

暴力的なゲーム規制を中心とした 表現の自由の考察

辻 雄一郎

内容

はじめに

一章 エドモンド判決の事案の概要

二章 エドモンド判決の詳細

一節 パート I 及び II

二節 パート III

三章 アリトー同意意見

一節 アリトーが法廷意見に同調する点はどこか。

二節 アリトーは新しいゲームに対する評価という点で法廷意見と分岐する。

四章 トーマスとプレイヤーの反対意見

一節 トーマス反対意見

二節 プレイヤー反対意見

五章 スティーブズ判決とホルダー判決の概要

一節 スティーブズ判決とエドモンド判決との関係とは？

二節 ホルダー判決とエドモンド判決との関係は？

六章 考察 エドモンド判決の抱える表現の自由の問題

一節 スカリア法廷意見とアリトー 変転する科学について法解釈の批判的評価

二節 利益団体と立法過程と表現の自由との関係

三節 表現の自由の違憲審査にかかる利益較量について

四節 内容規制の正当化根拠、範疇別審査についての批判的見解

五節 法案再提出と法執行の問題 合憲審査を通過できる目的達成手段

おわりに

はじめに

二〇〇六年に施行されたカリフォルニア州法では、暴力的なテレビゲーム（以下、ビデオゲーム）を規制する。他の州でも同様の州法が制定され、連邦控訴巡回裁判所の判断が混乱していた。連邦最高裁は連邦憲法の最高法規という見地から、巡回裁判所の判断の統一性を図るために判断を下すためにサーシ

オレーライを認めた。二〇一一年六月に連邦最高裁は、本州法に違憲無効の判断を下した。本判決については、子どもの権利の視点など様々な分析がこれから議論されるように思われる。本稿は、憲法学の立場から次の分析を提供する。

インターネットの登場によって、高速、大量、無国籍、安価な情報発信が可能になった。これらの特性によって、われわれの法制度は変容を迫られているかどうか、が問われている。従来の法制度を修正するだけで足りるか、あるいはゼロベースで新たな抜本的な見直しが必要かどうか、という選択肢を与えられている。その際、なぜ表現の自由が保障されてきたのか、という根本的な問いかけなくして、将来の柔軟性のある設計図を描くことはできない。

昨今のグラフィックや解像度の向上によって、実在の人間と何ら変わらないポリゴン（三次元コンピュータグラフィック）をプレイヤーが自分の身体を動かして操作できるゲームが登場した。現実の世界と比べても、ほとんど何も変わらない擬似的な世界でプレイヤーは登場人物を操作する。現実の世界とよく似た関係を擬似世界でつくりだし、自分とよく似た登場人物を自分の写真などから作成でき、ゲームの外での身体の動きがゲームの登場人物の動きに反映されるようになった。

本判決は、従来の表現の自由の法理に何らかの変容を迫るものだろうか。わいせつ規制との整合性は保てるだろうか？暴力的なビデオゲームを規制する目的は何か。規制目的を達成する手段は何なのか。

表現の自由については、裁判所の提示する判決だけではなく、政策形成や執行という点から考察されなければならない。委員会や公聴会レベルでの政策形成の間に、法の目的が利益団体によって空洞化される点、また法の遵守状況が法執行に左右されている点、を憲法学では十分に議論してこなかったように思う。従来の憲法学の議論の外の問題と結論づければ、本判決の憲法学の意義は空洞化されることになる。

一章 エドモンド判決の事案の概要

本件では、暴力的なビデオゲームに該当するビデオゲーム（いわゆる日本でいうテレビゲーム）の未成年者¹に対する販売、貸与を制限し、当該ゲームに「十八」と表示したラベルをパッケージに添付することを義務付けるカリフォ

ルニア州法²が問題となった。

規制の対象となるゲームは、次のものをいう。

第一に、人を殺す，傷つける，手足をもぎとる，人間のイメージを性的に暴行するという選択肢がプレイヤーに利用可能である。

第二に、当該行為が、合理的な判断能力をもつ個人が見て、全体として、未成年者の異常，病的な関心に訴えると判断される方法で描写されている。

第三に、未成年者にとって適切であると判断するコミュニティの基準を上回って過度に攻撃的であると判断される。

第四に、全体としてみて、未成年者にとって真剣な，文学的，芸術的，政治的，科学的価値を欠くと判断される³。

違反者に対しては、最高一千ドルの罰金（civil penalty）が科せられる⁴。

ビデオゲームソフトウェアの開発業者を代表してエンターティメント・マーシャント・アソシエーションがカリフォルニア州知事アーノルド・シュワルツネッガーとエドモント・ブラウン（Edmund G. Brown, Jr.）⁵を相手に本法が連邦憲法に違反していると主張して、本法の執行前の差し止めを求めた。

第一審のカリフォルニア州北部地区連邦地裁は二〇〇七年の八月に本法の差し止める判断を下した⁶。第二審の第九連邦控訴巡回裁判所も二〇〇九年二月に地裁の判断を支持して、未成年者に対する販売・貸与に制限を課し、ラベルを求める本規定は違憲無効であると判断した⁷。連邦最高裁の判断を概略してから、詳細に検討する。連邦最高裁によれば、本州法は、厳格審査に照らして違憲無効である。問題となる州法は次の点で過少包摂であり、過大包摂である。他の形態で表現された暴力についての未成年者のアクセスを禁止していない点

1 本件ではyouth, childrenを未成年者，子どもと互換的に記述する。

2 Cal. Civ. Code Ann. section 1746-1746. 5.

3 section 1746 (d) (1) (A).

4 section 1745. 3.

5 上訴中に知事が交代する。

6 *Video Software Dealers Assn. v. Schwarzenegger*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 57472 (2007), App. to Pet. for Cert. 39a.

7 *Video Software Dealers Assn. v. Schwarzenegger*, 556 F. 3d 950 (2009), and certiorari is granted, 130 S. Ct. 2398 (2010). *Edmund Brown v. Entertainment Merchants Association et al*, 131 S. Ct. 2729. (hereinafter *Edmund*).

で過少包摂であり、州法が目的とする利益を追求しているかどうか疑わしく、特定の話者や見解を不当に扱っているからである。あらゆる両親が子どもにゲームに触れさせたくないと思っているわけではないから、両親の統制を購入に必要とする要件は過大包摂である。

カリフォルニア州の主張する一九六八年ギンズバーグ判決⁸はわいせつ法理に根ざしているが、性を基準とする表現は保護されないという前提から、暴力的な内容も同様に保護されないという結論は導かれない。暴力的なビデオゲームが未成年者に心理的、神経的な害悪をひきおこすという結論を支持する実質的な証拠を州側は提出できなかった。そのような証拠が仮に提出されても、制定法は目的を達成するより制限的でないほかの選ぶ方法が存在し、害悪の防止のために狭く設定されていない。

次に連邦最高裁の判断⁹を詳細に検討する。

二章 エドモンド判決の詳細

二〇一〇年六月に七対二で連邦最高裁は、第九連邦控訴裁判所の判断を支持した。法廷意見と個別の意見を概説する。法廷意見をスカリアが執筆している。アリトーが同意意見を執筆し、ロバーツが同調している。プレイヤーとトーマスの二人が反対意見にまわった。

一節 パート I 及び II

法廷意見によれば、ビデオゲームは第一修正で保護される。本、演劇、映画同様、見聞き慣れている文学的な道具（登場人物、対話、プロット、音楽）と道具の有する特徴を通じて思想は意思疎通される¹⁰。第一修正は、公的問題の討議を保護している。しかし、娯楽と政治とを区別することが困難であること

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

9 *Brown v. Entm't Merchs. Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011).

10 *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, 503 (1952). 映画配給会社の映画がニューヨーク州法の規定する「神聖を汚す (sacrilegious)」に抵触するという理由で、映画会社の免許が無効になった。連邦最高裁は、冒涇から宗教を保護するという正当な利益を州は有しないと判断した。

を連邦最高裁は認識してきた¹¹。書籍、演劇、映画同様、ビデオゲームも文字、対話、あらすじや音楽を通じて思想や社会的メッセージを伝達する。

芸術や文学についての道徳的、審美的な判断は個人に委ねられ、政府が判断するものではなく、多数派によって命令されたり承認されたりする類のものではない¹²。新しいメディアが登場したからといって、第一修正の基本的原理はゆるがない¹³。政府は、そのメッセージ、思想、主題、内容を基準として表現を制限する権限を有しない¹⁴。わいせつ¹⁵、違法行為を実行させる唱導 (incitement)¹⁶、ファイティングワード¹⁷のように一定の例外に該当する場合だけ保護されない¹⁸。特定の範疇に属する言論に制裁を科す連邦法は、裁判所の審査を通過することができないのであれば、立法府は新たな範疇を創設することはできない¹⁹。

ステーブンス判決では、動物の残虐性についての特定の描写を作成し、販売し、所持する行為を刑事制裁の対象とする目的で用意された連邦法²⁰が問題となった。本件で問題となった連邦法は、描写の作成された際に動物に対する加害行為が違法である場合、生きた動物を故意に手足を切断して、切り刻んで、拷問して、傷つけ、殺す描写を対象としていた²¹。本法の適用除外規定はミ

11 *Winters v. N.Y.*, 333 U.S. 507, 510 (1948).

12 *U.S. v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 818 (2000). 本件では、性的に明白なチャンネルの全部あるいは一部を一定時間スクランブルすること (Signal bleed) をケーブルオペレーターに義務付ける一九九六年電気通信法が問題となった。Signal bleedではケーブルの利用者は購入していないチャンネルを視聴することはできない。一定の時間だけ購入していないチャンネルを視聴できる。本法は内容基準規制であり、厳格審査に服する。より制限的でない方法の立証に失敗しており違憲であるとケネディ執筆の法廷意見は判断した。

13 *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*.

14 *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564, 573 (2002). 「子どもをオンライン上で守る法」のコミュニティの基準が問題となった事例。

15 *Roth v. U.S.*, 354 U.S. 476, 483 (1957).

16 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447-449 (1969).

17 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

18 *U.S. v. Stevens*, 130 S. Ct. 1577 (2010).

19 *Id.*

20 18 U.S.C. section 48 (amended 2010).

21 section 48 (c) (1).

ラー判決から借用され、「真剣な宗教的、政治的、科学的、教育的、新聞雑誌的、歴史的、芸術的価値を備えた描写」²²は除外される。当法廷は、動物の残虐性の描写を禁止する伝統はアメリカに存在しないと判断した。歴史性の欠如は本法の合憲性を左右しないと政府は主張した。特定の範疇に属する言論の価値と言論の社会的費用を単純に比較して、社会的費用が優越する場合は、新たな範疇を立法府が創造できると主張した²³。そのような驚くべき危険な前提は受け入れられない。歴史的にみて、保護されない範疇は判例法に存在しているが、明確に境界が決められてきたわけではない²⁴。内容を新たに規制する場合、当該内容がこれまで禁止してきた (proscription) 長い伝統の一部であり、政府の利益が優越するという立証が立法府に求められる²⁵。このスティーブズ判決は、本件のカリフォルニア州法の合憲性を左右する。カリフォルニア州は、わいせつ規制に存在する除外規定を利用して、暴力的なゲームを規制しようとした²⁶。

スティーブズ判決同様ウィンターズ判決²⁷も、わいせつの範疇に暴力の概念をねじこもう (shoehorn) としたニューヨーク州法が問題となった。ニューヨーク州控訴裁判所は、わいせつを禁止する法であると州法を支持したが、連邦最高裁は違憲無効の判断を下した。本件のニューヨーク州法は墮落した犯罪や暴力を引き起こすようなニュースや話題を配布することを刑事上、禁止していた²⁸。ウィンターズ判決は利益較量を基準として、政府の規制権限を拡大しようとする規制だが、スティーブズ判決で否定された。第一修正の保護に値する言論の規制に対して適用可能な高められた漠然性の基準を通過できない²⁹。暴力に関する言論は、連邦憲法の規制するわいせつに属しない。

当法廷の扱うカリフォルニア州法は、わいせつを扱ったニューヨーク州法を

22 *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

23 *Stevens*.

24 *Id.*

25 *Edmund*, at 716.

26 *Miller*, at 24. See also *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 20 (1971). *Roth*, at 487, and n. 20.

27 *Winters*.

28 *Id.* at 514.

29 *Id.* at 517-519.

