

翻 訳

## 合州国司法長官ジョン・D・アシュクロフト 対アメリカ自由人権協会他

(Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union et. al.)

--- No. 03-218. ---

伊 藤 博 文

合州国連邦最高裁判所

124 S. Ct. 2783, 159 L. Ed. 2d 690, 72 USLW 4649, 32 Media L. Rep. 1865,  
4 Cal. Daily Op. Serv. 5781, 2004 Daily Journal D. A. R. 7896, 32 Communi-  
cations Reg. (P & F) 1089, 17 Fla. L. Weekly Fed. S 507

2004 年 3 月 2 日弁論

2004 年 6 月 29 日判決

概 要 :

インターネットのコンテンツ・プロバイダーと自由人権協会グループが、合州国司法長官を相手取って、児童オンライン保護法 (COPA: Child Online Protection Act) は合州国憲法修正第 1 条に違反しており、この法律施行の仮差止め命令を求める訴えを提起した。ペンシルバニア州東地区連邦地裁判事、ローウェル・A・リード・ジュニア判事は、仮差止めを認めた (31 F. Supp. 2d 473)。司法長官は控訴し、控訴裁判所は控訴棄却した (217 F. 3d 162)。裁量上訴が認められ、当裁判所は、控訴裁判所の判決を破棄し差戻した (535 U. S. 564,

122 S. Ct. 1700, 152 L. Ed. 2d 771)。差戻審で、合州国第3巡回控訴裁判所は再び、連邦地裁が仮差止命令を認めた判断を支持した。そして裁量上訴が認められた。

判 示：

連邦最高裁判所ケネディ判事は、COPA が、成人向けコンテンツへ成人がアクセスするのもも負担を課してしまう点において修正第1条に違背しているとの主張において、インターネット・コンテンツ・プロバイダーと自由人権協会グループ側の方が勝っていると判示した。

原審支持ならびに差戻。

スティーブンス判事は賛成意見を述べ、これにギンズバーグ判事が加わった。スカリア判事は反対意見を述べた。ブリーアー判事は反対意見を述べ、これにレンキスト首席判事とオコーナー判事が加わった。

判決要旨：

インターネット上の性的に露骨な情報データから未成年者を守るため、連邦議会は児童オンライン保護法 (COPA: Child Online Protection Act) 47 U. S. C. § 231 を制定した。この法は、とりわけ、「商業的な目的」で、「未成年者に有害」なワールド・ワイド・ウェブ上のコンテンツを意図的に掲載した場合、5万ドルの罰金と6ヶ月の拘禁刑を科するものであるが、また同時に「クレジットカードの使用を求める」こと若しくは「その他、既存のテクノロジーにより可能となる合理的な何等かの方法」によって、閲覧制限された情報データへのアクセスを規制しようとする商業的なウェブ情報発信者に積極的抗弁を認めている § 231 (c) (1)。COPA は、リノ対アメリカ市民自由連合判決 (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 117 S. Ct. 2329, 138 L. Ed. 2d 874) に応えるという形で制定された制定法であり、この判決において、特定のインターネット上の言論を処罰することでインターネットを未成年者にとつ

て安全なものにしようとする連邦議会の最初の試みであった 1996 年通信品位法 (Communications Decency Act of 1996) は、政府の関与を強制的に実行できるほど綿密に調整されてはいないという理由、および、もっと規制の少ない代替策が取り得るという理由から、違憲であると当裁判所は判示した。ウェブ情報発信者および表現の自由を守ろうとする人達から成る被上訴人らは、COPA の施行に対して、仮差止を求める訴を提起した。被上訴人と政府側双方から出された証拠を考慮した後、連邦地方裁判所は、COPA には、ブロック技術やフィルタリング技術といったより規制の少ない代替策が存在するという争点において特に、被上訴人側が優位であると結論づけ、仮差止を認めた。第 3 巡回裁判所は、別の理由で原判決を支持したが、当裁判所は破棄差戻した (*Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U. S. 564, 122 S. Ct. 1700, 152 L. Ed. 2d 771)。差戻審で、第 3 巡回裁判所は特に、COPA は、未成年者が有害な情報データにアクセスするためにインターネットを使わないようにするという目的を合州国政府が実現するには最も規制の少ない手段ではないと、結論づけて再度原審を支持した。

判 示：

第 3 巡回裁判所が、COPA は合州国憲法修正 1 条に違背する可能性があるので、COPA の施行は差止められるべきであるとの地方裁判所の判断を認容したのは、正当であった。後記 pp. 12-20.

- (a) 連邦地方裁判所は、仮差止を認めたことにおいて、その裁量権を濫用してはいなかった。たしかに裁量権濫用の法理は、このような仮処分を検討するときに適用されるものである。28 U. S. C. § 1254 (1) が上訴管轄権を認めることは、*Walters v. National Assn. of Radiation Survivors*, 473 U. S. 305, 336, 105 S. Ct. 3180, 87 L. Ed. 2d 220 判決で確立した審査基準から当裁判所が逸脱する許諾を与えるものではなく、差止は支持されなければならず、問題となっている憲法上の争点が拮抗するものであれば、本件は本案についての再審が必要となる。したがって、控訴裁判所がこの制定法をより広範に

解釈したことを考慮する必要はない。連邦地方裁判所は、主として、COPA に対するもっと規制の少なくもっと相応しい代替手段が存在するという議論に注目していた。*Reno* 判決, 521 U. S., 874 頁, 117 S. Ct. 2329 参照。原告が、表現内容から判断する規制を問題とするならば、政府は、提案された代替手段が、争われている制定法と同等には効果的ではないものであることを証明する責任を負う。同所参照。その分析テストの目的は、連邦議会の目的を達成するのに必要とされる以上には、言論が規制されていないということを確認することである。被上訴人側が勝っているという連邦地裁の結論は、裁量権の濫用ではない。なぜならば、記録によれば、政府はその証明責任を果たしてこなかったからである。最も重要なのは、被上訴人が、ブロッキングおよびフィルタリング・ソフトウェアは、より規制の少ない代替手段であることを提示したこと、そして政府は審理中にその主張を反駁することを明らかにしてこなかったことである。フィルターは、末端で情報を受ける人に言論への選択的な制約を課すものであり、情報発信源全体への規制を課すものではない。フィルタリング装置を使った場合、子供のいない成人は、本人であることを証明したり、クレジットカード情報を提示したりすることなく、権利として見ることができる言論にアクセスが許される。子供を持つ成人も、自宅のコンピュータ上のフィルタリング・ソフトウェアをオフにすることで、同様に同じものにアクセスできるようになる。フィルター利用を促進することは、いかなる分野の言論も刑事責任を追及するものではなく、よって潜在的な萎縮効果は完全に除去されるか、少なくとも多くは排除される。それ以上に、フィルターは COPA よりも恐らくは効果的であろう。第一に、記録によれば、フィルターは、アメリカから発信されたポルノグラフィだけでなく、あらゆるポルノグラフィを未成年者が見ることを防ぐことができるということが証明されている。未成年者が外国の有害な情報データにアクセスすることを COPA が防ぎ得ないということは、フィルタリング・ソフトウェアは、連邦議会の目指す目的を実現するのにより効果的であり得るということの意味している。COPA が規制対象とする情報配信者達は、営業の場を簡単に海外に移すことができるのであるから、この制定法が判決で

支持されようとも、COPA の実効性は更に乏しいものであろう。その上に、認証システムは、例えば自分のクレジットカードを所持する未成年者による誤魔化しや認証回避行為は避けられないであろうと連邦地裁が判示している。最後に、フィルターは、ワールド・ワイド・ウェブのみならず電子メールも含めて、インターネット上のあらゆる形のコミュニケーションに適用可能であるから、より効果的なのである。フィルターが COPA に優ることは、連邦議会がインターネット上の有害な情報データに未成年者がアクセスする能力を制限する様々な手法の優劣を評価するために設置した、児童オンライン保護委員会による明確な事実として確認されている。§ 231 註参照。フィルタリング・ソフトウェアは、未成年にとって有害ではない情報データまでもブロックしてしまったり、有害な情報データを捉えそこなうこともあるので、完全な解決策ではないが、政府はそもそも、フィルターはより効果が薄いということを証明する具体的な証拠を提示するという証明責任を果たしてこなかった。フィルタリング・ソフトウェアは、連邦議会がその使用を強く求めなかったのであるから十分な代替手段ではないという主張は、説得力がない。なぜなら、連邦議会は学校や図書館に強いインセンティブを与えることにより (*United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U. S. 194, 123 S. Ct. 2297, 156 L. Ed. 2d 221), そして業界におけるフィルターの発展および親達によるその使用を促進することにより、フィルタリング・ソフトウェアの使用を奨励するように為し得たはずだからである。もっとも直近の先例は、*United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U. S. 803, 120 S. Ct. 1878, 146 L. Ed. 2d 865 であり、この判例は、本件と同様に、有害な情報を未成年者が見るのを防ぐように考案された表現内容による規制が含まれるものであった。この判例では、すでに親達にとって利用可能である、技術的により規制の少ない代替手段は、包括的な表現規制と同様に効果的ではないと証明することができないのであれば、連邦議会が好ましいとするより規制的な選択肢は、厳格な精査に耐えられないであろうと、当裁判所は判示した。同判例 826 頁, 120 S. Ct. 1878。 *Playboy Entertainment Group* 判決の判決理由および当裁判所の判示事項と先例拘束力は、当法廷が本件で仮差

止を認容することを求めているのである。そうしないことには、修正第一条が求めるものを満たし得ないであろう。同判例 830 頁, 120 S. Ct. 1878。

- (b) 重要で実際的な理由から、本案審理まで差止を認めることが支持できる。第一に、破棄することにより生ずる潜在的な危害は、誤って差止をそのままにしておくことにより生ずる危害よりも、由々しいものである。甚大な危害と保護される言論への重大な萎縮効果は、本件と同様、刑事訴追の可能性がある、積極的抗弁だけが可能であるといった場合、結果として、発言する人達は、裁判という危険に身をさらすよりも自己検閲をするようになってしまう。*Playboy Entertainment Group*, 前出判例 817 頁参照 120 S. Ct. 1878。これと反対に、本案審理まで差止を認容することから来る危害は、広い範囲に及ばないであろう。第二に、フィルタリング・ソフトウェアの効果についての証拠に関する重大な相違点を含めて、本件には、具体的な事実に関する争点が残されたままである。仮差止の認容と本案再審理を求めることにより、当法廷は、より規制の少ない代替手段を用いることは完全に合憲であるという立証責任を政府が回避するのではなく、果たすことを求める。第三に、速いペースで進化しているインターネットの関連事件における重大な問題として、事実に関する記録が、現状の技術的状況を反映していない。連邦地裁が事実認定をした後の 5 年間に、修正一条による吟味が必要となる技術的發展が起きてきたと考えるのは当然のことである。仮差止と本案審理を支持することにより、当裁判所は、当事者双方に、現在の技術的状況を反映するよう事実記録を更新し補足することを求める。再審理でも、連邦地裁は変化した法的状況を考慮することが求められる。連邦地裁が事実認定を行ってから連邦議会は、COPA に対するより規制の少ない代替手段を条件とする少なくとも 2 法案、つまり、間違ったドメイン名を禁ずる制定法および未成年者に安全な「ドット・キッズ」ドメインを作る法案、を更に成立させているのである。

