

下品な放送内容に対する FCC の規制と表現の自由 — FCC v. Fox Television Stations, Inc., 567 U.S. _ (2012)を素材にして—

井 上 幸 希

はじめに

第一章 FCC v. Fox Television Stations, Inc., 567 U.S. _ (2012)

一 事実の概要

二 判決要旨

第二章 下品な放送内容の規制と合衆国憲法修正 1 条

一 *Pacifica* 判決を再考すべきかどうかについて

二 「下品な表現」の定義について

三 下品な放送内容の規制に適用されるべき審査基準について

おわりに

はじめに

2012 年 6 月、連邦最高裁判所は、下品な放送内容に対する連邦通信委員会 (Federal Communications Commission. 以下、FCC という。) の規制が、Fox 社および ABC 社に対し、どのような表現が規制の対象となるのかについて、事前に十分な告知を与えていなかったため、合衆国憲法修正 5 条が規定するデュー・プロセス条項に違反すると判示した⁽¹⁾。従前の FCC の規則 (2001 Guidelines) は、表現が下品であるか否かを認定する際に、不快な表現を長時

(1) FCC v. Fox Television Stations, Inc., 567 U.S. _ (2012). (以下、本判決あるいは Fox II 判決という。) Fox II 判決は、2009 年の Fox I 判決の差戻審であり、Fox I 判決では、行政手続法 (Administrative Procedure Act. 以下、APA という。) にもとづき、下品な放送内容に対する FCC の規制が恣意的ではないと判示され、憲法問題について踏み込んだ判決ではなかった。なお、Fox II 判決の評釈として、辻雄一郎「下品な放送内容についての FCC の基準と放送局への公正な告知— FCC v. Fox Television Stations, Inc., 132 S. Ct. 2307 (2012)—」比較法学 47 卷 1 号 (2013) 210 頁以下を参照。

間にわたって強調しているか、あるいは繰り返しているかどうかを考察することとしており、卑猥な言葉の突発的な使用は、下品な表現ではないとしていた。これに対し、新しい FCC の規則である Golden Globes Order では、卑猥な言葉の突発的な使用でさえ、下品な表現と認定されるという見解をとり、根本的に従来の方針を変更した。この点が Fox II 判決の決め手となったわけであるが、同判決以前から、下品な放送内容に対する FCC の規制については、合衆国憲法修正 5 条および合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かなど、様々な問題が提示されていた。しかし、同判決は、合衆国憲法修正 5 条違反の判断のみを示して、下品な放送内容に対する FCC の規制が合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かについては検討する必要は無いと述べ、その判断を避けた。合衆国憲法修正 1 条に関する問題は、Fox I 判決⁽²⁾においても判断されなかった問題であるが、今後の下品な放送内容に対する FCC の規制のあり方について検討する上で重要な問題であるため、本稿は、この問題について検討を加えたいと思う。

第一章 FCC v. Fox Television Stations, Inc., 567 U.S. __ (2012)

一 事実の概要

Title 18 U.S.C. § 1464 は、「わいせつ (obscene)、下品 (indecent) 又は冒とく的な (profane) 言論を電波通信で使用した者は、罰金あるいは 2 年以下の禁固刑、あるいはその両方に処せられる」と規定している。そして、FCC は 47 CFR § 73.3999 に基づき、午前 6 時から午後 10 時までの間、ラジオ番組あるいはテレビ番組における、わいせつあるいは下品な放送を規制する権限が付与されている。本判決において問題となったテレビ番組は、(1) 2002 年の Fox 社が放送した Billboard Music Awards の受賞式において、歌手の Cher が興奮して突然叫んだ「I've also had my critics for the last 40 years saying that I

(2) FCC v. Fox Television Stations, Inc., 556 U.S. 502 (2009). (以下 Fox I 判決という。)

was on my way out every year. Right. So f*** 'em」 という表現、(2) 同社が 2003 年に放送した Billboard Music Awards の受賞式における Nicole Richie の「Have you ever tried to get cow s*** out of a Prada purse? It's not so f***ing simple」 という表現、(3) ABC 社が放送したテレビ番組 NYPD Blue (ニューヨーク警察をめぐるドラマ) 2003 年 2 月 25 日放送分での、約 7 秒間にわたる女性の裸の臀部および胸部の映像であり、FCC は以上の三つの放送全てについて、下品であるという視聴者からの苦情を受けていた。これらの出来事の後、FCC は Golden Globes Order と呼ばれる新しい規則を制定した。Golden Globes Order は、2003 年に NBC 社が放送した Golden Globes Awards の受賞式において、歌手の Bono が「This is really, really, f*** ing brilliant. Really, really great.」と発言したことを契機として制定されたものである。右規制により、FCC は F-word ならびにそれに類似する言葉が、英語で性行為の最も下品で露骨な表現の一つであり、そのような言葉の使用は、いかなる文脈においても本来的に性的な意味をもつとし、さらに、一回だけの卑猥な言葉の突発的な使用も、下品な表現として認定することとした。FCC は上記(1) および(2) の放送を下品な放送番組であると認定したが、それらは新規制定以前に放送された番組であることから、罰則までは科さなかった。