擬態したものではない。一九六八年ギンズバーグ判決は、未成年者に訴えるかどうかを基準にしたわいせつな素材を十七歳未満の少年に対して販売することを禁止するニューヨーク州法を支持した³⁰。成年のために設定された定義が、子どもに無条件に適用されるわけではない。未成年者は第一修正の保護を享有するが、成年者と比べて、狭く、しっかり設定された状況に限って素材を公に流布する行為を政府は禁止できる³¹。一九六八年ギンズバーグ判決に従い、政府には未成年者を保護する正当な利益が認められる³²。しかし、子どもの触れる思想を制限する無裁量の権限を政府に認めることはできない。未成年者にとってわいせつでもなく、他の正当な規制の対象にも該当しない言論が、立法府が不適切だと判断して未成年者を保護するという名目で禁止することはできない³³。

アメリカは、暴力の描写に子どもの触れる自由を特別に制限するという伝統を有しない。子どもに与えて、読ませたり、読んであげたりする本には流血が含まれている。グリム童話は文字通り残忍な (grim) な話であり、白雪姫の魔女、シンデレラの義理の姉妹、ヘンゼルとグレーテルでの賞金獲得者は非業な最期を遂げた。高校での読書一覧も同様である。ホメロスのオデュッセウスは、一つ目の巨人のポリュペーモスを熱い棒で失明させる。地獄篇 (インフェルノ) では、ダンテとヴェルギリウスは、煮えたぎったピッチ (タールなどを

30 *Ginsberg*.

31 *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205, 212-213 (1975). ジャクソンビルでは、ドライブインシアターの映画が隣接する公共の道路からも視聴可能であった。放映されていた映画はR評価に該当し、女性の裸体が含まれていた。女性の裸体を含む映画を公共の場所で視聴可能にすることを禁止するジャクソンビルの条例に従い、映画マネージャーが起訴された。連邦最高裁は、モスリー判決に従い、個人は攻撃的な映画に触れたくないという権利を有する一方、他の内容の映画よりも攻撃的であるという理由で特定の言論を抜き出して本条例は規制しており違憲と判断した。

32 *Ginsberg*, at 640-641. *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 165 (1944). 本件では子どもの労働を禁止するマサチューセッツ州の規定に従い、原告は有罪判決を受けた。連邦最高裁は有罪判決を支持した。州政府は成年と比べて、子どもを保護する広範な規制権限を有していると判断した。高速道路のような場所でのエホバの証人の説教や宗教的素材の販売行為は本来の道路の主要な利用方法に合致しておらず、危険が存在している。

33 *Erznoznik*, at 213-214.

蒸留して残る黒色の物質)の沼の下に沈められてもがいていた墮落した政治家を目撃した。

未成年者が暴力的な娯楽を消費することを規制すべきという主張がなかったわけではない。映画の登場した際には、映画が悪者になった。悪用されるという理由で、映画の広範な検閲を連邦最高裁は認めてきた³⁴。しかし、その後、方向を転換した³⁵。ラジオ、ドラマ、マンガ(コミック)が規制の対象となった。一九四〇年代、五〇年代には暴力や恐怖に夢中になった少年による犯罪が増加すると非難された³⁶。しかし、連邦議会はマンガを規制できなかった。マンガのあとにはテレビや音楽の歌詞が標的となった。

カリフォルニア州は、双方向的なビデオゲームが社会的問題を提示していると主張する。ゲームのプレイヤーは暴力的な行動をスクリーン上でとり、その結果を生み出すという。しかし、これは斬新な問題とはいえない。読者が本の中で自分の冒険の方向を決めて、示されたページ数をめくるといふものと変わらない³⁷。ゲームのプレイヤーは暴力的行為に従事するという主張は程度の間

34 *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, 236 U.S. 230, 242 (1915). オハイオ州法は映画の配給に際して、映画の内容を審査して検閲する委員会を置いた。映画は有料で配給される前に委員会で審査される。映画会社は、本法が州際通商、表現の自由、検閲の禁止に抵触すると主張した。連邦最高裁は合憲と判断した。オハイオ州内の配給に限定しており、州際通商に抵触しない。公的場所で聴衆に提示されるべきでない素材も存在する。映画の内容を公開前に審査する権限は州のポリスパワーに属する。

35 *Joseph Burstyn*, at 502. *Erznoznik*, at 212-214.

36 *Note, Regulation of Comic Books*, 68 Harv. L. Rev. 489, 490 (1955).

法廷意見の引用する箇所は、次のとおりである。上院の研究によれば、少年非行は一九四八年と一九五三年の間に四十パーセント以上増加しているが、増加のおよそ六パーセントは人口の増加が一因である。未成年者の犯罪増加の一因は、性、犯罪、恐ろしいマンガの普及による暴力や恐怖に夢中になることであるともいわれる。精神病医によれば、少年の非行の深刻な場合とマンガの読書との間に相関関係が存在することが証明されてきた。ただし、この論考は、結論でマンガ業界の自主規制が犯罪、恐怖、性を扱うマンガを減少させるもっとも実効的な規制であると示している。

37 *Interactive Digital Software Assn. v. St. Louis County*, 329 F. 3d 954, 957-958 (2003). 暴力ゲームが文学と同様に第一修正で保護され、規制は厳格審査に服すると第八連邦控訴裁判所は判断した。

題である。ポズナー裁判官の判断するように、あらゆる文学は双方向的である。読者が物語に入りこみ、登場人物と同一化し、登場人物を判断し、読者と登場人物が結びついて、喜びや苦しみを自分のものにすることができれば、その作品は成功している³⁸。

アリトーによれば、ビデオゲームでの暴力が衝撃的であり、被害者は手足をもぎ取られ、斬首され、腹を裂かれ、火を点けられ、細切れにされる。これらのゲームは人種的、民族的な暴力の動機になるとアリトーは判断している。しかし、アリトーの主張する関連性は認められない。暴力性が増加すると判断することはできない。

二節 パートⅢ

保護された言論を州法は制限しており、厳格審査を通過しない限り、無効である。やむにやまれぬ政府利益と、その利益を達成するために狭く設定されていることが立証されなければならない³⁹。州は、解決する必要がある現実の問題を特定しなければならない⁴⁰。そして、言論の自由の制約が問題解決に実際に必要でなければならない⁴¹。州側は、この立証に失敗している。

州は、競合する心理学的研究に照らして立法府は相関関係の存在をあらかじめ判断できるので、それほどの立証は必要でないと主張している。州は、ターナー判決で示された基準が妥当すると主張する⁴²。ターナー判決では、内容中立規制について中間審査基準を適用した⁴³。カリフォルニア州の立証責任はターナー判決より重い。不確実性のリスクを負うという点でターナー判決と異

38 *American Amusement Machine Assn. v. Kendrick*, 244 F. 3d 572, 577 (2001). インディアナポリスの条例に定義される「未成年者に有害」に該当するビデオゲームは、両親同伴でない限り利用することはできない。第一審は、未成年者に対する有害な影響についての研究に合理的な根拠を一部認めた。第七連邦控訴巡回裁判所はポズナー執筆の法廷意見で、町のアーケードで利用されるゲームと、研究で利用されるゲームとの間に同一性が認められないと判断した。

39 *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 395 (1992).

40 *Playboy*, at 822-823.

41 *R.A.V.*, at 395.

42 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994).

43 *Id.* at 661-662.

なるからである⁴⁴。あいまいな証拠は不十分である。

州の証拠は説得的ではない。カリフォルニア州は、クレイグ・アンダーソン博士 (Craig Anderson) とその他の心理学研究者の研究にのっっている。研究は、暴力的なビデオゲームに触れた未成年者と悪影響の関連性を立証しようとしている。これらの研究はいずれの裁判所でも否定されている。暴力ビデオゲームが未成年者を暴力的行動に駆り立てるという命題を立証していない。相関関係に立脚しており、因果関係の証拠は提出されていない⁴⁵。暴力的な娯楽に触れることと現実の世界における微々たる影響との相関関係を立証したに過ぎない。かりに、アンダーソン博士の結論を採用しても、立証された影響は微々たるものであり、土曜の朝に放映されるアニメのような他のメディアで認められる影響と判別することは不可能である。アンダーソン博士は、暴力的なビデオゲームとテレビでの暴力の影響はほぼ同じであると認める。土曜の朝のマンガ、子ども対象のゲームの販売や銃の写真の頒布をカリフォルニア州は規制しようとしていない。

ビデオゲーム規制は次の二点から過少包摂である。州は、主張する利益を現実に追求しておらず、特定の話者や見解を冷遇している疑いがある⁴⁶。

第一に、カリフォルニア州は、本屋、マンガ家、映画プロデューサーと比べて、ビデオゲーム提供者を抜き出して冷遇している。この点に納得できる理由が存在しない。

第二に、ビデオゲームは、他の暴力の描写と比べて質的に異なる。

ビデオゲームに対する子どものアクセスを制限したいと望んだ両親の実質的な必要性を本法が満たしているという点で立証に失敗している。両親以外のおじやおばの同意で足りるのかどうか、について明らかではない。カリフォルニア州は、両親の許可権限で州法が正当化されると主張している。成年者のみ購入可能とすることで、両親がどのゲームが適切かどうかを判断できると主張する。ゲーム提供者に制裁を用意して実効性を有する場合は、子どもの両親が当該ゲームを認めていない場合である。エンターテインメント・ソフトウェア

44 *Playboy*, at 816-817.

45 *Video Software Dealers Assn.* at 964.

46 *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43, 51 (1994). *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 540 (1989).

ア・レイティング委員会⁴⁷は、年齢別評価を用意しており、ビデオソフトウェア取扱業者連合は、小売業者に対して、当該委員会に評価を店内に掲示するように求めている。また、成年者向けゲームソフトを未成年者に販売貸与することを控えるように求めている。Mと評価されたソフトの販売は両親の同意が必要であると求めている。二〇〇九年にFTC (Federal Trade Commission以下、連邦取引委員会)は、ゲーム業界が他の産業より次の点で優れていると判断している⁴⁸。

第一に、子どもに対する製品を成熟性に応じて評価し、市場での対象を限定している。第二に、評価情報を明白に公表している。第三に、成熟性別の評価を基準に子どものゲームに触れる自由を小売店で制限している。このシステムでは、深刻に暴力的なゲームを子ども自ら購入できず、素材を憂慮する両親は、子どもがゲームを持ち帰った際に即座に評価できる。

両親の統制を補助するという手段において本州法は過大包摂である。あらゆる子どもが、暴力ゲームを禁止したいという両親を持つわけではない。立法者の努力は、制限される子どもの親の思いを実際に反映させたものである一方、その実質的な影響は、州の判断するものが親の欲しいと思うべきもの (ought to want) になっている。両親の権限を補助する政府の適切な手段ということではできない。たとえ、暴力的なゲームについての証拠を本法廷が採用しなかったからといって、規制の背後に潜む憂慮を卑しむべきものと考えているわけではない。暴力的なビデオゲームが未成年者を墮落させ、あるいは道徳的発達を阻害すると判断したカリフォルニア州議会の判断に介入しない。裁判所の使命は、問題となる作品が「よりよく設定され、狭く限定された集合」に該当するかどうかであり、作品の禁止は憲法上の問題を惹起する⁴⁹。もし作品を規制する必要性が高い場合、やむにやまれぬ政府の利益が必要である。子どもの保護が目的であっても政府の行為には限界が存在する。

カリフォルニア州法は深刻な社会的問題に取り組み、憂慮する親が子どもを

47 Entertainment Software Rating Board (ESRB).

48 FTC, Report to Congress, Marketing Violent Entertainment to Children 30 (Dec. 2009), online at <http://www.ftc.gov/os/2009/12/P994511violententertainment.pdf>

49 *Chaplinsky*, at 571-572.

統制しようとした。この目的は正当であるが、第一修正に関係する法律は、目的達成の手段が過大包摂であってはならず、過少包摂であってもならない⁵⁰。子どもを暴力的描写から保護する手段として、本州法は過少包摂である。その理由は、ビデオゲーム以外の他の媒体を規制対象から除外しているからである。また、ゲームを受け入れる親をもつ子どもの第一修正の権利を侵害している点で過大包摂である。

以上の理由から本州法は認められない。

三章 アリトー同意意見

アリトーが法廷意見の結論に同意し、ロバーツが同調している。アリトーによれば、ゲームを無制限に楽しむ未成年者は影響を受けやすく、カリフォルニア州法の目的自体は支持できるが、目的を達成する手段は適切に設定されていない。将来に本法が修正された場合、合憲になるかもしれないと議会で再立法をアリトーは促している。

法廷意見にアリトーが同意しない理由は、技術の将来の可能性について彼独自の見解を有するためである。アリトーによれば連邦憲法の価値は時間の経過によって揺らぐことはなく、常に不変である。アリトーは変転する技術に対して、この不変の価値を適用する場合、慎重にならなければならないと考える。新しい技術が、なじみのある古い技術と同等であると結論づけるのは早計である。立法者は裁判所よりも新しい技術を評価するのに適切な立場にいるのだから、拙速な判断は慎まなければならない。法廷意見はビデオゲームの影響について誤って評価している。ビデオゲームを操作する場合と、映画を観賞したり、ラジオを聴いたりする場合はその影響力と操作可能性の点で異なるものとして扱わなければならないという。以下にアリトー意見を概括する。

一節 アリトーが法廷意見に同調する点はどこか。

デュープロセス条項は、通常の知性を有する個人に対して禁止される行為について公正な通知を与えることを要請する⁵¹。そのような通知を欠く法律は、

50 *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 546 (1993).