322 F. 3d 240, 支持そして差戻し。

ケネディ判事が法廷意見を述べた。これに、スティーブンス判事、スーター判事、トーマス判事、ギンズバーグ判事が賛成。スティーブンス判事は賛成意見を述べ、これにギンズバーグ判事が賛成。スカリア判事は反対意見を述べた。ブリーアー判事が反対意見を述べ、これにレンキスト首席判事とオコーナー判事が賛成。

### ケネディ判事による法廷意見

本件では、未成年者がインターネット上の性的に露骨な情報データに晒されることを防ぐように連邦議会が制定した制定法、児童オンライン保護法 (the Child Online Protection Act (略して COPA)) 112 Stat. 2681-736, 47 U. S. C. § 231, の合憲性判断が求められている。当法廷は、COPA は修正第 1 条に違背する恐れがあるので、この制定法の施行を差止める命令を出すべきであるという連邦地裁の判断を、控訴裁判所が支持したことは正当であったか否かを判断しなければならない。

COPA を施行するにあたり、連邦議会はこの種の問題についてのこれまでの当裁判所の判例、特に *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 117 S. Ct. 2329, 138 L. Ed. 2d 874 (1997) 判決を十分考慮した。それにより、「司法はその法を無効にする前に、注意深く……配慮しながら審理しなければならない」のである。 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U. S. 564, 592, 122 S. Ct. 1700, 152 L. Ed. 2d 771 (*Ashcroft* ) (法廷意見に賛成したケネディ判事)。しかしながら、連邦議会に同調的な配慮をしようとする責任感故に、当法廷がこれまでに確立されてきた修正第 1 条の原則から逸脱することが許されるわけではない。そうではなく、当裁判所は連邦政府に、その合憲性についての立証責任を負わせなければならない。

刑事上の厳罰により実効される表現内容に基づく言論規制は、この永続的な潜在力が、自由な人々の生活や思想における抑圧的な力となってしまう。その脅威から守るために、合州国憲法は、言論における表現内容における規制は無

効とし (*R. A. V. v. St. Paul*, 505 U. S. 377, 382, 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305 (1992)), そして連邦政府が、規制の合憲性を立証する責任を負うことを求めている。*United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U. S. 803, 817, 120 S. Ct. 1878, 146 L. Ed. 2d 865 (2000)。このことは、連邦議会が二度にわたり、問題となっている言論を規制しかつ処罰できる憲法にかなった手法を見つけ出そうと試みてきた状況でも、明白である。

本件は、仮差止を認めた連邦地裁からの上訴を審査する裁量上訴として、当裁判所にやって来た。控訴裁判所は、連邦地裁の判断は裁量権の濫用であるか審査した。その判断基準の下で、仮差止を認めることにおいて連邦地裁は裁量権の濫用は行っていないかと控訴裁判所が判断したのは正当であった。さらに、具体的かつ現実的な配慮から、差止を支持し本件が本案審理されることを認めるように論じられている。これらの理由から、当裁判所は仮差止を支持する控訴裁判所の判決を支持し、そして当裁判所は、提示された争点について本案審理するように、本件を連邦地裁に差し戻す。

#### A

COPA は、インターネット上の特定の言論を処罰することによりインターネットを未成年者にとって安全なものにするという、連邦議会による二度目の試みである。最初の試みは、1996年通信品位法 (CDA), Pub. L. 104-104, § 502, 110 Stat. 133, 47 U. S. C. § 223 (1994 ed., Supp. II) であった。当裁判所は、CDA は、政府の関与を強制的に実行できるほど綿密に調整されていないという理由、および、もっと規制の少ない代替策が取り得るという理由から、違憲であると判示した。前掲 *Reno* 判決。

*Reno* 判決における当裁判所の判断に応える形で、連邦議会は COPA を可決した。COPA は、「未成年者に有害な」ワールド・ワイド・ウェブ・コンテンツを「営利目的で」掲載することに対して、5万ドルの罰金と6ヶ月の拘禁という刑事処罰を科する。§ 231 (a) (1)。

「未成年者に有害な」情報データとは次のように定義される。

「あらゆる通信、絵画、画像、グラフィック画像ファイル、論文、録音、書籍、わいせつとされるあらゆる種類のもので、

- (A) 平均的な人が、現代社会の判断基準に照らしてみても、情報全体として捉えて、未成年者にとって、好色な興味を起こさせる、もしくは、好色な興味に歓心を引くように意図された情報データであるとされるものであり、
- (B) 実際もしくは擬似的な性行為ないし性的接触、実際もしくは擬似的な正常もしくは倒錯した性行為、性器もしくは思春期以降の女性胸部の卑猥な提示を、未成年者にとって明らかに不快な方法で、描画、描写、表現したものであり、かつ
- (C) 全体として、未成年者に対する、文学上、芸術上、政治上、または科学上の重要な価値を持たない、ものである。」 § 231 (e) (6)

「未成年者」は、「17歳以下の者」と定義される。§ 231 (e) (7)。「そのような者がそのような通信を行うビジネスに従事している場合に限り、商業目的で活動しているとする。一方で

「ビジネスに従事している」とは、「ワールド・ワイド・ウェブを通して、未成年者にとって有害な情報データを含む通信を行う者もしくはこの通信を行うことを提供する者が、そのような活動の成果として収益目的で、そのような者の商業またはビジネスの通常の業務として、(その者が収益を上げていることとかそのような通信を提供することがその者の唯一もしくは主たる業務内容または収入源であることは必要ない) 時間、配慮、労力をそのような活動に供することを意味する。」 § 231 (e) (2)。

この制定法は、これらの定義に当てはまる言論全てを、刑事処罰を受ける言論というレッテルを貼るものであるが、またこの制定法は、ウェブサイト上で

禁止された情報データへ未成年者がアクセスするのを防ぐ特定を手段を講じる者には、積極的抗弁を認めている。この制定法によれば、下記の手法により、未成年者に有害な情報データに未成年者がアクセスすることを規制していることを証明できたならば、刑を免れることができる。

- (A) クレジットカード、銀行カード、成人アクセスコード、成人個人を特定しうる番号の使用を求めること、もしくは
  - (B) 年齢を証明できるデジタル証明を受け付けること、もしくは
  - (C) 現状利用可能な技術により可能となる他の合理的な手法によること。
- § 231 (c) (1)。

COPA が議会を通過して以来、連邦議会は未成年者を守るという試みの下、インターネットを規制する更なる法律を制定した。たとえば、ウェブサイトの持ち主が偽装することを防ぐために、全く興味のない人がポルノサイトへと導かれてしまうように誤解を生じさせるようなドメイン名をポルノサイトに付けること禁止する法を連邦議会は制定した。18 U. S. C. A. § 2252B (Supp. 2004)。上訴人側の書面 7 を参照（たとえば、ウェブサイト “whitehouse.com”）。また連邦議会は、セカンド・レベルのインターネット・ドメイン名「ドット・キッズ」を作る制定法を通過させた。このサイトのコンテンツは、13 歳以下の未成年者に合うものに制限されたものとなっている。47 U. S. C. A. § 941 (Supp. 2004)。

## B

被上訴人は、インターネット・コンテンツ・プロバイダーおよび言論の自由を守ることに関心を持つ人々であり、ペンシルバニア州東地区合州国連邦地方裁判所に訴を提起した。被上訴人は、この制定法の施行に対して仮差止を求めた。被上訴人と政府双方からの証人による証言を考慮した後、連邦地裁は、仮差止を認める命令を出した。この裁判所は、この制定法がいくつかの保護されるべき言論に規制を課するものであると、まず最初に述べた。 *American Civil*

*Liberties Union v. Reno*, 31 F. Supp. 2d 473, 495 (E. D. Pa. 1999)。そしてこの裁判所は、被上訴人はこの制定法にはより規制の少ない代替手段が存在するという議論において、被上訴人側が勝っていると判断した。「これまでの証拠記録では、[原告は] 未成年者が」有害な情報データへ「アクセスするのを規制するという目的の達成のために、COPA が最も規制の少ない手法であることが立証できているかは明らかではない。」同判例 497 頁。特に、「当裁判所に提出された記録は、憲法上保護される言論に対し COPA が成人ユーザーやウェブサイト管理者に課してしまう規制を課すことなく、ブロッキングまたはフィルタリング技術は、COPA がオンライン上の有害な情報データに未成年者がアクセスしないようにするであろうことと、少なくとも同等の成果を上げ得ることを明らかにしている。」同判例。

政府は、連邦地裁の判決を不服とし第 3 巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。控訴裁判所は、仮差止を支持したが、別の理由によるものであった。217 F. 3d 162, 166 (2000)。この裁判所は、COPA 文中にある「社会的判断基準」という用語は、それだけで制定法が違憲となる程に広範なものとなってしまうと判示した。同判例 166 頁。当裁判所は、社会の判断基準という用語はそれだけでその制定法を違憲となる程に広範なものとしていないと判示して、裁量上訴を認め、破棄した。*Ashcroft* , 535 U. S., 585 頁, 122 S. Ct. 1700。しかしながら、当裁判所の判断は狭い論点に限定されているということを当裁判所は強調しておいた。当裁判所は、連邦地裁が仮差止を認めたことは正しかったか否かを再考するように、本件を控訴裁判所に差し戻した。差戻審で、控訴裁判所は、再度、連邦地裁の判断を支持した。322 F. 3d 240 (2003)。控訴裁判所は、この制定法は政府の関与を強制的に実行できるほど綿密に調整されておらず、広範であり、政府が未成年者にとって有害である情報データにアクセスするために未成年者がインターネットを使うことのないようにするという意図を実現させる手段としてもっとも規制の少ないものではないと判断した。同判例 266-271 頁。政府は、再度、当裁判所での判断を求めてきており、そして当法廷は裁量上訴を認めたのである。540 U. S. 944, 124 S. Ct. 399, 157 L. Ed. 2d 274 (2003)。

