

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での 目的審査のあり方について

——EMA 事件判決におけるスカリア裁判官法廷意見を
素材として——

金 原 宏 明

目 次

はじめに

第1章 R. A. V. 事件判決

第1節 R. A. V. 事件判決の事案と判旨

第2節 「内容に基づく過小包摂」と「内容中立的な過小包摂」の区別

第3節 内容中立性原則と「害悪」による内容差別の正当化

第4節 小 括

第2章 EMA 事件判決

第1節 EMA 事件判決とその特徴

1 目的審査における因果関係の検討（特徴①）

2 手段審査——過小包摂に対する理解（特徴②）

3 小 括

第2節 EMA 事件判決における過小包摂な規制を正当化する方法

1 「直接的な因果関係」による過小包摂の正当化

2 目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を検討する
必要性——審査の重なり合いと因果関係の区別

3 目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を検討する
必要性——過小包摂性の不当な回避

おわりに

はじめに

本稿は、アメリカ合衆国連邦最高裁のスカリア裁判官の判断方法に焦点を当て、表現規制の文脈における過小包摂な規制¹⁾の正当化方法を検討するものである。

1) 本稿において、過小包摂な規制とは、法令において採用された手段が、同様の

連邦最高裁は、政府が言論を、その内容に基づき差別的に取り扱うこと（内容差別：content-discrimination²⁾）に対し、非常に厳格な態度³⁾をとる。言論をその内容に基づいて差別的に取り扱う政府行為は「違憲であると推定⁴⁾」さ

↘害悪を生ぜしめる表現全てを等しく規制していないことのみを指すものとして用いない。これに加えて、表現規制立法の目的自体が過小包摂である場合、すなわち、ある特定の害悪の防止をその法令の目的とするものの、これとほぼ同種のある害悪の防止をその目的とすることは拒絶する場合も含まれるものとして扱う。連邦最高裁において、このような目的自体の過小包摂性が争われた事例としては、Simon v. & Schuster, Inc. v. Members of the N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U. S. 105 (1991) がある（犯罪者が犯罪から利益を得ることを防止し、被害者への補償を確保するため、犯罪に関する表現物から得た利益を被害者への補償に用いることを強制する法令が違憲とされた。ここでは、「犯罪者が犯罪から利益を得ないことの確保」一般につき「やむにやまれぬ利益」を肯定できるにもかかわらず、法令は、「犯罪者が犯罪に関する表現物から利益を得ないこと」のみをその目的とした。しかし、犯罪から得た利益の中でもなぜ「表現物から得られた利益」のみが区別されるのかにつき、その正当化がなされていない。そのため、法令の目的自体が過小包摂であることから、法令は違憲とされた）。See Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417, 2420 (1996).

- 2) 連邦最高裁において、内容差別は、言論をその内容に基づいて規制する場合のみを指すものとして理解されていない。これに加えて、ある言論を他の言論よりも優位に扱う基礎として、その言論の内容を用いる場合も含むものと理解されている（See *Rosenberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia*, 515 U. S. 819, 832 (1995); *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U. S. 533, 537, 543-44 (2001)）。従って、連邦最高裁における内容差別は、日本の学説における観点規制よりも広い概念として把握されている。日本の学説における観点規制は、主として、規制の側面が問題とされている（高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第3版）』209頁（有斐閣・2013））。
- 3) 例えば、学校付近におけるピケッティングを禁止する条例の合憲性が問題となった *Police Department v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972) は、右条例が労働紛争に関する平和的ピケッティングのみをその規制対象から除外していたことを理由に、内容差別に当たるとして、これを違憲とした（「第一修正の意味するところは、政府には、言論を、そのメッセージや、思想、主題、および内容を理由として規制する権限がない、ということである」（*id.*, at 95)）。この判決は、内容差別の禁止についてのリーディングケースであるといえる（Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 26 (1975)）。
- 4) *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U. S. 377, 382 (1992).

れる（内容中立性原則：content neutrality principle⁵⁾）。この内容中立性原則は、第一修正の法理において重要なものであり、「言論の内容に基づき、政府が言論を差別的に取扱うことからの保護は、第一修正の価値の中核を占める」と指摘される⁶⁾。

従って、言論の内容に基づく規制（いわゆる内容規制：content-based regulation⁷⁾）の合憲性は、言論の内容に基づかない規制（いわゆる内容中立規制：content-neutral regulation）に比して厳格に判断される。特に、内容規制が主題（subject-matter）規制にとどまらず、見解（viewpoint）規制に至っている場合⁸⁾、その合憲性は非常に厳格に判断されなければならないという点につき、異論はほぼない⁹⁾。

それでは、法令が内容規制にあたる場合、裁判所はどのようにその合憲性を判断すべきか。内容規制には、いわゆる厳格審査の基準が適用され、法令は、「やむにやまれぬ（compelling）」利益を促進するために厳密に設定されてい

5) 内容中立性原則には、① 後述の内容規制の禁止（the rule against content regulation）に加え、② 政府が、ある言論を他の言論よりも優位に扱う基礎として、その言論の内容を用いることの禁止（the rule against content discrimination）という二つの側面から構成される（Steven J. Heyman, *Spheres of Autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 10 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 647, 650 (2002)）。

6) Karst, *supra* note 3, at 35; See also Paul B. Stephan III, *The First Amendment and Content Discrimination*, 68 VA. L. REV. 203, 204 (1982).

7) 内容規制については、様々な定義付けが試みられているところである。例えば、代表的なケース・ブックである KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, *CONSTITUTIONAL LAW* 1112-1120 (18th ed. 2013) は、内容規制の例として、見解規制および主題規制・話者（speaker）に対する規制・聴衆に対する伝達効果（communicative impact on the audience）に基づく規制の四つを挙げている。そこで、本稿ではさしあたり、内容規制を、ある表現をその見解・主題・話者あるいは聴衆に対する伝達効果に基づいて規制することと理解しておく。

8) 見解規制とは、ある特定の見解に関する表現を規制することをいう。これに対し、主題規制とは、あるトピックに属する表現全体を規制することをいう。

9) これに対して、主題規制の審査の厳格さには、それが公共施設における表現であるか否かなど、様々な要因が関係する（市川正人『表現の自由の法理』151頁（日本評論社・2003））。

る (narrowly tailored)¹⁰⁾」と言えない限り違憲とされる。この基準は、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査から構成される。また、手段の必要最小限性の審査には、通常、① 手段が目的を実際に促進するか、② 手段が最も制限的でない手段 (Least Restrictive Alternative = LRA) といえるか、③ 手段が目的にとって過小包摂 (underinclusive) となっていないか、④ 手段が目的にとって過大包摂 (overinclusive) となっていないか、という四つの審査が含まれる¹¹⁾。

以上のように、もし仮に、ある内容規制立法の合憲性が争われた場合、当該法令には、上記①②及び④の手段審査に加え、③過小包摂性の審査も加えられることとなる。しかし、③過小包摂性の審査は、②LRA の審査や④過大包摂性の審査とは少々性質を異にしている。言論規制が「過剰」となっていないことは当然であって、厳格審査の基準において、②LRA の審査、④過大包摂性の審査が要求されることは容易に理解できる。これに対して、③過小包摂性の審査は、規制の「不足」を問題視するものであって、規制の「過剰」を問題視するものではないからである。

確かに、厳格審査の基準に③過小包摂性の審査が要求される理由として、いくつものものが指摘される。

第一に、過小包摂の存在が、憲法上の権利の侵害の正当性に対する信頼を揺るがせ、当該規制が許されない動機に基づくとの疑いを助長するという理由 (動機の疑わしさ¹²⁾) が指摘される。

第二に、過小包摂の存在が、立法目的達成の見込みの不足を示唆するという理由が指摘される。たとえ政府の掲げる目的が正当なものであっても、その目的を達成することができそうにない場合、政府は個人の権利を制約してはならない。そして、法令の規制が過小包摂なものであった場合、当該法令の規制の

10) R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U. S. 377, 395 (1992).

11) Volokh, *supra* note 1, at 2421-24.

12) Richard H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1327 (2007).

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

みによっては掲げられた目的全てを達成することはできない。そこで、内容規制立法に過小包摂が存在する場合、その目的達成の見込みの不足を理由に、制約が差し控えられるべきである（目的達成の見込みの不足¹³⁾）というのである。

第三に、過小包摂の存在、すなわち、ある事項が法令の規制対象から外されていることが、立法府も、法令の立法目的にはその事項を規制できるほどの重要性が実は存在しないと判断したことを示唆するという理由が指摘される。すなわち、過小包摂の存在は、目的が「やむにやまれぬ利益」に当たらないことを示唆する（目的の重要性が不足することの自認¹⁴⁾）というのである。

最後に、過小包摂の存在が、「やむにやまれぬ利益」によっては正当化できない内容差別の存在を示唆するという理由（内容差別の存在の示唆¹⁵⁾）が指摘される。

しかし、たとえ過小包摂に以上のような側面があったとしても、すべての過小包摂が許されないというのも硬直的ないし極端に過ぎる。例えば、ある害悪を生ぜしめる表現類型があったとしても、その類型の中にも、害悪が発生することの確実なものとは害悪発生蓋然性の劣るものが混在する可能性は十分に考えられる。このような場合に、「まず害悪の発生が確実な部分から規制していく」といった段階的な規制を行うことは違憲とされるべきか。この場合、想定される目的に対し右規制は過小包摂なものとなるが、このような手段は違憲とされるべきであろうか。事実、アメリカにおいても、過小包摂の存在が必ずしも違憲の結論を導いているわけではない¹⁶⁾。アメリカの表現規制の文脈にお

13) *Id* at 1327.

14) Volokh, *supra* note 1, at 2420.

15) *Id* at 2423.