萎縮効果をもたらすために無効である⁵²。あいまいな法律を前にして発言しようとする者は、違法とされる範囲よりもはるかに外で行動する⁵³。政府は表現活動を制限する規制について明確性と正確性を備えた完全な指針までは要求されておらず、狭く設定した範囲で第一修正の自由を制限することが許される⁵⁴。これらの原理は、子どもを保護する目的のために表現を制限する法律にも該当する⁵⁵。本件の州法は、狭く明確に「暴力ゲーム」を定義していない。第一修正の問題を回避するために、カリフォルニア州議会は、一九六八年ギンズバーグ判決⁵⁶で採用されたニューヨーク州法をモデルとしたと主張する。しかし、カリフォルニア州法は、一九六八年ギンズバーグ判決のモデルとは異なり、対象とする素材に重大な違いがあることを見落としている。一九六八年ギンズバーグ判決では、未成年者に有害であると判断される素材の販売を禁止した。ロス判決⁵⁷で採用されたわいせつの定義の要素に対して、「未成年者のために」という語句を加えて「未成年者に対して有害な」という語句を定義した。ミラー判決は、ロス判決やメモイヤー判決⁵⁸で示されたわいせつの基準を改訂した。ミラー判決は、わいせつに関する法理ではハードコアに限定するという限界を設定した⁵⁹。ハードコアの範疇に入る素材は、次の三つの要件を満たす場合にわいせつであると判断される。

第一に、平均的な成人がコミュニティの基準に従って、コンテンツを全体として判断し、性的興味を刺激するかどうか。

第二に、州法によって定義される性的な行為を過度に下品で攻撃的な方法によって、記述、描写しているかどうか。

51 *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108 (1972).

52 *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 871-872 (1997).

53 *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360, 372 (1964).

54 *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 433 (1963). see also *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489, 499 (1982).

55 *Interstate Circuit, Inc. v. Dallas*, 390 U.S. 676, 689 (1968).

56 *Ginsberg*.

57 *Roth. Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Mass.*, 383 U.S. 413 (1966).

58 *Memoirs*.

59 *Miller*, at 23-25, 27.

第三に、全体として、真剣な文学的、政治的、あるいは科学的価値を欠くかどうか。

これらの要件を採用してカリフォルニア州議会は、次の制限を用意した。プレイヤーの利用可能な選択肢の中に、「人を殺す、傷つける、手足をもぎとる、人間のイメージを性的に暴行する」⁶⁰が含まれている。この要件を満たすゲームは、次の三つの要件を満たす場合、州法の適用下にある。

第一に、合理的な判断能力を有する個人が、ゲームを全体としてみて、常軌を逸したあるいは病的な関心に訴えるかどうか。

第二に、未成年者に対して適切であると判断するコミュニティの基準に照らして、過度に攻撃的な方法であるかどうか。

第三に、全体として、ゲームに未成年者にとって真剣な、文学的、芸術的、政治的、科学的価値を欠くかどうか。

一九六八年ギンズバーグ判決とカリフォルニア州法との違いは要件である。現在のわいせつの基準はミラー判決で設定され、ハードコアの定義に該当する制限を用意した⁶¹。過度に攻撃的な展示や描写で究極的には性的行為、排泄器官、女性器の淫らな展示を指す⁶²。これらの要件は明白であり、自分の扱う素材の公的あるいは商業的活動が訴追されるかどうか、についての公正な通知を提供する。

対照的に、カリフォルニア州法の要件は、ミラー判決のように制限を狭く設定していない。

良きにつれ悪きにつれ、われわれの社会は殺人の描写を、人気のある娯楽の特色とみなしてきた。カリフォルニア州法の要件は、もしグラフィックの描写をもっと狭く設定した場合、ミラー判決の要件と類似する。カリフォルニア州法の要件の特徴は、公正な通知という点を、三つの要件に大部分を依存している。暴力ゲームを禁止する州法を起草する際、州議会は、未成年者に操作されるゲームについての暴力の種類と程度について判断できたのにあえてしなかった。未成年者にとって適切なものの判断について、定義されない社会やコミュニティの基準に依存した⁶³。また別の要件は、合理的な判断能力を有する個人

60 section 1746 (d) (1).

61 *Miller*, at 23-25, 27.

62 *Id.* at 25.

が、ゲームを全体としてみて、「常軌を逸した」あるいは「病的な」関心に訴えるものである⁶⁴。州議会は「常軌を逸した」と「病的な」の文言を定義せず、文言の通常の意味以上のものを規定していない。この二つの文言は通常言論にて伝達される意味を持つと推定される。「常軌を逸した」の通常の意味は、「受け入れられる規範から逸脱した」であり、「病的な」は、病気の特徴を備える、あるいは関係することを意味する。暴力についての「常軌を逸した」、そして「病的な」関心とは、一般的に受け入れられた基準に照らして普通で健全であるとみなされているものから逸脱している興味をさす。

これらの要件は十分に周知されているので、通常の知性を備えた個人は、特定のゲームにおいて暴力の種類と程度が暴力に該当するかどうかについて公正な通知を受けているとカリフォルニア州議会は考えたように思われる。そして、ミラー判決の示したコミュニティの基準で曖昧性の争点をクリアできると州議会は考えた。

わいせつ法理と娯楽の暴力表現を規制する法には決定的な違いが存在する。裁判所が一九六〇年代にわいせつを禁止して、性に関する表現の規範を形成してきた。しかし、暴力について同様の歴史は存在しない。法廷意見の示す通り、古典的な文学は暴力について描写してきたし、子ども向けの物語も暴力的なシーンを含んでいる。

われわれの社会は子どもや青年にとって、暴力のあらゆる描写を適切なものとして考えるわけではないが、子どもの文学や娯楽の暴力の描写のうち、どの描写が常軌を逸した、あるいは病的な衝動を刺激しているかについて一致しない場合は多いだろう⁶⁵。口頭弁論で州は、未成年者についての限定解釈を受け入れた。未成年者とは、十八歳未満をいうとした。しかし、裁判所は州法を限定的に解釈する権限を有しない⁶⁶。制定法の文言と類似する法律の確立した解

63 section 1746 (d) (1) (A) (ii).

64 section 1746 (d) (1) (A) (i)

65 Edwards & Berman, *Regulating Violence on Television*, 89 Nw. U.L. Rev. 1487, 1523 (1995). (ミラー判決の基準を暴力的な表現に適用できるかどうかは難しい。なぜなら、価値の低い暴力についてのコンセンサスに至る方策が存在しないからであるという。)

66 *Grayned*, at 110.

積から、許容できる意味を外挿する (extrapolate) ことはできる⁶⁷。本件でカリフォルニア州議会は、このように文言を限定する証拠を示しておらず、未成年者の上限となる年齢を規定していない。

二節 アリトーは新しいゲームに対する評価という点で法廷意見と分岐する。

アリトーは、トーマスやプレイヤーほど反対意見を構成するまでとはいえないが、法廷意見に同調できない点を次に示している。

法廷意見は、スティーブズ判決の位置づけが次の点で誤っている。

第一に、スティーブズ判決の連邦法と本件の州法が異なっている。スティーブズ判決は商業的利潤を目的にして動物の残虐性の描写の作成、販売、所持する者に制裁を科した。対照的に、本件のカリフォルニア州法は未成年者に対する暴力的なゲームの販売や貸与に限定している。カリフォルニア州法は、暴力ビデオゲームの作成については年齢如何を問わず何の制限も用意していない。成年者のゲームの販売、貸与を禁止していない。州法は、両親以外の近親者が購入、貸借する場合を禁止していない。

第二に、一般的に動物の残虐性の描写は第一修正の保護の枠外にあるという政府の主張をスティーブズ判決は受け入れなかった⁶⁸。

第三に、動物の残虐性の描写の規制につき、さらに対象を限定させた法律が成立した場合に、第一修正の審査に適合するかどうかについては、スティーブズ判決は未解決にした争点である。

法廷意見はカリフォルニア州法の効果を歪曲している。子どもの触れる思想を制限する無制約の権限は認められないと法廷意見は述べているが、カリフォルニア州法は、そのような権限をそもそも行使していない。もし両親が自分の子どもに暴力的なゲームを所持してほしい場合、カリフォルニア州法は両親の権限に介入していない。一九六八年ギンズバーグ判決で支持されたニューヨーク州法同様、両親の意思決定を強化している。ニューヨーク州法もカリフォルニア州法も、未成年者が特定の素材を購入することを禁止している。両親は、その望みに応じて、これらの素材を子どもたちに与えることができる。

67 *Id.*

68 *Stevens.*

法廷意見はビデオゲーム産業の自主的な評価制度を引用して、ゲームに触れる可能性を制限したいが実質的に不可能である両親の求めに州法は適合しないと判断している。連邦法の規制の脅威に応答してゲーム産業がこの制度を用意したことを法廷意見はあえて言及していない。連邦法の規制の脅威が去ったとき、将来の法執行は低下するかもしれない。多くの両親は、現在、子どもたちのコンピュータやゲーム利用を監視することはできないからである。

最後に、ビデオゲームがかつてわれわれの判断してきたものと異なるかもしれない可能性を法廷意見は無視している。ビデオゲームの特性を考慮していない。今日のゲームは、まるで現実のような別の世界を作り出し、何百万人がゲームに長時間、参加している。これらのゲームの特徴は、視覚的あるいは音響が著しく現実と酷似している。特別なスーツを着れば、手にしたたる血をゲームの操作者は擬似的に感じることができるという意見もある。ゲームの創造する擬似世界では、予想もできない能力を手にすることができる。自分の写真を使って、ゲームの中で自分にそっくりな登場人物をつくりだすことも可能である。多くの選択肢が用意されており、擬似世界での行動がゲームの外での世界とよく似た関係をつくりだす。古いゲームは、ボタンやジョイスティックで操作していたが、新しいゲームでは、現実世界と同じ動きをして、登場人物を操作する。野球バットをスイングする動作で操作する。これらの登場する特性は、市場に流通する暴力ゲームの特性と合わせて考慮しなければならない。暴力ゲームでは、マシンガン、ショットガン、クラブ、ハンマー、斧、剣、チェーンソーで何百人もの人が殺される。被害者は、バラバラにされて、細切れにされて、燃やされる。被害者は泣き叫び、慈悲をこう。血まみれの死体や一部が視覚的に描写される。コロンビア高校、バージニアテック（工科大学）での犯罪にプレイヤーが自分を同一化して実行するというゲームも存在する。母や娘を強姦したり、民族浄化に携わったり、ケネディ大統領を暗殺するゲームなども存在する。

洗練されたゲームの技術的特性に近い将来、市場に流通する暴力ゲームの特性と結びつく場合、十代の少年の中の問題児に異常な暴力的行動をとるに至らせるだろう。

法廷意見は、ゲームの双方向性が斬新なものではないと判断した。その根拠はあらゆる文学も双方向的であるからである。この点は同意できない。国際

ゲーム開発者連合 (International Game Developer Association ; IGDA) は、文学よりもはるかに具体的で双方向的であると評価している。読者を物語に引き込む文学について法廷意見の指摘には同意する。しかし、文学作品の殺人の描写を読んで、まるで自分がビデオゲームで殺人を犯しているように体験するのは、異常で想像力豊かな読者だけだろう。ドストエフスキーの『罪と罰』を読んだ人が、斧で質屋を殺す一節を現実に行うかどうか、が例としてあげられるだろう。自分そっくりのアバターを作成している場合とは異なる。

これらのビデオゲームの特性を考慮した場合、暴力ゲームの体験が、読書やラジオを聴く行為とは異なるものであるのは確かである。少なくとも未成年者にとって、暴力ゲームをプレーする影響も異なっているだろう。この点についての立法府の努力を司法府が黙らせることはできない。

四章 トーマスとプレイヤーの反対意見

トーマスとプレイヤーが反対意見を執筆している。連邦憲法のオリジナルな意味と法廷意見は矛盾するとトーマスは主張している。スカリア、トーマスもアリトームも起草期の憲法解釈に立ち戻って、連邦憲法の普遍的な価値を導こうとする。トーマス反対意見は、歴史的に判例法理の中で明確に確定されずにきた範疇が存在する、と主張している。

