された両方の混成の地位の結果とオンラインスペースの自治構造—に対して政府の幾分内容の薄い管理に取り組むことができなかった。*Packingham* 事件において、ケネディ判事は、連邦最高裁が憲法修正1条理論を急いでインターネットにまで広げるという懸念ではなく、オンラインの表現活動に「乏しい保護」だけを提供するという懸念を表した (at 1736)。さらに、*Packingham* 判決のパブリックスクエア・レトリックは、下級裁判所に対しておそらく影響を及ぼすだろうと指摘されている。なぜなら、下級裁判所はより直接のガイダンスがない場合、連邦最高裁の幅広い声明に飛びつくので、パブリック・フォーラム論を前提とする主張を分析する際に、おそらく *Packingham* 判決のパブリック・スペース意見を呼び覚ます¹¹³⁾。

108) See, e.g., Kyriisa Lidsky, *Public Forum 2.0*, 91 B.U.L.Rev. 1975, 1979-92 (2011).

109) 515 U.S. 819, 830 (1995). 「大学の行っている学生団体による出版物に対する補助が特定の宗教的新聞に対して拒否されたことが、表現の自由の侵害とされている。」松井茂記『アメリカ憲法入門 (第8版)』303頁。

110) 横大道・前掲書注107、144頁。

111) Lyriisa Lidsky, *Public Forum 2.0*, 91 B.U.L.Rev.1975, 1994 (2011).

112) *Supra* note 91, at 239-240.

113) *Id.* at 241-242.

Reno 判決と Packingham 判決で連邦裁判決間の20年のギャップを思い出して、人は、連邦最高裁が憲法修正第1条とインターネットの関係に再び対処する前に、もう20年が経たないことを望む。Packingham のパブリック — 公的と私的三重よりもむしろ — スペースへのソーシャルメディアの類推で、連邦最高裁は、インターネットの全部または一部がパブリック・フォーラムに入るか、この迫っている問題を解決することについて混乱を誘った。下級裁判所、訴訟当事者、ソーシャルメディア会社は、——ソーシャルネットワークングサービスを使っているアメリカの成人の70パーセントに加えて¹¹⁴⁾ —— 法的または口語の意味で、サイバースペースが「現代的パブリック・スクエア」をつくる範囲を討議する¹¹⁵⁾。法廷意見のインターネットの見解は憲法修正1条と関連した伝統的な自由をより保護して、将来この種のケースのための基準にならなければならないと主張されている¹¹⁶⁾。

第2章 若干の検討

(1) わいせつな表現 (obscenity) と下品な表現 (indecenty)

わいせつな (obscene) 表現物は修正1条によって保護されないが¹¹⁷⁾、下品な (indecent) 表現物は修正1条の下、保護され全面的に禁じることはできない。わいせつまではいかない、すなわち、修正1条の保護を受ける成人には制限できない下品な表現を、未成年者の保護のようなやむを得ない理由のために未成年者に制限することについては、一般的にも裁判でも認められている。しかし、表現が下品かわいせつかは不明瞭な境界にあり、判断が難

114) *Packingham*, 137 S. Ct. at 1735.

115) *Supra* note 91, at 242.

116) Sam Swoyer, *The Great Forum : First Amendment Protections Online May Depend on How the Internet is Viewed*, 2 *Geo. L. TECH. REV.*103, 107 (2017).

117) *Miller v. California*, 413 U.S.15 (1973).

しいという指摘がある¹¹⁸⁾。例えば、⑥ *Sable Communications of California, Inc. v. Fcc* において、下品な電話メッセージは、一般人の考えによれば、わいせつと判断されるであろう表現物であるという主張も存する¹¹⁹⁾。また、⑤ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.* において、法廷意見は問題の意見を下品な表現と判断したが、トーマス判事はわいせつに分類されると主張する。

⑦ *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n* において、暴力表現をわいせつ表現とは区別し同様には扱わなかった。政府が規制できるのは、わいせつなど限定された表現のみであって、暴力表現という範疇はなく、たとえ未成年者の保護のためであっても、未成年者に対してのみ新しい保護されない表現モデルをつくることはできないとした。暴力的ビデオゲームによる攻撃性の高揚など未成年者に対して与える悪影響については、さまざまな研究によって証明されている。しかし、未成年者も連邦憲法修正1条に基づく表現の自由を保障されているのであり、それを制限するためには厳格審査基準を満たす必要がある。そこで、やむにやまれぬ利益のためであっても制限は必要最小限度でなければならず、ビデオゲーム以外の表現を含めていない点、保護者が認めればどれほど暴力的なビデオであっても未成年者は得ることができる点で過小包摂であり、有害ではないと考える保護者をもつ未成年者も購入等ができない点で過大包摂であると判断した。また、ビデオゲーム業界による自主規制については、法廷意見は代替手段として評価し、少数意見はうまく機能していないと考えている。