「他の控訴裁判所と同様、当裁判所は常に、仮差止を検討するに当たっては、裁量権濫用の法理を適用してきている。」 *Walters v. National Assn. of Radiation Survivors*, 473 U. S. 305, 336, 105 S. Ct. 3180, 87 L. Ed. 2d 220 (1985) (オコナー判事の賛成意見：内部の引用符は省略)。「[28 U. S. C.] § 1252 に基づき上訴管轄権を認めることは、既に確立した上訴審査基準からの逸脱する許諾を当裁判所に与えるものではない。」同判例。したがって、問題となっている憲法上の争点が拮抗するものであれば、当法廷は差止を支持し本案についての再審を求めるべきとなる。この検証方法を適用しつつ、当法廷は、連邦地裁には仮差止を認容するにあたり裁量権の濫用はなかったということについて、控訴裁判所に同意する。しかしながら、結論に至るまでの当法廷の理由付けは、控訴裁判所が採用した理由よりも、より狭く、より具体的な根拠に基づいている。連邦地裁の判断を支持する意見において、控訴裁判所は、この制定法中の数多くの用語の意味を解釈し、そのように広く解釈するならば COPA は違憲であると判断した。しかしながら、制定法用語をそのように解釈することは、連邦地裁の結論に依拠するものでもなく不可欠のものでもなかった。その代わりに、連邦地裁は、成人向けに保護されるいくつかの言論に規制を加える恐れがあるとのみ結論づけており (31 F. Supp. 2d, 495 頁)、この点は上訴人も争っていない。連邦地裁の依拠した理由でもって連邦地裁が仮差止を認容した結論を当法廷は支持するのであるから、当法廷は、控訴裁判所によるその他の議論の正当性については検討しない。

仮差止を認めるに当たり、連邦地裁は、COPA にはもっともらしく、より規制の少ない代替手段が存在するという議論を、まずは注視している。「制定法が機能するように制定された本来の目的を達成するにあたりより規制の少ない代替手段が少なくとも同等に有効であるのならば、受信したり互いに交信するという成人が持つ憲法上の権利である言論の大部分を効果的に抑圧する」制定法は「受け入れることができない。」 *Reno* 判決, 521 U. S., 874 頁, 117 S. Ct. 2329。原告が、表現内容に基づく言論の規制について争うとするならば、

提案された代替手段は、問題となっている制定法と同等に効果的ではないであろうことを証明するのは政府側の立証責任である。

この問題を考慮するに当たり、裁判所は、特定の保護される言論は規制されるものであると仮定し、そこでその目的を達成するのに用い得る最も規制の少ない代替手段は何かを問うている。この分析テストの目的は、議会が課している規制とは関係なしに、問題となっている規制が、議会の目標を達成するにあたり、何等かの効果があるか否かを考慮することではない。このテストの目的は、目標を達成するのに全く必要ではないのに、言論が規制されてはいないか確かめるためのものである。それは、正当な言論が萎縮したり罰せられてはいないことを確実にすることが重要だからである。この理由により、テストは、現存する規制の現状分析から始まるのではなく、さらに問題となっている規制が、議会の合法的な関与を達成させる付加的な能力を持っているか否かを問うているのではない。こうした分析によれば、言論へのいかなる規制も正当化され得るであろう。そうではなく、裁判所は問題となっている規制が可能で効果的な代替手段の中で、最も規制の少ない方法であるかを問うべきなのである。

仮差止を認容するか否かを判断する段階で、地裁は原告が本案において主張が勝っていると原告が立証してきているかどうかを勧案しなければならない。たとえば、*Doran v. Salem Inn, Inc.*, 422 U. S. 922, 931, 95 S. Ct. 2561, 45 L. Ed. 2d 648 (1975) 参照。(この裁判所は、また原告が回復不能な損害を立証しているか否かを考慮している。同判例 931 頁, 95 S. Ct. 2561 参照。しかし、本件における当事者は、取り戻すことのできない損害が発生する可能性が立証されてきたとする連邦地裁の結論の正当性について争わなかった。31 F. Supp. 2d, 497-498 頁参照。) 政府は、COPA の合憲性という究極の問題についての立証責任を負わされているのであるから、被上訴人は、被上訴人が提示したより規制の少ない代替手段が COPA よりも効果的ではないと政府が立証しない限り、被上訴人側が勝っていると見なされるであろう。この分析テストを当てはめて、連邦地裁は被上訴人側が勝っていると帰結したのである。同判例 496-497 頁。その帰結は、裁量権の濫用ではない。なぜなら、記録によると、この制定法には数多くの、もっともらしくより規制の少ない代替手段が存在し

ているからである。連邦地裁によって考慮された最初の代替手段は、ブロッキングとフィルタリング・ソフトウェアであった。ブロッキングとフィルタリング・ソフトウェアは、COPA よりもより規制の少ない代替手段であり、さらに、子供達にとって有害な情報データに子供達がアクセスすることを規制する手段としてより効果的である。仮差止を認容するにあたり、連邦地裁は、原告はフィルターが COPA より規制の少ない代替手段であると提示し、そして政府は審理において原告の主張を崩すことが可能であることを提示してこなかったという理由で、認容したのである。同上。

フィルターは、COPA よりも規制の少ないものである。フィルターは、情報を受信する末端で言論について選択的に規制をかけるものであり、情報源に包括的に規制をかけるものではない。フィルタリング装置を使った場合には、子供の無い成人は、自らの身元証明をしたりクレジットカード情報を提供することなく、権利として見ることができるとアクセスできるのである。子供を持った成人も、自宅のコンピュータのフィルターをオフにすることだけで、同じ条件で同じ言論にアクセスすることができるのである。何よりも、フィルター使用を促進することは、いかなる分野の言論へも刑事責任を追及するものではなく、よって潜在的な萎縮効果は完全に除去されるか、少なくとも多くは排除される。それ以上に、広範にまたは限定的にと COPA における定義が解釈されるかにかかわらず、これらのことは全て確かなことなのである。

フィルターはまた、COPA よりも効果的である。第一に、フィルターは、アメリカからウェブに掲載されたポルノグラフィーだけでなく、あらゆるポルノグラフィーを未成年者が見ることを防ぐことができる。連邦地裁は、事実認定において、未成年者にとって有害なコンテンツの 40% は海外から来ると、証人の一人が推算したことを述べている。同判例 484 頁。COPA は、これら海外からの有害な情報データに未成年者がアクセスすることを防ぎ得ない。これだけでも、議会の目標を達成するにはフィルタリング・ソフトウェアがより効果的であることを、可能ならしめている。その制定法により対象となる情報データのプロバイダーは、自らの業務を海外に移すことができるのであるから、COPA が判決で支持されようと、COPA の実効性は更に乏しいもので

あろう。COPA は未成年者にとって有害な情報データの一部だけに及ぶものであるということでは答えとならない。問題は、より規制の少ない代替手段よりも多くのものにまで及んでしまうかどうかである。更に、認証システムは、例えば自分のクレジットカードを所持する未成年者による誤魔化しや認証回避行為は避けられないであろうと連邦地裁が判示している。同判例 484, 496-497 頁。最後に、フィルターはまた、ワールド・ワイド・ウェブにより可能となる通信だけでなく電子メールを含めて、インターネット通信のあらゆる形式に適用可能であるから、より効果的なのである。

フィルタリング・ソフトウェアが COPA より効果的であることは、COPA 自体に基づき議会により招集された児童オンライン保護委員会、ブルーリボン委員会での事実認定によって確認されている。議会は、インターネット上の有害な情報データへ未成年者がアクセスする能力を制限する様々な手段の優劣を評価するように、指示した。47 U. S. C. 231 以下の註。フィルターは年齢認証要求よりも効果的であることは、明らかにされている。児童オンライン保護 (COPA) 委員会「議会報告」19-21, 23-25, 27 頁 (2000 年 10 月 20 日) 参照。(「効果」について、個別の成人 ID による認証には 5.9 ポイント、クレジットカード認証には 5.5 ポイントと比較しつつ、サーバー設置形式のフィルターに 7.4 ポイント、クライアント設置形式のフィルターに 6.5 ポイントを与えている)。よって、提案された代替手段はより効果がないことを連邦地裁で立証するという責任が果たされてこなかったことのみならず、問題を検討するように指名された政府委員会が反対の結論を出しているのである。

当然のこととして、フィルタリング・ソフトウェアは、未成年者に有害な情報データに子供達がアクセスするという問題に対する完璧な解決策ではない。それは未成年にとって有害ではない情報データをブロックすることもあり、有害な情報データを捉えそこなうこともある。31 F. Supp. 2d, 492 頁参照。しかしながら、フィルターの欠陥がいかなるものであるにせよ、政府は、既存の技術は COPA における規制よりも効果的ではないと証明する具体的な証拠を提示していない。連邦地裁は、「ブロッキングおよびフィルタリング技術が過度に取り込んでしまうか取り込み損なってしまう時間の全体に占める割合につ

いて証拠は当法廷に提出されなかった」という具体的な事実を認定している。COPA の相対的な効果と被上訴人により提示された代替手段に関する立証がなされなかったのであるから、連邦地裁が仮差止を認容したことは裁量権の濫用ではない。政府の挙証責任は単に、提示されたより規制の少ない代替手段は幾つかの欠陥をもっていることを証明することではない。その証明責任は、効果が劣っていることを証明することである。Reno, 521 U. S., at 874, 117 S. Ct. 2329. 政府が COPA は何等かの効果があると証明するだけでは十分でない。そしてまた、自ら提示した代替手段がより効果的であるという証拠を、被上訴人が提出することを求めたり、証拠提出の申出をする責任を負わせるものでもない。政府が、その代替手段の効果が劣ることを証明する責任を負っている。政府がその挙証責任を果たせなかったのであるから、連邦地裁が仮差止を認容したことは、裁量権の濫用ではない。