プレイヤーは子どもの保護に着目し、カリフォルニア州議会の努力を好意的に判断する。プレイヤーによれば伝統的な第一修正の分析に従えば、本法は文面上合憲である。カリフォルニア州法の促進する利益はやむにやまれぬ利益である。この利益は二つの利益から構成される。一つは、子どもの教育を方向づける家庭の権限であり、両親の義務を履行するための助けとして用意された法律として理解される。もうひとつは、若者の健康という政府の独立した利益である。この二つの利益が並行して働く場合、両親の許可で子どもが購入するというルールを基本として、双方向のビデオゲームの特別な害悪から州が子どもを保護するという利益を促進するのであれば、過少包摂であるとはいえない。ビデオゲームは子どもに害悪を生じさせる可能性があるという立法府の判断を裁判所は尊重しなければならない。コンソールレベルのフィルタリングは、インターネットを利用すれば、制限を空洞化することができるのだから、州法の

制限はもっとも慎重な制限である。

一節 トーマス反対意見

連邦憲法第一修正の意義を起草期に照らして検討すれば、未成年者に対する言論の自由、あるいは未成年者が暴力的ゲームに触れる自由までは保障されない。本件を再審理のために差戻すべきである。憲法を解釈する際は、その規定が採用された当時のもっとも公的な理解を認定しなければならない⁶⁹。憲法は書面で示されているので、その意味は変化しない⁷⁰。憲法のオリジナルな理解にもとづけば、言論の自由を侵害する法律を禁止するという趣旨をあらゆる言論に対して同程度に保障を及ぼすことはできない。よりよく定義され、狭く制限された種類について制裁を科すことは、憲法問題を惹起しないと考えられてきた⁷¹。保護されない理由は、言論の自由の枠外にあると考えられるからである⁷²。

保護から除外されるもうひとつの別の範疇を起草者の見解は明らかにしている。歴史的証拠によれば、起草者の時代には両親が未成年者に対して絶対的な権限を行使して、自分たちの子どもを適切に発達させるように方向づけていた。未成年者に対する表現の自由あるいは表現に未成年者がアクセスする自由を当時の社会が含んでいたと理解することはできない。

連邦憲法が人権規定を用意したころから、子どもに対する態度は時代の経過につれて変化した。子どもに対する起草者の見解と子どもと両親との関係とを完全に理解するには、百年ほど前の植民地時代に遡らなければならない。ニューイングランド植民地のピューリタンの伝統では、父は絶対的権威で家族を統治した。ピューリタンは家長制度と矛盾する多くの慣習を廃棄した。父親の絶対的な権限の一つは、子どもの精神を知識で満たし、その知識を正しい行動に向けることである。子どもたちは、本質的に罪深く、悪行を止めなければならない。両親の権限についての概念は当時の法律に反映された。

独立戦争の前後、子どもに対する態度は変容した。子どもは、それほど罪深くはなく、一点の曇りもないが、慎重な発達が必要であると考えられるように

69 *McDonald v. Chicago*, 130 S. Ct. 3020 (2010).

70 *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334, 359 (1995).

71 *Chaplinsky*, at 571–572. *Stevens*.

72 *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234, 245–246 (2002).

なった。両親は、自分の子どもが適切に発達するための権利を行使し、義務を負うことになった。両親は子どもたちの読む本に対して重要な権限を行使した。

子どもについて変容する理解の背後でロックやルソーの著作は原動力となった。ロックやルソーの作品では、子どもたちは順応性のある生物であり、子ども時代は成年の準備となる重要な成長時期であると考えられた。子どもたちは理性や決定能力を欠き、注意深い監視と慎重に計画された発達を必要とすると考えられた。独立戦争時代、共和国は有徳ある市民を必要とし、子ども時代から適切な訓練を必要とすると理解された。子どもたちは道徳世界の枢軸であり、人間の精神が必要とされる限り、適切な発達は高い関心の対象となる。

これらの見解から、自分の子どもの成長を統治する権限と義務を両親は負うと起草者は理解していた。両親は、自分の子どもの発達と教育を方向づけて、悪い習慣が身につかないように確保するように期待された。家庭は、子どもの道徳的訓練の主要な責任を負う。両親の権利や義務の概念は、子どもの教育についてのトーマス・ジェファーソンの考え方に要約された。

子どもの生活についての両親の統制は学校に及んだ。家族と学校の統治は絶対である。教師や両親の権限は絶対である⁷³。子どもたちは、従順であることが期待された。教科書は子どもたちに従順であるように求め、従順でなかった場合の結果を例示する挿絵を入れた。子ども向けに書かれた物語は、道徳的な指示を受け、空想を刺激する描写について厳格であった。

両親は、子どもたちの読むものに権限を行使した。

起草者世代の両親と子どもの関係についての理解を当時の法律は反映していた。両親は子どもを保護し、教育する責任を負うのだから、自分の子どもについて権限を有する⁷⁴。法が両親に与えた権利は、子どもの監護権、子どもの労働や奉仕の価値、規律を行使する権限などである。未成年の間、子どもは従順であらねばならず、その後は、両親を崇拜して感謝する義務を負った。裁判所も未成年者が成年に達するまでは、子どもの労働や奉仕について両親が権利を有することを明らかにした。少年は両親の同意なくして徴兵されない。両親の同意を欠いた結婚を年齢で制限した。ピューリタンの伝統は、アメリカの両親

73 *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393, 413-414 (2007) (Thomas, J., concurring).

74 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 712 (1997).

の権限と義務の基礎となった。子どもの精神についての概念が独立戦争期に発展したが、両親の義務と権限についてはなお残った。社会は子どもについての影響に一層の関心を抱くようになった。教師と学校は厳格な規律のもとにあり、子どもの読書は注意深く監督された。これらの関心を法は反映し、両親の権限は政府の強制力のある権限によって支えられた。

起草者は、両親の同意を欠き、未成年者に対する無制約の言論の自由だと第一修正を考えなかった。法廷意見は第一修正の保護範囲の枠外に新たな範疇を宣言するという無制約な権限を持たないと述べた。しかし、歴史的にみて保護されず、判例法理で明確に同定され、議論されてこなかった範疇があるかもしれない。

憲法規定の起草時の公的な理解は、現在の感性に必ずしも沿うものではないのは明らかである⁷⁵。しかし、このことは本件では争点とならない。この国では多くのことが独立戦争以来、変化したが、両親が子どもに権限を有するという概念は現在でも維持されている。未成年者を誘惑して連れ去る行為を刑事的犯罪と規定する州もある⁷⁶。どの州でも未成年者の結婚については、両親あるいは裁判所の同意が必要であると規定している⁷⁷。十八歳未満の個人は両親の同意なく軍隊に従事できない⁷⁸。投票、陪審、自動車の運転、遺言書の執行について両親の同意とは無関係に未成年者は従事できない。

法廷意見は、未成年者は第一修正の権利を享有すると述べた。政府は単独に子どもたちが言ったり、聞いたりすることを命令することはできない⁷⁹。しかし、州や自治体は成年の場合と比べて厳格な統制を採用できる⁸⁰。

二節 プレイヤー反対意見

プレイヤーによれば伝統的な第一修正の分析に従えば、本法は文面上合憲である。未成年者が両親同伴でない限り、定義に該当するゲームの購買を本法は

75 *Morse*, at 419 (Thomas, J., concurring).

76 Cal. Penal Code Ann. section 272 (b) (1), Fla. Stat. section 787.03 (2010).

77 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 558 (2005).

78 10 U.S.C. section 505 (a).

79 *Erznoznik*, at 212–213.

80 *Id.* at 212.

禁止している。本法は、一八歳以上にふさわしいゲームであるというラベルを用意するようにゲームの作成者に命じている。ゲームの小売業者は、このラベルをゲームに貼りつけている場合、本法が違反者に科する最高一千ドルの罰金という責任を免れる⁸¹。

言論同様、行動を伴う活動を規制する法律を文面無効であると主張することは難しくなっている⁸²。州法を合憲的に執行する範囲は大きく、当該範囲の外にある違憲的な執行は比較的小さいように思われる。本法の規制対象は言論と行動とが結びついている。

本法の合憲性を判断する際、漠然性ゆえに無効の法理と厳格審査が問題となる。カリフォルニア州法は、保護されない新しい範疇を創造するだろうと法廷意見は判断した。法廷意見も私も、暴力の描写がどれだけ暴力的であっても、自動的に第一修正の保護範囲の外にあるとは主張していない。司法の判断にあたって、注意深く考察しなければならず、新しい保護されない言論の範疇を通常は創造しない⁸³。

ステイブズ判決では、動物の残虐なあらゆる描写は第一修正の保護範囲外にあるという政府の主張を受け入れず、問題となる法律が、第一修正の伝統的な基準に適合しているかどうかを判断した。そして、本件で問題となる法律が過度に広範であって無効であると判断した。

私の見解では、州法は禁止される行為を公正に通知しており、漠然ゆえに無効であるとはいえない⁸⁴。かつて最高裁の判断したニューヨーク州法を扱った一九六八年ギンズバーグ判決では、漠然性ゆえに無効の主張が出なかった⁸⁵。

カリフォルニア州法の文言と一九六八年ギンズバーグ判決とを比較すると、漠然性ゆえに無効の法理の争点は生じない。殺す、傷つける、手足をもぎとる、という文言は、「裸体」の文言と異ならない。アリトーは、これらの文言が成

81 section 1746. 1-1746. 3.

82 *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 614-615 (1973).

83 *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47, 52 (1919). See also, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010). (hereinafter *Holder*).

84 *U.S. v. Williams*, 553 U.S. 285, 304 (2008).

85 一九六六年ギンズバーグ判決は *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966). と混乱されるとプレイヤーは説明する。

年者に要求してきたわいせつに関する事例でハードコアに限定するという機能を果たしていないと反対した。しかし、一九六八年ギンズバーグ判決のいう裸体と「殺す」「傷つける」と同等である。限定解釈と漠然性の法理は必ずしもお互いに関連するものではない。漠然性ゆえに無効の法理の目的は、行為者に対する公正な通知を要求することである。

カリフォルニア州法の定義はミラー判決の定義を写したものであり⁸⁶、定義に該当する素材を禁止した。カリフォルニア州法の依拠するコミュニティの基準はミラー判決⁸⁷に従ったものである。法廷意見は、カリフォルニア州法が二つの点でミラー判決と異なると判断した。「逸脱した」を「好色な」「恥ずべき」という言葉に置き換え、「未成年者に対する」の文言を付け加えた。「逸脱した」という文言は「好色な」「恥ずべき」の文言と異なるが、定義として適合して限定されているとは思われない。「未成年者に対する」という文言を付け加えることは、一九六八年ギンズバーグ判決で支持された。

ミラー判決も一九六八年ギンズバーグ判決も完全な意味で明確とはいえない。このことは、州に憲法上与えられた規制権限を奪うことなく、保護される言論に該当する文言を長らく最高裁が模索してきたことを示している。スチュワート裁判官が「見れば判る」と述べたことにもあらわれている⁸⁸。ダグラス裁判官はミラー判決の反対意見で、あまりに漠然であると述べていた。いずれにせよ最高裁はミラー判決と一九六八年ギンズバーグ判決でのコミュニティの基準を採用した。最高裁は表現の保護する境界を示そうとしながらも、立法者が正当な憲法上の目的を達成するのに必要な言葉を探すことを認めてきた⁸⁹。一九六八年ギンズバーグ判決とミラー判決と本法との違いは存在しない。たとえば、警察官の膝を撃つ登場人物であるとか、ガソリンをまくとか、頭を打って殺害するといったように、カリフォルニア州法の文言が直接目的とする登場人物を特定することは容易である。ミラー判決、一九六八年ギンズバーグ判決よりも本州法の境界を確定することは容易である。なぜならゲーム産業自身が基準と審査過程を用意しており、未成年者に不適切なゲームであるかどうかを評価し

86 *Miller*.

87 *Id. Fort Wayne Books, Inc. v. Indiana*, 489 U.S. 46, 57–58 (1989).

88 *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964).

89 *Williams*, at 304.

ている⁹⁰。

一九六八年ギンズバーグ判決のニューヨーク州法の文言は「裸体」であり、カリフォルニア州法の文言と異なる。しかし、漠然性の法理からみれば違いは存在しない。アリトーは、一方で、性と関連する表現についての一般に受け入れられる規範があるので、ミラー判決の基準を満たすと判断した。他方で、暴力的な娯楽についての適合性についての一般的に受け入れられる基準と同一性を欠くと判断した。しかし、その点についての証拠がない。法廷意見がミラー判決のコミュニティの基準に依拠した理由は、一般的に受け入れられた規範を蓄積する困難さゆえである。文学で描写される肉体的な愛と暴力の描写は芸術、文学において時代を経て主題であった⁹¹。

一九六八年ギンズバーグ判決のニューヨーク州法とカリフォルニア州法との間に、漠然性の法理の違いは存在しない。もし存在すれば、州は解釈によって治癒することができる⁹²。

ビデオゲームは、物理的な行為と表現を結び付けている。物理的な行動がゲームの中で有力な場合、政府は介入することができる。たとえば、素敵行為を操作上求めるゲームの購入に際して両親の同伴を求めたり、子どもに物理的な危険を示すおもちゃの販売を制限したりすることができる⁹³。

重要な芸術的表現の要素をビデオゲームは具体化するので、第一修正が州の規制権限を制約するという法廷意見に同意する。そして、厳格審査を適用して、これらの制限を州が超えているかどうかを判断する。法廷意見同様、カリフォルニア州法が制限的でないほかの選びうる方法なくして、やむにやまれぬ利益を促進するように狭く設定されなければならない⁹⁴。私は機械的にこの厳格審査を適用しない⁹⁵。

90 Entertainment Software Rating Board, Rating Process, online at http://www.esrb.org/ratings/&ratings_process.jsp

91 *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, at 246.