⑤ *Playboy* 事件において、下品な表現が保護者の拒否に反して子どもが視聴するかもしれない家庭に入るので、規制する合法的な理由がある。政府は親の同意を得て子ども達が視聴することを防ぐ利益を有すると主張された。しかし、連邦最高裁は *Playboy* の番組は下品な表現であり、修正1条の十分

118) *R.A.V. v. City of St. Paul*, U.S.377, 426 (1992) (Stevens, J., concurring).

119) *Dunn*, *supra* note 33, at 723-24. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 426 (1992) (Stevens, J., concurring).

な保護を受けることを認めた。9人の裁判官は全員、下品な表現が低い価値であるという表現の序列については拒否し、下品な表現は修正1条の不十分な保護に値するということを否定したのである¹²⁰⁾。ケーブルテレビは今日普及しているが、家庭毎に望ましくない番組を拒絶できるということも考慮された。

④ *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation* (FCC II) は日中におけるラジオでの汚い表現の制限に関する事件であったが、制限される表現の内容が攻撃的、下品、衝撃的な場合、より低い審査基準が適切であるとした。不快な表現がわいせつのレベルになるにはもっと難しい。放送における下品な表現について、連邦最高裁は、未成年者が聞かかもしれない日中に、性的または排出行為・器官を表現するような不快な表現と関係すると述べる¹²¹⁾。

⑥ *Sable* 事件において、連邦最高裁は、わいせつな表現物は修正1条の保護の対象外であるため、わいせつな表現物を制限する法律は合憲であり、下品な表現物を制限する法律は違憲であるとした。その際、議会は成人が視聴するのを制限することはできないとした *Butler v. Michigan*¹²²⁾ を再び強調した。わいせつと判断されるか下品と判断されるかによって結果は大きく異なるわけであるが、最高裁は、議会には、何がわいせつか下品か判断する権限はないとした¹²³⁾。利益衡量テストに基づいて、下品な表現物の全面禁止は広汎で違憲であると判断した。

(2) 審査基準

下品な表現は修正1条によって保護されるが、まったく政府規定によって規制されないわけではない。一般に、内容規制は厳格な審査基準、すなわち、

120) 529 U.S. at 814.

121) *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 731-32 (1978) (citing FCC Declaratory Order, 56 F.C.C. 2d 94, 98 (1975)).

122) 352 U.S. 380 (1957).

123) *Sable*, 109 S.Ct. at 2835.

やむにやまれぬ目的のために必要不可欠な手段でなければならない。そして、内容中立規制は中間審査基準、すなわち実質的または重要な政府利益に実質的に関連した手段でなければならない。

⑨ John Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union (ACLU), et al.において、COPA（子どもオンライン保護法）は表現内容規制だったので、厳格な審査基準が適用され、過度に広汎性ゆえに違憲無効の判決が出ている。また、⑤ Playboy 事件において、政府は、電波排出（signal bleed）を防ぐことを目的とした内容中立規制であり、中間審査基準によると主張した。しかし、最高裁は、下級審とは違って、505条は性的な成人番組や他の下品な番組の伝達からの電波排出にのみ適用され、他の番組には適用されないことに反対した。特定の番組ではなく、特定の表現者の行為を制限するとし¹²⁴⁾、特定人の表現を制限する法律は修正第1条に反するとした。午後10時～午前6時に成人用番組を限定し、修正1条によって保護される話者と望む成人との間の通信を制限するため、内容規制であり厳格審査基準が適用され、規制には違憲の推定が働くとした¹²⁵⁾。⑤ Playboy 事件において、連邦最高裁は Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC¹²⁶⁾ で示された基準に従った。Turner 基準は、裁判官は実質的証拠によって支えられた立法事実決定に従うと示した。電波流出の問題に関しては裁判所をして議会に服従させる実質的証拠はなかった¹²⁷⁾。

しかし、① Ginsberg v. New York において、年齢による「可変的わいせつ」概念を認め、厳格にはわいせつ表現とはいえない性表現を規制した法律を合憲とした。「最高裁は、児童や未成年者に関する場合は、厳密にわいせつな表現とはいえない性表現の制約についても緩やかな姿勢を示している」とい

124) *Playboy*, 529 U.S. at 812.

125) James Mahanna, *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc. : A Controversy Resolved : Indecent Speech Receives Full First Amendment Protection*, 21 QLR 453, 461-471 (2002).