16) 例えば、Lee は、第一修正上の権利が問題となった事例において段階的な規制が認められた例として、*FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.*, 479 U.S. 238 (1986) (MCLF 事件判決) を指摘している (William E. Lee, *The First Amendment Doctrine of Underbreadth*, 71 WASH. U.L.Q. 637, 657 n. 126 (1993))。MCLF 事件判決では、法人に対して、選挙に関する支出を法人の財源からなすことを禁止し、代わりに、法人から独立した基金から支出することを要求する連邦法を、非営利的な法人である *Massachusetts Citizens for Life, Inc.* (MCLF) に適用することが違憲とされた (適用違憲)。法廷意見を執筆したブレナン裁判官は、厳格審査の基

いて、どういう場合には過小包摂な言論規制が正当化されるか、その正当化方法を見ておくことには一定の意義が存在するであろう。そして、過小包摂な規制に対する正当化方法の検討に際しては、手段審査における審査方法のみならず、目的審査における審査方法にも着目すべきであることは言うまでもない。過小包摂とは目的と手段との関係において生ずるのであって、ある手段が過小包摂と評価されるか否かは目的審査のあり方にも依存するからである。

以上の問題意識に基づき、本稿では、過小包摂な規制に対するスカリアの正当化方法を見ていくこととする。具体的には、まず第1章において、R. A. V. v. City of St. Paul 事件判決¹⁷⁾ (以下、R. A. V. 事件判決) を検討する。ここでは、内容差別や過小包摂に対するスカリアの厳格な態度、また、内容差別に対する問題意識を確認する。続く第2章では、どのような場合に過小包摂な規制が正当化されうるとスカリアが考えているのかにつき、Brown v. Entertainment Merchants Association 事件判決¹⁸⁾ (以下、EMA 事件判決) を通じて検討する。ここでは、目的審査において過小包摂な規制を正当化するためには、どのような事項を考慮して目的審査を行うべきかについて検討する。具体的には、害悪の蓋然性が、目的審査において審査されなければならないことを明らかにする。その上で、過小包摂な規制の正当化を目的審査において行うことにはどのような意義があるのか、ひいては、害悪の蓋然性の審査を目的審査において

ㄨ準の適用に際して、法人のみが規制対象とされている点につき、以下のように述べた。すなわち、「営利的な法人はこのような危険を引き起こす唯一の組織ではないかもしれないが、これらは、富を集積する能力を高める法的な便宜が与えられている点で、まさに右の危険を引き起こすものの最も顕著な実例といえる。議会は、現在のところ、この性質を有する組織 (firm) のうち、考えられる形態すべてについて規制しようとしているわけではない。しかし、そのことが法人に対し規制することについての正当化を弱めるわけではない。むしろ、議会の判断は、……“連邦選挙法について、‘慎重かつ段階的に規制を進める’ という注意深い立法的調整”を表している」(479 U.S. at 258 n. 11 (*quoting* FEC v. National Right to Work Committee, 459 U.S. 197, 209 (1982))) という。ここでは、過小包摂の存在にもかかわらず、段階的な規制が好意的に評価されている。

17) 505 U.S. 377 (1992).

18) 564 U.S. ___, 131 S. Ct. 2729 (2011).

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について
要求することにはどのような意義があるかについての検討も試みたい。

第1章 R. A. V. 事件判決

第1節 R. A. V. 事件判決の事案と判旨

セントポール市条例は、燃える十字架及びナチスのカギ十字に代表される象徴等であって、人種や肌の色・信条・宗教・性別を理由とした怒りや恐怖・憤りの感情を引き起こすものであると知られているもの、あるいは、そのように知られていると合理的に考えられているものの、公共の財産あるいは個人の財産への設置を禁止していた。未成年者である被告人は、壊れた椅子の足で作成した十字架を黒人の敷地内において焼却したため、右条例に違反するとして起訴された。本件では、右条例の第一修正適合性が主たる争点とされた。

スカリア裁判官の執筆する法廷意見は、まず、ミネソタ州最高裁によって本件条例に施された解釈が連邦最高裁を拘束することから、その適用範囲がいわゆる「けんか言葉 (fighting words)」¹⁹⁾ に限定されていることを認める²⁰⁾。

「けんか言葉」は、判例上、第一修正の保護が及ばないとされてきた言論である。本件条例も、その適用範囲が「けんか言葉」に限定されるとすれば、合憲と判断されることが自然である。

しかし、スカリアは、以下のように続け、“新しい第一修正の原理²¹⁾” とで

19) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). *Chaplinsky* 判決によれば、「けんか言葉」とは「発言そのものが、損害を招き、あるいは、即座に公共の平穏を乱す傾向のある」言論をいい、これらの言論の規制の規制が「なんらかの憲法上の問題を引き起こすとは考えられてこなかった」ものをいう (*id.* at 571-72)。もっとも、連邦最高裁は、*Chaplinsky* 事件判決を明示的に覆してはいないものの、この判決以後、「けんか言葉」に基づき有罪判決を下したことはない。「けんか言葉」の規制が争われる場合にも、合憲限定解釈によって法令を救出するといった技術や、漠然不明確あるいは過度の広範故に無効の法理といった技術を駆使し、有罪判決を回避している (ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLE AND POLICIES* 1033-37 (4th ed. 2011))。

20) 505 U.S. at 381.

21) *Id.* at 387.

もいうべき論理を導入する。

「我々は、時折、表現のこれらの範疇（猥褻表現や名誉毀損・けんか言葉の範疇：引用者注）が“憲法上保護された言論の領域の中に無い”，あるいは、これらに対しては“第一修正の保護が及ばない”と言ってきた。しかしながら、このような言明は文脈の中において取り上げられなければならないのであって、時折繰り返される、猥褻表現は“言論では全くない”との記述と同様に、文字通りの真実ではない。これらの言明の意味することは、言論のこれらの範疇に対し憲法が全く関心を向けておらず、その結果、規制可能という点で特徴的なそれらの内容と無関係な内容差別のための手段としてこれらの範疇を用いることができる、ということではない。これらの言明の意味することは、これらが憲法上規制可能 (proscribable) な内容 (猥褻, 名誉毀損等) にあたるということを理由に、言論のこれらの領域に対して第一修正と調和する形で制限を課すことができるということである。従って、政府は、名誉毀損を規制することは可能であるが、政府批判的な名誉毀損のみを規制するというさらに進んだ内容差別をなすことはできない。(引用省略：また、文中のイタリックは原文のまま) (505 U. S. at 383-84)」

このように、スカリアは、従来であれば第一修正の保護範囲外にあると理解されてきた「保護されない言論」についても、その内容が「規制可能な内容」であるに過ぎないとする。ここで、スカリアは、「保護されない言論」を「規制可能な言論 (proscribable speech)²²⁾」と言い換えたのである。そのうえで、スカリアは、「規制可能な言論」の領域においては、一定の内容規制が許容されるものの、それを越え、当該内容規制が許容される理由と無関係な内容差別を行うことは原則として禁止されるとの枠組みを提示した。

もっとも、スカリアも、「規制可能な言論」においては一切の内容差別が禁止されると理解しているわけではない。スカリアは、「我々の理解によれば第一修正が要求している内容差別に対する禁止も絶対的なものではない。規制可能な言論の文脈における内容差別の禁止は、完全に保護される言論の領域のそれとは違った形で適用される」とする。すなわち、厳格審査の基準の適用なし

22) *Id.*

には内容差別を課すことのできない「完全に保護される言論」の領域と異なり、「規制可能な言論」の領域においては、「政府が特定の思想あるいは観点を市場から効果的に追いやる²³⁾」危険がない場合には、厳格審査の基準の適用なしに、内容差別を課すことを例外的に許容している。

内容差別が許容される例外として、スカリアは以下の三つを挙げる。第一の例外は、「内容差別の根拠が、問題となっている言論の集合全体を規制可能としているまさにその理由によってもっぱら構成されている場合²⁴⁾」である。というのも、「このような理由は、その言論の集合全体を第一修正の保護から除外することを正当化するに十分中立的と判断されてきた理由にあたるのであるから、その集合の内部において差別をするための基礎としても十分中立的といえる²⁵⁾」からである。この第一の例外に当たる場合の例として、スカリアは、わいせつ表現規制の文脈において、その最も淫らな表現物のみを規制する場合を挙げている。第二の例外は、「(規制可能な言論のうちの規制対象とされた部分が：引用者) 特定の“二次的効果 (secondary effects)” と偶然にも関連付けられているため、その結果として、当該規制が“言論の内容を参照することなく正当化される”²⁶⁾」場合である。政府の目的が言論の二次的効果の防止にある場合、当該規制はそもそも内容差別に当たらないというのである²⁷⁾。この第二の例外に当たる場合として、スカリアは、雇用の文脈において性差別的行為を禁止した結果、その行為の禁止に付随して、性差別的な「けんか言葉」という表現が規制されるような場合を挙げている。第三の例外は、「当該内容差別の性質が、公による思想の抑圧が現に存在している現実的な可能性が全く無いといえるようなものである²⁸⁾」場合である。もっとも、なぜこのような例外

23) *Id* at 387-88.

24) *Id* at 388.

25) *Id*.

26) *Id* at 389.

27) CHEMERINSKY, *supra* note 19, at 1038.

28) 505 U. S. at 390. なお、スカリアは、このような場合には特定の“中立的な”根拠を特定することさえも不要かもしれないとする。

が認められるのかにつき、スカリアはその理由を明らかにはしていない²⁹⁾。

スカリアによれば、本件条例は規制可能な言論である「けんか言葉」のみを対象とするが、その対象が、人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づく、侮蔑的あるいは暴力誘発的な「けんか言葉」に限定されている。人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づく、侮蔑的あるいは暴力誘発的な「けんか言葉」と同様に侮辱的あるいは暴力誘発的な「けんか言葉」であっても、それが人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づかない限り、本件条例の規制対象とはならない。本件条例は、「内容差別にあたるが、さらには、単なる差別を超え、見解差別が現実を生ずる事態にまで至〔る〕³⁰⁾」ものであるが、上記三つの例外のいずれにも該当しないため、第一修正に反し文面上無効とされた。

また、スカリアは、本件条例が人種的マイノリティの保護という「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」といえるため、合憲であるという主張についても、これを退けている。いわく、「適切な内容中立的な

29) See Elena 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, 61 n. 83 (1992) (第三の例外に対するスカリアの理由付けを「不可解 (mysterious) である」と評価する)。

30) 505 U. S. at 391. このような判示から、スカリアは、見解差別を内容差別の「部分集合 (subset of category)」として理解していると言える。See CASS R. SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* 12 (1993) (「見解に基づく規制は内容に基づく規制の部分集合」であって、「見解規制は、定義上、必ず内容に基づく」が、「内容規制は必ずしも見解に基づくわけではない」とする)。なお、学説では、本件条例を見解規制と理解すべきか、あるいは、主題規制と理解すべきかにつき争いがある。例えば、サンスティンは、本件条例の規制を主題規制に過ぎないものと理解する (*id.* at 190; See also Wojciech Sadurski, *Does the Subject Matter? Viewpoint Neutrality and Freedom of Speech*, 15 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 315, 344 (1997))。これに対して、ケーガンは、本件条例の規制を、文面上は主題規制に過ぎないが、その適用において見解規制として機能するものと理解する (Elena 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, 70 (1992); Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 418 n. 14 (1996))。

代替手段の存在は、かかる制定法に対するなんらかの正当化を“著しく弱める”。従って、本件において結論を決定付けるのは、セントポール市のやむにやまれぬ利益の達成のために、内容差別が合理的に必要であったかどうかという点である。しかし、そのような必要性は明らかに存在しない³¹⁾、と。すなわち、スカリアによれば、厳格審査の基準の適用の下で内容差別的な立法が例外的に合憲とされるためには、「内容差別が合理的に必要であった」こと（「内容差別の合理的必要性」）の存在が要求される。

第2節「内容に基づく過小包摂」と「内容中立的な過小包摂」の区別

「保護されない言論」（＝「規制可能な言論」）においても原則として内容差別が禁止されるという法廷意見の理解に対しては、連邦最高裁の内部においても批判が加えられた。本稿との関係では、スカリア裁判官が「保護されない言論」においても過小包摂が許されないかのように判断したことに対する批判（過小包摂に関する批判）と、それに対するスカリアの反論について見ておくことにしよう³²⁾。

本件条例は、人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づく「けんか言葉」を規制する一方で、人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づかない「けんか言葉」は規制していない。ホワイト裁判官によれば、法廷意見の論理は、「なんら好ましい機能を果たさない」「新たな“過小包摂性法理（underbreadth）”の創造」であるという。というのも、この法理の適用によって本件条例が違憲とされた場合、「セントポール市が当該過小包摂性を修正するまでの間、……有害あるいは無価値な表現的行為（人種に基づくけんか言葉：引用者）が継続」される

31) 505 U. S. at 395-96.