92 *Erznoznik*, at 216. Cf. *Ginsberg* at 644. *Berry v. Santa Barbara*, 40 Cal. App. 4th 1075, 1088-1089 (1995) 以上は問題となる法について、主観要件を読み込むといった州裁判所の解釈が問題となっている事例。

93 Consumer Product Safety Improvement Act of 2008, 122 Stat. 3016 (“Title I – Children’s Product Safety”).

94 *Reno v. ACLU*, at 874, 875, 879.

言論に関連する利益を法律が侵害する程度、正当化される可能性のあるやむにやまれぬ利益の性質、法律の促進する利益の程度、他の代替手段の性質と効果を評価する。これらの評価を経て、全体として、言論に関連する害悪と、促進しようとする利益を比較する⁹⁶。

第一修正をこのように適用することは難しいが満足することは不可能ではない。厳格審査を利用して、裁判所は言論に対する制約を支持してきた。たとえば、国務省のテロリスト一覧に含まれる組織に対して、平和的紛争解決の教示を禁止する場合、言論に対する制約を裁判所は支持した⁹⁷。投票所近く of 言論に対する制限を判断したこともあった⁹⁸。適用に際して明確性には欠けるが、なお厳格な基準で、政府に対する請願者の署名の開示を裁判所は認めてきた⁹⁹。選挙活動の寄付制限は、重要な利益に合致するように狭く設定されていると判断した¹⁰⁰。

さらに、一九六八年ギンズバーグ判決では厳格性の程度を明白にはしなかったが、裁判所は言論に関する制限を正当化するのに十分な害悪から子どもを保護するという、やむにやまれぬ利益の判断を示したことがあった¹⁰¹。

カリフォルニア州法は、表現に対する制限としては慎重である。ビデオゲームの操作自体を禁止していない。成年の購入を禁止していない。両親の補助がある場合に子どもの購入を禁止していない¹⁰²。十七歳未満の子どもに近づけたくない陰惨な暴力ゲームを両親の助力なくして購入することを禁止している。もし本法の合憲性が支持された場合、映画、ビデオや書籍といった他のメディアに逆の効果を与えるだろう。ビデオゲームは物理的活動と関係し、双方向の目的を達成するためにボタンを押す、人間のイメージを標的にする行為を擬似的に行う場合は、映画を典型的に鑑賞する場合とは異なる。

95 *Playboy*, at 841. (Breyer, J., joined by Rehnquist, C.J., and O'Connor and Scalia, JJ., dissenting).

96 *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 210 (1992).

97 *Holder*. (Breyer, J., dissenting),

98 *Burson*, at 210–211.

99 *Doe v. Reed*, 130 S. Ct. 2811 (2010).

100 *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377, 387–388 (2000).

101 *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115, 126 (1989).

102 section 1746.1 (c).

カリフォルニア州法の促進する利益はやむにやまれぬ利益である。この利益は二つの利益である。一つは、子どもの教育を方向づける家庭の権限であり、両親の責任を履行するための助けとして設定された法律として制定される。もうひとつは、若者の健康という政府の独立した利益である¹⁰³。

この二つの利益が並行して働く場合、両親の許可で子どもが購入するというルールを基本として、州が子どもを双方向のビデオゲームの特別な害悪から保護するという利益を促進するのであれば、過少包摂であるとはいえない。両方の利益が本件では提示されている。一九六八年に連邦最高裁は両親の統制やガイダンスは必ずしも提供されないことを示していた¹⁰⁴。

両方の利益は提示されている。五百三十万の学童児童の親が外で働いている現在、子どもの発達を指し示す両親の権限を補助することは一層重要になっている。州の独立した利益について、少年は成熟性を欠き、外からの否定的な影響を被りやすく脆弱であることが指摘された¹⁰⁵。未成年者の肉体的、心理学的健康を保護するという、やむにやまれぬ利益が存在する。カリフォルニア州法がやむにやまれぬ利益を促進するという証拠が存在する。ビデオゲームは教育手段として優れている。実用的な義務を学ぶことは習慣を發展させ、義務を遂行するように慣れていくようになる。義務を遂行できた際に肯定的な強化を得ることができる。陸軍も、ビデオゲームを訓練に導入している。軍隊が兵士の任務遂行の訓練にビデオゲームを利用している際、このメディアは便益を与える目的のために利用されている。カリフォルニア州によれば、もし望ましくない目的にビデオゲームの教示が利用される場合、害悪が発生するという。操作上、暴力的な行動をすれば、報酬を得ることを教える暴力ゲームが存在する。この点で本、映画、テレビ番組とは異なる。

ビデオゲームの操作が害悪を発生するという因果関係をさまざまな研究は示している。暴力的なビデオゲームを操作すれば、暴力的な行動を引き起こすという研究については議論がある。何が正しいのか、について社会科学的経験が欠く裁判官が確定的に判断することはできない。しかし、ビデオゲームの重大なリスクを示している。

103 *Ginsberg*, at 639–640.

104 *Id.* at 640.

105 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 569–570 (2005).

法廷意見と異なり、ビデオゲームは子どもに害悪を生じさせる可能性があるという立法府の判断を、これらの研究に依拠して裁判所が尊重する根拠が存在する。裁判所の権限を超える技術的な問題を抱える類の立法事実について、選挙された立法府にある程度の尊重を払ってきた¹⁰⁶。関連する研究の妥当性について、法廷意見は立法府に敬意を払うことなく、正反対の判断を下した。

カリフォルニア州法はもっとも制限的でない方法であり、他の選びうる制限的でない方法は存在しない¹⁰⁷。ゲーム産業は一定の年齢未満の少年に対して、M（成熟した）のラベルを付けて、小売業者に販売を制限している。しかし、この自発的な制度は、執行に大きな問題がある。カリフォルニア州法の制定された当時、連邦取引委員会によれば、十七歳未満の子どもの二十パーセントが、場合によっては五十パーセント近くがMのラベルの付いたゲームを購入できるという。

ゲーム産業は代替的な技術案を提示する。コンソールレベルでのフィルタリングである。しかし、Xボックスの例のようにインターネットを使えば、これを空洞化する方法を発見することができるだろう。カリフォルニア州法の制限はもっとも慎重な要件であり、文面上合憲である。

法廷意見に従えば、裸体の女性の掲載された雑誌を十三歳の少年に販売することを政府は禁止できるが、女性を擬似的に、縛って、轡をはめて、拷問して殺害する操作に従事する双方向的ゲームを禁止することはできない。子どもの選択は、子ども自身だけでなく両親、教師によって行われ、民主主義的に政府を通じて行われる。

第五章 スティーブズ判決とホルダー判決の概要

エドモンドブラウン判決の引用するスティーブズ判決とホルダー判決を検討して初めて、本判決の憲法上の問題を抜き出すことができる。まず、二つの判決の事案の概要と判決を概観したうえで、両判決がエドモンド判決に与える憲法上の関係性を示す。

¹⁰⁶ *Holder. Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 520 U.S. 180 (1997).*

¹⁰⁷ *Reno*, at 874.

一節 スティーブズ判決とエドモンド判決との関係とは？

事案の概要を説明する。連邦議会は動物に対する残虐な次の特定の描写を商業的に作成、販売、所持する行為に制裁を科した。動物を傷つける、切断する、拷問する、銃で撃つ、殺すと定義される。連邦法のセクション四八¹⁰⁸に規定されている行為は、当該定義に該当する行為の描写に適用され、行為自体には適用されない。視覚的、聴覚的な描写で、生きた動物を故意に傷つけ、切断し、拷問して、殺すといった行為が連邦法あるいは州法に抵触する場合に残虐な描写の作成、販売、所有に本規定が適用される。本規定の(b)は真剣な宗教的、政治的、科学的、教育的、ジャーナリズム的、歴史的、芸術的な価値を有する描写は適用除外とされる。

本規定の立法背景はクラッシュビデオである。このビデオは、助けの来ない動物が拷問されて、殺される様子が特定の性的な関心を持った人に訴えるとされる。スティーブズ氏は、闘犬の様子を描写したビデオの販売行為に対して本規定で訴追された。描写の定義に通常の合法的な活動を含む一般的な描写が含まれているとスティーブズ氏は主張した。ペンシルベニア西部地区連邦地裁¹⁰⁹は有罪判決を下した。第三連邦控訴巡回裁判所は有罪を破棄して、保護された内容を規制しており文面無効と判断した¹¹⁰。

スティーブズ判決の概要を説明する。ロバーツ執筆の法廷意見は八対一で文面無効の判断を下した¹¹¹。本規定は、実質的に広範であって第一修正に違反する。動物の残虐性の描写は、保護されない範疇に含まれない。本規定は内容を基準にして表現を規制しているのだから、無効と推定される。政府はその推定を覆す責任を負う。第一修正は制定以来、歴史的にいくつかの範疇について制約を認めてきた。わいせつ、名誉毀損、詐欺、違法行為を実行させる唱導といった範疇である。動物の残虐性の描写はこの中に追加されない。動物の残虐性を禁止することにアメリカ法に長い歴史が存在する一方、その残虐性の描写を禁止する伝統は存在しない。政府の提示した基準は、言論の自由の価値と社

108 18 U.S.C. section 48.

109 *U.S. v. Stevens*, 2007 U.S. App. LEXIS 10874 (2007).

110 *U.S. v. Stevens*, 533 F. 3d 218 (2008).

111 Roberts, C.J., delivered the opinion of the Court, Scalia, Kennedy, Thomas, Ginsburg, Breyer, and Sotomayor, JJ., joined. Alito, J., filed a dissenting opinion.

会的費用とを比較して、第一修正が適用されるかどうかを判断するものである。しかし、第一修正の保護は、社会的費用と便益をアドホックに利益較量して便益が優越する言論だけを保護するわけではない。

本法の定義は描写された行為に残虐性を求めている。切断する、拷問するという文言が残虐性を意味する一方で、傷つける、殺すという文言は残虐性を意味しない。これらの文言は曖昧性を欠き、通常の意味に従って理解されるべきである。

本規定は、描写された行為が違法でなければならないと規定しているが、動物の適切な取り扱いに関する多くの連邦及び州法は、動物の残虐性を禁止するようには設計されていない。行為が違法に実行された理由を基準にして区別を設けていない。

問題となる描写がのちに、その方法が違法であると判断されることで、合法的な行為の描写に対して本規定が適用される場合もありうる。動物の残虐性についての見解は規制が場所によって異なるのだから、本規定の範囲は拡大する。たとえば、狩猟はコロンビア・ディストリクトでは違法である。描写された行為が違法であるという要件は、残虐性とは関連のない狩猟や動物保護にも適用される。ひとつの州で合法な行為の描写が、別の州で違法な場合にも適用される。

本規定の適用範囲をクラッシュビデオに限定するために、適用除外規定を非現実的に広範に政府は読もうとする。本法は、真剣な価値を有する素材を適用除外とする。言論は、本規定(b)列挙の適用除外事由のひとつに該当しなければならない。多くの言論は適用除外事由に該当しない。狩猟は本質的に、教育にかかわるものではない。適用除外条項は、政府が禁止しようと期待する描写だけに適用されない結果を生む。本規定を極端な描写に適用するという政府の示す意図は、本規定の広汎性を克服しない。

本規定(b)の文言はミラー判決から引用されているが、本件の適用除外事由は第一修正の基準に合致しない。性の描写を真剣な価値によってわいせつ規制から保護するミラー判決は、他の種類の言論に対しても一義的に利用されるのかどうかを示していない。本規定(b)の真剣な価値に該当しない多くの言論も第一修正は保護している。極端な残虐性だけに適用できるという政府の主張にかかわらず、本法は違憲無効である。政府が合理的に適用すると約束する理由だけで違憲無効とは判断されないだろう。本法の文言は憲法上の疑義を回避するよ

うに解釈することはできない。法律は違憲的な解釈に陥りやすい (readily susceptible) 場合に限って限定的に解釈される。政府は、本法は極端な素材だけを禁止していると主張した。政府の要求する本規定の読み方は、再解釈ではなく、文言の修正を要求する。政府は、本規定がクラッシュビデオを超えて動物の決闘にも適用される点に努力を講じていない。特定の描写は本質的に刑事的な行為に関連しており、わいせつにも類似しており、そして、そのような言論の禁止は厳格審査を満足すると政府は主張する。しかし、この主張がほかの描写、たとえば狩猟雑誌やビデオのように第一修正で当然保護されるが本規定の規定に入ってしまう点について政府は何も主張していない。したがって、クラッシュビデオやほかの極端な残虐な描写に本規定が限定されれば合憲であるかどうかについて判断しない。本規定は実質的に広範であって文面無効である。

スティーブズ判決とエドモンド判決とは次の点で問題となる。わいせつ、詐欺、違法行為を実行させる唱導といった「保護されない範疇」に新たな範疇を議会は創設して追加することができるかどうか。創設できる根拠として伝統性の要素はどのように働くのか。表現の自由を規制する場合、利益較量をあらかじめ議会が一般的に調整することは可能かどうか。一般的に調整された結果規制の合憲性について、どちらの当事者に、どの程度の立証が求められるか、である。

二節 ホルダー判決とエドモンド判決との関係は？

事案の概要を説明する。本件では外国テロリスト組織に指定された団体に物質的扶助を禁止する連邦法の規定¹¹²が問題となった。本規定ではテロリストの活動や財政的支援の具体的な幫助に加え、いかなる財産、有形的、無形的あるいはサービスが禁止される。ただし、医療的あるいは宗教的物資は除外される。本規定の明示する「訓練」は、特定の技術を伝えるように設計された指導や教育として定義される。科学的、技術的、他の専門的知識に由来する助言や幫助も禁止される。原告は外国テロリスト組織に指定された二つの団体に物質的扶助を実施しようとした。原告は、合法的で非暴力的な目的を円滑に実現するために扶助したいが、訴追されるかもしれないと主張した。原告は、法律を使っ

112 18 U.S.C. Section 2339B.