126) 512 U.S. 622 (1994).

127) Mahanna, *supra* note 125, at 476-477.

う指摘も存する¹²⁸⁾。

(3) 政府利益

⑤ Playboy 事件において、政府は505条を正当化する次の3つの利益を主張した。子ども達を明らかに不快な性関連表現への接触から保護する必要、親の子どもに対する養育権を保護する必要、家の中で個人のプライバシーを保護する必要である。連邦最高裁は、子ども達を明らかに不快な性関連表現から保護する必要性については理解している。デラウェア地裁も連邦最高裁も政府は子ども達を保護する利益を有すると認めているが、両裁判所はやむを得ない政府利益分析を一步進めた。しかしながら、州が子ども達を保護する害悪 (harm) が、実際、子ども達にとって害悪なのかという問題が残っている。害悪は、性的に明らかな表現物にさらされる現実の悪意 (actual malice) である¹²⁹⁾。

地裁は性的に明白な表現物を見ることによって引き起こされる、子ども達への現実の精神的害悪を強調した。このような表現物を見ることによって子ども達が現実に害悪を被ると証明をする際、「連邦最高裁は、憲法上保護された表現に対する内容規制を正当化する害悪の経験上の証明まで要求しない。」¹³⁰⁾しかし、証拠はなく、地裁は限られた専門家による若干の科学的研究によって、感じやすい未成年者に十分な危険があると結論付けた。

連邦最高裁は、最初、やむにやまれぬ利益を問題にした¹³¹⁾。親の同意に反して子ども達が視聴する家に望まれない表現物が入ることを、規制する立法理由があったとした¹³²⁾。しかしながら、電波流出という限られた現象によ

128) 松井・前掲書注41・269頁。

129) Mahanna, *supra* note 125, at 471.

130) *Playboy*, 30 F.Supp.2d at 710.

131) Mahanna, *supra* note 125, at 463. 最高裁はやむにやまれぬ利益を述べる際、case-by-case balancing を使う。これは、ad hoc balancing と呼ばれ、定義衡量 (definitional balancing) ——表現の自由の制限の適正さを決めるのに使われ、ある利益を保護する政府利益と表現者の利益を秤にかける——とは異なる。

132) *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 811 (2000).

る害悪を避けることは、やむにやまれぬ利益のレベルではない。2950万人の子ども達がいる3900万軒が電波流出にさらされると政府は示した。しかし、実際に電波流出にさらされた家の数については示していない。最高裁は、政府は問題の大きさと想像される結果の害悪の大きさに見合う証拠を示していないと強調した(at 820)。主として最高裁の証拠要求に合う不可能性ゆえに、政府規制は違憲であるとした¹³³⁾。

⑥ Sable 事件において、わいせつな商業電話通信の禁止が次の3つの利益、すなわち、下品な表現物から子ども達を保護するやむを得ない政府の利益、子どもにとって不適切だがわいせつではない表現物に成人がアクセスする権利、子ども達がこのような表現物にさらされるか決める親の権利の間での緊張に憲法上必然的に影響する。結局、成人は子どもの耳にも適切なものだけ聞くことが制限されないということになるのだろうか。また、親の権利については、最高裁は軽視しているという批判がありうる。子どもの養教育権については、*Pierce v. Society of Sisters*¹³⁴⁾ で、権利であり義務であると認められた。子どもの権利を考える際には、国家と親と子どもの三者構造で考える必要がある¹³⁵⁾。親の養教育権も憲法上の人権と認められているのであり、当然、十分考慮されなければならない。

おわりに

アメリカにおけるわいせつな表現と下品な表現とは、ちょうど日本における、刑法で頒布などが禁止されるわいせつ物と青少年保護育成条例によって規制される有害図書類の関係と比較することができよう。日本における青少年保護育成条例による有害文書図画等の販売等に対する制限問題を考えるうえで、また、業者による自主規制をどの程度評価するのか考えるうえで、参

133) Mahanna, *supra* note 125, at 475.

134) 268 U.S. 510 (1925).

135) 米沢・前掲書注13など。

考となろう。アメリカにおいても、未成年者に対する下品な表現規制は、わいせつ表現規制と比較して緩やかな審査の傾向が見られるという指摘があるが、日本における有害図書類規制よりは、アメリカにおける下品な表現規制の方が厳しく審査されていると考えられる。日本の青少年保護育成条例事件では、青少年の健全育成のためならば、曖昧な規定であっても合憲判決が出ている。それに対して、本稿の判例でみるように、アメリカではそこまで緩やかな審査は適用されていない¹³⁶⁾。

136) 拙稿前掲論文注7、38-43頁参照。