32) なお、もう一つの批判として、「保護されない言論」の「規制可能な言論」への言い換えに関するものがある。例えば、ホワイト裁判官は、その同意意見において、「これらの範疇の全ては、内容に基づいている。しかし、連邦最高裁は、それらの表現内容は社会にとって無価値、あるいは、ほんの些細な価値しか持っていないために第一修正が適用されないとしてきた」として、けんか言葉にも第一修正を適用する余地を認めた法廷意見は連邦最高裁の先例に反すると批判した（*id* at 400 (White, J., concurring)）。

結果となるからである³³⁾。また、ブラックマン裁判官・スティーブンス裁判官もそれぞれ同意意見でホワイト裁判官と同様の批判を法廷意見に対して向けている³⁴⁾。特に、スティーブンス裁判官は、法廷意見の論理の下で「規制可能な言論」を規制する場合、政府はその言論全てを規制するかあるいは放置するかのどちらかを選択しなくてはならず、内容規制がほぼ不可能となるとする³⁵⁾。

この批判に対し、スカリアは、「規制可能な言論を州が禁止する場合に第一修正が課すものは、“過小包摂性 (underinclusiveness)” の制限ではなく、“内容差別 (content discrimination)” の制限である³⁶⁾」として、「規制可能な言論」の規制においては、内容差別にあたらぬ過小包摂 (内容中立的な過小包摂) は許されると反論した。例えば、有料電話サービスでの猥褻表現の禁止のように、猥褻表現を特定のメディアあるいは市場においてのみ規制することは、内容中立的な過小包摂として許容されるという³⁷⁾。スカリアは、「規制可能な言論」の領域における内容中立的な過小包摂は許されるのであるから、内容規制がほぼ不可能になるとの批判は当たらないとする。スカリアによれば、「規制可能な言論」の領域において禁止されるのは、あくまで、“内容差別”であって、これと区別される“過小包摂”ではない。ここで、スカリアは、内容差別と過小包摂が厳密には異なるものであることを前提に、過小包摂には、内容差別を伴う内容に基づく過小包摂 (content-based underinclusion³⁸⁾) と、これを伴わない内容中立的な過小包摂の二つが含まれると理解している。

33) *Id* at 402 (White, J., concurring).

34) *Id* at 415 (Blackmun, J., concurring); *id* at 419 (Stevens, J., concurring).

35) *Id* at 419 (Stevens, J., concurring). また、仮に、本件条例の規制対象が人種等によって制限されていなかったとする。この場合、確かに内容差別は存在しないかもしれないが、今度は漠然不明確、あるいは過度に広範な規制にあたるとして、違憲と判断されるであろう (CHEMERINSKY, *supra* note 19, at 1045-46)。

36) 505 U. S. at 387.

37) *Id*.

38) *See* Kagan, *supra* note 29, at 38-39.

第3節 内容中立性原則と「害悪」による内容差別の正当化

第二に、そして、より重要な点として、「規制可能な言論」の領域においても内容中立性原則が適用されるとしたことに注目されるべきである。これまで、いわゆる「保護されない言論」(＝「規制可能な言論」)に対し、その一部のみを内容に基づき規制することの第一修正適合性が連邦最高裁において正面から論じられてきたことはない³⁹⁾。この点において R. A. V. 事件判決のスカリア法廷意見は第一修正の法理にとって重要な意義を有していた。

しかし、このようなスカリア裁判官の内容中立性原則に対する理解あるいは内容差別に対する批判的な見方は、いささか硬直的ないし極端に過ぎる⁴⁰⁾。例えば、スティーブンス裁判官は、人種等に基づく「けんか言葉」によって生じる害悪がその他の「けんか言葉」によって生じる害悪と比べ、「質的に異なり、また、「より深刻である」ことから、本件条例は正当化されると法廷意見を批判する⁴¹⁾。しかし、このような正当化に対しても、スカリアは、以下のように反論している。すなわち、「この条例に違反することによって引き起こされる怒りや恐怖、軽蔑、その他の感情が、他のけんか言葉によって引き起こされる怒りや恐怖、軽蔑、その他の感情から区別されるのは、具体的に問題となったメッセージの伝える思想がそれらの感情を引き起こしたからにはほかならない」。スカリアによれば、規制が表現の有する害悪に向けられていれば、その内容に向けられていないこととなる、というのは単なる「言葉遊び (wordplay)」に過ぎない⁴²⁾。

確かに、見解に基づく規制は、その表現の害悪に向けられるのであり⁴³⁾、また、逆に、その表現が及ぼす害悪を理由に規制を正当化しようとした場合、当

39) 市川・前掲注(9)42頁。

40) See *State v. Vawter*, 642 A.2d 349, 357 (NJ 1994) (R. A. V. 事件判決に従い、「保護されない言論」に対して内容中立性原則を適用しなければならなかったことを「柔軟性を欠く義務」であるとして、R. A. V. 事件判決に従うことに対する躊躇を皮肉まじりに表現した)。

41) 505 U. S. at 425 (Stevens, J., concurring).

42) *Id* at 392-93.

43) LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 925 (2nd ed., 1988).

該規制は、その表現に対する評価のうち一方のみを規制する見解差別に陥りがちとなる⁴⁴⁾。このような、ある表現の及ぼす害悪を理由とした規制が見解差別に陥った例として、いわゆるポルノグラフィを規制する条例が問題となった *American Booksellers Ass'n v. Hudnut* 事件判決が挙げられる⁴⁵⁾。この事件で問題となったインディアナポリス市条例は、ポルノグラフィを、概要、女性のあからさまな性的隷属を、図画あるいは文書において、生々しく描写するものであって、女性が苦痛や屈辱を楽しみあるいは強姦されることに性的喜びを感じる性的対象物等として提示されているものと定義し、その製作・販売等を規制していた。第七巡回区控訴裁判所は、ポルノグラフィに、女性の従属的地位を「永続化させ (perpetuate)⁴⁶⁾」、女性に対する差別を助長する害悪があることを肯定しつつも、インディアナポリス市条例は見解差別に当たる⁴⁷⁾ ため違憲であると判断した。この条例によれば、女性の性的従属性の描写は、それがたとえ高度の文学的・政治的価値を有していたとしても、規制対象となる。しかし、女性を平等の立場として描写するものについては、それがどれだけ性的内容を含んでいたとしても規制対象とならない。それ故、インディアナポリス市条例は、「性的体験に対し女性がどのように反応するか、両性は互いにどのような関係を築くか」につき、許されない「“公認された (approved)” 観点」を確立するものであって、「思想統制」に至っているとされた⁴⁸⁾。R. A. V. 事件判決において問題となった条例による規制も、人種等に基づくけんか言葉が人種的マイノリティに与える害悪を規制の理由としていたため、人種に基づくけんか言葉に肯定的な見解に対する見解規制として機能したものと言える⁴⁹⁾。その意味で、表現の害悪を理由に内容差別の正当化を図ることが「言葉遊び」であるとするスカリアの評価には一定の説得力がある。

44) Sadurski, *supra* note 30, at 351.

45) 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1985), *aff'd mem.*, 475 U. S. 1001 (1986).

46) *Id* at 329.

47) *Id* at 325.

48) *Id* at 328.

49) *See* Kagan, *supra* note 29, at 75-76.

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

けれども、スカリアのように、「規制可能な言論」に対しても内容中立性原則の適用を要求した場合、表現の有害性を理由として、その一部のみを内容に基づき規制することが一切許容されなくなるという結論を招きかねない⁵⁰⁾。

さらに、スカリアの内容差別に対する批判的な見方は、厳格審査の基準の適用との関係でも極端と言える。本件条例は、実は、「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」と言えるため、連邦最高裁の先例に従えば合憲とされる余地があった。本件条例の目的は人種的マイノリティの保護にあり、この目的が「やむにやまれぬ利益」に当たることはスカリアも認めている⁵¹⁾。そして、人種に基づかないけんか言葉は人種的マイノリティの権利を侵害しないため、これらの禁止は人種的マイノリティ保護目的と関連しない。故に、人種に基づかないけんか言葉を規制していないことは右目的との関係においては過小包摂にはあたらない⁵²⁾。そうであるにもかかわらず、スカリアは、右要件の充足に加え、「内容差別の合理的必要性」の論証を要求し、これがな

50) 奈須祐治「表現の自由保障における内容中立性原則 (Content Neutrality Principle) の一考察——アメリカの判例・学説を素材として——」法学ジャーナル (関西大学大学院) 74号541頁 (2003)。

51) 505 U.S. at 395.