これを受けて、Fox 社や様々な訴訟参加人は、このような下品な放送内容に対する FCC の規制が、適切な説明がないまま変更されているため恣意的であり、また同規制が漠然不明確であり、それゆえ合衆国憲法修正 1 条に違反するとして、第 2 巡回区連邦控訴裁判所に訴訟を提起した。同裁判所は、FCC が規制内容の変更を正当化する合理的な説明なしに、卑猥な言葉の突発的な使用の扱い方について、180 度態度を変えたことが恣意的であると判示した⁽³⁾。同裁判所の判断を受け、FCC は連邦最高裁判所に上告した。連邦最高裁判所は、APA にもとづき、下品な放送内容に対する FCC の規制は恣意

(3) Fox Television Stations, Inc. v. FCC, 489 F. 3d 444 (2d Cir. 2007).

的ではないと判示したが、合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かについては、原審においても判断されていなかったことから、その判断を避けた。そして、連邦最高裁判所は、合衆国憲法修正 1 条の問題について審理するために、第 2 巡回区連邦控訴裁判所に事件を差し戻した。

差し戻審において、第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、下品な放送内容に対する FCC の規制を、漠然不明確のゆえに無効であると判示した⁽⁴⁾。

また、ABC 社の事件について、2008 年 2 月、FCC は、先に示した (3) ABC 社が NYPD Blue において放送した数秒間の女性の臀部および胸部の映像を、下品な表現であると認定した。そして、ABC 社及び ABC 社と提携した 45 の放送局に対し、それぞれ 27,500 ドルの罰金を科したが、その後、第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、右罰金命令を無効と判示した⁽⁵⁾。FCC は Fox 社の事件および ABC 社の事件の双方について連邦最高裁判所に上告した。

二 判決要旨

[Kennedy 裁判官による法廷意見（Roberts 長官、Scalia、Thomas、Breyer、Alito、Kagan 各裁判官が同調）]⁽⁶⁾

我々の法律制度における基本的な原則は、個人や団体を規制する法律が、禁止された行為や義務づけられた行為について適正な告知を与えなければならないということである。法の支配の下では、国家が何を命じ、何を禁じるかについて、全ての人がある権利を有することもその一つである。このような国の規制に関する明確性の要件は、合衆国憲法修正 5 条が規定するデュー・プロセス条項の本質的な部分である。漠然不明確な法律は、違憲無効とされなければならない。もし、法律や規制が、通常人に何が禁じられている

(4) Fox Television Stations, Inc. v. FCC, 613 F.3d 317 (2d Cir. 2010).

(5) ABC, Inc. v. FCC, 404 Fed. Appx 530 (2d Cir. 2011).

(6) Sotomayer 裁判官は、本判決の審理に参加していない。

のかについて、適正な告知をしていなければ、その法律や規制に違反したことを理由に受けた有罪判決あるいは刑罰は、デュー・プロセス条項に違反する。

言論が問題となっていないときでさえ、漠然性の故に無効の法理は、適正手続に少なくとも関連するが、別の要請につながっている点がある。一つは、法律の規制をうける当事者は、法律に応じて行動するため、法が何を要求しているのかを知るべきである。もう一つは、法律を執行する者が、恣意的で差別的な方法で行動しないようにするために、法律の意味するところが何なのかを明らかにすることが要求される。もっとも、言論が関係している場合には、それらの要件が厳密に守られなければならない。