これと反対のもう一つの議論には言及する価値がある。つまり、議会はフィルタリング・ソフトウェアの利用を強要できないのであるから、フィルタリング・ソフトウェアは利用可能な代替手段ではないという議論である。しかし、疑うまでもなく、フィルター使用が促進されるように議会は行動できるのであるから、その議論はあまり説得力がない。当裁判所は、議会はフィルターを使用するように学校と図書館に強いインセンティブを与えることができると判示している。United States v. American Library Assn., Inc., 539 U. S. 194, 123 S. Ct. 2297, 156 L. Ed. 2d 221 (2003)。議会は、産業界がフィルター技術を発展向上させるように、また親達によるフィルターの使用を促進させるように施策を打ち出すこともできるはずである。この理由により、フィルターは現状の規制実態の一部にしかならないというのは正しくない。親の協力が必要であることは、提示されたより規制の少ない代替手段を短絡的に不適格とするものではない。Playboy Entertainment Group 判決, 529 U. S., 824 頁, 120 S. Ct. 1878. (「裁判所は、もっともらしくより規制の少ない代替手段が効果がないと決めつけるべきではない。また裁判所は、親達は完全に情報が与えられたとしても実行しないであろうと推論すべきではない。)。COPA を制定するにあたり、議会は、COPA の目標は「インターネットが広く利用可能となること」

が「親の監視や管理を意味のないものとしてしまうようなやり方でワールド・ワイド・ウェブを通して情報データに未成年者がアクセスする機会」をもたらさないようにすることであった。連邦議会事実認定 47 U. S. C. § 231 以下の註 (Pub. L. 105-277, Tit. XIV, § 1402 (1), 112 Stat. 2681-736 を引用している)。COPA は、親達は自分の子供が何を見ているかに目配りする、意欲ではなく能力が欠けているとみなしている。フィルタリング・ソフトウェア使用の促進プログラムを制定することによって、議会は保護される言論を厳罰に晒させることなく、その能力を親達に与えることができるであろう。

全般的な点についてが一番最近の先例は、当裁判所の *Playboy Entertainment Group* 判決である。本件と同様、*Playboy Entertainment Group* 判決は、未成年者が有害な情報データを見ることを防ぐように意図された表現内容による規制を含んでいた。選択は、全面的な言論の規制と、特定の技術的解決方法を導入するという選択をした親たちに可能となる技術的解決方法との選択であった。529 U. S., at 825, 120 S. Ct. 1878。提示されたより規制の少ない代替手段は効果的ではないことを証明できなかったならば、議会によって好まれるより規制的な選択肢は、修正第 1 条の求める厳格な審査をくぐり抜けることはできないであろう。同判例 826 頁, 120 S. Ct. 1878 (「訴訟記録は 2 つの選択肢の相互比較した効果について述べていない」という理由で破棄)。この事件もまた、同様の点において、提示されたより規制の少ない代替手段はより効果的とはならないと政府が証明しなかったのである。*Playboy Entertainment Group* 判決の判決理由および当裁判所の判示事項と先例拘束力は、当法廷が本件で仮差止を認容することを求めている。そうしないことには、修正第一条が求めるものを満たし得ないであろう。「我々の憲法の判断基準におけるごちなさ、政府の法執行の選択に合わせるために犠牲にされてはならない。」同判例 830 頁, 120 S. Ct. 1878 (トーマス判事の賛成意見)。

## B

重要で実際的な理由から、本案審理まで差止を認めることが支持できる。第一に、差止を破棄することから生ずる潜在的な危害は、誤って差止をそのまま

にしておくことよりひどいものである。刑事訴追の可能性があり、積極的抗弁だけが頼りになるとしたならば、発言する人達は、裁判という危険に身をさらすよりも自己検閲をするようになってしまう。甚大な危害と保護される言論への重大な萎縮効果が潜在的に存在しているのである。前記判例 817 頁, 120 S. Ct. 1878 と比較。(「その線を引きそこなうことは、膨大なコストに跳ね返ってくる」)。反対に、本案審理まで差止を認容することから来る危害は、広い範囲に及ばないであろう。この制定法に基づいて未だ刑事訴追は行われていないのであるから、差止が続いたとしても、何も混乱は起きないであろう。更に、差止が判決で支持されようとも、政府は、既に法典内にあるわいせつ法を暫定的に執行することができる。

第二に、本件には具体的な事実に関する争点が残されたままである。上述したように、フィルタリング・ソフトウェアの効果については、証拠の中にも重大な相違がある。前記 14 頁参照。フィルターは COPA よりも効果が無いと、証拠もないのに当法廷が推定することは、連邦地裁の持つ事実認定という役割を奪うこととなろう。仮差止の認容と本案再審理を求めることにより、当法廷は、より規制の少ない代替手段を用いることは完全に合意であるという立証責任を政府が回避するのではなく、果たすことを求める。

第三に、関連することであるが、事実記録が、現状の技術的な現実を反映していない。つまりインターネットに関連するあらゆる事件において特徴的である重大な欠陥が存在する。インターネットの技術は速いペースで進化している。連邦地裁の事実認定は、1999 年 2 月に始まっており、もう 5 年も前のことである。その時から、インターネットに関する現実が変わったことが知られている。たとえば、31 F. Supp. 2d, 481 頁 (1998 年 7 月にインターネットホスト数は 36.7 百万であった) こととインターネット・システム・コンソーシアムによる 2004 年 1 月インターネット・ドメイン調査 (2004 年 6 月のホスト数は 233.1 百万である。http://www.isc.org/index.pl?/ops/ds 2004 年 6 月 22 日アクセスしたもの、これは裁判所事務官の事件簿で入手可能) を対比。修正第 1 条による分析にとって重要な新たな技術的発展が、その期間内にも起きてきていると考えるのも当然のことである。連邦地裁が事実認定を始めたときに

存在していたものよりも、より多くのより良いフィルタリングによる代替手段が存在しているであろう。事実、当法廷は連邦地裁が事実認定を始めた後、議会によって招集された委員会が、フィルターは認証画面方式よりも効果的であるとした報告書を提出している。前記 14 頁参照。

連邦地裁が事実認定を行った時と本件が当裁判所に係属した時との間の時間的遅れは、認定した事実と控訴裁判所が問題とした時の事実との間に不一致が存在するであろうという必然の結果と共に、不可避である。たとえば、Benjamin, *Stepping into the Same River Twice: Rapidly Changing Facts and the Appellate Process*, 78 Texas L. Rev. 269, 290-296 (1999) 参照 (インターネットに関連する事件という状況における変化する事実により上訴裁判所に提示される問題について述べており、具体例として *Reno* 判決, 521 U. S. 844, 117 S. Ct. 2329, 138 L. Ed. 2d 874 における当裁判所の判断を挙げている)。だからといって、当法廷は、公正な審査をするには克服できない障害物を作りだそうとしているのではない。そうではなく、本件は二度も控訴裁判所を経てきているのであるから、本件では時間的経過による相違点が倍加しているのである。もう 2 年はもっと違いをみせるかもしれない。仮差止を認容し本案再審理を求めることにより、当法廷は、当事者双方に現在の技術的状況を反映するように事実記録を、更新し補遺することを求める。

再審理でも、連邦地裁は変化した法的状況を考慮することが求められる。連邦地裁が事実認定を行ってから連邦議会は、COPA よりも規制の少ない代替手段を条件とする少なくとも 2 法案を更に成立させた。それは、勘違いを引き起こし易いドメイン名を禁ずる制定法と未成年者に安全な「ドット・キッズ」ドメインを作る法案である。前記 10 頁参照。本案再審理では、連邦地裁は、既に存在し新たに付け加えられた、これら代替手段を考慮することが求められる。

最後に、有害な情報データに未成年者がアクセスすることのないように意図されたインターネット規制を議会は制定することができないと、この法廷意見は判示しているのではないことを述べておくことも重要である。両当事者は、この制定法の定義が法を違憲としているという控訴裁判所の判断により、この

制定法に対する代替手段の規制力と効力の比較についての更なる証拠が提出可能か否かという問題を双方とも注視してこなかった。しかしながら、再審理では、両当事者はこの点について更なる証拠を提出することが可能である。この法廷意見は、意見中において想定した政府に課される憲法上の挙証責任に合致した政府による適切な立証に基づき、COPA は議会の目的を達成するのに利用可能な最も規制の少ない手段であると連邦地裁に帰結させないものではない。

\* \* \*

これまでの記録では、被上訴人によって提示されたより規制の少ない代替手段は無視されるべきであるということ、政府は証明してこなかった。実際、これらの代替手段は、COPA の規定よりもより効果的であり得る。連邦地裁が、仮差止を認容したときにおいて、裁量権の濫用は無かった。控訴裁判所の判決は支持され、この法廷意見に沿うような手続で本件は再審理が求められる。

上記のように判決する。

## スティーブンス判事の賛成意見

これにギンズバーグ判事が同意

連邦控訴裁判所は、児童オンライン保護法 (COPA) の合憲性を初めて検討したとき、「未成年者にとって有害」となる情報データを特定するために「現代の社会的判断基準」をこの制定法が用いることは、重大かつ、殆ど致命的な欠陥であると、判示した。*American Civil Liberties Union v. Reno*, 217 F. 3d 162 (C. A. 3 2000)。私は、この判決に同意する理由を、或る程度の長さでもって既に説明してきた。*Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U. S. 564, 603, 122 S. Ct. 1700, 152 L. Ed. 2d 771 (2002) (反対意見)参照。(「インターネットという状況では、……社会的判断基準は、盾というよりむしろ剣となる。謹厳な村において好色なアピールはけしからぬことであれば、ワールド・ワイド・ウェブにそれを掲載することは、犯罪となるう)。ワールド・ワイド・ウェブの一般聴衆に、アメリカで最も寛容でない団体が自分の子供に見せるのは不適切と考える情報データを利用可能にしたことで、政府は情報発信者を罰することはできないと私は信じてきており (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 878 頁, 117 S. Ct. 2329, 138 L. Ed. 2d 874 (1997) 参照), そして、その原理は本件を判断するのにも十分な基準であると考えている。

しかし、COPA が社会的判断基準を使うことが、この制定法の唯一の憲法上問題となる欠陥ではない。今日の判決はもう一点指摘している。つまり、裁判記録が示す限りによれば、フィルタリング・ソフトウェアのような、ユーザー側で管理するものを配置させることを促進することは、ワールド・ワイド・ウェブの膨大なコンテンツをその発信源で規制しようとする事と同等もしくはそれ以上に、そして修正第1条の持つ価値にとっては大した損失とならないで、性的に露骨なインターネット上の情報データから未成年者を守るという議会の目的を実現するのである。