52) 人種に基づくけんか言葉に加え、人種に基づかないけんか言葉を併せ規制することは、目的と関連しない言論の規制を要求する点で、いわば「より制限的でない」代替手段ならぬ「より制限的な」代替手段にあたる。法廷意見の結論は、あたかも「より制限的な」代替手段の存在を理由に、手段の過小包摂性を否定したかのようであり、「奇妙」であると言わざるを得ない (Volokh, *supra* note 1, at 2442-43)。

また、スカリアの議論に対しては日本の学説からの批判も存在する。例えば駒村教授は、「類型論を正当化してきた実質的な規制根拠が同様に当てはまる他の言論形態をひとつ残らず網羅的に規制しない限り、当該規制措置は選択的な過小包摂になるわけである。そうなると、包摂対象の外延を画定できなければ、抽象度の高い全面規制を断行するか、一切の規制を放棄するしかなくなるのではないか。社会に応じた部分的・選択的規制は全て内容差別・観点差別になってしまうであろう。憎悪表現の弊害を除去するために、まずは社会的・歴史的にその弊害が顕著に現れる類型の言論にまず規制をかけてみる、というごくごく普通の思考が成り立たなくなる」とする (駒村圭吾「Mode of Speech——R. A. V. v. City of St. Paul 事件判決におけるスカリア法廷意見の可能性——」小谷順子ほか (編)『現代アメリカの司法と憲法——理論的対話の試み——』24頁 (尚学社・2013))。

されていないことを理由として、本件条例を違憲としている。厳格審査の基準とは、本来、内容規制立法であっても、その目的が「やむにやまれぬ利益」にあたり、かつ、採用された手段が「厳密に設定されている」と言えるのであれば、その限りにおいて右法令を合憲とする基準であったはずである。これらに加えて、他の要件の充足を要求することは先例と矛盾する⁵³⁾。しかも、先のスカリアの立場を前提とすれば、内容差別を、その表現の及ぼす害悪の重大性から正当化しようとしても、それは単なる「言葉遊び」に過ぎないと評価される可能性がある。したがって、ここで要求される「内容差別の合理的必要性」とは害悪の重大性以外の何かでなければならぬ。スカリアの見解を文字通り受け止めるのであれば、「内容差別の合理的必要性」とはどのような場合に認められるのかが明らかとされない限り、もはや言論の内容規制は、けんか言葉の場合に限られず⁵⁴⁾、ほぼ不可能となる⁵⁵⁾。

53) ホワイト裁判官は、R. A. V. 事件判決が先例と矛盾することを示すために、投票所付近における選挙に関するビラ配布の禁止が、内容規制にあたるにもかかわらず、合憲とされた *Burson v. Freeman*, 504 U. S. 191 (1992) を挙げる。この判決は、厳格審査の基準を適用しているものの、投票所付近での言論を全て規制することは要求していない。ホワイトは、法廷意見に対して、「多数意見の見解を前提とすれば、言論のより広い禁止によってもその立法目的の達成が可能な場合、内容に基づく条例は、それが厳密に起草されているといえるものであったとしても、決して合憲とはなり得ないこととなる。これは、第一修正上の分析のための基本的手法たる厳格審査の基準を全体的に放棄することであるように思われる」(505 U. S. at 404 (White, J., concurring)) と批判を加えている。

かかる批判に対して、スカリアは、この判決におけるケネディー裁判官の同意意見(504 U. S. at 213 (Kennedy, J., concurring)) を参照し、同事件は「文面上内容に基づく規制の使用が思想の抑圧とは無関係な利益によって正当化される“希有な事案”」であるとして、R. A. V. 事件判決と区別する(505 U. S. at 396 FN8 (*quoting* *Burson v. Freeman*, 504 U. S. at 211))。

54) 注(35)参照。

55) 例えば、猥褻表現には至らない性表現を、青少年保護を目的として、規制したとする。この場合、青少年保護という目的は、性表現と暴力表現とを同時に規制することによっても達成することができる。そのため、性表現のみの規制は内容差別にあたることとなろう。

第4節 小 括

以上のように、スカリア裁判官の法廷意見の立場は内容中立性原則に忠実なものであり、内容差別に対しかなり厳格な態度を示していた。特に、スカリアの厳格審査の基準に対する理解は、あたかもこれを、「見解に基づく過小包摂を当然に違憲とする法理 (*a per se rule against viewpoint underinclusion*⁵⁶⁾)」のように解釈しているとさえ評価されるほど厳格なものとなっている。

ところで、スカリアの理解は、過小包摂の中でも、「内容に基づく過小包摂」と「内容中立的な過小包摂」とが区別されるべきことを指摘した点でも重要である。スカリアによれば、法令に存在する過小包摂が「内容中立的な過小包摂」に過ぎないのであれば、右法令は必ずしも違憲とされなければならないわけではないが、法令に存在する過小包摂が内容差別を伴う場合には何らかの特別な正当化が要求されるべきとされる。逆に言えば、スカリアは、いかなる場合に過小包摂が許容されるのか、過小包摂の正当化方法を示す必要に直面したと言える。そして、この過小包摂の正当化方法につき、「社会科学的なデータ⁵⁷⁾」を参照することによる正当化という一つの可能性を提示したのが EMA 事件判決⁵⁸⁾ である。

第2章 EMA 事件判決

第1節 EMA 事件判決とその特徴

EMA 事件判決では、年少者への暴力的ビデオゲームの販売及びレンタルを禁止するカリフォルニア州法の第一修正適合性が争われた。この州法の定義によれば、暴力的ビデオゲームとは、プレイヤーにとって選択可能な行為の中に、殺害行為あるいは再起不能に至る程度の傷害行為・手足の切断行為・性的な暴

56) Kagan, *supra* note 29, at 74.

57) See Clay Calvert & Matthew D. Bunker, *An “Actual Problem” in First Amendment Jurisprudence?: Examining the Immediate Impact of Brown’s Proof-of-Causation Doctrine on Free Speech and Its Compatibility with the Marketplace Theory*, 35 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 391, 397 (2013).

58) 564 U.S. at ___, 131 S. Ct. at 2733.

行行為を人間のイメージ画像に対し加える行為が含まれるものであって、これらの行為が、合理的な人間がそのゲームを全体として考慮した場合に、年少者の猟奇的ないし不健全な興味に訴えかけているように感じられる方法や、年少者にとっての適切性に関する共同体内の支配的基準に明らかに反する方法、あるいは、年少者に対する真摯な文学的あるいは芸術的・政治的・科学的価値をそのゲーム全体から失わせる方法により、描写されているものをいう。

スカリア裁判官の執筆する法廷意見は、まず、暴力表現が「保護されない言論」にあたるとの州側の主張を *United States v. Stevens* 事件判決に依拠して退け⁵⁹⁾、本件州法が「完全に保護された言論」に対する内容規制にあたるとした。そして、*R. A. V.* 事件判決を引用の上、本件州法に厳格審査の基準を適用した⁶⁰⁾。

すなわち、スカリアは、目的審査については、*United States v. Playboy* 事件判決 (*Playboy* 事件判決) を引用し、「解決する必要のある“現実の問題 (actual problem)” を明確に特定しなければならない⁶¹⁾」とし、また、手段審査についても、*R. A. V.* 事件判決を参照し、「自由な言論の抑制は、その (現実の問題の：引用者) 解決に実際に必要 (actually necessary to solution) と言えなければならない⁶²⁾」とした。

1 目的審査における因果関係の検討 (特徴①)

EMA 事件判決には目的審査に関して特徴的な点が存在する。前述のように、厳格審査の基準の適用に際して、州は、「解決する必要のある“現実の問題” を明確に特定しなければならない」。そして、スカリアによれば、「現実の問

59) *Id* at __, 131 S. Ct. at 2734 (*quoting* *United States v. Stevens*, 559 U.S. __, __, 130 S. Ct. 1577, 1585-86 (2010)). 暴力的表現が「保護されない言論」にあたるかという論点に対する本件の判断については、桧垣伸次「暴力的なビデオゲームの規制と言論の自由——*Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729 (2011) を素材に——」同志社法学63巻7号221, 233-34頁 (2012) 参照。

60) *Id* at __, 131 S. Ct. at 2738 (*quoting* *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. at 395).

61) *Id* at __, 131 S. Ct. at 2738 (*quoting* *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 822-23 (2000)).

62) *Id* at __, 131 S. Ct. at 2738 (*quoting* *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. at 395).

題」を特定するためには、州は、「暴力的ビデオゲームと年少者に対する害悪との間の直接的な因果関係 (direct causal link)」を示さなければならない。加えて、「暴力的ビデオゲームと年少者に対する害悪との間の直接的な因果関係」についての立証上の負担は、州が負担すべきとされた。すなわち、スカリアによれば、内容中立規制に対し中間審査の基準 (intermediate scrutiny) を適用した *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* 事件判決と異なり、本件には厳格審査の基準が適用されることから、「害悪発生 of 蓋然性が不確かな場合 of 立証上のリスクは州側が負担するのであって、曖昧な証拠では不十分である⁶³⁾」とした。このようにスカリアは、暴力的ビデオゲームと年少者への害悪⁶⁴⁾ との因果関係を、手段審査においてではなく目的審査で要求した (特徴①)。

しかも、スカリアは、「現実の問題」を証明するために州が提出した証拠についても、「州の証拠は、やむにやまれぬものではない」として退けている。スカリアによれば、「現実の問題」の存在を証明するためには、暴力的ビデオゲームと年少者の「攻撃的 “行動 (act)”」との間に単に「“相関関係 (correlation)”」が認められるだけでは足りず、「“因果関係の証拠 (evidence of causation)”」の提出が要求される⁶⁵⁾。

また、もし仮に暴力的ビデオゲームと年少者の「攻撃的 “行動”」の間のなんらかの関係性を肯定したとしても、年少者に対し、暴力的ビデオゲームをプレイさせた場合の影響力とテレビによって暴力を見せた場合の影響力が“ほぼ等しい” こと、さらには、幼児向けのマンガや暴力的でない認められているビデオゲーム・銃の写真によっても同様の影響が生じること、を州の依拠する研究結果自体が認めている以上、その効果は小さく、他のメディアによる影響

63) *Id* at __, 131 S. Ct. at 2738-39 (quoting *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 661-62 (1994); *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. at 816-17).

64) ここで、「年少者への害悪」とは、年少者の脳機能への障害をはじめとする年少者自身への影響であり、暴力的ビデオゲームにさらされた年少者が他人に及ぼす害悪は含まれていない (2010 WL 4317136 (U.S.) at 18-19 のケーガン裁判官と州側の代理人モラズイーニの oral argument より)。

65) 564 U.S. at __, 131 S. Ct. at 2739.

と区別できないとされた⁶⁶⁾。

ここで、スカリアの引用する「現実の問題」とは、Playboy 事件判決において用いられた概念である。この事件においては、性的なテレビ番組をケーブルテレビにおいて放送する場合、放送時間を未成年者の見ることのない時間に限定するか、あるいは、瞬間的な信号漏れ (signal bleed) すら存在しない完全なスクランブルをかけることを要求する連邦法の合憲性が争われた。Playboy 事件において、合衆国側は、ケーブルテレビの信号漏れにより、未成年者が瞬間的に性的なテレビ番組にさらされている (信号漏れ被害) のであって、信号漏れ被害から未成年者を保護することが本件連邦法の目的の一つであると主張した。しかし、合衆国側は信号漏れ被害の深刻さにつき、その証拠を提出することに失敗した⁶⁷⁾。そのため、信号漏れ被害は合衆国の単なる憶測の域を出ておらず、「現実の問題」の存在が証明されていないとして、連邦最高裁は、信号漏れ被害の防止は「やむにやまれぬ利益」にあたらないと判断した⁶⁸⁾。

Playboy 事件と整合的に考えるのであれば、EMA 事件判決での目的審査の構造は以下のように整理できる。すなわち、「やむにやまれぬ利益」の有無の判断に際しては、「現実の問題」の特定が必要であり、そして、「現実の問題」の存在が認められるためには、害悪と規制対象の間に「直接的な因果関係」が必要とされる⁶⁹⁾。しかるに、暴力的なビデオゲームによる害悪は他のメディア

66) *Id.*

67) Craig L. Leis, *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.-Sexually Explicit Signal Bleed and § 505 of the CDA: Unabel to Overcome Strict Scrutiny... But Will Strict Scrutiny be Able to Overcome the Future?*, 30 CAP. U. L. REV. 861, 896 (2002).