問題の放送番組が放送された当時執行されていた 2001 Guidelines のもとでは、長時間にわたって、不快感を与える記述や描写が強調されるか、あるいは繰り返されたかどうか、その表現が下品な表現と認定されるうえで重要とされた。他方、問題の放送の後に制定された FCC の規則 (Golden Globes Order) では、FCC はこの方針を変更し、卑猥な言葉の突発的な使用であっても、Title 18 U.S.C. § 1464 に違反する可能性があるとして主張した。本件で争われている現行の規則のもとで、FCC は Golden Globes Order において公表された規則を適用し、卑猥な言葉の突発的な使用や下品な映像の数秒間の使用は、刑事訴追に値するほど下品であると認定した。しかしながら、この規制の変遷をみると、FCC の規則が Fox 社および ABC 社に、突発的に発せられた卑猥な言葉や数秒間の裸体の映像が、下品と認定されうるという告知を与えていなかったことは明らかである。さらに、Fox 社および ABC 社の放送は、Title 18 U.S.C. § 1464 に違反していないと FCC によって認定されていた。したがって、Fox 社および ABC 社の番組で放送された突発的になされた下品な表現が、Title 18 U.S.C. § 1464 に違反するという解釈に変更したことを、Fox 社および ABC 社に対して FCC が告知していないのであれば、通常人に何が禁じられているのかについて、事前に適正な告知を与えていないということ

になる。突然、規則を変更したことは事実であり、このような FCC の規則を適用した場合、合衆国憲法修正 1 条が保障する表現の自由の sensitive な領域に抵触するおそれがあるのは確かである。つまり、表現内容に基づく規制が漠然不明確であるということは、明らかに表現の自由に対する萎縮的効果をもたらすため、合衆国憲法修正 1 条違反の問題が生じる。

ABC 社の事件に関して、7 秒間の裸体の映像を放送した ABC 社およびそのキー局に対する罰金は、約 124 万ドルであった。その代わりに、裸体をテレビで放送することは、Title 18 U.S.C. § 1464 に違反するおそれがあるという FCC の 1960 年の決定に照らし、NYPD Blue の映像が下品であると考えられるという告知を、ABC 社が受けたということを、政府は主張する。しかし、この主張は、認められない。政府が許されない言論に対して、100 万ドル以上の罰金を科そうとしている場合、1960 年の FCC の決定だけに基いて判断することは、必要とされる適正な告知をしているとはいえない。さらに、FCC は ABC 社に制裁を科す前に出された決定において、突発的に数秒間放送された裸体映像が、刑事訴追に値するほど下品であると認定しないという決定を公表した。

また、本件における裸体の描写は、他の放送番組において、下品ではないと認定された映像よりも、長時間にわたって裸体の映像を放送しているということを FCC は主張するが、その主張は十分なものではない。つまり、NYPD Blue の放送より前の FCC の規則では、裸の臀部を 30 秒間放送することを「非常に短時間である」としていたし、刑事訴追に値するほど下品ではないと考えられていた。このような FCC の決定に関する記録に照らして、FCC の規則において、7 秒間にわたる裸の臀部の放送が下品であると認定されうるという告知は無く、したがって、ABC 社は、FCC から制裁を受ける前に十分な告知を受けていなかったということがいえる。

以上のとおり、FCC は、問題の番組が放送される前に、卑猥な言葉の突発的な使用や数秒間の裸体映像が、刑事訴追に値するほど下品であると認定さ

れうるといふ適正な告知を、Fox 社および ABC 社に与えていなかった。それゆえ、これらの放送番組に適用した FCC の規則は、漠然不明確の故に無効とされなければならない。

本判決の射程について指摘しておく。第一に、連邦最高裁判所は、デュー・プロセス条項のもとでの適正な告知があったかどうかについて判断するため、下品な放送内容に対する FCC の規制を合衆国憲法修正 1 条との関連で検討する必要はない。上告趣意書において、テレビ局側は、ラジオやテレビの視聴者が、多数のチャンネルを利用できる技術的な変化によって、Pacifica 判決⁽⁷⁾ の論理は通用しなくなったため、同判決はくつがえされるべきであると主張していた。しかし、下品な放送内容に対する FCC の規制が、適正な告知を与えていなかったとする本判決に照らし、本件では Pacifica 判決を再考する必要はない。第二に、本件では、連邦最高裁判所はその当時存在していた FCC の規則により、下品であると認定される可能性があるという告知を Fox 社および ABC 社は受けていなかったと判示する。この判断を前提にすれば、連邦最高裁判所は、その後の FCC の規則および現行の規則の合憲性を判断する必要はない。第三に、本判決により、公益や適用されるべき要件との観点から、FCC は、下品な放送内容に関する現行の規則を自由に修正できる。そして、裁判所も現行の規則や修正された規則を自由に審査できるのである。

[Ginsburg 裁判官による結果同意意見]