当法廷の採った「より規制の少ない規制手段」分析方法への同意を記すに当

たり、私は、COPA が如何に規制的なものかについてだけ強調できればと考える。COPA は、憲法上保護される言論の流布に、内容に基づく規制を課すものである。COPA は、刑事法という手段でもって、その禁止規定を実効させようとし、違反に対して5万ドルもの罰金刑かつ6ヶ月もの拘禁刑でもって、従順でないウェブ上の発言者達を震え上がらせる。47 U. S. C. § 231 (a)。「故意に」COPA に違反した発言者は、違反する一日当たり5万ドルもの罰金でもって処罰される可能性がある。同条。制定法中に規定されている成人を認証する様々な仕掛けを実施していることは積極的抗弁にしかならないのであるから (§ 231 (c) (1))、たとえ COPA を完全に遵守しても、訴追から免れる自由を保障することはできない。年齢認証画面の後ろに自分のコンテンツを恭しく置いている発言者は、それでも法廷において、刑事的有罪という罰を加えると脅されながら、自らの言論の合法性を立証することを強いられるのである。*Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U. S. 234, 255, 122 S. Ct. 1389, 152 L. Ed. 2d 403 (2002) を対比。

私の考えでは、刑事訴追は、「わいせつ」と類別される情報データの世界を規律するものとしては不適切な手段である。なぜならば、「感情を害する」通信とそうでない通信の線引きは、あまりにも不明瞭で犯罪行為を特定することはできないからである。」*Smith v. United States*, 431 U. S. 291, 316, 97 S. Ct. 1756, 52 L. Ed. 2d 324 (1977) (スティーブンス判事の反対意見)。*Marks v. United States*, 430 U. S. 188, 198, 97 S. Ct. 990, 51 L. Ed. 2d 260 (1977) も参照。(スティーブンス判事の一部賛成、一部反対意見)。「未成年者に有害」であり刑事法上処罰可能な言論という新しいカテゴリーを COPA が生み出したことは、問題を悪化させただけである。ブリーアー判事が主張しているように、この制定法の適用範囲は、合法的にわいせつなものを「ほんの少しだけ」超えた程度まで広がり、したがって、保護される表現の領域への侵入は殆ど無いということかも知れない。後記 28 頁 (反対意見)。しかし、ブリーアー判事の説明によっても、既に間違って定義されている「わいせつ性」の領域に、どの程度まで先にこの制定法が広がっていくのかとブリーアー判事が考えているのさえ確認できないと私は考える。「未成年にとって有害な」言論という新奇

で漠然としたカテゴリーの外枠についての間違っただ判断に刑事制裁を加えることは明らかに、修正第1条の認める自由を行使するのに重い負担を課すものである。

それ以上に、COPAの刑事罰は、この制定法が治癒させようとする病気にとって強力すぎる薬である。確かに、性的に露骨な情報データに晒されることから未成年者を守ることにける強制的な関与を、当裁判所の先例は認めてきた。たとえば、*Ginsberg v. New York*, 390 U. S. 629, 640, 88 S. Ct. 1274, 20 L. Ed. 2d 195 (1968) 参照。親として、祖父母として、曾祖父母として、無条件でその目標を是認する。しかしながら裁判官として、子供達を好色な情報データから守ることへの関与が、子供達の視聴傾向を大人が監視することの代替手段として、また単に支援手段として、刑事法的規制を用いることへの正当化として、発動されるとき、心の中で不安感が大きくなるのを私は認めなければならぬ。

COPAがウェブ上での言論に課す負担の重さを考慮して、より過激でない他の方法でもって子供達を有害な情報データから守るという目的を議会が達成できたであろう可能性は、特別の注意をもって考慮されるべき問題である。

この考えでもって、私は法廷意見に加わる。

## スカリア判事の反対意見

私は、児童オンライン保護法 (COPA 47 U. S. C. § 231) は合憲であるというブリーアー判事の判断に同意する。後記 38 頁 (反対意見)。しかしながら、法廷意見とブリーアー判事は、COPA を厳格な審査に付したことに誤っている。修正第 1 条は、COPA が適用範囲とするタイプの情報データに、厳格な審査基準をあてはめることなど認めてはいない。「『卑猥に配列されたものが目にとまるように、[自らのわいせつではない製品] が性的に挑発する様相を周到に強調する』ことにより『歓心を引く卑しむべき仕事』に従事する営利組織は、憲法上保護されない活動に従事している、と当裁判所は認定してきた。」*United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U. S. 803, 831, 120 S. Ct. 1878, 146 L. Ed. 2d 865 (2000) (スカリア判事, 反対意見) (*Ginzburg v. United States*, 383 U. S. 463, 467, 472, 86 S. Ct. 942, 16 L. Ed. 2d 31 (1966) 判決を引用)。

COPA が適用範囲とする営利のポルノグラフィーがこの記述に当てはまることに、疑う余地はない。この制定法は、「そのような者の取引とかビジネスの通常の仕事として」(47 U. S. C. § 231 (e) (2) (B)), 「その情報データの性質についての知識を持って」 (§ 231 (a) (1)), ある特定の性行為を描写し、「好色な興味に訴えたり歓心を引くように考えられた」 (§ 231 (e) (6) (A)), 情報データを通信する者だけに適用される。このビジネスは、修正第 1 条に違背することなく、すべて禁止され得るものであるから、COPA のより小さな規制は、憲法上何も問題とならない。

## ブリーアー判事の反対意見

これに首席判事とオコーナー判事が同意

児童オンライン保護法（以下、法と略す。47 U. S. C. § 231）は、インターネット上に置かれた営利的なポルノグラフィに子供達が晒されること防ごうとするものである。年齢認証を行った成人にはアクセス可能なインターネット上の「画面」の裏側に、ポルノ情報データを置くように商業的プロバイダーに求めることにより、その法は子供達を守ろうとしている。「連邦議会に同調的な配慮をせよという責務が、……当法廷に既に確立されてきた修正第1条の原則から逸脱することを認めるものではない」と指摘し、当法廷は「この法を無効とする前に注意深く…審理」すべきであることを法廷意見は認めている。前記7頁。私はこれら一般的なことには同意する。法廷意見のように、「公の利益」を促進するように、わいせつでない言論へのあらゆる規制は「狭く狭められ」かつ、その規制がわいせつへの興味を助長するものに用い得る「最も規制の少ない手段」となっていることを、政府が証明することを求めながら (*Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U. S. 115, 126, 109 S. Ct. 2829, 106 L. Ed. 2d 93 (1989))、私はこの法に「最も厳格な審査」をあてはめたであろう (*Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U. S. 622, 642, 114 S. Ct. 2445, 129 L. Ed. 2d 497 (1994))。また、*Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U. S. 727, 755-756, 116 S. Ct. 2374, 135 L. Ed. 2d 888 (1996) 参照。

しかしながら、(1) この法が保護される言論に課す負担、(2) 公の利益を促進するこの法の能力、(3) 「より規制の少ない代替手段」、について私が精査したところ、法廷意見が間違っているということを確認したのである。子供達をインターネット上の営利的なポルノグラフィから守るという、この制定法の立法趣旨を、他のより規制の少ない方法で、連邦議会は実現できたであろうという結論は受け入れることはできない。

法廷意見はより規制の少ない代替手段が存在することに自からの判断を依拠させているが、私は第一に、その法が保護されるべき言論に課す負担について検討してみたい。それは、「より規制の少ない規制手段」という言葉は相対的なものだからである。議会にこの制定法を制定するように仕向けさせた「公の」利益を促進させながら、「代替手段」が「より規制が少ない」となるのは、その代替手段がこの制定法自体よりも修正第1条違背が少なく作用する場合だけである。多数派意見と異なり、保護される言論をこの法が規制する範囲と、この法がその言論に課す負担の性質の両者を検討することなくして、この比較判断がどの程度まで可能であるかという考え方はできない。その検討によれば、この法は正しく解釈されたならば、穏当に過ぎない負担を保護される言論に課すこととなるとされているのである。

#### A

この法の定義は、法が規制する情報データは、修正第1条の保護を受けない情報データ、つまり法的にわいせつな情報データ、およびわいせつ度の少し高いものに限定している。

保護されない「法的にわいせつ」な情報データについての法廷意見の定義とこの法での定義を比較すれば、これは明かになる。

情報データは下記の場合に、法的にわいせつとなる。

「(a)...『平均的な人が、現代社会の判断基準に照らし』その作品を、全体として捉えて、好色な興味に訴えるものであり...、(b)...その作品が、明らかに不快な方法で、適用される州法により具体的に定義される性的行為を描画または描写し、かつ(c)...その作品が、全体として、文学的、芸術的、政治的、科学的な価値を欠いている」と判断した場合である。 *Miller v. California*, 413 U. S. 15, 24, 93 S. Ct. 2607, 37 L. Ed. 2d 419 (1973)。

この制定法が規制する情報データは、下記の基準の全てに合致する情報デー

と定義している。

- 「(A) 平均的な人が、現代社会の判断基準に照らし、情報全体として捉え未成年者にとって、[その情報データが] 好色な興味を起こさせる、もしくは、好色な興味に歎心を引くように意図されたものであるとされるものであり、
- (B) 実際もしくは擬似的な性行為ないし性的接触、実際もしくは擬似的な正常もしくは倒錯した性行為、性器もしくは思春期以降の女性胸部の卑猥な提示を、未成年者にとって明らかに不快な方法で、[その情報データが] 描画、描写、表現したものであり、かつ
- (C) [その情報データが] 全体として、未成年者に対する、文学上、芸術上、政治上、または科学上の重要な価値を持たない、ものである。」47 U. S. C. § 231 (e) (6) (強調付加)。

両定義は、重要な用語、「好色な興味」と「文学上、芸術上、政治上、または科学上の重要な価値を持たない」を用いることによって、問題となる情報データを定義している。情報データが「好色な興味」に訴えたり、歎心をかうものである限り、この情報データは単に性的な反応を求めるものである。「明らかに不快な」情報データが「全く重大な価値」を持たず単にその反応を求めるだけである限り、その情報データは、教育するものでもなく、セックスに関する考察を解明するものでもなく、芸術的でもなく、文学的でもない。たとえば、*Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U. S. 205, 213, 95 S. Ct. 2268, 45 L. Ed. 2d 125 (1975) 判決（禁止条項が「性的に露骨なヌード」だけに限定もしくは制限されていない場合に、映画の中のヌードを規制する条例を無効としている。）と *Ginzburg v. United States*, 383 U. S. 463, 471, 86 S. Ct. 942, 16 L. Ed. 2d 31 (1966) 判決（「情報データがもたらす性的刺激の道具としてのみ、制作され、描写され、販売された」ものを保護されない情報データと判断している。）を対比。これが、*Miller* 判決において、修正第1条はその定義に当てはまる情報データを保護しないと当裁判所が判示した理由である。