て平和的に紛争を解決したり、救済のために代表を送ったりする方法を組織の構成員に訓練する行為が本規定の対象に含まれていると主張していた。カリフォルニア州中部地区連邦地裁は、漠然性ゆえに無効を理由に部分的にサマリージャッジメントを認めた¹¹³。第二審の第九連邦控訴巡回裁判所は一審判決を支持した¹¹⁴。

ホルダー判決の概要を説明する。連邦最高裁は、本法の合憲性を支持した。言論に対して本規定が適用される場合、テロリスト組織の違法な活動を促進する意図につき立証する責任を本規定は要求していない。原告の提案する行為の大部分は、本規定の定義する「訓練」「専門的助言」「専門的幫助」の範囲内に入る。本規定は、原告の提示する活動について適用される限りにおいて、漠然ゆえに無効とはいえない。たとえ恵み深い扶助であってもテロリスト組織の活動を促進するかもしれない、という連邦議会と連邦政府の判断が支持される。本規定は、単なる人的結合に刑事的制裁を科していない。

ホルダー判決とエドモンド判決とは次の点で問題となる。

ホルダー判決は厳格審査が適用され、合憲判断が示された。連邦最高裁は言論の自由を制約する場合には厳格審査を適用するのが原則である。裁判所が厳格審査を適用する際に、政府や議会の判断を最高裁が尊重するのだろうか、が問題となる。ホルダー判決は、国家の安全保障にかかわる際、議会と政府の判断を尊重した。たとえばターナー判決ではケーブルについての立法資料を連邦最高裁は尊重していた。プレイヤーはエドモンド判決反対意見で、規制対象が言論だけでなく行動であると述べていた。さらに、プレイヤーは厳格審査を柔軟に適用することで州法の合憲性を支持できると述べていた。アリトーはエドモンド判決で、暴力ゲームの影響について政府の判断を尊重すべきだと述べていた。関連する立法資料を裁判所はどのように扱うのか、が問題となる。変転する技術についての政府の判断を尊重するのだろうか、あるいは「表現」ではなく「行動」であると理解してターナー判決のように中間審査基準を適用するのだろうか、が関係する。

113 *Humanitarian Law Project v. Reno*, 9 F. Supp. 2d 1176 (1998).

114 *Humanitarian Law Project v. Mukasey*, 552 F. 3d 916 (2009).

六章 考察 エドモンド判決の抱える表現の自由の問題

アメリカでは複数の連邦控訴裁判管轄が存在しており、それぞれの控訴裁判所の法律や先例の解釈が矛盾することもある。それぞれの州法によって、未成年者の定義も異なっている。未成年者を保護する権限はそれぞれの自治体のポリスパワーに属すると考えてよい。アメリカは銃社会であり、乱射事件の被害は深刻であることは異なる裁判管轄や地域による意識の程度の差こそあれ、アメリカ国民の共通の認識といえる。それぞれの自治体によって、銃の所持に対する寛容度も異なる。連邦最高裁は憲法の最高法規性から解釈の統一性を図るために判断を下す。連邦控訴裁判所での判断が分かれたことに、連邦最高裁はこの争点を判断する必要性を感じた。本稿が本判決を中心にして議論する理由は、本件が憲法の争点を含まない、あるいは解決済みの法理を再確認しただけだ、と分析しないままに第一修正の基本原則が崩されてしまう（空洞化）してしまうことにある¹¹⁵。本章は憲法上どのような争点を提起しているか、を提示する。次節の分析はそれぞれが独立しているのではなく相互に関連している。

一節 スカリア法廷意見とアリトー 変転する科学について法解釈の批判的評価

フォーマリストと揶揄されるスカリアらしく法解釈において、伝統という要素を重視して、子どもをターゲットにした規制を新たに創造することは先例と矛盾するとエドモンド判決で説いている。新しいメディアが登場したからといって、第一修正の基本的原理はゆるがないという。解釈に「伝統」の要素を強調するスカリアの立場に変動はみられない。他方で、トーマスは連邦憲法の起草期に未成年者の表現の自由に対する規制は一般的に支持されていたと主張した。暴力性という新たな範疇を議会が創設しても問題はあるかどうか、という点でトーマスはスカリアと対立した。トーマスによれば、伝統性の要素は暴力的ゲームを禁止する根拠になりうる。彼はスティーブズ判決では多数派に同調して、新たな範疇を創設することに反対していた。

アリトーが引用する法解釈のルールについての判決をみれば、スカリアを彷彿とさせる。しかし、スカリア二世と選任の際に評されたアリトーとは、いくつかの点で衝突している。スカリアとアリトーは、憲法の価値は不変という点

では同じである。議会が特別な意味を文言に与えなかった場合、通常の辞書的な意味で推測する点でも同じである。わいせつ性についての判決の歴史と異なり、暴力性に関する判決の歴史が浅いことを認める点でも共通している。

しかし、変転する技術に対する評価ではスカリアとアリトーとは異なる。エドモンド判決のスカリア法廷意見は、最近のゲームは書籍や映画と異ならないと考えていた。エドモンド判決のアリトー意見はビデオゲームの影響力や操作の特性を懸念している。将来のゲームが現実と変わらないほどの擬似的なものになり、センサー付きのベストを着てプレーするようになり、感覚的なフィードバックも現実の感覚と同様になるとアリトーは予測している。少なくとも裁判所の審理という舞台上で登場するまでは、将来に対する予測的な判断は差し控えなければならないとアリトーは考える。ステイブンス判決でもエドモンド判決でも両者は別の結論に至っていた。

変転し、進化するコミュニケーションという点でエドモンド判決のアリトー

115 Laurence Tribe, *The Constitution in Cyberspace* (1991). Robert Post, *A Progeressive Perspective on Freedom of Speech*, in *THE CONSTITUTION IN 2020* (Oxford Univ. Press 2009) 179, 185.

ポストによれば、公的意見の形成に寄与する自由として表現の自由を理解すべきであり、商業的言論は公的意見の形成に寄与する自由として理解すべきではないが、政治的言論に従属する形態として保護されると連邦最高裁は理解してきた。公的側面と私的側面の境界が未確定であったことを連邦最高裁の判決は示している。インターネットと公的意見の形成をどのように結びつけるかという課題に取り組まなければならない。ネットの登場で公的意見の形成が表現の自由の法理に大きな衝撃を与える。たとえば内容中立規制について連邦最高裁の適用方法が恣意的であり、矛盾に満ちていると述べている。その例がケーブルに関する事件である。(本文ではターナー判決とは明示していない)。

二〇一一年一月九日の東京大学でLinda Greenhouseはレーンキスト首席裁判官の後継者であるロバーツの進化を評価する枠組みについて講演を行った。エドモンド判決、スナイダー判決 (*Snyder v. Phelps, 562 U.S.* (2011)) についてロバーツコートが第一修正の強い解釈を示しているが長年発展してきた表現の自由の一般的理解の枠内にとどまっているとしながらも、ロバーツコートがいづれ歴史の中で第一修正についての取り扱いは「いまのところ」という限定で) 厳しく断罪して評価されるだろうと述べている。ロバーツコートが、表現の自由の意味が憲法起草者の意図を超えており、公選機関や人民自体の手に残るはずの権限を裁判官の手に委ねているものと位置づける以外に現在の最高裁の第一修正判決を読むのは難しいと彼女は述べる。

とデンバー判決のスターは共通している¹¹⁶。デンバー判決では、貸与チャンネルにおける下品なコンテンツ規定、貸与チャンネルにおける分離ブロック規定、公共教育チャンネルの下品なコンテンツ規定の三つが問題となった¹¹⁷。デンバー判決の公共教育チャンネルについてスターは、変転するコミュニケーションの成熟する日がいつになるのか予想不可能である以上、明らかに重要な点についての議会の判断を奪わない程度に議会を抑制し、開かれたコミュニケーションの価値を維持して、事実を詳細に吟味して、規制の対価を検討し、変転する主体について経験の系統を編纂する方法を提唱した¹¹⁸。

エドモンド判決は州法が問題となり、デンバー判決では連邦法が問題となっており、問題となるメディア（ゲーム小売業とケーブルオペレーター）も異なり、両判決を単純に比較することはできない¹¹⁹が、エドモンド判決のアリトーとデンバー判決のスターの両者は、変転するコミュニケーションについて裁判所が拙速な判断を慎むべきであるという意識では一致している。

変転する技術に対して、アドホックに判決を下すべきと主張することはたやすい。連邦最高裁の判断は、変転する技術の方向性をどこに向けるのか、という非常に大きな政策的な影響力を有している。裁判官を規律する法理は表現の自由について蓄積された一連の法理だけである。デンバー判決、エドモンド判決はロバーツコート以前に確立された法理に議会制定法が挑戦していることを示しているのかもしれない。

以上から、エドモンド判決は八対一の判断であったが、それぞれの裁判官の意見をみれば、多数派を構成した裁判官たちが手放して違憲判断を下したとは

116 *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

117 デンバー判決についての考察については、辻 雄一郎『情報化社会の表現の自由』（日本評論社 二〇一一）。

118 デンバー判決で公共教育チャンネルについての判断で、ケーブルオペレーターは書店と同じでありオペレーターは編集権を有するとトーマスは考える。ケネディは、ケーブルは導管であり、オペレーターは編集権を有しないと考える。両者は伝統性という要素で異なる結論に至る。ケネディとトーマスの両者は、それぞれのメディアに応じた規制方式を維持すべきだと考えてスターと対立していた。前掲『情報化社会の表現の自由』。

119 この指摘についてはエドモンド判決アリトー意見を参照。

言い難いことを示している。

二節 利益団体と立法過程と表現の自由との関係

カリフォルニア州ではビデオゲームやコンピュータゲームのソフトウェアを開発する業者や小売業者の強い後押しが背景に存在している。ビデオゲームの購買者の大多数は未成年者であろう。エドモンド判決は暴力ゲームが有害でなく、ただの暇つぶしであると考える親や保護者の第一修正という視点から過大包摂であると判断した。両親と子どもの判断が対立する場合に限って、親・子ども・ゲームソフトウェア開発・小売業者の三面関係が成立し、カリフォルニア州法の利益は達成されるのかもしれない。ゲーム業界は連邦法規制を恐れて自ら評価団体を用意した¹²⁰。カリフォルニア州の立法者の努力は、暴力的なゲームに子どもを触れさせたくないという親の思いを実際に反映させたものかもしれない。しかし、法廷意見によれば、州法は規制者の判断する価値が親の欲しいと思うべき価値 (ought to want) と同一になっている。保護者の権限を助成する政府の適切な手段に本規定は該当しないと判断した。また、ステーブンス判決では、クラッシュビデオを禁止したいという圧力が委員会の段階で存在していた¹²¹。本法は超党派で成立していた。

第一修正では、利益団体の妥協の産物としてあるいは熟議の結晶として法律が制定されるという点の分析が憲法学では十分ではなかった。エドモンド判決では、利益を上げたいゲーム開発・小売業者と保護者・教育者団体の利益が対