Pacifica 判決は、判決当時にすでに誤っていた。時の経過や科学技術の発

(7) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S.726 (1978). Pacifica 判決の詳細については、阪本昌成「FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S.726, 98 S.Ct. 3026 (1978) - 下品なラジオ放送の FCC による規制と表現の自由」日米法学会刊『アメリカ法』[1980 - 1] (1980) 148 頁以下参照。また、下品な放送番組の規制について論じたものに、佐々木秀智「アメリカにおける下品な番組の規制について」一橋研究第 22 巻第 2 号 (1997) 35 頁以下参照。

展、そして本件における下品な放送内容に対する FCC の規制のあり方は、Pacifica 判決が再考されるべきことを示している。

第二章 下品な放送内容の規制と合衆国憲法修正 1 条

一 Pacifica 判決を再考すべきかどうかについて

本判決において、法廷意見は、下品な放送内容に対する FCC の規制が合衆国憲法修正 5 条に違反すると判示するだけでよく、当該規制が、合衆国憲法修正 1 条に違反するかどうかについて検討する必要はないと述べたうえで、Pacifica 判決についても再考する必要はないと判示した。しかし、以下では Pacifica 判決について、まず検討したいと思う。

FCC は①放送免許の付与・取消や放送周波数の割り当て、②放送に関する規則の制定・執行を主な役割とする、1934 年に設立された独立行政委員会である。そして、Title 18 U.S.C. § 1464 の規定により、放送内容が下品であると FCC が認定した場合、FCC はそのような放送を規制する権限が与えられている。

下品な放送内容に対する FCC の規制が、合衆国憲法修正 1 条に違反するかどうか争われたのは、1978 年の Pacifica 判決が初めてであった。同判決の概要は以下のとおりである。あるラジオ番組において、社会風刺家である George Carlin が「汚い言葉」(“Filthy Words”)と題するモノローグの中で、7つの汚い言葉 (shit, piss, fuck, cunt, cocksucker, motherfucker, tits) を何度も使用していたため、この放送を聴いたラジオ番組の視聴者が FCC に苦情を申し立て、これに対し、FCC は同番組の放送内容が下品であると認定した。その際、同ラジオ番組を放送した原告である Pacifica Foundation に罰金を科さなかったものの、FCC は Carlin が用いた7つの汚い言葉は、わいせつではないが、「子どもが視聴しうる時間帯に、放送メディアに関するその時代の共同体の基準から判断して、明らかに不快な言葉で、性器、排泄器官または性行為、排泄行為を描写している言葉」であり、Title 18 U.S.C. § 1464 が禁止す

る「下品な表現」に該当すると述べた。これに対し、Pacifica Foundation がコロンビア特別区連邦控訴裁判所に訴訟を提起したというものである。同裁判所は、Carlin の 7 つの汚い言葉を下品な表現であると認定した FCC の決定を取り消した。これを受けて、FCC 側が上告した。

連邦最高裁判所は、放送メディアが、全てのアメリカ人の生活に広く浸透した特別な存在であることと、子ども、とりわけ本を読むことができない子どもにとってアクセスしやすいものであることを認定した⁽⁸⁾。そして、連邦最高裁判所は、これらの点を考慮して、「放送は合衆国憲法修正 1 条の下で最も限定的な保護しか受けてこなかった⁽⁹⁾」とし、下品な放送内容に対する FCC の規制を合憲と判示した。

Pacifica 判決において留意すべき点は、Carlin が用いた 7 つの汚い言葉を意図的に、かつ繰り返し使用している場合にのみ、FCC の規制が認められるのであり、卑猥な言葉を突発的に使用した場合にも認められるのかについては判断していないという点である⁽¹⁰⁾。このことは、同判決において法廷意見を執筆した Stevens 裁判官が、「Pacifica 判決の射程は限定的なものである」と指摘していたことから理解できよう⁽¹¹⁾。また、Stevens 裁判官は、Fox I 判決において反対意見を執筆しているが、その中で、Pacifica 判決において、FCC は性器、排泄器官を描写している言葉のみを規制する権限を認められたにすぎず、性器、排泄器官を描写している言葉を使用したからといって、その言葉が必ずしも Title 18 U.S.C. § 1464 における下品な表現であるというわけではないと述べている⁽¹²⁾。そして、Fox I 判決における FCC の規制は、卑猥な言葉の突発的な使用に対するものであり、Pacifica 判決において FCC が

(8) Pacifica, 438 U.S. at 748.