この制定法と *Miller* 判決の間の唯一の重大な違いは、「未成年者にとって」

§ 231 (e) (6) (A) と「未成年者に対する」§ 231 (e) (6) (C) という単語が付け加えられたことにある。しかし、これらの単語を付加しなければ、わいせつ性だけしかカバーしない定義に、これらの単語を付加したことは、少しだけではあるがこの制定法の適用範囲を広げることになってしまう。これは問題となっている情報データ（幼い子供達には潜在的にすべて有害であるが）はまず、思春期もしくは思春期後の若者グループ（幼い子供達は通常そのように反応はしないからである）の「好色な興味」に訴えかける、つまりこの者達からの性的反応を求めるものでなければならぬからである。そして、思春期もしくは思春期後の若者グループの「好色な興味」に訴える情報データは、大人のグループの「好色な興味」にも、否応なく訴えるであろう。

「重要な価値を持たない」という要件は、「未成年者にとって」という要件がある上にさらに、この制定法を狭めている。それは、特定の成人グループにとっては、重要で、文学上、芸術上、政治上、科学上の価値をもっているが、未成年者の特定のグループにとってはそのような価値がないというような情報データを想い浮かべることを、人は容易にできはしない。よって、この制定法を字句通りに読み、この制定法が法的にわいせつであるものを超えて拡大してしまう限りにおいて、この制定法は限界的な事例のみを扱うことになる。そして、制定法の文言を文字通りに読むことは、この法を制定するに当たって公言してきた議会の目的と合致するのである。つまり、職業的なポルノグラフィー制作者による情報データを、閲覧者の年齢認証をする画面の後ろに置くという目的である。S. Rep. No. 105-225, p. 3 (1998) 参照（以後 S. Rep. と略す。この法案は、未成年者に有害な情報データを営利目的に配信するビジネスに従事する者達に、未成年者がそのような情報データにアクセスするのを規制できるような或る所定のステップを経るように強制することにより、ウェブ上の営利目的のポルノグラフィーへのアクセスを規制することを求めている）。H. R. Rep. No. 105-775, pp. 5, 14 (1998)（以後 H. R. Rep. と略す。この法案はポルノ的な情報データの販売に狙いを定めており、法案が規制しようとしている「ポルノグラフィーの営利目的の提供者」に抗弁を認めるものであることを説明している）。

この制定法の適用範囲を制限するものが、制定法の合憲性を問う人々によって提起された懸念の多くに答えていることになる。被上訴人は、「好色な興味」と「重大な価値がない」という要件により制限される制定法の射程内に入らない情報データをインターネット上に掲載することに対する刑事訴追を恐れる。例を挙げると、マスターベーションと性的羞恥についての若い男性の体験についてのエッセイ、「産児制限の実践、同性愛、……刑務所レイプの結末についてのまじめな討論」、13歳の時にレイプされた15歳の子供が治療の目的で書いた談話、睾丸ガンのための自己検査法のガイド、コンドームの使い方についての絵図による説明図、近代文学とか芸術的作品とか、性的同一性、同性愛、性感感染症、性教育、安全なセックス、オルガス・ハクスリー著「すばらしい新世界」、J. D. サリンジャー著「ライ麦畑でつかまえて」は言うまでもなく、訴状が認めているように、「ケン・スター独立検査官のクリントン＝ルウィンスキー・スキャンダルについての報告書」である。

G. ディラード「Shame on Me」提出書面 609-612 頁；*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 871, 117 S. Ct. 2329, 138 L. Ed. 2d 874 (1997)；被上訴人側書面 29 (書面 732-736 頁を引用)，法廷助言者としての米国ジャーナリスト・著作者協会側書面 8 および註 7 (医療助言サイト [www.afraidtoask.com](http://www.afraidtoask.com) の説明について言及)；322 F. 3d 240, 268 (C. A. 3 2003, Safer Sex Institute, [safersex.org/condoms/how.to.use](http://safersex.org/condoms/how.to.use) を引用)；訴状 ¶ 1, 提出書面 40-41 頁 (「メイプルソープの写真」, 物議の多い芸術家, ロバート・メイプルソープの作品について言及)；同書面 667-669 頁 (Pl. Exh. 80, PlanetOut Youth Message Boards (十代のゲイのためのインターネット上の掲示板))；Condomania という名称で事業経営している Addazi 株式会社の社長/CEO アダム・K・グリックマンの声明, 上訴人側提出書面補遺 4-10 (ウェブサイトが健康教育にいかに使われてきたかを説明)；OBGYN.net の社長で出版者であるロベータ・スピヤーの声明, 同書面 15-16 頁 (産科学, 婦人科学, 女性の健康問題についての情報源としてのウェブサイトを紹介)；法廷助言者としての, Volunteer Lawyers for the Arts 等への書面 15 (いくつかの学校で排除

されてしまった文学作品を列挙している)；訴状¶1，提出書面 40-41 頁，を参照。

これらの情報データは，(1) 未成年者の特定集団の「好色な興味に訴えると  
か歎心を引く」ものでなく，かつ(2) 未成年者の特定集団にとって「文学上，  
芸術上，政治上，科学上の重大な価値」をもつものでもない。§§ 231 (e) (6) (A)，  
(C)。よって，これらは制定法が規制する情報データについての制定法の定義か  
らはずれるものであり，これは政府が口頭弁論で認めた事実である。口頭弁論  
記録 50-51。

私は，制定法の文言中に，制定法の適用範囲を拡大させるようなものをどこ  
にも見い出せなかった。「情報データを全体としてみて」§§ 231 (e) (6) (A)，(C)，  
とか「営利的な目的で」§ 231 (a) のような，他の限定的な言い回しが，むしろ  
制定法の適用範囲を限定し，たとえば個々のイメージは文脈の中で考慮されな  
ければならないと要求しているのである。*Roth v. United States*, 354 U. S.  
476, 490, 77 S. Ct. 1304, 1 L. Ed. 2d 1498 (1957) 参照。要するに，この法の  
定義は制定法の適用範囲を営利目的のポルノグラフィーに限定しているのであ  
る。制定法は，保護されないわいせつな情報データに影響するのである。限り  
なくわいせつに近い情報データを判別するには不確かさが存在するのは避け  
られないとすれば，この制定法は，裁判所が最終的には保護されると判断する  
であろう限界的な情報データ部類に限って適用される（もしくは創作を萎縮さ  
せる）であろう。しかし私が提示した具体例は，その部類からははずれている。

## B

この法は，法が適用される情報データを検閲したりはしない。そうではなく，  
「未成年者に有害な」情報データを提供する者達に，年齢認証により未成年者  
のアクセスを制限するように求めているのである。その提供者達は，クレジッ  
トカード，成人認証番号や同様の技術を用いて年齢認証を行う画面を入れてお  
くことにより，それが可能なのである。§ 231 (c) (1) 参照。この方法によって，  
成人ではなく未成年者が入り込むことはできないとわかるようなインターネッ  
ト画面を作成することを，この法は求めているのである。

私は、規制される情報データへのアクセスを求める成人に、そうしたプロバイダーへと同様、認証画面設置という要件がなんらかの負担を課すことは認めている。代価となるのは、一つには、金銭である。ウェブサイトは、番号毎に15～20セントでカード番号やパスワードを保持することができることを両当事者は同意している。*American Civil Liberties Union v. Reno*, 31 F. Supp. 2d 473, 488-489, ¶ ¶ 45-47 (E. D. Pa. 1999)。認証サービスは、有料ユーザーには年間20ドル以下でサービス提供する一方で、ウェブサイトの運営者に無料の認証サービスも提供している。同判例489-490頁, ¶ ¶ 48-53。この制定法のターゲットとなる営利目的のポルノグラフィ配信者の事業者団体によれば、そのような認証手続を使うことは、この業界のオンライン事業では「標準的な慣行」である。S. Rep., 7頁；インターネット上の不適切な情報データから子供達を守るための立法提案：下院通商委員会の電気通信・取引および消費者保護小委員会での聴き取り調査, H. R. 3783, 105th Cong., 2d Sess., 46, 48 (1998) (言論の自由協会常任理事・会長であるジェフリー・J・ダグラスが準備した書面(子供を守るこの仕組みを「効果的で適切」とよんでいる))。

金銭的な代価の他に年齢別ふり分けに不可欠の認証を求めることは、認証された情報を守秘し続けることを厳格に要求されるにもかかわらず(47 U. S. C. §§ 231(d)(1), 501 参照), 何人かのユーザーには困惑をもたらすことになるかも知れない。31 F. Supp. 2d, 495 頁参照。金銭的な代価と内在的な困惑は、潜在的に閲覧者を抑止し、その意味で、制定法の要件がサイトへのアクセスを制限することになるかもしれない。しかし当裁判所は、子供を守るという議会の努力という意味において、この種の規制は自動的に違憲となるのではないことを判示してきた。そして当裁判所は、その規制の利用を認めてきた。例えば、*United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U. S. 194, 209, 123 S. Ct. 2297, 156 L. Ed. 2d 221 (2003) 参照。(多数派意見：なんらかの困惑の危険無くしては、公的図書館で情報を収集する権利を憲法は保障はしていない。) *Reno* 判決, 521 U. S., 890 頁, 117 S. Ct. 2329 (オコナー判事の一部賛成, 一部反対意見：年齢認証を求めることは、「ナイトクラブに入場する前に運転免許証をチェックする用心棒」のようなものとしている)と比較。

つまりこの法は、おそらくは、保護されるか否か限界のないくつかのわいせつ情報データにアクセスすることにも負担を課しつつも、せいぜいの所、合法的にわいせつな情報データに成人がアクセスすることに、緩やかで付加的な負担をこの法は課すのみである。

次に、営利的なポルノグラフィーに未成年者が晒されることを守るという「公の利益」の問題に移ろう。そのような利益が「公の」ものであることは、誰も否定しない。*Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc.*, 518 U. S., 743 頁, 116 S. Ct. 2374 (ブリーアー判事の意見：未成年者を守るとは「公の」ことである)；*Sable Communications*, 492 U. S., 126 頁, 109 S. Ct. 2829 (同)；*Ginsberg v. New York*, 390 U. S. 629, 639-640, 88 S. Ct. 1274, 20 L. Ed. 2d 195 (1968) 参照。むしろ、ここでの問題は、この法が成人のアクセスを規制するとしたら、その公の利益を著しく促進するか否かである。換言すれば、ゲームは割に合うか合わないかである。

多数派意見は、「ブロッキングとフィルタリング・ソフトウェア」があるのだから、そうではないと主張する。前記 12-17 頁。多数派は、そのソフトウェアの存在を「より規制の少ない代替手段」とする。しかし、それは誤称である。つまり、我々が必要とする事の全ては、そのブロッキングとフィルタリング・ソフトウェアがより規制が少ないか否かを見極めることなのだ、この誤称が、それを読んだ者に信じ込ませていることである。