68) 目的審査において害悪の存在を証明することが要求されたのは Playboy 事件判決に限られない。例えば、徴兵カードを破損する行為の処罰が第一修正に反しないかが争われた *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) においても、「(徴兵カードの：引用者) 悪意的な無制約の破損を防止し、その有用性を確保し続けること」(*id* at 380) が、正当で実質的な利益にあたることを認定するにあたって、徴兵カードが多数の目的に資するものであって (*id* at 378-80), 徴兵カードの破損がその諸目的の阻害という害悪を引き起こすことの認定を行っている (市川・前掲注(9)237頁)。

69) Clay Calvert, Matthew D. Bunker & Kimberly Bissell, *Social Science*, 8

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

による害悪と区別できず、暴力的ビデオゲームと害悪との間の「直接的な因果関係」が認められない。そのため、「現実の問題」が特定されていたとは言えず、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」は「やむにやまれぬ利益」とはいえない、という構造である。EMA 事件判決における目的審査は、この判例の次開廷期の *United States v. Alvarez* 事件判決⁷⁰⁾ が「直接的な因果関係」の有無を手段審査において検討している⁷¹⁾ ことと対照的と言える⁷²⁾。

2 手段審査——過小包摂に対する理解（特徴②）

スカリアは、もし仮に、本件州法についてやむにやまれぬ利益が認められたとしても、本件州法の規制は過小包摂あるいは過大包摂な規制であって、目的を達成するために厳密に設定されているとはいえないとする。ここでの特徴としては、スカリアが過小包摂性の判断を厳格に行っていることが挙げられる（特徴②）。EMA 事件判決の手段審査において審査された問題点は多岐にわた

↘ *Media Effects & The Supreme Court: Is Communication Research Relevant After Brown v. Entertainment Merchants Association?*, 19 UCLA ENT. L. REV. 293, 302-03 (2012).

70) *United States v. Alvarez*, __ U.S. __, 132 S. Ct. 2537 (2012) (勲章の受賞者であると詐称する行為を刑罰をもって禁止する連邦法の合憲性につき、厳格審査の基準の適用によって違憲であると判断した事案)。

71) *Id.* at __, 132 S. Ct. at 2549 (*quoting* *Brown v. EMA*, 564 U.S. at __, 131 S. Ct. at 2738) (「課された制限と防止されるべき損害との間には、直接的な因果関係が存在しなければならない」)。

もっとも、この判例においても、軍事勲章を受賞したという虚偽が軍事勲章の尊厳を弱めるという事実の証明が要求されている。そのため、「直接的な因果関係」というタームこそ使われていないものの、この判例も、EMA 事件判決と同じく、目的審査において「現実の問題」の存在を証明することを要求していると理解することも可能である (*See, Calvert & Bunker, supra* note 57, at 400-01)。

72) この両者の判例は、社会科学的数据を参照することの有用性という観点から整合的に理解可能かもしれない。例えば、*Calvert & Bunker, supra* note 57, at 401-02 は、EMA 事件判決を、「それらの製品が引き起こすとされる害悪を説明するのに社会科学的数据が有用な」事案であったのに対し、*United States v. Alvarez* 事件判決については、収集可能な証拠はせいぜい人々がどのように感じたかについてのデータぐらいのものであって、「実証的な証拠にあまり適していない」事案であるとし、両者を区別している。

るが、本稿の検討との関係では、「暴力的なビデオゲームのみを規制している」点に関して、以下の二つの過小包摂性につき、検討しておく⁷³⁾。

a “表現内容” についての過小包摂性

まず、スカリアは、州側の提示した研究によれば、幼児向けのアニメや、児童向けゲーム・銃の写真にも暴力的ビデオゲームと同様の影響力があるにもかかわらず、州法がこれらを規制対象としていないことが過小包摂に当たると認定した。すなわち、「カリフォルニア州は、土曜早朝のアニメあるいは児童向けゲーム・銃の写真の配布の規制を（賢明にも）拒絶してきた。その結果、提示された証拠（上記三つの表現物が年少者に対し及ぼす影響力と暴力的ビデオゲームが年少者に対し及ぼす影響力とが“ほぼ等しい”こと：引用者）から判断した場合……、本件規制はひどく過小包摂である。過小包摂性は、政府がその援用する利益を実際に追求しているかどうか、むしろある特定の話者ないし観点の不利益取扱いをしているのではないか、という深刻な疑いを提起する。ここで、カリフォルニア州は、少なくとも書店や漫画家・映画制作者と比較した場合、ビデオゲームの販売及びレンタル業者（purveyor）を不利益な取り扱いの対象として選び出しているといえ、そして、その説得的な理由（強調：引用者）を示していない⁷⁴⁾」と述べる。この過小包摂は、年少者に対する同様の影響力の認められる表現物から、「暴力的なビデオゲーム」を内容とするもののみを規制対象と選び出し、その他を内容とするもの（「暴力的でないビデオゲームやマンガ等」）を規制対象から除外している点で、“暴力”という“表現

73) EMA 事件判決が手段審査において言及した問題点は、本文において検討した点を除くと以下の通りである。① 保護者の許可がある場合については、暴力的ビデオゲームが年少者の手に渡ることを規制していない点（過小包摂）、② 暴力的ビデオゲームが子供の手に渡ることにつきその両親が問題視していない子供も暴力的ビデオゲームの購入を禁止される点（過大包摂）、③ 暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止及び両親の監督権限の補助を同時に達成するための規制として本件州法の規制を正当化することの可否である。③につき、スカリアはこれを否定する（564 U. S. at __, 131 S. Ct. at 2742）が、ブライヤー裁判官はこれを肯定し、本件州法は、「州にとって致命的に“過小包摂”とはいえない」とする（*id* at __, 131 S. Ct. at 2767 (Breyer, J., dissenting)）。

74) 505 U. S. at __, 131 S. Ct. at 2740.

内容”に基づく過小包摂にあたる。

“表現内容”についての過小包摂性は、R. A. V. 事件判決において内容差別に当たるとされたものと同種のものである。ゆえに、R. A. V. 事件判決の法理を前提とすれば、この過小包摂性を許容するためには、「内容差別の合理的必要性」が説明されなければならない。

b “メディア”についての過小包摂性

また、スカリアによれば、同じく“暴力”という内容を有する表現物の中から、“ビデオゲーム”のみを規制対象とし、「暴力的なマンガ等」を除外している点も過小包摂になるという。すなわち、「当該立法は、暴力の描写から⁷⁵⁾（強調：引用者）子供を守る手段としては、ビデオゲーム以外の描写を除外している点……から、深刻に過小包摂である⁷⁶⁾」という。これは、年少者に対する同様の影響力の認められる表現物から、「暴力的なビデオゲーム」というメディアのみを規制対象と選び出し、その他のもの（「暴力的なマンガ等」）を規制対象から除外している点で、“ビデオゲーム”という“メディア”についての過小包摂にあたる。“メディア”についての過小包摂性は、R. A. V. 事件判決でスカリアが内容差別にはあたらないが過小包摂にあたる制限（内容中立的な過小包摂）としたものの一つである⁷⁷⁾。もっとも、暴力的ビデオゲームの「保護されない言論」該当性が否定された以上、“メディア”についての過小包摂性も許されないこととなろう。

3 小 括

以上の二つの特徴から、以下のことが明らかとなった。スカリアによれば、厳格審査の基準とは、ある規制が目的達成のために「実際に必要」であることを要求する基準である。そして、当該法令が、「説得的な理由」無しにある規制対象のみを選び出しているとき、それは過小包摂な規制として違憲とされる。

75) ここでは、過小包摂性は、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」という目的との関係で検討するのではなく、これより拡張された「暴力的描写から子供を守る」という目的との関係で検討された。

76) *Id* at ___, 131 S. Ct. at 2742.

77) 注(37)の本文参照。

特に、当該過小包摂が内容差別を含む場合には、R. A. V. 事件判決から、「内容差別の合理的必要性」が要求されることとなろう。しかし、スカリアは、規制の「必要」性の論証となるであろう「直接的な因果関係」の証明を、手段審査（ある行為の規制によって目的が促進されたという関係性の審査）において問うのではなく、目的審査（当該規制対象となる行為と害悪との間に因果関係が存在するためにその害悪の防止が「やむにやまれぬ利益」を構成するという関係性の審査）において問うている。

第2節 EMA 事件判決における過小包摂な規制を正当化する方法

以上、EMA 事件判決を概観した。しかし、スカリア裁判官は、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」とは何を意味するのか、すなわち（内容差別的な立法を含む）過小包摂な規制を正当化する方法につき明らかにしていない。

ここで、過小包摂な規制を正当化する方法としては、大きく三つの考え方がありうる。第一に、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」の論証を目的審査の枠組みにおいて要求する考え方である（① 目的審査における過小包摂の正当化）。この考え方の下においては、法令の目的が表現内容に着目するものであったとしても、「内容差別の合理的必要性」が認められるのであれば、「やむにやまれぬ利益」にあたると認定できることとなろう⁷⁸⁾。

第二に、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」を手段審査の枠組みにおいて要求する考え方である（② 手段審査における過小包摂の正当化）。この考え方の下においては、一見すると過小包摂に見える手段であっても、「内容差別の合理的必要性」・「過小包摂の説得的な理由」が認められる場合には（深刻な）過小包摂に当たらないと認定されることとなろう。

そして、最後に、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」とは、目的審査、手段審査の外にある第三の審査であると理解する考え方である（③ 目

78) 本稿において、過小包摂な規制を、目的自体が過小包摂である場合も含むものとして扱うことについては、前掲注(1)参照。

的・手段の枠外での正当化)。この考え方の下においては、例えば、内容差別的な立法は、法令が「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」と言えることに加え、「内容差別の合理的必要性」が認められる場合に合憲となることとなろう。

この点について、R. A. V. 事件判決は、条例自体は「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」と言えるものであったが、「内容差別の合理的必要性」の論証がなされなかったことを理由に違憲と判断されたものであるから、第三の考え方（③ 目的・手段の枠外での正当化）を採る判決と分析することが素直であろう。