(9) *Ibid.*

(10) *Id.* at 750.

(11) *Ibid.* ; at 760-61(Powell, J., concurring in part and concurring in judgment).

(12) Fox, 556 U.S. at 543-44. Pacifica, 438 U.S. at 743.

行った規制よりも規制対象が広いため、Fox I 判決と *Pacifica* 判決は事案が異なると Stevens 裁判官は述べている⁽¹³⁾。

他方、本判決において結果同意意見を執筆した Ginsburg 裁判官は、Fox I 判決における Thomas 裁判官の結果同意意見に依拠しつつ、*Pacifica* 判決は判決当時から誤っており、*Pacifica* 判決を再考すべきであると主張する。Fox I 判決において Thomas 裁判官は、下品な放送内容に対する規制を正当化する根拠として、FCC が *Red Lion* 判決⁽¹⁴⁾と *Pacifica* 判決を引用したことが誤りであると述べた⁽¹⁵⁾。*Red Lion* 判決では放送電波の希少性を根拠に、また *Pacifica* 判決では、放送メディアがアメリカ人の生活になくてはならないものであること、また子どもにとってアクセスしやすいことを根拠に、下品な放送内容の規制が正当化されたが、現在においては、そのような規制根拠には問題があると Thomas 裁判官は主張した。この問題について、同裁判官は、科学技術の進歩により放送電波の希少性を主張することはできなくなりつつあり、インターネットなど様々なデジタル・ツールの普及によって、テレビやラジオの社会的影響力もかつてほど大きいものではなくなってきていると指摘する。それゆえ、同裁判官は、*Red Lion* 判決および *Pacifica* 判決と本判決とでは事案が異なると判示しており、この点については、Thomas 裁判官と *Pacifica* 判決における Stevens 裁判官の意見は一致しているといえるであろう⁽¹⁶⁾。本判決において法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官が、*Pacifica* 判決を再考する必要はないと述べたのは、このような *Pacifica* 判決と本判決との事案の相違を意識していたからなのかもしれない。

(13) Fox, 556 U.S. at 543-44.

(14) *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

(15) Fox, 556 U.S. at 530-32. 本判決の原審においても、同じことが述べられていた (Fox, 613 F.3d at 325-27)。

(16) Fox I 判決において、Stevens 裁判官は反対意見を執筆し、そこで Thomas 裁判官と自身の考えが同じであると述べている。Fox, 556 U.S. at 544, n 5 (Stevens, J., dissenting).

二 「下品な表現」の定義について

まず、「下品な表現」とは何かということであるが、連邦最高裁判所自身が明確な定義を行ったことはない。他方、FCC は、*Pacifica* 判決以降、下品な表現の定義を 7 つの汚い言葉に限定せず、(1) 性器、排泄器官または性行為、排泄行為を描写していて、(2) その時代の共同体の基準に照らし、明らかに不快な表現であると定義した。そして、2001 年には、下品な表現を判断する基準である 2001 *Guidelines* を定めた。同規則は、上記定義に加え、明らかに不快な言論であると判断する基準として、①あからさまで、露骨に性器、排泄器官または性行為、排泄行為を描写し、②その表現が、長時間にわたって繰り返されているか、または強調されているかどうか、③その表現物が人の好色的興味に訴えているかどうか、または性的刺激を与えるものとして使用されているかどうか、という三つの要件を定めていた。しかし、同規則では、卑猥な言葉の突発的な使用を下品な表現としていなかった。さらに、2003 年の *Golden Globes Awards* の受賞式での Bono の発言を契機に、FCC は、新規則 (*Golden Globes Order*) を制定した。同規則は、F-word ならびにそれに類似する言葉が、性行為に関する最も下品で、露骨な表現の一つであるとして、そのような言葉の使用は、いかなる文脈においても本来的に性的な意味をもつため、一度でもそのような言葉を使用すれば、下品な表現と認定されるというものであった。

ところで、当該表現がわいせつか否かを判断する基準は、1973 年の *Miller* 判決⁽¹⁷⁾において確立された、いわゆる *Miller* 基準である。*Miller* 基準とは、(1) その時代の共同体の基準に従って、全体としてその作品が好色的興味に訴えているものと一般人が理解するかどうか、(2) その作品が、州法によって具体的に定義された性行為を明らかに不快な方法で描いているかどうか、(3) 全体としてその作品が真の文学的、芸術的、政治的、あるいは科