しかし、そのような理由付けはここには存在しない。概念的に言うならば、フィルタリング・ソフトウェアの存在が、営利的なポルノグラフィーに晒されることから子供達を守るという問題に対する立法府の代替的なアプローチとはならない。むしろ、フィルタリング・ソフトウェアの存在は現実に起きていることの一部なのであり、つまり、議会が現行制定法を制定したときの背景的状况なのである。現状のままでは、新たな規制的存在法よりも規制がより少ないというのは、その言葉通り、常に真実なのである。何もしいことは常に、何かをすることよりも規制の少ないことなのである。しかし「何も

しないこと」は、議会在取り組もうとした問題に取り組んではいない、つまりフィルタリング・ソフトウェアが現実に利用可能であるにもかかわらず、子供達は既にインターネット上の有害な情報データに晒されてしまっているのである。

よって、憲法上関連する問題は、当法廷が問題としたものではない。つまり、何もしないことはより規制が少ないか？ もちろんその通りだ、というものではない。むしろ、憲法上関連する問題は、(a)フィルタリング・ソフトウェアを含めた現状と、(b)年齢認証画面を求めることを付け加えた現状における変化とを対比させていることである。フィルタリング・ソフトウェアが存在しているとしたら、議会在取り組んでいた問題は今も重要な問題のままであり続けるのだろうか？ この法はそれに取り組むのに役立つものであろうか？ これらは、この法と公の利益との関係についての問題である。この法は、現状と比較して、著しくボールを前に進めてくれるものだろうか？（法廷意見が前記 13 頁において述べているように、合憲性に関する最終的な答えは、負担と代替策をも考慮しなければならないのであるから、これらの質問に対する一つの肯定的な答えが、「言論へのなんらかの規制」を正当化するものとはならないであろう。）

これらの問題点に対するここでの回答は明白である。現在利用可能なフィルタリング・ソフトウェアは、「子供を保護する」問題を解決しない。フィルタリング・ソフトウェアは、そのソフトの自発的な使用に頼らざるを得ないだけでなく、議会在での立法を促進させた 4 つの重大な不適切さを欠点として持つ。第一に、何ら支障なく幾つかのポルノ的な情報データを通過させてしまうのであるから、フィルタリングには欠陥がある。ちょうど昨年、*American Library Assn.* 判決において、スティーブンス判事が、「現在利用可能若しくは予期できる将来において利用可能なフィルタリング・ソフトウェアの根本的な欠陥」と表現している。539 U. S., 221 頁, 123 S. Ct. 2297 (反対意見)。彼はブロッキングの不十分さの問題について指摘している。「そのソフトウェアは、好ましくないサイトをブロックするためのキーワードや句に頼っているのであるから、画像が簡単に説明されただけの情報領域を排除する能力を持っていない。」同上。つまり、キーワードが無いと、そのソフトウェアだけでは、

最もわかりやすい画像とミロのビーナスとの区別ができないのである。この点は当法廷の誰もが反対してはいない。

第二に、フィルタリング・ソフトウェアには金がかかる。すべての家庭が、それをインストールするのに必要な 40 ドル程度を所持しているわけではない。31 F. Supp. 2d, 492 頁, ¶ 65 参照。これと対比して、年齢認証画面はより少ない費用である。前記 14 頁参照 (パスワード毎に 20 セント以下またはユーザー毎の 1 認証番号に 20 ドルの費用がかかることを引用している)。

第三に、フィルタリング・ソフトウェアは、自らの子供がどこでウェブサーフィンをするのか決めようとし、その決断を実行する能力を持つ親達に依存しているのである。数百万のアメリカの家庭において、それは合理的な可能性ではない。2 千 8 百万人以上の就学年齢児童が、両親もしくは片親が仕事を持ち、少なくとも 5 百万人の子供達が、毎週監視もなく自宅で一人だけである。これらの子供の多くは、コンピュータ・アクセスをするであろう友達そしてより寛容な親達と共に、午後や夜を過ごすのである。 *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U. S. 803, 842, 120 S. Ct. 1878, 146 L. Ed. 2d 865 (2000) (ブリーアー判事の反対意見) 参照。

第四に、ソフトウェアによるブロッキングは、価値ある情報データの大部分をブロックしてしまうものと、ポルノグラフィーをふるい分けるためにソフトウェアを用いようと望む人達が認識したという結果からしても、正確性を欠いている。スティーブンス判事が指摘したように「好ましくないサイトを特定するための単語にソフトウェアが依存していることは、必然的に成人および未成年者の両方にとって完全に無害のコンテンツを含んでいる数千のページをブロックしてしまうという結果になっている。そして分別のある人なら想像もしないコンテンツが、ポルノグラフィーとかセックスといった、フィルタリング会社の分類定義に当てはまってしまう」。前記 *American Library Assn.* 判決 222 頁, 123 S. Ct. 2297 (文中の引用符と引用は削除)。事実、本件の被上訴人の一人であるアメリカ自由人権協会 (ACLU) は、フィルタリング・ソフトウェアは「クエーカー教についての情報のように有益で保護されるべき情報をブロックしてしまい、また、アメリカ大学婦人協会、エイズ・キルト、タウンホール

の政治サイト（ファミリー・リソース・センター、キリスト教徒連合、その他保守的なグループにより運営）の情報もブロックしてしまう」と議会で述べている。上院の通商科学運輸委員会におけるインターネット上のわいせつ物についての公聴会 105th Cong., 2d Sess., 64 (1998)。そのソフトウェアは「憲法上保護される言論と保護されない言論を単に識別することができない。」同 65 頁。そのソフトウェアは、「価値があり保護されるべき言論を不適切にブロックし、ブロックされるべきサイトを有効にブロックしないのである」（過剰ブロッキングについて記載された報告書を引用）。

連邦地裁の記録には、反対らしきものは無かった。被上訴人側の誰も、事実審で、反対する証拠を提出してこなかった。たとえば、フィルターに画像を解釈させ識別させることが可能となる技術が突然利用可能になるとか、広く一般に利用可能になるであろうことを、どの当事者も示そうとはしなかった。事実、当法廷は、「もちろんフィルタリング・ソフトウェアは、その問題についての完全な解決策ではない」と認めている。前記 15 頁。

要するに、「現在のフィルタリング・ソフトウェア」は、ブロックが不十分、ソフトを使う家庭毎に費用負担を課す、自宅以外の場所ではふるい分けができない、適切性を欠く、フィルタリングであることを意味している。よって、そのようなソフトウェアの使用に完全に頼っているシステムは、効率的なシステムではないと、議会は合理的に認めることができたであろう。そして、そのシステムに年齢認証画面設置を求めることを付加する法は、そのシステムの効率を著しく向上させるのである。換言すれば、ふるい分けされたプログラムにアクセスしようと望む成人には、適度な付加的費用負担をもって、その法は家庭の中でも外でも、より良い、より適切なブロッキングを実現させるのである。

当法廷の法廷意見——ポルノ的な情報データの 40% は外国のものである——は、的はずれである。上記 14 頁（連邦地裁の事実認定を引用している）。外国から情報発信をしている人全てがスクリーニングを使うことを拒否したとすれば（私は現実的ではないと信じているが）、この法は、インターネット上の営利目的ポルノグラフィーの 60% については違いを生じさせることとなる。私は、その違いが些細なこととは思わない。要するに、フィルタリング・

ソフトウェアは現在でも利用可能であるにもかかわらず、児童保護の問題は存在していると議会が合理的に帰結しているのである。絞った範囲の情報データの閲覧に対して年齢認証を要求することを付け加えれば、適切に適用範囲を限定した規制法は、営利的なポルノグラフィーから子供達をより効率的に守ることができるであろうと議会はまた帰結できたのである。

この論理付けで十分であろうか？ 下級審はそうは考えなかった。しかしそれは、それらの裁判所が、この法は適度な負荷よりもずっと重いものを課してしまうと解釈したからである。それらの裁判所は、その制定法は、法的にわいせつな情報データおよび判定線上にあるわいせつな情報データをも越えて適用範囲が広がるという解釈をすれば、その法の適用範囲外になるであろう情報データにも影響をもたらしつつ、そのようなところまで範囲が及ぶという法文の解釈を前提としていた。しかし当法廷は、この法を破壊するのではなく、守るように解釈しなければならない。*NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U. S. 1, 30, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893 (1937)。そのように解釈すれば、この法は保護されるべき情報データへのアクセスにずっと少ない負担を課すだけである。前記 26-30 頁参照。その負担は控えめなものであること及び議会の公的な目的をこの法が著しく押し進め過ぎてしまう可能性があるとしても、この法は修正第 1 条による厳格なテストをクリアできるのである。*Sable Communications*, 492 U. S., at 130, 109 S. Ct. 2829 と対比。実際、真の代替手段、つまりその目的を押し進めるのと同じく「より規制的でない」方法が存在しない限りはもちろん、この法は修正第 1 条を満足させられるのである。

それでは、当法廷意見が提示する現実の「より規制的でない代替手段」に移ろう。当法廷は、2 つの現実的な代替手段を提示している。つまり、議会が自らの「公」益を達成するために現在の制定法を修正しようとした、潜在的により規制の少ない<sup>2</sup>方法である。

第一は、連邦政府が、ブロッキングとフィルタリング・ソフトウェアの使用を「促進するように行動する」ことである。前記 16 頁。問題なのは、この代

替手段に頼る議論のどれもが理解しがたいことである。もしその問題に割かれた政府の財源が十分であり、恐らくはこれからの科学的発展があると想定できるのであれば、もちろん、ソフトウェアの使用が効果的でより規制のすくないものになるのかも知れない。たしかに連邦政府は、全ての親達、学校、インターネット・カフェに、フィルタリング・プログラムが既にインストールされた無料のコンピュータを与え、そのプログラムの利用法について親や教師を訓練する連邦職員を雇い、より良いソフトウェア開発のために数百万ドルを投入することができるであろう。結果は、極めて効果的な代替手段となるであろう。