これに対して、EMA 事件判決は、第一の考え方（① 目的審査における過小包摂の正当化）を採る。すなわち、EMA 事件判決とは、目的審査において「直接的な因果関係」の存在を証明することによって、「説得的な理由」を論証できることを示す判決として理解できる。以下、かかる解釈の根拠を述べる。

1 「直接的な因果関係」による過小包摂の正当化

ところで、スカリアは、どのような目的との関係で手段の必要最小限性を審査したのであろうか。そこで、目的審査におけるスカリアの認定について確認すると、スカリアは、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」が「やむにやまれぬ利益」に当たらないとしたに過ぎず、本件州法の目的をどのように認定したのかにつき、明らかにしていない。しかし、暴力的ビデオゲームの規制が過小包摂となることからすれば、カリフォルニア州法の目的は、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」と認定されていないことがわかる。むしろスカリアは、「直接的な因果関係」の証明の欠如を理由に、より広く抽象的な「暴力的描写による年少者への害悪の防止」を目的と認定し、これとの関係で、当該規制の過小包摂性を審査したこととなる⁷⁹⁾。逆に言えば、スカリアは、「直接的な因果関係」の証明がなされていた場合、“メディア”についての過小包摂性が正当化され、州法の目的として「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」を認定できると考えていたと言える。

79) 前掲注(75)参照。

一般に、目的と手段の関連性を審査する場合、当該立法の目的が具体化されていればいるほど、立法者の手段選択の裁量は縮減し、目的と手段の関連性の事後的審査は容易になると考えられる⁸⁰⁾。「暴力的描写による年少者への害悪の防止」に役立つ手段としては、様々なものが考えられる。例えば、暴力的描写そのものの禁止から、映像による暴力的描写の禁止、暴力的マンガの禁止等々が考えられるのであり、暴力的ビデオゲームの規制はその一つに過ぎない。そのため、暴力的ビデオゲームの規制という手段が目的と関連するか否かを判断するに際しては、「暴力的描写による年少者への害悪の防止」という抽象的な目的との関係で手段の関連性を審査するよりも、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」というより狭く具体的な目的との関係で審査する場合の方が、立法者の手段選択の裁量が縮減し、当該手段が必要最小限であるか審査するのが容易になる。にもかかわらず、スカリアは、立法を違憲であると判断するに際し、目的をわざわざより広く捉え、より広い目的と手段との関連性を審査したこととなる。それは何故か。これを明らかにするためには、グリーン⁸¹⁾の議論が有用である。なぜなら、グリーン⁸¹⁾の議論は、「政府利益の一般性のレベルを、司法審査の諸階層（厳格審査の基準及び中間審査の基準・合理性の基準の階層のことをいう：引用者）の関連性の要件・重要性の要件と結びつけることによって、……公の利益の取り扱いに関するアプローチをより恣意に流されにくいものとする」ための「工夫に富んだ」議論であると評価されており⁸²⁾、EMA 事件判決の目的審査・手段審査の方法を理解する上でも有用と考えられるからである。

80) 柴田憲司「比例原則と目的審査——自由権制限の局面を中心に——」法学新報 120巻1・2号221頁（2013）。

81) Roger Craig Green, *Interest Definition in Equal Protection: A Study of Judicial Technique*, 108 YALE L. J. 439 (1998). この論文は、主に、平等条項の下における目的審査について検討するものであるが、グリーンは、同じく審査基準を用いる言論の自由、デュー・プロセス条項の下における司法審査にも、彼の理論が適用可能であるとする (*id* at 441 n. 9)。

82) Stephen E. Gottlieb, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, 4 U. PA. J. CONST. L. 350, 369 (2002).

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

ある審査基準を適用し立法の合憲性を判断するにあたり、裁判所は、当該立法の目的を解釈可能な諸目的の中から認定しなければならない。ここで、グリーンによれば、立法目的とその手段には、政府利益の一般性のレベルの捉え方を通じ、二つの関係性が認められるという⁸³⁾。彼によれば、当該立法の目的として解釈可能な目的は、その政府利益の一般性に依じて同心円状に配置される。この同心円の中心には、「当該立法の規定する手段（区別）そのもの」という目的が配置される。もっとも、この目的には手段の繰り返し以上の正当化が認められず、目的の重要性が全く認められない（従って、裁判所はこのような目的を認定すべきではない⁸⁴⁾）。そして、そこから外側に向かうにつれ、「当該立法の規定する手段に関連する政府利益」をより多く包含した、より広い目的が配置⁸⁵⁾される。例えば、グリーンは、男性の入学は認める一方で、女性の入学を認めないヴァージニア軍事大学のアドミッションプログラムの合憲性が争われた *United States v. Virginia* 事件判決⁸⁶⁾ に即して、政府利益の一般性に関する同心円を説明する。それによれば、同心円の中心には、「女性を排除することそれ自体を目的として、女性を排除することについての利益」を促進すること、という目的が配置される。そして、そこから、外に向け、「男性だけという軍事的教育の環境を維持することについての利益」を促進すること、「民兵を教育することについての利益」を促進すること、「ヴァージニア州における大学教育の提供についての利益」を促進すること、そして、「公共の福祉の増進についての利益」を促進することという目的が順に配置される⁸⁷⁾。外側に配置された、より一般的な政府利益には当該立法の採用した手段に関連する社会的価値がより多く含まれる。そのため、立法目的は、外側に向かい、より広くなるにつれ、その重要性が高められることとなる。

これに対し、目的と手段の関連性と政府利益の一般性の間には先ほどと逆の

83) Green, *supra* note 81, at 446-47.

84) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996).

85) 同心円の最も外側には、「公共の福祉の増進」という目的が配置される。

86) 518 U.S. 515 (1996).

87) Green, *supra* note 81, at 445-46.

相関関係が存在する。前述のように、「当該立法の規定する手段（区別）そのもの」という最も狭い目的には、目的の重要性が全く認められない。しかし、最も狭い目的は、手段と不可分の関係にあるため、手段との間に絶対的な関連性が認められる。これに対して、より広い目的は、より一般的な政府利益を包含するため、目的の重要性は高められる。しかし、より広い目的は、対象を「区別」しない中立的な手段によっても達成できる（厳格審査の基準に即して言う「過小包摂」が生じる）ことから、手段との関連性は、最も狭い目的と手段との関連性に比して、薄いといわざるを得ない⁸⁸⁾。例えば上記の例では、「民兵を教育することについての利益」や、「ヴァージニア州における大学教育の提供についての利益」という目的は、女性の入学を認めた場合であっても同様に達成できるのであるから、これらの目的は、女性の入学を認めないという手段との関連性がより薄いと言わざるを得ない。

以上から、グリーンは、「第一に、利益がより狭く認定されるにつき、それらの重要性はより小さくなる。第二に、利益がより一般的に認定されるにつき、問題となっている政府行為へのそれらの関連性はより薄くなる」とする⁸⁹⁾。そして、裁判所には、立法目的を認定するにあたり、どの程度の一般性における政府利益を包含するよう立法目的を認定するかについての裁量が不可避免的に与えられる⁹⁰⁾。従って、裁判所は、一方において、政府利益の一般性を操作し、審査基準の目的の重要性の要件充足性が否定されるようになるまで立法目的を狭く認定することが可能であり、また、他方において、目的と手段の関連性の

88) また、より一般的な政府利益の保護を目的として認定することには、その目的の重要性が強調されることにより、本来存在しない政府利益が追求されている危険がある。例えば、「子の福祉」の増進を目的として、性的な描写を禁止した場合、「子の福祉」の重要性が疑いようのないため、性的な描写が本当に「子の福祉」を害しているかの証明なしに規制が認められる危険がある (Matthew D. Bunker, Clay Calvert & William C. Nevin, *Strict in Theory, But Feeble in Fact? First Amendment Strict Scrutiny and the Protection of Speech*, 16 COMM. L. & POL'Y 349, 369 (2011))。

89) Green, *supra* note 81, at 447.

90) *Id.*

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

要件の充足性が否定されるようになるまで立法目的を広く一般的に認定することも可能である⁹¹⁾。

以上のグリーンの議論は、ある立法の目的を認定するにあたり、裁判官がその個人的選好に従い政府利益の一般性を操作することによって、その立法をいわば恣意的に違憲と判断することの問題性に向けられている。しかし、裁判官の個人的選好に従った政府利益の一般性の操作の問題性は、目的を狭く認定することにより手段の過小包摂性を回避するという形で、裁判所が合憲判決を下す場合にも存在する。しかし、そのような認定を恣意的に行うことは許されるべきではない。

2 目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を検討する必要性

—審査の重なり合いと因果関係の区別

ここでは、グリーンの議論を用いて、スカリアが「直接的な因果関係」を目的審査において審査した理由を検討する。

第一に、手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査することには、「目的審査と手段審査の重なりあい」とでもいうべき問題点があることを指摘できる。この問題点を検討するため、EMA 事件判決において問題となったカリフォルニア州法を若干簡略化し検討する。具体的には、〈年少者の精神的健全さを守るため、暴力的ビデオゲームを年少者に対し配布する行為（暴力的ビデオゲーム配布行為）を禁止する〉という法令を扱う。ここで、上記の法令の合憲性を検討する前提として、暴力的ビデオゲームを年少者に対して見せたとしても、暴力的なテレビ番組や幼児向きのアニメなどの他の表現物と区別できる⁹²⁾ 影響が認められないとする。そして、「年少者の肉体的及び精神的健全さを守ることにやむにやまれぬ利益がある」ことは先例上確認されている⁹³⁾。

前述のように、立法に規定された手段そのものを立法目的として認定するこ

91) *Id* at 451.