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

学的価値を欠いているかどうか、という三つの要件を満たせば、当該表現は「わいせつ」であるとするものである⁽¹⁸⁾。

以上のことから分かるように、FCC が定義した下品な放送内容の要件は、Miller 基準を部分的に借用している。ただ、下品な放送内容については、Miller 基準（3）の全体としての価値判断の要件は含まれていない⁽¹⁹⁾。下品な表現か否かを判断する際、このような全体としての価値判断を行わず、一度でも F-word のような卑猥な言葉を使用すれば、下品な表現であると認定する FCC 規則（Golden Globes Order）は、極めて厳しい基準といえるだろう。

ところで、本判決では述べていないが、Ginsburg 裁判官は Fox I 判決において、Pacifica 判決の Brennan 裁判官が執筆した反対意見を引用し、表現を規制する際、一方には受け入れがたい言葉でも、他方には一般的に使用する言葉であるかもしれないことに注意すべきであると判示した⁽²⁰⁾。本判決において問題となった FCC 規則は、突発的に発せられた卑猥な言葉、すなわち F-word や S-word を一度でも使用すれば、下品な表現であると認定するものであった。しかし、本判決において下品な表現であると認定された歌手の Cher や Nicole Richie の発言、さらに、Bono の発言は、文脈的にみて、いずれも自身の喜びを強調するために用いられたものであり、性的な意味で用いられてはいない。F-word は低俗な言葉であるかもしれないが、アメリカでは感情を強調して表現する際、一般的にこのような表現が用いられている⁽²¹⁾。本判決において、FCC は、F-word や S-word を Title 18 U.S.C. § 1464 にいう下品な表現と認定する際、それらがどのような文脈において発言されたのかについて、全く検討していない。この点、Fox I 判決において法廷意見を執筆した

(18) *Id.* at 24.

(19) Noelle Coates, *The Fear Factor : How FCC Fines are Chilling Free Speech*, 14 WM. & MARY BILL RTS. J. 775, 789-93 (2005).

(20) Fox, 556 U.S. at 546 (quoting Pacifica, 438 U.S. at 776).

(21) Christopher M. Fairman, *Fuck*, 28 CARDOZO L. REV. 1711,1724-26 (2007).

Scalia 裁判官は、F-word を文字通り性的な意味で用いられているものと、感情を強調するために用いられているものとに分けることに、意味がないという⁽²²⁾。しかし、同判決において Stevens 裁判官が指摘しているように、F-word といっても、感情を強調するために使用している場合もあるため、一概に F-word が Title 18 U.S.C. § 1464 における下品な表現であると認定することは問題であろう⁽²³⁾。そして、一度でもそれらの言葉を使用すれば、Title 18 U.S.C. § 1464 にいう下品な表現と認定される FCC 規則は、表現内容にもとづく規制であり、そうであるならば、そのような規制は、表現の自由に対する萎縮的効果をもたらすため、合衆国憲法修正 1 条に違反するおそれがあるのではないだろうか。もっとも、本判決も Fox I 判決も、下品な表現について明確に定義しなかったが、放送内容に対する FCC の規制について考察する場合、連邦最高裁判所は、下品な表現とは何かについて定義することが必要となるであろう⁽²⁴⁾。

三 下品な放送内容の規制に適用されるべき審査基準について

わいせつの判断基準については判例上、確立しているものの、下品な表現の定義については未だ明確にされていない。それにもかかわらず、印刷メディア⁽²⁵⁾、有料電話⁽²⁶⁾、映画⁽²⁷⁾、ケーブルテレビ⁽²⁸⁾、インターネット⁽²⁹⁾ 上の「下品な表現」は許容されている一方で、放送上の下品な表現については厳しく規制されている。このことは、Pacifica 判決で指摘され⁽³⁰⁾、Fox I 判決に

(22) Fox, 556 U.S. at 517.

(23) *Id.* at 543-44.

(24) W. Wat Hopkins, *When Does F*** Not Mean F***?*: *FCC v. Fox Television Stations and a Call for Protecting Emotive Speech*, 64 FED. COMM. L. J. 1, 14 (2011).