しかし、合州国憲法は、たとえば、大まかにいうと、より規制は少ないが同じ効果でもってあらゆる問題を解決してくれる解決策のような、魔法の解決手段が存在することを政府に反駁せよと求めている（なぜならできないからである）。さもなくば、予算で悩むことも議会が行動しなければならない枠内にある現実的な他の要因に悩むこともない「弁護士や裁判官が持つ能力」、つまり「大して抜本的でもなく規制が多くもない解決方法のようなものを思いつく程度の弁護士や裁判官の能力では、制定法による解決を必要とするような損害を対処すべく法を起草することは不可能であろう。」 *Playboy Entertainment Group*, 529 U. S., at 841, 120 S. Ct. 1878（ブリーアー判事の反対意見）。ブラックマン判事が認めているように「裁判官が、多くの場面において、少しだけ「抜本的」ではなくもしくは少しだけ「規制の多く」はない何らかのものを思いつくことができず、そしてその結果、自らが立法を無効にするように投じることもしないとなれば、裁判官というものは実際の所想像力に欠けているのである」。 *Illinois Bd. of Elections v. Socialist Workers Party*, 440 U. S. 173, 188-189, 99 S. Ct. 983, 59 L. Ed. 2d 230 (1979)（賛成意見）。恐らくはそれが、スクリーニングを用いるように促進させる政府基金による付加的な財政措置が「より規制の少ない代替手段」であることについて、両当事者があまり議論してこなかった理由であろう。

第二に、多数派は、言論の或る領域を刑事処罰することの「萎縮効果」を述べつつ、制定法から処罰規定を外すことを述べている。前記 14 頁。しかしながら、主たる処罰規定を削除することは、当然のこととして、制定法をより効

果のないものにしてしまう。

私の結論は、この法は適切に解釈されれば、いくつかの保護されるべき情報データに些細な負荷——成人がその情報データを見ようと望めばささやかな費用で回避できる負荷——を課す危険性を持つというものである。同時に、その制定法は、子供達を営利的なポルノグラフィーに晒されることから守るといふ、議会の目指す公の目的を達成するのにも大いに役立つ。この公益を押し進めるのと同様の「より規制の少な」く本格的で実現可能な方法は存在しない。よって、この法は合憲である。

当法廷の判決には、問題点がもう2つある。第一に、「憲法の構成上欠くことのできない賞賛すべき構成要素である我々裁判所と我々の立法府との間の建設的な対話」に対して何が起きているのかである。*Blakely v. Washington*, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 124 S. Ct. 2531, 2534, 159L. Ed. 2d 403, 2004 WL 1402697 (2004) (ケネディー判事の反対意見)。立法への努力、2つの制定法、そして3つの最高裁判決という8年の後、当裁判所は、更なる審理を求めて、この事件を連邦地裁に差し戻すのである。何を審理するのか？ 私は、どちらの当事者側からも関連した証拠をもっと提出するという申出があったとは認められなかった。何が審理すべきものとして残っているというのか？ 当法廷が、両当事者は「この制定法への代替手段の相対的な規制能力と効果」に関する「証拠をもっと提出」することができることと述べていることは、承知の上である。前記19-20頁。しかし私は、その新しい証拠がどのようなものから構成されるのか理解できない。

それ以上に、議会は、同一問題を解決するためにために行った以前の立法努力を無効にした「*Reno* 判決における裁判所の判断に応える形で」現行の制定法を通過させたのである。議会は *Reno* 判決を注意深く読んでいる。議会は、*Reno* 判決で当裁判所が述べた前制定法への批判の一つ一つに応えるような制

定法を起草するという仕事に、邁進してきた。議会は、当裁判所の先例、特に *Miller* 判決基準から、まさに一語一語を、文言に盛り込んだのである。413 U. S., at 24, 93 S. Ct. 2607 と § 231 (e) (6) を対比。そして議会は信念を持って、修正第 1 条が保護する情報データへ成人がアクセスするのを妨げることなく、わいせつで営利目的のポルノグラフィーに子供達が晒されることを防いでくれる制定法を作り上げたのである。H. R. Rep. 5 頁参照（法案は「*Reno* 判決における最高裁判所の判断に応えるように注意深く起草」されたことを説明している）。S. Rep. 2 頁参照（同旨）。議会は他に何をはずすはずだったのか？

当法廷の判事の何人かは、今回もしくは過去において、修正第 1 条はただ単に議会がこの分野において立法することを許さないのだという考えをとってきたことは私も認識している。例えば、*Ginzburg*, 383 U. S., 476 頁, 86 S. Ct. 942（ブラック判事の反対意見：「連邦政府は、憲法に基づけば、いかなる種類の思想表現や言論に対してもいかなる種類の負荷を課す権限を持ち合わせていない。」）他の判事は、その修正条項は議会がある種の方法で、たとえば、わいせつなものに刑事処罰を科すという方法で、法を制定することを認めていないと確信している。たとえば、前記 21 頁（スティーブンス判事の賛成意見）参照。これらの考え方を支持する強力な憲法上の議論が存在している。しかし、当法廷自身はこれらの考え方を採ってはいない。その代わりに当法廷は、政府は「より規制の少ない代替手段」が存在しないことを立証してこなかったと判示している。その判断が、本件に適切であるならば、普遍的に妥当となる。そして普遍的に妥当であれば、その判断は、実質的には、当法廷の言葉が確約しているような立法上の裁量の余地を議会に対し否定することとなる。仮にこの制定法が当法廷の言う「より規制の少ない代替手段」テストをパスしないとすれば、何がパスするのであろうか？ 何もパスしないのであれば、当法廷は明白にそのように述べるべきである。

これまで説明してきたように、修正第 1 条は選択的な判断を認めると私は確信している。当法廷は、制定法の適用範囲から保護されるべき情報データの殆ど全てを除外するように、この制定法を狭く——私がそうしてきたように——解釈することができたのである。そのように解釈することで、当法廷は

制定法の文言と修正第1条の求めるものとを融和させることができたのである。当裁判所は、制定法を「生かす」のであり「それを壊す」のではない。NLRB, 301 U. S., 30 頁, 57 S. Ct. 615。賛同するものとして, *McConnell v. Federal Election Comm'n*, 540 U. S. 93, \_\_\_\_, 124 S. Ct. 619, 681, 157 L. Ed. 2d 491 (2003) (制定法の文言の解釈を生かすことが「『公正に可能』」である場合, 当法廷はそれを用いなければならない (*Crowell v. Benson*, 285 U. S. 22, 62, 52 S. Ct. 285, 76 L. Ed. 598 (1932)) を引用している)。そして訴訟手続において, 当裁判所は子供を守るという根本的な目的を議会が達成するのを是認するのである。

第二に, 多数派の判断は, 実際の所, 言論にとって良くも悪くも何等かの保護になっていくのであろうか? 私はこの質問に対する答えが明白であるとは考えない。当法廷の判断は, 訴追という武器庫から重要な武器を奪い取るものである。その武器は, 政府に選択肢——「全てを禁止するか全く何もしない」以外の選択肢, を与えたであろう。この法は, わいせつなものを可能な限り最大限に禁止する訴追を行う代わりに (もう一つの「代替手段」として被上訴人が主張しているように), わいせつ若しくはわいせつに極めて近い情報データを入手しようとする人達に, 一方で子供にはそのような情報データにアクセスできないようにしておきつつ, 見たい成人にはすぐに入手可能にしておくように, その情報データを包装紙にくるんでおくことを, 求めることができることを政府に告げているのである。この第三の選択肢——「中間的な方法」——を提供することにより, この法は, 言論を見えないところで抑圧してしまう刑事訴追の必要性を回避できるのである。

この第三の選択肢は, わいせつなものといわせないものが, 巧妙に組み合わさっており両者を容易に判別できる別々のパッケージの中には入ってこない世界で, 意味を持つものである。現実の世界では, この中間的な方法が, 限界事例的な事件においては訴追したくなる性向を和らげることにより, 修正第1条の守る利益を促進させてきたと思われる。少なくとも, 議会はそのように信じていたであろう。修正第1条の観点からすれば, この可能性であれば最終的には, 多数派の意見によって引き起こされてしまう検察官による全か無かの

合州国司法長官ジョン・D・アシュクロフト対アメリカ自由人権協会他

選択肢よりも、閲覧者が言論への自由なアクセスを保持する権利をより強く保護することを証明できたであろう。

これらの理由により、私は反対する。

## 翻訳にあたって

本翻訳は、アメリカ合州国最高裁判所の判例、*John D. ASHCROFT, Attorney General, Petitioner, v. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION et al.*, 124 S. Ct. 2783, 159 L. Ed. 2d 690, 72 USLW 4649, 32 Media L. Rep. 1865, 4 Cal. Daily Op. Serv. 5781, 2004 Daily Journal D. A. R. 7896, 32 Communications Reg. (P & F) 1089, 17 Fla. L. Weekly Fed. S 507, (2004) を邦語訳したものである。

アメリカ法を学ぶときに読むこととなる著名な判決文を邦語訳するというプロジェクトの一環として、判例の邦語訳を公表するものである。こうした判例を邦語訳する意味は以下にある。

アメリカ法を学ぶ者にとって判例を読むことは必要不可欠な法情報であり、これを読まずしてアメリカ法は理解できない。そこで、アメリカ法を学ぶならば当然のこととして判例を原語である英語で読むことが要求される。この場合、アメリカ法を学び始めた学生などにとっては、判例全文を原語で読むことには多大な労力と時間を要し、短時間に膨大な量の英文を読みこなすことが要求されるため、要約された判例教材などを利用して、判例を読んだこととして学習を終えてしまう傾向が強いのではなかろうか。しかし、アメリカ法における判例のいくつかの全文を読みこなしてみると、中には学習教材の要約からでは拾いつくせない様々なニュアンスを含んでいるものがある。たとえば、裁判官が事件に対してどのような姿勢で取り組んでいるかとか、問題解決への意気込みとか被害者救済への思い入れ、事件の社会的影響をどのように考えているか等である。アメリカの判例は、日本のそれとは異なり、言語として文体、表現においても優れたものがあり、読んでいて感動をもたらすものもある。これらは、より多くの人々にぜひ読んでいただきたいものであると考えている。

私の稚拙な邦語訳が判例の持っている潜在的な魅力を半減させるのではという危機感を抱きながらも、このような邦語訳を公表させていただくのは、より多くの方から間違いを指摘していただき修正し、より分かりやすく正確な訳文

合州国司法長官ジョン・D・アシュクロフト対アメリカ自由人権協会他

とし、これからアメリカ法を学ぶ人たちへのわかりやすい教材となればとの考えに基づくものである。

この邦語訳プロジェクトは、同時にインターネット上でも公開し (<http://cals.aichi-u.ac.jp/project/PN0900.html>) 多くの人の目にとまるように心がけている。誤訳、日本語表現などについて忌憚無きご意見をたまわり (E-mail: [hirofumi@lawschool.aichi-u.ac.jp](mailto:hirofumi@lawschool.aichi-u.ac.jp)), 徐々に訳文の質を向上させていきたいと考えている次第である。

(2004年11月12日訳了)