92) 暴力的ビデオゲームによる年少者に対する影響が他の表現物と区別できるものである場合には、暴力的ビデオゲームのみの規制も許容される余地があることについては、後掲注(101)-(112)とその本文を参照。

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

とは許されない。この場合、抽象的な目的として、①「年少者の保護」という目的も想定できるが、認定可能な目的の中で手段との関連性の最も高まる目的を考慮すると、それはおそらく、②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」であろう。しかし、ここで、目的を②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」とすると同時に、〈暴力的ビデオゲームを見せても年少者への影響は生じない。それ故に、暴力的ビデオゲーム配布行為の禁止という手段は②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」という目的を促進しない〉として手段審査で法令を違憲にしたとする。この場合、手段審査は、〈「現実の問題」が存在しないものを規制する目的は正当な目的とは言えない〉という目的の正当性の審査と重なりあう。従って、このような審査方法においては、手段審査独自の意義が認められなくなる⁹⁴⁾。

逆に、〈暴力的ビデオゲームを見せても年少者への影響は生じない。それ故に、手段は目的を促進しない〉との関係を手段審査で検討しつつ、目的審査と手段審査の重なり合いを回避しようとした場合、どのように立法目的を認定すべきか。この場合、裁判所は、法令の目的を、①「年少者の保護」ないし①'「暴力描写からの年少者の保護」と認定すべきこととなる。しかし、このような目的認定によれば、ビデオゲーム以外の他の暴力的表現を規制対象としていない点（“メディア”についての過小包摂性）、あるいは、暴力以外の他の有害表現を規制対象としていない点（“表現内容”についての過小包摂性）が過小包摂となる。従って、手段審査の独自の意義を維持しつつ、「直接的な因果関係」の審査を手段審査において行う場合、何らかの過小包摂が必然的に生じ、有害表現の規制は一切厳格審査の基準をくぐり抜けられなくなる。

94) 加えて、このような「目的審査と手段審査の重なりあい」は、以下のような形で合憲判断においても生じる。すなわち、暴力的ビデオゲーム配布行為の禁止という手段は②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」という目的と関連するといった形の審査である。このような審査には「ほとんど同義反復でしかない」（門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討——自由権規制立法の違憲審査基準論を主たる素材として——（2・完）」広島法学31巻4号200頁（2008））ものに陥る危険がある。

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

以上で見たように、手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査する審査手法には、R. A. V. 事件判決のステーブンス裁判官同意意見が法廷意見に対して加えた批判が同様に当てはまる。すなわち、このような審査方法では、言論全てを規制するかあるいは全く規制しないかのどちらかを選択しなければならない⁹⁵⁾。それに伴い、通常感覚であれば許容されそうな「まず害悪の発生が確実な部分から規制していく」といった段階的な規制⁹⁶⁾も認められなくなってしまう。もしこのような段階的規制の必要性を認めるのであれば、過小包摂な規制の正当化は、② 手段審査における過小包摂の正当化によるべきではない。また、③ 目的・手段審査の枠外での正当化によることも妥当でない。この正当化方法にも、厳格審査の基準に関する先例との整合性につき疑問がある⁹⁷⁾。加えて、この正当化方法を採用した場合、内容規制が不可能となるおそれも存在する⁹⁸⁾。過小包摂な規制の正当化は、① 目的審査における過小包摂の正当化によるべきである。

また、手段審査に加え目的審査においても関連性の審査を行う以上、手段審査における関連性の審査と目的審査における関連性の審査は別個のものが想定されるべきであろう。具体的には、目的審査における関連性の審査とは、害悪を生ぜしめるとされている規制対象群がある害悪を引き起こすかを問うものであると考えるべきである⁹⁹⁾。これを表現規制の文脈、特に EMA 事件判決において問題となった暴力的ビデオゲームの規制に即して言えば、以下のような審査となる。すなわち、目的審査においては、暴力的ビデオゲームにある害悪

95) 注(35)の本文参照。

96) 前掲注(16)参照。また、注(52)に引用した駒村教授の議論もあわせて参照。

97) 前掲注(53)とその本文参照。

98) 前掲注(55)とその本文参照。

99) 日本においても、浦部教授が、目的審査において審査される関連性とは、「一定の類型ないし範ちゅうに属する行為と『害悪』発生との間の一般的な関連性である」とする。過小包摂な規制を目的審査において正当化する場合の関連性審査もこの浦部教授の関連性審査に近いものであると考える。浦部法穂『違憲審査の基準』40頁（勁草書房・1985）。なお、浦部法穂『憲法学教室 全訂第2版』90頁（日本評論社・2006）も参照。

を引き起こす蓋然性、例えば、これに触れた年少者の行動を攻撃的にする等の害悪を及ぼす蓋然性が認められるか否かが、立法事実を照らして判断される。これに対して、手段審査における関連性の審査とは、実際に法令の採用する具体的手段が、規制対象によって生じるとされる害悪の防止という目的を実際に促進するものであるか、また、その手段には目的との関係において行き過ぎがないかを問うものである。上記の例で言えば、法令が、暴力的ビデオゲームの販売に年齢確認を義務付けた場合や、あるいは、暴力的ビデオゲームの店頭での販売を禁止し、クレジットカードによる年齢確認の容易なインターネットによる販売にその流通過程を限定した場合、これらの手段は、暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護を実際に促進するか、また、行き過ぎがないかが審査されるべきこととなる。この例の場合、これらの手段は、共に目的を促進する。しかし、流通過程のネット販売への限定は、成人がこのような表現物を手に入れる機会を著しく制限するのであって、手段に行き過ぎがあると認定されるおそれがある。

3 目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を検討する必要性

—過小包摂性の不当な回避

以上のように、手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査する審査方法には、「目的審査と手段審査の重なりあい」によって手段審査の独自の意義が失われるという問題点を指摘できる。スカリアが目的審査において「直接的な因果関係」の審査を行ったのも、この問題点の回避するためであった可能性を指摘できる。

しかし、そもそも以上の思考過程は、違憲の結論を導く場合のものである。手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査することの第二の問題点として、前述の政府利益の一般性の恣意的操作による過小包摂の不当な回避が挙げられる。もし裁判官が合憲の結論を導こうとして以上の思考過程を用いた場合、裁判官は、より一般的な政府利益の中から、特定の規制対象のみと関わるより一般性の低い政府利益を選び出し、この政府利益を包含するよう目的を認定することによって、すなわち、目的を恣意的に狭く認定することによ

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

て、内容差別的な規制であっても過小包摂性の審査を容易にくぐり抜けさせることができってしまう。以上のような過小包摂性の回避について、EMA 事件判決に即して例を挙げるとすれば、②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」を「やむにやまれぬ利益」にあたると認定し、これと手段との適合性を検討することが考えられる。ここで、手段審査において問題となるのは、手段が目的を促進するか（促進関係）である。しかし、促進関係が認められるためには科学的な証明まで要求されておらず、十分に説得的な一般常識で足りると考えられている以上¹⁰⁰⁾、EMA 事件判決で示された“相関関係”の証拠でも十分に促進関係が認められる可能性がある。

従って、目的認定における政府利益の一般性の操作は過小包摂性の回避ルートになりうるのである。それ故、厳格審査の基準の適用に際しては、「何故そのような狭い目的（従って、一般性の低い政府利益しか包含しない目的）を認定することが許されるのか」につき、何らかの正当化が要求されるべきである。つまり、裁判官の認定した、より狭い目的には、より広い目的から区別されるべき理由があることが示されなければならない。

a 「害悪の重大性」による正当化アプローチ

その正当化の一つとしては、「当該表現物の引き起こす害悪が他の表現より大きいから」という正当化が考えられる。前提として、議会には、言論に対し社会の抱く不快感やマイナスの評価を理由に言論を規制する権限は与えられていない¹⁰¹⁾。そのため、ある言論を規制する場合、議会は、その言論が引き起こす何らかの害悪を理由としなければならない。ここで、議会には、当該規制対象の引き起こす害悪の程度を評価し、その中から最も深刻と評価した害悪の

100) Volokh, *supra* note 1, at 2422.

101) *Id* at 2419. 例えば, Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U. S. 105, 118 (1991) は、「政府は、社会がある思想それ自体を不快、あるいは賛成できないと考えていることのみを理由に、当該思想の表現を制限してはならない」とする (*quoting* Texas v. Johnson, 491 U. S. 397, 414 (1989))。また、嫌悪感が表現を制限するための正当な根拠とはなり得ないことは、EMA 事件判決のスカルリア法廷意見においても確認されている (564 U. S. at ___, 131 S. Ct. at 2738)。

みを規制する裁量が与えられている¹⁰²⁾。そうであるとすれば、議会には、最も深刻と評価した害悪のみを防止するために立法することも許されるはずである。そして、より重大な害悪の防止を目的とする場合には、他の瑣末な害悪の防止を目的の範囲から除外した場合でも、その目的が「やむにやまれぬ利益」に該当する公算は高い。また、そもそも、過大包摂性の審査、過小包摂性の審査における「過大」・「過小」とは、既に一定の評価が加えられている概念である。例えば、ヴォロックは、過大包摂を「政府利益と関わりのない言論を相当数制限する（強調は引用者）」こと、過小包摂を「制限されている言論と同程度に政府利益に対して害悪を及ぼす相当数の言論を規制することに失敗する（強調は引用者）」ことと定義している¹⁰³⁾。このヴォロックの定義によれば、厳密には何らかの過大包摂・過小包摂が存在する場合でも、その程度が「相当数」と評価されない範囲に留まるのであれば、厳格審査の基準を満たすとされる余地がある¹⁰⁴⁾。このように、過小包摂性の概念自体を〈「同程度」の害悪を「相当数」規制できていないこと〉と捉えることが許容されるのであれば、防止されるべき「害悪」の側を〈「同程度」と言えない「深刻」な「害悪」〉に限定することも、過小包摂性の不当な回避と非難するに値せず、許容することができる。

102) See Note, *Development in the Law — Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1084 (1969). このノートは、平等条項の文脈において、害悪認定につき議会に裁量が認められることを指摘しているものであって、表現規制の文脈における議会の裁量の有無につき直接扱う文献ではない。しかし、平等条項の文脈と言論規制の文脈の間に裁量の広狭につき差異が存在する可能性は否定できないとしても、表現規制の文脈においても、害悪認定についてのなんらかの裁量が議会に対して認められると考えられる。また、議会が害悪認定についての裁量を有していることは、経済的自由に関する判例においても認められている。See, *Williamson v. Lee Optical, Inc.*, 348 U.S. 483, 489 (1955) (「(害悪の：引用者) 改善は、議会の判断において最も深刻であると考えられた問題の側面に専念することにより、段階的に進めることが許される」とする)；*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 400 (1937) (「議会は、害悪の程度を評価することについて自由であって、その立法の規制対象を、必要性の明白な諸事例に限定してもよい」とする)。

103) Volokh, *supra* note 1, at 2422-23.

104) See Fallon, *supra* note 12, at 1327-1332.

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

もっとも、R. A. V. 事件判決において、スカリアが〈害悪の重大性〉という観点からの市条例の正当化を「言葉遊び」として退けた¹⁰⁵⁾ことからすれば、害悪の重大性のみによって、「内容差別の合理的必要性」を説明することは困難かもしれない。

b 「害悪の蓋然性」による正当化アプローチ

以上は、〈害悪の重大性〉という観点から過小包摂性回避の正当化を試みるアプローチであった。これに加えて、スカリアは、EMA 事件判決を通じて、「当該表現は害悪との間の因果関係が明確であり、かかる表現から生じる害悪が“現実の問題”となっている」という正当化方法を加えたと分析できる。いわば〈害悪の蓋然性〉の観点から、過小包摂性回避の正当化を試みるアプローチである。確かに、「年少者の保護」というように、規制立法の目的を抽象的に認定することも可能である。しかし、このような抽象的な目的を認定したとしても、厳格な目的審査には耐えられない¹⁰⁶⁾。そもそも、「第一修正は、州に対して、存在しない問題を規制することを要求していない¹⁰⁷⁾」のであって、「現実の問題」を規制しなければならない。

それでは、〈害悪の蓋然性〉を証明することによって、なぜ過小包摂、特に、内容差別は許容されるのか。この点につき、見解規制も絶対的に禁止されるものではなく、明白な害悪の防止を理由とする場合には見解規制も許されるとするサンステインの議論が参考となる。サンステインによれば、見解規制には、それが不法な動機に基づくおそれがあり、また、公共の討論から一方の見解を締め出しことによって表現の自由のシステムを歪曲させる効果（歪曲効果：skewing effect）がある¹⁰⁸⁾。そのため、見解規制が許容されるためには、十分に中立的な正当化が与えられ、その規制が実は思想の検閲を目的としているのではないかという疑いが払拭されなければならない。しかし、言論と害悪は簡

105) 前掲注(42)の本文参照。

106) Fallon, *supra* note 12, at 1324.