(25) *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968). 大人にとってわいせつではない下品な表現物を、未成年者に販売することを禁じた州法を合憲と判示した。

(26) *Sable Communications of California v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989). わいせつな電話メッセージの規制は合憲とされたが、下品な電話メッセージの規制は違憲と判示された。

においても繰り返し言及された⁽³¹⁾。また、連邦最高裁判所は、放送メディア以外については厳格審査基準（strict scrutiny）を適用して、当該表現に対する規制の合憲性を判断しているのに対し、放送については、厳格審査基準を適用していない⁽³²⁾。この厳格審査基準の下では、当該規制目的がやむにやまれぬ政府の利益（compelling government interest）を実現するためであること、

(27) Young v. American Mini Theaters, Inc., 427 U.S. 50 (1978). 映画館で上映されている性的に、露骨な映像は、合衆国憲法修正 1 条によって保護されるが、成人専用の映画館に対するゾーニング規制は合憲と判示された。

(28) Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727 (1996); United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803 (2000). 前者は、下品な放送番組の視聴を制限し、他の番組と区別するケーブルシステムの利用を義務づける規制は、違憲と判示された。後者は、ケーブルテレビにおける下品な放送内容の規制は、違憲と判示された。それぞれの判決の詳細については、大日方信春「ケーブル・テレビにおける indecent な番組規制の合憲性： Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 116 S.Ct. 2374 (1996)」広島法学第 21 巻第 3 号（1998）286 頁以下、同著「ケーブルテレビにおける品位に欠ける放送内容の規制－ United States v. Playboy Entertainment Group, Inc, 529 U.S. 803, 120 S.Ct. 1879 (2000)－」広島県立大学論集第 6 巻第 1 号（2002）63 頁以下を参照。

(29) Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997). インターネット上で下品な表現を未成年者に送信することを禁止する通信品位保持法（Communications Decency Act）の一部を違憲と判示した。

(30) Pacifica, 438 U.S. at 748-49.

(31) Fox, 556 U.S. at 506-07 (quoting Pacifica, 438 U.S. at 748-49).

(32) Pacifica 判決では、放送内容の規制の合憲性を判断する審査基準を明確に示さなかったが、その後の判決において、厳格審査基準と中間審査基準（intermediate scrutiny）を組み合わせたような基準が用いられている。つまり、当該目的と手段との関係においては厳密な整合性があることを要求するが、必ずしも当該規制目的はやむにやまれぬ政府の利益ではなくてもよく、重要な政府の利益を促進するものでよいというものであった。FCC v. League of Women Voters of Cal., 468 U.S. 364, 380 (1984). なお、中間審査基準とは、当該規制目的が重要な政府の利益（important government interest）を促進し、当該目的と手段とが実質的に関連していること（substantially related）を、政府あるいは州の側が立証しなければならないというものである。

さらには当該目的と手段との関係において厳密な整合性 (narrowly tailored) があること、加えて、当該規制目的を達成するためには、より制限的でない他に選ぶ手段 (less restrictive alternative) が存在しないことを政府側が立証しなければならない⁽³³⁾。この点について、本判決の原審は、下品な放送内容に対する FCC の規制が漠然不明確であり、違憲であると判示する際、他の全てのメディアに適用しているように、放送にも厳格審査基準を適用すべきであると主張している⁽³⁴⁾。原審と同じ主張は、Fox I 判決の Thomas 裁判官の意見にもみられ、Thomas 裁判官が述べるように、合衆国憲法修正 1 条の条文では、印刷、放送、ケーブルテレビなどの区別をしていないのであるから、放送と、印刷メディアなど他のメディアとを区別する合理的理由はなく、放送に対しても厳格審査基準を適用すべきではないだろうか⁽³⁵⁾。

おわりに

本判決において、Kennedy 裁判官は、Pacifica 判決と本判決との相違について明確には言及していない。とはいえ、FCC の規則を、合衆国憲法修正 5 条違反と判断するだけでよく、それに加えて合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かを判断する必要はないという Kennedy 裁判官の意見に 6 人の裁判官が同調し、他方、Pacifica 判決を再考すべきであると主張した Ginsburg 裁判官には誰一人同調しなかった⁽³⁶⁾。また、Kennedy 裁判官は、FCC の規則が合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かの判断を避けたが、彼自身の下品な放送内容に対する考えについて、あるヒントを残していた⁽³⁷⁾。それは、同裁判官は、判決文の中で f*** や s*** のように、下品な表現をやわらげて使っていたと

(33) Reno, 521 U.S. at 874-79.

(34) Fox, 613 F.3d at 325-27.