120 エンターテインメントソフトウェアレイティング委員会に類似する団体は、日本にも存在する。文部科学省によれば、「テレビゲームのレーティングの周知徹底や、販売店等においてはレーティングに基づいた販売等を行うなど、テレビゲーム業界は自主規制の取組を一層充実する必要がある。…ソフトウェア制作者等に対し、テレビゲームが子どもに与える影響について教育を行い、子どもにとってより有益なソフトウェアの提供を心がけるべきである。テレビゲームの問題点・改善すべき点などについて、テレビゲーム業界への働きかけを積極的に行う必要がある。コンピュータエンターテインメントレーティング機構 (CERO) のレーティングの評価や、独自のテレビゲームの評価を、NPO等の第三者が行うことが重要である。…自主規制の効果如何によっては法規制が検討される可能性についても視野に入れた対応を行うことが必要である。」としている。(<http://www.mext.go.jp/a_menu/sports/ikusei/04033001/015.htm>)

121 Stevens, at 1583-84.

立している。よりよく組織された団体は、たとえ小規模であっても（あるいは小規模である方が）立法過程において、既存の人的・経済的資源を利用して、法律を制定しやすいという点が指摘される¹²²。この団体の影響によって委員会や公聴会レベルで文言が空洞化される場合がある。エドモンド判決法廷意見の分析するように、ゲームを利用させても子どもの影響にはなんら問題はないと考える保護者の声が存在しているだろうが、本州法の文言には反映されなかった。法廷意見はパートⅢの最後で、本州法が規制を望む保護者の産物であると認めている点が、この分析を裏付ける。

カリフォルニア州の主張するように、あらかじめ競合する利益の較量が議会によって判断可能とすれば、法律の制定過程に存在する利益団体の綱引きを裁判所が判決でわざわざ言及する必要はない。裁判所は議会の判断と別個に独立して提出された証拠を判断する。たとえ裁判所が証拠を採用しない場合（暴力ゲームは暴力を誘発するという因果関係が存在するかどうか）であっても、州法制定の背後に潜む価値（子どもを暴力的ゲームに触れさせたくないかどうか）判断について裁判所は優劣をつけない、とわざわざスカリアが法廷意見の末尾に追記した点は評価できるのかもしれない。

三節 表現の自由の違憲審査にかかる利益較量について

エドモンド判決ではカリフォルニア州の主張するターナー判決¹²³の基準は採用されなかった。ターナー判決は、地上波放送局とケーブル事業者の対立を背景に、地上波放送局がケーブルの発展によって経営の危機に瀕すると述べ、地上波放送の再送信をケーブル事業者に義務づける規定を中間審査基準に従って支持した。ターナー判決に従い、ゲームと暴力的行動の関係についての立証の程度は低いはずだ、とカリフォルニア州は主張したが受け入れられなかった。エドモンド判決は、ターナー判決の中間審査基準の引用したオブライエンテスト¹²⁴の利益較量の要素を意識しているのかもしれない。ターナー判決の用いた基準がオブライエンテストの単純延長形なのかどうか、は明らかではなく、本

122 Daniel Farber and Philip Frickey, *LAW AND PUBLIC CHOICE* (Univ. Chicago Press 1991).

123 *Turner I*.

124 *U.S. v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

稿とは別個の検討が必要となる。

エドモンド判決のプレイヤー反対意見は、本件は言論と行動が結びついていると分析し、言論に関する利益を法律が侵害する程度、やむにやまれぬ利益の性質、法律の促進する利益の程度、他の代替手段の性質と効果を評価すると考えた。全体として言論に関連する害悪と促進しようとする利益を比較して判断する。プレイヤーはホルダー判決のように厳格審査を利用することで規制の合憲判断をエドモンド判決でも導くことができると考えた¹²⁵。

エドモンド判決で言及されたポズナー裁判官¹²⁶は、利益較量について法と経済学の立場にたつて判決を下していることで知られている。しかし、ポズナーですら利益較量の欠陥を指摘している¹²⁷。エドモンド判決やスティーブズ判決はオプライエンテストの利益較量の操作可能性が高いことを連邦最高裁が意識していることを示している。エドモンド判決でカリフォルニア州は、特定の範疇に属する言論の価値と言論の社会的費用を単純比較して、社会的費用が優越する場合は、新たな範疇を立法府が創造できると主張したが採用されなかった。スティーブズ判決も、言論の自由の価値と社会的費用とを比較して、第一修正が適用されるかどうかを検討すべきだと政府側は主張したが採用されなかった。

スティーブズ判決もエドモンド判決も言論の自由がそもそも一般的な利益較量になじむのかどうか、という争点を提起している。利益較量を一般化しようとする連邦議会について裁判所は常にそれを疑って独立に審査し、合憲性の

125 *Burson*. パーソン判決は、百フィート以内での勧誘活動や選挙に関する文書の掲示や配布を禁止するテネシー州法が問題となった。候補者は有権者と候補者の意思伝達をする自由を侵害すると主張した。連邦最高裁は、投票所内での活動を禁止するという、やむにやまれぬ利益を認めたが、投票所付近での禁止については認めなかった。百フィートの制限は狭く設定したものとは言えず、もっとも制限的でない方法に該当しないと差戻した。エドモンド判決のプレイヤー反対意見によれば、厳格審査を適用した例として示される。

Holder. プレイヤーによれば、ホルダー判決は、厳格審査を適用する際に、国家の安全保障について政府の判断を尊重した。

126 *Id.* *American Amusement Machine Assn. v. Kendrick*.

127 *Id.* Richard Posner, *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis*, 54 *Stan. L. Rev.* 737, 739-744 (2002). Posner, *The Speech Market*, in *FRONTIERS OF LEGAL THEORY* (Harv, Univ. Press 2001), 62-94.

推定を覆す立証責任を政府の側に与えてきた点を正当化するいくつかの主張が存在する。

表現の自由の自己実現の価値が、言論の費用を越えた情熱によって算定できない場合があるから利益較量になじみにくい、という意見もある¹²⁸。情報は公共財であり、市場は機能不全に陥る可能性がある。しかし自己実現への強い欲求が、適切な情報を供給できない市場に情報を流通させる可能性がある。自己実現への欲求が情報を生産する強い原動力となる。言論の伝達効果を評価して規制を議会が用意しても、必ずしもその効果が表現活動に規制者側の評価した程の影響を及ぼさない場合もありえる¹²⁹。

ターナー判決の由来するオブライエン判決について、法律の目的に着目することで、利益較量の欠陥を減少させることができるという意見もある¹³⁰。言論の自由の価値はそもそも比較不能であり、法律は個人に何を考えるべきかどうかを教示する権限を持たない。だからこそ個人は、自分の信念や感情を法律の制裁の恐れなく自由に表現することができる。政府は特定の表現内容を支持しないという理由で規制することは許されない。この立場では、言論の価値の優劣によって規制の範疇を決める範疇別審査を正当化しなければならなくなる¹³¹。利益較量を支持する論者は、費用便益分析、ケースバイケースを「利益較量」でひとくくりに行っていると、この立場に反論しうる¹³²。

128 Farber, *Commentary, Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 Harv. L. Rev. 554, 558-562 (1991).

Farber, *Content Regulation and the First Amendment: A Revisionist View*, 68 Geo. L.J. 727, 727-31 (1980).

129 Farber, *Content Regulation and the First Amendment*.

市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社 二〇〇三）。内容規制と内容中立規制についての二分論があいまいであるという点で市川はファーバー、ストーン、ポストと同軸に立つ。

130 Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 Stan. L. Rev. 767, 800, 818-821 (2001).

131 Rubenfeld, *A Reply to Posner*, 54 Stan. L. Rev. 753, 753 (2002).

132 Posner, *Pragmatism versus Purposivism in First Amendment Analysis*, 54 Stan L. Rev. 737 (2002).

四節 内容規制の正当化根拠、範疇別審査についての批判的見解

内容規制についての正当化事由がまだ確定していないことをスティーブズ判決とエドモンド判決は示している。両判決は範疇別審査が既に解決済みであるとする意見に対して再考を迫っている。そもそも範疇別規制の根拠は明確ではない¹³³。明確でないからこそ、両判決において連邦最高裁が判断した。わいせつ性の下位範疇に暴力性が属することになれば「保護されない範疇」に属するという結論を導く¹³⁴。エドモンド判決によれば、わいせつ性の判断と暴力性の判断は別である。スティーブズ判決では、動物の残虐な描写に対する規制がわいせつ性の範疇と同様に政府の禁止できる範疇に該当するかどうかの問題となった。

内容規制に厳格審査を適用する根拠が実はあいまいであり、きわめて荒削りな一般論に依拠していることを両判決は示している¹³⁵。だからといって厳格審査を放棄するという結論を連邦最高裁は導いていない。見解中立、主題規制、内容中立規制の境界をあいまいにしておくことによって、これらの原理原則を鋭角に削ることによって生まれる矛盾を回避することができるのかもしれない¹³⁶。

厳格審査の正当化根拠について、コミュニケーションの受領者に対して国家のパターナリスティックな規制を禁止するという立場がある。受領者が自ら判断するという自律を強調すれば、批判された受領者は自ら反論しなければなら

133 Farber, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, 84 Ind. L.J. 917, 933- (2009). 政府は、児童ポルノや脅迫のように保護されない言論の範疇を追加的に主張する可能性があるかもしれないが、その主張が成功することは難しいだろうと主張する。保護された言論を規制する場合は厳格審査に服する、保護されない言論の規制の場合はいくつかの法理に服するが政府の禁止は容易に支持されやすい。「保護された言論」あるいは「保護されない言論」のどちらに属するか、という訴訟当事者の主張が判決の帰趨を左右する。

134 *Id.*

135 Farber, *THE FIRST AMENDMENT* (Foundation Press 2010), 34-36.

136 Farber & John Nowak, *The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication*, 70 Va. L. Rev. 1219, 1262-66 (1984). 連邦最高裁の内容規制と内容中立規制には矛盾があり一貫性を欠く。

Post, *A Progressive Perspective on Freedom of Speech*. ポストも、内容中立規制が恣意的に適用されてきたと連邦最高裁を批判する。

ない。ホイットニー判決¹³⁷のブランダイス意見を根拠に人間の自律の概念を導くこともできる。人々の行動に影響を与えるという理由で、人々に対する情報を政府が禁止することは禁止される。聴衆の精神過程を統制しようと政府が故意に情報流通を制約することが禁止される。「説得 (persuasion)」の理論では、政府の有害と判断する行為を人々が実行するように言論によって説得されるという根拠で政府は言論を制限することはできないと考える。この説得の根底にあるのは自律の精神である。ブランダイス意見の提示するモアスピーチは害悪を誘発する言論の引きおこす病を救済しないかもしれないが、政府の提示する救済策はモアスピーチよりも憲法上、問題がある。言論の引き起こす害悪についての政府の評価は、聴衆の反応や違法性が過大に評価されたり、偏見が混じっていたりするからである。政府の用意できる救済策はモアスピーチだけである。内容規制は、政府の過剰な反応という危険性を提示している¹³⁸。

内容を基準とする政府の規制は公的な討議を歪めるという立場から正当化する意見もある¹³⁹。たとえば経済政策一般の議論を禁止する規制よりも経済政策の複数の中で特定の政策の議論を禁止する規制の方が公的議論を歪めるという点で憲法上、問題ありと考える。一方の立場を沈黙させ、他方の政府の立場を重視しているからである。この立場では見解規制についての説明は易しいが主題規制について説明することは難しい。なぜなら労働争議に関係するピケは禁止するが、それ以外のピケは許容するというモスリー判決¹⁴⁰、学生団体の助成について神の存在を促進し運動する団体は例外とする点について判断したローゼンバーガー対バージニア大学¹⁴¹、ラブ判決¹⁴²やラスト対サリバン判決¹⁴³のよ

137 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). (Brandeis, J. concurring).