107) *Burson v. Freeman*, 504 U. S. at 207.

108) SUNSTEIN, *supra* note 30, at 168-70.

単に結びつきうるものであり、ある言論が何らかの害悪を生ぜしめることの論証は、見解規制を正当化するには不十分という。例えば、戦時中においても、軍務の実効性確保を理由として、反戦運動を規制することは許されるべきではない。しかし、このような規制が許されないのは、反戦運動に軍務の実効性を阻害する恐れが認められないからではない。過度な反戦運動が軍務の実効性を阻害する恐れは十分に考えられる。彼によれば、見解規制が許容されるためには、「その規制が、“見解に基づいている”と考える余地すらないほどに明白な害悪に基づいている¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾」場合でなければならない。過小包摂な規制を正当化するため法令の目的として「害悪の防止」を掲げる場合にも、その害悪は明白なものでなければならないというべきであろう。

次に、ある害悪を生ぜしめるいくつかの表現物の中からある表現物のみを選び出すこと、言い換えれば、害悪との因果関係がより明確な規制対象から生じる害悪の防止のみを「現実の問題」として認定し、その防止を規制目的として選び出すことはどのように正当化されるべきであろうか。

これは以下のように考えることができよう。例えば、害悪を引き起こす蓋然性が80%を超えている場合に「現実の問題」を認定できるとする。この場合において、暴力的ビデオゲームが年少者に対して害悪を引き起こす蓋然性が90%であったとする。これに対して、暴力的なマンガが年少者に対して害悪を引き起こす蓋然性は60%に過ぎないとする。この場合、「暴力的なマンガによる害悪からの年少者の保護」は「現実の問題」に当たるとは言えない。従って、裁判所は、「暴力的なマンガによる害悪からの年少者の保護」を除外し、「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」を目的として認定することが許

109) SUNSTEIN, *supra* note 30, at 173-75. なお、サンステインは、「明白な害悪」が認められる場合の規制はもはや見解規制には当たらないとする。

110) サンステインは、このような「明白な害悪」に基づくために合憲と判断された規制の例として、個人経営のカジノの広告の規制 (Posadas v. Louis Co. of Puerto Rico, 478 U. S. 328 (1986)) を挙げる。また、そのほかにも、テレビにおけるタバコ及び酒類のコマーシャルの放映の規制、違法薬物の広告の規制も、それらの摂取が自己又は他人へ明白な害悪を加えることから、許されうるとする (*id* at 175)。

される。

以上の論理は、正当に規制することができない対象を除外し、正当に規制可能な対象のみを選び出すことの正当化に関するものであった。これに対し、暴力的なマンガが年少者に対して害悪を引き起こす蓋然性が80%であった場合にも、目的を同じように認定することができるか。すなわち、害悪を引き起こす蓋然性が「やむにやまれぬ利益」該当性の閾値を超える規制対象が複数存在する場合に、その中から、害悪を引き起こすより高度の蓋然性が認められる規制対象だけを選び出し、その害悪の防止を目的として認定することが許されるか。ここでは、規制対象と害悪との間の因果関係の存在を前提に、その因果関係の強度に応じ、ある表現のみを規制することの可否が問われている。

この問題は以下のように考えることができよう。すなわち、年少者に対してある有害表現を視聴させた場合、その年少者に対し有害な影響が生じるか否かは、その年少者の影響の受けやすさという個性に依存する。ある年少者に対して重大な害悪を生じさせる表現であっても、他の年少者に対してはなんら害悪を生じないということも十分考えられる。つまり、害悪の防止という政府利益はオールオアナッシングなものではなく、程度問題に過ぎないのである。従って、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査に際しては、「害悪のリスクあるいは発生を特定の量における減少を達成すること」が「やむにやまれぬ利益」にあたるかを検討すべきである。言い換えれば、「争われている規制が達成するであろう程度において、害悪の危険あるいは発生の減少を達成することについて、やむにやまれぬ利益が存在するか否か¹¹¹⁾」を問うべきである。

このように当該具体的規制によって見込まれる利益との関係において目的審査を考えるのであれば、害悪を引き起こす蓋然性が「やむにやまれぬ利益」該当性の閾値を超える複数の規制対象の間においても、その規制によって得られる利益の間には差異が存在する。より高度の蓋然性が認められる害悪の防止によって得られる利益は、蓋然性のより認められにくい害悪の防止によって得られる利益よりも大きい。従って、防止されるべき害悪の側を、「同程度」と言

111) Fallon, *supra* note 12, at 1325.

えないより高度の蓋然性が認められるものに限定することも、過小包摂の回避と非難するに値せず、許容できる。従って、害悪との因果関係がより明確な規制対象から生じる害悪の防止のみを「現実の問題」として認定し、その防止を規制目的として選び出すことも、州には許されるべきであろう。

おわりに

以上の議論を踏まえて、過小包摂な規制に対するスカリア裁判官の判断方法についてまとめておく。

まず、アメリカ連邦最高裁においては、言論の自由規制立法の合憲性を審査する際に、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査として、防止しようとした害悪が単なる憶測に過ぎないものではなく、「解決する必要がある“現実の問題”」であることの証明が要求される場合がある。そして、スカリアによれば、「現実の問題」の存在を肯定するためには、規制対象と害悪との間の因果関係の審査を行い、両者の間に「直接的な因果関係」が認められることが必要である。本稿では、「直接的な因果関係」の証明によって、過小包摂な規制を正当化しうること（「直接的な因果関係」の証明が R. A. V. 事件判決で要求された「内容差別の合理的必要性」の論証、あるいは、EMA 事件判決で要求された「説得的な理由」の論証となりうること）が示された。すなわち、目的審査において害悪の蓋然性を証明することによって、過小包摂な規制を正当化し得ることが示されたのである。

もっとも、過小包摂な規制の正当化については、目的審査で行うべきことが必然的であるわけではない。これを手段審査において行うことも可能であろう。しかし、害悪の蓋然性の審査を行うことによって、過小包摂な規制の正当化を目的審査において図ることには以下の積極的意義が存在する。

一つ目は、猿払事件最高裁判決において見られたものと同種¹¹²⁾の、「目的

112) 猿払事件最高裁判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）は、公務員の政治的行為を禁止する国家公務員法102条1項及び人事院規則14-7の合憲性を判断するにあたり、目的・手段を以下のように認定した。まず規制目的について

過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について

審査と手段審査の重なりあい」を防止しつつ、言論の段階的な規制を可能とする機能であった。目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を審査することによって、「まず害悪の発生が確実な部分から規制していく」段階的な規制であっても過小包摂性の審査をくぐり抜けることが可能となる。

二つ目は、目的審査において〈害悪の蓋然性〉を審査すべしとすることによって、裁判官がその個人的な選好に従い立法目的の認定を恣意的に操作し、過小包摂性の審査をくぐり抜けられるような目的を認定することを防止する機能であった。言い換えれば、目的審査における〈害悪の蓋然性〉の審査は、裁判官の目的認定の正当性を担保する機能を果たすこととなる。また、この機能から、目的審査における規制対象と害悪との間の因果関係の検討は、立法の採用した具体的な手段との間の関連性を審査されるべき対象、すなわち、立法の具体的な目的を認定するためのルールとしても機能する。

このような議論は、一見すると、過小包摂性の審査の意義を弱め、内容差別を伴う立法であっても合憲となる余地を認めること、ひいては、厳格審査の基準を弱体化させることにもつながるように見えるかもしれない。しかし、投票所付近におけるビラ配布につき、他のビラ配布については規制しない一方で、

は、職務の遂行に対する党派的偏向とこれによる行政の中立的運営に対する国民の信頼の破壊・行政内部における政治的対立の発生とこれによる国の政策の忠実な遂行への重大な支障等の「弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為を禁止すること（強調：引用者）は、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであって、その目的は正当なものというべきである」とする。そして、この規制目的と手段との間の関連性についても、「右のような弊害を防止するため、公務員の政治的中立性を損なうおそれがあると認められる政治的行為を禁止すること（強調：引用者）は、禁止目的との間に合理的関連性があるものと認められる」として、規制目的と手段との間の関連性を肯定した。しかし、このような審査方法には、「公務員の政治的中立性を損なうおそれがあると認められる政治的行為を禁止すること」という手段は、「公務員の政治的中立性を確保し、もって、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保すること」という目的と関連するといった形で、その目的審査と手段審査の重なり合いが生じている。すなわち、このような審査方法には、「ほとんど同義反復でしかない」（門田・前掲注(94)200頁）ものに陥る危険がある。

選挙に関するビラ配布のみを規制する場合¹¹³⁾に代表されるように、言論を規制する必要が有りうることは否定できない。このような場合に、規制の必要性を認めつつも、それにもかかわらず当該規制に対し厳格審査の基準が適用された場合、規制を合憲とするために目的の「やむにやまれぬ利益」該当性・手段の必要最小限性を緩やかに充足させる必要性が生じ、かえって厳格審査の基準の厳格さを奪う結果を招きかねない。

このような厳格審査の基準の弱体化に対処するためには、むしろ、目的審査においては、立法府が防止しようとした害悪の重大性に加え、その害悪が現実的なものであるか、あるいは、その現実性が他の害悪に比べより著しいものであるか、という害悪の蓋然性に着目すべきである。これに対して、手段審査においては、予測された害悪を防止するために当該立法が用いた手段がこのような予測される害悪に対し有効なものであるかが問われるべきこととなる¹¹⁴⁾。

113) *Burson v. Freeman*, 504 U. S. 191 (1992). 同事件については注(53)参照。

114) このような観点から、筆者は、規制立法の合憲性判断においては、当該具体的規制によって見込まれる利益を把握した上で立法目的を認定し、立法の採用する手段がその立法目的をどの程度促進することができるのかを問う方法が模索されるべきであると考えている。また、このような方法の模索に加え、これを用いた日本の憲法学の分析も課題となる。これらについては別稿で論ずることとしたい。