(35) Fox, 556 U.S. at 530. 本判決の原審においても、放送メディアに対する合衆国憲法修正 1 条の保護が、印刷メディアに対するそれと同じではないという理論は説得力に欠けると主張されていた (Fox, 613 F.3d at 325-27)。

いうことである。つまり、これらの表現を性的で不快な表現と考えていたからこそ、それらの表現をそのまま使用することを避けたのではないだろうか。これについては、Fox I 判決における Scalia 裁判官も同様の使い方をしており、同裁判官は、これらの表現を性的な意味でしか使用しないものであると述べていた⁽³⁸⁾。それゆえ、Kennedy 裁判官や Scalia 裁判官と同じように考える裁判官が他にもいれば、今後、下品な放送内容に対する FCC の規制は、合衆国憲法修正 1 条に違反するものではないと判断される可能性もあるであろう。また、本判決では合衆国憲法修正 5 条違反と判示されたが、このことは、FCC が事前に放送局にどのような表現が規制対象となるのかを明確に告知すれば、下品な放送内容に対する FCC の規制は、合衆国憲法修正 5 条違反とはならないと解することができ、今後の判決の動向が気になるところである。

本稿では、本判決において判断が期待された問題点について論じたが、その中でも、下品な表現の定義については連邦最高裁判所自身、消極的であり、まだまだ議論の余地があると思われる⁽³⁹⁾。また、2011 年、連邦最高裁判所は Brown 判決⁽⁴⁰⁾において、暴力的内容のビデオゲームは合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であるとし、暴力的内容のビデオゲームの未成年者に対する販売、貸し出しを規制する州法は、合衆国憲法修正 1 条に違反すると

(36) 合衆国憲法修正 1 条に関する問題の判断を避けたという点について、Roberts Court の司法消極主義の傾向が見受けられるという主張がある。A. E. Dick Howard, *Out of Infancy: The Roberts Court at Seven*, 98 VA. L. REV. 76, 84 (2012); John P. Elwood, Jeremy C. Marwell, and Eric A. White, *FCC, Fox and That Other F-word*, 2012 CATO. SUP. CT. REV. 281, 305 (2012).

(37) Alan E. Garfield, *To Swear or not to Swear : Using Foul Language During a Supreme Court Oral Argument*, 90 WASH. U. L. REV. 279, 289 (2012).

(38) Fox, 556 U.S. at 508-12.

(39) 「下品な表現を見れば、それが下品な表現だということは分かるが、下品な表現を定義することはできないだろう」という Stewart 裁判官の有名な格言からも、下品な表現の定義は難しい問題なのかもしれない。Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring).

判示した。これに対し、表現類型は異なるが、下品な放送内容について、*Pacifica* 判決における *Stevens* 裁判官が、下品な放送番組はけんか言葉やわいせつな表現のように「価値の低い」言論であり、右表現にはより緩やかな審査基準を適用すべきと主張したが、この部分については、多数意見を形成できず、相対多数意見にとどまった⁽⁴¹⁾。それは、*Powell* 裁判官が、この部分について同調しなかったからである。同裁判官は、*Pacifica* 判決において展開された低価値言論の考え方を否定し、子どもの保護という観点から、下品な放送内容に対する FCC の規制を合憲と判断した⁽⁴²⁾。この点、連邦最高裁判所は、暴力的内容のビデオゲームの規制については、子どもに与える害悪を理由に規制を正当化しうる場合があるとしながらも、ゲーム業界による自発的な評価システムがすでに導入されていたため、当該州法を違憲と判示した。しかし、表現類型が異なるとはいえ、*Brown* 判決において問題となった、暴力的内容のビデオゲームの規制と、*Pacifica* 判決において問題となった、下品な放送内容の規制には、子どもを保護するという共通の規制目的が存在する。合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であっても、子どもに与える害悪を理由に、どのような場合に、どの程度の規制が許されるのかという問題については、さらなる考察が必要であるため、今後の研究課題としたい。

(40) *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. _ (2011). *Brown* 判決の詳細については、藤井樹也「暴力的ビデオ・ゲームの規制と表現の自由—その後のアメリカ連邦最高裁判所—」成蹊法学 75 号 (2011) 140 頁以下、拙稿「暴力的内容のビデオゲームの未成年者に対する販売、貸し出しを規制する州法が、表現の自由を保障する合衆国憲法修正 1 条に違反するとされた事例— *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. _ (2011)—」広島法学第 36 巻第 2 号 (2012) 81 頁以下参照。

(41) *Pacifica*, 438 U.S. at 746. *Stevens* 裁判官がこのような主張をしたのは、これが初めてではなく、1970 年の *Young v. American Mini Theatres, Inc.* においても、同様の主張をしている。しかし、*Young* 判決においても多数意見を形成できなかった。

(42) *Id.* at 756-59.