138 David Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 Colum. L. Rev. 334, 350, 356- (1991).

139 Geoffrey Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 Wm and Mary L. Rev. 189, 199- (1983). ストーンによれば、広告掲示板「一般」を禁止する法律は、内容中立規制であり、ゆるやかに判断される。広告掲示板に関する法律のすべての「批判」を禁止する法律は、内容を基準とする規制であり、前者より厳格に判断される。言論の量という点から見れば、批判禁止の法律の方が、減少する量が少ないが、特定の見解だけ（広告掲示板に関する法律についての批判だけ）を一方的に減少させている。

140 *Police Department of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

うに、主題そのものや「対立」する見解の構図を常に導くことは難しい場合があるからである。たしかにエドモンド判決は、本屋、マンガ家、映画製作者と比べてゲーム小売業者だけを冷遇しており過少包摂であると判断していた。また、ビデオゲームは文学などの暴力の描写と比べて本質的に異ならないと述べていた。プレイヤー反対意見は、女性を擬似的に拷問して殺害するゲームの販売は禁止できないが、裸体の女性を掲載した雑誌の販売は禁止できることになる、と批判していた。

内容基準規制で、とりわけ見解差別につき政府の不当な動機が存在するという理由で、厳格審査を正当化しようとする立場も考えられる。オプライエン判決は明言していないけれども政府の違法な動機を発見する (motive hunting) ことが第一修正の目的であるという。内容中立規制に違法な動機が隠れている可能性がある。厳格審査や範疇別の保護審査において、裁判所は動機を直接審査すべきである。ラブ判決は政府の違法な検閲の動機について連邦最高裁は憂慮したのだ、と考える。政府の規制目的を認定することはたしかに困難であるが、目的審査と動機審査は親和すると動機審査肯定論者は考える¹⁴⁴。議会が特定のメッセージを禁止する場合、特定の思想に対する政府の憎悪が見て取れる¹⁴⁵。しかし、あらゆる見解差別規制について政府の不当な動機が存在するとは必ずしも言い難いという批判もありえる¹⁴⁶。

範疇別審査についてエドモンド判決とスティーブズ判決はどのような論点を提起しているだろうか。保護される範疇と保護されない範疇のどちらに属するか、で訴訟当事者の立証の程度は異なってくる。わいせつについてはギンズバーグ判決やミラー判決で確認されているが、わいせつ性も暴力性も、どちらも素材に触れることと、触れた者の行動との間の因果関係が完全には立証されていない。エドモンド判決では規制者側は因果関係の立証につきターナー判決

141 *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995). ローゼンバーガー判決ではケネディ執筆の法廷意見 (以下五名) が見解差別規制と考え、スーター以下四名が主題基準規制と考えている。

142 *R.A.V. v. City of St. Paul*. ラブ判決では、スカリア執筆の法廷意見は主題を基準とした差別と考え、スティーブズ (一部につき同意) は見解を基準とした差別であると考える。

143 *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

を使って飛び越えようともくろむが最高裁の審査をクリアできなかった。児童ポルノのわいせつ性に関する法の規制目的は、わいせつ性の素材の対象となる未成年者の性的虐待の防止である。エドモンド判決では、暴力的な素材を扱ったゲームを利用するのは未成年者である。バーチャルの世界に、虐待の対象となる人間は存在しない点で二〇〇八年ウィリアム判決¹⁴⁷とエドモンド判決は共通している。

範疇別審査について詐欺、わいせつ、ファイティングワード、ブランデンバーク判決の射程範囲は必ずしも明確でないことを連邦最高裁が意識している

144 Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. Chi. L. Rev. 413, 414, 424 (1996).

See also, Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 Stan. L. Rev. 767, 800, 818-821 (2001).

ルーベンフェルドは動機と目的は違うと述べている。(オブライエン判決では、オブライエン氏は、戦争反対の徴兵カードの焼却を禁止する議会の目的は戦争反対者に向けられたものだ、と主張したが、連邦最高裁はこの点を受け入れなかったと述べる。)この点で、彼は動機でなく目的に着目するという。政府の目的を判別することは難しいことを認めながらも、目的に着目することでオブライエン判決の利益較量の要素の欠陥を減少させることができるといふ。ルーベンフェルドは利益較量について批判的である。彼は、バックレー判決の利益較量の要素に着目する。彼によれば、言論の自由の価値は比較不能であり、法律は個人に何を考えるべきかどうかを教示する権限を持たない。だからこそ個人は、自分の信念や感情を法律の制裁の恐れなく自由に表現することができる。政府は表現の内容を支持しないという目的で行動することは許されない。となると、言論の価値の優劣によってカテゴリを決めるアプローチを説明しなければならなくなる。

Jed Rubenfeld, *A Reply to Posner*, 54 Stan. L. Rev. 753, 753 (2002). (ポズナーは、費用便益分析、ケースバイケースを利益較量でルーベンフェルドはひとくくりにしてしていると応答する。)本節の分析は辻 雄一郎「アリゾナフリースピーチ判決についての若干の憲法学的考察」大東ロージャーナル第八号(二〇一二)と併せて、ロバーツコートの見解中立規制の衝突として議論される。

145 Kagan, *The Changing Faces of First Amendment Neutrality: R.A.V. v. St. Paul, Rust v. Sullivan, and the Problem of Content-Based Underinclusion*, 1992 Sup. Ct. Rev. 29, 30-32. ケーガンによれば、ラブ判決とラスト対サリバン判決は、一方が言論制約で、他方が言論助成と絡んでいるが両者は内容を基準とする過少包摂の争点を共通して提示していた。

146 Farber, *FIRST AMENDMENT*.

147 *Williams*.

ことが判明した¹⁴⁸。表現の自由の保護範囲を定義によって確定しようとする範疇アプローチと内容・内容中立規制二分論アプローチという二本柱は今回も生き残ったといえる。

五節 法案再提出と法執行の問題 合憲審査を通過できる目的達成手段

議会の法案再提出について検討する。エドモンド判決でアリトーは、成熟性から年齢に差異を設けるという点に連邦最高裁は限定的に州法を解釈する権限を有しないと判断した。州議会が年齢について成熟段階に応じた規制を用意していれば、合憲性をクリアできたかもしれないということ提案している。

ターナー判決は公聴会や委員会レベルでの立法事実についてFCC (Federal Communications Commission) の判断を尊重して合憲判決を導いたきらいがある¹⁴⁹。エドモンド判決でも連邦最高裁は連邦取引委員会の判断を尊重している。連邦取引委員会はゲーム産業が自ら第三者評価団体を用意して、子どもに対する製品を成熟性にに応じて評価し、市場での対象を限定していること、評価情報を明白に著しく公表していること、小売店で成熟性別評価に対する子どもの購入を制限していることを高く評価した。

ターナー判決の「高められた審査基準」の適用方法について今後の判決の集積を通じて慎重に見守る必要がある。もしエドモンド判決とターナー判決だけを結び付けて結論をいそぐのならば、審査の厳格性を緩める理由は議会の法案制定の努力に、LRAや内容・内容中立二分論、範疇別審査であるということになるかもしれない。また、ターナーⅡ¹⁵⁰では連邦議会の再提出した法案が争われた。エドモンド判決についてもアリトーの指摘するように、文言が修正された場合の合憲性判断が想定できる。

二〇〇二年アシュクロフトフリースピーチ判決¹⁵¹も、実在の子どもの明白な性的行為の視覚的描写とコンピュータグラフィックによって作成されたイメージとを連邦法の制定過程で区別すべきであったのにしなかったと違憲判断を下

148 辻 雄一郎「テロリズムと第一修正」駿河台法学25巻1号(二〇一) 221-244頁。

149 エドモンド判決プレイヤー反対意見は、ターナー判決は技術的特性について政府の判断を尊重した結果、中間審査基準を適用したと述べた。

150 *Turner v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997).

151 *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.

していた。二〇〇八年ウィリアム判決は二〇〇二年判決を受けて、連邦議会の修正した法律に合憲を下した。

カリフォルニア州法はゲーム小売業者に対する刑事制裁を用意したが、法執行の問題も存在する。将来に連邦法が制定されるかもしれないという脅威から、ゲーム産業側が自主規制を用意した点をアリトーは指摘した。連邦法が制定されない場合、自主規制の実効性が将来、疑わしいとアリトーは疑っている。

また、プレイヤー反対意見の述べるように、エックス・ボックス (X-box) についてYoutubeで保護者のコントロールを解除できる方法が閲覧できるという。評価制度だけでなく、親の喚起を促すという教育的な方法も取りうるし、両親や保護者の統制を容易にするための手段の開発に対する助成などが考えられのだから、州側は目的を達成するための手段を狭く設定しているとはいえないともいえる。

たとえば、インターネットに関する事例では、民間事業者の提供するブロッキングを連邦最高裁は推奨してきた。二〇〇四年のコミュニティ判決¹⁵²では、「子どもをオンラインから守る法」を扱った。コミュニティ判決は紛らわしいドメインネームを禁止する、子どものためのサイトを設定する、保護者によるブロッキングを用意するといった方法に着目した。

おわりに

本稿はエドモンド判決、スティーブズ判決、ホルダー判決とケーブルやインターネットに関連する諸判決から表現の自由を次のように検討した。本稿で扱った判決が、従来の表現の自由法理の解決済みとして理解し、議論しない場合、第一修正の基本原則が空洞化してしまう。

成年者の言論の自由が制限されない限りで、州は未成年者にとって問題となる素材の頒布を制限する権限を有する。連邦憲法は、未成年者の享有する第一修正の権利に不当な負担を議会制定法が与えていないかどうかを評価する義務を裁判所に与えている。この権限を裁判所が行使する際、伝統性、内容規制・内容中立規制の二分論、範疇別審査や議会の努力が裁判所の解釈の要素である

152 *Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).

ことが判明した。

憲法起草者の予測できない変転するコミュニケーションの成熟する日がいつになるのか予想不可能である以上、明らかに重要な点についての議会の判断を奪わない程度に議会を抑制し、開かれたコミュニケーションの価値を維持して、事実を詳細に吟味して、規制の対価を検討し、変転する主体について経験の系統を編纂するのが望ましいというデンバー判決のスター裁判官の分析は参考になる。

第一修正では、利益団体の妥協の産物としてあるいは熟議の結晶として法律が制定されるという点の分析が憲法学では十分ではなかった。エドモンド判決では、利益を上げたいゲーム開発・小売業者と保護者・教育者団体の利益が対立している。よりよく組織された団体は、たとえ小規模であっても（あるいは小規模である方が）立法過程において、既存の人的・経済的資源を利用して、法律を制定しやすいという点が指摘される。団体の影響によって委員会や公聴会レベルで文言が空洞化される場合がある。エドモンド判決の分析するように、ゲームを利用させても子どもの影響にはなんら問題はないと考える保護者の声が存在しているだろうが、本州法の立法過程では反映されなかった。規制を望む保護者の産物であると法廷意見の文末が州法を評価している点が、この分析を裏付ける。

エドモンド判決ではターナー判決の基準は採用されなかった。エドモンド判決やスティーブズ判決は言論の自由がそもそも一般的に利益較量になじむのかどうか、言論と行為を区別できるかどうかという争点を提起している。利益較量をあらかじめ一般化しようとする連邦議会について裁判所は常にそれを疑って独立に審査し、合憲性の推定を覆す立証責任を政府の側に与えてきた点を正当化するいくつかの主張が存在する。表現の自由の自己実現の価値が、言論の費用を越えた情熱によって算定できない場合があるから利益較量になじみにくい、という意見もある。法律の目的や動機に着目することで、利益較量の欠陥を減少させることができるという意見もある。

内容規制の正当化事由がいまだ確定していないことをスティーブズ判決とエドモンド判決は示している。両判決は範疇別審査が既に解決済みであるとする意見に対して再考を迫っている。そもそも範疇別規制の根拠も明確ではない。内容規制に厳格審査を適用する根拠が実はあいまいであり、きわめて荒削りな

一般論に依拠していることを両判決は示している。だからといって厳格審査を放棄するという結論を連邦最高裁は導いていない。見解中立、主題規制、内容中立規制の境界をあいまいにしておくことによって、これらの原理原則を鋭角に削ることによって生まれる矛盾を回避することができるのかもしれない。個人の自律や公的討議の歪曲に着目する意見も存在する。

表現の自由の保護範囲を定義によって確定しようとする範疇別審査と内容・内容中立規制二分論アプローチという二本柱は今回も生き残った。審査基準の厳格性を緩める根拠は議会の法案制定の努力、LRA、内容・内容中立二分論、範疇別審査であるということになるかもしれない。今後の判決の審査基準の運用と根拠を、今後の判決の集積を待ち慎重に見守る必要がある。法律目的を達成する手段を審査する場合は、法執行の面にも注目する必要がある。インターネットによって、規制が空洞化される恐れがある。

The Issue of the First Amendment on Violent Game

Yuichiro Tsuji

Abstract

In this article, *Brown v. Entm't Merchs. Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011), *U.S. v. Stevens*, 130 S. Ct. 1577 (2010) and *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010) are reviewed from the First Amendment perspective. Author argues that it has been unclear to see a boundary between content based and content neutral regulation in the history of the U.S. Supreme Court. It also has been difficult for the U.S. Supreme Court to justify the categorical approach.

In *Brown*, the Court struck down California state law that added a new unprotected category. Based on a blurred border of the regulation, the Supreme Court has left these First Amendment doctrines rough when reviewing the statutes passed at the parliament. The Court reviews independently evidences the parties submitted, and states what law is under the Supremacy Clause.

The author argues that we need to be vigilant when the Court uses intermediate scrutiny applied in *Turner Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622 (1994). In the parliament small but well organized interest group might work more strongly and easily to pass the statute. In the face of a battle between political interest groups, judiciary should work to prevent a governmental tyranny. The authority and discretion of judges isn't unlimited at all

As the parliament is bound by the Constitution, the interpretation of the judges is bounded to the First Amendment doctrines. The First Amendment doctrines should be reviewed continuously in the information oriented society.